قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء الأول

الطهارة - الصلاة - صلاة الجماعة -
الجنائز - الزكاة - الصيام -
الاعتكاف - الحج

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohamed Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamed Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes) 7280 (12 مجلداً) عدد الصفحات
Size 17×24 cm قياس الصفحات
Year 2015 A.D - 1437H. سنة الطباعة
Printed in : Lebanon بلد الطباعة لبنان
Edition : 1st الطبعة . الأولى

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8
9 782745 180254 90000

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الْحَمْدُ لِلَّهِ الْمُحِيطِ بِخَفِيَّاتِ الْغُيُوبِ الْمُطَّلِعِ عَلَى سَرَائِرِ الْقُلُوبِ الْمُخْتَصِّ بِإِرَادَتِهِ كُلَّ مَحْبُوبٍ وَمَوْهُوبٍ الْمُتَعَالِي بِجَلَالِ صَمَدِيَّتِهِ عَنْ مُشَابَهَةِ كُلِّ مَرْبُوبٍ بَارِئِ النَّسَمِ وَخَالِقِ الْأُمَمِ وَمُجْرِي الْقَلَمِ فِي الْقِدَمِ بِمَا هُوَ أَعْلَمُ بِقُدْرَتِهِ عَلَى وَفْقِ مَشِيئَتِهِ أَعْطَى وَمَنَعَ وَخَفَضَ وَرَفَعَ وَضَرَّ وَنَفَعَ فَلَا مُشَارِكَ لَهُ فِي إِنْعَامِهِ وَأُلُوهِيَّتِهِ وَلَا مُعَانِدَ لَهُ فِي أَحْكَامِهِ وَرُبُوبِيَّتِهِ وَلَا مُنَازِعَ لَهُ فِي إِبْرَامَاتِهِ وَأَقْضِيَتِهِ وَأَلْزَمَ عِبَادَهُ الْمُؤْمِنِينَ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ وَأَمَرَهُمْ فِي كِتَابِهِ وَعَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِحِفْظِ الْمَوَاثِيقِ وَالْعُهُودِ وَمَدَحَ نَفْسَهُ وَكَثِيرًا مِنْ خَوَاصِّهِ بِالْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ وَوَصَفَ بِضِدِّ ذَلِكَ إِبْلِيسَ وَمَنْ وَافَقَهُ مِنْ ذَوِي الْبُعْدِ وَالطَّرْدِ وَاسْتَخْلَصَ الْعُلَمَاءَ بِعِنَايَتِهِ وَجَمِيلِ لُطْفِهِ مِنْ غَيَاهِبِ الْجَهَالَاتِ وَجَعَلَهُمْ أُمَنَاءَ عَلَى خَلْقِهِ يَقُومُونَ بِحِفْظِ شَرِيعَتِهِ حَتَّى يُؤَدُّوا الْخَلْقَ تِلْكَ الْأَمَانَاتِ فَهُمْ مَصَابِيحُ الْأَرْضِ وَخُلَفَاءُ الْأَنْبِيَاءِ يَسْتَغْفِرُ لَهُمْ كُلُّ شَيْءٍ حَتَّى الْحِيتَانُ فِي الْبَحْرِ وَيُحِبُّهُمْ أَهْلُ السَّمَاءِ.

وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا الله وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ وَلَا ضِدَّ لَهُ شَهَادَةً أَسْتَفْتِحُ بِمَدَدِهَا أَبْوَابَ الْجِنَانِ.

وَأَشْهَدُ أَنَّ سَيِّدَنَا مُحَمَّدًا ﷺ عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ وَخَلِيلُهُ قُطْبُ دَائِرَةِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْمُرْسَلِينَ وَطِرَازُ عِصَابَةِ أَهْلِ اللَّهِ الْمُقَرَّبِينَ ﷺ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَشِيعَتِهِ وَحِزْبِهِ صَلَاةً وَسَلَامًا دَائِمَيْنِ مُتَلَازِمَيْنِ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.

وبعد . . . فهذا كتاب نفيس نادر انتظره طلاب العلم والعلماء لإمام بارع ذاع صيته وبلغ أوجه الشهرة بين الأئمة والمجتهدين والفقهاء، شهاب الدين الأذرعي، بكتابه هذا:

«قوت المحتاج في شرح المنهاج» للإمام شيخ الإسلام النووي.

نخرجه ونقدمه لعالم الطباعة لأول مرة.

وهو فاخورة المصنفات في المذهب الشافعي، وقد استغرق جهدًا كبيرًا ووقتًا طويلًا حتى يظهر في حلته هذه.

وإني أسأل بالله كل ناظرٍ فيه من العلماء أن يصلح ما يراه فيه من الخلل نصيحة لله ولرسوله، أو يضرب عليه إن لم يفتح له بجوابٍ، والله حسبنا ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين، ولنشرع في دراسة ومقدمة مهمة لهذا الكتاب بعون الملك الوهاب فأقول وبالله التوفيق:

كتاب «المنهاج» لشيخ الإسلام النووي

المطلب الأول: صحة تسمية الكتاب

لا خلاف بين العلماء أنَّ اسم الكتاب «المنهاج» مع كون الإمام النووي لم يبيِّن في خطبة الكتاب تسميته على خلاف عادة المصنفين، ولكنه سماه بالمنهاج في موضع الترجمة المعتادة التي تكتب على ظهر الخطبة(١).

وأيضًا نصَّ الإمام النووي على تسميته بالمنهاج في مقدمة كتابه «دقائق المنهاج» حيث قال: «فهذا كتاب فيه شرح دقائق المنهاج، والفرق بين ألفاظه وألفاظ المحرَّر»(٢). وأيضًا كل من ترجم له ذكر هذا الكتاب باسم «المنهاج»(٣).

المطلب الثاني: نسبة الكتاب إليه

يُعد كتابُ «المنهاج» من أبرز كتب الإمام النووي في الفقه، ونسبته إليه واضحة كوضوح الشمس في كبد السماء؛ وذلك أنَّ تلاميذ الإمام النووي، وكل من ترجم له، أو شرح كتاب «المنهاج» وغيرَهم مجمعون ومتفقون على نسبته إليه.

وممن نسبه إليه من المترجمين: تلميذه ابن العطَّار وتلميذه محمد بن الحسين اللخمي وابن قاضي شهبة، والسخاوي والسيوطي وحاجي خليفة وإسماعيل البغدادي والزركلي وكحالة، وغيرهم لا يحصى.

قيمة الكتاب العلمية: مما لا يختلف فيه اثنان، وتظهر قيمته العلمية من خلال النقاط الآتية:

قيمة أصله: اختصر الإمام النووي كتابه «المنهاج» من «المحرَّر» للإمام الرافعي الذي يعدُّ من أهمِّ مختصرات الشافعية، بل هو عمدة في المذهب.

قال الإمام النووي في مقدمة المنهاج: «وقد أكثر أصحابنا – رحمهم الله– من

---

(١) انظر: النَّجم الوهَّاج ١/ ٢١٤، مغني المحتاج ١/ ١٥.

(٢) دقائق المنهاج ص٢٥.

(٣) انظر: تحفة الطالبين ص٨٦، ترجمة الإمام النووي للخمي ل ٣/ب، المنهاج السوي ص٥٧.

التصنيف من المبسوطات، والمختصرات، وأتقنُ مختصرٍ: المحرَّرُ للإمام أبي القاسم الرافعي - كَلَلهُ -، ذي التحقيقات، وهو كثير الفوائد، عمدة في المذهب في تحقيق المذهب، عمدة للمفتي وغيره من أولي الرغبات، وقد التزم مصنِّفه - كَلَلهُ - أن ينصَّ على ما صحَّحه معظم الأصحاب، ووفَّى بما التزمه، وهو من أهمِّ أو أهمُّ المطلوبات»(١).

وقال ابن الملقن: «هو كاسمه، وما أكثرَ نفعَهُ مع صغر حجمه»(٢).

ثناء العلماء على «المنهاج»:

ممن أثنى عليه: ابن مالك صاحب الألفية، قال السخاوي: «وأثنى حجة العرب الجمال ابن مالك على حسن اختصاره، وعذوبة ألفاظه، حتى قال: «والله لو استقبلت من أمري ما استدبرت لحفظته»(٣).

والبرهان الجعبري، وجمال الدِّين الإسنوي في مقدمة «كافي المحتاج».

اعتناء علماء الشافعية به: لقد أعطى علماء الشافعية كتاب «المنهاج» اهتماما بالغا قلَّما وجدَ كتابٌ مثله، حيث عكفوا عليه بالحفظ، والتدريس، والشرح، والتلخيص والاختصار، وتخريج أحاديثه، ونظم ألفاظه، وغير ذلك، ويظهر هذا الاعتناء بما يلي:

أ- الاهتمام بألفاظه:

فالإمام النووي هو أوَّل من اعتنى بألفاظ كتابه «المنهاج» حيث ألف في ذلك كتابًا سماه: «دقائق المنهاج» وقال في مقدمته: «وقد شرعت في جمع جزء لطيف على صورة الشرح لدقائق هذا المختصر، ومقصودي به: التنبيهُ على الحكمة في العدول عن عبارة المحرَّر، وفي إلحاق قيد، أو حرف، أو شرط للمسألة، ونحو ذلك»(٤).

---

(١) منهاج الطالبين ص٢.

(٢) البدر المنير ١/ ٣٣١.

(٣) المنهل العذب ص٦٥.

(٤) منهاج الطالبين ص٣، وانظر: دقائق المنهاج ص٢٥.

وصنَّف سراج الدين عمر بن علي ابن الملقن(ت٨٠٤هـ) كتابًا سماه «الإشارات إلى ما وقع في المنهاج من الأسماء والمعاني واللغات»(١).

وصنَّف جلال الدِّين السيوطي كتابًا في مشكل إعراب «المنهاج» سمَّاه: «ذرة التاج في إعراب مشكل المنهاج»(٢).

ب ـ الاهتمام بشرحه:

اعتنى بشرح «المنهاج» جمٌّ غفير من علماء الشافعية يصعب حصرهم، وإليك بعض من شرحه من الأئمة:

١ـ شرحه بهاء الدِّين أبو العباس أحمد بن أبي بكر الإسكندري (ت٧٢٠هـ) وسماه: «السراج الوهَّاج في إيضاح المنهاج»(٣).

٢ـ تقي الدِّين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ) وسماه: «الابتهاج» لكنه لم يكمله، وصل إلى الطلاق، وكمله ابنه بهاء الدِّين أحمد (ت٧٧٣هـ) ولكنه مات قبل إكماله أيضًا(٤).

٣ـ جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي (ت٧٧٢هـ) وسماه: «كافي المحتاج إلى شرح المنهاج» ولم يكمله، وأتمه الإمام الزركشي.

٤ـ بدر الدِّين محمد بن بهادر الزركشي (ت٧٩٤هـ) أكمل «كافي المحتاج» للإسنوي كما سبق، ثم استأنف، فصار شرحه مستقلًا، وسماه: «الديباج في توضيح المنهاج»(٥) قال السخاوي «لكن التكملة أكثر تداولًا»(٦).

٥ـ شهاب الدِّين أحمد بن حمدان بن عبد الواحد الأذرعي (ت٧٨٣هـ) شرحه بكتابين أحدهما: «قوت المحتاج» كتابنا هذا، والآخر «غنية المحتاج»(٧).

٦ـ سراج الدِّين عمر بن علي بن الملقن (ت٨٠٤هـ) وسماه: «عمدة المحتاج» ثم

---

(١) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٨٧٣، الابتهاج في بيان اصطلاح المنهاج ١/ ٨٨.

(٢) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٨٧٤، الابتهاج في بيان اصطلاح المنهاج ١/ ٨٩.

(٣) انظر: المنهل العذب ص٦٧.

(٤) انظر: المنهل العذب ص٦٨، الابتهاج إلى بيان اصطلاح المنهاج ١/ ٨٧.

(٥) المنهل العذب ص٦٩، كشف الظنون ٢/ ١٨٧٤، معجم المؤلفين ٣/ ١٧٥.

(٦) المنهل العذب الموضع السابق.

(٧) المنهل العذب ص٦٩.

اختصره بـ«عجالة المحتاج»⁽¹⁾.

٧ـ كمال الدِّين محمد بن موسى الدَّميري (ت٨٠٨هـ) وسماه: «النَّجم الوهَّاج في شرح المنهاج»⁽٢⁾.

٨ـ أحمد بن علي بن حجر الهيثمي المكي (ت٩٧٤هـ) وسماه: «تحفة المحتاج».

٩ـ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ) وسماه: «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج» وغيرهم.

ـ اختصار المنهاج وتلخيصه:

فممن اعتنى باختصاره: إمام النحو واللغة في زمانه أثير الدِّين أبو حيان محمد ابن يوسف الأندلسي (ت٧٤٥هـ) في كتاب سماه: «الوهَّاج في اختصار المنهاج»⁽٣⁾.

واختصره الشيخ زكريا الأنصاري، وسمَّاه: «منهج الطلاب» فاختصر الاسم والمسمى⁽٤⁾.

د- تخريج أحاديثه:

تولى تخريج أحاديث «المنهاج» طائفة منهم:

سراج الدِّين عمر بن علي بن الملقن (ت٨٠٤) في كتاب سماه: «تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج»⁽٥⁾.

نظمه: نظم بعضُ العلماء كتاب «المنهاج»؛ تسهيلا لحفظه منهم:

شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الكريم الموصلي (ت٧٧٤هـ)⁽٦⁾.

---

(١) المنهل العذب ص٧١، وقد بدأ تحقيق «عمدة المحتاج» بعضُ طلابِ الجامعة الإسلامية، وغيرهم من الدراسات العليا برسائل الماجستير في الفقه، و«عجالة المحتاج» طبع بدار الكتاب بالأردن عام ١٤٢١هـ.

(٢) انظر: المنهل العذب ص٧٢، كشف الظنون ٢/ ١٨٧٥، والكتاب طبع قريبا بدار المنهاج بجدة سنة ١٤٢٥هـ.

(٣) انظر: العقد المذهب ص٤٢٣، المنهل العذب ص٧٤، كشف الظنون ٢/ ١٨٧٤.

(٤) انظر: سلم المتعلم إلى معرفة رموز المنهاج ١/ ١٠٦ مع النَّجم الوهَّاج.

(٥) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٨٧٣، وهو مطبوع بدار حراء بمكة المكرمة سنة ١٤٠٦هـ بتحقيق عبد الله بن سقاف اللحياني.

(٦) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٨٧٥، سلم المتعلم المحتاج إلى معرفة رموز المنهاج ١/ ١٠٦.

شهاب الدِّين أحمد بن محمد الطوخي (ت٨٩٣هـ)(١).

جلال الدِّين السيوطي (ت٩١١هـ) وسماه «الابتهاج»، ولم يتمه(٢).

الاهتمام باصطلاحاته، ورموزه:

لفهم مقصود «المنهاج»، وإشاراته اعتنى بعض العلماء ببيان اصطلاحاته ورموزه، ومن هؤلاء:

أحمد بن أبي بكر بن سميط العلوي، الحضرمي، الشافعي (ت١٣٤٣هـ) ألَّف كتابًا سمَّاه: «الابتهاج في بيان اصطلاح المنهاج»(٣).

أحمد ميقري شميلة الأهدل (ت١٣٩٠هـ) ألَّف كتاباً سمَّاه: «سلم المتعلِّم المحتاج إلى معرفة رموز المنهاج»(٤).

---

(١) انظر: كشف الظنون ٢/ ١٨٧٥.

(٢) كشف الظنون ٢/ ١٨٧٤، سلم المتعلم المحتاج ١/ ١٠٦.

(٣) مطبوع مع النَّجم الوهَّاج.

(٤) مطبوع مع النَّجم الوهَّاج أيضًا.

مصادر الشارح

لقد حاز الأذرعي قصب السبق في توثيق مسائل الكتاب المتشعبة في شتى أنواع العلوم من التفسير، والحديث، والفقه، والأصول، واللغة، وغيرها مما يدل على تبحره، وأمانته العلمية، وسعة اطلاعه فمنها:

- **الإبانة عن أحكام فروع الديانة:** لأبي القاسم عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الفوراني (ت٤٦١هـ) ولم يتمه مخطوط، بدار الكتب المصرية برقم (٢٢٩٥٨ب).
- **أحكام الخنائي:** لأبي الفتوح عبد الله بن محمد بن علي بن أبي عَقَامة التغلبي البغدادي، غير مطبوع، قال عنه النوويّ: «... مجلد لطيف، فيه نفائس حسنة، ولم يسبق إلى تصنيف مثله»⁽¹⁾.
- **إحياء علوم الدِّين:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ).
- **أدب القضاء:** لابن أبي الدم.
- **أدب القضاء:** لابن القاص، تحقيق الشيخ المزيدي
- **الأذكار:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **الاستذكار:** لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، المالكي (ت٤٦٣هـ) مطبوع مشهور.
- **الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى:** لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، صاحب التفسير (ت٦٧١هـ).
- **الإشراف:** للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ) طبع منه مجلدان في المعاملات، والباقي غير مطبوع.
- **الإفصاح:** لأبي علي الحسين، وقيل: الحسن بن القاسم الطبريّ المعروف بصاحب الإفصاح (ت٣٥٠هـ) غير مطبوع.
- **الأفعال:** لأبي القاسم علي بن جعفر السعدي المعروف بابن القطاع (ت٥١٥هـ).

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٦٢.

- **الاقتضاب في شرح أدب الكاتب:** لأبي محمد عبد الله بن السِّيْد البَطَلْيوسي (ت٥٢١هـ).
- **الإقليد لذوي التقليد:** لأبي محمد تاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم ابن الفركاح (ت٦٩٠هـ). مخطوط، بتركيا - إستنبول - المكتبة السلمانية.
- **الإقناع:** لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوري (ت٤٥٠هـ) .
- **الإقناع:** للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت٣١٨هـ) .
- **إكمال الإعلام بتثليث الكلام:** لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن مالك (ت٦٧٢هـ).
- **إكمال المعلم بفوائد مسلم:** للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ) مطبوع بتحقيق الشيخ أحمد فريد المزيدي.
- **الأم:** للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ).
- **الإملاء:** للإمام الشافعي(ت٢٠٤هـ) مفقود .
- **الانتصار:** لأبي أسعد شرف الدِّين عبد الله بن محمد بن هبة الله ابن أبي عصرون التميمي (ت٥٨٠هـ) غير مطبوع.
- **الإنصاف** فيما بين علماء المسلمين في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في فاتحة الكتاب من الاختلاف لأبي عمر يوسف بن عبد البر (ت٤٦٣هـ).
- **الإيضاح في مناسك الحج والعمرة:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) .
- **بحر المذهب:** لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت٥٠٢هـ) .
- **بداية الهداية:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) .
- **البسيط:** لأبي الحسن عليّ بن أحمد الواحديّ (ت٤٦٨هـ) مخطوط.
- **البسيط في المذهب:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) مخطوط بالمكتبة الظاهرية برقم (٢١١١/ ١٧٤).
- **البيان:** لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني (ت٥٥٨هـ).
- **بيان الوهم والإيهام:** الواقعين في كتاب الأحكام: لأبي الحسن علي بن محمد بن القطَّان الفاسي (ت٦٢٨هـ) .

- **التاريخ الكبير**: للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاريّ (ت٢٥٦هـ) .
- **التبصرة**: لأبي بكر محمد بن أحمد بن العباس البيضاوي الفارسي، غير مطبوع.
- **التبصرة في ترتيب أبواب للتمييز بين الاحتياط والوسوسة**: للشيخ أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت٤٣٨هـ) .
- **التتمة**: لأبي سعد عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم النيسابوريّ، المتوليّ (ت٤٧٨هـ) لم يكمله، وصل فيه إلى القضاء، وهو مخطوط .
- **التجريد**: لأبي القاسم يوسف بن أحمد بن كَجّ الدينوريّ، (ت٤٠٥هـ) غير مطبوع.
- **التحرير على مذهب الإمام الشافعي**: للقاضي أبي العباس أحمد بن محمد الجرجانيّ (ت٤٨٢هـ).
- **تحرير لغات التنبيه**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **التحقيق**: لأبي الفتوح عبد الله بن محمد بن علي بن أبي عَقَامة التغلبي البغدادي، غير مطبوع .
- **التحقيق**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) .
- **تذكرة العالم**: لأبي حفص عمر بن أحمد بن عمر بن سريج البغدادي (ت٣٤٠هـ) غير مطبوع .
- **التذكرة في شرح التبصرة**: لأبي بكر محمد بن أحمد بن العباس الفارسي البيضاوي، غير مطبوع.
- **التذنيب**: لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني (ت٦٢٣هـ) طبع مع الوجيز للغزالي، بتحقيق الشيخ أحمد فريد المزيدي.
- **تصحيح التنبيه**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **التطريز في شرح التعجيز**: لأبي القاسم تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي (ت٦٧١هـ) مخطوط بجامعة الإسكندرية - البلدية.
- **التعجيز في اختصار الوجيز**: لأبي القاسم تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي (ت٦٧١هـ) طبع منه كتابُ الطهارة، والصلاة بتحقيق ودراسة الأستاذ الدكتور عبد الله بن فهد الشريف .

- **التعليق**: لأبي علي الحسن بن عبيد الله البندنيجيّ (ت٤٢٥هـ) غير مطبوع .
- **التعليقة الكبرى**: للقاضي أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري (ت٤٥٠هـ).
- **التعليقة**: لأبي إسحاق برهان الدِّين إبراهيم بن عبد الرحمن بن الفركاح الفزاري (ت٧٢٨هـ) أو (٧٢٩هـ) غير مطبوع .
- **التعليقة**: لأبي علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي (ت٣٤٠هـ) غير مطبوع.
- **التعليقة**: للشيخ أبي حامد أحمد بن محمد بن أحمد الإسفرايـيني (ت٤٠٦هـ) وهي تعليقة على مختصر المزنيّ في خمسين مجلدًا. غير مطبوع.
- **التعليقة**: للقاضي حسين بن محمد أبي علي المروزي (ت٤٦٢هـ) طبع منه جزءان إلى أثناء باب صلاة المسافر بتحقيق علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود .
- **تفسير البغوي «معالم التنزيل»**: لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت٥١٦هـ) .
- **التقريب**: لأبي الفتح سليم بن أيوب بن سليم الرازي (ت٤٤٧هـ) غير مطبوع .
- **التلخيص**: لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت٥٠٢هـ) غير مطبوع.
- **التنبيه**: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ) .
- **التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة**: للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ) .
- **التنقيب على المهذَّب**: لأبي الفضل شمس الدِّين محمد بن أبي الغنائم بن معن الصيدلاني الشيباني .
- **التنقيح شرح الوسيط**: لأبي زكريا النووي (ت٦٧٦هـ) .
- **التهذيب**: لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت٥١٦هـ).
- **تهذيب اللغة**: لأبي منصور محمد بن أحمد بن أزهر الأزهري (ت٣٧٠هـ) .
- **الثقات**: لأبي حاتم محمد بن حبَّان التميمي البستي (ت٣٥٤هـ) .
- **الحاوي الصغير**: للشيخ عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني (ت٦٦٥هـ) .

- **الحاوي الكبير:** لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ) .
- **حلية العلماء:** لأبي بكر محمد بن أحمد بن الحسين فخر الإسلام الشاشي، (ت٥٠٧هـ) .
- **حلية المؤمن:** لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (ت٥٠٢هـ) مخطوط، وتوجد منه نسخة بمركز البحث العلمي بجامعة أم القرى برقم (٣٥٩/ ٢) فقه شافعي.
- **خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) .
- **الخلاصة:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ).
- **الخلافيات:** لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقيّ (ت٤٥٨هـ) طبع منه كتاب الطهارة، والباقي مخطوط.
- **دقائق الروضة:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **دقائق المنهاج:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) تحقيق الشيخ المزيدي .
- **دلائل القبلة:** لأبي العبَّاس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت٣٣٥هـ) غير مطبوع .
- **الذَّخائر:** لأبي المعالي مُجَلي بن جُمَيع بن نجا القاضي المخزومي (ت٥٥٠هـ) غير مطبوع.
- **الرسالة القشيرية في علم التصوف:** لأبي القاسم عبد الكريم بن هوازن القشيري، النيسابوري (ت٤٦٥هـ) .
- **الرسالة:** للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ) .
- **رفع التمويه عن مشكل التنبيه:** لأبي العبَّاس كمال الدِّين أحمد بن كَشاسِب الدِّزْمَاريّ (ت٦٤٣هـ) غير مطبوع .
- **رفع اليدين في الصلاة:** للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاريّ (ت٢٥٦هـ) .

- **الروض الأنف في تفسير السيرة النبوية لابن هشام:** لأبي القاسم عبد الرحمن بن عبد الله السهيلي (ت٥٨١هـ) .
- **روضة الطالبين وعمدة المفتين:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) .
- **الرونق:** للشيخ أبي حامد الإسفراييني أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي طاهر (ت٤٠٦هـ) غير مطبوع.
- **رياض الصالحين:** لأبي زكريا النووي (ت٦٧٦هـ).
- **الزوائد:** لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني (ت٥٥٨هـ) غير مطبوع .
- **سنن ابن ماجه:** لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه (ت٢٧٣هـ).
- **سنن أبي داود:** لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ).
- **سنن الترمذي:** لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ) .
- **سنن الدارقطني:** لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني (ت٣٨٥هـ) .
- **السنن الكبرى:** لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقيّ (ت٤٥٨هـ) .
- **سنن النسائيّ:** لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائيّ (ت٣٠٣هـ) .
- **الشافي:** للقاضي أبي العباس أحمد بن محمد الجرجانيّ (ت٤٨٢هـ) غير مطبوع.
- **الشامل:** لأبي نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد البغدادي (ت٤٧٧هـ) حقق منه كتاب السير إلى آخر كتاب النذور، برسالة علمية في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
- **شرائط الأحكام:** لأبي الفضل عبد الله بن عبدان بن محمد الهمداني (ت٤٣٣هـ) غير مطبوع.
- **شرح التلخيص:** للشيخ أبي علي الحسين بن شعيب بن محمد السنجي المروزي (ت٤٢٧هـ) أو (ت٤٣٦هـ) غير مطبوع.
- **شرح التنبيه:** لأبي إسحاق إبراهيم بن منصور بن المسلم المصري المعروف بالعراقي (ت٥٩٦هـ) غير مطبوع .
- **شرح التنبيه:** لأبي العباس محب الدين أحمد بن عبد الله بن محمد الطبري (ت٦٩٤هـ) غير مطبوع .
- **شرح التنبيه:** للشيخ عبد الله بن شرف بن نجدة المرزوقي، غير مطبوع.

- **شرح السنة:** لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت٥١٦هـ) .
- **الشرح الصغير:** لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني (ت٦٢٣هـ).
- **شرح الكفاية:** لأبي القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمريّ توفي بعد سنة (٣٨٦هـ) .
- **شرح المهذَّب:** للشيخ محمد بن عبد الرحمن الحضرمي (ت٦١٣هـ) غير مطبوع.
- **شرح الوسيط:** لأبي العباس كمال الدِّين أحمد بن عبد الله الأسدي المعروف بابن الأستاذ (ت٦٦٢هـ) غير مطبوع .
- **شرح الوسيط:** لأبي العلاء موفق الدين حمزة بن يوسف التنوخي، الحموي (ت٦٧٠هـ) غير مطبوع.
- **شرح الوسيط:** لأبي العلاء موفق الدين حمزة بن يوسف بن سعيد الحموي (ت٦٧٠هـ) مطبوع مع الوسيط .
- **شرح الوسيط:** لأبي الفتوح منتخب الدين أسعد بن محمود بن خلف العجلي (ت٦٠٠هـ) غير مطبوع.
- **شرح رسالة الشافعي:** لأبي الوليد حسان بن محمد النيسابوري (ت٣٤٩هـ) غير مطبوع.
- **شرح صحيح مسلم:** لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **شرح مشكل الوسيط:** لأبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصلاح الشهرزوري (ت٦٤٣هـ) .
- **الشفا بتعريف حقوق المصطفى ﷺ:** للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ) أفضلها تحقيق الشيخ المزيدي .
- **الصِّحاح:** لأبي نصر إسماعيل بن حماد الفارابيّ، الجوهري، (ت٣٩٣هـ) .
- **صحيح ابن حبَّان:** لأبي حاتم محمد بن حبان البستي (ت٣٥٤هـ) .
- **صحيح ابن خزيمة:** لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة النيسابوري (ت٣١١هـ) طبع منه إلى قبيل آخر كتاب الحج بتحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمي، وباقيه مفقود .

- **صحيح أبي عوانة**: لأبي عوانة يعقوب بن إسحاق الاسفراييني (ت٣١٦هـ) .
- **صحيح البخاريّ**: للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاريّ (ت٢٥٦هـ) .
- **صحيح مسلم**: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، النيسابوري (ت٢٦١هـ).
- **طبقات الفقهاء الشافعية**: لأبي عاصم العبّاديّ محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عبّاد الهرويّ (ت٤٥٨هـ).
- **طبقات الفقهاء الشافعية**: لأبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصلاح الشهرزوري (ت٦٤٣هـ) .
- **العباب الزاخر واللباب الفاخر**: لرضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن الصاغاني (ت٦٥٠هـ) .
- **العدة**: لأبي المكارم إبراهيم بن علي الطبري الروياني (ت٥٢٣هـ) غير مطبوع .
- **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**: لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد ابن عبد الكريم الرافعي القزويني (ت٦٢٣هـ).
- **عقود المختصر من نقاوة المعتصر**: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) غير مطبوع .
- **العمدة**: لأبي القاسم عبد الرحمن بن محمد الفوراني (ت٤٦١هـ) غير مطبوع .
- **العمدة**: لأبي بكر محمد بن أحمد بن الحسين فخر الإسلام الشاشي (ت٥٠٧هـ) غير مطبوع.
- **غريب الحديث**: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت٣٨٨هـ) .
- **غريب الحديث**: لأبي عبيد قاسم بن سلام (ت٢٢٤هـ).
- **الغريبين**: لأبي عبيد الهروي، تحقيق الشيخ المزيدي.
- **غنية الفقيه في شرح التنبيه**: لأبي الفضل أحمد بن موسى بن يونس الإربلي الموصلي (ت٦٢٢هـ) حقق برسالتين علميتين في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .
- **فتاوى ابن الصلاح**: لأبي عمرو ابن الصلاح الشهرزوري (ت٦٤٣هـ) مطبوعة، ومعها كتابه «آداب المفتي والمستفتي» .

- **الفتاوى الموصلية**: لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي (ت٦٦٠هـ) طبعت مع فتاويه المصرية بعنوان: فتاوى شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام بتحقيق ودراسة محمد جمعة كردي .
- **الفتاوى**: لأبي بكر عبد الله بن أحمد بن عبد الله القفَّال المروزي (ت٤١٧هـ) .

الفتاوى: لأبي حامد محمد بن يونس عماد الدين الإربلي، الموصلي (ت٦٠٨هـ) غير مطبوعة.

- **الفتاوى**: لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت٥١٦هـ).
- **الفتاوى**: لأبي منصور صدر الدِّين موهوب بن عمر بن موهوب الجزري (ت٦٦٥هـ) غير مطبوعة .
- **الفتاوى**: لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني (ت٤٧٨هـ) غير مطبوع.
- **الفتاوي**: للقاضي حسين بن محمد أبي علي المروزي (ت٤٦٢هـ) مخطوط، لها نسخة في الظاهرية.
- **الفروع**: لأبي الفتح سليم بن أيوب بن سليم الرازي (ت٤٤٧هـ) غير مطبوع.
- **الفروق**: للشيخ أبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت٤٣٨هـ) طبع لأول مرة باسم «الجمع والفرق» بتحقيق د/ عبد الرحمن بن سلامة المزيني .
- **الفصيح**: لأبي العبَّاس ثعلب أحمد بن يحيى البغداديّ (ت٢٩١هـ).
- **فوائد المهذَّب**: لأبي علي الحسن بن إبراهيم الفارقي (ت٥٢٨هـ) غير مطبوع .
- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**: لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (ت٦٦٠هـ) .
- **الكافي في النظم الشافي**: لأبي محمد ظهير الدِّين محمود بن محمد بن العباس بن رسلان الخوارزمي العبَّاسي (ت٥٦٨هـ) مخطوط، وتوجد نسخة منه في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية فيلم رقم (٣٩٤٦).
- **الكامل في ضعفاء الرجال**: لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني (ت٣٦٥هـ) .
- **كتاب المسافر**: لأبي الحسن منصور بن إسماعيل التميمي أحدِ أصحاب الربيع (ت٣٠٦هـ) غير مطبوع .

- **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**: لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت٥٣٨هـ) .
- **كفاية النبيه في شرح التنبيه**: لأبي العبَّاس نجم الدين أحمد بن محمد المعروف بابن الرفعة (ت٧١٠هـ) .
- **اللباب**: لأبي الحسن أحمد بن محمد الضبي، المحاملي (ت٤١٥) تحقيق الشيخ المزيدي .
- **اللطيف**: لأبي الحسين علي بن أحمد بن خيران البغدادي، غير مطبوع .
- **المجرد**: لأبي الفتح سليم بن أيوب بن سليم الرازي (ت٤٤٧هـ) غير مطبوع.
- **المجموع شرح المهذَّب**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).
- **محاسن الشريعة**: لأبي بكر محمد بن علي بن إسماعيل الشاشيّ، القفَّال الكبير (ت٣٦٥هـ) .
- **المحرَّر**: لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت٦٢٣هـ).
- **المحلى**: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري (ت٤٥٦هـ).
- **مختصر البويطي**: لأبي يعقوب يوسف بن يحيى البويطي (ت٢٣١هـ) تحقيق الشيخ المزيدي.
- **مختصر التذنيب**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) غير مطبوع .
- **مختصر المزنيّ**: لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني (ت٢٦٤هـ) .
- **مختصر نهاية المطلب**: لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي (ت٦٦٠هـ) غير مطبوع .
- **المخصَّص**: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده النحوي، اللغوي، الأندلسي، (ت٤٥٨هـ) .
- **المراسيل**: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ) .
- **المرشد**: لأبي أسعد شرف الدِّين عبد الله بن محمد بن هبة الله ابن أبي عصرون التميمي (ت٥٨٠هـ) غير مطبوع .
- **المسائل المنثورة**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ).

- **المستصفى**: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ).
- **مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني** (ت٢٤١هـ).
- **مسند الإمام الشافعي** (ت٢٠٤هـ) .
- **مسند الدارمي المعروف** بسنن الدارمي: لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، السمرقندي (ت٢٥٥هـ) .
- **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**: للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت٥٤٤هـ) .
- **المطلب العالي في شرح وسيط الغزالي**: لأبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة (ت٧١٠هـ) حقق منه رسائل جامعية في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
- **معالم السنن**: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت٣٨٨هـ).
- **معاني القرآن**: لأبي الحسن علي بن حمزة الكسائي الكوفي (ت١٨٩هـ) .
- **معاني القرآن**: لأبي زكريا يحيى بن زياد الفراء (ت٢٠٧هـ) .
- **المعجم الصغير**: لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، (ت٣٦٠هـ) .
- **المعجم الكبير**: لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، (ت٣٦٠هـ) .
- **معجم مقاييس اللغة**: لأبي الحسين أحمد بن فارس اللغويّ، القزوينيّ (ت٣٩٥هـ) .
- **معرفة السنن والآثار**: لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقيّ (ت٤٥٨هـ) .
- **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**: لأبي العباس أحمد بن عمر القرطبي (ت٦٥٦هـ) .
- **المقنع**: لأبي الحسن أحمد بن محمد المحاملي (ت٤١٥) حقق رسائل علمية في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .
- **المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام خير البرية ﷺ**: لأبي البركات مجد الدين عبد السلام ابن تيمية الحراني (ت٦٥٠هـ) مطبوع مشهور .
- **المنهاج في شعب الإيمان**: لأبي عبد الله الحسين بن الحسن الحليميّ (ت٤٠٣هـ) .

- **المهذّب:** لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ) .
- **الموضح في شرح التنبيه:** للشيخ عبد العزيز بن عبد الكريم بن عبد الكافي الجيليّ، (ت٦٣٢هـ) مخطوط.
- **الموطأ:** للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي (ت١٧٩هـ) .
- **ناسخ الحديث ومنسوخه:** لأبي بكر أحمد بن محمد بن هانئ الأثرم توفي بعد سنة(٢٦٠هـ) .
- **ناسخ الحديث ومنسوخه:** لأبي حفص عمر بن أحمد بن شاهين (ت٣٨٥هـ) .
- **النبيه في مختصر التنبيه:** لأبي القاسم تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي (ت٦٧١هـ) غير مطبوع .
- **نكت التنبيه:** لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن علي اليمني المعروف بابن أبي الصّيف (ت٦١٩هـ) غير مطبوع .
- **نهاية المطلب في دراية المذهب:** لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت٤٧٨هـ).
- **النهاية في غريب الحديث والأثر:** لأبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري (ت٦٠٦هـ).
- **الوجيز:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) .
- **الوسائل في فروق المسائل:** لأبي الخير سلامة بن إسماعيل بن جماعة المقدسي (ت٤٨٠هـ) غير مطبوع .
- **الوسيط في المذهب:** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) .
- **وصف الصلاة بالسنة:** لأبي حاتم محمد بن حبّان البستي (ت٣٥٤هـ) غير مطبوع.

وهناك مصادر أخرى كثيرة جدًّا نقل عنها المؤلف، وإنما أوردنا البعض منها لكثرتها وتفرقها في الأجزاء.

مصطلحات المذهب الشافعي

اعلم أن الاصطلاح هو: اتفاق طائفة مخصوصة على أمر مخصوص بينهم.

فحيث قالوا:

(الإمام) يريدون به إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن محمد الجويني (ت٤٧٨هـ).

(القاضي) عند الإطلاق يريدون به القاضي حسين بن محمد المروزي (ت٤٦٢هـ).

(القاضيان) يريدون بهما الروياني ٢٥٩ هـ والماوردي ٢٦٠ هـ.

(الربيع) يريدون به الربيع بن سليمان المرادي (ت٢٧٠هـ).

(الشارح) أو **(الشارح المحقق)** يريدون به الجلال المحلي، شارح المنهاج.

(شارح) يريدون به واحدًا من الشراح لأي كتابٍ كان.

(قال بعضهم) فهو أعم من شارح.

(الشيخان) يريدون بهما الرافعي والنووي.

(الشيوخ) يريدون بهم الرافعي والنووي والسبكي.

وحيث قال في «التحفة» (شيخنا) فيريد به شيخ الإسلام زكريا الأنصاري وكذلك الخطيب، وهو مراد صاحب «النهاية» بقوله: (الشيخ).

وإن قال الخطيب (شيخي) فيريد به الشهاب أحمد الرملي ٢٦١ هـ وهو مراد الجمال بقوله: (أفتى به الوالد)أو (لا يبعد كذا) فهو احتمال.

(الْقَدِيمُ): مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ بِالْعِرَاقِ تَصْنِيفًا: وَهُوَ الْحُجَّةُ أَوْ أَفْتَى بِهِ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ رُوَاتِهِ أَرْبَعَةٌ: الإمام أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَالزَّعْفَرَانِيُّ، وَالْكَرَابِيسِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ.

وَقَدْ رَجَعَ الشَّافِعِيُّ عَنْهُ، وَقَالَ: لَا أَجْعَلُ فِي حِلٍّ مَنْ رَوَاهُ عَنِّي.وَقَالَ الإمام: لَا يَحِلُّ عَدُّ الْقَدِيمِ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ فِيْ «الحَاوِيْ الكبير» (٩/ ٤٥٢) فِي أَثْنَاءِ كِتَابِ الصَّدَاقِ: وَالشَّافِعِيُّ غَيَّرَ جَمِيعَ كُتُبِهِ الْقَدِيمَةِ فِي الْجَدِيدِ وَصَنَّفَهَا ثَانِيَةً، إِلَّا الصَّدَاقَ فَإِنَّهُ لَمْ يُغَيِّرْهُ فِيْ الجَدِيْدِ وَلا أَعَادَ تَصْنِيفَهُ، وَإِنَّمَا ضَرَبَ عَلَى مَوَاضِعَ مِنْهُ وَزَادَ فِيْ مَوَاضِعَ(١).

(الْجَدِيدُ): مَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ بِمِصْرَ تَصْنِيفًا أَوْ إِفْتَاءً، وَالْمَشْهُورُ مِنْ رُوَاتِهِ أَرْبَعَةٌ: الْمُزَنِيّ، وَالْبُوَيْطِيُّ، وَالرَّبِيعُ الْمُرَادِيُّ، وَالرَّبِيعُ الْجِيزِيُّ، وَمِنْهُمْ -أيضًا- حَرْمَلَةُ، وَيُونُسُ بْنُ عَبْدِ الْأَعْلَى، وَعَبْدُاللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ الْمَكِّيُّ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ -الَّذِي قُبِرَ الشَّافِعِيُّ فِي بَيْتِهِ- وَقَدْ انْتَقَلَ أَخِيرًا إلى مَذْهَبِ أَبِيهِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ، وَغَيْرُ هَؤُلَاءِ، وَالثَّلَاثَةُ الْأُوَلُ: هُمُ الَّذِينَ تَصَدَّوْا لِذَلِكَ وَقَامُوا بِهِ، وَالْبَاقُونَ نُقِلَتْ عَنْهُمْ أَشْيَاءُ مَحْصُورَةٌ عَلَى تَفَاوُتٍ بَيْنَهُمْ(٢).

(على ما شمله كلامهم) فهو إشارة إلى التبري منه، أو أنه مُشكل.

(كذا قالوه) فهو تبرٍ، أو مشكل، ومثله **(كذا قاله فلان)** **(وإن صح هذا فكذا)** فهو عدم ارتضائه.

(كما أو لكن) فهو المعتمد قاعدة ولكن في «التحفة»: واعلم أن ما بعد كما معتمد في «التحفة» وأن ما اشتهر من أن المعتمد ما بعد لكن محله إذا لم يسبقه كما، وإلا فهو حينئذٍ المعتمد عنده ٢٦٢هـ، إلا إن قال: لكن المعتمد، كذا والأوجه كذا، فهو حينئذٍ المعتمد.

وقول ابن حجر: **(على المعتمد)** يعني به الأظهر من القولين أو الأقوال للشافعي.

الْأَظْهَرُ: يُعَبَّرُ بِهِ إِذَا قَوِيَ الْخِلَافُ عَن أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ أَوْ الْأَقْوَالِ الَّتِيْ للإمام الشَّافِعِيِّ؛ لِقُوَّةِ مَدْرَكِهِ، وَإِشْعَارًا بِظُهُورِهِ عَلَى مُقَابِلِهِ(٣).

- **الْوَجْهَانُ أو الْأَوْجُهُ**: لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ الْمُنْتَسِبِيْنَ لِـمَذْهَبِهِ؛ لِأَنَّهُمْ يُخَرِّجُونَهَا

---

(١) انظر: [المجموع (١/ ٦٦) وما بعدها، مغني المحتاج (١/ ١٠٨-١٠٩) نهاية المحتاج (١/ ٤٥) حاشيتا قليوبي وعميرة (١/ ١٥)].

(٢) انظر: [المجموع (١/ ٦٦) مغني المحتاج (١/ ١٠٨-١٠٩) نهاية المحتاج (١/ ٤٥) حاشية عميرة (١/ ١٥) حاشية قليوبي (١/ ١٥)].

(٣) انظر: [مغني المحتاج (١/ ١٠٦) نهاية المحتاج (١/ ٤٥-٤٩) حاشية قليوبي (١/ ١٣)].

عَلَى أُصُوْلِهِ، وَيَسْتَنْبِطُونَهَا مِنْ قَوَاعِدِهِ، وَقَدْ يَجْتَهِدُونَ فِي بَعْضِهَا وَإِنْ لَمْ يَأْخُذُوهُ مِنْ أَصْلِهِ(١).

(على الأوجه) يعني به: الأصح من الوجهين أو الأوجه للأصحاب.

(على ما اقتضاه كلامهم) فصيغة بتر كقولهم: (على ما قاله فلان) بذكر (على) أو (هذا كلام فلان) كله بتر، والمعتمد مقابله.

(الحَاصِلُ، وَحَاصِلُ الكَلامِ) عِبَارَةٌ تُسْتَخْدَمُ فِيْ تَفْصِيْلٍ بَعْدَ إِجْمَالٍ(٢).

(الاخْتِيَارُ وَالمُخْتَارُ): مَا اسْتَنْبَطَهُ المُجْتَهِدُ بِاجْتِهَادِهِ مِنَ الأَدِلَّةِ الأُصُوْلِيَّةِ(٣).

-الطَّرِيْقُ، وَالطُّرُقُ: هِيَ اخْتِلَافُ الْأَصْحَابِ فِي حِكَايَةِ الْمَذْهَبِ كَأَنْ يَحْكِيَ بَعْضُهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ أَوْ وَجْهَيْنِ لِمَنْ تَقَدَّمَ، وَيَقْطَعَ بَعْضُهُمْ بِأَحَدِهِمَا. قَالَ الرَّافِعِيُّ - فِي آخِرِ زَكَاةِ التِّجَارَةِ: (وَقَدْ تُسَمَّى طُرُقُ الْأَصْحَابِ وُجُوهًا) وَذَكَرَ مِثْلَهُ فِي مُقَدِّمَةِ الْمَجْمُوعِ (١/ ٦٦) فَقَالَ: (وَقَدْ يَسْتَعْمِلُوْنَ الْوَجْهَيْنِ فِيْ مَوْضِعِ الطَّرِيقَيْنِ وَعَكْسِهِ)(٤).

- القَوْلانِ -أَوِ الأَقْوَالُ - للإمام الشَّافِعِيِّ، ثُمَّ قَدْ يَكُوْنُ القَوْلانِ قَدِيْمَيْنِ، وَقَد يَكُوْنَانِ جَدِيْدَيْنِ، أَوْ قَدِيمًا وَجَدِيْدًا، وَقَدْ يَقُوْلُهُمَا فِيْ وَقْتٍ، وَقَدْ يَقُوْلُهُمَا فِيْ وَقْتَيْنِ، وَقَدْ يُرَجِّحُ أَحَدَهُمَا، وَقَدْ لَا يُرَجِّحُ، فَالمُنْتَسِبُ لِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ عَلَيْهِ العَمَلُ بِآخِرِ القَوْلَيْنِ إِنْ عَلِمَهُ، وَإِلَّا فَبِالَّذِيْ رَجَّحَهُ الشَّافِعِيُّ، أَوْ بِالبَحْثِ عَنْ أَرْجَحِهِمَا، فَيَعْمَلُ بِهِ. وَمَنْ وَجَدَ خِلَافاً بَيْنَ الأَصْحَابِ وَلَمْ يَكُنْ أَهْلًا للتَّرْجِيْحِ فَعَلَيْهِ أَحَدُ أَمْرَيْن: إِمَّا اعْتِمَادُ مَا صَحَّحَهُ الأَكْثَرُ وَالأَعْلَمُ وَالأَوْرَعُ؛ فَإِنْ تَعَارَضَ الأَعْلَمُ وَالأَوْرَعُ قُدِّمَ الأَعْلَمُ.

وَإِمَّا اعْتِبَارُ صِفَاتِ النَّاقِلِيْنَ لِلْقَوْلَيْنِ؛ إِذْ مَا رَوَاهُ البُوَيْطِيُّ ٢٣١هـ، وَالرَّبِيْعُ المُرَادِيُّ ٢٧٠هـ، وَالمُزَنِيُّ ٢٦٤هـ، عَنِ الشَّافِعِيِّ مُقَدَّمًا عِنْدَ الأَصْحَابِ عَلَى مَا رَوَاهُ

---

(١) انظر: [المجموع (١/ ٦٦ وَمَا بَعْدَهَا) مغني المحتاج (١/ ١٠٥) حاشية قليوبي (١/ ١٣).

(٢) انظر: [سلم المتعلم المحتاج (٦٥٦) الخزائن السنية (١٨٥) الفوائد المكية (٤٥)].

(٣) انظر: [الخزائن السنية ص(١٨٣) الفوائد المكية ص(٤٣)].

(٤) انظر: [المجموع (١/ ٦٦) مغني المحتاج (١/ ١٠٦) نهاية المحتاج (١/ ٤٩) حاشية قليوبي (١/ ٤٠) حاشية عميرة (١/ ١٣)].

الرَّبِيْعُ الجِيْزِيُّ ٢٥٦هـ، وَحَرْمَلَةُ ٢٤٣هـ «وَمِمَّا يُرَجَّحُ بِهِ أَحَدُ القَوْلَيْنِ: أَنْ يَكُوْنَ الشَّافِعِيُّ ذَكَرَهُ فِيْ بَابِهِ وَمَظِنَّتِهِ، وَذَكَرَ الآخَرَ فِيْ غَيْرِ بَابِهِ؛ كَأَنْ يَجْرِيَ بَحْثُهُ وَكَلَامٌ جَرَّ إلى ذِكْرِهِ؛ فَالَّذِيْ ذَكَرَهُ فِيْ بَابِهِ أَقْوَى؛ لأَنَّهُ أَتَى بِهِ مَقْصُوْداً وَقَرَّرَهُ فِيْ مَوْضِعِهِ بَعْدَ فِكْرٍ طَوِيْلٍ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ فِيْ غَيْرِ بَابِهِ اسْتِطْرَاداً؛ فَلَا يَعْتَنِيْ بِهِ اعْتِنَاءَ الأَوَّلِ، وَقَدْ صَرَّحَ الأَصْحَابُ بِمِثْلِ هَذَا التَّرْجِيْحِ فِيْ مَوَاضِعَ لَا تَنْحَصِرُ فِيْ المُهَذَّبِ»(١).

الصَّحِيحُ: يُعَبَّرُ بِهِ إِذَا ضَعُفَ الْخِلَافُ؛ الْمُشْعِرُ بِفَسَادِ مُقَابِلِهِ؛ لِضَعْفِ مَدْرَكِهِ، وَلَمْ يُعَبَّرْ بِذَلِكَ فِي الْأَقْوَالِ تَأَدُّبًا مَعَ الإمام الشَّافِعِيِّ، قَالَ الرَّمْلِيُّ: (وَظَاهِرٌ أَنَّ الْمَشْهُورَ أَقْوَى مِنَ الْأَظْهَرِ، وَأَنَّ الصَّحِيحَ أَقْوَى مِنَ الْأَصَحِّ)(٢).

- **التَّفْرِيْعُ**: هُوَ أَنْ يَثْبُتَ لِمُتَعَلِّقٍ أَمْرُ حُكْمٍ بَعْد إِثْبَاتِهِ لِمُتَعَلِّقٍ لَهُ آخَرَ عَلَى وَجْهٍ يُشْعِرُ بِالتَّفْرِيْعِ وَالتَّعْقِيْبِ(٣).

(الْأَصَحُّ) يُعَبَّرُ بِهِ إِذَا قَوِيَ الْخِلَافُ؛ الْمُشْعِرُ بِصِحَّةِ مُقَابِلِهِ؛ لِقُوَّةِ مَدْرَكِهِ، وَفِيْ حَاشِيَةِ قَلْيُوْبِيْ (١/ ١٤): وَاخْتُلِفَ فِي حُكْمِ الْمَأْخُوذِ مِنَ الْأَصَحِّ أَوْ الصَّحِيحِ أَيُّهُمَا أَقْوَى، فَقِيلَ: الْأَوَّلُ؛ وَعَلَيْهِ جَرَى شَيْخُنَا -الرَّمْلِيُّ- لِزِيَادَةِ قُوَّتِهِ، وَقِيلَ: الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ قَرِيبٌ مِنَ الْمَقْطُوعِ بِهِ، وَعَلَيْهِ جَرَى بَعْضُهُمْ، وَهُوَ أَوْجَهُ، وَكَذَا يُقَالُ فِي الْأَظْهَرِ وَالْمَشْهُورِ(٤).

(الْقَوْلُ الْمُخَرَّجُ) هُوَ الْقَوْلُ الْمُقَابَل بِنَصِّ الشَّافِعِيِّ، وَهُوَ مَا كَانَ مِنْ نَصٍّ لَهُ فِي نَظِيرِ الْمَسْأَلَةِ لَا يُعْمَلُ بِهِ وَكَيْفِيَّةُ التَّخْرِيجِ - كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ التَّيَمُّمِ: أَنْ يُجِيبَ الشَّافِعِيُّ بِحُكْمَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فِي صُورَتَيْنِ مُتَشَابِهَتَيْنِ، وَلَمْ يُظْهِرْ مَا يَصْلُحُ لِلْفَرْقِ بَيْنَهُمَا، فَيَنْقُلُ الْأَصْحَابُ جَوَابَهُ فِي كُلِّ صُورَةٍ إلى الْأُخْرَى، فَيَحْصُلُ فِي كُلِّ صُورَةٍ مِنْهُمَا قَوْلَانِ: مَنْصُوصٌ وَمُخَرَّجٌ، الْمَنْصُوصُ فِي هَذِهِ الْمُخَرَّجُ فِي تِلْكَ، وَالْمَنْصُوصُ فِي تِلْكَ هُوَ الْمُخَرَّجُ فِي هَذِهِ، فَيُقَالُ فِيهِمَا قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

---

(١) انظر: [المجموع ١/ ٦٥-٦٩].

(٢) انظر: [مغني المحتاج (١/ ١٠٦) نهاية المحتاج (١/ ٤٥-٥١) حاشية قليوبي (١/ ١٥)].

(٣) انظر: [موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ١/ ٤٩١].

(٤) انظر: [مغني المحتاج (١/ ١١١) نهاية المحتاج (١/ ٤٥)].

وَالْغَالِبُ فِي مِثْلِ هَذَا عَدَمُ إِطْبَاقِ الْأَصْحَابِ عَلَى التَّخْرِيجِ، بَلْ مِنْهُمْ مَنْ يُخَرِّجُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُبْدِي فَرْقًا بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْقَوْلَ الْمُخَرَّجَ لَا يُنْسَبُ لِلشَّافِعِيِّ -إِلَّا مُقَيَّدًا- لِأَنَّهُ رُبَّمَا رُوجِعَ فِيهِ، فَذَكَرَ فَارِقًا(١) .

التخريج: أن يجيب الشافعي بحكمين مختلفين في صورتين متشابهتين ولم يظهر ما يصلح للفرق بينهما، فينقل الأصحاب جوابه في كل صورة إلى الأخرى، فيحصل في كل صورة منهما قولان: منصوص ومخرج المنصوص من هذه هو المخرج في تلك، والمنصوص في تلك هو المخرج في هذه، فيقال فيهما قولان بالنقل والتخريج، والأصح في المخرج ألا ينسب للشافعي.

(الْمَشْهُورُ) يُعَبَّرُ بِهِ إِذَا ضَعُفَ الْخِلَافُ عَنِ أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ أو الْأَقْوَالِ الَّتِيْ للإمام الشَّافِعِيِّ؛ لِضَعْفِ مَدْرَكِهِ، وَإِشْعَاراً بِغَرَابَتِهِ عَلَى مُقَابِلِهِ(٢).

(الْمَذْهَبُ) مَا عُبِّرَ عَنْهُ بِالْمَذْهَبِ هُوَ الْمُفْتَى بِهِ، وَمِنْهُ يُعْلَمُ كَوْنُ الْخِلَافِ طُرُقًا، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُعَبَّرُ عَنْهُ بِالْمَذْهَبِ أَحَدَ الْقَوْلَيْنِ أو الْوَجْهَيْنِ.

النَّصُّ: مَا كَانَ مِنْ أَقْوَالِ الإمام الشَّافِعِيِّ -وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ هُنَا- وَهُوَ الرَّاجِحُ مِنَ الخِلَافِ فِيْ الْمَذْهَبِ، وَمَا قَابَلَهُ وَجْهٌ ضَعِيفٌ جدًّا، أَوْ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنْ نَصٍّ فِيْ نَظِيْرِ مَسْأَلَةٍ؛ فَلَا يُعْمَلُ بِهِ. وَسُمِّيَ مَا قَالَهُ نَصًّا؛ لِأَنَّهُ مَرْفُوعُ الْقَدْرِ لِتَنْصِيصِ الإمام عَلَيْهِ؛ أَوْ لِأَنَّهُ مَرْفُوعٌ إلى الإمام، مِنْ قَوْلِكَ نَصَصْتُ الْحَدِيثَ إلى فُلَانٍ: إِذَا رَفَعْتَهُ إِلَيْهِ.

تَنْبِيهٌ: وَهَذِهِ الصِّيغَةُ: (النَّصُّ) بِخِلَافِ لَفْظِ: (الْمَنْصُوصِ) فَقَدْ يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ النَّصِّ وَعَنِ الْقَوْلِ وَعَنِ الْوَجْهِ فَالْمُرَادُ بِهِ حِينَئِذٍ الرَّاجِحُ عِنْدَهُ(٣).

(والذي يظهر) بحث، وهو: ما يفهم فهمًا واضحًا من الكلام العام للأصحاب

---

(١) انظر: [مغني المحتاج (١/ ١٠٧) نهاية المحتاج (١/ ٥٠)].

(٢) انظر: [مغني المحتاج (١/ ١٠٦) نهاية المحتاج (١/ ٤٥-٤٨) حاشية قليوبي (١/ ١٣-١٤)].

(٣) انظر: [منهاج الطالبين (٦٥) مغني المحتاج (١/ ١٠٦-١٠٧) نهاية المحتاج (١/ ٤٥-٤٩) حاشية قليوبي (١/ ١٣-١٥) سلم المتعلم المحتاج (٦٤٤-٦٤٥) الابتهاج في بيان اصطلاح المنهاج (ص ٦٦٦) الخزائن السنية (ص ١٨٢) الفوائد المكية (ص ٤٦)].

المنقول عن صاحب المذهب بنقلٍ عام.

(لم نر فيه نقلًا) يريدون نقلًا خاصاً.

(هو محتمل) فإن ضبطوه بفتح الميم الثانية فهو راجح، أو بالكسر؛ فالمعنى ذو احتمال مرجوح، فإن لم يضبطوه بشيء يلزم مراجعة كتب المتأخرين، فإن وقع بعد أسباب التوجيه فهو بالفتح راجح، أو بعد أسباب التضعيف، فهو بالكسر مرجوح.

(على المختار) إن كان لغير النووي فهو خارج عن صاحب المذهب، فلا يعول عليه، وإن وقع للنووي في الروضة فهو بمعنى الأصح في المذهب لا بمعناه المصطلح عليه إلا في اختياره عدم كراهة المشمس فهو بمعنى الضعيف.

(وقع لفلان كذا) فهو ضعيف إلا أن يلحقوه بترجيح فيكون راجحًا.

(في أصل الروضة) فالمراد عبارة النووي في «الروضة» التي لخصها، واختصرها من لفظ «العزيز».

(في زوائد الروضة) فالمراد الزائد فيها عن لفظ العزيز.

(نقله فلان عن فلان) أو **(حكاه فلان عن فلان)** فالمعنى واحد.

(سكت عليه) أي: ارتضاه.

(أقره فلان) فهو كالجازم به.

(نبَّه عليه الأذرعي) معناه أنه معلوم من كلام الأصحاب وإنما للأذرعي التنبيه عليه لا غير.

(كما ذكره الأذرعي) فالمراد أن ذلك من عند نفسه. أو **(الظاهر كذا)** فهو من بحث القائل.

(الفحوى) هو ما فهم من الأحكام بطريق القطع.

(المقتضى) و**(القضية)** هو الحكم بالشيء لا على وجه الصراحة.

(زعم فلان) فهو بمعنى قال: إلا أنه أكثر ما يقال فيما شك فيه.

من اصطلاحهم أنهم إذا نقلوا عن الإمام الحي، فلا يصرحون باسمه؛ لأنه ربما رجع عن قوله وإنما يقال: **(قال بعض العلماء)** فإن مات صرحوا باسمه.

والمقرر الناقل متى قال: **(وعبارته)** تعين عليه سوق العبارة المنقولة بلفظها ولم يجز له تغيير شيء منها وإلا كان كاذبًا.

ومتى قال: **(قال فلان)** كان بالخيار بين أن يسوق عبارته بلفظها أو بمعناها من غير نقلها، لكن لا يجوز له تغيير شيء من معاني ألفاظها.

وقولهم: **(ملخصًا)** فالمراد أن يأتي من ألفاظه بما هو المقصود.

وقولهم: **(المعنى كذا)** المراد به التعبير عن لفظه بما هو المفهوم منه.

وقولهم: **(فيرد عليه كذا)** وما اشتق من الورود يقال لما لا يندفع بزعم المعترض.

وقولهم: **(ويتوجه)** وما اشتق منه أعم منه من غيره.

وقولهم: **(مع ضعف فيه)**قد يقال لما فيه ضعف شديد أيضًا.

وقولهم: **(ولقائل)** لما فيه ضعف ضعيف.

أو **(وفيه بحث)** ونحوه لما فيه قوة سواءٌ تحقق الجواب أم لا.

و**(قيل)** و**(يقال)** و**(لا يبعد)** و**(يمكن)** صيغ تمريض تدل على ضعف مدلولها بحثاً كان أو جوابًا.

أو **(أقول)** أو **(قلت)** لما هو خاصٌّ بالقائل أو **(حاصله)** أو **(محصله)** أو **(تحريره)** أو**(تنقيحه)** أو نحو ذلك؛ فإشارة إلى قصور في الأصل أو اشتماله على حشو.

(تأمل) إشارة إلى دقة المقام مرة، وإلى خدشٍ فيه أخرى، فهو إشارة إلى الجواب القوي.

(فتأمل) بالفاء إشارة إلى الضعيف.

(فليتأمل) إشارة إلى الأضعف.

(وفيه نظر) يستعمل في لزوم الفساد.

(ولقائل) إذا كان بسؤال قوي فجوابه أقول أو نقول بإعانة سائر العلماء.

(فإن قيل) إذا كان السؤال ضعيفًا فجوابه أجيب، ويقال.

(لا يقال) لما كان أضعف وجوابه لأنا نقول.

(فإن قلت) للسؤال إذا كان قويًا، وجوابه قلنا أو قلت.

(قيل) يقال لما فيه اختلاف وضعف ما قالوه.

(محصل الكلام) يقال للإجمال بعد التفصيل.

(وحاصل الكلام) يقال للتفصيل بعد الإجمال.

(والتعسف) ارتكاب ما لا يجوز عند المحققين، وقد يطلق على ارتكاب ما لا ضرورة فيه.

(وفيه تساهل) يستعمل في كلامٍ لا خطأ فيه.

(التسامح) هو استعمال اللفظ في غير موضعه الأصلي كالمجاز.

(التأمل) هو إعمال الفكر.

(التدبر) تصرف القلب بالنظر في الدلائل.

(تدبر) للسؤال في المقام.

(فتدبر) بمعنى التقرير والتحقيق لما بعده.

(وفي الجملة) يستعمل في الجزئي والإجمالي.

(وبالجملة) في الكليات والتفصيل.

(اللهم إلا أن يكون كذا) قد يجيء حشوًا أو بعد عموم حثًّا للسامع، وتنبيهًا للمقيد المذكور قبلها.

(وقد يفرق) و**(إلا أن يفرق)** و**(يمكن الفرق)** صيغ فرق.

(وقد يجاب) و**(إلا أن يجاب)** و**(لك أن تجيب)** كلها جواب من قائله.

(ولك رده) و**(يمكن رده)** صيغ رد.

(لو قيل كذا) صيغة ترجيح.

ومثله **(لم يبعد)** ومثله **(ليس ببعيد)** ومثله **(لكان قريبًا)** ومثله **(أو أقرب)**.

وإذا اختلف المصنف والفتوى فالعمدة ما في المصنف، وإن وجدنا كلامًا في الباب وكلامًا في غير الباب؛ فالعمدة ما في الباب.

وإن قالوا: (وإن) أو (ولو) فهو إشارة إلى الخلاف، فإن لم يوجد خلاف، فإن لم يوجد خلاف فهو لتعميم الحكم وأن البحث والإشكال والاستحسان والنظر لا يرد المنقول والمفهوم لا يرد الصريح.

(الأشهر كذا والعمل على خلافه) تعارض الترجيح من حيث دليل المذهب والترجيح من حيث العمل، فساغ العمل بما عليه العمل.

وقول الشيخين **(وعليه العمل)** صيغة ترجيح.

(اتفقوا) و**(هذا المجزوم به)** و**(هذا لاخلاف فيه)** يقال: فيما يتعلق بأهل المذهب لاغير.

(هذا مجمع عليه) يقال: فيما اجتمعت عليه الأئمة.

(وفي صحته نظر) دليلٌ على أنهم لم يروا فيه نقلًا.

(ينبغي) الأغلب استعمالها في المندوب تارةً والوجوب أخرى، ويحمل على أحدهما بالقرينة، وقد يستعمل للجواب والترجيح.

(لا ينبغي) قد تكون للتحريم أو الكراهة.

(وانتحله) ادعاه لنفسه وهو لغيره.

(وليس بشيء) تأكيد للضعيف **(وفي النفس منه شيء)** صيغة رد.

(وزعم كذا ممنوع) صيغة توجيه.

(لم أعثر عليه) صيغة استغراب.

الْإِمْلَاءُ: مِنْ كُتُبِ الشَّافِعِيِّ الجَدِيْدَةِ الَّتِيْ أَمْلاهَا بِمِصْرَ بِلا خِلافٍ، يَتَكَرَّرُ ذِكْرُهُ فِيْ كُتُبِ الأَصْحَابِ، وَهُوَ فِيْ نَحْوِ أَمَالِيْهِ حَجْماً، وَقَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ الإِمْلَاءَ هُوَ الأَمَالِيْ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ النَّوَوِيُّ قَائِلًا: (اسْتَعْمَلَهُ فِيْ المُهَذَّبِ فِيْ مَوَاضِعَ اسْتِعْمَالًا يُوْهِمُ أَنَّهُ مِنَ الكُتُبِ القَدِيْمَةِ.. فَنَبَّهْتُ عَلَيْهِ، وَقَدْ أَوْضَحْتُ فِيْ شَرْحِ المُهَذَّبِ حَالَهُ وَأَزَلْتُ ذَلِكَ الوَهْمِ بِفَضْلِ اللهِ تَعَالَى، وَقَدْ ذَكَرَ الإمام الرَّافِعِيُّ فِيْ

مَوَاضِعَ كَثِيْرَةٍ بَيَانَ كَوْنِهِ فِيْ الكُتُبِ الجَدِيْدَةِ؛ وَكَأَنَّهُ خَافَ مَا خِفْتُهُ مِنْ تَطَرُّقِ الوَهْمِ.وَأَمَّا الأَمَالِيْ القَدِيْمَةِ الَّذِيْ ذَكَرَهُ فِيْ المُهَذَّبِ فِيْ آخِرِ بَابِ إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ فَمِنَ الكُتُبِ القَدِيْمَةِ، وَهُوَ غَيْرُ الْإِمْلَاءِ المَذْكُوْرِ).

وَهُوَ مِنْ رِوَايَةِ أَبِيْ الوَلِيْدِ مُوْسَى بْنِ أَبِيْ الجَارُوْدِ، أَحَدِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ، وَالآخِذِيْنَ عَنْهُ، وَكَانَ يُفْتِيْ بِمَكَّةَ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ(١).

الأَمَالِيْ: جَمْعُ إِمْلَاءٍ، وَهُوَ: أَنْ يَقْعُدَ عَالِمٌ وَحَوْلَهُ تَلَامِذَتُهُ بِالمَحَابِرِ وَالقَرَاطِيْسِ فَيَتَكَلَّمُ بِمَا فَتَحَ اللهُ عَلَيْهِ مِنَ العِلْمِ وَيَكْتُبُهُ التَّلَامِذَةُ فَيَصِيْرُ كِتَاباً؛ وَيُسَمُّوْنَهُ: الإِمْلَاءُ وَالأَمَالِيْ، وَهِيَ طَرِيْقَةُ السَّلَفِ مِنَ الفُقَهَاءِ وَالمُحَدِّثِيْنَ وَأَهْلِ العَرَبِيَّةِ، وَمَا جَرَى عَلَيْهِ العُلَمَاءُ قديمًا خُصُوْصَاً الحُفَّاظُ مِنْ أَهْلِ الحَدِيْثِ، وَقَدْ كَانَ هَذَا فِيْ الصَّدْرِ الأَوَّلِ فَاشِيَاً كَثِيْرَاً، ثُمَّ مَاتَتِ الحُفَّاظُ؛ فَانْدَرَسَتْ لِذَهَابِهِمْ(٢).

(التَّعَالِيْقُ) جَمْعُ تَعْلِيْقَةٍ، وَهِيَ مَا يُمْلِيْهِ الإمام عَلَى تَلَامِذَتِهِ فَيُعَلِّقُوْنَهَا عَنْهُ، فَتَصِيْرُ كِتَابَاً؛ وَهِيَ -أيضًا- تُسَمَّى: الإِمْلَاءُ وَالأَمَالِيْ، وَالشَّافِعِيَّةُ يُسَمُّوْنَهَا: التَّعْلِيْقُ، وَالتَّعَالِيْقُ، وَالتَّعْلِيْقَةُ(٣).

(الفَصْلُ) اسْمٌ لِجُمْلَةٍ مُخْتَصَّةٍ مِنَ البَابِ، مُشْتَمِلَةٍ عَلَى مَسَائِلَ غَالِبًا(٤).

(البَابُ) اسْمٌ لِجُمْلَةٍ مُخْتَصَّةٍ مِنَ الكِتَابِ، مُشْتَمِلَةٍ عَلَى فُصُوْلٍ وَمَسَائِلَ غَالِبًا(٥).

اصطلاحات المتأخرين من الشافعية في أسماء الكتب:

الإمام: حَيْثُ أُطْلِقَ الإمام فِيْ كُتُبِ الشَّافِعِيَّةِ؛ فَهُوَ: إِمَامُ الحَرَمَيْنِ أَبُوْ المَعَالِيْ، عَبْدُالمَلِكِ بْنُ عَبْدِاللهِ بْنِ يُوْسُفَ الجُوَيْنِيُّ، نِسْبَةً إلى جُوَيْنَ مِنْ نَوَاحِيْ

---

(١) انظر: [تهذيب الأسماء (٢/ ٤٢١) طبقات الفقهاء الشافعيين لابن كثير (١/ ١٥٧-١٥٨) تسمية فقهاء الأمصار (١/ ١٢٨) كشف الظنون (١/ ١٦٩) أسماء الكتب (١/ ٥٧) الخزائن السنية ص(٢٤)].

(٢) انظر: [طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٤/ ٣٠-٣٣) الرسالة المستطرفة (١/ ١٥٩) كشف الظنون (١/ ١٦١) فهرس الفهارس والأثبات (٢/ ١٠٢٠-١٠٢١)].

(٣) انظر: [كشف الظنون (١/ ١٦١)].

(٤) انظر: [سلم المتعلم المحتاج ص(٦٥٩)].

(٥) انظر: [سلم المتعلم المحتاج ص(٦٥٩)].

نَيْسَابُوْر (٤١٩-٤٧٨هـ) لَهُ: «نِهَايَةُ المَطْلَبِ فِيْ دِرَايَةِ المَذْهَبِ» وَ«مُخْتَصَرُ نِهَايَةِ المَطْلَبِ» قَالَ عَنْهُ: «يَقَعُ فِيْ الحَجْمِ مِنَ «النِّهَايَةِ» أَقَلَّ مِنَ النِّصْفِ، وَفِيْ المَعْنَى أَكْثَرَ مِنَ الضِّعْفِ؛ غَيْرَ أَنَّهُ لَمْ يُتِمَّهُ، قَالَ عَنْهُ ابْنُ السُّبْكِيِّ: «عَزِيْزُ الوُقُوْعِ، مِنْ مَحَاسِنِ كُتُبِهِ»⁽¹⁾ .

الإمام: حيث أطلق الإمام في الأصول؛ فالمراد به فخر الدين محمد بن عمر ابن الحسين الرازي.

الشارح: حيث أطلق فالمراد به الجلال محمد بن احمد المحلي.

الشارح المحقق: شارح «منهاج الطالبين» حيث لم يكن له اصطلاح بخلافه وإلا اتبع ذلك الاصطلاح.

الشيخ: حيث أطلقه جمال الرملي؛ فمراده شيخ الإسلام زكريا الإنصاري.

شيخنا: حيث أطلق الخطيب البغدادي وابن حجر، فمرادهما شيخ الإسلام زكريا الأنصاري أيضًا.

شيخي: حيث أطلقه الخطيب، فمراده الشهاب أحمد بن حمزة الرملي الكبير، وهو المراد بقول الجمال الرملي: أفتى به الوالد.

الشيخان: حيث أطلق في الصحابة، فالمراد أبو بكر الصديق وعمر ﵄.

الشيخان: حيث أطلق في المحدثين، فالمراد محمد بن إسماعيل البخاري ومسلم بن الحجاج.

الشيخان: حيث أطلق في مسائل الفقه الشافعية؛ فالمراد به الإمام أبو القاسم عبد الكريم الرافعي والإمام محيي الدين النووي.

الشيوخ: حيث أطلق فمرادهم الرافعي والنووي وتقي الدين علي السبكي.

---

(١) انظر: [طبقات الشافعية الكبرى (٥/ ١٦٥-٢٢٢) طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٢٥٥-٢٥٦) وفيات الأعيان (٣/ ١٦٧-١٧٠) الفوائد المدنية ص(٢٥٩) الفوائد المكية ص(٤١) ترشيح المستفيدين ص(٦) سلم المتعلم المحتاج ص(٤٤) الخزائن السنية ص(١١٥)، ص(٩٣)].

القاضي: حيث اطلق في كتب المتقدمين من الشافعية، فالمراد القاضي أبو حامد المروزي صاحب «الجامع» و«شرح مختصر المزني».

القاضي: حيث أطلق في كتب المتأخرين من الشافعية، فالمراد به القاضي أبو علي حسين بن محمد المروزي.

القاضي: حيث أطلق في كتب الحديث، فالمراد به القاضي عياض.

القاضي: حيث أطلق في كتب التفسير؛ فالمراد به القاضي ناصر الدين عبد الله ابن عمر البيضاوي.

القاضي: حيث أطلق في كتب الأصول، فالمراد به القاضي أبو بكر بن الطيب الباقلاني.

القاضيان: حيث أطلق في كتب الفقه الشافعية؛ فالمراد بهما أبوالمحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني وأبو الحسن بن محمد بن حبيب الماوردي البصري.

الأصحاب: هم أصحاب الآراء في المذهب الذين يخرجون الأوجه على أصول الشافعي التي يستنبطونها من قواعده.

الأشبه: وهو الحكم الأقوى شبهًا بالعلة، وذلك فيما لو كان للمسألة حكمان مبنيان على قياسين لكن العلة في أحدهما أقوى من الآخر.

طريقة العراقيين: وهم من كان من فقهاء الشافعية بالعراق.

طريقة الخراسانيين: وهم فقهاء الشافعية بخراسان.

الجامعون بين الطريقتين: وهم الذين نقلوا من العراقيين والخراسانيين ولم يتقيدوا بعلماء بلد واحد، وللعلم أنه لا فرق بين الطريقتين، إلا أن العراقيين أتقن وأثبت في نقل نصوص الشافعي وقواعد مذهبه، والخراسانيون أحسن تصرفًا وتفريعًا وترتيبًا غالبًا، وهذا ما حكاه النووي في مقدمة «المجموع» شرح «المهذب»⁽¹⁾.

---

(١) انظر: تفصيل هذه المصطلحات في مقدمة «المجموع شرح المهذب» للنووي، مكتبة الإرشاد.ت.محمد المطيعي (١/١٠٧ ـ ١١٦)، ومنهاج الطالبين (١/٢ ـ ٣)، ومختصر الفوائد المكية ص (٨٧ ـ ١٠٠)، و«المدخل إلى فقه الإمام الشافعي» للقواسمي ص (٥٠٥ ـ ٥١٥).

(النهاية): يراد به «نهاية المطلب» للجويني.

(البحر): المراد «بحر المذهب» للروياني.

(الروضة): المراد «روضة الطالبين» للنووي.

(في البويطي): المراد كتابه «المختصر».

(في الرافعي): المراد كتابه «الشرح الكبير»(١).

---

(١) انظر: المذهب عند الشافعية وذكر بعض علمائهم وكتبهم واصطلاحاتهم - محمد بن الطيب اليوسف (ص ٢٦٤) وما بعدها، ومختصر الفوائد المكية ص ٩٦ وكتب أسماء الكتب الواردة في كتب زكريا الأنصاري وابن حجر والرملي والخطيب.

وأما اصطلاحاته في كتابه المنهاج فهي كاصطلاحاته التي في سائر كتبه الفقهية.

فقد ذكر في المنهاج عبارات يعلم منها أن الخلاف أقوال للشافعي، أو أوجه لأصحابه، أو مركب منهما، وهي سبعة عشر.

فالأظهر، والمشهور، والقديم، والجديد، وفي قول، وفي قول قديم، وفي قول كذا، والقولان، والأقوال، هذه يعبر بها عن أقوال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه.

والأصح، والصحيح، وقيل، وفي وجه، والوجهان، والأوجه، لأوجه الأصحاب والنص للمركب منهما يقينًا.

والمذهب حين يعبر به محتمل لأن يكون من أقوال الشافعي أو من أوجه الأصحاب أو من المركب منهما.

وقد يعبر في بعض المسائل بالمنصوص وفي بعضها بفي قول أو وجه، وقد يعبر لما فيه خلاف بقوله وكذا.

التعبير بالأظهر: إذا عرفت هذا فاعلم أن تعبيره بـ(الأظهر) يستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، يعني أن المسألة ذات خلاف.

الثانية: الأرجحية، يعني أن في المسالة قولًا راجحاً وقولًا مرجوحاً، والراجح هو المذكور، والمرجوح هو المقابل.

الثالثة: كون الخلاف فيه قولياً، أي من قول الإمام الشافعي (أو من أقواله لا من الأوجه التي ذكرها أصحابه.

الرابعة: ظهور المقابل، يعني أن المقابل ظاهر في نفسه وإن كان المعتمد في الفتوى والحكم على الأظهر.

وجملة ما في «المنهاج» من التعبير بالأظهر أربعمائة إلا خمسة:

منها: التعبير بأظهرها في موضعين: أحدهما في الرهن، والآخر في الوصايا.

ومنها: التعبير بأظهرهما في كتاب العتق في فصل أعتق في مرض موته.

التعبير بالمشهور وتعبيره بـ(المشهور) يستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية وقد مر معنى ذلك.

الثانية: الأرجحية وقد مر معنى ذلك أيضًا.

الثالثة: غرابة المقابل، أي كونه خفياً غير مشهور، فهو ضعيف.

الرابعة: كون الخلاف قولياً، أي من قولي الإمام الشافعي، أو من أقواله لا من الأوجه التي لأصحابه ﷺ.

وجملة ما في «المنهاج» من التعبير بالمشهور ثلاث وعشرون عبارة، منها التعبير بالأشهر في الشهادات في فصل لا يحكم. . .إلخ.

والتعبير بالأصح وتعبيره بـ«**الأصح**» يستفاد منه أربع مسائل: الخلافية، والأرجحية، وقد مر معناهما. والثالثة صحة المقابل، لقوة الخلاف بقوة دليل المقابل. والرابعة كون الخلاف وجهًا لأصحاب الإمام الشافعي، يستخرجونه من قواعده ونصوصه، ويجتهدون في بعضها، فالخلاف لأصحابه في المسألة.

وقد يشذون أي يخرجون عن قواعد الشافعي ونصوصه ويجتهدون في مسألة من غير أخذ منهما بل على خلافهما عنها كالمزني وأبو ثور، فلا تعد أقوالهم وجوهًا في المذهب. وجملة ما في المنهاج من التعبير بالأصح ألف وثمانية وثلاثون عبارة تقريبًا:

منها ما لفظه (صحح) في الضمان.

ومنها تعبيره بـ(أصحها) في أربعة مواضع: في قوله: وفي وجوب أجرة المثل مدة النقل أوجه أصحها تجب أن نقل بعد القبض لا قبله» وقوله: «وفي استحباب الصدقة بما فضل عن حاجة أوجه أصحها إن عليه الصبر استحب وإلا فلا» وفي الجراح وفي العدد.

ومنها أصحهما الثاني في الصلح.

ومنها واحد ضعيف في باب زكاة الفطر.

التعبير بالصحيح وتعبيره بـ(**الصحيح**) يستفاد منه أربع مسائل: الخلافية، والأرجحية. والثالثة: فساد المقابل، أي كونه ضعيفاً لا يعمل به، والعمل بالصحيح. والرابعة: كون الخلاف وجهاً للأصحاب، يستخرجونه من كلام الإمام الشافعي فإن قوي الخلاف لقوة دليل المقابل عبر بالأصح المشعر بذلك، وإن لم يقو الخلاف بأن ضعف عبر بالصحيح.

طريق علمنا بالراجح من أقوال الإمام والمراد بقوة الخلاف علمنا بالدليل الذي استند إليه الإمام الشافعي، وقد لا نعلمه لكن نعلم الراجح، وطريق علمنا به يحصل بأمور:

١ - إما بالنص على أرجحيته.

٢ - وإما بالعلم بتأخيره.

٣ - وإما بالتفريع عليه.

٤ - وإما بالنص على فساد مقابله.

٥ - وإما بموافقته لمذهب مجتهد.

فإن لم يظهر مرجح؛ فللمقلد أن يعمل بأي القولين شاء.

حكم العمل بالمرجوح: يجوز العمل بالمرجوح في حق نفسه.

قال العلامة محمد بن أحمد عبد الباري الأهدل - رحمه الله - تعالى: مما وجدته بخط صحيح عن الشيخ سعيد هلال مفتي مكة المكرمة في الكلام على المنهاج: أنه يجوز تقليد مقابل الأظهر والأصح، دون مقابل المشهور والصحيح اهـ ثم قال: ولا يناقضه قولهم:

يجوز تقليد غير الأربعة في عمل النفس دون القضاء والإفتاء كما قالوا: وجاز تقليد لغير الأربعة لا في قضاءٍ مع إفتاءٍ ذكر في حق نفسه، ففي هذا سعة هذا عن السبكي الإمام المشتهر، قال في «التحفة»: وتبعوه - أي السبكي- في العمل بخلاف المذاهب الأربعة، أي مما علمت نسبته لمن يجوز تقليده وجميع شروطه عنده، وحمل على ذلك قول ابن الصلاح: لا يجوز تقليد غير الأئمة الأربعة أي في قضاءٍ

أو إفتاء، ومحل ذلك وغيره من سائر صور التقليد ما لم يتتبع الرخص بحيث تنحل ربقة التكليف من عنقه وإلا أثم به، بل قيل فسق وهو وجيه.

ونقل صاحب «فتح المعين» عن الشيخ أحمد الدمياطي، نقله عن الشيخ سنبل في هذه المسألة ما لفظه: وأما الأقوال الضعيفة، فيجوز العمل بها في حق النفس لا في حق الغير ما لم يشتد ضعفها، ولا يجوز الإفتاء ولا الحكم بها، والقول الضعيف شامل لخلاف الأصح وخلاف المعتمد وخلاف الأوجه وخلاف المتجه، وأما خلاف الصحيح؛ فالغالب أنه يكون فاسدًا لا يجوز الأخذ به.

وجملة ما في «المنهاج» من التعبير بالصحيح مائة وستة وسبعون.

التعبير بالجديد، وتعبيره بـ(الجديد) يعني من قول الإمام الشافعي، وهو ما قاله بعد دخوله مصر، فإذا عبر الإمام النووي بالجديد، فيستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، والمعنى أن قوله في الجديد بحكم في مسألة يخالف قوله القديم فيها.

والثانية: الأرجحية، والمعنى أن في المسألة قولين: قولًا راجحًا: وهو القول الجديد، وقولًا مرجوحًا: وهو القديم، والمراد القول الجديد الذي عبر به.

والثالثة: كون الخلاف من قول الإمام الشافعي.

والرابعة: كون المقابل قديمًا، أي قولًا قديمًا للشافعي.

وجملة ما في المنهاج من التعبير بالجديد خمس وسبعون عبارة تقريبًا.

التعبير بالقديم:

وتعبيره بـ(القديم) - أي من قولي الإمام الشافعي - وهو ما قاله قبل دخوله مصر يستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، وهي أن قوله في الجديد في مسألة يخالف قوله القديم منها.

والثانية: المرجوحية، وهي كون القديم مرجوحًا، والجديد راجحًا.

والثالثة: كون الخلاف قوليًا.

والرابعة: كون المقابل هو الجديد، والعمل عليه، وجملة ما في «المنهاج» من التعبير بالقديم ثمانية وعشرون لفظة.

المذهب القديم ليس مذهبًا للشافعي؛ لأن المقلد مع المجتهد كالمجتهد مع الرسول، فكما أن الحادث من أدلة الشرع ناسخ للمتقدم منها إجماعًا حتى يجب على المجتهد الأخذ به كذلك المقلد مع المجتهد.

المسائل المفتى بها على القديم: وأما المسائل التي عدوها وجعلوها مما يفتى به على القديم فسببه أن جماعة من المجتهدين في مذهبه لاح لهم في بعض المسائل أن القديم أظهر دليلًا، فأفتوا به غير ناسبين ذلك إلى الشافعي، فمن بلغ رتبة الترجيح ولاح له الدليل أفتى بها وإلا فلا وجه لعلمه وفتواه، على أن المسائل التي عدوها أكثرها فيه قول جديد فتكون الفتوى به وهي ثماني عشرة مسألة:

الأولى: عدم وجوب التباعد عن النجاسة في الماء الكثير بقدر القلتين، قال في «الروضة»: «فرع إذا وقع في الماء الكثير الراكد نجاسة جامدة، فقولان: أظهرهما وهو القديم أنه يجوز الاغتراف من أي موضع شاء ولا يجب التباعد؛ لأنه طاهر كله والثاني الجديد يجب أن يبعد عن النجاسة بقدر قلتين».

وحكى ابن الصلاح عن أبي علي السنجي أن القول بعدم التباعد قاله الشافعي في اختلاف الحديث وهو من الكتب الجديدة.

الثانية: عدم تنجس الماء الجاري إلا بالتغير.

الثالثة: عدم النقض بلمس المحرم.

الرابعة: تحريم أكل الجلد المدبوغ.

الخامسة: استحباب التثويب في أذان الصبح، قال في «الروضة»: هو سنة على المذهب الذي قطع به الأكثرون، وقيل: قولان القديم الذي يفتى به أنه سنة، والجديد ليس سنة، ونقل التثويب عن نص الشافعي في البويطي، فيكون منصوصًا في القديم والجديد.

السادسة: مقدار وقت المغرب إلى مغيب الشفق الأحمر، قال في «الروضة»: في المغرب وجهان: أصحهما يجوز مدها إلى مغيب الشفق، والثاني منعه كغيرها، ثم الأظهر من القولين الجديد، واختار طائفة من الأصحاب القديم ورجحوه وعندهم المسألة مما يفتى فيه على القديم.

قلت: الأحاديث الصحيحة مصرحة بما قاله في القديم وتأويل بعضها متعذر فهو الصواب.

قال في «المجموع»: فإذا عرفت الأحاديث الصحيحة تعين القول به جزمًا؛ لأن الشافعي نص عليه في القديم كما نقله أبو ثور وعلق الشافعي القول به في «الإملاء» على ثبوت الحديث، وقد ثبت الحديث بل أحاديث، الإملاء من كتب الشافعي الجديدة، فيكون منصوصًا عليه في القديم والجديد.

السابعة: استحباب تعجيل العشاء: وأما العشاء ففيها قولان، قال في القديم والإملاء تقديمها أفضل، وهو الأصح كما في سائر الصلاة وقال في الجديد تأخيرها أفضل والإملاء من الكتب الجديدة.

الثامنة: عدم ندب قراءة السورة في الأخيرتين، قال في «الروضة»: «وهل تسن السورة في الركعة الثالثة والرابعة قولان القديم، وبه أفتى الأكثرون لا تسن، والجديد تسن لكنها تكون أقصر».

وقال في «المجموع»: وصححت طائفة عدم الاستحباب وهو الأصح، وبه أفتى الأكثرون وجعلوا المسألة من المسائل التي يفتى فيها على القديم.

قلت: وليس هو قديمًا فقط، بل معه نصان في الجديد.

التاسعة: الجهر بالتأمين للمأموم في الجهرية، قال في «المجموع»: «وأما المأموم فقد قال المصنف وجمهور الأصحاب قال الشافعي في «الجديد» لا يجهر، وفي «القديم» يجهر، وهذا أيضًا غلط من محمود أو من المصنف بلا شك؛ لأن الشافعي قال في «المختصر» وهو من الجديد: يرفع الإمام صوته بالتأمين ويسمع من خلفه أنفسهم، وقال في «الأم»: يرفع الإمام بها صوته، فإذا قالها قالوها وأسمعوا أنفسهم، ولا أحب أن يجهروا، فإن فعلوا فلا شيء عليهم... ثم للأصحاب في المسألة طرق أصحها وأشهرها والتي قالها الجمهور أن المسألة على قولين أحدهما يجهر والثاني يسر» قال في «الروضة»: والمذهب أنه يجهر، وقيل قولان.

العاشرة: ندب الخط عند عدم الشاخص.

الحادية عشرة: جواز اقتداء المنفرد في أثناء صلاته.

الثانية عشرة: كراهة تقليم أظافر الميت.

الثالثة عشرة: عدم اعتبار الحول في الركاز.

الرابعة عشرة: صيام الولي عن الميت الذي عليه صوم، قال ابن الصلاح في «فتاويه»: «من مات وعليه صيام فعلى القديم يصوم عنه وليّه، وهو الصحيح للأحاديث الصحاح في كتاب مسلم وغيره أن من مات وعليه صيام صام عنه وليه، ولا تأويل له يفرح به».

وقال في «المجموع»: «الحال الثاني أن يتمكن من قضائه سواء فاته بعذر أم بغيره، ولا يقضيه حتى يموت، ففيه قولان مشهوران أشهرهما وأصحهما عند المصنف والجمهور وهو المنصوص في الجديد أنه يجب في تركه لكل يوم مُد من طعام، ولا يصح صيام وليه عنه، قال القاضي أبو الطيب: هذا هو المنصوص للشافعي في كتبه الجديدة، وأكثر القديمة والثاني وهو القديم - وهو الصحيح عند جماعة من محققي أصحابنا وهو المختار- أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه، ويصح ذلك ويجزئه عن الإطعام وتبرأ به ذمة الميت».

الخامسة عشرة: جواز اشتراط التحلل من الحج بالمرض، قال ابن الصلاح في «فتاويه»: وشرط التحلل في الحج عند المرض ونحوه والقديم أنه يجوز الشرط ويتحلل به.

وقال في «الروضة»: فإن شرط أنه إذا مرض تحلل فطريقان: قال الجمهور يصح الشرط في القديم، وفي الجديد قولان: أظهرهما الصحة، والثاني المنع، والطريق الثاني قاله الشيخ أبو حامد وغيره القطع بالصحة لصحة الحديث فيه.

السادسة عشرة: إجبار الشريك على العمارة، قال في «الروضة»: ولو انهدم الجدار بنفسه أو هدماه معًا لاستهدامه أو غيره وامتنع، القديم إجباره عليها دفعًا للضرر وصيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل، والجديد لا إجبار كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة، ولأن الممتنع يتضرر أيضًا بتكليفه العمارة..

قلت: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين وهو من المهمات، والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد، ممن صرح بتصحيحه المحاملي والجرجاني

وصاحب التنبيه وغيرهم، وصحح صاحب الشامل القديم وأفتى به الشاشي.

وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس أن يجبر، وقال: «والاختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة أجبره، وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر، وهذا التفصيل الذي قاله وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقا والله أعلم».

قال صاحب «الفرائد»: وليس ذلك بمسلم له بل الجاري على القواعد عدم الإجبار.

السابعة عشرة: جعل الصداق في يد الزوج مضمونًا: اختلف الأصحاب في الصداق إذا تلف في يد الزوج هل يضمنه ضمان عقد أو ضمان يد بناء على اختلاف قول الإمام الشافعي والمصحح في «المنهاج» و«الروضة» وهو المعتمد أنه مضمون ضمان عقد.

والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق: أنه على الأول يضمن بمهر المثل وعلى الثاني بالبدل الشرعي، وهو المثل إن كان مثليًا والقيمة إن كان متقومًا».

الثامنة عشرة: وجوب الحد بوطء المملوكة المحرم في دبرها، ذكره في «حواشي شرح الروض» قال ابن الصلاح في «فتاويه»: وإذا ملك محرمًا من نسب أو رضاع ووطئها مع العلم بتحريمها القديم أنه لا يلزمه الحد، وهو المصحح في المنهاج والروضة.

هذا وقد زاد بعضهم مسائل أُخر وهي:

- عدم الاكتفاء بالحجر إذا انتشر البول.
- قبول شهادة فرعين على كل من الأصلين.
- غرامة شهود المال إذا رجعوا.
- تساقط البينتين عند التعارض.
- إذا كانت إحدى البينتين شاهدين وعارضها شاهد ويمين يرجح الشاهدان على القديم.
- عدم تحليف الداخل مع بينته إذا عارضها بينة الخارج.

- إذا تعارضت البينتان وأرخت إحداهما قدمت على القديم.
- إذا علقت الأمة من وطء شبهة ثم ملكها الواطئ صارت أم ولد على أحد القولين في القديم، واختلف في الصحيح.
- تزويج أم الولد فيها قولان واختلف في الصحيح.

هذا ولمريد التوسع فليراجع مقدمة المجموع والفرائد للسلمي والأشباه للسيوطي، وحواشي البجيرمي على الإقناع، والفوائد المدنية والذي بين كالسلمي أن ما عد من القديم هو في حقيقته منصوص عليه في الجديد وأن الأخذ به أخذ بالجديد، وذكر أن المسائل التي قيل بأن العمل فيها على القديم تزيد على الثلاثين مسألة.

التعبير بالمذهب: وتعبيره بـ(المذهب) يستفاد منه أربع مسائل: الأولى الخلافية: يعني أن في المسألة خلافًا. والثانية: الأرجحية، يعني أن ما عبر فيه بالمذهب هوالراجح. والثالثة: كون الخلاف بين الأصحاب أي في حكاية المذهب، فبعضهم يحكي الخلاف في المذهب، وبعضهم يحكي عدمه، وبعضهم يحكي القطع بالمذكور وبعضهم يحكي الخلاف أقوالًا، وبعضهم يحكي وجوهاً، وغير ذلك؛ فيعبر النووي عن ذلك بالمذهب. والرابعة: مرجوحية المقابل، أي أن مقابل المذهب مرجوح لا يعمل به. وجملة ما في المنهاج من التعبير بالمذهب مائة وسبعة وثمانون عبارة.

التعبير بقيل وتعبيره بـ(قيل) يستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، يعني أن في المسألة خلافاً بين الأصحاب.

الثانية: كون الخلاف وجهًا من أوجه الأصحاب لا قولًا من أقوال الشافعي.

الثالثة: ضعف المذكور بقيل.

الرابعة: كون مقابله الأصح أو الصحيح الذين يعبر بهما في أوجه الأصحاب لا أن مقابله الأظهر أو المشهور؛ لأنه إنما يعبر بهما عن أقوال الشافعي لا غير وجملة ما في المنهاج من التعبير بقيل أربعمائة وتسعة وثلاثون عبارة.

التعبير (في قول) وتعبيره بـ(في قول كذا) يستفاد منه أربع مسائل:

الأولى: الخلافية في المسألة.

والثانية: كون الخلاف أقوالًا للشافعي.

والثالثة: ضعف القول المذكور.

والرابعة: كون مقابله الأظهر أو المشهور، والعمل به.

وجملة ما في المنهاج من التعبير بفي قول كذا اثنتا ومائة عبارة، فهي مع جملة التعبير بقيل ستمائة وواحدة وأربعون قولًا كلها ضعيفة، ما عدا خمسة عشر موضعًا رجح المتأخرون اعتمادها، اثنا عشر منها التعبير فيها بـ: قيل، وثلاثة التعبير فيها بقوله: وفي قول القيلات المعتمدة، وإليك مواضع القيلات المعتمدة الاثني عشر:

أحدها: في فصل شرط زكاة التجارة الحول، وهي: «وقيل يتخير المالك» أي: فيقوم بما شاء من الأغبط للفقراء أولًا، قال الجلال المحلي: وهو الذي صححه الرافعي في فتح العزيز عن العراقيين والروياني، وعبر عنه في «المحرر» بأولى الوجهين.

وقال القليوبي: وهو المعتمد.

ثانيها: في كتاب العارية بعد الفصل الثاني في فصل: «لكل منهما رد العارية» وهو: «قيل أو يتملكه بقيمته» اعتمده شيخنا عافاه الله كشيخ الإسلام السيد محمد بن أحمد عبدالباري الأهدل تبعًا للقليوبي.

ثالثها: في كتاب الطلاق، وهو قوله: «وقيل يكفي بأوله» اعتمده شيخ الإسلام السيد محمد بن أحمد عبد الباري الأهدل - ﷺ - وقال في «التحفة»: «ورجحه كثيرون واعتمده الأسنوي وغيره».

رابعها: في كتاب الطلاق -أيضًا- في أول الفصل الرابع وهو: وقيل: «المنوي» اعتمده شيخ الإسلام السيد محمد بن أحمد عبد الباري الأهدل، وصححه الرافعي في «فتح العزيز» تبعًا للبغوي، وغيره وعبر عنه في «المحرر» بيرجح، قال القليوبي: «وهو المعتمد».

خامسها: في باب كيفية القصاص، في أول الفصل الثاني، وهو: وقيل: لا يدخل وهو الذي في «الروضة» وأصلها، وعليه الأكثرون، ونص عليه. قال ابن حجر: فهو المعتمد، ومثله القليوبي.

سادسها: في كتاب دعوى الدم والقسامة، في فصل «إنما يثبت موجب القصاص بإقرار» إلى أن قال: «وقيل: يكفي فأوضح رأسه» قال في «التحفة»: «وهو المعتمد».

وقيد القليوبي عن قول شيخه اعتماده في العامي الذي لا يعرف مدلول الإيضاح الشرعي وإلا فلا.

سابعها: في كتاب الردة، وهو: «وقيل: يجب التفصيل» واعتمده شيخ الإسلام زكريا، قال في «التحفة»: «وهو القياس، وأطال كثيرون في الانتصار له نقلًا ومعنى وجرى عليه الرافعي والقاضي في الدعاوى». واعتمد القليوبي عدم التفصيل.

ثامنها: في آخر كتاب السير قبيل الجزية، وهو: «وقيل: قيمتها» قال القليوبي: «وهو المعتمد».

تاسعها: في كتاب الصيد والذبائح، وهو: «قيل: يحرم العضو» قال القليوبي: «وهو المعتمد، أخذًا من تصحيحه في «الروضة» كأصلها».

عاشرها: في كتاب المسابقة والمناضلة قبيل كتاب الأيمان، وهو: «وقيل: بالسوية» قال القليوبي: «وهو المعتمد كما ذكره في الروضة».

حادي عشرها: في كتاب الدعوى والبينات آخر الفصل الثاني، وهو: «وقيل: إن ادعى مباشرة سببه حلف» قال في «التحفة»: «هذا هو المعتمد».

وسكت القليوبي عن اعتماده.

ثاني عشرها: في كتاب العتق في فصل «إذا ملك أهل تبرع أصله» إلى أن قال: «وقيل: من رأس المال» قال القليوبي -كالتحفة: «هو المعتمد».

والثلاثة المعبر عنها بـ «في قول»:

أحدها: في كتاب الخلع قبل الفصل الأول، وهو: «وفي قول يقع بمهر مثل» محمد بن أحمد عبدالباري الأهدل، واعتمده القليوبي.

ثانيها، في باب كيفية القصاص في الفصل الثاني، وهو قوله: «وفي قول السيف» اعتمده شيخ الإسلام السيد محمد بن أحمد عبدالباري الأهدل، واعتمده القليوبي.

ثالثها: في هذا الفصل أيضًا، وهو: «وفي قول كفعله» اعتمده السيد محمد بن أحمد عبد الباري والقليوبي.

التعبير بالقولين: تعبيره بـ«القولين» يستفاد منه ثلاث مسائل:

الخلافية في المسألة، وكون الخلاف أقوالًا للشافعي أكثر من اثنين، وأرجحية أحدهما بترجيح الأصحاب له، أو بالنص وجملة ما في المنهاج من التعبير بالأقوال ستة عشر عبارة:

أحدها: في باب: من تلزمه الزكاة.

ثانيها، وثالثها: في فصل: شرط المرهون به. . .إلخ.

ورابعها: في اختلاف المتبايعين.

وخامسها: في كتاب الوصايا في فصل: إذا ظننا . .إلخ.

وسادسها: في كتاب الإجارة، في فصل: يصح عقد الإجارة.

سابعها: في كتاب الجراح.

ثامنها: في كتاب الكفارة.

تاسعها: في كتاب العدد.

وعاشرها، وحادي عشرها: في كتاب النفقات، في فصل: أعسر بنفقتها.

ثاني عشرها، وثالث عشرها، ورابع عشرها: في كتاب الردة.

وخامس عشرها: في كتاب العتق.

وسادس عشرها: في فصل الكتابة الفاسدة.

التعبير بالنص والمنصوص: تعبيره بـ«النص، والمنصوص» يختلف مقصوده بكل منهما، فإنه تارةً يعبر بالنص، ويعني به نص الشافعي فقط.

وتارةً يعبر بالمنصوص، ويعني به الراجح عنده من نص الشافعي.

وقوله: أو وجه للأصحاب، فيستفاد من تعبيره بالنص أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، بمعنى أن مقابل النص يخالفه.

الثانية: الأرجحية، يعني أن ما عبر فيه بالنص هو الراجح في المذهب.

والثالثة: كون النص من أقوال الشافعي فقط.

والرابعة: أن مقابله ضعيف لا يعمل به.

ويستفاد من تعبيره بالمنصوص أربع مسائل:

الأولى: الخلافية، يعني أن في المسالة خلافًا مذكورًا.

والثانية: الأرجحية، بمعنى أن ما عبر فيه بالمنصوص هو الراجح.

والثالثة: كون المنصوص عليه هو إمّا قول الشافعي أو نص له، أو وجه للأصحاب.

والرابعة: كون مقابله ضعيفًا لا يعمل به.

وجملة ما في المنهاج من ذكر النص ستة عشر:

الأول: في كتاب الطهارة.

الثاني: في باب أسباب الحدث.

الثالث: في باب صفة الصلاة.

الرابع، والخامس، والسادس: في باب سجود السهو.

السابع: في الكسوفين.

الثامن: في باب صلاة الجماعة.

التاسع، والعاشر: في كتاب الجنائز.

الحادي عشر: في الفصل بعد كتاب الإقرار.

الثاني عشر: في فصل تجب سكنى.

الثالث عشر: في كتاب الزنا.

الرابع عشر: في كتاب السرقة.

الخامس عشر: في فصل حلف لا يأكل هذه التمرة.

السادس عشر: في الفصل الثاني بعد كتاب التدبير.

وجملة ما عبر فيه بلفظ المنصوص ثلاثة عشر:

الأول: في التيمم.

الثاني، والثالث: في باب صفة الصلاة.

الرابع، والخامس: في باب صلاة الجماعة.

السادس: في كتاب الجنائز.

السابع: في الفصل الثالث من الجنائز.

الثامن: في باب زكاة الفطر.

والتاسع: في كتاب الوقف.

العاشر: في باب قسم الصدقات.

الحادي عشر: في باب النكاح.

الثاني عشر: في كتاب الأضحية.

الثالث عشر: في فصل من عتق عليه.

التعبير بـ(في وجه كذا): تعبيره بـ(في وجه كذا) يستفاد منه أربع مسائل:

الخلافية في المسألة بين الأصحاب.

والثانية: كون الخلاف أوجهًا ثلاثة فأكثر للأصحاب.

والثالثة: ضعف الوجه المذكور.

والرابعة: كون مقابله هو الأصح أو الصحيح، والعمل بالمقابل.

وقد يصف الوجه بالشذوذ، فيفيد قوة ضعفه، أو يصفه بواهٍ، والمراد ضعيف جدًا. وجملة ما في المنهاج من الرمز بـ(في وجه كذا) سبعة وعشرون موضعًا منها وجه موصوف بالشذوذ في الفصل الثالث بعد كتاب الإقرار، ومنها وجه موصوف بواهٍ في كتاب الغصب.

التعبير بالوجهين: تعبيره بـ(الوجهين) يستفاد منه الخلافية وانحصارها في وجهين، وكون الخلاف للأصحاب، وكون مقابل الضعيف منهما الأصح أو الصحيح.

وجملة ما في المنهاج من ذكر الوجهين سبعة مواضع:

الأول: في كتاب صلاة الجماعة، وفيه التعبير بالطريقين، ولا ثاني له.

الثاني: في الوكالة.

الثالث: في باب الصلح.

الرابع: في فصل الطريق النافذ.

الخامس: في الفصل الثالث بعد كتاب الطلاق.

السادس: في النفقات في فصل: يلزمه.

السابع: في باب صفة الصلاة، وكلها مرجحة إلا في موضعين:

أحدهما: في كتاب صلاة الجماعة.

الثاني: في كتاب النفقات، فتركهما الإمام النووي بلا ترجيح فرجحهما الأئمة الأعلام ﵃.

التعبير بالأوجه: وتعبيره بـ(الأوجه) يستفاد منه أربع مسائل:

الخلافية، وانحصارها في أكثر من وجهين.

وكون الخلاف للأصحاب.

وكون مقابل الضعيف منها الأصح والصحيح.

وجملة ما في المنهاج من المسائل المذكورة بـ(في قول أو وجه) ثلاث مسائل:

إحداها: في قسم الصدقات.

ثانيها: في فصل: عاشرها كزوج.

ثالثها: في كتاب الجراح، في فصل: قتل مسلمًا.

التعبير بـ(في قول أو وجه): يستفاد منه: الخلافية، والتردد في كونها من أقوال الشافعي أو من أوجه الأصحاب.

وكون الوجه أو القول ضعيفًا.

وكون مقابله في القول: الأظهر أو المشهور، وفي الوجه: الأصح أو الصحيح.

وجملة ما في المنهاج من المسائل المذكورة بـ(في قول أو وجه) ثلاث:

إحداها: في كتاب الخلع، في الفصل الثاني.

ثانيها: في العدد، في فصل: عاشرها كزوج.

ثالثها: في كتاب الرضاع.

التعبير بـ(كذا أو وكذا): يستفاد منه: الخلافية فيما بعدها، فإن عبر بعدها بـ: الأصح فمقابله الصحيح، أو بالصحيح، فمقابله الضعيف.

أو بالأظهر فمقابله الظاهر.

أو بالمشهور فمقابله الخفي، وقد علمت الاصطلاح فيها مما مر.

وجملة ما في المنهاج من التعبير بـ(كذا) ثلاثمائة وثلاثة وتسعون.

هذا ولم يقع للمصنف التعبير بقوله: **(وكذا في قول قديم)** ولعله ظن صدور ذلك منه فذكره.

قال في «التحفة»: «لا ينافيه عدم وقوع هذه في كلامه؛ لأنه لم يذكر أنه قالها، بل إن صدرت فهي كسابقها».

زيادات النووي على «المحرر»: جملة ما زاده النووي على ما في المحرر مائة واثنتان وثمانون مسألة مميزة عن قول المحرر بقوله في أولها: «قلت: وفي آخرها والله أعلم، منها نحو خمسين رد منه على صاحب المحرر؛ لأن صاحب المحرر ذكرها على خلاف المختار في المذهب».

والثاني: مائة واثنتان وثلاثون مسألة زيادة منه، وقد يزيد لفظة أو لفظتين بدون ذكر (قلت) كقوله في فصل الخلاء: «ولا يتكلم» وكـ(ظاهر) و(كثير) في قوله في التيمم: في عضو ظاهر، ويجرحه دم كثير، وكالهمزة في: «أحق ما قال العبد» وهي جزء كلمة.

جملة كتب وأبواب وفصول وفروع المنهاج: جملة كتب المنهاج: أربعة وستون كتابًا.

وأبوابه: اثنان وخمسون بابًا.

وفصوله: مائتا فصل وأحد عشر فصلًا.

وفروعه: أحد عشر فرعًا.

المسائل الضعيفة في المنهاج بدون صيغة (قيل) و(في قول): جملة المسائل الضعيفة في المنهاج بدون صيغة (قيل) و(في قول) سبع عشرة مسألة:

أولها: في التيمم، وهي قوله: «واستدامتها» يعني النية، والأصح أن الاستدامة غير واجبة.

ثانيهما: في الجماعة، وهي «أصحهما» والمعتمد أنه يشترط القرب، وهي ثلاثمائة ذراع.

ثالثها: في النفل، وهي «اثنا عشر في الضحى» والمعتمد أنه ثمان.

رابعها: في باب صلاة الخوف، وهي قوله: «ولا قضاء في الأظهر» والمعتمد القضاء.

خامسها: في الجنائز، في فصل (أقل القبر) وهي قوله: «ويكره المعصفر» والمعتمد الحرمة.

سادسها: في باب زكاة الفطر، وهي قوله: «قلت الأصح المنصوص لا يلزم الحرة والمعتمد خلافه».

سابعها: في كتاب الحج، في فصل (ينوي ويلبي) وهي قوله: «وكذا ثوبه في الأصح» فهو مكروه عند ابن حجر، ومباح عند الرملي.

ثامنها: في باب محرمات الإحرام، وهي «دم ترتيب» والمعتمد عند الأكثرين أن الدم في ترك المأمورات دم تخيير وتعديل، كما في دم الحلق.

تاسعها: في باب الخيار، وهي قوله: «وكذا ذات الثواب» لأن الهبة بثواب في معنى البيع.

عاشرها: في باب حكم المبيع قبل قبضه وهي قوله: «وبيع الدين لغير من عليه باطل» والمعتمد أنه يصح؛ لاستقراره كبيعه ممن هو عليه وهو الاستبدال.

الحادية عشرة: في كتاب الهبة، وهي قوله: «ولغيره باطله» ضعفه ابن حجر واعتمد القليوبي والمغني بطلان هبة الدين فلم يضعفا كلام المنهاج.

الثانية عشرة: في الوصايا في الفصل الثالث، وهي قوله: «ولا تدخل قرابة أم

في وصية العرب في الأصح» والمعتمد أنها تدخل كالعجم.

الثالثة عشرة: في كتاب النكاح وهي قوله: «قلت وكذا بغيرها على الأصح المنصوص» والمعتمد عدم الحرمة هنا، قاله القليوبي.

الرابعة عشرة: في كتاب الصداق، وهي قوله: «إن قلنا إنه يجبر».

الخامسة عشرة: في كتاب السير في الفصل الثاني، وهي قوله: «وزوجته الحربية على المذهب» «والمعتمد فيها الجواز، كزوجة حربيٍ أسلم» كما في «التحفة».

السادسة عشرة: في كتاب الشهادات آخر الفصل الثاني، وهي قوله: «أو مختلف فيه لم يجب» والأصح الوجوب، قال القليوبي: «هو المعتمد؛ لأن للشاهد أن يتحمل شهادة على ما يخالف معتقده ويؤدي عند حاكمٍ يراها».

السابعة عشرة: في كتاب العتق آخر الفصل الأول، وهي قوله: «عتق وسرى وعلى سيده قيمة باقيه» وهو مرجوح، والمعتمد عدم السراية، كما في القليوبي.

القوة والضعيف من المصطلحات المشهور أقوى من الأظهر من جهة أن المشهور قريب من المقطوع به؛ لأنه يقابله الخفي، وهو لا يجوز العمل به.

وأما من جهة التصحيح، فتصحيح الأظهر أقوى من تصحيح المشهور، لأنه يقابله الظاهر، وهو يجوز العمل به كما عرفت مما مر، لأن قوة مقابله تشعر بصرف العناية للتصحيح صرفاً كلياً بخلاف المشهور بضعف مقابله المغني عن تمام صرف العناية للتصحيح، وكذا يقال في الأصح والصحيح.

اختلاف عبارات النووي التصحيحية: قد يوجد منه التعبير في «الروضة» بـ(الأصح) وفي «المنهاج» بـ(الصحيح) في حكم واحد، وهذا منشأ اختلاف الاجتهاد في الأرجحية، فعند التعارض يرجع إلى تأمل المدرك.

ويوجد له في بعض كتبه التعبير بـ(الأظهر) وفي بعضها التعبير عن ذلك بـ(الأصح) فإن عرف أن الخلاف أقوال أو أوجه فواضح، والأرجح الدال على أنه أقوال؛ لأن مع قائله زيادة علم بنقله عن الشافعي رضي الله تعالى عنه بخلاف نافيه عنه.

الترتيب الفقهي عند الشافعية

قد درج أهل كلّ مذهب من المذاهب الفقهية على ترتيب كتبهم وفق طريقة معينة، وهي مقاربةٌ بعضها البعض في الغالب مع اختلاف يسير، وأهل المذهب الشافعي لهم طريقتهم في ترتيب الكتب الفقهية، على اختلاف يسير بينهم أيضًا، وقد اخترنا من كتبهم: كتاب «منهاج الطالبين» للحافظ النووي، وهو عمدة المذهب بعد «المحرر» للرافعي واستخرجنا منه ترتيب الكتب والأبواب، مع تصرف يسير، وتركنا الفصول والمسائل والفروع لعدم التطويل، والله تعالى نسأل العون والقبول، إنه خير معين ومأمول، وقد جاء الترتيب فيه على هذا النحو:

كتاب الطَّهَارَة:

باب المياه.

باب السواك.

باب أَسْبَابِ الْحَدَثِ.

باب الْوُضُوءِ.

باب مَسْحِ الْخُفِّ.

باب الْغُسْلِ.

باب النَّجَاسَةِ .

باب التَّيَمُّمِ.

باب الْحَيْضِ.

كتاب الصَّلَاة:

باب مواقيت الصلاة.

باب صِفَةَ الصَّلاة .

باب شُرُوط الصَّلاة.

باب سُجُود السَّهْو.

باب سَجَدَات التِّلاوَة.

باب صَلاة النَّفْل.

باب صَلاة الْجَمَاعَة.

باب صَلاة الْمُسَافِر.

باب صَلاة الْجُمُعَة.

باب صَلاة الْخَوْف.

باب صَلاة الْعِيدَيْن.

باب صَلاةِ الْكُسُوفَيْن.

باب صَلاةِ الاسْتِسْقَاء.

باب تَرْك الصَّلاة.

كتاب الْجَنَائِز.

كتاب الزَّكَاة:

باب زَكَاةِ الْحَيَوَان.

باب زَكَاةِ النَّبَات.

باب زَكَاةِ النَّقْد.

باب زَكَاة الْمَعْدِن وَالرِّكَاز وَالتِّجَارَة.

باب زَكَاةِ الْفِطْر.

باب مَنْ تَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ، وَمَا تَجِبُ فِيه.

كتاب الصِّيَام:

باب صَوْم التَّطَوُّع.

كتاب الاعْتِكَاف.

كتاب الْحَجّ:

باب الْمَوَاقِيت.

باب الإِحْرَام.

باب دُخُول مَكَّة.

باب مُحَرَّمَات الإِحْرَام.

باب الإِحْصَار وَالْفَوَات.

كِتَابُ البَيع:

باب النهب عن عَسْبِ الْفَحْلِ.

باب الْخِيَار.

باب التَّوْلِيَة وَالإِشْرَاك وَالْمُرَابَحَة.

باب الأُصُول وَالثِّمَار.

باب اخْتِلَاف الْمُتَبَايِعَيْن.

باب بيع الْعَبْد.

كتاب السَّلَم.

كتاب الرَّهْن.

كتاب التَّفْلِيس:

باب الْحَجْر .

باب الصُّلْح.

باب الْحَوَالَة.

باب الضَّمَان .

كتاب الْوَكَالَة:

كتاب الإِقْرَار.

كتاب الْعَارِيَة.

كتاب الْغَصْب.

كتاب الشُّفْعَة.

كتاب الْقِرَاض.

كتاب الْمُسَاقَاة.

كتاب الإِجَارَة.

كتاب إِحْيَاء الْمَوَات.

كتاب الْوَقْف.

كتاب الْهِبَة.

كتاب اللُّقَطَة.

كتاب اللَّقِيط.

كتاب الْجَعَالَة.

كتاب الْفَرَائِض.

كتاب الْوَصَايَا.

كتاب الْوَدِيعَة.

كتاب قَسْمِ الْفَيْء وَالْغَنِيمَة.

كتاب قَسْم الصَّدَقَات .

كتاب النِّكَاح:

باب مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّكَاحِ .

باب نِكَاح الْمُشْرِكِ.

باب الْخِيَار وَالإِعْفَاف وَنِكَاح الْعَبْد.

كتاب الصَّدَاق.

كتاب الْقَسْم وَالنُّشُوز.

كتاب الْخُلْع.

كتاب الطَّلاق.

كتاب الرَّجْعَة.

كتاب الإِيلاء.

كتاب الظِّهَار.

كتاب الْكَفَّارَة.

كتاب اللِّعَان.

كتاب الْعِدَد:

باب الاسْتِبْرَاء.

كتاب الرَّضَاع.

كتاب النَّفَقَات.

كتاب الْجِرَاح:

باب كَيْفِيَّة الْقِصَاص وَمُسْتَوْفِيه وَالاخْتِلاف فِيه.

كتاب الدِّيَات:

باب مُوجِبَات الدِّيَة وَالْعَاقِلَة وَالْكَفَّارَة.

كتاب دَعْوَى الدَّم وَالْقَسَامَة.

كتاب الْبُغَاة.

كتاب الرِّدَّة.

كتاب الزِّنَا.

كتاب حَدّ الْقَذْف.

كتاب قَطْع السَّرِقَة:

باب قَاطِع الطَّرِيق.

كتاب الصِّيَال وَضَمَان الْوُلاة لَه.

كتاب الْجِزْيَة.

كتاب الصَّيْد وَالذَّبَائِح.

كتاب الأُضْحِيَّة.

كتاب الأَطْعِمَة.

كتاب الْمُسَابَقَة وَالْمُنَاضَلَة.

كتاب الأيْمَان.

كتاب النَّذْر.

كتاب القَضاء:

باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

كتاب الشَّهَادَات.

كتاب الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَات.

كتاب العِتْق.

كتاب التَدْبِيْر.

كتاب الْكِتَابَة.

كتاب أُمَّهَات الأولاد.

ترجمة الشيخ المصنف(١)

اسمه، ونسبه، ولقبه، وكنيته:

هو: يحيى بن شَرف بن مُرِّي بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام الحزامي النووي. ثم الدمشقي الشافعي.

اشتهر الإمام النووي بلقب «محيي الدِّين» ولكنه كان يكرهه ويقول: «لا أجعلُ في حِلٍّ من لقَّبني محيي الدِّين».

كنيته: «أبو زكريا» وهذه الكنية من باب التكريم، وإلا لم يكن للإمام النووي ابن اسمه زكريا؛ لأنه لم يتزوج قط، ولم يكن يكني نفسه تورعا لا في كتبه، ولا في غيرها.

مولده: اتفق المترجمون للإمام النووي أنَّ ولادته كانت في محرم سنة ٦٣١ هـ بنوى.

ولكن اختلفوا في أيِّ عقود الشهر كانت ولادته؟، فقال الأكثرون: كانت في العشر الأوسط منه.

وقيل: كانت في العشر الأول.

---

(١) أفرد بعضهم ترجمة الشيخ بمؤلفات خاصة، ومنهم: تلميذه ابن العطار ألف كتابا سماه: «تحفة الطالبين في ترجمة الإمام محيي الدين» وهو مطبوع بتحقيق د/ فؤاد عبد المنعم، وبتحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، وألف تلميذه محمد بن الحسن اللخمي جزءًا في مناقبه، وهي ترجمة مختصرة تقع في بضع لوحات، توجد في مكتبة مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى برقم (٥٢١) مجاميع رقم (٢)، وترجم له السحيمي في كتاب مفرد كما ذكره الزركلي في الأعلام ٨/ ١٥٠، وصنَّف السخاوي «المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي»، وهو مطبوع بتحقيق الشيخ أحمد فريد المزيدي، وألف السيوطي «المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي»، وهو مطبوع بتحقيق الشيخ أحمد فريد المزيدي.
وينظر: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧٠، طبقات السبكي ٨/ ٣٩٥، البداية والنهاية ١٣/ ٢٧٨، طبقات الإسنوي ٢/ ٢٨٦، طبقات ابن قاضي شهبة ٣/ ٩، طبقات ابن هداية الله ص/ ٢٦٨، شذرات الذهب ٧/ ٦١٨، كشف الظنون ١/ ٩٢٩-٩٣٠، الأعلام ٨/ ١٤٩.

نشأته:

أمَّا نشأته فقد نشأ الإمام النووي ببلدته «نوى» في كنف والده الشيخ شرف بن مُرِّي النووي، وكان والده في دنياه مستور الحال، مباركًا في رزقه، مقتنعا بالقليل من الحلال، معروفا بالصلاح، والتقوى والورع، وكان لا يطعم أولاده إلا الحلال البيِّن الذي لا شبهة فيه.

وكان لهذه التنشئة الحسنة أثرها العميق في الشيخ شرف بن مري، وأولاده.

ولما بلغ الإمام النووي سِنَّ التمييز أرسله والده إلى الكتَّاب ليتعلم القرآن والكتابة، فحبَّب الله إليه تلاوةَ القرآن وحفظه، والإعراض عن الملهيات مع صغر سنه، وكان الصبيان يكرهونه على اللعب معهم ويهرب منهم ويبكي، ولما بلغ العاشرة من عمره جعله أبوه في دكان له ليعمل فيه، وكان ذلك لا يشغله عن قراءة القرآن وحفظه حتى ختم القرآن قبل البلوغ.

رحلته في طلب العلم: بدأ الإمام النووي طلب العلم في قريته «نوى»، فحفظ القرآن الكريم، وغيره من مبادئ العلم.

ولما بلغ التاسعة عشرة من عمره سنة ٦٤٩هـ، قدم به والدُه إلى دمشق مقصد العلماء وطلبة العلم في ذلك الوقت؛ لينهل من علمائها، فسكن بالمدرسة الرواحية، وانكب على العلم بكل جِدٍّ واجتهاد، فحفظ «التنبيه» في أربعة أشهر ونصف، وحفظ ربع «المهذَّب»، في باقي السنة .

وفي سنة ٦٥١هـ، حجَّ مع والده، وأقام بمدينة رسول الله ﷺ نحواً من شهر ونصف.

ثم رجع إلى دمشق، وواصل حياته العلمية بدون كَلَل ولا مَلَل، مع العبادة والزهد والورع، والتقلل من الدنيا وملذاتها، مع الأخلاق الحميدة، والآداب الحسنة، وإكرام العلماء وتوقيرهم؛ فبارك الله له في وقته، ورزقه ذاكرة قوية، وفهما ثاقبًا، فكان يأخذ كل يوم اثني عشر درسا في شتى العلوم شرحًا، وتصحيحًا، وتعليقًا، واستمرَّ على ذلك حتى مهر، وتبحَّر، وصنَّف، وأفاد.

شيوخه:

أخذ الإمامُ النووي العلوم المتنوعة عن كثير من أئمة زمانه، وإليك أبرز شيوخه الذين أخذ عنهم تلك العلوم:

أولًا - شيوخه في الحديث:

١ - إبراهيم بن علي بن أحمد بن فضل تقي الدين أبو إسحاق، الواسطي، ثم الدمشقي توفى سنة (٦٩٢هـ)⁽¹⁾.

٢ - إبراهيم بن عيسى بن يوسف ضياء الدين أبو إسحاق، المرادي، الأندلسي، ثم المصري، ثم الدمشقي، توفى سنة (٦٦٨هـ)⁽²⁾.

٣ - أحمد بن عبد الدائم بن نعمة بن أحمد بن محمد زين الدِّين أبو العبَّاس المقدسي، النابلسي، الحنبلي، توفي سنة (٦٦٨هـ)⁽³⁾.

٤ - إسماعيل بن إبراهيم بن شاكر بن عبد الله تقي الدين أبو محمد التنوخي، توفي سنة (٦٧٢هـ)⁽⁴⁾.

٥ - خالد بن يوسف بن سعد بن حسن زين الدين أبو البقاء، النابلسي، ثم الدمشقي، توفى سنة (٦٦٣هـ)⁽⁵⁾.

٦ - عبد الرحمن بن سالم بن يحيى جمال الدين أبو محمد، وأبو القاسم الأنباري، ثم الدمشقي، الحنبلي، توفي سنة (٦٦١هـ)⁽⁶⁾.

7 - عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة، شمس الدِّين أبو الفرج المقدسي، الحنبلي صاحب «الشرح الكبير»، توفى سنة (٦٨٢هـ⁽⁷⁾.

٨ - عبد العزيز بن محمد بن عبد المحسن شرف الدين أبو محمد الأنصاري،

---

(١) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧٧.

(٢) انظر ترجمته في طبقات السبكي ٨/ ١٢٢، طبقات الإسنوي ٢/ ٤٥٣.

(٣) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧١، الذيل على طبقات الحنابلة ٤/ ٢٧٨.

(٤) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٩٠، شذرات الذهب ٧/ ٥٩٠.

(٥) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٤٧، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٥٣٣.

(٦) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٥٣، المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد ٤/ ٢٩٣.

(٧) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٩٢، الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٣٠٤ - ٣١٠.

الأوسي، الدمشقي، ثم الحموي، الشافعي، توفي سنة (٦٦٢هـ)[١].

٩ - عبد الكريم بن عبد الصمد بن محمد الأنصاري، الدمشقي، عماد الدين أبو الفضل، المعروف بابن الحرستاني الأموي، توفي سنة (٦٦٢هـ)[٢].

١٠ - يحيى بن أبي منصور بن أبي الفتح بن رافع، جمال الدِّين أبو زكريا الصيرفي، الحرَّاني، الحنبلي، المشهور بابن الحبيشي، توفي (٦٧٨هـ)[٣].

ثانيًا- شيوخه في الفقه:

١ - إسحاق بن أحمد بن عثمان أبو إبراهيم كمال الدين المغربي، ثم الدمشقي، العالم الفقيه المتوفى سنة (٦٥٠هـ)[٤] وهو أول شيوخه في الفقه كما ذكر الإمام النووي، وقال عنه: «الإمام المتفق على علمه، وزهده، وورعه، وكثرة عبادته، وعظم فضله، وتميزه في ذلك على أشكاله»[٥].

٢ - عبد الرحمن بن نوح بن محمد بن إبراهيم بن موسى أبو محمد المقدسي، ثم الدمشقي، المتوفى سنة (٦٥٤هـ)[٦]. وهو ثاني شيوخه في الفقه كما ذكره الإمام النووي، وقال عنه: «الإمام العارف، الزاهد، العابد الورع، المتقن، مفتي دمشق في وقته - رحمه الله -»[٧].

٣ - عمر بن أسعد بن أبي غالب أبو حفص الربعي، الاربلي، المتوفى سنة (٦٧٥هـ)[٨] وهو ثالث شيوخه في الفقه كما ذكره الإمام النووي، وقال عنه: «الإمام المتقن رضي الله عنه»[٩].

٤ - سلَّار بن الحسن بن عمر بن سعيد أبو الحسن الإربلي، ثم الحلبي، ثم الدمشقي

---

[١] انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٨/٢٥٨، العقد المذهب ص ٣٦٨-٣٦٩.

[٢] انظر ترجمته في: تذكر الحفاظ ٤/١٤٤٣، شذرات الذهب ٥/٣٠٩.

[٣] انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧١، شذرات الذهب ٧/ ٦٣٢.

[٤] انظر: ترجمته في: طبقات ابن قاضي شهبة ٢/ ٤٣٣.

[٥] انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١/١٨.

[٦] انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٧/١٨٨، طبقات الإسنوي ٢/ ٥٠٤.

[٧] تهذيب الأسماء واللغات ١/١٨.

[٨] انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٨/٣٠٨، طبقات الإسنوي ٢/ ٧٠.

[٩] تهذيب الأسماء واللغات ١/١٨.

المتوفى سنة (٦٧٠هـ)(١) وهو رابع شيوخه في الفقه، كما ذكره الإمام النووي، وقال عنه: «المجمع على إمامته، وجلالته، وتقدمه في علم المذهب على أهل عصره»(٢).

ثالثًا- شيوخه في أصول الفقه:

١ ـ عمر بن بندار بن عمر بن علي، كمال الدين أبو الفتح التفليسي، الدمشقي، ثم القاهري، الشافعي، توفي سنة (٦٧٢هـ)(٣).

٢ ـ محمد بن عبد القادر بن عبد الخالق بن خليل، عز الدِّين أبو المفاخر الأنصاري، الدمشقي، المعروف بابن الصائغ (ت٦٨٣هـ)(٤).

رابعًا- شيوخه في اللغة:

١ ـ عمر بن بندار بن عمر بن علي، كمال الدين أبو الفتح التفليسي.

٢ ـ أحمد بن سالم أبو العباس جمال الدين المصري، النحوي، نزيل دمشق، توفي سنة (٦٦٤هـ)(٥).

٣ ـ عثمان بن محمد بن عثمان بن أبي بكر بن محمود أبو عمرو، فخر الدين المالكي، توفي سنة (٦١٣هـ)(٦) .

٤ ـ محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك جمال الدين أبو عبد الله الطائي، الجيَّاني، الأندلسي، ثم الدمشقي صاحب «الخلاصة» (ألفية ابن مالك) توفي سنة (٦٧٢هـ)(٧).

تلاميذه:

أخذ عن الإمام النووي جمٌّ غفيرٌ من الناس، يصعب حصرهم، وإليك أبرز

---

(١) انظر ترجمته في: طبقات الإسنوي ٢/ ٦٩، العقد المذهب ص ١٦٦.

(٢) تهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٨.

(٣) انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٨/ ٣٠٩، العقد المذهب ص ٣٧١.

(٤) انظر ترجمته في: العبر ٣/ ٣٥٣، طبقات ابن قاضي شهبة ٣/ ٥١-٥٣.

(٥) انظر ترجمته في: العبر ٣/ ٣٠٩، شذرات الذهب ٧/ ٥٤٦، الدارس في تاريخ المدارس ١/ ٤٦٥.

(٦) انظر ترجمته في: العقد الثمين ٦/ ٤١-٤٧، شذرات الذهب ٨/ ٦٠٠.

(٧) انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٨/ ٦٧، بغية الوعاة ١/ ١٣٠.

هؤلاء، وأشهرهم مرتبين حسب حروف المعجم:

١ ـ إبراهيم بن فلاح بن محمد بن حاتم الشيخ أبو إسحاق برهان الدين الإسكندري، توفي سنة (٧٠٢هـ)(١).

٢ ـ أحمد بن إبراهيم بن مصعب، صدر الدين، أبو العباس المتوفى سنة(٦٩٦هـ)(٢).

٣ ـ أحمد بن فرح بن أحمد بن محمد الإشبيلي، أبو العباس اللخميّ، شهاب الدين، نزيل دمشق، توفي سنة (٦٩٩هـ)(٣).

٤ ـ أحمد بن محمد بن عباس بن جعوان، أبو العباس، شهاب الدين الدمشقي، توفي سنة (٦٩٩هـ)(٤).

٥ ـ إسماعيل بن إبراهيم بن سالم بن بركات، نجم الدين، أبو الفداء الأنصاري، الحنبلي، الدمشقي، المعروف بابن الخبَّاز، المتوفى سنة (٧٠٣هـ)(٥).

٦ ـ إسماعيل بن عثمان بن عبد الكريم القرشي، الدمشقي، الحنفي، المشهور بابن المعلم المتوفى سنة (٧١٤هـ)(٦).

٧ـ سالم بن عبد الرحمن بن عبد الله، أمين الدين المشهور بابن أبي الدر، أبو الغنائم، المتوفى سنة (٧٢٦هـ)(٧).

٨ ـ سليمان بن عمر بن سالم بن عمر بن عثمان جمال الدين، أبو الربيع الأذرعي، الزرعي الشافعي، المتوفى سنة (٧٣٤هـ)(٨).

٩ ـ سليمان بن هلال بن شبل بن فلاح بن خصيب القاضي، صدر الدين، أبو الفضل، الهاشمي، الجعفري، الشافعي، المتوفى سنة (٧٢٥هـ)(٩).

---

(١) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٨٣، الدرر الكامنة ١/ ٥٤.

(٢) انظر: تحفة الطالبين ص/١٢٧، المنهل العذب ص/٩٩، المنهاج السوي ص/٨٨.

(٣) انظر ترجمته: في تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٨٦، طبقات السبكي ٨/ ٢٦-٢٧.

(٤) انظر: تاريخ الإسلام ٥٠/ ٢٥٠، طبقات الإسنوي ١/ ٣٨٠.

(٥) انظر ترجمته في: الذيل على طبقات الحنابلة ٤/ ٣٥٠-٣٥١، الدرر الكامنة ١/ ٣٦٢-٣٦٣.

(٦) انظر ترجمته في: الجواهر المضية ١/ ٤١٨-٤٢٢، بغية الوعاة ١/ ٤٥١.

(٧) انظر: طبقات السبكي ١٠/ ٣٩، الدرر الكامنة ٢/ ١٢٣، المنهل العذب ص١٠٠.

(٨) انظر ترجمته في: طبقات السبكي ١٠/ ٣٩-٤٠، الدرر الكامنة ٢/ ١٥٩-١٦٢.

(٩) انظر ترجمته في: طبقات السبكي ٨/ ٤٠-٤١، طبقات ابن قاضي شهبة ٣/ ١١٤-١١٥.

١٠ ـ علي بن إبراهيم بن داود بن سليمان علاء الدين أبو الحسن بن العطار، وهو تلميذه الخاص، وكان يلازمه، ويخدمه ويشتغل بنشر كتبه، توفي سنة (٧٢٤هـ)(١).

١١ ـ عمر بن كثير بن ضوء بن كثير بن درع، البصري، أبو حفص القرشي، شهاب الدين، الخطيب، والد الإمام المشهور ابن كثير صاحب التفسير، و«البداية والنهاية»، توفي سنة (٧٠٣هـ)(٢).

١٢ ـ محمد بن أحمد بن حيدرة شمس الدين، أبو عبد الله بن القمّاح، توفي سنة (٧٤١هـ)(٣).

١٣ ـ محمد بن أبي بكر بن إبراهيم بن عبد الرحمن، القاضي شمس الدين المشهور بـابن النقيب، توفي سنة (٧٤٥هـ)(٤).

١٤ ـ محمد بن أبي إسحاق إبراهيم بن سعد الله بن جماعة بن علي بن جماعة، بدر الدين، أبو عبد الله الكناني، الحموي توفي سنة(٧٣٣هـ)(٥).

١٥ ـ محمد بن الحسن بن عيسى اللخمي، تقي الدين، بن الصيرفي، المتوفى سنة (٧٣٨هـ)(٦).

١٦ ـ محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله الحنبلي الدمشقي، المتوفى سنة (٧٠٩هـ)(٧).

١٧ ـ يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف بن عبد الملك بن يوسف، الكلبي، القضاعي، جمال الدين أبو الحجاج المزي، الدمشقي، الإمام العلامة،

---

(١) انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٥٠٤-١٥٠٥، الدرر الكامنة ٣/ ٥-٧، طبقات ابن قاضي شهبة ٣/ ١٢٣.

(٢) انظر ترجمته في البداية والنهاية ١٨/ ٤٠-٤١، شذرات الذهب ٨/ ١٨.

(٣) انظر ترجمته في: طبقات الإسنوي ٢/ ٣٣٨، الدرر الكامنة ٣/ ٣٠٣-٣٠٤.

(٤) انظر ترجمته في: طبقات الإسنوي ٢/ ٥١٢، الدرر الكامنة ٣/ ٣٩٨-٣٩٩.

(٥) انظر ترجمته في: طبقات الإسنوي ١/ ٣٨٦، العقد المذهب ص٤١٧، الدرر الكامنة ٣/ ٢٨٠-٢٨٣.

(٦) انظر الدرر الكامنة ٣/ ٤٢٣.

(٧) انظر ترجمته في: الذيل على طبقات الحنابلة ٤/ ٣٥٦- ٣٥٨، شذرات الذهب ٨/ ٣٨-٣٩.

الحافظ الكبير، شيخ المحدثين، وعمدة الحفاظ، وأعجوبة الزمان، المتوفى سنة (٧٤٢هـ)(١).

١٨ ـ يوسف بن محمد بن عبد الله المصري، الدمشقي، الإمام المحدث، المشهور بابن المهتار، المتوفى سنة (٦٨٥هـ)(٢).

مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه:

لقد بوَّأ الله سبحانه وتعالى للإمام النووي - رحمه الله - مكانة علمية سامية لدى المسلمين عامة، فأجمع العلماء على علمه، وإمامته، وجلالته، وزهده، وورعه، وعبادته، واقتناء كتبه، فها هي لا يكاد يخلو منها بيت من بيوت المسلمين، ولعل هذا لإخلاصه لله تعالى وحسن قصده فيما تعلَّم، وعلَّم، وصنَّف.

وقد أثنى عليه العلماء قديما وحديثا ثناء جميلا كثيرا يدل على علو منـزلته العلمية، وإليك بعضا من ذلك.

١ ـ قال عنه تلميذه ابن العطار: «أبو زكريا . . . . . النووي، ذو التصانيف المفيدة، والمؤلفات الحميدة، أوحد دهره، وفريد عصره، الصوَّام، القوَّام، الزاهد في الدنيا، الراغب في الآخرة، صاحب الأخلاق الرضيَّة، والمحاسن السَّنيَّة، العالم الربَّاني المتفق على علمه وإمامته وجلالته، وزهده وورعه، وعبادته، وصيانته في أقواله وأفعاله وحالاته، له الكرامات الطافحة، والمكرمات الواضحة، والمؤثر بنفسه وماله للمسلمين، والقائم بحقوقهم وحقوق ولاة أمورهم بالنصح والدعاء في العالمين، وكان كثير التلاوة والذكر لله تعالى. . .».

وقال أيضا «وكان محققاً في علمه وفنونه، مدققاً في علمه وكل شؤونه، حافظاً لحديث رسول الله ﷺ عارفًا بأنواعه كلِّها من صحيحه وسقيمه، وغريب ألفاظه وصحيح معانيه واستنباط فقهه، حافظا لمذهب الشافعي وقواعده وأصوله وفروعه، ومذاهب الصحابة والتابعين، واختلاف العلماء، ووِفَاقِهم، وإجماعهم، وما اشتهر

---

(١) انظر ترجمته في: طبقات السبكي ١٠/٣٠٥، طبقات الإسنوي ٢/٤٦٤-٤٦٥، الدرر الكامنة ٥/٢٣٣-٢٣٧، طبقات ابن قاضي شهبة ٣/٢٢٧-٢٢٨.

(٢) انظر ترجمته في: العبر ٣/٣٦١، الدارس ١/٣٥-٣٦.

من ذلك جميعه، وما هُجِرَ، سالكاً في كلِّها ذكر طريقة السلف، قد صرف أوقاته كلها في أنواع العلم والعمل، فبعضها للتصنيف، وبعضها للتعليم، وبعضها للصلاة، وبعضها للتلاوة، وبعضها للأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر».

٢ ـ وقال عنه تلميذه المحدِّث أبو العباس أحمد بن فرح الإشبيلي: «كان الشيخ محيي الدين قد صارت إليه ثلاث مراتب، كل مرتبة منها لو كانت لشخص شُدَّت إليه آباط الإبل من أقطار الأرض: المرتبة الأولى: العلم، والقيام بوظائفه. المرتبة الثانية: الزهد في الدنيا. المرتبة الثالثة: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر».

٣ ـ وقال عنه الذهبي: «مفتي الأمة، شيخ الإسلام، محيي الدين، أبو زكريا النووي، الحافظ، الفقيه، الشافعي، الزاهد، أحد الأعلام».

٤ ـ وقال عنه جمال الدِّين الإسنوي: «محرِّر المذهب، ومهذِّبه ومنقِّحه، ومرتِّبه، سار في الآفاق ذكره، وعلا محلُّه وقدرُه، صاحب التصانيف المشهورة المباركة، وكان على جانب كبير من العمل، والزهد، والصبر على خشونة العيش، وكان كثير السهر في العبادة، والتصنيف، آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر يواجه به الملوك فمن دونهم».

٥ ـ وقال عنه الحافظ ابن كثير: «الشيخ الإمام العلامة محيي الدين أبو زكريا الحافظ الفقيه الشافعي، النبيل، محرِّر المذهب، ومهذِّبه، وضابطه ومرتِّبه، أحد العبَّاد والعلماء والزهاد...، وكان - رحمه الله - على جانب كبير من العلم والزهد، والتقشف والاقتصاد في العيش، والصبر على خشونته، والورع الذي لم يبلغنا عن أحد في زمانه ولا قبله بدهر طويل».

عقيدته: لا شك أنَّ الإمام النووي - رحمه الله - من الأئمة الكبار أئمة أهل السنة والجماعة من السادة الأشاعرة، وبرهان ذلك ما بذله في خدمة الإسلام من جهوده الجبَّارة من تعليم، وتأليف، ومناصحة لأئمة المسلمين، وعامتهم، ولكن لكل فارس كبوة، ولكل عالم زلة؛ فالعصمة لأنبياء الله ورسله، فالإمام النووي مع جلالة قدره، وعلمه له مخالفات واضطرابات في باب الأسماء والصفات، قال الذهبي - رحمه الله -: «وكان مذهبه في الصفات السمعية السكوت وإمرارها كما جاءت، وربما تأوَّل قليلا

في شرح مسلم - ﷺ -» وقال السخاوي - ﷺ- بعد أن نقل كلام الذهبي-: «كذا قال، والتأويل كثير في كلامه».

والأمر كما قال السخاوي، بل المتتبع لكلامه في نصوص الصفات يجد أنَّ مذهبه فيها دائر بين التأويل والتفويض، وكلاهما مخالف لمذهب أهل السنة.

وإليك نموذجين يوضحان مذهبه في الصفات:

قال - ﷺ - في مقدمة المجموع: «اختلفوا في آيات الصفات وأخبارها هل يخاض فيها بالتأويل، أم لا ؟، فقال قائلون: تتأوَّلُ على ما يليق بها، وهذا أشهر المذهبين للمتكلمين، وقال آخرون: لا تتأوَّلُ، بل يمسك عن الكلام في معناها، ويُوكَل علمُها إلى الله تعالى، ويعتقد مع ذلك تنـزيه الله تعالى، وانتفاء صفات الحادث عنه، فيقال مثلا: نؤمن بأنَّ الرحمن على العرش استوى، ولا نعلم حقيقة معنى ذلك والمراد به مع أنا نعتقد أنَّ الله تعالى ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَىْءٌ﴾ [الشورى: ١١] وأنه منـزَّه عن الحلول وصفات الحدوث، وهذه طريقة السلف، أو جماهيرهم، وهي أسلم؛ إذ لا يطالب الإنسان بالخوض في ذلك، فإذا اعتقد التنـزيه فلا حاجة إلى الخوض في ذلك، والمخاطرة فيما لا ضرورة، بل لا حاجة إليه، فإن دعت الحاجة إلى التأويل لِرَدِّ مبتدعٍ ونحوه تأوَّلوا حينئذ، وعلى هذا يحمل ما جاء عن العلماء في هذا، والله أعلم».

وقال في شرح صحيح مسلم في شرحه لحديث الرؤية: «اعلم أنَّ لأهل العلم في أحاديث الصفات، وآيات الصفات قولين:

أحدهما - وهو مذهب معظم السلف، أو كلهم -: أنه لا يتكلَّم في معناها، بل يقولون: يجب علينا أن نؤمن بها، ونعتقد لها معنى يليق بجلال الله تعالى وعظمته مع اعتقادنا الجازم أنَّ الله تعالى ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَىْءٌ﴾ وأنَّه منـزه عن التجسّم والانتقال والتحيّز في جهة، وعن سائر صفات المخلوق، وهذا القول هو مذهب جماعة من المتكلمين، واختاره جماعة من محققيهم، وهو أسلم.

والقول الثاني - وهو مذهب معظم المتكلمين -: أنَّها تتأول على ما يليق بها على حسب مواقعها، وإنما يسوغ تأويلها لمن كان من أهله، بأن يكون عارفا بلسان

العرب، وقواعد الأصول والفروع، ذا رياضة في العلم....»(١).

مؤلفاته: صنَّف الإمام النووي - رحمه الله - تعالى مؤلفات كثيرة في علوم شتى حظيت بالقبول والاستحسان لدى المسلمين عموما، ولدى العلماء وطلبة العلم خاصة، قال الحافظ ابن حجر - فيما نقله عنه السخاوي: «لا أعلم نظيره في قبول مقالته عند سائر أرباب الطوائف».

١ ـ الأذكار.
٢ ـ الأربعون النووية.
٣ ـ الإشارات إلى بيان الأسماء المبهمات.
٤ ـ إرشادُ طُلابِ الحقائق على معرفة سنن خير الخلائق.
٥ ـ الأصول والضوابط.
٦ ـ الإيضاح في مناسك الحج والعمرة.
٧ ـ بستان العارفين.
٨ ـ التبيان في آداب حملة القرآن.
٩ ـ التحرير في ألفاظ التنبيه.
١٠ ـ الترخيص في الإكرام بالقيام.
١١ ـ تصحيح التنبيه.
١٢ ـ التحقيق.
١٣ ـ التقريب والتيسير في معرفة سنن البشير النذير.
١٤ ـ التنقيح شرح الوسيط.
١٥ ـ تهذيب الأسماء واللغات.
١٦ ـ جزء أدعية وأذكار.
١٧ ـ خلاصة الأحكام من مهمات السنن وقواعد الإسلام.
١٨ ـ دقائق المنهاج.
١٩ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين.

---

(١) انظر: شرح صحيح مسلم ٣/ ٢١.

٢٠ ـ رياض الصالحين.
٢١ ـ شرح صحيح البخاري.
٢٢ ـ شرح صحيح مسلم.
٢٣ ـ شرح مشكاة الأنوار فيما روي عن الله سبحانه وتعالى من الأخبار.
٢٤. طبقات الفقهاء الشافعية .
٢٥ الفتاوى.
٢٦. المجموع شرح المهذب.
٢٧. مختصر تأليف الدارمي في المتحيرة.
٢٨. مختصر التبيان في آداب حملة القرآن.
٢٩. منهاج الطالبين وعمدة المفتين.

وفاته:

بعد حياة حافلة بالعلم والعبادة والتعليم، والتصنيف، والإفتاء، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دنا أجلُ الإمام النووي، فوفقه الله بِرَدِّ الكتب المستعارة عنده من الأوقاف، وزار مشايخه، وأصحابه، وتلاميذه فودَّعهم جميعا، وخرج إلى القبور التي دفن فيها بعضُ مشايخه فزارهم، وسلَّم على أهلها، ثم سافر من دمشق إلى بلدته «نوى»، ومنها سافر إلى القدس، فزار المسجد الأقصى، ثم رجع إلى «نوى»، فمرض عقب عودته من القدس في بيت والده «بنوى» فتوفي - ﷺ - وكانت وفاته ليلة الأربعاء الرابع والعشرين من شهر رجب سنة ست وسبعين وستمائة للهجرة، ودُفِنَ من الغد «بنوى»، وصُلِّيَ عليه صلاةُ الغائب بعد صلاة الجمعة في جامع دمشق، وتأسَّف عليه المسلمون تأسُّفا بليغاً، ورثاه الناس بمراثي كثيرة.

ترجمة الشارح الإمام الأذرعي شيخ حلب ومفتيها

اسمه ونسبه:

هو أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد الغني بن محمد بن أحمد ابن سالم بن داود بن يوسف بن جابر، الشيخ الإمام العلامة، المطلع، صاحب التصانيف المشهورة، شهاب الدين أبو العباس الأذرعي الشافعي شيخ البلاد الشمالية، وفقيه تلك الناحية، ومفتيها، والمشار إليه بالعلم فيها.

مولده:

ولد في إحدى الجمادين سنة ثمان، وقيل: سنة سبع وسبعمائة بـ«أذرعات».

شيوخه:

سمع من جماعة منهم القاسم بن عساكر والحجار، وقرأ على الحافظين المزي والذهبي وكانا يعجبان بقراءته، وسمع على صدر الدين علي بن عبد المؤمن الحارثي، وأجاز له جمع من أهل دمشق، ومصر، والإسكندرية.

وخرج له الحافظ شهاب الدين ابن حجي جزءًا، واشتغل بدمشق على الكثير، وأخذ الفقه فيها على تقي الدين أبي الحسن السبكي، وبالقدس على أبي الفداء إسماعيل بن علي القلقشندي .

وأخذ عن ابن النقيب، وابن جملة، ولازم الفخر المصري، وهو الذي أذن له في الإفتاء في سنة خمس وثلاثين.

وشهد له بالأهلية عند السبكي ودخل القاهرة وحضر درس الشيخ مجد الدين السنكلومي، ثم سكن حلب.

حياته العلمية:

قال ابن العماد في «الشذرات»: كان اشتغاله في العلم على كِبَر، وسبب همته

في الاشتغال، أنه رأى في المنام رجلًا واقفًا أمامه، وهو ينشد:

كيف ترجو استجابة لدعاء   قد سددنا طريقه بالذنوب

قال فأنشدته:

كيف لا يستجيب ربي دعائي   وهو سبحانه دعاني إليه
مع رجائي لفضله وابتهالي   واتكالي في كل خطب عليه

قال: وانتبهت وأنا أحفظ الأبيات الثلاثة.

وقد ناب في الحكم على «حلب» مدة عن قاضي القضاة نور الدين أبي عبدالله محمد ابن الصائغ أول ما قدم، وسكن بالمدرسة العصرونية، فلما مات ابن الصائغ ترك ذلك، وأقبل على الاشتغال، والتدريس، والتصنيف، والكتابة، والفتوى، ونفع الناس.

وحصل له كتب كثيرة، لقلة الطلاب هناك، ونقل منها في تصانيفه بحيث إنه لا يوازيه أحد من المتأخرين في كثرة النقل.

تولى التدريس في المدرسة العصرونية والظاهرية والأسدية بحلب.

مؤلفاته:

- «القوت شرح المنهاج» كتابنا هذا.
- «الغنية» شرح «المنهاج» أصغر من «القوت.
- «التوسط والفتح بين الروضة والشرح» في نحو عشرين مجلدًا، وهو مليء بالنقول والفوائد.
- مختصر الحاوي للماوردي.
- «التنبيهات على أوهام المهمات» في نحو ثلاث مجلدات وصل فيه إلى الطلاق.
- أسئلة سأل عنها قديمًا الشيخ تقي الدين السبكي «الحلبيات».
- له أسئلة على «التوشيح» وغير ذلك.

وفاته:

ضعف بصره في آخر عمره، وثقل سمعه جدًّا، وسقط من سلم فكسرت رجله، وصار ضعيف المشي.

وتوفي في جمادى الآخرة سنة ثلاث وثمانين وسبعمائة بحلب، ودفن خارج باب المقام، تجاه تربة ابن الصاحب.

ثناء العلماء عليه:

قال الحافظ شهاب الدين ابن حجر: أمتع الله ببقائه، اشتهرت فتاويه في البلاد الحلبية، وكان سريع الكتابة، مطرح النفس، كثير الجود، صادق اللهجة، شديد الخوف من الله تعالى، وقدم القاهرة بعد موت الإسنوي، وأخذ عنه بعض أهلها، ثم رجع، ورحل إليه من فضلاء المصريين: الشيخ بدر الدين الزركشي، والشيخ برهان الدين البيجوري، وكتب عنه شرح المنهاج، وكان فقيه النفس، لطيف الذوق، كثير الإنشاد للشعر، وله نظم قليل، وكان يقول الحق، وينكر المنكر، ويخاطب نواب حلب بالغلظة، وكان محبًّا للغرباء، محسنًا إليهم، معتقدًا لأهل الخير، كثير الملازمة لبيته، لا يخرج إلا لضرورة، وكان كثير التحري في أموره.

وقال غيره: إنه كان يأخذ العقد على أصحابه أنهم لا يلون القضاء، وشاعت فتاويه في الآفاق، مع التوقي الشديد، خصوصًا في الطلاق، وكان عسرًا في الإذن في الإفتاء، لم يأذن إلا لجماعة يسيرة، منهم: القاضي شرف الدين الأنصاري، وشرف الدين الداديخي.

وقد ناب في الحكم على حلب مدة عن قاضي القضاة نور الدين أبي عبد الله محمد بن الصائغ أول ما قدم، وسكن بالمدرسة العصرونية، فلما مات ابن الصائغ ترك ذلك.

وأقبل على الاشتغال، والتدريس، والتصنيف، والكتابة، والفتوى، ونفع الناس وحصل له كتب كثيرة، لقلة الطلاب هناك، ونقل منها في تصانيفه بحيث إنه لا يوازيه أحد من المتأخرين في كثرة النقل.

تولى التدريس في المدرسة العصرونية والظاهرية والأسدية بحلب.

وقال ابن قاضي شهبة في " الطبقات" : وكتبه مفيدة، وهو ثقة، ثبت في النقل، وكثير من الكتب التي نقل عنها قد عُدمت، فأبقى الله تعالى ذكرها بنقله عنها،

وإيداع ما فيها من الفوائد والغرائب في كتبه، لكنه قليل التصرف، ولا يد له في غير الفقه.

وقد بالغ ابن حبيب في الثناء عليه في "ذيله على تاريخ والده".

وكان الشيخ زين الدين أبو حفص عمر الباريني الشافعي، نزيل حلب مع جلالة قدره يجتمع عنده فتاوى يستشكلها، فيأتيه فيسأله عنها.

مصادر الترجمة:

طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٣/ ١٩٠) فما بعدها.

شذرات الذهب لابن العماد (٥/ ٤٢٨).

المستوفي بعد الوافي (١/ ٢٩٣).

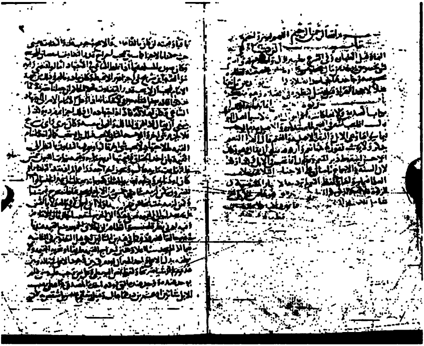
منهج التحقيق

- نسخ الكتاب وصفه على الحاسوب، ومراجعته ومقابلته وتصحيحه بالرجوع إلى المصادر والمراجع العلمية سيما كتب الشافعية واللغة العربية.
- إثبات الفروق المهمة فقط، والإشارة إلى ذلك.
- عزو الآيات إلى سورها، وتخريج الأحاديث والآثار.
- التعليق على بعض المواضع الفقهية التى رأينا ضرورة التعليق عليها.
- تتبع كلام الأذرعي في الأبواب التي فقدت من الأصل، وهذا في أول الكتاب أما فيما بعد فقليل نادر.
- عمل مقدمة ودراسة عن الكتاب والمؤلف- المتن والماتن، والشرح والشارح - ودراسة عن الفقه الشافعي لا بد من ذكرها للعالم والمتعلم.

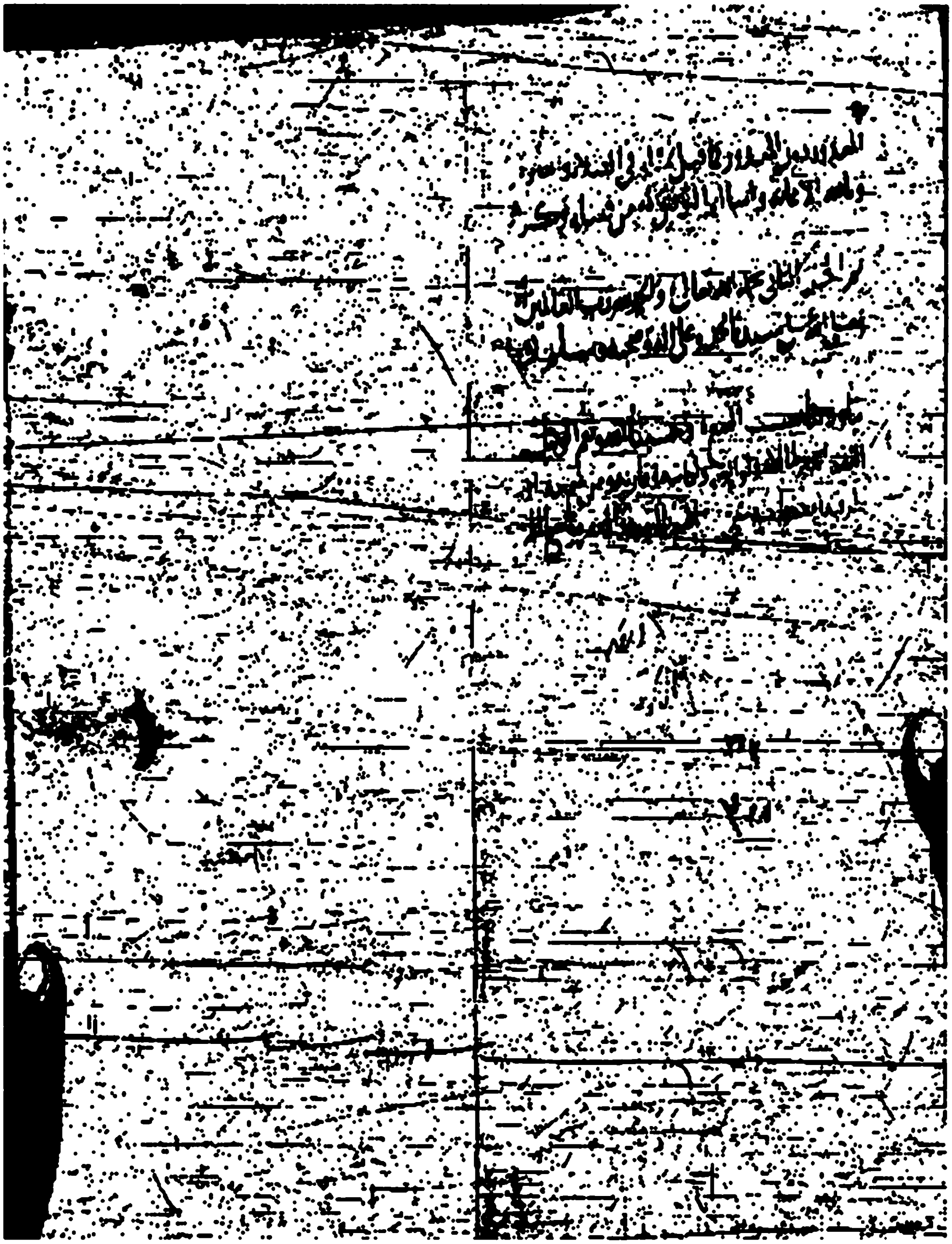
الأصول المعتمدة:

- كتب الفقه الشافعي الناقلة لأقوال الأذرعي.
- نسخة دار الكتب المصرية، وهي النسخة الأصل.
- قطعة من الجزء الأول بدار الكتب المصرية.
- أجزاء من نسخة جامعة المدينة المنورة.
- أجزاء من نسخة باريس.
- أجزاء من نسخة الظاهرية.
- مصادر ومراجع كثيرة في الفقه الشافعي.

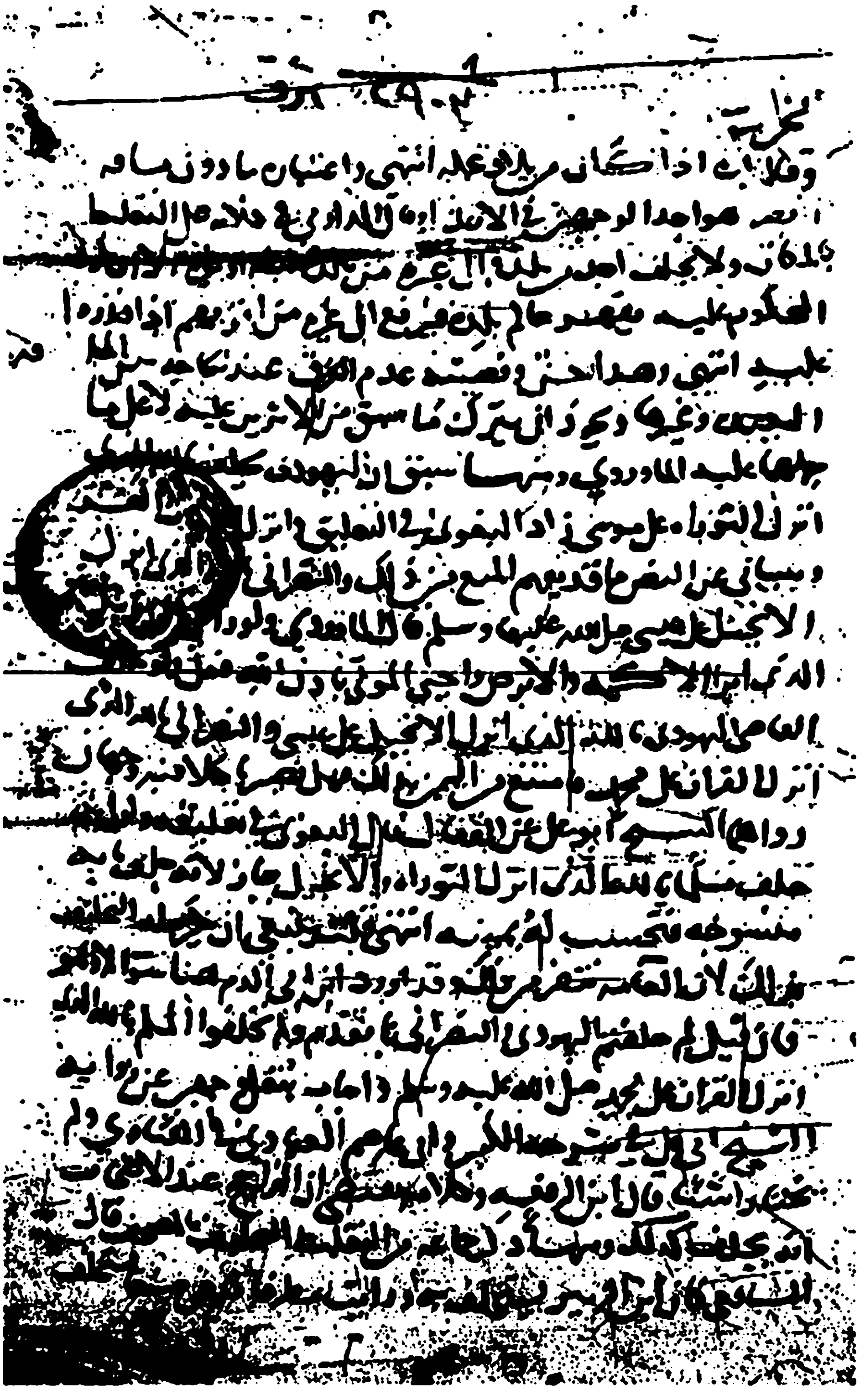
نماذج من صور المخطوط



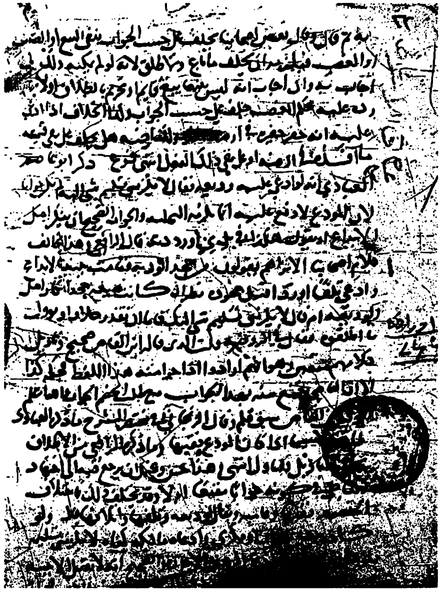
صورة الورقة الأولى من نسخة دار الكتب المصرية



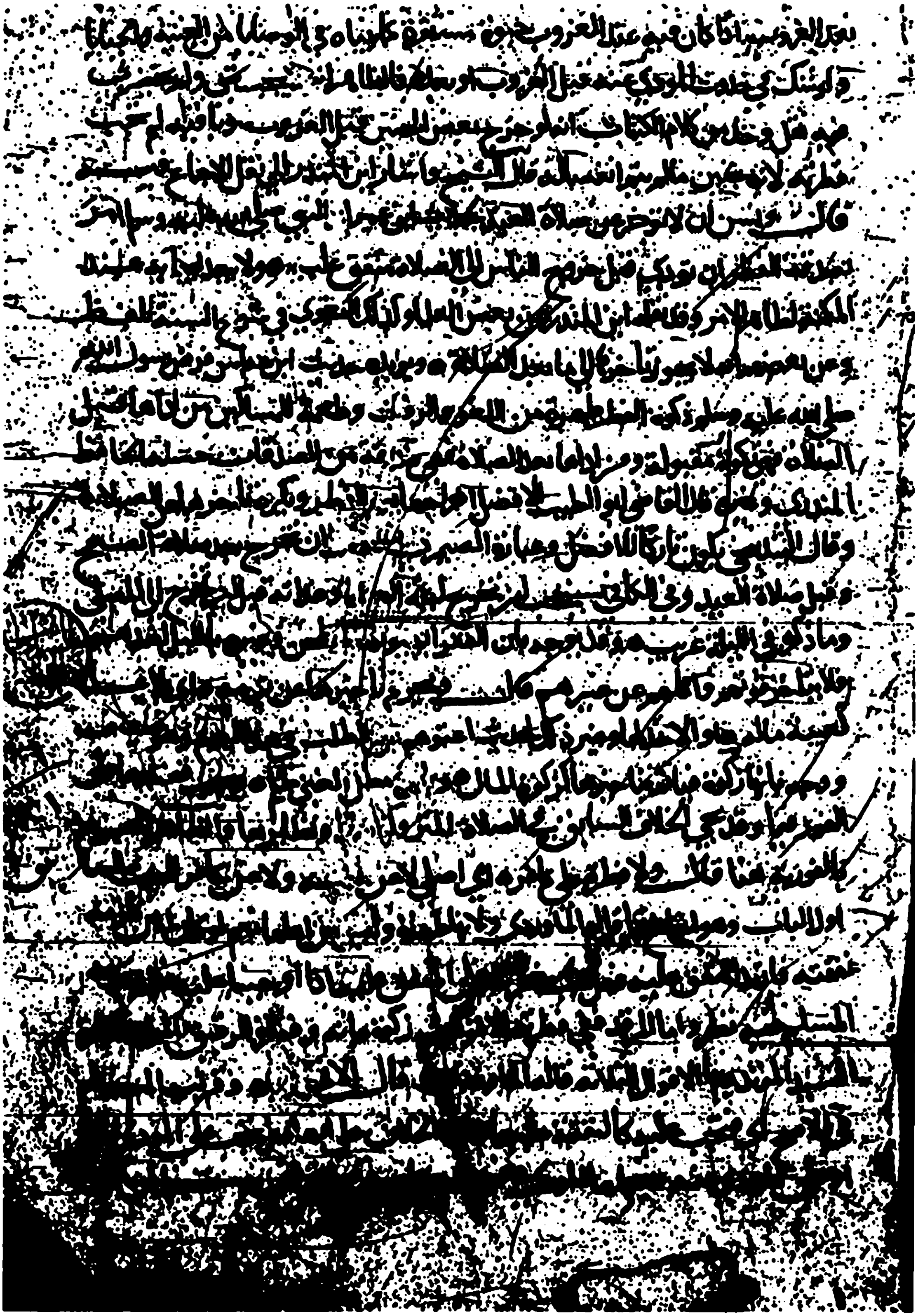
صورة الصفحة الأخيرة من (الأول) نسخة دار الكتب



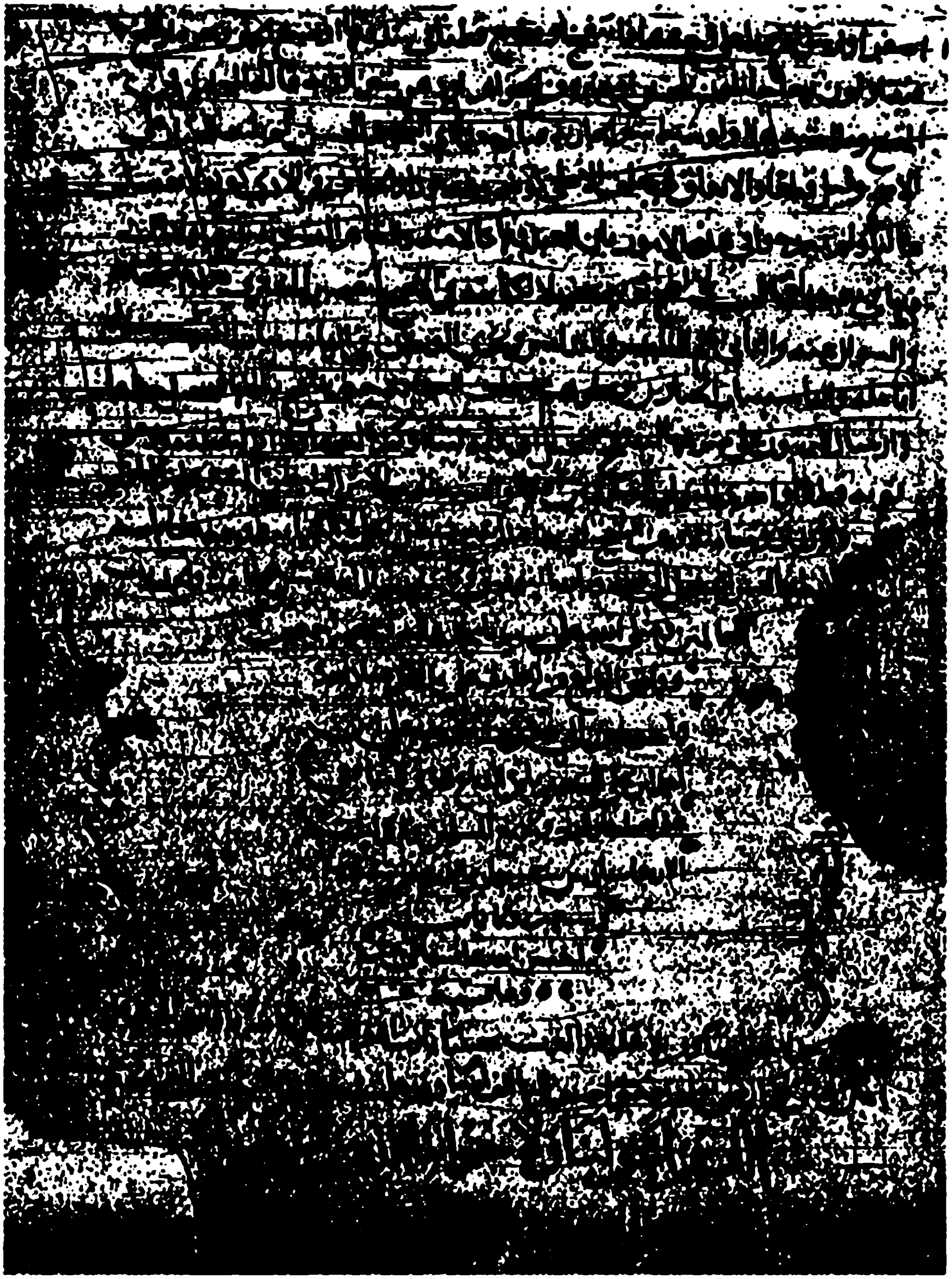
صورة الصفحة الأولى من الجزء الأخير



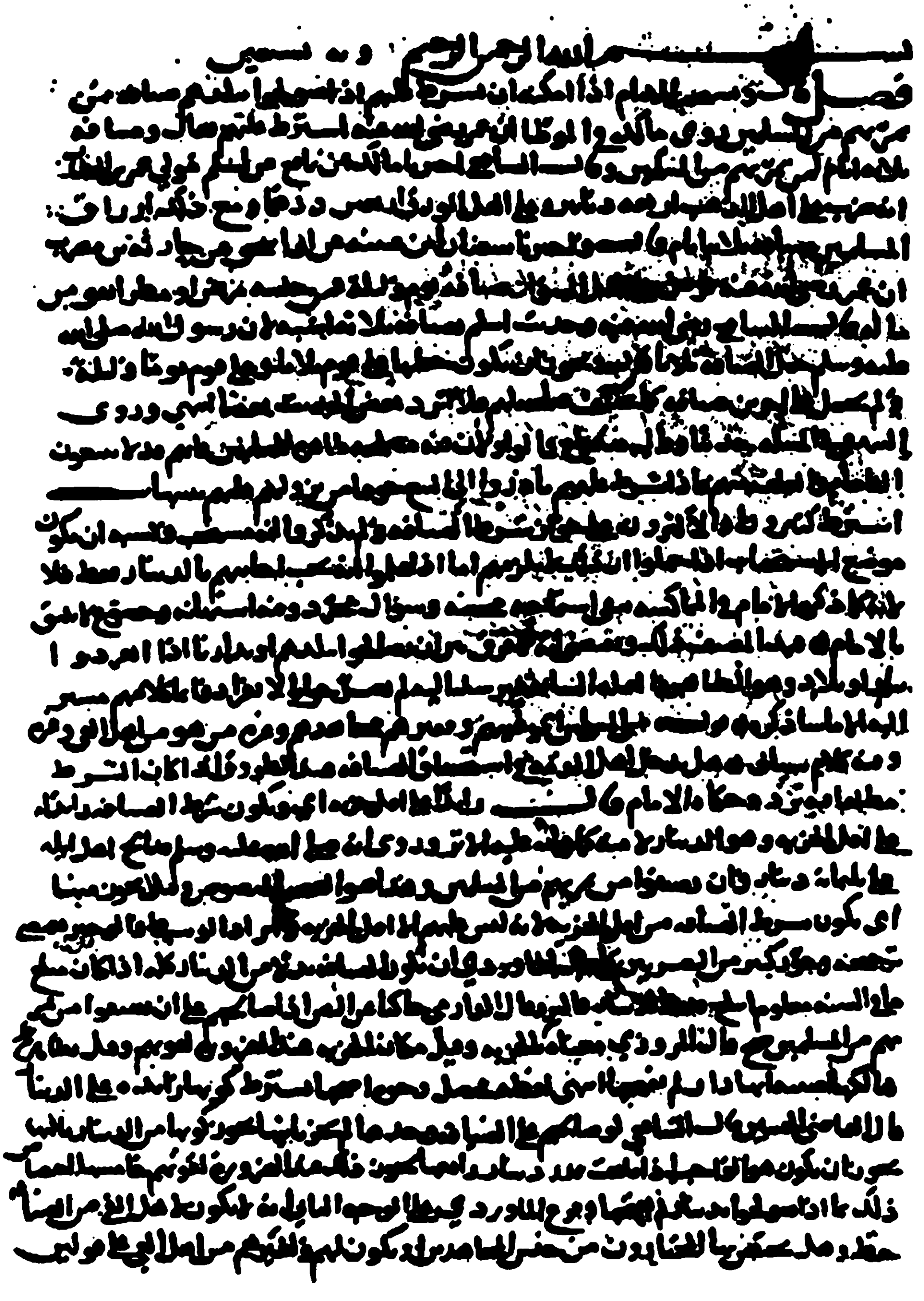
صورة الصفحة الأخيرة من الجزء الأخير



صورة الصفحة الأولى من جزء نسخة أخرى بدار الكتب

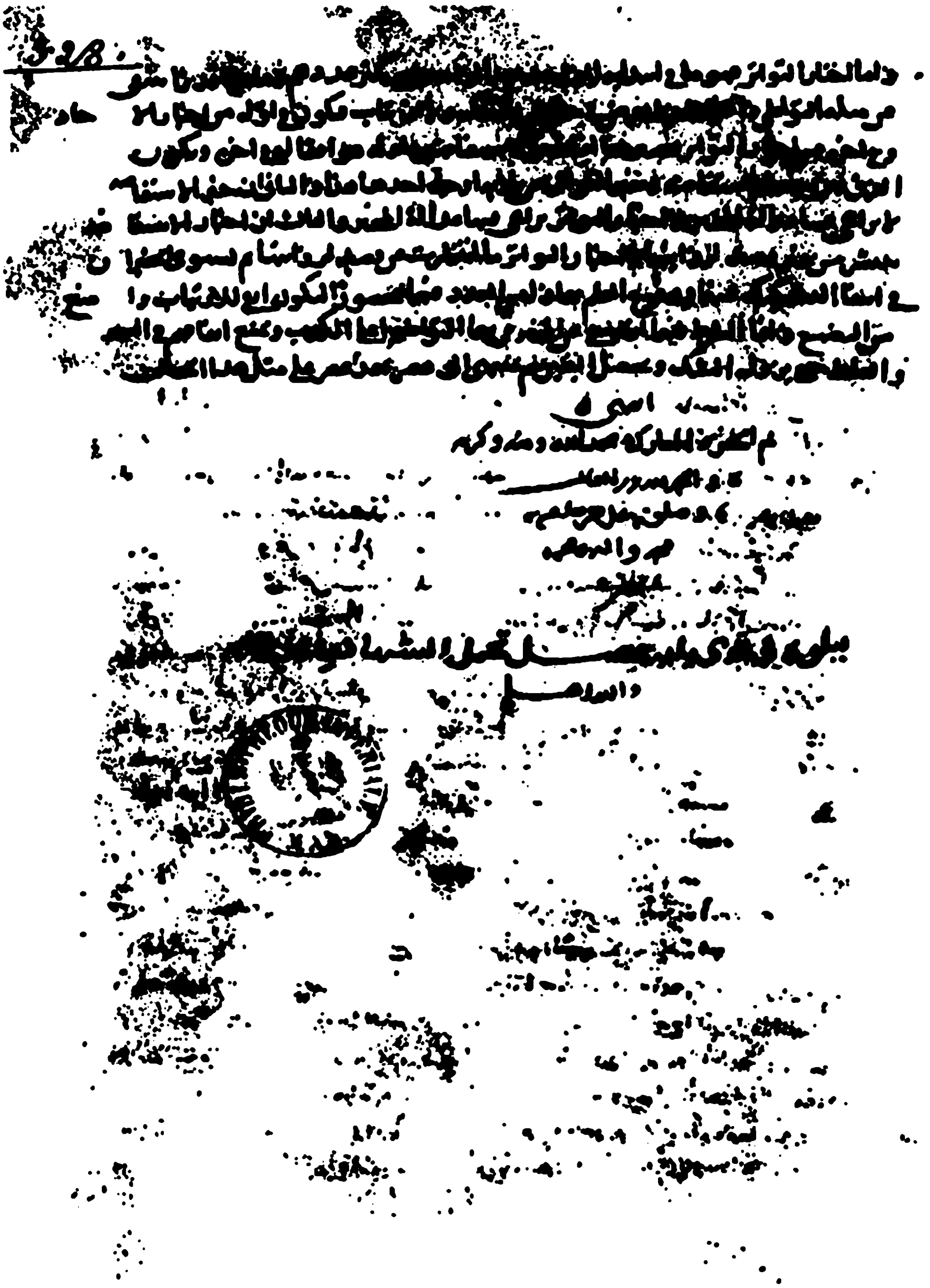


صورة الصفحة الأخيرة

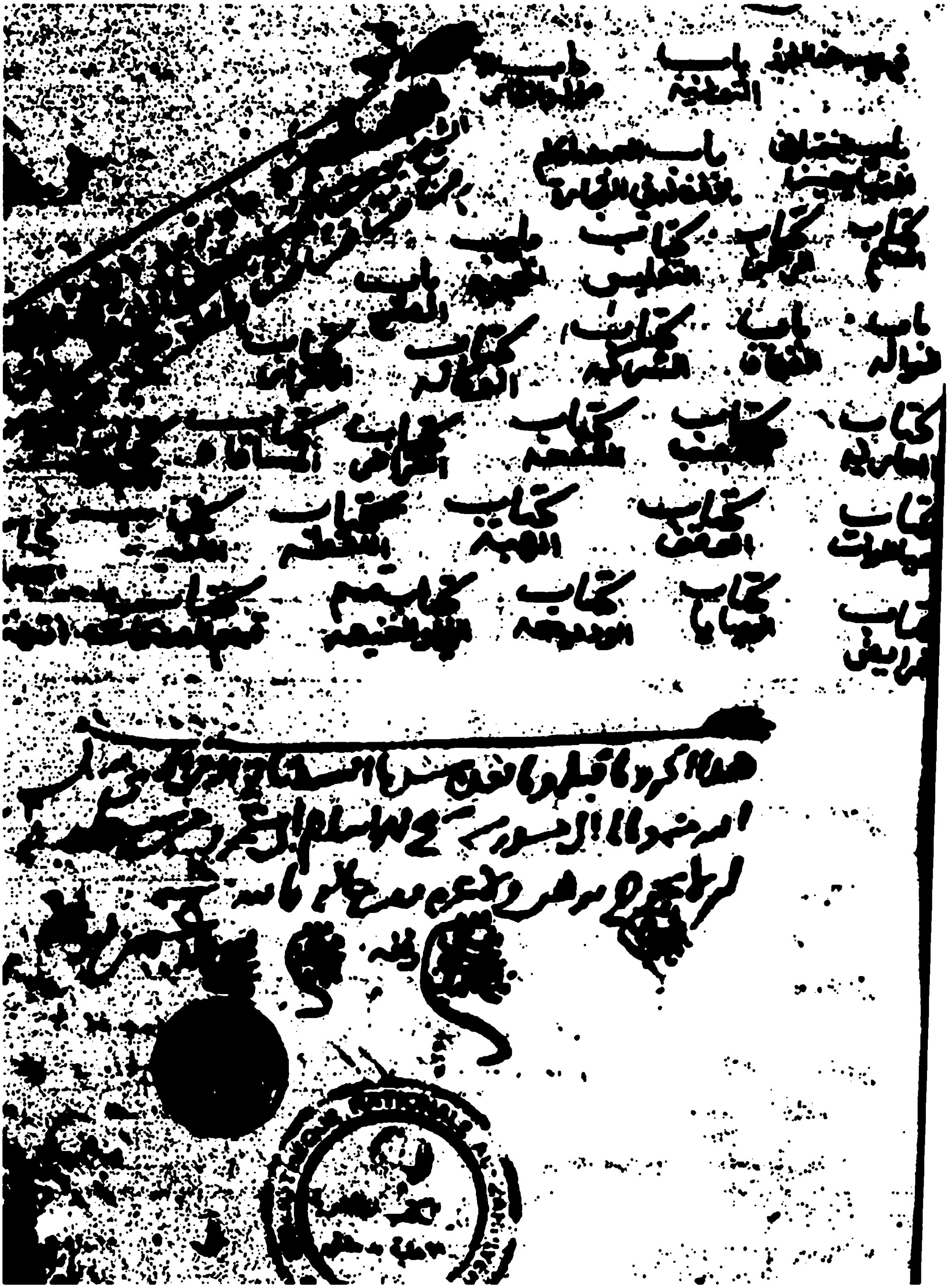


بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

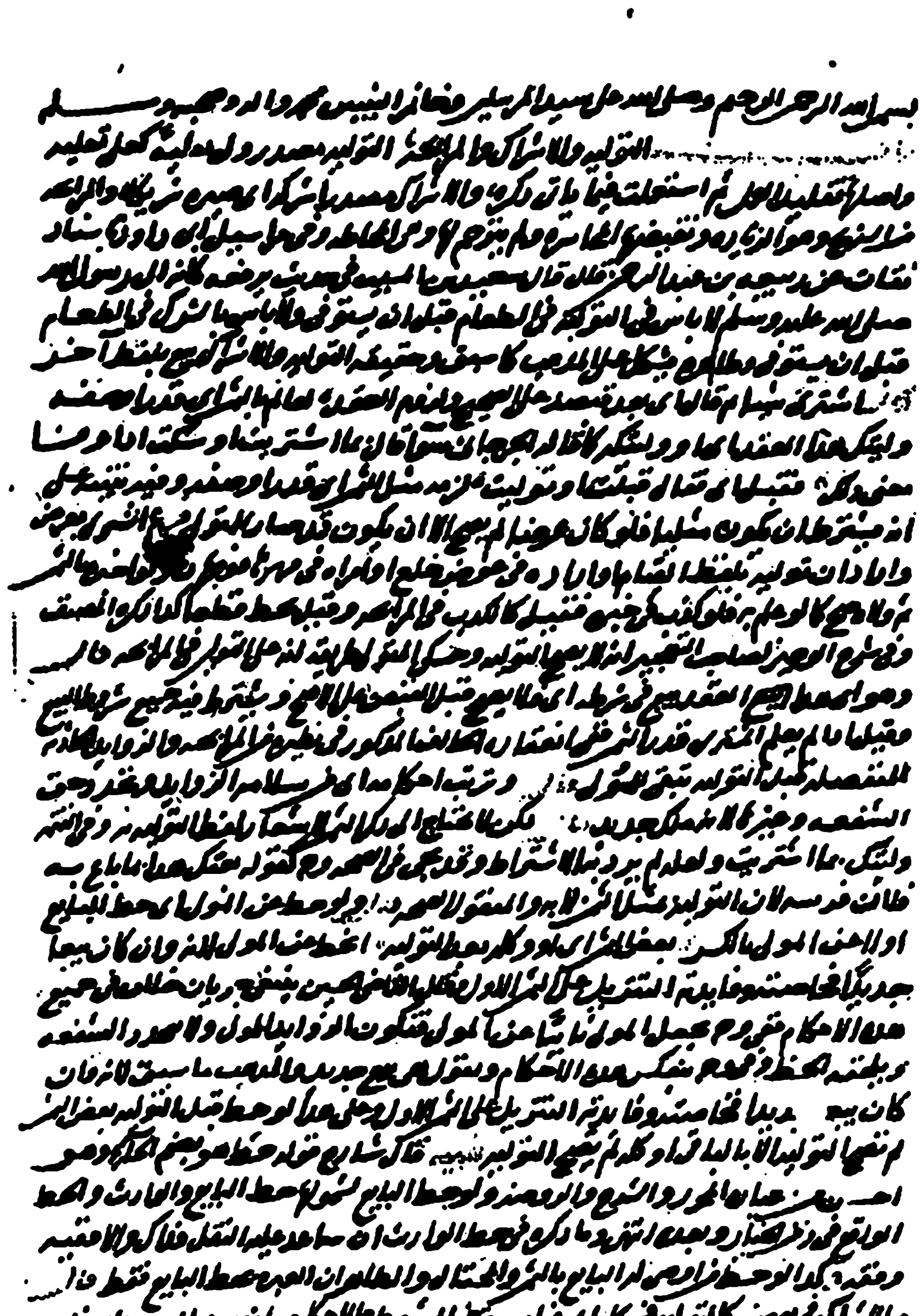
صورة الصفحة الأولى من نسخة باريس



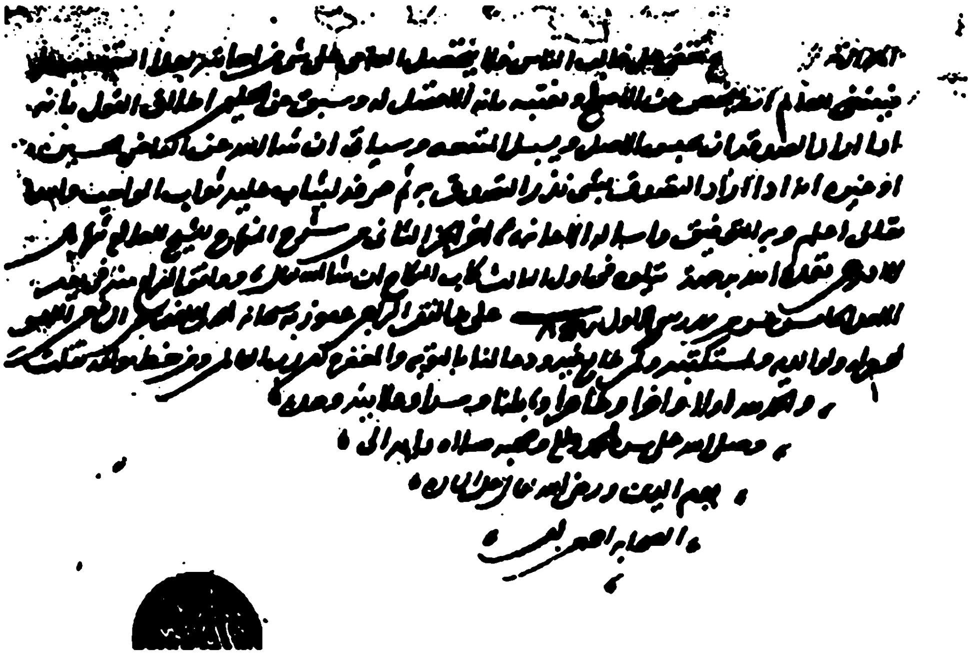
صورة الصفحة الأخيرة من نسخة باريس



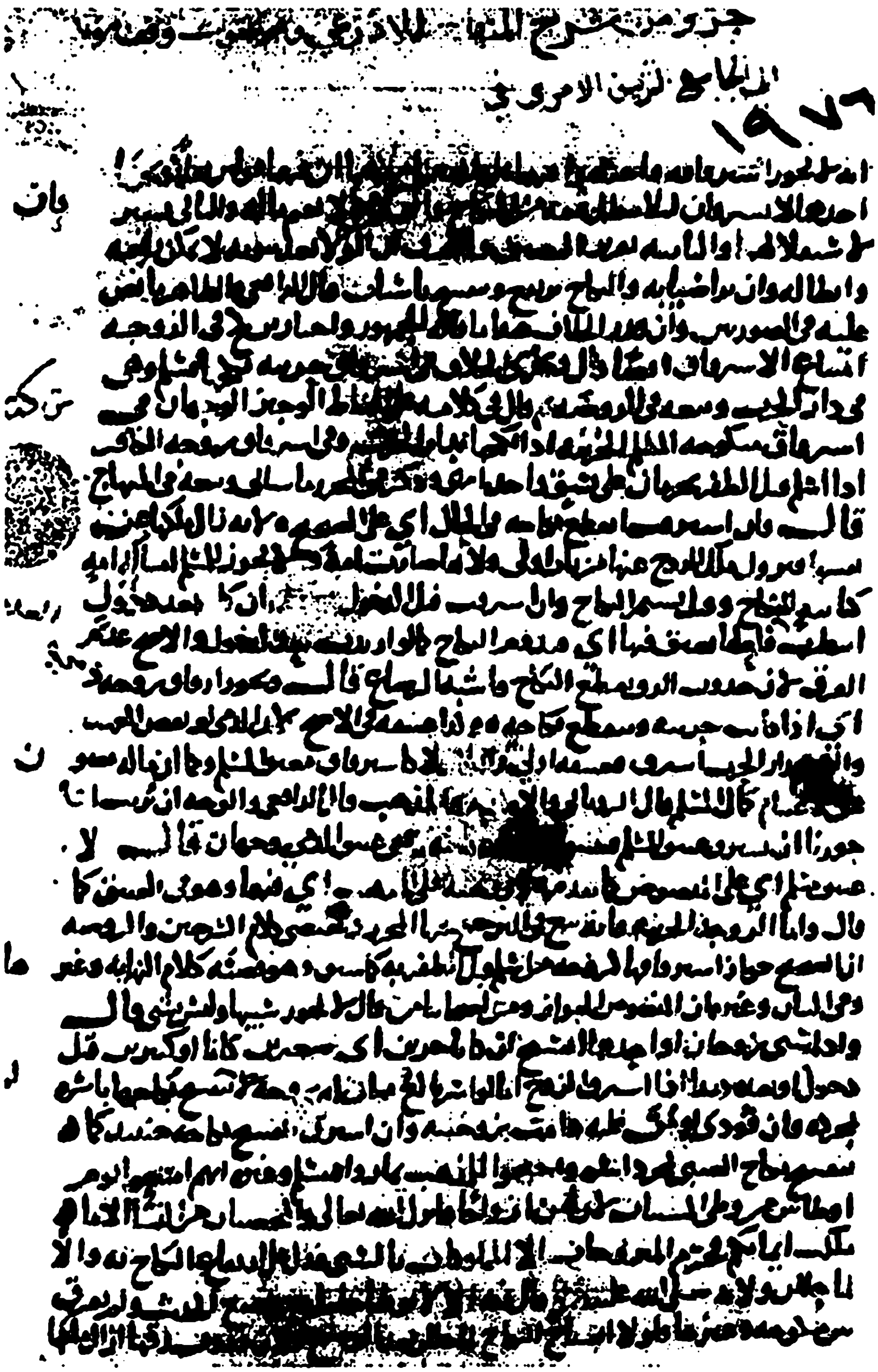
صورة غلاف النسخة الظاهرية



صورة الصفحة الأولى من النسخة الظاهرية



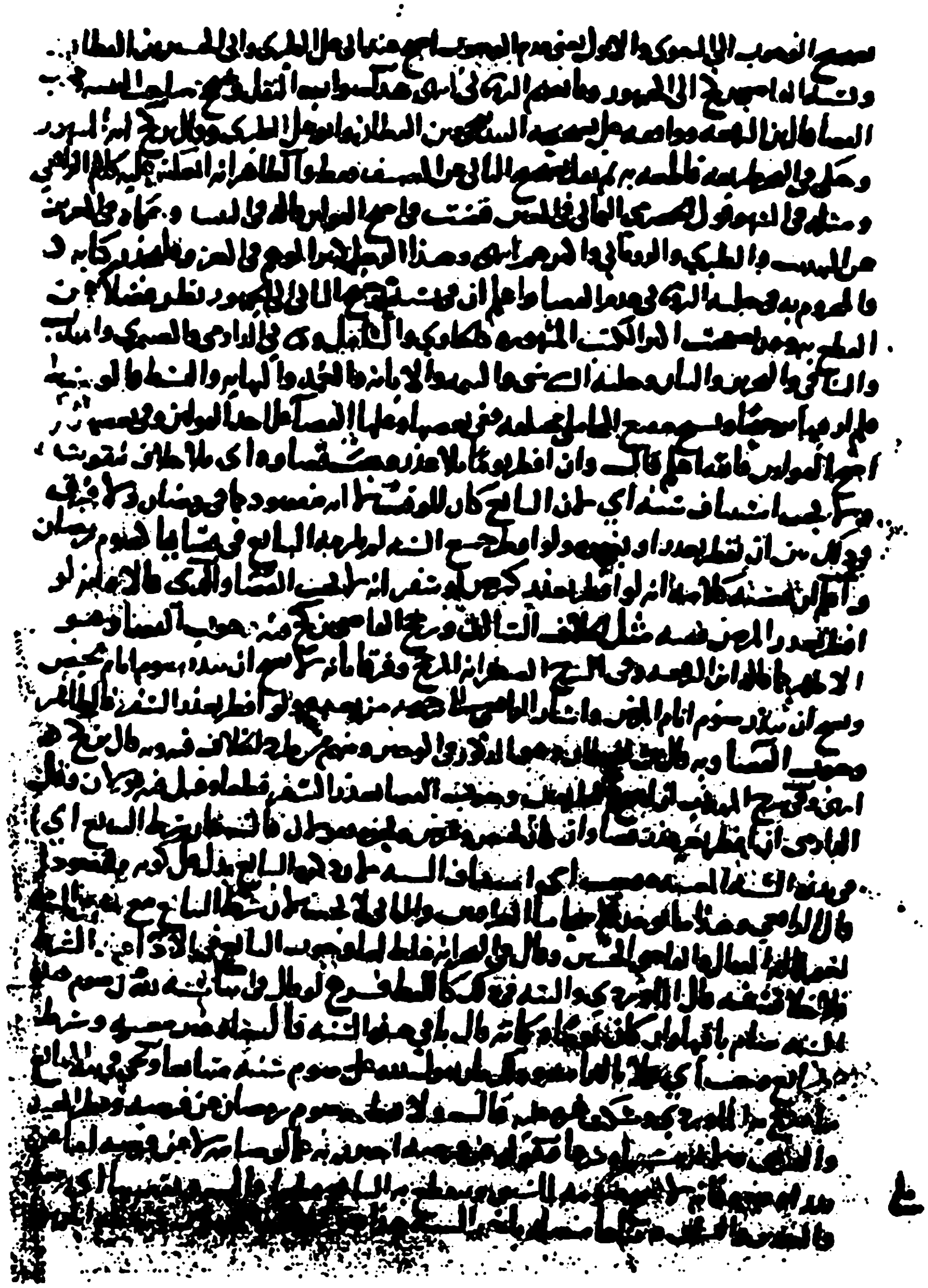
صورة الصفحة الأخيرة من النسخة الظاهرية



جزء من شرح المنهاج للأذرعي

١٩٧٦

صورة الصفحة الأولى من نسخة اخرى للظاهرية



صورة الصفحة الأخيرة من نسخة اخرى للظاهرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[خطبة الكتاب للإمام النووي]

الْحَمْدُ لله الْبَرِّ الْجَوَادِ، الَّذِي جَلَّتْ نِعَمُهُ عَنِ الْإِحْصَاءِ بِالْأَعْدَادِ، الْمَانُّ بِاللُّطْفِ وَالْإِرْشَادِ، الْهَادِي إِلَى سَبِيلِ الرَّشَادِ، الْمُوَفِّقُ لِلتَّفَقُّهِ فِي الدِّينِ مَنْ لَطَفَ بِهِ وَاخْتَارَهُ مِنَ الْعِبَادِ. أَحْمَدُهُ أَبْلَغَ حَمْدٍ وَأَكْمَلَهُ، وَأَزْكَاهُ وَأَشْمَلَهُ.

وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا الله الْوَاحِدُ الْغَفَّارُ.

وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، الْمُصْطَفَى الْمُخْتَارُ ﷺ .

وَزَادَهُ فَضْلًا وَشَرَفًا لَدَيْهِ .

(أَمَّا بَعْدُ) فَإِنَّ الِاشْتِغَالَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَفْضَلِ الطَّاعَاتِ، وَأَوْلَى مَا أُنْفِقَتْ فِيهِ نَفَائِسُ الْأَوْقَاتِ، وَقَدْ أَكْثَرَ أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ الله مِنَ التَّصْنِيفِ مِنَ الْمَبْسُوطَاتِ وَالْمُخْتَصَرَاتِ، وَأَتْقَنُ مُخْتَصَرَ «الْمُحَرَّرِ» لِلْإِمَامِ أَبِي الْقَاسِمِ الرَّافِعِيِّ. رَحِمَهُ الله تَعَالَى ذِي التَّحْقِيقَاتِ، وَهُوَ كَثِيرُ الْفَوَائِدِ، عُمْدَةٌ فِي تَحْقِيقِ الْمَذْهَبِ، مُعْتَمَدٌ لِلْمُفْتِي وَغَيْرِهِ مِنْ أُولِي الرَّغَبَاتِ، وَقَدْ الْتَزَمَ مُصَنِّفُهُ رَحِمَهُ الله أَنْ يَنُصَّ عَلَى مَا صَحَّحَهُ مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ وَوَفَّى بِمَا الْتَزَمَهُ وَهُوَ مِنْ أَهَمِّ أَوْ أَهَمُّ الْمَطْلُوبَاتِ لَكِنْ فِي حَجْمِهِ كِبَرٌ يَعْجِزُ عَنْ حِفْظِهِ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعَصْرِ إِلَّا بَعْضَ أَهْلِ الْعِنَايَاتِ، فَرَأَيْت اخْتِصَارَهُ فِي نَحْوِ نِصْفِ حَجْمِهِ، لِيَسْهُلَ حِفْظُهُ مَعَ مَا أُضَمِّنُهُ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى مِنَ النَّفَائِسِ الْمُسْتَجِدَّاتِ:

مِنْهَا: التَّنْبِيهُ عَلَى قُيُودٍ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ هِيَ مِنَ الْأَصْلِ مَحْذُوفَاتٌ.

وَمِنْهَا: مَوَاضِعُ يَسِيرَةٌ ذَكَرَهَا فِي الْمُحَرَّرِ عَلَى خِلَافِ الْمُخْتَارِ فِي الْمَذْهَبِ كَمَا سَتَرَاهَا إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى وَاضِحَاتٍ.

وَمِنْهَا: إِبْدَالُ مَا كَانَ مِنْ أَلْفَاظِهِ غَرِيبًا، أَوْ مُوهِمًا خِلَافَ الصَّوَابِ بِأَوْضَحِ وَأَخْصَرِ مِنْهُ بِعِبَارَاتٍ جَلِيَّاتٍ.

وَمِنْهَا: بَيَانُ الْقَوْلَيْنِ وَالْوَجْهَيْنِ وَالطَّرِيقَيْنِ وَالنَّصِّ، وَمَرَاتِبِ الْخِلَافِ فِي جَمِيعِ الْحَالَاتِ. فَحَيْثُ أَقُولُ: فِي الْأَظْهَرِ أَوْ الْمَشْهُورِ فَمِنَ الْقَوْلَيْنِ أَوِ الْأَقْوَالِ، فَإِنْ قَوِيَ الْخِلَافُ، قُلْت: الْأَظْهَرُ وَإِلَّا فَالْمَشْهُورُ، وَحَيْثُ أَقُولُ الْأَصَحُّ أَوِ الصَّحِيحُ فَمِنَ الْوَجْهَيْنِ أَو الْأَوْجُهِ، فَإِنْ قَوِيَ الْخِلَافُ، قُلْت: الْأَصَحُّ وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ، وَحَيْثُ أَقُولُ: الْمَذْهَبُ فَمِن الطَّرِيقَيْنِ أَوِ الطُّرُقِ، وَحَيْثُ أَقُولُ: النَّصُّ فَهُوَ نَصُّ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ الله، وَيَكُونُ هُنَاكَ وَجْهٌ ضَعِيفٌ أَوْ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، وَحَيْثُ أَقُولُ: الْجَدِيدُ فَالْقَدِيمُ خِلَافُهُ، أَوِ الْقَدِيمُ، أَوْ فِي قَوْلٍ قَدِيمٍ فَالْجَدِيدُ خِلَافُهُ، وَحَيْثُ أَقُولُ: وَقِيلَ كَذَا فَهُوَ وَجْهٌ ضَعِيفٌ وَالصَّحِيحُ أَوِ الْأَصَحُّ خِلَافُهُ، وَحَيْثُ أَقُولُ: وَفِي قَوْلٍ كَذَا فَالرَّاجِحُ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: مَسَائِلُ نَفِيسَةٌ أَضُمُّهَا إِلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَخْلوَ الْكِتَابُ مِنْهَا وَأَقُولُ فِي أَوَّلِهَا قُلْت، وَفِي آخِرِهَا، والله أَعْلَمُ وَمَا وَجَدْتَهُ مِنْ زِيَادَةِ لَفْظَةٍ وَنَحْوِهَا عَلَى مَا فِي الْمُحَرَّرِ فَاعْتَمِدْهَا فَلَا بُدَّ مِنْهَا، وَكَذَا مَا وَجَدْتَهُ مِنْ الْأَذْكَارِ مُخَالِفًا لِمَا فِي الْمُحَرَّرِ وَغَيْرِهِ مِنْ كُتُبِ الْفِقْهِ فَاعْتَمِدْهُ، فَإِنِّي حَقَّقْتُهُ مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ الْمُعْتَمَدَةِ، وَقَدْ أُقَدِّمُ بَعْضَ مَسَائِلَ الْفَصْلِ لِمُنَاسَبَةٍ أَوِ اخْتِصَارٍ، وَرُبَّمَا قَدَّمْت فَصْلًا لِلْمُنَاسَبَةِ، وَأَرْجُو إنْ تَمَّ هَذَا الْمُخْتَصَرُ أَنْ يَكُونَ فِي مَعْنَى الشَّرْحِ لِلْمُحَرَّرِ، فَإِنِّي لَا أَحْذِفُ مِنْهُ شَيْئًا مِنَ الْأَحْكَامِ أَصْلًا وَلَا مِن الْخِلَافِ وَلَوْ كَانَ وَاهِيًا مَعَ مَا أَشَرْت إِلَيْهِ مِنَ النَّفَائِسِ وَقَدْ شَرَعْت فِي جَمْعِ جُزْءٍ لَطِيفٍ عَلَى صُورَةِ الشَّرْحِ لِدَقَائِقِ هَذَا الْمُخْتَصَرِ، وَمَقْصُودِي بِهِ التَّنْبِيهُ عَلَى الْحِكْمَةِ فِي الْعُدُولِ عَنْ عِبَارَةِ الْمُحَرَّرِ، وَفِي إلْحَاقِ قَيْدٍ أَوْ حَرْفٍ أَوْ شَرْطٍ لِلْمَسْأَلَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ ذَلِكَ مِنْ الضَّرُورِيَّاتِ الَّتِي لَا بُدَّ مِنْهَا. وَعَلَى الله الْكَرِيمِ اعْتِمَادِي، وَإِلَيْهِ تَفْوِيضِي وَاسْتِنَادِي، وَأَسْأَلُهُ النَّفْعَ بِهِ لِي وَلِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ وَرِضْوَانَهُ عَنِّي، وَعَنْ أَحِبَّائِي وَجَمِيعِ الْمُؤْمِنِينَ .

كِتَابُ الطَّهَارَةِ

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا﴾ [الفُرقان: ٤٨] يُشْتَرَطُ لِرَفْعِ الْحَدَثِ وَالنَّجَسِ مَاءٌ مُطْلَقٌ، وَهُوَ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ مَاءٍ بِلَا قَيْدٍ.

فَالْمُتَغَيِّرُ بِمُسْتَغْنًى عَنْهُ كَزَعْفَرَانَ تَغَيُّرًا يَمْنَعُ إِطْلَاقَ اسْمِ الْمَاءِ غَيْرُ طَهُورٍ، وَلَا يَضُرُّ تَغَيُّرٌ لَا يَمْنَعُ الِاسْمَ، وَلَا مُتَغَيِّرٌ بِمُكْثٍ وَطِينٍ وَطُحْلُبٍ، وَمَا فِي مَقَرِّهِ وَمَمَرِّهِ، وَكَذَا مُتَغَيِّرٌ بِمُجَاوِرٍ كَعُودٍ وَدُهْنٍ، أَوْ بِتُرَابٍ طُرِحَ فِيهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَيُكْرَهُ الْمُشَمَّسُ. وَالْمُسْتَعْمَلُ فِي فَرْضِ الطَّهَارَةِ. قِيلَ وَنَفْلُهَا غَيْرُ طَهُورٍ فِي الْجَدِيدِ، فَإِنْ جُمِعَ فَبَلَغَ قُلَّتَيْنِ فَطَهُورٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا تَنْجُسُ قُلَّتَا الْمَاءِ: بِمُلَاقَاةِ نَجِسٍ، فَإِنْ غَيَّرَهُ فَنَجِسٌ.

فَإِنْ زَالَ تَغَيُّرُهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ بِمَاءٍ طَهُرَ، أَوْ بِمِسْكٍ وَزَعْفَرَانَ فَلَا، وَكَذَا تُرَابٌ وَجِصٌّ فِي الْأَظْهَرِ، وَدُونَهُمَا يَنْجُسُ بِالْمُلَاقَاةِ، فَإِنْ بَلَغَهُمَا بِمَاءٍ وَلَا تَغَيُّرَ بِهِ فَطَهُورٌ(١).

---

(١) قوله: (**لَا يَمْنَعُ الِاسْمَ**) لِتَعَذُّرِ صَوْنِ الْمَاءِ عَنْهُ، وَلِبَقَاءِ إِطْلَاقِ اسْمِ الْمَاءِ عَلَيْهِ. وَكَذَلِكَ لَوْ شَكَّ فِي أَنَّ تَغَيُّرَهُ كَثِيرٌ أَوْ يَسِيرٌ، نَعَمْ إِنْ تَغَيَّرَ كَثِيرًا ثُمَّ شَكَّ فِي أَنَّ التَّغَيُّرَ الْآنَ يَسِيرٌ أَوْ كَثِيرٌ لَمْ يَطْهُرْ عَمَلًا بِالْأَصْلِ فِي الْحَالَتَيْنِ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: (**وَلَا**) يَضُرُّ فِي الطَّهَارَةِ بِالْمَاءِ (**مُتَغَيِّرٌ بِمُكْثٍ**) بِتَثْلِيثِ مِيمِهِ مَعَ إِسْكَانِ كَافِهِ وَإِنْ فَحُشَ التَّغَيُّرُ (**وَطِينٍ وَطُحْلُبٍ**) بِضَمِّ الطَّاءِ وَبِضَمِّ اللَّامِ وَفَتْحِهَا شَيْءٌ أَخْضَرُ يَعْلُو الْمَاءَ مِنْ طُولِ الْمُكْثِ (**وَمَا فِي مَقَرِّهِ وَمَمَرِّهِ**) كَكِبْرِيتٍ وَزِرْنِيخٍ وَنُورَةٍ لِتَعَذُّرِ صَوْنِ الْمَاءِ عَنْ ذَلِكَ، وَلَا يَضُرُّ أَوْرَاقُ شَجَرٍ تَنَاثَرَتْ وَتَفَتَّتَتْ وَاخْتَلَطَتْ وَإِنْ كَانَتْ رَبِيعِيَّةً أَوْ بَعِيدَةً عَنِ الْمَاءِ لِتَعَذُّرِ صَوْنِ الْمَاءِ عَنْهَا فَلَا يَمْنَعُ التَّغَيُّرُ بِهِ إِطْلَاقَ اسْمِ الْمَاءِ عَلَيْهِ وَإِنْ أَشْبَهَ التَّغَيُّرُ بِهِ فِي الصُّورَةِ التَّغَيُّرَ الْكَثِيرَ بِمُسْتَغْنًى عَنْهُ لَا إِنْ طُرِحَتْ وَتَفَتَّتَتْ أَوْ أُخْرِجَ مِنْهُ الطُّحْلُبُ أَوْ الزِّرْنِيخُ وَدُقَّ نَاعِمًا وَأُلْقِيَ فِيهِ فَغَيَّرَهُ فَإِنَّهُ يَضُرُّ أَوْ تَغَيَّرَ بِالثِّمَارِ-

السَّاقِطَةِ فِيهِ لِإِمْكَانِ التَّحَرُّزِ عَنْهَا غَالِبًا.

(وَكَذَا) لَا يَضُرُّ فِي الطَّهَارَةِ **(مُتَغَيِّرٌ بِمُجَاوِرٍ)** طَاهِرٍ **(كَعُودٍ وَدُهْنٍ)** وَلَوْ مُطَيَّبَيْنِ وَكَافُورٍ صَلْبٍ **(أَوْ بِتُرَابٍ)** وَلَوْ مُسْتَعْمَلًا **(طُرِحَ)** بِقَصْدٍ فِي غَيْرِ تُرَابِ تَطْهِيرِ النَّجَاسَةِ الْكَلْبِيَّةِ وَنَحْوِهَا **(فِي الْأَظْهَرِ)** لِأَنَّ تَغَيُّرَهُ بِذَلِكَ لِكَوْنِهِ فِي غَيْرِ التُّرَابِ تَرَوُّحًا، وَفِي التُّرَابِ كُدُورَةٌ لَا يُمْنَعُ إطْلَاقُ اسْمِ الْمَاءِ عَلَيْهِ، نَعَمْ إنْ تَغَيَّرَ حَتَّى صَارَ لَا يُسَمَّى إلَّا طِينًا رَطْبًا ضَرَّ. وَالثَّانِي: يَضُرُّ كَالْمُتَغَيِّرِ بِنَجِسٍ مُجَاوِرٍ فِي الْأَوَّلِ وَبِزَعْفَرَانَ فِي الثَّانِي، وَفَرْقُ الْأَوَّلِ بِغِلَظِ أَمْرِ النَّجَاسَةِ وَبِطَهُورِيَّةِ التُّرَابِ، وَلِأَنَّ تَغَيُّرَهُ بِهِ مُجَرَّدُ كُدْرَةٍ، وَمَا تَقَرَّرَ فِي التُّرَابِ الْمُسْتَعْمَلِ هُوَ الْمُعْتَمَدُ وَهُوَ مُقْتَضَى التَّعْلِيلِ الثَّانِي كَمَا اعْتَمَدَهُ شَيْخِي، وَإِنْ خَالَفَ فِيهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَلَوْ صَبَّ الْمُتَغَيِّرُ بِمُخَالِطٍ لَا يَضُرُّ عَلَى مَا لَا تَغَيُّرَ فِيهِ فَتَغَيَّرَ بِهِ كَثِيرًا ضَرَّ؛ لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ بِمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ قَالَهُ ابْنُ أَبِي الصَّيْفِ. وَقَالَ الْإِسْنَوِيُّ: إنَّهُ مُتَّجِهٌ، وَعَلَيْهِ يُقَالُ لَنَا مَاءَانِ تَصِحُّ الطَّهَارَةُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا، وَلَا تَصِحُّ بِهِمَا مُخْتَلِطَيْنِ، وَالْمُخَالَطُ: هُوَ الَّذِي لَا يَتَمَيَّزُ فِي رَأْيِ الْعَيْنِ. وَقِيلَ: مَا لَا يُمْكِنُ فَصْلُهُ بِخِلَافِ الْمُجَاوِرِ فِيهِمَا. وَقِيلَ: الْمُعْتَبَرُ الْعُرْفُ، فَالتُّرَابُ مُخَالِطٌ عَلَى الْأَوَّلِ وَمُجَاوِرٌ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ فَصْلُهُ بَعْدَ رُسُوبِهِ، أَمَّا التَّغَيُّرُ بِتُرَابِ تَطْهِيرِ النَّجَاسَةِ الْكَلْبِيَّةِ وَنَحْوِهَا أَوْ بِتُرَابٍ تَهُبُّ بِهِ الرِّيحُ أَوْ طُرِحَ بِلَا قَصْدٍ كَأَنْ أَلْقَاهُ صَبِيٌّ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: فَلَا يَضُرُّ جَزْمًا.

تَنْبِيهٌ: كَانَ الْأَحْسَنُ أَنَّ الْمُصَنِّفَ يَحْذِفُ الْمِيمَ مِنْ قَوْلِهِ: وَلَا مُتَغَيِّرٌ بِمُكْثٍ، وَمِنْ قَوْلِهِ: وَكَذَا مُتَغَيِّرٌ بِمُجَاوِرٍ فَيَقُولُ: وَلَا تَغَيُّرٌ بِمُكْثٍ، وَكَذَا تَغَيُّرٌ بِمُجَاوِرٍ؛ لِأَنَّ الْمُتَغَيِّرَ لَا يَصِحُّ التَّغَيُّرُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ نَفْسَهُ، بَلِ الْمُضِرُّ التَّغَيُّرَ، وَيَنْدَفِعُ ذَلِكَ بِمَا قَدَّرْتُهُ بِقَوْلِي فِي الطَّهَارَةِ تَبَعًا لِلشَّارِحِ: فَائِدَةٌ: الْكَافُورُ نَوْعَانِ: خَلِيطٌ وَمُجَاوِرٌ وَكَذَا الْقَطِرَانُ.

فَلَوْ كُوثِرَ بِإِيرَادِ طَهُورٍ فَلَمْ يَبْلُغْهُمَا لَمْ يَطْهُرْ، وَقِيلَ طَاهِرٌ لَا طَهُورٌ وَيُسْتَثْنَى مَيْتَةٌ لَا دَمَ لَهَا سَائِلٌ فَلَا تُنَجِّسُ مَائِعًا عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَكَذَا فِي قَوْلٍ نَجَسٌ لَا يُدْرِكُهُ طَرْفٌ.

قُلْتُ: ذَا الْقَوْلِ أَظْهَرُ، والله أَعْلَمُ.

وَالْجَارِي كَرَاكِدٍ، وَفِي الْقَدِيمِ لَا يَنْجُسُ بِلَا تَغَيُّرٍ، وَالْقُلَّتَانِ خَمْسُمِائَةِ رِطْلٍ بَغْدَادِيٍّ تَقْرِيبًا فِي الْأَصَحِّ.

وَالتَّغَيُّرُ الْمُؤَثِّرُ بِطَاهِرٍ أَوْ نَجِسٍ طَعْمٌ، أَوْ لَوْنٌ، أَوْ رِيحٌ، وَلَو اشْتَبَهَ مَاءٌ طَاهِرٌ بِنَجِسٍ اجْتَهَدَ.

وَتَطَهَّرَ بِمَا ظَنَّ طَهَارَتَهُ وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَى طَاهِرٍ بِيَقِينٍ فَلَا، وَالْأَعْمَى كَبَصِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ⁽¹⁾ أَوْ مَاءٌ وَبَوْلٌ لَمْ يَجْتَهِدْ عَلَى الصَّحِيحِ بَلْ يُخْلَطَانِ.

= وَاخْتُلِفَ فِي التَّغَيُّرِ بِالْكَتَّانِ، وَالَّذِي عَلَيْهِ الْأَكْثَرُ أَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بِشَيْءٍ يَتَحَلَّلُ مِنْهُ فَيَكُونُ كَالتَّغَيُّرِ بِمُخَالِطٍ. [مغني المحتاج ١/ ٧٠].

(١) قوله: (وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَى طَاهِرٍ) أَيْ: طَهُورٍ (بِيَقِينٍ) كَأَنْ كَانَ عَلَى شَطِّ نَهْرٍ فِي اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ أَوْ فِي صَحْرَاءَ فِي اسْتِعْمَالِ التُّرَابِ (فَلَا) يَجُوزُ لَهُ الِاجْتِهَادُ كَمَنْ بِمَكَّةَ وَلَا حَائِلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْكَعْبَةِ، وَقَالَ ﷺ: «دَعْ مَا يُرِيبُكَ إِلَى مَا لَا يُرِيبُكَ» رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَالتِّرْمِذِيُّ.
وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْقِبْلَةَ فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهَا كَانَ طَلَبُهُ لَهَا فِي غَيْرِهَا عَبَثًا، وَبِأَنَّ الْمَاءَ مَالٌ، وَفِي الْإِعْرَاضِ عَنْهُ تَفْوِيتُ مَالِيَّةٍ مَعَ إِمْكَانِهَا بِخِلَافِ الْقِبْلَةِ، وَعَنِ الْحَدِيثِ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى النَّدْبِ.
فَإِنْ قِيلَ: كَانَ يَنْبَغِي لِلْمُصَنِّفِ أَنْ يَقُولَ: عَلَى طَاهِرٍ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ أَحَدَ الْمُشْتَبِهَيْنِ طَاهِرٌ بِيَقِينٍ.
أُجِيبُ بِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ طَاهِرًا بِيَقِينٍ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَقَدْ فَرَضَ الْمُصَنِّفُ الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا قَدَرَ عَلَى طَاهِرٍ بِيَقِينٍ (وَالْأَعْمَى) فِي الِاجْتِهَادِ فِيمَا ذُكِرَ (كَبَصِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لِأَنَّهُ يُدْرِكُ الْأَمَارَةَ بِاللَّمْسِ أَوِ الشَّمِّ =

ثُمَّ يَتَيَمَّمُ أَوْ مَاءُ وَرْدٍ تَوَضَّأَ بِكُلٍّ مَرَّةً. وَقِيلَ لَهُ الِاجْتِهَادُ(١).

= أَوِ الذَّوْقِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ أَوِ الِاسْتِمَاعِ كَاضْطِرَابِ الْغِطَاءِ، وَقَضِيَّةُ التَّعْلِيلِ بِمَا ذُكِرَ أَنَّ الْأَعْمَى لَوْ فَقَدَ هَذِهِ الْحَوَاسَّ الَّتِي يُدْرِكُ بِهَا ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجْتَهِدُ. **قَالَ الْأَذْرَعِيُّ**: وَيَنْبَغِي الْجَزْمُ بِهِ وَهُوَ حَسَنٌ، وَالثَّانِي: لَا يَجْتَهِدُ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ لَهُ أَثَرٌ فِي حُصُولِ الظَّنِّ فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ، وَقَدْ فَقَدَهُ فَلَمْ يَجُزْ كَالْقِبْلَةِ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْقِبْلَةَ أَدِلَّتَهَا بَصَرِيَّةٌ. وَبِمَا قَدَّرْتُهُ سَقَطَ مَا قِيلَ: إِنَّهُ لَوْ قَالَ: وَالْأَعْمَى يَجْتَهِدُ فِي الْأَظْهَرِ لَكَانَ أَحْسَنَ أَيْ: لِأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ كَالْبَصِيرِ فِي أَصْلِ الِاجْتِهَادِ، وَإِنْ خَالَفَهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ، فَإِنَّ الْأَعْمَى إِذَا تَحَيَّرَ قَلَّدَ بَصِيرًا عَلَى الْأَصَحِّ وَقِيلَ: لَا.

كَالْبَصِيرِ، قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُقَلِّدُهُ أَوْ وَجَدَهُ فَتَحَيَّرَ تَيَمَّمَ. [مغني المحتاج ١/١٠٩].

(١) قوله: (أَوْ) اشْتَبَهَ عَلَيْهِ مَاءٌ (وَمَاءُ وَرْدٍ) انْقَطَعَتْ رَائِحَتُهُ (تَوَضَّأَ بِكُلٍّ) مِنْهُمَا (مَرَّةً) وَلَا يَجْتَهِدُ فِيهِمَا وَإِنَّمَا جَازَ لَهُ التَّوَضُّؤُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا لِتَيَقُّنِ اسْتِعْمَالِ الطَّهُورِ، وَيُغْتَفَرُ فِي تَرَدُّدِهِ فِي النِّيَّةِ لِلضَّرُورَةِ كَمَنْ نَسِيَ صَلَاةً مِنَ الْخَمْسِ، وَمُقْتَضَى الْعِلَّةِ أَنَّهُ يَمْتَنِعُ ذَلِكَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى مَاءٍ طَاهِرٍ بِيَقِينٍ لِفَقْدِ الضَّرُورَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يُوجِبُوا عَلَيْهِ سُلُوكَ الطَّرِيقِ الْمُحَصِّلَةِ لِلْجَزْمِ فَكَذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ اسْتِعْمَالُ الطَّهُورِ بِيَقِينٍ إِذَا قَدِرَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُحَصِّلًا لِلْجَزْمِ، عَلَى أَنَّهُ يُمْكِنُ الْجَزْمُ بِالنِّيَّةِ كَأَنْ يَأْخُذَ بِكَفِّهِ مِنْ أَحَدِهِمَا وَبِالْأُخْرَى مِنَ الْآخَرِ وَيَغْسِلُ بِهِمَا خَدَّيْهِ مَعًا نَاوِيًا ثُمَّ يَعْكِسُ ثُمَّ يُتِمُّ وُضُوءَهُ بِأَحَدِهِمَا ثُمَّ بِالْآخَرِ، وَيَلْزَمُهُ حَيْثُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى طَهُورٍ بِيَقِينٍ التَّطَهُّرُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا، وَلَوْ زَادَتْ قِيمَةُ مَاءِ الْوَرْدِ عَلَى قِيمَةِ مَاءِ الطَّهَارَةِ خِلَافًا لِابْنِ الْمُقْرِي فِي رَوْضِهِ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ لُزُومِ تَكْمِيلِ النَّاقِصِ إِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ عَلَى ثَمَنِ مَاءِ الطَّهَارَةِ لِأَنَّ الْخَلْطَ ثَمَّ يُذْهِبُ مَالِيَّتَهُ بِالْكُلِّيَّةِ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَاءَ وَرْدٍ، وَهُنَا اسْتِعْمَالُهُ مُنْفَرِدًا لَا يُذْهِبُهَا بِالْكُلِّيَّةِ لِإِمْكَانِ تَحْصِيلِ غُسَالَتِهِ، وَهَذَا أَوْلَى الْفُرُوقِ كَمَا ـ

وَإِذَا اسْتَعْمَلَ مَا ظَنَّهُ أَرَاقَ الْآخَرَ، فَإِنْ تَرَكَهُ وَتَغَيَّرَ ظَنُّهُ لَمْ يَعْمَلْ بِالثَّانِي عَلَى النَّصِّ بَلْ يَتَيَمَّمُ بِلَا إِعَادَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَخْبَرَهُ بِتَنَجُّسِهِ مَقْبُولُ الرِّوَايَةِ، وَبَيَّنَ السَّبَبَ، أَوْ كَانَ فَقِيهًا مُوَافِقًا اعْتَمَدَهُ(١).

أَوْضَحته فِي شَرْحِ الْعُبَابِ.

ثُمَّ مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَنْعِ الِاجْتِهَادِ فِي مَاءِ الْوَرْدِ مَحَلُّهُ بِالنِّسْبَةِ لِلتَّطْهِيرِ، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلشُّرْبِ فَيَجُوزُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ، وَلَهُ التَّطْهِيرُ بِالْآخَرِ لِلْحُكْمِ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ مَاءٌ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الطُّهْرِ أَنَّهُ يَسْتَدْعِي الطَّهُورِيَّةَ وَهُمَا مُخْتَلِفَانِ، وَالشُّرْبُ يَسْتَدْعِي الطَّاهِرِيَّةَ وَهُمَا طَاهِرَانِ، وَإِفْسَادُ الشَّاشِيِّ رُدَّ بِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يُحْتَجْ إِلَيْهِ فِيهِ لَكِنْ شُرْبَ مَاءَ الْوَرْدِ فِي ظَنِّهِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَحِينَئِذٍ فَاسْتِنْتَاجُ الْمَاوَرْدِيِّ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَ الْآخَرِ لِلطُّهْرِ وَقَعَ تَبَعًا، وَقَدْ عُهِدَ امْتِنَاعُ الِاجْتِهَادِ لِلشَّيْءِ مَقْصُودًا وَيَسْتَفِيدُهُ تَبَعًا، كَمَا فِي امْتِنَاعِ الِاجْتِهَادِ لِلْوَطْءِ وَيَمْلِكُهُ تَبَعًا فِيهَا لَوْ اشْتَبَهَتْ أَمَتُهُ بِأَمَةِ غَيْرِهِ وَاجْتَهَدَ فِيهِمَا لِلْمِلْكِ فَإِنَّهُ يَطَؤُهَا بَعْدَهُ لِحِلِّ تَصَرُّفِهِ فِيهَا، وَلِكَوْنِهِ يُغْتَفَرُ فِي التَّابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْمَتْبُوعِ، وَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ مِنْ مَجِيءِ كَلَامِ الْمَاوَرْدِيِّ فِي الْمَاءِ وَالْبَوْلِ بَعِيدٌ، إِذْ كَلَامُهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَبَاحَ لَهُ الِاجْتِهَادَ لِيَشْرَبَ مَاءَ الْوَرْدِ ثُمَّ يَتَطَهَّرُ بِالْآخَرِ، وَهَذَا غَيْرُ مُمْكِنٍ هُنَا، وَأَيْضًا فَكُلٌّ مِنَ الْمَاءَيْنِ لَهُ أَصْلٌ فِي أَصْلِ الْمَطْلُوبِ وَهُوَ الشُّرْبُ، فَجَازَ الِاجْتِهَادُ لِذَلِكَ بِخِلَافِ الْمَاءِ وَالْبَوْلِ، فَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَا اجْتِهَادَ فِي ذَلِكَ وَنَحْوِهِ كَمَيْتَةٍ وَمُذَكَّاةٍ مُطْلَقًا، بَلْ إِنْ وُجِدَ اضْطِرَارًا جَازَ لَهُ التَّنَاوُلُ هَجْمًا، وَإِلَّا امْتَنَعَ وَلَوْ بِاجْتِهَادٍ؛ وَبِذَلِكَ يَنْدَفِعُ مَا فِي التَّوَسُّطِ وَغَيْرِهِ (وَقِيلَ لَهُ الِاجْتِهَادُ) فِيهِمَا كَالْمَاءَيْنِ وَفَرَّقَ الْأَوَّلُ بِمِثْلِ مَا تَقَدَّمَ فِي الْبَوْلِ. [نهاية المحتاج ١/ ٢٨٣].

(١) قوله: قَالَ ابْنُ أَبِي الدَّمِ: إِنَّهُ الْأَشْهَرُ، وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَإِنْ كَانَ فَقِيهًا مُوَافِقًا لِأَنَّهُ قَدْ يَظُنُّ مَا لَيْسَ بِسَبَبٍ سَبَبًا، وَلِأَنَّ وَظِيفَتَهُ نَقْلُ مَا سَمِعَهُ أَوْ رَآهُ ثُمَّ يَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِيهِ لِيُرَتِّبَ عَلَيْهِ حُكْمَهُ لَا تَرْتِيبُ الْأَحْكَامِ عَلَى أَسْبَابِهَا. =

وَيَحِلُّ اسْتِعْمَالُ كُلِّ إِنَاءٍ طَاهِرٍ إِلَّا ذَهَبًا وَفِضَّةً فَيَحْرُمُ، وَكَذَا اتِّخَاذُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَحِلُّ الْمُمَوَّهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالنَّفِيسُ كَيَاقُوتٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَمَا ضُبِّبَ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ضَبَّةً كَبِيرَةً لِزِينَةٍ حَرُمَ، أَوْ صَغِيرَةً بِقَدْرِ الْحَاجَةِ فَلَا، أَوْ صَغِيرَةً لِزِينَةٍ، أَوْ كَبِيرَةً لِحَاجَةٍ جَازَ فِي الْأَصَحِّ، وَضَبَّةُ مَوْضِعِ الِاسْتِعْمَالِ كَغَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: الْمَذْهَبُ تَحْرِيمُ ضَبَّةِ الذَّهَبِ مُطْلَقًا، والله أَعْلَمُ(١).

باب أَسْبَابِ الْحَدَثِ

هِيَ أَرْبَعَةٌ: أَحَدُهَا: خُرُوجُ شَيْءٍ مِنْ قُبُلِهِ، أَوْ دُبُرِهِ إِلَّا الْمَنِيَّ، وَلَوْ انْسَدَّ مَخْرَجُهُ وَانْفَتَحَ تَحْتَ مَعِدَتِهِ فَخَرَجَ الْمُعْتَادُ نَقَضَ وَكَذَا نَادِرٌ كَدُودٍ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ فَوْقَهَا، وَهُوَ مُنْسَدٌّ، أَوْ تَحْتَهَا وَهُوَ مُنْفَتِحٌ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ الثَّانِي: زَوَالُ الْعَقْلِ. إِلَّا نَوْمَ مُمَكِّنٍ مَقْعَدَهُ(٢).

الثَّالِثُ: الْتِقَاءُ بَشَرَتَيْ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ إِلَّا مَحْرَمًا فِي الْأَظْهَرِ، وَالْمَلْمُوسُ ....

وَثَانِيهِمَا نَعَمْ وَبِهِ صَرَّحَ ابْنُ الصَّبَّاغِ وَغَيْرُهُ وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِهِمَا وَهُوَ الْأَوْجَهُ، وَلَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ شَهَادَةً صَحِيحَةً فَقَالَ الْآخَرُ أَشْهَدُ بِمَا أَوْ بِمِثْلِ مَا شَهِدَ بِهِ لَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ مِثْلَ مَا قَالَ وَيَسْتَوْفِيَهَا لَفْظًا كَالْأَوَّلِ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ أَدَاءٍ لَا حِكَايَةٍ وَقَدْ عَمَّتْ الْبَلْوَى بِخِلَافِهِ لِجَهْلِ أَكْثَرِ الْحُكَّامِ، قَالَ جَمْعٌ وَلَا يَكْفِي أَشْهَدُ بِمَا وَضَعْت بِهِ خَطِّي وَلَا بِمَضْمُونِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ إجْمَالٌ وَإِبْهَامٌ وَلَوْ مِنْ عَالِمٍ، وَيُوَافِقُهُ قَوْلُ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ، وَاعْتَمَدَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ. [نهاية المحتاج ٢٨/ ٣٨٦].

(١) ونحو هذه المسألة ما ذكره ابن حجر الهيتمي في «تحفة المحتاج» (١٥/ ٣٢٦) بقوله: قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: يَظْهَرُ تَحْرِيمُ الرَّمْيِ بِالْيَاقُوتِ وَنَحْوِهِ إذَا كَانَ الرَّمْيُ يَكْسِرُهَا وَيُذْهِبُ بَعْضَ مَالِيَّتِهَا وَلَا سِيَّمَا النَّفِيسُ مِنْهَا لِمَا فِيهِ مِنْ إضَاعَةِ الْمَالِ وَالسَّرَفِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ غَصَبَهُ أَوْ سَرَقَهُ وَرَمَى بِهِ كَفَى، ثُمَّ رَأَيْت الْقَاضِي ابْنَ كَجٍّ جَزَمَ بِهِ، وَقَالَ كَالصَّلَاةِ فِي الْمَغْصُوبِ. [تحفة المحتاج ١٥/ ٣٢٦].

(٢) (قَوْلُهُ: إنِ انْسَدَّ مَخْرَجُهُ) ظَاهِرُ كَلَامِ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ يَكْفِي انْسِدَادُ أَحَدِ-

---

= الْمَخْرَجَيْنِ وَصَرَّحَ الصَّيْمَرِيُّ بِاشْتِرَاطِ انْسِدَادِهِمَا، وَأَنَّهُ لَوِ انْسَدَّ أَحَدُهُمَا فَالْحُكْمُ لِلثَّانِي لَا غَيْرَ وَبَسَطَ الشَّارِحُ الْكَلَامَ عَلَى ذَلِكَ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ وَذَكَرَ أَنَّ اشْتِرَاطَ الصَّيْمَرِيِّ ضَعِيفٌ قَالَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ **(قَوْلُهُ: وَكَذَا نَادِرٌ)** يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالنَّادِرِ غَيْرَ الْمُعْتَادِ فَيَشْمَلُ مَا لَمْ يُعْهَدْ لَهُ خُرُوجٌ أَصْلًا وَلَا مَرَّةً **(قَوْلُهُ: أَوْ فَوْقَهَا إلَخْ)** بَقِيَ مَا لَو انْفَتَحَ وَاحِدٌ مِنْ تَحْتِهَا وَآخَرُ فَوْقَهَا وَالْوَجْهُ أَنَّ الْعِبْرَةَ بِمَا تَحْتَهَا وَلَوْ انْفَتَحَ اثْنَانِ تَحْتَهَا، وَهُوَ مُنْسَدٌّ فَهَلْ يَنْقُضُ خَارِجُ كُلٍّ مِنْهُمَا مُطْلَقًا أَوْ لَا أَوْ إلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْآخَرِ أَوْ أَقْرَبَ إلَى الْأَصْلِيِّ مِنَ الْآخَرِ فَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ نَظَرٌ.

(قَوْلُهُ: لَمْ يَثْبُتْ لَهُ إلَخْ) قَالَ الْمَحَلِّيُّ أَمَّا الْأَصْلِيُّ فَأَحْكَامُهُ بَاقِيَةٌ وَفِي الْجَوَاهِرِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْفَرْجِ إلَّا وَطْءَ الزَّوْجَةِ **(قَوْلُهُ: وَقَدْ يُجَابُ إلَخْ)** يُجَابُ أَيْضًا بِأَنَّ قَوْلَهُ أَوْ فَوْقَهَا غَيْرُ مَعْطُوفٍ عَلَى تَحْتَ بَلْ مَعْمُولٌ لِمَحْذُوفٍ أَيْ انْفَتَحَ وَجُمْلَةُ الْمَحْذُوفِ مَعْطُوفَةٌ عَلَى جُمْلَةِ قَوْلِهِ وَلَوْ انْسَدَّ مَخْرَجُهُ إلَخْ. [تحفة المحتاج ٢/ ٦٥].

وقال الخطيب الشربيني: **(إلَّا نَوْمَ مُمَكِّنٍ مَقْعَدَهُ)** أَيْ إلْيَتَيْهِ مِنْ مَقَرِّهِ مِنْ أَرْضٍ أَوْ غَيْرِهَا فَلَا يُنْقَضُ وُضُوءُهُ، وَلَوْ مُسْتَنِدًا إلَى مَا لَوْ زَالَ لَسَقَطَ لِأَمْنِ خُرُوجِ شَيْءٍ حِينَئِذٍ مِنْ دُبُرِهِ، وَلَا عِبْرَةَ بِاحْتِمَالِ خُرُوجِ رِيحٍ مِنْ قُبُلِهِ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ كَمَا مَرَّ، وَمِثْلُ ذَلِكَ مَا لَوْ نَامَ مُتَمَكِّنًا بِالْمُنْفَتِحِ النَّاقِضِ كَمَا يُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِ التَّنْبِيهِ، وَلِقَوْلِ أَنَسٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ: كَانَ أَصْحَابُ رَسُولِ الله ﷺ يَنَامُونَ ثُمَّ يُصَلُّونَ وَلَا يَتَوَضَّؤُونَ، رَوَاهُ مُسْلِمٌ. وَفِي رِوَايَةٍ لِأَبِي دَاوُد يَنَامُونَ حَتَّى تَخْفُقَ رُؤُوسُهُمْ الْأَرْضَ، وَحُمِلَ عَلَى نَوْمِ الْمُمَكِّنِ جَمْعًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ. وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ مَا لَوْ نَامَ مُحْتَبِيًا، وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ النَّحِيفِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ مَا صَرَّحَ بِهِ فِي الرَّوْضَةِ وَغَيْرِهَا، وَقَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: إنَّهُ الْمَذْهَبُ، وَنَقَلَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ عَنْ الرُّويَانِيِّ، أَنَّ النَّحِيفَ يَنْتَقِضُ وُضُوءُهُ. وَقَالَ =

كَلَامِسٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا تَنْقُضُ صَغِيرَةٌ وَشَعَرٌ، وَسِنٌّ وَظُفرٌ فِي الْأَصَحِّ.

الرَّابِعُ: مَسُّ قُبُلِ الْآدَمِيِّ بِبَطْنِ الْكَفِّ، وَكَذَا فِي الْجَدِيدِ حَلْقَةُ دُبُرِهِ لَا فَرْجَ بَهِيمَةٍ، وَيَنْقُضُ فَرْجُ الْمَيِّتِ وَالصَّغِيرِ، وَمَحَلُّ الْجَبِّ، وَالذَّكَرُ الْأَشَلُّ وَبِالْيَدِ الشَّلَّاءِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَنْقُضُ رَأْسُ الْأَصَابِعِ وَمَا بَيْنَهَا.

وَيَحْرُمُ بِالْحَدَثِ الصَّلَاةُ وَالطَّوَافُ، وَحَمْلُ الْمُصْحَفِ، وَمَسُّ وَرَقِهِ، وَكَذَا جِلْدُهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَخَرِيطَةٌ، وَصُنْدُوقٌ فِيهِمَا مُصْحَفٌ، وَمَا كُتِبَ لِدَرْسِ قُرْآنٍ كَلَوْحٍ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ حِلُّ حَمْلِهِ فِي أَمْتِعَةٍ، وَتَفْسِيرٍ، وَدَنَانِيرَ لَا قَلْبِ وَرَقِهِ بِعُودٍ. وَأَنَّ الصَّبِيَّ الْمُحْدِثَ لَا يُمْنَعُ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ حِلُّ قَلْبِهِ بِعُودٍ وَبِهِ قَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ، والله أَعْلَمُ(١)، وَمَنْ تَيَقَّنَ

الْأَذْرَعِيُّ: إِنَّهُ الْحَقُّ، وَجَمَعَ شَيْخِي بَيْنَهُمَا بِأَنَّ عِبَارَةَ الرَّوْضَةِ مَحْمُولَةٌ عَلَى نَحِيفٍ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مَقَرِّهِ وَمَقْعَدِهِ تَجَافٍ، وَالشَّرْحُ عَلَى خِلَافِهِ، وَهُوَ جَمْعٌ حَسَنٌ لَكِنَّ عِبَارَةَ الشَّرْحِ الصَّغِيرِ بَيْنَ بَعْضِ مَقْعَدِهِ وَمَقَرِّهِ تَجَافٍ فَيَكُونُ الْفَرْقُ التَّجَافِيَ الْكَامِلَ، وَلَا تَمْكِينَ لِمَنْ نَامَ عَلَى قَفَاهُ مُلْصِقًا مَقْعَدَهُ بِمَقَرِّهِ، وَكَذَا لَوْ تَحَفَّظَ بِخِرْقَةٍ وَنَامَ غَيْرَ قَاعِدٍ، وَلَوْ نَامَ مُتَمَكِّنًا فَسَقَطَتْ يَدُهُ عَلَى الْأَرْضِ لَمْ يَنْتَقِضْ مَا لَمْ تَزُلْ إِلْيَتُهُ عَنِ التَّمَكُّنِ. وَمِنْ خَصَائِصِهِ ﷺ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِضُ وُضُوؤُهُ بِنَوْمِهِ مُضْطَجِعًا كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى فِي كِتَابِ النِّكَاحِ، وَيُسْتَحَبُّ الْوُضُوءُ مِنَ النَّوْمِ مُتَمَكِّنًا خُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ، وَخَرَجَ بِالنَّوْمِ غَيْرُهُ مِمَّا ذُكِرَ مَعَهُ فَيَنْتَقِضُ الْوُضُوءُ بِهِ مُطْلَقًا. فَائِدَةٌ: قَالَ الْغَزَالِيُّ: لِجُنُونِ يُزِيلُ الْعَقْلَ، وَالْإِغْمَاءُ يَغْمُرُهُ، وَالنَّوْمُ يَسْتُرُهُ، وَلِهَذَا قَالَ بَعْضُهُمْ: لَوْ عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ بِالْغَلَبَةِ عَلَى الْعَقْلِ لِيَكُونَ الِاسْتِثْنَاءُ مُتَّصِلًا لَكَانَ أَحْسَنَ، وَيَنْدَفِعُ ذَلِكَ بِمَا حُمِلَتْ عَلَيْهِ عِبَارَتُهُ تَبَعًا لِلشَّارِحِ.

(١) (قُلْتُ الْأَصَحُّ حِلُّ قَلْبِهِ) أَيْ وَرَقِ الْمُصْحَفِ (بِعُودٍ) وَنَحْوِهِ (وَبِهِ قَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ) قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَامِلٍ وَلَا مَاسٍّ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالْقِيَاسُ إِنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْوَرَقَةُ قَائِمَةً فَصَفَّحَهَا بِعُودٍ جَازَ إِنْ ـ

طُهْرًا أَوْ حَدَثًا وَشَكَّ فِي ضِدِّهِ عَمِلَ بِيَقِينِهِ، فَلَوْ تَيَقَّنَهُمَا وَجَهِلَ السَّابِقَ فَضِدُّ مَا قَبْلَهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ: [فِي آداب الخلاء والاستنجاء]

يُقَدِّمُ دَاخِلُ الْخَلَاءِ يَسَارَهُ، وَالْخَارِجُ يَمِينَهُ، وَلَا يَحْمِلُ ذِكْرَ الله تَعَالَى، وَيَعْتَمِدُ جَالِسًا يَسَارَهُ[١] وَلَا يَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ، وَلَا يَسْتَدْبِرُهَا[٢] وَيَحْرُمَانِ بِالصَّحْرَاءِ، وَيَبْعُدُ،

= اخْتَاجَ فِي صَفْحِهَا إِلَى رَفْعِهَا حَرُمَ؛ لِأَنَّهُ حَامِلٌ لَهَا، انتهى. وَمَا قَالَهُ عُلِمَ مِنْ التَّعْلِيلِ. [مغني المحتاج ١/ ١٦٧].

[١] قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ الْمُرْسَلَ وَالضَّعِيفَ وَالْمَوْقُوفَ يُتَسَامَحُ بِهِ فِي فَضَائِلِ الْأَعْمَالِ وَيُعْمَلُ بِمُقْتَضَاهُ **(وَيَعْتَمِدُ)** نَدْبًا فِي قَضَاءِ الْحَاجَةِ **(جَالِسًا يَسَارَهُ)** وَيَنْصِبُ الْيُمْنَى تَكْرِيمًا لَهَا بِأَنْ يَضَعَ أَصَابِعَهَا عَلَى الْأَرْضِ وَيَرْفَعَ بَاقِيَهَا، وَيَضُمَّ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: فَخِذَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَسْهَلُ لِخُرُوجِ الْخَارِجِ، وَمُقْتَضَى هَذَا التَّسْوِيَةُ فِي قَضَاءِ الْحَاجَةِ بَيْنَ الْقَائِمِ وَالْقَاعِدِ، نَعَمْ لَوْ بَالَ قَائِمًا فَرَّجَ بَيْنهمَا فَيَعْتَمِدُهُمَا كَمَا قَالَهُ الشَّارِحُ خَوْفًا مِنَ التَّنْجِيسِ، وَيُنْدَبُ لَهُ أَنْ يَرْفَعَ لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ ثَوْبَهُ عَنْ عَوْرَتِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا إِلَّا إِنْ خَافَ تَنَجُّسَ ثَوْبِهِ فَيَرْفَعُهُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ، وَيُسْبِلُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا قَبْلَ انْقِضَاءِ قِيَامِهِ. [مغني المحتاج ١/ ١٧٥].

[٢] قَوْلُ الْمَتْنِ **(وَلَا يَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ إلَخْ)** وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ عَدَمُ حُرْمَةِ اسْتِقْبَالِ الْمُصْحَفِ أَوِ اسْتِدْبَارِهِ بِبَوْلٍ أَوْ غَائِطٍ، وَإِنْ كَانَ أَعْظَمَ حُرْمَةً مِنَ الْقِبْلَةِ وَقَدْ يُوَجَّهُ بِأَنَّهُ يَثْبُتُ لِلْمَفْضُولِ مَا لَا يَثْبُتُ لِلْفَاضِلِ نَعَمْ قَدْ يَسْتَقْبِلُهُ أَوْ يَسْتَدْبِرُهُ عَلَى وَجْهٍ يُعَدُّ إِزْرَاءً فَيَحْرُمُ بَلْ قَدْ يَكْفُرُ بِهِ وَكَذَا يُقَالُ فِي اسْتِقْبَالِ الْقَبْرِ الْمُكَرَّمِ أَوِ اسْتِدْبَارِهِ سم عَلَى حَجّ انتهى ع ش وَاعْتَمَدَهُ شَيْخُنَا **(قَوْلُهُ: أَيْ الْكَعْبَةَ)** إِلَى قَوْلِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي النِّهَايَةِ إِلَّا قَوْلَهُ وَالتَّنَزُّهُ إِلَى الْمَتْنِ وَكَذَا فِي الْمُغْنِي إِلَّا قَوْلَهُ وَلَوْ مَعَ عَدَمِهِ إِلَى الْمَتْنِ **(قَوْلُهُ: أَيْ الْكَعْبَةَ)** وَفِي الْعُبَابِ وَغَيْرِهِ وَيُكْرَهُ قَضَاءُ الْحَاجَةِ عِنْدَ قَبْرٍ مُحْتَرَمٍ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا يَمْتَنِعُ =

وَيَسْتَتِرُ، وَلَا يَبُولُ فِي مَاءٍ رَاكِدٍ، وَجُحْرٍ، وَمَهَبِّ رِيحٍ، وَمُتَحَدَّثٍ، وَطَرِيقٍ، وَتَحْتَ مُثْمِرَةٍ، وَلَا يَتَكَلَّمُ، وَلَا يَسْتَنْجِي بِمَاءٍ فِي مَجْلِسِهِ، وَيَسْتَبْرِئُ مِنَ الْبَوْلِ، وَيَقُولُ عِنْدَ دُخُولِهِ: بِسْم الله اللَّهُمَّ؛ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْخُبُثِ وَالْخَبَائِثِ. وَعِنْدَ خُرُوجِهِ: غُفْرَانَكَ الْحَمْدُ لِله الَّذِي أَذْهَبَ عَنِّي الْأَذَى وَعَافَانِي⁽¹⁾.

وَيَجِبُ الِاسْتِنْجَاءُ بِمَاءٍ أَوْ حَجَرٍ، وَجَمْعُهُمَا أَفْضَلُ، وَفِي مَعْنَى الْحَجَرِ كُلُّ جَامِدٍ طَاهِرٍ قَالِعٍ غَيْرِ مُحْتَرَمٍ وَجِلْدٍ دُبِغَ دُونَ غَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ، وَشَرْطُ الْحَجَرِ أَنْ لَا يَجِفَّ النَّجِسُ، وَلَا يَنْتَقِلَ وَلَا يَطْرَأَ أَجْنَبِيٌّ وَلَوْ نَدَرَ أَوْ انْتَشَرَ فَوْقَ الْعَادَةِ وَلَمْ يُجَاوِزْ صَفْحَتَهُ وَحَشَفَتَهُ جَازَ الْحَجَرُ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَجِبُ ثَلَاثُ مَسَحَاتٍ، وَلَوْ بِأَطْرَافِ حَجَرٍ، فَإِنْ لَمْ يُنْقِ وَجَبَ الْإِنْقَاءُ. وَسُنَّ الْإِيتَارُ وَكُلُّ حَجَرٍ لِكُلِّ مَحَلِّهِ. وَقِيلَ يُوَزَّعْنَ لِجَانِبَيْهِ وَالْوَسَطِ، وَيُسَنُّ الِاسْتِنْجَاءُ بِيَسَارِهِ، وَلَا اسْتِنْجَاءَ لِدُودٍ، وَبَعَرٍ بِلَا لَوْثٍ فِي الْأَظْهَرِ.

باب الْوُضُوءِ

فَرْضُهُ سِتَّةٌ: أَحَدُهَا نِيَّةُ رَفْعِ حَدَثٍ، أَوْ اسْتِبَاحَةِ مُفْتَقِرٍ إِلَى طُهْرٍ، أَوْ أَدَاءِ فَرْضِ الْوُضُوءِ⁽²⁾.

= الِاسْتِنْجَاءُ بِهِ كَالْمُعَظَّمِ، انْتَهَى.

قَالَ فِي شَرْحِهِ وَبَحَثَ **الْأَذْرَعِيُّ** حُرْمَتَهُ عِنْدَ قُبُورِ الْأَنْبِيَاءِ وَعِنْدَ الْقُبُورِ الْمُحْتَرَمَةِ الْمُتَكَرِّرِ نَبْشُهَا لِاخْتِلَاطِ تُرْبَتِهَا بِأَجْزَاءِ الْمَيِّتِ وَمَنْ نُقِلَ عَنْهُ حُرْمَتُهَا عِنْدَ قُبُورِ الشُّهَدَاءِ فَقَطْ غَلَطٌ وَأَلْحَقَ **الْأَذْرَعِيُّ** بِقَضَاءِ الْحَاجَةِ عَلَى الْقَبْرِ الْمُحْتَرَمِ الْبَوْلَ إِلَى جِدَارِهِ إِذَا مَسَّهُ انْتَهَى وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ إِذَا كُرِهَ عِنْدَ الْقَبْرِ الْمُحْتَرَمِ فَعِنْدَ الْمُصْحَفِ أَوْلَى سم (**قَوْلُهُ: قِبْلَةُ بَيْتِ الْمَقْدِسِ**) أَيْ صَخْرَتُهُ شَيْخُنَا. [تحفة المحتاج ٢/ ١٨٧].

(١) قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: فَإِنْ نَسِيَ تَعَوَّذَ بِقَلْبِهِ كَمَا يَحْمَدُ الْعَاطِسُ اللَّهَ. [شرح البهجة الوردية ١/ ٤٥٠].

(٢) ذَكَرَ الْأَصْحَابُ فِي الزَّكَاةِ وَغَيْرِهَا قَاعِدَةً وَهِيَ أَنَّ الزَّائِدَ عَلَى الْوَاجِبِ إِذَا كَانَ فِي ضِمْنِ مَا يُؤَدَّى بِهِ الْوَاجِبُ لَهُ حُكْمُ الْوَاجِبِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَمِنْهُ =

وَمَنْ دَامَ حَدَثُهُ كَمُسْتَحَاضَةٍ كَفَاهُ نِيَّةُ الِاسْتِبَاحَةِ، دُونَ الرَّفْعِ عَلَى الصَّحِيحِ فِيهِمَا(١).

= تَطْوِيلُ الـرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَبَعِيرُ الزَّكَاةِ عَمَّا دُونَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ (**قَوْلُهُ وَكَالْمُسْلِمِ الْكَافِرُ فِيمَا يَظْهَرُ**) أَشَارَ إِلَى تَصْحِيحِهِ (**قَوْلُهُ ثُمَّ تَرَجَّحَ عِنْدِي خِلَافُ ذَلِكَ إلَخْ**) قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالظَّاهِرُ أَنَّ كَوْنَ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ مُسْلِمًا لَيْسَ بِقَيْدٍ لِلصِّحَّةِ بَلْ الْحَنَفِيَّةُ لَوْ نَوَتْ. الْغُسْلَ مِنْ الْحَيْضِ صَحَّ فِي حَقِّ مَا يَطْرَأُ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ مِلْكِ يَمِينٍ وَقَوْلُهُ: قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** إلَخْ أَشَارَ إِلَى تَصْحِيحِهِ. [أسنى المطالب ١/ ١٧].

(١) الصحة في الإطلاق خلافًا لمفهوم فتح الجواد وصريح الإمداد والإيعاب من عدمها في الإطلاق. قوله: (**والسلس هنا إلخ**) عبارة «النهاية» ويأتي ما تقدم في الوضوء هنا من أنه يجب على سلس المني نية الاستباحة؛ إذ لا يكفيه نية رفع الحدث أو الطهارة عنه قوله: (**هنا**) أي في النية وأنه لو نفى من إحداثه غير ما نواه أجزأه. وفي الكردي عن الإمداد مثله قوله: (**وإنها**) أي تلك الشروط المارة في الوضوء (**كالبقية**) أي كبقية شروط النية الغير المذكورة هناك قوله: (**ويجب إلخ**) والأولى التفريع قوله: (**بنصبه**) إلى قوله ويأتي في النهاية وإلى قوله وبقوله في المغني قوله: (**ويصح رفعه الخ**) أي على أنه صفة لقوله نية مغني زاد سم ولا يضر تعريف المضاف إليه نية بالنسبة للمعطوف الأخير لجواز جعل الإضافة إليه للجنس أو جعل أل في الغسل للجنس. قوله: (**ليعتد إلخ**) فلو نوى بعد غسل جزء منه وجب إعادة غسله نهاية ومغني. قوله: (**بما بعدها**) قد يوهم أنه لا يعتد بما قارنها وليس كذلك بصري قوله: (وهو إلخ) أي أول الفرض قوله: (**كالسواك**) صريح في استحباب السواك للغسل وهو ظاهر وظاهره وإن استاك للوضوء قبله وهو الذي يظهر سم قوله: (**ليثاب عليها**) فإذا خلا عنها شيء من السنن لم يثب عليه مغني ونهاية بل لا يسقط الطلب به. قوله: (ما مر) فلو أتى بها من=

....

أول السنن وعزبت قبل أول الفرض لم تكف مغني قوله: **(فاستويا)** أي الوضوء والغسل قوله: **(من جملة الخ)** خبر إن، قال السيد البصري: قوله من جملة الغسل إلخ ذكر المغني من السنن المتقدمة التي لا تكون داخلة في الغسل ما لو تمضمض من نحو إبريق بحيث لا يمس الماء حمرة شفته وهو واضح. قوله: **(فليكتف به)** أي بمقارنة ما تقدم هنا وإن عزبت بعد قوله: **(لقوله فرض)** أي في قوله بأول فرض سم قوله: **(ثم)** أي في الوضوء قوله: **(ليس من الوضوء الخ)** أي فإنه ليس إلخ قوله: **(إلى الاستصحاب)** أي: استصحاب النية واستحضارها قوله: **(انتهى)** أي الفرق قوله: **(على أن الفرض يظهر الخ)** ويحتمل احتمالًا قويًا ألا يكون هذا القصد صارفًا عما ذكر؛ لأن الكفين من جملة محل الفرض، وقد اقترنت النية بغسلهما وقصد غسلهما خارج الإناء احتياطًا لأجل الشك في طهرهما عن النجاسة لا ينافي حصول الواجب، قاله ثم أطال في توضيحه لكن يرد عليه القياس الآتي في الشرح ولم يجب عنه قوله: **(إن قصده)** أي: قصد المغتسل وترك السنة مفعوله وقوله صارف إلخ خبر إن قوله: **(اندفع الفرق)** أي بين الغسل والوضوء قوله: **(هنا)** أي في الغسل قول المتن **(وتعميم شعره)** فلو غسل أصول الشعر دون أطرافه بقيت الجنابة فيها وارتفعت عن أصولها فلو حلق شعره الآن أو قص منه ما يزيد على ما لم يغسله صحت صلاته ولم يجب عليه غسل ما ظهر بالقطع بخلاف ما لو لم يغسل الاصول أو غسلها ثم قص من الاطراف ما ينتهي لحد المغسول بلا زيادة، فيجب عليه غسل ما ظهر بالحلق أو القص لبقاء جنابته بعدم وصول الماء إليه. وفي الرشيدي والكردي عن الايعاب مثله قوله: **(ظاهر)** إلى قوله وإن طال في النهاية والمغني إلا لفظة نحو قوله: **(كثيفة)** وفارق الوضوء بتكرره بجيرمي وشيخنا قوله: **(في نحو عين الخ)** لعله أدخل بالنحو باطن ـ

وَمَنْ نَوَى تَبَرُّدًا مَعَ نِيَّةٍ مُعْتَبَرَةٍ، جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ.

أَوْ مَا يُنْدَبُ لَهُ وُضُوءٌ كَقِرَاءَةٍ، فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ قَرْنُهَا بِأَوَّلِ الْوَجْهِ. وَقِيلَ يَكْفِي بِسُنَّةٍ قَبْلَهُ، وَلَهُ تَفْرِيقُهَا عَلَى أَعْضَائِهِ فِي الْأَصَحِّ.

الثَّانِي: غَسْلُ وَجْهِهِ، وَهُوَ مَا بَيْنَ مَنَابِتِ رَأْسِهِ غَالِبًا وَمُنْتَهَى لَحْيَيْهِ، وَمَا بَيْنَ أُذُنَيْهِ، فَمِنْهُ مَوْضِعُ الْغَمَمِ، وَكَذَا التَّحْذِيفُ فِي الْأَصَحِّ، لَا النَّزَعَتَانِ، وَهُمَا بَيَاضَانِ يَكْتَنِفَانِ النَّاصِيَةَ. قُلْتُ: صَحَّحَ الْجُمْهُورُ أَنَّ مَوْضِعَ التَّحْذِيفِ مِنَ الرَّأْسِ، والله أَعْلَمُ.

وَيَجِبُ غَسْلُ كُلِّ هُدْبٍ، وَحَاجِبٍ، وَعِذَارٍ، وَشَارِبٍ، وَخَدٍّ وَعَنْفَقَةٍ شَعَرًا وَبَشَرًا، وَقِيلَ لَا يَجِبُ بَاطِنُ عَنْفَقَةٍ كَثِيفَةٍ، وَاللِّحْيَةُ إِنْ خَفَّتْ كَهُدْبٍ وَإِلَّا فَلْيَغْسِلْ ظَاهِرَهَا، وَفِي قَوْلٍ لَا يَجِبُ غَسْلُ خَارِجٍ عَنِ الْوَجْهِ.

الثَّالِثُ: غَسْلُ يَدَيْهِ مَعَ مِرْفَقَيْهِ.

فَإِنْ قُطِعَ بَعْضُهُ وَجَبَ غَسْلُ مَا بَقِيَ، أَوْ مِنْ مِرْفَقَيْهِ فَرَأْسُ عَظْمِ الْعَضُدِ عَلَى الْمَشْهُورِ، أَوْ فَوْقَهُ نُدِبَ بَاقِي عَضُدِهِ.

الرَّابِعُ: مُسَمَّى مَسْحٍ لِبَشَرَةِ رَأْسِهِ، أَوْ شَعَرٍ فِي حَدِّهِ، وَالْأَصَحُّ جَوَازُ غَسْلِهِ، وَوَضْعِ الْيَدِ بِلَا مَدٍّ. الْخَامِسُ: غَسْلُ رِجْلَيْهِ مَعَ كَعْبَيْهِ.

السَّادِسُ: تَرْتِيبُهُ هَكَذَا.

وَلَوِ اغْتَسَلَ مُحْدِثٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ أَمْكَنَ تَقْدِيرُ تَرْتِيبٍ بِأَنْ غَطَسَ، وَمَكَثَ صَحَّ،

= الفم لو نبت فيه شعر قوله: **(وإن طال)** كذا في الزيادي والحلبي وقال القليوبي وإن خرج عن حد الوجه كما صرح به ابن عبد الحق. وهذا هو المعتمد وإن نقل الإيعاب عن الأذرعي وأقره أن محل العفو في شعر لم يخرج عن نحو العين وإلا وجب غسل الخارج كردي واعتمد شيخنا ما قاله الأذرعي، عبارته: نعم؛ لا يجب غسل شعر نبت في العين أو الأنف لأنه من الباطن لا من الظاهر إلا إن طال فيجب غسل ما ظهر منه كما بحثه الأذرعي انتهى. [حواشي الشرواني ١/ ٢٧٥].

وَإِلَّا فَلَا. قُلْتُ: الْأَصَحُّ الصِّحَّةُ بِلَا مُكْثٍ، والله أَعْلَمُ.

وَسُنَنُهُ السِّوَاكُ عَرْضًا بِكُلِّ خَشِنٍ لَا أُصْبُعِهِ فِي الْأَصَحِّ(١).

وَيُسَنُّ لِلصَّلَاةِ وَتَغَيُّرِ الْفَمِ، وَلَا يُكْرَهُ إِلَّا لِلصَّائِمِ بَعْدَ الزَّوَالِ.

وَالتَّسْمِيَةُ أَوَّلَهُ، فَإِنْ تَرَكَ فَفِي أَثْنَائِهِ.

وَغَسْلُ كَفَّيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَتَيَقَّنْ طُهْرَهُمَا كُرِهَ غَمْسُهُمَا فِي الْإِنَاءِ قَبْلَ غَسْلِهِمَا.

وَالْمَضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ فَصْلَهُمَا أَفْضَلُ، ثُمَّ الْأَصَحُّ يَتَمَضْمَضُ بِغَرْفَةٍ ثَلَاثًا، ثُمَّ يَسْتَنْشِقُ بِأُخْرَى ثَلَاثًا، وَيُبَالِغُ فِيهِمَا غَيْرُ الصَّائِمِ.

---

(١) ثُمَّ لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الْأَرْكَانِ شَرَعَ فِي بَعْضِ السُّنَنِ، فَقَالَ (وَسُنَنُهُ) أَيْ الْوُضُوءِ: أَيْ وَمِنْ سُنَنِهِ (السِّوَاكُ) وَهُوَ لُغَةً: الدَّلْكُ وَآلَتُهُ، وَشَرْعًا اسْتِعْمَالُ عُودٍ أَوْ نَحْوِهِ كَأُشْنَانٍ فِي الْأَسْنَانِ وَمَا حَوْلَهَا. وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسِّوَاكِ عِنْدَ كُلِّ وُضُوءٍ» أَيْ أَمْرَ إِيجَابٍ. رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيقًا بِصِيغَةِ الْجَزْمِ، وَتَعْلِيقَاتُهُ هَكَذَا صَحِيحَةٌ، وَمَحَلُّهُ فِي الْوُضُوءِ عَلَى مَا قَالَهُ ابْنُ الصَّلَاحِ وَابْنُ النَّقِيبِ فِي عُمْدَتِهِ بَعْدَ غَسْلِ الْكَفَّيْنِ، وَكَلَامُ الْإِمَامِ وَغَيْرِهِ يَمِيلُ إِلَيْهِ وَيَنْبَغِي اعْتِمَادُهُ، وَقَالَ الْغَزَالِيُّ كَالْمَاوَرْدِيِّ وَالْقَفَّالِ مَحَلُّهُ قَبْلَ التَّسْمِيَةِ قَالَ ابْنُ النَّقِيبِ فِي نُكَتِهِ: أَوْ مَعَهَا مُخَالِفًا لِمَا فِي عُمْدَتِهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَإِذَا تَرَكَهُ أَوَّلَهُ أَرَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فِي أَثْنَائِهِ كَالتَّسْمِيَةِ وَأَوْلَى. قَالَ: وَلَمْ أَرَهُ مَنْقُولًا، انتهى.

وَهُوَ حَسَنٌ، وَقَضِيَّةُ تَخْصِيصِهِمْ الْوُضُوءَ بِالذِّكْرِ أَنَّهُ لَا يُطْلَبُ السِّوَاكُ لِلْغَسْلِ، وَإِنْ طُلِبَ بِكُلِّ حَالٍ، قِيلَ: وَلَعَلَّ سَبَبَ ذَلِكَ الِاكْتِفَاءُ بِاسْتِحْبَابِهِ فِي الْوُضُوءِ الْمَسْنُونِ فِيهِ، وَسُنَّ كَوْنُهُ (عَرْضًا) أَيْ فِي عَرْضِ الْأَسْنَانِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِي طُولِ الْفَمِ لِخَبَرِ «إِذَا اسْتَكْتُمْ فَاسْتَاكُوا عَرْضًا» رَوَاهُ أَبُو دَاوُد فِي مَرَاسِيلِهِ، وَيُجْزِئُ طُولًا لَكِنْ مَعَ الْكَرَاهَةِ لِأَنَّهُ قَدْ يُدْمِي اللِّثَةَ وَيُفْسِدُ لَحْمَ الْأَسْنَانِ، وَقِيلَ: إِنَّ الشَّيْطَانَ يَسْتَاكُ طُولًا. [مغني المحتاج ١/ ٢٧٤].

قُلْتُ: الْأَظْهَرُ تَفْضِيلُ الْجَمْعِ بِثَلَاثِ غُرَفٍ يَتَمَضْمَضُ مِنْ كُلٍّ، ثُمَّ يَسْتَنْشِقُ، والله أَعْلَمُ.

وَ تَثْلِيثُ الْغَسْلِ وَالْمَسْحِ، وَيَأْخُذُ الشَّاكُّ بِالْيَقِينِ.

وَمَسْحُ كُلِّ رَأْسِهِ ثُمَّ أُذُنَيْهِ.

فَإِنْ عَسُرَ رَفْعُ الْعِمَامَةِ كَمَّلَ بِالْمَسْحِ عَلَيْهَا، وَتَخْلِيلُ اللِّحْيَةِ الْكَثَّةِ وَأَصَابِعِهِ، وَتَقْدِيمُ الْيُمْنَى، وَإِطَالَةُ غُرَّتِهِ وَتَحْجِيلِهِ وَالْمُوَالَاةُ، وَأَوْجَبَهَا الْقَدِيمُ.

وَتَرْكُ الِاسْتِعَانَةِ وَالنَّفْضِ، وَكَذَا التَّنْشِيفُ فِي الْأَصَحِّ(١).

---

(١) مِنْ سُنَنِهِ تَرْكُ (النَّفْضِ) لِلْمَاءِ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ كَالتَّبَرِّي مِنَ الْعِبَادَةِ فَهُوَ خِلَافُ الْأَوْلَى كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي التَّحْقِيقِ. وَقَالَ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ وَالْوَسِيطِ: إِنَّهُ الْأَشْهَرُ، قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ وَبِهِ الْفَتْوَى. وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ كَمَا جَزَمَ بِهِ الرَّافِعِيُّ فِي شَرْحَيْهِ وَقِيلَ: مُبَاحٌ تَرْكُهُ وَفِعْلُهُ سَوَاءٌ، وَرَجَّحَهُ الْمُصَنِّفُ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ وَفِي الْمَجْمُوعِ وَنُكَتِ التَّنْبِيهِ (وَكَذَا التَّنْشِيفُ) بِالرَّفْعِ: أَيْ تَرْكُهُ مِنْ بَلَلِ مَاءِ الْوُضُوءِ بِلَا عُذْرٍ خِلَافُ الْأَوْلَى، (فِي الْأَصَحِّ)؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ أَثَرَ الْعِبَادَةِ، «وَلِأَنَّهُ ﷺ بَعْدَ غَسْلِهِ مِنَ الْجَنَابَةِ أَتَتْهُ مَيْمُونَةُ بِمِنْدِيلٍ فَرَدَّهُ وَجَعَلَ يَقُولُ بِالْمَاءِ هَكَذَا يَنْفُضُهُ» رَوَاهُ الشَّيْخَانِ، وَلَا دَلِيلَ فِي ذَلِكَ لِإِبَاحَةِ النَّفْضِ فَقَدْ يَكُونُ فَعَلَهُ ﷺ لِبَيَانِ الْجَوَازِ. وَالثَّانِي: فِعْلُهُ وَتَرْكُهُ سَوَاءٌ.

قَالَ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ: وَهَذَا هُوَ الَّذِي نَخْتَارُهُ وَنَعْمَلُ بِهِ. وَالثَّالِثُ: فِعْلُهُ مَكْرُوهٌ، وَلَوْ تَرَكَ.

قَوْلُهُ: وَكَذَا لِيَعُودَ الْخِلَافُ إِلَى النَّفْضِ كَمَا قَدَّرْتُهُ لَكَانَ أَوْلَى. أَمَّا إِذَا كَانَ هُنَاكَ عُذْرٌ كَحَرٍّ أَوْ بَرْدٍ أَوْ الْتِصَاقِ نَجَاسَةٍ فَلَا كَرَاهَةَ قَطْعًا أَوْ كَانَ يَتَيَمَّمُ عَقِبَ الْوُضُوءِ لِئَلَّا يَمْنَعَ الْبَلَلَ فِي وَجْهِهِ وَيَدَيْهِ التَّيَمُّمُ. قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: وَلَا يُقَالُ إِنَّهُ خِلَافُ الْمُسْتَحَبِّ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: بَلْ يَتَأَكَّدُ اسْتِحْبَابُهُ عِنْدَ ذَلِكَ.

وَيَقُولُ بَعْدَهُ: أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا الله وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ: اللَّهُمَّ اجْعَلْنِي مِنَ التَّوَّابِينَ، وَاجْعَلْنِي مِنَ الْمُتَطَهِّرِينَ، سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ أَسْتَغْفِرُكَ وَأَتُوبُ إِلَيْكَ. وَحَذَفْتُ دُعَاءَ الْأَعْضَاءِ؛ إِذْ لَا أَصْلَ لَهُ.

باب مَسْحِ الْخُفِّ

يَجُوزُ فِي الْوُضُوءِ لِلْمُقِيمِ يَوْمًا وَلَيْلَةً، وَلِلْمُسَافِرِ ثَلَاثَةً بِلَيَالِيهَا مِنَ الْحَدَثِ بَعْدَ لُبْسٍ.

فَإِنْ مَسَحَ حَضَرًا ثُمَّ سَافَرَ أَوْ عَكَسَ لَمْ يَسْتَوْفِ مُدَّةَ سَفَرٍ.

وَشَرْطُهُ أَنْ يُلْبَسَ بَعْدَ كَمَالِ طُهْرٍ سَاتِرًا مَحَلَّ فَرْضِهِ طَاهِرًا يُمْكِنُ تِبَاعُ الْمَشْيِ فِيهِ لِتَرَدُّدِ مُسَافِرٍ لِحَاجَاتِهِ.

قِيلَ: وَحَلَالًا.

وَلَا يُجْزِئُ مَنْسُوجٌ لَا يَمْنَعُ مَاءً فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا جُرْمُوقَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَيَجُوزُ مَشْقُوقُ قَدَمٍ شُدَّ فِي الْأَصَحِّ.

فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْأَوْلَى لِلْمُصَنِّفِ أَنْ يُعَبِّرَ بِالنَّشْفِ عَلَى زِنَةِ الضَّرْبِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ نَشِفَ بِكَسْرِ الشِّينِ عَلَى الْأَشْهَرِ كَمَا ذَكَرَهُ أَهْلُ اللُّغَةِ، وَالتَّعْبِيرُ بِالتَّنْشِيفِ يَقْتَضِي أَنَّ الْمَسْنُونَ تَرْكُ الْمُبَالَغَةِ فِيهِ، وَلَيْسَ مُرَادًا. أُجِيبُ بِأَنَّ التَّنْشِيفَ أَخْذُ الْمَاءِ بِخِرْقَةٍ وَنَحْوِهِمَا. كَمَا فِي الْقَامُوسِ وَالتَّعْبِيرُ بِهِ هُوَ الْمُنَاسِبُ. وَأَمَّا النَّشْفُ بِمَعْنَى الشُّرْبِ فَلَا يَظْهَرُ هُنَا إِلَّا بِنَوْعِ تَكَلُّفٍ كَمَا قَالَهُ أَبُو عَبْدِ الله الْقَايَاتِيُّ، وَإِذَا نَشَّفَ فَالْأَوْلَى أَنْ لَا يَكُونَ بِذَيْلِهِ وَطَرَفِ ثَوْبِهِ وَنَحْوِهِمَا. قَالَ فِي الذَّخَائِرِ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ يُورِثُ الْفَقْرَ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَنْ يَحْمِلُ الثَّوْبَ الَّذِي يَتَنَشَّفُ فِيهِ وَقَفَ عَنْ يَمِينِ الْمُتَطَهِّرِ: قَالَهُ فِي الْحَاوِي. [مغني المحتاج ١/ ٢٨٣].

وَيُسَنُّ مَسْحُ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلَهُ خُطُوطًا، وَيَكْفِي مُسَمَّى مَسْحٍ يُحَاذِي الْفَرْضَ إِلَّا أَسْفَلَ الرِّجْلِ وَعَقِبَهَا فَلَا عَلَى الْمَذْهَبِ.

قُلْتُ: حَرْفُهُ كَأَسْفَلِهِ، والله أَعْلَمُ وَلَا مَسْحَ لِشَاكٍّ فِي بَقَاءِ الْمُدَّةِ(١).

---

(١) **(قَوْلُهُ: وَيُسَنُّ مَسْحُ أَعْلَاهُ وَأَسْفَلَهُ خُطُوطًا)** هَلْ يُسَنُّ مَسْحُ سَاقِهِ لِتَحْصِيلِ إِطَالَةِ التَّحْجِيلِ كَانَ ظَهَرَ لَنَا سَنُّهُ لَكِنْ رَأَيْنَا بَعْدَ ذَلِكَ عِبَارَةَ الْمَجْمُوعِ صَرِيحَةً فِي عَدَمِ سَنِّهِ فَإِنَّهُ لَمَّا نَقَلَ اسْتِدْلَالَ الْقَائِلِينَ بِأَنَّهُ لَا يُسَنُّ مَسْحُ أَسْفَلِهِ بِأَنَّهُ لَيْسَ مَحَلًّا لِلْفَرْضِ فَلَمْ يُسَنَّ مَسْحُهُ كَالسَّاقِ قَالَ وَأَمَّا قِيَاسُهُمْ عَلَى السَّاقِ فَجَوَابُهُ مِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَاذٍ لِلْفَرْضِ فَلَمْ يُسَنَّ مَسْحُهُ كَالذُّؤَابَةِ النَّازِلَةِ عَنْ حَدِّ الرَّأْسِ بِخِلَافِ أَسْفَلِهِ فَإِنَّهُ مُحَاذٍ مَحَلَّ الْفَرْضِ فَهُوَ كَشَعْرِ الرَّأْسِ الَّذِي لَمْ يَنْزِلْ عَنْ مَحَلِ الْفَرْضِ. انتهى. وَاسْتُفِيدَ مِنْ ذَلِكَ عَدَمُ سَنِّ مَسْحِ الذَّوَائِبِ النَّازِلَةِ عَنْ حَدِّ الرَّأْسِ خِلَافًا لِمَا أَفْتَى بِهِ الْقَفَّالُ فِي ذَوَائِبِ الْمَرْأَةِ **(قَوْلُهُ وَيَكْفِي مُسَمَّى مَسْحٍ)** قَالَ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ: وَيَكْفِي مَسْحُ الْكَعْبِ وَمَا يُوَازِيهِ فِي مَحَلِّ الْفَرْضِ غَيْرِ الْعَقِبِ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ خِلَافًا لِمَا نَقَلَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** عَنْ جَمْعٍ مِنْ أَنَّ الْعِبْرَةَ بِمَا قُدَّامَ السَّاقِ إِلَى رُؤُوسِ الْأَظْفَارِ لَا غَيْرَ. [تحفة المحتاج ٣/ ١٠٣].

وقال الشرواني: **(في أثناء المدة)** يفهم أن الإجناب ونحوه قبل الشروع في المدة لا يوجب تجديد اللبس. وفي «إيضاح الناشري»: ولو عبر يعني «الحاوي» عند الإشارة إلى ابتداء المدة بقوله من انتقاض الوضوء بدل قوله من الحدث لكان أولى ليحترز عما قاله **الأذرعي** بحثًا فيمن لبس الخفين على طهارة كاملة، ثم أحدث جنابة مجردة، فإن له أن يغتسل من غير نزع الخفين، ولا يكون ابتداء المدة إلا من حدث نقض الوضوء لا من الجنابة المجردة وإن كانت حدثًا. وتقدم عن «النهاية» في ابتداء المدة تقييد الحدث بالأصغر وهو مخرج للأكبر فليتأمل جميعه وليحرر.

أقول: ونظر في تقييد النهاية الموافق لما بحثه **الأذرعي** بما نصه، أما ـ

فَإِنْ أَجْنَبَ وَجَبَ تَجْدِيدُ لُبْسٍ .

وَمَنْ نَزَعَ وَهُوَ بِطُهْرِ الْمَسْحِ غَسَلَ قَدَمَيْهِ، وَفِي قَوْلٍ يَتَوَضَّأُ.

باب الْغُسْلِ

مُوجِبُهُ مَوْتٌ، وَحَيْضٌ وَنِفَاسٌ، وَكَذَا وِلَادَةٌ بِلَا بَلَلٍ فِي الْأَصَحِّ، وَجَنَابَةٌ بِدُخُولِ حَشَفَةٍ، أَوْ قَدْرِهَا فَرْجًا، وَبِخُرُوجِ مَنِيٍّ مِنْ طَرِيقِهِ الْمُعْتَادِ وَغَيْرِهِ(١).

وَيُعْرَفُ بِتَدَفُّقِهِ، أَوْ لَذَّةٍ بِخُرُوجِهِ، أَوْ رِيحِ عَجِينٍ رَطْبًا، أَوْ بَيَاضِ بَيْضٍ جَافًا، فَإِنْ فُقِدَتِ الصِّفَاتُ، فَلَا غُسْلَ.

الأكبر وحده بأن خرج منيه وهو متوضئ، فلا تدخل به المدة لبقاء طهره، فإذا أحدث حدثا آخر دخلت المدة، وقضية هذا الكلام أن خروج المني قبل دخول المدة لا يمنع من المسح إذا أراده بعد لأنه لم يحدث ما يبطل المدة بعد دخولها وفيه نظر؛ لأن ما يوجب الغسل إذا طرأ بعد المدة أبطلها؛ فالقياس أنه يمنع من انعقادها أي: بالأولى؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء؛ ولذا يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء وأيضًا يؤيد النظر إطلاق الحديث الأمر بالنزع من الجنابة قوله: **(ولا يجزئه لمسح بقية المدة الغسل الخ)** أي: وإن ارتفعت جنابة الرجلين بذلك الغسل. قوله: **(للأمر الخ)** علة لما في المتن قوله: (منها) أي: من الجنابة وقيس بها الحيض والنفاس والولادة نهاية ومغني. [حواشي الشرواني ١/ ٢٥٥].

(١) **قوله (من طريقه المعتاد)** يَقْتَضِي أَنَّ الْخَارِجَ مِنْ نَفْسِ الصُّلْبِ لَا يَنْقُضُ كَمَا لَا يَنْقُضُ الْخَارِجُ مِنْ نَفْسِ الْمَعِدَةِ وَهُوَ خِلَافُ مَا نَقَلَهُ فِي شَرْحِ الْمُهَذَّبِ فَإِنَّهُ نَقَلَ عَنْ الْمُتَوَلِّي أَنَّ الْخَارِجَ مِنْ نَفْسِ الصُّلْبِ يُوجِبُ الْغُسْلَ فَكَانَ الصَّوَابُ أَنْ يَقُولَ: وَنَفْسُ الصُّلْبِ هُنَا كَتَحْتِ الْمَعِدَةِ هُنَاكَ، وَقَالَ فِي التَّحْقِيقِ الثَّانِي خُرُوجُ مَنِيِّهِ وَمَنِيِّهَا مِنْ طَرِيقِهِ الْمُعْتَادِ وَغَيْرِهِ حَيْثُ يُنْتَقَضُ الْوُضُوءَ بِالْمُنْفَتِحِ، انتهى.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهِيَ عِبَارَةٌ مُحَرَّرَةٌ. [أسنى المطالب ١/ ٣٥٩].

وَالْمَرْأَةُ كَرَجُلٍ(١).

وَيَحْرُمُ بِهَا مَا حَرُمَ بِالْحَدَثِ، وَالْمُكْثُ بِالْمَسْجِدِ لَا عُبُورُهُ، وَالْقُرْآنُ، وَتَحِلُّ أَذْكَارُهُ لَا بِقَصْدِ قُرْآنٍ(٢).

---

(١) والمرأة كرجل، بضم الجيم وإسكانها فيما مر من حصول الجنابة بالطريقين المارين ولو استدخلت ذكرا مقطوعا أو قدر الحشفة منه لزمها الغسل كما في «الروضة» ومقتضاه أنه لا فرق بين استدخاله من رأسه أو أصله أو وسطه بجمع طرفيه. قال الإسنوي: وفي ذلك نظر انتهى. والظاهر كما قال شيخي: إن المعول على الحشفة حيث وجدت، ومقتضى التشبيه أن منيها يعرف بالخواص المذكورة وهو قول الأكثرين. وقال إمام الحرمين والغزالي: لا يعرف إلا بالتلذذ. وقال ابن الصلاح: لا يعرف إلا بالتلذذ والريح وجزم به المصنف في «شرح مسلم». وقال السبكي: إنه المعتمد والأذرعي: إنه الحق. والمعتمد الأول ويؤيده - كما قال ابن الرفعة -: قول المختصر: «وإذا رأت المرأة الماء الدافق». [مغني المحتاج ١/٦٨].

(٢) قال في الدقائق: يفهم من قول المنهاج أربع مسائل إحداها: إذا قصد القراءة. الثانية: إذا قصد القراءة والإعلام. الثالثة: إذا قصد الإعلام فقط. الرابعة: أن لا يقصد شيئا ففي الأولى والثانية لا تبطل وفي الثالثة والرابعة تبطل وتفهم الرابعة من قوله: «وإلا بطلت» كما يفهم منه الثالثة وهذه الرابعة لم يذكرها المحرر وهي نفيسة لا يستغنى عن بيانها وسبق مثلها في قول المنهاج وتحل أذكاره لا بقصد قرآن، انتهى. وسومح في أخذ الأولى والرابعة من كلامه لأنه جعل الكلام فيما لو قصد التفهيم وجعل في ذلك قسمين وهما: قصد القراءة معه وعدم قصدها معه فلا يندرج في ذلك قصد القراءة فقط وعدم قصد شيء أصلا لأن ما قصد فيه التفهيم يستحيل أن يندرج فيه ما لا يقصد فيه التفهيم، وهذا التفصيل يجري في الفتح على الإمام بالقرآن والجهر بالتكبير أو التسميع فإنه إن قصد الرد مع القراءة أو القراءة فقط أو قصد التكبير أو التسميع فقط أو مع الإعلام لم=

وَأَقَلُّهُ نِيَّةُ رَفْعِ جَنَابَةٍ، أَوْ اسْتِبَاحَةِ مُفْتَقِرٍ إِلَيْهِ، أَوْ أَدَاءِ فَرْضِ الْغُسْلِ مَقْرُونَةٍ بِأَوَّلِ فَرْضٍ. وَتَعْمِيمِ شَعْرِهِ وَبَشَرِهِ.

وَلَا تَجِبُ مَضْمَضَةٌ وَاسْتِنْشَاقٌ، وَأَكْمَلُهُ إِزَالَةُ الْقَذَرِ ثُمَّ الْوُضُوءُ، وَفِي قَوْلٍ يُؤَخِّرُ غَسْلَ قَدَمَيْهِ، ثُمَّ تَعَهُّدُ مَعَاطِفَهُ، ثُمَّ يُفِيضُ الْمَاءَ عَلَى رَأْسِهِ وَيُخَلِّلُهُ، ثُمَّ شِقِّهِ الْأَيْمَنِ، ثُمَّ الْأَيْسَرِ، وَيُدَلِّكُ وَيُثَلِّثُ، وَتُتْبِعُ لِحَيْضٍ أَثَرَهُ مِسْكًا، وَإِلَّا فَنَحْوَهُ[1].

وَلَا يُسَنُّ تَجْدِيدُهُ، بِخِلَافِ الْوُضُوءِ.

وَيُسَنُّ أَنْ لَا يَنْقُصَ مَاءُ الْوُضُوءِ عَنْ مُدٍّ، وَالْغُسْلِ عَنْ صَاعٍ. وَلَا حَدَّ لَهُ.

وَمَنْ بِهِ نَجَسٌ يَغْسِلُهُ ثُمَّ يَغْتَسِلُ، وَلَا تَكْفِي لَهُمَا غَسْلَةٌ، وَكَذَا فِي الْوُضُوءِ .

تبطل وإلا بطلت وإن كان في كلام بعض المتأخرين ما يوهم خلاف ذلك. وخرج بقوله: «بنظم القرآن» ما لو أتى بكلمات منه متوالية مفرداتها فيه دون نظمها كـ «يا إبراهيم سلام كن» فإن صلاته تبطل، فإن فرقها أو قصد بها القراءة لم تبطل به نقله في المجموع عن المتولي وأقره، وقضيته أنه لو قصد بها القراءة في الشق الأول أن صلاته تبطل وهو ظاهر كما قال شيخنا في «شرح البهجة» فيما إذا لم يقصد القراءة بكل كلمة على انفرادها وإلا لم تبطل ونقل في المجموع عن العبادي أنه لو قال: الذين آمنوا وعملوا الصالحات أولئك أصحاب النار بطلت صلاته إن تعمد وإلا ملا ويسجد للسهو، ثم قال: وفيما قاله نظر!

قال الأذرعي: وليس كما قال وما قاله العبادي ظاهر، انتهى. وهو كذلك. [مغني المحتاج ١/ ١٩٤].

(١) (قَوْلُهُ غَسْلَ قَدَمَيْهِ) يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ غَسْلُهُمَا لِلنِّيَّةِ؛ لِأَنَّ مَسْحَهُمَا السَّابِقُ صَرَفَ النِّيَّةِ عَنْ شُمُولِهَا لِغَسْلِهِمَا وَأَيْضًا فَهَذَا حَدَثٌ جَدِيدٌ حَصَلَ لِلرِّجْلَيْنِ لَمْ تَشْمَلْهُ النِّيَّةُ السَّابِقَةُ لِعَدَمِ وُجُودِهِ عِنْدَهَا قَالَ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ وَشَمِلَ كَلَامُهُ السَّلَسَ فَيَكْفِيهِ غَسْلُ رِجْلَيْهِ وَلَوْ لِلْفَرْضِ حَيْثُ حَصَلَ التَّوَالِي بَيْنَ طُهْرِهِ وَصَلَاتِهِ هَذَا هُوَ الَّذِي يَظْهَرُ وَبَحْثُ الْأَذْرَعِيِّ وُجُوبَ الِاسْتِئْنَافِ عَلَيْهِ فِيهِ نَظَرٌ. [تحفة المحتاج ٣/ ١١٣].

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَكْفِيهِ، والله أعْلَمُ.

وَمَنِ اغْتَسَلَ لِجَنَابَةٍ وَجُمُعَةٍ حَصَلَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا حَصَلَ فَقَطْ.

قُلْتُ: وَلَوْ أَحْدَثَ ثُمَّ أَجْنَبَ أَوْ عَكْسُهُ كَفَى الْغُسْلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، والله أعْلَمُ.

باب النَّجَاسَةِ وإزالتها

هِيَ: كُلُّ مُسْكِرٍ مَائِعٍ.

وَكَلْبٍ، وَخِنْزِيرٍ، وَفَرْعِهِمَا، وَمَيْتَةِ غَيْرِ الْآدَمِيِّ، وَالسَّمَكِ، وَالْجَرَادِ(١) وَدَمٍ،

---

(١) (وَمَيْتَةُ غَيْرِ الْآدَمِيِّ وَالسَّمَكِ وَالْجَرَادِ) وَلَوْ نَحْوَ ذُبَابٍ كَدُودِ خَلٍّ مَعَ شَعْرِهَا وَصُوفِهَا وَوَبَرِهَا وَرِيشِهَا وَعَظْمِهَا وَظِلْفِهَا وَظُفْرِهَا وَحَافِرِهَا وَسَائِرِ أَجْزَائِهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المَائدة: ٣] وَتَحْرِيمُ مَا لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ وَلَا مُضِرٍّ يَدُلُّ عَلَى نَجَاسَتِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْمَيْتَةِ شَرْعًا مَا زَالَتْ حَيَاتُهُ لَا بِذَكَاةٍ شَرْعِيَّةٍ فَدَخَلَ فِيهَا مُذَكَّى غَيْرِ الْمَأْكُولِ، وَمُذَكَّى الْمَأْكُولِ تَذْكِيَةً غَيْرَ شَرْعِيَّةٍ كَذَبِيحَةِ الْمَجُوسِ وَالْمُحْرِمِ بِضَمِّ الْمِيمِ، أَمَّا الْمُذَكَّاةُ شَرْعًا فَطَاهِرَةٌ وَلَوْ جَنِينًا فِي بَطْنِهَا وَصَيْدًا لَمْ تُدْرَكْ ذَكَاتُهُ وَبَعِيرًا نَدَّ لِأَنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ ذَلِكَ ذَكَاتَهُمَا، أَمَّا الْآدَمِيُّ وَلَوْ كَافِرًا فَطَاهِرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ﴾ [الإسرَاء: ٧٠] وَقَضِيَّةُ تَكْرِيمِهِمْ أَنْ لَا يُحْكَمَ بِنَجَاسَتِهِمْ بِالْمَوْتِ وَلِخَبَرِ الْحَاكِمِ: «لَا تُنَجِّسُوا مَوْتَاكُمْ فَإِنَّ الْمُؤْمِنَ لَا يَنْجُسُ حَيًّا وَلَا مَيِّتًا» وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ نَجِسًا لَمَا أَمَرَ بِغُسْلِهِ كَسَائِرِ النَّجَاسَاتِ.

لَا يُقَالُ: وَلَوْ كَانَ طَاهِرًا لَمَا أَمَرَ بِغُسْلِهِ كَسَائِرِ الْأَعْيَانِ الطَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: غُسْلُ الطَّاهِرِ مَعْهُودٌ فِي الْحَدَثِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ النَّجِسِ، عَلَى أَنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ تَكْرِيمُهُ وَإِزَالَةُ الْأَوْسَاخِ عَنْهُ، وَأَمَّا قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التّوبَة: ٢٨] الْمُرَادُ نَجَاسَةُ الِاعْتِقَادِ أَوْ أَنَّا نَجْتَنِبُهُمْ كَالنَّجَاسَةِ لَا نَجَاسَةَ الْأَبْدَانِ، وَلِهَذَا رَبَطَ النَّبِيُّ ﷺ الْأَسِيرَ فِي الْمَسْجِدِ وَقَدْ أَبَاحَ الله طَعَامَ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَالْخِلَافُ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِي غَيْرِ مَيْتَةِ الْأَنْبِيَاءِ صَلَوَاتُ الله وَسَلَامُهُ عَلَيْهِمْ. قَالَ ابْنُ الْعَرَبِيِّ الْمَالِكِيُّ: وَفِي غَيْرِ الشَّهِيدِ. =

وَقَيْحٍ، وَقَيْءٍ، وَرَوْثٍ، وَبَوْلٍ، وَمَذْيٍ، وَوَدْيٍ، وَكَذَا مَنِيُّ غَيْرِ الْآدَمِيِّ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ طَهَارَةُ مَنِيِّ غَيْرِ الْكَلْبِ وَالْخِنْزِيرِ وَفَرْعِ أَحَدِهِمَا، والله أعْلَمُ .

وَلَبَنُ مَا لَا يُؤْكَلُ غَيْرَ الْآدَمِيِّ وَالْجُزْءُ الْمُنْفَصِلُ مِنَ الْحَيِّ كَمَيْتَتِهِ إِلَّا شَعَرَ الْمَأْكُولِ فَطَاهِرٌ، وَلَيْسَتِ الْعَلَقَةُ وَالْمُضْغَةُ، وَرُطُوبَةُ الْفَرْجِ بِنَجِسٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يَطْهُرُ نَجِسُ الْعَيْنِ إِلَّا خَمْرٌ تَخَلَّلَتْ وَكَذَا إِنْ نُقِلَتْ مِنْ شَمْسٍ إِلَى ظِلٍّ وَعَكْسِهِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ خُلِّلَتْ بِطَرْحِ شَيْءٍ فَلَا وَجِلْدٌ نَجُسَ بِالْمَوْتِ فَيَطْهُرُ بِدَبْغِهِ ظَاهِرُهُ وَكَذَا بَاطِنُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَالدَّبْغُ نَزْعُ فُضُولِهِ بِحِرِّيفٍ لَا شَمْسٍ وَتُرَابٍ، وَلَا يَجِبُ الْمَاءُ فِي أَثْنَائِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَالْمَدْبُوغُ كَثَوْبٍ نَجِسٍ(١).

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَلَمْ أَرَهُ لِغَيْرِهِ، وَأَمَّا مَيْتَةُ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى طَهَارَتِهِمَا وَلَوْ كَانَ السَّمَكُ طَافِيًا وَهُوَ مَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْبَحْرِ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ سَمَكًا، وَلِقَوْلِهِ ﷺ فِي الْبَحْرِ: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الْحِلُّ مَيْتَتُهُ» وَسَوَاءٌ أَمَاتَا بِاصْطِيَادٍ أَمْ بِقَطْعِ رَأْسٍ وَلَوْ مِمَّنْ لَا يَحِلُّ ذَبْحُهُ مِنَ الْكُفَّارِ أَمْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، لِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الله بْنِ أَبِي أَوْفَى: «غَزَوْنَا مَعَ رَسُولِ الله ﷺ سَبْعَ غَزَوَاتٍ نَأْكُلُ مَعَهُ الْجَرَادَ» وَصَحَّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ: السَّمَكُ وَالْجَرَادُ، وَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ».

وَالْجَرَادُ اسْمُ جِنْسٍ وَاحِدَتُهُ جَرَادَةٌ تُطْلَقُ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى. [تحفة المحتاج ٢/ ٢٧٧].

(١) قوله: (**وَالدَّبْغُ نَزْعُ فُضُولِهِ**) وَهِيَ مَائِيَّتُهُ وَرُطُوبَتُهُ الْمُفْسِدُ لَهُ بَقَاؤُهَا، وَيُطَيِّبُهُ نَزْعُهَا بِحَيْثُ لَوْ نُقِعَ فِي الْمَاءِ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ النَّتْنُ، وَهُوَ مُرَادُ مَنْ عَبَّرَ بِالْفَسَادِ أَوْ هُوَ أَعَمُّ لِيَشْمَلَ نَحْوَ شِدَّةٍ نَحْوِ تَصَلُّبِهِ وَسُرْعَةً نَحْوِ بَلَائِهِ، لَكِنْ فِي إِطْلَاقِ ذَلِكَ نَظَرٌ. وَالْأَوْجَهُ أَنَّ مَا عَدَا النَّتْنَ إِنْ قَالَ خَبِيرَانِ إِنَّهُ لِفَسَادِ الدَّبْغِ ضَرَّ وَإِلَّا فَلَا، لِأَنَّا نَجِدُ مَا أُتُّفِقَ عَلَى إِتْقَانِ دَبْغِهِ يَتَأَثَّرُ بِالْمَاءِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ لِمُطْلَقِ التَّأَثُّرِ بِهِ بَلْ التَّأَثُّرُ يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الدَّبْغِ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا (**بِحِرِّيفٍ**) بِكَسْرِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ وَهُوَ مَا يَلْذَعُ اللِّسَانَ بِحِرَافَتِهِ كَشَبٍّ ـ

وَمَا نَجُسَ بِمُلَاقَاةِ شَيْءٍ مِنْ كَلْبٍ غُسِلَ سَبْعًا إِحْدَاهُنَّ بِتُرَابٍ وَالْأَظْهَرُ تَعَيُّنُ التُّرَابِ، وَأَنَّ الْخِنْزِيرَ كَكَلْبٍ(١).

- وَشَبٍّ وَقَرَظٍ وَعَفْصٍ وَلَوْ بِنَجِسٍ كَذَرْقِ حَمَامٍ وَزِبْلٍ لِحُصُولِ الْغَرَضِ بِهِ **(لَا شَمْسٍ وَتُرَابٍ)** وَمِلْحٍ وَكُلِّ مَا لَا يَنْزِعُ الْفُضُولَ وَإِنْ جَفَّ بِهِ الْجِلْدُ وَطَابَتْ رَائِحَتُهُ لِبَقَاءِ عُفُونَتِهِ كَامِنَةً فِيهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ نُقِعَ فِي الْمَاءِ عَادَتْ عُفُونَتُهُ **(وَلَا يَجِبُ الْمَاءُ فِي أَثْنَائِهِ)** أَيْ الدَّبْغِ **(فِي الْأَصَحِّ)** بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِحَالَةٌ لَا إِزَالَةٌ وَلِهَذَا جَازَ بِالنَّجِسِ الْمُحَصِّلِ لِذَلِكَ، وَأَمَّا خَبَرُ: «يُطَهِّرُهَا الْمَاءُ وَالْقَرَظُ» فَمَحْمُولٌ عَلَى النَّدْبِ أَوْ الطَّهَارَةِ الْمُطْلَقَةِ، وَقَوْلُ **الْأَذْرَعِيِّ**: وَمَنْ تَبِعَهُ لَا بُدَّ فِي الْجَافِّ مِنَ الْمَاءِ لِيَصِلَ الدَّوَاءُ بِهِ إِلَى سَائِرِ أَجْزَائِهِ، مَرْدُودٌ إِذ الْقَصْدُ وُصُولُهُ وَلَوْ بِمَائِعٍ غَيْرِ الْمَاءِ فَلَا خُصُوصِيَّةَ لِلْمَاءِ، إِذْ لَا نَظَرَ إِلَى أَنَّ لَطَافَتَهُ تُوَصِّلُ الدَّوَاءَ إِلَى بَاطِنِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُوَصِّلُهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ الْقَصْدَ الْإِحَالَةُ وَهِيَ حَاصِلَةٌ وَإِنْ لَمْ يَصِلِ الدَّوَاءُ إِلَى بَاطِنِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ، وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ يَجِبُ الْمَاءُ تَغْلِيبًا لِمَعْنَى الْإِزَالَةِ [نهاية المحتاج ٢/ ٣٢٣].

(١) **(وَمَا نَجُسَ)** وَلَوْ مِنْ صَيْدٍ مَا عَدَا التُّرَابَ إِذْ لَا مَعْنَى لِتَتْرِيبِهِ **(بِمُلَاقَاةِ)** الْمُفَاعَلَةُ هُنَا غَيْرُ مُرَادَةٍ كَعَاقَبْتُ اللِّصَّ **(شَيْءٍ)** غَيْرِ دَاخِلِ مَاءٍ كَثِيرٍ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْمَجْمُوعِ لَكِنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ التَّحْقِيقِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ وَيُوَجَّهُ بِأَنَّ الْكَثِيرَ بِمُجَرَّدِهِ لَا يُطَهِّرُ الْمُغَلَّظَ فَلَا يَمْنَعُهُ ابْتِدَاءً وَكَانَ هَذَا هُوَ وَجْهُ اعْتِمَادِ **الْأَذْرَعِيِّ** وَغَيْرِهِ لِلثَّانِي وَلَمْ يُنْظَرْ وَالتَّصْرِيحُ لِلْإِمَامِ وَغَيْرِهِ بِالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِ الْإِمَامِ وَمَنْ تَبِعَهُ بِطَهَارَةِ الْإِنَاءِ تَبَعًا فِي الصُّورَةِ الْآتِيَةِ قَرِيبًا مَعَ بَيَانِ ضَعْفِهِ وَلَوْ وَصَلَ شَيْءٌ مِنْ مُغَلَّظٍ وَرَاءَ مَا يَجِبُ غَسْلُهُ مِنَ الْفَرْجِ فَهَلْ يُنَجِّسُهُ فَيَتَنَجَّسُ مَا وَصَلَ إِلَيْهِ كَذَكَرِ الْمُجَامِعِ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الْبَاطِنَ لَا يُنَجِّسُهُ مَا لَاقَاهُ كُلٌّ مُحْتَمَلٌ فَعَلَى الثَّانِي يُسْتَثْنَى هَذَا مِنَ الْمَتْنِ **(مِنْ نَحْوِ بَدَنٍ)** أَوْ عَرَقِ **(كَلْبٍ)** وَإِنْ تَعَدَّدَ أَوْ مُتَنَجِّسٌ بِهِ **(غُسِلَ سَبْعًا)** فِيهِ رَدٌّ عَلَى مَنْ أَوْرَدَ عَلَيْهِ تَنَجُّسَ مَاءٍ كَثِيرٍ بِنَحْوِ بَوْلِهِ فَإِنَّهُ يَطْهُرُ بِزَوَالِ التَّغَيُّرِ عَلَى أَنَّ الْقَلِيلَ كَذَلِكَ وَيَطْهُرُ بِالْكَثِيرَةِ فَهُوَ الَّذِي يَرِدُ -

وَلَا يَكْفِي تُرَابٌ نَجِسٌ، وَلَا مَمْزُوجٌ بِمَائِعٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَا تَنَجَّسَ بِبَوْلِ صَبِيٍّ لَمْ يَطْعَمْ غَيْرَ لَبَنٍ نُضِحَ.

وَمَا تَنَجَّسَ بِغَيْرِهِمَا إنْ لَمْ تَكُنْ عَيْنٌ كَفَى جَرْيُ الْمَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ وَجَبَ إزَالَةُ الطَّعْمِ، وَلَا يَضُرُّ بَقَاءُ لَوْنٍ أَوْ رِيحٍ عَسُرَ زَوَالُهُ، وَفِي الرِّيحِ قَوْلٌ.

= بِبَادِئِ الرَّأْيِ أَمَّا ظَرْفُهُ فَلَا يَطْهُرُ إلَّا بِمَا يَأْتِي فَإِنَّهُ بَعْدَ تَنَجُّسِهِ بِمُغَلَّظٍ لَمْ يُعْهَدْ طُهْرُهُ بِغَيْرِ التَّسْبِيعِ بِخِلَافِ الْمَاءِ عُهِدَ فِيهِ الطُّهْرُ بِزَوَالِ التَّغَيُّرِ وَالْمُكَاثَرَةِ فَلَا تَبَعِيَّةَ خِلَافًا لِمَنْ زَعَمَهَا (**إحْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ**) الطَّهُورِ لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ: «طَهُورُ إنَاءِ أَحَدِكُمْ إذَا وَلَغَ فِيهِ الْكَلْبُ أَنْ يَغْسِلَهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ أُولَاهُنَّ بِالتُّرَابِ» وَإِذَا وَجَبَ ذَلِكَ فِي وُلُوغِهِ مَعَ أَنَّ فَمَه أَطْيَبُ مَا فِيهِ لِكَثْرَةِ لَهْثِهِ فَغَيْرُهُ أَوْلَى وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَاهُنَّ، وَفِي أُخْرَى الثَّامِنَةُ أَيْ لِمُصَاحَبَةِ التُّرَابِ لَهَا بِدَلِيلِ رِوَايَةِ السَّابِعَةِ وَفِي أُخْرَى: إحْدَاهُنَّ وَهِيَ مُبَيِّنَةٌ لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى الْأُولَى لِبَيَانِ الْأَفْضَلِ وَالْأُخْرَى لِبَيَانِ الْجَوَازِ وَبِفَرْضِ عَدَمِ ثُبُوتِهَا فَالْقَاعِدَةُ أَنَّ الْقُيُودَ إذَا تَنَافَتْ سَقَطَتْ وَبَقِيَ أَصْلُ الْحُكْمِ وَأَوْفَى رِوَايَةِ أُولَاهُنَّ أَوْ أُخْرَاهُنَّ شَكٌّ مِنْ الرَّاوِي كَمَا بَيَّنَهُ الْبَيْهَقِيُّ وَمُزِيلُ الْعَيْنِ غَسْلَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ تَعَدَّدَ وَفَارَقَ مَا مَرَّ فِي الِاسْتِنْجَاءِ بِالْحَجَرِ بِبِنَائِهِ عَلَى التَّخْفِيفِ وَبُحِثَ أَنَّهُ لَا يُعْتَدُّ بِالتَّتْرِيبِ قَبْلَ إزَالَةِ الْعَيْنِ وَهُوَ مُتَّجَهُ الْمَعْنَى وَيَكْفِي مُرُورُ سَبْعِ جِرْيَاتٍ وَتَحْرِيكُهُ سَبْعًا. وَيَظْهَرُ أَنَّ الذَّهَابَ مَرَّةً وَالْعَوْدَ أُخْرَى وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا يَأْتِي فِي تَحْرِيكِ الْيَدِ فِي الْحَكِّ فِي الصَّلَاةِ بِأَنَّ الْمَدَارَ ثَمَّ عَلَى الْعُرْفِ فِي الرَّاكِدِ مِنْ غَيْرِ تُرَابٍ فِي نَحْوِ النِّيلِ أَيَّامَ زِيَادَتِهِ فَعُلِمَ أَنَّ الْوَاجِبَ مِنْ التُّرَابِ مَا يُكَدِّرُ الْمَاءَ وَيَصِلُ بِوَاسِطَتِهِ لِجَمِيعِ أَجْزَاءِ النَّجِسِ سَوَاءٌ أَمَزَجَهُمَا قَبْلُ ثُمَّ صَبَّهُمَا عَلَيْهِ وَهُوَ الْأَوْلَى خُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ أَمْ سَبَقَ وَضْعُ الْمَاءِ أَوْ التُّرَابِ وَإِنْ كَانَ الْمَحَلُّ رَطْبًا لِأَنَّهُ وَارِدٌ كَالْمَاءِ وَقَوْلُهُمْ لَا يَكْفِي ذَرُّهُ عَلَيْهِ وَلَا مَسْحُهُ أَوْ دَلْكُهُ بِهِ الْمُرَادُ بِمُجَرَّدِهِ. [تحفة المحتاج ٣/ ٣٤٠].

قُلْتُ: فَإِنْ بَقِيَا مَعًا ضَرَّا عَلَى الصَّحِيحِ، والله أَعْلَمُ، وَيُشْتَرَطُ وُرُودُ الْمَاءِ، لَا الْعَصْرَ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَظْهَرُ طَهَارَةُ غُسَالَةٍ تَنْفَصِلُ بِلَا تَغَيُّرٍ وَقَدْ طَهُرَ الْمَحَلُّ.

وَلَوْ نَجُسَ مَائِعٌ تَعَذَّرَ تَطْهِيرُهُ، وَقِيلَ يَطْهُرُ الدُّهْنُ بِغَسْلِهِ.

باب التَّيَمُّمِ

يَتَيَمَّمُ الْمُحْدِثُ وَالْجُنُبُ لِأَسْبَابٍ: أَحَدُهَا: فَقْدُ الْمَاءِ فَإِنْ تَيَقَّنَ الْمُسَافِرُ فَقْدَهُ تَيَمَّمَ بِلَا طَلَبٍ، وَإِنْ تَوَهَّمَهُ طَلَبَهُ مِنْ رَحْلِهِ وَرُفْقَتِهِ، وَنَظَرَ حَوَالَيْهِ إِنْ كَانَ بِمُسْتَوٍ، فَإِنْ احْتَاجَ إِلَى تَرَدُّدٍ تَرَدَّدَ قَدْرَ نَظَرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ تَيَمَّمَ فَلَوْ مَكَثَ مَوْضِعَهُ فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ الطَّلَبِ لِمَا يَطْرَأُ.

فَلَوْ عَلِمَ مَاءً يَصِلُهُ الْمُسَافِرُ لِحَاجَتِهِ وَجَبَ قَصْدُهُ إِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ تَيَمَّمَ.

وَلَوْ تَيَقَّنَهُ آخِرَ الْوَقْتِ فَانْتِظَارُهُ أَفْضَلُ.

أَوْ ظَنَّهُ فَتَعْجِيلُ التَّيَمُّمَ أَفْضَلُ فِي الْأَظْهَرِ(١).

وَلَوْ وَجَدَ مَاءً لَا يَكْفِيهِ فَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ اسْتِعْمَالِهِ، وَيَكُونُ قَبْلَ التَّيَمُّمِ.

---

(١) قوله: (**فَتَعْجِيلُ التَّيَمُّمِ أَفْضَلُ فِي الْأَظْهَرِ**) لِأَنَّ فَضِيلَةَ أَوَّلِ الْوَقْتِ مُحَقَّقَةٌ بِخِلَافِ فَضِيلَةِ الْوُضُوءِ وَالثَّانِي التَّأْخِيرُ أَفْضَلُ، وَمَحَلُّ الْخِلَافِ إِذَا أَرَادَ الِاقْتِصَارَ عَلَى صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ صَلَّاهَا بِالتَّيَمُّمِ أَوَّلَ الْوَقْتِ ثُمَّ أَعَادَهَا آخِرَهُ مَعَ الْكَمَالِ، فَهُوَ الْغَايَةُ فِي إِحْرَازِ الْفَضِيلَةِ. وَيُجَابُ عَنْ اسْتِشْكَالِ ابْنِ الرِّفْعَةِ لَهُ بِأَنَّ الْفَرْضَ الْأُولَى وَلَمْ تَشْمَلْهَا فَضِيلَةُ الْوُضُوءِ بِأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمَّا كَانَتْ عَيْنُ الْأُولَى كَانَتْ جَابِرَةً لِنَقْصِهَا. لَا يُقَالُ: الصَّلَاةُ بِالتَّيَمُّمِ لَا يُسْتَحَبُّ إِعَادَتُهَا بِالْوُضُوءِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: مَحَلُّهُ فِيمَنْ لَا يَرْجُو الْمَاءَ بَعْدُ بِقَرِينَةِ سِيَاقِ كَلَامِهِمْ، وَمَحَلُّ مَا ذُكِرَ فِي الْأُولَى إِذَا كَانَ يُصَلِّيهَا فِي الْحَالَيْنِ مُنْفَرِدًا أَوْ فِي جَمَاعَةٍ. أَمَّا لَوْ كَانَ إِذَا قَدَّمَهَا صَلَّاهَا بِالتَّيَمُّمِ فِي جَمَاعَةٍ وَإِذَا أَخَّرَهَا لِلْوُضُوءِ انْفَرَدَ؛ فَالَّذِي يَظْهَرُ أَخْذًا مِنْ كَلَامِ **الْأَذْرَعِيِّ** أَنَّ التَّقْدِيمَ أَفْضَلُ. [نهاية المحتاج ٢/ ٣٩٩].

وَيَجِبُ شِرَاؤُهُ بِثَمَنِ مِثْلِهِ إِلَّا أَنْ يَحْتَاجَ إِلَيْهِ لِدَيْنٍ مُسْتَغْرِقٍ، أَوْ مُؤْنَةِ سَفَرِهِ، أَوْ نَفَقَةِ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ.

وَلَوْ وُهِبَ لَهُ مَاءٌ أَوْ أُعِيرَ دَلْواً وَجَبَ الْقَبُولُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ وُهِبَ ثَمَنُهُ فَلَا ، وَلَوْ نَسِيَهُ فِي رَحْلِهِ أَوْ أَضَلَّهُ فِيهِ فَلَمْ يَجِدْهُ بَعْدَ الطَّلَبِ فَتَيَمَّمَ قَضَى فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ أَضَلَّ رَحْلَهُ فِي رِحَالٍ فَلَا يَقْضِي.

الثَّانِي: أَنْ يُحْتَاجَ إِلَيْهِ لِعَطَشِ مُحْتَرَمٍ وَلَوْ مَآلًا.

الثَّالِثُ: مَرَضٌ يَخَافُ مَعَهُ مِنِ اسْتِعْمَالِهِ عَلَى مَنْفَعَةِ عُضْوٍ، وَكَذَا بُطْءُ الْبُرْءِ أَوِ الشَّيْنُ الْفَاحِشُ فِي عُضْوٍ ظَاهِرٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَشِدَّةُ الْبَرْدِ كَمَرَضٍ، وَإِذَا امْتَنَعَ اسْتِعْمَالُهُ فِي عُضْوٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ سَاتِرٌ وَجَبَ التَّيَمُّمُ، وَكَذَا غَسْلُ الصَّحِيحِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَا تَرْتِيبَ بَيْنَهُمَا لِلْجُنُبِ، فَإِنْ كَانَ مُحْدِثًا؛ فَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ التَّيَمُّمِ وَقْتَ غَسْلِ الْعَلِيلِ، فَإِنْ جُرِحَ عُضْوَاهُ فَتَيَمُّمَانِ.

فَإِنْ كَانَ كَجَبِيرَةٍ لَا يُمْكِنُ نَزْعُهَا غَسَلَ الصَّحِيحَ وَتَيَمَّمَ كَمَا سَبَقَ، وَيَجِبُ مَعَ ذَلِكَ مَسْحُ كُلِّ جَبِيرَتِهِ بِمَاءٍ، وَقِيلَ بَعْضِهَا.

فَإِذَا تَيَمَّمَ لِفَرْضٍ ثَانٍ وَلَمْ يُحْدِثْ لَمْ يُعِدِ الْجُنُبُ غُسْلًا ، وَيُعِيدُ الْمُحْدِثُ مَا بَعْدَ عَلِيلِهِ، وَقِيلَ: يَسْتَأْنِفَانِ، وَقِيلَ الْمُحْدِثُ كَجُنُبٍ، قُلْتُ: هَذَا الثَّالِثُ أَصَحُّ، والله أَعْلَمُ.

فَصْلٌ: [في اركان التيمم وكيفيته]

يَتَيَمَّمُ بِكُلِّ تُرَابٍ طَاهِرٍ حَتَّى مَا يُدَاوَى بِهِ، وَبِرَمْلٍ فِيهِ غُبَارٌ لَا بِمَعْدِنٍ وَسِحَاقَةِ خَزَفٍ وَمُخْتَلِطٍ بِدَقِيقٍ وَنَحْوِهِ. وَقِيلَ: إِنْ قَلَّ الْخَلِيطُ جَازَ، وَلَا بِمُسْتَعْمَلٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَهُوَ مَا بَقِيَ بِعُضْوِهِ، وَكَذَا مَا تَنَاثَرَ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ قَصْدُهُ فَلَوْ سَفَتْهُ رِيحٌ عَلَيْهِ فَرَدَّدَهُ، وَنَوَى لَمْ يُجْزِئْ وَلَوْ يُمِّمَ بِإِذْنِهِ جَازَ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ عُذْرٌ.

وَأَرْكَانُهُ: نَقْلُ التُّرَابِ فَلَوْ نَقَلَ مِنْ وَجْهٍ إِلَى يَدٍ أَوْ عَكَسَ كَفَى فِي الْأَصَحِّ.

وَنِيَّةُ اسْتِبَاحَةِ الصَّلَاةِ لَا رَفْعِ حَدَثٍ وَلَوْ نَوَى فَرْضَ التَّيَمُّمِ لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ، وَيَجِبُ قَرْنُهَا بِالنَّقْلِ، وَكَذَا اسْتِدَامَتُهَا إِلَى مَسْحِ شَيْءٍ مِنَ الْوَجْهِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَإِنْ نَوَى فَرْضًا وَنَفْلًا أُبِيحَا أَوْ فَرْضًا فَلَهُ النَّفْلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، أَوْ نَفْلًا أَوِ الصَّلَاةَ تَنَفَّلَ لَا الْفَرْضَ(١) عَلَى الْمَذْهَبِ.

---

(١) الْفَرْضُ يُرَادِفُ الْوَاجِبَ شَرْعًا، أَيْ: فِي عُرْفِ الشَّرْعِ عَلَى الصَّحِيحِ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْأَكْثَرِينَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ [البَقَرَة: ١٩٧] أَيْ: أَوْجَبَهُ.
وَالْأَصْلُ تَنَاوُلُهُ حَقِيقَةً وَعَدَمُ غَيْرِهِ، نَفْيًا لِلْمَجَازِ وَالِاشْتِرَاكِ. وَعَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى: أَنَّ الْفَرْضَ آكَدُ. وَهُوَ مَذْهَبُ الْحَنَفِيَّةِ.
وَالْفَرْضُ لُغَةً يَجِيءُ لِمَعَانٍ مِنْهَا: الْقَطْعُ وَالْحَزُّ، كَفَرْضِ الْقَوْسِ إِذَا حَزَّ طَرَفُهَا، وَمِنْهَا: التَّقْدِيرُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧] وَمِنْهَا: الْإِنْزَالُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِى فَرَضَ عَلَيْكَ ٱلْقُرْءَانَ﴾ [الْقَصَص: ٨٥] وَمِنْهَا: الْبَيَانُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿سُورَةٌ أَنزَلْنَٰهَا وَفَرَضْنَٰهَا﴾ [النُّور: ١] بِالتَّخْفِيفِ، وَمِنْهَا: الْإِيجَابُ وَالْإِلْزَامُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ أَيْ: أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ فِيهِنَّ الْإِحْرَامَ، وَمِنْهَا: الْعَطِيَّةُ، يُقَالُ: فَرَضْتُ الرَّجُلَ وَأَفْرَضْتُهُ: إِذَا أَعْطَيْتُهُ، وَمِنْهَا: الْإِحْلَالُ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مَّا كَانَ عَلَى ٱلنَّبِىِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ ٱللَّهُ لَهُۥ﴾ [الأَحْزَاب: ٣٨] أَيْ: فِيمَا أَحَلَّهُ اللهُ، وَمِنْهَا: الْقِرَاءَةُ، فَرَضْتُ حِزْبِي؛ أَيْ: قَرَأْتُهُ، وَمِنْهَا: السُّنَّةُ، كَفَرَضَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَيْ: سَنَّ. انظر: «أسنى المطالب» لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري (١٣/ ١٩٧)، و«شرح الكوكب المنير» المسمى بـ«مختصر التحرير في أصول الفقه» للعلامة محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار، و«شرح البهجة الوردية» (١٣/ ٨٧)، و«لسان العرب» (٧/ ٢٠٢)، مادة (فرض)، و«التوقيف على مهمات التعاريف» للمناوي (١/ ٥٥٣).

وَمَسْحُ وَجْهِهِ ثُمَّ يَدَيْهِ مَعَ مِرْفَقَيْهِ.

وَلَا يَجِبُ إِيصَالُهُ مَنْبَتَ الشَّعْرِ الْخَفِيفِ، وَلَا تَرْتِيبَ فِي نَقْلِهِ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ ضَرَبَ بِيَدَيْهِ وَمَسَحَ بِيَمِينِهِ وَجْهَهُ وَبِيَسَارِهِ يَمِينَهُ جَازَ.

وَتُنْدَبُ التَّسْمِيَةُ وَمَسْحُ وَجْهِهِ وَيَدَيْهِ بِضَرْبَتَيْنِ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ وُجُوبُ ضَرْبَتَيْنِ، وَإِنْ أَمْكَنَ بِضَرْبَةٍ بِخِرْقَةٍ وَنَحْوِهَا، والله أَعْلَمُ، وَيُقَدِّمُ يَمِينَهُ وَأَعْلَى وَجْهِهِ.

وَيُخَفِّفُ الْغُبَارَ. وَمُوَالَاةُ التَّيَمُّمِ كَالْوُضُوءِ .

قُلْتُ: وَكَذَا الْغُسْلُ، وَيُنْدَبُ تَفْرِيقُ أَصَابِعِهِ أَوَّلًا، وَيَجِبُ نَزْعُ خَاتَمِهِ فِي الثَّانِيَةِ(١) والله أَعْلَمُ.

---

(١) اقْتِدَاءً بِهِ ﷺ: «فَإِنَّهُ كَانَ إِذَا دَخَلَ الْخَلَاءَ نَزَعَ خَاتَمَهُ وَكَانَ نَقْشُهُ ثَلَاثَةَ أَسْطُرٍ: مُحَمَّدٌ سَطْرٌ، وَرَسُول سَطْرٌ، والله سَطْرٌ» رَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ فِي صَحِيحِهِ عَنْ أَنَسٍ. قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَفِي حِفْظِي أَنَّهُ كَانَ يُقْرَأُ مِنْ أَسْفَلِ فَصَاعِدًا لِيَكُونَ اسْمُ الله فَوْقَ الْجَمِيعِ انتهى.

وَقِيلَ: كَانَ النَّقْشُ مَعْكُوسًا لِيُقْرَأَ مُسْتَقِيمًا إِذَا خَتَمَ بِهِ قَالَ ابْنُ حَجَرٍ الْعَسْقَلَانِيُّ: وَلَمْ يَثْبُتْ فِي الْأَمْرَيْنِ خَبَرٌ، وَحَمْلُ مَا عَلَيْهِ ذِكْرُ الله - تَعَالَى - عَلَى الْخَلَاءِ مَكْرُوهٌ لَا حَرَامٌ، وَمِثْلُ ذَلِكَ اسْمُ رَسُولِهِ وَكُلُّ اسْم مُعَظَّم كَمَا فِي الْكِفَايَةِ تَبَعًا لِلْإِمَامِ: قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّنْقِيحِ: وَلَعَلَّ الْمُرَادَ الْأَسْمَاءُ الْمُخْتَصَّةُ بِاللَّهِ وَنَبِيِّهِ مَثَلًا دُونَ مَا لَا يَخْتَصُّ كَعَزِيزٍ وَكَرِيمٍ وَمُحَمَّدٍ وَأَحْمَدَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَا يُشْعِرُ بِأَنَّهُ الْمُرَادُ انتهى.

وَمِثْلُ مَا يُشْعِرُ بِذَلِكَ مَا إِذَا قَصَدَهُ بِهِ، فَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ وَلَوْ عَمْدًا حَتَّى قَعَدَ لِقَضَاءِ حَاجَتِهِ ضَمَّ كَفَّيْهِ عَلَيْهِ أَوْ وَضَعَهُ فِي عِمَامَتِهِ أَوْ غَيْرِهَا، وَهَذَا الْأَدَبُ مُسْتَحَبٌّ.

قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ. وَلَيْتَهُمْ قَالُوا بِوُجُوبِهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالْمُتَّجِهُ تَحْرِيمُ إِدْخَالِ الْمُصْحَفِ وَنَحْوِهِ الْخَلَاءَ مِنْ غَيْرِ-

وَمَنْ تَيَمَّمَ لِفَقْدِ مَاءٍ فَوَجَدَهُ إنْ لَمْ يَكُنْ فِي صَلَاةٍ بَطَلَ إنْ لَمْ يَقْتَرِنْ بِمَانِعٍ كَعَطَشٍ.

أَوْ فِي صَلَاةٍ لَا تَسْقُطُ بِهِ بَطَلَتْ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ أَسْقَطَهَا فَلَا، وَقِيلَ يَبْطُلُ النَّفَلُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَطْعَهَا لِيَتَوَضَّأَ أَفْضَلُ[1].

وَأَنَّ الْمُتَنَفِّلَ لَا يُجَاوِزُ رَكْعَتَيْنِ إلَّا مَنْ نَوَى عَدَدًا فَيُتِمُّهُ[2].

=

ضَرُورَةٍ إجْلَالًا لَهُ وَتَكْرِيمًا، انتهى.

قَالَ **الْإِسْنَوِيُّ**: مَحَاسِنُ كَلَامِ الشَّرِيعَةِ يُشْعِرُ بِتَحْرِيمِ بَقَاءِ الْخَاتَمِ الَّذِي عَلَيْهِ ذِكْرُ الله - تَعَالَى - فِي الْيَسَارِ حَالَ الِاسْتِنْجَاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ إذَا أَفْضَى ذَلِكَ إلَى تَنْجِيسِهِ انتهى مُلَخَّصًا، وَيَنْبَغِي حَمْلُ كَلَامِ **الْأَذْرَعِيِّ** عَلَى مَا إذَا خِيفَ عَلَيْهِ التَّنْجِيسَ، وَلَا يَدْخُلُ الْمَحَلَّ حَافِيًا، وَلَا مَكْشُوفَ الرَّأْسِ لِلِاتِّبَاعِ رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مُرْسَلًا. قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْحَدِيثَ الْمُرْسَلَ وَالضَّعِيفَ وَالْمَوْقُوفَ يُتَسَامَحُ بِهِ فِي فَضَائِلِ الْأَعْمَالِ وَيُعْمَلُ بِمُقْتَضَاهُ. [مغني المحتاج ١/ ١٧٤].

[1] **(قَوْلُهُ: وَقَطَعَهَا لِيَتَوَضَّأَ أَفْضَلُ)** قَالَ فِي التَّنْقِيحِ أَوْ قَلَبَهَا نَفْلًا وَقَدْ يُقَالُ الْأَفْضَلُ قَلْبُهَا نَفْلًا فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَالْأَفْضَلُ الْخُرُوجُ مِنْهَا.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ أَصَحَّ الْأَوْجُهِ إمَّا هَذَا أَوْ هَذَا إلَّا أَنَّ ذَلِكَ مَقَالَةٌ وَاحِدَةٌ وَلَمْ أَرَ مَنْ رَجَّحَ قَلْبَهَا نَفْلًا وَاعْلَمْ أَيْضًا أَنَّ إطْلَاقَ الْقَوْلِ بِأَنَّ قَطْعَهَا أَفْضَلُ يُفْهِمُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ فِي جَمَاعَةٍ أَوْ مُنْفَرِدًا وَيَظْهَرُ أَنْ يُقَالَ إنْ ابْتَدَأَهَا فِي جَمَاعَةٍ وَلَوْ قَطَعَهَا وَتَوَضَّأَ لِانْفِرَادٍ فَالْمُضِيُّ فِيهَا مَعَ الْجَمَاعَةِ أَفْضَلُ وَإِنْ ابْتَدَأَهَا مُنْفَرِدًا وَلَوْ قَطَعَهَا وَتَوَضَّأَ لَصَلَّاهَا فِي جَمَاعَةٍ أَوْ ابْتَدَأَهَا فِي جَمَاعَةٍ وَلَوْ قَطَعَهَا وَتَوَضَّأَ لَصَلَّاهَا فِي جَمَاعَةٍ أَوْ ابْتَدَأَهَا مُنْفَرِدًا وَلَوْ قَطَعَهَا وَتَوَضَّأَ لَصَلَّاهَا مُنْفَرِدًا فَقَطْعُهَا أَفْضَلُ. [أسنى المطالب ٢/ ٩].

[2] وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ النَّافِلَةِ الْمُطْلَقَةِ وَغَيْرِهَا لَكِنْ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** وَالزَّرْكَشِيُّ كَابْنِ الرِّفْعَةِ إذَا نَوَى عَدَدًا كَثِيرًا اقْتَصَرَ عَلَى رَكْعَةٍ أَوْ رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ يُسَلِّمُ وَلَا يَقْطَعُهَا لِمَا فِيهِ مِنْ إبْطَالِهَا.

=

وَلَا يُصَلِّي بِتَيَمُّمٍ غَيْرَ فَرْضٍ، وَيَتَنَفَّلُ مَا شَاءَ، وَالنَّذْرُ كَفَرْضٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ جَنَائِزَ مَعَ فَرْضٍ.

وَأَنَّ مَنْ نَسِيَ إِحْدَى الْخَمْسِ كَفَاهُ تَيَمُّمٌ لَهُنَّ.

وَإِنْ نَسِيَ مُخْتَلِفَتَيْنِ صَلَّى كُلَّ صَلَاةٍ بِتَيَمُّمٍ، وَإِنْ شَاءَ تَيَمَّمَ مَرَّتَيْنِ وَصَلَّى بِالْأَوَّلِ أَرْبَعًا وَلَاءً، وَبِالثَّانِي أَرْبَعًا لَيْسَ مِنْهَا الَّتِي بَدَأَ بِهَا.

أَوْ مُتَّفِقَتَيْنِ صَلَّى الْخَمْسَ مَرَّتَيْنِ بِتَيَمُّمَيْنِ وَلَا يَتَيَمَّمُ لِفَرْضٍ قَبْلَ وَقْتِ فِعْلِهِ.

وَكَذَا النَّفْلُ الْمُؤَقَّتُ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَاءً وَلَا تُرَابًا لَزِمَهُ فِي الْجَدِيدِ أَنْ يُصَلِّيَ الْفَرْضَ. وَيُعِيدَ(١).

= وَأَشَارَ **الْأَذْرَعِيُّ** إِلَى أَنَّهُ لِمَ لَا كَانَ الْأَوْلَى فِي النَّفْلِ غَيْرِ الْمُطْلَقِ أَيْضًا الِاقْتِصَارَ عَلَى رَكْعَةٍ أَوْ رَكْعَتَيْنِ إِذَا نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لِمَا فِي الْقَطْعِ مِنَ الْإِبْطَالِ مَعَ إِمْكَانِ الصِّحَّةِ وَكَأَنَّ الْقَمُولِيَّ لَحَظَ هَذَا الْمَعْنَى فَجَرَى عَلَى قَضِيَّتِهِ وَيُجَابُ بِأَنَّ الِاقْتِصَارَ إِنَّمَا يَكُونُ بِنِيَّةٍ وَلَمْ تُعْهَدْ فِي غَيْرِ النَّفْلِ الْمُطْلَقِ وَلَا يُمْكِنُ هُنَا الْقَلْبُ إِلَيْهِ يُتَأَمَّلُ وَجْهُ ذَلِكَ فَتَعَيَّنَ الْقَطْعُ. [تحفة المحتاج ٨/ ٢٠٩].

(١) **(وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَاءً وَلَا تُرَابًا)** لِكَوْنِهِ بِصَحْرَاءَ فِيهَا حَجَرٌ أَوْ رَمْلٌ فَقَطْ أَوْ بِحَبْسٍ فِيهِ تُرَابٌ نَدِيٌّ وَلَا أُجْرَةَ مَعَهُ يُجَفِّفُهُ بِهَا **(لَزِمَهُ فِي الْجَدِيدِ أَنْ يُصَلِّيَ الْفَرْضَ)** الْمَكْتُوبَ الْأَدَاءَ وَلَوْ الْجُمُعَةَ لَكِنَّهُ لَا يَحْسُنُ مِنَ الْأَرْبَعِينَ لِنَقْصِهِ وَذَلِكَ لِحُرْمَةِ الْوَقْتِ كَالْعَاجِزِ عَنِ السُّتْرَةِ وَالِاسْتِقْبَالِ وَإِزَالَةِ النَّجَاسَةِ وَهِيَ صَلَاةٌ صَحِيحَةٌ يَحْنَثُ بِهَا مَنْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي وَيَحْرُمُ الْخُرُوجُ مِنْهَا وَيُبْطِلُهَا الْحَدَثُ وَنَحْوُهُ كَرُؤْيَةِ مَاءٍ أَوْ تُرَابٍ، وَلَوْ بِمَحِلٍّ لَا يُسْقِطُ الْقَضَاءَ وَيُتَّجَهُ جَوَازُهَا أَوَّلَ الْوَقْتِ خِلَافًا لِبَحْثِ **الْأَذْرَعِيِّ** أَنَّهُ يَجِبُ تَأْخِيرُهَا إِلَى ضِيقِهِ مَا دَامَ يَرْجُو مَاءً أَوْ تُرَابًا وَعَنِ الْقَفَّالِ أَنَّهُ أَفْتَى بِفِعْلِهِ لِصَلَاةِ الْجِنَازَةِ وَيُوَجَّهُ بِوُجُوبِ تَقْدِيمِهَا عَلَى الدَّفْنِ وَإِنْ لَمْ تَفُتْ بِهِ فَفُعِلَتْ وَفَاءً بِحُرْمَةِ الْمَيِّتِ كَحُرْمَةِ الْوَقْتِ فِي غَيْرِهَا لَكِنَّ الَّذِي نَقَلَهُ الزَّرْكَشِيُّ عَنْ قَضِيَّةِ كَلَام الْقَفَّالِ أَنَّهُ لَا يُصَلِّيهَا أَيْ؛ لِأَنَّهَا فِي مَرْتَبَةِ النَّفْلِ كَمَا مَرَّ، ثُمَّ رَأَيْته عَلَّلَهُ بِقَوْلِهِ كَمَا فِي-

وَيَقْضِي الْمُقِيمُ الْمُتَيَمِّمُ لِفَقْدِ الْمَاءِ لَا الْمُسَافِرَ إِلَّا الْعَاصِي بِسَفَرِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَنْ تَيَمَّمَ لِبَرْدٍ قَضَى فِي الْأَظْهَرِ.

أَوْ لِمَرَضٍ يَمْنَعُ الْمَاءَ مُطْلَقًا، أَوْ فِي عُضْوٍ وَلَا سَاتِرَ فَلَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجُرْحِهِ دَمٌ كَثِيرٌ.

حَقِّ الْمَيِّتِ إِذَا تَعَذَّرَ غُسْلُهُ وَتَيَمُّمُهُ فَإِنَّهُ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ وَلِأَنَّهَا فِي حُكْمِ النَّفْلِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ انتهى وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ فَقَالَ قَوْلُ الْقَفَّالِ يُصَلَّى فِيهِ نَظَرٌ وَإِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ وَسَبَقَهُمَا لِذَلِكَ الْأَذْرَعِيُّ فَقَالَ لَا يَجُوزُ إِقْدَامُهُ عَلَى فِعْلِهَا قَطْعًا ؛ لِأَنَّ وَقْتَهَا مُتَّسِعٌ وَلَا تَفُوتُ بِالدَّفْنِ وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُتَيَمِّمَ فِي الْحَضَرِ يُصَلِّي عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ النَّفْلُ الْمُلْحَقَةُ هِيَ بِهِ وَوَقَعَ لِلْأَذْرَعِيِّ أَنَّهُ نَاقَضَ نَفْسَهُ فَقَالَ فِي بَابِ الْجَنَائِزِ مَنْ لَا يَسْقُطُ بِتَيَمُّمِهِ الْفَرْضُ وَفَاقِدُ الطَّهُورَيْنِ إِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا صَلَّى قَبْلَ الدَّفْنِ، ثُمَّ أَعَادَهَا إِذَا وَجَدَ الطُّهْرَ الْكَامِلَ وَهَذَا التَّفْصِيلُ لَهُ وَجْهٌ ظَاهِرٌ فَلْيُجْمَعْ بِهِ بَيْنَ مَنْ قَالَ بِالْمَنْعِ وَمَنْ قَالَ بِالْجَوَازِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ الثَّانِي وَإِنْ تَعَيَّنَتْ عَلَيْهِ فَفِيهِ نَظَرٌ ظَاهِرٌ وَكَفَاقِدِهِمَا مَنْ عَلَيْهِ بِحَيْثُ خَشِيَ مِنْ إِزَالَتِهِ مُبِيحَ تَيَمُّمٍ أَوْ حُبِسَ عَلَيْهِ وَخَرَجَ بِالْفَرْضِ الْمَذْكُورِ مَا عَدَاهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ تَنَفُّلٌ وَلَا قَضَاءُ فَائِتَةٍ. مُطْلَقًا وَلَا نَحْوُ مَسِّ مُصْحَفٍ، وَكَذَا نَحْوُ قِرَاءَةٍ لِغَيْرِ الْفَاتِحَةِ فِي الصَّلَاةِ وَمُكْثٍ بِمَسْجِدٍ لِنَحْوِ جُنُبٍ وَتَمْكِينِ زَوْجٍ بَعْدَ انْقِطَاعِ نَحْوِ حَيْضٍ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ (وَيُعِيدُ) وُجُوبًا ؛ لِأَنَّ عُذْرَهُ نَادِرٌ لَا يَدُومُ وَلَا بَدَلَ هُنَا هَذَا إِنْ وَجَدَ مَاءً، وَكَذَا تُرَابًا بِمَحِلٍّ يُسْقِطُ الْقَضَاءَ إِلَّا لَمْ تَجُزْ الْإِعَادَةُ هُنَا كَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهَا وَلَيْسَ هُنَا حُرْمَةُ وَقْتٍ حَتَّى تُرَاعَى وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ الْقَوْلَ بِأَنَّ كُلَّ صَلَاةٍ وَجَبَتْ فِي الْوَقْتِ مِنْ خَلَلٍ لَا تَجِبُ إِعَادَتُهَا ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ إِنَّمَا يَجِبُ بِأَمْرٍ جَدِيدٍ وَلَمْ يَثْبُتْ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ قِيلَ مُرَادُهُ بِالْإِعَادَةِ الْقَضَاءُ كَمَا بِأَصْلِهِ لَا مُصْطَلَحُ الْأُصُولِيِّينَ أَنَّ مَا بِوَقْتِهِ إِعَادَةٌ وَمَا بِخَارِجِهِ قَضَاءٌ انتهى وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بَلْ مُرَادُهُ بِهَا مَا يَشْمَلُ الْأَمْرَيْنِ فَيَلْزَمُهُ فِعْلُهَا فِي الْوَقْتِ وَإِنْ وُجِدَ مَا مَرَّ فِيهِ وَإِلَّا فَخَارِجُهُ. [تحفة المحتاج ٤/١٥٦].

وَإِنْ كَانَ سَاتِرٌ لَمْ يَقْضِ فِي الْأَظْهَرِ إِنْ وَضَعَ عَلَى طُهْرٍ، فَإِنْ وُضِعَ عَلَى حَدَثٍ وَجَبَ نَزْعُهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَضَى عَلَى الْمَشْهُورِ.

باب الْحَيْضِ

[وما يذكر معه من النفاس والاستحاضة]

أَقَلُّ سِنِّهِ تِسْعُ سِنِينَ.

وَأَقَلُّهُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ، وَأَكْثَرُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ بِلَيَالِيهَا، وَأَقَلُّ طُهْرٍ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ خَمْسَةَ عَشَرَ.

وَلَا حَدَّ لِأَكْثَرِهِ، وَيَحْرُمُ بِهِ مَا حَرُمَ بِالْجَنَابَةِ، وَعُبُورُ الْمَسْجِدِ إِنْ خَافَتْ تَلْوِيثَهُ، وَالصَّوْمُ، وَيَجِبُ قَضَاؤُهُ، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ، وَمَا بَيْنَ سُرَّتِهَا وَرُكْبَتِهَا، وَقِيلَ: لَا يَحْرُمُ غَيْرُ الْوَطْءِ، فَإِذَا انْقَطَعَ لَمْ يَحِلَّ قَبْلَ الْغُسْلِ غَيْرُ الصَّوْمِ، وَالطَّلَاقِ، وَالِاسْتِحَاضَةُ حَدَثٌ دَائِمٌ كَسَلَسٍ، فَلَا تَمْنَعُ الصَّوْمَ وَالصَّلَاةَ، فَتَغْسِلُ الْمُسْتَحَاضَةُ فَرْجَهَا وَتَعْصِبُهُ، وَتَتَوَضَّأُ وَقْتَ الصَّلَاةِ، وَتُبَادِرُ بِهَا فَلَوْ أَخَّرَتْ لِمَصْلَحَةِ الصَّلَاةِ كَسَتْرٍ وَانْتِظَارِ جَمَاعَةٍ لَمْ يَضُرَّ، وَإِلَّا فَيَضُرُّ عَلَى الصَّحِيحِ. وَيَجِبُ الْوُضُوءُ لِكُلِّ فَرْضٍ، وَكَذَا تَجْدِيدُ الْعِصَابَةِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ انْقَطَعَ دَمُهَا بَعْدَ الْوُضُوءِ، وَلَمْ تَعْتَدْ انْقِطَاعَهُ وَعَوْدَهُ أَوْ اعْتَادَتْ وَوَسِعَ زَمَنُ الِانْقِطَاعِ وُضُوءًا وَالصَّلَاةَ وَجَبَ الْوُضُوءُ(١).

---

(١) تنبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ تَعَيُّنُ غَسْلِ فَرْجِهَا.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: لَكِنَّ قَضِيَّةَ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي الِاسْتِنْجَاءِ إِجْزَاءُ الْحَجَرِ فِي الْأَظْهَرِ، وَصَرَّحَ بِهِ فِي التَّنْقِيحِ هُنَاكَ. قَالَ: وَلَعَلَّ مُرَادَهُمْ هُنَا مَا إِذَا تَفَاحَشَ بِحَيْثُ لَا يُجْزِئُ الْحَجَرُ فِي مِثْلِهِ مِن الْمُعْتَادِ (وَ) بَعْدَ ذَلِكَ **(تَتَوَضَّأُ)** وَتَجِبُ الْمُبَادَرَةُ بِهِ أَوْ بِبَدَلِهِ عَقِبَ الِاحْتِيَاطِ، وَلِذَلِكَ قِيلَ: لَوْ عَبَّرَ بِالْفَاءِ لَكَانَ أَوْلَى وَيَكُونُ ذَلِكَ **(وَقْتَ الصَّلَاةِ)** لِأَنَّهُ طَهَارَةُ ضَرُورَةٍ فَلَا تَصِحُّ قَبْلَ الْوَقْتِ كَالتَّيَمُّمِ، وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُ الْأَوْقَاتِ فِي بَابِهِ فَيَجِيءُ هُنَا جَمِيعُ مَا سَبَقَ ثَمَّ. قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ: فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ النَّوَافِلُ الْمُؤَقَّتَةُ فَلَا تَتَوَضَّأُ لَهَا قَبْلَ وَقْتِهَا وَهُوَ كَذَلِكَ، وَلَا يُفْهَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَلَيْهَا أَنْ تَجْمَعَ بَيْنَ نَوَافِلَ بِوُضُوءٍ كَمَا ـ

فَصْلٌ: [إذا رَأَتْ لِسِنِّ الْحَيْضِ أَقَلَّهُ]

رَأَتْ لِسِنِّ الْحَيْضِ أَقَلَّهُ وَلَمْ يَعْبُرْ أَكْثَرَهُ فَكُلُّهُ حَيْضٌ.

وَالصُّفْرَةُ وَالْكُدْرَةُ حَيْضٌ: فِي الْأَصَحِّ.

فَإِنْ عَبَرَهُ، فَإِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً مُمَيِّزَةً بِأَنْ تَرَى قَوِيًّا وَضَعِيفًا؛ فَالضَّعِيفُ اسْتِحَاضَةٌ، وَالْقَوِيُّ حَيْضٌ إِنْ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ أَقَلِّهِ، وَلَا عَبَرَ أَكْثَرَهُ، وَلَا نَقَصَ الضَّعِيفُ عَنْ أَقَلِّ الطُّهْرِ.

أَوْ مُبْتَدَأَةً لَا مُمَيِّزَةً بِأَنْ رَأَتْهُ بِصِفَةٍ، أَوْ فَقَدَتْ شَرْطَ تَمْيِيزٍ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ حَيْضَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ، وَطُهْرَهَا تِسْعٌ وَعِشْرُونَ.

أَوْ مُعْتَادَةً بِأَنْ سَبَقَ لَهَا حَيْضٌ وَطُهْرٌ؛ فَتُرَدُّ إِلَيْهِمَا قَدْرًا وَوَقْتًا، وَتَثْبُتُ بِمَرَّةٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُحْكَمُ لِلْمُعْتَادَةِ الْمُمَيِّزَةِ بِالتَّمْيِيزِ لَا الْعَادَةِ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ مُتَحَيِّرَةً بِأَنْ نَسِيَتْ عَادَتَهَا قَدْرًا، وَوَقْتًا، فَفِي قَوْلٍ كَمُبْتَدَأَةٍ .

وَالْمَشْهُورُ وُجُوبُ الِاحْتِيَاطِ فَيَحْرُمُ الْوَطْءُ وَمَسُّ الْمُصْحَفِ، وَالْقِرَاءَةُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، وَتُصَلِّي الْفَرَائِضَ أَبَدًا، وَكَذَا النَّفْلُ فِي الْأَصَحِّ، وَتَغْتَسِلُ لِكُلِّ فَرْضٍ(١)، وَتَصُومُ رَمَضَانَ ثُمَّ شَهْرًا كَامِلَيْنِ، فَيَحْصُلُ مِنْ كُلٍّ أَرْبَعَةَ عَشَرَ، ثُمَّ تَصُومُ مِنْ ثَمَانِيَةَ

قِيلَ لِمَا سَيَأْتِي أَنَّهُ يَجِبُ الْوُضُوءُ لِكُلِّ فَرْضٍ (وَ) بَعْدَ مَا ذُكِرَ (تُبَادِرُ بِهَا) أَيْ بِالصَّلَاةِ وُجُوبًا تَقْلِيلًا لِلْحَدَثِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ مِنْهَا وَهِيَ مُسْتَغْنِيَةٌ عَنْهُ بِالْمُبَادَرَةِ بِخِلَافِ الْمُتَيَمِّمِ السَّلِيمِ لِانْتِفَاءِ مَا ذُكِرَ. أَمَّا غَيْرُ السَّلِيمِ فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا هُنَا (فَلَوْ أَخَّرَتْ لِمَصْلَحَةِ الصَّلَاةِ كَسَتْرٍ) لِعَوْرَةٍ وَأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ (وَانْتِظَارِ جَمَاعَةٍ) وَاجْتِهَادٍ فِي قِبْلَةٍ وَذَهَابٍ إِلَى مَسْجِدٍ وَتَحْصِيلِ سُتْرَةٍ (لَمْ يَضُرَّ) لِأَنَّهَا لَا تُعَدُّ بِذَلِكَ مُقَصِّرَةً. [مغني المحتاج ٢/ ٣٩].

(١) (قَوْلُهُ: لِكُلِّ فَرْضٍ) أَيْ وَلَوْ نَذْرًا وَصَلَاةَ جِنَازَةٍ انتهى زِيَادِيٌّ. وَظَاهِرُهُ أَنَّهَا تُصَلِّي عَلَى الْجِنَازَةِ وَلَوْ مَعَ وُجُودِ الرِّجَالِ، وَالْفَرْقُ عَلَى مَا قَالَهُ بَيْنَ الْمُتَحَيِّرَةِ وَالْمُتَيَمِّمِ أَنَّ التَّيَمُّمَ يُزِيلُ الْمَانِعَ يَقِينًا غَايَتُهُ أَنَّهُ يَضْعُفُ عَنْ أَدَاءِ فَرْضَيْنِ، بِخِلَافِ الْمُتَحَيِّرَةِ فَإِنَّهَا فِي كُلِّ وَقْتٍ تَحْتَمِلُ الْحَيْضَ وَالطُّهْرَ-

عَشَرَ: ثَلَاثَةَ أَوَّلَهَا، وَثَلَاثَةَ آخِرَهَا، فَيَحْصُلُ الْيَوْمَانِ الْبَاقِيَانِ، وَيُمْكِنُ قَضَاءُ يَوْمٍ بِصَوْمِ يَوْمٍ ثُمَّ الثَّالِثَ، وَالسَّابِعَ عَشَرَ[1].

وَالِانْقِطَاعَ، ثُمَّ قَوْلُهُ: وَصَلَاةَ جِنَازَةٍ هُوَ ظَاهِرٌ حَيْثُ لَمْ تَتَعَدَّد الْجَنَائِزُ، فَإِنْ تَعَدَّدَتْ وَصَلَّتْ عَلَيْهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً كَفَاهَا غُسْلٌ وَاحِدٌ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ **(قَوْلُهُ: بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِهِ)** ظَاهِرُهُ أَنَّهَا إذَا اغْتَسَلَتْ لِفَائِتَةٍ وَأَرَادَتْ أَنْ تُصَلِّيَ بِهِ حَاضِرَةً بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِهَا يَمْتَنِعُ عَلَيْهَا ذَلِكَ، وَقِيَاسُ مَا قَدَّمَهُ عَنْ الْأَذْرَعِيِّ بَعْدَ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ وَيَتَوَضَّأُ وَقْتَ الصَّلَاةِ أَنَّهَا تَفْعَلُهُ كَالْمُتَيَمِّمِ وَتَقَدَّمَ بِهَامِشِهِ أَنَّهُ قَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا. [نهاية المحتاج ٣/ ١٧٢].

[1] **(قَوْلُهُ: مِنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ)** عُبَابٌ هِيَ تُكْتَبُ بِالْأَلِفِ إنْ كَانَ فِيهَا تَاءُ التَّأْنِيثِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بِأَنْ كَانَ الْمَعْدُودُ مُؤَنَّثًا نُظِرَ إنْ أَتَيْت بِالْيَاءِ فَقُلْت: ثَمَنِي عَشْرَةَ فَبِغَيْرِ أَلِفٍ وَإِلَّا فَبِالْأَلِفِ نَحْوَ: ثَمَانِ عَشْرَةَ، قَالَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ فِي أَدَبِ الْكَاتِبِ انتهى، سم عَلَى مَنْهَجٍ.

وَيُنَافِيهِ قَوْلُ الْمِصْبَاحِ: إذَا أَضَفْت الثَّمَانِيَةَ إلَى مُؤَنَّثٍ ثَبَتَت الْيَاءُ ثُبُوتَهَا فِي الْقَاضِي وَأُعْرِبَ إعْرَابَ الْمَنْقُوصِ، تَقُولُ جَاءَ ثَمَانِي نِسْوَةٍ وَثَمَانِي مِائَةٍ وَرَأَيْت ثَمَانِيَ نِسْوَةٍ تُظْهِرُ الْفَتْحَةَ، وَإِذَا لَمْ تُضِفْ قُلْت عِنْدِي مِنْ النِّسَاءِ ثَمَانٍ وَمَرَرْت مِنْهُنَّ بِثَمَانٍ وَرَأَيْت ثَمَانِيَ، وَإِذَا وَقَعَتْ فِي الْمُرَكَّبِ تَخَيَّرْت بَيْنَ سُكُونِ الْيَاءِ وَفَتْحِهَا وَالْفَتْحُ أَفْصَحُ، يُقَالُ عِنْدِي مِنْ النِّسَاءِ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ امْرَأَةً، وَتُحْذَفُ الْيَاءُ فِي لُغَةٍ بِشَرْطِ فَتْحِ النُّونِ، فَإِنْ كَانَ الْمَعْدُودُ مُذَكَّرًا، قُلْت: عِنْدِي ثَمَانِيَةَ عَشَرَ رَجُلًا بِإِثْبَاتِ الْهَاءِ انتهى.

فَلَمْ يُفَرِّقْ فِي ثُبُوتِ الْأَلِفِ بَيْنَ ثُبُوتِ الْيَاءِ وَحَذْفِهَا، وَقَدْ يُقَالُ: لَا مُنَافَاةَ لِأَنَّ كَلَامَ ابْنِ قُتَيْبَةَ فِي حَذْفِ الْأَلِفِ خَطًّا وَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ حَذْفُهَا مِنْ اللَّفْظِ، وَكَلَامُ الْمِصْبَاحِ إنَّمَا هُوَ فِيمَا يُنْطَقُ بِهِ فِيهَا مِنْ الْحُرُوفِ **(قَوْلُهُ: وَاثْنَيْنِ وَسَطَهَا)** أَيْ لَيْسَا مُتَّصِلَيْنِ بِالْيَوْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ وَلَا بِالْأَخِيرَيْنِ سَوَاءٌ وَالَتْ بَيْنَهُمَا فِي أَنْفُسِهِمَا أَوْ فَرَّقَتْهُمَا **(قَوْلُهُ: تَحْصِيلُهُمَا)** أَيْ الْيَوْمَيْنِ **(قَوْلُهُ: أَنْ**

وَإِنْ حَفِظَتْ شَيْئًا فَلِلْيَقِينِ حُكْمُهُ، وَهِيَ فِي الْمُحْتَمَلِ كَحَائِضٍ فِي الْوَطْءِ، وَطَاهِرٍ فِي الْعِبَادَاتِ، وَإِنِ احْتَمَلَ انْقِطَاعًا وَجَبَ الْغُسْلُ لِكُلِّ فَرْضٍ. وَالْأَظْهَرُ أَنَّ دَمَ الْحَامِلِ

يَكُونَ الْمُخَلَّفُ) أَيِ الْمَتْرُوكُ صَوْمُهُ بَعْدَ الْخَامِسَ عَشَرَ **(قَوْلُهُ: يَوْمَانِ)** وَهُمَا السَّادِسَ عَشَرَ وَالسَّابِعَ عَشَرَ **(قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْمُخَلَّفَ أَقَلُّ)** يُتَأَمَّلُ قَوْلُهُ: أَقَلُّ فَإِنَّ الْمُخَلَّفَ مِنْ أَوَّلِ السَّادِسَ عَشَرَ إِلَى الثَّامِنَ عَشَرَ قَدْرُ مَا بَيْنَ الصَّوْمِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي. ثُمَّ رَأَيْت فِي نُسْخَةٍ بَدَلَ الرَّابِعِ الْخَامِسَ وَعَلَيْهَا فَلَا إِشْكَالَ **(قَوْلُهُ: وَأَنْ تَصُومَ قَبْلَهُ)** أَيِ التَّاسِعَ وَالْعِشْرِينَ **(قَوْلُهُ: لَمْ تُخَلِّفْ)** أَيْ لَمْ تَتْرُكْ شَيْئًا بَعْدَ الْخَمْسَةَ عَشَرَ **(قَوْلُهُ: الطَّرِيقَةُ الْأُولَى)** هِيَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ: ثُمَّ تَصُومُ مِنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ثَلَاثَةً إِلَخْ وَالثَّانِيَةُ هِيَ قَوْلُهُ: وَيُمْكِنُ قَضَاءُ يَوْمٍ إِلَخْ **(قَوْلُهُ: الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ أَنْ تَصُومَ إِلَخْ)** بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ أَوَّلُ النَّوْبَةِ الثَّانِيَةِ سَابِعَ عَشَرَ نَظِيرِهِ إِلَى خَامِسَ عَشَرَ ثَانِيهِ، فَإِذَا صَامَتِ الْأَوَّلَ وَالثَّالِثَ وَالْخَامِسَ وَالسَّابِعَ عَشَرَ وَالتَّاسِعَ عَشَرَ فَقَدْ صَامَتْ قَدْرَ مَا عَلَيْهَا وَهُوَ الْيَوْمَانِ مُفَرَّقًا فِي الْخَمْسَةَ عَشَرَ وَزَادَتْ يَوْمًا وَصَامَتْ قَدْرَهُ أَيْضًا مِنَ السَّابِعَ عَشَرَ وَهُوَ سَابِعَ عَشَرَ الْأَوَّلِ مِنَ النَّوْبَةِ الْأُولَى وَخَامِسَ عَشَرَ الثَّانِي مِنْهَا، فَلَوْ فَرَّقَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ كَأَنْ صَامَتِ الْأَوَّلَ وَالرَّابِعَ وَالسَّابِعَ تَخَيَّرَتْ فِي الصَّوْمِ الثَّانِي بَيْنَ صَوْمِ السَّابِعَ عَشَرَ وَالثَّامِنَ عَشَرَ لِأَنَّ الثَّامِنَ عَشَرَ بِالنِّسْبَةِ لِلرَّابِعِ خَامِسَ عَشَرَ وَلِلْأَوَّلِ سَابِعَ عَشَرَ **(قَوْلُهُ: أَوْ غَيْرِهِ)** كَأَنْ كَانَ عَلَيْهَا كَفَّارَةُ قَتْلٍ أَوْ صَامَتْ عَنْ قَرِيبِهَا فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا التَّتَابُعُ كَأَنْ كَانَ يَجِبُ عَلَى مَنْ صَامَتْ عَنْهُ.

وَعِبَارَةُ سم عَلَى الْغَايَةِ: قَالَ بَعْضُهُمْ: وَمَحَلُّهُ أَيْ عَدَمِ وُجُوبِ التَّتَابُعِ فِي صَوْمٍ لَمْ يَجِبْ فِيهِ التَّتَابُعُ، انتهى.

وَهُوَ مُحْتَمَلٌ انتهى. لَكِنَّ عِبَارَةَ الشَّارِحِ فِي فَصْلِ فِدْيَةِ الصَّوْمِ الْوَاجِبِ بَعْدَ قَوْلِ الْمَتْنِ: وَلَوْ صَامَ أَجْنَبِيٌّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ صَحَّ. نَصُّهَا: وَفِي الْمَجْمُوعِ: مَذْهَبُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ أَنَّهُ لَوْ صَامَ عَنْهُ بِالْإِذْنِ ثَلَاثُونَ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ أَجْزَأَ وَهُوَ الظَّاهِرُ الَّذِي أَعْتَقِدُ، وَلَكِنْ لَمْ أَرَ فِيهِ كَلَامًا لِأَصْحَابِنَا، انتهى.

وَالنَّقَاءُ بَيْنَ أَقَلِّ الْحَيْضِ حَيْضٌ.

وَأَقَلُّ النِّفَاسِ لَحْظَةٌ، وَأَكْثَرُهُ سِتُّونَ، وَغَالِبُهُ أَرْبَعُونَ، وَيَحْرُمُ بِهِ مَا حَرُمَ بِالْحَيْضِ، وَعُبُورُهُ سِتِّينَ كَعُبُورِهِ أَكْثَرَهُ.

= قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَأَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ الْأُسْتَاذِ تَفَقُّهًا إِلَى أَنْ قَالَ: وَسِوَاهُ فِي فِعْلِ الصَّوْمِ أَكَانَ قَدْ وَجَبَ فِيهِ التَّتَابُعُ أَمْ لَا، لِأَنَّ التَّتَابُعَ إِنَّمَا وَجَبَ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ لِمَعْنَى لَا يُوجَدُ فِي حَقِّ الْقَرِيبِ، وَلِأَنَّهُ الْتَزَمَ صِفَةً زَائِدَةً عَلَى أَصْلِ الصَّوْمِ فَسَقَطَتْ بِمَوْتِهِ انتهى.

فَفِيهِ تَصْرِيحٌ بِعَدَمِ وُجُوبِ التَّتَابُعِ عَلَى الْقَرِيبِ مُطْلَقًا. [نهاية المحتاج ٣/ ١٧٧].

كِتَابُ الصَّلَاةِ(١)

الْمَكْتُوبَاتُ خَمْسٌ الظُّهْرُ، وَأَوَّلُ وَقْتِهِ زَوَالُ الشَّمْسِ، وَآخِرُهُ مَصِيرُ ظِلِّ الشَّيْءِ مِثْلَهُ سِوَى ظِلِّ اسْتِوَاءِ الشَّمْسِ.

وَهُوَ أَوَّلُ وَقْتِ الْعَصْرِ وَيَبْقَى حَتَّى تَغْرُبَ، وَالِاخْتِيَارُ أَنْ لَا تُؤَخَّرَ عَنْ مَصِيرِ مِثْلَيْنِ.

وَالْمَغْرِبُ بِالْغُرُوبِ، وَيَبْقَى حَتَّى يَغِيبَ الشَّفَقُ الْأَحْمَرُ فِي الْقَدِيمِ، وَفِي الْجَدِيدِ يَنْقَضِي بِمُضِيِّ قَدْرِ وُضُوءٍ، وَسَتْرِ عَوْرَةٍ، وَأَذَانٍ، وَإِقَامَةٍ، وَخَمْسِ رَكَعَاتٍ، وَلَوْ شَرَعَ فِي الْوَقْتِ وَمَدَّ حَتَّى غَابَ الشَّفَقُ الْأَحْمَرُ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ .

قُلْتُ: الْقَدِيمُ أَظْهَرُ، والله أَعْلَمُ.

وَالْعِشَاءُ بِمَغِيبِ الشَّفَقِ، وَيَبْقَى إِلَى الْفَجْرِ، وَالِاخْتِيَارُ أَنْ لَا تُؤَخَّرَ عَنْ ثُلُثِ اللَّيْلِ، وَفِي قَوْلٍ نِصْفُهُ، وَالصُّبْحُ بِالْفَجْرِ الصَّادِقِ وَهُوَ الْمُنْتَشِرُ ضَوْؤُهُ مُعْتَرِضًا بِالْأُفُقِ، وَيَبْقَى حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ، وَالِاخْتِيَارُ أَنْ لَا تُؤَخَّرَ عَنِ الْإِسْفَارِ .

قُلْتُ: يُكْرَهُ تَسْمِيَةُ الْمَغْرِبِ عِشَاءً، وَالْعِشَاءِ عَتَمَةً، وَالنَّوْمُ قَبْلَهَا، وَالْحَدِيثُ بَعْدَهَا إِلَّا فِي خَيْرٍ، والله أَعْلَمُ. وَيُسَنُّ تَعْجِيلُ الصَّلَاةِ لِأَوَّلِ الْوَقْتِ، وَفِي قَوْلٍ تَأْخِيرُ الْعِشَاءِ أَفْضَلُ(٢).

وَيُسَنُّ الْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ، وَالْأَصَحُّ اخْتِصَاصُهُ بِبَلَدٍ حَارٍّ، وَجَمَاعَةٍ

---

(١) الصَّلَاةُ: هِيَ لُغَةً: الدُّعَاءُ وَالِاسْتِغْفَارُ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٣] أَيْ: أُدْعُ لَهُمْ.
وَشَرْعًا: أَقْوَالٌ وَأَفْعَالٌ مُفْتَتَحَةٌ بِالتَّكْبِيرِ مُخْتَتَمَةٌ بِالتَّسْلِيمِ، وَسُمِّيَتْ بِهَا لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الدُّعَاءِ. انظر: «لسان العرب» (١٤/ ٤٦٤) باب: الصاد. كلمة: (صلا)، و«شرح البهجة الوردية» لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري (٢/ ٤٨١).

(٢) قال الأذرعي: وهذا هو المنصوص في أكثر كتبه الجديدة. وقال في «المجموع»: إنه أقوى دليلًا. [مغني المحتاج ١/ ١٢٥].

مَسْجِدٍ يَقْصِدُونَهُ مِنْ بُعْدٍ.

وَمَنْ وَقَعَ بَعْضُ صَلَاتِهِ فِي الْوَقْتِ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ وَقَعَ رَكْعَةٌ فَالْجَمِيعُ أَدَاءٌ وَإِلَّا فَقَضَاءٌ.

وَمَنْ جَهِلَ الْوَقْتَ اجْتَهَدَ بِوِرْدٍ وَنَحْوِهِ(١).

فَإِنْ تَيَقَّنَ صَلَاتَهُ قَبْلَ الْوَقْتِ قَضَى فِي الْأَظْهَرِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَيُبَادِرُ بِالْفَائِتِ، وَيُسَنُّ تَرْتِيبُهُ وَتَقْدِيمُهُ عَلَى الْحَاضِرَةِ الَّتِي لَا يَخَافُ فَوْتَهَا(٢).

---

(١) (قَوْلُهُ: وَمَنْ جَهِلَ الْوَقْتَ اجْتَهَدَ) فَرْعٌ: سُئِلَ م ر عَمَّن اجْتَهَدَ فِي الْوَقْتِ لِنَحْوِ غَيْمٍ وَصَلَّى وَلَمْ يَتَبَيَّنْ لَهُ الْحَالُ لَكِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَلَاتَهُ قَبْلَ الْوَقْتِ هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ؟ وَعَمَّنْ فَاتَهُ الظُّهْرُ وَالْعَصْرُ مَثَلًا بِعُذْرٍ وَالْمَغْرِبُ وَالْعِشَاءُ بِغَيْرِ عُذْرٍ فَهَلْ يُسْتَحَبُّ لَهُ التَّرْتِيبُ أَمْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَقْدِيمُ مَا فَاتَهُ بِغَيْرِ عُذْرٍ؟ فَأَجَابَ بِمَا نَصُّهُ أَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى فَمَنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ فِيهَا وُقُوعُ مَا فَعَلَهُ قَبْلَ الْوَقْتِ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْإِعَادَةُ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَمُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْأَصْحَابِ اسْتِحْبَابَ التَّرْتِيبِ تَقْدِيمُ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مُطْلَقًا وَإِنْ خَالَفَ الْأَذْرَعِيُّ فِي ذَلِكَ انتهى سم عَلَى مَنْهَجٍ وَقَدْ يُتَوَقَّفُ فِيمَا أَجَابَ بِهِ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى بِأَنَّهُ حَيْثُ بَنَى فِعْلَهُ عَلَى الِاجْتِهَادِ لَا يُنْقَضُ إِلَّا بِتَبَيُّنِ خِلَافِهِ، وَمُجَرَّدُ ظَنِّ أَنَّهَا وَقَعَتْ قَبْلَ الْوَقْتِ لَا أَثَرَ لَهُ، بَلْ الْقِيَاسُ أَنَّهُ لَوْ اجْتَهَدَ ثَانِيًا بَعْدَ الصَّلَاةِ فَأَدَّاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى خِلَافِ مَا بَنَى عَلَيْهِ فِعْلَهُ الْأَوَّلَ لَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهِ لِأَنَّ الِاجْتِهَادَ لَا يُنْقَضُ بِالِاجْتِهَادِ. [نهاية المحتاج ٣/ ٢٦٩].

(٢) (قَوْلُهُ: وَيُسَنُّ تَرْتِيبُهُ) أَيْ سَوَاءٌ فَاتَ بِعُذْرٍ، أَوْ لَا فَيَجُوزُ تَرْكُ التَّرْتِيبِ وَإِنْ كَانَ الْفَوَاتُ بِغَيْرِ عُذْرٍ كَمَا اقْتَضَاهُ إِطْلَاقُهُمْ اسْتِحْبَابُ التَّرْتِيبِ وَإِنْ وَجَبَ الْبِدَارُ؛ لِأَنَّ تَقْدِيمَ مَا وَجَبَ الْبِدَارُ فِيهِ أَيْضًا عَلَى مَا تَقَدَّمَهُ لَا يُنَافِي الْبِدَارَ كَمَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الرَّاتِبَةِ الْقَبْلِيَّةِ عَلَى مَا وَجَبَ فِيهِ الْبِدَارُ (قَوْلُهُ: وَفِعْلُهُ ﷺ الْمُجَرَّدُ لِلنَّدْبِ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ جَمْعِ الْجَوَامِعِ، وَالنَّدْبُ أَيْ وَيَخُصُّ النَّدْبُ مُجَرَّدَ قَصْدِ الْقُرْبَةِ أَيْ عَنْ قَيْدِ الْوُجُوبِ (قَوْلُهُ: ـ

وَتُكْرَهُ الصَّلَاةُ عِنْدَ الِاسْتِوَاءِ إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَبَعْدَ الصُّبْحِ حَتَّى تَرْتَفِعَ الشَّمْسُ كَرُمْحٍ، وَالْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ إِلَّا لِسَبَبٍ كَفَائِتَةٍ، وَكُسُوفٍ، وَتَحِيَّةٍ، وَسَجْدَةِ شُكْرٍ، وَإِلَّا فِي حَرَمِ مَكَّةَ عَلَى الصَّحِيحِ.

فَصْلٌ

إِنَّمَا تَجِبُ الصَّلَاةُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ[1] بَالِغٍ عَاقِلٍ طَاهِرٍ، وَلَا قَضَاءَ عَلَى الْكَافِرِ إِلَّا

= **بِأَنْ يَقَعَ بَعْضُهَا وَإِنْ قَلَّ خَارِجَ الْوَقْتِ)** خَالَفَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ حَيْثُ قَالَ فِي قَوْلِ الرَّوْضِ آخِرَ شُرُوطِ الصَّلَاةِ وَتَقْدِيمِهَا عَلَى حَاضِرَةٍ لَمْ يَخَفْ فَوْتَهَا مَا نَصُّهُ: وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَوْ أَمْكَنَهُ بَعْدَ فِعْلِ الْفَائِتَةِ إِدْرَاكُ رَكْعَةٍ جَازَ تَقْدِيمُهَا وَيُحْمَلُ تَحْرِيمُ إِخْرَاجِ بَعْضِ الصَّلَاةِ عَنْ وَقْتِهَا عَلَى غَيْرِ هَذَا وَلِإِفَادَةِ ذَلِكَ عَدَلَ إِلَى مَا قَالَهُ تَبَعًا لِلْمُحَرَّرِ، وَالْمِنْهَاجِ، وَالتَّحْقِيقِ، وَالتَّنْبِيهِ عَنْ قَوْلِ الرَّوْضَةِ كَالشَّرْحَيْنِ عَلَى حَاضِرَةٍ اتَّسَعَ وَقْتُهَا انتهى وَاعْتَمَدَ ذَلِكَ فِي الْمَنْهَجِ وَشَرْحِهِ **(قَوْلُهُ: وَإِنْ فُقِدَ التَّرْتِيبُ)** يُفِيدُ فِيمَنْ فَاتَهُ الظُّهْرُ، وَالْعَصْرُ بِعُذْرٍ، وَالْمَغْرِبُ، وَالْعِشَاءُ بِغَيْرِ عُذْرٍ وُجُوبُ تَقْدِيمِ الْأَخِيرَيْنِ عَلَيْهِمَا لَكِنْ أَفْتَى م ر بِأَنَّ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْأَصْحَابِ اسْتِحْبَابَ التَّرْتِيبِ تَقْدِيمُ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلُ مُطْلَقًا وَإِنْ خَالَفَ **الْأَذْرَعِيُّ** فِي ذَلِكَ انتهى أَيْ، وَالتَّرْتِيبُ الْمَطْلُوبُ لَا يُنَافِي الْبِدَارَ؛ لِأَنَّهُ مُشْتَغِلٌ بِالْعِبَادَةِ وَغَيْرُ مُقَصِّرٍ كَمَا أَنَّ تَقْدِيمَ رَاتِبَةِ الْمَقْضِيَّةِ الْقَبْلِيَّةَ عَلَيْهَا لَا يُنَافِي فِي الْبِدَارِ الْوَاجِبَ خِلَافًا لِمَنْ خَالَفَ. [تحفة المحتاج ٤/ ٤٥٥].

[1] قَوْلُهُ: **(كُلِّ مُسْلِمٍ)** أَيْ يَقِينًا فَلَوْ اشْتَبَهَ صَبِيَّانِ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ، وَبَلَغَا مَعَ بَقَاءِ الِاشْتِبَاهِ لَمْ يُطَالَبْ أَحَدُهُمَا بِهَا، وَيُقَالُ عَلَى هَذَا لَنَا شَخْصٌ مُسْلِمٌ بَالِغٌ عَاقِلٌ، لَا يُؤْمَرُ بِالصَّلَاةِ إِذَا تَرَكَهَا وَمِنْ ذَلِكَ مَا نَقَلَهُ شَيْخُنَا الرَّمْلِيُّ فِي شَرْحِهِ عَنْ **الْأَذْرَعِيِّ**، أَنَّ مَنْ لَمْ يُعْلَمْ لَهُ إِسْلَامٌ كَصِغَارِ الْمَمَالِيكِ الَّذِينَ يَصِفُونَ الْإِسْلَامَ بِدَارِنَا، لَا يُؤْمَرُ بِهَا لِاحْتِمَالِ كُفْرِهِ وَلَا بِتَرْكِهَا لِاحْتِمَالِ إِسْلَامِهِ.

وَقَالَ الْخَطِيبُ: الْوَجْهُ أَمْرُهُ بِهَا، قَبْلَ بُلُوغِهِ وَوُجُوبُهَا عَلَيْهِ بَعْدَهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

[حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/ ١١٥].

الْمُرْتَدِّ وَلَا الصَّبِيِّ، وَيُؤْمَرُ بِهَا لِسَبْعٍ، وَيُضْرَبُ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ(١) وَلَا ذِي حَيْضٍ أَوْ جُنُونٍ

---

(١) **(وَيُضْرَبُ عَلَيْهَا)** أَيْ عَلَى تَرْكِهَا **(لِعَشْرٍ)** لِأَنَّهُ مَظِنَّةُ الْبُلُوغِ فَيَجُوزُ ضَرْبُهُ فِي أَثْنَاءِ الْعَاشِرَةِ كَمَا صَحَّحَهُ الْإِسْنَوِيُّ، وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ الْمُقْرِي فِي رَوْضِهِ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ خِلَافًا لِمَنْ شَرَطَ اسْتِكْمَالَهَا.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ خَبَرُ: «مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعٍ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ» وَقِيسَ: بِالصَّلَاةِ الصَّوْمُ، وَالْأَمْرُ بِالضَّرْبِ وَاجِبَانِ عَلَى الْوَلِيِّ أَبًا كَانَ أَوْ جَدًّا أَوْ وَصِيًّا أَوْ قَيِّمًا، وَالْمُلْتَقِطُ وَمَالِكُ الرَّقِيقِ فِي مَعْنَى الْأَبِ كَمَا فِي الْمُهِمَّاتِ، وَكَذَا الْمُودَعُ وَالْمُسْتَعِيرُ كَمَا أَفَادَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَالْإِمَامُ، وَكَذَا الْمُسْلِمُونَ فِيمَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ، وَلَا يَقْتَصِرُ كَمَا قَالَهُ الطَّبَرِيُّ عَلَى مُجَرَّدِ صِيغَتِهِ بَلْ لَا بُدَّ مَعَهُ مِنَ التَّهْدِيدِ وَالصَّوْمُ كَالصَّلَاةِ فِيمَا تَقَرَّرَ إِنْ أَطَاقَهُ بِأَنْ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ بِهِ مَشَقَّةٌ لَا تُحْتَمَلُ عَادَةً وَإِنْ لَمْ تُبِحِ التَّيَمُّمَ فِيمَا يَظْهَرُ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ أَمْرِهِ بِهَا مَنْ لَا يُعْرَفُ دِينُهُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ يَصِفُ الْإِسْلَامَ فَلَا يُؤْمَرُ بِهَا لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ كَافِرًا، وَلَا يُنْهَى عَنْهَا لِأَنَّا لَا نَتَحَقَّقُ كُفْرَهُ وَهَذَا كَصِغَارِ الْمَمَالِيكِ، قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ تَفَقُّهًا وَهُوَ صَحِيحٌ، وَهَلْ يَضْرِبُهُ عَلَى الْقَضَاءِ وَيَأْمُرُهُ بِهِ أَوْ تَصِحُّ مِنْهُ الصَّلَاةُ الْمَفْرُوضَةُ عَلَى الْمُكَلَّفِ قَاعِدًا؟ وَجْهَانِ أَوْجَهُهُمَا مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُهُمْ أَنَّهُ يُضْرَبُ وَيُؤْمَرُ بِهِ كَمَا فِي الْأَدَاءِ، وَبِهِ صَرَّحَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ فِي الْأَمْرِ، وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ مِنْهُ قَاعِدًا وَإِنْ كَانَتْ نَفْلًا فِي حَقِّهِ، وَلِذَا قَالَ فِي الْبَحْرِ: أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ مِنْهُ جَالِسًا مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْقِيَامِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَجَرَيَانُ الْوَجْهَيْنِ فِي الصَّلَاةِ الْمُعَادَةِ مُحْتَمَلٌ، وَكَلَامُ الْأَكْثَرِينَ مُشْعِرٌ بِالْمَنْعِ، وَعَلَيْهِمْ نَهْيُهُ عَنِ الْمُحَرَّمَاتِ وَتَعْلِيمُهُ الْوَاجِبَاتِ وَسَائِرَ الشَّرَائِعِ كَالسِّوَاكِ وَحُضُورِ الْجَمَاعَاتِ، ثُمَّ إِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْتَفَى ذَلِكَ عَنِ الْأَوْلِيَاءِ، أَوْ سَفِيهًا فَوِلَايَةُ الْأَبِ مُسْتَمِرَّةٌ، فَيَكُونُ كَالصَّبِيِّ وَأُجْرَةُ تَعْلِيمِهِ الْوَاجِبَاتِ فِي مَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَعَلَى الْأَبِ ثُمَّ الْأُمِّ، وَيُخْرِجُ مِنْ مَالِهِ أُجْرَةَ۔

أَوْ إِغْمَاءٍ، بِخِلَافِ السُّكْرِ.

وَلَوْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَسْبَابُ وَبَقِيَ مِنَ الْوَقْتِ تَكْبِيرَةٌ وَجَبَتْ الصَّلَاةُ، وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ رَكْعَةٌ، وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ الظُّهْرِ بِإِدْرَاكِ تَكْبِيرَةٍ آخِرَ الْعَصْرِ، وَالْمَغْرِبِ آخِرَ الْعِشَاءِ.

وَلَوْ بَلَغَ فِيهَا أَتَمَّهَا وَأَجْزَأَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، أَوْ بَعْدَهَا فَلَا إِعَادَةَ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلَوْ حَاضَتْ أَوْ جُنَّ أَوَّلَ الْوَقْتِ وَجَبَتْ تِلْكَ إِنْ أَدْرَكَ قَدْرَ الْفَرْضِ، وَإِلَّا فَلَا.

فَصْلٌ: [فِي الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ]

الْأَذَانُ وَالْإِقَامَةُ سُنَّةٌ، وَقِيلَ: فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَإِنَّمَا يُشْرَعَانِ لِمَكْتُوبَةٍ، وَيُقَالُ فِي الْعِيدِ وَنَحْوِهِ: الصَّلَاةَ جَامِعَةً.

وَالْجَدِيدُ: نَدْبُهُ لِلْمُنْفَرِدِ، وَيَرْفَعُ صَوْتَهُ إِلَّا بِمَسْجِدٍ، وَقَعَتْ فِيهِ جَمَاعَةٌ(١).

= تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْآدَابِ كَزَكَاتِهِ وَنَفَقَةِ مُمَوِّنِهِ وَبَدَلِ مُتْلَفِهِ، فَمَعْنَى وُجُوبِهَا فِي مَالِهِ ثُبُوتُهَا فِي ذِمَّتِهِ وَوُجُوبِ إِخْرَاجِهَا مِنْ مَالِهِ عَلَى وَلِيِّهِ، فَإِنْ بَقِيَتْ إِلَى كَمَالِهِ وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ لَزِمَهُ إِخْرَاجُهَا، وَبِهَذَا يَجْمَعُ بَيْنَ كَلَامِهِمْ الْمُتَنَاقِضِ فِي ذَلِكَ. [نهاية المحتاج ٣/ ٣٠٨].

(١) (**وإنما يشرعان لمكتوبة**) دون غيرها من سائر الصلوات كالسنن وصلاة الجنازة والمنذورة لعدم ثبوتهما فيه بل يكرهان فيه كما صرح به صاحب «الأنوار» وغيره.

وأما قول صاحب «الذخائر»: إن المنذورة يؤذن لها ويقيم إذا قلنا يسلك بها مسلك واجب الشرع فقال المصنف: إنه غلط منه وهو كثير الغلط فقد اتفق الأصحاب على أنه لا يؤذن لها ولا يقيم وبما قررت به عبارته سقط ما قيل: إنه يرد عليه أن الأذان يشرع في أذن المولود اليمنى والإقامة في اليسرى كما يأتي في العقيقة وأنه يشرع إذا تغولت الغيلان أي غردت الجان لخبر صحيح ورد فيه.

تنبيه: إنما عبر ب «يشرعان» دون يسنان ليأتي ذلك على قولي السنة =

وَيُقِيمُ لِلْفَائِتَةِ، وَلَا يُؤَذِّنُ فِي الْجَدِيدِ .

والفرض. «ويقال في العيد ونحوه» من كل نفل تشرع فيه الجماعة كما صرح به في الحاوي كالعيد الكسوف والاستسقاء والتراويح حيث يفعل ذلك جماعة قال شيخنا: والوتر حيث يسن جماعة فيما يظهر، انتهى.

وهذا دخل في كلامهم «الصلاة جامعة» لوروده في الصحيحين في كسوف الشمس وقيس به الباقي والجزاءان منصوبان: الأول على الإغراء والثاني بالحالية أي احضروا الصلاة والزموها حالة كونها جامعة ويجوز رفعهما على المبتدأ والخبر ورفع أحدهما على أنه مبتدأ حذف خبره أو عكسه ونصب الآخر على الإغراء في الجزء الأول وعلى الحالية في الثاني وكالصلاة جامعة الصلاة - كما نص عليه في «الأم» - أو هلموا إلى الصلاة والصلاة وحكم الله أو نحو ذلك كالصلاة الصلاة.

وخرج بذلك الجنازة والمنذورة والنافلة التي لا تسن الجماعة فيها كالضحى أو سنت فيها لكن صليت فرادى فلا يسن لها ذلك.

أما غير الجنازة فظاهر وأما الجنازة فلأن المشيعين لها حاضرون فلا حاجة للإعلام. والجديد قال الرافعي: الذي قطع به الجمهور ندبه أي: الأذان للمنفرد في بلد أو صحراء إذا أراد الصلاة للحديث، والقديم: لا يندب له لانتفاء المعنى المقصود منه وهو الإعلام، وظاهر إطلاقه تبعا «للمحرر» مشروعية أذان المنفرد وإن بلغه أذان غيره وهو الأصح في «التحقيق» و«التنقيح» وقال الإسنوي: إن العمل عليه وهذا هو المعتمد وإن صحح في «شرح مسلم» أنه لا يؤذن.

وقال الأذرعي: هو الذي نعتقد رجحانه ويكفي في أذانه إسماع نفسه بخلاف أذان الإعلام للجماعة فيشترط فيه الجهر بحيث يسمعونه لأن ترك ذلك يخل بالإعلام ويكفي فيه إسماع واحد، أما الإقامة فتسن على القولين، ويكفي فيها إسماع نفسه أيضًا بخلاف المقيم للجماعة كما في الأذان لكن الرفع فيها أخفض. [مغني المحتاج ١/ ١٣٣].

قُلْتُ: الْقَدِيمُ أَظْهَرُ، والله أعْلَمُ.

فَإِنْ كَانَ فَوَائِتُ لَمْ يُؤَذِّنْ لِغَيْرِ الْأُولَى.

وَيُنْدَبُ لِجَمَاعَةِ النِّسَاءِ الْإِقَامَةُ لَا الْأَذَانُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَالْأَذَانُ مَثْنَى.

وَالْإِقَامَةُ فُرَادَى إِلَّا لَفْظَ الْإِقَامَةِ وَيُسَنُّ إِدْرَاجُهَا وَتَرْتِيلُهُ.

وَالتَّرْجِيعُ فِيهِ. وَالتَّثْوِيبُ فِي الصُّبْحِ. وَأَنْ يُؤَذِّنَ قَائِمًا لِلْقِبْلَةِ.

وَيَجِبُ تَرْتِيبُهُ وَمُوَالَاتُهُ، وَفِي قَوْلٍ لَا يَضُرُّ كَلَامٌ وَسُكُوتٌ طَوِيلَانِ.

وَشَرْطُ الْمُؤَذِّنِ: الْإِسْلَامُ. وَالتَّمْيِيزُ وَالذُّكُورَةُ.

وَيُكْرَهُ لِلْمُحْدِثِ، وَلِلْجُنُبِ أَشَدُّ، وَالْإِقَامَةُ أَغْلَظُ.

وَيُسَنُّ صَيِّتٌ حَسَنُ الصَّوْتِ عَدْلٌ.

وَالْإِمَامَةُ أَفْضَلُ مِنْهُ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ إِنَّهُ أَفْضَلُ مِنْهَا، والله أعْلَمُ.

وَشَرْطُهُ الْوَقْتُ إِلَّا الصُّبْحَ، فَمِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ.

وَيُسَنُّ مُؤَذِّنَانِ لِلْمَسْجِدِ يُؤَذِّنُ وَاحِدٌ قَبْلَ الْفَجْرِ، وَآخَرُ بَعْدَهُ

وَيُسَنُّ لِسَامِعِهِ مِثْلُ قَوْلِهِ إِلَّا فِي حَيْعَلَتَيْهِ فَيَقُولُ: لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِالله.

قُلْتُ: وَإِلَّا فِي التَّثْوِيبِ، فَيَقُولُ: صَدَقْتَ وَبَرِرْتَ، والله أعْلَمُ.

وَلِكُلٍّ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ بَعْدَ فَرَاغِهِ، ثُمَّ اللَّهُمَّ رَبَّ هَذِهِ الدَّعْوَةِ التَّامَّةِ، وَالصَّلَاةِ الْقَائِمَةِ آتِ مُحَمَّدًا الْوَسِيلَةَ وَالْفَضِيلَةَ، وَابْعَثْهُ مَقَامًا مَحْمُودًا الَّذِي وَعَدْتَهُ.

فَصْلٌ: [اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ شَرْطٌ فِي الصَّلَاةِ]

اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ شَرْطٌ لِصَلَاةِ الْقَادِرِ إِلَّا فِي شِدَّةِ الْخَوْفِ(١).

---

(١) اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ: بِالصَّدْرِ لَا بِالْوَجْهِ (شَرْطٌ لِصَلَاةِ الْقَادِرِ) عَلَى الِاسْتِقْبَالِ-

وَنَفلُ السَّفرِ، فَلِلْمُسَافِرِ التَّنَفُّلُ رَاكِبًا وَمَاشِيًا(١) وَلَا يُشْتَرَطُ طُولُ سَفرِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ﴾ [البَقَرَة: ١٤٤] أيْ: نَحْوَ ﴿ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البَقَرَة: ١٤٤] وَالِاسْتِقْبَالُ لَا يَجِبُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ فِيهَا، وَقَدْ وَرَدَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ لِلْمُسِيءِ صَلَاتَهُ وَهُوَ خَلَّادُ بْنُ رَافِعٍ الزُّرَقِيُّ الْأَنْصَارِيُّ: «إذَا قُمْتَ إلَى الصَّلَاةِ فَأَسْبِغْ الْوُضُوءَ ثُمَّ اسْتَقْبِلْ الْقِبْلَةَ» رَوَاهُ الشَّيْخَانِ. وَرَوَيَا أَنَّهُ ﷺ رَكَعَ رَكْعَتَيْنِ قِبَلَ الْكَعْبَةِ: أَيْ وَجْهَهَا، وَقَالَ: هَذِهِ الْقِبْلَةُ مَعَ خَبَرِ «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» فَلَا تَصِحُّ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ إجْمَاعًا. وَالْقِبْلَةُ فِي اللُّغَةِ: الْجِهَةُ وَالْمُرَادُ هُنَا الْكَعْبَةُ، وَلَوْ عَبَّرَ بِهَا لَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا الْقِبْلَةُ الْمَأْمُورُ بِهَا وَلَكِنَّ الْقِبْلَةَ صَارَتْ فِي الشَّرْعِ حَقِيقَةَ الْكَعْبَةِ لَا يُفْهَمُ مِنْهَا غَيْرُهَا، سُمِّيَتْ قِبْلَةً؛ لِأَنَّ الْمُصَلِّيَ يُقَابِلُهَا، وَكَعْبَةً لِارْتِفَاعِهَا وَقِيلَ لِاسْتِدَارَتِهَا. أَمَّا الْعَاجِزُ عَنْهُ كَمَرِيضٍ لَا يَجِدُ مَنْ يُوَجِّهُهُ إلَيْهَا وَمَرْبُوطٌ عَلَى خَشَبَةٍ فَيُصَلِّي عَلَى حَالِهِ وَيُعِيدُ وُجُوبًا. قَالَ فِي الْكِفَايَةِ: وَوُجُوبُ الْإِعَادَةِ دَلِيلٌ عَلَى الِاشْتِرَاطِ: أَيْ فَلَا يَحْتَاجُ إلَى التَّقْيِيدِ بِالْقَادِرِ، فَإِنَّهَا شَرْطٌ لِلْعَاجِزِ أَيْضًا بِدَلِيلِ الْقَضَاءِ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي التَّنْبِيهِ وَالْحَاوِي، وَاسْتَدْرَكَ عَلَى ذَلِكَ السُّبْكِيُّ، فَقَالَ: لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا صَحَّتْ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ، وَوُجُوبُ الْقَضَاءِ لَا دَلِيلَ فِيهِ، انتهى. وَفِي هَذَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ إذَا فُقِدَ تَصِحُّ الصَّلَاةُ بِدُونِهِ وَتُعَادُ كَفَاقِدِ الطَّهُورَيْنِ، ثُمَّ رَأَيْتُ **الْأَذْرَعِيَّ** تَعَرَّضَ لِذَلِكَ. [مغني المحتاج ٢/ ١٩٥].

(١) فَالشَّرْطُ فِي جَوَازِ التَّنَفُّلِ رَاكِبًا وَمَاشِيًا دَوَامُ السَّفَرِ وَالسَّيْرِ فَلَوْ نَزَلَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ لَزِمَهُ أَنْ يُتِمَّهَا لِلْقِبْلَةِ قَبْلَ رُكُوبِهِ وَلَوْ نَزَلَ وَبَنَى أَوْ ابْتَدَأَهَا لِلْقِبْلَةِ ثُمَّ أَرَادَ الرُّكُوبَ وَالسَّيْرَ فَلْيُتِمَّهَا وَيُسَلِّمْ مِنْهَا ثُمَّ يَرْكَبُ فَإِنْ رَكِبَ بَطَلَتْ إلَّا أَنْ يَضْطَرَّ إلَى الرُّكُوبِ ذَكَرَهُ النَّوَوِيُّ فِي مَجْمُوعِهِ إلَّا الْمُسْتَثْنَى؛ **فَالْأَذْرَعِيُّ** وَهُوَ مُرَادُ النَّوَوِيِّ أَمَّا إذَا اسْتَقَرَّ فِي نَحْوِ هَوْدَجٍ وَأَمْكَنَهُ إتْمَامُهَا مُسْتَقْبِلًا فَلَا يَلْزَمُهُ النُّزُولُ **(وَلَهُ الرَّكْضُ)** لِلدَّابَّةِ وَالْعَدْوُ **(لِحَاجَةٍ فَلَوْ أَجْرَى الدَّابَّةَ أَوْ عَدَا الْمَاشِي)** فِي-

فَإِنْ أَمْكَنَ اسْتِقْبَالُ الرَّاكِبِ فِي مَرْقَدٍ، وَإِتْمَامُ رُكُوعِهِ وَسُجُودِهِ لَزِمَهُ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ سَهُلَ الِاسْتِقْبَالُ وَجَبَ وَإِلَّا فَلَا.

وَيَخْتَصُّ بِالتَّحَرُّمِ. وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فِي السَّلَامِ أَيْضًا.

وَيَحْرُمُ انْحِرَافُهُ عَنْ طَرِيقِهِ إِلَّا إِلَى الْقِبْلَةِ.

وَيُومِئُ بِرُكُوعِهِ، وَسُجُودِهِ أَخْفَضَ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمَاشِيَ يُتِمُّ رُكُوعَهُ وَسُجُودَهُ، وَيَسْتَقْبِلُ فِيهِمَا وَفِي إِحْرَامِهِ، وَلَا يَمْشِي إِلَّا فِي قِيَامِهِ وَتَشَهُّدِهِ.

وَلَوْ صَلَّى فَرْضًا عَلَى دَابَّةٍ وَاسْتَقْبَلَ وَأَتَمَّ رُكُوعَهُ وَسُجُودَهُ، وَهِيَ وَاقِفَةٌ جَازَ، أَوْ سَائِرَةٌ فَلَا.

وَمَنْ صَلَّى فِي الْكَعْبَةِ، وَاسْتَقْبَلَ جِدَارَهَا أَوْ بَابَهَا مَرْدُودًا أَوْ مَفْتُوحًا مَعَ ارْتِفَاعِ عَتَبَتِهِ ثُلُثَيْ ذِرَاعٍ أَوْ عَلَى سَطْحِهَا مُسْتَقْبِلًا مِنْ بِنَائِهَا مَا سَبَقَ جَازَ، وَمَنْ أَمْكَنَهُ عِلْمُ الْقِبْلَةِ حَرُمَ عَلَيْهِ التَّقْلِيدُ وَالِاجْتِهَادُ. وَإِلَّا أَخَذَ بِقَوْلِ ثِقَةٍ يُخْبِرُ عَنْ عِلْمٍ.

فَإِنْ فَقَدَ وَأَمْكَنَ الِاجْتِهَادُ حَرُمَ التَّقْلِيدُ.

فَإِنْ تَحَيَّرَ لَمْ يُقَلِّدْ فِي الْأَظْهَرِ وَصَلَّى كَيْفَ كَانَ وَيَقْضِي.

وَيَجِبُ تَجْدِيدُ الِاجْتِهَادِ لِكُلِّ صَلَاةٍ تَحْضُرُ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمَنْ عَجَزَ عَنْ الِاجْتِهَادِ وَتَعَلُّمِ الْأَدِلَّةِ كَأَعْمَى قَلَّدَ ثِقَةً عَارِفًا.

وَإِنْ قَدَرَ فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ التَّعَلُّمِ فَيَحْرُمُ التَّقْلِيدُ.

وَمَنْ صَلَّى بِالِاجْتِهَادِ فَتَيَقَّنَ الْخَطَأَ قَضَى فِي الْأَظْهَرِ، فَلَوْ تَيَقَّنَهُ فِيهَا وَجَبَ اسْتِئْنَافُهَا.

=

صَلَاتِهِ (بِلَا حَاجَةٍ بَطَلَتْ) لِوُجُوبِ الِاحْتِرَازِ عَنْ الْأَفْعَالِ الَّتِي لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا وَظَاهِرُ كَلَامِهِ كَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَوَازِ الرَّكْضِ وَالْعَدْوِ لِحَاجَةٍ بَيْنَ تَعَلُّقِهَا بِسَفَرِهِ كَخَوْفِ تَخَلُّفِهِ عَنْ الرُّفْقَةِ وَعَدَمِ تَعَلُّقِهَا بِهِ كَصَيْدٍ يُرِيدُ إِمْسَاكَهُ وَلَهُ وَجْهٌ لَكِنْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: فِيهِ نَظَرٌ. [أسنى المطالب ٢/ ٢٩٤].

وَإِنْ تَغَيَّرَ اجْتِهَادُهُ عُمِلَ بِالثَّانِي وَلَا قَضَاءَ حَتَّى لَوْ صَلَّى أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ لِأَرْبَعِ جِهَاتٍ بِالِاجْتِهَادِ، فَلَا قَضَاءَ.

باب صِفَةِ الصَّلاةِ

أَرْكَانُهَا ثَلَاثَةَ عَشَرَ: النِّيَّةُ، فَإِنْ صَلَّى فَرْضًا وَجَبَ قَصْدُ فِعْلِهِ وَتَعْيِينُهُ، وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ نِيَّةِ الْفَرْضِيَّةِ دُونَ الْإِضَافَةِ إِلَى الله تَعَالَى، وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْأَدَاءُ بِنِيَّةِ الْقَضَاءِ وَعَكْسُهُ.

وَالنَّفَلُ ذُو الْوَقْتِ أَو السَّبَبِ كَالْفَرْضِ فِيمَا سَبَقَ.

وَفِي نِيَّةِ النَّفْلِيَّةِ وَجْهَانِ. قُلْتُ: الصَّحِيحُ لَا تُشْتَرَطُ نِيَّةُ النَّفْلِيَّةِ، والله أَعْلَمُ. وَيَكْفِي فِي النَّفْلِ الْمُطْلَقِ نِيَّةُ فِعْلِ الصَّلَاةِ، وَالنِّيَّةُ بِالْقَلْبِ وَيُنْدَبُ النُّطْقُ قُبَيْلَ التَّكْبِيرِ(١).

---

(١) **الْأَصَحُّ (أَنَّهُ)** لَا تَجِبُ نِيَّةُ الْأَدَاءِ وَلَا الْقَضَاءِ بَلْ تُسَنُّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ فَائِتَةٌ مُمَاثِلَةٌ لِلْمُؤَدَّاةِ أَوْ الْمَقْضِيَّةِ خِلَافًا لِمَا اعْتَمَدَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** بَلْ تَنْصَرِفُ لِلْمُؤَدَّاةِ وَلِلسَّابِقَةِ مِن الْمَقْضِيَّاتِ وَيُفَرَّقُ بَيْنَ هَذَا وَمَا يَأْتِي فِي نَحْوِ سُنَّةِ الظُّهْرِ وَالْعِيدِ بِأَنَّهُ لَا مُمَيِّزَ ثَمَّ الْإِضَافَةُ لِلْمَتْبُوعِ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ أَوْ الْوَقْتَ كَعِيدِ النَّحْرِ وَهُنَا التَّمَيُّزُ حَاصِلٌ بِذِكْرِ فَرْضِ الظُّهْرِ مَثَلًا وَيَكُونُ الْوُقُوعُ لِلسَّابِقِ فَلَمْ يَحْتَجْ لِذِكْرِ أَدَاءٍ وَلَا قَضَاءٍ وَمِمَّا يُوَضِّحُ ذَلِكَ أَنَّ الْأَوَّلَ مِنْ وَضْعِ الْمُشْتَرَكِ وَالثَّانِي مِنْ وَضْعِ الْعِلْمِ وَشَتَّانَ مَا بَيْنَهُمَا فَتَأَمَّلْهُ وَأَنَّهُ **(يَصِحُّ الْأَدَاءُ بِنِيَّةِ الْقَضَاءِ وَعَكْسِهِ)** إنْ عُذِرَ بِنَحْوِ غَيْمٍ أَوْ قَصَدَ الْمَعْنَى اللُّغَوِيَّ إذْ كُلٌّ يُطْلَقُ عَلَى الْآخَرِ لُغَةً وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ لِتَلَاعُبِهِ وَأَخَذَ الْبَارِزِيُّ مِنْ هَذَا أَنَّ مَنْ مَكَثَ بِمَحَلٍّ عِشْرِينَ سَنَةً يُصَلِّي الصُّبْحَ لِظَنِّهِ دُخُولَ وَقْتِهِ ثُمَّ بَانَ خَطَؤُهُ لَمْ يَلْزَمْهُ إلَّا قَضَاءَ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ صَلَاةَ كُلِّ يَوْمٍ تَقَعُ عَمَّا قَبْلَهُ إذْ لَا تُشْتَرَطُ نِيَّةُ الْقَضَاءِ وَلَا يُعَارِضُهُ النَّصُّ عَلَى أَنَّ مَنْ صَلَّى الظُّهْرَ بِالِاجْتِهَادِ فَبَانَتْ قَبْلَ الْوَقْتِ لَمْ تَقَعْ عَلَى فَائِتَةٍ عَلَيْهِ لِأَنَّ مَحَلَّ هَذَا فِيمَنْ أَدَّى بِقَصْدِ أَنَّهَا الَّتِي دَخَلَ وَقْتُهَا وَالْأَوَّلُ فِيمَنْ أَدَّى بِقَصْدِ الَّتِي عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْصِدَ الَّتِي دَخَلَ وَقْتُهَا. [تحفة المحتاج ٥/ ٢٧٢].

الثَّانِي تَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى الْقَادِرِ: الله أَكْبَرُ(١).

وَلَا تَضُرُّ زِيَادَةٌ لَا تَمْنَعُ الِاسْمَ كَاللَّهِ أَكْبَرُ وَكَذَا الله الْجَلِيلُ أَكْبَرُ فِي الْأَصَحِّ، لَا أَكْبَرُ الله عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمَنْ عَجَزَ تَرْجَمَ، وَوَجَبَ التَّعَلُّمُ إِنْ قَدِرَ.

وَيُسَنُّ رَفْعُ يَدَيْهِ فِي تَكْبِيرِهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ، وَالْأَصَحُّ رَفْعُهُ مَعَ ابْتِدَائِهِ (٢).

---

(١) (وَيَتَعَيَّنُ عَلَى الْقَادِرِ) عَلَيْهَا لَفْظُ (الله أَكْبَرُ) لِلْإِتْبَاعِ مَعَ خَبَرِ الْبُخَارِيِّ «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» أَيْ: عَلِمْتُمُونِي إِذِ الْأَقْوَالُ لَا تُرَى فَلَا يَكْفِي الله كَبِيرٌ وَلَا الرَّحْمَنُ أَكْبَرُ وَيُسَنُّ جَزْمُ الرَّاءِ وَإِيجَابُهُ غَلَطٌ وَحَدِيثُ «التَّكْبِيرُ جَزْمٌ» لَا أَصْلَ لَهُ وَبِفَرْضِ صِحَّتِهِ الْمُرَادُ بِهِ عَدَمُ مَدِّهِ كَمَا حَمَلُوا عَلَيْهِ الْخَبَرَ الصَّحِيحَ «السَّلَامُ جَزْمٌ» عَلَى أَنَّ الْجَزْمَ الْمُقَابِلَ لِلرَّفْعِ اصْطِلَاحٌ حَادِثٌ، فَكَيْفَ تُحْمَلُ عَلَيْهِ الْأَلْفَاظُ الشَّرْعِيَّةُ وَعَدَمُ تَكْرِيرِهَا وَيَضُرُّ زِيَادَةُ وَاوٍ سَاكِنَةٍ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَمْعَ لَاهٍ أَوْ مُتَحَرِّكَةٍ بَيْنَ الْكَلِمَتَيْنِ كَمُتَحَرِّكَةٍ قَبْلَهُمَا وَإِنَّمَا صَحَّ وَالسَّلَامُ عَلَيْكُمْ عَلَى مَا فِي فَتَاوَى الْقَفَّالِ لِتَقَدُّمِ مَا يُمْكِنُ الْعَطْفُ عَلَيْهِ ثُمَّ لَا هُنَا وَكَذَا كُلُّ مَا غَيَّرَ الْمَعْنَى كَتَشْدِيدِ الْبَاءِ وَزِيَادَةِ أَلِفٍ بَعْدَهَا بَلْ إِنْ عَلِمَ مَعْنَاهُ كَفَرَ وَلَا تَضُرُّ وَقْفَةٌ يَسِيرَةٌ بَيْنَ كَلِمَتَيْهِ وَهِيَ سَكْتَةُ التَّنَفُّسِ.

وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّهُ لَا يَضُرُّ مَا زَادَ عَلَيْهَا لِنَحْوِ عَيٍّ وَيُسَنُّ أَنْ لَا يَصِلَ هَمْزَةَ الْجَلَالَةِ بِنَحْوِ مَأْمُومًا وَلَوْ كَبَّرَ مَرَّاتٍ نَاوِيًا الِافْتِتَاحَ بِكُلٍّ دَخَلَ فِيهَا بِالْوِتْرِ وَخَرَجَ بِالشَّفْعِ لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ بِالْأُولَى خَرَجَ بِالثَّانِيَةِ لِأَنَّ نِيَّةَ الِافْتِتَاحِ بِهَا مُتَضَمِّنَةٌ لِقَطْعِ الْأُولَى وَهَكَذَا فَإِنْ لَمْ يَنْوِ ذَلِكَ وَلَا تَخَلَّلَ مُبْطِلٌ كَإِعَادَةِ لَفْظِ النِّيَّةِ فَمَا بَعْدَ الْأُولَى ذِكْرٌ لَا يُؤَثِّرُ وَنَظِيرُ ذَلِكَ إِنْ حَلَفْت بِطَلَاقِك فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِذَا كَرَّرَهُ طَلُقَتْ بِالثَّانِيَةِ وَانْحَلَّتْ بِهَا الْيَمِينُ الْأُولَى وَبِالرَّابِعَةِ وَانْحَلَّتْ بِهَا الثَّالِثَةُ وَبِالسَّادِسَةِ وَانْحَلَّتْ بِهَا الْخَامِسَةُ وَهَكَذَا. [تحفة المحتاج ٥/ ٢٩٠].

(٢) قَالَ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ وَغَيْرِهِ: مَعْنَى حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ أَنْ تُحَاذِيَ أَطْرَافَ أَصَابِعِهِ أَعْلَى أُذُنَيْهِ وَإِبْهَامَاهُ شَحْمَتَيْ أُذُنَيْهِ وَرَاحَتَاهُ مَنْكِبَيْهِ.

وَيَجِبُ قَرْنُ النِّيَّةِ بِالتَّكْبِيرَةِ، وَقِيلَ يَكْفِي بِأَوَّلِهِ.

الثَّالِثُ: الْقِيَامُ فِي فَرْضِ الْقَادِرِ.

وَشَرْطُهُ نَصْبُ فَقَارِهِ، فَإِنْ وَقَفَ مُنْحَنِيًا أَوْ مَائِلًا بِحَيْثُ لَا يُسَمَّى قَائِمًا لَمْ يَصِحَّ(١).

= وَقَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: بَلْ مَعْنَاهُ كَوْنُ رُؤُوسُ أَصَابِعِهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ، وَالْمَنْكِبُ مَجْمَعُ عَظْمِ الْعَضُدِ وَالْكَفِّ فَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الرَّفْعُ إِلَّا بِزِيَادَةٍ عَلَى الْمَشْرُوعِ أَوْ نَقْصٍ مِنْهُ أَتَى بِالْمُمْكِنِ مِنْهُمَا، فَإِنْ أَمْكَنَهُ الْإِتْيَانُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا فَالزِّيَادَةُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِالْمَأْمُورِ وَزِيَادَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ رَفْعُ إِحْدَى يَدَيْهِ رَفَعَ الْأُخْرَى، وَأَقْطَعُ الْكَفَّيْنِ يَرْفَعُ سَاعِدَيْهِ، وَأَقْطَعُ الْمِرْفَقَيْنِ يَرْفَعُ عَضُدَيْهِ تَشْبِيهًا بِرَفْعِ الْيَدَيْنِ **(وَالْأَصَحُّ)** فِي زَمَنِ الرَّفْعِ **(رَفْعُهُ مَعَ ابْتِدَائِهِ)** أَيِ التَّكْبِيرِ لِلِاتِّبَاعِ كَمَا فِي الصَّحِيحَيْنِ، سَوَاءٌ انْتَهَى التَّكْبِيرُ مَعَ الْحَطِّ أَمْ لَا كَمَا ذَكَرَهُ **الرَّافِعِيُّ** وَرَجَّحَهُ **الْمُصَنِّفُ** فِي الرَّوْضَةِ وَشَرْحِ مُسْلِمٍ وَصَحَّحَ فِي التَّحْقِيقِ وَالْمَجْمُوعِ، وَشَرْحِ الْوَسِيطِ أَنَّهُ يُسَنُّ انْتِهَاؤُهُمَا مَعًا، وَنَقَلَهُ فِي الْأَخِيرَيْنِ عَنْ نَصِّ الْأُمِّ. [مغني المحتاج ٢/ ٢٦٥].

(١) **(وَشَرْطُهُ)** أَيِ الْقِيَامِ **(نَصْبُ فَقَارِهِ)** أَيْ: الْمُصَلِّي، وَهُوَ بِفَتْحِ الْفَاءِ عِظَامٌ مِنَ الظَّهْرِ أَوْ مَفَاصِلِهِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْقِيَامِ دَائِرٌ مَعَهُ، لَا نَصْبَ رَقَبَتِهِ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ إِطْرَاقُ الرَّأْسِ **(فَإِنْ وَقَفَ مُنْحَنِيًا)** إِلَى قُدَّامِهِ أَوْ خَلْفِهِ **(أَوْ مَائِلًا)** إِلَى يَمِينِهِ أَوْ يَسَارِهِ **(بِحَيْثُ لَا يُسَمَّى قَائِمًا لَمْ يَصِحَّ)** قِيَامُهُ لِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ بِلَا عُذْرٍ. وَالِانْحِنَاءُ السَّالِبُ لِلِاسْمِ: أَنْ يَصِيرَ إِلَى الرُّكُوعِ أَقْرَبَ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ، وَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى الْقِيَامِ أَوِ اسْتَوَى الْأَمْرَانِ صَحَّ، وَهُوَ كَذَلِكَ وَإِنْ نَظَرَ فِيهِ **الْأَذْرَعِيُّ**، وَلَوِ اسْتَنَدَ إِلَى شَيْءٍ كَجِدَارٍ أَجْزَأَهُ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وَلَوْ تَحَامَلَ عَلَيْهِ وَكَانَ بِحَيْثُ لَوْ رَفَعَ مَا اسْتَنَدَ إِلَيْهِ لَسَقَطَ لِوُجُودِ اسْمِ الْقِيَامِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَرْفَعُ قَدَمَيْهِ إِنْ شَاءَ وَهُوَ مُسْتَنِدٌ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى قَائِمًا بَلْ مُعَلِّقًا نَفْسَهُ. [مغني المحتاج ٢/ ٢٧٦]. =

فَإِنْ لَمْ يُطِقِ انْتِصَابًا، وَصَارَ كَرَاكِعٍ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقِفُ كَذَلِكَ، وَيَزِيدُ انْحِنَاءَهُ لِرُكُوعِهِ إِنْ قَدَرَ وَلَوْ أَمْكَنَهُ الْقِيَامُ دُونَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ قَامَ وَفَعَلَهُمَا بِقَدْرِ إِمْكَانِهِ.

وَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْقِيَامِ قَعَدَ كَيْفَ شَاءَ.

وَافْتِرَاشُهُ أَفْضَلُ مِنْ تَرَبُّعِهِ فِي الْأَظْهَرِ. وَيُكْرَهُ الْإِقْعَاءُ بِأَنْ يَجْلِسَ عَلَى وَرِكَيْهِ نَاصِبًا رُكْبَتَيْهِ ثُمَّ يَنْحَنِي لِرُكُوعِهِ بِحَيْثُ تُحَاذِي جَبْهَتُهُ مَا قُدَّامَ رُكْبَتَيْهِ، وَالْأَكْمَلُ أَنْ تُحَاذِيَ مَوْضِعَ سُجُودِهِ.

فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْقُعُودِ صَلَّى لِجَنْبِهِ الْأَيْمَنِ، فَإِنْ عَجَزَ فَمُسْتَلْقِيًا.

وَكَذَا مُضْطَجِعًا فِي الْأَصَحِّ.

الرَّابِعُ: الْقِرَاءَةُ، وَيُسَنُّ بَعْدَ التَّحَرُّمِ دُعَاءُ الِافْتِتَاحِ، ثُمَّ التَّعَوُّذُ، وَيُسِرُّهُمَا، وَيَتَعَوَّذُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَالْأُولَى آكَدُ.

وَتَتَعَيَّنُ الْفَاتِحَةُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ إِلَّا رَكْعَةَ مَسْبُوقٍ.

وَالْبَسْمَلَةُ مِنْهَا وَتَشْدِيدَاتِهَا.

فَائِدَةٌ: مَا أُثْبِتَ فِي الْمُصْحَفِ الْآنَ مِنْ أَسْمَاءِ السُّوَرِ وَالْأَعْشَارِ شَيْءٌ ابْتَدَعَهُ الْحَجَّاجُ فِي زَمَنِهِ. وَلَوْ أَبْدَلَ ضَادًا بِظَاءٍ لَمْ تَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ تَرْتِيبُهَا وَمُوَالَاتُهَا، فَإِنْ تَخَلَّلَ ذِكْرٌ قَطَعَ الْمُوَالَاةَ، فَإِنْ تَعَلَّقَ بِالصَّلَاةِ كَتَأْمِينِهِ لِقِرَاءَةِ إِمَامِهِ وَفَتْحِهِ عَلَيْهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وقال ابن حجر في «التحفة» (٥/ ٣٢٨) قوله: (لَمْ يَصِحَّ) لِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ بِلَا عُذْرٍ وَيُقَاسُ بِذَلِكَ مَا لَوْ زَالَ اسْمُ الْقُعُودِ الْوَاجِبِ بِأَنْ يَصِيرَ إِلَى أَقَلِّ رُكُوعِ الْقَاعِدِ أَقْرَبَ فِيمَا يَظْهَرُ، وَلَوْ عَجَزَ عَنْ النُّهُوضِ إلَّا بِمُعِينٍ لَزِمَهُ وَلَوْ بِأُجْرَةِ مِثْلٍ طَلَبِهَا فَاضِلَةً عَمَّا يُعْتَبَرُ فِي الْفِطْرَةِ فِيمَا يَظْهَرُ وَقَوْلُ ابْنِ الرِّفْعَةِ لَوْ قَدَرَ أَنْ يَقُومَ بِعُكَّازٍ أَوْ اعْتِمَادٍ عَلَى شَيْءٍ لَمْ يَلْزَمْهُ ضَعِيفٌ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ الْأَذْرَعِيُّ أَوْ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَالَهُ الْغَزِّيُّ عَلَى مُلَازَمَةِ ذَلِكَ لِيَسْتَمِرَّ لَهُ الْقِيَامُ فَلَا يُنَافِي الْأَوْلَى لِأَنَّ مَحَلَّهَا فِيمَا إذَا عَجَزَ عَن النُّهُوضِ إلَّا بِالْمُعِينِ لَكِنَّهُ إذَا قَامَ اسْتَقَلَّ انتهى وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فَحَيْثُ أَطَاقَ أَصْلَ الْقِيَامِ أَوْ دَوَامَهُ بِالْمُعِينِ لَزِمَهُ.

وَيَقْطَعُ السُّكُوتَ الطَّوِيلَ، وَكَذَا يَسِيرٌ قَصَدَ بِهِ قَطْعَ الْقِرَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ.
فَإِنْ جَهِلَ الْفَاتِحَةَ فَسَبْعُ آيَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ فَمُتَفَرِّقَةٍ .
قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ جَوَازُ الْمُتَفَرِّقَةِ مَعَ حِفْظِهِ مُتَوَالِيَةً(١) والله أَعْلَمُ.

---

(١) فإن عجز «عن المتوالية» فمتفرقة «لأنه المقدور». قلت: الأصح المنصوص جواز المتفرقة «من سورة أو سور» مع حفظه متوالية والله أعلم كما في قضاء رمضان قال في الروضة: وقطع به جماعة منهم القاضي أبو الطيب والبندنيجي وصاحب البيان واعترضه في المهمات بأن من نقل عنه جواز كونها من سورة أو سور لم يصرح بالجواز مع حفظ المتوالية بل أطلق فيمكن حمل إطلاقه على ما قيده غيره، انتهى.

وظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين أن تفيد المتفرقة معنى منظومًا أم لا فثم نظر.

قال في المجموع والتنقيح: وهو المختار كما أطلقه الجمهور لإطلاق الأخبار، انتهى.

واختار الإمام الأول وأقره في الروضة وأصلها. قال بعضهم: والثاني هو القياس لأنه كما يحرم قراءتها على الجنب فكذلك يعتد بقراءتها هاهنا ويلزم الإمام أنه لو كان يحفظ أوائل السور خاصة كـ «الم» و«الر» و«طسم» أنه لا يجب عليه قراءتها عند من يجعلها أوائل للسور وهو بعيد لأنا متعبدون بقراءتها وهي قرآن متواتر.

وقال الأذرعي: المختار ما ذكره الإمام وإطلاقهم محمول على الغالب ثم ما اختاره الشيخ أي المصنف إنما ينقدح إذا لم يحسن غير ذلك، أما مع حفظه متوالية أو متفرقة منتظمة المعنى فلا وجه له وإن شمله إطلاقهم، انتهى.

هذا يشبه أن يكون جمعًا بين الكلامين وهو جمع حسن. [مغني المحتاج ١/ ١٥٥].

وفي «شرح البهجة الوردية» (٣/ ٢٩٢): (ثُمَّ) إنْ عَجَزَ عَنْ سَبْعِ آيَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ قَرَأَ سَبْعَ آيَاتٍ.

=

فَإِنْ عَجَزَ أَتَى بِذِكْرٍ.

وَلَا يَجُوزُ نَقْصُ حُرُوفِ الْبَدَلِ عَنْ الْفَاتِحَةِ فِي الْأَصَحِّ.

فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ شَيْئًا وَقَفَ قَدْرَ الْفَاتِحَةِ.

وَيُسَنُّ عَقِبَ الْفَاتِحَةِ آمِينَ خَفِيفَةُ الْمِيمِ بِالْمَدِّ، وَيَجُوزُ الْقَصْرُ.

وَيُؤَمِّنُ مَعَ تَأْمِينِ إِمَامِهِ.

وَيَجْهَرُ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَتُسَنُّ سُورَةٌ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ إِلَّا فِي الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةِ فِي الْأَظْهَرِ.

قُلْتُ: فَإِنْ سَبَقَ بِهِمَا قَرَأَهَا فِيهِمَا عَلَى النَّصِّ، والله أَعْلَمُ(١).

(مَعَ التَّفْرِيقِ)؛ لِأَنَّهُ الْمَقْدُورُ كَذَا صَحَّحَهُ الرَّافِعِيُّ وَقَالَ النَّوَوِيُّ الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ جَوَازُ الْمُتَفَرِّقَةِ مَعَ حِفْظِهِ مُتَوَالِيَةً وَاعْتَرَضَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ بِأَنَّ الَّذِي فِي كَلَامِ مَنْ نَقَلَ عَنْهُ ذَلِكَ جَوَازُ كَوْنِهَا مِنْ سُورَةٍ أَوْ سُوَرٍ فَيُحْمَلُ عَلَى حَالَةِ الْعَجْزِ عَنِ الْمُتَوَالِيَةِ كَمَا فَصَّلَهُ غَيْرُهُمْ قَالَ وَقَدْ صَرَّحَ بِالْمَنْعِ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَالْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ وَالْقَاضِي مُجَلِّي وَالرَّافِعِيُّ لَا سِيَّمَا أَنَّ الْمَعَانِيَ الْحَاصِلَةَ مِن اتِّصَالِ الْآيَاتِ تَفُوتُ فَقَدْ لَا يُفْهَمُ أَنَّ الْمُتَفَرِّقَةَ قُرْآنٌ وَاشْتَرَطَ الْإِمَامِ فِي الْمُتَفَرِّقَةِ كَوْنَهَا مُفْهِمَةً لَا كَثَمَّ نَظَرٌ.

قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ وَغَيْرِهِ: وَالْمُخْتَارُ مَا أَطْلَقَهُ الْجُمْهُورُ فَإِنْ أَحْسَنَ دُونَ السَّبْعِ أَتَى بِهِ مَعَ التَّكْمِيلِ بِذِكْرٍ إِنْ أَحْسَنَهُ وَإِلَّا كَرَّرَ مَا يُحْسِنُهُ لِيَبْلُغَ سَبْعًا.

قَالَ فِي الْكِفَايَةِ: إِلَّا إِذَا قَدَرَ عَلَى بَعْضِ آيَةٍ كَالْحَمْدِ لِلَّهِ فَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِعْجَازَ فِيهِ وَقَضِيَّةُ تَعْلِيلِهِ أَنَّ الْآيَةَ وَالْآيَتَيْنِ بَلْ الثَّلَاثَ الْمُتَفَرِّقَةَ كَذَلِكَ إِذْ أَقَلُّ مَا يَقَعُ بِهِ الْإِعْجَازُ ثَلَاثُ آيَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ وَالْمَنْقُولُ خِلَافُهُ.

وَقَدْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِيمَا زَعَمَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ نَظَرٌ ظَاهِرٌ لِاقْتِضَائِهِ أَنَّ مَنْ أَحْسَنَ مُعْظَمَ آيَةِ الدَّيْنِ أَوْ آيَةِ (كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً) أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ قِرَاءَتُهُ وَهُوَ بَعِيدٌ بَلْ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ كَثِيرٍ مِنَ الْآيَاتِ الْقِصَارِ.

(١) السُّورَةُ اسْمٌ لِطَائِفَةٍ مِنَ الْقُرْآنِ أَقَلُّهَا ثَلَاثُ آيَاتٍ، وَالْمُعْتَمَدُ أَنَّ السُّورَةَ-

وَلَا سُورَةَ لِلْمَأْمُومِ، بَلْ يَسْتَمِعُ، فَإِنْ بَعُدَ أَوْ كَانَتْ سِرِّيَّةً قَرَأَ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُسَنُّ لِلصُّبْحِ وَالظُّهْرِ طِوَالُ الْمُفَصَّلِ، وَلِلْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ أَوْسَاطُهُ، وَلِلْمَغْرِبِ قِصَارُهُ(١).

الْكَامِلَةَ أَفْضَلُ مِنْ قَدْرِهَا مِنْ غَيْرِهَا، وَأَنَّ الْأَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهَا أَفْضَلُ مِنْ سُورَةٍ أَقْصَرَ وَلَوْ (قُلْ هُوَ الله أَحَدٌ) لِأَنَّ نَظَرَهُمْ هُنَا لِكَثْرَةِ الْأَلْفَاظِ لَا لِكَثْرَةِ الثَّوَابِ خِلَافًا لِشَيْخِ الْإِسْلَام حَيْثُ فَضَّلَ السُّورَةَ مُطْلَقًا قَوْلُهُ: (بَعْدَ الْفَاتِحَةِ) خَرَجَ بِقَوْلِهِ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ مَا لَوْ قَرَأَهَا قَبْلَهَا أَوْ كَرَّرَ الْفَاتِحَةَ فَإِنَّهَا لَا تُجْزِئُهُ لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا وَرَدَ فِي السُّنَّةِ، وَلِأَنَّ الشَّيْءَ الْوَاحِدَ لَا يُؤَدَّى فَرْضًا وَنَفْلًا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ الْفَاتِحَةَ رُكْنٌ مِنَ الْأَرْكَانِ وَالرُّكْنُ لَا يُشْرَعُ تَكْرَارُهُ عَلَى الِاتِّصَالِ. نَعَمْ؛ لِمَنْ لَمْ يُحْسِنْ غَيْرَ الْفَاتِحَةِ وَأَعَادَهَا يُتَّجَهُ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** الْإِجْزَاءُ، وَيُحْمَلُ كَلَامُهُمْ عَلَى الْغَالِبِ وَيُسَنُّ كَوْنَ السُّورَتَيْنِ مُتَوَالِيَتَيْنِ إِلَّا مَا وَرَدَ فِيهِ خِلَافُهُ كَقِرَاءَةِ سُورَتَي الْإِخْلَاصِ فِي رَكْعَتَي الْفَجْرِ وَالسَّجْدَةِ وَهَلْ أَتَى فِي صُبْحِ الْجُمُعَةِ وَعَلَى تَرْتِيبِ الْمُصْحَفِ وَعَكْسُهُ مَفْضُولٌ كَمَا لَوْ قَرَأَ فِي الْأُولَى سُورَةَ النَّاسِ وَقَرَأَ فِي الثَّانِيَةِ أَوَّلَ الْبَقَرَةِ. [حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/ ٣٧٢].

(١) فائدة: قال الرملي: وَسُنَّ لَهُ أَنْ يَقْرَأَ عَلَى تَرْتِيبِ الْمُصْحَفِ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ تَوْقِيفِيًّا وَهُوَ مَا عَلَيْهِ جَمَاعَةٌ فَوَاضِحٌ. أو اجْتِهَادِيًّا وَهُوَ مَا عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ فَقَدْ وَقَعَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ عَلَيْهِ، وَقِرَاءَتُهُ ﷺ خِلَافُ ذَلِكَ لِبَيَانِ الْجَوَازِ، أَمَّا تَرْتِيبُ كُلِّ سُورَةٍ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ الْآنَ فِي الْمُصْحَفِ فَتَوْقِيفِيٌّ مِن الله تَعَالَى بِلَا خِلَافٍ، وَخَصَّهُ **الْأَذْرَعِيُّ** بِمَا إذَا لَمْ تَكُن التَّالِيَةُ لَهَا أَطْوَلَ كَالْأَنْفَالِ وَبَرَاءَةَ لِئَلَّا تَطُولَ الثَّانِيَةُ عَلَى الْأُولَى، وَهُوَ خِلَافُ السُّنَّةِ. وَقَدْ يُقَالُ: لَا يَرِدُ ذَلِكَ عَلَى كَلَامِهِمْ لِأَنَّ طُولَ الثَّانِيَةِ لَا يُنَافِي تَرْتِيبَ الْمُصْحَفِ وَيَقْتَصِرُ عَلَى بَعْضِهَا حِينَئِذٍ، فَقَدْ جَمَعَ بَيْنَ تَرْتِيبِهِ وَطُولِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ. [نهاية المحتاج ٤/١٩٦].

وَلِصُبْحِ الْجُمُعَةِ فِي الْأُولَى الم تَنْزِيلُ، وَفِي الثَّانِيَةِ هَلْ أَتَى(١).

---

(١) يُسَنُّ **(لِصُبْحِ الْجُمُعَةِ)** إِذَا اتَّسَعَ الْوَقْتُ **(الم تَنْزِيلُ)** السَّجْدَةَ **(وَفِي الثَّانِيَةِ هَلْ أَتَى)** بِكَمَالِهَا لِثُبُوتِهِ مَعَ دَوَامِهِ مِنْ فِعْلِهِ ﷺ وَبِهِ يَتَّضِحُ انْدِفَاعُ مَا قِيلَ الْأَوْلَى تَرْكُهُمَا فِي بَعْضِ الْجُمَعِ حَذَرًا مِن اعْتِقَادِ الْعَامَّةِ وُجُوبَهُمَا وَحَدِيثُ أَنَّهُ قَرَأَ فِي جُمُعَةٍ بِسَجْدَةٍ غَيْرِ الم تَنْزِيلُ مُنْظَرٌ فِي سَنَدِهِ وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ الْحَذَرِ تَرْكُ أَكْثَرِ السُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ وَلَا قَائِلَ بِهِ فَإِنْ تَرَكَ الم فِي الْأُولَى أَتَى بِهِمَا فِي الثَّانِيَةِ أَوْ قَرَأَ هَلْ أَتَى فِي الْأُولَى قَرَأَ الم فِي الثَّانِيَةِ لِئَلَّا تَخْلُوَ صَلَاتُهُ عَنْهُمَا، وَكَذَا فِي كُلِّ صَلَاةٍ سُنَّ فِي أُولَيَيْهَا سُورَتَانِ مُعَيَّنَتَانِ وَظَاهِرٌ أَنَّهُ يُسَنُّ لِمَنْ شَرَعَ فِي غَيْرِ السُّورَةِ الْمُعَيَّنَةِ وَلَوْ سَهْوًا قَطْعُهَا وَقِرَاءَةُ الْمُعَيَّنَةِ أَمَّا إِذَا ضَاقَ الْوَقْتُ عَنْهُمَا فَيَأْتِي بِسُورَتَيْنِ قَصِيرَتَيْنِ عَلَى الْأَوْجَهِ وَقَوْلُ الْفَارِقِيِّ وَمَنْ تَبِعَهُ بِبَعْضِهِمَا مِنْ تَفَرُّدٍ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْأَذْرَعِيُّ أَمَّا الْمُسَافِرُ فَيُسَنُّ لَهُ فِي صُبْحِهِ فِي الْجُمُعَةِ وَغَيْرِهَا الْكَافِرُونَ ثُمَّ الْإِخْلَاصُ لِحَدِيثٍ فِيهِ وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا وَوَرَدَ أَيْضًا: «أَنَّهُ ﷺ صَلَّى فِي صُبْحِ السَّفَرِ بِالْمُعَوِّذَتَيْنِ» وَعَلَيْهِ فَيَصِيرُ الْمُسَافِرُ مُخَيَّرًا بَيْنَ مَا فِي الْحَدِيثَيْنِ بَلْ قَضِيَّةُ كَوْنِ الْحَدِيثِ الثَّانِي أَقْوَى سَنَدًا وَإِيثَارُهُمْ التَّخْفِيفَ لِلْمُسَافِرِ فِي سَائِرِ قِرَاءَتِهِ أَنَّ الْمُعَوِّذَتَيْنِ أَوْلَى، وَيُسَنُّ الْجَهْرَ بِالْقِرَاءَةِ لِغَيْرِ الْمَأْمُومِ فِي الصَّلَوَاتِ الْجَهْرِيَّةِ الْمَعْلُومِ أَكْثَرُهَا مِنْ كَلَامِهِ كَرَكْعَتَيْ الطَّوَافِ لَيْلًا وَوَقْتِ صُبْحٍ وَكَالْعِيدِ وَلَوْ قَضَاءً وَقَوْلُهُم الْعِبْرَةُ فِي الْجَهْرِ وَضِدِّهِ فِي الْمَقْضِيَّةِ بِوَقْتِ الْقَضَاءِ مَحَلُّهُ فِي غَيْرِهَا لِأَنَّ الْجَهْرَ لَمَّا سُنَّ فِيهَا فِي مَحَلِّ الْإِسْرَارِ اُسْتُصْحِبَ، نَعَمْ؛ الْمَرْأَةُ لَا تَجْهَرُ إِلَّا إِنْ لَمْ يَسْمَعْهَا أَجْنَبِيٌّ وَمِثْلُهَا الْخُنْثَى وَلْيَكُنْ جَهْرُهُمَا دُونَ جَهْرِ الرَّجُلِ وَلَا يَجْهَرُ مُصَلٍّ وَلَا غَيْرُهُ إِنْ شَوَّشَ عَلَى نَحْوِ نَائِمٍ أَوْ مُصَلٍّ فَيُكْرَهُ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ وَفَتَاوَى الْمُصَنِّفِ وَبِهِ رَدَّ عَلَى ابْنِ الْعِمَادِ نَقْلَهُ عَنْهُمَا الْحُرْمَةَ إِنْ كَانَ مُسْتَمِعُو الْقِرَاءَةِ أَكْثَرَ مِنْ الْمُصَلِّينَ نَظَرًا لِزِيَادَةِ الْمَصْلَحَةِ ثُمَّ نَظَرَ فِيهِ وَبَحَثَ الْمَنْعَ مِنْ الْجَهْرِ بِحَضْرَةِ الْمُصَلِّي مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ وَقْفٌ عَلَى-

الْخَامِسُ: الرُّكُوعُ وَأَقَلُّهُ أَنْ يَنْحَنِيَ قَدْرَ بُلُوغِ رَاحَتَيْهِ رُكْبَتَيْهِ بِطُمَأْنِينَةٍ بِحَيْثُ يَنْفَصِلُ رَفْعُهُ عَنْ هُوِيِّهِ وَلَا يَقْصِدُ بِهِ غَيْرَهُ، فَلَوْ هَوَى لِتِلَاوَةٍ فَجَعَلَهُ رُكُوعًا لَمْ يَكْفِ.

وَأَكْمَلُهُ تَسْوِيَةُ ظَهْرِهِ وَعُنُقِهِ وَنَصْبُ سَاقَيْهِ وَأَخْذُ رُكْبَتَيْهِ بِيَدَيْهِ وَتَفْرِقَةُ أَصَابِعِهِ لِلْقِبْلَةِ.

وَيُكَبِّرُ فِي ابْتِدَاءِ هُوِيِّهِ وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ كَإِحْرَامِهِ وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ ثَلَاثًا.

وَلَا يَزِيدُ الْإِمَامُ وَيَزِيدُ الْمُنْفَرِدُ: اللَّهُمَّ لَكَ رَكَعْتُ وَبِكَ آمَنْتُ وَلَكَ أَسْلَمْتُ خَشَعَ لَكَ سَمْعِي وَبَصَرِي وَمُخِّي وَعَظْمِي وَعَصَبِي وَمَا اسْتَقَلَّتْ بِهِ قَدَمِي.

السَّادِسُ: الِاعْتِدَالُ قَائِمًا مُطْمَئِنًّا، وَلَا يَقْصِدُ غَيْرَهُ فَلَوْ رَفَعَ فَزِعًا مِنْ شَيْءٍ لَمْ يَكْفِ. وَيُسَنُّ رَفْعُ يَدَيْهِ مَعَ ابْتِدَاءِ رَفْعِ رَأْسِهِ قَائِلًا: سَمِعَ الله لِمَنْ حَمِدَهُ، فَإِذَا انْتَصَبَ قَالَ: رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ مِلْءَ السَّمَوَاتِ وَمِلْءَ الْأَرْضِ وَمِلْءَ مَا شِئْتَ مِنْ شَيْءٍ بَعْدُ، وَيَزِيدُ الْمُنْفَرِدُ: أَهْلَ الثَّنَاءِ وَالْمَجْدِ أَحَقُّ مَا قَالَ الْعَبْدُ وَكُلُّنَا لَكَ عَبْدٌ لَا مَانِعَ لِمَا

الْمُصَلِّينَ أَيْ أَصَالَةً دُونَ الْوُعَّاظِ وَالْقُرَّاءِ وَنَوَافِلُ اللَّيْلِ الْمُطْلَقَةُ يَتَوَسَّطُ فِيهَا بَيْنَ الْجَهْرِ وَالْإِسْرَارِ بِأَنْ يَقْرَأَ هَكَذَا مَرَّةً وَهَكَذَا أُخْرَى أَوْ يَدَّعِيَ أَنَّ بَيْنَهُمَا وَاسِطَةً بِأَنْ يَرْفَعَ عَنْ إِسْمَاعِ نَفْسِهِ إِلَى حَدٍّ لَا يَسْمَعُهُ غَيْرُهُ. [تحفة المحتاج ٥/ ٤٨٠].

وقال الخطيب الشربيني: (**وَلِصُبْحِ الْجُمُعَةِ فِي الْأُولَى الم تَنْزِيلُ، وَفِي الثَّانِيَةِ هَلْ أَتَى**) بِكَمَالِهِمَا لِلِاتِّبَاعِ، رَوَاهُ الشَّيْخَانِ. فَإِنْ تَرَكَ الم فِي الْأُولَى سُنَّ أَنْ يَأْتِيَ بِهَا فِي الثَّانِيَةِ، فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى بَعْضِهِمَا أَوْ قَرَأَ غَيْرَهُمَا خَالَفَ السُّنَّةَ قَالَ الْفَارِقِيُّ: وَلَوْ ضَاقَ الْوَقْتُ عَنْهُمَا أَتَى بِالْمُمْكِنِ وَلَوْ آيَةَ السَّجْدَةِ وَبَعْضَ (**هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ**) [الْإِنسَانُ].

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَلَمْ أَرَهُ لِغَيْرِهِ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ لَا تُسْتَحَبُّ الْمُدَاوَمَةُ عَلَيْهِمَا لِيُعْرَفَ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَقِيلَ لِلشَّيْخِ عِمَادِ الدِّينِ بْنِ يُونُسَ: إِنَّ الْعَامَّةَ صَارُوا يَرَوْنَ قِرَاءَةَ السَّجْدَةِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَاجِبَةً وَيُنْكِرُونَ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا، فَقَالَ: تُقْرَأُ فِي وَقْتٍ وَتُتْرَكُ فِي وَقْتٍ فَيَعْلَمُونَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ. [مغني المحتاج ٢/ ٣٣٧].

أَعْطَيْتَ وَلَا مُعْطِيَ لِمَا مَنَعْتَ وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجَدِّ مِنْكَ الْجَدُّ.

وَيُسَنُّ الْقُنُوتُ(١) فِي اعْتِدَالِ ثَانِيَةِ الصُّبْحِ، وَهُوَ: اللَّهُمَّ اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ إِلَى آخِرِهِ وَالْإِمَامُ بِلَفْظِ الْجَمْعِ.

وَالصَّحِيحُ سَنُّ الصَّلَاةِ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ فِي آخِرِهِ.

وَرَفْعُ يَدَيْهِ وَلَا يَمْسَحُ وَجْهَهُ.

---

(١) القنوت في اللغة: يأتي بمعنى: التذلل، والخضوع، والطاعة، والدعاء، والقيام، والخشوع، والمشهور: هو الدعاء، ومنه قنوت الوتر؛ أي: دعاء الوتر. وقد تكرر ذكره في النصوص القرآنية والنبوية، فيصرف في كل واحد من هذه المعاني إلى ما يحتمله سياق الآية والحديث الوارد فيه. انظر: «الصحاح» (١/ ٢٦١)، و«أنيس الفقهاء» ص (٩٤).

ويندب القنوت في الصلاة، لكن الفقهاء اختلفوا في تحديد الصلاة التي يُقْنَت فيها: فعند الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم: يُقْنَت في صلاة الوتر، في جميع السنة، قبل الركوع من الركعة الثالثة عن الحنفية، وبعد الركوع في الركعة الواحدة عند الحنابلة، بناءً على أن الوتر عند الحنابلة: هو ركعة واحدة، وما يصلَّى قبله ليس من الوتر؛ أي: أن المصلي يصلي ركعتين، ثم يسلم، ثم يوتر بركعة.

وعند المالكية والشافعية: يُقْنَت في صلاة الصبح، بعد رفع الرأس من ركوع الركعة الثانية، والأفضل عند المالكية: قبل الركوع.

ويكره عند المالكية - على الظاهر - القنوت في غير صلاة الصبح.

ويستحب عند الحنفية والشافعية والحنابلة: القنوت في الصلوات المفروضة إذا نزلت بالمسلمين نازلة، وحصرها الحنابلة في صلاة الصبح، والحنفية في صلاة جهرية. ولكلٍ دليله ووجهته فيما ذهب إليه. وقد أوضحتها كتب المذاهب فليرجع إليها. انظر «بدائع الصنائع» للكاساني (١/ ٢٧٣)، و«الكافي» لابن عبد البر (١/ ٢٥٦)، و«المجموع» للنووي (٣/ ٤٧٥)، و«المغني» لابن قدامة (٢/ ٥٧٨-٥٨٠).

وَأَنَّ الْإِمَامَ يَجْهَرُ بِهِ وَأَنَّهُ يُؤَمِّنُ الْمَأْمُومُ لِلدُّعَاءِ وَيَقُولُ الثَّنَاءَ.

فَإِنْ لَمْ يَسْمَعْهُ قَنَتَ.

وَيُشْرَعُ الْقُنُوتُ فِي سَائِرِ الْمَكْتُوبَاتِ لِلنَّازِلَةِ، لَا مُطْلَقًا عَلَى الْمَشْهُورِ.

السَّابِعُ: السُّجُودُ، وَأَقَلُّهُ مُبَاشَرَةُ بَعْضِ جَبْهَتِهِ مُصَلَّاهُ.

فَإِنْ سَجَدَ عَلَى مُتَّصِلٍ بِهِ جَازَ إِنْ لَمْ يَتَحَرَّكْ بِحَرَكَتِهِ.

وَلَا يَجِبُ وَضْعُ يَدَيْهِ وَرُكْبَتَيْهِ وَقَدَمَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ .

قُلْتُ: الْأَظْهَرُ وُجُوبُهُ والله أَعْلَمُ.

وَيَجِبُ أَنْ يَطْمَئِنَّ وَيَنَالَ مَسْجِدَهُ ثِقَلَ رَأْسِهِ وَأَنْ لَا يَهْوِيَ لِغَيْرِهِ فَلَوْ سَقَطَ لِوَجْهِهِ وَجَبَ الْعَوْدُ إِلَى الِاعْتِدَالِ، وَأَنْ تَرْتَفِعَ أَسَافِلُهُ عَلَى أَعَالِيهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَأَكْمَلُهُ يُكَبِّرُ لِهُوِيِّهِ بِلَا رَفْعٍ وَيَضَعُ رُكْبَتَيْهِ ثُمَّ يَدَيْهِ ثُمَّ جَبْهَتَهُ وَأَنْفَهُ وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى ثَلَاثًا، وَيَزِيدُ الْمُنْفَرِدُ اللَّهُمَّ لَكَ سَجَدْتُ، وَبِكَ آمَنْتُ، وَلَكَ أَسْلَمْتُ، سَجَدَ وَجْهِي لِلَّذِي خَلَقَهُ وَصَوَّرَهُ، وَشَقَّ سَمْعَهُ وَبَصَرَهُ تَبَارَكَ الله أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ، وَيَضَعُ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ، وَيَنْشُرُ أَصَابِعَهُ مَضْمُومَةً لِلْقِبْلَةِ، وَيُفَرِّقُ رُكْبَتَيْهِ، وَيَرْفَعُ بَطْنَهُ عَنْ فَخِذَيْهِ وَمِرْفَقَيْهِ عَنْ جَنْبَيْهِ فِي رُكُوعِهِ وَسُجُودِهِ، وَتَضُمُّ الْمَرْأَةُ وَالْخُنْثَى(١).

الثَّامِنُ: الْجُلُوسُ بَيْنَ سَجْدَتَيْهِ مُطْمَئِنًّا، وَيَجِبُ أَنْ لَا يَقْصِدَ بِرَفْعِهِ غَيْرَهُ وَأَنْ لَا يُطَوِّلَهُ وَلَا الِاعْتِدَالَ، وَأَكْمَلُهُ يُكَبِّرُ وَيَجْلِسُ مُفْتَرِشًا وَاضِعًا يَدَيْهِ قَرِيبًا مِنْ رُكْبَتَيْهِ وَيَنْشُرُ أَصَابِعَهُ قَائِلًا: رَبِّ اغْفِرْ لِي وَارْحَمْنِي وَاجْبُرْنِي وَارْفَعْنِي وَارْزُقْنِي وَاهْدِنِي وَعَافِنِي، ثُمَّ يَسْجُدُ الثَّانِيَةَ كَالْأُولَى.

---

(١) **(وَتَضُمُّ الْمَرْأَةُ وَالْخُنْثَى)** وَلَوْ غَيْرَ بَالِغَيْنِ. فَيَضُمُّ كُلٌّ مِنْهُمَا إِلَى بَعْضٍ وَلَوْ فِي خَلْوَةٍ فِيمَا يَظْهَرُ لِمَا فِي تَفْرِيقِهِمَا بَعْضَهُ مِنَ التَّشَبُّهِ بِالرِّجَالِ، وَيَظْهَرُ أَنَّ الْأَفْضَلَ لِلْعُرَاةِ الضَّمُّ وَعَدَمُ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْقَدَمَيْنِ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ وَإِنْ كَانَ خَالِيًا، وَمُقْتَضَى كَلَامِهِمْ فِيمَا تَقَدَّمَ فِي الْقِيَامِ وُجُوبُ الضَّمِّ عَلَى سَلَسِ نَحْوِ الْبَوْلِ إِذَا اسْتَمْسَكَ حَدَثُهُ بِالضَّمِّ وَإِنْ بَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّهُ أَفْضَلُ مِنْ تَرْكِهِ. [نهاية المحتاج ٢/ ٢٧٤].

وَالْمَشْهُورُ سَنُّ جِلْسَةٍ خَفِيفَةٍ بَعْدَ السَّجْدَةِ الثَّانِيَةِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ يَقُومُ عَنْهَا(١).

التَّاسِعُ: وَالْعَاشِرُ وَالْحَادِيَ عَشَرَ: التَّشَهُّدُ وَقُعُودُهُ وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَالتَّشَهُّدُ وَقُعُودُهُ إِنْ عَقِبَهُمَا سَلَامٌ رُكْنَانِ، وَإِلَّا فَسُنَّتَانِ، وَكَيْفَ قَعَدَ جَازَ، وَيُسَنُّ فِي الْأَوَّلِ الِافْتِرَاشُ فَيَجْلِسُ عَلَى كَعْبِ يُسْرَاهُ وَيَنْصِبُ يُمْنَاهُ، وَيَضَعُ أَطْرَافَ أَصَابِعِهِ لِلْقِبْلَةِ، وَفِي الْآخِرِ التَّوَرُّكُ، وَهُوَ كَالِافْتِرَاشِ، لَكِنْ يُخْرِجُ يُسْرَاهُ مِنْ جِهَةِ يَمِينِهِ وَيُلْصِقُ وَرِكَهُ بِالْأَرْضِ، وَالْأَصَحُّ يَفْتَرِشُ الْمَسْبُوقُ وَالسَّاهِي وَيَضَعُ فِيهِمَا يُسْرَاهُ عَلَى طَرَفِ رُكْبَتِهِ مَنْشُورَةَ الْأَصَابِعِ بِلَا ضَمٍّ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ الضَّمُّ، والله أَعْلَمُ، وَيَقْبِضُ مِنْ يُمْنَاهُ الْخِنْصَرَ وَالْبِنْصِرَ وَكَذَا الْوُسْطَى فِي الْأَظْهَرِ.

وَيُرْسِلُ الْمُسَبِّحَةَ وَيَرْفَعُهَا عِنْدَ قَوْلِهِ: إِلَّا الله وَلَا يُحَرِّكُهَا، وَالْأَظْهَرُ ضَمُّ الْإِبْهَامِ إِلَيْهَا كَعَاقِدٍ ثَلَاثَةً وَخَمْسِينَ.

وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَرْضٌ فِي التَّشَهُّدِ الْأَخِيرِ، وَالْأَظْهَرُ سَنُّهَا فِي الْأَوَّلِ.

---

(١) **قَوْلُهُ: (وَالْمَشْهُورُ سَنُّ جِلْسَةٍ خَفِيفَةٍ)** قَالَ فِي شَرْحِ الرَّوْضِ فَلَوْ تَرَكَهَا أَيْ جِلْسَةِ الِاسْتِرَاحَةِ الْإِمَامُ فَأَتَى بِهَا الْمَأْمُومُ لَمْ يَضُرَّ تَخَلُّفُهُ لِأَنَّهُ يَسِيرٌ وَبِهِ فَارَقَ مَا لَوْ تَرَكَ التَّشَهُّدَ الْأَوَّلَ. وَقَوْلُهُ لَمْ يَضُرَّ بَلْ يُسَنُّ كَمَا قَالَهُ ابْنُ النَّقِيبِ وَغَيْرُهُ **(قَوْلُهُ لَا يَجُوزُ تَطْوِيلُهَا)** اعْتَمَدَ شَيْخُنَا الشِّهَابُ الرَّمْلِيُّ أَنَّهُ لَا يَضُرُّ تَطْوِيلُهَا. وَلَوْ تَرَكَهَا الْإِمَامُ تَخَلَّفَ لَهَا الْمَأْمُومُ لَكِنْ لَوْ تَخَلَّفَ بِرُكْنَيْنِ فِعْلِيَّيْنِ عَمْدًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالظَّاهِرُ أَنَّ التَّخَلُّفَ لَهَا لَا يُسْتَحَبُّ وَيَنْبَغِي أَنْ يُكْرَهَ أَوْ لَا يَجُوزُ وَيَتَعَيَّنُ الْجَزْمُ بِالْمَنْعِ إِذَا كَانَ بَطِيءَ النَّهْضَةِ وَالْإِمَامُ سَرِيعُهَا وَسَرِيعُ الْقِرَاءَةِ بِحَيْثُ يَفُوتُهُ بَعْضُ الْفَاتِحَةِ وَلَوْ تَأَخَّرَ لَهَا انْتَهَى.

قَالَ فِي شَرْحِ الْعُبَابِ: وَفِيهِ نَظَرٌ بَلْ الْأَوْجَهُ عَدَمُ الْمَنْعِ مُطْلَقًا وَأَنَّهُ يَأْتِي فِي التَّخَلُّفِ لَهَا مَا يَأْتِي فِي التَّخَلُّفِ لِلِافْتِتَاحِ أَوْ التَّعَوُّذِ. قُلْت: وَقَدْ قَدَّمَ الشَّارِحُ أَنَّهُ لَا يَأْتِي بِدُعَاءِ الِافْتِتَاحِ إِذَا خَافَ فَوْتَ بَعْضِ الْفَاتِحَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَجْرِيَ نَظِيرُ ذَلِكَ هُنَا فَلْيُتَأَمَّلْ. [تحفة المحتاج ٨/ ٨٥].

وَلَا تُسَنُّ عَلَى الْآلِ فِي الْأَوَّلِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَتُسَنُّ فِي الْآخِرِ، وَقِيلَ تَجِبُ[١].

وَأَكْمَلُ التَّشَهُّدِ مَشْهُورٌ، وَأَقَلُّهُ: التَّحِيَّاتُ لِله، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ الله وَبَرَكَاتُهُ سَلَامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ الله الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا الله، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ الله، وَقِيلَ يَحْذِفُ وَبَرَكَاتُهُ وَالصَّالِحِينَ، وَيَقُولُ: وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُهُ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ الله، وَثَبَتَ فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ، والله أَعْلَمُ.

وَأَقَلُّ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَآلِهِ: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ، وَالزِّيَادَةُ إِلَى حَمِيدٍ مَجِيدٍ سُنَّةٌ فِي الْآخِرِ.

وَكَذَا الدُّعَاءُ بَعْدَهُ، وَمَأْثُورُهُ أَفْضَلُ، وَمِنْهُ: اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي مَا قَدَّمْتُ وَمَا أَخَّرْتُ إِلَى آخِره.

وَيُسَنُّ أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى قَدْرِ التَّشَهُّدِ وَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ.

وَمَنْ عَجَزَ عَنْهُمَا تَرْجَمَ، وَيُتَرْجِمُ لِلدُّعَاءِ وَالذِّكْرِ الْمَنْدُوبِ الْعَاجِزُ لَا الْقَادِرُ فِي الْأَصَحِّ.

الثَّانِي عَشَرَ: السَّلَامُ وَأَقَلُّهُ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ، وَالْأَصَحُّ جَوَازُ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يُجْزِئُهُ، والله أَعْلَمُ.

وَأَنَّهُ لَا تَجِبُ نِيَّةُ الْخُرُوجِ، وَأَكْمَلُهُ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ الله مَرَّتَيْنِ يَمِينًا وَشِمَالًا مُلْتَفِتًا فِي الْأُولَى حَتَّى يُرَى خَدُّهُ الْأَيْمَنُ، وَفِي الثَّانِيَةِ الْأَيْسَرُ نَاوِيًا السَّلَامَ عَلَى مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ مِنْ مَلَائِكَةٍ وَإِنْسٍ وَجِنٍّ، وَيَنْوِي الْإِمَامُ السَّلَامَ عَلَى الْمُقْتَدِينَ وَهُم الرَّدَّ عَلَيْهِ.

---

[١] **(وَلَا تُسَنُّ)** الصَّلَاةُ **(عَلَى الْآلِ فِي)** التَّشَهُّدِ **(الْأَوَّلِ عَلَى الصَّحِيحِ)** لِبِنَائِهِ عَلَى التَّخْفِيفِ.

وَالثَّانِي تُسَنُّ فِيهِ كَالصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فِيهِ إِذْ لَا تَطْوِيلَ فِي قَوْلِهِ وَآلِهِ أَوْ آلُ مُحَمَّدٍ، وَكَذَا اخْتَارَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّنْقِيحِ: إِنَّ التَّفْرِقَةَ بَيْنَهُمَا فِيهَا نَظَرٌ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسَنَّا جَمِيعًا أَوْ لَا يُسَنَّا، وَلَا يَظْهَرُ فَرْقٌ مَعَ ثُبُوتِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ. [مغني المحتاج ٢/ ٢٩٣].

الثَّالِثَ عَشَرَ: تَرْتِيبُ الْأَرْكَانِ كَمَا ذَكَرْنَا، فَإِنْ تَرَكَهُ عَمْدًا بِأَنْ سَجَدَ قَبْلَ رُكُوعِهِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ سَهَا فَمَا بَعْدَ الْمَتْرُوكِ لَغْوٌ، فَإِنْ تَذَكَّرَ قَبْلَ بُلُوغِ مِثْلِهِ فَعَلَهُ، وَإِلَّا تَمَّتْ بِهِ رَكْعَتُهُ، وَتَدَارَكَ الْبَاقِيَ.

فَلَوْ تَيَقَّنَ فِي آخِرِ صَلَاتِهِ تَرْكُ سَجْدَةٍ مِنْ الْأَخِيرَةِ سَجَدَهَا، وَأَعَادَ تَشَهُّدَهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا لَزِمَهُ رَكْعَةٌ، وَكَذَا إِنْ شَكَّ⁽¹⁾ فِيهِمَا.

وَإِنْ عَلِمَ فِي قِيَام ثَانِيَةٍ تَرْكُ سَجْدَةٍ فَإِنْ كَانَ جَلَسَ بَعْدَ سَجْدَتِهِ سَجَدَ وَقِيلَ: إِنْ جَلَسَ بِنِيَّةِ الِاسْتِرَاحَةِ لَمْ يَكْفِهِ، وَإِلَّا فَلْيَجْلِسْ مُطْمَئِنًّا ثُمَّ يَسْجُدْ، وَقِيلَ: يَسْجُدُ فَقَطْ، وَإِنْ عَلِمَ فِي آخِرِ رُبَاعِيَّةٍ تَرْكَ سَجْدَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ جَهِلَ مَوْضِعَهَا وَجَبَ رَكْعَتَانِ أَوْ أَرْبَعٍ فَسَجْدَةٌ ثُمَّ رَكْعَتَانِ، أَوْ خَمْسٍ أَوْ سِتٍّ فَثَلَاثٌ، أَوْ سَبْعٌ، فَسَجْدَةٌ ثُمَّ ثَلَاثٌ.

قُلْتُ: يُسَنُّ إِدَامَةُ نَظَرِهِ إِلَى مَوْضِعِ سُجُودِهِ.

وَقِيلَ: يُكْرَهُ تَغْمِيضُ عَيْنَيْهِ، وَعِنْدِي لَا يُكْرَهُ، إِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا.

وَالْخُشُوعُ وَتَدَبُّرُ الْقِرَاءَةِ وَالذِّكْرُ وَدُخُولُ الصَّلَاةِ بِنَشَاطٍ وَفَرَاغِ قَلْبٍ وَجَعْلُ يَدَيْهِ تَحْتَ صَدْرِهِ آخِذًا بِيَمِينِهِ يَسَارَهُ.

وَالدُّعَاءُ فِي سُجُودِهِ.

وَأَنْ يَعْتَمِدَ فِي قِيَامِهِ مِنَ السُّجُودِ وَالْقُعُودِ عَلَى يَدَيْهِ.

وَتَطْوِيلُ قِرَاءَةِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ فِي الْأَصَحِّ.

---

(١) الشَّكُّ: خلاف اليقين، وهو لغة: الريبة والتردد. وفي اصطلاح الفقهاء: فقد قال الإمام النووي ﷺ: «اعلم أن الشك عند الأصوليين: هو تردد الذهن بين أمرين على حد السواء، قالوا: التردد بين الطرفين إن كان على السواء: فهو الشك، وإلا: فالراجح ظن، والمرجوح وهم. وحيث أطلقوه في كتب الفقه: أرادوا به التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء استوى الاحتمالان أو أحدهما. انظر «لسان العرب» (١٠/ ٤٥١)، و«تهذيب الأسماء واللغات» القسم الثاني (١/ ١٦٦-١٦٧)، و«المطلع على أبواب المقنع» للبعلي الحنبلي ص (٩٠).

وَالذِّكْرُ بَعْدَهَا وَأَنْ يَنْتَقِلَ لِلنَّفْلِ مِنَ مَوْضِعِ فَرْضِهِ.

وَأَفْضَلُهُ إِلَى بَيْتِهِ، وَإِذَا صَلَّى وَرَاءَهُمْ نِسَاءٌ مَكَثُوا حَتَّى يَنْصَرِفْنَ.

وَأَنْ يَنْصَرِفَ فِي جِهَةِ حَاجَتِهِ، وَإِلَّا فَيَمِينَهُ.

وَتَنْقَضِي الْقُدْوَةُ بِسَلَامِ الْإِمَامِ؛ فَلِلْمَأْمُومِ أَنْ يَشْتَغِلَ بِدُعَاءٍ وَنَحْوِهِ ثُمَّ يُسَلِّمَ، وَلَوْ اقْتَصَرَ إِمَامُهُ عَلَى تَسْلِيمَةٍ سَلَّمَ ثِنْتَيْنِ، والله أَعْلَمُ(١).

باب شُرُوطِ الصَّلاةِ [وموانعها]

خَمْسَةٌ: مَعْرِفَةُ الْوَقْتِ، وَالِاسْتِقْبَالُ، وَسَتْرُ الْعَوْرَةِ.

وَعَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ، وَرُكْبَتِهِ، وَكَذَا الْأَمَةُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْحُرَّةُ مَا سِوَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ.

وَشَرْطُهُ مَا مَنَعَ إِدْرَاكُ لَوْنِ الْبَشَرَةِ، وَلَوْ طِينٌ وَمَاءٌ كَدِرٌ، وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ التَّطَيُّنِ عَلَى فَاقِدِ الثَّوْبِ، وَيَجِبُ سَتْرُ أَعْلَاهُ وَجَوَانِبِهِ لَا أَسْفَلِهِ، فَلَوْ رُئِيَتْ عَوْرَتُهُ مِنْ جَيْبِهِ فِي رُكُوعٍ أَوْ غَيْرِهِ لَمْ يَكْفِ فَلْيُزِرَّهُ، أَوْ يَشُدَّ وَسَطَهُ، وَلَهُ سَتْرُ بَعْضِهَا بِيَدِهِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ وَجَدَ كَافِيَ سَوْأَتَيْهِ تَعَيَّنَ لَهُمَا، أَوْ أَحَدِهِمَا فَقُبُلَهُ وَقِيلَ: دُبُرَهُ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ.

وَطَهَارَةُ الْحَدَثِ، فَإِنْ سَبَقَهُ بَطَلَتْ، وَفِي الْقَدِيمِ يَبْنِي.

---

(١) بَحث الْأَذْرَعِيّ أَنَّهُمْ لَا يُسَلِّمُونَ قَبْلَ سَلَامِهِ ثُمَّ نَظَرَ فِيهِ انْتَهَى وَأَقُولُ لَا وَجْهَ لِمَنْعِ سَلَامِهِمْ قَبْلَهُ لِانْقِطَاعِ الْقُدْوَةِ بِسَلَامِ الْإِمَامِ وَيَلْزَمُ مِن انْقِطَاعِهَا سُقُوطُ حُكْمِ الرَّبْطِ لِصَيْرُورَتِهِمْ مُنْفَرِدِينَ فَلَا مَحْذُورَ فِي سَلَامِهِمْ قَبْلَهُ سم عَلَى حَجّ وَعُمُوم قَوْلِهِ وَلَا يُسَلِّمُونَ إلَخ شَامِلٌ لِمَا لَوْ بَقِيَ عَلَى الرَّابِطَةِ شَيْءٌ مِن صَلَاتِهِ كَأَنْ عَلِمَ فِي آخِرِ صَلَاتِهِ أَنَّهُ كَانَ يَسْجُدُ عَلَى كَوْرِ عِمَامَتِهِ مَثَلًا فَقَامَ لِيَأْتِيَ بِمَا عَلَيْهِ فَيَجِبُ عَلَى مَنْ خَلْفَهُ انْتِظَارُ سَلَامِهِ وَهُوَ بَعِيدٌ بَلْ امْتِنَاعُ سَلَامِ مَنْ خَلْفَهُ قَبْلَ سَلَامِهِ مُشْكِلٌ. وَقَالَ الْجَمَلُ: قَوْلُهُ: (وَلَا يَرْكَعُونَ إلَخ) الْمُعْتَمَدُ أَنَّهُ لَا يَضُرُّ سَبْقُهُمْ فِي الْأَفْعَالِ، وَالسَّلَامِ مَتَى عَلِمُوا أَفْعَالَ الْإِمَامِ. [تحفة المحتاج ٥/ ٧٧].

وَيَجْرِيَانِ فِي كُلِّ مُنَاقِضٍ عَرَضَ بِلَا تَقْصِيرٍ، وَتَعَذَّرَ دَفْعُهُ فِي الْحَالِ، فَإِنْ أَمْكَنَ بِأَنْ كَشَفَتْهُ رِيحٌ فَسَتَرَ فِي الْحَالِ لَمْ تَبْطُلْ.

وَإِنْ قَصَّرَ بِأَنْ فَرَغَتْ مُدَّةُ خُفٍّ فِيهَا بَطَلَتْ.

وَطَهَارَةُ النَّجَسِ فِي الثَّوْبِ وَالْبَدَنِ وَالْمَكَانِ.

وَلَو اشْتَبَهَ طَاهِرٌ، وَنَجِسٌ اجْتَهَدَ.

وَلَوْ نَجِسَ بَعْضُ ثَوْبٍ، أَوْ بَدَنٍ وَجُهِلَ، وَجَبَ غَسْلُ كُلِّهِ.

فَلَوْ ظَنَّ طَرَفًا لَمْ يَكْفِ غَسْلُهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ غَسَلَ نِصْفَ نَجِسٍ ثُمَّ بَاقِيَهُ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ غَسَلَ مَعَ بَاقِيهِ مُجَاوِرَهُ طَهُرَ كُلُّهُ، وَإِلَّا فَغَيْرُ الْمُنْتَصَفِ.

وَلَا تَصِحُّ صَلَاةُ مُلَاقٍ بَعْضُ لِبَاسِهِ نَجَاسَةً، وَإِنْ لَمْ يَتَحَرَّكْ بِحَرَكَتِهِ(١).

---

(١) **(وَلَا تَصِحُّ صَلَاةُ مُلَاقٍ)** أَيْ مُمَاسٍّ **(بَعْضَ)** بَدَنِهِ أَوْ **(لِبَاسِهِ)** كَعِمَامَتِهِ **(نَجَاسَةً)** فِي شَيْءٍ مِنْ صَلَاتِهِ **(وَإِنْ لَمْ يَتَحَرَّكْ بِحَرَكَتِهِ)** لِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ وَخَرَجَ بِلِبَاسِهِ وَمَا مَعَهُ نَحْوُ سَرِيرٍ عَلَى نَجِسٍ فَتَصِحُّ صَلَاتُهُ عَلَيْهِ **(وَلَا)** صَلَاةُ نَحْوِ **(قَابِضٍ طَرَفَ شَيْءٍ)** كَحَبْلٍ أَوْ شَادِّهِ بِنَحْوِ يَدِهِ **(عَلَى نَجِسٍ)** وَإِنْ لَمْ يَشُدَّ بِهِ **(إِنْ تَحَرَّكَ)** هَذَا الشَّيْءُ الَّذِي عَلَى النَّجِسِ **(بِحَرَكَتِهِ)** لِحَمْلِهِ مُتَّصِلًا بِنَجِسٍ وَفِيهِ الْخِلَافُ الْآتِي أَيْضًا وَإِنْ أَوْهَمَ خِلَافَهُ قَوْلُهُ **(وَكَذَا إِنْ لَمْ يَتَحَرَّكْ)** بِهَا **(فِي الْأَصَحِّ)** لِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ كَالْعِمَامَةِ وَفَرْقُ الْمُقَابِلِ بَيْنَهُمَا مَمْنُوعٌ وَإِنْ رَجَّحَهُ فِي الصَّغِيرِ وَاخْتَارَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** وَمَرَّ أَنَّهُ لَوْ أَمْسَكَ لِجَامَ دَابَّةٍ وَبِهَا نَجَاسَةٌ ضَرَّ فَلْيُتَنَبَّهْ لَهُ وَخَرَجَ بِعَلَى نَجِسٍ الْحَبْلُ الْمَشْدُودُ بِطَاهِرٍ مُتَّصِلٍ بِنَجِسٍ فَلَا يَضُرُّ إِلَّا إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّاهِرُ يَنْجَرُّ، وَهُوَ وَمَا اتَّصَلَ بِهِ مِن النَّجِسِ بِجَرِّهِ كَسَفِينَةٍ صَغِيرَةٍ فِي الْبَرِّ، وَالَّذِي يَظْهَرُ اعْتِبَارُ انْجِرَارِهِ بِالْفِعْلِ لَوْ أَرَادَهُ لَا بِالْقُوَّةِ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى حَامِلًا لَهُ إِلَّا حِينَئِذٍ وَعَبَّرُوا فِي النَّجِسِ بِالْمُتَّصِلِ وَفِي الطَّاهِرِ بِالْمَشْدُودِ أَيْ نَحْوِهِ لِوُضُوحِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِمَّا تَقَرَّرَ، وَهُوَ أَنَّ مَحْمُولَهُ مُمَاسٌّ لِنَجِسٍ فِي الْأَوَّلِ فَلَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ نَحْوُ شَدِّهِ بِهِ بِخِلَافِهِ فِي الثَّانِي فَإِنَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّجَاسَةِ وَاسِطَةً فَاشْتُرِطَ ارْتِبَاطٌ بَيْنَ مَحْمُولِهِ وَالنَّجِسِ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِنَحْوِ شَدِّ طَرَفِ الْحَبْلِ-

وَلَا قَابِضٍ طَرَفَ شَيْءٍ عَلَى نَجَسٍ إِنْ تَحَرَّكَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَتَحَرَّكْ فِي الْأَصَحِّ.

فَلَوْ جَعَلَهُ تَحْتَ رِجْلِهِ صَحَّتْ مُطْلَقًا، وَلَا يَضُرُّ نَجَسٌ يُحَاذِي صَدْرَهُ فِي الرُّكُوعِ، وَالسُّجُودِ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلَوْ وَصَلَ عَظْمَهُ بِنَجَسٍ لِفَقْدِ الطَّاهِرِ فَمَعْذُورٌ، وَإِلَّا وَجَبَ نَزْعُهُ إِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا ظَاهِرًا(١).

قِيلَ: وَإِنْ خَافَ فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُنْزَعْ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَيُعْفَى عَنْ مَحَلِّ اسْتِجْمَارِهِ وَلَوْ حَمَلَ مُسْتَجْمِرًا بَطَلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

وَطِينُ الشَّارِعِ الْمُتَيَقَّنُ نَجَاسَتُهُ يُعْفَى عَنْهُ عَمَّا يَتَعَذَّرُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ غَالِبًا، وَيَخْتَلِفُ بِالْوَقْتِ، وَمَوْضِعِهِ مِنَ الثَّوْبِ وَالْبَدَنِ.

وَعَنْ قَلِيلِ دَمِ الْبَرَاغِيثِ، وَوَنِيمِ الذُّبَابِ، وَالْأَصَحُّ لَا يُعْفَى عَنْ كَثِيرِهِ، وَلَا قَلِيلٍ انْتَشَرَ بِعَرَقٍ وَتُعْرَفُ الْكَثْرَةُ بِالْعَادَةِ .

قُلْت: الْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ الْعَفْوُ مُطْلَقًا، والله أَعْلَمُ .

وَدَمُ الْبَثَرَاتِ كَالْبَرَاغِيثِ، وَقِيلَ: إِنْ عَصَرَهُ فَلَا، وَالدَّمَامِيلُ وَالْقُرُوحُ، وَمَوْضِعُ

بِذَلِكَ الطَّاهِرِ الْمُتَّصِلِ بِالنَّجَسِ. [تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٦].

(١) ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ نَزْعُهُ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا، وَهُوَ كَذَلِكَ، ، وَإِنْ قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ: إِنَّ مَحَلَّهُ إِذَا خَافَ مِنْ نَزْعِهِ ضَرَرًا، وَإِلَّا وَجَبَ نَزْعُهُ، وَلَوْ قَالَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ: إِنَّ لَحْمَ الْآدَمِيِّ لَا يَنْجَبِرُ سَرِيعًا إِلَّا بِعَظْمِ نَحْوِ كَلْبٍ، فَيَتَّجِهُ كَمَا قَالَ الْإِسْنَوِيُّ إِنَّهُ عُذْرٌ، وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذَكَرُوهُ فِي التَّيَمُّمِ فِي بُطْءِ الْبُرْءِ وَعَظْمِ غَيْرِهِ مِنَ الْآدَمِيِّينَ فِي تَحْرِيمِ الْوَصْلِ بِهِ وَوُجُوبِ نَزْعِهِ كَالْعَظْمِ النَّجِسِ، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْآدَمِيِّ الْمُحْتَرَمِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: إِنَّ فِي النَّفْسِ مِنْ عَظْمِ غَيْرِ الْمُحْتَرَمِ كَالْحَرْبِيِّ وَالْمُرْتَدِّ شَيْئًا **(وَإِلَّا)** أَيْ: وَإِنْ وَصَلَهُ بِهِ مَعَ وُجُودِ الطَّاهِرِ الصَّالِحِ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْوَصْلِ حَرُمَ عَلَيْهِ لِتَعَدِّيهِ **(وَجَبَ)** عَلَيْهِ **(نَزْعُهُ)** وَأُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ **(إِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا ظَاهِرًا)**، وَهُوَ مَا يُبِيحُ التَّيَمُّمَ. [مغني المحتاج ٢/ ٤٨٤].

الْفَصْدِ، وَالْحِجَامَةِ قِيلَ كَالْبَثَرَاتِ، وَالْأَصَحُّ إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَدُومُ غَالِبًا فَكَالِاسْتِحَاضَةِ، وَإِلَّا فَكَدَمِ الْأَجْنَبِيِّ فَلَا يُعْفَى، وَقِيلَ: يُعْفَى عَنْ قَلِيلِهِ، قُلْت: الْأَصَحُّ أَنَّهَا كَالْبَثَرَاتِ، وَالْأَظْهَرُ الْعَفْوُ عَنْ قَلِيلِ دَمِ الْأَجْنَبِيِّ، والله أَعْلَمُ(١).

---

(١) الأصح أنها ليست مثلها لأنها لا تكثر كثرتها بل يقال في جزئيات دمها أنه إن كان مثله يدوم غالبا فكالاستحاضة أي كدمها فيجب الاحتياط له بقدر الإمكان بإزالة ما أصاب منه وعصب محل خروجه عند إرادة الصلاة نظير ما تقدم في المستحاضة، ويعفى عما يشق الاحتراز منه بعد الاحتياط كما مر في موضعه وإلا بأن كان مثله لا يدوم غالبا فكدم الأجنبي يصيبه فلا يعفى عنه أي ما لا يدوم غالبا قليلا كان أو كثيرًا كما أن دم الأجنبي كذلك، وقيل: يعفى عن قليله كما قيل بذلك في دم الأجنبي، وما قررت به كلامه من أنه لا يعفى راجع إلى ما لا يدوم غالبا هو ما جرى عليه **الأذرعي** وجعله الإسنوي وغيره راجعا إلى دم الأجنبي.

قال بعض المتأخرين: والأول أولى أو متعين. قلت: الأصح إنها أي دم الدماميل والقروح وموضع الفصد والحجامة كالبثرات فيما مر فيعفى عن قليله وكثيره، وهذا ما في الروضة لكن خالف في التحقيق والمجموع فصحح ما عليه الجمهور أنه كدم الأجنبي قال شيخنا: ويمكن حمل ما في التحقيق والمجموع على طهر التيمم.

والأولى حمل ذلك على ما إذا كان بفعله أو انتقل عن محله كما يؤخذ من كلامه في منهجه وشرحه. والأظهر العفو عن قليل دم الأجنبي من نفسه كأن انفصل منه ثم عاد إليه ومن غير نحو الكلب والله أعلم لأن جنس الدم يتطرق إليه العفو فيقع القليل منه في محل المسامحة. قال في الأم: والقليل ما تعافاه الناس أي عدوه عفوا وعن القديم يعفى عما دون الكف أما دم نحو الكلب فلا يعفى عن شيء منه لغلظه كما صرح به في البيان ونقله عنه في المجموع وأقره وكذا لو أخذ دما أجنبيا ولطخ به بدنه أو ثوبه فإنه لا يعفى عن شيء منه لتعديه بذلك فإن التضمخ بالنجاسة حرام. والقيح والصديد وتقدم بيانهما في-

وَالْقَيْحُ، وَالصَّدِيدُ كَالدَّمِ، وَكَذَا مَاءُ الْقُرُوحِ وَالْمُتَنَفِّطِ الَّذِي لَهُ رِيحٌ، وَكَذَا فِي بِلَا رِيحٍ فِي الْأَظْهَرِ. قُلْت: الْمَذْهَبُ طَهَارَتُهُ، والله أَعْلَمُ.

وَلَوْ صَلَّى بِنَجَسٍ لَمْ يَعْلَمْهُ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْجَدِيدِ.

وَإِنْ عَلِمَ ثُمَّ نَسِيَ وَجَبَ الْقَضَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فَصْلٌ: [فِي مبطلات الصلاة]

تَبْطُلُ بِالنُّطْقِ بِحَرْفَيْنِ، أَوْ حَرْفٍ مُفْهِمٍ وَكَذَا مَدَّةٌ بَعْدَ حَرْفٍ فِي الْأَصَحِّ،

= باب النجاسة كالدم فيما ذكر؛ لأنهما دمان استحالا إلى نتن وفساد وكذا ماء القروح والمتنفط الذي له ريح كالدم قياسًا على القيح والصديد وكذا بلا ريح في الأظهر قياسًا على الصديد الذي لا رائحة له. والثاني: أنه طاهر لأنه كالعرق ولذا قال المصنف: قلت: المذهب طهارته قطعا والله أعلم لما مر. [مغني المحتاج ١/ ١٩٢].

وقال ابن حجر: لِأَنَّ جِنْسَ الدَّمِ يَتَطَرَّقُ إلَيْهِ الْعَفْوُ فَيَقَعُ الْقَلِيلُ مِنْهُ فِي مَحَلٍّ الْمُسَامَحَةِ وَإِنَّمَا لَمْ يَقُولُوا بِالْعَفْوِ عَنْ قَلِيلِ نَحْوِ الْبَوْلِ أَيْ لِغَيْرِ السَّلَسِ كَمَا مَرَّ مَعَ أَنَّ الِابْتِلَاءَ بِهِ أَكْثَرُ لِأَنَّهُ أَقْذَرُ وَلَهُ مَحَلٌّ مَخْصُوصٌ فَسَهُلَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ بِخِلَافِ الدَّمِ فِيهِمَا وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ الْعَفْوَ عَن قَلِيلِ ذَلِكَ مِمَّنْ حَصَلَ لَهُ اسْتِرْخَاءٌ لِنَحْوِ مَرَضٍ وَإِنْ لَمْ يَصِرْ سَلَسًا وَقِيَاسُ مَا مَرَّ الْعَفْوُ عَن الْقَلِيلِ مِن الْأَجْنَبِيِّ وَإِنْ حَصَلَ بِفِعْلِهِ وَقَيَّدَهُ بَعْضُهُمْ بِمَا إذَا لَمْ يَتَعَمَّد التَّلَطُّخَ بِهِ لِعِصْيَانِهِ حِينَئِذٍ وَاسْتَدَلَّ بِقَوْلِهِمْ لَوْ تَعَمَّدَ تَلْطِيخَ أَسْفَلِ الْخُفِّ بِالنَّجِسِ وَجَبَ غَسْلُهُ حَتَّى عَلَى الْقَدِيمِ الْقَائِلِ بِالْعَفْوِ عَنْهُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ وَقَوْلُهُمْ لَوْ حَمَلَ مَا فِيهِ ذُبَابَةٌ مَثَلًا أَوْ مَنْ بِهِ نَجِسٌ مَعْفُوٌّ عَنْهُ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ وَلَا دَلِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ تَلْطِيخَ الْخُفِّ لَمْ يُصَرِّحُوا فِيهِ بِخُصُوصِ الدَّمِ الْمُتَمَيِّزِ عَلَى غَيْرِهِ بِالْمَعْفُوِّ عَنْ جِنْسِهِ كَمَا تَقَرَّرَ وَبِهِ فَارَقَ حَمْلَ الْمَيْتَةِ وَمَنْ بِهِ نَجِسٌ مَعْفُوٌّ عَنْهُ (وَالْقَيْحُ وَالصَّدِيدُ) وَهُوَ مَاءٌ رَقِيقٌ أَوْ قَيْحٌ يُخَالِطُهُ دَمٌ (كَالدَّمِ) فِي جَمِيعِ مَا مَرَّ فِيهِ لِأَنَّهُ أَصْلُهُمَا. [تحفة المحتاج ٦/ ٣٤٣].

وَالْأَصَحُّ، أَنَّ التَّنَحْنُحَ⁽¹⁾ وَالضَّحِكَ، وَالْبُكَاءَ، وَالْأَنِينَ، وَالنَّفْخَ إِنْ ظَهَرَ بِهِ حَرْفَانِ بَطَلَتْ، وَإِلَّا فَلَا، وَيُعْذَرُ فِي يَسِيرِ الْكَلَامِ إِنْ سَبَقَ لِسَانُهُ أَوْ نَسِيَ الصَّلَاةَ، أَوْ جَهِلَ تَحْرِيمَهُ إِنْ قَرُبَ عَهْدُهُ بِالْإِسْلَامِ، لَا كَثِيرِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَفِي التَّنَحْنُحِ وَنَحْوِهِ لِلْغَلَبَةِ وَتَعَذُّرِ الْقِرَاءَةِ، لَا الْجَهْرِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الْكَلَامِ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ نَطَقَ بِنَظْمِ الْقُرْآنِ بِقَصْدِ التَّفْهِيمِ كَيَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ إِنْ قَصَدَ مَعَهُ قِرَاءَةً لَمْ تَبْطُلْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ⁽²⁾.

---

(١) بَحَثَ **الْأَذْرَعِيُّ** جَوَازَ التَّنَحْنُحِ عِنْدَ تَزَاحُمِ الْبَلْغَمِ بِحَلْقِهِ إِذَا خَشِيَ أَنْ يَنْخَنِقَ بِهِ وَالزَّرْكَشِيُّ جَوَازَهُ لِلصَّائِمِ لِإِخْرَاجِ نُخَامَةٍ تُبْطِلُ صَوْمَهُ بِأَنْ نَزَلَتْ لِحَدِّ الظَّاهِرِ وَلَمْ يُمْكِنْهُ إِخْرَاجُهَا إِلَّا بِهِ، وَلَوْ ظَهَرَ مِنْ إِمَامِهِ وَلَوْ مُخَالِفًا حَرْفَانِ بِتَنَحْنُحٍ لَمْ يَلْزَمْهُ مُفَارَقَتُهُ حَمْلًا لَهُ عَلَى الْعُذْرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ تَحَرُّزُهُ عَنِ الْمُبْطِلِ، قَالَ السُّبْكِيُّ: قَدْ تَدُلُّ قَرِينَةُ حَالِهِ عَلَى عَدَمِ عُذْرِهِ فَتَجِبُ مُفَارَقَتُهُ. [حاشية الجمل ٤/ ٨٦].

(٢) خَرَجَ بِقَوْلِهِ بِنَظْمِ الْقُرْآنِ مَا لَوْ أَتَى بِكَلِمَاتٍ مِنْهُ مُتَوَالِيَةٍ مُفْرَدَاتُهَا فِيهِ دُونَ نَظْمِهَا، كَيَا إِبْرَاهِيمُ سَلَامٌ كُنْ فَإِنَّ صَلَاتَهُ تَبْطُلُ، فَإِنْ فَرَّقَهَا وَقَصَدَ بِهَا الْقِرَاءَةَ لَمْ تَبْطُلْ بِهِ. نَقَلَهُ فِي الْمَجْمُوعِ عَنِ الْمُتَوَلِّي وَأَقَرَّهُ، وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَوْ قَصَدَ بِهَا الْقِرَاءَةَ فِي الشِّقِّ الْأَوَّلِ أَنَّ صَلَاتَهُ تَبْطُلُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا فِي شَرْحِ الْبَهْجَةِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْصِدِ الْقِرَاءَةَ بِكُلِّ كَلِمَةٍ عَلَى انْفِرَادِهَا وَإِلَّا لَمْ تَبْطُلْ، وَنَقَلَ فِي الْمَجْمُوعِ عَنِ الْعَبَّادِيِّ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إِنْ تَعَمَّدَ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ، ثُمَّ قَالَ: وَفِيمَا قَالَهُ نَظَرٌ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَلَيْسَ كَمَا قَالَ، وَمَا قَالَهُ الْعَبَّادِيُّ، ظَاهِرٌ انتهى.

وَهُوَ كَذَلِكَ، وَقَالَ الْقَفَّالُ فِي فَتَاوِيهِ: إِنَّهُ إِنْ قَالَ ذَلِكَ مُتَعَمِّدًا مُعْتَقِدًا كَفَرَ، وَلَوْ قَالَ: قَالَ اللهُ أَوْ النَّبِيُّ كَذَا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ كَمَا شَمِلَهُ كَلَامُهُمْ، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَتَبْطُلُ بِمَنْسُوخِ التِّلَاوَةِ، وَإِنْ لَمْ يُنْسَخْ حُكْمُهُ لَا بِمَنْسُوخِ الْحُكْمِ-

وَلَا تَبْطُلُ بِالذِّكْرِ وَالدُّعَاءِ إِلَّا أَنْ يُخَاطِبَ كَقَوْلِهِ لِعَاطِسٍ: يَرْحَمُكَ الله.

وَلَوْ سَكَتَ طَوِيلًا بِلَا غَرَضٍ لَمْ تَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَسُنُّ لِمَنْ نَابَهُ شَيْءٌ كَتَنْبِيهِ إِمَامِهِ، وَإِذْنِهِ لِدَاخِلٍ، وَإِنْذَارِهِ أَعْمَى أَنْ يُسَبِّحَ، وَتُصَفِّقَ الْمَرْأَةُ بِضَرْبِ الْيَمِينِ عَلَى ظَهْرِ الْيَسَارِ.

وَلَوْ فَعَلَ فِي صَلَاتِهِ غَيْرَهَا إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهَا بَطَلَتْ إِلَّا أَنْ يَنْسَى(١).

دُونَ التِّلَاوَةِ. [مغني المحتاج ٣/ ١٥].

(١) **(وَلَوْ فَعَلَ فِي صَلَاتِهِ غَيْرَهَا)** أَيْ: فَعَلَ فِيهَا غَيْرَ مَا شُرِعَ فِيهَا **(إِنْ كَانَ)** الْمَفْعُولُ **(مِنْ جِنْسِهَا)** أَيْ: مِنْ جِنْسِ أَفْعَالِهَا كَزِيَادَةِ رُكُوعٍ أَوْ سُجُودٍ أَوْ قُعُودٍ أَوْ قِيَامٍ وَإِنْ لَمْ يَطْمَئِنَّ لَا عَلَى وَجْهِ الْمُتَابَعَةِ مِنَ الْمَسْبُوقِ **(بَطَلَتْ)** صَلَاتُهُ لِتَلَاعُبِهِ لَكِنْ لَوْ جَلَسَ مِن اعْتِدَالِهِ قَدْرَ جِلْسَةِ الِاسْتِرَاحَةِ ثُمَّ سَجَدَ أَوْ جَلَسَ مِن سُجُودِ التِّلَاوَةِ لِلِاسْتِرَاحَةِ قَبْلَ قِيَامِهِ لَمْ يَضُرَّ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْجِلْسَةَ مَعْهُودَةٌ فِي الصَّلَاةِ غَيْرُ رُكْنٍ بِخِلَافِ نَحْوِ الرُّكُوعِ فَإِنَّهُ لَمْ يَعْهَدْ فِيهَا إِلَّا رُكْنًا فَكَانَ تَأْثِيرُهُ فِي تَغْيِيرِ نَظْمِهَا أَشَدَّ.

نَعَمْ لَوْ انْتَهَى مِنْ قِيَامِهِ إِلَى حَدِّ الرُّكُوعِ لِقَتْلِ نَحْوِ حَيَّةٍ لَمْ يَضُرَّ كَمَا قَالَهُ **الْخُوَارِزْمِيُّ**، وَكَذَا لَوْ فَعَلَ مَا ذَكَرَ نَاسِيًا كَمَا قَالَ **(إِلَّا أَنْ يَنْسَى)** لِأَنَّهُ ﷺ «صَلَّى الظُّهْرَ خَمْسًا، وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ، وَلَمْ يُعِدْهَا» رَوَاهُ الشَّيْخَانِ.

وَالْجَهْلُ مَعَ قُرْبِ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْبُعْدِ عَنْ الْعُلَمَاءِ كَالنِّسْيَانِ كَمَا قَالَهُ **الْأَذْرَعِيُّ**.

وَقَالَ فِي **الْأَنْوَارِ**: لَوْ فَعَلَ مَا لَا يَقْتَضِي سُجُودَ سَهْوٍ فَظَنَّ أَنَّهُ يَقْتَضِيهِ وَسَجَدَ لَمْ تَبْطُلْ إِنَّ كَانَ جَاهِلًا لِقُرْبِ عَهْدِهِ بِالْإِسْلَامِ أَوْ لِبُعْدِهِ عَنْ الْعُلَمَاءِ.

أَمَّا مَا فَعَلَهُ عَلَى وَجْهِ الْمُتَابَعَةِ لِإِمَامِهِ، فَلَا يَضُرُّ كَأَن اقْتَدَى بِمَن اعْتَدَلَ مِن الرُّكُوعِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ مُتَابَعَتُهُ فِي الزَّائِدِ، وَلَوْ رَكَعَ أَوْ سَجَدَ قَبْلَ الْإِمَامِ كَانَ لَهُ الْعَوْدُ ثَانِيًا كَمَا سَيَأْتِي فِي صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى، وَلَا يَضُرُّ ذَلِكَ، وَإِنْ صَدَقَ عَلَيْهِ أَنَّهُ زَادَ رُكُوعًا أَوْ سُجُودًا ـ

وَإِلَّا فَتَبْطُلُ بِكَثِيرِهِ، لَا قَلِيلِهِ، وَالْكَثْرَةُ بِالْعُرْفِ، فَالْخُطْوَتَانِ أَوْ الضَّرْبَتَانِ قَلِيلٌ، وَالثَّلَاثُ كَثِيرٌ إنْ تَوَالَتْ، وَتَبْطُلُ بِالْوَثْبَةِ الْفَاحِشَةِ لَا الْحَرَكَاتِ الْخَفِيفَةِ الْمُتَوَالِيَةِ كَتَحْرِيكِ أَصَابِعِهِ فِي سَبْحَةٍ، أَوْ حَكٍّ فِي الْأَصَحِّ، وَسَهْوُ الْفِعْلِ كَعَمْدِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَتَبْطُلُ بِقَلِيلِ الْأَكْلِ.

قُلْتُ: إلَّا أَنْ يَكُونَ نَاسِيًا، أَوْ جَاهِلًا تَحْرِيمَهُ، والله أَعْلَمُ.

فَلَوْ كَانَ بِفَمِهِ سُكَّرَةٌ فَبَلِعَ ذَوْبَهَا بَطَلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُسَنُّ لِلْمُصَلِّي إلَى جِدَارٍ، أَوْ سَارِيَةٍ، أَوْ عَصًا مَغْرُوزَةٍ، أَوْ بَسَطَ مُصَلًّى، أَوْ خَطَّ قُبَالَتَهُ دَفْعُ الْمَارِّ، وَالصَّحِيحُ تَحْرِيمُ الْمُرُورِ حِينَئِذٍ.

قُلت: يُكْرَهُ الِالْتِفَاتُ لَا لِحَاجَةٍ.

وَرَفْعُ بَصَرِهِ إلَى السَّمَاءِ وَكَفُّ شَعْرِهِ، أَوْ ثَوْبِهِ وَوَضْعُ يَدِهِ عَلَى فَمِهِ بِلَا حَاجَةٍ، وَالْقِيَامُ عَلَى رِجْلٍ، وَالصَّلَاةُ حَاقِنًا أَوْ حَاقِبًا، أَوْ بِحَضْرَةِ طَعَامٍ يَتُوقُ إلَيْهِ.

وَأَنْ يَبْصُقَ قِبَلَ وَجْهِهِ، أَوْ عَنْ يَمِينِهِ وَوَضْعُ يَدِهِ عَلَى خَاصِرَتِهِ.

وَالْمُبَالَغَةُ فِي خَفْضِ الرَّأْسِ فِي رُكُوعِهِ، وَالصَّلَاةُ فِي الْحَمَّامِ، وَالطَّرِيقِ، وَالْمَزْبَلَةِ، وَالْكَنِيسَةِ، وَعَطَنِ الْإِبِلِ وَالْمَقْبَرَةِ الطَّاهِرَةِ، والله أَعْلَمُ(١).

= لِأَجْلِ الْمُتَابَعَةِ، وَلَوْ قَرَأَ فِي صَلَاتِهِ آيَةَ سَجْدَةٍ فَهَوَى لِيَسْجُدَ حَتَّى وَصَلَ لِحَدِّ الرُّكُوعِ ثُمَّ بَدَا لَهُ فَتَرَكَهُ جَازَ كَقِرَاءَةِ بَعْضِ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ، وَلَو سَجَدَ عَلَى خَشِنٍ فَرَفَعَ رَأْسَهُ لِئَلَّا تَنْجَرِحَ جَبْهَتُهُ ثُمَّ سَجَدَ ثَانِيًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إنْ كَانَ تَحَامَلَ عَلَى الْخَشِنِ بِثِقْلِ رَأْسِهِ فِي أَحَدِ احْتِمَالَيْنِ لِلْقَاضِي حُسَيْنٍ يَظْهَرُ تَرْجِيحُهُ، وَإِلَّا فَلَا تَبْطُلُ، وَالِاحْتِمَالُ الثَّانِي تَبْطُلُ مُطْلَقًا، وَخَرَجَ بِقَوْلِ الْمُصَنِّفِ فِعْلُ الْقَوْلِ، فَلَوْ نَقَلَ رُكْنًا قَوْلِيًّا غَيْرَ السَّلَامِ أَوْ كَرَّرَهُ عَمْدًا، فَإِنَّهُ لَا يَضُرُّ عَلَى النَّصِّ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْبَابِ الْآتِي، أَمَّا نَقْلُ السَّلَامِ إلَى غَيْرِ مَحَلِّهِ فَإِنَّهُ يَضُرُّ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ. [مغني المحتاج ٣/ ٢٦].

(١) جاء في تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٦/ ٨٦): (قَوْلُهُ وَلَا فَرْقَ فِيهِ) أَيْ-

باب سُجُودِ السَّهْوِ(١)

سُنَّةٌ عِنْدَ تَرْكِ مَأْمُورٍ بِهِ، أَوْ فِعْلِ مَنْهِيٍّ عَنْهُ فَالْأَوَّلُ إِنْ كَانَ رُكْنًا وَجَبَ تَدَارُكُهُ، وَقَدْ يُشْرَعُ السُّجُودُ(٢) كَزِيَادَةٍ حَصَلَتْ بِتَدَارُكِ رُكْنٍ كَمَا سَبَقَ فِي التَّرْتِيبِ، أَوْ بَعْضًا

فِي كَرَاهَةِ ذَلِكَ الْوَضْعِ **(قَوْلُهُ وَكَذَا خَفْضُهُ)** أَيْ الرَّأْسِ وَ**(قَوْلُهُ عَنْ أَكْمَلِ الرُّكُوعِ)** قَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَوْ أَتَى بِالْخَفْضِ فِي أَقَلِّ الرُّكُوعِ لَا يُكْرَهُ وَكَأَنَّهُ بِحَسَبِ مَا فَهِمَهُ مِنْ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ وَالْأَصْحَابِ وَإِلَّا فَكَلَامُ الشَّافِعِيِّ الَّذِي نَقَلَهُ الْأَذْرَعِيُّ مُعْتَرِضًا بِهِ تَقْيِيدَ الْمُصَنِّفِ بِالْمُبَالَغَةِ بَلْ وَكَلَامُ الْأَصْحَابِ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ سِيَاقُهُ لَيْسَ فِيهِ تَقْيِيدُ ذَلِكَ بِأَكْمَلِ الرُّكُوعِ رَشِيدِيٌّ عِبَارَةُ الْمُغْنِي وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ خَفْضَ الرَّأْسِ مِنْ غَيْرِ مُبَالَغَةٍ.

(١) «الصحاح» لإسماعيل بن حماد الجوهري (٦/ ٢٣٨٦)، و«لسان العرب» لابن منظور (١٤/ ٤٠٦)، و«القاموس المحيط» لمجد الدين الفيروزآبادي ص(١٦٧٤).

والسَّهْوُ لُغَةً: نِسْيَانُ الشَّيْءِ وَالْغَفْلَةُ عَنْهُ، وَالْمُرَادُ هُنَا: الْغَفْلَةُ عَنْ شَيْءٍ مِن الصَّلَاةِ، وهذا بِخِلَافِهِ فِي عُرْفِ الْأُصُولِيِّينَ، فَإِنَّ السَّهْوَ: الْغَفْلَةُ عَن الشَّيْءِ مَعَ بَقَائِهِ فِي الْحَافِظَةِ فَيَتَنَبَّهُ لَهُ بِأَدْنَى تَنْبِيهٍ، وَالنِّسْيَانُ: زَوَالُ الشَّيْءِ مِن الْحَافِظَةِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ تَحْصِيلٍ، وَالسَّهْوُ جَائِزٌ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ، بِخِلَافِ النِّسْيَانِ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ، وَمَا فِي الْأَخْبَارِ مِنْ نِسْبَةِ النِّسْيَانِ إِلَيْهِ ﷺ فَالْمُرَادُ بِالنِّسْيَانِ فِيهَا: السَّهْوُ، وَفِي «شَرْحِ الْمَوَاقِفِ»: الْفَرْقُ بَيْنَ السَّهْوِ وَالنِّسْيَانِ: بِأَنَّ الْأَوَّلَ زَوَالُ الصُّورَةِ عَنْ الْمُدْرِكَةِ مَعَ بَقَائِهَا فِي الْحَافِظَةِ، وَالنِّسْيَانُ زَوَالُهَا مِنْهُمَا مَعًا فَيَحْتَاجُ فِي حُصُولِهَا إِلَى سَبَبٍ جَدِيدٍ. [حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري (٤/ ١٦٣)، والمعجم الوسيط (١/ ٤٥٩)].

(٢) السجود لغةً: التَّطامُن والميَل، وقيل: الخضوع والتذلل. «المعجم الوسيط» لمجمع اللغة العربية (١/ ٤١٦).

وَهُوَ الْقُنُوتُ، وَقِيَامُهُ، وَالتَّشَهُّدُ الْأَوَّلُ، أَوْ قُعُودُهُ وَكَذَا الصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فِيهِ فِي الْأَظْهَرِ سَجَدَ، وَقِيلَ إِنْ تَرَكَهُ عَمْدًا فَلَا(١).

قُلْتُ: وَكَذَا الصَّلَاةُ عَلَى الْآلِ حَيْثُ سَنَنَّاهَا، والله أَعْلَمُ.

وَلَا تُجْبَرُ سَائِرُ السُّنَنِ(٢).

وَالثَّانِي: إِنْ لَمْ يَبْطُلْ عَمْدُهُ كَالِالْتِفَاتِ وَالْخَطْوَتَيْنِ لَمْ يَسْجُدْ لِسَهْوِهِ، وَإِلَّا سَجَدَ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ بِسَهْوِهِ كَثِيرٌ فِي الْأَصَحِّ، وَتَطْوِيلُ الرُّكْنِ الْقَصِيرِ يَبْطُلُ عَمْدُهُ فِي الْأَصَحِّ

وشرعًا: مباشرة بعض جبهة المصلي ما يصلي عليه من أرض أو غيرها. ولابد لصحته من شروط سبعة: الطمأنينة، وأن لا يقصد به غيره، وأن تستقر الأعضاء كلها دفعة واحدة، والتحامل على الجبهة، والتنكيس، وكشف الجبهة، وأن لا يسجد على متصل يتحرك بحركته، والأصل في ذلك قوله: «أمرت بالسجود على سبعة أعظم: اليدين والركبتين والقدمين والجبهة» متفق عليه. انظر: «غريب الحديث» لابن قتيبة (١/ ١٥)، «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي (١/ ٦٨)، «إعانة الطالبين» لشطا البكري (١/ ١٩٠).

(١) قال الشافعي في «الأم» ما نصه: «من ترك التشهد الأول والصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول ساهيًا: فلا إعادة عليه، وعليه سجدتا السهو؛ لتركه. وإنما فَرَّقْت بين التشهدين: لأن النبي ﷺ قام في الثانية فلم يجلس، فسجد للسهو. ولم يختلف أحد علمته: أن التشهد الآخر الذي يخرج به من الصلاة مخالف للتشهد الأول: في أن ليس لأحد قيام منه إلا الجلوس». انتهى. انظر: «الأم» (١/ ١٤٠).

(٢) قال الغزالي في «الوسيط» ما نصه: «وإنما يتعلق السجود من جملة السنن بما يؤدي تركه إلى تغيير شعار ظاهر خاص بالصلاة، وهي أربعة: التشهد الأول، والجلوس فيه، والقنوت في صلاة الصبح، والصلاة على رسول الله ﷺ في التشهد الأول، وعلى الآل في التشهد الثاني إن رأيناهما سُنَّتين. انظر: «الوسيط» (١/ ٢٥٩).

فَيَسْجُدُ لِسَهْوِهِ فَالِاعْتِدَالُ قَصِيرٌ(١) وَكَذَا الْجُلُوسُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ فِي الْأَصَحِّ(٢)، وَلَوْ نَقَلَ رُكْنًا قَوْلِيًّا كَفَاتِحَةٍ فِي رُكُوعٍ أَوْ تَشَهُّدٍ لَمْ تَبْطُلْ بِعَمْدِهِ فِي الْأَصَحِّ وَيَسْجُدُ لِسَهْوِهِ فِي الْأَصَحِّ(٣)، وَعَلَى هَذَا تُسْتَثْنَى هَذِهِ الصُّورَةُ مِنْ قَوْلِنَا: مَا لَا يَبْطُلُ عَمْدُهُ لَا سُجُودَ لِسَهْوِهِ(٤).

---

(١) **(فَالِاعْتِدَالُ قَصِيرٌ)** لِأَنَّهُ لِلْفَصْلِ بَيْنَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ جَوَازَ تَطْوِيلِ كُلِّ اعْتِدَالٍ بِذِكْرٍ غَيْرِ رُكْنٍ.
وَقَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: إِنَّهُ الصَّحِيحُ مَذْهَبًا وَدَلِيلًا وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ وَنَقَلَهُ عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ تَطْوِيلِهِ بِرُكْنٍ كَالْفَاتِحَةِ وَالتَّشَهُّدِ. [مغني المحتاج ٣/ ٦٦].

(٢) جاء في «نهاية المطلب» لإمام الحرمين ما نصه: «والقعود بين السجدتين مختلف فيه، فالذي ذهب إليه الجمهور، وهو اختيار ابن سريج: «أنه من الأركان الطويلة، بخلاف القيام عن الركوع». انتهى. انظر «نهاية المطلب» (٢/ ٢٦٧).

(٣) قال إمام الحرمين في «نهاية المطلب» ما نصه: «الركوع لا يعهد في الصلاة إلا ركنًا، فلا جرم نقول: من زاد ركوعًا قصدًا بطلت صلاته، وكذلك القيام لا يكون إلا ركنًا، فلو زاد قيامًا قصدًا بطلت صلاته. فأمَّا الجلوس؛ ففي الصلاة جلوس مشروع وهو: الجلوس للتشهد، وجلسة الاستراحة بين السجدتين، فلو جلس المصلي لما انتهى إلى السجود من القيام جلسة خفيفة، وسجد منها لم تبطل صلاته، فإنه ليس آتيًا بما لا يعهد إلا ركنًا، وهو في نفسه ليس في حد الفعل الكثير أيضًا، ولكن لو طال الجلوس أو ابتدأ التشهد فقد أتى بما يغير نظم الصلاة تغييرًا ظاهرًا، فنأمره بسجود السهو. انتهى. انظر: «نهاية المطلب» (٢/ ٢٧٢).

(٤) قَالَ **الْإِمَامُ**: وَلِأَنَّ تَطْوِيلَهُ يُخِلُّ بِالْمُوَالَاةِ **(فَيَسْجُدُ لِسَهْوِهِ)** قَطْعًا، وَالثَّانِي لَا يُبْطِلُ عَمْدُهُ لِمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: «كَانَ رَسُولُ الله ﷺ إِذَا-

وَلَوْ نَسِيَ التَّشَهُّدَ الْأَوَّلَ فَذَكَرَهُ بَعْدَ انْتِصَابِهِ لَمْ يَعُدْ لَهُ، فَإِنْ عَادَ عَالِمًا بِتَحْرِيمِهِ بَطَلَتْ، أَوْ نَاسِيًا فَلَا وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ، أَوْ جَاهِلًا فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْمَأْمُومِ الْعَوْدُ لِمُتَابَعَةِ إِمَامِهِ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ وُجُوبُهُ، والله أَعْلَمُ(١).

قَالَ سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ قَامَ حَتَّى يَقُولَ الْقَائِلُ قَدْ نَسِيَ» وَعَلَى هَذَا فَفِي سُجُودِ السَّهْوِ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا نَعَمْ (**فَالِاعْتِدَالُ قَصِيرٌ**) لِأَنَّهُ لِلْفَصْلِ بَيْنَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ جَوَازَ تَطْوِيلِ كُلِّ اعْتِدَالٍ بِذِكْرٍ غَيْرِ رُكْنٍ.

وَقَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: إِنَّهُ الصَّحِيحُ مَذْهَبًا وَدَلِيلًا وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ وَنَقَلَهُ عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ تَطْوِيلِهِ بِرُكْنٍ كَالْفَاتِحَةِ وَالتَّشَهُّدِ.

أَمَّا تَطْوِيلُهُ بِمَشْرُوعٍ كَقُنُوتٍ فِي مَوْضِعِهِ أَوْ تَسْبِيحٍ فِي صَلَاةِ التَّسْبِيحِ الْآتِي بَيَانُهَا فِي صَلَاةِ النَّفْلِ فَلَا يُبْطِلُ الصَّلَاةَ لِوُرُودِهِ (**وَكَذَا الْجُلُوسُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ**) رُكْنٌ قَصِيرٌ (**فِي الْأَصَحِّ**) لِأَنَّهُ لِلْفَصْلِ بَيْنَهُمَا فَهُوَ كَالِاعْتِدَالِ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الذِّكْرَ الْمَشْرُوعَ فِيهِ أَقْصَرُ مِن الْمَشْرُوعِ فِي الِاعْتِدَالِ، وَالثَّانِي أَنَّهُ طَوِيلٌ؛ لِأَنَّ فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ مَا يَقْتَضِي إِطَالَتَهُ بِالذِّكْرِ. [مغني المحتاج ٣/ ٦٦].

(١) قال القاضي حسين: إذا ترك التشهد الأول، وقام إلى الثالثة، ثم ذكر أنه تركه إن كان قد اعتدل قائمًا، لم يجز له أن يعود إلى الجلوس والتشهد؛ لأن القيام فرض، والتشهد الأول سُنة، ولا يجوز قطع الفرض بسبب السنة، فإن عاد بطلت صلاته إن كان عالمًا بالعود بأنه يجوز، وإن كان جاهلًا به، فالمذهب أن صلاته لا تبطل؛ لأن هذا مما يخفى على العوام، ومما يبتلون به.

وقال أحمد: عليه العود، وإنما بناه على أصله؛ لأن التشهد الأول فرض عليه عنده.

فأمّا المأموم، فإنه يتابع الإمام إذا عاد إلى التشهد، بل يخرج نفسه عن صلاته، أو يقوم حتى يعود الإمام إلى القيام، ويقدر كأنه جلس ناسيًا أو جاهلًا، في وجه.

وَلَوْ تَذَكَّرَ قَبْلَ انْتِصَابِهِ عَادَ لِلتَّشَهُّدِ، وَيَسْجُدُ إنْ كَانَ صَارَ إلَى الْقِيَامِ أَقْرَبَ، وَلَوْ نَهَضَ عَمْدًا فَعَادَ بَطَلَتْ إنْ كَانَ إلَى الْقِيَامِ أَقْرَبَ[١] وَلَوْ نَسِيَ قُنُوتًا فَذَكَرَهُ فِي سُجُودِهِ

فأمَّا إذا ذكر قبل الاعتدال قائمًا، نظر، فإن كان أقرب إلى الجلوس بأن لم ينتصب ساقاه عاد، وتشهد، ولا يلزمه سجود السهو؛ لأن هذا القدر لو زاده عمدًا في الصلاة لم تبطل صلاته، وإن انتصب ساقاه، وبلغ هيئة الراكعين عاد أيضًا، وسجد للسهو؛ لأنه لو زاد هذا القدر في الصلاة عمدًا، بطلت صلاته، ولو ارتفع عن هيئة الراكعين، وكان من هيئة الراكعين والقائمين، هل له القعود؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يعود كما لو كان في هيئة الراكعين، فعلى هذا يسجد للسهو.

والثاني: كما لو بلغ هيئة القائمين، فعلى هذا إن عاد حكمه ما قلناه، ولو قام في الصلاة هكذا منحنيًا ظهره، بحيث يكون بين هيئة الراكعين والقائمين، هل يجوز؟

يحتمل وجهين، ولو ترك القنوت ساهيًا، حتى ألصق الجبهة بالأرض لا يعود، وإن عاد وهو عالم بطلت صلاته، وإن كان جاهلًا لم تبطل، ولو بلغ هيئة الراكعين عاد إلى القنوت، وسجد للسهو، وإن كان أقرب إلى الأرض منه إلى هيئة الراكعين، غير أنه لم يلصق الجبهة بها في العَود، يمكن أن يخرج هذا على الوجهين، والصحيح أنه يعود. انظر: «التعليقة» (٢/ ٨٨٤، ٨٨٥)، والمغني لابن قدامة (٢/ ٤١٩، ٤٢٠).

[١] **(وَلَوْ نَهَضَ عَمْدًا)** أَيْ قَصَدَ تَرْكَ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ **(فَعَادَ)** لَهُ عَمْدًا **(بَطَلَتْ)** صَلَاتُهُ **(إنْ كَانَ)** فِيهَا **(إلَى الْقِيَامِ أَقْرَبُ)** مِن الْقُعُودِ؛ لِأَنَّهُ زَادَ فِي صَلَاتِهِ عَمْدًا مَا لَوْ وَقَعَ مِنْهُ سَهْوًا جَبَرَهُ بِالسُّجُودِ فَكَانَ مُبْطِلًا، وَهَذَا التَّفْصِيلُ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** جَارٍ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ أَيْضًا كَمَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْمُهَذَّبِ وَإِنْ لَمْ يُقَيِّدْ فِي الْمُحَرَّرِ الْبُطْلَانَ بِكَوْنِهِ إلَى الْقِيَامِ أَقْرَبَ، بَلْ أَطْلَقَ الْبُطْلَانَ.

لَمْ يَعُدْ لَهُ، أَوْ قَبْلَهُ عَادَ، وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ إِنْ بَلَغَ حَدَّ الرَّاكِعِ.

وَلَوْ شَكَّ فِي تَرْكِ بَعْضٍ سَجَدَ، أَوْ فِي ارْتِكَابِ مَنْهِيٍّ فَلَا، وَلَوْ سَهَا وَشَكَّ هَلْ سَجَدَ فَلْيَسْجُدْ⁽¹⁾.

وَلَوْ شَكَّ أَصَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا أَتَى بِرَكْعَةٍ وَسَجَدَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَسْجُدُ وَإِنْ زَالَ شَكُّهُ قَبْلَ سَلَامِهِ، وَكَذَا حُكْمُ مَا يُصَلِّيهِ مُتَرَدِّدًا وَاحْتَمَلَ كَوْنَهُ زَائِدًا، وَلَا يَسْجُدُ لِمَا يَجِبُ بِكُلِّ حَالٍ إِذَا زَالَ شَكُّهُ، مِثَالُهُ شَكَّ فِي الثَّالِثَةِ أَثَالِثَةٌ هِيَ أَمْ رَابِعَةٌ فَتَذَكَّرَ فِيهَا لَمْ

تَنْبِيهٌ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ عَمْدًا قَسِيمٌ لِقَوْلِهِ أَوَّلًا، وَلَوْ نَسِيَ التَّشَهُّدَ الْأَوَّلَ. [مغني المحتاج ٣/ ٧٣].

(١) قال النووي في «المجموع»: «إذا ترك المصلى سنة وتلبس بغيرها لم يعد إليها، سواء تلبس بفرض أم بسنة أخرى.
فمثال التلبس بفرض: أن يترك دعاء الاستفتاح أو التعوذ أو كليهما حتى يشرع في القراءة، أو يترك تسبيح الركوع أو السجود حتى يتلبس بالركن الذي بعدهما، أو يترك التشهد الأول حتى ينتصب قائمًا، أو القنوت حتى يسجد، أو جلسة الاستراحة حتى ينتصب قائمًا، ونحو ذلك.
ومثال التلبس بسنة أخرى: أن يترك دعاء الاستفتاح حتى يشرع في التعوذ، ودليل الجميع حديث المغيرة؛ أعني: الرواية الثانية الصحيحة».
وذكر الشيخ أبو حامد في «تعليقه»: «أنه إذا ترك دعاء الاستفتاح وتعوذ عاد إليه من التعوذ، والمشهور في المذهب أنه لا يعود كما جزم به المصنف وسواء كان الترك عمدًا أم سهوًا، فلو خالف وعاد من التعوذ إلى الاستفتاح لم تبطل صلاته، وإن عاد من الاعتدال إلى الركوع لتسبيح الركوع، أو من القيام أو التعوذ إلى السجود لتسبيح السجود، أو من القيام إلى الجلوس للتشهد الأول، أو من السجود إلى الاعتدال للقنوت بطلت صلاته إن كان عامدًا عالمًا بتحريمه، فإن كان ناسيًا أو جاهلًا لم تبطل ويسجد للسهو».
انتهى. «المجموع»: (٤/ ١٢٢).

يَسْجُدْ، أَوْ فِي الرَّابِعَةِ سَجَدَ.

وَلَوْ شَكَّ بَعْدَ السَّلَامِ فِي تَرْكِ فَرْضٍ لَمْ يُؤَثِّرْ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَسَهْوُهُ حَالَ قُدْوَتِهِ يَحْمِلُهُ إِمَامُهُ(١).

فَلَوْ ظَنَّ سَلَامَهُ فَسَلَّمَ فَبَانَ خِلَافُهُ سَلَّمَ مَعَهُ وَلَا سُجُودَ، وَلَوْ ذَكَرَ فِي تَشَهُّدِهِ تَرْكَ رُكْنٍ غَيْرَ النِّيَّةِ وَالتَّكْبِيرَةِ قَامَ بَعْدَ سَلَامِ إِمَامِهِ إِلَى رَكْعَتِهِ وَلَا يَسْجُدُ، وَسَهْوُهُ بَعْدَ سَلَامِهِ لَا يَحْمِلُهُ.

فَلَوْ سَلَّمَ الْمَسْبُوقُ بِسَلَامِ إِمَامِهِ بَنَى وَسَجَدَ، وَيَلْحَقُهُ سَهْوَ إِمَامِهِ، فَإِنْ سَجَدَ لَزِمَهُ مُتَابَعَتُهُ، وَإِلَّا فَيَسْجُدُ عَلَى النَّصِّ.

وَلَوِ اقْتَدَى مَسْبُوقٌ بِمَنْ سَهَا بَعْدَ اقْتِدَائِهِ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَسْجُدُ مَعَهُ، ثُمَّ فِي آخِرِ صَلَاتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْجُد الْإِمَامُ سَجَدَ آخِرَ صَلَاةِ نَفْسِهِ عَلَى النَّصِّ(٢).

---

(١) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهَذَا التَّعْلِيلُ يُشْعِرُ بِأَنَّهُ إِذَا سَلَّمَ مَعَهُ لَا يَسْجُدُ؛ لِأَنَّ سَهْوَهُ حَالَ قُدْوَتِهِ لَا بَعْدَ انْقِطَاعِهَا وَهُوَ أَحَدُ احْتِمَالَيْنِ لِابْنِ الْأُسْتَاذِ، وَالثَّانِي أَنَّهُ يَسْجُدُ لِانْقِطَاعِ قُدْوَتِهِ بِشُرُوعِهِ قَالَ شَيْخُنَا وَهُوَ الْأَوْجَهُ إِذْ الْقُدْوَةُ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَنْقَطِعُ حَقِيقَتُهَا إِلَّا بِتَمَامِ السَّلَامِ، لَكِنَّهَا ضَعُفَتْ بِالشُّرُوعِ. [أسنى المطالب ٣/ ١٤٨].

(٢) قال شيخ الإسلام: وَسَهْوُ الْمَأْمُوم حَالَ قُدْوَتِهِ الْحِسِّيَّةِ كَأَنْ سَهَا عَنِ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ أو الْحُكْمِيَّةِ كَأَنْ سَهَت الْفِرْقَةُ الثَّانِيَةُ فِي ثَانِيَتِهَا مِنْ صَلَاةِ ذَاتِ الرِّقَاعِ يَحْمِلُهُ إِمَامُهُ كَمَا يَتَحَمَّلُ عَنْهُ الْجَهْرَ وَالسُّورَةَ وَغَيْرَهُمَا كَالْقُنُوتِ، وَخَرَجَ بِحَالِ الْقُدْوَةِ سَهْوُهُ قَبْلَهَا كَمَا لَوْ سَهَا وَهُوَ مُنْفَرِدٌ ثُمَّ اقْتَدَى بِهِ فَلَا يَتَحَمَّلُهُ وَإِن اقْتَضَى كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ فِي بَابِ صَلَاةِ الْخَوْفِ تَرْجِيحَ تَحَمُّلِهِ لِعَدَمِ اقْتِدَائِهِ بِهِ حَالَ سَهْوِهِ وَسَهْوُهُ بَعْدَهَا، كَمَا لَوْ سَهَا بَعْدَ سَلَام إِمَامِهِ سَوَاءٌ أَكَانَ مَسْبُوقًا أَمْ مُوَافِقًا لِانْتِهَاءِ الْقُدْوَةِ، فَلَوْ سَلَّمَ الْمَسْبُوقُ بِسَلَام إِمَامِهِ فَذَكَرَهُ حَالًا بَنَى عَلَى صَلَاتِهِ وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ لِأَنَّ سَهْوَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقُدْوَةِ، وَيُؤْخَذُ مِن الْعِلَّةِ-

وَسُجُودُ السَّهْوِ وَإِنْ كَثُرَ سَجْدَتَانِ كَسُجُودِ الصَّلَاةِ، وَالْجَدِيدُ أَنَّ مَحَلَّهُ بَيْنَ تَشَهُّدِهِ وَسَلَامِهِ(١).

= أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ مَعَهُ لَمْ يَسْجُدْ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا قَالَهُ **الْأَذْرَعِيُّ**. وَيَلْحَقُ الْمَأْمُومَ سَهْوُ إِمَامِهِ غَيْرِ الْمُحْدِثِ وَإِنْ أَحْدَثَ الْإِمَامُ بَعْدَ ذَلِكَ لِتَطَرُّقِ الْخَلَلِ لِصَلَاتِهِ مِنْ صَلَاةِ إِمَامِهِ وَلِتَحَمُّلِ الْإِمَامِ عَنْهُ السَّهْوَ، أَمَّا إِذَا بَانَ إِمَامُهُ مُحْدِثًا فَلَا يَلْحَقُهُ سَهْوُهُ وَلَا يَتَحَمَّلُ هُوَ عَنْهُ إِذْ لَا قُدْوَةَ حَقِيقَةً حَالَ السَّهْوِ فَإِنْ سَجَدَ إِمَامُهُ لِلسَّهْوِ لَزِمَهُ مُتَابَعَتُهُ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ أَنَّهُ سَهَا حَمْلًا عَلَى أَنَّهُ سَهَا، فَلَوْ تَرَكَ الْمَأْمُومُ الْمُتَابَعَةَ عَمْدًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ لِمُخَالَفَتِهِ حَالَ الْقُدْوَةِ، فَإِنْ لَمْ يَسْجُدْ الْإِمَامُ كَأَنْ تَرَكَهُ عَمْدًا أَوْ سَهْوًا سَجَدَ الْمَأْمُومُ بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ جَبْرًا لِلْخَلَلِ، وَلَوِ اقْتَدَى مَسْبُوقٌ بِمَنْ سَهَا بَعْدَ اقْتِدَائِهِ أَوْ قَبْلَهُ سَجَدَ مَعَهُ ثُمَّ يَسْجُدُ أَيْضًا فِي آخِرِ صَلَاتِهِ لِأَنَّهُ مَحَلُّ السَّهْوِ الَّذِي لَحِقَهُ، فَإِنْ لَمْ يَسْجُدْ الْإِمَامُ سَجَدَ الْمَسْبُوقُ آخِرَ صَلَاةِ نَفْسِهِ لِمَا مَرَّ. [حاشية البيجرمي ٥/ ٢١].

(١) قوله: **(كَسُجُودِ الصَّلَاةِ)** فِي وَاجِبَاتِهِ وَمَنْدُوبَاتِهِ كَوَضْعِ الْجَبْهَةِ وَالطُّمَأْنِينَةِ وَالتَّحَامُلِ وَالتَّنْكِيسِ وَالِافْتِرَاشِ فِي الْجُلُوسِ بَيْنَهُمَا وَالتَّوَرُّكِ بَعْدَهُمَا، وَيَأْتِي بِذِكْرِ سُجُودِ الصَّلَاةِ فِيهِمَا. وَحَكَى بَعْضُهُمْ أَنَّهُ يُنْدَبُ أَنْ يَقُولَ فِيهِمَا: سُبْحَانَ مَنْ لَا يَنَامُ وَلَا يَسْهُو. قَالَا: وَهُوَ لَائِقٌ بِالْحَالِ. قَالَ **الزَّرْكَشِيُّ**: إِنَّمَا يُتِمُّ إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ مَا يَقْتَضِي السُّجُودَ، فَإِنْ تَعَمَّدَهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَائِقًا، بَلْ اللَّائِقُ الِاسْتِغْفَارُ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** وَسَكَتُوا عَنِ الذِّكْرِ بَيْنَهُمَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَالذِّكْرِ بَيْنَ سَجْدَتَيْ صُلْبِ الصَّلَاةِ، فَإِنْ سَجَدَ وَلَمْ يَأْتِ بِالشُّرُوطِ.

قَالَ **الْإِسْنَوِيُّ**: أُحْتُمِلَ بُطْلَانُ الصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ زَادَ فِيهَا فِعْلًا لَا يُعْتَدُّ بِهِ، وَالْمُتَّجَهُ الصِّحَّةُ، وَيَكُونُ ذَلِكَ رُجُوعًا عَنْ إِتْمَامِ النَّفْلِ، انتهى.

وَمَا جُمِعَ بِهِ بَيْنَ كَلَامِ ابْنِ الرِّفْعَةِ وَالْقَفَّالِ يُقَالُ هُنَا أَيْضًا. [مغني المحتاج ٣/ ٩٣].

فَإِنْ سَلَّمَ عَمْدًا فَاتَ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ سَهْوًا وَطَالَ الْفَصْلُ فَاتَ فِي الْجَدِيدِ، وَإِلَّا فَلَا عَلَى النَّصِّ، وَإِذَا سَجَدَ صَارَ عَائِدًا إِلَى الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ سَهَا إِمَامُ الْجُمُعَةِ وَسَجَدُوا فَبَانَ فَوْتُهَا أَتَمُّوا ظُهْرًا وَسَجَدُوا، وَلَوْ ظَنَّ سَهْوًا فَسَجَدَ فَبَانَ عَدَمُهُ سَجَدَ فِي الْأَصَحِّ(١).

باب تُسَنُّ سَجَدَاتُ التِّلَاوَةِ(٢)

وَهُنَّ فِي الْجَدِيدِ أَرْبَعَ عَشْرَةَ: مِنْهَا سَجْدَتَا الْحَجِّ. لَا (ص) بَلْ هِيَ سَجْدَةُ شُكْرٍ تُسْتَحَبُّ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ وَتَحْرُمُ فِيهَا عَلَى الْأَصَحِّ

وَتُسَنُّ لِلْقَارِئِ وَالْمُسْتَمِعِ، وَتَتَأَكَّدُ لَهُ بِسُجُودِ الْقَارِئِ.

قُلْت: وَتُسَنُّ لِلسَّامِعِ، والله أَعْلَمُ.

وَإِنْ قَرَأَ فِي الصَّلَاةِ سَجَدَ الْإِمَامُ وَالْمُنْفَرِدُ لِقِرَاءَتِهِ فَقَطْ، وَالْمَأْمُومُ لِسَجْدَةِ إِمَامِهِ، فَإِنْ سَجَدَ إِمَامُهُ فَتَخَلَّفَ أَو انْعَكَسَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَمَنْ سَجَدَ خَارِجَ الصَّلَاةِ نَوَى، وَكَبَّرَ لِلْإِحْرَامِ رَافِعًا يَدَيْهِ، ثُمَّ لِلْهَوِيِّ بِلَا رَفْعٍ وَسَجَدَ كَسَجْدَةِ الصَّلَاةِ وَرَفَعَ مُكَبِّرًا وَسَلَّمَ، وَتَكْبِيرَةُ الْإِحْرَامِ شَرْطٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذَا السَّلَامُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَتُشْتَرَطُ شُرُوطُ الصَّلَاةِ، وَمَنْ سَجَدَ فِيهَا كَبَّرَ لِلْهَوِيِّ وَلِلرَّفْعِ، وَلَا يَرْفَعُ يَدَيْهِ.

قُلْت: وَلَا يَجْلِسُ لِلِاسْتِرَاحَةِ، والله أَعْلَمُ: وَيَقُولُ سَجَدَ وَجْهِي لِلَّذِي خَلَقَهُ وَصَوَّرَهُ، وَشَقَّ سَمْعَهُ، وَبَصَرَهُ بِحَوْلِهِ وَقُوَّتِهِ.

---

(١) انظر تفصيل هذه المسائل والتفريعات في كتاب «الحاوي الكبير» للماوردي (٢/ ٢٢٨-٢٢٩)، و«المجموع» للنووي (٤/ ٦٦-٦٧).

(٢) (تسن سجدات التلاوة) قال في التوسط ذكر في البحر أنه لو نذر سجود التلاوة في غير الصلاة صح وفيها فأقرب الوجهين عدم الصحة كنذر صوم يوم العيد.
قال **الْأَذْرَعِيُّ**: ولم يتضح التشبيه انتهى أي لحرمة الصوم دون السجود إلا أن يحمل على أن مراده سجدة الشكر بدليل التشبيه انتهى شرح العباب. ولعل هذا الحمل متعين وإن كان بعيدًا. [حواشي الشرواني ٢/ ٢٠٤].

وَلَوْ كَرَّرَ آيَةً فِي مَجْلِسَيْنِ سَجَدَ لِكُلٍّ وَكَذَا الْمَجْلِسُ فِي الْأَصَحِّ، وَرَكْعَةٌ كَمَجْلِسٍ، وَرَكْعَتَانِ كَمَجْلِسَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَسْجُدْ وَطَالَ الْفَصْلُ لَمْ يَسْجُدْ.

وَسَجْدَةُ الشُّكْرِ لَا تَدْخُلُ الصَّلَاةَ، وَتُسَنُّ لِهُجُومِ نِعْمَةٍ، أَو انْدِفَاعِ نِقْمَةٍ، أَوْ رُؤْيَةِ مُبْتَلًى، أَوْ عَاصٍ. وَيُظْهِرُهَا لِلْعَاصِي لَا لِلْمُبْتَلَى.

وَهِيَ كَسَجْدَةِ التِّلَاوَةِ. وَالْأَصَحُّ جَوَازُهُمَا عَلَى الرَّاحِلَةِ لِلْمُسَافِرِ. فَإِنْ سَجَدَ لِتِلَاوَةِ صَلَاةٍ جَازَ عَلَيْهَا قَطْعًا(١).

بابُ صَلاةِ النَّفْلِ

قِسْمَانِ: قِسْمٌ لَا يُسَنُّ جَمَاعَةً، فَمِنْهُ الرَّوَاتِبُ مَعَ الْفَرَائِضِ وَهِيَ: رَكْعَتَانِ قَبْلَ الصُّبْحِ، وَرَكْعَتَانِ قَبْلَ الظُّهْرِ، وَكَذَا بَعْدَهَا وَبَعْدَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ. وَقِيلَ لَا رَاتِبَ لِلْعِشَاءِ. وَقِيلَ أَرْبَعٌ قَبْلَ الظُّهْرِ، وَقِيلَ وَأَرْبَعٌ بَعْدَهَا. وَقِيلَ وَأَرْبَعٌ قَبْلَ الْعَصْرِ، وَالْجَمِيعُ سُنَّةٌ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الرَّاتِبِ الْمُؤَكَّدِ. وَرَكْعَتَانِ خَفِيفَتَانِ قَبْلَ الْمَغْرِبِ .

قُلْت: هُمَا سُنَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، فَفِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ الْأَمْرُ بِهِمَا وَبَعْدَ الْجُمُعَةِ أَرْبَعٌ. وَقَبْلَهَا مَا قَبْلَ الظُّهْرِ. والله أَعْلَمُ.

وَمِنْهُ الْوِتْرُ، وَأَقَلُّهُ رَكْعَةٌ، وَأَكْثَرُهُ إِحْدَى عَشْرَةَ. وَقِيلَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ. وَلِمَنْ زَادَ عَلَى رَكْعَةٍ الْفَصْلُ وَهُوَ أَفْضَلُ وَالْوَصْلُ بِتَشَهُّدٍ أَوْ تَشَهُّدَيْنِ فِي الْآخِرَتَيْنِ. وَوَقْتُهُ بَيْنَ صَلَاةِ الْعِشَاءِ، وَطُلُوعِ الْفَجْرِ. وَقِيلَ شَرْطُ الْإِيتَارِ بِرَكْعَةٍ سَبْقُ نَفْلٍ بَعْدَ الْعِشَاءِ، وَيُسَنُّ جَعْلُهُ آخِرَ صَلَاةِ اللَّيْلِ. فَإِنْ أَوْتَرَ ثُمَّ تَهَجَّدَ لَمْ يُعِدْهُ. وَقِيلَ يَشْفَعُهُ(٢) بِرَكْعَةٍ ثُمَّ يُعِيدُهُ.

وَيُنْدَبُ الْقُنُوتُ آخِرَ وِتْرِهِ فِي النِّصْفِ الثَّانِي مِنْ رَمَضَانَ، وَقِيلَ: كُلَّ السَّنَةِ، وَهُوَ

---

(١) قال الرملي: وَعِبَارَةُ الْأَذْرَعِيِّ أَصْلُ مَشْرُوعِيَّتِهَا ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ. [نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٤].

(٢) الشَّفْعُ: خلاف الوَتْر، وهو الزوج. تقول: كان وَتْرًا فشفعته شفعًا. وشَفَعَ الوَتْر من العدد شفعًا: صيَّره زوجًا. والشفع أيضًا: الضم، ومنه: الشفع في الصلاة، وهي: ضم ركعة إلى أخرى. انظر لسان العرب (٨/ ١٨٣)، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢/ ٣٤٠).

كَقُنُوتِ الصُّبْحِ، وَيَقُولُ قَبْلَهُ: اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَعِينُك وَنَسْتَغْفِرُك إِلَى آخِرِهِ.

قُلْت: الْأَصَحُّ بَعْدَهُ. وَأَنَّ الْجَمَاعَةَ تُنْدَبُ فِي الْوِتْرِ عَقِبَ التَّرَاوِيحِ جَمَاعَةً، والله أَعْلَمُ(١).

وَتَحِيَّةُ الْمَسْجِدِ رَكْعَتَانِ. وَتَحْصُلُ بِفَرْضٍ أَوْ نَفْلٍ آخَرَ لَا بِرَكْعَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ(٢).

---

(١) قَوْلِهِ: وَأَنَّ الْجَمَاعَةَ تُنْدَبُ فِي الْوِتْرِ عَقِبَ التَّرَاوِيحِ جَمَاعَةً وَتَقَدَّمَ فِي صِفَةِ الصَّلَاةِ أَنَّهُ يُسَنُّ فِيهِ الْقُنُوتُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي مِنْ رَمَضَانَ (**وَكَالضُّحَى، وَأَقَلُّهَا رَكْعَتَانِ**)، وَأَدْنَى الْكَمَالِ أَرْبَعٌ، وَأَفْضَلُ مِنْهُ سِتٌّ (**وَأَكْثَرُهَا**) عَدَدًا (**اثْنَتَا عَشْرَةَ، وَأَفْضَلُهَا**) نَقْلًا، وَدَلِيلًا (**ثَمَانٍ**)، وَيُسَلِّمُ مِنْ كُلِّ رَكْعَتَيْنِ نَدْبًا كَمَا قَالَهُ الْقَمُولِيُّ رَوَى الشَّيْخَانِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: أَوْصَانِي خَلِيلِي ﷺ بِثَلَاثٍ: صِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّام مِنْ كُلِّ شَهْرٍ، وَرَكْعَتَي الضُّحَى، وَأَنْ أُوتِرَ قَبْلَ أَنْ أَنَامَ. وَرَوَى مُسْلِمٌ «أَنَّهُ ﷺ كَانَ يُصَلِّي الضُّحَى أَرْبَعًا، وَيَزِيدُ مَا شَاءَ» وَرَوَى أَبُو دَاوُد بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيِّ «أَنَّهُ ﷺ صَلَّى سُبْحَةَ الضُّحَى أَيْ: صَلَاتَهُ ثَمَانِ رَكَعَاتٍ يُسَلِّمُ مِنْ كُلِّ رَكْعَتَيْنِ».

وَفِي الصَّحِيحَيْنِ قَرِيبٌ مِنْهُ، وَرَوَى الْبَيْهَقِيُّ بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ عَنْ أَبِي ذَرٍّ «أَنَّهُ ﷺ قَالَ: إنْ صَلَّيْت الضُّحَى عَشْرًا لَمْ يُكْتَبْ عَلَيْك ذَلِكَ الْيَوْمَ ذَنْبٌ، وَإِنْ صَلَّيْت ثِنْتَيْ عَشْرَةَ رَكْعَةً بَنَى الله لَكَ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ».

وَوَقْتُهَا فِيمَا جَزَمَ بِهِ الرَّافِعِيُّ مِن ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ إلَى الِاسْتِوَاءِ، وَفِي الْمَجْمُوعِ، وَالتَّحْقِيقِ إلَى الزَّوَالِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالِاسْتِوَاءِ فِيمَا يَظْهَرُ، وَنُقِلَ فِي الرَّوْضَةِ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّ وَقْتَهَا مِن الطُّلُوعِ، وَيُسَنُّ تَأْخِيرُهُ إلَى الِارْتِفَاعِ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: فِيهِ نَظَرٌ، وَالْمَعْرُوفُ فِي كَلَامِهِمْ الْأَوَّلُ، وَوَقْتُهَا الْمُخْتَارُ إذَا مَضَى رُبُعُ النَّهَارِ، كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي التَّحْقِيقِ، وَقَوْلِي، وَأَفْضَلُهَا ثَمَانٍ مِنْ زِيَادَتِي، وَهُوَ مَا فِي الرَّوْضَةِ، وَغَيْرِهَا. [حاشية البيجرمي ٣/ ١٥٩].

(٢) (**وَتَحِيَّةُ الْمَسْجِدِ رَكْعَتَانِ لِكُلِّ دُخُولٍ لَهُ وَلَوْ تَقَارَبَ**) مَا بَيْنَ الدُّخُولَيْنِ؛ لِخَبَرِ ـ

قُلْت: وَكَذَا الْجِنَازَةُ. وَسَجْدَةُ التِّلَاوَةِ وَالشُّكْرِ وَتَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الدُّخُولِ عَلَى قُرْبٍ فِي الْأَصَحِّ، والله أعْلَمُ(١).

وَيَدْخُلُ وَقْتُ الرَّوَاتِبِ قَبْلَ الْفَرْضِ بِدُخُولِ وَقْتِ الْفَرْضِ وَبَعْدَهُ بِفِعْلِهِ، وَيَخْرُجُ النَّوْعَانِ بِخُرُوجِ وَقْتِ الْفَرْضِ.

وَلَوْ فَاتَ النَّفْلُ الْمُؤَقَّتُ نُدِبَ قَضَاؤُهُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَقِسْمٌ يُسَنُّ جَمَاعَةً كَالْعِيدِ وَالْكُسُوفِ وَالِاسْتِسْقَاءِ، وَهُوَ أَفْضَلُ مِمَّا لَا يُسَنُّ جَمَاعَةً، لَكِنْ الْأَصَحُّ تَفْضِيلُ الرَّاتِبَةِ عَلَى التَّرَاوِيحِ.

= الصَّحِيحَيْنِ «إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلَا يَجْلِسْ حَتَّى يُصَلِّيَ رَكْعَتَيْنِ» وَمِنْ ثَمَّ يُكْرَهُ لَهُ أَنْ يَجْلِسَ مِنْ غَيْرِ تَحِيَّةٍ بِلَا عُذْرٍ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ كَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي سَنِّهَا بَيْنَ مُرِيدِ الْجُلُوسِ وَغَيْرِهِ، لَكِنْ قَيَّدَهُ الشَّيْخُ نَصْرٌ لِمُرِيدِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ الْخَبَرُ الْمَذْكُورُ وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ التَّقْيِيدَ بِذَلِكَ خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ وَأَنَّ الْأَمْرَ بِذَلِكَ مُعَلَّقٌ عَلَى مُطْلَقِ الدُّخُولِ تَعْظِيمًا لِلْبُقْعَةِ وَإِقَامَةً لِلشَّعَائِرِ كَمَا يُسَنُّ لِدَاخِلِ مَكَّةَ الْإِحْرَامُ سَوَاءٌ أَرَادَ الْإِقَامَةَ بِهَا أَمْ لَا قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى رَكْعَتَيْنِ إِذَا أَتَى بِسَلَامٍ وَاحِدٍ وَتَكُونُ كُلُّهَا تَحِيَّةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الرَّكْعَتَيْنِ وَتَحْصُلُ التَّحِيَّةُ بِفَرِيضَةٍ (وَوِرْدٍ وَسُنَّةٍ)، وَإِنْ لَمْ تُنْوَ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهَا أَنْ لَا يُنْتَهَكَ الْمَسْجِدُ بِلَا صَلَاةٍ بِخِلَافِ غُسْلِ الْجُمُعَةِ، وَالْعِيدِ بِنِيَّةِ الْجَنَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مَقْصُودٌ، نَعَمْ؛ الْأَوْجَهُ أَنْ لَا يَحْصُلَ فَضْلُهَا إِلَّا إِذَا نُوِيَتْ، ثُمَّ رَأَيْت **الْأَذْرَعِيَّ** قَالَ: إِنَّهُ الْقِيَاسُ (لَا بِرَكْعَةٍ) وَسَجْدَةِ تِلَاوَةٍ، أَوْ شُكْرٍ. [أسنى المطالب ٣/ ٢٠٩].

(١) (تُسَنُّ سَجَدَاتُ التِّلَاوَةِ) قَالَ فِي التَّوَسُّطِ ذَكَرَ فِي الْبَحْرِ أَنَّهُ لَوْ نَذَرَ سُجُودَ التِّلَاوَةِ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ صَحَّ وَفِيهَا فَأَقْرَبُ الْوَجْهَيْنِ عَدَمُ الصِّحَّةِ كَنَذْرِ صَوْمِ يَوْمِ الْعِيدِ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** وَلَمْ يَتَّضِحْ التَّشْبِيهُ انْتَهَى أَيْ لِحُرْمَةِ الصَّوْمِ دُونَ السُّجُودِ إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ سَجْدَةُ الشُّكْرِ بِدَلِيلِ التَّشْبِيهِ انْتَهَى «شَرْحُ الْعُبَابِ». [تحفة المحتاج ٧/ ١٦٥].

وَأَنَّ الْجَمَاعَةَ تُسَنُّ فِي التَّرَاوِيحِ، وَلَا حَصْرَ لِلنَّفْلِ الْمُطْلَقِ فَإِنْ أَحْرَمَ بِأَكْثَرَ مِنْ رَكْعَةٍ فَلَهُ التَّشَهُّدُ فِي كُلِّ رَكْعَتَيْنِ وَفِي كُلِّ رَكْعَةٍ. قُلْت: الصَّحِيحُ مَنْعُهُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ والله أَعْلَمُ وَإِذَا نَوَى عَدَدًا فَلَهُ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ بِشَرْطِ تَغْيِيرِ النِّيَّةِ قَبْلَهُمَا وَإِلَّا فَتَبْطُلُ.

فَلَوْ نَوَى رَكْعَتَيْنِ ثُمَّ قَامَ إِلَى ثَالِثَةٍ سَهْوًا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَقْعُدُ ثُمَّ يَقُومُ لِلزِّيَادَةِ إِنْ شَاءَ. قُلْت: نَفْلُ اللَّيْلِ أَفْضَلُ، وَأَوْسَطُهُ أَفْضَلُ، ثُمَّ آخِرُهُ.

وَأَنْ يُسَلِّمَ مِنْ كُلِّ رَكْعَتَيْنِ، وَيُسَنُّ التَّهَجُّدُ، وَيُكْرَهُ قِيَامُ كُلِّ اللَّيْلِ دَائِمًا.

وَتَخْصِيصُ لَيْلَةِ الْجُمُعَةِ بِقِيَامٍ، وَتَرْكُ تَهَجُّدٍ اعْتَادَهُ، والله أَعْلَمُ(١).

---

(١) (وَ) يُكْرَهُ (تَخْصِيصُ لَيْلَةِ الْجُمُعَةِ بِقِيَامٍ) بِصَلَاةٍ لِخَبَرِ مُسْلِمٍ: «لَا تَخُصُّوا لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ مِنْ بَيْنِ اللَّيَالِي» أَمَّا إِحْيَاؤُهَا بِغَيْرِ صَلَاةٍ، فَلَا يُكْرَهُ كَمَا قَالَهُ شَيْخِي خُصُوصًا بِالصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَطْلُوبٌ فِيهَا، وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ وَكَلَامِ الْمُصَنِّفِ يُفْهِمُ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ إِحْيَاؤُهَا مَضْمُومَةً إِلَى مَا قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا وَهُوَ نَظِيرُ مَا ذَكَرُوهُ فِي صَوْمِ يَوْمِهَا وَهُوَ كَذَلِكَ، وَحُمِلَ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ الْإِحْيَاءِ: يُسْتَحَبُّ إِحْيَاؤُهَا، وَظَاهِرُ تَخْصِيصِهِمْ لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ تَخْصِيصُ غَيْرِهَا وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ فِيهِ وَقْفَةٌ. [مغني المحتاج ٣/ ١٧٠].

هِيَ فِي الْفَرَائِضِ غَيْرَ الْجُمُعَةِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَقِيلَ: فَرْضُ كِفَايَةٍ لِلرِّجَالِ(١)، فَتَجِبُ بِحَيْثُ يَظْهَرُ الشِّعَارُ فِي الْقَرْيَةِ، فَإِنِ امْتَنَعُوا كُلُّهُمْ قُوتِلُوا(٢).

وَلَا يَتَأَكَّدُ النَّدْبُ لِلنِّسَاءِ تَأَكُّدَهُ لِلرِّجَالِ فِي الْأَصَحِّ(٣).

قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ أَنَّهَا فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَقِيلَ فَرْضُ عَيْنٍ، والله أَعْلَمُ.

وَ فِي الْمَسْجِدِ لِغَيْرِ الْمَرْأَةِ أَفْضَلُ، وَمَا كَثُرَ جَمْعُهُ أَفْضَلُ إِلَّا لِبِدْعَةِ إِمَامِهِ أَوْ تَعَطُّلِ

---

(١) قال الماوردي في «الحاوي» ما نصه: «وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا: هَلْ هِيَ فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ، أَمْ سُنَّةٌ؟ فَذَهَبَ أَبُو الْعَبَّاسِ بْنُ سُرَيْجٍ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى أَنَّهَا فَرْضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ، وَذَهَبَ أَبُو عَلِيِّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَسَائِرُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَنَّهَا سُنَّةٌ». انتهى. انظر: «الحاوي الكبير» للماوردي (٢/ ٢٩٧)، و«التهذيب» للبغوي (٢/ ٢٤٥)، و«الوسيط» للغزالي (١/ ٢٨١).

(٢) قال الشيخ النووي في «تحرير التنبيه» ما نصه: «(**قوله: وقيل: هي فرضٌ على الكفاية؛ إن اتَّفَقَ أهل بلدٍ على تركها، قُوتلوا**)» هكذا ضبطناه عن نسخة المصنف: (**إن اتَّفَق**) ويقع في أكثر النسخ أو كثير منها: (**فإن اتَّفَقَ**) بالفاء والأول أوضح؛ لأنا إذا قلنا: الجماعة فرضُ كفاية قوتلوا، وإن قلنا: سنة لم يُقَاتَلُوا على الصحيح؛ فإذا حذفت الفاء كان القتال مختصًّا بقولنا: فرض كفاية: وهو المراد» اهـ انظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٨٦، ٨٧).

(٣) ولا يتأكد الندب للنساء تأكده للرجال، فلذلك يكره تركها لهم، لا لهن. والجماعة في مكتوبة - لذكر - بمسجد أفضل، نعم، إن وجدت في بيته فقط فهو أفضل، وكذا لو كانت فيه أكثر منها في المسجد - على ما اعتمده **الْأَذْرَعِيُّ** وغيره. [فتح المعين ٢/ ٨].

مَسْجِدٍ قَرِيبٍ لِغَيْبَتِهِ(١).

وَإِدْرَاكُ تَكْبِيرَةِ الْإِحْرَامِ فَضِيلَةٌ وَإِنَّمَا تَحْصُلُ بِالِاشْتِغَالِ بِالتَّحَرُّمِ عَقِبَ تَحَرُّمِ إِمَامِهِ، وَقِيلَ بِإِدْرَاكِ بَعْضِ الْقِيَامِ، وَقِيلَ بِأَوَّلِ رُكُوعٍ، وَالصَّحِيحُ إِدْرَاكُ الْجَمَاعَةِ مَا لَمْ يُسَلِّمْ.

وَلْيُخَفِّفْ الْإِمَامُ مَعَ فِعْلِ الْأَبْعَاضِ(٢) وَالْهَيْئَاتِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى بِتَطْوِيلِهِ مَحْصُورُونَ.

---

(١) قَالَ ﷺ «صَلَاةُ الرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ أَزْكَى مِنْ صَلَاتِهِ وَحْدَهُ وَصَلَاتُهُ مَعَ الرَّجُلَيْنِ أَزْكَى مِنْ صَلَاتِهِ مَعَ الرَّجُلِ وَمَا كَانَ أَكْثَرَ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَى الله تَعَالَى» رَوَاهُ أَبُو دَاوُد وَغَيْرُهُ وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ وَغَيْرُهُ، وَقَضِيَّةُ كَلَام الْمَاوَرْدِيِّ أَنَّ قَلِيلَ الْجَمْعِ فِي الْمَسْجِدِ أَفْضَلُ مِنْ كَثِيرِهِ فِي الْبَيْتِ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ نَازَعَ فِي ذَلِكَ **الْأَذْرَعِيُّ** بِالْقَاعِدَةِ الْمَشْهُورَةِ وَهِيَ أَنَّ الْمُحَافَظَةَ عَلَى الْفَضِيلَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْعِبَادَةِ أَوْلَى مِن الْمُحَافَظَةِ عَلَى الْفَضِيلَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِمَكَانِهَا؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْجَمَاعَةِ وُجِدَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ وَامْتَازَتْ هَذِهِ بِالْمَسْجِدِ فَمَحَلُّ الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ مَا لَمْ تُشَارِكْهَا الْأُخْرَى كَأَنْ يُصَلِّيَ فِي الْبَيْتِ جَمَاعَةً وَفِي الْمَسْجِدِ مُنْفَرِدًا. نَعَمْ؛ لَوْ كَانَ إِذَا ذَهَبَ إِلَى الْمَسْجِدِ وَتَرَكَ أَهْلَ بَيْتِهِ لَصَلَّوْا فُرَادَى أَوْ لَتَهَاوَنُوا أَوْ بَعْضُهُمْ فِي الصَّلَاةِ، أَوْ لَوْ صَلَّى فِي بَيْتِهِ لَصَلَّى جَمَاعَةً وَإِذَا صَلَّى فِي الْمَسْجِدِ صَلَّى وَحْدَهُ فَصَلَاتُهُ فِي بَيْتِهِ أَفْضَلُ، وَالصَّلَاةُ فِي الْمَسَاجِدِ الثَّلَاثَةِ وَإِنْ قَلَّتْ الْجَمَاعَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنْهَا فِي غَيْرِهَا وَإِنْ كَثُرَتْ، بَلْ قَالَ الْمُتَوَلِّي: الِانْفِرَادُ فِيهَا أَفْضَلُ مِنْ الْجَمَاعَةِ فِي غَيْرِهَا.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**، وَتُنَازِعُ فِيهِ الْقَاعِدَةُ السَّابِقَةُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ الْقَاعِدَةُ الْمَذْكُورَةُ أَغْلَبِيَّةٌ، وَأَفْتَى الْغَزَالِيُّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ إِذَا صَلَّى مُفْرَدًا خَشَعَ وَلَوْ صَلَّى فِي جَمَاعَةٍ لَمْ يَخْشَعْ فَالِانْفِرَادُ أَفْضَلُ، وَتَبِعَهُ ابْنُ عَبْدِ السَّلَام.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَالْمُخْتَارُ بَلْ الصَّوَابُ خِلَافُ مَا قَالَاهُ. [مغني المحتاج ٣/ ١٨٠].

(٢) «البعض» في اللغة: الجزء، والطائفة. يقال: بعض الشيء. أي: جزؤه.ـ

وَيُكْرَهُ التَّطْوِيلُ لِيَلْحَقَ آخَرُونَ⁽١⁾، وَلَوْ أَحَسَّ فِي الرُّكُوعِ أو التَّشَهُّدِ الْأَخِيرِ

= وبعض كل شيء: طائفة منه. و«الأبعاض» في الصلاة عرفها النووي - رحمه الله - بقوله: «والأبعاض ستة: أحدها: القنوت في الصبح، وفي الوتر في النصف الثاني من شهر رمضان. والثاني: القيام للقنوت. والثالث: التشهد الأول. والرابع: الجلوس له. والخامس: الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول إذا قلنا هي سنة. والسادس: الجلوس للصلاة على النبي ﷺ في التشهدين، إذا قلنا: هي سنة فيهما». انتهى.

ونقل النووي عن الرافعي قوله: «للصلاة مفروضات ومندوبات. فالمفروضات: الأركان والشروط. والمندوب قسمان: مندوبات يشرع سجود السهو لتركها. ومندوبات لا يشرع السجود لها. فالقسم الأول يسمى: أبعاضًا، ومنهم من يسمي الأول: مسنونات، والثاني: هيئات. قال إمام الحرمين: وليس في تسميتها أبعاضًا: توقيف. ولعل معناها: أن الفقهاء قالوا: يتعلق السجود ببعض السنة دون بعض، والتي يتعلق بها السجود أقل مما لا يتعلق به. ولفظ البعض في أقل مسمى الشيء أغلب إطلاقًا، فلهذا سميت أبعاضًا». أهـ. يرجع إلى «القاموس المحيط» ص(٨٢٢). و«المعجم الوسيط» ص(٦٣). و«تهذيب الأسماء واللغات» للنووي، القسم الثاني ص(٣٠)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي (٣/ ٤٩٢).

(١) **(قَوْلُهُ: لِيَلْحَقَ آخَرُونَ)** يَشْمَلُ التَّطْوِيلَ لَا لِيَلْحَقَ آخَرُونَ وَلَا بِقَصْدِ تَكْثِيرِ الْجَمَاعَةِ مَعَ رِضَا الْمَحْصُورِينَ مَعَ عَدَمِ الْكَرَاهَةِ بَلْ وَمَعَ اسْتِحْبَابِهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ الْآتِي إلَّا أَنْ يَرْضَى بِتَطْوِيلِهِ مَحْصُورُونَ مَعَ قَوْلِ الشَّارِحِ فِي شَرْحِهِ فَيُنْدَبُ لَهُ التَّطْوِيلُ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ **(قَوْلُهُ: قِيلَ فَلْتُسْتَثْنَ الْأُولَى مِنْ إطْلَاقِهِمْ)** عِبَارَتُهُ فِي شَرْحِ الْعُبَابِ.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** كَالسُّبْكِيِّ وَتَبِعَهُمَا الزَّرْكَشِيُّ وَفِيمَا أَطْلَقُوهُ فِي الْأُولَى نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُسَنُّ إطَالَةُ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّهُ يُدْرِكُهَا قَاصِدُ الْجَمَاعَةِ وَصَحَّ =

بِدَاخِلٍ لَمْ يُكْرَهْ انْتِظَارُهُ فِي الْأَظْهَرِ إنْ لَمْ يُبَالِغْ فِيهِ وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الدَّاخِلِينَ .

قُلْت: الْمَذْهَبُ اسْتِحْبَابُ انْتِظَارِهِ، والله أعْلَمُ، وَلَا يَنْتَظِرُ فِي غَيْرِهِمَا.

وَيُسَنُّ لِلْمُصَلِّي وَحْدَهُ وَكَذَا جَمَاعَةً فِي الْأَصَحِّ إعَادَتُهَا مَعَ جَمَاعَةٍ يُدْرِكُهَا، وَفَرْضُهُ الْأُولَى فِي الْجَدِيدِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْوِي بِالثَّانِيَةِ الْفَرْضَ.

وَلَا رُخْصَةَ فِي تَرْكِهَا، وَإِنْ قُلْنَا: سُنَّةٌ إلَّا بِعُذْرٍ عَامٍّ كَمَطَرٍ أَوْ رِيحٍ عَاصِفٍ بِاللَّيْلِ، وَكَذَا وَحَلٌ شَدِيدٌ عَلَى الصَّحِيحِ، أَوْ خَاصٍّ كَمَرَضٍ وَحَرٍّ وَبَرْدٍ شَدِيدَيْنِ، وَجُوعٍ وَعَطَشٍ ظَاهِرَيْنِ، وَمُدَافَعَةِ حَدَثٍ(١) وَخَوْفِ ظَالِمٍ عَلَى نَفْسٍ أَوْ مَالٍ، وَمُلَازَمَةِ غَرِيمٍ مُعْسِرٍ، وَعُقُوبَةٍ يُرْجَى تَرْكُهَا، إنْ تَغَيَّبَ أَيَّامًا، وَعُرْيٍ وَتَأَهُّبٍ لِسَفَرٍ مَعَ رُفْقَةٍ تَرْحَلُ، وَأَكْلِ ذِي رِيحٍ كَرِيهٍ، وَحُضُورِ قَرِيبٍ مُحْتَضَرٍ أَوْ مَرِيضٍ بِلَا مُتَعَهِّدٍ، أَوْ يَأْنَسُ بِهِ(٢).

= «أَنَّهُ ﷺ كَانَ يُطِيلُ فِي الْأُولَى مِنْ الظُّهْرِ كَيْ يُدْرِكَهَا النَّاسُ» فَالْمُخْتَارُ دَلِيلًا عَدَمِ الْكَرَاهَةِ. [تحفة المحتاج ٧/ ٤٢١].

(١) قوله: (وَمُدَافَعَةُ حَدَثٍ) مِنْ بَوْلٍ أَوْ غَائِطٍ أَوْ رِيحٍ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ تَفْرِيغِ نَفْسِهِ وَالتَّطَهُّرِ قَبْلَ فَوْتِ الْجَمَاعَةِ لِكَوْنِ الصَّلَاةِ حِينَئِذٍ مَكْرُوهَةً.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ خَبَرُ مُسْلِمٍ «لَا صَلَاةَ بِحَضْرَةِ طَعَامٍ وَلَا هُوَ يُدَافِعُهُ الْأَخْبَثَانِ» وَمَحَلُّ مَا ذَكَرَ فِي هَذِهِ الْمَذْكُورَاتِ عِنْدَ اتِّسَاعِ الْوَقْتِ، فَإِنْ خَشِيَ بِتَخَلُّفِهِ لَمَّا ذَكَرَ فَوْتَ الْوَقْتِ وَلَمْ يَخْشَ مِنْ كَتْمِ حَدَثِهِ وَنَحْوِهِ ضَرَرًا كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ وَهُوَ مُتَّجِهٌ صَلَّى وُجُوبًا مَعَ مُدَافَعَةِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ مُحَافَظَةً عَلَى حُرْمَةِ الْوَقْتِ.

وَالسُّنَّةُ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنْ الْجَمَاعَةِ؛ لِيُفَرِّغَ نَفْسَهُ لِمَا مَرَّ مِنْ كَرَاهَةِ الصَّلَاةِ مَعَ ذَلِكَ، وَإِنْ خَافَ فَوْتَ الْجَمَاعَةِ لَوْ فَرَّغَ نَفْسَهُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ.

وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَوْ حَدَثَ لَهُ الْحَقْنُ فِي صَلَاتِهِ حَرُمَ عَلَيْهِ قَطْعُهَا إنْ كَانَ فَرْضًا إلَّا إنْ اشْتَدَّ الْحَالُ وَخَافَ ضَرَرًا.

(٢) (وَ) خَوْفِ (عُقُوبَةٍ) كَتَعْزِيرٍ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيٍّ وَقَوَدٍ وَحَدِّ قَذْفٍ مِمَّا يَقْبَلُ الْعَفْوَ. (يُرْجَى تَرْكُهَا إنْ تَغَيَّبَ أَيَّامًا) يَسْكُنُ فِيهَا غَيْظُ الْمُسْتَحِقِّ بِخِلَافِ مَا لَا يَقْبَلُهُ =

كَحَدِّ الزِّنَا، وَكَذَا مَا يَقْبَلُ إِذَا لَمْ يُرْجَ التَّرْكُ لَوْ تَغَيَّبَ، وَقَدْ خَرَجَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ يُرْجَى تَرْكُهَا.

وَاسْتَشْكَلَ الْإِمَامُ جَوَازَ التَّغَيُّبِ لِمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ، فَإِنَّ مُوجِبَهُ كَبِيرَةٌ، وَالتَّخْفِيفُ يُنَافِيهِ.

وَأَجَابَ بِأَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَالتَّغَيُّبَ طَرِيقُهُ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالْإِشْكَالُ أَقْوَى.

تَنْبِيهٌ: قَالَ بَعْضُهُمْ: يُسْتَفَادُ مِنْ تَقْيِيدِ الشَّيْخَيْنِ رَجَاءَ الْعَفْوِ بِتَغَيُّبِهِ أَيَّامًا أَنَّ الْقِصَاصَ لَوْ كَانَ لِصَبِيٍّ لَمْ يَجُزِ التَّغَيُّبُ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَتْرُكَ الْجُمُعَةَ سِنِينَ.

وَقَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: قَوْلُهُمَا أَيَّامًا لَمْ أَرَهُ إِلَّا فِي كَلَامِهِمَا، وَالشَّافِعِيُّ وَالْأَصْحَابُ أَطْلَقُوا، وَيَظْهَرُ الضَّبْطُ بِأَنَّهُ مَا دَامَ يَرْجُو الْعَفْوَ يَجُوزُ لَهُ التَّغَيُّبُ، فَإِنْ يَئِسَ أَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ عَدَمُ الْعَفْوِ حَرُمَ التَّغَيُّبُ انتهى.

وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَبِذَلِكَ تَرَكَ ابْنُ الْمُقْرِي هَذَا التَّقْيِيدَ **(وَعُرْيٍ)** وَإِنْ وَجَدَ مَا يَسْتُرُ عَوْرَتَهُ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مَشَقَّةً فِي خُرُوجِهِ بِغَيْرِ لِبَاسٍ يَلِيقُ بِهِ.

كَذَا عَلَّلَهُ فِي الْمَجْمُوعِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ مَنِ اعْتَادَ الْخُرُوجَ مَعَ سَتْرِ الْعَوْرَةِ فَقَطْ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مَعْذُورًا عِنْدَ فَقْدِ الزَّائِدِ عَلَيْهِ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَأَنَّ مَنْ وَجَدَ مَا لَا يَلِيقُ بِهِ كَالْقَبَاءِ لِلْفَقِيهِ كَالْمَعْدُومِ. قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ: وَبِهِ صَرَّحَ بَعْضُهُمْ **(وَتَأَهُّبٍ لِسَفَرٍ)** مُبَاحٍ يُرِيدُهُ **(مَعَ رُفْقَةٍ تَرْحَلُ)** وَيَخَافُ مِنَ التَّخَلُّفِ لِلْجَمَاعَةِ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ أَوْ يَسْتَوْحِشُ فَقَطْ لِلْمَشَقَّةِ فِي التَّخَلُّفِ عَنْهُمْ **(وَأَكْلِ ذِي رِيحٍ كَرِيهٍ)** كَبَصَلٍ أَوْ فُجْلٍ أَوْ ثُومٍ أَوْ كُرَّاثٍ نِيءٍ لِخَبَرِ الصَّحِيحَيْنِ «مَنْ أَكَلَ بَصَلًا أَوْ ثُومًا أَوْ كُرَّاثًا، فَلَا يَقْرَبَنَّ مَسْجِدَنَا وَفِي رِوَايَةٍ الْمَسَاجِدَ، فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ تَتَأَذَّى مِمَّا يَتَأَذَّى مِنْهُ بَنُو آدَمَ» زَادَ الْبُخَارِيُّ.

قَالَ جَابِرٌ: مَا أَرَاهُ إِلَّا نِيئَهُ، وَزَادَ الطَّبَرَانِيُّ أَوْ فُجْلًا.

فَصْلٌ: [في صفات الأئمة]

لَا يَصِحُّ اقْتِدَاؤُهُ بِمَنْ يَعْلَمُ بُطْلَانَ صَلَاتِهِ أَوْ يَعْتَقِدُهُ كَمُجْتَهِدَيْنِ اخْتَلَفَا فِي الْقِبْلَةِ أَوْ إِنَاءَيْنِ، فَإِنْ تَعَدَّدَ الطَّاهِرُ فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ مَا لَمْ يَتَعَيَّنْ إِنَاءُ الْإِمَامِ لِلنَّجَاسَةِ، فَإِنْ ظَنَّ طَهَارَةَ إِنَاءِ غَيْرِهِ اقْتَدَى بِهِ قَطْعًا، فَلَو اشْتَبَهَ خَمْسَةٌ فِيهَا نَجِسٌ عَلَى خَمْسَةٍ فَظَنَّ كُلٌّ طَهَارَةَ إِنَاءٍ فَتَوَضَّأَ بِهِ وَأَمَّ كُلٌّ فِي صَلَاةٍ فَفِي الْأَصَحِّ يُعِيدُونَ الْعِشَاءَ إِلَّا إِمَامَهَا فَيُعِيدُ الْمَغْرِبَ⁽١⁾.

هَذَا إِنْ تَعَسَّرَ زَوَالُ رِيحِهِ بِغَسْلٍ وَمُعَالَجَةٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَعَسَّرْ أَمَّا الْمَطْبُوخُ فَلَا يُعْذَرُ بِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ لِزَوَالِ رِيحِهِ، وَكَأَنَّ الْمُصَنِّفَ اسْتَغْنَى عَنْ التَّصْرِيحِ بِهِ بِقَوْلِهِ كَرِيهٍ وَلَوْ ذَكَرَهُ لَكَانَ أَوْضَحَ وَأَحْسَنَ إِذْ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ رَائِحَةٍ كَرِيهَةٍ لَكِنَّهَا اُغْتُفِرَتْ لِقِلَّتِهَا، وَيُؤْخَذُ مِمَّا ذُكِرَ أَنَّهُ يُعْذَرُ بِالْبَخَرِ وَالصُّنَانِ الْمُسْتَحْكِمِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى قَالَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ. [مغني المحتاج ٣/ ٢٠٣].

(١) قوله: «لا يصح اقتداؤه بمن يعلم بطلان صلاته»كمن علم بكفره أو حدثه أو نجاسة ثوبه لأنه ليس في صلاة فكيف يقتدي به «أو يعتقده» أي بطلانها من حيث الاجتهاد في غير اختلاف المذاهب في الفروع أما الاجتهاد في الفروع فسيأتي.

والمراد بالاعتقاد هنا أن يظنه ظنا غالبا كما يفهم من المثال لا المصطلح عليه عند الأصوليين وهو الجزم المطابق لدليل. «كمجتهدين» اختلفا في القبلة أو «في» إناءين «من الماء طاهر ونجس بأن أدى اجتهاد أحدهما إلى غير ما أدى إليه اجتهاد الآخر في المسألتين وتوضأ كل من إنائه في الثانية فليس لواحد منهما أن يقتدي بالآخر في كل من المسألتين لاعتقاده بطلان صلاته». «فإن تعدد الطاهر» من الآنية كأن كانت الأواني ثلاثة والطاهر منها اثنان والمجتهدون ثلاثة وظن كل منهم طهارة إنائه «فقط فالأصح الصحة» أي صحة اقتداء بعضهم ببعض «ما لم يتعين إناء الإمام للنجاسة» فيصح الاقتداء في مثالنا لكل منهم بواحد فقط لتعين الإناء الثالث للنجاسة في حقه. قال **الْأَذْرَعِيُّ**: وصرح به بعضهم فقال: ليلاً أو نهارًا. [مغني المحتاج ١/ ٢٣٧].

وَلَوْ اقْتَدَى شَافِعِيٌّ بِحَنَفِيٍّ مَسَّ فَرْجَهُ أَوْ افْتَصَدَ فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ فِي الْفَصْدِ دُونَ الْمَسِّ اعْتِبَارًا بِنِيَّةِ الْمُقْتَدِي.

وَلَا تَصِحُّ قُدْوَةٌ بِمُقْتَدٍ.

وَلَا بِمَنْ تَلْزَمُهُ إِعَادَةٌ كَمُقِيمٍ تَيَمَّمَ، وَلَا قَارِئٍ بِأُمِّيٍّ فِي الْجَدِيدِ، وَهُوَ مَنْ يُخِلُّ بِحَرْفٍ أَوْ تَشْدِيدَةٍ مِن الْفَاتِحَةِ، وَمِنْهُ أَرَتُّ يُدْغِمُ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ، وَأَلْثَغُ يُبْدِلُ حَرْفًا بِحَرْفٍ، وَتَصِحُّ بِمِثْلِهِ، وَتُكْرَهُ بِالتَّمْتَامِ وَالْفَأْفَاءِ وَاللَّاحِنِ، فَإِنْ غَيَّرَ مَعْنًى كَأَنْعَمْت بِضَمٍّ أَوْ كَسْرٍ أَبْطَلَ صَلَاةَ مَنْ أَمْكَنَهُ التَّعَلُّمُ فَإِنْ عَجَزَ لِسَانُهُ أَوْ لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ تَعَلُّمِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي الْفَاتِحَةِ فَكَأُمِّيٍّ وَإِلَّا فَتَصِحُّ صَلَاتُهُ وَالْقُدْوَةُ بِهِ.

وَلَا تَصِحُّ قُدْوَةُ رَجُلٍ وَلَا خُنْثَى بِامْرَأَةٍ وَلَا خُنْثَى(١).

وَتَصِحُّ لِلْمُتَوَضِّئِ بِالْمُتَيَمِّمِ، وَبِمَاسِحِ الْخُفِّ، وَلِلْقَائِمِ بِالْقَاعِدِ، وَالْمُضْطَجِعِ.

وَلِلْكَامِلِ بِالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ.

وَالْأَعْمَى وَالْبَصِيرُ سَوَاءٌ عَلَى النَّصِّ.

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ قُدْوَةِ السَّلِيمِ بِالسَّلِسِ، وَالطَّاهِرِ بِالْمُسْتَحَاضَةِ غَيْرِ الْمُتَحَيِّرَةِ.

---

(١) (وَلَا تَصِحُّ قُدْوَةُ) ذَكَرٍ (رَجُلٍ) أَوْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ (وَلَا خُنْثَى بِأُنْثَى) (امْرَأَةٍ) أَوْ صَبِيَّةٍ مُمَيِّزَةٍ (وَلَا خُنْثَى) مُشْكِلٍ، لِأَنَّ الْأُنْثَى نَاقِصَةٌ عَن الرَّجُلِ، وَالْخُنْثَى الْمَأْمُومُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَجُلًا ذَكَرًا وَالْإِمَامُ أُنْثَى. وَقَدْ قَالَ ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً» رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ. وَرَوَى ابْنُ مَاجَهْ «لَا تَؤُمَّنَّ امْرَأَةٌ رَجُلًا» وَيَصِحُّ اقْتِدَاءُ خُنْثَى بَانَتْ أُنُوثَتُهُ بِامْرَأَةٍ وَرَجُلٍ، وَرَجُلٍ بِخُنْثَى بَانَتْ ذُكُورَتُهُ مَعَ الْكَرَاهَةِ قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَمَحَلُّهَا إِذَا كَانَ الظُّهُورُ بِأَمَارَةٍ غَيْرِ قَطْعِيَّةٍ، وَتَصِحُّ قُدْوَةُ الْمَرْأَةِ بِالْمَرْأَةِ وَبِالْخُنْثَى كَمَا تَصِحُّ قُدْوَةُ الرَّجُلِ وَغَيْرِهِ بِالرَّجُلِ؛ فَيَتَلَخَّصُ مِنْ ذَلِكَ تِسْعُ صُوَرٍ خَمْسَةٌ صَحِيحَةٌ، وَهِيَ قُدْوَةُ رَجُلٍ بِرَجُلٍ، خُنْثَى بِرَجُلٍ، امْرَأَةٍ بِرَجُلٍ، امْرَأَةٍ بِخُنْثَى، امْرَأَةٍ بِامْرَأَةٍ. وَأَرْبَعٌ بَاطِلَةٌ، وَهِيَ قُدْوَةُ رَجُلٍ بِخُنْثَى، رَجُلٍ بِامْرَأَةٍ، خُنْثَى بِخُنْثَى، خُنْثَى بِامْرَأَةٍ. [مغني المحتاج ٣/ ٢٢٢].

وَلَوْ بَانَ إِمَامُهُ امْرَأَةً، أَوْ كَافِرًا مُعْلِنًا، قِيلَ: أَوْ مُخْفِيًا وَجَبَتْ الْإِعَادَةُ. لَا جُنُبًا، وَذَا نَجَاسَةٍ خَفِيَّةٍ .

قُلْت الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ هُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ: إنَّ مُخْفِيَ الْكُفْرِ هُنَا كَمُعْلِنِهِ، والله أَعْلَمُ.

وَالْأُمِّيُّ كَالْمَرْأَةِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَو اقْتَدَى بِخُنْثَى فَبَانَ رَجُلًا لَمْ يَسْقُطْ الْقَضَاءُ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْعَدْلُ أَوْلَى مِن الْفَاسِقِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْأَفْقَهَ أَوْلَى مِن الْأَقْرَإِ وَالْأَوْرَعِ، وَيُقَدَّمُ الْأَفْقَهُ وَالْأَقْرَأُ عَلَى الْأَسَنِّ النَّسِيبِ. وَالْجَدِيدُ تَقْدِيمُ الْأَسَنِّ عَلَى النَّسِيبِ.

فَإِنْ اسْتَوَيَا فَبِنَظَافَةِ الثَّوْبِ وَالْبَدَنِ، وَحُسْنِ الصَّوْتِ. وَطِيبِ الصَّنْعَةِ وَنَحْوِهَا.

وَمُسْتَحِقُّ الْمَنْفَعَةِ بِمِلْكٍ أَوْ نَحْوِهِ أَوْلَى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا فَلَهُ التَّقْدِيمُ.

وَيُقَدَّمُ عَلَى عَبْدِهِ السَّاكِنِ لَا مُكَاتَبِهِ فِي مِلْكِهِ. وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمُكْرِي، وَالْمُعِيرِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، وَالْوَالِي فِي مَحَلِّ وِلَايَتِهِ أَوْلَى مِنْ الْأَفْقَهِ وَالْمَالِكِ.

فَصْلٌ: [في شروط الاقتداء]

لَا يَتَقَدَّمُ عَلَى إمَامِهِ فِي الْمَوْقِفِ، فَإِنْ تَقَدَّمَ بَطَلَتْ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا تَضُرُّ مُسَاوَاتُهُ، وَيُنْدَبُ تَخَلُّفُهُ قَلِيلًا، وَالِاعْتِبَارُ بِالْعَقِبِ.

وَيَسْتَدِيرُونَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَوْلَ الْكَعْبَةِ، وَلَا يَضُرُّ كَوْنُهُ أَقْرَبَ إلَى الْكَعْبَةِ فِي غَيْرِ جِهَةِ الْإِمَامِ فِي الْأَصَحِّ، وَكَذَا لَوْ وَقَفَا فِي الْكَعْبَةِ، وَاخْتَلَفَتْ جِهَتَاهُمَا، وَيَقِفُ الذَّكَرُ عَنْ يَمِينِهِ، فَإِنْ حَضَرَ آخَرُ أَحْرَمَ عَنْ يَسَارِهِ، ثُمَّ يَتَقَدَّمُ الْإِمَامُ أَوْ يَتَأَخَّرَانِ، وَهُوَ أَفْضَلُ.

وَلَوْ حَضَرَ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَصَبِيٌّ صَفًّا خَلْفَهُ، وَكَذَا امْرَأَةٌ أَوْ نِسْوَةٌ، وَيَقِفُ خَلْفَهُ الرِّجَالُ ثُمَّ الصِّبْيَانُ ثُمَّ النِّسَاءُ(١).

---

(١) (وَيَقِفُ) إذَا اجْتَمَعَ الرِّجَالُ وَغَيْرُهُمْ (خَلْفَهُ الرِّجَالُ) أَيْ: خَلْفَ الْإِمَامِ۔

وَتَقِفُ إِمَامَتُهُنَّ وَسْطَهُنَّ، وَيُكْرَهُ وُقُوفُ الْمَأْمُومِ فَرْدًا، بَلْ يَدْخُلُ الصَّفَّ إِنْ وَجَدَ سَعَةً، وَإِلَّا فَلْيَجُرَّ شَخْصًا بَعْدَ الْإِحْرَامِ وَلْيُسَاعِدْهُ الْمَجْرُورُ، وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِانْتِقَالَاتِ الْإِمَامِ بِأَنْ يَرَاهُ أَوْ بَعْضَ صَفٍّ أَوْ يَسْمَعَهُ أَوْ مُبَلِّغًا، وَإِذَا جَمَعَهُمَا مَسْجِدٌ صَحَّ الِاقْتِدَاءُ وَإِنْ بَعُدَتِ الْمَسَافَةُ وَحَالَتْ أَبْنِيَةٌ، وَلَوْ كَانَا بِفَضَاءٍ شُرِطَ أَنْ لَا يَزِيدَ مَا بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ تَقْرِيبًا، وَقِيلَ: تَحْدِيدًا(١).

لِفَضْلِهِمْ **(ثُمَّ الصِّبْيَانُ)** لِأَنَّهُمْ مِنْ جِنْسِ الرِّجَالِ ثُمَّ الْخَنَاثَى كَمَا فِي التَّنْبِيهِ لِاحْتِمَالِ ذُكُورَتِهِمْ **(ثُمَّ النِّسَاءُ)** لِتَحَقُّقِ أُنُوثَتِهِمْ. وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ خَبَرُ: «لِيَلِيَنِّي مِنْكُمْ أُولُو الْأَحْلَامِ وَالنُّهَى ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثَلَاثًا» رَوَاهُ مُسْلِمٌ. قَوْلُهُ: لِيَلِيَنِّي بِيَاءٍ مَفْتُوحَةٍ بَعْدَ اللَّامِ وَتَشْدِيدِ النُّونِ وَبِحَذْفِ الْيَاءِ وَتَخْفِيفِ النُّونِ رِوَايَتَانِ، وَأُولُو: أَيْ أَصْحَابُ. وَالْأَحْلَامُ: جَمْعُ حِلْمٍ بِالْكَسْرِ وَهُوَ التَّأَنِّي فِي الْأَمْرِ. وَالنُّهَى: جَمْعُ نُهْيَةٍ بِالضَّمِّ: وَهِيَ الْعَقْلُ، قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ وَغَيْرِهِ. وَفِي شَرْحِ مُسْلِمٍ النُّهَى: الْعُقُولُ، وَأُولُو الْأَحْلَامِ الْعُقَلَاءُ. وَقِيلَ: الْبَالِغُونَ، فَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ يَكُونُ اللَّفْظَانِ بِمَعْنًى، وَلِاخْتِلَافِ اللَّفْظِ عُطِفَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ تَأْكِيدًا، وَعَلَى الثَّانِي مَعْنَاهُ الْبَالِغُونَ الْعُقَلَاءُ، وَمَحَلُّ مَا ذَكَرَ مَا إِذَا حَضَرَ الْجَمِيعُ دُفْعَةً وَاحِدَةً فَلَوْ سَبَقَ الصِّبْيَانُ بِالْحُضُورِ لَمْ يُؤَخَّرُوا لِلرِّجَالِ اللَّاحِقِينَ كَمَا لَوْ سَبَقُوا إِلَى الصَّفِّ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، نَقَلَهُ فِي الْكِفَايَةِ عَنِ الْقَاضِي حُسَيْنٍ وَغَيْرِهِ وَأَقَرَّهُ لِأَنَّهُمْ مِنْ جِنْسِهِمْ بِخِلَافِ الْخَنَاثَى وَالنِّسَاءِ، وَإِنَّمَا تُؤَخَّرُ الصِّبْيَانُ عَنِ الرِّجَالِ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** إِذَا لَمْ يَسَعْهُمْ صَفُّ الرِّجَالِ وَإِلَّا كُمِّلَ بِهِمْ.

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الصِّبْيَانُ أَفْضَلَ مِنَ الرِّجَالِ كَأَنْ كَانُوا فَسَقَةً وَالصِّبْيَانُ صُلَحَاءُ قُدِّمُوا عَلَيْهِمْ. [مغني المحتاج ٣/٢٥٦].

(١) **(وَلْيُسَاعِدْهُ الْمَجْرُورُ)** نَدْبًا لِمُوَافَقَتِهِ لِيَنَالَ فَضْلَ الْمُعَاوَنَةِ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا يَجُرُّ أَحَدًا مِنَ الصَّفِّ إِذَا كَانَ اثْنَيْنِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ أَحَدُهُمَا مُنْفَرِدًا، وَلِهَذَا كَانَ الْجَرُّ فِيمَا ذَكَرَ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، فَإِنْ أَمْكَنَهُ الْخَرْقُ لِيَصْطَفَّ مَعَ الْإِمَامِ أَوْ ـ

كَانَ مَكَانُهُ يَسَعُ أَكْثَرَ مِن اثْنَيْنِ، فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَنْ يَخْرِقَ فِي الْأَوَّلِ وَيَجُرَّهُمَا مَعًا فِي الثَّانِيَةِ.

تَنْبِيهٌ: قَدْ يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَبْلَهُ، وَبِهِ صَرَّحَ ابْنُ الرِّفْعَةِ لِئَلَّا يُخْرِجَهُ عَنِ الصَّفِّ لَا إلَى صَفٍّ، وَنَصَّ فِي الْبُوَيْطِيِّ عَلَى أَنَّهُ يَقِفُ مُنْفَرِدًا وَلَا يَجْذِبُ أَحَدًا.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَهُوَ الْمُخْتَارُ مَذْهَبًا وَدَلِيلًا وَبَسَطَ ذَلِكَ.

الثَّانِي مِنْ شُرُوطِ الِاقْتِدَاءِ أَنَّهُ **(يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ)** أَيْ الْمَأْمُومِ **(بِانْتِقَالَاتِ الْإِمَامِ)** لِيَتَمَكَّنَ مِنْ مُتَابَعَتِهِ **(بِأَنْ يَرَاهُ)** الْمَأْمُومُ **(أَوْ)** يَرَى **(بَعْضَ صَفٍّ أَوْ يَسْمَعَهُ أَوْ مُبَلِّغًا)** وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُصَلِّيًا، وَإِنْ كَانَ كَلَامُ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ فِي الْفُرُوقِ يَقْتَضِي اشْتِرَاطَ كَوْنِهِ مُصَلِّيًا، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ ثِقَةً كَمَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ الْأُسْتَاذِ فِي شَرْحِ الْوَسِيطِ وَالشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي الْفُرُوقِ وَإِنْ ذَكَرَ فِي الْمَجْمُوعِ فِي بَابِ الْأَذَانِ أَنَّ الْجُمْهُورَ قَالُوا: يُقْبَلُ خَبَرُ الصَّبِيِّ فِيمَا طَرِيقُهُ الْمُشَاهَدَةُ أَوْ بِأَنْ يَهْدِيَهُ ثِقَةٌ إذَا كَانَ أَعْمَى أَوْ أَصَمَّ أَوْ بَصِيرًا فِي ظُلْمَةٍ أَوْ نَحْوِهَا. وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ مِنْ شُرُوطِ الِاقْتِدَاءِ: أَنْ يُعَدَّا مُجْتَمِعِينَ لِيَظْهَرَ الشِّعَارُ وَالتَّوَادُّ وَالتَّعَاضُدُ، إذْ لَوْ اكْتَفَى بِالْعِلْمِ بِالِانْتِقَالَاتِ فَقَطْ كَمَا قَالَهُ عَطَاءٌ لَبَطَلَ السَّعْيُ الْمَأْمُورُ بِهِ وَالدُّعَاءُ إلَى الْجَمَاعَةِ، وَكَانَ كُلُّ أَحَدٍ يُصَلِّي فِي سُوقِهِ أَوْ بَيْتِهِ بِصَلَاةِ الْإِمَامِ فِي الْمَسْجِدِ إذَا عَلِمَ بِانْتِقَالَاتِهِ. وَلِاجْتِمَاعِهِمَا أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ لِأَنَّهُمَا إمَّا أَنْ يَكُونَا بِمَسْجِدٍ أَوْ بِغَيْرِهِ فِي فَضَاءٍ أَوْ بِنَاءٍ، أَوْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا بِمَسْجِدٍ وَالْآخَرُ بِغَيْرِهِ، وَقَدْ أَخَذَ فِي بَيَانِهَا فَقَالَ: **(وَإِذَا جَمَعَهُمَا مَسْجِدٌ صَحَّ الِاقْتِدَاءُ وَإِنْ بَعُدَتْ الْمَسَافَةُ)** بَيْنَهُمَا فِيهِ **(وَحَالَتْ أَبْنِيَةٌ)** كَبِئْرٍ وَسَطْحٍ وَمَنَارَةٍ تَنْفُذُ أَبْوَابُهَا، وَإِنْ أُغْلِقَتْ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لِسَطْحِ الْمَسْجِدِ بَابٌ مِن الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ كُلَّهُ مَبْنِيٌّ لِلصَّلَاةِ، فَالْمُجْتَمِعُونَ فِيهِ مُجْتَمِعُونَ لِإِقَامَةِ الْجَمَاعَةِ مُؤَدُّونَ لِشِعَارِهَا، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ التَّنَافُذُ عَلَى الْعَادَةِ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

……

= وَاعْلَمْ أَنَّ التَّسْمِيرَ لِلْأَبْوَابِ يُخْرِجُهَا عَنِ الِاجْتِمَاعِ، فَإِنْ لَمْ تَتَنَافَذْ أَبْوَابُهَا إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنِ التَّنَافُذُ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَا يُعَدُّ الْجَامِعُ بِهَا مَسْجِدًا وَاحِدًا وَإِنْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ الْبُلْقِينِيُّ فَيَضُرُّ الشُّبَّاكُ، فَلَوْ وَقَفَ مِنْ وَرَائِهِ بِجِدَارِ الْمَسْجِدِ ضَرَّ وَوَقَعَ لِلْإِسْنَوِيِّ أَنَّهُ لَا يَضُرُّ.

قَالَ الْحِصْنِيُّ: وَهُوَ سَهْلٌ، وَالْمَنْقُولُ فِي الرَّافِعِيِّ أَنَّهُ يَضُرُّ أَيْ أَخْذًا مِنْ شَرْطِهِ تَنَافُذُ أَبْنِيَةِ الْمَسْجِدِ، وَعُلْوُ الْمَسْجِدِ كَسُفْلِهِ: فَهُمَا مَسْجِدٌ وَاحِدٌ كَمَا يُؤْخَذُ مِمَّا مَرَّ، وَكَذَا رَحْبَتُهُ مَعَهُ وَهِيَ مَا كَانَ خَارِجَهُ مُحَجَّرًا عَلَيْهِ لِأَجْلِهِ.

قَالَ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ: وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا طَرِيقٌ أَمْ لَا.

وَقَالَ ابْنُ كَجٍّ: إِن انْفَصَلَتْ فَكَمَسْجِدٍ آخَرَ، وَاسْتَحْسَنَهُ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَقَوْلُ الْمَجْمُوعِ: وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ فَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ وَالْأَصْحَابُ عَلَى صِحَّةِ الِاعْتِكَافِ فِيهَا لَا حُجَّةَ فِيهِ، إِذْ لَا نِزَاعَ فِي صِحَّةِ الِاعْتِكَافِ فِيهَا، وَإِنَّمَا النِّزَاعُ فِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْمَسْجِدِ طَرِيقٌ يَكُونَانِ كَمَسْجِدٍ وَاحِدٍ أَمْ لَا، وَالْأَشْبَهُ مَا قَالَهُ ابْنُ كَجٍّ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ إِطْلَاقُ غَيْرِهِ انتهى.

وَمَعَ هَذَا فَالْوَجْهُ أَنَّهُ يَأْتِي فِي ذَلِكَ التَّفْصِيلِ الْآتِي بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَدِيمًا فَيَضُرَّ أَوْ حَادِثًا فَلَا، وَسَيُبَيَّنُ عَنْ قُرْبٍ، وَتَوَقَّفَ الْإِسْنَوِيُّ فِيمَا إِذَا لَمْ يَدْرِ أُوقِفَتْ مَسْجِدًا أَمْ لَا هَلْ تَكُونُ مَسْجِدًا لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لَهَا حُكْمَ مَتْبُوعِهَا، أَمْ لَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَقْفِ، وَالْمُتَّجَهُ الْأَوَّلُ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ، وَخَرَجَ بِالرَّحْبَةِ الْحَرِيمُ وَهُوَ الْمَوْضِعُ الْمُتَّصِلُ بِهِ الْمُهَيَّأُ لِمَصْلَحَتِهِ كَانْصِبَابِ الْمَاءِ وَطَرْحِ الْقِمَامَاتِ فِيهِ فَلَيْسَ لَهُ حُكْمُهُ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَيَلْزَمُ الْوَاقِفَ تَمْيِيزُ الرَّحْبَةِ مِنَ الْحَرِيمِ لِتُعْطَى حُكْمَ الْمَسْجِدِ، وَالْمَسَاجِدُ الْمُتَلَاصِقَةُ الَّتِي يَنْفُذُ أَبْوَابُ بَعْضِهَا إِلَى بَعْضٍ كَالْمَسْجِدِ الْوَاحِدِ فِي صِحَّةِ الِاقْتِدَاءِ وَإِنْ بَعُدَتِ الْمَسَافَةُ وَاخْتَلَفَتِ الْأَبْنِيَةُ =

فَإِنْ تَلَاحَقَ شَخْصَانِ أَوْ صَفَّانِ اُعْتُبِرَتْ الْمَسَافَةُ بَيْنَ الْأَخِيرِ وَالْأَوَّلِ وَسَوَاءٌ الْفَضَاءُ الْمَمْلُوكُ وَالْوَقْفُ وَالْمُبَعَّضُ وَلَا يَضُرُّ الشَّارِعُ الْمَطْرُوقُ، وَالنَّهْرُ الْمُحْوِجُ إلَى سِبَاحَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

فَإِنْ كَانَا فِي بِنَاءَيْنِ كَصَحْنٍ وَصُفَّةٍ أَوْ بَيْتٍ فَطَرِيقَانِ أَصَحُّهُمَا إنْ كَانَ بِنَاءُ الْمَأْمُومِ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا وَجَبَ اتِّصَالُ صَفٍّ مِنْ أَحَدِ الْبِنَاءَيْنِ بِالْآخَرِ، وَلَا تَضُرُّ فُرْجَةٌ لَا تَسَعُ وَاقِفًا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ خَلْفَ بِنَاءِ الْإِمَامِ؛ فَالصَّحِيحُ صِحَّةُ الْقُدْوَةِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ، وَالطَّرِيقُ الثَّانِي لَا يُشْتَرَطُ إلَّا الْقُرْبُ كَالْفَضَاءِ إنْ لَمْ يَكُنْ حَائِلٌ أَوْ حَالَ باب نَافِذٌ.

فَإِنْ حَالَ مَا يَمْنَعُ الْمُرُورَ لَا الرُّؤْيَةَ فَوَجْهَانِ أَوْ جِدَارٌ بَطَلَتْ بِاتِّفَاقِ الطَّرِيقَيْنِ قُلْت الطَّرِيقُ الثَّانِي أَصَحُّ، والله أَعْلَمُ.

= وَانْفَرَدَ كُلُّ مَسْجِدٍ بِإِمَامٍ وَمُؤَذِّنٍ وَجَمَاعَةٍ.

نَعَمْ إنْ حَالَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ قَدِيمٌ بِأَنْ حُفِرَ قَبْلَ حُدُوثِهَا فَلَا تَكُونُ كَمَسْجِدٍ وَاحِدٍ، بَلْ تَكُونُ كَمَسْجِدٍ وَغَيْرِهِ وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ. أَمَّا النَّهْرُ الطَّارِئُ الَّذِي حُفِرَ بَعْدَ حُدُوثِهَا فَلَا يُخْرِجُهَا عَنْ كَوْنِهَا كَمَسْجِدٍ وَاحِدٍ، وَكَالنَّهْرِ فِي ذَلِكَ الطَّرِيقِ وَيَأْتِي هَذَا التَّفْصِيلُ فِي الْمَسْجِدِ الْوَاحِدِ إذَا كَانَ فِيهِ نَهْرٌ أَوْ طَرِيقٌ (**وَلَوْ كَانَا**) أَيْ الْإِمَامُ وَالْمَأْمُومُ (**بِفَضَاءٍ**) أَيْ مَكَان وَاسِعٍ كَصَحْرَاءَ (**شُرِطَ أَنْ لَا يَزِيدَ مَا بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ**) بِذِرَاعِ الْآدَمِيِّ، هُوَ شِبْرَانِ لِقُرْبِ ذَلِكَ زوَبُعْدِ مَا وَرَاءَهُ فِي الْعَادَةِ (**تَقْرِيبًا**) لِعَدَمِ وُرُودِ ضَابِطٍ مِن الشَّارِعِ (**وَقِيلَ تَحْدِيدًا**) وَنُسِبَ إلَى أَبِي إسْحَاقَ الْمَرْوَزِيِّ وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: إنَّهُ غَلَطٌ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا تَضُرُّ زِيَادَةُ ثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ كَمَا فِي التَّهْذِيبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّقْدِيرَ مَأْخُوذٌ مِنْ عُرْفِ النَّاسِ وَهُمْ يَعُدُّونَهُمَا فِي ذَلِكَ مُجْتَمِعِينَ، وَقِيلَ مَا بَيْنَ الصَّفَّيْنِ فِي صَلَاةِ الْخَوْفِ؛ إذْ سِهَامُ الْعَرَبِ لَا تُجَاوِزُ ذَلِكَ غَالِبًا، وَعَلَى الثَّانِي يَضُرُّ أَيُّ زِيَادَةٍ كَانَتْ. [مغني المحتاج ٣/ ٢٦١].

وَإِذَا صَحَّ اقْتِدَاؤُهُ فِي بِنَاءٍ آخَرَ صَحَّ اقْتِدَاءُ مَنْ خَلْفَهُ، وَإِنْ حَالَ جِدَارٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِمَامِ(١).

وَلَوْ وَقَفَ فِي عُلْوٍ وَإِمَامُهُ فِي سُفْلٍ أَوْ عَكْسُهُ شُرِطَ مُحَاذَاةُ بَعْضِ بَدَنِهِ بَعْضَ بَدَنِهِ.

وَلَوْ وَقَفَ فِي مَوَاتٍ وَإِمَامُهُ فِي مَسْجِدٍ، فَإِنْ لَمْ يَحُلْ شَيْءٌ؛ فَالشَّرْطُ(٢) التَّقَارُبُ

---

(١) قوله: (أَوْ حَالَ) بَيْنَهُمَا حَائِلٌ فِيهِ (بَابٌ نَافِذٌ) كَمَا قَالَهُ الشَّارِحُ رَدًّا لِمَن اعْتَرَضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِأَنَّ النَّافِذَ لَيْسَ بِحَائِلٍ وَأَنَّ صَوَابَهُ كَمَا فِي الْمُحَرَّرِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْبِنَاءَيْنِ حَائِلٌ أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا بَابٌ نَافِذٌ وَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَقِفَ بِحِذَائِهِ صَفٌّ أَوْ رَجُلٌ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا، وَهَذَا الْوَاقِفُ بِإِزَاءِ الْمَنْفَذِ كَالْإِمَامِ بِالنِّسْبَةِ لِمَنْ خَلْفَهُ لَا يُحْرِمُونَ قَبْلَهُ وَلَا يَرْكَعُونَ قَبْلَ رُكُوعِهِ وَلَا يُسَلِّمُونَ قَبْلَ سَلَامِهِ وَلَا يَتَقَدَّمُ الْمُقْتَدِي عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُتَأَخِّرًا عَنِ الْإِمَامِ وَيُؤْخَذُ مِنْ جَعْلِهِ كَالْإِمَامِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَصِحُّ اقْتِدَاؤُهُ بِهِ، وَهُوَ كَذَلِكَ فِيمَا يَظْهَرُ وَلَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا، وَلَا يَضُرُّ زَوَالُ هَذَا الرَّابِطَةِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ فَيُتِمُّونَهَا خَلْفَ الْإِمَامِ حَيْثُ عَلِمُوا بِانْتِقَالَاتِهِ لِأَنَّهُ يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الِابْتِدَاءِ. قَالَ الْبَغَوِيّ فِي فَتَاوِيهِ: وَلَوْ رَدَّ الرِّيحُ الْبَابَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ فَإِنْ تَمَكَّنَ مِنْ فَتْحِهِ فَعَلَ ذَلِكَ حَالًا وَدَامَ عَلَى مُتَابَعَتِهِ وَإِلَّا فَارَقَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: انْقَطَعَت الْقُدْوَةُ كَمَا لَوْ أَحْدَثَ إِمَامُهُ فَإِنْ تَابَعَهُ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، كَذَا نَقَلَ الْأَذْرَعِيُّ عَنْهَا ذَلِكَ، وَنَقَلَ الْإِسْنَوِيُّ عَنْ فَتَاوَى الْبَغَوِيّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْبَابُ مَفْتُوحًا وَقْتَ الْإِحْرَامِ فَرَدَّهُ الرِّيحُ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ لَمْ يَضُرَّ انْتَهَى. [نهاية المحتاج ٦/ ١٤٩].

(٢) الشَّرْطُ بسكون الراء: إلْزامُ الشَّيْءِ والْتِزامُه في البَيْع ونحوِه، والجمع: شُروطٌ وشَرائطُ. والشَّرَط بالتحريك: العلامة، والجمع: أشراط. ومنه: أشراط الساعة: أي علاماتها. قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد:١٨] وسمي الشرط شرطًا؛ لأنه علامة على المشروط. هذا من حيث اللغة. وأما في الاصطلاح: فهو مايلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من ـ

مُعْتَبَرًا مِنْ آخِرِ الْمَسْجِدِ، وَقِيلَ مِنْ آخِرِ صَفٍّ، وَإِنْ حَالَ جِدَارٌ أَوْ باب مُغْلَقٌ مُنِعَ، وَكَذَا الْبَابُ الْمَرْدُودُ وَالشُّبَّاكُ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْت: يُكْرَهُ ارْتِفَاعُ الْمَأْمُومِ عَلَى إمَامِهِ وَعَكْسُهُ إلَّا لِحَاجَةٍ فَيُسْتَحَبُّ، وَلَا يَقُومُ حَتَّى يَفْرَغَ الْمُؤَذِّنُ مِنْ الْإِقَامَةِ، وَلَا يَبْتَدِئُ نَفْلًا بَعْدَ شُرُوعِهِ فِيهَا ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ أَتَمَّهُ إنْ لَمْ يَخْشَ فَوْتَ الْجَمَاعَةِ، والله أَعْلَمُ.

فَصْلٌ: شَرْطُ الْقُدْوَةِ

شَرْطُ الْقُدْوَةِ: أَنْ يَنْوِيَ الْمَأْمُومُ مَعَ التَّكْبِيرِ الِاقْتِدَاءَ أو الْجَمَاعَةَ(١).

وَالْجُمُعَةُ كَغَيْرِهَا عَلَى الصَّحِيحِ، فَلَوْ تَرَكَ هَذِهِ النِّيَّةَ وَتَابَعَهُ فِي الْأَفْعَالِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ عَلَى الصَّحِيحِ. وَلَا يَجِبُ تَعْيِينُ الْإِمَامِ، فَإِنْ عَيَّنَهُ وَأَخْطأَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ.

وَلَا يُشْتَرَطُ لِلْإِمَامِ نِيَّةُ الْإِمَامَةِ، بَلْ تُسْتَحَبُّ، فَإِنْ أَخْطَأَ فِي تَعْيِينِ تَابِعِهِ لَمْ يَضُرَّ(٢).

وجوده وجود ولا عدم لذاته. وقيل: مايتوقف عليه الشيء وليس منه، كالطهارة للصلاة. وقيل: هو مايلزم من انتفائه انتفاء الحكم، كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة. انظر: «لسان العرب» (٧/ ٣٢٩)، و«القاموس المحيط» ص (٨٦٩)، و«التعريفات» للجرجاني ص (١١)، و«المستصفى» للغزالي (١/ ٢٦١).

(١) قال الماوردي: «إذا أَخْرَجَ المأموم نَفْسَهُ مِنْ صَلَاةِ إِمَامِهِ، وَأَتَمَّ مُنْفَرِدًا لِنَفْسِهِ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعْذُورًا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْذُورٍ: فَقَدْ أَسَاءَ، فِي بُطْلَانِ صَلَاتِهِ قَوْلَانِ: وفي أَحدِهِمَا: صلاته بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ صَلَاةَ الِانْفِرَادِ تُخَالِفُ صَلَاةَ الْجَمَاعَةِ فِي الْأَحْكَامِ، لِأَنَّ الْمُنْفَرِدَ يَلْزَمُهُ سَهْوُ نَفْسِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ سَهْوُ غَيْرِهِ. وَإِذَا اخْتَلَفَتْ أَحْكَامُهُمَا: جَرَيَا مَجْرَى الصَّلَاتَيْنِ الْمُخْتَلِفَتَيْنِ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزِ الِانْتِقَالُ مِنَ الْجَمَاعَةِ إِلَى الِانْفِرَادِ، كَمَا لَمْ يَجُزْ نَقْلُ ظُهْرٍ إِلَى عصر» انتهى. انظر: «الحاوي الكبير» (٢/ ٣٤٨-٣٤٩).

(٢) قوله: (وَلَا يُشْتَرَطُ لِلْإِمَامِ) فِي صِحَّةِ الْقُدْوَةِ بِهِ فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ (نِيَّةُ الْإِمَامَةِ)ـ

وَتَصِحُّ قُدْوَةُ الْمُؤَدِّي بِالْقَاضِي، وَالْمُفْتَرِضِ بِالْمُتَنَفِّلِ(١) وَفِي الظُّهْرِ بِالْعَصْرِ

وَالْجَمَاعَةِ لِكَوْنِهِ مُسْتَقِلًّا بِخِلَافِ الْمُقْتَدِي لِتَبَعِيَّتِهِ لَهُ، أَمَّا فِي الْجُمُعَةِ فَتَلْزَمُهُ نِيَّةُ الْإِمَامَةِ مَعَ التَّحَرُّمِ إِنْ لَزِمَتْهُ الْجُمُعَةُ وَلَوْ زَائِدًا عَلَى الْأَرْبَعِينَ وَإِلَّا فَلَا تَنْعَقِدُ لَهُ، فَإِنْ لَمْ تَلْزَمْهُ وَأَحْرَمَ بِهَا وَهُوَ زَائِدٌ عَلَيْهِمْ اُشْتُرِطَتْ أَيْضًا وَإِلَّا فَلَا، وَمَرَّ فِي الْمُعَادَةِ أَنَّهُ تَلْزَمُهُ فِيهَا نِيَّةُ الْإِمَامَةِ وَمِثْلُهَا فِي ذَلِكَ الْمَنْذُورَةُ جَمَاعَةً إِذَا صَلَّى فِيهَا إِمَامًا فَهِيَ كَالْجُمُعَةِ أَيْضًا.

(وَيُسْتَحَبُّ) لَهُ نِيَّةُ الْإِمَامَةِ لِلْخُرُوجِ مِنْ خِلَافِ الْمُوجِبِ لَهَا وَلِيَحُوزَ فَضِيلَةَ الْجَمَاعَةِ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِهَا وَلَوْ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِالْمُقْتَدِينَ لَمْ تَحْصُلْ لَهُ، وَإِنْ حَصَلَتْ لَهُمْ بِسَبَبِهِ وَإِنْ نَوَاهَا فِي الْأَثْنَاءِ حَازَهَا مِنْ حِينِ نِيَّتِهِ، وَلَا تَنْعَطِفُ عَلَى مَا قَبْلَهَا وَفَارَقَ مَا لَوْ نَوَى صَوْمَ نَفْلٍ قَبْلَ الزَّوَالِ حَيْثُ أُثِيبَ عَلَى الصَّوْمِ مِنْ أَوَّلِ النَّهَارِ بِأَنَّ صَوْمَهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَبَعَّضَ صَوْمًا وَغَيْرَهُ، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ تَبْعِيضُهَا جَمَاعَةً وَغَيْرَهَا، وَإِنَّمَا اُعْتُدَّ بِنِيَّةِ الْإِمَامَةِ مَعَ التَّحَرُّمِ وَلَمْ يَدْخُلْ فِي الصَّلَاةِ فَضْلًا عَنْ كَوْنِهِ إِمَامًا لِأَنَّهُ سَيَصِيرُ إِمَامًا؛ وَلِهَذَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: إِنَّ الْقَوْلَ بِعَدَمِ صِحَّتِهَا مَعَهُ غَرِيبٌ، وَيُبْطِلُهُ وُجُوبُهَا عَلَى إِمَامِ الْجُمُعَةِ عِنْدَ التَّحَرُّمِ. [نهاية المحتاج ٦/ ١٨٣].

وقال ابن حجر: **(وَتُسْتَحَبُّ)** لَهُ **(نِيَّةُ الْإِمَامَةِ)** خُرُوجًا مِنْ خِلَافِ مَنْ أَوْجَبَهَا وَلِيَنَالَ فَضْلَ الْجَمَاعَةِ وَوَقْتُهَا عِنْدَ التَّحَرُّمِ وَمَا قِيلَ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ مَعَهُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ غَيْرُ إِمَامٍ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: غَرِيبٌ وَيُبْطِلُهُ وُجُوبُهَا عَلَى الْإِمَامِ فِي الْجُمُعَةِ عِنْدَ التَّحَرُّمِ وَإِلَّا لَمْ تَنْعَقِدْ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِ وَلَوْ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِالْمُقْتَدِينَ جَاوَزَا الْفَضْلَ دُونَهُ، وَإِنْ نَوَاهَا فِي الْأَثْنَاءِ حَصَلَ لَهُ الْفَضْلُ مِنْ حِينَئِذٍ. [تحفة المحتاج ٨/ ٢٤٩].

(١) جمهور الفقهاء «الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة» على أنّه لا يجوز اقتداء مفترضٍ بمن يصلّي فرضًا آخر غير فرض المأموم، فلا يصحّ اقتداء من يصلّي ظهرًا خلف من يصلّي عصرًا أو غيره، ولا عكسه، ولا اقتداء من يصلّي أداءً بمن ـ

وَبِالْعُكُوسِ، وَكَذَا الظُّهْرُ بِالصُّبْحِ وَالْمَغْرِبِ وَهُوَ كَالْمَسْبُوقِ.

وَلَا تَضُرُّ مُتَابَعَةُ الْإِمَامِ فِي الْقُنُوتِ وَالْجُلُوسِ الْأَخِيرِ فِي الْمَغْرِبِ، وَلَهُ فِرَاقُهُ إِذَا اشْتَغَلَ بِهِمَا.

وَيَجُوزُ الصُّبْحُ خَلْفَ الظُّهْرِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِذَا قَامَ لِلثَّالِثَةِ، فَإِنْ شَاءَ فَارَقَهُ وَسَلَّمَ، وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَهُ لِيُسَلِّمَ مَعَهُ.

قُلْت: انْتِظَارُهُ أَفْضَلُ، والله أَعْلَمُ⁽¹⁾.

وَإِنْ أَمْكَنَهُ الْقُنُوتُ فِي الثَّانِيَةِ قَنَتَ وَإِلَّا تَرَكَهُ، وَلَهُ فِرَاقُهُ لِيَقْنُتَ، فَإِنِ اخْتَلَفَ فِعْلُهُمَا كَمَكْتُوبَةٍ وَكُسُوفٍ أَوْ جِنَازَةٍ لَمْ تَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ.

فَصْلٌ [في بقية شروط القدوة]

تَجِبُ مُتَابَعَةُ الْإِمَامِ فِي أَفْعَالِ الصَّلَاةِ بِأَنْ يَتَأَخَّرَ ابْتِدَاءُ فِعْلِهِ عَن ابْتِدَائِهِ وَيَتَقَدَّمُ

يصلّي قضاءً؛ لأنّ الاقتداء بناء تحريمة المقتدي على تحريمة الإمام، وهذا يقتضي اتّحاد صلاتيهما، كما سبق في شروط الاقتداء. انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/ ١٨٤)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٦٢)، والفروع لابن مفلح (٢/ ٧٨). ويجوز ذلك عند الشّافعيّة إذا توافق نظم صلاتيهما في الأفعال الظّاهرة، فيصحّ اقتداء من يصلّي فرضًا من الأوقات الخمسة بمن يصلّي فرضًا آخر منهما أداءً وقضاءً، مع تفصيلٍ ذكر في موضعه. انظر: «شرح الوجيز» (٤/ ٤٠٦)، و«المجموع» (٤/ ٨٨).

(١) قال النووي في «روضة الطالبين» (١/ ٣٧٤): «إذا أخرج المأموم نفسه عن متابعة الإمام، فالمذهب أنه لا تبطل صلاته، سواء فارق بعذر، أو بغيره، هذا جملته. وتفصيله: إن في بطلان الصلاة بالمفارقة: طريقين، أحدهما: لا تبطل. والثاني: على قولين: أصحهما: لا تبطل. واختلفوا في موضع القولين: على طرق، أصحها: هما فيمن فارق بغير عذر. فأما المعذور: فيجوز قطعًا. وقيل: هما في المعذور. فأما غيره: فتبطل صلاته قطعًا. وقيل: هما فيهما، واختاره الحليمي. انتهى.

عَلَى فَرَاغِهِ مِنْهُ، فَإِنْ قَارَنَهُ لَمْ يَضُرَّ إِلَّا تَكْبِيرَةُ إِحْرَامٍ.

وَإِنْ تَخَلَّفَ بِرُكْنٍ بِأَنْ فَرَغَ الْإِمَامُ مِنْهُ وَهُوَ فِيمَا قَبْلَهُ لَمْ تَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ بِرُكْنَيْنِ بِأَنْ فَرَغَ مِنْهُمَا وَهُوَ فِيمَا قَبْلَهُمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ بَطَلَتْ.

وَإِنْ كَانَ بِأَنْ أَسْرَعَ قِرَاءَتَهُ وَرَكَعَ قَبْلَ إِتْمَامِ الْمَأْمُومِ الْفَاتِحَةَ فَقِيلَ يَتْبَعُهُ وَتَسْقُطُ الْبَقِيَّةُ، وَالصَّحِيحُ يُتِمُّهَا، وَيَسْعَى خَلْفَهُ مَا لَمْ يُسْبَقْ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَرْكَانٍ مَقْصُودَةٍ، وَهِيَ الطَّوِيلَةُ.

فَإِنْ سُبِقَ بِأَكْثَرَ. فَقِيلَ يُفَارِقُهُ، وَالْأَصَحُّ يَتْبَعُهُ فِيمَا هُوَ فِيهِ ثُمَّ يَتَدَارَكُ بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ، وَلَوْ لَمْ يُتِمَّ الْفَاتِحَةَ لِشُغْلِهِ بِدُعَاءِ الِافْتِتَاحِ فَمَعْذُورٌ، هَذَا كُلُّهُ فِي الْمُوَافِقِ.

فَأَمَّا مَسْبُوقٌ رَكَعَ الْإِمَامُ فِي فَاتِحَتِهِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَشْتَغِلْ بِالِافْتِتَاحِ وَالتَّعَوُّذِ تَرَكَ قِرَاءَتَهُ وَرَكَعَ وَهُوَ مُدْرِكٌ لِلرَّكْعَةِ، وَإِلَّا لَزِمَهُ قِرَاءَةٌ بِقَدْرِهِ(١).

وَلَا يَشْتَغِلُ الْمَسْبُوقُ بِسُنَّةٍ بَعْدَ التَّحَرُّمِ بَلْ بِالْفَاتِحَةِ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ إِدْرَاكَهَا، وَلَوْ عَلِمَ الْمَأْمُومُ فِي رُكُوعِهِ أَنَّهُ تَرَكَ الْفَاتِحَةَ أَوْ شَكَّ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهَا بَلْ يُصَلِّي رَكْعَةً بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ.

فَلَوْ عَلِمَ أَوْ شَكَّ وَقَدْ رَكَعَ الْإِمَامُ وَلَمْ يَرْكَعْ هُوَ قَرَأَهَا وَهُوَ مُتَخَلِّفٌ بِعُذْرٍ، وَقِيلَ يَرْكَعُ وَيَتَدَارَكُ بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ.

وَلَوْ سَبَقَ إِمَامَهُ بِالتَّحَرُّمِ لَمْ تَنْعَقِدْ.

أَوْ بِالْفَاتِحَةِ أَوْ التَّشَهُّدِ لَمْ يَضُرَّهُ وَيُجْزِئُهُ، وَقِيلَ تَجِبُ إِعَادَتُهُ.

وَلَوْ تَقَدَّمَ بِفِعْلٍ كَرُكُوعٍ وَسُجُودٍ إِنْ كَانَ بِرُكْنَيْنِ بَطَلَتْ(٢)، ....

---

(١) قوله: (لَزِمَهُ قِرَاءَةٌ بِقَدْرِهِ) أَيْ بِقَدْرِ حُرُوفِهِ مِن الْفَاتِحَةِ لِتَقْصِيرِهِ بِعُدُولِهِ عَنْ فَرْضٍ إِلَى نَفْلٍ. وَالثَّانِي يُوَافِقُهُ مُطْلَقًا، وَيَسْقُطُ بَاقِيهَا لِحَدِيثِ: «إِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا» وَاخْتَارَهُ الْأَذْرَعِيُّ تَبَعًا لِتَرْجِيحِ جَمَاعَةٍ. [مغني المحتاج ٣/ ٣١١].

(٢) «لَا يَسْبِقُهُ بِرُكْنَيْنِ فِعْلِيَّيْنِ، وَلَوْ غَيْرَ طَوِيلَيْنِ بِقَيْدَيْنِ زِدْتُهُمَا بِقَوْلِي: (عَامِدًا عَالِمًا) بِالتَّحْرِيمِ وَالسَّبْقُ بِهِمَا يُقَاسُ بِمَا يَأْتِي فِي التَّخَلُّفِ بِهِمَا، لَكِنْ مَثَّلَهُ الْعِرَاقِيُّونَ بِمَا إِذَا رَكَعَ قَبْلَ الْإِمَامِ فَلَمَّا أَرَادَ أَنْ يَرْكَعَ رَفَعَ، فَلَمَّا أَرَادَ أَنْ يَرْفَعَ سَجَدَ.

=

وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ: تَبْطُلُ بِرُكْنٍ(١).

= قَالَ الشَّيْخَانِ: «فَيَجُوزُ أَنْ يُقَدَّرَ مِثْلُهُ فِي التَّخَلُّفِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخُصَّ ذَٰلِكَ بِالتَّقَدُّمِ؛ لِأَنَّ الْمُخَالَفَةَ فِيهِ أَفْحَشُ، وَأَلا يَتَخَلَّفَ عَنْهُ بِهِمَا بِلَا عُذْرٍ، فَإِنْ خَالَفَ فِي السَّبْقِ أَوْ التَّخَلُّفِ بِهِمَا وَلَوْ غَيْرَ طَوِيلَيْنِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ لِفُحْشِ الْمُخَالَفَةِ بِلَا عُذْرٍ بِخِلَافِ سَبْقِهِ بِهِمَا نَاسِيًا أَوْ جَاهِلًا، لَكِنْ لَا يَعْتَدُّ بِتِلْكَ الرَّكْعَةِ، فَيَأْتِي بَعْدَ سَلَامِ إِمَامِهِ بِرَكْعَةٍ بِخِلَافِ سَبْقِهِ بِرُكْنٍ كَأَنْ رَكَعَ قَبْلَهُ، وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ أَوْ ابْتَدَأَ رَفْعُ الِاعْتِدَالِ قَبْلَ رُكُوعِ إِمَامِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ لَكِنَّهُ فِي الْفِعْلِيِّ بِلَا عُذْرٍ حَرَامٌ لِخَبَرِ مُسْلِم: «لَا تُبَادِرُوا الْإِمَامَ إِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا وَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا» وَبِخِلَافِ سَبْقِهِ بِرُكْنَيْنِ غَيْرِ فِعْلِيَّيْنِ كَقِرَاءَةٍ وَرُكُوعٍ أَوْ تَشَهُّدٍ، وَصَلَاةٍ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَلَا تَجِبُ إِعَادَةُ ذَلِكَ، وَبِخِلَافِ تَخَلُّفِهِ بِفِعْلِيٍّ مُطْلَقًا أَوْ بِفِعْلِيَّيْنِ بِعُذْرٍ كَأَنْ ابْتَدَأَ إِمَامُهُ هُوِيَّ السُّجُودِ وَهُوَ فِي قِيَامِ الْقِرَاءَةِ، وَبِخِلَافِ الْمُقَارَنَةِ فِي غَيْرِ التَّحَرُّمِ لَكِنَّهَا فِي الْأَفْعَالِ مَكْرُوهَةٌ مُفَوِّتَةٌ لِفَضِيلَةِ الْجَمَاعَةِ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي «الرَّوْضَةِ» وَنَقَلَهُ فِي أَصْلِهَا عَنِ الْبَغَوِيِّ وَغَيْرِهِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: «وَيَجْرِي ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَكْرُوهَاتِ الْمَفْعُولَةِ مَعَ الْجَمَاعَةِ مِن مُخَالَفَةٍ مَأْمُورٍ بِهِ فِي الْمُوَافَقَةِ وَالْمُتَابَعَةِ كَالِانْفِرَادِ عَنْهُمْ؛ إِذ الْمَكْرُوهُ لَا ثَوَابَ فِيهِ مَعَ أَنَّ صَلَاتَهُ جَمَاعَةً إِذْ لَا يَلْزَمُ مِن انْتِفَاءِ فَضْلِهَا انْتِفَاؤُهَا» انظر: «حاشية الجمل على المنهج» (٥/ ١٣٥).

(١) «وإن سبق بركن مقصود بأن ركع قبل الإمام، ورفع والإمام في القيام، ثم وقف حتى رفع الإمام واجتمعا في الاعتدال فقال الصيدلاني وجماعة: «تبطل صلاته» قالوا: «فإن سبق بركن غير مقصود كالاعتدال بأن اعتدل، وسجد والإمام بعد في الركوع، أو سبق بالجلوس بين السجدتين بأن رفع رأسه من السجدة الأولى وجلس وسجد الثانية والإمام بعد في الأولى فوجهان».

وقال العراقيون وآخرون: «التقدم بركن لا يبطل كالتخلف به» وهذا أصح وأشهر وحكي عن نص الشافعي ﷺ هذا في الأفعال الظاهرة، فأما تكبيرة الإحرام فالسبق بها مبطل كما تقدم. =

فَصْلٌ: [فِي قطع القدوة]

خَرَجَ الْإِمَامُ مِنْ صَلَاتِهِ انْقَطَعَت الْقُدْوَةُ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ وَقَطَعَهَا الْمَأْمُومُ جَازَ، وَفِي قَوْلٍ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِعُذْرٍ يُرَخِّصُ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ، وَمِن الْعُذْرِ تَطْوِيلُ الْإِمَامِ أَوْ تَرْكُهُ سُنَّةً مَقْصُودَةً كَتَشَهُّدٍ(١).

تَنْبِيهٌ:

لَا يَجُوزُ قَطْعُ الْجَمَاعَةِ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى مِنْ الْجُمُعَةِ لِمَا سَيَأْتِي أَنَّ الْجَمَاعَةَ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى فِيهَا شَرْطٌ(٢).

= وأما الفاتحة والتشهد ففي السبق بهما أوجه:

الصحيح: لا يضر بل يجزئان. والثاني تبطل الصلاة. والثالث: لا تبطل ويجب إعادتهما مع قراءة الإمام أو بعدها». انظر: «روضة الطالبين» (١/ ١٣٧)، و«المجموع» (٤/ ٢٣٨).

(١) قال البجيرمي مِن «الْقَوْلِ التَّامِّ فِي أَحْكَامِ الْمَأْمُومِ وَالْإِمَامِ»- لابن العماد الأقفهسي- (ص٦٦)، قَوْلُهُ: «وَلَوْ نَسِيَ قُنُوتًا فَذَكَرَهُ فِي سُجُودِهِ لَمْ يَعُدْ لَهُ». النِّسْيَانُ لَيْسَ قَيْدًا، بَلْ مِثْلُهُ الْعَمْدُ وَالْجَهْلُ، وَهَذَا فِي الْإِمَامِ وَالْمُنْفَرِدِ، أَمَّا الْمَأْمُومُ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ تَرْكِهِ سَهْوًا أَوْ عَمْدًا، فَإِنْ تَرَكَهُ سَهْوًا أَوْ فَعَلَهُ سَهْوًا وَجَبَ عَلَيْهِ الْعَوْدُ لِلْإِمَامِ، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ عَامِدًا عَالِمًا: بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَأَمَّا إذَا تَرَكَهُ عَمْدًا: فَلَا يَلْزَمُهُ الْعَوْدُ، بَلْ يُخَيَّرُ بَيْنَ الْعَوْدِ وَالِانْتِظَارِ وَنِيَّةِ الْمُفَارَقَةِ، وَكَذَا إذَا فَعَلَهُ الْمَأْمُومُ عَمْدًا، لَا يَلْزَمُهُ تَرْكُهُ وَالْعَوْدُ لِلْإِمَامِ، بَلْ يُنْدَبُ لَهُ إتْمَامُ الْقُنُوتِ إنْ كَانَ يَلْحَقُهُ فِي السَّجْدَةِ الْأُولَى وَجَوَازًا فِي الْجُلُوسِ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ. انظر: «المنهاج» للنووي (١/ ٤٠)، و«مغني المحتاج» (١/ ٢٠٧)، «حاشية البجيرمي» (٥/ ٨)، و«حواشي الشرواني» (٢/ ١٨٤).

(٢) قال الماوردي: «وَجُمْلَتُهُ أَنَّ مَنْ أَخْرَجَ نَفْسَهُ مِنْ صَلَاةِ إِمَامِهِ، وَأَتَمَّ مُنْفَرِدًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَخْلُو حَالُهُ مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْذُورًا، أَوْ غَيْرَ مَعْذُورٍ، فَإِنْ كَانَ مَعْذُورًا جَازَ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى صَلَاتِهِ وَيُجْزِئَهُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ =

وَأَمَّا فِي الثَّانِيَةِ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا، فَيَجُوزُ الْخُرُوجُ فِيهَا خِلَافًا لِمَا فِي «الْكِفَايَةِ» مِنْ عَدَمِ الْجَوَازِ، وَلَوْ تَعَطَّلَت الْجَمَاعَةُ بِخُرُوجِهِ وَقُلْنَا بِأَنَّهَا فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ عَدَمُ الْخُرُوجِ مِنْهَا؛ لِأَنَّ فَرْضَ الْكِفَايَةِ إذَا انْحَصَرَ فِي شَخْصٍ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ(١).

= حِينَ صَلَّى بِذَاتِ الرِّقَاعِ صَلَاةَ الْخَوْفِ فَرَّقَ أَصْحَابَهُ فَرِيقَيْنِ، فَصَلَّى بِالطَّائِفَةِ الْأُولَى رَكْعَةً، ثُمَّ خَرَجَتْ فَبَنَتْ عَلَى صَلَاتِهَا فَأَتَمَّتْ لِأَنْفُسِهَا فَدَلَّتْ عَلَى صِحَّةِ صَلَاةِ الْمَأْمُومِ إِذَا أَخْرَجَ نَفْسَهُ مِنْ صَلَاةِ إِمَامِهِ، وَأَتَمَّ مُنْفَرِدًا لِنَفْسِهِ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ مَعْذُورًا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْذُورٍ فَقَدْ أَسَاءَ، وفِي بُطْلَانِ صَلَاتِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ صَلَاةَ الِانْفِرَادِ تُخَالِفُ صَلَاةَ الْجَمَاعَةِ فِي الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ الْمُنْفَرِدَ يَلْزَمُهُ سَهْوُ نَفْسِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ سَهْوُ غَيْرِهِ، وَإِذَا اخْتَلَفَتْ أَحْكَامُهُمَا جَرَيَا مَجْرَى الصَّلَاتَيْنِ الْمُخْتَلِفَتَيْنِ؛ فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزِ الِانْتِقَالُ مِنَ الْجَمَاعَةِ إِلَى الِانْفِرَادِ كَمَا لَمْ يَجُزْ نَقْلُ ظُهْرٍ إِلَى عَصْرٍ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: وَهُوَ الصَّحِيحُ صَلَاتُهُ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ أَخْرَجَ نَفْسَهُ مِنْ إِمَامَةِ مُعَاذٍ غَيْرَ مَعْذُورٍ فَلَمْ يَأْمُرْهُ رَسُولُ الله ﷺ بِالْإِعَادَةِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ عِبَادَةٍ لَا تَقْضِي بِالْخُرُوجِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ، أَصْلُهُ صَلَاةُ النَّافِلَةِ، وَصَوْمُ النَّافِلَةِ، وَعَكْسُهُ صَلَاةُ الْفَرْضِ وَصَوْمُ الْفَرْضِ؛ وَلِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَعْدَمَ بِمُفَارَقَةِ إِمَامِهِ مَا اسْتَفَادَهُ مِنَ الِائْتِمَامِ وَهُوَ فَضِيلَةُ الْجَمَاعَةِ لَا جَوَازُ الصَّلَاةِ» انظر: «الحاوي الكبير» (٢/ ٣٤٨-٣٤٩)، و«روضة الطالبين» (١/ ٣٧٤).

(١) فائدة: (قَوْلُهُ: إِنَّ الْجَمَاعَةَ فَرْضُ عَيْنٍ) عِبَارَةُ ابْنِ حَجَرٍ: وَلَوْ تَعَارَضَ الْخُشُوعُ وَالْجَمَاعَةُ فَهِيَ أَوْلَى كَمَا أَطْبَقُوا عَلَيْهِ حَيْثُ قَالُوا: إِنَّ فَرْضَ الْكِفَايَةِ أَفْضَلُ مِنَ السُّنَّةِ، وَأَيْضًا فَالْخِلَافُ فِي كَوْنِهَا فَرْضَ عَيْنٍ وَكَوْنِهَا شَرْطًا لِصِحَّةِ الصَّلَاةِ أَقْوَى مِنْهُ فِي شَرْطِيَّةِ الْخُشُوعِ. وَقَضِيَّتُهَا جَرَيَانُ الْخِلَافِ فِي كَوْنِ الْجَمَاعَةِ شَرْطًا لِلصِّحَّةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ =

وَلَوْ أَحْرَمَ مُنْفَرِدًا ثُمَّ نَوَى الْقُدْوَةَ فِي خِلَالِ صَلَاتِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ كَانَ فِي رَكْعَةٍ أُخْرَى ثُمَّ يَتْبَعُهُ قَائِمًا كَانَ أَوْ قَاعِدًا، فَإِنْ فَرَغَ الْإِمَامُ أَوَّلًا فَهُوَ كَمَسْبُوقٍ أَوْ هُوَ، فَإِنْ شَاءَ فَارَقَهُ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَهُ لِيُسَلِّمَ مَعَهُ(١).

= الشَّارِحِ مِنْ أَنَّهَا لَيْسَتْ شَرْطًا قَطْعًا، وَيُصَرِّحُ بِمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ ابْنِ حَجَرٍ قَوْلُ الْأَذْرَعِيِّ فِي الْقُوتِ مَا نَصُّهُ: وَحَكَى الْإِمَامُ عَنِ ابْنِ خُزَيْمَةَ أَنَّهُ جَعَلَهَا شَرْطًا فِي الصِّحَّةِ. وَفِي الْبَحْرِ: وَقِيلَ إِنَّهَا شَرْطٌ فِي الصِّحَّةِ: أَيْ لِغَيْرِ الْمَعْذُورِ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِ ابْنِ كَجٍّ وَالدَّارِمِيِّ أَنَّ الْقَوْلَ بِأَنَّهَا فَرْضُ عَيْنٍ لَيْسَ بِوَجْهٍ لَنَا أَلْبَتَّةَ انْتَهَى، وَمِثْلُهُ فِي الْإِسْنَوِيِّ **(قَوْلُهُ: وَالْمُتَّهَمُ بِذَلِكَ)** أَيْ تُهْمَةً قَوِيَّةً **(قَوْلُهُ: كَمَا شَمِلَهُ كَلَامُهُمْ)** هَذِهِ مَقَالَةٌ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِ بَعْدُ: وَمُقْتَضَى قَوْلُ الْأَصْحَابِ أَنَّ الِاقْتِدَاءَ بِإِمَامِ الْجَمْعِ الْقَلِيلِ إلَخْ **(قَوْلُهُ: أَفْضَلُ مِنَ الِانْفِرَادِ)** وَلَا فَرْقَ فِي أَفْضَلِيَّتِهَا بَيْنَ وُجُودِ غَيْرِهَا وَعَدَمِهِ.

وَقِيَاسُ ذَلِكَ أَنَّ الْإِعَادَةَ مَعَ هَؤُلَاءِ أَفْضَلُ مِنْ عَدَمِهَا بِالْمَعْنَى الْمَذْكُورِ.

(قَوْلُهُ: وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ) قَدْ يُشْكِلُ اعْتِمَادُ أَنَّ الِاقْتِدَاءَ بِهِمْ أَفْضَلُ مِنَ الِانْفِرَادِ بِمَا مَرَّ مِن أَنَّهُ لَوْ تَعَطَّلَتْ الْجَمَاعَةُ إِلَّا خَلْفَ مَنْ يُكْرَهُ الِاقْتِدَاءُ بِهِ لَمْ تَنْتَفِ الْكَرَاهَةُ فَلْيُتَأَمَّلْ.

وَيُجَابُ بِأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّ هَذَا مُقَابِلٌ لِمَا مَرَّ مَنْ بَقَاءِ الْكَرَاهَةِ، وَعَلَيْهِ فَكَأَنَّهُ قَالَ: وَلَوْ تَعَطَّلَت الْجَمَاعَةُ إِلَّا خَلْفَ هَؤُلَاءِ لَمْ تَزُل الْكَرَاهَةُ كَمَا قَالَهُ بَعْضُهُمْ.

وَقَالَ السُّبْكِيُّ وَمَنْ وَافَقَهُ بِزَوَالِهَا وَحُصُولِ الْفَضِيلَةِ، وَعَلَيْهِ فَلَا تَنَافِيَ وَلَا إِشْكَالَ، وَيُصَرِّحُ بِهَذَا مَا قَالَهُ سم عَلَى ابْنِ حَجَرٍ مِن انْتِفَاءِ الْكَرَاهَةِ، وَأَنَّهُ بَحَثَ مَعَ م ر فَوَافَقَ عَلَيْهِ. [نهاية المحتاج ٥/٤١٩].

(١) قال النووي في المجموع ما نصّه: «إذا صلى الإنسان الفريضة منفردًا، ثم أدرك جماعة يصلونها في الوقت: استحب له أن يعيدها معهم. وفي وجه شاذ: يعيد الظهر والعشاء فقط، ولا يعيد الصبح والعصر، لأن الثانية =

وَمَا أدْرَكَهُ الْمَسْبُوقُ فَأَوَّلُ صَلَاتِهِ فَيُعِيدُ فِي الْبَاقِي الْقُنُوتَ.

وَلَوْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِن الْمَغْرِبِ تَشَهَّدَ فِي ثَانِيَتِهِ.

وَإِنْ أَدْرَكَهُ رَاكِعًا أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ .

قُلْت: بِشَرْطِ أَنْ يَطْمَئِنَّ قَبْلَ ارْتِفَاعِ الْإِمَامِ عَنْ أَقَلِّ الرُّكُوعِ، والله أَعْلَمُ[1].

نافلة، والنافلة بعدهما مكروهة. ولا المغرب، لأنه لو أعادها لصارت شفعًا. هكذا عللوه، وينبغي أن تُعلَّل: بأنها يفوت وقتها تفريعًا على الجديد وهذا الوجه غلط، وإن كان مشهورًا عند الخراسانيين. وحُكي وجه ثالث: يعيد الظهر والعصر والمغرب. وهو ضعيف جدًا. أما إذا صلى جماعة، ثم أدرك جماعة أخرى: ففيه أربعة أوجه:

(الصحيح) منها عند جماهير الأصحاب: يستحب إعادتها، لحديث يزيد ابن الأسود، وحديث «من يتصدق على هذا» وغير ذلك من الأحاديث الصحيحة.

(والثاني): لا يستحب، لحصول الجماعة، فعلى هذا تكره إعادة الصبح والعصر، لما ذكرناه، ولا يكره غيرهما

(والثالث): يستحب إعادة ما سوى الصبح والعصر.

(والرابع): إن كان في الجماعة الثانية زيادة فضيلة، لكون الإمام أعلم، أو أورع، أو الجمع أكثر، أو المكان أشرف: استحب الإعادة، وإلا فلا. والمذهب: استحباب الإعادة مطلقًا» انتهى. انظر: المجموع (٤/ ١٢٢ - ١٢٣).

[1] قوله: **(وَإِنْ أَدْرَكَهُ)** أيْ الْمَأْمُومُ الْإِمَامَ **(رَاكِعًا أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ)** أيْ مَا فَاتَهُ مِنْ قِيَامِهَا وَقِرَاءَتِهَا، وَإِنْ قَصَّرَ بِتَأْخِيرِ تَحَرُّمِهِ لَا لِعُذْرٍ حَتَّى رَكَعَ لِلْخَبَرِ الصَّحِيحِ بِذَلِكَ وَبِهِ عُلِمَ أَنَّهُ لَا يُسَنُّ الْخُرُوجُ مِنْ خِلَافِ جَمْعٍ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيْرِهِمْ أَنَّهُ لَا يُدْرِكُهَا لِمُخَالَفَتِهِمْ لِسُنَّةٍ صَحِيحَةٍ فَقَوْلُ الْأَذْرَعِيِّ الِاحْتِيَاطُ تَوَقِّي ذَلِكَ إلَّا أَنْ يَضِيقَ الْوَقْتُ أَوْ تَكُونَ ثَانِيَةَ الْجُمُعَةِ يُرَدُّ بِمَا ذَكَرْته وَلَوْ ضَاقَ الْوَقْتُ.

وَلَوْ شَكَّ فِي إِدْرَاكِ حَدِّ الْإِجْزَاءِ لَمْ تُحْسَبْ رَكْعَتُهُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَيُكَبِّرُ لِلْإِحْرَامِ ثُمَّ لِلرُّكُوعِ، فَإِنْ نَوَاهُمَا بِتَكْبِيرَةٍ لَمْ تَنْعَقِدْ، وَقِيلَ تَنْعَقِدُ نَفْلًا، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهَا شَيْئًا لَمْ تَنْعَقِدْ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلَوْ أَدْرَكَهُ فِي اعْتِدَالِهِ فَمَا بَعْدَهُ انْتَقَلَ مَعَهُ مُكَبِّرًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُوَافِقُهُ فِي التَّشَهُّدِ وَالتَّسْبِيحَاتِ، وَأَنَّ مَنْ أَدْرَكَهُ فِي سَجْدَةٍ لَمْ يُكَبِّرْ لِلِانْتِقَالِ إِلَيْهَا⁽¹⁾.

وَإِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ قَامَ الْمَسْبُوقُ مُكَبِّرًا إِنْ كَانَ مَوْضِعَ جُلُوسِهِ، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ⁽²⁾.

= وَأَمْكَنَهُ إِدْرَاكُ رَكْعَةٍ بِإِدْرَاكِ رُكُوعِهَا مَعَ مَنْ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ الْفَاتِحَةَ لَزِمَهُ الِاقْتِدَاءُ بِهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(قُلْت) إِنَّمَا يُدْرِكُهَا (بِشَرْطِ أَنْ) يَكُونَ ذَلِكَ الرُّكُوعُ مَحْسُوبًا لَهُ كَمَا يُفِيدُهُ كَلَامُهُ فِي الْجُمُعَةِ بِأَنْ لَا يَكُونَ مُحْدِثًا عِنْدَهُ فَلَا يَضُرُّ طُرُوُّ حَدَثِهِ بَعْدَ إِدْرَاكِ الْمَأْمُومِ لَهُ مَعَهُ وَلَا فِي رُكُوعٍ زَائِدٍ سَهَا بِهِ وَسَنَذْكُرُ فِي الْكُسُوفِ أَنَّ رُكُوعَ صَلَاتِهِ الثَّانِي لَا يُدْرِكُ بِهِ الرَّكْعَةَ أَيْضًا لِأَنَّهُ، وَإِنْ حُسِبَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الِاعْتِدَالِ وَأَنْ (يَطْمَئِنَّ) بِالْفِعْلِ لَا بِالْإِمْكَانِ يَقِينًا. [تحفة المحتاج ٨/ ٣٩٢].

(١) قوله: (لَمْ يُكَبِّرْ لِلِانْتِقَالِ إِلَيْهَا) لِأَنَّهُ لَمْ يُتَابِعْهُ فِي ذَلِكَ وَلَا هُوَ مَحْسُوبٌ لَهُ بِخِلَافِ الرُّكُوعِ وَأَفْهَمَ قَوْلُهُ إِلَيْهَا مَا قَدَّمَهُ أَنَّهُ يُكَبِّرُ بَعْدَ ذَلِكَ إِذَا انْتَقَلَ مَعَهُ مِن السُّجُودِ أَوْ غَيْرِهِ مُوَافَقَةً لَهُ وَخَرَجَ بِأُولَى أَوْ ثَانِيَةٍ مَا لَوْ أَدْرَكَهُ فِي سَجْدَةِ التِّلَاوَةِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: فَالَّذِي يَنْقَدِحُ أَنَّهُ يُكَبِّرُ لِلْمُتَابَعَةِ، فَإِنَّهَا مَحْسُوبَةٌ لَهُ قَالَ: وَأَمَّا سَجْدَتَا السَّهْوِ فَيَنْقَدِحُ فِي التَّكْبِيرِ لَهُمَا خِلَافٌ مِن الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ يُعِيدُهُمَا آخِرَ صَلَاتِهِ أَوْ لَا إِنْ قُلْنَا لِأُكَبِّرَ وَإِلَّا فَلَا، انتهى. وَفِي كَوْنِ التِّلَاوَةِ مَحْسُوبَةً لَهُ نَظَرٌ ظَاهِرٌ إِذْ مِن الْوَاضِحِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَفْعَلُهَا لِلْمُتَابَعَةِ فَحِينَئِذٍ الَّذِي يُتَّجَهُ أَنَّهُ لَا يُكَبِّرُ لِلِانْتِقَالِ إِلَيْهَا. [تحفة المحتاج ٨/ ٤٠٨].

(٢) قوله: (وَإِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ قَامَ الْمَسْبُوقُ مُكَبِّرًا) نَدْبًا (إِنْ كَانَ) جُلُوسُهُ مَعَ-

باب صَلَاةِ الْمُسَافِرِ

إِنَّمَا تُقْصَرُ رُبَاعِيَّةٌ مُؤَدَّاةٌ فِي السَّفَرِ الطَّوِيلِ الْمُبَاحِ لَا فَائِتَةُ الْحَضَرِ.

وَلَوْ قَضَى فَائِتَةَ السَّفَرِ فَالْأَظْهَرُ قَصْرُهُ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ.

وَمَنْ سَافَرَ مِنْ بَلْدَةٍ فَأَوَّلُ سَفَرِهِ مُجَاوَزَةُ سُورِهَا فَإِنْ كَانَ وَرَاءَهُ عِمَارَةٌ اُشْتُرِطَ مُجَاوَزَتُهَا فِي الْأَصَحِّ.

قُلْت: لَا يُشْتَرَطُ، والله أَعْلَمُ(١).

الْإِمَامِ (**مَوْضِعَ جُلُوسِهِ**) لَوْ كَانَ مُنْفَرِدًا بِأَنْ أَدْرَكَهُ فِي ثَانِيَةِ الْمَغْرِبِ أَوْ ثَالِثَةِ الرُّبَاعِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ يُكَبِّرُ لَهُ الْمُنْفَرِدُ وَغَيْرُهُ بِلَا خِلَافٍ (**وَإِلَّا**) أَيْ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْضِعَ جُلُوسِهِ بِأَنْ أَدْرَكَهُ فِي الرَّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ مِنْ صُبْحٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ ثَانِيَةِ الرُّبَاعِيَّةِ (**فَلَا**) يُكَبِّرُ عِنْدَ قِيَامِهِ (**فِي الْأَصَحِّ**) لِأَنَّهُ لَيْسَ مَوْضِعَ تَكْبِيرِهِ وَلَيْسَ فِيهِ مُوَافَقَةٌ لِلْإِمَامِ، وَالثَّانِي: يُكَبِّرُ لِئَلَّا يَخْلُوَ الِانْتِقَالُ عَنْ ذِكْرٍ، وَالسُّنَّةُ لِلْمَسْبُوقِ أَنْ يَقُومَ عَقِبَ تَسْلِيمَتَيْ الْإِمَامِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقُومَ عَقِبَ الْأُولَى وَلَوْ مَكَثَ بَعْدَهُمَا فِي مَوْضِعِ جُلُوسِهِ لَمْ يَضُرَّ أَوْ فِي غَيْرِهِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إنْ كَانَ مُتَعَمِّدًا عَالِمًا كَمَا قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ.

نَعَمْ؛ يُغْتَفَرُ قَدْرُ جِلْسَةِ الِاسْتِرَاحَةِ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ **الْأَذْرَعِيُّ**، فَإِنْ كَانَ نَاسِيًا أَوْ جَاهِلًا لَمْ تَبْطُلْ صَلَاتُهُ وَيَسْجُدُ لِلسَّهْوِ. [مغني المحتاج ٣/ ٣٤١].

(١) قوله: (**وَمَنْ سَافَرَ مِنْ بَلْدَةٍ فَأَوَّلُ سَفَرِهِ مُجَاوَزَةُ سُورِهَا**) الْمُخْتَصِّ بِهَا، وَإِنْ تَعَدَّدَ إنْ كَانَ لَهَا سُورٌ كَذَلِكَ وَلَوْ فِي جِهَةِ مَقْصِدِهِ فَقَطْ لَكِنْ إنْ بَقِيَتْ تَسْمِيَتُهُ سُورًا لِأَنَّ مَا فِي دَاخِلِهِ وَلَوْ خَرَابًا وَمَزَارِعَ مَحْسُوبٌ مِنْ مَوْضِعِ الْإِقَامَةِ، وَالْخَنْدَقُ كَالسُّورِ وَبَعْضُهُ كَبَعْضِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَاءٌ عَلَى الْأَوْجَهِ وَيَظْهَرُ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِهِ مَعَ وُجُودِ السُّورِ وَأَلْحَقَ **الْأَذْرَعِيُّ** بِهِ قَرْيَةً أُنْشِئَتْ بِجَانِبِ جَبَلٍ يُشْتَرَطُ فِيمَنْ سَافَرَ فِي صَوْبِهِ قَطْعُ ارْتِفَاعِهِ إن اعْتَدَلَ وَإِلَّا فَمَا نُسِبَ إلَيْهَا مِنْهُ عُرْفًا وَيَلْحَقُ بِالسُّورِ أَيْضًا تَحْوِيطُ أَهْلِ الْقُرَى عَلَيْهَا بِالتُّرَابِ أَوْ نَحْوِهِ (**فَإِنْ كَانَ وَرَاءَهُ عِمَارَةٌ اُشْتُرِطَ مُجَاوَزَتُهَا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِدَاخِلِهِ فَيَثْبُتُ ـ

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ سُورُ الْبَلْدَةِ فَأَوَّلُهُ مُجَاوَزَةُ الْعمْرَانِ لَا الْخَرَابِ وَالْبَسَاتِينِ، وَالْقَرْيَةُ كَبَلْدَةٍ.

وَأَوَّلُ سَفَرِ سَاكِنِ الْخِيَامِ مُجَاوَزَةُ الْحِلَّةِ⁽١⁾.

وَإِذَا رَجَعَ انْتَهَى سَفَرُهُ بِبُلُوغِهِ مَا شُرِطَ مُجَاوَزَتُهُ ابْتِدَاءً.

وَلَوْ نَوَى إِقَامَةَ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ بِمَوْضِعٍ انْقَطَعَ سَفَرُهُ بِوُصُولِهِ.

وَلَا يُحْسَبُ مِنْهَا يَوْمَا دُخُولِهِ وَخُرُوجِهِ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلَوْ أَقَامَ بِبَلَدٍ بِنِيَّةٍ أَنْ يَرْحَلَ إِذَا حَصَلَتْ حَاجَةٌ يَتَوَقَّعُهَا كُلَّ وَقْتٍ قَصَرَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَقِيلَ أَرْبَعَةً، وَفِي قَوْلٍ أَبَدًا، وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي خَائِفِ الْقِتَالِ لَا التَّاجِرِ وَنَحْوِهِ

= لَهَا حُكْمُهُ وَأَطَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** فِي الِانْتِصَارِ لَهُ. [تحفة المحتاج ٨/ ٤٢٧].

(١) قوله: **(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ)** لَهَا **(سُورٌ)** مُطْلَقًا أَوْ صَوْبَ سَفَرِهِ أَوْ كَانَ لَهَا سُورٌ غَيْرُ مُخْتَصٍّ بِهَا كَقُرًى مُتَفَاصِلَةٍ جَمَعَهَا سُورٌ **(فَأَوَّلُهُ مُجَاوَزَةُ الْعُمْرَانِ)**، وَإِنْ تَخَلَّلَهُ خَرَابٌ لَيْسَ بِهِ أُصُولُ أَبْنِيَةٍ أَوْ نَهْرٌ، وَإِنْ كَبُرَ أَوْ مَيْدَانٌ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ الْإِقَامَةِ وَمِنْهُ الْمَقَابِرُ الْمُتَّصِلَةُ بِهِ وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَمَلْعَبُ الصِّبْيَانِ وَنَحْوُ ذَلِكَ عَلَى مَا بَحَثَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** وَبَيَّنْت مَا فِيهِ فِي شَرْحِ الْعُبَابِ، وَإِنَّ كَلَامَ صَاحِبِ الْمُعْتَمَدِ وَالسُّبْكِيِّ مُصَرِّحٌ بِخِلَافِهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا هُنَا وَفِي الْحِلَّةِ الْآتِيَةِ وَاضِحٌ **(لَا الْخَرَابُ)** الَّذِي بَعْدَهُ إِن اتَّخَذُوهُ مَزَارِعَ أَوْ هَجَرُوهُ بِالتَّحْوِيطِ عَلَى الْعَامِرِ أَوْ ذَهَبَتْ أُصُولُ أَبْنِيَتِهِ وَإِلَّا اُشْتُرِطَتْ مُجَاوَزَتُهُ **(وَ)** لَا **(الْبَسَاتِينُ)**، وَالْمَزَارِعُ كَمَا فُهِمَتْ بِالْأَولَى، وَإِنْ حُوِّطَتْ وَاتَّصَلَتْ بِالْبَلَدِ لِأَنَّهَا لَمْ تُتَّخَذْ لِلسُّكْنَى نَعَمْ إِنْ كَانَ فِيهَا أَبْنِيَةٌ تُسْكَنُ فِي بَعْضِ أَيَّامِ السَّنَةِ اُشْتُرِطَتْ مُجَاوَزَتُهَا عَلَى مَا جَزَمَا بِهِ لَكِنَّهُ اسْتَظْهَرَ فِي الْمَجْمُوعِ عَدَمَ الِاشْتِرَاطِ وَاعْتَمَدَهُ الْإِسْنَوِيُّ وَغَيْرُهُ **(وَالْقَرْيَةُ كَبَلْدَةٍ)** فِي جَمِيعِ مَا ذُكِرَ وَالْقَرْيَتَانِ إن اتَّصَلَتَا عُرْفًا كَقَرْيَةٍ، وَإِن اخْتَلَفَتَا اسْمًا وَإِلَّا كَفَى مُجَاوَزَةُ قَرْيَةِ الْمُسَافِرِ وَقَوْلُ الْمَاوَرْدِيِّ أَنَّ الِانْفِصَالَ بِذِرَاعٍ كَافٍ فِي إطْلَاقِهِ نَظَرٌ وَالْوَجْهُ مَا ذَكَرْته مِن اعْتِبَارِ الْعُرْفِ، ثُمَّ رَأَيْت **الْأَذْرَعِيَّ** وَغَيْرَهُ اعْتَمَدُوهُ. [تحفة المحتاج ٨/ ٤٢٨].

وَلَوْ عَلِمَ بَقَاءَهَا مُدَّةً طَوِيلَةً، فَلَا قَصْرَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فَصْلٌ: [صلاة المسافر وشروط القصر]

وَطَوِيلُ السَّفَرِ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ مِيلًا هَاشِمِيَّةً.

قُلْت: وَهُوَ مَرْحَلَتَانِ بِسَيْرِ الْأَثْقَالِ.

وَالْبَحْرُ كَالْبَرِّ، فَلَوْ قَطَعَ الْأَمْيَالَ فِيهِ فِي سَاعَةٍ قَصَرَ، والله أَعْلَمُ(١).

وَيُشْتَرَطُ قَصْدُ مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ أَوَّلًا، فَلَا قَصْرَ لِلْهَائِمِ وَإِنْ طَالَ تَرَدُّدُهُ، وَلَا طَالِبِ غَرِيمٍ وَآبِقٍ يَرْجِعُ مَتَى وَجَدَهُ، وَلَا يَعْلَمُ مَوْضِعَهُ.

وَلَوْ كَانَ لِمَقْصِدِهِ طَرِيقَانِ: طَوِيلٌ وَقَصِيرٌ فَسَلَكَ الطَّوِيلَ لِغَرَضٍ كَسُهُولَةٍ أَوْ أَمْنٍ قَصَرَ وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَظْهَرِ(٢).

وَلَوْ تَبِعَ الْعَبْدُ أَوْ الزَّوْجَةُ أَوْ الْجُنْدِيُّ مَالِكَ أَمْرِهِ فِي السَّفَرِ، وَلَا يَعْرِفُ مَقْصِدَهُ،

---

(١) **(وَالْمِيلُ أَرْبَعَةُ آلَافِ خُطْوَةٍ، وَالْخُطْوَةُ ثَلَاثَةُ أَقْدَامٍ)** فَهُوَ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ قَدَمٍ وَبِالذِّرَاعِ سِتَّةُ آلَافِ ذِرَاعٍ، وَالذِّرَاعُ أَرْبَعٌ وَعِشْرُونَ أُصْبُعًا مُعْتَرِضَاتٍ، وَالْأُصْبُعُ سِتُّ شَعِيرَاتٍ مُعْتَدِلَاتٍ مُعْتَرِضَاتٍ، وَالشَّعِيرَةُ سِتُّ شُعَيْرَاتٍ مِنْ شَعْرِ الْبِرْذَوْنِ فَمَسَافَةُ الْقَصْرِ بِالْأَقْدَامِ خَمْسُمِائَةِ أَلْفٍ وَسِتَّةٌ وَسَبْعُونَ أَلْفًا، وَبِالْأَذْرُعِ مِائَتَا أَلْفٍ وَثَمَانِيَةٌ وَثَمَانُونَ أَلْفًا، وَبِالْأَصَابِعِ سِتَّةُ آلَافِ أَلْفٍ وَتِسْعُمِائَةِ أَلْفٍ وَاثْنَا عَشَرَ أَلْفًا وَبِالشُّعَيْرَاتِ إِحْدَى وَأَرْبَعُونَ أَلْفَ أَلْفٍ وَأَرْبَعُمِائَةِ أَلْفٍ وَاثْنَانِ وَسَبْعُونَ أَلْفًا، وَبِالشَّعَرَاتِ مِائَتَا أَلْفِ أَلْفٍ وَثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ أَلْفَ أَلْفٍ وَثَمَانُمِائَةِ أَلْفٍ وَاثْنَانِ وَثَلَاثُونَ أَلْفًا **(وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَقْصُرَ لِدُونِ الثَّلَاثِ)** مِنَ الْأَيَّامِ، فَالْإِتْمَامُ فِيهِ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ وَخُرُوجًا مِنْ خِلَافِ مَنْ أَوْجَبَهُ كَأَبِي حَنِيفَةَ بَلْ قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ فِي الرَّضَاعِ إِنَّهُ يُكْرَهُ الْقَصْرَ، وَنَقَلَهُ فِي النِّكَاحِ عَنْ الشَّافِعِيِّ، لَكِنْ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** إِنَّهُ غَرِيبٌ ضَعِيفٌ أَمَّا إِذَا كَانَ سَفَرُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَالْقَصْرُ أَفْضَلُ. [أسنى المطالب ٣/ ٣٦٨].

(٢) قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: لَوْ سَلَكَهُ غَلَطًا لَا عَنْ قَصْدٍ أَوْ جَهِلَ الْأَقْرَبَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَقْصُرُ، وَلَمْ أَرَهُ نَصًّا. [حاشية البجيرمي ٣/ ٤٥٧].

فَلَا قَصْرَ، فَلَوْ نَوَوْا مَسَافَةَ الْقَصْرِ قَصَرَ الْجُنْدِيُّ، دُونَهُمَا.

وَمَنْ قَصَدَ سَفَرًا طَوِيلًا فَسَارَ ثُمَّ نَوَى رُجُوعًا انْقَطَعَ، فَإِنْ سَارَ فَسَفَرٌ جَدِيدٌ.

وَلَا يَتَرَخَّصُ الْعَاصِي بِسَفَرِهِ كَآبِقٍ وَنَاشِزَةٍ(١).

فَلَوْ أَنْشَأَ مُبَاحًا ثُمَّ جَعَلَهُ مَعْصِيَةً، فَلَا تَرَخُّصَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَنْشَأَهُ عَاصِيًا ثُمَّ تَابَ فَمُنْشِئٌ لِلسَّفَرِ مِنْ حِينِ التَّوْبَةِ.

وَلَو اقْتَدَى بِمُتِمٍّ لَحْظَةً لَزِمَهُ الْإِتْمَامُ.

وَلَوْ رَعَفَ الْإِمَامُ الْمُسَافِرُ وَاسْتَخْلَفَ مُتِمًّا أَتَمَّ الْمُقْتَدُونَ، وَكَذَا لَوْ أَعَادَ الْإِمَامُ وَاقْتَدَى بِهِ.

وَلَوْ لَزِمَ الْإِتْمَامُ مُقْتَدِيًا فَفَسَدَتْ صَلَاتُهُ أَوْ صَلَاةُ إِمَامِهِ، أَوْ بِأَنَّ إِمَامَهُ مُحْدِثًا أَتَمَّ، وَلَو اقْتَدَى بِمَنْ ظَنَّهُ مُسَافِرًا فَبَانَ مُقِيمًا أَوْ بِمَنْ جَهِلَ سَفَرَهُ أَتَمَّ، وَلَوْ عَلِمَهُ مُسَافِرًا وَشَكَّ فِي نِيَّتِهِ قَصَرَ(٢).

وَلَوْ شَكَّ فِيهَا، فَقَالَ: إِنْ قَصَرَ قَصَرْت وَإِلَّا أَتْمَمْت قَصَرَ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ لِلْقَصْرِ نِيَّتُهُ فِي الْإِحْرَامِ، وَالتَّحَرُّزُ عَنْ مُنَافِيهَا دَوَامًا، وَلَوْ أَحْرَمَ قَاصِرًا

---

(١) قوله: **(وَأَمَّا الْعَاصِي بِسَفَرِهِ وَنَحْوِهِ)** قَالَ فِي شَرْحِ الرَّوْضِ: قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْعَاصِي بِإِقَامَتِهِ كَالْمُسَافِرِ إذَا كَانَ الْأَكْلُ عَوْنًا لَهُ عَلَى الْإِقَامَةِ وَقَوْلُهُمْ تُبَاحُ الْمَيْتَةُ لِلْمُقِيمِ الْعَاصِي بِإِقَامَتِهِ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ انتهى.

وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الشَّارِحَ أَرَادَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ وَنَحْوِهِ. [أسنى ٧/ ١٩٤].

(٢) قوله: **(وَلَوْ لَزِمَ الْإِتْمَامُ مُقْتَدِيًا فَفَسَدَتْ صَلَاتُهُ أَوْ صَلَاةُ إمَامِهِ أَوْ لِأَنَّ إمَامَهُ مُحْدِثًا)** أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ **(أَتَمَّ)** لِأَنَّهَا صَلَاةٌ وَجَبَ عَلَيْهِ إتْمَامُهَا وَمَا ذُكِرَ لَا يَدْفَعُهُ، وَلَوْ بَانَ لِلْإِمَامِ حَدَثُ نَفْسِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِتْمَامُ. قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالضَّابِطُ أَيْ فِي ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَصِحُّ شُرُوعُهُ فِيهِ ثُمَّ يَعْرِضُ الْفَسَادُ يَلْزَمُهُ الْإِتْمَامُ، وَحَيْثُ لَا يَصِحُّ الشُّرُوعُ لَا يَكُونُ مُلْتَزِمًا لِلْإِتْمَامِ بِذَلِكَ، انتهى. [مغني المحتاج ٣/ ٣٨٤].

ثُمَّ تَرَدَّدَ فِي أَنَّهُ يَقْصُرُ أَوْ يُتِمُّ، أَوْ فِي أَنَّهُ نَوَى الْقَصْرَ أَوْ قَامَ إِمَامُهُ لِثَالِثَةٍ فَشَكَّ هَلْ هُوَ مُتِمٌّ أَمْ سَاهٍ أَتَمَّ.

وَلَوْ قَامَ الْقَاصِرُ لِثَالِثَةٍ عَمْدًا بِلَا مُوجِبٍ لِلْإِتْمَامِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ كَانَ سَهْوًا عَادَ وَسَجَدَ لَهُ وَسَلَّمَ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ عَادَ ثُمَّ نَهَضَ مُتِمًّا.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسَافِرًا فِي جَمِيعِ صَلَاتِهِ، فَلَوْ نَوَى الْإِقَامَةَ فِيهَا أَوْ بَلَغَتْ سَفِينَتُهُ دَارَ إِقَامَتِهِ أَتَمَّ.

وَالْقَصْرُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِتْمَامِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِذَا بَلَغَ ثَلَاثَ مَرَاحِلَ.

وَالصَّوْمُ أَفْضَلُ مِنَ الْفِطْرِ إِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ(١).

فَصْلٌ: [الجمع بين الصلاتين]

يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا. وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ كَذَلِكَ فِي

---

(١) قوله: (**إِذَا بَلَغَ ثَلَاثَ مَرَاحِلَ**) أَيْ إِذَا كَانَ يَبْلُغُ ثَلَاثَ إِلَخْ فَيَقْصُرُ مِنْ أَوَّلِ سَفَرِهِ.

(**قَوْلُهُ: وَلَا يُكْرَهُ**) أَيْ الْقَصْرُ .(**قَوْلُهُ: أَفْضَلُ مُطْلَقًا**) أَيْ سَوَاءٌ بَلَغَ سَفَرُهُ ثَلَاثَ مَرَاحِلَ أَمْ لَا .(**قَوْلُهُ: وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ**) أَيْ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ الْقَصْرُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِتْمَام (**قَوْلُهُ: فَيَكُونُ الْقَصْرُ فِي حَقِّهِ أَفْضَلُ مُطْلَقًا**) أَمَّا لَوْ كَانَ لَوْ قَصَرَ خَلَا زَمَنُ وُضُوئِهِ وَصَلَاتِهِ عَنْهُ فَيَجِبُ الْقَصْرُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ انْتَهَى حج.

(**قَوْلُهُ: وَكَذَا لَوْ أَقَامَ زِيَادَةً عَلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لِحَاجَةٍ**) أَيْ فَيَكُونُ الْقَصْرُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِتْمَام. وَفِي كَوْنِ الْقَصْرِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَفْضَلَ نَظَرٌ لِجَرَيَانِ الْخِلَافِ فِيهَا الْمُتَقَدِّمِ قُبَيْلَ الْفَصْلِ بَلْ الْقِيَاسُ أَفْضَلِيَّةُ الْإِتْمَام لِمَا ذُكِرَ. وَنَبَّهَ أَيْضًا: أَي **الْأَذْرَعِيُّ** عَلَى أَنَّ الْإِتْمَامَ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَن أَقَامَ يَنْتَظِرُ حَاجَةً وَزَادَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَيَّام انْتَهَى. وَيُمْكِنُ أَنَّ هَذِهِ مُسْتَثْنَاةٌ مِنْ قَوْلِهِ وَالْقَصْرُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِتْمَامِ، فَيَكُونُ مُوَافِقًا لِمَا قَالَهُ **الْأَذْرَعِيُّ**، وَإِنْ كَانَ الْمُتَبَادَرُ مِنْ قَوْلِهِ وَكَذَا إِلَخْ خِلَافَهُ، وَأَمَّا قَوْلُهُ أَوْ كَأَنْ يَجِدَ فِي نَفْسِهِ إِلَخْ فَهُوَ مُسْتَثْنَى مِنْ كَوْنِ الْإِتْمَامِ أَفْضَلَ مِن الْقَصْرِ. [نهاية المحتاج ٨/ ٤٠٤].

السَّفَرِ الطَّوِيلِ، وَكَذَا الْقَصِيرُ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ كَانَ سَائِرًا وَقْتَ الْأُولَى فَتَأْخِيرُهَا أَفْضَلُ وَإِلَّا فَعَكْسُهُ.

وَشُرُوطُ التَّقْدِيمِ ثَلَاثَةٌ: الْبُدَاءَةُ بِالْأُولَى، فَلَوْ صَلَّاهُمَا فَبَانَ فَسَادُهَا فَسَدَتِ الثَّانِيَةُ. وَنِيَّةُ الْجَمْعِ، وَمَحَلُّهَا أَوَّلُ الْأُولَى، وَتَجُوزُ فِي أَثْنَائِهَا فِي الْأَظْهَرِ. الْمُوَالَاةُ بِأَنْ لَا يَطُولَ بَيْنَهُمَا فَصْلٌ، فَإِنْ طَالَ وَلَوْ بِعُذْرٍ وَجَبَ تَأْخِيرُ الثَّانِيَةِ إِلَى وَقْتِهَا وَلَا يَضُرُّ فَصْلٌ يَسِيرٌ. وَيُعْرَفُ طُولُهُ بِالْعُرْفِ.

وَلِلْمُتَيَمِّمِ الْجَمْعُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا يَضُرُّ تَخَلُّلُ طَلَبٍ خَفِيفٍ.

وَلَوْ جَمَعَ ثُمَّ عَلِمَ تَرْكَ رُكْنٍ مِنَ الْأُولَى بَطَلَتَا وَيُعِيدُهُمَا جَامِعًا، أَوْ مِنَ الثَّانِيَةِ، فَإِنْ لَمْ يَطُلْ تَدَارَكَ، وَإِلَّا فَبَاطِلَةٌ وَلَا جَمْعَ، وَلَوْ جَهِلَ أَعَادَهُمَا لِوَقْتَيْهِمَا.

وَإِذَا أَخَّرَ الْأُولَى لَمْ يَجِبِ التَّرْتِيبُ وَالْمُوَالَاةُ، وَنِيَّةُ الْجَمْعِ عَلَى الصَّحِيحِ وَيَجِبُ كَوْنُ التَّأْخِيرِ بِنِيَّةِ الْجَمْعِ وَإِلَّا فَيَعْصِي. وَتَكُونُ قَضَاءً.

وَلَوْ جَمَعَ تَقْدِيمًا فَصَارَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ مُقِيمًا بَطَلَ الْجَمْعُ. وَفِي الثَّانِيَةِ وَبَعْدَهَا لَا يَبْطُلُ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ تَأْخِيرًا فَأَقَامَ بَعْدَ فَرَاغِهِمَا لَمْ يُؤَثِّرْ، وَقَبْلَهُ يَجْعَلُ الْأُولَى قَضَاءً.

وَيَجُوزُ الْجَمْعُ بِالْمَطَرِ تَقْدِيمًا. وَالْجَدِيدُ مَنْعُهُ تَأْخِيرًا.

وَشَرْطُ التَّقْدِيمِ وُجُودُهُ أَوَّلَهُمَا. وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُهُ عِنْدَ سَلَامِ الْأُولَى. وَالثَّلْجُ وَالْبَرَدُ كَمَطَرٍ إِنْ ذَابَا.

وَالْأَظْهَرُ تَخْصِيصُ الرُّخْصَةِ بِالْمُصَلِّي جَمَاعَةً بِمَسْجِدٍ بَعِيدٍ يَتَأَذَّى بِالْمَطَرِ فِي طَرِيقِهِ.

باب صَلاةِ الْجُمُعَةِ

إِنَّمَا تَتَعَيَّنُ عَلَى كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ ذَكَرٍ مُقِيمٍ بِلَا مَرَضٍ وَنَحْوِهِ.

وَلَا جُمُعَةَ عَلَى مَعْذُورٍ بِمُرَخِّصٍ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ.

وَالْمُكَاتَبُ وَكَذَا مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمَنْ صَحَّتْ ظُهْرُهُ صَحَّتْ جُمُعَتُهُ.

وَلَهُ أَنْ يَنْصَرِفَ مِنَ الْجَامِعِ إِلَّا الْمَرِيضَ وَنَحْوَهُ فَيَحْرُمُ انْصِرَافُهُ إِنْ دَخَلَ الْوَقْتُ

إِلَّا أَنْ يَزِيدَ ضَرَرُهُ بِانْتِظَارِهِ.

وَتَلْزَمُ الشَّيْخَ الْهَرِمَ وَالزَّمِنَ إِنْ وَجَدَا مَرْكَبًا وَلَمْ يَشُقَّ الرُّكُوبُ وَالْأَعْمَى يَجِدُ قَائِدًا، وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ إِنْ كَانَ فِيهِمْ جَمْعٌ تَصِحُّ بِهِ الْجُمُعَةُ أَوْ بَلَغَهُمْ صَوْتٌ عَالٍ فِي هُدُوٍّ مِنْ طَرَفٍ يَلِيهِمْ لِبَلَدِ الْجُمُعَةِ لَزِمَتْهُمْ، وَإِلَّا فَلَا.

وَيَحْرُمُ عَلَى مَنْ لَزِمَتْهُ السَّفَرُ بَعْدَ الزَّوَالِ إِلَّا أَنْ تُمْكِنَهُ الْجُمُعَةُ فِي طَرِيقِهِ أَوْ يَتَضَرَّرَ بِتَخَلُّفِهِ عَنِ الرُّفْقَةِ، وَقَبْلَ الزَّوَالِ كَبَعْدِهِ فِي الْجَدِيدِ إِنْ كَانَ السَّفَرُ مُبَاحًا، وَإِنْ كَانَ طَاعَةً جَازَ. قُلْت: الْأَصَحُّ أَنَّ الطَّاعَةَ كَالْمُبَاحِ، والله أَعْلَمُ.

وَمَنْ لَا جُمُعَةَ عَلَيْهِمْ تُسَنُّ الْجَمَاعَةُ فِي ظُهْرِهِمْ فِي الْأَصَحِّ وَيُخْفُونَهَا إِنْ خَفِيَ عُذْرُهُمْ(١).

وَيُنْدَبُ لِمَنْ أَمْكَنَ زَوَالُ عُذْرِهِ تَأْخِيرُ ظُهْرِهِ إِلَى الْيَأْسِ مِنَ الْجُمُعَةِ، وَلِغَيْرِهِ كَالْمَرْأَةِ وَالزَّمِنِ تَعْجِيلُهَا.

وَلِصِحَّتِهَا مَعَ شَرْطِ غَيْرِهَا شُرُوطٌ: أَحَدُهَا: وَقْتُ الظُّهْرِ فَلَا تُقْضَى جُمُعَةً.

فَلَوْ ضَاقَ عَنْهَا صَلَّوْا ظُهْرًا.

وَلَوْ خَرَجَ وَهُمْ فِيهَا وَجَبَ الظُّهْرُ بِنَاءً، وَفِي قَوْلٍ اسْتِئْنَافًا.

وَالْمَسْبُوقُ كَغَيْرِهِ. وَقِيلَ يُتِمُّهَا جُمُعَةً.

الثَّانِي: أَنْ تُقَامَ فِي خِطَّةِ أَبْنِيَةِ أَوْطَانِ الْمُجَمِّعِينَ(٢).

---

(١) قوله: إِنْ خَفِيَ عُذْرُهُمْ) كَيْ لَا يُتَّهَمُوا بِالرَّغْبَةِ عَنْ صَلَاةِ الْإِمَامِ أَوْ الْجُمُعَةِ.
قَالَ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرُهُ: وَيُكْرَهُ لَهُمْ إِظْهَارُهَا.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهُوَ ظَاهِرٌ إِذَا أَقَامُوهَا بِالْمَسَاجِدِ، فَإِنْ كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَمْ يُسْتَحَبَّ الْإِخْفَاءُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ بَلْ يُسَنُّ الْإِظْهَارُ. [مغني المحتاج ٦/ ٤٩٠].

(٢) قوله: (أَنْ تُقَامَ فِي خِطَّةِ أَبْنِيَةِ أَوْطَانِ الْمُجَمِّعِينَ) بِتَشْدِيدِ الْمِيمِ: أي الْمُصَلِّينَ الْجُمُعَةَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي مَسْجِدٍ لِأَنَّهَا لَمْ تُقَمْ فِي عَصْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَالْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ إِلَّا فِي مَوَاضِعِ الْإِقَامَةِ كَمَا هُوَ مَعْلُومٌ، وَالْخِطَّةُ بِكَسْرِ الْخَاءِ الْمُعْجَمَةِ: الْأَرْضُ الَّتِي خَطَّ عَلَيْهَا إعْلَامًا بِأَنَّهُ اخْتَارَهَا لِلْبِنَاءِ، وَأَرَادَ=

……

بِهَا الْمُصَنِّفُ الْأَمْكِنَةَ الْمَعْدُودَةَ مِن الْبَلَدِ، وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الْأَبْنِيَةُ مُجْتَمِعَةً، وَالْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ، وَلَو انْهَدَمَتْ الْأَبْنِيَةُ وَأَقَامُوا لِعِمَارَتِهَا لَمْ يَضُرَّ انْهِدَامُهَا فِي صِحَّةِ الْجُمُعَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فِي مَظَالَّ لِأَنَّهَا وَطَنُهُمْ، وَلَا تَنْعَقِدُ فِي غَيْرِ بِنَاءٍ إِلَّا فِي هَذَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَوْ نَزَلُوا مَكَانًا وَأَقَامُوا فِيهِ لِيَعْمُرُوهُ قَرْيَةً لَا تَصِحُّ جُمُعَتُهُمْ فِيهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ اسْتِصْحَابًا لِلْأَصْلِ فِي الْحَالَيْنِ، وَكَذَا لَوْ صَلَّتْ طَائِفَةٌ خَارِجَ الْأَبْنِيَةِ خَلْفَ جُمُعَةٍ مُنْعَقِدَةٍ لَا تَصِحُّ جُمُعَتُهُمْ كَمَا أَفْتَى بِهِ شَيْخِي لِعَدَمِ وُقُوعِهَا فِي الْأَبْنِيَةِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَإِنْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَسَوَاءٌ فِي الْأَبْنِيَةِ الْبِلَادُ وَالْقُرَى وَالْأَسْرَابُ الَّتِي تُسْتَوْطَنُ جَمْعُ سَرَبٍ، وَهُوَ بِفَتْحِ السِّينِ وَالرَّاءِ: بَيْتٌ فِي الْأَرْضِ وَالْبِنَاءُ بِالْخَشَبِ وَغَيْرِهِ كَطِينٍ وَقَصَبٍ وَسَعَفٍ، وَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي فَضَاءٍ مَعْدُودٍ مِن الْأَبْنِيَةِ الْمُجْتَمَعَةِ بِحَيْثُ لَا تُقْصَرُ فِيهِ الصَّلَاةُ كَمَا فِي الْكِنِّ الْخَارِجِ عَنْهَا الْمَعْدُودِ مِنْهَا، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَعْدُودِ مِنْهَا، فَمَنْ أَطْلَقَ الْمَنْعَ فِي الْكِنِّ الْخَارِجِ عَنْهَا أَرَادَ هَذَا.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْقُرَى يُؤَخِّرُونَ الْمَسْجِدَ عَن جِدَارِ الْقَرْيَةِ قَلِيلًا صِيَانَةً لَهُ عَن نَجَاسَةِ الْبَهَائِمِ، وَعَدَمُ انْعِقَادِ الْجُمُعَةِ فِيهِ بَعِيدٌ، وَقَوْلُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ.

قَالَ أَصْحَابُنَا: لَوْ بَنَى أَهْلُ الْبَلَدِ مَسْجِدَهُمْ خَارِجَهَا لَمْ يَجُزْ لَهُمْ إِقَامَةُ الْجُمُعَةِ فِيهِ لِانْفِصَالِهِ عَن الْبِنَاءِ مَحْمُولٌ عَلَى انْفِصَالٍ لَا يُعَدُّ بِهِ مِن الْقَرْيَةِ انتهى.

وَالضَّابِطُ فِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ بِحَيْثُ تُقْصَرُ الصَّلَاةُ قَبْلَ مُجَاوَزَتِهِ أَخْذًا مِمَّا مَرَّ. [مغني ٣/ ٤٤٨].

وقال ابن حجر: ثُمَّ رَأَيْت **الْأَذْرَعِيَّ** وَالزَّرْكَشِيَّ أَطْلَقَا أَنَّهُ لَا يَضُرُّ خُرُوجُ الصُّفُوفِ الْمُتَّصِلَةِ بِمَنْ فِي الْأَبْنِيَةِ إِلَى مَحَلِّ الْقَصْرِ وَأَنِّي قُلْت فِي شَرْحِ الْعُبَابِ عَقِبَهُ وَهُوَ مَقِيسٌ لَكِنَّ الْأَوْجَهَ حَمْلُهُ عَلَى مَا هُنَا وَالتَّبَعِيَّةُ إِنَّمَا يُنْظَرُ ـ

وَلَوْ لَازَمَ أَهْلُ الْخِيَامِ الصَّحْرَاءَ أَبَدًا فَلَا جُمُعَةَ فِي الْأَظْهَرِ.

الثَّالِثُ: أَنْ لَا يَسْبِقَهَا وَلَا يُقَارِنَهَا جُمُعَةٌ فِي بَلْدَتِهَا إِلَّا إِذَا كَبُرَتْ وَعَسُرَ اجْتِمَاعُهُمْ فِي مَكَان، وَقِيلَ لَا تُسْتَثْنَى هَذِهِ الصُّورَةُ.

وَقِيلَ إِنْ حَالَ نَهْرٌ عَظِيمٌ بَيْنَ شِقَّيْهَا كَانَا كَبَلَدَيْنِ.

وَقِيلَ إِنْ كَانَتْ قُرًى فَاتَّصَلَتْ تَعَدَّدَتِ الْجُمُعَةُ بِعَدَدِهَا، فَلَوْ سَبَقَهَا جُمُعَةٌ فَالصَّحِيحَةُ السَّابِقَةُ، وَفِي قَوْلٍ إِنْ كَانَ السُّلْطَانُ مَعَ الثَّانِيَةِ فَهِيَ الصَّحِيحَةُ.

وَالْمُعْتَبَرُ سَبْقُ التَّحَرُّمِ، وَقِيلَ: التَّحَلُّلُ، وَقِيلَ بِأَوَّلِ الْخُطْبَةِ فَلَوْ وَقَعَتَا مَعًا أَوْ شَكَّ اُسْتُؤْنِفَتِ الْجُمُعَةُ، وَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تَتَعَيَّنْ أَوْ تَعَيَّنَتْ وَنُسِيَتْ صَلَّوْا ظُهْرًا، وَفِي قَوْلٍ جُمُعَةً.

الرَّابِعُ: الْجَمَاعَةُ وَشَرْطُهَا كَغَيْرِهَا، وَأَنْ تُقَامَ بِأَرْبَعِينَ مُكَلَّفًا حُرًّا ذَكَرًا مُسْتَوْطِنًا لَا يَظْعَنُ شِتَاءً وَلَا صَيْفًا إِلَّا لِحَاجَةٍ، وَالصَّحِيحُ انْعِقَادُهَا بِالْمَرْضَى. وَأَنَّ الْإِمَامَ لَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَوْقَ أَرْبَعِينَ.

وَلَوْ انْفَضَّ الْأَرْبَعُونَ أَوْ بَعْضُهُمْ فِي الْخُطْبَةِ لَمْ يُحْسَبِ الْمَفْعُولُ فِي غَيْبَتِهِمْ، وَيَجُوزُ الْبِنَاءُ عَلَى مَا مَضَى إِنْ عَادُوا قَبْلَ طُولِ الْفَصْلِ، وَكَذَا بِنَاءُ الصَّلَاةِ عَلَى الْخُطْبَةِ إِن انْفَضُّوا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ عَادُوا بَعْدَ طُولِهِ وَجَبَ الِاسْتِئْنَافُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَإِن انْفَضُّوا فِي الصَّلَاةِ بَطَلَتْ، وَفِي قَوْلٍ لَا إِنْ بَقِيَ اثْنَانِ(١).

إِلَيْهَا غَالِبًا فِي الزَّائِدِ عَلَى الْأَرْبَعِينَ وَانْعِقَادُ جُمُعَةِ مَنْ دُونَهُمْ إِذَا بَانَ حَدَثُ الْبَاقِينَ تَبَعًا لِلْإِمَامِ خَارِجٌ عَنِ الْقِيَاسِ عَلَى أَنَّ صُورَةَ الْجَمَاعَةِ الْمُرَاعَاةُ، ثُمَّ لَمْ يُوجَدْ فِي الْخَارِجِ مَا يُنَافِيهَا بِخِلَافِهِ هُنَا فَإِنَّ وُجُودَ بَعْضِ الْأَرْبَعِينَ خَارِجَ الْأَبْنِيَةِ يُنَافِيهَا. [تحفة ٩/ ١٧١].

(١) قال شيخ الإسلام: وَأَمَّا خَبَرُ انْفِضَاضِهِمْ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا اثْنَا عَشَرَ فَلَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ ابْتَدَأَهَا بِاثْنَيْ عَشَرَ بَلْ يُحْتَمَلُ عَوْدُهُمْ أَوْ عَوْدُ غَيْرِهِمْ مَعَ سَمَاعِهِمْ أَرْكَانَ الْخُطْبَةِ وَفِي مُسْلِم انْفَضُّوا فِي الْخُطْبَةِ وَفِي رِوَايَةٍ لِلْبُخَارِيِّ انْفَضُّوا فِي الصَّلَاةِ، وَهِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْخُطْبَةِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ فَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا ـ

وَتَصِحُّ خَلْفَ الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ وَالْمُسَافِرِ فِي الْأَظْهَرِ إِذَا تَمَّ الْعَدَدُ بِغَيْرِهِ.

وَلَوْ بَانَ الْإِمَامُ جُنُبًا أَوْ مُحْدِثًا صَحَّتْ جُمُعَتُهُمْ فِي الْأَظْهَرِ إِنْ تَمَّ الْعَدَدُ بِغَيْرِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَمَنْ لَحِقَ الْإِمَامَ الْمُحْدِثَ رَاكِعًا لَمْ تُحْسَبْ رَكْعَتُهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

الْخَامِسُ: خُطْبَتَانِ قَبْلَ الصَّلَاةِ.

وَأَرْكَانُهُمَا خَمْسَةٌ: حَمْدُ الله تَعَالَى، وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ وَلَفْظُهُمَا مُتَعَيِّنٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالتَّقْوَى، وَلَا يَتَعَيَّنُ لَفْظُهَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَهَذِهِ الثَّلَاثَةُ أَرْكَانٌ فِي الْخُطْبَتَيْنِ.

وَالرَّابِعُ قِرَاءَةُ آيَةٍ فِي إِحْدَاهُمَا، وَقِيلَ فِي الْأُولَى، وَقِيلَ فِيهِمَا، وَقِيلَ لَا تَجِبُ.

وَالْخَامِسُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ دُعَاءٍ لِلْمُؤْمِنِينَ فِي الثَّانِيَةِ، وَقِيلَ لَا يَجِبُ.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهَا عَرَبِيَّةً مُرَتَّبَةَ الْأَرْكَانِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى، وَبَعْدَ الزَّوَالِ.

وَالْقِيَامُ فِيهَا إِنْ قَدَرَ، وَالْجُلُوسُ بَيْنَهُمَا.

وَإِسْمَاعُ أَرْبَعِينَ كَامِلِينَ.

وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ عَلَيْهِمُ الْكَلَامُ، وَيُسَنُّ الْإِنْصَاتُ.

قُلْت: الْأَصَحُّ أَنَّ تَرْتِيبَ الْأَرْكَانِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، والله أَعْلَمُ.

وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ الْمُوَالَاةِ، وَطَهَارَةُ الْحَدَثِ وَالْخَبَثِ وَالسَّتْرُ.

- بِأَرْبَعِينَ وَلَوْ أُمِّيِّينَ فِي دَرَجَةٍ (لَا) بِأَرْبَعِينَ (وَفِيهِمْ أُمِّيٌّ) وَاحِدٌ أَو أَكْثَرُ (لِارْتِبَاطِ) صِحَّةِ (صَلَاةِ بَعْضِهِمْ بِبَعْضٍ) فَصَارَ كَاقْتِدَاءِ الْقَارِئِ بِالْأُمِّيِّ (نَقَلَهُ الْأَذْرَعِيُّ عَنْ) فَتَاوَى (الْبَغَوِيِّ) وَهُوَ مِن زِيَادَةِ الْمُصَنِّفِ وَظَاهِرٌ أَنَّ مَحَلَّهُ إِذَا قَصَّرَ الْأُمِّيُّ فِي التَّعَلُّمِ وَإِلَّا فَتَصِحُّ الْجُمُعَةُ إِنْ كَانَ الْإِمَامُ قَارِئًا وَمَعْلُومٌ مِمَّا مَرَّ فِي صِفَةِ الْأَئِمَّةِ أَنَّ الْأُمِّيِّينَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا فِي دَرَجَةٍ لَا يَصِحُّ اقْتِدَاءُ بَعْضِهِمْ بِبَعْضٍ قَالَ الْبَغَوِيّ وَلَوْ جَهِلُوا كُلُّهُمْ الْخُطْبَةَ لَمْ تَجُزِ الْجُمُعَةُ بِخِلَافِ مَا إِذَا جَهِلَهَا بَعْضُهُمْ؛ لِأَنَّهَا تُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهَا. [أسنى المطالب ٣/ ٤٣٣].

وَتُسَنُّ عَلَى مِنْبَرٍ أَوْ مُرْتَفِعٍ.

وَيُسَلِّمُ عَلَى مَنْ عِنْدَ الْمِنْبَرِ وَأَنْ يُقْبِلَ عَلَيْهِمْ إِذَا صَعِدَ، وَيُسَلِّمُ عَلَيْهِمْ، وَيَجْلِسُ ثُمَّ يُؤَذَّنُ، وَأَنْ تَكُونَ بَلِيغَةً مَفْهُومَةً قَصِيرَةً(١)، وَلَا يَلْتَفِتُ يَمِينًا وَشِمَالًا فِي شَيْءٍ مِنْهَا.

وَيَعْتَمِدُ عَلَى سَيْفٍ أَوْ عَصًا وَنَحْوِهِ.

وَيَكُونُ جُلُوسُهُ بَيْنَهُمَا نَحْوَ سُورَةِ الْإِخْلَاصِ.

وَإِذَا فَرَغَ شَرَعَ الْمُؤَذِّنُ فِي الْإِقَامَةِ وَبَادَرَ الْإِمَامُ لِيَبْلُغَ الْمِحْرَابَ مَعَ فَرَاغِهِ.

وَيَقْرَأُ فِي الْأُولَى الْجُمُعَةَ، وَفِي الثَّانِيَةِ الْمُنَافِقِينَ جَهْرًا.

فَصْلٌ: [في الأغسال المسنونة]

يُسَنُّ الْغُسْلُ لِحَاضِرِهَا، وَقِيلَ لِكُلِّ أَحَدٍ، وَوَقْتُهُ مِن الْفَجْرِ، وَتَقْرِيبُهُ مِنْ ذَهَابِهِ أَفْضَلُ، فَإِنْ عَجَزَ تَيَمَّمَ فِي الْأَصَحِّ.

وَمِنَ الْمَسْنُونِ غُسْلُ الْعِيدِ وَالْكُسُوفِ وَالِاسْتِسْقَاءِ(٢).

---

(١) قال الشرواني: (فلا ينافي) أي إقصار الخطبة.

قال **الْأَذْرَعِيُّ**: وحسن أن يختلف ذلك باختلاف أحوال وأزمان وأسباب وقد يقتضي الحال الاسهاب أي التطويل كالحث على الجهاد إذا طرق العدو والعياذ بالله تعالى البلاد وغير ذلك من النهي عن الخمر والفواحش والزنا والظلم إذا تتابع الناس فيها انتهى وما ذكره غير مناف لما مر إذ الاطالة عند دعاء الحاجة إليها لعارض لا يعكر على ما أفضله أن يكون مقتصدًا. [حواشي الشرواني ٢/ ٤٢١].

(٢) فَمِنْهَا الْغُسْلُ لِتَغَيُّرِ بَدَنٍ مِن نَحْوِ حِجَامَةٍ أو فَصْدٍ أو خُرُوجٍ مِن حَمَّام عِنْدَ إِرَادَةِ الْخُرُوجِ وَإِنْ لَمْ يَتَنَوَّرْ، لِأَنَّهُ يُغَيِّرُ الْبَدَنَ وَيُضْعِفُهُ، وَالْغُسْلُ يَشُدُّهُ وَيُنْعِشُهُ، وَمِنْ نَتْفِ إِبْطٍ وَيُقَاسُ بِهِ نَحْوُ قَصِّ الشَّارِبِ وَحَلْقِ الْعَانَةِ، وَقَدْ صَرَّحَ فِي الرَّوْنَقِ بِالثَّانِي، وَلِلِاعْتِكَافِ وَلِكُلِّ لَيْلَةٍ مِن رَمَضَانَ، وَقَيَّدَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** بِمَنْ يَحْضُرُ الْجَمَاعَةَ، وَالْأَوْجَهُ الْأَخْذُ بِإِطْلَاقِهِمْ، وَلِدُخُولِ حَرَمِ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ وَفِي الْوَادِي عِنْدَ سَيَلَانِهِ وَلِكُلِّ مَجْمَعٍ لِلنَّاسِ. أَمَّا الْغُسْلُ-

وَلِغَاسِلِ الْمَيِّتِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمُغْمَى عَلَيْهِ إِذَا أَفَاقَا.

وَالْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ، وَأَغْسَالُ الْحَجِّ، وَآكَدُهَا غُسْلُ غَاسِلِ الْمَيِّتِ ثُمَّ الْجُمُعَةِ، وَعَكْسُهُ الْقَدِيمُ .

قُلْت: الْقَدِيمُ هُنَا أَظْهَرُ وَرَجَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ، وَأَحَادِيثُهُ صَحِيحَةٌ كَثِيرَةٌ، وَلَيْسَ لِلْجَدِيدِ حَدِيثٌ صَحِيحٌ، والله أَعْلَمُ.

التَّبْكِيرُ إِلَيْهَا مَاشِيًا ، بِسَكِينَةٍ.

وَأَنْ يَشْتَغِلَ فِي طَرِيقِهِ وَأَنْ يَتَزَيَّنَ بِأَحْسَنِ ثِيَابِهِ، وَطِيبٍ، وَإِزَالَةِ الظُّفُرِ وَالرِّيحِ.

قُلْت: وَأَنْ يَقْرَأَ الْكَهْفَ يَوْمَهَا وَلَيْلَتَهَا.

وَيُكْثِرَ الدُّعَاءَ، وَالصَّلَاةَ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ وَيَحْرُمُ عَلَى ذِي الْجُمُعَةِ التَّشَاغُلُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْأَذَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْخَطِيبِ، فَإِنْ بَاعَ صَحَّ، وَيُكْرَهُ قَبْلَ الْأَذَانِ بَعْدَ الزَّوَالِ، والله أَعْلَمُ(١).

لِلصَّلَوَاتِ الْخَمْسِ فَغَيْرُ مُسْتَحَبٍّ، كَمَا أَفْتَى بِهِ الْوَالِدُ رَحِمَهُ الله تَعَالَى لِشِدَّةِ الْحَرَجِ وَالْمَشَقَّةِ فِيهِ. [تحفة المحتاج ٩/ ٣٣٦].

(١) قوله: (**التَّشَاغُلُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ**) مِن سَائِرِ الْعُقُودِ وَالصَّنَائِعِ وَغَيْرِهَا مِمَّا فِيهِ تَشَاغُلٌ عَن السَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ (**بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْأَذَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْخَطِيبِ**) حَالَ جُلُوسِهِ عَلَى الْمِنْبَرِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: (**إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ الله وَذَرُوا الْبَيْعَ**) فَوَرَدَ النَّصُّ فِي الْبَيْعِ وَقِيسَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ سَوَاءٌ أَكَانَ عَقْدًا أَمْ لَا ، وَلَوْ تَبَايَعَ اثْنَانِ أَحَدُهُمَا فَرْضُهُ الْجُمُعَةُ دُونَ الْآخَرِ أَثِمَا جَمِيعًا وَإِنْ لَمْ تُفْهِمْهُ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ لِارْتِكَابِ الْأَوَّلِ النَّهْيَ وَإِعَانَةِ الثَّانِي لَهُ عَلَيْهِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ وَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا مِن أَنَّ الْإِثْمَ خَاصٌّ بِالْأَوَّلِ حُمِلَ عَلَى إِثْمِ التَّفْوِيتِ. أَمَّا إِثْمُ الْمُعَاوَنَةِ فَعَلَى الثَّانِي.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** وَغَيْرُهُ: وَيُسْتَثْنَى مِن تَحْرِيمِ الْبَيْعِ مَا لَو احْتَاجَ إِلَى مَاءِ طَهَارَتِهِ أَو مَا يُوَارِي عَوْرَتَهُ أَو مَا يَقُوتُهُ عِنْدَ الِاضْطِرَارِ، وَأَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِالتَّشَاغُلِ إِلَى جَوَازِهِ وَهُوَ سَائِرٌ.

فَصْلٌ [فِي بيان ما تدرك به الجمعة]

مَنْ أَدْرَكَ رُكُوعَ الثَّانِيَةِ أَدْرَكَ الْجُمُعَةَ فَيُصَلِّي بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ رَكْعَةً.

وَإِنْ أَدْرَكَهُ بَعْدَهُ فَاتَتْهُ فَيُتِمُّ بَعْدَ سَلَامِهِ ظُهْرًا أَرْبَعًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْوِي فِي اقْتِدَائِهِ الْجُمُعَةَ.

وَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ مِنَ الْجُمُعَةِ أَوْ غَيْرِهَا بِحَدَثٍ أَوْ غَيْرِهِ جَازَ الِاسْتِخْلَافُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَا يَسْتَخْلِفُ لِلْجُمُعَةِ إِلَّا مُقْتَدِيًا بِهِ قَبْلَ حَدَثِهِ(١).

وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ حَضَرَ الْخُطْبَةَ وَلَا الرَّكْعَةَ الْأُولَى فِي الْأَصَحِّ فِيهِمَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ أَدْرَكَ الْأُولَى تَمَّتْ جُمُعَتُهُمْ، وَإِلَّا فَتَتِمُّ لَهُمْ دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُرَاعِي الْمَسْبُوقُ نَظْمَ الْمُسْتَخْلِفِ، فَإِذَا صَلَّى رَكْعَةً وَتَشَهَّدَ وَأَشَارَ إِلَيْهِمْ لِيُفَارِقُوهُ أَوْ يَنْتَظِرُوا، وَلَا يَلْزَمُهُم اسْتِئْنَافُ نِيَّةِ الْقُدْوَةِ فِي الْأَصَحِّ(٢).

= قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: لِأَنَّ الْمَقْصُودَ أَنْ لَا يَتَأَخَّرَ عَنِ السَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ، لَكِنْ يُكْرَهُ الْبَيْعُ وَنَحْوُهُ مِنَ الْمَعْقُودِ فِي الْمَسْجِدِ لِأَنَّهُ يُنَزَّهُ عَنْ ذَلِكَ وَبَيْنَ يَدَي الْخَطِيبِ إِلَى إِنْهَاءِ الْأَذَانِ الَّذِي كَانَ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ كَمَا مَرَّ. [تحفة ٩/ ٣٩٣].

(١) قيد ابن المقري إدراك الجمعة بإدراك الركعة بقوله إن صحت جمعة الإمام أخذًا من قول **الْأَذْرَعِيِّ** لو خرج الإمام منها قبل السلام فلا جمعة للمأموم والمعتمد أنه ليس بقيد فقد صرح الإسنوي وغيره بأنه لا يتقيد بذلك بل إذا أدرك معه ركعة وأتى بأخرى أدرك الجمعة وإن خرج منها الإمام كما أن حدثه لا يمنع صحتها لمن خلفه. [مغني ١/ ٢٩٦].

(٢) (اسْتِئْنَافُ نِيَّةِ الْقُدْوَةِ) بِالْخَلِيفَةِ (فِي الْأَصَحِّ) جُمُعَةً كَانَتْ، أَو غَيْرَهَا لِتَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةَ الْأَوَّلِ فِي دَوَامِ الْجَمَاعَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُرَاعِي نَظْمَ صَلَاةِ نَفْسِهِ، وَلَوِ اسْتَمَرَّ الْأَوَّلُ لَمْ يَحْتَجِ الْقَوْمُ إِلَى تَجْدِيدِ النِّيَّةِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الِاسْتِخْلَافِ، وَشَمَلَ ذَلِكَ مَنْ قَدَّمَهُ الْإِمَامُ وَمَنْ قَدَّمَهُ الْقَوْمُ وَمَنْ تَقَدَّمَ بِنَفْسِهِ، وَهُوَ الْأَوْجَهُ =

……

= وَإِن اقْتَضَى كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ وَغَيْرِهِمَا اخْتِصَاصَهُ بِالْأَوَّلِ، وَأَخَذَ بِهِ الْأَذْرَعِيُّ فَقَالَ فِي الثَّانِي الْأَقْرَبُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُمْ تَجْدِيدُ نِيَّةِ الِاقْتِدَاءِ، وَفِي الثَّالِثِ: الْوَجْهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُمْ تَجْدِيدُهَا، وَلَمْ أَرَ فِي ذَلِكَ نَصًّا عَلَى أَنَّهُ يُمْكِنُ مَنْعُ الِاسْتِدْلَالِ بِكَلَامِهِمَا بِأَنَّ فَرْضَ مَا ذُكِرَ مِثَالٌ، وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ اللُّزُومُ؛ لِأَنَّهُمْ بِخُرُوجِ الْإِمَامِ مِن صَلَاتِهِ صَارُوا مُنْفَرِدِينَ.

وَلَوْ اسْتَخْلَفَ الْإِمَامُ غَيْرَ صَالِحٍ لِلْإِمَامَةِ لَمْ تَبْطُلْ صَلَاتُهُمْ لِأَنَّ اسْتِخْلَافَهُ لَغْوٌ مَا لَمْ يَقْتَدُوا بِهِ، وَلَوْ أَرَادَ الْمَسْبُوقُونَ، أَو مَنْ صَلَاتُهُمْ أَطْوَلُ مِن صَلَاةِ الْإِمَامِ اسْتِخْلَافَ مَنْ يُتِمُّ بِهِمْ لَمْ يَجُزْ إِلَّا فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ لِعَدَمِ الْمَانِعِ فِي غَيْرِهَا، بِخِلَافِهَا لِمَا مَرَّ مِن أَنَّهُ لَا تَنْشَأُ جُمُعَةٌ بَعْدَ أُخْرَى، وَلَعَلَّهُمْ أَرَادُوا بِالْإِنْشَاءِ مَا يَعُمُّ الْحَقِيقِيَّ وَالْمَجَازِيَّ، إِذْ لَيْسَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخَلِيفَةُ مِنْهُمْ إِنْشَاءُ جُمُعَةٍ، وَإِنَّمَا فِيهِ مَا يُشْبِهُهُ صُورَةً عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ قَالَ بِالْجَوَازِ فِي هَذِهِ لِذَلِكَ، وَمَا ذُكِرَ مِن الْجَوَازِ فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ هُوَ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُهُمَا فِي الْجَمَاعَةِ، وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ فِي تَحْقِيقِهِ هُنَاكَ، وَكَذَا فِي الْمَجْمُوعِ وَقَالَ فِيهِ: اعْتَمَدَهُ وَلَا تَغْتَرَّ بِمَا فِي الِانْتِصَارِ مِن تَصْحِيحِ الْمَنْعِ فَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَجَمَعَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ عَنْهُ فِي الرَّوْضَةِ بِأَنَّ ذَاكَ مِن حَيْثُ حُصُولُ الْفَضِيلَةِ وَهَذَا مِن حَيْثُ جَوَازِ اقْتِدَاءِ الْمُنْفَرِدِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي التَّحْقِيقِ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ جَوَازَ اقْتِدَاءِ الْمُنْفَرِدِ قَالَ: وَاقْتِدَاءُ الْمَسْبُوقِ بَعْدَ سَلَامِ إِمَامِهِ كَغَيْرِهِ. وَقَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: الْكَلَامُ هُنَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا اخْتَلَفَ الْإِمَامُ وَالْمَأْمُومُ فِي عَدَدِ الرَّكَعَاتِ فَلَا يَجُوزُ الِاسْتِخْلَافُ فِي غَيْرِ الْجُمُعَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا يَقْعُدُ وَالْآخَرُ يَقُومُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اتَّفَقَ نَظْمُ الصَّلَاتَيْنِ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ جَمْعٌ لَا بَأْسَ بِهِ، لَكِنَّ تَعْلِيلَهُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا الْمَنْعَ بِأَنَّ الْجَمَاعَةَ حَصَلَتْ لَهُ يُخَالِفُهُ. قَالَ النَّاشِرِيُّ: وَمَحَلُّ مَا ذُكِرَ فِي الْجُمُعَةِ إِذَا قَدَّمْنَا مَنْ لَمْ يَكُنْ مِن جُمْلَتِهِمْ، فَإِنْ كَانَ مِن جُمْلَتِهِمْ جَازَ حَتَّى لَو اقْتَدَى ـ

وَمَنْ زُوحِمَ عَنِ السُّجُودِ فَأَمْكَنَهُ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَلَ، وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُنْتَظَرُ، وَلَا يُومِئُ بِهِ، ثُمَّ إِنْ تَمَكَّنَ قَبْلَ رُكُوعِ إِمَامِهِ سَجَدَ، فَإِنْ رَفَعَ وَالْإِمَامُ قَائِمٌ قَرَأَ، أَوْ وَالْإِمَامُ رَاكِعٌ فَالْأَصَحُّ يَرْكَعُ، وَهُوَ كَمَسْبُوقٍ، فَإِنْ كَانَ إِمَامُهُ فَرَغَ مِنَ الرُّكُوعِ وَلَمْ يُسَلِّمْ وَافَقَهُ فِيمَا هُوَ فِيهِ ثُمَّ صَلَّى رَكْعَةً بَعْدَهُ، وَإِنْ كَانَ سَلَّمَ فَاتَتِ الْجُمُعَةُ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ السُّجُودُ حَتَّى رَكَعَ الْإِمَامُ فَفِي قَوْلٍ يُرَاعِي نَظْمَ نَفْسِهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَرْكَعُ مَعَهُ، وَيُحْسَبُ رُكُوعُهُ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ فَرَكْعَتُهُ مُلَفَّقَةٌ مِنْ رُكُوعِ الْأُولَى وَسُجُودِ الثَّانِيَةِ، وَيُدْرِكُ بِهَا الْجُمُعَةَ فِي الْأَصَحِّ فَلَوْ سَجَدَ عَلَى تَرْتِيبِ نَفْسِهِ عَالِمًا بِأَنَّ وَاجِبَهُ الْمُتَابَعَةُ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ نَسِيَ أَوْ جَهِلَ لَمْ يُحْسَبْ سُجُودُهُ الْأَوَّلُ، فَإِذَا سَجَدَ ثَانِيًا حُسِبَ، وَالْأَصَحُّ إِدْرَاكُ الْجُمُعَةِ بِهَذِهِ الرَّكْعَةِ إِذَا كَمُلَتْ السَّجْدَتَانِ قَبْلَ سَلَامِ الْإِمَامِ.

وَلَوْ تَخَلَّفَ بِالسُّجُودِ نَاسِيًا حَتَّى رَكَعَ الْإِمَامُ لِلثَّانِيَةِ رَكَعَ مَعَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

باب صَلاةِ الْخَوْفِ

هِيَ أَنْوَاعٌ: الْأَوَّلُ: يَكُونُ الْعَدُوُّ فِي الْقِبْلَةِ فَيُرَتِّبُ الْإِمَامُ الْقَوْمَ صَفَّيْنِ وَيُصَلِّي بِهِمْ، فَإِذَا سَجَدَ سَجَدَ مَعَهُ صَفٌّ سَجْدَتَيْهِ وَحَرَسَ صَفٌّ، فَإِذَا قَامُوا سَجَدَ مَنْ حَرَسَ وَلَحِقُوهُ وَسَجَدَ مَعَهُ فِي الثَّانِيَةِ مَنْ حَرَسَ أَوَّلًا وَحَرَسَ الْآخَرُونَ، فَإِذَا جَلَسَ سَجَدَ مَنْ حَرَسَ وَتَشَهَّدَ بِالصَّفَّيْنِ وَسَلَّمَ وَهَذِهِ صَلَاةُ رَسُولِ الله ﷺ بِعُسْفَانَ، وَلَوْ حَرَسَ فِيهِمَا فِرْقَتَا صَفٍّ جَازَ، وَكَذَا فِرْقَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

الثَّانِي: يَكُونُ فِي غَيْرِهَا فَيُصَلِّي مَرَّتَيْنِ كُلَّ مَرَّةٍ بِفِرْقَةٍ، وَهَذِهِ صَلَاةُ رَسُولِ الله ﷺ بِبَطْنِ نَخْلٍ.

أَوْ تَقِفُ فِرْقَةٌ فِي وَجْهِهِ وَيُصَلِّي بِفِرْقَةٍ رَكْعَةً، فَإِذَا قَامَ لِلثَّانِيَةِ فَارَقَتْهُ وَأَتَمَّتْ

= شَخْصٌ بِهَذَا الْمُقَدَّمِ وَصَلَّى مَعَهُمْ رَكْعَةً وَسَلَّمُوا فَلَهُ أَنْ يُتِمَّهَا جُمُعَةً؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ اسْتَفْتَحَ الْجُمُعَةَ فَهُوَ تَبَعٌ لِلْإِمَامِ وَالْإِمَامُ مُسْتَدِيمٌ لَهَا لَا مُسْتَفْتِحٌ، نَقَلَهُ صَاحِبُ الْبَيَانِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَأَقَرَّهُ وَكَذَلِكَ الرِّيمِيُّ، لَكِنَّ تَعْلِيلَهُمْ السَّابِقَ يُخَالِفُهُ، وَلَوْ بَادَرَ أَرْبَعُونَ سَمِعُوا أَرْكَانَ الْخُطْبَةِ وَأَحْرَمُوا بِالْجُمُعَةِ انْعَقَدَتْ بِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ مِن أَهْلِهَا بِخِلَافِ غَيْرِهِمْ. [نهاية المحتاج ٧/ ٢٢٧].

وَذَهَبَتْ إِلَى وَجْهِهِ وَجَاءَ الْوَاقِفُونَ فَاقْتَدَوْا بِهِ فَصَلَّى بِهِمْ الثَّانِيَةَ، فَإِذَا جَلَسَ لِلتَّشَهُّدِ قَامُوا فَأَتَمُّوا ثَانِيَتَهُمْ وَلَحِقُوهُ وَسَلَّمَ بِهِمْ وَهَذِهِ صَلَاةُ رَسُولِ الله ﷺ بِذَاتِ الرِّقَاعِ⁽¹⁾ وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا أَفْضَلُ فِي بَطْنِ نَخْلٍ، وَيَقْرَأُ الْإِمَامُ فِي انْتِظَارِهِ الثَّانِيَةَ

---

(١) أولًا: في سبب تسميتها: قال البخاري في «صحيحه»: حدثنا محمد بن العلاء، حدثنا أبو أسامة عن بريد بن عبد الله بن أبي بردة، عن أبي بردة عن أبي موسى ﷺ قال: «خرجنا مع النبي ﷺ في غزاة ونحن ستة نفر بيننا بعير نعتقبه، فنقبت أقدامنا، ونقبت قدماي وسقطت أظفاري، وكنا نلف على أرجلنا الخرق، فسميت: غزوة ذات الرقاع؛ لما كنا نعصب من الخرق على أرجلنا» وحدَّث أبو موسى بهذا الحديث، ثم كره ذاك، قال: «ما كنت أصنع بأن أذكره، كأنه كره أن يكون شيء من عمله أفشاه». «صحيح البخاري»، كتاب «المغازي». باب غزوة ذات الرقاع.

ثانيًا: كيف كانت الصلاة فيها؟ عن صالح بن خوات ﷺ عمن شهد رسول الله ﷺ يوم ذات الرقاع صلَّى صلاة الخوف: «أن طائفة صلت معه، وطائفة وجاه العدو، فصلى بالذين معه ركعة، ثم ثبت قائمًا، وأتموا لأنفسهم، ثم انصرفوا فصفوا وجاه العدو، وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته، ثم ثبت جالسًا وأتموا لأنفسهم، ثم سلَّم بهم». متفق عليه. وذلك مصداقًا لأمر الله تبارك وتعالى حيث قال في كتابه العزيز: ﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَلْتَقُمْ طَآئِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُوٓاْ أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُواْ فَلْيَكُونُواْ مِن وَرَآئِكُمْ وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّواْ فَلْيُصَلُّواْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُواْ حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَٰحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَن تَضَعُوٓاْ أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُواْ حِذْرَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَٰفِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ۝١٠٢﴾ [النساء: ١٠٢]. انظر «صحيح البخاري» - كتاب المغازي - باب غزوة ذات الرقاع (٥/ ٢١٩)، و«صحيح مسلم» - كتاب صلاة المسافرين وقصرها - باب صلاة الخوف (١/ ٥٧٥-٥٧٦).

وَيَتَشَهَّدُ، وَفِي قَوْلٍ يُؤَخِّرُ.

فَإِنْ صَلَّى مَغْرِبًا فَبِفِرْقَةٍ رَكْعَتَيْنِ وَبِالثَّانِيَةِ رَكْعَةً، وَهُوَ أَفْضَلُ مِنْ عَكْسِهِ فِي الْأَظْهَرِ وَيَنْتَظِرُ فِي تَشَهُّدِهِ أَوْ قِيَامِ الثَّالِثَةِ، وَهُوَ أَفْضَلُ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ رُبَاعِيَّةً فَبِكُلٍّ رَكْعَتَيْنِ، فَلَوْ صَلَّى بِكُلِّ فِرْقَةٍ رَكْعَةً صَحَّتْ صَلَاةُ الْجَمِيعِ فِي الْأَظْهَرِ، وَسَهْوُ كُلِّ فِرْقَةٍ مَحْمُولٌ فِي أُولَاهُمْ، وَكَذَا ثَانِيَةُ الثَّانِيَةِ فِي الْأَصَحِّ لَا ثَانِيَةُ الْأُولَى، وَسَهْوُهُ فِي الْأُولَى يَلْحَقُ الْجَمِيعَ، وَفِي الثَّانِيَةِ لَا يَلْحَقُ الْأَوَّلِينَ، وَيُسَنُّ حَمْلُ السِّلَاحِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ.

الرَّابِعُ: أَنْ يَلْتَحِمَ الْقِتَالُ أَوْ يَشْتَدَّ الْخَوْفُ فَيُصَلِّيَ كَيْفَ أَمْكَنَ رَاكِبًا وَمَاشِيًا⁽¹⁾، وَيُعْذَرَ فِي تَرْكِ الْقِبْلَةِ، وَكَذَا الْأَعْمَالُ الْكَثِيرَةُ لِحَاجَةٍ فِي الْأَصَحِّ، لَا صِيَاحٍ، وَيُلْقِي السِّلَاحَ إِذَا دَمِيَ فَإِنْ عَجَزَ أَمْسَكَهُ، وَلَا قَضَاءَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ رُكُوعٍ أَوْ سُجُودٍ أَوْمَأَ، وَالسُّجُودُ أَخْفَضُ، وَلَهُ ذَا النَّوْعُ فِي كُلِّ قِتَالٍ وَهَزِيمَةٍ مُبَاحَيْنِ، وَهَرَبٍ مِنْ حَرِيقٍ وَسَيْلٍ وَسَبُعٍ وَغَرِيمٍ عِنْدَ الْإِعْسَارِ وَخَوْفِ حَبْسِهِ، وَالْأَصَحُّ مَنْعُهُ لِمُحْرِمٍ خَافَ فَوْتَ الْحَجِّ، وَلَوْ صَلَّوْا لِسَوَادٍ، ظَنُّوهُ عَدُوًّا، فَبَانَ غَيْرُهُ قَضَوْا فِي الْأَظْهَرِ⁽²⁾.

---

(١) قوله: (**أَوْ يَشْتَدَّ الْخَوْفُ**) بِلَا الْتِحَامٍ بِأَنْ لَمْ يَأْمَنُوا هُجُومَ الْعَدُوِّ لَو وَلَّوْا أَو انْقَسَمُوا (**فَيُصَلِّي**) كُلٌّ مِنْهُمْ (**كَيْفَ أَمْكَنَ رَاكِبًا وَمَاشِيًا**) وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الصَّلَاةِ عَنِ الْوَقْتِ وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّ لَهُمْ فِعْلَهَا كَذَلِكَ أَوَّلَ الْوَقْتِ وَهُوَ نَظِيرُ مَا مَرَّ فِي صَلَاةِ فَاقِدِ الطَّهُورَيْنِ وَنَحْوِهِ، لَكِنْ صَرَّحَ ابْنُ الرِّفْعَةِ بِاشْتِرَاطِ ضِيقِهِ وَنَقَلَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** عَن بَعْضِ شُرَّاحِ الْمُخْتَصَرِ وَاعْتَمَدَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ وَزَادَ أَعْنِي **الْأَذْرَعِيَّ** أَنَّ ذَلِكَ مُرَادُهُمْ وَفِيهِ مَا فِيهِ لِلتَّوْسِعَةِ لَهُمْ فِي أُمُورٍ كَثِيرَةٍ مَعَ غَلَبَةِ كَوْنِ التَّأْخِيرِ هُنَا سَبَبًا لِإِضَاعَةِ الصَّلَاةِ بِإِخْرَاجِهَا عَن وَقْتِهَا لِكَثْرَةِ اشْتِغَالِهِمْ بِمَا هُمْ فِيهِ مَعَ عُسْرِ مَعْرِفَتِهِمْ بِآخِرِ الْوَقْتِ حَتَّى يُؤَخِّرُوا إِلَيْهِ فَالْوَجْهُ مَا أَطْلَقُوهُ. [تحفة ٩/ ٤٩٩].

(٢) قوله: (**وَلَهُ**) سَفَرًا وَحَضَرًا (**ذَا النَّوْعِ**) أَيْ صَلَاةُ شِدَّةِ الْخَوْفِ.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** نَقْلًا عَن غَيْرِهِ: وَكَذَا الْأَنْوَاعُ الثَّلَاثَةُ بِالْأُولَى (**فِي كُلِّ قِتَالٍ وَهَزِيمَةٍ مُبَاحَيْنِ**) كَقِتَالِ ذِي مَالٍ وَغَيْرِهِ لِقَاصِدٍ أَخْذَهُ ظُلْمًا وَلَا يَبْعُدُ إِلْحَاقُ ـ

……

الِاخْتِصَاصِ بِهِ فِي ذَلِكَ، وَفِئَةٍ عَادِلَةٍ لِبَاغِيَةٍ بِخِلَافِ عَكْسِهِ إنْ حَكَمْنَا بِإِثْمِهِمْ فِي الْحَالَةِ الْآتِيَةِ فِي بَابِهِمْ، وَقَوْلُهُمْ لَيْسَ الْبَغْيُ اسْمَ ذَمٍّ أَيْ وَلَيْسَ مُفَسِّقًا، وَكَهَرَبِ مُسْلِمٍ فِي قِتَالِ كُفَّارٍ مِن ثَلَاثَةٍ لَا اثْنَيْنِ (**وَهَرَبٍ مِن حَرِيقٍ وَسَيْلٍ وَسَبُعٍ**) وَحَيَّةٍ وَنَحْوِهَا إذَا لَمْ يُمْكِنْهُ الْمَنْعُ وَلَا التَّحَصُّنُ بِشَيْءٍ (**وَ**) **هَرَبِ** (**غَرِيمٍ**) مِن دَائِنِهِ (**عِنْدَ الْإِعْسَارِ وَخَوْفَ حَبْسِهِ**) إنْ لَحِقَهُ لِعَجْزِهِ عَن بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ مَعَ عَدَمِ تَصْدِيقِهِ فِيهِ أَو لِكَوْنِ حَاكِمٍ ذَلِكَ الْمَحَلِّ لَا يَقْبَلُ بَيِّنَةَ الْإِعْسَارِ إلَّا بَعْدَ حَبْسِهِ مُدَّةً فِيمَا يَظْهَرُ ثُمَّ رَأَيْت غَيْرَ وَاحِدٍ بَحَثَ ذَلِكَ وَلَا إعَادَةَ هُنَا. [تحفة ١٠/ ١١].

وقال الخطيب: (**وَخَوْفِ حَبْسِهِ**) دَفْعًا لِضَرَرِ الْحَبْسِ، وَهَذَا حَيْثُ لَا بَيِّنَةَ لَهُ وَلَا يُصَدِّقُهُ الْمُسْتَحِقُّ وَلَوْ كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَلَكِنَّ الْحَاكِمَ لَا يَسْمَعُهَا إلَّا بَعْدَ الْحَبْسِ، فَهِيَ كَالْعَدَمِ كَمَا بَحَثَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَفِي هَرَبَ مِن مُقْتَصٍّ يَرْجُو بِسُكُونِ غَضَبِهِ بِالْهَرَبِ عَفْوَهُ، وَخَرَجَ بِذَلِكَ الْعَاصِي بِالْقِتَالِ كَالْبُغَاةِ بِغَيْرِ تَأْوِيلٍ وَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ، وَالْعَاصِي بِفِرَارِهِ كَهَزِيمَةِ مُسْلِمٍ مِن كَافِرِينَ فِي الصَّفِّ، فَلَا يُصَلُّونَ هَذِهِ الصَّلَاةَ؛ لِأَنَّ الرُّخَصَ لَا تُنَاطُ بِالْمَعَاصِي، وَلَا يُصَلِّيهَا طَالِبٌ لِعَدُوٍّ مُنْهَزِمٍ مِنْهُ خَافَ فَوْتَ الْعَدُوِّ لَو صَلَّى مُتَمَكِّنًا، لِأَنَّهُ لَمْ يَخَفْ فَوْتَ مَا هُوَ حَاصِلٌ بَلْ هُوَ مُحَصِّلٌ، وَالرُّخَصُ لَا تُجَاوِزُ مَحَلَّهَا إلَّا إنْ خَشِيَ كَرَّتَهُمْ عَلَيْهِ أَو كَمِينًا أَو انْقِطَاعَهُ عَن رُفْقَتِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْجُرْجَانِيُّ، فَلَهُ أَنْ يُصَلِّيَهَا لِأَنَّهُ خَائِفٌ. وَيُؤْخَذُ مِن ذَلِكَ أَنَّهُ لَو خَطَفَ شَخْصٌ عِمَامَتَهُ أَو مَدَاسَهُ مَثَلًا وَهَرَبَ بِهِ وَأَمْكَنَهُ تَحْصِيلُهُ أَنَّ لَهُ هَذِهِ الصَّلَاةَ لِأَنَّهُ خَافَ فَوْتَ مَا هُوَ حَاصِلٌ عِنْدَهُ، وَهَذَا كُلُّهُ إنْ خَافَ فَوْتَ الْوَقْتِ صَرَّحَ بِهِ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَغَيْرُهُ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَكَمَا تَجُوزُ صَلَاةُ شِدَّةِ الْخَوْفِ كَذَلِكَ تَجُوزُ أَيْضًا صَلَاةُ الْخَوْفِ مِن بَابِ أَوْلَى، وَبِهِ صَرَّحَ الْجُرْجَانِيُّ، فَيُصَلِّي بِطَائِفَةٍ وَيَسْتَعْمِلُ طَائِفَةً بِرَدِّ السَّيْلِ وَإِطْفَاءِ الْحَرِيقِ وَدَفْعِ السَّبُعِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. [المغني ٤/ ٩٠].

فَصْلٌ [فيما يجوز لبسه وما لا يجوز]

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ اسْتِعْمَالُ الْحَرِيرِ بِفَرْشٍ وَغَيْرِهِ⁽¹⁾.

وَيَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ لُبْسُهُ، وَالأَصَحُّ تَحْرِيمُ افْتِرَاشِهَا، وَأَنَّ لِلْوَلِيِّ إِلْبَاسَهُ الصَّبِيَّ.

قُلْت: الأَصَحُّ حِلُّ افْتِرَاشِهَا، وَبِهِ قَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرُهُمْ، والله أَعْلَمُ، وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ لُبْسُهُ لِلضَّرُورَةِ كَحَرٍّ وَبَرْدٍ مُهْلِكَيْنِ أَوْ فُجَاءَةِ حَرْبٍ وَلَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ.

وَلِلْحَاجَةِ كَجَرَبٍ وَحَكَّةٍ وَدَفْعِ قَمْلٍ⁽²⁾ وَلِلْقِتَالِ كَدِيبَاجٍ لَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ،

---

(١) قوله: (**يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ**) وَالْخُنْثَى (**اسْتِعْمَالُ الْحَرِيرِ**) وَلَوْ قَزًّا أَو غَيْرَ مَنْسُوجٍ أَخْذًا مِمَّا يَأْتِي مِن اسْتِثْنَائِهِمْ خَيْطَ السُّبْحَةِ وَلِيقَةَ الدَّوَاةِ (**بِفَرْشٍ**) لِنَحْوِ جُلُوسِهِ أَو قِيَامِهِ لَا مَشْيِهِ عَلَيْهِ فِيمَا يَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ لِمُفَارَقَتِهِ لَهُ حَالًا لَا يُعَدُّ مُسْتَعْمِلًا لَهُ عُرْفًا (**وَغَيْرِهِ**) مِن سَائِرِ وُجُوهِ الِاسْتِعْمَالِ إِلَّا مَا اُسْتُثْنِيَ مِمَّا يَأْتِي بَعْضُهُ إِجْمَاعًا فِي اللُّبْسِ وَكَأَنَّهُمْ لَمْ يَعْتَدُّوا بِمَنْ جَوَّزَهُ إِغَاظَةً لِلْكُفَّارِ لِشُذُوذِهِ كَالْوَجْهِ الْقَائِلِ بِحِلِّ الْقَزِّ وَهُوَ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ الدُّودُ حَيًّا فَيَكْمُدُ لَوْنُهُ وَلَا يُقْصَدُ لِلزِّينَةِ وَلِلْخَبَرِ الصَّحِيحِ «أَنَّهُ حَرَامٌ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِهِ ﷺ» وَلِلنَّهْيِ عَن لُبْسِهِ وَالْجُلُوسِ عَلَيْهِ رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَلِأَنَّ فِيهِ خُنُوثَةً لَا تَلِيقُ بِشَهَامَةِ الرِّجَالِ وَيَحِلُّ الْجُلُوسُ عَلَى حَرِيرٍ فُرِشَ عَلَيْهِ ثَوْبٌ أَو غَيْرُهُ وَلَوْ رَقِيقًا أَو مُهَلْهَلًا مَا لَمْ يَمَسَّ الْحَرِيرَ مِن خِلَالِهِ سَوَاءٌ اتَّخَذَهُ لِذَلِكَ أَمْ لَا.

وَمَحَلُّ حُرْمَةِ اتِّخَاذِ الْحَرِيرِ بِلَا اسْتِعْمَالٍ الَّذِي أَفْتَى بِهِ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ مَا إِذَا كَانَ عَلَى صُورَةٍ مُحَرَّمَةٍ، وَقَضِيَّةُ قَوْلِ **الْأَذْرَعِيِّ** إِنَّمَا لَمْ يَكْفِ الْمُهَلْهَلُ الْمَفْرُوشُ عَلَى نَجِسٍ؛ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ لِوُجُوبِ اجْتِنَابِ قَلِيلِهِ أَيْضًا بِخِلَافِ الْحَرِيرِ، انتهى. [تحفة المحتاج ١٠/٢٩].

(٢) قوله: (**وَدَفْعِ قَمْلٍ**) لَا يُحْتَمَلُ أَذَاهُ عَادَةً وَإِنْ لَمْ يَكْثُرْ حَتَّى يَصِيرَ كَالدَّاءِ الْمُتَوَقِّفِ عَلَى الدَّوَاءِ خِلَافًا لِبَعْضِهِمْ وَلَوْ فِي الْحَضَرِ فِي الْكُلِّ، خِلَافًا لِمَا أَطَالَ بِهِ **الْأَذْرَعِيُّ** وَذَلِكَ لِخَبَرِ الصَّحِيحَيْنِ «أَنَّهُ ﷺ أَرْخَصَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَالزُّبَيْرِ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ لِحِكَّةٍ كَانَتْ بِهِمَا» وَفِي غَزَاةٍ بِسَبَبِ الْقَمْلِ، -

وَيَحْرُمُ الْمُرَكَّبُ مِنْ إِبْرَيْسَمَ وَغَيْرِهِ إِنْ زَادَ وَزْنُ الْإِبْرَيْسَمِ، وَيَحِلُّ عَكْسُهُ، وَكَذَا إِن اسْتَوَيَا فِي الْأَصَحِّ.

وَيَحِلُّ مَا طُرِّزَ أَوْ طُرِّفَ بِحَرِيرٍ قَدْرَ الْعَادَةِ⁽¹⁾.

وَلُبْسُ الثَّوْبِ النَّجِسِ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ وَنَحْوِهَا، لَا جِلْدِ كَلْبٍ وَخِنْزِيرٍ إِلَّا لِضَرُورَةٍ كَفُجَاءَةِ قِتَالٍ، وَكَذَا الْمَيْتَةُ فِي الْأَصَحِّ.

= وَرِوَايَةُ مُسْلِمٍ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ فِي السَّفَرِ لَا يُخَصِّصُ، وَيُؤْخَذُ مِن قَوْلِهِ لِلْحَاجَةِ أَنَّهُ مَتَى وَجَدَ مُغْنِيًا عَنْهُ مِن دَوَاءٍ أَو لِبَاسٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ لُبْسُهُ كَالتَّدَاوِي بِالنَّجَاسَةِ وَاعْتَمَدَهُ جَمْعٌ وَنَازَعَ فِيهِ شَارِحٌ بِأَنَّ جِنْسَ الْحَرِيرِ مِمَّا أُبِيحَ لِغَيْرِ ذَلِكَ فَكَانَ أَخَفَّ وَيُرَدُّ بِأَنَّ الضَّرُورَةَ الْمُبِيحَةَ لِلْحَرِيرِ لَا يَتَأَتَّى مِثْلُهَا فِي النَّجَاسَةِ حَتَّى يُبَاحَ لِأَجْلِهَا فَعَدَمُ إِبَاحَتِهَا لِغَيْرِ التَّدَاوِي إِنَّمَا هُوَ لِعَدَمِ تَأَتِّيهِ فِيهَا لَا لِكَوْنِهَا أَغْلَظَ عَلَى أَنَّ لُبْسَ نَجِسِ الْعَيْنِ يَجُوزُ لَمَّا جَازَ لَهُ الْحَرِيرُ فَهُمَا مُسْتَوِيَانِ فِيهَا. [تحفة ١٠/ ٥٢].

(١) قوله: (وَيَحِلُّ) لِمَنْ ذُكِرَ (مَا) أَيْ ثَوْبٌ (طُرِّزَ) أَو رُقِّعَ بِحَرِيرٍ إِذَا لَمْ يُجَاوِزْ كُلٌّ مِنْهُمَا قَدْرَ أَرْبَعِ أَصَابِعَ مَضْمُومَةٍ، دُونَ مَا يُجَاوِزُهَا لِخَبَرِ مُسْلِمٍ عَن ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا «نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَن لُبْسِ الْحَرِيرِ إِلَّا مَوْضِعَ أُصْبُعٍ أَو أُصْبُعَيْنِ أَو ثَلَاثٍ أَو أَرْبَعٍ» وَلَوْ كَثُرَتْ مَحَالُّهَا بِحَيْثُ يَزِيدُ الْحَرِيرُ عَلَى غَيْرِهِ حَرُمَ وَإِلَّا فَلَا خِلَافًا لِمَا نَقَلَهُ الزَّرْكَشِيُّ عَن الْحَلِيمِيِّ مِن أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَى طِرَازَيْنِ كُلُّ طِرَازٍ عَلَى كُمٍّ، وَأَنَّ كُلَّ طِرَازٍ لَا يَزِيدُ عَلَى أُصْبُعَيْنِ لِيَكُونَ مَجْمُوعُهُمَا أَرْبَعَ أَصَابِعَ، وَالتَّطْرِيزُ أَنْ يُرَكَّبَ عَلَى الثَّوْبِ طِرَازٌ كُلُّهُ مِن حَرِيرٍ، أَمَّا الْمُطَرَّزُ بِالْإِبْرَةِ فَالْأَقْرَبُ كَمَا قَالَ السُّبْكِيُّ أَنَّهُ كَالْمَنْسُوجِ حَتَّى يَكُونَ مَعَ الثَّوْبِ كَالْمُرَكَّبِ مِن حَرِيرِهِ وَغَيْرِهِ لَا كَالطِّرَازِ الْمَذْكُورِ وَإِنْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ إِنَّهُ مِثْلُهُ، وَيَحِلُّ حَشْوُ جُبَّةٍ أَو نَحْوِهَا بِهِ كَالْمِخَدَّةِ لِأَنَّ الْحَشْوَ لَيْسَ ثَوْبًا مَنْسُوجًا وَلَا يُعَدُّ صَاحِبُهُ لَابِسَ حَرِيرٍ، وَبِهَذَا فَارَقَ تَحْرِيمَ الْبِطَانَةِ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَجْعَلَ بِطَانَةَ الْجُبَّةِ أَو نَحْوِهَا حَرِيرًا. [تحفة ٤/ ١٠٣].

وَيَحِلُّ الِاسْتِصْبَاحُ بِالدُّهْنِ النَّجِسِ عَلَى الْمَشْهُورِ(١).

باب صَلاةِ الْعِيدَيْنِ

هِيَ سُنَّةٌ، وَقِيلَ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَتُشْرَعُ جَمَاعَةً، وَلِلْمُنْفَرِدِ وَالْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمُسَافِرِ(٢)

---

(١) قوله: (**وَيَحِلُّ**) مَعَ الْكَرَاهَةِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ (**الِاسْتِصْبَاحُ بِالدُّهْنِ النَّجِسِ**) وَكَذَلِكَ دَهْنُ الدَّوَابِّ وَتَوْقِيحُهَا بِهِ كَمَا لَهُ ذَلِكَ بِالْمُتَنَجِّسِ (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) لِمَا صَحَّ مِن أَنَّهُ ﷺ سُئِلَ عَن فَأْرَةٍ وَقَعَتْ فِي سَمْنٍ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَاسْتَصْبِحُوا بِهِ أو فَانْتَفِعُوا بِهِ» أَمَّا فِي الْمَسْجِدِ فَلَا لِمَا فِيهِ مِن تَنْجِيسِهِ، كَذَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ الْمُقْرِي تَبَعًا لِلْأَذْرَعِيِّ وَالزَّرْكَشِيِّ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْإِمَامُ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَأَفْتَى بِهِ الْوَالِدُ رَحِمَهُ الله تَعَالَى، وَإِنْ مَالَ الْإِسْنَوِيُّ إِلَى الْجَوَازِ مُعَلِّلًا لَهُ بِقِلَّةِ الدُّخَانِ، وَحَمَلَ بَعْضُهُمُ الْأَوَّلَ عَلَى الْكَثِيرِ أَخْذًا مِن التَّعْلِيلِ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالْأَشْبَهُ أَنْ يُلْحَقَ بِهِ الْمَنْزِلُ الْمُؤَجَّرُ وَالْمُعَارُ وَنَحْوُهُمَا إِذَا طَالَ زَمَنُ الِاسْتِصْبَاحِ فِيهِ بِحَيْثُ يَعْلَقُ الدُّخَانُ بِالسَّقْفِ، أو الْجِدَارِ، وَمَحَلُّ ذَلِكَ فِي غَيْرِ وَدَكِ نَحْوِ الْكَلْبِ فَلَا يَجُوزُ الِاسْتِصْبَاحُ بِهِ لِغِلَظِ نَجَاسَتِهِ، وَيُعْفَى عَمَّا يُصِيبُهُ مِن دُخَانِ الْمِصْبَاحِ لِقِلَّتِهِ، وَالْبُخَارُ الْخَارِجُ مِن الْكَنِيفِ طَاهِرٌ، وَكَذَا الرِّيحُ الْخَارِجَةُ مِن الدُّبُرِ كَالْجُشَاءِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ أَنَّهُ مِن عَيْنِ النَّجَاسَةِ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ الرَّائِحَةُ الْكَرِيهَةُ الْمَوْجُودَةُ فِيهِ لِمُجَاوَرَتِهِ النَّجَاسَةَ لَا أَنَّهُ مِن عَيْنِهَا. وَيَجُوزُ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ طَلْيُ السُّفُنِ بِشَحْمِ الْمَيْتَةِ وَاتِّخَاذُ صَابُونٍ مِن الزَّيْتِ النَّجِسِ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي بَدَنِهِ وَثَوْبِهِ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ يُطَهِّرُهُمَا، وَكَذَلِكَ يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ الْأَدْوِيَةِ النَّجِسَةِ فِي الدَّبْغِ مَعَ وُجُودِ غَيْرِهَا مِن الطَّاهِرَاتِ وَيُبَاشِرُهَا الدَّابِغُ بِيَدِهِ. قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْمُسْتَحَاضَةِ وَكَذَلِكَ الثُّقْبَةُ الْمُنْفَتِحَةُ تَحْتَ الْمَعِدَةِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ لِلْحَلِيلِ الْإِيلَاجُ فِيهَا، وَيَجُوزُ إِطْعَامُ الطَّعَامِ الْمُتَنَجِّسِ لِلدَّوَابِّ. [نهاية المحتاج ٧/ ٣٤٧].

(٢) قوله: (وَ) تُشْرَعُ أَيْضًا (**لِلْمُنْفَرِدِ وَالْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ وَالْمُسَافِرِ**) وَالْخُنْثَى وَالصَّغِيرِ ـ

وَوَقْتُهَا بَيْنَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَزَوَالِهَا، وَيُسَنُّ تَأْخِيرُهَا لِتَرْتَفِعَ كَرُمْحٍ⁽¹⁾ وَهِيَ رَكْعَتَانِ يُحْرِمُ بِهِمَا، ثُمَّ يَأْتِي بِدُعَاءِ الِافْتِتَاحِ ثُمَّ سَبْعِ تَكْبِيرَاتٍ يَقِفُ بَيْنَ كُلِّ ثِنْتَيْنِ كَآيَةٍ مُعْتَدِلَةٍ، يُهَلِّلُ وَيُكَبِّرُ، وَيُمَجِّدُ، وَيَحْسُنُ: سُبْحَانَ الله، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ، وَلَا إِلَهَ إِلَّا الله، والله أَكْبَرُ، ثُمَّ يَتَعَوَّذُ وَيَقْرَأُ، وَيُكَبِّرُ فِي الثَّانِيَةِ خَمْسًا قَبْلَ الْقِرَاءَةِ، وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي الْجَمِيعِ، وَلَسْنَ فَرْضًا وَلَا بَعْضًا، وَلَوْ نَسِيَهَا وَشَرَعَ فِي الْقِرَاءَةِ فَاتَتْ، وَفِي الْقَدِيمِ يُكَبِّرُ مَا لَمْ يَرْكَعْ، وَيَقْرَأُ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ فِي الْأُولَى «ق»⁽²⁾ وَفِي الثَّانِيَةِ اقْتَرَبَتْ بِكَمَالِهِمَا جَهْرًا، وَيُسَنُّ بَعْدَهُمَا خُطْبَتَانِ: أَرْكَانُهُمَا كَهِيَ فِي الْجُمُعَةِ، وَيُعَلِّمُهُمْ فِي الْفِطْرِ الْفِطْرَةَ وَفِي الْأَضْحَى الْأُضْحِيَّةَ، يَفْتَتِحُ الْأُولَى بِتِسْعِ تَكْبِيرَاتٍ، وَالثَّانِيَةَ بِسَبْعٍ وِلَاءً، وَيُنْدَبُ الْغُسْلُ وَيَدْخُلُ وَقْتُهُ بِنِصْفِ اللَّيْلِ، وَفِي قَوْلٍ بِالْفَجْرِ، وَالتَّطَيُّبُ اَلتَّزَيُّنُ كَالْجُمُعَةِ.

وَفِعْلُهَا بِالْمَسْجِدِ أَفْضَلُ، وَقِيلَ بِالصَّحْرَاءِ إِلَّا لِعُذْرٍ، وَيَسْتَخْلِفُ مَنْ يُصَلِّي بِالضَّعَفَةِ.

= فَلَا تَتَوَقَّفُ عَلَى شُرُوطِ الْجُمُعَةِ مِن اعْتِبَارِ الْجَمَاعَةِ وَالْعَدَدِ وَغَيْرِهِمَا، وَيُسَنُّ الِاجْتِمَاعُ لَهَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، وَيُكْرَهُ تَعَدُّدُهُ بِلَا حَاجَةٍ وَلِلْإِمَامِ الْمَنْعُ مِنْهُ.
قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَيَأْمُرُهُمْ الْإِمَامُ بِهَا. قَالَ الْمُصَنِّفُ وُجُوبًا: أَيْ لِأَنَّهَا مِن شَعَائِرِ الدِّينِ.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَلَمْ أَرَهُ لِغَيْرِهِ، وَقِيلَ نَدْبًا، وَعَلَى الْوَجْهَيْنِ إِذَا أَمَرَهُمْ بِهَا وَجَبَ عَلَيْهِم الِامْتِثَالُ. [مغني ٤/ ١١٤].

(١) قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: فِيهِ نَظَرٌ وَالْمَعْرُوفُ فِي كَلَامِهِم الْأَوَّلِ وَوَقْتُهَا الْمُخْتَارُ إِذَا مَضَى رُبْعُ النَّهَارِ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي التَّحْقِيقِ وَقَوْلِي وَأَفْضَلُهَا ثَمَانٍ مِن زِيَادَتِي وَهُوَ مَا فِي الرَّوْضَةِ وَغَيْرِهَا. [حاشية الجمل ٤/ ٣١١].

(٢) ولَوْ قَرَأَ فِي الْأُولَى: (**سَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى**) وَفِي الثَّانِيَةِ: (**هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ**) كَانَتْ سُنَّةً أَيْضًا كَمَا فِي الرَّوْضَةِ لِثُبُوتِهِ أَيْضًا فِي صَحِيحِ مُسْلِم.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: لَكِنَّ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ وَالْأَصْحَابُ الْأَوَّلُ. [مغني ٤/ ١١٧].

وَيَذْهَبُ فِي طَرِيقٍ وَيَرْجِعُ فِي أُخْرَى(١).

وَيُبَكِّرُ النَّاسُ، وَيَحْضُرُ الْإِمَامُ وَقْتَ صَلَاتِهِ وَيُعَجِّلُ فِي الْأَضْحَى.

قُلْت: وَيَأْكُلُ فِي عِيدِ الْفِطْرِ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَيُمْسِكُ فِي الْأَضْحَى.

وَيَذْهَبُ مَاشِيًا بِسَكِينَةٍ.

وَلَا يُكْرَهُ النَّفَلُ قَبْلَهَا لِغَيْرِ الْإِمَامِ، والله أَعْلَمُ(٢).

---

(١) قوله: **(وَيُنْدَبُ الْغُسْلُ)** كَمَا قَدَّمَهُ أَيْضًا فِي الْجُمُعَةِ وَمَرَّ مَا فِيهِ ثَمَّ، وَذِكْرُهُ هُنَا تَوْطِئَةٌ لِقَوْلِهِ **(وَيَدْخُلُ وَقْتُهُ بِنِصْفِ اللَّيْلِ)**؛ لِأَنَّ أَهْلَ السَّوَادِ يَقْصِدُونَهَا مِن حِينَئِذٍ فَوُسِّعَ لَهُمْ وَكَمَا يَدْخُلُ أَذَانُ الصُّبْحِ بِذَلِكَ **(وَفِي قَوْلٍ بِالْفَجْرِ)** كَالْجُمُعَةِ وَمَرَّ الْفَرْقُ ثَمَّ **(وَالتَّطَيُّبُ وَالتَّزَيُّنُ)** وَالْمَشْيُ وَغَيْرُهَا سُنَّةٌ هُنَا **(كَالْجُمُعَةِ)** بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ زِينَةٍ فَيَأْتِي هُنَا، جَمِيعُ مَا مَرَّ ثَمَّ إلَّا فِي غَيْرِ أَبْيَضَ أَرْفَعَ مِنْهُ قِيمَةً، فَإِنَّهُ الْأَفْضَلُ هُنَا وَإِلَّا فِي التَّزَيُّنِ بِنَحْوِ الطِّيبِ وَإِزَالَةِ نَحْوِ شَعْرٍ وَظُفْرٍ مِمَّا مَرَّ ثَمَّ، فَإِنَّهُ يُسَنُّ هُنَا لِكُلِّ أَحَدٍ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ كَالْغُسْلِ، بِخِلَافِهِ هُنَاكَ نَعَمْ لَا يُسَنُّ إزَالَةُ ذَلِكَ فِي الْأَضْحَى لِمُرِيدِ التَّضْحِيَةِ كَمَا يَأْتِي **(وَفِعْلُهَا بِالْمَسْجِدِ أَفْضَلُ)** لِشَرَفِهِ **(وَقِيلَ)** فِعْلُهَا **(بِالصَّحْرَاءِ)** أَفْضَلُ لِلِاتِّبَاعِ، وَرُدَّ بِأَنَّهُ ﷺ إنَّمَا خَرَجَ إلَيْهَا لِصِغَرِ مَسْجِدِهِ وَمَحَلُّهُ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَمَّا هُوَ فَهِيَ فِيهِ أَفْضَلُ قَطْعًا لِفَضْلِهِ وَمُشَاهَدَةِ الْكَعْبَةِ وَأَلْحَقَ كَثِيرُونَ بِهِ بَيْتَ الْمَقْدِسِ وَاعْتَرَضَهُ الْمُصَنِّفُ بِأَنَّ ظَاهِرَ إطْلَاقِهِمْ أَنَّهُ كَغَيْرِهِ وَنَازَعَهُ **الْأَذْرَعِيُّ**، وَأَلْحَقَ بِهِ ابْنُ الْأُسْتَاذِ مَسْجِدَ الْمَدِينَةِ؛ لِأَنَّهُ اتَّسَعَ. [تحفة ١٠/ ١٦٢].

(٢) قوله: **(وَلَا يُكْرَهُ النَّفَلُ قَبْلَهَا)** بَعْدَ ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ **(لِغَيْرِ الْإِمَامِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِانْتِفَاءِ الْأَسْبَابِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْكَرَاهَةِ، فَخَرَجَ بِقَبْلِهَا بَعْدَهَا. وَفِيهِ تَفْصِيلٌ فَإِنْ كَانَ يَسْمَعُ الْخُطْبَةَ كُرِهَ لَهُ كَمَا مَرَّ وَإِلَّا فَلَا، وَبِبَعْدِ ارْتِفَاعِ الشَّمْسِ قَبْلَهُ فَإِنَّهُ وَقْتُ كَرَاهَةٍ وَقَدْ تَقَدَّمَ حُكْمُهُ فِي بَابِهِ، وَبِغَيْرِ الْإِمَامِ فَيُكْرَهُ لَهُ النَّفَلُ قَبْلَهَا وَبَعْدَهَا لِاشْتِغَالِهِ بِغَيْرِ الْأَهَمِّ وَلِمُخَالَفَتِهِ فِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ، وَيُسَنُّ إحْيَاءُ لَيْلَتَي-

فَصْلٌ: [في التكبير المرسل والمقيد]

يُنْدَبُ التَّكْبِيرُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ لَيْلَتَي الْعِيدِ فِي الْمَنَازِلِ وَالطُّرُقِ وَالْمَسَاجِدِ وَالْأَسْوَاقِ بِرَفْعِ الصَّوْتِ، وَالْأَظْهَرُ إِدَامَتُهُ حَتَّى يُحْرِمَ الْإِمَامُ بِصَلَاةِ الْعِيدِ، وَلَا يُكَبِّرُ الْحَاجُّ لَيْلَةَ الْأَضْحَى بَلْ يُلَبِّي، وَلَا يُسَنُّ لَيْلَةَ الْفِطْرِ عَقِبَ الصَّلَوَاتِ فِي الْأَصَحِّ، وَيُكَبِّرُ الْحَاجُّ مِنْ ظُهْرِ النَّحْرِ وَيَخْتِمُ بِصُبْحِ آخِرِ التَّشْرِيقِ، وَغَيْرِهِ كَهُوَ فِي الْأَظْهَرِ، وَفِي قَوْلٍ مِنْ مَغْرِبِ لَيْلَةِ النَّحْرِ، وَفِي قَوْلٍ مِنْ صُبْحِ عَرَفَةَ وَيَخْتِمُ بِعَصْرِ آخِرِ التَّشْرِيقِ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُكَبِّرُ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ لِلْفَائِتَةِ وَالرَّاتِبَةِ وَالنَّافِلَةِ.

وَصِيغَتُهُ الْمَحْبُوبَةُ: الله أَكْبَرُ، الله أَكْبَرُ، الله أَكْبَرُ، لَا إِلَهَ إِلَّا الله والله أَكْبَرُ، الله أَكْبَرُ، وَلِلَّهِ الْحَمْدُ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَزِيدَ كَبِيرًا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا وَسُبْحَانَ الله بُكْرَةً وَأَصِيلًا.

وَلَوْ شَهِدُوا يَوْمَ الثَّلَاثِينَ قَبْلَ الزَّوَالِ بِرُؤْيَةِ الْهِلَالِ اللَّيْلَةَ الْمَاضِيَةَ أَفْطَرْنَا وَصَلَّيْنَا الْعِيدَ، وَإِنْ شَهِدُوا بَعْدَ الْغُرُوبِ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ، أَوْ بَيْنَ الزَّوَالِ وَالْغُرُوبِ أَفْطَرْنَا، وَفَاتَتْ الصَّلَاةُ.

وَيُشْرَعُ قَضَاؤُهَا مَتَى شَاءَ فِي الْأَظْهَرِ، وَقِيلَ فِي قَوْلٍ: تُصَلَّى مِنَ الْغَدِ أَدَاءً(١).

= الْعِيدِ بِالْعِبَادَةِ مِن صَلَاةٍ وَغَيْرِهَا مِن الْعِبَادَاتِ لِخَبَرِ: «مَنْ أَحْيَا لَيْلَتَيِ الْعِيدِ لَمْ يَمُتْ قَلْبُهُ يَوْمَ تَمُوتُ الْقُلُوبُ» رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيّ مَوْقُوفًا قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: وَأَسَانِيدُهُ ضَعِيفَةٌ، وَمَعَ ذَلِكَ اسْتَحَبُّوا الْإِحْيَاءَ لِأَنَّ الْحَدِيثَ الضَّعِيفَ يُعْمَلُ بِهِ فِي فَضَائِلِ الْأَعْمَالِ كَمَا مَرَّت الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ، وَيُؤْخَذُ مِن ذَلِكَ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ عَدَمُ تَأَكُّدِ الِاسْتِحْبَابِ، قِيلَ: وَالْمُرَادُ بِمَوْتِ الْقُلُوبِ شَغَفُهَا بِحُبِّ الدُّنْيَا، وَقِيلَ الْكُفْرُ، وَقِيلَ الْفَزَعُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَيَحْصُلُ الْإِحْيَاءُ بِمُعْظَمِ اللَّيْلِ كَالْمَبِيتِ بِمِنًى، وَقِيلَ بِسَاعَةٍ مِنْهُ، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا بِصَلَاةِ الْعِشَاءِ جَمَاعَةً وَالْعَزْمُ عَلَى صَلَاةِ الصُّبْحِ جَمَاعَةً، وَالدُّعَاءُ فِيهِمَا وَفِي لَيْلَةِ الْجُمُعَةِ وَلَيْلَتَي أَوَّلِ رَجَبٍ وَنِصْفِ شَعْبَانَ مُسْتَجَابٌ فَيُسْتَحَبُّ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ. [مغني ٤/ ١٣٠].

(١) فائدة: قال شيخ الإسلام: قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ الْوَجْهُ حَمْلُ كَلَامِهِمْ عَلَى الْعُمُومِ=

باب صَلاةِ الْكُسُوفَيْنِ

هِيَ سُنَّةٌ؛ فَيُحْرِمُ بِنِيَّةِ صَلَاةِ الْكُسُوفِ، وَيَقْرَأُ الْفَاتِحَةَ وَيَرْكَعُ، ثُمَّ يَرْفَعُ، ثُمَّ يَقْرَأُ الْفَاتِحَةَ ثُمَّ يَرْكَعُ ثُمَّ يَعْتَدِلُ ثُمَّ يَسْجُدُ. فَهَذِهِ رَكْعَةٌ، ثُمَّ يُصَلِّي ثَانِيَةً كَذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ زِيَادَةُ رُكُوعٍ ثَالِثٍ لِتَمَادِي الْكُسُوفِ، وَلَا نَقْصُهُ لِلِانْجِلَاءِ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَكْمَلُ أَنْ يَقْرَأَ فِي الْقِيَامِ الْأَوَّلِ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ الْبَقَرَةَ، وَفِي الثَّانِي كَمِائَتَيْ آيَةٍ مِنْهَا، وَفِي الثَّالِثِ مِائَةً وَخَمْسِينَ، وَالرَّابِعِ مِائَةً تَقْرِيبًا، وَيُسَبِّحُ فِي الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ قَدْرَ مِائَةٍ مِن الْبَقَرَةِ وَفِي الثَّانِي ثَمَانِينَ، وَالثَّالِثِ سَبْعِينَ، وَالرَّابِعِ خَمْسِينَ تَقْرِيبًا، وَلَا يُطَوِّلُ السَّجَدَاتِ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: الصَّحِيحُ تَطْوِيلُهَا وَثَبَتَ فِي الصَّحِيحَيْنِ، وَنَصَّ فِي الْبُوَيْطِيِّ أَنَّهُ يُطَوِّلُهَا نَحْوَ الرُّكُوعِ الَّذِي قَبْلَهَا، والله أَعْلَمُ.

وَتُسَنُّ جَمَاعَةً وَيَجْهَرُ بِقِرَاءَةِ كُسُوفِ الْقَمَرِ لَا الشَّمْسِ، ثُمَّ يَخْطُبُ الْإِمَامُ خُطْبَتَيْنِ بِأَرْكَانِهِمَا فِي الْجُمُعَةِ، وَيَحُثُّ عَلَى التَّوْبَةِ وَالْخَيْرِ.

وَمَنْ أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِي رُكُوعٍ أَوَّلَ أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ، أَوْ فِي ثَانٍ أَوْ قِيَامٍ ثَانٍ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

فَإِنَّ الِاشْتِغَالَ بِذَلِكَ وَلَا فَائِدَةَ مُحَقَّقَةٌ فِي الْحَالِ عَبَثٌ وَالْحَاكِمُ يَشْتَغِلُ بِالْمُهِمَّاتِ نَعَمْ إنْ كَانَ ذَلِكَ مَوْجُودًا فَالْوَجْهُ مَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَك أَنْ تَقُولَ الْحَاكِمُ مَنْصُوبٌ لِلْمَصَالِحِ مَا وَقَعَ وَمَا سَيَقَعُ وَقَلَّ أَنْ يَخْلُوَ هِلَالٌ عَن حُقُوقِ الله تَعَالَى أَو لِعِبَادِهِ فَإِذَا سَمِعَهَا حِسْبَةً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْأَدَاءِ مُطَالَبٌ بِذَلِكَ لِيُرَتِّبَ عَلَيْهِ حُكْمَهُ عِنْدَ الْحَاجَةِ إنْ دَعَتْ إلَيْهِ كَانَ مُحْسِنًا لَا عَابِثًا وَقَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ مَا قَالَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ مَرْدُودٌ **(قَوْلُهُ ثُمَّ يُصَلِّيهَا مَعَ النَّاسِ)** قَالَ شَيْخُنَا وَيَصِيرُ ذَلِكَ مُسْتَثْنًى مِن قَوْلِهِمْ مَحَلُّ إعَادَةِ الصَّلَاةِ حَيْثُ بَقِيَ وَقْتُهَا وَكَانَ الْعَبْدُ لِعَدَمِ تَكَرُّرِهَا كَغَيْرِهَا سُومِحَ فِيهَا بِذَلِكَ كـ **(قَوْلُهُ ثُمَّ رَأَيْت الزَّرْكَشِيَّ ذَكَرَ نَحْوَهُ عَن نَصِّ الشَّافِعِيِّ)** **قَالَ الْأَذْرَعِيُّ**: وَهُوَ الْقِيَاسُ. [أسنى المطالب ٤/ ١٢٣].

وَتَفُوتُ صَلَاةُ الشَّمْسِ بِالِانْجِلَاءِ وَبِغُرُوبِهَا كَاسِفَةً، وَالْقَمَرِ بِالِانْجِلَاءِ وَطُلُوعِ الشَّمْسِ، لَا الْفَجْرِ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا بِغُرُوبِهِ خَاسِفًا(١).

وَلَو اجْتَمَعَ كُسُوفٌ وَجُمُعَةٌ أَوْ فَرْضٌ آخرُ قَدَّمَ الْفَرْضَ إنْ خِيفَ فَوْتُهُ، وَإِلَّا فَالْأَظْهَرُ تَقْدِيمُ الْكُسُوفِ، ثُمَّ يَخْطُبُ لِلْجُمُعَةِ مُتَعَرِّضًا لِلْكُسُوفِ ثُمَّ يُصَلِّي الْجُمُعَةَ(٢)

---

(١) **(قَوْلُهُ: وَنَظِيرُهُ إعَادَةُ الْكُسُوفِ بَعْدَ الِانْجِلَاءِ) فِي شَرْحِ الْعُبَابِ.**
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَقَضِيَّةُ إطْلَاقِهِ أي النَّصِّ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ إدْرَاكُهُ أي إدْرَاكُ الْإِمَامِ الَّذِي يُعِيدُ مَعَهُ قَبْلَ التَّجَلِّي أو بَعْدَهُ وَلَعَلَّهُ أَرَادَ الْأَوَّلَ وَإِلَّا فَهُوَ افْتِتَاحُ صَلَاةِ كُسُوفٍ بَعْدَ التَّجَلِّي أي وَهَذَا لَا يَجُوزُ. [تحفة المحتاج ٧/ ٤٤٠].

(٢) قوله: **(وَلَوْ اجْتَمَعَ كُسُوفٌ وَجُمُعَةٌ أَو فَرْضٌ آخَرُ قُدِّمَ)** وُجُوبًا **(الْفَرْضُ)** الْجُمُعَةُ أو غَيْرُهَا **(إنْ خِيفَ فَوْتُهُ)**؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ حَتْمٌ فَكَانَ أَهَمَّ فَفِي الْجُمُعَةِ يَخْطُبُ لَهَا ثُمَّ يُصَلِّيهَا ثُمَّ الْكُسُوفُ ثُمَّ يَخْطُبُ لَهُ **(وَإِلَّا)** يُخَفْ فَوْتُهُ **(فَالْأَظْهَرُ تَقْدِيمُ الْكُسُوفِ)** لِخَوْفِ فَوْتِهِ بِالِانْجِلَاءِ فَيَقْرَأُ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ بِنَحْوِ سُورَةِ الْإِخْلَاصِ **(ثُمَّ)** بَعْدَ صَلَاةِ الْكُسُوفِ **(يَخْطُبُ لِلْجُمُعَةِ)** فِي صُورَتِهَا **(مُتَعَرِّضًا لِلْكُسُوفِ)** لِيَسْتَغْنِيَ بِذِكْرِهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْخُسُوفِ عَن خُطْبَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ بَعْدَ الْجُمُعَةِ وَيَجِبُ أَنْ يَنْوِيَ خُطْبَةَ الْجُمُعَةِ فَقَطْ، فَإِنْ نَوَاهُمَا بَطَلَتْ؛ لِأَنَّهُ شِرْكٌ بَيْنَ فَرْضٍ وَنَفْلٍ مَقْصُودٍ؛ لِأَنَّ خُطْبَةَ الْجُمُعَةِ لَا تَتَضَمَّنُ خُطْبَةَ الْكُسُوفِ فَلَيْسَ كَنِيَّةِ الْفَرْضِ، وَالتَّحِيَّةِ وَكَذَا إنْ نَوَى الْكُسُوفَ وَحْدَهُ وَهُوَ ظَاهِرٌ فَيَسْتَأْنِفُ خُطْبَةً لِلْجُمُعَةِ، أو أَطْلَقَ؛ لِأَنَّ الْقَرِينَةَ تَصْرِفُهَا لِلْخُسُوفِ.
وَقَوْلُ الْأَذْرَعِيِّ: لَا تَنْصَرِفُ الْخُطْبَةُ إلَيْهِ إلَّا بِقَصْدِهِ؛ لِأَنَّ خُطْبَتَهُ سَقَطَتْ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ لِخُطْبَةٍ وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِي خُطْبَةِ الْجُمُعَةِ لَهُ وَالَّذِي صَرَّحَ بِهِ غَيْرُهُ أَنَّهُ مَتَى لَمْ يَتَعَرَّضْ فِيهَا لَهُ سُنَّ لَهُ خُطْبَةٌ أُخْرَى **(ثُمَّ يُصَلِّي الْجُمُعَةَ)**، وَالْعِيدَ مَعَ الْكُسُوفِ كَالْفَرْضِ مَعَهُ فِيمَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ الْعِيدَ أَفْضَلُ مِنْهُ نَعَمْ يَجُوزُ هُنَا قَصْدُهُمَا بِالْخُطْبَتَيْنِ وَاسْتَشْكَلَهُ فِي الْمَجْمُوعِ بِأَنَّهُمَا سُنَّتَانِ مَقْصُودَتَانِ فَلَا يَضُرُّ التَّشْرِيكُ بَيْنَهُمَا كَرَكْعَتَيْنِ نَوَى بِهِمَا سُنَّةَ الضُّحَى وَسُنَّةَ ـ

وَلَوِ اجْتَمَعَ عِيدٌ أَوْ كُسُوفٌ وَجِنَازَةٌ قُدِّمَت الْجِنَازَةُ.

= الصُّبْحِ الْمَقْضِيَّةَ وَيُجَابُ بِأَنَّهُمَا لَمَّا كَانَتَا تَابِعَتَيْنِ لِلصَّلَاةِ أَشْبَهَتَا غُسْلَ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ وَلَيْسَتَا كَالصَّلَاتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا ثُمَّ رَأَيْت السُّبْكِيَّ أَشَارَ لِذَلِكَ. [تحفة ١٠/١٣٩].

وفي «أسنى المطالب» (١٤٧/٤): **(وَإِن اجْتَمَعَ كُسُوفٌ وَجُمُعَةٌ وَصَلَّى الْكُسُوفَ بَعْدَ الْجُمُعَةِ خَطَبَ لَهُ أَيْضًا)** أي كَمَا خَطَبَ لِلْجُمُعَةِ **(أَوْ)** صَلَاةِ **(قَبْلَهَا سَقَطَتْ خُطْبَتُهُ)** مُبَادَرَةً لِأَدَاءِ الْفَرْضِ **(وَقَصَدُوا بِالْخُطْبَةِ)** الَّتِي يَأْتِي بِهَا عَقِبَ ذَلِكَ **(الْجُمُعَةَ فَقَطْ)** أي لَا الْكُسُوفَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْصِدَهُمَا بِهَا؛ لِأَنَّهُ تَشْرِيكٌ بَيْنَ فَرْضٍ وَنَفْلٍ بِخِلَافِهِ فِيمَا مَرَّ **(وَ)** لَكِنْ **(يَتَعَرَّضُ)** فِيهَا **(لِلذِّكْرِ)** أي لِذِكْرِ مَا يُنْدَبُ فِي خُطْبَتِهِ وَيُحْتَرَزُ عَن التَّطْوِيلِ الْمُوجِبِ لِلْفَصْلِ وَكَلَامُهُ كَأَصْلِهِ يُفْهِمُ أَنَّهُ يَجِبُ قَصْدُهَا حَتَّى لَا يَكْفِيَ الْإِطْلَاقُ، وَهُوَ مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَ صَلَاةِ الْكُسُوفِ عَلَيْهَا يَقْتَضِي صَرْفَهَا لَهَا وَيُحْتَمَلُ خِلَافُهُ؛ لِأَنَّ خُطْبَةَ الْكُسُوفِ سَقَطَتْ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ نَبَّهَ عَلَيْهِ **الْأَذْرَعِيُّ** قَالَ فِي الْأَصْلِ وَاعْتَرَضَتْ طَائِفَةٌ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ﷺ اجْتَمَعَ عِيدٌ وَكُسُوفٌ بِأَنَّ الْكُسُوفَ لَا يَقَعُ إلَّا فِي الثَّامِنِ وَالْعِشْرِينَ أو التَّاسِعِ وَالْعِشْرِينَ وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ قَوْلُ الْمُنَجِّمِينَ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ وَاَللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ الشَّمْسَ كَسَفَتْ يَوْمَ مَاتَ إبْرَاهِيمُ ابْنُ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي أَنْسَابِ الزُّبَيْرِ بْنِ بَكَّارٍ أَنَّهُ مَاتَ عَاشِرَ رَبِيعٍ الْأَوَّلِ وَرَوَى الْبَيْهَقِيُّ مِثْلَهُ عَن الْوَاقِدِيِّ وَكَذَا اشْتَهَرَ أَنَّهَا كُسِفَتْ يَوْمَ قَتْلِ الْحُسَيْنِ وَأَنَّهُ قُتِلَ يَوْمَ عَاشُورَاءَ وَبِأَنَّ وُقُوعَ الْعِيدِ فِي الثَّامِنِ وَالْعِشْرِينَ يُتَصَوَّرُ بِأَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ بِنَقْصِ رَجَبٍ وَشَعْبَانَ وَرَمَضَانَ وَكَانَتْ فِي الْحَقِيقَةِ كَامِلَةً وَبِأَنَّ الْفَقِيهَ قَدْ يُصَوِّرُ مَا لَا يَقَعُ لِيَتَدَرَّبَ بِاسْتِخْرَاجِ الْفُرُوعِ الدَّقِيقَةِ.

وفيه أيضًا: وَلِعِظَمِ مَا قَبْلَ فِعْلِ الْخَيْرِ وَمَا بَعْدَهُ إفْرَادًا بِالذِّكْرِ مَعَ دُخُولِهِمَا فِيهِ. **قَالَ الْأَذْرَعِيُّ**: وَيُسْتَثْنَى مِن اسْتِحْبَابِ الْخُطْبَةِ مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إذَا صَلَّى =

باب صَلَاةِ الِاسْتِسْقَاءِ

هِيَ سُنَّةٌ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَتُعَادُ ثَانِيًا وَثَالِثًا إِنْ لَمْ يُسْقَوْا.

فَإِنْ تَأَهَّبُوا لِلصَّلَاةِ فَسُقُوا قَبْلَهَا اجْتَمَعُوا لِلشُّكْرِ وَالدُّعَاءِ، وَيُصَلُّونَ عَلَى الصَّحِيحِ(١) وَيَأْمُرُهُمُ الْإِمَامُ بِصِيَامِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَوَّلًا، وَالتَّوْبَةِ وَالتَّقَرُّبِ إِلَى اللهِ تَعَالَى بِوُجُوهِ الْبِرِّ، وَالْخُرُوجِ مِنَ الْمَظَالِمِ.

وَيَخْرُجُونَ إِلَى الصَّحْرَاءِ فِي الرَّابِعِ صِيَامًا فِي ثِيَابِ بِذْلَةٍ، وَتَخَشُّعٍ وَيُخْرِجُونَ الصِّبْيَانَ وَالشُّيُوخَ، وَكَذَا الْبَهَائِمَ فِي الْأَصَحِّ(٢).

= لِلْكُسُوفِ بِبَلَدٍ وَكَانَ بِهِ وَالٍ لَا يَخْطُبُ الْإِمَامُ إِلَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِ الْوَلِيِّ وَإِلَّا فَيُكْرَهُ وَذُكِرَ مِثْلُهُ فِي صَلَاةِ الِاسْتِسْقَاءِ وَتَقَدَّمَ فِي الْجُمُعَةِ مَا يُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّهُ يُسَنُّ الْغُسْلُ لِصَلَاةِ الْكُسُوفِ، وَأَمَّا التَّنَظُّفُ بِحَلْقِ الشَّعْرِ وَقَلْمِ الظُّفْرِ فَلَا يُسَنُّ لَهَا كَمَا صَرَّحَ بِهِ بَعْضُ فُقَهَاءِ الْيَمَنِ فَإِنَّهُ يَضِيقُ الْوَقْتُ. [أسنى المطالب ٤/ ١٤١].

(١) قوله: (**وَيُصَلُّونَ**) صَلَاةَ الِاسْتِسْقَاءِ الْمَعْرُوفَةَ شُكْرًا أَيْضًا (**عَلَى الصَّحِيحِ**) كَمَا يَجْتَمِعُونَ لِلدُّعَاءِ وَنَحْوِهِ، وَالثَّانِي لَا يُصَلُّونَ لِأَنَّهَا لَمْ تُفْعَلْ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ وَصَحَّحَهُ ابْنُ الصَّلَاحِ، وَذَكَرَ **الْأَذْرَعِيُّ** أَنَّهُ سَبْقُ قَلَمٍ، وَقَطَعَ الْجُمْهُور بِالْأَوَّلِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ كَمَا قَالَهُ فِي الرَّوْضَةِ، فَكَانَ يَنْبَغِي التَّعْبِيرُ بِالْمَذْهَبِ، وَسَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنِ الْخُطْبَةِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَخْطُبُ بِهِمْ كَمَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ الْمُقْرِي أَمَّا إِذَا سُقُوا بَعْدَهَا فَلَا يَجْتَمِعُونَ لِمَا ذُكِرَ، وَلَوْ سُقُوا فِي أَثْنَائِهَا أَتَمُّوهَا جَزْمًا كَمَا يُشْعِرُ بِهِ كَلَامُهُ. [مغني ٤/ ١٦٤].

(٢) قال الصيدلاني: قوله: (**وكذا البهائم في الأصح**) لأن الجدب قد أصابها أيضاً، وفي الحديث: «أن نبيًّا من الأنبياء خرج يستسقي فإذا هو بنملة رافعة بعض قوائمها إلى السماء، فقال: ارجعوا فقد استجيب لكم من أجل شأن النملة» رواه الدارقطني والحاكم وقال صحيح الإسناد؛ وفي البيان وغيره أن هذا النبي هو سليمان عليه السلام، وأن النملة وقعت على ظهرها ورفعت =

وَلَا يُمْنَعُ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْحُضورَ، وَلَا يَخْتَلِطُونَ بِنَا.

وَهِيَ رَكْعَتَانِ كَالْعِيدِ، لَكِنْ قِيلَ يَقْرَأُ فِي الثَّانِيَةِ - إِنَّا أَرْسَلْنَا نُوحًا - وَلَا تَخْتَصُّ بِوَقْتٍ فِي الْأَصَحِّ وَيَخْطُبُ كَالْعِيدِ لَكِنْ يَسْتَغْفِرُ الله تَعَالَى بَدَلَ التَّكْبِيرِ[١] وَيَدْعُو فِي

يديها، وقالت: اللهم أنت خلقتنا فإن رزقتنا وإلّا فأهلكنا. قال: ورُوي أنها قالت: اللهم إنا خَلْقٌ من خَلْقِك لا غنى بنا عن رزقك فلا تهلكنا بذنوب بني آدم، ويفرّق بين الأمهات والأولاد حتى تكثر الصياح والضجة والرقة فيكون أقرب إلى الإجابة؛ نقله الأذرعي عن جمع المراوزة وأقرّه، انتهى.

(١) قوله: **(وَلَا تَخْتَصُّ)** صَلَاةُ الِاسْتِسْقَاءِ **(بِوَقْتِ الْعِيدِ فِي الْأَصَحِّ)** وَعَبَّرَ فِي الرَّوْضَةِ بِالصَّحِيحِ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، وَقَطَعَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ يُصَدَّقُ بِالْأَخِيرَيْنِ فَلَا يُعْلَمُ مِنْهُ الْأَصَحُّ، وَيَجُوزُ فِعْلُهَا مَتَى شَاءَ، وَلَوْ فِي وَقْتِ الْكَرَاهَةِ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهَا ذَاتُ سَبَبٍ فَدَارَتْ مَعَ السَّبَبِ كَصَلَاةِ الْكُسُوفِ **(وَيَخْطُبُ كَالْعِيدِ)** فِي الْأَرْكَانِ وَالشَّرَائِطِ وَالسُّنَنِ **(لَكِنْ يَسْتَغْفِرُ اللَّهَ تَعَالَى بَدَلَ التَّكْبِيرِ)** فَيَقُولُ: اسْتَغْفِرُ اللَّهَ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ فِي الْأُولَى تِسْعًا، وَفِي الثَّانِيَة سَبْعًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَلْيَقُ بِالْحَالِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَعَدَنَا بِإِرْسَالِ الْمَطَرِ عِنْدَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُكَبِّرُ كَالْعِيدِ.
قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ الْأُمِّ.
وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إِنَّهُ قَضِيَّةُ كَلَام أَكْثَرِ الْعِرَاقِيِّينَ وَيَأْتِي بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالِاسْتِسْقَاءِ بَدَلَ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْفِطْرِ وَالْأُضْحِيَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْطُبَ قَبْلَ الصَّلَاةِ كَمَا سَيَأْتِي، وَيُسَنُّ أَنْ يَخْتِمَ كَلَامَهُ بِالِاسْتِغْفَارِ، وَأَنْ يُكْثِرَ مِنْهُ فِي الْخُطْبَةِ، وَمِنْ قَوْلِ: (اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ) الْآيَة، وَمِنْ دُعَاءِ الْكَرْبِ، وَهُوَ لَا إِلَهَ إِلَّا الله الْعَظِيمُ الْحَلِيمُ لَا إِلَهَ إِلَّا الله رَبُّ الْعَرْشِ الْعَظِيم لَا إِلَهَ إِلَّا الله رَبُّ السَّمَوَاتِ وَرَبُّ الْأَرْضِ وَرَبُّ الْعَرْشِ الْكَرِيم، وَمِنْ يَا حَيُّ يَا قَيُّومُ بِرَحْمَتِكَ نَسْتَغِيثُ وَمِنْ رَحْمَتِك نَرْجُو، فَلَا تَكِلْنَا إِلَى أَنْفُسِنَا طَرْفَةَ عَيْنٍ، وَأَصْلِحْ لَنَا شَأْنَنَا كُلَّهُ، لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ، وَيُسَنُّ فِي كُلِّ مَوْطِنٍ - اللَّهُمَّ آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَة حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ - وَآيَةُ آخِرِ الْبَقَرَةِ. [مغني ٤/ ١٧٦].

الْخُطْبَةِ الْأُولَى: اللَّهُمَّ اسْقِنَا غَيْثًا مُغِيثًا هَنِيئًا مَرِيئًا مَرِيعًا غَدِقًا مُجَلِّلًا طَبَقًا دَائِمًا: اللَّهُمَّ اسْقِنَا الْغَيْثَ وَلَا تَجْعَلْنَا مِنَ الْقَانِطِينَ: اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَغْفِرُكَ إِنَّكَ كُنْت غَفَّارًا فَأَرْسِلْ السَّمَاءَ عَلَيْنَا مِدْرَارًا، وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ بَعْدَ صَدْرِ الْخُطْبَةِ الثَّانِيَةِ، وَيُبَالِغُ فِي الدُّعَاءِ سِرًّا وَجَهْرًا، وَيُحَوِّلُ رِدَاءَهُ عِنْدَ اسْتِقْبَالِهِ فَيَجْعَلُ يَمِينَهُ يَسَارَهُ وَعَكْسَهُ وَيُنَكِّسُهُ عَلَى الْجَدِيدِ فَيَجْعَلُ أَعْلَاهُ أَسْفَلَهُ وَعَكْسَهُ وَيُحَوِّلُ النَّاسُ مِثْلَهُ.

قُلْت: وَيُتْرَكُ مُحَوَّلًا حَتَّى يَنْزِعَ الثِّيَابَ، وَلَوْ تَرَكَ الْإِمَامُ الِاسْتِسْقَاءَ فَعَلَهُ النَّاسُ[1] وَلَوْ خَطَبَ قَبْلَ الصَّلَاةِ جَازَ، وَيُسَنُّ أَنْ يَبْرُزَ لِأَوَّلِ مَطَرِ السَّنَةِ وَيَكْشِفَ غَيْرَ عَوْرَتِهِ لِيُصِيبَهُ، وَأَنْ يَغْتَسِلَ أَوْ يَتَوَضَّأَ فِي السَّيْلِ، وَيُسَبِّحَ عِنْدَ الرَّعْدِ وَالْبَرْقِ، وَلَا يُتْبِعَ بَصَرَهُ الْبَرْقَ، وَيَقُولَ عِنْدَ الْمَطَرِ: اللَّهُمَّ صَيِّبًا نَافِعًا، وَيَدْعُوَ بِمَا شَاءَ، وَبَعْدَهُ: مُطِرْنَا بِفَضْلِ الله وَرَحْمَتِهِ، وَيُكْرَهُ مُطِرْنَا بِنَوْءِ كَذَا، وَسَبُّ الرِّيحِ، وَلَوْ تَضَرَّرُوا بِكَثْرَةِ الْمَطَرِ؛ فَالسُّنَّةُ أَنْ يَسْأَلُوا الله تَعَالَى رَفْعَهُ: اللَّهُمَّ حَوَالَيْنَا وَلَا عَلَيْنَا، وَلَا يُصَلَّى لِذَلِكَ، والله أَعْلَمُ.

باب [حكم تارك الصلاة المفروضة]

إنْ تَرَكَ الصَّلَاةَ جَاحِدًا وُجُوبَهَا كَفَرَ، أَوْ كَسَلًا قُتِلَ حَدًّا، وَالصَّحِيحُ قَتْلُهُ بِصَلَاةٍ فَقَطْ بِشَرْطِ إخْرَاجِهَا عَنْ وَقْتِ الضَّرُورَةِ، وَيُسْتَتَابُ ثُمَّ تُضْرَبُ عُنُقُهُ، وَقِيلَ: يُنْخَسُ

---

[1] قوله: (وَلَوْ تَرَكَ الْإِمَامُ الِاسْتِسْقَاءَ فَعَلَهُ النَّاسُ) حَتَّى الْخُرُوجِ لِلصَّحْرَاءِ، وَالْخُطْبَةِ كَسَائِرِ السُّنَنِ لَا سِيَّمَا مَعَ شِدَّةِ احْتِيَاجِهِمْ نَعَمْ إنْ خَشَوْا مِن ذَلِكَ فِتْنَةً تَرَكُوهُ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ وَبِهِ يُجْمَعُ بَيْنَ مَا وَقَعَ لِلْمُصَنِّفِ فِي ذَلِكَ مِمَّا ظَاهِرُهُ التَّنَافِي.

(قَوْلُهُ: حَتَّى الْخُرُوجِ لِلصَّحْرَاءِ) الَّذِي فِي شَرْحِ الرَّوْضِ مَا نَصُّهُ لَكِنْ لَا يَخْرُجُونَ إلَى الصَّحْرَاءِ أَي يُكْرَهُ الْخُرُوجُ الْمَذْكُورُ مَرَّ إذَا كَانَ الْإِمَامُ أَو نَائِبُهُ بِالْبَلَدِ حَتَّى أَذِنَ لَهُمْ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الشَّافِعِيِّ لِخَوْفِ الْفِتْنَةِ نَبَّهَ عَلَيْهِ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ انتهى مَا فِي شَرْحِ الرَّوْضِ نَعَمْ إنْ أُمِنَتْ الْفِتْنَةُ وَلَمْ يُعْتَدْ الِاسْتِئْذَانُ فَالْمُتَّجَهُ عَدَمُ الْكَرَاهَةِ وَكَذَا فِي احْتِمَالٍ غَيْرِ بَعِيدٍ إنْ أُمِنَتْ، وَإِن أُعْتِيدَ الِاسْتِئْذَانُ وَلَمْ يُسْتَأْذَنْ. [تحفة ١٠/ ٣١٤].

بِحَدِيدَةٍ حَتَّى يُصَلِّيَ أَوْ يَمُوتَ، وَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ مَعَ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يُطْمَسُ قَبْرُهُ(١).

---

(١) فائدة: قال شيخ الإسلام: وَإِنَّمَا يُقْتَلُ **(بَعْدَ الِاسْتِتَابَةِ)**؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَسْوَأَ حَالًا مِن الْمُرْتَدِّ فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ وَقَضِيَّةُ كَلَامِهِ كَأَصْلِهِ وَالْمَجْمُوعِ أَنَّ اسْتِتَابَتَهُ وَاجِبَةٌ كَالْمُرْتَدِّ لَكِنْ صَحَّحَ فِي التَّحْقِيقِ نَدْبَهَا وَعَلَيْهِ فَرَّقَ الْإِسْنَوِيُّ بِأَنَّ الرِّدَّةَ تُخَلِّدُ فِي النَّارِ فَوَجَبَ إنْقَاذُهُ مِنْهَا بِخِلَافِ تَرْكِ الصَّلَاةِ تَكْفِي اسْتِتَابَتُهُ **(فِي الْحَالِ)**؛ لِأَنَّ تَأْخِيرَهَا يُفَوِّتُ صَلَوَاتٍ وَقِيلَ يُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَالْقَوْلَانِ فِي النَّدْبِ وَقِيلَ فِي الْوُجُوبِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَصْلُ **(ثُمَّ)** بَعْدَ قَتْلِهِ **(لَهُ حُكْمُ الْمُسْلِمِينَ)** فَيُجَهَّزُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ وَلَوْ قَتَلَهُ فِي مُدَّةِ الِاسْتِتَابَةِ أَو قَبْلَهَا إنْسَانٌ أَثِمَ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَقَاتِلِ الْمُرْتَدِّ وَلَوْ جُنَّ أَو سَكِرَ قَبْلَ فِعْلِ الصَّلَاةِ لَمْ يُقْتَلْ فَإِنْ قُتِلَ وَجَبَ الْقَوَدُ بِخِلَافِ نَظِيرِهِ فِي الْمُرْتَدِّ لَا قَوَدَ عَلَى قَاتِلِهِ لِقِيَامِ الْكُفْرِ ذَكَرَهُ فِي الْمَجْمُوعِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَمَا ذَكَرَهُ مِن وُجُوبِ الْقَوَدِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ فِي جُنُونِهِ أَو سُكْرِهِ كُلُّهُ فِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ وَعَائِدٌ بِالتَّرْكِ انتهى.

وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ الِاسْتِتَابَةَ وَاجِبَةٌ أَمَّا تَارِكُ الْمَنْذُورَةِ الْمُؤَقَّتَةِ فَلَا يُقْتَلُ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَوْجَبَهَا عَلَى نَفْسِهِ وَفِيهِ احْتِمَالٌ لِلشَّيْخِ أَبِي إِسْحَاقَ. [أسنى المطالب ٤/ ٣٧٨].

وقال: **(قَوْلُهُ فَإِنْ تَابَ وَإِلَّا قُتِلَ)** اسْتَشْكَلَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ بِأَنَّهُ يُقْتَلُ حَدًّا عَلَى التَّأْخِيرِ عَن الْوَقْتِ عَمْدًا أَو الْحُدُودُ لَا تَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ وَأُجِيبُ بِأَنَّ الْحَدَّ هُنَا لَيْسَ هُوَ عَلَى مَعْصِيَةٍ سَابِقَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ حَلَالُهُ عَلَى فِعْلِ مَا تَرَكَ كَمَا قَالَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** وَغَيْرُهُ أَو بِأَنَّهُ عَلَى تَأْخِيرِ الصَّلَاةِ عَمْدًا مَعَ تَرْكِهَا فَالْعِلَّةُ مُرَكَّبَةٌ فَإِذَا صَلَّى زَالَت الْعِلَّةُ وَقَالَ الرِّيمِيُّ فِي التَّقْفِيَةِ وَالْفَرْقُ أَنَّ التَّوْبَةَ هُنَا تُفِيدُ تَدَارُكَ الْفَائِتِ بِخِلَافِ التَّوْبَةِ عَن الزِّنَا وَشِبْهِهِ فَإِنَّ التَّوْبَةَ لَا تُفِيدُ تَدَارُكَ مَا مَضَى مِن الْجَرِيمَةِ بَلْ تُفِيدُ الِامْتِنَاعَ عَنْهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِخِلَافِ تَوْبَتِهِ هُنَا فَإِنَّهَا بِفِعْلِ ـ

……

الصَّلَاةِ وَذَلِكَ يُحَقِّقُ الْمُرَادَ فِي الْمَاضِي وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ تَارِكُ الصَّلَاةِ يَسْقُطُ حَدُّهُ بِالتَّوْبَةِ، وَهِيَ الْعَوْدُ لِفِعْلِ الصَّلَاةِ كَالْمُرْتَدِّ بَلْ هُوَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنْهُ وَغَلِطَ بَعْضُهُمْ فَقَالَ كَيْفَ تَنْفَعُ التَّوْبَةُ؛ لِأَنَّهُ كَمَنْ سَرَقَ نِصَابًا ثُمَّ رَدَّهُ لَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ، وَهَذَا كَلَامُ مَنْ ظَنَّ أَنَّ التَّوْبَةَ لَا تُسْقِطُ الْحُدُودَ مُطْلَقًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ انْتَهَى.. [أسنى المطالب ٤/ ٣٨٢].

لِيُكْثِرْ ذِكْرَ الْمَوْتِ وَيَسْتَعِدّ بِالتَّوْبَةِ وَرَدِّ الْمَظَالِمِ وَالْمَرِيضُ آكَدُ.

وَيُضْجَعُ الْمُحْتَضَرُ لِجَنْبِهِ الْأَيْمَنِ إِلَى الْقِبْلَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ لِضِيقِ مَكَان وَنَحْوِهِ أُلْقِيَ عَلَى قَفَاهُ وَوَجْهُهُ وَأَخْمُصَاهُ لِلْقِبْلَةِ، وَيُلَقَّنُ الشَّهَادَةَ بِلَا إِلْحَاحٍ، وَيُقْرَأُ عَنْهُ يس، وَلْيُحْسِنْ ظَنَّهُ بِرَبِّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى(١).

---

(١) قال شيخ الإسلام: (وَالِاسْتِقْبَالُ بِهِ) الْقِبْلَةَ (وَاجِبٌ) تَنْزِيلًا لَهُ مَنْزِلَةَ الْمُصَلِّي (فَإِنْ دُفِنَ مُسْتَدْبِرًا) يَعْنِي غَيْرَ مُسْتَقْبِلٍ لَهَا فَيَشْمَلُ الِاسْتِلْقَاءَ الْمُصَرَّحَ بِهِ فِي الْأَصْلِ (نُبِشَ) وَوُجِّهَ لِلْقِبْلَةِ وُجُوبًا (إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ) وَإِلَّا فَلَا يُنْبَشُ وَمَحَلُّهُ فِي الِاسْتِلْقَاءِ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ إذَا جَعَلَ عَرْضَ الْقَبْرِ مِمَّا يَلِي الْقِبْلَةَ كَالْعَادَةِ وَإِلَّا فَقَدْ قَالَ الْمُتَوَلِّي يُسْتَحَبُّ جَعْلُ عَرْضِ الْقَبْرِ مِمَّا يَلِي الْقِبْلَةَ فَإِنْ جَعَلَ طُولَهُ إلَيْهَا بِحَيْثُ إذَا وَضَعَ فِيهِ الْمَيِّتَ تَكُونُ رِجْلَاهُ إلَى الْقِبْلَةِ فَإِنْ فَعَلَ لِضِيقِ مَكَان لَمْ يُكْرَهْ وَإِلَّا كُرِهَ. لَكِنْ إذَا دُفِنَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا يُنْبَشُ وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ الْكَرَاهَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ لِلتَّنْزِيهِ، وَتَعَقَّبَهُ الْأَذْرَعِيُّ فَقَالَ: وَيَنْبَغِي تَحْرِيمُ جَعْلِ الْقَبْرِ كَذَلِكَ بِلَا ضَرُورَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى انْتِهَاكِ حُرْمَتِهِ وَسَبِّ صَاحِبِهِ لِاعْتِقَادِ أَنَّهُ مِنَ الْيَهُودِ أو النَّصَارَى فَإِنَّ هَذَا شِعَارُهُمْ وَفِي كَوْنِ مَا قَالَهُ مُوجِبًا لِلتَّحْرِيمِ نَظَرٌ. [أسنى المطالب ٤/ ٣٢٩].

وقال الصيدلاني: (وليحسن ظنه بربه سبحانه وتعالى) أي: يظن أن الله سبحانه وتعالى يرحمه ويغفر له ويرجو ذلك، لما في الصحيحين: «أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ: أَنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي» وفي خبر مسلم: «لَا يَمُوتَنَّ أَحَدُكُمْ إِلَّا وَهُوَ يُحْسِنُ الظَّنَّ باللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى». ويسنُّ لمن عنده تحسين ظنّه وتطميعه في رحمة الله تعالى، بل قد يجب كما بحثه الأذرعي إذا رأى منه أمارات اليأس والقنوط والأظهر كما في المجموع في حق الصحيح استواء خوفه ورجائه إذ الغالب في القرآن ذكر الترغيب والترهيب معًا، أما ـ

فَإِذَا مَاتَ غُمِّضَ، وَشُدَّ لَحْيَاهُ بِعِصَابَةٍ، وَلُيِّنَتْ مَفَاصِلُهُ، وَسُتِرَ جَمِيعُ بَدَنِهِ بِثَوْبٍ خَفِيفٍ، وَوُضِعَ عَلَى بَطْنِهِ شَيْءٌ ثَقِيلٌ، وَوُضِعَ عَلَى سَرِيرٍ وَنَحْوِهِ، وَنُزِعَتْ ثِيَابُهُ وَوُجِّهَ لِلْقِبْلَةِ كَمُحْتَضَرٍ(١).

المريض سواء كان محتضرًا أو غير محتضر فالمعتمد فيه أن يكون رجاؤه أغلب من خوفه.

(١) قوله: **(فَإِذَا مَاتَ غُمِّضَ)** نَدْبًا لِخَبَرِ مُسْلِمٍ: «أَنَّهُ ﷺ فَعَلَهُ بِأَبِي سَلَمَةَ لَمَّا شَقَّ بَصَرُهُ»- بِفَتْحِ الشِّينِ وَضَمِّ الرَّاءِ - أَيْ شَخَصَ - بِفَتْحِ أَوَّلَيْهِ - ثُمَّ قَالَ: «إِنَّ الرُّوحَ إِذَا قُبِضَ تَبِعَهُ الْبَصَرُ» وَلِئَلَّا يَقْبُحَ مَنْظَرُهُ فَيُسَاءَ بِهِ الظَّنُّ وَيُسَنُّ حِينَئِذٍ بِسْمِ الله وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ الله ﷺ.

(تَنْبِيهٌ) يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُرَادَ مِن قَوْلِهِ تَبِعَهُ الْبَصَرُ أَنَّ الْقُوَّةَ الْبَاصِرَةَ تَذْهَبُ عَقِبَ خُرُوجِ الرُّوحِ فَحِينَئِذٍ تَجْمُدُ الْعَيْنُ وَيَقْبُحُ مَنْظَرُهَا وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَبْقَى فِيهِ عَقِبَ خُرُوجِهَا شَيْءٌ مِن حَارِّهَا الْغَرِيزِيِّ فَيَشْخَصُ بِهِ نَاظِرًا أَيْنَ يَذْهَبُ بِهَا وَلَا بُعْدَ فِي هَذَا لِأَنَّ حَرَكَتَهُ حِينَئِذٍ قَرِيبَةٌ مِن حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ وَسَيَأْتِي أَنَّهُ يُحْكَمُ عَلَيْهِ مَعَ وُجُودِهَا بِسَائِرِ أَحْكَام الْمَوْتَى بِقَيْدِهِ .**(وَشُدَّ لَحْيَاهُ بِعِصَابَةٍ)** عَرِيضَةٍ تَعُمُّهُمَا وَيَرْبِطُهَا فَوْقَ رَأْسِهِ لِئَلَّا يَدْخُلَ فَاهُ الْهَوَامُّ **(وَلُيِّنَتْ)** أَصَابِعُهُ وَ**(مَفَاصِلُهُ)** عَقِبَ زُهُوقِ رُوحِهِ بِأَنْ يَرُدَّ سَاعِدَهُ لِعَضُدِهِ وَسَاقَهُ لِفَخِذِهِ وَهُوَ لِبَطْنِهِ ثُمَّ يَرُدُّهَا لِيَسْهُلَ غُسْلُهُ لِبَقَاءِ الْحَرَارَةِ حِينَئِذٍ **(وَسُتِرَ)** بَعْدَ نَزْعِ ثِيَابِهِ الْآتِي **(جَمِيعُ بَدَنِهِ بِثَوْبٍ)** طَرَفَاهُ فِي غَيْرِ الْمُحْرِمِ تَحْتَ رَأْسِهِ وَرِجْلَيْهِ لِلِاتِّبَاعِ وَاحْتِرَامًا لَهُ **(خَفِيفٍ)** لِئَلَّا يَتَسَارَعَ إِلَيْهِ الْفَسَادُ **(وَوُضِعَ عَلَى بَطْنِهِ)** تَحْتَ الثَّوْبِ أَو فَوْقَهُ لَكِنَّهُ فَوْقَهُ أَوْلَى كَمَا بَحَثَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ وَزَعْمُ أَخْذِهِ مِن الْمَتْنِ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ فِيهِ كَالرَّوْضَةِ عَطْفَهُ عَلَى وَضْعِ الثَّوْبِ بِالْوَاوِ **(شَيْءٌ ثَقِيلٌ)** مِن حَدِيدٍ كَسَيْفٍ أَو مِرْآةٍ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ نَحْوَ السَّيْفِ يُوضَعُ بِطُولِ الْمَيِّتِ فَإِنْ فُقِدَ فَطِينٌ رَطْبٌ فَمَا تَيَسَّرَ لِئَلَّا يَنْتَفِخَ وَأَقَلُّهُ نَحْوُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا. [تحفة المحتاج ١٠/ ١٣٣].

وَيَتَوَلَّى ذَلِكَ أَرْفَقُ مَحَارِمِهِ(١). وَيُبَادَرُ بِغُسْلِهِ إذَا تُيُقِّنَ مَوْتُهُ.

وَغُسْلُهُ وَتَكْفِينُهُ وَالصَّلَاةُ عَلَيْهِ وَدَفْنُهُ فُرُوضُ كِفَايَةٍ، وَأَقَلُّ الْغُسْلِ تَعْمِيمُ بَدَنِهِ بَعْدَ إزَالَةِ النَّجَسِ، وَلَا تَجِبُ نِيَّةُ الْغَاسِلِ فِي الْأَصَحِّ، فَيَكْفِي غَرَقُهُ أَوْ غَسْلُ كَافِرٍ، قُلْتُ: الصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ: وُجُوبُ غُسْلِ الْغَرِيقِ والله أَعْلَمُ وَالْأَكْمَلُ وَضْعُهُ بِمَوْضِعٍ خَالٍ مَسْتُورٍ عَلَى لَوْحٍ وَيُغَسَّلُ فِي قَمِيصٍ بِمَاءٍ بَارِدٍ، وَيُجْلِسُهُ الْغَاسِلُ عَلَى الْمُغْتَسَلِ مَائِلًا إلَى وَرَائِهِ، وَيَضَعُ يَمِينَهُ عَلَى كَتِفِهِ، وَإِبْهَامَهُ فِي نُقْرَةِ قَفَاهُ، وَيُسْنِدُ ظَهْرَهُ إلَى رُكْبَتِهِ الْيُمْنَى وَيُمِرُّ يَسَارَهُ عَلَى بَطْنِهِ إمْرَارًا بَلِيغًا لِيُخْرِجَ مَا فِيهِ ثُمَّ يُضْجِعُهُ لِقَفَاهُ وَيَغْسِلُ بِيَسَارِهِ وَعَلَيْهَا خِرْقَةٌ سَوْأَتَيْهِ ثُمَّ يَلُفُّ أُخْرَى، وَيُدْخِلُ أُصْبُعَهُ فَمَهُ وَيُمِرُّهَا عَلَى أَسْنَانِهِ، وَيُزِيلُ مَا فِي مَنْخَرَيْهِ مِنْ أَذًى، وَيُوَضِّئُهُ كَالْحَيِّ، ثُمَّ يَغْسِلُ رَأْسَهُ ثُمَّ لِحْيَتَهُ بِسِدْرٍ وَنَحْوِهِ وَيُسَرِّحُهُمَا بِمُشْطٍ وَاسِعِ الْأَسْنَانِ بِرِفْقٍ وَيَرُدُّ الْمُنْتَتَفَ إلَيْهِ وَيَغْسِلُ شِقَّهُ الْأَيْمَنَ ثُمَّ الْأَيْسَرَ ثُمَّ يُحَرِّفُهُ إلَى شِقِّهِ الْأَيْسَرِ فَيَغْسِلُ شِقَّهُ الْأَيْمَنَ مِمَّا يَلِي الْقَفَا وَالظَّهْرَ إلَى الْقَدَمِ ثُمَّ يُحَرِّفُهُ إلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ فَيَغْسِلُ الْأَيْسَرَ كَذَلِكَ فَهَذِهِ غَسْلَةٌ، وَيُسْتَحَبُّ ثَانِيَةٌ وَثَالِثَةٌ، وَأَنْ يُسْتَعَانَ فِي الْأُولَى بِسِدْرٍ أَوْ خِطْمِيٍّ ثُمَّ يُصَبُّ مَاءٌ قَرَاحًا مِنْ فَرْقِهِ إلَى قَدَمِهِ بَعْدَ زَوَالِ السِّدْرِ، وَأَنْ يَجْعَلَ فِي كُلِّ غَسْلَةٍ قَلِيلَ كَافُورٍ(٢)، وَلَوْ خَرَجَ بَعْدَهُ.

نَجَسٌ وَجَبَ إزَالَتُهُ فَقَطْ، وَقِيلَ مَعَ الْغُسْلِ إنْ خَرَجَ مِنَ الْفَرْجِ، وَقِيلَ الْوُضُوءِ،

---

(١) بَحَثَ **الْأَذْرَعِيُّ** جَوَازَهُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ لِلْأَجْنَبِيَّةِ وَعَكْسَهُ مِنَ الْغَضِّ وَعَدَمِ الْمَسِّ وَهُوَ بَعِيدٌ وَكَالْمَحْرَمِ فِيمَا ذُكِرَ الزَّوْجَانِ بِالْأَوْلَى، انتهى [حاشية الجمل ٦/ ٤١٥].
وفي شرح المنهاج للصيدلاني: ويبحث الأذرعي جوازه من الأجنبي للأجنبية مع الغض وعدم المس ورده الرملي في نهايته وعلل حرمته.

(٢) **قال الْأَذْرَعِيُّ**: وعدَّ صاحب الخصال من السنن التشهد عند غسله قال: وكأن مراده عند فراغه منه ويكون كالنائب عنه قال ويحسن أن يزيد اللهم اجعله من التوابين ومن المتطهرين أو يقول اجعلني وإياه انتهى، وقياسه أن يأتي في الوضوء بذلك وبدعاء الاعضاء انتهى. [الشرواني ٣/ ١٠٦].

وَيُغَسِّلُ الرَّجُلَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةَ الْمَرْأَةُ، وَيُغَسِّلُ أَمَتَهُ وَزَوْجَتَهُ وَهِيَ زَوْجَهَا، وَيَلُفَّانِ خِرْقَةً وَلَا مَسَّ⁽¹⁾ فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ إِلَّا أَجْنَبِيٌّ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ يُمِّمَ فِي الْأَصَحِّ، وَأَوْلَى الرِّجَالِ بِهِ أَوْلَاهُمْ بِالصَّلَاةِ، وَبِهَا قَرَابَاتُهَا، وَيُقَدَّمْنَ عَلَى زَوْجٍ فِي الْأَصَحِّ، وَأَوْلَاهُنَّ ذَاتُ مَحْرَمِيَّةٍ، ثُمَّ الْأَجْنَبِيَّةُ، ثُمَّ رِجَالُ الْقَرَابَةِ كَتَرْتِيبِ صَلَاتِهِمْ⁽²⁾.

قُلْتُ: إِلَّا ابْنَ الْعَمِّ وَنَحْوَهُ فَكَالْأَجْنَبِيِّ، والله أَعْلَمُ، وَيُقَدَّمُ عَلَيْهِم الزَّوْجُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَقْرَبُ الْمُحْرِمُ طِيبًا، وَلَا يُؤْخَذُ شَعْرُهُ وَظُفْرُهُ، وَتُطَيَّبُ الْمُعْتَدَّةُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ فِي غَيْرِ الْمُحْرِمِ أَخْذُ ظُفْرِهِ وَشَعْرِ إِبْطِهِ وَعَانَتِهِ وَشَارِبِهِ.

---

(١) قوله: **(وَيَلُفَّانِ)** نَدْبًا: أي السَّيِّدُ فِي تَغْسِيلِ أَمَتِهِ، وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي تَغْسِيلِ الْآخَرِ **(خِرْقَةً)** عَلَى يَدِهِمَا **(وَلَا مَسَّ)** وَاقِعٌ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَيِّتِ أي، لَا يَنْبَغِي ذَلِكَ لِئَلَّا يَنْتَقِضَ وُضُوءُ الْغَاسِلِ فَقَطْ. أَمَّا وُضُوءُ الْمَغْسُولِ فَلَا لِمَا مَرَّ مِن أَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ، نَعَمْ الْمُطَلَّقَةُ وَلَوْ رَجْعِيَّةً لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا غُسْلُ الْآخَرِ، وَإِنْ مَاتَ فِي الْعِدَّةِ لِتَحْرِيمِ النَّظَرِ، وَفِي مَعْنَى الْمُطَلَّقَةِ الْمَفْسُوخُ نِكَاحُهَا، وَالْقِيَاسُ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** فِي الْمُعْتَدَّةِ عَن وَطْءِ الشُّبْهَةِ أَنَّ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ لَا يُغَسِّلُ الْآخَرَ كَمَا لَا يُغَسِّلُ أَمَتَهُ الْمُعْتَدَّةَ.
فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُمْ جَعَلُوهَا كَالْمُكَاتَبَةِ فِي جَوَازِ النَّظَرِ لِمَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، فَلَا مَنْعَ مِن الْغُسْلِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْمُكَاتَبَةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِأَجْنَبِيٍّ بِخِلَافِهِ فِي الْمُعْتَدَّةِ. [مغني ٤/ ٢١٧].

(٢) تَرَدَّدَ **الْأَذْرَعِيُّ** فِي تَقْدِيمِ السَّيِّدِ عَلَى أَقَارِبِ الرَّقِيقِ الْأَحْرَارِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الرِّقَّ هَلْ يَنْقَطِعُ بِالْمَوْتِ أَو لَا وَقَضِيَّةُ مَا نُقِلَ عَن الرَّافِعِيِّ مِن زَوَالِهِ بِهِ تَقْدِيمُهُمْ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَنَقَلَ **الْأَذْرَعِيُّ** أَيْضًا عَن الْقَفَّالِ أَنَّ وَلِيَّ الْمَرْأَةِ هَلْ هُوَ أَوْلَى بِالصَّلَاةِ عَلَى أَمَتِهَا كَالصَّلَاةِ عَلَيْهَا أَو لَا ؛ لِأَنَّ الْمَدَارَ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الشَّفَقَةِ وَلَيْسَ فِي هَذَا مَا يَقْتَضِي أَنَّ السَّيِّدَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى خِلَافًا لِمَا فِي الْإِسْعَادِ وَالْمُتَّجِهُ مِن هَذَا التَّرَدُّدِ الْأَوَّلِ، انتهى. [حاشية الجمل ٧/ ١٢٦].

قُلْتُ: الْأَظْهَرُ كَرَاهَتُهُ، والله أَعْلَمُ.

فَصْلٌ: [في تكفين الميت وحمله]

يُكَفَّنُ بِمَا لَهُ لُبْسُهُ حَيًّا(١) وَأَقَلُّهُ ثَوْبٌ، وَلَا تُنَفَّذُ وَصِيَّتُهُ بِإِسْقَاطِهِ، وَالْأَفْضَلُ لِلرَّجُلِ ثَلَاثَةٌ، وَيَجُوزُ رَابِعٌ وَخَامِسٌ وَلَهَا خَمْسَةٌ، وَمَنْ كُفِّنَ مِنْهُمَا بِثَلَاثَةٍ فَهِيَ لَفَائِفُ، وَإِنْ كُفِّنَ فِي خَمْسَةٍ زِيدَ قَمِيصٌ، وَعِمَامَةٌ تَحْتَهُنَّ، وَإِنْ كُفِّنَتْ فِي خَمْسَةٍ: فَإِزَارٌ، وَخِمَارٌ، وَقَمِيصٌ، وَلِفَافَتَانِ، وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثُ لَفَائِفَ وَإِزَارٌ وَخِمَارٌ، وَيُسَنُّ الْأَبْيَضُ، وَمَحَلُّهُ أَصْلُ التَّرِكَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ، مِنْ قَرِيبٍ وَسَيِّدٍ: وَكَذَا الزَّوْجُ فِي الْأَصَحِّ، وَيُبْسَطُ أَحْسَنُ اللَّفَائِفِ، وَأَوْسَعُهَا، وَالثَّانِيَةُ فَوْقَهَا وَكَذَا الثَّالِثَةُ، وَيُذَرُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ حَنُوطٌ وَكَافُورٌ، وَيُوضَعُ الْمَيِّتُ فَوْقَهَا مُسْتَلْقِيًا وَعَلَيْهِ حَنُوطٌ وَكَافُورٌ، وَيُشَدُّ

---

(١) **(يُكَفَّنُ)** بَعْدَ غُسْلِهِ **(بِمَا)** أي بِشَيْءٍ مِن جِنْسِ مَا يَجُوزُ **(لَهُ لُبْسُهُ حَيًّا)** مِن حَرِيرٍ وَغَيْرِهِ فَيَجُوزُ تَكْفِينُ الْمَرْأَةِ بِالْحَرِيرِ وَالْمُزَعْفَرِ لَكِنْ مَعَ الْكَرَاهَةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ وَالْخُنْثَى إذَا وُجِدَ غَيْرُهُمَا. وَأَمَّا الْمُعَصْفَرُ فَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ فِي فَصْلِ اللِّبَاسِ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِهِمْ جَوَازُ تَكْفِينِ الصَّبِيِّ بِالْحَرِيرِ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي فَتَاوِيهِ وَإِنْ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** الْأَوْجَهُ الْمَنْعُ، وَمِثْلُ الصَّبِيِّ الْمَجْنُونُ كَمَا مَرَّ فِي فَصْلِ اللِّبَاسِ.
قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَالظَّاهِرُ فِي الشَّهِيدِ أَنَّهُ يُكَفَّنُ بِهِ إذَا قُتِلَ وَهُوَ لَابِسُهُ بِشَرْطِهِ أَيْ بِأَنْ يَحْتَاجَ إلَيْهِ لِلْحَرْبِ، وَلَا يُكَفَّنُ الْمَيِّتُ فِي مُتَنَجِّسٍ نَجَاسَةً لَا يُعْفَى عَنْهَا وَهُنَاكَ طَاهِرٌ وَإِنْ جَازَ لَهُ لُبْسُهُ خَارِجَ الصَّلَاةِ وَلَوْ كَانَ الطَّاهِرُ حَرِيرًا كَمَا اعْتَمَدَهُ شَيْخِي. قَالَ: لِأَنَّ الْمَيِّتَ كَالْمُصَلِّي، وَإِنْ قَالَ الْبَغَوِيّ وَالْقَمُولِيُّ: إنَّ النَّجِسَ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ، وَلَا يَكْفِي التَّطْيِينُ مَعَ وُجُودِ غَيْرِهِ وَلَوْ حَشِيشًا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْجُرْجَانِيّ، وَإِنْ كَانَ يَكْفِي فِي السُّتْرَةِ فِي الْحَيَاةِ لِمَا فِي ذَلِكَ مِن الْإِزْرَاءِ بِالْمَيِّتِ، وَيَجُوزُ تَكْفِينُ الْمُحِدَّةِ فِيمَا حَرُمَ عَلَيْهَا لُبْسُهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ كَمَا قَالَهُ الْمُتَوَلِّي، وَهُوَ قِيَاسُ مَا تَقَدَّمَ فِي إبَاحَةِ الطِّيبِ لَهَا.
[مغني المحتاج ٤/ ٢٢٣].

أَلْيَاهُ، وَيُجْعَلُ عَلَى مَنَافِذِ بَدَنِهِ قُطْنٌ، وَيُلَفُّ عَلَيْهِ اللَّفَائِفُ وَتُشَدُّ، فَإِذَا وُضِعَ فِي قَبْرِهِ نُزِعَ الشِّدَادُ، وَلَا يُلْبَسُ الْمُحْرِمُ الذَّكَرُ مَخِيطًا وَلَا يُسْتَرُ رَأْسُهُ وَلَا وَجْهُ الْمُحْرِمَةِ⁽¹⁾.

وَحَمْلُ الْجِنَازَةِ بَيْنَ الْعَمُودَيْنِ أَفْضَلُ مِن التَّرْبِيعِ فِي الْأَصَحِّ، وَهُوَ أَنْ يَضَعَ الْخَشَبَتَيْنِ الْمُقَدَّمَتَيْنِ عَلَى عَاتِقِهِ وَرَأْسَهُ بَيْنَهُمَا، وَيَحْمِلُ الْمُؤَخَّرَتَيْنِ رَجُلَانِ، وَالتَّرْبِيعُ أَنْ يَتَقَدَّمَ رَجُلَانِ وَيَتَأَخَّرَ آخَرَانِ، وَالْمَشْيُ أَمَامَهَا بِقُرْبِهَا أَفْضَلُ، وَيُسْرَعُ بِهَا إِنْ لَمْ يُخَفْ تَغَيُّرُهُ⁽²⁾.

---

(١) فائدة: **(وَيُوضَعُ الْمَيِّتُ فَوْقَهَا)** بِرِفْقٍ **(مُسْتَلْقِيًا)** عَلَى ظَهْرِهِ **(وَعَلَيْهِ حَنُوطٌ)** وَهُوَ نَوْعٌ مِن الطِّيبِ يَخْتَصُّ بِالْمَيِّتِ يَشْتَمِلُ عَلَى نَحْوِ صَنْدَلٍ وَذَرِيرَةٍ وَكَافُورٍ فَعَطَفَهُ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ **(وَكَافُورٌ)** لِإِفَادَةِ نَدْبِ وَضْعِهِ صِرْفًا أَيْضًا وَلِلِاهْتِمَامِ بِشَأْنِهِ لِئَلَّا يُغْفَلَ عَنْهُ مَعَ أَنَّهُ يُقَوِّيهِ وَيُصَلِّبُهُ وَيُذْهِبُ عَنْهُ الْهَوَامَّ وَالرِّيحَ الْكَرِيهَ وَمِنْ ثَمَّ نُدِبَ تَعْمِيمُ الْبَدَنِ بِهِ **(وَتُشَدُّ أَلْيَاهُ بِخِرْقَةٍ)** كَالْحُفَّاظِ بَعْدَ دَسِّ قُطْنٍ بَيْنَهُمَا عَلَيْهِ حَنُوطٌ حَتَّى يَتَّصِلَ بِالْحَلْقَةِ، وَيُبَالَغُ فِي شَدِّهِ حَتَّى يَمْنَعَ الْخَارِجَ، وَيُكْرَهُ دَسُّهُ إِلَى دَاخِلِ الْحَلْقَةِ بَلْ قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ** ظَاهِرُ كَلَام غَيْرِ الدَّارِمِيِّ تَحْرِيمُهُ لِمَا فِيهِ مِن انْتِهَاكِ حُرْمَتِهِ انتهى وَيُجَابُ بِأَنَّهُ لِعُذْرٍ فَلَا انْتِهَاكَ. [تحفة المحتاج ١/ ٣٣٦].

(٢) فائدة: قال البجيرمي: وَإِنْ قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ إِنَّهُ الْأَشْهَرُ وَحَمْلُ الْجِنَازَةِ بَيْنَ الْعَمُودَيْنِ بِأَنْ يَضَعَهُمَا رَجُلٌ عَلَى عَاتِقَيْهِ وَرَأْسُهُ بَيْنَهُمَا، وَيَحْمِلُ الْمُؤَخَّرَتَيْنِ رَجُلَانِ أَفْضَلُ مِن التَّرْبِيعِ بِأَنْ يَتَقَدَّمَ رَجُلَانِ وَيَتَأَخَّرَ آخَرَانِ، وَلَا يَحْمِلُهَا وَلَوْ أُنْثَى إِلَّا الرِّجَالُ لِضَعْفِ النِّسَاءِ عَن حَمْلِهَا فَيُكْرَهُ لَهُنَّ ذَلِكَ، وَحُرِّمَ جَمْعُهَا عَلَى هَيْئَةٍ مُزْرِيَةٍ كَحَمْلِهَا فِي قُفَّةٍ يُخَافُ مِنْهَا سُقُوطُهَا. وَالْمَشْيُ أَمَامَهَا وَقُرْبَهَا بِحَيْثُ لَو الْتَفَتَ لَرَآهَا أَفْضَلُ مِن غَيْرِهِ.

وَسُنَّ إِسْرَاعٌ بِهَا إِنْ أُمِنَ، فَإِنْ خِيفَ تَغَيُّرُهُ بِالتَّأَنِّي أَيْضًا زِيدَ فِي الْإِسْرَاعِ، وَسُنَّ لِغَيْرِ ذَكَرٍ مَا يَسْتُرُهُ كَقُبَّةٍ وَكُرِهَ لَغَطٌ فِي الْجِنَازَةِ بَل الْمُسْتَحَبُّ التَّفَكُّرُ فِي الْمَوْتِ وَمَا بَعْدَهُ، وَاتِّبَاعُهَا بِنَارٍ فِي مِجْمَرَةٍ أَو غَيْرِهَا، وَلَا يُكْرَهُ الرُّكُوبُ فِي رُجُوعِهَا وَلَا اتِّبَاعُ مُسْلِمٍ جِنَازَةَ قَرِيبِهِ الْكَافِرِ.

فَصْلٌ: [في الصلاة على الميت]

لِصَلَاتِهِ أَرْكَانٌ:

أَحَدُهَا: النِّيَّةُ، وَوَقْتُهَا كَغَيْرِهَا، وَتَكْفِي نِيَّةُ الْفَرْضِ، وَقِيلَ تُشْتَرَطُ نِيَّةُ فَرْضِ كِفَايَةٍ، وَلَا يَجِبُ تَعْيِينُ الْمَيِّتِ، فَإِنْ عَيَّنَ وَأَخْطَأَ بَطَلَتْ، وَإِنْ حَضَرَ مَوْتَى نَوَاهُمْ.

الثَّانِي: أَرْبَعُ تَكْبِيرَاتٍ، فَإِنْ خَمَّسَ لَمْ تَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ خَمَّسَ إِمَامُهُ لَمْ يُتَابِعْهُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ يُسَلِّمُ أَوْ يَنْتَظِرُهُ لِيُسَلِّمَ مَعَهُ.

الثَّالِثُ: السَّلَامُ كَغَيْرِهَا.

الرَّابِعُ: قِرَاءَةُ الْفَاتِحَةِ بَعْدَ الْأُولَى. قُلْتُ: تُجْزِئُ الْفَاتِحَةُ بَعْدَ غَيْرِ الْأُولَى، والله أَعْلَمُ.

الْخَامِسُ: الصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ بَعْدَ الثَّانِيَةِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الصَّلَاةَ عَلَى الْآلِ لَا تَجِبُ.

السَّادِسُ: الدُّعَاءُ لِلْمَيِّتِ بَعْدَ الثَّالِثَةِ(١).

السَّابِعُ: الْقِيَامُ عَلَى الْمَذْهَبِ إِنْ قَدَرَ، وَيُسَنُّ رَفْعُ يَدَيْهِ فِي التَّكْبِيرَاتِ وَإِسْرَارُ الْقِرَاءَةِ، وَقِيلَ يَجْهَرُ لَيْلًا، وَالْأَصَحُّ نَدْبُ التَّعَوُّذِ دُونَ الِافْتِتَاحِ، وَيَقُولُ فِي الثَّالِثَةِ:

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَلَا يُبْعَدُ إِلْحَاقُ الزَّوْجَةِ وَالْمَمْلُوكِ بِالْقَرِيبِ.
قَالَ: وَهَلْ يَلْحَقُ بِهِ الْجَارُ كَمَا فِي الْعِيَادَةِ فِيهِ نَظَرٌ انتهى وَلَا بُعْدَ فِيهِ.
[حاشية البجيرمي على الخطيب (٦/ ١٣٦)].

(١) **(يَدْعُو لِلْمَيِّتِ)** بِخُصُوصِهِ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ الْأَعْظَمُ مِن الصَّلَاةِ وَمَا قَبْلَهُ مُقَدِّمَةٌ لَهُ فَلَا يَكْفِي الدُّعَاءُ لِلْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ، وَالْوَاجِبُ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ كَاللَّهُمَّ ارْحَمْهُ وَاَللَّهُمَّ اغْفِرْ لَهُ، وَأَمَّا الْأَكْمَلُ فَسَيَأْتِي، وَقَوْلُ **الْأَذْرَعِيِّ** الْأَشْبَهُ أَنَّ غَيْرَ الْمُكَلَّفِ لَا يَجِبُ الدُّعَاءُ لَهُ لِعَدَمِ تَكْلِيفِهِ. قَالَ **الْغَزِّيُّ**: بَاطِلٌ. وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الدُّعَاءُ **(بَعْدَ)** التَّكْبِيرَةِ **(الثَّالِثَةِ)** فَلَا يُجْزِئُ فِي غَيْرِهَا بِلَا خِلَافٍ. قَالَ فِي الْمَجْمُوعِ: وَلَيْسَ لِتَخْصِيصِ ذَلِكَ إِلَّا مُجَرَّدُ الِاتِّبَاعِ انتهى وَيَكْفِي ذَلِكَ. [البجيرمي ٣/ ١٢٣].

اللَّهُمَّ هَذَا عَبْدُكَ وَابْنُ عَبْدِكَ إِلَى آخِرِهِ، وَيُقَدِّمُ عَلَيْهِ، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِحَيِّنَا وَمَيِّتِنَا وَشَاهِدِنَا وَغَائِبِنَا وَصَغِيرِنَا وَكَبِيرِنَا وَذَكَرِنَا وَأُنْثَانَا: اللَّهُمَّ مَنْ أَحْيَيْتَهُ مِنَّا فَأَحْيِهِ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَمَنْ تَوَفَّيْتَهُ مِنَّا فَتَوَفَّهُ عَلَى الْإِيمَانِ، وَيَقُولُ فِي الطِّفْلِ مَعَ هَذَا الثَّانِي: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ فَرَطًا لِأَبَوَيْهِ وَسَلَفًا وَذُخْرًا وَعِظَةً وَاعْتِبَارًا وَشَفِيعًا، وَثَقِّلْ بِهِ مَوَازِينَهُمَا، وَأَفْرِغِ الصَّبْرَ عَلَى قُلُوبِهِمَا، وَيَقُولُ فِي الرَّابِعَةِ، اللَّهُمَّ لَا تَحْرِمْنَا أَجْرَهُ، وَلَا تَفْتِنَّا بَعْدَهُ، وَلَوْ تَخَلَّفَ الْمُقْتَدِي بِلَا عُذْرٍ فَلَمْ يُكَبِّرْ حَتَّى كَبَّرَ إِمَامُهُ أُخْرَى بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَيُكَبِّرُ الْمَسْبُوقُ وَيَقْرَأُ الْفَاتِحَةَ، وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ فِي غَيْرِهَا، وَلَوْ كَبَّرَ الْإِمَامُ أُخْرَى قَبْلَ شُرُوعِهِ فِي الْفَاتِحَةِ كَبَّرَ مَعَهُ وَسَقَطَتِ الْقِرَاءَةُ، وَإِنْ كَبَّرَهَا وَهُوَ فِي الْفَاتِحَةِ تَرَكَهَا وَتَابَعَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ تَدَارَكَ الْمَسْبُوقُ بَاقِيَ التَّكْبِيرَاتِ بِأَذْكَارِهَا وَفِي قَوْلٍ لَا تُشْتَرَطُ الْأَذْكَارُ.

وَيُشْتَرَطُ شُرُوطُ الصَّلَاةِ لَا الْجَمَاعَةِ، وَيَسْقُطُ فَرْضُهَا بِوَاحِدٍ، وَقِيلَ يَجِبُ اثْنَانِ، وَقِيلَ ثَلَاثَةٌ وَقِيلَ أَرْبَعَةٌ، وَلَا يَسْقُطُ بِالنِّسَاءِ وَهُنَاكَ رِجَالٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيُصَلَّى عَلَى الْغَائِبِ عَنِ الْبَلَدِ، وَيَجِبُ تَقْدِيمُهَا عَلَى الدَّفْنِ، وَتَصِحُّ بَعْدَهُ، وَالْأَصَحُّ تَخْصِيصُ الصِّحَّةِ بِمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ فَرْضِهَا وَقْتَ الْمَوْتِ، وَلَا يُصَلَّى عَلَى قَبْرِ رَسُولِ الله ﷺ بِحَالٍ.

فَرْعٌ: [في بيان الأولى بالصلاة عليه]

الْجَدِيدُ أَنَّ الْوَلِيَّ أَوْلَى بِإِمَامَتِهَا مِنَ الْوَالِي، فَيُقَدَّمُ الْأَبُ، ثُمَّ الْجَدُّ وَإِنْ عَلَا، ثُمَّ الِابْنُ، ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ، ثُمَّ الْأَخُ، وَالْأَظْهَرُ، تَقْدِيمُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ عَلَى الْأَخِ لِأَبٍ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ، ثُمَّ لِأَبٍ، ثُمَّ الْعَصَبَةُ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ، ثُمَّ ذَوُو الْأَرْحَامِ، وَلَوِ اجْتَمَعَا فِي دَرَجَةٍ فَالْأَسَنُّ الْعَدْلُ أَوْلَى عَلَى النَّصِّ، وَيُقَدَّمُ الْحُرُّ الْبَعِيدُ عَلَى الْعَبْدِ الْقَرِيبِ، وَيَقِفُ عِنْدَ رَأْسِ الرَّجُلِ وَعَجُزِهَا وَتَجُوزُ عَلَى الْجَنَائِزِ صَلَاةٌ.

وَتَحْرُمُ عَلَى الْكَافِرِ، وَلَا يَجِبُ غُسْلُهُ، وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ تَكْفِينِ الذِّمِّيِّ وَدَفْنِهِ.

وَلَوْ وُجِدَ عُضْوُ مُسْلِمٍ عُلِمَ مَوْتُهُ صُلِّيَ عَلَيْهِ.

وَالسِّقْطُ إِن اسْتَهَلَّ أَوْ بَكَى كَكَبِيرٍ، وَإِلَّا فَإِنْ ظَهَرَتْ أَمَارَةُ الْحَيَاةِ كَاخْتِلَاجٍ صُلِّيَ

عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ وَلَمْ يَبْلُغْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِنْ بَلَغَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَا يُغَسَّلُ الشَّهِيدُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَهُوَ مَنْ مَاتَ فِي قِتَالِ الْكُفَّارِ بِسَبَبِهِ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَائِهِ أَوْ فِي قِتَالِ الْبُغَاةِ فَغَيْرُ شَهِيدٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَكَذَا فِي الْقِتَالِ لَا بِسَبَبِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَو اُسْتُشْهِدَ جُنُبٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُغَسَّلُ، وَأَنَّهُ تُزَالُ نَجَاسَتُهُ غَيْرَ الدَّمِ.

وَيُكَفَّنُ فِي ثِيَابِهِ الْمُلَطَّخَةِ بِالدَّمِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثَوْبُهُ سَابِغًا تُمِّمَ.

فَصْلٌ [فِي دفن الميت]

أَقَلُّ الْقَبْرِ حُفْرَةٌ تَمْنَعُ الرَّائِحَةَ وَالسَّبُعَ، وَيُنْدَبُ أَنْ يُوَسَّعَ وَيُعَمَّقَ، قَدْرَ قَامَةٍ وَبَسْطَةٍ، وَاللَّحْدُ أَفْضَلُ مِنَ الشَّقِّ إِنْ صَلُبَت الْأَرْضُ، وَيُوضَعُ رَأْسُهُ عِنْدَ رِجْلِ الْقَبْرِ، وَيُسَلُّ مِنْ قِبَلِ رَأْسِهِ بِرِفْقٍ وَيُدْخِلُهُ الْقَبْرَ الرِّجَالُ، وَأَوْلَاهُمْ الْأَحَقُّ بِالصَّلَاةِ.

قُلْتُ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ امْرَأَةً مُزَوَّجَةً فَأَوْلَاهُمْ الزَّوْجُ، والله أَعْلَمُ.

وَيَكُونُونَ وِتْرًا، وَيُوضَعُ فِي اللَّحْدِ عَلَى يَمِينِهِ لِلْقِبْلَةِ وَيُسْنَدُ وَجْهُهُ إِلَى جِدَارِهِ وَظَهْرُهُ بِلَبِنَةٍ وَنَحْوِهَا، وَيُسَدُّ فَتْحُ اللَّحْدِ بِلَبِنٍ، وَيَحْثُو مَنْ دَنَا ثَلَاثَ حَثَيَاتِ تُرَابٍ ثُمَّ يُهَالُ بِالْمَسَاحِي، وَيُرْفَعُ الْقَبْرُ شِبْرًا فَقَطْ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَسْطِيحَهُ أَوْلَى مِنْ تَسْنِيمِهِ، وَلَا يُدْفَنُ اثْنَانِ فِي قَبْرٍ إِلَّا لِضَرُورَةٍ فَيُقَدَّمُ أَفْضَلُهُمَا، وَلَا يُجْلَسُ عَلَى الْقَبْرِ، وَلَا يُوطَأُ، وَيَقْرُبُ زَائِرُهُ كَقُرْبِهِ مِنْهُ حَيًّا(١).

---

(١) قوله: **(وَلَا يُجْلَسُ عَلَى الْقَبْرِ)** الْمُحْتَرَمِ وَلَا يُتَّكَأُ عَلَيْهِ وَلَا يُسْتَنَدُ إِلَيْهِ **(وَلَا يُوطَأُ)** عَلَيْهِ إِلَّا لِضَرُورَةٍ كَأَنْ لَا يَصِلَ إِلَى مَيِّتِهِ أو مَنْ يَزُورُهُ وَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا كَمَا بَحَثَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** أو لَا يَتَمَكَّنُ مِن الْحَفْرِ إِلَّا بِوَطْئِهِ لِصِحَّةِ النَّهْيِ عَن ذَلِكَ، وَالْمَشْهُورُ فِي ذَلِكَ الْكَرَاهَةُ وَهُوَ الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا. وَأَمَّا مَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ عَن أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَأَنْ يَجْلِسَ أَحَدُكُمْ عَلَى جَمْرَةٍ فَتَخْلُصَ إِلَى جِلْدِهِ خَيْرٌ لَهُ مِن أَنْ يَجْلِس عَلَى قَبْرٍ» فَفُسِّرَ فِيهِ الْجُلُوسُ بِالْحَدَثِ وَهُوَ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَجَرَى الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ وَفِي رِيَاضِ الصَّالِحِينَ عَلَى الْحُرْمَةِ أَخْذًا بِظَاهِرِ-

وَالتَّعْزِيَةُ سُنَّةٌ قَبْلَ دَفْنِهِ وَبَعْدَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَيُعَزَّى الْمُسْلِمُ بِالْمُسْلِمِ: أَعْظَمَ الله أَجْرَكَ وَأَحْسَنَ عَزَاءَكَ وَغَفَرَ لِمَيِّتِكَ، وَبِالْكَافِرِ أَعْظَمَ الله أَجْرَكَ وَصَبَّرَكَ، وَالْكَافِرُ بِالْمُسْلِمِ غَفَرَ الله لِمَيِّتِكَ وَأَحْسَنَ عَزَاءَكَ.

وَيَجُوزُ الْبُكَاءُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَوْتِ وَبَعْدَهُ، وَيَحْرُمُ النَّدْبُ بِتَعْدِيدِ شَمَائِلِهِ وَالنَّوْحِ وَالْجَزَعِ بِضَرْبِ صَدْرِهِ وَنَحْوِهِ.

قُلْتُ: هَذِهِ مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ: يُبَادِرُ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ وَوَصِيَّتِهِ.

وَيُكْرَهُ تَمَنِّي الْمَوْتِ لِضُرٍّ نَزَلَ بِهِ لَا لِفِتْنَةِ دِينٍ.

وَيُسَنُّ التَّدَاوِي، وَيُكْرَهُ إِكْرَاهُهُ عَلَيْهِ(١).

وَيَجُوزُ لِأَهْلِ الْمَيِّتِ وَنَحْوِهِمْ تَقْبِيلُ وَجْهِهِ.

وَلَا بَأْسَ بِالْإِعْلَامِ بِمَوْتِهِ لِلصَّلَاةِ وَغَيْرِهَا بِخِلَافِ نَعْيِ الْجَاهِلِيَّةِ.

وَلَا يَنْظُرُ الْغَاسِلُ مِنْ بَدَنِهِ إِلَّا قَدْرَ الْحَاجَةِ مِنْ غَيْرِ الْعَوْرَةِ.

وَمَنْ تَعَذَّرَ غُسْلُهُ يُمِّمَ(٢).

= الْحَدِيثِ، وَالْمُعْتَمَدُ الْكَرَاهَةُ. وَأَمَّا غَيْرُ الْمُحْتَرَمِ كَقَبْرِ حَرْبِيٍّ وَمُرْتَدٍّ وَزِنْدِيقٍ. [مغني ٤/ ٢٨٦].

(١) قال الصيدلاني في «كفاية المحتاج»: لخبر «إن الله لم يضع داء إلا وأنزل له الهرم» قال في المجموع فإن ترك التداوي توكلا فهو أفضل، فإن قيل إنه صلى الله عليه وسلم فعله وهو رأس المتوكلين، أجيب بأنه فعله لبيان الجواز، وفي فتاوى ابن البزاري أن من قوي توكله فالترك له أولى ومن ضعفت نفسه وقل صبره فالمداواة له أفضل وهو كما قال الأذرعي: حسن. ويمكن حمل كلام المجموع عليه، ونقل القاضي عياض الإجماع على عدم وجوبه، فإن قيل: هلا وجب كأكل الميتة للمضطر وإساغة اللقمة بالخمر أجيب بأنا لا نقطع بإفادته بخلافهما.

(٢) (وَمَنْ تَعَذَّرَ غُسْلُهُ) لِفَقْدِ مَاءٍ أَو غَيْرِهِ كَاحْتِرَاقٍ وَلَوْ غُسِّلَ تَهَرَّى (يُمِّمَ) كَمَا فِي غُسْلِ الْجَنَابَةِ وَلَوْ كَانَ بِهِ قُرُوحٌ وَخِيفَ مِن غُسْلِهِ تَسَارُعُ الْبِلَى إِلَيْهِ بَعْدَ الدَّفْنِ =

وَيُغَسِّلُ الْجُنُبُ وَالْحَائِضُ وَالْمَيِّتُ بِلَا كَرَاهَةٍ، وَإِذَا مَاتَا غُسِّلَا غُسْلًا وَاحِدًا فَقَطْ.

وَلْيَكُن الْغَاسِلُ أَمِينًا، فَإِنْ رَأَى خَيْرًا ذَكَرَهُ أَوْ غَيْرَهُ حَرُمَ ذِكْرُهُ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ(١).

وَلَوْ تَنَازَعَ أَخَوَانِ أَوْ زَوْجَتَانِ أُقْرِعَ.

وَالْكَافِرُ أَحَقُّ بِقَرِيبِهِ الْكَافِرِ.

وَيُكْرَهُ الْكَفَنُ الْمُعَصْفَرُ.

غُسِّلَ وَلَا مُبَالَاةَ بِمَا يَكُونُ بَعْدَهُ، فَالْكُلُّ صَائِرٌ إِلَى الْبِلَى قَوْلُ الْمُحَشِّي قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: يَجِبُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي نُسْخَةٍ أَنْ لَا يَجُوزَ، انتهى. [حاشية الجمل (٦/ ٤٤٧)].

وقال ابن حجر: وَلَوْ يُمِّمَ مَيِّتٌ وَصُلِّيَ عَلَيْهِ، ثُمَّ وُجِدَ الْمَاءُ بَعْدَ الصَّلَاةِ أَو أَثْنَاءَهَا وَجَبَ غُسْلُهُ وَالصَّلَاةُ عَلَيْهِ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْبَغَوِيّ أي سَوَاءٌ أُدْرِجَ فِي كَفَنِهِ أَمْ لَا عَلَى الْأَوْجَهِ وَمَحَلُّهُ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ **الْأَذْرَعِيُّ** وَالزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُمَا فِي الْحَضَرِ، أَمَّا فِي السَّفَرِ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ مِن ذَلِكَ كَالْحَيِّ جَزَمَ بِهِ ابْنُ سُرَاقَةَ لَكِنَّهُ فَرَضَهُ فِي الْوِجْدَانِ بَعْدَهَا إلَى أَنْ قَالَ وَعَلَى كَلَامِ الْبَغَوِيّ فَإِذَا وُجِدَ الْمَاءُ بَعْدَ دَفْنِهِ قَبْلَ تَغَيُّرِهِ وَجَبَ إخْرَاجُهُ وَغُسْلُهُ أَو بَعْدَهُ فَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِتَيَمُّمِهِ السَّابِقِ مُرَاعَاةً لِحُرْمَتِهِ وَيُصَلَّى بِالْوُضُوءِ عَلَى الْقَبْرِ انْتَهَى. [تحفة المحتاج ٤/ ١٠٩].

(١) (**وَلْيَكُنْ الْغَاسِلُ أَمِينًا**) نَدْبًا؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ قَدْ لَا يُوثَقُ بِإِتْيَانِهِ بِالْمَشْرُوعِ، وَقَدْ يَظْهَرُ مَا يَظْهَرُ لَهُ مِن شَرٍّ وَيَسْتُرُ عَلَيْهِ، وَيُسَنُّ فِي مُعِينِهِ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ فَلَوْ غَسَّلَهُ فَاسِقٌ أَو كَافِرٌ وَقَعَ الْمَوْقِعَ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَيَجِبُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَفْوِيضُهُ إلَيْهِ وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ وَوِلَايَةٌ وَلَيْسَ الْفَاسِقُ مِن أَهْلِهِمَا وَإِنْ صَحَّ غُسْلُهُ كَمَا يَصِحُّ أَذَانُ الْفَاسِقِ وَإِمَامَتُهُ، وَلَا يَجُوزُ نَصْبُهُ لَهُمَا، وَهَذَا مُتَعَيِّنٌ فِيمَنْ نُصِّبَ لِغُسْلِ مَوْتَى الْمُسْلِمِينَ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِمَا لَا بُدَّ مِنْهُ فِي الْغُسْلِ. [نهاية المحتاج ٨/ ٣١٣].

وَالْمُغَالَاةُ فِيهِ، وَالْمَغْسُولُ أَوْلَى مِن الْجَدِيدِ.

وَالصَّبِيُّ كَبَالِغٍ فِي تَكْفِينِهِ بِأَثْوَابٍ.

وَالْحَنُوطُ مُسْتَحَبٌّ، وَقِيلَ وَاجِبٌ.

وَلَا يَحْمِلُ الْجِنَازَةَ إِلَّا الرِّجَالُ وَإِنْ كَانَ أُنْثَى، وَيَحْرُمُ حَمْلُهَا عَلَى هَيْئَةٍ مُزْرِيَةٍ وَهَيْئَةٍ يُخَافُ مِنْهَا سُقُوطُهَا وَيُنْدَبُ لِلْمَرْأَةِ مَا يَسْتُرُهَا كَتَابُوتٍ، وَلَا يُكْرَهُ الرُّكُوبُ فِي الرُّجُوعِ مِنْهَا.

وَلَا بَأْسَ بِاتِّبَاعِ الْمُسْلِمِ جِنَازَةَ قَرِيبِهِ الْكَافِرِ.

وَيُكْرَهُ اللَّغَطُ فِي الْجِنَازَةِ وَإِتْبَاعُهَا بِنَارٍ(١).

وَلَو اخْتَلَطَ مُسْلِمُونَ بِكُفَّارٍ وَجَبَ غُسْلُ الْجَمِيعِ وَالصَّلَاةُ، فَإِنْ شَاءَ صَلَّى عَلَى الْجَمِيعِ بِقَصْدِ الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ الْأَفْضَلُ وَالْمَنْصُوصُ، أَوْ عَلَى وَاحِدٍ فَوَاحِدٍ نَاوِيًا الصَّلَاةَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُسْلِمًا، وَيَقُولُ اللَّهُمَّ اغْفِرْ لَهُ إِنْ كَانَ مُسْلِمًا.

وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الصَّلَاةِ تَقَدُّمُ غُسْلِهِ، وَتُكْرَهُ قَبْلَ تَكْفِينِهِ، فَلَوْ مَاتَ بِهَدْمٍ وَنَحْوِهِ وَتَعَذَّرَ إِخْرَاجُهُ وَغُسْلُهُ لَمْ يُصَلَّ عَلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَتَقَدَّمَ عَلَى الْجِنَازَةِ الْحَاضِرَةِ وَلَا الْقَبْرِ عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِمَا.

وَتَجُوزُ الصَّلَاةُ عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِدِ، وَيُسَنُّ جَعْلُ صُفُوفِهِمْ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرَ.

وَإِذَا صُلِّيَ عَلَيْهِ فَحَضَرَ مَنْ لَمْ يُصَلِّ صَلَّى.

---

(١) سُنَّ إِسْرَاعٌ بِهَا إِنْ أُمِنَ، فَإِنْ خِيفَ تَغَيُّرُهُ بِالتَّأَنِّي أَيْضًا زِيدَ فِي الْإِسْرَاعِ، وَسُنَّ لِغَيْرِ ذَكَرٍ مَا يَسْتُرُهُ كَقُبَّةٍ وَكُرِهَ لَغَطٌ فِي الْجِنَازَةِ بَلْ الْمُسْتَحَبُّ التَّفَكُّرُ فِي الْمَوْتِ وَمَا بَعْدَهُ، وَاتِّبَاعُهَا بِنَارٍ فِي مِجْمَرَةٍ أو غَيْرِهَا، وَلَا يُكْرَهُ الرُّكُوبُ فِي رُجُوعِهَا وَلَا اتِّبَاعُ مُسْلِمٍ جِنَازَةَ قَرِيبِهِ الْكَافِرِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَا يَبْعُدُ إِلْحَاقُ الزَّوْجَةِ وَالْمَمْلُوكِ بِالْقَرِيبِ.

قَالَ: وَهَلْ يَلْحَقُ بِهِ الْجَارُ كَمَا فِي الْعِيَادَةِ فِيهِ نَظَرٌ، انتهى، وَلَا بُعْدَ فِيهِ.

[حاشية البجيرمي على الخطيب ٦/ ١٣٦].

وَمَنْ صَلَّى لَا يُعِيدُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا تُؤَخَّرُ لِزِيَادَةِ مُصَلِّينَ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ كَغَيْرِهِ فِي الْغُسْلِ وَالصَّلَاةِ

وَلَوْ نَوَى الْإِمَامُ صَلَاةَ غَائِبٍ، وَالْمَأْمُومُ صَلَاةَ حَاضِرٍ، أَوْ عَكَسَ جَازَ.

وَالدَّفْنُ فِي الْمَقْبَرَةِ أَفْضَلُ(١).

وَيُكْرَهُ الْمَبِيتُ بِهَا.

وَيُنْدَبُ سَتْرُ الْقَبْرِ بِثَوْبٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلًا، وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ الله وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ الله ﷺ.

وَلَا يُفْرَشُ تَحْتَهُ شَيْءٌ وَلَا مِخَدَّةٌ.

---

(١) قال الصيدلاني في «كفاية المحتاج»: وفي« فتاوى القفال» إن الدفن بالبيت مكروه.
قال **الأذرعي**: إلا أن تدعو إليه حاجة أو مصلحة، على أن المشهور أنه خلاف الأولى لا مكروه وأما دفنه صلى الله عليه وسلم في بيته فلأن الله تعالى لم يقبض نبياً إلا في الموضع الذي يحب أن يدفن فيه، واستثنى **الأذرعي** وغيره الشهيد فيسن دفنه حيث قتل لحديث فيه ويسن الدفن في أفضل مقبرة بالبلد كالمقبرة المشهورة بالصالحين، ولو تنازع الأب والأم في دفن ولد فقال كل منهما: أنا أدفنه في تربتي فالظاهر كما قال بعض المتأخرين إجابة الأب، ولو مات شخص في سفينة وأمكن من هناك دفنه لكونهم قرب البر ولا مانع لزمهم التأخير ليدفنوه فيه وإلا جعل بين لوحين لئلا ينتفخ وألقي لينبذه البحر إلى من لعله يدفنه ولو ثقل بشيء لينزل إلى القرار لم يأثموا، وإذا ألقوه بين لوحين أو في البحر وجب عليهم قبل ذلك غسله وتكفينه والصلاة عليه بلا خلاف، ولا يجوز دفن مسلم في مقبرة الكفار ولا عكسه وإذا اختلطوا دفنوا في مقبرة مستقلة، ومقبرة أهل الحرب إذا اندرست جاز أن تجعل مقبرة للمسلمين ومسجدًا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان كذلك، انتهى.

وَيُكْرَهُ دَفْنُهُ فِي تَابُوتٍ إِلَّا فِي أَرْضٍ نَدِيَّةٍ أَوْ رِخْوَةٍ.

وَيَجُوزُ الدَّفْنُ لَيْلًا، وَوَقْتُ كَرَاهَةِ الصَّلَاةِ مَا لَمْ يَتَحَرَّهُ، وَغَيْرُهُمَا أَفْضَلُ.

وَيُكْرَهُ تَجْصِيصُ الْقَبْرِ وَالْبِنَاءُ وَالْكِتَابَةُ عَلَيْهِ(١).

---

(١) قوله: (**وَيُكْرَهُ تَجْصِيصُ الْقَبْرِ**) أي تَبْيِيضُهُ بِالْجِصِّ وَهُوَ الْجِبْسُ وَقِيلَ الْجِيرُ وَالْمُرَادُ هُنَا هُمَا أو أَحَدُهُمَا لَا تَطْيِينُهُ (**وَالْبِنَاءُ**) عَلَيْهِ فِي حَرِيمِهِ وَخَارِجِهِ نَعَمْ إنْ خُشِيَ نَبْشٌ أو حَفْرُ سَبُعٍ أو هَدْمُ سَيْلٍ لَمْ يُكْرَه الْبِنَاءُ وَالتَّجْصِيصُ بَلْ قَدْ يَجِبَانِ نَظِيرَ مَا مَرَّ وَسَيَعْلَمُ مَنْ هَدَمَ مَا بِالْمُسَبَّلَةِ حُرْمَةَ الْبِنَاءِ فِيهَا إذ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَا يُهْدَمُ إلَّا مَا حَرُمَ وَضْعُهُ فَلَا اعْتِرَاضَ عَلَيْهِ خِلَافًا لِمَنْ وَهَمَ فِيهِ (**وَالْكِتَابَةُ عَلَيْهِ**) لِلنَّهْيِ الصَّحِيحِ عَن الثَّلَاثَةِ سَوَاءٌ كِتَابَةُ اسْمِهِ وَغَيْرِهِ فِي لَوْحٍ عِنْدَ رَأْسِهِ أو فِي غَيْرِهِ نَعَمْ بَحَثَ **الْأَذْرَعِيُّ** حُرْمَةَ كِتَابَةِ الْقُرْآنِ لِتَعْرِيضِهِ لِلِامْتِهَانِ بِالدَّوْسِ وَالتَّنْجِيسِ بِصَدِيدِ الْمَوْتَى عِنْدَ تَكْرَارِ الدَّفْنِ وَوُقُوعِ الْمَطَرِ وَنُدِبَ كِتَابَةُ اسْمِهِ لِمُجَرَّدِ التَّعْرِيفِ بِهِ عَلَى طُولِ السِّنِينَ لَا سِيَّمَا لِقُبُورِ الْأَنْبِيَاءِ وَالصَّالِحِينَ لِأَنَّهُ طَرِيقٌ لِلْإِعْلَامِ الْمُسْتَحَبِّ وَلَمَّا رَوَى الْحَاكِمُ النَّهْيَ قَالَ لَيْسَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ فَإِنَّ أَئِمَّةَ الْمُسْلِمِينَ مِن الْمَشْرِقِ إلَى الْمَغْرِبِ مَكْتُوبٌ عَلَى قُبُورِهِمْ فَهُوَ عَمَلٌ أَخَذَ بِهِ الْخَلَفُ عَن السَّلَفِ وَيُرَدُّ بِمَنْعِ هَذِهِ الْكُلِّيَّةِ وَبِفَرْضِهَا فَالْبِنَاءُ عَلَى قُبُورِهِمْ أَكْثَرُ مِن الْكِتَابَةِ عَلَيْهَا فِي الْمَقَابِرِ الْمُسَبَّلَةِ كَمَا هُوَ مُشَاهَدٌ لَا سِيَّمَا بِالْحَرَمَيْنِ وَمِصْرَ وَنَحْوِهَا وَقَدْ عَلِمُوا بِالنَّهْيِ عَنْهُ فَكَذَا هِيَ فَإِنْ قُلْت هَذَا إجْمَاعٌ فِعْلِيٌّ وَهُوَ حُجَّةٌ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ قُلْت مَمْنُوعٌ بَلْ هُوَ أَكْثَرِيٌّ فَقَطْ إذْ لَمْ يُحْفَظْ ذَلِكَ حَتَّى عَن الْعُلَمَاءِ الَّذِينَ يَرَوْنَ مَنْعَهُ وَبِفَرْضِ كَوْنِهِ إجْمَاعًا فِعْلِيًّا فَمَحَلُّ حُجِّيَّتِهِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ إنَّمَا هُوَ عِنْدَ صَلَاحِ الْأَزْمِنَةِ بِحَيْثُ يَنْفُذُ فِيهَا الْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَن الْمُنْكَرِ وَقَدْ تَعَطَّلَ ذَلِكَ مِن مُنْذُ أَزْمِنَةٍ. [تحفة ١١/ ٣٨٩].

وقال الخطيب: (**وَالْكِتَابَةُ عَلَيْهِ**) سَوَاءٌ أَكُتِبَ اسْمُ صَاحِبِهِ أو غَيْرِهِ فِي لَوْحٍ عِنْدَ رَأْسِهِ أَمْ فِي غَيْرِهِ لِلنَّهْيِ عَنْهُ رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ، وَقَالَ حَسَنٌ صَحِيحٌ. =

وَلَوْ بُنِيَ فِي مَقْبَرَةٍ مُسَبَّلَةٍ هُدِمَ⁽¹⁾.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: هَكَذَا أَطْلَقُوهُ، وَالْقِيَاسُ الظَّاهِرُ تَحْرِيمُ كِتَابَةِ الْقُرْآنِ عَلَى الْقَبْرِ لِتَعَرُّضِهِ لِلدَّوْسِ عَلَيْهِ وَالنَّجَاسَةِ وَالتَّلْوِيثِ بِصَدِيدِ الْمَوْتَى عِنْدَ تَكْرَارِ النَّبْشِ فِي الْمَقْبَرَةِ الْمُسَبَّلَةِ.، انتهى [مغني ٤/ ٣٤٨].

وقال الرملي: عَمْ يُؤْخَذُ مِن قَوْلِهِمْ إِنَّهُ يُسْتَحَبُّ وَضْعُ مَا يُعْرَفُ بِهِ الْقُبُورُ أَنَّهُ لَو احْتَاجَ إِلَى كِتَابَةِ اسْمِ الْمَيِّتِ لِمَعْرِفَتِهِ لِلزِّيَارَةِ كَانَ مُسْتَحَبًّا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، لَا سِيَّمَا قُبُورُ الْأَوْلِيَاءِ وَالصَّالِحِينَ فَإِنَّهَا لَا تُعْرَفُ إِلَّا بِذَلِكَ عِنْدَ تَطَاوُلِ السِّنِينَ، وَمَا ذَكَرَهُ **الْأَذْرَعِيُّ** مِن أَنَّ الْقِيَاسَ تَحْرِيمُ كِتَابَةِ الْقُرْآنِ عَلَى الْقَبْرِ لِتَعَرُّضِهِ لِلدَّوْسِ عَلَيْهِ وَالنَّجَاسَةِ وَالتَّلْوِيثِ بِصَدِيدِ الْمَوْتَى عِنْدَ تَكْرَارِ النَّبْشِ فِي الْمَقْبَرَةِ الْمُسَبَّلَةِ مَرْدُودٌ إِطْلَاقِهِمْ، لَا سِيَّمَا وَالْمَحْذُورُ غَيْرُ مُحَقَّقٍ، وَيُكْرَهُ أَنْ يُجْعَلَ عَلَى الْقَبْرِ مِظَلَّةٌ، وَأَنْ يُقَبِّلَ التَّابُوتُ الَّذِي يُجْعَلُ فَوْقَ الْقَبْرِ كَمَا يُكْرَهُ تَقْبِيلُ الْقَبْرِ وَاسْتِلَامُهُ وَتَقْبِيلُ الْأَعْتَابِ عِنْدَ الدُّخُولِ لِزِيَارَةِ الْأَوْلِيَاءِ. نَعَمْ؛ إِنْ قَصَدَ بِتَقْبِيلِ أَضْرِحَتِهِمْ التَّبَرُّكَ لَمْ يُكْرَهْ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْوَالِدُ رَحِمَهُ الله تَعَالَى، فَقَدْ صَرَّحُوا بِأَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَن اسْتِلَامِ الْحَجَرِ يُسَنُّ لَهُ أَنْ يُشِيرَ بِعَصًا، وَأَنْ يُقَبِّلَهَا، وَقَالُوا: أَيَّ أَجْزَاءِ الْبَيْتِ قَبَّلَ فَحَسَنٌ. [نهاية ٨/ ٣٦٨].

(١) قوله: (وَلَوْ) (بَنَى) عَلَيْهِ (فِي مَقْبَرَةٍ مُسَبَّلَةٍ) قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ بِأَنْ جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِالدَّفْنِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْقُوفَةً، وَمِثْلُهُ بِالْأَوْلَى الْمَوْقُوفَةُ (هُدِمَ) الْبِنَاءُ وُجُوبًا لِحُرْمَتِهِ وَلِمَا فِيهِ مِن التَّضْيِيقِ عَلَى النَّاسِ، وَسَوَاءٌ أَبَنَى قُبَّةً أَمْ بَيْتًا أَمْ مَسْجِدًا أَمْ غَيْرَهَا.

قَالَ الدَّمِيرِيُّ وَغَيْرُهُ: وَمِنْ الْمُسْبَلِ قَرَافَةُ مِصْرَ، فَإِنَّ ابْنَ عَبْدِ الْحَكَمِ ذَكَرَ فِي تَارِيخِ مِصْرَ أَنَّ عَمْرَو بْنَ الْعَاصِ أَعْطَاهُ الْمُقَوْقِسَ فِيهَا مَالًا جَزِيلًا، وَذَكَرَ أَنَّهُ وَجَدَ فِي الْكِتَابِ الْأَوَّلِ أَنَّهَا تُرْبَةُ الْجَنَّةِ، فَكَاتَبَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ فَكَتَبَ إِلَيْهِ إِنِّي لَا أَعْرِفُ تُرْبَةَ الْجَنَّةِ إِلَّا لِأَجْسَادِ الْمُؤْمِنِينَ فَاجْعَلُوهَا لِمَوْتَاكُمْ.

وَقَدْ أَفْتَى جَمَاعَةٌ مِن الْعُلَمَاءِ بِهَدْمِ مَا بُنِيَ فِيهَا، وَيَظْهَرُ حَمْلُهُ عَلَى مَا إِذَا عُرِفَ -

وَيُنْدَبُ أَنْ يُرَشَّ الْقَبْرُ بِمَاءٍ(١)، وَيُوضَعُ عَلَيْهِ حَصًى، وَعِنْدَ رَأْسِهِ حَجَرٌ أَوْ خَشَبَةٌ.

وَجَمْعُ الْأَقَارِبِ فِي مَوْضِعٍ.

وَزِيَارَةُ الْقُبُورِ لِلرِّجَالِ، وَتُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ، وَقِيلَ تَحْرُمُ، وَقِيلَ تُبَاحُ، وَيُسَلِّمُ الزَّائِرُ وَيَقْرَأُ وَيَدْعُو(٢).

حَالُهُ فِي الْوَضْعِ فَإِنْ جُهِلَ تُرِكَ حَمْلًا عَلَى وَضْعِهِ بِحَقٍّ كَمَا فِي الْكَنَائِسِ الَّتِي تُقَرُّ أَهْلُ الذِّمَّةِ عَلَيْهَا فِي بَلَدِنَا وَجَهِلْنَا حَالَهَا، وَكَمَا فِي الْبِنَاءِ الْمَوْجُودِ عَلَى حَافَّةِ الْأَنْهَارِ وَالشَّوَارِعِ، وَصَرَّحَ فِي الْمَجْمُوعِ بِحُرْمَةِ الْبِنَاءِ فِي الْمُسْبَلَةِ.

قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: وَيَقْرُبُ مِنْهُ إِلْحَاقُ الْمَوْتِ بِهَا؛ لِأَنَّ فِيهِ تَضْيِيقًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِمَا لَا مَصْلَحَةَ وَلَا غَرَضَ شَرْعِيَّ فِيهِ، بِخِلَافِ الْأَحْيَاءِ وَمَا جَمَعَ بِهِ بَعْضُهُمْ مِن حَمْلِ الْكَرَاهَةِ عَلَى الْبِنَاءِ عَلَى الْقَبْرِ خَاصَّةً بِحَيْثُ يَكُونُ الْبِنَاءُ وَاقِعًا فِي حَرِيمِ الْقَبْرِ فَيُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ لِعَدَمِ التَّضْيِيقِ، وَالْحُرْمَةُ عَلَى مَا لَو بَنَى فِي الْمَقْبَرَةِ بَيْتًا أَو قُبَّةً يَسْكُنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَكَذَا لَو بَنَاهُ لِتَأْوِي فِيهِ الزَّائِرُونَ لِمَا فِيهِ مِن التَّضْيِيقِ مَرْدُودٌ، وَالْمُعْتَمَدُ الْحُرْمَةُ مُطْلَقًا. [نهاية ٨/ ٣٧١].

(١) قال الصيدلاني في «كفاية المحتاج»: **(ويندب أن يرش القبر بماء)** أي بعد تمام الدفن لأنه صلى الله عليه وسلم فعله بقبر ولده إبراهيم رواه أبو داود في «مراسيله» وتفاؤلا بالرحمة وتبريد مضجع الميت ولأن فيه حفظا للتراب أن يتناث.

قال **الأذرعي**: الأولى أن يكون طهورًا باردًا والظاهر تحريمه بالنجس لما في فعل ذلك من الإزراء بالميت.

(٢) قال الصيدلاني في «كفاية المحتاج»: **(وقيل: تباح)** أي: إذا أمن الافتتان عملًا بالأصل والخبر فيما إذا ترتب عليها بكاء ونحو ذلك، ومحل هذه الأقوال في غير زيارة قبر سيد المرسلين ﷺ أما زيارته فمن أعظم القربات للرجال والنساء وألحق الدمنهوري به قبور بقية الأنبياء والصالحين والشهداء وهذا ظاهر وإن قال **الأذرعي** لم أره للمتقدمين.

وَيَحْرُمُ نَقْلُ الْمَيِّتِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، وَقِيلَ: يُكْرَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِقُرْبِ مَكَّةَ أَوْ الْمَدِينَةِ أَوْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ، نَصَّ عَلَيْهِ(١).

وَنَبْشُهُ بَعْدَ دَفْنِهِ لِلنَّقْلِ وَغَيْرِهِ حَرَامٌ إِلَّا لِضَرُورَةٍ: بِأَنْ دُفِنَ بِلَا غُسْلٍ أَوْ فِي أَرْضٍ، أَوْ ثَوْبٍ مَغْصُوبَيْنِ، أَوْ وَقَعَ فِيهِ مَالٌ، أَوْ دُفِنَ، لِغَيْرِ الْقِبْلَةِ لَا لِلتَّكْفِينِ فِي الْأَصَحِّ.

---

(١) قوله: **(وَيَحْرُمُ نَقْلُ الْمَيِّتِ)** قَبْلَ دَفْنِهِ مِن بَلَدِ مَوْتِهِ **(إِلَى بَلَدٍ آخَرَ)** وَإِنْ أُمِنَ تَغَيُّرُهُ لِمَا فِيهِ مِن تَأْخِيرِ دَفْنِهِ الْمَأْمُورِ بِتَعْجِيلِهِ وَتَعْرِيضِهِ لِهَتْكِ حُرْمَتِهِ، وَتَعْبِيرُهُ بِالْبَلَدِ مِثَالٌ فَالصَّحْرَاءُ كَذَلِكَ، وَحِينَئِذٍ فَيَنْتَظِمُ كَمَا قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ مِنْهَا أَرْبَعُ مَسَائِلَ، وَلَا شَكَّ فِي جَوَازِهِ فِي الْبَلَدَيْنِ الْمُتَّصِلَيْنِ أو الْمُتَقَارِبَيْنِ لَا سِيَّمَا وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِالدَّفْنِ خَارِجَ الْبَلَدِ، وَلَعَلَّ الْعِبْرَةَ فِي كُلِّ بَلَدٍ بِمَسَافَةِ مَقْبَرَتِهَا. أَمَّا بَعْدَ دَفْنِهِ فَسَيَأْتِي **(وَقِيلَ يُكْرَهُ)** لِعَدَمِ مَا يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ **(إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِقُرْبِ مَكَّةَ أَو الْمَدِينَةِ أَو بَيْتِ الْمَقْدِسِ نَصَّ عَلَيْهِ)** إِمَامُنَا ﵁، وَإِنْ نُوزِعَ فِي ثُبُوتِهِ عَنْهُ، إِذْ مَنْ حَفِظَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ لَمْ يَحْفَظْ لِفَضْلِهَا وَحِينَئِذٍ فَالِاسْتِثْنَاءُ عَائِدٌ لِلْكَرَاهَةِ، وَيَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ الْحُرْمَةِ أَو إِلَيْهِمَا مَعًا، وَهُوَ أَوْلَى كَمَا قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ عَمَلًا بِقَاعِدَةِ الِاسْتِثْنَاءِ عَقِبَ الْجُمَلِ، وَمُرَادُهُ بِالْقُرْبِ مَسَافَةٌ لَا يَتَغَيَّرُ الْمَيِّتُ فِيهَا قَبْلَ وُصُولِهِ، وَالْمُرَادُ بِمَكَّةَ جَمِيعُ الْحَرَمِ لَا نَفْسَ الْبَلَدِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ أَخْذًا مِن كَلَامِ الْمُحِبِّ الطَّبَرِيِّ وَغَيْرِهِ: وَلَا يَنْبَغِي التَّخْصِيصُ بِالثَّلَاثَةِ لَو كَانَ بِقُرْبِ مَقَابِرِ أَهْلِ الصَّلَاحِ وَالْخَيْرِ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الشَّخْصَ يَقْصِدُ الْجَارَ الْحَسَنَ. قَالَ: وَيَنْبَغِي اسْتِثْنَاءُ الشَّهِيدِ وَقَدْ مَرَّ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَوْصَى بِنَقْلِهِ مِن مَحَلِّ مَوْتِهِ إِلَى مَحَلٍّ مِن الْأَمَاكِنِ الثَّلَاثَةِ نُفِّذَتْ وَصِيَّتُهُ حَيْثُ قَرُبَ، وَأُمِنَ التَّغَيُّرُ كَمَا قَالَهُ **الْأَذْرَعِيُّ**.

وَمَحَلُّ جَوَازِ نَقْلِهِ بَعْدَ غُسْلِهِ وَتَكْفِينِهِ وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ لَتَوَجَّهَ فَرْضُ ذَلِكَ عَلَى مَحَلِّ مَوْتِهِ فَلَا تَسْقُطُ عَنْهُمْ بِجَوَازِ نَقْلِهِ، قَالَهُ ابْنُ شُهْبَةَ وَهُوَ ظَاهِرٌ. [نهاية ٨/ ٣٨٧].

وَيُسَنُّ أَنْ يَقِفَ جَمَاعَةٌ بَعْدَ دَفْنِهِ عِنْدَ قَبْرِهِ سَاعَةً يَسْأَلُونَ لَهُ التَّثْبِيتَ(١).

وَلِجِيرَانِ أَهْلِهِ تَهْيِئَةُ طَعَامٍ يُشْبِعُهُمْ يَوْمَهُمْ وَلَيْلَتَهُمْ، وَيُلَحُّ عَلَيْهِمْ فِي الْأَكْلِ.

وَيَحْرُمُ تَهْيِئَتُهُ لِلنَّائِحَاتِ، والله أَعْلَمُ.

---

(١) قوله: (**وَيُسَنُّ أَنْ تَقِفَ جَمَاعَةٌ بَعْدَ دَفْنِهِ عِنْدَ قَبْرِهِ سَاعَةً يَسْأَلُونَ لَهُ التَّثْبِيتَ**) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ إِذَا فَرَغَ مِن دَفْنِ الْمَيِّتِ وَقَفَ عَلَيْهِ وَقَالَ: «اسْتَغْفِرُوا لِأَخِيكُمْ وَاسْأَلُوا لَهُ التَّثْبِيتَ فَإِنَّهُ الْآنَ يُسْأَلُ» وَيُسْتَحَبُّ تَلْقِينُ الْمَيِّتِ الْمُكَلَّفِ بَعْدَ تَمَامِ دَفْنِهِ لِخَبَرِ «إِنَّ الْعَبْدَ إِذَا وُضِعَ فِي قَبْرِهِ وَتَوَلَّى عَنْهُ أَصْحَابُهُ إِنَّهُ يَسْمَعُ قَرْعَ نِعَالِهِمْ، فَإِذَا انْصَرَفُوا أَتَاهُ مَلَكَانِ» الْحَدِيثَ، فَتَأْخِيرُ تَلْقِينِهِ لِمَا بَعْدَ إِهَالَةِ التُّرَابِ أَقْرَبُ إِلَى حَالَةِ سُؤَالِهِ، فَيَقُولُ لَهُ: يَا عَبْدَ الله ابْنَ أَمَةِ الله اُذْكُرْ مَا خَرَجْت عَلَيْهِ مِن الدُّنْيَا: شَهَادَةَ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا الله وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ الله، وَأَنَّ الْجَنَّةَ حَقٌّ وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ، وَأَنَّ الْبَعْثَ حَقٌّ، وَأَنَّ السَّاعَةَ آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا، وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ، وَأَنَّك رَضِيت بِاَللَّهِ رَبًّا وَبِالْإِسْلَامِ دِينًا، وَبِمُحَمَّدٍ ﷺ نَبِيًّا، وَبِالْقُرْآنِ إمَامًا، وَبِالْكَعْبَةِ قِبْلَةً، وَبِالْمُؤْمِنِينَ إخْوَانًا. وَأَنْكَرَ بَعْضُهُمْ قَوْلَهُ: يَا ابْنَ أَمَةِ الله؛ لِأَنَّ الْمَشْهُورَ دُعَاءُ النَّاسِ بِآبَائِهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ، وَظَاهِرٌ أَنَّ مَحَلَّهُ فِي غَيْرِ الْمَنْفِيِّ وَوَلَدِ الزِّنَا عَلَى أَنَّ الْمُصَنِّفَ فِي مَجْمُوعِهِ خَيَّرَ فَقَالَ يَا فُلَانُ ابْنُ فُلَانٍ أَو يَا عَبْدَ الله ابْنَ أَمَةِ الله، وَيَقِفُ الْمُلَقِّنُ عِنْدَ رَأْسِ الْقَبْرِ. وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَلَّاهُ أَهْلُ الدِّينِ وَالصَّلَاحِ مِن أَقْرِبَائِهِ وَإِلَّا فَمِنْ غَيْرِهِمْ كَمَا ذَكَرَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَلَا يُلَقَّنُ طِفْلٌ وَلَوْ مُرَاهِقًا وَمَجْنُونٌ لَمْ يَتَقَدَّمْهُ تَكْلِيفٌ كَمَا قَيَّدَ بِهِ الْأَذْرَعِيُّ لِعَدَمِ افْتِتَانِهِمَا، وَاسْتَثْنَى بَعْضُهُمْ شَهِيدَ الْمَعْرَكَةِ كَمَا لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ وَأَفْتَى بِهِ الْوَالِدُ رَحِمَهُ. [نهاية ٨/ ٤٠٠].

كِتَابُ الزَّكَاةِ

قال المصنف:

[باب زَكَاةِ الْحَيَوَانِ

إِنَّمَا تَجِبُ مِنْهُ فِي النَّعَمِ: وَهِيَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْغَنَمُ لَا الْخَيْلُ ....

قال الشارح: الزكاة: هي لغة: النماء، وقيل: الطهارة، وفي الشرع: تطهير للمال وإصلاح له، واسم لشيء مخصوص يؤخذ من مال مخصوص بوجه مخصوص يُصْرَفُ لِطَائِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ.

وجاحدها كجاحد الصلاة، كما يجب أن تؤخذ من مانعها بخلاً أو جحدًا قهرًا، وقيل: يقتل كنظيره في الصلاة، وهو منكر.

قال: (**باب زَكَاةِ الْحَيَوَانِ**): إنما بدأ به اقتداءً بكتاب الصديق ولأنها كانت أعم أموال الناس ولا سيما أهل البوادي.

قال: (**إِنَّمَا تَجِبُ مِنْهُ فِي النَّعَمِ**): لما سنذكره، والأصل عدم الوجوب فيما سواها.

(**وَهِيَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْغَنَمُ**) قال الفراء: النعم يذكر ولايؤنث، تقول: هذا نَعَمٌ وارِدٌ، وينبغي أن يقال: وهو والأحسن إسقاط ذكر النعم، ويقول: إنما تجب في الإبل، وكذا وكذا؛ لأن السنة والإجماع ناصان على الأجناس الثلاثة، وخلاف العلماء فيما سواها، ولفظ النعم لم ترد به الأخبار المقتضية للزكاة، فلا وجه لذكره، ثم النظر في وجوبه هل خاص بالإبل أم شامل للأصناف الثلاثة.. [.....](١).

---

(١) بياض في الأصل. وشرح المتن الناقص الخطيب في «مغني المحتاج» بقوله: «(**لَا الْخَيْلُ**) وَهُوَ مُؤَنَّثُ اسْمُ جَمْعٍ لَا وَاحِدَ لَهُ مِن لَفْظِهِ يُطْلَقُ عَلَى الذَّكَرِ۔

وَالرَّقِيقُ، وَالْمُتَوَلِّدُ مِن غَنَمٍ وَظِبَاءٍ. وَلَا شَيْءَ فِي الْإِبِلِ حَتَّى تَبْلُغَ خَمْسًا فَفِيهَا شَاةٌ، وَفِي عَشْرٍ شَاتَانِ، وَخَمْسَ عَشْرَةَ ثَلَاثٌ، وَعِشْرِينَ أَرْبَعٌ، وَخَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مُخَاض، وَسِتٍّ وَثَلَاثِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَسِتٍّ وَأَرْبَعِينَ حقة، وَإِحْدَى وَسِتِّينَ جَذَعَةٌ،

وَالْأُنْثَى، وَفِي بَابِ الْأَطْعِمَةِ مِن التَّحْرِيرِ أَنَّ وَاحِدَهُ خَائِلٌ كَرَكْبٍ وَرَاكِبٍ.

قَالَ الْوَاحِدِيُّ: سُمِّيَتْ خَيْلًا لِاخْتِيَالِهَا فِي مَشْيِهَا **(وَلَا الرَّقِيقُ)** يُطْلَقُ عَلَى الذَّكَرِ وَغَيْرِهِ، وَعَلَى الْوَاحِدِ وَالْأَكْثَرِ لِحَدِيثِ الشَّيْخَيْنِ «لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فَرَسِهِ صَدَقَةٌ» أَيْ إِذَا لَمْ يَكُونَا لِلتِّجَارَةِ كَمَا سَيَأْتِي، وَأَوْجَبَهَا أَبُو حَنِيفَةَ فِي إِنَاثِ الْخَيْلِ **(وَ)** لَا **(الْمُتَوَلِّدُ مِن غَنَمٍ وَظِبَاءٍ)** بِالْمَدِّ جَمْعُ ظَبْيٍ وَهُوَ الْغَزَالُ، وَكَذَا كُلُّ مُتَوَلِّدٍ بَيْنَ زَكَوِيٍّ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوُجُوبِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ: تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي الْمُتَوَلِّدِ مُطْلَقًا، وَأَبُو حَنِيفَةَ: إِن الْإِنَاثُ غَنَمًا، أَمَّا الْمُتَوَلِّدُ مِن وَاحِدٍ مِن النَّعَمِ وَمِنْ آخَرَ مِنْهَا كَالْمُتَوَلِّدِ بَيْنَ إِبِلٍ وَبَقَرٍ، فَقَضِيَّةُ كَلَامِهِمْ أَنَّهَا تَجِبُ فِيهِ، وَقَالَ الْوَلِيُّ الْعِرَاقِيُّ فِي مُخْتَصَرِ الْمُهِمَّاتِ: يَنْبَغِي الْقَطْعُ بِهِ.

قَالَ: وَالظَّاهِرُ إِنَّهُ يُزَكِّي زَكَاةَ أَخَفِّهِمَا، فَالْمُتَوَلِّدُ بَيْنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ يُزَكِّي زَكَاةَ الْبَقَرِ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ.

الشَّرْطُ الثَّانِي؛ النِّصَابُ كَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ: **(وَلَا شَيْءَ فِي الْإِبِلِ حَتَّى تَبْلُغَ خَمْسًا)** وَالْإِبِلُ بِكَسْرِ الْبَاءِ اسْمُ جَمْعٍ لَا وَاحِدَ لَهُ مِن لَفْظِهِ، وَتُسَكَّنُ بَاؤُهُ لِلتَّخْفِيفِ، وَيُجْمَعُ عَلَى آبَالٍ كَجَمَلٍ وَأَجْمَالٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا **(فَفِيهَا شَاةٌ)** لِحَدِيثِ الصَّحِيحَيْنِ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ ذَوْدٍ مِن الْإِبِلِ صَدَقَةٌ» وَإِنَّمَا وَجَبَتْ الشَّاةُ وَإِنْ كَانَ وُجُوبُهَا عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلرِّفْقِ بِالْفَرِيقَيْنِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ الْبَعِيرِ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ، وَإِيجَابَ جُزْءٍ مِن بَعِيرٍ وَهُوَ الْخُمُسُ مُضِرٌّ بِهِ وَبِالْفُقَرَاءِ **(وَفِي عَشْرٍ شَاتَانِ، وَ)** فِي **(خَمْسَ عَشْرَةَ ثَلَاثٌ)** مِن الشِّيَاهِ **(وَ)** فِي **(عِشْرِينَ أَرْبَعٌ)** مِنْهَا **(وَ)** فِي **(خَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِنْتُ مُخَاض، وَ)** فِي **(سِتٍّ وَثَلَاثِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَ)** فِي **(سِتٍّ وَأَرْبَعِينَ حقة، وَ)** فِي **(إِحْدَى وَسِتِّينَ جَذَعَةٌ)** ـ

وَسِتٌّ وَسَبْعِينَ بِنْتَا لَبُونٍ، وَإِحْدَى وَتِسْعِينَ حِقَّتَانِ، وَمِائَةٍ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ ثَلَاثُ بَنَاتِ لَبُونٍ، ثُمَّ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَكُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ، ....

بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ **(وَ)** فِي **(سِتٍّ وَسَبْعِينَ بِنْتَا لَبُونٍ، وَ)** فِي **(إِحْدَى وَتِسْعِينَ حِقَّتَانِ، وَ)** فِي **(مِائَةٍ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ ثَلَاثُ بَنَاتِ لَبُونٍ، ثُمَّ)** يَسْتَمِرُّ ذَلِكَ إِلَى مِائَةٍ وَثَلَاثِينَ فَيَتَغَيَّرُ الْوَاجِبُ فِيهَا، وَفِي كُلِّ عَشْرٍ بَعْدَهَا، فَ **(فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَ)** فِي **(كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ)** لِمَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ عَنْ أَنَسٍ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا كَتَبَ لَهُ هَذَا الْكِتَابَ لَمَّا وُجِّهَ إِلَى الْبَحْرَيْنِ عَلَى الزَّكَاةِ: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ: هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَهَا رَسُولُ الله ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَالَّتِي أَمَرَ الله بِهَا رَسُولَهُ، فَمَنْ سُئِلَهَا مِن الْمُسْلِمِينَ عَلَى وَجْهِهَا فَلْيُعْطِهَا، وَمَنْ سُئِلَ فَوْقَهَا فَلَا يُعْطِهِ: فِي أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ فَمَا دُونَهَا الْغَنَمُ فِي كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا وَعِشْرِينَ إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مُخَاض أُنْثَى، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بِنْتُ مُخَاض فَابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَثَلَاثِينَ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ أُنْثَى، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَأَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ فَفِيهَا حِقَّة طَرُوقَةُ الْجَمَلِ، فَإِذَا بَلَغَتْ وَاحِدَةً وَسِتِّينَ إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ فَفِيهَا جَذَعَةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَسَبْعِينَ إِلَى تِسْعِينَ فِيهَا بِنْتَا لَبُونٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَتِسْعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَفِيهَا حِقَّتَانِ طَرُوقَتَا الْجَمَلِ، فَإِذَا زَادَتْ عَلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَفِي «كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّة» وَفِيهِ زِيَادَةٌ يَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَيْهَا فِي مَحَالِّهَا إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى، إِذْ الصَّحِيحُ جَوَازُ تَفْرِيقِ الْحَدِيثِ إِذَا لَمْ يَخْتَلَّ الْمَعْنَى، قَوْلُهُ: فُرِضَ: أَيْ قُدِّرَ، وَقَوْلُهُ: لَا يُعْطِهِ: أَيْ الزَّائِدَ بَلْ يُعْطِي الْوَاجِبَ فَقَطْ، وَتَقْيِيدُ بِنْتِ الْمَخَاض وَاللَّبُونِ بِالْأُنْثَى، وَابْنُ اللَّبُونِ بِالذَّكَرِ تَأْكِيدٌ كَمَا يُقَالُ: رَأَيْتُ بِعَيْنِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي، وَإِنَّمَا لَمْ يَجْعَلْ بَعْضَ الْوَاحِدَةِ كَالْوَاحِدَةِ لِبِنَاءِ الزَّكَاةِ عَلَى تَغَيُّرِ وَاجِبِهَا بِالْأَشْخَاصِ دُونَ الْأَشْقَاصِ، وَفِي أَبِي دَاوُد التَّصْرِيحُ بِالْوَاحِدَةِ،

وَبِنْتُ المَخَاض لَهَا سَنَةٌ، وَاللَّبُونِ سَنَتَانِ، وَالحِقَّةُ ثَلَاثٌ، وَالجَذَعَةُ أَرْبَعٌ، وَالشَّاةُ جَذَعَةُ ضأن لَهَا سَنَةٌ، وَقِيلَ: سِتَّةُ أَشْهُرٍ، أَوْ ثَنِيَّةُ مَعْزٍ لَهَا سَنَتَانِ، وَقِيلَ سَنَةٌ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَهُمَا، ....

وفِي رِوَايَةِ ابنِ عُمَرَ فَهِيَ مُقَيَّدَةٌ لِخَبَرِ أَنَسٍ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ: ثُمَّ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ إلَخْ قَدْ يَقْتَضِي لَوْلَا مَا قَدَّرْتُهُ أَنَّ اسْتِقَامَةَ الْحِسَابِ بِذَلِكَ إنَّمَا تَكُونُ فِيمَا بَعْدُ مِائَةٌ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ، وَلَيْسَ مُرَادًا بَلْ يَتَغَيَّرُ الْوَاجِبُ بِزِيَادَةِ تِسْعٍ، ثُمَّ بِزِيَادَةِ عَشْرٍ عَشْرٍ كَمَا قَرَّرْتُ بِهِ كَلَامَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ بِنْتَيْ لَبُونٍ بَدَلًا عَنِ الْحِقَّةِ فِي سِتٍّ وَأَرْبَعِينَ وَأَخْرَجَ حِقَّتَيْنِ أَوْ بِنْتَيْ لَبُونٍ بَدَلًا عَنِ الْجَذَعَةِ فِي إحْدَى وَسِتِّينَ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ؛ لِأَنَّهُمَا يَخْرُجَانِ عَمَّا زَادَ (**وَبِنْتُ الْمَخَاضِ لَهَا سَنَةٌ**) وَبَلَغَتْ فِي الثَّانِيَةِ، سُمِّيَتْ بِهِ؛ لِأَنَّ أُمَّهَا بَعْدَ سَنَةٍ مِن وِلَادَتِهَا آنَ لَهَا أَنْ تَحْمِلَ مَرَّةً أُخْرَى فَتَصِيرَ مِن المَخَاضِ: أَيِ الْحَوَامِلِ (**وَ**) بِنْتُ (**اللَّبُونِ سَنَتَانِ**) وَطَعَنَتْ فِي الثَّالِثَةِ، سُمِّيَتْ بِهِ؛ لِأَنَّ أُمَّهَا آنَ لَهَا أَنْ تَلِدَ فَتَصِيرَ لَبُونًا (**وَالْحِقَّةُ**) لَهَا (**ثَلَاثٌ**) وَطَعَنَتْ فِي الرَّابِعَةِ سُمِّيَتْ بِهِ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ أَنْ تُرْكَبَ وَيُحْمَلَ عَلَيْهَا؛ وَلِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ أَنْ يَطْرُقَهَا الْفَحْلُ، وَاسْتَحَقَّ الْفَحْلُ أَنْ يَطْرُقَ (**وَالْجَذَعَةُ**) لَهَا (**أَرْبَعٌ**) وَطَعَنَتْ فِي الْخَامِسَةِ، سُمِّيَتْ بِهِ؛ لِأَنَّهَا أَجْذَعَتْ مُقَدَّمَ أَسْنَانِهَا: أَيْ أَسْقَطَتْهُ، وَقِيلَ: لِتَكَامُلِ أَسْنَانِهَا، وَقِيلَ: لِأَنَّ أَسْنَانَهَا لَا تَسْقُطُ بَعْدَ ذَلِكَ، قِيلَ وَهُوَ غَرِيبٌ، وَهَذَا آخِرُ أَسْنَانِ الزَّكَاةِ، وَتُعْتَبَرُ فِي الْجَمِيعِ الْأُنُوثَةُ لِمَا فِيهَا مِن رِفْقِ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ (**وَالشَّاةُ**) الْوَاجِبَةُ فِيمَا دُونِ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ مِن الْإِبِلِ (**جَذَعَةُ ضَأْنٍ لَهَا سَنَةٌ**) أَوْ أَجْذَعَتْ وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ لَهَا سَنَةٌ كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَنَزَّلَ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ الْبُلُوغِ بِالسِّنِّ وَالِاحْتِلَامِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَابَيْنِ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ (**وَقِيلَ**) لَهَا (**سِتَّةُ أَشْهُرٍ، أَوْ ثَنِيَّةُ مَعْزٍ لَهَا سَنَتَانِ، وَقِيلَ**: **سَنَةٌ**) وَوَجْهُ عَدَمِ إجْزَاءِ مَا دُونَ هَذَيْنِ السِّنَّيْنِ الْإِجْمَاعُ (**وَالْأَصَحُّ**) وَفِي الرَّوْضَةِ: الصَّحِيحُ (**أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَهُمَا**) -

وَلَا يَتَعَيَّنُ غَالِبُ غَنَمِ الْبَلَدِ، وَأَنَّهُ يُجْزِئُ الذَّكَرُ، وَكَذَا بَعِيرُ الزَّكَاةِ عَنْ دُونِ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ، ....

أي الْجَذَعَةِ وَالثَّنِيَّةِ **(وَلَا يَتَعَيَّنُ غَالِبُ غَنَمِ الْبَلَدِ)** لِخَبَرِ «فِي كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ» وَالشَّاةُ تُطْلَقُ عَلَى الضَّأْنِ وَالْمَعْزِ، لَكِنْ لَا يَجُوزُ الِانْتِقَالُ إلَى غَنَمِ بَلَدٍ آخَرَ إلَّا بِمِثْلِهَا فِي الْقِيمَةِ أَوْ خَيْرٍ مِنْهَا، وَالثَّانِي: يَتَعَيَّنُ غَالِبُ غَنَمِ الْبَلَدِ كَمَا يَتَعَيَّنُ غَالِبُ قُوتِ الْبَلَدِ فِي الْكَفَّارَةِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُخْرَجِ صَحِيحًا وَإِنْ كَانَتْ الْإِبِلُ مِرَاضًا.

وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمَجْمُوعِ كَوْنُهُ كَامِلًا وَجَزَمَ بِهِ غَيْرُهُ، وَقِيلَ: يَكْفِي كَوْنُهُ لَائِقًا بِحَسَبِ التَّقْسِيطِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ صَحِيحٌ فَرَّقَ دَرَاهِمَ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا **(وَ)** **الْأَصَحُّ (أَنَّهُ يُجْزِئُ الذَّكَرُ)** أي الْجَذَعُ مِنْ الضَّأْنِ أَوْ الثَّنِيُّ مِنْ الْمَعْزِ كَالْأُضْحِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ الْإِبِلُ إنَاثًا لِصِدْقِ اسْمِ الشَّاةِ عَلَيْهِ، وَالثَّانِي: لَا يُجْزِئُ مُطْلَقًا نَظَرًا إلَى أَنَّ الْمُرَادَ الْأُنْثَى؛ لِمَا فِيهَا مِنْ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ، وَالثَّالِثُ: يُجْزِئُ فِي الْإِبِلِ الذُّكُورُ دُونَ الْإِنَاثِ **(وَكَذَا)** الْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْزِئُ **(بَعِيرُ الزَّكَاةِ عَنْ دُونِ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ)** أي عِوَضًا عَنْ الشَّاةِ الْوَاحِدَةِ أَوْ الشِّيَاهِ الْمُتَعَدِّدَةِ وَإِنْ لَمْ يُسَاوِ قِيمَةَ الشَّاةِ؛ لِأَنَّهُ يُجْزِئُ عَنْ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ فَعَمَّا دُونَهَا أَوْلَى، وَالثَّانِي: لَا يُجْزِئُ بَلْ لَا بُدَّ فِي كُلِّ خَمْسٍ مِنْ حَيَوَانٍ، وَالثَّالِثُ: لَا يُجْزِئُ النَّاقِصُ عَنْ قِيمَةِ شَاةٍ فِي خَمْسٍ وَشَاتَيْنِ فِي عَشْرٍ وَهَكَذَا.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: بَعِيرُ الزَّكَاةِ مِنْ زِيَادَتِهِ، وَأَفَادَتْ إضَافَتُهُ إلَى الزَّكَاةِ اعْتِبَارَ كَوْنِهِ أُنْثَى بِنْتَ مُخَاضٍ فَمَا فَوْقَهَا كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ وَكَوْنُهُ مُجْزِئًا عَنْ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ، فَإِنْ لَمْ يُجْزِ عَنْهَا لَمْ يُقْبَلْ بَدَلُ الشَّاةِ، وَهَلْ يَقَعُ الْبَعِيرُ الْمُخْرَجُ عَنْ خَمْسٍ كُلُّهُ فَرْضًا أَوْ خُمُسُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا إذَا ذَبَحَ الْمُتَمَتِّعُ بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً بَدَلَ الشَّاةِ هَلْ تَقَعُ كُلُّهَا فَرْضًا أَوْ سُبُعُهَا، وَفِيمَنْ مَسَحَ جَمِيعَ رَأْسِهِ فِي الْوُضُوءِ، وَفِيمَنْ أَطَالَ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ زِيَادَةً عَلَى الْقَدْرِ الْوَاجِبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَصَحَّحَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنَّ مَا لَا يُمْكِنُ فِيهِ التَّمْيِيزُ كَبَعِيرٍ

فَإِنْ عَدِمَ بِنْتَ المَخَاض فَابْنُ لَبُونٍ، وَالْمَعِيبَةُ كَمَعْدُومَةٍ، وَلَا يُكَلَّفُ كَرِيمَةً؛ لَكِنْ تُمْنَعُ ابْنُ لَبُونٍ فِي الْأَصَحِّ، وَيُؤْخَذُ الْحِقُّ عَنْ بِنْتِ المَخَاض لَا لَبُونٍ فِي الْأَصَحِّ.

الزَّكَاةِ أَنَّ الْكُلَّ يَقَعُ فَرْضًا، وَمَا أَمْكَنَ كَمَسْحِ الرَّأْسِ يَقَعُ الْبَعْضُ فَرْضًا وَالْبَاقِي نَفْلًا وَاعْتَمَدَهُ شَيْخِي وَهُوَ ظَاهِرٌ وَالْبَعِيرُ يُجْمَعُ عَلَى أَبْعِرَةٍ وَأَبَاعِرَ وَبُعْرَانٍ (**فَإِنْ عَدِمَ بِنْتَ المَخَاض**) بِأَنْ لَمْ تَكُنْ فِي مِلْكِهِ وَقْتَ الْوُجُوبِ (**فَابْنُ لَبُونٍ**) وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ قِيمَةً مِنْهَا، أَوْ كَانَ خُنْثَى، أَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى شِرَاءِ بِنْتِ مُخَاض؛ لِأَنَّهُ جَاءَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا بِنْتُ مُخَاض فَابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ».

وَقَوْلُهُ: ذَكَرٌ أَرَادَ بِهِ التَّأْكِيدَ لِدَفْعِ تَوَهُّمِ الْغَلَطِ، وَالْخُنْثَى أَوْلَى، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُخْرِجَ الْخُنْثَى مَعَ وُجُودِ الْأُنْثَى لَمْ يُجْزِهِ لِاحْتِمَالِ ذُكُورَتِهِ (**وَ**) بِنْتُ المَخَاض (**الْمَعِيبَةُ**) وَالْمَغْصُوبَةُ الْعَاجِزُ عَن تَحْصِيلِهَا، وَالْمَرْهُونَةُ بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِحَالٍ وَعَجَزَ عَن تَحْصِيلِهَا (**كَمَعْدُومَةٍ**) فَيُؤْخَذُ عَنْهَا مَا ذُكِرَ مَعَ وُجُودِهَا؛ لِأَنَّ الْمَعِيبَ غَيْرُ مُجْزِئٍ، وَمَا ذُكِرَ قَبْلَهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَحْصِيلِهِ (**وَلَا يُكَلَّفُ**) أَنْ يُخْرِجَ بِنْتَ مُخَاض (**كَرِيمَةً**) إِذَا كَانَتْ إِبِلُه مَهَازِيلَ لِقَوْلِهِ ﷺ لِمُعَاذٍ: «إِيَّاكَ وَكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ» رَوَاهُ الشَّيْخَانِ.

أَمَّا إِذَا كَانَتْ إِبِلُه كُلُّهَا كَرَائِمُ فَيَلْزَمُهُ إِخْرَاجُ كَرِيمَةٍ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ إِذْ لَا تَكْلِيفَ (**لَكِنْ تَمْنَعُ**) الْكَرِيمَةُ عِنْدَهُ (**ابْنَ لَبُونٍ فِي الْأَصَحِّ**) لِوُجُودِ بِنْتِ مُخَاض مُجْزِئَةٍ فِي مَالِهِ.

وَالثَّانِي وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأُمِّ يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَ الْكَرِيمَةِ لَا يَجِبُ فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ (**وَيُؤْخَذُ الْحِقُّ**) بِكَسْرِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ (**عَنْ بِنْتِ المَخَاض**) عِنْدَ فَقْدِهَا؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى مِن ابْنِ اللَّبُونِ، وَقِيلَ لَا يُجْزِئُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي الزَّكَوَاتِ (**لَا**) عَن بِنْتِ (**لَبُونٍ**) عِنْدَ فَقْدِهَا: أَي فَلَا يُجْزِئُ عَنْهَا (**فِي الْأَصَحِّ**) وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ كَمَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ سِنِّ ابْنِ اللَّبُونِ عَلَى بِنْتِ المَخَاض يُوجِبُ اخْتِصَاصَهُ بِقُوَّةِ وُرُودِ الْمَاءِ وَالشَّجَرِ-

[وَلَوْ اتَّفَقَ فَرْضَانِ كَمِائَتَيْ بَعِيرٍ فَالْمَذْهَبُ لَا يَتَعَيَّنُ أَرْبَعُ حِقَاقٍ، بَلْ هُنَّ أَوْ خَمْسُ بَنَاتِ لَبُونٍ فَإِنْ وُجِدَ بِمَالِهِ أَحَدُهُمَا أُخِذَ، ....

وَالِامْتِنَاعِ مِن صِغَارِ السِّبَاعِ، وَالتَّفَاوُتُ بَيْنَ بِنْتِ اللَّبُونِ وَالْحِقِّ لَا يُوجِبُ اخْتِصَاصَ الْحِقِّ بِهَذِهِ الْقُوَّةِ، بَلْ هِيَ مَوْجُودَةٌ فِيهِمَا جَمِيعًا، وَالثَّانِي يُجْزِئُ لِانْجِبَارِ فَضِيلَةِ الْأُنُوثَةِ بِزِيَادَةِ السِّنِّ كَابْنِ اللَّبُونِ عَن بِنْتِ الْمَخَاضِ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِمَا تَقَدَّمَ وَلِوُرُودِ النَّصِّ ثَمَّ، وَلَوْ عَبَّرَ الْمُصَنِّفُ بِالصَّحِيحِ كَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ ضَعِيفٌ جِدًّا .(**وَلَوْ اتَّفَقَ فَرْضَانِ**) فِي الْإِبِلِ (**كَمِائَتَيْ بَعِيرٍ**) فَفِيهَا أَرْبَعُ حِقَاقٍ أَوْ خَمْسُ بَنَاتِ لَبُونٍ كَمَا قَالَ (**فَالْمَذْهَبُ لَا يَتَعَيَّنُ أَرْبَعُ حِقَاقٍ، بَلْ هُنَّ أَوْ خَمْسُ بَنَاتِ لَبُونٍ**)؛ لِأَنَّ الْمِائَتَيْنِ أَرْبَعُ خَمْسِينَاتٍ أَوْ خَمْسُ أَرْبَعِينَاتٍ لِحَدِيثِ أَبِي دَاوُد وَغَيْرِهِ عَن كِتَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «فَإِذَا كَانَتْ مِائَتَيْنِ فَفِيهَا أَرْبَعُ حِقَاقٍ أَوْ خَمْسُ بَنَاتِ لَبُونٍ» أَيُّ السِّنِينَ وُجِدَتْ أُخِذَتْ، هَذَا هُوَ الْجَدِيدُ، وَفِي قَوْلٍ تَتَعَيَّنُ الْحِقَاقُ، إذْ النَّظَرُ فِي زِيَادَةِ الْإِبِلِ إلَى زِيَادَةِ السِّنِّ مَهْمَا أَمْكَنَ، وَقَطَعَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بِالْجَدِيدِ، وَحُمِلَ الْقَدِيمُ عَلَى مَا إذَا لَمْ يُوجَدْ عِنْدَهُ إلَّا الْحِقَاقُ.

وَاعْلَمْ أَنَّ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خَمْسَةَ أَحْوَالٍ؛ لِأَنَّهُ إمَّا أَنْ يُوجَدَ عِنْدَهُ كُلُّ الْوَاجِبِ بِكُلٍّ الْحِسَابَيْنِ، أَوْ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، أَوْ يُوجَدَ بَعْضُهُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا، لَا يُوجَدُ شَيْءٌ مِنْهُمَا، وَكُلُّهَا تُعْلَمُ مِن كَلَامِهِ، وَقَدْ شَرَعَ فِي بَيَانِ ذَلِكَ فَقَالَ (**فَإِنْ وُجِدَ**) عَلَى الْمَذْهَبِ الْجَدِيدِ (**بِمَالِهِ أَحَدُهُمَا**) تَامًّا مُجْزِئًا (**أُخِذَ**) مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ الْمَفْقُودُ أَغْبَطَ وَأَمْكَنَ تَحْصِيلُهُ لِلْحَدِيثِ السَّابِقِ، أَوْ وُجِدَ شَيْءٌ مِن الْآخَرِ إذْ النَّاقِصُ وَالْمَعِيبُ كَالْمَعْدُومِ، وَلَا يَجُوزُ الصُّعُودُ وَلَا النُّزُولُ مَعَ الْجُبْرَانِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ إلَيْهِ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: أُخِذَ قَدْ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ حَصَّلَ الْمَفْقُودَ وَدَفَعَهُ لَا يُؤْخَذُ، وَعِبَارَةُ الرَّوْضَةِ وَالْمُحَرَّرِ: لَا يُكَلَّفُ تَحْصِيلُ الْآخَرِ وَإِنْ أَغْبَطَ، وَهِيَ تَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ حَصَّلَ الْآخَرَ وَدَفَعَهُ أَجْزَأَهُ لَا سِيَّمَا إنْ كَانَ أَغْبَطَ، وَعَلَيْهِ يَدُلُّ كَلَامُ جَمَاعَةٍ-

وَإِلَّا فَلَهُ تَحْصِيلُ مَا شَاءَ، وَقِيلَ يَجِبُ الْأَغْبَطُ لِلْفُقَرَاءِ، وَإِنْ وَجَدَهُمَا فَالصَّحِيحُ تَعَيُّنُ الْأَغْبَطِ، ....

مِنْهُمْ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ وَقَاسَاهُ عَلَى الِاكْتِفَاءِ بِابْنِ لَبُونٍ لِفَقْدِ بِنْتِ مُخَاض، وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ وَإِنْ صَرَّحَ جَمَاعَةٌ، بِخِلَافِهِ، وَأَنَّ الْوَاجِبَ يَتَعَيَّنُ فِيهِ **(وَإِلَّا)** أَي وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ بِمَالِهِ أَحَدُهُمَا بِصِفَةِ الْإِجْزَاءِ بِأَنْ لَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْهُمَا، أَوْ وُجِدَ بَعْضُ كُلٍّ مِنْهُمَا، أَوْ بَعْضُ أَحَدِهِمَا، أَوْ وُجِدَا أَوْ أَحَدُهُمَا لَا بِصِفَةِ الْإِجْزَاءِ **(فَلَهُ تَحْصِيلُ مَا شَاءَ)** مِن النَّوْعَيْنِ كُلًّا أَوْ بَعْضًا مُتِمًّا بِشِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَوْ غَيْرَ أَغْبَطَ لِمَا فِي تَعْيِينِ الْأَغْبَطِ مِن الْمَشَقَّةِ فِي تَحْصِيلِهِ **(وَقِيلَ يَجِبُ)** تَحْصِيلُ **(الْأَغْبَطِ لِلْفُقَرَاءِ)**؛ لِأَنَّ اسْتِوَاءَهُمَا فِي الْعَدَمِ كَاسْتِوَائِهِمَا فِي الْوُجُودِ، وَعِنْدَ وُجُودِهِمَا يَجِبُ إخْرَاجُ الْأَغْبَطِ كَمَا سَيَأْتِي.

تَنْبِيهٌ: أَشَارَ بِقَوْلِهِ فَلَهُ إلَى جَوَازِ تَرْكِهِمَا مَعًا وَيَنْزِلُ أَوْ يَصْعَدُ مَعَ الْجُبْرَانِ، فَإِنْ شَاءَ جَعَلَ الْحِقَاقَ أَصْلًا وَصَعَدَ إلَى أَرْبَعِ جِذَاعٍ فَأَخْرَجَهَا وَأَخَذَ أَرْبَعَ جُبْرَانَاتٍ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ بَنَاتَ اللَّبُونِ أَصْلًا وَنَزَلَ إلَى خَمْسِ بَنَاتِ مُخَاض فَأَخْرَجَهَا وَدَفَعَ مَعَهَا خَمْسَ جُبْرَانَاتٍ، وَلَيْسَ لَهُ جَعْلُ بَنَاتِ اللَّبُونِ أَصْلًا وَيَصْعَدُ إلَى خَمْسِ جِذَاعٍ وَيَأْخُذُ عَشْرَ جُبْرَانَاتٍ، وَلَا جَعْلُ الْحِقَاقِ أَصْلًا وَيَنْزِلُ إلَى أَرْبَعِ بَنَاتِ مُخَاض وَيَدْفَعُ ثَمَانِ جُبْرَانَاتٍ لِكَثْرَةِ الْجُبْرَانِ مَعَ إمْكَانِ تَقْلِيلِهِ، وَلَهُ فِيمَا إذَا وَجَدَ بَعْضَ كُلٍّ مِنْهُمَا كَثَلَاثِ حِقَاقٍ وَأَرْبَعِ بَنَاتِ لَبُونٍ أَنْ يَجْعَلَ الْحِقَاقَ أَصْلًا فَيَدْفَعَهَا مَعَ بِنْتِ لَبُونٍ وَجُبْرَانٍ، أَوْ يَجْعَلَ بَنَاتَ اللَّبُونِ أَصْلًا فَيَدْفَعَهَا مَعَ حقة وَيَأْخُذَ جُبْرَانًا، وَلَهُ دَفْعُ حقة مَعَ ثَلَاثِ بَنَاتِ لَبُونٍ، وَثَلَاثُ جُبْرَانَاتٍ لِإِقَامَةِ الشَّرْعِ بِنْتُ اللَّبُونِ مَعَ الْجُبْرَانِ مَقَامَ حقة، وَلَهُ فِيمَا إذَا وَجَدَ بَعْضَ أَحَدِهِمَا كَحِقَّةٍ دَفَعَهَا مَعَ ثَلَاثِ جِذَاعٍ وَأَخَذَ ثَلَاثَ جُبْرَانَاتٍ.

وَلَهُ دَفْعُ خَمْسِ بَنَاتِ مُخَاض مَعَ دَفْعِ خَمْسِ جُبْرَانَاتٍ **(وَإِنْ وَجَدَهُمَا)** فِي مَالِهِ بِصِفَةِ الْإِجْزَاءِ **(فَالصَّحِيحُ)** الْمَنْصُوصُ، وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ **(تَعَيُّنُ الْأَغْبَطِ)**ـ

وَلَا يُجْزِئُ غَيْرُهُ إِنْ دَلَّسَ أَوْ قَصَّرَ السَّاعِي، وَإِلَّا فَيُجْزِئُ وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ قَدْرِ التَّفَاوُتِ].

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البَقَرَة: ٢٦٧]؛ وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ فَرْضُهُ لَو انْفَرَدَ، وَمَبْنَى الزَّكَاةِ عَلَى النَّظَرِ لِلْمُسْتَحِقِّينَ، وَالْمُرَادُ بِالْأَغْبَطِ الْأَنْفَعُ لِلْمُسْتَحِقِّينَ بِزِيَادَةِ قِيمَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَظَاهِرُ إِطْلَاقِهِ كَأَصْلِهِ وَغَيْرِهِ تَعَيُّنُ الْأَغْبَطِ وَإِنْ كَانَ مِن الْكِرَامِ وَهُوَ كَذَلِكَ وَإِنْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: الْقِيَاسُ جَعْلُهَا كَالْمَعْدُومَةِ حَتَّى يُخْرِجَ مِن غَيْرِ الْأَغْبَطِ.

وَالثَّانِي خَرَّجَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ: إِنْ كَانَ يُخْرِجُ عَن مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فَيُعْتَبَرُ غَيْرُ الْأَغْبَطِ، وَإِنْ أَخْرَجَ عَن نَفْسِهِ تَخَيَّرَ بَيْنَهُمَا كَمَا لَو لَمْ يَكُونَا عِنْدَهُ **(وَلَا يُجْزِئُ)** عَلَى الْأَوَّلِ **(غَيْرُهُ)** أي الْأَغْبَطِ **(إِنْ دَلَّسَ)** الدَّافِعُ فِي إِعْطَائِهِ بِأَنْ أَخْفَى الْأَغْبَطَ **(أَوْ قَصَّرَ السَّاعِي)** فِي أَخْذِهِ بِأَنْ عَلِمَ الْحَالَ أَوْ أَخَذَ مِن غَيْرِ اجْتِهَادٍ وَنَظَرٍ أَنَّ الْأَغْبَطَ مَاذَا؟ فَيَلْزَمُ الدَّافِعَ إِخْرَاجُ الْأَغْبَطِ، وَعَلَى السَّاعِي رَدُّ مَا أَخَذَهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا وَقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ تَالِفًا **(وَإِلَّا)** أي وَإِنْ لَمْ يُدَلِّسْ الدَّافِعُ وَلَمْ يُقَصِّرْ السَّاعِي **(فَيُجْزِئُ)** عَن الزَّكَاةِ: أي فَيُحْسَبُ عَنْهَا لِلْمَشَقَّةِ الْحَاصِلَةِ فِي الرَّدِّ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ أَنَّهُ يَكْفِي كَمَا قَالَ: **(وَالْأَصَحُّ)** مَعَ إِجْزَائِهِ (٤/ ٣٨٤).

قال المصنف: [وَيَجُوزُ إِخْرَاجُهُ دَرَاهِمَ، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ تَحْصِيلُ شِقْصٍ بِهِ.

. . . . باقيًا، وقيمته إن كان تالفًا، والأصح وجوب قدر التفاوت يعني حيث حكمنا بالإجزاء كما سبق، فيجب إخراج قدر التفاوت لنقصان المخرج، وكان صوب المسألة فيما إذا غلط الساعي في الاجتهاد.

أما لو اقتضى رأيه موافقة ابن سريج في إجزاء غير الأغبط، وكان مأذونًا له في ذلك من جهة الإمام، فيجب ألا يجب قدر التفاوت لحكم الحاكم إن جعلنا تصرفه حكمًا، هكذا قاله بعض الشارحين، ولا شك أنه إذا وكل الإمام الأمر إلى اجتهاد الساعي، وكان إهلاكه فاداه اجتهاده إلى ذلك أجزأ بمفرده، وكذا ينبغي أن يقال: إذا فرّق المالك والولي يتبعه، وكان يرى رأي ابن شريح، فلا يلزم شيء آخر، والوجه الثاني لا يجب ذلك بل يستحب كما لو أخذ الإمام القيمة بالاجتهاد لا يجب شيء آخر، قالوا: ويعرف التفاوت بالنظر إلى القيمة بأن أخذ الحقاق فقيمتها أربعمائة وقيمة بنات اللبون خمس؛ فالتفاوت مائة.

قال: (**وَيَجُوزُ إِخْرَاجُهُ دَرَاهِمَ**): المراد نقد البلد دراهم كان أو دنانير ووجد بضر المشاركة وبأنه يعدل إلى غير الجنس الواجب للضرورة كمن لزمه شاة في خمس من الإبل، فلم يجدها، فإنه يخرج قيمتها وكمن لزمه بنت مُخَاض، فلم ولا ابن لبون لا في ماله ولا بالثمن، فإنه يعدل إلى القيمة، فعلى هذا إن أخرج شقصًا جاز.

قال الإمام: وفيه أدنى نظر قلت والظاهر أن إطلاق الجمهور منع القيمة عندنا في غير حالة الضرورة كما في هذين المثالين، لكن هل التصوير في الثانية فيما إذا لم يجد شيئًا أعلى وتغير إخراج القيمة طريقًا أو تحريه القيمة، ولا تحلفه بدل الأعلى وأحد الجيران أو يعرق بين وجود الأعلى في ماله وبين عدمه لم أر شيئًا صريحًا، ولفظ نص البويطي، وكل من وجب عليه سن، فلم يوجد عنده ووجد عنده التي فوقه أخذه المصدق، وأعطى رب الإبل شاتين أو عشرين درهمًا.

قال: (**وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ تَحْصِيلُ شِقْصٍ بِهِ**) لأن العدول إلى غير الجنس ممتنع

على أصلنا، فعلى هذا هل لبون من غبط أو من المخرج أو يتخير أو من بعيرٍ أو شاةٍ لا من بقرةٍ، وجوه أصحها الأول فلو كان التفاوت يسيرًا لا يحصل به شقص دفع النقد للضرورة.

الحال الرابع للمسألة: إذا وجد بعض كل من الصنفين، فليس له إخراج حُقتين وبنتي لبون ونصف وفاقًا للتشقيص، وله إخراج ثلاث حِقاق وبنت لبون وجبران أو أربع بنات لبون وحقه وأخذ الجبران والصور كثيرة في المطوَّلات. وفي بعضها خلاف.

والحال الخامس: أن يوجد بعض صنف فقط بأن لم يوجد إلا حقَّتين فيخرجهما مع جدعتين ويأخذ جبرانين، وله جعل بنات اللبون أصلاً، ويخرج عنهن خمس بنات مُخَاض مع خمس جبرانات، ولو لم يجد إلا ثلاث بنات لبون أخرجهنَّ مع بنتي مُخَاض وجبرانين أو يجعل الحقاق أصلاً، ويخرج أَرْبَعَ جَذَعَاتٍ، وَيَأْخُذَ أَرْبَعَ جُبْرَانَاتٍ، فرب لو أخرج عن المائتين ثلاث بنات لبون وحقتين أو أربع بنات لبون وحقه جاز لأجزاء عما فوق المائتين، وبهذا ردوا قول الإصطخري الآتي.

قالوا: لأن التبعيض إنما يُمتَنَع للشقيص لحقتين وبنتي لبون ونصف قِيل: وما ذُكر في الصورتين واضح إن لم يكن ماله غير ذلك؛ إذ له إخراج بنات اللبون إذا لم يكن له غيره، فإذا أُبدل ببعضها حقاقًا كان أولى، إما إذا كان الصنفان في ماله كاملين، وكان ذلك أغبط للمسألتين، فواضح بينًا، أما لو لم يكن بأن كانت كل حُقة تساوي مائة، وكل بنت لبون تساوي ستين فها هُنا إذا أخرج ثلاث بنات لبون وحقتين أو أربع بنات لبون وحقة كان دون الأربع حقاق؛ فينبغي ألا يجوز للشارع أخذه ويطلب الحقاق؛ لأنها أغبط للمساكين فنوع لو بلغت إبِلَه أربعمائة؛ فأَخرج أربع حُقاق وخمس بنات لبون جارَ خلافًا للإصطخري؛ إذ لا تشقيص، وهذا بين على رأي صِحَته، وإنما وجِبَ الجَزَاء فيه على المحرم تغليظًا.

……

والزكاة مبنية على التحفيف، ولا شيء في الإبل حتى تبلغ خمسًا لقوله ﷺ : «لَيسَ فِيمَا دُونَ خَمْسًا زُودَ مِنَ الإِبِلِ صَدَقَةٌ»(١) متفق عليه.

على ففيها شاةٍ وفي عشرة شاتان وخمس عشرة ثلاث وعشرين أربع وخمس وعشرين بنت مُخَاض وست وثلاثين بنت لبون وست وأربعين حُقة، وإحدى وستين جَذَعَة وست وسبعين بنت لبون، وإحدى وتسعين حقتان ومائة وإحدى وعشرين ثلاث بنات لبون، ثم كل أربعين بنت لبون وكل خمسين حقة.

ما روي عن أنس أنَّ أبا بكر رضي الله عنهما كتب له هذا الكتاب لمَّا وجهه إلى البحرين: بِسْمِ الله الرَّحْمَنِ الرَّحَيمِ، هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين، والتي أَمَرَ الله بها رسولِهِ، فَمِنْ سُبُلِهَا على وجههما فليعطها ومَنْ سئل فوقها، فلا يُعطه في أربع وعشرين من الإبل، فما دونها الغنم في كل خمس شاة، فإذا بلغت خمسًا وعشرة إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مُخَاض أنثى، فإذا بلغت ستًّا وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى، فإذا بلغت ستًّا وأربعين إلى ستين ففيها حُقة طروقة الفحل، فإذا بلغت واحدة وستين إلى خمس وسبعين ففيها جَذَعَة، فإذا بلغت يعني ستًّا وسبعين إلى تسعين ففيها بنتًا لبون، فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى عشرين ومائة ففيها حُقتان طروقتا الفحل، فإذا زادت على عشرين ومائة، ففي كل أربعين

---

(١) حديث أبي سعيد: أخرجه مالك (١/ ٢٤٤، رقم ٥٧٧)، والشافعي (١/ ٩٤)، والطيالسي (ص ٢٩٢، رقم ٢١٩٧)، وأحمد (٣/ ٣٠، رقم ١١٢٧١)، والبخاري (٢/ ٥٤٠، رقم ١٤١٣)، ومسلم (٢/ ٦٧٤، رقم ٩٧٩)، وأبو داود (٢/ ٩٤، رقم ١٥٥٨)، والترمذي (٣/ ٢٢، رقم ٦٢٦)، والنسائي (٥/ ٣٧، رقم ٢٤٧٦)، وابن ماجه (١/ ٥٧٤، رقم ١٧٩٩)، وابن خزيمة (٤/ ٣٣، رقم ٢٢٩٤)، وابن حبان (٨/ ٦٢، رقم ٣٢٦٨)، والدارقطني (٢/ ٩٣).

حديث جابر: أخرجه الطيالسي (ص ٢٣٦، رقم ١٧٠٢)، وأحمد (٣/ ٢٩٦، رقم ١٤١٩٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٣٢، رقم ١١٠٣)، ومسلم (٢/ ٦٧٥، رقم ٩٨٠)، وابن ماجه (١/ ٥٧٢، رقم ١٧٩٤).

....

بنت لبون، وكل خمسين حُقة، ومن لم يكن مَعَهُ إلا أربع مِنَ الإبل فليس فيها صدقة إلا أن يَشاء ربها، فإذا بلغت خمسًا مِن الإبل فيها شاة... الحديث(١)، وسيأتي بقيته، ومحالها إن شاء الله؛ إذ الصحيح جواز تفريق الحديث إذا لم يُختل المعنى.

قال: وبنت المَخَاض لها سَنة واللبون سنتان والحُقة ثلاث والجذعة أربع.

قوله: لها سَنة أي: ودخلت في الثانية ولا تزال كذلك حتى تدخل في الثالثة فتصير بنت لبون، وهي كذلك حتى تدخل في الرابعة فهي حُقة، وتبقى كذلك حتى تدخل في الخامسة، فتصير جَذَعَة وهي آخرالأسنان المنصوص عليها في الزكاة وسُميت بنت المَخَاض وغيرهما مما ذكره بما ذكره إشتقاقه مشهور واضح.

قال: والشاة أي: الواجبة جَذَعَة ضأن لها سَنة وقيل ستة أشهر أو ثنية معز لها سنتان.

وقيل: سنة ما ذكره من لبون الواجب الجَذَعَة أو الثنية هو المعروف لقول عُمراً ﷺ لساعيهِ لا تأخذ كذا ولا كذا، وتأخذ الجذعة والثنية(٢) وهو الصحيح في «المُوطَّا» وغيره واعتبارًا بالأُضْحية.

ونقل الدارمي وجهين آخرين شاذين أحدُهما: ما يقع عليه اسم شاة.

قال: وهو غلط على المذهب والثاني عن أبي إسحاق يجب أن تكون قِيمتها قِيمة ربع عشر إبل، انتهى.

ثم الصحيح المشهور عند أهل اللغة والفقه ما رجحه في سنهما، وليس في الصِّحَاح والمحمل غيره.

وحاصل ما قيل في الجَذَعَة الضَّأن أنها ما لها سنة أو ستة أشهر أو سبعة

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٥٤) والحاكم (١٤٤١).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٠٤).

....

أو ثمانية أو تسعة أو عشرة أو إن كانت من شاتين فستة أشهُر أو سِت أو بين هرمين؛ فثمانية أو خريفية فسنة أو ربيعية فثُلُثَاها، وفيه نظر!

وأصلها اختلاف عبارات اللُغوين في السن الذي يَحُصل فيه الإجذاع.

انظر قول ابن أبي عصرُون هنا في «تنبيهه»: وجذعة الضَّأن هي التي بين سبعة أشهُر إلى التسعة، وظاهر كلام الأصحاب هنا أن العبرة بمُضي السنة حصل الإجذاع فيها أم لا، ولا عبرة بتقدُمِه عنها، ولا بتأخُرِهِ، وفي النفس منه شيء، ومن كون ذلك نجد بدًّا له.

تنبيهات: اعتبار السنة الثانية في الجَذَعَة من الضَّأن الرَازِي قُبيل زكاة البقر، والمسألة مُحْتَمَلة، وينبغي أن يكون المذهب ما نص عليه صاحبُه، ويؤيد ترجيح الثاني أنه نص في صور الجبران على أنه إذا وجد السُّنَن الواجبة مُعينة أو لو يَمُد كانت كالمعدومة، وانتقل إلى الأعلى أو الأسفل وفيه شاهد لُمَا سُند له في أغبط الفرضين إذا كان كريمًا.

قال: ونُؤخِذ الحق عن بنت مُخَاض إلي لأنه خير من ابن لبون وقد سبق نقل وجه شاذ فيه لا لبون في الأصح، فلا يوجد عن بنت لبون في الأصح، بخلاف ابن اللبون حيث أجزأ عن بنت المَخَاض لِورود النص به وليس هذا في معناه؛ لأن تفاوت السُنن بين بنت المَخَاض وابن اللبون يقيك الإختصاص بقوة ورود الماء والشجر، والإمتناع من صغار الصباع والتفاوت بين الحق وبين اللبون لا يوجِب إختصاصه بهذه القوة لوجودها فيهما جميعًا.

إشارة: يجوز أن يُحمل على الأصح فيهما لكن الأقرب أنه إنما أراد نقل الخِلاف في الصورة الثانية كما دل عليه كلام «المحرر» و«الروضة» وأصلها.

والخلاف في الأولى شاذ، وقد جعل في «الروضة» وغيرها المذهب القَطْع بالمنع في الثانية، وزيف طريقة الوجهين.

قال: ولو أنفق فرضان كما بنى يعبر فالمذهب لا يتعين أربع حُقات بل هن أو خمس بنات لبون؛ لأنها أربع خمسينات وخمس أربعينات وأشار بقوله:

……

فالمذهب إلى أن أصح الطريقين ما ذكره.

وقال في «شرح المُهذب» أصحهما وأشهرهما فيه قولان أصحهما بإتفاقهم الفرض بأحدهما والثاني الفرض الحقان حتمًا، فإذا وجِدت بصفة الإجزاء من عين يقاسه بعين إخراجها.

وعلى المذهب للمسألة خمسة أحوال يأتي بيانها:

قال: فإن وجِد بما له أحدهما أي: كما له صححا أخذ ولا يحلف غيره.

قال الماوردي: بالاتفاق سواء كانت أغبط أم لا والناقص والمعيب كالمعدوم، ولا يجوز الصعود ولا النزول مع الجُبران لعدم الضرورة.

وفي سنن أبي داود من حديث ابن عمر: **«فإذا كانت ما يتبين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون أي السنين وجدت أخذت»**(١) وإلا أي: وإن لم يوجد بما له واحد منهما أو وجدَ معيبين، فله يحصل ما شاء منهما؛ لأنه إذا حصله فساروا جدالة فقط، وقيل: يجب الأغبط للفقراء كما لو وَجدَ وهذا الخلاف كما قلنا فيما إذا عدم بنت المخاض وابن اللبون، فإن وجدهما أي: بصفة الإجزاء من غير نفاسةٍ كما قيده في «شرح المهذب» فالصحيح أي: المنصوص وقول الجمهور تعين الأغبط؛ لأن مبنى الزكاة على النظر للفقراء، والثاني خرجه ابن سريج إن المالك بالخيار فيهما لكن يُسْتَحب له إخراج الأغبط إلا أن يكون ولي يتيم ونحوه، فيراعى حظه إذا جبرنا المالك فدفع الأغبط لزم التباعي قبوله، وإن خير هو الساعي لزمه اختيار الأغبط، وهذا كله في مال المُحرج أما لو كان ولي محجور فلا إلا أن يعتقد وجوب الأغبط، فيظهر أن الُحكم لا يختلف هنا وفيما سبق، ولو كان الأغبط من الكَرائم

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٥، رقم ٤٦٣٤)، وأبو داود (٢/ ٩٨، رقم ١٥٦٨)، والترمذى (٣/ ١٧، رقم ٦٢١) وقال: حديث ابن عمر حديث حسن والعمل على هذا الحديث عند عامة الفقهاء. وابن ماجه (١/ ٥٧٣، رقم ١٧٩٨)، والحاكم (١/ ٥٤٩، رقم ١٤٤٣)، والبيهقي (٤/ ٨٨، رقم ٧٠٤٤).

……

فالقياس جعلها كالمعدومة حتى تحرج غير الأغبط ولا يجب تحصيله كما سيأتي في الجبران بخلاف بنت المخاض مع ابن اللبون.

قال: لا يجزي غيره ؛ إذ ليس أي: الدافع بأن أخفى الأغبط أو قَصَّرَ الساعي بأن أخذ بلا اجتهاد ونظر في الغبطة وإلا فيجزئ أي: بِحسب من الزكاة لانتفاء الأمرين إلا إنه يلقي وحده وقيل إن كان باقيًا في يد الساعي لم يُجزه وإلا أجزأ، وقيل: يُجْزئ بكل حال كما عند الانفراد، وهو راجع إلى رأي ابن شريح وقيل: لا يجزئ بحالٍ وهو القياس؛ لأنه غير المأمور به، وقيل: إن فرقه أجزأ لِعُسْر الاسترجاع والإملاء، وقيل إنَّ دفع المالك عالمًا فإنه الأدنى لم يُجزئه، وإن كان الساعي هو الذي أخذهُ أجزأ، وحيث قلنا: لا يجزئ لزمة إخراج الأغبط، وعلى الساعي رد ما أُخذَ إن كان، والمنقول عن النص هُنا وفي الأضاحي أيضًا وقيل: إنه ذُكِرَ هناك الإكتفاء بستةِ أشهر، فإن صح كان الخلاف قولين.

قال في باب الأُضحية من «الروضة» تقريبًا على المذهب.

قال أبو الحسن العبادي وغيره كما قاله في «شرح المُهذب»: لو أجذع قبل تمام السنة كان مجزيًا كما لو تمت السنة قبل أن يَجذع، ويكون ذلك كالبلوغ بالسن والإحتلام، فإنه يكفي فيه أحدهما، وبهذا صرح في «التَّهْذِيب» فقال: الجُذعة ما أُستكملت سنة أو أُجْذعت قبلها أي: أسقطت سنها، انتهى.

واقتضى سياقه للموافقة عليه، ولا فرق في الحكم بين البابين قطعًا، وبهذا جزم صاحب «الكافي» هناك والبغوي في تعليقه أيضًا.

قال: وقُل إن تجذع قبل تمام السنة، وهذا ما يفهمهُ كلام الشامل وغيره هناك، فيجوز أن يُحْمَل النص، وكلام الجمهور على ما إذا لم تجذع قبل تمام السنة كما هو الغالب لا على إطلاقه، فإن الشارع علق الحكم بالجذعة، فمتى وُجِدَ الإجذاع أُعْتُبِر، لكن عبارة الرافعي هناك قد تأبى ذلك حيث قال: الظاهر وهو المدلول في الكتاب أنه يُعْتُبر اسْتكمال سنة والدخول في الثانية.

....

نعم ذكر أبو الحسن العبادي، ويُنافي ويُلازمه مُحتمل لإرادته التقييد؛ ولأن ذلك وُجِهَ على خلاف المذهب الظاهر عِقْدِه وهو الأقرب بدليل قوله هناك في «شرحه الصغير»: سبق في الزكاة من تفسير الجذع والجذعة إن إستكمال السَنة والدخول في الثانية على الظاهر، وقيل: الجَذَعَة هي التي استكملت سنة، وطعنت في الثانية أو أجدعت سنها من قبل أي: أُسقطت انتهى.

فصرح بأنه وُجِهَ على خلاف الظاهر، وفيه نظر! بل هو المختار، ولا يقوم دليل على خلافه فيما أَعْلم، والمَرْجع في ذلك إلى أهل اللسان، ولا أحسبهم يختلفون في أن ما أُجذِعَ قبل عام السنة يسمى جذعًا؛ ولينظر في قول كثيرين.

والجذع ما له سنة وزيادة آخرين، ودخل في الثانية، هل بينهما فرق، والظاهر أنهما عبارتان عن مُعبر واحد، بخلاف ما يتبادر من ظاهر اللفظ، جزم صاحب «التنبيه» رحمه الله في البابين بالوجه الثاني، وتَبِعَهُ الجرجاني في «التحرير» وزيفوه كما سبق، وانتصر له الشيخ برهان الدين عصر ينافي «تعليقه» وذكر أنه يترجح بما رآه في نُسختِهِ بالمختصر هناك، ويقال أن الجذع من الغنم الذي يأتي عليه ستة أشهر.

قال: وظاهر اقتصار الشافعي على نقله يقتضي أنه يختاره؛ لأنه لم يُنْقل غيره.

وقال الماوردي: هناك اثنين من الإبل ما كَمُلَ خمس سنين ودخل في السادسة.

وروى حرملة عن الشافعي أنه ما اسْتُكْمل ستًا، ودخل في السابعة، وليس هذا قولاً ثانيًا مخالفًا للأول كما وَهِمَ فيه بعض أصحابنا، ولكن ما رواه الجمهور عنه، وهو قول أهل اللغة إخبار عن إبتداء سن الثني وما رواه حرملة إخبار عن انتهاء من الثني إلى أن قال: وأما الجذع من الضَّأن والمعز فهو ما استكمل ستة أشهر، ودخل في الشهر السابع.

وروى حرمله أنه ما اسْتُكْمِل سنة، وتأويله ما ذكرناه انتهى.

قال: ومقتضاه إنه لا خلاف في المسألة، وإنه يقال: الجذع من الضَّأن على ما له ستة أشهر ودخل في السابع جزمًا، وإنه لا خلاف فيه ولا في إجزائه أضحية، وإنَّ رواية حرملة معناهُ بيان انتهاء سن الجذع، فحصل منه أن أول ما يقال عليه الجذع ما سبق وآخر ما يقال له الجذع ما له سنة تامة، فكل منهما وما بينهما يقال له: جذع على هذا، ويجزي أضحية بلا خلاف، وإن من جعل فيه خلافًا، فقد وُهِم، وإنما تأويل اختلاف اللفظة ما ذكره، وعلى هذا؛ فالصواب ما في «التنبيه» وهو أجزمًا ما له ستة أشهر، ودخل في السابع هنا وهناك، وهو ظاهر النص السابق عن «المختصر» والظاهر أنه لم يُطلع جماعة، وعلى هذا النقل؛ ولهذا لم يذكروه؛ فالحمد لله الذي من به هذا كلامه رَحِمه الله، وما ذكره عن ضحايا «المُختصر» غريب لم أره في نُسْخَةٍ على كثرتها، ولم أر من تعرض له مِن الشراح، وإنما ما حكاه عن «الحاوي» فهو حسنٌ غريب.

والظاهر أن الروياني تابعه عليه، وأحسب اختلاف اللغة وغيرهم راجعٌ إليه، والله أعلم.

قال: والأصح إنه يخير بينهما أي: بين الضَّأن والمعز، ولا يتعين غالب غنم البلد والثالث: غالب غنم المُزَكِّي.

فإن استويا يخيروا، الرابع: يجوز من غير غنم البلد لصدق الشاة.

قال المصنف: وهو قوي إلا أنه غريب في النقل، وفي كون هذا وجهًا رابعًا مخالفًا للمذهب، نظر! أشرت إليه في «التوسط» فعلى المذهب لا يجوز العدول عن غنم البلد، فإن كان يمكنه فشاة مَلية أو ببغداد مثلاً؛ فبُغْدَادِية ضأنية أو ماعزة، فلو عَدُلَ عن غنم البلد إلى غيرها، فإن كانت مثلها في القيمة أو أعلى جاز وإلا فلا، وقضية هذا ألا يبقى التخيير على إطلاقه إذا كانت غنم البلد كلها ضأنية، وهي أعلى من قيمة المعز، إنها تتعين، ولا يجوز إخراج المعز في هذه الحالة.

وفي عبارة «الروضة» وغيرها قلق ذكرته في «التوسط».

....

واعلم أنه قال في «الأم»: وإذا كانت لرجلٍ إبل فريضتها الغنم، وله غنم أخذ من غنمه ما تجوز أن يكون أضحية، فإن كانت غنمه معزى فثنية، وإن كانت ضأنًا مجدعه، ولا يؤخذ منه أعلى منها ولا دونها إلا أن يتطوع فاعلاً فيُقْبَل منه.

قال الشافعي: وإن كانت غنَمِه ذوات عوار أو مراضًا ولا غنم له؛ فالخيار فيها إليه يدفع إليه أي: شاة أجزأت أضحية من ضأنٍ أو معزٍ، وإلا نظر إلى الأغلب بالبلد؛ لأنه إنما جاء أن عليه شاة، فإذا أخذتها في السُنن التي يُحتوى في صدقةِ الغنم، فليس لك الأثر منها.

قال الشافعي: وهذا إن كانت ضأنًا أو معز وضأنًا فأراد أن يعطي ماعزة أو معزى، فأراد أن يعطي ضأنية قلتها منه؛ لأنه إنما سُميت عليه شاة، فإذ اجابها قَبِلتها مِنْه، هذا لفظهُ في باب الشياه، يوجد في الإبل، وفيه فوائد، وما يُنازع في بعض ما قدمناهُ من نقل المُصَنِّفِ وغيره قال: وإنه يُجزِّئ الذكر أي: الجِذْعِ مِن الضَّأنِ أو الثني من المعزِ كالضحية لصدق اسم الشاة عليه.

والثاني: لا كما في زكاةِ الغنمِ.

والثالث: إن كانت إبْلَه ذُكورًا أجزاء الذكر، وإلا فلا.

فروع: يُشْترط صِحَّة الشاة قطعًا، وإن كانت إبْلَه مراضًا؛ لأنها في الذمة ثم ظاهر المذهب في «المهذب» و«البحر» والمذهب في «البيان» والصحيح في غيره: إنه يجب في المراض ما يجب في «الصحاح»، وعزى إلى النص، وادعى القاضي الحُسين أنه لا خلاف فيه.

وقال ابن خيران: يؤخذ في المراض شاة صحيحة تليق بهذا، وهذا أقيس، فعليه لو لم يوجد بذلك شاة صحيحة.

قال المحاملي وابن الصباغ وغيرهما: أُخذَ منه الدراهم للضرورة.

وفي «الانتصار»: إن كانت إبْلَه كرامًا في الجنس والصفة كانت الشاة كذلك، وإن كانت هُزَالًا أو مِراضًا لم يُجزْ به إلا صحيحهُ، تُجزئ أضحية في

……

أصح الوجوه الثلاثة، فلا تُجزئ مريضة ولا هزيلة ولا صحيحة بالقسط؛ لأن الواجب في الذمة فلم تُعتبر فيه صفة المال بالصحية، انتهى.

فإن أراد بالثالث أجزاء الشاة المريضة، فغريب.

قال المتولي: إذا كان الخُمس سِمانًا صِحاحًا أوجَبنا شاةً صحيحة سمينة ما يكون قيمته قريب من هذا بل بنت مُخَاض من ذلك النوع بتلك الصفة، وإن كان البعض سَمانًا صحاحًا، والبعض عِجَافًا مهازيل لزمه شاة صحيحة دون الشاة الواجبة في الصورة قبلها، وإن كانت كُلها عِجافًا مِراضًا، فلابد من شاةٍ صحيحةٍ، لا يجحف إخراجها بأن تكون قيمتها تَقْرُب من قيمة خُمْس بنت مخاض بتلك الصفة، فإن لم يوجد فلا بد من شاةٍ صحيحةٍ تُجَزِّئ أضحية، وقيل: يتصدق بالدرهم، ولا يُجْزئهُ شاة مَعيبة مَريضة بلا خلاف.

وقال الشاشي في «الحلية»: ذَكر الشيخ أبو نصر إذا كانت الإبل سِمانًا كِرامًا كانت الشاةُ كذلك، وإن كانت الإبل لِيًا ما كانت الشاةُ كذلك.

وعندي: يجب أن يكون على الوجهين في أخذ المريضة من المِراض؛ لأن اللوم نقص انتهى.

قال: وكذا بعير الزكاة عن دون خمس وعشرين أي: يُجَزِّئ في الخمسِ فما فوقها إلى العشرين من غير نظر إلى القيمة، هذا ما جعله المذهب الصحيح؛ لأنه إذا أُجزئ عن خمسة وعشرين ففيما دونها أولى.

والوجه الثاني: لا يُجزئ البعير الناقص عن قيمة شاة عن خمسٍ، ولا الناقص عن قيمة شاتين في الصغر، وهكذا انظر! إلى أن الشاة أصل، والبعير بدل عنها.

والثالث: إن كان ناقص عن قيمة شاة يُجزئ إن كانت الإبل مراضًا أو قليلة القيمة لِعَيب دون ما لو كانت صحيحة سليمة، وكان بعض القيمة لردَأَةَ الجنس.

والرابع: لا يُجزئ العُشر إلا حيوانان شاتان أو بعيران ولا في الخمسةَ

عشر إلا ثلاثة، ولا في العشرين إلا أربعة، نظر إلى أن البعير عن خمسٍ يقع كله فرضًا.

واعلم أن طائفة حكوا أكثر هذه الأوجه أقوالاً، وذكروا أن الثاني والثالث منصوصان، وأنكر عليهم ذلك، وفي النفس منه شيء.

ومن أجزأ بعير لا تساوي شاة عن عشرين ونحوها بلا توقيف، ولا نص صريح للشافعي بل نَصًّا لأحاديث على أن في العشرين أربع شياه على القول بالإجزاء من الإضرار بالفقراء و يجزئ في مواضع إيجاب لا غبط، نظرًا لهُم مع وُقُوفنا في المُقدرات، لاسيما الزكوات مع النصوص ويحُجَجٍ إلى النقيدِ، ونص «الأم»: أنه إذا مُنع زكاة الخمس ألزمناه شاة، فإن أراد إخراج بعير منها جاز؛ لأنه خير مما وجب عليه. وعبارة جماعة عنه: لأنه أكثر من الواجب.

وعبارة آخرين: لأن البعير بكل حال خير من الشاةِ، وما لا يساوي شاة كيف يكون خير من أربع شياه.

إشارات: منها: بنى المتولي وغيره الخلاف على أصل سنذكرهُ وهو أن الشاةَ أصلاً أو بدلًا.

إن قلنا: أصل لم يَجُز؛ لأنه نقاصًا وإلا أجزأ، ولا يخفى أن قضية البنى ترجيح المنع ومنها استخرج بعض المتأخرين أربعة أوجه في أن الشاة بدل عن البعير أو عن خمسة أو أن البعير بدل عنها أو هما أصلان أصحها رابعها، وفيه نظر!

وظاهر نص الشافعي السابق وقضية الأحاديث أن الشاة هي الأصل، وبذلك صرح أبو حاتم القزويني في تجريده «التجريد المحاملي» ورُبَّ القول بالعكس.

قال: وإنما أُجْزِأ البعير من جهةِ المقايسة والاستدلال في منها إذا اخرج بعيرًا عن الخُمس هل نقول كله فرض أم خُمْسَهُ، والباقي تطوع وجهان صحح

……

في «زيادة الروضة» هنا الأول وأوضحت في أوائل صِفة الصلاة من التوسط ما وَقع له من الاضطراب في المسألة، ومنابرها، وفيه فوائد جمة.

واعلم أنه حُكِمَ بأن الأصح أن الجميع فرض، وأن المذهب أنه لو أخرج بعيرًا عن عشرين فما دونها أجزاء والذي في «الحاوي» و «النهاية» وغيرهما عن «الأصحاب». إنا إذا قلنا جميعه واجب فكانت إبْلَه عشرًا كان مخيرًا بين شاتين أو بعيرين.

وعبارة الإمام: ولو ملك عشرًا وأخرج بعيرًا واحدًا، فقد ذكر الأصحاب أن هذا يخرج على الخلاف المتقدم.

فإن قلنا: يقع جميع البعير في الخمس فرضًا لم يكف في العشر بعير واحد بل لابد من بعير فشاة أو بعيرين.

قال: وهذا عندي غير سديد؛ لأنه خارج عن القاعدة المرضية؛ فالوجه القطع بإجزاء البعير الواحد في العشر لأجزأه في الخمس والعشرين، انتهى.

فإذن باب جعلاه المذهب من تصرف الإمام، وهو لا يلائم البناء المنقول عن الأصحاب حينئذ.

قوله: بعير الزكاة يعني: أن ما لا يجزئ في الزكاة يكفي هنا قطعًا، حتى لو كان ابن سنة إلا يومًا لا يكفي، وهو مراد «المحرر» بإطلاقه البعير، قاله في «الدقائق» وهو يقتضي أن اعتبار السنة تحديد لا تقريب.

واعلم أنه يعتبر فيه الأنوثة بأن يكون بنت مُخَاض فما فوقها، نقله في «شرح المهذب» عن الشافعي والأصحاب عن الشافعي والأصحاب، فلا يجزئ ابن لبون كما لو فقدها في الخمس والعشرين.

وفي «التتمة»: أنه لو هلكت إبْلَه وبقي خمسة فصلان، وتم الحول، فأراد إخراج شاة لم يجزئه إلا كبيرة، والحكم فيها على ما ذكرنا في المراض، وإن أراد إخراج فصيل منها فالمذهب جوازه، وقيل: لا يجوز، انتهى.

……

فإن سلم أن ذلك وجب استثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف وغيره.

قال: فإن عدم بنت مُخَاض أي: من إبلَه خمس وعشرون فأكثر، فابن لبون لقوله في كتاب أنس السابق: «فإن لم يكن عنده بنت مُخَاض أي: من إبلِهِ خمس وعشرون فأكثر فابن لبون لقوله في كتاب أنس السابق فإن لم يكن عنده بنت مَخَاض على وجهها، وعنده ابن لبون لبون، فإنه يقبل منه، وليس معه شيء»[1] رواه البخاري.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ١١، رقم ٧٢)، والبخاري (٢/ ٥٢٦، رقم ١٣٨٣) وابن الجارود (ص ٩٤، رقم ٣٤٢)، وأبو داود (٢/ ٩٦، رقم ١٥٦٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٩، رقم ٢٢٢٧)، وابن خزيمة (٤/ ٢٥، رقم ٢٢٧٩)، وابن حبان (٨/ ٥٧، رقم ٣٢٦٦) والدارقطني (٢/ ١١٣) والحاكم (١/ ٥٤٨، رقم ١٤٤١).

وقال: صحيح على شرط مسلم. ولفظه في البخاري: «فِيمَا دُونَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الإِبِلِ فِي كُلِّ خَمْسٍ ذَوْدٍ شَاةٌ فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْساً وَعِشْرِينَ فَفِيهَا ابْنَةُ مَخَاضٍ إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ وَإِنْ لَمْ تَكُنِ ابْنَةُ مَخَاضٍ فَابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ فَإِن بَلَغَتْ سِتا وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا ابْنَةُ لَبُونٍ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ فَإِذَا بَلَغَتْ سِتَّةً وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا حِقَّةٌ طَرُوقَةُ الْفَحْلِ إِلَى سِتِّينَ فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَسِتِّينَ فَفِيهَا جَذَعَةٌ إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ فَإِذَا بَلَغَتْ سِتَّةً وَسَبْعِينَ فَفِيهَا بِنْتَا لَبُونٍ إِلَى تِسْعِينَ فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَتِسْعِينَ فَفِيهَا حِقَّتَانِ طَرُوقَتَا الْفَحْلِ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَإِذَا زَادَتْ عَلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَفِى كُلِّ أَرْبَعِينَ ابْنَةُ لَبُونٍ وَفِى كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ فَإِذَا تَبَايَنَ أَسْنَانُ الإِبِلِ فِي فَرَائِضِ الصَّدَقَاتِ فَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةُ الْجَذَعَةِ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ جَذَعَةٌ وَعِنْدَهُ حِقَّةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيَجْعَلُ مَعَهَا شَاتَيْنِ إِنِ اسْتَيْسَرَتَا لَهُ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَماً وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةُ الْحِقَّةِ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ إِلَّا جَذَعَةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيُعْطِيهِ الْمُصَدِّقُ عِشْرِينَ دِرْهَماً أَوْ شَاتَيْنِ وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةُ الْحِقَّةِ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُ بِنْتُ لَبُونٍ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيَجْعَلُ مَعَهَا شَاتَيْنِ إِنِ اسْتَيْسَرَتَا لَهُ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَماً وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةُ ابْنَةِ لَبُونٍ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ إِلَّا حِقَّةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيُعْطِيهِ الْمُصَدِّقُ عِشْرِينَ دِرْهَماً أَوْ شَاتَيْنِ وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةُ ابْنَةِ لَبُونٍ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ ابْنَةُ لَبُونٍ وَعِنْدَهُ ابْنَةُ مَخَاضٍ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيَجْعَلُ مَعَهَا شَاتَيْنِ إِنِ اسْتَيْسَرَتَا لَهُ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَماً وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَتُهُ بِنْتَ مَخَاضٍ وَلَيْسَ عِنْدَهُ إِلَّا ابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ فَإِنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ وَلَيْسَ مَعَهُ شَيْءٌ وَمَنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ إِلَّا أَرْبَعٌ مِنَ الإِبِلِ فَلَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّهَا وَفِى صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَإِذَا زَادَتْ فَفِيهَا شَاتَانِ إِلَى مِائَتَيْنِ فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فَفِيهَا ثَلَاثُ شِيَاهٍ إِلَى ثَلَاثِمِائَةٍ فَإِذَا زَادَتْ فَفِي كُلِّ مِائَةٍ شَاةٌ وَلَا تُؤْخَذُ فِي الصَّدَقَةِ =

……

ولا فرق بين من قدر على أن يحصلها وغيره، ولا بين أن يكون ابن اللبون أقل قيمة منها أو لا، ولا جبران للخبر، نعم لو كان من نوع رديء دونها، وكانت سمانًا دونه كما سنوضحه لم يجز، فنزوع أطلق جماعة أن المرهونة والمغصوبة كالمعدومة، وهو ظاهر فيما إذا عجز عن تخليص المغصوبة، وكان الرهن بدين مؤجل أما لو كان حالاً يمكنه أداؤه، فلا.

وعبارة الدارمي: فإن كانت مرهونة أو مغصوبة قبلنا منه ابن لبون، ولم يكلفه، فقال الرهن والغصب يؤجل لحول دونه.

وقال الشيخ في المثالين: بحرية ابن لبون؛ لأنه غير متمكن منها فهي كالمعدومة، ذكره الدارمي وغيره.

فهذا يشعر لفظه في المرهونة بما أشرت إليه إذا عدمهما جميعًا؛ فالأصح أنه يجعل أنهما شاة يحرجه، نص عليه في «الأم» وجزم به جماعة.

والثاني: تتعين بنت المَخَاض، ونقله القاضي الحسين، عن [الإمام] فإذًا الخلاف قولان لا وجهان كما ذكره في «الروضة» فعلى الأول في مطالبة الشاة له وجهان:

أحدهما: بحيرة بينهما.

والثاني: يطالب بها، فإن دفع ابن لبون قبل منه قيل: ويحتمل أن يقال يقول له؛ إذ فريضتك أو زكاتك أو واجب مالك ولا ينص على شيء فأيهما دفع أجزأ؛ إذ لو خيره ربما دفع الأدنى أو عين بنت المَخَاض ظن تعيينها، فتكلفها بخلاف قوله: إذ زكاتك ونحوها عدمها هل يعتبر حاله الوجوب أو الإخراج.

= هَرِمَةٌ وَلَا ذَاتُ عَوَارٍ وَلَا تَيْسٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُصَدِّقُ وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ وَمَا كَانَ مِن خَلِيطَيْنِ فَإِنَّهُمَا يَتَرَاجَعَانِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ وَإِذَا كَانَتْ سَائِمَةُ الرَّجُلِ نَاقِصَةً مِن أَرْبَعِينَ شَاةً وَاحِدَةً فَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّهَا وَفِي الرِّقَّةِ رُبُعُ العُشْرِ فَإِذَا لَمْ يَكُونْ المَالُ إِلَّا تِسْعِينَ وَمَائَةَ دِرْهَمٍ فِيهَا شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّهَا».

....

قال في «البحر»: لو كان عنده ابن لبون ثم ملك بنت مُخَاض بعد الحول إذا وهاشم حلي وجهًا أنه يجزئه لجوازه في حال الوجوب، وزيفه؛ فاقتضى كلامه أن العبرة محالة إلى هذا على الأصح لا محالة الوجوب، ويحتمل أن يعتبر حالة التمكن التي بها استقرار الوجوب، فإن كانت عنده تعينت، فلو تلفت بعد، لزمه تحصيلها، وإن لم يجدها عند التمكن أجزأه ابن لبون، فلو ملكها بعد ذلك قبل إخراج ابن اللبون لم يتعين، قاله شارح بلفظ: وينبغي، وهو محتمل.

قال الروياني: ولو مات قبل إخراج ابن اللبون وعند وارثه بنت مُخَاض أجزأه ابن اللبون لو أخرج حقًا عن بنت مُخَاض عند فقدها قالا تبعًا للأيتام، فلا شك في جوازه، وهو أصح الوجهين في «الحاوي» وجزم جماعة وبالمنع أجاب القاضي ابن كج قال: لأنه لا مدخل له في أصول الزكوات.

قال: (وَالْمَعِيبَةُ كَمَعْدُومَةٍ) أي: فيخرج ابن لبون مع وجودها قطعًا.

قال القاضي أبو الطيب: لو كانت إبلُه كرامًا وفيها بنت مَخَاض لييمه أو يخيبه مهزولة لم يجزئه.

سئل محلف تحصيل بنت مَخَاض أو يجزيه ابن لبون وجهان انتهى.

والأقرب الإجزاء كما في المعيبة.

قال: (وَلَا يُكَلَّفُ كَرِيمَةً) أي: إذا كانت عنده فباقي ماله ليس كذلك للنهي المتفق عليه عن أخذها جبرًا، فإن يطوع بها فقد أحسن.

قال: (لَكِنْ تُمْنَعُ ابْنُ لَبُونٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنه واجد لها.

قال في «أصل «الروضة»: وبهذا قطع الشيخ أبو حامد وأكثر شيعته، ورجحه الإمام والغزالي وكثيرون.

والثاني: يجوز كالمعدومة، وهو الأرجح عند صاحبي المهذب و«التهذيب». حكى عن نصه، انتهى.

وهو المنصوص في «الأم» والأصح في «الكافي» و«الانتصار» وإليه رجع

وَمَنْ لَزِمَهُ بِنْتُ مُخَاض فَعَدِمَهَا وَعِنْدَهُ بِنْتُ لَبُونٍ دَفَعَهَا وَأَخَذَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا، أَوْ بِنْتُ لَبُونٍ فَعَدِمَهَا دَفَعَ بِنْتَ مُخَاض مَعَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا، أَوْ حُقة وَأَخَذَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا، ....

الشيخ أبو حامد آخرا. وقال: إن الأول ليس بصحيح للرازي تعليقه «محيط» شرح ابن سليم. وأما على المذهب ووجوب رعاية الأغبط فقد يستبقه، مصور إخراج الصنفين؛ إذ لا يمكن أن يكون كل منهما أغبط. وأجاب ابن الصباغ بأنه قد يكون لهم حظ في اجتماع النوعين.

قال الرافعي: وهذا يفيد أن الغبطة غير منحصرة في القيمة لكن إذا كان التفاوت لا من جهة القيمة يتعذر إخراج الفضل. قال الشيخ في «شرح المهذب»: التفاوت في معظم الأحوال يكون في القيمة، وقد يكون في غيرها.

وقد قال ابن الصباغ: أي: والمتولي وغيرهما: إن السباعي لا يفعل التبعيض إلا على تقدير المصلحة، فإن كانت في أخذ الحقاق المحض أو بنات اللبون المحض أخذ الأغبط لا غير. قلت: وها هنا كلام وتحقيق نذكره عند الكلام على اختلاف نوع المال إن شاء الله تعالى.

فرع: حكم المائة والعشرين من البقر أربع تبعات، وثلاث مسنات حكم المائتين من الإبل.

قال: (وَمَنْ لَزِمَهُ بِنْتُ مَخَاض فَعَدِمَهَا) أي: حقيقة أو حكمًا كما سبق بيانه، (وَعِنْدَهُ بِنْتُ لَبُونٍ دَفَعَهَا وَأَخَذَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا، أَوْ بِنْتُ لَبُونٍ فَعَدِمَهَا دَفَعَ بِنْتَ مُخَاض مَعَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا، أَوْ حُقة وَأَخَذَ شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا)؛ لأنه صح في كتاب أنس السابق إخراج الحقة عن الجَذَعَة وبالعكس، وإخراج بنت اللبون عن الحقة وبالعكس، وعند الصعود يأخذ ما ذكر، وعند النزول يعطي ذلك، وهذا متفق عليه.

وإن كان السن المنزول إليه لا يبلغ قيمة المنزول عنه، ولا يطرأ إلى التفاوت؛ لأن جوازه بالنص وصفة شاة الجبران لصفة الشاة المؤداة عن خمس

وَالْخِيَارُ فِي الشَّاتَيْنِ وَالدَّرَاهِمِ لِدَافِعِهَا وَفِي الصُّعُودِ وَالنُّزُولِ لِلْمَالِكِ فِي الْأَصَحِّ

من الإبل في جميع ما سبق وفاقًا وخلافًا إلا أن الساعي إذا دفع الذكر ورضي به المالك جاز قطعًا، والدراهم هي النقرة الخالصة.

قال الإمام: بلا خلاف انتهى.

والظاهر أنه لو فقدها أنه يجزئه من المغشوشة ما يكون تقربه القدر الواجب، ولو لم يكن في بيت المال شيء باع شيئًا من الزكاة وصرفه إلى الجبران ولو لم يعدم السن الواجب ولكنها كانت معينة أو كريمة فما لعدم وينتقل إلى أعلى أو أسفل بلا خلاف، ونقله الشيخ أبو حامد وغيره عن النص، وبه يقوى إجزاء ابن اللبون مع وجوب بنت المَخَاض الكمية كما تقدم، ولأصله رجع الشيخ أبو حامد، والروياني فرق بأن الذكر لا مدخل له في فرائض الإبل، فكان الانتقال إليه أغلظ من الصعود والنزول، ولو أراد مع وجود السن الواجب المعتدل أن ينزل أو يصعد مع الجبران لم يجز له، ولا للساعي ولو لزمه حُقة أو جَذَعَة، فأخرج بنتي لبون أو لزمه جَذَعَة، فأخرج حقتين بلا جبران أجزأه على الأصح؛ لأنهما يجريان عما فوق إبلَه فإنها أولى، ولو لزمه بنت لبون فعدمها، فأخرج ابن لبون، أقامه مقام بنت مَخَاض وأعطى الجبران فوجهان في «الحاوي» وزاد الرافعي في تصويرها أن يكون معه حقه وإن في «العدة» المنع، ولو كان معه إحدى وستون بنت مَخَاض؛ فالمذهب إنها لا تجزئه إلا بثلاث جبرانات وقيل: يكفيه وحدها.

قال: (**وَالْخِيَارُ فِي الشَّاتَيْنِ وَالدَّرَاهِمِ لِدَافِعِهَا**) أي: قطعًا وقيل: على الأظهر، والثاني للساعي أخذًا وأعطى كاختيار الحقاق وبنات اللبون والمذهب الأول، فإن كان الدافع رب المال استحب له اختيار الأنفع للفقراء، وإن كان ولي محجورًا وعابت أو نام بإحباط له وإن كان الدافع الساعي، لزمه العمل بالأصلح للمساكين.

ويشبه أنه لو اعتقد المعطي القول المذكور لزمه دفع الأنفع أيضًا.

قال: (**وَفِي الصُّعُودِ وَالنُّزُولِ لِلْمَالِكِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنه الدافع كالخيار

إِلَّا أَنْ تَكُونَ إِبِلُه مَعِيبَةً، وَلَهُ صُعُودُ دَرَجَتَيْنِ، وَأَخْذُ جُبْرَانَيْنِ، وَنُزُولُ دَرَجَتَيْنِ مَعَ جُبْرَانَيْنِ بِشَرْطِ تَعَذُّرِ دَرَجَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ جُبْرَانٍ مَعَ ثَنِيَّةٍ بَدَلَ جَذَعَةٍ عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ.

في الشاتين والدراهم وحجة أكثر المراوزة وبعض العراقيين.

وفي «البيان»: أنه ليس بشيء وعزي إلى ابن سريج.

قال الشيخ أبو حامد: ولا أعرف هذا عنه، والثاني إلى الساعي نص عليه في «الأم» ورجحه أكثر العراقيين مراعاة لحظ الفقراء.

قال الماوردي: وهو ظاهر مذهب الشافعي، وخص الخلاف بما إذا وجد الساعي الجبران، فإن فقده فالخير كله، ويأخذ الأدنى مع الجبران، انتهى.

والخلاف أيضًا فيما إذا دفع المالك غير الأغبط، فإن دفع لزم الساعي قبوله قطعًا، فإن كان لمولى ففيه ما أشرنا إليه.

قال الإمام: فإن استوى الأمران في الغبطة؛ فالأظهر عندي اتباع رب المال.

قال: (**إِلَّا أَنْ تَكُونَ إِبِلُه مَعِيبَةً**) أي: فلا صعود له إلا برضا الساعي، فإن أراد المالك ذلك فالخيار للساعي قطعًا، فإن رآه مصلحة، وإلا فلا؛ لأن الحيوان المأخوذ قد يزيد على المعيب المدفوع؛ ولأن دفع الجبران المشروع ممتنع؛ إذ قدر التفاوت بين الصحيحين فوق قدره بين المريضين ودفع غيره ممتنع؛ لأنا لا ننظر إلى القيمة فيه، ولم يرد به نص.

ولو أراد النزول من السن المعيبة إلى معيبة، ويبذل الجبران بين الصحيحين جاز؛ لأنه تبرع بزيادة وحكم المراض حكم المعيبة.

قال: (**وَلَهُ صُعُودُ دَرَجَتَيْنِ، وَأَخْذُ جُبْرَانَيْنِ، وَنُزُولُ دَرَجَتَيْنِ مَعَ جُبْرَانَيْنِ بِشَرْطِ تَعَذُّرِ دَرَجَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ جُبْرَانٍ مَعَ ثَنِيَّةٍ بَدَلَ جَذَعَةٍ عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ**)، مِثْلُ أَنْ يُعْطِيَ عن بنت لبون جَذَعَة عند فقدها وفقد الحقة، أو يعطي بدل الحقة بنت مُخَاض، وهذا متفق عليه عندنا؛ خلافًا لابن المنذر، فإن اختار لنفسه عدم الزيادة على جبران واحد كما ورد في الحديث.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ الْجَوَازُ، وَاَلله أَعْلَمُ، ....

لنا: أن هذا في معنى ما ثبت في الحديث، وفي المصنف في الأصح أراد به أنه يشترط في ذلك تعذر درجة في الأصح؛ لأن الصعود والنزول بهذا الشرط فيهما خلاف كما يوهمه لفظه.

والوجه الثاني يجوز مع القدرة على الدرجة القربى كأن وجد الحقة في المثال الأول أو بنت اللبون، وفي الثاني؛ لأنها ليست فرضه فوجودها لعدمها والصحيح الأول؛ لأنه ليس في معنى ما ثبت في الحديث، ومحل الوجهين في الصعود من بنت اللبون إلى الجَذَعَة إذا طلب جبرانين، فإن رضي بجبران واحد جاز بلا خلاف وحكم الصعود والنزول بثلاث درجات كدرجتين يجوز على ما سبق مثل أن يعطي عن جَذَعَةٍ عند فقدها، وفقد الحقة وبنت اللبون بنت المَخَاض وثلاث جبرانات أو عكسه، ويأخذ ثلاث جبرانات.

قال: ولا يجوز أخذ جبران مع ثنية بدل جَذَعَة على أحسن الوجهين، وجزم الرافعي في شرحه الصغير بترجيحه.

وقال القاضي الحسين: إنه الظاهر والمتولي أنه المذهب، وصححه البغوي والغزالي وعللوه بأنها ليست مما نص عليه في الزكاة، وبأنها تقارب الجَذَعَة في القوة والمنفعة.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ الْجَوَازُ، والله أَعْلَمُ**) ونقله الشيخ أبو حامد وأتباعه عن النص.

والظاهر أنه من قول الشافعي في «الأم» قبل باب صدقة البقر، وإذا وجبت لنا عليه جَذَعَة لم يكن للمصدق أن يأخذها منه ماحضًا إلا أن يتطوع، وإذا ضرب الفحل السن التي وجبت فلم نَدْرِ أحالت أم لقحت.

قيل له: لا نأخذها منك أو تأتي بها من غير تلك السن إن شئت أو تأخذ السفلى وترد عليًّا أو لعلها ويرد عليك، هذا نصه بحروفه.

وَلَا تُجْزِئُ شَاةٌ وَعَشَرَةُ دَرَاهِمَ، وَتُجْزِئُ شَاتَانِ وَعِشْرُونَ لِجُبْرَانَيْنِ.

وَلَا الْبَقَرِ حَتَّى تَبْلُغَ ثَلَاثِينَ فَفِيهَا تَبِيعٌ ابْنُ سَنَةٍ، ثُمَّ فِي كُلِّ ثَلَاثِينَ تَبِيعٌ، وَكُلِّ أَرْبَعِينَ مُسِنَّةٌ، لَهَا سَنَتَانِ، ....

وصححه القاضي ابن كج، وأرسل العمراني الوجهين.

ويحسن أن يقال: إن كان الأحط أحدها ودفع الجبران فعله الساعي وإلا فلا، ويقال للمالك: إما أن يتبرع بها مجانًا أو تحصل فريضتك، ويؤيده قوله في البويطي، ولا يأخذ ذات عوار ولا تيس ولا هرمة إلا أن يرى المصدق أن ذلك أفضل للمساكين فيأخذه على النظر، هذا لفظه.

قال: **(وَلَا تُجْزِئُ شَاةٌ وَعَشَرَةُ دَرَاهِمَ)** أي: عن جبران واحد؛ لأن الشارع خير بين جبران وعشرين درهمًا وهي شيء ثالث، وإن كان المالك هو الآخذ ورضي، جاز؛ لأن له إسقاط حقه كله وكما لو قنع بشاة أو عشرة دراهم، وأطلق جماعة المنع، وحمل على ما إذا لم يرض بذلك.

قال: **(وَتُجْزِئُ شَاتَانِ وَعِشْرُونَ لِجُبْرَانَيْنِ)** كما لو أطعم عن كفارة وكسا عن أخرى، سواء في ذلك الساعي والمالك، ويلزم الآخر قبوله.

فرع: لا جبران في البقر والغنم، وإنما ثبت في الإبل بالنص على خلاف القياس؛ ولأنه عهد في ابتدارها كالإبل الانتقال من جنسها إلى غيره.

قال: **(وَلَا الْبَقَرِ)** أي: ولا شيء في البقر.

(حَتَّى تَبْلُغَ ثَلَاثِينَ فَفِيهَا تَبِيعٌ ابْنُ سَنَةٍ) أي: ودخل في الثانية وقيل: ما له ستة أشهر.

قال: **(ثُمَّ فِي كُلِّ ثَلَاثِينَ تَبِيعٌ، وَكُلِّ أَرْبَعِينَ مُسِنَّةٌ، لَهَا سَنَتَانِ)** أي: ودخلت في الثالثة وقيل: سنة، وأصل الكتاب حديث مسروق عن معاذ قال: **«بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرني أن آخذ من كل أربعين بقرة مسنة، ومن كل ثلاثين تبيعًا»**[1] قال الترمذي: حسن. وفي نسخ:

---

[1] أخرجه الترمذي (٦٢٦) والحاكم (١٤٠١).

....

حسن صحيح. وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، وقال الترمذي: وإرساله أي: عن مسروق أصح.

وفي «الموطأ» عن حميد بن قيس عن طاوس «أن معاذًا أخذ من ثلاثين بقرة تبيعًا، ومن أربعين بقرة، وأتى بما دون ذلك، فأبى أن يأخذ منه شيئًا، وقال: لم أسمع فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئًا حتى ألقاه، فاستأذنه».

قال ابن عبد البر: ظاهره الوقوف على معاذ إلا أن قوله: لم أسمع من النبي صلى الله عليه وسلم فيما دون ذلك للشياة دليل واضح على أنه قد سمع منه في الثلاثين والأربعين ما عمل به في ذلك مع أن مثله لا يكون رأيًا(١).

وعنه أنه قال: إسناده صحيح ثابت متصل.

وادعى في «البحر»: الإجماع عليه، وأشار إليه ابن عبد البر إلا ما لا يثبت عن بعض السلف.

قال: ولو ثبت عنهم لم يلتفت إليه بخلاف الفقر لهم بالحجاز والعراق والشام وسائر الأمصار وإلى اليوم، أشار «شرح المهذب» الصواب المعروف للشافعي والأصحاب أن التبيع ما استكمل سنة، ودخل في الثانية والمسن والمسنة ما استكمل سنتين ودخل في الثالثة، انتهى.

ولهذا قدمت ذلك. وظاهر التقييد أن السنة والسنتين بجديد، وفي النفس منه شيء، فإنه سمى تبيعًا؛ لأنه تبيع أمه في المسرح.

ونقل القاضي الحسين عن أهل اللغة أن ذلك ليس بشيء، بل سمي تبيعها لذلك وقيل: لأن قرنه يتبع أذنه. وقال الجوهري: التبيع ولد البقر في أول سنة.

وقال الجبلي: التبيع العجل من ولد البقر.

قال المصنف: وسميت المسنة مسنة لزيادة سنها وعن الأزهري لطلوع سنها يجزئ عن التبيع التبيعة والمسن والمسنة، لو أخرج عن أربعين تبيعين

---

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٣/ ١٨٨).

وَلَا الْغَنَمِ حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ فَشَاةٌ جَذَعَةُ ضَأْنٍ أَوْ ثَنِيَّةُ مَعْزٍ، وَفِي مِائَةٍ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ شَاتَانِ، وَمِائَتَيْنِ وَوَاحِدَةٍ ثَلَاثٌ، وَأَرْبَعِمِائَةٍ أَرْبَعٌ، ثُمَّ فِي كُلِّ مِائَةٍ شَاةٌ].

قال المصنف:

[فَصْلٌ]

إن اتَّحَدَ نَوْعُ الْمَاشِيَةِ أُخِذَ الْفَرْضُ مِنْهُ فَلَوْ أَخَذَ عَنْ ضَأْنٍ مَعْزًا أَوْ عَكْسَهُ

جاز، خلافًا للبغوي.

قال: كما لو أخرج عن ستٍّ وثلاثين بعير ابنتي مُخَاض، وردَّ بإنهما ليسا من فرض نصاب.

قال: (**وَلَا الْغَنَمِ**) أي: ولا شيء في الغنم (**حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ فَشَاةٌ**) لكتاب أنس، وللإجماع.

(**جَذَعَةُ ضَأْنٍ أَوْ ثَنِيَّةُ مَعْزٍ**) لأثر عمر السابق، وللإلحاق بالأضاحي، وسبق بيان سنهما والخلاف فيه، والكلام فيما إذا لم تمحض الغنم صغارًا، وسيأتي بيان ما في الصغار.

قال: (**وَفِي مِائَةٍ وَإِحْدَى وَعِشْرِينَ شَاتَانِ، وَمِائَتَيْنِ وَوَاحِدَةٍ ثَلَاثٌ، وَأَرْبَعِمِائَةٍ أَرْبَعٌ، ثُمَّ فِي كُلِّ مِائَةٍ شَاةٌ**) لما في البخاري في كتاب أنس، وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائه شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين، ففيها شاتان، فإذا زادت على ما يبين إلى ثلاثمائة، ففيها ثلاث شياه، فإذا زادت على ثلاثمائة ففي كل مائة شاة.

قال: **فصل**: (**إن اتَّحَدَ نَوْعُ الْمَاشِيَةِ**) أي: بأن كانت إبله كلها أَرْحَبِيَّةً أو مهرية أو بقرة كلها عرابًا أو جواميس أو غنمه كلها ضأن أو معز.

(**أُخِذَ الْفَرْضُ مِنْهُ**) إذ لا تفاوت.

إشارة: سميت ماشية لرعيها وهي ماشية.

قال: (**فَلَوْ أَخَذَ عَنْ ضَأْنٍ مَعْزًا أَوْ عَكْسَهُ**) أي: عن أربعين من المعز جَذَعَة من الضَّأن.

جَازَ فِي الْأَصَحِّ بِشَرْطِ رِعَايَةِ الْقِيمَةِ.

(جَازَ فِي الْأَصَحِّ بِشَرْطِ رِعَايَةِ الْقِيمَةِ) لاتفاق الجنس كأرحبية مع مهرية.

والثاني: لا كالبقر عن الغنم.

والثالث: يجوز الضَّأن عن المعز لا العكس كما يجري المهرية عن المجيدية ولا عكس ومقتضاه أن مراعاة القيمة لا تكفي إذا كان المؤدي أدنى صنعة من المؤدى عنه.

تنبيهان:

أحدهما: نقل هذه الأوجه الثلاثة عن «التهذيب» وتابعاه على الترجيح.

وقال في «شرح المهذب»: إذا كانت الإبل أَرْحَبِيَّةً أو مَهْرِيَّةً أو كانت الماشية ضأنًا أو معزًا أخذ الفرض منها، وذكر البغوي والرافعي ثلاثة أوجه، وظاهر كلامه الجزم بالمنع في نوعي الإبل ونوعي الغنم، واستغراب الأوجه، وما أفهمه من كلامه من المنع هو ما أفهمه كلام «التنبيه» وشكوته عليه في تصحيحه.

وقال جماعة منهم صاحبا «الذخائر» و«الانتصار»: إنه الأصح، ونقل المتولي والشافعي عن القاضي الحسين أنه لو أخرج ثنية ضأن عن المعز أجزأه أو جَذَعَة ضأن عن ثنية معز فوجهان.

قال في «الذخائر»: والصحيح المنع، وكنت أتوهم أن ما سبق من الترجيح من مفردات «التهذيب» و«الكافي» ومن تابعهما وأوجه المنع مطلقًا بأنه استبدال من غير ضرورة، وبأن الشاة تراد للحم، وللدر والنسل والصوف، والأغراض تختلف بهذا، وإن نظرنا إلى القيمة وما ذكره في المهرية مع الأرحبية قد يمتنع كما أفهمه كلام الشيخ السابق وقد يفرق بتفاوت الصنفين كما لو اختلف صنفان من المعز أو الضَّأن ووزارة صورة الضَّأن والمعز العراب من الإبل والبخاتي.

ثم رأيت الشافعي رضي الله عنه صرَّح في «الأم» بجواز أخذ المعز عن الضَّأن وبالعكس كما سبقته بلفظه فيما سبق، فعلمت أن ما صححه البغوي، ومن وافقه هو المذهب، ولله الحمد.

....

وقال ابن كج قبيل باب صدقة البقر: إذا كان له غنم ضأن أو معز فأتانا بضأنٍ قبلنا منه إذا جازت أضحية، نص عليه، انتهى.

الثاني: ذكر المصنف وغيره أنواع النقص هنا خمسة: رداءة النوع كما بيناه بمثاله والمرض العيب والذكورة والصغر، وسنذكر حكمها وقضية إطلاقه الأجزاء مطلقًا عند عدمها، وليس كذلك، بل لو تفاوت في السمن فوجهان في «تعليق القاضي أبي الطيب».

وعبارة «الشامل» و«البيان» و«الذخائر» عنهما: وإن كانت الماشية متفقة بالسن مختلفة في الصفة، ففيه وجهان.

قال أكثر أصحابنا: يختار الساعي خيرهما كما يختار أربع حقاق أو خمس بنات لبون في المائتين.

وقال أبو إسحاق: يأخذ الوسط، وتبعهم الشيخ في «شرح المهذب» فقال: وإن اختلفت صفتها مع أنها نوع واحد ولا عيب فيها ولا صغر ولا غيرها من أسباب النقص السابقة فوجهان في «البيان» أحدهما: وهو قول عامة أصحابنا يختار الساعي خيرها.

وقال أبو إسحاق: من وسطها، انتهى.

وقال ابن كج: قال في «الأم»: وللساعي أن يختار السنن التي وجبت له من خير الغنم إذا كانت الغنم واحدة.

واختلف أصحابنا، فمنهم من قال: صورتها كلها جداع أو ثنايا من المعز يجزئ في الزكاة، فيختار خيرها كلها؛ لأنه وكيل المساكين فيختار أخير ذلك كله، ومنهم من قال أزاد خير من الأدون وهو الأوسط لئلا يأخذ الكرائم، انتهى.

وحينئذ لا يكفي انتفاء الخمسة قطعًا، بخلاف ما اقتضاه كلام «الروضة» و«المنهاج» وأصليهما بل تجب مراعاة صفة المال، فإن كان كله سمانًا مثلاً لا يجوز أدون منه، وإن صح وكمل، ولا سمينًا من أدونه بل إن استوى أخذ منه

وَإِن اخْتَلَف كَضَأْنٍ وَمَعْزٍ فَفِي قَوْلٍ يُؤْخَذُ مِن الأَكْثَرِ فَإِن اسْتَوَيَا فَالأَغْبَطُ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُخْرِجُ مَا شَاءَ مُقَسَّطًا عَلَيْهِمَا بِالْقِيمَةِ، ....

أو مثله قطعًا، وإن تفاوت فعلى الوجهين.

وقال الروياني: لو كان بعضها أكرم من بعض لم يجز أخذ الكرام بل الوسط نص عليه في «الأم».

وقال أبو إسحاق في الشرح: إذا لزمه حقه وعنده حقاق جيد ووسط ودون أخذ الوسط، وكذا قال القاضي الحسين، وهذا قد يخالف ما سبق إلا أن يكون ذلك في الغنم لقلة التفاوت، وهذا في الإبل لكثرته وفيه نظر!

وما سبق فيما إذا كانت في السن المأخوذ، أما لو زادت كلها عليه، فإن كانت أكثر من الجداع والثنيا يخير المالك إن شاء أعطى من غيرها، وإن شاء تطوع بواحدة منها، قاله القاضي أبو الطيب والحسين والروياني وغيرهم.

فرع: لو كانت كلها سمانًا وأكثرها أسمن من الباقي، فقياس ما يأتي أن يجيء هنا القول باعتبار الأكثر.

قال: (**وَإِن اخْتَلَف كَضَأْنٍ وَمَعْزٍ**) أو مهرية وأرحبية أو عراب وجواميس.

(**فَفِي قَوْلٍ يُؤْخَذُ مِن الأَكْثَرِ**) لمشقة النظر إلى ذلك النوع.

(**فَإِن اسْتَوَيَا فَالأَغْبَطُ**) تفريعًا على المذهب في المسألتين من الأباء.

وعلى قول ابن سريج يتخير، فإن كان الإخراج من مال محجور عليه فكما سبق.

(**وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُخْرِجُ مَا شَاءَ مُقَسَّطًا عَلَيْهِمَا بِالْقِيمَةِ**) رعاية للجانبين، ونقلا تبعًا للإمام الاتفاق على أنه لا يجوز من هذا شقص، ومن ذلك شقص، وليس كذلك، بل رمز القاضي الحسين إلى خروج القول بجوازه، وكذلك قال ابن الرفعة في التفريع: ولا يأخذ شقصًا من حيوانات، وإن اقتضاه ظاهر النص.

وقال به القاضي الحسين مخرجًا، بل يأخذ حيوانًا كاملاً بالقسط، انتهى.

فعلى المشهور كما خيرناه يخرج من أي: نوع كان والخيرة للمالك.

……

وقال القاضي الحسين: للساعي وادعى المتولي أنه المذهب المشهور كما خيرناه بين الحقاق وبنات اللبون.

وفيه وجه آخر أنه يأخذ من الضَّأن الذي هو أعلى النوعين، وهذا ما قال في «الشامل» إنه الذي يقتضيه المذهب، ونقله عنه الشاشي والعمراني ومجلي، وأقروه، واختاره في «المرشد» لكنه في «الانتصار» رأى أن أصح الوجهين أنه لا يلزمه أعلاهما؛ لأن تناولهما تناولاً واحدًا بخلاف المريض، وهذا خلاف ما اختاره في «المرشد» لظهوره الآن، انتهى.

والرافعي رد تشبيه ابن الصباغ بما لو انقسمت إلى صحاح ومراض بأن المراض ورد النهي عن أخذها، وهو ردٌّ لدليله.

وأما إلحاقه بالحقاق وبنات اللبون فظاهر ينبغي اعتماده، وهذا الكلام فيما إذا كان أحد النوعين أحط لا من جهة القيمة، وأما القيمة فمعتبرة على هذا القول لا محالة، فالابتعاد لجماعة وعلى قول ثالث أي: عن «الأم» إنه إذا اختلفت الأنواع أخذ من الوسط، ولا يجيء هذا في نوعين فقط، ولا في ثلاثة متساوية.

قلت: ولفظ «الأم» في باب الغنم إذا اختلفت.

قال الشافعي: إذا اختلفت غنم الرجل، فكان فيها أجناس بعضها أرفع من بعض أخذ المصدق من وسط أجناسها لا من أعلاها ولا من أسفلها.

ثم قال: وإن كانت الغنم ضأنًا ومعزًا سواء فقد قيل: يأخذ المصدق من أيهما شاء وإن كانت إحداهما أكثر، أخذ من الأكثر.

قال الشافعي: والقياس أن يأخذ من كل بقدر حصته، وهكذا البقر لا يخالف إذا كانت جواميس وعرابًا ودرمانية، هذا لفظ «الأم» وظاهره: إنما بدا به محل وفاق، وإنما القولان فيما إذا كانت الغنم من نوعين، سواء أحدهما أكثر من الآخر.

وأما إذا كانت الغنم أو البقر ثلاثة أنواع، أخرج من النوع الوسط لا محالة.

....

وقوله: والقياس كذا يقتضي اختياره القول الأظهر، ويحسن أن يجيء طريقة قاطعة به.

واعلم أنه قال في «الروضة» بعد هذا: وعلى وجه أنه يأخذ الأجود، وهو مخرج من نصه في اجتماع الحقاق وبنات اللبون، انتهى، كذا نقله الرافعي وجهًا عن رواية ابن كج، والذي رأيته في كتاب ابن كج كما أوضحته في «التوسيط» نقله قولاً منصوصًا، وليس بمقالة زائدة على ما سبق كما يفهمه كلام الشيخين، وهو من تفاريع القول الأول في الكتاب الناظر إلى الأغلب إذا غلب أحد النوعين، فإن استويا كان كاجتماع الحقاق وبنات اللبون كما ذكره من قبل ونص عليه في «الأم» وكذلك عامة الأصحاب، فهذا الوجه هو القول الأول لا محالة، ففي ذكره ثانيًا تكرار وإيهام وتعبير عن نص مشهور بوجهٍ غريب.

تنبيه: قال الإمام الرافعي: روى القاضي ابن كج عن أبي إسحاق أن موضع القولين ما إذا لم يحتمل الإبل أحد واجب كل نوع لو كان وحده منه، فإن احتمل أخذ ذلك بلا خلاف، والمشهور طرد الخلاف على ما يقتضيه لفظ الكتاب.

وعبارة «الشرح الصغير»: أن بعضهم خصص القولين بكذا، والظاهر إطلاق القولين، والذي رأيته في كتاب ابن كج بعد أن نقل شيئًا عن أبي إسحاق، ثم عزاه إلى ابن أبي هريرة، ولو كانت بحالها وكانت كثيرة مثل أن تكون أربعمائة ضأن وثلاثمائة معزًا، وأكثر من ذلك فيأخذ من الضَّأن أربع شياه؛ لأن ها هنا يمكننا أن يأخذ من بدل قسط ما وجب لنا من غير تبعيض، هذا لفظه، وسياق كلامه ظاهر في أنه لم يحكه عن أبي إسحاق بل نقله نقل المذهب المقطوع به المفروع منه ولم يذكر سواه.

وقال القاضي الفارقي في فوائد المذهب بعد نقل القولين مطلقين: والحق في ذلك التفصيل فنقول: إن كان كل صنف محمل نصابًا، وممكن أن يأخذ منه فرضه من غير تشقيص أحد، وإن لم يمكن ذلك وإلا بالشقيص أخذ الساعي أنفعهما للمساكين.

قال صاحبه القاضي أبو سعيد بعد تقريره كلام شيخه، والحق ما فصلناه، وأحسن ابن الرفعة فقال في «النهاية» بعد ذكر القولين وتفريعهما: وهذا فيما إذا كان الفرض حيوانًا واحدًا لو كان أكثر منه كما إذا ملك مائة من الضَّأن ومائة وواحدة من المعز، فقد قال القاضي الحسين: إنه يخرج جَذَعَة ثنية بلا خلاف، وفي الشاة الثالثة وقع الاشتراك فيخرج على القول شاة قيمتها، كذا قال، وقياس ما ذكره القاضي أنه لو كان له مائتان من الضَّأن ومائتان من المعز أنه يخرج شاتين من الضَّأن وشاتين من المعز بلا خلاف؛ إذ لا اشتراك وهو ما صرح به في «البحر» وحكاه الرافعي عن رواية ابن كج عن أبي إسحاق.

ثم قال الرافعي: المشهور طرد الخلاف.

قال: وهو راجع إلى شيء قدمته في أن الواجب تسع، فيجب في الجملة أربع شياه، بل يجب في كل مائة، والصورة ما ذكرناه شاة، والذي قدمه قول بعد قول «التنبيه».

وفي عشر شاتان وفي عشرين أربع شياه يظهر أنه ليس على معنى أنه وجب مجموعها في مقابلة المجموع، والجزء في مقابلة الجزء حتى لو تلفت واحدة من العشر بعد الحول وقبل التمكن.

وقلنا: إن التمكن شرط الضمان يسقط ما يقابلها من الشاتين أو الشاة حتى لو كان المال عشرًا يسقط عشرًا شاتين، ويكون الواجب تسعة أعشار هما بل بمعنى أن في كل خمس من ذلك شاة حتى لو تلف من العشر واحدة، وقوله سقط عنه خمس شاة ولزمه شاة وأربعة أخماس الشاة، ويدل عليه قول الأصحاب ما قاله الإمام أن المشايخ قالوا: إذا ملك نصابين فواجب كل نصاب منحصر فيه، وزعموا أن هذا متفق عليه، ويشهد له من السنة ما تقدم من حديث أنس عن كتاب أبي بكر رضي الله عنهما، وأصرح منه رواية أبي داود فيه قوله فيما دون خمس وعشرين من الإبل في كل خمس ذود شاة، ويجيء في المسألة وجه من قول الإصطخري فيما إذا ملك أربعمائة من الإبل أنه لا يجزؤه

فَإِذَا كَانَ ثَلَاثُونَ عَنْزًا وَعَشْرُ نَعْجَاتٍ أَخَذَ عَنْزًا أَوْ نَعْجَةً بِقِيمَةِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ عَنْزٍ وَرُبْعِ نَعْجَةٍ.

إلا ثمان حقاق أو عشر بنات لبون؛ لأنه جعل المجموع شيئًا واحدًا وجعل الواجب في مقابلته؛ إذ لو كان لكل شيء منه حكم عنده لوافق الأئمة هناك وهذا لا يتجه غيره فيما إذا وجب عليه بنتا لبون وحقتان، انتهى.

وكلامه يقتضي أن المذهب ما قاله القضاة ابن كج والحسين والروياني والفارقي وابن أبي عصرون.

والظاهر أن الإمام الرافعي أخذ مما ذكر أنه الظاهر من إطلاق الجمهور ذكر القولين ويجوز أن يكون مرادهم غير ما ذكره القضاة، فإنهم غالبًا إنما تكلموا في النصاب الواحد ما مثلوا به في أربعين من الضَّأن والمعز، وفي خمس وعشرين من الإبل، وسكتوا عن بيان ما ذكرناه نصًا من أن حكمه كذلك أم لا، على أنه يلزم الرافعي ألا يقول بقول الجمهور في الأربعمائة من الإبل، بل يعول إذا اختلف النوع كما يبين مهرية وما بين أرحبية أنه يسقط ولا يجزئه أربع حقاق وخمس بنات لبون، ولم يقل ذلك هو ولا غيره فيما أعلم، بل أطلق أن المذهب الاكتفاء بها من غير تفصيل.

قال: (فَإِذَا كَانَ ثَلَاثُونَ عَنْزًا وَعَشْرُ نَعْجَاتٍ أَخَذَ عَنْزًا أَوْ نَعْجَةً بِقِيمَةِ ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ عَنْزٍ وَرُبْعِ نَعْجَةٍ) ولا حاجة إلى تقويم النصاب كله بل يقوم نعجة يجزئ لو كان الجميع ضأنًا وعنزًا تجزئ لو كان الكل معز أو يأخذ في مثاله ثلاثة أرباع قيمة عنز وربع قيمة نعجة، فيجمع بينهما ويخرج به شاة معزًا وضأن مثل آخر ما به ضأن ومائة وواحدة معز.

قال القاضي الحسين: يؤخذ على القول الأول ثلاث شياة معز، وعلى الثاني الأظهر جَذَعَة ضأن وثنية معز بلا خلاف، وفي الشاة الثالثة وقع الاشتراك فيخرج شاة ضأنًا أو معزًا قيمتها مائة جزء من ما بين جزء وجزء من الضَّأن ومائة جزء وجزء من المعز، وفي مائة جَذَعَة ضأن به ومائة ثنية ماعز يخرج جَذَعَة ضأن وثنية معز، وهذا ما أسلفناه عن القضاة الخمسة، وعلى ما

وَلَا تُؤْخَذُ مَرِيضَةٌ، وَلَا مَعِيبَةٌ ....

جعلاه المشهور، فلا يخفى تقريعه، وما قاله القاضي وموافقوه أوجه؛ إذ الأصل عدم اعتبار الغنم في الزكاة، ولا يصار إليه إلا عند الضرورة ولا حاجة بنا إلى التفريع على القول الأول؛ لأنه مرجوح وفاقًا وعزي إلى القديم، وإذاً ذكره في «الأم» كما سبق.

قال: (**وَلَا تُؤْخَذُ مَرِيضَةٌ، وَلَا مَعِيبَةٌ**) لرواية البخاري في كتاب أنس رضي الله عنه، ولا يخرج في الصيد هرمه، ولا ذوات عوار، ولا يئس إلا ما شاء المصدق، ورواية أبي داود إلا أن يشاء المصدق.

والعوار: بفتح العين أشهر من ضمها وهو العيب ويئس الغنم هو فحلها، والمصدق تخفيف الصاد: وهو الساعي.

قال الشافعي في البويطي: إلا أن يرى أن ذلك أفضل للمساكين فيأخذه على النظر وصححه المصنف فعليه يعود الاستثناء إلى الجميع كما هو المعروف من المذهب، وذهب الأكثرون إلى أن المصدق بتشديد الصاد وهو المالك ويكون الاستثناء عامدًا إلى الأخير خاصة، فلا يأخذ الهرمة والمعيبة ويأخذ تيس الغنم إذا رضي المالك.

وصورته: أن تكون الغنم كلها ذكورًا بأن ماتت الإناث وبقيت الذكور، هكذا نقل المصنف التأويلين، وأورد على الأول أن مقتضاه أخذ المعيبة والمريضة عن الصحاح إذا كانت أكثر قيمة، وكذا الذكر عن الإناث، ولا نعلم من قال به حتى لو دفع كذا سنًا أعلى من سنة وأفضل ولكنه معيب لا يؤخذ ولا تجبر زيادته عتبية.

وعلله القاضي أبو الطيب بأنه يؤدي إلى أخذ القيمة في الزكاة وأورد على الثاني أن المريضة تؤخذ من المراض وفاقًا، وإنما يعول بهذا التفسير على عمومه مالك حيث منع أخذ المريضة من المراض.

وأجيب بأنه خرج النهي مخرج الغالب، فإن مرض الماشية برؤه نادر، وأما تيس الغنم فإن كانت كلها ذكورًا؛ فالنهي عنه لكرمه، وإن كان فيها إناث؛

إِلَّا مِن مِثْلِهَا.

فالنهي عنه لنقصه، وعلى التقدير الأول يؤخذ إذا رضي المالك، وعلى الثاني لا يؤخذ، ولا شك أن المشهور للأصحاب خلاف ما صححه المصنف، واختاره، ولكنه ظاهر نص البويطي أو نصه، وقد يجاب عما قاله أبو الطيب من ذلك إلى أخذ القيمة أن ذلك ليس بمحفز أخذ القيمة؛ إذ المأخوذ من جنس الواجب أو نوعه، وقد سبق جواز أخذ الحق عن ابن اللبون على المذهب، وقد قالوا: إنه لو أدى اجتهاد الإمام إلى أخذ الغنم في الزكاة جاز.

وأما ما سبق عن مالك إلى أخذ الغنم في الزكاة جاز.

وأما ما سبق عن مالك؛ فالذي رآه ابن المنذر.

قال مالك: وإن رأى المصدق إن ذات العوار أو التيس أو الهرمة جبرًا له أخذها وكذلك قال الشافعي هذا لفظه، ولم يحك عن الشافعي غيره إذا عرف هذا عدنا إلى فقه الكتاب.

قال: (إِلَّا مِن مِثْلِهَا) في صورتي المرض والعيب؛ لئلا يجحف برب المال ولا بالمساكين، فإذا كانت كلها مراضًا فمريضه وسط، فإن لم يكن عنده السن فأحضر مريضة لائقة جاز، وإن صح بعض الماشية صحاح وصفتها مراض لبنتي لبون في ست وسبعين وجب صحيحتان بالقسط قطعًا وقيل: وجهان ثانيهما: تحري صحيحة ومريضة وشذَّ صاحبا «التهذيب» و«الكافي» فصححاه وإن كان الصحيح دون قدر الواجب أجزأه صحيحة ومريضة بالقسط وقيل: وجهان ثانيهما تحت صحيحتان بالقسط.

تنبيهات: منها: إذا كانت الماشية صحاحًا فقد سبق حكمها، وإن انقسمت لم يجب لون الصحيحة مساوية لصحيحة ما في القيمة بل لائقة.

مثاله: له أربعون شاة منها عشرون صحاح قيمة دل صحيحه ديناران، وقيمة كل مريضة دينار يجب صحيحه بدينار ونصف، ولو لم يكن فيها إلا صحيحة واحدة فعليه صحيحة بدينار وربع عشر دينار، ومتى قوم حملة النصاب، وأخرج صحيحة بربع عشر القيمة كفاه، هكذا لخصه المصنف من قول الرافعي.

……………………………………………………

وما ذكرناه من طريق التقسيط هو ما أورده أكثرهم، وهو يتضمن النظر إلى آحاد الماشية ولا يستمر إلا إذا فيما استوت قيم الصحاح وقيم المراض، وقد تكون مختلفة القيمة ولفظ الكتاب يغني عن النظر إلى قيم الآحاد.

ورأيت القاضي ابن كج رواه عن أبي إسحاق، فمتى قوم جملة النصاب، وكانت الصحيحة المفروضة ربع عشر القيمة كفى انتهى.

وفي «تحرير» الجرجاني: وتضم المراض إلى الصحاح ويوجد فرض صحح بقيمة بعض مريض وبعض صحيح، وقيل: يؤخذ فرض صحيح بقيمة ربع عشر المال؛ فجعل ذلك وجهًا مرجوحًا مخالفًا لما صدر به كلامه، فتأمله!

ومنها: قال في «الوجيز»: وإن كان فيها صحيحة لم يؤخذ إلا صحيحة تقرب قيمتها من ربع عشر ماله قالت الدافع، وهذا يشعر بأن الأمر في ذلك على التقريب، ولم أره في كلام غيره، ولا ينبغي أن يسامح بالنقصان والبخس، انتهى.

وقال صاحب «التنجيز في شرح الوجيز»: إنما قال ذلك لأن التحديد ممتنع كما قاله غيره، فإن التقويم مبناه على التقريب، وما يكون كذلك يمتنع فيه التحديد، وسبق عن المتولي مثل عبارة الغزالي، ويحتمل أنه أراد تقرب بضم التاء معنى تقدر.

وقال القاضي الحسين: قال في رواية الربيع: ويأخذ خير المعيب ما تقارب بالقيمة قدر صدقته.

وقال ابن الرفعة: مراد الغزالي والله أعلم أن التفاوت في هذا يسير؛ لأن الزائد بسبب صحة واحدة من أربعين قليل ومع قلته لا يهمل بل يحب اعتباره فهو ضد ما فهم عنه، انتهى.

ومنها: قالوا لو ملك خمسًا وعشرين بعيرًا معيبة فيها بنتا مَخَاض إحداهما من أجود المال مع عيبها، والثانية دونها فهل يأخذ الأجود كالأغبط في الحقاق وبناتا اللبون أم الوسط، وجهان الصحيح الثاني، وقول الشافعي في

....

«المختصر» يأخذ خير المعيب.

اتفق الأصحاب على أنه مؤل، والمراد يأخذ من وسطه.

قلت: ليس محل وفاق.

قال في «الأم»: وإذا كان الكل معيبًا فله أن يأخذ خير المعيب من السن التي وجبت له وليس لرب المال أن يبدله شراء.

منها: فأوله الجمهور وصرحوا بنفي الخلاف، ومشى على ظاهر النصين جماعة وأوجبوا خير المعيب منهم: الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وظاهر كلام «التتمة» ترجيحه حيث قال: ظاهر النص أنه يأخذ المعيب، ومن أصحابنا من قال: لا يأخذ إلا الوسط.

وقال الماوردي: اختلف أصحابنا فمنهم من أجرى النص على ظاهره، إلى أن قال: فحصل أربعة مذاهب، وقد أوضحت ذلك في التوسط.

ومنها: إذا قلنا نأخذ الوسط من المراض ففيما يعتبر فيه الوسط وجهان.

قال السرخسي: المذهب منهما أنه تعتبر فيه العيب، فلا تأخذ أقلها عيبًا ولا أكثرها عيبًا، بل الوسط في العيب.

والثاني يعتبر الوسط في القيمة، وأقره في «شرح المهذب» والمحكي عن الأصحاب الثاني وهو قضية كلام «الروضة» وأصلها وعليه تنطبق رواية الربيع كما قال القاضي الحسين ويأخذ جبر المعيب ما يقارب بالقيمة قدر صدقته.

ومنها: حكم العيب في ما ذكرناه في حكم المرض.

قال: والمعتبر في العيب هنا ما يرد به المبيع على الأصح وقالا قبل هذا إن ابن اللبون الخنثى يجزئ عن ابن اللبون الذكر على الأصح مع أن الخنوثة عيب يرد بها المبيع، وحينئذ يستثني ذلك من هذا الإطلاق، وقد حافظ في «الأم» والبويطي في «المختصر» وتبعه كثيرون على لفظة ابن لبون ذكر، فلعله إتباعًا للفظ الحديث تبركًا وأدبًا، وتحمل إرادة التقييد ليخرج الخنثى، وزيفه الإمام.

وَلَا ذَكَرٌ إِلَّا إِذَا وَجَبَ، وَكَذَا لَوْ تَمَحَّضَتْ ذُكُورًا فِي الْأَصَحِّ.

وقال الرافعي: لماذا قيد ابن اللبون بالذكر وبنت المَخَاض بالأنثى ذكروا قولين أصحهما أنه وقع تأكيدًا في الكلام كما يقال: رأيت بعين وسمعت بأذني، وذكر ما قيل في الخنثى قيل: وليس الأمر كما قال: فقد قيل: إن ابن اللبون يطلق على الذكر والأنثى كقولهم ابن عرس وابن آوى فقيل: ذكر لئلا يظن أنه من هذا القبيل، فلا يتم قول الرافعي، ثم في لفظ الأنثى والبنت ما يغني عنه، وقيل: لأن أسنان الزكاة كلها مؤنثة، وهذا ذكر فحسن تأكيده بذكر، وقيل: هو تنبيه على القلة لئلا يستكثره الدافع لكبر سنه، فإنه ناقص بالذكورة ولا يستقله الأخذ لذكورته؛ لأنه أكبر من بنت المَخَاض، وقيل: لئلا يظن أنه من باب قوله ﷺ: **«من أعتق شركًا له في عبد؛ فيلحق الأنثى بالذكر»**[1] **فقطع الإلحاق بقوله: بنت مَخَاض أنثى، والله أعلم.**

قال: **(وَلَا ذَكَرٌ)** أي: بالاتفاق للأدلة السابقة إلا ما سبق عن البويطي تكلمنا عليه.

(إِلَّا إِذَا وَجَبَ) أي: كابن اللبون والتبيع في مواضع وجوبها.

(وَكَذَا لَوْ تَمَحَّضَتْ ذُكُورًا فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص كالمريضة والمعيبة من مثلها، والنص على الأنوثة قد يكون خرج على الغالب، وعلى هذا يؤخذ في ستٍّ، ويكثر ابن لبون أكثر قيمة منه في خمس وعشرين ويعرف التقويم بالنسبة كما سيأتي فيكون أكثر مما في خمس وعشرين، يأخذ عشرين جزءًا من ستة وثلاثين وقيل: يجوز أن يكونا سواء.

والوجه الثاني المنع للأحاديث، وعليه لا يؤخذ أنثى كانت توجد لو

---

[1] أخرجه مالك (٢/ ٧٧٢، رقم ١٤٦٢)، وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠، رقم ١٦٧١٢)، وأحمد (١/ ٥٦، رقم ٣٩٧)، والبخاري (٢/ ٨٨٥، رقم ٢٣٦٩)، ومسلم (٢/ ١١٣٩، رقم ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٤، رقم ٣٩٤٠)، والترمذي (٣/ ٦٢٩، رقم ١٣٤٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣١٩، رقم ٤٦٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤، رقم ٢٥٢٨) والشافعي (١/ ١٩٤)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٦، رقم ٥٨٠٢).

وَفِي الصِّغَارِ صَغِيرَةٌ فِي الْجَدِيدِ.

مخضت إناثًا بل يقوم ماشية إناثًا والأنثى المأخوذة من محض الإناث بطريق التقسيط المذكور في المراض، وهذا الوجه في الإبل والبقر قوي للنص فيها على اعتبار الأنوثة.

وقال أبو إسحاق: إنه مذهب الشافعي.

وقال الروماني: إنه نبه عليه قول «الأم» والوجه الثالث إن أدى أخذ الذكر إلى التسوية بين نصابين كابن لبون عن ست وثلاثين إن لم يؤخذ وإلا أخذ كابن مَخَاض عن خمس وعشرين وحق من ست وأربعين وجدع من إحدى وستين، وكذا يؤخذ الذكر إذا زادت الإبل.

واختلف الفرض بزيادة العدد، وهذه الأوجه في الإبل.

وأما البقر إذا كانت أربعين مسنًا فلا يجري فيها إلا الوجهان الأولان.

وأما الغنم إذا مخضت ذكورًا فقيل على الوجهين الأولين، وهو ظاهر لفظ المصنف والمذهب القطع فيها يأخذ الذكر؛ لأن الشرع لم ينص فيها على الأنثى، وإنما لم يؤخذ الذكر عند وجود الإناث؛ لأنه هذا كله إذا كانت الذكور في السن الواجب لستٍّ وثلاثين ابن لبون وست وأربعين حقًا وإحدى وستين جدعًا وأربعين مسنًا من البقر وأربعين ثنيا من المعز، فإن كان أصغر من ذلك فسنذكر حكمه.

إشارة: قوله: إلا إذا وجب: فيه إيهام، وكذا قول صاحب «اللطيف»، ولا يؤخذ ذكر مكان أنثى إلا ابن اللبون في مكان بنت المخاض، وكلام جماعة يفهم الحصر في ذلك، وفي صورة إن تمحضوا ذكورًا، وسبق أن الحق يجزئ عن ابن اللبون على المذهب، وإن التبيعين عما دون الستين على الصحيح وذكر الإمام أنه لو أخرج مسنًا عن ثلاثين من البقر، جاز، وينص في «الأم» أنه لو أخرج ثورًا مكان تبيعًا أجزأ إذا كان خيرًا من تبيع.

قال: (**وَفِي الصِّغَارِ صَغِيرَةٌ فِي الْجَدِيدِ**) أي: كالمريضة من المِراض؛

....

ولقول الصديق رضي الله عنه: «والله لو منعوني عناقًا كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه»(١) رواه البخاري.

والقديم: لا يؤخذ إلا كبيرة، لكن دون الكبيرة المأخوذة من الكبار في القيمة لعموم الأخبار، فإن تعذر كبيرة بالقسط أخذت القيمة للضرورة، وكذا حكي عن المسعودي.

وعبارة ابن كج: وقال في القديم: ولو قال قائل: يؤخذ من السحال كبيرة كان مذهبنا، انتهى.

هذا والغنم، وأما الإبل والبقر، فذكروا فيها ثلاثة أوجه: أصحها، زاد في «شرح المهذب» عند الأكثرين أنها كالغنم.

قلت: والمنصوص في «الأم» نعم؛ يجتهد الساعي ليلاً يسوي بين النص فيأخذ من ست وثلاثين فوق ما يأخذ من خمس وعشرين ومن ست وأربعين فوق ذلك، وهكذا حتى لا يسوي بين النصب، والثاني يأخذ كبيرة بالقسط كما سبق في نظائره، وهذا قول ابن سريج وأبي إسحاق المروزي، وصححه في «المهذب» و«التنبيه» وشيخه في «المجرد» عكس التعليق، والشاشي والعمراني وصاحب «الانتصار» وقضية كلام «الشامل» وغيره أن المذهب للنص على الأسنان؛ ولأنها لو كان في سن أعلى من الواجب لا يجب الإخراج منها فكذا إذا كانت في سنٍّ أنقص، واختاره بعض الشارحين، وتبعته في «الغنية».

ثم رأيت الشافعي قال في «الأم»: وإذا كانت الغنم أربعين شاة قبل الحول ثم ماتت أمهاتها وجاء المصدق، وهي أربعون جديًا أو بهيمة أو بين جدي وبهيمة أو كان هذا في إبل هكذا، فجاء المصدق وهي فصلان، وفي بقر، فجاء المصدق، وهي عجول أخذ من كل صنف من هذا واحدًا منه، فإن كان في غذاء الغنم إناث وذكور أخذ من كل صنف من هذا واحدًا منه، فإن كان في

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٠٠) والشافعي (١/ ٢٠٨)، والبيهقي (٨/ ١٧٦، رقم ١٦٥٠٨).

....

غذاء الغنم إناث وذكور أخذ أنثى وإن لم يكن إلا واحدة، وإن كان في غذاء البقر ذكوراً وإناثاً أخذ ذكرًا إن كانت ثلاثين وإن كانت أربعين أخذ أنثى، وإن كان في غذاء الإبل إناثاً وذكوراً أخذ أنثى وإن لم يكن إلا واحدة، هذا نصه بحروفه، كما قاله جماعة من الفريقين، وهو مصرح بالتسوية بين الأنواع الثلاثة، وغذاء المال جمع غدي وهي صغاره.

قال الأزهري وغيره: هو السخاء الصغيرة، وذكره الشافعي في الإبل والبقر والوجه الثالث يؤخذ حتى لا يؤدي إلى التسوية بين الصغير والكبير.

واختلف في البعير عن هذا الوجه، وأحسن ما قيل فيه أنه يؤخذ الفصيل عن خمس وعشرين دون ما سواها.

تنبيهات: قول المصنف في الجديد جيدة لا شك فيه في الغنم.

وقال في «الروضة» تبعًا فيه وجهان.

وقال صاحب «التهذيب» وغيره قولان.

وقال في «شرح المهذب»: في الغنم طريقان المذهب، وبه جزم العراقيون وغيرهم أن واجبها الصغار.

والثاني فيه وجهان، وقيل: قولان، انتهى.

وممن حكى الخلاف قولين كما سبق القاضيان ابن كج والحسين والفوراني وغيرهم.

صورة المسألة كما اقتضاه كلامه وصرح به غيره وهو المشهور إذا تمحضت الماشية صغارًا، فلو انقسمت إلى صغار وكبار لم يؤخذ إلا الكبيرة قطعًا، وتكون بالقسط كما سبق في نظائره.

ونعني بالكبيرة ما كان في سن الفرض، فمتى وجد في النصاب واحدة كذلك منعت إخراج الصغار، فإن تعذر أخذ كبيرة بالقسط أخذت القيمة للضرورة، ذكره المسعودي في «الإيضاح» قاله الرافعي.

وَلَا رُبي، وَأَكُولَةٌ وَحَامِلٌ، وَخِيَارٌ، إِلَّا بِرِضَا الْمَالِكِ.

وقال الماوردي: إذا كان له صغار وكبار أخذنا بالتعديل في القيمة، فإن كانت مائة إحدى وعشرين فقيل: بالتعديل وقيل: صغيرة وكبيرة، انتهى.

والأشبه مجيء طريقين في ست وسبعين من الإبل منقسمة، وفي ستين من البقر أو أكثر وما أشبه ذلك كما قيل في المراض.

وقضيته ما ذكره هناك أنه لو لم يكن في المائتين من الغنم إلا كبيرة واحدة أنه بجدية صغيرة وكبيرة كما تجزئه صحيحة ومريضة على المذهب.

وقال ابن الرفعة: إنما سكت في «التنبيه» هنا في المنقسمة التفا بما سبق في الصحاح والمراض؛ إذ حكمهما واحد، وهو مصرح بما ذكرته، ثم ذكر أنه لو كانت ست وسبعون من الإبل نصفها صغار ونصفها جماد، فهل تعين إخراج كبيرتين أو يجوز أخذ كبيرة وصغيرة منه.

إذا قلنا: توجد صغيرة من الصغار حكمه ما سبق في المراض، ذكره المتولي هناك وهنا صور الأئمة لون الماشية صغارًا في صورتين: الأول: أن تحصل ساح في أثناء الحول وتموت الأمهات، فيتم حولها والنتاج صغار بعد إما فصلان أو عجول أو سخال فتحب زكاتها ولا تفريع على الإنماطي، ولا يتصور أخذ العناق إلا في هذه الصورة.

والثاني: أن يملك أربعين من صغار المعز فيتم الحول وهي جداع، فلا تجزئ في الزكاة لأن واجبه الثني، وهو ما له سنتان على الأصح، وكأنهم أرادوا تصوير الصغار التي ليست من أسنان الزكاة مجال، وإلا فلو ملك أربعين من صغار البقر ومضى الحول وهي اتبعه، فهي صغار بالنسبة تلي واجبها، وكذا الوحال الحول على ست وثلاثين من بنات المَخَاض.

قال: (**وَلَا رُبي، وَأَكُولَةٌ وَحَامِلٌ، وَخِيَارٌ، إِلَّا بِرِضَا الْمَالِكِ**) أي: في الجميع لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ: «وإياك وكرائم البهائم»(١) متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٦) ومسلم (١٣٠) بلفظ: «وكرائم أموالهم».

....

ولقول عمر رضي الله عنه، ولا يأخذ إلا لوله ولا الزنى ولا المَخَاض ولا فحل الغنم.

الربي بضم الراء وتشديد الباء المفتوحة هي التي ولدت ومعها ولدها شاة كانت أو ناقمًا وبقرة.

وفي «الموطأ»: هي التي وضعت فهي تربي ولدها، وهي بمعنى ما ذكرناه هذا من جهة الفقه، وأما أهل اللغة فيطلقونها على الضّأن والمعز، قالوا: وربما جاءت في الإبل وضبطها اللغويون بالزمان فقال الأزهري: ما بين الولادة وبين خمس عشرة ليلة.

وقال الجوهري عن الأُموي: ما بينها وبين شهرين.

وفي «نهاية ابن الأثير»: الربي هي التي تربى في البيت من الغنم لأجل اللبن، وقيل: هي الشاة القريبة العهد بالولادة، انتهى.

والأكولة: بفتح الهمزة وضم الكاف: المسمنة للأكل، قاله في «المحرر».

وقال ابن الأثير: الأكولة التي تسمن للأكل، وقيل: هي الخصي والهرمة والعاقر من الغنم. وعن القاضي عياض: إنها الكباش لا التي تسمن.

قال: وسمعت أنها الربا عنه، وهي عندي أولى ما قيل فيها، انتهى.

فروع: لو تبرع المالك بالزنى قبلت منه وقيل: لا، وزيف، ولو تبرع بخيار المال قبل منه على المذهب، وقيل: لا للنهي عن الكريمة، وزيف، نعم؛ ينبغي أنه إذا بدلها ظانًا بخصيها، عليه إن سن له الساعي الحال ليتبرع على نظيره، ولو بدل الحامل قبلت كالكريمة.

وذكر الشيخ هنا عن الأصحاب أنهم قالوا: إنما قلنا لا تجزئ أضحية؛ لأن مقصودها اللحم، والحمل يضر بها، فلا تجزئ.

ومقصود الزكاة لثر القيمة والدر والنسل؛ وذلك في الحامل أكثر، وذكر ابن الرفعة هناك أن المشهور جواز التضحية بالحامل، وهو ما نقله العجلي عَنْ

وَلَو اشْتَرَكَ أَهْلُ الزَّكَاةِ فِي مَاشِيَةٍ زَكَّيَا كَرَجُلٍ، وَكَذَا لَوْ خَلَطَا مُجَاوَرَةً بِشَرْطِ أَنْ لَا تَتَمَيَّزَ، فِي الْمَشْرَبِ وَالْمَسْرَحِ وَالْمُرَاحِ وَمَوْضِعِ الْحَلْبِ، وَكَذَا الْفَحْلِ وَالرَّاعِي فِي الْأَصَحِّ.

إيضَاحِ الصَّيْمَرِيِّ. وفي حكم الحامل التي طرقها الفحل؛ لأن الغالب حملها، فهي من الكرائم لو كانت الماشية كلها حوامل.

قال في «التقريب»: لا يطلب منه حاملاً وارتضاه الإمام، والظاهر أنه لا خلاف فيه.

قال: (**وَلَو اشْتَرَكَ أَهْلُ الزَّكَاةِ فِي مَاشِيَةٍ**) أي: بإرث أو هبة أو وصية أو شراء أو صدقة.

(**زَكَّيَا كَرَجُلٍ**) للعمومات السابقة وغيرها من غير فرق بين مالك، واحترز بأهل الزكاة عن شركة الكافر والمكاتب، فإنها في حكم الانفراد.

(**وَكَذَا لَوْ خَلَطَا مُجَاوَرَةً**) لما في حديث أنس في البخاري.

ولا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة، ويسمى الخلطة الأولى خلطة شيوع، وخلطة اشتراك، وخلطة أعيان، والثانية خلطة جواز، وخلطة أوصاف والحديث ناص على تأثيرها؛ فخلطة الاشتراك أولى، وقيل: لا، بل لخلطة الجواز، وليس بشيء وكل من الخلطتين مؤثر في الزكاة.

أما في وجوبها كأربعين شاة بين اثنين.

وأما في كثيرها بأن يكون الكل في واحدٍ منهما مائة شاة وشاة.

وأما في تقليلها لثلاثة لحل منهم أربعون شاة ولاحقًا في اشتراط الخلطة في جميع السنة ولون المجموع نصابًا، فلو ملك كل شعرين فخلطا تسع عشرة بمثلها، وتركا شاتين منفردتين، فلا زكاة، ولو خلطا تسع عشرة بمثلها وشاة بشاة وجبت زكاة الأربعين فهذه ثلاثة شروط في الخلطتين جميعًا.

قال: (**بِشَرْطِ أَنْ لَا تَتَمَيَّزَ، فِي الْمَشْرَبِ وَالْمَسْرَحِ وَالْمُرَاحِ وَمَوْضِعِ الْحَلْبِ، وَكَذَا الْفَحْلِ وَالرَّاعِي فِي الْأَصَحِّ**) هذه الشروط مختصة بخلطة الجواز

....

والمشرب موضع شربها من بهذا وعين أو بئر أو حوض أو مياه متعددة بحيث لا تختص ماشية أحدهما بما عن الآخر، والمسرح موضع رعيتها، ويطلق على الموضع الذي يجمع ثم تساق إلى المرعى، وكل منهما يشترط اتحاده والمراح بضم الميم موضع مبينها.

قال الرافعي في شرحه الصغير بعد ذكره اشتراط اتحاد المشرب والمسرح والمراح: وليس المقصود أن يكون إلا مسرحاً أو مرعًى أو مراحاً واحداً بالذات بل لا بأس بتعددها ولكن ينبغي ألا يختص ما شبه هذا بمسرح ومراح وماشية ذلك بمسرح ومراح انتهى.

وموضع الحلب بفتح اللام وعلى إسكانها هو المكان الذي يحلب فيه، وقضية كلام المنهاج وأصله و«الروضة» و«شرح المهذب» اشتراطه بلا خلاف، وهو المرجح في «شرح الرافعي والحاوي» والمنصوص في «الأم»: لا، وعليه الجمهور، وقيل: لا يشترط، وإنما شرط اتحاد المالين في هذه الأمور لتجتمع اجتماع ملك المالك الواحد على الاعتياد، وليخف المؤنة.

وروى الدارقطني حديثًا ليس بالقوي في سنده ابن لهيعة: «**الخليطان ما اجتمعا في الفحل والراعي والحوض**» وفي لفظة: «والرعي»(١) بغير ألف، فنص على اعتبار ذلك، ونبه به على ما سواه، وادعى المتولي أن الشروط المتفق عليهما سبعة.

ثم قال: الثاني الاجتماع في السعي، فذكره كما سبق إلى أن قال: السادس أن يكون الموضع الذي تجمع فيه المواشي إذا أريد السقي، والموضع الذي ترد إليه إذا شرب بعضها ليشرب الباقي موضعًا واحدًا، انتهى.

وأما اتحاد الراعي والفحل؛ فالأصح فيهما اعتباره للمعنى والخبر، وقطع

---

(١) ذكره الشيرازي في المهذب (١/ ٢٧٣) ولم أجده عند الدارقطني في سننه، والمطبوع من العلل له.

لَا نِيَّةِ الْخُلْطَةِ فِي الأَصَحِّ.

به جماعة وادعى المتولي الاتفاق عليه.

وذكر الشيخ في «شرح المهذب» إنه أصح الطريقين وزيف طريقه الوجهين، والثاني لا يشترطان؛ لأن الافتراق ليس في نفس المال، وليس المراد باتحادهما الوحدة بل الأصل يتميز ماشية أحدهما براعٍ أو فحل، وإن تعددت الرعاة والفحول، ولا يشترط لون الفحل أو الحول مشتركة بينهما وقيل: يشترط وزيف ثم موضع اشتراط الفحل عند اتحاد نوع المالين، فلو كان لحل نوع لضأن ومعز، وأحل فحل يطرق ماشيته لم يضر بلا خلاف، قاله الشيخ واقتضى كلامه في «شرح المهذب» اشترط اتحاد موضع الأثر بلا خلاف.

وقال المسعودي والرافعي: إذا قلنا لا يشترط اتحاد الفحل اشترط أن يكون موضع الإنزاء واحدًا كموضع الحلب.

وحكى الروياني أن بعض الخراسانيين.

قال: إن الأصح أنه لا يشترط اتحاد الفحل لكن يشترط اتحاد موضع الإنزاء، وإن كان لحل واحد فحل. ثم قال: وهذا غريب.

قال: (**لَا نِيَّةِ الْخُلْطَةِ فِي الْأَصَحِّ**) لأن خفة المؤنة واتحاد المرافق لا يختلف بالقصد عدمه والوجهان كالوجهين في قصد السوم والعلف، ويجريان فيما لو افترقت الماشية في شيء مما يشترط الاجتماع فيه بنفسها أو فرقها الراعي أو غيره، ولم يعلم المالكان إلا بعد طول الزمان هل تنقطع الخلطة أم لا ، ولو فرقها أو أحدهما فصداف شيء من ذلك ارتفعت الخلطة، وإن كان يسيرًا، والتفرق اليسير من غير قصد لا يؤثر، فلو علماه فأمراها عليه ارتفعت الخلطة.

والظاهر أن أعلم أحدهما لعلمهما، وإذا زالت الخلطة فعلى من له نصاب الزكاة الانفراد إذا تم الحول من يوم الملك لا من يوم ارتفاعها.

إشارات: سلوته عن اتحاد الحالب والمحلب وخلط اللبن يشير إلى عدم اشتراطها وهو الصحيح، واقتضى كلامهم أنه لا يشترط زواله الجزء وموضعه،

وَالْأَظْهَرُ تَأْثِيرُ خُلْطَةِ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ وَالنَّقْدِ وَعَرْضِ التِّجَارَةِ، ....

وقد يقال: يعتبر موضعه كموضع الحلب ولم يتعرض المصنف لاتحاد الحوض ونحوه.

وقوله في أصل «الروضة» الثاني اتحاد المشرب بأن يسقي غنمهما من ماء واحد نهرًا أو عينًا أو بئرًا أو حوضًا إلى آخره.

وظاهره اشتراط اتحاد الحوض، ولا يبعد أنه لو كان لحلٍ واحد حوض من أدم ونحوه من الأواني أن يجيء فيه الخلاف في المحلب.

ثم رأيت القاضي ابن كج جزم باشتراط اتحاد الأواني التي يسقي فيها الماشية وكلما لديه خلاف في اتحاد الدلو، ولم يذكر أصحابنا ولا المانع، بل اقتصروا على ما سبق.

ورأيت نصه في البويطي بلفظه في الفحل والمراح والدلو والراعي، وأهمل الشيخ من أحكام الخلطة فصلين عظيمين وهما ما إذا تقدم لأحدهما حالة انفراد وأحكام التراجع وبيناهما في المطولات.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ تَأْثِيرُ خُلْطَةِ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ وَالنَّقْدِ وَعَرْضِ التِّجَارَةِ**) هذا هو الجديد لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «**ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة**»(١). رواه البخاري ولأنهما يرتفقان بالخلطة فيها كما في المواشي.

وفي القديم بها يؤثر إلا في المواشي خاصة، والقولان في خلطة المجاورة مرتبان على هذين القولين في خلطة المشاركة، وأولى المنع قالا: والأصح عند الأكثرين ثبوتها؛ ولهذا حسن إطلاق المصنف، وصحح الماوردي والجرجاني أنه لا يثبت خلطة الجواز في ذلك والقلب إليه أميل،

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ١١، رقم ٧٢)، والبخاري (٢/ ٥٢٦، رقم ١٣٨٣) وابن الجارود (ص ٩٤، رقم ٣٤٢)، وأبو داود (٢/ ٩٦، رقم ١٥٦٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٩، رقم ٢٢٢٧)، وابن خزيمة (٤/ ٢٥، رقم ٢٢٧٩)، وابن حبان (٨/ ٥٧، رقم ٣٢٦٦) والدارقطني (٢/ ١١٣) والحاكم (١/ ٥٤٨، رقم ١٤٤١) وقال: صحيح على شرط مسلم.

بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَمَيَّزَ النَّاطُورُ وَالْجَرِينُ وَالدُّكَّانُ وَالْحَارِسُ وَمَكَانُ الْحِفْظِ وَنَحْوُهَا.

وَلِوُجُوبِ زَكَاةِ الْمَاشِيَةِ شَرْطَانِ: مُضِيُّ الْحَوْلِ فِي مِلْكِهِ لَكِنْ مَا نُتِجَ مِن نِصَابٍ يُزَكَّى بِحَوْلِهِ، ....

وقيل: لا يؤثر الجواز في النقد وعرض التجارة قطعًا، والخلاف فيما سواهما.

والحاصل في الكل أربعة آراء عدت أقوالاً.

قال: (**بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَمَيَّزَ النَّاطُورُ وَالْجَرِينُ وَالدُّكَّانُ وَالْحَارِسُ وَمَكَانُ الْحِفْظِ**) أي: لأن المال يصير يدلل كالمال الواحد كما دلت السنة عليه في الماشية، بخلاف ما إذا تميز أحد المالين عن الآخر ببعض ما ذكر.

تنبيهات: الناطور بالمهملة وحكي إعجامها والجرين بفتح الجيم وكسر الراء موضع تجفيف الثمر.

وفي «سر اللغة» للثعالبي: البيدر للحنطة كالجرين للزبيب والمربد للتمر.

وقوله: (**وَنَحْوُهَا**) أي: كالنهر الذي سقي منه، والميزان والوزان والناقد والمنادي والمتقاضي كما قاله البندنيجي: الحراث والجداد ذو الجبال والحمال والمتعهد، قاله في «شرح المهذب».

وفي اعتبار بعض هذه الأشياء نظر! وعدوا منها الملقح واللفاظ، وفرعوا على الأظهر فروعًا مشهورة.

قال: (**وَلِوُجُوبِ زَكَاةِ الْمَاشِيَةِ شَرْطَانِ**) أي: سوى ما سبق، ويأتي.

(**مُضِيُّ الْحَوْلِ فِي مِلْكِهِ**) لحديث: «**لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول**» رواه أبو داود بسندٍ ضعيف، ولم يضعفه، والمعتمد فيه الآثار الصحيحة عن أبي بكر وعثمان وعلي وفقهاء المدينة، وعلماء الأمصار.

قال الماوردي: وهو قول الصحابة أكثرهم، وكافة التابعين والفقهاء.

قال: (**لَكِنْ مَا نُتِجَ مِن نِصَابٍ يُزَكَّى بِحَوْلِهِ**) أي: يحول الأصيل لقول الصديق السابق: «**لو منعوني عناقًا**» ولقول عمر رضي الله عنهما «**اعْتَدَّ عَلَيْهِمْ بِالسَّخْلَةِ**» رواه في الموطأ.

وَلَا يُضَمُّ الْمَمْلُوكُ بِشِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ فِي الْحَوْلِ، فَلَو ادَّعَى النِّتَاجَ بَعْدَ الْحَوْلِ صُدِّقَ.

وصورة المسألة: إذا كان النتاج لصاحب الأصل بسبب ملك الأصل، وحدث في أثناء الحول، فلو كان لغيره بوصيه أوله لا بسبب ملك الأصل كما لو أوصى الموصى له بالحامل المالك الأمهات به ثم مات، ثم حصل النتاج، لم يزل يحول الأصل، وقد احترز بقوله: نتج عن المستعاد بشرى وعبرة وسياقي، وبقوله: من يصاب عما نتج من دونه كعشرين شاة نتجت عشرين فحولها من حين تمام النصاب.

تنبيه: دخل في كلامه ثلاث صور:

الأولى: أن يكون إلا مات كلها باقة أو قدر النصاب منها، فإنه يزلي الجميع بحول الأصل بلا خلاف عندنا كتسعة من الإبل وتسعة وثلاثين من البقر ومائة وعشرين من الغنم نتجت واحدة قبل الحول بيوم يحب في الأولى شاتان، وفي الثانية مسنة، وفي الثالثة شاتان، الثانية أن يموت إلا مات كلها، وتبقى النتاج فعنابا فيزلي يحول أصله خلافًا للأنماطي وغيره، الثالثة أن تبقى إلا مات دون النصاب فيزلي بحول الأصل خلافًا للأنماطي وحده.

قال: (**وَلَا يُضَمُّ الْمَمْلُوكُ بِشِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ فِي الْحَوْلِ**) لأنه لم يحدث من نفس النتاج بخلاف النصاب وربح مال التجارة.

وقوله في الحول احتراز من النصاب، فإنه يضم إليه فيه على المذهب لبلوغه بالكثرة احتمال المواساة، وفروع هذا كثيرة، فنذكر صوره منها فنقول:

إن كان المستفاد دون نصاب ولا يبلغ النصاب الثاني، فلا حكم له، وإن كان دون النصاب ويبلغ النصاب الثاني لعشرة من البقر مع ثلاثين ضم إلى الأول في النصاب على المذهب فيزكى عند حول الثلاثين بتبيع، وعند حول العشرين ربع مسنة أبدًا.

وقال ابن سريج: لا ينعقد حول العشر حتى يتم حول الثلاثين.

قال: (**فَلَو ادَّعَى النِّتَاجَ بَعْدَ الْحَوْلِ صُدِّقَ**) لأنه مؤتمن ومعد الأصل.

فَإِنْ اتُّهِمَ حَلَفَ، لَوْ زَالَ مِلْكُهُ فِي الْحَوْلِ فَعَادَ أَوْ بَادَلَ بِمِثْلِهِ اسْتَأْنَفَ،

قال: **(فَإِن اتُّهِمَ حَلَفَ)** أي: ندبًا وقيل: وجوبًا، وقضيته إطلاق المصنف أنه متى اتهمه الساعي حلفه سواء ادعى الساعي حدوثه قبل الحول أو لم يقل شيئًا، والمسألة مصورة في «الروضة» وأصلها و«المحرر» وغيرها فيما إذا اختلفا فقال المالك: حدث بعد الحول وقد الساعي قبله أو قال: حصل بسبب مستقل.

وقال الساعي: بل من نفس المال ثم قالوا: فإن اتهمه حلفه.

وعبارة تعليق أبي حامد: متى اتهم الساعي رب المال، واختلفا فالقول قول رب المال؛ ولينظر فيما لو كان المالك محجورًا عليه لصغر أو جنون، وادعى وليه ذلك هل يحلف عند التهمة.

فروع: لو خرج بعض الجنين فتم الحول قبل انفصاله، فلا حكم له على المذهب، وسيأتي في ذلك وجوه عنده نصاب فقط فماتت واحدة وولدت واحدة في حالة واحدة لم ينقطع الحول ولو شك في المعية.

قال العمراني: لم ينقطع الحول؛ إذ الأصل بقاؤه.

قال الشيخ: ويحتمل تخريجه على الخلاف في تعارض الأصلين؛ إذ الأصل براءة ذمته.

قال: **(لَوْ زَالَ مِلْكُهُ فِي الْحَوْلِ فَعَادَ أَوْ بَادَلَ بِمِثْلِهِ اسْتَأْنَفَ)** أي: وإن قصد بذلك الفرار من الزكاة، وكذا الحكم لو بادل الذهب بالذهب والورق بالورق إن لم يكن صيرفيًا يقصد التجارة به، وكذا إن كان على المرجح وفيه نظر! نذكره هناك. ولا أثر لمبادلة التاجر بعروض التجارة ولا للمبادلة الفاسدة.

إشارات: خذ من قوله: (لو زال ملكه) أنه لو باع بشرط الخيار، وقلنا: الملك له أو موقوف ففسخ أنه مبني قوله: فعاد بينه على أنه لو عاد عن قرب استأنف، وقوله: بمثله ينبه على أنه لو ما دل بغيره استأنف من باب أولى إزالة ملكه يقصد الفرار مكروه، وقيل: حرام ويظهر أن يأثم بقصده لا بفعله، وفرق السمح بين الفرار هنا وبين الفرار بإطلاق على قول بأن الحق هناك المعين فاحتيط له، وكان الزكاة مبنية على المساهلة، وفيهما نظر!

وَكَوْنُهَا سَائِمَةً، ....

وقد يفرق بأن بمرضه صار محجورًا عليه للورثة، فليس له إبطال حقوقهم جملة ورأسًا، وهي منهم قبل قراره ولا كذلك المال قبل الحول هنا.

قال: (**وَكَوْنُهَا سَائِمَةً**) هذا هو الشرط الثاني والسائمة الراعية، ودليله في صدقة الغنم ما في حديث أنس في البخاري في الغنم في سائمتها كذا، وفي الإبل حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: «**كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون**» رواه أبو داود والنسائي وحسنه المنذري، وقال الحاكم: صحيح الإسناد وألحقوا بهما البقر.

والمعنى في اشتراط السوم أن نسبة ثقل المؤنة ويكثر النماء، وهذا في الكلأ المباح للكافة لا خلاف فيه، فإن أسميت في كلأ مملوك، فهل هي سائمة أو معلوفة، فيه وجهان في «البيان» وأكثر الكتب ساكتة عند ذلك.

قال شارح: وقد كشفت أكثر من ميزه مطولاً، فلم أر له ذكرًا.

وقال المصنف في «شرح المهذب»: أصحهما ثم لم يذكر شيئًا؛ لأنه لم يجده، وأطال هذا القائل في توجيهها.

ثم قال: وينبغي أن يفصل فيه فيقال: إن لم يكن لذلك الكلأ قيمة أو كانت له قيمة يسيرة لا يعد مثله كلفة في مقابلة نمائها وجبت الزكاة لوجود الوصف، والمعنى: وإن كان له قيمة بعد مثلها كلفة فتردد، الأرجح سقوط الزكاة نظرًا إلى المعنى.

قلت: ورأيت في «فتاوى القفال» أنه لو اشترى حشيشًا فرعاها فيه كانت سائمة ولا عبرة بالشراء كما لو وهب له حشيشًا فعلفها منه كانت معلوفة، ولو جزَّه المشتري وقدمه إليها في المرعى أو البلد فمعلوفة، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب: لو أسامها في أرضه الخراجية وجبت الزكاة، ومثلها الأرض المستأجرة.

وقال الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية»: ولا زكاة في ماشية حتى يكون سائمة

فَإِنْ عُلِفَتْ مُعْظَمَ الْحَوْلِ فَلَا زَكَاةَ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إِنْ عُلِفَتْ قَدْرًا تَعِيشُ بِدُونِهِ بِلَا ضَرَرٍ بَيِّنٍ وَجَبَتْ وَإِلَّا فَلَا.

في موات المسلمين، هذا لفظه، وهو ينازع فيما تقدمه من قول القفال وأبي الطيب.

قال: (**فَإِنْ عُلِفَتْ مُعْظَمَ الْحَوْلِ فَلَا زَكَاةَ**) أي: بلا خلاف أن مختص العلف. أما لو كانت تعلق ليلاً وترعى نهارًا في جميع السنة فعلى الخلاف الآتي، قاله الرافعي وهو محمول على ما إذا لم يكفها الرعي، فإن كفاها فسيأتي بيانه.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن علفت دون معظم الحول.

(**فَالْأَصَحُّ إِنْ عُلِفَتْ قَدْرًا تَعِيشُ بِدُونِهِ بِلَا ضَرَرٍ بَيِّنٍ وَجَبَتْ وَإِلَّا فَلَا**) فالأصح زيادة للإمام لم يتعرض لها الأكثرون قالوا: ذا الماشية تصبر اليومين ولا تصبر الثلاثة.

وقال القاضي ابن كج: لا يختلف قولنا إنه لو عافها يومًا ويومين وثلاثة أن الزكاة تحب، ولا اعتبار بذلك، فإن علفها الشهر والشهرين؛ فالمذهب السقوط انتهى.

ولا فرق على الأصح بين أن معلقها بالامتناع السوم بثلج ونحوه عازمًا على ردها إلى الإسامة عند إمكانها أو لا.

والثاني: إن علفت قدرًا يعد مؤنة بالإضافة إلى رفقها، فلا زكاة، وإن احتقر بالإضافة إليه وجبت، وهو قوي في المعنى.

والثالث: لا يؤثر العلف إلا أن يزيد على نصف السنة فلو استويا؛ فالمشهور السقوط.

وقال الإمام: فيه تردد والظاهر السقوط.

والرابع: إن ما يتموا من العلف، وإن قل يقطع السوم، فإن أسميت بعده استؤنف الحول.

وَلَوْ سَامَتْ بِنَفْسِهَا أَو اعْتَلَفَت السَّائِمَةُ، أَو كَانَتْ عَوَامِلَ فِي حَرْثٍ وَنَضْحٍ وَنَحْوِهِ فَلَا زَكَاةَ فِي الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: ولعل الأقرب تخصيص هذه الأوجه بما إذا لم يقصد يعلفه سياقان قصد به قطع السوم انقطع الحول لا محالة، ذكره صاحب «العدة» وغيره، قال: نقله جماعة وجهًا آخر في المسألة بلا ترجيح.

وفي «الشامل»: ومن أصحابنا من قال فذكر، ثم قال: قال الشيخ أبو حامد: هذا ظاهر المذهب والأقيس، ولم يحكه القاضي أبو الطيب، انتهى.

وحكاه الروياني عن نصه في «الأم» وعلله بأن النية قارنة الفعل المسقط للزكاة فسقطت، وإن قل الفعل واستغربه.

وقال: قال البندنيجي: إنه المذهب وجزم به في «التجربة» وغلط من قال غيره؛ فحصل خمسة أوجه، هذا أصحها، وسبق له نظير عن النص في شروط الصلاة وحكى جماعة وجهًا سادسًا أن القاطع للسوم علف ثلاثة أيام أي: فأكثر لا ما دونها وعلى كل تقدير، فلا بد أن يكون العلف مما يتمول أما اليسير الذي لا يتمول، فلا أثر له لعدم إخلاله ممقصود السوم ولا أثر لمجرد نية العلف ولا لنية السوم.

واعلم أنا إذا قلنا بالمرجح فالقدر الذي تعيش بدونه تارة يكون لقلته كما سبق من علف يوم أو يومين، وتارة لاستعتابها بالرعي وإن كثر بأن كان الرعي يكفيها، ولكنه يعلفها أيضًا، فإن الروياني جزم بأنه لا يتغير حكمها به.

قال: وذكر القفال أنه لو كان يسرحها كل يوم، وإذا ردب إلى المراح ألقى شيئًا من العلف لها لا ينقطع الحول. قال: وأراد به ما ذكر.

قال: (**وَلَوْ سَامَتْ بِنَفْسِهَا أَو اعْتَلَفَت السَّائِمَةُ، أَو كَانَتْ عَوَامِلَ فِي حَرْثٍ وَنَضْحٍ وَنَحْوِهِ فَلَا زَكَاةَ فِي الْأَصَحِّ**):

فيه مسائل:

الأولى: إذا سامت الماشية بنفسها ففيه وجهان أصحهما، وقطع به جماعة

....

المنع لعدم فعل الإسامة أو لعدم قصدها إن اعتبرناه ولو إسهامًا المالك بلا نية.

قال المصنف: فالصحيح الوجوب لظواهر الأحاديث، وحصول الرفق مع فعله.

قلت: وللموجب في مسألتنا أن يتمسك بالظواهر؛ لأنها سائمة، ولحصول الرفق والظاهر أن أسامة ولي المحجور كأسامة الرشيد ماشيته لكن لو كان الخط للمحجور في تركها فهذا موضع تأمل وهل تعتبر أسامية الصبي والمجنون ما سيتهما أو لا أثر لها، فيه نظر!

ويبعد تخريجه على أن عمدها عمد أم لا هذا إذا كان لهما تمييز.

الثانية: إذا اعتلفت السائمة القدر المؤثر، قال في «شرح المهذب»: فأصح الوجهين وبه قطع الأكثرون انقطاع الحول لفوات شرط السوم، فأشبه فوات سائر شروط الزكاة لا فرق بين فواتها قصدًا أو اتفاقًا.

قلت: ويحتمل أن يقال: لو اعتلفت من مال حربي لا يضمن أن السوم لا ينقطع كما لو جاعت بلا علف ولا رعي؛ لأن ذلك لا يؤثر.

فرع: المتولد بين سائمة ومعلوفة ملحق بأمه في الحول، فإن كانت هي السائمة ضم إليها في الحول، وإلا فلا.

الثالثة: السائمة العاملة في حرث أو نضح أو حمولة له أو بأجرة لا زكاة فيها على المذهب الصحيح.

قال الشيخ: وبه قطع الجمهور وقيست بثياب البذل ومتاع الدار، وروى الدارقطني من رواية علي رضي الله عنه: «**ليست العوامل شيء**» وفي رواية له: «**ليس على البقر العوامل شيء**»(١).

قال ابن القطان: إسناده صحيح.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٩٢، رقم ٧١١)، وأبو داود (٢/ ١٠١، رقم ١٥٧٤)، والبيهقي (٤/ ١١٧، رقم ٧١٩٨) والنسائي (٥/ ٣٧، رقم ٢٤٧٧) جميعا بنحوه.

والثاني: وبه أجاب الشيخ أبو محمد وغيره من المراوزة، وصححه صاحب «الكافي» منهم يجب؛ لأنها سائمة أبدًا، فهي أولى بالوجوب لتوفر المؤنة وزيادة العمل، وهم لا يحملون الحديث على المعلوفة، وهو محتمل؛ إذ الأغلب أن العوامل تعلف، وإن رعيت.

ورأيت في «المستخرج من تعليق أبي حامد»: ولا شيء في البقر العوامل التي يحرث والإبل التي تنقل الأمتعة وتأكل العلف وكذل الإبل النواضح التي تحمل الماء، وإنما تجب الزكاة في هذه كلها إذا كانت سائمة فقط انتهى.

وهو ملخص من قوله في «الأم».

روي عن بعض الصحابة أنه ليس في البقر والإبل العوامل صدقة.

قال الشافعي: ومثلها الغنم تعلف، قال: وقد كانت النواضح على عهده صلى الله عليه وسلم ثم خلفائه، فلم أعلم أحدًا روى أنه أخذ منها صدقة، ولا أحد من خلفائه ولا أشك إن شاء الله أن قد كان، ولو أن للرجل الخمس وأكثر في الحائط.

قال الشافعي: فإذا كانت لرجل نواضح أو بقر حرث أو إبل حمولة، فلا يبين لي فيها الزكاة، وإن بطلت كثيرًا من السنة، ورعيت فيها؛ لأنها غير السائمة، والسائمة ما كان راعيًا دهره.

قال الشافعي: وإن كانت العوامل يرعى ثمره، وتركب أخرى أو تنضح زمامًا وتركب في غيره، فلم ينضح عليها أو كانت غنمًا هكذا تعلف في حكمين، وترعى في آخر فلا يبين لي أن في شيء من هذه صدقة ولا أخذها من مالكها، وإن كانت لي أديت عنها الصدقة إن شاء الله تعالى، واخترت لمن هي له أن يفعل، هذا نصه بحروفه، وهو إلى كلام المراوزة أقرب، وآخره هو المذكور في «المختصر» وهو محتمل جدًا؛ ولهذا قال البغوي في تعليقه: أحدهما يجب لأنها سائمة، وهو الأصح، والثاني: لا تحب، وهذا هو

وَإِذَا وَرَدَتْ مَاءً أُخِذَتْ زَكَاتُهَا عِنْدَهُ، وَإِلَّا فَعِنْدَ بُيُوتِ أَهْلِهَا.

الأصح، وظاهر الأحاديث، فأشار إلى أن الأصح مذهبًا الوجوب ودليلاً المنع، ولم يفرق الأئمة بين العمل الخفيف الذي لا ينقص به نماؤها، نقصًا له بالعمل وبين غيره مع ظهوره من حيث المعنى، ولا بين العمل القليل والكبير، والظاهر أنه لا بد أن تعد عوامل، فلو اتفق حرث أو نضح أو حمل على ما لم يعد لذلك في وقت الماشية أنه لا يقطع السوم.

إشارة: قد يفهم قوله أولاً وكونها سائمة أنه لو أسام المعلوفة غاصبها حولاً أو الضوال وأجدها أن الزكاة تحب؛ لأنها سائمة، ولم تسم بنفسها، وليس كذلك على الأصح، بل الشرط إسامة المالك أو من ينوب عنه بولاية أو وكالة.

والظاهر: إنه لو ورث سائمة، وكانت لذلك، ولم يعلم بإرثها إلا بعد حول، أن الزكاة تجب، وإن لم يسمها بنفسه ولا نائبه، ولم أره نصًا، والحق بهذا ما في معناه من قبول الهبة ووصيه.

قال: (**وَإِذَا وَرَدَتْ مَاءً أُخِذَتْ زَكَاتُهَا عِنْدَهُ، وَإِلَّا فَعِنْدَ بُيُوتِ أَهْلِهَا**) فإن لم يجدها الساعي عند الماء ولا البيوت، فليس له إلزامهم يجلبها إليهم من مرعاها للمشقة، ولا يلزمه اتباعها، وقيل: إنه معنى ما ورد: «**لا جلب ولا جنب، ولا تؤخذ صدقاتهم إلا في دورهم**» رواه أبو داود ولأحمد: «**تؤخذ صدقات المسلمين من مياههم**» وللبيهقي «**عند مياههم أو عند أفنيتهم**»[1] وله توجد صدمات أهل البادية على مياههم وأقنيتهم.

قال في «الأم»: وعلى المصدق إن يأخذ صدقتها على مياه أهلها، وإذا كان كرجل ما أن حليها إلى أيهما سارت الماشية وعلى ربها أن يوردها المال تؤخذ صدقتها عليه، وليس المصدق أن يحبس الماشية عن الماء بالربيع، فعلى

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١١٣، رقم ٨٣٨)، وأحمد (٤/ ٤٣٩، رقم ١٩٩٦٠)، والترمذي (٣/ ٤٣١، رقم ١١٢٣) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ٢٢٧، رقم ٣٥٩٠)، والطبراني (١٨/ ١٧٠، رقم ٣٨٢)، والبيهقي (١٠/ ٢١، رقم ١٩٥٦٥) والبزار (٩/ ٢٨، رقم ٣٥٣٥)، وابن حبان (٨/ ٦١، رقم ٣٢٦٧)، والدارقطني (٤/ ٣٠٣).

وَيُصَدَّقُ الْمَالِكُ فِي عَدَدِهَا إنْ كَانَ ثِقَةً، وَإِلَّا فَتُعَدُّ عِنْدَ مَضِيقٍ.

باب زكاة النبات

قال المصنف: [تَخْتَصُّ بِالْقُوتِ، وَهُوَ مِن الثِّمَارِ: الرُّطَبُ: وَالْعِنَبُ،

المصدق أن يأخذها في بيوت أهلها وأفنيتهم، وليس عليه أن يبيعها راعية أي: ولو خرج إليها كان أفضل.

قال: ولو كلفهم المجامع التي يوردونها إذا كان الظمأ ما كان ذلك ظلمًا انتهى.

قال: (**وَيُصَدَّقُ الْمَالِكُ فِي عَدَدِهَا إنْ كَانَ ثِقَةً**) أي: وعلم الساع ذلك وله مع ذلك أن بعدها.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن ثقة أو جهل حاله.

(**فَتُعَدُّ عِنْدَ مَضِيقٍ**) لأنه أسهل.

قال في «الأم»: فلو ادعى رب الماشية إنه أخطأ عليه، أعيد له العدد، وكذلك إن ظن الساعي أن عادة أخطأ أعاد العدد، والله أعلم.

قال الشارح: الأصل في الباب بعد الكتاب والسنة الإجماع.

قال: (**تَخْتَصُّ بِالْقُوتِ**) لأنه الصالح من النبات للمواساة.

(**وَهُوَ مِن الثِّمَارِ: الرُّطَبُ: وَالْعِنَبُ**) أي: خاصة، فلا زكاة في التين والخوخ وغيرهما من الثمار ما جفف منها، وما لم يجفف، وادعى الشيخ نفي الخلاف فيه، واتفاق نصوص الشافعي والأصحاب أنه لا زكاة في التين، وهو المنقول في أكثر الكتب.

والموجود في «الأم» والبويطي وغيرهما، لكن رأيت في كتاب الودائع من «منصوصات الشرائع» لأبي العباس بن شريح، وقد نقل المصنف منه أشياء في باب ما تجب فيه الزكاة وما جفف من الفواكه، فبلغ خمسة أوسق كالتين والأجاص، وسائر نبات صلح أن يدخر وعدوه قومًا كالعناب وشبهه فيه الزكاة.

وَمِن الْحَبِّ: الْحِنْطَةُ، وَالشَّعِيرُ، وَالْأَرُزُّ، وَالْعَدَسُ، وَسَائِرُ الْمُقْتَاتِ اخْتِيَارًا.

ولا زكاة في الزيتون والسمسم والجوز واللوز والبندق والفستق، وجميع الفواكه إذا أكلت رطبة؛ وكذلك جميع الخضراوات مما يؤدم به الخبز ليس فيه زكاة، هذا لفظه رحمه الله.

وقوله: ولا زكاة في الزيتون، وكذا يشعر بأنه فرع الأول على الجديد، وإلحاق التين بالزبيب ظاهر، فإنه يدخر ويقتات ويقيت أكثر من الزبيب والتمر.

واتفقت المالكية على أنه لا زكاة في غير النخل والكرم من الثمار إلا التين، فاختلفوا فيه فقال عبد الملك بن حبيب: تجب فيه الزكاة على مذهب مالك قياسًا على التمر والزبيب وإليه ذهب جماعة من البغداديين منهم: إسماعيل ابن إسحاق ومن تابعه، وكان الأبهري وجماعة يفتون به، ويرونه مذهب مالك على أصوله، ويحكم عندهم فيه بحكم التمر والزبيب المجمع عليه، قاله أبو عمر بن عبد البر.

قلت: وكذا أصبغ وابن سريج، والإلحاق ظاهر في القياس الظاهر، وهو ببلاده كالتمر ببلاده، وذكر لي أن بلاد الأقوت لهم سواء، ولا مثل أنه يدخر ويقتات أكثر منهما، فما المانع من الإلحاق، ولا شك أن ابن سريج لا تخفى عليه نصوص الشافعي، وأصحابه في ذلك والله أعلم.

قال: **(وَمِن الْحَبِّ: الْحِنْطَةُ، وَالشَّعِيرُ، وَالْأَرُزُّ، وَالْعَدَسُ، وَسَائِرُ الْمُقْتَاتِ اخْتِيَارًا)** أي: كالذرة والدخن واللوبياء والحمص والباقلاء والبسلة، كما قاله في البويطي، وهي معروفة بمصر تقارب العدس والجلبان والماش وغيرها من المستنبتات المأكولة اختيارًا سواء منها ما يخبز أو يطبخ أو يعصر أو يهرس أو يتخذ سويقًا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الزكاة في كثير منها وألحقوا بها الباقي لشمول معنى الاقتيات والإدخار وامتنعت في غير القوت؛ لأنه ليس في معنى المنصوص بل قال صلى الله عليه وسلم لمعاذ

....

وأبي موسى رضي الله عنهما لما بعثهما إلى اليمن: «لا تأخذ الصدقة إلا من هذه الأربعة الشعير والحنطة والتمر والذبيب».

قال الحاكم: إسناده صحيح.

وقال البيهقي في «الخلافيات»: إسناده ثقات، وهو متصل، قيل: وقضيته نفي الزكاة عن غيرها.

وقد حكى في كون غيرها في معناها من يجوز القياس على العدد المحصور.

وقال الرافعي: ثبت أخذ الصدقة وغيرها بأمره صلى الله عليه وسلم.

قلت: وفي صحيح البخاري عن معاذ رضي الله عنه كان يأخذ الصدقة من أهل اليمن عن الذرة.

تنبيه: احترز المصنف بقوله: اختيارًا عما يقتات في الجدب اضطرارًا من حبوب البوادي وبزورها كالقت، وحب الحنظل وحب الغاسول وغيرها كما لا زكاة في الوحشيات من الظباء ونحوها.

ورأيت في «الرونق» المنسوب إلى الشيخ أبي حامد الذي يختصره «اللباب» المنسوب إلى أبي الحسن المحاملي نقل قولين للشافعي في الموز والبلوط، وطرح ذلك صاحب «اللباب» لغرابته، وصحف بعض العصريين الموز باللوز.

واعلم أن المعروف في كتب الأصحاب أن الدجن غير اللوبيا، وذكرهما جميعًا في كتاب البويطي.

ورأيت في «المستخرج من تعليق أبي حامد» أنه ذكر الدُّجْن في «الأم» والقديم وفسره في القديم فقال: هو اللوبيا، وسكت عليه، وهو صحيح، وهو بالجيم والراء واللوبيا بلغة اليمن، ويقع في الكتب لتغيير بالدُّخْن بالخاء والنون وهو تحريف النساخ، فاعلم.

واعلم أن ما تجب فيه الزكاة لا فرق فيه بين أن يزرع قصدًا وبين أن يتناثر حبًّا

وَفِي الْقَدِيمِ تَجِبُ فِي الزَّيْتُونِ، وَالزَّعْفَرَانِ، وَالْوَرْسِ، وَالْقُرْطُمِ، وَالْعَسَلِ. وَنِصَابُهُ خَمْسَةُ أَوْسُقٍ، ....

ممن تلزمه الزكاة أو يحمله ريح أو سيل، فيبنت أو يزرعه غاصب، نعم؛ لو حمل سيل حبًا من دار الحرب فنزلت بأرضنا، فلا زكاة فيه كالنخيل المباح بالصحراء.

وكان ينبغي للمصنف الاحتراز عن هذين لئلا يظن شمول إطلاقه لهما.

قال: (**وَفِي الْقَدِيمِ تَجِبُ فِي الزَّيْتُونِ، وَالزَّعْفَرَانِ، وَالْوَرْسِ، وَالْقُرْطُمِ، وَالْعَسَلِ**) روي في الزيتون والورس والقرطم آثار ضعيفة، وقيس الزعفران على الورس، وقيل بالمنع فيه، وفي العسل قطعًا، وقيل: العصفر كالقرطم أن يكون قولاً قديمًا، وليس ببعيد تشبه الموز بالرطب الذي لا يثمر، وأما العسل، فروى ابن ماجه مختصرًا أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ العُشر منه.

ورواه أبو داود والنسائي مطولاً، وإن عمر رضي الله عنه فعل ذلك كما سنذكره لكن ضعفه الإمام أحمد والبخاري والترمذي وغيرهم.

وقال البخاري وابن المنذر وغيرهما: لا يصح فيه حديث، وانفرد أبو عمر ابن عبد البر فقال: إنه حديث حسن.

نعم؛ قال بالوجوب فيه خلائق من التابعين وحمل الأصحاب وغيرهم الحديث على أن أصحابه أدوه تطوعًا لا أنه يكون زكاة مفروضة أو مقابلة لما حمى لهم، وأدبهم كما إليه الحديث.

وقال عمر رضي الله عنه لساعيه: إن أدوا لك ما كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم واديهم، وإلا فخل بين الناس وبينهم.

قال إمام الحرمين: وإذا أوجبنا فسواء كان النحل الدواخل العسل من المواضع المباحة.

قال: (**وَنِصَابُهُ خَمْسَةُ أَوْسُقٍ**) أي: نصاب القوت المتفق عندنا على وجوب الزكاة فيه كما أشار إليه «المحرر».

وأما ما ذكر على القديم، فلا يشترط النصاب في الورس والزعفران على

وَهِيَ أَلْفٌ وَسِتُّمِائَةِ رِطْلٍ بَغْدَادِيَّةٌ، وَبِالدِّمَشْقِيِّ ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ رِطْلًا وَثُلُثَانِ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ ثَلَاثُمِائَةٍ وَاثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ رِطْلًا وَسِتَّةُ أَسْبَاعِ رِطْلٍ ؛ لِأَنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ رِطْلَ بَغْدَادَ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا وَأَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ، وَقِيلَ بِلَا أَسْبَاعٍ وَقِيلَ وَثَلَاثُونَ، والله أَعْلَمُ.

الأصح لقلة ما يتحصل منهما، بخلاف العسل والقرطم والترمس على الأصح، وإيضاح ذلك وتحقيقه يحتاج إلى تطويل ممل بلا فائدة؛ لأنه تفريع على قول مهجور، وإنما اعتبر الشافعي رضي الله عنه والأصحاب وغيرهم الأوسق الخمسة في الأقوات، خلافًا للإمام أبي حنيفة رحمه الله حيث لم يعتبر ذلك، وأوجب الزكاة في القليل والكثير لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليس فيما دون خمسة أو سق صدقة**» متفق عليه.

وللبخاري أيضًا: «**ليس في أقل من خمسة أوسق**» ولمسلم أيضًا: «**ليست في حب ولا تمر حتى تبلغ خمسة أوسق**» وفي صحيح ابن خزيمة بإسنادٍ متصل زيادة(١). والوسق: ستون صاعًا وهو كذلك إجماعًا.

قال: (**وَهِيَ أَلْفٌ وَسِتُّمِائَةِ رِطْلٍ بَغْدَادِيَّةٌ، وَبِالدِّمَشْقِيِّ ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتَّةٌ وَأَرْبَعُونَ رِطْلاً وَثُلُثَانِ**) لم يذكر الرافعي برطل دمشق، وإنما ذكر المنّ الكبير وهو ستمائة درهم، فعبَّر عنه الشيخ بما ذكره، ورطل بغداد عند الرافعي مائة وثلاثون درهمًا، فينتج ذاك بالضرب ما ذكره عن مقتضى كلام الرافعي.

قال: **قُلْتُ: الْأَصَحُّ ثَلَاثُمِائَةٍ وَاثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ رِطْلاً وَسِتَّةُ أَسْبَاعِ رِطْلٍ لِأَنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ رِطْلَ بَغْدَادَ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا وَأَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ، وَقِيلَ بِلَا أَسْبَاعٍ وَقِيلَ وَثَلَاثُونَ، والله أَعْلَمُ**) قال بعض محققي العصر: ما ذكره المصنف وحققه في رطل بغداد هو الصحيح، فإنه تسعون مثقالاً كل أوقية منه سبعة مثاقيل ونصف مثقال والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ومن ذكر ذلك الجوهري في باب محك من «صحاحه» وحينئذ ينتج من ذلك المقدار الذي

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٨٤) ومسلم (٢٣١٠) وابن خزيمة في صحيحه (٢١١٦).

....

ذكره المصنف.

وعبارة «الروضة» و«شرح المهذب» و«التحرير»: ثلاثمائة واثنان وأربعون ونصف رطل وثلث رطل وسبعا أوقية، وكذا قاله الشيخ أبو عمرو بن الصلاح في «فتاويه».

وقال الشيخ محب الدين الطبري: المحكي الوجه الثاني الذي لم يعتبر الأسباع أقيس؛ لأن الأوقية معبرة بعشر دراهم وأربعة دوانيق.

وقال ابن الرفعة في «مطلبه»: في المكيال والميزان ما صححه الرافعي معنى الوجه الثالث هُوَ الَّذِي يَقْوَى فِي النَّفْسِ صِحَّتُهُ بِحَسَبِ التَّجْرِبَةِ.

تنبيهات: هذا التقدير تحديد كسائر النصب وقيل: تقريب، ووقع في «شرح مسلم» وفي كتاب الطهارة من «شرح المهذب» ورؤس المسائل للمصنف تصحيحه، فلا يضر نقص يسير كرطل ورطلين قيل: وخمسة والصحيح التحديد، وإن الاعتبار بالكيل لا بالوزن إلا العسل على القديم، فيعتبر بالأرطال قيل: وتوسط في «العدة» فقال: هو تحديد في الكيل وتقريب في الوزن إنما قدروه بالوزن استظهارًا، وقد يعتبر تحصيل الضائع المحقق.

وقال الدارمي: هل خمسة أوسق تحديد أو تقريب على وجهين، فذكرهما. ثم قال: من أصحابنا من قال سواء اعتبر الكيل أو الوزن، فجائز.

وقال أبو إسحاق: يعتبر الكيل.

وقال ابن أبي هريرة: يعتبر الأمرين بأكثرهما وأكملهما، هذا لفظه.

وبالجملة: فالحق أن الحبوب تختلف خفة ورزانة؛ فالوجه اعتماد الكيل عند المكنة فمن لم يجد صاعًا محققًا وجب عليه إخراج قدر يتيقن أنه لا ينقص عنه.

قال: قال في «البحر»: وغلط جماعة من أصحابنا حيث قالوا: يعتبر الوزن، ونقل عن الشيخ أبي حامد أنه قال: هذا الذي حققه أصحابنا من اعتبار الوزن معناه إذا وافق الوزن الحبل، فأما ما يختلف مثل أن يكون التمر مكثرًا

وَيُعْتَبَرُ تَمْرًا أو زَبِيبًا إنْ تَتَمَّرَ وَتَزَبَّبَ، وَإِلَّا فَرُطَبًا وَعِنَبًا.

ثقيلاً يكون ألف وستمائة رطل منه دون ثلاثمائة صاع، فلا زكاة فيه، ولو كان حفيفًا يكون ثلاثمائة صاع؛ لئلا دون ألف وستمائة رطل يلزم الزكاة؛ لأن الأصل فيه الكل.

قال صلى الله عليه وسلم: **«المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة»**(١) ونقل هذا كله في «التجريد» عن أصحابنا مطلقًا بزيادة، فهو على التقريب في الوزن، وعلى التحديد في الكيل، انتهى.

وهذا حق لا مرية فيه، ويأتي لهذا مزيد بيان فيما بعد إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَيُعْتَبَرُ)** أي: بلوغه خمسة أوسق حال كونه: **(تَمْرًا أو زَبِيبًا إنْ تَتَمَّرَ وَتَزَبَّبَ)** إن تمر وتزبب لقوله صلى الله عليه وسلم: **«ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة»** رواه مسلم من حديث جابر والبخاري من حديث أبي سعيد، فهو متفق عليه(٢).

قال: **(وَإِلَّا فَرُطَبًا وَعِنَبًا)** لأنه حالة كمالها، وقيل: يعتبر تغيره مما يجفف مما يكون أقرب إليه مما يتتمر أو يتزبب وقيل: إن كان يجيء منه تمر، ولو حشف رديء يعتبر بنفسه يابسًا.

قال الشيخ: وعلى الأوجه يحب إخراج واجبه في الحال رطبًا؛ إذ لا جفاف له ينتظر ولا خلاف في ضمه إلى ما يجفف في إكمال النصاب؛ لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٦، رقم ٣٣٤٠)، والنسائي (٧/ ٢٨٤، رقم ٤٥٩٤) والبيهقي (٦/ ٣١، رقم ١٠٩٤٢).

(٢) حديث أبي سعيد: أخرجه مالك (١/ ٢٤٤، رقم ٥٧٧)، والشافعي (١/ ٩٤)، والطيالسي (ص ٢٩٢، رقم ٢١٩٧)، وأحمد (٣/ ٣٠، رقم ١١٢٧١)، والبخاري (٢/ ٥٤٠، رقم ١٤١٣)، ومسلم (٢/ ٦٧٤، رقم ٩٧٩)، وأبو داود (٢/ ٩٤، رقم ١٥٥٨)، والترمذي (٣/ ٢٢، رقم ٦٢٦)، والنسائي (٥/ ٣٧، رقم ٢٤٧٦)، وابن ماجه (١/ ٥٧٤، رقم ١٧٩٩)، وابن خزيمة (٤/ ٣٣، رقم ٢٢٩٤)، وابن حبان (٨/ ٦٢، رقم ٣٢٦٨)، والدارقطني (٢/ ٩٣).
حديث جابر: أخرجه الطيالسي (ص ٢٣٦، رقم ١٧٠٢)، وأحمد (٣/ ٢٩٦، رقم ١٤١٩٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٣٢، رقم ١١٠٣)، ومسلم (٢/ ٦٧٥، رقم ٩٨٠)، وابن ماجه (١/ ٥٧٢، رقم ١٧٩٤).

وَالْحَبُّ مُصَفًّى مِن تِبْنِهِ وَمَا ادُّخِرَ فِي قِشْرِهِ كَالْأَرُزِّ وَالْعَلَسِ فَعَشَرَةُ أَوْسُقٍ.

جنس واحد.

قال الرافعي في شرحه الصغير بعد ذكره الأوجه: ولو كان يجف مدة طويلة كستة أشهر متوالية، ويشبه أن يقال: إنه كالذي يجيء منه التمر الرديء لقلة فائدته، وامتناع التمتع به طوال السنة حتى يوسق رطبًا، انتهى.

وهذا إن سلم له ورد على إطلاق الكتاب وغيره، ولكن قضية إطلاقهم أنه لا فرق.

قال: (**وَالْحَبُّ مُصَفًّى مِن تِبْنِهِ**) أي: ومن القشر الذي لا يؤكل ولا يدخر معه؛ لأنه كالتبن وأن يكون يابسًا.

قال: (**وَمَا ادُّخِرَ فِي قِشْرِهِ**) أي: الذي لا يؤكل معه.

(**كَالْأَرُزِّ وَالْعَلَسِ فَعَشَرَةُ أَوْسُقٍ**) أما العلس فكما قال بالاتفاق نص عليه.

قال: وزعم أهل الخبرة إنه إذا يخت قشرته نقص النصف وأما الأرز، فإن كان ينقص نصفه، فهو كالعاهن، وإن كان أقل فيعتبر على قدره، هكذا نقله ابن كج.

وفي المستخرج من تعليق أبي حامد للبندنيجي قال في «الأم»: ولا تخرج زكاة شيء في سنبلة وقشرة إلا العكس، انتهى.

وهو قضية كلام المحاملي في «المقنع».

وقال الماوردي: هل توجد زكاة الأرز بقشره أو مقشرًا على وجهين: إذا علم هذا فقد قال الرافعي بعد جزمه في العكس بما ذكرناه.

وأما الأرز فيدخر أيضًا مع قشره، فإنه أبقى له، فيعتبر بلوغه قدرًا يكون الخارج منه نصابًا، انتهى.

وهذا ليس بخلاف كما ظنه في «شرح المهذب» تبعًا للروياني، وجعل المذهب الأول.

....

ألا ترى قول الرافعي في شرحه الصغير: والأرز يدخر في قشره، فإنه أبقى له، فيعتبر بلوغه مع القشر عشرة أوسق، وإن اختلف الخارج، فيعتبر بلوغه قدرًا يكون الخارج منه نصابًا، انتهى.

وهذا واضح.

وقال البندنيجي: لا شيء فيه حتى يكون خمسة أوسق مقشرًا أو سبعة ونصف غير مقشر. قال الروياني: والأول أصح، وليس كما قال.

وقال الماوردي هنا، وفي الربا: للأرز قشرتان الأولى لا تطبخ معها، فلا احتساب بها كقشرة العلس، والسفلى الحمراء اللاصقة بمكان ابن أبي هريرة يجعلها لقشرة العلس ولا يجعل فيها الزكاة حتى تبلغ عشرة أوسق.

وقال سائر أصحابنا: لا تأثير لهذه القشرة، فإذا بلغ خمسة أو سق يجب الزكاة انتهى ونقل المصنف كلامه في «شرح المهذب» مختصرًا بعبارة مخلة.

ثم قال: وما نقله عن سائر أصحابنا شاذ ضعيف، بل هو المذهب الظاهر، والشاذ إنما هو قول ابن أبي هريرة فاعلم.

وقد قال الشافعي في «الأم»: والذرة ذرتان ذرة لا كمام عليها، ولا قمع بيضاء، وذرة عليها شيء أحمر كالحلقة أو الثفروق لا ينقص لها كيلاً، ولا يخرج إلا مطحونًا، وقل ما يخرج بالهرس فيكال ولا يطرح لكيله كما لا يطرح لأطراف الشعير الجديد، ولا قمع التمر، انتهى.

والحاصل فيه أنه إذا لم يختلف هل يعتبر عشرة أوسق مع العشرة العليا أو مع السفلى أو خمسة مع السفلى أو يتعين بصفيته، وجوه، وتعين تصفيته، اقتضاه كلام جماعة حيث قالوا: ولا تؤخذ زكاة شي من الحبوب حتى يصفى العلس قيل: والتخزين أن يقال: هل المعتبر خمسة أوسق مجردًا عن قشرته جميعًا أو عن العليا فقط، وجهان.

قلت: وتصحيح الروياني للأول شاذ، ويلزم منه أنه إذا كان في القشرة

وَلَا يُكَمَّلُ جِنْسٌ بِجِنْسٍ، وَيُضَمُّ النَّوْعُ إِلَى النَّوْعِ، ....

العليا أن يعتبر أكثر من عشرة أوسق، ولا يعلم من قال به.

والتحقيق الرجوع فيه إلى أهل الخبرة إن ضبط، ولم يختلف وإلا امتحن، وقد يجب الامتحان عند التردد ألا أن يتبرع المالك بإخراج ما نعلم أنه واجبه وأزيد، ولا يمنع من ذلك قولهم: إنما يدخر في قشره يخير المالك بين إبقائه كذلك وبين قشره.

فرع: قالا في دخول القشرة السفلى الباقلاء في الحساب وجهان.

قال في «العدة»: المذهب لا تدخل.

قال في «شرح المهذب»: وهذا غريب، وهو كما قال.

وكأن صاحب «العدة» أخذه من قوله في «البحر»: إنه الصحيح عندي، وهو خلاف قضية كلام الجمهور. والظاهر أن المذهب المنصوص الدخول.

قال ابن كج: قال الشافعي في العلس إلى أن قال: وأما الباقلاء والحمص والشعير فيطحن بقشره؛ فلأجل ذلك اعتبرناه مع قشره، وعلى الأول طريقة الامتحان.

قال: (**وَلَا يُكَمَّلُ جِنْسٌ بِجِنْسٍ**) أي: كتمر بزبيب وحنطة بشعير وحمص بعدس ودخر بدرة وسائر القطنية وغيرها قياسًا على المواشي.

ونقل ابن المنذر الإجماع في التمر مع الزبيب.

وحكى العجلي عن «إيضاح الصَّيْمَرِي» إنه لو بدر قمحًا وشعيرًا فخرجا مختلطًا خمسة أوسق وأحد النوعين أغلب والآخر يسير؛ فالزكاة في الأغلب؛ لأن القمح لا يخلو عن الشعير، وإن تساويا.

والجملة: خمسة أوسق إلى تسعة، فلا زكاة، وإن كان عشرة، والنوعان متقاربان فقيل: يخرج الزكاة من الجملة، وقيل: يؤدي عن كل واحدٍ على حياله.

قال: (**وَيُضَمُّ النَّوْعُ إِلَى النَّوْعِ**) أي: وإن تباينا في الجودة والرداءة سواء في ذلك جميع أنواع الثمر، وأنواعُ الزبيب وأنواع الحبوب سواء كان ذلك في

وَيُخْرِجُ مِن كُلٍّ بِقِسْطِهِ، فَإِنْ عَسُرَ أَخْرَجَ الْوَسَطَ، ....

بلاد أو بلاد إذا كان المالك واحدًا.

قال: **(وَيُخْرِجُ مِن كُلٍّ بِقِسْطِهِ)** لعدم المشقة؛ ولأنه أصل بخلاف الماشية على قول، وطرد ابن كج القولين هاهنا، والمشهور الفرق.

وقال الماوردي: إن كانت تمره من جنسين متساويين في القدر أخذنا من كل بقسطه، وإن كان أحدهما فأكثر، فوجهان:

أحدهما: من كل بقسطه.

والثاني: من الأكثر.

قال: **(فَإِنْ عَسُرَ)** أي: بأن كثرت الأنواع وقل مقدار كل نوع.

(أَخْرَجَ الْوَسَطَ) أي: رعاية للجانبين وقيل: كما لو لم يعسر وقيل: يخرج من الغالب.

قال في «الروضة» بعد هذا: وقيل: يأخذ الوسط قطعًا.

قال في «شرح المهذب»: وهي المذهب المنصوص، وبه قطع الجمهور، ثم حكى طريقه الأوجه، وأشار الماوردي على تخصيص الأوجه بالثمار لكثرة أنواعها، بخلاف الجبوب.

ورأيت في «لباب المحاملي» وأصله «الرونق» وهذا لفظ «اللباب»: ولو اختلف أصناف الثمار ولفظ «الرونق»: الثمور ففيها أربعة أقاويل:

أحدها: يخرج من الأغلب، والثاني: من الأوسط والثالث: من كل واحد بقدره والدافع الخير بالقيمة هذا لفظهما.

وافهم كلام «الرونق» في موضع الجزم بالرابع.

وينبغي أن يحرر قولهم أخرج الوسط أي: من النوع الوسط بين الجيد والرديء، فإن كان الفرض حيث يحصل التعديل بالقيمة بأن تجبر زيادة الجيد نقص الرديء، فذاك، وإن كان الفرص أعم من ذلك ففيه نظر، لا يخفى.

وَيُضَمُّ الْعَلَسُ إِلَى الْحِنْطَةِ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْهَا، وَالسُّلْتُ جِنْسٌ مُسْتَقِلٌّ، وَقِيلَ: شَعِيرٌ، وَقِيلَ حِنْطَةٌ وَلَا يُضَمُّ ثَمَرُ عَامٍ وَزَرْعُهُ إِلَى آخَرَ، ....

إشارة: لا خفاء أنه لا يجب أخذ الوسط بل لو أخرج من الأجود أو أجود منه، فقد زاد خيرًا، ولو تخلف المالك، وأخرج من كل نوع بقسطه، جاز بلا خلاف.

قال الشيخ: قال البندنيجي وغيره: وهو أفضل أي: من إخراج الوسط، وفي هذا الإطلاق نظر للفقيه!

قال: (**وَيُضَمُّ الْعَلَسُ إِلَى الْحِنْطَةِ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْهَا**) فإن كان ثلاثة أوسق حنطة كمل النصاب بأربعة أوسق علين في قشره، قاله في «الأم».

قال: (**وَالسُّلْتُ جِنْسٌ مُسْتَقِلٌّ**) نص عليه في البويطي وغيره، فلا يضم إلى غيره.

(**وَقِيلَ: شَعِيرٌ**) أي: فيضم إليه لشبهه به في برودة الطبع، وصححه الماوردي.

(**وَقِيلَ حِنْطَةٌ**) لشبهه بها لونًا وملاسة، هذا التشبه بهما هو الصواب، وعكسه طائفة فقالوا: إنه في صورة الشعير وطبعه حار كالحنطة .

وقال المتولي: لا خلاف أنه لا يضم إلى الحنطة، وإنما الخلاف في ضمه إلى الشعير، وفي تعليق البند نيجي: ولا يضم الشعير إلى السلت، وإن كان من جنس السلت.

قال: وكذا قال في «الأم» لا ، ولا السلت إلى الشعير.

وقال في المزني والأم: ما يدل على هذا، انتهى .

قال: (**وَلَا يُضَمُّ ثَمَرُ عَامٍ وَزَرْعُهُ إِلَى آخَرَ**) في تكميل النصاب، وإن قدر اطلاع ثمره العام الثاني قبل جداد ثمره الأول، ولو تصور نخل أو كرم تحمل في العام مرتين؛ فالحملان كالعامين هكذا أطلقوه.

وقال ابن كج: هذا إن كان بعد جداد الأول، فإن كان قبله وبعد بدو

وَيُضَمُّ ثَمَرُ الْعَامِ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ، وَإِن اخْتَلَفَ إِدْرَاكُهُ، وَقِيلَ: إِنْ طَلَعَ الثَّانِي بَعْدَ جَذَاذِ الْأَوَّلِ لَمْ يُضَمَّ.

وَزَرْعَا الْعَامِ يُضَمَّانِ وَالْأَظْهَرُ اعْتِبَارُ وُقُوعِ حَصَادَيْهِمَا فِي سَنَةٍ].

الصلاح، فعلى ما سنذكره في النخلتين.

قال الرافعي: وهذا لا يخالف إطلاق الجمهور عدم الضم، فإن السابق إلى الفهم من الحمل الثاني هو الحادث بعد جداد الأول، انتهى.

ونقل جماعة الاتفاق على أن البلح والبسر والرطب على النخلة حمل واحد، بضم بعضه إلى بعض.

قال: (**وَيُضَمُّ ثَمَرُ الْعَامِ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ وَإِن اخْتَلَفَ إِدْرَاكُهُ**) أي: لاختلاف الأنواع أو البلاد حرارة وبرودة، فإن اطلع المتأخر قبل بدو صلاح المتقدم، أو معه ضم قطعًا لوجوده يوم الوجوب، وكذا بعد الصلاح، وقبل الجداد لاجتماعهما على رؤس النخل على الصحيح، وكذا بعد الجداد على ما جزم أكثر الأصحاب الشيخ أبي حامد، وهو ظاهر النص على ترجيحه جزمًا في «المحرر» و«المنهاج» لأنها تمرة عام واحد.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ طَلَعَ الثَّانِي بَعْدَ جَذَاذِ الْأَوَّلِ لَمْ يُضَمَّ**) قاله القاضيان: ابن كج والماوردي، والقفاليون.

قال الماوردي: إن من قال بالضم فقد أخطأ بنص المذهب وجهل عادة التمر.

وقال الإمام: إنه لا خلاف فيه، وصححه الرافعي في شرحه الصغير، وهو الأصح المختار ولم يرجح في الكبير شيئًا، فعلى هذا الأصح أنه إذا طلع بعد بدو الصلاح في الأولى وقبل الجداد لا يضم لحدوثه بعد وجوب الزكاة في الأول، فصار كثمره عامين، قاله في «الشرح الصغير».

والأصح عليه أيضًا أن نهاية وقت الجداد كالجداد.

قال: (**وَزَرْعَا الْعَامِ يُضَمَّانِ وَالْأَظْهَرُ اعْتِبَارُ وُقُوعِ حَصَادَيْهِمَا فِي سَنَةٍ**) سبق

……………………………………………………………………

أنه لا يضم زرع عام إلى عام آخر، وأما زرع العام الواحد فما كان منه في وقت واحد يضم بعضه إلى بعض قطعًا، ولا أثر لامتداد مدة الزراعة فقد تمتد شهر أو شهرين وأكثر وهو زرع واحد، وأما ما يزرع في السنة مرتين أو أكثر كالذرة، فإنها تزرع في الخريف وفي الربيع والصيف قيل: وفي الشتاء فيضم بعضها إلى بعض.

وفي المعتبر في ذلك عشرة أقوال أكثرها منصوص، أظهرها ما ذكره؛ لأن الحصاد وقت استقرار الوجوب، فكان اعتباره أولى والثاني اعتبار زرعيهما في سنة .وقال: اعتبار الزرعين والحصاد في سنة، ومعنى ذلك أن يكون بين زرع الأول وحصد الثاني أقل من اثنى عشر شهرًا عربية.

والرابع: إن وقع الزرعان والحصادان أو حصد الأول وزرع الثاني في سنة ضم وإلا فلا.

قال الرافعي: ومنهم من اعتبر في هذا القول اجتماع الزرعين أو الحصدين، ولم يلحق لهما حصد الأول وزرع الثاني، وهذا حسن، هذا لفظه في «الشرح الصغير».

والخامس: يعتبر أما الزرعان والحصادان في سنة، وهذا ما جعله الرافعي عبارة عن القول الرابع لا قولاً غيره.

والسادس: الحصادان في فصل.

والسابع: الزرعان في فصل.

والثامن: الزرعان والحصادان في فصل أي: يكون زرعهما في فصل وحصادهما في فصل، قالوا: والمراد بالفصل أربعة أشهر.

التاسع: أن المزروع بعد حصد الأول لا يضم كحمل الشجرة.

والعاشر: خرجه أبو إسحاق أن ما يعد زرع سنة واحدة يضم ولا أثر لاختلاف الزرعين والحصدين، وهو حسن.

قال المصنف: [وَوَاجِبُ مَا شَرِبَ بِالْمَطَرِ أو عُرُوقُهُ بِقُرْبِهِ مِن الْمَاءِ مِن ثَمَرٍ وَزَرْعٍ الْعُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِنَضْحٍ، أو دُولَابٍ أو بِمَا اشْتَرَاهُ نِصْفُهُ.

وقال في «الشامل»: إنه أشبه الأقوال.

وقال البندنيجي في «تعليقه»: إنه المذهب وعلى هذا فالمراد بالسنة سنة الزرع وهي خمسة أشهر إلى ثمانية، وقيل: من ستة أشهر إلى ثمانية.

وقال البندنيجي: أكثرها ستة أشهر.

وفي «الحاوي»: إنها ستة أشهر، ونحوها وقيل: المراد اثنى عشر شهرًا، يعتبر الإدراك فيها والزراعة وهو شاذ.

وفي حلية الروياني: أن أصح الأقوال اعتبار الحصاد في فصل واحد، والفصل أربعة أشهر، انتهى.

وهذا كله إذا زرع الثاني بعد حصول الأول، فإن زرع بعد اشتداد الحب، فطريقان أصحهما أنه على الخلاف.

والثاني: القطع بالضم، ولو وقع الزرعان معًا أو على التواصل المعتاد، ثم أدرك أحدهما والثاني يقل لم ينعقد حبه ضمًا، وقيل: على الخلاف، ولو تناثر حبات مما اشتد فنبت في تلك السنة نيئًا، وأدرك فعلى الخلاف، وقيل: يضم قطعًا ولو معالي بعض الذرة على بعض، فحصد العالي، ثم أثرت الشمس في المخضر السافل، فأدرك ضمًا، وقيل: على الخلاف، ولو حصدت الذرة الهندية، فأخرج سوقها سنابل ضمت قطعًا، وقيل عكسه.

وقيل: على الخلاف لو اختلف الساعي والمالك في كونه زرع عام أو عامين صدق المالك، فإن اتهم حلف استحبابًا، والظاهر مجيء وجد في الوجوب.

قال الشارح: قال: (وَوَاجِبُ مَا شَرِبَ بِالْمَطَرِ أو عُرُوقُهُ بِقُرْبِهِ مِن الْمَاءِ مِن ثَمَرٍ وَزَرْعٍ الْعُشْرُ وَمَا سُقِيَ بِنَضْحٍ، أو دُولَابٍ أو بِمَا اشْتَرَاهُ نِصْفُهُ) لقوله - ﷺ -: «فيما سقت الأنهار والعيون العشر، وفيما سقى السانية نصف العشر» وللبخاري من رواية ابن عمر: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا

وَالْقَنَوَاتُ كَالْمَطَرِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

العشر وما سقي بالنضح نصف العشر» وفي رواية أبي داود بسند صحيح: «فيما سقت الأنهار والعيون أَو كَانَ عَثَرِيًّا الْعُشْرُ»[1].

قال أهل اللغة: والبعل ما يشرب بعروقه، والأصح في تفسير العثري: إنه الذي يسقى بماء السيل والنضح السقي من بئر أو نهر بسانية وهي بعير أو بقرة يسقى عليه والدولاب ما يديره ثور أو غيره، وكذا حكم ما يسقى بالدلاء والناعورة التي يديرها الماء بنفسه، فواجب ذلك نصف العشر لوجود الكلفة، وهو إجماع أيضًا.

وأما صورة شراء الماء فذكرها ابن كج، والماوردي قالا: وكذا لو غصب ماء؛ لأن عليه ضمان.

وعبارة الدارمي: قيمته، وإن وهب الماء وأوجبنا الثواب، فما يشرى، وإلا فوجهان رجح ابن كج أنه كالمغصوب لِعِظَمِ الْمِنَّةِ فِيهِ وَكَمَا لَوْ عُلِفَتْ مَاشِيَتُهُ بِعَلَفٍ مَوْهُوبٍ.

وعبارة الدارمي: إذا وهب له ماء فسقاه بغير مؤنة إلى أن قال: وإن قلنا: لا يقتضي فوجهان، انتهى.

ويحتمل أن يجيء وجه فارق بين الولد والأجنبي كما قيل بمثله، وبدل عن ماء الطهارة، وأجرة العاجز عن الحج، انتهى.

قال: (وَالْقَنَوَاتُ كَالْمَطَرِ عَلَى الصَّحِيحِ) وادعى الإمام اتفاق الأئمة عليه؛ لأن إسقاط القنوات، وهذه السواقي لِعِمَارَةِ الضَّنِيعَةِ، والماء يصل فيها من بعد إلى الأرض بنفسه، بخلاف ماء مؤنة لنفس الزرع.

والثاني: يجب نصف العشر، وبه أفتى أبو سهل الصعلوكي لمؤنة عمارتها.

---

[1] أخرجه أحمد (٣/ ٣٤١، رقم ١٤٧٠٧)، والبخاري (١٤٨٣) ومسلم (٢/ ٦٧٥، رقم ٩٨١)، وأبو داود (٢/ ١٠٨، رقم ١٥٩٧)، والنسائي (٥/ ٤١، رقم ٢٤٨٩)، وابن الجارود (ص ٩٦، رقم ٣٤٧)، وابن خزيمة (٤/ ٣٨، رقم ٢٣٠٩)، والبيهقي (٤/ ١٣٠، رقم ٧٢٧٩).

وَمَا سُقِيَ بِهِمَا سَوَاءٌ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، فَإِنْ غَلَبَ أَحَدُهُمَا فَفِي قَوْلٍ يُعْتَبَرُ هُوَ، وَالْأَظْهَرُ يُقَسَّطُ بِاعْتِبَارِ عَيْشِ الزَّرْعِ وَنَمَائِهِ، وَقِيلَ بِعَدَدِ السَّقْيَاتِ.

وقال البغوي: إن كانت القناة أو العين كثيرة المؤنة بأن لا تزال الأنهار وتحفر، وجب نصف العشر، وإن لم يكن لها مؤنة الحفر الأول وكسحها في بعض الأوقات؛ فالعشر.

قال الرافعي: والمشهور الأول.

قلت: ولا يخفي حسن هذا التفصيل.

وقال في «الكافي»: لو كان يحتاج في حفر النهر إلى مؤنة ثقيلة إما لطوله أو عمقه أو كان السقي ماء لقناة، وتحتاج في إصلاحها وكسحها وسقيها إلى مونة كبيرة فنصف العشر وهذا منقاس.

قال: (**وَمَا سُقِيَ بِهِمَا**) أي: بما السماء والنضح.

(**سَوَاءٌ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ**) رعاية للجانبين، وقيل: إذا اعتبرنا الغالب فيما سيأتي فوجب هنا العشر نظرًا للمساكين.

قال: (**فَإِنْ غَلَبَ أَحَدُهُمَا فَفِي قَوْلٍ يُعْتَبَرُ هُوَ**) ترجيحًا لجانب الغلبة.

(**وَالْأَظْهَرُ يُقَسَّطُ**) والأظهر يقسط لأن القياس كما قاله في «الأم»، ورجحه.

قال في «المحرر»: وهما كالقولين في تنوع الماشية، فإن كان ثلثاه بماء السماء وثلثه بالنضح وجب خمسة أسداس العشر.

وصورة المسألتين: إذا كان قصده في ابتداء الزرع السقي على ما وقع، فلو قصد ابتداء أحد السقيين ثم اعترض الآخر، فهل يعتبر حكم قصيده أو لا، أو يعتبر الحكم وجهان!

أصحهما: الثاني.

قال: (**بِاعْتِبَارِ عَيْشِ الزَّرْعِ وَنَمَائِهِ**) أي: سواء قسطنا أم اعتبرنا الأغلب يعيش الزرع أو الثمر ونمائه، فإنه المقصود.

(**وَقِيلَ بِعَدَدِ السَّقْيَاتِ**) أي: النافعية لا غيرها وعبر بعضهم عن هذا بالنظر

وَتَجِبُ بِبُدُوِّ صَلَاحِ الثَّمَرِ وَاشْتِدَادِ الْحَبِّ.

إلى النفع فيكون سقيه أنفع من سقيات، ولو أسقى الزرع بماء السماء والنضح جميعًا، وأشكل مقدار كل منهما وجب ثلاثة أرباع العشر أخذًا بالاستواء، وقيل: الواجب نصف العشر؛ لأنه اليقين.

قال: (**وَتَجِبُ بِبُدُوِّ صَلَاحِ الثَّمَرِ وَاشْتِدَادِ الْحَبِّ**) لأنه حينئذ يقتات .

وحكي قول: إن وقت الوجوب الجفاف والتصفية، ولا يتقدم الوجوب على الأمر بالأداء قيل: وأومئ في القديم إلى أنها تجب عند فصل الحصاد، وهما شاذان.

تنبيه: المراد ببدو الصلاح ما هو مبين في البيع.

وقوله: واشتداد الحب أي: بدو اشتداده، ولا تعتبر نهايته، وبدو صلاح البعض وانعقاد البعض كالحل في الحكم.

وعلم أنه لا يحب الإخراج عند بدو الصلاح فيهما بلا خلاف، بل ولا يجري الإخراج منه، وإنما المراد بالوجوب إلا أنه ينعقد سببًا لوجوب الإخراج إذا صار تمرًا أو زبيبًا أو حبًا مصفى ويصير للفقرا في الحال حق تحب دفعه إليهم بالأجرة.

فرع: لو أخد الساعي الرطب مما يتتمر لم يجز، ووجب رده، وإن بقي، وإن تلف.

قال في أصل «الروضة»: رد قيمته في الأصح، والذي يقتضيه كلام الرافعي أنه يحب بدله إن كان بالفاء، وهو المثل في الأصح، فإن فقد فالقيمة وعلى هذا حمل نص الشافعي والأكثرين على إيجاب القيمة.

ألا تراه قال في «الأم»: فإن فسد في يد المصدق ضامن مثله لصاحبه أو قيمته إن لم يجد له مثل انتهى.

وذكر الرافعي في موضع آخر كما في «الروضة»: وليس بجيد، فإن خف في يد الساعي، قال العراقيون: يجري إن كان قدر الزكاة وإلا رد قدر التفاوت

وَيُسَنُّ خَرْصُ الثَّمَرِ إِذَا بَدَا صَلَاحُهُ عَلَى مَالِكِهِ.

وأخذه قالا في «الروضة» وأصلها: والأولى وجه آخر، ذكره ابن كج أَنَّهُ لَا تُجْزِئُ بِحَالِ الْفَسَادِ الْقَبْضُ مِن أَصْلِهِ.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: والمختار الأول.

قلت: بل هو المذهب المنصوص في «الأم» ولفظه: وإن تيبس في يده، فإن كان أزيد من العشر رد الزيادة، وإن انقص أخذ النقصان، هذا كله حيث لا ضرورة، فلو عطش النخل، ولو تركت الثمرة عليه لضرته؛ فللمالك قطع بعضها أو كلها بمراجعة الإمام أو الساعي وجوبًا وقيل: يستحب الاستئذان، فلو علم الساعي قبل القطع وأراد القسمة حرصًا على الشجر فقولان مبنيان على أن القسيمة بيع أو أو إقراران. قلنا: إقرار جاز.

ثم الساعي يبيع ذلك للمالك أو غيره وله قطعه وتفرقته، وَلَا حَظَّ لِلْمَسَاكِينِ فِيهَا، وإن قلنا: بيع؛ لم يجز، وعلى الخلاف تخرج القسمة بعد قطعها، وإذا قلنا القسمة بيع لا يجوز أخذ الرطب ولا العنب مما لا ينمى ولا يتزبب.

فإن أخذه قال في «الأم»: أمرته برده، وإن استهلكه ضمن مثله أو قيمته، ويراد الفضل منه، وكان شريحًا في العنب يبيعه، ويعطي أهل السهمان ثمنه.

ثم قال: ولو قسمه موازنة كرهته ولم يكن عليه غرم، انتهى.

قال: (وَيُسَنُّ خَرْصُ الثَّمَرِ إِذَا بَدَا صَلَاحُهُ عَلَى مَالِكِهِ) لما في السنن الأربعة عن سعيد ابن المسيب عن عتاب بن أسيد، قال: «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخرص العنب كما يخرص النخل، وتؤخذ زكاته زبيبًا كما تؤخذ صدقة النخل تمرًا»⁽¹⁾ حسنه الترمذي.

ثم روى حديثًا آخر ثم قال: وسألت البخاري عنه فقال: إنه غير محفوظ، وحديث سعيد بن المسب عن عتاب بن أسيد أصح، انتهى.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٦، رقم ٦٤٤)، وقال: حسن غريب. وأبو داود (٢/ ١١٠، رقم ١٦٠٣)، وابن خزيمة (٤/ ٤١، رقم ٢٣١٦)، والدارقطني (٢/ ١٣٢).

....

وسعيد لم يسمع من عتاب ولا أدركه كما بينه المنذري وغيره، ولكن يجب الخرص، وبه جزم الماوردي وشيخه الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية» فقال: إذا بدا صلاح الثمار وجب على الإمام أن يبعث من يخرصها، انتهى.

وقد يوجه بأن تركه يضر بالملاك إن منعوا من التصرف وبالمساكين إن لم يمنعوا، ولو قيل: يجب على الخائن دون الأمين لم يبتعد.

تنبيه: قال الماوردي: أجمعت الصحابة وعلماء الأمصار على أن خرص ثمار البصرة غير جائز لكثرتها وللمؤنة في خرصها، ولما جرت عادة أربابها من تفريق معظم ما يرد إليهم منها، وتجاوزهم حد الصدقة، ولا يحثهم في تعارفهم الأكل للمجتازين بها، فرأى السلف أخذ الزكاة منها عند دخولها الْبَصْرَةَ أَرْفَقَ بِأَرْبَابِهَا وَأَحْظَى لِلْمَسَاكِينِ، وقد قيل: إنهم جَعَلُوا الظُّرُوفَ وَمُؤْنَةَ الْعَمَلِ فِيهَا عِوَضًا عما لا يضايقون في قدره، هذا في النخل، فأما الكرم فهم فيه كغيرهم يحرص عليهم، انتهى.

ولم أر هذا الغيره، وقضية كلام شيخه الصَّيْمَرِي والأصحاب قاطبة عدم الفرق، فإن صح ما ذكره فقياسه أنه إذا أشاركهم غيرهم فيما عرف منهم أن يعطي حكمهم.

فرع: صفه الخرص أن يطوف بالشجرة، ويرى جميع عناقيدها ويقول: لخرصها كذا وكذا رطبًا ويجيء منه يابسًا كذا وكذا، ثم يفعل بالباقي مثل ذلك، ولا يجوز الاقتصار على رؤية بعضها، وقياس الباقي عليه، وإن اختلف نوع الثمر خرصه شجرة شجرة، وأن يجد فالأحوط خرصه واحدة واحدة، ويجوز أن يطوف بالجميع، ثم يخرص الجميع، وقيل: يجوز خرص الجميع مطلقًا اتحد النوع أم اختلف، وقيل: إن كانت الثمار ظاهرة كتمر العراق جاز أو مسيرة كالحجاز لم يجز والصحيح.

وقال في «الانتصار» بعده: وعندي أن ذلك تختلف بقوة معرفة الخارص، وضبطه والأفراد أحوط، ثم ذكر صفة الخرص.

وَالْمَشْهُورُ إِدْخَالُ جَمِيعِهِ فِي الْخَرْصِ.

ثم قال: وهل يشترط ذلك أصح الوجوه أنه إن كانت بارزة يرى جميعها، فليس بشرط، وإن كانت قد خفي عليه، فهو شرط والثاني: أنه لا بد أن يطيف بها على الحالين والثالث: لا يفتقر إليه انتهى.

وكذا قال الماوردي نقلاً وترجيحًا.

قال: (**وَالْمَشْهُورُ إِدْخَالُ جَمِيعِهِ فِي الْخَرْصِ**) وعبر عنه جماعة بالجديون عبارة «المحرر» والأظهر وهي أجود، فإن الآخر مشهورًا أيضًا، وهو أن يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله، ويختلف ذلك بقلتهم وكثرتهم، نقله البيهقي عن نصه في البويطي والبيوع والقديم وأشار إليه في «الأم» كما سنذكره، واحتج للأول بإطلاق النصوص المقتضية لإيجاب العشر من غير استثناء، واحتج للثاني بحديث سهل بن خيثمة، قال: **«أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا خرصتم، فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا في الثلث فدعوا الربع»**(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وصححه ابن حبان وغيره.

وفي «البحر»: أن الشافعي في «الأم» في آخر بيع العرايا قال: تأويله أن يصح لرب الحائط وأهله من الثمر قدرًا يأكلونه، ولا يخرصه ليؤدي زكاته.

وقال الماوردي: كان الشافعي يرى في القديم أن يترك عليهم من زكاتها الثلث أو الربع لجد سهل ليتولوا إخراجه في فقر أهلهم وأهل الحاجة من جيرانهم، ويثبت عليهم جميعًا تمرا على ما خرج به الخرص .

وقال في «البحر» بعد ما سيق عنه، وذكر في موضع آخر كذا وساق كلام

---

(١) أخرجه أخرجه الطيالسي (ص ١٧١، رقم ١٢٣٤)، وأحمد (٣/ ٤٤٨، رقم ١٥٧٥١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٩٤، رقم ٣٦٢٠٩)، والدارمي (٢/ ٣٥١، رقم ٢٦١٩)، وأبو داود (٢/ ١١٠، رقم ١٦٠٥)، والترمذي (٣/ ٣٥، رقم ٦٤٣)، والنسائي (٥/ ٤٢، رقم ٢٤٩١)، وابن خزيمة (٤/ ٤٢، رقم ٢٣٢٠)، وابن حبان (٨/ ٧٥، رقم ٣٢٨٠)، وابن قانع (١/ ٢٦٩)، والطبراني (٦/ ٩٩، رقم ٥٦٢٦)، والحاكم (١/ ٥٦٠، رقم ١٤٦٤) ووافقه الذهبي. وابن الجارود (ص٩٧، رقم ٣٥٢)، وابن أبي عاصم في الآحاد من طريق ابن أبي شيبة (٤/ ١٠٣، رقم ٢٠٧٣)، والبيهقي (٤/ ١٢٣، رقم ٧٢٣٤).

وَأَنَّهُ يَكْفِي خَارِصٌ، وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ، وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ وَالذُّكُورَةُ فِي الْأَصَحِّ.

الماوردي ثم قال: وهل يفعل ذلك في وقتنا؟ فيه وجهان.

وقال ابن حبان: للحديث معنيان أحدهما: أن يترك الثلث أو الربع من العشر والثاني أن يترك من نفس الثمر قبل أن يعشر إذا كان ذلك حائطًا كبيرًا يحتمله.

قلت: وهذا أظهر على ما ذكر على آخر العرايا ينطبق قوله في البويطي: ويترك لرب الحائط قدر ما يأكل هو وأهله لا يخرص عليه.

ثم قال: ومن أكل من تمر نخله وهو رطب لم يحسب عليه مع العشر، هذا نصه بحروفه. والراجح عند الجمهور الأول والقلب إلى ما وافق الحديث أميل ولا جواب عنه وقد قال المصنف وغيره: إسناده صحيح إلا أن عبد الرحمن بن مسعود الأنصاري راويه عن سهل، فلم يتكلموا فيه بجرحٍ ولا تعديل، ولا هو مشهور.

قلت: ذكره ابن حبان في «الثقات» وصحح الحديث كما سبق.

وقال الشافعي في «الأم»: هنا وما أكل من القد التمر بعد أن تصير في الجرين ضمن عشرة، وكذلك ما أطعم منه فاقتضى أنه قبل ذلك لا يضمن، والله أعلم.

قال: (**وَأَنَّهُ يَكْفِي خَارِصٌ**) كالحاكم؛ لأنه يجتهد، والثاني يشترط اثنان كالتقويم والشهادة. والثالث: إن خرص على صبي أو مجنون أو سفيه أو غائب اشترط اثنان وإلا فلا، نقله في «التقريب» وحكى وجهًا، وكلام الشافعي في «الأم» مشير إلى قولين كالمختصر وعبَّر آخرًا عن الأول بقوله: وقد قيل يجوز خارص واحد كما يجوز حاكم واحد.

قال الشيخ أبو حامد: ذكر الشافعي في جميع كتبه وأحب أن يكون خارصان، فإن كان واحدًا أجزاءه.

قال: (**وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ**) أي: شرطنا العدد أم لا أي: والمعرفة بالخرص قطعًا؛ لأنه اجتهاد، والجاهل ليس من أهله.

قال: (**وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ وَالذُّكُورَةُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه ولاية والعبد والمرأة ليسا من هذا كالشهادة؛ فيشترط الذكورة في أحدهما وتقام امرأتان مقام الآخر،

فَإِذَا خَرَصَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ حَقَّ الْفُقَرَاءِ يَنْقَطِعُ مِن عَيْنِ الثَّمرِ وَيَصِيرُ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ التَّمْرُ وَالزَّبِيبُ لِيُخرِجهُمَا بَعْدَ جفَافِهِ، وَيُشْتَرَطُ التَّصْرِيحُ بِتَضْمِينِهِ وَقَبُولُ الْمَالِكِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقِيلَ يَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الْخَرْصِ، ....

والثاني: لا، كالكيال والوزان، هذا ما حقق لمن الخلاف.

فرع: لو اختلف خارصان في المقدار قبل يؤخذ بالأقل؛ لأنه اليقين وقيل: يخرصه ثالث، ويؤخذ عن بمن هو أقرب إلى خرصه منهما، وصححه المصنف.

وقال: إن به جزم الماوردي.

قلت: ولفظ الدارمي: إن اختلف الخارصان توقفنا حتى يبين منهما أو من غيرهما والظاهر أنه أراد الإشارة إلى قول أبي الحسين بن القطان في بقاء ربعه إذا اختلف الخارصان فقال أحدهما: في التمره مائة وسق، وقال الآخر: ثمانون، فقد تعارضا ويقف حتى يجف ويأخذ على قدر المكيلة، انتهى.

ويحتمل أن يقال هنا يؤخذ بقول أعلمهما أو أوثقهما أو غير ذاك مما قيل في تعارض الفتوى، وفيه وقفه!

قال: (فَإِذَا خَرَصَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ حَقَّ الْفُقَرَاءِ يَنْقَطِعُ مِن عَيْنِ الثَّمَرِ وَيَصِيرُ فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ التَّمْرُ وَالزَّبِيبُ لِيُخْرِجهُمَا بَعْدَ جَفَافِهِ) لأنه بعده يتصرف في الجميع، فدلَّ على انقطاع حقهم عنها، وعبر القفاليون عن هذا بان الخرص تضمين، والثاني أن الخرص عبرة أي: مجرد اعتبار للقدر، ولا يصير حق المساكين في ذمة المالك، كذا قاله الرافعي، ويشبه أن يكون المراد على الأظهر ينقطع تعلق الزكاة عن العين، ويتمحض في الذمة، وعلى الثاني سقي على سقي، على ما كان عليه .

قال: (وَيُشْتَرَطُ التَّصْرِيحُ بِتَضْمِينِهِ وَقَبُولُ الْمَالِكِ عَلَى الْمَذْهَبِ) هذا تفريع على الأظهر، وفيه تقييد لذلك الإطلاق.

وقيل: (وَقِيلَ يَنْقَطِعُ بِنَفْسِ الْخَرْصِ) لما سبق من جواز تصرفه في الكل، وعلى هذا لا يحتاج إلى تقييد.

وقال الإمام: الذي آراه أنه يكفي تصمين الخارص، ولا حاجة إلى قبول

فَإِذَا ضَمِنَ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي جَمِيعِ الْمَخْرُوصِ بَيْعًا وَغَيْرَهُ.

وَلَو ادَّعَى هَلَاكَ الْمَخْرُوصِ بِسَبَبٍ خَفِيٍّ كَسَرِقَةٍ، أَو ظَاهِرٍ عُرِفَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ الظَّاهِرُ بِبَيِّنَةٍ ....

المالك، وعبر عنه، وقيل: يكفي التضمين دون القبول.

وإذا قلنا: إنه عبره فضمن الساعي المالك حق المساكين صريحًا وقبله منه كان لغوًا وقيل: يصير مضمونًا كما في القول الأول.

وإذا قلنا: ينقطع حقهم بنفس الخرص لم يقم وفيه مقامه على الأصح.

إشارة: في العبارة لبس وإبهام أشرت إليه في «الغنية» وليس هذا التضمين على حقيقة الضمان؛ لأنه لو تلف قبل التمكن بآفةٍ أو سرقة من الشجر أو الجرين قبل الجفاف بلا تفريط، فلا شيء عليه قطعًا، وفيه احتمال للإمام.

قال: (**فَإِذَا ضَمِنَ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي جَمِيعِ الْمَخْرُوصِ بَيْعًا وَغَيْرَه**) أي: لما في الحجر عليه إلى وقت الجفاف من الحرج العظيم.

وقد روى في آخر حديث عتاب: «ثم يخلي بينه وبين أهله» قال الماوردي: إذا أخرص، فإن اختار أن يكون أمانة بأيديهم فعل، ولم يلزمهم التصرف فيها، وإن اختاروا أن تكون مضمونة عليهم ضمنهم قدر زكاتها، وجاز لهم التصرف فيها، وإذا تصرفوا ضمنوها فيكون التضمين مبيحًا للتصرف، والتصرف موجبًا للضمان إلا أن يكون المالك ممن لا يصح ضمانه لصغير أو مجنون أو سفيه، فتضمينه أن يضمنها وليه، انتهى.

إشارة: إطلاقهم القول بجواز تصرفه بعد التضمين بالبيع وغيره مسجل إذا كان المالك معسرًا، ونعلم أنه يصرف التمره كلها في دينه أو يأكلها عياله قبل الجفاف، ويضيع حق المساكين، فلا **يَنْفَعُهُمْ كَوْنُهُ فِي ذِمَّتِهِ الْخَرِبَةِ فَتَأَمَّلْهُ!**

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى هَلَاكَ الْمَخْرُوصِ بِسَبَبٍ خَفِيٍّ كَسَرِقَةٍ، أَو ظَاهِرٍ عُرِفَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: في دعوى التلف بذلك السبب واليمين مستحبة على الأصح، وإن عرف عموم أثر ذلك السبب، فلا حاجة إلى يمينه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ الظَّاهِرُ بِبَيِّنَةٍ**) أي: على وجوده.

عَلَى الصَّحِيحِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ بِهِ.

وَلَو ادَّعَى حَيْفَ الْخَارِصِ أَو غَلَطَهُ بِمَا يَبْعُدُ لَمْ يُقْبَلْ، ....

(**عَلَى الصَّحِيحِ**) على الصحيح لإمكانها.

(**ثُمَّ يُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ بِهِ**) والثاني لا يحلف البينة؛ لأنه مؤتمن شرعًا، والثالث: يقبل قوله بلا يمين إن كان ثقة وحيث حلفنا؛ فاليمين مستحبة لا واجبة على الأصح، فإن اقتصر على دعوى الهلال من غير تعرض لسبب؛ فالمفهوم من كلامهم تصديقه بيمينه.

قال: (**وَلَو ادَّعَى حَيْفَ الْخَارِصِ أَو غَلَطَهُ بِمَا يَبْعُدُ لَمْ يُقْبَلْ**) أما دعوى الحيف، فلا يقبل قوله أصلاً كما لو ادعى الجور على الحاكم لا يقبل إلا ببينة.

وعبارته في «شرح المهذب»: إن زعم أن الخارص تعمد الإحجاف في الخرص لم يلتف إليه بلا خلاف كما لو ادعى ميل الحاكم أو كذب الشاهد ولا يقبل إلا ببينة.

قلت: هذا ما جعلاه المذهب هناك في «أدب القضاء».

ثم قالا: وعن الشيخ أبي حامد إن القياس المذهب التخلف في جميع ذلك كسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم الخيانة.

وعبارة شرح الروياني: قال الإصطخري وابن القاص: لا يختلف القاضي.

وقال أبو حامد: قضية مذهب الشافعي إنه يحلف، وقياسه أن الخارص يحلف هنا ويسمع دعواه عليه بلا بينة، وهذا يظهر عند توجه العزم عليه كما لو خرص على غائب ونحوه، ثم حضر وادعى خيفة عليه لعداوة بينهما ورام تغريمه ما أخذ من ثمرته زائدًا على مقتضى خرصه إن تصور ذلك، وأوضح من هذا ما لو اختلفا في قدر المخروص بعد أن أتلفه إتلافًا مضمنًا . وقال: خفت علي فئ الخرص ولم ينج منه إلا كذا، فليتأمل!

وقد قالوا: لو اختلفا في جنس الثمرة بعد تلفها تلفًا مضمنًا؛ فالقول قول المالك، فإن أقام الساعي شاهدين أو شاهدًا أو امرأتين قضى له أو شاهدًا فلا؛ لأنه لا يحلف معه، وهذا يوضح أن الخارص والساعي ليس حاكمًا؛

أَوْ بِمُحْتَمَلٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ].

لأنه إن كان حاكمًا لقيل قوله، ولما احتاج إلى بينة، فهو بمنزلة أمين يدعى عليه الخيانة.

وقد قال الجرجاني في «الشافي» و«التحرير»: لو ادعى أنه شهد عليه بالزور وأتلف عليه بشهادته مالاً؛ فأنكر فقولان مبنيان على وجوب الغرم بالإتلاف بالشهادة الباطلة وقضية البناء أن يكون الأصح التحليف فلينظر، هل يأتي مثل ذلك هنا.

وأما إذا ادعى الغلط، فإن أفحش كالثلث والربع لم يقبل قوله في ذلك القدر قطعًا لبعده، وهل يحط القدر المحتمل أو لا لكذبه ظاهر، أوجهان أصحهما يحط لجواز صدقة ولو قال: لم أجد إلا هذا، وهو فاحش قيل لاحتمال أنه نقص بعد الخرص، فليس فيه تعرض لفعل الخارص ويرجع في الفحش إلى أهل الخبرة.

قال: (**أَوْ بِمُحْتَمَلٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ**) الوجهان في صورة دعوى الغلط فقط.

وهنا صورتان: الأولى: أن يكون أكبر مما يقع بين الكيلين لخمسة أوسق من مائة فيقبل قوله، ويحط عنه ذلك القدر، ولم أر فيه خلافًا فإن اتهم حلف ندبًا وقيل: وجوبًا.

الثانية: أن يدعي بعد المكيل غلطًا يسيرًا في الخرص يقع مثله بين الكيلين لصاع من مائة، فإن كان المخروص موجودًا عيد كيله وعمل، به وإلا فالوجهان.

وإنما جرى الخلاف هنا دون الصورة الأولى؛ لأنه إذا احتمل أن يكون التفاوت بين الكيلين على البائع الأول على ما صرح به الروماني والبغوي والرافعي هنا، والماوردي في باب بيع الطعام، وإن كان الرافعي وغيره قالوا في كتاب البيع: إذا قبض مكايلة أنه يصدق فيما بين الكيلين جزمًا، إذا عرفت ذلك تعين حمل كلام المصنف على الصورة الثانية، ويكون مراده أنه يحط في الأصح؛ لأن الكيل يقين والخرص تخمين وعلى الثاني لا يحط فلا فائدة وصححه الإمام؛ لأنا لم نتحقق النقص وفي الحقيقة الخلاف في الخلط لا في

بابُ زَكَاةِ النَّقْدِ

قال المصنف: [نِصَابُ الْفِضَّةِ مِائَتَا دِرْهَمٍ، وَالذَّهَبِ عِشْرُونَ مِثْقَالًا ....

القبول، ولو لم يبين قدر الغلط لم يسمع كما قيدنا به كلام المصنف على أنه فيه رمزًا إليه.

فائدة: قال الشافعي في «مختصر البويطي»: ومن ادعى أن الخارص أخطأ عليه بعد أن يجد ويكيل حلف على ذلك وأسقط عنه، وإن وجد فضلاً عما حرص عليه الخارص أدى كَوْرَتِهِ، هذا لفظه.

وقضية إطلاقه: إنه لا فرق عند بقاء الثمرة بين أن يدعي غلطًا كثيرًا أو يسيرًا، وبالله التوفيق.

قال الشارح: النقد خلاف الدين والعروض، قاله القاضي عياض ويشمل المصروف وغيره.

وقال الأزهري: الناضّ من المال ما كان نقدًا، وهو ضد العرض، وقد اعترض المصنف على «التنبيه» بأن الناض هو الدراهم والدنانير خاصة، وإنه كان ينبغي أن يقول: الذهب والفضة وكما ذكرناه يرد اعتراضه وتوجب الاعتراض عليه.

قال: **(نِصَابُ الْفِضَّةِ مِائَتَا دِرْهَمٍ)** هذا إجماع لقوله - ﷺ -: **«ليس فيما دون خمس أواقٍ من الورق صدقة»**(١) **متفَّق عليه.**

والأوقية: أربعون درهمًا.

قال: **(وَالذَّهَبِ عِشْرُونَ مِثْقَالاً)** والذهب عشرون مثقالاً.

أجمعوا عليه إلا رواية عن الحسن أنه أربعون مثقالاً والأول قول من قبله ومن بعده. وأجمعوا أنه لا يحب في أقل من عشرين، وفي سنن أبي داود وغيره بسندٍ جيد في الذهب: «وليس عليك شيء حتى يكون عشرين دينارًا، فإن كانت لك عشرون دينارًا لو حال عليها الحول ففيها نصف دينار، فما زاد فبحساب

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٥٩) ومسلم (٢٣١٨).

بِوَزْنِ مَكَّةَ، وَزَكَاتُهُمَا رُبْعُ عُشْرٍ.

ذلك»⁽¹⁾ وقوله: مما زاد- شك الراوي هل هو من قول علي أو مرفوع، والباقي مرفوع، وقد تكلم في هذا الحديث بما لا يقدح فيه.

وقال المصنف: إسناده حسن أو صحيح.

قال: (بِوَزْنِ مَكَّةَ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الميزان ميزان أهل مكة**»⁽²⁾ إسناده صحيح في سنن أبي داود والنسائي.

ووزن مكة: هو كل درهم ستة دوانيق وكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، والمثقال لم يتغير في الجاهلية والإسلام، والدراهم مختلفة ثم ضربت في زمن عمر رضي الله عنه. وقيل: عبد الملك على هذا الوزن .

وأجمع المسلمون عليه، ويجب اعتقاد أنه مراد الشارع حيث أطلق الدرهم، وإنها كانت في زمنه الشريف معلومة على هذا الوزن؛ لأنه لا يجوز أن يجمعوا على خلاف ما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم وزمن خلفائه الراشدين رضي الله عنهم.

ويحب تأويل ما نقل مما يوهم خلاف ذلك، وقد رأينا الدراهم في وقتنا، والمثاقيل يختلفه اختلافًا يسيرًا، فدرهم الشام أنقص من درهم مصر بنحو حبة، والمعتبر ما حرره الأولون، فترد الأوزان في كل البلاد إليها.

فرع: بالنصب هنا تحديدًا قطعًا، فلو نقص حبة أو أقل، فلا زكاة عندنا، وإن راج راج الكامل، وكذا لو نقص في بعض الموازين على الصحيح للشك قيل: المعروف إنه لا يخرج الذهب عن الفضة ولا عكسه.

قال الصَّيْمَرِي: وربما أفتيت بالجواز للضرورة. وأطلق الروياني في «الحلية» أن الاختيار عند كثير من أصحابنا الجواز مطلقًا.

قال: (وَزَكَاتُهُمَا رُبْعُ عُشْرٍ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «**وفي الرقة ربع العشر**» رواه البخاري.

---

(1) أخرجه أبو داود (١٥٧٥).

(2) تقدم تخريجه.

وَلَا شَيْءَ فِي الْمَغْشُوشِ حَتَّى يَبْلُغَ خَالِصُهُ نِصَابًا.

والرقة: بكسر الراء وتخفيف القاف وهي الفضة، وقيل: إنها تشمل الذهب والفضة وزيفه المصنف.

وعن تغلب أنه الأصح، وهو المذكور في تعليق الشيخ أبي حامد وأتباعه، وسبق حديث الذهب.

وفي صحيح ابن حبان والحاكم: «وفي كل أربعين دينارًا دينار»(١).

فروع: نحسب فيما زاد على النصاب بحسابه، قاله في «المحرر» وقيل: إنه يؤخذ من كلام المصنف، وإنه لا وقص في النقود والثمار؛ لأنها تتجزأ بلا ضرر، بخلاف الماشية لا يكمل ذهب بفضة ولا عكسه، وتكمل جيد كل منهما برديئه، ويخرج من الجيد إذا اختلفت القيمة، فلو أخرج عن الجيد أو المختلط رديئًا أو عن الخالص مغشوشًا قيل: يجزئ ويخرج قيمة ما بينهما، والأصح المنع واختلاف الأنواع كاختلاف الثمار على ما سبق.

وفي «البحر»: إنه يخرج من كل نوع بقسطه أبدًا؛ لأن أنواعه لا يكثر، وبه أجاب الدارمي، وابن كج.

قال: فإن خالف ودفع عن الجيد الردئ، فوجهان لابن شريح أحدهما: لا تجزئه عن الجيد، ويجزئه عن الردئ، فيحرج عن الجيد، والثاني: يخرج الفضل ما بين الجيد والردئ فإن كان المال ذهبًا وآخر الفضل فضة، وإلا فبالعكس، فإن قيل: هذا قيمة قيل: يجوز للضرورة، انتهى.

ولا يجزئ المكسر عن الصحيح بل يسلم الواجب صحيحًا أو مشاعًا.

قال: (وَلَا شَيْءَ فِي الْمَغْشُوشِ حَتَّى يَبْلُغَ خَالِصُهُ نِصَابًا) للحديث السابق، وقيل: حتى يبلغ قدرًا لو ضمت إليه قيمة الغش؛ لبلغ نصابًا، وليس لشيء.

فروع: الأفضل أن يخرج عن المغشوش خالصًا، فلو أخرج منه ما يعلم اشتماله على خالص بقدر الواجب أجزأه، كذا أطلق. وفيه وقف! ولا يبعد أن

---

(١) أخرجه ابن حبان (٦٥٥٩).

وَلَو اخْتَلَطَ إنَاءٌ مِنْهُمَا وَجَهِلَ أَكْثَرَهُمَا زَكَّى الْأَكْثَرَ ذَهَبًا أَو فِضَّةً أَو مَيَّزَ.

يقال: إن قلنا القسمة إفراز جاز أو بيع، فلا؛ لأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض بلا خلاف.

وفي «تجربة» الروياني: إنه لو كان له مائتان من جوهر نفيس فأعطى خمسة من غالب نقدًا لبلد لم يجز؛ لأنه دون الواجب وإن أعطى سبعة ونصف من بقر البلد، لم يجز؛ لأنه ربا يكره المقابلة بالمغشوشة نص عليه.

وأما الجواز، فإن علم مقدار كل من المغشوش والخالص، جاز على العين، وفي الذمة وإن جهل؛ فالأصح من أربعة أوجه، الجواز إذا القصد رواجها، وللماوردي تفصيل طويل في ذلك في جواز قرض المغشوشة كلام ذكرته في «الغنية» هناك.

وأفهم كلام الشيخ أبي محمد وغيره أنه لا يجوز بلا خلاف وفيه نظر! وسنذكره ثم إن شاء الله تعالى.

القول قول المزني في قدر الغش عند إخراجه الخاص، فإن جهل قدره مع علمه ببلوغه الخاص نصابًا، فهو مخير بين السبك، وإذا الواجب خالصًا، وبين إذا ما يتقين أن فيه ربع عشر خالصها، فإن سبك فمؤنة السبك عليه، وقيل: من المسبوك وأجريا في مؤنة سبك إناء للذهب والفضة إذا أوجبناه.

فلو قال: أجمل قدر الغش وأدى اجتهادي إلى أنه كذا لم يكن للساعي أن يقبله منه إلا بشاهدين من أهل الخبرة.

ويشبه أن يجيء هنا ما قاله الماوردي في المسألة الآتية قيل: يتعين على الولي إخراج الخالص لئلا يتبرع بالنحاس، ونحوه، والتبرع ممتنع.

قلت: إن وجد خالصًا إخراجه أحظ للمحجور، فصحيح، وإلا فقد يلحقه من المؤنة في تمييز الغش وطبع الخالص فوق ما يفوت، فيتعين إخراج المغشوش للضرورة.

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَطَ إنَاءٌ مِنْهُمَا وَجَهِلَ أَكْثَرَهُمَا زَكَّى الْأَكْثَرَ ذَهَبًا أَو فِضَّةً أَو مَيَّزَ)** أي: خير بين الأمرين لحصول البراءة بكل منهما.

……

وقوله: وجهل أكثرهما يحترز به عما إذا علم.

وحكمه ظاهر، زكى الأكثر يشير إلى أن الصورة فيما إذا علم قدر الأكثر بأن تكون زنة المختلط ألفًا وأحدهما ستمائة، فإن شاء زكى كما ذكره، وإن شاء ميز بالنار، ولو يجزء يعسر عند تساوي الأجزاء.

قال الرافعي: قال الأئمة: ويقوم مقام التمييز بالنار الامتحان بالماء.

قلت: هذا قاله بعض المراوزة وفيه ما سنذكره، ومن طرقه أن يجعل في إناء ماء، ثم يلقي فيه ألفًا ذهبًا، ويعلم ارتفاع الماء ثم يلقي ألفًا فضة، ويعلم ثم ألفًا مخلوطة ويعلم، فإن كان إلى علامة الذهب أقرب فالستمائة ذهب أو إلى الفضة ففضة، وأقرب منه، فلما أراه أن يوضع المختلط في ماء في إناء ثم يعلم ارتفاع الماء ثم يوضع مكانه ستمائة ذهبًا وأربعمائة فضة، فإن بلغ الماء محل العلامة فقط، علمنا أن الأكثر ذهبًا، وإن لم يبلغها علم أن الأكثر فضة.

تنبيهات: لو علم أن أحدهما أكثر وجهل عينه وقدره تعين التمييز بالنار، ولو لم نعلم تفاوتًا ولا غيره وكان زنته ألفًا فيضعه في الماء، ويعلم ارتفاعه ثم يرفع ويوضع خمس ما به من كل منهما، فإن ارتفع الماء إلى العلامة فقط علم تساويهما، وإلا تعين السبك، ومنها علم أن عبارة جماعة أو الأكثرين تشعر بأنه لا يلقى في صورة الكتاب الامتحان بالماء حيث قالوا: إما أن يميز بالنار وإما أن يزكى الأكثر ذهبًا وفضة، ومنهم الغزالي في «الخلاصة» والجويني في «مختصره».

قال المصعبي في «شرحه»: فإن تعد، وفي الحال العرض على النار، قال بعض الأصحاب طريقة: أن يلقي في إناء من الماء إلى آخره وإطلاق نص «الأم» و«المختصر» يقتضي ما ذكرته أولاً، ويشبه أن لا يكون مخالفًا لما سبق، ويكون المراد ما إذا جهل مقدار الأكثر كما بيناه ويحتمل غيره ألا ترى أنه لا يجوز بيع النقل بالنقد وزنًا بالماء.

وعبارة الرافعي في كلامه على طريقتي المراوزة والعراقيين في عمله على غلبة ظنه يفهم أنه لا فرق عند العراقيين بين أن يعلم قدر أكثرهما أو يجهله أن

……

الطريق تزكية الأكثر منهما في ظنه أو التمييز بالنار لا غير، وهو ظاهر قول الشافعي في «الأم».

وإذا كانت له فضة قد خلطها بذهب كان عليه أن يدخلها النار حتى يميز بينهما، فإن أخرج الصدقة من كل واحد منهما على ما أحاط، فلا بأس، وكذلك إن لم يحط علمه فاختلط حتى تستيقن إن قد أخرج من كل واحد منهما ما فيه أو أكثر، فلا بأس..

قال: وإن ولي أخذ ذلك منه الوالي لم يكن له قبول هذا منه إلا إن كلف على شيء محيط به فيقبله منه، فأما ما غاب عنه عليه عنه فلا يقبل ذلك منه فيه حتى يقول له أهل العلم لا يكون فيه أكثر مما قال، وإن لم يقولوا له ولم يحلف على احتياط إذا به عليه وأخذ من كل واحد منهما الصدقة بقدر ما فيه، هذا نصه بحروفه، وفيه فوائد.

وظاهره أنه لا يكفي التمييز بالماء إذا كان الوالي الأخذ للزكاة والله أعلم.

ومنها: قال الغزالي في «البسيط»: ولو علم أن أحدهما ستمائة والآخر أربعمائة فالطريق السباب والتمييز، فإن عسر وذكر الامتحان بالماء.

ثم قال: فإن قيل لو تعذر كل ذلك والزكاة على الفور؛ فالتأخير غير ممكن فما الطريق.

قلنا: الذي ذكره كافة الأصحاب إنه يلزمه الخروج مما عليه بيقين، فيخرج ستمائة من النقرة وستمائة من الذهب.

وقال في «الوجيز»: إنه إذا عسر التمييز فعليه أن يزكي أكثرهما ذهبًا وفضة.

قال الرافعي في شرحه الصغير: وهذا العسر أن لا يؤخذ الآت السبك أو يحتاج فيه إلى زمن صالح، فإن الزكاة واجبة على الفور، فلا يؤخر مع حضور المستحقين، هكذا قاله الإمام.

ويجوز أن يجعل السبك وما في معناه من شرائط الإمكان.

قال: وقوله وعسر التمييز فعليه كذا ليس على إطلاقه؛ لأن الامتحان

وَيُزَكَّى الْمُحَرَّمُ مِن حُلِيٍّ وَغَيْرِهِ، ....

بالماء قد يقام مقام التميز، فلا تجب زكاة الأكثر منهما جميعًا، انتهى.

ويجوز أن يحمل كلام الوجيز على ما إذا تعد التمييز بالنار ولم يكن بالماء كما اقتضاه كلام «البسيط».

وقول الرافعي: ويجوز وفي «الشرح الكبير»: ولا يبعد، كذا كلام الكتاب وغيره قد يفهمه؛ لأنهم خيروه بين التمييز والأخذ بالأحوط، وأطلقوا ذلك إطلاقًا، ومما ذكرته يعلم أن قول «المنهاج» أو ميز المراد به التمييز بالنار؛ لأن الامتحان بالماء ليس بتمييز قبول على ما ذكرناه.

واستثنى من إطلاقه ما إذا تعدد التمييز والامتحان على ما قاله الإمام الغزالي، فإنه تزهق إلى تزكية الأكثر ذهبًا وفضة.

ومنها: هل له الاعتماد على طقه بلا تمييز، قال العراقيون: إن كان يفرق بنفسه ونعم أو يدفع إلى الساعي، فليس إلا الاحتياط أو التمييز بالنار.

وقال الماوردي بعد قوله: إن الإمام لا يقبل اجتهاد المالك في ذلك، فإن انضاف إلى قوله: قول من يسكن إليه النفس من ثقات أهل الخبرة عما عليه، فإن أشكل ميزت بالنار انتهى.

وجزم المراوزة بأنه لا يجوز اعتماد ظنه، واقتضى كلام الرافعي في شرحه الصغير إنه المذهب، وإن مقالة العراقيين وجهًا مرجوحًا بخلاف عبارة الشرح الكبير، فإنه لا يرجح فيها.

ورأى الإمام أن له الأخذ بما شاء من التقديرين للشك في شغل ذمته بما أراد.

قال الرافعي: وأقامه في «الوسيط» وجهًا، قد تابعته في «شرحه الصغير» عليه، وقد يقوى عند تعذر التمييز، فإن تلف المختلط بعد استقرار الزكاة، وتؤيد بالتمييز بين المني والمذي، وقد جزم الإمام بأن من عليه دين يشك في قدره أنه يلزمه إخراج المستيقن فقط، والظاهر أنه لو شك هل عليه خمسة زكاة أو عشرة أنه لا يلزمه إلا خمسة.

قال: (وَيُزَكَّى الْمُحَرَّمُ) أي: المحرم الاستعمال. (مِنْ حُلِيٍّ وَغَيْرِهِ) أي:

لَا الْمُبَاحُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

بالإجماع، وسواء حرم لعينه كالأواني ونحوها أو حرم للقصد بأن يقصد الرجل بحلي النساء أن يلبسه أو يلبسه لمن يحرم عليه أو تقصد المرأة بحلي الرجال أن تلبسه أو تلبسه من يحرم عليه؛ لأن إسقاط الزكاة تحفيف مشروط بمنفعة، فلتكن مباحة؛ فالمحظورة كالمعدومة، ومن المحرم الاستعمال ما حرم للسرف كما سيأتي .

قال: (**لَا الْمُبَاحُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لا ما قصد به استعمال مباح صح فيه آثار عن ابن عمر وجابر وعائشة وأختها أسماء ﷺ كما هي مبينة في «الأم» و«الموطأ» وغيرهما ولأنه معد لاستعمال مباح كالعوامل من النعم، هذا هو القديم وأحد قولي الجديد، وجزم به كثيرون. ونص عليه في البويطي.

وعبارة «الأم» قال الشافعي: وقد قيل في الحلي صدقة، وهذا مما استخير الله تعالى فيه.

قال الربيع: قد استخار الله فيه الشافعي.

وقال: ليس في الحلي زكاة، انتهى .

وقضيته: أن المذهب الجزم لا زكاة قولاً واحدًا، والقول الثاني: يجب، وفيه ثلاثة أحاديث حسان في سنن أبي داود منها: قوله «**أيسرك أن يسورك سوارين من نار**»(1) ولذلك قال جماعة: إن هذا القول أشبه بالسنة واعتذر عنها بتعليل غير قادح، وبدعوى النسخ ويحتاج إلى دليل، ويحمل رداءة الحلي على العارية.

وروي عن جابر: «زكاة الحلي إعارته» وادعى الماوردي ربعه.

فروع وتنبيهات: كل ما كره استعماله أو قصد به استعمال مكروه كقَبِيعَةِ الفضة حيث قلنا: تكره فهو كالحرام في أبحاث الزكاة، ورأى البغوي من عنده أنه كالمباح، وذكره في «البحر» عن بعض أصحابنا؛ ولعله أراده، أجرى الماوردي القولين في المباح في الأواني المتحدة إذا جوزنا اتخاذها من غير استعمال، وهو غلط مردود، لا يعد وجهًا، والأصحاب قاطعون بوجوب الزكاة

---

(١) أخرجه أبو داود (١٥٦٥).

فَمِنَ الْمُحَرَّمِ الْإِنَاءُ وَالسِّوَارُ وَالْخَلْخَالُ لِلُبْسِ الرَّجُلِ.

فَلَو اتَّخَذَ سِوَارًا بِلَا قَصْدٍ أَو بِقَصْدِ إجَارَتِهِ لِمَنْ لَهُ اسْتِعْمَالُهُ فَلَا زَكَاةَ فِي الْأَصَحِّ.

فيها على القولين، قاله المصنف وهو كما قال لو ورث كليًا مباحًا، ولم يعلم إلا بعد حول وجبت زكاته؛ لأنه لم ينو إمساكه لاستعمال مباح، ويعدُ قال الروياني: احتمال وجه فيه قيل: لو اشترى إناء ليتخذه حليًا مباحًا فحبس، واضطر إلى استعماله في ظهوره وغيره ولم يمكنه غيره فبقي حولاً كذلك، فهل تلزمه زكاته.

قلت: الأقرب لا ولم أر فيه شيئًا؛ لأنه معد لاستعمال مباح.

قال: (فَمِنَ الْمُحَرَّمِ الْإِنَاءُ) وما في حكمه وسواء فيه الذكر وغيره نعم؛ لو اتخذ ميلاً من ذهب أو فضة على وجه التداوي لجلاء عينه، فهو مباح لربط السن به، وحينئذ لا زكاة فيه على الأظهر.

قال: (وَالسِّوَارُ وَالْخَلْخَالُ) وكل حُلي النساء.

(لِلُبْسِ الرَّجُلِ) والخنثى في حلي الرجال كالمرأة، وفي حلي النساء كالرجل.

قال: (فَلَوْ اتَّخَذَ سِوَارًا بِلَا قَصْدٍ أَو بِقَصْدِ إجَارَتِهِ لِمَنْ لَهُ اسْتِعْمَالُهُ) أي: بلا كراهة وفرعنا على القول الأظهر.

(فَلَا زَكَاةَ فِي الْأَصَحِّ):

هنا صورتان:

الأولى: إذا اتخذ الرجل سوارًا أو نحوه مما أبيح للنساء بلا قصد أصلاً.

قال: ففيه وجهان أصحهما السقوط؛ لأن الصياغة الاستعمال غالبًا، والظاهر إِفْضَاؤُهَا إِلَيْهِ.

والثاني: المنع لأن وجب الزكاة منوط باسم الذهب والفضة، فلا يندفع إلا بقصد الاستعمال، ولم يوجد هكذا، عللهما في «الشرح الصغير» وذكر في «الكبير» توجيه الأول بأبسط من هذا، وإنه قال في «العدة»: أن ظاهر المذهب السقوط.

……

تنبيه: إن أراد المصنف بالاتخاذ إحداث صياغة لم يكن كما يشعر به اللفظ، والتوجيه، فذاك، وإن أراد أعم من ذلك، فقد ذكر أبو حامد وشيعته والماوردي أنه إذا ملك حليًا بإرث أو شراء أو هبة ولم ينو شيئًا، وجبت زكاته قولاً واحدًا، هذا لفظ الماوردي، وهو ظاهر نص «الأم» ووجهه ظاهر.

فإن كان ذلك صورتين، فيسأل عن الفرق أو صورة واحدة، ففيها طريقان أو أقربهما إلى كلام الإمام القطع بالوجوب فقد يقال في توجيهه بأن اتحاده بلا قصد ما لبس له لبينة يكون مكروهًا كاتخاذ الإناء إذا جوزناه ولا سيما إذا كان في اتخاذه حليهما أو بالعكس كسر السكة، ويضيق النقد من غير قصد، وفي بصور ذلك وعدم حمل إطلاق الاتحاد والشراء على القيمة، والادخار بعد الثانية: أن يتخذه بقصد الإجارة لمن له استعماله بلا كراهة والظاهر أنه لا فرق هنا بين التملك بالشراء وغيره، فبين الاستيصاغ بهذا القصد، وفيه وجهان في «الشامل» أحدهما: تجب زكاته؛ لأنه مرصد للنماء كمال التجارة، والثاني: لا؛ لأنه معد الاستعمال مباح، فأشبه الإعارة، انتهى.

وهذا ما صححه، واقتصى كلام غيرهما القطع به على ما عليه التفريع.

والذي ذكره الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي أبو الطبيب وغيرهم من رأى أن في اتحاد للكري طريقان أحدهما القطع بوجب الزكاة لما سبق، وزيفها القاضي أبو الطيب، والثاني: إنه على القولين في أصل المسألة، وهي الأصح المنصوص، فيخرج من ذلك أنه لا زكاة فيه قطعًا على ما عليه التفريع، كما نص عليه في «الأم» وعلى كله سارٍ على أن إيجاده للكري مباح .

قال الماوردي: وهو المذهب.

وقال أبو عبد الله الزبيري: وقال شيخ أصحابنا في عصره: اتخاذ الحلي للكري والإجارة محظور؛ لأنه جرح عن عرف السلف بالإجارة، وعدل عما وردت به السنة من الإعارة، والحلي إذا عدل عما وضع له كان محظورًا، وخالفه الجمهور، وإن كان لقوله وجه انتهى.

وَكَذَا لَو انْكَسَرَ الْحُلِيُّ وَقَصَدَ إِصْلَاحَهُ.

فرع: لو قصد عند الصياغة مثلاً محرمًا ثم غير قصده إلى المباح يظل الحول، فإن عاد لقصد المحرم استمر الحول، ولو نوى استعمالاً مباحًا، ثم نوى كنزه أو ضربه دراهم ابتدأ الحول والقصد وإلى المكروه كالقصد إلى المحرم.

قال: (وَكَذَا لَوْ انْكَسَرَ الْحُلِيُّ وَقَصَدَ إِصْلَاحَهُ) أي: فلا زكاة في الأصح أيضًا لدوام صورة الحلي، وقصد الإصلاح، والثاني: يصح بقدر الاستعمال، وبسط المسألة أنه لم يمنع الكسر استعماله له لقلته، فلا أثر له أصلاً، وإن منع استعماله بأن ترضض وأحوج إلى السبك وصوغ جديد؛ فطريقان عن أبي إسحاق الجزم ما لوجوب وتبعه جماعة منهم الشيخان، فيبتدئ الحول من انكساره.

قال ابن كج: وسواء نوى إصلاحه أو لم ينو والثاني على ما سيذكره في الحالة الثالثة وهي مسألة الكتاب.

وصورتها: إن كسر كسرًا يمنع معه استعماله مصيغ كذا أو غيره، ولكنه لا يحوج إلى صياغة بل يصلح بالإلحام.

قال الرافعي: فوجهان أظهرهما لا زكاة ووجههما بما سبق.

وقال: إن لم يقصد هذا ولا ذاك ففيه خلاف منهم من يجعله وجهين ويرتبهما على وجهي قصد الإصلاح، وهنا أولى بأن يجري في الحق، ومنهم من يجعله قولين: أحدهما يحب؛ لأنه غير مستعمل في الحال، ولا معد له، وأظهرهما المنع؛ لأن الظاهر استمراره على ما سبق من قصد الاستعمال، وذكر في «البيان» أنه الجديد، والأول القديم، وإذا جمعت بين الصورتين جاء ثلاثة أوجه أظهرهما الفرق بين أن يقصد الإصلاح أو لا يقصد شيئًا من موضع الخلاف عند الجمهور ما إذا لم يقصد جعله تبرًا أو دراهم، وإن كان لفظ الكتاب مطلقًا، انتهى.

وفي ترجيح ما ذكره نظر!

وعبارة «البيان»: والثاني وهو قوله في «الأم»: لا يجب؛ لأنه يمكن إصلاحه للبس فالظاهر بقاؤه على ما كان من إرصاده الاستعمال، هكذا ذكره

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ حُلِيُّ الذَّهَبِ إِلَّا الأَنْفَ ....

الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأكثر أصحابنا وأكثر العراقيين على أن المسألة على قولين كما قال، فظاهر نصوص الشافعي يقتضي عدم الفرق بين الحالتين، فإنه قال في «المختصر»: إذا انكسر حليها، فلا زكاة فأخذ بظاهره طائفة.

وقال أبو إسحاق في «الشرح»: إذا انكسر كسرًا يمكنها إصلاحه من غير أن يعيد صياغته، فأما إذا لم يمكن إصلاحه إلا بصياغة، ففيه الزكاة وتابعه على هذا جماعة.

قال الشيخ أبو حامد بعد أن ذكر القولين كما في «البيان»: وما قاله أبو إسحاق غلط؛ لأنه قال في «الأم»: أردت أخلافه أو لم ترد، وأخلاف الشيء ليس هو إصلاحه، وإنما هو الرد إلى ما كان ولا يكون بصياغة مستأنفة، انتهى.

وهذا النص رأيته في «الأم» كذلك ونقله ابن كج عنه، وسكت عليه، ولا معنى لمخالفته بلا دليل ظاهر.

قال الشيخ أبو حامد: لأن الزكاة سقطت عنه بالصياغة والنية في استعماله، فلا تعود الزكاة فيه إلا أن تنوي أنها لا تصوغه.

قال: (**وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ حُلِيُّ الذَّهَبِ**) لحديث: «**حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح.

وفي صحيح مسلم في خاتم الذهب: «**يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيضعها في يده**»(٢).

قال: (**إِلَّا الأَنْفَ**) للمجدوع «**لأمره ﷺ لعرفجة بن أسعد، وقدأنتن عليه أنف الورِق أن يتخذه من ذهب**»(٣) حسنه الترمذي وصححه ابن حبان.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٩٦، رقم ٧٥٠)، وأبو داود (٤/ ٥٠، رقم ٤٠٥٧)، والنسائي (٨/ ١٦٠، رقم ٥١٤٤)، وابن ماجه (٢/ ١١٨٩، رقم ٣٥٩٥)، والبيهقي (٢/ ٤٢٥، رقم ٤٠١٩) وابن أبي شيبة (٥/ ١٥٢، رقم ٢٤٦٥٩)، والبزار (٣/ ١٠٢، رقم ٨٨٦)، وأبو يعلى (١/ ٢٣٥، رقم ٢٧٢)، وابن حبان (١٢/ ٢٤٩، رقم ٥٤٣٤).

(٢) أخرجه مسلم (٥٥٩٣).

(٣) أخرجه الترمذي (١٨٧٧) وابن حبان (٥٤٦٢).

وَالْأَنْمُلَةَ وَالسِّنَّ، لَا الْأُصْبُعَ، وَيَحْرُمُ سِنُّ الْخَاتَمِ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال: (وَالْأَنْمُلَةَ وَالسِّنَّ) قال الماوردي: فإن نشب في العضو وتراكم عليه اللحم صار كالمستهلك، فلا زكاة وما كان ظاهرًا، فعلى القولين في الحُلي المباح. وسبق عنه حل اتخاذ ميل الذهب لحاجة التداوي، وتبعه المصنف، وهو ظاهر إذا لم يقم غيره مقامه .

قال: (لَا الْأُصْبُعَ) فإنها لا تعمل بخلاف الأنملة الفردة، واليد كالأصبع وفيهما وجه أخرى في القديم.

ورأيت في «الكافي» أنه يجوز الأنف والسن، ولو قطعت أنملته أو أصبعه أو يده فاتخذها من ذهب أو فضة لا يجوز، وما ذكره في الأنملة شاذ، ولعله لم يصدر عن روية.

قال: (وَيَحْرُمُ سِنُّ الْخَاتَمِ عَلَى الصَّحِيحِ) للحديث، قال في باب ما يكره لبسه في «شرح المهذب»: إنه حرام بالاتفاق.

وقال الإمام: لا يبعد تشبيهه بالضبة الصغيرة في الأنا قال وما قاله شاذ ضعيف.

قلت: وهو المقابل للصحيح في الكتاب.

ورأيت في «كافي الخوارزمي» أنه لو اتخذ أسنان خاتمه أو شيئًا منها من ذهب فهو حرام على الأصح، والظاهر أنه أقام احتمال الإمام وجهًا كما وقع في الكتاب.

تنبيه: قال في «شرح المهذب»: حيث حرمنا استعمال الذهب المزاد به إذا لم يصدأ، فإن صدأ بحيث لا يبين لا يحرم، هكذا قطع به الشيخ أبو حامد والبندنيجي وصاحب «المهذب» وآخرون.

وقال القاضي أبو الطيب: الذهب لا يصدأ، فلا تتصور المسألة، وأجابوا عن هذا بأن منه ما يصدأ ومنه ما لا يصدأ، ويقال: ما يخالطه غيره يصدأ، والخالص لا يصدأ، انتهى.

وفيما قاله الشيخ أبو حامد وأتباعه، نظر! وإطلاق الحديث يأباه.

وَيَحِلُّ لَهُ مِن الْفِضَّةِ الْخَاتَمُ.

والظاهر أنهم بَنَوْهُ عَلَى أَنَّ عِلَّةَ التَّحْرِيمِ الْخُيَلَاءُ وَالعِلَّةُ الصَّحِيحَةُ أن ذلك حرام لعينه في القول الجديد كما أوضحته في «التوسط» و«الغنية» في الأواني وإطلاق أكثر الأصحاب يقتضي التحريم، وهو المختار إلا أن يثبت في ذلك توفيق، ولا إحالة تؤخذ.

قال: (وَيَحِلُّ لَهُ مِن الْفِضَّةِ الْخَاتَمُ) قال الشيخ وغيره بالإجماع، وأحسب موضعه إذا كان له سلطان، أما غيره، ففي «مسند الإمام أحمد» عدة أحاديث في النهي عن التختم لغير ذي سلطان، وظني أن من العلماء من قال بذلك.

تنبيهات: منها: اقتصاره على الخاتم يفهم أنه لا يحل له الدملج والسوار والطوق، والتاج، وهو الصحيح بل الصواب قالا: لو اتخذ الرجل خواتيم كثيرة ليلبس الواحد منها بعد الواحد جاز، والجميع في حكم الحلي المباح، وقيل: على الوجهين في الواحد الثقيل.

قلت: وفي كل منهما رمز إلى أنه إنما يجوز أن يلبس في وقتٍ واحد خاتمًا فقط، وفيه ما سنذكره. وفي إطلاقهما الكثرة من غير ضبط نظر!

وعبارة الدارمي: وإن تجد حليين وثلاثة، ففيه القولان، وإن خرج به عن العُرف يعني في الكثرة فقيل على القولين، وقيد يزكيه قولاً واحدًا، وكذلك المرأة، انتهى.

وينبغي إذا أفرطت الكثرة، وزادت عما يتخذ ولو على ندور أن تجب الزكاة في الزائد قطعًا. وأما ما أفهمه قولهما ليلبس الواحد بعد الواحد فيسارع فيه قول الماوردي في باب الآنية، ويكره للرجل أن يلبس فوق خاتمين فضة، وأما رأيته أيضًا في باب الآنية من «الكافي» أن الرجل إذا لبس زوجًا من خاتم في يد أو فرد في كل يد أو زوجًا في يد أو فردًا في أخرى، يجوز، وإن لبس زوجين في كل يد.

قال الصيدلاني في «الفتاوى»: لا يجوز إلا للنساء.

قال: وعلى قياس هذا لو لبس الرجل خاتمًا في غير خنصره هل يجوز وجهان.

وَحِلْيَةُ آلَاتِ الْحَرْبِ: كَالسَّيْفِ وَالرُّمْحِ وَالْمِنْطَقَةِ، لَا مَا لَا يَلْبَسُهُ كَالسَّرْجِ وَاللِّجَامِ فِي الْأَصَحِّ.

قلت: أصحهما التحريم للنهي الصحيح عنه، ولما فيه بالتشبيه بالنساء، وذكر المحب الطبري تفقهًا أن المتجه أنه لا يجوز للرجل لبس خاتمين في يديه، ولا في إحديهما؛ لأن استعماله فضة حرام إلا ما وردت الرخصة به، ولم ترد إلا في خاتم واحد، انتهى.

وهذا ما أشعر به كلام الشيخين، كما أشرنا إليه وفيه نظر!

ومنها: في سنن أبي داود وصحح ابن حبان عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال للابس خاتم الحديد: «ما لي أرى عليك حلية أهل النار» وطرحه فقال: يا رسول الله من أي شيء اتخذه؟ قال: «اتخذه من ورقٍ ولا تتمه مثقالاً»[1]، ولم يتعرض أصحابنا لمقدار الخاتم المباح، ولعلهم اكتفوا بالعُرف، فما خرج عنه كان إسرافًا كما قالوا في الخلخال للمرأة ونحوه.

والصواب الضبط بما نص عليه الحديث، وليس في كلامهم ما يخالفه.

قال: (**وَحِلْيَةُ آلَاتِ الْحَرْبِ: كَالسَّيْفِ وَالرُّمْحِ وَالْمِنْطَقَةِ**) أي: وأطراف السهام والطَّبَرَ وسكين الحرب والخنجر والدرع والجوشن والخوذة والترس والخف والرَّانِين وغيرها مما في معناها إرهابًا للعدو، وفي حلية سيفه ﷺ أحاديث في ثبوتها نظر!

وأما سكين المهنة وسكين المقلمة؛ فالأصح تحريم تحليتها بالفضة على الرجال وغيرهم.

إشارة: لا يبعد أن يقال: يختص إباحة حلية آلات الحرب بما يظهر منها دون ما يستتر بالثياب ونحوها كأعلى الخف أداءً لعلة إظهار الزنية والقوة إرهابًا. وكلامهم مطلق.

قال: (**لَا مَا لَا يَلْبَسُهُ كَالسَّرْجِ وَاللِّجَامِ فِي الْأَصَحِّ**) المنصوص في ثلاثة

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٩٠، رقم ٤٢٢٣)، والترمذي (٤/٢٤٨، رقم ١٧٨٥) وقال: غريب. والنسائي (٨/ ١٧٢، رقم ٥١٩٥).

……

كتب كالأواني ولأنه حلية للفرس لا للفارس، والثاني: يجوز كالسيف، وصححه ابن عبد السلام في «الموصليات» وأخرى الخلاف في الركاب وبزة الناقة من الفضة، وصححوا التحريم، وفي البزة وقفه لحديث أنه ﷺ أهدى جملاً في أنفه بزة من فضة يغيظ بذلك المشركين لكن في إسناده كلام.

ويحرم قلادة الفرس على المذهب، ولا يجوز تحلية شيء من ذلك، ولا من آلة الحرب بالذهب بلا خلاف، ويشكل عليه أنه ﷺ دخل يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة.

قال الترمذي: حديث حسن، لكن ضعّفه غيره.

تنبيهات: قال في «الذخائر»: لا يجوز عليه لجام البغل والحمارة وسرجهما وجهًا واحدًا؛ لأنها لا تعد للحرب.

قال الروياني: وأما التثقيل بالفضة على ما يشاهد في زماننا أو لم لا يجاهد، فحرام بلا إشكال، انتهى.

وقضيه ذلك أن جواز تحلية السيف ونحوه مختص بالمجاهدين، فإن صح حمل على من عزم على الجهاد أو من يتصور منه الجهاد من المرتزقة والأجناد.

وأما من لا يتصور منه الجهاد لهرم شديد أو زمانة فالتجويز لمثله بعيد.

يحرم تحلية الغزال والشاة ونحوهما، ويحمل استثناء كتب فرج البغلة بفضة، وعليه العمل بلا إنكار.

قال: وليس للمرأة حلية آلات الحرب أي: بفضة ولا ذهب لنفسها ومثلها؛ لأن فيه تشبهًا بالرجال وهو حرام كعكسه.

وقوله في «الأم»: لا إكراه للرجل لبس اللؤلؤ للأدب، وإنه من زي النساء لا للتحريم، فليس مراده أن زي النساء جائز للرجال، بل إنه من جنس زي النساء، فلا حجة فيه كقول الشاشي والرافعي أنه يجوز تحلية آلة الحرب، وقد صرحوا بأنه لا يجوز لها اتخاذ حلية السيف والمنطقة لنفسها، وهو ظاهر.

وَلَهَا لُبْسُ أَنْوَاعِ حُلِيِّ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَكَذَا مَا نُسِجَ بِهِمَا فِي الْأَصَحِّ،

وأما إذا حاربت فلها لبس آلة الحرب لا محالة، وحينئذ يحتمل أن يجوز لها اتخاذ الآلة المحلاة كما قاله الشاشي، وتحتمل المنع؛ لأن تحلية آلة الحرب لا يليق بها، وإنما جوز لبس آلة الحرب لها في تلك الحالة للضرورة، ولا ضرورة ولا حاجة إلى الحلية.

قال: (**وَلَهَا لُبْسُ أَنْوَاعِ حُلِيِّ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ**) للخبر السابق في الذهب، والإجماع منعقد على أصل الجواز، وفي إتخاذهن النعال من الذهب والفضة وجهان.

قال الشيخ: أصحهما الجواز، والثاني لا، للإسراف، وعليه اقتصر الماوردي، واقتضى إيراد الروياني ترجيحه، ولعله أولى بالمنع من خلخال وزنه مائتا دينار، وعلى التجويز فينبغي فضره على من لا يعد منها شرفًا، وأما لبسهن التاج ففي «البحر» أنه يجوز.

قال الشيخ وغيره: والأصح أنه إن جرت عادتهن بلبسه جاز، وإلا فلا، ورآه الروياني أقرب، وبه أجاب الماوردي، لكن رأيت في «الأم» هنا ما لفظه: قال الشافعي: وإن كان حليًا يلبس أو يدخر أو يعاد أو يكرى، فلا زكاة فيه، وسواء في هذا أكثر الحلي لامرأة أو ضوعف أو قل وسواء فيه الفتوح والخواتيم والتاج وحلي العرائس وغير هذا من الحلي، هذا نصه بحروفه.

وقضية إطلاقه تجويز التاج لهن مطلقًا، وعلى إطلاق الجواز جرى الشيخ أبو حامد وشيعته، قيل: لا يجوز للمرأة التختم بالفضة؛ لأنه تشبه بالرجال، وهو ما يفهمه كلام صاحب «البحر» كما أشرت إليه في «الغنية» وهو غريب.

ويحتمل أن يقال به في ناحية اطردت عادة أهل باختصاصه بالرجال، وبما رأيت ينقطع المنع بالخنصر لا مطلقًا، وهو محتمل.

قال: (**وَكَذَا مَا نُسِجَ بِهِمَا فِي الْأَصَحِّ**) الحلي ووجه المنع السرف وقيل: لا يجوز لها أزرار الذهب والفضة، والصواب تفريعه على تحريم المنسوج، وأولى بالجواز.

وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ الْمُبَالَغَةِ فِي السَّرَفِ كَخَلْخَالٍ وَزْنُهُ مِائَتَا دِينَارٍ.

فرع: قال في «الروضة» وغيرها: وفي الدراهم والدنانير التي تثقب وتجعل في القلادة وجهان أصحهما التحريم وغلطه بعض العصريين.

وقال: إنما هما في «البحر» في إيجاب الزكاة لا في الحل، وإن قول الرافعي أظهرهما المنع أي: منع كونه من المباح المسقط الزكاة وفيما قاله نظر! من حت النقل.

والظاهر أن الرافعي أخذ المسألة من «شرح العجلي» ولفظه بحروفه من خطه قال في «بحر المذهب»: ويحل للمرأة اتخاذ كذا وكذا إلى أن قال: والدراهم والدنانير المثقوبة التي تجعل في القلادة يحل لهن في وجه، وفي وجه لا تحل؛ لأنه لم يخرج بالصنعة عن النقدية وهذا أشبه، انتهى.

والظاهر أن الروياني أخذ المسألة من «التتمة» كعادته، فإنه قال: إذا كان لها دراهم ودنانير تعري، فطرحتها في القلادة ولبستها، فلا زكاة؛ لأنها من الحلي المباح. فأما الدراهم المثقوبة؛ فالمذهب وجوب الزكاة فيها، انتهى.

ولا خفاء أن القول بالتحريم بعيد؛ ولهذا أنكره الشيخ في موضع.

وقال: الأصح الجواز والوجه الجزم بالجواز من غير كراهة، وبه صرح في «البحر» في موضع آخر، وإنما الخلاف في إيجاب الزكاة؛ لأنها ليست على حقيقة كما وجه به الأصح.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ الْمُبَالَغَةِ فِي السَّرَفِ**) أي: في كل ما أبحناه، قاله معظم العراقيين وأوجبوا فيها الزكاة، وقد تبع في لفظ المبالغة «المحرر» وليست في «الروضة» ولا «الشرح» ولا غيرهما مما وقفت عليه؛ فالجيد حذفها، والسرف مذموم شرعًا، والمبالغة فيه أشد قبل؛ ولعل ذكر المبالغة محمول على مائة يتحقق السرف.

قال: (**كَخَلْخَالٍ وَزْنُهُ مِائَتَا دِينَارٍ**) كذا مثل به غيره.

ويجوز أن يقال يختلف السرف باختلاف طبقات الناس فقد يكون ذلك سرفًا عند قوم، وفي حقهم، وليس بسرف عند آخرين، ولا في حقهم، وقد

وَكَذَا إِسْرَافُهُ فِي آلَةِ الْحَرْبِ.

وَجَوَازُ تَحْلِيَةِ الْمُصْحَفِ بِفِضَّةٍ، وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ بِذَهَبٍ.

يختلف الحال باختلاف النواحي والعادات وحسن قول صاحب «الكافي» والبغوي لو اتخذ خلخالاً كبيرًا أو ثقيلاً خارجًا عن العادة فوجهان.

وعبارة «شرح المهذب»: فيه سرف ظاهر، وهي تشعر بما جمل على لفظ الكتاب والوجه الثاني لا يحرم كما لا يحرم على الأصح اتخاذ خلخال وأساور كثيرة ليلبس واحدًا بعد واحد.

قلت: وللأول أن يمنع الجواز هنا لا سيما إذا أفرطت الكثرة كما سبق على أن نص «الأم» السابق قد يعضد هذا الوجه.

قال: (**وَكَذَا إِسْرَافُهُ فِي آلَةِ الْحَرْبِ**) أي: فيحرم على الأصح، وهذا يدل على أن المبالغة ليست بشرط بل الشرط ألا يكون فيه إسراف كما قاله الأصحاب.

قال: (**وَجَوَازُ تَحْلِيَةِ الْمُصْحَفِ بِفِضَّةٍ**) أي: لكل أحدٍ إكرامًا له، نص عليه في القديم و«الأم» وحرمه، ونص في «سير الواقدي» من «الأم» على التحريم؛ فالخلاف قولان لا وجهان.

(**وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ بِذَهَبٍ**) كالتحلي به، والثاني يجوز لهما إكرامًا له، وصححه صاحبا «الحاوي» و«الكافي».

والثالث: المنع مطلقًا ووجه بأنه ورد في الخبر ذمه.

والرابع: يجوز عليه نفس المصحف دون علامة المنفصل عنه، وزيف، وفي تزييفه وقفه. وأما تحلية علاقته بالذهب.

قال الشيخ: فحرام بلا خلاف، نص عليه الشافعي والأصحاب؛ لأنه ليس حلية للمصحف. وأما تحلية غير المصحف من الكتب فحرام بالاتفاق.

قال في «الذخائر»: سواء فيه كتب الحديث وغيرها.

فرع: في «فتاوى الغزالي» من كتب القرآن بالذهب فقد أحسن ولا زكاة عليه.

وَشَرْطُ زَكَاةِ النَّقْدِ الْحَوْلُ. وَلَا زَكَاةَ فِي سَائِرِ الْجَوَاهِرِ كَاللُّؤْلُؤِ].

باب زَكَاةِ الْمَعْدِنِ وَالرِّكَازِ وَالتِّجَارَةِ

قال المصنف: [مَنْ اسْتَخْرَجَ ذَهَبًا أو فِضَّةً مِن مَعْدِنٍ لَزِمَهُ رُبْعُ عُشْرِهِ.

قلت: وهذا أن كتبه للرجال، فلا يجيء على المذهب، وإنما ينقدح جوازه للنساء على المرجح، والشأن في الإحسان بل هو يدعه إلى الكراهة أقرب.

فرع: تحلية الكعبة والمساجد بالذهب والفضة، وتعليق قناديلهما حرام على الصحيح، لكن لو جعل ذلك وقفًا لا زكاة بحال لعدم المالك المعين.

قال الشيخ: هذا قطع به الأصحاب، وكأنه يشير إلى استشكاله، وإنما ذكره طائفة من المراوزة. وفي صحة الوقف مع الحكيم بالتحريم من غير وقف بعد، وأحسب أن القاطع بالصحة هو المبيح لا المحرم.

ورأيت في «تعليق البغوي» بعد ذكره المسألة ما لفظه: قلت: هذا إذا جاز وقف الذهب والقياس ألا يجوز .

قال: (**وَشَرْطُ زَكَاةِ النَّقْدِ الْحَوْلُ**) للخبر السابق، وكالماشية.

(**وَلَا زَكَاةَ فِي سَائِرِ الْجَوَاهِرِ كَاللُّؤْلُؤِ**) لأنها معدة للاستعمال، ولم يرد فيها نص ولا زكاة في كل ما يستخرج من الأرض من سائر المعادن ولا في عنبر ولا مسك ولا غيره، قاله في «الأم».

إشارة: وقع في تمويه الأواني وغيرها بالذهب أو الفضة اضطراب في كلام المصنف أو صحته هنا في «الغنية» وبالله التوفيق.

قال الشارح: قال رحمه الله: (**مَنْ اسْتَخْرَجَ**) أي: وهو من أهل الزكاة.

(**ذَهَبًا أو فِضَّةً مِن مَعْدِنٍ**) أي: في أرض مباحة أو مملوكة له.

(**لَزِمَهُ رُبْعُ عُشْرِهِ**) فإن كانت لغيره من أهل الزكاة لزمه مالكها ذلك، ولو استخرجه من أرض موقوفة عليه، فهل يملكه أو يخرج على أقوال المالك لم أر فيه شيئًا، وهو محتمل ولينظر أيضًا فيما لو استخرجه من أرض موقوفة على جهة عامة أو من أرض المسجد أو الرباط والمدرسة ونحوها.

وَفِي قَوْلٍ الْخُمُسُ، فِي قَوْلٍ إنْ حَصَلَ بِتَعَبٍ فَرُبْعُ عُشْرِهِ، وَإِلَّا فَخُمُسُهُ.

والظاهر أنه لا يملكه، ولكن هل يكون لجهة الوقف خاصة أو للمصالح مطلقًا فيه نظر! والأصل في الباب عموم الأحاديث الواردة في زكاة الذهب والفضة وصحح الحاكم حديث «أنه ﷺ **أَخَذَ مِن الْمَعَادِنِ الْقَبَلِيَّةِ الصَّدَقَةَ**»(١) وهو مرسل في «الموطأ» ووصله البيهقي وغيره. واحترز المصنف بقوله: ذهبًا أو فضة عما سواهما من أجزاء الأرض، فلا شيء فيها على المذهب، ولو استخرجهما أو غيرهما مسلم من دار الحرب فغنيمة مخمسة.

فائدة: قيل: إذا كان المعدن مخلوقًا في أرضه فوجده، فلم لا يزكيه لما مضى؛ لأنه ملكه من حين ملك الأرض قيل: لعل الموجود فيها مما يخلق شيئًا فشيئًا، فلا يتحقق سبق الملك قيل: ولا يخفى ضعف.

هذا الجواب، وقد يتحقق سبق الملك بأن يكشفه السيل أو غيره فيعاين منه شيء كثير.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ الْخُمُسُ**) لحديث: «**وفي الركاز الخمس**»(٢) وقد جاء مفسرًا بذلك. ومنهم من قال هو مقيس على الركاز، فعلى هذا مصرفه مصرف الزكاة على المذهب كالقول الأول.

قال: (**فِي قَوْلٍ إنْ حَصَلَ بِتَعَبٍ فَرُبْعُ عُشْرِهِ وَإِلَّا**) أي: وإن حصل بلا تعب بأن وجده ببطحاء نسفها السيل.

(**فَخُمُسُهُ**) جمعًا بين الأخبار؛ ولأن الواجب يقل ويكثر بخفة المؤنة وثقلها

---

(١) أخرجه البيهقي (٧٨٨٧).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٨٦٨، رقم ١٥٦٠)، وأحمد (٢/ ٢٣٩، رقم ٧٢٥٣)، وعبد الرزاق (١٠/ ٦٥، رقم ١٨٣٧٣)، والبخاري (٢/ ٥٤٥، رقم ١٤٢٨)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤، رقم ١٧١٠) وأبو داود (٤/ ١٩٦، رقم ٤٥٩٣)، والترمذي (٣/ ٣٤، رقم ٦٤٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ٤٤، رقم ٢٤٩٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٩١، رقم ٢٦٧٣) وابن أبي شيبة (٥/ ٤٠٠، رقم ٢٧٣٧٤)، والدارمي (١/ ٤٨٣، رقم ١٦٦٨) وابن خزيمة (٤/ ٤٦، رقم ٢٣٢٦)، وأبو عوانة (٤/ ١٥٦، رقم ٦٣٥٤)، والطحاوي (٣/ ٢٠٣)، وابن حبان (١٣/ ٣٥١، رقم ٦٠٠٥)، والدارقطني (٣/ ١٥١)، والبيهقي (٨/ ١١٠، رقم ١٦١٧٢).

وَيُشْتَرَطُ النِّصَابُ لَا الْحَوْلُ عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِمَا.

وَيَضُمُّ بَعْضَهُ إِلَى بَعْضٍ إِنْ تَتَابَعَ الْعَمَلُ وَلَا يُشْتَرَطُ اتِّصَالُ النَّيْلِ عَلَى الْجَدِيدِ، وَإِذَا قَطَعَ الْعَمَلَ بِعُذْرٍ ضَمَّ، وَإِلَّا فَلَا يَضُمُّ الْأَوَّلَ إِلَى الثَّانِي، ....

كما سبق في الزروع، والمعتمد في ضبط الفرق على هذا القول إنما اختار إلى الطحن والمعالجة ففيه ربع العشر، وما استغنى عن ذلك ففيه الخمس وقيل: يعتبر الحفر أيضًا، ونسبه النيل إلى العمل.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ النِّصَابُ لَا الْحَوْلُ عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِمَا**) أي: إن قلنا الواجب ربع العشر اشترط النصاب قطعًا لا الحول على الأظهر؛ لأن الحاصل إنما كله كالنتاج والأرباح، ووجه الثاني عموم حديث الحول السابق، وإن قلنا: الواجب الخمس لم يعتبر الحول، وفي النصاب قولان، وينبغي كونهما على قولنا مصرفه مصرف الزكاة. فإن قلنا: مصرف الفيء لم يشترط نصاب ولا حول.

قال مفرعًا على اعتبار النصاب: (**وَيَضُمُّ بَعْضَهُ إِلَى بَعْضٍ إِنْ تَتَابَعَ الْعَمَلُ**) لأن الغالب أن المعادن لا تنال دفعه، ولا يشترط بقاء الأول على ملكه.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ اتِّصَالُ النَّيْلِ عَلَى الْجَدِيدِ**) إذ الغالب أنه لا يتواصل، والقديم نعم؛ كما في تلاحق الثمار، ومحل القولين إذا طال زمان العمل مع انقطاع النيل قطعًا، وكذلك إن طال عند الأكثرين؛ لأنه عاكف على العمل، وهل يعتبر الطول بالعرف أو بثلاثة أيام أو بيوم أوجه أصحها الأول، ومن الأعذار إصلاح الآلات وهرب العبيد والأجراء قطعًا، وكذا المرض والسفر على الصحيح.

(**وَإِذَا قَطَعَ الْعَمَلَ بِعُذْرٍ ضَمَّ**) قلت: وينبغي أن يفرق بين سفر وسفر، وعدَّ القاضي ابن كج من الأعذار بُعد داره، وجزم هو وغيره بأن العلة عذر.

قال: لأنه لا بد للناس من القطع عند حدوث هذه الأشياء ما دام بنية العمل.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن قطع من غير عذر (**فَلَا يَضُمُّ الْأَوَّلَ إِلَى الثَّانِي**) سواء طال الزمان أو قصر؛ لأنه إعراض، هكذا أطلقاه، وإنما يظهر القطع بذلك إذا

وَيَضُمُّ الثَّانِيَ إِلَى الْأَوَّلِ كَمَا يَضُمُّهُ إِلَى مَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ الْمَعْدِنِ فِي إِكْمَالِ النِّصَابِ.

نوى الإعراض وإلا فقد يقطع زمنًا يسيرًا مع استدامه نية العمل. وعبارة القاضي ابن كج: فلو قطع العمل بغير عذر ونيته العمل، فكم قدر الزمان.

قال الشافعي في «الأم»: لا يضم سواء قل أو كثر وأصحابنا يختلفون منهم من يقول متى قطع زمانًا بالنهار، ويعمل الناس في مثله ولم يكن هناك عدد لم يضم، سواء كان يومًا أم ساعة، ومنهم من قال: ليس في ذلك جديد متى قطع قطيعًا لا يتعارفه الناس لم يضم، فإن كان يومًا ويومين وثلاثة، فإنه يستريح الناس في ذلك القدر، فإنه يضم فإن زاد لم يضم، انتهى.

ثم شرع المصنف في بيان انقطاع الضم فقال: **(وَيَضُمُّ الثَّانِيَ إِلَى الْأَوَّلِ كَمَا يَضُمُّهُ إِلَى مَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ الْمَعْدِنِ فِي إِكْمَالِ النِّصَابِ)** أي: في واجب حق المعدن الآن، وإن كان دون النصاب؛ لأن ما وجده الأن لا حول له، بخلاف ما عنده والمجموع نصاب نصاب، فتعطي كل بعض حكمه.

فأما إذا قال: من المعدن دون نصاب، وفي ملكه من جنسه نصاب فأكثر، فإن كان في آخر جزء من حول ما عنده أو بعد تمام حوله ضم إلى ما عنده، وعليه في كل واحد منهما حقه ووقع في «الروضة» كتابة لفظة مع موضع بعد، وتوبع عليه، وهو سبق قلم، فاعلم وإن كان قبل آخر الحول، فلا شيء عليه الآن فيما عنده، والأصح وجوب حق المعدن فيما ناله، وهو ظاهر نص «الأم»؛ لأن زكاة النقد من المعدن وغيره متشابهة في اتحاد المتعلق، والثاني: لا لأن ما عنده لا يصلح للاستتباع، فعلى هذا عليه في كل منهما ربع العشر عند تمام حول نفسه، وإن كان ما عنده دون نصاب كتسعة عشر دينارًا ونال من المعدن دينارًا، ففي وجوب حق المعدن في الدينار الوجهان.

فروع: الأول: إذا استخرج اثنان من معدن نصابًا؛ فالزكاة مبنية على ثبوت الخلطة في المواشي.

الثاني: لا خلاف أنه لو كان يخرج من المعدن في كل دفعة نصابًا أنه يجب إخراج حق المعدن في الحال، سواء اتصل العمل أو انقطع ولكل دفعة

وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ، يُصْرَفُ مَصْرِفَ الزَّكَاةِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَشَرْطُهُ النِّصَابُ، وَالنَّقْدُ عَلَى الْمَذْهَبِ ....

حكم نفسها.

الثالث: إذا لم يعتبر الحول فوقت وجوب حق المعدن حصول النيل بيده، ووقت الإخراج بعد التخليص والتنقية وموته ذلك على المالك كما في الزروع وغيرها.

قال: (**«وَفِي الرِّكَازِ الْخُمُسُ»**): هذا نص الحديث المتفق على صحته، والمعنى فيه أنه وصل إليه بلا تعب ومؤنة أو مؤنة خفيفة.

قال: (**يُصْرَفُ مَصْرِفَ الزَّكَاةِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) لأنه مستفاد من الأرض كالثمار والزروع، فعلى هذا يعتبر كون الواجد من أهل الزكاة، سواء الرشيد والسفيه والصبي والمجنون ويملكوه ولا يجب على مكاتب وذمي.

والقول الثاني: يصرف إلى أهل الخمس المذكورين في أنه الفيء، واختاره المزني؛ لأنه مال جاهلي حصل، بلا إيجاف خيل ولا ركاب، فعلى هذا يجب على المكاتب والذمي، وقيل: لا يملك الكافر ما يأخذه من المعدل والركاز كما لا يملك بالإحياء، وأطلق ابن المنذر النقل عن الشافعي، والإجماع على وجوب الخمس على الذمي.

واستدل بذلك على أن مصرفه مصرف الفيء، وما نقله عن الشافعي غريب، وعن الإجماع مردود، قاله الشيخ وغيره.

قال: (**وَشَرْطُهُ النِّصَابُ**) لما ذكرناه في الزكاة، وعلى هذا يكمل ما نكمله من جنسه على الخلاف والتفصيل في المعدن.

(**وَالنَّقْدُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: فيهما والمنقول طريقان أصحهما عند الجمهور أن المسألة على قولين أظهرهما هذا، وهو الجديد؛ لأنه مال مستفاد من الأرض فاختص بما تجب فيه الزكاة كالمعدن والقديم لا يشترط النصاب ولا النقد؛ لإطلاق الحديث وفي الزكاة الخمس، وهذا القول مذكور في «الأم» ولا يمنع ذلك كونه قديمًا.

لَا الْحَوْلُ، وَهُوَ الْمَوْجُودُ الْجَاهِلِيُّ، فَإِنْ وُجِدَ إِسْلَامِيٌّ عُلِمَ مَالِكُهُ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلُقَطَةٌ،

والثالثة: القطع بالجديد وحمل الثاني على الاحتياط وصححه البغوي وغيره وهو قضية كلام المصنف على ما عرف من عادته واصطلاحه ويوافقها قول ابن كج المذهب اعتبار النصاب .

وحكى عن القديم غيره تعليقًا بقوله: لو كنت المخرج للركاز لأخرجت من قليله وكثيره فظنوا أن ذلك قولٌ آخر، وإنما قاله على طريق الاحتياط، ولا يختلف أنه لا يوجد من غير الذهب والورق، وقد قيل: فهي قول آخر؛ لقول الشافعي لو كنت المخرج لأخرجت ولو ما قيمته درهم، انتهى.

قال: (**لَا الْحَوْلُ**) قال الماوردي بإجماع أهل الفتوى.

قال: (**وَهُوَ الْمَوْجُودُ الْجَاهِلِيُّ**) أي: دفن الجاهلية، والمراد بالجاهلية ما قبل الإسلام سموا بذلك لكثرة جهالاتهم، ويدل على كونه جاهليًا كونه من ضربهم بأن يكون عليه اسم ملك منهم أو صور أو غير ذلك من العلامات.

واعتبر في «المحرر» ضرب الجاهلية، وسيأتي بحقيقة ويشترط أيضًا أن يكون مدفونًا فإن وجده ظاهرًا، فإن علم أن السيل أظهره فركاز، أو أنه كان ظاهرًا فلقطة، وإن شك فكما لو شك في أنه من ضرب الجاهلية أو الإسلام، قاله الماوردي.

قال: (**فَإِنْ وُجِدَ إِسْلَامِيٌّ**) أي: بأن يكون عليه أنه من القرآن أو اسم ملك منا.

(**عُلِمَ مَالِكُهُ فَلَهُ**) أي: يجب رده إليه.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعلم مالكه.

(**فَلُقَطَةٌ**) فيفعل فيه ما يفعل باللقطة البارزة.

وقال الشيخ أبو علي: هو مال ضائع يمسكه أبدًا ويسلمه إلى الإمام ليحفظه؛ لأن اللقطة ما تسقط من المالك، فأشبه ما لو ألقت الريح ثوبًا في حجرة أو داره، وإنما يملك بالتعرف ما ضاع من المارة، دون ما حصنه مالكه بالدفن فعثر به حافر، وحكى هذا عن الضال، والمذهب الأول.

قال الشيخ وغيره: وقد خالف الشيخ أبو علي غيره في هذا الاستشهاد.

وَكَذَا إِنْ لَمْ يُعْلَمْ مِن أَيِّ الضَّرْبَيْنِ هُوَ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُهُ الْوَاجِدُ.

وقال: الثوب المذكور لقطة تعرف وتتملك، قاله في «شرح المهذب» هنا، واقتضاه كلام «النهاية» و«البسيط» والمذكور في «الروضة» وأصلها في باب اللقطة ما ذكره أبو علي في مسألة الثوب.

واعلم أن كلام أبي علي هذا نقلوه عن شرحه للتلخيص، ولفظه: ومعنى قوله: لقطة يعني أنه لا يملكه كما لا يملك الموات، فإما أن يملكه بعد التعريف سنة، فلا بل مال ضائع ثم قال: وكذلك وذكر مسألة الثوب، وكذلك ما وجد مدفونًا تحت اللقيط أو بقربه لا يكون للقيط ولا يملك بالتعريف بل يحفظ للمالك لقطات أبيه، وفي يده ودائع لا يعرف الوارث مالكها لا يملك بالتعريف، انتهى.

والقلب إلى ما قاله أميل وكلامه يفهم أن المراد بكونه لقطة ما ذكره لا غير.

ثم صورة المسألة أن تجده بموضع لو كان جاهليًا لجعلناه ركازًا.

أما لو كان بموضع مملوك، وليس من ماله فهو لبيت المال كسائر الأموال الضائعة، ومن أصحابنا من قال له أحده لقطة؛ لأن له التملك باللقطة كالناس، انتهى.

والظاهر أنه أخذ هذا من قول «البسيط» وطرد يعني أبا علي هذا في الثوب تلقيه الريح إلى داره والأصحاب يطردون حكم اللقطة فيما إذا وقع في يد الإمام أيضًا إذ له الالتقاط، انتهى.

ولا يخفى ما في هذا الأخذ.

قال: (وَكَذَا إِنْ لَمْ يُعْلَمْ مِن أَيِّ الضَّرْبَيْنِ هُوَ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُهُ الْوَاجِدُ) لفقد إمارة كنز وحلي أو عليه اسم محتمل تغليبًا للإسلام، وفي قول هو ركاز؛ لأن الإسلام طار ولم يظهر عليه أثره؛ ولأن الموضع يشهد.

قال البغوي في تعليقه: وهذا هو المذهب الصحيح.

وقال أبو زيد: إنه لقطة.

وقال في «التهذيب»: المنصوص أنه لقطة، ومن أصحابنا من قال: هو

....

ركاز، انتهى.

فعلى هذا هو كسائر اللقطة، وعليه جرى الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص». وعنه حكاية وجهين.

تنبيهات: قال الإمام الرافعي: واعلم أنه يلزم من كون الركاز على ضرب الإسلام كونه مدفونًا في الإسلام، ولا يلزم من كونه من ضرب الجاهلية كونه مدفونًا في الجاهلية؛ فالحكم مدار على كونه من دفين الجاهلية لا من ضربهم.

قال المصنف: وهذا تفريع على الأظهر فيما إذا لم يعلم من أي: ضرب هو.

وقال غيره: إن أراد الرافعي أنا حيث حكمنا بكونه ركازًا؛ فذلك لأجل كونه من دفنهم والضرب علامة عليه، فصحيح ولا يكون فيه خلاف، والحكم باللقطة في مسألة الشك لعدم العلامة المعتبرة، والحكم بالركاز فيها للاكتفاء بعلامة الاستصحاب ونحوها، وإن أراد أنا وإن علمنا أنه تضرب الجاهلية لا نحكم بكونه ركازًا حتى تعلم كونه من دفنهم فهو مخالف لما في «المحرر».

وظاهر كلام كثيرين، وظاهر ما قاله المصنف، وادعى أنه لا خلاف في كون ذلك ركازًا والحق أنه لا يشترط العلم بالدفن؛ إذ لا سبيل إليه، وتكفي علامة تدل عليه من ضرب أو غيره، انتهى.

ويعضده قولهم في إمارة كونه جاهليًا أن يكون عليه صور، ومعلوم أن التصوير على الدراهم والدنانير باقٍ بدار الحرب إلى الآن، وتحمل إلى دارنا ويتموله المسلمون، ويجب تأويل قول الشيخ أبي علي وغيره لا بد أن يكون من دفن الجاهلية واشترط أبو إسحاق المروزي في دفن الجاهلية ألا يعلم أن مالكه بلغته الدعوة، فإن علم أنه بلغته الدعوة وعاند ووجد في بناية أو بلده التي أنشأها أكثر، فليس بركاز بل هو فيما حكاه عنه الشيخ أبو حامد وأتباعه وأقروه وذكر القاضي أبو الطيب في دليل أن مصرف الركاز مصرف الزكاة أن الاعتبار بالواجد لا بالدفن؛ إذ لو اعتبر لوجب ألا يملك الركاز لجواز أن يكون قد دفنه من هو من أهل الحق من قوم موسى أو عيسى قبل مبعث النبي

وَتَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ إِذَا وَجَدَهُ فِي مَوَاتٍ أَو مِلْكٍ أَحْيَاهُ.

صلى الله عليه وعليهما وسلم، ولم يبدل فيكون ميراثًا لورثته، وإذا كانت العبرة بالواجد وهو مسلم فمصرف الحق الواجب في ماله لله تعالى مصرف الزكاة، وذكر الماوردي معناه إلا أنه صور ذلك فيمن لم تبلغه الدعوة، فأفاد ذلك أنه لا يشترط الركاب لكافر.

ويستفاد من كلام الماوردي أنه لا يضر احتمال كون الدفن بعد الإسلام فيمن لم تبلغه الدعوة، وبهذا يعلم أن ملك الركاز ليس لإلحاقه بأموال الكفار بناء على الظاهر؛ إذ لو كان كذلك لجعل فيئًا، وإنما ذلك حكم من الشرع في هذا النوع، ويوافق ما تقدم قول الشيخ أبي علي.

والركاز غير مقطوع بأنه مال كافر فيؤول إطلاقه القول بأنه لا بد أن يكون من دفن الجاهلية.

قال: **(وَإِنَّمَا يَمْلِكُهُ الْوَاجِدُ وَتَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ إِذَا وَجَدَهُ فِي مَوَاتٍ أَو مِلْكٍ أَحْيَاهُ)** أي: إنما يملك الواجد الموجود الجاهلي، وتلزمه الزكاة ويسمى ركازًا إذا وجده فيما ذكره، وبدون ذلك لا تثبت هذه الأحكام، ولا التسمية والغرض أنه يشترط في الركاز أمران كونه جاهليًا وقد سبق، والثاني: مكانه وهو المقصود هنا، والأصل فيه أن رجلاً وجد كنزًا، فقال له النبي ﷺ: «**إن وجدته في قرية مسكونة أو طريق ميتاء، فعرفه وإن وجدته في خربة جاهلية أو في قرية غير مسكونة ففيه، وفي الركاز الخمس**»(١) رواه الشافعي بسندٍ حسن أو صحيح.

إشارات: شمل كلام المصنف موات دار الإسلام وموات دار العهد وموات دار الحرب، وقيل: إن ذبُّوا عنه؛ فالمأخوذ من عمرانهم، وضعفه المصنف.

والقياس أن الأخذ مما يدلون عنه غنيمة مخمسة، وهذا الوجه هو ما أورده المراوزة والفرض أنه دخل دراهم بلا أمان.

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٩٦)، والحاكم (٢/ ٧٤، رقم ٢٣٧٤)، والبيهقي (٤/ ١٥٥، رقم ٧٤٣٧) والحميدي (٢/ ٢٧٢، رقم ٥٩٧).

فَإنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدٍ أو شَارِعٍ فَلُقَطَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال الماوردي في السير: فإن كان عليه طابع قريب العهد يدل على حياة أربابه فغنيمة أو غير إحياء فعليه الخمس، وإن أشكل فهل يكون غنيمة اعتبارًا بالمالك أو ركازًا، اعتبارًا بموضعه، فيه وجهان.

وفي حكم الموات قبور الجاهلية والقلاع العادية والقرى القديمة التي عمرت في الجاهلية وباد أهلها، للحديث.

واعلم إنهم أطلقوا هذا الحكم فيما يوجد من ذلك في بلاد الإسلام، وقيده الإمام بما إذا لم يتفق فيه اختصاص لغانم ولا لمن يستحق الفيء وهو ظاهر، وسيأتي إن شاء الله في إحياء الموات ما يوافقه ويؤكده وصرح به القاضي ابن كج هنا حيث قال: وإذا كان قد منعوا عنه أي: وفتحًا عنوة، فقد صارت الأرض غنيمة وما يوجد فيها من الركاز يكون للمقاتلة كسائر الغنائم انتهى وقول المصنف أو ملك أحناه لأنه يملكه بإحياء الأرض على المذهب المنقول وفيه تخريج للإمام سنذكره.

قال: (**فَإنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدٍ أو شَارِعٍ فَلُقَطَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) قال في «شرح المهذب»: وإن وجده في طريق مسلوك؛ فالمذهب وبه قطع العراقيون والقفال أي: والقاضي الحسين والبغوي أنه لقطة، وقيل: ركاز وقيل: وجهان أصحهما لقطة والثاني: وكان ولو وجده في المسجد فلقطة، هذا هو المذهب، وبه قطع البغوي والجمهور.

قال الرافعي: ويجيء فيه الوجه الذي في الطريق أنه ركاز، انتهى.

ويشبه أن يكون محل الخلاف في الموجود في الأماكن المشتركة بين المسلمين من الطرق النافذة والشوارع العامة والرحاب ونحوها.

أما لو سبل إنسان معروف ملكه شارعًا ثم وجد فيه ركاز فيشبه أن يكون له كما لو وجد في ملكه، ولو سبل الإمام أرضًا لبيت المال لذلك؛ فالأقرب أن ما يوجد فيها لبيت المال كالمالك الخاص وأما ما وجد في المسجد، فلم أره لغير البغوي ونقله ابن الرفعة عنه وعن القاضي الحسين والتفصيل فيه منقدح

أَوْ فِي مِلْكِ شَخْصٍ فَلِلشَّخْصِ إِنْ ادَّعَاهُ، وَإِلَّا فَلِمَنْ مَلَكَ مِنْهُ، وَهَكَذَا حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى الْمُحْيِي.

جدًا، فيقال: إن علم أنه بنى في موات بأمر الإمام أو بغير أمره؛ فالأقرب أن الموجود فيه ركاز ولا يغير جعله مسجدًا حكمه، واحتمال كون مسلم دفنه بعيد، ولا سيما إذا كان دفن في المسجد حين استولينا على دار الحرب في مواتها، وإن كان قد أخذ في بيعة أو كنيسة جاهلية كما صنع في أكثر بلاد الشام، فيكون ركازًا إلا إذا كان قد اختص بها غانم أو مستحقو فيء فيكون لهم كما سبق، وإن كان قد وقفه مالكه لمنفعته كما وجد فيه فهو له أو الإمام في أرض بيت المال؛ فلبيت المال كما سبق، واحتمال دفن مسلم لدفنه بعيد جدًا، وإن جهلت حاله فهو موضع التردد فيما ظهر لي، والعلم عند الله.

قال: (**أَوْ فِي مِلْكِ شَخْصٍ فَلِلشَّخْصِ إِنْ ادَّعَاهُ**) فللشخص إن أدعاه أي: بلا يمين كالأمتعة في الدار ولا يشترط دعواه بل ألا ينفيه هذا ما تضمنه كلام الشيخين وغيرهما.

وقال الماوردي: إذا وجد ركاز في دار رجل أعطيه بلا يمين، وإذا وجد رجل في دار رجل ركازًا، فليس للذي وجده، فإن طلبه صاحب الدار، فهو له وإن لم يطلبه، فإن كان من دفين الجاهلية فهو له ولا معنى لقوله: إذا كان ملكها بالإقطاع، وإن ملكها بالميراث أو الشراء فقال: ليس لي فإنه للذي قبله وذكر ما سيذكره المصنف من الانتهاء المجيء.

وقضية كلامه أنه لو نفاه المحيي لا يلتفت إلى قوله كما قاله في المقطع تمليكًا وأولى.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن نفاه عنه.

(**فَلِمَنْ مَلَكَ مِنْهُ، وَهَكَذَا حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى الْمُحْيِي**) أو من تلقى الملك عنه ميتًا فورثته، فإن وافق بعضهم أنه لمورثهم سلم نصيب المدعى إليه، وسلك بالباقي ما ذكرنا ويجب حفظه حتى يحيي صاحبه، فإن ليس من يحييه كان لبيت المال كسائر الأموال الضائعة، قاله الماوردي وغيره.

……

تنبيهات: منها: قوله في ملك شخص؛ فللشخص إلى آخره هذا على إطلاقه الذي وجد يملكه قد ملكه بإحيائه له أو بتمليك الإمام له الموات بالإقطاع، وإن لم يحيه أو بالغنيمة ونحوها، أما لو كان لشخص قد ملك المكان من غيره بشراء وغيره، فإنما يكون له بظاهر اليد كما أشار إليه آخرًا، ولا يحل له باطنًا أخذه، بل يلزمه عرضه على من ملك الأرض منه، ثم الذي قبله وهكذا حتى ينتهي إلى المحيي ونحوه كما سبق.

ومنها: ما ذكره مبني على أن المحيي يملك الركاز تبعًا للأرض وهو ما نقله الرافعي عن جماعة.

قال: ورأي الإمام تخريجه على ما لو دخلت ظبية داره فأغلق بابه لا على قصد ضبطها وأصح الوجهين أنه لا يملكها بل يصير أولى بها، وكذلك المحيي يصير أولى بها.

قال الرافعي: فعلى هذا لا يبعد أن يقال: إذا زال ملكه عن رقبة الأرض، بطل اختصاصه كما لو فتح بابه وذهبت الظبية، ملكها من صادها، انتهى.

وقد يؤيد تخريج الإمام ما رأيته في «فروع ابن القطان» أنه لو باع دارًا فوجد المشتري فيها كنزًا جاهليًا فهو للمشتري قولاً واحدًا، وإن كان إسلاميًا فلقطة تقر في يد البائع، وقول الشيخ أبي علي في «شرح التلخيص»: أنا إذا انتهينا إلى المحيي كان لورثته على قدر مواريثهم منه.

قال أصحابنا: فإن أبوا أن يقبلوا جعل في بيت المال؛ لأنه مال لا مالك له، ولا يكون بحال لهذا الواجد، انتهى.

وهو ظاهر في أن المحيي لا يملكه بالإحياء كالأرض بل يكون أولى به؛ إذ لو ملكه كالأرض لدخل في ملك ورثته قهرًا كسائر الشركة، فتأمله!

وبين هذا وبين كلام الماوردي السابق تباين ظاهر.

ومنها: قال في «الحاوي» وغيره: إذا لم يعرف المحيي فهو لقطة.

وقال ابن الصباغ: هو ركاز. وقال الماوردي: لبيت المال ونفعها.

وَلَوْ تَنَازَعَهُ بَائِعٌ وَمُشْتَرٍ، أَو مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ، أَو مُعِيرٌ وَمُسْتَعِيرٌ صُدِّقَ ذُو الْيَدِ بِيَمِينِهِ.

قال الماوردي: إذا قطع السلطان رجلاً قطيعة، فقد ملكها عمرها أم لا، فمن وجد فيها ركازًا فهو لصاحب القطيعة، وقيل: لا يملكها إلا بإحياء، وهو غلط، خلافه نصه، انتهى.

وقضية ذلك أن يقال في مسألة الكتاب حتى ينتهي إلى المحيي ومن حكمه أو المحيي والمقطع تمليكًا، وكذا من في معناهما كما سيأتي.

ومنها: قيل: دخل في قوله ملك شخص ما إذا وجده في أرض القيمة، فإنه للغانمين أو في أرض لفيء، فلأهل الفيء، وإذا وجده بدار الحرب في ملك حربي فهو لذلك الحربي، فإن كان الواجد دخل بأمان فليس له أحد فقتال ولا غيره، وعليه الرد إن أخذ، وسنذكر حكم ما إذا دخل بغير أمان ويدخل في كلام المصنف مسألة الإقطاع.

ومنها: إذا وجده في أرض مملوكة لشخص وهي مستطرقة لسائر الناس من غير منع من مالكها، فهو لمالكها كما اقتضاه كلام الكتاب، وعن صاحب «التقريب» فيه خلاف، ونزله الإمام على إذا ما وجده غير المالك، ولم يتبين أما من أحيا الأرض ابتداء وادعى أخذه بعد إخراجه أنه كان ونازعه المالك؛ فالظاهر مع ذلك أنه كان للمالك، فلو وقع التنازع قبل إخراجه؛ فالقول قول مالك الأرض مع اليمن بلا خلاف.

ومنها: إذا دخل دار الحرب بلا أمان فأخذه من ملك شخص بقهر فغنيمة أو بلا قهر ففي «النهاية» وغيرها أنه فيء. قال الرافعي: أطلق الأكثرون أنه غنيمة.

قلت: ويأتي فيه وجد أنه يختص به الأخذ لما سيأتي هناك مع بيان ما وقع في مسألة الداخل تلصصًا من الاضطراب، وقد أوضحته في «الغنية» هناك.

قال: (وَلَوْ تَنَازَعَهُ بَائِعٌ وَمُشْتَرٍ، أَو مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ، أَو مُعِيرٌ وَمُسْتَعِيرٌ) بأن قال المشتري والمكتري والمستعير: هو لي وأنا دفنته.

وقال البائع والمؤجر والمعير مثل ذلك أو قال مالكه: (صُدِّقَ ذُو الْيَدِ بِيَمِينِهِ) إذا احتمل ما يدعيه، ولو على بعد كالأمتعة.

وقال المزني: القول قول المكري والمعير لأجل الملك.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: ولو اتفقا على أنه ركاز لم يدفنه ذو اليد، فهو لصاحب الأرض بلا خلاف.

قلت: في نفي الخلاف نظر لما سبق عن ابن القطان وغيره.

وفي «الذخائر»: إذا ملك دارًا بإرث أو شراء وفيها ركاز هل يملكه بذلك؟

قال أصحابنا: بين على أن ملك أرضًا بالإحياء وفيها ركاز هل يملكه بذلك فيه خلاف مرتب على أن الظبية فذكره.

ثم قال: كذا يملكه بالإحياء لم يجز للمشتري تملكه، وإن قلنا: لا يملكه بالإحياء، فهو أحق لا محالة ما دامت الأرض بيده، فإذا باعها فهل ينتقل هذا الحق إلى المشتري اختلف أصحابنا فيه فذكره. ثم قال: ويتفرع على هذا إذا اختلف البائع والمشتري في الركاز، وقد أحياه، انتهى.

وفيه أن هذا من تصرفه في تخريج الإمام، وكلام الغزالي، ولو فرض نزاع المستأجر والمستعير بعد رجوعه الدار إلى المالك فقال المالك: دفنته بعد رجوعها صدق وبشرط الإمكان وإن قال قبل خروجها من يدي فوجهان أظهرهما عند الإمام أن المصدق المكتري والمعير لليد السابقة، وجزم المصنف صحيحه في أصل «الروضة» و«شرح المهذب» وقد يجيء مثل هذا ما لو ردها المشتري بعيب أو أقاله ثم تنازعا فيه، والله أعلم.

فصل في زكاة التجارة

قال: [**فَصْلٌ**:

قال: الأصل فيه قوله تعالى: ﴿أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٦٧] قال مجاهد: الكسب التجارة.

وقوله ﷺ: «في الإبل صدقتها وفي البز صدقته وفي البقر صدقتها»(١)

---

(١) أخرجه البيهقي (٧٨٤٨) والدارقطني (١٩٥٥).

وَلَوْ تَمَّ الْحَوْلُ، وَقِيمَةُ الْعَرْضِ دُونَ النِّصَابِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُبْتَدَأُ حَوْلٌ، وَيَبْطُلُ الْأَوَّلُ.

حسابًا لنضيض، والثاني لا ينقطع.

وصورة المسألة: إذا رد إلى النقد الذي يقوم به، فلو باع بالدراهم والحال يقتضي التقويم بالدنانير فهو لبيع سلعة بسلعة، والأصح أنه لا ينقطع الحول، ولا أثر للمبادلة بأموال التجارة، فلو باع عرضها في أثناء الحول بعرض، فإن نوى القنية انقطع أو التجارة، فلا وكذا إن أطلق على المشهور، وقيل: إن كان العرض عند صاحبه للقنية استدامته لحكمه.

قال: **(وَلَوْ تَمَّ الْحَوْلُ، وَقِيمَةُ الْعَرْضِ دُونَ النِّصَابِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُبْتَدَأُ حَوْلٌ، وَيَبْطُلُ الْأَوَّلُ)** لأنه مضى ولا زكاة فيه والثاني يجب متى تم النصاب، ويبتدئ الحول الثاني من ذلك الوقت وصححه الروياني والغزالي في «الوسيط» لأنها إذا وجبت في الحول، ففي الأكثر أولى ووجهه جماعة بأن العرض لما لم يبلغ قيمته نصابًا عند الحول علمنا أنه لم يجز في الحول لما ملكه وقد أشار إلى ذلك الشافعي رحمه الله، ونسبه العراقيون إلى ابن هريرة وأبي علي الطبري ونسب أبو حامد وشيعته الأول إلى عامة الأصحاب والماوردي إلى جمهورهم وسكت كثيرون عن الترجيح، ورأيت في كتاب القاضي ابن كج ما لفظه: قال الشافعي: إذا اشترى عرضًا للتجارة فحال الحول وقيمته أقل من مائتي درهم، فلا زكاة، فإن تغيرت السوق بعد ذلك بيوم أو أيام فصارت تساوي مائتي درهم كان عليه فيها الزكاة ويكون في التقدير كأنه ملك بعد الشراء الأول بيوم أو أيام؛ لأنه عرض حال عليه الحول، وهو يساوي نصابًا فلا ينظر إلى ما تقدم من النقص في خلال السنة.

وحكى أبو الحسن ابن القطان والداركي وجهًا آخر أنه لا زكاة، ويستأنف حولاً من يوم الحول انتهى.

والظاهر أن النص المذكور هو ما أشار إليه القاضي أبو الطيّب في «تعليقه» حيث قال بعد التصوير لما أن السرخسي حكى أن الزكاة حينئذ تجب، وفي ذلك خلاف بين أصحابنا، ثم ذكر الوجهين، ولم يرجح شيئًا، والمصنف نسب

شَرْطُ زَكَاةِ التِّجَارَةِ الْحَوْلُ، وَالنِّصَابُ مُعْتَبَرًا بِآخِرِ الْحَوْلِ، وَفِي قَوْلٍ بِطَرَفَيْهِ، وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ فَعَلَى الْأَظْهَرِ لَو رُدَّ إِلَى النَّقْدِ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ وَهُوَ دُونَ النِّصَابِ وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْقَطِعُ الْحَوْلُ، وَيُبْتَدَأُ حَوْلُهَا مِن شِرَائِهَا.

فرواه الحاكم من حديث أبي ذر من طريقين وقال: على شرط الشيخين.

والبز بالزاي كما ضبطه الدارقطني والبيهقي.

وفي سنن أبي داود مرفوعًا إلا من بإخراج الصدقة مما يعد للبيع، وأخذها عمر ﷺ، ونقل ابن المنذر الإجماع على وجوبها.

وقال ابن عبد البر: هو قول جمهور العلماء ويكاد أن يكون إجماعًا وما سواه شذوذ يسير إلى ما ذكر عن عائشة وابن عباس وعطاء وعمرو بن دينار أنهم قالوا: لا زكاة في العروض ونقل الشافعي في القديم أن الناس اختلفوا فيها، وأشار إلى ترديد قوله فيها والمذهب الاتفاق على وجوبها قديمًا وجديدًا، وهو قول الفقهاء السبعة وعامة أهل العلم.

قال الدارمي: ذكر في القديم عن ابن عباس: لا زكاة.

وعن عائشة وعمرو بن دينار وعطاء ونحوهم، وغلط بعض أصحابنا فادعى قولاً آخر للقديم: لا زكاة وهو خطأ، وهو كما قال.

قال: (**شَرْطُ زَكَاةِ التِّجَارَةِ الْحَوْلُ وَالنِّصَابُ**) كغيرها.

قال: (**مُعْتَبَرًا بِآخِرِ الْحَوْلِ**) أي: فقط؛ لأنه حال الوجوب فلا يعتبر في غيره لكثرة اضطراب القيم. (**وَفِي قَوْلٍ بِطَرَفَيْهِ**) أما الأول فليجر في الحول وأما الآخر فلأنه وقت الوجوب.

(**وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ**) كالمواشي، وهذان يخرجان والمنصوص الأول، وعبارة الأكثرين ثلاثة أوجه، خلافًا للإمام ومن تبعه، والمذاهب المخرجة يعبر عنها تارة بالوجوه، وتارة بالأقوال.

قال: (**فَعَلَى الْأَظْهَرِ**) يعني الأول والحكم كذلك عللنا فيه أيضًا.

(**لَوْ رُدَّ إِلَى النَّقْدِ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ وَهُوَ دُونَ النِّصَابِ وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْقَطِعُ الْحَوْلُ، وَيُبْتَدَأُ حَوْلُهَا مِن شِرَائِهَا**) أي: لتحقق نقصانها

وَيَصِيرُ عَرْضُ التِّجَارَةِ لِلْقُنْيَةِ بِنِيَّتِهَا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ الْعَرْضُ لِلتِّجَارَةِ إِذَا اقْتَرَنَتْ نِيَّتُهَا بِكَسْبِهِ بِمُعَاوَضَةٍ كَشِرَاءٍ.

إليه ترجيح الأول، ولعله في «المجرد» أو غيره.

وقال الماوردي بعد إرساله الوجهين:

ومنهم من قال: إن كان معه دراهم في أول الحول ثم اشترى بعد مدة سلعته، فقومت عند الحول، فعجزت عن النصاب، فإن حول الدراهم تبطل ويراعى يوم شراء السلعة.

إشارات: المذهب ما نص عليه إن لم يكن له نص يخالفه لا خفاء أن الخلاف مفرع على القول الأظهر أن العبرة بآخر الحول، وإنه جاز متى تمت القيمة قبل تمام الحول الثاني، وقول جماعة بعد شهر ونحوه مثال.

وعبارة النص بيوم أو أيام، وعبارة بعضهم: بعد شهر، ولم يمثل جماعة بشيء، وإن موضع الخلاف ما إذا لم يكن له من جنس ما يقوم به ما يكمل به النصاب، أما لو كان مثل أن يملك مائة درهم فيشتري بخمسين منها عرضًا للتجارة وبقيت الخمسون عنده وبلغت قيمة العرض آخر الحول مائة وخمسين، فإن ذلك يضم إلى ما عنده، وتلزمه زكاة الكل بلا خلاف.

قال: (**وَيَصِيرُ عَرْضُ التِّجَارَةِ لِلْقُنْيَةِ بِنِيَّتِهَا**) أي: لأنها الأصل بخلاف عرض القنية فإنها لا تصير للتجارة بالنية، خلافًا للكرابيسي، ورد عليه بما إذا نوى بالمعلوفة السوم، فإذا نوى بعرض التجارة القنية ثم نوى التجارة ولم يصر للتجارة حتى تقترن القنية بتجارة جديدة، ولو نوى القنية لمحرم كديباج يلبسه أو سيف ليقطع به الطريق ففي انقطاع الحول وجهان في «التتمة».

ولو نوى القنية في عرض بعينه فذاك وإن أبهمه فهل يؤثر ويكون بعضه للقنية وبعضه للتجارة أو لا يؤثر للجهل، ويكون الكل للتجارة فيه وجهان في «الحاوي».

قال: (**وَإِنَّمَا يَصِيرُ الْعَرْضُ لِلتِّجَارَةِ إِذَا اقْتَرَنَتْ نِيَّتُهَا بِكَسْبِهِ بِمُعَاوَضَةٍ كَشِرَاءٍ**) المقارنة القنية للفعل كما لو نوى السفر، وسافر، يصير مسافرًا، وسواء كان

وَكَذَا الْمَهْرُ وَعِوَضُ الْخُلْعِ فِي الْأَصَحِّ، لَا بِالْهِبَةِ وَالِاحْتِطَابِ وَالِاسْتِرْدَادِ بِعَيْبٍ.

الشراء بعرض أم نقد أم دين حال أم مؤجل، وإذا ثبت حكم التجارة لم يحتج كل معاملة إلى نية جديدة، زاد الدارمي: ألا يخرج شيئًا منها بنيته، وفي حكم الشراء دل معاوضة محضة إذا كان العوض عينًا أو دينًا قيل بالإنفاق كما اقتضاه كلام المصنف فدخل فيه الهبة بشرط الثواب والصلح عن الدين سواء كان فرضًا أم ثمن مبيع أم ضمان متلف والأخذ بالشفعة والسلم، ذكرهما الروياني، وخرج عنه ما إذا كان العوض منفعة كالمملوك بالإجارة إذًا للمستعملات وأجرها، بقصد التجارة ففيه وجهان كالمعاوضة غير المحضة، والأصح الوجوب، وكذلك إذا بادل مال التجارة بمنفعة دار هل ينقطع الحول فيه وجهان، وفي «زيادات العبادي»: لو اشترى جوالق ليؤجره، وجبت الزكاة فيه في ظاهر المذهب.

قال: (**وَكَذَا الْمَهْرُ وَعِوَضُ الْخُلْعِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنهما ملكٌ بمعاوضة؛ ولهذا ثبتت الشفعة فيما ملك بهما والثاني لا لأنهما ليسا من عقود التجارات والمعاوضات المحضة وأجرى الوجهين فيما صولح به عن الدم، وفيما آجر به نفسه أو ماله ونوى أنهما التجارة والمذهب في الجميع وجوب الزكاة وأجرى الماوردي الوجهين فيما إذا استقرض سلعة بنية التجارة، وفيه نظر؛ لأنها معاوضة محضة وجزم في مال الجعالة بالوجوب إذا قبضه بنية التجارة.

إشارة: جعل في «شرح المهذب» أصلح الطريقين في مسألتي الكتاب القطع بالأصح، وذكر الماوردي أنه إذا اختار عين ماله من مفلس بنية التجارة، فعليه الزكاة؛ لأنه بعد تجارة، وهذا الإطلاق مشكل نعم؛ إن كان ما اختاره مال تجارة أنه عاد بالفسخ إلى حكم التجارة بلا نية.

قال: (**لَا بِالْهِبَةِ**) أي: محضة. قال الماوردي: إن قال: لا يقتضي الثواب.

وإن قلنا: يقتضي الثواب فوجهان، وأبدى ابن القطان احتمال وجهين في الهبة من غير تفصيل.

(**وَالِاحْتِطَابِ وَالِاسْتِرْدَادِ بِعَيْبٍ**) إلى أو الرد به، وكذا الاحتشاش والاصطياد والإرث والوصية، واسترجاع ما وهبه لولده، فلا أثر لاقتران النية بشيء من ذلك؛

وَإِذَا مَلَكَهُ بِنَقْدِ نِصَابٍ فَحَوْلُهُ مِن حِينِ مَلَكَ النَّقْدَ، أَو دُونَهُ أَو بِعَرْضٍ قُنْيَةٍ فَمِنْ الشِّرَاءِ، ....

لأنه ليس بعقد معاوضة، وأفهم كلام «المفتاح» إن الإرث والوصية كالشراء. قال الأستاذ أبو منصور في «شرحه»: وهذا لا يوافق المذهب.

قلت: لكنه يوافق قول الكرابيسي أن عرض القنية يصير للتجارة بنيتها، وقد أثبتوه وجهًا وضعفوه.

فرع: لو باع عرض التجارة ثم رد عليه بعيب بقي حكم التجارة وتبايع تاجران، ثم تقابلا استمر حكم التجارة في المالين، وحكم رجوع البائع في عين ماله إذا أفلس المشتري حكم الرد بالعيب والإقالة كذلك.

إن قلنا: إنه فسخ وهو الصحيح.

قال: (**وَإِذَا مَلَكَهُ بِنَقْدِ نِصَابٍ فَحَوْلُهُ مِن حِينِ مَلَكَ النَّقْدَ**) أي: إذا كان الشراء بالعين. أما لو اشترى بنصاب في الذمة ونوى فقد ما عنده أو أطلق، ثم تعين فيه انقطع حوله، لأنه لم يتعين صرفه فيه، وكان حول التجارة من وقت الشراء.

قال القاضي الحسين والبغوي: وقال الشيخ في «شرح المهذب»: لا خلاف فيه، وهو قضية كلام الأصحاب؛ لأن الذي ملك به العرض هو المعين في العقد أو في المجلس، لا ما بعده فيه بعد ذلك، وما ملكه به هو ما في الذمة ولا حول له، وإنما جعل حول المملوك بالنصاب المعين من حين ملك النقد لاتحاد قدر الواجب فيها بل القيمة نفس الثمن، وإنما صار مبهمًا بعد ما كان معينًا مَقِيسًا ما لو ملك نصابًا منه ستة أشهر ثم أقرضه مَلِيًّا، فإنه تلزمه الزكاة بعد تمام الحول من العرض؛ لأن النقد أصل وعرض التجارة.

فرع: بدليل تقويمه به فبنى حوله عليه ولو اشتراه بنصاب من الحلي المباح.

وقلنا: لا زكاة فيه فكما لو اشتراه بدون النصاب يكون حوله من الشراء، وهذه الصورة قد ترد على لغط الكتاب.

قال: (**أَوْ دُونَهُ أَو بِعَرْضٍ قُنْيَةٍ فَمِنْ الشِّرَاءِ**) فمن الشراء الآن ما ملكه به لم يكن مال زكاة.

وَقِيلَ إِنْ مَلَكَهُ بِنِصَابِ سَائِمَةٍ بَنَى عَلَى حَوْلِهَا.

وَيَضُمُّ الرِّبْحَ، إِلَى الْأَصْلِ فِي الْحَوْلِ إِنْ لَمْ يَنِضَّ ....

(وَقِيلَ إِنْ مَلَكَهُ بِنِصَابِ سَائِمَةٍ بَنَى عَلَى حَوْلِهَا) لأنها مال زكاة جاز في الحول كالنقد، والصحيح المنع لاختلاف الزكاتين قدرًا ومتعلقًا.

قال: **(وَيَضُمُّ الرِّبْحَ)** أي: سواء حصل بزيادة في نفس العرض كسمن الحيوان أم بارتفاع الأسواق إلى الأصل في الحول أي: كعرض قيمته مائتان فبلغ ثلاثمائة قبل تمام الحول، ولم يلحظه.

(إِلَى الْأَصْلِ فِي الْحَوْلِ إِنْ لَمْ يَنِضَّ) أي: بكسر النون لأنه حينئذ كامن ومتعلق الزكاة فيه، وفي الأصل واحد وهو القيمة قياسًا على النتاج ولعسر أو تعذر أفرد كل زيادة بحول.

فرع: قومت السلعة آخر الحول ثمانين، فوجد زبونًا اشتراها بِثَلَاثِمِائَةٍ ففي المائة الزيادة وجهان في «النهاية» و«البسيط» أحدهما: إنها ربح كارتفاع السوق في آخر السنة، والثاني: يضم إلى ماله في الحول الثاني، ولو ساوت في آخر السنة ثلاثمائة فباع بما بين فلا خلاف أنه تلزمه زكاة ثلاثمائة؛ لأنه كالحاصل بإتلافه.

وفي كتاب القاضي ابن كج: لو اشترى السلعة بنصاب من الورق أو دونه فقومنا آخر الحول فبلغت نصابًا ثم باعها بأقل منه أخذنا منه زكاة نصاب اعتبارًا بالتقويم عند الحلول ولو اشتراها بنصاب ورق فحال الحول من يوم ملك النصاب فقومناها فساوت نصابًا، ثم زادت قيمتها بعد يومين أو ثلاثة أو نقصت عن النصاب أخذنا الزكاة اعتبارًا بالتقويم عند الحلول.

وقال بعض أصحابنا: أخذ من الزيادة وإن نفعت لم يؤخذ منه شيئًا؛ لأن القيمة مظنونة ليست متحققة فيراعى تقويم وقت الأخذ، ولو حال الحول وهي تساوي نصابًا من الورق فمضى يوم أو يومان، ثم باعها بدون النصاب؛ فالمذهب وجوب الزكاة اعتبارًا بما حال عليه الحول، وعلى الوجه السابق إن لم يكن غبن فيها، فلا زكاة؛ لأن القيمة مظنونة، والمحقق هو الثمن، انتهى.

لَا إِنْ نَضَّ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَلَدَ الْعَرْضِ وَثَمَرَهُ مَالُ تِجَارَةٍ وَأَنَّ حَوْلَهُ حَوْلُ الْأَصْلِ، وَوَاجِبُهَا رُبُعُ عُشْرِ الْقِيمَةِ.

قال: **(لَا إِنْ نَضَّ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: بجنس رأس المال كعرض اشتراه بمائتين فباعه في أثناء الحول سلماية، وثم الحول وهي بيده؛ لأن الربح متميز فاعتبر نفسه بخلاف ما لم ينص، فإنه كامن فيزكي الأصل بحوله ويفرد الربح بحول، والثاني يزكى بحول الأصل؛ لأنه بمائه كما لو لم ينض، وقطع ابن شريح وغيره بالأول، فلو اشترى بالناض سلعة قبل تمام الحول فأصح الطريقين إن الحكم كما لو أمسكه، وقيل: يزكى الجميع بحول الأصل قطعًا، والصورتان داخلتان في كلام المصنف، وأما لو تنض بغير جنس رأس المال كعرض بمائتين باعه بعشرين دينارًا، فهو كإبدال عرض بعرض؛ إذ لا تقويم به، وقيل: إنه كالجنس ولو نض بعد تمام الحول، فإن ظهرتا لزيادة قبل تمامه زكى الجميع بحول الأصل قطعًا، وهو ما اقتضاه كلام المصنف فيما لم ينض، وإن ظهرت بعد الحول استأنف الربح حولاً على الأصح.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَلَدَ الْعَرْضِ وَثَمَرَهُ مَالُ تِجَارَةٍ)** لأنهما جزء منه فأعطينا حكمه، والثاني لا إذ لم يحصلا بالتجارة، والوجهان إذا لم تنقص قيمة الأم بالولادة، فإن نقصت بأن كانت قيمتها ألفًا فصارت بالولادة ثمان مائة وقيمة الولد مائتان فيجبر نقصها بقيمته ويزكي ألفًا ولو عادت قيمتها تسع مائة جبر النقص بمائة من قيمته. قال ابن شريح وغيره: قال الإمام: وفيه احتمال ظاهر.

قال: **(وَأَنَّ حَوْلَهُ حَوْلُ الْأَصْلِ)** أي: تبعًا كنتاج السائمة، والذي في «الروضة» أن الأصح القطع بهذا، فكان ينبغي أن يقول على المذهب، والثانية البناء على قولي ربح الناض لأنها زيادة مستقرة، ففي قول حوله من انفصال الولد وظهور الثمرة.

قال: **(وَوَاجِبُهَا رُبُعُ عُشْرِ الْقِيمَةِ)** لا خلاف لون الواجب ربع العشر كالنقد، ومن أين يخرج: ثلاثة أقوال الجديد، المشهور، وبه الفتوى من القيمة؛ لأنها متعلق الزكاة، ولا يجوز الإخراج من عين العرض، والثاني يجب الإخراج من العين؛ لأنها الذي ملكه والقيمة تقدير، فلا يجوز الإخراج

فَإِنْ مُلِكَ بِنَقْدٍ قُوِّمَ بِهِ إِنْ مُلِكَ بِنِصَابٍ، وَكَذَا دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

منها، والثالث يتحيز بينهما لتعارض الدليلين، وقيل: إن كان العرض حنطة ونحوها، وما ينفع المساكين أخرج منه أو عقارًا أو حيوانًا فمن القيمة نقدًا.

قال: (**فَإِنْ مُلِكَ بِنَقْدٍ**) أي: بأحد النقدين.

(**قُوِّمَ بِهِ إِنْ مُلِكَ بِنِصَابٍ**) لأن الحل مبنيٌّ على حوله وفي قول قديم يقوم بالنقد الغالب، ويخرج منه؛ لأنه أرفق وبه.

قال ابن الحداد: واعلم أن النقد يطلق على المضروب وغيره كما سبق أول زكاة النقد والظاهر أن المراد هنا المضروب لا غير .

قال الصَّيْمَرِي: ويقوم به صحاحًا أو مكسرة بنوعها ووصف نقدها.

قال: (**وَكَذَا دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه أصله والثاني بغالب نقد البلد كالمشتري بعرض، وهذا ما نقله ابن كج عن النص.

وحكى الأول عن أبي إسحاق، وغلطه.

قال: وحكى أبو علي الطبري وأبو الحسين الخلاف قولين.

وقال الشيخ أبو محمد في «الفروق»: إن التقويم بنقد البلد هو المشهور الصحيح، انتهى.

نعم؛ لو كان يملك من جنس الثمن ما يتم به النصاب بأن اشترى بمائة ومعه مائة قوم به قطعًا؛ لأن ببعض ما انعقد عليه الحول وابتدأ الحول من يوم ملك الدراهم، قاله الرافعي ويجيء فيه القول السابق.

فروع وتتمات: لو ملك بالنقدين وكل واحد نصاب قوم بهما على نسبة التقسيط يوم الملك، وطريقه تقويم أحد النقدين بالآخر يومئذ، فإن استويا نصف، وإن تفاضلا كان على تلك النسبة، ولا يضم أحدهما إلى الآخر، وحول كل واحد من المبلغين من يوم ملك ذلك النقد، وإن كان كل واحد منهما دون نصاب؛ فالنصاب وقيل: بنقد البلد، وقيل: بالأحظ للمساكين، وقيل: بالدراهم، وإن بلغ أحدهما نصابًا، والآخر دونه قوم ما يقابل النصاب به، والناقص بما اشترى به، وقيل: بالغالب وقيل: بالأحظ للمساكين وقيل: بالدراهم.

أَوْ بِعَرْضٍ فَبِغَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ، فَإِنْ غَلَبَ نَقْدَانِ وَبَلَغَ بِأَحَدِهِمَا نِصَابًا قُوِّمَ بِهِ، ....

واعلم أنه كما يجزئ التقسيط عند اختلاف الجنس يجزئ عند اختلاف الوصف كصحاح ومكسرة إذا كان بينهما تفاوت، ولو لم يعف ما اشتراه به، نقل الروياني عن الأصحاب أنه يقوم بنقد البلد.

وقال الماوردي: فيه وجهان أحدهما هذا، والثاني بالأحظ، قال: هذا إن ضبط وقته، وإن شك في ابتداء الحول أو شك هل اشتراه بنصاب أو دونه؛ فالاحتياط الأخذ بالأغلظ، والواجب أن يجعل أو حوله يوم الشراء، وأما تقويمه، فوجهان أخذهما بالغالب، والثاني بالأحظ وقيل: الاحتياط تقويمها بالأحظ والواجب بالأغلب، انتهى.

هذا كله إذا كان النقد الذي ملكه به معيبًا، وذكروا فيه إذا كان نصابًا على المعنيين، أحدهما البناء على حوله، والثاني أنه قيمة ونقد البلد قيمة، وهو إلى ما اشترى أقرب، فإن اشترى بنصاب في ذمته بناه المتولي على المعنيين؛ فعلم كذا الأول يقوم بنقد البلد، وعلى الثاني بجنس ما اشترى به ولو ملكه بسبائك أي: فعلى الأول يقوم بجنس رأس المال، وعلى الثاني بنقد البلد ولو ملكه بدين في ذمة البائع وأوجبنا الزكاة في الدين قوم بجلسة وقيل: بنقد البلد؛ لأن الدين ناقص كالعرض.

قال: (**أَوْ بِعَرْضٍ**) أي: بعرض قنية سواء كان مما تجب الزكاة في عينه أم لا.

(**فَبِغَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ**) أي: المصروف لعدم المعنيين، فإن بلغ به نصابًا زكاة، وإلا فلا، وإن بلغ بغيره نصابًا والمملوك بالخلع والنكاح كالمملوك بالعرض.

قال الماوردي: وإن اشتراه بحلي وقلنا فيه الزكاة فحوله ممن ملك الحلي أو من نوم ملكه ما صاغه منه إن لم يكن اشتراه بذهب وفضة، وتقوم السلعة بما كان في الحلي منه.

وإن قلنا: لا زكاة في الحلي فحوله من يوم الشراء أو يوم ما كان الحلي منه.

قال: (**فَإِنْ غَلَبَ نَقْدَانِ وَبَلَغَ بِأَحَدِهِمَا نِصَابًا قُوِّمَ بِهِ**) في الصحيح

فَإِنْ بَلَغَ بِهِمَا قُوِّمَ بِالْأَنْفَعِ لِلْفُقَرَاءِ، وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ.

وَإِنْ مُلِكَ بِنَقْدٍ وَعَرْضٍ قُوِّمَ مَا قَابَلَ النَّقْدَ بِهِ وَالْبَاقِيَ بِالْغَالِبِ].

قال المصنف: [وَتَجِبُ فِطْرَةُ عَقْدِ التِّجَارَةِ مَعَ زَكَاتِهَا وَلَوْ كَانَ الْعَرْضُ سَائِمَةً،

المنصوص، وادعى الشيخ الوفاق فيه، ونقل ابن الرفعة وغيره وجهًا آخر أنه يقوم بالآخر؛ لأن الأصل عدم الوجوب.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَ بِهِمَا قُوِّمَ بِالْأَنْفَعِ لِلْفُقَرَاءِ**) أي: كما في الحقاق وبنات اللبون، وعبارة أبي علي: الوجهان، وقد يريد بها أنه الأحوط، وقد صححه البغوي والإمام وعزاه إلى الجمهور، وفيه نظر؛ ولذلك أعرض الشيخ عن ترجيحه في «شرح المهذب».

قال: (**وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ**) أي: فيقوم بأيهما شاء، وهو قول أبي إسحاق، ولم يورد القاضي ابن كج، وجماعة غيره وصححه العراقيون والروياني، واقتضى إيراد المصنف في «شرح المهذب» أنه الصحيح وجزم في أصل «الروضة» بتصحيحه، ويعضده كما قال الرافعي أن الأظهر في الجبران أن الخيار في تعيين الشاتين والدراهم إلى المعطي وقيل: بالدراهم؛ لأنه أكثر استعمالاً وأرفق وقيل: بالنقد الغالب في أقرب البلاد إليه وقيل: يقوم بنقد عرض القنية الذي اشترى به، وهذا ذكره الدارمي مع الأربعة قبله.

قال: (**وَإِنْ مُلِكَ بِنَقْدٍ وَعَرْضٍ**) أي: بأن اشترى بمائتي درهم وعرض قنية.

(**قُوِّمَ مَا قَابَلَ النَّقْدَ بِهِ وَالْبَاقِيَ بِالْغَالِبِ**) فإن كان النقد دون النصاب عاد الخلاف السابق بنقد دون النصاب، وقد ذكرناه بما فيه.

إشارة: تضم أموال التجارة بعضها إلى بعض في النصاب، وإن اختلف حولها.

قال الشارح: قال: (**وَتَجِبُ فِطْرَةُ عَقْدِ التِّجَارَةِ مَعَ زَكَاتِهَا**) أي: بلا خلاف عندنا؛ لأنهما حقان بسنين مختلفين أحدهما: البدن والآخر المال، فلا يتداخلان لجزاء الصيد المملوك وقيمته بخلاف زكاة العين والتجارة؛ لأن سببهما المال.

قال: (**وَلَوْ كَانَ الْعَرْضُ سَائِمَةً**) المقصود ما إذا كان العرض مما تجب

فَإِنْ كَمُلَ نِصَابُ إِحْدَى الزَّكَاتَيْنِ فَقَطْ وَجَبَتْ أَو نِصَابُهُمَا فَزَكَاةُ الْعَيْنِ فِي الْجَدِيدِ، فَعَلَى هَذَا لَو سَبَقَ حَوْلُ التِّجَارَةِ، بِأَنْ اشْتَرَى بِمَالِهَا بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ نِصَابَ سَائِمَةٍ فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ زَكَاةِ الْعَيْنِ لِتَمَامِ حَوْلِهَا ....

الزكاة في عينه سائمة كان أو زرعًا أو ثمرًا؛ أما إذا كان مال التجارة نقدًا فسنفرده بفرع.

(**فَإِنْ كَمُلَ نِصَابُ إِحْدَى الزَّكَاتَيْنِ فَقَطْ وَجَبَتْ**) لانفراد سببها.

قال: (**أَوْ نِصَابُهُمَا فَزَكَاةُ الْعَيْنِ فِي الْجَدِيدِ**) أي: وأحد قولي القديم للإجماع عليها والنصوص وتعلقها بالرقبة وكفر جاحدها، بخلاف زكاة التجارة، والثاني من القديم، ونص عليه أيضًا في الجديد كما نقله القاضي أبو الطيب وغيره تغليب زكاة التجارة لعمومها فتكون أنفع للمساكين، وعكس الماوردي النسبة فقال: قال في الجديد زكاة التجارة، وفي القديم قولان أحدهما هذا، والثاني زكاة العين. ثم قال: واختلف أصحابنا في موضع القولين؛ فمنهم من قال: إذا اختلف الحولان فالسابق وإذا اختلف النصابان؛ فالموجب والقولان إذا اتفق ذلك، وهذه طريقة أبي إسحاق ومنهم من قال: اتفق الحولان أو اختلفا وإذا اتفق النصابان فقولان، وإذا اختلف النصابان فالموجب.

ومنهم من قال في جميعه قولان على الإطلاق وحكي عن الإصطخري، وقاله أبو حامد في «جامعه»: القولان إذا اتفقا في منعه المساكين، فإن اختلفا قالا يقع المنهي لقطة، والذي أورده المصنف أن تحل القولين كما لو اتفق حولهما ثم ذكر طريقة أبي إسحاق وحكي ترجيحها عن كثيرين، وسبق نقل الماوردي عن جامع أبي حامد غير، ويمكن الجمع بين النقلين.

قال: (**فَعَلَى هَذَا**) يعني عن الجديد عنده، وهو تغليب زكاة العين.

(**لَوْ سَبَقَ حَوْلُ التِّجَارَةِ، بِأَنْ اشْتَرَى بِمَالِهَا بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ نِصَابَ سَائِمَةٍ**) أي: ولم يقصد به القنية.

(**فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ زَكَاةِ**) التجارة لتمام حولها أي: لئلا يحبط بعض حولها، والثاني تجد زكاة (**الْعَيْنِ لِتَمَامِ حَوْلِهَا**) ويتعطل ما سبق من حول

ثُمَّ يَفْتَتِحُ حَوْلًا لِزَكَاةِ الْعَيْنِ أَبَدًا.

التجارة وقيل: يبنى حول السائمة على حول التجارة.

قال مفرعًا على الأصح: (**ثُمَّ يَفْتَتِحُ حَوْلاً لِزَكَاةِ الْعَيْنِ أَبَدًا**) أي: ثم من منقرض حول التجارة يفتح حولاً لزكاة العين ويستمر زكاة العين أبدًا وما مضى من السوم في بقية الحول الأول غير معتبر، ولو اشترى معلوفة للتجارة ثم أسامها؛ فالحكم على ما ذكرناه.

تنبيه: إذا غلبنا زكاة العين وأخرجها؛ فالأصح أنه لا تسقط زكاة التجارة عن قيمة الجذع وتبن الزرع والأرض وقيل: تسقط تبعًا وقيل: يسقط في الجذع والتبن، دون الأرض لبعدها عن التبعية وقيل: عكسه، وهذا الخلاف في الأرض متخللة بين النخيل تدخل في المساقاة، وأما غيرها، فيجب فيه زكاة التجارة قطعًا، وتبلغ قيمة هذه الأشياء نصابًا، فلا زكاة في الأصح، وإذا علينا زكاة العين لا تسقط زكاة التجارة في المستقبل بل بحث زكاة في السنين المستقبلة، ويكون حول التجارة من وقت إخراج الغش لا من بدو الصلاح؛ لأن زمان التربية غير محسوب عليه.

فرع: إذا باع النقد بالنقد بجنسه أو غيره، فإن لم يكن للتجارة انقطع الحول، وإن كان للتجارة كالصيارفة، فوجهان وقيل: قولان أحدهما ونسبه البغوي والشيخ أبو محمد والغزالي في «الخلاصة» وغيرهم إلى التجديد، والشيخ أبو حامد وغيره إلى ابن شريح وأبي إسحاق أنه منقطع الحول ولا زكاة، والثاني ونسبه البغوي إلى القديم وأبو حامد وغيره إلى الإصطخري لا ينقطع الحول، وتجب الزكاة وعن الإصطخري أنه نسب ابن شريح إلى مخالفة الإجماع، وأن أحدًا لم يقل بإسقاط الزكاة، وحكى الشاشي وغيره الثاني عن أبي إسحاق والماوردي عن ابن شريح، والمشهور عنه الأول ويقال: إنه قال: بشروا الصيارفة بأن لا زكاة عليهم، قيل: ونسبه كثيرون إلى ظاهر النص استنادًا إلى إطلاق قوله في «المختصر».

لو أقامت عنده مائتا دينار أحد عشر شهرًا ثم اشترى بها ألف درهم أو مائة دينار، فلا زكاة في الدنانير الأخيرة، ولا في الدراهم حتى يحول عليها الحول

……

من يوم ملكها؛ لأن الزكاة فيها بأنفسها وحاول ابن داود شارح «المختصر» حمل هذا على ما إذا لم يكن للتجارة والأكثرون قالوا: إنه لم ويفصل.

ونقل الجوري هذا النص، وزاد فيه: وكذلك هذا في جمع ما في أعيانها زكاة.

قلت: رأيته في «الأم» في باب زكاة التجارة بلفظ: قال الشافعي: ولو اشترى دراهم بدنانير أو بعرض أو دنانير بدراهم أو بعرض يريدها مائة دينار أو ألف درهم، فلا زكاة في الدنانير الأخيرة، ولا الدراهم حتى يحول عليها الحول من يوم ملكها؛ لأن الزكاة فيها بنفسها.

قال الشافعي: وهكذا إن اشترى سائمة من إبل أو بقر أو غنم بدنانير أو دراهم أو غنم أوائل أو بقر، فلا زكاة فيما اشترى منها حتى يحول عليها الحول في يده من يوم ملكه اشتراه بمثله أو غيره مما فيه الزكاة، ولا زكاة فيما أقام في يده ما اشتراه به ما شاء أن يقيم؛ لأن الزكاة فيه بنفسه لا بنية التجارة ولا غيرها، هذا نصه بحروفه.

ومن أجرة، أخذه الجوري من قوله: وكذلك هذا في جميع ما في أعيانها زكاة.

وقال الربيع: قبل هذا بقائمة مستدلاً لشيء ذكره، وأصل هذا قول الشافعي أنه لو باع دراهم قد حال عليها الحول إلا يوم بدنانير لم يكن عليه في الدنانير زكاة حتى يبتدئ لها حول كما لو باع بقرًا وغنمًا بإبل قد حال الحول على ما باع إلا يوم استقبل حول بما يشتري إذا كانت سائمة، انتهى.

وهو صريح في انقطاع الحول كما نسبه البغوي إلى الجديد، وفيه التسوية بين النقود والسائمة وأن الغلة كونها مما يجب الزكاة في عينه، وأنّه إذا باع سائمة التجارة سائمة التجارة ينقطع الحول، وعلل جماعة سقوط الزكاة عن الصيرفي بضعف معنى التجارة في النقود؛ لأنها أن يبعث بجنسها، فلا ربح أو بغيره؛ فالربح قليل لوجوب التقايض، وتحريم النساء، وفي كلامهم إشعار

بأنا، وإن علينا زكاة التجارة في غيرها تعليلها هنا ويفرق بين النقود والسائمة والنصوص السابقة تشعر بخلافه.

قال القاضي ابن كج: فإن قيل التمارون لا يمكنهم ذلك، ولو قصدوا التجارة لو جبت الزكاة قيل: لأنه من عادة الناس أن يبيعوا الثمر بالزبيب، وإنما يبيعوه بعين أو ورق، انتهى.

وصحح جماعة عدم انقطاع الحول، وإن الزكاة واجبة على الصيارف منهم الشيخ أبو حامد في التعليقة التي كتبها عنه سليم الرازي، وكذا في «الرونق» المنسوب إليه. وقضية كلام الإشارة لسلم الجزم به.

وقال في «الشامل» و«الذخائر» إنه ظاهر مذهب الشافعي، وهو الأصح في «حلية الشاشي» والاختيار في «حلية الروياني» وصححه صاحب «الانتصار» وجزم به في كتاب «التنبيه» والإشارة إلى الأحكام المختارة، وممن جزم به من المتقدمين صاحب «الخصال».

وقال جماعة: إنه الأقيس منهم: ابن داود والشيخ أبو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته، واحتج له القاضي أبو الطيب في «تعليقه» بأنه نصابٌ جارٍ في الحول من جنس الإيمان بيع بمال التجارة؛ فوجب ألا ينقطع الحول فيه كما لو باعه بعرض، وأيضًا فإنه إذا اشترى به ما لا تجب الزكاة فيه للتجارة لم ينقطع حوله، فإذا اشترى به ما تجب الزكاة في عينه للتجارة أولى ألا ينقطع حوله أراد ثبت هذا صح ما قلناه، انتهى.

وكلامه مشرع بترجيح الوجوب وهو المختار، واحتج له في «الشامل» وغيره بأن الشافعي قال: لو باع عرض التجارة بدنانير قبل الحول قوم الدنانير فصرف الزكاة عن عينها إلى قيمتها بنية التجارة.

ثم قال: قال الشيخ أبو حامد: وأصل هذين الوجهين القولان فيمن اشترى نصاب سائمة للتجارة هل يركبها زكاة التجارة أو زكاة العين، انتهى.

وقال المصعبي: وإن قصد التجارة والنقود نصابًا للعين والتجارة فأيهما

وَإِذَا قُلْنَا: عَامِلُ الْقِرَاضِ لَا يَمْلِكُ الرِّبْحَ بِالظُّهُورِ فَعَلَى الْمَالِكِ زَكَاةُ الْجَمِيعِ، فَإِنْ أَخْرَجَهَا مِن مَالِ الْقِرَاضِ حُسِبَتْ مِن الرِّبْحِ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ بِالشُّهُورِ لَزِمَ الْمَالِكَ زَكَاةُ رَأْسِ الْمَالِ، وَحِصَّتُهُ مِن الرِّبْحِ، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ يَلْزَمُ الْعَامِلَ زَكَاةُ حِصَّتِهِ].

يغلب فيه قولٌ كما علينا زكاة التجارة دام حولها، وإن علينا زكاة العين فوجهان أحدهما: ينقطع كما في الغنم والثاني: لا، لأن الزكاة إنما وجبت في النقود؛ لأنها مهيأة للتصرف في ثاني الحال فتحقيق التصرف المرتقب لا ينبغي أن يقطع حولها ثم أبطله بما لو بادل بالعرض، وقد يفرق بينهما وجميع ما سبق إذا كان النقد نصابًا، فلو كان دونه فلم أر فيه نصًا لكن مقتضى التخريج على زكاة العين أو التجارة أن تجب زكاة التجارة لعدم التزاحم وقضية التعليل يضعف معنى التجارة في النقود أن لا تجب وفيه بعدٌ، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا قُلْنَا: عَامِلُ الْقِرَاضِ لَا يَمْلِكُ الرِّبْحَ بِالظُّهُورِ**) أي: وهو الأظهر بل بالقسمة.

(**فَعَلَى الْمَالِكِ زَكَاةُ الْجَمِيعِ**) أي: رأس المال والربح؛ لأن الجميع ملكه، وللإمام احتمال في زكاة ما يخص العامل لضعف ملك رب المال فيه؛ فأشبه المغصوب، ونحوه من الأملاك الضعيفة لتأكد حق العامل في حصته .

قال: (**فَإِنْ أَخْرَجَهَا مِن مَالِ الْقِرَاضِ حُسِبَتْ مِن الرِّبْحِ فِي الْأَصَحِّ**) من مال القراض حسبت من الربح في الأصح، وهو المنصوص في «الأم» كالمؤن والفطرة وغيرها.

والثاني: إنها لجزء من المال يسترده المالك فيسقط على رأس المال والربح جميعًا.

والثالث: من رأس المال خاصة ورجحه الروياني ثم إنّ الأولان مبنيان أو مرتّبان على تعلق الزكاة بالعين أو الذمة، ولم يستبعد الإمام طردهما مطلقًا.

قال: (**وَإِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ بِالشُّهُورِ لَزِمَ الْمَالِكَ زَكَاةُ رَأْسِ الْمَالِ، وَحِصَّتُهُ مِن الرِّبْحِ**) أي: لملكه ذلك.

(**وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ يَلْزَمُ الْعَامِلَ زَكَاةُ حِصَّتِهِ**) لتمكنه منها يطلب القسمة متى

باب زَكَاةِ الْفِطْرِ

شاء، وقيل: لا تجب قطعًا؛ لأنه وقاية لرأس المال وقيل: على القولين في المغصوب ونظائره؛ لأنه لا يتمكن من التصرف التام ولا خفاء أن الكلام فيما إذا كانا جميعًا من أهل الزكاة.

فرع: بيع مال التجارة بعد تمام الحول ووجوب الزكاة جائز على الأصح؛ لأنه متعلق المالية وهي لا تفوت بالبيع سواء قصد التجارة أم القنية.

ولو أعتق عبدًا للتجارة أو وهب؛ فلبيع الماشية بعد وجوب الزكاة؛ لأنّه الإعتاق والهبة يبطلان متعلق الزكاة.

ولو باع مال التجارة بمحاباة فقدر المحاباة كالموهوب، وبالله التوفيق.

قال الشارح: يقال: زكاة الفطر وصدقة الفطر والمخرج: فطر بكسر الفاء لا غير.

وقال ابن الرفعة: بضم الفاء وهو غريب، وهي خلقة مؤكدة اصطلاحية للفقهاء كأنها من الفطرة التي هي الخلقة والأصل فيها من السنة قول ابن عمر: **«فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير على كل حر أو عبد ذكرًا وأنثى من المسلمين»** وفي رواية: «صغيرة أو كبيرة» وفي رواية: «أمر بزكاة الفطر قَبْلَ نُزُولِ آيَةِ الزَّكَاةِ» في الصحيحين(١).

ونقل ابن المنذر والبيهقي الإجماع على وجوبها، وشذَّ ابن اللبان الفرضي وأصحابنا فجعلها سنة.

قال الماوردي: وقيل: عن قيس بن سعد ما يدل على أنها ندب.

وقال ابن عبد البر: اختلفوا في زكاة الفطر هل هي فرض أو سنة مؤكدة أو فعل خير مندوب إليه، ذهب جمهور العلماء وجماعة الفقهاء على أنها فرض.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢/ ١٤٠)، والبيهقي (٤/ ١٦٢، رقم ٧٤٨٠). والبخاري (١٥٠٧) ومسلم (٢٣٣٥).

وقال قائلون: هي سنة مؤكدة، ولا ينبغي تركها.

وقال بعضهم: هي فعل خير، وقد كانت واجبة ثم سنت، قاله قيس بن سعد.

قال: أمرنا رسول الله ﷺ بصدقة الفطر قبل أن تنزل الزكاة، فلما نزلت الزكاة لم يأمرنا ولم يُنهنا وبفرضها، وعدم نسخها.

قال: كل أهل العلم إلا بعض أهل العراق قالوا: هي سنة مؤكدة.

وقال القاضي ابن كج: لا يكفر جاحدها بخلاف المال، وقد ذهب بعض الصحابة إلى ذلك يعني عدم وجوبها.

قال: (**تَجِبُ بِأَوَّلِ لَيْلَةِ الْعِيدِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنها مضافة في الحديث إلى الفطر مرموز بغروب الشمس.

وقال في القديم: فطلوع الفجر مرموز بالعيد؛ لأنها قربة متعلقة بالعيد، فلا يتقدمه كالأضحية، ويَنْقُضُ بالغسل. وحديث: «**اغنوهم عن الطلب في هذا اليوم**»[1] ضعيف.

وخرج ابن القاصّ قولاً ثالثًا: إنها تجب بمجموع الوقتين لتعلقها بالفطر والعيد وزيفوه.

ورأيت في «الرونق» بعد ذكره الأول: ولأصحابنا وجهان آخران أحدهما: تجب برؤية الهلال وأخذ من كلام المصنف أنه لو أدى فطرة عبده قبل الغروب ثم باعه أنه يلزم المشتري فطرته.

وبه صرح الروياني، ولا يخفى نظائره.

ولو مات المخرج فانتقل إلى وارثه المعين وجب الإخراج على المذهب.

قال الروياني: نص في زكاة المال أنه لو محلها ثم مات أنها تجزئ.

قال: (**فَتُخْرَجُ**) أي: تفريعًا فلي الأظهر.

(**عَمَّنْ مَاتَ بَعْدَ الْغُرُوبِ**) أي: ممن يؤدي عنه من زوجة وقريب وعبد.

---

(١) قال الحافظ في «الفتح» (٣ / ٣٧٥): أبو معشر ضعيف.

دُونَ مَنْ وُلِدَ. وَيُسَنُّ أَنْ لَا تُؤَخَّرَ عَنْ صَلَاتِهِ، ....

(دُونَ مَنْ وُلِدَ) فإن من تجد من زوجة ورقيق بعد الغروب.

إشارات: يخرج عن الميت بعد الغروب، وإن مات قبل إمكان الأداء إلا إن تلف المال قبل إمكان الأداء على الأصح فيهما، وإنما يحرج عن الميت بعد الغروب إذا كان فيه عند الغروب حياة مستقرة كما بيناه في الوصايا من «الغنية» والجنايات. ولو شك في حدوث المؤدى عنه قبل الغروب أو بعده؛ فالظاهر أنّها لا تجب شرعًا.

ولم يحضرني فيه نقل وأخذ من كلام الكتاب أنه لو خرج بعض الجنين قبل الغروب وباقيه بعده لم تجب فطرته؛ لأنه جنين ما لم يتم انفصاله.

قال الشيخ: وأشار ابن المنذر إلى نقل الإجماع فيه.

قال: **(وَيُسَنُّ أَنْ لَا تُؤَخَّرَ عَنْ صَلَاتِهِ)** العيد لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أمر بصدقة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة»(١) متفق عليه.

ولا يبعد إيجابه عند المكنة؛ لظاهر الأمر، وقد نقله ابن المنذر عن بعض العلماء، وكذلك البغوي في «شرح السنة» بلفظ: وعن بعضهم أنه لا يجوز تأخيرها إلى ما بعد الصلاة، ويؤيده حديث ابن عباس: **«فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين من أداها قبل الصلاة، فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة، فهي صدقة من الصدقات»**(٢) حسنه الحافظ المنذري.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: الأفضل إخراجها يوم الفطر، ويكره تأخيرها عن الصلاة.

وقال البندنيجي: يكون تاركًا للأفضل وعبارة الصَّيْمَرِي يستحب أن يخرج بعد صلاة الصبح وقبل صلاة العيد.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/١٣٨) وقال: ليس فيهم مجروح. والبيهقي (٤/ ١٦٢، رقم ٧٤٨١).

وَيَحْرُمُ تَأْخِيرُهَا عَنْ يَوْمِهِ، وَلَا فِطْرَةَ عَلَى كَافِرٍ إِلَّا فِي عَبْدِهِ وَقَرِيبِهِ الْمُسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ.

وفي «الكافي» يستحب أن يخرج ليلة العيد وغداته قبل أن يخرج إلى المصلى، وما ذكره في الليلة غريب، وقد يوجه بأن الفطر يُهَيِّئُونَهَا لطحنٍ وغيره بالليل لغدهم، فلا يتأخر قوتهم وأكلهم عن غيرهم .

قال: (**وَيَحْرُمُ تَأْخِيرُهَا عَنْ يَوْمِهِ**) أي: بلا عذر كغيبة ماله أو الأخذ لها وغيره له لحديث: «**اغنوهم عن الطلب في هذا اليوم**»(١) وهو ضعيف.

ووجه بأنها زكاة فيأثم بتأخرها كزكاة المال، وبأن «**مطل الغني ظلم**»(٢).

ويجب قضاؤها على الفور فيما آراه، وقد يجيء فيه الخلاف السابق في الصلاة المتروكة عمدًا ونظائرها.

والظاهر الجزم بالفور به هنا.

قال: (**وَلَا فِطْرَةَ عَلَى كَافِرٍ**) أصلي لا عن نفسه، ولا عن كافر للحديث السابق أول الباب وهو إجماع، كما قاله الماوردي؛ لأنها طهرة، وليس من أهلها؛ نعم، لو كان له من تلزمه نفقته؛ فارتد المنفق عليه، فهل يجب فطرته على المنفق عليه إذا أوجبنا عليه فطرة قريبه المسلم فيه نظر!

وأما المرتد ففي فطرته الأقوال في زكاة ماله، وفطرة الرقيق المرتد لفطرة السيد المرتد فيها الأقوال الثلاثة، قاله الماوردي .

قال: (**إِلَّا فِي عَبْدِهِ وَقَرِيبِهِ الْمُسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فتجب عليه كالنفقة عليهما وبنوا الخلاف على أنها هل تجب على المؤدى ابتداء أو على المؤدي عنه وتحملها المؤدي، وفيه وجهان وقيل: [قولان مستنبطان من كلام الشافعي في فطرة الزوجة الحرة والأمة إذا كان الزوج معسرًا، أصحهما الثاني.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٤، رقم ١٣٥٤)، وعبد الرزاق (٨/ ٣١٦، رقم ١٥٣٥٥)، والبخاري (٢/ ٧٩٩، رقم ٢١٦٦)، ومسلم (٣/ ١١٩٧، رقم ١٥٦٤)، وأبو داود (٣/ ٢٤٧، رقم ٣٣٤٥)، والترمذي (٣/ ٦٠٠، رقم ١٣٠٨)، والنسائي (٧/ ٣١٧، رقم ٤٦٩١)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٣، رقم ٢٤٠٣)، وابن حبان (١١/ ٤٨٧، رقم ٥٠٩٠).

....

وقال السرخسي: إنه المنصوص للشافعي في عامة كتبه.

قلت: وبنوا على هذا الأصل مسائل كثيرة وعلى الأول لا تجب، وبه قطع بعضهم.

وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: الصحيح من الذهب أنه لا تلزمه فطرة عبده وأم ولده المسلمين، وأبدى احتمالاً أنه لا تجب على القولين، ويمتنع التحمل بما يمتنع به الإلزام.

تنبيهات: منها: رأيت في المستخرج من تعليق الشيخ أبي حامد: وإذا كان الأب كافرًا والابن مسلمًا بالغًا فقيرًا أو صغيرًا فقيرًا مسلمًا، وذاك بأن تكون أمه أسلمت فصار مسلمًا بإسلام أمه فإنه لا يلزم إياه إخراج الزكاة عنه للفطرة.

وفي السيد الكافر إذا كان له عند مسلم فقد قلنا وجهين؛ لأنه ملكه فيلزمه التحمل عنه هذا لفظه بحروفه، فيخرج منه وجه فارق بين العبد والقرب.

ولنا وجه: أنه لا نفقة على الأم بحال، فيجيء وجه فارق بين الأب والأم.

ومنها: دخل في كلام المصنف المستولدة المسلمة، وفيها الوجهان، وهما جاريان فيما لو أسلمت الزوجة تحت ذمي، وتخلف، وقلنا بالصحيح أن عليه نفقتها مدة التخلف، وكذا في عبد ولده الذي يحتاج لخدمة كما سنذكره.

وكذا في مستولدة والدة المسلم وأمة أعمامها، وزوجته على المختار كما سيأتي وخادم زوجة نفسه، وحينئذ كان الوجه أن يقول المصنف إلا من تلزمه نفقته من المسلمين ليصح الحصر، ولا يخفى حكم زوجه، ومن تلزمه نفقته من المسلمين إذا أبقينا ملكه أو وقفناه.

ومنها: قال المصنف في «شرح المهذب» فإن قلنا: تجب، قال إمام الحرمين: لا صائر إلى أن المحتمل عنه ينوي بل يكفي إخراج الكاف ونيته؛ لأنه المكلف بالإخراج، انتهى.

وعبارة الرافعي وغيره: فإن قلنا بالوجوب.

قال الإمام: لا صائر إلى أن المتحمل عنه ينوي، والكافر لا يصح منه

وَلَا عَلَى رَقِيقٍ، وَفِي الْمُكَاتَبِ وَجْهٌ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يَلْزَمُهُ قِسْطُهُ.

النية؛ وذلك يدل على استقلال الزكاة بمعنى المواساة، انتهى.

وهذا ما في «النهاية» هنا لا ما ذكره المصنف في «البسيط».

فإن قلنا: تجب، فلا يتصور منه النية، ولا يكلف المؤدى عنه النية يتعاطاها، ولكن يصح من غير نية تغليبًا لسدِّ الحاجة كما في المرتد والممتنع، انتهى.

وقال المتولي: يأخذها الإمام من ماله كزكاة الممتنع.

قلت: ويشبه أن يقال ينوي الإمام هنا لا سيما إذا كان المؤدى عنه غير مكلف لصغر أو جنون.

قال: (**وَلَا عَلَى رَقِيقٍ**) أي: لا عن نفسه ولا عن غيره لعجزه.

وإن قلنا: يملك فلضعف ملكه فلو ملكه السيد أو غيره عبدًا فلا فطرة، وقيل: يلزم السيد لقدرته على نزعه.

قال: (**وَفِي الْمُكَاتَبِ وَجْهٌ**) أي: إنه تلزمه فطرة نفسه في كسبه كنفقته، وصححه ابن كج في آخر باب من تجب عليه الزكاة، وقيل: تجب على السيد، والصحيح المنع مطلقًا لأمرين ضعف ملكه وكونه مع السيد كالأجنبي، وحكى الخلاف أقوالاً، ونسب الثاني إلى القديم والأول جار في فطرة زوجته وعبده.

ولنا وجه: أن نفقته على قريبه فقياسه وجوب فطرته، والخلاف في ذي الكتابة الصحيحة لما في الفاسدة، فهي على سيده بلا خلاف، نص عليه في «الأم» هنا، والأصحاب هناك كالمخارج.

قال: (**وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يَلْزَمُهُ قِسْطُهُ**) كالنفقة إن لم يلزم بينهما مهايأة، فإن كانت الراجح عند العراقيين، وبه قال القاضي ابن كج وغيره من غيرهم أنها لا تدخل في المهايأة وعليه يستمر إطلاق الكتاب وهو المختار، وظاهر نص الأم فإنه قال: وإذا كان بعضه حر وبعضه عبد أدى الذي له في الملك بقدر ما يملك، وعلى العبد أن يؤدي ما بقي، وللعبد ما كسب في يومه إن كان له ما يقوته يوم الفطر وليلته، انتهى.

وقضية كلام «الروضة» وأصلها تبعًا للمراوزة ترجيح الدخول فعليه تجب

وَلَا عَلَى مُعْسِرٍ فَمَنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ مَنْ فِي نَفَقَتِهِ لَيْلَةَ الْعِيدِ وَيَوْمَهُ شَيْءٌ فَمُعْسِرٌ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَاضِلًا عَنْ مَسْكَنٍ وَخَادِمٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

جميعها على من وجبت في نوبته، وقد أوضحت المسألة في بعض مجامعي، ولم أظهر به، والمشترك كالمبغض في ذلك وقيل: تجب عليهما قطعًا لأنها تجب للمال لا للمنفعة وقيل: إن قلنا الفطرة من المؤن النادرة فهل تجب عليهما أو على ذي النوبة وجهان، قاله في «الذخائر».

إشارات: قصره الكلام على فطره قد يفهم ألا تلزمه فطرة قريبه، وهو قضية المذهب الصحيح المنصوص كما بينته في «الغنية» في النفقات، خلافًا للمزني ومن تبعه، ومنهم الشيخان حيث أوجبوا عليه نفقة قريبة، والمذهب خلافه.

وأما نفقة زوجته فتلزمه فكذا فطرتها، وكذلك من ملكه ببعضه الحر، وهذا قد يفهم من قول الشيخ، وكل من لزمه نفقته كما سيأتي، ففيه نظر!

قال القاضي ابن كج: لو أخرجها السيد عنه بإذنه رجع عليه بحصته أو بلا إذن لم يجزئه عن نصفه الحر ولا رجوع له.

وَقَالَ أَبُو عُبَيْدِ بْنُ حَرْبَوَيْهِ: يجزئه ويرجع عليه؛ لأن الشارع لم يفرق بين خلطة وخلطة، وزيف.

قال: (وَلَا عَلَى مُعْسِرٍ) أي: بالإجماع نقله ابن المنذر وغيره.

قال: (فَمَنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ مَنْ فِي نَفَقَتِهِ لَيْلَةَ الْعِيدِ وَيَوْمَهُ شَيْءٌ فَمُعْسِرٌ) أي: ومن فضل عنه فموسر، هذا هو الضابط.

وحكى الماوردي ذلك عن علي وأبي هريرة وجماعة من التابعين، واتفقت على نصوص الشافعي والأصحاب، ونقل العبدري الإجماع على أن ما لا شيء له لا فطرة عليه، وإنه لا يحفظ القول باشتراط النصاب إلا على أبي حنيفة](١).

(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَاضِلاً عَنْ مَسْكَنٍ وَخَادِمٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ) [واعلم أن

---

(١) ما بين [] سقط من نسخة.

....

الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الوجوب، وهو أول ليلة العيد، نص عليه الشافعي والأصحاب، فلو أيسر بعد ذلك لم يلتزمه شيء بلا خلاف سواء أيسر عقب وقت الوجوب بلحظة أو أكثر، ولفظ نصه في «الأم»: ولو أيسر بعد هلال شوال لم يجب عليه أن يؤدي.

قال الشافعي والأصحاب: لكن يستحب الإخراج، وعن مالك أنه لو أيسر يوم العيد لزمته.

لنا: أن الإسلام واليسار شرطان للوجوب، وأجمعنا على أنّ شروط الإسلام لا يقتضي الوجوب، وكذلك اليسار، قال ويشترط كونه، أي كون ما يؤديه الفطرة مع ما سبق، فاضلًا عن مسكن، وعبد يحتاج إليهما في الأصح كما في الكفارة، ولا بد من كونهما لا تعين به، وألا يكون في المسكن فضلٌ عن حالته، كما ذكرنا في كتاب الحج، واعلم أن في إبقاء العبد وجهين، حكاهما الشيخ أبو علي وصحح المنع وفرق بأن للكفارة بدلًا تنتقل إليه بخلاف الفطرة فهي كالدين.

قلت: وبل أولى بما سيأتي ورأى الإمام وتابعهُ الغزالي وغيره، أبقاه وصححه البغوي، واستشهد له بنص الشافعي أي: في «الأم»وغيره على أن الابن الصغير إذا كان له عبد يحتاج إلى خدمتهِ فعلى الأبِ فطرة الأبن والعبد جميعًا، ولولا أن العبد غير محسوب عليه لسقط به نفقة الأبن.

قلت: وهذا صحيح لا شك فيه وإن سكت عنه الشافعي والجمهور في حق الأب، واقتضى كلام كثيرين منهم خلافه، نعم هذا في الحاجة الحاقة لمرض أو زمانة، قال الشافعي «الأم» قيد ذلك في مسألة الابن بالمرضع، ومن لا غنى بالصغير عنه، قال: فيلزم أباه نفقتهم بالزكاة، انتهى.

وعبارة القاضي أبي الطيب وغيره، فإن كان الصغير هذا جاء إلى خدمته لزمانته أو صغره، إلى آخره.

وفي النص إشارة ظاهرة إلى أنه لا نظر إلى حاجة في «المهذب» و«الرتبة»، ورأيت من صرح هنا بعدم الفرق بين الحاجتين ولعله أخذه من

....

إطلاق الإمام وغيره التشبيه بالكفارة، وأما المسكن فهو شيء أبداه الإمام أيضًا وتابعهُ الغزالي وغيره عليه، فإن كان الغرض في مسكن لإتمامه، فإلحاقه بالخادم ظاهر للضرورة وإن كان عنه غنى ؛ بأن يكون عزبًا يستغنى عنه بسكنى مدرسة أو رباط ونحوهما ففيه وقفة، وهو كعبد يحتاج إليه للمنصب والرتبة لا للضرورة وفيه ما أشرت إليه، وقد قال الإمام: ولولا إني وجدت رمزًا للأصحاب في أن عبد الخدمة غير معتدٍ في الفطرة لما قطعت قولي في أن المسكن غير محسوب، انتهى.

وهذا منه يقتضي القطع بإبقاء السكن، وإن كان في عبد الخدمة تردد، وحينئذ أقول: إن لم يكن به غنى عن عبد الخدمة لمرض أو زمانة، وجب القطع بأنه غير موسر، وإن كانت الحاجة للمنصب والرتبة فهو موضع التردد][1].

والأقرب إلى النص قول الجمهور أنه موسر، وإن كان الإمام قد قال: إن المعتبر في هذا الباب هو المعتبر في الكفارات.

إشارات:

الظاهر، وإن ما ذكره الشافعي والجمهور من أن من لم يفضل عن قوته وقوت من في نفقته ليلة العيد ويومه ما يخرجه في الفطرة، فهو معسر ومن فضل عنه ما يخرجه في الفطرة أي: جنس كان من المال فهو موسر غير مراد، الظاهر بدليل أنهم لم يتعرضوا لدست ثوب، ولا شك أنه يبقى عليه.

قال الرافعي: فإن الفطرة ليست بأشد من الدين، وإنه متبقى عليه الديون، انتهى.

وفي هذا الاستشهاد نظر، لما سيأتي من أنها تقدم عليه على المذهب، فهي أشد من الدين وسيأتي في التفليس كلام تبقية غير دست الثوب من إناث حقير، وكتب الفقيه وغير ذلك وظاهر كلامهم هنا الجزم، بخلاف ذلك، نعم؛ يشبه أن يكون ذكر القوت مثال لما تجب عليه صرفه في مؤنة من يلزمه نفقته،

---

(١) سقط من نسخة.

……

سواء كان ذلك قوتًا أو غيره بدليل قول المتولي هنا: اليسار المعتبر عندنا أن يملك صاعًا فاضلاً عن قوته وقوت من يلزمه نفقتهم في يوم العيد وكسوتهم، فنص على الكسوة. ونقل الإمام إجماع الأصحاب على تقديم النفقات الواجب على الفطرة، وهو يحقق ما ذكرته، وحينئذ التعبير الواضح أن يقال: كل من ملك قوت الوجوب مالاً زائدًا عما يجب عليه صرفه في مؤن من تلزمه مؤنت ليلة العيد ويومه فموسر.

ومنها: ذكرت في الحج من «الغنية» في الكلام على الاستطاعة في اشتراط كون مؤن الحج فاضلة عن المسكن والخادم قولين منصوصَيْن، أصحهما عند الرافعي وغيره الاشتراط ونسب الرافعي ترجيحه إلى الأكثرين، والثاني، وب أجاب جماعة وصححه المتولي أنه مستطيع.

وقضية هذا أنه يكون موسرًا بالفطرة، وإنهما لا يبقيان بل أولى؛ لأن الحج على التراخي وقد جعلناه مستطيعًا، وإنه لو مات بعد التمكن مات عاصيًا، فتأمل هذا وتدبره.

ومنها: ذكرنا هنا إنا إذا قلنا بالمرجح عند الرافعي والمصنف أنه إذا كان معه تقدير يزيد صرفه إليهما أنه يمكن.

وقلنا: إنه ظاهر فيما إذا قصد السكن فيه، أما لو لم يقصده لاعتياد السكن بالكراء أو الاستغناء بمسكن مباح كمدرسة ونحوها، فهل بقول النق مستحق لجهة المسكن، فتمنع الاستطاعة أو لا، فيه نظر!

والأقرب أنه مستطيع ومرشد إليه قول بعضهم ومسكن لا بد له من مثله فليتأمل ذلك ها هنا، وما نحن فيه أولى بإيجاب الفطرة؛ لأنها على الفور.

ومنها: قال الإمام بعد تقريره ما سبق: ثم أنّ المسكن وعبد الخدمة بعد ثبوت الفطرة مبيعان في الفطرة، فإنها بعد وجوب التحقيق بالديون وديو الآدميين تمنع وجوب الفطرة وفاقًا.

وإن رأينا تقديم الفطرة عليها بعد الثبوت فليتنبه الناظر لذلك، وليفصل بي

....

شرط ثبوت الابتداء وبين القول في الازدحام بعد الوجوب، ولو ظنَّ ظانٌ أن دين الآدمي على طريق لا يمنع وجوب الفطرة كما لا يمنع وجوب الزكاة في قول كان متعدّيًا، وهذا منتهى نظري، انتهى.

ونقل الرافعي عنه ذلك [بحروفهِ] (١). ثم قال: وفيه شيء نذكره.

وعبارة «الروضة» عن ذلك: واعلم أن دين الآدمي يمنع وجوب الفطرة بالاتفاق كما أن الحاجة إلى صرفه في نفقة القريب تمنعه، كذا قال الإمام إلى قوله مبعدًا، وفيه شيء نذكره في آخر الباب يعني قوله هناك: وفي تقديم الفطرة على الدين طرق أصحها أنه على الأقوال الثلاثة في زكاة المال، والثاني القطع بتقديم فطرة العبد كأرش جنايته، وفي فطرته الأقوال، والثالث القطع بتقديم فطرة نفسه أيضًا لعلتها في الغالب، وسواء أثبتنا الخلاف أم لا؛ فالمنصوص في «المختصر».

قلت: و«الأم» و«البويطي» تقديم الفطرة على الدين قالا: ولك أن تحتج بهذا النص على خلاف ما قدمنا عن الإمام؛ لأن سياقه يفهم منه أن المراد ما إذا اطرأت الفطرة على الدين الواجب، وحينئذ لا يكون الدين مانعًا.

وبتقدير ألا يكون كذلك؛ فاللفظ مطلق يشمل ما إذا طرأ الفطرة على الدين والعكس فاقتضى ذلك ألا يكون الدين مانعًا، انتهى.

وقال في «الشرح الصغير»: وذكر الإمام أن الدين يمنع وجوب هذه الزكاة، وعلى هذا فيشترط أن يكون المخرج فاضلاً عما عليه من الديون، وفي كلام الشافعي والأصحاب ما يدل على أن الدين لا يمنع [وجوب الفطرة](٢)، وهو الأشبه بالمذهب، انتهى.

قلت: بل هو المذهب المنصوص.

قال في «الأم»: وإذا مات الرجل حين أُهِلَ شوال، فالزكاة عليه في ماله مبدأة على الدين والوصايا يخرج عنه، وعن من يملك ويمون من المسلمين

---

(١) في نسخة: (بلفظهِ).

(٢) سقط من نسخة.

وَمَنْ لَزِمَهُ فِطْرَتُهُ لَزِمَهُ فِطْرَةُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ....

الذين تلزمه النفقة عليهم.

وقال في كتاب البويطي: وإذا مات الرجل حين أُهِلَ شوال، فالزكاة عليه في ماله يبدئها على الدين والوصايا، وقد قيل: يخاص بها الدين، انتهى.

فمنهم من جعله قولاً، ومنهم من جعله حكاية عن الغير.

ومنها: قال القاضي ابن كج: إذا كان عبده مرهونًا، وكان معسرًا فهل يباع من العبد جزء وبقدر زكاة الفطرة على أوجه:

أحدها: يباع على قولنا: حق الله يقدم على حق الآدمي.

والثاني: لا يباع بناء على تقديم حق الآدمي.

والثالث: يتخاصان في ذلك؛ لأن المُرتهن قد تعلق له حق، وحكى شيخه أبو الحسين هذه الأوجه في بيع جزء من عبده، ولم يقيده بالمرهون، فالظاهر من إطلاقهما أنه لا فرق بين كونه محتاجًا إليه لخدمته أو لا كما قال الشيخ أبو علي أنه الصحيح، وإطلاقهما يقتضي أنه لا فرق بين تقدم الدين على وجوب الفطرة أو تأخره.

وبالجملة: فلم يتضح إلى أنّ الفرق بين كون الحاجة إلى المسكن والعبد يمنع وجوب الفطرة وبين كونهما يباعان فيها إذا استقرت مع كونهما يباعان في الدين، وهي مُقَدَّمة عليه على المذهب.

قال: (**وَمَنْ لَزِمَهُ فِطْرَتُهُ لَزِمَهُ فِطْرَةُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ**) أي: للحديث السابق أو الباب.

وأما لفظة: ممن تمونون فزيادة في الحديث رواها الدارقطني والبيهقي بإسناد ضعيف، لكن الإجماع منعقد على أن الفطرة تجب على الغير بسبب الغير في الجملة، وفي صحيح مسلم: «**ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة إلا صدقة الفطر**» وفي لفظ: «**إلا زكاة الفطر في الرقيق**»(١) متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٤) ومسلم (٢٣٢٠).

لَكِنْ لَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ فِطْرَةُ الْعَبْدِ وَالْقَرِيبِ وَالزَّوْجَةِ الْكُفَّارِ.

وَلَا الْعَبْدَ فِطْرَةُ زَوْجَتِهِ، وَلَا الِابْنَ فِطْرَةُ زَوْجَةِ أَبِيهِ، ....

وقد يُرَد على لفظ الكتاب واستثناء صور، صور فيها نظر!

منها: عبد المال في المساقاة والقراض إذا شرط عمله مع العامل ونفقتهما عليه كما سيأتي، وفطرتهما على السيد قطعًا.

ومنها: ما لو حج بالنفقة كما سيأتي بيانه، ومنها ما نص عليه في «الأم» إنه لو أجر عبده وشرط نفقته على المستأجر، فإن الفطرة على سيده، وما أشبه ذلك، وفي الخصال استثنى إحدى عشرة مسألة أحسنها الفقير يلزم المسلمين نفقته، دون فطرته، ومقصود المصنف من لَزِمَهُ نفقته بسبب زوجته أو قرابة أو ملك، ووجد ما يؤدى عنهم، واستغنى عن ذكر الوجدان باشتراطه اليسار من قبل.

قال: (**لَكِنْ لَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ فِطْرَةُ الْعَبْدِ وَالْقَرِيبِ وَالزَّوْجَةِ الْكُفَّارِ**) لقوله في الحديث: «من المسلمين»(١) وادعى المصنف أنه لا خلاف فيه عندنا، لكن القاضي حسين حكى وجهًا.

لنا: أن المسلم يخرج الفطرة عن عبده الكافر، بناء على أن الوجوب لا في السيد أولاً، وهو من أهلها، وطرده المتولي في الزوجة والقريب، وليس شيء.

وفي «الحاوي»: إنه لو ارتد العبد المسلم، وهلال شوال، ثم عاد إلى الإسلام بعد ذلك، ففي لزوم فطرته لسيده ثلاثة أوجه مخرجة من ردةِ الكافر في حَوله.

قال: (**وَلَا الْعَبْدَ فِطْرَةُ زَوْجَتِهِ**) أي: حرة كانت أو أمة، وإن كان ينفق عليها من لبسِهِ؛ لأنه ليس أهلاً لفطرة نفسه فغيره أولى، ولو ملكه السيد أو غيره مالاً، وقلنا: يملك لم يخرج عنها استقلالاً، ولا بإذن السيد على الصحيح.

قال: (**وَلَا الِابْنَ فِطْرَةُ زَوْجَةِ أَبِيهِ**) أي: وإن أوجبنا نفقتها تفريعًا على وجوب الإعفاف؛ لأن الفطرة لا تلزم الأب لإعساره، فلا يتحملها الابن

---

(١) أخرجه نصه: «زكاة الفطر فرض على كل مسلم حر وعبد ذكر وأنثى من المسلمين صاع من تمر أو صاع من شعير» عن ابن عمر. أخرجه الدارقطني (٢/ ١٤٠)، والبيهقي (٤/ ١٦٢، رقم ٧٤٨٠).

وَفِي الِابْنِ وَجْهٌ.

بخلاف النفقة، فإنها لازمة مع الإعسار فيتحملها، **وَلِأَنَّ فَقْدَهَا يُسَلِّطُهَا عَلَى الْفَسْخِ**، فيحتاج الولد إلى تزويجه بخلاف الفطرة.

قال: (**وَفِي الِابْنِ وَجْهٌ**) أي: أنه يلزمه فطرة زوجة أبيه كالنفقة، وصححه الغزالي وطائفة وهو الصحيح المختار، وظاهر نص الشافعي في «الأم» حيث قال: وكل من دخل عليه هلال شوال، وعنده قوته وقوت من يقوته يومه وليلة، وما يؤدي به زكاة الفطر عنه، وعنهم أداها عنه وعنهم، والوجهان مبنيان عند طائفة أنها وجبت تحملاً أو ابتداء.

ولك أن تقول: وإن قلنا بالتحمل، فلا نسلم أن إعسار الأب مسقط لفطرتها كما في فطرة نفسه، ألا تراه نصَّ في «الأم» وغيره على أن الابن الصغير إذا كان له عبد يحتاج إلى خدمته إنه يلزم الأب فطرتهما جميعًا، ونص على وجوب فطرة خادم الزوجة المملوك لها، وجزم به الأكثرون خلافًا لترجيح الإمام، والخلاف جارٍ في مستولدة الأب وأمه أعقبه الولد بها تبعًا؛ لنفقتهما، والصحيح المختار اللزوم، خلافًا للشيخين وغيرها.

فرع: قال في «الروضة»: لا يلزمه فطرة الزوجة الناشز قطعًا، وقال في «شرح المهذب»: بلا خلاف.

ورأيت في كتاب القاضي ابن كج في أثنى مسألة، فإن قيل: أليس قلتم على أن الزوج الناشز زكاة الفطر قيل: الصحيح أنه لا يلزمه، انتهى.

وقد يوجب الوجوب بالتشبه بالعبد الآبق.

قال ابن كج: والغائبة التي لا تجب نفقتها كالناشز في عدم وجوب فطرتها عليه، ولو لم تنشز، بل حال أجنبي بينه وبينها وقت الوجوب قضية إطلاقهم أنه يلزم الزوج فطرتها كالمريضة.

قال الرافعي: وطرد ابن عبدان فيها الخلاف في فطرة المغصوب والضال، وأيده بأنها لو وطئت بشبهة فاعتدت عنها، فلا نفقة لها في مدة العدة؛ لفوات التمكين بسبب نادر بخلاف المرض فإنه عام.

وَلَوْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ أو كَانَ عَبْدًا فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُ زَوْجَتَهُ الْحُرَّةَ فِطْرَتُهَا، وَكَذَا سَيِّدُ الأَمَةِ. قُلْتُ: الأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَلْزَمُ الْحُرَّةَ، وَاللّه أَعْلَمُ.

وَلَوْ انْقَطَعَ خَبَرُ الْعَبْدِ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ إِخْرَاجِ فِطْرَتِهِ فِي الْحَالِ، ....

قلت: وقال الدارمي: لا تجب فطرتها قولاً واحدًا، انتهى.

ويشبه أن يكون المنقول هذا الطريق وما قبله فقط، ولو حبست بدين سقطت نفقتها والفطرة تابعة المنفقة.

قال: (وَلَوْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ) أي: سواء قارن إعساره النفقة أو طرأ.

(أَوْ كَانَ عَبْدًا) أو فتاة.

(فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُ زَوْجَتَهُ الْحُرَّةَ فِطْرَتُهَا) أي: إذَا أَيْسَرَتْ بها.

(وَكَذَا سَيِّدُ الأَمَةِ) أي: بنى على أن الوجوب لا في المؤدى عنه ابتداء، والثاني: لا تجب عليهما بناء على مقابلة ما أشار إليه من إجراء قولين، وهو أصح الطريقين عند الشيخ أبي علي وغيره، ونسبها الماوردي إلى الأكثرين.

قال: (قُلْتُ: الأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَلْزَمُ الْحُرَّةَ، وَاللّه أَعْلَمُ) أي: ويلزم سيد الأمة؛ لكمال تسليم بخلاف الأمة، فإنها وإن سلمت إليه فهي في قبضة السيد.

إشارات: وزوج أَمَته من عبده لزمه فطرتهما قطعًا، وقول الجيلي: فيه قولان، غريب. إذا قلنا: تجب على الحرة فإن خرجتها ثم أيسر الزوج، قال الماوردي: رجعت بذلك عليه كالنفقة، قال الشيخ: والمذهب ومقتضى إطلاق الجمهور خلافه، وما قاله الماوردي شاذٌّ مردود، وإذا لم نوجبها على المرأة استحب لها إخراجها، ذكر في «البحر» أن المذهب أنه ليس للزوجة مطالبة الزوجية بإخراج فطرتها.

قلت: وما قاله غيره في القريب؛ لأنه حوالة أو ضمان، قلت: وفيه نظر!

والأوجه المطالبة ولو حسبة المذهب عند المصنف طريقة القطع بتقرير النصين، فقوله: من قبل الأظهر جاز على اختيار الرافعي لا على اختياره، ولو امتنع الزوج مع يساره وتعدد أخذها منه لم يلزمها إخراجها، قاله الشيخ أبو محمد.

قال: (وَلَوْ انْقَطَعَ خَبَرُ الْعَبْدِ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ إِخْرَاجِ فِطْرَتِهِ فِي الْحَالِ)؛

وَقِيلَ إِذَا عَادَ، وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ. وَالْأَصَحُّ أَنَّ مَنْ أَيْسَرَ بِبَعْضِ صَاعٍ يَلْزَمُهُ. وَأَنَّهُ لَو وَجَدَ بَعْضَ الصِّيعَانِ قَدَّمَ نَفْسَهُ، ثُمَّ زَوْجَتَهُ، ....

لأن الأصل البقاء.

(**وَقِيلَ إِذَا عَادَ**) كزكاة المال، وهو قول محكي عن «الإملاء».

(**وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ**) هو مخرج من الكفارة، فإنه لا يجزئ فيها على المذهب، وهذا القول محله ما إذا استمر الانقطاع، أما لو ظهرت حياته بعد ذلك.

قال الدارمي: إن عاد إلى يد سيده وجب الإخراج قطعًا وإلا فعلى الخلاف في الضال ونحوه، وذكرت في باب الدَّيْن مع الصدقة أنه إذا رجع عبده بعد أحوال فطرق أحدها على قولين، والثاني يجب قطعًا، والثالث عكسه إشارة أطلقا وجوب الإخراج وحكاية الخلاف.

وقالا في الفرائض: إذا حكمنا بموت المفقود وقسمته ميراثه، لا تجب فطرة العبد بعد هذه المدة بلا خلاف، وموضع القولين فيما قبل ذلك وهو ظاهر، ولو لم ينقطع خبر العبد، فإن كان في طاعة سيده وجبت فطرته، وإن كان إيقاف كالمغصوب والضال، والمذهب القطع بوجوب فطرتها، وقيل: قولان كالمغضوب.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص.

(**أَنَّ مَنْ أَيْسَرَ بِبَعْضِ صَاعٍ يَلْزَمُهُ**) اعتبارًا بالميسور، والثاني لا لبعض الرقبة. قال الماوردي: وهو غلط وشذَّ الروياني فصححه، والفرق أن الكفارة لها بدل، والفطرة لا بدل لها، وإن التبعيض هنا معهود.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ وَجَدَ بَعْضَ الصِّيعَانِ قَدَّمَ نَفْسَهُ**) للحديث المتفق عليه. «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول»(١).

(**ثُمَّ زَوْجَتَهُ**) لأن نفقتها آكد ألا تسقط بمضي الزمان.

---

(١) أخرجه النسائي (٥/ ٦٩، رقم ٢٥٤٦) والشافعي (١/ ٣٢٧)، ومسلم (٢/ ٦٩٢، رقم ٩٩٧)، وأبو عوانة (٣/ ٤٩٠، رقم ٥٨٠٥)، والبيهقي (٤/ ١٧٨، رقم ٧٥٤٤).

مَ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ، ثُمَّ الْأَبَ، ثُمَّ الْأُمَّ، ثُمَّ الْكَبِيرَ].

(ثُمَّ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ) لأن نفقته وجبت بالنص. **(ثُمَّ الْأَبَ)** لشرفه.

(ثُمَّ الْأُمَّ) لقوة حرمتها بالولادة.

(ثُمَّ الْكَبِيرَ) أي: الولد الكبير، هكذا ذكر هذا الترتيب أيضًا، في الروضة» وأصلها، وقالا هناك: أن المذكور هنا هو ظاهر المذهب من خلاف المذكور هنا، وفي النفقات وقالا هناك: إذا اجتمع أب وأم، قُدِّمَت لأم وقيل: الأب، وقيل: يستويان، وصححه في «الانتصار» مع قولهما هنا ه يقدم فطرة من قدمنا نفقته على الخلاف والوفاق هناك، والمذهب الذي خرناه إلى النفقات، وذُكِرَ ما تقدم في الكتاب والمختار دليلاً تقديم الأم في بابين للنص فيها، وأبدى في «شرح المهذب» فرقًا بين البابين، فإن النفقة؛ سد الخُلة، والأم أكثر حاجة، وأقل حيلة والفطرة؛ لتطهير المخرج عنه تشريفه، والأب أحق بها، فإنه منسوب إليه، ويشرف بشرفه.

قال: ومراد الأصحاب بقولهم كالنفقة، أي: تجب مرتبة كما تجب النفقة رتبة، فكيفية ترتيبها متفق عليه في [معظمه].

قلت: لكن في كلام جماعة بنى فطرة الأب والأم إذا اجتمعا على الأقوال ثلاثة في نفقتهما، وظاهر ذلك التسوية بين البابين، ومن صحح تقديم الأب ي البابين خالف الحديث، والجري على إطلاق الحديث أنها أحق الناس ببره ولى، ولم أر هنا من رجح تقديم الأم على الأب.

إشارة: ورأى الأصح تسعة أوجه أحدها: تقديم الأم على الأب، ثانيها: ستواؤهما، ثالثها: تقديم الابن الكبير على الأبوين، رابعها: تقديم الأب لى الابن الصغير، خامسها: يُقدم الزوجة على نفسه، سادسها: يُقدم لأقارب على الزوجة، سابعها: بنفسه ثم تتخير في الباقي، ثامنها: يتخير بين فسه وغيره، تاسعها: يخرجها عن واحدٍ لا بعنيه، وجعل الشيخ أبو حامد غيره ما قبله ظاهر المذهب، وعبارة الشيخ أبي علي في «شرح التلخيص»، منهم من قال: لا يجوز له أن يخص شخصًا واحدًا، بل عن جميعهم، وهذا

قال المصنف: [وَهِيَ صَاعٌ، وَهُوَ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثٌ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ سِتُّمِائَةٍ وَخَمْسَةٌ وَثَمَانُونَ دِرْهَمًا وَخَمْسَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ لِمَا سَبَقَ فِي زَكَاةِ النَّبَاتِ، وَالله أَعْلَمُ.

وَجِنْسُهُ الْقُوتُ الْمُعَشَّرُ، وَكَذَا الْأَقِطُ فِي الْأَظْهَرِ.

وجه آخر غير ما تقدم قبله، وهكذا أورده الفوراني وغيره من المراوزة أنه يخرجه عن جميعهم.

قال الشارح: قال: (وَهِيَ صَاعٌ) لحديث أول الباب، وهو مجمع عليه في غير القمح؛ لحديث أبي سعيد الخدري ﷺ: **«كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الْفِطْرِ إِذْ كَانَ فِينَا رَسُولُ الله صَاعًا مِن طَعَامٍ، أو صَاعًا مِن تَمْرٍ أو صَاعًا مِن زَبِيبٍ، أو صَاعًا مِن شَعِيرٍ، أو صَاعًا مِن أَقِطٍ، فَلَمْ نَزَلْ نُخْرِجُه حَتَّى قَدِمَ عَلَيْنَا مُعَاوِيه مِن الشَّامِ»** فقال: أرى مدين من سمراء الشام تعدل صاعًا من تمرٍ، قال أبو سعيد: أمَّا أنا، فلا أزال أُخرجه كما كنت أُخرجه في عهد رسول الله ﷺ»[1] رواه مسلم، والطعام والسمراء هما: القمح .

قال: (وَهُوَ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثٌ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ سِتُّمِائَةٍ وَخَمْسَةٌ وَثَمَانُونَ دِرْهَمًا وَخَمْسَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ لِمَا سَبَقَ فِي زَكَاةِ النَّبَاتِ، وَالله أَعْلَمُ) سبق إيضاح هذا هناك، وقوله: إن الصواب اعتبار الكيل دون الوزن.

وقال: إن الواجب أن يخرج بصاعٍ مغاير للصاع الذي كان يخرج به في عصره ﷺ، وأنه موجود، ومن لم يجده، وجب عليه إخراج قدر يتيقن أنه لا ينقص عنه، وعلى هذا التقدير بخمسةِ أرطال وثلث تقريب. وقال جماعة من العلماء: الصاع أربع حفنات بكفي رجل معتدل الكفين، انتهى.

وقال الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية»: ولو جعله ثمانية أرطال كما قال أبو حنيفة كان أحوط.

قال: (وَجِنْسُهُ الْقُوتُ الْمُعَشَّرُ، وَكَذَا الْأَقِطُ فِي الْأَظْهَرِ) أي: الذي يجب

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٣٨)، وأحمد (٢٦٣٧٤)، والبيهقي في الدلائل (٧٢٩)، وابن حبان (٦٣٨٣)، وأبو نعيم في الدلائل (٢٢٤)، وابن راهويه (٢/ ٣٢٦).

....

فيه العُشر كما سبق بعض ذلك بالنص، وبعضه بالقياس عليه بجامعِ القوت، وعن القديم: لا يجزئ العدس ولا الحمص؛ لأنهما إدامان.

قال: وكذا الأقط في الأظهر قطع به أبو إسحاق، وقوله لحديث أبي سعيد.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وهذه الطريقة القاطعة بالإجزاء هي الصواب لصحة الحديث بلا معارض، والثاني: لا يجزئ؛ لأنه إما غير مقتات، وإما غير مُعشر، فأشبه ما يقتات نادرًا، وجعل الماوردي والروياني محل القولين في أهل البادية الذين يقتاتونه، فأما أهل الحاضرة، فلا يُجزئهم، وإن كان قوتهم؛ لأن ذلك نادرٌ.

قال المصنف: وهو شاذٌ مردود، وأن المذهب الصحيح الذي قطع به الجماهير أنه لا فرق في إجزاء الأقط بين أهل البادية وأهل الحاضرة.

قلت: وهذه مبالغة، وقد قال القاضي ابن كج في إخراج الأقط لأهل البادية: إذا كان قوتهم، قولين، الجديد، منعه كاللبن الرايب والجُبن، وأشار إلى ذلك الشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في «خلاصته»، حيث قالا: والأقط جائز للبدوي بالخبز، وعلى ذلك جرى صاحب «المعتبر» وغيره، وهو ظاهر نص البويطي، فإنه قال بعد ذكره الأقوات: وإن أدى أهل البادية الأقط أجزأ عنهم.

وقال ابن خيران في «اللطيف»: ويخرج أهل البادية الأقط واللبن.

وقال الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية»: ولا يجوز إخراج اللبن ولا الجُبن، ولكن لو اقتات قوم من أهل البادية الأقط، فلم يعرفوا غيره، فقولان.

وقال الشافعي في «الأم» بعد ذكره أشياء من الأقوات المعتبرة: ولا يؤدي أهل البادية من شيء يقتاتونه من القَتِّ والحنظل وغيره، أو تمرة، لا يجوز في الزكاة، ويكلفون أن يؤدوا من قوت أقرب البلاد إليهم ممن يعتاد الحنطة والذرة والعلس والشعير والتمر والزبيب، لا غيره، وإن أدوا أقطًا أجزأ عنهم، وما أدوا، أو غيرهم من شيء ليس في أصله الزكاة غير الأقط أعادوا، انتهى.

وذكر في «البحر»: فيه ثلاثة طرق، الإجزاء قطعًا، فيه قولان: لا يجوز لأهل الحضر قطعًا، وفي البادية، قولان، وقد قالا في «الروضة» وأصلها في إجزاء الأقط في الكفارة، الخلاف في الفطرة، فعلى الإجزاء هل يعم أم يخص أهل البادية، فيه وجهان.

فروع وتتمات: منها: إذا أجزأ فيه الأقط أجزأ اللبن والجُبن؛ لمقتاتهما إذا لم ينزع زبدهما على الأصح عند المصنف وغيره، وصحح آخرون المنع، واقتضى كلام جماعة الجزم به، وهو الأقرب إلى كلام الكتاب، ونص «الأم» السابق.

وقال الدارمي: لأنه ناقص كالرطب.

وهل يجزئ اللبن مع وجود الأقط، وجهان.

قال القاضي [أبو الطيب]: نعم، وقضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره المنع، وعليه نص في القديم.

وقال العمراني في «البيان» وغيره: إذا جوزنا الأقط، قال أصحابنا البغداديون أجزأ اللبن مع وجود الأقط وعدمه؛ لأنه أكمل منه.

وقال الخراسانيون هل يجزئه مع وجود الأقط، وجهان.

وحيث جوزنا؛ فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يجزئه من اللبن إلا القدر الذي يتأتى منه صاع من الأقط؛ لأنه فرع على الأقط، فلا يجوز أن ينقص عن أصله، هذا لفظه في مسائله المنثورة، [واختصره في «البيان» وعلل المنع بأنه لا يدخر.

ومنها: قال القاضي أبو الطيب: لا يجزئ اللحم، قولاً واحدًا لأنه] لا يجزئ فيه الصاع، ووافقه القاضي الحسين والماوردي وغيرهما.

وحكى الإمام عن رواية العراقيين فيه قولين على قولنا بإجزاء اللبن، وهو غريب عنهم، والظاهر أن من يجوزه ويجوز الجُبن يكتفي فيهما بالوزن؛ إذ لا يمكن كيلهما ولا يجزئ المخيض ولا الزبد ولا السمن ولا المَصْل والكشك، بلا خلاف، والمشهور أنه لا يجزئ الدقيق ولا السويق ولا الخبز.

وَيَجِبُ مِن قُوتِ بَلَدِهِ، ....

وقال الإصطخري كما نقله ابن كج، يجوز الدقيق والخبز؛ لأنه أرفق بهم اليوم. وقال الأنماطي: يجزئ الدقيق.

وقال ابن عبدان: ومقتضى قوله: إجزاء الدقيق والخبز.

قال: وهو الصحيح؛ لأن المقصود إشباع المساكين في هذا اليوم، والمذهب المنصوص المنع.

ومنها: إذا جوزنا الأقط لم يجز إخراج المملح الذي أفسد كثرة الملح جوهره؛ لأنه معيب، وإن كان الملح على ظاهره، فهو غير محسوب، والشرط أن يخرج من محض الأقط صاعًا.

قال الماوردي: لو كان بعض أهل الجزائر وغيرهم يقتاتون السمك أو البيض لم يجز بلا خلاف.

ومنها: الأقط - بفتح الهمزة وكسر القاف.

قال الشيخ في «التحرير»: هو لبن يابس غير منزوع الزبد.

وقال ابن الأثير في «النهاية»: هو لبن مجفف يابس مستحجر يطبخ به.

وقال الحافظ المنذري وصاحب «المطالع»: هو جبن اللبن المستخرج زبده وعن «المحكم»: أنه شيء يعمل من اللبن المخيض.

وقال ابن الأعرابي: يعمل من ألبان الإبل خاصة.

قلت: وهذا ليس بمراد الفقهاء قطعًا، والظاهر أن مرادهم ما فسر به المصنف، فلا يجزئ منه ما استخرج زبده.

قال: (وَيَجِبُ مِن قُوتِ بَلَدِهِ) قاله ابن سريج وأبو إسحاق، ورجحه الجمهور كالكفارة؛ ولأنه مطلوب الفرد، وإذا قلنا لا يجزئ الأقط لأهل الحضر، وجب استثناؤه ها هنا، فلو كان للبلد أقوات غلب بعضها، فمن الغالب.

قال في «البسيط»: وإنما يعتبر حال وجوب الفطرة لا في جميع السنة.

وقال في «الوجيز»: قوم الفطر، قال الرافعي: ولم أظفر بهذا التقييد.

……

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: إن الصواب أن المراد قوت السنة، ثم ذكر أنا إذا اعتبرنا قوت البلد وقوت نفسه، فكان مختلفًا باختلاف الأقوات يقتاتون أو يقتات جنسًا، وفي بعضها جنسًا آخر.

قال السرخسي في «الأمالي» أن أخرج من الأعلى أجزأه، وكان أفضل، وإن أخرج من الأدنى، فقولان: أحدهما لا يجزئه احتياطًا للعبادة وأصحهما يجزئه لدفع الضرر عنه؛ ولأنه يسمى مخرجًا من قوت البلد أو قوته، انتهى.

وفي هذا الترجيح نظر! إذ كان الأغلب الأعلى.

قال الدارمي: وإن اختلف القوت الذي تعتبره فمنهم من قال فيه القولين، وإن قلنا: يتخير فمخير، وإن قلنا يتعين فعليه خير ما يقتات.

ومنهم من قال خيره قطعًا، انتهى.

وقضيته اتفاقهم على الجزم بخلاف ما رجحه السرخسي، وتصويره المسألة صريح في رد ما قاله الغزالي وما ذكره في «الوجيز»، يُعيد استبعاده أيضًا صاحب «التنجيز» في شرحه فقال: وتقييده القوت الغالب بيوم القطر لا وجه له، فإن قوت يوم الفطر إنما يقع بعد الوجوب، والكلام فيما وجب قبله؛ ولأن وجود قوت يوم الفطر نادر لا عبرة به، انتهى.

وجهه صاحب «التعجيز» في شرحه لحديث: «**اغنوهم عن الطلب في هذا اليوم**» قال: وإنما يحصل الإغتناء بالقوت في ذلك اليوم، انتهى.

وهذا تكلف، وقال الشيخ سراج الدين الأرموي في كتابه على ألفاظ «الوجيز»: قيد غلبة القوت بيوم الفطر، ولم يتعرض «الأصحاب» لذلك، بل المفهوم من أقوالهم ما يليق بنصب الشخص على القول الآخر يشعر بالنظر إلى جميع السنة، وما ذكره غير بعيد، فإن المعتبر فيما يجب وقت الوجوب، وهو يوم الفطر فاعتبر الغالب وقت وجوب الفطرة، وهو يوم الفطر، هذا لفظه.

وقوله: إن وقت الوجوب يوم الفطر غير سديد، وإنما وقته الحقيقي حال وجوبها، وهو أول ليلة الفطر لا يوم الفطر، وأما ما ذكره في الوسيط وغيره

وَقِيلَ قُوتِهِ، ....

فمتجه جدًا، وقد تابعه عليه صاحب «الذخائر» وابن يونس الكبير في «محيطه»، وابن الرفعة في «الكفاية»، وأبو عمر والمصعبي في شرحه «المختصر الجويني»، وقد اعترض على اعتبار المصنف السنة بأنه قد يحصل جذب يقتضي اقتيات أهل بلد جميع سنتهم الشعير، وغالب قوتهم في غيرها القمح، فإما أن ينظر إلى الغالب في أكثر الأحوال فنوجب القمح، أو ينظر إلى سد خلة الفقير بما يمتد طمعه إليه، فننظر إلى الغالب وقت الوجوب، كما قاله الغزالي، ومن يتبعه وهو الفقه.

قلت: ولأن في إلزامه غير المقتات حالة الوجوب إصرارًا به أشد من الضرر الحاصل بأخذ الكمية، والأجود الموجود في ماله في زكاة المال، وغير ذلك مما تقدم من التحقيقات، وبقي في المسألة شيء نذكره قريبًا إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَقِيلَ قُوتِهِ**) أي: على الخصوص كما اعتبر ماله في الزكاة؛ ولأن الفطرة تابعة له، فكانت من جنسه، وهذا كما قال الماوردي وغيره ظاهر نصه في «المختصر» و«الأم»؛ لأنه قال: أدّ مما تقتاته، وصححه كبار كالشيخ أبي حامد، والبندنيجي، والصَّيْمَرِي، وابن عبدان، والقفال، كما حكاه في «البحر» عنه.

قال الروياني، وقال أبو عبيد بن حربويه: أنه ظاهر المذهب، وبه أجاب الشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في «خلاصته» واختاره الشيخ أبو حامد كما قاله في «البيان»، وصاحب «التنبيه»، وهو «المختار»، وإن نسب الأول إلى الجمهور، وتأول أبو إسحاق المروزي وغيره النصوص، وحملوها على ما اختاره، والحاصل إنهم ترددوا في نص «الأم» و«المختصر»، هل أراد به غالب قوت البلد؛ لأن الغالب أن قوت الرجل لا يخالف قوت بلده، أو أراد ظاهر اللفظ فيه وجهان: في «الحاوي»، ولفظ نصه في البويطي، ويؤدي الرجل من أي قوت كان الأغلب عليه من كذا أو كذا، ولفظ نص «الأم» في هذا الباب دائر مع قوته، وإنه إذا لم يختلف قوته لا يلزمه سواه، وقول الأولين أن الغالب أن قوت الرجل لا يخالف قوت بلده، هذا إن سلمناه فهو إنما يكون في سنين الخصب، وأما في سنين الجذب والقحط، فيختلف قوت الواحد اختلافًا كثيرًا،

وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأَقْوَاتِ، ....

وعلى الأول لو كان غالب أهل البلد يقتانون البُر ليسارهم، وجماعة منهم يقتاتون الشعير ونحوه؛ لضعفهم وجب عليهم إخراج البُر اعتبارًا بالغالب، وعلى «المختار» و«القياس» كما قاله البغوي يجزئهم الشعير: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] فعلى «المختار» لو اختلف قوته باختلاف الأقوات، عاد ما سبق في قوت البلد عن غير الغزالي واتباعه، فإن استويا تخير وندب الأعلى، أما على ما قاله الغزالي فلا يتأتى هنا اختلاف القوت، وعلى «المختار» لو كان يليق بحالة البُر فاقتات الشعير بُخْلاً، لزمه البُر.

قال المصنف: بالإيقاف، وحكى غيره وجهين، وعبارة تعليق البغوي بعد ذلك الوجه الأول والثاني في الكتاب ومن أصحابنا من قال: وهو اختيار شيخنا رحمه الله أنه يجب أن يخرج من غالب قوت أمثاله في بلده، من غير أن ينظر إلى سرفٍ ولا تقشير، وهذا هو الأصح، وكذا صنع في التهذيب، وجزم بذلك صاحب «الكافي».

قال: (**وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأَقْوَاتِ**) لظاهر الحديث، فإن المتبادر منه التخيير.

قال الماوردي: نص عليه في بعض كتبه، ونقله آخرون عن نصه أيضًا، واختاره القاضي أبو الطيب في «المجرد» و«الظاهر» أنهم أشاروا إلى ما في «الأم» في آخر الباب: الرجل يختلف قوته.

قال الشافعي: إذا كان الرجل يقتات حبوبًا شعيرًا، وحنطة، وتمرًا، وزبيبًا، فأحب إلي أن يؤدي من الحنطة، ومن أيها أخرج أجزأه، والقائلون بالأول، حملوا الحديث على التنويع لا التخيير، ويجوز أن يكون التنويع فيه باعتبار حال قوت الشخص لا البلد، فهو محتمل للأمور الثلاثة على أن ما ذكره في «الأم» أجزاء يمكن الجمع بينها وبين ما قدمه عليه من اعتبار قوته، ويكون كلامه السابق فيما إذا لم يختلف، وهذا فيما إذا اختلف.

اعلم أن جماعة حكوا الخلاف، قلته أقوالًا لا أوجهًا، وهو ظاهر، وكنت أود لو كان لنا طريقة [قاطعة] بأنه لا يجب عليه إلا قوت أمثاله في البلد إذا اتفق ولم يختلف، ورَدُّ النصوص إلى ذلك .

وَيُجْزِئُ الْأَعْلَى عَنْ الْأَدْنَى، وَلَا عَكْسَ، وَالِاعْتِبَارُ بِالْقِيمَةِ فِي وَجْهٍ، وَبِزِيَادَةِ الِاقْتِيَاتِ فِي الْأَصَحِّ، فَالْبُرُّ خَيْرٌ مِن التَّمْرِ وَالْأُرْزِ.

ورأيت في «شرح الكفاية» للصَّيمري، إنما تجب الفطرة في الأقوات المزكاة، ثم فيها قولان للشافعي أحدهما: التخيير بينها، وأصحهما: لا بل تخرج من غالب قوته، انتهى.

وهذا بعد قوله في الأصل، ويخرج عن كل أمر صاعًا من غالب قوت بلده، فيجوز أن يكون قوله في الشرح من غالب قوته، أي: قوت البلد لا قوت نفسه كما فهمناه عنه، ويحتمل ما فهمناه وتنزيل الأصل عليه.

قال: (**وَيُجْزِئُ الْأَعْلَى عَنْ الْأَدْنَى**) أي: على الصحيح المنصوص الذي أورده الجمهور، وادعى الرافعي والمصنف الاتفاق عليه، وليس كذلك بل فيه وجه آخر أنه لا يجزئه، نقله الماوردي وغيره، ونسبه ابن كج وغيره إلى الأنماطي، واحتج بأنه لم يرد به خبر، والقيمة لا تجوز عندنا.

قال: (**وَلَا عَكْسَ**) أي: لا يجزأ عن الأعلى، كالشعير على البُر، لما فيه من الإضرار بالفقر، وهذا إنما يكون على الوجهين الأولين في الكتاب، وهو فائدة التعين ما على القول بالتخيير، فيجزأ لا محالة.

نعم، قال في «الأم»: تفريعًا عليه، وأنه لو كان يقتات حنطة، فأراد أن يخرج زبيبًا، أو تمرًا، أو شعيرًا، كرهته وأحبت أن يعيده، انتهى.

وما وقع في «التنبيه» وغيره من أنه إذا عدل عن القوت الواجب إلى قوت أدنى منه فقولان: محمول على أن المراد به قوت البلد أو قوته، وأن القول بالعدول عنه هو قول التخيير، وهذا صنيع كل من اقتصر على نقل الوجهين الأولين، ومن نقل ثلاثة آراء، جزم على الأولين بإمتناع العدول إلى الأدنى.

قال: (**وَالِاعْتِبَارُ بِالْقِيمَةِ فِي وَجْهٍ**) لأنه أرفق بالمساكين، فعلى هذا يختلف باختلاف الأوقات والبلاد. قال الرافعي: إلا أن يعتبر زيادة القيمة في الأكثر.

قال: (**وَبِزِيَادَةِ الِاقْتِيَاتِ فِي الْأَصَحِّ، فَالْبُرُّ**) أي: على هذا الوجه.

(**خَيْرٌ مِن التَّمْرِ وَالْأُرْزِ**) لأنه أقوت منهما [بلا شك].

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّعِيرَ خَيْرٌ مِن التَّمْرِ، وَأَنَّ التَّمْرَ خَيْرٌ مِن الزَّبِيبِ.
وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ عَنْ نَفْسِهِ مِن قُوتِهِ، وَعَنْ قَرِيبِهِ أَعْلَى مِنْهُ.

قال في «الحاوي» بعد نقله الوجهين من رأسٍ في أيهما أفضل التمر أو البر، ولو قيل أن أفضلهما يختلف باختلاف البلاد لكان متجهًا، وأطلق الروياني في «التجربة» القول بأنه لو أخرج التمر بطبرستان، أو الأرز بـ«الري» جاز بلا إشكال؛ لأنه أعلى من قوته، وذكر الشيخ في «شرح المهذب» تفريعًا على أن الاعتبار بزيادة الاقتيات، ما يقتضي أن الماوردي ذكر الوجهين في الأصل تفريعًا عليه، بل كلامه رحمه الله كالمصرح بذلك وليس كذلك، وإنما ذكر الماوردي الوجهين من رأسٍ لا تفريعًا على شيء، ومن يقول الاعتبار بزيادة الاقتيات جزم بأن [التمر خيرٌ من البُر](١)

بلا نظر!، وإنما ذكرت هذا؛ لأن من شرح الكتاب قال ذلك تقليدًا «لشرح المهذب»، وكنت أود لو قيل أن الأفضل ما هو الأنفع للمستحق، فإذا كان الولي يأخذه للمحجور عليه؛ ليبيعه في كسوته ونحوها، أو الغارم؛ ليصرفه في دينه، فالأفضل للدافع الأكثر قيمة، وإن كان الولي أو غيره يأخذه للقوت لا محاله، فالأزيد اقتياتًا أفضل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّعِيرَ خَيْرٌ مِن التَّمْرِ**) والأصح أن الشعير خير من التمر، وهذا تفريع على الأصح أيضًا؛ لأنه أقوات، واقتضى كلام الماوردي من غير تفريع على شيء أن التمر أفضل منه بلا خلاف، وأحسب العراقيين لم يتعرضوا لزيادة الاقتيات.

قال: (**وَأَنَّ التَّمْرَ خَيْرٌ مِن الزَّبِيبِ**) لما قلناه، وخذ من كلامه أن الشعير خير من الزبيب من باب أولى، وإذا قلنا بما سبق عن ابن سريج في التين فهو أكثر اقتياتًا من التمر والزبيب بلا شك.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ عَنْ نَفْسِهِ مِن قُوتِهِ، وَعَنْ قَرِيبِهِ أَعْلَى مِنْهُ**) كان الأحسن أن يقول وعن غيره ليدخل القريب، والرقيق، ومن تبرع عنه بإذن؟

---

(١) في نسخة: (البُر خير من التمر).

وَلَا يُبَعَّضُ الصَّاعُ. وَلَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ أَقْوَاتٌ لَا غَالِبَ فِيهَا تَخَيَّرَ، وَالْأَفْضَلُ أَشْرَفُهَا.

قال: (**وَلَا يُبَعَّضُ الصَّاعُ**) أي: المخرج عن الشخص الواحد، ما لو ملك نصفي عبدين، أو مبعضين ببلدين مختلفيْ القوت جاز على المذهب، ويجوز على وجه في صور، عدنا إلى مسألتنا، وقيل: يجوز إذا كان الإجزاء على مثاله واجبة الشعير، فأخرج نصف صاع شعير ونصف صاع بُر، هكذا ذكره الشيخ وغيره.

ورأيت في شرح «التلخيص» للشيخ أبي علي: أنه لو فضل عن قوته نصف صاع حنطة، ونصف صاع شعير لا يملك غيرهما، وقوته الشعير، أو مرة يكون شعيرًا ومرة حنطة فأخرجهما، قالوا: جاز، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز بل يخرج الشعير ويصرف الحنطة فيه ليلاً ببعض، وهذا يفهم إن المذهب عند «الأصحاب» الجواز.

وفي «اللباب»: لا يجوز كون الصاع من جنسين إلا في ثلاث مسائل: فذكر المشترك، والمبعض، والثالث أن يكون بلد طعامهم جنسان ليس أحدهما أغلب من الآخر، وهذا بعيد، وسبق عن الصَّيْمَرِي أنه لو زرع برًا، وشعيرًا مختلطًا، أنه يزكى منه على تفضيلٍ فيه، وقياسه جواز صدقة الفطر منه، إذا كان ذلك قوته، أو قوت بلده، وإما بتبعيض الصاع عن اثنين فيجيء في صور:

منها: ما هو على المذهب، ومنها: ما هو على رأي ضعيف، كما أشرت إليه إن الموسر لو كان واجبة الحنطة مثلاً، فلم يجد منها إلا نصف صاع إنه يخرجه، وصاعًا من شعير.

فرع: نوع الجنس كهو إذا لم يختلف، وقال ابن أبي هريرة: كالجنسين، وزيفه ابن كج، وفي إطلاق تزييفه وقفة.

نعم، إن تقاربا كالصيحاني والبرني فواضح، وإن تباعدا فلا، وظاهر كلامهما أنه لا عبرة باختلاف النوع مطلقًا.

قال: (**وَلَوْ كَانَ فِي بَلَدٍ أَقْوَاتٌ لَا غَالِبَ فِيهَا تَخَيَّرَ**) أي: إذا لم نعتبر قوته بنفسه. (**وَالْأَفْضَلُ أَشْرَفُهَا**) لقوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾

وَلَوْ كَانَ عَبْدُهُ بِبَلَدٍ آخَرَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِقُوتِ بَلَدِ الْعَبْدِ.

قُلْتُ: الْوَاجِبُ الْحَبُّ السَّلِيمُ.

وَلَوْ أَخْرَجَ مِن مَالِهِ فِطْرَةَ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ الْغَنِيِّ جَازَ ....

[آل عمران: ٩٢] ولو كان بموضع لا قوت لهم يجزئ أدَّوا من قوت أقرب البلاد إليهم، فلو استوى بلدان في القرب واختلف الغالب من أقواتهما تخيروا، وقد يتخيل وجوب الأفضل.

قال: (**وَلَوْ كَانَ عَبْدُهُ بِبَلَدٍ آخَرَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِقُوتِ بَلَدِ الْعَبْدِ**) ومثال التردد السابق في التحمل، والابتداء.

قال: (**قُلْتُ: الْوَاجِبُ الْحَبُّ السَّلِيمُ**) أي: حيث يتعين الحَبُّ، فلا يجزئ المسوس، ولا المعيب.

وقال القاضي الحسين: إذا لم يكن له إلا المسوس والمعيب وهو يقتاته أجزأهُ. قلت: ويجب الجزم به، إذا لم يوجد سواه، كما أصاب الناحية أو البلد جذب متتابع، أو أصاب زرعها عاهة عيبته، ولم يقتاتوا إلا ذلك.

قالوا: ويجزئ القديم إلا أن يتغير طعمه، أو لونه، أو ريحه، فإن تغير أحد أوصافه فمعيب، وفيه ما ذكرته في المعيب والمُسوس، وكلام الأئمة محمول على غير هذه الأحوال العامة، نعم، ينبغي أن يخرج من المسوس قدرًا يعلم أنه يملأ الصاع، كما ذكر في الأقط.

قال: (**وَلَوْ أَخْرَجَ مِن مَالِهِ فِطْرَةَ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ الْغَنِيِّ جَازَ**) [أي][1]: لأن له ولاية عليه يستقل بتمليكه، والجد وإن علا كالأب، والمجنون كالصبي، وكذا السفيه على ما أفهمه كلامه. وذكرته في «الغنية»: وأما القيم والوصي فكالأجنبي، فيستأذنا الحاكم، وهل الكلام في أبٍ وجدٍّ يلي المال أم لا فرق؟ قضية التوجيه أنه فيما إذا كان يلي المال، فإن لم يكن لعدم الأهلية أو غيرها، فيكون كالأجنبي، ويحتمل غيره كما هو ظاهر إطلاق الكتاب.

---

(١) سقط من نسخة.

كَأَجْنَبِيٍّ أَذِنَ، بِخِلَافِ الْكَبِيرِ. وَلَوْ اشْتَرَكَ مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ فِي عَبْدٍ لَزِمَ الْمُوسِرَ نِصْفُ صَاعٍ. وَلَوْ أَيْسَرَا وَاخْتَلَفَ وَاجِبُهُمَا أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ نِصْفَ صَاعٍ مِن وَاجِبِهِ فِي الْأَصَحِّ، والله أَعْلَمُ].

قال: (**كَأَجْنَبِيٍّ أَذِنَ**) إذ لا ولاية له على الأجنبي، وفيه إشارة إلى تقدير الملك، وقد يقال: عليه أنه لو أخرج عنه من الأعلى أن يقال فيه ما قيل فيما إذا أصدق عنه من ماله بأكثر من مهر المثل، وفيه بعدٌ!

قال: (**بِخِلَافِ الْكَبِيرِ**): قيده في «شرح المهذب» بالرشيد؛ لأنه لا ولاية له عليه، فلا بد من إذنه كالأجنبي، والأشبه أنه لو كان بموضع لا حاكم به، ولا ولي أن يجوز للغير أن يخرج فطرة الصبي والمجنون، ولا يتوقف ذلك على إذنٍ، ولا سيما إذا قلنا بأنه يتصرف له في ماله كما سيأتي إن شاء الله.

وهل يقال في العبد البالغ لغيره أن المعتبر إذنه أو إذن سيده، فيه احتمال!.

قال: **وَلَوْ اشْتَرَكَ مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ فِي عَبْدٍ**) أي: والمعسر يحتاج إلى خدمته بحيث ولا يكلف بيعه على ما سبق، أو تصور المسألة، فيما إذا استولد أحدهما الأمة، وهو معسر.

(**لَزِمَ الْمُوسِرَ نِصْفُ صَاعٍ**) أي: إذا كان نصيبه النصف، فإن عندنا فطرة المشترك على قدر الحصص، وأطلق «المصنف» المسألة، ولم يتعرض لما إذا كان بينهما مهايأة، وهو ظاهر على طريقة العراقيين.

أما على ما رجَّحاه، فإذا صادفت الفطرة نَوبة الموسر، لزمه [صاع][1] لا محالة، أو نوَبة المعسر، فلا شيء عليه كالمبعض المعسر.

قال: (**وَلَوْ أَيْسَرَا**) أي: السيدان.

(**وَاخْتَلَفَ وَاجِبُهُمَا**) أي: لاختلاف قوت بلديهما على المرجح، أو قوتهما على المختار.

(**أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ نِصْفَ صَاعٍ مِن وَاجِبِهِ فِي الْأَصَحِّ، والله أَعْلَمُ**)؛ لأنهما

---

[1] سقط من نسخة.

……………………………………………………………………

إذا خرجا هكذا أخرج كل واحد منهما جميع ما لزمه من جنسٍ واحد كثلاثة محرمين قتلوا ظبية، فذبح أحدهم ثلث شاة، وأطعم الثاني بقيمة ثلث شاة، وصام الثالث، عدل ذلك أجزأهم، والثاني: يخرجان صاعًا من أدنى القوتين [حررا من التنويع][1]، والثالث عكسه نظرًا للمساكين، والرابع من قوت بلد العبد هكذا أورد الشيخان المسألة.

وترجيح التبعيض مشكل، وقد ذكرا من قبل إن الأصح اعتبار قوت بلد العبد فهو الأصح هاهنا أيضًا، وذكر الرافعي عن الشيخ أبي علي ما يقتضيه.

وقال المحاملي في «التجريد»: إن الوجه الأول وما بعده بخلاف مذهب الشافعي؛ لأن الفطرة عنده من غالب قوت البلد، فإذا كان السيدان في بلدين، اعتبرنا البلد الذي فيه العبد، سواء كان في بلد أحد سيديه أم في بلد ثالث.

قلت: وهذا صحيح إذا فرعنا على ما ذكره، أو على قولنا الاعتبار بقوت المؤدى عنه، وكان العبد في بلد ثالث، أو في بلد أحدهما فقط، أما لو كانوا جميعًا ببلدٍ واحد وقوته مختلف، وقلنا إن العبرة بقوت المؤدي، لا غالب قوت البلد، وأحدهما يقتات البُر، والآخر الشعير، فالقياس أن يخرج كل واحد منهما عن حصته مما يقتاته، ولا يكلف سواه.

وعبارة «التلخيص»: «العبد بين اثنين أحدهما يقتات الحنطة والآخر الشعير».

قال أبو علي: وهذا صحيح؛ لأن ذلك واحد مخاطب بأن يخرج الصدقة مما يقتاته، ثم ذكر حكم المبعض، ثم الصورة التي قدمناها عنه في تبعيض الصاع، وقياسه يشعر بالتصوير فيما ذكرته، وكذلك كلام غيره.

وعبارة «التتمة»: «إن كان العبد غائبًا عنهما فعليهما إخراج صاع من قوت بلد العبد، إذا قلنا لا نتخير بين الأجناس، وإن كان العبد حاضرًا معهما في البلد وقتهما مختلف، فإن اعتبرنا غالب قوت البلد، وقوت البلد مختلف، ثم

---

[1] سقط من نسخة.

....

ذكر الوجه القابل بمنع التبعيض، ثم قال: والصحيح إن لكل واحدٍ أن يخرج من غالب قوته؛ لأن الواجب عليه ذلك القدر، ولم يبعض ما وجب عليه، انتهى» وهو حسن.

وقال: من شرح الكتاب بعد حكمه: فإن الصحيح ما ذكره المحاملي، بل أقول: لو فرعنا على أن المعتبر قوت الشخص في نفسه، وكان السيدان مختلفي القوت، فالاعتبار بقوت العبد، وبه صرح صاحب «المرشد»، وقال: فإن كان قوت العبد مخالفًا لقوتهما أخرج كل واحد نصف صاع مما يقتاته، وهذه صورة حسنة يمكن تصحيح كلام «المصنف» بالحمل عليها، وفيها نظر!؛ لأنه إذا اختلف قوته ولم يكن غالب محيز، ومقتضاه أن يتخير السيدان من غير تبعيضٍ، والذي ينبغي أن يعتمد، إنا إذا قلنا بالتحمل وهو الأصح، فالاعتبار محالَ العبد إما قوته على وجه، أو قوت بلده على الأصح، أو يتخير، وإن قلنا بالوجوب إبتداء، فالاعتبار بالسيدين، فإن اختلف قوتهما واعتبرناه أو قوت بلدهما فيمكن القول بالتبعيض، أو إخراجها جميعًا من الأعلى أو الأدنى، وقد يقال بالرجوع في هذه الحالة إلى اعتبار العبد، وبذلك يعلم أن تصحيح «المصنف» في تصحيح «التنبيه» التبعيض ليس بجيد، وإنما هو الصحيح، إذا لم يعتبر حال العبد، انتهى.

وصحح صاحب «المرشد» في «الانتصار» أنه يلزم كل واحدٍ منهما بقدر ما يلزمه مما يقتاته، والثاني: يخرجان صاعًا من أدنى القوتين، والثالث: من قوت العبد، وعبارة الشاشي في نقله من قوت العبد، أو البلد الذي فيه العبد، انتهى، وهو الصحيح كما سبق، قلت: والحاصل إن للمسألة أحوالاً يحتاج بيانها إلى تطويل ممل لا يخفى على الفطن أحدهما مما ذكرناه، وغيره، وبه يعلم أن ما أطلقه في الكتاب من التصحيح غير سديد، ولو كان الأب في نفقة ولدين، فالقول في إخراجهما فطرتهِ، كالقول في السيدين.

قال المصنف: والأصح تخرجان من جنسين، وفي هذا الإطلاق نظر!، يعرف مما قدمناه من التفاصيل في العبد، وكذا حكم المبعض، إذا ألزمناه

نصف [الفطرة](١) والله أعلم.

فائدة: رأيت في «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد، في آخر الكلام على مسألة الشريكين، وإن أخرج نصف صاع من حنطةٍ، وصاعًا من شعيرٍ أجزأه كمن معه من الماء ما لا يكفيه، فإنه يستعمله، ويأتي بكل البدل، فيتيمم تيممًا تامًا، وكذلك هنا هذا لفظه، والصورة على ما دل عليه كلامه، إذا لم يجد هناك سوى نصف صاع من حنطة، وكانت واجبة، ووجد هناك شعيرًا، وهو موسر بالصاع منه، وهذا غريبٌ لم أره لغيره.

فرع: قال [في «البحر»](٢): لو أعتق أحد عبديه، ثم دخل وقت الوجوب تعيين العتق فهل يلزمه فطرتهما؟ لأن العتق من حين التعيين، أو فطرة الرقيق فقط؛ لأن العتق من حين اللفظ فيه وجهان.

قلت: وقضية البناء ترجيح الثاني.

قال: ولو دخل وقت الوجوب، فأَقَرَّ أنه كان أعتق عبده، وأنكر العبد، لم يقبل قول السيد، أي: في الفطرة لأنه يريد نقلها إلى غيره، بخلاف ما لو قال: كنت قد وقفت مالي قبل الحول، لا ينقلها بل يسقطها، قلت: وليس هذا القول الواضح، وقضيته أنه لو قال: كنت وقفته على مسجد، ونحوه من الجهات العامة، إنه يقبل، ويسقط الفطرة.

فائدة: سبق أن الأصح أن العبد المحتاج إليه كالخدمة، لا يحسب عليه كثوب بدنه، وإيراد البسيط وغيره يقتضي الجزم به، وانتهى لمفروغ منه وذكرا فيما إذا لم يبق عليه إلا فطرة العبد أحدها، أصحها عند الشيخين، أنه لم يحتاج إليه لخدمته بيع وإلا كذا، والثاني: يباع مطلقًا، ونسبه «الأم» إلى الأكثرين، وقال: إنه المذهب، والثالث: لا مطلقًا ليلاً يتخذ المخرج، والمخرج عنه، والرابع: قاله في «الوسيط» وقال: إنه الأعدل، وإن لم يكن محكيًا على هذا

---

(١) سقط من نسخة.

(٢) سقط من نسخة.

باب مَنْ تَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ، وَمَا تَجِبُ فِيهِ

قال المصنف: [شَرْطُ وُجُوبِ زَكَاةِ الْمَالِ: الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ، ....

الوجه، أنه إن استغرق الصاع قيمته فلا، وإن كان عشرة يباع بتسعة أعشار صاع، فليخرجه عن الباقي بعد البيع، هكذا نقلها بعضهم، ولم أر في «النهاية» عن الثاني أنه المذهب، بل نقله عن الأكثرين لا غير، ولم يشير إلى ترجيحه.

وذكر الغزالي في «البسيط»: أنه يبقى له عند الخدمة كما سبق، ثم قال بعده بقليل: وإذا ملك صاعًا وعبدًا، فصرف الصاع عن نفسه، فهل يلزم بيع جزء من العبد في فطرته؟ فيه ثلاثة أوجه فذكرها ثم قال: هكذا أطلقه الأصحاب، وأورده الإمام وفيه نظر!.

فإنه إذا كان مستغرقًا بخدمته فلا يتجه وجه لإيجاب فطرته، وتكليف بيعهِ فيه، مع أنا لا نكلفه بيعه في فطرة نفسه؛ لحاجته إليه، أما إذا كان مستغنيًا عنه فيلزمه بيعه في فطرة نفسه، وهل يلزمه في فطرة العبد نفسه؟ فهذا يتجه فيه التردد، ونقل في «الذخائر» هذا الاعتراض عنه، وأقره [في «الأم» كذلك][1] فكيف يجزم [الإمام][2] بعدم بيعه في فطرة السيد نفسه ويجعله كالعدم؟!.

ثم ينقل عن الأكثرين أنه يباع في فطرة العبد، ويقره، وإذا صح ما نسبه إلى الأكثرين، كانوا قائلين بيعه في فطرة السيد من باب أولى، ويكون المرجح هناك خلاف قول الأكثرين، ولست على بصيرة من صحة هذا الاعتراض، والله أعلم.

قال الشارح: ما تجب فيه الزكاة بيناه من قبل، ومراده هنا بما تجب فيه شروطه التي يأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

قال: **(شَرْطُ وُجُوبِ زَكَاةِ الْمَالِ)**: أي: المواشي، والمعشرات، والناض، والمعدن، والركاز، والتجارة.

(الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ) أي: فلا يطالب بها كافرًا أصلاً حال كفره، ويسقط

---

[1] سقط من نسخة.

[2] سقط من نسخة.

وَتَلْزَمُ الْمُرْتَدَّ إِنْ أَبْقَيْنَا مِلْكَهُ، دُونَ الْمُكَاتَبِ. وَتَجِبُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

عنه بعد الإسلام كالصلاة والصوم، وأما الرقيق، فإن كان قنًّا، أو مدبرًا، أو معلقًا بصفة، أو أم ولد، وقلنا بالمذهب: إنهم لا يملكون فلا مال لهم، وإن قلنا يملكون فلا زكاة عليهم قطعًا؛ لضعف الملك، ولا على السيد على الأصح، وسيأتي الكلام في المكاتب.

قال: (**وَتَلْزَمُ الْمُرْتَدَّ إِنْ أَبْقَيْنَا مِلْكَهُ**) أشار إلى البناء على أقوال الملك إن أبقينا وجبت مؤاخذة له بحكم الإسلام، وإن أزلناه فلا، وإن وقفناه وهو الأصح وقفناها، فإن عاد إلى الإسلام وجبت، وإلا فلا، وقيل: تجب على كل قول كالنفقات، والغرامات، ويحتمل أن يقال لا يجب، وإن أبقينا ملكه؛ لتعرضه للزوال، وصورة المسألة إذا مضى عليه حول في الردة، أو ارتد قبل تمامه بساعة، ولم يقتل أو يسلم إلا بعد انقضاء الحول، فلو قتل في أثنائهِ، فلا زكاة، أو أسلم قبل تمامه، فإن أزلنا ملكه استأنف، وقيل: يبني، وإن لم نزله بنى، وإن وقفنا فهلك بان انقطاعه من الردة، وإن أسلم بان استمراره، ولو لزمته في الإسلام ثم ارتد لم يسقط عنه. قال الشيخ: بالاتفاق، وقال ابن الرفعه: على المشهور وإخراجه لها في الحالين كافٍ على المذهب كالكفارة.

قال الإمام: ويحتمل أن يقال إذا أسلم في وجوب الإعادة وجهان: كالممتنع يأخذها أم قهرًا، وإذا وقفا بنا على الأصح، فهل نوجب إخراجها نظرًا إلى دوام الملك أم لا؟ نظر إلى دوام ردته فيه احتمالان، الحكم لا؛ لأن الأقرب المنع ليلاً، يضيع حق أهل الفيء.

قال: (**دُونَ الْمُكَاتَبِ**) خرج هذا تقيد الحرية، وكأنه أراد التنبيه على مذهب المخالف، وإنما لا يلزمه؛ لأن ماله لا يحتمل المواساة، وفيه حديث ضعيف، ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق.

قال البيهقي: والصحيح وقفه أي: على جابر ﷺ: فإن عتق ابتدأ حولاً أورق ابتدأه السيد.

قال: (**وَتَجِبُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ**) لأن مقصود الزكاة سد الخلة من الأغنياء، وتطهير المال، ومالها قابل لا ذا النفقات، والغرامات، وليست

وَكَذَا عَلَى مَنْ مَلَكَ بِبَعْضِهِ الْحُرِّ نِصَابًا فِي الْأَصَحِّ.

وَفِي الْمَغْصُوبِ وَالضَّالِّ وَالْمَجْحُودِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

الزكاة محض عبادة، تختص بالمكلف، وعضد هذا المعنى بأمور:

منها: العمومات في إيجاب الزكاة، وجعلها في «الأم».

ومنها: حديث: **«مِنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ، فَلْيَتَّجِرْ لَهُ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ ٱلصَّدَقَةُ»**، وفي رواية: **«ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلُهَا الصَّدَقَةُ»** وفي رواية: **«الزكاة»**(١).

رواه الشافعي مرسلاً عن يوسف بن ماهك التابعي، وروى مسندًا بأسانيد فيها مقال، ولكن عضدته الآثار عن عمر، وعائشة، وعلي، وابن عمر، وجابر، والحسن بن علي، زاد ابن كج: وابن مسعود، وأنه إجماع الصحابة ﷺ.

ومنها: القياس على العشرِ في الزرع، فإن أبا حنيفة وافق عليه، ولم يصح في إسقاط الزكاة من مال الصبي، ولا في تأخير إخراجها إلى البلوغ شيء.

قال الإمام أحمد: لا أعرف عن الصحابة شيئًا صحيحًا أنه لا تجب.

قال: (**وَكَذَا عَلَى مَنْ مَلَكَ بِبَعْضِهِ الْحُرِّ نِصَابًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: لتمام ملكه، صححه المراوزة، وأيدوه بنص الشافعي، أنه يكفر كفارة الحر، وصحح العراقيون المنع، واعتذروا عن الفطرة بأنها تتبعض، بخلاف زكاة المال.

وقال في «البحر»: إنه الظاهر من المذهب، ولم يورد صاحبا «الشامل» و«التتمة» وغيرهما سواه، ويعضده ظاهر نص «الأم» على الحرية؛ وأنه لا تلزمهُ نفقة القريب، وإنه كالقن في أكثر الأحكام، والمختار الأول.

قال: (**وَفِي الْمَغْصُوبِ وَالضَّالِّ وَالْمَجْحُودِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: الجديد لملك النِصاب، وتمام الحول، وقيل: تجب قطعًا، والثاني وهو القديم؛ لا لامتناع

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٩٢)، والبيهقي (٤/ ١٠٧، رقم ٧١٣٠). وأخرجه الترمذي (٣/ ٣٢، رقم ٦٤١)، والبيهقي (٤/ ١٠٧، رقم ٧١٣١) وقال: إنما روى هذا الحديث من هذا الوجه وفى إسناده مقال.

وَلَا يَجِبُ دَفْعُهَا حَتَّى يَعُودَ، وَالْمُشْتَرَى قَبْلَ قَبْضِهِ، وَقِيلَ فِيهِ الْقَوْلَانِ.

التصرف وتزلزل الملك، قيل: إن عاد بتمامه وجبت فقولان، وذكر في «المحرر» من أمثلة القولين المسروق.

ومنها: ما وقع في بحرٍ ونحوه، وما كان حالاً على معسر [وما دفنه ثم نسي مكانه، وقيلَ: إذا وجده زكاة قطعًا][1] وقضية ما أورده ابن كج أنها المذهب، فإنه نقلها عن أبي إسحاق ونص «الأم»، ثم قال: ويحتمل أن يكون على القولين.

وقال أبو الحسين: إن قلنا: يزكي المغصوب لما مضى فهاهنا أولى، وإلا فقولان، والظاهر أن الخلاف في المغصوب ونحوه، إذا لم يمكنه انتزاعه فإن أمكنه بلا ضرر يناله وجبت كالمودع، ولو أيسرالمالك وجبت، وقيل فيه القولان.

قال: (**وَلَا يَجِبُ دَفْعُهَا حَتَّى يَعُودَ**) أي: عدم التمكن، فإذا عاد زكاة للأحوال الماضية ما لم ينقص متعلق الزكاة على النِصاب.

ويأتي على القول بأن الإمكان من شرائط الوجوب، وأنه لا يبتدئ الحول الثاني إلا من يوم الإمكان أنه يزكيه لحولٍ واحد؛ لمذهب مالك. قاله الرافعي تفقهًا، وذكره غيره نقلاً، وهو غريب، والمعروف أن ابتداء الحول الثاني من انقضاء الأول، ولو قلنا التمكن شرط في الوجوب، ولو تلف قبل العود، سقط الواجب إذا قلنا بالوجوب.

قال: (**وَالْمُشْتَرَى قَبْلَ قَبْضِهِ**) أي: بعد انقضاء الخيار؛ لأنه يمكنه تسليم الثمن وتسلمه.

(**وَقِيلَ فِيهِ الْقَوْلَانِ**) أي: في المغصوب ونحوه، وقيل: لا يجب قطعًا؛ لضعف ملكه بتعرضه للإنفساخ بالتلف، وينبغي أن يجب الإخراج في الحال، حيث لا مانع من القبض، كالدين الحال على مقرٍ مليء هذا إن كان الثمن في الذمة، أو كان معينًا مقبوضًا، فلو كان معينًا لم يقبض ففيه شيء يأتي في مسألة الأجرة.

---

(١) سقط من نسخة.

وَتَجِبُ فِي الْحَالِ عَنْ الْغَائِبِ إنْ قَدَرَ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَكَمَغْصُوبٍ.

وَالدَّيْنُ إنْ كَانَ مَاشِيَةً أو غَيْرَ لَازِمٍ كَمَالِ كِتَابَةٍ فَلَا زَكَاةَ، أو عَرَضًا أو نَقْدًا فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ.

قال: (**وَتَجِبُ فِي الْحَالِ عَنْ الْغَائِبِ إنْ قَدَرَ عَلَيْهِ**) أي: ويخرجها ببلد المال إن منعنا النقل، هذا في مال مستقرٍ ببلدٍ، فإن كان سائرًا في العدة، وغيره لا يلزمه زكاته، حتى يصل إليه.

قال المصنف: وما يوجد اختلاف من كلام الأصحاب محمول على هذا التفصيل وقوله في الحال بتوجه الوجوب في الحال، فلو بعد بلد المال عنه ومنعنا النقل، فلا بد لوجوب الإخراج من وصول المالك أو وكيله إليه، اللهم إلا أن يقال: إن الساعي أو الحاكم هناك، يأخذها في الحال.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يقدر عليه؛ لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره، أو شك في سلامته.

(**فَكَمَغْصُوبٍ**) أي: فيجري الخلاف فيه وقيل: تجب الزكاة لا محالة.

قال: (**وَالدَّيْنُ إنْ كَانَ مَاشِيَةً**) أي: لا للتجارة.

(**أَوْ غَيْرَ لَازِمٍ كَمَالِ كِتَابَةٍ فَلَا زَكَاةَ**) أما الماشية؛ فلأن علة الزكاة فيها النماء، ولا نماء فيما في الذمة بخلاف النقد، فإن علته كونه نقدًا، وهو حاصل فيما إذا كان على ملء؛ ولأن السوم شرط فيها، ولا وجود له فيما والذمة.

واعتراض الرافعي عليه بجواز ثبوت حكم راعيه في الذمة، وإذا جاز ذلك جاز أن ثبت في الذمة راعيه، وأما مال الكتابة فللدينية، وقدرة الغير على إسقاطه بلا سبب وعدم القدرة على التصرف التام فيه، واجتماع هذه الأمور مانع الوجوب بلا خلاف.

قال: (**أَوْ عَرَضًا**) أي: للتجارة .

(**أَوْ نَقْدًا**) أي: لازمان.

(**فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ**) أي: لا زكاة فيه، سواء كان على ملء أو غيره حالاً، أم موجولاً إذ لا ملك فيه حقيقة.

وَفِي الْجَدِيدِ إِنْ كَانَ حَالًا وَتَعَذَّرَ أَخْذُهُ لِإِعْسَارٍ وَغَيْرِهِ فَكَمَغْصُوبٍ، وَإِنْ تَيَسَّرَ

قال: (وَفِي الْجَدِيدِ إِنْ كَانَ حَالاً وَتَعَذَّرَ أَخْذُهُ لِإِعْسَارٍ وَغَيْرِهِ) أي: لجحود ولا بنية أو مطلٍ، أو غيبة.

(فَكَمَغْصُوبٍ) أي: ففيه الخلاف السابق، كذا اقتضاه كلام الرافعي، واعترض ابن الرفعة؛ بأنه يفرع على الجديد، فكيف يقال فيه الخلاف في المغصوب؟ وأشرت إلى جوابه في التوسط بما فيه وقفة، وبالجملة فعبارة «المنهاج»، وأصله سالمة من ذلك، وقولهما فكمغصوب أي: على الجديد لا كما شرحناه أولاً فاعلم، وفي «المطول»: وغيبة الولي تجب قطعًا.

قلت: ويحسن الفرق بين غيبة وغيبة، ويقال: أن من بالمسافة القريبة كالحاضر بالبلد، حيث لا مانع منه، ولا خلاف أنه لا يجب الإخراج قبل حصوله.

قال الدارمي: ولو كان غائبًا أو حاضرًا يخاف إن استعديَ عليه أن يفلس، قيل: على القولين، وقيل: لما مضى قولاً واحدًا.

فرع: لو كان يقدر على إقامة البينة والإثبات بها في الحال، أو علم الحاكم الحال، وقلنا: يقضي بعلمه، فلغير الجاحد فتجب الزكاة على الجديد، من غير تخريج على المغصوب.

قال المتولي: فإن قصر في إقامةِ البينة، ففي وجوب الإخراج وجهان، كما في الدين المؤجل، انتهى.

وليس كالمؤجل؛ إذ هو قادر على قبضهِ في الحال بالبينة، فالصواب القول بالإخراج، ولا يلزمه أن يخرج من عنده، بل بالتوصل إلى قبضه والإخراج منه، فإن قصر ومضت مدة يمكنه ذلك فيها، ولم يفعل فيحتمل أن تجب عليه المبادرة إلى الإخراج من أقرب ما يقدر عليه؛ لأن الزكاة بعد التمكن واجبة على الفور، وإنما ينقدح ما قاله المتولي: إذا فرض في هذه الحالة على بعد.

قال: (وَإِنْ تَيَسَّرَ) أي: بأن كان على معسرٍ باذل أو مماطل، أو جاحد مَلِيءٍ حاضر، وله بينة حاضرة، أو علم الحاكم بذلك كما قدمناه في الفرع.

وَجَبَتْ تَزْكِيَتُهُ فِي الْحَالِ، ....

(وَجَبَتْ تَزْكِيَتُهُ فِي الْحَالِ) أي: كالمودع وما في صندوقه.

تنبيهات: منها: نقل ابن التلمساني عن الغزالي أنه حكى وجهًا وصححه، أنه لا يجب، وغلطه بعض الشارحين .

قال: وإنما حكاه الغزالي في «المؤجل» قال: لكن أقول: إن القطع بوجوب الإخراج المراد به من ذلك المال، وفائدة ذلك أنه لو تلفت أموال المديون على الفور قبل التمكن من قبض الدين، لم يكلف صاحب الدين أن يؤدي الزكاة من بقية أمواله، وإن قصر في القبض ومضى زمن إمكانه وجب، ويحتمل أن يجري فيه ما سلف من الخلاف الذي ذكره المتولي على مقتضى التصوير، الذي قدمناه، ويحتمل أن نفرق بأن التصوير هنا أكثر، انتهى.

وتبعته في «الغنية»، ثم رأيت الدارمي قال: وهو نص «المختصر»: وإن كان على مَلِيءٍ يقدر على أخذه، فعليه زكاته في الحال، وحكى ابن القطان عن عطاء عن أبي غانم عن أبي العباس وجهًا آخر: إن قضي بقبضه فيزكيه لما مضى، وحكاه القصري، وابن المنذر عن القديم، ولا فرق فيما على ملئ من الدراهم، والدنانير بين أن يكون قرضًا، أو ثمن متاع التجارة، أو للقنية، أو ميراثًا، أو صداقًا، أو أرش جناية، أو قيمة متلف، أو أجرة عبد، أو دارًا، أو نفيسًا، أو غير ذلك، إلا نجوم الكتابة؛ لأنه ليس بدين مستقر، هذا لفظه رحمه الله.

ومنها: لو كان يمكنه الظفر يأخذ دينه من مال الجاحد والمماطل، حيث لا بينة من غير خوف ولا ضررٍ، هل يكون الحكم كما لو تيسر أخذه بالبينة؟ فيعد من صور التيسير أم لا المتبادر من كلام الشخين وغيره لا ، وهو محتمل، وقول ابن كج والدارمي: وإن كان على من يقدر على أخذه منه فعليه الزكاة.

قد يقتضي أن ذلك من صور التيسر فيتأمله!.

ومنها: سبق إطلاق عيبة المديون، وكإنه فيما إذا لم يكن له مال يمكن الاستيفاء منه بالحاكم، وكان المراد بالمماطل الجاحد عند الاستعداد أو حيث لا بينة له، وينبغي أن يفرق بين من يعلم منه، أنه لو عرضت اليمين عليه لم

أَوْ مُؤَجَّلًا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمَغْصُوبٍ، وَقِيلَ يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ، ....

يحلف وبين غيره، وإن يأتي ما ذكرناه في الظفرِ هاهنا في المطول والغائب من باب أولى.

قال: (**أَوْ مُؤَجَّلاً فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمَغْصُوبٍ**) أي: فيعود القولان فيه، وقيل تجب قطعًا، وبه جزم الدارمي، وقيل: عكسه، وثماره: أن الدين مملوك له أم لا، وفيه خلاف، ومن ثمرته بر اليمين وعدمه.

قال: (**وَقِيلَ يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ**) كما في الغائب الممكن الإحضار، وهذا إنما يأتي إذا كان المدين مليًا، ولا مانع سوى الأجل، وفي التشبية نظر؛ لأن الغائب إنما يجب الإخراج منه، وإيجاب الإخراج عن المؤجل مع احتمال سريان تعدد قبضه بعيد؛ فلذلك كان الصحيح أنه لا يجب دفعها قبل قبضه، كما اقتضاه كلام المصنف، وعلله الإمام بأن الخمسة نقدًا تساوي أكثر منها بنسبة، ففيه إجحاف، وينبغي أن يكون المراد بقولهم قبل قبضه قبل حلوله إذ محل الخلاف إذا كان على مقرٍ، ولا مانع إلا الأجل، وحينئذ متى حل وجب الإخراج، قبض أم لا على ما تقدم.

إشارة: لو بذل المدين الدين بعد الحولِ، وقبل حلول الأجل متبرعًا بالتعجيل، فإن قلنا: لا يلزم الأب رب الدين أخذه فواضح، وإن ألزمناه فامتنع، فالقياس إلزامه بالإخراج في الحال، ويحسن أن يقال له أمّا تأخذه وتزكي، وإلا أخذناه منه وأدينا زكاتهِ و ألزمناك الأداء منه أو من غيره، ولم أر في ذلك نصًا.

فرع: حيث قلنا تجب الزكاة، ولا يجب الإخراج، حتى يقبض الحق دينًا كان أو عينًا، فقبض البعض، فإن كان المقبوض نصابًا زكاة أو دونه.

وإن قلنا الإمكان شرط في الضمان زكى منه بحصته، وإذا قلنا: شرط في الوجوب، فإن لم يملك ما يضمنه إليه لم يلزمه الآن شيء، وأن ملك غيره بأن قبض ما به من مائتين بجحوده لها سنة، وعنده مائة ملكها من شهر ضمها إليها، وأخرج درهمين ونصفًا، فإذا مضى أحد عشر شهرًا، أخرج عن المائة الثانية درهمين ونصفًا، ولو أنّه قبض المائتين، وقلنا يزكى لما مضى، وقد

وَلَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ وُجُوبَهَا فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ، ....

مضى عشر سنين، فإن علقنا الزكاة بالعين أخرج خمسة دراهم، أو بالذمة فخمسين درهمًا، قاله القاضي الحسين: ولو لم يقبض شيئًا، وكان عنده من جنسه دون النِصاب.

فإن قلنا: التمكن شرط في الضمان، وجب إخراج حصته، أو شرط في الوجوب فلا، لاحتمال أن لا يعود.

فرع: قال شارح للكتاب: إذا أوجبنا الزكاة في الدين، وجعلنا تعلقها تعلق شركة على المشهور، ولم يفرق بين الديون وغيرها، اقتضى ذلك أن يملك الأصناف ربع عشر الدين في ذمة المديون، ويزول ملك ربِّ الدين عنه ويجزئ ذلك أمورًا لا ينتبه لها كثير من الناس في الدعوى بالصداق، والديون، وكون المدعي غير مالك للكل، فكيف تسمع دعواه؟ إلا أن يقال له ولاية القبض؛ لأجل أدى الزكاة، فيحتاج إلى الاحتراز عن ذلك في الدعوى، وإذا حلف على عدم المسقط فينبغي أن يحلف إن ذلك باقٍ في ذمته إلى حين حلفه لم يسقط، وأنه يستحق قبضه حين حلفه، ولا يقول: إنه باق له، قال: ولم أر من صرح بأن تعلق الشركة، هل يجري في الديون أم لا؟ قلت: المتبادر من كلامهم إختصاص ذلك بالأعيان، قال: وينبغي للحاكم إذا غلب على ظنه أن القابض لا يؤدي الزكاة مما يقبضه ولا أداها في الماضي، أن ينتزعها ويفرقها على المستحقين، قلت: وهذا إنما يتضح إذا اعترف بأنه لم يؤدها، فلو قال: أديتها فيما مضى، صدق بيمينه.

قال: (وَلَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ وُجُوبَهَا فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ)؛ للعموم الأدلة المقتضية تعلق الزكاة بالمال؛ ولأنها إن تعلقت بالذمة فهي متسعة، أو بالعين، فالمتعلق بالذمة لا يمنع الحق المتعلق [بالعين] لأنه لو جنى عبد المديون تعلق الأرش برقبته، هذا هو المنصوص في معظم الكتب الجديدة.

وقال الربيع في «اختلاف العراقيين» من «الأم»: إنه آخر قول الشافعي، والثاني: يمنع؛ لأن الزكاة حق يجب في الذمة بوجوب مال، فمنع الدين وجوبها كالحج.

وَالثَّالِثُ: يَمْنَعُ فِي الْمَالِ الْبَاطِنِ، وَهُوَ النَّقْدُ وَالْعَرْضُ فَعَلَى الْأَوَّلِ حُجِرَ عَلَيْهِ لِدَيْنٍ فَحَالَ الْحَوْلُ فِي الْحَجْرِ فَكَمَغْصُوبٍ.

(وَالثَّالِثُ: يَمْنَعُ فِي الْمَالِ الْبَاطِنِ، وَهُوَ النَّقْدُ وَالْعَرْضُ) أي: دون الظاهر وهو المواشي، والزروع، والثمار، والمعادن، والفرق أن الظاهر ينمو بنفسه، أو هو نما في نفسه، والباطن إنما ينمو بإعداده للربح، والدين مانع من ذلك، اعلم إن الخلاف جار، سواء كان الدين لله كزكاة وعشر، وكفارة، ونذر، وجزء صيد أولآدمي، وسواء الدين الحال والمؤجل.

وقيل: إن خالف ماله جنس الدين وجبت قطعًا.

وقيل: لا يمنعها الدين قطعًا، ولو زاد المال على الدين بنصاب زكاة بلا خلاف وبدونه، فالجميع على الخلاف.

وقال الدارمي: إذا كان له ثلثمائة وعليه مائتان، إن أوجبنا زكاة الجميع، وإلا ففي زكاة المال وجهان.

قال: **(فَعَلَى الْأَوَّلِ)** أي: الأظهر لو **(حُجِرَ عَلَيْهِ لِدَيْنٍ فَحَالَ الْحَوْلُ فِي الْحَجْرِ فَكَمَغْصُوبٍ)** قال الشافعي ﷺ في «المختصر» في باب الدين مع الصدقة: ولو قضى عليهم بالدين وجعل لهم ماله في حيث وجدوه قبل الحول، ثم حال الحول قبل أن يقبضه الغير، ما لم يكن عليه زكاة؛ لأنه صار لهم دونه قبل الحول [ثم حال الحول][1].

وقال في «الأم»: لو قضى عليه السلطان بالدين قبل الحول، ثم حال الحول قيل: يقتضيه الغرم ما لم يكن عليه فيه زكاة؛ لأن المال صار للغرماء دونه قبل الحول، وفيه قول : يأتي أن عليه فيه الزكاة من قبل أنه لو تلف كان منه، ومن قبل أنه لو طرأ له مال غير هذا، كان له أن يحبس هذا المال ويقضي الغرماء من غيره، هذا نصه بحروفه فيهما.

ويشبه أن مسألة «المختصر» غير مسألة «الأم» لما سيأتي، إذا عرفت هذا فقد قال الرافعي: إذا أحاطت به الديون، وحجر عليه القاضي فله ثلاث أحوال:

---

(١) سقط من نسخة.

....

إحداها: أن يحجر، ويفرق أمواله بين الغرماء، فها هنا قد زال ملكه، ولا زكاة عليه.

والثانية: أن يعين كل واحدٍ منهم شيئًا من ماله، على ما يقتضيه التقسيط، ومكنهم من أخذه، فحال الحول ولم يأخذوه، وقال معظم الأصحاب: لا زكاة عليه أيضًا؛ لأنه ضعف ملكه، وصاروا هم أحق به، ولم يحكوا فيه خلافًا.

وحكى الشيخ أبو محمد في هذه الصورة عن بعض الأصحاب: أن وجوب الزكاة يخرج على الخلاف في المجحود والمغصوب؛ لأنه حيل بينه وبين ماله، وعن القفال: أنه يخرج على الخلاف في اللقطة في السنة الثانية؛ لأنهم تسلطوا على إزالة ملكه تسلط الملتقط بخلاف المجحود والمغصوب.

ثم قال: اعلم أن الشافعي قال في «المختصر» وساق نصه بحروفه، ثم قال: فمن الأصحاب من حمله على الحالة الأولى، ومنهم من حمله على الثانية، والثالثة: أن لا يفرق ماله ولا يعين؛ لعلّه أخذ من الغرماء شيئًا، ويحول الحول في دوام الحجر، ففي وجوب الزكاة ثلاثة طرق، أصحها: تخريجه على الخلاف في المغصوب والمجحود؛ لأن الحجر مانع من التصرف، والثاني: القطع بالوجوب، وبه قال صاحب «الإفصاح»؛ لأن الملك حاصل، والحجر لا يؤثر؛ كحجر السفه، والثالث: ويحكى عن أبي إسحاق القطع بالوجوب في المواشي؛ لأن الحجر لا يؤثر في نمائها، ويخرج الذهب والفضة أي: وغيرهما على الخلاف في المغصوب؛ لامتناع التصرف، وتوقف النماء فيها على التصرف، هذا لفظه رحمه الله.

تنبيهات: منها: هذه الحالة الثالثة مسألة الكتاب، وهي المذكورة في «الأم»، وقد نقل الرافعي فيها الخلاف، وحكى في «الذخائر» طريقة أبي إسحاق.

ثم قال: ومنهم من حكي عنه: أنها لا تجب في غير المواشي قولاً واحدًا، ثم حكى طريقًا رابعًا: أنها لا تجب قولاً واحدًا، قال: واختارها الفوراني.

ومنها: قال من شرح الكتاب من أكابر العصر رحمه الله بعد سياقه كلام الرافعي في الحالة الثانية، وما نقله عن المعظم، ظاهر، إذا كان المال من جنس الدين، وعزل القاضي للغريم قدر دينه، وأذن له في قبضه، فإنه حينئذ يصير انتقال الملك فيه موقوفًا على شيء واحد من جهة القديم وهو القبض.

قال: ونستثني هذه الصورة من كلام «المصنف»؛ لأن الزكاة لا تجب فيها على الصحيح، مع بقاء الملك والحجر، أما إذا كان المال من غير جنس الدين فكيف يمكنهم الحاكم من أخذه من غير بيع أو تعويض؟ وسيذكر ما في هذا الحمل وبعده من النص.

ومنها: قول الرافعي عن نص «المختصر» منهم من حمله على الحالة الأولى معنى أنه فرق أموال المفلس عليهم قبل الحول ببيعه، أو تعويضهم إياهم بحقوقهم.

قلت: وهو لأهم المعظم بلا شك، ومنهم: الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والماوردي، والقاضي أبو الطيب، والقاضي ابن كج، والقاضي الحسين، والبغوي، والعمراني، والروياني، وصاحب «الذخائر» وغيرهم.

ونقل ابن داود عن بعض الأصحاب: أنه قال: معنى كلام الشافعي أنه حجر عليه، وإن الحجر يقطع حول الزكاة، ورده ونقل عن سائر الأصحاب، أن المحجور وغير المحجور سواء، وأن معنى كلام الشافعي أن ملّكهم أمواله بديونهم وكلهم مصرحون، كما إذا ملّكهم الحاكم أعيان أمواله، أو باعها منها يذمونهم وقبلوا ذلك.

وإن سبب انتفاء الزكاة عند زوال ملكه عنها، وإن لم يقبضوا، وهذا هو المذهب بلا شك، ولم أر ما ذكره الرافعي من تصوير الحالة الثانية إلا في «التتمة»، حيث قال معبرًا عنها: وإن سمى لكل واحد من الغرماء بعض أعيان أمواله، ولم يأخذوها فلا زكاة عليه أيضًا، مع بقاء ملكه؛ لأن ملكه قد ضعف بتسليط الحاكم الغريم على أخذ ذلك المال بحقه، ثم ذكر حكم الحالة الثالثة:

....

فإن قلت: فلما استروح الشارح المذكور فيما ذكره، قلت: قال: إنه رأى الشيخ أبو محمد في «السلسلة» فرض المسألة في رجل ملك مائتي درهم، وعليه مثلها، وجعل القاضي لغريمه أخذ ماله من غير بيع، قال: فهذا تصوير فيما إذا كان المال من جنس الدين، فإذا حمل كلامه على ما إذا كان من الجنس كما هو ظاهر، وكلام الآخرين على ما إذا كان من غير الجنس، حصل التفصيل الذي ذكرناه، انتهى.

وهذا تكليف، ولا يظهر فرض مرضي بين تعيين الجنس الحق من غير إقباض وتملك، وبين تعيين غيره من غير تفويض، إذ الجميع باقٍ على ملك المفلس، وإنما ذكر الشيخ أبو محمد ذلك، تبعًا لتصوير «المختصر»، حيث قال: قبيل ما نقلته ما لفظه، إذا كانت له مائتا درهم وعليه مثلها، ثم قال: بعض لفظه السابق، وهكذا في الثمر، والزرع، والماشية.

وقد قال الدارمي: ومن حجر عليه، وجعل ماله لغرمائه، فما كان من عين قضى به لبائعه، فحال الحول قبل قبضه فلا زكاة عليه ضمانه إلى أن يقبضه صاحبه، وما لم يكن عين مال أحدهم، فإن كان جعل لكل واحد منهم جنسًا من ماله، أو شيئًا معينًا، فلا زكاة أيضًا، وإن لم يكن ذلك، ولكن أطلقهم في ماله على الإطلاق، فهو كمن وقف ماله وقد حييناه، انتهى.

وعبارة القاضي ابن كج: عن الحالة الثانية أن يحجر عليه، ويجعل ماله للغرماء، وعينه لهم، مثل: أن يقول لعمرو: خذ السلعة الفلانية، وكذلك؛ ليكثر، وكذلك؛ حتى يعين لكل واحدٍ منهم شيئًا، ثم بعد ذلك قيل: أن يقبضوه حال الحول فلا زكاة عليه قولاً واحدًا؛ لأنه قد حصل ملكًا لهم، ألا ترى أنه لو ورث مالاً، أو استقرض مالاً، أو أراد أن لا يعطيهم تلك السلع، لم يكن له ذلك؛ لأنهم قد ملكوه بحكم الحاكم، وصار لهم دونه، انتهى.

ولو كان تعيين الحاكم لكل واحد شيئًا من ماله لمجرده مانعًا من الزكاة، من غير قبول من الغرماء ورضى بذلك، لكان أشرف السلع على البيع، وعرضها في النداء، وتقرير الثمن مع المشترين، ولم يبق إلا التلفظ بالبيع،

فحال الحول قبله مانعًا من الزكاة؛ لإشراف الملك على الزوال، ولا يظهر فرق من الغرماء وغيرهم في هذا الإشراف، وليت شعري ما يقول القائل بالإسقاط بالتعيين المجرد، ما لو أوجب الحاكم البيع، أو نائبه فيه، وللمشتري من غير الغرماء، فحال الحول قبل القبول، أو قبل تمامه إن قال: لا تجب الزكاة، فلا يخف ما فيه على ما ذكره من القليل، وإن قال: تجب لزمه ذلك في التعيين للغرماء من غير قبول بطريق الأولى وبالجملة، فما ذكره الشيخان طريقة غريبة، تبعًا فيها المتولي، والشيخ أبا محمد؛ ولعله طريقة القفال، ونسبها بعض المراوزة إلى وعيٍ من أهل طريقتهم، وتبعه الرافعي، ولم أر في كلام الإمام، والغزالي؛ تعرضًا لذلك في هذا الموضوع، ولا غيره، نعم، يظهر أن يقال: إن قلنا لا تجب الزكاة في الحالة الثالثة، ففي الثانية: أولى؛ لقوة الأشراف على الزوال، وإن قلنا تجب فوجهان: أصحهما الوجوب؛ لبقاء ملكه، وعبارة الإمام: لو حجر القاضي عليه للديون، ففي المسألة وجهان، أحدهما: أن ذلك يمنع الزكاة، وإن كان الدين لا يمنع، إلى أن قال: وإن لم يجعل الحجر مانعًا، فلو مضت سنة والحجر مستمر ولم يتفق صرف ماله إلى جهة الديون، فتجب الزكاة وقضيته موافقة كلام الجمهور؛ لأن الحجْر بمجردهِ لا يمنع على الأظهر، ومنها: وقع في «الروضة» و«شرح المهذب» رحمه الله ما لفظه، فإن قلنا الدين يمنع، ثم ذكر الأحوال الثلاثة السابقة فأغفل لفظه، لا قبل قوله يمنع، ومن السهو القبيح قول من شرح الكتاب: في وقتنا أثر قول «المنهاج» فحال الحول في الحجر فكمغصوب؛ لأنه حيل بينه وبين ماله، وهذا ما صححه الرافعي في شرحه الصغير أيضًا، من إنه على الخلاف في المغصوب في نقله في «الكبير» عن بعض الأصحاب، ونقل عن معظم الجزم بأنه لا زكاة عليه؛ لضعف ملكه، وصاروا هُم أحق به وتبعه المصنف في «الروضة» فقال: المذهب الذي قطع به الجمهور، لا زكاة، ثم قال: وقيل فيه خلاف المغصوب، وهذا غلط فاحش، وكلام «الشرحين» و«الروضة» متفق، وإنما خلط الرجل بنقل حكم حالة إلى حالة، فاعلم.

وَلَوْ اجْتَمَعَ زَكَاةٌ وَدَيْنُ آدَمِيٍّ فِي تَرِكَةٍ قُدِّمَتْ، وَفِي قَوْلٍ الدَّيْنُ، وَفِي قَوْلٍ يَسْتَوِيَانِ.

قال: (**وَلَوْ اجْتَمَعَ زَكَاةٌ وَدَيْنُ آدَمِيٍّ فِي تَرِكَةٍ قُدِّمَتْ**)؛ لقوله ﷺ: «فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى»(١) متفق عليه.

وقد ورد في الصوم، والحج، والزكاة أولى بالتقديم منهما؛ لاشتمالها على الحقين.

(**وَفِي قَوْلٍ الدَّيْنُ**) أي: دين الآدمي؛ لأنه حق آدمي، وهو مبني على المضايقة كما يقدم القصاص على حد السرقة، وقتل الردة.

(**وَفِي قَوْلٍ يَسْتَوِيَانِ**) أي: فيوزع المال بينهما؛ لعدم الترجيح.

تنبيهات: وقع في «الروضة» تبعًا لا صلحًا اضطراب، فاقتضى كلامه هنا جريان الأقوال مع وجود المال، وقلنا: تتعلق الزكاة بالعين، وأطلق ترجيح تقديم الزكاة سواء كان الدين المزاحم متعلقًا بالعين أم لا، وقال في كتاب «الأيمان»: إن لم تفِ التركة بحقوق الله وحقوق الآدميين، فإن تعلق بعضها بالعين وبعضها بالذمة، قدم ما يتعلق بالدين، سواء اجتمع النوعان أو تجرد أحدهما، وإن اجتمعا والكل متعلق بالعين أو الذمة ففيه الأقوال، فإن حملت ما في الأيمان على عمومه، بحيث يشمل الزكاة، فالمخالفة في الأمرين جميعًا أو على ما سوى الزكاة، وهو بعيد فقطعه فيه بالتقديم عند تعلقه [بالعين](٢) يقتضي القطع بتقديم الزكاة إذا تعلقت بالعين من باب أولى، وهو الصواب، وقد قال القاضي الحسين: صورة المسألة إذا كانت الزكاة في الذمة، بأن تَلِفَ المال بعد الوجوب والتمكن، ثم مات، فإن كان المال موجودًا فالزكاة مقدمة بلا خلاف.

وقال القاضي ابن كج: قال أبو إسحاق في الشرح: لم يختلف قول الشافعي إن زكاة المال إذا كان المال بعينه فإنما يقدم، وإنما الأقاويل إذا كان المال الذي وجبت فيه الزكاة قد تلف، ومنها: ما ذكرناه إذا كان الدين

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٥) ومسلم (٢٧٤٩).

(٢) سقط من نسخة.

....

المزاحم للزكاة متعلقًا بالذمة فقط، أما لو كان [تعلق](١) بمال الزكاة تعلقًا سابقًا كالمرهون، والمحجوز بالفلس، فالأصح وبه جزم جماعة أنه كالمتعلق بالذمة، وقد صرح ابن كج وغيره بذلك في صدقة الفطر، وقيل: يقدم الدين لسبقه، وصرح القاضي أبو الطيب في مال المحجور نيابة على الأقوال، وإن ثالثها يقدم السابق، وإذا كان ذلك حكمه في الحياة فكذا بعد الحياة، وقياس معتبر السبق أنه إذا وجبت الزكاة ثم لزمه الدين، ثم مات، إن تقدم الزكاة مطلقًا، فإن انعكس قدم الدين قطعًا، ويأتي في الزكاة مع الدين قول تابع وهو: تقديم السابق.

ومنها: قال الشيخ أبو محمد: إذا قلنا تعلق الزكاة تعلق رهن، قدم المرتهن؛ لأن المرهون لا يرهن وخالفه الإمام، وقال: هو رهن قهري كالجناية، وبه أجاب ابن كج في صدقة الفطر.

وقال الدارمي: إذا رهن ألف درهم بألف درهم أو ثمانية دنانير، فحال الحول على الراهن، أخرجت منه الزكاة قبل دين المرتهن، وقيل: لا زكاة فيه قطعًا.

ومنها: قال الدارمي: وإذا عجز ماله عن الدين والزكاة، فكان المال هو الذي وجبت الزكاة في عينه.

قال الشافعي: تقدم الزكاة فقيل: هذا أحد الأقوال الثلاثة، وقيل: تقدم الزكاة والأقوال إذا كان المال الذي الزكاة في عينه قد تلف، ثم ذكر مسألة ما إذا حجر عليه الحاكم.

ومنها: احتج الرافعي؛ لتقديم الزكاة بعد الموت بحال الحياة، فافهم إنها مقدمة في الحياة جزمًا، أو أنه أرجح من حالة الموت وليس كذلك، وبه قال في «الأيمان» الأقوال: لا يجري في المحجور عليه، إذا اجتمعت حقوق الله تعالى، وحقوق الآدميين، بل تقدم حقوق الأدميين، ونؤخر حقوق الله تعالى ما دام حيًا، وذكره الأمام عن والده، وبيّن أن المراد، الحقوق المسترسلة في

---

(١) سقط من نسخة.

الذمة كالكفارات، والنذور المطلقة، وهو ظاهر، إذا لم تكن الكفارة ونحوها على الفور.

ومنها: قول «المصنف»: وزكاة تدخل فيه الفطرة على الأصح، وزكاة المال عند تلف النِصاب، وقوله: ودين آدمي، الظاهر أنه احتراز عما لو اجتمعت الزكاة، والكفارة، والحج ونحوها، ولم يبين ذلك، والوجه أن يقال: إن كان النِصاب موجودًا قدّمنا الزكاة، أو معدومًا، واستويا في التعلق بالذمة قسم بينهما عند الإمكان.

واعلم أن لفظة الزكاة ليست بقيد، بل الحج وغيره من حقوق الله مع دين الآدمي كذلك، وقوله في تركه كذا فرضها كثيرون، وقد علمت أن حال الحياةِ في المرهون، والمحجور كذلك على الأصح، فلو كان في الحياة ولم يكن رهن ولا حجم، فقضية كلام البندنيجي الجزم بتقديم الزكاة، وبه صرح القاضي أبو الطيب حتى قال: إن الرهن الذي وجبت فيه الزكاة، إذا أسقط المرتهن حقه بدأ منه بالزكاة قبل سائر الحقوق.

قال: ولو أقر المحجور عليه بزكاة، وجبت عليه قبل الحجر، وصدقة الغرماء لزمته الزكاة، وإن كذبوه صدق بيمينه ثم هل تقدم الزكاة عليهم؟ فيه الأقوال الثلاثة إنهما سواء، فيقدم السابق وجوبه منهما هذا لفظه .

وقال في «الذخائر» بعد نقله المسألة عن «الأم»: ولا يحلف إلا أن يتهمه الغرماء، ويطلبون منه، ثم قال: ولا وجه لحلفه، وإن طلبوا؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل منه؛ لتعلق حق الفقراء به، فأي فائدة في عرض اليمين؟ انتهى.

وما قاله حسنٌ.

قال: ومنها: قال الدارمي: من عليه كفارة ظهار، أو متعة، ودين مستغرق إن كان مؤجلاً، لم يجز انتقاله عن العتق أو حال قيل القولان، وقيل: ينتقل قطعًا، وأجرى الطريقين في ماء الطهارة، ثانيهما: يتمم، وهل ينكح الأمة؟ على قولين؛ لزكاة المال، ونفقته على زوجته نفقة المعسر، وأجرى

وَالْغَنِيمَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ إِنْ اخْتَارَ الْغَانِمُونَ تَمَلُّكَهَا وَمَضَى بَعْدَهُ حَوْلٌ، وَالْجَمِيعُ صِنْفٌ زَكَوِيٌّ، وَبَلَغَ نَصِيبُ كُلِّ شَخْصٍ نِصَابًا أو بَلَغَهُ الْمَجْمُوعُ فِي مَوْضِعِ ثُبُوتِ الْخُلْطَةِ وَجَبَتْ زَكَاتُهَا، وَإِلَّا فَلَا.

القولين في نفقة وجوب القريب، وذكر فروعًا كثيرة.

قال: **(وَالْغَنِيمَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ)** أي: وبعد الحيازة وانقضاء الحرب.

(إِنْ اخْتَارَ الْغَانِمُونَ تَمَلُّكَهَا وَمَضَى بَعْدَهُ حَوْلٌ) أي: بعد اختيار التملك.

(وَالْجَمِيعُ صِنْفٌ زَكَوِيٌّ وَبَلَغَ نَصِيبُ كُلِّ شَخْصٍ نِصَابًا أو بَلَغَهُ الْمَجْمُوعُ فِي مَوْضِعِ ثُبُوتِ الْخُلْطَةِ وَجَبَتْ زَكَاتُهَا، وَإِلَّا فَلَا):

تنبيهات: للمسألة مقدمة فيها طول، يأتي بيانها في قسم الغنيمة بما فيها من خلاف ووفاق، وقول «المصنف»: والجميع صنف زكوي احتراز مما إذا كانت الغنيمة أصنافًا، فلا زكاة سواء كانت كلها زكوية أو بعضها؛ لأن كل واحد لا يدري ما يصيبه.

هكذا أطلقوه، وقد تكون الغنيمة بحيث يجزم كل واحد أنه يناله نصيب من نصاب زكوي بعد إقرار الخمس، إلا أن يقال: العلم بقدر الملك شرط، وهو بعيد.

قوله: أو بلغه المجموع أي: مجموع نصيب الغانمين المسلمين المختارين؛ للتملك، سواء كانوا محصورين، كانثين غنموا [خمسين](١) شاة، أو خمسة وعشرين دينارًا، أو مائتين وخمسين درهمًا، أم كانوا بعض الغانمين كما إذا عزل الإمام الطائفة منهم نصابًا، واختاروه صار مشاعًا بينهم.

وقوله: في موضع ثبوت الخلطة، أي: بالنسبة إلى المال الذي تثبت فيه الخلطة على ما سبق بيانه.

وبالنسبة إلى من تصح مخالطته، أم لا تصح مخالطة أهل الخمس، وإذا لم يبلغ نصيب الغانمين نصابًا إلا بالخمس، بأن تكون الغنيمة كلها أربعين شاةٍ، فلا زكاة؛ لعدم الخليط المزكى.

---

(١) سقط من نسخة.

وَلَوْ أَصْدَقَهَا نِصَابَ سَائِمَةٍ مُعَيَّنًا لَزِمَهَا زَكَاتُهُ إِذَا تَمَّ حَوْلٌ مِن الْإِصْدَاقِ.

وَلَوْ أَكْرَى دَارًا أَرْبَعَ سِنِينَ بِثَمَانِينَ دِينَارًا وَقَبَضَهَا فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُخرِجَ إِلَّا زَكَاةَ مَا اسْتَقَرَّ فَيُخْرِجُ عِنْدَ تَمَامِ السَّنَةِ الْأُولَى زَكَاةَ عِشْرِينَ، وَلِتَمَامِ الثَّانِيَةِ زَكَاةَ عِشْرِينَ لِسَنَةٍ، وَعِشْرِينَ لِسَنَتَيْنِ، وَلِتَمَامِ الثَّالِثَةِ زَكَاةَ أَرْبَعِينَ لِسَنَةٍ، وَعِشْرِينَ لِثَلَاثِ سِنِينَ، وَلِتَمَامِ الرَّابِعَةِ زَكَاةَ سِتِّينَ لِسَنَةٍ وَعِشْرِينَ لِأَرْبَعٍ، وَالثَّانِي يُخرِجُ لِتَمَامِ الْأُولَى زَكَاةَ الثَّمَانِينَ].

وقوله: وإلا فلا أي: وإن لم يختاروا، أو لم يمض حول، أو كانت أصنافًا أو صنفًا غير زكوي، أو لم يبلغ نصيب كل واحد نصابًا، ولا وجد شرط الخلطة، فلا وجوب، ومن ذلك: ما هو محل وفاق، ومنه ما هو على الصحيح.

قال: **(وَلَوْ أَصْدَقَهَا نِصَابَ سَائِمَةٍ مُعَيَّنًا لَزِمَهَا زَكَاتُهُ إِذَا تَمَّ حَوْلٌ مِن الْإِصْدَاقِ)** أي: سواء دخل بها أم لا قبضته أم لا؛ لأنه ملكته بالعقد، وفي قول مخرج إنه إذا لم يدخل بها فحكمه حكم الأجرة كما سيأتي، وفي وجه بل طريق، إذا لم تقبضه يكون على الخلاف في المنع قبل القبض، تفريعًا على أنه مضمون ضمان عقد، والمذهب القطع بالوجوب عليها مطلقًا، نعم، لو امتنع الزوج من أقباضها بعد الطلب صار كالمغصوب، قاله المتولي.

إشارة: قوله معيبًا احتراز عما إذا كان في الذمة، فإنه لا زكاة فيه، ولو أصدقها ببعض نصاب معين، اعتبرت شروط الخلطة، وقوله سائمة أي: سواء علمت بالسوم أم لا، ويأتي فيما إذا لم تعلم الخلاف في أن قصد السوم هل يعتبر؟ وحكم مال الخلع والصلح عن دمِ العمد كالصداق، قاله المتولي.

قال ابن الرفعة: وينبغي أن يلحق مال الجعالة.

قال: **(وَلَوْ أَكْرَى دَارًا أَرْبَعَ سِنِينَ بِثَمَانِينَ دِينَارًا وَقَبَضَهَا فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يُخْرِجَ إِلَّا زَكَاةَ مَا اسْتَقَرَّ فَيُخْرِجُ عِنْدَ تَمَامِ السَّنَةِ الْأُولَى زَكَاةَ عِشْرِينَ، وَلِتَمَامِ الثَّانِيَةِ زَكَاةَ عِشْرِينَ لِسَنَةٍ، وَعِشْرِينَ لِسَنَتَيْنِ، وَلِتَمَامِ الثَّالِثَةِ زَكَاةَ أَرْبَعِينَ لِسَنَةٍ، وَعِشْرِينَ لِثَلَاثِ سِنِينَ، وَلِتَمَامِ الرَّابِعَةِ زَكَاةَ سِتِّينَ لِسَنَةٍ وَعِشْرِينَ لِأَرْبَعٍ، وَالثَّانِي يُخْرِجُ لِتَمَامِ الْأُولَى زَكَاةَ الثَّمَانِينَ)**.

....

الشرح: القول الأول: نص «الأم» و«المختصر»، ورجحه الجمهور وإنما لم يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر كما بينه؛ لأنها قبل الاستقرار بعرض السقوط بالانهدام، فأورث ضعف الملك، والثاني: في البويطي، والمزني، ورجحه القاضي أبو الطيب، وصاحبا «المهذب» و«الشامل»؛ لأنه ملكها ملكًا تامًا كالصداق قبل الدخول.

إشارات: **منها**: رد البندنيجي على الأكثرين إثبات قولين، وقال: إن أبا العباس يعني ابن سريج ذكر في «الانتصار» إنه مذهب البويطي من عنده، لا يرويه أحد عن الشافعي، انتهى.

والمعروف إثبات القولين.

ومنها: أصح الطريقين أنهما في كيفية الإخراج والوجوب ثابت في جميع الأجرة قطعًا، لما هو مقتضى كلام «المصنف»، وعن القاضي أنهما في الوجوب أيضًا.

قال الرافعي: وبه يشعر كلام طائفة، وكلام الروياني يقتضي أن أبا الطيب منفرد بذلك، ورد عليه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما، بأنه لو امتنع الوجوب على قول لأجل عدم الاستقرار، لوجب استئناف الحول بعد الاستقرار كمال الكتابة، وقد نص على هذا القول إنه يزكي لما مضى، فدلَّ على إن عدم الاستقرار إنما منع الإخراج لا الوجوب، ويخرج من الطريقين ثلاثة أقوال، والحاصل أن الوجوب لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه هل يتوقف وجوبه أو وجوب إخراجه على استقراره أو لا يتوقف إلّا على مضي الحول؟

ومنها: وقع في شرح «التنبيه» لابن الرفعة: أن بعد مضي السنة الثانية لا يجب زكاتها للسنة الأولى، وإن بان استقرار ملكه عليها حولين، كما لم يجب في مال المكاتب، وإن بان استقرار ملكه عليه بعد عتقه أحوالاً، قال تلميذ له: وهذا غلط صريح، لم يقله أحد من «الأصحاب» وصدوره عنه محمول على السهو، وبالغ في تزييفه وهو كما قال.

……………………………………………………………………………

ومنها: لا خلاف في وجوب إخراج قسط السنة الأولى في آخرها، كما صرح به الأئمة، وذكر الإمام الرافعي: إن صاحب «النهاية» حكى طريقة أن الملك في الأجرة يحصل شيئًا فشيئًا، وفيه إتهام خروج وجه أنها لا يجب في السنة الأولى شيء، حتى تبتدئ حولاً من تمام النِصاب، وكلام «النهاية» أن المراد بالطريقة المذكورة، أن ملك الأجرة موقوف، إن مضت المدة سالمة تبينّا أنه ملكه عند العقد، وإن طرأ انفساخ تبينّا أنه لم يجر ملك إلا فيما مضت مدته.

واعترض ابن الرفعة على الرافعي وبين مخالفة قاله لما في «النهاية»، وهو كذلك، ثم قال: لو تمسك الرافعي بما نقله في «التتمة» لكان أولى، وإنه حكى في ملك الأجرة بنفس العقد [طريقين أحدهما: أن يقال فيه قولان، والثاني: القطع بالملك، ورد الخلاف في الاستقرار، انتهى.

والذي في «التتمة» طريقان، القطع بالملك] (١) كما حكاه، والثاني: الخلاف في الملك، هل حصل بنفس العقد أو موقوف؟ كما أشار إليه المزني هذا لفظه، وليس فيه ما يقتضي أن الأجرة تملك شيئًا فشيئًا، بل موقوفة، فيحمل على ما في النهاية.

وعبارة الروياني في نقل الطريقة عن بعض الخراسانيين: أن الأجرة هل تملك بنفس العقد أو موقوف؟ وزيف ذلك وهو وجه ضعيف، والمذهب المقطوع به إن الملك حاصل بنفس العقد، وإذا عرض تلف في أثناء المدة انفسخ بعد ثبوته، ومنها: قول «المصنف» وقبضها احترز به مما إذا كانت معينة فهي مقبوضة، فحكمها حكم المبيع قبل القبض، ودخل فيه إذا كانت معينة في العقد ثم قبضها، وما إذا كانت في الذمة ثم قبضها.

وقول القاضي الحسين في الصورة الأولى: أن حكم زكاتها، حكم المبيع قبل القبض محمول على أن المراد في الإخراج.

وذكر القاضي الحسين في الصورة الثانية: إنه إذا تم الحول، وجب عليه

---

(١) سقط من نسخة.

فَصْلٌ

قال المصنف: [تَجِبُ الزَّكَاةُ عَلَى الْفَوْرِ إِذَا تَمَكَّنَ، وَذَلِكَ بِحُضُورِ الْمَالِ وَالْأَصْنَافِ.

زكاة الجميع؛ لأن ملكه استقر عليه، ولو انهدمت الدار لا يلزمه رده، بل رد مثله، ويجب قبل تخريجه على نظيره في الثمن إذا رد المبيع، وهو في يد البائع، هل يتعيّن لأحد المتشريين؟ فيه وجهان أرسلهما الرافعي، والأصح في نظائرها التعيين، فعلى هذا الأصح إن حكمه حكم المعين المقبوض، خلافًا للقاضي الحسين، انتهى.

ومنها: لو كانت الأجرة في الذمة، ولم يقبض شيئًا، وكلام «المصنف» فيه إيهام، ولا شك أن حكمها حكم الديون، وعبارة الدارمي: وإذا أَجَّرَ داره أو عبده أربع سنين بمائة دينار، وقبضها أو كانت في ذمةٍ ملءٍ ففيه قولان: فالذي في ذمة مقر باذلٍ في حكم المقبوض على المذهب.

ومنها: إذا قلنا بالأظهر، فقد ذَكَرَ «المصنف» تفريعه، وإنما يتم ما ذكره إذا لم يفرع على قول الشركة، ولم يجعل الدين مانعًا من الزكاة، ولم ينقص الحاصل بإخراج الزكاة منه، وحينئذ يتم ما ذكره ويكون المخرج في السنين الأربع ثمانية دنانير. وأما إذا فرعنا على قول الشركة، أو قلنا: الدين يمنع الزكاة ولم يكن له غيره فيزكي؛ لتمام السنة الأولى عشرين، ولتمام الثانية عشرين، وهي قسط الثانية عن السنة الأولى وتسعة وثلاثين عن الثانية، وذلك ما بقي من قسط الأولى والثانية بعد واجبهما، فيكون المخرج في السنة نصف دينار، وفي الثانية دينار ونصف، ولا يخفي قياس باقي المدة.

والتفريع على القول الثاني في الكتاب، وفروع المسألة كثيرة، لا يحملها هذا المختصر، وبالله التوفيق.

قال الشارح: قال: (تَجِبُ الزَّكَاةُ) أي: أداؤها (عَلَى الْفَوْرِ إِذَا تَمَكَّنَ) للأمر، باتًّا الزكاة مع حاجة المستحقين الدالة على الطلب والكلام هنا في غير الفطرة، قال: تلك موسعة إلى آخر نهار العيد كما سبق.

قال: (وَذَلِكَ بِحُضُورِ الْمَالِ وَالْأَصْنَافِ) فلا يجب إخراج زكاة الغائب من

....

موضع آخر، وإن جوزنا نقل الصدقة، بل التمكن فيه أن يمضي بعد تمام الحول مدة يمكن المسير إليه، فإذا مضت ولا مانع فقد تحقق الإمكان، كان وصل إليه أم لا، وقيل: إذا تحققنا بقاء الغائب، وقلنا: يجوز النقل فقد تحقق الإمكان.

تنبيهات: عبارة «المحرر» المصروف إليه، وهي أحسن من قول «المنهاج»: والأصناف، فإنه إن كان المال باطنًا فالتمكن يوجد أن الأصناف أو الإمام أو نائبه، وإن كان ظاهرًا وجوبًا له تفريقها بنفسه، فكذلك وإلا فلا إمكان حتى يجد الإمام أو نائبه، وأيضًا فقوله: والأصناف يوهم أنه لو وجد بعضهم لا يكون متمكنًا، والمنقول إذا تمكن من أداء حصة الفقر، فلم يؤد حتى تلف المال ضمن حصة الفقراء.

قال الروياني: ويحتمل تخصيص الفقراء بأنها دون غيرهم؛ لأن وجودهم هو الذي قرر الوجوب فيها، ولا شك فيما قاله إذا كانوا محصورين؛ لتعين ذلك لهم وأما غيرهم فمحتمل، وإذا وجدنا الأصناف، وقلنا الدفع إلى الإمام أفضل أو عكسه فآخر؛ لطلب الأفضل، أو لطلب قريب أو جار، أو من هو أحوج، فالأصح جوازه فعلى هذا لو أَخَرَ فتلف ضمن على الأصح وذكر الإمام؛ لجريان الوجهين الأولين شرطين: أحدهما: أن تظهر استحقاق الحاصرين، فإن تردد فيه فأخر؛ ليتروى، جاز قطعًا قيل: ويمكن إدراكه في كلام «المصنف»؛ لأنه حينئذ لا يقال أنه واجد للأصناف.

قلت: إن كان التردد مانعًا من الإعطاء فصحيح، وإن كان يجوز معه الدفع، وإلا أثم بالتأخير، والثاني: ألا يشتد ضرر الحاصرين وفاقتهم، فإن تضرر، ولم يجزئ التأخير للقريب وشبهه بلا خلاف، وأبدى الرافعي فيه نظرا، أو زيفه «المصنف».

قلت: وفيه وقفة، وسيأتي إن شاء الله في قسم الصدقات، أن تقديم الجار على غيره تقديم استحقاق أو استحباب على وجهين، ولا يخفى تفريعهما في مسألتنا.

وَلَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ بِنَفْسِهِ زَكَاةَ الْمَالِ الْبَاطِنِ، ....

اشترط البغوي وغيره في التمكن، أن لا يكون مشغولاً بشيء يهمه من أمر دينه، أو دنياه وفي هذا الإطلاق توقف، وحيث وجد المصروفُ إليه لا يشترط مطالبته، وفي كلام بعضهم ذكر المطالبة في الإمام ونائبه، والمساكين، وليس بشيء، قيل: ولعل مرادهم تصوير المسألة، لا اشتراط المطالبة.

قلت: وقد يخطر بالبال أنه لو انحصر المستحقون بالبلد، ثم ماتوا عقب الحول، وورث الزكاة عنهم ورثتهم الأغنياء، وعلموا بذلك، ودل الحال على رضاهم بالتأخير أنه يجوز كسائر الديون، وتستثنى هذه الصورة من إيجاب الفورية.

خذ من كلام «المصنف» أنه لا فرق بين وجود الأصناف القاطنين والطارئين كما هو ظاهر كلام الجمهور، ونقله «المصنف» عن «الأصحاب»، ورأيت في قسم الصدقات أما إذا منعنا نقل الصدقة، فكان في البلد غرباء من الفقراء والمساكين وغيرهم أن الذي دل عليه كلام المشايخ، أنه لا يجوز الصرف إليهم، فإن حكمه تحريم النقل أن يختص كل فريق بما عنده، فإذا علم الغرباء فإن صدقة البلاد تصرف إليهم أموالها إلى آخر ما حكيته عنه في «الغنية» هناك، ولم يذكر سواه ولم يفرق بين تفرقة الإمام، والمالك، وهو غريب.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ بِنَفْسِهِ زَكَاةَ الْمَالِ الْبَاطِنِ**) قال المحاملي وغيره بالإجماع. لكن في «النهاية» وغيرها أن الساعي قبل أيام عثمان كان يطلب الزكاة الباطنة والظاهرة جميعًا، وإن عثمان ﷺ أذنَ لأرباب الباطنة في أداء زكاتها، وسبق تفسير الباطنة وغيرها، والأصح أن الفطرة في حكم الباطنة.

فرع: ليس للإمام طلب زكاة الأموال الباطنة، فإن بذلها ربُّها طوعًا، فذلك وإن علم الإمام ونحوه من رجل أنه لا يؤديها بنفسه، فأصح الوجهين أنه يجب عليه أن يقول له: إما أن تفرقها بنفسك، وإما أن تدفعها إلي لأفرقها؛ لأنه إزالة منكر، والوجهان جاريان في المطالبة بالنذور، والكفارات، وكأنهم أرادوا أن يرهقه إلى هذا أو هذا، ولا يكتفي منه بوعد التفرقة؛ لأنها فورية، فلا معنى للتأخير مع المكنة.

وَكَذَا الظَّاهِرُ عَلَى الْجَدِيدِ، ....

قال: **(وَكَذَا الظَّاهِرُ عَلَى الْجَدِيدِ)** كالباطن، وسبق تفسير الظاهر والقديم لا يجوز، ولا يجزئ، بل يجب الدفع إلى الإمام، أو نائبه فيها.

وعبارة الدارمي: والثاني: لا يجوز إلا دفعها إلى الإمام غير الفاسق؛ لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] وظاهرهِ الوجوب، وإذا لزم الإمام الأخذ، لَزِمَ المالك الدفع؛ ولأنه مال للإمام طلبه فوجب دفعه إليه كالخراج، هذا إذا كان عادلاً، فإن كان جائرًا؛ فالمرجح أنه كالعادل؛ لنفوذ حكمه.

وقيل: يجوز ولا يجب، وضعفه المصنف، وليس كذلك، بل هو المختار الأقوى، ونفوذ حكمه لا يقتضي الوجوب، إذا لم يطالب ويرهق إلى دفعها إليه، وقيل: لا يجوز دفعها إليه، نقله الرافعي عن الحناطي، وزيفه المصنف بعد نقله عن الماوردي، في باب نية الزكاة من «شرح المهذب» والمذكور فيه هنا أنه إن كان عادلاً في الزكاة جائرًا في غيرها، جاز دفعها إليه، وجرى فيه الجديد والقديم، كما في العادل مطلقًا، وإن كان جائرًا فيها وفي غيرها، أو فيها فقط لم يجز دفعها إليه، ولا يجزئ، واستحسنه الروياني؛ لأنه لا يصل الحق إلى مستحقه، واستدل بجواز الدفع إلى الجائر بإثار، وللماوردي حملها على إن الجورَ كان في غير الزكاة.

والحاصل في الجائر أربعة أوجه: الوجوب، الجواز، المنع، الفرق بين الجائر فيها وغيره.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يطلب الإمام، فإن طلب، قال الشيخان: وجب التسليم إليه بلا خلاف، بدلاً للطاعة، فإن امتنعوا قاتلهم، وإن أجابوا إلى دفعها بأنفسهم لما فيه من الافتيات عليه.

وفي تعليق القاضي أبي الطيب نقل ذلك عن أصحابنا، وإن منهم من لم يسلم أن للإمام حق القابض؛ لأن الفقراء أهل رشد، وأجاب عن دعوى الحنفية، الإجماعَ على وجوب الدفع إليه عند الطلب، إن يحكم به فيلزم حكمه ولا ينقض عليه، وذلك لا يدل على أنه لا يجوز مخالفته أي: باطنًا وترك بعض

وَلَهُ التَّوْكِيلُ، وَالصَّرْفُ إِلَى الْإِمَامِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْإِمَامِ أَفْضَلُ، ....

المتأخرين كلام الشيخين على الوجوب ظاهرًا، ولا نزاع فيه، فإن الطاعة واجبة قطعًا، إذا صدر الحكم عن اجتهاد، أو خِيفَ فتنة، وأما في الباطن، فيخرج على الوجهين في حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد به، هل يعبر الباطن أولاً؟ وإن صدر الحكم لا عن اجتهاد، ولم يَخَفْ فتنة، فلا وجه للوجوب ظاهرًا ولا باطنًا، ثم الوجوب بَيِّنٌ في العادل والجائر، إذا جوزنا الدفع إليه، فإما من منعه فلعله لا يوافق، وينبغي أن يُمْنع بعد الطلب، إلا أن يخشى فتنة.

ونقل الروياني على الجديد وجهين: إنه هل للإمام المطالبة بالأموال الظاهرة، إذا علم أنهم يؤدونها بأنفسهم، أحدهما لا والثاني له، ذلك إن أدى اجتهاده إليه لا على وجه الولاية، بل على جهة النيابة عن المستحقين.

وقال الدارمي: إذا خيرناه في المال الظاهر، أو كان باطنًا، ففي الأفضل وجهان: فإن كان الإمام باغيًا، فتفريقها بنفسه أفضل، وإن كان فاسقًا، فالصحيح إنه لا يجوز دفعها إليه، وفيه وجه، فإن دُفِعَ إلى الباغي والفاسق، وجوزناه راعاهُ، فإن أوصلاه أجزاه، وإلا لم يجزيه، انتهى.

قال: (**وَلَهُ التَّوْكِيلُ**) أي: في الدفع إلى الإمام ونحوه، وفي الصرف إلى المستحقين حيث يجوز له التفرقة بنفسه كسائر الحقوق المالية، سواء كان من مال الموكل أو الوكيل، وله توكيل العبد والكافر كذبح الأضحية، وقيل: لا يجوز توكيل الكافر، ويجوز توكيل الصبي، وقيل: لا يجوز توكيل الصبي، ذكره الروياني، وهما ضعيفان.

قال: (**وَالصَّرْفُ إِلَى الْإِمَامِ**)؛ لأنه نائب المستحقين، وأجمع العلماء على أن دفعها إلى الإمام العادل مبرئ، وسبق حكم الجائر.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْإِمَامِ**) أي: الذي حكمنا بجواز الصرف إليه.

(**أَفْضَلُ**) لأنه أعرف بالمستحقين وأقدر على التفرقة بينهم، وقبضه مبرئ قطعًا، والثاني: التفرقة بنفسه أفضل؛ لينال أجر التفريق ويخص الأقارب،

إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَائِرًا. وَتَجِبُ النِّيَّةُ ....

والجيران، والأحق، والقولان في الباطنة، أما الظاهرة: فالمذهب فيها القطع بأن دفعها إلى الإمام أفضل.

وقيل: يطرد القولين، وكان مراد «الأصحاب» بالإمام المتصف بالأهلية المعتبرة عندنا، أما غيره فالمتجه إن عدم الدفع إليه أفضل، وإن لم يكن خائنًا ولا جائرًا، ولا سيما إذا كان لا يصرفها على ما يعتقده المالك الدافع من الوجوب، قيل: ولا خلاف إن التفرقة بنفسه أفضل من التوكيل؛ لأنه يشك في فعل الوكيل.

قلت: هذا إذا كان المالك عالمًا بما عليه فظاهر، وإن كان جاهلاً والوكيل عالم صالح، فالدفع إليه أفضل، قيل: ولا خلاف إن الدفع إلى الإمام أفضل من التوكيل، وفيه ما ذكرته في «الوكيل»، والمختار عندي أن يفرقه المالك العالم بالمصارف في هذه الأزمان أفضل مطلقًا.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَائِرًا**) أي: وإن حكمنا بجواز الصرف إليه، فالأفضل أن لا يدفعها إليه على الصحيح، وقيل كالعادل، وليس بشيء في الجائر فيها، والوجه أنه لا يجوز الدفع إليه بلا طلب، وفي الطلب ما سبق، وأما إذا كان جائرًا في غيرها فيحتمل، وحينئذ فالأفضل أن يفرق بنفسه إن كان أهلاً، وإلا فليوكل من يكون أهلاً لذلك كما فرعته.

فرع: فرق بنفسه، حيث جوزنا له ثم جاء الساعي، صدق بالمالك بيمينه، وهي مستحبة، وقيل: واجبة، ولو كان المؤدي ولي محجور، فهل يحلف عند التهمة؟ فيه نظر! هو الأقرب المنع، أو قلنا: أن يقال إن قلنا مستحبة لم يحلف، وإلا حلف.

قال: (**وَتَجِبُ النِّيَّةُ**) وتجب النية أي: بالقلب على الصحيح لغيرها، وقيل: يكفي النطق بلسانه، وليشبه أنه مأخوذ من قول الشافعي: إذا قسم المالك بنفسه، فلا بد من نية، وسواء نوى في نفسه، أو تكلم بأن ما أعطاه فرض، هكذا أورده ابن كج ولم يزد، وهو نصه في «الأم»، ولم أر من حكى قول الزبيري في الوضوء والصلاة، أنه يجب أن يجمع بين القلب واللسان.

فَيَنْوِي هَذَا فَرْضُ زَكَاةِ مَالِي، أَو فَرْضُ صَدَقَةِ مَالِي وَنَحْوَهُمَا، وَلَا يَكْفِي هَذَا فَرْضُ مَالِي، وَكَذَا الصَّدَقَةُ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**فَيَنْوِي هَذَا فَرْضُ زَكَاةِ مَالِي، أَو فَرْضُ صَدَقَةِ مَالِي وَنَحْوَهُمَا**): أي: كزكاة مالي المفروضة، أو الصدقة المفروضة أو الواجبة، كما قاله البغوي وغيره.

وكلام «المصنف» يفهم أنه تكفي نية الزكاة، أي: زكاة مالي لم يتعرض للفرضية، وهو وجه، والأكثرون على أنه لا يجب التعرض للفرضية، وفي وجه ثالث: إن نوى زكاة ماله أجزأه، أو الزكاه فقط فلا.

قال: (**وَلَا يَكْفِي هَذَا فَرْضُ مَالِي**) لأنه قد يكون كفارة ونذرًا، وهذا التوجيه إنما يتضح إذا كان عليه شيء من ذلك غير الزكاة، وفي «البحر» ما يقتضي أنه يكفي فرض تعلق بماله ونقله عن نص «الأم»، وبه أجاب البغوي وغيره.

قال: (**وَكَذَا الصَّدَقَةُ فِي الْأَصَحِّ**) أو صدقة مالي؛ لأنه قد يكون نافلة، فلو نوى الصدقة فقط بلا إضافة، لم يكف وقيل يكفي، فحصل أوجه.

ثالثها: إن نوى صدقة مالي كفى، أو الصدقة فقط فلا، ولم يذكر كثيرون من العراقيين سواه، ونقل في «البحر» إجماع «الأصحاب»: إنه لا يكفي نية فرض مالي.

قال: وإن كان النص أنه يجوز، ويشبه أنه لو نوى فرض مالي أو فريضة كذا، أو فريضة الله تعالى في مالي، إنه يكفي وأجزأ ذلك من ولي المحجور أظهر، بل ينبغي أن يكفي فيه فرض ماله، حيث لم يتعلق به غيرها.

وفي «الشامل»: وإن نوى أنها زكاة ماله أجزأه، وفي أكثر نسخهِ: وإن نوى أنها واجبة أجزأه.

وفي «المقنع» للمحاملي، وما لا أحصى من الكتب: وإن نوى أنها صدقة واجبة أجزأه، وعبارة «المهذب»: ويجب أن ينوي الزكاة أو الصدقة الواجبة، أو صدقة المال.

وقال في «البيان»: وأما كيفية النية فإن نوى أن هذا زكاة مالي، أو صدقة

وَلَا يَجِبُ تَعْيِينُ الْمَالِ، وَلَوْ عَيَّنَ لَمْ يَقَعْ عَنْ غَيْرِهِ، ....

مالي، أو فرض يعلق بمالي، أو هذا واجب علي، أو زكاتي، والظاهر أنّ هذا إجماع العراقيين، إذ لم ينتقل عن أحدٍ منهم غيره، وقضيته إنه يكفي منه فرض مالي عندهم، بخلاف ما جزم به الشيخان ونص «الأم» يفهم الأجزأ إذا تعرض للفرض أو للواجب. نعم، قال البندنيجي: لو قال هذا فرضي لم يجزئ به، بلا خلاف، ونص الشافعي: على أن يجزئه، وهو مؤول، انتهى.

واعلم أنه لا بد من نية جازمة، أو معتضدة بأصل، فلو علقها على موت مورثه، وأورثه ماله، فبأن كذلك لم يجز، وكذا لو جزم النية، وهو لا يعلم بموته.

قال: (وَلَا يَجِبُ تَعْيِينُ الْمَالِ) لأن الغرض منها لا يختلف به، بل يزكي عن مواشيه ونقوده، فلو ملك أربعين شاة، وخمسًا من الإبل، فأخرج شاتين، أو مائة درهم، وأخرى غائبة، فأخرج خمسين مطلقًا، جاز ولو أخرج خمسًا مطلقًا، ثم تلف أحد المالين، فلو جعلها عن الباقي.

وعبارة الكافي ويقع عن الآخر، وفيه نظر! وفي «المهذب» وغيره أنه لو قال: عن مالي الحاضر أو الغائب، يجوز.

فرع: في «البحر» أنه لو أخرج خمسًا، ونوى بحلها الزكاة، أوالتطوع، كانت تطوعًا.

قال: (وَلَوْ عَيَّنَ لَمْ يَقَعْ عَنْ غَيْرِهِ) مثاله عن الغائب، فبأن كان تالفًا فليس له صرفه إلى الحاضر، ولو نوى الغائب إن كان سالمًا، فإن كان تالفًا، لم يكن له صرفه إلى الحاضر في الأصح، أو عن الغائب إن كان سالمًا، فإن كان تالفًا فصدقة جاز، أوعن الغائب، فإن كان تالفًا فعن الحاضر، فالمذهب أنه إن كان الغائب باقيًا وقع عند، وإلا وقع عن الحاضر؛ لأن التعيين ليس بشرط، وقيل: فيه خلاف، ولو نوى عن الغائب فإن كان تالفًا، فعن الحاضر أو صدقة، فبان الغائب تالفًا لم يجز به عن الحاضر؛ لعدم الجزم.

إشارة: قولنا: غائب يشمل الغائب عن المجلس في البلد، والغائب عن البلد إذا جوزنا النقل.

وَيَلْزَمُ الْوَلِيَّ النِّيَّةُ إِذَا أَخْرَجَ زَكَاةَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَتَكْفِي نِيَّةُ الْمُوَكِّلِ عِنْدَ الصَّرْفِ إِلَى الْوَكِيلِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَيَلْزَمُ الْوَلِيَّ النِّيَّةُ إِذَا أَخْرَجَ زَكَاةَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ**) أي: نيابة عنهما، ولأنه المخاطب بالأداء، وضم إليهما في «شرح المهذب» السفيه، وفيه نظر؛ لأنه مكلف أهل النية بخلافهما، أو كان الشارع إقامة في النية مقام المحجور، كما لو فرض الموكل النية إلى الوكيل، فإنه يجوز على ما قاله الإمام وغيره، وما صرح به في السفيه صرح به الجرجاني في «الشافي»، حيث ذكره معهما، ثم قال: ويخرجها الولي عنهم، وينوي.

فرع: لو دفع الولي بلا نية، لم يكف، وضمن بما أداه من مال المحجور، وإن أداها من مال نفسه، لزمه الإعادة إن شاء من ماله، وإن شاء من مال ابنه، ذكره ابن كج في باب زكاة الفطر.

وقال الدارمي: هناك إن أخرج عنه من ماله احتاج أن ينوي، أو من مال الابن فلم يقل عن ابني، فوجهان، والظاهر أن موضع الجزم بالضمان إذا فرق بنفسه، أما لو دفع إلى الإمام ونحوه، فيجيء فيه خلاف مما سيأتي.

تنبيهان: **الأول**: إذا ضمنا الولي فالقياس أن له الاسترداد، وإن لم يتعرض له أداءً بان أنه أدى من مال محجوره باعتراف الآخذ من المستحقين، أو ببينة، فإن تنازعا في كون الدفع من ماله، ففي الاسترداد نظر! وقولي من المستحقين احترازًا مما لو صدقه الساعي، فينبغي أن لا يعتبر تصديقه؛ لأنه بمنزلة إقرار الوكيل.

الثاني: إذ لم تجز نقل الزكاة، هل يخرج الإمام أو الحاكم زكاة أموال الغيب كل حول أم لا؟ لاحتمال انتقالها إلى من لا زكاة عليه، أو يفرق بين المفقود الذي لا يعلم حاله، وغيره ممن علم حياته، أو يقال: يكتب الحاكم إلى حاكم بلد الغائب في ذلك لم يحضرني فيه نقل.

قال: (**وَتَكْفِي نِيَّةُ الْمُوَكِّلِ عِنْدَ الصَّرْفِ إِلَى الْوَكِيلِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لوجودها من المتعبد بالزكاة.

……………………………………………………………………

والثاني: لا تكفي كالحج، فعلى هذا لا بد أن ينوي الوكيل عند التفرقة، والوجهان مبنيان على أن تقديم النية هل تكفي الأصح؟ نعم، وقيل يجوز هنا جزمًا، ولا يخرج على الوجهين كالدفع إلى الإمام مع النية، والوجهان فيما إذا لم يستصحب الموكل النية إلى تفرقة وكيله، وتظهر تمرتها فيما لو وكل ذميًا، ولو نوى الموكل عند التوكيل، والوكيل عند التفرقة أجزأ قطعًا، ولو نوى الوكيل فقط لم يكف قطعًا، ولو سلم إلى الوكيل بلا نية لكن نوى الموكل حال تفرقة الوكيل أجزأ قطعًا، وإن نوى قبل صرف الوكيل جاز كنيته قبل تفرقته على الأصح، ولو وكل وكيلاً وفوض إليه النية جاز ذكره الإمام والغزالي، فإن صح فلا بد أن يكون الوكيل أهلاً للنية هنا، لا كافرًا، ولا صبيًا، فإن جاز توكلهما في دفعها على الصحيح كما سبق.

اعلم إنا إذا قلنا: بجواز تقديم النية على الدفع، فهل يحله إذا كان قد عزل قدر الزكاة أم لا فرق؟ الذي ذكره أصحاب «التهذيب» و«التتمة» و«الكافي» و«الحاوي» هنا الأول، وأشار الماوردي في «الكفارة» إلى أنّه لا خلاف فيه وكلام القفال في «الفتاوى» ينازعه، ويفهم عدم الفرق، وهو قضية إطلاق كثيرين ويخرج في المسألة أوجه.

فرع: في «فتاوى القفال» أنه لو دفع ثوبًا إلى وكيله؛ ليبيعه ويصرفه عن زكاته، ونوى عن دفع الثوب إليه لم يجز به، وإن نوى بعد حصول الثمن في يد الوكيل جاز؛ لأنا وإن جوزنا تقديم النية فإنا نجوزها في وقت نقل ذلك المال أن يكون زكاة.

قال القفال: وعندي يجوز يعني في الحالين؛ لأنه ليس من شرط وجوب النية في مال متعين، ويعلم ما يصرفه في الزكاة ألا ترى أنه لو وجب عليه خمسة دراهم زكاة، فأمر وكيله بأدائها، ونوى عند أمره به فإنه يجوز، وإن كان الوكيل ربما يحصلها ببيع متاعٍ أو استقراض كذا هذا، وعلى هذا لو لزمه خمسة زكاة، فقال الآخر: أخرجهَا إلى الفقراء جاز سواء كان له عليه دين، أو لم يكن، ولو قال: أقرضني خمسة وأدها عني زكاة جاز، انتهى.

وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَنْوِيَ الْوَكِيلُ عِنْدَ التَّفْرِيقِ أَيْضًا، وَلَوْ دَفَعَ إِلَى السُّلْطَانِ كَفَتْ النِّيَّةُ عِنْدَهُ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُجْزِئْ عَلَى الصَّحِيحِ وَإِنْ نَوَى السُّلْطَانُ، ....

كلامٌ كثيرٌ، والأكثرون ينازعون في أكثر ما ذكره.

قال: (**وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَنْوِيَ الْوَكِيلُ عِنْدَ التَّفْرِيقِ أَيْضًا**) والأفضل أن ينوي الوكيل عند التفريق أيضًا أي: خروجًا من الخلاف السابق.

قال: (**وَلَوْ دَفَعَ إِلَى السُّلْطَانِ كَفَتْ النِّيَّةُ عِنْدَهُ**) أي: عند الدفع إليه جزمًا؛ لأنه نائب المستحقين، وكذا قبله في الأصح على ما سبق بيانه، ولا يشترط نية السلطان عند الدفع إلى الأصناف؛ لأنه نائبهم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُجْزِئْ عَلَى الصَّحِيحِ وَإِنْ نَوَى السُّلْطَانُ**) لأنه نائب الأصناف، فصار كما لو دفع المالك إليهم بلا نية.

قال الدارمي: والوجهان بأن هل النية عبادة؟ أو للتمييز بين الفرض والنفل، والوجه الثاني المقابل للمرجح في الكتاب إنه يجزئ.

قال الرافعي: وهو ظاهر نص المختصر، ولم يذكر كثيرون من العراقيين سواه.

قال: وحمل المرجحون للمنع على الممتنع؛ لكن نقل عن نصه في «الأم» أنه قال: يجزئ، وإن لم ينو طائعًا كان أو كارهًا، انتهى.

وفيه إشعار بترجيحه بخلاف «المحرر» و«الشرح الصغير» وفرق فارقون بين أن ينوي الوالي أو لا.

وقال الماوردي: إن نوى الولي فقط، أجزأ، وكذا إن لم ينو على الأصح المنصوص، وممن جرى على ظاهر النص القاضي ابن كج، وقرره. ثم قال: وقال أبو الحسين: إن قسمها الولي، ولم ينو فعلى وجهين، ثانيهما: لا يجزئ؛ لأن الولي ينوب مناب رب الدين المال في النية.

قال القاضي الحسين: وليس بشيء، والحاصل ثلاثة أوجه، المنصوص الإجزاء مطلقًا، والثاني: المنع مطلقًا وهو القياس، والثالث: إن نوى الولي أجزأ، وإلا فلا، ويحروز أن ينزل علـمه نص «الأم» المذكور، فإنه قال في

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُ السُّلْطَانَ النِّيَّةُ إِذَا أَخَذَ زَكَاةَ الْمُمْتَنِعِ، وَأَنَّ نِيَّتَهُ تَكْفِي].

أخرى: فيجزئ عنه كما يجزئ في القسم لها أن يقسم عنه وله، انتهى.

ومعلوم أنه لا بد من نية الولي.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُ السُّلْطَانَ النِّيَّةُ إِذَا أَخَذَ زَكَاةَ الْمُمْتَنِعِ وَأَنَّ نِيَّتَهُ**) أي: نية السلطان (**تَكْفِي**) أي: في السقوط باطنًا، والثاني: لا يلزم السلطان النية، ولا تكفي بل تبقى الزكاة في ذمته باطنًا، وإن المكلف فيما هو متعبد به بخلاف ما لو نوى ولي الطفل ونحوه، والوجهان في اللزوم مبنيان على الوجهين في الاكتفاء، أما السقوط ظاهرًا بمعنى إنه لا يطالب بها، ثانيًا: إذا نوى الإمام، فلا خلاف فيه وإن لم ينو الإمام لم يسقط الفرض باطنًا، وكذا ظاهر على المرجح في الكتاب في دفع الطائع.

أما إذا قلنا: بالمنصوص أجزأت هنا ظاهرًا من باب أولى.

قال الماوردي: وإن أخذها من ماله قهرًا أجزأه في الحكم نوى الولي أو لم ينو، وهل تجز به باطنًا على وجهين؟

فرع: مرت عليه ستون لم يؤد زكاتها؛ لعدم علمه بوجوبها، أدى عن جميعها سواء كان بدارنا أم بدار الحرب، ولم يبلغه وجوبها خلافًا لأبي حنيفة.

فرع: لو استقرت عليه زكاة، ثم مرض، ولا مال له.

قال العبادي في «الزيادات»: ينبغي أن يؤديها إن قدر، ولا يقترض؛ لأنه دين.

وقال شاذان بن إبراهيم: يقترض؛ لأنه دين الله، وهو أحق بالقضاء.

قال العبادي: فإن اقترض ودفع الزكاة، ونوى الوفاء إذا تمكن فمعذور بالاتفاق، انتهى.

وما قاله شاذان أولى؛ لأنه عصى بتأخير الزكاة، فإذا وجد من يقرضه ويرضى بذمته تعين ذلك طريقًا للتوبة والخروج من المعصية، وينقدح هذا في كل دين عصى بسببه أو بتأخيره، وهذا اللزوم ينبغي أن يكون فيما بينه وبين الله تعالى، وأما الحكم عليه بذلك، فلا أصلاً.

فَصْلٌ

قال المصنف: [لَا يَصِحُّ تَعْجِيلُ الزَّكَاةِ عَلَى مَالِكِ النِّصَابِ، ....

قال الشارح: (لَا يَصِحُّ تَعْجِيلُ الزَّكَاةِ عَلَى مَالِكِ النِّصَابِ) لفقد سبب الوجوب هذا في الزكاة العينية، أما لو اشترى عرضًا للتجارة بمائة، ثم عجل زكاة ما تبين، فجاء الحول، وهو يساوي ما تبين أجزأه المعجل عنهما على ظاهر المذهب، وهو أن العبرة بآخر الحول ذكره البغوي وغيره، وذكر الروياني: أنه لو كانت قيمته ما بين فعجل زكاة أربعمائة، فباعها آخر الحول أجزأه، ولبعض الشارحين بحث في صحة هذا التعجيل من جهة أن الأصل عدم بلوغه في آخر الحول نصابًا، وذلك يقتضي ترددًا في النية غير معتقد بأصل بخلاف ما بعد بلوغ النِصاب؛ إذ الأصل بقاؤه، وقد منع الروياني التعجيل في مسألة الأجرة، فيحتمل أن يفرق بأن في الأجرة لم يتيقن الاستقرار الذي هو سبب الزكاة، ويحتمل التسوية بين المسألتين، وهنا أولى بالمنع؛ لأنه لم يتحقق الملك في النِصاب، ورأيت القاضي ابن كج قال: إذا اشترى سلعة للتجارة بمائة درهم، فهل يجوز له أن يقدم الزكاة عليها بنية إن حال الحول؟ وهو يساوي مائتين كانت الخمسة عنها.

نص الشافعي أن ابتداء حولها من يوم الشري، فعلى هذا يجوز ذلك ومن أصحابنا من قال: ابتداء حولها من يوم تبلغ قيمتها مائتي درهم، فعلى هذا لا يجوز، انتهى.

إشارة: لو عجل زكاة نصاب ثانٍ قبل تمامه، فتم بالتوالد بأن ملك تسعة أبعرة أو مائة وعشرين شاة فعجل شاتين فنتجت، وكمل النصابان لم يجزئه عن النِصاب الثاني على الأصح، ولو عجل شاة عن أربعين، ثم ولدت أربعين، ثم هلكت الأمهات لم يجزئه **الْمُعَجَّلُ عَنْ السِّخَالِ** على الأصح وألحق بهذا نظائره، وحمله كلام الكتاب.

وقال الدارمي: لو كان لو نصاب، فأخرج عن نتائجه وربحه فأربعة أوجه: أحدها يجوز، والثاني لا ، والثالث يجوز في السلعة دون النعم، والرابع عكسه.

وَيَجُوزُ قَبْلَ الْحَوْلِ، وَلَا تُعَجَّلُ لِعَامَيْنِ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَيَجُوزُ قَبْلَ الْحَوْلِ**) أي: قبل تمامه بعد الشروع فيه خلافًا، لأبي عبيد بن حربويه وابن المنذر، والمذهب المنصوص المقطوع به، وبه قال أكثر العلماء الجواز، واحتج له بتعجيل العباس صدقته بأمره رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد وخالفه غيره، وقد روي من وجوه أصحها أنه مرسل عن الحسن بن مسلم التابعي، لكنه من صغار التابعين، وبحديث: إنه اقترض بكرًا ورد بازلاً من إبل الصدقة، وهو صحيح، وبه صدَّر الشافعي الباب في «الأم» و«المختصر» وفي الاستدلال به بحث وبأنه صح عن ابن عمر في الموطأ والبخاري تعجيل صدقة الفطر بيوم أو يومين.

قال القاضي أبو الطيب: ولا مخالف له من الصحابة، وبالقياس على الكفارة، فإنها تجب باليمين وبالحنث، ويجوز تقديمها على الحنث، فكذا كل حق مالي حجب بسببين يختصان به يجوز تقديمه على أحدهما.

قال: (**وَلَا تُعَجَّلُ لِعَامَيْنِ فِي الْأَصَحِّ**) هذا ما نسبه الرافعي إلى ترجيح الأكثرين؛ لأن الحول الثاني لم ينعقد عليه فصار كالتعجيل على ملك النِصاب، والثاني: وهو قول أبي إسحاق، وصححه الشيخ أبو حامد والبندنيجي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي والجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» والمتولي والجرجاني والشاشي والعبادي والروياني والخوارزمي في «الكافي» وغيرهم، وجزم به ابن أبي عصرون في «تنبيهه»، ولم يرجح القاضيان ابن كج والحسين والدارمي والإمام شيئًا، وعمده المرجحون أنه ورد في حديث تعجيل القياس، وعلى هذا لا فرق بين العامين، وأكثر حتى لو ملك خمسين شاة، فعجل عشرًا عن عشرة أعوام جاز، وهكذا بشرط أن تبقى عند نصاب فلو عجل شاتين من إحدى وأربعين لم يجز على الصحيح.

تنبيه: إذا منعنا بتعجيل ما زاد على ستة أجزاء ما يقع لسنة هكذا ذكروه، وهو ظاهر، إذا ميز واجب كل سنة، فإن لم يميز فالمتجه عدم الإجزاء؛ لأن المجزي شاة كاملة مثلاً لا مساعة ولا مبهمة.

وَلَهُ تَعْجِيلُ الْفِطْرَةِ مِن أَوَّلِ رَمَضَانَ، وَالصَّحِيحُ مَنْعُهُ قَبْلَهُ.

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُ زَكَاةِ الثَّمَرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ، وَلَا الْحَبِّ قَبْلَ اشْتِدَادِهِ،

قال: (**وَلَهُ تَعْجِيلُ الْفِطْرَةِ مِن أَوَّلِ رَمَضَانَ**) أما أصل تعجيلها فلأثر ابن عمر، ورواه في «الأم» عن مالك عن نافع عن ابن عمر «**أنه كان يبعث زكاة الفطر التي تجمع عنده قبل الفطر بيومين أو ثلاثة**»[1] وأما جوازه من أول رمضان؛ فلأن وجوبها بسببين رمضان والفطر منه، وقد وجد أحدهما هذا قول الجمهور، وفي «التتمة» يجوز من أول يوم رمضان لا من أول ليلة؛ إذ لم يشرع في الصوم.

وفي «البحر» وجد أنه لا يجوز تعجيلها، قيل: ولعله قول ابن حربويه السابق، وليس كذلك؛ لأن ابن كج قال: يجوز تعجيلها بوجود رمضان؛ لأنه أحد الأسباب الموجبة.

وقال أبو علي بن خيران: أنا إذا قلنا الوجوب يتعلق بثلاثة أشياء أخر من نهار رمضان وليلة شوال، وجزء من نهاره حتى يوجد أكثر الأسباب وهو ليلة شوال، وكذلك إذا قلنا: يجز من ليلة شوال وجزء من نهار شوال لم يجز حتى يوجد ليلة شوال. قال القاضي: والأول هو الأصح؛ لأن معظم الوجوب؛ لأجل رمضان، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ مَنْعُهُ قَبْلَهُ**) لأنه تقديم على السببين، والثاني: يجوز؛ لأن الشخص في نفسه سبب لزكاة الفطر، كالنصاب في المال، وذكر القاضي الحسين والبغوي، وتبعهما الرافعي أن الوجهين في تقديمها على رمضان كالوجهين في تقديم زكاة عامين، وفيه نظر!؛ لأن تعجيل ذاك صححه كثيرون، والأكثرون كما سبق، وهم جازمون بمنع تعجيل الفطرة قبل رمضان، ولعل الفارق قوة سبب وضعف آخر، ويحسن أن يرتب فيقال: إن منعنا تعجيل زكاة عامين فهنا أولى وإلا فوجهان، والفارق ما أشرنا إليه.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُ زَكَاةِ الثَّمَرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ، وَلَا الْحَبِّ قَبْلَ اشْتِدَادِهِ**) وإنه لا يجوز إخراج زكاة التمر قبل بدو صلاحه ولا الحَبُّ قبل

---

[1] أخرجه الشافعي في «الأم» (٢/ ٧٢).

وَيَجُوزُ بَعْدَهُمَا . وَشَرْطُ إِجْزَاءِ الْمُعَجَّلِ بَقَاءُ الْمَالِكِ أَهْلًا لِلْوُجُوبِ إِلَى آخِرِ الْحَوْلِ،

اشتداده؛ إذ لا سبب للوجوب إلا ذلك، وما وجب سبب واحد امتنع تقديمه عليه، والثاني: يجوز في الثمار بعد الطلع، وخروج الثمرة، وفي الزرع بعد التسنبل والانعقاد، وفي «النهاية» وجه أنه يجوز في الزرع بعد النبات، ووجه أنه يجوز في الثمرة بين الطلوع والزهو، ولا يجوز في الحَبُّ حتى يشتد، ولا يجوز في الثمار قبل الطلع، ولا في الزرع قبل النبات بلا خلاف، هكذا قاله المصنف وغيره في كتاب ابن كج عن أبي إسحاق سماعًا أنه قال: يجوز تقدمة الزكاة في النخل، وإن لم يطلع؛ لأنه أصول فقد وجد أحد السببين، انتهى.

قال: (**وَيَجُوزُ بَعْدَهُمَا**) أي: الأصح أنه يجوز التعجيل بعد بدو الصلاح في الثمر، والاشتداد في الحَبِّ؛ لأنه قد حصل الوجوب، وهذا تعجيل على وجوب الإخراج، لا على أصل الوجوب، فهو أولى الإجزاء من تعجيل الزكاة قبل الحول؛ إذ لا وجوب، والثاني: لا يجور للجهل بالقدر، ورجحه الغزالي وغيره.

وقال في «الذخائر» أنه الذي نقله العراقيون، والشيخ أبو محمد من الخراسانيين.

وقال الدارمي: إن علم فيه نصابًا قدم زكاته، وإن شك في النِصاب لم يدفع، انتهى.

إشارة: لو كان الرطب لا يجيء منه تمر، والعنب لا يجيء منه زبيب، فلا يجيء خلاف؛ إذ لا تعجيل كما لو أخرج بعد جفاف الثمرة، فلا يسمى ذلك تعجيلاً.

قال: (**وَشَرْطُ إِجْزَاءِ الْمُعَجَّلِ بَقَاءُ الْمَالِكِ أَهْلاً لِلْوُجُوبِ إِلَى آخِرِ الْحَوْلِ**) أي: فلو مات أو تلف ماله أو باعه لم يكن المعجل زكاة، وهل يحسب في صورة الموت عن زكاة الوارث؟ بنى على أنه هل يبني على حوله؟ إن قلنا: نعم أجزأه، وإلا فلا على الأصح، وقيل: يجزئه؛ لتعجيل زكاة عامين، ويكون العام المستأنف في حق الوارث كالثاني في حق المعجل، ونص في «الأم» على أن المعجل يقع عن الوارث، وجعله الجمهور جوابًا على القديم .

وَكَوْنُ الْقَابِضِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ مُسْتَحِقًّا وَقِيلَ إِنْ خَرَجَ عَنْ الِاسْتِحْقَاقِ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ لَمْ يُجْزِهِ. وَلَا يَضُرُّ غِنَاهُ بِالزَّكَاةِ.

اعلم أنه قد يبقى المال وأهلية المالك، لكن تتغير صفة الواجب بأن عجل بنت مخاض عن خمس وعشرين، فصار واجبه كالنتاج بنت لبون، فلا يجزئه المعجلة، وإن صارت بنت لبون عند القابض بل يستردها بشرطه، ويخرجها أو غيرها، وسبق في زكاة الثمار ما ينازع في هذا، وقد يفرق بينهما بأن زيادتها هنا حصلت في ملك القابض، وقبض الرطب فاسد، فحصل الجفاف في ملك المالك وقد ينفي المال، وأهلية الأخذ والدافع، وصفة المدفوع، ولكن تجب الزكاة لأهل بلد آخر؛ لحصول المال به عند الحول كأموال التجار أهل الأسفار كما سيأتي في قسم الصدقات إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَكَوْنُ الْقَابِضِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ مُسْتَحِقًّا**) أي: فلو كان مرتدًا، أو ميتًا، أو غنيًا بغيرالمدفوع إليه، لم يحسب المعجل عن الزكاة عندنا، وقيل: إذا مات الآخذ معسرًا أجزأ لئلا يمتنع الناس من التعجيل، وقيل: يغرم الإمام له، ذلك من بيت المال، ويخرج المالك بالزكاة جمعًا بين المصلحتين، ولا خلاف في اشتراط استحقاقه، حالة الأخذ أيضًا، ولو شك هل مات قبل الحول أو بعده؟ فوجهان.

قال الروياني: أقربهما الإجزاء، وعبارة حلية الشاشي لم يسترجع في أظهر الوجهين.

قال: (**وَقِيلَ إِنْ خَرَجَ عَنْ الِاسْتِحْقَاقِ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ لَمْ يُجْزِهِ**) أي: كما لم يكن عند الآخذ من أهل الاستحقاق، ثم صار في آخر الحول من أهله، والأصح الإجزاء اكتفاءًا بأهليته في طرفي الوجوب والأداء، ومن أخذ وليس بمستحق كان متعديًا بالقبض؛ فلهذا لم يجزأ.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ غِنَاهُ بِالزَّكَاةِ**) أي: بتلك المعجلة؛ إما لكثرتها، أو توالدها، وردها، أو التجارة، والربح فيها؛ لأنا لو أخذناها لافتُقِرَ، واحتجنا إلى ردها إليه، فإثبات الاسترجاع يؤدي إلى نفيه؛ ولأن المقصود بذلك أن يستغني، والاسترجاع مبطل لهذا المقصود؛ ولهذا قالوه تصويرًا، وتعليلاً،

وَإِذَا لَمْ يَقَعْ الْمُعَجَّلُ زَكَاةً اسْتَرَدَّ إِنْ كَانَ شَرَطَ الِاسْتِرْدَادَ إِنْ عَرَضَ مَانِعٌ،

ولو استغنى بها وبغيرها كما لو استغنى بها؛ لأنه بدونها ليس بغني، ولو استغنى بغيرها مما ليس بزكاة، بان فساد التعجيل كما سبق.

كذا أطلق وهو ظاهر، إذا كانت باقية، أو تالفة، ولا يؤدي استرجاع بدلها منه إلى خروجه عن الغنى، فإن أدى إلى ذلك فينبغي أن لا يسترد منه لئلا يعود إلى حالة يستحق أخذها، كما أشار إليه المعنى الأول، ولو استغنى بزكاة أخرى واجبة، أو معجلة، فكما لو استغنى بغير الزكاة، كما يشير إليه كلام الأئمة، وصرح به أبو علي الفارقي في «فوائد المهذب».

وعبارة الشافعي ﷺ في «الأم»: ولو لم يحل الحول، حتى أيسر الذي أعطاه زكاة ماله من غير ماله المسألة، فقوله من غير ما، شاهدٌ لذلك، وحينئذ يتعين حمل «المصنف» بالزكاة على العمد، وهو متعين، لا على العموم على أن في [النفس] من ذلك شيئًا، والمتبادر خلافه، وصور ذلك بما إذا تلفت المعجلة، ثم حصل غناه من زكاة أخرى، ونمت في يده بقدر ما يوفي منها، بَدَلَ التالفة، وتنفي غناه، وفيما إذا بقيت، وكان حاله قبضهما محتاجًا إليهما، ثم تغيرت حاله فصار في آخر الحول يكتفي بأحدهما، وهما بيده، وفيما إذا اتفق حول المعجلتين إشكال إذ ليس استرجاع هذه أولى من هذه، بل الثانية أولى بالاسترجاع، وكلام الفارقي يشعر بأنَّ الأولى هي المسترجعة، أما إذا كانت الثانية واجبة، فالأولى هي المسترجعة؛ لأن عروض المانع بعد قبض الزكاة الواجبة لا مبالاة به، جزمًا هكذا قاله بعض أئمة العصر، لكن لو عجل اثنان في آن واحد، فإن لم نجعلهما بمنزلة المعجل الواحد، أُشْكِلَ الحال، والظاهر أنهما بمنزلته.

قال: (وَإِذَا لَمْ يَقَعْ الْمُعَجَّلُ زَكَاةً اسْتَرَدَّ إِنْ كَانَ شَرَطَ الِاسْتِرْدَادَ إِنْ عَرَضَ مَانِعٌ) كما لو عجل الأجرة، ثم انهدمت الدار في المدة.

تنبيه: قيل قوله: إن عرض مانع ينازعه قوله استرد؛ لأنه لا يسترد إلا إذا عرض مانع، استرجعت أما إذا لم يعرض مانع فلا، وقوله: الاسترداد له، لأن شرط الاسترداد صورته أن يقول لمن عرض مانع استردادًا له بلا سبب؛ لأنه تبرع بالتعجيل فهو كمن عجل دَيْنًا مؤجلاً.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ قَالَ: هَذِهِ زَكَاتِي الْمُعَجَّلَةُ فَقَطِ اسْتَرَدَّ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلتَّعْجِيلِ وَلَمْ يَعْلَمْهُ الْقَابِضُ لَمْ يَسْتَرِدَّ، ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ قَالَ: هَذِهِ زَكَاتِي الْمُعَجَّلَةُ فَقَطِ اسْتَرَدَّ**) ولأنه عين، فإذا بطرت رجع كما في الأجرة، والثاني: لا؛ لأن العادة أن ما يدفع إلى الفقير لا يسترد، وكأنه ملكه بالجهة المعينة إن وجد شرطها، وإلا فهو صدقة.

تنبيهات: قال الرافعي: ولم يذكر المعظم غير الأول، ولذلك قال الشيخ في «شرح المهذب»: إن به قطع الجمهور، وإنّ أصح الطريقين الوجهان فيما إذا دفع المالك بنفسه كما رمز إليه «المصنف»، أما لو عجل الإمام من غير ماله، استردوه حاجة إلى شرط الرجوع.

قال الرافعي: لكن لو لم يعلم الآخذ إنها زكاة غيره، فيجوز على الوجه الآخر أن لا يسترده، وعلى الإمام الضمان للمالك؛ لتقصيره بترك الاشتراط.

ولم يقل إنها معجلة، ولكن علمه القابض، ففيه الوجهان، والمرجح الاسترجاع، كما لو ذكر التعجيل؛ لأنه بقبضه مع العلم بالتعجيل يوطن نفسه على حكمه، كذا قالوه، وإنما يحصل التوطين على حكمه إذا علمه، وإلا فقد يعلم التعجيل، ولا يعلم حكمه، فلا يكون موطنًا نفسه عليه .

قال: (**وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلتَّعْجِيلِ وَلَمْ يَعْلَمْهُ الْقَابِضُ لَمْ يَسْتَرِدَّ**) أي: لتفريط الدافع، والثاني: يسترد؛ لأنه لم يقع الموقع، وهو ظاهر ملقاتي عن النص.

والثالث: إن كان الدافع الإمام ونحوه استرد، أو المالك لم يرجع، والفرق تهمة المالك دون الإمام، أو أن الإمام لا يدفع إلا الفرض، وقيل: فيهما قولان، وقيل: إن قال زكاتي، أو صدقتي المفروضة، فهو كذكره التعجيل فقط.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة» قال الشافعي: بلفظ هذا معناه: إذا تصدق الرجل ببعض صدقةٍ ماله على بعض فقراء بلده، فانكشف له بعد ذلك أن قابض صدقته كان موسرًا عند قبضها، فله أن يستردها منه، وإن كان فقيرًا في حال الاسترداد وعليه دفعها إلى من كان فقيرًا، في آخر تلك السنة، قال

....

أصحابنا: هذا جواب على القول بأنه لا يجوز النقل، والنص مفروض فيما إذا كانوا محصورين، فأما إذا جوَّزنا النقل لو كان المساكين غير محصورين، فالجواب بخلاف ذلك، انتهى.

وظاهر النص جواز الاسترداد مطلقًا، كما هو الوجه الثاني فيما حكيناه.

تنبيهات: ما رجحه من المنع مطلقًا، قال في «الروضة»: إنه المذهب، واقتضى كلامه في «شرح المهذب» ترجيح التفصيل، حيث قال: فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يثبت الرجوع مطلقًا؛ لأنه لم يقع الموقِع.

والثاني: لا يثبت مطلقًا؛ لتفريط الدافع.

والثالث: إن دفع الإمام أو الساعي يرجع، أو المالك فلا، وبهذا قطع جمهور العراقيين، ورجح الرافعي الأول، وحكاه صاحبا «الشامل» و«البيان» عن الشيخ أبي حامد والبندنيجي.

وقال البغوي، والسرخسي: نص الشافعي في «الأم» أنه يسترد وفي المالك لا يسترد، ثم حكى الطرق السابقة وقوله، ورجح الرافعي الأول كذا وقع له في أصله، وإنما رجح الرافعي المنع مطلقًا، وكأنه أراد أن يكتب الثاني، فسبق القلم إلى الأول مفهوم كلام «المصنف» أنّه إذا علم القابض التعجيل استرد المالك، وهو المرجح كما سبق بما فيه هذا، إذا قارن العلم الآخذ.

أما إذا لو تجدد له العلم بعد القبض، فهل هو المقارن أم لا؟

قال شارح: لم أر فيه تصريحًا، والأقرب الأول، وسنذكر من مسائل الخلاف ما يدل له فإن قلت: تحتمل أن يقال به إن رجع هنا، فليرجع إذا خرج عن الغائب، ثم ثبت بالبينة أو بتصديق القابض تلفه من قبل.

قلت: يحتمل أن يقال به؛ لأن الإمام قال: سبيله كسبيل الزكاة المعجلة، ويحتمل أن يفرق إلا أن يشترط الاسترداد، بأن المعجل قاصد للاسترجاع بخلاف هذا، وقصد الاسترجاع يمنع وقوعها نفلاً، وقياس من إذا نوى الظهر قبل الزوال جاهلاً لا ينعقد نفلاً، أن يسترد في الغائب، قال: فحصلنا على

وَأَنَّهُمَا لَو اخْتَلَفَا فِي مُثْبِتِ الِاسْتِرْدَادِ صُدِّقَ الْقَابِضُ بِيَمِينِهِ، ....

خمس مراتب التصريح، وبالرجوع ببينة وفاقًا.

وذكر التعجيل مقترنًا بالقبض ببينة على الأصح، ويساويه اقتران العلم بالقبض، ويلحق به العلم بعد القبض، وفيهما تقدم من البحث والتقيد بالفرضية فقط، لا بينة على الأصح، وعند الإطلاق، ولا يثبت على المذهب.

قال: (**وَأَنَّهُمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي مُثْبِتِ الِاسْتِرْدَادِ صُدِّقَ الْقَابِضُ بِيَمِينِهِ**) فيه صورتان: الأولى: اختلفا في ذكر التعجيل، أو في التصريح بالرجوع إن شرطناه، فالقول قول القابض على الأصح؛ لأن الأصل عدم ذلك، والغالب كون الأداء في الوقت ولاتفاقهما على انتفاء الملك، واليد، والأصل بقاؤهما.

والثاني: يصدق المالك؛ لأنه المؤدي، فكان الرجوع عليه، وهو بعيد وسواء جرى الاختلاف بين المالك والمسكين، أو بين الإمام والمسكين.

إذا قلنا: الإمام يحتاج إلى الاشتراط، ووقع في أصلي «شرح المهذب»، وقابلته بأصل «المصنف» فيه وجهان: أصحهما تصديق الدافع بيمينه، والثاني يصدق القابض بيمينه لاتفاقهما على ملكه المقبوض، انتهى.

والظاهر أنه لم يقع عن قصد، الثانية: اختلفا في علم القابض، فلا خلاف أن القول قوله بيمينه، وقول وارثه عند موته، فإن صدقة استرد، وإن أنكر فهل يحلف هو أو وارثه؟ فيه وجهان.

قال أبو يحيى البلخي: يحلف على نفي العلم؛ لأن الدعوى محتملة، والثاني: لا يحلف. قال الشاشي: والأول أظهر، كما قال رحمه الله.

قال في «الذخائر»: واختاره الشيخ أبو حامد، وبه جزم في «الأم»، ولا خلاف في التحلف في الصورة الأولى كما قاله الماوردي: ولا يخفى، إنا لو اكتفينا في الرجوع بقصد المالك، إن القول قوله فيه بيمينه.

إشارة: تضمن كلام «المصنف» إنهما لو حلفا في نقص المال عن النِصاب، أو تلفه قبل الحول، وغير ذلك، مما يثبت معه الإسترداد كما سبق، إن القول قول القابض بيمينه على الأصح، وفيه وقفة، ولم أرَ فيه نصًا.

وَمَتَى ثَبَتَ وَالْمُعَجَّلُ تَالِفٌ وَجَبَ ضَمَانُهُ وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ قِيمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ لَو وَجَدَهُ نَاقِصًا فَلَا أَرْشَ وَأَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً.

قال: (**وَمَتَى ثَبَتَ وَالْمُعَجَّلُ تَالِفٌ وَجَبَ ضَمَانُهُ**) أي: إن كان مثليًا بالمثل، وإن كان متقومًا فوجهان، أحدهما: بالقيمة، وهو ما أطلقه الجمهور، ولم يورد الرافعي و«الروضة» غيره، والثاني: أنه يضمن مثله من الحيوان، وهو ظاهر النص في «المختصر»، وكرر في «الأم» لفظ مثل ما أخذ، وهو كالصريح فيه، وهو الموافق لقول «الأصحاب» هنا إنا تبينا أنّه ملك المعجل ملك فرض، وهو الأصح فليكن الأصح ضمانه بالمثل، وخص الماوردي الوجهين بما إذا خرج الدافع عن الأهلية، أما لو أخرج الآخذ عن أهلية الاستحقاق رجع بالمثل وجهًا واحدًا، والصحيح إنه لا فرق بينهما، ومتى ثبت الاسترداد والقابض ميت، فالضمان من تركته.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ قِيمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ**) لأن ما زاد عليها حصل في ملك القابض فلم يضمنه كما لوأرادت الزوجة قبل الدخول، أو طلقها، فإنما يرجع بقيمة يوم القبض، **والثاني**: يوم التلف؛ لأنه ينتقل الحق على القيمة.

والثالث: أقصى القيم خرجه الإمام، وصرح به السرخسي.

والرابع: يوم الاسترجاع حكى عن البندنيجي، وزيفه الشيخ.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ وَجَدَهُ نَاقِصًا فَلَا أَرْشَ**) النقص إن بان متميزًا وغيره، فالأول: كبعيرين تلف أحدهما رجع بالباقي وبمثل التالف أو بقيمته على ما سبق من الوجهين، وإن كان غير متميز كالمرض والهزال رجع فيه ناقصًا، ولا يستحق إرش، وهو ظاهر نص «الأم»، وعليه جرى العراقيون، والقفال، وعلله الماوردي؛ بأنه تبرع بتعجيله وعلله غيره؛ بأنه نقصٌ حصل في ملك القابض، فلا يضمن. والثاني: يجب الأرش؛ لأن ما ضمن كله ضمن بعضه، وهذا كله إذا قلنا أنه بملك المعجل، أما إذا قلنا تبين عدم الملك فيجب الأرش بلا إشكال.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً**) أي: بناء على أنه ملك الأخذ ملك قرض، وإن القرض يملك بالقرض.

والثاني: يرد الزيادة المنفصلة بناءًا على الوقف، وأنَّا تبينا عدم الملك.

فَصْلٌ

وَتَأْخِيرُ الزَّكَاةِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ يُوجِبُ الضَّمَانَ، وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ، ....

وقال في «الروضة» و«شرح المهذب» الذي قطع به الجمهور: نأخذ الأصل بلا زيادة، وقيل: وجهان، انتهى.

ويعوز بالمتصلة كالسمن، والكبر، وسكتوا عما إذا كان حملاً، وغيره ما ذكروه في «التفليس» من صور المشاركة مما سيأتي إيضاحه.

اعلم أن جميع ما تقدم فيما إذا كان الآخذ عند الأخذ مستحقًا، أما لو بان عنه، لم يكن كذلك حالة أخذه استردت بالزوائد، وغرم أرش النقص قطعًا، وإن اتصف في آخر الحول بالاستحقاق.

فرع: قال لآخر: أعطني فإني فقير، فأعطاه بنية الزكاة، وقع عنه، فلو اختلفا، فقال: دفعته قرضًا، وأنكر الفقير، فالقول قوله وإن لم يقل من ظاهره الفقر إني فقير فأعطاه شيئًا بنية الزكاة لم يجز إلا أن يقول دفعت اليد من زكاة مالي، ولو دفعه مطلقًا، ثم قال: دفعته قرضًا، فالقول قول الآخذ؛ لأن الظاهر معه، قاله القاضي الحسين.

فرع: لا يجوز للإمام الإجبار على تعجيل الصدقة، ولكن يستحب لأرباب الأموال إن تعجلوا إذا حضرهم الساعي، قاله القاضي الحسين.

وينقدح أن لا يتوقف الاستحباب على حضور الساعي، فيما يتولى المالك تفرقته إذا رأى حاجة المستحقين؛ لأنه فرض لمحتاج حكمًا، ومن المشكل ترجيح «المصنف» في باب النذر من «الروضة» في زيادة أنه لو نذر التعجيل لم ينعقد، ولم يلزمه الوفاء به، ولا يخفي ما في هذا الإطلاق، والله أعلم.

فصل

قال: (وَتَأْخِيرُ الزَّكَاةِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ يُوجِبُ الضَّمَانَ، وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ) التمكن شرط في الضمان، وسبق تفسيره، وهل هو مع ذلك شرط في الوجوب؟ فيه قولان: أحدهما: ويحكى عن القديم، وذكره في «المختصر» في مواضع، إنه من شرائط الوجوب كما في الصلاة والصوم.

……

وأصحهما عند الجمهور، وهو قوله في «الإملاء» لا إنه ليس من شرائط الوجوب، وإن الوجوب بتمام الحول، لكن إنما يستقر بالتمكن، كما أنّ الصلاة تجب بدخول الوقت، ولا تستقر إلّا بمضي زمن يمكن إيقاعها فيه، وعلى القولين ابتدأ الحول الثاني من عام الأول، وقيل: على الأول يكون إبتداؤه من حين التمكن إذا عرف هذا الأصل، فبعد التمكن يستقر الوجوب، سواء بقي المال أو تلف بنفسه، أو بإتلاف المالك، أو غيره، طالبهُ الساعي أو الفقراء، أو لم يطالب؛ لتقصيره بالتأخير، وهذا المراد بالضمان، لا ضمان المتلفات حتى يلزمه في المتقوم القيمة، أو المثل الصوري، بل الواجب ما كان قبل التلف، فإذا أُتلف خمسًا من الإبل، أو أربعين شاةٍ، فالواجب شاة.

وعن القاضي الحسين أن على قياس قول الشاشي في المعشرات، إذا تلف الرطب يضمن ثمن عشره، أنه يضمن هنا قيمة الشاة.

قال المتولي: وهذا صحيح، على قول تعلق الشركة، والأصح خلاف قوله، وإن كان الأصح في الرطب ضمان الثمن، وفي كلام الشيخ أبي حامد عند الكلام في تعلق الزكاة أنهم أجمعوا على أن الواجب شاة لا قيمتها، وهو الصواب على كل قول؛ لأنا وإن قلنا بالشركة، لا يقطع النظر عن الذمة، نعم، قال الإمام آخر باب النية: لو لزمه شاة ثم تلف الأربعون بعد الإمكان، وعسر الوصول إلى الشاة، أو مست حاجة المساكين، فالظاهر عندي أنه يخرج القيمة الضرورية، كما لو أتلف مثليًا ثم أعوز المثل.

تنبيه: قول «المصنف» تأخير الزكاة أي: عمن يجب تسليمها إليه من الإمام، أو نائبه، أو الأصناف، فحيث أوجبنا الدفع إلى الإمام ففعل برأ، وإن قلنا له تفرقة زكاة الأموال الظاهرة بنفسه، فسلمها إلى الساعي مختارًا، فتلف في يده، هل يبرأ؟ وجهان في «النهاية»، مثارهما أنه ناب للمستحقين أو بمنزلة وكيل المالك، ولو أعطاها السلطان الجائر، وقلنا بانعزاله به، فلا أثر للدفع إليه، إلا أنه وكيل للمالك.

وإن قلنا: لا ينعزل، فإن قلنا: يجب الدفع إليه، فهو كالعدل، وإن قلنا:

وَلَوْ تَلِفَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ فَلَا، وَلَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَغْرَمُ قِسْطَ مَا بَقِيَ.

لا يجب، ولم يكن قهر، فسلمه فأهلكه.

قال الإمام: فالظاهر أنه يلزمه تأدية الزكاة لتقصيره.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ قَبْلَ التَّمَكُّنِ**) أي: بلا تفريط (**فَلَا**) أي: بلا خلاف، كمن مات قبل مضي ما يسع الصلاة؛ ولأنه بيده أمانة كالوديعة.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَغْرَمُ قِسْطَ مَا بَقِيَ**)فيه مسألتان، الأولى: أن يكون المال نصابًا فقط كخمسة أبعرة، فيتلف واحد قبل التمكن، وبعد الحول، فيسقط ويلزمه أربعة أخماس شاة، على قولنا التمكن شرط في الضمان، وعلى القول الآخر لا يلزمه شيء، كما لو نقص النِصاب في الحول، ولو كان ماله ستة وثلاثين بعيرًا فهلك بعير، فعلى المرجوح يلزمه بنت مخاض، وعلى الأظهر [يلزمه] خمسة وثلاثون جزءًا من بنت لبون، الثانية: أن يكون أكثر من نصاب كتسعة أبعرة، فيبنى على هذا الأصل مع أصل آخر، وهو أن الأوقاص عفو أم لا؟ قولان، أصحهما الأول، فإن تلف من التسع أربع، ثم تمكن، فإن قلنا: التمكن شرط في الوجوب، لزمه شاة، وإن قلنا في الضمان والوقص عفو، فكذلك، وإن قلنا الفرض يتعلق بالجميع، فالصحيح أنه يلزمه خمسة أتساع شاة.

وقال أبو إسحاق: شاة، ولو تلف من التسع خمس، فإن قلنا: الإمكان شرط في الوجوب فلا شيء، أو في الضمان، والوقص عفو؛ فأربعة أخماس شاة، وإن بسطنا الواجب على الجميع، فأربعة أتساع شاة، وفي ثمانين من الغنم شاة تلف شطرها، إن قلنا: الإمكان شرط في الوجوب أو في الضمان والوقص عفو فشاة، وإن قلنا شرط في الضمان، والفرض يتعلق بالجميع، فنصف شاة، وعلى قول أبي إسحاق شاة، وقِس على هذا إذا عرفت هذا.

فإن أعدت الضمير في قول «المصنف» على النِصاب صح، وكان مثاله المسألة الأولى دون الثانية، وإن أعدته على المال، وهو المتقدم في كلامه، لم يصح إطلاق وجوب البسط في الثانية، [إلا] إذا قيل أن الوقص ليس بعفو، والمذهب خلافه. ولو ولد أربعون شاة أربعين سخلة، ثم ماتت الكبار بعد

وَإِنْ أَتْلَفَهُ بَعْدَ الْحَوْلِ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ لَمْ تَسْقُطِ الزَّكَاةُ، وَهِيَ تَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ تَعَلُّقَ شَرِكَةٍ.

الحول، فإن قلنا: الإمكان شرط في الوجوب، وجب سخلة، وإن قلنا: شرط في الضمان، قال أبو حامد: تجب كبيرة، وقال بعض أصحابنا تجب صغيرة، وتصير كأن كلها صغار عند الحول، نقله الروياني.

قال: (**وَإِنْ أَتْلَفَهُ بَعْدَ الْحَوْلِ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ لَمْ تَسْقُطِ الزَّكَاةُ**) أي: سواء قلنا التمكن شرط للضمان، أو الوجوب لتقصيره بإتلافه، وهو على الأول واضح، وعلى الثاني مخالف؛ للتفريع عليه، وبه استدل على ضعفه، إذ لو كان كذلك لم تجب، كما لو أتلفه قبل الحول.

وعن الجيلي نقل وجه أن ذلك يمنع الوجوب، فإن ثبت فهو وفاء بالتفريع، وإن أتلفه أجنبي، فإن قلنا الإمكان شرط في الضمان، والزكاة تتعلق بالعين، انتقل الواجب للمستحقين إلى القيمة، كما لو قتل الجاني أو المرهون، وإن قلنا شرط في الوجوب أو الضمان، ولكن الزكاة تتعلق بالذمة، فلا زكاة؛ لعدم شرطها في الأولى، وسقوطها في الثانية، قيل: كذا أطلقه الرافعي، وكأنه مصور في الماشية.

أما النقد إذا أتلفه متلفٌ، ويجب فيه الزكاة إذا قلنا بزكاة الدين، ويبني حوله على حول العين، وحينئذ لا فرق أن يفرع على قول الوجوب، أو الضمان، أو العين، أو الذمة، انتهى.

ولينظر هل ما ذكره إذا قلنا: تتعلق بالذمة، ولا تعلق لها بالمال، أما إذا قلنا يتعلق بالذمة، والمال مرهون به كما نقله ابن كج، لا يكون الحكم كذلك في الماشية.

قال: (**وَهِيَ تَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ تَعَلُّقَ شَرِكَةٍ**) للظواهر؟ ولأنها تجب بصفة المال، ويؤخذ من عينهِ قهرًا عند الامتناع، كما يقسم المشترك قهرًا عند الامتناع منها.

وأجيب عن جواز الإخراج من غيرها، وعن عدم المشاركة فيما يحصل

وَفِي قَوْلٍ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ، وَفِي قَوْلٍ بِالذِّمَّةِ. فَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ إِخْرَاجِهَا، فَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ فِي قَدْرِهَا، ....

[من] فوائدها بعد الوجوب، بأنها مبنية على المساهلة، والإرفاق، بخلاف سائر المشتركات.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ**) لأنه لو امتنع من الأداء، ولم يجد الواجب في ماله، تابع الإمام بعضه، واشترى واجبه كما يباع المرهون في الدين.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ بِالذِّمَّةِ**) أي: ولا تعلق لها بالعين كالفطرة، وهو أضعفها، وأنكره ابن سريج.

وقال: لا خلاف في تعلقها بالعين، وإنما الخلاف في كيفية التعلق، ويوافق إنكاره سكوت كثيرين عن ذكره، وأهمل «المصنف» قولاً رابعًا: أنها تتعلق بالمال أرش الجناية، وخامسًا: أنه موقوف، إن أدى من عين المال تبينا أن أهل السهمين استحقوا عند الوجوب جزءًا من المال، وإن أدَّى من غيره تبينا أنهم لم يستحقوا من عين المال شيئًا.

وحاول ابن الرفعة إثبات قول سادس من اختلاف عبارتين، وأنكر عليه ذلك بعض تلامذته.

تنبيهات: إذا حكمنا بالشركة، فهل الواجب مشاع أو مبهم؟ فيه وجهان، أقيسهما في «الشامل» الأول والثاني منهم، ويتعين بالإخراج، وإذا قلنا بالرهن فهل المال كله مرهون بالزكاة أو بقدرها؟ جزم الشيخ أبو حامد وغيره بالأول، وقال الإمام: إن الثاني هو الحق الذي قاله الجمهور، وما عداه نفوه، والوجهان جاريان على قول تعلق الجناية.

هذا كله إذا كان الواجب من جنس المال، وإن لم يكن منه كالشاة في خمس من الإبل، فطريقان أحدهما: القطع بالذمة، وأصحهما أنه على الخلاف السابق فالاستيثاق لا يختلف، وأما الشركة فيشاركون بقدر قيمة شاة.

قال: (**فَلَوْ بَاعَهُ**) أي: باع مال الزكاة (**قَبْلَ إِخْرَاجِهَا، فَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ فِي قَدْرِهَا**) لبيع مال شريكه.

وَصِحَّتُهُ فِي الْبَاقِي] .

(وَصِحَّتُهُ فِي الْبَاقِي) لأنه ملكه فيفرق الصفقة، والثاني: يصح في الكل بناءً على التعليق بالذمة المحض، والثالث: تبطل في الكل .

وقياس قول الوقف أن يقال: إن أدى من غيره تبينا صحة البيع في الكل، هذا إذا باع جميع النِصاب، فلو باع بعضه ولم يبق قدر الزكاة، فكبيعه الكل، وإن أبقاه على قصد صرفه للزكاة أولاً على هذا للقصد، فإن قلنا : بالشركة على الإبهام صح، أو على الإشاعة بطل في قدر الزكاة منها، وصح في الباقي، وإن قلنا بالرهن، وقلنا الجميع مرهون لم يصح، وإن قلنا قدر الزكاة صح فيما عداه، وإن قلنا يتعلق الأرش، فإن صححنا بيع الجاني صح، وإلا فكتفريع قول الرهن، ذكر هذا الترتيب الرافعي، وغيره.

وقال الماوردي: إن كان المبيع مثليًا صح، سواء كان قدر الزكاة المستثنى معينًا أم مشاعًا، وإن كان ماشية فإن عين، وقال: بعتك هذه الأربعين غلة، هذه الشاة صح، وإن لم يعين، بأن قال: بعتكها إلا شاة لم يشر إليها، فإن كان بعضها كبارًا، وبعضها صغارًا، لم تصح، وإن تساوت في الأسنان، وتقاربت في الأوصاف فوجهان، أظهرهما : البطلان، هذا كله في زكاة الأعيان.

أما بيع مال التجارة فقد ذكرناه في آخر بابها، وبالله التوفيق.

[وأسأل الله حُسن الخاتمة]

كِتَابُ الصِّيَامِ

قال المصنف: [يَجِبُ صَوْمُ رَمَضَانَ بِإِكْمَالِ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ، أو رُؤْيَةِ الْهِلَالِ،

هو لغة: الإمساك، وشرعًا: إمساك مخصوص في زمن مخصوص عن أشياء مخصوصة.

قال: (يَجِبُ صَوْمُ رَمَضَانَ) بالنصوص والإجماع.

قال: (بِإِكْمَالِ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ أَوْ رُؤْيَةِ الْهِلَالِ)؛ لقوله ﷺ: «صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ، فَإِنْ غُمِّيَ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا عِدَّةَ شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ»⁽¹⁾ رواه البخاري.

إشارات و[تنبيهات]: يحتمل أن يضاف إلى الرؤية، وإكمال العدد، ظن دخوله بالاجتهاد عند الاشتباه، على أهل ناحية حديثُ عهد بالإسلام أو أسارى، وهل الأمارة الظاهرة الدالة في حكم الرؤية، مثل: أن يرى أهل القرى القريبة من البلد القناديل قد علقت ليلة الثلاثين من شعبان بمنابر المصر، كما هو العادة؟ الظاهر نعم، وإن اقتضى كلامهم المنع، خُذ من كلام «المصنف» أنه لا عبرة بالتنجيم، ولا بالحساب وهو المذهب، وهل يمنع عليهما؟ أو لهما فقط العمل بهما، أو لغيرهما، أو يجوز للحساب فقط، أو يجب عليه فقط وجوه، وجعلها الشيخ خمسة مع إهماله وجهي الوجوب والامتناع، وقال: أصحهما لا يلزم أحد الصوم بذلك، ولكن يجوز لهما فقط، ولا يجزئهما عن فرضهما على الصحيح.

ونوقش في ترجيح الجواز، فإن أكثر الكتب ساكتة عنه في الحساب.

قلت: لكن في «البيان» في المواقيت أن المذهب أنه تعمل عليه بنفسه في وقت الصلاة، وفي صيام رمضان، ولا يعمل به غيره، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٦٧٢، رقم ١٨٠١)، ومسلم (٢/ ٧٦٠، رقم ١٠٨٠)، والنسائي (٤/ ١٣٤، رقم ٢١٢٠)، وابن ماجه (١/ ٥٢٩، رقم ١٦٥٤)، وابن حبان (٨/ ٢٢٦، رقم ٣٤٤١).

وَثُبُوتُ رُؤْيَتِهِ بِعَدْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: عَدْلَانِ.

وبه جزم جماعة كما سيأتي، وقد جزم الرافعي في كلامه على يوم الشك، بأنه لا أثر؛ لظننا الرؤية ولا الحساب، ورأيت ابن عبد البر قال، وقد نقل عن نص الشافعي أنه قال: من أجاد حساب النجوم، وتبين له بالحساب أن الهلال يطلع ليلة الثلاثين، وغُمَّ عليه، جاز له أن يعقد الصيام، ويبتته ويجزئه، والصحيح عنه عند أصحابه وجمهور العلماء، أنه لا يعتمد في الصوم على ذلك، ولا يجزئ صومه إلا برؤية أو شهادة أو إكمال العدة، انتهى.

وأما المنجم فالصحيح عند الجمهور أنه لا يجوز له اعتماد التنجيم، وأما قوله: يجوز لهما ولا يجزئ، فإنه فهمه من كلام الدارمي أن لنا وجهًا أنه يجوز، ولا يجزئ، وهذا بعيد، والصواب أنه متى جاز أجزأ، إذا تبين الوجوب، وإن الخلاف في الإجزاء مبني على الخلاف في الجواز.

قال: (**وَثُبُوتُ رُؤْيَتِهِ بِعَدْلٍ**) أي: بالنسبة إلى الصوم فقط؛ لأن ابن عمر ﵄ رآه فأخبره ﷺ بذلك، فصام وأَمَّ الناس بصيامه، رواه أبو داود، وصححه ابن حبان، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ولحديث الأعرابي المشهور في السنن الأربع وغيرها، وصححه ابن حبان والحاكم أيضًا، وفي الحديثين كلام للناس.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: عَدْلَانِ**) كهلال شوال، وصح مرفوعًا: «**فإن شهد ذوا عدل فصوموا..**»⁽¹⁾ الحديث.

ونقل في «شرح المهذب» طرقًا، أصحها وأشهرها، وبه قطع الجمهور في المسألة قولان، أصحهما: باتفاق الأصحاب يثبت بعدل، وهو نصه في القديم ومعظم كتبه الجديدة للأحاديث الصحيحة فيه، والثاني: القطع بثبوته بعدل، والثالث: إن ثبتت الأحاديث، ثبت بعدل، وإلا فقولان، انتهى.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد، والحاوي، وغيرهما أنه قال في القديم والجديد بالأول، وفي البويطي بالثاني.

---

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في المسند (٩٦٠).

وَشَرْطُ الْوَاحِدِ صِفَةُ الْعُدُولِ فِي الْأَصَحِّ، لَا عَبْدٍ وَامْرَأَةٍ.

[وفي تعليق القاضي أبي الطيب أن الذي نص عليه في عامة كتبه الأول، وفي القديم، ونقله البويطي الثاني] اعلم أني رأيت في أصل أصيل بـ«الأم» في أول كتاب الصوم، بعد أن نقل الربيع عنه الأول؛ للأثر، والاحتياط، ثم قال بعد هذا بأسطر: قال الشافعي بعد: لا يجوز على هلال رمضان، إلا شاهدان، انتهى.

ولم أر من نقل هذا الكلام، ولا تكلم عليه، وظاهر كلام «الأم» [والمختصر أنه لم يصح عنده في ذلك حديث].

[قال: (**وَشَرْطُ الْوَاحِدِ صِفَةُ الْعُدُولِ فِي الْأَصَحِّ، لَا عَبْدٍ وَامْرَأَةٍ**) نص عليه في «الأم»؛ لأنه شاهد، والثاني: لا يشترط ذلك فيقبل منهما بناء على أنه رواية.

اعلم أنه لا خلاف في اشتراط العدالة الظاهرة في شاهد رمضان.

قال في «الإبانة»: بأن يكون مستور الحال، وهو قضية كلام القاضي الحسين وغيره، وأما الباطنة: فإن قلنا: رواية فوجهان جاريان في رواية المستور الحديث، قال الشيخ: الأصح قبول روايته الحديث، وكذا الأصح قبول قوله هنا، والصيام به، وبهذا قطع صاحب الإبانة والعدة، والمتولي.

قلت: لكنه في «البحر» نسبه إلى بعض أهل خراسان، وقال: إنه غلط، وما قاله هو الأصح هنا، وفي رواية الحديث، وممن صححه الماوردي عند الكلام في أصحاب المسائل، وهو الأصح في الأصول عند أصحابنا، وعند المحدثين، ونقله صاحب المحصول، وغيره عن الشافعي ﷺ، والاحتجاج على قول المستور بحديث الأعرابي غير سديد؛ لأنه صحابي، وكل الصحابة عدولٌ ﷺ.

إشارات: يشترط صيغة الشهادة على الأصح، وأن يكون عند القاضي أو الإمام.

قال الإمام: وإذا صمنا ثلاثين فلم نَرَ الهلال، فلا بد الآن من البحث عن العدالة الباطنة، فتأملوا ترشدوا، هذا لفظه.

قول «المحرر»: صفة الشهود أحسن من قول «المصنف» صفة العدول؛ لأن العبد والمرأة عدلان، ذكر بعض شيوخ العصر أنه إذا دلَّ الحساب على عدم إمكان الرؤية، وذلك بكون المقدمات قطعية، ففي هذه الحالة لا يمكن تقدم الرؤية؛ لاستحالتها، فمن شهد بها رددنا شهادته؛ لأن من شرط البينة إمكان المشهود به حسًّا، وعقلاً، وشرعًا.

قال: ولا يعتقد الفقيه أن هذا الفرع مسألة الخلاف؛ لأن الخلاف فيما إذا دل الحساب على الإمكان، وهذا عكسه، فمن جوز هناك، أو أوجب، يقول هنا بالمنع، ومن منع هناك لم يقل هنا شيئًا، والذي اقتضاه النظر المنع، وهو عندنا بحال القطع متفق عن الظن ينقض في مثله قضاء القاضي، انتهى.

وأحسب أن الأصحاب لا يسمحون بموافقته على ذلك إذا شهد بالرؤية عدلان، وعارضهم قول أهل الحساب لا يمكن رؤيته تلك الليلة، والله أعلم.

فرع: ذكر في الشهادات أنه لا يحكم بشاهد إلا في هلال رمضان في الأظهر، وأورد عليه صورًا في أكثرها نظر! وذكر الدارمي أنه هل يثبت هلال ذي الحجة بواحد؟ فيه وجهان، وزيفه «المصنف»، وقال ابن كج: فيه طريقان منهم من قال بمنزلة هلال رمضان على قولين، ومنهم من قال: لا يقبل فيه إلا شهادة عدلين، وفرق بأن الضرورة دعت إليه في رمضان احتياطًا؛ للعبادة.

والخبر ورد فيه دون ذي الحجة، وقال القاضي الحسين: الأحكام المتعلقة بالهلال غير الصوم، إذا تضمنت عبادة لا حق فيها لآدمي، كالوقوف بعرفة، أو الطواف، ونحوه هل يصلي فيه عدل؟ وجهان.

قلت: القياس والقبول، وجنح صاحب «التقريب» إلى قبول واحد لهلال شوال، ونقل ابن كج عن ابن سريج احتمال وجهين فيه.

وقال الإمام أنه متجه قياسًا لخروج وقت العبادة على دخوله.

قلت: نقل ابن عبد البر إجماع العلماء على أنه لا بد فيه من شهادة عدلين، وكأنه للاحتياط للصوم، وذكرت في «الغنية» أنه لو نذر صوم شعبان،

وَإِذَا صُمْنَا بِعَدْلٍ وَلَمْ نَرَ الْهِلَالَ بَعْدَ ثَلَاثِينَ أَفْطَرْنَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ كَانَتْ السَّمَاءُ مُصْحِيَةً.

فشهد بالرؤية شاهد، هل يلزمه الصوم؟ وجهان، في «البحر» أصحهما: نعم، كرمضان، ورأيت من به لهما بلفظ: فهل يجب عليه الصوم، إذا قلنا: يجب به صوم رمضان فيه وجهان، وبين العبارتين فرق.

فرع: أطلق جماعة منهم ابن عبدان، والغزالي في «الإحياء»، والبغوي، وصاحب «الكافي»، وابن دقيق العيد في «نهايته» أنه لو أخبره من يعتقد صدقه بالرؤية لزمه الصوم.

وفي «الشامل» و«النهاية» إن قلنا رواية وجب، كذا نقل الرافعي، قيل: ويمكن حمل كلام الموجبين على من وقع في قلبه صدق المخبر، وحمل كلام الإمام على أن المراد الوجوب على العموم، فإن قلنا رواية لزم كل من يسمعه، ويعلم عدالته رواية العمل به، ولا يتوقف على اعتقاد الصدق؛ لأنه شأن الأخبار، وإن قلنا شهادة، فلا يثبت في حق عموم الناس ما لم يتصل بالحاكم.

قال: (**وَإِذَا صُمْنَا بِعَدْلٍ وَلَمْ نَرَ الْهِلَالَ بَعْدَ ثَلَاثِينَ أَفْطَرْنَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور، وهو المنصوص في «الأم»؛ لإكمال العدة، كما لو صمنا بعدلين، والثاني لا يفطر؛ لأدائه إلى الفطر، بقول واحد، وأجيب بأن الشيء قد يثبت ضمنًا.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ السَّمَاءُ مُصْحِيَةً**) يشير إلى طرد القولين في الصحو والغيم، فإن كانت مُغَيَّمَة أفطرنا قطعًا بجواز استتاره بالغيم.

ويخرج من ذلك ثلاثة أوجه: ثالثها الفرق بين الحالتين، ولو صمنا بعدلين فلم نره والسماء مصحية، أفطرنا قطعًا، وقيل: على الوجهين بقي ما لو صام بقول من يثق به، ثم لم ير مع الصحو، فهل يكون في حقه كصومنا بعدل أو يصوم جزمًا فيه احتمال.

فرع: ذكر شريح الروياني في «أدب القضاء» أنه لو شهد بالرؤية فصاموا ثم رجع فوجهان، أحدهما: لا يلزم الصوم كرجوع الشهود قبل الحكم، فإنه يمتنع

إِذَا رُئِيَ بِبَلَدٍ لَزِمَ حُكْمُهُ الْبَلَدَ الْقَرِيبَ دُونَ الْبَعِيدِ فِي الْأَصَحِّ، ....

القضاء، والثاني: يلزمهم الصوم؛ لأن الشروع فيه بمنزلة الحكم بالشهادة.

قلت: ولعل الثاني أقرب، [نعم] لو أكملنا العدة، ولم نره، والسماء غير مُغَيِّمَة ففي الإفطار وقفة، فتأمله.

قال: (إِذَا رُئِيَ بِبَلَدٍ لَزِمَ حُكْمُهُ الْبَلَدَ الْقَرِيبَ) أي: بلا خلاف؛ لأنهما كبلدٍ واحد، ومنهم من أطلق وجهين، في أنه إذا رأى بلد لا يلزم غيرهم الصوم؛ ولعلهم أرادوا الحالة الثانية.

قال: (دُونَ الْبَعِيدِ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن ابن عباس لم يعمل بالمدينة مما أخبره به كريب من الرؤية بالشام قبله بيوم. وقال: هكذا أمرنا رسول الله رواه مسلم(١). قال الترمذي: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم.

وبالقياس على طلوع الفجر، وغروب الشمس، والثاني يجب؛ لأن الهلال واحد، والخطاب شامل، واعتذر عن الأثر بأنه لم يثبت عند ابن عباس بشاهدين.

اعلم أن هذا الوجه صححه كثيرون منهم القاضي أبو الطيب، والقاضي الحسين، والدارمي، وأبو علي السنجي، وغيرهم، وبه أجاب الصَّيْمَرِي، والقاضي ابن كج.

وقال الروياني في «الحلية»: إذا رُئِيَ بالبلدة يجب على جميع أهل البلاد الصوم في ذلك اليوم في ظاهر المذهب، وهو اختيار جماعة من أصحابنا، وبه قال أحمد؛ وهذا لأن الأرض مسطحة مبسوطة، فإذا رأى في بلدٍ علمنا أن العارض منع الرؤية؛ لأن الهلال لم يستهل، وهو اختيار القاضي الطبري.

قلت: ونقل ابن المنذر عن جماعة يسيرة من السلف أن لكل قوم رؤيتهم.

وقال آخرون: إذا ثبت عند الناس أن أهل بلدٍ قد رأوه فعليهم قضاء ما أفطروا، هذا قول الليث بن سعد، والشافعي، وأحمد، ولا أعلمه إلا قول المدني، والكوفي، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٥٨٠).

وَالْبَعِيدُ مَسَافَةُ الْقَصْرِ، وَقِيلَ بِاخْتِلَافِ الْمَطَالِعِ، قُلْتُ: هَذَا أَصَحُّ، والله أَعْلَمُ.

ونقله ابن عبد البر عن مالك، والشافعي، والليث، وأحمد، ثم قال: وروي عن مالك، وهو قول المدنيين من أصحابه، أن الرؤية لا تلزم عن الذي حصلت فيه إلا أن يحمل الإمام على ذلك، ثم اختار قول ابن عباس، وعكرمة، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، أن لكل بلد رؤيتهم؛ لأن فيه أثرًا مرفوعًا، وهو حسن تقوم به الحجة، وهو قول صحابي كبير، لا مخالف له من الصحابة، وقول فقهاء التابعين، انتهى.

وهو المشهور عندنا، وصححه الجمهور.

قال مفرعًا على الأصح: (**وَالْبَعِيدُ مَسَافَةُ الْقَصْرِ**).

قال الإمام: بالانفاق، وقال في «البحر»: إنه غلط، ونقل الشيخ في «شرح مسلم» تصحيحه عن أصحابنا، ووجه بأن الشرع علق بها كثيرًا من الأحكام، واعتبار المطالع بحوج إلى حساب، وتحكيم المنجمين، وقواعد الشرع تأباه، قاله الإمام.

قال: (**وَقِيلَ بِاخْتِلَافِ الْمَطَالِعِ، قُلْتُ: هَذَا أَصَحُّ، والله أَعْلَمُ**) وبه أجاب جمهور العراقيين، والصيدلاني، وغيرهم، وصححه «المصنف» في «الروضة»، و«شرح المهذب» أيضًا؛ لأن حكم الهلال لا تعلق له بمسافة القصر؛ لأن المناظر تختلف باختلاف المطالع والعروض، فكان اعتبارها أولى، كما في طلوع الفجر، وغروب الشمس، فإنه لا خلاف أنهما يختلفان باختلاف البقاع في الصوم، وغيره.

وعجبٌ قول الإمام أنه متجه في المعنى، ولكن لا قائل به.

قال «المصنف»: فإن شك في اتفاق المطالع، لم يجب الصوم على من يراه.

قلت: كأن المراد في الابتداء، أما لو بان بالآخرة اتفاق المطالع، فالظاهر وجوب القضاء.

إشارة: جمع في «شرح المهذب» في المسألة ستة أوجه، تعميم الدين إقليم بلد [تلك الرؤية] اعتبار المطلع يلزم كل بلد لا يتصور خفاؤه عليهم بلا

وَإِذَا لَمْ نُوجِبْ عَلَى الْبَلَدِ الْآخَرِ فَسَافَرَ إِلَيْهِ مِن بَلَدِ الرُّؤْيَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُوَافِقُهُمْ فِي الصَّوْمِ آخِرًا، ....

عارض فقط اعتبار مسافة القصر يختص ببلد الرؤية فقط، وفي كلام القاضي الحسين: أن من أصحابنا من قال: حد المتباعدين كما بين المدينة والشام كما في الأثر، ومنهم من اعتبر انقطاع القوافل، فإن اتصلت فمتقاربتان.

اعلم أن ابن عبد البر نقل الإجماع أنه لا يراعى الرؤية فيما بعد من البلدان، كالأندلس من خُراسان.

قال أبو العباس القرطبي في «المفهم»: والصواب الفرق لهذا الإجماع، فيحمل إطلاق غير أبي عمر والخلاف على البلاد المتقاربة، والله أعلم، انتهى.

قال: (**وَإِذَا لَمْ نُوجِبْ عَلَى الْبَلَدِ الْآخَرِ فَسَافَرَ إِلَيْهِ مِن بَلَدِ الرُّؤْيَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُوَافِقُهُمْ فِي الصَّوْمِ آخِرًا**) لأنه بمصيره إليه لزمه حكمهم، وصار منهم.

وروى أن ابن عباس أمر كريبًا بذلك، والثاني: يفطر؛ لأنه التزم حكم المنتقل منه، فيستمر حكمه، وصححه صاحب «الكافي» واقتضى كلام البغوي في «التهذيب» أنه المذهب خلافًا للقفال. وقال في «تعليقه»: قال القاضي مرة وقطع به، أن حكمه حكم المنتقل عنه وجهًا واحدًا.

قلت: وهو المختار، وتكليفه صوم أحد وثلاثين يومًا بلا توقيف لا معنى له، وما روي من أمر كريب بذلك، فذكره القفال، ومن تبعه، واعتمدوه، ولا يعرف في كتب الحديث المشهورة؛ ولعل ابن عباس إنما أمره بالإمساك ظاهرًا لئلا يتتابه الظن.

إشارات: اعلم أن فقه هذه المسألة، وما بعدها إلى آخر الفصل للقفال، ومن تبعه، لا يعرفه العراقيون، ولا غيرهم، وظاهر كلامهم الجزم بأنه يبنى على حكم البلد الذي انتقل عنه.

وقال الروياني في صورة الكتاب: حكمه حكم البلد المنتقل إليه، وقيل: وجهان، والظاهر أنه أخذ الجزم المذكور من كلام الإمام، ومن تبعه وهو عكس كلام القاضي، فحصل ثلاثة طرق.

وَمَنْ سَافَرَ مِن الْبَلَدِ الْآخَرِ إِلَى بَلَدِ الرُّؤْيَةِ عَيَّدَ مَعَهُمْ وَقَضَى يَوْمًا.

وَمَنْ أَصْبَحَ مُعَيِّدًا فَسَارَتْ سَفِينَتُهُ إِلَى بَلْدَةٍ بَعِيدَةٍ أَهْلُهَا صِيَامٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُمْسِكُ بَقِيَّةَ الْيَوْمِ].

قال الإمام: ولا يخفى على الفقيه أن الحكم لا يختلف في ذلك، بقصد الإقامة والسفر، انتهى. وفيه شيء.

قال: (وَمَنْ سَافَرَ مِن الْبَلَدِ الْآخَرِ إِلَى بَلَدِ الرُّؤْيَةِ عَيَّدَ مَعَهُمْ وَقَضَى يَوْمًا) وقضى يومًا، ولو انعكس الحال بأن سافر من بلدٍ لم يُرَ به إلى ما رُئي به، فإن رأوا الهلال أفطر معهم، والقضاء ينبني على الخلاف، وإن أفطروا بإكمال العدد، إن قلنا حكمهم يتعدى إلى البلاد، أفطر معهم وقضى اليوم الأول، وإن قلنا لا يتعدى فوجهان، إن قلنا هناك لا يفطر أفطرها هنا تبعًا، وإن قلنا: هناك يفطر اعتبارًا ببلده، فها هنا لا يباح الفطر حتى يرى الهلال، أو يكمل العدد.

قال ابن الأستاذ: وهذا الذي لا أرى غيره كما لو كان مقيمًا ببلده، وعلى قياس ما نقله الروياني، والإمام من القطع بوجوب الموافقة يلزمه أن يفطر هنا قطعًا، مع أنه لم يكمل العدة، ولم يصم الأول، وهذا مشكل، فإن معنى الاقتصار أن تعطى كل بقعة حكم نفسها، وهذا إنما هو في اليوم الذي حضر عندهم، وهو يوم عندهم لا في أول الشهر، فإن كان حكمه فيه حكم البقعة التي لم ير فيها الهلال، فعلى قول الاقتصار لا يلزمه صومه أصلاً لما ذكرناه، ولا قضاؤه، فإنه لو لزمه قبل حضوره عندهم أول الشهر، عمَّ على قولنا لا يعلم، وهذا محالٌ، والاكتفاء بتسعة وعشرين يومًا، وقد صام الناس ثلاثين، باطل، فلا وجه إلا أن يستصحب حكم نفقته، ويكمل شهره؛ اعتبارًا ببلدته، وتكميلاً لعدته، هذا لفظه، ثم ذكر سؤالاً، وأجاب عنه، وأطال إلى أن قال: فاعلم أن الصواب ما اخترناه من أن الحكم للبلدة المنتقل عنها.

قال: (وَمَنْ أَصْبَحَ مُعَيِّدًا فَسَارَتْ سَفِينَتُهُ إِلَى بَلْدَةٍ بَعِيدَةٍ أَهْلُهَا صِيَامٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُمْسِكُ بَقِيَّةَ الْيَوْمِ) أي: وجوبًا، هذا قاله الشيخ أبو محمد، بناءً على أن لكل بلدٍ حكم نفسه، وأن للمنتقل إليه حكمه لا حكم المنتقل عنه،

ومقابلة استبعاد للإمام، والغزالي للإيجاب من جهة أنه لم يرد فيه أثر، وبتبعيض اليوم الواحد بعيد، ولم أرَ من صرح بنقل وجه في ذلك، كما اقتضاه كلام «المصنف» إلا صاحب «الذخائر»، والذي في «الروضة»، و«شرح المهذب» أنه استبعاد لهما، نعم؛ اعترض الرافعي على الإمام والغزالي بيوم الشك، إذا ثبت الهلال في أثنائه فإنه يجب إمساك بقيته دون أوله.

وأجيب بأن للإمام أن يقول إنما تبعيض الحكم في يوم الشك ظاهرًا، وأما هنا فيه تبعضٌ ظاهرًا وباطنًا، بالنسبة إلى حكم البلدين، فيكون كما لو أسلم، أو أفاق، أو بلغ، وهو مفطر، فلا يلزمه الإمساك على الأصح.

ورأيت الشيخ جمال الدين عبد الحميد الْجِيلُونِيَّ، أحد نبلاء العصر بالمشرق رحمه الله قال في كتابه «العجالة» على مصنفه المسمى بـ«البحر الصغير»: ومن سافر من حيث لم ير فيه إلى حيث رئي فيه أو بالعكس يوافقهم في الفطر، والصوم، وإن عيد، لخلاف المنفرد بالرؤية، فإنه لا يوافقهم في الفطر في أول رمضان، ولا في الصوم في آخره بل يعمل بمقتضى رؤيته خلافًا له، يعني أبا حنيفة، انتهى.

وما أدري من أين قال هذا!!

وفي «النهاية»: ما يفهم عدم الفرق بين الرأي وغيره، فإنه قال: وقال شيخي: ومن رأى هلال شوال [مبعدًا] فأصبح وجرت به السفينة إلى بلدٍ في حد البعد صائمين، يلزمه أن يمسك معهم إذا أثبتنا الكل بلد حكمه.

قال الإمام: وهذا فيه نظر عندي!، فإنه ليس فيه أثر، واليوم الواحد يبعد أن يتبعض حكمه، وقد عاين الهلال في ليلته في البقعة الأولى، انتهى.

وكأن ما ذكره أخذ من استبعاد الإمام ذلك في حق الرأي، وفيه نظر! وهو إنما نقلها عن والده فيه خاصة، والذي فهمه من بعد الإمام عدم الفرق فعبر إنما هو أعم، وعبارة الرافعي في عكس صورة الكتاب، ولو أصبح صائمًا، وسارت به السفينة إلى حيث عيّدوا، فإن عممنا الحكم أو قلنا له حكم البلدة

فَصْلٌ

قال المصنف: [النِّيَّةُ شَرْطٌ لِلصَّوْمِ. وَيُشْتَرَطُ لِفَرْضِهِ التَّبْيِيتُ.

المنتقل إليها أفطر، وإلا لم يفطر، وإذا أفطر قضى يومًا إن لم يصم إلا ثمانية وعشرين يومًا.

فائدة: ذكر ابن عبد البر أنه يجوز أن يتوالى أربعة أشهر نواقص لا خمسة.

خاتمة: ختم الله لنا بالحسنى:

مذهبنا [وبه قال جمهور الأئمة] لا يصح الصوم إلا بالنية، سواء في ذلك جميع أنواعه، كالصلاة.

قال الشارح: قال: **(النِّيَّةُ شَرْطٌ لِلصَّوْمِ)** يعني أنه كما في «المحرر»: ولا بد منها وإلا فهي ركن جزمًا أو على الصحيح.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ لِفَرْضِهِ التَّبْيِيتُ)** لقوله : **«من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له»**(١) رواه أصحاب السنن الأربع من رواية حفصة ﵂، وصححه الدارقطني والخطابي.

وقال البيهقي في «الخلافيات»: رواته كلهم ثقات.

وقال الترمذي: وقفه أصح.

وقياسًا على النذر المطلق والقضاء والكفارة المتفق عليها، ويقال أنه مجمع عليها.

تنبيهات وفروع: منها: يجب التبييت لكل يوم لأنه عبادة مستقلة، فلو نوى صوم الشهر أوله صحت لليوم الأول، وقيل: لا لفساد بعضها.

ومنها: المنذور كغيره وقيل: يبنى على أنه يمسك به [مدة] فإن قيل: جائز الشرع لم يجب التبييت وإلا وجب.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٨٧، رقم ٢٦٥٠٠)، وأبو داود (٢/ ٣٢٩، رقم ٢٤٥٤)، والترمذي (٣/ ١٠٨، رقم ٧٣٠)، والنسائي في الكبرى (٢/ ١١٧، رقم ٢٦٤٣)، والبيهقي (٤/ ٢٢١، رقم ٧٨٢٦) والدارمي (٢/ ١٢، رقم ١٦٩٨)، وابن خزيمة (٣/ ٢١٢، رقم ١٩٣٣)، والطبراني (٢٣/ ٢٠٩، رقم ٣٦٧).

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ النِّصْفُ الْآخِرُ مِن اللَّيْلِ، وَأَنَّهُ لَا يَضُرُّ الْأَكْلُ وَالْجِمَاعُ بَعْدَهَا، ....

ومنها: الصبي كالبالغ في أنه لا بد له في صوم رمضان من التبييت، وكلام الكتاب يفهم خلافه؛ لأنه متنقل.

ومنها: خذ من كلامه أنه لا يكفي النية مع الفجر، وهو الصحيح.

ومنها: النية بالقلب ولا يكفي باللسان قطعًا، وهل يجيء وجه الزبيري في الجمع بينهما كلام الروياني في الوضوء يفهم مجيئه.

ومنها: شك هل نوى، فإن كان قبل الفجر نوى أو بعده أمسك وقضى، وقيل: يصح، ولو شك هل نوى قبل الفجر أو بعده، قال الشيخ: قطعوا بأنه لا يصح ويحتمل أن يجيء خلاف الشك في إدراك الركوع، انتهى.

ولو شك ثم تذكر بعد مضي معظم النهار أنه نوى صح صومه.

قلت: وكذا لو تذكر بعد الغروب فيما يظهر.

ومنها: لو علق النية على نشاطه أو مشية زيد، لم يصح أو ما بقي صحيحًا مقيمًا أجزأه.

ولو قال: إن شاء الله فأوجه: أصحها ثالثها إن قصد التعليق أو أطلق لم يصح أو الإعانة من ربه لم يضر، وبه أجاب القاضي الحسين وابن الصباغ والبغوي والقفال في «الفتاوى» لكنه لم يذكر حالة الإطلاق.

قال: (وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ النِّصْفُ الْآخِرُ مِن اللَّيْلِ) لإطلاق الأحاديث ولما فيه من المشقة، وقس مقابله على آذان الصبح، والدفع من المزدلفة، وليس بشيء.

قال: (وَأَنَّهُ لَا يَضُرُّ الْأَكْلُ وَالْجِمَاعُ بَعْدَهَا) بعده أي: ونحوهما لأن الأكل والشرب إبيحا بنص القرآن إلى طلوع الفجر، وهذا ما نص عليه، وأورده الجمهور.

والثاني: يضر؛ لأن ذلك ينافي الصوم، فأبطل النية واحتاج إلى تجديدها بعده، وعزي إلى أبي إسحاق.

وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا نَامَ ثُمَّ تَنَبَّهَ.

وَيَصِحُّ النَّفَلُ بِنِيَّةٍ قَبْلَ الزَّوَالِ وَكَذَا بَعْدَهُ فِي قَوْلٍ، ....

قال ابن الصباغ: ولا يصح عنه، ولم يذكره في الشرح.

وقال الإمام أنه رجع عنه عام حج، وأشهد عليه.

وقال القاضي ابن كج، قاله مرة ثم رجع عنه .

وقال الدارمي: حكى ابن القطان عن أبي بكر الآجري أنه حكى للإصطخري فقال: خرق الإجماع فحكاه لأبي إسحاق بحضرة ابن القطان، فلم ينطق أبو إسحاق فلعله رجع، انتهى.

فإن لم يثبت إلا عنه، فلا خلاف في المسألة.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا نَامَ ثُمَّ تَنَبَّهَ**) وأحسبه إجماع؛ لأن النوم غير منافٍ للصوم، وعزى مقابله إلى أبي إسحاق، وهو منكر وأشد نكارة منه قول الإمام أن في كلام العراقيين ترددًا في أن الغفلة كالنوم، وكل ذلك مطرح.

إشارة: أفهم كلام بعضهم أنه لو ارتد بعد ما نوى ثم أسلم قبل الفجر أنه كمن أكل أو جامع بعد النية، وفيه وقفة، ولم أر فيه نصًا.

قال: (**وَيَصِحُّ النَّفَلُ بِنِيَّةٍ قَبْلَ الزَّوَالِ**) أي: خلافًا للمزني، وأبي يحيى البلخي، حيث اعتبر التبييت، فقال القفال وغيره: وهو القياس دخل على عائشة ذات يوم فقال: «**هل عندكم من شيء! قالت: لا، فقال: فإني إذًا أصوم**»(١).

قال الدارقطني والبيهقي: إسناده صحيح، وفي رواية صحح الدارقطني إسنادها: «**هل عندكم من غداء**»(٢) والغداء: اسم لما يؤكل قبل الزوال، وما يؤكل بعده يسمى عشاء.

قال: (**وَكَذَا بَعْدَهُ فِي قَوْلٍ**) أي: إن لم يتصل آخر نيته بالغروب كما في النية ليلاً، والمنصوص في عامة كتبه الأول.

---

(١) أخرجه أحمد (٢٨٠٦١).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٢٥٩) والبيهقي (٧٧٠٦).

وَالصَّحِيحُ اشْتِرَاطُ حُصُولِ شَرْطِ الصَّوْمِ مِن أَوَّلِ النَّهَارِ.

قال الرافعي: والثاني رواية حرملة.

[قلت عبارة ابن كج وفي رواية حرملة] من القديم كذا، فذكره.

ثم قال: وحكى أبو يحيى البلخي قولاً ثالثًا أنه لا بد فيه من التبييت مثل قول المزني انتهى.

فأفاد فائدتين: أن القول الثاني قديم، وأن البلخي روى التبييت ليلاً، لا أنه قاله رأيًا له، كما نقله الرافعي، ونقل الشيخ رواية حرملة عن النص في كتاب اختلاف علي وابن مسعود من «الأم».

ولا يمنع ذلك أن يكون قديمًا، والله أعلم.

إشارات وتنبيهات: ما قيدت به كلام الكتاب بما لم تتصل نيته بالغروب، قاله البندنيجي، وهو ظاهر، [ونقله الشيخ عن الأصحاب وبنى القاضي الحسين الخلاف على الخلاف في أنه متى يكون صائمًا] استثنى من صحة النفل بنيته قبل الزوال صوم الصبي رمضان فلا يصح إلا بنية من الليل.

قال ابن أبي الدم: فلو نوى نهارًا لم يقع عن رمضان بلا خلاف، وهل يحصل له صوم نفل غير موصوف بصفة الرمضانية، وجهان كالمسافر وقضية التشبيه ترجيح المنع، وهو الصحيح، وسبق في صوم الاستسقاء عند أمر الإمام به بحث في وجوب التبييت له.

قال: (**وَالصَّحِيحُ**) أي: المنصوص.

(**اشْتِرَاطُ حُصُولِ شَرْطِ الصَّوْمِ مِن أَوَّلِ النَّهَارِ**) وإلا لبطل مقصود الصوم، وأيضًا فصوم اليوم لا يتبعض، والخلاف مفرع على أن الناوي نهارًا يكون صائمًا من وقت النية فقط. أما إذا قلنا بالمذهب أنه صائم من أول النهار اعتبر وجود شرط الصوم من أوله جزمًا.

قال الإمام: ومن اعتقد أن من أكل غدا يومه صائمًا بعد فراغه، فهو مقتحم على الإجماع، ثم حكى عن والده الجزم بالمنع، وذكر الخلاف في زوال الكفر أو الحيض أول النهار ثم نوى ضحوة بعدهما.

وَيَجِبُ التَّعْيِينُ فِي الْفَرْضِ، ....

قال: وهذا يقرب بعض القرب، فأما تصوير الصوم بعد الأكل بالنهار فهو في حكم الْهَزْءِ عندنا، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه: المذهب المنع مطلقًا.

فإن قلت: نقل في التتمة موافقة الوجه الثاني عن جماعة من الصحابة.

قلت: لم أره لغيره، ولا أدري من أين قال ذلك، ولا أظنه ثبت عن أحد من السلف.

فرع: لو أصبح ولم ينو صومًا، فتمضمض ولم يبالغ فسبق الماء إلى جوفه، ثم نوى صوم التطوع صح صومه على أصح الوجهين؛ لأنه لا أثر لذلك على الصحيح، فكأنه لم يكن.

قال: (**وَيَجِبُ التَّعْيِينُ فِي الْفَرْضِ**) أي: وهو أن ينوي كل ليلة صوم غدها عن رمضان أو قضائه أو نذره أو كفارته ونحو ذلك كما يعين الظهر والعصر وغيرهما.

وفي «الروضة» وأصلها عن الحليمي أنه يتأدى صوم رمضان بنية مطلقة، ووجهه المتولي بأن الوقت متعين له، فإطلاق النية ينصرف إليه.

وقال الرافعي في شرحه الصغير: قال أبو حنيفة: لا يجب التعيين في رمضان، ولا في النذر المعين بل يكفي نية مطلق الصوم، وعن بعض الأصحاب وجه مثله.

إشارات: لا يجب التعرض لسبب الكفارة ولا نوعها وكذا النذر، ولو علم أن عليه صومًا واجبًا، ولا يدري ما نيته، فنوى صومًا واجبًا أجزأه، قاله الصَّيْمَرِي وتوبع عليه فاستثنها من إطلاق المصنف، والظاهر أن الصبي في التعيين في رمضان كالبالغ واحترز بقوله: في الفرض عن النفل، فإن قضية كلامهم أنه لا يشترط التعيين فيه مطلقًا.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: ينبغي أن يشترط التعيين في الصوم الراتب ليوم عرفة وعاشوراء وأيام البيض وستة من شوال ونحوها كما يشترط في الرواتب من نوافل الصلاة، وما قاله حسن.

وَكَمَالُهُ فِي رَمَضَانَ أَنْ يَنْوِيَ صَوْمَ غَدٍ عَنْ أَدَاءِ فَرْضِ رَمَضَانَ هَذِهِ السَّنَةِ لِلَّهِ تَعَالَى، وَفِي الْأَدَاءِ وَالْفَرْضِيَّةِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الصَّلَاةِ،

قال: (**وَكَمَالُهُ فِي رَمَضَانَ أَنْ يَنْوِيَ صَوْمَ غَدٍ عَنْ أَدَاءِ فَرْضِ رَمَضَانَ هَذِهِ السَّنَةِ لِلَّهِ تَعَالَى**) إنما كان كمال التعيين ما ذكره؛ لأنه إذا نوى كذلك صحت نيته بالاتفاق.

قال: (**وَفِي الْأَدَاءِ وَالْفَرْضِيَّةِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الصَّلَاةِ**).

تنبيهات: منها: كلامه يفهم أنّه لا بد من التعرض للغد في النية، وسبق أنه لو نوى أول الشهر صوم رمضان، صحت نيته عن اليوم الأول على الصحيح، وعلى هذا نية غدٍ بخصوصيته ليست بواجبة، بل يكفي دخوله في عموم الشهر المنوي فيحمل قوله: صوم غد على أن المراد نيته بخصوص أو عموم الرافعي وقوله: غدا في تفسير حد التعيين اشتهر في كلامهم ذكر الغد في تفسير التعيين، وذلك من النظر إلى التبييت، وخلط أحدهما بالآخر، وليس هو في الحقيقة من التعيين.

ومنها: قوله في الأداء والفرضية ظاهرة التسوية بين البابين، لكنه صحح اعتبار نية الفرضية لا يشترط في صلاة الصبي [وسكت في «المنهاج» و«الروضة» هنا عن خلافه.

وقال في «شرح المهذب»: إن الأصح عند الأكثرين هناك الاشتراط وهنا عدمه، والفرق أن صوم رمضان من البالغ لا يكون إلا فرضًا بخلاف الصلاة.

قال: وهذا هو الأصح، وسبق هناك أن الصواب أن نية الفرضية لا تشترط في صلاة الصبي](١) وهنا أولى بعدم الاعتبار.

ومنها: لو نوى ليلة الثلاثاء صوم غدٍ هو يظنه يوم الإثنين، أو صوم غدٍ من رمضان هذه السنة يظنها سنة ثلاث، وكانت سنة أربع، صح، ولو نوى ليلة الإثنين صوم يوم الثلاثاء، أو نوى في منه أربع صوم رمضان سنة ثلاث لم

---

(١) سقط من نسخة.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ السَّنَةِ.

وَلَوْ نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِن شَعْبَانَ صَوْمَ غَدٍ عَنْ رَمَضَانَ إنْ كَانَ مِنْهُ فَكَانَ مِنْهُ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إلَّا إذَا اعْتَقَدَ كَوْنَهُ مِنْهُ بِقَوْلِ مَنْ يَثِقُ بِهِ مِن عَبْدٍ أو امْرَأَةٍ أو صِبْيَانٍ رُشَدَاءَ.

يصح، ولو نوى صوم غد يوم الأحد وغيره، فوجهان.

قال شارح رحمه الله: ويوجد في كلام «الأصحاب» اضطراب في ذلك، وهذا محرر فاعتمده، وهو ثلاث مراتب إذا تأملتها جزمت بالصحة في الأولى، وبالمنع في الثانية، وترددت في الثالثة.

قلت: ويشبه أن يكون الأصح فيها الصحة من ألفاظ دون العامد؛ لتلاعبه.

قال في «الشامل»: ولو كان عليه اليوم الأول من شهر رمضان، فنوى القضاء عن اليوم الثاني، وقضاء يوم من سنة أربعمائة، وكان من التي يليها.

حكى القاضي أبو الطيب في «التعليق» عن بعض أصحابنا: إنه لا يجزئه كما إذا كان عليه رقبة عن ظهار، فنواها عن الفطر، ولم يحك غير ذلك، انتهى.

قال صاحب «الكافي»: وقياس المذهب أنه يجزئه، وذكر الشاشي في «الحلية» ذلك عن رواية القاضي أبي الطيب، ثم قال بعد صور سردها: وحكى القاضي أبو الطيب وجهًا: إنه إذا نوى قضاء اليوم الأول من رمضان فبان الثاني أنه يجزئه، فعلى مقتضى هذا يجب أن يكون في المسائل كلها وجهان، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ**) أي: المنصوص، وقول الجمهور.

(**أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ السَّنَةِ**)؛ لأن التعرض لليوم المعين مغنٍ عن ذلك، وحكى مقابله في تعيين الشهر، والوجه خلافه، وهو:

قال: (**وَلَوْ نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِن شَعْبَانَ صَوْمَ غَدٍ عَنْ رَمَضَانَ إنْ كَانَ مِنْهُ فَكَانَ مِنْهُ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إلَّا إذَا اعْتَقَدَ كَوْنَهُ مِنْهُ بِقَوْلِ مَنْ يَثِقُ بِهِ مِن عَبْدٍ أو امْرَأَةٍ أو صِبْيَانٍ رُشَدَاءَ**) له حالتان إحداهما: أن ينوي صومه، لا عن اعتقاد ولا ظن معتبر، فإن ردد نيته وقال: أصوم غدًا عن رمضان إن كان منه، وإلا فأنا مفطر أو متطوع، لم يقع صومه عن رمضان إذا بان منه؛ لأنه لم يصمه على نية فرض، بل على الشك.

وقال المزني: يقع عن رمضان ولو لم يردد النية، بل جزم النية عن رمضان لم يصح على الصحيح؛ لعدم تأتي الجزم بلا مستند له.

اعلم أن الشافعي قال في «البويطي»: «ولا أحب لأحد أن يعتمد صوم يوم الشك لنافلة، ومن كان يسرد الصوم أو كان يصوم أيامًا جعلها على نفسه فوافق ذلك اليوم فلا بأس أن يصومه، ومن نواه لرمضان أجزأه، وقد قيل: يعيده، وإن كان من رمضان» هذا لفظه بحروفه، والظاهر أنه محمول على ما حمل عليه الجمهور نص «المختصر» مسائل منها: أن يعتقد كونه من رمضان، فإن لم يستند عقده إلى ما يثير ظنًا، فلا عبرة به، وإن استند إلى ما يثير ظنًا بأن اعتمد على قول: من يثق به أنه رأى الهلال من حر أو عبد أو امرأة قالا: تبعًا لجماعة، أو صبية دون رشد، ونوى صومه عن رمضان، فبان منه أجزأه؛ لأن عليه الظن هنا كاليقين، كما في أوقات الصلاة، ولو قال في نيته والحالة هذه: أصوم عن رمضان، فإن لم يكن منه تطوع.

قال الإمام: ظاهر النص أنه لا يعتد بصومه إذا بان منه لمكان التردد، قال: وفيه وجه آخر، وبه قال المزني: أنه يصح؛ لاستناده إلى أصل، ثم رأى طرد الخلاف فيما إذا جزم أيضًا، هذا نقل الرافعي، وعبارة «شرحه الصغير» في هذه الصورة فالحكاية عن النص أنه لا يقع عن رمضان المتردد، وفيه وجه، انتهى.

تنبيهات: أولها: ذكرت في «الغنية»: أنه أسند النية إلى قول: من يثق به بأنه رآه صح صومه، سواء جزم أم عتق، وهو الأصح كما اقتضاه كلامه في «شرح المهذب» وصرح به غيره، وهو كذلك.

ورأيت جماعة من المراوزة صرحوا به؛ لأنه حصل له بإخبار من يثق به ما يسند النية إليه، كما في الاستصحاب آخر الشهر، ثم حصل بعض توقف في حالة التعليق، والذي قطعت به أكثر الكتب إنما هو فيما إذا جزم النية مستندًا إلى الخبر، وقول صاحب «الذخائر»: أن المذهب في حالة الجزم على ما حكاه بعض الأصحاب، المنع مردود، وأما حالة التعليق المجزوم فيها بالصحة في «الكتاب»، وأصله فأكثر الكتب ساكتة عنها، وربما أفهم كلام جماعة فيها

……

البطلان، ومنهم أبو عمر والمصعبي فإنه قال: من شرط النية أن تكون جازمة، فالنية المرددة باطلة، ثم استثنى ليلة الثلاثين من رمضان، وقد يفرق بين حالة الجزم، وهذه بأن قوله: إن كان من رمضان لشعر بأنه متردد في صدق مخبره بخلاف حالة الجزم، والعجب أنهما في «الروضة» و«الشرحين» لم يصرحا بأن المعلقة هنا كنا كالجازمة، بل ربما أفهم كلامهما أن المذهب الفرق بينهما.

ثانيها: أصل المسألة قول الشافعي ﷺ في «المختصر»: ولو عقد رجل أن غدًا عنده من رمضان في يوم شك، فبان أنه من رمضان أجزأه.

قال القاضي ابن كج: المسألة مبنية على أنه كان أخبره برؤية الهلال عبد أو امرأة أو صبي، فبان أنه من رمضان، أو رجل عنده صادق غير أن الحاكم رد شهادته لنفسه، أو كان من أهل الكتاب، فيكون ذلك اليوم شكًا للناس، وهو عنده من رمضان فعقد النية على أنه من رمضان؛ فلأجل ذلك أجزأه، انتهى.

وظاهر كلامه أنه لا فرق في ذلك بين الفاسق، وغيره، والمسلم، والكافر، إذا كان عنده صادقًا.

وقال الدارمي في آخر كلامه: قال ابن المرزبان: يحتمل ألا يقبل قول كافر.

وقال «صاحب التنجيز» في «شرح الوجيز» ملخصًا لطريقة الإمام: ولو أسند النية إلى أصل يثير ظنًا كشهادة عدل أو صبي فقال: أصوم غدًا إن كان من رمضان، وإلا فهو تطوع، فظاهر النص أنه إذا ظهر ذلك اليوم من الشهر لا يعتد بصومه التردد، وقيل: يصح صومه؛ لاستناده إلى أصل.

وقال الشيخ أبو محمد: إذا اجتمع التردد مع انتفاء الأصل، فلا اعتداد بالصوم، وإن اجتمع الأصل مع جزم النية اعتد به، وإن وجد أحدهما فوجهان، انتهى.

ثالثها: قول «المصنف»: صبيان رشدًا، ظاهره أنه لا يكتفي بأقل من إخبار ثلاثة منهم، وكذا عبر الإمام، والغزالي، وتبعهما الرافعي، وغيره، وصرح بالاكتفاء بواحدٍ خلائق منهم القضاة: ابن كج، والبندنيجي، وأبو

وَلَوْ نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِن رَمَضَانَ صَوْمَ غَدٍ إِنْ كَانَ مِن رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ إِنْ كَانَ مِنْهُ.

الطيب، والحسين، والجرجاني، وكذلك المحاملي، والدارمي، وأبو حاتم القزويني، وغيرهم، وحينئذ فصيغة الجمع لم يذكر الاشتراط، وكذا فهم صاحب «التنجيز»، وجزم الروياني باعتماد العبد والمرأة، ثم قال: وإذا أخبره صبي عاقل فغلب على ظنه صدقه.

قال أبو حامد: يجوز أن يعقد الصوم به، وقال سائر أصحابنا بخراسان: لا يجوز؛ لأنه لا حكم لقوله، وقضية كلامه أنه لا فرق بين الواحد والجماعة، وفيما قاله نظر! وإنما قاله الفوراني ومن وافقه، وقد صرح القاضي الحسين شيخ خراسان باعتماد الصبي كما رأيته في تعليقه، وسبق الأذان أن المتولي نقل أنه يقبل خبره فيما طريقه المعاينة، وتكلمنا عليه هناك، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِن رَمَضَانَ صَوْمَ غَدٍ إِنْ كَانَ مِن رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ إِنْ كَانَ مِنْهُ**) لأن الأصل بقاء رمضان، كما لو قال: هذه زكاة مالي الغائب إن كان سالمًا فكان سالمًا أجزأه، والظاهر إن من سوى بين النية الجازمة والمعلقة في أوله: اعتماد على خبر من يصدقه أخذ التسوية في التعليق من هنا؛ لأنه استند إلى أصل في الحالتين، وقد يفرق بأن الاستصحاب أقوى فإنه يعتمده عموم الناس وفاقًا، وإن حصل تردد في بقاء الشهر بخلاف خبر من سبق، فإن خبره لا يعتمده الشرع، ولا يرتب عليه حكمًا عامًا.

وقال صاحب «التنجيز»: جعل الغزالي شهادة عدل كاستصحاب آخر رمضان، وليس الأمر كما ذكر، والنص على خلاف ذلك، والقياس المذكور بدفعه الفرق، انتهى.

فرع: قال في «المحرر» بعد صورة الكتاب: ولا بأس بالتردد الذي تبقى بعد حكم القاضي بشهادة عدلين أو عدل واحد، بل يجب الصوم، ولا يقدح في ذلك التردد والارتياب في حال الشهود، قاله في «الشرح الصغير» وأغفل «المنهاج» المسألة؛ لوضوحها، وفهم حكمها مما قدمه، وما قاله ظاهر في حق من جهل حال الشاهد، أما العالم بفسق الواحد أو الاثنين، وعرفهم

وَلَوْ اشْتَبَهَ صَامَ شَهْرًا بِالِاجْتِهَادِ، فَإِنْ وَافَقَ مَا بَعْدَ رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْأَصَحِّ فَلَوْ نَقَصَ وَكَانَ رَمَضَانُ تَامًّا لَزِمَهُ يَوْمٌ آخَرُ، ....

بالكذب والمجازفة، فالظاهر أنه لا يلزمه الصوم؛ إذ لا يتضرر منه الجزم بالنية، نعم، لا يجاهر بالفطر، والظاهر أنه لا يجوز له صومه حيث يحرم صوم يوم الشك، بقي ما لو كان يعلم فسق القاضي المشهود عنده، ويجهل حال الشاهد، هل يكون الحكم كما لو علم فسق الشاهد؟ فيه نظر!.

وقد يجيء فيه نزاع من الكلام في تقييد أحكام القاضي الفاسق، كما أوضحت في «الغنية» هناك.

قال: (**وَلَوْ اشْتَبَهَ**) أي: الشهر على أسير أو محبوس، ولا يجد من يخبره عن علم كما قاله في «الخصال» وقد يتفق ذلك لأهل ناحية نائية عن بلادنا؛ لقرب عهدهم بالإسلام، أو غير ذلك.

(**صَامَ شَهْرًا بِالِاجْتِهَادِ**) كما يجب لمعرفته القبلة، ودخول الوقت، فلو صام بلا اجتهاد لم يصح، وإن وافق رمضان وسبق حكاية وجه في وقت الصلاة، ويشبه طرده هناك، وإن اجتهد فوافق رمضان عامه فذاك أو رمضان المقبل وقع عنه، وقضى العام الماضي ولو كان عليه قضاء رمضان فوافق رمضان العام المقبل، لم يصح إذًا، ولا قضاء، قاله البغوي في «الفتاوى».

وقال الدارمي: لو صام شهرًا قضاء، فصادف رمضان لم يجزئه عن فرضه ولا قضائه، قال: (**فَإِنْ وَافَقَ مَا بَعْدَ رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ**) بلا خلاف، وغايته أنه وقع القضاء بينة الأداء غالطًا.

قال: (**وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْأَصَحِّ**)؛ لوقوعه بعد الوقت.

والثاني: أنه إذًا للعذر، بدليل الجمع بين الصلاتين، وحكى جماعة الخلاف قولين؛ ولعله الوجه كما يشعر به سياق الإمام.

قال الشيخ أبو علي: والجوابان مبنيان على القولين الإثنين إن قلنا هناك لم يجزئه كان قضاء، وثمرة الخلاف ذكرها «المصنف» حيث قال: (**فَلَوْ نَقَصَ وَكَانَ رَمَضَانُ تَامًّا لَزِمَهُ يَوْمٌ آخَرُ**) فإن صادف ذا الحجة ناقصًا لزمه خمسة أيام،

وَلَوْ غَلِطَ بِالتَّقْدِيمِ وَأَدْرَكَ رَمَضَانَ لَزِمَهُ صَوْمُهُ، وَإِلَّا فَالْجَدِيدُ وُجُوبُ الْقَضَاءِ.

أو تامًا لرمضان لزمه أربعة أيام. وفي وجوب أعاده أيه التشريق، خلاف ذكره المحاملي، وغيره.

قال صاحب «الخصال»: إن صادف شوال قضى يومًا، أو ذا الحجة فعليه قضاء أربعة أيام، فإن كان خطؤه عشر سنين متوالية، كان عليه قضاء سنة واحدة، هذا لفظه، ولعله أراد قضاء شهر واحد إذا صادف في الجميع ذا الحجة وكان تامًا ورمضان ناقصًا، أو جهل بقصد وتمامه، أو نسطر نقصهما وتمامهما، فالمحقق شغل الذمة به ثلاثون يومًا ما، وإن أراد غير هذا فلا أدري ما هو.

قال: (**وَلَوْ غَلِطَ بِالتَّقْدِيمِ وَأَدْرَكَ رَمَضَانَ لَزِمَهُ صَوْمُهُ**) وفي قضاء ما مضى الطريقان الآتيان.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يدرك رمضان بل إنما بان له الحال بعد فواته.

قال: (**فَالْجَدِيدُ وُجُوبُ الْقَضَاءِ**) لنظيره من الصلاة، صححه القاضي.

قال الربيع: وهو آخر قول الشافعي، وقطع به أبو بكر الفارسي، وأبو إسحاق وغيرهما، وصححه القاضي الحسين، وأبو الطيب، والبندنيجي، قالوا: وإنما قال الشافعي: يجزئه، حكاية عن مذهب غيره.

تنبيه: سكت «المصنف» عن بعض أقسام المسألة لوضوح حكمها:

منها: ما لو صادف رمضان عامة، وما إذا لم يبين له الحال، فلا شيء عليه كما في الصلاة، ولو بان أنه كان يصوم ليلاً فغطر، لزمه القضاء لا محالة، ولو غلب على ظنه فوت رمضان، فصام شهرًا قضاء ثم بان أنه صادف رمضان عامة، أجزأه، نقله الروياني عن أبيه، وهو ظاهر كما نصوا على مثله في الصلاة، ولو اجتهد ولم يغلب على ظنه شيء، فعن الشيخ أبي حامد: إنه يلزمه الصوم تخمينًا، ثم يقضي كالمصلي، وزيفه في «الشامل» بأن من لم يعلم دخول رمضان فظن أو تيقن لا يلزمه الصوم، كمن شك في دخول الوقت لا يلزمه الصلاة، وحكم المتولي، والروياني بأن الأصح ما قاله أبو نصر، وجوز أن مراد أبي حامد ما إذا لم يغلب على ظنه شيء، ولكن خشي من التأخير

وَلَوْ نَوَتِ الْحَائِضُ صَوْمَ غَدٍ قَبْلَ انْقِطَاعِ دَمِهَا ثُمَّ انْقَطَعَ لَيْلًا صَحَّ إِنْ تَمَّ لَهَا فِي اللَّيْلِ أَكْثَرُ الْحَيْضِ، وَكَذَا قَدْرُ الْعَادَةِ فِي الْأَصَحِّ].

فَصْلٌ

قال المصنف: [شَرْطُ الصَّوْمِ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْجِمَاعِ، (وَالِاسْتِقَاءَةِ) وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَو تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَرْجِعْ شَيْءٌ إِلَى جَوْفِهِ بَطَلَ، ....

الفوات، إذ لا سبيل إلى التأخير على الإطلاق.

قال: **(وَلَوْ نَوَتِ الْحَائِضُ صَوْمَ غَدٍ قَبْلَ انْقِطَاعِ دَمِهَا ثُمَّ انْقَطَعَ لَيْلاً صَحَّ إِنْ تَمَّ لَهَا فِي اللَّيْلِ أَكْثَرُ الْحَيْضِ)** أي: سواء انقطع الدم أو استمر؛ لأن ما جاوز الأكثر إستحاضة، فلا يمنع الصوم.

قال: **(وَكَذَا قَدْرُ الْعَادَةِ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لأن الظاهر استمرارها.

والثاني: لا يصح؛ لأنها قد تختلف، هذا في العادة المستقرة دون أكثره، فإن لم يكن لها عادة، ولا يتم بالليل أكثره، أو كان لها عادات مختلفة لم يصح؛ لأنه لم يجزم، ولا بين على أصل، ولا أمارة، والنفساء كالحيض فيما ذكرناه.

قال الشارح: قال: **(شَرْطُ الصَّوْمِ الْإِمْسَاكُ عَنِ الْجِمَاعِ وَالِاسْتِقَاءَةِ)**: وعبارة «المحرر»: لا بد للصائم من الإمساك عن أمور، وهي عبارة صحيحة. و«المصنف» ذكر أن النية شرط، وأنّ الإمساك شرط، فلم يبق للصوم حقيقة، ولم يرد الشرط الاصطلاحي، بل أراد أن المعتبر في الصوم كذا وكذا، أما بطلان الصوم بجماع العامد العالم المختار، فإجماع لا ريب فيه، وأما الاستقاءة فنقل ابن المنذر الإجماع على بطلان صومه بها، ورأيت في تعليق القاضي الحسين.

قال طاوس: القيء لا يفطر بحال، وروى ذلك عن ابن عباس، وابن مسعود، انتهى. وزاد الدارمي، وسالم ابن عبد الله، ونقله الشاشي، وغيره عن ابن عباس، وابن عمر، وبعض أصحاب مالك، وهذا فقول غريب، نعم، حكى عن أحمد أنه قال: من تقيأ فاحشًا، أفطر.

قال: **(وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَوْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَرْجِعْ شَيْءٌ إِلَى جَوْفِهِ بَطَلَ)**؛ لقوله كما سيأتي، ومن استقاء فليقض، والأصح أن المفطر نفس الاستقاة عمدًا لا

وَإِنْ غَلَبَهُ الْقَيْءُ فَلَا بَأْسَ، وَكَذَا لَو اقْتَلَعَ نُخَامَةً وَلَفَظَهَا فِي الْأَصَحِّ ....

رجوع شيء مما خرج، وإن قل، وما ذكره الشيخ مفرع على العلة الصحيحة.

وعبارة «المحرر»: وأصح الوجهين أن الاستقاءة تبطل الصوم؛ لعينها حتى أو تحفظ، وتيقن أنه لم يرجع شيء إلى جوفه تبطل أيضًا.

فرع:

لو تقيأ جاهلاً فإنه مبطل، قال القاضي الحسين: يبطل صومه إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام.

قال الروياني: ويحتمل خلافه؛ لأنه يشتبه على من نشأ ببلاد الإسلام أيضًا.

قال: (**وَإِنْ غَلَبَهُ الْقَيْءُ فَلَا بَأْسَ**)؛ لقوله ﷺ «**من ذرعه القيء، وهو صائم فليس عليه قضاء، ومن استقاء فليقض**»(١) حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان، والحاكم، والدارقطني، ورواه مالك عن نافع عن ابن عمر من قوله.

وقال ابن عبد البر: أجمعوا على من ذرعه القيء فلا شيء عليه.

وقال ابن المنذر: إنه قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم، ورويناه عن الحسن، وروينا عنه أنه قال: عليه القضاء، وحكاه الدارمي، وابن كج عن ربيعة.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اقْتَلَعَ نُخَامَةً وَلَفَظَهَا فِي الْأَصَحِّ**) سومح به؛ لتكرار الحاجة إليه.

والثاني: يفطر كالاستقاءة، وجه جزم المتولي وفي «الروضة» و«شرح المهذب» لم يفطر على المذهب، وقيل: على وجهين.

إشارة: احترز بقوله: ولفظها من مسألتين، إحداهما: إذا اقتلعها، وبقيت في محلها.

قال الروياني: أو وصلت إلى حلقه، ونزلت من هناك على جوفه، فلا يفطر.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٨٢) والحاكم (١٥٥٧) وابن حبان (٣٥١٨).

فَلَوْ نَزَلَتْ مِن دِمَاغِهِ وَحَصَلَتْ فِي حَدِّ الظَّاهِرِ مِن الْفَمِ فَلْيَقْطَعْهَا مِن مَجْرَاهَا وَلْيَمُجَّهَا، فَإِنْ تَرَكَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ فَوَصَلَتْ الْجَوْفَ أَفْطَرَ فِي الْأَصَحِّ.

الثانية: إذا اقتلعها، وخرجت على حد الظاهر، ثم ابتلعها أفطر.

قال الماوردي: على الصحيح، وهذا الخلاف بعيد، ولو خرجت بغلبة سعال، ولفظها فلا شيء عليه، وإن ابتلعها قصدًا أفطر.

قال: (**فَلَوْ نَزَلَتْ مِن دِمَاغِهِ وَحَصَلَتْ فِي حَدِّ الظَّاهِرِ مِن الْفَمِ**) أي: بانصبابها من الدماغ في الثقبة النافذة منه إلى أقصى الفم فوق الحلقوم.

(**فَلْيَقْطَعْهَا مِن مَجْرَاهَا وَلْيَمُجَّهَا**) أي: إن أمكنه ذلك، وأشار بقوله: من مجراها إلى أنه لو ردها إلى أقصى الفم، أو ارتدت إليه ثم ابتلعها أنه يفطر لا محالة، وذكر العمراني فيها وجهًا عن رواية العدة.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ فَوَصَلَتْ الْجَوْفَ أَفْطَرَ فِي الْأَصَحِّ**) لتقصيره كالعامد. وهذا ما قال البندنيجي: أنه ظاهر المذهب، وبه جزم المتولي.

والثاني: لا؛ لأنه لم يفعل شيئًا، وإنما أمسك عن الفعل، ومال إليه ابن الصلاح.

قال الرافعي: ونقل عن «الحاوي» وجهان مطلقان في الإفطار بالنخامة، والوجه تنزيلها على الحالة التي حكى الإمام الخلاف فيها، يعني صورة الكتاب، وعبارة في النخامة إذا ابتلعها وجهان: أحدهما: قد أفطر بها.

والثاني: لم يفطر، والصحيح أنه إن أخرجها من صدره ثم ابتلعها أفطر كالقيء، وإن أخرجها من حلقه أو دماغه لم يفطر كالريق، انتهى.

وهذا تفصيل آخر، والظاهر أن الوجه المطلق في «الحاوي» هو ما حكاه صاحب «العدة». وقال القاضي ابن كج: إن أخرج البلغم إلى فمه، ثم ابتلعه.

قال أبو الحسين: على وجهين.

وقال الدارمي: يفطر به وجهًا واحدًا، انتهى.

وبه يعلم أن الدارمي لم يرد بهما التنزيل الذي ذكره الرافعي.

وَعَنْ وُصُولِ الْعَيْنِ إِلَى مَا يُسَمَّى جَوْفًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مَعَ هَذَا أَنْ يَكُونَ فِيهِ قُوَّةٌ تُحِيلُ الْغِذَاءَ أَو الدَّوَاءَ فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ بَاطِنُ الدِّمَاغِ وَالْبَطْنِ وَالْأَمْعَاءِ وَالْمَثَانَةِ مُفْطِرٌ بِالِاسْتِعَاطِ أَو الْأَكْلِ أَو الْحُقْنَةِ أَو الْوُصُولِ مِن جَائِفَةٍ أَو مَأْمُومَةٍ وَنَحْوِهِمَا.

وَالتَّقْطِيرُ فِي بَاطِنِ الْأُذُنِ وَالْإِحْلِيلِ مُفْطِرٌ فِي الْأَصَحِّ.

فرع: قال ابن كج: إذا شد خيطًا في خاتم، ثم ابتلعه، ثم جزأه بالخيط، قال أصحابنا: لا يفطر، والصحيح أنه يفطر.

قال: (**وَعَنْ وُصُولِ الْعَيْنِ إِلَى مَا يُسَمَّى جَوْفًا**) أراد بتعريف العين التعميم لكل عين سوى ما أكل عادة، وغيره مما لا يؤكل أصلاً؛ لأن الصوم هو الإمساك عن كل ما يصل إلى الجوف، وفاعل ذلك لم يمسك، وفي نسخ باللباب وصول عين، كـ«المحرر» ولعله أحسن، وقد احترز بالعين عن الأثر، فلا أثر لوصول الريح بالشم إلى دماغه، ولا لوصول الطعم بالذوق إلى حلقه، وأخرج بقوله: ما يسمى جوفًا، ما لو وصل إلى داخل لحم الساق، ونحوه، أو غرز فيه سكينًا فوصلت مجنة؛ لأنه لا يعد جوفًا.

قال: (**وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مَعَ هَذَا أَنْ يَكُونَ فِيهِ قُوَّةٌ تُحِيلُ الْغِذَاءَ أَو الدَّوَاءَ**) وهذا أما أورده الغزالي، والمرجح الأول بدليل أنهم جعلوا الحلق كالجوف في بطلان الصوم بوصول الواصل، ومعلوم أنه ليس في الحلق قوة الإحالة.

قال: (**فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ بَاطِنُ الدِّمَاغِ وَالْبَطْنِ وَالْأَمْعَاءِ وَالْمَثَانَةِ مُفْطِرٌ بِالِاسْتِعَاطِ أَو الْأَكْلِ أَو الْحُقْنَةِ أَو الْوُصُولِ مِن جَائِفَةٍ أَو مَأْمُومَةٍ وَنَحْوِهِمَا**) لأنه جوف محيل وفي كلامه لف، ونشر بالاستعاط نفوذ للدماغ، والأكل للبطن، والحقنة للأمعاء، والمثانة، والوصول من جائفة، ومأمومة للكل.

قال: (**وَالتَّقْطِيرُ فِي بَاطِنِ الْأُذُنِ وَالْإِحْلِيلِ مُفْطِرٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن لم يصل ذلك إلى المثانة مفطر في الأصح، هذا مفرع على الوجه الأول: إن العبرة بما يسمى جوفًا، والثاني: بناء على مقابله؛ لعدم قوة الإحالة.

قال الرافعي: وتوسط بعض متأخري الأصحاب، فقال: إن وصل إلى ما وراء الحشفة أفطر، وإلا فلا تشبيهًا بالفم والحلق.

وَشَرْطُ الْوَاصِلِ كَوْنُهُ مِن مَنْفَذٍ مَفْتُوحٍ فَلَا يَضُرُّ وُصُولُ الدُّهْنِ بِتَشَرُّبِ الْمَسَامِّ. وَلَا الِاكْتِحَالُ وَإِنْ وَجَدَ طَعْمَهُ بِحَلْقِهِ.

وَكَوْنُهُ بِقَصْدٍ: فَلَوْ وَصَلَ جَوْفَهُ ذُبَابٌ، أَو بَعُوضَةٌ، أَو غُبَارُ الطَّرِيقِ، أَو غَرْبَلَةُ الدَّقِيقِ لَمْ يُفْطِرْ.

فرع: أدخل إصبعه أو غيرها دبره، أو المرأة ذلك دبرها، أو قبلها، وبقي البعض خارجًا.

قال الشيخ: بطل الصوم باتفاق الأصحاب إلا وجهًا عن الحناطي.

قلت: ونقل ابن كج وجهًا في ابتلاع الخاتم المسدود كما سبق، وقائله يمنع الفطر هاهنا.

قال: (**وَشَرْطُ الْوَاصِلِ كَوْنُهُ مِن مَنْفَذٍ مَفْتُوحٍ فَلَا يَضُرُّ وُصُولُ الدُّهْنِ بِتَشَرُّبِ الْمَسَامِّ. وَلَا الِاكْتِحَالُ وَإِنْ وَجَدَ طَعْمَهُ بِحَلْقِهِ**) كما لا يضر الاغتسال، والانغماس في الماء، وإن وجد له أثرًا في باطنه، فالأولى لأن العين ليست بجوف، ولا منفذ لها إلى الحلق، انتهى.

وقال ابن كج: قال الدارمي: قال أبو إسحاق: أنه يفطر متى تيقن وصوله إلى حلقه، فأما إن حس بمرارة فلا يفطر.

فرع: لا يكره للصائمين الاكتحال عندنا، خلافًا لمالك وأحمد، قالا: فإن وصل الحلق أفطر، فالأولى تركه، إذا لم تدع إليه حاجة.

قال: (**وَكَوْنُهُ بِقَصْدٍ**) أي: وكون ما يسمى عينًا من منفذ مفتوح بقصد مع ذكر الصوم، وغيره مما سيأتي.

(**فَلَوْ وَصَلَ جَوْفَهُ ذُبَابٌ، أَو بَعُوضَةٌ، أَو غُبَارُ الطَّرِيقِ أَوْ غَرْبَلَةُ الدَّقِيقِ لَمْ يُفْطِرْ**) أي: وإن أمكن التحرز عن ذلك بإطباق الفم؛ دفعًا للمشقة، وأطلق صاحب «الخصال»: إن عمل في الدقيق فدخل في حلقه أفطر، ولعله أراد ما إذا فتحه قصدًا؛ ليدخل لا مطلقًا، وفي «التهذيب»: أنه لو فتح فاه حتى وصل الغبار إلى جوفه لم يفطر على الأصح؛ لأن الاحتراز عنه لا يمكن فوقع عفوًا.

وعبارة «الكافي» بعد ذكره الغبار، والذباب، ولو فتح فاه حتى وصل الغبار

وَلَا يُفْطِرُ بِبَلْعِ رِيقِهِ مِن مَعْدِنِهِ، فَلَوْ خَرَجَ عَنِ الْفَمِ ثُمَّ رَدَّهُ وَابْتَلَعَهُ أَو بَلَّ خَيْطًا بِرِيقِهِ وَرَدَّهُ إِلَى فَمِهِ وَعَلَيْهِ رُطُوبَةٌ تَنْفَصِلُ أَو ابْتَلَعَ رِيقَهُ مَخْلُوطًا بِغَيْرِهِ أَو مُتَنَجِّسًا أَفْطَرَ.

إلى جوفه لم يفطر على الأصح؛ لأن الاحتراز عنه لا يمكن، فوقع عفوًا.

وعبارة «الكافي» بعد ذكر الغبار والذباب: فلو فتح فاه حتى يصل إليه لم يبطل صومه على الأصح، وكلام القاضي الحسين يشعر بترجيح الفطر كما أشرت إليه في «الغنية» وهو الأقرب إلى كلام المصنف؛ لأنه وصل بقصد.

إشارة: لم أدر لأي معنى جمع الشيخ الذباب، وأفرد البعوضة.

وعبارة «المحرر»: ذبابة أو بعوضة.

فرع: لو خرجت مَقْعَدَةُ الْمَبْسُورِ لم يفطر، وكذا لو أعادها على الأصح في «التهذيب» و«الكافي»؛ لاضطراره إليه، والأقرب إلى كلام «المصنف» وغيره الفطر، وإن اضطر إليه، وجاز له فعله.

قال: (**وَلَا يُفْطِرُ بِبَلْعِ رِيقِهِ مِن مَعْدِنِهِ**) أي: بالإجماع.

قال: (**فَلَوْ خَرَجَ عَنِ الْفَمِ ثُمَّ رَدَّهُ وَابْتَلَعَهُ أَو بَلَّ خَيْطًا بِرِيقِهِ وَرَدَّهُ إِلَى فَمِهِ وَعَلَيْهِ رُطُوبَةٌ تَنْفَصِلُ أَو ابْتَلَعَ رِيقَهُ مَخْلُوطًا بِغَيْرِهِ أَو مُتَنَجِّسًا أَفْطَرَ**) أما فطره إذا انفصل الريق عن فِيه بالكلية فلا خلاف فيه كالعين الأجنبية، وكذا لو خرج إلى ظاهر الشفة، ثم رده بلسانه، أو غيره وابتلعه، ولو خرج لسانه وعليه الريق، ثم رده وابتلع ما عليه، لم يفطر على الأصح في «الروضة»، وأصلها؛ لأنه لم ينفصل وعلى المذهب في «شرح المهذب» وقيل: وجهان، والمرجح في «الشرح الصغير» الفطر، ويوافقه إطلاق «المحرر» بقي ما لو جمعه على رأس لسانه، ثم أخرج لسانه ثم رده إلى فيه وابتلعه، فيحتمل الجزم بالفطر، ويحتمل أن يرتب على ما قبله، وأولى بالفطر أو على ما جمعه، ثم ابتلعه من فيه، وأما ببل الخيط؛ فلأنه بلعه بعد انفصاله، وقيل: لا يفطر؛ لأنه دون ما يبقى في الفم من أثر المضمضة، وخص القاضي الحسين، والمتولي الخلاف بالجاهل بالتحريم، فإن كان عالمًا أفطر قطعًا.

قال القاضي: وكل مسألة يدق وتغمض معرفتها على العامِّي الجاهل على

وَلَوْ جَمَعَ رِيقَهُ فَابْتَلَعَهُ لَمْ يُفْطِرْ فِي الْأَصَحِّ.

هذين الوجهين، وفي تقطير الجاهل نظر لما سيأتي؛ لأنه مما يخفى على غالب الحلق. وعبارة جماعة: ولو بَلَّ الخياط، فيحتمل أنه مثال، وإنه يحتمل أن يختص الخلاف به دون غيره.

وقال الفارقي: إذا بل الخياط الخيوط بريقه، فإنه يعفى عنه؛ لأنه يشق الاحتراز منه، وسواء فيه ما صبغ وغيره، فإنه يعفى عنه، انتهى.

وأما إذا ابتلع ريقه مخلوطًا بغيره، كما لو بل خيطًا مصبوغًا فتغير به ريقه، وبه كلام الفارقي، أو متنجسًا كمن دميت لثته وتغير به ريقه؛ لأن المعفو عنه للحاجة الريق المحض، فلو يضيق حتى ابيضّ الريق وزال التغير، قالا: فالأصح عند الأكثرين يفطر؛ لأنه نجس لا يجوز ابتلاعه، ولا يطهر الفم إلا الماء، فعلى هذا الأول: أكل ليلاً، شيئًا نجسًا أو شربه، ولم يغسل فاه حتى أصبح، فابتلع الريق، أفطر، وعلى الثاني: لا يبطل، ورجحه الحناطي، والروياني وبه أفتى القفال، واعتل بأنه لم يصل شيء غير الريق، والمفطر وصول عين إلى جوفه، ذكره فيمن يجرد بأغلب فيدخل في فيه وينجس به، ومسألتنا أولى بعدم الفطر.

اعلم أن ترجيح الفطر فيما إذا لم يبق شيء من عين الدم خارج عما ضبطوا به من وصول عين إلا أن يقال: أن الريق لما تنجس حرمها ابتلاعه، فصار بمنزلة العين الأجنبية، ولا يبعد أن يقال: إن من عمت بلواه بدم لثته، بحيث يجري دائمًا أو غالبًا أنه يسامح بما يشق الاحتراز منه، ويكفي بصفة الدم، ويعفي عن أثره ولا سبيل إلى تكليفه غسل فمه في جميع نهاره؛ إذ الفرض إنه يجري دائمًا أو بترشح، وربما إذا غسله زاد جريانه.

قال: (**وَلَوْ جَمَعَ رِيقَهُ فَابْتَلَعَهُ لَمْ يُفْطِرْ فِي الْأَصَحِّ**)، كابتلاعه من معدنه، والثاني: يفطر؛ لحقه الاحتراز عنه، وقوله: جمع، يحترز عما لو اجتمع بتغير قصد، فإنه لا يضر بلا خلاف، والخلاف جارٍ سواء جمعه بالعلل أم بغيره، ونقل الدارمي الوجهين فيما لو جمعه، ثم بلعه، ثم قال: وإن لم يجمعه،

وَلَوْ سَبَقَ مَاءُ الْمَضْمَضَةِ أَوِ الِاسْتِنْشَاقِ إِلَى جَوْفِهِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِنْ بَالَغَ أَفْطَرَ وَإِلَّا فَلَا.

ولكن بصفة لم يفطر، فإن تنحنح فبلعه فوجهان: أحدهما: لا يفطر، كالبصاق. والثاني: يفطر، فإن جمعه رتبت على البصاق، هذا لفظه، وفيه تعقيد.

قال: (وَلَوْ سَبَقَ مَاءُ الْمَضْمَضَةِ أَوِ الِاسْتِنْشَاقِ إِلَى جَوْفِهِ) أي: المعروف أو دماغه.

(فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِنْ بَالَغَ أَفْطَرَ) لأنه منهي عنها كما سبق.

(وَإِلَّا فَلَا)؛ لوصوله بغير اختياره، وقيل: يفطر مطلقًا، وقيل: عكسه، كذا نقل في «الروضة»، ونقل الخلاف في «شرح المهذب» ثلاثة أقوال، وهو حاصل طرق منتشرة.

إشارات: منها: ما سبق في الذاكر للصوم، أما الناسي، والجاهل. قال الشيخ: فلا يفطر بلا خلاف.

قلت: سبق عن القاضي ما يقتضي أن الجاهل على وجهين منها، وقال تبعًا للتهذيب: سبق الماء في غسل الفم عن النجاسة كسبق ماء المضمضة.

قال الرافعي: المبالغة هنا؛ للحاجة، ينبغي أن يكون كالمضمضة بلا مبالغة. قال الشيخ: وما قاله متعين.

قلت: وجزم به في «الشرح الصغير» فقال: والمبالغة هنا كالمضمضة بلا مبالغة.

وقال في «الكافي»: إنه مرتب على سبق ماء المضمضة، إن قلنا: هناك لا يفطر، فهنا أولى، وإلا فوجهان، والفرق أن هذا واجب.

قلت: وأطلق القاضي الحسين في «التعليق» أنه لو نجس فمه فغسله، فسبق الماء لم يفطر؛ لأن غسله واجب عليه.

ومنها: قال في «التهذيب» لو غسل فمه تبردًا، زاد في تعليقه، أو تنظفًا، أو تمضمض أربعًا، فنزل الماء إلى جوفه في المرة الرابعة، فإن بالغ بطل صومه، وإن لم يبالغ يرتب على المضمضة، وهنا أولى بالإفطار؛ لأنه غير مأمور به، وصرح في تعليقه بترتيب الصور الثلاث، ثم قال: ومن أصحابنا من

وَلَوْ بَقِيَ طَعَامٌ بَيْنَ أَسْنَانِهِ فَجَرَى بِهِ رِيقُهُ لَمْ يُفْطِرْ إنْ عَجَزَ عَنْ تَمْيِيزِهِ، وَمَجِّهِ.

قال: حكم الوصول من التبرد حكم ما ذكرنا في المضمضة، وما تقدم أولى يعني أن الترتيب أولى من التسوية.

قال المصنف: والمختار في الرابعة الجزم بالإفطار كالمبالغة؛ لأنها منهي عنها، انتهى.

وهذا متعين في حق العالم بالنهي، ويحتمل التعميم للتقصير بالجهل، وأحمل كلام الكتاب على المضمضة المعهودة شرعًا، ولا نورد عليه شيئًا.

ومنها: في تعليق القاضي الحسين: أنه لو انغمس في الماء، فوصل إلى جوفه من فِيه أو أنفه، قال الداركي: يحتمل أن يقال يفطر قولاً واحدًا؛ لأن الانغماس إذا كان يتيقن وصول الماء منه إلى جوفه مكروه، كالمبالغة في الاستنشاق، وكذا قاله الدارمي: وينبغي أنه إذا كان عرف من عادته أنه يصل إلى جوفه، أو دماغه بالانغماس، ولا يمكنه التحرر عنه أن يحرم الانغماس ويفطر قطعًا.

ومنها: عبارة الدارمي في المسألة، إذا كان صائمًا فاستنشق برفق، فإن علم أنّه وصل إلى جوفه، أو رأسه فإن تعمد ذلك يقضي، وإن نسي الصيام، وقصد الفعل لم يفطر، وإن تركه في أنفه، أو فمه يذكر الصوم، ويقصد الفعل، فجرى بطبعه، فحصل قولان.

قال: (**وَلَوْ بَقِيَ طَعَامٌ بَيْنَ أَسْنَانِهِ فَجَرَى بِهِ رِيقُهُ**) أي: بطبعه لا بفعلٍ منه.

(**لَمْ يُفْطِرْ إنْ عَجَزَ عَنْ تَمْيِيزِهِ، وَمَجِّهِ**) أي: وإن لم يعجز أفطر؛ لتقصيره، وقيل: لا يفطر مطلقًا، وقيل: إن قصر في الحال أفطر، وإلا فلا، وقيل: قولان، وعلى الطريق الثاني اقتصر الروياني في «الحلية» وهو قوي؛ لأنه لم يقع عن هذا معيب من السلف، ولا تحذير، وكأنهم رأوه عفوًا، وقياس الحكم بالفطر إيجاب الخلال، لا سيما على من يأكل اللحوم الغليظة، وأطلق صاحب «التعجيز» في شرحه: أنه لو لم يغسل فمه مما أكل ليلاً أفطر في الأصح، وهو عيب، نعم، يظهر ذلك فيما لو أكل ما يبقى منه بقايا كثيرة غالبًا

وَلَوْ أُوجِرَ مُكْرَهًا لَمْ يُفْطِرْ.

وَإِنْ أُكْرِهَ حَتَّى أَكَلَ أَفْطَرَ فِي الْأَظْهَرِ. قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يُفْطِرُ، والله أَعْلَمُ.

في الفم واللهوات كالفتيت، والسميد، ونحوهما، فإنه لا ينقى الفم منه غالبًا إلا بالغسل، وينزل مع الريق عينة إلى الجوف لا محالة، وإزالته سهلة بخلاف ما لا يبقى عنه ظاهره في الفم.

قال: (**وَلَوْ أُوجِرَ مُكْرَهًا لَمْ يُفْطِرْ**)؛ لأنه لا صنع له، قال الرافعي: ونقل الحناطي فيه وجهين، وهو غريب، نعم، ولو أغمي عليه فأوجر معالجة لم يفطر على الأصح.

قلت: قال القاضي أبو الطيب في تعليقه إذا لم يكن له صنع فيما أكره عليه، مثل: أن تُشَدُّ يداه ورجلاه، ويطعم أي: يوجر، أو تُشَدُّ يداها ورجلاها وتوطأ، قال أكثر أصحابنا: لا يفطران قولاً واحدًا، وقال بعضهم: فيه قولان.

قال: والمسألة مبنية على ما لو حلف لا يدخل الدار فحنث، ودخل.

قال أكثر أصحابنا: لا يحنث، ومنهم من قال: فيه قولان، قال في «الكافي»: ومن صب في حلقة وهو نائم، كالموجر.

قال: (**وَإِنْ أُكْرِهَ حَتَّى أَكَلَ أَفْطَرَ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأنه فعله مع علمه بالحال؛ دفعًا للضرر عن نفسه، فأفطر كما لو أكل أو شرب خوفًا على نفسه.

قال: (**قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يُفْطِرُ، والله أَعْلَمُ**) لأن حكم اختياره ساقط، بخلاف من أكل خوفًا على نفسه، فالمكره كالناسي، وأولى.

اعلم أن الإمام الرافعي لم يصرح في كتبه بترجيح الأول، وفي كلامه جنوح إليه، ويؤيده أن القاضي ابن كج نقل طريقة قاطعة به وأقرها، وإن المرجح في الإكراه على الكلام في الصلاة، وعلل بالندرة، وقضية كلام كثيرين التسوية بين البابين، وإن الخلاف هو الخلاف، أو مبني عليه، وقول الشيخ في «شرح المهذب» ممن صح أنه لا يفطر صاحب «التنبيه»، والغزالي في«الوجيز» والعبدري في «الكفاية» والرافعي في «الشرح»، وآخرون وهو الصواب.

وَإِنْ أَكَلَ نَاسِيًا لَمْ يُفْطِرْ إِلَّا أَنْ يُكْثِرَ فِي الْأَصَحِّ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَا يُفْطِرُ، والله أَعْلَمُ.

ولا يعتبر بترجيح «المحرر» البطلان عليه، وفيه انتقادات:

منها: أن الصواب عن نسخ «الوجيز» كما قال صاحب «التنجيز» لغط، أصحهما يفطر، وهو ما أورده الرافعي في كلام «الوجيز» وصرح في الشرحين بذلك عنه.

ومنها: تصويبه مع احتمال خلافه بعيد جدًا.

ومنها: قوله أنه رجح في «المحرر» البطلان، ولغطه أرجح منهما كذا، وممن رجح أنه لا يفطر القاضي أبو الطيب في «تعليقه».

ومنها: قوله، والرافعي، وليس كذلك.

تنبيه: إذا قلنا لا يفطر، فقضية إطلاقهم بين أن يحرم عليه الفطر حالة الاختيار، أو يجب عليه لا للإكراه؛ بل لخشية التلف من جوع، أو عطش، أو يتعين عليه إنقاذ نفسه أو غيره من غرق، ونحوه، ولا يمكنه ذلك إلا بالفطر، فأكره عليه لذلك، ويحتمل غيره؛ لأنه إكراه بحق، وهو إثم بالإمتناع لغير الإكراه؛ بل لترك الواجب، ويجري الخلاف فيما لو أكرهت على التمكين، أو الرجل على الوطء، وقلنا: منصور الإكراه، وهو الأصح، ولو شدت يداه ورجلاه أو أولج ذكره في فرجها لم يضره، فإن أنزل فوجهان: قال الشيخ: ينبغي أن يكون الأصح إنه إن حصل الإتراك بذكر، وقصد، وتلذذًا فطر وإلا فلا، انتهى.

وهذا بطرق مسألتنا من طرق الأولى وحركته الاختيارية المتوالد منها الانزال اختيار له، فينبغي أن يفطر به قطعًا.

قال: (**وَإِنْ أَكَلَ نَاسِيًا لَمْ يُفْطِرْ**) لقوله ﷺ «**مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ، فَأَكَلَ أَو شَرِبَ، فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاهُ**» متفق عليه، وفي صحيح ابن حبان وغيره، ولا قضاء عليه.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُكْثِرَ فِي الْأَصَحِّ**) ككلام المصلي ناسيًا، إذ أكثر للندرة.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَا يُفْطِرُ، والله أَعْلَمُ**) لإطلاق الأحاديث؛ ولأن الصلاة

....

ينقطع نطقها بذلك بخلاف الصوم؛ ولأن هيئة الصلاة مذكرة فينذر ذلك فيها.

وقال في «شرح المهذب» : إذا أكل أو شرب أو تقيأ، أو استعط، أو جامع، أو فعل غير ذلك من منافيات الصوم ناسيًا للصوم، لم يفطر عندنا سواء، قل ذلك أم كثر هذا هو المذهب، والمنصوص، وبه قطع الجمهور من العراقيين، وغيرهم، وذكر الخراسانيون في جماع الناسي طريقين: أصحهما: ما قدمناه عن الجمهور، والثاني: على قولين أصحهما: هذا، والثاني: يفطر، قال المتولي، وغيره وهو مخرج، انتهى.

وحكى المتولي، والبغوي الوجهين في الكتاب، وكذلك الإمام في كتاب «الصلاة» قال: إنهما مرتبان على الكلام الكثير ناسيًا، وأولى بعدم البطلان، وقال: ها هنا إن المذهب لم يختلف في أن من نسي صومه، وأكل لم يفطر سواء استقل، أو استكثر وسواء وجد ذلك مرة أو مرارًا، وذكر فيه حديثًا، وتبعه الغزالي هنا على ذلك.

وقال الدارمي: إذا نسي الصوم، وتعمد الأكل، أو ذكر الصوم، ونسي الأكل لا يفطر، وإذا كرر الأكل ناسيًا فوجهان، انتهى.

إشارة: تضمنت عبارة «شرح المهذب» أنه لو ارتد بقلبه ناسيًا للصوم ثم أسلم في يومه أنه لا يفطر، ولا أحسب الأصحاب يسمحون، ولا أنه أراده، وإن شمله لفظه.

فرع: الجاهل بتحريم الأكل، وغيره إن خفي عليه؛ لقرب عهده بالإسلام، أو نشأ ببادية نائية، لم يفطر، واستشكله ابن الرفعة، وغيره؛ لأن من جهل كون الأكل مفطرًا، جهل حقيقة الصوم، فلا تصح نيته؛ لأن من جهل المفطرات جهل الإمساك عنها الذي هو حقيقة للصوم، وحينئذ لا يخلص من هذا اليوم إلا أحد أمرين، إما تفريط الكلام من مفطر خاص من النوادر كالحصاة، أو يكون حقيقة الصوم الإمساك عن الأكل والشرب المعتاد، وما عدا ذلك شرط في صحته، وإما أن يعرض كما صوره بعضهم فيمن احتجم أو

وَالْجِمَاعُ كَالْأَكْلِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

أكل ناسيًا وما أشبه ذلك، وظن أنه أفطر به، فأكل أو جامع عامدًا ظانًا أنه أفطر بالأول، فإن الشيخ أبا حامد قال: لا يفطر كمن سلم ناسيًا، ثم تكلم وعزي إلى نص «الأم». وقال الروياني: إنه الأقيس، والذي قاله الماوردي ونسبه الروياني إلى سائر أصحابنا، إنه يفطر، وصححه الشيخان كما سيأتي.

قال القاضي الحسين: لو تقيأ عامدًا جاهلاً، أفطر إلا أن يقرب عهده بالإسلام.

قال الروياني: ويحتمل خلافه؛ لأنه بسببه على من نشأ في الإسلام ورد بأنه مقصر.

اعلم أن صاحب «الانتصار» قال: والجاهل بالتحريم كالناسي، بل أبسط عذرًا، وإن صاحب «الذخائر» قال: وحكم الجاهل حكم الناسي، فلا حاجة إلى إعادته، انتهى.

ولم يفرقا بين حديث عهد بإسلام، ونحوه وغيرهما، وهو ظاهر فيما يخفى على العوام من المفطرات، لا في الجميع. ويوافق إطلاق «الذخائر» إطلاق الشيخ أبي محمد في «انتصاره» وكثير من أن الجاهل بتحريم الأكل لا تبطل صلاته، وفصل الشيخان وغيرهما هناك، ونقله في «الذخائر» عن بعض أصحابنا هناك، ثم قال: وأما أصحابنا العراقيون فأطلقوا ولم يفصلوا.

قال: وينبغي على ما ذكره الأول أن يفرق بين من يخالط الناس وغيره، وقد أسهب في ذلك في «التوسط».

فائدة: ورأيت في «الهادي» لمحمد بن عبد الرحمن الكندي المصري هنا، وإن فاجأه القُطَّاع، فابتلع الذهب خوفًا عليه، فهو كالمكره على فعل نفسه، هذا لفظه، وهو غريب.

قال: (**وَالْجِمَاعُ كَالْأَكْلِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) سبق ذكر الطريقين.

ثانيهما: على قولين كجماع المحرم ناسيًا، وفرق بأن للمحرم هيئة مذكره، فإذا نسي بسبب إلى التقصير، بخلاف الصائم.

وَعَنْ الِاسْتِمْنَاءِ فَيُفْطِرُ بِهِ، وَكَذَا خُرُوجُ الْمَنِيِّ بِلَمْسٍ وَقُبْلَةٍ وَمُضَاجَعَةٍ لَا فِكْرٍ وَنَظَرٍ بِشَهْوَةٍ.

قال: (وَعَنْ الِاسْتِمْنَاءِ) أي: ومن المعتبر في صحة الصوم الإمساك عن الاستمناء.

(فَيُفْطِرُ بِهِ) كالإيلاج المجرد، وأولى [إذا كان عالمًا ذاكرًا، ويأتي في الجاهل ما سبق عن القاضي الحسين في المتقيئ جهلاً](١) وبأولى: ولو حك ذكره؛ لعارض فأنزل، قال «المصنف»: لم يفطر في الأصح؛ لأنه تولد من سبب مباح.

قلت: فلو علم من نفسه أنه إذا حكَّه أنزل، فالقياس التحريم، والفطر.

قال: (وَكَذَا خُرُوجُ الْمَنِيِّ بِلَمْسٍ وَقُبْلَةٍ وَمُضَاجَعَةٍ لَا فِكْرٍ وَنَظَرٍ بِشَهْوَةٍ) أي: ونحوها من المباشرة فيما دون الفرج، هذا هو المشهور، ونقل الماوردي وغيره الإجماع على بطلان صوم من قبَّل أو باشر، فيما دون الفرج، وأجاب ابن سريج في «الودائع»، بأنه لو قبل، فأنزل [لم يفطر عن الشيخ أبي محمد رواية وجهين فيمن ضم إلى نفسه من فوق حائل فأنزل](٢).

قال الإمام: وهو عندي كسبق ماء المضمضة، فإن ضاجعها فكمبالغة المضمضة.

وقال المتولي: لو قبل من فوق خمار فأنزل، لم يفطر، ويحتمل أن يفرق بين الخفيف وضده، وكذا في اللمس أيضًا، لا سيما الديبقي وثوب الشعر ونحوه، فإنه كالعدم للطاقة، وفي «البحر» أنه لو أنزل عن لمس عضو منفصل منها لم يفطر بلا خلاف، أو يلمس أذنها للملصقة بالدم احتمل وجهين، ولو قبلها ثم فارقها ساعة أو ساعتين، ثم أنزل فوجهان: أصحهما: إنه إن كانت الشهوة مستصحبة، والذكر قائم حتى أنزل أفطر، انتهى.

ولو أنزل بلمس شعرها، بني على أنه ناقض.

قال البغوي: وعندي أنه يفطر مطلقًا، هذا كله في الواضح، أما الخنثى

---

(١) سقط من نسخة.

(٢) سقط من نسخة.

وَتُكْرَهُ الْقُبْلَةُ لِمَنْ حَرَّكَتْ شَهْوَتَهُ، وَالْأَوْلَى لِغَيْرِهِ.

إذا أنزل من أحد فرجيه عن مباشرة لم يفطر، أو منهما أفطر.

قلت: ويشبه أن جميع ما سبق من الخلاف، فيمن لم يعلم من عاداته شدة غلمه أنه ينزل بالمباشرة، فإن علم ذلك أفطر كالمستمني، والمضاجعة في كلام «المصنف» المراد بها ما إذا كان معها مباشرة فأشبه الاحتلام، ما لا مطلق المضاجعة من غير لمس.

وقال الروياني: إن تعمد، وكرر النظر فأنزل من غير لمس، ولا تلذذ بها فصومه تام.

[وقال غيره: لا يفطر، وجعله الشيخ المذهب، وعبارة نص «الأم» وإن نظر](١).

وقال بعده بقائمة: وإن تلذذ بامرأة، حتى أنزل أفسد صومه، وهو على ما قاله الروياني أقرب، وينبغي أنه إذا أحسّ بانتقال المني، وتهيئه للخروج بسبب استدامة النظر، فاستدامه أنه يفطر قطعًا. وكذا لو علم ذلك من عادته، وإنما يظهر التردد إذا بدره الإنزال، ولم يعلمه من نفسه.

قال: (وَتُكْرَهُ الْقُبْلَةُ لِمَنْ حَرَّكَتْ شَهْوَتَهُ وَالْأَوْلَى لِغَيْرِهِ) تركها، هكذا فصل كثيرون أو الأكثرون.

قال الشافعي في «الأم»: هنا ومن حركت القبلة شهوته كرهتها له، ومن لم تحرك شهوته فلا بأس له بالقبلة، وملك النفس في الحالين عنها أفضل، هذا لفظه بحروفه.

وعبارة القاضي أبي الطيب: [قال الشافعي في «الأم»: ومن حركت القبلة شهوته فالقبلة حرام عليه، ومن لم تحرك شهوته كرهتها له، انتهى.

وذكر في «الشامل» نص «الأم» كما سقته، ثم قال: وصرح القاضي أبو الطيب بأن](٢) ذلك كراهة تحريم، وفي كلامه رمز إلى استغرابه.

---

(١) سقط من نسخة.

(٢) سقط من نسخة.

قُلْتُ: هِيَ كَرَاهَةُ تَحْرِيمٍ فِي الْأَصَحِّ والله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: هِيَ كَرَاهَةُ تَحْرِيمٍ فِي الْأَصَحِّ والله أَعْلَمُ**) تبع في ذلك جماعة منهم صاحبا «المهذب» و«التهذيب» والظاهر: إن عهدتهم بصريح أبي الطيب بذلك، ولعله قاله في «الأم» [في مكان آخر، وإلا فلفظ «الأم» السابق بعيد من إرادة كراهة التحريم، وعبارة «تجريد التجريد»](١) قال في «الأم»: ولا يحرم على الصائم قبلة المرأة ومباشرتها، إلا أنه إن كان مخشي منها الإنزال كرهت له، وإلا لم يكره، انتهى.

وهذا يدل على أن الأصحاب يروون عن النص بالمعنى الذي يضمونه منه لا باللفظ، وتبع بسبب ذلك تفاوت كثير في الأحكام. وقال المتولي: القبلة، والمعانقة، والملامسة هل تحرم إن كان شيخًا لا يخشى الوقوع في الحرام، أو كان مفقود الشهوة لم يحرم؟ وإن كان ممن يخشى أن تحرك ذلك شهوته فلا يباح له، وهل يطلق عليه إنه حرام؟ منهم من أطلقه، ومنهم من قال: إنه إن أفضى إلى إنزال، ومواقعة كان حرامًا وإلا فلا، وهو الصحيح، انتهى.

ثم ما المراد بتحريك الشهوة، هل هو التلذذ أو خوف الإنزال؟ عن بعضهم ما يقتضي الأول، وقيل: إنما تباح القبلة لمن لا يلذذ بها.

قال الإمام في كتاب الظهار: إنه خطأ صريح، وفي كلامه وكلام القاضي الحسين، والروياني، وغيرهم ما يقضي أنه الثاني، وهو الوجه، وفي حكمه بلا شك خوف الوقوع في الجماع، بل الانزال بالقبلة المجردة نادر، وخوف الوطء كثير أو التلذذ غالب، وحينئذ يتجه أن يقال: إن كان الحاصل مجرد التلذذ فلا كراهة أو غلبة ظن بإنزال، أو وقاع اتجه التحريم حفظًا للصوم، وإن لم يكن إلا مجرد خوف بلا أمارة، فإن صح عنه نهي، ولا إحالة اتجه التحريم، وإلا فالكراهة لا غير؛ لأن الأصل والغالب عدم الإتراك، وجواز التقبيل.

قال الشافعي في «الأم»: لا فلا بأس أن يقبل الرجل امرأته، ويباشرها، ولا أكره من هذا شيئًا، إلا ما أكره على الاحتياط، فإن الرجل إذا شبق [يخاف

---

(١) سقط من نسخة.

وَلَا يُفْطِرُ بِالْفَصْدِ وَالْحِجَامَةِ، تَرْكُهَا.

أن تدعوه القبلة إلى الجماع فإني أكرهها إذا كان هكذا، ولا يفطره القبلة، ولا يجب عليه شيء حتى يجامع؛ لأن النهي إنما هو عن الجماع]⁽¹⁾ وكذلك استحب له أو خاف في الخلوة، أو أتبعها النظر الجماع، انتهى.

[وهو ظاهر في إيراده كراهة التنزيه، فإن المراد بتحريك الشهوة خوف الوقوع في الجماع]⁽²⁾ وكذا قوله في آخر الكتاب من «الأم» بعد أن أسند عن ابن عباس أنه سئل عن القبلة للصائم فأرخص فيها للشيخ، وكرهها للشاب، وهذا عندي، والله أعلم على الاحتياط لئلا يشتهي فيجامع، وبقدر ما يرى من السائل أن يظن به، انتهى.

قال أبو عمر بن عبد البر: ولا أعلم أحدًا رخص فيها لمن يعلم أنه يتولد عليه منها ما يفسد صومه.

تنبيه: كان الأحسن الإسلام أن يقول المصنف: وشرطه الإمساك عن المفطرات.

ومنها: كذا وكذا وقد أورد على حصره الإرادة، وقطع النية، لكن الأصح عنده أنه لا يؤثر، وإن كان الأصح المنصوص المختار خلافه، وقد قال في صوم المظاهر: إنه لو غير النية إلى التطوع، فعليه أن يستأنف، هذا نصه ﷺ، وقد يرد على المصنف أنه لا بد أن يعرف حقيقة الصوم؛ ليصح قصده، ورأيت في «تعليق القاضي الحسين» ما صورته:

فصل: أركان الصوم ثمانية: النية، وتعيين النية، وتبييت النية، وحفظ السمع، وحفظ البصر، وحفظ اللسان عن اللغو والكذب، والامتناع عن المفطرات، والإخلاص لله تعالى، انتهى، وفي العبارة تسمح.

[قال: **وَلَا يُفْطِرُ بِالْفَصْدِ وَالْحِجَامَةِ، تَرْكُهَا**) لأنه ﷺ «احتجم وهو صائم محرم»⁽³⁾ رواه البخاري من رواية ابن عباس.

---

(1) سقط من نسخة.

(2) سقط من نسخة.

(3) أخرجه البخاري (١٩٣٨).

……

وصح ذلك عن جماعة من الصحابة في الحجامة، وجاء فيه عدة أحاديث، وصح من طرق كثيرة مرفوعة حديث: «أَفْطَرَ الْحَاجِمِ وَالْمَحْجُوم»(١) فذهب

---

(١) حديث أنس: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (ا/ ٤٧٦، رقم ١٠٠٧). قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): فيه مالك بن سليمان وضعفوه بهذا الحديث، والدارقطني (٢/ ١٨٢)، والطبراني في الأوسط (٨/ ٣٨، رقم ٧٨٩٠) وابن حبان في الضعفاء (١/ ١٤٧، رقم ٧٨ أحمد بن إسماعيل بن نبيه بن عبد الرحمن السهمي أبو حذافة).

حديث أسامة بن زيد: أخرجه أحمد (٥/ ٢١٠، رقم ٢١٨٧٥)، والبيهقي (٤/ ٢٦٥، رقم ٨٠٦٦). وأخرجه أيضاً: النسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٣، رقم ٣١٦٥)، والبزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٢، رقم ٩٩٧)، والخطيب (٩/ ٣٧٨)، والضياء (٤/ ٩٥، رقم ١٣٠٨). قال الهيثمي (٣/ ١٦٨): رواه أحمد، والبزار، والحسن مدلس، وقيل لم يسمع من أسامة.

حديث بلال: أخرجه أحمد (٦/ ١٢، رقم ٢٣٩٣٤)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢١، رقم ٣١٥٦)، والطبراني (١/ ٣٦٥، رقم ١١٢٢). وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٧، رقم ٩٣٠٢)، والبزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٦، رقم ١٠٠٨)، والروياني (٢/ ٢١، رقم ٧٦١)، والشاشي (٢/ ٣٧٤، رقم ٩٨٠)، وابن عدي (١/ ٣٥٤، ترجمة ١٨٣أيوب بن مسكين). قال الهيثمي (٣/ ١٦٨): رواه أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، وشهر لم يلق بلالًا.

حديث ثوبان: أخرجه الطيالسي (ص ١٣٣، رقم ٩٨٩)، وأحمد (٥/ ٢٧٦، رقم ٢٢٤٢٥)، وأبو داود (٢/ ٣٠٨، رقم ٢٣٦٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢١٦، رقم ٣١٣٤)، وابن ماجه (١/ ٥٣٧، رقم ١٦٨٠)، والدارمي (٢/ ٢٥، رقم ١٧٣١)، وابن خزيمة كما في إتحاف المهرة (٣/ ٣٦، رقم ٢٤٨٩)، وابن الجارود (ص ١٠٥، رقم ٣٨٦)، وابن حبان (٨/ ٣٠١، رقم ٣٥٣٢)، والطبراني (٢/ ٩١، رقم ١٤٠٦)، وابن قانع (١/ ١١٩)، والحاكم (١/ ٥٩٠، رقم ١٥٥٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٤/ ٢٦٥، رقم ٨٠٦٧). وأخرجه أيضًا: عبد الرزاق (٤/ ٢٠٩، رقم ٧٥٢٢).

وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٧، رقم ٩٣٠١)، والطحاوي (٢/ ٩٨)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٧٧، رقم ٤٧٢٠)، وفى مسند الشاميين (١/ ١٣١، رقم ٢٠٨)، وابن عساكر (٣٣/ ٢٧٤). قال الحافظ في التلخيص (٢/ ١٩٣): قال علي بن سعيد النسوي سمعت أحمد يقول: هو أصح ما روى فيه، وكذا قال الترمذي عن البخاري.

حديث رافع بن خديج: أخرجه أحمد (٣/ ٤٦٥، رقم ١٥٨٦٦)، والترمذي (٣/ ١٤٤، رقم ٧٧٤) وقال: حسن صحيح. وابن خزيمة كما في إتحاف المهرة (٤/ ٤٧٢، رقم ٤٥٣٤)، وابن حبان (٨/ ٣٠٦، رقم ٣٥٣٥)، والحاكم (١/ ٥٩١، رقم ١٥٦١)، والطبراني (٤/ ٢٤٢، رقم ٤٢٥٧)، والبيهقي (٤/ ٢٦٥، رقم ٨٠٦٨). وعبد الرزاق (٤/ ٢١٠، رقم ٧٥٢٣).

حديث أبي موسى: أخرجه الطبراني كما في مجمع الزوائد (٣/ ١٦٩)، والبزار (٨/ ٨٢، رقم =

٣٠٨١)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رجاله رجال الصحيح خلا شيخ البزار وهو ثقة لم يتكلم فيه أحد. وأخرجه الحاكم (١/ ٥٩٤، رقم ١٥٦٧)، والبيهقي (٤/ ٢٦٦، رقم ٨٠٧٥). وابن الجارود (ص ١٠٥، رقم ٣٨٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٣١، رقم ٣٢٠٨)، والروياني (١/ ٣٧٦، رقم ٥٧٥)، والطحاوي (٢/ ٩٨). وقال الحاكم: قال علي بن المديني صح حديث أبي رافع عن أبي موسى أن النبي (قال أفطر الحاجم والمحجوم)، ثم قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

حديث معقل بن سنان: أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٤، رقم ١٥٩٤٢)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٤، رقم ٣١٦٧)، والطبراني (٢٠/ ٢٣٣، رقم ٥٤٧)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه أحمد، والطبراني في الكبير، وفيه عطاء بن السائب وقد اختلط. وأخرجه أيضاً: ابن قانع (٣/ ٧٩).

حديث عائشة: أخرجه أحمد (٦/ ١٥٧، رقم ٢٥٢٨١)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٨، رقم ٣١٩٠)، والبزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٣، رقم ٩٩٩). وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٧، رقم ٩٣١٠)، والطحاوي (٢/ ٩٨)، وأبو يعلى (١٠/ ٢٢٨، رقم ٥٨٤٩)، والطبراني في الأوسط (٥/ ١٨٤، رقم ٥٠٢٠)، وابن عدي (١/ ٢٢٩، ترجمة ٦٢ إبراهيم بن يزيد الخوزي المكي)، والخطيب (١٢/ ٨٥)، والرافعي (٣/ ٤٠٨). قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه أبو يعلى، والبزار عن عائشة وحدها، والطبراني في الأوسط.

حديث ابن عمر: أخرجه الطبراني في الأوسط (٦/ ١٨٥ رقم ٦١٣٩) قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): فيه الحسن بن أبي جعفر الجفري وفيه كلام وقد وثق. وابن عدي (٢/ ٣٠٦، ترجمة ٤٤٧ الحسن بن أبي جعفر).

حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٤، رقم ٨٧٥٣)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٥، رقم ٣١٧٢)، وابن ماجه (١/ ٥٣٧، رقم ١٦٧٩)، قال البوصيري (٢/ ٦٧): هذا إسناد منقطع. والبيهقي (٤/ ٢٦٦، رقم ٨٠٧٦)، وابن عدي (٣/ ١٧١، ترجمة ٦٨٠ رباح بن أبي معروف بن أبي سارة). والشافعي في السنن المأثورة (١/ ٣٢٢ رقم ٣٥١)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٧، رقم ٩٣٠٣)، والطحاوي (٢/ ٩٩)، وأبو يعلى (١١/ ١١٣، رقم ٦٢٣٩)، والطبراني في الأوسط (٢/ ١٨٧، رقم ١٦٧١)، وابن عساكر (٣٣/ ٣٦٥).

حديث علي: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٢، رقم ٩٩٦). والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٢، رقم ٣١٦١)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٢٥٤، رقم ٥٢٣٨). قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار، والطبراني في الأوسط، وفيه الحسن، وهو مدلس، ولكنه ثقة.

حديث جابر بن عبد الله: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧١ رقم ٩٩٥). وأخرجه أيضاً: الطبراني في الأوسط (٩/ ١٥٢، رقم ٩٣٩٤)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار، والطبراني في الأوسط، وقال: تفرد به سلام أبو المنذر عن مطر. والعقيلي (٤/ ٣٥٦، ترجمة ١٩٦٥ الهيثم بن صالح الهزاني).

……

حديث سعد بن أبي وقاص: أخرجه الشاشي (١/ ١٨٨، رقم ١٣٦)، وابن عدي (٣/ ٩٧، ترجمة ٦٣٤ داود بن الزبرقان).

حديث ابن عمر: أخرجه الطبراني في الأوسط (٦/ ١٨٥ رقم ٦١٣٩) قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): فيه الحسن ابن أبي جعفر الجفري وفيه كلام وقد وثق. وابن عدي (٢/ ٣٠٦، ترجمة ٤٤٧ الحسن بن أبي جعفر).

حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٤، رقم ٨٧٥٣)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٥، رقم ٣١٧٢)، وابن ماجه (١/ ٥٣٧، رقم ١٦٧٩)، قال البوصيري (٢/ ٦٧): هذا إسناد منقطع. والبيهقي (٤/ ٢٦٦، رقم ٨٠٧٦)، وابن عدي (٣/ ١٧١، ترجمة ٦٨٠ رباح بن أبي معروف بن أبي سارة). والشافعي في السنن المأثورة (١/ ٣٢٢ رقم ٣٥١)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٧، رقم ٩٣٠٣)، والطحاوي (٢/ ٩٩)، وأبو يعلى (١١/ ١١٣، رقم ٦٢٣٩)، والطبراني في الأوسط (٢/ ١٨٧، رقم ١٦٧١)، وابن عساكر (٣٣/ ٣٦٥).

حديث علي: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٢، رقم ٩٩٦). وأخرجه أيضاً: النسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٢، رقم ٣١٦١)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٢٥٤، رقم ٥٢٣٨). قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار، والطبراني في الأوسط، وفيه الحسن، وهو مدلس، ولكنه ثقة.

حديث جابر بن عبد الله: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧١ رقم ٩٩٥). وأخرجه أيضاً: الطبراني في الأوسط (٩/ ١٥٢، رقم ٩٣٩٤)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار، والطبراني في الأوسط، وقال: تفرد به سلام أبو المنذر عن مطر. والعقيلي (٤/ ٣٥٦، ترجمة ١٩٦٥ الهيثم بن صالح الهزاني).

حديث سعد بن أبي وقاص: أخرجه أيضاً: الشاشي (١/ ١٨٨، رقم ١٣٦)، وابن عدي (٣/ ٩٧، ترجمة ٦٣٤ داود بن الزبرقان).

حديث ابن عباس: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٢، رقم ٩٩٨)، والطبراني (١١/ ١٣٨، رقم ١١٢٨٦)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار والطبراني في الكبير ورجال البزار موثقون إلا أن فطر بن خليفة فيه كلام وهو ثقة. وأخرجه أيضاً: النسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٩، رقم ٣١٩٤)، وابن حبان في الضعفاء (٢/ ١٧، ترجمة ٥٤٣ عبد الله بن زياد بن سليم)، والبيهقي (٤/ ٢٦٦، رقم ٨٠٧٨).

حديث معقل بن يسار: أخرجه الطبراني (٢٠/ ٢١٠، رقم ٤٨٢). وأخرجه أيضاً: ابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٦، رقم ٩٢٩٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٢٣، رقم ٣١٦٦)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٣/ ٨، رقم ١٢٩٤)، والروياني (٢/ ٣٢٤، رقم ١٢٨٥)، وابن عدي (٥/ ٣٦٤، ترجمة ١٥٢٢ عطاء بن السائب بن يزيد الثقفي).

قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): رواه البزار، والطبراني في الكبير، وفيه عطاء بن السائب، وقد اختلط.

وَالِاحْتِيَاطُ أَنْ لَا يَأْكُلَ آخِرَ النَّهَارِ إِلَّا بِيَقِينٍ ....

لأجله ابن المنذر، وابن خزيمة، وأبو الوليد النيسابوري، والحاكم أبو عبد الله، إلى أن الحجامة تفطر الصائم، والمذهب ورأى أصحابنا، وغيرهم أن الحديث منسوخ بحديث ابن عباس، وقرر ابن عبد البر ذلك، وبينه ولو أيّده قول ثابت قِيلَ لأَنَس: «أَكُنْتُمْ تَكْرَهُونَ الْحِجَامَةَ لِلصَّائِمِ؟ قَالَ: لا، إلا مِن أَجْلِ الضَّعْفِ» رواه البخاري.

وعن أنس قال: أول ما كرهت الحجامة للصائم أن جعفر بن أبي طالب احتجم، وهو صائم، فمر به النبي فقال: أفطر هذان. ثم رخص النبي بعدُ في الحجامة للصائم، وكان أنس يحتجم وهو صائم.

قال الدارقطني: رواته كلهم ثقات، ولا أعلم له علة.

وقال الماوردي: إنه قول أكثر الصحابة، والفقهاء، وهل يكره له أو الأولى تركها؟ سنذكره.

قال: (**وَالِاحْتِيَاطُ أَنْ لَا يَأْكُلَ آخِرَ النَّهَارِ إِلَّا بِيَقِينٍ**)؛ لأن الأصل بقاء النهار، وليأمن الغلط، وذلك بأن يرى الشمس قد غربت، ويجب إمساك جزء من الليل للتحقق، فإن حال بينه وبين الغروب حائل فظهور الليل من المشرق .

= حديث سمرة: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ٤٧٢، رقم ٩٩٧)، والطبراني (٧/ ٢١٨، رقم ٦٩٠٩)، قال الهيثمي (٣/ ١٦٩): فيه أبو يعلى بن عباد، وهو ضعيف. والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٣٠٧، رقم ٦٧٤٣ مكرر) وقال: غياث هذا مجهول.

حديث شداد بن أوس: أخرجه الطيالسي (ص ١٥٢، رقم ١١١٨)، وأحمد (٤/ ١٢٢، رقم ١٧١٥٣)، والدارمي (٢/ ٢٥، رقم ١٧٣٠)، وأبو داود (٢/ ٣٠٨، رقم ٢٣٦٩)، وابن ماجه (١/ ٥٣٧، رقم ١٦٨١)، وابن حبان (٨/ ٣٠٢، رقم ٣٥٣٣)، والحاكم (١/ ٥٩٢، رقم ١٥٦٣)، والبيهقي (٤/ ٢٦٥، رقم ٨٠٧١). والشافعي (١/ ١٧٩)، وعبد الرزاق (٤/ ٢٠٩، رقم ٧٥١٩)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣٠٦، رقم ٩٢٩٨)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢١٧، رقم ٣١٣٨) والطحاوي (٢/ ٩٩)، والبزار (٨/ ٣٩٩ رقم ٣٤٧٤)، والطبراني (٧/ ٢٧٦ رقم ٧١٢٤)، وفى الأوسط (٢/ ١٨٧ رقم ١٦٧٠) وابن عدي (٥/ ١٠٩ ترجمة ١٢٧٨ عمرو بن عبيد بن باب أبو عثمان)، وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٥٤٢، رقم ٨٩٠)، وقال: تفرد به عبد الغفار عن يونس، قال أحمد: عامة حديث عبد الغفار بواطيل، وقال ابن المديني: كان يضع الحديث، وقال يحيى: ليس بشيء.

وَيَحِلُّ بِالِاجْتِهَادِ فِي الْأَصَحِّ، وَيَجُوزُ إِذَا ظَنَّ بَقَاءَ اللَّيْلِ. قُلْتُ: وَكَذَا لَو شَكَّ، والله أَعْلَمُ.

والظاهر: وإن سكتوا عنه أن إخبار العدل بذلك كان، وقول الروياني في الشهادة على غروب الشمس لا بد من اثنين كالشهادة على هلال شوال، فيه نظر! إن أراد به أن الآحاد لا يعتمدون خبر العدل منهم، بغروب الشمس، وسيأتي أنه يحل الفطر باجتهاد، وخبر العدل أقوى منه، وكما في القبلة والوقت والأواني، وغيرها.

وفي صحيح ابن حبان، والحاكم عن سهل بن سعد قال: كان رسول الله إذا كان صائمًا، أمر رجلاً فأوفى على شيء، فإذا قال: قد غابت الشمس أفطر، قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، ومسلم وهو نص، وعليه العمل.

قال الروياني: إذا شهد عدل واحد بطلوع الفجر في رمضان، هل يلزمه الإمساك؟ أم يعتبر قول اثنين إذا لم يمكنه معرفة الحال؟ يحتمل وجهين بناءً على قبول شهادة الواحد بهلال رمضان.

قلت: يدل لقبول خبر الواحد بطلوع الفجر، حديث: «فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم» بل ينبغي أنه إذا أخبره من يثق بخبره، ويصدقه أن يأتي فيه ما سبق.

قال: (وَيَحِلُّ بِالِاجْتِهَادِ) أي: يورد ونحوه كوقت الصلاة.

قال: (فِي الْأَصَحِّ) والثاني: لا لقدرته على اليقين بالصبر، ويجب أن يكون موضع الوجهين، فيمن يمكنه درك اليقين بذلك.

قال: (وَيَجُوزُ) الأكل وغيره (إِذَا ظَنَّ بَقَاءَ اللَّيْلِ) أي: بالاجتهاد وخبره الواحد أولى، بأن يعاين المشرق فيجبر، وهو عالم بما يجبر به يقينًا الليل.

قال: (قُلْتُ: وَكَذَا لَوْ شَكَّ، والله أَعْلَمُ) لأن الأصل بقاء الليل نقل في «شرح المهذب» اتفاق، والأصحاب عليه، قال: وقول الوسيط لا يجوز إلا دلَّ هجومًا أول النهار، وقول المتولي لا يجوز للشاك في طلوع الفجر.

تنبيه: فلعلهما أرادا أن ما ليس بمباح مستوي الطرفين، بل الأولى تركه،

وَلَوْ أَكَلَ بِاجْتِهَادٍ أَوَّلًا أَو آخِرًا وَبَانَ الْغَلَطُ بَطَلَ صَوْمُهُ أَو بِلَا ظَنٍّ وَلَمْ يَبِنْ الْحَالُ صَحَّ إِنْ وَقَعَ فِي أَوَّلِهِ وَبَطَلَ فِي آخِرِهِ. وَلَوْ طَلَعَ الْفَجْرُ وَفِي فَمِهِ طَعَامٌ فَلَفَظَهُ صَحَّ صَوْمُهُ وَكَذَا لَو كَانَ مُجَامِعًا فَنَزَعَ فِي الْحَالِ ....

فإن أراد تحريم الأكل على الشاكِّ في طلوع الفجر، فهو غلط مخالف للقرآن، وجميع الأصحاب.

قلت: ويرشد إلى التأويل قول «البسيط»، وأما في آخر الليل، فلا ينبغي من غير اجتهاد، وظن أن يهجم، فإن هجم ولم يتبين الخطأ؛ فالوجه القطع بأن لا قضاء عليه، انتهى.

وينبغي أن يحمل كلام «المصنف» وغيره على الشك المستوي الطرفين، أما لو غلب على ظنه طلوع الفجر بأمارة صحيحة، فالوجه الجزم يحرم بالأدلة حينئذ، والآية، والأحاديث يحمل على غير هذه الحالة، والإلزام أن يجوز له أن يصلي الفجر، وأن يأكل ما دام شاكًا، ولا أحسب أحدًا يقول هذا .

قال: **(وَلَوْ أَكَلَ بِاجْتِهَادٍ أَوَّلاً أَو آخِرًا وَبَانَ الْغَلَطُ بَطَلَ صَوْمُهُ)** لتحقيقه خلاف ما ظنه، وخالف فيهما المزني، وابن خزيمة؛ لأنه معذور، وهو مخرج من الغلط في القبيلة وغير، وقيل: لا يفطر في الأولى؛ للأصل بخلاف الثانية فلا يعذر.

قال: **(أَوْ بِلَا ظَنٍّ وَلَمْ يَبِنْ الْحَالُ صَحَّ إِنْ وَقَعَ فِي أَوَّلِهِ وَبَطَلَ فِي آخِرِهِ)** عملاً بالأصل فيهما، إذا الأصل بقاء الليل، وبقاء النهار، فإن بان الغلط، قضى أو الصواب صح، وعند الدارمي أنه إذا شك في غروب الشمس فأفطر، ثم بان أنها كانت قد غربت فإن عليه القضاء، وزيفوه.

(وَلَوْ طَلَعَ الْفَجْرُ وَفِي فَمِهِ طَعَامٌ فَلَفَظَهُ صَحَّ صَوْمُهُ) إن لم يكن قد ابتلع منه شيئًا مختارًا بعد طلوع الفجر، فلو سبق منه شيء إلى جوفه بعد الفجر بغير اختياره لم يفطر على الأصح، وإن كان باختياره أفطر قطعًا، وكذا المجامع لو مضى عليه بعد طلوع الفجر لحظة قبل أن ينزع، ولم يعلم بالفجر يبطل صومه .

قال: **(وَكَذَا لَوْ كَانَ مُجَامِعًا فَنَزَعَ فِي الْحَالِ)** أي: خلافًا للمزني؛ لأن

فَإِنْ مَكَثَ بَطَلَ].

فَصْلٌ

قال المصنف: [شَرْطُ الصَّوْمِ: الإِسْلَامُ ....

النزع أنزل لا وطئ، وقوله: (في الحال) أي: في حال علمه، ولا يضره الإنزال حالة النزع؛ لتولده من مباح، قاله ابن شريح، نعم، بشرط أن يقصد بالنزع الترك، فإن لم يقصده لم يصح صومه، قاله الشيخ أبو حامد، وهو في كلام الإمام، وغيره، بل في كلام الروياني عن الشيخ أبي محمد ألا يشوبه ابتغاء لذة حتى يصح صومه ولو أحسّ بالفجر، بحيث وقع النزع مع أول الطلوع، صح قطعًا.

فإن قيل: كيف يعلم ذلك وطلوعه الحقيقي بعدم علمنا به؟ قيل: إنَّا لم نتعبد بما في نفس الأمر بل بما يطلع عليه، والعارف إذا رصد عرف أول الوقت الذي يتعلق به التكليف.

قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وغيرهما: هذا إنما يتصور فيمن كان على سطح مراقبًا للفجر، فأما من توارى عنه مطلعه فأكل، أو جامع حتى أحس بطلوعه، فعليه القضاء إلا أن يتصور أمسك اللقمة بنية، ويصله الخبر قبل إزدرادها، وما قالوه متعين.

قال: (فَإِنْ مَكَثَ بَطَلَ) أي: سواء مكث عالمًا بطلوع الفجر، أو جاهلاً به، وفي الجاهل خلاف شاذ سبق، وقوله: بطل يفهم أنه انعقد ثم فسد، وفيه خلاف، قيل: لم ينعقد أصلاً.

قال الروياني: وهو الأولى عندي، وقيل: انعقد ثم فسد، قاله القاضي وشرذمة، كما قال الإمام، قال البندنيجي تبعًا لشيخه أبي حامد: ومن قال: أنه انعقد صومه ثم فسد، لا يعرف في مذهب الشافعي، والصحيح ما اقتضاه كلام «المصنف» في «شرح المهذب» أنه لم ينعقد أصلاً، وهو الوجه.

قال الشارح: قال: (شَرْطُ الصَّوْمِ) أي: شرط صحته.

(الإِسْلَامُ) أي: فلا يصح صوم الكافر بحال كسائر العبادات، وهو

وَالْعَقْلُ وَالنَّقَاءُ عَنْ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ جَمِيعَ النَّهَارِ.

إجماع، نعم][1] لو أسلم مميزًا استقلالاً، فقيل بصحة صومه، وغيره على الخلاف في صحة إسلامه، والمذهب عدم صحته.

قال: (**وَالْعَقْلُ**) أي: فلا يصح صوم المجنون، وفي حكمه من لم يميز؛ لعدم تصور القصد المعتبر، والظاهر أنه أراد بقوله: والعقل التمييز؛ ليخرج الطفل، والمجنون، والسكران، والمغمى عليه كما ذكرته في «الغنية»، وهذا في الإغماء المطلق ونحوه.

قال: (**وَالنَّقَاءُ عَنْ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ**) أي: بالإجماع.

قال: (**جَمِيعَ النَّهَارِ**) أي: في الأمور الأربعة التي ذكرها، فلو طرأ ردة، أو حيض، أو نفاس بطل صومه، وكذا الجنون على الأصح، أو الأظهر وقيل: قطعًا، قاله أبو إسحاق، وغيره، وقيل: إنه كعروض الإغماء.

تنبيهان: أولهما: المراد هنا الشروط ابتداء، ودوامًا، وبما أسلفه الإمساك عن المفسدات بعد الانعقاد.

ومنها: الردة كما سبق، وقد عدوا هنا من شروطه الوقت القابل للصوم، ومن شروط صوم رمضان العلم بدخول الوقت، أو ظن معتبر، ومن الشروط أن يكون المكلف عالمًا بفرضيته فبما أراه.

ثانيهما: كلامه يفهم أن من ولدت، ولم تر نفاسًا أنه يصح صومها، وذكر في الغسل من «شرح المهذب» طريقين قيل: يبطل قطعًا، وقيل: وجهان، إن أوجبنا الغسل بطل وإلا فلا، وأنكره الروياني، ورأى أنه لا يبطل كالاحتلام.

قال «المصنف»: وهو قوي؛ لأنهم عللوا وجوب الغسل بأنه متى كان منعقدًا، وهذا يصلح لإيجاب الصلح، لا لبطلان الصوم، ومال إليه ابن الرفعة، وقرره فهو المختار، وإن كانت طريقة البناء أشهر، وعليها ترد هذه الصورة مع ما ذكرناه على كلام الكتاب، والله أعلم.

---

(١) ما بين [] سقط من نسخة.

وَلَا يَضُرُّ النَّوْمُ الْمُسْتَغْرِقُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْإِغْمَاءَ لَا يَضُرُّ إِذَا أَفَاقَ لَحْظَةً مِن نَهَارِهِ.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ النَّوْمُ الْمُسْتَغْرِقُ**) أي: جميع النهار على النهار.

(**عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لبقاء أهلية الخطاب.

والثاني: يضر كالإغماء، وإن استيقظ النائم لحظة إجماع.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْإِغْمَاءَ لَا يَضُرُّ إِذَا أَفَاقَ لَحْظَةً مِن نَهَارِهِ**) هذه إذا ما كانت اكتفاء بالنية مع إفاقة جزء.

والثاني: يضر مطلقًا كالحيض.

والثالث: عكسه كالنوم.

والرابع: إن أفاق في أوله صح وإلا فلا، وصححه الغزالي، ومال إليه ابن الصلاح.

والخامس: يعتبر إفاقة ظرفية، هذا حاصل الطرق.

ومنهم من أنكر الثاني، ومنهم من جزم به، ومنهم من جزم بالأظهر، والثالث والخامس يخرجان، وبالثالث جزم ابن أبي هريرة، وجعل المسألة على قول واحد، قاله ابن كج.

فروع: لو شرب دواءً ليلاً، فزال عقله نهارًا إن لم يصح صوم المغمى عليه فهذا أولى، وإلا فالأصح عدم الصحة، قاله صاحبا «التهذيب» و«الكافي»؛ لأنه يفعله، والظاهر أن هذا في الدواء المباح.

قال المتولي: لو شرب مسكرًا ليلاً، وبقي في سكره جميع النهار قضى، وإن صحى في بعضه، فكالمغمى عليه بعض النهار، وأقره الشيخان.

وقال القفال في «الفتاوى»: إذا نوى ليلاً ثم دام سكره في ذلك اليوم صح صومه؛ لأنه مخاطب بدليل وجوب الإعادة عليه، بخلاف المغمى عليه.

وقال القاضي الحسين في «التعليق»: لو شرب دواء حتى زال عقله، وفاته صوم رمضان، ثم أفاق بعد الشهر، وفي أثنائه هل يلزمه القضاء؟ على

وَلَا يَصِحُّ صَوْمُ الْعِيدِ وَكَذَا التَّشْرِيقُ فِي الْجَدِيدِ.

وجهين، كما لو رمى نفسه من شاهق جبل، فانكسرت رجلاه، هل يلزمه قضاء ما صلى قاعدًا أم لا؟ على وجهين، وقضية البناء ترجيح عدم القضاء.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ صَوْمُ الْعِيدِ**) أي: فطر، وأضحى بالإجماع والسنة، ولا ينعقد نذر صومه خلافًا لأبي حنيفة وحده.

قال: (**وَكَذَا التَّشْرِيقُ فِي الْجَدِيدِ**) أي: أيام التشريق هي ثلاثة تلي يوم النحر.

قال: عمرو بن العاص هذه الأيام التي كان رسول الله «**يأمرنا بإفطارها، وينهانا عن صيامها**» قال: مالك هي أيام التشريق»(١) رواه أبو داود، وغيره بإسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم.

وعن عقبة بن عامر يرفعه: «**يوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق عيد عندنا أهل الإسلام، وهي أيام أكل وشرب**»(٢) قال الترمذي: حسن صحيح، ويوم عرفة في هذه الرواية تعين تنزيله على الحاج بعرفة.

وفي صحيح مسلم: «**أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر الله تعالى**»، وفي رواية له: «**أمر رجلين يناديا بذلك**».

والقديم أن للمتمتع القادم للهدي صومها عن الأيام الثلاثة الواجبة في الحج؛ لقول ابن عمر وعائشة: «**لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي**»(٣) رواه البخاري.

وهذا في حكم المرفوع، ومال إلى القديم جماعة، وصححه ابن

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٢٠).

(٢) حديث بشر بن سحيم: أخرجه الطيالسي (ص ١٨٣، رقم ١٢٩٩)، وأحمد (٣/ ٤١٥، رقم ١٥٤٦٦)، والنسائي (٨/ ١٠٤، رقم ٤٩٩٤)، وابن ماجه (١/ ٥٤٨، رقم ١٧٢٠)، والدارمي (٢/ ٣٨، رقم ١٧٦٦)، وابن خزيمة (٤/ ٣١٣، رقم ٢٩٦٠)، والطحاوي (٢/ ٢٤٥)، والطبراني (٢/ ٣٧، رقم ١٢١١). حديث كعب بن مالك: أخرجه مسلم (٢/ ٨٠٠، رقم ١١٤٢)، والطبراني (١٩/ ٩٧، رقم ١٩١).

(٣) أخرجه البخاري (١٩٩٨).

وَلَا يَحِلُّ التَّطَوُّعُ يَوْمَ الشَّكِّ بِلَا سَبَبٍ، فَلَوْ صَامَهُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ،

الصلاح، ورآه الشيخ الراجح دليلاً، ولم يثبته بعض الأصحاب لما روي أن الشافعي رجع عنه، وإذا جوزنا صومها له، ففي غيره وجهان: أصحهما لا.

وفي «الحاوي»: لا يجوز صومها تطوعًا بلا سبب قطعًا، وفي جوازه؛ لسبب متقدم لنذرٍ، وقضاءٍ، وكفارةٍ وجهان، ومثار الخلاف أنَّ إباحتها للمتمتع؛ للحاجة أم لا؛ لأن له سببًا.

وقال الدارمي: قال ابن القطان: يجيء على القديم أنها تجوز؛ لغير المتمتّع، ورجع عنه، انتهى، والمذهب هو الجديد.

قال: (**وَلَا يَحِلُّ التَّطَوُّعُ يَوْمَ الشَّكِّ بِلَا سَبَبٍ**) لقول عمار - ﷺ: «**من صام يوم الشك، فقد عصى أبا القاسم**»[1] صححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، وفيه أحاديث صحيحة غيره، وقوله: ولا يحل، كذا عبارة «التنبيه»، و«التتمة». وعبارة «حلية الشاشي»، و«الانتصار»، و«المهذب»، و«التهذيب»: لا يجوز، وظاهرها التحريم، وصرح البغوي في «تعليقه»، والشيخ أبو محمد في «مختصره» بأنه معصية، وعبر الأكثرون بالكراهة، وظاهرها كراهية التنزيه، وبه صرح جماعة منهم الماوردي والجرجاني، وهو ظاهر نص «البويطي» ولا أحب لأحد أن يعتمد صوم يوم الشك نافلة، ثم استثنى من سرد الصوم، ومن يوافقه عادته، وقضية كلام الماوردي أن كونها كراهة مذهب الشافعي، والمختار دليلاً التحريم، وفيه وقفة! فإن القاضي ابن كج قال: ولا يجوز صيام يوم الشك، واستدل بالأحاديث ثم قال: وإنما أراد الشافعي بصيام يوم الشك عن رمضان، انتهى.

وكان يدور في خلدي أن ذلك مراد الأحاديث، ولا أتجاسرعليه، والله أعلم.

قال: (**فَلَوْ صَامَهُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**) للنهي كيوم العيد.

والثاني: يصح؛ لأنه قابل للصوم، وبه أجاب الدارمي، وصححه جماعة.

---

[1] أخرجه الترمذي (٦٨٩).

وَلَهُ صَوْمُهُ عَنْ الْقَضَاءِ وَالنَّذْرِ، وَكَذَا لَو وَافَقَ عَادَةَ تَطَوُّعُهُ ....

قال الشاشي: واختاره أبو نصر، وفي «البحر»: إنه المذهب، والخلاف كالخلاف في الصلاة في وقت النهي، ويشبه أن منشأ التردد أن الكراهة للتنزيه أو التحريم، وقال الشيخ: فلو صامه أتى بالغًا إشارة إلى أنه فرعه على أنه يحرم صومه، كما اقتضاه كلام «الروضة»، و«شرح المهذب» ولفظه فإن خالف وصامه أثم بذلك، وفي صحته جهان، انتهى، وفيه نظر!

وقضية كلامه في أوقات النهي أن الصلاة لا تنعقد، وإن قلنا أن الكراهة؛ للتنزيه. ولو نذر صومه، ففي صحته وجهان بناءً على صحة صومه إن صح صح، وإلا فلا، فإن صححناه فليصم غيره، فإن صامه أجزأه عن نذره، انتهى، وفيه نظر! وقد أشبعت القول في ذلك في «الغنية».

قال: (**وَلَهُ صَوْمُهُ عَنْ الْقَضَاءِ وَالنَّذْرِ**) أي: والكفارة وهل يكره، وجهان.

قال: في «المهذب» تبعًا لشيخه القاضي أبي الطيب يكره، ونقله الماوردي عن مذهب الشافعي، وصححه في «الانتصار».

والثاني: لا يكره، وهو مقتضى كلام الجمهور، واختاره في «الشامل» وغيره، قاله في «الشامل» عن الأول، ولم أر ذلك لغير القاضي من أصحابنا، وهو مخالف للقياس؛ لأنه إذا جاز صومه عن تطوع له سبب، فالفرض أولى؛ لوقت النهي عن الصلاة؛ ولأنه إذا كان عليه قضاء يوم من رمضان فقد تعين عليه؛ لضيق الوقت، انتهى .قاله المصنف.

ويجوز أن يحمل كلام القاضي، وغيره على كراهة التأخير إليه بلا عذر أو تحري القضاء، ونحوه فيه، ولا يقول أحدٌ: إن آخر قضاء يوم من رمضان بعذر، ولم يتمكن منه إلا في يوم الشك أنه يكره له صومه، نعم، قد يتردد النظر في النذر، والكفارة المتأخرين، وقد قال الشافعي: وأكره له صيام يوم الشك إلا أن يوافق صيامًا كان يصومه، فلم يستثنِ إلا ذلك، وسكت عليه ابن كج، وكذلك قال المحاملي في «المقنع»: يكره صوم يوم الشك تطوعًا وغيره.

(**وَكَذَا لَوْ وَافَقَ عَادَةً تَطَوُّعُهُ**) وحكى وجه ثالث في الصوم الواجب أنه إن

وَهُوَ يَوْمُ الثَّلَاثِينَ مِن شَعْبَانَ إِذَا تَحَدَّثَ النَّاسُ بِرُؤْيَتِهِ أو شَهِدَ بِهَا صِبْيَانٌ أو عَبِيدٌ أو فَسَقَةٌ، ....

تعين وتضيق لم يكره، وإلا كره، وصححه الروياني، وأحسب قائله حاول الجمع بين الكلامين بذلك.

فرع: سكت الشيخ عن مسألتين مهمتين، **الأولى:** صومه عن رمضان، وقد اتفقوا على تحريم صومه عن رمضان، وعدم صحته، وسبق كلام ابن كج أن ذلك مراد الشافعي.

الثانية: إذا لم يكن له عادة، ولكن وصله تطوعًا بما قبله، فإن صام بعد نصف شعبان فوجوه أحدها لا يجوز؛ للحديث إذا انتصف شعبان فلا تصوموا، صححه الترمذي، وابن حبان.

والثاني: يجوز، ولا يكره، وقضية كلام الماوردي أنه المذهب.

والثالث: يكره تنزيهًا واختاره الروياني .

والرابع: لا يقدم الشهر بيوم ولا يومين، ويجوز بأكثر، وهو قضية كلام جماعة؛ للحديث فيه، وقول الشافعي: وأكره أن يقدم الشهر بيوم، أو يومين إلا أن يوافق ذلك صيامًا كان يصومه، و يتصل بصيام كان يصومه هكذا أورده ابن كج ويجوز حمله على الأول، وإن وصل يوم الشك بصيام تقدم على نصف شعبان لم يكره بلا خلاف.

قال: (**وَهُوَ يَوْمُ الثَّلَاثِينَ مِن شَعْبَانَ إِذَا تَحَدَّثَ النَّاسُ بِرُؤْيَتِهِ**) أي: ولم يعين من يراه.

(**أَوْ شَهِدَ بِهَا صِبْيَانٌ أو عَبِيدٌ أو فَسَقَةٌ**) وعبارة «الروضة» وأصلها و«شرح المهذب»: أنه يوم الثلاثين إذا وقع في الألسن أنه رُئي، ولم يقل: غدًا لما فيه رائيه أو قاله، ولم يقل الواحد أو قاله عدد من النساء، والعبيد، والفساق، وظن صدقهم، انتهى.

وزاد القفال الكفار، وسبق عن ابن كج ما يقتضيه كالفساق، والحاصل أنه هل يشترط في كونه يوم شك؟ ما ذكراه أو لا يشترط مطلقًا، أو حديث الناس

وَلَيْسَ إِطْبَاقُ الْغَيْمِ بِشَكٍّ.

فقط، أو أن يقطع السحاب لم يشترط حديثهم، أو أن تقطع في السفر لم يشترط خمسة أوجه، والخامس أبداه الامام، وجزم هو والرافعي بأنه لا أثر لظننا الرؤية لولا السحاب؛ لبعد الهلال عن الشمس، ويجب أن يكون مفرعًا على المنع من اعتماد الحساب، وإلا فينبغي أن يكون شكًا، فإن صح هذا كان وجهًا سادسًا، وعلى ما قاله في «اللباب»: لم أر من شرط الظن إلا الإمام، وتبعه الرافعي والمصنف، وكلام الباقين ساكت عنه، ولا شك أن الخبر قد يظن لريبة في مخبره، فهذا مصرح، وقد يظن صدق المخبر في نفسه، وقد يتردد فيه على السواء، فهذا موضع النظر.

قال: (**وَلَيْسَ إِطْبَاقُ الْغَيْمِ بِشَكٍّ**) أي: على الصحيح خلافًا لأبي محمد البَافي بالباء الموحدة والفاء، وهو صاحب الوجه الثاني من الأوجه الخمسة التي جمعت للأصحاب.

اعلم أنه سبق أن من ظن صدق العبد، أو المرأة، أو الصبي الرشيد اعتمده.

وقال جماعة: يجب اعتماده، قيل: والجمع بين هنا وهناك مشكل، يجوز أن يحمل على ما ذكر هنا على ما إذا تردد في خبر من سبق على السواء، ولم يظن صدقهم لكن سبق أنهما قيدا ذلك بظن صدقهم.

وقال المصنف: إنه المشهور وفيه نظر!، بل الأمر على ما قدمته من سكوت الجمهور عنه.

قلت: ويجوز أن يكون الكلام هنا في عموم الناس لا في أفرادهم، فيكون شكًا بالنسبة إلى غير من ظن صدقهم، وهم أكثر الناس دون إفراد من اعتقد صدقهم؛ لوثوقه بهم، ألا ترى أنه ليس بشك بالنسبة إلى من رآه من الفساق، والعبيد، والنساء بل هو من رمضان في حقهم قطعًا.

قيل: وقد يقال الكلام هناك في الصحيح النية، فمتى حصل ظن رمضان صحت نيته على الأصح، ثم إنه بعد الصبح قد يتحقق بطلاق تلك العلامة، وكذبها مع الشك في وجود الهلال واختلاف الناس فيه، فينبغي أن يجب

وَيُسَنُّ تَعْجِيلُ الْفِطْرِ عَلَى تَمْرٍ، وَإِلَّا فَمَاءٍ.

الفطر، قال: هذا القائل، وبهذا يظهر الجمع بين كلامي الرافعي هنا وهناك، وإنه لا ينافي بين الكلامين في هذه الصورة.

قلت: وهذا تكلف بعيد أحوج، قائله إليه تقييد الرافعي تبعًا للإمام كما سبق، ويجوز أن يريد الإمام به، وفيه بعد هنا الظن الذي لا أمارة عليه، ولا دليل، وقد يسمى ميل النفس إلى شيء بلا أمارة ظنًا، كما قيل في مسألة الأواني وغيرها، وإن كان فيه تجوز بخلاف ما سبق فيمن اعتقد صدقهم بالتجربة، والمخالطة، وغيرها على ممر الأيام، وكثيرًا ما يطلق ظن الخبر، ونحوه على ما يبدأ من أمارة ضعيفة، والله أعلم.

قال: (**وَيُسَنُّ تَعْجِيلُ الْفِطْرِ**) أي: بأكل أو شرب؛ لقوله ﷺ «**لا تزال أمتي بخير ما عجلوا الفطر**»(١) متفق عليه.

وفي السنن من رواية أبي هريرة «**لا يزال الدين ظاهرًا ما عجَّل الناس الفطر**»(٢) لأن اليهود والنصارى يؤخرون، وصححه ابن حبان وغيره، وإنما يسن التعجيل بعد تحقق الغروب، فإن أخر بلا عذر تدينًا كره.

قال: (**عَلَى تَمْرٍ**) أي: وأن يكون التعجيل على تمرٍ.

(**وَإِلَّا فَمَاءٍ**) أي: إن لم يتيسر التمر؛ لقوله: «**إذا كان أحدكم صائمًا فليفطر على تمرٍ، فإن لم يجد فليفطر على ماء، فإنه طهور**»(٣) قال الترمذي:

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٢٨٨، رقم ٦٣٤)، وأحمد (٥/ ٣٣١، رقم ٢٢٨٥٦)، والدارمي (٢/ ١٢، رقم ١٦٩٩)، والبخاري (٢/ ٦٩٢ رقم ١٨٥٦)، ومسلم (٢/ ٧٧١، رقم ١٠٩٨)، والترمذي (٣/ ٨٢، رقم ٦٩٩) وقال: حسن صحيح. وابن حبان (٨/ ٢٧٣، رقم ٣٥٠٢). والشافعي (١/ ١٠٤)، وأبو يعلى (١٣/ ٥٠١، رقم ٧٥١١)، وعبد الرزاق (٤/ ٢٢٦، رقم ٧٥٩٢)، والطبراني (٦/ ١٣٩، رقم ٥٧٦٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٥، رقم ٢٣٥٣)، والحاكم (١/ ٥٩٦، رقم ١٥٧٣) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤١٠، رقم ٣٩١٦)، وفي السنن الكبرى (٤/ ٢٣٧، رقم ٧٩٠٨). وابن أبي شيبة (٢/ ٢٧٧، رقم ٨٩٤٤)، وأحمد (٢/ ٤٥٠، رقم ٩٨٠٩)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٥٣، رقم ٣٣١٣)، وابن حبان (٨/ ٢٧٣، رقم ٣٥٠٣).

(٣) أخرجه الطيالسي (ص ١٦٣، رقم ١١٨١)، وأحمد (٤/ ١٧، رقم ١٦٢٧٠)، والدارمي (٢/ =

……

حسن صحيح، وصححه ابن حبان وغيره، وما ذكره المصنف نص عليه فِي حَرْمَلَةَ، قال: الروياني في «التجربة».

قلت: وسمعت خبرًا صحيحًا بإسناد صحيح عن رسول الله أنه قال: **«من أفطر على تمر زيد في صلاته أربعمائة صلاة»**(١) انتهى.

ولا أحسبه يثبت، وقال الروياني: إن لم يجد التمر فحلاوة أخرى، فإن لم يجد فلا، ونقل ذلك هكذا في باب الغسل من «البحر» بلفظ قال أصحابنا: وعن القاضي الحسين أن الأولى في وقتنا أن يفطر على ما يأخذه بكفه من النهر ليكون أبعد عن الشبهة؛ لكثرة الشبهات، فيما في أيدي الناس، قال المصنف: وما قالاه شاذ، والصواب الأول.

قلت: وما قالاه يحتمل جدًا، والزبيب أخو التمر، والأحاديث خرجت على تيسر التمر بالمدينة، ولفظ القاضي الحسين في التعليق: في عدة السنن، والإفطار على تمر، فإن لم يكن فمرقة لبن، فإن لم يكن فشربة ماء من نهرٍ، وإلا فليصب من الكوز على اليد، انتهى.

وفي سنن أبي داود عن أنس أنه ﷺ **«كان يفطر قبل أن يصلي على رطبات، فإن لم يكن فتمرات، فإن لم يكن حسا حسواتٍ من ماء»**(٢) حسنه الترمذي، وقال الدارقطني: إسناده صحيح، وقال الحاكم: على شرط مسلم، وظني أن بعض الأئمة صرح بهذا الترتيب.

إشارات: يستحب أن يكون التمر، ونحوه وترى وأقله ثلاث.

= ١٣، رقم ١٧٠١)، وأبو داود (٢/ ٣٠٥، رقم ٢٣٥٥)، والترمذي (٣/ ٧٨، رقم ٦٩٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٥٤، رقم ٣٣١٩)، وابن ماجه (١/ ٥٤٢، رقم ١٦٩٩)، والحاكم (١/ ٥٩٧، رقم ١٥٧٥) وقال: صحيح على شرط البخاري. ووافقه الذهبي. وابن خزيمة (٣/ ٢٧٨، رقم ٢٠٦٧)، والطبراني (٦/ ٢٧٢، رقم ٦١٩٢)، وابن حبان (٨/ ٢٨٢، رقم ٣٥١٥)، والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤٠٦، رقم ٣٨٩٨).

(١) ذكره الشوكاني في الفوائد المجموعة (١/ ٤٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٥٨) والترمذي (٧٠٠).

قال ابن المنذر في «الإقناع»: يجب الفطر على تمر، فوافق ابن حزم الظاهري للحديث، قيل: الأولى أن يفطر على ماء زمزم إن وجده، قال المحب الطبري: وحسن أن يجمع بينه وبين التمر.

قال ابن عبد السلام: إذا أفطروا على الماء تحسوا ثلاث حسوات أي: للحديث.

قال: الحليمي في «منهاجه»: يستحب ألا يفطر بشيءٍ مسته النار، وذكر حديثًا، وقيل أن الحكمة في التمر ألا يدخل جوفه شيء مسته النار أو لا، ولعله هذا ما أخذ من ألحق به غيره من الحلاوة، والظاهر أن ذلك لما قيل: أن الحكمة فيه أن الصوم يضعف البصر، والحلو يقوي البصر؛ لأن الأطباء قالوا: إن أكل التمر يضعف البصر، ولعل مرادهم إدمانه والإكثار منه؛ إذ الشيء قد ينفع قليله، ويضره كثيره، وذكر أبو سعد السمعاني في «الذيل» عن وهب بن منبه، قال: إذا سرد الرجل الصوم زاغ بصره، فإذا أفطر على حلاوة؛ رجع بصره إليه، انتهى.

قال: (**وَتَأْخِيرُ السُّحُورِ**) كان ينبغي أن يصرح بأنه سنة كما صنع «المحرر»، وإنه ليس تأخيره كما نطقت به السنة قولاً وفعلاً، وعبارة «تجريد التجريد» قال: والمستحب أن يتسحر إذا رجا به منفعة، ولم يخش ضررًا، والظاهر أنه أراد بقوله: قال الشافعي - رحمه الله، وقال الحليمي: إذا كان شبعان فينبغي ألا يتسحر؛ لأنه لا أكل فوق الشبع، انتهى.

وهو صحيح فيما إذا أكثر الأكل، بل ذلك حرام على الصحيح؛ للضرر، وإتلاف المال، وأما في النزر اليسير، ففيه نظر لحديث: «تسحروا ولو بشق تمرة»(١) وصرحوا بأنه يحصل بقليل الأكل، وبالماء لحديث: «**تَسَحَّرُوا وَلَو بِجَرْعَةِ مَاءٍ**»(٢) قيل: إنه ضعيف، وقيل: أخرجه ابن حبان في صحيحه، وروى

---

(١) أخرجه أبو نعيم في المعرفة (٤١٧٦).

(٢) أخرجه أبو نعيم في المعرفة (٣٧٢٢).

مَا لَمْ يَقَعْ فِي شَكٍّ. وَلْيَصُنْ لِسَانَهُ عَنْ الْكَذِبِ وَالْغِيبَةِ.

حديثًا: «**نِعْمَ سُحُورُ الْمُؤْمِنِ التَّمْرُ**»⁽¹⁾ وبوب عليه باب استحباب جعل السحور تمرًا، ويقال: أن الحكمة في السحور هل هي التقوي على الصوم أو مخالفة أهل الكتاب؟، فيه وجهان.

قال: (**مَا لَمْ يَقَعْ فِي شَكٍّ**) أي: بأن يتردد في بقاء الليل، وحينئذٍ يكون تركه أولى، وقيل: لا يجوز فعله، وسبق بيانه.

فرع: قال الشيخ: يدخل وقت السحور بنصف الليل، ونقلاه في «الأيمان» عن «الأصحاب»، قيل: وفيه نظر! لأنه من السحر، والسحر في اللغة قبيل الفجر، قاله الجوهري وغيره، وقُبيل بالتصغير يفيد القرب، قلت: والأحاديث والآثار مشيرة إلى ذلك.

قال: (**وَلْيَصُنْ لِسَانَهُ عَنْ الْكَذِبِ وَالْغِيبَةِ**) أي: وأشباه ذلك؛ لقوله: «**مَنْ لَمْ يَدَع قَوْل الزُّور وَالْعَمَل بِهِ فَلَيْسَ لِلَّهِ حَاجَة فِي أَنْ يَدَع طَعَامه وَشَرَابه**»⁽²⁾ رواه البخاري.

وفي الباب أحاديث كثيرة، أمره بحفظ الصائم لسانه عن القبيح ابتداءً ووجوبًا.

تنبيه: قال في «الدقائق»: قول «المنهاج»: وليصن هذه لام الأمر أي: يلزمه ذلك.

قلت: ولا شك فيه؛ لأن ذلك واجب على كل أحد، ويتأكد في حق الصائم، وتساهل من عدَّ ذلك من مكروهات الصوم، أو تركه من مستحباته،

---

(1) أخرجه ابن حبان (٨/ ٢٥٣، رقم ٣٤٧٥)، والبيهقي (٤/ ٢٣٦، رقم ٧٩٠٦). وأبو داود (٢/ ٣٠٣، رقم ٢٣٤٥)، وأبو عوانة (٥/ ١٩٨، رقم ٨٣٨٦)، وابن عدي (٣/ ١٨ ترجمة ٥٨٠ خالد بن يزيد العمري المكي).

(2) أخرجه أحمد (٢/ ٤٤٣، رقم ٩٧١٧)، والبخاري (٥/ ٢٢٥١، رقم ٥٧١٠)، وأبو داود (٢/ ٣٠٧، رقم ٢٣٦٢)، والترمذي (٣/ ٨٧، رقم ٧٠٧) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (١/ ٥٣٩، رقم ١٦٨٩)، وابن حبان (٨/ ٢٥٦، رقم ٣٤٨٠). والبغوي في الجعديات (١/ ٤١٤، رقم ٢٨٣١)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٣٨، رقم ٣٢٤٦)، والبيهقي (٤/ ٢٧٠، رقم ٨٠٩٥).

وَنَفْسَهُ عَنِ الشَّهَوَاتِ.

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَغْتَسِلَ عَنِ الْجَنَابَةِ قَبْلَ الْفَجْرِ.

وسبق عد القاضي الحسين حفظ السمع، والبصر واللسان عن اللغو من واجبات الصوم، وما أحسن قول المتولي: يجب على الصائم أن يصوم بعينه، فلا ينظر إلى ما لا يحل، وبسمعه فلا يسمع ما لا يحل، وبلسانه فلا ينطق بفحشٍ، ولا شتمٍ، ولا يكذب، ولا يغتب، وهذه الأشياء وإن حرمت مطلقًا ففي رمضان أشد تحريمًا، انتهى.

وقال الحليمي: ينبغي له أن يصوم بجميع جوارحه ببشرته، وبعينه، وبقلبه، وبلسانه، فلا يغتب، ولا يسب، ولا يخاصم، ولا يكذب، ولا يغني رفاقه بإنشاد الأشعار، ورواية الأسمار، والمضحكات، والثناء على من لا يستحقه، والمدح والذم بغير حق، ونحو ذلك، وبيده فلا يمدها إلى باطل، وبرجله فلا يمشي بها إلى باطل، وبجميع قوى بدنه، فلا يستعملها في باطل، والله أعلم.

قال: (**وَنَفْسَهُ عَنِ الشَّهَوَاتِ**) أي: استحبابًا، وإن كانت مباحة، فإن ذلك سر الصوم، وأما الصون عن الحرام، فواجب مطلقًا، وإنما عطف المصنف هذا على ما قبله؛ لأنهما اشتركا في الأمر بهما، لكن ذلك أمر إيجاب، وهذا أمر استحباب.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَغْتَسِلَ عَنِ الْجَنَابَةِ قَبْلَ الْفَجْرِ**) وكذا عن الحيض، والنفاس؛ ليدخل في العبادة طاهرًا، وليخرج من خلاف من قال: لا يصح صومه كما حكى عن أبي هريرة وغيره.

وقيل: إنه رجع عنه، وفي الصّحيحين من روايته: «**من أصبح جنبًا، فلا صيام له**»(١) لكنه منسوخ بما فيهما أنه كان يصبح جنبًا من جماع، ثم لا يفطر أو يحمل على من طلع عليه الفجر، وهو مجامع، فاستدام.

قال المحاملي والجرجاني: يكره للصائم دخول الحمام يعني من غير حاجة؛ إذ ربما أدى إلى فطره أو ضرر، وهذا لمن يتأذى به، إلا لمن اعتاده.

---

(١) أخرجه أحمد (٧٥١٩).

وَأَنْ يَحْتَرِزَ عَنْ الْحِجَامَةِ وَالْقُبْلَةِ وَذَوْقِ الطَّعَامِ وَالْعَلْكِ.

قال: (**وَأَنْ يَحْتَرِزَ عَنْ الْحِجَامَةِ**) أي: للخروج من خلاف الإمام أحمد وغيره، وبعض أئمتنا كما سبق، وكذا يحترز عن القصد، وصرح جماعة بكراهتهما أي: من غير ضرورة، وفي «اللباب»، وأصله «الرونق» أنه يكره له أن يحجم أيضًا أي: لخلاف من ذكرناه.

قال: (**وَالْقُبْلَةِ**) أي: ونحوها خوفًا مما تقدم فيها، وينقسم الاحتراز عنها حينئذٍ أي: واجب ومندوب، لا كما اقتضاه كلامه هذا.

قال: (**وَذَوْقِ الطَّعَامِ**) خوف الوصول إلى حلقه، ولو قال: والذوق لكان أولى ويكره له مضغ الخبز، وغيره إلا أن يحتاج إليه لطفل، ونحوه، ولا يجد من يقوم به. قال المتولي وغيره: ويكره له شم ما يصل ريحه إلى دماغه.

قال: (**وَالْعَلْكِ**) أي: لأنه يجمع الريق، ويعطش، ويقيء، وإن كان بعد الزوال أزال الخلوف، وليخرج من خلاف من فطر صائم به هذا في مستعمل لا ينفصل منه شيء، فإن لم يكن مستعملاً، وكان يتناثر منه أجزاء تصل الجوف، فلا يجوز علكه كما جزم به البغوي، وغيره.

وقال القاضي الحسين: إن كان جديدًا، فلا محالة أنه يصل منه شيء إلى جوفه، فلا يجوز له مضغه.

قال: والمرر، وهو اللبان الأبيض ضرب منه إذا أصابه الماء اشتد، فهو كالعلك، وضرب إذا أصابه الماء تفتت، ونزل الحلق، فلا يجوز مضغه، فإن مضغه أفطر، انتهى.

وقال المصنف: قال أصحابنا: إن تفتّت العلك، فوصل جوفه جزء منه عمدًا أفطر، وإن شك فلا، فلو ترك طعمه، أو ريحه جوفه لم يفطر، وعن ابن القطان أنه إذا ابتلع ريقه، وفي طعمه أفطر.

قلت: وما قاله له شاهد من كلامهم في إزالة النجاسة، وقول الشيخ عمدًا فيه نظر!، ولا أقل أن يكون كسبق ماء المضمضة، بل هو أولى منه، وسببه بالمرة الرابعة.

وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ فِطْرِهِ: اللَّهُمَّ لَكَ صُمْتُ وَعَلَى رِزْقِكَ أَفْطَرْتُ.

فروع: روي مرفوعًا خمس يفطرن الصائم: الغيبة، والنميمة، والكذب، والقبلة، واليمين الفاجرة، وهو حديث ضعيف، وربما قال بعض العلماء بمقتضاه، وقال الأوزاعي: يبطل بالغيبة، والكذب، ويجب القضاء، وأجاب الماوردي، وغيره بأن المراد بطلان الثواب لا نفس الصوم، وينقدح أنّ له ثواب الصوم، وعليه إثم ما صدر منه، صح أن من شُوتم فليقل: إني صائم، قيل: يقوله بلسانه، ويسمع خصمه، ولا يقصد الرياء، وقيل: بقوله لنفسه؛ ليذكرها به ليكف.

قال القاضي الحسين: وهو المرضي، وكلام الشافعي في «الإملاء» يشير إلى الأول، وجزم الإمام بالثاني، قال: ولا معنى؛ لقوله ذلك لخصمه.

قال الشيخ: والتأويلان حسنان، والأول أقوى، [وجزم الإمام بالثاني، قال: ولا معنى لقوله ذلك](١) ولو جمعهما كان حسنًا، وحكى الروياني وجهًا ثالثًا، واستحسنه أنه يقوله بلسانه في صوم رمضان، وفي نفسه في صوم التطوع.

ورأيت في «شرح الترمذي» لابن العربي ما لفظه: لم يختلف أحد أن يقول ذلك مصرحًا به في صوم الفرض أيًا كان من أنواع الفرض، واختلفوا في التطوع، والأصح أنه لا يصرح به، وليقل لنفسه: إني صائم، فكيف أقول الرفث، انتهى.

قال: (**وَأَنْ يَقُولَ عِنْدَ فِطْرِهِ: اللَّهُمَّ لَكَ صُمْتُ وَعَلَى رِزْقِكَ أَفْطَرْتُ**)(٢) رواه أبو داود، وعن معاذ بن زهرة مرسلاً، وأسنده غيره مرفوعًا بسند ضعيف.

وروى النسائي، وأبو داود أن النبي قال: «**اللَّهُمَّ ذَهَبَ الظَّمَأُ وَابْتَلَّتْ الْعُرُوقُ وَثَبَتَ الْأَجْرُ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى**»(٣) وكان ابن عمر إذا أفطر قال: «**اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ بِرَحْمَتِكَ الَّتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ أَنْ تَغْفِرَ لِي**»(٤) ويحسن أن يأتي

---

(١) سقط من نسخة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٦٠). (٣) أخرجه أبو داود (٢٣٥٩).

(٤) أخرجه البخاري (٣/ ٨١٨)، وأحمد (٢/ ٣٨٢)، وابن حبان في الصحيح (١٤/ ٤٠٥)، بنحوه.
قلت: وفيه دلالة على أن المنكرين لذلك من أهل الزَّيغ والضلال؛ لعدم إيمانهم بما آمن =

وَأَنْ يُكْثِرَ الصَّدَقَةَ وَتِلَاوَةَ الْقُرْآنِ فِي رَمَضَانَ، وَأَنْ يَعْتَكِفَ لَا سِيَّمَا فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ].

بالجميع، والدعاء عند الإفطار مستحب بلا خلاف.

قال: (**وَأَنْ يُكْثِرَ الصَّدَقَةَ وَتِلَاوَةَ الْقُرْآنِ فِي رَمَضَانَ**) قال الترمذي: حديث غريب، أما الصدقة؛ فلحديث أنس ﵁: «**قِيلَ يَا رَسُولَ الله أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: صَدَقَةٌ فِي رَمَضَانَ**»(١) قال الترمذي: حديث غريب، وفيه **وَصَدَقَةُ ابْنُ مُوسَى: لَيْسَ عِنْدَهُمْ بِذَاكَ الْقَوِيِّ.**

قلت: وفي الحديث الصحيح، والمعنى ما يعضده، وأما إكثار تلاوة القرآن فتأسيًا به قال: «**وَكَانَ جِبْرِيلُ** ﵇ **يَلْقَاهُ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ فِي رَمَضَانَ فَيَعْرِضُ عَلَيْهِ الْقُرْآنَ**»(٢) متفق عليه، والبخاري، وكان يلقاه في كل ليلة، وهي في بعض أصول مسلم، وفي روايته هذه، فيتدارس القرآن.

قال أصحابنا: فاستحب له أن يقرأه على غيره، وإن تدارس به تأسيًا، وأن يكثر فيه من ذكر الله - عز وجل - ويتأكد ذلك لمن لم يحفظ القرآن، وهل الأفضل القراءة عن ظهر القلب أو في المصحف؟، فيه احتمالات واختلافات للناس.

قال: (**وَأَنْ يَعْتَكِفَ**) لما سيأتي في بابه.

قال: (**لَا سِيَّمَا فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ**) منه تأسيًا، فقد حافظ على ذلك، وأمر به رجاء مصادفة ليلة القدر، كما سيأتي.

إشارة: لا سيما كلمة منبهة على أن ما بعدها أولى بالحكم مما قبلها، لا يستثنى بها على الأصح، ويجوز بحقيقتها، ولا أيهما سواء.

فرع: يكره للصائم وغيره صوم يوم إلى الليل تدينًا، هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون كراهة تحريم؛ لما في صحيح البخاري: أن الصديق ﵁ «**قال لامرأة**

= به ﷺ وأبو بكر وعمر؛ لأن الإنكار مع صحة الحديث إما ردٌّ وإما تكذيبٌ، وناهيك بها زلة في المهالك، والله تعالى هو العاصم من ذلك.

(١) أخرجه الترمذي (٦٦٥).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٠٢).

فَصْلٌ

قال المصنف: [شَرْطُ وُجُوبِ صَوْمِ رَمَضَانَ: الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَإِطَاقَتُهُ، وَيُؤْمَرُ بِهِ الصَّبِيُّ لِسَبْعٍ إِذَا أَطَاقَ.

حَجَّتْ مُصمتةً: تكلمي فإنَّ هذا لا يَحلُّ هذا من عمل الجاهلية، فتكلمت»[1].

قال الخطابي: كان أهل الجاهلية نسكهم الصمت، فنهوا عنه في الإسلام، وأمروا بالذكر والحديث بالخبر، وقيل: هو قربة حكاه المتولي، وهو غلط، بنى على أن شرع من قبلنا شرع لنا، وحكى في انعقاد النذر به وجهين: وكله فاسد؛ لورود النهي عنه في شرعنا.

فصل

قال الشارح: قال: **(شَرْطُ وُجُوبِ صَوْمِ رَمَضَانَ الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَإِطَاقَتُهُ)** أخرج بقيد العقل: المجنون، والمغمى علَيه، ومن في حكمه، وبالبلوغ: الصبي؛ لحديث: **«رُفع القلم»**[2] ودخل في كلامه السكران المأثوم، فإنه يجب عليه، ولا يصح منه، خلافًا للقفال، وأخبر بإطاقته عن الشيخ الهَرم العاجز، والمريض العاجز غير مرجو البرء، كلهم بالإجماع، والحائض والنفساء لا يطيقانه شرعًا، وإنما يقضيان بالأمر المحدد، ولم يذكر أن الإسلام من شرط الوجوب، والكافر مخاطب بالفروع على الصحيح، وذكره غيره هنا، وكأنه اكتفى عنه بذكره في الصلاة.

قال: **(وَيُؤْمَرُ بِهِ الصَّبِيُّ لِسَبْعٍ إِذَا أَطَاقَ)** أي: وميز، ويضرب على تركه لعشر؛ ليضربن عليه كالصلاة، والصبية كالصبي، وسبق عن «الحاوي» إنها تضرب على ترك الصلاة لتسع؛ لاحتمال بلوغها، وذكرت في «الغنية» هناك

---

(١) أخرجه البخاري (٣٨٣٤).

(٢) حديث عائشة: أخرجه أحمد (٦/ ١٤٤، رقم ٢٥١٥٧)، وأبو داود (٤/ ١٣٩، رقم ٤٣٩٨)، والنسائي (٦/ ١٥٦، رقم ٣٤٣٢)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨، رقم ٢٠٤١)، والحاكم (٢/ ٦٧، رقم ٢٣٥٠) وقال: صحيح على شرط مسلم. وإسحاق بن راهويه (٣/ ٩٨٨، رقم ١٧١٣)، والدارمي (٢/ ٢٢٥، رقم ٢٢٩٦)، وابن الجارود (ص ٤٦، رقم ١٤٨)، وابن حبان (١/ ٣٥٥، رقم ١٤٢). حديث أبي قتادة: أخرجه الحاكم (٤/ ٤٣٠، رقم ٨١٧١) وقال: صحيح الإسناد.

وَيُبَاحُ تَرْكُهُ لِلْمَرِيضِ إِذَا وَجَدَ بِهِ ضَرَرًا شَدِيدًا.

أشياء مهمة يتعين الوقوف عليها.

قال المحب الطبري: إنما ضرب على الصلاة للخبر، وإنه يوم أشق، فلا يصح الإلحاق، فالأولى أن يؤمر به، ولا يضرب على تركه، وهذا حسن محتمل.

وفي «تجريد الجرجاني»: ويؤمر به المراهق؛ ليتعوده، ولم يذكر الضرب، والظاهر أنه يجيء في وجوب أمره به ما سبق في الصلاة.

قال: (**وَيُبَاحُ تَرْكُهُ لِلْمَرِيضِ إِذَا وَجَدَ بِهِ ضَرَرًا شَدِيدًا**) بالنص والإجماع، ولا يشترط بلوغه حالة لا يمكنه فيها الصوم، بل يكفي ما يسبق احتماله مشقة شديدة على التفصيل السابق في التيمم، واعتبره الإمام بمشقة السفر، وضبطه بأن كل مرضٍ يمنع من التصرف مع الصوم يجوز الفطر، قال: وهو معنى بالضرر الظاهر الذي ذكره «الأصحاب» قاله في باب جماع التيمم.

قال الغزالي: لأن المرض إذا انتهى إلى هذا الحد، تولد من مثابرته الصوم ضرر، انتهى.

ولا عبرة بمرض يسير لا يلحق به مشقة ظاهرة، خلافًا للظاهر به، ولو خشي المريض الهلاك؛ لعدم الفطر، لزمه الفطر [وقال المصنف: فقال أصحابنا، وغيرهم من غلبه الجوع أو العطش، فخاف الهلاك؛ لزمه الفطر](١) وإن كان صحيحًا مقيمًا، ويقضي كالمريض.

فرع: من شرب شيئًا قبل الفجر ليتمارض، فأصبح مريضًا.

قال الروياني عن والده: عندي يحل له الفطر؛ لأن المرض فعل الله، وإن كان سببه معصية، والصوم لا يسقط، وإنما يتأخر، وهذه الصورة داخلة في كلام المصنف، ولا أعلم لأصحابنا خلافًا أن المريض العاجز لو تكلف الصوم صح، وحكى الجيلي فيه وجهًا، وهو احتمال للغزالي ذكره في كتب «الأصول»، ووجهه بأنه منهي عنه؛ لصوم يوم العيد.

---

(١) سقط من نسخة.

وَلِلْمُسَافِرِ سَفَرًا طَوِيلًا مُبَاحًا. وَلَوْ أَصْبَحَ صَائِمًا فَمَرِضَ أَفْطَرَ.

قال: (**وَلِلْمُسَافِرِ سَفَرًا طَوِيلاً مُبَاحًا**) أي: بالإجماع فلا يباح في القصير عندنا، ولا في سفر المعصية، وهل الصوم أفضل في السفر المبيح؟ سبق بيانه في صلاة المسافر.

فرع: لو كان يديم السفر أبدًا، ففي تجويز ترك الصوم له دائمًا نظر! فإنه يزيل حقيقة الوجوب بخلاف القصر، وإنما يظهر الجواز لمن يرجو إقامة يقضي فيها، قاله بعض العصريين، ولينظر فيما لو كان المسافر يطيق الصوم، وغلب على ظنه أنه لا يعيش إلى أن يقضيه؛ لمرض بخوف أو غيره، هل له الفطر؟.

قال: (**وَلَوْ أَصْبَحَ صَائِمًا فَمَرِضَ أَفْطَرَ**) أي: لوجود المعنى المحوج إلى الفطر من غير اختياره، وقضية إطلاق الجمهور في هذه الصورة ونحوها أن له الفطر، وإن لم ينو به الخروج من الصوم، ونقل المحب الطبري: أنه لا يجوز له الفطر، حتى ينوي به الخروج من الصوم، قال: وفائدة اقترانها بالفطر تمييز الفطر المباح من غيره، وما قاله أولاً هو لفظ صاحب «البيان» في مسائله المنثورة، ولم يذكر سواه، وذكر المتولي: إنه لو جامع المريض أو المسافر من غير أن يقصد به الترخص عصى، وافهم أنه متفق عليه، وسيأتي بيانه.

وقد يقال: الخروج من العبادة بالعذر من باب النزول، ولا يفتقر إلى نية، وقالوا للمنفرد الخروج من الفرض؛ ليفعله في جماعة، ولم يلزموه بنية الخروج، وقد صرح القفال في «الفتاوى»: بأن للمسافر إذا شرع في صوم رمضان جاز له الفطر، ولا يستدعي الفطر نية بخلاف إتمام الصلاة، انتهى.

فحصل وجهان، أوفقهما لكلام الجمهور: أنه لا يلزمه ذلك كالتحلل من الصلاة.

فرع: لو كان المرض يأتيه في وقت دون وقت، فإن كان موجودًا حين الشروع فيه فله ترك النية، وإلا فعليه أن ينوي ليلاً، فإن أعاد واحتاج إلى الفطر أفطر.

ووقع في «الفتاوى» أن الحصاد يأتي في رمضان، ولا يطاق الصوم،

وَإِنْ سَافَرَ فَلَا، وَلَوْ أَصْبَحَ الْمُسَافِرُ وَالْمَرِيضُ صَائِمَيْنِ ثُمَّ أَرَادَا الْفِطْرَ جَازَ، ....

فأفتيت بعد التروي مدة أنه يجب عليهم النية كل ليلة، ثم لمن لحقه مشقة شديدة أن يفطر حينئذٍ، ومن لا فلا.

قال: (**وَإِنْ سَافَرَ فَلَا**) أي: تغليبًا لحكم الحصر هذا هو الصواب المعروف، وقيل: يجوز له الفطر، وبه قال: المزني محتجًا به بأنه «**خرج عام الفتح إلى مكة صائمًا حتى بلغ كراع الغميم أفطر**»(١) رواه مسلم، وغلطه الأصحاب في استدلاله؛ إذ بين المدينة، وكراع الغميم سبعة أيام أو ثمانية أيام، ومراد الحديث أنه صام أيامًا في سفره، ثم أفطر، وقيل: تبين للمزني ذلك، فرجع عن صحته هذه دون مذهبه، قاله الرافعي، وحكى البندنيجي أنه حكي عنه: أنه رجع عنه أيضًا، وحط عليه في المنثور، وقال: يلزمه الإتمام، اعلم أن هذا الاحتجاج وقع في كتاب «البويطي» كما سيأتي.

فرع: لو لم يعلم هل سافر قبل الفجر أم بعده؟ ليس له الفطر لشكِّه في المبيح، وإذا جاز له الفطر يوم سفره، فلا بد أن يفارق العمران قبل الفجر على ما سبق بيانه في صلاة المسافر.

قال: (**وَلَوْ أَصْبَحَ الْمُسَافِرُ وَالْمَرِيضُ صَائِمَيْنِ ثُمَّ أَرَادَا الْفِطْرَ جَازَ**) لقيام العذر، وفي المسافر احتمال لصاحبي «المهذب» و«النهاية».

قال في «شرح المهذب» وحكاه الدارمي وجهًا، ونقله في «الروضة» عن نص الشافعي في «البويطي»، لكن قال: لا يجوز الفطر إن لم يصح الحديث بالفطر، وقد صح الحديث، انتهى.

وهذا سهو منه، وليس في كتاب «البويطي» إلا قوله، ومن أصبح في حضرٍ صائمًا، ثم سافر، فليس له أن يفطر إلا أن يثبت حديث النبي «**إنه أفطر يوم الْكَدِيدَ**»(٢) هكذا رأيته فيه لا غير، وهكذا نقل عن نص فيه، وهذه مسألة المزني، و«الأصحاب» والكديد، وكراع الغميم متقاربان، نعم.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٦٦٦).

(٢) انظر: تغليق التعليق للحافظ (٢/ ٤١٥).

فَلَوْ أَقَامَ وَشُفِيَ حَرُمَ الْفِطْرُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِذَا أَفْطَرَ الْمُسَافِرُ وَالْمَرِيضُ قَضَيَا

قال القاضي الحسين في «باب صوم التطوع»: ولو أصبح المسافر صائمًا، هل له أن يفطر؟ على وجهين، فالخلاف ثابت «للأصحاب»، فعلى المذهب هل يكره له الخروج؟ منه وجهان، قال: الشيخ أصحهما لا؛ للحديث الصحيح، وكذا الوجه الأول أن يقول: لعله فعله بيانًا؛ للجواز، وفي الحديث إشارة إليه، أو ليقتدي به من لحقته المشقة، أو لينفوا على اللقاء، وذلك لا ينفي الكراهة حيث لا عذر.

ثم رأيت في نسخ «بالبويطي» [فإن صام في السفر، ثم أراد أن يفطر فليس له ذلك، وأمر النبي والله أعلم، الناس باللذيذ لما تستقبلوا ليس ليوم هم فيه صيام إلا أن يصح الحديث أنه أفطر في يوم هو فيه صائم، هذا لفظه، ومنه نقل المصنف، ونُسخ كتاب «البويطي»][1] كثيرة الاختلاف للأصحاب في النقل عنه، والله أعلم.

فرع: أصبح المسافر في رمضان صائمًا، ثم نذر الإتمام، قال والد الروياني: والذاكر لا يلزمه عندي؛ لأن إيجاب الشرع أقوى منه، وكما لو نذر المسافر القصر أو الإتمام لم يتغير الحكم.

قال: (**فَلَوْ أَقَامَ وَشُفِيَ حَرُمَ الْفِطْرُ عَلَى الصَّحِيحِ**) لانتفاء المبيح كما لو نوى القاصر الإقامة في أثناء الصلاة، أو وصلت السفينة البلد.

والثاني: لا يحرم كما لو دام السفر أو المرض، وقطع كثيرون في صورة المرض بالتحريم، ونقل الماوردي الجواز في «صورة المسافر» عن نصه في حرملة، والمعروف أنه قول ابن أبي هريرة، وقال ابن كج: حكاه الداركي عنه، وقال: فقلنا لأبي إسحاق ذلك، فقال: أخطأ وخرق الإجماع، قال ابن كج: ولم أسمع ما حكاه عن أبي علي من أحد ولا رأيته في كتاب، انتهى.

قال: (**وَإِذَا أَفْطَرَ الْمُسَافِرُ وَالْمَرِيضُ قَضَيَا**) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] أي: فأفطر بعدة من أيام أخر، لا كما ظننته

---

[1] سقط من نسخة.

كَذَا الْحَائِضُ. وَالْمُفْطِرُ بِلَا عُذْرٍ، وَتَارِكُ النِّيَّةِ، وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا فَاتَ بِالْإِغْمَاءِ.

الظاهر به التبعية من عدم التقدير، وقد نقل الإجماع في المريض، وقاس بعض الأصحاب المسافر عليه.

فرع: إذا أفطر من لا يرجى زوال مرضه والشيخ الهرم، ثم برئا، فهل يلزمهما القضاء؟

قال الدارمي: فيه وجهان، وجزم القاضي الحسين بأنه لا يلزم الشيخ؛ لأنه لم يكن مخاطبًا به، ونقله البغوي، واختار لنفسه أنه قدر قبل أن يفدي لزمه الصوم أو بعدها، فيحتمل جعله كالمغضوب نجح عنه، ثم يبرأ.

وقال ابن الرفعة: إن قلد قبل أن يفدي صومه، وكذا بعد الفدية على الصحيح.

قال: (**وكَذَا الْحَائِضُ**) أي: بالإجماع، وكذا النفساء، والظاهر أنه لا فرق بين كونه عن زنا، أو غيره .

قال: (**وَالْمُفْطِرُ بِلَا عُذْرٍ**) أي: كالمعذور وأولى، وليس قوله بلا عذر شرط في إيجاب الفضائل بيان لصورة المسألة، وليرد على من قال: لا يقضي كما قيل في تارك الصلاة عمدًا، وسبق هناك وجه، ويشبه أن يجيء هنا، وفي المجامع عمدًا وجه يأتي في كلام «المصنف»، والإفطار في رمضان بلا عذر كبيرة .

قال: (**وَتَارِكُ النِّيَّةِ**) أي: عمدًا، أو سهوًا، أو جهلاً؛ لأنه لم يصم شرعًا.

قال: (**وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا فَاتَ بِالْإِغْمَاءِ**) أي: سواء استغرق جميع الشهر أم لا كالمريض، وقال ابن شريح: لا قضاء في الإغماء المستغرق كالجنون واعتبارًا بالصلاة، وفرق بتكررها دونه، والمذهب المنصوص الأول.

قال ابن كج، وقال أبو حامد، وأبو علي الطبري: المسألة على قول واحد ما كان من إغماء جنون لا يقضي، وما كان من إغماء مرض عليه القضاء.

وعبارة الدارمي: «وإذا أغمي عليه أيامًا» فنص أنه يقضي.

وَالرِّدَّةِ دُونَ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ وَالصِّبَا وَالْجُنُونِ، وَإِذَا بَلَغَ بِالنَّهَارِ صَائِمًا وَجَبَ إِتْمَامُهُ بِلَا قَضَاءٍ، وَلَوْ بَلَغَ فِيهِ مُفْطِرًا أَو أَفَاقَ أَو أَسْلَمَ، فَلَا قَضَاءَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَلْزَمُهُمْ إِمْسَاكُ بَقِيَّةِ النَّهَارِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وقال الطبري: قولان، أصحهما ما فاته بالإغماء والجنون لا يقضي، وأيام المرض تقضى. وقال ابن القطان: وجهان.

قال: (**وَالرِّدَّةِ**)؛ لأنه اعتقد الوجوب، وقدر على الأداء كالمحدث.

قال: (**دُونَ الْكُفْرِ الْأَصْلِيِّ**)؛ لقوله ﷺ- تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال:٣٨] ولأن الأمر بالقضاء ينفر عن الإسلام، ولهذا لم يؤمروا به.

قال: (**وَالصِّبَا**) أي: بالإجماع.

قال: (**وَالْجُنُونِ**) أي: سواء استغرق الشهر أم لا؛ لرفع القلم، وفي قول: إن أفاق في أثناء الشهر لزمه قضاء ما مضى منه، وفي ثالث أنه كالإغماء فيقضي مطلقًا، وهما شاذان، وما أطلقه هو في غير المرتد، والسكران الآثم أما هما فالأصح أنه يحسب على المرتد قضاء جنون أيام الردة، وعلى السكران قضاء جنون أيام سكر.

قال: (**وَإِذَا بَلَغَ بِالنَّهَارِ صَائِمًا وَجَبَ إِتْمَامُهُ بِلَا قَضَاءٍ**)؛ لأنه صار من أهل الوجوب في أثنائه فأشبه ما لو نوى التطوع، ثم نذر إتمامه، وقيل: يستحب إتمامه، ويجب القضاء؛ لأنه لم ينو لفرض، فعلى الأول لو جامع بعد البلوغ فيه؛ لزمته الكفارة.

قال: (**وَلَوْ بَلَغَ فِيهِ مُفْطِرًا أَو أَفَاقَ أَو أَسْلَمَ فَلَا قَضَاءَ فِي الْأَصَحِّ**) لعدم التمكن من زمن يسيغ الأداء، كما لو أدرك من أول الوقت ركعة تم حبًا.

والثاني: يجب القضاء؛ لأنهم أدركوا جزءًا من وقت الفرض، وقيل لا يلزم المجنون قطعًا، ويلزم الكافر قطعًا؛ لتعديه بخلاف المجنون، وصححهما البغوي وغيره، وهي قطعًا في منهجه.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُهُمْ إِمْسَاكُ بَقِيَّةِ النَّهَارِ فِي الْأَصَحِّ**) [كالمسافر والمريض،

وَيَلْزَمُ مَنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ أَو نَسِيَ النِّيَّةَ، لَا مُسَافِرًا أَو مَرِيضًا زَالَ عُذْرُهُمَا بَعْدَ الْفِطْرِ، وَلَوْ زَالَ قَبْلَ أَنْ يَأْكُلَا وَلَمْ يَنْوِيَا لَيْلًا، فَكَذَا فِي الْمَذْهَبِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُ مَنْ أَكَلَ يَوْمَ الشَّكِّ ثُمَّ ثَبَتَ كَوْنُهُ مِن رَمَضَانَ، ....

والثاني: يلزمهم لإدراكهم وقت الإمساك][(١)].

والثالث: يلزم، والكافر والصبي دون المجنون؛ لأنهما مأموران به بخلاف المجنون.

قال: (**وَيَلْزَمُ**) أي: الإمساك (**مَنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ**) مراغمة؛ لقصده، وكذلك المرتد ونوى الخروج منه إذا أبطلناه بنية الخروج.

قال: (**أَوْ نَسِيَ النِّيَّةَ**) أي: لتقصيره وعدم اهتمامه بالنية.

قال: (**لَا مُسَافِرًا أَو مَرِيضًا زَالَ عُذْرُهُمَا بَعْدَ الْفِطْرِ**)؛ لأن زوال العذر وبعد الترخص لا يؤثر كما لو قصر، ثم أقام في الوقت، نعم، يستحب؛ لحرمة الوقت، وإذ أكلا أخفياه صونًا عن التهمة والعقوبة، وحكى الماوردي وجهًا أنه يلزم من بدًا بعد الفطر أن يمسك.

قال: (**وَلَوْ زَالَ قَبْلَ أَنْ يَأْكُلَا وَلَمْ يَنْوِيَا لَيْلاً فَكَذَا فِي الْمَذْهَبِ**)؛ لأنهما مفطران، وقيل فيه وجهان.

ثانيهما: يلزم كما لو لم يصل المسافر، حتى أقام يلزم الإتمام، ولك أن تأخذ من كلامه أنها لو طهرت نهارًا عن حيض أو نفاس أنه لا يلزمها الإمساك كما هو المرجح، ونقل الإمام الاتفاق عليه لا يبعد أن يفرقا بين نفاس عصت بسببه، وغيره.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُ مَنْ أَكَلَ يَوْمَ الشَّكِّ ثُمَّ ثَبَتَ كَوْنُهُ مِن رَمَضَانَ**) أنه بان وجوب الصوم.

والثاني: لا؛ لأنه معذور كالمسافر، وفرض المتولي الخلاف فيما إذا بان الحال قبل أن يأكل، ثم رتب عليه ما إذا بان بعد الأكل إن لم توجب

---

(١) سقط من نسخة.

وَإِمْسَاكُ بَقِيَّةِ الْيَوْمِ مِن خَوَاصِّ رَمَضَانَ بِخِلَافِ النَّذْرِ وَالْقَضَاءِ].

فَصْلٌ

قال المصنف: [مَنْ فَاتَهُ شَيْءٌ مِن رَمَضَانَ فَمَاتَ قَبْلَ إِمْكَانِ الْقَضَاءِ، فَلَا تَدَارُكَ لَهُ وَلَا إِثْمَ.

الإمساك، ثم فهمنا وجهَيْن، أصحهما الوجوب أيضًا.

قال: (**وَإِمْسَاكُ بَقِيَّةِ الْيَوْمِ مِن خَوَاصِّ رَمَضَانَ بِخِلَافِ النَّذْرِ وَالْقَضَاءِ**) لانتفاء شرف الوقت، كما لا كفارة بالجماع فيهما، هذا هو المشهور، وادعى الشيخ في «شرح المهذب» الاتفاق عليه، ورأيت في كتاب «البويطي» ومن تسحر في يوم غيم في شهر رمضان، فعلم أن ذلك قبل الفجر، فعليه القضاء، ويمسك عن العام في ذلك اليوم، وكذلك صيام قضاء رمضان، والنذر يمسك ويقضيه، وإن كان متطوعًا مضى على صيامه، ولا قضاء عليه، انتهى لفظه.

ويشبه أنه أراد بما ذكره آخرًا أنه يستحب للمتطوع الإمساك، وفي تعليق القاضي الحسين لا يبعد على مذهبنا أن يقال: النفل إذا كان في وقت بعينه يستحب التشبه كالفرض، ومن لم يجد ماءً ولا ترابًا يتشبه بالمصلين في الفرض والنفل جميعًا، ولو نذر صوم يوم بعينه يستحب التشبه فيه، وإن لم يكن في وقت بعينه لا يتشبه كالقضاء، انتهى.

وحكى ابن الرفعة في «باب النذر» في وجوب الامساك في النذر طريقين.

فصل

قال الشارح: قال: (**مَنْ فَاتَهُ شَيْءٌ مِن رَمَضَانَ فَمَاتَ قَبْلَ إِمْكَانِ الْقَضَاءِ**) أي: بأن استمر مرضه أو سفره المباح إلى موته.

(**فَلَا تَدَارُكَ لَهُ**) لعدم تقصيره، كما لو لم يتمكن من فرض الحج إلى الموت.

قال: (**وَلَا إِثْمَ**) لما ذكرناه، نعم، عندي وقفة فيمن دام سفره، لا لغرض شرعي؛ لنزهة ونحوها من أغراض البطالين والمكدين.

إشارة: قال في «شرح المهذب»: لا خلاف في السقوط عندنا، وقال القاضي الحسين في «التعليق»: وفيه وجه آخر لأبي يحيى البلخي وغيره، إنه

وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ لَمْ يَصُمْ عَنْهُ وَلِيُّهُ فِي الْجَدِيدِ بَلْ يُخْرِجُ مِن تَرِكَتِهِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدَّ طَعَامٍ، وَكَذَا النَّذْرُ وَالْكَفَّارَةُ.

قُلْت: الْقَدِيمُ هُنَا أَظْهَرُ.

تلزمه الكفارة؛ لأنه شهد الشهر وهو مكلف، فهو كالشيخ الهرم، وفرق القاضي بأن الشيخ إنما خوطب بالفدية، وهذا خوطب بالصوم، وأبيح له الفطر، وأمر بالقضاء، فلم يدرك إمكانه.

قال: (**وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ لَمْ يَصُمْ عَنْهُ وَلِيُّهُ فِي الْجَدِيدِ**) كالصلاة.

قال: (**بَلْ يُخْرِجُ مِن تَرِكَتِهِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدَّ طَعَامٍ**)؛ لما روى من حديث ابن عمر مرفوعًا وموقوفًا، وهو الصحيح: «**مَن مات وعليه صوم فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين**»(١) وروى عن فتوى ابن عباس وعائشة.

قال الماوردي: وهو إجماع الصحابة، ورأيت في «استذكار» الدارمي، قال ابن خيران: إذا مات قبل القضاء، وقيل: وقبل مجيء رمضان، فلا شيء عليه، وحكاه القاضي الحسين في «تعليقه»: عن ابن أبي هريرة بلفظ: لا يجب شيء لا إطعام ولا صوم لعدم تفريطه كما لو مات في أثناء وقت الصلاة، فإنه لا يعصي؛ لأن الوقت محصور. قال ابن الرفعة: وهذا ظاهرالدلالة.

قال القاضي الحسين: وقال سائر أصحابنا: وهو الصحيح أنه يطعم عنه كما في باب الحج، فلو كان عليه قضاء عشرة أيام، فقدر على قضاء خمسة أيام، فلم يفعل أطعم عنه خمسة أمداد، انتهى.

قال: (**وَكَذَا النَّذْرُ وَالْكَفَّارَةُ**) أي: بأنواعها بإطلاق الخبر والآثار، وتقييد «الحاوي الصغير» ذلك بكفارة القتل غريب.

قال: (**قُلْت: الْقَدِيمُ هُنَا أَظْهَرُ**) أي: وأحاديثه صحيحة مشهورة، وليس للجديد حديث صحيح، وحديث ابن عمر السابق ضعيف، وأنكر على صاحب «الإقليد» تصحيحه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٢٩).

وَالْوَلِيُّ كُلُّ قَرِيبٍ عَلَى الْمُخْتَارِ.

وقال في «الروضة»: إن القديم هو الصواب، وفي «شرح المهذب» إنه الصحيح، وهذا فيمن مات مسلمًا، أما من ارتد ومات، لم يصم عنه، ويتعين الإطعام قطعًا، وأنكر الماوردي هذا القول، وقال مذهبه في الجديد والقديم: إنه يطعم عنه، وروى بعض أصحابنا أنه قال في «القديم»: روى في ذلك خبر إن صح قلت به، فخرجه قولاً ثانيًا، وأنكر سائر أصحابنا أن يكون للشافعي مذهبنا، وكان الصواب أن يقول المصنف و«المختار» دليلاً الصوم، وإجلال الشافعي، لوجب عدم التصويب عليه.

وحكى ابن الرفعة عن البندنيجي أنه قال: أن الشافعي نص على هذا القول في أماكنه أيضًا، فقال: إن صح الحديث.

قلت: فإن كانت هذه الأمالي هي الجديدة، فيكون منصوصًا في القديم والجديد معًا، وأغرب القاضي أبو الطيب، فقال في تعليقه: كما رأيته فيه، ونقل عنه.

وقال في «القديم» يجب أن يصام عنه لكل يوم، والمعروف الجواز فقط، ونقل البغوي وغيره الاتفاق على عدم الوجوب، وفي «شرح مسلم» عن القديم الاستحباب، نعم؛ بوب أبو عوانة الإسفرائيني في «صحيحه» على الوجوب؛ لحديث «فليصم عنه وليه»(١) والظاهر أن هذا اختيارٌ له.

قال: (وَالْوَلِيُّ كُلُّ قَرِيبٍ عَلَى الْمُخْتَارِ) اختاره ابن الصلاح، وابن الأستاذ، وصاحب «الذخائر».

ورأيت القاضي أبا الطيب قال في «تعليقه»: وإذا قلنا: يجب أن يصام عنه فمن شاء من أقاربه صام عنه، وإن استناب من يصوم عنه جاز، وإن تطوع أجنبي بالصيام جاز كما يقول في قضائه الحج، انتهى.

وقيل: إن المراد بالولي الوارث، وإن لم يستغرق، وأبداه الإمام احتمالاً، ورجحه الرافعي وذكره في «البحر».

---

(١) أخرجه البزار كما في مجمع الزوائد (٣/ ١٧٩) قال الهيثمي: إسناده حسن.

وَلَوْ صَامَ أَجْنَبِيٌّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ صَحَّ، لَا مُسْتَقِلًا فِي الْأَصَحِّ.

وفي «تعليق البغوي» هنا: وإذا قلنا: يجوز إنما يجوز للولي الذي له عليه ولاية، وفي الأجنبي وجهان: أحدهما يجوز كالولي.

والثاني: لا بخلاف الوارث؛ لأن خلافته هنا ثابتة، وأبدى الإمام احتمالاً ثالثًا وهو اشتراط العصوبة وليس بشيء.

فرع: قال المصنف في كتبه: لا يصام عن الحي بلا خلاف، ونقل في «شرح مسلم» إنه إجماع، وحكى في وصايا «الروضة» وجهين في صحته عمن آيس من قدرته عليه، وهما في «الوسيط» في كتاب «الكفارة».

وقال الإمام: فيمن بدر صوم الدهر، وأفطر متعديًا، الظاهر أن وليه يصوم عنه في حياته، وتبعه الشيخان، وكنت أحمل الإجماع على غير من آيس منه، أما ذاك فيصح عنه كالحج، لكن رأيت الماوردي في كفارة اليمين.

قال: لا يجوز القضاء عن الحي إجماعًا بأمر أو بغير أمر من قادرٍ أوعاجزٍ، وفرق بينه وبين الحج، بأنه لما تعلق وجوبه بالمال لم يتمحض وجوبه على الأبدان.

قال: (وَلَوْ صَامَ أَجْنَبِيٌّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ صَحَّ) ولو صام أجنبي بإذن الولي صح، ولو بأجرة كالحج.

قال: (لَا مُسْتَقِلاً فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن النص جاء في الولي.

والثاني: يجوز، وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب، وهو المختار كقضاء الديون، ولا سيما إذا قلنا الولي كل قريب، ولو أوصى إلى أجنبي؛ ليصوم عنه صح.

وحكى القاضي الحسين في «صورة الاستئجار» وجهين، فإذا جوزنا دفعت الأجرة من التركة، فإن زادت على الثلث اعتبر رضا الورثة؛ لعدم تعين الصوم، فإن قال بعضهم: أنا أصوم بالأجرة جاز، فإن تشاحوا أقسم بينهم على مواريثهم، قاله أبو علي الفارقي، وكلامه يشعر بأن الولي هو الوارث خاصة.

فرع: لو صام عنه ثلاثون إنسانًا في يوم واحدٍ عن جميع شهر رمضان،

وَلَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَلَاةٌ أو اعْتِكَافٌ لَمْ يَفْعَلْ عَنْهُ وَلَا فِدْيَةَ، وَفِي الِاعْتِكَافِ قَوْلٌ والله أَعْلَمُ.

قال: المصنف لم أر فيه شيئًا لأصحابنا، وذكر البخاري عن الحسن أنه يجزئه.

قال: وهو الظاهر الذي يعتقده، قلت: وأشار إليه ابن الأستاذ تفقهًا، ويشهد له نظيره في الحج كما صرحوا به.

وقال الحناطي في «فتاويه» في صورة الحج: إنه أصح الوجهين.

فرع: أكثر ما سبق في غير المتعدي بالفطر، أما المتعدي فالقضاء عليه على الفور على الصحيح، والخلاف السابق في الصلاة عائد هنا، ولا يجوز التأخير بعذر السفر.

قال البغوي: وهو قضية كلام شيخه القاضي، ولو أخره وفعله قبل رمضان عصى، ولو مات قبل فعله فعليه إثم الفطر، وكذا إثم تأخير القضاء على الصحيح، وفي التدارك عنه بالفدية أو الصوم القولان، كما صرح به الغزالي.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَلَاةٌ أو اعْتِكَافٌ لَمْ يَفْعَلْ عَنْهُ وَلَا فِدْيَةَ**)؛ لأن ذلك لم يؤثر فيهما.

قال: (**وَفِي الِاعْتِكَافِ قَوْلٌ والله أَعْلَمُ**) أي: محكي عن رواية البويطي أنه يعتكف عنه، وفي رواية يطعم، قال البغوي: ولا يبعد تخريجه في الصلاة، فيطعم عن كل صلاة مدًا، انتهى.

هكذا نقل البغوي في «التهذيب» و«التعليق» عن كتاب «البويطي» رواية ذلك عن الشافعي، وأيد احتماله المذكور، وتصفحت كتابي «الاعتكاف» و«الصيام» من «مختصر البويطي» مرات، فلم أر ذلك فيه، وجنح صاحب «الكافي» إلى تخريج البغوي، وإنه يطعم عن كل صلاة مدًا؛ لأن لكل واحد منهما عبادة بدنية، لا نيابة فيها تجب بأمر الله - تعالى - والجامع بينهما النظر بإخراجه عن وبال الواجب، انتهى.

واعلم أن المعروف أنه لا يصلي عن الميت بحال إلا ركعتي الطواف، ونقل المصنف عن رواية أصحابنا، والقاضي عياض، والقرطبي، وابن عبد

……

البر المالكيين الإجماع على المنع، وحكى القول بالجواز عن عطاء وإسحاق كالصوم، وفي الأحاديث ما يعضده.

وقيل: إن أبا عاصم العبادي، حكاه قولاً للشافعي، وجنح إلى ترجيحه ابن أبي عصرون وغيره، ونقله الجيلي وجهًا عن رواية البغوي، وليس كما قال، ووقع ذلك للرافعي في كتاب «الوصايا».

وقال الشيخ محب الدين الطبري قبيل باب التعزية من «شرح التنبيه»: المختار أنه يصل الميت ثواب كل عبادة تفعل عنه واجبة كانت أو تطوع بها متطوع عنه، انتهى.

وكتب الحنفية ناصّة على أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاةً كانت أو صومًا أو صدقة. وفي «شرح المختار» لمؤلفه: مذهب أهل السنة والجماعة أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره، ويصل، وقرره تقريرًا حسنًا، فإن صح ما ذكروه من أن له جعل ثواب عمله وصلاته لغيره، فلا يبعد أن يقال له: أن يصلي عنه، ويعتكف ويصوم.

وفي صحيح البخاري في باب من مات وعليه نذر: أن ابن عمر أمر من ماتت أمها وعليها صلاة أن تصلي عنها⁽١⁾.

والظاهر أنه لا يقوله إلا توفيقًا، لكن في «الموطأ» عن مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر كان سُئِل هل يصوم أحدٌ عن أحدٍ، أو يصلي أحد عن أحد فرضًا ولا سنة، لا عن حي، ولا عن ميت⁽٢⁾.

وكذلك الصيام عن الحي، إجماع لا خلاف فيه أيضًا، والله أعلم.

تنبيه: منع الاعتكاف عن الميت ليس على إطلاقه، فإنه لو نذر أن يعتكف يومًا صائمًا. قال في «التهذيب»: إن قلنا: لا يفرض الصوم عن الاعتكاف أي: وهو الأصح.

---

(١) أخرجه البخاري معلقًا (٣٠) (٢٢/ ١٥٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٦١، رقم ١٦٣٤٦) ومالك (٦٦٩).

وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ الْمُدِّ عَلَى مَنْ أَفْطَرَ لِلْكِبَرِ.

وَأَمَّا الْحَامِلُ وَالْمُرْضِعُ فَإِنْ أَفْطَرَتَا خَوْفًا عَلَى نَفْسِهِمَا وَجَبَ الْقَضَاءُ بِلَا فِدْيَةٍ

وقلنا: يصوم الولي فهنا يعتكف عنه صائمًا، وإن كانت النيابة لا تجزئ في الاعتكاف فهاهنا يجوز تبعًا كركعتي الطواف في الحج.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ الْمُدِّ عَلَى مَنْ أَفْطَرَ لِلْكِبَرِ**) أي: بأن كان هرمًا لا يطيقه؛ لقوله سبحانه: ﴿**وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ**﴾ [البقرة: ١٨٤] والمخير بين شيئين إذا عجز عن أحدهما تعين الآخر.

وروى ذلك عن جمع من الصحابة، ولا مخالف لهم، فيجب على الموسر حينئذٍ لكل يوم مد، فلو تكلف وصام، فلا فدية كما اقتضاه كلام المصنف وصرح به البندنيجي وغيره.

تنبيهات: المفطر لمرض لا يرجى برؤه كالشيخ الهرم في ذلك، فلو كان معسرًا فهل يلزمه ذلك، إذا أيسر، قالا: فيه قولان كالكفارة للواطئ، وظاهر هذا ترجيح الاستقرار، لكنه قال في «شرح المهذب»: وينبغي أن يكون الأصح هنا السقوط، ولا يلزمه إذا أيسر بخلاف الكفارة.

قلت: وقضية كلام القاضي الحسين في «التعليق»: إنه المذهب المنقول حيث جزم به، ثم قال: ويحمل أن يقال بناء على أن الاعتبار في الكفارة بحال الوجوب أم بحال الأداء وفيه خلاف، انتهى.

ولو أفطر العبد بعذر الكبر، ثم مات رقيقًا فلا شيء عليه، وإن عتق.

فإن قلنا: لا يلزم الحر المعسر إذا أيسر فهنا أولى و إلا فوجهان، والفرق أنه لم يكن من أهل الفدية وقت الفطر، قاله البغوي. فيجب تقييد كلام الأصحاب بالحر.

قال: (**وَأَمَّا الْحَامِلُ وَالْمُرْضِعُ**) أي: لولدها أو غيره بأجرة أو تبرعًا.

(**فَإِنْ أَفْطَرَتَا خَوْفًا عَلَى نَفْسِهِمَا**) أي: ما يخافه المريض لو صام.

(**وَجَبَ الْقَضَاءُ بِلَا فِدْيَةٍ**) أي: كالمريض ونحوه، وسواء انضم إلى ذلك الخوف على الرضيع أم لا. قال الشيخ: بلا خلاف.

أَوْ عَلَى الْوَلَدِ لَزِمَتْهُمَا الْفِدْيَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمُرْضِعِ مَنْ أَفْطَرَ لِإِنْقَاذِ مُشْرِفٍ عَلَى هَلَاكٍ ....

قال: **(أَوْ عَلَى الْوَلَدِ لَزِمَتْهُمَا الْفِدْيَةُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: الرضيع أو الحمل لزمتهما الفدية في الأظهر، هكذا في النسخ المعتمدة ونسخة المصنف، وفي غيرها أحسبه من إصلاح ابن جعوان لزمها القضاء، وكذا الفدية في الأظهر للآية السالفة.

وعن ابن عباس: أنها منسوخة، إلا في حق المرضع والحامل، إذا خافتا أفطرتا وأطعمتا مكان كل يوم مسكينًا (١) رواه البيهقي والنسائي.

والثاني: لا يلزمهما كالمسافر والمريض بجامع العذر، واختاره ابن المنذر.

والثالث: يلزم المرضع دون الحامل؛ لأن فطرها لمعنى فيها كالمريض.

تنبيهات: يستثني المتحيرة إذا أفطرت للإرضاع، فلا فدية عليها على الصحيح، وينبغي أن يكون الحامل المتحيرة كذلك إذا أفطرت خوفًا على حملها، إذا قلنا الحامل تحيض لا يتعدد الفدية بتعدد الرضعاء على الأصح لو كانتا في سفر أو مرض، فأفطرتا ترخصًا فلا فدية؛ ولأجل الرضيع والحمل وجبت، وإن لم يكن لها نية فوجهان، الأرجح عدم الوجوب.

قال القاضي الحسين: يجب على المرضع بالأجرة الفطر إن تضرر الرضيع، وشذَّ الغزالي فقال في «فتاويه»: ليس لها الفطر، ولا خيار للمستأجر، وخالفه من بعده.

قال عبد الملك المقدسي: لو امتنعت منه، فللمستأجر الخيار، وهل فدية فطرها في هذه الحال عليها أو على المستأجر، فيه احتمالان للقاضي الحسين.

قال المصنف: لعل الأرجح وجوبها على المرضع.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمُرْضِعِ مَنْ أَفْطَرَ لِإِنْقَاذِ مُشْرِفٍ عَلَى هَلَاكٍ)** أي: من آدمي معصوم أو حيوان محترم، ويستثني المتحيرة هنا إذا تولت

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٤٤٨) وسنن البيهقي (٤/ ٢٣٠).

لَا الْمُتَعَدِّي بِفِطْرِ رَمَضَانَ بِغَيْرِ جِمَاعٍ. وَمَنْ أَخَّرَ قَضَاءَ رَمَضَانَ مَعَ إِمْكَانِهِ ....

الإنقاذ، والإنقاذ يكون من غرقٍ أو حرق أو من صائل على عضو أو بضع، وكان لا يقوى على الدفع إلا بالفطر.

قال القاضي الحسين: وكذا كل فطر ما دون فيه لأجل غيره تجب فيه الفدية، ولو خشي غرق ماله أو حرقه، ولم يقو على خلاصه إلا بالفطر، أفطر وقضى، ولا فدية؛ لأنه لم يرتقِ به إلا شخص واحد، قاله القفال. وقد يؤخذ منه أن الفدية لا تجب في تخليص غير الآدمي من الحيوان المحترم.

فرع: يجب الفطر؛ لإنقاذ الغريق، ذكره المصنف وغيره، وبه أفتى الغزالي، وقيده أبو الفضل المقدسي بما إذا تعين عليه وفيه نظر!؛ لأنه يؤدي إلى التواكل فتهلك، وأبدى الغزالي في «الفتاوى» احتمالاً في القضاء، والظاهر وجوبه، وكل ما سبق في منقذ لا يباح له الفطر لولا الإنقاذ.

أما لو كان يباح له ذلك؛ لعذر سفر أو غيره؛ فالظاهر أنه لا فدية عليه، ولا شك فيه إذا نوى الفطر بذلك.

(لَا الْمُتَعَدِّي بِفِطْرِ رَمَضَانَ بِغَيْرِ جِمَاعٍ) أي: لا يلحق بهما في إيجاب الفدية على الأصح؛ لأنه لم يؤثر، وقرب الإمام الوجهين من الوجهين في أن من تعمد ترك بعض، هل سيجد للسهو؟.

وقال في «شرح المهذب»: الطريقة الصحيحة القطع بالمنع، وبها قطع العراقيون. وحكى قول أن الكفارة العظمى تجب على من جامع فيما دون الفرج فأنزل.

ووجه: أنها تجب بكل ما يأثم بالإفطار به، ووجد أنه تجب بالأكل والشرب كفارة فوق كفارة المرضع دون كفارة المجامع، والكل شاذ.

قال: (وَمَنْ أَخَّرَ قَضَاءَ رَمَضَانَ مَعَ إِمْكَانِهِ) أي: بأن كان صحيحًا مقيمًا حتى دخل رمضان آخر لزمه مع القضاء لكل يوم مد.

قال الماوردي: هو إجماع ستة من الصحابة، ولا يعرف لهم مخالف، ولا يصح رفعه بل وقفه على أبي هريرة، قاله الدارقطني.

حَتَّى دَخَلَ رَمَضَانُ آخَرُ لَزِمَهُ مَعَ الْقَضَاءِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدٌّ. وَالْأَصَحُّ تَكَرُّرُهُ بِتَكَرُّرِ السِّنِينَ.

وقال المزني: لا شيء عليه، وقيل: يجوز أن يصوم عن كل مد يوم، ذكره القاضي الحسين، ولينظر في استثناء المتخيرة هنا، وفي بقية الصورة الآتية.

تنبيه: أطلق المسألة، وقال القاضي الحسين: إن هذا فيما إذا لم يكن فطره موجبًا كفارة، فإن كان كالجماع، فلم يقض.

(**حَتَّى دَخَلَ رَمَضَانُ آخَرُ لَزِمَهُ مَعَ الْقَضَاءِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدٌّ**) فهل يلزمه للتأخير فدية فيه جوابان: الظاهر أنه لا يلزمه؛ لأنه قد لزمه في هذا اليوم كفارة واحدة، فلا تجتمع اثنتان، والثاني يلزمه؛ لأنَّ الفدية للتأخير والكفارة للهتك، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَكَرُّرُهُ بِتَكَرُّرِ السِّنِينَ**) لأن الحقوق المالية لا تتداخل.

والثاني: لا يتكرر؛ لأن تأخير الأداء يوجب قضاء واحدًا فكذلك تأخير القضاء يوجب كفارة واحدة، هكذا علله العراقيون، والأول بالقياس على السنة الأولى، وعلل الإمام ومن تبعه الوجهين بالتداخل وعدمه، واعلم أني لم أر من رجح الأول إلا إمام الحرمين.

واقتصرا في «الروضة» وأصلها على نسبة ذلك إليه، ولم أر ترجحه في غير «النهاية». وقال الشيخ: إن القاضي أبا الطيب قطع به في «المجرد»، انتهى.

وقال ابن كج: إنه غلط، واقتضى كلامه أن المذهب المعروف الثاني، وهو ما صححه القضاة الماوردي والبندنيجي والروياني وابن أبي عصرون.

وقال البندنيجي في «تعليقه»: أنه المذهب وأرسل الجمهور الوجهين بلا ترجيح، ومنهم القاضيان: أبو الطيب والحسين في «تعليقهما»، وأصحاب «الشامل» و«المهذب» و«التهذيب» و«الإبانة» و«التتمة» و«البيان» و«حلية الشاشي و«الكافي» و«الذخائر» وكتب الغزالي الثلاثة وغيرها، و«المختار» الثاني، ونقل صاحب «التعجيز» في شرحه وجهًا ثالثًا: أنه إن فدى السنة الأولى تكرر وإلا فلا.

إشارة: التصوير فيما إذا أخر حتى دخل رمضان آخر أو رمضان ثانٍ يعتبر أن يكون مع التمكن عالمًا عامدًا، أما لو أخَّر ناسيًا أو جاهلاً، فلا، هذا ما

وَأَنَّهُ لَو أَخَّرَ الْقَضَاءَ مَعَ إمْكَانِهِ فَمَاتَ أَخْرَجَ مِن تَرِكَتِهِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدَّينِ: مُدٌّ لِلْفَوَاتِ وَمُدٌّ لِلتَّأْخِيرِ.

أفهمه كلامهم، ولم أره نصًا.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ أَخَّرَ الْقَضَاءَ مَعَ إمْكَانِهِ**) أي: عامدًا عالمًا.

(**فَمَاتَ أَخْرَجَ مِن تَرِكَتِهِ لِكُلِّ يَوْمٍ مُدَّينِ: مُدٌّ لِلْفَوَاتِ وَمُدٌّ لِلتَّأْخِيرِ**) لما سبق فيهما.

قال الماوردي: هذا مذهب الشافعي وسائر أصحابه، وقال ابن سريج: عليه مد واحد؛ لأن الفوات يضمن بالمد الواحد كالشيخ الهرم، وهذا غلط، انتهى.

إشارات: قولي: عالمًا عامدًا هو قيد بالنسبة إلى مد التأخير فقط على ما فهمته من كلامهم ولاحقًا أن التصوير فيما إذا أخر سنة واحدة، فإن أخر سنتين فعلى الخلاف في التي قبلها، وإنما ذكره على الجديد، أما إذا قلنا: يصوم عنه الولي فصام و لم يجب إلا مُد التأخير فقط.

وإذا قلنا: بأن له أن يصوم عن مدة التأخير فقياسه أنه لو صام الولي عنه يومًا آخر عن التأخير أجزأ أيضًا، ولم آره نصًا.

فرع: لو نذر صوم شعبان أبدًا فأيسر وتحرى وصام رجبًا على أنه شعبان وصام شعبان على أنه رمضان، ثم تبين، لزمه قضاء شهرين عن شعبان وعن رمضان، ولا إطعام عليه للتأخير، ذكره الروياني، وفيه شاهد لما قيدنا به كلام الكتاب.

فرع: [وقع الشيخين وابن الرفعة رحمهم الله فيه التباس، وهو إذا لم يبق بينه وبين رمضان الآتي إلا خمسة أيام، وكان عليه قضاء عشرة أيام، فهل يلزمه في الحال فدية ما لا يسعه الوقت؟ فيه وجهان، أشهرهما بما إذا حلف ليشترين ماء هذا الكوز غدًا، فانصب قبله هل بحث في الحال أو بعد مجيء الغد؟ وفي هذه العبارة نظر!؛ لأن الأصح فيما إذا انصب بنفسه عدم الحنث، ونظيره هنا إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت، والمذهب المعروف أنه لا شيء عليه خلافًا للبلخي، فيجب الفرض فيما إذا كان التمكن سابقًا، وسببها أن يصب هو الماء فإنه يحنث، وفي وقته الوجهان.

وَمَصْرِفُ الْفِدْيَةِ الْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ.

وَلَهُ صَرْفُ أَمْدَادٍ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ، وَجِنْسُهَا جِنْسُ الْفِطْرَةِ].

قال الرافعي: الذي أورده ابن كج الثاني يعني أنه لا يحنث إلا عند مجيء الغد، وعلى قياسه هنا لا يلزم إلا بعد مجيء رمضان، وبنى المتولي والروياني عن الوجهين هنا أنه لو مات هل يخرج من تركته؟ فعلى الأول: يخرج فدية خمسة أيام أي: عن التأخير، وأما أصل الصوم ففديته بمعلوم، فيجب أن يقال إذا قلنا لا يحنث إلا بمجيء الغد لا يجب للتأخير شيء ويجب عشرة أمداد لا أصل الصوم على الأصح.

وإن قلنا: يحنث قبل الغد، فيخرج على الوجهين المذكورين في الكتاب فيما إذا أخر القضاء مع إمكانه، فمات بعد مجيء رمضان، فعلى الأصح فيها يجب خمسة عشر مدًا، وعلى الآخر عشرة أمداد، والرافعي ذكر مسألة ما إذا كان عشرة أيام فمات ولم يبق من شعبان إلا خمسة أيام في التفريع على ما إذا أخر القضاء مع إمكانه ومات، وحكم على الأصح بوجوب خمسة عشر يومًا، ثم بعد ذلك ما إذا لم يبق بينه وبين رمضان ما يسع جميع الفائت، وشبهها بمسألة اليمين، ولم يتعرض لبناء المسألة السابقة عليها، والوجه ما ذكرناه، وابن الرفعة ذكر المسألة المشبهة بمسألة اليمين تفريعًا على تكرار المد بتكرر السنين.

وفي «الروضة» ما يوهمه؛ لأنه قال: إذا قلنا بالأصح وهو التكرار ولا وجه لذلك؛ لأنها مفروضة في السنة الأولى ولو فرضت في السنة الثانية قبل مضي رمضان الثالث بخمسة أيام، لكان على قياسه يجب خمسة وعشرون مدًا، قاله بعض الشارحين.

قال: (وَمَصْرِفُ الْفِدْيَةِ الْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ) أي: فقط لورود لفظ المسكين، وفي الخبر والأثر والفقير أسوأ حالاً منه.

قال: (وَلَهُ صَرْفُ أَمْدَادٍ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ) لأن كل مد يميز له كفارة تامة، بخلاف أمداد الكفارة الواحدة.

قال: (وَجِنْسُهَا جِنْسُ الْفِطْرَةِ) أي: على ما سبق بيانه بما فيه من خلاف، ووفاق.

فَصْلٌ

قال المصنف: [تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِإِفْسَادِ صَوْمِ يَوْمٍ مِن رَمَضَانَ بِجِمَاعٍ أَثِمَ بِهِ بِسَبَبِ الصَّوْمِ، ....

فصل

قال: (**تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِإِفْسَادِ صَوْمِ يَوْمٍ مِن رَمَضَانَ بِجِمَاعٍ أَثِمَ بِهِ بِسَبَبِ الصَّوْمِ**) لما في الصحيحين وغيرهما عن أبي هريرة ﷺ قال: جاء رجلٌ إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله هلكت! فقال: «وما أهلكك؟» قال: وقعت على امرأتي في رمضان فقال: «هل تجد ما تعتق رقبة» قال: لا، قال: هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين» قال: لا قال: «فهل تجد ما تطعم ستين مسكينًا» قال: ثم جلس، فأتى النبي ﷺ بعرق فيه تمر وهو الزنبيل، قال: تصدق بهذا، قال: على أفقر منا فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فضحك النبي ﷺ حتى أبدت أنيابه، ثم قال: «اذهب فأطعمه أهلك» وفي رواية البخاري: «**فأعتق وفصم وفأطعم**»[1] بلفظ الأمر.

تنبيهان: أحدهما: ما ذكره من القيود في الضابط سنشرحه من بعد، واستثنى من إطلاقه ما إذا أتى الرجل في دبره فلا كفارة عليه، نقله ابن الرفعة مقتصرًا عليه، لكن في «البيان» أنه لو أولج رجل في دُبر خنثى، وجبت الكفارة عليهما، ذكره أبو الفتوح، وفيه نظر! ويستثنى ما لو ظنَّ الغروب بلا أمارة، فجامع ثم نهارًا، فلا كفارة؛ لأنه لم يقصد الهتك، قاله القاضي الحسين، والمتولي، والبغوي.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وبه قطع الأصحاب إلا الإمام، فإنه قال: من ألزم الناسي الكفارة يوجبها هاهنا.

وقال الرافعي: ينبغي أن يكون هذا يعني عدم الوجوب على تجويز الإفطار والحالة هذه، وإلا فتجب الكفارة وفاءً بالضابط المذكور، انتهى.

وكلام القاضي وصاحبه مصرح بالمعصية، وعدم الكفارة.

---

[1] أخرجه البخاري (١٩٣٧) ومسلم (٢٦٥١).

فَلَا كَفَّارَةَ عَلَى نَاسٍ ....

قال القاضي: لأنها تدرأ بالشبهة كالحد.

قال: ولو بان أن الشمس قد غربت خرج ولا قضاء، فلا يصح الحمل على ما ذكره وتبعته في «الروضة»، وأجيب الضابط من تصرف الإمام كما ذكرته، وحينئذٍ لا قائل بتجويز الإفطار على ظنٍّ لا مستند له، ومما يستثنى لو مكنت المحيرة صغيرًا أو مجنونًا أو استدخلت ذكر نائم ونحوه، فلا كفارة على أنها على الأصح للشك مع إثمها، ظاهر بإفساد صوم يوم من رمضان، وقد يستثنى ما أولج رجل في قُبل، مشكل ولم يتم أنوثته، ولم أر فيها نصًا.

الثاني: قوله: بإفساد صوم يوم يفهم أنه لو طلع الفجر، وهو مجامع فاستدام عالمًا بالفجر أنه لا كفارة؛ لأنه لم يفسد الصوم بل منع اعتقاده، والمذهب القطع بإيجاب الكفارة، وقيل: على قولين، وقوله بجماع.

قال في «الروضة»: وغيرها بجماع تام؛ ليحترز به عن المرأة؛ لفطرها بتغييب بعض الحشفة، وأحكام الجماع لا يثبت إلا بتغيب كلها، انتهى.

وإذًا المرأة مستثناة على دل قول، ولفظه تام يقولها الأصحاب عن الشافعي.

قالوا: فلا يجب الإجماع التّام في صوم تام، قيل: وللمصنف أن يقول: تغييب بعض الحشفة لا يطلق عليه اسم الجماع الشرعي، فلا يحتاج إلى قيد التمام قد يخرج به الجماع في الدبر بالنسبة إلى المفعول به، وقيل: احترز بالتام عن الجماع فيما دون الفرج، فإنه لا يوجب الكفارة على المشهور.

واعلم أن جماع المسؤولة إذا قلنا بالأظهر كما سيأتي أنه لا شيء عليها، والوجوب لا يلافيها مستثنى من الضابط أيضًا.

قال: (فَلَا كَفَّارَةَ عَلَى نَاسٍ) بناء على المذهب لا إفساد ولا إثم، ولو أفسدنا صوم الناسي فلا كفارة أيضًا على الأصح؛ لأنه تتبع الإثم ولا كفارة على جاهل بالتحريم إذا عذرناه به كما سبق ولو علم التحريم وجهل وجوب الكفارة.

قال الشيخ: لزمته بلا خلاف ونقل ثقة أنه رأي في «تعليق الشيخ أبي حامد» في «كتاب الحيض» أنه لو وطئها جاهلاً بالتحريم جاهلاً بوجوب

وَلَا مُفْسِدٍ غَيْرَ رَمَضَانَ أَو بِغَيْرِ الْجِمَاعِ، وَلَا مُسَافِرٍ جَامَعَ بِنِيَّةِ التَّرَخُّصِ، وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ، وَلَا عَلَى مَنْ ظَنَّ اللَّيْلَ فَبَانَ نَهَارًا، ....

الكفارة أو جاهلاً به أو جاهلاً بحيضها فلا كفارة؛ لأن جهله سبب لسقوط الكفارة كالصائم إذا وطئ جاهلاً بذلك، ويوافقه تردد ذكره الإمام فيمن زنى عالمًا بالتحريم جاهلاً بوجوب الحد فليكن العلم بوجوب الكفارة شرطًا لها على وجه شاذ فاسد؛ لأنه ﷺ حكم بالكفارة على الواطئ ولم يكن حالة وطئه عالمًا بوجوبها قطعًا.

فرع: قال القاضي أبو الطيب: إذا قلنا: بفطر المكره لزمته الكفارة، والذي أورده غيره المنع والمتجه كما قال ابن الرفعة: الجزم به؛ لعدم التقصير بخلاف الناسي إذا فطرناه.

قال: (**وَلَا مُفْسِدٍ غَيْرَ رَمَضَانَ**)؛ لورود النص فيه خاصة؛ ولأنه خص بفضائل لا يشارك فيها، وعن هذا احترز المصنف بقوله: من رمضان.

قال: (**أَوْ بِغَيْرِ الْجِمَاعِ**) كالمباشرة فيما دون الفرج حيث نفطره بها، والأكل ونحوه؛ لأن النص ورد في الجماع وليس غيره في معناه، وعن هذا الاستثناء احترز المصنف بقوله: بجماع، وفي قول شاذ أنها تجب على من جامع فيما دون الفرج وأنزل، وقيل: تجب بكل ما يأثم بالإفطار به وقيل: تجب بالأكل ونحوه كفارة فوق كفارة المرضع ودون كفارة المجامع والجميع شاذ.

قال: (**وَلَا مُسَافِرٍ**) أي: ومريض.

(**جَامَعَ بِنِيَّةِ التَّرَخُّصِ**) لوجود القصد مع الإباحة.

قال: (**وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ**) لأن الفطر مباح له فأنذرت به الكفارة، وجزم المتولي على وجهين بالمعصية إذا لم يقصد الترخص وفيه نظر!؛ لأن الفطر مباح له، ولا يفتقر إلى القصد من المفطر كما بيناه، فإن صح ما ذكره المتولي استثنت هذه الصورة من الضابط السابق، ووجه الوجوب أن الرخصة لا تحصل بدون قصدها، وهذا الإطلاق ممنوع.

قال: (**وَلَا عَلَى مَنْ ظَنَّ اللَّيْلَ فَبَانَ نَهَارًا**) لعدم قصد الهتك وهو ظاهر،

وَلَا مَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْأَكْلِ نَاسِيًا وَظَنَّ أَنَّهُ أَفْطَرَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصَحُّ بُطْلَانُ صَوْمِهِ، وَلَا مَنْ زَنَى نَاسِيًا وَلَا مُسَافِرٍ أَفْطَرَ بِالزِّنَا مُتَرَخِّصًا.

فيما إذا ظن بقاء الليل، أما لو ظن الغروب فبان نهارًا، ففيه ما سبق، وحمل كلامه الصورتين. وكذلك الحكم فيما لو شك في بقاء الليل من غير أن يغلب على ظنه بقاؤه كما قدمناه.

قال: **(وَلَا مَنْ جَامَعَ بَعْدَ الْأَكْلِ)** أي: ونحوه من المفطرات.

(نَاسِيًا وَظَنَّ أَنَّهُ أَفْطَرَ بِهِ) لاعتقاده أنه أو أفطر شرعًا.

وعن القاضي أبي الطيب احتمال في وجوبها؛ لأن ظنه هذا لا يبيح الوطء.

قال: **(وَإِنْ كَانَ الْأَصَحُّ بُطْلَانُ صَوْمِهِ)** أي: بهذا الجماع كما لو جامع ظانًّا أن الليل باقٍ فبان نهارًا.

والثاني: لا يبطل كما لو سلم ناسيًا ثم تحلم عامدًا لا تبطل صلاته، ونسبه الروياني في «التجربة» إلى عامة أصحابنا.

وفي «الروضة»: أن بالأول قطع الجمهور.

قال: **(وَلَا مَنْ زَنَى نَاسِيًا)** أي: للصوم؛ لأنه لم يأثم بسبب الصوم.

قال: **(وَلَا مُسَافِرٍ أَفْطَرَ بِالزِّنَا مُتَرَخِّصًا)** لما ذكرناه، وقوله: مترخصًا يفهم أنه إنما انتفت عنه الكفارة؛ لقصده الترخص، وليس كذلك على الأصح، ولك أن تقول: الفطر جائز له من حيث الجملة، وأما بهذا، فلا فإن جعل لهذا الفعل جهتين، فليخرج على الصلاة في الدار المغصوبة، ونظائرها، وعن هذا وما تقدمه احترز المصنف بقوله: بسبب الصوم، ولا فرق على ظاهر المذهب في وجوب الكفارة على الواطئ بين الإتيان في قُبل أو دُبر من آدمي أو بهيمة.

إشارة: يخرج من قوله: أثم المراهق، إذا فسد صومه بالجماع، فإنه لا كفارة عليه على المذهب.

قال المتولي: وفيه بناء على أن عمده عمد.

وقال الروياني: لا يلزمه الكفارة بحال وهل يبطل صومه.

وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الزَّوْجِ عَنْهُ، وَفِي قَوْلٍ عَنْهُ وَعَنْهَا وَفِي قَوْلٍ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ أُخْرَى. وَتَلْزَمُ مَنِ انْفَرَدَ بِرُؤْيَةِ الْهِلَالِ وَجَامَعَ فِي يَوْمِهِ.

قال: والذي فيه وجهان بناء على أن عمده عمد أم لا.

قال: وإنما قلت ذلك؛ لأن في الإفصاح إن جامع الصبي عمدًا هل يفسد حجه؟ فيه وجهان، وقال الإمام: عمد الصبي فيما يتعلق بإفساد العبادات غير الحج كعمد البالغ، وهو الوجه.

قال: (**وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الزَّوْجِ عَنْهُ**) أي: فقط؛ لأن زوجة الأعرابي لم يؤمر بها مع مشاركتها في الفعل؛ إذ في رواية هلكت وأهلكت ولو وجبت عليها لبينه ﷺ.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ عَنْهُ وَعَنْهَا**) أي: ويحملها الزوج، وتقع الكفارة الواحدة عنهما جميعًا؛ لمشاركتها له في السبب كما هو ظاهر الخبر.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ أُخْرَى**) قياسًا على الرجل؛ لتساويهما في السبب، والإثم كحدّ الزنا وهنا صح في غير المتخيرة، أما هي فلا كفارة عليها على الأصح قاله والد الروياني وهو ظاهر، وهذا القول فيمن مكنت طائعة صائمة آثمة، فإن كانت مفطرة أو نائمة صائمة، فلا كفارة عليها وقطعًا، ولا يبطل صومها ولو وطئت في الدبر، فلا كفارة عليها وفاقًا، ذكره ابن الرفعة عن القاضيين أبي الطيب وأبي علي البندنيجي.

وحكى الماوردي وغيره وجهين: أنه يجب على الزوج في ماله كفارتان: كفارة عنه، وأخرى عنها، وليس بشيء.

قال: (**وَيلْزَمُ مَنِ انْفَرَدَ بِرُؤْيَةِ الْهِلَالِ وَجَامَعَ فِي يَوْمِهِ**) أي: قبلت شهادته أو ردت؛ لفسق أو غيره لهتكه حرمة يوم من رمضان عنده، ولو انفرد برؤية هلال شوال لزمه الفطر لكن يخفيه ليلاً بينهم، فلو شهد بعد فطره لم يقبل؛ لأنه متهم بإسقاط عقوبة، بخلاف ما لو شهد فرد فأكل لا يعزر، وهكذا قالوه، ويحتمل ألا يعزر في الأولى؛ لاحتمال صدقه، والعقوبات تدرأ بالشبهات، وأيضًا فقد يجهل ذلك، فكيف يعاقب ولم يتحقق عصيانه! هذا بعيد.

وَمَنْ جَامَعَ فِي يَوْمَيْنِ لَزِمَهُ كَفَّارَتَانِ، وَحُدُوثُ السَّفَرِ بَعْدَ الْجِمَاعِ لَا يُسْقِطُ الْكَفَّارَةَ، وَكَذَا الْمَرَضُ عَلَى الْمَذْهَبِ].

قال المصنف: [وَيَجِبُ مَعَهَا قَضَاءُ يَوْمِ الْإِفْسَادِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

قال: (**وَمَنْ جَامَعَ فِي يَوْمَيْنِ لَزِمَهُ كَفَّارَتَانِ**) لأن كل يوم عبادة منفردة، ولو كرر الجماع في يوم واحد فلا تعدد، وإن كان لأربع زوجات مثلاً على المذهب.

قال: (**وَحُدُوثُ السَّفَرِ بَعْدَ الْجِمَاعِ لَا يُسْقِطُ الْكَفَّارَةَ**) وقيل: هو كما لو طرأ المرض والصحيح الأول؛ لأن السفر المنشأ نهارًا ألا يبيح الفطر فعروضه لا يؤثر فيما وجب من الكفارة.

قال: (**وَكَذَا الْمَرَضُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لهتكه حرمة الصوم بذلك، وفي قول يسقط؛ لأن المرض الطارئ يبيح الفطر فتبين أن الصوم لم يقع مستحقًا.

واعلم أن المنقول في «الروضة» وغيرها أن المرض لا يسقطها في أظهر القولين، وقيل: قطعًا.

فرع: طرآن الردة لا يسقطها قطعًا، ولو طرأ جنون أو موت أو حيض أو نفاس؛ فالأظهر السقوط، وصورة طرآن الحيض والنفاس مفرعة على قول الوجوب عليها.

قال الشارح: قال: (**وَيَجِبُ مَعَهَا قَضَاءُ يَوْمِ الْإِفْسَادِ عَلَى الصَّحِيحِ**) لأمر الأعرابي به، كما رواه أبو داود وغيره لا كما ادعاه في «الوسيط» من أنه ﷺ لم يأمره بالإعادة، نعم؛ ادعى إمامه أنهم لم يصححوا الحديث.

والثاني: لا يجب؛ لأن الخلل انجبر بالكفارة.

والثالث: إن كفر بالصوم دخل فيه القضاء، وإلا فلا، لاختلاف الجنس.

قال البندنيجي: والأوّلان أوي إليهما في «الأم».

وذكر الروياني أن الثالث غلط، وأنّ الصحيح أن المسألة على قولٍ واحد، وهو وجوب القضاء وهو المختار.

قال الإمام: ولا خلاف أن المرأة يلزمها القضاء إذا لم تلزمها الكفارة.

وَهِيَ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، فَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْجَمِيعِ اسْتَقَرَّتْ فِي ذِمَّتِهِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى خَصْلَةٍ فَعَلَهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْعُدُولَ عَنِ الصَّوْمِ إِلَى الْإِطْعَامِ لِشِدَّةِ الْغُلْمَةِ.

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْفَقِيرِ صَرْفُ كَفَّارَتِهِ إِلَى عِيَالِهِ].

قال: **(وَهِيَ عِتْقُ رَقَبَةٍ)** أي: **(مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا)** للحديث السابق أول الفصل، وفي رواية أبي داود أنه أتى بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعًا.

قال البيهقي: وهو أصح من رواية من روى فأتى بعرق فيه عشرون صاعًا.

قال: **(فَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْجَمِيعِ اسْتَقَرَّتْ فِي ذِمَّتِهِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى خَصْلَةٍ فَعَلَهَا)** أي: لجزاء الصيد؛ ولأنه ﷺ أمر الإعرابي بأن يكفر بما دفعه إليه مع إخباره بعجزه، فدلت على ثبوتها في ذمته مع العجز.

والثاني: لا بل يسقط كزكاة الفطر، ولأنه ﷺ لم يذكر ذلك للأعرابي، وأجيب بأن تأخير البيان إلى وقت الحاجة جابر.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْعُدُولَ عَنِ الصَّوْمِ إِلَى الْإِطْعَامِ لِشِدَّةِ الْغُلْمَةِ)** لأن الأعرابي لما أمر به قال: «وهل أتيت إلا من الصوم؟ فقال: أطعم ستين مسكينًا»⁽¹⁾ كذا استدل به الإمام والغزالي وجماعة، وتبعهم الرافعي.

وهذا إنما ورد في حديث سلمة بن صخر البياضي المظاهر وقيل: إنه الأعرابي المذكور والحكم واحد والثاني لا للقدرة على الصوم والغلمة بضم الغين وإسكان اللام شدة الحاجة إلى النكاح.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْفَقِيرِ صَرْفُ كَفَّارَتِهِ إِلَى عِيَالِهِ)** كالزكوات، والثاني: يجوز لظاهر الحديث السابق، وهو محتمل إشارة هل العبرة في الكفارة بحالة الوجوب أو الأداء أو بأغلظ الأمرين أقوال تأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: الوصال حرام على الأصح للنهي عنه، وحقيقة أن يصوم يومين فأكثر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٩١، رقم٣٦١٨٢) والترمذي (١٢٤٠).

[باب صَوْمِ التَّطَوُّعِ]

قال المصنف: [يُسَنُّ صَوْمُ الِاثْنَيْنِ، وَالْخَمِيسِ، ....

بلا أكل ولا شرب ليلاً ولو تركهما ليلاً لا على قصد الوصال.

قال البغوي والروياني: لم يحرم.

قال الشيخ: أنه خلاف إطلاق الجمهور، وينبغي أن يختص التحريم بمن علم النهي ولم ير الجواز اجتهادًا ولا تقليدًا لمن رآه، ولو قيل بالفرق بين من يتضرر به، وبين غيره من أهل الولاية الذين تعدوهم المعارف الإلهية لم يبعد، وبالله التوفيق.

قال: (**يُسَنُّ صَوْمُ الِاثْنَيْنِ، وَالْخَمِيسِ**) أي: والمحافظة عليه؛ لأنه ﷺ كان يجزئ صومهما، حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان، وفي رواية حسنها الترمذي: «تعرض الأعمال يوم الإثنين والخميس، فأحب أن يعرض عملي وأنا صائم»(١).

وأغرب الإمام الحليمي، فعد من الصوم المكروه اعتياد صوم بعينه كالإثنين والخميس.

وذكر عن ابن عباس أنه سئل عن صومهما؟ فقال: أكره أن توقت عليك يومًا تصومه».

وعن عمران بن حصين: «لا تجعل عليك يومًا حتمًا».

وعن أنس: إياك أن تكون إثنينيًا أو خميسيًا أو رجبيًا»(٢).

قال: وكان مجاهد يصومهما ثم تركهما.

قال: ووجه الكراهة أن تخصيص يوم أو شهر بالصوم دائمًا تشبهًا برمضان، ولا ينبغي أن يشبه به ما لم يشبهه الله تعالى به.

وأجاب عن الأحاديث الواردة في صومها بأن المعنى: من أراد صيام يوم

---

(١) أخرجه الترمذي (١٧٣٠).

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن حجر (٣/ ٣٣٣).

وَعَرَفَة، ....

أو يومين فهذان أولى مما سواهما أو على أنه يديم صومهما ما لم يدع إلى طعام أو ينزل به ضيف يحتمل أن يواكله أو يدخل على ذي حرمة فيقدم له طعامًا، وإما أن يتوقى الفطر، فلا، انتهى.

والأول ضعيف والثاني قريب والكل غريب، ويلزمه ذلك في صيام ثلاثة أيام من كل شهر كأيام البيض وغيرها.

قال: **(وَعَرَفَة)** أي: لغير الحاج بعرفة؛ لقوله ﷺ: «إنه يكفر السنة الماضية والباقية»(١) رواه مسلم.

قال الإمام: والمكفر الصغائر دون الموبقات. قال صاحب «الذخائر»: وهذا منه يحلم يحتاج إلى دليل، والحديث عام، وفضل الله واسع لا يُحجر، انتهى.

إشارات: منها: المستحب للحاج بعرفة فطره تأسيًا وتقويًا على الدعاء.

وقال جماعة: يكره له صومه، ودليلهم حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن صوم يوم عرفة بعرفات، قال الحاكم: هو على شرط البخاري، وأقره شيخنا الذهبي.

وقال المتولي: إن كان ضعيفًا وشده حرًا وشتاءً ولكنه ضعيف كره له، وإن قوي ولم يؤثر فيه فهو أفضل.

وقال الروياني: إن كان قويًا، وفي الشتاء، ولا يضعفه عن الدعاء، فهو أفضل، وبه قالت عائشة وعطاء وأبو حنيفة وجماعة من أصحابنا.

وقال البيهقي في «السنن والآثار»: قال الشافعي في القديم: لو علم أن الصوم بعرفة لا يضعفه، فصامه كان حسنًا، واختاره الخطابي، وبه جزم القاضي ابن كج. قال المصنف: والمذهب استحباب الفطر مطلقًا، وصرح الجمهور بعدم الفرق.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ١٢٤، رقم ٧٤٩) وقال: حسن. وابن ماجه (١/ ٥٥١، رقم ١٧٣٠)، وابن حبان (٨/ ٩٥، رقم ٣٦٣٢)، والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٣٨٧، رقم ٣٨٤٤) ومسلم (٢/ ٨١٨، رقم ١١٦٢)، وأبو داود (٢/ ٣٢١، رقم ٢٤٢٥).

ومنها : لو كان الحاج لا يأتي عرفة إلا ليلاً استحب له الصوم كغيره كما أشرنا إليه بقولنا : بعرفة . قال المصنف في تعليقه على التنبيه : واقتضاه كلام غيره.

وقال في شرح مسلم: إنه مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة وجمهور العلماء.

قلت: فإذًا إطلاق نصوص الشافعي المشهور وجماهير الأصحاب القول باستحباب فطره للحاج محمول على ما إذا كان بعرفة كما هو الغالب ويحتمل غيره لأنه وإن جاءه ليلاً فلا شك أن الصوم يضعفه، وإن أفطر عن الدعاء ليلاً، وليس هو كمن أفطر نهارًا أو أمسى مفطرًا، والله أعلم.

ومنها: لا أعلم خلافًا للناس في استحباب صوم يوم عرفة لغير الحاج أو منهم من استحب اللحاج مطلقًا، ومنهم من فصل كما سبق.

ورأيت في «معتمد أبي نصر البندنيجي»: وقال يحيى بن سعيد الأنصاري: يجب الفطر يوم عرفة، وكذا قاله في «البيان» ويعضده ما في صحيح الحاكم عن أبي هريرة أنه ﷺ نهى عن صوم يوم عرفة بعرفات، وحديث عقبة بن عامر السابق: يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق عند أهل الإسلام، وهي أيام أكل وشرب. قال الترمذي: حسن صحيح(١)](٢).

فرع: قال المتولي وغيره: يستحب صوم يوم التروية مع يوم عرفة

---

(١) حديث عقبة بن عامر: أخرجه أحمد (٤/ ١٥٢ رقم ١٧٤١٧)، وأبو داود (٢/ ٣٢٠، رقم ٢٤١٩)، والترمذي (٣/ ١٤٣، رقم ٧٧٣) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ٢٥٢، رقم ٣٠٠٤)، والحاكم (١/ ٦٠٠، رقم ١٥٨٦) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٤/ ٢٩٨، رقم ٨٢٤٥)، والدارمي (٢/ ٣٧، رقم ١٧٦٤)، والروياني (١/ ١٦٦، رقم ٢٠٠).
حديث بشر بن سحيم: أخرجه الطيالسي (ص ١٨٣، رقم ١٢٩٩)، وأحمد (٣/ ٤١٥، رقم ١٥٤٦٦)، والنسائي (٨/ ١٠٤، رقم ٤٩٩٤)، وابن ماجه (١/ ٥٤٨، رقم ١٧٢٠)، والدارمي (٢/ ٣٨، رقم ١٧٦٦)، وابن خزيمة (٤/ ٣١٣، رقم ٢٩٦٠)، والطحاوي (٢/ ٢٤٥)، والطبراني (٢/ ٣٧، رقم ١٢١١). حديث كعب بن مالك: أخرجه مسلم (٢/ ٨٠٠، رقم ١١٤٢)، والطبراني (١٩/ ٩٧، رقم ١٩١).

(٢) ما بين [] سقط من نسخة.

وَعَاشُورَاءَ وَتَاسُوعَاءَ. وَأَيَّامِ الْبِيضِ، ....

الاحتياط؛ ولينظر فيما لو تحدث الناس برؤية هلال ذي الحجة ولم يثبت أو شهد به من لم يقبل ودار الأمرين صوم يوم عرفة على تقدير كمال ذي القعدة وصوم يوم العيد على تقدير يقظة، فهل يقال يستحب الصوم أو يكون كصوم يوم الشك أو يخرج فيه خلاف مما لو شك][١] المتوضئ هل غسل العضو مرتين أو ثلاثًا؟ لم أر فيه شيئًا، ويظهر أنه لو أخبره من يصدقه من عبد أو امرأة أو صبي بالرؤية أنه يحرم عليه الصوم على خبره، وإن قال غيره بناء على الظاهر.

قال: (وَعَاشُورَاءَ)؛ لقوله ﷺ: «إنه يكفر السنة الماضية» رواه مسلم.

(وَتَاسُوعَاءَ)؛ لقوله ﷺ: «لئن بقيت إلى قابل لأصومنَّ اليوم التاسع فمات قبله»[٢] رواه مسلم. وقول الإمام: إنه كان يصومه غريب.

قال المتولي وغيره: فإن لم يصم التاسع صام الحادي عشر.

وقال الدارمي وغيره: يصوم يومًا قبله ويومًا بعده، ونص عليه في «الأم» ولفظه: وأحب أن يصام قبله يوم، ولو زيد فصام بعده يومًا كان حسنًا، ولا بأس أن يفرده.

قلت: وصوم ما قبله هل هو لمخالفة اليهود أو شرع للاحتياط؟ فعلى الأول وهو قضية الحديث تحصل المخالفة بصوم أحد اليومين معه، وتاسوعاء أولى.

قال: (وَأَيَّامِ الْبِيضِ) وأولها الثالث عشر وتالياه، وقيل: أولها الثاني عشر.

قال في «شرح مسلم»: إنها الثلاثة المأمور بصومها من كل شهر، وكلام غيره يقتضي إنها غيرها، حيث قالوا: يستحب صوم أيام البيض وصوم ثلاثة أيام من كل شهر.

وقال المتولي: صوم ثلاثة أيام من كل شهر سُنة، ومتى يستحب؟ قبل أيام البيض، وقبل الإثنين والخميس، والإثنين الآخر من أول الشهر، وقيل: أي وقتٍ أرادوا.

---

(١) ما بين [] سقط من نسخة.

(٢) أخرجه مسلم (٢/٧٩٨، رقم ١١٣٤)، وابن ماجه (١/٥٥٢، رقم ١٧٣٦).

وَسِتَّةٍ مِن شَوَّالٍ، وَتَتَابُعُهَا أَفْضَلُ.

قال شارح: السُّنة صوم ثلاثة أيام كل شهر، وأن يكون أيام البيض، فإن صامها كان آتيًا بالسنتين، وإن صام غيرها أتى بإحدى السنتين، انتهى.

وروى النسائي وابن حبان في صحيحه عن أبي ذر قال: «أمرنا رسول الله أن يصوم من الشهر ثلاثة أيام البيض ثالث عشر ورابع عشر وخامس عشر»(١).

قال المصنف: والاحتياط أن يصوم الثاني عشر والخامس عشر.

قال: (وَسِتَّةٍ مِن شَوَّالٍ) لقوله ﷺ: «من صام رمضان ثم أتبعه بستٍّ من شوال كان كصيام الدهر»(٢) رواه مسلم من حديث أبي أيوب الأنصاري ومعناه: أن الحسنة بعشر أمثالها، وقد رواه النسائي من حديث ثوبان مفسرًا.

واعلم أن قضية إطلاق المصنف استحباب صومها لكل أحد سواء صام رمضان أم لا كالمفطر؛ لعذر صبي أو مرض أو جنون أو سفر وغيرها، وعبارة كثيرين يستحب لمن صام رمضان أن يتبعه بستٍ من شوال كلفظ الخبر، ومقتضاها قصر ذلك عليه ولا خفاء أن من تعدى بالفطر يلزمه القضاء على الفور على الصحيح، والجرجاني يكره لمن عليه قضاء رمضان أن يتطوع بالصوم، فخرج من عليه القضاء، ففي النظر في الصبي أو المجنون يكملان، والكافر يسلم في شوال.

قال: (وَتَتَابُعُهَا أَفْضَلُ) أي: متصلة يوم العيد مبادرة إلى العبادة، ولما في التأخير من الآفات، هكذا قاله الأصحاب ومنهم المتولي.

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٦٤، رقم ٤٧٥)، وأحمد (٥/ ١٦٢، رقم ٢١٤٧٤)، والترمذي (٣/ ١٣٤، رقم ٧٦١) وقال: حسن. والنسائي (٤/ ٢٢٢، رقم ٢٤٢٤)، وابن خزيمة (٣/ ٣٠٢، رقم ٢١٢٨)، وابن حبان (٨/ ٤١٤، رقم ٣٦٥٥)، والضياء (١/ ٤٢٠، رقم ٢٩٩) والبيهقي (٤/ ٢٩٤، رقم ٨٢٢٨)، والديلمي (٥/ ٣٤٠، رقم ٨٣٧١).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٧ رقم ٢٣٥٨٠)، وعبد بن حميد (ص ١٠٤، رقم ٢٢٨)، ومسلم (٢/ ٨٢٢ رقم ١١٦٤)، وأبو داود (٢/ ٣٢٤، رقم ٢٤٣٣)، والترمذي (٣/ ١٣٢، رقم ٧٥٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٢/ ١٦٣، رقم ٢٨٦٢)، وابن ماجه (١/ ٥٤٧، رقم ١٧١٦)، وابن حبان (٨/ ٣٩٦، رقم ٣٦٣٤).

وَيُكْرَهُ إِفْرَادُ الْجُمُعَةِ، ....

وقال صاحب «التعجيز في شرحه» بعد نقله: هذا عن المذهب، وقال أبو حنيفة: التفريق أفضل، وفيه وجه للمتولي أنهما سيان بعموم الخبر، انتهى.

وعبارة التتمة: يستحب أن يصوم عقيب العيد شوال، فإن صام مفرقًا أو أخر إلى آخر الشهر نال الثواب، لم حكى أن من العلماء من كره أن يصوم عقب العيد، خوفًا أن يعتقد بعض العوام أنه من الفرض، ويصير مشبهًا بصوم النصارى.

قلنا: أن المبادرة إلى أداء العبادة أولى؛ لما في التأخير من الآفات، انتهى.

فنقل ابن يونس عنه أنهما سيان غلط، وإنما معنى قوله: نال الثواب أي: ثواب صوم السنة وفاته الفضل، وهذا متفق عليه عندنا.

فرع: لو وقع في أيام الزفاف صوم تطوع معتاد استحب له الفطر؛ لأنها أيام يقال كأيام التشريق.

قال: **(وَيُكْرَهُ إِفْرَادُ الْجُمُعَةِ)** لقوله ﷺ: **«لا يصُمْ أحدكم يوم الجمعة إلا أن يصوم بعده»**(١) متفق عليه.

ورواية: **«إن يوم الجمعة عيد، فلا تجعلوا يوم عيدكم يوم صيامكم، إلا أن تصوموا قبله أو بعده»** وأخرجها الحاكم بلا استثناء.

قال شيخنا الذهبي في «تلخيص المستدرك»: في إسناده مجهول، وله شاهد في الصحيحين(٢).

تنبيهات: منها: ما ذكره من كراهية الأفراد هو المشهور، وقيل: لا يكره.

قال العمراني: وهو المنصوص في رواية المزني واختيار ابن الصباغ، والنص في «الجامع الكبير»: لا يكره إلا لمن كان إذا صامه منعه عن صلاة لو كان مفطرًا لفعلها. قال ابن الصباغ: وحمل الشافعي أحاديث النهي على من كان الصوم يضعفه، ويمنعه من الطاعة، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٧٣٩).

(٢) أخرجه الحاكم (١/٦٠٣، رقم ١٥٩٥) وقال: صحيح الإسناد.

....

وعلى هذا يفرق بين الأشخاص، وقال الماوردي: مذهب الشافعي أن معنى النهي أن الصوم يضعفه عن حضور الجمعة والدعاء فيها، وكل من أضعفه الصوم عن حضورها كره له وإلا فلا بأس به.

ومنها: إذا قلنا بالكراهة فهي كراهة تنزيه، ونقل القاضي أبو الطيب عن أحمد وابن المنذر وبعض أصحابنا أنه لا يجوز إفراده بالصوم بعد أن ذكر عن الشافعي أنه لا يكره، فيحتمل أن يريد بعدم الجواز الكراهة، ويحتمل أن يريد التحريم، وهو الظاهر، وعبَّر ابن المنذر عن الشافعي بكراهة أيام التشريق، وأراد التحريم.

وقال الشافعي: ولا يبين لي أن النهي عن صوم يوم الجمعة إلا على الاختيار، ولم يذكر في «الإشراف» هنا سواه، وهو المنقول فيما تقدم عن «الجامع الكبير» وهو بهذا اللفظ في «الإملاء»، وزاد واجب ترك صومه لما وصفت لا غير، ولا أحسب عنه كان إلا على هذا المعنى، غير أن الرجل قد يؤدي بعض الحديث دون بعض، انتهى.

ومنها: لا فرق على المشهورين من يحضر الجمعة وغيره، ومن كان الصوم يضعفه عن الدعاء، والذكر وغيره.

واختلف في علة الكراهة فقيل: لئلا يضعف عن العبادة، وصححه المصنف، وقيل: لئلا يبالغ في تعظيمه كاليهود في السبت، وقيل: لئلا يعتقد وجوبه، وقيل: لأنه يوم عيد وطعام، قاله الحليمي وغيره.

وأشار إليه القاضي الحسين، وفيه حديث آخر ضعيف غير حديث الحاكم يوم الجمعة عندنا أهل الإسلام.

وقال ابن عبد البر: إن من كره صيامه من الصحابة والتابعين شبهوه بيوم العيد.

ومنها: موضع الكراهة إذا أفرده بلا سبب، أما لو نذر صوم يوم شفاء زيد أو قدومه أبدًا فوافق يوم الجمعة لم يكره، أو نذر صوم يوم من الأسبوع وجعل منه، فإنه يصوم يوم الجمعة كما يصومه قضاء.

وَإِفْرَادُ السَّبْتِ، ....

ورأيت في آخر كتاب الصيام من «الأم»: قال الشافعي: ومن نذر أن يصوم يوم الجمعة فوافق يوم فطر، أفطر وقضاه، انتهى.

وهو يشكل على إطلاق الجمهور كراهة إفراده بالصوم؛ إذ لو كرهه لما حكم بانعقاد نذره فيما يظهر.

ورأيت في جمع من فتاوى ابن عبد السلام: أنه سُئل عمن يصوم يومًا ويفطر يومًا، ويجيء يوم الجمعة قبله فطر وبعده فطر، وهو صوم، فهل يكره له ذلك؟

فأجاب: يكره صوم الجمعة، وهذا مشكل؛ لأنه وافق عادة تطوعه، فينبغي ألا يكره كما قالوه في يوم الشك إذا وافق عادة تطوعه.

وذكر المصنف في «تعليقه على التنبيه»: أنه لو أراد اعتكاف يوم الجمعة وحده ولم يصم قبله، ولا عزم على الصوم بعده، فيحتمل أن يقال: يكره له صومه للإفراد، ويحتمل أن يقال: يستحب لأجل الاعتكاف، وليصح اعتكافه بالإجماع، فإن أبا حنيفة شرط فيه الصوم، انتهى.

قال: (**وَإِفْرَادُ السَّبْتِ**) للحديث المشهور: «**لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم**»(١) الحديث رواه السنن الأربع وحسنه الترمذي.

قال: ومعنى النهى أن يختصه الرجل بصيام؛ لأن اليهود يعظمونه.

---

(١) أخرجه حديث عبد الله بن بسر: أخرجه أحمد (٤/ ١٨٩، رقم ١٧٧٢٢)، وعبد بن حميد (ص ١٨٢، رقم ٥٠٨)، وابن حبان (٨/ ٣٧٩، رقم ٣٦١٥)، والضياء (٩/ ٦٤، رقم ٤٨) وابن ماجه (١/ ٥٥٠، رقم ١٧٢٦)، والنسائي (٢/ ١٤٣، رقم ٢٧٥٩)، وأبو نعيم في الحلية (٥/ ٢١٨) وقال: غريب من حديث خالد تفرد به عيسى عن ثور.
حديث عبد الله بن بسر عن أبيه: أخرجه الطبراني (٢/ ٣١، رقم ١١٩١).
حديث عبد الله بن بسر عن أخته الصماء: أخرجه أحمد (٦/ ٣٦٨، رقم ٢٧١٢٠)، وأبو داود (٢/ ٣٢٠، رقم ٢٤٢١) وقال: حديث منسوخ. والنسائي (٢/ ١٤٣، رقم ٢٧٦٢)، والترمذي (٣/ ١٢٠، رقم ٧٤٤) وقال: حسن. وابن ماجه (١/ ٥٥٠، رقم ١٧٢٦)، والحاكم (١/ ٦٠١، رقم ١٥٩٢) وقال: صحيح على شرط البخاري. والبيهقي (٤/ ٣٠٢، رقم ٨٢٧٦). وابن خزيمة (٣/ ٣١٧، رقم ٢١٦٤)، والطبراني (٢٤/ ٣٣٠، رقم ٨٢٠).
حديث أمامة: أخرجه الروياني (٢/ ٣٠٧، رقم ١٢٥٨).

....

وقال أبو داود: هذا حديث منسوخ. وقال مالك: إنه كذب.

قال المصنف: وليس كما قالا، وقد صححه الأئمة، قال الحاكم: هو صحيح على شرط البخاري، وله معارض صحيح.

قال المصنف: وكلها واردة في صومه مع الجمعة أو الأحد، فلا مخالفة فيها لما قاله أصحابنا من كراهة إفراد السبت.

والصواب على الجملة كراهة إفراده إذا لم يوافق عادة لها، انتهى، وفيما قاله نظر! وليته سكت عن هذا التصويب، وما ذكره من كراهة أفراده ذكره الدارمي والبغوي، وقليلون، وتبعهم الرافعي ولم أر للشافعي، ولا لأكثر أصحابنا فيه كلامًا وأما المعارض الذي أشار إليه الحاكم، فهو ما في سنن النسائي، وصحيح ابن حبان والحاكم عن أم سلمة **«أنه كان أكثر ما يصوم من الأيام يوم السبت والأحد، وكان يقول: إنهما يوما عيد للمشركين، فأحب أن أخالفهم»**⁽¹⁾ وهذا المعنى يقتضي أنه لا يكره إفراد أحدهما بالصوم، عكس ما أشار إليه الترمذي.

والظاهر أن مالكًا وأبا داود لا يقولان ذلك إلا عن ثبت فلا يرد قولهما ما هو ينافي.

وروى أبو داود في «السنن» عن ابن شهاب أنه كان إذا ذكر له أنه نهي عن صيام يوم السبت، يقول: هذا حديث حمصي يعني يوهنه بذلك.

قال الحافظ عبد العظيم، وقال الأوزاعي: ما زلت كاتمًا حتى رأيته انتشر، ثم حكى عن النسائي بعد ذكره طرق النهي أنه قال: هذه أحاديث مضطربة، ولم أر من طعن في حديث أم سلمة السابق، وذكر في «البحر»: أنه لا يكره إفراد عيد من أعياد أهل الملل بالصوم كيوم الشعانين، وفصح النصارى، وفطر اليهود، ويوم النيروز والمهرجان، ووجهه، والله أعلم المخالفة لهم، وقد يقال: يكره صومه كالسبت؛ لأن فيه تعظيمًا له.

---

(١) أخرجه النسائي (٢/ ١٤٦)، والحاكم (١٥٤٥) وابن حبان (٣٦٨٦).

وَصَوْمُ الدَّهْرِ غَيْرِ الْعِيدِ وَالتَّشْرِيقِ مَكْرُوهٌ لِمَنْ خَافَ بِهِ ضَرَرًا أو فَوْتَ حَقٍّ، وَمُسْتَحَبٌّ لِغَيْرِهِ.

وذكر بعض المتأخرين كابن يونس أنه يكره إفراد الأحد بالصوم، ولم أره لمن له وجه من حيث المعنى، لكن رأيت ابن العربي قال في «شرح الترمذي» في كلامه على إفراد الجمعة بالصوم، وإنما نهي عنه، والله أعلم؛ لأنه عيدنا أهل الإسلام وأهل الكتاب يصومون في عيدهم وعيدنا نحن الفطر فكرة التشبه بهم هذا لفظه، فإن صح ما ذكره عنهم؛ فالوجه كراهة إفراد أيام أعيادهم.

(وَصَوْمُ الدَّهْرِ غَيْرِ الْعِيدِ وَالتَّشْرِيقِ مَكْرُوهٌ لِمَنْ خَافَ بِهِ ضَرَرًا أو فَوْتَ حَقٍّ، وَمُسْتَحَبٌّ لِغَيْرِهِ) هذا ما نسبه إلى الجمهور.

قال في «شرح مسلم»: مذهب الشافعي وأصحابه أنه لا يكره في هذه الحالة بل هو مستحب.

قلت: وعبارة الشافعي في «البويطي»: ولا بأس به إذا أفطر أيام النهي.

قال في «الشامل»: وبه قال عامة العلماء، وحملوا النهي على الحالة الأولى، أو على ما إذا لم يفطر أيام النهي، وعبارة الجمهور أنه لا يكره وهو المنصوص، وأطلق الغزالي أنه مسنون، وهو غريب، والنهي الوارد عن صومه، والتحذير منه ثابت في الصحيحين وغيرهما من طرق.

ومنها: لا صيام من صام الأبد، والصواب المرضى عنها عسر، والمختار أنه إما خلاف الأولى، أو ما أطلقه البغوي وآخرون من الكراهة للنهي، وما ذكروه من تخصيص الكراهة بعبد الله بن عمرو بن العاص يروه أنه ﷺ قاله لغيره، وأكثر الناس تشارك ابن عمرو فيما حذره منه، وأشار إليه من العجز، وأيضًا فعدم الخوف في المستقبل لا يعلم.

والمختار أيضًا أن صوم يوم وفطر يوم أفضل من صوم الدهر كما قال ﷺ: **«لا أفضل من ذلك، وهو صوم داود ﷺ»**، وممن صرح بأفضليته على صوم الدهر الدارمي.

وممن نص على استحبابه: القاضي أبو الطيب وَالصَّيْمَرِيُّ.

……

وفي الصحيحين: **«صيام داود أفضل الصيام، لا صوم فوق صوم داود»**[1].

تنبيه: أطلقوا الكراهة لمن خاف فوت حق، فهل المراد الواجب أو المندوب؟ فإن أريد الواجب فيكون الكراهة عند الخوف دون العلم وعليه الظن، وإن أريد المندوب، فإن خيف فوت ما هو أرجح من سرد الصوم فيكون صوم يوم وفطر يوم أفضل حرمًا، فينقسم صوم الدهر إلى ثلاثة أقسام، وإن أريد بالحق كل مطلوب انقسم قسمين، والظاهر أن مرادهم ما هو أعم من الواجب وإطلاقهم الاستحباب في الحالة الثانية ينبغي أن يكون محله إذا لم يفت به فضل أيضًا كالغازي الذي يتقوى بالفطر على الجهاد، وما أشبه ذلك، وإن كان لا يتضرر بالصوم ولكن الفطر أقوى له وأعون فهو أولى؛ ألا ترى قوله ﷺ: **«ذهب المفطرون اليوم بالأجر»**[2].

فرع: لو نذر صوم الدهر لزمه الوفاء، كذا قالوه، ويجب استثناء الحالة التي يحكم فيها بالكراهة، والعجب أن البغوي صرح بكراهة صومه، وبانعقاد نذره، بل ينبغي أن لا يصح مطلقًا؛ لعدم أمن العجز في المستقبل؛ ولهذا رد على ابن عمرو وغيره، وإنما يتجه القول بعدم الكراهة إذا لم يكن بالتزام حتى يدعه عند المشقة، وفيه وقفة؛ لحديث **«عليكم من العمل ما تطيقون»** أي: المداومة عليه وتعرض الإنسان نفسه؛ لترك المعتاد من العبادة مكروه.

فرع: لو نذرت الزوجة بعد النكاح صوم الدهر، فللزوج منعها ولا قضاء، ولا فدية، فإذا أذن، ولم تصم لزمها الفدية، ولو نذرته قبل النكاح ثم نكحت، فليس لها منعها، وسيأتي إيضاحه وأمثاله إن شاء الله.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٠، رقم ٦٤٩١)، والبخاري (٣/ ١٢٥٧، رقم ٣٢٣٨)، ومسلم (٢/ ٨١٦، رقم ١١٥٩)، وأبو داود (٢/ ٣٢٧، رقم ٢٤٤٨)، والنسائي (٣/ ٢١٤، رقم ١٦٣٠)، وابن ماجه (١/ ٥٤٦، رقم ١٧١٢) والحميدي (٢/ ٢٦٩، رقم ٥٨٩)، والدارمي (٢/ ٣٣، رقم ١٧٥٢)، والبزار (٦/ ٣٥٦، رقم ٢٣٦٤)، وابن خزيمة (٢/ ١٨١، رقم ١١٤٥)، وابن حبان (٦/ ٣٢٥، رقم ٢٥٩٠)، والبيهقي (٣/ ٣، رقم ٤٤٣٢)، والديلمي (١/ ٣٦٦، رقم ١٤٧٧).

(٢) أخرجه البخاري برقم: ٢٨٩٠، ومسلم برقم: ١١١٩، والنسائي: ٤ / ١٨٢، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢ / ٦٨، والبيهقي: ٤ / ٢٤٣.

وَمَنْ تَلَبَّسَ بِصَوْمِ تَطَوُّعٍ أَو صَلَاتِهِ فَلَهُ قَطْعُهُمَا ....

فرع: قال المصنف: قال الجمهور: لا يجوز للمرأة أن تصوم وزوجها حاضر إلا بإذنه. وقال جماعة: يكره، والصحيح الأول.

قلت: واستثنى يوم عرفة وعاشوراء، فإنه ليس له منعها منهما على الأصح، وينبغي أن يستثنى من هذا الترجيح أيام الزفاف كما سبق عن «الحاوي» فيكون له منعها فيهما من هذين اليومين أيضًا، وفي الفرع زيادات ذكرتها في «الغنية».

فرع: هل الأفضل بعد رمضان صوم المحرم أو رجب أو شعبان أو ذي الحجة وجوه الصحيح الأول.

وقال الجرجاني وغيره: يستحب صوم الأشهر الحرم كلها، وأفضلها ذو الحجة وهو وجه وقول الشيخ في «الروضة».

قال في «البحر»: إن أفضل الحرم رجب، ليس بجيد، والذي فيه أنه أفضلها بعد المحرم وليس كما قال: والأحاديث في فضل صيامه موضوعة عند الحفاظ، وقد سبق قول بعض الصحابة: لا تكن رجبيًا.

فرع: قال بعض الأصحاب: ومن الصوم المستحب أن لا يجد غدًا، وفي الحديث شاهد له.

قال المصنف: ومن المسنون صوم عشر ذي الحجة، والصوم من آخر كل شهر.

وقال الحليمي: إن كان يتعبد في العشر بصلاة، وتلاوة فترك الصوم أولى به؛ ليتقوى بالفطر ليوم عرفة وإلا فليصم، وهذا حسن صحيح.

قال: (**وَمَنْ تَلَبَّسَ بِصَوْمِ تَطَوُّعٍ أَو صَلَاتِهِ فَلَهُ قَطْعُهُمَا**) أي: بلا خلاف عندنا، لكن إن كان لعذر لم يكره، وإلا كره وأما الخروج من الصوم، فقد صح من فعله ﷺ كما رواه الدارقطني والبيهقي وصحح إسناده.

ومنها: أنه كان يقول: «الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء أفطر» وفي لفظ:

وَلَا قَضَاءَ. وَمَنْ تَلَبَّسَ بِقَضَاءٍ حَرُمَ عَلَيْهِ قَطْعُهُ إِنْ كَانَ عَلَى الْفَوْرِ، وَهُوَ صَوْمُ مَنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْأَصَحِّ: بِأَنْ لَمْ يَكُنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ].

«المتطوع بالخيار إن شاء صام، وإن شاء أفطر»[1]. قال الحاكم: صحيح الإسناد.

قال: والأخبار المعارضة لم يصح فيها شيء، وأميز بالرأي أي: لا حجر عليه، وقيل: بالنون وأحسبه تصحيفًا، وأما صلاة المتطوع فبالقياس على الصوم، والفرق بينهما وبين الحج والعمرة، إنه لا يخرج منهما بالإفساد؛ لتأكد الدخول فيهما بخلاف الصوم والصلاة.

قال: (**وَلَا قَضَاءَ**) أي: لا يلزمه ذلك؛ إذ لو لزمه لما جاز الخروج بلا عذر، وأما استحبابه فلا يخفى، وقد نصت السنة عليه في الصوم والصلاة في معناه.

قال: (**وَمَنْ تَلَبَّسَ بِقَضَاءٍ حَرُمَ**) أي: عن واجب وحرم (**عَلَيْهِ قَطْعُهُ إِنْ كَانَ عَلَى الْفَوْرِ وَهُوَ صَوْمُ مَنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ**).

قلت: أو بإخراج الصلاة عن الوقت بلا عذر على الأصح فيهما، خلافًا للعراقيين، وفي حكم ذلك ما لو لم يبق من شعبان ما لا يسع إلا ما فاته من رمضان، سواء فاته بعد عام أم لا.

قال: (**وَكَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْأَصَحِّ: بِأَنْ لَمْ يَكُنْ تَعَدَّى بِالْفِطْرِ**) أي: المنصوص في «الأم»؛ لأنه تلبس بالفرض، فلزمه إتمامه كما لو شرع في الصلاة أول الوقت، كما هو المذهب المعروف.

والثاني: لا يحرم؛ لأنه متبرع بالشروع، فأشبه المسافر يشرع في الصوم، وقد أشرنا إلى موضع الوجهين.

فرع: الكفارة الفورية كالقضاء الفوري، والمتراخية كالقضاء المتراخي، وكذلك النذر المطلق. وحكى الشيخ أبو علي عن أبي زيد وغيره: القول بوجوب إتمام طواف التطوع على المتلبس وزيفه، وبالله الإعانة والتوفيق.

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٢٥، رقم ١٦١٨)، وأحمد (٦/ ٣٤١، رقم ٢٦٩٣٧)، والترمذي (٣/ ١٠٩، رقم ٧٣٢)، والحاكم (١/ ٦٠٤، رقم ١٥٩٩)، والبيهقي (٤/ ٢٧٦، رقم ٨١٣١). والدارقطني (٢/ ١٧٥)، والديلمي (٢/ ٤١٢، رقم ٣٨٢٩).

قال المصنف: [هُوَ مُسْتَحَبٌّ كُلَّ وَقْتٍ وَفِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ مِن رَمَضَانَ أَفْضَلُ لِطَلَبِ لَيْلَةِ الْقَدْرِ، ....

قال الشارح: هو لغة: لزوم الشيء، وحبس النفس عليه خيرًا كان أو شرًّا.

وشرعًا: إقامة مخصوصة بمكان مخصوص مع النية. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿أَن طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّآئِفِينَ وَٱلْعَٰكِفِينَ﴾ [البقرة: ١٢٥].

قال: (**هُوَ مُسْتَحَبٌّ كُلَّ وَقْتٍ**) أي: متى فعله من ليل أو نهار كان إتيان بسنته، ولا يلزم إلا بالنذر والإجماع منعقد على أصل مشروعيته.

وعبارة «الروضة»: سنة مؤكدة، قال فيها: وعلى الجديد كل امرأة يكره لها الخروج للجماعة يكره لها الخروج للاعتكاف، وأطلق جماعة كراهة الاعتكاف للمرأة من غير تفضيل.

قال الشيخ أبو حامد: يكره للمرأة الاعتكاف في المسجد، وإن اعتكفت في غيره لم يصح، والمستحب أن يكون ما يعتكف فيه أقرب المساجد إلى بيتها.

قلت: ومن المشكل اتفاقهم على صحة نذرها إياه من غير تفضيل.

قال: (**وَفِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ مِن رَمَضَانَ أَفْضَلُ**) أي: تأسيًا به، وبمحافظته عليه إلى وفاته ﷺ.

قال: (**لِطَلَبِ لَيْلَةِ الْقَدْرِ**) كما أرشدت إليه الأحاديث الصحيحة المشهورة، وطلبها لا يختص بالمعتكف قطعًا، وهي مختصة بهذه الأمة وباقية إلى القيامة، ويستحب الاجتهاد في إدراكها، والمشهور وعليه الجمهور اختصارها في العشر الأواخر، وادعى الماوردي اتفاق الفقهاء عليه وليس كما قال، ويستحب لرائيها كتمانها.

وَمَيْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّهَا لَيْلَةُ الْحَادِي أَو الثَّالِثِ وَالْعِشْرِينَ.

قال الشيخ في «شرح مسلم»: ولا ينال فضلها إلا من أطلعه الله عليها، فلو قامها إنسان ولم يشعر بها لم ينل فضلها، وكلام المتولي ينازعه حيث قال: يستحب التعبد في كل ليالي القدر حتى الفضيلة على اليقين، ويعضده قول ابن مسعود ﷺ: «من يقم الحول يصبها» نعم؛ يكون حال المطلع أكمل إذا قام ربه بوظائفها.

قال: (**وَمَيْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى أَنَّهَا لَيْلَةُ الْحَادِي أَو الثَّالِثِ وَالْعِشْرِينَ**) قلت: وعبارة «المحرر» الآتية أنها ليلة كذا وكذا، وظاهرها نقل خلاف في المسألة لحديث أبي سعيد الخدري أنه ﷺ اعتكف العشر الأول من رمضان ثم اعتكف العشر الأواسط. ثم قال: إني اعتكفت العشر الأول ألتمس هذه الليلة ثم اعتكفت العشر الأواسط فقيل لي إنها في العشر الأواخر فمن أحب منكم أن يعتكف فاعتكف الناس معه، قال: «**وإني أريته ليلة وتر، وإني أسجد صبيحتها في الطين والماء، فأصبح من ليلة إحدى وعشرين، وقد قام إلى الصبح، فمطرت السماء، فوكف المسجد، فخرج حين فرغ من صلاة الصبح وَجَبِينُهُ وَرَوْثَةُ أَنْفِهِ فِيهَا الطِّينُ وَالْمَاءُ**»(١) متفق عليه واللفظ لمسلم، وفي رواية له: «**أرأيت ليلة القدر ثم أنسيتها وأراني في صبحتها أسجد في ماء وطين**» متفق عليه واللفظ لمسلم قال أنس: فمطرنا ليلة ثلاث وعشرين فصلى بنا رسول الله ﷺ فانصرف، وإن أثر الماء والطين على جبهته وأنفه(٢).

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٣١٩، رقم ٦٩٢)، والطيالسي (ص ٢٩١، رقم ٢١٨٧)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣٢٦، رقم ٩٥٣٩)، وأحمد (٣/ ٨٦، رقم ١١٨٣٤)، والبخاري (٢/ ٧٠٩، رقم ١٩١٢)، ومسلم (٢/ ٨٢٦، رقم ١١٦٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٦٩، رقم ٣٣٨٧)، وابن ماجه (١/ ٥٦١، رقم ١٧٦٦)، والبيهقي (٤/ ٣١٩، رقم ٨٣٧٢).
حديث عبد الله بن أنيس: أحمد (٣/ ٤٩٥، رقم ١٦٠٨٨) ومسلم (٢/ ٨٢٧، رقم ١١٦٨).

(٢) أخرجه مالك (١/ ٣١٩، رقم ٦٩٢)، والطيالسي (ص ٢٩١، رقم ٢١٨٧)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣٢٦، رقم ٩٥٣٩)، وأحمد (٣/ ٨٦، رقم ١١٨٣٤)، والبخاري (٢/ ٧٠٩، رقم ١٩١٢)، ومسلم (٢/ ٨٢٦، رقم ١١٦٧)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٦٩، رقم ٣٣٨٧)، وابن ماجه (١/ ٥٦١، رقم ١٧٦٦)، والبيهقي (٤/ ٣١٩، رقم ٨٣٧٢).
حديث عبد الله بن أنيس: أحمد (٣/ ٤٩٥، رقم ١٦٠٨٨) ومسلم (٢/ ٨٢٧، رقم ١١٦٨).

وَإِنَّمَا يَصِحُّ الِاعْتِكَافُ فِي الْمَسْجِدِ، وَالْجَامِعُ أَوْلَى.

تنبيهات: منها: الذي قاله الأكثرون أن ميله إلى أنها ليلة الحادي والعشرين لا غير.

وقال الشيخ أبو حامد والبندنيجي: إنه مذهب الشافعي.

قال: وقال في «القديم»: إحدى وعشرين أو ثالث وعشرين، زاد بعضهم: ثم سبع وعشرين، ونقل ابن كج عن الجديد كالمنهاج، وعن القديم التماسها في جميع الشهر.

وقال الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وغيرهما: الأشبه أنها ليلة سبع وعشرين، وهو قول جماعة من الصحابة.

قال الروياني وأكثر العلماء: وللعلماء فيها نحوًا من عشرين قولاً، ذكرها القاضي عياض وغيره.

ومنها: المذهب أنها تلزم ليلة بعينها لا تنتقل.

وقال المزني وصاحبه ابن خزيمة: إنها منتقلة في ليالي العشر جمعًا بين الأحاديث.

قال المصنف: وهذا هو الظاهر المختار.

وقال البندنيجي: إن مذهب الشافعي أنها تلتمس في جميع الشهر وآكده العشر الأواخر وآكده ليالي الوتر منه وما صدر به كلامه غريب.

قال: (**وَإِنَّمَا يَصِحُّ الِاعْتِكَافُ فِي الْمَسْجِدِ**) أي: أي مسجدٍ كان، لظاهر القرآن في منع المباشرة فيصح على سطحه، وصحنه ورحبته المعدودة منه ومنارته التي هي منه نعم؛ لا يصح في أرض ما أرضه محكورة مستأجرة ووقف بناه مسجد أو نصح على سطحه وعلى ذكر بنيت في أرضه ووقفته مسجدًا، والظاهر أنه لو شرط في وقفه اختصاصه بطائفة لم يجز لغيرهم الاعتكاف فيه وفي الصحة نظر! وستأتي المسألة في الوقف إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْجَامِعُ أَوْلَى**) أي: لكثرة الجماعة والاستغناء عن الخروج للجمعة، وهذا فيما إذا لم ينذر اعتكافًا متتابعًا أسبوعًا فأكثر، فإن نذره وجب

وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اعْتِكَافُ امْرَأَةٍ فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا، وَهُوَ الْمُعْتَزَلُ الْمُهَيَّأُ لِلصَّلَاةِ.

الاعتكاف في الجامع على من تلزمه الجمعة؛ لئلا يحتاج إلى الخروج إليها فينقطع التتابع إلا أن يشترط الخروج للجمعة فإن لم يكن كذلك أو كان متطوعًا، فالجامع أولى لكثرة الجماعة، فلو فرض أن غيره أكثر جماعة، وليس في اعتكافه جمعة فاعتكافه فيما كثر جمعة أفضل، قاله بعض أصحابنا وذهب إليه الجويني، قاله الروياني.

قلت: وهو ظاهر إلا أن يكون إمام الأكثر من جامع وغيره ممكن يكره الاقتداء به كما بيناه هناك فالأشبه إن قليل الجمع أولى عندي، والمشهور إطلاق القول بأن الجامع أولى فيحتمل أن يكون كلام الشافعي والأصحاب خرج على الغالب، وهو أن الجامع أكثر جماعة وأن إمامه من أهل الكمال، ويحتمل أنهم راعوا خلاف من لم يصحح الاعتكاف في غيره كما حكى ابن عبد البر عن علي وابن مسعود وعروة والحكم وحماد والزهري ومحمد بن علي رواية عن مالك، وهذا هو الظاهر، بل قيل أن الشافعي أو ما في «القديم» إلى اشتراط الجمع، وبه يشعر قول ابن سريج في «الودائع» و«الاعتكاف»: لا يكون إلا في الجماع، وينبغي أن يكون مسجد الجوار أفضل في الحالة التي يقول صلاته فيه أفضل؛ لئلا يتعطل ويستثنى من قولهم الجامع أولى المرأة كما سبق ويستثنى أيضًا ما إذا كان قد عين غيره في نذره فالمعين أولى وهو ظاهر إذا لم يحتج إلى الخروج إلى الجمعة.

قال: (وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اعْتِكَافُ امْرَأَةٍ فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا، وَهُوَ الْمُعْتَزَلُ الْمُهَيَّأُ لِلصَّلَاةِ) لأنه ليس بمسجد حقيقة؛ لأنه يجوز تغييره، ومكث الجنب ونحوه فيه، ولو صح فيه لاعتكفت أمهات المؤمنين وغيرهن في بيوتهن، والقديم الصحة؛ لأنه معد لصلاتها كالمسجد للرجل وفرق بأن الصلاة لا تختص بموضع بخلاف الاعتكاف واعلم أن ما نسبه إلى الجديد هو المنصوص عليه في عامة كتب الشافعي خلافًا للقديم، قاله القاضي أبو الطيب، وعنه أنه غلط من قال فيه قولين.

وَلَوْ عَيَّنَ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ فِي نَذْرِهِ الِاعْتِكَافَ تَعَيَّنَ، وَكَذَا مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: وإنما يصح في المسجد قولاً واحدًا، وعن البندنيجي نقل الجواز عن الجديد والمنع عن القديم وهو غريب، بل قال القاضي الحسين: قال في القديم: أكره لها أن تعتكف في غير مسجد بيتها، وإذا جاز لها ففي الرجل وجهان أصحهما المنع والخنثى كالرجل، وفيه احتمال لأبي الفتوح.

قال: (**وَلَوْ عَيَّنَ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ فِي نَذْرِهِ الِاعْتِكَافَ تَعَيَّنَ**) هذا هو المذهب المعروف المقطوع به عند العراقيين وغيرهم؛ لزيادة فضله وتعلق النسك به وقيل: في تعيينه قولان فهو شاذ، ثم المفهوم من كلام الأئمة الاكتفاء بالاعتكاف في المسجد حول الكعبة.

وقال العمراني: الذي تبين لأنه لا يسقط نذره إلا بالاعتكاف في نفس الكعبة أو في الحجر دون مسجد مكة، انتهى.

والظاهر الأول، وكان ينبغي أن يقول أو ما في الحجر من البيت؛ إذ بعضه ليس منه قطعًا وكأنه رأى أن المسجد الحرام حقيقة الكعبة، فينصرف الإطلاق، وإن أطلق على المسجد حولها أو الحرم وبيوت مكة، نعم؛ لو نوى ذلك، فالظاهر تعينها، ولينظر فيما لو كان يفهم النادر من الإطلاق إرادتها فقط.

قال: (**وَكَذَا مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى فِي الْأَظْهَرِ**) لأنهما تشد الرجال إليهما كالمسجد الحرام.

والثاني: لا؛ لأنهما يتعلق بهما نسك بخلافه فأشبها بقية المساجد، ونسب في «الذخائر» أجر القولين في المسجد الحرام إلى الخراسانيين.

قال: وحاصل الطريقين ثلاثة أقوال ثالثها تعين المسجد الحرام فقط.

فروع: عن البغوي أنه ألحق بمسجد المدينة مساجد النبي ﷺ ولم أره في كتبه وما ألحق مسجد قباء لإلحاق لما جاء في فضله، والمذهب المشهور أنه لا يتعين غير المساجد الثلاثة ولكن المعين أولى ولو شرع فيه لم يجز لها الانتقال إلى غيره، فلو انتقل في خروجه لقضاء الحاجة ونحوها إلى غيره،

وَيَقُومُ الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ مَقَامَهُمَا، وَلَا عَكْسَ، وَيَقُومُ مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ مَقَامَ الْأَقْصَى، وَلَا عَكْسَ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الِاعْتِكَافِ لُبْثُ قَدْرٍ يُسَمَّى عُكُوفًا، وَقِيلَ يَكْفِي مُرُورٌ بِلَا لُبْثٍ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مُكْثُ نَحْوِ يَوْمٍ.

وعلى مسافته جاز في الأصح، فإن زادت مسافة الثاني بطل اعتكافه، ولو عين زمن الاعتكاف أو الصوم تعين وقيل: لا، وقيل في «الروضة» وأصلها على الصلاة واستدرك؛ لأن الصحيح بعين غير وقت النهي كما سيأتي إن شاء الله.

وقول المصنف الاعتكاف قد يوهم أن الصلاة لا تتعين في المساجد الثلاثة بالنذر وليس كذلك بل الصلاة أولى بالتعيين، وقد نص عليها الشافعي.

قال أصحابنا: والاعتكاف كذلك.

قال: (**وَيَقُومُ الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ مَقَامَهُمَا**) أي: لأنه أفضل منهما.

(**وَلَا عَكْسَ**) ولا عكس لأنهما دونه في الفضل.

قال: (**وَيَقُومُ مَسْجِدُ الْمَدِينَةِ مَقَامَ الْأَقْصَى**) أي: لأنه أفضل منه كما دل عليه الحديث الصحيح في فضل الصلاة فيه.

(**وَلَا عَكْسَ**) لما سبق.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الِاعْتِكَافِ لُبْثُ قَدْرٍ يُسَمَّى عُكُوفًا**) أي: من غير تقدير بزمنٍ اعتبارًا بإطلاق اللفظ، ويخرج عن النذر المطلق بهذا القدر وسواء قعد أم لا بد من لبث زائد على الطمأنينة في الصلاة، ولا يعتبر السكون، بل لو تردد في نواحي المسجد كفى.

(**وَقِيلَ: يَكْفِي مُرُورٌ بِلَا لُبْثٍ**) كالمرور بعرفة.

وقيل: (**وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مُكْثُ نَحْوِ يَوْمٍ**) كالمرور بعرفة نحو يوم؛ لأن ما دون ذلك معتاد في الحاجة التي في المسجد.

وحكى المصنف وجهًا رابعًا أنه يشترط أكثر من نصف النهار أو نصف الليل والظاهر أنه ما قبله لا غيره كما اقتضاه كلام الإمام، وحكى القاضي

وَيَبْطُلُ بِالْجِمَاعِ، وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ أَنَّ الْمُبَاشَرَةَ بِشَهْوَةٍ كَلَمْسٍ، وَقُبْلَةٍ تُبْطِلُهُ إِنْ أَنْزَلَ، وَإِلَّا فَلَا.

الحسين وجهًا أنه لا بد من يوم، ونقل الفوراني وجهًا أن من اعتداد دخول المسجد للجماعة ونحوها، فنوى الاعتكاف لم يصح، وغلطه الإمام.

ورأيت في «ودائع ابن سريج» ما لفظه: وكل من أوجب على نفسه اعتكافًا فعليه الوفاء به ولا يكون الاعتكاف أقل من يوم وليلة، انتهى.

فيجوز أن يكون المراد أن لا يخرج عن النذر إلا بذلك، والأقرب أنه لم يرد ذلك، ولعل الناقل أسقط الألف ويكون صوابه أول ليلة، فيكون هو الوجه الذي نقله القاضي.

قال: (**وَيَبْطُلُ بِالْجِمَاعِ**) أي: من العامد العالم بتحريمه لمنافاته كما أشار إليه التنزيل، زاد ابن الرفعة في الفرج مختارًا في المسجد أو زمن خروجه لقضاء الحاجة، والظاهر أنه أراد بالفرج القبل والدبر وقيل: لا يبطل بالوطء خارجه إذا لم يمكث؛ لأنه غير معتد في هذه الحالة والصحيح خلافه وأنه مختلف حال خروجه للحاجة ونحوها.

قال: (**وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ أَنَّ الْمُبَاشَرَةَ بِشَهْوَةٍ كَلَمْسٍ وَقُبْلَةٍ تُبْطِلُهُ إِنْ أَنْزَلَ، وَإِلَّا فَلَا**) أي: كالصوم.

قال في «الروضة»: إذا لمس أو قبَّل بشهوة أو مباشرة فيما دون الفَرج متعمدًا، فعلى نصوص وطرقٍ مختلفة مختصرها ثلاثة أقوال أو أوجه أصحّها عند الجمهور إن أنزل بطل وإلا فلا والثاني يبطل، والثالث لا يبطل مطلقًا، انتهى.

وهذا نصه في «الأم» ولفظه: وهو لا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد ولا يفسده قبلة ولا مباشرة، ولا نظر إن أنزل أو لم ينزل، وكذلك المرأة كان هذا في المسجد أو في غيره، انتهى.

والقول الثاني نص عليه في «الإملاء» وأما الأول المرجح فهو قول أبي إسحاق قال في «المهذب» بعد نقله نص «الأم» ونص «الإملاء» وتصحيحه.

وقال أبو إسحاق: لو قال قائل إن أنزل بطل، وإلا فلا، كالقُبلة في

وَلَوْ جَامَعَ نَاسِيًا فَكَجِمَاعِ الصَّائِمِ، وَلَا يَضُرُّ التَّطَيُّبُ وَالتَّزَيُّنُ.

وَالْفِطْرُ، بَلْ يَصِحُّ اعْتِكَافُ اللَّيْلِ وَحْدَهُ.

الصوم، لكان مذهبًا، وهذا قول لم يذهب إليه أحد من أصحابنا.

وقال الماوردي: امتنع الجمهور من هذا الترجيح، انتهى.

وأرسل أكثر العراقيين القولين المنصوصين بلا ترجيح، وجزم المحاملي في «المقنع» بنص «الأم» والأشبه أنه المراد بقوله في «المختصر»: أنه لا يفسده إلا ما يوجب الحد لا ما فهمه الإمام وغيره.

إشارة: خذ من كلامه أنه لو استمنى بيده؛ فأنزل بطل اعتكافه، وهو المذهب.

فرع: دُبر الخنثى لغيره، ولو أولج رجل في قبله أو هو في امرأة ورجل أو خنثى، ففي بطلان اعتكافه قولان كالمباشرة بغير جماع.

قال: (**وَلَوْ جَامَعَ نَاسِيًا فَكَجِمَاعِ الصَّائِمِ**) أي: فلا يفسد على المذهب لعموم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، وهو الصحيح وقيل: يفسد به قطعًا بخلاف الصوم والجاهل بالتحريم كما سبق في نظيره من الصوم.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ التَّطَيُّبُ**) أي: بل له فعله كما له أن يرجل رأسه ويتزوج ويزوج بخلاف المحرم.

(**وَالتَّزَيُّنُ**) أي: أحسن الثياب؛ إذ لم يؤثر خلافه، ولا كراهة في شيء من ذلك عندنا.

قال: (**وَالْفِطْرُ، بَلْ يَصِحُّ اعْتِكَافُ اللَّيْلِ وَحْدَهُ**) لأن عمر ﷺ قال: يا رسول الله: إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام قال: «**فأوفِ بنذرك**» متفق عليه، زاد البخاري: «**فاعتكف ليلة**»⁽¹⁾.

فإن قلت: ففي صحيح مسلم: «يومًا» قال ابن حبان في صحيحه: ألفاظ الحديث مصرحة بقوله: ليلة إلا هذه الرواية، فإن صحت فيشبه أن يكون أراد

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٢ و٢٠٤٢ و٢٠٤٣ و٣١٤٤ و٤٣٢٠ و٦٦٩٧) ومسلم (٤٣٨٢) وابن حبان (٢٢٥).

وَلَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ يَوْمٍ هُوَ فِيهِ صَائِمٌ لَزِمَهُ.

وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَعْتَكِفَ صَائِمًا أَو يَصُومَ مُعْتَكِفًا لَزِمَاهُ، وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ جَمْعِهِمَا.

باليوم مع الليلة وما الليلة مع اليوم حتى لا يتضادان، ولا يصح ما جاء في رواية أبي داود: أنه قال لعمر ﷺ «اعتكف وصم»(١).

فرع: قال الروياني في «التجربة»: ينبغي للمعتكف أن يكون عليه السكينة والوقار، ويشتغل بالطاعات من الصلاة والصيام وقراءة القرآن والدعاء والنظر في العلم، فإنه أفضل من صلاة التطوع نص عليه وكذلك يكتب العلم فإنه بمنزلة المذاكرة، انتهى.

وعن القديم أن اشتغاله بالحرفة يبطل اعتكافه وقيل: يبطل المنذور والمذهب الكراهة فقط. قال: (**وَلَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ يَوْمٍ هُوَ فِيهِ صَائِمٌ لَزِمَهُ**) أي: الاعتكاف صائمًا؛ لأنه به أفضل، فإذا التزمه بالنذر لزمه كالتتابع وليس له إفراد أحدهما عن الآخر قطعًا، ولو اعتكف في رمضان وغيره من الصيام أجزأه؛ لأنه لم يلتزم بهذا النذر صومًا، وإنما نذر الاعتكاف بصفة، وقد وجدت.

تنبيه: لو عين وقتًا لا يصح صومه كالعيدين والتشريق.

قال الدارمي: اعتكفه ولم يقض الصوم.

قال: (**وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَعْتَكِفَ صَائِمًا أَو يَصُومَ مُعْتَكِفًا لَزِمَاهُ**) أي: عملاً بالتزامه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص في «الأم».

(**وُجُوبُ جَمْعِهِمَا**) لما تقدم في التي قبلها والثاني: لا يلزم؛ لأنهما عبادتان مختلفتان فصار كما لو نذر أن يصلي صائمًا، والثالث: يجب الجمع في الأولى دون الثانية؛ لأن الاعتكاف لا يصلح وصفًا للصوم بخلاف عكسه فإنه من مندوباته، ولو نذر أن يعتكف مصليًا أو عكسه لزماه جزمًا لا الجمع وقيل: فيه الخلاف.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٧٦).

وَيُشْتَرَطُ نِيَّةُ الِاعْتِكَافِ، وَيَنْوِي فِي الْمَنْذُورِ الْفَرْضِيَّةَ.

وَإِذَا أَطْلَقَ كَفَتْهُ، وَإِنْ طَالَ مُكْثُهُ لَكِنْ لَو خَرَجَ وَعَادَ احْتَاجَ إِلَى الِاسْتِئْنَافِ].

قال: (**وَيُشْتَرَطُ نِيَّةُ الِاعْتِكَافِ**) أي: لا بد من النية كسائر العبادات، كذا قالاه في الشرحين والمحرر والروضة، وهو أحسن من قوله يشترط؛ لأن النية ركن.

قال في «الذخائر» وله ركنان النية واللبث.

قال: (**وَيَنْوِي فِي الْمَنْذُورِ الْفَرْضِيَّةَ**) ليمتاز عن التطوع ويشبه كأن يقال: يعني عن التعرض للفرضية التعرض؛ لكونه عن النذر لأن الوفاء واجب، فكأنه نوى الاعتكاف الواجب عليه.

ثم رأيت صاحب «الذخائر» قال: إنه لا بد من قصد الفرضية، فإن قال: عن نذري أجزاه عن ذكر الفرض؛ لأنه لا يصير فرضًا إلا بالنذر قال: وكيفية النية أن يقول بقلبه: أعتكف، وهل يشترط أن يقول: لله على ما ذكرناه، انتهى.

ولو كان عليه اعتكاف منذور فائت ومنذور غير فائت، فيشبه أن يجيء في التعرض للأداء والقضاء خلاف.

فرع: لا يجب تعيين سبب وجوبه في النية كالكفارات، فإن عين وأخطأ، فعلى الخلاف المذكور في نظائره.

قال: (**وَإِذَا أَطْلَقَ كَفَتْهُ**) ولم يعين مدة كفته نيته .(**وَإِنْ طَالَ مُكْثُهُ**) وإن طال مكثه إلى شمول النية لذلك.

قال: (**لَكِنْ لَوْ خَرَجَ وَعَادَ احْتَاجَ إِلَى الِاسْتِئْنَافِ**) أي: سواء خرج لقضاء الحاجة أم لغيره؛ لأن ما مضى عبادة تامة.

والثاني: اعتكاف جديد فقال المتولي: إنه لو عزم عند خروجه أن يقضي حاجته ويعود كانت هذه العزيمة قائمة مقام النية.

قال الرافعي: وفيه نظر فإن اقتران النية بأول العبادة شرط فكيف يكتفي

وَلَوْ نَوَى مُدَّةً فَخَرَجَ فِيهَا وَعَادَ، فَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ لَزِمَهُ الِاسْتِئْنَافُ أَوْ لَهَا فَلَا. وَقِيلَ إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ خُرُوجِهِ اسْتَأْنَفَ. وَقِيلَ لَا يَسْتَأْنِفُ مُطْلَقًا.

بعزيمة سابقة وتبعه في «الروضة».

وقال في «شرح المهذب»: إن ما ذكره المتولي وغيره هو الصواب؛ لأنه لما أحدث النية عند إرادته الخروج صار كمن نوى المدتين بنية واحدة كما لو نوى التنفل بركعتين ثم نوى جعلها أربعًا أو أكثر، فإنه يصح بلا خلاف، ويصير كمن نوى ذلك في صومه.

قلت: وهذا صحيح، فإنه لو أطلق النية ثم نوى اعتكاف شهر مثلاً صح كما لو نواه أول دخوله وقيل في جواب الرافعي للمتولي أن يقول أن بنية الأولى شاملة لإطلاقها بدليل ما إذا لم يخرج وخروجه بهذه العزيمة قاطع لزمن الخروج فقط فيبقى عوده على النية الأولى، انتهى. وفيه نظر! والمتولي إنما قال ذلك للعزيمة الحادثة لا للنية الأولى.

قال: (**وَلَوْ نَوَى مُدَّةً فَخَرَجَ فِيهَا وَعَادَ، فَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ لَزِمَهُ الِاسْتِئْنَافُ**) أي: لصحة الاعتكاف إن أراده بعد العود لقطعه الأول بالخروج لغير قضاء الحاجة ونحوه، وأما العود فلا يلزمه بل له قطع التطوع متى شاء ولا قضاء عليه.

قال: (**أَوْ لَهَا فَلَا**) لأنه منه فهو كالمستثني عند النية سواء طال زمنه أم لا.

(**وَقِيلَ إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ خُرُوجِهِ اسْتَأْنَفَ**) لتعذر البناء وإن قصرت فلا.

(**وَقِيلَ لَا يَسْتَأْنِفُ مُطْلَقًا**) لأن النية جميع المدة المعينة.

قال الرافعي: وزاد صاحب «التهذيب» في التفصيل فقال: إن خرج لأمر يقطع التتابع في الاعتكاف المتتابع لا بد من تجديد النية، وإن خرج لأمر لا يقطعه نظر! إن لم يكن منه بد كقضاء الحاجة والاغتسال عند الاحتلام، فلا حاجة إلى التجديد، وإن كان منه بد وطال الزمان ففي التجديد وجهان، انتهى.

وعلى هذا التفصيل جرى صاحب «الكافي» وزاد فقال: وإن طال فهل يجوز البناء على الأول، فعلى قول تفريق الوضوء، فإن قلنا: يجوز ففي تجديد

وَلَوْ نَذَرَ مُدَّةً مُتَتَابِعَةً فَخَرَجَ لِعُذْرٍ لَا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ لَمْ يَجِبْ اسْتِئْنَافُ النِّيَّةِ. وَقِيلَ إِنْ خَرَجَ لِغَيْرِ حَاجَةٍ، وَغُسْلِ الْجَنَابَةِ وَجَبَ.

النية وجهان ومادتهما من كلام القاضي الحسين والخلاف المذكور في التطوع جاز أيضًا فيما إذا نذر مدة ولم يشترط فيها التتابع، فإن شرطه فسنذكره.

قال: (**وَلَوْ نَذَرَ مُدَّةً مُتَتَابِعَةً فَخَرَجَ لِعُذْرٍ لَا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ**) أي: كما سنذكره.

(**لَمْ يَجِبْ اسْتِئْنَافُ النِّيَّةِ**) أي: عند عوده لشمول نيته لجميع المدة، ويجب العود عند الفراغ من العذر، فإن أخر عالمًا ذاكرًا مختارًا انقطع التتابع وتعذر البناء.

(**وَقِيلَ إِنْ خَرَجَ لِغَيْرِ حَاجَةٍ**) أي: من الأعذار الآتي ذكرها، والحاجة هي البول والغائط.

(**وَغُسْلِ الْجَنَابَةِ وَجَبَ**) أي: استأنف النية؛ لأنه خرج عن العبادة بما عرض من الأعذار بخلاف الخروج للحاجة ونحوها مما لا بد منه وقيل في وجوب التجديد: إذا طال زمن قضاء الحاجة وجهان، وطرد الشيخ أبو علي فيما إذا خرج لغرض استثنائه ثم عاد ولو عين مدة ولم يتعرض للتتابع ثم جامع أو خرج بلا عذر ففسد اعتكافه ثم عاد ليتم فقد أجرى الخلاف في وجوب التجديد.

قال الإمام: لكن المذهب هنا وجوبه؛ لأن هذه عبادة مستقلة منفصلة عما مضى.

إشارة: احترز بقوله: لا يقطع التتابع عما يقطعه ولا بد من استئناف النية أيضًا قطعًا .

فرع: صححا وغيرهما أنه لو نوى الخروج من الصوم أو الاعتكاف لم يضر، والأصح المختار، وظاهر النص البطلان.

قال الرافعي وأفتى بعض المتأخرين ببطلان الاعتكاف؛ لأن مصلحته تعظيم الله تعالى كالصلاة وهي تختل بنقض النية ومصلحة الصوم قهرًا لنفس وهي لا تفوت بنية الخروج، انتهى.

ولو نوى الصوم ليلاً، ثم رفض النية قبل العجز احتاج إلى تجديدها

وَشَرْطُ الْمُعْتَكِفِ: الْإِسْلَامُ، وَالْعَقْلُ، وَالنَّقَاءُ عَنِ الْحَيْضِ وَالْجَنَابَةِ.

جزمًا، وإنما الخلاف بعد الدخول فيه فصل.

قال: (**وَشَرْطُ الْمُعْتَكِفِ: الْإِسْلَامُ**) أي: كالصلاة والصوم.

(**وَالْعَقْلُ**) أي: فلا يصح من المجنون وَالْمُبَرْسَمِ ومن لا يميز كالصبي، وكذا الأصح من المغمى عليه، ولا من السكران ونحوهما؛ إذ لا نية لهم.

قال: (**وَالنَّقَاءُ عَنِ الْحَيْضِ وَالْجَنَابَةِ**) أي: فلا يصح اعتكاف الحائض، وكذا النفساء والجنب ابتداء قالا لأن مكثهم في المسجد معصية، وقضية هذا التوجيه أن كل من كان مكثه فيه معصية لا يصح اعتكافه لذي جروح وقروح واستحاضة ونحوها إذا لم يمكن حفظ المسجد منها وهذا موضع نظر وفي أنه لو شرع الجنب في الاعتكاف صح شروعه وعليه الاغتسال.

قال: والذي وأشبه الوجهين انقطاع تتابعه بالخروج للاغتسال.

قال: ويحتمل وجهًا آخر أنه لا يصح شروعه فيه؛ لأن لبثه في المسجد معصية وطريق الاعتكاف القربة فهما متضادان قال: وهذا أصح عندي فافهم أن المنقول الأول، وأن ما صححه احتمال له أو لولده ويظهر أنه إن كانت النية إنما تعتبر بعد اللبث، فالأصح ما قاله، وهو قضية ما في «النهاية» حكمًا وتوجيهًا وإن كانت تصح أثر دخوله على قصد اللبث؛ فالوجه صحة الشروع كما نقله لعدم مضادة الجنابة المرور، وسبق أنه لا يعتبر اللبث بل التردد في أرجاء المسجد كاللبث.

ورأيت في «فتاوى القفال»: إنه إذا اعتكف الجنب صح اعتكافه؛ لأن عصيانه لم يكن مما يخرجه عن أهلية المسجد كصد الإسلام فصار كالناشز، وقد صح اعتكافها فليكن هذا مثلها. وقال في موضع آخر منها: إذا اعتكف جنبًا يحتمل أن يقال يحتسب له كالصلاة في أرض مغصوبة، ولو أجنب في المسجد لم يبطل اعتكافه، والظاهر أنه لا يجوز، فلا يتضح الفرق بينه وبين الصلاة في الأرض المعصوبة، انتهى.

والظاهر أن هذا الثاني كله للمعلق عن القفال، والظاهر أن الحائض

وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُعْتَكِفُ أَو سَكِرَ بَطَلَ. وَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُ مَا مَضَى مِن اعْتِكَافِهِمَا الْمُتَتَابِعِ.

والنفساء إذا انقطع دمها كالجنب فيما ذكرناه من الخلاف.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُعْتَكِفُ أَو سَكِرَ بَطَلَ**) أي: اعتكافه في زمن الردة والردة لعدم أهليته، والحالة هذه، والظاهر أنه لا فرق بين كون المرتد ناسيًا للاعتكاف أو ذاكرًا وسبق أن عبارته في «شرح المهذب» تقتضي أنه لو ارتد بقلبه ناسيًا للصوم، ثم أسلم في يومه أنه لا يفطر واستغرقته، فإن كان لأصل فقد يجيء مثله غنم إلا نوى مدة معينة ثم أسلم فيها.

ولنا وجه: أنه لا يبطل زمن السكر، وأشار الإمام ومن تبعه إلى جريانه في زمن الردة أيضًا.

إشارة: إطلاقه يفهم أنه لا فرق بين أن يبقى للسكر أن يميز أم لا وفيه احتمال، ولا بين القاضي بسكره، وغيره والظاهر أن المراد العاصي به، أما المعذور فيشبه أنه كالمغمى عليه وسيأتي.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُ مَا مَضَى مِن اعْتِكَافِهِمَا الْمُتَتَابِعِ**) أي: فلا بد من استئنافه لأن ذلك أشد من مفارقة المسجد، والمراد بالبطلان تعذر البناء لأحبطوه إذا أسلم، ولا من السكران.

واعلم أنه نص في «الأم» على أنه لو ارتد في أثناء اعتكافه أنه لا يبطل، فإذا أسلم بني ونص فيها على أنّه إذا سكر ثم أفاق أنه يستأنفه وفيهما طرق أصحّها ما في الكتاب ونص الأول محمول على غير المتتابع، فإذا أسلم بني؛ لأن الردة لا تحبط ما سبقها عندنا إلا إذا مات مرتدًا، ونصه في السكران على الاعتكاف المتتابع، وقيل: أن الشافعي أمر الربيع أَنْ يَخُطَّ عَلَى الأول؛ لأن مذهبه أن الردة تبطل الاعتكاف؛ لأنها أسوأ حالاً من السكر، كذا نقل الماوردي.

وفي «البيان» وقيل: أن مسألة المرتد قرئت على الربيع فقال: اضربوا عليها؛ لأن الشافعي قال في السكران: يبطل اعتكافه، والمرتد أسوأ حالاً منه.

قال في «التجربة»: وغلط الربيع في ذلك؛ لأن المرتد من أهل المقام في

وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ أَو إِغْمَاءٌ لَمْ يَبْطُلْ مَا مَضَى إِنْ لَمْ يُخْرَجْ وَيُحْسَبُ زَمَنُ الْإِغْمَاءِ مِن الِاعْتِكَافِ، ....

المسجد بخلاف السكران وقيل: بتقدير النصين، والفرق أن السكران يمنع من المسجد مطلقًا بخلاف المرتد وهذا ما اختاره أصحاب الشيخ أبي حامد وجعلوه المذهب ونسبه في «الشامل» وغيره إلى الأكثرين وقيل: فيهما قولان نقلاً وتخريجًا، وقيل: لا يبطل فيهما وقيل: يبطل السكر لامتداد وقته، وكذلك الردة إن طال زمنها، وإن قصر بنى، وقيل: يبطل بالردة دون السكر؛ لأنه كالنوم، ذكره الإمام والغزالي واستغرب.

قال: (**وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ أَو إِغْمَاءٌ لَمْ يَبْطُلْ مَا مَضَى إِنْ لَمْ يُخْرَجْ**) لأنه معذور بما عرض له، وأعلم أن قضية كلامه بطلان ما مضى بالخروج.

وقال في «شرح المهذب»: إذا لم يخرج المغمى عليه فاعتكافه باقٍ لا يبطل. قال المتولي: والمذهب أن زمن الإغماء محسوبٌ من الاعتكاف.

قال المصنف: فلو أخرجه أهله لم ينقطع تتابعه على المذهب، وبه قطع الجمهور.

وقال المتولي وآخرون: هو كالمرض إن خيف منه التلويث لم يبطل تابعه وإلا فأصح القولين أنه لا يبطل، فأما إذا جن فلم يخرجه وليه حتى أفاق لم يبطل اعتكافه.

قال المتولي: لكن لا يحسب زمن الجنون من اعتكافه، وإن أخرجه الولي، فإن لم يمكن حفظه في المسجد لم يبطل تتابعه بلا خلاف، وإن أمكن قال المتولي فكالمريض، والمذهب أنه لا ينقطع تتابعه، وهو الصواب، انتهى.

وقال في «الأم» والأصحاب، وإن بقي سنين لكن لو جن بسبب لا يعذر فيه فهو كالسكران، قاله البندنيجي، وهو ظاهر، وإن أطلق غيره المسألة، وكذا لو تولد الإغماء من فعل أثم به، فينبغي أن يكون حكمه كذلك.

قال: (**وَيُحْسَبُ زَمَنُ الْإِغْمَاءِ مِن الِاعْتِكَافِ**) كالصائم يغمى عليه وقيل: كالنائم وقيل لا كالجنون.

دُونَ الْجُنُونِ، أَوْ الْحَيْضُ، وَكَذَا الْجَنَابَةُ إن تَعَذَّرَ الْغُسْلُ فِي الْمَسْجِدِ، فَلَوْ أَمْكَنَ جَازَ الْخُرُوجُ وَلَا يَلْزَمُ ....

قال: (دُونَ الْجُنُونِ) لغلط حكمه.

قال المتولي: لأن العبادات البدنية لا تصح منه، وقد قدمنا شرح المسألة.

قال: (أَوْ الْحَيْضُ) أي: والنفاس، وفي حكمهما كل ما لا يمكن معه المكث في المسجد من النجاسات كما أشرنا.

(وَجَبَ الْخُرُوجُ) لتحريم المكث عليهم وصيانة للمسجد.

قال: (وَكَذَا الْجَنَابَةُ) أي: والتصوير في غير المبطلة للاعتكاف كاحتلام ونحوه، فإن ذلك يوجب الخروج مطلقًا إلا لضرورة ولا يجيء فيه ما ذكره من التفصيل.

قال: (إن تَعَذَّرَ الْغُسْلُ فِي الْمَسْجِدِ) للضرورة إليه فلو عدم الماء مطلقًا وكان بحيث يباح له التيمم مع وجود الماء، فهل يجب الخروج للتيمم مع إمكانه في المسجد بغير ترابه أو لا؛ لأنه يتضمن لبثًا إلى إكمال التيمم فيه نظر! وقد يتيمم مارًا، وفي تيممه بترابه وجهان سبقا.

قال: (فَلَوْ أَمْكَنَ جَازَ الْخُرُوجُ) لأنه أقرب للمروءة، وأصون للمسجد، ولا يكلف الغسل فيه.

قال: (وَلَا يَلْزَمُ) أي: الخروج للغسل بل له فعله في المسجد، هذا مقتضى كلام الشرحين في «الروضة» وأصلها هنا وفي الكتاب، وفيه نظر! إذا ضر، وكذا إن لم يضر، وقد قال الشافعي في «الأم»: ولا بأس بغسل اليدين في المسجد في الطست على أن صاحب «الذخائر» قال: قال أصحابنا: الصحيح أنه لا يجوز الاغتسال في المسجد وقاية له أن يتجدد موطنًا للجنابة، ولأنه يتضمن المكث فيه. وقال إمام الحرمين: إذا أجنب في المسجد وبالقرب منه ما يتيسر الانغماس فيه على قرب من الزمان أقل من زمن الخروج؛ فالذي ذهب إليه المحققون أنه يتعين عليه الخروج طال الزمان أو قصر.

....

قال: وأبعد بعض الأصحاب فقال يجوز الاغتسال في الصورة المذكورة وهذا ساقط من وجهين ذكرتهما في «الغنية» وقلت: إن فرض مكث، وإن قلَّ، فيظهر ما قاله الإمام، وإن لم يكن مكث بأن كان في المسجد نهر بحوضه الجنب وهو خارج، فترتفع جنابته في مروره فنتجه في هذه الصورة ما اقتضاه كلام الشيخين، وإن كان المعنى الأول في كلام الإمام وهو حط الجنابة في المسجد موجودًا، والظاهر أن موضع التردد إذا لم يكن الجنب مستجمرًا بالحجر ونحوه، أما لو كان فالوجه الجزم بوجوب الخروج، ولا يجوز إزالة النجاسة في المسجد، وكذا يجب أن يكون محلهما إذا لم يحصل بالغسالة ضرر للمسجد أو المصلين.

وقال المتولي والروياني: إن كان الماء في المسجد يأخذه ويغتسل خارجه، فإن اغتسل فيه فكما لو أقام لحظة.

وبالجملة: فالصحيح كما قاله في «البسيط» وغيره، وابن الرفعة أنه يتعين الخروج.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: لأن الاغتسال في المسجد لا يمكن.

تنبيه: إن أبطلت الجنابة الاعتكاف كما أشرنا إليه فواضح وإلا فعليه المبادرة بالغسل كيلا يبطل اعتكافه، فإن لم يفعل ومكث، فإن طال مكثه بطل، وإن لم يطل.

قال المتولي والروياني: المذهب أنه لا يبطل؛ لأنه نص في الردة أنها لا تبطل.

قلت: لكن الأصح بطلانه بالردة، وهذا إذا أقام مع قدرته على الخروج، وإن لم يقدر لإغلاق الباب مثلاً.

قال الروياني: فإن كان هناك ما اغتسل وإلا يتيمم وأقام ولا يبطل اعتكافه، انتهى. وقد أشرت إلى ما فيه.

وَلَا يُحْسَبُ زَمَنُ الْحَيْضِ وَلَا الْجَنَابَةِ إِذَا نَذَرَ مُدَّةً مُتَتَابِعَةً لَزِمَهُ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّتَابُعُ بِلَا شَرْطٍ، وَأَنَّهُ لَو نَذَرَ يَوْمًا لَمْ يَجُزْ تَفْرِيقُ سَاعَاتِهِ، ....

قال: (**وَلَا يُحْسَبُ زَمَنُ الْحَيْضِ وَلَا الْجَنَابَةِ**) أي: من الاعتكاف لمنافاتهما له، وفي الجنابة وجه، والنفاس كالحيض، وهل يبطل بالحيض ما تقدم أم يبني، سيأتي بيانه.

قال المصنف:

[فَصْلٌ]

(**إِذَا نَذَرَ مُدَّةً مُتَتَابِعَةً لَزِمَهُ**) كما لو التزمه في الصوم.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ التَّتَابُعُ بِلَا شَرْطٍ**) أي: كنظيره من الصوم، وجعله في «الروضة» و«شرح المهذب» المذهب الذي قطع به الجمهور، وجزم ابن سريج قولاً أنه يجب كما لو حلف لا يكلمه شهرًا.

وأجيب أن مَقْصُودَ الْيَمِينِ الْهِجْرَانُ، وَلَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ التَّتَابُعِ.

قال الشيخان تفريعًا على المذهب: فلو نوى المتتابع بقلبه لم يلزمه على الأصح، كذا صححه البغوي وغيره كأصل النذر لا يلتزم بالنية، وقطع الإمام والغزالي باللزوم.

قال الإمام: وهو مضمون الطرق، فإن مطلق اللفظ يحتمله، وهو كثير بل النية مع الكناية منزلة الصريح، وهذا ما صححه الروياني، ولم يورد صاحب «الذخائر» سواه، وهو الأصح المختار، وعلى هذا لو نذر اعتكافًا ونوى بقلبه عشرة أيام، فهل يكفيه ما يقع عليه الاسم أم يلزمه ما نوى! فيه الخلاف، ولو شرط التفريق ولم يعين وقتًا أجزأ التتابع على الأصح.

وقال في «شرح المهذب»: على المذهب، وقيل: على الصحيح.

قال: (**وَأَنَّهُ لَو نَذَرَ يَوْمًا لَمْ يَجُزْ تَفْرِيقُ سَاعَاتِهِ**) أي: بل يلزمه الدخول قبل الفجر واللبث إلى بعد الغروب؛ لأن المفهوم منه اليوم المتصل، وعن الخليل أن اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس.

والثاني: يجوز كإمام السهو المطلق.

وَأَنَّهُ لَوْ عَيَّنَ مُدَّةً كَأُسْبُوعٍ، وَتَعَرَّضَ لِلتَّتَابُعِ وَفَاتَتْهُ لَزِمَهُ التَّتَابُعُ فِي الْقَضَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْقَضَاءِ وَإِذَا ذَكَرَ التَّتَابُعَ وَشَرَطَ الْخُرُوجَ لِعَارِضٍ صَحَّ الشَّرْطُ فِي الْأَظْهَرِ.

والثالث: إن نواه متتابعًا لم يجزئه، وإن أطلق أجزأه، والخلاف فيما إذا لم يعين يومًا، ولو دخل نهارًا، وخرج ليلاً ثم عاد قبل الفجر، ومكث إلى مثل ذلك الوقت، فعلى الخلاف، فلو لم يخرج ليلاً. قال الأكثرون يجزئه على الوجهين.

وقال أبو إسحاق تفريعًا على الأصح لا يجزئه، قالا في «الروضة» وأصلها: وهو الوجه.

وقال في «شرح المهذب» طريقين أحدهما، وبه قطع الأكثرون الإجزاء.

والثاني: على الوجهين، ولم يزد على ذلك.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ عَيَّنَ مُدَّةً كَأُسْبُوعٍ**) أي: لهذا الأسبوع.

(**وَتَعَرَّضَ لِلتَّتَابُعِ**) وتعرض للتتابع أي: باللفظ دون النية على ما رجحاه بأن قال: هذا الأسبوع متتابعًا أو هذا الشهر أو العام متتابعًا.

(**وَفَاتَتْهُ**) أي: المدة المعينة.

(**لَزِمَهُ التَّتَابُعُ فِي الْقَضَاءِ**) تصريحه به.

والثاني: لا؛ لأن التتابع يقع ضرورة، فلا أثر لتصريحه به.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْقَضَاءِ**) إذا لم يتعرض للتتابع لفظًا، ولا نية على المختار، فإن قال: أسبوعًا من الآن مثلاً أو هذا العشر أو الشهر، ثم أفسد آخره بخروج أو غيره لم يجب الاستئناف، ولو فاته الجميع لم يلزمه التتابع في القضاء؛ لأنه كان من حق الوقت وضروراته، ولم يقع مقصودًا فأشبه التتابع في صوم رمضان.

فرع: نذر يومًا فاعتكف بدله ليلة، فإن لم يكن عين زمنًا لم يجزئه، وإن عينه وفات أجزأه، ذكره المتولي. قال: (**وَإِذَا ذَكَرَ**) أي: في نذره.

(**التَّتَابُعَ وَشَرَطَ الْخُرُوجَ لِعَارِضٍ صَحَّ الشَّرْطُ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن الاعتكاف إنما لزمه بالتزامه، فيجب بحسب الالتزام ووجه المنع أن الشرط مخالف

……………………

لمقتضاه، فبطل كشرط الخروج للجماع.

تنبيهات: جعل الخلاف في «الروضة» طريقين، وإن الجمهور قطعوا بالصحة.

وقال في «شرح المهذب»: إنه الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق إلا صاحب «التقريب» والحناطي فحكيا قولاً شاذًا وهو غريب، انتهى.

وكان من حقه أن يقول على المذهب، وكان ينبغي أن يقول لعارض مباح مقصود لا ينافي الاعتكاف، فإن المذهب أنه لو شرط الخروج لجماع أو قيل محرم أو شرب خمر وسرقة ونحوها لم يصح نذره، ولو قال: إن اخترت جامعت أو إن اتفق لي وطء، فعلت، نقل الروياني عن الأصحاب أنه لا ينعقد نذره، قالوا: وليست النضارة والنزهة من الشغل، فلا يجوز الخروج لهما أي: إذا شرطه لشغل يعرض له.

قال الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية» في أصل المسألة: ولا فرق بين أن يشترط الخروج لفظًا أو نية، فالأمر على ما اشترط لفظًا أو نية وكلام الشيخ أبي علي في «شرح التلخيص»: يقتضي أنّه لا يكفي النية وأنّه لا بد من اللفظ، وهو كالخلاف في نية التتابع إذا عين نوعًا كعيادة المريض أو عيادة زيد خرج لما عينه فقط، وإن كان غيره أهم منه، وإن أطلق فقال: لا أخرج إلا لعذرٍ أو عارض جاز الخروج لكل عارض ديني أو دنيوي بالشرط السابق، فإذا صرح لما يشرطه وفرغ منه لزمه العود في الحال، فإن أخر بلا عذر بطل تتابعه واستأنف.

ولو قال: إن عرض لي عارض قطعت الاعتكاف، فكشرط الخروج له إلا أن في شرطه الخروج يلزمه العود عند الفراغ، وفي شرط القطع لا يلزمه ذلك.

ولو قال: علي أن أعتكف رمضان إلا أن أمرض أو أسافر، فإذا مرض أو سافر، فلا شيء عليه.

ولو نذر التصدق بشيء إلا أن تعرض حاجة أو صلاة إن عرض عارض أو صومًا وشرط الخروج منه إن جاع أو ضعف.

وَالزَّمَانُ الْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ، لَا يَجِبُ تَدَارُكُهُ إِنْ عَيَّنَ الْمُدَّةَ كَهَذَا الشَّهْرِ وَإِلَّا فَيَجِبُ، وإلا فيجب. وَيَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ بِالْخُرُوجِ بِلَا عُذْرٍ، وَلَا يَضُرُّ إِخْرَاجُ بَعْضِ الْأَعْضَاءِ، وَلَا الْخُرُوجُ لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ، ....

وعبارة «الكافي» وغيره: أو ضيف، ولعلها الصواب، فأصح الوجهين، وبه قطع الجمهور أنه يصح الشرط.

والثاني: لا ينعقد النذر.

قال البغوي وغيره: ولا ينعقد النذر، وفي الحج كلام مذكور هناك، والنص ورد فيه، ولو قال في هذه القربات إلا أن يبدو لي، فأصح الوجهين أنه لا يصح الشرط؛ لأنه علقه بمجرد الحيرة، وذلك يناقض الالتزام الالتزام، وللمسألة تتمات وتفريعات في المبسوطات.

قال: (**وَالزَّمَانُ الْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ**) أي: للعارض المشروط.

(**لَا يَجِبُ تَدَارُكُهُ إِنْ عَيَّنَ الْمُدَّةَ كَهَذَا الشَّهْرِ وَإِلَّا فَيَجِبُ**) لم ينذر إلا اعتكاف ما عدا ذلك أو اليوم أو الأسبوع أو العام.

قال: (**وإلا فيجب**) أي: وإن لم تعين مدة كشهر أو عام مطلق فيجب تدارك ما صرفه إلى العارض المشروط ليتم المدة الملتزمة، وتكون فائدة الشرط تنزيل ذلك منزلة قضاء الحاجة فعدم قطعة التتابع .

قال: (**وَيَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ بِالْخُرُوجِ بِلَا عُذْرٍ**) أي: وإن قل منه لمنافاته اللبث، وهذا في العامد المختار لغير عذر، وهل الجاهل كالناشئ فيه نظر! وسنتكلم عليه إن شاء الله.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ إِخْرَاجُ بَعْضِ الْأَعْضَاءِ**) لأنه لا يسمى خارجًا، والصحيح أنه ﷺ يدني رأسه الكريم إلى عائشة ﵂ فترجله، والظاهر أنه لو أخرج إحدى قدميه واعتمد عليه فقط وما فيه في المسجد أنه يضر.

قال: (**وَلَا الْخُرُوجُ لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ**) أي: ونحوها كغسل جنابة وإزالة نجاسة رعاف أو غيره ولفصدٍ وحجامة لا يمكن تأخيرهما وغير ذلك من الحاجات الضرورية كما نبَّه عليه من بعد.

وَلَا يَجِبُ فِعْلُهَا فِي غَيْرِ دَارِهِ، وَلَا يَضُرُّ بُعْدُهَا إِلَّا أَنْ يَفْحُشَ فَيَضُرَّ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَلَا يَجِبُ فِعْلُهَا فِي غَيْرِ دَارِهِ**) أي: من سقاية المسجد ونحوها أو دار صديق قريب مجاورة للمسجد أو قريبة إليه لما فيه من سقوط المروءة والندلة أوالْمِنَّةِ.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ بُعْدُهَا إِلَّا أَنْ يَفْحُشَ فَيَضُرَّ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه قد يأخذه البول في عوده، فيبقى طول يومه في الذهاب والمجيء.

قال المصنف وغيره: اللهم إلا ألا يجد في طريقه موضعًا أو كان لا يليق به غير داره فيجوز قطعًا للضرورة.

والثاني: لا يضر بعدها لما ذكرنا من المشقة أو المنة، وهو ظاهر نص «المختصر»، وأطلق في «الأم» أيضًا أن له الخروج لقضاء حاجته إلى الغائط والبول إلى بيته إن شاء أو غيره، هذا لفظه، ولكن قضية ما سنذكره عن الأئمة تقيد إطلاقه، وأطلق ابن القطان أنه إذا كان للمسجد سقاية أنه لا يجوز له الذهاب إلى منزله.

وقال المتولي: إن قرب منزله خرج إليه، وإن بعد ولم يجد غيره، فكذلك، وإن وجد غيره قريبًا كسقية مسبلة، نظر! إن خرجت عادته بدخولها، وليس له الخروج إلى منزله، وإلا فوجهان، وقال شيخه القاضي الحسين: قال أصحابنا: إن كانت داره بعيدة، ووجد موضعًا أقرب منها، فإن كان ذا مروءة، ففي بطلان اعتكافه وإلا بطل وجهًا واحدًا، وقضية نقل الشيخ أبي علي عن الأصحاب أنه لا فرق عند تفاحش بعد الدار بين ذي المروءة وغيره، وما فصله المتولي هو المختار، والقياس الظاهر أن كل من لا يحتشم من السقاية المسبلة أنه لا يجوز له مجاوزتها إلى منزله، ولا سيما إذا كان من عادته الخروج منه إليها لما بها أو غيره، وكثير من السفلة يقضي حاجته في الطريق وهو غير محتشم.

تنبيهات وفروع: **منها**: لو كان له أجنبيان صالحان لم يجز الذهاب إلى أبعدهما على الصحيح.

ومنها: يشبه إن ما ذكروه في السِّقَايَةِ الْمُسْبَلَةِ مَحَلُّهُ فِي الْمُبْتَذَلَةِ للكافة، أما

....

لو كانت مصونة لا يدخلها إلا أهل المكان خاصة لبعض الخوانق والرُّبط والمدارس، فإذا اعتكف أحدهم في مسجدها، فالوجه عدم جواز خروجه إلى منزله، وحمل إطلاقهم على غيره هذه الصورة.

ومنها: اقتصاره على قضاء الحاجة، وهي البول والغائط ونحوها يشعر بأنه لا يجوز الخروج إلى غيرها، وما في معناها، وقد ذكر هو أن الأصح عند الأكثرين جواز الخروج للأكل، ووجهه الرافعي بأنه يستحيي منه ويشق عليه، وهذا إنما ينقدح في المسجد المطروق، أما المختص أو المهجور الذي يبتدر طاعة فلا، ومنع ابن سريج وابن سلمة والبغوي وغيرهم ذلك.

وقال القاضي الحسين في أوائل الباب: إنه الأصح والمختار؛ لأنه ﷺ لم يكن يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان، ولا يخرج لحاجة إلا أن لا يكون له من يأتيه أو يكفيه طعامه، فلا بأس أن يخرج فيه، هذا لفظه، وبه يؤيد المختار، والظاهر أن المراد بحاجة الإنسان في الحديث، والنص البول والغائط.

وقال ابن سريج والقاضي الحسين: ولو جاز الخروج للأكل لجاز النوم؛ لأن المروءة تحشمه في المسجد.

قال القاضي: قد يحتشم من النوم فيه بين يدي الناس كشهوته من الأكل، وهذا منهما يفهم بأنه لا يجوز الخروج للنوم بالاتفاق، لكن في «الكافي» للخوارزمي: وله أن يأكل وينام في المسجد، فإن خرج لهما بطل اعتكافه.

وقال أبو إسحاق: لا يبطل؛ لأنه يستحيي من ذلك، انتهى.

وهذا في اليوم غريب، ولعله لم يرده، وفصله القاضي في آخر الباب فقال: إن كان سخيًا في طعامه سعة أكل في المسجد، وإن كان بخيلًا أو في طعامه قلة، خرج إلى داره؛ لأن أكله منفرد أدناه.

قلت: وهذا يختلف باختلاف طبقات الناس كما سبق في قضاء الحاجة، وبه أولى، وأما من يخرج من بيته ويأكل في الشارع والسوق؛ فالوجه أنه لا يجوز له الخروج للأكل إذا وجد من يأتيه به في المسجد.

قال الدارمي وابن كج: ويخرج لشراء الخبز إذا لم يكن له من يقوم به، وسبق على النص، لكن لو خرج لذلك فهل له أن يأكل خارج المسجد؟ ما كنا إذا قلنا بالمختار أم عليه العود في الحال، فيه احتمال سيأتي ما يضارعه.

ومنها: أطلق جماعة أنه يجوز الخروج للشرب، والأصح تقييده بما إذا لم يجد الماء في المسجد، ولم يكن له من يأتيه به، والفرق بين الأكل والشرب بمجرده ظاهر، ولو خرج لقضاء الحاجة، تعيّن له الجلوس؛ لأكل ونحوه مما يجوز الخروج له، أشار الشيخ أبو عمرو بن الصلاح إلى أنه لا يجوز الجلوس لأجله؛ لأنه لم يخرج بقصده، انتهى.

وقال القاضي الحسين: إذا خرج؛ لقضاء الحاجة، فله أن يأكل في بيته وفي الطريق. قال أصحابنا: هذا في الأكل القليل، فأما في الكثير، فلا.

وعبارة «الكافي»: ولو خرج؛ لقضاء الحاجة، فأكل في الطريق لقمة أو لقمتين أو حساء أو شرب ما لا يبطل.

ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد: وإذا خرج لحاجة الإنسان.

قال الشافعي: جاز له أن يأكل في منزله واختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن سريج: إن أكل لقمة أو لقمتين ماشيًا، ولا يجلس للأكل، جاز ذلك، وإن جلس ويتمكن للأكل، بطل اعتكافه.

وقال أبو إسحاق: له أن يأكل ويتمكن كيف شاء، وله الخروج للأكل ابتداء. قال الشيخ أو المعلق: والكلام في جواز الأكل في بيته، وفي ابتداء الخروج من أجل الأكل سواء.

قال الدارمي عقب كلامه على الخروج لقضاء الحاجة: وله الأكل في بيته.

قال ابن سريج: اللقمة واللقمتان.

وقال أبو الحسن النسوي: يأكل ماشيًا، وكذلك الطبري، انتهى.

وقال القاضي ابن كج: إذا خرج لحاجة الإنسان، فلا بأس أن يأكل، وإن خرج ابتداءً للأكل في منزله.

....

قال الدارمي: يجوز وجهًا واحدًا، وهو ظاهر ما قاله في «الأم»، وبه قال أبو حامد.

وقال أبو الحسن: على قولين، ثم قال بعد قائمة: لا يختلف المذهب أنه إذا مضي؛ لحاجة الإنسان جاز له أن يأكل فيها، وإن خرج ابتداء للأكل إنه جائز، وهو ظاهر ما نص عليه في «الأم»، وبه قال أبو علي وأبو حامد وجماعة أصحابنا.

وحكى أبو الحسين وجهًا آخر أنه لا يجوز، وحكى أبو حامد عن ابن خيران، وتأول مسألة الشافعي على أنه إذا دخل لحاجة الإنسان فيجوز له أن يأكل تبعًا، وإما أن يخرج ابتداء للأكل فلا، انتهى.

ونص «الأم» بعد ذكره الخروج للغائط والبول، ولا يمكث بعد فراغه، وبعد ذكره أشياء لا يقدح في الاعتكاف، وإن أكل المعتكف في بيته، فلا شيء عليه، وهو إلى موافقة الجمهور أقرب.

ومنها: قال القاضي ابن كج: إذا خرج للجنابة لا يلزمه دخول الحمام بل له المضي إلى بيته، انتهى.

وهذا ظاهر فيمن يغتسل في بيته عادة بل في الحمام ففيه نظر! إلا أن يكون بيته أقرب أو كمسافة الحمام أو يغتسل في بيته من مائه، ويحتاج إلى بدل أجرة الحمام، وقد يفصل بين الرجل والمرأة؛ لما في ذم الحمام لها من غير ضرورة.

قال ابن كج: لو كان برأسه وسخ، وأراد حلقه، خرج إلى منزله، وإن بَعُدَ؛ لأنه نهى عن حلق الرأس في المسجد، وإن كان له منزلان قريب وبعيد، فوجهان.

قلت: ولعل النهي إن ثبت فيما إذا كان يطرح شعره ووسخه في المسجد، أما لو كان يجمع ذلك في شيء ثم يخرجه منه، فيظهر ألا يجوز الخروج لذلك عن إمكانه، وإن كان المأخذ أدناه فيأتي ما سبق.

فإن كثيرًا من الناس يخرجون من بيوتهم، ويحلقون رؤوسهم في الطرق ونحوها.

قال ابن كج: ولو أراد غسل رأسه ومنزله لاصق إلى المسجد أخرج رأسه

وَلَوْ عَادَ مَرِيضًا فِي طَرِيقِهِ لَمْ يَضُرَّ مَا لَمْ يُطِلْ وُقُوفَهُ، أَو يَعْدِلْ عَنْ طَرِيقِهِ، ....

لغسله، ولا يجوز الخروج إليه، وإن كان بعيدًا خرج لغسل رأسه.

قال أصحابنا: لحاجة الإنسان للضرورة إليه، وإن كان له منزلان قريب وبعيد؛ فعلى الوجهين.

ومنها: لا يجوز الخروج؛ لتجديد الوضوء، وكذا الوضوء عن حدث إذا أمكن في المسجد على الأصح، وكان الوجهان فيما إذا كان في غير إناء فإن كان فيه؛ فالوجه المنع، نعم؛ لو خرج لقضاء الحاجة أو للاستنجاء، فله الوضوء عقبه؛ لأنه يقع تبعًا، وفي «الكافي» أنه لو خرج للوضوء عن النوم مع إمكانه في المسجد في إن بطل اعتكافه، وإن خرج لغسل جمعة أو عيد يحتمل وجهين الأصح أنه يبطل.

قلت: وينبغي للمتوضئ في غير إناء أن يتحرز عن التمخط على الأرض والبصاق عند المضمضة؛ لأن ذلك معصية، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ عَادَ مَرِيضًا فِي طَرِيقِهِ لَمْ يَضُرَّ مَا لَمْ يُطِلْ وُقُوفَهُ) أي: بل اقتصر على الإسلام والسؤال.

(أَوْ يَعْدِلْ عَنْ طَرِيقِهِ) لقول عائشة ﵂: «إِنْ كُنْتُ لأَدْخُلُ الْبَيْتَ لِلْحَاجَةِ وَالْمَرِيضُ فِيهِ فَمَا أَسْأَلُ عَنْهُ إِلَّا وَأَنَا مَارَّةٌ»⁽¹⁾ رواه مسلم.

وفي سنن أبي داود مرفوعًا عنها: أنه ﷺ كان يمر بالمريض، وهو معتكف فيمن كما هو ولا يفرح يسأل عنه، وفي سنده ليث بن أبي سليم، وهو مختلف فيه، ولو أطال الوقوف بطل اعتكافه جزمًا، وفي اليسير وجه والمرجع في الطول وغيره إلى العرف وجعل الإمام الغزالي قدر صلاة الجنازة حدًّا للوقفة اليسيرة واحتمالها لجميع الأعراض.

فرع: زيارة القادم كالعبادة، ولو صلى في طريقه على جنازة، ولم ينتظرها، ولا أزور، لم يضره على المذهب، وقيل: على الوجهين فيما لو وقف قليلاً؛ للعبادة، وقيل: إن لم تتعين عليه بطل، وإن تعينت عليه،

---

(١) أخرجه مسلم (٧١١).

وَلَا يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ بِمَرَضٍ يُحْوِجُ إِلَى الْخُرُوجِ، ....

فوجهان، رجح الشيخ، وغيره البطلان.

وقال القاضي الحسين: لا يبطل على ظاهر المذهب، ونقله في موضع عن أصحابنا مطلقًا، فإذا فرغ رجع وبنى، وهذا أصح، وسيأتي عن نص البويطي تأييده. وقال الماوردي: إن كان الميت من ذوي رحمه، وليس له من يقوم مقامه، خرج وإذا رجع بنى، وقيل: يستأنف، وذكر الدارمي نحوه، ولا يظهر فرق عند التعين بين القريب وغيره.

وقال القاضي ابن كج: لو تعين عليه فرض الجنازة.

قال الداركي وأبو علي وغيرهما: إنه لا خلاف أن يخرج ويصلي عليه، ويدفنه، ويعود، ويبني كما يخرج؛ لإقامة الحد ولحاجة الإنسان.

وقال أبو الحسين: إنه على وجهين أحدهما: يبني، والثاني: يبتدئ كما قلنا في المعتدة وللمقيم للشهادة، خرجوه على قولين لذلك هذا.

قال: (وَلَا يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ بِمَرَضٍ يُحْوِجُ إِلَى الْخُرُوجِ) وإن خرج أو أخرج لذلك؛ لأن الحاجة داعية إليه كقضاء الحاجة.

قال في «المحرر»: على أظهر القولين، وأغفله المنهاج.

والمرض أقسام: خفيف كصداع، ووجع ضرس أو عين؛ فكالعدم.

وقسم يشق معه الإقامة؛ لحاجته إلى فراش وخادم وطبيب وغيرها، ولا يقطع الخروج له التتابع على الأظهر، وقيل: قطعًا، وهو ظاهر إذا لم يتيسر ذلك في المسجد.

وقسم يخاف منه تلويث المسجد: كالبطن، وسلس البول، والاستحاضة، ونحوها، فلا يقطع الخروج له التتابع قطعًا، وقيل: قولان، وهذا إذا لم يمكن المستحاضة ونحوها الاحتراز، فإذا أمكن لم يجز الخروج، وسبق أن الفصد والحجامة إن دعت الحاجة إليه، خرج وإلا فلا.

فرع: قال الماوردي: وفي معنى المرض من خرج لخوف لصٍ أو حريقٍ، فإذا زال خوفه عاد إلى مكانه، وبناءً عليه قلت: ولعله فيمن لم يجد مسجدًا

وَلَا بِحَيْضٍ إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ الِاعْتِكَافِ، فَإِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ تَخْلُو عَنْهُ انْقَطَعَ فِي الْأَظْهَرِ، ....

قريبًا يأمن فيه من ذلك.

فرع: قال الشافعي في «الأم»: وإذا أوجب على نفسه اعتكافًا في مسجد، فانهدم المسجد اعتكف في موضع منه، فإن لم يقدر خرج من الاعتكاف، وإذا بنى المسجد رجع فبنى على اعتكافه، هذا لفظه.

قال ابن كج: قال أبو حامد وجماعة أصحابنا: تأويلها إن لم يكن بالقرب مسجد غيره، فإن كان هناك مسجد آخر، فإنه يخرج إليه وجوبًا؛ لأنه يجوز أن يعتكف في غير المعين، ولا يتعين غير المسجد الحرام، انتهى.

قال: (**وَلَا بِحَيْضٍ إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ الِاعْتِكَافِ**) بأن كانت لا تخلو من الحيض غالبًا، بل يبني إذا طهرت كما لو حاضت في صوم الشهرين المتتابعين، وفسر الشيخ أبو علي والبغوي وغيرهما، وتبعهم المصنف المدة التي لا تخلو عن الحيض غالبًا بأكثر من خمسة عشر يومًا، وفي هذا الإطلاق نظر! إذ لا خفاء أن العشرين تخلو عنه غالبًا، ومثل الروياني هذه المدة بشهر، وهو بعيد، ونقل وجهًا أن الحيض قاطع، فلا يمكنها الأداء إلى اليأس، وليس بشي.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ تَخْلُو عَنْهُ انْقَطَعَ فِي الْأَظْهَرِ**) ويقال: الأصح، وقيل: المذهب يمكنها أن تشرع عقب الطهر.

والثاني: لا ينقطع؛ لأن جنس الحيض يتكرر في الجملة، فلا يؤثر في التتابع لقضاء الحاجة، ومنهم من قطع بالأول كما أشرنا إليه، ولو نفست.

قال البغوي: [ولو نفست] فكما لو حاضت.

وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: أخرجه على الوجهين في الحائض، وإن أطلق صاحب الكتاب أنه لا يقطع التتابع؛ لأنها تقدر أن تعتكف في زمانٍ لا تلد فيه، فلم تكن مضطرة إلى ذلك، انتهى.

فحصل طريقان، وقد تضطر الولود المزوجة إلى ذلك، إذا طالت المدة المنذورة أو خشيت الفوت لمرض أو غيره.

وَلَا بِالْخُرُوجِ نَاسِيًا عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال: (**وَلَا بِالْخُرُوجِ نَاسِيًا عَلَى الْمَذْهَبِ**) كما لو جامع ناسيًا، وكما لو أكل الصائم أو جامع ناسيًا، وقيل: وجهان.

وقال في «الوجيز»: قولان يعني: مخرجان من الخلاف في المرض، فعلى المذهب المنصوص: لو لم يتذكر إلا بعد زمن طويل، فوجهان؛ لكثرة أكل الصائم والجاهل الذي يخفى عليه ذلك كالناسي، ولو خرج لقضاء الحاجة ونحوها، ثم نسي الاعتكاف، فالخروج ناسيًا، ولو حمل وأخرج كرهًا لم يضر، وكذا لو أكره فخرج بنفسه في الأظهر، وسيجيء في المحمول ما سبق في الصائم الموجز، ويشبه أن يكون موضع المنع ما إذا خرج أو أكره بغير حق، أما لو كان بحق كالعبد والزوجة يعتكفان بلا إذن، فيظهر الانقطاع، ولو أخرجه السلطان ظلمًا؛ للمصادرة أو غيرها أو خاف ظالمًا، فخرج واستتر، فكالمكره.

قال البغوي: ولو خاف من شيءٍ آخر غير الظالم أي: كسيل، وحريق، وانهدام، ونحوها، ففيه القولان، لكن من حقه أن يتبادر إلى أقرب مسجد إن وجده. قلت: إلا إذا كان قد عين مسجدًا، واعتبرنا التعيين، فإذا بنى، عاد إليه.

وقال في «التلخيص»: وإذا خاف سلطانًا أو غيره، فإذا أمن رجع فبنى، قاله في السلطان نصًا، وقلته في غيره تفريعًا.

قال الشيخ أبو علي: أما جواز الخروج بالخوف من السلطان واللص لا شك فيه؛ لأنه أشد حالاً من المرض، ولا يلزمه أن يخاطر بنفسه؛ لأجل الاعتكاف، فإذا أمن رجع وبنى كالمريض، ولو أخرج؛ لعقوبة شرعية من حدٍّ أو قصاص أو تعزير، فإن ثبت ذلك بإقراره بطل اعتكافه، قالوا: لأنه خرج باختياره، وإن ثبت بالبينة لم يبطل تتابعه قطعًا، وقيل: على الأصح، هكذا أطلقوه.

وقال الروياني: قال والدي: إن وجب الحد قبل اعتكافه، ثم أخرج؛ لإقامته لا يبطل، وإن وجب في حال اعتكافه، فأخرج له، هل يبطل؟ وجهان.

قال: والمذهب الطريق الأول، انتهى.

والتفصيل ظاهر أو متعين.

وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: إذا أخرجه السلطان؛ لحقٍ، وجب عليه لرجل، وهو يحد إلا إذا أخرجه؛ لإقامة حدٍّ [وجب] عليه، ففي بطلان اعتكافه وجهان، أحدهما: يبطل؛ لأنه معدود. والثاني: لا؛ لأنه مكره على الخروج، وقد نص الشافعي على أنه إذا خرج؛ لإقامة الحد، فإذا دخل بنى، ولا شك أنه غير معذور في سببه حين التزم الحد، انتهى.

ولم يفرق بين كونه ثبت بإقراره أو ببينة، ولا بين كونه وجب قبل اعتكافه أو فيه، والوجه أنه أخرجه لحقٍ وجب عليه، وهو يماطل به، بطل؛ لتقصيره إذا أمكنه أداؤه.

فرع: إذا دُعِيَ لأداء شهادة، فخرج لها، فإن لم يتعين أداؤها بطل تتابعه، وإن تعين أداؤها بطل إن لم يتعين عند التحمل بطل قطعًا، وقيل: قولان وإن تعين، وقلنا: إذا لم يتعين فوجهان أصحهما، وبه جزم كثيرون لا يبطل.

قال المحاملي في «المقنع»: إلا أن يمكنه أداؤها في المسجد.

قلت: بأن يكون القاضي يحضره للجماعة، ولم لا يقال إذا لم يمكن أداؤها فيه أن يكون الاعتكاف عذرًا، حتى يشهد على شهادته جمعًا بين الحقين، ولا يكلف الخروج كالمريض، وأولى.

وقال القاضي ابن كج بعد قول «المختصر»: وإن خرج؛ لإقامة الشهادة، إن لم يتعين عليه تحملها ولا أداؤها، بطل اعتكافه بلا خلاف، وإن تعينا لم يبطل بلا خلاف؛ لأنه لم يدخل باختياره، ولا أقام باختياره بل أوجبت الشريعة عليه ذلك، وإن لم يتعيّن عليه الأداء دون التحمل، فقال: هاهنا عليه أن يجيب، فإن خرج بطل اعتكافه.

وقال في المعتدة: متى طلقت تخرج تعتد، ثم ترجع وتبني، فعن ابن سريج أن المسلمين على قولين نقلاً وتخريجًا.

وقال أبو حامد والداركي وأبو علي الطبري وسائر أصحابنا: على ظاهرهما، وفصل أبو حامد بأنه ليس عليه المضي لإقامة الشهادة، وإنما عليه

وَلَا بِخُرُوجِ الْمُؤَذِّنِ الرَّاتِبِ إِلَى مَنَارَةٍ مُنْفَصِلَةٍ عَنْ الْمَسْجِدِ لِلْأَذَانِ فِي الْأَصَحِّ.

إقامتها في موضعه، والمرأة عليها الخروج؛ لتعتد في بيتها، وقضى غيره بأن الشاهد يحتمل مختارًا، وكان له عن ذلك منذ وجه بخلاف المرأة، انتهى.

فرع: قال في «الروضة»: لو خرجت؛ للعدة لم ينقطع، وقيل: قولان، هكذا أطلقه، وهو فيما إذا كانت العدة لا باختيارها بأن كانت باختيارها، بأن علق طلاقها بمشيئتها، فشابه أو على شيء، ففعلته مختارة أو خالفت ونحو ذلك، فإنه يقطع التتابع قطعًا، هكذا جزم به خلائق وهو الوجه.

وقال ابن كج: إذا جعل طلاقها بيدها، فاختارته فعليها الخروج؛ للعدة، واختلف أصحابنا هل تبني أو تبتدئ؟ قيل: تبني؛ لأنها وكيله، [لو كما لو طلق وكيله] وقيل: تبتدئ؛ لأنها مختارة لذلك، انتهى.

فرع: قال في «التلخيص»: والتقدير يلحق البلد، حتى يخاف عليها فيخرج، فإذا رجع من الخوف بنى، قلته تخريجًا.

قال الشيخ أبو علي: إذا لحق النفير الموضع بأن كان معتكفًا في مسجد قريب من النفير، وخاف الضياع، لزمه أن يخرج له، وإذا رجع بنى، كما لو خرج لما لا بد له منه غير أنه قال: قلته تخريجًا، والمسألة منصوص عليها في «البويطي» أنه يرجع ويبني.

قلت: ولفظه: وإذا اعتكف في موضع رباط، فإن جاء نفير خرج؛ لأن الخروج إليه فرض، والاعتكاف نافلة، فإذا انقضى النفير رجع، فأتم اعتكافه الذي جعله على نفسه، انتهى.

وقول نافلة: يعني: لم تجب بأصل الشرع.

قال: (**وَلَا بِخُرُوجِ الْمُؤَذِّنِ الرَّاتِبِ إِلَى مَنَارَةٍ مُنْفَصِلَةٍ عَنْ الْمَسْجِدِ لِلْأَذَانِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنها مبنيةٌ للمسجد معدودة من توابعه، ولأن الراتب اعتاد ذلك، وأنس الناس صوته فيعذر فيه، ويجعل زمن الأذان كالمستثنى من اعتكافه.

والثاني: ينقطع مطلقًا للاستغناء عنها بسطح المسجد ونحوه فهو يُؤَذِّنُ عَلَيْهِ.

والثالث: لا ينقطع مطلقًا يعني سواء الراتب وغيره، وهذا ظاهر نص

وَيَجِبُ قَضَاءُ أَوْقَاتِ الْخُرُوجِ بِالْأَعْذَارِ، إِلَّا وَقْتَ قَضَاءِ الْحَاجَةِ.

«المختصر» وأوله الجمهور على الراتب أو على ما إذا كانت في أرحبة أي: الذي يعطى حكم المسجد.

وحكى ابن الرفعة عن القاضي الحسين وجهًا رابعًا أنه إذا كان صوت غير الراتب من المؤذنين مثل صوته لم يجز له الخروج وإلا جاز.

قلت: ولينظر هل ينقدح فرق بين من رتب بعد النذر أو الاعتكاف وغيره، وبين ما لو كان يحصل كمال الشعار بالأذان على المنارة من المسجد أو لا، وبين المنارة القديمة والمحدثة بعد النذر أو الاعتكاف.

تنبيه: أطلق في الكتاب و«الروضة» الانفصال.

وقال في «شرح المهذب»: صورتها في منارة قريبة من المسجد مبنية له، فأما غيرها فيبطل اعتكافه بالذهاب إليها بلا خلاف، وسواء الراتب وغيره، هكذا صرح به جميع الأصحاب، انتهى.

والمراد بالمنفصلة غير اللاقطة إلى المسجد، فلو كانت متصلة به، وبابها إلى شارع ونحوه، بحيث لا يرقاها إلا بالخروج من المسجد، فهي منفصلة حكمًا ففيها الخلاف.

قال: (**وَيَجِبُ قَضَاءُ أَوْقَاتِ الْخُرُوجِ بِالْأَعْذَارِ**) لأنه غير معتكف فيها، وحكى الروياني وجهًا في زمن الخروج ناسيًا.

قال: (**إِلَّا وَقْتَ قَضَاءِ الْحَاجَةِ**) هكذا قاله الإمام ومتابعوه لأمرين؛ لأنه مستثنى لا بد منه، ولأن اعتكافه فيها مستمر على الأصح، أو قطعًا، قال ابن الصلاح: وفي معناه الخروج للأكل والوضوء إن جوزناه.

قلت: وفيه نظر! لما قدمناه، نعم؛ ينبغي أن يكون في معنى قضاء الحاجة كل ما لا بد له الخروج من أجله مما لا يخلو المعتكف منه كغُسل الجنابة؛ لأنه كالمستثنى، وكذا ما يغتفر حال خروجه لقضاء الحاجة؛ لأنه يقع تبعًا وضمنًا، ثم رأيت الشيخ أبا علي قال: زمان الغائط والبول محسوب، وكذلك المؤذن للأذان، والجنب يخرج للغسل؛ لأنه في معنى الغائط والبول، بدليل أنه لو نذر

اعتكاف عشرة أيام فخرج لهذه الأشياء لا يقضي، فدل أنه على معتكف، انتهى.

فروع منثورة: منها: في جواز الاعتكاف في رحبة المسجد الخارجة عنه غير صحته كلام طويل أوضحته في «الغنية» في صلاة الجماعة من التوسط، فراجعه ففيه فوائد.

وأطلق المصنف وغيره جوازه فيها؛ لأنها مضافة إليه محجر عليها.

ومنها: لو نذر اعتكاف شهر مضى أو يظنه مستقبلاً، فبان ماضيًا لم يلزمه قضاؤه؛ لفساد نذره، قاله الشافعي والأصحاب، ولو نذر أن يعتكف في بيته بصوم لزمه الصوم، وفي لزوم الاعتكاف في المسجد وجهان: حكاهما القاضي ابن كج أنهما نظائر كثيرة في باب النذر.

قال ابن كج: قال الشافعي: ولو جعل عليه اعتكاف شهر بعينه، فذهب الشهر ولم يعلم، فعليه اعتكاف شهر سواه، وفي قولٍ لا يلزمه قضاؤه؛ لأنه قد عجز عنه بالفوات.

ومنها: هل الأفضل للمتطوع الخروج للعيادة أو دوام الاعتكاف.

قال أصحابنا: هما سواء.

قال ابن الصباغ: وهذا مخالف للسنة؛ لأنه ﷺ لم يكن يخرج لذلك، وكان اعتكافه تطوعًا.

قلت: وعلى المذهب ينبغي أن يكون موضع التسوية في عيادة الأجانب، أما الأقارب وذوو الرحم كالأب والأم، ونحوهما، والأصدقاء، والجيران؛ فالظاهر أن الخروج لعيادتهم أفضل، ولا سيما إذا علم أنه يشق عليهم تخلفه، ولم يعذروه به، ولا ينقدح غيره في حق الوالدين.

وعبارة القاضي الحسين: إن كانت العيادة أفضل خرج وعاد، وإن كان الاعتكاف أفضل لا يخرج، فإن خرج جاز، انتهى.

ولعله أشار بذلك إلى التفصيل الذي ذكرته، وإن كان اعتكافه عن نذر، لم يجز الخروج.

………………………………………………………………………………………

وقال الماوردي: إن كان من ذوي رحمه، وليس له من يقوم به، فهو مأمور بالخروج إليه، فإذا عاد بنى كالخروج للعدة، وقيل: يستأنف، ونقل السرخسي الأول عن صاحب «التقريب» قال: وله أن يبقى عنده حتى يبرأ، ثم يعود ويبني، واستغرب المصنف ذلك، ويمكن الجمع بينه وبين ما قاله الأصحاب بحمله على ما إذا تعين فرض الخروج عليه لأجله، كما أشعر به كلام الماوردي، وحمل كلام الأصحاب على ما إذا كان ذلك مستحبًا، وحينئذٍ فلا استغراب، ويوافق هذا قول الدارمي، ولا يخرج أبدًا لعيادة، فإن كان له مريض ليس له من يقوم به، خرج ثم عاد فبنى، لكن إذا تعين فرض ذلك عليه لم ينقدح الفرق بين القريب والأجنبي، نعم القريب آكد، وبالله التوفيق.

ونسأل الله حُسن الخاتمة والإعانة

كِتَابُ الْحَجِّ

قال الشارح: كتاب الحج: أصله في اللغة القصد، ويقال: القصد للزيارة، ويقال: إلى الشيء المعظم، ويقال: إلى من يعظم، ويقال: الإتيان مرة بعد أخرى.

وفي الشرع: عبارة عن الإحرام، والوقوف، والطواف، والسعي، والحلق، إن جعلناه نسكًا، وقال قائل: [إن] الحج السير إلى البيت خاصة.

وعبارة غيره: وفي الشرع: القصد للكعبة للنسك الآتي بيانه.

والأصل فيه: الكتاب والسنة والإجماع.

قال القاضي الحسين: والحج من الشرائع القديمة، روي أن آدم ﷺ لما حج قال له جبريل ﷺ: إن الملائكة كانوا يطوفون قبلك بهذا البيت سبعة آلاف سنة.

وفي «التعجيز» لمؤلفه: إن أول من حج بالبيت آدم ﷺ، وإنه حج أربعين سنة من الهند ماشيًا، وقيل: وما من نبي إلا حجَّه.

وروي مرفوعًا: **«وما هلكت أمة نبي إلا انتقل إلى الكعبة، وعبد الله فيها حتى مات»**[1]. واختلف متى فرض، على أقوال، قيل: قبل الهجرة، واستغرب، وقد يشهد له قوله تعالى لإبراهيم ﷺ: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَجِّ﴾ [الحج: ٢٧] وقيل: سنة خمس.

قال القاضي الحسين: وهو الصحيح، وهو ما أورده الرافعي هنا، وقيل: سنة ست، وهو ما أورده جماعة، وصححه الرافعي، والمصنف في السير.

وقال: سنة ثمان، قاله الماوردي في الأحكام، وقيل: سنة تسع، حكاه المصنف، وصححه القاضي عياض. والأحاديث في فضل الحج، وعظيم

---

[1] (١) ذكره الصفوري في «نزهة المجالس» (١/ ١٦٠).

قال المصنف: [هُوَ فَرْضٌ وَكَذَا الْعُمْرَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

شأنه، وتمحيصه الذنوب أكثر من أن تحصر.

قال القاضي الحسين هنا: وهو أفضل العبادات؛ لأنه يشتمل على المال والبدن، وأيضًا دعينا إليه في أصلاب الآباء [وأرحام الأمهات] كالإيمان سواء، فإن الله تعالى أخرج ذرية آدم من ظهره مثل الذر، ثم قال لهم: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] ثم الإيمان أفضل العبادات؛ إذ تتمة الكل به، وكذا الحج الذي هو قرينه، انتهى.

وقال الحليمي: وهو جمع معًا في العبادات كلها، فمن حج فكأنما صام، وصلى واعتكف، وزكى، ورابط في سبيل الله، وغزا، وبين ذلك.

قال: (**هُوَ فَرْضٌ**) لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وغيرها لقوله ﷺ: «**بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله. . .**»(١) الحديث.

وعدُّه منها، وهو إجماع يكفر جاحده إن لم يجب عليه.

قال: (**وَكَذَا الْعُمْرَةُ فِي الْأَظْهَرِ**) لقوله ﷺ للسائل: إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة وَلَا الظَّعْنَ «**حج عن أبيك واعتمر**»(٢) قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه ابن حبان، والحاكم، والبيهقي.

وفي حديث السائل عن الإسلام؟ فقال: «**أن تشهد أن لا إله إلا الله وتقيم**

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٢٠، رقم ٦٠١٥)، والبخاري (١/ ١٢، رقم ٨)، ومسلم (١/ ٤٥، رقم ١٦)، والترمذي (٥/ ٥، رقم ٢٦٠٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ١٠٧، رقم ٥٠٠١)، وابن حبان (١/ ٣٧٤، رقم ١٥٨) وأبو يعلى (١٠/ ١٦٤، رقم ٥٧٨٨)، وابن خزيمة (١/ ١٥٩، رقم ٣٠٩)، والطبراني (١٢/ ٣٠٩، رقم ١٣٢٠٣)، والبيهقي (٤/ ٨١، رقم ٧٠١٣).

(٢) أخرجه الطيالسي (ص ١٤٧، رقم ١٠٩١)، وأحمد (٤/ ١٠، رقم ١٦٢٢٩)، والترمذي (٣/ ٢٦٩، رقم ٩٣٠) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ١١٧، رقم ٢٦٣٧)، وابن حبان (٩/ ٣٠٤، رقم ٣٩٩١)، وابن ماجه (٢/ ٩٧٠، رقم ٢٩٠٦)، والحاكم (١/ ٦٥٤، رقم ١٧٦٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٤/ ٣٢٩، رقم ٨٤١٦).

……

الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم رمضان وتحج وتعتمر»(١) رواه ابن حبان، وصححه ابن الجوزي في تخريجه على الصحيحين، وصححه ابن حبان، وقال البيهقي: ثابت، انتهى.

وسنده على شرطهما، وفي المسألة أحاديث.

وأما حديث زيد بن ثابت المرفوع: «**الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت**»(٢) فالصحيح وقفه.

وكذا روي موقوفًا على علي وابن عمر وابن عباس، قال أشعث عن ابن سيرين: «كانوا لا يختلفون أن العمرة واجبة».

والقول الثاني: أنه سُنة؛ لحديث جابر: أنه ﷺ **سُئل عن العمرة أواجبة هي؟ قال: «لا، وإن تعتمر، فهو أفضل»**(٣) حسنه الترمذي، وفي بعض نسخه زيادة صحيحة، وضعفه البيهقي وغيره، وأنكروا عليه تصحيحه. قال ابن حزم: هذا خبر باطل.

فرع: لا يجب في العمر إلا مرة [واحدة] إلا يعارض نذرًا وقضاء أو دخول الحرم على قول.

قال البيهقي في «الشعب»: ينبغي ألا يترك الحج خمس سنين، وأورد فيه حديثين ولم يضعفهما. وفي «الحاوي»: إنهما موقوفان. وروى ابن حبان في «صحيحه» حديث أبي سعيد بلفظ: «**إن عبدًا صححت له جسمه ووسعت عليه في المعيشة، فمضى عليه خمسة أعوام لَمْ يَفِدْ إِلَيَّ لَمَحْرُومٌ**»(٤) وقد أوجب ذلك بعض العلماء على الموسع كل خمس سنين مرة لهذا الحديث.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ١٦٢، رقم ١٨١٠).

(٢) قال الحافظ: أخرجه الدَّارَقُطْنِيُّ. وَفِي إِسْنَادِهِ إِسْمَاعِيلُ بْنُ مُسْلِمٍ الْمَكِّيُّ وَهُوَ ضَعِيفٌ، ثُمَّ هُوَ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، عَنْ زَيْدٍ وَهُوَ مُنْقَطِعٌ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مَوْقُوفًا عَلَى زَيْدٍ مِن طَرِيقِ ابْنِ سِيرِينَ أَيْضًا، وَإِسْنَادُهُ أَصَحُّ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ، وَرَوَاهُ ابْنُ عَدِيٍّ وَالْبَيْهَقِيُّ مِن حَدِيثِ ابْنِ لَهِيعَةَ، عَن عَطَاءٍ، عَن جَابِرٍ، وَابْنُ لَهِيعَةَ ضَعِيفٌ، وَقَالَ ابْنُ عَدِيٍّ: هُوَ غَيْرُ مَحْفُوظٍ عَن عَطَاءٍ.

(٣) أخرجه البيهقي (١٠٥٦).

(٤) أخرجه الترمذي (٩٣١).

وَشَرْطُ صِحَّتِهِ: الْإِسْلَامُ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُحْرِمَ عَنْ الصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ وَالْمَجْنُونِ، ...

قال: **(وَشَرْطُ صِحَّتِهِ)** أي: صحة ما ذكره من الحج والعمرة.

(الْإِسْلَامُ) أي: لا غير كما قاله في «المحرر» وفيه ما سيأتي، فلا يصح من كافر، ولا له كالصلاة والصوم.

قلت: ومن شرط صحته الوقت، وما سأذكره من النية وغيرها، وقيل: إن من شرط صحتهما العلم، فلو جرت الأفعال منه اتفاقًا وهو غير عالم بالنسك ولا بالإحرام، لم يصح، وفي [هذا] الكلام إظلام، نعم؛ ينبغي أن يأتي في اشتراط معرفته الأعمال لما سبق بيانه في شروط الصلاة.

قال: **(فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُحْرِمَ عَنْ الصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ)** ولو ابن يوم لقوله ﷺ لمن رفعت إليه صبيًا، وقالت له: ألهذا حج، قال: «نعم ولك أجر»(١) رواه مسلم.

وفي رواية الشافعي: فأخذت بعضد صبي، ومعلوم أن من يأخذ بعضده، ويخرج من المحفة يكون طفلاً.

قال: **(وَالْمَجْنُونِ)** هذا ما جزم به البغوي والمتولي والرافعي هنا إلحاقًا له بالصبي، واقتضى إيراده في باب حج الصبي أنه المذهب، خلافًا لما ذكره ابن كج والحناطي، والذي أورده كثير من العراقيين، واقتضاه كلام باقيهم، ونقله المصنف في «تعليقه» عنهم، وكذلك غيره المنع، وهو ظاهر نص «الإملاء».

وقال ابن الرفعة: وعليه ينطبق قول البندنيجي، والقاضي حسين في أول كتاب الحج، وذكر القاضي الحسين من بعد أن هذا فيما إذا بلغ مجنونًا، أما لو بلغ عاقلاً رشيدًا، ثم جن فعلى وجهين مبنيين على عود الولاية.

قلت: وسبق أن من المانعين: ابن كج والحناطي، فإذًا الجمهور على المنع، وهو المختار خلافًا؛ لترجيح الشيخين، وقد ذكر الإيمان والإسلام وغيره في موضع الصبي الذي لا يميّز، ولم أره ذكر المجنون، والقياس المنع، وإنما خرج الصبي بالنص؛ لأنه من نوع من تصح عبادته.

---

(١) أخرجه مسلم (٣٣١٧).

وفرَّق ابن كج بأن الصبي من يدرك، ويتعلم ويعلم الصلاة وغيرها، بخلاف المجنون.

تنبيهات: منها: جعل ابن الرفعة تفقهًا السيد في الإحرام عن الصبي كالولي، وفي نص «الأم» إشارة إليه.

ومنها: مفهوم كلام الكتاب أنه ليس للولي أن يحرم عن المميز، وهو الصحيح الذي اقتضى كلام الجمهور، ونص الشافعي الجزم به، وصرح به البندنيجي وغيره، ونقل المصنف في «شرح مسلم» تصحيحه عن الأصحاب مطلقًا.

وقال في «شرح المهذب»: قال الشافعي والأصحاب: إن كان مميزًا أحرم بنفسه وبإذن الولي، وهذا هو القياس الظاهر، وقضية كلام الجمهور، ومنهم الجويني في «مختصره»، والغزالي في «خلاصته»، وغيرهما من الفريقين.

وذكر في «أصل الروضة» أن الأصح صحة إحرام الولي عنه، ونسبه في غيرها إلى صحيح الرافعي، وإنما حكاه عن الإمام، ولفظه في «شرحه الصغير»: أظهرهما على ما ذكره الإمام كذا، وكلامه كلام من لم يبحث في المسألة، ولم يتبع كلام الأئمة فيها.

ومنها: من الولي الذي يحرم عن غير المميز، ويأذن للمميّز أو يحرم عنه على وجه.

قال في «شرح المهذب»: حاصل كلامهم جوازه للأب والجد، وإن علا عند عدم الأب لا عند وجوده أصلاً على المذهب، والمذهب جوازه للوصي والقيم، ومنعه في الأم والأخوة وسائر العصبات.

وإن شئت قلت: هل يجوز للأب والجد عند عدمه أو مع وجوده أو لهما، وللأم والعصبات أو للأب والجد عند عدمه، وللوصي، والقيم، وجوه أصحها آخرها، انتهى كلامه ملخصًا.

والظاهر أن عمدته في ترجيح الجواز للوصي والقيم، نسبه في «الروضة» إلى العراقيين وفيه نظر! فإن الماوردي منهم.

……………………………………………………………

قال إمامنا الحاكم: فلا يصح إذنهم بإجماع علماء أصحابنا، وفي أوصياء الآباء وجهان، أصحهما المنع.

وقال المحاملي في «المقنع»: وهنا لا يكون الولي إلا أبًا أو جدًا، ووكيلاً لهما، وعلى ترجيح المنع فيهما جرى الإمام.

وقال القاضي ابن كج: قال الشافعي: لا يكون داخلاً في الإحرام إلا بعقد وليه والولي: الأبوان.

قال ابن كج: أما الأم فقال أبو إسحاق وأبو حامد: أنها كالأب وهو المنصوص، وهو ما جعله الدارمي المذهب، وصاحب «الذخائر»: الصحيح، وبناه جماعة على ولايتها المال، والأصح المنع، وأحسب عمدة المصنف في «شرح المهذب» قول العمراني، ذكر الشيخ أبو حامد، وعامة أصحابنا: أن الولي إن كان أبًا أو جدًا جاز أن يحرم عن الصبي غير المميز، أو يأذن للمميز فيه؛ لأنهما يليان ماله بغير إذن، وأما غيرهما من العصبات، فلا تصرف لهم في ماله إلا بوصية من الأب أو الجد أو تولية من الحاكم، فإن جعل لهم التصرف في ماله كان لهم أن يحرموا عنه، ويأذنوا له فيه، وإن لم ينوِ ماله، فليس لهم ذلك على الصحيح، انتهى ملخصًا.

وقضية ما في «تجريد التجريد» أن الجعل المذكور إنما هو من الأب والجد فقط، ولم يذكر الحاكم، وهو الموافق لكلام «المقنع».

ومنها: قال الشيخ أبو حامد وغيره: صفة إحرام الولي عن الصبي أن ينوي جعله محرمًا، فيسير محرمًا بمجرد ذلك.

وقال القاضي أبو الطيب: هو أن ينويه له، ويقول: عقدت الإحرام له.

وقال الدارمي: ينوي أنه أحرم به أو عقد كذا أو جعله محرمًا.

وحكى الروياني وغيره في كيفية ذلك وجهين، أحدهما: أن يقول: اللهم أحرمت عن ابني.

والثاني: اللهم إني أحرمت بابني.

وَشَرْطُ وُجُوبِهِ: الْإِسْلَامُ وَالتَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالِاسْتِطَاعَةُ.

وَهِيَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: اسْتِطَاعَةُ مُبَاشَرَةٍ، وَلَهَا شُرُوطٌ أَحَدُهَا: وُجُودُ الزَّادِ

وروى الحاكم وغيره عن ابن عباس يرفعه: «**أيما صبي حج ثم بلغ الحنث، فعليه أن يحج أخرى، وأيما عبدٍ حج ثم عتق، فعليه حجة أخرى**»(١).

قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وقال ابن حزم: رواته كلهم ثقات، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن ابن معاوية عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس قال: «احفظوا عني ولا تقولوا»، قال ابن عباس: «أيما عبد حج به أهله»(٢) الحديث.

وظاهر هذا الرفع ورجاله في «الصحيحين» ورواه الشافعي، والبخاري موقوفًا على ابن عباس رضي الله عنهما.

فرع: لو بلغ أو عتق قبل عرفة أو قبل فراقها في وقت الوقوف، أجزأهما عن حجة الإسلام؛ لإدراكهما معظم العبادة، كمن أدرك الركوع، نعم، لو كان قد سعى عقب طواف القدوم لزمه إعادته على الأصح؛ لوقوعه في حال النقصان، وإن كملا بعد الوقوف، وعاد إليه في وقته أجزأهما، وإلا فلا على الأصح.

قال: (**وَشَرْطُ وُجُوبِهِ: الْإِسْلَامُ وَالتَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالِاسْتِطَاعَةُ**) [أي: بالإجماع.

قيل: كلامه يفهم أنه لا يجب على المرتد، ولعله أراد الوجوب] مع الصحة والعمرة كالحج فيما ذكره.

قال: (**وَهِيَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: اسْتِطَاعَةُ مُبَاشَرَةٍ، وَلَهَا شُرُوطٌ أَحَدُهَا: وُجُودُ الزَّادِ**) أي: وإن كان بالحرم، خلافًا لأبي علي الطبري فيمن بالحرم، ولغيره فيمن دون مسافة القصر مرحلتين.

---

(١) أخرجه البيهقي (١٧٩/٥، رقم ٩٦٣٠) والخطيب (٢٠٩/٨) وقال: غريب. والضياء (٥٤٦/٩، رقم ٥٣٨) والطبراني في الأوسط (١٤٠/٣، رقم ٢٧٣١) قال الهيثمي (٢٠٦/٣): رجاله رجال الصحيح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٤٨٧٥).

……………………………………………………………

قال إمامنا الحاكم: فلا يصح إذنهم بإجماع علماء أصحابنا، وفي أوصياء الآباء وجهان، أصحهما المنع.

وقال المحاملي في «المقنع»: وهنا لا يكون الولي إلا أبًا أو جدًا، ووكيلاً لهما، وعلى ترجيح المنع فيهما جرى الإمام.

وقال القاضي ابن كج: قال الشافعي: لا يكون داخلاً في الإحرام إلا بعقد وليه والولي: الأبوان.

قال ابن كج: أما الأم فقال أبو إسحاق وأبو حامد: أنها كالأب وهو المنصوص، وهو ما جعله الدارمي المذهب، وصاحب «الذخائر»: الصحيح، وبناه جماعة على ولايتها المال، والأصح المنع، وأحسب عمدة المصنف في «شرح المهذب» قول العمراني، ذكر الشيخ أبو حامد، وعامة أصحابنا: أن الولي إن كان أبًا أو جدًا جاز أن يحرم عن الصبي غير المميز، أو يأذن للمميز فيه؛ لأنهما يليان ماله بغير إذن، وأما غيرهما من العصبات، فلا تصرف لهم في ماله إلا بوصية من الأب أو الجد أو تولية من الحاكم، فإن جعل لهم التصرف في ماله كان لهم أن يحرموا عنه، ويأذنوا له فيه، وإن لم ينوِ ماله، فليس لهم ذلك على الصحيح، انتهى ملخصًا.

وقضية ما في «تجريد التجريد» أن الجعل المذكور إنما هو من الأب والجد فقط، ولم يذكر الحاكم، وهو الموافق لكلام «المقنع».

ومنها: قال الشيخ أبو حامد وغيره: صفة إحرام الولي عن الصبي أن ينوي جعله محرمًا، فيسير محرمًا بمجرد ذلك.

وقال القاضي أبو الطيب: هو أن ينويه له، ويقول: عقدت الإحرام له.

وقال الدارمي: ينوي أنه أحرم به أو عقد كذا أو جعله محرمًا.

وحكى الروياني وغيره في كيفية ذلك وجهين، أحدهما: أن يقول: اللهم أحرمت عن ابني.

والثاني: اللهم إني أحرمت بابني.

وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُبَاشَرَتُهُ مِن الْمُسْلِمِ الْمُمَيِّزِ، ....

وقال الماوردي: وهما مبنيان على اشتراط كون الولي حلالاً، ولو أذن الأب والجد عند ولايته لم يحرم عن الصبي، صح على الأصح.

واتفقوا على أنه لو أحرم به الولي، ثم أعطاه من يحضر به الحج، صح.

ومنها: يصح إحرام الولي بالصبي، وإن كان محرمًا، ونقل الماوردي في الولي المحرم وجهين: المنع عن البصريين، والجواز عن البغداديين، وفرع عليه أنه لا يصح أن يكون غير مواجه للصبي بالإحرام، وأطلق المصنف أنه لا يشترط حضور الصبي، ومواجهته بالإحرام على الأصح.

وقال ابن كج: [قال الشافعي]: ولا بد من حضورهما الميقات يعني الصبي المميز وغيره؛ لأنه لو جاز أن يكونا غائبين لجاز أن يحرم عنهم وهم في منازلهم.

ومنها: إذا قلنا لغير الأب والجد الإحرام بالصبي، فإطلاق الشيخين وغيرهما يفهم أن له السفر به [لذلك] بعدت داره أو قربت.

وقال الدارمي: قال أبو حامد: لا يجوز لغير الأب والجد أن ينقله، وإنما يجوز ذلك إذا كان يملكه، هذا لفظه.

ولم يزد عليه، ويوافقه قول المتولي أن ما زاد على نفقة الحضر، فيما إذا حج الولي بالمجنون على الولي؛ لأنه ليس للولي أن يسافر به، وهو ممن يرى أن المجنون كالصبي الذي لا يميز، ويتضح ذلك في السفر البعيد؛ لأن الظاهر أنه يجوز لغير الأب والجد السفر به بلا ضرورة، ويظهر منع الإحرام به قبل الانتهاء إلى الميقات من دويرة أهله وغيرها، ولا سيما مع البعد.

وإن قلنا: الإحرام منها للمكلف أفضل؛ لما في ذلك من الخطر والمشقّة.

قال: (**وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُبَاشَرَتُهُ مِن الْمُسْلِمِ الْمُمَيِّزِ**) أي: كسائر العبادات البدنية، وخذ من كلامه هذا أنه لا يصح وقوف المجنون والمغمى عليه بعرفة، وهو المذهب. ووقع في «الروضة» و«شرح المهذب» نسبة ترجيح الصحة إلى الرافعي، وتبعه ابن الرفعة، وهو غلط بينته في «الغنية»، وسأوضحه إن شاء الله.

وَإِنَّمَا يَقَعُ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ بِالْمُبَاشَرَةِ إِذَا بَاشَرَهُ الْمُكَلَّفُ الْحُرُّ، فَيُجْزِئُ حَجُّ الْفَقِيرِ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ.

واعلم أن كلام المصنف وغيره صحة حج العبد المكلف بغير إذن سيده، وإن عصى وهو القياس. ورأيت في «المعتبر» أنه يصح منه بإذنه؛ لأنه من أهل العبادة، والمنع كان لحق الولي، فإذا أذن زال المنع فصح، انتهى.

وأنه يصح من الصبي المميز الحج والإحرام استقلالاً، والذي صححه من الوجهين أنه لا يصح إحرام السفيه المحرم بغير إذن وليه، وسيأتي بيانه، والوجه الثاني أنه يصح استقلال الصبي المميز بالإحرام كالصلاة والصوم، وللولي تحليله، وهذا أقيس، وقد نص الشافعي على أنه ليس للولي غير الوالد تحليل المولى عليهم. وإطلاقهم الولي يشمل الصبي، ويفهم صحة إحرامه بغير إذنه، وقياس الوجه الأول إنما يصح إحرامه، وبإذن الولي إذا كان له النظر في ذلك؛ لقرب المسافة وغير ذلك من وجوه النظر، فإن اقتضى النظر له خلاف ذلك، فلا، والمختار الثاني وإذا قيل به.

قال في «الذخائر»: لم يجز للولي أن ينفرد بعقد الإحرام، وإن قلنا بالأول، فقولان: أحدهما: يجوز كغير المميز.

والثاني: لا يجوز؛ لقدرة المميز عليه دون غيره.

قال: (**وَإِنَّمَا يَقَعُ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ**) أي: وعمرته.

(**بِالْمُبَاشَرَةِ إِذَا بَاشَرَهُ الْمُكَلَّفُ الْحُرُّ، فَيُجْزِئُ حَجُّ الْفَقِيرِ**) وكل عاجز إذا جمع الحرية والتكليف كما لو تكلف المريض حضور الجمعة، والغني خطر الطريق، وغير ذلك.

فرع: [قالوا: شرط وقوع حجة المجنون عن حجة الإسلام إفاقته عند الإحرام] والوقوف والطواف والسعي، وسكتوا عن حالة الحلق، وقياس كونه نسكًا اشتراط الإفاقة فيه.

قال: (**دُونَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ**) قال ابن المنذر: بالإجماع إلا من شذَّ ممن لا يعتد بخلافه.

وَشَرْطُ وُجُوبِهِ: الْإِسْلَامُ وَالتَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالِاسْتِطَاعَةُ.

وَهِيَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: اسْتِطَاعَةُ مُبَاشَرَةٍ، وَلَهَا شُرُوطٌ أَحَدُهَا: وُجُودُ الزَّادِ

وروى الحاكم وغيره عن ابن عباس يرفعه: «**أيما صبي حج ثم بلغ الحنث، فعليه أن يحج أخرى، وأيما عبدٍ حج ثم عتق، فعليه حجة أخرى**»[(١)].

قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وقال ابن حزم: رواته كلهم ثقات، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن ابن معاوية عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس قال: «احفظوا عني ولا تقولوا»، قال ابن عباس: «أيما عبد حج به أهله»[(٢)] الحديث.

وظاهر هذا الرفع ورجاله في «الصحيحين» ورواه الشافعي، والبخاري موقوفًا على ابن عباس رضي الله عنهما.

فرع: لو بلغ أو عتق قبل عرفة أو قبل فراقها في وقت الوقوف، أجزأهما عن حجة الإسلام؛ لإدراكهما معظم العبادة، كمن أدرك الركوع، نعم، لو كان قد سعى عقب طواف القدوم لزمه إعادته على الأصح؛ لوقوعه في حال النقصان، وإن كملا بعد الوقوف، وعاد إليه في وقته أجزأهما، وإلا فلا على الأصح.

قال: (**وَشَرْطُ وُجُوبِهِ: الْإِسْلَامُ وَالتَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالِاسْتِطَاعَةُ**) [أي: بالإجماع.

قيل: كلامه يفهم أنه لا يجب على المرتد، ولعله أراد الوجوب] مع الصحة والعمرة كالحج فيما ذكره.

قال: (**وَهِيَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا: اسْتِطَاعَةُ مُبَاشَرَةٍ، وَلَهَا شُرُوطٌ أَحَدُهَا: وُجُودُ الزَّادِ**) أي: وإن كان بالحرم، خلافًا لأبي علي الطبري فيمن بالحرم، ولغيره فيمن دون مسافة القصر مرحلتين.

---

(١) أخرجه البيهقي (٥/ ١٧٩، رقم ٩٦٣٠) والخطيب (٨/ ٢٠٩) وقال: غريب. والضياء (٩/ ٥٤٦، رقم ٥٣٨) والطبراني في الأوسط (٣/ ١٤٠، رقم ٢٧٣١) قال الهيثمي (٣/ ٢٠٦): رجاله رجال الصحيح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٤٨٧٥).

وَأَوْعِيَتِهِ وَمُؤْنَةِ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ، وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بِبَلَدِهِ أَهْلٌ وَعَشِيرَةٌ لَمْ تُشْتَرَطْ نَفَقَةُ الْإِيَابِ، ....

(وَأَوْعِيَتِهِ) أي: إن احتاج إليها كما هو الغالب حتى السفرة، وقد لا يحتاج إليها العربي ونحوه ممن قرب جدًا.

(وَمُؤْنَةِ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ) لأنه ﷺ لما سئل عن السائل المذكور في الآية قال: الزاد والراحلة، قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

إشارة: كأن في قوله: ومؤنة ذهابه وإيابه غنية عن ذكر الزاد، وأوعيته؛ لشمول المؤنة لهما.

قال: (وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بِبَلَدِهِ أَهْلٌ وَعَشِيرَةٌ لَمْ تُشْتَرَطْ نَفَقَةُ الْإِيَابِ) لاستواء البلاد في حقه، والمذهب والمنصوص في «الإملاء» الأول لما في الغربة من الوحشة والتعذيب؛ ولهذا غرب الزاني، نعم، لو لم يكن له أهل، ولا كما قال: ولا بلد نشأ فيه، ولا استوطنه فقضية كلام الأكثرين أنه لا يشترط وجود نفقة الرجوع في حقه قطعًا .

وحكى أبو حاتم القزويني في «تجريده لتجريد المحاملي» في اعتبار نفقة الرجوع ثلاثة أوجه.

ثالثها: إن كان معيلاً، اعتبر وإلا فلا، وقضية الثالث عدم النظر إلى العشيرة، وعدم الاعتبار مطلقًا، رواه المحاملي، واستغربه الرافعي، وله وجه، ولكنه شاذ.

إشارات: كان الأحسن أن يقول المصنف: أو عشيرة كالروضة؛ إذ المراد أحدهما، والمقصود أنه إذا كان له زوجة ونحوها أو قريب تلزمه نفقته أو لا يلزم، ولكنه يستنصر به ويائس اشترط نفقة الإياب في حقه على المذهب.

وقد قال الرافعي هنا: الأهل كل من تلزمه نفقته، والعشرة الأقارب سواء كانوا من قبل الأب أو الأم على المرجح، وخص بعضهم اعتبار نفقة الرجوع بما إذا كان له بالبلد أهل يلزمه الرجوع إليه.

قال القاضي ابن كج: وبه قال الداركي: والخلاف جارٍ في اشتراط وجود

فَلَوْ كَانَ يَكْتَسِبُ كُلَّ يَوْمٍ مَا يَفِي بِزَادِهِ وَسَفَرُهُ طَوِيلٌ لَمْ يُكَلَّفْ الْحَجَّ، وَإِنْ قَصُرَ وَهُوَ يَكْتَسِبُ فِي يَوْمٍ كِفَايَةَ أَيَّامٍ كُلِّفَ.

الراحلة في الإياب، حيث لا يجب المشي في الذهاب، وهل يختص الخلاف بما إذا لم يكن ببلد ومسكن وخادم، أصح احتمالي الإمام عنده، نعم، وإنه إذا كان له مسكن وقد بقيناه له؛ فالوجه القطع باعتبار نفقة الإياب، وسكت غيره عن ذلك مع حكمه بإبقاء المسكن.

وينبغي أن يختص الخلاف أيضًا بما إذا كان له بالحجاز حرفة أو صنعة تقوم بمؤنة، فإن لم تكن اعتبرت نفقة الإياب وجهًا؛ ولهذا قال: (**فَلَوْ كَانَ يَكْتَسِبُ كُلَّ يَوْمٍ مَا يَفِي بِزَادِهِ**) أي: ما يفي بجميع مؤنه من زاد وغيره.

(**وَسَفَرُهُ طَوِيلٌ لَمْ يُكَلَّفْ الْحَجَّ**) ولو كان يكسب في يوم كفاية إمام؛ لأنه قد ينقطع عن الكسب لعارض؛ ولأن الجمع بين السفر والتكسب سبق، نعم، يستحب له الحج.

قال العمراني وغيره: فإن أجر نفسه، فحضر موضع الحج، لزمه الحج، وإن كان التوصل غير واجب عليه؛ لأنه الآن متمكن من فعل الحج بغير مال.

قال: (**وَإِنْ قَصُرَ**) أي: بأن كان على دون مرحلتين من مكة.

(**وَهُوَ يَكْتَسِبُ فِي يَوْمٍ كِفَايَةَ أَيَّامٍ كُلِّفَ**) أي: لزمه الحج؛ لانتفاء المشقة.

قال ابن الرفعة: هذا ما حكاه الإمام عن العراقيين، وهو ما حكاه القاضي الحسين عن المذهب، ولم يورد في «البحر» سواه.

قال: وقال الأصحاب أي: جمهورهم: لا [فرق] في اعتبار وجود الزاد والماء بين كونه ممن لا يعمل صنعة، أو كان وأمكنه التكسب في الطريق، ولا فرق فيه كما قاله القاضي أبو الطيب بين المسافة البعيدة والقريبة.

قلت: وكلامه يشير إلى أن المذهب هذا، لا ما نقله الإمام والقاضيان، ومن تبعهم وما ذكره هو ما يفهمه كلام المحاملي، وخلائق من العراقيين، وغيره كابن كج، والعمراني.

وعبارة الدارمي: إذا كان على دون مسافة القصر من مكة، فإن كان

....

مشغولًا بما يقتاته لم يلزمه وأنه أراد بالشغل لكسبه في طريقه، وفي «الحاوي» وإن كان على دون مسافة القصر، وله صنعة يكتسب بها كفايته، وكفاية عياله، ومؤنة حجته لزمه الحج، وإلا فلا.

وعبارة التطبيق للقاضي الحسين: إذا كان كسبه كل يوم يكفي لمدة لزمه، وقضيتها أن التصوير فيمن يكسب في يومه ما يكفيه لمدة حجه.

ولفظ «الذخائر»: وإن كان دون مسافة القصر أو كان مكيًّا، وقدر على أن يكسب في يومه ما يكفيه لأيام الحج، وجب عليه.

وعبارة المصنف يحتمله لهذا، أو لغيره.

وعبارة المستخرج من تعليق الشيخ أبي حامد: إن كان من نفس مكة من له حرفة يحترف لها، وكان يكسب يومًا بيوم، وكان له أهل، وكان معه ما يكفيه؛ لذهابه ومجيئه ونفقتهم مدة غيبته، لزمه الحج إن لم يكن له أهل، ولم يكن معه إلا ما يكفيه لذهابه، دون حجته لم يجب عليه الحج، انتهى.

وظاهرها أن المراد القدرة على كسب ما يكفيه لمدة حجه قبل خروجه إليه، لا في حالة سفره للحج.

وعبارة «الحاوي» وغيره محتملة لذلك، لا كما فهمه الإمام، ومن تبعه من النظر إلى القدرة على الكسب في حال المنفرد.

وبالجملة: فالظاهر أن الجمهور على ما صرح به القاضي أبو الطيب من عدم الفرق، وهو ما أبداه الإمام احتمالاً لنفسه، ويحتمل أن يقال إن كان من قرب راكبًا أو أمكنه أن يكسب في يوم ما يكفيه من حجة لزمه، وإن كان ماشيًا فلا، لئلا يجمع عليه مشقة المشي وتعب الاكتساب، وعلى ما قاله في الكتاب ينبغي أن يقال: وكان يكسب في أول يوم من خروجه كفاية، ومن حجه كلف، وإلا فلا.

فرع: يكره الحج عندنا اعتمادًا على السؤال.

قلت: ولعله تفريع على عدم تحريم المسألة للمكتسب، فأما إذا حرمناها فينقدح أن يقال: ليس له إلا الحج اعتمادًا عليها.

الثَّانِي وُجُودُ الرَّاحِلَةِ لِمَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَرْحَلَتَانِ، فَإِنْ لَحِقَهُ بِالرَّاحِلَةِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ

قال الماوردي: ولو كان له عيال، ولو اشتغل بالحج لم يجد ما ينفقه، فإن أوجبناه وهو الصحيح حرم عليه تركهم؛ لما في الصحيح: «**كفى بالمرء إثمًا أن يضيع من يعول**»(١) أو قال: يقوت- الشك مني.

قال: (**الثَّانِي وُجُودُ الرَّاحِلَةِ**) أي: بشراء أو كذا لا استعارة، وقد يجيء فيها وجه كما قيل في إعارة الدلو في باب التيمم، وفيه وقفة!.

قال: (**لِمَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَكَّةَ مَرْحَلَتَانِ**) للخبر السابق، والمراد راحلة تصلح لمثله ذهابًا وإيابًا إن اعتبرت مؤنه، ولا يلزمه المشي، وإن أمكنه بلا مشقة، والأفضل له فعله للخروج من خلاف مالك رحمه الله، إلا أن يحتاج مع ذلك إلى المسألة.

قال القاضي حسين: أو يكون امرأة، فلا يستحب لها الخروج ماشية؛ لأنها عورة، وربما تظهر للرجال إذا كانت ماشية.

إشارة: الراحلة هي الناقة التي تصلح للرجل، ويقال: هي كل ما يركب من الإبل ذكرًا كان أو أنثى، وهو مراد الفقهاء.

قال المحب الطبري: وفي معنى الراحلة كل حمولة أعتيد للحمل عليها في طريقه من بردون أو بغل أو حمار.

قلت: وهو الصحيح فيمن بينه وبين مكة مراحل يسيرة، يسافر في العادة على الحُمر ونحوها إليها في مثل تلك الطريق دون أهل المشرق أو المغرب مثلاً؛ لأن غير الإبل لا يقوى على قطع المسافات الشاسعة غالبًا، وقول المصنف وبين مكة هو المشهود. وقال الماوردي: وبين الحرم.

قال: (**فَإِنْ لَحِقَهُ بِالرَّاحِلَةِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ**) في هذه المسألة أحوال الناس

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٠، رقم ٦٤٩٥)، وأبو داود (٢/ ١٣٢، رقم ١٦٩٢)، والحاكم (١/ ٥٧٥، رقم ١٥١٥)، والبيهقي (٧/ ٤٦٧، رقم ١٥٤٧٢) والطيالسي (ص ٣٠١، رقم ٢٢٨١)، والبزار (٦/ ٣٩٢، رقم ٢٤١٥)، وابن حبان (١٠/ ٥١، رقم ٤٢٤٠)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٧٤، رقم ٩١٧٧).

أُشْتُرِطَ وُجُودُ مَحْمِلٍ، وَاشْتُرِطَ شَرِيكٌ يَجْلِسُ فِي الشِّقِّ الْآخَرِ، ....

مختلفة، فقادر على ركوب سفينة ونحوها بلا مشقة شديدة، وهو الأفضل لمن سهل عليه من الرجال، ومنهم عكسه، ويمكنه الركوب على جوالق ونحوها دون الرجل المجرد، ومنهم من لا يمكنه ذلك إلا بمشقة شديدة، ويمكنه ركوب المحمل بلا مشقة، ومنهم من لا تندفع مشقته إلا بكنيسة وهي شبه الهودج، قاله الطبري.

وضبط الشيخ أبو محمد المشقة، بأن يكون بين ركوبه ما يليق به وغيره مضرة، توازي ما بين الركوب والمشي، واعتبره غيره بما يخشى منه المرض، قال الإمام: وهما قريبان لا اختلاف بينهما فيما أظن، انتهى..

وفيه وقفة للمتأمل، واعلم أني لم أر للأئمة نصًا فيما يعتاده عظماء الدنيا من بيت صغير يتخذ من خشب يسمونه المحفة يحمل بين بعيرين أو غيرهما، وقد يتبادر إلى الذهن من كلامهم وكلام غيرهم أنه لا يلزم ركوبه؛ لعظم المؤنة، وذلك ظاهر على قول من اعتبر وجود شريك يجلس في شق المحمل الآخر كما سيأتي، وقد يتخيل اعتبار ذلك مع قرب المسافة لا مع بعدها، والظاهر أنه إن كان لا يمكنه الحج إلا فيه؛ لشدة الظمأ، والهرم، وَالْفَالِجِ، ونحوه من الأمراض الوجوب عند المكنة، ويؤيده قول الشافعي في «الأم»: ويجب عليه إن قدر في المحمل بلا ضرر، وكان واجدًا له أو المركب غيره، وإن لم يثبت على غيره أن يركب المحمل أو ما أمكنه الثبوت عليه من المركب، انتهى.

وقد يتوقف في ذلك عند بعد المسافة، وتفاحش الكلفة، ويقال: المراد بالنص الركوب على ظهر البعير وغيره.

قال: (أُشْتُرِطَ وُجُودُ مَحْمِلٍ) أي: على ما فصلناه.

وعبارة «الحاوي»: وإن لم يستطع إلا ركوب محمل أو ساقطة اعتبر ذلك.

قلت: ولم أجد تفسير الساقطة، ولعلها شق المحمل بلا رأس ولا مظلمة أو ما يسمى عطفة كما سيأتي.

قال: (وَاشْتُرِطَ شَرِيكٌ يَجْلِسُ فِي الشِّقِّ الْآخَرِ) أي: وجود شريك يجلس

……

في الشق الآخر دفعًا للمشقة بدونه، كما اعتبرت الراحلة دفعًا؛ لمشقة المشي، هكذا ذكره الإمام ومن تبعه لأن العادة جارية به قال الرافعي ولا يبدو تخريجه على لزوم أجرة الْبَذْرَقَةِ، وفي كلام الإمام إشارة إليه، فعلى ما أورده المصنف، لو لم يجد من يجلس في الشق الآخر لم يلزمه الحج؛ لأن ما زاد على الحاجة من المؤن فيه إفراط فلم يكفله في الوجوب.

واعلم أن النصوص وأكثر الكتب ساكتة عن ذلك؛ وإطلاق النص، وغيره يفهم أنه إذا قدر على المحمل لزمه ركوبه من غير اعتبار وجود شريك، وقد جرت العادة في هذه الأعصار بمصر والشام، وأحسبه متقاربًا فإن الواحد يركب في شق محمل، ويجعل زاده ومتاعه في جولق أو غيره في الجانب الآخر عوضًا عن شق الآخر، بل كثير من الناس يؤثره مع وجود الشريك في شق آخر، وإذا أمكن ذلك بلا ضرر فالوجه الاكتفاء به، ولا حاجة إلى وجود شريك، ولا إلى التخريج إلى أجرة الْبَذْرَقَةِ، وقد يمكن الهودج وغيرهما لا يحتاج إلى شريك، وكذا ما يسمى عطفه، وهو مقعد، فإذا أمكنهم ذلك بلا مشقة شديدة وجب الحج لا محالة، وهو أخف مؤنة من شق المحمل.

إشارة: اقتضى إطلاق المصنف وكثيرين أنه إذا لم يلحقه بالراحلة مشقة شديدة، أنه يلزمه الحج بالْقَتَبِ كانت أو زاملة، وبه صرح الجمهور، ولم يتعرضوا للفرق بين الرجل والمرأة، وإليه يومئ الرافعي، لا سيما في «شرحه الصغير»، وهو قضية إطلاق المصنف هنا مع قوله من بعد، وفي المرأة كما سنذكره.

وذكر المحاملي، وغيره من العراقيين، وبه أجاب القاضي الحسين في «التعليق» أنه يشترط في حق المرأة وجوب المحمل؛ لأنه أستر لها، وجعله صاحب «التعجيز» في شرحه وجهًا.

وقال المصنف في «شرح المهذب»: ولم يفرقوا بين من يتمسك على القتب وغيرها.

[illegible] بظاهره [illegible] لا يلزمها ذلك، ولا يحتاج أن [illegible] عليها

وَمَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ، وَهُوَ قَوِيٌّ عَلَى الْمَشْيِ يَلْزَمُهُ الْحَجُّ، فَإِنْ ضَعُفَ فَكَالْبَعِيدِ، ....

أما غيرها من نساء الأعراب، ونحوهم من أخلاف البوادي، والقرى؛ فالأوجه أنها كالرجل في ذلك، فإن الواحدة منهن تسافر الأرض طولاً وعرضًا في النجعة، وغيرها على القتب، والراحلة بلا مشقة، ونساء الأكراد، والنزل، والتركمان يركبن الخيل، ونحوها في الأسفار الطويلة بلا مشقة، ولا احتشام، وحسن الضبط بما جرت به عادتها أو عادة أمثالها في سفرها الدنيوي، فلا يكلف دونه، ولا يشترط في حقها فوقه عمل بالعرف، وهذا ظاهر وغاية الرفق أن يسلك بالعبادة مسلك العادة لا سيما مع قلة المراحل.

قال: **(وَمَنْ بَيْنَهُ)** قريبها يعني مكة.

(وَبَيْنَهَا دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ وَهُوَ قَوِيٌّ عَلَى الْمَشْيِ يَلْزَمُهُ الْحَجُّ) أي: على الصحيح، وعللوه بعدم المشقة ينبغي أن يضاف إلى ذلك، وإنه من حاضري المسجد الحرام، وإلا فعدم المشقة قد تعرض في حق التعبد ولا سيما البعد المقتصد، ولم يفرقوا هنا بين الرجل والمرأة، وفيه احتمال ظاهر، ولا سيما على قول من يعتبر المجمل لها مراعاة لسترها، وشرط الدارمي هنا ألا يكون مشتغلاً بما بقتاته كما سبق، فكان المعنى فيه اجتماع مشقة المشي، والتكسب للقوت ونحوه.

قال: **(فَإِنْ ضَعُفَ فَكَالْبَعِيدِ)** أي: في كل ما سبق، وفي التسوية بينهما وقفة، نعم؛ لا بد من مركوب، وينبغي أن يجعل هنا من المشقة فوق ما يحتمل من البعد لقرب الزمن.

فرع: ولا يؤمر بالحبو والزحف، وإن أمكنه، وفي التسوية بينهما وقفة، وقيل: يلزمه هكذا أطلق المصنف حكايته تبعًا للدارمي. وعبارة ابن كج: لو كان زمن بمكة أو بقربها مثل: ميل أو أقل ممن يسمع النداء، ويلزمه حضور الجمعة، فهل يلزمه الحج؟ اختلف أصحابنا، فمنهم من قال يلزمه؛ لأنه بمنزلة من حضر عرفات.

والثاني: لا لمشقة الزحف، انتهى.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ فَاضِلَيْنِ عَنْ دَيْنِهِ وَمُؤْنَةِ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ، وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ كَوْنِهِ فَاضِلًا عَنْ مَسْكَنِهِ وَعَبْدٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِخِدْمَتِهِ،

وقضية توجيه الأول أنه يلزم العربي الحج على الوجهين حبوًا أو زحفًا، إلا أن يريد بذلك أنه بمنزلة من حضر عرفات، ولا شك أن القريب من مكة إذا قدر على ركوب حمار ونحوه مستطيع بخلاف العبد كما أشرنا إليه، نعم؛ لو وجد الزمن ونحوه من حاضري المسجد الحرام أدميًا يحمله بأجرة مثله، فهل يكون بمنزلة قدرته على الدابة الأشبه، نعم؛ وسبق في حضوره الجمعة كلام القاضي الحسين، وغيره، وهنا أولى بالإيجاب؛ لعدم التكرار.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الزَّادِ وَالرَّاحِلَةِ**) اللائقين به كما قيده في «الكافي».

(**فَاضِلَيْنِ عَنْ دَيْنِهِ**) أما الحال فلأنه تاجر والحج متراخ، وأما المؤجل فقد يحل بموت أو حلول أو لا يجد من بعد ما يؤديه فيه، وفيه وجه أنه لا يمنع.

وفي «الحاوي» إن كان يحل قبل عرفة فلا حج عليه أو بعد عرفة فوجهان، ولو قال: رب الدين أمهلتك إلى عودك، لم يلزمه الحج.

إشارة: لا يلزمه الاستقراض للحج، وإن بذله له المقرض، وقد يؤخذ ذلك من كلام الكتاب، وقولهم بأن الدَّين فاجر، والحج على التراخي، قد يشعر بأنه لو كان قد يضيق عليه الحج أن الحكم يختلف وهو محتمل كاجتماع الدين والزكاة أو أحج في التركة- وسبق هناك إلحاق المفلس في ذلك بالميت.

قال: (**وَمُؤْنَةِ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ**) لئلا يضيعوا، ولفظ: المؤنة تشمل النفقة والكسوة والإسكان والإخدام الواجب.

وقد حكى ابن كج عن الشافعي نحو عبارة الكتاب، وهي أحسن من قول غيره ونفقة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ كَوْنِهِ فَاضِلاً عَنْ مَسْكَنِهِ وَعَبْدٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِخِدْمَتِهِ**) أي: لزمانته أو منصبه كما ينفيان في الكفارة. قال الرافعي: رجحه الأكثرون.

قلت: ونقله ابن كج عن نص الشافعي، وبمقابله أجاب الكرخي، ونقله عن نص «الأم».

....

وقال الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين: أنه المذهب، وبه جزم البندنيجي وغيره، وصححه المتولي لوجود الاستطاعة المفسرة في الخبر.

والفرق أن الكفارة يدخلها البدل بخلاف الحج.

وفي «الذخائر»: أن بعض الأصحاب نقل الثاني عن الشيخ أبي حامد، وفي «التعليق» قال: والذي رأيته في تعليق البندنيجي عنه أنه ذكر أن ظاهر كلام الشافعي يدل على أن الاستطاعة تعتبر بعد المسكن والخادم، انتهى.

والظاهر أن هذا من اختلاف نسخ التعليق، ولفظ المستخرج من تعليقه، وإذا كان له دار يسكنها وخادم، لا بد له من ذلك فالحج أولاً غير واجب عليه.

إشارات: الخلاف قولان منصوصان كما ذكرناه لا وجهان هل ينفيان إذا تضيق عليه الحج لخوف غصبٍ أو قضاء فوري كالحج المتراخي أو لا كالدين، وأولى إذا قدمنا الحج عليه والحقنا المفلس بالميت لم أر فيه نقلاً، وهل يكون قائد الأعمى بالبلد على الوجهين أو القولين أم يبقى جزمًا الظاهر الأول، وكنت أود لو قيل: إن احتاج إليه لزمانة أو عمى أو لمرض لا يرجى برؤه بقي؛ لأنها ضرورية، فإن احتاج إليه لزمته ومنصبه، فلا؛ لأنها غير ضرورية، وإذا انقساهما فكان معه نقد بصرفها إليهما سكن، هكذا أطلق، وهو ظاهر فيما إذا قصد السكن فيه.

أما لو لم يقصده لاعتياده السكن المكري أو سكن مباح بمدرسة ونحوها فهل نقول النقد مستحق لجهة السكن فتمتنع الاستطاعة أو لا قيل فيه: احتمالان، وقد يتبادر الأول والثاني أقرب.

قلت: ويقوى الجزم به إذا كان له مسكن استحق منفعته بوقف أو وصاية، ولا سيما إذا كان عين فيهما لسكنه.

وعبارة القاضي ابن كج: قال الشافعي: ولا نبيع المسكن والخادم لحاجته إلى ذلك فإن كان مثله لا يحتاج إلى المسكن والخادم تباع ذلك فاقتضى أن المسكن لا يباع لكل أحد بل هو كالخادم بخلاف ما أفهمه كلام الكتاب

وَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ صَرْفُ مَالِ تِجَارَتِهِ إِلَيْهِمَا].

وغيره، وسبق قول أبي حامد، ولا بد له من ذلك، وكذا يقال: لو كان معه نقد ويحتاج إلى خادم، ولكن لا يقصد الشراء لاعتياده الاستخدام بالكري، ولينظر فيما لو كانت الزوجة تقوم بخدمة الزمن هل يكفي تبرعها عن صرف النقد إلى خادم ما سبق في دار مستغرقة لحاجته وسكنى مثله وعبد يليق به، فلو اتسعت وأمكن بيع بعضها بما يفي الحج، والاكتفاء بباقيها أو كانا نفيسين لا يليقان به، ولو أبدلا باللائق، لو في الزائد بالحج لزمه الحج قطعًا، والعمرة إذا أوجبناها كالحج سواء.

قال: (**وَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ صَرْفُ مَالِ تِجَارَتِهِ إِلَيْهِمَا**) أي: إلى الزاد والراحلة كالدين وقيل: إن أبا حامد نقل الإجماع فيه، وفي «المستخرج من تعليقه» أنه قال: يلزمه خلافًا لابن سريج، وعلل بألا يلتحق بالمساكين.

قال الإمام: وغلطه الأصحاب.

قلت: صححه جماعة منهم: القاضي أبو الطيب والشاشي والروياني، واختاره ابن الصلاح ويقوي إذا لم يكن له كسب بحال، وفرق بأن الحج على التراخي بخلاف الدين، نعم؛ إن يضيق تظاهر، ويجري الخلاف في بيع العقار الذي يستقله لنفقته.

وعبارة «البيان»: قال ابن الصباغ: وهل يعتبر وجود الزاد والراحلة فاضلاً عن كفايته على الدوام فيه وجهان، انتهى.

وقضيتها جريانهما فيما إذا كان معه نقد ناص ألوف لا يتجر فيها، وهذا بعيد واعلم أن القاضي ابن كج نقل في أول الباب بعد أن نقل عن «الإملاء» أنه يعتبر أن ترك لأهله مؤنهم وخادمهم في ذهابه ورجوعه إن سلم.

وحكى البويطي أنه يحتاج أن يترك بضاعة إذا رجع يعيش بها، فأما إن لم يفضل له ذلك فلا يلزمه الحج، وهذا ما نقلوه عن ابن سريج وزيفوه، ونقل ابن كج بعد ذلك بكثير عن الشافعي أنه يباع العروض والعقار، وأطلق ولم يبين شيئًا كما هو الراجح، ويرجح من كلامه أن المسألة على قولين منصوصين،

وقد قاسوا ذلك على بيعهما في دين الآدمي، والإمام نقل عن العراقيين أن ابن سريج قال بذلك في الدَّين أيضًا وأنهم غلطوه.

قلت: وحكى أن القاضي أبا الطيب حكاه عن نص الشافعي، واحتج به لاختياره الوجه الآخر.

وقال في «البيان»: قال المحاملي: إن النص محمول على ما إذا كان برضا الغرماء، أما بغير رضاهم فلا، انتهى.

فرع: لا يلزم الفقيه بيع كتبه المحتاج إليها للحج خلافًا للقاضي الحسين، نعم؛ لو كان له بالكتاب نسختان اكتفى بواحدة.

قال ابن الأستاذ: تفقهًا، وينبغي أن يلحق بذلك سلاح الجندي وغيره المحتاج إليها للقتال، ويشبه أنه أراد المرتزقة، وقد لا يفرق، وسيأتي بيانه في التفليس إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا فضل عن الأمور المذكورة شيء وهو يحتاج إلى التزويج، فإن لم يخف العنت لزمه الحج، وإن خافه فقد صرح كثيرون بوجوب الحج، واستقراره في ذمته، وإن صرف المال والحالة هذه إلى التزوج أفضل، وفهم الإمام والرافعي من تقديمهم الصرف إلى التزوج إلى الاستطاعة، وبه قال الجرجاني في «المعاياة».

قال المصنف: أن الصواب استقرار الحج وعلله صاحب «الشامل» وغيره بأن النكاح من الملاذ، فلا يمنع وجود الحج.

وقال الروياني في «التجربة»: لا يختلف المذهب أن الحج قد وجب عليه، ولكن له التزويج ويؤخر الحج؛ لأن وجوبه على التراخي وأيهما أفضل؟ قال أصحابنا: إن خاف العنت؛ فالأفضل له التزويج، وإلا فالحج أفضل؛ لأنه فرض في ذمته، وعن تعليق الشيخ أبي حامد ولو كان معه ما يكفيه للحج، فاحتاج إلى تزوج، وبدل صداق؛ فالحج مقدم؛ لأن الحج فرض والنكاح ليس بفرض.

وقد سئل الأوزاعي عن هذه المسألة فقيل له: أيهما أولى بالتقديم؟ فقال:

الثَّالِثُ أَمْنُ الطَّرِيقِ، فَلَوْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ أَو مَالِهِ سَبُعًا أَو عَدُوًّا أَو رَصَدِيًّا وَلَا طَرِيقَ سِوَاهُ لَمْ يَجِبْ الْحَجُّ.

إن كان يخاف العنت؛ فالتزويج أولى وإلا فالحج أولى.

قال الشيخ أبو حامد: ولا بأس بهذا، قال المعلق عنه: قلت: إن الحج على جميع الأحوال أولى؛ لأنه لما كان إذا خشي العنت لا يجب عليه أن يتزوج، وكان الحج واجبًا عليه كان فعل الواجب أولى، انتهى.

وفيما قاله نظر؛ إذ الفرض في الحج على التراخي.

أما لو تضيق عليه كما سبق، فهذا موضع يأمل على أن في وجوب التزوج أو الشراء نزاع إذا خاف العنت، والمختار الوجوب كما أوضحته في «الغنية» هناك، نعم؛ لو إن شرى ببعض ما معه أفضل ما يحج به فينقدح أنه كمن لم يخف العنت؛ لحصول الغرض بالشراء، ولم أر للناس كلامًا فيما لو كان لا يصبر عن الجماع لغلمته، هل يكون من شرط الوجوب القدرة على استصحاب ما يستمتع به من زوجته أو شرائه، فيه نظر! والقول به مستبعد مع اتجاهه.

فرع: قال الشافعي في «الإملاء»: ولو كان رجل لم يحج وعلى ابنه دين كان أن يبدأ بالحج أحب إلي، فإذا وجد السبيل إلى دين ابنه قضاه عنه؛ وذلك أنه يكلف في نفسه، ومتطوع عن غيره، ولو كان الدين عليه واجبًا أن يبدأ بالدين قبل الحج، وقضيت بذلك عليه، انتهى.

قال: (**الثَّالِثُ أَمْنُ الطَّرِيقِ**) أي: في كل مكان يحسب ما يليق به؛ لأن خوفه ينفي استطاعة السبيل، وقيل الأمن شرط في الأداء لا الوجوب، وبه قال أحمد وهو غريب.

(**فَلَوْ خَافَ**) أي: على عضو أو بضعه.

(**عَلَى نَفْسِهِ أَو مَالِهِ سَبُعًا أَو عَدُوًّا أَو رَصَدِيًّا وَلَا طَرِيقَ سِوَاهُ لَمْ يَجِبْ الْحَجُّ**) أي: الحصول الضرر.

تنبيهات: الرصدي: من يرقب الناس في الطريق لأخذ شيء منهم مسلمًا كان أو كافرًا، فلا يجب الحج، وإن رضي بشيء يسير بل يكره إعطاؤه له؛

……

لأنه يحثه على الطلب، كذا قاله الرافعي هنا، وقيد الكراهة في باب الإحصار بما إذا كان كافرًا لما فيه من الصغار، وفي «البحر» أن ظاهر المذهب أنه لا يكره البذل للمسلم، وإنما يكره للمشرك لمضاهاته الجزية.

وقال في «التجربة»: لو كان في طريقه رصدي عن حمله مساوٍ إن قل كدانق من درهم لا يلزمه الحج؛ لأن يتعود، ونوقل الحرام ولا يجوز ذلك، ولا يحتمل على المذهب غيره، انتهى.

وظاهر هذا عدم الفرق بين المسلم والكافر، وإن الإعطاء حرام.

وقال القاضي ابن كج في باب الإحصار: إذا قال العدول: إذ علم إلا على مال أخذه منكم.

قال الشافعي: لم يجز لهم أن يعطوا على ذلك مالاً؛ لأنهم إن كانوا كفارًا فلا يقووا بالمال على المسلمين، وإن كانوا مسلمين فلم يؤمنوا على النفوس لعدوهم بأخذ المال الذي لا حق لهم فيه، ولا يلزمهم المضي، ولهم أن يرجعوا ويتحللوا كالمحصرين سواء هذا لفظه وهو ظاهر في تحريم الدفع إلى الكفار وغيرهم.

وقال في «الذخائر» هناك: نص عليه الشافعي، ثم إن كانوا كفارًا، ذكره وإلا فلا، انتهى.

وسيأتي أنه لا يجب قتال الرصدي المسلم وأما الكفار، فقيل: يجب قتالهم إذا لم يزيدوا على الضعف، ولم يرض الإمام هذا الإطلاق، وذكر ما سبق صحته هناك، فليتأمل مع ما نحن فيه إذا لم يزيدوا على الضعف، ولم يرتض الإمام هذا الإطلاق وذكر ما سنوضحه هناك، فليتأمل مع ما نحن فيه إذا كان الرصدي كافرًا أطلقوه ذكر الخوف في المال.

وينبغي تقييده بالمال الذي لا بد له منه للنفقة والمؤن، أما الوارد استصحاب مال خطير للتجارة، وكان الخوف لأجله؛ فالظاهر أنه ليس بعذر، وقول المصنف: ولا طريق سواه، ليس مفهومه على إطلاقه لما ستعرفه في

وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ رُكُوبِ الْبَحْرِ إِنْ غَلَبَتْ السَّلَامَةُ، ....

باب الإحصار إن شاء الله تعالى.

قال البغوي وغيره: ويشترط وجود رفقة يخرج معهم في الوقت الذي جرت عادة بلده الخروج فيه فإن قدموا أو أخروا بحيث يحتاجون إلى قطع أكثر من مرحلة كل يوم لم تلزم قال المصنف: هذا إذا خاف في الطريق فإن كانت آمنة بحيث لا يخاف الواحد لزمه ولا يشترط رفقه قلت: وهذا ظاهر مع قرب المسافة، وأما مع بعدها ففيه نظر لما في الانفراد من المشقة الشديدة والوحشة غير المحتملة مع تعريضه نفسه للضياع، وكلام البغوي يومئ إلى أن الأمن أمر زائد على هذا.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ رُكُوبِ الْبَحْرِ**) على الرجل والمرأة إذا لم يمكن سلوك غيره.

(**إِنْ غَلَبَتْ السَّلَامَةُ**) أي: كما يجب السير في أكبر حينئذ فإن غلب الهلاك حرم قطعًا وإن استوى الأمران لم يجب ويحرم على الأصح، وإذا لم يوجب ركوبه وجوزناه استحب للرجل دون المرأة على الأصح.

وعبر المصنف بالأظهر وفي «الروضة» و«شرح المهذب» المذهب وحكى في المسألة ثمان طرائق، ولم يحل ترجيح طريقة القولين عن أحد.

قال الشيخان: وليست الأنهار العظام كالبحر؛ لأن المقام فيها لا يطول والخطر فيها لا يعظم وقيل كالبحر، واستغربه الرافعي، وبه أجاب الماوردي، وَكَانَ التَّصْوِيرُ فِيمَا إِذَا كَانَ يَقْطَعُهَا عَرْضًا، أَمَّا لَوْ كَانَ السَّيْرُ فِيهَا طُولًا فَهِيَ فِي كَثِيرٍ مِن الْأَوْقَاتِ كَالْبَحْرِ وَأَخْطَرَ، والله أعلم.

فرع: إذا لم نوجب ركوبه فركبه لفرض، فإن كان ما أمامه أكثر فله الرجوع أو أقل لزمه التمادي، فكذا إن استويا في الأصح قالا، ومحل الوجهين إذا كان له طريق في البر يرجع فيه إلى وطنه. قلت: كذا قاله الإمام، لكن والده صوَّر المسألة في «الفروق» فيمن في جزيرة والبحر محيط بها من جميع الجوانب، وهذا قد ينقدح إذا لم يوجب نفقة الرجوع، وسبق بيانه بما فيه ثم ما

وَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أُجْرَةُ الْبَذْرَقَةِ، ....

ذكروه من الكثرة والتساوي المتبادر منه النظر إلى المسافة، وهذا صحيح عند الاستواء في الخوف في جميع المسافة. أما لو اختلف فينبغي أن ينظر إلى الموضع المخوف وغيره حتى لو كان أمامه أقل مسافة لكنه أخوف أو هو المخوف، لا يلزمه التمادي، وإن كان أطول مسافة، ولكنه سليم وخلف [المخوف][1] ورآه لزمه ذلك، وفي الفروع زيادة ذكرتها في «الغنية».

قال: (**وَأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أُجْرَةُ الْبَذْرَقَةِ**) لأنها من أهَبِ الطريق ومأخوذة بحقٍ كأجرة الدليل إذا لم يعرفوا الطريق إلا به.

إشارات: قال في «الدقائق»: الْبَذْرَقَة، الخفير قيل: وصوابه الخفارة، وهي لفظة عجمية معربة ويقال: بالدال وبالذال، والمراد أنهم إذا وجدوا من يخفرهم بأجرة المثل، وغلب على ظنهم أمنهم به، وجب استئجاره على الأصح.

قال في «شرح المهذب»: والذي أطلقه الجماهير من الطريقين أنه إذا احتاج إلى خفارة لم يجب الحج، فيحتمل أنهم أرادوا ما يأخذه الرصدي، وهذا لا تجب معه الحج بلا خلاف، فلا يكونوا متعرضين لمسألة الإمام يعني مسألة الكتاب، ويحتمل أنهم أرادوا الصورتين فيكون خلاف ما قاله، والاحتمال الأول أصح، وأظهر، والأصح وجوب الحج، وممن صحح ذلك أبو عمرو بن الصلاح وهو ظاهر، وإن أشعر كلام الأكثرين بخلافه.

وقضية كلام ابن الرفعة أن المذهب ما يشعر به كلام الجمهور حيث قال: أثر قول «التنبيه» من غير خفارة أي: من غير أجرة يدفعها لمن يحرسه في الطريق ممن يترصد بها الحجيج.

قال: وهذا ما أورده العراقيون، والقاضي الحسين، وهو المنصوص، واقتضى في الشرحين والروضة على نسبة الترجيح إلى الإمام، وتابعاه في «المحرر» و«المنهاج» ووجه المنع أنه خسران لدفع الظلم، فأشبه الدفع إلى الظالم، واعلم أن الخلاف وجهان، لا قولان كما يفهمه سياق الكتاب.

---

(١) في نسخة: (المجنون).

وَيُشْتَرَطُ وُجُودُ الْمَاءِ وَالزَّادِ فِي الْمَوَاضِعِ الْمُعْتَادِ حَمْلُهُ مِنْهَا بِثَمَنِ الْمِثْلِ، وَهُوَ الْقَدْرُ اللَّائِقُ بِهِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ، وَعَلَفِ الدَّابَّةِ فِي كُلِّ مَرْحَلَةٍ.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ وُجُودُ الْمَاءِ وَالزَّادِ فِي الْمَوَاضِعِ الْمُعْتَادِ حَمْلُهُ مِنْهَا بِثَمَنِ الْمِثْلِ، وَهُوَ الْقَدْرُ اللَّائِقُ بِهِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ)** أي: فلو كان عام جدب، وخلا بعض تلك المنازل من أهلها أو انقطعت المياه، فلا وجوب؛ لأنه إن لم يحمل ذلك خاف الهلاك، وإن حمل عظمت المؤنة، وكذلك الحكم لو كان يجدهما بأكثر من ثمن المثل لما فيه من الإجحاف. والظاهر مجيء الوجه المحكي في ثمن ماء الطهارة، ورقبة الكفارة وأولى؛ لأن الحج لا بدل له بخلافها، وقد أبداه في «الذخائر» في ثمن الراحلة من مسبلة الماء، وذكروا في ثمن مثل الماء في باب التيمم ثلاثة أوجه: أرجحها ما جزم به هنا.

واعلم أن الاعتبار فيما ذكره بالعادة وهي جارية بحمل الزاد دفعة من مصر والشام ونحوهما، ومثل الرافعي وغيره بحمل الزاد من الكوفة إلى مكة، وحمل الماء مرحلتين أو ثلاثًا، وكان هذا عادة طريق العراق وإلا فعادة الشام حمله غالبًا بمفازة تبوك، وهي ضعف ذلك والضابط العُرف، والظاهر اختلافه باختلاف النواحي.

قال: **(وَعَلَفِ الدَّابَّةِ فِي كُلِّ مَرْحَلَةٍ)** لأن المؤنة تعظم في حمله لكثرته[1]، هكذا نقله الرافعي عن البغوي والمتولي وغيرهما.

وقال المصنف في «شرح المهذب»: وينبغي أن تعتبر فيه العادة كالماء، وما قاله متعين ويعضده أن كثيرين أو الأكثرين لم يذكروه، وكأنهم رأوه داخلاً في كلامهم على الماء والزاد أو قلنا بظاهر كلام البغوي، وموافقيه لما لزم أو في الحج أصلاً.

وعبارة القاضي الحسين: وأما علف الدواب وماؤها فيشترط وجودهما في كل مرحلة، ثم قال: والمحكم في هذه المسائل العرف والقياس إن حكم البهائم حكم نفقة نفسه، وقد بينا.

---

(١) في نسخة: (حمله لشربه).

وَفِي الْمَرْأَةِ أَنْ يَخْرُجَ مَعَهَا زَوْجٌ أَو مَحْرَمٌ أَو نِسْوَةٌ ثِقَاتٌ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وُجُودُ مَحْرَمٍ لِإِحْدَاهُنَّ، ....

قلت: وإذا كان هذا هو القياس فلم يعدل عنه إلى غير توقيف ولا عرف مطرد.

قال الروياني في «الحلية»: إنه لو كانت المسافة قريبة لا يشق نقل الماء، وعلف البهائم في كل عشرين فرسخًا أو ثلاثين لزمه، وقال في «البحر»: وعلف الدواب والماء؛ لشربها حكمه حكم الماء في حق الناس، فينبغي أن يوجد ذلك في كل منزلة أو منزلتين، فإن لم يجده في المنازل بحال فقير واحد، وإن كان يجده في أقرب البلدان إليه؛ لأن العادة هذا إذا كان على مسافة بعيدة ثم ذكر كلام «الحلية».

قال: **(وَفِي الْمَرْأَةِ)** أي: ويشترط في وجوب الحج على المرأة سوى ما تقدم ذكره في حق الرجل.

(أَنْ يَخْرُجَ مَعَهَا زَوْجٌ أَو مَحْرَمٌ أَو نِسْوَةٌ ثِقَاتٌ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وُجُودُ مَحْرَمٍ لِإِحْدَاهُنَّ) اعلم أن الغرض من ذلك أن تأمن على نفسها، وقد صرحت الأحاديث الصحيحة على اختلاف ألفاظها بتحريم سفرها وحدها بلا زوج، ولا محرم لما يخاف عليها من الاستمال والخديعة، وأقيمت النسوة الثقات مقام المحرم، ومن في معناه؛ لأنهن إذا كثرن انقطعت الأطماع عنهن، ولا سيما في الخروج مع الحجيج العظيم الذي هو بالمصر الجامع، فإن لم يكن أحد هذه الثلاثة لم يلزمها الحج على ما جعله الرافعي وغيره من المراوزة المذهب، ويشترط في الخنثى محرم من الرجال أو النساء بلا أجنبيات، وقضية ما في هذا الكتاب أنه لا يكتفي بالمرأة والمرأتين، وقضية كلام كثيرين الاكتفاء بالمرأتين؛ لإنهن يصرن ثلاثًا، ولا شك فيه عند من يكتفي باجتماع نسوة لا محرم لإحداهن، كما هو الأصح، وأما المرأة الواحدة الثقة يصاحبها.

قال الشيخ هنا: أنه لا يكفي على المذهب عند الجمهور، قال: وحكوا قولاً عن «الإملاء» أن الثقة إذا حصلت بامرأة واحدة كفى، وهو ما أورده البندنيجي، والمحاملي، والقاضي أبو الطيب، وجماعة، واختاره صاحبا

....

«المهذب» و«البحر» والبغوي، والماوردي وغيرهم.

وقال في باب الإحصار من «شرح المهذب»: إنه الأصح، وهو كما قال: وهو ظاهر نص الشافعي في «الأم» في مواضع، منها: باب حج المرأة، بل هو مصرح به ولفظه، وإذا كانت المرأة تجدهما يعني الزاد والراحلة، وكانت مع ثقة من النساء في طريق ماء هو له فهي ممن عليه الحج عندي، والله أعلم، وإن لم يكن معها ذو محرم؛ لأن رسول الله ﷺ لم يستثن فيما يوجب الحج إلا الزاد والراحلة، وإن لم يكن مع حرة مسلمة ثقة من النساء فصاعدًا لم تخرج مع رجال لا امرأة معهم، واستبدل له إلى أن قال: قال الشافعي: فإن قال قائل فهل من شيءٍ يثبته غير ما ذكرت، قيل: نعم، ما لا يخالفنا فيه أحد علمته من أن المرأة يلزمها الحق، وتثبت عليها الدعوى ببلد لا قاضي به، فيجلب من ذلك البدو، ولعل الدعوى تبطل عنها أو تأتي بمخرج من حق لو ثبت عليها مسيرة ثلاثة أيام مع غير ذي محرم إذا كان معها امرأة ثقة، وأطال ﷺ في تقريره، وهو صريح في أن المرأة الواحدة تكفي كما قال في «الإملاء» ولا جرم.

قال الشيخ أبو حامد: إنه مذهب الشافعي، وكلام الأصحاب في العدد منطبق عليه بل أولى، فهو المذهب لكن ما ذكروه في العدد من جواز خلوة الأجنبي بالأجنبيين فيه نظر!

وتعارض بكتيه في «الغنية» هناك.

ورأيت في «الذخائر» هنا: أن الشافعي نص في حج التطوع: أنه لا يجوز لها أن تسافر إلا مع ذي محرم، نص عليه في العدد، وكذلك يحرم على الرجل أن يخلو بنسوة ما لم يكن فيهن محرم له، ولو واحدة، وقد نص الشافعي على أنه لا يجوز أن يؤم نساء منفردات إلا أن يكون فيهن محرم لهم، والزوج والزوجة في جميع ذلك في معنى المحرم، انتهى.

وهو ممن نقل نص «الأم» السابق في حجة الإسلام وفي جميع ذلك في معنى المحرم، انتهى.

……………………………………………………

وفي المسألة قول ثالث: أنه يلزمها الحج وحدها إذا أمنت على نفسها، واختاره صاحب «المهذب»، ومن ذكرناه معه قريبًا، وفي الحديث الصحيح ما يشهد له.

تنبيهات: منها: حاول شارح الجمع بين اختلاف ترجيح المصنف يحمل ما تقدم من اشتراط النسوة على أنه شرط؛ لوجوب حجة الإسلام، وما ذكر آخرًا على أنه شرط؛ لجواز الخروج لآدابها، انتهى.

وهذا تكلف عندي، ولم يرده المصنف، والله أعلم.

ومنها: قيل: يلحق عندها بالمحرم؛ لأن الصحيح أن حكمه في النظر حكم المحرم، كما ذكره في كتاب النكاح.

قلت: لكنه قال في موضع آخر: أن الصحيح بل الصواب أنه ليس كالمحرم كما نقلته من خطه، وهو الصحيح، وأوضحته في «الغنية» هناك أتم إيضاح.

ومنها: لم يتعرضوا للفرق بين العجوز والمسنة التي لا تخاف على نفسها غالبًا، وبين غيرها مع ظهوره، وقد ذكره بعضهم في النظر، وفي اللمس الناقض للوضوء.

ومنها: ذكر الرافعي في كلامه على ألفاظ «الوجيز» أن الموفق ابن ظاهر حكى عن الأصحاب ترددًا في كون النسوة الثقات من شرط الوجوب أو التمكن، ولم يذكره الشيخ في «الروضة».

قال ابن الرفعة: وذلك يطرد في المحرم والزوج، وحكى عن تصريح الجرجاني في المحرم، فقال صاحب «التعجيز»: جعل الروياني وجدان المحرم شرطًا للأداء لا للوجوب، فظاهر كلامهم يخالفه.

ومنها: قال بعض الشارحين تفقهًا: إذا حجت المرأة من مكة آمنة لا يشترط لها النسوة والمحرم، ويحمل إطلاق الأئمة على الغالب في السفر، وغالب أحوالها عدم الأمن فيه، وما قاله ظاهر، ويحتمل.

ومنها: ما سبق في حج الفرض إما التطوع والزيارة والتجارة ونحوها،

وَأَنَّهُ يَلْزَمُهَا أُجْرَةُ الْمَحْرَمِ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ إِلَّا بِهَا.

ففي خروجها مع النساء الخلص وجهان، أصحهما: المنع، نعم؛ لو تطوعت بحج، ومعها محرم ومات، فلها إتمامه بغير محرم، قاله الروياني.

قلت: وفي حكم موته انقطاعه بمرض أو أسر وغيرهما.

ومنها: لو خاف الأمر الجميل على نفسه، فينبغي أن يشترط في حقه من يأمن معه على نفسه من قريب ونحوه، ولم أر فيها نقلاً.

ومنها: قوله في «الأم» مع حرة مسلمة يشعر بأنه لا يكفي الأمة الثقة، ولعله ليس بقيد، كما هو قضية إطلاق الأئمة، وهل يشترط في الواحد فأكثر البلوغ؟ ظاهر كلامهم، نعم؛ لأن من دون البلوغ لا توصف بالثقة، وهل يشترط ذلك في المحرم ونحوه ممن يخرج معها أم يجزأ في المميز؟ الخلاف المذكور في العدد فيه نظر!، والأرجح أنه لا يكفي؛ لأنه لا ندب عنها، ولا يخشى منه غالبًا.

ومنها: قضية قوله: وفي المرأة إلى آخره أنها كالرجل فيما سبق، سواء لا فيما ذكر من المحرم والزوج والنسوة، فيخرج منه كما سبق أنه لا يسقط في حقها المحمل، ونحوه إلا حيث يشترط في حقه؛ ولهذا قال الغزالي: المرأة كالرجل في الاستطاعة، لكنها عورة تحتاج إلى محرم.

قال ابن الصلاح: إلا في ركوب البحر، فإن الخلاف فيه مرتب على الرجل، وأولى بالمنع، وإلا في المحمل فإنه يعتبر في حقها مطلقًا، بخلاف الرجل ذكره غير واحد، انتهى.

وفيه ما قدمناه.

قال: والأصح أنه لا يشترط وجود محرم لإحداهن لما سبق من أن الأطماع تنقطع عنهن عند اجتماعهن.

والثاني: يشترط لأنهن قد ينوبهن أمر، فيستعن به، والزوج على هذا كالمحرم كما صرح به في «شرح المهذب».

قال: (**وَأَنَّهُ يَلْزَمُهَا أُجْرَةُ الْمَحْرَمِ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ إِلَّا بِهَا**) أي: إذا كانت أجرة

الرَّابِعُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الرَّاحِلَةِ بِلَا مَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ، وَعَلَى الْأَعْمَى الْحَجُّ إِنْ وَجَدَ قَائِدًا، وَهُوَ كَالْمَحْرَمِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ، وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَغَيْرِهِ، ....

المثل، ولم تجد من ينوب منابه كما سبق كأجرة الخفارة، وأولى والزوج هنا كالمحرم، نعم، لو كان قد أفسد حجها، ووجب عليه الاحتجاج بها، لزمه ذلك بلا أجرة، وينبغي أن يكون وجود المرأة الثقة في ذاك كالمحرم، إذا اكتفينا بها كما سبق، فلو امتنع المحرم جزمًا، وإذا قلنا: عبدها كالمحرم، فلها السفر معه، صرحوا به ولها إجباره، وكذا لو كان دقيقًا محرمًا لها، فلها إجباره قطعًا.

قال: (**الرَّابِعُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الرَّاحِلَةِ**) أي: والمحمل وغيره.

(**بِلَا مَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ**) كما سبق بيانه حتى لو أمكن مقطوع اليدين والرجلين الثبوت عليها في محمل أو غيره مما سبق لزمه الحج، ويشترط في حقه وجود معين، ولو بأجرة كقائد الأعمى، وقيل لهما: الاستنابة، فإن لم يمكنه الثبوت على الراحلة وغيرها مما تقدم، فليس له استطاعة المباشرة، سواء كان ذلك العجز لمرض أو غيره، هكذا أطلقوه، ويشبه أنه لو كان يثبت في المحفة التي وصفناها قريبًا أنه ليس بمستطيع بنفسه، وفيه أسلفناه.

قال: (**وَعَلَى الْأَعْمَى الْحَجُّ إِنْ وَجَدَ قَائِدًا**) أي: مع ما سبق لاستطاعته.

قال الغزالي والرافعي: والقائد له.

(**وَهُوَ كَالْمَحْرَمِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ**) وقضية التشبيه أن يأتي في لزوم أجرة القائد الخلاف.

قال ابن الأستاذ: وينبغي أن يجب قطعًا؛ لأن أجرة المحرم كالْبَذْرَقَةِ، وأجرة القائد؛ لأجل الاستطاعة، فهي كالمحمل، وهذا حسن، ولينظر في الأعمى المكي وغيره، إذا كان يمشي بالعصا وحده هل يأتي ما سبق فيه في الجمعة عن القاضي الحسين وغيره؟ أو لا لبعد المسافة عن مكان الجمعة في الغالب، وهنا أولى؛ لعدم التكرر، ومن العميان من يسافر المراحل الكثيرة في أعراضه بلا قائد.

قال: (**وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَغَيْرِهِ**) أي: في وجوب الحج للتكليف.

لَكِنْ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِ، بَلْ يَخْرُجُ مَعَهُ الْوَلِيُّ، أو يَنْصِبُ شَخْصًا لَهُ.

قال: (**لَكِنْ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِ**) لأنه قد يبذره.

(**بَلْ يَخْرُجُ مَعَهُ الْوَلِيُّ**) إلى أن يشاء ينفق عليه بالمعروف.

(**أَوْ يَنْصِبُ شَخْصًا لَهُ**) أي: ثقة ينوب عن الولي، ولو بأجرة مثله إن لم يجد متبرعًا كافيًا، قاله القاضي حسين وغيره.

هذا إذا أنفق عليه من مال نفسه، فإن تبرع الولي بالإنفاق عليه، وأعطاه السفيه من غير تمليك، فلا يمنع منه.

واعلم أنهم ذَكَروا فِي باب الْوَصَايَا وَغَيْرِهَا بأَنَّ الْوَلِيَّ يَدْفَعُ إِلَى السَّفِيهِ نَفَقَةَ أُسْبُوعٍ فَأُسْبُوعٍ إِذَا كَانَ لَا يُتْلِفُهَا فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَتْ مُدَّةُ حَجِّهِ أُسْبُوعًا فَأَقَلَّ دَفَعَ نَفَقَتَهُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ لَا يُتْلِفُهَا، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى مَنْصُوبٍ، وَلَا خُرُوجٍ مَعَهُ لِأَجْلِ النَّفَقَةِ فِيمَا يَظْهَرُ نَعَمْ إِنْ كَانَ أَمْرَدَ وَضِيئًا خَرَجَ مَعَهُ وفيه ما أشرنا إليه، وربما نتكلم على المسألة أكثر من هذا في باب الحِجْر إن شاء الله تعالى.

تنبيه: أهمل المصنف هنا شرطًا خامسًا، وهو أن يبقى معه من الزمان عند اجتماع الشروط ما يمكن السير فيه إلى الحج، فإن احتاج أن يقطع في كل يوم أو في بعض الأيام أكثر من مرحلة، لم يلزمه الحج، هكذا ذكره الأئمة.

واعترض الرافعي على الغزالي في إهماله، وأنكر ابن الصلاح على الرافعي ما ذكره، وقال: إنما هو شرط الاستقرار الحج في ذمته؛ ليقضي من تركته لو مات قبل الحج، فإن احتاج وليس شرطًا لأصل وجوب الحج.

قال المصنف: الصواب ما قاله الرافعي، وقد نص عليه الأصحاب، وإنكاره فاسد، قلت: وفي نص الشافعي في «الأم» في مواضع شاهد صريح لما قاله الرافعي، وكذلك كلام الأصحاب، وزعم زاعمٌ أن كلام «الحاوي» يضارع كلام ابن الصلاح، وليس كذلك وأحسن في «الذخائر» حيث قال: جزم بما قاله الأصحاب، ولم يعرج على كلام الغزالي.

قال: ويفارق الحج الصلاة، حيث تلزمه بإدراك جزء من وقتها؛ لأنه يمكنه إتمامها بعد خروج الوقت وهنا بخلافه.

النَّوْعُ الثَّانِي: اسْتِطَاعَةُ تَحْصِيلِهِ بِغَيْرِهِ، فَمَنْ مَاتَ وَفِي ذِمَّتِهِ حَجٌّ وَجَبَ الْإِحْجَاجُ عَنْهُ مِن تَرِكَتِهِ، ....

قال الشافعي: فإن لم يدركه؛ لبعد داره ودنو الحج، ولم يعش حتى يمكنه قليل لم يلزمه.

قال أصحابنا: اشتمل كلامه على ثلاث مسائل: إحداها: أن يبلغ الصبي أو الجارية، وشرائطهما موجودة، إلا أنه لم يبق من الوقت ما يمكنه فيه الفعل، فلا يجب عليه الحج.

[الثانية: قليل مكوثها من الوقت، وقد قدمنا أنه لا يجب.

الثالثة: إذا كان قد بقي من الوقت مما يسع لفعل الحج والسير، إلا أنه يحتاج في تهيئة أسبابه إلى زمن زائد على ذلك فلا يلزمه](١)؛ لأنه لا يمكنه الحج إلا بزاد وجمل يكتريه وغير ذلك، فإذا لم يتسع له الوقت؛ لفعل الأسباب ومدة السير لم يحصل التمكن، وصرح في أول الباب بأن الاستطاعة لمن يحج بنفسه بوجود خمس الزاد والراحلة، وتخلية الطريق وإمكان السير والبدن، فإن اختل شرط منها سقطت الاستطاعة، انتهى.

قال: (**النَّوْعُ الثَّانِي: اسْتِطَاعَةُ تَحْصِيلِهِ بِغَيْرِهِ، فَمَنْ مَاتَ وَفِي ذِمَّتِهِ حَجٌّ**) أي: أو عمرة سواء في ذلك حجة الإسلام وعمرته وغيرهما.

(**وَجَبَ الْإِحْجَاجُ عَنْهُ مِن تَرِكَتِهِ**) كرواية البخاري عن ابن عباس: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: «**إِنَّ أُمِّي نَذَرَتْ أَنْ تَحُجَّ، فَمَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تَحُجَّ أَفَأَحُجُّ عَنْهَا؟ قَالَ: حُجِّي عَنْهَا، أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَى أُمِّكِ دَيْنٌ أَكُنْتِ قَاضِيَتَهُ، قَالَتْ: نَعَمْ قَالَ: اقْضُوا دَيْنَ اللهِ، فَاللهُ أَحَقُّ بِالْوَفَاءِ**»(٢) ولفظ النسائي: «**أَنَّ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبِي مَاتَ وَلَمْ يَحُجَّ أَفَأَحُجُّ عَنْهُ؟ قَالَ: أَرَأَيْت لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيك دَيْنٌ أَكُنْت قَاضِيَهُ؟ قَالَ نَعَمْ**»(٣).

---

(١) سقط من نسخة.

(٢) أخرجه البخاري (٢/٦٥٦، رقم ١٧٥٤).

(٣) أخرجه النسائي (٢٦٤٢).

……………………………………………………………

وشبَّه الحج بالدين الذي لا يسقط بالموت، فوجب أن يتساويا في الحكم.

تنبيهات: منها: ما ذكره المصنف هو المعروف.

وفي «تعليق القاضي الحسين» وغيره حكاية قول أن حجة الإسلام لا يقضي إلا أن يوصي بذلك، وفرع عليه القاضي أنه يعتبر من الثلث.

ثم قال: وكذا لو مات وعليه زكاة منهم، يجعل في إخراجها بغير وصية قولين، وهذا غاية في الغرابة، وحكى الماوردي وغيره عن أبي يحيى البلخي: أنه لم يشترط في قضاء الحج عنه التمكن، كما قاله في الصلاة، وقيل: أنه رجع عنه. وقال القاضي ابن كج: حكى الداركي عن أبي إسحاق أنه قال: كنت بمكة، وكان يجيء أبو يحيى البلخي، فأفتى بلزوم الحج؛ لأنه قد لحق الوقت وغلطه.

وفي «طبقات العبادي» عن أبي الحسن المحاملي الكبير: أن من وجد الراحلة والزاد بـ«خراسان» ومات يوم عرفة يقضى عنه الحج، انتهى.

وهذا مثل قول البلخي أو هو هو.

ومنها: قال صاحب «التنجيز» في كلامه على الاستطاعة التي يقضي معها الحج من التركة أنه لو تخلف عن أول قافلة، ولم يخرج مع الناس، وهو متمكن من المباشرة، ثم أدركته المنية نظر! فإن مات قبل زمان يسع الحج، فلا أثر لتلك الاستطاعة، ولا يستقر الحج في الذمة، وإن مات بعد مضي زمان يسع الحج، وقبل مضي زمان الرجوع، فإن مات بين حج الناس، وقبل رجوعهم استقر الحج في الذمة؛ لأنه تبين أنه كان مستطيعًا؛ لأنه لو كان خرج مع الناس؛ لكان يموت وكان مستغنيًا عن موته بالرجوع، وإن بقي حيًا إلى أن فرغ الناس من الحج، لكن تلف ماله بعد الحج وقبل إياب الناس.

فإن قلنا: يشترط نفقة الإياب تبين ألا استطاعة؛ لكونه عاجزًا عن نفقة الإياب، وأن الحج غير مستقر في ذمته، وفيه احتمال؛ لأنه كان مالكًا في الابتداء لنفقة الإياب، انتهى.

……

وهو ملخص من «النهاية».

وقال في «الروضة» إن مات بعد حج الناس، استقر الوجوب، ولزم الإحجاج من تركته. قال في «التهذيب»: ورجوع القافلة ليس بشرط، حتى لو مات بعد انتصاف ليلة النحر، ومضى إمكان السير إلى منى، والرمي بها وإلى مكة، والطواف بها استقر الفرض عليه، وإن مات أو جن قبل ذلك لم يستقر عليه، فإن هلك ماله بعد رجوع أو مضي إمكان الرجوع استقر الحج وإن هلك بعد حجهم وقبل الرجوع وإمكانه، فوجهان أصحهما لا يستقر، وأحسب هذا حيث يشترط أن يملك نفقة الرجوع، فإن لم يشترط استقر قطعًا. انتهى.

ومنها: تقدم الحج والعمرة الواجبان على ديون الآدمي على الأظهر، كما سبق، ولا يقضي الحج عن مرتد استطاعه قبل الردة أو فيها على الصواب؛ لأنه لو صح لوقع، وفيه احتمال لصاحب «البحر»، وهو ما يفهمه إطلاق الكتاب وغيره وليس بمراد؛ ولهذا لا يصح عن كافر أصلي، وإن أوصى به.

وإن قلنا: الأصح أنهم مخاطبون بالفروع.

ومنها: قال في النذور من «الروضة»: إذا نذر حجات كثيرة انعقد نذره، ويأتي بها على توالي السنين بشرط الإمكان، فإن مات استقر في ذمته ما أخره، فإذا نذر عشر حجات ومات بعد خمس سنين أمكنه الحج فيهن، فقضى من ماله خمس حجات، ولو نذرها الْمَعْضُوب، ومات بعد سنة، فكان يمكنه أن يحج عن نفسه العشر الحجج في تلك السنة قضيت من ماله، وإن لم يفي ماله إلا بحجتين لم يستقر إلا في المقدور عليه، انتهى.

وكذا قال القاضي حسين في كتاب «الصيام»: ومثل في الْمَعْضُوبِ بألف حجة.

قال شيخه القفال في «الفتاوى»: لو نذر حجة ومات قبل إمكان الحج، لحج عنه من ماله، وكذا لو قال: لله عليّ ألف حجة، ومات في الحال، فإنه يحج من ماله ألف حجة، أو ما أمكن، ولم يفرض المسألة في الْمَعْضُوبِ، بل

وَالْمَعْضُوبُ الْعَاجِزُ عَنْ الْحَجِّ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ وَجَدَ أُجْرَةَ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ.

سياقه ظاهر في الفرق الصحيح، أو أنه لا فرق، وما أطلقه أقرب إلى نص الشافعي، وإذا كان لا يلزم الصحيح إلا ما أمكنه فعله بنفسه في حياته، فينبغي أنه إذا نذر ألف حجة مثلاً فينبغي أن يقال: لا ينعقد نذره في أكثرها، والظاهر أن مأخذ القفال أن هذا التزام في الذمة، فلا فرق فيه بين الصحيح والْمَعْضُوبِ في الإخراج من التركة.

قال: (**وَالْمَعْضُوبُ الْعَاجِزُ عَنْ الْحَجِّ بِنَفْسِهِ**) قال في «الدقائق»: الْمَعْضُوبُ الميؤوس من قدرته على الحج بنفسه، سواء طرأ غضبه بعد الوجوب أو بلغ كذلك، وهو بالضاد المعجمة، ومعناه المقطع؛ لأنه قطع عن كمال الحركة.

وحكى بالصاد المهملة كأنه قطع عصبة.

قال: (**وَإِنْ وَجَدَ أُجْرَةَ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ**) أي: أو أقل ورضي به.

(**لَزِمَهُ**) لأنه حينئذٍ مستطيع استطاعة مثله، ويجيء في الزيادة اليسيرة وجه كما أشرنا إليه من قبل إذا رضي الأجير ما بدله من أجرة المثل أو دونها لزمه الحج، وإن كان ماشيًا على الأصح، سواء كان ذلك إجارة أو جعالة؛ لأن الاستطاعة كما تكون بالبدن تكون بالمال، واستطاعة الرجال بالمال والبناء؛ فلأن يستطيع بناء دار، وإذا صدق عليه أنه يستطيع وجب عليه للآية الكريمة وغيرها من السنة الصحيحة.

فروع وتتمات: منها: قال في «الروضة»: ويجوز بالورقِ كالإجارة، وذلك أن يقول: حج عني وأعطيك نفقتك، انتهى.

ونقله الرافعي عن صاحب «العدة»، وقد نص الشافعي في «الأم» و«الإملاء» على بطلانه، وإن له أجره مثله، وجرى عليه الجمهور.

وقال الديلمي في «أدب القضاء»: يجوز الحج بالإجارة وبالحوالة، وعلى سبيل المعونة، وفسره بأن يعطيه المال يحج فينفق منه بالمعروف، فما فضل رده على صاحبه، وإن احتاج إلى زيادة لزمت صاحبه، وهذا ما في «العدة».

وقال الشافعي هنا في «البويطي»: ولا يجوز الإجارة في الحج، إلا كما

……

يجوز في غير الحج بأن يمشي شهرًا أو أشهرًا معلومة وأجرًا معلومًا، وقد قيل: تجوز الإجارة على الحج على أن يقاطع الرجل على أن يحج عن الرجل من بلده أو ميقاته.

ثم قال: وقد قيل: يجوز أن يعطي الرجل دراهم فيقول: حج عن فلان وأكثر منها، وأنفق فما بقي فرده وما خسر فعلينا.

قال الربيع: لا تكون الإجارة إلا معلومة، فإن حج بمثل هذا فله أجرة مثله، والحج عن المحجوج عنه، انتهى.

فهذه المقالة الثالثة يجوز أن يكون الشافعي حكاها عن الغير، ويجوز أن يكون حاكيها البويطي. والمذهب المعروف ما سبق، وقد أوضحت المسألة في الإجارة من «الغنية»، ومِلت إلى التحرير على خلاف ظاهر المذهب، ولا تغير بقول المصنف في الفصل المعقود للاستئجار للحج في أوائل كتاب الحج من «شرح المهذب».

قال الشافعي والأصحاب: يجوز الاستئجار على الحج وعلى العمرة؛ لدخول النيابة فيهما كالزكاة، ويجوز بالرزق كما تجوز الإجارة، وهذا لا خلاف فيه، صرح به القاضي أبو الطيب في «المجرد»، والأصحاب قالوا: وكذلك بأن يقول: حج عني، وأعطيك نفقتك أو كذا وكذا، والمذهب المشهور ما نقله، فاعلم.

ومنها: إنما يثبت العدل بشهادة طبيبين عدلين، وينبغي أن يأتي في الاكتفاء بالواحد الخلاف المحكي في المرض للشيخ الهرم.

قال الشيخ: ويمكن الفرق بسهولة أمر التيمم، انتهى. وفيه نظر!

وينبغي أن يرجع أيضًا هنا إلى معرفة نفسه إذا كان عالمًا بالطب كما سبق.

ومنها: أطلق المصنف الجواز، وقال المتولي إذا كان الْمَعْضُوب بمكة أو دون مسافة القصر منها لم يجز الاستنابة؛ لأنه لا يكثر المشقة، وتابعه الشيخ مع تقسيمه الْمَعْضُوب إلى من لا يمكنه الثبوت على الراحلة، وإلى من يمكنه

....

مع مشقة شديدة، فالأولى لا معنى للمنع فيه، اللهم إلا أن يقال إذا أمكن ذلك في محفة أو سرير يحمله الرجال لم تجز الاستنابة، وإن لم يمكنه الثبوت على الراحلة بحال لحقه مؤنة ذلك مع قرب المسافة، وهذا قد يرده حديث السائل الذي قال له النبي ﷺ: «حج عن أبيك»، ولم يستفسره عن قرب الدار وبعدها مع قوله لا يستطيع أن يثبت على الراحلة، ولا شك أنّه إذا انتهى إلى حال لا يحتمل معها الحركة بشدة الظمأ والمرض، أنه يجوز الاستنابة، وكذلك لو انتهى إلى حال يقطع فيها بموته قبل إدراك الحج.

ومنها: لو حبسه سلطان أو عدو وغيره، فلم يمكنه الحج وكان غيره من أهل بيته يمكنه لزم المحبوس الحج، ويقضي عنه بعد موته كالمريض، ويستنيب إذا آيس أما إذا لم يقدر أحد من بلده على الحج لم يقض عنه بعد موته كالمرض قبل أن يتمكن هو أو أحد من أهل بلده، هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب.

وقوله ﷺ: ويستنيب إذا آيس إنه كالمحبوس، الآيس من الخلاص، واستمر يأسه إلى الموت، فإن أراد ذلك لا المريض فهو ينازع في إطلاق الشيخ هنا في «شرح المهذب» بأن المحبوس لا يستنيب عندنا.

ومنها: قال في «الروضة» إذا وجدت الشرائط وجب الحج على التراخي، خلافًا للمزني والأئمة الثلاثة، وعندنا له التأخير بعد سنة الإمكان، فلو خشي العضب، وقد وجب عليه الحج بنفسه لم يجز التأخير على الأصح. ثم قال: فيمن يحج بنفسه، فإذا دامت الاستطاعة وتحقق الإمكان، فلم يحج حتى مات، فأوجه، أصحها: يموت عاصيًا.

والثاني: لا.

والثالث: يعصي الشيخ دون الشاب، والخلاف جارٍ فيما لو كان صحيح البدن، فلم يحج حتى صار زمنًا، والأصح العصيان أيضًا، وعلى هذا لو امتنع وأخر، فهل يجبره القاضي على الاستنابة، ويستأجر عليه، وجهان أصحهما: لا، انتهى.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهَا فَاضِلَةً عَنِ الْحَاجَاتِ الْمَذْكُورَةِ فِيمَنْ حَجَّ بِنَفْسِهِ، لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ نَفَقَةُ الْعِيَالِ ذَهَابًا وَإِيَابًا .

وهنا كلمات:

الأولى: علل المصنف منع استئجار الحاكم عنه بأن الحج مبني على التراخي، وكان المراد أصله كذلك. وقال المتولي: إذا لزمه الحج فأخر حتى عضب، فهل يلزمه على الفور؟ وجهان: إن قلنا: نعم، أي: وهو الأصح، فامتنع استأجر الحاكم عنه، وما قاله هو المختار، والقياس إذا اتهمناه بالتأخير بأن ظهرت مبادئ العضب، وعلم أنه لو أخَّر الحج عن عامة بنفسه لعجز فأخَّر بلا عذر.

وينبغي الجزم بالاستئجار عليه إذا كان محجورًا عليه بالسفه.

الثانية: قوله: والثالث: يعصي الشيخ دون الشاب، عبارة «البيان» إن خاف الكبر والفقر والضعف، فلم يحج حتى مات، أثم وإن احترمته المنية قبل خوف الفوات لم يأثم؛ لأنه لا يمتنع أن يتعلق الحكم على غلبة الظن، انتهى.

فيجوز أن يكون هذا وجهًا رابعًا، وأن يكون هو الثالث، واختلفوا في التعبير عنه.

الثالثة: قال المتولي وغيره: يجزأ الوجهان في الفورية فيمن خاف أن يهلك ماله، وذكر الجوري عن أصحابنا أنه قال: يحكم عليه أي: على الصحيح البدن القادر بالعصيان؛ إذا أخره تأخيرًا مستنكرًا نحو: ابن خمسين أو ستين سنة؛ لأن العمر في الأغلب من الناس ستون، انتهى.

واستغرب، وهذا إن كان المراد فيما إذا حج بنفسه بعد ذلك فهو غريب، وإلا فلا، ولا خلاف أنه لو أخّره عازمًا على تركه عصى، ولم يقولوا هنا أنه إذا أخر مع الإمكان يجب عليه العزم على الفعل كما في وقت الصلاة، ولم يفرقوا في النائم بين أن يكون جاهلاً بأن التأخير مشروط، وها هنا فروع كثيرة حسنة، ذكرت منها طرفًا في «الغنية». قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهَا**) يعني الأجرة.

(**فَاضِلَةً عَنِ الْحَاجَاتِ الْمَذْكُورَةِ فِيمَنْ حَجَّ بِنَفْسِهِ، لَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ نَفَقَةُ الْعِيَالِ ذَهَابًا وَإِيَابًا**) قلت: ونفقته كنفقة عياله صرح به البندنيجي، وفرقوا بأنه

وَلَوْ بَذَلَ وَلَدُهُ أو أَجْنَبِيٌّ مَالًا لِلْأُجْرَةِ لَمْ يَجِبْ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ بَذَلَ الْوَلَدُ الطَّاعَةَ

إذا أقام بمكة للتحصيل وهذا ظاهر فيمن يمكنه ذلك بحرفة، أما غيره ففي التزامه نظر! ولا سيما إذا لم يوجب عليه الاستئجار على الفور بأن لم يعص بالتأخير إلى العضب، فإن بلغ معضوبًا أو طرأ عليه العضب قبل التمكن من الأداء بنفسه، ولا بد أن تكون الأجرة فاضلة عن مؤنهم يوم الاستئجار، وكان الأحسن أن يقول المصنف مؤن - بدل - قوله: نفقة.

قال: **(وَلَوْ بَذَلَ وَلَدُهُ أو أَجْنَبِيٌّ مَالاً لِلْأُجْرَةِ لَمْ يَجِبْ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ)** لما في قبول المال من المِنَّة.

والثاني: يجب كبذل الطاعة، وجزم جماعة بوجوب القبول من الولد، وحضور الخلاف بغيره، ولا شك أن رتبة الخلاف من غيره منحطة عن رتبته فيه؛ ولهذا رتبه مرتبون، ويخرج فيهما ثلاثة أوجه.

قال في «البيان»: لو كان الولد المطيع معضوبًا، فبذل له أجرة من يحج عنه، ففي «التعليق» و«المجموع» و«الشامل»: أنه يجب الحج عَلَى الْمَبْذُولِ منه وجهًا واحدًا ووجهه. ثم قال: وأما إذا بذله الولد لوالده المال فاستأجر عن نفسه فوجهان، الصحيح أنه لا يصير قادرًا على الحج، انتهى.

وقال المتولي: لو استأجر الولد المطيع من يحج عن والده، لزم المطاع الحج على المذهب، وإن كان المطيع أجنبيًا، وقلنا: تجب بطاعته بنفسه، فوجهان، وهذا إذا لم توجب قبول المال عند بدله، فتأمل هذا مع كلام «البيان»: هل هو هو أو غيره؟.

وقال البغوي في «تعليقه»: بعد قوله: إن الأصح أنه لا يلزم قبول المال.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا قال رجل للمعضوب: ائذن لي حتى أستأجر من يحج عنك لزم القبول، كما لو بذل الطاعة، والأصح أنه لا يلزم؛ لأن صمته تقلد منه المال، انتهى.

وهو كما قال: وادعى الروياني أن المذهب ما قاله أبو حامد.

قال: (وَلَوْ بَذَلَ الْوَلَدُ الطَّاعَةَ) أي: بنفسه.

وَجَبَ قَبُولُهُ، وَكَذَا الْأَجْنَبِيُّ فِي الْأَصَحِّ.

(وَجَبَ قَبُولُهُ) أي: على الصحيح والقبول أدته له في الحج عنه؛ لحصول الاستطاعة؛ ولهذا لم يذكر المصنف الوجه الآخر؛ لغرابته.

قال: **(وَكَذَا الْأَجْنَبِيُّ فِي الْأَصَحِّ)** لحصول الاستطاعة، والعادة جارية بالإعانة بالبدن واحتمال متنها عاليًا بخلاف المال.

والثاني: لا للمنة، والولد يضعه منه بخلاف غيره، وكذا لا يبعد أن يفرق بين بعد المسافة وقربها.

إشارات: لك أن يحمل الأجنبي على ما عدا الفرع وإن سفل، فإن العم والأخ والأب والجد كالأجنبي على رأي، والحاصل خمسة أوجه أصحها وجوب القبول من كل أحد أهل.

والثاني: عكسه.

والثالث: تحيض بالفرع فقط.

والرابع: به وبالأصل فقط.

والخامس: بهما وبالأقارب فقط.

قلت: ولا يبعد إلحاق العتيق بالقريب؛ لشدة الوصلة، وكذلك الزوج والزوجة، ولا يبعد الفرق بين الذكر والأنثى من الأولاد ونحوهم؛ لأن الأنثى عورة أما يحصل الحج واجبًا على المطاع بشرط كون المطيع أهلاً لذلك، وأن لا يكون عليه حج واجب إذًا أو قضاء أو نذر وأن يشق بوفائه، وألا يكون الباذل معضوبًا، فلو شك في طاعة الولد فغير مستطيع، وإن توسم فيه الطاعة، لزمه على الصحيح المنصوص، ولو كان المطيع ماشيًا؛ فالأصح أنه لا يلزم القبول إذا كان الباذل أصلاً أو فرعًا، ويجب إن كان أجنبيًا.

وينبغي أن يكون موضع المنع في مشي الولد ونحوه في المسافة البعيدة، أما القريبة إذا كان المعضوب لا يمكنه الحج بنفسه بحال كما بيناه، فلا لحقه المشقة، وحكم التعويل على الكسب والسؤال حكم المسيء كما أشار إليه عبد الغفار القزويني وهو ظاهر في السؤال.

....

وأما في الكسب فكذلك مع البعد، وأما مع القرب إذا جوزنا الاستنابة فأما لو استأجر معضوب؛ لقضاء أو نذر جاز، ويلزمه بدل الطاعة لحجة الإسلام، ولو حج عن الْمَعضُوبِ بغير إذنه، لم يجز.

وعن القاضي أبي حامد: الجواز كالميت.

قلت: ويمكن تأييده بأنه لم يسأل الحاج عن أبيه هل استأذنه أم لا؟ والظاهر أنه لو جن وأيس من برئه، وكان قد استقر عليه حج أن للولي أن يحج عنه بنفسه أو بغيره، ويأذن الغير فيه كالميت، ولينظر في الْمَعْضُوبِ والمحجور عليه لسفه، هل يحتاج الولي إلى إذنه في الحج والإحجاج عنه، وهل يفرق بين أن يكون عصى بالتأخير إلى العضب أم لا فرق؟

فائدة: جاء في الحديث لا ضرورة في الإسلام، وهو في اللسان من لَمْ يحج؟.

قال الشافعي في «الإملاء»: وأكره أن يقال: ضرورة، ولكن يقال: لم يحج، وأكره أن يقال: حجة الوداع، ولكن حجة الإسلام.

قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: وهذه كراهة تنزيه لا تحريم يعني الضرورة. وأما كراهية أن يقال: حجة الوداع، فقاله الشيخ أبو حامد وجماعة، ولم يقف المصنف على النص، فحكى ذلك عنهم.

ثم قال: إنه غلط ظاهر، وخطأ فاحش، معاند للأحاديث الصحيحة؛ لإجماع المسلمين، وأطال الشناعة، وجواز الإطلاق صحيح، ونقله الإجماع مردود، والله يغفر لنا وله، ختم الله لنا بخير، أطلقنا هنا:

إن أظهر القولين جواز استنابة الْمَعْضُوبِ والوارث عن ميته في حج التطوع.

وذكر في «شرح المهذب» عن العراقيين أنهم نقلوا اتفاق الأصحاب عليه أنه لا يجوز عن ميت لم يوص به، والقولان فيمن أوصى، وفي الْمَعْضُوبِ، وسيأتي إن شاء الله تعالى لهذا مزيد بيان، وبالله التوفيق.

باب الْمَوَاقِيتِ

قال المصنف: [وَقْتُ إِحْرَامِ الْحَجِّ: شَوَّالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرُ لَيَالٍ مِن ذِي الْحِجَّةِ، وَفِي لَيْلَةِ النَّحْرِ وَجْهٌ: فَلَوْ أَحْرَمَ بِهِ فِي غَيْرِ وَقْتِهِ انْعَقَدَ عُمْرَةً عَلَى الصَّحِيحِ،

قال الشارح: المواقيت: هي جمع ميقات، معناه لغة: الحد، وهنا زمان العبادة ومكانها.

قال: (**وَقْتُ إِحْرَامِ الْحَجِّ: شَوَّالٌ وَذُو الْقَعْدَةِ وَعَشْرُ لَيَالٍ مِن ذِي الْحِجَّةِ**) كذا فسر به ابن عباس وجماعة من الصحابة ﵃ قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] والمراد: وقت الإحرام فيه على الظاهر في قولٍ لا يحتاج فعله إلى شهر.

قال: (**وَفِي لَيْلَةِ النَّحْرِ وَجْهٌ**) أي: إلحاقًا لها بيومها؛ إذ لا يصح الإحرام فيه على المذهب، وفي قول شاذٌ أن أداء الحجة كله وقت للإحرام بالحج، وذكر الخلاف فأيديهن الوقوف تبعًا حجًا.

تنبيه: يخرج من كلام المصنف مسألة حسنة، صرح بها في صلاة الجماعة من «البحر» وهي أنه لو لم يبق من زمان الوقوف بعرفة ما يصح معه إدراكه صح إحرامه بالحج، بخلاف ما إذا ضاق وقت الجمعة، وفرق بأن الجمعة لا تبقى جمعة، والحج بفوات الوقوف تبقى حجة.

قال: (**فَلَوْ أَحْرَمَ**) أي: الحلال (**بِهِ فِي غَيْرِ وَقْتِهِ**) أي: عالمًا كان أو جاهلاً أو غالطًا.

(**انْعَقَدَ عُمْرَةً عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: ويجزئه عن عمرة الإسلام كما لو فاته الحج؛ لأن الإحرام شديد التعلق، فإذا لم يقبل الوقت ما أحرم به انصرف إلى ما يقبله.

والثاني: لا ينعقد عمرة بل يتحلل بعمل عمرة، ولا يجزئه ذلك عن عمرة الإسلام، كما لو فاته الحج، وتحلل بعمل عمرة، وقيل: ينعقد مبهمًا فإن صرفه إلى عمرة صحت، وإلا تحلل بعمل عمرة ولا يجزئه ذلك عن حجه.

وَجَمِيعُ السَّنَةِ وَقْتٌ لِإِحْرَامِ الْعُمْرَةِ.

إشارة: نوقش على اصطلاحه في قوله على الصحيح، فإن عين في «شرح المهذب» وغيره بالمذهب، وقيل قولان: أصحهما هذا.

قال الرافعي: يقول ثلاث طرائق أظهرها قولان، والقطع بعدم الانعقاد عمرة، والانعقاد مبهمًا، وأبدل في «شرح المهذب» الطريقة الثانية بعكسها، وهو القطع بالانعقاد كما قدمته عنه، ويقول ابن الرفعة طريقة قاطعة: أنه يتحلل بأفعال العمرة، وقد احترزت بقولي: الحلال عما لو كان محرمًا بعمرة، ثم أحرم بالحج في غير أشهره لم ينعقد شيئًا بل بلغوا.

فرع: لو أحرم قبل أشهر الحج ثم شك هل أحرم بحج أو عمرة؟ فهو عمرة، ولو أحرم بالحج وشك هل كان إحرامه قبل أشهره أو فيها؟ كان حجًا.

قال الصَّيْمَرِي: وفي الصورة الثانية احتمال التعارض أصلي فيها، قيل: والأولى الاحتياط كما لو أحرم بأحد النسكين ثم نسيه، وهذا مما يحتمل، ثم رأيت أبا العباس بن سريج قال في كتابه «الودائع»: وإذا أحرم بالحج، ثم قال: لا أدري كان هذا الإحرام مني في أشهر الحج أو في غير أشهر الحج، فقال له: لا تعمل ما يعمل المعتمر، ولا يكون به حلالًا، ثم ينشئ الحج من قبل، هذا لفظه فيما رأيته، ولعل في النسخة خللًا إلا أنه أفاد أنه لا يكون حجًا كما قال الصَّيْمَرِي، وأقره الشيخ.

قال: (وَجَمِيعُ السَّنَةِ وَقْتٌ لِإِحْرَامِ الْعُمْرَةِ) لأنه ورد في الصحيحين وغيرهما فعلها في أوقات مختلفة، فمنها: في ذي القعدة ثلاث مرات متفرقات، وفي شوال وفي رجب، واعتمرت عائشة ﵂ من التنعيم في رابع ذي الحجة، وقال ﷺ: «عُمْرَةٌ فِي رَمَضَانَ تَعْدِلُ حَجَّةً» وزاد الحاكم على شرطهما «حجة معي»(١) فدلت السنة على عدم التوقيت، نعم؛ يمنع الإحرام

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه أحمد (١/ ٢٢٩، رقم ٢٠٢٥)، والبخاري (٢/ ٦٣١، رقم ١٦٩٠)، ومسلم (٢/ ٩١٧، رقم ١٢٥٦)، وأبو داود (٢/ ٢٠٥، رقم ١٩٩٠)، وابن ماجه (٢/ ٩٩٦، رقم ٢٩٩٤)، وابن حبان (٩/ ١٢، رقم ٣٦٩٩)، والطبراني (١١/ ١٤٢، رقم ١١٢٩٩).

حديث وهب بن خنبش: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٩٦، رقم ٢٩٩١)، قال البوصيري (٣/ ٢٠٠): =

……

بالعمرة في أوقات؛ لأنه كالمحرم بالعمرة لا يحرم بعمرة قطعًا، والمحرم بالحج لا يدخل عليه العمرة، ولو قيل: الأخذ في إعماله على الأظهر، ولو تحلل منه المتحللّون، وأقام بمنى للرمي والمبيت، فأحرم بالعمرة لم ينعقد، نص عليه الشافعي، واتفقوا عليه. وليس لنا حلال مسلم مكلف غير مجامع، ولا ينعقد إحرامه بالعمرة إلا هذا، واحترزت بقولي: غير مجامع عما لو أحرم بالعمرة مجامعًا، فإنه يصح إحرامه بالعمرة على وجه، والأصح خلافه، وأخذ من هذا النص اجتماع حجتين في عام.

قال القاضي أبو الطيب: بالإجماع، فإن قلت قوله وأقام بمنى هل قيد في عدم صحة إحرامه بالعمرة حتى فارق منى من غير نفر في وقته؟ وعلى بقية الرمي، ثم أحرم خارجها بالعمرة تنعقد عمرته بخلاف العاكف بها للرمي أم لا فرق؟

قلت: الذي كنت أفهمه عدم الفرق، وذكرت في «الغنية» في ذلك عن الشيخ أبي محمد ما يفهم الفرق، وإن عدم الصحة مختص بالعاكف بمعنى دون القارن، ولم يتضح لي، والله أعلم.

فروع: لا يكره الاعتمار عندنا في وقت، ولا يكره عمرتان، وثلاث وأكثر في عام أو شهر أو يوم، بل يستحب الإكثار منها، ويتأكد في أشهر الحج وفي رمضان.

قال المتولي وغيره: والعمرة في رمضان أفضل منها في باقي السنة؛ للحديث السابق، وذكر ابن يونس خلافًا في أنها في الأشهر الحرم أفضل منها

= هذا إسناد صحيح. والطبراني (٢٢/ ١٣٤، رقم ٣٥٨)، وأحمد (٤/ ١٧٧، رقم ١٧٦٣٥)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٧٢، رقم ٤٢٢٥)، والطبراني في الأوسط (٤/ ١٩١، رقم ٣٩٤٤).

حديث أبي طليق: أخرجه الطبراني (٢٢/ ٣٢٤، رقم ٨١٦)، قال الهيثمي (٣/ ٢٨٠): رواه الطبراني في الكبير والبزار باختصار عنه ورجال البزار رجال الصحيح. وابن عساكر (٥٣/ ٤٠٣).

حديث أم معقل: أخرجه أبو داود (٢/ ٢٠٤، رقم ١٩٨٨)، والترمذي (٣/ ٢٧٦، رقم ٩٣٩) وقال: حديث أم معقل حديث حسن غريب. وابن ماجه (٢/ ٩٩٦، رقم ٢٩٩٣)، وأحمد (٦/ ٤٠٢، رقم ٢٧٣٢٦)، وإسحاق بن راهويه (١/ ٢٦٠، رقم ٥).

حديث [illegible]: أخرجه الضياء المقدسي (٩/ ٢٣٣، رقم ٢٩٩)، قال الهيثمي (٣/ ٢٨٠): رواه [illegible] ورجاله

وَالْمِيقَاتُ الْمَكَانِيُّ لِلْحَجِّ فِي حَقِّ مَنْ بِمَكَّةَ نَفْسُ مَكَّةَ، وَقِيلَ: كُلُّ الْحَرَمِ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَمِيقَاتُ الْمُتَوَجِّهِ مِن الْمَدِينَةِ ذُو الْحُلَيْفَةِ، وَمِنْ الشَّامِ وَمِصْرَ وَالْمَغْرِبِ الْجُحْفَةُ، وَمِنْ تِهَامَةِ الْيَمَنِ يَلَمْلَمُ، وَمِنْ نَجْدِ الْيَمَنِ وَنَجْدِ الْحِجَازِ قَرْنٌ، وَمِنْ الْمَشْرِقِ ذَاتُ عِرْقٍ.

في رمضان، ولا أصل له، وشذ المزني عن «المذهب» فلم يجز الاعتمار في السنة إلا مرة.

قال: (**وَالْمِيقَاتُ الْمَكَانِيُّ لِلْحَجِّ فِي حَقِّ مَنْ بِمَكَّةَ نَفْسُ مَكَّةَ**) أي: سواء المكي والغريب المقيم، وعابر السبيل لما سيأتي.

(**وَقِيلَ: كُلُّ الْحَرَمِ**) بمساواته مكة في الحرمة على الأصح، فلو فارق بنيان مكة ثم أحرم بالحرم، ولم يعد إلى مكة إلا بعد الوقوف كان مسيئًا على الأول الأصح دون الثاني، فإن خرج فأحرم خارج الحرم أساء قطعًا وعليه دم إلا أن يعود قبل عرفة إلى مكة على الأصح، أو إلى الحرم على الثاني.

تنبيه: أحمل قوله في الحج في المفرد والقارن، وقيل: على المكي القارن أن يحرم بهما من أدنى الحل.

قال الرافعي: ويجريان في الأفاقي، إذا كان بمكة وأراد القران.

قال ابن الرفعة: والظاهر أنه أراد الأفاقي الذي لم ينو المقام بمكة، وإلا لكان من حاضري المسجد الحرام، فلا معنى لقوله: إن الوجهين يجريان فيه، انتهى.

قال: (**وَأَمَّا غَيْرُهُ فَمِيقَاتُ الْمُتَوَجِّهِ مِن الْمَدِينَةِ ذُو الْحُلَيْفَةِ، وَمِنْ الشَّامِ وَمِصْرَ وَالْمَغْرِبِ الْجُحْفَةُ، وَمِنْ تِهَامَةِ الْيَمَنِ يَلَمْلَمُ، وَمِنْ نَجْدِ الْيَمَنِ وَنَجْدِ الْحِجَازِ قَرْنٌ، وَمِنْ الْمَشْرِقِ ذَاتُ عِرْقٍ**) لما في الصحيحين أنّ النبي ﷺ «**وَقَّتَ لأَهْلِ الْمَدِينَةِ ذَا الْحُلَيْفَةِ، وَلأَهْلِ الشَّامِ الْجُحْفَةَ، وَلأَهْلِ نَجْدٍ قَرْنَ الْمَنَازِلِ، وَلأَهْلِ الْيَمَنِ يَلَمْلَمَ، هُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِن غَيْرِهِنَّ مِمَّنْ أَرَادَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ، وَمَنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ، فَمِنْ حَيْثُ أَنْشَأَ حَتَّى أَهْلُ مَكَّةَ مِن مَكَّةَ**»(١).

---

(١) أخرجه البخاري (١٥٢٤)، ومسلم (٢٨٦٠).

……

وفي سنن أبي داود: **«وقت لأهل الشام ومصر الجُحفة، ولأهل العراق ذات عرق»**[١]، وصححه ابن السكن وإسناده على شرط البخاري، ورواه الشافعي في «الأم» عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج عن عطاء مرسلًا، وعضد إرساله بقيام الإجماع على مقتضاه.

وفي صحيح مسلم عن أبي الزبير: أَخْبَرَنِي أَبُو الزُّبَيْرِ أَنَّهُ سَمِعَ جَابِرًا يَسْأَل عَنْ الْمُهَلّ فَقَالَ: **سَمِعْت أَحْسِبهُ رُفِعَ إِلَى النَّبِيّ ﷺ مهل المدينة من ذي الحليفة والطريق الآخر الجُحفة ومهل أهل العراق من ذات عرق ومهل أهل نجد من قرن ومهل أهل اليمن يلملم»**[٢].

وأما حديث ابن عباس أنه ﷺ **«وَقَّتَ لِأَهْلِ الْمَشْرِقِ الْعَقِيقَ»**[٣] رواه أبو داود والنسائي، وحسنه الترمذي، فهو من حديث يزيد ابن أبي زياد، وهو ممن شاء حفظه.

تنبيهات: منها: اختلف أصحابنا في أن ذات عرق ميقات بالنص، أو باجتهاد عمر - رضي الله عنه - ورجحا الأول في «الشرحين» و«الروضة».

وقال في «شرح المهذب»: إنه الصحيح عند جمهور الأصحاب.

وقال الرافعي: في «شرح المسند»: إن الثاني مذهب الشافعي - رضي الله عنه -، ولم يذكر غيره.

وقال الشيخ في «شرح مسلم»: أن الصحيح وهو ما نص عليه في «الأم»، ولكن المختار دليلًا، الأول: لما تقدم.

ومنها: قال أصحابنا: هذه المواقيت لأهلها، ولكن من مر بها من غير أهلها مريد للنسك من أي بلد كان المار للحديث، وقد تضمنه لفظ المصنف،

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٣٩).

(٢) أخرجه الشافعي (١/ ١١٤)، ومسلم (٢/ ٨٤١، رقم ١١٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٩٧٢، رقم ٢٩١٥)، وابن خزيمة (٤/ ١٥٩، رقم ٢٥٩٢)، والبيهقي (٥/ ٢٧، رقم ٨٦٩٣) وأحمد (٣/ ٣٣٦، رقم ١٤٦٥٥)، والدارقطني (٢/ ٢٣٧).

(٣) أخرجه أبو داود (١٩٤٩) والترمذي (٨٤١).

……

هكذا أطلق الجمهور المسألة من غير استثناء.

وقال «صاحب التعجيز» في شرحه: يستثنى الأجير، فإن ميقاته ميقات مستأجره لا ما مر به، انتهى.

وهذا الإطلاق غلط، فإنه يفهم أنه لو مر بميقات آخر له أن يتجاوزه غير محرم أي: ميقات بلد المنشأ، وهذا خطأ.

وقال الفوراني في «الإبانة»: ومن مرَّ بميقات غيره فيحرم منه إلا في مسألة واحدة، وهو الأجير، فإن عليه أن يحرم من ميقات الميت أو المستأجر الذي يحج عنه، فإن مر بغير ذلك الميقات فأحرم من موضع بإزائه، أو كان أبعد من ذلك الميقات من مكة جاز، والحاج عن المبيت يحرم من ميقات ذلك المبيت، انتهى.

وفي «البسيط» وتبعه في «الذخائر» هذه المواقيت لأهلها، ولكل من مر بها، ولا يلزمه العدول إلى ميقات آخر إلا إذا كان أجيرًا، فيحرم من ميقات المستأجر له، وذلك لا بد منه، ويكفيه أن يحرم من موضع بإزاء ميقاته إن كان يوازي أبعدهما عن طريقه، انتهى.

وقال البغوي في «التهذيب»: إلا الأجير، فإن عليه أن يحرم من ميقات بلد الميت والمستأجر، وإن جاء من طريق آخر ميقاته أقرب من ميقات بلد المبيت، وأحرم الميقات فعليه دم، انتهى.

وقال المتولي: لو جاء الأجير عن مبيت أو معضوب من طريق آخر، لا من طريق بلده، فإن كان ميقات طريقه أبعد من ميقات بلد المستأجر، فقد زاد خيرًا، وإن كان ميقات طريقه أقرب إلى مكة، فالمستحب أنه إذا بقي بينه وبين مكة من المسافة مثل المسافة من ميقات بلد المستأجر أن يحرم، فإن لم يحرم إلا من الميقات.

قال الشافعي في «المناسك الكبرى»: لا شيء عليه؛ لأن الشرع سوى بين المواقيت، فلم يجعل لبعضها على بعض مزية، انتهى لفظه.

....

ومثله قول أبي الحسن محمد بن مرزوق الزعفراني في كتابه «الإرشاد في المناسك»: وإذا عين أحد مواقيت الشرع، فأحرم من ميقات آخر شرعي أقرب منه أو أبعد جازَ، ولم يزد شيئًا؛ لاستواء الجميع بالشرعِ، انتهى.

وهذا أو ما قبله يخالف كلام الفوراني والبغوي، والظاهر أن المذهب ما ذكره المتولي، وفيه إشكال؛ لأنه إن عُيِّن للأجير ميقات يعين بالشرط مثله في المسافة، ولا يجوز له العدول إلى أقرب منه إلى مكة، وإن لم يعين له ميقات، فالإطلاق منزل على ميقات بلد المحجوج عنه، فالقياس يقتضي أنه لا يجوز العدول إلى ما هو أقرب منه إلى مكة، بل إما أن يحرم منه أو من مثل مسافته، فإذا خالف أثمَ؛ للمخالفة، وهل يلزمه دم أو حط شيء من الأجرة؟ فيه كلام أنكر فتأمله!.

ومنها: ذو الحليفة على ستة أميال من المدينة، وقيل: سبعة هكذا ذكره القاضي عياض وغيره، وعبارة كجماعة من أصحابنا هو على فرسخين من المدينة زاد في «الذخائر» وقيل: على ميل.

وقال الرافعي في «شرحه الصغير»: على ميل من المدينة، وقيل: على ستة أميال أو سبعة، وجزم في «شرحه الكبير» تبعًا «للشامل» و«البيان» و«البحر» إنه على ميل منها، وهو منكر، والشأم مهموز، ويجوز تخفيفه.

قال ابن حبان في «صحيحه»: «أول الشام نابلس وآخره العريش»(١) والجحفة على ثمان مراحل من المدينة، ومن مكة على خمسين فرسخًا، وقيل: على نحو ثلاث مراحل:

منها: وتهامة بكسر التاء، اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز، وهي على مرحلتين من مكة ويلملم، وَيُقَال: أَلَمْلَم بِالْهَمْزَةِ هُوَ وَالْأَصْل وَالْيَاء تَسْهِيل، وَحَكَى اِبْن السَّيِّد فِيهِ يَرَمْرَم بِرَاءَيْنِ بَدَل اللَّامَيْنِ، قرن بفتح القاف وسكون الراء.

---

(١) أخرجه ابن حبان (٧٤٢٩).

وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ مِن أَوَّلِ الْمِيقَاتِ وَيَجُوزُ مِن آخِرِهِ، ....

قال الرافعي: هو السماع المعتمد على التقدير، ورأيته منقولًا عن أبي عبيد وغيره، ورواه صاحب «الصحاح» بالتحريك، وادعى أن لو يشاء منسوب إليه.

قلت: وغلطوه فيهما، والصحيح أنه منسوب إلى بطن «مراد»، وأنّ المعروف في الميقات الإسكان، ولا تغتر بقول جماعة: إنه بالتحريك، وقيل: بالإسكان.

قال الرافعي: وذكر بعض شارحي «المختصران»: القرن اثنان: أحدهما هبوط يقال له: قرن المنازل، والثاني: على ارتفاع يقرب منه، وهي القرية، وكلاهما ميقات، انتهى.

قال في «الشامل» وغيره: أبعدها ذو الحليفة، فإنها على عشر مراحل من مكة، ويليه في البعد الجحفة، والمواقيت الثلاثة على مرحلتين من مكة.

ومنها: قال في «شرح المهذب»: قال أصحابنا: أعيان هذه المواقيت لا يشترط، بل الواجب عينها أو حدودها، قالوا: والاعتبار في هذه المواقيت الخمسة بتلك المواضع لا باسم القرية والبناء، فلو خرب بعضها ونقلت عمارتها إلى موضع آخر أو قريب منه، وسمى باسم الأول لم يتغير الحكم بل الاعتبار بموضع الأول.

قال: **(وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ مِن أَوَّلِ الْمِيقَاتِ)** أي: وهو طرفه الأبعد من مكة؛ ليقطع باقيه محرمًا، وللأخذ باليقين نص عليه الشافعي و«الأصحاب» سواء أحرم من ميقات شرعي، أو من قريته أو حلفه، ونقل الدارمي عن رواية ابن القطان فيمن دون الميقات وجهين: أحدهما: يحرم من حيث منزلة.

والثاني: من أول القرية التي هو فيها، انتهى.

والمتبادر أنّ الكلام في «الوجوب»، وهو بعيد.

قال: **(وَيَجُوزُ مِن آخِرِهِ)** أي: لصدق الاسم عليه، فإن شك استظهر، وهل الاستظهار واجب أو مستحب؟ يخرج من كلامهم فيه خلاف، والشيخ يرى أن المذهب الاستحباب.

إشارة: قال بعض أئمة العصر: ينبغي أن يستثنى من إطلاقهم أن الإحرام

وَمَنْ سَلَكَ طَرِيقًا لَا يَنْتَهِي إِلَى مِيقَاتٍ فَإِنْ حَاذَى مِيقَاتًا أَحْرَمَ مِن مُحَاذَاتِهِ

من أول الميقات أفضل ذو الحليفة، ويكون الإحرام من عند المسجد الذي أحرم منه النبي- ﷺ - أفضل قطعًا، قلت: وهذا حق إن علم أن ذلك المسجد الموجود أثاره اليوم هو ذاك، والظاهر أنّه هو.

واعلم أنهم قالوا ذلك إذا كان بالميقات مسجد فالأفضل أن يصلي ركعتي الإحرام فيه، وسيأتي أن الأفضل في أحد القولين أن يحرم عقب الصلاة وهو جالس، وقد يكون المسجد في وسط الميقات أو طرفه الأقرب إلى مكة، ثم إن كان مراد المصنف بالميقات المواقيت الخمسة، فذاك أو أعم من ذلك، فالأفضل لمن بمكة أن يحرم من باب داره، ويأتي المسجد محرمًا على الأظهر، وعلى الثاني من المسجد قريبًا من البيت، ولم يقال على الأول الأفضل أن يحرم حين ينهض من منزله خارجًا للحج، ولا يقال: باب داره.

قال: (**وَمَنْ سَلَكَ طَرِيقًا**) لا ميقات فيه أحرم إذا حاذى أقرب المواقيت إليه. (**لَا يَنْتَهِي إِلَى مِيقَاتٍ فَإِنْ حَاذَى مِيقَاتًا**) أي: بمفرده.

(**أَحْرَمَ مِن مُحَاذَاتِهِ**) ثبت ذلك في صحيح البخاري عن عمر ﷺ في توقيته ذات عرق لأهل الكوفة والبصرة، ولم يخالفه أحد اعتبارًا بقرن؛ لأنه يحاذيها، وهذا الأمر عمده من قال: أن عمر هو الذي وقت ذات عرق، لا النبي - ﷺ - فإن اشتبه عليه المحاذاة اجتهد .

قال في «شرح المهذب»: ويستحب أن يستظهر؛ ليتيقن المحاذاة، وأشار القاضي أبو الطيب إلى وجوب هذا الاستظهار، والمذهب استحبابه.

قلت: أبو الطيب مصرح بلزوم الاحتياط، وقال الدارمي: إن استظهر وأحرم جاز، وإن أراد الاجتهاد، فحكى ابن القطان وجهين، أحدهما: لا يجوز، ولكن يستظهر حتى يتيقن، انتهى.

والظاهر أنه لو لم يترجح له شيء يتعين الاستظهار، جزمًا عند خوف الفوات، والمراد بالمحاذاة المساواة عن اليمين واليسار دون الظهر والوجه؛ لأن الأول وراؤه، والثاني أمامه.

أَوْ مِيقَاتَيْنِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحْرِمُ مِن مُحَاذَاةِ أَبْعَدِهِمَا، ....

قال: (**أَوْ مِيقَاتَيْنِ**) زاد في «المحرر» مختلفي المسافة، وحذفه الشيخ استغناء بما ذكره، وفيه نظر!.

قال: (**فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحْرِمُ مِن مُحَاذَاةِ أَبْعَدِهِمَا**) أي: إلى مكة، وليس له انتظار الوصول إلى محاذاة الأقرب إلى مكة، كما لا يجوز لمن مرّ بذي الحليفة مجاوزتها؛ ليحرم من الجحفة، والثاني يتخير.

قال الماوردي: وهو الصحيح، وقول الجمهور، والصورة فيما إذا كانا في القرب إليه سواء، وأحدهما البعد من مكة، هكذا قال الرافعي، وعبارة الماوردي: وأحدهما أبعد إلى الحرم.

وقال الروياني: لو كان بينه وبينها على يمينه خمسة أميال، وبين ذلك ومكة ثلاثة أميال، وبينه وبين يساره ثلاثة أميال إذا حاذاه وبينه وبين مكة مسيرة ليلتين، فإذا حاذى ما عن يمينه، لزمه الإحرام.

قلت: وإذا تأملت هذا مع كلام الرافعي مع إطلاق الكتاب الإحرام من الأبعد، وجدت فيه بعض التباين، وحاصل نقل «الحاوي» أنه إذا كان أحدهما أقرب إليه اعتمده مطلقًا، وإن استويا في القرب إليه وإلى مكة تخير، وإن استويا في القرب إليه، وأحدهما أبعد من الحرم فوجهان، أحدهما: يتخير الأبعد من الحرم؛ لما فيه من الاحتياط، وكثرة العمل.

قال: والصحيح وبه قال جمهور الفقهاء من أصحابنا: أنه يتخير بينهما، وليس في نسخ لفظه الفقهاء، وأطلق القاضي أبو الطيب وغيره القول بأنه: يحرم إذا حاذى أقربهما إليه، فإن استويا في القرب إليه أحرم إذا حاذاهما، فإن شك أقربهما لزمه الاحتياط، فيحرم من موضع يتيقن أنّه أقرب إليه من الميقاتين جميعًا.

تنبيه: كلام الرافعي وغيره يقتضي أن التصوير فيما إذا كان يعلم المحاذاة، والماوردي وغيره صوروا في حالة التردد والاجتهاد، والحكم لا يختلف إذا غلب على ظنه بأمارة شيء، نعم؛ إن أوجبنا الأخذ باليقين فلا كلام، ورأيت في «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد رحمه الله: وإذا حصل بين ميقاتين

وَإِنْ لَمْ يُحَاذِ أَحْرَمَ عَلَى مَرْحَلَتَيْنِ مِن مَكَّةَ، ....

اعتبر أقربهما إلى موضعه فيحرم منه، فإن لم يكن له معرفة بالاجتهاد وكان معه غيره، فأخبره نظر إن أخبره عن يقين، وقطع وسعه أن يتبعه، أو من اجتهاد لم يسعه اتباعه.

قلت: وكان هذا فيما إذا كان له أهلية الاجتهاد، أما لو لم يكن أهلًا كالأعمى ونحوه، فالظاهر أنّ الحكم في ذلك كما سبق في القبلة سواء، وقوله أولًا: وسعة الظاهر أنّه لا يلزمه قبول خبرة كالمخبر عن القبلة عن علم، وأولى.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يُحَاذِ أَحْرَمَ عَلَى مَرْحَلَتَيْنِ مِن مَكَّةَ**) أي: كما قاله الإمام تخريجًا لا نقلًا، فقال: ولو أتى العرب من جهة لا ميقات فيها، وكان لا يحاذي أيضًا ميقاتًا في ممره، فالوجه أن يحرم إذا لم يبق بينه وبين مكة إلا مرحلتين نزولًا على قضاء عمر ﷺ في توقيت ذات عرق لأهل المشرق، والتفاتًا إلى أحد المذاهب في حاضري المسجد الحرام، انتهى.

وتابعه الغزالي والرافعي ولفظ «البسيط»، فينبغي أن يحرم المسألة.

قال «صاحب التعجيز» في شرحه: والمراد بعدم المحاذاة في علمه لا في نفس الأمر؛ لأن المواقيت تعم جهات مكة، فلا بد من أن يحاذي أحدها، قال: وقال المتولي: يتقدم إلى حيث يعلم أنّه حاذى أقرب المواقيت يقينًا، وقال ابن الصباغ: يحاذي أقرب المواقيت إليه اجتهادًا كالقبلة، انتهى كلام «صاحب التعجيز»، فإن كان كلام الإمام تصورًا فيمن لا علم له بالمواقيت أصلًا قربًا وبعدًا بوجه ولا باستدلال، فهو عن ملاق لما نقله عن المتولي وابن الصباغ، والظاهر أن كلام المتولي مبني على وجوب الأخذ بالتيقن عند الشك، وكلام ابن الصباغ مبني على جواز الاجتهاد، وهو ما أورده الشيخ أبو حامد وغيره.

وقال الدارمي: إذا أراد إحرامًا بموضع ليس له ميقاتٌ، أو حج في نحرٍ، فإن عرف المسافة بقدر الميقات أو استظهر جاز، وإن أراد الاجتهاد فوجهان، أحدهما: لا يجوز، بل يستظهر حتى يتيقن، ثم ما ذكره الإمام من الالتفات كان فرعه على أن الحاضر من كان دون مرحلتين إلى الحرم من الجهة التي يأتي منها،

وَمِنْ مَسْكَنِهِ، بَيْنَ مَكَّةَ وَالْمِيقَاتِ فَمِيقَاتُهُ مَسْكَنُهُ.

وأحسب أن المذهب أنه يجتهد إذا أمكنه في محاذاة أقرب المواقيت إليه، كما قاله أكثر العراقيين، وصاحب «الكافي» من المراوزة من غير نظر إلى مسافة القصر، بجواز أن يظهر بالاجتهاد محاذاته للميقات يزيد على مرحلتين من مكة، أو من الحرم، إلا أن يحمل كلامهم على ما إذا عُلم أن على يمينه أو يساره ميقاتًا، وتردد في مسامته، وكلام الإمام فيما إذا لم يعلم شيئًا أصلًا وفيه بعد، وطريق الاحتياط الأخذ بالأرشد، ولفظ «مختصر البويطي».

قال الشافعي: ومن سلك على المدينة أهل من ذي الحُليفة، ومن سلك على الساحل أهل من الجحفة، ومن سلك بحرًا أو غير الساحل أهل إذا حاذى الجحفة، انتهى، ولم يزد عليه.

قال: (**وَمِنْ مَسْكَنِهِ، بَيْنَ مَكَّةَ وَالْمِيقَاتِ فَمِيقَاتُهُ مَسْكَنُهُ**) أي: من قرية أو حِلَّة بدوي، أو مسكنه وحده؛ لقوله ﷺ في حديث المواقيت السابق «**فَمَنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ فَمِنْ حَيْثُ أَنْشَأَ** قال: أصحابنا **وَلَا يَلْزَمُهُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمِيقَاتِ**» وسبق رواية ابن القطان وجهان: من أي موضع يحرم بأنهما أول القرية التي هو فيها، والمراد والله أعلم طرفها الأبعد من مكة، فإن أراد ذلك في الاستحباب فقريب، أو في الوجوب وهو المتبادر فغريب.

قال القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب: «فلو ترك منزله وقصد الميقات» أي: وراءه فأحرم منه جاز، ولا دم عليه كالمكي إذا خرج إلى الميقات فأحرم منه، وظاهر كلام «الروضة» وغيرها ينازع فيما ذكره في المكي، إلا أن يحمل على ما إذا خرج من مكة لا إلى الميقات.

قالوا: ولو جاوز مسكنه إلى جهة مكة فكمجاوزة الميقات الشرعي، واستشكله المصنف في تعليق له على «التنبيه» فقال: ذكر الأصحاب ألا يجب دم التمتع على من كان من حاضري المسجد الحرام، وعللوه بأنه لم يحصل له ترفه، فجعلوا ما دون مسافة القصر كالموضع الواحد، ولم يجعلوه في مسألة الإساءة كذلك، بل قالوا: إذا جاوز مسكنه الذي دون مسافة القصر وأحرم منه لزمه دم الإساءة، ولم يجعلوه كالموضع الواحد؛ حتى لا يلزمه الدم كالمكي

وَمَنْ بَلَغَ مِيقَاتًا ....

إذا أحرم من سائر بقاع مكة، فإنه لا يلزمه دم، بل أوجبوا عليه الدم أي: على هذا الذي مسكنه دون الميقات، وهو في حكم حاضري المسجد الحرام، وجعلوه مسيئًا كالأفاقي، انتهى.

وينبغي على ما قاله الأصحاب أن ينظر هل يقتصر في حقه فيجاوز به موضعه إلى موضع ليس له قصر الصلاة فيه لو أراده، ويكون الضابط أن ينتهي إلى موضع يجوز له القصر فيه لو أراد، ولا عبرة بجواز ما دونه من القرية أو الحلة، أو أنه لا يعتبر ذلك، ويلزمه دم الإساءة بمجرد المفارقة، وإنما لم يجوَّز له القصر في تلك البقعة التي وصل إليها، هذا موضع تأمل!

تنبيه: أطلق المصنف وغيره المسألة، وقال الماوردي والروياني: إنه إذا لم يكن مسكنه بين ميقاتين، وكان أحدهما أمامه والآخر وراءه كذي الحليفة والجحفة، فمن كان على جادة المغرب والشام كأهل بدر والصفراء، فميقاتهم الجحفة أمامهم، ومن كان على جادة المدينة، وعلى طريق ذي الحليفة كأهل الأبواء والعرج فميقاتهم موضعهم اعتبارًا بذي الحليفة؛ لكونهم على جادتها ومن كان بين الجادتين كأهل بني حرب، فإن كانوا إلى المدينة أقرب أحرموا من موضعهم، وإن كانوا إلى جادة الشام أقرب أحرموا من الجحفة، وليس الاعتبار بالقرب من الميقاتين، وإنما الاعتبار بالقرب من الجادتين، وإن كانوا بين الجادتين على السواء فوجهان أحدهما: يحرمون من موضعهم، والثاني: منه أو من ذي الحليفة إن شاءوا، انتهى.

فرع: لو كان أهل نجعة يتنقلون فيما بين المواقيت الخمسة وبين مكة فلم أرَ فيه نصًا، والأشبه أنَّ ميقات الواحد منهم من حيث يزيد النسك، ولو أقاموا بموضع ولو يومًا اعتبر، ولو أراده حالة السير، فإن كان حال السير إلى جهة مكة فمن حيث أراد، فإن تقدم بخطوة ولم يحرم كان مسيئًا .

قال: (وَمَنْ بَلَغَ مِيقَاتًا) أي: من المواقيت الخمسة السابقة، أو موضعًا جعلناه ميقاتًا، وإن لم يكن ميقاتًا أصليًا.

غَيْرَ مُرِيدٍ نُسُكًا ثُمَّ أَرَادَهُ فَمِيقَاتُهُ مَوْضِعُهُ، وَإِنْ بَلَغَهُ مُرِيدًا لَمْ تَجُزْ مُجَاوَزَتُهُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، فَإِنْ فَعَلَ لَزِمَهُ الْعَوْدُ لِيُحْرِمَ مِنْهُ ....

(غَيْرَ مُرِيدٍ نُسُكًا ثُمَّ أَرَادَهُ) أي: هناك أو بعد مجاوزته حجًا كان النسك أو عمرة.

(فَمِيقَاتُهُ مَوْضِعُهُ) أي: ولا يكلف العود إلى الميقات في حالة المجاوزة، وقد أشار إلى ذلك قوله - ﷺ - في حديث المواقيت السابق ممن أراد الحج والعمرة.

إشارة: خذ من قول المصنف غير مريد نسك أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون عازمًا عند بلوغ الميقات على دخول مكة أو الحرم، أو لم يكن عازمًا على ذلك، وهو صحيح إلا إذا كان عازمًا على مكة أو الحرم، وأوجبنا الإحرام؛ لدخول مكة على أحد القولين كما سيأتي، فيكون مسببًا مجاوزته كمريد النسك، وقد استثنى المصنف - رحمه الله - هذا من إطلاق «التنبيه»، وخذ من قوله: فميقاته موضعه أنه لو جاوز موضعه غير محرم كان كمجاوزته الميقات مريدًا للنسك، وفيه ما سبق.

قال: **(وَإِنْ بَلَغَهُ مُرِيدًا لَمْ تَجُزْ مُجَاوَزَتُهُ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ)** لحديث المواقيت السابق، وادعى المصنف - رحمه الله - الإجماع فيه، وليس بإجماع، بل هو قول أكثر العلماء، فراجع قول ابن عبد البر، وكلام ابن المنذر وغيرهما من نقلة مذاهب الناس.

قال: **(فَإِنْ فَعَلَ)** أي: جاوزه، ولم يحرم.

(لَزِمَهُ الْعَوْدُ لِيُحْرِمَ مِنْهُ) أي: سواء في ذلك العامد، والناسي والجاهل والنائم، وغير الأهل؛ للإحرام كالكافر يمر بالميقات مريدًا للنسك، ثم يسلم ويحرم بفم العالم الذاكر نائم دون غيره، وفي «اللباب» و«أصله الرونق»: إنه لا فدية على الناسي، واستغربته في «الغنية» ثم رأيت الدارمي قال: إذا جاوز الميقات ناسيًا حتى أخذ في الأعمال، فذكر ابن القطان في الدم وجهين.

قال: وإن مر عليه نائمًا ثم أحرم، فإن رجع فلا دم عليه لأن هذه النية

إِلَّا إِذَا ضَاقَ الْوَقْتُ، أَو كَانَ الطَّرِيقُ مَخُوفًا، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ لَزِمَهُ دَمٌ].

مستأنفة، [وإن لم يرجع فدم، فإن خشي الفوات، فوجهان.

قال: وإذا نوى من نيته حجًا أو عمرة، فلما بلغ الميقات ثم لم يرده، فلما جاوزه لا يريد بما أحرم، ولا دم عليه؛ لأن هذه النية مستأنفة].

قال: فإذا كان مريدًا، حجًا أو عمرة، فلما جاوزه بدا له أن لا يفعل، ثم نوى أن يفعل، فأحرم ففي الدم وجهان.

قلت: والصحيح أو الصواب الوجوب، والله أعلم.

تنبيهات: قول المصنف: لزمه العود؛ ليحرم منه يقتضي بعينه حتى لا يقوم غيره مقامه، وهو وجه، فإن الدارمي قال: وإذا رجع إلى ميقات غيره، فوجهان.

وقال ابن المرزبان: إن رجع إلى مثله أو أبعد سقط الدم وإلا لم يسقط.

وقال الماوردي وغيره: إذا مر بميقات بلده فلم يحرم منه، وأحرم من مثله أو أبعد أجزأه، ولا دم عليه، وصرح الإمام أيضًا بأنه يكفيه العود إلى مثله، وقوله: ليحرم منه قيل أنه يوهم أنه لو كان قد أحرم بعد المجاوزة؛ لا يلزمه العود، وليس كذلك، ويوهم أيضًا وجوب العود إذا لم يكن قد أحرم بعد المجاوزة، وليس على إطلاقه إلا فيما استثناه، وما في معناه.

قال: **(إِلَّا إِذَا ضَاقَ الْوَقْتُ، أَو كَانَ الطَّرِيقُ مَخُوفًا)** أو كان به مرض، موافق لما ذكرناه، والظاهر تحريم العود لو علم أنه لو عاد لفاته الحج لا محالة.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَعُدْ)** لقول ابن عباس ﵄: **«من نسي من نسكه شيئًا أو تركه فليهرق دمًا»**[1] رواه مالك في «الموطأ».

قال الرافعي وغيره: وروي مرفوعًا وهو غريب، ولم أر من ذكره من أئمة هذا الشأن.

تنبيهات: قوله: **(لَزِمَهُ دَمٌ)** أي: إن حج من عامه، وإن حج في السنة الثانية من مكة.

---

(١) أخرجه مالك (٨٩٦).

....

قال الدارمي: ففي لزوم الدم وجهان، والمذكور في تعليق القاضي الحسين و«التهذيب» و«الكافي» المنع، وإن اعتمر لزمه الدم سواء اعتمر في عامه أم في غيره، وحينئذٍ يكمل إطلاق المصنف على ما إذا أحرم، أما إذا أثنى عزمه بعد المجاوزة عن الإحرام، فلم يحرم أصلًا فلا دم ولا أثم؛ لأن الدم يجبر النسك لا بدلًا عنه، وبهذا يتضح أن المجاوزة وحدها غير كافية في إيجاب الدم [على المذهب](١)، بل الموجب له النقص الحاصل في النسك بسبب المجاوزة، وما أحسن قول التنبيه: ومن جاوزه مريدًا للنسك، وأحرم دونه فعليه دم، انتهى.

وسبق ما قيل في النائم والناسي: ولو لم يحرم حتى دخل مكة، ولم يعد، فقد أطلق الماوردي أن لا دم عليه، وهو صحيح إذا لم يحرم من مكة، فإن أحرم منها، فيأتي فيه ما ذكره القاضي حسين، وغيره من أنّه إن أحرم بالحج في هذه السنة أو بعمرة فيها، أو في غيرها وجبت وإلا فلا، فإن كان الماوردي يوافقهم حمل إطلاقهم عليه، وإلا حصل في المسألة وجهان، وإن لم يحرم قبل مكة ولا فيها، وخرج منها إلى ميقات آخر فأحرم، فقد قال في «البيان»: سمعت الشريف العثماني من أصحابنا: إذا تجاوز المدني ذا الحليفة مريدًا للنسك، فبلغ مكة، ثم خرج منها إلى ميقات آخر كيلملم، وأحرم منه، فلا دم عليه للمجاوزة؛ لأنه لا حكم لإرادته لما بلغ مكة غير محرم، فصار كمن دخلها غير محرم، وقلنا: يجب الإحرام؛ لدخولها لا دم عليه.

قال المصنف: وهو محتمل، وفيه نظر! قلت: لا شك أنّه مخالف لمقتضى كلام القاضي والبغوي والمتولي، وأما كلام الماوردي فمحتمل، وكيف كان فكلام القاضي الحسين هنا أصح؛ لحصول النقص في النسك الذي بعد مجاوزته الميقات المأمور به، أما إذا عاد بعد دخول مكة من غير إحرام إلى ميقاته الذي جاوزه، فأحرم فلا دم عليه.

---

(١) سقط من نسخة.

قال المصنف: [وَإِنْ أَحْرَمَ ثُمَّ عَادَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَادَ قَبْلَ تَلَبُّسِهِ بِنُسُكٍ سَقَطَ الدَّمُ، وَإِلَّا فَلَا.

وشذَّ الإمام والغزالي فقالا: عليه دم، وقالا: إذا أعاد قبل أن يبعد عن الميقات بمسافة القصر سقط الدم أو بعد بلوغه مسافة القصر، وقبل دخول مكة، فوجهان أصحهما السقوط، وكأنهما رأيا أن مجاوزة الميقات وحدها من غير إحرام فحدها موجب الدم، والمذهب أنّه متى عاد قبل الإحرام، فلا دم عليه سواء دخل مكة أم لا.

إشارة: لو مر الصبي أو العبد بالميقات غير محرم، ثم بلغ أو عتق قبل الوقوف، فالصحيح أنه لا دم عليه، وصورة العبد ترد على لفظ الكتاب.

قال: (**وَإِنْ أَحْرَمَ ثُمَّ عَادَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَادَ قَبْلَ تَلَبُّسِهِ بِنُسُكٍ سَقَطَ الدَّمُ**) أي؛ لقطعه المسافة من الميقات محرمًا، وإذا المناسك بعده.

(**إِلَّا فَلَا**) أي: [وإن لم يعد إلا بعد تلبسه بنسكٍ لم يسقط، سواء كان ذلك النسك ركنًا كالوقوف أو سنة لطواف القدوم][1] وقيل: لا أثر للتلبس بالسنة.

قال الشيخ: والخلاف طريقان الذي قطع به الجمهور التفصيل المذكور، وقيل: فيه قولان، وقيل: وجهان، وقوله: سقط يقضي أنه وجب، ثم سقط بالعود، وهو وجه في «الحاوي»، وصحح أنه لا يجب إلا بفوات العود، وقيل: أنه مراعًا إن لم يعد تبين وجوبه عليه، والاثنين عدمه، ولا فرق في عدم السقوط إذا لم يعد بين العامد العالم، أو الناسي والجاهل.

فروع وتتمات: منها: إذا عاد بعد الإحرام سقط دم الإساءة، وهل يكون مسيئًا بالمجاوزة بعد أن عاد؟

قال العمراني: فيه وجهان في الفروع، الظاهر: أنه لا يكون مسيئًا؛ لأنه حصل فيه محرمًا.

والثاني: يكون؛ لأن الإساءة حصلت بنفس المجاوزة، وسكت المصنف على ذلك، وكلام الروياني يقتضي أن الإساءة والدم متلازمان، وأنّه على

---

[1] سقط من نسخة.

القول بالسقوط، وهو المذهب يكون مريدًا للنّسك مخيرًا بين ثلاثة أشياء أن يحرم قبل الميقات أو منه أو دونه، ثم يعود إليه، ولا يكون مسيئًا في واحد منهما، وتبعه ابن الرفعة، وهذا بعيد.

وكيف يقال أن المذهب أن له المجاوزة ثم يعود؟ وقد نقل المصنف الإجماع على تحريم المجاوزة بالصحيح أو الصواب أنّه يكون مسيئًا، ويمكن أن يحمل ما ذكره على أن حكم الإساءة ارتفع برجوعه وتوبته، وحينئذٍ لا ينفي خلافًا، وفي «التجريد» ما ذكره الروياني، لكن جعل الوجه الثالث أن يجاوزه بشرط أن يحرم دونه، ثم يعود إليه، فاشترط نية العود، وبه يقرب قليلًا.

ومنها: لو مر بميقات، فأحرم منه بنسك، ثم بعد مجاوزته أدخل عليه النسك الآخر فإن أدخل الحج على العمرة أو العكس، وجوزناه، ففي وجوب الدم وجهان.

قلت: إن كانت الصورة أنه أراد القران ترجح لزوم الدم، وإن أراد نسكًا فقط، فأحرم به، ثم له بعد المجاوزة إدخال غيره عليه، وجوز؛ فالوجه أن لا دم عليه للإساءة، وإن أرادهما، لكن مفردًا، أما الذي قاله الروياني: الجواز كما لو لم يرد الحج، وعن أبي حنيفة: يلزمه الرجوع إلى الميقات، ورد عليه بالتمتع.

ومنها: لو نوى الولي الإحرام للصبي، فجاوز به الميقات، ثم عقده له، فهل يلزم الولي الدم في مال نفسه أم لا فدية؟ فيه وجهان. ولو حج عن غيره، ثم اعتمر عن نفسه لزمه الدم.

قال البندنيجي: وكذا لو لم يعنّ له أن يعتمر إلا بعد الفراغ من الحج عن الغير، ولو اعتمر عن غيره من الميقات، ثم حج عن نفسه من مكة لزمه الدم، قاله القاضي أبو الطيب، وعن البغوي عن القديم، ثم قال: قال الشيخ يعني القاضي الحسين: والقياس عدم وجوبه؛ لأنه لم يجاوز الميقات غير محرم، انتهى.

والتصوير كما دل عليه كلامهم إذا كان عازمًا عند مروره بالميقات، وإحرامه منه عن الغير أن يحج عن نفسه أو يعتمر بعد فراغه من الحج والعمرة

وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ مِن دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ، ....

عن الغير، والقياس أنّه إذا عنّ له ذلك بعد الفراغ أن لا يلزمه الدم.

ومنها: لو مر كافر بميقات مريدًا للنسك، ثم أسلم، وحج من سنته، فكالمسلم فيما سبق.

قال المزني: لا دم عليه مطلقًا، ولو مر بالميقات مريدًا للنسك، ثم أسلم، وأقام بمكة؛ ليحج قابلًا.

قال الدارمي: إن كان حين مر بالميقات أراد الحج تلك السنة، ثم حج بعدها فلا دم وإن نوى حال مروره حج السنة الثانية فوجهان، انتهى.

وتأمل ما عساه يرد على ألفاظ الكتاب من هذه الفروع، فإن الشيخ ذكرها في «شرح المهذب»، هكذا ولم يزد، وقولي: والقياس أنه إذا عنَّ له ذلك بعد الفراغ لي لا للشيخ.

فائدة: لو نذر الإحرام من دويرة أهله. قال في «المهذب»: يلزمه، فإن جاوزه وأحرم دونه كان كمن جاوز الميقات، وأحرم دونه في وجوب العود والدم، ووافقه المصنف.

قال بعض المتأخرين: والقياس أن يكون كمن نذر الحج ماشيًا، فحج راكبًا، إذا قلنا بالكراهة كما سيأتي، وهو ما أطلقه جماعة، فينبغي أن لا ينعقد نذره، انتهى.

وما قاله حسن، لكن سبق في نذر الاعتكاف ما ينازع في عدم الانعقاد مع إشكاله، وكذلك في نذر صوم الدهر، والله أعلم.

قال: (**وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ مِن دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ**) لأنه أكثر عملًا، ولأن عمر وعليًا - رضي الله عنهما - فسرا تمام الحج والعمرة في الآية الكريمة بأن يحرم بهما من دويرة أهله، ورواه البيهقي مرفوعًا من رواية أبي هريرة، وقال: في رفعه نظر، وصححه الحاكم موقوفًا على علي - كرم الله وجهه - على شرط الشيخين؛ إذ في سنن أبي داود، وابن ماجه عن أم سلمة أنها سمعت رسول الله - ﷺ - يقول «**من أهلّ بحج أو عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر الله**

وَفِي قَوْلٍ مِن الْمِيقَاتِ. قُلْت: الْمِيقَاتُ أَظْهَرُ، وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِلْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، أو وجبت له الجنة»(١) شك أحد رواته بأيهما، قال: ورواه ابن حبان في «صحيحه».

قال ابن عبد البر: وأهل ابن عمر من بيت المقدس، وقال: لولا أن يرى معاوية أن الذي يرى عن الذي بي لجعلت أهل الأرض يهلون منه، وأهل ابن عباس من القادسية، وابن مسعود من الشام، وذكره عن جماعة من التابعين.

ثم قال: واحتج من قال بذلك بحديث أم سلمة، وبأن عليًا وابن مسعود وابن عمر وبن عباس - رضي الله عنهم - أحرموا من المواضع البعيدة، وهم فقهاء الصحابة، وقد شهدوا إحرام رسول الله وحجه من ميقاته، انتهى.

ولم يقل في حديث أم سلمة أو غيره.

وقال التميمي في «نوادر الفقهاء»: أجمع الصحابة على أنه قبل الميقات مباح، ومستحسن هذا لفظه، وممن رجح ذلك القاضيان الطبري والروياني، والغزالي وتابعهم الرافعي، ولم يذكر الحليمي في «منهاجه» غيره.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ مِن الْمِيقَاتِ**) أي: تأسيًا به ﷺ: «فإنه أحرم في حجة الوداع منه بالإجماع، وكذا في عمرة الحديبية» رواه البخاري؛ ولأنه أقل تعزيزًا بالعبادة، وكذا صنع جمهور الصحابة والتابعين، وهذا ما صححه الأكثرون والمحققون، كما قاله في «شرح المهذب».

قال: (**قُلْت: الْمِيقَاتُ أَظْهَرُ وَهُوَ الْمُوَافِقُ لِلْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) وقد بينا ذلك، وقد يجيب من قال: بالأول أنه - ﷺ - أراد ألا يخرج أمته؛ إذ لو أحرم من دويرة أهله، لتأست به الأمة من بعدت داره ومن قربت، وأكثرهم لا يقوى على ذلك.

إشارات: منها: أطلق أن الميقات أفضل، ومراده ما إن لم ينذر ذلك كما قدمنا قريبًا بما فيه، وكذلك لو شرط على الأجير موضع معين، ويستثني ما لو

---

(١) أخرجه الفاكهي في أخبار مكة (٨٤٦)، والدارقطني (١٧٤٣).

وَمِيقَاتُ الْعُمْرَةِ لِمَنْ هُوَ خَارِجَ الْحَرَمِ مِيقَاتُ الْحَجِّ، ....

شك في الميقات؛ لخراب مكانه، فالاحتياط أن يستظهر، وهل يكون ذلك واجبًا أو مستحبًا، فيه نزاع قدمناه، وصحح الاستحباب، ولو كانت داره بالعقيق أو مر به فالأفضل أن يحرم منه بلا خلاف، ولا يؤخره إلى ذات عرق، وكذلك الأجير لو حج من طريق آخر، وكان ميقات المحجوج عنه أبعد مما يمر عليه، فالاحتياط أن يحرم من مسافة ميقات المحجوج عنه، نص عليه الشافعي، وسيق عن جماعة أن ذلك واجب عليه.

قال البغوي وغيره: فإن لم يفعل؛ لزمه دم الإساءة، وليس ذلك كما قدمناه.

ومنها: أطلق جماعة من أصحابنا كراهة التقديم على الميقات، وفيه بعد لما قدمناه، نعم؛ إن خشي على نفسه العجز أو العجب أو الرياء والتسميع، فظاهر بل ينبغي أن يحرم إذا تحقق ذلك من نفسه، بخلاف ما إذا كان قويًا جهدًا أو آنفًا من نفسه ودسه بعدم الرياء والتسميع؛ ولهذا المعنى قال بعض أصحابنا: إن آمن على نفسه من ارتكاب محظورات الإحرام، فدويرة أهله أفضل، وإلا فالميقات.

ومنها: القولان منصوصان في الجديد، ونسب الفوراني والغزالي ومن معهما الأول إلى القديم، والثاني إلى الجديد، وزاد أنه كرهه في الجديد، وهو غريب، وقد أنكر الشافعي - ﷺ - في الجديد على من كره الإحرام قبل الميقات.

ومنها: يظهر أن يقال: أن الأفضل للولي أن لا يقدم الإحرام [بالصبي] ونحوه على الميقات قطعًا على القولين، ولا سيما عند بُعد الدار؛ لما فيه من المشقة، بل في الجواز نظر، وسيأتي من نص «الأم» أنّ الأفضل للحائض والنفساء ترك الإحرام قبل الميقات؛ لتحرم من الميقات ظاهرًا، وهل يجب الجزم به على القولين أيضًا؟ والله أعلم.

قال: (**وَمِيقَاتُ الْعُمْرَةِ لِمَنْ هُوَ خَارِجَ الْحَرَمِ مِيقَاتُ الْحَجِّ**)؛ لقوله ﷺ في الحديث السابق لمن أراد الحج أو العمرة.

وَمَنْ بِالْحَرَمِ، يَلْزَمُهُ الْخُرُوجُ إِلَى أَدْنَى الْحِلِّ وَلَوْ بِخُطْوَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ وَأَتَى بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ أَجْزَأَتْهُ فِي الْأَظْهَرِ، وَعَلَيْهِ دَمٌ.

قال: (**وَمَنْ بِالْحَرَمِ**) أي: في مكة أو خارجها مكيًا كان أو غيره أو عابر سبيل.

(**يَلْزَمُهُ الْخُرُوجُ إِلَى أَدْنَى الْحِلِّ وَلَو بِخُطْوَةٍ**) أي: من أي جهة شاء من جهات الحرم؛ لأن عائشة اعتمرت من التنعيم، بعد التحلل بأمره ﷺ، قالوا: فلو لم يكن الخروج واجبًا لاعتمرت مكانها؛ لضيق الوقت، وما في مراسيل أبي داود من حديث ابن سيرين مرسلًا أنه ﷺ وقت لأهل مكة التنعيم(١)، فغريب.

قال سفيان: هذا لا يكاد يعرف.

إشارة: لو خطى بإحدى قدميه إلى الحل، وباقيه في الحرم، فإن كان معتمدًا على الباقي في الحرم أو على القدمين معًا، فليس بخارج، وإن كان معتمدًا على القدم الخارج فقط، ففيه احتمال، ولم أر فيه شيئًا.

فرع: لو أراد من مكة القران، فقيل: يلزمه الخروج إلى أدنى الحل؛ لأجل العمرة، والأصح أن يكفيه الإحرام بمكة تغليبًا للحج.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ وَأَتَى بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ أَجْزَأَتْهُ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لانعقاد إحرامه، وإتيانه بعد بالواجبات عليه.

(**وَعَلَيْهِ دَمٌ**) لتركه الإحرام من الميقات، والثاني لا يجزئه؛ لأن العمرة أحد النسكين المشترط فيه الجمع بين الحل والحرم كالحاج؛ لأنه لا بد له من عرفة، وهي من الحل، وقال الشافعي في «الأم» بعد ذكره القولين: إن هذا أشبهما، ونقل الإمام الاتفاق على أن إحرامه ينعقد، وهو الصواب فيبقى في إحرامه حتى يخرج إلى الحل، ثم يطوف ويسعى ويحلق، وقيل: القولان: في انعقاده وهو مردود ومؤول، وإذا قلنا أنه لو خرج إلى الحل بعد إحرامه؛ لأجل ذلك أو لغيره يسقط الدم كما سيأتي، وجب خروجه إليه قبل الإعمال، أما في ابتداء الإحرام أو بعده، وإن لم يسقط الدم، فالواجب الخروج في ابتداء الإحرام.

---

(١) في (١٢٥).

فَلَوْ خَرَجَ إِلَى الْحِلِّ بَعْدَ إِحْرَامِهِ سَقَطَ الدَّمُ عَلَى الْمَذْهَبِ.
وَأَفْضَلُ بِقَاعِ الْحِلِّ الْجِعْرَانَةُ، ثُمَّ التَّنْعِيمُ ثُمَّ الْحُدَيْبِيَةُ].

قال: **(فَلَوْ خَرَجَ إِلَى الْحِلِّ بَعْدَ إِحْرَامِهِ)** أي: وقبل الطواف والسعي.

(سَقَطَ الدَّمُ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن المسمى من انتهى إلى الميقات مريدًا للنسك، ثم جاوزه، ولم يؤخذ هنا، بل هو شديد ممن أحرم قبل الميقات، وهذا ما أورده الجمهور، وقيل: بتخريجه على الخلاف في من جاوز الميقات، ثم عاد إليه محرمًا، هذا إذا خرج إلى الحل للنسك أما لو خرج لشغلٍ.

قال القفال وبه أجاب البغوي وغيره: أن الحكم كذلك، وهو ظاهر إطلاق المصنف وغيره، كما لو حصل بعرفات بلا قصد يحصل له الوقوف، وقال ابن الرفعة: ويظهر أن يجيء فيه ما قيل في الوقوف.

إشارة: قضية كلام المصنف أنّ الدم وجب ثم سقط، وسبق في نظيره من الحج خلاف، وينقدح مجيئه، وعبارة «المحرر»: لو لم يلزم دم، وعبارة «البيان»: لا شيء عليه.

قال: **(وَأَفْضَلُ بِقَاعِ الْحِلِّ الْجِعْرَانَةُ)** لإحرامه منها»(1) رواه البخاري ومسلم. قال يوسف بن ماهك: اعتمر منها ثلاثمائة نبي - عليهم الصلاة والسلام- ذكره الجندي في «فضائل مكة».

قال: **(ثُمَّ التَّنْعِيمُ)** «لأنه أَمَرَ أَخَا عَائِشَةَ بِأَنْ يُعَمِّرَهَا مِن التَّنْعِيمِ»(1) متفق عليه. قال: **(ثُمَّ الْحُدَيْبِيَةُ)** أي: بتخفيف الياء.

قال الشيخ: هذا هو الصواب، وقول «التنبيه» أفضلها التنعيم غلط، وتأويله غيره على أنه أراد أفضل أدنى الحل، فإنه قال: أولاً خرج إلى أدنى الحل، وانتصر منتصرٌ للتنبيه، ورجحه من حيث الدليل بأمره بإحرام عائشة منه، وهو يحب لها ما يحب لنفسه، وأوجبت بأنه الظاهر إنما أمر بذلك؛ لضيق الوقت؛ لأنه كان ليلة الرابع عشر من ذي الحجة، والناس على رحيل، والتنعيم أقرب المواقيت إلى مكة، فلذلك أمر به.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٥٥٢، رقم ١٤٤٦)، ومسلم (٢/ ٨٨١، رقم ١٢١٣).

باب الإِحْرَامِ

قال المصنف: [يَنْعَقِدُ مُعَيَّنًا بِأَنْ يَنْوِيَ حَجًّا أو عُمْرَةً أو كِلَيْهِمَا، وَمُطْلَقًا بِأَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى نَفْسِ الْإِحْرَامِ، ....

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: بعد ذكره ما سبق إلا أن الشيخ أبا حامد قال: الذي يقتضيه «المذهب» أن الاعتمار من الحديبية بعد الْجِعْرَانَة أفضل من التنعيم، فقدم الحديبية على التنعيم، وحكى ذلك عن الغزالي، والمذهب المعروف ما سبق.

إشارات: الْجِعْرَانَة، شدد راءها أكثر المحدثين وتخفف، وكذا ضبطها المصنف بخطه، وهي على ستة فراسخ من مكة، وكذا الحديبية على ما قاله الرافعي.

وقال البندنيجي والروياني: الْجِعْرَانَة أبعد، وعكس ابن الرفعة وابن يونس، فجعلا الحديبية أبعد، وهي اسم لبئر بين طريق جدة وطريق المدينة في منعطف بين جبلين، والتنعيم معروف، وهو عند مساجد عائشة.

قال الفاكهي: هناك مسجدان يزعم بعض المكيين أن أدناها إلى مكة نهل عائشة، وزعم بعضهم أنه الأقصى، قلت: والاحتياط لا يخفى.

قال في «الذخائر»: قال الشافعي: والأفضل أن يجعل بينه وبين الحرم واحد عن يمين التنعيم جبل، يقال له: نعم، وعن يساره آخر يقال: له ناعم، والوادي نعمان، ولذلك يسمى الموضع التنعيم، وقيل: غير ذلك، والله أعلم.

فرع: قال البندنيجي: يجوز أن يقيم على إحرامه بالعمرة أبدًا، ويكملها متى شاء في النفس منه شيء؛ لأنه لم يؤثر؛ ولما في مصايرة الإحرام من المشاق والضرر، وبالله التوفيق.

قال الشارح: هو الدخول في حج أو عمرة أو فيما يصلح لهما، أو لأحدهما، وأصله من أحرمت الشيء بمعنى حرمت أو دخلت في الإحرام، كما يقول: أنجدت إذا دخلت نجدًا.

قال: (يَنْعَقِدُ مُعَيَّنًا بِأَنْ يَنْوِيَ حَجًّا أو عُمْرَةً أو كِلَيْهِمَا) أي: بالإجماع.

قال: (وَمُطْلَقًا بِأَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى نَفْسِ الْإِحْرَامِ) شيئًا؛ لأنه أخذ ما قيل في

وَالتَّعْيِينُ أَفْضَلُ وَفِي قَوْلٍ الْإِطْلَاقُ فَإِنْ أَحْرَمَ مُطْلَقًا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ صَرَفَهُ بِالنِّيَّةِ إِلَى مَا شَاءَ مِن النُّسُكَيْنِ أَو إِلَيْهِمَا ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالْأَعْمَالِ.

وَإِنْ أَطْلَقَ فِي غَيْرِ أَشْهُرِهِ فَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ عُمْرَةً فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى الْحَجِّ فِي أَشْهُرِهِ.

وَلَهُ أَنْ يُحْرِمَ كَإِحْرَامِ زَيْدٍ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَيْدٌ مُحْرِمًا انْعَقَدَ إِحْرَامُهُ مُطْلَقًا، ....

إحرامه ﷺ؛ إذ التعين هنا لا يشترط، ولهذا لو أحرم للضرورة عن غيره انصرف إليه.

قال: (**وَالتَّعْيِينُ أَفْضَلُ**)؛ لأنه أخلص، وليعرف ما يدخل عليه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ الْإِطْلَاقُ**)؛ ليتمكن من صرفه إلى ما لا يخاف فوته.

قال: (**فَإِنْ أَحْرَمَ مُطْلَقًا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ صَرَفَهُ بِالنِّيَّةِ**) أي: لا باللفظ (**إِلَى مَا شَاءَ مِن النُّسُكَيْنِ أَو إِلَيْهِمَا ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالْأَعْمَالِ**) لإطلاق ذلك، وهو محمول على ما إذا كان الوقت صالحًا.

تنبيه: قوله: ثم اشتغل بالأعمال، أما لو ضاق الوقت، وخاف فوت الحج، أو فات صرفه إلى العمرة.

قال الروياني: وظاهره أنه يحتاج إلى الصرف إليهما، وعن القاضي الحسين: يحتمل أن يتعين غيره كما لو أحرم قبل أشهر الحج، ويحتمل أن ينفي على ما كان، وعليه التعيين، فإن عين عمرة يمضي فيها أو حجًا كان كمن فاته الحج.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ فِي غَيْرِ أَشْهُرِهِ فَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ عُمْرَةً فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى الْحَجِّ فِي أَشْهُرِهِ**) لأن الوقت لا يقبل غير العمرة.

والثاني: ينعقد منها، فله صرفه إلى قرانٍ أو حج في أشهره، فإن صرفه إليه قبل أشهره كان كمن أحرم بالحج في غير أشهره، فينعقد عمرة.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يُحْرِمَ كَإِحْرَامِ زَيْدٍ**)؛ لأن أبا موسى أهل بإهلال كإهلال رسول الله ﷺ، فلما قدم أخبره، فقال له: احتسبت، وكذا فعل علي - ﷺ - أخرجاهما في الصحيحين.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَيْدٌ مُحْرِمًا انْعَقَدَ إِحْرَامُهُ مُطْلَقًا**)؛ لأنه قصد الإحرام

وَقِيلَ إِنْ عَلِمَ عَدَمَ إِحْرَامِ زَيْدٍ لَمْ يَنْعَقِدْ، وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ مُحْرِمًا انْعَقَدَ إِحْرَامُهُ كَإِحْرَامِهِ، ....

بصفة، فإذا بطلت بقي أصل الإحرام.

(**وَقِيلَ إِنْ عَلِمَ عَدَمَ إِحْرَامِ زَيْدٍ لَمْ يَنْعَقِدْ**) كما لو قال: إن كان محرمًا فقد أحرمت، فلم يكن محرمًا، والفرق أنه هنا جازم، بخلاف ما إذا علق. والحاصل أنه إن جهل إحرامه انعقد، وإن علم عدمه فكذلك، وقيل: وجهان.

قال: (**وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ مُحْرِمًا انْعَقَدَ إِحْرَامُهُ كَإِحْرَامِهِ**) إذا كان زيد محرمًا إحرامًا صحيحًا يمكن معرفته، انعقد له مثله من حج أو قران أو عمرة، فلو أحرم زيد بعمرة بنية التمتع، لزم عمرو العمرة فقط، وإن أطلق زيد انعقد لعمرو مطلقًا، ولا يلزمه الصرف إلى ما صرف إليه زيد على الصحيح.

قال البغوي: إلا إذا أراد إحرامًا كإحرام زيد بعد تعيينه، وفيه نظر؛ لأنه في معنى التعليق على مستقبل، ولعله يقول: هو حازم في الحال أو يفتقر ذلك في الكيفية دون الأصل، ثم لا فرق بين أن يعين زيد ما أطلقه بعد إحرام عمرو أو قبله، وقيل: إن عين قبل إحرام عمرو وانعقد لعمرو معينًا، ويجوز بأن فيما لو أحرم زيد لعمرو، ثم أدخل عليها الحج فعلى الأصح يكون عمرو معتمرًا، وعلى الثاني قارنًا، والوجهان فيما إذا لم يخطر بباله التشبيه بإحرام زيد في الحال، ولا في أوله وإلا فالتشبيه بما يخطر قطعًا، وإن أحرم زيد فاسدًا انعقد إحرام عمرو مطلقًا، وقيل: لا ينعقد أصلًا.

قلت: ويجيء وجه ثالث أنّه ينعقد معينًا بما يأتي آخر الفصل إن كان زيد عين.

وقال الدارمي: وإذا قال: إحرامًا كإحرام زيد وحجًا كحجه، فأفسد حجته.

قال ابن القطان: وجهان: أحدهما لا يجب عليه شيء، والثاني: يجب عليه الحج الصحيح، انتهى.

والتصوير أفسده قبل أن يحرم عمرو، كما دلَّ عليه كلامه من قبل، أما لو أفسده بعد إحرام عمرو فلا أثر له في إحرام عمرو، بلا خلاف، ولو أخبره زيد بما أحرم به، ووقع في نفسه خلافه فيعمل بما أخبر عنه أو بما وقع في نفسه،

فَإِنْ تَعَذَّرَ مَعْرِفَةُ إِحْرَامِهِ بِمَوْتِهِ جَعَلَ نَفْسَهُ قَارِنًا وَعَمِلَ أَعْمَالَ النُّسُكَيْنِ].

فيه وجهان. قال الشيخ: قلت: الصحيح يخبره، والله أعلم.

وعبارة القاضي أبي الطيب في التصوير، فقال له: كذبت، ولا يبعد أن يفرق بينما إذا انعقد كذبه، وغلب على ظنه، وبينما إذا تردد على السواء، وإذا أخبره عن إحرامه بالعمرة فجرى على قوله، ثم بان أنّه كان محرمًا بالحج، فقد بان أن إحرام عمرو كان منعقدًا بالحج، فإن فات الحج تحلل من إحرامه للفوات، وأراق دمًا وهو في ماله أو مال زيد فيه وجهان، زاد في «الروضة»، قلت: أصحهما في ماله، والله أعلم .

قال: (فَإِنْ تَعَذَّرَ مَعْرِفَةُ إِحْرَامِهِ بِمَوْتِهِ) أي: أو جنون أو غيبة.

(جَعَلَ نَفْسَهُ قَارِنًا) أي: بأن ينويه.

(وَعَمِلَ أَعْمَالَ النُّسُكَيْنِ) أي: ولا يتحرى على المذهب، ومعنى قوله: جعل نفسه قارنًا أي: عليه أن ينوي القران كما نقله الجمهور عن نصه في الجديد والقديم، وبه صرح الماوردي، وهكذا الحكم فيما لو شك في إحرام نفسه هل قرن أو أحرم بأحد النسكين؟ وفي كلام «الروضة» ما يوهم خلاف هذا، وليس كذلك.

قال الروياني: قال والدي: لو قال: إحرام كإحرام زيد، ثم تبين أنه كان ميتًا انعقد إحرامه، ويصرفه إلى ما أراد، وفي وجه لا ينعقد إحرامه، انتهى.

تنبيهات وفروع: ما سبق من الأحوال فيما إذا أنجز عمرو الإحرام، أما إذا علق فقال: إذا أحرم زيد فأنا محرم، لم يصح إحرامه، كقوله: إذا جاء رأس الشهر، فأنا محرم، كذا في «التهذيب» وغيره، هكذا قالا وسكتا عليه.

ونقل في «المعتمد» في صحة الإحرام المعلق على طلوع الشمس ونحوه وجهين، وقياس من يجوز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويز هذا لوجود التعليق في الحالتين، إلا أن هذا تعليق بمستقبل، وذلك تعليق بحاضر، وما يقبل التعليق من العقود يقبلهما جميعًا، انتهى.

وقال الدارمي: إن قال: إذا طلعت الشمس فأنا محرم. قال ابن القطان:

فَصْلٌ

قال المصنف: [الْمُحْرِمُ يَنْوِي ....

وجهان أصحهما: لا يجوز. قلت: وابن القطان موافق على أنه إذا علق بإحرام الغير لم يصح، وفي «الكافي»: إنه لو علق بإحرامه في الماضي صح، وإن علقه في المستقبل، فقال: إذا أحرم فلان فأنا محرم، لا يصح كما لو علقه بمجيء الشهر. وقال في «التتمة»: لو قال: أنا محرم غدًا أو في رأس الشهر أو إذا دخل فلان يجوز؛ لأنه إذا صح أن يعلق إحرامه بإحرام زيد صح تعليقه بالشروط كالطلاق، انتهى.

ونقله الروياني عن «الأصحاب» ورأيت في تعليق القاضي أبي الطيب: أنه لو علقه بمشيئة الله تعالى - قال القاضي أبو حامد: لم يضر بخلاف العتق؛ لأنه يؤثر في النطق في النية، فقيل: لو طلق بالكناية ونوى واستثنى لم يقع، قال: لأن النية مع الكتابة باللفظ الصريح، انتهى.

وسبق في الصيام ما ينازعه، وإنه يؤثر، ولو قال: أحرمت كإحرام زيد وعمرو. قال الروياني: إن كانا محرمين بنسك متفق كان كأحدهما، وإن كان أحدهما بعمرة، والآخر بحج كان قارنًا، وكذا إن كان أحدهما قارنًا.

قال الروياني: قال أصحابنا: لو [قال: أحرمت يومًا أو يومين انعقد مطلقًا] ولو قال: أحرمت نصف نسك انعقد بنسك كالطلاق.

قال المصنف: فيما قاله نظر! وهو كما قال: ولو قال: كإحرام زيد الكافر، فكان قد أتى بصورة الإحرام، فهل ينعقد له ما أحرم به الكافر؟ أو ينعقد مطلقًا وجهان.

قال المصنف: الصواب انعقاده مطلقًا.

قال الشارح:

فصل

قال: (**الْمُحْرِمُ يَنْوِي**) لحديث: «**إنما الأعمال بالنيات**»(١) وغيره، ومحلها

---

(١) أخرجه البخاري (١) ومسلم (١٥٠٥).

وَيُلَبِّي فَإِنْ لَبَّى بِلَا نِيَّةٍ لَمْ يَنْعَقِدْ إِحْرَامُهُ، وَإِنْ نَوَى وَلَمْ يُلَبِّ انْعَقَدَ عَلَى الصَّحِيحِ. وَيُسَنُّ الْغُسْلُ لِلْإِحْرَامِ، ....

القلب، وأكملها أن يقول بقلبه ولسانه: نويت الحج، وأحرمت به لله - تعالى - لبيك. قال المحب الطبري وغيره: ويستحب أن يقول: «اللهم أحرم لك شعري وبشري ولحمي ودمي» وقاله بعض السلف، وذكره سليم الرازي، وسيأتي بزيادة فيه.

قال: (**وَيُلَبِّي**) مع النية قارنًا له بها، لنقل الخلف عن السلف لها.

(**فَإِنْ لَبَّى بِلَا نِيَّةٍ لَمْ يَنْعَقِدْ إِحْرَامُهُ**) لأن الأعمال بالنيات، وقيل: ينعقد ما سماه، والمذهب الأول، وذكر الرافعي في المسألة طريقين من اختلاف ظاهر النص المذهب القطع بالمنع.

والثانية: على قولين أظهرهما المنع أيضًا.

(**وَإِنْ نَوَى وَلَمْ يُلَبِّ انْعَقَدَ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: كالطهارة والصوم.

والثاني: المنع لإطباق الأمة عليها عند الإحرام، وكذا الصلاة لا تنعقد إلا بالنية والتكبير، وعبر الروياني عنه أنه لا بد من التلبية مع النية، وهو يشعر باعتبار المقارنة، وإليه يشير الإلحاق بالصلاة، وأحسنه قول الزبيري السابق هناك، ثم رأيته محكيًا عنه كما قاله هناك، ويلبي الولي عن الطفل كما يرمي عنه، وفي قول: لا ينعقد إلا بالنية لكن يقوم مقامها سوق الهدى والتقليد والتوجه معه، ونقله الحناطي في الوجوب دون الاشتراط، وأنه لو تركها لزمه دم، قال ابن كج: وروي هذا عن ابن خيران.

إشارات: من نوى بقلبه نسكًا، فنطق لسانه بغيره انعقد ما نواه بقلبه دون ما تلفظ به، والتفريع على المذهب يستحب استقبال القبلة عند الإحرام، ذكر الرافعي التصحيح أنه يشترط التعرض للفرضية في الصلاة وسائر العبادات، واستثنى الوضوء فقط، فافهم وجوب التعرض للفرضية في الحج، وشرح الماوردي والبندنيجي وغيرهما أنه لا يجري فيهما الخلاف، وهو الوجه.

قال: (**وَيُسَنُّ الْغُسْلُ لِلْإِحْرَامِ**) أي: تأسيًا به ﷺ كما رواه الترمذي

....

وحسنه، وأمر به النفساء وغيرها من المجامع، وسواء الكبير والصغير، وغير المميز يغسله وليه، ويكره تركه من غير عذر، نص عليه في «الأم» وكذا يستحب للحائض والنفساء على المشهور.

قال «في الروضة» وفي بينهما احتمال للإمام، وعبارة الرافعي: وإذا اغتسلتا فهل ينويان؟، فيه نظر للإمام!، والظاهر أنهما ينويان؛ لأنهما يقيمان مسنونًا.

واعلم أن قضية كلام الرافعي والمصنف أنه لا بد من النية في جميع هذه الأعمال المستحبة هنا، وأن الإمام أبدى نظرًا في نية الحائض والنفساء فقط، وفيه نظر!.

وقد صرح المتولي بأن الغسل؛ لدخول مكة يصح بلا نية، قال: لأن المقصود منه التنظف لا التعبد، وقد صرحوا بأن المقصود بغسل الإحرام وغيره التنظف أيضًا، وما ذكره المتولي هو قضية كلام البسيط، والظاهر أن الإمام رأى أن الغسل للإحرام من كل أحد لا يفتقر إلى نية، ثم أبدى فيه نظرًا!، وعبارته: ولا نرى للنية في غسله هنا أثره، وشاهده أمر الحائض به، وفيه أدنى نظر! أي: في عدم افتقار الغسل للإحرام إلى النية، لا في افتقار غسل الحائض والنفساء فقط، و«كلام البسيط» يصرح بذلك، ثم قال: ويحتمل اعتبار النية كما في غسل الجمعة، وقد شرع للتنظيف فإن قصد إقامة شعار الدين، كان مأجورًا على قصده.

ولذلك قال في «الذخائر»: قال بعض أصحابنا: وفي صحته من الحائض والنفساء دليل على أنه لا يحتاج إلى نية بل يكفي حصول التنظيف، ثم ذكر الاحتمال في أنه لا ينصرف إلى جهة العبادة إلا بالنية كغسل الجمعة، ثم قال: ويحتمل الفرق بأن غسل الإحرام من سننه والإحرام ركن في الحج، ونية الحج مشتملة على جميع أفعاله فروضها وسننها، فلا يحتاج إلى تجديد نية بخلاف غسل الجمعة، فإنه سنة مستقلة بنفسها ليست جزءًا من الصلاة فافترقا، وما ذكره إنما ينقدح إذا كان قد نوى الإحرام أوّلًا، والمستحب تقديم الغسل، ثم يحرم بعده.

فَإِنْ عَجَزَ تَيَمَّمَ، ....

فائدة: قال في «الروضة»: لو أمكن الحائض المقام بالميقات حتى تطهر، فالأفضل أن يؤخر الإحرام حتى تطهر فتغتسل؛ ليقع إحرامها في أكمل أحوالها، انتهى.

وقال في «الشامل»: قال في «الأم»: فإن كانت الحائض والنفساء من أهل المواقف، وكان الوقت واسعًا أجيبت لكل واحدة منهما أن تقيم، حتى إذ طهرت اغتسلت وأحرمت؛ لتكون على أكمل أحوالها، فإن خافت الفوات اغتسلت حائضًا وأحرمت، انتهى.

وقال القاضي ابن كج: نص الشافعي على أن الحائض المستحب لها أن تؤخر الغسل من الميقات؛ رجاء أن تطهر، فتغتسل قبل الإحرام، هكذا رأيته في كتابه، والظاهر أن صوابه أن تؤخر الإحرام إلى الميقات، ولا يحرم قبله، وإنما حرفه ناقل.

وقد قال الشافعي في «الأم»: وإذا كانت الحائض والنفساء من أهل أفق، فخرجتا طاهرتين فغدت لهما نفاس أو حيض، أو كانتا نفسائين أو حائضين بمصر، فجاء وقت حجهما، فلا بأس أن يخرجا محرمتين بتلك الحال، وإذا قدرتا إذا جاءتا ميقاتهما أن يغتسلا ففعلتا، وإن لم تقدرا ولا الرجل على ما أجيبت لهما أن يتيمّما معًا، ثم أهلًا بالحج، ولا أحب للنفساء والحائض أن يقدما إحرامهما قبل ميقاتهما إلى أن قال: أجيبت استئجارهما التطهير بها ظاهرتين، انتهى.

وفيه فوائد، ولعله احترز بقوله: من قبل، فإن كانتا من أهل المواقيت عما ذكره آخرًا، ويخرج من ذلك أن الحائض والنفساء إذا أحرمتا من وراء الميقات لا يستحب لهما تقديم الغسل قبل الميقات بخلاف ما يفهمه إطلاق الكتاب وغيره.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ تَيَمَّمَ**) لأن الغسل يراد بالقربة والنظافة، فإذا تعذر أحدهما بقي الآخر، ولأنه ينوب عن الغسل في الواجب، فالمندوب أولى واحتمال الإمام السابق في غسل الجمعة، وأقامه الغزالي وجهًا، ورجحه بعضهم، عائد

وَلِدُخُولِ مَكَّةَ، ....

هنا بلا شك، وقوله: عجز يشمل ما يبيح التيمم من فقد الماء وغيره، كما سبق في التيمم وتعرض له في «الأم» هنا، وهو أحسن من قول «المحرر» وغيره، فإن لم يجد الماء، ولكن قد يوهم كلام الأصحاب أنه لو وجد من الماء ما لا يكفيه للغسل أنه يقتصر على التيمم فقط، والمذكور في «التهذيب» وغيره أنه يتوضأ به، ولا شك فيه، ثم يتيمم عن الغسل، وقد يخطر بالبال أن يغسل بالماء القليل معًا من بدنه ومواضع العرق والروائح الكريهة؛ إذ المقصود التنظيف منه، والوضوء لا يحصل ذلك، وهو بعيد، وقد نص الشافعي، والأكثرون على استحباب الوضوء لجميع أعمال الحج، وإيجابه للطواف، ثم رأيتني قلت في «الغنية»: ذكر جماعة أنه إذا وجد ما لا يكفي للغسل توضأ.

قال الشيخ: إن أرادوا ضمه إلى التيمم فحسن أو الاقتصار عليه فمردود، وظاهر كلامهم أراده الثاني بقصده.

قال الماوردي وغيره: أو عجز عن الغسل اخترنا له أن يتوضأ، فإن تعذر الوضوء اخترنا له أن يتيمم، ونقله في «باب الإحرام» عن نص الشافعي، انتهى.

وعندي أن هذا لا ينفي استحباب التيمم بعد الوضوء، وقد قال الشافعي في «الأم» والأصحاب: أنه يستحب لمن عجز عن الغسل أن يتيمم، ولم يفرقوا بين كونه متوضئًا أم لا، وإلحاقه بالجمعة ونحوها يدل على أنه يتوضأ ثم يتيمم، والمتوضئ أكمل حالًا، والتيمم بعذر الغسل، وفي «إرشاد الزعفراني» في الغسل؛ لدخول مكة: فإن بعذر عليه، فليقتصر على الوضوء.

فرع: يستحب أن يتأهب الإحرام قبل الغسل بحلق العانة، وتقليم الظفر، وقص الشارب، ونتف الإبط، وغسل الرأس بسدرٍ ونحوه، وتلبيد الرجل شعره بصمغ أو نحوه، ويكون التلبيد بعد الغسل.

قال: (**وَلِدُخُولِ مَكَّةَ**) أي: وإن كان الداخل حلالًا كما اقتضاه إطلاقهم، وصرح به الشافعي في «الأم»، وعبارة اللباب أحسن من قول «المحرر»، يستحب للحاج الغسل؛ لدخول مكة، أما المحرم فقد صح في البخاري من فعله - ﷺ - وأما في الحلال ذكره في «الأم» وقال: كان ذلك عام الفتح،

وَلِلْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَبِمُزْدَلِفَةَ غَدَاةَ النَّحْرِ، وَفِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لِلرَّمْيِ.

وحينئذٍ لا يكون هذا من اغتسال الحج إلّا على جهة أنه يقع فيه، وسبق تصريح المتولي أنه يصح بلا نية.

فرع: لو خرج من مكة فأحرم بعمرة، واغتسل لإحرامه، وأراد دخول مكة، فإن كان أحرم من بعد كالجعرانة والحد.

تنبيه: استحب الغسل للدخول، وإن أحرم من أدنى الحل كالتنعيم فلا؛ لأن المقصود التنظيف، وهو حاصل. قاله الماوردي، وقال ابن الرفعة: ويظهر أن يقال: بمثله في الحج إذا أحرم به من التنعيم، وأدنى الحل؛ لكونه لم يخطر له ذلك إلا هناك. قلت: أو يكون مقيمًا هناك.

قال: (**وَلِلْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ وَبِمُزْدَلِفَةَ غَدَاةَ النَّحْرِ وَفِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لِلرَّمْيِ**) لآثارٍ وردت فيها، ولأنها مواضع اجتماع، فأشبهت غسل الجمعة، ونحوها، ويستحب الغسل من هذه المواضع إذا تغير البدن بعرق ونحوه، وترك المحاملي ونص المقدسي، وشيخه سليم الرازي غسل يكره من مزدلفة، وذكروا بداله الغسل للمبيت بها.

قال الشيخ: والصواب الأول، وإنه لا يشرع للمبيت، وما ذكر المحاملي وغيره رأيته، وكذلك في «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد، وذكره الدارمي والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ بلفظ، والوقوف بمزدلفة، ونقلوه عن نص «الأم»، فيحمل كلام المحاملي وغيره عليه، وإنهم أرادوا بالمبيت الوقوف بها غداة النحر، لكن في «إرشاد الزعفراني» في كلامه على الدفع من عرفة، فإذا أتى المزدلفة اغتسل؛ لأن المزدلفة من الحرم فاستحب دخوله بغسل هذا لفظه، ثم قال بعد هذا: ويستحب له الاغتسال بعد طلوع الفجر؛ للوقوف بالمشعر الحرام.

فرع: أضاف ﷺ في «القديم» إلى هذه الأغسال استحبابه؛ لطواف الركن، ولطواف الوداع، وللحلق، وجزم بذلك الشيخ في إيضاحه، وذكره ابن الرفعة في طواف القدوم، وقال صاحب «الانتصار»: ذكر في «القديم» أنه

وَأَنْ يُطَيِّبَ بَدَنَهُ لِلْإِحْرَامِ، وَكَذَا ثَوْبُهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

يستحب؛ لطواف الزيارة والوداع، ولم يستحبه في «الجديد».

قال: والذي يظهر أنه إذا ازدحم الناس لهما استحب، وإلا فلا، وإليه يشير تعليله في «الجديد»، انتهى.

وقال صاحب «الخصال»: يغتسل عن الإهلاك، ودخول مكة، ودخول الحرم، وللطواف وهو يشمل طواف القدوم وغيره، وقال القاضي ابن كج: يغتسل في الحج في أربعة مواضع للإحرام، ولعرفة، وللمشعر الحرام، وللجمرات الثلاث سوى جمرة الغضب؛ لأنه قد اغتسل لها بالمشعر الحرام، وقال أصحابنا: يغتسل للإحرام، وللوقوف وللمشعر الحرام وللجمرات كلها ثلاثة أغسال، ولدخول مكة، ولطواف الإفاضة، ولطواف الوداع، انتهى.

قال: **(وَأَنْ يُطَيِّبَ بَدَنَهُ لِلْإِحْرَامِ)**؛ تأسيًا به ﷺ متفق عليه، وسواء في استحبابه الذكر والأنثى والخنثى، وما تبقى له حرم وغيره، وقيل: يحرم ما ينفي عينه. وقال الماوردي: الأشبه أن التطيب بما تنفي عينه مباح غير مستحب.

فرع: لا تطيب المحدة، وفي تحريمه على المستوية إذا لم يلزمها الإحداد، وجهان، فعلى الجواب ينبغي أن لا يستحب لها.

قال: **(وَكَذَا ثَوْبُهُ فِي الْأَصَحِّ)** اعلم أيهما ذكرا في «الروضة»، وأصلها في جواز تطييب الإزار والرداء ثلاثة أوجه أصحها الجواز، وقضية إيرادهما أنه لا يستحب قطعًا؛ ولذلك قال في «شرح المهذب»: اتفق أصحابنا على أنه لا يستحب تطييب ثوبي إحرامه، وفي جوازه طريقان أصحهما الجواز، والثاني: فيه أوجه ثالثها: الجواز بما لا ينفى له جرم دون غيره.

قلت: صرح القاضي الحسين، والمتولي وآخرون بحكاية الخلاف في الاستحباب، وهو قضية ما في «التهذيب» و«النهاية»، وغيرهما من كتب المراوزة، وهو المذكور في «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد في باب ما يجتنبه المحرم بلفظ، ويستحب للمحرم أن يطيب ثوبه؛ لإحرامه، فإن لبسه ثم أحرم فيه لم يكن عليه فدية، كما لو طيب بدنه ثم أحرم، فإن نزعه بعدما أحرم

وَلَا بَأْسَ بِاسْتِدَامَتِهِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ، وَلَا بِطِيبٍ لَهُ جُرْمٌ، لَكِنْ لَوْ نَزَعَ ثَوْبَهُ الْمُطَيَّبَ ثُمَّ لَبِسَهُ لَزِمَهُ الْفِدْيَةُ فِي الْأَصَحِّ. وَأَنْ تَخْضِبَ الْمَرْأَةُ لِلْإِحْرَامِ يَدَيْهَا.

فيه، فألقاه ثم عاد فلبسه فعليه الفدية؛ لأنه صار مستأنفًا للطيب، انتهى.

وأصل هذا الخلاف قول الشافعي في «القديم»: وأحب للمحرم أن يخمر ثيابه ورجله، فاختلفوا هل أراد ثياب إحرامه أو غيرها وبالجملة؟ فالمختار عدم الاستحباب؛ لعدم دليله، وليس في «المحرر» و«المنهاج» سبق حكم كما زعمه زاعم، بل هو طريقه، نعم؛ قال البغوي في «التعليق»: بعد نقله نص «القديم»، واختلافهم في تأويله، وهذا كله كلام في ثوب لبسه في اليوم الذي يحرم فيه قبل الإحرام، فأما إذا لبس الثوب المطيب بعد الإحرام لا شك أنه يلزمه الفدية، انتهى.

قال: (**وَلَا بَأْسَ بِاسْتِدَامَتِهِ بَعْدَ الْإِحْرَامِ**) لقول عائشة رضي الله عنها: «**كأني أَنْظُرُ إِلَى وَبِيصِ الْمِسْكِ فِي مَفْرِقِ رسول الله وهو محرم**»[1] متفق عليه، والوميض البريق.

(**وَلَا بِطِيبٍ لَهُ جُرْمٌ**) لهذا الحديث، وسبق الخلاف فيه.

قلت: وينبغي أن يستثني من جواز الاستدامة ما إذا لزمها الإحداد بعد الإحرام، وكذا المثبوتة على أحد الوجهين، ففي وجوب إزالته عليها وجهان.

قال: (**لَكِنْ لَوْ نَزَعَ ثَوْبَهُ الْمُطَيَّبَ ثُمَّ لَبِسَهُ**) أي: وهو عطر.

(**لَزِمَهُ الْفِدْيَةُ فِي الْأَصَحِّ**) وجزم به جماعة كما لو ابتدأ لبس الثوب المطيب أو أخذ الطيب من بدنه ثم رده إليها على الراجح، وإن لم يكن الثوب عطرًا، فإن كان بحيث لو ألقي عليهما ما ظهر ريحه امتنع، وإلا فلا، ووجه مقابل الأصح في الكتاب أنّ العادة أن الثوب ينزع، ويعاد فجعل عفوًا، ولا عبرة بانتقال الطيب بإسالة العرق، وقيل: إن تركه افتدى.

قال: (**وَأَنْ تَخْضِبَ الْمَرْأَةُ لِلْإِحْرَامِ يَدَيْهَا**) إلى الكعبين فقط؛ تعممًا بالحناء، وسواء المزوجة والشابة وغيرهما، ولا تطرف الأصابع، ولا يسود،

---

[1] أخرجه البخاري (٢٧١) ومسلم (٢٨٨٩).

وَيَتَجَرَّدُ الرَّجُلُ لِإِحْرَامِهِ عَنْ مَخِيطِ الثِّيَابِ وَيَلْبَسُ إِزَارًا وَرِدَاءً أَبْيَضَيْنِ وَنَعْلَيْنِ،

ولا تنقش، ويستحب لها أن تمسح الوجه بشيء من الحناء؛ إذ المعنى فيه ستر بشرتها ولونها، وفيه حديث. قال البيهقي: ليس بمحفوظ.

إشارات: يكره لها الخضاب بعد الإحرام، ولا فدية فيه على المذهب، قوله: للإحرام قد يفهم منه أنه لا يندب لها لغيره، وليس كذلك بل يستحب لغير المحرمة لكنه للمحرمة أكدوا ما غيرها، فيكره للمحلية من زوج أو سيد ونحره على المحدة، والرجل والخنثى منهيان عنه، وهو حرام عليهما لغير ضرورة؛ للتشبه بالنساء.

قال: (**وَيَتَجَرَّدُ الرَّجُلُ لِإِحْرَامِهِ عَنْ مَخِيطِ الثِّيَابِ**) أي: وجوبًا، ويجب تجريد الصبي وكذا المجنون، إن جوزنا إحجامه؛ إذ ليس للمحرم لبس المخيط كما سيأتي.

(**وَيَلْبَسُ إِزَارًا وَرِدَاءً**)؛ تأسيًا، كما رواه البخاري.

قال ابن المنذر: وثبت أنه أمر بذلك، فقال: «**لِيُحْرِمْ أَحَدُكُمْ فِي إِزَارٍ وَرِدَاءٍ وَنَعْلَيْنِ**»(١)

قال: (**أَبْيَضَيْنِ**) أي: استحبابًا لما سبق في اللبس، والأولى أن يكونا جديدين، فإن لم يتفق فمغسولين(٢). وعبارة جماعة: جديدين أو نظيفين، ولفظه في «البويطي»: وأحب للرجل أن يلبس ثوبين أبيضين جديدين.

(**وَنَعْلَيْنِ**) وللمرأة أن تلبس ثيابًا كذلك، ولا بأس عليهما فيما لبست ما لم

---

(١) أخرجه أحمد (٥٠١٢).

(٢) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالْأَحْوَطُ أَنْ يَغْسِلَ الْجَدِيدَ الْمَقْصُورَ لِنَشْرِ الْقَصَّارِينَ لَهُ عَلَى الْأَرْضِ، وَقَدْ اسْتَحَبَّ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ حَصَى الْجِمَارِ احْتِيَاطًا، وَهَذَا أَوْلَى بِهِ، وَقَضِيَّةُ تَعْلِيلِهِ أَنَّ غَيْرَ الْمَقْصُورِ كَذَلِكَ: أَيْ إذَا تُوُهِّمَتْ نَجَاسَتُهُ لَا مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ بِدْعَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَجْمُوعِ، وَيُكْرَهُ الْمَصْبُوغُ وَلَوْ بِنِيلَةٍ أَوْ مَغْرَةٍ كَرَاهَةَ تَنْزِيهٍ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ لِلنَّهْيِ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمُحْرِمَ أَشْعَثُ أَغْبَرُ فَلَا يُنَاسِبُهُ الْمَصْبُوغُ أَيْ بِغَيْرِ الزَّعْفَرَانِ لِمَا مَرَّ فِي بَابِ اللِّبَاسِ أَنَّ لُبْسَهُ حَرَامٌ عَلَى الرَّجُلِ، وَقَيَّدَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ كَرَاهَةَ الْمَصْبُوغِ بِمَا صُبِغَ بَعْدَ النَّسْجِ، وَأَمَّا قَبْلَهُ فَلَا كَرَاهَةَ وَلَكِنَّ الْأَوْلَى تَرْكُهُ. [مغني المحتاج ٥/٤٦٨].

....

يكن مصبوغًا بزعفران أو ورس أو طيب، انتهى.

وفيه فوائد، ويكره في المصبوغ، ويأتي فيه ما سبق في الجمعة، وكلام الماوردي وغيره يقتضي نفي الكراهية فيما صبغ غزله، ثم نسج، وأطلق غيرهم كراهة الإحرام في المصبغات.

قال أبو الحسن محمد بن مرزوق الزعفراني في «الإرشاد» في المناسك: ويتأكد كراهة الحمرة والصفرة من الثياب، قال: ويكون الإزار صفيقًا لا يصف لون البشرة، وسابغ من فوق السرة إلى أسفل الركبة وفوق الكعبين، قال: ونعلين لما سبق.

تنبيه: ضبط المصنف قوله: ويتجرد بضم الدال؛ ليشير إلى أنه واجب، فلا يعطف على السنن، وعليه شرحنا كلامه، ويوافقه أن الرافعي لما عد الغزالي التجرد في إزار ورداء من السنن قال: إن المعروف من السنن التجرد بالصفة المذكورة، وأما مجرد التجرد فلا يمكن عده، ومن السنن ترك لبس المخيط في الإحرام واجب، ومن ضرورة لزومه لزوم التجرد قبل الإحرام، وسكت عن ذلك في «شرحه الصغير».

قال عصري: وفيما قاله نظر!؛ لأن قبل الإحرام لم يحصل سبب الوجوب، وإنّما إذا أحرم وجب عليه النزع، ولا يكون في نزعه عاصيًا، وتقديم النزع قبل الإحرام سنة لم يجعل سبب الوجوب، ولا يكون سنة، وبه يصح أن يقرأ لفظ «المنهاج»: ويتجرد [بالتطيب](١)، وهو أحسن، وتكون المذكورات كلها سنن منصوبات، واستشهد بجواز الإيلاج على المذهب لمن علق الطلاق بالوطء، وتقدمه المحب الطبري باستشكال الوجوب، قال: فيه تقديم الحكم على مقتضيه، وأيد بأنهم قالوا: لا يجب إرسال الصيد قبل الإحرام بلا خلاف.

---

(١) في نسخة (بالنصب).

وَيُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ].

وقد عد المصنف في إيضاحها التجرد قبل الإحرام من الأداب، كما ذكره غيره.

قلت: ويؤيده قول القاضي ابن كج: متى اغتسل وحصل محرمًا فإنه يتجرد ويلبس كذا، وحذفت «الروضة» ما ذكره الرافعي، لكن الأحاديث الصحيحة قولاً وفعلاً مصرحة بأن التجرد يكون قبل الإحرام، وثبت أنه ﷺ قال: «**وَلْيُحْرِمْ أَحَدُكُمْ فِي إِزَارٍ وَرِدَاءٍ وَنَعْلَيْنِ**»(١)؛ ولهذا قال الماوردي: إذا اغتسل؛ لإحرامه فعليه أن يجتنب لباسه، فإذا نزعه لبس إزارًا ورداء.

وفي «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد: فإذا اغتسل لإحرامه، فإن عليه الامتناع من لبس المخيط، ثم ذكر أنه يحرم بعد ذلك، وفي «الكافي» يستحب أن يتطيب قبل إحرامه، وعليه أن يجرد عن المخيط، إلى أن قال: ثم يحرم.

وذكر البغوي في «التعليق» نحوه: ويشبه أن يخرج مما سقناه في المسألة وجهان.

قال: (**وَيُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ**) قال في «شرح المهذب»: إجماعًا، وثبت في الصحيحين من فعله ﷺ. وقال القاضي الحسين، والمتولي، والبغوي، والرافعي وآخرون: وينوب عنهما فعل الفريضة كالتحية. قال الشيخ: وفيما قاله نظر!؛ لأنها سنة مقصودة، فينبغي أن لا تندرج كسنة الصبح وغيره، انتهى.

وقال القاضي الحسين: وكذا ينوب عنهما السنة الراتبة، وعبارة صاحبي «المستعمل» و«اللطيف»: ويحرم بعد مكتوبة أو نافلة، وهذا هو الصواب أو الصحيح المنصوص، وأن السنة أن يحرم عقب صلاة، وهذا ما أُجْمِعَ عليه، وقال ابن عبد البر: واستحب الجميع أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية أثر صلاة يصليها نافلة أو فريضة.

قال الشافعي والبويطي: وأحب لهما يعني الرجل والمرآة أن يهلا خلف صلاة مكتوبة أو نافلة، فإن لم يفعلا، وأهلا على غير وضوء، فلا بأس، نعم؛

---

(١) أخرجه أحمد (٥٠١٢).

قال المصنف: [ثُمَّ الْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ إِذَا انْبَعَثَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ أَو تَوَجَّهَ لِطَرِيقِهِ مَاشِيًا.

قال في «الأم»: أحب له أن يصلي نافلة، فإن أهل أثر مكتوبة أو في غير أثر صلاة، فلا بأس، وقد يتأيد به كلام المصنف، وفي حمله على نص «البويطي» وقفة. وقال الحليمي بعد ذكره السنن الرواتب وغيرها: وقد ألحق بعض الناس هذا الباب ركعتي الإحرام، وليس كما قال؛ لأن سنة الإحرام أن يكون خلف صلاة، وليس من سنة أن يصلي لأجله، انتهى.

وفي «النسائي»: عن أنس أنه صلى الظهر، ثم ركب.

وإنما الحليمي قال ما قال؛ لأنه لم يرد دليل على فضل هذه الصلاة بخصوصها، والثابت أن النبي ﷺ أحرم عقب صلاة، وإنما يتوجه ما قاله المصنف من أنها سنة مقصودة؛ إذ ثبت أنه ﷺ صلى ركعتين؛ لأجل الإحرام خاصة، والله أعلم.

فرع: يندب بأن يقرأ في ركعتي سورة الإخلاص، وإن كان بالميقات مسجد أن يفعلهما فيه، وإن كان إحرامه وقت كراهة، فالأولى انتظار زواله، فإن لم يمكنه فالأصح كراهة فعلهما؛ لأن الإحرام يتأخر، وقد لا يقع.

قال الشارح: قال: (**ثُمَّ الْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ إِذَا انْبَعَثَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ أَو تَوَجَّهَ لِطَرِيقِهِ مَاشِيًا**) لأنه ﷺ «**كَانَ إِذَا أَدْخَلَ رِجْلَهُ فِي الْغَرْزِ وَاسْتَوَتْ بِهِ نَاقَتُهُ أَهَلَّ مِن عِنْدِ مَسْجِدِ ذِي الْحُلَيْفَةِ**» متفق عليه من حديث ابن عمر.

والبخاري عن أنس: «**رَكِبَ حَتَّى اسْتَوَتْ بِهِ نَاقَتُهُ عَلَى الْبَيْدَاءِ حَمِدَ اللَّهَ وَسَبَّحَ وَكَبَّرَ ثُمَّ أَهَلَّ بِحَجٍّ وَعُمْرَةٍ**»(١).

تنبيه: قول المصنف: راحلته أتبع فيه لفظ الحديث، وعبارة «المحرر»: انبعثت به دابته، وقصد بذلك الشمول للراحلة وغيرها، وهو حسن، وقوله: إذا انبعثت به أي: إذا توجهت، توجهت به إلى جهة مكة، وليس المراد به مجرد ثورانها.

---

(١) أخرجه البخاري (١٥٥١).

وَفِي قَوْلٍ يُحْرِمُ عَقِبَ الصَّلَاةِ.

وَيُسْتَحَبُّ إِكْثَارُ التَّلْبِيَةِ وَرَفْعُ صَوْتِهِ بِهَا فِي دَوَامِ إِحْرَامِهِ، ....

وقال الإمام: معنى انبعثت: استوت قائمة، ولفظ الشافعي في الأوسط من «الأم»: إذا استقلت به قائمة، وتوجهت للقبلة سائرة أحرم، وإن كان ماشيًا، فإذا توجه ماشيًا أحرم، انتهى.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُحْرِمُ عَقِبَ الصَّلَاةِ**) أي: جالسًا؛ لحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ «**أَهَلَّ فِي الصَّلَاةِ**» رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، واستغربه وصححه الحاكم على شرط مسلم، وأجاب من قال بهذا أنه ﷺ **أعاد التلبية عند انبعاث الدابة، فظن من سمعه أنه وقتئذٍ لبى، وعلى القولين يستحب أن يستقبل القبلة عند إحرامه، وعلى القديم قول ثالث أنهما سواء.**

إشارة: سيأتي عن الماوردي أنه إذا خطب الإمام الناس بمكة في سابع ذي الحجة يستحب له أن يحرم قبل الخطبة، فتستثنى هذه الصورة؛ لأن سيره يكون في الثامن، لكن إطلاق غيره هناك ينازعه.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ إِكْثَارُ التَّلْبِيَةِ**) تأسيًا؛ إذ في حديث جابر الطويل في صحيح مسلم أنه ﷺ لزم تلبيته أي: **الآتي ذكرها، وجاء في الإكثار بهما أحاديث وآثار كثيرة؛ ولأنها شعار النسك.**

قال: (**وَرَفْعُ صَوْتِهِ بِهَا فِي دَوَامِ إِحْرَامِهِ**)؛ لقوله: «**أَتَانِي جِبْرِيلُ فَأَمَرَنِي أَنْ آمُرَ أَصْحَابِي وَمَنْ مَعِي أَنْ يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بِالتَّلْبِيَةِ**»، قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه ابن حبان، وفي البخاري: «**فَسَمِعْتُهُم يَصْرِخُونَ بِهَا جميعًا**»، والصراخ هو الصوت المرتفع.

إشارات: رفع الصوت مختص بالذكر دون الأنثى والخنثى، بل يسمعان أنفسهما فقط، فلو رفعا ففي تحريمه خلاف، وفي الترجيح اضطراب، بينته في «الغنية» في موضع آخر، حيث يستحب رفع الصوت، فيكون قصدًا بحيث لا يضره ولا يقطع صوته، ولفظ «الأم»: يرفع جهده ما لم يبلغ به أن ينقطع صوته، واستثنى جماعة استحباب الرفع في المساجد، وهو متعين إذا حصل به

وَخَاصَّةً عِنْدَ تَغَايُرِ الْأَحْوَالِ كَرُكُوبٍ وَنُزُولٍ وَصُعُودٍ وَهُبُوطٍ وَاخْتِلَاطِ رُفْقَةٍ.

التشويش على المصلين وغيرهم، وإلا تأكد بها. قال الشافعي في «الأم» وإذا كان وإذا كانت التلبية وغيرهم وإلا تأكد بها.

قال الشافعي في «الأم»: وإذا كانت التلبية سرًا، أمر الملبي برفع الصوت به، فأولى لواضع أن يرفع الصوت به، فجمع الناس، حيث كانوا من مساجد الجماعات، والأسواق، واصطدام الرفاق، وحيث كان اجتماعهم، انتهى.

وقال العبدري: لا يكره إظهارها في الأمصار ومساجدها، وكأنه يريد من غير رفع الصوت أو رفعه له مقتصدًا بخلاف البرية، ويكون الرفع في البرية أيضًا، بحيث لا يجهد نفسه، كما سبق، وقال المصنف وغيره: يستحب التلبية في مسجد مكة، ومسجد الخيف، ومسجد إبراهيم ﷺ؛ لأنها بنت النسك، وفيما سواها قولان؛ لأن الجديد يستحب، والقديم لا؛ لئلا يشوش على المصلين، وألحق بعضهم بالمساجد الثلاثة مسجد الميقات، وفيه نظر!، وجعل بعضهم مسجد المسعى الحرام، وكان مسجد الخيف، وهو شاذ، وجعل الإمام القولين في رفع الصوت، ثم قال: إن لم يستحب في سائر المساجد ففي الرفع في المساجد الثلاثة وجهان، قال الشيخ وغيره: وما قاله خلاف ما عليه الجمهور، قلت: وسبقه إلى جعل القولين في استحباب الرفع الماوردي.

قد يفهم من قول المصنف في دوام إحرامه ما قاله الشيخ أبو محمد: أنه لا يجهر بالتلبية المقترنة بالإحرام، وفيه وقفة، وفيه إيماء إلى أنه لا يرفع صوته بها في الابتداء، لنا عدم الجهر فلا.

قال أبو علي بن أبي هريرة، والطبري، وابن خيران: أن التلبية في أثناء الحج والعمرة واجبة، وذكروا أن للشافعي نص ما يدل عليه.

قلت: ولعله قوله في «الأم»، وليس على المرأة أن ترفع صوتها بالتلبية؛ لتسمع نفسها، وأنكره الماوردي وغيره، والمشهور الاستحباب.

قال: (وَخَاصَّةً عِنْدَ تَغَايُرِ الْأَحْوَالِ) أي: فيتأكد حينئذٍ.

(كَرُكُوبٍ وَنُزُولٍ وَصُعُودٍ وَهُبُوطٍ وَاخْتِلَاطِ رُفْقَةٍ) أي: وغير ذلك كفراغ

وَلَا تُسْتَحَبُّ فِي طَوَافِ الْقُدُومِ، وَفِي الْقَدِيمِ تُسْتَحَبُّ فِيهِ بِلَا جَهْرٍ، وَلَفْظُهَا: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ، لَبَّيْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ وَالْمُلْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ،

صلاة، وإقبال ليل، ونهار، وقائمًا، وقاعدًا أو راكبًا، وماشيًا، وعند النوم واليقظة منه، وأثر ظهوره، وإذا سمع الرعد، وإذا هاجت الرياح، ووقت الزوال وبالأسحار؛ اقتداءً بالسلف الصالح في ذلك، وجاء في بعضه أحاديث، ولا فرق بين الجنب والحائض والنفساء وغيرهم في أصل الاستحباب.

قال: (**وَلَا تُسْتَحَبُّ فِي طَوَافِ الْقُدُومِ**)؛ لأنه جاء فيه أدعية وأذكار خاصة، فصار كطواف الإفاضة والوداع.

قال في «الإملاء»: وأحب له ترك التلبية في الطواف، فإن لبى فلا بأس، قال سفيان: ما رأيت أحدًا يلبي وهو يطوف إلا عطاء بن السائب.

قال: (**وَفِي الْقَدِيمِ تُسْتَحَبُّ فِيهِ بِلَا جَهْرٍ**) أي: لإطلاق الأدلة، والخلاف جارٍ في السعي بعده، وفي «الشامل» قال: في القديم يلبي، ولكنه يخفض صوته، وهو قول ابن عباس وأحمد، وقال في «الإملاء»: يلبي، وقال في «الإملاء»: واجب للمحرم ترك التلبية في الطواف.

إشارة: إنما خص طواف القدوم بالذكر؛ لأنها لا تستحب في غيره، بلا خلاف، كما قاله الرافعي، وقال المحب الطبري: الظاهر طرد الخلاف في طواف ينتقل به المحرم قبل التحلل الأول، وما قاله ظاهر؛ لأنه لم يشرع في أسباب التحلل، فهو كالقدوم، بخلاف طواف الفرض.

(**وَلَفْظُهَا: لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ، لَبَّيْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ وَالْمُلْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ**) يثبت ذلك في صحيح مسلم من حديث جابر، وفي الصحيحين من حديث ابن عمر، ويستحب أن لا يزيد على ذلك فإن زاد لم يكره، ونقل العمراني عن المسعودي أنه يكره، وأزاد القول، فإن جزم به في «الإبانة».

قال الشيخ أبو حامد: ذكر أهل العراق يعني الخصوم عن الشافعي: أنه يكره الزيادة على هذا، وغلطوه، بل لا يكره ذلك ولا يستحب، قلت: كذا نص عليه في «المختصر».

……

وقال في الأوسط من «الأم»: ولا أحب أن يزيد على هذا في التلبية حرفًا، وقال في المناسك الكبرى من «الأم»: كما روى جابر بن عمر كان أكثر تلبية رسول الله ﷺ، وهي التي أحب أن تكون تلبية المحرم لا يقصر عنها، ولا يجاوزها إلا أن يدخل ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ **يشير إلى قوله قبل هذا.**

وذكر الماجشون عن عبد الله بن الفضل عن الأعرج عن أبي هريرة قال: كان من تلبية رسول الله ﷺ **«لَبَّيْكَ إِلَه الْحَقِّ لَبَّيْكَ أَوَّلاً وَآخِرًا»**(١).

قال الشافعي: فإنه مثلها في المعنى؛ لأنها تلبية، والتلبية إجابة، فأبان أنه أجاب إله الحق بلبيك أولاً وآخرًا، انتهى.

وهو يفهم أنه أحب إدخال هذه الزيادة أيضًا، فأسند من قبل: أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر، وذكر روايته في الصحيحين وزاد: وكان عبد الله بن عمر يزيد **«لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْك وَالْخَيْر فِي يَدَيْك وَالرَّغْبَاء إِلَيْك وَالْعَمَل»**(٢)انتهى.

وهذه الزيادة رواها مسلم، ومالك، والترمذي، والنسائي.

ومنهم من يذكر لبيك لبيك مرتين فقط، وفي حديث جابر أن الناس كانوا يزيدون فيها **«ذَا الْمَعَارِجِ»**.

وكان ابن عمر يقول: **«لَبَّيْكَ ذَا النَّعْمَاء وَالْفَضْل الْحَسَن لَبَّيْكَ مَرْهُوبًا مِنْك وَمَرْغُوبًا إِلَيْك»**(٣).

وكان أنس بن مالك يقول: **«لَبَّيْكَ حَقًّا حَقًّا، تَعَبُّدًا وَرِقًّا»**(٤) ويذكر أيضًا مرفوعًا، ولا أعلم لرفعه صحة، ثم قال الشافعي: بعدما تقدم عنه بقليل،

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٥٢، رقم ٨٦١٤)، والنسائي (٥/ ١٦١، رقم ٢٧٥٢)، وابن ماجه (٢/ ٩٧٤، رقم ٢٩٢٠)، والحاكم (١/ ٦١٨، رقم ١٦٥٠)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٤٢)، والبيهقي (٥/ ٤٥، رقم ٨٨١٥).

(٢) أخرجه مسلم (٢٨٦٨)، ومالك (٧٣٦).

(٣) أخرجه مالك (٧٣٦).

(٤) أخرجه الطيالسي (ص ٣٢، رقم ٢٣٤)، وابن عساكر (١٩/ ٥٠٠).

وَإِذَا رَأَى مَا يُعْجِبُهُ قَالَ: لَبَّيْكَ إِنَّ الْعَيْشَ عَيْشُ الْآخِرَةِ، ....

والاختيار عندي أن يفرد ما روى عن رسول الله ﷺ من تلبيته، ولا يصل بها شيئًا، إلا ما ذُكر عن رسول الله ﷺ وتعظيم الله، ويدعو بعد قطع التلبية، انتهى.

قال ابن عبد البر: قال مالك: أكره أن يزيد على تلبية رسول الله ﷺ، وهو أحد قولي الشافعي، انتهى.

وأسند الإمام أحمد في حديث جابر بعد ذكره تلبيته ﷺ، ولبى الناس، والناس يزيدون ذا المعارج، ونحوه من الكلام والنبي ﷺ يسمع، فلم يقل لهم شيئًا، هذا لفظه بسند صحيح، فالصواب عدم الكراهة، وكنت أود لو أن قائلاً قال: يستحب أن يأتي بهذه الزيادات في بعض الأوقات سوى مأثورها وموقوفها.

فروع: قال الشافعي: أحب أن يلبي ثلاثًا، فقيل: يكرر قوله لبيك ثلاثًا، وقيل: لبيك اللهم لبيك، وقيل: جميع التلبية.

قال المصنف: وهو الصواب أو الصحيح.

قلت: وقد يشهد للأول ما ثبت من فعل ابن عمر كما سبق، ولعله عن توقيف.

قال الشافعي في «الأم» أيضًا والأصحاب: ومن لا يحسن العربية يلبي بلسانه، وهل يجوز للقادر على العربية؟ وجهان، كالتسبيح الصلاة، قلت: والجواز هنا أظهر، ويكره التلبية في مواضع النجاسات، ولا يبعد تحريمها حال قضاء الحاجة؛ لما فيه من سوء أدب، وإذا عين ما به أحرم به لم يستحب له ذكره في التلبية على الأصح، هكذا أطلقه الجمهور، ونقل ابن كج أنه يكره على النص، وقال الشيخ أبو محمد: الخلاف فيما سوى التلبية الأولى، فأما التي عند ابتداء الإحرام فيستحب أن يسميه فيها وجهًا واحدًا.

قال المصنف: وهو الصواب الموافق للأحاديث، وهو كما قال الشافعي: وأحب أن يرد السلام بيننا في التلبية، ولا يأمر بالحاجة حتى يفرغ منها، والنص إلى أنه لا يلزمه الرد، ولعله لم يرد ذلك.

قال: (وَإِذَا رَأَى مَا يُعْجِبُهُ قَالَ: لَبَّيْكَ إِنَّ الْعَيْشَ عَيْشُ الْآخِرَةِ) روى

وَإِذَا فَرَغَ مِن تَلْبِيَتِهِ صَلَّى عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَسَأَلَ اللَّهَ تَعَالَى الْجَنَّةَ وَرِضْوَانَهُ وَاسْتَعَاذَ بِهِ مِن النَّارِ].

الشافعي فيه خبرًا منقطعًا عن مجاهد.

وروى سعيد بن منصور في سننه عن عكرمة أنه ﷺ نظر حوله وهو بعرفة قال: «**لبيك اللهم إن الخير خير الآخرة**».

وفي «المستدرك» عن ابن عباس: «**أنه وقف بعرفات، فلما قال: لبيك اللهم لبيك قال: إنما الخير خير الآخرة**» قال الحاكم: هذا حديث صحيح، ولم يخرجاه(١).

قلت: ويستحب أن أقول إذَا رَأَى مَا يُهِمُّهُ لِمَا رَوَى الشَّافِعِيُّ فِي الْأُمِّ أَنَّهُ ﷺ قَالَهُ فِي أَسَرِّ أَحْوَالِهِ، وَفِي أَشَدِّ أَحْوَالِهِ فَالأَوَّلُ: فِي وُقُوفِهِ بِعَرَفَةَ، وَالثَّانِي: فِي حَفْرِ الْخَنْدَقِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْحَيَاةَ الْمَطْلُوبَةَ الْهَنِيَّةَ الدَّائِمَةَ هِيَ حَيَاةُ الدَّارِ الْآخِرَةِ.

قال: (**وَإِذَا فَرَغَ مِن تَلْبِيَتِهِ صَلَّى عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**) ﷺ قال الشافعي في المناسك الكبرى من «الأم»: واستحب إذا فرغ من التلبية أن يتبعها الصلاة على النبي ﷺ، ومسألة الله جل ثناؤه رضاه والجنة، والتعوذ من سخطه والنار؛ لما روى الشافعي في «الأم»: أنه ﷺ كان إذا فرغ من تلبيته إتباعًا ومعقولاً أن الملبي وافد الله، وأن منطقه بالتلبية منطق ما جاء به داعي الله، وإنما تمام الدعاء ورجاء إجابته الصلاة على النبي ﷺ وينال بعدها ما أحب، انتهى.

قال: (**وَسَأَلَ اللَّهَ تَعَالَى الْجَنَّةَ وَرِضْوَانَهُ وَاسْتَعَاذَ بِهِ مِن النَّارِ**) لما روى الشافعي في «الأم»: أنه ﷺ كان إذا فرغ من تلبيته سأل ذلك، لكنه أسنده عن يحيى إبراهيم بن محمد بن يحيى، وهو ثقة عنده، وقال أحمد: لا أرى به بأسًا، وضعفه الناس، وقد تابعه عليه عبد الله بن عبد الله الأموي، وذكره ابن حبان في «الثقات»، وقال العقيلي: لا يتابع على حديثه.

---

(١) أخرجه الحاكم (١/٦٣٦، رقم ١٧٠٧) وقال: صحيح. والبيهقي (٥/٤٥، رقم ٨٨١٦) وابن الجارود (ص ١٢٦، رقم ٤٧٠).

....

ولفظ الشافعي في «الأوسط»: واسأل الله رضاه والجنة، واستعذ برحمته من النار، فإنه يروى ذلك عن النبي ﷺ، انتهى.

قال الإمام: توارد الأصحاب أنه إذا لبى فأحسن أن يستغفر الله لنفسه، ولا يرفع صوته بذلك، وذكر العراقيون استحباب الصلاة على رسول الله ﷺ، وذلك بصوت خفيض بحيث يتميز عن التلبية.

[قلت: وبه للشعر يخصص المصنف رفع الصوت بالتلبية فقط.

وقال أبو الحسن ابن مرزوق الزعفراني في «إرشاده»:](١) وكلما لبَّى فليصلِّ على النبي ﷺ وعلى آله كما يصلي عليه وعلى آله في التشهد، ثم يسأل الله تعالى رضاه والجنة، ويستعيذ برحمته من النار، ثم يقول: اللهم برحمتك اجعلني من الذين استجابوا لك ولرسولك، وآمنوا بك ووفوا بوعدك، ووفوا بعهدك، واتبعوا أمرك، اللهم اجعلني من وفدك الذين رضيت وارتضيت وقبلت، اللهم يسر بي إذا ما نويت، وتقبل مني يا كريم، وليكثر من ذكر الله ما استطاع في جميع الأحوال، وقد روى الحريري قال: أحرم أنس بن مالك من ذات عرق، فما سمعناه متكلمًا إلا بذكر الله، حتى حلَّ، ثم قال: يا ابن أخي هكذا الإحرام، انتهى.

وما ذكره من الدعاء حسن مناسب للحال.

فائدة: الأصل في التلبية قوله تعالى: ﴿وَأَذِّن فِى ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ﴾ [الحج: ٢٧].

قال الشافعي في «الأم»: سمعت بعض من أرضي من أهل العلم يذكر أن الله تعالى لما أمر بهذا إبراهيم ﷺ، وقف على المقام فصاح صيحة: عباد الله أجيبوا داعي الله، فاستجاب له، حتى من في أصلاب الرجال، وأرحام النساء، فمن حج هذا البيت فهو ممن أجاب دعوته، ووافاه من وافاه، يقول: لبيك داعي الله لبيك.

---

(١) سقط من نسخة.

……

وقال ابن عبد البر: قال جماعة من أهل العلم: أن معنى التلبية: إجابة إبراهيم ﷺ، حين أذن في الناس بالحج، قال: ربِّ، وما يبلغ صوتي، قال: أذِّن وعليَّ البلاغ.

وعن ابن عباس قال: لما فرغ إبراهيم ﷺ من بناء الكعبة، قيل: أذِّن في الناس بالحج، قال، ربِّ وما يبلغ صوتي، قال: أذِّن وعلي البلاغ، فنادى إبراهيم: أيها الناس، كُتِب عليكم الحج إلى البيت العتيق، قال: فسمعه مما بين السماء والأرض، أفلا ترى الناس يجيئون من أقطار الأرض يلبون، وعن ابن جريج عن مجاهد قال: قام إبراهيم على مقامه، فقال: يأيها الناس أجيبوا ربكم، فقالوا: لبيك، فمن حج اليوم فهو ممن أجاب إبراهيم يومئذ، واختلف الناس، ثم أخذت التلبية، فقيل: من البيت بالمكان إذا أقام به أي: أن المقيم على طاعتك، وقيل: من الإجابة.

قال ابن عبد البر: معنى لبيك اللهم لبيك عند العلماء إجابتي بعد إجابة، وقيل: من اللب أي: الخالص أي: أخصلت بتلك الطاعة، وقيل: من لب العقل من قولهم: رجل لبيب، وقيل: من المحبة من قولهم امرأة لبى، إذا كانت لولدها محبة أي: محبتي، وقوله: إن الحمد أي: بكسر الهمزة على الاستئناف، ويجوز الفتح على معنى؛ لأن والمشهور نصب النعمة، ويجوز رفعها، وبالله الإعانة والتوفيق، ونسأله حسن الخاتمة.

هي أفضل الأرض عندنا خلافًا لمالك، وغيره لنا وجوه كثيرة منها ما بين ما ثبت من طرق على شرط الصحيحين أنه ﷺ وقف بعد الفتح في أعلى سوق مكة وقال: «**والله إني لأعلم أنك خير أرض الله وأحبها إلى الله، ولولا أن أهلك أخرجوني منك ما خرجت**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح.

---

(١) حديث عبد الرحمن بن الحارث عن أبيه: أخرجه الحاكم (٣/ ٣١٢، رقم ٥٢١٠).
حديث عبد الله بن عدي: أخرجه أحمد (٤/ ٣٠٥، رقم ١٨٧٣٧)، والترمذي (٥/ ٧٢٢، رقم ٣٩٢٥). وقال: حسن غريب صحيح. وابن حبان (٩/ ٢٢، رقم ٣٧٠٨)، والحاكم (٣/ ٣١٥، رقم ٥٢٢٠) وعبد بن حميد (١/ ١٧٧، رقم ٤٩١)، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٧، رقم ٣١٠٨).

باب دُخُولِ مَكَّةَ

قال المصنف: [**الْأَفْضَلُ دُخُولُهَا قَبْلَ الْوُقُوفِ، وَأَنْ يَغْتَسِلَ دَاخِلُهَا مِن طَرِيقِ الْمَدِينَةِ بِذِي طَوًى** ....

قال أبو الحسن الزعفراني: اختلف الناس في المقام بمكة، فكرهه قوم خوف ارتكاب الذنوب بها، وهي محظورة جدًا، وذكر أدلتهم، ثم قال: وعليه هذه الكراهية ضعف أكثر الخلف، وقصورهم عن المقام بحق الموضع، وفضل البقعة فمن كان مقصرًا في ذلك كره له المقام؛ للتقصير وأكثر من قام من كان واثقًا من نفسه بالقيام، بما يتعين له من التعظيم والاحترام والمحافظة، والحد فيما يضاعف فيه من مصالح الأعمال، فلا يكره ذلك، وبسط القول في ذلك، وما قاله توسط حسن، ولم أر لأئمتنا في ذلك نصًا.

وقال القاضي أبو الطيب في «تعليقه» عقب كلامه على طواف الوداع: ويستحب لمن فرغ من حجه أن يعجل الرجوع إلى بلده؛ لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**فَإِذَا فَرَغَ أَحَدكُمْ مِن حَاجَته فَلْيُعَجِّلْ الرُّجُوع إِلَى أَهْله**»(١) انتهى. وظاهره أن ترك المقام بمكة أفضل، والله أعلم.

قال: (**الْأَفْضَلُ دُخُولُهَا قَبْلَ الْوُقُوفِ**) اقتداءً به ﷺ وبالصحابة ومن بعدهم، ولا شك أن السنة ما لم يخش فوت الوقوف، وقول «المحرر»: وقد تقف بعرفات أو لا بضيق الوقت وغيره، ثم يدخل مكة أو لا محمول ما إذا لم يخش الفوات كما يفعله حجاج العراق مع سعة الوقت.

قال: (**وَأَنْ يَغْتَسِلَ دَاخِلُهَا مِن طَرِيقِ الْمَدِينَةِ بِذِي طَوًى**) أي: تأسيًا، متفق عليه، والأحسن أن يقال: وأن يغتسل داخلها بذي طوى إن كانت في طريقه،

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٩٨٠، رقم ١٧٦٨)، وأحمد (٢/ ٢٣٦، رقم ٧٢٢٤)، والبخاري (٢/ ٦٣٩، رقم ١٧١٠)، ومسلم (٣/ ١٥٢٦، رقم ١٩٢٧)، وابن ماجه (٢/ ٩٦٢، رقم ٢٨٨٢) والنسائي في الكبرى (٥/ ٢٤٢، رقم ٨٧٨٣)، والدارمي (٢/ ٣٧٢، رقم ٢٦٧٠)، وأبو عوانة (٤/ ٥١٠، رقم ٧٥١٨)، وابن حبان (٦/ ٤٢٥، رقم ٢٧٠٨)، والطبراني في الأوسط (١/ ٢٣٣، رقم ٧٦٣)، والبيهقي (٥/ ٢٥٩، رقم ١٠١٤١)، والخطيب (٧/ ٢٨٤)، والديلمي (٢/ ٣٤٦، رقم ٣٥٦٩).

وَيَدْخُلَهَا مِن ثَنِيَّةِ كَدَاءٍ، ....

ويبيت بها، والاغتسال في غيرها لنحو من مسافتها .

وقال المحب الطبري: لو قيل: يستحب؛ لكل حاج خارج التعريج إليها، والاغتسال بها اقتداءًا وتبركًا، لم يبعد، قلت: جزم بذلك أبو الحسن الزعفراني، ولفظه: ومن لم يكن طريقه على بئر ذي طوى استحب له العدول إليها؛ للاغتسال منها، إن أمكنه تبركًا، فإن تعذر عليه فليقتصر على الوضوء حسب إمكانه، انتهى.

قال الشيخ: وسواء به غسل دخول مكة، وقال المتولي: يصح بلا نية، وقد سبق والغسل مستحب لكل داخل، وإن كان حلالاً، والمحرم، حاجًا كان أو معتمرًا، وسبق تفصيل الماوردي فيما إذا اغتسل للعمرة من أدنى الحل، والحاق غيره الحاج به.

إشارة: طاء طوى مثلثة، والفتح أشهر، وهو وادٍ هناك بين وَادٍ بِمَكَّةَ بَيْنَ الثَّنِيَّتَيْنِ الْعُلْيَا وَالسُّفْلَى الآتي ذكرهما، وقيل: سمى بذلك؛ لأن بئرها كانت مطوية بالحجارة أي: مبنية بها.

قال: (**وَيَدْخُلَهَا مِن ثَنِيَّةِ كَدَاءٍ**) أي: بفتح الكاف وبالمد، وهي بأعلى مكة، وإذا خرج خرج من كداءٍ، بالضم والقصر تأسيًا، متفق عليه.

واعلم أن سياق «المنهاج» وصريح «المحرر» يقتضيان استحباب الدخول منها، بخصوص من جاء من طريق المدينة، ونسبه في «شرح المهذب» إلى جمهور الخراسانيين.

قال: والمذهب الصحيح المختار الذي عليه المحققون أنه يستحب الدخول منها لكل محرم أي: من كل وجه، ويعدل إليها من لم يكن في طريقه، قلت: والحاصل ثلاثة أوجه، الحق منها ما صححه المصنف، فإنها ليست على طريق المدينة، وإنما عرج إليها ﷺ قصدًا فيما يظهر، فيتأسى به.

والثاني: أنه يستحب للآتي من طريق المدينة، ونحوه.

والثالث: أنه لا يتعلق بالدخول منها استحبابًا أصلاً، وإنما كان اتفاقيًا،

وهو ما أطلق الإمام نقله عن الصيدلاني.

فروع: الأصح أن دخولها ماشيًا أفضل لمن أطاقه، وإنه نهارًا أفضل، وقيل: ليلاً، وقيل: سواء، وأن يدخلها أول النهار بعد صلاة الفجر؛ اقتداءً برسول الله ﷺ، والأفضل أن يكون الرجل حافيًا، إن لم يشق ولم يخف نجاسة، وتقييد الحفاء بالرجل ألحقه نظرًا، ولا بد منه عند دخول النساء مع الرجال.

قال الحليمي: وإذا بلغ المحرم الحرم، فأحسن أن يمشي فيه إلى البيت حافيًا قال الله تعالى: ﴿يَٰمُوسَىٰٓ ⑪ إِنِّيٓ أَنَا۠ رَبُّكَ فَٱخۡلَعۡ نَعۡلَيۡكَ إِنَّكَ بِٱلۡوَادِ ٱلۡمُقَدَّسِ طُوٗى ⑫﴾[طه: ١١ ـ ١٢].

قال مجاهد: كان الأنبياء ﷺ إذا أتوا على الحرم نزعوا نعالهم، قال ابن الزبير: لقد كان لحج هذا البيت سبع مائة ألف من بني إسرائيل يضعون نعالهم بالتنعيم، ويدخلون حفاة، تعظيمًا للبيت، وليقل إذا دخل الحرم: اللهم هذا حرمك وأمنك، فحرم لحمي ودمي على النار، اللهم صلِ على محمد عبدك ونبيك ورسولك، اللهم قني عذابك يوم تبعث عبادك، اللهم أمني من غضبك وعقابك، انتهى.

وينبغي أن يكون دخول المرأة في هودجها ونحوه ليلاً [أفضل، كما يأتي في الطواف، ولم أر من ذكره ولا صرح بخلافه، وإطلاقهم يفهم عدم الفرق، وما ذكرته متجه][1].

فائدة: قال الحافظ الطبراني في كتاب «الدعوات»: القول عند دخول مكة حديثًا عبد الله بن أحمد بن حنبل حدثني أبي ابن وكيع عن عبد الله بن سعيد ابن أبي هند عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان رسول ﷺ إذا دخل مكة قال: **«اللهم لا تجعل مَنَايانَا بها حتى تخرجنا منها»**[2].

[وقال الماوردي: يستحب له دخولها بخشوع قلبه، وخضوع جوارحه

---

[1] سقط من نسخة.

[2] أخرجه أحمد (٤٨٨٢).

وَيَقُولَ إِذَا أَبْصَرَ الْبَيْتَ: اللَّهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَشْرِيفًا وَتَعْظِيمًا وَتَكْرِيمًا وَمَهَابَةً وَزِدْ مِن شَرَفِهِ وَعِظَمِهِ مِمَّنْ حَجَّهُ أو اعْتَمَرَهُ تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا، اللَّهُمَّ أَنْتَ السَّلَامُ وَمِنْكَ السَّلَامُ، فَحَيِّنَا رَبَّنَا بِالسَّلَامِ.

داعيًا متضرعًا، ويكون من دعائه][1] ما رواه جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن ﷺ كان يقول عند دخوله: «**اللَّهُمَّ الْبَلَدُ بَلَدُك وَالْبَيْتُ بَيْتُكَ جِئْت أَطْلُبُ رَحْمَتَك وَأَؤُمُّ طَاعَتَك مُتَّبِعًا لِأَمْرِكَ وَرَاضِيًا بِقَدَرِك مُسَلِّمًا لِأَمْرِك أَسْأَلُك مَسْأَلَةَ الْمُضْطَرِّ إِلَيْكَ الْمُشْفِقِ مِن عَذَابِك أَنْ تَسْتَقْبِلَنِي بِعَفْوِك وَأَنْ تَتَجَاوَزَ عَنِّي بِرَحْمَتِك وَأَنْ تُدْخِلَنِي جَنَّتَكَ**».

وقال الزعفراني في «الإرشاد»: ويقال حال دخول مكة: «**آيِبُونَ تَائِبُونَ لِرَبِّنَا حَامِدُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَقْدَمَنِيهَا سَالِمًا مُعَافًى فَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ كَثِيرًا عَلَى تَيْسِيرِهِ وَحُسْنِ بَلَاغِهِ، اللَّهُمَّ هَذَا حَرَمُك وَأَمْنُك فَحَرِّمْ لَحْمِي وَدَمِي وَشَعْرِي وَبَشَرِي عَلَى النَّارِ وَأَمِّنِّي مِن عَذَابِك يَوْمَ تَبْعَثُ عِبَادَك وَاجْعَلْنِي مِن أَوْلِيَائِك وَأَحْبَابِك وَأَهْلِ طَاعَتِك، اللَّهُمَّ أَنْتَ رَبِّي وَأَنَا عَبْدُك وَالْبَلَدُ بَلَدُك وَالْحَرَمُ حَرَمُك وَالْأَمْنُ أَمْنُك جِئْت هَارِبًا وَعَنْ الذُّنُوبِ مُقْلِعًا وَلِفَضْلِك رَاجِيًا وَلِرَحْمَتِك طَالِبًا وَلِفَرَائِضِك مُؤَدِّيًا وَلِرِضَاك مُبْتَغِيًا وَلِعَفْوِك سَائِلاً فَلَا تَرُدَّنِي خَائِبًا وَأَدْخِلْنِي فِي رَحْمَتِك الْوَاسِعَةِ وَأَعِذْنِي مِن** الشيطان وجنده وشر أوليائه وحزبه وصلى الله على سيدنا محمد وآله» انتهى. وهو حسن.

قال: ويقول إذا أبصر البيت: («**وَيَقُولَ إِذَا أَبْصَرَ الْبَيْتَ: اللَّهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَشْرِيفًا وَتَعْظِيمًا وَتَكْرِيمًا وَمَهَابَةً وَزِدْ مِن شَرَفِهِ وَعِظَمِهِ مِمَّنْ حَجَّهُ أَو اعْتَمَرَهُ تَشْرِيفًا وَتَكْرِيمًا وَتَعْظِيمًا وَبِرًّا، اللَّهُمَّ أَنْتَ السَّلَامُ وَمِنْكَ السَّلَامُ، فَحَيِّنَا رَبَّنَا بِالسَّلَامِ**»).

وروى الشافعي عن شيخه سعيد بن سالم عن ابن جريج أن رسول الله ﷺ كان إذا أبصر البيت رفع يديه، وقال: «**اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتعظيمًا**

---

(١) سقط من نسخة.

ومهابة»(١) فذكره إلى آخره قوله: وبرًا، وهذا مرسل معضل.

ويعضده ما رواه الحافظ الطبراني في كتاب «الدعاء».

قال: حدثنا محمد بن موسى الأيلي حدثنا عمر بن يحيى بن عاصم بن سليم الكوزي عن زيد بن مسلم عن أبي الطفيل عن حذيفة بن أسيد ﷺ أن ﷺ كان إذا نظر إلى البيت قال: **«اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتعظيمًا ومهابة، وزد من شَرَفِهِ وكَرَمِهِ مَنْ حج إليه واعتمر تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا»**(٢).

وأما قوله: **«اللهم أنت السلام»** إلى آخره فرواه سعيد بن منصور في سننه، والبيهقي عن عمر ﷺ أنه كان إذا نظر إلى البيت قال ذلك. قال الشيخ: وليس إسناده بالقوي.

قال القاضي أبو الطيب والأزهري: السلام الأول هو لله تعالى، وقوله: ومنك السلام قال القاضي: أي:[اجعل تحيتنا في وفدنا عليك السلامة من الآفات.

قال الأزهري: معناه من أكرمته بالسلام فقد سلم، وقوله: فحينا ربنا بالسلام قال القاضي: أي اجعل تحيتنا في وفودنا عليك السلام من جميع الآفات،](٣) وقال الأزهري: سلمنا بتحيتك من جميع الآفات، وهما متفقان على المعنى.

إشارات: منها: زاد أبو الحسن الزعفراني بعد قوله: وبرًا وإيمانًا ومهابة ورضوانًا، اللهم أنت السلام ومنك السلام، وإليك يعود السلام، ودارك دار السلام، فحينا ربنا بالسلام، تباركت يا ذا الجلال والإكرام اللهم هذا بيتك الذي عظمته وشرفته وكرمته، اللهم كما وفقتني لقصده، وأوصلتني إليه، وأريتني إياه، فافتح علي أبواب رحمتك، وأسبغ علي جزيل موهبتك،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٥٧٥٦)، والشافعي في المسند (٨٧٤ ترتيب).

(٢) أخرجه الطبراني في «الدعاء» (٧٨١).

(٣) سقط من نسخة.

واجعلني ممن ينفصل عليه بدخول جنتك، وأعذني من الشيطان الرجيم ووساوسه، ومن كل سوء استجار منه مستجير بك يا رب العالمين.

ويبالغ في الدعاء ما شاء، وأحب من أمر دين ودنيا، فإن الدعاء في تلك الحالة مرجو الإجابة.

قال الشافعي- رحمه الله: وكان بعض أهل العلم يقول عند رؤية البيت: ما زلنا نحل عقدة، ونشد أخرى، ونهبط واديًا، ونعلو آخر، حتى آتيناك غير محجوب أنت دوننا، اللهم يا من إليه خرجنا، وبيته قصدنا، ارحم ملقى رحالنا بفناء بيتك يا أرحم الراحمين، انتهى.

ومنها: قال في «شرح المهذب» بعد قوله: اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتكريمًا وتعظيمًا ومهابة وزد من شرفه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفًا وتكريمًا وتعظيمًا وبرًا، هكذا جاء في الحديث، وكذا ذكره الشافعي في «الأم»، وكذا ذكره الأصحاب في جميع طرقهم، ونقله المزني في «المختصر» فغيره فقال: وزد من شرفه وعظمه ممن حجه أو اعتمره تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا ومهابة، فكرر المهابة في الموضعين. قال أصحابنا في الطريقين: هنا غلط من المزني، وإنما يقال: المهابة في الثاني وبرًا؛ لأن المهابة تليق بالبيت، والبر يليق بالإنسان، وهكذا هو في الحديث، وفي نص الشافعي في «الأم»، وممن فعل اتفاق الأصحاب على تغليط المزني صاحب «البيان»، وكذا هو مصرح به في كتب الأصحاب ووقع في «الوجيز» ذكر المهابة والرحمة في الأول، وذكر البر ثانيًا، وهو أيضًا مردود، والإنكار في ذكره البر في الأول، انتهى.

وترك الإنكار على المزني، وعلى الغزالي سيان، أحدهما: أن الشافعي رضي الله عنه ذكر ما اعتمدوه في إنكارهم على المزني في المناسك الكبرى من «الأم»، لكنه قال في مختصر الحج الأوسط من «الأم»: وإذا رأى البيت قال: اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا ومهابة وزد من شرفه وعظمه وكرمه من حجه أو اعتمره تشريفًا وتعظيمًا ومهابة وبرًا، هذا نصه بحروفه في أصل يعتمد، وقال في مختصر الحج من «الأم».

ثُمَّ يَدْخُلَ الْمَسْجِدَ مِنْ باب بَنِي شَيْبَةَ.

وفي مختصر «البويطي»: وأحب له إذا رأى البيت أن يقول: اللهم زد هذا البيت تشريفًا وتكريمًا وتعظيمًا، وزد من شرفه وعظمه من حجه أو اعتمره تشريفًا وتعظيمًا وتكريمًا، هذا نصه بحروفه.

والثاني: ما ذكرناه من رواية الطبراني، والظاهر أنها أمثل من رواية بن جريج، وممن صرح بزائد المهابة في الموضعين الماوردي في «الإقناع».

ومنها: البيت زاده الله شرفًا وفضلاً، موضع يدي قبل دخول المسجد من مكان يقال له: رأس الردم، إذا دخل من أعلى مكة، وهناك يقف ويدعو.

قال الشيخ: قال الشافعي والأصحاب: إذا رأى البيت استحب أن يرفع يديه، ويقول ما ذكره «المصنف» من الذكر والدعاء، ويدعو مع ذلك بما أحب من مهمات الدين، والدنيا، والآخرة، وأهمها سؤال المغفرة، ثم نقل استحباب رفع اليدين هناك عن جماعات، وإنه المذهب المنصوص في «الجامع الكبير»، وقال في «الإملاء»: إنه حسن، انتهى.

ويكون رفع اليد عند شروعه في الدعاء المذكور، وقال أصحابنا: وأما التكبير عند رؤية البيت فذكره بعض أصحابنا.

قال الروياني: وليس بشيء وكذا قال القاضي أبو الطيب في «المجرد».

ومنها: هل مرادهم برؤية البيت المعاينة؟ أو أعم من ذلك، حتى يكون على الأعمى والأعشى، ومزجًا في ظلمة الليل كرؤية البصير نهارًا، ولا مانع، وكذلك لو حدثت النية بمنع الرؤية، وحالت دون البيت لا عبرة بها لم أر فيه نصًا، وهو محتمل، والأقرب إلى ظاهر كلامهم الأول.

قال: **(ثُمَّ يَدْخُلَ الْمَسْجِدَ مِنْ باب بَنِي شَيْبَةَ)** أي: لما رواه البيهقي بإسناده الصحيح عن ابن عباس أن النبي ﷺ لما قدم في عهد قريش دخل مكة من هذا الباب.

قال: وروى عن ابن عمر مرفوعًا في دخوله من باب بني شيبة، وإسناده ليس بالقوي، ورويناه عن ابن جريج عن عطا أنه ﷺ دخل من باب بني شيبة،

وَيَبْتَدِئُ بِطَوَافِ الْقُدُومِ، ....

وخرج من باب بني مخزوم إلى الصفا، وهذا مرسل جيد، انتهى.

قال الإمام: ولعل الاستحباب إنما هو في جهة الكعبة والركن الأسود، وقال ابن عبد السلام: وجهة باب الكعبة أشرف الجهات الأربع، وقال الماوردي: أنه يكون محاذيًا لوجه الكعبة، وبابها، والمنبر، والمقام، والركن، وقال تعالى: ﴿وَأْتُوا۟ ٱلْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَٰبِهَا﴾ [البقرة: ١٨٩] وروى أبو عبيد القاسم بن سلام في مسنده: الحجر الأسود يمين الله في الأرض، ومن قصد ملكًا أتى بابه وقبل يمينه، ولله المثل الأعلى، انتهى.

واعلم أنَّ هذا مستحب لكل محرم من أي جهة جاء بالاتفاق بخلاف المبينة على وجهٍ؛ لعدم المشقة وإذا أراد الخروج خرج من باب بني مخزوم، ذكره المتولى للخبر، وذكر أبو الحسن الزعفراني هنا أدعية حسنة عند إرادة دخول المسجد، وبعد الدخول، ولا أحسب منها شيئًا مأثورًا، وأطال فيها.

قال: (**وَيَبْتَدِئُ بِطَوَافِ الْقُدُومِ**) تأسيًا به ﷺ، فإنه أول شيء بداية، متفق عليه؛ ولأن الطواف تحية البيت، وهو سنة على المشهور، وقيل: واجب، وهو المنصوص في «البويطي»، ولفظه على ما رأيته، وطواف الواجب طوافان: طواف الزيارة، وطوافه الأول حين يقدم، وطواف الزيارة ويجري هاهنا، انتهى.

واعلم أن المصنف وغيره جعلا وجوب جبره بالدم وجهًا شاذًا ممره ظنًا أن القول بوجوبه شاذ، وليس كذلك فالوجه وجوب جبره على اختلاف قوليه في وجوبه.

تنبيه وفروع: يستثنى من قولهم يبدأ بطواف القدوم المرأة الجميلة أو الشريفة التي لا تبرز للرجال.

قال الشافعي والأصحاب: يستحب لها تأخير الطواف، ودخول المسجد إلى الليل؛ للستر وأمن الفتنة، والخنثى كالأنثى، ولا يشتغل الداخل بتحية ولا غيرها، إلا أن يخاف فوت المكتوبة، أو رأيته مؤكدة، هكذا قاله الشيخ وغيره،

وَيَخْتَصُّ طَوَافُ الْقُدُومِ بِحَاجٍّ دَخَلَ مَكَّةَ قَبْلَ الْوُقُوفِ.

ووقع في لفظ الشافعي، وجماعة من الأصحاب المكتوبة أو صلاة الوتر أو ركعتي الفجر، وفيه رمز إلى القصر عليهما دون غيرهما من رواتب الصلاة، واستثنوا فوت الجماعة وإن اتسع الوقت أو كان عليه فائتة مكتوبة فيقدم ذلك، ثم يطوف، ولو دخل وقد منع الناس الطواف صلى التحية، ولو أخر طواف القدوم ففي فواته وجهان أطلقا، والقياس أنه إذا أخره بعد دخول المسجد بلا عذر الفوات، وهل للمرأة أن لا تفعل أصلاً أو تفعل وهو قضاء كالرواتب؟ فيه احتمالان للمحب الطبري، ولم لا يلفت قضاؤه أي: على الخلاف في وجوبه، ولو طاف لنذر أجزأه عن القدوم، ويجب أن يكون هذا على المشهور، وهو أنه سنة، فإن أوجبناه فإما أن يقال: يفعله قضاء، وأما غيره بالدم، ولو أقيمت الصلاة وهو في أثناء الطواف قدم الصلاة، ولو دخل فوجدهم ينتظرون الصلاة، ولم يتسع الوقت لطواف السبع قبل الصلاة، أمرناه أن يطوف حتى تقام الصلاة، ثم يدخل فيها، فإن تفريق الطواف لا تبطله على الصحيح، ولا سيما بعذر.

وقال الماوردي: إن دخل بعد الأذان فإن كان بين الأذان والإقامة زمن يسير كأذان المغرب لم يطف، لكن يستحب له أن يصلي التحية، ثم يصلي مع جماعة، ثم يطوف، وإن كان ما بين الأذان والإقامة متسعًا للطواف، لم ينتظرها وطاف، فإن أقيمت قبل تمامه فيختار أن يقطع على وترٍ من ثلث أو خمس، فإن قطع على شفع جاز، ويخرج منه عند الحجر الأسود، فإن خرج منه قبل انتهائه إليه ابتدأ بعد الصلاة من حيث قطع واستظهر ليتم المقطوعة، ثم يبني عليها، ويستحب لكل من دخل مكة حاجًا أو تاجرًا أو غيرهما ولا ينوب عنه تحية المسجد؛ لأنها ليست من جنسه؛ ولأنها تحية للبيت لا للمسجد، فإن قيل: هل تأمروه أن يصلي التحية بعده؟ فالجواب كما قال القاضي أبو الطيب: إنا نأمره أن يصلي في المقام ركعتي الطواف ليجزأ عن التحية.

قال: (**وَيَخْتَصُّ طَوَافُ الْقُدُومِ**) أي: بالنسبة إلى الحاج، وإلا فهو مستحب لكل قادم خلال المعتمر.

(**بِحَاجٍّ دَخَلَ مَكَّةَ قَبْلَ الْوُقُوفِ**) أي: مفردًا كان أو قارنًا، واحترز بالمعتمر

وَمَنْ قَصَدَ مَكَّةَ لَا لِنُسُكٍ اُسْتُحِبَّ لَهُ أَنْ يُحْرِمَ بِحَجٍّ أَو عُمْرَةٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ،

الحاج عن المعتمر، فإنه يطوف للعمرة، فإن طواف القدوم وقع عنها، ويتضمن القدوم كالفريضة تجزئ عن التحية، ولو طاف القدوم، ثم خرج منها، ثم دخل شرع له، واحترز بقوله: قبل الوقوف عما لو دخلها بعده، فإنه ليس في حقه طواف قدوم إن دخل وقت طواف الفرض؛ لأنه المطلوب حينئذٍ، وقلت في «الغنية»: قوله: قبل الوقوف، أما المكي المقيم فلا قدوم في حقه، وأما غيره إن دخلها بعد الوقوف فهو مشروع في حقه، لكن يجزئ عنه طواف الفرض، فلو نوى القدوم وقع عن الفرض، نعم؛ لو دخل القارن أو المفرد بعد الوقوف مكة قبل دخول وقت طواف الفرض، وهو بانتصاف ليلة النحر، وطاف، وقع عن القدوم فيما يظهر، فأول كلام المصنف عليه.

قال: (**وَمَنْ قَصَدَ مَكَّةَ لَا لِنُسُكٍ اُسْتُحِبَّ لَهُ أَنْ يُحْرِمَ بِحَجٍّ أَو عُمْرَةٍ**) قياسًا على التحية، ولا يجب لقوله ﷺ: «في حديث المواقيت ممن أراد الحج والعمرة»، فلو وجب بمجرد الدخول لما علقه على الإرادة.

تنبيهات: كان الأحسن أن يقول ممن قصد الحرم لئلا يوهم القصر على ثبوت مكة، وقد قال: أن الحرم في هذه المسألة بلا خلاف، وقوله: لا لنسك أي: ولا فرض عليه من حج أو عمرةٍ ولا نذرٍ، أحدهما دخل وقته، ولا كان ممن يقوم بفرض الكفاية في إحياء الكعبة كل سنة كما سنذكره فيه نظرا!، وقوله استحب له أن يحرم بحجٍ أي: إن كان في أشهر ويمكنه إدراكه، وإلا فبعمرة لا غير على القولين.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ**) رجحه كثيرون، ومنهم المصنف في نكته على «التنبيه» خاصة، وقال أبو علي في «شرح التلخيص»: أنه ظاهر المذهب، وبه جزم صاحب «الخصال»، ونص عليه في «الأم» و«مختصر الحج» و«القديم» وعامة كتبه على ما نقله أبو الطيب عن أبي إسحاق.

وقال العمراني: إنه أشهر القولين، لكن قال الشيخ أبو حامد الذي نص عليه في عامة كتبه: الأول ووجه الوجوب بإطباق الناس عليه، والسنن بنذر إطباق الناس على العمل بها.

إِلَّا أَنْ يَتَكَرَّرَ دُخُولُهُ كَحَطَّابٍ وَصَيَّادٍ].

فَصْلٌ

قال المصنف: [لِلطَّوَافِ بِأَنْوَاعِهِ وَاجِبَاتٌ وَسُنَنٌ: أَمَّا الْوَاجِبَاتُ فَيُشْتَرَطُ سَتْرُ الْعَوْرَةِ ....

إشارات: إن قلنا: تستحب، كره تركه، وإن قلنا: يجب، فله شروط أن يجيء من خارج الحرم، فإن كان مكيًا وأن لا يدخلها القتال مباحًا أو واجبًا أو خائفًا من ظالم أو غريم يحبسه أو يلازمه ولا مدفع له لبينة إعسار، وأن يكون حرًا فلا يلزم العبد، وإن أذن سيده على الأصح، ومتى أوجبناه فلم يفعل فلا قضاء على المذهب، ولا دم قطعًا.

قال: (إِلَّا أَنْ يَتَكَرَّرَ دُخُولُهُ كَحَطَّابٍ وَصَيَّادٍ) أي: وراعٍ وبريد ونحوهما، فلا يجب عليه قطعًا؛ دفعًا للمشقة، وقيل: على القولين، وقيل: يلزمهم الإحرام كل سنة مرة، وقيل: إن قلنا لا يجب على الحطاب والصياد ونحوهما، ففي البريد وجهان، وقيل: في إطلاق القول في إلحاق التاجر بهؤلاء نظر! لا أن يكثر دخوله الحرم؛ لقربه منه.

فائدة: قال الأصحاب من فروض الكفايات: إحياء الكعبة بالحج كل سنة، والقاعدة المقررة أن كل من تلبس بفرض كفاية يقع فعله فرضًا، وإن سبقه غيره ما لم يكن فعله معادًا، وهو لا يتصور هنا، فاستنبط بعض فقهاء العصر من هذا أن من حج متطوعًا بعد حجة الإسلام يقع حجه فرض كفاية، ويثاب عليه ثواب فرض الكفاية، وحينئذٍ إذا أطلقنا حج التطوع فإنما يزيد أنه ليس بواجب عينًا، قال: ولا يجيء من هذا قول الرافعي: أن العمرة وغيرها تقوم مقام الحج؛ لأنه إن صح يكون واجبًا مميزًا.

قال الشارح: قال: (فصل لِلطَّوَافِ بِأَنْوَاعِهِ) أي: وهو طواف القدوم، وطواف الركن، وطواف الوداع، والطواف المنذور، والتطوع به.

قال: (وَاجِبَاتٌ وَسُنَنٌ: أَمَّا الْوَاجِبَاتُ فَيُشْتَرَطُ سَتْرُ الْعَوْرَةِ) أي: كالصلاة لكل طائف ومطوف به، فلو انكشف جزء من عورته أو شعرة من رأس الحرة

وَطَهَارَةُ الْحَدَثِ وَالنَّجَسِ، فَلَوْ أَحْدَثَ فِيهِ تَوَضَّأَ وَبَنَى، وَفِي قَوْلٍ يَسْتَأْنِفُ، ....

أو ظفر رجلها لم يصح، وفي «الصحيحين»: لا يطوف بالبيت عريان.

قال: (**وَطَهَارَةُ الْحَدَثِ**) أي: لكل طائف؛ لأنه صلاة بالنص إلا أن الله أحل فيه الكلام، وقيل: يصح طواف الوداع بغير وضوء، وتجبر الطهارة بالدم.

وحكي في «القديم»: وليس بشيء وإذا طاف بالطفل اشتُرط وضوؤهما، وقيل: لا يجب وضوء الطفل غير المميز، والظاهر أن المجنون كالطفل عند من يصح الحج به فيوضئهما الولي، وينوي عنهما.

قال: (**وَالنَّجَسِ**) أي: في ثوبه وبدنه وموطنه كالصلاة.

قال المصنف: وقد عمت البلوى بغلبة النجاسة، ثم من الطين وغيره، واختار جماعة من المتأخرين المحققين المطلعين العفو عنها.

قال: وينبغي أن يعفي عما يشق الاحتراز عنه من ذلك، انتهى.

وقال الرافعي: لم أر للأئمة تشبيه مكان الطواف بالطريق في حق المتنفل، وهو تشبيه لا بأس به، ولو صح ما ذكره لاقتضى أنه إذا كانت النجاسة هناك ووطئها حاملًا بها، وهو ماشٍ أو وطئتها الدابة قليلة كانت أو كثيرة، لا يبطل الطواف على المذهب، وهو مخالف؛ لإطلاق الأصحاب، فالأحسن ما ذكره الشيخ-رحمه الله-وإيانا.

إشارة: سكت عن النية، وهو صحيح بالنسبة إلى الطواف المعدود من أعمال الحج على الأصح، كما سيأتي أما المنذور والمتنفل به فلا بد من النية، وينقدح أن يخرج في اعتبارها في طواف الوداع، خلاف منشأه أنه من أعمال الحج أم لا، وسنذكره، وما قيل فيه إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَلَوْ أَحْدَثَ فِيهِ تَوَضَّأَ وَبَنَى**)؛ لأنه احتمل في الطواف ما لا يحتمل في الصلاة من النعل الكبير والكلام، فعلى هذا له البناء من موضع انقطع، وقيل: من الحجر.

(**وَفِي قَوْلٍ يَسْتَأْنِفُ**) كالصلاة، والقولان في العامد، فإن سبقه فخلاف مرتب، وأولى بالبناء هذا إن قصر الفصل، وكذا إن طال في الأصح؛ لأن

وَأَنْ يَجْعَلَ الْبَيْتَ عَنْ يَسَارِهِ، وَمُبْتَدِئًا بِالْحَجَرِ الْأَسْوَدِ ....

تفريقه لا يبطله، حتى لو طاف كل يوم طوفة، حتى أكمل السبع في سبعة أيام، صح، قاله القاضي أبو الطيب، وحيث لا نوجب الاستئناف يستحبه، وحكم الخارج من طوافه لحاجة حكم المحدث في البناء وعدمه قاله الماوردي، والخارج بالإغماء نص الشافعي: أنه يستأنف الوضوء والطواف قريبًا كان أو بعيدًا، والفرق زوال التكليف بخلاف الحدث.

إشارة: كان الأحسن أن يقول: تطهر وبنى؛ ليشمل الحدثين، والوضوء، والغسل، والتيمم.

قال: (**وَأَنْ يَجْعَلَ الْبَيْتَ عَنْ يَسَارِهِ**) اقتداءًا وتأسيًا، كما ثبت في «صحيح مسلم» من حديث ابن الطويل، فلو جعله عن يمينه لم يصح طوافه، وكذا لو استقبله بوجهه، ومشى معترضًا أو جعله عن يمينه ومشى يقهقر نحو الباب في الأصح.

قال الرافعي: والقياس طردهما فيمن [مرَّ][1] معترضًا مستدبرًا.

قال المصنف: والصواب القطع بالمنع في هذه الصورة، فإنه منافٍ لما ورد به الشرع، انتهى.

ونقل في «البحر» عن أصحابنا: الإجزاء في هذه الصورة مع الكراهة، قال: لأنه حصل الطواف بالبيت، انتهى.

وكأنه قول من قال: هذه في صورة الوجهين بالإجزاء فصح، تخريج الرافعي: ثم رأيت «المصنف» نقل الوجهين في «الإيضاح»، وأشار إليهما في «النهاية».

قال المصنف: والصحيح المنع، وكلام ابن الرفعة يوهم أنه صحيح في إيضاح الإجزاء، وليس كذلك.

قال: (**وَمُبْتَدِئًا بِالْحَجَرِ الْأَسْوَدِ**) اقتداءًا بحديث جابر، وهذا شرط بلا خلاف وشبهوه بتكبيرة الإحرام في الصلاة.

---

(١) في نسخة (مشى).

مُحَاذِيًا لَهُ فِي مُرُورِهِ بِجَمِيعِ بَدَنِهِ ....

قال: (**مُحَاذِيًا لَهُ فِي مُرُورِهِ بِجَمِيعِ بَدَنِهِ**) قلت: قال شارح: للمحاذاة صور إحداها أن يحاذي بجميع بدنه جميع الحجر فيصح، وصورته أن يجعل بيمينه على يمين الحجر مستقبلًا جدار البيت الذي بين الركنين، ثم يمشي تلقاء شقه الأيمن مستقبلًا الحجر أو يجعل البيت على يساره ويقف عن يمين الحجر، ثم يطوف ويساره إلى الحجر، والأول أفضل.

الثانية: أن يحاذي ببعض البدن جميع الحجر أو بعضه، وباقي بدنه إلى جهات الباب فلا تحسب له تلك الطوفة على الجديد.

الثالثة: أن يحاذي بجميع بدنه بعض الحجر فيصح، وصوره العراقيون في «التحقيق» بحيث لا يخرج منه شيء جهة الملتزم أو يقف من بعيد بحيث تصدق المحاذاة، وفي كلام الغزالي ما يقتضي إثبات الخلاف في هذه الصورة، وصرح به ابن الرفعة، وجعلها على الخلاف في الصورة الثانية؛ لأنه لم يحاذ بكل جزء جميع الحجر، وزاد فقال: فيما إذا حاذى ببعض شقه الأيسر بعض البيت من جهة الركن اليماني، وببقية الحجر أنه يخرج على الخلاف فيما إذا حاذى ببعض بدنه بعض الحجر، وهذا مردود؛ لأن الخلاف كلام للأصحاب بخلافه؛ ولأن الشرط البدء من الحجر، وهي حاصلة بالبدء من بعضه، بل نص الشافعي في «الأم» على خلافه فقال: إذا حاذى الشيء من الركن ببدنه كله، أعيد بذلك الطواف، انتهى لفظه .

قلت: أما ما اقتضاه كلام الغزالي من الخلاف فهو تردد للشيخ أبي محمد صرح به في «البسيط»، وشيخه في «النهاية» .

وقال: الأمر كما قال: محتمل، وأما زيادة من الرفقة، فكأنه أخذه من إطلاق بعض العراقيين القول بأنه إذا حاذى جميع بدنه الحجر أو بعضه ببعض بدنه فقولان: القديم: يجوز، والجديد: لا ، هذا لفظ الدارمي، ولكن الظاهر أن مرادهم ما سبق، ثم رأيت في «شرح المهذب» للمصنف، ولو حاذى بجميع البدن بعض الحجر إن أمكن ذلك، صح طوافه بلا خلاف، وذكر صاحب العدة وغيره فيه قولين المذهب ما سبق، انتهى.

فَلَوْ بَدَأَ بِغَيْرِ الْحَجَرِ لَمْ يُحْسَبْ، فَإِذَا انْتَهَى إِلَيْهِ ابْتَدَأَ مِنْهُ، ....

تنبيه: اضطربت عباراتهم عن المراد بمحاذاة الحجر في ابتداء الطواف بجميع بدنه، فقال الإمام والغزالي وغيرهما: المراد بشق الطائف الأيسر لا يعني غيره، وحينئذٍ يجب أن يحاذي جميع الحجر بيساره لبقية البيت، وجعل المصنف في مناسكه وغيره أن الأكمل أن يستقبل البيت، وذكر ما سبق في الصورة الأولى.

قال: فإذا جاوز الحجر انتقل، وجعل البيت عن يساره، قال: وليس بشيءٍ من الطواف يجوز مع استقبال البيت إلا ما ذكرناه.

قلت: وبهذا صرح القضاة أبو الطيب والبندنيجي والروياني وغيرهم، وقوله: فإذا جاوز الحجر انتقل، يوهم إلى بعد المجاوزة، ووجهه إلى البيت يقبل وليس بجيد، وعبارة القاضي ابن كج: إذا ابتدأ الطواف فعليه أن يستقبل بوجهه الحجر، فإن لم يفعل لا يجزئه، قاله الدارمي، وما خالفه أحد، انتهى لفظه.

فاجتمع أوجه أحدها: يجب محاذاته بشقه كسائر البيت.

والثاني: لا يجب ذلك، بل يجوز استقباله أفضل.

والثالث: ما نقله ابن كج من اشتراط استقباله، ووجهه أنه بمنزلة التحريم للصلاة، وكلام «المنهاج» و«الروضة» يوافق الأول، وحينئذٍ فالاحتياط التام أن يستقبله، ثم ينقل إلى جهة الركن اليماني، ويمر على جميع الحجر بجميع شقه الأيسر، وبه يحصل العمل بمقتضى الأوجه الثلاثة، وتبرأ الذمة بيقين إذا فعل ذلك في ابتداء كل طوافه.

قال: (**فَلَوْ بَدَأَ بِغَيْرِ الْحَجَرِ لَمْ يُحْسَبْ**) أي: ما فعله حتى ينتهي إلى الحجر بلا خلاف، وكذا المحاذاة ببعض بدنه على الجديد كما سبق؛ لأنه خلاف المأثور.

(**فَإِذَا انْتَهَى إِلَيْهِ ابْتَدَأَ مِنْهُ**) حُسِبَ أي: على المشهور، وحكى القاضي أبو الطيب والدارمي معه وجهًا آخر: إذا لم تصح الطوفة الأولى، لم يصح ما بعدها، ويجب استئناف محاذاة الحجر بجميع بدنه، كما إذا فسدت بكثرة الإحرام، فسد ما بعدها، وكان قائله يشترط النية في أول الطواف، واقترانها بالمحاذاة، وحينئذٍ يظهر الفرق بين الطواف المنذور والتطوع الذي ليس من

وَلَوْ مَشَى عَلَى الشَّاذَرْوَانِ أَو مَسَّ الْجِدَارَ فِي مُوَازَاتِهِ أَو دَخَلَ مِن إِحْدَى فَتْحَتَيْ الْحِجْرِ وَخَرَجَ مِن الْأُخْرَى لَمْ يَصِحَّ طَوَافُهُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الْمَسِّ وَجْهٌ، وَأَنْ يَطُوفَ سَبْعًا ....

النسك دون ما يقع في الحج، وقول المصنف: ابتداءً منه يصح حمله على أنه يبتدئ المحاذاة فلا ينافي الوجه المذكور، ويخص حمله على ابتداء الاحتساب منه، وهو مراده، وفيه ما ذكرناه في النية.

تنبيه: كما ذكرناه في الحجر فالمراد به موضعه من الركن حتى لو مُحِيَ الحجر والعياذ بالله، وجبت محاذاة موضعه، كذا نقله المصنف عن القاضي أبي الطيب، والذي رأيته في «تعليقه» وما ذكرناه كله يتعلق بالركن وليس يتعلق بالحجر نفسه، فلو يمحى الحجر وجبت محاذاة الركن، وكذا قال غيره المراد الركن بدليل صحة طواف الراكب، وعلى سطح المسجد، ولفظ الدارمي الحكم للركن، فإن كان الحجر فاستلامه واستقباله كالركن، وأن يمحى والعياذ بالله، فالركن هو المقصود، انتهى.

قال: (**وَلَوْ مَشَى عَلَى الشَّاذَرْوَانِ أَو مَسَّ الْجِدَارَ فِي مُوَازَاتِهِ**) أي: موازاة الشَّاذَرْوَانِ، وإن حال مروره.

(**أَوْ دَخَلَ مِن إِحْدَى فَتْحَتَيْ الْحِجْرِ وَخَرَجَ مِن الْأُخْرَى لَمْ يَصِحَّ طَوَافُهُ وَفِي مَسْأَلَةِ الْمَسِّ وَجْهٌ وَأَنْ يَطُوفَ سَبْعًا**) في هذه الجملة صورتان، إحداهما: إذا مشى على الشَّاذَرْوَانِ وهو ما ترك من عرض الأساس خارجًا عن عرض الجدار مرتفعًا عن وجه الأرض قدر ثلثي ذراع، أو هو جزء من الكعبة كما سيأتي، لم يصح طوافه، وكذا لو كان يضع رجله عليه أحيانًا ويقفز بالأخرى؛ لأنه طائف بالبيت لا به.

الثانية: إذا أدخل جزءًا من بدنه في هواء الشَّاذَرْوَانِ أو هواء غيره من أجزاء البيت حال طوافه، لم يصح كما لو طاف في الحجر في القدر المعلوم أنه من البيت، وكذا في الزائد منه على ستة أذرع أو سبعة على الصحيح، بل حكمه حكم البيت اقتداءً واتباعًا.

تنبيهان: الأول: إدخال بعض كفه فيما ذكرناه أو بعض أصبعه بإدخال

....

الكف جميعه، وإنما ذكرت اليد مثالاً بجزء من بدنه، ولم أر ذلك صريحًا لكنه قضية تعليلهم.

واعلم أن عبارة الكتاب وغيره يفهم أن عبارة المبطل هو مس الجدار، والغرض ألا يدخل جزءًا من بدنه في هواء شيءٍ من البيت سواء مس الجدار أم لا، بل قضية ما رجحه المصنف أنه لا يجوز إدخال شيءٍ من يديه في هواء جدار الحجر، كما لا يصح الطواف عليه؛ لأنه ملحق بالبيت في منع الطواف عليه الباني .

قال في «الروضة»: وإن كان يطوف ويمس الجدار في موازاة الشَّاذَرْوَانِ وإن أو غيره من أجزاء البيت، ففي صحة طوافه وجهان، الصحيح باتفاق فرق الأصحاب أنه لا يصح؛ لأن بعض بدنه في البيت، انتهى.

ولفظ الرافعي ولو كان يطوف ويمس الجدار بيده في موازاة الشَّاذَرْوَانِ أو أدخل يده في هواء ما هو من البيت من الحجر، ثم ساق بقية كلام الروضة، ورأيت في كتاب القاضي ابن كج ما لفظه إذا طاف ومس بيده الكعبة.

قال أبو زيد: قال بعض البصريين: قال ابن كج: أظنه ابن الحداد أنه لا يجوز، وهذا غلط عند جميع أصحابنا، ويجب أن يجزأه؛ لأنه طائف، انتهى.

ورجح في «الوسيط» إن مس الجدار في موازاة الشَّاذَرْوَانِ لا يضر؛ لأن معظم بدنه خارج، وتبعه ابن يونس في «المحيط»، فقال: أنه الأظهر، ولم أر هذه الصورة في كتب العراقيين، وإنما ذكروا أنه لا يصح الطواف على الشَّاذَرْوَانِ، ولم يزِد على تلك الصورة.

الثاني: إذا دخل من الجدار، فتحتي الحجر، وخرج من الآخر، لم تصح طوفته؛ لأنه طائف في البيت لا به، وقصر «المنهاج» المنع على ذلك، وقد يفهم أنه لو لم يدخل الفتحة وخلف القدر الذي هو من البيت من الحجر، ثم اقتحم جداره، ومشى على البيت، أنه يصح طوافه، كما جزم به البغوي وتبعه الرافعي، وهو ما يفهمه قول صاحب «البيان» لا يجزئه الطواف حتى يطوف

……

حول جميع البيت المبني والقدر الذي نزل منه في الحجر، وقال الشيخ أبو حامد: وهو ستة أذرع أو سبعة، انتهى.

وإيضاح ذلك أن الحجر كله من البيت أو بعضه فيه وجهان، أصحهما أن بعضه المتصل به دون الزائد، واختلفوا فيما إذا هو منه فقيل: خمسة أذرع أو سبعة، وقيل: ستة، وقيل: ستة أو سبعة، فلو طاف في هذا القدر لم يصح وفاقًا، والفتحتان في هذا المقدار، ولو اقتحم الجدار وطاف فيما وراء السبع أو على الجدار الحجر فالصحيح أنه لا يصح، وإن قلنا أنه ليس من البيت خلافًا للقاضي الحسين، والإمام، والغزالي، والبغوي، والرافعي.

وقد قال الجمهور: لو طاف على جدار الحجر لم يصح، وهو نص الشافعي في «الأم» و«المختصر» والعمدة في ذلك الإتباع والروايات المطلقة الحجر من البيت فلا يحصل اليقين إلا بالطواف من وراء الجدار، وقد قال ابن عبد البر: أجمع العلماء أن كل من طاف بالبيت لزمه أن يدخل الحجر في طوافه، فإن لم يطف من ورائه.

قال الجمهور: لا يجزئه، وإنه في حكم من لم يطف، وممن قاله مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وعطا، وابن عباس، وقال مالك والشافعي ومن قال بقولهم: من لم يدخل الحجر في طوافه، ولم يطف من ورائه في شوط أو أكثر ألغى ذلك، وبنى على ما كان من وراء الحجر. وقال أبو حنيفة وأصحابه: من ملك الحجر، ولم يطف من ورائه، وداره بمكة أعاد الطواف، فإن كان شوطًا قضاه، وإن كان أكثر قضاء ما بقي عليه من ذلك، وإن خرج من مكة وانصرف إلى الكوفة، فحجه تام، وعليه دم، وعن البصري نحو ذلك، انتهى.

تنبيهات: الأول: البيت زاده الله شرفًا أربعة أركان، ركنان يمانيان، وهم في جهة الجنوب، وهما مبنيان على قواعد إبراهيم ﷺ، والحجر الأسود في الشرقي منها، وركنان شاميان، وهما في جهة الشمال، والحجر بكسر الحاء في هذه الجهة، وكان البيت لاصقًا بالأرض وله بابان شرقي وغربي، فلما بنته قريش، قصرت بهم النفقة الطيبة عن إعادته أعلى قواعد إبراهيم، فتركوا من جهة

الركنين الشاميين بعض البيت، ودخلوا بهما عن القواعد فالقدر الخارج عنه هو المسمى بالحجر بكسر الحاء، وضيقوا عن أرض الجدار فبقي من أساس إبراهيم عليه السلام شيء خارج عن الجدار الذي بنوه، فذلك الخارج هو المسمى بالشَّاذَرْوَانِ عرضه ذراع، وهو مربع عن الأرض قدر ثلثي ذراع، وسماه المزني التأزير ولا يظهر عند الحجر الأسود؛ لأنهم تركوا رفعه؛ لتهوين الإسلام، وقيل أنه عمل بعد ذلك، وعلى التقديرين ينبغي الاحتراز من مزاحمة الركن الأسود حالة الاستلام، والمرور لئلا يمر في جزء من البيت.

الثاني: قيل: هل هذا الشَّاذَرْوَانِ من جميع جوانب البيت أو من بعضها؟ قلت: ظاهر نقل المصنف وغيره أنه من جميع الجوانب، قالوا: وهو ظاهر في جوانب البيت إلا عند الحجر الأسود، وكلام إمام الحرمين وغيره: أنه من الركن اليماني إلى الحجر الأسود، وعلى هذا يحسن قول من قال: أو من الجدار في موازاة الشَّاذَرْوَانِ؛ ليخرج من جدار الشَّاذَرْوَانِ تحته، فإن مسه لا يضر أصلًا، وسيأتي ما يؤيد هذا وما إذا قلنا أنه محيط بالكعبة فلا يحسن ذلك، ويكون بين كل جزء منها في حال المرور مانع على المرجح إلا الركنين اليمانيين، فإنهما على القواعد وفقًا.

الثالث: قالت العلماء: بنيت الكعبة شرفها الله خمس مرات، إحداها بنتها الملائكة، وحجوها قبل آدم عليه السلام بألفي عام، وحجها آدم فيمن بعده من الأنبياء عليهم السلام.

الثانية: بناها إبراهيم عليه السلام.

الثالثة: بنتها قريش وحضره النبي ﷺ قبل النبوة، وقيل: أنها بنيت مرتين آخرتين قبل بناء قريش.

الرابعة: بناها عبد الله ابن الزبير التي خرج بها إلى أساس إبراهيم عليه السلام وعلاها.

الخامسة: بناها الحجاج بأمر عبد الملك بن مروان، وهدم زيادة ابن

وَدَاخِلَ الْمَسْجِدِ.

الزبير التي خرج بها على أساس إبراهيم ﷺ، وأعادها على بناء قريش، وأبقى ما علاه ابن الزبير، واستقر بناؤها على ذلك إلى الآن، وكان ارتفاعها في بناء قريش ثمانية عشر ذراعًا، وارتفاعها اليوم على بناء ابن الزبير سبعة وعشرون ذراعًا، فزاد تسعة أذرع، وقيل: الكعبة اليوم بناء ابن الزبير إلا الجدار الذي في الحجر بكسر الحاء، فإنه بناء الحجاج، وممن صرح بذلك أبو عبيد البكري، وذكر الذي هدم من زيادة ابن الزبير ستة أذرع وشبر.

الرابع: قال الشافعي في «الأم»: إذا حاذى شيئًا من الركن في السابع فقد أكمل الطواف، وإن قطعه قبل أن يحاذي شيئًا من الركن في السابع، فقد أكمل الطواف، وإن قطعه قبل أن يحاذي شيئًا من الركن، وإن استلمه لم يكمل الطواف، وهذا منه ﷺ.

تنبيه: على أن المحاذاة تشترط في آخر الطواف كما تشترط في أوله.

قال بعض العصريين: ولا بد أن يكون المحاذي له هو الجزء الذي حاذاه في الأول أو متقدمًا إلى جهة الباب، وبذلك يحصل استيعاب البيت بالطواف، وزيادة ذلك الجزء المحاذي، ولعل إيجاب الشافعي ذلك كما يجب غسل جزء من الرأس مع الوجه.

قلت: وسبق حكاية القاضي ابن كج عن الداركي أنه لا يجب استقبال الحجر في ابتداء الطواف؛ لأنه ﷺ والمطاف كذلك، وقال: «خذوا عني مناسككم»(١).

قال: (وَدَاخِلَ الْمَسْجِدِ) أي: إتباعًا، فلا يصح حوله إجماعًا، ويصح على سطح المسجد إن كان بناء البيت أرفع لوقتنا هذا، فلو جعل سقف المسجد أعلى، فالمراد سق الأروقة في جوانبه، قال: في العدة لم يجزئ.

قال الشيخان: لو صح ما قاله لزم أن يقال: لو انهدمت الكعبة، والعياذ

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٩٤٣، رقم ١٢٩٧)، وابن خزيمة (٤/ ٢٧٧، رقم ٢٨٧٧) وأبو داود (٢/ ٢٠١، رقم ١٩٧٠).

وَأَمَّا السُّنَنُ فَأَنْ يَطُوفَ مَاشِيًا، ....

بالله تعالى لم يصح الطواف بعرضتها، وهذا بعيد، قلت: جزم القاضي الحسين بالجواز كما أبداه الرافعي بحثًا.

قال القاضي: يجوز أن يصلي على أبي قبيس، لكن المذكور في العدة هو ما أجاب به الماوردي والروياني، وفرقا بأن المقصود في الصلاة جهة بنائها، فإذا علا ذلك كان مستقبلاً المقصود، والمقصود في الطواف نفس بناء لها، فإذا علا لم يكن طائفًا به، وهذا هو المختار، وادَّعى في «شرح المهذب» أن الصواب الجواز، وفيما قاله نظر! وقوله داخل المسجد يقتضي أنه لو اتَّسع المسجد اتَّسع المطاف وهو كذلك. قال: وأول من وسعه عمر، ثم عثمان، ثم عبد الله ابن الزبير ﷺ، ثم الوليد بن عبد الملك، ثم المقصود، ثم المهدي، وعليه استقر بناؤه إلى وقتنا هذا.

قلت: وقال غيره: أنه زاد فيه المأمون، وأتقن بنيانه بعد «المهذب» باثنين وأربعين سنة، سنة اثنين ومائتين، وهو كذلك إلى الآن، والله أعلم.

فائدة: ذكر للطواف بأنواعه واجباته، ولم يذكر النية، فيقول: لا يصح في غير حج ولا عمرة إلا بالنية قطعًا نذرًا كان أو نفلاً، وإن كان في حج أو عمرة لم يفتقر إلى نية جديدة على الأصح، نعم؛ يشترط أن لا يصرفه إلى عرض آخر على الأصح، وطواف القدوم للتحريم على الوجهين في طواف الركن، وأما طواف الوداع فقال ابن الرفعة: لا شك أنه لا بد فيه من النية؛ لأنه يقع بعد التحلل التام.

قلت: وقد يقال إذا جعلناه من مناسك الحج يكون على الوجهين؛ لشمول النية له أولاً سواء جعلناه سنة أم واجبًا.

قال: (**وَأَمَّا السُّنَنُ فَأَنْ يَطُوفَ مَاشِيًا**) أي: أن إطافه حماية للمسجد، والناس من أداء الدابة؛ ولأنه طاف في عمرة كلها ماشيًا؛ ولجوازه إجماعًا فإن ركب بلا عذر جاز؛ لأنه طاف في حجة الوداع على بعير، وحمل ذلك على طواف الفرض، ورواية جابر في «صحيح مسلم» أنه طاف راجلاً على طواف القدوم.

....

قال في «الروضة»: ولا يركب إلا لعذر من مرض ونحوه أو كان ممن يحتاج إلى ظهوره ليستفتي.

قال: ولو طاف راكبًا بلا عذرٍ جاز بلا كراهة، كذا قاله الأصحاب.

قال الإمام: وفي القلب من إدخال البهيمة التي لا يخاف تلويثها المسجد شيء، فإن أمكن الاستئناف فذاك، وإلا فإدخالها مكروه، انتهى.

قلت: نص الشافعي في «الأم» على كراهية الطواف راكبًا من غير عذرٍ، وبوب عليه أبوابًا هذه ترجمته، ونقله الرافعي عنه في «شرح المسند» مقتصرًا عليه، ولم يذكر كثيرون أو الأكثرون سواه، وأحسبه إجماع العراقيين، وتابعهم ابن كج وغيره، فهو المذهب بلا شك، وأوجب الأئمة الثلاثة المشي، ولا ريب أنه لو دخل الحجيج والغبار والدواب المسجد؛ للطواف؛ لكثرت النجاسات فيه، ولحصل الأداء للمشاة، ولا يبعد تحريم ذلك لغير حاجة.

وفي «الموطأ»: عن هشام بن عروة: «أن عروة كان إذا رآهم يطوفون على الدواب ينهى هو أشد النهي، فيقولون له بالمرض حياءً منه، فيقول: فيما بيننا وبينه، لقد خاب هؤلاء وخسروا»⁽¹⁾ هذا لفظه، وإنما ركب مرة واحدة؛ ليشرف على الناس، فيسألوه كما رواه مسلم.

قال الشافعي: ولا أعلمه في تلك الحجة اشتكى.

وقال الحليمي: طاف وسعى راكبًا إلا أن ابن عباس، قال: «جاء رسول الله وقد اشتكى فطاف البيت على بعيره» الحديث رواه أبو داود، فإن صح ذلك انتهض؛ لمنع إدخال البهيمة المطاف من غير حاجة.

فرع: قال الزعفراني: لو طاف في حذاءٍ طاهرٍ جاز مع الكراهة، والإخلال بالأولى إلا أن يشق عليه مباشرة الأرض بباطن القدم؛ لشده الحر، فلا يكره.

قلت: وفي منع الكراهة إذا لم تدع حاجة نظر!

---

(١) أخرجه مالك (٨٣٤).

وَيَسْتَلِمَ الْحَجَرَ أَوَّلَ طَوَافِهِ وَيُقَبِّلَهُ، وَيَضَعَ جَبْهَتَهُ عَلَيْهِ، ....

فرع: قال الماوردي: طواف المحمول كالراكب، وإذا كان معذورًا؛ فطوافه محمولاً أولى من طوافه راكبًا، وركوب الإبل أيسر حالاً من ركوب البغال والحمير، ولو طاف راكبًا مع قدرته على المشي صح، وكره.

قلت: ينبغي ألا يجري في الفرض للإتباع، وكخطبة الجمعة، وأداء المكتوبة؛ لأن الطواف صلاة.

قال: (**وَيَسْتَلِمَ الْحَجَرَ أَوَّلَ طَوَافِهِ**) تأسيًا، كما ثبت من رواية جماعة، والاستلام اللمس باليد أي: التحية، قاله الأزهري، ويكون استلامه بيمينه بعد أن يستقبله.

ورأيت في «المستخرج» من تعليق الشيخ أبي حامد: ويستمله، ويضع يده عليه، ويمسحها على وجهه، ويكبر، ثم يطوف، وهذا المسح على الوجه غريب.

قال: ويقبله أي: تأسيًا، أخرجه البخاري من رواية ابن عمر ﵁، وقال: صحيح الإسناد، وفي رواية له عن ابن عباس أنه سجد على الحجر، ويستحب أن يكون السجود ثلاثًا، فإن عجز عنها فعل الممكن، وعن ابن عباس ﵄ أنه قبله، ثم سجد عليه، ثم قبله، ثم سجد عليه، ثم قبله، ثم سجد عليه ثلاث مرات، رواه الشافعي والبيهقي بإسناد صحيح، فينبغي له أن يبلغ ذلك نص عليه الشافعي.

قال الصيمري: فيستلمه (**وَيُقَبِّلَهُ وَيَضَعَ جَبْهَتَهُ عَلَيْهِ**) ثلاثًا بلا تصويب، ويسجد عليه ثلاثًا.

تنبيهات: قال القاضي أبو الطيب: يستحب أن يجمع في الاستلام والتقبيل من الحجر الأسود والركن الذي هو فيه.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وظاهر كلام الجمهور أنه يقتصر على الحجر، انتهى.

وليس ينص فيما نقله عنه، فينبغي أن يحمل كلامه على كلام الجمهور، والذي رأيته في «تعليقه»: ويستحب الجمع بين استلام الركن الذي فيه الحجر

فَإِنْ عَجَزَ اسْتَلَمَ، ....

وتقبيله؛ لأن فيه معنيين، أحدهما: أن الركن على قواعد إبراهيم ﷺ.

والثاني: أن فيه الحجر، انتهى، نعم؛ لو مُحي الحجر، والعياذ بالله تعالى استلم ركنه، وقبله وسجد عليه، قاله الدارمي، ويستحب أن يخفف القبلة حتى لا يظهر لها أثر صوت.

قال الزعفراني: ويستفتح الاستلام بالتكبير، وأن يضع شفتيه على الحجر، ويقبله ثم يسجد عليه ثلاثًا بعد التقبيل، ثم يتأخر عنه قليلاً ولا يستحب للنساء استلام ولا تقبل، إلا عند خلو المطاف، وكذلك الخنثى، ومن عجز عن التقبيل لا يشير بالفم إليه.

قال الشيخ: ولم يذكر جماعة من أصحابنا استقبال الحجر أو طوافه، وهو غير الاستقبال المستحب عند لقاء الحجر قبل أن يبدأ الطواف، فإن ذلك مستحب لاختلاف فيه، وسنة مستقلة.

قال ابن الرفعة: وهو معنى قول الغزالي: فإذا دخل فليتوجه إلى الركن الأسود، لكن في كلام القاضي أبي الطيب ما يخالف ذلك كما سنعرفه، ثم لم أره ذكر شيئًا، ولعله أراد قوله في «التعليق»، ولا يبتدئ بشيءٍ قبل الطواف، وفيه نظر!.

أغرب صاحب «الرونق» فقال: وللطواف عشر سنن إحداهن أن يفتتحه بالتكبير.

الثانية: رفع اليدين مع التكبير، انتهى.

فجعله بمنزلة التحريم في الصلاة، وذكر الزعفراني أنه يفتح الاستلام بالتكبير، وذلك شيء آخر.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ**) أي: عن التقبيل سلم أي: بيده إن أمكن، وإلا فيعصي، ثم يقبل ما (**اسْتَلَمَ**) به تأسيًا، ثبت في «الصحيحين» من رواية ابن عباس، وفي «صحيح مسلم» من رواية ابن عمر قال القاضي عياض: وانفرد مالك عن الجمهور، فقال: لا يقبل يده، ولا يسجد عليه، انتهى.

فَإِنْ عَجَزَ أَشَارَ بِيَدِهِ، وَيُرَاعَى ذَلِكَ فِي كُلِّ طَوْفَةٍ، ....

واعلم أن التقبيل بعد الاستلام كما ذكرته، وقيل: قبله، وكأنه نقل القبلة إليه، وقيل: يتخير، ونقلا الأول عن الجمهور، ثم قالا: وقال الإمام: بتخيرين أن يقبل يده ثم يمس، وبين أن يمس ثم يقبل اليد، انتهى.

واعلم أن التقبيل بعد الاستلام كما ذكرته، وقيل: قبله، وما نقلاه عنه فيه نقص يعرف بتأمل كلام «النهاية».

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ**) أي: عن السلام بيده وبغيرها (**أَشَارَ بِيَدِهِ**) أي: اليمنى أو نسى فيها، ثم يقبل ما أشار به؛ لما في «صحيح البخاري» عن ابن عباس أنه طاف بالبيت على بعير، كلما أتى الركن أشار إليه بشيء كان بيده، وكبر.

إشارات: لا يشير إلى القبلة بالفم كما سبق؛ لأنه لم يؤثر، وقول المصنف: بيده توهم أنه لا يشير ما في يده مع أنه يشير به، ثم يقبل ما أشار به.

قال في «شرح المهذب»: وقال الزعفراني: فإن لم يمكن أن يستلم أو يقبل؛ لشدة الزحام أشار إليه باليد، ثم يقبل يده، ويمرها على وجهه، فإن لم تنله يده استلمه بقضيب أو نحوه، وقبل طرف ما استلمه بيده، وما قاله صحيح، إلا قوله: ويمرها على وجهه فغريب، لا أحسب له أصلاً، ولينظر فيما لو عجز عن الاستلام أو الإشارة بيمناه لزمناه أو غيرها هل يستلم بيديه أو يشير لها؟ لم أر فيه نصًا، وكثير من الأصحاب أطلق الاستلام باليد، ولم يقل باليمنى؛ ولعل الأقرب أن لا يفعل ذلك.

قال: (**وَيُرَاعَى ذَلِكَ فِي كُلِّ طَوْفَةٍ**) لحديث ابن عباس السابق، وفي سنن أبي داود والنسائي عن ابن عمر أنه «**كان لا يدع أن يستلم الركن اليماني، والحجر الأسود في كل طوافه**»(١) وكان ابن عمر يفعله.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وفيه عبد العزيز بن أبي داود، وثقة الناس؛ وتكلم بعضهم فيه.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٨٧٨).

وَلَا يُقَبِّلُ الرُّكْنَيْنِ الشَّامِيَّيْنِ وَلَا يَسْتَلِمُهُمَا، وَيَسْتَلِمُ الْيَمَانِيَّ وَلَا يُقَبِّلُهُ.

تنبيه: قال المصنف وغيره: ويحترز كلما استلم أن يمر وشيء من بدنه في الشاذوران، بل يرجع إلى مكانه قبل الاستلام، ثم يطوف.

وقال الزعفراني: الأفضل وأن يجعل بينه وبين البيت ثلاث خطوات؛ ليأمن من الطواف على الشاذوران؛ ولأن عند الحجر الأسود وقد يتصل بالأرض ويلتبس بها والطواف عليه لا يجزئه طوافه.

قال: (**وَلَا يُقَبِّلُ الرُّكْنَيْنِ الشَّامِيَّيْنِ وَلَا يَسْتَلِمُهُمَا**) إتباعًا؛ ولأنهما ليسا على قواعد إبراهيم ﷺ، وفي «الصحيحين» عن ابن عمر أنه كان لا يستلم إلا الحجر الأسود والركن اليماني.

قال: (**وَيَسْتَلِمُ الْيَمَانِيَّ وَلَا يُقَبِّلُهُ**) أي: لا يشرع للحديث فإن قبله، قال الجوري: فلا بأس، وفي «شرح المهذب» لابن درباس.

قال الشافعي: وأي البيت قبل فحسن إلا أنا أمرنا بالاتباع، انتهى، نعم؛ يستحب تقبيل ما استلم به ونحوها بما يستلمه، وليس بشيء، وفي استحباب تقبيل ما استلمه به أيضًا نظر! إن لم يثبت فيه سنة، لكنه نص في «الأم».

قال الإمام: بعد ذكر الوجهين هنا، وسقط في الحجر حق المزحوم عن الاستلام، ولست أرى هذا خلافًا، وإنما هو في حكم التخيير، ويراعى ذلك في كل طوفة وفي الأوتار آكد.

فرع: إذا لم يمكنه استلام اليماني، قال ابن عبد السلام: في مناسكه أشار إليه، ونقل المحب الطبري عن بعض أصحابنا اليمانيين: أنه لا يشير إليه، وكان مستنده عدم النقل عن السلف، والأول أوجه؛ لأن الإشارة بدل عن الاستلام، وقرره تقريرًا حسنًا.

فرع: يستحب للطائف أن يقارب خطاه؛ لتكثير الأجر بنقلها، واعتبر بعضهم الخُطاْ بوجه كل طوفة مائة وخمس خطوات إذا كان بينه وبين البيت ذراع أو فوقه قليلاً فتكون السبع سبعمائة وسبعين خطوة تقريبًا، والله يضاعف لمن يشاء.

وَأَنْ يَقُولَ أَوَّلَ طَوَافِهِ: بِسْمِ اللَّهِ والله أَكْبَرُ، اللَّهُمَّ إِيمَانًا بِكَ وَتَصْدِيقًا بِكِتَابِك وَوَفَاءً بِعَهْدِك وَاتِّبَاعًا لِسُنَّةِ نَبِيِّك مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ....

قال: **(وَأَنْ يَقُولَ أَوَّلَ طَوَافِهِ: بِسْمِ اللَّهِ والله أَكْبَرُ، اللَّهُمَّ إِيمَانًا بِكَ وَتَصْدِيقًا بِكِتَابِك وَوَفَاءً بِعَهْدِك وَاتِّبَاعًا لِسُنَّةِ نَبِيِّك مُحَمَّدٍ ﷺ)** قال الشافعي في «الأم»: أخبرنا سعيد يعني ابن سالم أحد شيوخه في الرواية عن ابن جريج قال: أخبرت أن بعض أصحاب النبي قال: كيف يقول إذا أسلمنا؟ قال: قولوا بسم الله، والله أكبر، اللهم إيمانًا بك، وتصديقًا بما جاء به محمد ﷺ.

قال الشافعي: هكذا أحب أن يقول الرجل عند ابتداء الطواف، ويقول: كلما حاذى الركن بعد الله أكبر، ولا إله إلا الله، وما ذكر الله به، وصلَّى على رسوله، فحسن هذا لفظه، ولفظه في الأوسط كالكتاب، إلا أنه قال: وإتباعًا لسنة نبيك. وقال الرافعي: بعد ذكره ما في الكتاب روى عبد الله بن السائب: أنه كان يقول ذلك في ابتداء الطواف، انتهى. ولا أدري من خرج هذا.

وقال الطبراني في كتاب «الدعايات»: القول عندي استلام الحجر، ثم أسند عن أبي إسحاق عن الحارث عن علي ﷺ: أنه كان إذا استلم الحجر قال: اللهم إيمانًا بك، وتصديقًا بكتابك، وإتباع سنة نبيك.

قلت: والحارث رواه، وأسند عن ابن عباس أنه كان إذا استلم الحجر قال: اللهم إيمانًا بك، وتصديقًا بكتابك، وسنة نبيك، وإسناده ضعيف.

قال: وحدثنا إسحاق ثنى عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع أن ابن عمر كان إذا استلم الركن قال: بسم الله، والله أكبر.

وحدثنا إسحاق ثنى عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج عن نافع عن ابن عمر مثله، حدثنا إسحاق عن معمر عن من سمع الحسن كان إذا استلم الركن كبر، ثم قال: اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر، ومواقف الذل.

ثنا إسحاق نا عبد الرزاق أنبأ الثوري عن عبيد المكتب عن إبراهيم أنه كان يقول عند استلام الحجر: لا إله إلا الله، والله أكبر، اللهم إيمانًا بك، وتصديقًا بكتابك وسنة نبيك ﷺ، انتهى.

....

تنبيهات: يستحب ما ذكره في ابتداء الطواف في أول كل طوفة.

قال في «شرح المهذب»: وهو في الأولى أكد، وكلام الكتاب يوهم قصره عليها.

سبق عن «الرونق» أنه عد من السنن التكبير، ورفع اليد، وهو غريب، وقال المحب الطبري بحثًا: لو قيل: بوجوب التكبير لم يبعد.

قال الماوردي: يستحب إذا استلم الركن اليماني أن يدعو عنده، وأورد فيه حديثًا.

وقال أبو الحسن الزعفراني: يقول عقب استلامه: اللهم إني أعوذ بك من الكفر، وأعوذ بك من الفقر، ومن عذاب القبر، ومن فتنة المحيا والممات، وأعوذ بك من الخزي في الدنيا والآخرة، رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الوَهَّابُ، انتهى.

وقوله: اللهم إيمانًا بك إلى آخره ومعناه: أفعله للإيمان، فهو مفعول لأجله، وأصل الوفاء لغة التمام، ويقال: وفَّى بالعهد إذًا، ووفى ووافي، والمراد بالعهد هنا الميثاق الذي أخذه علينا بامتثال أمره واجتناب نهيه.

وقال بعض العلماء: لما خلق الله آدم استخرج ذريته من صلبه، وقال: ألست بربكم؟ قالوا: بلى، فأمر أن يكتب بذلك عهد، ويودع في الحجر الأسود.

وفضائل الحجر الأسود كثيرة، وصح أنه نزل من الجنة أشد بياضًا من الثلج، فسوده خطايا بني آدم.

قيل: فإذا كان هذا فعل الخطايا في الحجارة فكيف في القلوب؟ فإنَّا لله وإنا إليه راجعون.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **«ليبعثن الله الحجر يوم القيامة، وله عينان يبصر بهما، ولسان ينطق به، يشهد على من استلمه بحق»**(١).

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٨٢، رقم ٢٩٤٤)، والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤٥٠، رقم ٤٠٣٦).

وَلْيَقُلْ قُبَالَةَ الْبَابِ: اللَّهُمَّ إِنَّ الْبَيْتَ بَيْتُك، وَالْحَرَمَ حَرَمُك، وَالْأَمْنُ أَمْنُك، وَهَذَا مَقَامُ الْعَائِذِ بِكَ مِن النَّارِ، وَبَيْنَ الْيَمَانِيَّيْنِ: اللَّهُمَّ آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ ....

قال الشيخ في «شرح المهذب»: رواه البيهقي بإسناد صحيح على شرط مسلم. قال: هكذا رواه جماعة، ورواه بعضهم لمن استلمه بحق.

قال: (**وَلْيَقُلْ قُبَالَةَ الْبَابِ: اللَّهُمَّ إِنَّ الْبَيْتَ بَيْتُك، وَالْحَرَمَ حَرَمُك، وَالْأَمْنُ أَمْنُك، وَهَذَا مَقَامُ الْعَائِذِ بِكَ مِن النَّارِ، وَبَيْنَ الْيَمَانِيَّيْنِ: اللَّهُمَّ آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ**) أي: جهته اللهم البيت بيتك، والحرم حرمك، والأمن أمنك، وهذا مقام العائذ بك من النار، هذا الدعاء ذكره الشيخ أبو محمد، وقال ولده الإمام: وكان شيخي يذكر دعوات في تردد الطائف، ويخص كل موضع بدعوة، ولم أر لها ذكرًا، ولم أوردها، وعندي الأذكار فوضى بعد ابتداء الطواف، انتهى، وما قاله يوافق لآثار السلف.

قال: وبين البابين: «**اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار**»(١) رواه أبو داود والنسائي، وابن حبان.

عن عبد الله بن السائب قال: سمعت رسول الله يقول: في الطواف ما بين البابين، وذكره بلفظ: ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وسكت عليه أبو داود، فهو حسن عنده، وينبغي أن يقول: ربنا يوافق لفظ القرآن والحديث، ولفظ «المحرر» وغيره وفي الأثر: اللهم ربنا، وكذا نقله في «شرح المهذب» عن الشافعي والأصحاب، ولا أدري لا معنى خص المصنف لفظ «المحرر».

قال الشافعي: وهذا أحب ما يقال في الطواف، وأحب أن يقال في كله، وقال أبو الحسن الزعفراني: يقول: اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار، وعذاب القبر، فإذا بلغ الحجر قال: اللهم اغفر لي برحمتك ما قدمت، وما أخرت، وما أسررت، وما أعلنت وأخطأت

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٣٤٧، رقم ٦٠٢٦)، ومسلم (٤/ ٢٠٧٠، رقم ٢٦٩٠) وأحمد (٣/ ١٠١، رقم ١٢٠٠٠)، وأبو داود (٢/ ٨٥، رقم ١٥١٩)، وابن حبان (٣/ ٢٢٠، رقم ٩٤٠).

……

وتعمدت إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت، أعوذ برب هذا الحجر من الفقر، وضيق الصدر، وعذاب القبر، انتهى.

وما أدري لمن هذه الزيادة، نعم؛ روى الأزرقي عن علي ﵁ أنه كان إذا مر بالركن قال: بسم الله، والله أكبر، اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر والذل، ومواقف الخذي في الدنيا والآخرة، ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار.

وروي عن ابن المسيب أنه كان إذا مر من الركن اليماني قال: ذلك.

فائدة: قال في «شرح المهذب»: اتفق الشافعي والأصحاب على استحباب الدعاء بين الركن اليماني والأسود، وما من شيءٍ دعي حصل الاستحباب، وأفضله: «ربنا آتنا في الدنيا حسنة إلى آخره»؛ للحديث السابق، ولحديث أنس أنه كان أكثر دعائه رواه البخاري، ومسلم(١)، انتهى.

وقال الحليمي: روى عن ابن عمر أنه كان إذا أتى الركن اليماني قال: «**لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير**» وإذا حاذى الحجر قال: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً﴾(٢) [البقرة: ٢٠١] والمحفوظ عن النبي ما سبق.

ثم ذكر عن ابن عباس أنه كان من الدعاء الذي لا يتركه إذا مشى بين الركن اليماني إلى الحجر الأسود: «**اللهم أقنعني بما رزقتني، وبارك لي فيه، وأخلف علي كل عاقبة لي بخير**»(٣).

قلت: وهذا رواه الحاكم عنه مرفوعًا، ثم قال: صحيح الإسناد.

قال الحليمي: قال سفيان بن عيينة: سمعت الناس حينئذٍ منذ أكثر من سبعين سنة، وهم يقولون في الطواف: «اللهم صلِّ على محمد، وأبينا إبراهيم».

قال الحليمي: وهذا صحيح؛ لأن المناسك كلها إرث إبراهيم ﵇،

---

(١) تقدم في سابقه.

(٢) (الجندي) [كنز العمال ١٢٥٠٢].

(٣) ذكره شيخ الإسلام في «أسنى المطالب» (٦/ ١٧٢).

وَلْيَدْعُ بِمَا شَاءَ، وَمَأْثُورُ الدُّعَاءِ أَفْضَلُ مِنَ الْقِرَاءَةِ وَهِيَ أَفْضَلُ مِن غَيْرِ مَأْثُورِهِ.

وَأَنْ يَرْمُلَ فِي الْأَشْوَاطِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى: بِأَنْ يُسْرِعَ مَشْيَهُ مُقَارِبًا خُطَاهُ ....

والبيت من بنائه، وتلبية الناس إجابة لدعائه، انتهى.

قال: (**وَلْيَدْعُ بِمَا شَاءَ**) وهذا إجماع فيما يعلم، حيث لا إثم، لكن ينبغي أن يكون الدعاء المباح مباحًا، وبأمر الدين مندوبًا، وقال الشيخ: أن الاستحباب يحصل بالجميع.

قال: (**وَمَأْثُورُ الدُّعَاءِ أَفْضَلُ مِنَ الْقِرَاءَةِ**) أي: على الصحيح أي: للتأسي والامتناع.

قال: (**وَهِيَ أَفْضَلُ مِن غَيْرِ مَأْثُورِهِ**)؛ لأنه موضع ذكر، والقرآن أفضل الذكر، هكذا نقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي.

وقال الحليمي: سئل سفيان بن عيينة عن القراءة في الطواف، فقال: سبح الله واذكره، فإذا فرغت من طوافك فاقرأ ما شئت.

قال: وقال عطاء: القراءة في الطواف محدثة.

وقال الشافعي: أستحب القراءة في الطواف، والقراءة أفضل ما تكلم به المرء.

وقال الحليمي: وما قالاه غيره أولى؛ لأنه لو كانت القراءة في هذا المقام أفضل؛ لما تركه النبي الأفضل لغيره، ولو أقر بالنقل كما نقل الذكر عنه، وأيضًا فكل حال من أحوال الصلاة لم يكن التوجه فيها إلى البيت لم تكن حال قراءة بالركوع والسجود، انتهى.

وروى الأزرقي عن علي ما سبق، وروي عن ابن المسيب أن عليًا ﷺ كان إذا مر بالركن اليماني قال: ذلك، والأحاديث والآثار تشهد لقول الحليمي، فهو المختار، وعن الشيخ أبي محمد أنه يحرص على أن يختم في أيام الموسم في طوافه ختمة، ولا يستبدله من جهة الرواية.

قال: (**وَأَنْ يَرْمُلَ فِي الْأَشْوَاطِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى: بِأَنْ يُسْرِعَ مَشْيَهُ مُقَارِبًا خُطَاهُ**) أي: ولا يثب وثوبًا.

وَيَمْشِي فِي الْبَاقِي، ....

قال ابن كج؛ لأنه يصير غدوًا، ولا يجوز أن يغدوا في الطواف، وفسر في أصل «الروضة» ما في الكتاب، ثم قال: ويقال: له الخبب، وغلط الأئمة من ظن أنه دون الخبب، انتهى.

وقال الإمام: قال بعض أصحابنا: الرمل فوق شجية المشي دون الغدو، وقال الصيدلاني: هو سرعة المشي دون الحديث، وهذا عندي رَمَّل، فإن الرمل في فعل الناس كافة ضرب من الخبب يشير إلى مقدار، وهذا معناه في اللسان، والمشي السريع ليس من الرملان في شيء، انتهى.

ويشهد للإمام قول الأزهري الرمل الحمر وهو الإسراع، والحمر ضرب من اليسر أشد من العتق قاله الجوهري، وقال الزبيري: هو عدو ليس شديدًا.

قال: (**وَيَمْشِي فِي الْبَاقِي**) أي: على هيبته كما قاله في «المحرر»؛ لما في «صحيح مسلم» من حديث جابر «**أنه لما استلم الركن رمل ثلاثًا، ومشي أربعًا**»(١).

وآخر من رواية ابن عمر بلفظ «**رمل من الحجر إلى الحجر، ومشي أربعًا**»(٢). والمشهور أنه يستوعب الثلاثة الأول به للحديث، وفي قول: «**لا يرمل بين الركنين اليمانيين**»(٣).

وحديثه في «الصحيحين»، لكنه كان في عمرة القضاء سنة سبع، وحديث ابن عمر وجابر كان في حجة الوداع سنة عشر، فالعمل بهما أولى، ويكره الرمل بلا عذر نص عليه، ولو تعذر الرمل استحب أن يتحرك في مشيه، ويرى أنه لو أمكنه الرمل فإن طاف راكبًا ومحمولاً حرك دابته أو رمل به حامله على الأظهر فيهما، وهو الجديد صغيرًا كان المحمول أو كبيرًا، ولو ترك الرمل في شيءٍ من الثلاثة الأول لم يقضه في الأربعة؛ إذ سنتها المشي.

فرع: كره مجاهد تسمية الطواف شوطًا، ووافقه الشافعي وطوائف من أصحابنا، وصوبه المصنف، ولم يدر أنه نص الإمام.

---

(١) أخرجه مسلم (٣٠٠٩). (٢) أخرجه مسلم (٣١١٠). (٣) أخرجه مسلم (٣١٢٠).

وَيَخْتَصُّ الرَّمَلُ بِطَوَافٍ يَعْقُبُهُ سَعْيٌ وَفِي قَوْلٍ بِطَوَافِ الْقُدُومِ، ....

قال: ولا يقال: شوط ولا دور، ثم حكى كراهته عن مجاهد، ثم قال: وأكره ما كره مجاهد، ويقال: طواف وطوفان كما سماه الله تعالى، والأقوى عدم الكراهة لوروده، وعدم النهي عنه، والمذهب ما نص عليه.

قال القاضي الحسين: وسبب الكراهة أن الشوط هو الهلاك.

قال: (**وَيَخْتَصُّ الرَّمَلُ بِطَوَافٍ يَعْقُبُهُ سَعْيٌ**) قال الرافعي: وصححه الأكثرون؛ لانتهائه إلى تواصل الحركات بين الجبلين، انتهى، وهذه علة ضعيفة.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ بِطَوَافِ الْقُدُومِ**) وصححه البغوي في «التعليق» و«التهذيب»، ونسبه إلى «الجديد»، وتابعه صاحب «الكافي» وغيره، ومن المتأخرين المحب الطبري، وممن نسبه إلى الجديد، والأول إلى القديم الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»، وصاحب «اللباب»، وهو المختار؛ لأن الأحاديث إنما وردت فيه، نعم؛ ذلك الطواف أجمع فيه المعنيان؛ لأنهم سقوا بعده، ولكن الراوي علقه بالقدوم أو على القولين لا يرسل في طواف الوداع، ويرسل من قدم مكة معتمرًا أو حاجًا بعد الوقوف بعرفة، وانقضاء ليلة النحر؛ لوقوع طوافه مجزيًا عن القدوم، وأسعفا السعي، وإذا طاف للقدوم وسعى بعده ولم يرسل لم يقض الرمل في طواف الإفاضة على الأصح أو الأظهر، ولو طاف للقدوم ولم يسع قال الجمهور: يرمل في طواف الإفاضة، وهو تفريع على القول الأول في الكتاب، والمكي المنشىء الحج من مكة يرسل على الأول لا على المختار.

فائدة: والإتباع للبغوي ولو رمل في طواف القدوم وسعى بعده لم يرسل في طواف الإفاضة إن لم يرد السعي بعده، وكذا إن أراد على أصح القولين.

قال المحب الطبري: بعد ذكره عن الرافعي، وهذا الفرع غريب، ووضعه فاسد؛ لأن السعي إذا أتى به بعد القدوم لا يشرع بعد طواف الإفاضة، قلت: وفيما قاله نظر! وأن الشيخ أبا علي السنجي وحسبك به اطلاعًا وتحقيقًا.

قال في «شرح التلخيص»: إذا طاف للقدوم ورمل وسعى عقبه فمتى طاف

وَلْيَقُلْ فِيهِ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا، وَذَنْبًا مَغْفُورًا، وَسَعْيًا مَشْكُورًا.

يوم النحر لا يرمل؛ لأنه ليس طواف قدوم، ولا يزيد على السعي عقبه، فلو أراد أن يسعى عقبه فتكون المسألة على قولين، أحدهما: وهو قوله الجديد لا يرمل، وعلى قوله القديم يرمل هذا لفظه، ومنه أخذ البغوي، ونقله إلى «التعليق» و«التهذيب» كذلك فإنه يقفوه كثيرًا، ورأيت في «فتاوى الفضالي»: أنه إذا سعى عقب طواف القدوم استحب له أن يسعى أيضًا عقب طواف الإفاضة، ثم الأول يكون واجبًا، والثاني يكون سنة، وكان وجه الاستحباب الخروج من خلاف العلماء، وهذا قريب مما حكى عن ابن سريج في غسل الأذنين مع الوجه، ومسحهما مع الرأس ومنفردين، ولا خفاء أن المشهور أنه لا يسرع السعي.

ثانيًا: بعد طواف الإفاضة، وإما كونه غلطًا محضًا فلا، ثم خطر لي أن تكون الصورة في القارن فإنه يستحب له عندنا أن يأتي بطوافين وسعيين خروجًا من خلاف أوجبهما، وعلى هذا يترك كلام القفال، والشيخ أبي علي، والبغوي، والرافعي رحمهم الله تعالى.

قال: **(وَلْيَقُلْ فِيهِ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا، وَذَنْبًا مَغْفُورًا، وَسَعْيًا مَشْكُورًا)** اعلم أن الشافعي قال في الأوسط من «الأم»: وأحب لمن حاذى الحجر أن يكبر، وأن يقول في رمله، فزكاه بحروفه، ثم قال: ويقول في الأطواف الأربعة: ربِّ اغفر وارحم، وتجاوز عما تعلم، إنك أنت الأعز الأكرم، اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار، انتهى.

وتبعه الأصحاب، ولم يعزوه إلى خبر ولا أثر، ووقع في كتاب ابن كج و«الشامل» و«البيان» وغيرهم أن ذلك يروى عن النبي، وتبعهم الرافعي فقال: بعدما في الكتاب روى ذلك عن النبي، انتهى.

وينبعث ذلك فلم أجده مأثورًا عن أحد من السلف، ولم يذكره البيهقي بعد اطلاعه التام في سننه إلا عن الشافعي رحمه الله.

إشارة: قوله: مبرورًا، قال الأزهري: المبرور المتصل، وقال: سمرٌ، هو ما لا يخالطه معصية، والمشكور المتقبل، وقيل: هو الذي يشكر عليه، وقوله: وذنبًا مغفورًا نفذ بره، واجعل ذنبي ذنبًا مغفورًا، وكذا يقدر ما بعده.

وَأَنْ يَضْطَبِعَ فِي جَمِيعِ كُلِّ طَوَافٍ يَرْمُلُ فِيهِ، وَكَذَا فِي السَّعْيِ عَلَى الصَّحِيحِ

(وَأَنْ يَضْطَبِعَ فِي جَمِيعِ كُلِّ طَوَافٍ يَرْمُلُ فِيهِ) أي: دون ما لا يرمل فيه تأسيًا، ففي سنن أبي داود بإسناد صحيح **«عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ وَأَصْحَابَهُ اعْتَمَرُوا مِنَ الْجِعْرَانَةِ فَرَمَلُوا بِالْبَيْتِ وَجَعَلُوا أَرْدِيَتَهُمْ تَحْتَ آبَاطِهِمْ قَدْ قَذَفُوهَا عَلَى عَوَاتِقِهِمُ الْيُسْرَى»**.

وفيه عن علي بن أمية قال: **«طاف رسول الله مضطبعًا»**(١) الحديث، قال الترمذي: حسن صحيح.

وقول المصنف في جميع أي: لا يختص بالثلاثة الأول كالرمل، بل نسن في جميع السبعة، ولو تركه في بعضها فعله في الباقي، ولو تركه في الجميع أتى به في السعي، قاله الماوردي، والمذهب استحبابه يقضي أن يفعله بنفسه، وإلا فعله به وليه، والأصح أنه لا يستحب في ركعتي الطواف.

قال الشافعي: وإن لم يضطبع بحال كرهته له كما أكره له ترك الرمل، ولا فدية ولا إعادة.

قال: **(وَكَذَا فِي السَّعْيِ عَلَى الصَّحِيحِ)** أي: لأنه أحد الطوافين، فأشبه الطواف بالبيت، وهذا ما جعله في «الروضة» المذهب الذي قطع به الجمهور.

والثاني: لا لعدم وروده، فعلى المذهب يستحب في جميع السعي، وقيل: إنما يضطبع في موضع السعي الشديد، دون موضع المشي.

فروع: ذكرها ابن كج الأول: الاضطباع مسنون؛ لأن كل طواف يعقبه سعي مسنون، فالاضطباع فيه مسنون، والسعي الواجب هو الذي يفعله عقب طواف الدخول، فإن تركه في طواف الدخول فهل يقضى في طواف الصدر؟ نظر إن كان قد طاف للدخول، وسعى عقبه مضطبعًا، فليس أن يضطبع في طواف الصدر؛ لأنه قد فعل المسنون، ولو ترك طواف الدخول والسعي رأسًا قضى الاضطباع في طواف الزيارة بلا خلاف؛ لأنه عقبه سعي، ولو كان قد طاف وسعى للدخول ولكنه ترك الاضطباع فهل يقضي في طواف الصدر؟ على

---

(١) أخرجه مسلم (٧٥٦٠).

وَهُوَ جَعْلُ وَسَطِ رِدَائِهِ تَحْتَ مَنْكِبِهِ الْأَيْمَنِ وَطَرَفَيْهِ عَلَى الْأَيْسَرِ، وَلَا تَرْمُلُ الْمَرْأَةُ وَلَا تَضْطَبِعُ، وَأَنْ يَقْرُبَ مِن الْبَيْتِ، ....

وجهين، الثاني: هل على أهل مكة اضطباع؟

قال ابن أبي هريرة: لا؛ لأنه ليس عليهم طواف الدخول، والاضطباع يكون من سنة من يطوف للدخول، وقال أبو الحسين: يضطبعون كسائر الناس من أهل البلدان.

الثالث: قال السعي الواجب هو الذي يفعل عقب طواف الدخول، فإن تركه سعى عقب طواف الزيارة، وأجزأه عن ذلك السعي قضاء عنه، هذا لفظه رحمه الله.

قال: (**وَهُوَ**) أي: الاضطباع (**جَعْلُ وَسَطِ رِدَائِهِ تَحْتَ مَنْكِبِهِ الْأَيْمَنِ وَطَرَفَيْهِ عَلَى الْأَيْسَرِ**) أي: ويدع الأيمن مكشوفًا كدأب أهل الشطارة، والاضطباع افتعال مشتق من الضبع، بإسكان الباء، وهو القصد، وقيل: الصف الأعلى منه، وقيل: منتصفه، وقيل: الإبط، ووسط هنا مفتوح السين على الأصح.

قال: (**وَلَا تَرْمُلُ الْمَرْأَةُ وَلَا تَضْطَبِعُ**) أي: بالإجماع سواء الصغيرة، والكبيرة والراكبة، والمحمولة، والخنثى فيه كالأنثى.

قال الزعفراني: لأن بالرمل تتبين أعضاؤها، وبالاضطباع تنكشف ما هو عورة منها، وقال المحب الطبري: ولو كانت ليلاً في خلوة لم يمتنع استحباب الرمل في حقها، كما قيل بمثله في السعي.

قال: (**وَأَنْ يَقْرُبَ مِن الْبَيْتِ**) أي: لشرفه، ولا به أيسر في الاستلام؛ ولأن القرب منه أفضل في الصلاة، فكذا في الطواف، هكذا ذكر هذه المعاني القاضي أبو الطيب، وقال أبو الحسن الزعفراني: والأفضل أن يجعل بينه وبين البيت ثلاث خطوات؛ ليأمن الطواف على الشاذوران.

قال المحب الطبري: كان الشاذوران مسطحًا، فاجتهدت في تسنيمه، وفي تتميمه ذراعًا، والأولى للطائف الإبعاد من البيت بقدر ذلك الاحتياط.

قلت: وإنما يقرب بشرط ألا يؤذي ولا يؤدي، هكذا أطلقوه.

فَلَوْ فَاتَ الرَّمَلُ بِالْقُرْبِ لِزَحْمَةٍ فَالرَّمَلُ مَعَ بُعْدٍ أَوْلَى ....

وقال البويطي: وإن كان الزحام كثيرًا مضى وكبر، ولم يستلم.

وقال البندنيجي: قال الشافعي في «الأم»: أحب الاستلام ما لم يؤذ غيره بالزحام أو يؤديه غيره، إلا في ابتداء الطواف، واستحب له الاستلام، وإن كان الزحام في آخر الطواف، كذا نقله عنه في «شرح المهذب».

قلت: ولفظ الإمام: وأحب أن يستلم الرجل إذا لم يؤذ ولم يؤذ بالزحام إلا في بدء الطواف، وإن زحم ففي الآخرة، وإن ترك الاستلام في جميع طوافه أو استلم، وهو يؤذي، فطوافه لم أحبه له هذا نصه بحروفه، ثم قال: أخبرنا سعيد عن ابن جريج عن عطا عن ابن عباس قال: إذا وجدت على الركن زحامًا فانصرف، ولا تقف، انتهى.

وقد حرفه بعض الشارحين فنقل عن رواية المصنف عن البندنيجي أن الشافعي نص في «الأم»: على استحباب الاستلام في أول الطواف وآخره، وإن تأذى بالزحام أو أذَّى، انتهى.

والصواب أن مراد الشافعي أنه إذا أذى أو أوذي لم يستحب بحال، وعبارة: وأنه لا يجب الزحام إلا في الأولى مع عدم الأذى والتأذي، وعبارة البندنيجي فيها بعض إبهام! وقد أسند الإمامان الشافعي وأحمد عن عمر ﷺ عن النبي أنه قال: **«يا عمر إنك رجل قوي، لا تزاحم على الحجر، فتؤذي الضعيف، إن وجدت خلوة وإلا فهلل وكبر»**(١).

فرع: يستحب للمرأة ألا تقرب، بل تكون في حاشية المطاف بحيث لا تخالط الرجال، وكذا الخنثى، فإن طافا خاليين فكالرجل في استحباب القرب.

قال: (**فَلَوْ فَاتَ الرَّمَلُ بِالْقُرْبِ لِزَحْمَةٍ فَالرَّمَلُ مَعَ بُعْدٍ أَوْلَى**) لأن الرمل فضيلة تتعلق بنفس العبادة، والقرب فضيلة تتعلق بمكان العبادة، فالرمل أولى

---

(١) أخرجه حديث عمر: أخرجه أحمد (١/ ٢٨، رقم ١٩٠) قال الهيثمي (٣/ ٢٤١): فيه راو لم يسم. والبيهقي (٥/ ٨٠، رقم ٩٠٤٣). حديث شيخ من خزاعة: أخرجه عبد الرزاق (٥/ ٣٦، رقم ٨٩١٠)، والبيهقي (٥/ ٨٠، رقم ٩٠٤٤).

إِلَّا أَنْ يَخَافَ صَدْمَ النِّسَاءِ فَالْقُرْبُ بِلَا رَمَلٍ أَوْلَى، وَأَنْ يُوَالِيَ طَوَافَهُ، وَأَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ رَكْعَتَيْنِ خَلْفَ الْمَقَامِ، يَقْرَأُ فِي الْأُولَى قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ، وَفِي الثَّانِيَةِ الْإِخْلَاصَ،

بالمحافظة، وهذا إذا لم يرج فرجه مع القرب، فإن رجاها استحب له انتظارها، نص عليه في «الأم»، وجرى عليه أئمة العراق وغيرهم، وعبارة تجريد «التجريد» قال: والدنو من البيت أحب إلي، ولو تعذر الرجل؛ لزحمة الناس أو اختلاط بالنساء صبر حتى يخلوا، انتهى.

فإن كان بين الناس، ولا يمكنه الخروج عنهم ولا الرمل ولا الوقوف، من الزحام تحرك حركة، يرى أنه لو قدر على الرمل لرمل.

نص الشافعي على معناه، وقال في «البيان»: ينتظر الفرجة ساعة، وكذلك خفة الزحام.

قال: (إِلَّا أَنْ يَخَافَ صَدْمَ النِّسَاءِ) أي: ملامستهن، كما قال في «الروضة».

(فَالْقُرْبُ بِلَا رَمَلٍ أَوْلَى) أي: تحررًا من ذلك، وقال في «البيان» وغيره: إذا كان في حاشية المطاف نساء إذا خرج اختلط بهن لم يخرج؛ لأنه يخاف عليه الإمساس بهن بل يقرب من البيت، ويحرك بنفسه أكثر ما يقدر عليه، انتهى.

وهذا أحسن، وقضيته ألا يخرج، وإن لم يخش الصدام؛ لخوف الفتنة.

قال: (وَأَنْ يُوَالِيَ طَوَافَهُ) أي: إتباعًا وخروجًا من الخلاف الآتي في وجوبه، وإن كان الأظهر عدم وجوبه.

قال: (وَأَنْ يُصَلِّيَ بَعْدَهُ رَكْعَتَيْنِ خَلْفَ الْمَقَامِ) تأسيًا، متفق عليه من حديث ابن عمر ورواه مسلم من حديث جابر، فإن لم يفعلهما خلف المقام فتحت الميزاب في الحجر، خلافًا لمالك، وإلا ففي المسجد، وإلا ففي الحرم فإن صلاهما في غير من أقطار الأرض صح، وأجازه القاضي الحسين، إنا إذا قلنا أنهما سنة كان حكمهما في القضاء حكم النوافل، وهو شاذ مخالفٌ للنص، وقال ابن عبد السلام: الصلاة إلى وجهة البيت أفضل من سائر الجهات.

قال: (يَقْرَأُ فِي الْأُولَى قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ، وَفِي الثَّانِيَةِ الْإِخْلَاصَ) تأسيًا

وَيَجْهَرُ لَيْلًا ، وَفِي قَوْلٍ تَجِبُ الْمُوَالَاةُ وَالصَّلَاةُ ، ....

كما صححه البيهقي من حديث جابر ، وهو من «صحيح مسلم» على تردد في رفعه.

قال: (**وَيَجْهَرُ لَيْلاً**) أي: كصلاة الكسوف وغيرها ، كذا قاله في «شرح المهذب» تبعًا لغيره مع تصحيحه في «الروضة» ، وغيرها أن الأفضل في النوافل المعقولة ليلاً التوسط بين الجهر والإسرار ، وإلحاقهما بالكسوف ، فيه نظر! ؛ لأن الجهر فيه ، وفي أمثاله ؛ لتأكد الجماعة فيه لمشابهته الفرض بخلاف مسألتنا ، وقال المحب الطبري: محل الجهر ليلاً إذا خلا بنفسه ، وإلا فالإسرار أفضل لئلا يشوش على غيره ، وقد سبق أن وقت الصبح وقت جهر ، وهو من النهار فكان من حقه أن يستثنيه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ تَجِبُ الْمُوَالَاةُ وَالصَّلَاةُ**) أما الموالاة ففيها طرق اشتهر فيها قولان ، أظهرهما: أنها مستحبة ، كالوضوء. قال: حتى لو طاف كل يوم طوفة أو بعض طوفة جاز ، وفي صورة التبعيض وجه.

والثاني: يجب ؛ لأنه وآلى طوافه ، وقال: «**خذوا عني مناسككم**» ، وهذا قوي ، وقيل: تجب الموالاة قطعًا ؛ لما ذكرناه ، وقيل: لا تجب قطعًا ، وهو شاذ أو غلط.

قال: والقول في الموالاة كالقولين في الوضوء ، وهما في التفريق الكثير بلا عذر ، فإن فرق يسيرًا أو بعذر فكالوضوء ، ومن الأعذار إقامة المكتوبة ، لا صلاة الجنازة ، والرواتب ، بل يكره قطع الطواف الواجب ، إنما قال الإمام: والتفريق الكثير ، وهو ما يغلب على الظن بتركه ترك الطواف ، إما بالانصراف عنه أو بظن أنه أتمه.

واعلم أنه قال في «الأم»: ولا أرخص في قطع الطواف بالبيت إلا عن عذر ، وذلك بأن تقام الصلاة ، فيصليها ثم يعود ، ويبني على طوافه من حيث قطع عليه أو يصيبه زحام ، فيقف فلا يكون ذلك قطعًا أو يعني فيستريح قليلاً ، فلا يكون ذلك قطعًا أو ينتقض وضوؤه ، فيخرج فيتوضأ ، وأحب إذا فعل أن يبتدئ الطواف ، ولا يبني على طوافه ، وقد قيل: يبني ، ويجزئه إن لم يتطاول ،

فإذا تطاول ذلك لم يجزئه إلا الاستئناف، هذا نصه بحروفه، وفيه فوائد، فتأمله مع ما سبق!

وأما القولان في الصلاة فنقل البندنيجي عن «الجديد» أنها سنة، وظاهر كلامه في «القديم» الوجوب، وأنه نص فيه أنه لا يصلي على الراحلة، وعن «القديم» أنها سنة، فالقولان في طواف الفرض، فإن كان سنة فسنة قطعًا، وقيل: على القولين، وصححهما العمراني، وقيل: يجب في المفروض قطعًا، وإذا أوجبناها فالصحيح بل الصواب أنها ليست بشرط، ولا ركن للطواف، بل تصح بدونها، ولا يسقط بفعل فريضة، ولا غيرها، وإن قلنا سنة سقطت بغيرها؛ لتحية المسجد نص عليه الشافعي، وشذ الإمام فنسب إلى الأصحاب خلافه.

قلت: ولعل ما ذكروه في الصلاة يفعلها في المسجد الحرام عقب طواف ونحو ذلك، أما سقوطها بصلاة تقع مع طولها الفصل أو في غير المسجد الحرام من أقطار الأرض، ففي النفس منه شيء، ولا سيما إذا كان غافلًا عنها بنسيان، وقد قالوا: أن له تأخيرها إلى بلده، ولا تفوت أبدًا، ثم ولو كانت تسقط بغيرها كالتحية؛ لما حسن ذلك في البعيد الدار الذي يصلي إلا أن يقال: تسقط بغيرها إذا كان ذاكرًا لها لا ناسيًا، فلو أعقلها، ثم صلاها ببلده أجزأه أو يقال: تسقط بغيرها إلا أن يقصد بها غيرها، وهذا كله خبط، وأحسب أن قولهم له تأخيرها إذًا بناء على أنها واجبة، أو قاله من لا يرى سقوطها بفعل غيرها، كما نقله الإمام، وهذا أقرب من رواية ابن كج.

قال: إن قلنا سنة، فلا مسألة، وإن قلنا: هي واجبة، فلم يصلها حتى رجع إلى بلده. قال الشافعي: صلاها فيه، ولا يلزمه الرجوع إلى مكة إلا للطواف، والله أعلم.

فروع: طاف أسابيع، فإن أوجبناها وجب لكل أسبوع ركعتان، وإلا استحب ذلك، فلو صلى للجميع ركعتين لم يكره، وفي «اللباب»: وإن طاف طوافين فقد قيل: أنه يصلي أربع ركعات عقبيهما. وقيل: يصلي عقب كل طواف ركعتين.

وَلَوْ حَمَلَ الْحَلَالُ مُحْرِمًا وَطَافَ بِهِ حُسِبَ لِلْمَحْمُولِ، وَكَذَا لَو حَمَلَهُ مُحْرِمٌ قَدْ طَافَ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ قَصَدَهُ لِلْمَحْمُولِ فَلَهُ، ....

وقيل: يصلي عقبيهما ركعتين، قالوا: أو تمتاز هذه الصلاة عن غيرها بجريان النيابة فيها؛ إذ النائب الأجير وغيره يفعلها عن المحجوج عنه، وتقع عنه على المشهور، وكذا الولي يصليها عن الصبي غير المميز، وفي وقوعها عنه الوجهان، ولم يذكروا فعلها عن المجنون، ومن يصحح إحرام الولي به يقول: يفعلهما عنه كالطفل، وإذا أوجبناها لم يجز فعلها قاعدًا للقادر على الأصح، والثاني: لا لأنها كالجزء من الطواف، ولا خلاف في صحة السعي قبل فعلهما، قاله في «شرح المهذب».

واعلم أن المتبادر من كلامهم أن الأجير لا يلزمه الإتيان بالسنن كالحاج بنفسه، وفي قواعد ابن عبد السلام أن المعقود عليه الإجارة الواجبات والسنن، وقضية كلامه أنه يلزم الأجير الإتيان بالسنن السابقة وغيرها، وأنه يلزمه أن يصلي عمن يحج عنه ركعتي الطواف على قولنا: أنهما سنة، ولا أحسب الأئمة يساعدونه على ما اقتضاه كلامه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ حَمَلَ الْحَلَالُ مُحْرِمًا وَطَافَ بِهِ حُسِبَ لِلْمَحْمُولِ**) أي: حيث يحسب له لو طاف بنفسه، كما لو طاف على بهيمة، وهذا معنى قولهما حسب له بشرطه، وهذا ظاهر إذا لم ينو الحامل شيئًا أو نواه للمحمول، أما لو نواه لنفسه فإما أن يقال: أنه يقع له فقط أو لهما على الخلاف الآتي، فيما إذا قصده المحرم لنفسه أو لهما، وهذا أيضًا إذا لم يصرفه المحمول عن نفسه، أما إذا صرفه أو لم ينوه، واشترطنا النية وقع للحامل إذا نواه، ولو كان الحامل محدثًا فكالبهيمة، ولو طاف سائحًا في السيل صح، وقد فعل ذلك مرات.

قال: (**وَكَذَا لَوْ حَمَلَهُ مُحْرِمٌ قَدْ طَافَ عَنْ نَفْسِهِ**) أي: حسب للمحمول أيضًا بشرطه كما بيناه، وفيه ما ذكرناه في الحلال.

قال: (**وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ**) أي: وإن لم يكن المحرم والحامل قد طاف عن نفسه.

(**أَنَّهُ إِنْ قَصَدَهُ لِلْمَحْمُولِ فَلَهُ**) أي: للمحمول خاصة، ويكون الحامل

وَإِنْ قَصَدَهُ لِنَفْسِهِ أو لَهُمَا فَلِلْحَامِلِ فَقَطْ].

كالدابة، وهذا إننا على قولنا بشرط أن لا يصرفه إلى عرض أحد، كما هو الأصح .

والثاني: أنه للحامل فقط بناء على عدم اشتراط ذلك، ولا ينصرف عنه بالنية.

والثالث: لهما جميعًا، وصورة المسألة إذا قصد المحمول نفسه أو لم يقصد شيئًا، وقلنا: لا يشترط النية أو قصد الحامل، ولم ير للصرف أثرًا.

قال: **(وَإِنْ قَصَدَهُ)** أي: الحامل **(لِنَفْسِهِ أَو لَهُمَا فَلِلْحَامِلِ فَقَطْ)** قال الإمام: بالاتفاق؛ لأنه الفاعل، ولم يصرفه عن نفسه، وقيل: يحصل لهما، ولو لم يقصد شيئًا، ويقصده لنفسه أو كليهما، ولا اعتبار بنية المحمول نفسه في هذه الصورة؛ لأن الفعل من الحامل حقيقة لا منه، ولا قصده الحامل بخلاف ما سبق إذا قصده المحمول هذه طريقة المراوزة.

تنبيه: قالا في «الروضة»: وأصلها إذا حمل المحرم محرمًا، وطاف به إن أصح الأوجه وقوعه للحامل، إلا إذا قصد المحمول وحده بعد الحامل.

والثاني: للمحمول، قلت: وصححه في المناسك.

والثالث: عنهما، وسلك الإمام وغيره طريقة اختصرها الرافعي، فذكر صاحبا «الروضة» و«الملخص»: أنه إن أطلق أو قصد الحامل نفسه أو نوى كل عن نفسه فللحامل فقط، وإن لم ينويا أو اعتبرنا النية لم تصح، وإلا وكان على المحمول حسب له أو عليهما، أو على الحامل فقط فله فقط، فهذه ستة أقسام، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين لون المحمول بإلغاء أو صبيًا حمله وليه أو غيره.

فرع: قال الزعفراني: إن عطش الطائف فشرب، فلا بأس، وقال الماوردي: يكره فيه الأكل والشرب، لكن الشرب أخف؛ لما روى الحاكم مرفوعًا، وقال: غريب صحيح.

قال الروياني: يكره له، وضع يده على فِيه أي: من غير حاجة كالمصلي.

قال الشيخ: لو طافت غير المحرمة متنقبة، فمقتضى مذهبنا كراهته

فَصْلٌ

قال المصنف: [يَسْتَلِمُ الْحَجَرَ بَعْدَ الطَّوَافِ وَصَلَاتِهِ ثُمَّ يَخْرُجُ مِن باب الصَّفَا لِلسَّعْيِ، ....

كالصلاة. قلت: وفيه نظر؛ لطواف عائشة رضي الله عنها، كذلك قال.

فصل

قال الشارح: (**يَسْتَلِمُ الْحَجَرَ بَعْدَ الطَّوَافِ وَصَلَاتِهِ ثُمَّ يَخْرُجُ مِن باب الصَّفَا لِلسَّعْيِ**)؛ اقتداء به، رواه مسلم، وليختم طوافه بما افتتحه به، ومن أي موضع خرج فلا حرج.

قال الماوردي: وبعد أن يستلم يقف في الملتزم، ويدعو أو يدخل الحج، ويدعو تحت الميزاب، وفي «الإحياء» يأتي الملتزم قبل الصلاة، وقال ابن جرير: يقدم الملتزم على الإسلام.

وقال المصنف في «شرح المهذب»: والكل شاذ.

وقال أبو الحسن الزعفراني: إذا أتم الطواف سبعًا أتى الملتزم بين الحجر الأسود والباب، وقال: إنما سمى الملتزم؛ لأن النبي ﷺ التزمه، وقد وردت السنة أن هناك ملكًا يؤمن على الدعوات، ويلتزق بالبيت، ويلزق بطنه بجداره، ويضع خده الأيمن عليه إن أمكنه، ويتعلق بالأستار، ويبسط عليه ذراعيه وكفيه، ثم يقول: اللهم رب هذا البيت اعتق رقبتي من النار، وأعذني من الشيطان الرجيم ووساوسه، وذكر أدعية طويلة، ثم قال: ثم يحمد الله كثيرًا، ويصلي على رسوله وعلى جميع الرسل والأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وليدعُ بحوائجه الخاصة، ولمن استودعه الدعاء، وللمسلمين عامة، ثم يستغفر الله تعالى من ذنوبه، وينصرف إلى المقام فيحاذي، فيصلي ركعتي الطواف، ثم قال: وليدعُ عقب سلامه منهما، فيقول: اللهم يسر لي اليسرى، وجنبني العسرى، واغفر لي في الآخرة والأولى، وذكر دعاء طويلاً، ثم قال: ثم ليعد إلى الحجر الأسود، ويستلمه، وليدعُ عقب الاستلام أيضًا قبل أن ينصرف، فيقول: اللهم إنك تعلم سري وعلانيتي، فاقبل معذرتي، وذكر دعاءً طويلاً

وَشَرْطُهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالصَّفَا، ....

بليغًا، ثم قال: ثم يصلي على النبي ﷺ، ثم يخرج من باب الصفا متوجهًا للسعي، ويبدأ في الخروج برجله اليسرى، فإذا صار على درجة الباب تحرى موقف النبي ﷺ فوقف موضع الرصاصة، وأقبل بوجهه إلى الكعبة، ويرفع يديه، ويقول: بسم الله آمنت بالله، اعتصمت بالله، توكلت على الله، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وحسبي الله ونعم الوكيل، وإليه أنيب، اللهم صلِّ على محمد، واغفر لي ذنوبي كلها، واعصمني من الشيطان الرجيم وحزبه، اللهم افتح أبواب رحمتك، وأبواب نوالك، وارزقني من رزقك الواسع الحلال الذي لا منعة فيه، ما أستعين به على القيام بما أمرتني به بفضلك العظيم بخير الرازقين، وأكرم الأكرمين، انتهى.

ولا أحسب لما ذكره من الأدعية مستندًا أمن خبر، ولا أثر.

فرع: اقتصر على ذكر الاستلام، ولم يذكر التقبيل، لكن في «المستدرك» عن جابر قال: دخلنا مكة عند ارتفاع الضحى إلى أن قال: **«فلما فرغ أي: النبي من الطواف قبل الحجر، ووضع يديه عليه، ومسح بهما وجهه»** قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وقال الإمام أحمد في «المسند»: حدثنا موسى بن داود ثنا سلمان بن بلال عن جعفر عن أبيه عن جابر **«أن النبي ﷺ رمل ثلاثة أطواف من الحجر إلى الحجر، وإلى أن قال: ثم عاد إلى الحجر، ثم ذهب إلى زمزم، فشرب منها وصب على رأسه، ثم رجع فاستلم الركن، ثم رجع إلى الصفا فقال: ابدأ بما بدأ الله به»** وهذا إسناد صحيح، فينبغي فعل ذلك، وعبارة القاضي أبي الطيب هنا، وإذا فرغ من ركعتي الطواف فيستحب له أن يعود إلى الحجر، فيقبله، ويستلم الركن، ثم يخرج من باب الصفا، انتهى.

وكذلك قال صاحب «الذخائر»: سواء، وقال في «البيان»: هذا استلمه بيده، ومسح به وجهه، انتهى.

(وَشَرْطُهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالصَّفَا)؛ لأنه ﷺ بدأ به، وقال: ابدأوا بما بدأ الله به رواه النسائي عن جابر على شرط الصحيح، ولفظه في مسلم ابدأ على الخبر لا الأمر، فلو بدأ بالمروة أولاً، وأكمل بالصفا بطلت المروة الأولى، ويكمل

وَأَنْ يَسْعَى سَبْعًا، ذَهَابُهُ مِنَ الصَّفَا إِلَى الْمَرْوَةِ مَرَّةٌ، وَعَوْدُهُ مِنْهَا إِلَيْهِ ; أُخْرَى، وَأَنْ يَسْعَى بَعْدَ طَوَافِ رُكْنٍ أَو قُدُومٍ ....

بالأخرى، فلو أكمل سبعًا، وقد بدأ بالمروة، حسب له منها ست، وأتى بمرة أخرى من الصفا إلى المروة، وقيل: يجب البدء بالصفا في كل مرة، فعلى المذهب يشترط البدء بالصفا في المرة الأولى، والثالثة والخامسة والسابعة، ويشترط البدء بالمروة في الثانية والرابعة والسادسة، وشرط الترتيب، فلو نسي السادسة وشيئًا منها لم تحسب السابعة والخامسة، جعلت السابعة خامسة، وأتى بالسادسة والسابعة، ويشترط استيعاب المسافة في كل مرة، ولو بقي منها خطوة أو أقل فلا بد من الإتيان بها، ولا يستحب ما تقدم حتى يصل إليها ويكملها، فلو نسي ذراعًا من السادسة من أولها بجميعها أو من وسطها حسبما مضى، ويأتي بما ذكره وما بعده أو من آخرها أتى بها وبالسابعة، وإن ترك بعض خطوة من السابعة عاد، وأتى به، وإن رجع إلى بلده قبل أن يأتي به كان على إحرامه؛ ولهذا قال الأصحاب: يلزم الماشي أن يلصق عقبه بأصل ما يذهب منه، ورؤوس أصابعه بأصل ما يذهب إليه، والراكب يلصق حافر دابته بهما.

قال: (**وَأَنْ يَسْعَى سَبْعًا**) إتباعًا، متفق عليه من رواية ابن عمر رضي الله عنهما. (**ذَهَابُهُ مِنَ الصَّفَا إِلَى الْمَرْوَةِ مَرَّةٌ وَعَوْدُهُ مِنْهَا إِلَيْهِ أُخْرَى**) لأنه ﷺ بدأ بالصفا، وختم بالمروة، وقيل: أن الذهاب والإياب مرة واحدة، وقيل: يحسب الذهاب مرة، أما العود فلا، بل هو وسيلة إلى البدء بالصفا .

قال: (**وَأَنْ يَسْعَى بَعْدَ طَوَافِ رُكْنٍ أَو قُدُومٍ**) أي: وشرط الاعتلاء به ذلك، ولفظ نهاية الاختصار من قول الشافعي للمزني: ولا يجري السعي إلا بعد طواف الدخول أو الإقامة، وفي الأساليب عن بعض أئمتنا: أنه لو قدمه على الطواف جاز. قال المصنف: وهو غلط ظاهر، ولو سعى، ثم تذكر ترك شيء من الطواف، أتى به وأعاد السعي.

قلت: وهذا واضح فيما إذا كان طواف الركن، أما لو كان للقدوم وقد طال الفصل لم يأت بما تركه منه؛ لفواته بالتأخير، ويتعين تأخير السعي إلى بعد طواف الركن.

بِحَيْثُ لَا يَتَخَلَّلُ بَيْنَهُمَا الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ، ....

قال: (**بِحَيْثُ لَا يَتَخَلَّلُ بَيْنَهُمَا الْوُقُوفُ بِعَرَفَةَ**) أي: بين السعي وطواف القدوم؛ لأنه ﷺ لم يؤتَ أنه سعى إلا بعد الطواف، وقال: «**خذوا عني مناسككم**» ونقل الماوردي الإجماع فيه، فلو طاف للقدوم، ولم يسع حتى عرف تعين تأخيره إلى بعد طواف الركن، كذا جزم به الشيخ أبو علي في شرح «التلخيص»، وتابعوه عليه، وقيد به إطلاق «التخليص»، وتساهل من زعم أنه حكى في ذلك وجهين ردًا بذلك على المصنف في إنكاره على «الوسيط» حكاية تردد فيه، والذي في «النهاية» و«البسيط» عنه ما سبق لا غير، نعم؛ قالا بعد ذلك هكذا قال.

تنبيهان: الأول: انحصار السعي بعد الطوافين كما سبق، وقال أبو نصر البندنيجي في «المعتمد»: يجوز لمن أحرم من مكة إذا طاف للوداع قبل خروجه إلى منى أن يسعى، ويجزئه ذلك، والأولى تأخيره إلى بعد طواف الزيارة.

قال: وقال مالك وأحمد وإسحاق: لا يجوز، وإن فعل لم يجزئه، وتلزمه الإعادة؛ ليأتمر ذكره عن فعل ابن عمر وابن الزبير والقاسم بن محمد.

قال المصنف في «شرح المهذب»: ولم أر بغيره ما يوافقه، وظاهر كلام الأصحاب أنه لا يجوز السعي إلا بعد طواف القدوم أو الإفاضة، انتهى.

ويوافق قول البندنيجي قول الغزالي في «البسيط»، وهو ملخص من «النهاية»، وأما الواجبات فأولها أن يقع بعد طواف صحيح، إما فرض أو نقل، انتهى.

ولم يقيده بطواف القدوم، وعبارة «الذخائر»: ولا يصح السعي إلا أن يكون عقب طواف صحيح، سواء كان فرضًا أو نفلاً، انتهى.

وعبارة الدارمي: ولا يجزئه السعي إلا أن يتقدم طواف واجب أو غيره، وقال: بعد هذا إذا قدم السعي عند الدخول أو طواف تطوع أجبر لم يجب عليه سعي، وإن لم يكن سعى أي: قبل عرفة فعليه سعي، وإن كان سعى بغير طواف لم يجزئه، حتى يسعى عقب طواف، هذا لفظه، وقوله: أولاً: وإذا قدم السعي عند الدخول أراد بعد طواف القدوم، كما دل عليه كلامه من قبل ومن بعد،

وَمَنْ سَعَى بَعْدَ قُدُومٍ لَمْ يُعِدْهُ، ....

وقوله: أو طواف تطوع، نص فيما قاله البندنيجي .

الثاني: الصحيح أن الموالاة من السعي، والطواف سنة، فيجوز تأخيره عن طواف الإفاضة ما شاء، وعن طواف القدوم ما لم يقف بعرفة، فإن وقف، لم يجز إلا بعد طواف الإفاضة، ولا بد كون السعي في بطن الوادي، فإن التوى شيئًا يسيرًا أخره، وإن عدل حتى فارق الوادي إلى المسجد أو غيره لم يجز، نص عليه في «القديم».

وقال البندنيجي والدارمي: والموالاة بين مرات السعي سنة، فلو يحلل بينهن فصل لم يضر، وإن طال سنة أو أكثر.

قال المؤلف: هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى الماوردي عن «القديم»، والبصريين منا: إنه إذا طال بلا عذرٍ استأنف.

قلت: وجواز التفريق الكثير يحتاج إلى دليل .

قال: (**وَمَنْ سَعَى بَعْدَ قُدُومٍ لَمْ يُعِدْهُ**) أي: لا يستحب له إعادته بعد طواف الإفاضة، فإن فعل كان خلاف الأولى، كذا نقله الشيخ عن الشافعي والأصحاب.

وقال جماعة منهم الإمام ووالده: يكره إعادته؛ لأنه بدعة، وجزم الشيخ بالكراهة في موضع آخر، ونقلها عن الأصحاب، وقد قدمت عن فتاوى القفال أنه يستحب الإعادة.

قلت: ولعله رآه احتياطًا أو خروجًا من الخلاف، ولست أثق بما سبق عن «الفتاوى»، فإني رأيت في نسخة منها لا يستحب، ولعله صواب، لكن بعده ما تنافره، ثم ذكر بعد ذلك ما يوافق به، فلا ثقة بما فيها، ثم نظر إلى أن تكون الصورة في القارن، فإنه يستحب له طوافين وسعيين خروجًا من خلاف، من أوجبهما من السلف والخلف، وينبغي استثناء هذه الصورة من إطلاق المصنف عدم إعادته، وينبغي أيضًا استثناء ما لو سعى الصبي بعد القدوم، ثم بلغ بعرفة أو بعد الوقوف، ثم عاد إليها في الوقت ووقف، فإنه يجب عليه إعادة السعي على الأصح، وعتق العبد فيما ذكرناه كبلوغ الصبي، وكيف ما كان فالوجه أن

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَرْقَى عَلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ قَدْرَ قَامَةٍ، ....

يعاد بلا سبب يقتضيه؛ إذ في «صحيح مسلم» أنه ﷺ لم يطف، ولا أصحابه بين الصفا والمروة، إلا طوافًا واحدًا، وفي رواية له: إلا طوافه الأول، نعم؛ لو كان قد شك في شرط من شروط الطواف الأول أو في شيءٍ من شروط السعي، فلا ريب أنه يعيده، لكن يجب ذلك كما لو شك في ركن من أركان الصلاة في أثنائها أو لا، كما لو شك في ذلك بعد السلام، فإنه لا يؤثر على مذهب أو يفرق هنا بين أن يطرأ الشك بعد التحلل من أعمال الحج أو قبله، لم يحضرني فيه مسطور، ولم أتطلبه والقياس الاحتمال الثالث، بل هو الصواب.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَرْقَى**) أي: الذكر دون الأنثى والخنثى.

(**عَلَى الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ قَدْرَ قَامَةٍ**) لحديث جابر: «**أَنَّهُ بَدَأَ بِالصَّفَا فَرَقَى عَلَيْهِ حَتَّى رَأَى الْبَيْتَ وَأَنَّهُ فَعَلَ عَلَى الْمَرْوَةِ كَمَا فَعَلَ عَلَى الصَّفَا**» رواه مسلم، وقيل: يجب ذلك، وقيل: يجب قدرًا يستيقن المتحقق قطع جميع المسافة، كما يجب على بعض الرأس؛ لاستيعاب الوجود بأنه ﷺ يسعى راكبًا، والراكب لا يصعد، نعم؛ بعض الدرج محدث، فليحذر من أن يخلفها وراءه، فلا يصح سعيه بل ينبغي أن يصعد الدرج، حتى يستيقن، وقد لا يمكنه ذلك، وعبارة «النهاية»: فإذا انتهى إلى الصفا رقى درجًا في ذي حليفة فيرقى فيها بقدر قامة، هكذا فعل ﷺ والرقي ليس مقصودًا في السعي، لكن لا يأمن المنتهي لو لم يرق أن يكون ما انتهى إليه من الدرج المحدث، وإلا ما إليها إلى أصل الجبل كافٍ وفاقًا، انتهى.

وهذا منه يشعر بأن الرقي واجب عند الشك، وخوف الوسائل، فيحصل الاستيعاب، ومقتضى هذا المعنى عدم الفرق بين الرجل والمرأة.

تنبيه: ما قدمناه من عدم استحباب رقي المرأة على الصفا والمروة ابتغاء فيه صاحب «التنبيه»، وألحقنا به الخنثى، ولم يستثنها في «المهذب»، ولا شيخه في تعليقه، ولم أر ذلك إلا في «التنبيه» وتحرير الجرجاني، ومنه أخذ بعاداته، وقضية إطلاق الجمهور عدم الفرق، وأيضًا فإنها تحتاط بالرقي كالرجل، وللخروج من الخلاف في وجوبه، وقال الشافعي في «الأم» والأصحاب: يستحب لها أن تسعى بالليل؛ للستر، وأمن الفتنة، فإن سعت

فَإِذَا رَقَى قَالَ: اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَلِلَّهِ الْحَمْدُ، الله أَكْبَرُ عَلَى مَا هَدَانَا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا أَوْلَانَا، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ بِيَدِهِ الْخَيْرُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، ....

نهارًا سترت وجهها بما لا يمس البشرة؛ فلذلك يقول: يستحب إن سعت ليلاً أو في خلوة المسعى أن يرقى عليها لما ذكرناه.

قال: (**فَإِذَا رَقَى قَالَ**) أي: بعد استقباله القبلة كما في «الأم».

(**الله أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَلِلَّهِ الْحَمْدُ الله أَكْبَرُ عَلَى مَا هَدَانَا وَالْحَمْدُ لله عَلَى مَا أَوْلَانَا لَا إِلَهَ إِلَّا الله وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ بِيَدِهِ الْخَيْرُ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ**) أصل هذا الذكر حديث جابر الطويل، لكن لفظه أنه ﷺ لما بدأ بالصفا فرقى عليه، حتى رَأَى الْبَيْتَ فَاسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ فَوَحَّدَ اللَّهَ وَكَبَّرَ، وَقَالَ: **لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ لَهُ الْمُلْكُ، وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ أَنْجَزَ وَعْدَهُ وَنَصَرَ عَبْدَهُ وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ ثُمَّ دَعَا بَيْنَ ذَلِكَ قَالَ: هَذَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، ثُمَّ نَزَلَ إِلَى الْمَرْوَةِ حَتَّى إِذَا انْصَبَّتْ قَدَمَاهُ فِي بَطْنِ الْوَادِي حَتَّى إِذَا صَعِدَتَا مَشَى إِلَى الْمَرْوَةِ**، ففعل على المروة كما فعل على الصفا، وفي رواية لأبي داود والنسائي وغيرهما بعد قوله: وله الحمد يحيي ويميت.

واعلم أن لفظ الشافعي في «الأم»: وأحب أن يخرج إلى الصفا من باب الصفا، ويظهر فوقه من موضع يرى منه البيت، فيكبر فيقول: **اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَلِلَّهِ الْحَمْدُ اللَّهُ أَكْبَرُ عَلَى مَا هَدَانَا، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا أَوْلَانَا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ أَنْجَزَ وَعْدَهُ وَنَصَرَ عَبْدَهُ وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَلَا نَعْبُدُ إِلَّا إِيَّاهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ، وَلَو كَرِهَ الْكَافِرُونَ**، ثم يدعو ويلبي، ثم يعود فيقول: مثل هذا القول حتى يقوله ثلاثًا، ويدعو فيما بين كل بكسرٍ بين بما بدأ له من دين ودنيا، انتهى.

وفيه فوائد، وعبارة نص «البويطي»: ثم يصعد إلى الصفا صعودًا لا يتوازى عنه البيت، ثم يكبر ثلاثًا، ويقول: **لا إله إلا الله وحده لا شريك له**،

ثُمَّ يَدْعُو بِمَا شَاءَ دِينًا وَدُنْيَا. قُلْت: وَيُعِيدُ الذِّكْرَ وَالدُّعَاءَ ثَانِيًا وَثَالِثًا والله أَعْلَمُ،

له الملك وله الحمد، بيده الخير، وهو على كل شيء قدير إلى قوله في «الأم»: ولو كره الكافرون .

قال: ويعيد هذا الكلام بني أضعاف كلامه، حتى يقول: ذلك ثلاث مرات، انتهى.

(**ثُمَّ يَدْعُو بِمَا شَاءَ دِينًا وَدُنْيَا**) أما أصل الدعاء؛ فلحديث جابر، ولآثار جاءت فيه، وينبغي أن يكون الدعاء بأمر الدين مندوبًا متأكدًا للتأسي، وبأمر الدنيا مباحًا كما سبق في الصلاة.

قال أصحابنا: ويستحب أن يقول: «اللهم أنت قلت، وقولك الحق: ادعوني أستجب لكم، وإنك لا تخلف الميعاد، وإني أسألك كما هديتني للإسلام أن لا تنزعه مني حتى تتوفاني وأنا مسلم» رواه مالك في «الموطأ» عن نافع أنه سمع ابن عبد يقوله على الصفا .

وروى البيهقي عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: اللهم اعصمني بدينك وطواعيتك وطواعية رسولك وجنبنا حدودك، اللهم اجعلنا ممن يحبك، ويحب ملائكتك، وأنبياءك، ورسلك، وإلى عبادك الصالحين، اللهم يسر لنا اليسرى، وجنبنا العدى، واغفر لنا في الآخرة والأولى، واجعلنا من أئمة المتقين، وأسند عن نافع عنه أنه كان يقول عند الصفا: اللهم أحيني على سنة نبيك محمد ﷺ، وتوفني على ملته، وأعذني من مظالم النفس، وأورده الحليمي، وغيره من الأئمة باختلاف ألفاظ متقاربة.

وذكر الزعفراني هنا أذكارًا وأدعية جليلة في أوراق، والمأثور أولى.

قال: (**قُلْت: وَيُعِيدُ الذِّكْرَ وَالدُّعَاءَ ثَانِيًا وَثَالِثًا والله أَعْلَمُ**)؛ لما سبق من الحديث، ونص الشافعي، وفي كتاب النسائي: أنه ﷺ بدأ بالصفا، فقال: ثلاث مرات لا إله إلا الله إلى قوله: وهو على كل شيء قدير وكبر الله وحده، ثم دعا بما قدر له، ثم نزل ماشيًا فظاهره أن الدعاء بعد الذكر ثلاثًا لا غير، وهو ظاهر نص «البويطي» والمذكور في «البيان» وغيره، وفي شرحي الرافعي

……………………………………………………

وغيره بعد قوله: ولو كره الكافرون، ثم يدعو بما أحب، ثم يعود إلى الذكر ثانيًا، ثم يعود إليه ثالثًا، ولا يدعو وينزل، انتهى.

ويعضده قوله في «الأم»: ويدعو فيما بين كل تكبيرتين مما بدا له زاد في «الروضة».

قلت: ولنا وجه أنه يدعو بعد الثالثة، وقطع به جماعة، وهو الصحيح، فقد صح ذلك في «صحيح مسلم»، وادعى في «شرح المهذب» أنه الصواب، وأن الحديث المذكور صريح في الدعاء ثلاثًا، بعد أن حكى القطع بصريح فيما ادعاه رحمه الله.

إشارات: الصواب أن التكبير ثلاث مرات؛ للأحاديث، ونصوص الشافعي، والأصحاب، ويقع في بعض الكتب ذكره مرة، وبعضها مرتين، ووقع في كثير من نسخ كتاب الرافعي ذكره أربع مرات، وهو من ذلك النافل، ورأيت في «الأم» زيادة واو في أول التهليل مرتين، وفيه: الله أكبر على ما هدانا، والحمد لله على ما هدانا وأولانا، ولفظ المصنف وغيره كما سبق.

قال في «شرح المهذب»: قال أصحابنا: ولا يلبي على الصفا، هذا هو المذهب، وفيه وجه، أنه يلبي إن كان حاجًا، وبه قطع الماوردي، والقاضي الحسين، والبندنيجي، والمتولي.

قلت: وغيرهم، وهو نصه في «الأم» كما سبق قال: في الأوسط منها أيضًا، ويلبي الحاج والقارن، وهو يطوف بالصفا والمروة هذا هو المذهب.

وقال القاضي أبو الطيب بعد ذكره الذكر المشهور: ثم يلبي، ويصلي على النبي ﷺ، ويدعو لنفسه بما شاء، ثم ذكر إعادة الجميع ثانيًا وثالثًا.

قال: إلا التلبية، فإنه يتركها فلا يأتي بها أي: بعد المرة الثالثة، وجزم في شرح بأنه يقوله بعد قوله: يحيي ويميت، وهو حي لا يموت، وافهم سياق كلامه أن زيادة، وهو حي لا يموت عن الشافعي والأصحاب، ولم أراها إلا في «الشامل» و«البيان»، وهي زيادة غريبة لا أعرفها في الحديث، ولا عن نص

وَأَنْ يَمْشِيَ أَوَّلَ السَّعْيِ وَآخِرَهُ: وَيَعْدُوَ فِي الْوَسَطِ، ....

الشافعي، وجماهير الأصحاب، بل قضية ما سبق في «التنبيه» أن يقال: هنا الأولى ألا يزيد على ما رواه مسلم وأبو داود وأحمد وغيرهم عنه ﷺ، وهو قوله: له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير؛ تأسيًا وتبركًا إلا أن يثبت ذلك، وفي رواية الثاني: ﴿يُحْيِۦ وَيُمِيتُۖ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الحديد: ٢].

قال: (**وَأَنْ يَمْشِيَ أَوَّلَ السَّعْيِ وَآخِرَهُ**) أي: على هيبة، وسجية.

(**وَيَعْدُوَ فِي الْوَسَطِ**) سعيًا شديدًا فوق الرمل، هكذا قاله في «شرح المهذب» فإن عجز بمسه كما قلنا في الرمل.

وينبغي أن يقصد به الإتيان بالسنة لا اللعب، وما يعد أصحابه كما يفعله كثير من العوام، فيخرج عن كونه سعيًا بنفس المسابقة، والراكب يحرك دابته بحيث لا يؤذي المشاة، والمرأة تمشي في الكل.

وقيل: إن خلت بالليل سعت كالرجل، والخنثى في ذلك كالأنثى، واستدل الشيخ في «شرح المهذب»؛ لاستحباب العدو في الوسط برواية جابر ﷺ السابقة عن صحيح مسلم.

قال: ولفظ مسلم حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى إذا صعدنا الشق الآخر مشى.

وقال الإمام أحمد في «المسند»: قرأت على عبد الرحمن: حدثنا مالك وحدثنا إسحاق، ثنا مالك عن جعفر عن أبيه عن جابر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ **«كان إذا نزل من الصفا مشى حتى إذا انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى يخرج منه»**(١).

وفي مسند الإمام إسحاق بن راهويه بإسناد صحيح عن ابن عمر ﷺ أنه قيل له: **«هل رأيت رسول الله ﷺ رمل بين الصفا والمروة؟ فقال: كان وسطهم فرأيتهم رملوا، ولا أراهم رملوا إلا برمله»**(٢).

---

(١) أخرجه أحمد (٤٤٥٨). (٢) أخرجه النسائي (٢٩٧٨).

وَمَوْضِعُ النَّوْعَيْنِ مَعْرُوفٌ].

قال من شرح الكتاب من أكابر العصر: هذا الحديث يقتضي مشروعية الرمل في السعي، ولا نشك أن ذلك يختص بموضع المشي دون موضع العدو، وينبغي أن يكون مخصوصًا بالثلاثة الأول دون الأربعة كما في الطواف.

قلت: والظاهر أن ابن عمر ﵄ إنما أراد السعي في الوادي لا غير، وقد سبق في رواية أبي داود في حديث جابر تسميته رملاً.

واعلم أني لم أر في «مسلم» ولا في غيره ما يقتضي التصريح بأن السعي المذكور يكون شديدًا فوق الرمل، فإن ثبت ذلك، وإلا ففي الزائد على قدر الرمل وقفة، والله أعلم.

قال: (**وَمَوْضِعُ النَّوْعَيْنِ مَعْرُوفٌ**) أي: موضع المشي وموضع العدو، والحاصل أنه إذا نزل من الصفا يمشي على سجية مشيه المعتاد، حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر المعلق بركن المسجد قدر ستة أذرع سعى سعيًا شديدًا، حتى يتوسط بين الميلين الأخضرين اللذين أحدهما في ركن المسجد والآخر متصل بدار العباس، ثم يمشي على عادته حتى يأتي المروة، فيصعد عليها حتى يرى البيت إن ظهر، فيأتي بالذكر والدعاء الذي قاله على الصفا.

تنبيه: سكت المصنف عن الذكر والدعاء في حال الذهاب من الصفا إلى المروة وعوده إليه منها.

وقال في «شرح المهذب»: ويستحب أن يدعو بين الصفا والمروة في مشيه وسعيه، وتستحب قراءة القرآن فيه.

وقال في أصل «الروضة»: ويستحب أن يقول في سعيه: «**رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ وَتَجَاوَزْ عَمَّا تَعْلَمُ إِنَّك أَنْتَ الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ**».

قلت: وأسند الطبراني في «كتاب الدعاء» عن ابن مسعود ﵁ أن النبي ﷺ كان إذا سعى في بطن الوادي قال: «**اللَّهُمَّ اغْفِرْ وَارْحَمْ وَاعْفُ عَمَّا تَعْلَمُ إِنَّكَ أَنْتَ الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ، اللَّهُمَّ آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ**

....

النَّارِ»⁽¹⁾ وفي إسناده ليث ابن أبي سليم.

قال: وحدثنا علي بن عبد العزيز ثنا الحجاج بن سهمان ثنا الفضيل بن عياض عن منصور بن المعمر عن أبي وائل شقيق بن سلمة عن مسعود أن ابن مسعود نزل من الصفا، فمشى حتى أتى الوادي فسعى، فجعل يقول: **«رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ إِنَّكَ أَنْتَ الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ»**⁽²⁾ انتهى.

ويروى: **«وَاهْدِنِي السَّبِيلَ الْأَقْوَمَ»** فيجمع بينهما، وذكر الزعفراني بعد ما ساقه من الأذكار والدعاء على الصفا، ثم يصلي على النبي وآله، فيقول: **«اللهم صل على محمد- إلى قوله- حميد مجيد»**.

قال: ويقول الأذكار والأدعية التي أوردنا ثلاثًا إذا وجد فسحة في الوقت، ومنها: **«اللهم استعملني بكتابك، وسنة نبيك محمد، وتوفني على مكة رسولك، وأعذني من مضلات الفتن بلطفك يا أرحم الراحمين»** ويبتدئ السعي وهو يقول: **«رب اغفر وارحم، وتجاوز عما تعلم إنك أنت الأعز الأكرم، ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار»** إلى أن قال: فإذا انتهى إلى المروة صعد عليها كما يصعد على الصفا، وأقبل بوجهه على الصفا، ودعا بمثل هذا الدعاء يعني ما أسلفه من الأدعية الطويلة، وما أدري من أين هذا، وما ذكره من الإقبال على الصفا غريب، والظاهر أنه يستقبل القبلة، والله أعلم.

فروع: سنن السعي وآدابه كثيرة، ومنها: أن يكون عقب الطواف عن قرب، وأن يواليه، وأن يكون متطهرًا مستور العورة، فيصح سعي الحائض والنفساء والجنب، وأن تجزئ، ومن الخلوة، ولا سيما النساء والخنثى، وأن يكون ماشيًا إن أطاقه، وهل يكره بلا عذر؟ فيه كلام يأتي قريبًا إن شاء الله، ويكره الوقوف في السعي بلا حاجة، وصلاة العوام إذا فرغوا من السعي ركعتين على المروة.

---

(١) أخرجه الطبراني في الدعاء (٧٩٤).

(٢) أخرجه الطبراني في الدعاء (٧٩٥).

[فَصْلٌ]

يُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَو مَنْصُوبِهِ أَنْ يَخْطُبَ بِمَكَّةَ فِي سَابِعِ ذِي الْحِجَّةِ بَعْدَ صَلَاةِ الظُّهْرِ خُطْبَةً فَرْدَةً، يَأْمُرُهُمْ فِيهَا بِالْغُدُوِّ إِلَى مِنًى، وَيُعَلِّمُهُمْ مَا أَمَامَهُمْ مِن الْمَنَاسِكِ،

وقال الشيخ أبو محمد: هي حسنة وزيادة طاعة، ولكن لم يثبت ذلك عن النبي ﷺ.

وقال ابن الصلاح: ينبغي أن يكره؛ لأنه ابتداء شعار، وهذا هو الوجه، وقد قال الشافعي: ليس في السعي صلاة، ولو أقيمت الصلاة قطع السعي، ثم صلى وبنى. واعلم أنه ادعى في «شرح المهذب» الاتفاق على أنه يكره السعي راكبًا.

وفي «جامع الترمذي» أن الشافعي كره السعي راكبًا إلا؛ لعذر.

وقلت: ولعله إنما كرهه عند سعي الناس لما يتولد منه من الإيذاء، وصدم المشاة، ودوس الدواب أرجلهم، وغير ذلك كما رأيناه، أما لو كان يسعى ليلاً، ويحتمل أن يقال: يكره؛ لخوف عدم الاستيعاب لما أخذ من الدرج هناك كما سبق.

وقال ابن عبد البر: على كراهية الركوب من غير عذر ولا ضرورة جمهور أهل العلم وبه قال مالك، والكوفيون وأحمد وإسحاق.

وقال الشافعي: لا بأس به، والتفصيل بين الخلوة والزحمة حسن محتمل.

فصل

قال المصنف: (**يُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَو مَنْصُوبِهِ**) أي: لإقامة الحج.

(**أَنْ يَخْطُبَ بِمَكَّةَ فِي سَابِعِ ذِي الْحِجَّةِ بَعْدَ صَلَاةِ الظُّهْرِ خُطْبَةً فَرْدَةً، يَأْمُرُهُمْ فِيهَا بِالْغُدُوِّ إِلَى مِنًى وَيُعَلِّمُهُمْ مَا أَمَامَهُمْ مِن الْمَنَاسِكِ**) أي: اقتداء لما في صحيح الحاكم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «**خطب الناس قبل التروية بيوم، وأخبرهم بمناسكهم**»(١) قال الحاكم: هذا صحيح الإسناد.

قال الزعفراني: ويعلمهم مناسكهم على ترتيبها المقرر شرعًا وجوبًا وندبًا

---

(١) وأخرجه ابن خزيمة (٢٥٨٢).

وَيَخْرُجُ بِهِمْ مِنَ الْغَدِ إِلَى مِنًى ....

كي لا يقدم مؤخر، ويؤخر مقدمًا .

تنبيهات: لو صادف السابع يوم الجمعة خطبهم بعد صلاتها، ولو توجهوا إلى الموقف قبل دخول مكة استحب لإمامهم أن يفعل كما فعل بمكة، قاله المحب الطبري، ولم أره لغيره.

قال الماوردي: وإن كان الخاطب مقيمًا بمكة استحب له أن يحرم ويرقى المنبر، ثم يخطب، وهذا إن سلم، استثنى من قولهم: الإحرام عند السير، ويكون ما يعلمهم من المناسك إلى الخطبة الثانية يوم عرفة، ويأمر المتمتعين بطواف الوداع، ثم إن كان الخطيب محرمًا افتتحها بالتلبية، وإن كان حلالاً افتتحها بالتكبير.

قلت: وما ذكرناه من أمره للمتمتعين خاصة، قاله في «الروضة» وأصلها، ونقل في «شرح المهذب» بعد هذا بنحو قائمة: أن الشافعي والأصحاب اتفقوا على أن من أحرم استحب له الطواف قبل الخروج إلى عرفات، وإذًا لا فرق في ذلك بين المتمتعين وغيرهم.

قال: (**وَيَخْرُجُ بِهِمْ مِنَ الْغَدِ إِلَى مِنًى**) أي: بعد صلاة الصبح بحيث يصلون الظهر بمنى، وفي قول يصلون بمكة الظهر، ثم يخرجون.

قال الشيخان: والمشهور الأول، وذكر من قبل في باب وجوب الإحرام: أن الواجب للهدي يستحب له أن يحرم بالحج في الثامن، ويتوجه بعد الزوال إلى منى، وهذا جواب بالقول الثاني هنا، وذكر في «البيان» أن المسألة ليست على قولين، بل هم مخيرون بين الغدو والرواح.

قال: وهو الأولى، وليس كما قال لما سيأتي. وقال الزعفراني: يخرج بهم إلى منى يوم التروية، وهو الثامن إذا طلعت الشمس، انتهى.

فإن كان الثامن يوم الجمعة فالمشهور أنه يخرج قبل الفجر، ويصلون الجمعة معهم بمنى، فلو خرجوا بعد الفجر، ولا جمعة هناك فعلى القولين في السفر قبل الزوال، وعن «منهاج» الجويني عن «الإملاء» أنه لو وافق يوم

وَيَبِيتُونَ بِهَا فَإِذَا طَلَعَتْ الشَّمْسُ قَصَدُوا عَرَفَاتًا. قُلْت: وَلَا يَدْخُلُونَهَا بَلْ يُقِيمُونَ بِنَمِرَةَ بِقُرْبِ عَرَفَاتٍ حَتَّى تَزُولَ الشَّمْسُ، والله أَعْلَمُ.

الجمعة يوم التروية وهو الثامن، فزالت الشمس، فعليهم الإهلال والخروج منها إلى منى؛ ليوافقوا الظهر بها، ولا يأمرهم بالتقاعد للجمعة، وهو غريب.

وقد أطلقوا المسألة حملاً على الغالب، وهو إن رقي الحجيج من يلزمه الجمعة، وهم المكيون، أما الأفاقي ونحوه الذي لم يقم بمكة أكثر من ثلاثة أيام، فهو مسافر ولا جمعة عليه، فإذا انمحضت طائفة كذلك، فلها الخروج قبل الفجر، وبها أن تستأذن الإمام ونحوه إلى أن يخرج معها.

واعلم أن ما قدمناه إذا كان بمنى جمعة، فللحجيج الخروج، ويصلونها هناك، محمول أيضًا على ما إذا بقي بمكة من تنعقد به الجمعة، أما لو لم يبق بها هذا المقدار، فالأشبه المنع؛ لأنهم مسيؤون بتعطيل الجمعة بمكة.

قال: **(وَيَبِيتُونَ بِهَا)** أي: بمنى ندبًا ويصلوا بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح كذا، رواه مسلم في حديث جابر الطويل، وهذا المبيت سنة إجماعًا، وقول جماعة: إنه ليس بنسك أي: غير واجب لا أنه لا فضل فيه.

فرع: قال أبو الحسن الزعفراني: ويستحب المشي من مكة إلى المناسك كلها إلى انقضاء الحج لمن قدر عليه، وليتوخ النزول من خيفة منى، كأنه حيث نزل النبي ﷺ إن قد رأوا قرب من موضع إليه حيث إمكانه، ثم يقصد مسجد الخيف، فيصلي فيه ركعتين ويكثر التلبية قبلها وبعدها ما استطاع، ويصلي مكتوبات يومه، وصبح غده بمسجدها.

قال: **(فَإِذَا طَلَعَتْ الشَّمْسُ)** أي: على تبيين أول طلوعها، وهو جبل هناك.

(قَصَدُوا عَرَفَاتًا قُلْت: وَلَا يَدْخُلُونَهَا بَلْ يُقِيمُونَ بِنَمِرَةَ بِقُرْبِ عَرَفَاتٍ حَتَّى تَزُولَ الشَّمْسُ، والله أَعْلَمُ) أي: اقتداء به ﷺ كما رواه مسلم في حديث جابر.

إشارات: يخرجون من منى ملبين ذاكرين على طريق صب، وهو الجبل المطل على منى وهذه الطريق من مزدلفة فِي أَصْلِ الْمَأْزِمَيْنِ عَلَى يَمِينِ الذَّاهِبِ إِلَى عَرَفَةَ، ويرجعون على طريق الْمَأْزِمَيْنِ اقتداء، وليكن ذاهبًا في طريق، وراجعًا في أخرى كالعيد، ويستحب للإمام ولكل ذي فئة أن يقرب فئته بنمرة،

ثُمَّ يَخْطُبُ الْإِمَامُ بَعْدَ الزَّوَالِ خُطْبَتَيْنِ ثُمَّ يُصَلِّي بِالنَّاسِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمْعًا.

وأن يغتسلوا بها؛ للوقوف، ونمرة بفتح النون وكسر الميم، ويجوز إسكان الميم مع فتح النون وكسرها، وهي عند الجبل الذي عليه أنصاب الحرم عن يمينك إذا خرجت من مأزمي عرفة، وقوله: إنها بقرب عرفات، هو الصحيح في «الشامل» وغيره أنها من عرفات.

قال الشارح: قال: (**ثُمَّ يَخْطُبُ الْإِمَامُ بَعْدَ الزَّوَالِ**) أي: بمسجد إبراهيم قبل الأذان تأسيًا به ﷺ كما رواه الشافعي من حديث جابر، وفي حديث جابر الطويل ما يدل على أنه خطب، ثم أذن.

قال: (**خُطْبَتَيْنِ**) لما رواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد وغيره عن جعفر بن محمد عن جابر أن رسول الله ﷺ راح إلى الموقف، فخطب الناس الخطبة الأولى، ثم أذن بلال، ثم أخذ في الخطبة الثانية، ففرغ من الخطبة وبلال من الأذان، ثم أقام بلال فصلى الظهر، ثم أقام فصلى العصر، وليس في رواية مسلم: ذكر الله في الخطبة الثانية، ولم يذكرها أبو داود ولا النسائي، والله أعلم.

قال أصحابنا: ويستحب أن يخفف الخطبة الثانية بحيث يفرغ منها مع فراغ المؤذن من الأذان على الأصح في «الشرح الصغير» و«الروضة» وغيرهما.

قال: وهو المنصوص في «الأم» وبه قطع الجمهور، انتهى.

وقيل: مع فراغ الإقامة، وادعى الإمام أنه المنقول عن فعله ﷺ، وفيه نظر، ورواية الشافعي ترده، ولا أعرفه من غيرها، وهي مشكلة؛ إذ الأذان يمنع من سماع الخطبة أو أكثرها.

قال: (**ثُمَّ يُصَلِّي بِالنَّاسِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمْعًا**) أي: تأسيًا كما رواه مسلم في حديث جابر، ثم إن كان الإمام مسافرًا، فالسنة له القصر، ولا يقصر المكي، ولا من داره دون مسافة القصر، فإذا سلم قال: أتموا صلاتكم، فإنا قوم سفر، كما فعل رسول الله ﷺ، ثم إنما يجمع معه من يقصر، أما المكي وغيره فلا على المذهب، وكذا الجمع بمزدلفة وهذا الجمع في الموضعين

وَيَقِفُوا بِعَرَفَةَ إِلَى الْغُرُوبِ، ....

مستحب بخلاف غيره، كما بيناه هناك.

تنبيهات: منها: هاتان الخطبتان والصلاة، وتكون بمسجد إبراهيم كما قاله الجمهور، وصدره من عرفة بضم العين وبالنون وآخره من عرفات، وبينهما صخرات كبار فرشت هناك، وأشار جماعة فيخطب ويصلي بنمرة، وهو المتبادر من كلام الكتاب.

ومنها: خطب الحج أربع مسنونة: **إحداها**: يوم التروية بمكة كما تقدم، **وثانيتها**: هذه، **وثالثتها**: يوم العيد بمنى، **ورابعتها**: ثاني أيام التشريق بمنى أيضًا، وأهملها المصنف، وكلها أفراد بعد الصلاة إلا خطبة يوم عرفة هذه، فإنها ثنتان، وقبل الصلاة، ورأيت في «شرح كفاية» الصيمري له في باب صلاة الخسوف كل خطبة تفعل بعد الصلاة، فسنة أو قبلها فواجبة، وهي خطبتا يوم عرفة ويوم الجمعة. وكذا قال الماوردي في «باب صلاة العيدين» وحكى عن رواية ابن الصلاح عن كتاب «التلقين» لابن سراقة أن خطبة عرفة والجمعة فرضان، وهو لا الثلاثة من كبار أئمتنا البصريين، والظاهر أن ذلك مذهب أصحابنا البصريين، وهو غريب.

وقال: وجهه أن يعلم الناس فيها ما بين أيديهم من المناسك إلى الخطبة الثانية، وذلك معظم المناسك وأكثر الناس يجهلها.

ومنها: قال في «شرح المهذب»: قال الشافعي والأصحاب: إذا دخل الحجاج مكة، ونووا أن يقيموا بها أربعًا لزمهم إتمام الصلاة، فإذا خرجوا يوم التروية إلى منى، ونووا الذهاب إلى أوطانهم عند فراغهم من مناسكهم كان القصر من حين خروجهم؛ لأنهم أنشأوا سفرًا بقصر فيه الصلاة.

قال: (**وَيَقِفُوا بِعَرَفَةَ إِلَى الْغُرُوبِ**) أي: تأسيًا به ﷺ، فإنه وقف بها حتى غربت الشمس، ولهبت الصفرة قليلًا. رواه مسلم في حديث جابر، فينبغي أن يستحب ذلك، وزيادة على الغروب، وإنما عطف المصنف ذلك على المستحبات؛ لقصد بيان استحباب إدامة الوقوف إلى الغروب، ووجوب أصل

وَيَذْكُرُوا اللَّهَ تَعَالَى وَيَدْعُوهُ وَيُكْثِرُوا التَّهْلِيلَ ....

الوقوف معلوم.

قال: (**وَيَذْكُرُوا اللَّهَ تَعَالَى وَيَدْعُوهُ وَيُكْثِرُوا التَّهْلِيلَ**) روى الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده يرفعه: «**خير الدعاء يوم عرفة، وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلي: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير**»[1] قال الترمذي: حديث حسن غريب، ولفظ رواية الإمام أحمد قال: «**أكثر دعاء النبي ﷺ يوم عرفة إلى آخره**»، وفيها «**بيده الخير**»، ورواية مالك في «الموطأ» مرسلاً روي عنه موصولاً.

قال البيهقي: ووصله ضعيف، ورواه في كتاب «الدعوات الكبير» من رواية مالك عن زياد بن أبي زياد مولى ابن عباس عن طلحة بن عبد الله بن كريز أن رسول الله ﷺ قال: «**أفضل الدعاء يوم عرفة، وأفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي: لا إله إلا الله وحده لا شريك له**»[2].

قال البيهقي: هذا منقطع، وقد روي من حديث مالك بإسناد آخر موصولاً، وهو ضعيف، والمسند هو المحفوظ، ثم ذكر إسناده عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إن أكثر دعاء من كان قبلي من الأنبياء، ودعائي أن يقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في بصري نورًا، وفي سمعي نورًا، وفي قلبي نورًا، اللهم اشرح لي صدري، ويسر لي أمري، اللهم إني أعوذ بك من وساوس الصدور، وسيئات الأمر، وفتنة القبر، وشر ما يلج في الليل، وشر ما يلج في النهار، وشر ما تهب به الرياح، ومن شر بوائق الدهور**»[3]، انتهى.

وسكت البيهقي عليه. وقال الطبراني في كتاب «الدعوات» باب الدعاء بعرفة: حدثنا الحسن بن المثنى بن معاذ العنبري، ثنا عفان بن مسلم، ثنا قيس بن

---

(١) أخرجه الترمذي (٥/ ٥٧٢، رقم ٣٥٨٥) وقال: غريب، ومالك (٥٠٤).

(٢) أخرجه مالك (١/ ٢١٤، رقم ٥٠٠)، والبيهقي (٥/ ١١٧، رقم ٩٢٥٦) وقال: هذا مرسل، وفي «الدعوات الكبير» (٤٤٤) وقد روى عن مالك بإسناد آخر موصولًا ووصله ضعيف.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣/ ٣٨٢، رقم ١٥١٣٥)، والبيهقي (٥/ ١١٧، رقم ٩٢٥٨).

……………………………………………………………………

الربيع عن الأغر بن الصباح عن خليفة بن حصين عن علي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **«أفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي عشية عرفة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير»**(١).

قلت: وإسناده ثقات إلا شيخ الطبراني، فلا أعرفه.

قال: وحدثنا الفضل بن هارون البغدادي صاحب أبي ثور ثنا أحمد بن إبراهيم الموصلي ثنا فرج بن فضالة عن يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر أنه قال: كان دعاء النبي ﷺ، ودعاء الأنبياء قبله عليهم الصلاة والسلام عند عرفة، فذكره بلفظه، وإسناده جيد إلا شيخ الطبراني، فلم أقف على ترجمته.

قال: حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح الأيلي، وعمرو بن أبي الطاهر بن السرح، وأحمد بن رشدين، قالوا: ثنا يحيى بن بكير ثنا يحيى بن صالح الأيلي، عن إسماعيل بن أمية، عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس ﷺ قال: فيما دعا به رسول الله ﷺ في حجة الوداع **«اللهم إنك تسمع كلامي، وترى مكاني، وتعلم سري وعلانيتي، لا يخفى عليك شيء من أمري، أنا البائس الفقير المستغيث المستجير الوجل المشفق المعترف بذنبه، أسألك مسألة المسكين، وأبتهل إليك ابتهال المذنب الذليل، وأدعوك دعاء الخائف الضرير، من خشعت لك نفسه، وفاضت عيناه، وذل جسده، ورغم أنفه لك، اللهم لا تجعلني بدعائك شقيًا، وكن بي رؤوفًا رحيمًا، يا خير المسؤولين، ويا خير المعطين»**(٢).

قال: وحدثنا علي بن عبد العزيز ثنا حجاج بن المنهال ثنا حماد بن سلمة عن عاصم الأحول عن عبد الله بن الحارث أن ابن عمر ﷺ **«كان عند عرفة يرفع صوته بلا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، اللهم اهدنا بالهدى، وزينا بالتقوى، واغفر لنا في الآخرة والأولى،**

---

(١) أخرجه الطبراني في الدعاء (٨٠٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الدعاء (٨٠٣).

فَإِذَا غَرَبَتْ الشَّمْسُ قَصَدُوا مُزْدَلِفَةَ وَأَخَّرُوا الْمَغْرِبَ لِيُصَلُّوهَا مَعَ الْعِشَاءِ بِمُزْدَلِفَةَ جَمْعًا، وَوَاجِبُ الْوُقُوفِ حُضُورُهُ بِجُزْءٍ مِن أَرْضِ عَرَفَاتٍ، ....

ثم يخفض صوته، ثم يقول: «**اللهم إني أسألك من فضلك وعطائك رزقا طيبًا مباركًا، اللهم إنك أمرت بالدعاء، وقضيت على نفسك بالاستجابة، وأنت لا تخلف وعدك، ولا تكذب عهدك، اللهم ما أحببت من خير فحببه إلينا ويسره لنا، وما كرهت من شيء فكرهه إلينا وجنبناه، ولا تنزع عنا الإسلام بعد إذ أعطيتنا**»(١).

قلت: وهذا إسناد صحيح، ودعاء جليل، ولكن شيخ الطبراني لا أعرفه.

وذكر أبو الحسن الزعفراني في «إرشاده» هنا أشياء من الذكر، والتمجيد، وتسبيحات القرآن، وتحميداته، وأدعيته، وغيرها من الدعوات، والجوامع لخير الدنيا والآخرة نحو عشرين ورقة، ولا أحسب لذلك أصلاً في الرواية مع حُسنه.

ثم قال: ويحتمل ختمه بالحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله محمد، وعلى آله والتابعين إلى يوم الدين، ثم يرد يده على وجهه وصدره عقب ذلك، والله أعلم.

قال: (**فَإِذَا غَرَبَتْ الشَّمْسُ قَصَدُوا مُزْدَلِفَةَ، وَأَخَّرُوا الْمَغْرِبَ لِيُصَلُّوهَا مَعَ الْعِشَاءِ بِمُزْدَلِفَةَ جَمْعًا**) أي: على طريق الْمَأْزِمَيْنِ، وهو بين الجبلين، فمن وجد فرجه أسرع؛ للتأسي الثابت في الصحيحين أيضًا.

قال الشافعي والأصحاب: وصلى قبل حط الرجل، كما فعلت الصحابة ﵃.

إشارة: أطلق الجمهور القول بتأخيرهما، وقال آخرون: يؤخرهما ما لم يخش فوت الاختيار للعشاء، فإن خيف جمع بالناس في الطريق، ونقله جماعة عن نصه في «الإملاء». قال في «شرح المهذب»: ولعل إطلاق الأكثرين يحمل على موافقة النص، وهذا النص جائز للأفاقي، وفي غيره ما سبقت الإشارة إليه من الخلاف، والمذهب المنع.

قال: (**وَوَاجِبُ الْوُقُوفِ حُضُورُهُ بِجُزْءٍ مِن أَرْضِ عَرَفَاتٍ**)؛ لقوله ﷺ:

---

(١) أخرجه الطبراني في الدعاء (٨٠٤).

وَإِنْ كَانَ مَارًّا فِي طَلَبِ آبِقٍ وَنَحْوِهِ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ أَهْلًا لِلْعِبَادَةِ لَا مُغْمًى عَلَيْهِ، وَلَا بَأْسَ بِالنَّوْمِ، ....

«وقفت هاهنا»(١). قال: **(وَإِنْ كَانَ مَارًّا فِي طَلَبِ آبِقٍ وَنَحْوِهِ)** أي: لا يشترط المكث على الصحيح، ولمقابله وجه جيد؛ لأن لفظة الوقوف تشعر بالمكث؛ لأن الواقف لا يتقدم، ولا يتأخر، ولفظ الحديث: **«من وقف موقفنا هذا فقد أدرك عرفة»**(٢) يعلق الإدراك على الوقوف، ووقف، وقال: **«خذوا عني مناسككم»**(٣) وإطلاق الوقوف على مجرد الحضور من غير شعور بأنه حل بعرفة، كما هو المرجح أيضًا يحتاج إلى دليل، وحدود عرفات مبينة في المبسوطات.

قال: **(يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ أَهْلاً لِلْعِبَادَةِ لَا مُغْمًى عَلَيْهِ)** أي: على الصحيح المنصوص، وسيأتي في «أصل الروضة» و«شرح المهذب» ترجيح الصحة في وقوف المغمى عليه إلى الرافعي، وجرى على ذلك ابن الرفعة والقمولي، وهو وهم، والذي صححه في شرحه، وجزم به في «المحرر» المنع، والمجنون كالمغمي عليه وأولى، والسكران كالمغمى عليه، وقيل: إن عصى به فكالصاحي، وهو غلط.

قال: **(وَلَا بَأْسَ بِالنَّوْمِ)** أي: سواء حضرها نائمًا، أو دخلها قبل الوقوف، ثم نام حتى خرج الوقت كما في الصوم، وفيه وجه شاذ جاز في الجاهل بكونها عرفة كما سبق، ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع على صحة وقوف النائم عند الكلام على نية الطواف، ونقله ابن الرفعة في «الكفاية» محرفًا.

تنبيهات: اشتراط أهلية العبادة تقتضي أنه لا عبرة بحضورها غير المميز والمجنون، وسبق أن شرط الصحة الإسلام.

وقال: المراد هنا شرط الصحة في حق من أحرم بنفسه لا من أحرم به وليه.

قال المتولي: إذا جن بعد الإحرام، ثم وقف مجنونًا لم يجزئه عن الفرض، لكن يقع نفلاً لصبي لا يميز، وسكت عليه الرافعي، وكأنه رضيه مع

---

(١) تقدم. (٢) تقدم. (٣) تقدم.

....

قوله في «المحرر»، ولا يكفي حضور المجنون والمغمى عليه، والذمي بفهمه نصوص الشافعي، وكلام الأصحاب أن من خرج عن الأهلية بجنون أو إغماء، فاته الحج كمن فاته الوقوف بعرفة رأسًا، وحضوره عرفة لعدمه.

قال الشافعي في «الإملاء»: ومن لم يدخلها أو دخلها مغمى عليه فقد فاته الحج، وكان كمن لا يدخلها في ألا حج عليه من قبل.

إن عماد الحج ثلاثة: الإحرام، والوقوف، والطواف، فأي هذا فعل أو فعل به وهو لا يفعله، فهو كمن لم يعقله، هذا نصه.

وقال الروياني في «التجريد»: ولو دخل رجل عرفة وهو مغمى عليه، ولم يعقل طرفة عين وهو بعرفة نصَ في النسك الأوسط أي: من «الأم» أنه لا يجوز، وفاته الحج، وكذلك الوقوف مجنونًا، انتهى.

وبهذا قال صاحب «التنبيه» وغيره: فاته الحج، وما قاله المتولي إنما يمشي على طريقتهم، أعني الخراسانيين، وتبعهم الشيخان من أنه يصح إحرام الولي بالمجنون، وهذا النص يردها، وأما قول الشيخ: أن المتولي جزم في «الخصال» بأن الجنون مفسد للحج، وسنذكره، ونقل الشيخ الاتفاق على أن المجنون إذا تحلل بين الإحرام والوقوف أو بينه وبين الطواف والوقوف، وكان عاقلاً في حال الإتيان بالأركان، فإن حجه يصح، ويقع عن حجة الإسلام.

فروع: السنة الوقوف عند الصخرات الكبار التي وقف عندها رسول الله ﷺ على وضوء، وهو مستقبل القبلة، وهي مفترشة في أصل جبل الرحمة، وهو بوسط عرفات، وليس الوقوف عليه بسنة خلافًا لابن جرير والماوردي؛ إذ لم يصح فيه شيء، وقضية كلام الشيخ وغيره أن الصخرات ظاهرة معروفة.

وفي «الكافي» أنها كانت ظاهرة والآن سترها السيل بالتراب، وهي موقفه ﷺ شبه المنارة، وهو على يسار جبل الرحمة إذا استقبلت منه مكة، انتهى.

وقال الزعفراني: الأفضل أن يقف عند الصخرات بقرب الإمام، وأن يجعل بطن باقيه إلى الصخرات، ويكون في ظهور الإمام، فإن ضاق عليه فعن

وَوَقْتُ الْوُقُوفِ مِن الزَّوَالِ يَوْمَ عَرَفَةَ، ....

يمينه مستقبلاً القبلة، وإن شق الوقوف راجلاً أو لضعفه عن الدعاء أو كان قدوة يستفتى، فالأفضل له الركوب، وكذا لغيره في أظهرها، والثالث التسوية.

قال الماوردي: والمرأة تخالف الرجل هنا في ثلاثة أشياء: يستحب لها أن تقف باركة وهو راكب، وأن تجلس وهو قائم، وأن تقف في حاشية الموقف وأطرافه وهو عند الصخرات السود، وما قاله في وقوفها باركة فإنه فيما إذا كانت تركب على رجل بارزة، أما إذا كانت في هودج ونحوه مما يسترها ففيه نظر! والظاهر أنه أفضل لها؛ لأنه أستر؛ ولأنها أضعف، وقد أشار ابن عبد البر إلى نقل الإجماع على أن الركوب أفضل، ولم يفصل. قال في «شرح المهذب»: ويرفع يديه في الدعاء، ولا يجاوز بهما رأسه، انتهى.

وقال الزعفراني: المستحب بسط الأيدي ورفعها في حال الدعاء إلى الصدر، وإن جعل بطونها إلى الأرض عند الاستجارة من موبقات الذنوب فحسن، والمستحب أن يلح في المسألة والتضرع، ويعدد ذنوبه، ويعترف بها، ويكثر الاستغفار منها، وسؤال الصفح عنه، وقبول التوبة منها، ويكثر الاستغفار والغفران لها، وليعظم المسألة، فإن الله تعالى لا يتعاظمه شيء، ولا يمل من الدعاء والإلحاح، وليسأل الجنة، ويكون سؤاله أن يجعله الله سبحانه بفضله ولطفه من أهلها، ويتعوذ بالله من النار، ويكون التعوذ برحمته منها، وليكثر من التلبية، والتسبيح، والتهليل، والتحميد، والثناء على الله سبحانه، وتكرير التوبة، والتضرع، والصلاة على رسول ﷺ حتى تغرب الشمس.

قال: **(وَوَقْتُ الْوُقُوفِ مِن الزَّوَالِ يَوْمَ عَرَفَةَ)** لأنه ﷺ وقف كذلك، وقال: **«خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»**(١). ولنا: وجه يشترط كونه بعد الزوال، وبعد مضي إمكان صلاة الظهر.

قال شارح: وينبغي اعتبار مضي الظهر والعصر جميعًا، وإمكان الخطبتين تأسيًا، كما قالوا بمثله في وقت دخول الأضحية، وهذا هو الحق إن شاء الله تعالى.

---

(١) تقدم.

وَالصَّحِيحُ بَقَاؤُهُ إِلَى الْفَجْرِ يَوْمَ النَّحْرِ، ....

قلت: قال ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما: الإجماع على اعتبار الزوال لا غير، بل جوزه أحمد قبله، نعم؛ يقال: الأفضل أن يشرع في الوقوف والدعاء والابتهال بعد هذا المقدار، والله أعلم.

قال: (**وَالصَّحِيحُ بَقَاؤُهُ إِلَى الْفَجْرِ يَوْمَ النَّحْرِ**)؛ لقوله ﷺ حين خرج من مزدلفة: «**مَنْ أَدْرَكَ مَعَنَا هَذِهِ الصَّلَاةَ وَأَتَى عَرَفَةَ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلاً أَو نَهَارًا فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفَثَهُ**»(١) رواه أصحاب السنن الأربع، من حديث عروة بن مضرس الطائي الصحابي ﷺ، وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، صحيح عند كافة أهل الحديث.

وفي السنن الأربع أيضًا من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي، الصحابي ﷺ أنه ﷺ قال: «**الْحَجُّ عَرَفَةُ وَمَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ قَبْلَ أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ**» صححه ابن حبان والحاكم، وفي لفظ سمعت النبي ﷺ يقول: «**الْحَجُّ عَرَفَاتٌ، فَمَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ**»(٢) رواه أحمد، وأهل السنن الأربع بإسنادٍ صحيح.

والوجه الثاني: يخرج بغروب الشمس بعمله ﷺ.

والثالث: إن أحرم نهارًا جاز الوقوف ليلاً، وإلا فلا، كذا محص الغزالي الخلاف في «الوسيط».

ونقل منصور التميمي الإجماع على الأول، وقال المصنف في أصل «الروضة»: أنه المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: فيه قولان، ولم يف بمنقول الأصل، وفي «العمد» أنه لا خلاف بين أصحابنا فيمن أحرم قبل الغروب ووقف ليلاً، فإن أحرم بعد الغروب ووقف نهارًا ففي إدراكه وجهان؛

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٥٢) والترمذي (٣/ ٢٣٨، رقم ٨٩١) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٣٠٥٥)، وابن ماجه (٣٠١٦) والحاكم (١/ ٦٣٤، رقم ١٧٠٠). وابن خزيمة (٤/ ٢٥٥، رقم ٢٨٢٠)، وابن حبان (٩/ ١٦٢، رقم ٣٨٥١)، والطبراني (١٧/ ١٤٩، رقم ٣٧٧)، والدارقطني (٢/ ٢٤٠).

(٢) تقدم.

وَلَوْ وَقَفَ نَهَارًا ثُمَّ فَارَقَ عَرَفَةَ قَبْلَ الْغُرُوبِ وَلَمْ يَعُدْ أَرَاقَ دَمًا اسْتِحْبَابًا، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ، وَإِنْ عَادَ فَكَانَ بِهَا عِنْدَ الْغُرُوبِ فَلَا دَمَ، وَكَذَا إِنْ عَادَ لَيْلًا فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ وَقَفُوا الْيَوْمَ الْعَاشِرَ غَلَطًا أَجْزَأَهُمْ، ....

ولذا نقل الإمام عن شيخه أن الخلاف فيمن أنشأ الإحرام ليلة النحر.

قال: (**وَلَوْ وَقَفَ نَهَارًا ثُمَّ فَارَقَ عَرَفَةَ قَبْلَ الْغُرُوبِ وَلَمْ يَعُدْ أَرَاقَ دَمًا اسْتِحْبَابًا**) لقوله ﷺ في خبر عروة السابق، فقد تم حجه؛ ولأنه أدرك من الوقوف ما أجزأه، فلم يجب الدم، كما لو وقف ليلاً.

وقال البغوي وغيره: أن هذا هو القديم.

قال الرافعي: فإن ثبت هذا، فالمسألة مما يفتى فيها على القديم، لكن أبا القاسم الكرخي ذكر أن الوجوب هو القديم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ**) لأنه ترك نسكًا، وقد صح عن ابن عباس: من ترك نسكًا فعليه دم. ذكر ابن الرفعة أن النووي صححه، والمصحح في كتبه الأول، وعزى ترجيحه إلى مناسكه، والظاهر أنه تبع ابن الصلاح في ذلك، إن صح عنه، والله أعلم.

وأصل هذا الخلاف أنه هل يجب الجمع بين الليل والنهار على المتمكن منه؟ فيه خلاف، وصحح ابن الصلاح الوجوب، ومن الأصحاب من قطع بالاستحباب، ومنهم من قال: إن أفاض وحده لزمه، وإلا فقولان.

قال: (**وَإِنْ عَادَ فَكَانَ بِهَا عِنْدَ الْغُرُوبِ فَلَا دَمَ**) لجمعه بين الليل والنهار.

قال: (**وَكَذَا إِنْ عَادَ لَيْلاً فِي الْأَصَحِّ**)؛ لما ذكرناه.

والثاني: يجب؛ لأن المأمور هو الجمع بين آخر الليل وأول النهار، ولم يوجد، ونقل في «شرح المهذب» طريقة قاطعة بعدم الوجوب، ورجحها، ثم حكى وجهين كـ«الكتاب» و«الروضة»، وأصلها.

قال: (**وَلَوْ وَقَفُوا الْيَوْمَ الْعَاشِرَ غَلَطًا أَجْزَأَهُمْ**) أي: إن غم هلال ذي القعدة، فأكملوا العدة، ثم قامت البينة برؤيته يوم الثلاثين أجزأهم بالاتفاق، سواء بان الحال بعد العاشرة أو في أثناء الوقوف بعد الزوال أو قبله.

إِلَّا أَنْ يَقِلُّوا عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ فَيَقْضُونَ فِي الْأَصَحِّ].

وقال البغوي: إن علموا قبله، ثم وقفوا بعده فالمذهب أنه لا يجزئهم، ورده الرافعي عليه.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: الصحيح ما قاله الرافعي، والأصل كلامه قول شيخه القاضي حسين، وهل سقوط القضاء؛ لأنه لا يؤمن مثله في القضاء أو للحوق المشقة الكافة، وأبدى لذلك فوائد منها: هذه، ومنها: أنهم لو وقفوا في الحادي عشر غلطًا فعلى وجهين، بناء على المعنيين، إن عللناه بالمشقة جاز، وإلا فلا.

قال القاضي: والأصح أنه لا يجوز، وفيه نظر! لأن ليلة الحادي عشر من تتمة العاشر، وفي مراسيل أبي داود: **«يوم عرفة اليوم الذي يعرف فيه الناس»**(١). قال البيهقي: مرسل جيد.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَقِلُّوا عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ فَيَقْضُونَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لعدم المشقة، والثاني: لا لعدم الأمن في القضاء.

وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الناس إذا لم يروا الهلال في ذي الحجة فوقفوا بعرفة في اليوم العاشر، فإن ذلك يجزئهم، وكذلك الفطر والأضحى، هذا لفظه، ولم يفصل.

فروع: لو غلطوا في المكان، فوقفوا بغير عرفة لم يجزئهم، كما لو وقفوا في السابع غلطًا، ولو وقفوا في العاشر غلطًا، وكان وقوفهم قبل الزوال، وعلموا الحال، فهل يجب عليهم اللبث إلى بعد الزوال؛ لأنه وقت الوقوف أو يجوز النفير قبله، ولم أر فيه شيئًا، والأقرب الوجوب؛ لأنه قام في حقهم مقام يوم عرفة، فإن صح هذا فنفروا، لزمهم العود؛ ليكونوا بها بعد الزوال، لو شهد واحد فأكثر بهلال ذي الحجة، فردت شهادتهم، لزمهم حكم شهادتهم،

---

(١) حديث عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد: أخرجه ابن عساكر (٣٦/ ٢٩٤).
حديث عبد العزيز بن عبد الله بن خالد المرسل: أخرجه أبو داود في المراسيل (ص ١٥٣، رقم ١٤٩)، والدارقطني (٢/ ٢٢٣، رقم ٣٣)، والبيهقي (٥/ ١٧٦، رقم ٩٦٠٩) وقال: هذا مرسل جيد.

وَإِنْ وَقَفُوا فِي الثَّامِنِ وَعَلِمُوا قَبْلَ الْوُقُوفِ وَجَبَ الْوُقُوفُ فِي الْوَقْتِ، وَإِنْ عَلِمُوا بَعْدَهُ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَصَحِّ.

ويقف الناس من الغد، ولا يلزم من شهد الوقوف معهم، بل لا يجزئه غيره، ولم يذكروا هنا ما إذا ظن بعض الحجيج صدق الشاهد أو الشهود هل له اعتماد ذلك أو يلزمه كما سبق في هلال رمضان؟ وكذا لو أخبره بالهلال من يعتقد صدقه، وقد غم على الناس، هل يعتمده، ويقف على مقتضى خبره كما قيل في الصوم؟ والأحوط أن يقف من يقف مع الناس، وذكر الغزالي أنه إذا أمكن الوقوف يوم الثامن ساعة عند إمكان الغلط في الهلال فهو الجزم، وبه الأمن من الفوات والتخلص من الاختلافات.

وقال أبو الحسن الزعفراني: قال بعض المتأخرين وساق كلام الغزالي، ثم قال: وهذا لا يستقيم؛ لأن ما ذكره متوهم غير مؤثر في إجزاء الحج معه شرعًا، مرفوع الجناح حكمًا ظاهرًا وباطنًا الخطأ فيه، فلا وجه للندب إلى ما هذا سبيله، ولم يتعد به، ويؤدي فعله مع كلف المشقة للعمل به إلى الإخلال، كالعمل المسنون للكافة، فعلى هذا لفظه، وهو حسن ظاهر.

قال: (**وَإِنْ وَقَفُوا فِي الثَّامِنِ وَعَلِمُوا قَبْلَ الْوُقُوفِ وَجَبَ الْوُقُوفُ فِي الْوَقْتِ، وَإِنْ عَلِمُوا بَعْدَهُ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الأكثرين، كما قاله الرافعي، ونسب العمراني إليهم العكس، وبه جزم بعضهم، كما في الغلط بالتأخير.

قال الرافعي: وفرق الأكثرون بوجهين، أحدهما: أن تأخير العادة عن الوقت أقرب إلى الاحتساب أو تحلل فيمن شهد بتقديم الهلال، والغلط بالتأخير قد يكون للغيم المانع من رؤية الهلال، ومثل ذلك لا يمكن الاحتراز عنه، انتهى.

وفي كتاب الصوم من «البحر»: أنه لو اجتهد الأسير، فوافق ما قبل رمضان أجزأه على قول، كما لو اشتبه يوم عرفة، فأحرموا، ووقفوا، ونحروا، فوافق ما قبله يجوز بالإجماع، فإن ثبت هذا بطل القول بالقضاء فضلاً عن ترجيحه، لكن في ثبوته نظر، فإن الذي نقله ابن عبد البر عن مالك أنه يجزئهم الوقوف غلطٌ بعدل، قبل.

[فَصْلٌ]

قال المصنف: وَيَبِيتُونَ بِمُزْدَلِفَةَ، وَمَنْ دَفَعَ مِنْهَا بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ أو قَبْلَهُ وَعَادَ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا فِي النِّصْفِ الثَّانِي أَرَاقَ دَمًا، وَفِي وُجُوبِهِ الْقَوْلَانِ، ....

فرع: لو اجتهدوا في أشهر الحج، فبان الخطأ عامًّا، قيل: ينعقد، كما لو وقع الخطأ غلط، فوقفوا في العاشر، وقيل: ينعقد عمرة، نقلهما الروياني عن أبيه.

قال الشارح: قال: (**وَيَبِيتُونَ بِمُزْدَلِفَةَ**)؛ تأسيًا كما رواه مسلم وغيره، وليس هو بركن على الصحيح، وقيل: ركن، واختاره بعض المتأخرين في عصرنا، وقرره تقريرًا حسنًا، وهو قوي، فعلى المذهب هو واجب على الأصح، وقيل: سنة، والأظهر حصوله بالحضور فيها ساعة من النصف الثاني من الليل، نص عليه في «الأم»، ونص «الأم» و«القديم»: أنه يحصل بمضي ساعة بين نصف الليل وطلوع الشمس، وعلى القولين يكفي المرور بعرفة، وفي النفس منه شيء. وحكى قول ثالث: أنه يكفي معظم الليل.

ورابع: أنه المعتبر حال طلوع الفجر، وذكرهما مع القول بالوجوب باطل؛ لأنه يجوز الدفع منها بعد نصف الليل بالاتفاق، وإنما يتجه ذكرهما في ليالي منى، نعم؛ إن قلنا: المبيت سنة أمكن القول أن السنة لا تحصل إلا بذلك.

قال: (**وَمَنْ دَفَعَ مِنْهَا بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ**) أي: بعذر أو غيره.

(**أَوْ قَبْلَهُ وَعَادَ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) أما في الحالة الأولى؛ فلأن سودة وأم سلمة أفاضتا في النصف الأخير بإذنه ﷺ، وقصة سودة في الصحيحين، وقصة أم سلمة في سنن أبي داود، ولم يأمرهما، ولا من كان معهما بالدم. وأما في الحالة الثانية فكما لو دفع من عرفة قبل الغروب، ثم عاد إليهما قبل الفجر.

قال: (**مَنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا فِي النِّصْفِ الثَّانِي**) أي: سواء كان بها في النصف الأول أم لا (**أَرَاقَ دَمًا، وَفِي وُجُوبِهِ الْقَوْلَانِ**) أي: السابقان في الإفاضة من

وَيُسَنُّ تَقْدِيمُ النِّسَاءِ وَالضَّعَفَةِ بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى مِنًى، وَيَبْقَى غَيْرُهُمْ حَتَّى يُصَلُّوا الصُّبْحَ مُغَلِّسِينَ ....

عرفة قبل الغروب بلا عود إليها، وقد قطع بكل واحد منهما، واعلم أن كلام المصنف يفهم أن الأصح استحبابه هنا أيضًا، وكذلك كلام الرافعي في «الشرحين» و«المحرر» لكن المصنف صحح في زيادة «الروضة» وغيرها الوجوب، وهو المنصوص في «الأم» ثم القولان فيمن تركه بلا عذر، أما المعذور كمن وصل عرفة ليلة النحر، وشغله الوقوف بعرفة عن مزدلفة، فلا شيء عليه بالاتفاق، هكذا نقله الإمام وغيره، ولو أفاض الحج من عرفة إلى مكة، وطاف للإفاضة بعده نصف الليل، ففاته المبيت بمزدلفة.

قال القفال وغيره: لا يلزمهم شيء، كما لو استغنوا بالوقوف، وفيه احتمال للإمام؛ لأن الطواف يمكن تأخيره بخلاف الوقوف.

قال: (**وَيُسَنُّ تَقْدِيمُ النِّسَاءِ وَالضَّعَفَةِ بَعْدَ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى مِنًى**) أي: ليرموا جمرة العقبة قبل الزحمة؛ لقول ابن عباس: «**أَنَا مِمَّنْ قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ لَيْلَةَ الْمُزْدَلِفَةِ فِي ضِيَافَةِ أَهْلِهِ**»(١) متفق عليه.

قيل: الأحاديث تدل على أن تقديمهم رخصة وليس بنسك، وعبارة الشرحين وغيرهما أنه الأولى، وعبارة جماعة كالمصنف، ولعل المراد أن السنة للإمام أن يقدمهم تأسيًا، وأما هم في حقهم، فلا يستحب لهم إلا أن يؤمروا.

قلت: وهذا محتمل قوي، بل ظاهر، وعبارة البغوي في «التعليق»: والأولى للإمام أن يقدم النساء والضعفاء، لكن تعليل الأصحاب قد ينازعه.

قال: (**وَيَبْقَى غَيْرُهُمْ حَتَّى يُصَلُّوا الصُّبْحَ مُغَلِّسِينَ**) أي: تأسيًا به ﷺ، متفق عليه.

والمعنى فيه اتساع الوقت بالدعاء.

قال الرافعي: والتغليس هنا أشد استحبابًا، يعني من سائر الأيام، ويحرص على صلاة الصبح هناك، فقد صح فيه حديث.

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٧٨) ومسلم (٣١٧٠).

ثُمَّ يَدْفَعُونَ إِلَى مِنًى وَيَأْخُذُونَ مِن مُزْدَلِفَةَ حَصَى الرَّمْلِ، ....

وقال ابن حزم: فرض على الرجال أن يصلوا الصبح مع الإمام الذي يقيم الحج بمزدلفة. قال: فمن لم يفعل ذلك فلا حج له، انتهى.

والظاهر أنه يمسك بحديث عروة السابق.

قال: (**ثُمَّ يَدْفَعُونَ إِلَى مِنًى**) اقتداء به ﷺ، **فإنه صلى الصبح، ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام**(١)**، الحديث، رواه مسلم.**

قال: (**وَيَأْخُذُونَ مِن مُزْدَلِفَةَ حَصَى الرَّمْلِ**) الجمر.

قلت: قضية إطلاقه استحباب أخذ الجميع منها، وهو ظاهر نص «المختصر» وبه أجاب ابن القاضي، والقاضي الحسين، والصيمري، والبغوي وغيرهم؛ لأنها جبل في أحجاره رخاوة يسهل كسرها.

قال الزعفراني: اقتداء برسول الله ﷺ، **وليأخذ قدر الحاجة، وهو سبعون حصاة، ولا بأس أن يستظهر بزيادة يسيرة لئلا يسقط منه البعض، انتهى.**

قال الشيخ: والمشهور المنصوص في «الأم» و«البويطي»، وبه أجاب الجمهور أنه لا يأخذ منها إلا سبع حصاة؛ لجمرة العقبة، والأظهر أنه يزيد عليها، فربما سقط بعضها.

قال الجمهور: ويأخذها بالليل، وقال البغوي: بعد صلاة الصبح.

قال في «شرح المهذب»: والمذهب الأول، ونسبه الرافعي إلى الجمهور كما سبق، وفيه نظر! وهو الظاهر والمشهور عن نص «الأم» و«الإملاء» وهو ظاهر نصه في «البويطي» أو نصه ما ذكره البغوي، وهو قضية ما في «صحيح مسلم» وغيره، وهو المذهب، ولفظه في الأوسط من «الأم» وأحب أن يأخذ حصى الجمرة يوم النحر من مزدلفة.

وقال بعده في مختصر الحج: ويصلي الصبح، ثم يغدو فيقف، ثم يدعو ويدفع قبل طلوع الشمس إذا أسفر إسفارًا بينًا، ويأخذ حصى جمرة واحدة سبع

---

(١) أخرجه مسلم (٣١٤٩).

……

حصاة، فيرمي جمرة العقبة وحدها، وكذا قال في «البويطي»: يصلي الصبح، ثم يغدو فيقف، ويدعو قبل أن تطلع الشمس إذا أسفر إسفارًا بينًا، ويأخذ حصى جمرة واحدة سبع حصاة، فيرمي جمرة العقبة وحدها بهن، انتهى.

واستشكل قوله ﷺ: يأخذها من المزدلفة، فإنه لم يرد في رواية إن أخذها منها، ولا أمر به، وإنما في «صحيح مسلم» عن الفضل بن العباس: «أَنَّهُ لَمَّا وَصَلَ مُحَسِّرًا قَالَ: عَلَيْكُمْ بِحَصَى الْخَذْفِ الَّتِي تُرْمَى بِهِ الْجَمْرَةُ»(١).

وفي صحيح ابن حبان: «إذا دخل بطن منى قال: عليكم بحَصَى الْخَذْفِ»(٢) وأحسن الإمام في «النهاية» فقال: إن الحجيج يعتادون أخذ ما يحتاجون إليه من الحصى من جبال مزدلفة، ولم يرد في البرود منها نص، وتوقيف من الشرع، وهو كما قال، وإن كان المنصوص المشهور أخذ حصى جمرة العقبة منها.

وفي «الحاوي» قال قوم يأخذها من الْمَأْزِمَيْنِ، والأول أولى؛ لأنه ﷺ أخذها من مزدلفة، وتابعه الروياني على ذلك، ثم قال: ولم يقض أصحابنا الخراسانيين أنه يأخذها من موضع بين عرفة ومزدلفة قريبًا من مزدلفة من جبل في أحجاره رخاوة، ويسهل كسرها، انتهى.

والوجه ما تضمنته الأحاديث الصحيحة، ولا يأخذ لأيام التشريق من منى.

قال القاضي ابن كج وغيره: يأخذها من بطن مُحَسِّر، وكره بعض أصحابنا الأخذ من منى؛ لأن حصى الرمي يكثر فيها، وهذا فيما قرب من الجمرات.

واعلم أن وادي مُحَسِّر ليس من مزدلفة، ولا من منى، وقيل: من منى.

فروع: يجوز أخذ الحصى من كل مكان مباح، ويكره من المسجد،

---

(١) أخرجه مسلم (٣٠٠٩).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢١٣، رقم ١٨٢١)، ومسلم (٢/ ٩٣١، رقم ١٢٨٢)، وابن حبان (٩/ ١٦٨، رقم ٣٨٥٥)، والنسائي (٥/ ٢٥٨، رقم ٣٠٢٠) والبزار (٦/ ١٠٣، رقم ٢١٦٢)، وأبو يعلى (١٢/ ٩٢، رقم ٦٧٢٤).

فَإِذَا بَلَغُوا الْمَشْعَرَ الْحَرَامَ وَقَفُوا وَدَعَوْا إِلَى الْإِسْفَارِ، ....

والحل، والمواضع النجسة من الجمار المرمى بها، وينبغي أنه إذا كان الحصى جزءًا من أجزاء يبعد أن لا يجوز أخذها منه قطعًا، وكذا لو كانت فرشًا له إذا كان بها نفع له وللمصلين، ويحمل الكراهة على ما عدا ذلك، ولا يكسر الحصى.

ونقل في «شرح المهذب» عن اتفاق الشافعي والأصحاب، وقال في الخصال وغيره: يكسر، وليس بشيء بل نقل العوام، ولا أصل له، أحب الشافعي والأصحاب غسل الحصى، وإن كان طاهرًا، وأنكره ابن المنذر، وكان عطاء ومالك والثوري لا يرون غسلها، وهو المختار والغسل مع الطهارة يحتاج إلى دليل.

قال: (**فَإِذَا بَلَغُوا الْمَشْعَرَ الْحَرَامَ**) أي: وهو جبل صغير آخر مزدلفة اسمه قُزَحُ بضم القاف، قيل: وهو مزدلفة كلها، فإذا وصل قزح صعده إن أمكن وإلا وقف عنده، وهل تنادي البينة بالوقوف في البناء المستحدث في وسط مزدلفة وغيره من مزدلفة أم لا يحصل إلا في قزح وجهان أصحهما الأول.

قال: (**وَقَفُوا وَدَعَوْا إِلَى الْإِسْفَارِ**) وهذا هو الأكمل.

قال القاضي الحسين: ويكفي في أصل السنة الوقوف به والمرور، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أَفَضۡتُم مِّنۡ عَرَفَٰتٖ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾ [البقرة: ١٩٨].

أي: وثبت ذلك في صحيح مسلم من فعله ﷺ.

قلت: وينبغي أن يكثر من قوله: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِي ٱلدُّنۡيَا حَسَنَةٗ وَفِي ٱلۡأٓخِرَةِ حَسَنَةٗ وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ﴾ لما روى الإمام أحمد والطبراني من طريق أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي، قال: سمعت عبد الله بن الزبير ﷺ يخطب، فذكر حديثًا طويلاً ثم قال: وكذا كان الناس في الجاهلية إذا وقفوا عند المشعر الحرام دعوا فقال أحدهم: اللهم ارزقني إبلاً، اللهم ارزقني غنمًا فأنزل الله عز وجل: ﴿فَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَقُولُ رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِي ٱلدُّنۡيَا وَمَا لَهُۥ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنۡ خَلَٰقٖ ٢٠٠ وَمِنۡهُم مَّن يَقُولُ رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِي ٱلدُّنۡيَا حَسَنَةٗ وَفِي ٱلۡأٓخِرَةِ حَسَنَةٗ

وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ﴾ (١) [البقرة: ٢٠٠-٢٠١].

قال الزعفراني: ويدعو بما يفتح عليه وليكن معظم دعائه لآخرته، ويكثر من الاستغفار والتهليل والتحميد، وقول: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِى ٱلْأَخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ﴾ ويبالغ في الدعاء.

واستحب الأصحاب أن يقول: اللهم كما وفقتنا فيه وأريتنا إياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك وقولك الحق: ﴿فَإِذَآ أَفَضْتُم مِّنْ عَرَفَٰتٍ فَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ عِندَ ٱلْمَشْعَرِ ٱلْحَرَامِ ۖ وَٱذْكُرُوهُ كَمَا هَدَىٰكُمْ وَإِن كُنتُم مِّن قَبْلِهِۦ لَمِنَ ٱلضَّآلِّينَ (١٩٨) ثُمَّ أَفِيضُوا۟ مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ ٱلنَّاسُ وَٱسْتَغْفِرُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٩٨-١٩٩].

ويكثر من قوله: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِى ٱلْأَخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ ٱلنَّارِ﴾. ومن التلبية أيضًا، زاد الزعفراني ثم يقول: اللهم هذا جمع فأسألك من فضلك العظيم، فلا شيء أعظم منك أن ترزقني من جوامع الخير كله وتعرفني ما عرفت أولياءك وأهل طاعتك من رأفتك وبرك، وتجمع لي صلاح الدنيا والآخرة، وتصرف عني جميع الشر في الدنيا والآخرة، إنك على كل شيء قدير.

اللهم رب المشعر الحرام بلغ منا روح محمد رسولك أفضل تحية وأزكى سلام، واجمع بيننا وبينه في دار السلام، برحمتك يا أرحم الراحمين، يا خير مقصود وخير مدعو وخير مرجو وخير مسؤول، وخير معطٍ.

اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري وأصلح لي شأني واجعلني من أوجه الوافدين عليك وأزكى النازلين بفنائك.

اللهم ذلل نفسي حتى تنقاد لطاعتك، ويسر عليها العمل بما يقربها إلى رضاك وتبعدها من سخطك وتجعلها من أهل أوليائك وسكان جنتك.

اللهم إني أسألك شحمة قلبي، واحفظ علي ديني، واجعل خشيتك نصب عيني، وأصلح لي شؤوني كلها، يا حي يا قيوم، انتهى. وتصلي على النبي ﷺ

---

(١) أخرجه الطبراني في «الدعاء» (٨٠٥).

ثُمَّ يَسِيرُونَ فَيَصِلُونَ مِنًى بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَيَرْمِي كُلُّ شَخْصٍ حِينَئِذٍ سَبْعَ حَصَيَاتٍ إِلَى جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ، وَيَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الرَّمْيِ، ....

كما سبق في دعاء عرفة.

قال: (**ثُمَّ يَسِيرُونَ**) أي: وعليهم السكينة والوقار وشعارهم التلبية والذكر، وإذا وجدوا فرجة أسرعوا وإذا بلغوا وادي، أسرع الماشي وحرك الراكب دابته بقدر رميه حجر.

صح في «الموطأ» من فعل ابن عمر حتى يقطعوا عرض الوادي ابتداء وقيل: لا يسرع الماشي وفي «الإملاء» أن الإسراع بمحسر مباح فحصل قولان أظهرهما استحبابه كما فهمته عن أصحابنا ونقلته. ويستحب أن يقول الزجر المشهور من قول عمر ﷺ: «**إِلَيْكَ تَعْدُو قَلِقًا وَضِينُهَا**»(١) إلى آخره، وروي مرفوعًا.

ولا يصح وقوف تأخير السير حتى يطلع الشمس.

وعبارة الماوردي: هو خلاف السنة.

قال: (**فَيَصِلُونَ مِنًى بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ فَيَرْمِي كُلُّ شَخْصٍ حِينَئِذٍ سَبْعَ حَصَيَاتٍ إِلَى جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ**) اقتداء به ﷺ رواه مسلم، وهو عند منى، ولا يبدأ فيه بغيره وقوله: حينئذ أي: عند وصوله ولا يعرج على شيء قبل ذلك ولا ينزل الراكب حتى يرمي.

وقال المصنف في موضع آخر: يستحب أن يرمي بعد ارتفاع الشمس قدر رمح، والسنة أن يجعل مكة عن يساره ومنى عن يمينه ويستقبل العقبة ثم يرمي، وبه جزم الدارمي وقيل: إنه يقف مستقبل الجمرة مستدبر الكعبة وبه جزم جماعات منهم الرافعي، وقيل يستقبل الكعبة ويجعل الجمرة عن يمينه والصحيح الأول للاتباع المتفق على صحة حديثه.

قال: (**وَيَقْطَعُ التَّلْبِيَةَ عِنْدَ ابْتِدَاءِ الرَّمْيِ**) لأنه ﷺ لبّى حتى رمى بها، متفق عليه.

---

(١) أخرجه الشافعي في «مسنده» (٩٢٨ ترتيب السندي).

وَيُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ.

والمعنى فيه إشعار الإحرام والرمي أخذ في التحلل، ولا يختص قطع التلبية بابتداء الرمي بل متى شرع في أسباب التحلل وهي الحلق والطواف قطعها إذا قدمه على الرمي لما ذكرناه، وكذا يقطعها المعتمر إذا ابتدأ الطواف؛ لأنه من أسباب تحللها.

وعن القفال أنهم إذا ساروا من مزدلفة مزجوا التلبية بالتكبير، فإذا افتتحوا الرمي محضوه. قال الإمام: ولم أره لغيره.

قلت: ذكره الحليمي قبله في «المنهاج».

قال: (**وَيُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ**) اقتداء به كما رواه مسلم من حديث جابر الطويل.

قال الماوردي: قال الشافعي: فيقول: الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله، والله أكبر ولله الحمد، هكذا في بعض نسخ «الحاوي» لفظ التكبير ثلاث مرات وفي بعضها مرتين، وكذا نقله الشيخ عنه في «شرح المهذب» ولم أر هذا النص في «الأم» ولا في «البويطي» ولا في «المختصر».

وقال في «شرح المهذب» قال بعض أصحابنا: يستحب هذا التكبير مع الرمي أن يقول: الله أكبر الله أكبر الله أكبر كبيرًا والحمد لله كثيرًا وسبحان الله بكرة وأصيلاً، لا إله إلا الله وحده لا شريك له مخلصين له الدين ولو كره الكافرون، لا إله إلا الله وحده، صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، لا إله إلا الله والله أكبر.

قال: وهذا الذي ذكره هذا القائل غريب في كتب الحديث والفقه.

وأما في الأحاديث الصحيحة وكتب الفقه يكبر مع كل حصاة، وهو مقتضى مطلق التكبير، ثم إن هذا التكبير طويل لا يحسن التفريق بين الحصيات به.

وقال الماوردي: وذكر ما سبق، وهذا النص غريب أيضًا، وذكر الزعفراني لفظ التكبير ثلاثًا نسقًا ثم الله أكبر كبيرًا، وزاد بعد قوله: لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير، وهو

ثُمَّ يَذْبَحُ مَنْ مَعَهُ هَدْيٌ ثُمَّ يَحْلِقُ أَو يُقَصِّرُ، وَالْحَلْقُ أَفْضَلُ، ....

على كل شيء قدير، لا إله إلا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون. وزاد بعد قوله آخرًا، والله أكبر اللهم تصديقًا بكتابك واتباعًا لسنة نبيك، انتهى. وهذا أغرب من الأول.

قال: ويكون شعاره بعد ذلك التكبير إلى أن يتم ما بقي من أعمال الحج.

قال: (**ثُمَّ يَذْبَحُ مَنْ مَعَهُ هَدْيٌ**) أي: نذرًا كان أو تطوعًا أو أضحية.

(**ثُمَّ يَحْلِقُ أَو يُقَصِّرُ**) لأنه ﷺ لما فرغ من الرمي انصرف إلى النحر، فنحر ثلاثًا وستين بدنة ثم أعطى عليًا، فنحر ما عين وأشركه في هديه ثم أفاض إلى البيت»(١) رواه مسلم.

وذكر الحلق في الصحيحين من حديث أنس وغيره.

قال: (**وَالْحَلْقُ أَفْضَلُ**) أي: بالإجماع اقتداء به ﷺ وصح أنه رجم المحلقين ثلاثًا والمقصرين مرة، ويستحب أن يبدأ بالشق الأيمن، وأن يستقبل القبلة وأن يكبر عند فراغه كما ذكره الماوردي وجماعة والرافعي، ونقل الروياني أيضًا صورة التكبير عن أصحابنا مطلقًا وأسقطها في «الروضة» وذكر ذلك في «شرح المهذب» عن «الحاوي» وقال: إنه غريب وأن يدفن شعره.

قال الشافعي في «الإملاء»: ودفن الشعر الحسن آكد لئلا يتخذ للوصل، وأن يستوعب الحلق أو التقصير.

قال القاضي حسين: وأن يأخذ من شاربه.

قال في «الخصال»: وأن يكون الحلق بعد كمال الرمي، وإلا يشارط عليه، وأن يبلغ بالحلق على العظمين من الأصداغ، وأن يأخذ شيئًا من ظفره عند فراغه، ويقول: اللهم آتني بكل شعرة حسنة، وامح عني بها سيئة، وارفع لي بها درجة، واغفر لي في المحلقين، والمقصرين، ولجميع المسلمين، وأن يتطيب ويلبس، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم (٣٠٠٩).

وَتُقَصِّرُ الْمَرْأَةُ، ....

قال شارح: المستحب أن يبدأ بالشق الأيمن، وأن يستوعبه، ثم الأيسر، كما نقله الأصحاب.

قال: ووقع في إيضاح المصنف أنه يبدأ بمقدم رأسه، فيحلق الشق الأيمن، ثم الأيسر، ثم الباقي. وقال ابن الرفعة: وكأنه قلده، انتهى.

والظاهر أن هذا لا يخالف كلام الأصحاب؛ إذ الغالب أنه لا يحصل استيعاب كل شق في مرة واحدة، وعبارة الزعفراني: والمستحب أن يمسك ناصيته بيده حال الحلق، ويكبر ثلاثًا نسقًا، ثم يقول: اللهم هذه ناصيتي بيدك، فاجعل لي بكل شعرة نورًا يوم القيامة، واغفر لي ذنوبي، وتقبل مني، اللهم اكتب لي بكل شعرة حسنة، وذكر كلام «الخصال»، وزاد: يا واسع المغفرة يا أرحم الراحمين، وإذا فرغ من الحلق، قال: الحمد لله الذي قضى عنا نسكنا، اللهم زدنا إيمانًا، ويقينًا، وتوفيقًا، وعونًا، وإرشادًا، واغفر لنا، ولأبائنا، ولأمهاتنا، وللمسلمين أجمعين، انتهى.

وهذا وإن لم يكن مأثورًا فهو حسن مناسب، انتهى.

فرع: نص الشافعي في «المختصر»: أن الحلق للمتمتع عقبًا لعمرة أفضل، وتبعه الأصحاب، ولم أر فيه خلافًا بينهم، وحكى عن نصه في «الإملاء» أنه إن أمكن أن يسود بشعره يوم النحر وإلا قصر.

وقال الشيخ في «شرح مسلم» في باب تقصير المعتمر: يستحب للمتمع أن يقصر في العمرة، ويحلق في الحج؛ ليقع الحلق في أكمل العبادتين.

وقال قبله: إنما قصروا يعني الصحابة، ولم يحلقوا مع أن الحلق أفضل، إنهم زادوا أن يبقى شعر يحلق في الحج، فلو حلقوا لم يبق شعر، فكان التقصير هنا أحسن؛ ليحصل في النسكين إزالة شعر، انتهى.

والظاهر أنه لم ينقل هذا عن أئمة المذهب، والمذهب المشهور ما سبق.

قال: (**وَتُقَصِّرُ الْمَرْأَةُ**) أي: ولا تؤمر بالحلق إجماعًا، بل يكره لها الحلق.

وقال القضاة أبو الطيب، والحسين، والعبادي: لا يجوز؛ لأنه مثلة،

وَالْحَلْقُ نُسُكٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ شَعَرَاتٍ ....

وبدعة، وتشبه بالرجال، ويجب الحزم به في المزوجة والمملوكة، حيث لم يؤذن لهما فيه، وأكمل التقصير لها قدر أنملة.

قال الشافعي: وأحب أن تجمع ضفائرها، وتأخذ من تحتها من موضع لا يبين فتحه، انتهى.

ويمكن حمله على ما إذا لم يأذن لها الزوج، والتشديد في التقصير التام، فظاهر النص يشعر بخلاف كلامه، وتقصير الخنثى كالأنثى.

قال: (**وَالْحَلْقُ**) يعني أو التقصير في الحج والعمرة (**نُسُكٌ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: فيثاب عليه؛ لأن الحلق أفضل من التقصير في الحج للذكر وفاقًا، ولا يفضل في المباحات.

قال الإمام: وعلى هذا هو ركن وفاقًا، ويودع في ذكر الوفاق، والحاصل أن الحلق ونحوه ركن أو واجب يجوز أو سنة، واستباحة أقوال على الثلاثة، الأول: يثاب عليه، ويلزم بالنذر، وعلى الرابع لا يثاب عليه، ولا يلزم بالنذر، وعن تعليق نص أبي حامد أنه ركن في العمرة، وأحب في الحج يجبر بالدم.

قال: (**وَأَقَلُّهُ ثَلَاثُ شَعَرَاتٍ**)؛ لأنها أقل مسمى الجمع، والإجماع منعقد على عدم وجوب الاستيعاب.

وقيل: يكفي شعرة، وسواء المسترسل النازل عن حد الرأس، وغيره على الصحيح، وقطع به قاطعون، ولا ينفذ تخصيص الوجهين بالرجل لو لم يكن هناك إلا شعرة أو اثنتان وجب إزالتهما، ولو أزال الثلاث في ثلاث وقفات.

قال في «شرح المهذب»: أجزأه على صحيح المذهب.

قلت: وهو مقتضى إطلاق «المنهاج» وغيره، وفيه نظر!.

فإنه قال في «الروضة» هنا: ولو حلق ثلاث شعرات في ثلاث وقفات، أو أخذ من شعرة واحدة شيئًا، ثم عاد ثانيًا فأخذ منها، ثم عاد فأخذ منها، فإن كملنا الفدية لو كان محصورًا اكتمل النسك، وإلا فلا، وكذا قاله الرافعي، فإن أراد بكمال الفدية الدم الكامل فالذي ذكره هناك أن المذهب أنه لا يلزم.

حَلْقًا أَوْ تَقْصِيرًا أَوْ إِحْرَاقًا أَوْ قَصًّا، وَمَنْ لَا شَعْرَ بِرَأْسِهِ يُسْتَحَبُّ إِمْرَارُ الْمُوسَى عَلَيْهِ،

وقضية ذلك أن المذهب أنه لا يكفي هنا، ولا شك فيه في الشعرة الواحدة.

وقال شارح هنا: ولو أخذ من شعره شيئًا ثم شيئًا، فإن تقطع الزمان كفى، وإن واصل فكالشعرة الواحدة، وهذا مردود بأنه اشتبه عليه إعادة الضمير في كلام الرافعي، فظن أنه للشعرة الواحدة، وعلى تقدير ازدياده ذلك، فهو بعيد جدًا؛ لأنه لا يعد حلقًا ولا تقصيرًا شرعيًا، ولا يعضده خبر ولا أثر، بل الشأن في الثلاث شعرات الكوامل، والأول والأحوط عدم الإجزاء بها؛ لعدم تأثره في المشاهدة والترفه معًا، ويتخلص من خلاف السلف والخلف.

قال: (**حَلْقًا أَوْ تَقْصِيرًا أَوْ إِحْرَاقًا أَوْ قَصًّا**) هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب، وكذلك الحكم لو أخذه بالنورة ونحوه، وهذا فيمن لم ينذر الحلق، فإن نذره في وقته لم يجزئه إلا حلق الرأس جميعه، ولا يكفي استئصاله بالمقص، ولا إمرار الموسى عليه بلا استئصال، وفيه زيادة للإمام، والظاهر المنع؛ لعدم اسم الحلق، وليس التليد كالنذر على الجديد.

قال: (**وَمَنْ لَا شَعْرَ بِرَأْسِهِ**) أي: بأن حلق كذلك أو كان قد حلقه واعتمر من ساعته، كما مثله العمراني.

(**يُسْتَحَبُّ إِمْرَارُ الْمُوسَى عَلَيْهِ**) أي: على رأسه.

قال ابن المنذر وغيره: بالإجماع، وتسببها بالحالقين، ولا تجب كالقطع من فوق المرفق، كزوال محل الفرض، والظاهر أن هذا الرجل دون الأنثى والخنثى؛ لأن الحلق ليس بمشروع لهما.

فرع: قال في «شرح المهذب» عقب المسألة: قال الشافعي: ولو أخذ من شاربه أو شعر لحيته شيئًا، كان أحب إلي، ليكون قد وضع من شعره شيئًا لله تعالى، هكذا نص عليه، واتفق الأصحاب عليه، وحكاه الإمام عن النص، ثم قال: ولست أرى لذلك وجهًا إلا أن يكون قد أسنده إلى أثر.

وقال المتولي: يستحب أن يأخذ من الشعور التي يؤمر بإزالتها للفطرة كالشارب والإبط والعانة، لئلا يخلو نسكه عن حلق.

فَإِذَا حَلَقَ أَو قَصَّرَ دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ طَوَافَ الرُّكْنِ، وَسَعَى إِنْ لَمْ يَكُنْ سَعَى.

وقد روي عن مالك والشافعي والبيهقي بالإسناد الصحيح، عن ابن عمر ﵄ أنه كان إذا حلق في حجٍ أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه، انتهى.

قلت: وابن عمر لم يكن أصلع، وقال ابن المنذر: أن رسول الله ﷺ لما حلق رأسه قلم أظافره.

قال: وكان ابن عمر يأخذ من لحيته وشاربه وأظفاره إذا رمى الجمرة.

قال: (**فَإِذَا حَلَقَ أَو قَصَّرَ دَخَلَ مَكَّةَ وَطَافَ طَوَافَ الرُّكْنِ**)؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُواْ تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُواْ نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُواْ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ۝٢٩﴾ [الحج: ٢٩] أي: وهو الرمي.

قال القاضي أبو الطيب: وأجمع المسلمون على أن المراد طواف الإفاضة، يعني طواف الركن، ويسمى طواف الزيارة، وقد يسمى أيضًا الصدد بالتحريك، لكن الأشهر أن ذلك طواف الوداع.

فرع: الأفضل أن يرى جمرة العقبة بعد ارتفاع الشمس قدر رمح، ثم ينحر، ثم يحلق، ثم يطوف طوفة.

وقيل: الأفضل أن يمكث بمنى، حتى يصلي الظهر بها مع الإمام، ويشهد خطبته، ثم يقضي إلى مكة، فيطوف.

قيل: إن كان في الصيف أفاض أول النهار، أو في الشتاء أفاض آخره، واختاره القاضي أبو الطيب المذهب الأول.

وأما حديث ابن عباس، وعائشة ﵃: «**أنه أخر طواف الزيارة إلى الليل**» حسنه الترمذي، وذكره البخاري عنهما تعليقًا يضعه حرم، فأوله ابن حبان وغيره بأن ذلك وقع مرتين، مرة بالنهار ومرة بالليل، ويؤيده رواية البيهقي عن القاسم عن عائشة ﵂: أنه ﷺ زار مع نسائه.

قال: (**وَسَعَى إِنْ لَمْ يَكُنْ سَعَى**) أي: من قبل عرفة كما سبق.

قلت: والمراد بهذا ما بيناه من قبل، أما لو كان قد سعى في الصبي، ثم بلغ وأدرك عرفة أو سعى في خلال الرق ثم عتق، وأدرك عرفة حرًا فإنه يلزمه

ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مِنًى، وَهَذَا الرَّمْيُ وَالذَّبْحُ وَالْحَلْقُ وَالطَّوَافُ يُسَنُّ تَرْتِيبُهَا كَمَا ذَكَرْنَا، وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِنِصْفِ لَيْلَةِ النَّحْرِ، ....

إعادته، والظاهر أن الحكم كذلك فيما لو حج الولي بالمجنون وجوزناه، وسعى به بعد القدوم في حال جنونه، ثم بلغ وأدرك عرفة، فإنه يلزمه إعادة السعي بعد، ويجب إعادة السعي فيما لو كان قد نسي إحدى طوفات القدوم، أو يذكر أنه طاف محدثًا، أو شك في شرط من شروط الطواف السابق.

قال: (**ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مِنًى**) والمستحب أن يعود إليها قبل صلاة الظهر؛ ليصليها بها تأسيًا، ثبت في «صحيح مسلم» من رواية ابن عمرو فيه عن جابر ﷺ: «**أنه صلى الظهر يومئذٍ بمكة**».

وأخرج البخاري حديث ابن عمر أيضًا، فطريق الجمع أنه صلاها بمكة، ثم صلاها بمنى ثانيًا إمامًا لأصحابه، كما صلى بهم في بطن نخل مرتين، فروى جابر صلاته بمكة، وابن عمر صلاته بمنى، ولا يقال أحدهما، وهم كما قاله ابن حزم.

قال: (**وَهَذَا الرَّمْيُ وَالذَّبْحُ وَالْحَلْقُ وَالطَّوَافُ يُسَنُّ تَرْتِيبُهَا كَمَا ذَكَرْنَا**) أي: تأسيًا كما ثبت في الصحيح، فلو نحر في وقته قبل الرمي فلا شيء عليه إجماعًا، ولو طاف قبل أن يرمي عندنا، ولو حلق قبل الرمي والطواف فإن جعلناه استباحة محظورة، ولزمه الفدية على الصحيح، وإلا فلا على الصحيح؛ لما في الصحيحين: «**أنه ﷺ وقف في حجة الوداع بمشي يسألونه، فجاء رجل فقال: يا رسول الله لم أشعر فحلقت قبل أن أنحر قال: اذبح ولا حرج، ثم جاء آخر، فقال: يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي، فقال: ارم ولا حرج، فما سئل ﷺ عن شيء قدم ولا أخر إلا قال: افعل ولا حرج**»(١).

قال: (**وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا**) أي: وقت هذه الأعمال المذكورة (**بِنِصْفِ لَيْلَةِ النَّحْرِ**) أي: بعد الوقوف بعرفة، واندرج في إطلاقه الذبح كما ذكرنا، وليس بمراد له، وإن اقتضاه لفظه لما يأتي، وأن المراد الرمي، والحلق، والطواف.

---

(١) أخرجه البخاري (٨٣) ومسلم (٣٢١٦).

وَيَبْقَى وَقْتُ الرَّمْيِ إِلَى آخِرِ يَوْمِ وَلَا يَخْتَصُّ الذَّبْحُ بِزَمَنٍ قُلْت: الصَّحِيحُ اخْتِصَاصُهُ بِوَقْتِ الْأُضْحِيَّةِ وَسَيَأْتِي فِي آخِرِ باب مُحَرَّمَاتِ الْإِحْرَامِ عَلَى الصَّوَابِ، والله أَعْلَمُ،

وفي سنن أبي داود أنه ﷺ أرسل بأم سلمة ليلة النحر، فرمت الجمرة قبل الفجر، ثم مضت فأفاضت، قال الحاكم: على شرط مسلم، وقاسوا للطواف والحلق على الرمي لاستزال الثلاثة؛ لكونها من أسباب التحلل.

قال: (**وَيَبْقَى وَقْتُ الرَّمْيِ إِلَى آخِرِ يَوْمِ**) النحر؛ لما روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: «**أن رجلاً سأل رسول الله يوم النحر فقال: رميت بعد ما أمسيت قال: لا حرج**»(١).

قال في «الروضة» وغيرها: ولا يمتد الرمي تلك الليلة بعده على الأصح.

والثاني: نعم، كالوقوف، وصححه في «الإيضاح»، وذكر الرافعي في كلامه على أنه لا يستحب الغسل لرمي جمرة العقبة؛ لأن الأئمة قالوا: إنما لم يستحب الشافعي الغسل لرميها؛ لاتساع وقتها، فإن وقتها من انتصاف ليلة النحر إلى الزوال، فإن أراد أن وقت الفضيلة ينتهي بالزوال، كما صرح به الماوردي فذاك، وإلا فهو مخالف لما ذكره هنا على أنه سيأتي في الكلام على التدارك ما يخالف المذكور هاهنا.

قال: (**وَلَا يَخْتَصُّ الذَّبْحُ بِزَمَنٍ**) أي: ذبح الهدي، لكنها تختص بالحرم، بخلاف الضحايا مختص بالعيد وأيام التشريق.

قال: (**قُلْت: الصَّحِيحُ اخْتِصَاصُهُ بِوَقْتِ الْأُضْحِيَّةِ وَسَيَأْتِي فِي آخِرِ باب مُحَرَّمَاتِ الْإِحْرَامِ عَلَى الصَّوَابِ، والله أَعْلَمُ**) وجعله في «شرح المهذب» المقطوع به، وضعف طريقة الوجهين، والمراد ذبح الهدي، ويجب حمل إطلاقه على الجمهور المنذور والمتطوع به، دون التمتع والقران وغيرهما من دم الجبرانات، فإنه لا خلاف في عدم اختصاصها.

نعم؛ قال المتولي: إذا نذر أن يذبح هديًا بمكة وغيرها النحر وأيام التشريق، وإن حملنا على أقل ما يتقرب به، فأي وقتٍ ذبح جاز، وهذا حسنٌ

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٢٣).

وَالْحَلْقُ وَالطَّوَافُ وَالسَّعْيُ لَا آخِرَ لِوَقْتِهَا.

يؤخذ منه أن الإطلاق في الاختصاص إنما هو عند الإطلاق، أما عند التقييد بغير يوم النحر وأيام التشريق فيجوز، وهدياه ﷺ في حجته من هذا الغسل.

ثم قال المتولي: إن قلنا تأخير الواجب عن أيام التشريق يكون قضاء، والتطوع شاة لحم فأخر دم الواجب ذبحه، وكان قضاء، وهذا مبني على اختصاص الذبح بأيام التشريق، فإن جوزنا في غيرها فلا يكون قضاء، وقد يضمن كلام القاضي أبي الطيب أن النحر بمكة في غير أيام التشريق قربة، فليكن ذبح الهدي إذا عينه فيه جائزًا أو يختص الخلاف بحالة الإطلاق، قاله بعض العصريين.

قال: (**وَالْحَلْقُ وَالطَّوَافُ وَالسَّعْيُ لَا آخِرَ لِوَقْتِهَا**) أي: فله التأخير ما شاء؛ لأن الأصل عدم التأقيت، ولا يخفى ما في هذا الدليل من الضعف.

قالوا: لكن يكره تأخير الطواف عن يوم النحر، وتأخيره عن أيام التشريق أشد كراهة، وخروجه عن مكة بلا طواف أغلظ.

قال المتولي: إذا أخره عن أيام التشريق صار قضاء، ورده عليه الرافعي.

وقال الماوردي: هو مبني بتأخيره بغير عذر عن يوم النحر.

قال ابن الرفعة: وحكى ابن التلمساني وجهًا، أنه لا يجوز الخروج من مكة، حتى يطوف.

قلت: وبه جزم في «الشامل»، حيث قال: ولا يجوز له، يعني للحاج أن يخرج من مكة حتى يطوف للزيارة.

وقد قال في «الذخائر»: ولا وقتًا محدودًا لآخره إلا أنه يجب ألا يخرج من مكة حتى يأتي به. قال: خرج وكان قد طاف للوداع.

قال الشيخ أبو نصر: يتصرف إلى طواف الزيارة، وإن قلنا طواف الوداع واجب؛ لأن طواف الإفاضة آكد منه، فهو كحجة الإسلام وغيرها.

قال: وهذه المسألة تبنى على أنه إذا صرف الطواف بالنية إلى غرض آخر هل يفسد؟ فيه خلاف إن قلنا تفسد لم يعتد بهذا الطواف لا عن الإفاضة ولا

عن الوداع مع إيجاب الرجوع حتمًا، انتهى.

وهذا البحث فاسد، وإن سكت ابن الرفعة عليه، ووجه فساده ظاهر، والمعروف المنصوص أنه لو طاف للوداع عن الفرد، فلا نزاع.

قال التميمي في «المستعمل»: هذا مذهب الشافعي، ومذاهب العلماء الذين تعلمنا منهم، فيصح أن يقال: يحرم الخروج من مكة للأفقي بغير طواف على المذهب، وسيأتي عن نص الشافعي ما شهد له، وبه أجاب الماوردي كما سيأتي، ولا يقوم دليل على جواز تأخير طواف الركن؛ لبعد الدار، ولا سيما العاجز لفقر أو زمانة أو هرم أو معاجلة عضب مع بعد الدار، وكذا دل من يغلب على ظنه عدم القدرة على العود، وكذلك القادر إذا ظن عدم مصابرة الإحرام، وإنه يأتي أهله ويفسد نسكه، ولا يقوم دليلٌ على جواز التأخير، بل قضية الإتباع، وقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا عني مناسككم» عدم الجواز مطلقًا، فإن لم يصد عنه إجماع، فهو المختار، أعني يحرم التأخير من غير عذر.

وقال ابن الرفعة: الذي يظهر أن قول من جوزه إلى آخر العمر ليس على إطلاقه، وإنه محمول على من يحلل التحلل الأول، وإلا فلا يجوز له تأخيره إلى قابل؛ لأنه يصير محرمًا بالحج في غير أشهره، وسنذكر ما دونه في الإحصار عن الماوردي، وأشار إلى قوله هناك أنه ليس كصاحب الفوات أن يصير على إحرامه إلى قابل؛ لأن استدامة الإحرام كابتداء به، وابتداؤه لا يصح، ونقله الشيخ في «شرح المهذب» عن الشيخ أبي حامد والدارمي وغيرهما، وأن أبا حامد نقله عن نص الشافعي، وإجماع الصحابة ﷺ مع نقله هنا عن الأصحاب ما سبق، فإنه لا يزال محرمًا حتى يأتي به، وسبق عن الروياني أنه لم يبق من وقت عرفة ما يصح معه إدراك الحج فأحرم به صح وأيضًا فسيأتي أنه لو أحصر بعد الوقوف لا يجب التحلل، وهو صريح في رد ما قاله ابن الرفعة، وإنما يجب التحلل على من فاته الحج، كما قاله جمهور العلماء منهم الماوردي.

قال عصري: والذي أفهمه من كلام الماوردي يغني، وما قال ذلك أنه

وَإِذَا قُلْنَا: الْحَلْقُ نُسُكٌ فَبِفِعْلِ اثْنَيْنِ: مِنَ الرَّمْيِ وَالْحَلْقِ وَالطَّوَافِ حَصَلَ التَّحَلُّلُ الْأَوَّلُ، وَحَلَّ بِهِ اللُّبْسُ وَالْحَلْقُ وَالْقَلْمُ، وَكَذَا الصَّيْدُ وَعَقْدُ النِّكَاحِ فِي الْأَظْهَرِ.

يمنع البناء عليه في العام المقبل لا وجوب المبادرة إلى التحلل في الحج الفائت، كما فهمه ابن الرفعة، فيحتاج أن يفرق بين الفائت والصحيح؛ لتصريحهم في الصحيح بعدم وجوبه، وأما أنا نلحق الصحيح بالفائت فلا؛ لأنه خلاف ما صرحوا به، وهو كما قال على أن كلام الروياني السابق قد يعطي جواز البناء عليه.

قال: (**وَإِذَا قُلْنَا: الْحَلْقُ نُسُكٌ**) أي: وهو الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(**فَبِفِعْلِ اثْنَيْنِ: مِنَ الرَّمْيِ وَالْحَلْقِ وَالطَّوَافِ حَصَلَ التَّحَلُّلُ الْأَوَّلُ**) قلت: هذا إذا كان قد سعى بعد طواف القدوم وإلا فلا بد من السعي مع الطواف وحينئذ كما قال الإمام الرافعي وغيره فيعد الطواف والسعي سببًا واحدًا من أسباب التحلل، فلو لم يرم ولكن طاف وحلق ولم يسع لم يتحلل والله أعلم.

قال (**وَحَلَّ بِهِ**) أي: بالتحلل الأول (**اللُّبْسُ**) أي: وستر الرأس والوجه من المرأة.

(**وَالْحَلْقُ**) أي: إن لم يجعله نسكًا.

(**وَالْقَلْمُ**) والطيب، بل يستحب؛ تأسيًا كما ثبت في الصحيحين من حديث عائشة - رضي الله عنها -: «**طَيَّبْت رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ، وَلِحِلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ**»(١)، وليس استباحة غيره عليه بجامع ما اشتركا فيه من الاستمتاع.

وقيل: فيه قولان، كالصيد، وليس شيء.

قال: (**وَكَذَا الصَّيْدُ وَعَقْدُ النِّكَاحِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: وكذا المباشرة فيما دون الفرج بشهوة كالقبلة في الأظهر؛ لأنها محرمات لا تفسد تعاطيها فأسهب الحلق.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٨٨٣).

قُلْتَ: الْأَظْهَرُ لَا يَحِلُّ عَقْدُ النِّكَاحِ، والله أَعْلَمُ، وَإِذَا فَعَلَ الثَّالِثَ حَصَلَ التَّحَلُّلُ الثَّانِي، وَحَلَّ بِهِ، بَاقِي الْمُحَرَّمَاتِ].

قال: (**قُلْتَ: الْأَظْهَرُ لَا يَحِلُّ عَقْدُ النِّكَاحِ، والله أَعْلَمُ**) ونسبه في «الشرح الكبير» إلى تصحيح الأكثر عددًا، وتمسكوا بما رواه البيهقي بسند ضعفه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ «**إذا رميتم وحلقتم، فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء**»(١). ويحتج له بقوله ﷺ: «**لا ينكح المحرم، ولا ينكح**»(٢) وكما لا يحل الجماع إلا بالتحللين، وكذا لا تحل المباشرة فيما دون الفرج بشهوة على هذا القول كالوطء.

وقيل: قطعًا، ووجه المنع في الصيد؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] والإحرام باقٍ، ووجه الحل أنه لم يسن في الخبر إلا النساء. قال: واتفقوا على ترجيح الحل فيه، واختلفوا في النكاح والمباشرة، انتهى.

قال: (**وَإِذَا فَعَلَ الثَّالِثَ حَصَلَ التَّحَلُّلُ الثَّانِي، وَحَلَّ بِهِ، بَاقِي الْمُحَرَّمَاتِ**) أي: بالإجماع، ويجب عليه الإتيان بما بقي من الحج، وهو الرمي، والمبيت.

قالوا: مع أنه غير محرم، كما يسلم الثانية، وإن خرج من الصلاة بالأولى، وهذا التشبيه عجيب، ولو ترك رمي يوم النحر حتى مضت أيام التشريق أو في يوم الأول، وحكمنا بأنه لا يتدارك، فالأصح أنه يتوقف تحلله على الإتيان ببدل الرمي.

والثاني: لا.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٤٣، رقم ٢٥١٤٦)، والبيهقي (٥/ ١٣٦، رقم ٩٣٧٩) وابن خزيمة (٤/ ٣٠٢، رقم ٢٩٣٧)، والطحاوي (٢/ ٢٢٨)، والديلمي (١/ ٢٧٠، رقم ١٠٥٠)، والحارث كما في بغية الباحث (١/ ٤٥٥، رقم ٣٨٠).

(٢) أخرجه مالك (١/ ٣٤٨، رقم ٧٧٢)، والطيالسي (ص ١٣، رقم ٧٤)، والدارمي (٢/ ١٨٩، رقم ٢١٩٨)، ومسلم (٢/ ١٠٣٠، رقم ١٤٠٩)، وأبو داود (٢/ ١٦٩، رقم ١٨٤١)، والنسائي (٦/ ٨٨، رقم ٣٢٧٥)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢، رقم ١٩٦٦)، وابن خزيمة (٤/ ١٨٣، رقم ٢٦٤٩)، وابن الجارود (ص ١١٦، رقم ٤٤٤)، وابن حبان (٩/ ٤٣٤، رقم ٤١٢٥) والشافعي (١/ ١٨٠)، والحميدي (١/ ٢٠، رقم ٣٣)، وأحمد (١/ ٥٧، رقم ٤٠١)، والدارقطني (٢/ ٢٦٧).

قال المصنف:

[فَصْلٌ]

إِذَا عَادَ إِلَى مِنًى بَاتَ بِهَا لَيْلَتَيْ التَّشْرِيقِ، ....

والثالث: إن افتدى بدم توقف أو يصوم، فلا؛ لطول زمنه.

فرع: قال الرافعي وغيره: يستحب إذا تحلل التحلل ألا يطأ حتى يرمي أيام التشريق. قيل: ولا معنى له، ويشكل عليه حديثان، أحدهما: **«أيام منى أيام أكل وشرب»**(١).

الثاني: بعث أم سلمة لتطوف قبل الفجر، وكان يومها، فأحب ﷺ أن يواقيه أسفار لمواقعتها فيه وعليه بوب سعد ابن منصور في «سننه» بأن الرجل يزور البيت، ثم يواقع أهله قبل أن يرجع إلى منى، ثم ذكره. قاله المحب الطبري رحمه الله تعالى.

فصل

قال الشارح: قال: **(إِذَا عَادَ إِلَى مِنًى)** أي: بعد طواف الركن والسعي إن لم يكن سعى بعد قدوم. **(بَاتَ بِهَا لَيْلَتَيْ التَّشْرِيقِ)** أي: وجوبًا على الأظهر.

والثاني: سنة، وقطع به بعضهم، وجنح إليه الرافعي بالأظهر عند الشيخ الوجوب للإتباع، ثم لا بد من معظم الليل على الأظهر والأكمل حينئذٍ.

والثاني المعتبر كونه حاصل بها بعد طلوع الفجر، وهذا فيمن لا عذر له، أما المعذور كأهل السقاية والدعاء، فلهم أداء رمي جمرة العقبة يوم النحر أن ينفروا، ويدعوا المبيت بمنى.

قالا: وللمصنفين جميعًا أن يدعوا رمي يوم، ويقفوه في اليوم الذي يليه،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٠٩، رقم ١٨٧٩٦)، وأبو داود (٢/ ١٩٦، رقم ١٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٢٣٧، رقم ٨٨٩)، والنسائي (٥/ ٢٦٤، رقم ٣٠٤٤)، وابن ماجه (٢/ ١٠٠٣، رقم ٣٠١٥)، والحاكم (٢/ ٣٠٥، رقم ٣١٠٠) وقال الحاكم: صحيح. والبيهقي (٥/ ١٧٣، رقم ٩٥٩٣). والطيالسي (ص ١٨٥، رقم ١٣٠٩)، وابن أبي شيبة (٣/ ٢٢٦، رقم ١٣٦٨٣)، والدارقطني (٢/ ٢٤٠)، والديلمي (٢/ ١٤٨، رقم ٢٧٥٩).

وَرَمَى كُلَّ يَوْمٍ إِلَى الْجَمَرَاتِ الثَّلَاثِ كُلَّ جَمْرَةٍ سَبْعَ حَصَيَاتٍ، ....

قبل رمي ذلك اليوم، وليس لهم أن يدعوا رمي يومين على التوالي.

قلت: وهذا شيء سيأتي إن شاء الله تعالى، وإذا غربت الشمس والرعاة بمنى، لزمهم مبيت تلك الليلة، ورمي غدها، ولأهل السقاية النفر بعد الغروب على الأصح لبعدها، ولا رعي بالليل، ولو أحدث سقاية للحاج فلقيمها ترك المبيت، قاله البغوي، ومنعه ابن كج، وغيره.

ولو قيل: إن دعت الحاجة أنها كانت كسقاية العباس جاز، وإلا فلا لكان متجهًا، وفي معنى أهل السقاية من ضاع ماله أو خاف على نفسه أو كان به مرض يشق معه المبيت أو له مريض يحتاج إلى تعهده أو يطلب أيضًا، أو له شغل آخر يخاف فوته على الأصح المنصوص، فلهم ترك المبيت، والنفير بعد الغروب، ولا شيء عليهم بسببه، وقد تبعت الشيخ في إطلاق الشغل، وفيه نظر!

ولا ينبغي إطلاق القول بالتجويز لكل شغل مباح، مع القول بوجوب المبيت، وعبارة الرافعي ومن المعذورين من له مال يخاف ضياعه لو اشتغل بالمبيت أو كان يطلب ألفًا، ونحو ذلك، ففي هؤلاء وجهان، **أصحهما**، ويحكى عن نصه أنه لا شيء عليهم بترك المبيت كالرعاة، وأهل السقاية، فلهم أن ينفروا بعد الغروب.

والثاني: أنهم لا يلحقون بهم؛ لأن شغلهم ينفع الحجيج عامة وأعذار هؤلاء تخصهم، انتهى.

ورأيت في «تفاريع أبي الحسين بن القطان»: وإذا سرد لرجل تغيرًا أو ضاع له مال، فهل له أن يترك المبيت، ويطلبه أم لا، قال الإمام الشافعي في «القديم»: له ذلك ولا دم عليه.

وقال في «الجديد»: ليس له ذلك، فإن فعل فعليه دم، انتهى لفظه، وفيه فائدتان: نقل الخلاف قولين منصوصين، وبيان أن ما رجحناه هو القديم، فاعلم.

وترك المبيت نسيانًا كتركه عمدًا، والظاهر أن الجاهل كالعالم.

قال: **(وَرَمَى كُلَّ يَوْمٍ إِلَى الْجَمَرَاتِ الثَّلَاثِ كُلَّ جَمْرَةٍ سَبْعَ حَصَيَاتٍ)** أي:

فَإِذَا رَمَى الْيَوْمَ الثَّانِيَ وَأَرَادَ النَّفْرَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ جَازَ، وَسَقَطَ مَبِيتُ اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ وَرَمَى يَوْمِهَا، ....

وجوبًا يعيد أو إتباعًا، وأول الجمرات تلي مسجد الخيف.

وثانيها: الوسطى، وهما بمنى.

وثالثها: جمرة العقبة، وليست من منى.

قال: (**فَإِذَا رَمَى الْيَوْمَ الثَّانِيَ وَأَرَادَ النَّفْرَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ جَازَ وَسَقَطَ مَبِيتُ اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ وَرَمَى يَوْمِهَا**) أي: ولا دم عليه؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣] نعم الأفضل عدم النفر؛ لأنه ﷺ لم يفعله، اللهم إلا أن يتعجل لعذر لضيق، وغلاء، وخوف ونحوها.

تنبيهات: منها: قال الروياني: لا عذر له، إذا لم يبت ليلتي اليومين الأولين من التشريق، ورمى في الثاني، وأراد النفير مع الناس.

قال أصحابنا: ليس له ذلك، وإنما جوز ذلك؛ لأهل السقاية، والرعاة أي: ونحوهم للغدو، وجوز لعامة الناس أن ينفروا، وإلا أنهم أتوا بمعظم البيت والرمي، ومن لا عذر له لم يأت بالمعظم، فمن يجن له النفير فيجب استثناء هذه الصورة من إطلاق الكتاب، وسيأتي عن جماعة من المراوزة ما قد ينازع في ذلك.

ومنها: قال العمراني: سمعت الإمام العثماني من أصحابنا يقول: إذا نفر قبل الزوال لم يسقط عنه مبيت الليلة الثالثة، ولا رمي يومها؛ لأن سقوطها بنفيرٍ جائز، وهذا غير جائز، انتهى.

وفي كلام الكتاب إشارة إليه.

ومنها: من تعجل، ومعه فاضل حصى طرحه أو دفعه لغيره.

قال الأئمة: ولا أصل لدفنه، ولا يعتبر بفعل العوام له.

ومنها: قضية إطلاق المصنف، وغيره أن الإمام في هذا النفير لغيره من الناس؛ ولجوازه فلا ينفر إلا بعد إكمال المناسك، وهو غريب.

ولم يبعضه الشيخ بكبرٍ، وقد ينقدح القول به؛ مراعاة لمصلحة من لم

فَإِنْ لَمْ يَنْفِرْ حَتَّى غَرَبَتْ وَجَبَ مَبِيتُهَا وَرَمَى الْغَدَ، ....

يتعجل من الحجيج، ولو نفر هو وتأخروا لطاعوا أو نهبوا، ولو يعجلوا معه لتضرروا بذلك؛ لعدم تمكنهم منه؛ لضرورات لهم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَنْفِرْ حَتَّى غَرَبَتْ وَجَبَ مَبِيتُهَا وَرَمَى الْغَدَ**)؛ لما في «الموطأ» عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول: من غربت به الشمس من أوسط أيام التشريق وهو بمنى، فلا ينفرن حتى يرمي الجمار من الغد.

قلت: ولا يصح رفعه.

قال ابن عبد البر: إنما قال ذلك؛ لأن من غربت له الشمس، وهو بمنى لزمه المبيت بها، فإذا أصبح من اليوم الثالث، لم ينفر حتى يرمي؛ لأنه ليس ممن تعجل في يومين، فإن أقام حتى تزول الشمس رمى الرمي على سننه في تلك الأيام، وقد رخص له أن يرمي في اليوم الثالث ضحىً، انتهى لفظه، ولم ينقل هذا الترخيص عن أحد، والمعروف عندنا أنه لا فرق بين اليوم الثالث والثاني في اعتبار كونه بعد الزوال، وما ذكره عليه العمل في هذه الأعصار، يبقى أمير الحاج ضحىً، ويتبعه الناس، ولا يستطيع أحد أن يتخلف خوفًا على نفسه وماله، فإن صح ما ذكره عن القائلين باعتبار الزوال، كان فائدة جليلة، ووقع في أصل الروضة أن الأصح أن له ذلك، وعزاه في شرحه للمهذب إلى الرافعي، ولا أحسبه يصح عنهم.

تنبيهات: لا خفاء أنه يحصل النفير بمفارقة منى قبل الغروب، وكذا لو ارتحل فغابت قبل انفصاله منها، وفيه وجه، وقد وجه بظاهر أثر ابن عمر، ولو غربت وهو في شغل الارتحال لم يكن له النفر على الأصح، وهو سهو، ولو نفر قبل الغروب، ثم عاد إليها قبله أو بعده، فله النفر في الأصح، فلو تبرع بالمبيت لم يلزمه رمي الغد، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، فيخرج منه مسألة حسنة عمت البلوى بها، وهي أن أمير الحاج في هذه الأعصار يبيت بمعظم الحجيج بمنى الليلة الثالثة من أيام التشريق، ثم ينفرون غالبًا صبيحة الثالث، ويدعون للرمي بعد الزوال، فلا يمكن التخلف عنهم؛ خوفًا على النفس والمال، ثم يحرم كثير من الناس بالعمرة ذلك اليوم، وظاهر كلام الأئمة أن الإحرام بها لا

……………………………………………………………………

ينعقد قبل غروب الشمس، وبه يشعر ما سلف عن الشريف، والعثماني، وربما كانت عمرة الإسلام.

وفي تعليق القاضي أبي الطيب: قال الشافعي في «الأم»: إذا تعجل في يومين فنفر، ثم ذكر أنه ترك رمي اليوم الثاني أو بعضه، فاستحب له أن يرجع فيرمي؛ لأن وقت الرمي باقٍ، ولا يجب عليه ذلك، وسواء رجع أو لم يرجع، فإن الدم ثابت في الذمة؛ لأن الخروج من الحج ذمته بمنزلة خروج الوقت، وقد ثبت أنه يجب عليه الدم إذا أخذ بالرمي حتى خرج الوقت، فكذلك إذا خرج من الحج، والدليل على أنهما بمثابة واحدة أن الحاج لا يجوز له أن يعتمر في أيام منى؛ لبقاء وقت الرمي، فلو تعجل في اليوم الثاني، جاز له أن يعتمر، وإن كان وقت الرمي باقيًا؛ لأنه بالنفير خرج من الحج، وصار كما لو انقضى وقت الرمي، انتهى.

فقوله: مستدلاً أن الحاج لا يجوز له أن يعتمر في أيام منى؛ لبقاء وقت الرمي ظاهر في أنه لا يصح الإحرام بها نهار ذلك اليوم.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: إذا تعجل الحاج فخرج من منى يوم النفر الأول قبل الغروب، وفارقها مفارقة تامة قبل أن يرمي أحجار ذلك اليوم، ثم رجع إلى منى قبل الغروب فرمى الجمرات الثلاث، فهل يسقط عنه دم ترك الرمي؟ على وجهين، أحدهما: لا؛ لأنه لمَّا فارق منى فراقًا تامًا استقر الدم في ذمته، فلا تبرأ ذمته بالعود إليه، ومما يؤيد ذلك أنه لو أراد الإحرام بالعمرة بعد مفارقته منى قبل العود، جاز له الإحرام، ولو كان حكمه حكم المقيم بمنى لما جاز الإحرام بالعمرة، ألا ترى أن الشافعي ﷺ قد نص على أن الحاج المقيم بمنى لا يجوز له الإحرام بالعمرة؛ لأنه معكوف على نسك، انتهى الغرض من كلامه، وظاهره صحة إحرام من نفير في الثالث قبل الزوال، كما يصنعه الناس اليوم غالبًا، ولا يظهر فرق بين أن يحرم بها قبل الزوال أو بعده، وما نقله عن النص قد سبق، وأنهم اتفقوا عليه، وعللوه بعجزه عن الاشتغال بأعمال العمرة، ومن نفر قبل الزوال معرضًا ليس كذلك، وهذا ظاهر إذا كان

....

حازمًا فقدم العدم للعدم للرمي، كما هو الواقع.

وقد يحظر بالثاني تخريج ذلك على أنه هل يجب عليه العود إلى منى، والرمي أم لا؟ إن قلنا: لا يجب كما حكاه القاضي أبو الطيب عن النص: صح إحرامه بالعمرة. وإن قلنا: يجب العود والرمي، فلا يصح إحرامه بها، كالعاكف بمنى، وقد ذكر الإمام أنه لو نفر قبل أن يرمي، ثم عاد قبل غروب الشمس، إن أجمع طريقة في ذلك ما ذكره صاحب «التقريب»؛ إذ قال: حاصل القول فيه أربعة أقوال، أحدها: أنه إذا نفر، فقد انقطع الرمي، ولا ينفعه العود.

والثاني: أنه يجب عليه العود، ويرمي حتمًا عليه ما لم تغرب الشمس، فإن غربت تعين الدم.

والثالث: أنه بالخيار إن أراد الرجوع والرمي فله ذلك، فإذا فعله الفرض، وإن أراد ألا يرجع يريق الدم، جاز له ذلك، وسقط عنه الفرض لأحدهما.

وهذه الأقوال الثلاثة تجري في النفير الأول، والثاني.

وذكر قولاً رابعًا عن تخريج ابن سريج، وهو أنه إن خرج في النفير الأول، ثم عاد قبل الغروب، فرمى لم يقع رميه موقعه، وإن خرج في النفير الثاني ولم يرم، ثم عاد، ورمى قبل الغروب، وقع موقعه، والفرق أن الخروج في النفير الثاني لا حكم له، فإنه منتهى الوقت نفر أو لم ينفر، فكان خروجه في قطع علائق منى، فإذا انقطعت العلائق، لم يعد، انتهى.

فتأمل ما ذكره.

وهل تتخرج المسألة على ذلك كما أشرنا إليه، ويبقى النظر إن صح التخريج في الراجح من هذه الأقوال، ولم أرها في كلام الرافعي، والمصنف، وطريق من أراد المبيت بمنى الليلة الثالثة، ولا يمكنه النفير الأول، وأن يفارق منى بعد رمي اليوم الثاني قبل الغروب، ثم يعود ويبيت بها، فإذا أصبح فلا رمي عليه، فينفر متى شاء، ويحرم بالعمرة متى شاء، وإلا فينبغي ألا يحرم بها إلا بعد تحقق فوات الرمي، والأحوط تأخيرها إلى ما بعد الغروب إن أمكن،

وَيَدْخُلُ رَمْيُ التَّشْرِيقِ بِزَوَالِ الشَّمْسِ وَيَخْرُجُ بِغُرُوبِهَا وَقِيلَ يَبْقَى إِلَى الْفَجْرِ. وَيُشْتَرَطُ رَمْيُ السَّبْعِ وَاحِدَةً وَاحِدَةً ....

وهذا كله إذا لم يقبل بما قاله الفوراني، وجماعة من المراوزة، فإذا قلنا: إن جميع أيام منى كالوقت الواحد في حق الرمي، وأنه يقع أداءً أن له أن يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال، فعلى هذا يرمون قبل الزوال في اليوم الثالث، كما هو المحكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وذكر ابن عبد البر أنه رخص له في ذلك، ولم ينسبه، ولعل الخلل من الناقل.

قال: (**وَيَدْخُلُ رَمْيُ التَّشْرِيقِ بِزَوَالِ الشَّمْسِ**) أي: يدخل رمي كل يوم منها بزوال شمسه؛ لأنه المأثور فلا يرمي قبل الزوال؛ لأنه لم يؤثر، ويستحب تعجيله بعد الزوال قبل فعل صلاة الظهر، نص عليه الشافعي في «الإملاء»، وقاله الأصحاب، إلا أن يضيق الوقت، فيقدم الصلاة إلا أن يكون مسافرًا، فيؤخرها بنية الجمع، قاله الزعفراني في «الإرشاد».

قال: (**وَيَخْرُجُ بِغُرُوبِهَا**) أي: من كل يوم؛ لعدم وروده في الليل، وهذا إنما يجيء قول صحيح على المرجح خلافه، وسيأتي أن الأظهر أنه لا يخرج بغروبها من آخر أيام التشريق، وحينئذٍ يتعين حمل كلامه على بيان وقت الاختيار لا وقت الجواز، وأحسب أن ذلك لم يمر بباله، ولا يصرح به.

قال: (**وَقِيلَ يَبْقَى إِلَى الْفَجْرِ**) أي: كالوقوف بعرفة، ومحل هذا الوجه في اليومين الأولين، أما الثالث فلا خلاف في انقضاء رميه بغروب شمسه؛ لانقضاء أيام المناسك، ومما يدل أن المصنف لم يرد ما حملنا عليه كلامه أنه لم يقل أحدٌ أن وقت الاختيار يبقى إلى آخر الليلة التي بعد اليوم، وعلى الحمل على ذلك يكون كرمي أيام التشريق، يليه أوقات فضيلة، واختيار، وجواز.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ رَمْيُ السَّبْعِ وَاحِدَةً وَاحِدَةً**) إتباعًا، كما رواه مسلم في حديث جابر ﷺ، والمراد سبع دفعات، فلو رمى حصاتين في دفعة، والسبع في دفعة واحدة، حسب له حصاة واحدة إن ترتب الوقوع، ولو رمى واحدة بيمينه، وأخرى بيساره، فكرهما بيدٍ واحدة، ولو أتبع الحجر بآخر فرميتان،

اعتبارًا بالرمي.

وقيل: إن وقعتا معًا أو الثالثة أولاً، فواحدة اعتبارًا بالوقوع.

فرع: يصح أن يرمي بحجرٍ قد رمى به هو أو غيره.

وقال المزني: لا يجوز أن يرمي هو بما رمى هو به مطلقًا، ولو رمى إلى جمرة بحجر، ثم أخذها في الحال، ورمى بها في ذلك اليوم، فوجهان، أصحهما عند الشيخين، وغيرهما الجواز، وحينئذٍ يتأدى الرمي جميعه بحصاة واحدة، وفي الترجيح نظر! إذ المقام مقام اتباع وتعبد، وقضيتهما عدم الإجزاء، وهو ما رجحه الإمام، والغزالي، وغيرهما.

وقال أبو عمرو بن الصلاح: أنه الأقوى، وهو المختار، والأقرب إلى كمال الكتاب، وما أحسن قول الإمام في الحجر الذي رمى به إذا أراد استعماله في رمي آخر، فإن تعدد الشخص أو الجمرة أو الوقت، لم يمتنع وفاقًا، وإن اتحد اليوم، والجمرة، والرامي فوجهان، أظهرهما لإعادة الأسباب، والعدد مطلوب معنى.

فرع: قال في «التتمة»: يوالي بين الحصيات، فلو فرق، فإن لم يبطل زمان التفريق أجزأه، وإن طال التفريق فعلى قولين، كما في الوضوء، وهكذا يوالي بين الجمرات، ولا يفصل بينهما إلا بقدر وقفة الدعاء، فإن يحول فعلى قولين.

وقال الشيخان وغيرهما في اشتراط الموالاة بين رمي الجمرات، ورميات الجمرة الواحدة: الخلاف موالاة الطواف.

قال: **(وَتَرْتِيبُ الْجَمَرَاتِ)** أي: وهو أن يبدأ بالجمرة التي تلي مسجد الخيف، ثم يرمي الوسطى، ثم جمرة العقبة، فلا يعيد برمي الثانية قبل تمام الجمرة الأولى، ولا بالثالثة قبل تمام الأولين؛ إتباعًا له ﷺ كما رواه البخاري من حديث ابن عمر ﵄ فلو عكس فبدأ بجمرة العقبة، ثم الوسطى، ثم التي تلي المسجد، اعتد له بالتي تلي المسجد، ولو ترك حصاة، وجهل موضعها

وَكَوْنُ الْمَرْمِيِّ حَجَرًا، وَأَنْ يُسَمِّيَ رَمْيًا فَلَا يَكْفِي الْوَضْعُ، ....

جعلها من الأولى فتكملها، ثم يعيد الآخرين مرتبًا، سواء تركها عمدًا أو نسيانًا أو جهلاً.

فقال: **(وَكَوْنُ الْمَرْمِيِّ حَجَرًا)** أي: للإتباع، والأمر بالحصى، فلا يكفي الرمي بالذهب، والفضة، وغيرهما من المنطبعات، ولا باللؤلؤ، وما ليس بحجرٍ من طبقات الأرض، ويكفي بحجر الحديد على الأصح.

قال الشيخان وغيرهما: ويكفي أيضًا بالفيروزج، والياقوت، والزمرد، والزبرجد، والعقيق، والبلور على الأصح؛ لأنها أحجار.

وقال الإمام في «النهاية»، والغزالي في «البسيط»، وصاحب «الذخائر»، وابن الصلاح: الظاهر أنه لا يجزئ الرمي بها.

قال الإمام: ما سبق، وما لم يسبق، وكلامه يشعر بأنها ليست بأحجار خفيفة، فإنه قرر وجوبه كون المرمي به من الأحجار، لا يجزئ غيرها، فإنها غير معقولة المعنى.

ثم قال: ويرد جواب الأئمة لصاحب «التقريب»، وغيره في الجواهر التي تتخذ فصوصًا، والظاهر أنه لا يجزئ الرمي بها، وعبارة «الذخائر»، والظاهر عندهم يعني الأصحاب.

قلت: ويظهر تحريم الرمي بها، وإن قلنا بالإجزاء إذا كان الرمي بكسرها، ويذهب معظم ماليتها، ولا سيما النفيس منها؛ لما فيه من إضاعة المال، والسرف، والظاهر أنه لو غصب حجرًا أو سرقه، ورمى به كفى، ثم رأيت القاضي ابن كج جزم به. قال: كالصلاة في الثوب المغصوب.

قال: **(وَأَنْ يُسَمِّيَ رَمْيًا فَلَا يَكْفِي الْوَضْعُ)** أي: على الصحيح، ولا الدفع بالرجل، ولا الرمي عن القوس؛ لأنه خلاف المأثور، وجزم المتولي بأنه لو رمى بعد طواف أو يطوف كما أجزأه، وفي إجزاء الرمي بالقَذَافَة، نظر! لأنها كالقوس، ولو وضع الحصاة بفيه، ولفظها إلى المرمى، فلم أر فيه شيئًا، وهو محتمل.

قال أصحابنا: ويشترط قصد المرمى، فلو رمى في الهواء، فوقعت في

وَالسُّنَّةُ أَنْ يَرْمِيَ بِقَدْرِ حَصَى الْخَذْفِ، ....

المرمى، لم يجزئه، ولو قصد المرمي، ولكن شك هل وقعت فيه أم لا، لم يجزئه على الجديد الصحيح، ويشترط أيضًا ألا يقصد على الصحيح برميته شيئًا آخر عن الرمي؛ لأنه يكون صارفًا، وإن قلنا: لا يجب للمرمي نية، كما هو المذهب.

وقيل: يجب النية، وقيل: لا يفتقر الوقوف بعرفة إلى النية قطعًا، والخلاف فيما عداه.

قال: (**وَالسُّنَّةُ أَنْ يَرْمِيَ بِقَدْرِ حَصَى الْخَذْفِ**)؛ تأسيًا واتباعًا لأمره وفعله ﷺ.

قال الشافعي: حَصَى الْخَذْفِ أصغر من الأنملة طولاً وعرضًا، قدر حبة الباقلاء، وقيل: قدر النواة، فلو رمى بأصغر من ذلك أو أكبر أجزأه مع الكراهة، نص عليه، وجرى عليه الأصحاب، وهنا شيئان: أحدهما: في ثبوت الخلاف، وفي كون حَصَى الْخَذْفِ مثل الباقلاء أو النوى، وقفة، فإن عبارة بعضهم عن النص كقدر الباقلاء ومثل النواة، فلعل مثل حرفت بقتل، وفيه بعد.

والثاني: قضية كلام الشافعي، والأصحاب أن ما سمي حصاة إن صغر يكفي. وقال صاحب «الذخائر»: يتعين أن يكون الحجر المرمي به قدرًا يمكن رميه برؤوس الأصابع، ولم أر هذا التحديد لغيره، والأشبه أن الإجزاء دائر مع الاسم، فإن كان دون ذلك لا يسمى حصى، فلا نزاع، والله أعلم.

نعم؛ صرحوا بأنه لو رمى بحجرٍ يملأ الكف مثلاً أو بحجرٍ كبير أجزأه، ولم يصرحوا ما إذا رمى بحجر كبير لا ينقله إلا بيديه، وفي النفس من الإجزاء نظر!.

والظاهر أنه لا يكفي دحرجة الصخرة الكبيرة؛ لأنه لا يسمى رميًا.

فرع: قال الرافعي: تبعًا للمتولي، والبغوي في صفة الرمي أنه يضع المرمى به على بطن إبهامه، ويرميه برأس السبابة، زاد في «الروضة» هذا وجه ضعيف، والصحيح المختار أنه يرميه على غير هيئة الخذف.

وقال في «شرح المهذب»: أن بذلك قطع الجمهور.

وقال في «البحر»: أنه يضع الحصاة على طرف سبابته، ويضع طرف إبهامه عليها، ثم يخذف خذفًا، انتهى.

....

وهذا قريب، ولا وجه لاستحباب كيفية بلا دليل، والسنة أن يرمي بيده اليمنى، وأن يرفع الرجل يده حتى يرى بياض إبطه تأسيًا، ولا يستحب للمرأة ولا للخنثى.

وقول الشيخ في «تصحيحه»: الأصح أنه لا يستحب للمرأة رفع يدها، صريح في أنه يستحب لها على وجه، ولم أره في الكتب، ويحتمل أن يقال: يرفع رفعًا خفيفًا.

وينبغي أن يستحب لها الرفع التمام إذا لم يكن هناك أحد أو كان زوج أو محارم فقط أو في ظلمة الليل إذا اتفق الرمي ليلاً كما سيأتي، وأن يكون متطهرًا، وأن يستقبل في رمي التشريق، وأن يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي، ولا يقف عندها، وأن يرمي الجمرتين الأولتين من علو، وأن يقف عندهما بقدر قراءة سورة البقرة يدعو، ويكبر، ولا يقف إذا رمى الثالثة تأسيًا، وأن يكون راجلاً في اليومين الأولين، راكبًا في الأخير، وينفر عقبه، كما أنه يرمي يوم النحر، ثم ينزل، هكذا قال الجمهور، ونص عليه في «الإملاء»، وفي «الأم»، ولفظه: ويرمي جمرة النحر راكبًا، وذلك يرميها يوم النحر راكبًا، والمشي في اليومين الآخرين أحب إلي.

قال الرافعي: وذكر في «التتمة»: أن الصحيح ترك الركوب في الأيام الثلاثة، زاد في «الروضة»، وهذا ليس بشيء، والصواب ما تقدم.

قلت: وفي التصويب نظر! وعبارة «التتمة»: المستحب أن يرمي في اليومين الأولين من أيام التشريق تأسيًا، وفي اليوم الأخير راكبًا؛ لأنه يوافي الموضع راكبًا، هكذا ذكره في «الأم»، وفي نسخة «الإملاء»، وكذا حكاه الشيخ عنه.

قال المتولي: والصحيح أن الأولى أن يرمي غير راكب في الأيام كلها؛ لما روي عن ابن عمر ﵄ أنه كان يرمي من الجمرات في الأيام الثلاثة بعد يوم النحر؛ تأسيًا ذاهبًا وراجعًا، ويخبرهم أن النبي ﷺ كان يفعل ذلك، انتهى.

....

هذا الحديث رواه الترمذي بلفظ: أنه ﷺ كان إذا رمى الجمار مشى إليها ذاهبًا وراجعًا(١)، ثم قال: حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم، انتهى، واللفظ المذكور في «التتمة» رواه أبو داود.

وقال الحليمي في «المنهاج»: ينبغي لمن رمى أن يرمي ماشيًا، ولا يركب إلا من عذرٍ.

روي أن عمر ﷺ رأى رجلًا يقود بامرأته على بعير يرمي الجمرة فعلاه بالدرة إنكارًا لركوبها، وكان ابن عمر يمشي إلى الجمار، ويرمي ماشيًا. وابن الزبير ﷺ مثله، وكان جابر ﷺ يكره الركوب إلى الجمار، إلا عن مروره.

قال: فأما كونه ﷺ، وما روي أنه رمى جمرة العقبة على ناقته، فإنما كان لعلة كما روينا في الطواف، وإما لتؤخذ عنه ويقتدى، انتهى.

وهذا الثاني أحسن، وأما حديث أنه طاف راكبًا لشكوى، فرواه أبو داود، وفي إسناده ضعف. ولك أن تقول: إن كان المأخذ أنه على وقار؛ لأنه ينفر عقبه كما أشير، فقياسه أن من يعجل النفير الأول أن الأولى له أن يرمي راكبًا لهذا المعنى، ولم يقولوه، وعلى تسليم أن الركوب أولى فسببه أن يكون محل ذلك إذا لم يؤدّه المشاة؛ لشدة الزحمة، أما لو أدى به كما هو الغالب، فالأولى المشي لمن أطاقه، والله أعلم.

فائدة: قال الحليمي: وينوي الرامي عند رميه أنه يجاهد الشيطان، ويقول له: إن ظهرت لي حصيتك هكذا ورجمتك، وليتك حاضرًا عندما اعترضت لإبراهيم ﷺ، يريد إدخال الشبهة عليه، فرماك، ودحرك لرميتك مثل رمية هكذا، أو أنه رمى الموبقات عن نفسه، وتبرأ منها، وليس بعائدٍ إليها، انتهى لفظه رحمه الله تعالى.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٦٨) والترمذي (٩٠٩).

وَلَا يُشْتَرَطُ بَقَاءُ الْحَجَرِ فِي الْمَرْمَى، وَلَا كَوْنُ الرَّامِي خَارِجًا عَنْ الْجَمْرَةِ، وَمَنْ عَجَزَ عَنْ الرَّمْيِ اسْتَنَابَ، ....

وقال الغزالي في «الإحياء»: ولنا رمي الجمار، فأقصد به الانقياد للأمر إظهارًا للرق، والعبودية، وانتهاضًا لمجرد الامتثال، أقصد به التشبيه بإبراهيم ﷺ حيث عرض له إبليس في ذلك الموضع؛ ليدخل على حجه بشبهة أو يفتنه بمعصية، فأمره الله تعالى أن يرميه بالحجارة طردًا له قطعًا لأمله.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ بَقَاءُ الْحَجَرِ فِي الْمَرْمَى**) أي: فلا يضر تدحرجه بعد الوقوف فيه؛ لحصول الرمي، وامتثال الأمر.

قال: (**وَلَا كَوْنُ الرَّامِي خَارِجًا عَنْ الْجَمْرَةِ**) أي: فلو وقف في بعضها، ورمى إلى الجانب الآخر منها، صح لحصول اسم الرمي.

قال: (**وَمَنْ عَجَزَ عَنْ الرَّمْيِ اسْتَنَابَ**) أي: بمرض أو حبس لحقٍ أو غيره استناب أي: ولو بأجرة حلالاً كان النائب أو محرمًا حشد فواته، وعللوا الجواز بعجزه، وقضية ذلك أنه لو تمكن من أداء الحق المحبوس به لم يكن له أن يستنيب، وهو ظاهر، وينبغي للنائب المحرم أن يرمي عن نفسه أولاً، فلو نوى به الرمي عن المستنيب وقع عن نفسه، ثم يرمي عن المستنيب، قاله في «الإملاء»، ثم إنما جوز الاستنابة لما لا يرجى زواله قبل خروج وقت الرمي، فلو استناب ظنًا دوام العجز، ويراعى عذره، والوقت باقٍ اعتد برمي ثانية على الأظهر، ويستحب الإعادة، ومقابله أقيس.

وقال القاضي ابن كج: إذا رمى عن المريض، ثم صح في أيام منى، قال أبو حامد: استحب في «الجديد» أن يعيد ما رمى عنه، فإن لم يفعل فلا شيء عليه، وفي «القديم» تجعل المسألة على قولين، أحدهما: يعتدوا.

والثاني: يستحب أن يعيد، وليس بواجب، ومثل هذا ما قلناه في المعضوب، سواء إذا برأ، وقد حج عنه، انتهى.

والمرجح هناك عدم الإجزاء، ومسألتنا أولى بالمنع؛ لسهولة الإعادة، ولو استناب؛ لعجزه، ثم أغمي عليه أو جن جاز رمي ثانية عنه في الحالين على

وَإِذَا تَرَكَ رَمْيَ يَوْمٍ تَدَارَكَهُ فِي بَاقِي الْأَيَّامِ فِي الْأَظْهَرِ.

الصحيح المنصوص، ولا يتعذر كما يرمى عنه لو مات، ولا يجزئ الرمي عن العاجز بغير إذنه إلا الصبي، ونحوه ممن يحج به الولي، وهل يجيء في زمنه عن المميز ما سبق في إحرامه عنه، فيه احتمال، وإذن العاجز حال جنونه وإغمائه لغو.

قال الشافعي في «الإملاء»: إذا لم يفق المغمى عليه أي: الذي لم يأذن لأحد، حتى تغيب الشمس من آخر أيام التشريق، أحببت لمن معه أن يرمي عنه، وعلى المغمى عليه أن يهريق دمًا.

قال ابن كج: وإنما استحب ذلك؛ لأن قومًا أوجبوه واجبات تخرج من الخلاف.

واعلم أنهم أطلقوا القول بجواز الاستنابة في الرمي بالعذر، وهو ظاهر في غير الأجير إجارة عين، فأما هو فقد أطلقوا أنه ليس له الاستنابة في شيء مما عليه من العمل، فإما أن يستثني هذه، وإما أن يجري كلامه على إطلاقه، ويفتقر ذلك للضرورة، وهذا أقرب.

فرع: قال ابن كج يصح دون المغمى عليه منهما الطواف، وهل يصح منهما الرمي. فيه وجهان.

قال: **(وَإِذَا تَرَكَ رَمْيَ يَوْمٍ)** أي: عمدًا أو سهوًا أو جهلاً **(تَدَارَكَهُ فِي بَاقِي الْأَيَّامِ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: كالرعاة، وأهل السقاية .

والثاني: لا ، كما يتداركه بعد أيام منى.

قال الشافعي في «الأم»: ومن نسي رمي جمرة من الجمار نهارًا، رماها ليلاً، ولا فدية، وكذلك لو نسي رمي الجمار، حتى يرميها في آخر أيام منى، وسواء في جمرة العقبة إذا نسي أو رمي الثلاث إذا رمي ذلك في أيام الرمي، فلا شيء عليه، انتهى.

وقال في «الإملاء»: ومن نسي رمي الجمار حتى تغيب الشمس أو الغد رمى متى ذكر في أيام منى، ولا زيادة، ولا كفارة عليه، فإن لم يذكر حتى تغيب الشمس من آخر أيام التشريق أراق دمًا، وإن ذكر بعد ما نفر فرجع فرمى قبل

....

مغيب الشمس، فلا فدية، وإن لم يفعل أراق دمًا، ومن لم يرم جمرة العقبة حتى غابت الشمس من يوم النحر، رماها متى ذكر من ليلٍ أو نهار، وهي كغيرها من الجمار، وليس يجوز في الجمار إلا واحد من قولين، أحدهما: أن يكون رميها محدودًا الأول، وتكون كل جمرة منها في يومها دون ليلتها، فإذا غربت الشمس من يومها أهراق دمًا، أو رمى وأهراق دمًا، أو رمى ولا يهراق دمًا.

والثاني: أن يكون حدها الأول معروفًا، والآخر أيام التشريق، وبهذا يقول، انتهى.

وأجمع الأصحاب على أن بغروب الشمس آخر أيام التشريق يفوت الرمي، فلا يفعل أداء ولا قضاء.

قالوا: ولا خلاف إن رمى الثالث بفوات غروب شمسه، وفي رمي اليومين الأولين أربعة أقوال، أظهرها: أنه يرمي إلى آخر أيام التشريق، أداء، ولا دم عليه.

والثاني: قضاء، ولا دم عليه.

والثالث: قضاء، وعليه الدم.

والرابع: لا يرمي بعد انقضاء يومه، وعليه دم.

وعبارة «تجريد التجريد»: وإذا فاته اليوم الأول فهل يأتي به في الثاني؟ وكذلك الثاني والثالث أم لا؟ قال في «الإملاء»: فيه قولان، أحدهما: أنه يؤدي، ولا يفوت، إلا بفوات جميع أيام التشريق.

والثاني: إن رمى كل يوم يفوت بفواته، فعلى هذا كيف يعمل؟ فيه ثلاثة أقوال ذكرها في «الإملاء»، أحدها: أنه يرمي قضاء، ولا دم عليه.

والثاني: قضاء، وعليه دم.

والثالث: وهو الصحيح أنه لا يرمي، وعليه دم، انتهى.

وصرح الأصحاب بأنه لا فرق بين كون التأخير عمدًا أو سهوًا، وألحقت إلى الثالث به قولي: أو جهلاً، ولا شك فيه، ولا فرق بين أن يؤخر اليوم الأول إلى الثاني، والأول والثاني إلى الثالث، هذا في رمي أيام التشريق،

وَلَا دَمَ، وَإِلَّا فَعَلَيْهِ دَمٌ، ....

وأما رمي يوم النحر ففيه طريقان، أصحهما: أنه كغيره فيما ذكرناه، وهو المنصوص كما سبق.

والثاني: القطع بعدم التدارك للمغايرة بين الرميتين قدرًا ووقتًا، وحكمًا، وأيد بأنه لم يرد الرخصة فيه، فعلى هذا الطريق يصح ما قيل أن وقتها إلى آخر يوم النحر، وقيل: إلى فجر غده، وعلى الأصح، والقول بالأداء يمتد إلى القضاء أيام التشريق.

قلت وفي «تجريد التجريد»: إن تركه يترتب على تركه في أول أيام التشريق أو ثانيها إن قلنا هناك لا يرمي فيما بعد، فهاهنا أولى، وإلا فهاهنا وجهان، المنصوص أنه يرمي، والثاني: لا؛ لأن يوم العيد مخالف لسائر الأيام في عدد الرمي ووقته، فجاز أن يخالفها في هذا الحكم، انتهى.

وقول المصنف: وإذا ترك رمي يوم أي: من أيام التشريق، كما اقتضاه سياق كلامه، ولم يتعرض ليوم النحر.

وقوله: على الأظهر أشار به إلى الخلاف في التدارك، وليس فيه التعرض؛ لكونه أداء أو قضاء، وهو أداء في الأظهر عند الجمهور.

وقول ابن الرفعة: أن الإمام والرافعي صححا خلافه سهوًا منه، فعلى هذا أيام منى في حكم الوقت الواحد، وكل يوم للقدر المأثور به وقت اختيار، كأوقات الاختيار للصلاة، هذا حاصل «الروضة»، وسيأتي ما فيه.

وقوله: (وَلَا دَمَ) أي: مع التدارك؛ لحصول الإجبار، وهو كذلك على القول بالأداء قطعًا، وبالقضاء على الأصح، وقوله: (وَإِلَّا فَعَلَيْهِ دَمٌ) أي: وإن لم يتداركه وجب الدم؛ لأنه ترك نسكًا، والحاصل أنَّا حيث قلنا لا يتدارك، أو قلنا به فلم يتدارك، وجب الدم.

تنبيهات وفوائد مهمة قلائل:

فمنها: سبق أن التدارك إذًا على الأظهر عند الجمهور، وأنه فرع عليه في «الروضة» أيام منى في حكم الوقت الواحد إلى آخره.

وقال قبله: أن ذوي الأعذار يجوز لهم تأخير رمي يوم واحد، ولا يجوز تأخير يومين، فكيف يستقيم تجويز تأخير يومين بلا عذر من غير توفيق، ولا يجوز ذلك للمعذور، والحق أنه إذا جاز التأخير لغير المعذور فله أجوز، والوجه أن يقال: إن قلنا التدارك في بقية الأيام إذا جاز التأخير للجميع، وإن قلنا: قضاءً أو لا يتدارك أصلاً لم يجز.

والبغوي إنما منع في الرعاة ونحوهم ترك يومين؛ لاعتقاده أنه قضاء، والرافعي تبعه في ذلك مع أنه ترى أنه أداء، وكان الصواب أن ينبه على ذلك، ويكون الوجه على قول الأداء الجواز.

ومنها: ترجيح قول الأداء مشكل، وتأخير الرمي بغير عذرٍ استشكل؛ لمخالفته فعله ﷺ وقوله: «خذوا عني مناسككم» والمقام مقام اتباع، وبعد فينبغي ألا يجوز التأخير من غير عذرٍ. وللمؤخرين أقسام: الأول: أرباب الرخصة، فالتأخير والتدارك في حقهم جائز، وهل تداركهم أداء أو قضاء؟ فيه احتمال، الأقرب أنه أداء كما لو أخر الصلاة بنية الجمع.

الثاني: من أخَّر يومًا لنسيان أو جهل، فيقوى إلحاقه بأرباب الرخصة في التدارك، فيه احتمال، وقد يمنع في حالة الجهل؛ لتقصيره بترك التعلم.

الثالث: المؤخر بلا عذر أصلاً، فالتجويز له بعيد، ونقول القول فيه بعدم التدارك، وإن صرحوا بالتدارك فيه.

ومنها: سبق أن المذهب أن رمي يوم النحر كغيره في كونه يتدارك أداء على المذهب، ولم أر من صرح بجواز تأخيره.

وحكي عن ابن داود شارح «المختصر» من أئمتنا أنه لما ذكر أن الرعاة يؤخرون اليومين إلى الثالث أن رمي يوم النحر لا يؤخر؛ لأنه من أعمال التحلل، وما قاله: صحيح، فليس على جواز تأخيره دليل، وفي جواز تداركه الطريقان السابقان، ولا يمتنع القول بجواز التدارك قضاء أو أداء مع البعضية، بل يجد الفقيه له أمثلة.

……

ومنها: إذا قلنا: أداء قال الفوراني: جاز أن يرمي في يوم الغد، كما يجوز أن يرمي في غدٍ لأمس؛ لأن هذه الأيام كيوم واحد، فإن قلنا: قضاء، لم يجز.

ونقل الإمام هذا عن الأئمة، وتبعهم الرافعي في «الشرح الصغير»، وذكر في «الكبير» نقل الإمام، ثم قال: لكن يجوز أن يقال: ووجه يتسع من جهة الآخر دون الأول، فلا يجوز التقديم.

قلت: والصحيح ما قاله الروياني: أن الصحيح أنه لا يجوز تعجيله قولاً واحدًا. وقال المصنف: إنه الصواب، وبه قطع الجمهور تصريحًا.

قال غيره: ومفهومًا، وهو مقتضى كلام الشافعي في «الإملاء» و«البويطي» فعلى هذه العبارة المحررة أن يقال: يدخل رمي كل يوم من أيام التشريق بزوال شمس ذلك اليوم، وينقضي بانقضاء أيام التشريق على المذهب.

ومنها: هل له في اليوم الثاني أن يرمي قبل الزوال ما فاته في اليوم الأول؟

قال الإمام: إن قلنا قضاء فوجهان، الأصح في «الشرح الصغير» المنع، وبه جزم في «الكبير».

قال الإمام والرافعي في «الشرح الصغير»: والوجهان جاريان في تدارك الرمي ليلاً، هذا كله إذا قلنا قضاء، فإن قلنا: أداء، فعبارة «الشرح الكبير» أنه يجوز تقديم رمي يوم التدارك على الزوال، وكأنه يريد تقديم الرمي يوم التدارك.

وقال في «الشرح الصغير»: وفيما قبل الزوال والليل، والخلاف، وعبارة الإمام: أنه يجزئه الخلاف على بعد.

قال: والوجه القطع بالمنع، وبه جزم في «الوسيط» تفريعًا على الأداء، وما سبق عن نصوص الشافعي في «الإملاء» و«الأم» يخالفه، فالراجح مذهبًا جوازه ليلاً، وقبل الزوال، سواء قلنا أداء أم قضاء، وأما من جهة الدليل فالأرجح في رمي أيام التشريق التقييد بما بعد الزوال، كما قاله الغزالي؛ لما في «البخاري»: «حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ حَدَّثَنَا مِسْعَرٌ عَنْ وَبَرَةَ قَالَ: سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ

……

- رضي الله عنهما - مَتَى أَرْمِي الْجِمَارَ؟ قَالَ: إِذَا رَمَى إِمَامُكَ فَارْمِهْ، فَأَعَدْتُ عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةَ، قَالَ كُنَّا نَتَحَيَّنُ، فَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ رَمَيْنَا»(١).

وفي «الموطأ» عن نافع: أنه لا يرمي الجمار في الأيام الثلاثة حتى تزول الشمس، ولا دليل يخالفه، وأما في يوم النحر فعدم التقييد أرجح(٢).

ومنها: هل يجب الترتيب بين الرمي المتروك ويوم التدارك؟ قولان، أظهرهما: نعم، كالترتيب في المكان.

قال الرافعي: ويتوهما إن صح على التدارك أداء أو قضاء، إن قلنا: أداء وجب الترتيب، وإلا فلا.

فإن قلت: هل يختص ذلك برمي أيام التشريق أم يأتي في جمرة العقبة يوم النحر، حتى يجب الترتيب عند تركها بين رميها، ورمي التشريق؟

قلت: إطلاقهم يوهم العموم، لكن الشافعي قال في «الإملاء» مع نصه على الترتيب في رمي أيام التشريق متى إذا نسيه، قال: لو نسي جمرة العقبة، فلم يذكرها إلا بعد رمية يومين أو اليوم الثالث قبل مغيب الشمس أجزأه عنه رميها، ولا إعادة عليه لما مضى، انتهى.

فلو رمى إلى الجمرات كلها عن اليوم قبل أن يرمي إليها عن أمسه أجزأه إن لم يوجب الترتيب، وكذا إن أوجبناه على الأصح، ويقع عن أمسه.

والثاني: لا يجزئه أصلاً.

ومنها: وقع في «الروضة» مواضع سقيمة هنا، أكثرها في الشرح، وهي في «الشرح الصغير» صحيحة، وكأنه سقط من «الكبير» أشياء أحدها، أنه لو قال أثر قوله أن جملة أيام منى كالوقت الواحد أنه يجوز تقديم رمي يوم التدارك على الزوال، مراده أن الرمي للفائت إذا قلنا يقع؛ إذ يجوز تقديمه على الزوال، وبه صرح في «شرح المهذب».

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٤٦).

(٢) أخرجه مالك (٩٢٠).

وَالْمَذْهَبُ تَكْمِيلُ الدَّمِ فِي ثَلَاثِ حَصَيَاتٍ.

وهذا وجه في «الشرح الصغير» وصحح فيه المنع، وهو ما في «الوجيز».

وقال الإمام: ينبغي القطع به فبان الخلل؛ إذ لا يجزم به في الشرح، بخلاف ما في الشروح مع السكوت، وأيضًا فقد فرع الرافعي على أن التدارك قضاء أنه لا يجوز تقدمه على الزوال، فكيف يقال ذلك على قول الأداء؟ وسكت في «الشرح الكبير» عن حكم الرمي ليلاً على قول الأداء، والأصح في «الشرح الصغير» فيه المنع، وقد بينا أن المنصوص خلافه.

الثاني: قال الإمام: لو صرف الرمي إلى غير النسك بأن رمى إلى شخص أو دابة في الجمرة، ففي انصرافه عن النسك الخلاف في صرف الطواف، فإن لم ينصرف وقع عن أمسه، ولغى قصده، وإن انصرف وشرطنا الترتيب أي: بين يوم التدارك، واليوم الحاضر لم يجزئه أصلاً، وإلا أجزأه عن يومه.

قلت: وهذا سهو؛ لأنه إذا صرفه عن النسك، وقلنا: ينصرف، وهو الأصح لغى، ولم يجزئه عن يومه ولا أمسه.

وعبارة «النهاية» صواب، وهي إن قلنا: لا ينصرف لو رمى على قصد يومه وقع عن أمسه، فإن قلنا: ينصرف، فإذا نوى وظيفة يومه، فإن لم يوجب الترتيب أجزأه عن يومه، وإن قلنا: أوجبناه لم يجزئه أصلاً، انتهى.

فاعلم أن مسألة الدابة مقدمة، هذا التبيين بها إن قصد اليوم صرف له عن أمسه لا مطلقًا.

الثالث: إذا ترك رمي بعض يوم من التشريق فثلاث طرق، وقع في «الروضة»، وأصلها إسقاط الطريقة الصحيحة المجزوم بها في «المحرر»، والمسألة هي في «الشرح الصغير» و«المنهاج» على الصواب، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ تَكْمِيلُ الدَّمِ فِي ثَلَاثِ حَصَيَاتٍ**)؛ لوقوع اسم الجمع عليها، ولا يلزمه زيادة في الترك عليها، حتى لو ترك رمي يوم النحر، وأيام التشريق كفاه دم واحد على أصح الأقوال؛ لإيجاد جنس الرمي، فأشبه حلق الرأس.

وَإِذَا أَرَادَ الْخُرُوجَ مِن مَكَّةَ طَافَ لِلْوَدَاعِ، وَلَا يَمْكُثُ بَعْدَهُ ....

والثاني: دمان.

والثالث: أربعة دماء، فعلى المذهب في الحصاة الواحدة، والحصاتين الأقوال الآتية في الشعرة والشعرتين، فلا يكمل الدم في بعضها، بل إن ترك جمرة ففيها الأقوال الثلاثة في الشعرة، وإن ترك جمرتين فعلى هذا القياس، وإن ترك حصاة من جمرة، فإن صاحب «التقريب» إن قلنا في الجمرة ثلاثة دماء، ففي الحصاة جزء من أحد وعشرين جزءًا من دم، وإن قلنا في الجمرة مد ودرهم، فيحمل أن يوجب سبعة أمداد أو سبعة دراهم، ويحتمل ألا يبعضها.

والطريق الثالث: أن الدم يكمل في حصاة واحدة، وهو غريب.

إشارة: أسقط في «الروضة»، وأصلها كما سبق الطريقة الصحيحة مع قول الرافعي أن الإمام جمع في المسألة طرق أو عبر عنها في «الشرح الصغير» بالأوجه.

قال: (**وَإِذَا أَرَادَ الْخُرُوجَ مِن مَكَّةَ طَافَ لِلْوَدَاعِ، وَلَا يَمْكُثُ بَعْدَهُ**) الشرح: الأصل في مشروعيته بعد الإجماع، فعله ﷺ وقوله: «**لَا يَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ**»(١) رواه مسلم، وفي رواية له للبخاري: أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا أنه خفف على المرأة الحائض.

واعلم أن قوة كلام المصنف يسير إلى أن الكلام في الحاج للخارج إلى وطنه، وفي معناه المعتمر الخارج أيضًا لا في كل خارج في الغرض يتضح إن شاء الله تعالى برسم **مسائل**: إحداها: إذا أراد الحاج أو المعتمر الذي داره بمسافة القصر، فأكثر الخروج إليها أو إلى نحوها عقب نسكه، ودع البيت بالاتفاق للأحاديث، والآثار الصحيحة، وفي الوجوب القولان وجه الوجوب الأمر به، فعليه يجبر تركه بدم لسائر الواجبات.

والثاني: سنة يندب جبره، ولا يجب إذ لو وجب لوجب على المعذور جبره بالدم، وإلحاقًا له بطواف القدوم، ومنه من قطع بهذا، وحمل الأمر على الندب

---

(١) تقدم.

المؤكد، وإن أراد من ذكرناه المقام بمكة فلا وداع عليه سواء الغريب وغيره.

قال الإمام: فإن أراد السفر، ويقضي عزيمة الإفاضة، فلا وداع عليه، وهذا منه ملاحظ؛ لكونه من المناسك، وهو الحق، أما من لا يراه منها فيقول: يودع، ولكن هل يلزمه؟ سنذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية: لو أراد هذا البعيد الدار الرجوع إلى بلده من منى يوجب عليه الوداع كالخارج من مكة، ولو طاف يوم النحر للإفاضة، ثم ودع، ثم رجع إلى منى، ثم أراد النفير منها في وقت النفير إلى وطنه، فهل يجزئه ذلك الوداع؟

قال في «البيان» اختلف فيه أصحابنا المتأخرون، فقال الشريف العثماني: نعم، وقيل: لا، وهو ظاهر كلام الشافعي، وظاهر الحديث.

وقال المصنف: أنه الصحيح، ومقتضى كلام الأصحاب.

قلت: فقوله في الكتاب من مكة يفهم التقييد بالخارج منها فقط، وكان الأحسن أن يقول الرجوع إلى بلده أو نحو ذلك، نعم؛ يقول بعض العثمانيين من أصحابنا أن من نفر من منى لا وداع عليه، وهو الجواب في «الذخائر»، فإنه قال: قال الشافعي: وليس على الحاج بعد فراغه من الرمي أيام منى إلا وداع البيت، وحمله ذلك أن الغريب إذا فرغ من الرمي، ونفر من منى، فنزع إلى وطنه، ولم يعرج على مكة جاز، ولا وداع عليه، انتهى.

وفي كلام «النهاية» رمز إليه، وفي «تعليق» البغوي: وإذا فرغ من الرمي يوم النفر الثاني، فقد تم الحج بأركانه، وهيئته، وتوابعه، وليس عليهم شيء، اللهم إلا إذا لم يكونوا طافوا طواف الإفاضة، فعليهم ذلك، انتهى.

وهو كالصريح في أن لهم النفير من منى إلى بلادهم إذا لم يكن عليهم طواف الإفاضة، ويساعده قول الماوردي في«الإقناع»: وإذا رمى الجمار فقد أكمل حجه، ولم يبق عليه إلا طواف الوداع عند ارتحاله من مكة إن عاد إليها، وهو يحمل الثالثة إذا أراد الخروج دون مسافة القصر.

قال البغوي: لا وداع عليه، وهو قضية كلام صاحب «الكافي»، وما

....

سيأتي من كلام أيضًا.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: الصحيح المشهور أنه متوجه على كل من أراد مسافة القصر، فدونها بعدت المسافة أو قربت، وممن صرح بهذا صاحب «البيان»، وغيره.

قلت: نقله ابن المنذر عن أبي ثور فقط، فمن خرج إلى منزله قريبًا كان أو بعيدًا، وعبارة «البيان» كعبارته، وعموم الحديث يشهد له، وكأن الشيخ أخذ الصحة التصحيح، والشهرة من إطلاق الأئمة لا من التنصيص على عدم الفرق، وفيه شيء سيأتي، وأما من خرج إلى دون مسافة القصر على عزم الرجوع، ولم يكن منزله، فالوجه ألا وداع عليه، ويؤيده قول العمراني.

قال في «المعتمد»: ليس على المعتمر الخارج إلى التنعيم وداع، ولا دم عليه بتركه عندنا، خلافًا لسفيان الثوري، ونقله ابن المنذر، وغيره عن نص الشافعي، وفي كلام الرافعي الآتي رمز إلى الجزم بأنه لا وداع عليه، وإنما الكلام فيمن فارق إلى مسافة القصر، ووجهه لا يخفى.

الرابعة: الوداع لمن أحرم بالحج من مكة عند خروجه إلى منى(١) متفق عليه.

والظاهر أنه مندوب لا واجب من غير خلاف، فلا يجب جبره قطعًا، وإنما تلك الأحكام لطواف الوداع آخر النسك، ومما يشير إلى هذا قول المحاملي في «التجريد» بعد نقله القولين في وجوب الوداع، فإن طاف للوداع، وخرج، وعاد إلى مكة لحاجة، فيستحب أن يطوف ثانيًا، فإن تركه فلا شيء عليه؛ لأنه قد أتى بطواف الوداع دفعة، انتهى.

ولو كان الطواف واجبًا في كل خروج لوجب بعد عوده، ولا يجبر تركه بدم ندبًا ولا وجوبًا، وسيأتي ما يؤيد هذا.

الخامسة: لم أر من صرح بثبوته في حق مفارق، وإن لم يكن حج ولا

---

(١) تقدم.

....

اعتمر، إلا ما يفهمه عموم كلام البغوي في «التهذيب»، وصريحه في «شرح السنة» كما سيأتي.

قال صاحب «الذخائر»: وإذا عاد بعد الرمي إلى مكة، فإن أقام بها فلا وداع عليه؛ لأنه للفراق، فإن أراد الخروج بعد الإقامة، فليس عليه طواف الوداع؛ لأن طواف الوداع كان خاتمة أفعال الحج، والوداع لها، وقد انقضى الحج، فلم يبق وداع، وفي بعض الطرق رمز إلى أن المكي إذا نفر، وخرج، ودع، وهذه عادة المكيين. قال أصحابنا: ولا أصل له، انتهى.

وقال الإمام: أنه لو عنَّ لمكي السفر مع الغرباء، فلا وداع، ولا تعويل على ما يعتاده المكيون في ذلك، فإنهم يحرصون عليه أكثر من الغرباء، وفي بعض الطرق رمز إلى أنهم يودعون إذا نفروا، وخرجوا مع الغرباء، ولا خلاف أنه إذا عنَّ لهم هذا بعد العود إلى مكة، فلا وداع، انتهى.

وقضية كلامه أن المقيم بمكة إذا أراد الخروج من غير تقدم نسك أنه لا وداع عليه، بلا خلاف، ومراده أنه لا يجب، وكلام البغوي ينازعه، نعم؛ ما اقتضاه كلامه إلى المكي إذا حج وإذا نفر مع الناس، وسافر، فلا وداع عليه، فيه نظر!

وفي «البسيط»: وعلى الجملة، وإن سمى هذا طواف الوداع، فهو من مناسك الحج، وتوابعه، ولذلك لا يجب على المكي إذا سافر، وكذاك الغريب إذا استوطنها مدة، ثم قصد الخروج، فلا وداع في حقه، فهو كالختم والوداع لأعمال الحج، وإن كان واقعًا بعد مناسكه، وفي بعض الطرق رمز إلى أن المكي إذا نفر، وخرج ودع، وهذه عادة المكيين، ولا أصل له، انتهى.

ولعل مراده ومراد إمامه ما إذا لم يكن المكي حج ذلك العام، بل أراد السفر مع الحجيج لا غير. ولذلك قال في «الوسيط»: ولا خلاف أن من خرج من مكة لا يلزمه طواف الوداع، إلا إذا كان حاجًا، ولم يفرق بين المكي وغيره أو يكون الإمام والغزالي ممن يحتج أن من نفر من منى مع الحجيج قبل العود

……

إلى مكة لا وداع عليه، كما قاله بعضهم، وأفهمه كلام «الإقناع» كما سبق، والأول أقرب، والله أعلم.

تنبيهات: أحدها: ذكر الرافعي خلافًا في أن طواف الوداع من المناسك أم لا؟ فقال: ذكر الإمام، والغزالي: أنه من مناسكه، وليس على الخارج من مكة وداع؛ لخروجه منها، لكن المتولي، والبغوي، وغيرهما أوردوا أنه ليس منها حتى يؤمر به من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر، سواء كان مكيًا يريد سفرًا أو أفاقيًا يريد الرجوع إلى أهله، وهذا أقرب تعظيمًا للحرم، ونسبها لاقتضاء خروجه الوداع باقتضاء دخوله الإحرام؛ ولأنهم اتفقوا على أن المكي وغيره إذا حج، وأقام لا يودع، ولو كان من المناسك لا [سنة] أن تعم الحجيج، وتبعه المصنف فقال: إنه ليس من المناسك على الأصح، بل كل من فارق مكة ودع، وإن قصد مسافة قصيرة على الأصح.

قلت: نص الشافعي ﵁ في «الأم» على كونه من المناسك، ونص في «الإملاء» على أنه من الحج والعمرة، وبكونه من المناسك أجاب المحاملي في «المجموع»، وصاحب «التلخيص»: واقتضى كلام الشيخ أبي علي في شرحه له أنه المذهب، وأشار إلى نقله عن صاحب «التقريب»، والقفال، والأصحاب، وإن القفال قال: إنه لا يحتاج إلى نية أي: لكونه من واجبات الحج، وبه صرح في «اللباب»، وفي أصله «الرونق»، ونقله الفوراني في «العمد» عن الأصحاب. وبه أجاب القاضي الحسين، والإمام والغزالي، وقال الماوردي: أنه من سنن الحج.

وقال صاحب «التنبيه»: أنه من واجباته، وهو قضية كلام الدارمي، والقاضي أبي الطيب، وعلى ذلك خص المصنف في «شرح المهذب» في كلامه على أعمال الحج، وقول الرافعي رحمه الله تعالى: لو كان نسكًا، لزم المقيم، ضعيف؛ لانتفاء شرطه؛ إذ هو المعنى المفارقة.

قال الشافعي في «الأم»: أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر عن عمر ﵄ أنه قال: لا يصدر أحد من الحج حتى يكون آخر عهده من البيت، فإن آخر

……

النسك الطواف بالبيت، ولفظ «الموطأ» فإن آخر النسك الطواف، ثم قال الشافعي ﷺ: وبهذا نقول، وأعمال الحج متفرقة، منها شيء إذا لم يعمله الحاج يسد حجه إلى أن قال: ومنها: ما إذا تركه ورجع إليه، سقط عنه الدم، ولو لم يرجع، لزمه الدم، وذاك مثل الإحرام من الميقات ومثله، والله أعلم طواف الوداع قياسًا على مزدلفة، ورمي الجمار، والتسوية ليالي منى؛ لأنه نسك قد تركه، هذا لفظه.

وقال في «الإملاء»: إنما أمرناه بإراقة الدم إذا لم يطف للوداع؛ لأنه شيء أمر به في الحج، فتركه، فيستحب له إراقة الدم، هذا لفظه.

وهذا أن النصّين صريحان في أنه من الحج، ونص في مختصر المزني و«البويطي» على جبره، واتفقوا عليه، وفي ذلك دليل واضح على أنه من الحج؛ لأن الدم يجبر التحلل الحاصل في الحج، لا ترك المأمور بمجرده، ألا ترى أنَّا إذا قلنا يحرم لدخول مكة، فتركه لا غير على القولين، وجاوز الميقات يريد الحج إذا لم يحرم في عامه، لا يلزم دم، فقد اجتمعت نصوص الشافعي ﷺ تصريحًا، وتلويحًا على أنه من المناسك، وهكذا الجمهور.

قال المحاملي، وغيره: القديم والجديد أنه نسك يجب بتركه الدم.

وقال في «الإملاء»: لا يجب الدم بتركه، وهذا صريح في أنه نسك وفاقًا، وإنما الخلاف في الوجوب.

وعبارة «البيان»: وهل هو نسك من مناسك الحج؟ قولان، وكذلك قال أبو حاتم القزويني في «تجريده»: أن الجديد والقديم أنه نسك، وصرح الشيخ أبو حامد في «الرونق» أنه من واجبات الحج المجبورة بالدم، وكذا صاحب «اللباب»، وعبرا عن الواجبات بالأركان عن الأركان المشهورة بالفروض.

وقال القاضي ابن كج: ليس على الحاج بعد فراغه من الرمي إلا وداع البيت، فيودع البيت بالطواف سبعًا، ويصلي ركعتين بعده، ثم ينصرف إلى بلده، وقد تم حجه، انتهى.

فالقول بأنه عبادة مستقلة مخالف لنص الشافعي والأصحاب، ولم أر بعد التنقيب من صرح بأنه ليس من المناسك، إلا المتولي فإنه قال: ليس ذلك من جملة المناسك، وإنما هو تحية للبقعة، وهل هو واجب أم لا؟ فيه قولان، وتأويل كلامه أنه ليس من الأركان، كما قاله غيره بأنه ليس بركن، ولا شرط، وكونه تحية للبقعة، ولا ينافي كونه من مناسك الحج، ولم يذكر المتولي أنه يلزم غير الحاج والمعتمر، ولم أره لأحد من أرباب المذاهب، وأما البغوي فإنه لم يصرح بأنه ليس من المناسك، بل لما ذكر أنه واجب على المذهب، وطواف القدوم مستحب، فرق بأن طواف القدوم تحية البقعة، فسقط بغيره، ويدخل في طواف العمرة والوداع نسك لا يقطع بغيره، لكنه قال: من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر لا يجوز إلا بوداع، وهذا وإن شمل كل مفارق، كما صرح به في كتابه: «شرح السنة» لم يلزم منه إلا أن يكون نسكًا في الحج.

وعبارته في «شرح السنة»: الثالث طواف الوداع لا رخصة في تركه، لمن أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر مكيًا كان أو أفقيًا، حج أو لم يحج، فإن خرج وطاف رجع إن كان قريبًا، فلو مضى، ولم يرجع فعليه دم، انتهى.

قلت: وهذا عجيبٌ منه رحمه الله تعالى، مع روايته في صدر الباب من طريق أبي العباس الأصم.

قال: حَدَّثَنَا سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ وَزُهَيْرُ بْنُ حَرْبٍ قَالَا: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ سُلَيْمَانَ الأَحْوَلِ عَنْ طَاوُس عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: كَانَ النَّاسُ يَنْصَرِفُونَ فِى كُلِّ وَجْهٍ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ «لَا يَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ»(١) ثم قال: هذا حديث صحيح، أخرجه مسلم عن سعيد منصور عن سفيان بن عيينة، انتهى.

فقوله: من الحاج يقيد رواية مسلم المطلقة، ويقتضي أن غير الحاج لا وداع عليه، وسبق أثر ابن عمر ﷺ الصحيح، لا يصدرن أحدٌ من الحاج حتى يطوف بالبيت، فإن آخر النسك الطواف بالبيت.

---

(١) تقدم.

……………………………………………………………………

وفي مسند الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنه ﷺ قال: **«من حج أو اعتمر فليكن آخر عهده الطواف بالبيت»**(١).

والأحاديث والآثار مشيرة، بل ظاهرة في أن الوداع للحاج والمعتمر، فلا يدخل غيرهما في الوجوب، إلا بدليل ظاهر، والذي يغلب على الظن أنه ليس في كونه من المناسك خلاف محقق، نعم؛ يخرج من كلامهم تردد في أنه خرج من الحج أو تابع، والظاهر أنه تابع له مع القطع بكونه من مناسكه.

وقضية كلام «اللباب» و«الرونق» أنه جزء من الحج، وكذا غيرهما.

التنبيه الثاني:

قال ابن الرفعة: ويظهر أثر النزاع في كونه من المناسك في المكي إذا خرج من مكة لسفر.

قلت: وقد بينا ما في ذلك، وإنما ينتظم بما ذكره، إذا قيل بالوجوب في حق كل مفارق، وقد علمت ما فيه، نعم؛ يظهر أثره في أنه هل يفتقر إلى نية إن جعلناه من المناسك؟ فلا على المذهب؛ لشمول نية الإحرام له كغيره.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: إذا ترك الوداع، وعاد إليه قبل بلوغ مسافة القصر، قال الشيخ يعني القفال: ومن رجع وطاف، يكون طوافه عن ثلاثة أشياء: قضاء ما فات طواف القدوم والوداع.

الثاني: وسواء نوى لا قضاء أو لم ينو؛ لأنه إذا كان واجبًا فلا يحتاج إلى نية، ومتى وجد يقع عما عليه، وكذلك سائر أركان الحج لا يحتاج إلى النية، ومتى وجد يقع عن الواجب عليه، هذا لفظه.

وإن قلنا: أنه عبادة مستقلة، فلا بد من النية، كالنذر والتطوع، ويظهر أثره في أنه هل يلزم إلا جبر فعله أم لا؟

وإن قلنا: أنه سنة، كما اقتضاه قول ابن عبد السلام في «القواعد»: أن

---

(١) أخرجه أحمد (٢٥٤٣٠).

....

الإجارة تشتمل على فعل الأركان، والواجبات، والسنن، فإن جعلناه من المناسك لزم الأجير فعله، وإلا فلا، ويظهر أيضًا في حط شيء من الأجرة عن تركه له، وذكرت في «الغنية» احتمال ظهوره في صورتين أخرتين فيهما نظر! فسكت عنهما.

الثالث: قوله في الكتاب، ولا يمكث بعده أي: ولا بعد ركعتيه، وبعد الدعاء المحبوب عقيبه عند الملتزم، وبعد إتيان زمزم، والشرب، ولا من يأتيها كما سيأتي، ولو أقيمت الصلاة عقيبه، صلاها معهم ولم يعد نص عليه الشافعي والأصحاب، وإن مكث لغير أسباب الخروج أعاده؛ لأنه غير مودع، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر إذا مكث مختارًا، أما لو مكث مكرهًا بأن ضبط أو هدد بما يكون إكراهًا، فهل الحكم لذلك أو يقول الإكراه يسقط أثر هذا البيت، فإذا أطلق وانصرف في الحال جاز، ولا يلزمه الإعادة، فيه احتمال، ومثله لو أغمي عليه عقب الوداع أو جاز لا يفعله المأثوم به، وأما إذا اشتغل بأسباب الخروج كشراء زاد، وشد رحل، ونحوهما.

قال الرافعي: ونقل الإمام وجهين، أصحهما: وبه أجاب المعظم أنه لا يحتاج إلى إعادة، وعبر عنه في أصل «الروضة» طريقين، قطع الجمهور بأنه لا يحتاج.

وفي «النهاية» وجهان، قلت: والموجود في«النهاية» على كثرة نسخها أن الأئمة قطعوا بأن التصريح بعد الطواف يفسده، ولم يحك خلافًا.

قال: فإن عرج على شغل فسد ما جاء به، ويعين الإتيان بطواف الوداع، ثم اختلف في أن شد الرحال والاشتغال بالتشمير لو وقع بعد الوداع هل يبطله؟ ذهب بعض الأئمة إلى أنه يبطله.

ومن أصحابنا من قال: لا يضر اشتغال المودع بهذه الأسباب، فإن الاستقبال بأسباب الخروج، وهذا اختيار الشيخ أبي بكر، انتهى.

والظاهر أنه أراد بقوله بالتشمير التحميل؛ ولهذا قال في «البسيط» ملخصًا

....

لذلك: اشتراط استمرار الصحة لهذا الطواف ألا يعرج الطائف على شغل، فإن عرج لم يعتد به، ولا جهة لتقديم الوداع على شغل، ثم إن لم يعرج على شغل سوى شد الرحال ففيه وجهان، ولذلك أنكر ابن الرفعة نقل الرافعي عن الإمام الوجهين في الاشتغال بشراء الزاد، وفيما ذكرناه من الإنكار، وذكره نظر! وحكى عن «تعليق» البندنيجي أنه إذا تشاغل بترتيب رحله، وقضاء حوائجه من شراء الخبز ونحوه بطل وداعه.

وقال القاضي ابن كج: ما لفظه: إذا ودع البيت.

قال الشافعي: فإن رجع بعد ذلك إلى بيته من حل أو رجع فارتحل، فعليه أن يعيد الطواف، وكذلك إن عاد مريضًا عليه أن يعيد الطواف.

وقال في «الإملاء»: فإن ودع البيت، فأقيمت الصلاة، صلاها ولم يعد، وكذلك إن اشترى على طريقه شيئًا أو مر بمنزله، فأمر أن يحمل راحلته، وإنما يعتد إذا كان ليس بحاجة أو لغير حاجة، انتهى.

وهذا من ابن كج يقتضي نقل اختلاف قول في المسألة، وتوافق الأول قول الشافعي في الحج الصغير من «الأم»، فإذا صدر الرجل عن مكة طاف بالبيت سبعًا ودع بهم البيت، يكون آخر كل عمل بعمله.

وقال في «البويطي»: وإذا صدر، وأراد الرحيل من مكة، طاف بالبيت سبعًا يودع بهم البيت، ويكون آخر كل عمل يعمله، انتهى.

وبه يتمسك من يعتبر تقديم شد الرحال، وشراء الزاد على الوداع.

وقال ابن المنذر: قال عطاء: إذا لم يبق إلا الركوب ختم به، فكان آخر عهده بالبيت، وإنما هو خاتم يختم به.

قال الشافعي: وقال مالك: لا بأس أن يشتري بعض جهازه وطعامه بعد الوداع، وحوائجه في السوق.

وقال الشافعي: إذا اشترى شيئًا على طريقه لم يعد، انتهى.

فإن كان الرافعي أسند في قوله أصحهما، وبه أجاب المعظم إلى رواية

وَهُوَ وَاجِبٌ يُجْبَرُ تَرْكُهُ بِدَمٍ، وَفِي قَوْلٍ سُنَّةٌ لَا يُجْبَرُ، ....

الإمام ذلك عنهم، فهو سهو، نعم؛ يكون ذلك لا يضر، أجاب الماوردي، والدارمي، والمتولي، والبغوي، وقال ابن الرفعة: فيه ثلاث طرق، الذي قطع به الجمهور أنه لا يضر، ومنهم صاحب «التهذيب»، والقاضي الحسين، انتهى.

وقيد القاضي أبو الطيب، وصاحب «المهذب»، وابن الصباغ، وغيرهم اعتبار ذلك بما إذا كان شراء الزاد في طريقه، كما نص عليه في «الإملاء» وقضيته أن التصريح إليه يضر فهو إما مقالة قالها، أو مقيد للتجويز، وهو ظاهر النص.

واعلم أن طواف الوداع موقوف إن سار عقبه فوداع، وإلا علمنا أنه تطوع، ولا وداع، قاله القاضي أبو الطيب، وهذا فيما إذا كان قد قصد به الوداع، أما لو لم يقصده وقلنا: لا يحتاج إلى نية، فالوجه بطلانه؛ إذ التطوع لا يصح إلا بالنية قطعًا، ولو طاف بعد وداعه تطوعًا أو غيره، بطل وداعه.

قال: (وَهُوَ وَاجِبٌ) للأمر الصحيح الصريح، كما سبق.

وقضية الوجوب. قال: (يُجْبَرُ تَرْكُهُ بِدَمٍ) أي: وجوبًا كسائر الواجبات.

قال ابن كج: وأيضًا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: من أدخل في الحج بقضاء، فعليه دم، انتهى.

وهذا مع القول فإنه نسك ظاهر، وأما على القول بخلافه إن ثبت فلا وجه لجبره بالدم، ولم أر من قال لا يجبر، بل اتفقوا على جبران أوجبناه وجب، وإلا استحب، وإنما يتم ذلك مع القول بأنه نسك، وأحسن صاحب «المعتبر» فقال عقب قول الشيخ أبي محمد: ثم عليه دم لفواته، وهذا على قولنا: أنه واجب، وأنه نسك، فصرح بما أشرنا إليه .

قال: (وَفِي قَوْلٍ سُنَّةٌ لَا يُجْبَرُ) لأنه لو كان واجبًا لوجب على المعذور جبره بالدم؛ لأن المعذور يفدي عن الواجبات، وإلحاقًا له بطواف القدوم، والأمر به محمول على الندب، وفرق الأول بأن طواف القدوم تحية البقعة، وليس مقصود في نفسه، وكذلك يدخل في طواف العمرة، وغيره، وطواف الوداع مقصود في نفسه، وكذلك لا يدخل، يجب غيره. هكذا قال الرافعي،

فَإِنْ أَوْجَبْنَاهُ فَخَرَجَ بِلَا وَدَاعٍ وَعَادَ قَبْلَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ سَقَطَ الدَّمُ ....

وينقدح على القول بأنه سنة، أنه يجزئه عنه طواف الزيارة إذا خرج بعده، كما قالته الحنابلة، وأيضًا فقد جعل آخر عهده بالبيت الطواف، فأما إذا أوجبنا فلا لتعديد أقل الواجبات، وقد يقال: قال الشافعي في «البويطي»: والطواف الواجب طوافان، طواف الزيارة، وطوافه الأول حين يقدم، وطواف الزيارة يجري منهما، ولا يجزئ الأول من الأخير، هذا لفظه، فحكم بوجوب طواف القدوم، وما جزاء طواف الزيارة عنهما، فيجوز أن يقال: هنا مسألة.

ومن هذا النص أخذ القول بوجوب طواف القدوم، ووجوب جبره؛ لأنه نسك واجب، فلا إنكار على صاحب «التقريب»، وقول المصنف سنة لا يجبر أي: لا يجب جبرها، وأما استحبابه على هذا القول فلا نسك فيه.

وقال في «شرح المهذب»: وحكى الرافعي طريقًا آخر أنه سنة قولاً واحدًا، وهو ضعيف غريب، والمذهب أنه واجب، وهذه الطريقة نقلها الرافعي عن رواية ابن كج، ولفظ ابن كج: وذهب بعض أصحابنا إلى أن لا دم قولاً واحدًا، وإنما أحد القولين أن الدم استحباب، ورجع عن القول الذي أوجبه، انتهى.

ولم يصرح الرافعي بما صرح به الشيخ، فيجوز أن يريد قائلها لا يجب الدم قطعًا عن القولين؛ لأنه عبادة مستقلة ليس بنسك، لكنه مستبعد.

وكلام الماوردي في تعليل هذين القولين يفهم أن النزاع في الوجوب عدمه، راجع إلى أنه نسك أو ليس بنسك، وحينئذٍ فتحقق الخلاف في أنه نسك أو لا يكون المذهب أنه نسك.

قال: (**فَإِنْ أَوْجَبْنَاهُ فَخَرَجَ بِلَا وَدَاعٍ**) أي: عامدًا أو ناسيًا أو جاهلاً بوجوبه.

(**وَعَادَ قَبْلَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ**) أي: من مكة على الصحيح، والعود واجب عند المكنة على المذهب المنصوص.

(**سَقَطَ الدَّمُ**) أي: على المشهور؛ لأنه في حكم المقيم، كذلك عللوه، وفيه نظر! إذا قلنا: لا فرق في وجوب الوداع بين النفير الطويل والقصير، كما

أَوْ بَعْدَهَا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

ادعى المصنف أنه الصحيح المشهور، ولا سيما إن كان قد وصل أهله، وانقطع سفره، وإنما يأتي هذا على ما قاله البغوي وغيره من الخراسانيين، وتبعهم الرافعي والمصنف في «الروضة»: أن المأمور بالوداع من قصد سفرًا طويلًا.

تنبيهات: قالوا: يسقط الدم بالعود لمن جاوز الميقات مريدًا للنسك غير محرم، ثم عاد إليه، وعبر المصنف وغيره هنا بالسقوط، فاقتضى ذلك بنيته بمجرد الخروج، ثم بسقوطه بالعود، ونسبه أن يأتي فيه ما سبق في المجاور العائد، والظاهر عصيانه هنا بمجرد الخروج عامدًا عالمًا من غير عذر، ولا يقف تعصبه على عدم العود، ولينظر فيما لو أخرج مكرهًا أو حمل، وأخرج من الحرم، ثم يمكن من العود قبل مسافة القصر هل يقول يلزمه العود كالخارج مختارًا أو يكفيه الدم، ولا يلزمه العود للعذر، ولا يلزمه شيء أصلًا؟ ولينظر فيمن اضطر إلى الرحيل مع الرفقة قبل تمكنه منه لغفلة أو نوم أو غيرها من الضرورات، وهو من أهل الطواف أيمكنه التأخير؟ فالظاهر أن له النفير معهم، ولا يعصي به للضرورة، وينبغي أن يلزمه الدم.

واعلم أن ظاهر كلامهم أنه لو عاد للوداع من دون مسافة القصر، أنه لا يلزمه إحرام جديد لهذا الدخول قطعًا، ورأيت في كتاب ابن كج أنه لا يدخل إلا محرمًا؛ لأنه داخل من خارج الحرم.

وفي «شرح المهذب» عن الدارمي الحرم بأنه لا يلزمه، وذكر تفريعًا على قولنا بأن دخول الحرم يوجب الإحرام، فهذا أقرب إلى قول الجمهور.

قال: (**أَوْ بَعْدَهَا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**) لاستقراره بالسفر الطويل، ووقوع الطواف بعد العود حقًا للخروج الثاني، هكذا قاله الرافعي، وما بدأ به مبني على ما سبق من الفرق بين السفرين، والثاني يسقط ما لو عاد قبلها، ولا يجب العود في هذه الحالة للمشقة، وكان لا يبعد أن يجب على العابد العالم العاصي بالخروج دون غيره.

……

تنبيهات: أحدها: قال في «شرح المهذب»: أصح الطريقين، وبه قطع الجمهور، ولا يسقط.

وقيل: وجهان، الثاني: حاصل ما يفوت به الوداع، ويستقر الدم أوجه، أصحها بمسافة القصر من مكة .

والثاني: بها من الحرم.

والثالث: بمجاورة الحرم.

والرابع: بمجاورة مكة.

والخامس: ألا يفوت الثالثة قول «المنهاج» أو بعدها يفهم أن بلوغها ليس كذلك، والذي قاله الشافعي والأصحاب: أن بلوغها كمجاوزتها، وكذا قاله في «شرح المهذب»، وقول بعضهم: فإن جاوزوا مسافة القصر استقر الدم، فيه تسمح في العبارة.

فائدة: قال الشيخان في «شرح التلخيص»: اختلف أصحابنا في علة عدم سقوط الدم إذا عاد، وطاف، فقيل: لاستقرار الدم عليه ببلوغ هذا القدر، وذكر صاحب «التقريب» أنه إذا عاد، وطاف يكون طوافه لهذه الحرمة الثانية، فلا يمكنه قضاء أن يقضي ذلك الطواف المتروك. وقال أبو علي: وما ذكره فاسد من وجهين، أحدهما: أنه إذا عاد أمكنه أن يقضي ذلك الطواف، ويمكث ساعة، ثم يطوف للوداع بهذه الخرجة الثانية، فإنه قيل: يجب الخروج عقب الطواف قبل ذلك في الأداء أو مثله لا يجب في القضاء، ألا ترى أن الشافعي قال: إن لم يبلغ مسافة القصر كان عليه أن يرجع، فدل على أنه لا يعتبر في القضاء مثل ذلك، والثاني أن الطواف الواحد يكفي عنهما، كما قلنا فيمن دخل مكة حاجًا يجزأ إحرامه عن الفرض، وإحرام الدخول.

قال الشيخ يعني القفال: ومن رجع، وطاف يكون طوافه عن ثلاثة أشياء، قضية ما فات، وطواف القدوم، والوداع الثاني فلا، وسواء نوى القضاء أو لم ينو؛ لأنه إذا كان واجبًا فلا يحتاج إليه، ومتى وجد يقع عما عليه كما في

وَلِلْحَائِضِ النَّفْرُ بِلَا وَدَاعٍ.

أركان الحج، انتهى.

وفيه فوائد:

فائدة: لم أر لأصحابنا كلامًا في أن المودع من أي أبواب المسجد الحرام يخرج.

وقال بعض العصريين: يستحب أن يخرج من باب بني سهم، ففي نوادر المالكية عن ابن حبيب أنه ﷺ دخل المسجد من باب بني شيبة، وخرج إلى الصفا من باب بني مخزوم، وإلى المدينة من باب بني سهم، انتهى.

قال: (**وَلِلْحَائِضِ النَّفْرُ بِلَا وَدَاعٍ**)؛ للأحاديث الصحيحة في الترخيص لها فيه، والنفساء كالحائض، لكن لو طهرتا قبل مفارقة بنيان مكة لزمها العود والطواف أو بعده، فلا، على المذهب، ولينظر فيما لو كانت بمنى حالة النفير، ثم طهرت بعد مفارقة منى، وقلنا: يلزم من نفر من منى الوداع، فهل يلزمها العود ما لم تفارق الحرم عند المكنة؟ أو لا يلزمها ذلك، ويبعد أن يلحق بها من جراح، ونحوه لا يمكنه دخول المسجد معها، والأشبه أنه يلزمه الدم، وأبدى المحب الطبري احتمالين فيمن خاف ظالمًا أو فوت رفقة أو غريمًا وهو معسر، ونحو ذلك في إلحاقه بالحائض، وفيه نظر! وينبغي أن يلزمه الفدية؛ لأن منع الحائض المسجد غريمة، وهذا ليس كذلك.

فرع: قال في «شرح المهذب»: إذا حاضت قبل طواف الإفاضة، وأراد الحاج النفير، فالأولى لها أن تصم حتى تطهر، فتطوف إلا أن يكون عليها ضرر ظاهر في هذا، فإن أرادت النفير مع الناس قبل طواف الإفاضة جاز، وتنفر محرمة حتى تعود إلى مكة، وتطوف منى ما كان، ولو طال سنين، أما قول الماوردي: ليس لها أن تنفر حتى تطوف بعد أن تطهر فساد ضعيف جدًا، والظاهر أنه أراد أنه يكره نفيرها قبل طوافها الإفاضة، وقد سبق أنه يكره تأخيره، ولا يكون مراده التحريم.

قلت: الشيخ رحمه الله بنى كلامه وتأويله على أن الجواز بغيرها مجزوم

....

به، وليس كما ظنه، والظاهر أن مراد الماوردي التحريم، وسبق عن «الشامل» عدم الجواز في غيرها. وما قاله الماوردي فمن «الأم» قال الشافعي في الأوسط من «الأم»: ولا يلزم المرأة وداع البيت إذا طافت بعد منى إن كانت حائضًا، وإن كانت طاهرة فهي مثل الرجل لم يكن لها أن تنفر حتى يطوف، وليس على كريها، ولا رفقائها أن يحتسبوا عليها، وحسن لو فعلوا.

وقال في الحج الصغير من «الأم»: فإذا صدر الرجل، وأراد الرحل عن مكة طاف بالبيت سبعًا يودع به البيت، والمرأة في هذا سواء إلا الحائض، فإنها تصدر بغير وداع إذا طافت الطواف الذي عليها، انتهى.

وظاهر النصين والأحاديث الصحيحة، صح في المسألة ألا يجوز النفير قبل طواف الإفاضة لها، ولا لغيرها، وهو المختار، وإذا لم يدع ضرورة إلى النفير ولا دليل على خلافه أعلمه، وعبارة المزني في كتابه: «نهاية الاختصار» من قول الشافعي، ولا يصدرن أحد من الحاج حتى آخر عهده بالبيت إلا الحائض التي قد طافت طواف الإفاضة، فقيد ذلك كما ذكرناه عن «الأم»، والله أعلم.

فرع: قال الروياني: المتخيرة تطوف طواف الوداع، فإن لم تفعل فلا دم للأصل، ويحتمل أن تجب احتياطًا.

قلت: قضية الأخذ في أمرها بالأحوط، وإيجاب إعادة الصلاة إيجابه، وأما غيرها من المستحاضات، فإن كان تركها الطواف، ونفرها في زمن حكمنا فيه بحيضها فلا شيء عليها، وفيها حكمنا فيه بطهرها، لزمها الدم، نص عليه في «الأم»، وجرى عليه الأئمة.

فرع: قال في «الشامل»: إذا طهرت، ولم تجد الماء تيممت، وطافت كما يجزئها ذلك للصلاة، ورأيته نصًا في «الأم» هنا أيضًا، وهو مشكل لندور عدم الماء بمكة شرفها الله تعالى.

وقضية ما ذكر الشيخان في باب التيمم أن المسافر إذا مر ببلدٍ فعدم الماء

……

به، فتيمم أنه يلزمه القضاء أن يلزمها مع ذلك الفدية إذا نفرت قبل أن تطوف بعد الغسل، هذا في طواف الوداع، وأما طواف الركن فلا يكفي، ولا جبران، ففي نصي دليل للوجه الأخير هناك، أنه لا يقضي المختار تغليبًا لحكم السفر، وقد تعرضت لهذا هناك.

فرع: قال الماوردي: إذا خرج المودع، ولى ظهره الكعبة، ولم يرجع القهقرى كما يفعل بعض جهله المتنسكين؛ لأنه بدعة لا سنة فيه، ولا أثر، وهذا حق. وعجبٌ قول أبي الحسن محمد بن مرزوق الزعفراني في «إرشاده» مع تحقيقه: ولا يولي البيت ظهره عند الخروج.

وكذا قاله صاحب «عوارف المعارف» وكأنهما أخذاه من قول الغزالي في «الإحياء» والأحب ألا يصرف بصره عن البيت حتى يغيب عنه، انتهى، ولا أصل له.

وقال المصنف في «إيضاحه»: قال الزبيري وغيره من أصحابنا: يخرج وبصره على البيت؛ ليكون آخر عهده بالبيت، وقيل: يلتفت إليه في انصرافه كالمتحزن على مفارقته، والمذهب الصحيح الذي جزم به جماعات من أئمة أصحابنا منهم الحليمي والماوردي أنه يخرج، ويولي ظهره الكعبة، ولا يمشي قهقرًا.

قالوا: بل هو مكروه، انتهى.

ونقل في «شرح المهذب» ذلك ثلاثة أوجه، فقال: ذكر المصنف عن الزبيري أنه يستحب أن يخرج وبصره إلى البيت، وبهذا قطع جماعة آخرون.

وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه وآخرون: يلتفت إليه في حال انصرافه كالمتحزن عليه.

وقال جماعة من أصحابنا: يخرج بائسًا تلقاء وجهه، وهذا الوجه الثالث هو الصواب، وممن قطع به الحليمي والماوردي، انتهى.

والظاهر أن مقالة الزبيري، والتي بعدها مقالة واحدة.

قلت: هي قول من يقول يمشي القهقرى، والمنقول في «الشامل» وغيره

……

عن كتاب الزبيري أنه يخرج وبصره يتبع البيت، وهو المراد بالالتفات عليه، والمجزوم به في «الروضة»، وأصلها، وتعليق القاضي أبي الطيب وغيره: أنه ينبغي له أن يتتبع بصره البيت ما أمكنه، كما قاله الزبيري، وأما الماوردي، فلم يذكر في «الحاوي» إلا ما سبق، ولم يتعرض لصورة الالتفات، وأما الحليمي فقال في «منهاجه»: فإذا أراد الخروج من المسجد قال بعض أهل العلم: يلتفت إلى البيت على ما يغيب عنه لا يكاد يسمح لنفسه برفع طرفه عنه، ذكره ذلك بعض السلف.

وروي عن ابن عباس ﷺ أنه كره قيام الرجل على باب المسجد إذا أراد أن ينصرف إلى أهله متحرفًا نحو الكعبة ينظر إليها، ويدعو.

وقال: اليهود يفعلون ذلك، وعن مجاهد مثله، وهذا أشبه؛ لأنه قد ودع البيت، فإذا أحدث بعد ذلك عهدًا به، ولم يحيه بالطواف فقد جفاه، ولا يكون آخر عهده بالبيت يحييه أولى من أن يكون آخر عهده به حفاوة، والله أعلم.

هذا لفظه رحمه الله تعالى.

فرع: قال الشافعي في مختصر الحج الصغير من «الأم»، وفي مختصر «البويطي»: وأحب له إذا ودع البيت أن يقف في الملتزم، وهو ما بين الركن والمقام، فيقول: اللهم إن البيت بيتك، والعبد عبدك، وابن عبدك وأمتك، حملتني على ما سخرت لي من خلقك حتى سيرتني في بلادك، وبلغتني بنعمتك حتى أعنتني على قضاء مناسكك، فإن كنت رضيت عني فازدد عني رضًا، وإلا فمن الآن قبل أن ينأى عن بيتك داري هذا أو أن انصرافي إن أذنت لي عن مستبدل بك، ولا بيتك ولا راغب عنك، ولا عن نبيك.

اللهم فاصحبني بالعافية في بدني، والعصمة في ديني، وأحسن منقلبي، وارزقني طاعتك ما أبقيتني، هذا نصه بحروفه فيهما، وكذا نقله الأصحاب عن مختصر الحج، ومنهم صاحب «الشامل».

قال جماعة في رواية النص: وما على هذا فحسن، وعبارة الشافعي في

....

المختصرين، وما زاد إن شاء الله أجزأه، وقد زاد القاضي أبو حامد في «الجامع» فيه: واجمع لي خير الدنيا والآخرة، إنك قادر على ذلك، وتبعه كثيرون، وعبارة جماعة منهم صاحب «التنبيه»: إنك على كل شيء قدير، وقد زيد في هذا الدعاء، ونقص منه ما لا يكاد ينضبط، ونسب إلى السلف.

ورأيت في تعليق القاضي أبي الطيب ما لفظه: قال الشافعي في مختصر كتاب الحج: إذا طاف للوداع استحب أن يأتي الملتزم، ويلصق بطنه وصدره بحائط البيت، ويبسط بدنه على الجدار، فتجعل اليمنى مما يلي الباب، واليسرى مما يلي الحجر الأسود ويدعو بما أحب من أمر الدنيا والآخرة، فإن النبي ﷺ فعل ذلك فيما روى عنه، انتهى.

ولم أر شيئًا من هذا في كلام الشافعي المذكور، ولا نقله عنه من الأئمة فيما أعلم، والظاهر أن هذا التبس على المعلق عن القاضي، ثم قال: قال الشافعي ﷺ: واستحب أن يقول: اللهم البيت بيتك، والعبد عبدك، وابن عبدك، وإمائك، حملتني بفضلك على ما سخرت لي من خلقك، وسيرتني في السهل والحزن من أرضك، وأدنيتني بحسن معونتك إلى حرمك، فلك الحمد على ذلك، وعلى جميع منتك، اغفر لي ما ظهر من ذنوبي وما بطن، وما كان وما لم يكن، وطهر قلبي من الريب، وأعذني من مضلات الفتن.

اللهم هذا أوان منقلبي إلى وطني، ووداعي بيتك المحرم على غير ابتعاد عنك، ولا عن بيتك.

اللهم فارزقني الإياب إليك، وإن كنت قد رضيت عني فيما تقدم، وإلا فالآن ارض عني، واحفظ علي ديني ودنياي، وامنن علي بهداك، واجمع لي خير الدنيا والآخرة، هذا لفظه، ولعله ذكره في «الإملاء» أو غيره.

وقد أشار الشيخ في «شرح المهذب» إلى غرائب عن الشافعي، حيث قال: وزاد فيه القاضي أبو الطيب كثيرًا أو نقص منه، والمشهور ما ذكرناه وبأي شيءٍ حصل المستحب، ويأتي بآداب الدعاء السابقة في فصل الوقوف

....

بعرفات، من حمد الله تعالى، والثناء عليه، والصلاة على النبي ﷺ، ورفع اليدين، وغير ذلك. قال أصحابنا: فإن كانت المرأة حائضًا استحب لها أن تأتي بهذا الدعاء على باب المسجد وتمضي، انتهى.

وما ذكره القاضي أبو الطيب من صفة الالتزام، وأنه مروي عن النبي ﷺ، فهو كما قال، لكنه حديث ضعيف يأتي بيانه.

وذكر الإمام الحليمي ما يقرب من ذلك عن جماعات من السلف منهم: أنس ابن مالك ﷺ، والقاسم بن محمد، وسعيد بن جبير، وعمر بن عبد العزيز، وعمرو بن ميمون ﷺ.

قال القاسم: يقول: اللهم أعوذ بك من بأسك ونقمك وسلطان قهرك.

وقال أنس: لزم [بظنك] وقال: كذلك يعوذ بربه من النار، ذكر هذه الآثار بعد قوله: وإذا أراد الخروج أتى الملتزم فالتزمه نفسه، وتعلق بأستار الكعبة، فالرجل يتعلق بذيل من أذنب إليه ذنبًا، فهو يتضرع إليه؛ ليعفو عنه.

وقال الشافعي: ثم ساق ما قدمناه أول الفرع بلفظه، وكذلك أورده أبو الحسن الزعفراني من غير تشبيه إلى أحد وزاد فيه، واجمع لي خير الدنيا والآخرة، إنك على كل شيء قدير.

اللهم لا تجعل هذا آخر عهدي ببيتك الحرام، وإن جعلته آخر عهدي به فعوضني عنه الجنة، ولقاك في دار السلام، بفضلك وجودك يا الله يا رحمن.

اللهم إني قد رجوت بحسن ظني بك أن تكون قد غفرت لي، اللهم حقق حسن ظني، وقربني إليك زلفى، واحفظني عن يميني، وعن شمالي، ومن أمامي، ومن خلفي، حتى تقدمني إلى أهلي، فَإِذَا أَقْدَمْتَنِي فَلَا يَحِلُّ لِي مِنِّي، واكفني مؤنتي، ومؤنة عيالي، أو مؤنة خلقك أجمعين، ولا تكلني إلى أحد من خلقك يا رب العالمين، إنك على كل شيء قدير، يا من ملكوت كل شيء بيديه، يا من يجير ولا يجار عليه، اللهم احمل عني هموم الدنيا والآخرة، واجمع لي خيرهما، وليكثر التضرع والدعاء ما استطاع، انتهى.

....

ويشبه أن يكون هذا التطويل مبطلاً لطواف الوداع المتقدم عليه.

وقال الدارمي: ويجب إذا فرغ من طواف الوداع والصلاة له أن يقف بين الركن والمقام، وإلا حيث أمكنه من الكعبة، فيدعو، ثم ساق ما قدمناه أول الفرع حسن.

وقال الماوردي في «الحاوي»: روي عن عبد الله أن الرجل إذا ودع البيت، قام بين البيت والحجر ومد يده اليمنى إلى الباب، والأخرى إلى الحجر، وقال: اللهم أنا عبدك وابن عبدك، حملتني على دابتك، وسيرتني في بلادك، حتى أقدمتني حرمك وأمنك، وقد رجوت بحسن ظني بك أن تكون قد غفرت لي، فإن كنت قد غفرت لي فازدد عني رضًا، وقدمني إليك زلفى، وإن كنت لم تغفر لي فمن الآن فاغفر لي قبل أن ينأى عن بيتك داري هذا، فَهَذَا أَوَانُ انْصِرَافِي إِنْ أَذِنْتَ لِي غَيْرَ رَاغِبٍ عَنْكَ، ولا عن بيتك، وَلَا عَنْ بَيْتِكَ وَلَا مُسْتَبْدِلٍ بِكَ وَلَا بِبَيْتِكَ، وَاحْفَظْنِي عَنْ يَمِينِي وَعَنْ شِمَالِي، مِن أَمَامِي وَمِنْ خَلْفِي حَتَّى تُقْدِمَنِي، فَإِذَا أَقْدَمْتَنِي فَلَا يَحِلُّ لِي مِنِّي، وَاكْفِنِي مُؤْنَتِي وَمُؤْنَةَ عِيَالِي أَو مُؤْنَةَ خَلْقِكَ أَجْمَعِينَ، فَأَنْتَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنِّي.

قلت: ولا أدري من أراد بعبد الله، وهذا الدعاء بحروفه، رواه الطبراني في كتاب «الدعاء»(١).

قال إسحاق بن إبراهيم: عن عبد الرزاق نفسه، وقال: في آخره: ومؤنة خلقك، إنك وليي ووليهم، ثم ينصرف. ومن المأثور في ذلك ما رواه أبو داود وابن ماجه، عن عمرو بن يوسف، عن أبيه قال: طفت مع عبد الله بن عمرو بن العاص، فلما جئنا جدار الكعبة. قلت: ألا نتعوذ، قال: نعوذ بالله من النار، ثم مضى حتى استلم الحجر، وقام بين الركن والمقام.

فرفع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا، وبسطها ثم قال: هكذا رأيت

---

(١) أخرجه الطبراني في الدعاء (٨٠٩).

وَيُسَنُّ شُرْبُ مَاءِ زَمْزَمَ ....

رسول الله ﷺ يفعله، والمثنى بن الصباح: ضعيف عند الأئمة(١). وقال ابن عدي: له حديث صالح عن عمرو بن شعيب.

وأسند عن سعيد بن جبير أنه كان يستحب أن يقول عند وداع البيت في الملتزم بين الحجر والباب: **«اللهم اغفر لي ذنوبي وقنعني بما رزقتني وبارك لي فيه، واخلف عليّ كل غائبة لي بخير»**(٢) في إسناده رجل مجهول.

وعن ابن عباس: **«أنه كان يلتزم ما بين الركن والباب ويقول: لا يلزم بينهما أحد سأل الله تعالى شيئًا إلا أعطاه إياه»**(٣) رواه البيهقي بإسنادٍ ضعيف.

وقال الحليمي: عن إسماعيل بن عبد الملك عن أبي أمية قال: الحمد لله رب العالمين الذي رزقني حج بيته الحرام والطواف به إيمانًا وتصديقًا فأعوذ بعظمة وجه الله وجلال وجه الله وكرم وجه الله وسعة رحمة الله أن أصيب بعد مقامي هذا خطيئة محبطة أو ذنبًا لا يغفر، هذا مقام العائذ بك من النار، هذا مقام العائذ بك من النار، قال: فإنك تصدر بأفضل ما صدر به حاج أو معتمر إلا من قال: ما قلت أو زاد، انتهى.

قال: (**وَيُسَنُّ شُرْبُ مَاءِ زَمْزَمَ**)؛ لأنها مباركة، وطعام طعم»(٤) رواه مسلم، وزاد أبو داود الطيالسي في «مسنده»: وشفاء سقم، ولم يروِها مسلم، كما اقتضاه كلام المصنف في «شرح المهذب» فاعلم، وتأسيًا شربه ﷺ منه بعد إفاضه، رواه مسلم.

والحديث المشهور والمرفوع: **«ماء زمزم ما شرب له»**(٥)رواه ابن ماجه

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٠١)، وانظر: تلخيص الحبير (٣/ ٢٦٠).

(٢) أخرجه الفاكهي في «تاريخ مكة» (١١١٢).

(٣) أخرجه الحاكم (١٦٧٤).

(٤) أخرجه الفاكهي (١١١٣).

(٥) حديث جابر: أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٧، رقم ١٤٨٩٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠١٨، رقم ٣٠٦٢)، قال البوصيري (٣/ ٢٠٩): هذا إسناد ضعيف لضعف عبد الله بن المؤمل. والحكيم (٢/ ٢٢٢)، والبيهقي (٥/ ١٤٨، رقم ٩٤٤٢).
حديث ابن عمرو: أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤٨١، رقم ٤١٢٧).

……

والبيهقي من حديث عبد الله بن المؤمل عن أبي الزبير عن جابر ﵁، قال البيهقي: تفرد به ابن المؤمل قيل: لم ينفرد به، بل تابعه إبراهيم بن طهمان كما رويت في نسك بعده في باب الرخصة في الخروج بماء زمزم، وعبد الله بن المؤمل صحح الحاكم حديثه، وأعله ابن القطان بتدليس الزبير عن جابر، وأجيب بتصريح ابن ماجه والبيهقي بالتحدث، وللحديث طريق آخر على شرط مسلم، رواه البيهقي في «الشعب» من حديث سويد بن سعيد عن ابن المبارك عن عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي الْمَوَالِ، عن المنكدر عن جابر مرفوعًا، ثم قال: انفرد سويد بن سعيد عن ابن المبارك.

قال الحافظ عبد المؤمن بن خلف الدمياطي: هذا الحديث على رسم الصحيح: فإن عبد الرحمن بن أبي الموال انفرد به البخاري، وسويد بن سعيد انفرد به مسلم، وأخرجه الحاكم من طريق آخر عن ابن عباس مرفوعًا: «مَاء زَمْزَم لِمَا شُرِبَ لَهُ» فإن شربته تستشفي به، شفاكِ الله تعالى، وإن شربته مستعيذًا أعاذك الله، وإن شربته؛ ليقطع ظمأك قطعه الله تعالى، قال: وكان ابن العباس ﵄ إذا شرب ماء زمزم قال: اللهم إني أسألك علمًا نافعًا ورزقًا واسعًا وشفاء من كل داء. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد إن سلم من محمد بن حبيب الجارودي ولم يخرجاه، وإن قيل: أنه سلم منه.

وسئل الإمام سفيان بين عينية عن حديث ماء زمزم لما شرب له فقال: حديث صحيح الإسناد؛ ذلك وعن ابن الجوزي في كتاب «الأذكار».

وفي «تاريخ مكة» للجندي من حديث جابر مرفوعًا: «من طاف خلف البيت سبعًا وصلى خلف المقام ركعتين، وشرب من ماء زمزم غفر له ذنوبه كلها بالغة ما بلغت»(١) إذا علمت هذا فيستحب أن تشرب منه، وأن تكثر، وأن

---

(١) أخرجه الفاكهي في «تاريخ مكة» (٤٥٨) والأزرقي في «تاريخ مكة» (٥٦٧) والديلمي، وابن النجار عن جابر. ولفظ الديلمي: «أخرجه الله من ذنوبه كيوم ولدته أمه» كما في «جمع الجوامع» للسيوطي (٥٥٨٧).

....

تتضلع منه أي يمتلئ، ويكره نفسه عليه.

ففي سنن ابن ماجه: «آية ما بيننا وبين المنافقين أنهم لا يتضلعون من زمزم»(١). وإن شربه لدعاية وأهمها رضا ومغفرته وحسن الخاتمة ونحو ذلك من مهمات الدَّارين.

وإذا أراد شربه استقبل القبلة جالسًا، ثم قال: اللهم إنه بلغني عن رسولك ﷺ، كذا قاله المصنف وغيره ومن صحح قال: يقول: اللهم إنه قد صح عن رسولك ﷺ أنه قال: «ماء زمزم لما شرب له»، وأنا أشربه لكذا، فافعل ذلك بفضلك، ثم يسمي الله تعالى، ويشرب ويتنفس ثلاثًا، ثم يحمد لله تعالى.

تنبيهات وتتمات حسنة:

منها: قال بعض أصحابنا: ويستحب أن يدخل إلى زمزم، وأن ينظر فيها، ويكبر ثلاثًا.

وقال الزعفراني: ومن حضرها استحب له الاطلاع إليها؛ لأن النظر فيها عبادة، وحط للأوزار والخطايا، ويختار له التكبير فيها ثلاثًا، ويستحب أن يسمي الله تعالى، وينزع بالدلو الذي يلي الركن، ويستقبل ويشرب، ويقول: اللهم هذا الصرف كذا، وشرب لما أحب من أمر دين ودنيا، انتهى.

ومنها: قال الماوردي: ويغسل صدره ووجهه، ويصب على رأسه منها أي: لحديث في ذلك، وينبغي أن يصون ماء زمزم عن إزالة النجاسة، فإن قضية كلام الماوردي نحوه. وقال غيره: يكره.

وقيل: فيه خلاف كما بينته في أول «كتاب الطهارة» من «الغنية»، لكن في «صحيح مسلم» في حديث أبي ذرٍ أنه: «أَزَالَ بِهِ الدَّمَ الَّذِي أَدْمَته قُرَيْشٌ حِينَ رَجَمُوهُ»(٢) فالتحريم بعيد.

ومنها: قال أبو الحسن الزعفراني وغيره: يستحب أن يستصحب من مائها

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣١٧٧)، قال البوصيري في «الزوائد»: هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون.

(٢) انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب (١/ ٢٣٢).

……………………………………………………

ما يمكنه حمله إذا أراد الخروج، ويهديه ببلده؛ للتبرك والاستشفاء بشربه.

ومنها: قال المصنف في «إيضاحه»: إذا فرغ المودع من الدعاء عند الملتزم أتى زمزم، فشرب منها متزودًا، ثم عاد إلى الحجر فاستلمه، وقبله، ومضى.

وقال غيره: وعبارة «المنهاج» وغيره يفهم أن هذا البناء بعد الوداع، وليس بمراد فيما أحسب.

فروع: يستحب ختم القرآن بمكة، قاله أصحابنا، وقال الحليمي: من قدم مكة حاجًا أو معتمرًا فلا ينبغي له أن يخرج منها حتى يختم القرآن.

قال الحسن وإبراهيم: كانوا يحبون ذلك، وكان يعجبهم، وقال أبو محمد: كان يستجيب لمن قدم شيئًا من هذه المساجد ألا يخرج منه حتى يجمع القرآن بالمسجد الحرام ومسجد المدينة ومسجد القدس، انتهى.

ويستحب دخول البيت حافيًا، والتنقل فيه، وفعل فريضة فائتة الجماعة منها، نص عليه الشافعي. وقال الزعفراني: ومن أحب دخوله فمن حكمه أن يدخله بصدق الإخلاص محبة لله تعالى، وتعظيمًا له بالخشوع، والاستكانة، والخضوع حافيًا حاسرًا مخيفًا وجلًا راغبًا راهبًا ذاكرًا مستغفرًا داعيًا متضرعًا، ويستحب له أن يحول وجهه وصدره وبدنه إلى أركان البيت الأربعة، ويكبر ويهلل ويدعو، والاختيار أن يصلي فيه، وليبوح للصلاة الجزعة التي يستقبل الداخل، فيجعلها على حاجبه الأيمن، ويجعل بينه وبين الجدار نحو ثلاثة أذرع، ويقف على الرخامة الحمراء يصلي فهناك ﷺ، انتهى.

وقال الحليمي: يصلي بين العمودين المتقدمين متيامنًا تأسيًا.

قال: وينبغي إذا دخلها أن يخر ساجدًا حيال الجذع الملصق بحافظ الكعبة، ثم يرفع رأسه ويقعد، ثم يدعو، ثم يقوم فيصلي ركعتين، ثم يقوم، فيدعو ويستغفر، ولا يرفع، ويسبح الله تعالى وبحمده ويهلل ويكبر، ثم يأتي ما استقبل من الكعبة فيضع وجهه عليه، فيدعو ويستغفر، ولا يرفع رأسه إلى سقف البيت، ولا ينظر إلا نحو الأرض؛ تعظيمًا لله تعالى، وحيا بيمينه وما

وَزِيَارَةُ قَبْرِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ فَرَاغِ الْحَجِّ].

بنواجز البيت، فيدعو ويستغفر، ثم يخرج، وما بالملتزم فيضع وجهه عليه ويدعو ويستغفر، انتهى.

قال الحليمي وغيره: ومن لم يمكنه دخول البيت دخل الحجر، وصلى فيه.

قال الزعفراني: ويستحب توخي الصلاة عند الشقة الثانية، مما يلي الحجر، وكذلك الصلاة عند الحطة التي بالحلوق في إزار الكعبة مما يلي الحجر، فيقال: أنه موضع مقام إبراهيم ﷺ قبل أن ينتقل.

قلت: وعبارة أبي الحسين بن القطان: ويستحب للرجل أن يدخل البيت، والظاهر أنه لم يرد بذلك التخصيص، نعم؛ ينبغي للمرأة ألا تدخل في زحمة الرجال، بل في حالة الخلوة، والله أعلم.

قال: (**وَزِيَارَةُ قَبْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ فَرَاغِ الْحَجِّ**): قلت: كذا قاله الشافعي والأصحاب، ولا شك أن ذلك ليس بعيدًا في الاستحباب؛ وإنما قالوه لأن غالب الناس ليست المدينة الشريفة طريقهم، وإنما يتوجهون إلى مكة أولًا للحج، فإن أهل مصر وغيرها من الأقطار أول ما يأتون مكة، وكذلك أهل الشام فيما سلف؛ ولهذا ميقاتهم الجحفة، ومعلوم أن زيارة مسجده وقبره الكريم مستحبة لكل أحد قبل الحج وبعده في كل الأوقات، ولا سيما المار بالمدينة ذهابًا وإيابًا إلا أن يراد بقولهم بعد فراغ الحج تأكدًا شديدًا، كما قاله بعض الشارحين دون بقية الأوقات، وهذا يحتاج إلى دليل ويدل لأصل الاستحباب أشياء منها: حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «**مَنْ زَارَ قَبْرِي وَجَبَتْ لَهُ شَفَاعَتِي**»(١) رواه ابن خزيمة في «صحيحه»، وعنه يرفعه: «**مَنْ جَاءَنِي زَائِرًا لَمْ تَنْزِعْهُ حَاجَةٌ إِلَّا زِيَارَتِي كَانَ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَنْ أَكُونَ لَهُ شَفِيعًا أَو شَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»(٢) رواه ابن السكن في «صحاحه».

---

(١) أخرجه الحكيم (٢/ ٦٧)، وابن عدي (٦/ ٣٥١، ترجمة ١٨٣٤موسى بن هلال) وقال: أرجو أنه لا بأس به، والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤٩٠، رقم ٤١٥٩). والدارقطني (٢/ ٢٧٨).

(٢) أخرجه الطبراني (١٢/ ٢٩١، رقم ١٣١٤٩). قال الهيثمي (٤/ ٢): فيه مسلمة بن سالم وهو ضعيف.

....

فروع: آداب الزيارة مشهورة وتتجدد من أمور مبتدعة فيها لا يجوز الطواف بقبره الكريم، وتكره الصلاة عنده داخل الدرابزين على قصد التعظيم له، وكذلك الصلاة إليه كذلك، وينبغي تحريمها، ويكره إلصاق الظهر والبطن بجداره كراهة شديدة، وبعض صورها حرام بلا شك ومنها: أن يكون مكشوف العورة، ويكره مسحه باليد، وتقبيله، بل الأدب أن يبعد عنه كما لو كان بحضرته ﷺ في حياته، هذا هو الصواب، ولا يعبر بكثرة فاعليه، وينبغي إنكاره عليهم برفق، وخفض صوت.

وحكى الحليمي ما ذكرناه من قولنا: ويكره إلصاق البطن إلى آخره عن بعض العلماء، ثم قال: وما قاله تشبه بالحق وقرره، ولكنه قال قبله: أن الداخل يأتي منبره الشريف، فيلتمس موضع قدميه بيده، وهي نظيفة، ثم يمسح بها وجهه.

قلت: وهذا غريب، لا أحسب له أصلًا.

قال: وتصلي بين المنبر والقبر في الموضع الذي وصف بأنه روضة من رياض الجنة ركعتين، ثم ذكروا غيره أدعية طويلة، ولا سيما الزعفراني وهي نفيسة وجامعة، ولا أحسبها مأثورة، ولا يجوز لأحدٍ أن يستصحب شيئًا من الأكر المعمولة من تراب حرم المدينة إلى خارجه، ولا من الأباريق والكيزان المعمولة منه، ولا من حرم مكة، وكذلك الأحجار والتراب، كذا قاله المصنف وغيره.

وقال الحليمي: يكره إخراج تراب الحرم إلى الحل، وإدخال تراب الحل إلى الحرم، روي ذلك عن ابن عباس وابن ﷺ، ذكره عطاء، ومجاهد إخراج تراب الحرم إلى الحل، فأمَّا الكيزان والقصاع المتحدة من فخار مكة، والقدور المتحدة من أحجارها، فلا بأس بإخراجها؛ لأنه لا يستحل منها في الحل إلا ما يستحل في الحرم، ثم فرق بين التراب والأحجار بفرق لا يصح، والمذهب ما تقدم، وسنعيد المسألة إن شاء الله تعالى في آخر باب محرمات الإحرام بزيادة نقل وبيان، والله أعلم.

قال المصنف:

[فَصْلٌ]

أَرْكَانُ الْحَجِّ خَمْسَةٌ: الْإِحْرَامُ، وَالْوُقُوفُ، وَالطَّوَافُ، وَالسَّعْيُ، ....

قال: (**أَرْكَانُ الْحَجِّ خَمْسَةٌ: الْإِحْرَامُ**) قال ابن الرفعة: بالإجماع، وكان مراده أنه لا بد منه، وصرح ابن يونس في «التنبيه» بنقل خلاف فيه هل هو شرط أو ركن؟ وقال في «التنويه»: حكينا قولًا أن الإحرام ليس بركن بل هو شرط.

قال الغزالي وإمامه: لأن حاصله نية حج أو عمرة والنية بالشرط أشبه، انتهى.

والحنفية لا يعدونه ركنًا، ولا يظهر هذا الخلاف أن بيت نمرة فيما أحسبه.

قال: (**وَالْوُقُوفُ**) إجماعًا (**وَالطَّوَافُ**) أي: طواف الركن.

قال القاضي أبو الطيب: بالإجماع.

(**وَالسَّعْيُ**) للحديث المرفوع «**اسْعَوْا، فَإِنَّ الله سُبْحَانَهُ كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْيَ**»(١) رواه الإمام الشافعي، وأحمد وأورده الحاكم في «مستدركه»، وابن السكن في «صحاحه»، وفي مسنده كلام أجاب عنه ابن عبد البر وغيره.

وقد سعى ﷺ، وقال: «**خذوا عني مناسككم**»(٢).

وفي «الصحيحين» عن عائشة رضي الله عنها ﷺ قالت: «**سن رسول الله الطواف بينهما**»(٣) تعني: الصفا والمروة، فليس لأحد أن يترك الطواف بينهما، وليس المراد السنة اصطلاحًا.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: ولا خلاف في ركنيه عندنا إلا ما شذ به الدارمي، فنقل عن أبي حنيفة إن تركه عمدًا أو سهوًا لزمه دم، وفي كل شوط

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٢١، رقم ٢٧٤٠٧)، والطبراني (٢٤/ ٢٢٥، رقم ٥٧٢). قال الهيثمي (٣/ ٢٤٧): فيه عبد الله بن المؤمل وثقه ابن حبان وقال يخطئ وضعفه غيره. وابن خزيمة (٤/ ٢٣٢، رقم ٢٧٦٤) والحاكم (٤/ ٧٩، رقم ٦٩٤٣) والبيهقي (٥/ ٩٨، رقم ٩١٤٩) والدارقطني (٢/ ٢٥٦).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (١٦٤٣) ومسلم (٣١٤١).

وَالْحَلْقُ إذَا جَعَلْنَاهُ نُسُكًا وَلَا تُجْبَرُ بِدَمٍ، وَمَا سِوَى الْوُقُوفِ أَرْكَانٌ فِي الْعُمْرَةِ أَيْضًا.

وَيُؤَدَّى النُّسُكَانِ عَلَى أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا الْإِفْرَادُ بِأَنْ يَحُجَّ ثُمَّ يُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ: كَإِحْرَامِ الْمَكِّيِّ وَيَأْتِيَ بِعَمَلِهَا.

إطعام كل مسكين نصف صاع إلى أربعة أشواط ففيها الدم.

قال: وحكى ابن القطان عن أبي علي قولًا آخر لمذهب أبي حنيفة، وهذا القول شاذ غلط، وهو كما قال: فإني لم أره في «فروع ابن القطان»، ولا حكاه صاحبه ابن كج مع أغنيائه بنقل كلامه، وما يحكيه من الغرائب.

قال: (**وَالْحَلْقُ**) أو التقصير كما صرح به في «المحرر».

(**إذَا جَعَلْنَاهُ نُسُكًا**) لما تقدم في الباب، وفي النفس من ركنيه شيء.

قال الرافعي: وينبغي أن يعد الترتيب الواجب هنا رُكنًا، كما عدوه في الوضوء والصلاة.

قال: (**وَلَا تُجْبَرُ**) أي: هذه الأركان الخمسة (**بِدَمٍ**) ولا غيره؛ لأن الماهية لا تحصل إلا بجميع الأركان كما في الصلاة .

قال: (**وَمَا سِوَى الْوُقُوفِ أَرْكَانٌ فِي الْعُمْرَةِ أَيْضًا**)؛ لأن النبي ﷺ أتى بها، ولم يرد ما يقتضي الاعتداد بها بدونها، فكانت أركانًا، وفي الحلق ما سبق في الحج، وهل يجيء القول الشاذ في السعي للحج أنه واجب بجبر دم؟ فيه نظر!.

قال: (**وَيُؤَدَّى النُّسُكَانِ عَلَى أَوْجُهٍ**) أي: ثلاثة يأتي ذكرها وهو إجماع، وفي وجه الحصر أنه قدم الحج فهو الإفراد، والعمرة فهو الممتنع أو أتى لهما معًا فهو القران على ما يأتي بيان كل واحد منهما، ويؤدي النسك من يجب هو بالحج وحده وبالعمرة وحدها.

قال: (**أَحَدُهَا الْإِفْرَادُ بِأَنْ يَحُجَّ ثُمَّ يُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ كَإِحْرَامِ الْمَكِّيِّ وَيَأْتِيَ بِعَمَلِهَا**) والمراد بإحرام المكي أن يخرج للعمرة إلى الحل كما سبق، والإفراد صادق، وعلى صور الأولى ما ذكره المصنف.

الثانية: أن يأتي بالحج وحده، صرح بأنه مفرد بلا خلاف، ذكره القاضي الحسين والإمام.

الثَّانِي الْقِرَانُ بِأَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا مِن الْمِيقَاتِ وَيَعْمَلَ عَمَلَ الْحَجِّ فَيَحْصُلَانِ، وَلَوْ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ بِحَجٍّ قَبْلَ الطَّوَافِ كَانَ قَارِنًا.

الثالثة: إذا اعتمر قبل أشهر الحج، ثم حج من الميقات، صرح به القاضي الحسين، والإمام، والغزالي، وغيرهم، وكلام المصنف ينازع في ذلك، وفيه نظر! وأمَّا الإفراد الذي هو أفضل فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**الثَّانِي الْقِرَانُ بِأَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا**) أي: معًا.

(**مِنْ الْمِيقَاتِ وَيَعْمَلَ عَمَلَ الْحَجِّ فَيَحْصُلَانِ**)؛ لأن أعماله أكثر فيدخل عمل العمرة في عمل الحج، ويكفيه عنهما عندنا طواف واحد، وسعي واحد بلا خلاف؛ لما في «الصحيحين» من حديث عائشة رضي الله عنها في حجة الوداع: «**وأمَّا الذين جمعوا الحج والعمرة، فإنما طافوا طوافًا واحدًا**»(١).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال: «**مَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ أَجْزَأَهُ طَوَافٌ وَاحِدٌ وَسَعْيٌ وَاحِدٌ مِنْهُمَا**»(٢) قال الترمذي: حسن صحيح.

وقول المصنف: من الميقات ليس بقيد، والمراد أن تحرم بهما معًا، سواء كان الإحرام من الميقات أو من غيره.

قال: (**وَلَوْ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ بِحَجٍّ قَبْلَ الطَّوَافِ**) أي: قبل الشروع فيه.

(**كَانَ قَارِنًا**) أي: بالإجماع كما نقله ابن المنذر، وحكمه ثابت في«الصحيحين»، ولا يحتاج إلى نية القران في هذه الحالة، قاله الغزالي، أمَّا لو شرع فيه ولو بخطوة لم يصح إحرامه بالحج، ولو استلم الحجر لا بنية الطواف صح إحرامه بالحج، وإن استلمه بنية الطواف ففي صحة إحرامه بالحج بعد، وجهان.

قال الشيخ: ينبغي أن يكون الأصح الصحة، ولو شك هل أحرم بالحج قبل الشروع في الطواف أو بعده.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الترمذي (٩٦٣)، وابن ماجه (٣٠٨٩).

وَلَا يَجُوزُ عَكْسُهُ فِي الْجَدِيدِ.

الثَّالِثُ: التَّمَتُّعُ بِأَنْ يُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ مِن مِيقَاتِ بَلَدِهِ وَيَفْرُغَ مِنْهَا ثُمَّ يُنْشِئَ حَجًّا مِن مَكَّةَ.

قال الماوردي: قال أصحابنا: صح إحرامه؛ لأن الأصل جواز إدخال الحج على العمرة قضاء، وكمن أحرم وتزوج، ولم يدر أكان إحرامه قبل تزوجه أم بعده؟

قال الشافعي ﷺ: أجزأه، وصح تزويجه.

قلت: ولا تخلو الصورة عن احتمالٍ؛ لأن الأصل عدم العزم على الحج قبل الطواف، وأمَّا إذا دخل الحج عليها في غير أشهر لغى إحرامه به وعمرته بحالها، وإن أحرم بها في غير أشهره، ثم أدخله عليها في أشهره فوجهان.

قال المصنف: أصحها يصح، وهذه الصورة ترد على لفظ الكتاب على أن الشيخ أبا علي نقل عن عامة الأصحاب المنع، واختاره، والمختار الصحة هذا كله في عمرةٍ صحيحة، أمَّا لو أفسدها بجماعٍ، ثم أدخل عليها حجًا، فأصح الوجهين يصير محرمًا به، فعلى هذا هل يكونُ حجًا صحيحًا محرمًا؟ وجهان، أصحهما: لا، فعلى هذا كان سعيه فاسدًا من أصله. وقيل: صحيحًا، لم يفسد، وعلى الوجهين يلزمه المضي في النسكين، وقضائهما.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ عَكْسُهُ**) أي: وهو إدخال العمرة على الحج (**فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنه لا يستبعد به سببًا آخر، وأمَّا ذلك فيفسد به أشياء كالوقوف، والرمي، والمبيت، والقديم الجواز كعكسه، والفرق ما سبق.

قال: (**الثَّالِثُ: التَّمَتُّعُ بِأَنْ يُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ مِن مِيقَاتِ بَلَدِهِ وَيَفْرُغَ مِنْهَا ثُمَّ يُنْشِئَ حَجًّا مِن مَكَّةَ**) انعقد الإجماع على أن الأفاقي إذا فعل ذلك كان متمتعًا، ويسمى بذلك؛ لاستمتاعه بالمحظورات بينهما أو لتمكنه من الاستمتاع بالتحلل من العمرة أو لتمتعه لسقوط العود إلى الميقات للحج.

اعلم أن كلام الكتاب يشمل ما إذا اعتمر قبل أشهر الحج، ثم حج، وسبق عن القاضي والإمام أن هذه الصورة إفراد بلا خلاف، وقضية كلامه أنها تمتع لا دم فيها، وسيأتي أن ما قاله القاضي أولى.

وَأَفْضَلُهَا الْإِفْرَادُ وَبَعْدَهُ التَّمَتُّعُ وَبَعْدَ التَّمَتُّعِ الْقِرَانُ، وَفِي قَوْلٍ التَّمَتُّعُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِفْرَادِ.

وقوله: من ميقات بلده قالاه في «المجرد» و«الروضة»، والأصح أن ذلك ليس من شروط التمتع، ولو قيل: ما لاشتراط فهل ذلك لاسم التمتع ولوجوب الدم دون الاسم؟ الأصح الثاني، فهذا إنما يجيء على وجه ضعيف، إلا أن يريد به التصوير دون الاحتراز، وهو الأقرب؛ لأن الإحرام من الميقات ليس شرطًا في كونه متمتعًا، ولا شك أن الأفقي لو مر بأحد المواقيت، وأحرم بالعمرة منه كان كما لو أحرم بها من ميقات بلده.

وقوله: ثم ينشئ حجًا من مكة؛ ذكره للتصوير أيضًا، فإنه لو أحرم به من الميقات، كان متمتعًا على المشهور، ولكن لا دم عليه.

قال الشيخ: وهو الصحيح المنصوص في عامة كتبه، ثم من شرط تفضيله أن يعتمر من سنته فلو أخرها فكل من القران، والتمتع أفضل منه؛ لأن تأخيرها عن سنة الحج مكروه قاله المصنف، ونسبه إلى الجماهير.

قال: وقال القاضي الحسين والمتولي: **(وَأَفْضَلُهَا الْإِفْرَادُ)** منها سواء اعتمر في سنته أو سنة أخرى، وزيفه، وهو ظاهر إطلاق الكتاب.

قال: **(وَبَعْدَهُ التَّمَتُّعُ)** لأن التمتع يأتي بعامين كاملين بخلاف القارن، فإنه يأتي بعمل واحد من ميقات واحد.

(وَفِي قَوْلٍ التَّمَتُّعُ أَفْضَلُ مِنَ الْإِفْرَادِ)؛ لأنه أحد ما جاء في إحرامه ﷺ، ولأمره بأصحابه.

ثم قال: لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي، ونجعلها عمرةً، ولا سلف إلّا على الأفضل؛ ولأن فيه مبادرة إلى العمرة بخلاف الإفراد فإن في تأخيرها، فربما مات قبله، وهذا القول نقله الأئمة عن اختلاف الحديث من «الأم»، ورأيت في اختلاف الشافعي ومالك من أواخر «الأم» قال الربيع بعد أن نقل عن الشافعي: اختيار الإفراد، وأن التمتع حسن.

قال الشافعي في آخر قوله: التمتع أحب إلي، واستدل له الشافعي،

....

وأجلب، ورأيت نص الشافعي في «مختصر الحج الصغير» من «الأم»: أن التمتع أحب إليه؛ لذلك رأيته في موضعين منه.

ونص في «البويطي» على أن التمتع أحب إليه من الإفراد والقران، وقال في موضع آخر منه: وأختاره فأوردتني هذه النصوص شكًّا في أن مذهب الشافعي، وأن المنصوص في عامة كتبه: أن الإفراد أفضل.

وقد شهد الربيع أن آخر قوله: أن التمتع أفضل، وهو ما حكاه الجوري عن اختيار المزني، ورأيته قد جزم به في كتابه «نهاية الاختصار» من قول الشافعي ﷺ.

تتمات: منها: لنا قول ثالث: أن أفضلها الإفراد، ثم القران.

وقول رابع: أن القران أفضلها، ثم الإفراد.

قيل: واختاره المزني، وابن المنذر، وأبو إسحاق المراوزي، وأبو الطيب بن سلمة، والقاضي الحسين، وحكاه المحاملي، وغيره عن نصه في أحكام القران.

ومنها: إذا فضلنا فشرطه ما سبق، والحاصل هنا أربع مسائل، الأولى: أن التمتع والقران أفضل من حج وحده، باتفاق العلماء، وقد سبق أنه إفراد.

الثانية: الإفراد والاعتمار بعده في سنة أفضل من التمتع والقران على المشهور، وفيه ما سبق.

الثالثة: الاعتمار في سنة، والحج في أخرى قضية كلام الجمهور أن القران والتمتع أفضل منه قطعًا، وكلام القاضي الحسين والمتولي يقتضي أنه أفضل عندنا خلافًا لأبي حنيفة، وهو قضية إطلاق الكتاب، وغيره.

الرابعة: قضية كلام القاضي، والمتولي، والجمهور الشارطين الاعتمار بعد الحج أن إفراد النسكين أفضل من إفرادهما في سنن.

قال بعض أئمة العصر، وفيما قالوه نظر! وكأنهم رأوا ترجيح التعجيل؛ لما في التأخير من الخطر، ولم ينظروا إلى صفة الكمال في كل منهما، وكمالهما بأن ينشئ لكل منهما سفرًا جديدًا من دويرة أهله، وكذلك فسر قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا

....

لْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ﴾ [البقرة: ١٩٦] إن يحرم بهما من دويرة أهله أي: لكل منهما.

قال: فهذا القسم أفضل من أن يأتي بالعمرة تبعًا، ورأيت ما يقتضي ذلك في كلام بعض أصحابنا المتقدمين فإنه استدل على أن الإفراد أفضل من القران؛ لأنَّا أجمعنا على أن حجة لوقته وعمرة لوقته مفردين أفضل من حجة لوقته وعمرة لوقته مقرنين، فإن قالوا: إنما كان الإفراد الكوفي أفضل؛ لأنه سافر لكل منهما، فكان أفضل من القران الذي سافر لهما سفرًا واحدًا، وليس كذلك إذا كانت حجة كوفية وعمرة مكية أو عمرة مكية أو عمرة كوفية، وحجة مكية، فإنه نسيا لأحدهما دون الأخر فالجواب أن هذا يبطل إذا قرن من الميقات وأفرد من الميقات، ورجع للعمرة إلى الميقات، فإنه سافر لكل منهما فوجب أن يكون أفضل من القران، وعند المخالفين القران أفضل من الإفراد في هذا الموضع، انتهى.

وهذا الكلام مصرح بنقل الإجماع على أن الإفراد دل سفر أفضل، ولم يفرق بين أن يكون ذلك في سنة أو سنتين، ورأيته في كتب الحنفية عن محمد من غير نقل الإجماع، ولا يمكن العمرة الكوفية بعد الحج في سنته، ولا شك أن من عاد بعد الحج إلى بلده، واعتمر كانت عمرته أفضل من العمرة التي بها عقب الحج من التنعيم أو غيره من أطراف الحل، بل قد رأيت في «مصنف» ابن أبي شيبة عن عطاء وطاووس ومجاهد أنهم كرهوا العمرة بعد الحج⁽¹⁾.

وقالوا: لا تجزئ هذا هو المذهب، وإن كان مردودًا لأن النبي ﷺ أعمر عائشة، إلا إن أوجبنا حكايته بابتداء؛ لأن لإفراد كل نسكٍ أصلًا إلا إن أوجبنا السفر لأصل من جمعها في سفره إفرادًا أو تمتعًا أو قرانًا، ثم يليه الاقتصار على الحج، هذا ما ظهر لي في ذلك للتو، أرجو أن يكون صوابًا، وقد عضد به نقلًا وبحثًا، ويمكن حمل كلام الأصحاب عليه بتكلفٍ، ويمكن أن يعود المفرد حجه إلى أبعد المواقيت وهو ذو الحليفة أو إلى دار أهله إذا كانت قريبة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٣١٨٠) (١٣٢٤).

……

من ذلك كالمدينة ونحوها، فيحصل أداء النسكين في سفرتين في سنة واحدة، ويحصل بذلك الجمع بين ما نبهنا عليه، وبين ما قاله الأصحاب(١).

ومن نظر إلى ما نبهنا عليه من كمال الحج في نفسه حرم بذلك، ويمكن فرض الخلاف بين الإمامين في كل من الأمرين، أعني في كون الحج في نفسه أن يكون منفردًا أو مضمومًا، وفي كون إيقاع العبادتين جميعًا على وجه الإفراد أفضل أو لا، والحنفية، والمزني مستندون للقران فيه مبادرة بالعمرة، وبحث أصحابنا بأن تأخيرها إلى وقتها الفاضل أولى، كما خير الثانية من صلاتي الجمع، وأمَّا بعد كمال الحج وفراغ أشهر فالمبادرة بالعمرة مطلوبة، وتأخير العمرة إلى سنة أخرى فيه حظر.

لا سيما إذا أوجبناها، وقد يموت، وتعجيل العبادة أولى من تأخيرها، فإذا نظرنا إلى هذا المعنى فيقول القاصد للحج على الوجه الأكمل فيه، وهو بعده مخير إن شاء اعتمر أو لا، ولا يظهر تأكيد العمرة في حقه في شدة الحالة؛ لعدم ورود ذلك عن عائشة ﵂، ومن لم يتقدم فالأولى له أن يعتمر بعد الحج؛ ليحصل له أحد نوعي الإفراد، فإن تيسرت له سفرة أخرى للعمرة

---

(١) في الأصل اضطراب، يوضحه كلام الماوردي ما نصه: وَهَذَا كَمَا قَالَ كُلُّ مَنْ مَرَّ بِمِيقَاتِ بَلَدِهِ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً، أَوْ قِرَانًا فَعَلَيْهِ الْإِحْرَامُ مِن مِيقَاتِهِ لِمَا رُوِيَ عَن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَهِ حَدَّ الْمَوَاقِيتَ وَقَالَ هَذِهِ الْمَوَاقِيتُ لِأَهْلِهَا وَلِكُلِّ آتٍ أَتَى عَلَيْهَا مِن غَيْرِ أَهْلِهَا مَنْ أَرَادَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً فَإِذَا أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ مِنَ الْمِيقَاتِ وَأَحَلَّ مِنْهَا وَأَرَادَ الْإِحْرَامَ بِالْحَجِّ أَحْرَمَ بِهِ مِن مَكَّةَ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ فَتَحَ الْحَجَّ عَلَى أَصْحَابِهِ وَأَمَرَهُمْ بِالْعُمْرَةِ قَالَ عِنْدَ فَرَاغِهِمْ مِنْهَا: مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ فَلْيُهِلَّ.
قَالَ جَابِرٌ: فَأَحْرَمْنَا بِالْحَجِّ مِن بَطْحَاءِ مَكَّةَ، وَهَذَا هُوَ التَّمَتُّعُ تعريفه فَأَمَّا إِذَا أَحْرَمَ بِالْحَجِّ مِنَ الْمِيقَاتِ وَأَحَلَّ مِنْهُ وَأَرَادَ الْإِحْرَامَ بِالْعُمْرَةِ، أَحْرَمَ بِهَا مِنَ الْحِلِّ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ ﵂ لَمَّا أَرَادَتِ الْإِحْرَامَ بِالْعُمْرَةِ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَخَاهَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ أَنْ يُعَمِّرَهَا مِنَ التَّنْعِيمِ فِي الْحِلِّ، وَهَذَا هُوَ الْإِفْرَادُ تعريفه.
وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ أَحْرَمَ بِأَحَدِهِمَا مِن مِيقَاتِ بَلَدِهِ، وَأَرَادَ الْإِحْرَامَ بِالْآخَرِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ أَهْلِ مَكَّةَ إِنْ أَرَادَ الْحَجَّ أَحْرَمَ بِهِ مِن مَكَّةَ، وَإِنْ أَرَادَ الْعُمْرَةَ أَحْرَمَ بِهَا مِنَ الْحِلِّ.. انظر: الحاوي الكبير (٤/ ٨٠).

……

استحب له، وإلا كان قد حصل عليهما، وليس الاعتماد بعد الحج مانعًا من إتيانه بعمرة أخرى كاملة بسفرة مفردة، إلا أن يقال أن الفرض ينادي بالأولى فتكون في تعجيلها الآن، وتأخيرها إلى الإتيان بها كاملة ما في تعارض الصلاة بالإنفراد في أول الوقت، وبالجماعة في آخره، والأقرب خلافه للحظر هنا بخلاف الصلاة.

فمعنى قول العلماء: إن حجته وعمرته مفردتين من الكوفة أفضل من حجة كوفية وعمرة مكية، أنهما إذا وقعتا كانت لذلك، وليس معناه أنه يستجيب التأخير، نعم؛ لو كانت دويرة أهله قريبة، وأمن هذا المحدود احتمل ذلك؛ لأداء الفرضين. وقد قال الشافعي في «الإملاء» بعد قول: أن الأفضل الإفراد، ثم التمتع، وسواء فيما اخترت من الإفراد، ثم اخترت من التمتع الثاني البلد والقرية، إلا أن يسافر كل منها بعمرة، فلا يكون في العمرة قرب بذلك حسن الاحتياط لا من الاختيار، وهو ينبه على شيء مما قلناه من تأخير العمرة حتى تأتي بها في سفرة مستقلة اختيار، وتعجيلها عقب الحج احتياط، انتهى كلامه رحمه الله تعالى.

ومنها: قيد الشيخ النقل عن الجماهير في تفضيل الإفراد، بأن يحج، ثم يعتمر كما سبق.

قال المحب الطبري: ولا معنى لاعتبار البعد به إذ لا فرق بين أن يعتمر بعد حجه من أدنى الحل، وبين أن يعتمر قبله من الميقات، ثم يحج من الميقات أيضًا فكل إفراد.

قال: بل الثاني أفضل، وما ذكره الرافعي، وغيره يعم الصورتين.

قال: وهو المختار، ولم يقيد صاحب «البيان» العمرة بالعام.

ومنها: قيل: لو تمتع ثم اعتمر بعد فراغ الحج فيظهر أن يكون أفضل من الإفراد؛ لتحصيل صورة الإفراد مع اعتمار مرتين.

وقال القاضي: حكاه رحمة الله تعالى ينبغي أن يكون القران أفضل إذا

وَعَلَى الْمُتَمَتِّعِ دَمٌ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مِن حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَحَاضِرُوهُ مَنْ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ مِن مَكَّةَ. قُلْت: الْأَصَحُّ مِن الْحَرَمِ، والله أَعْلَمُ، ....

اعتمر قبل الحج أو أراد الاعتمار بعده؛ ليحصل له عمرة ثانية، وإنما يكون الإفراد والتمتع أفضل من القران إن أراد الاقتصار على عمرة القران.

قال: وهذه دقيقة، فليفطر لها لعمل، انتهى.

وعندي هذا الكلام، وما قبله غير محمدٍ، ولا يوافق الأصحاب عليه، والله أعلم.

قال: (وَعَلَى الْمُتَمَتِّعِ دَمٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِۚ﴾ [البقرة: ١٩٦] وهو إجماع بالشرط الآتي، والدم شاة بصفة الأضحية، ويجزئ عنها سبع بدنة أو سبع بقرة.

قال: (بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مِن حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمۡ يَكُنۡ أَهۡلُهُۥ حَاضِرِي ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِۚ﴾ [البقرة: ١٩٦] وقوله ذلك أي: ما ذكر من الهدي والصوم عند فقده، وقوله لمن معناه على من، وعلل الرافعي غيره ذلك بأن حاضري المسجد الحرام ميقاته للحج مكة، فلم ترجح ميقاتًا بخلاف غيره، وجعل الإمام وجوب الدم بعيد الآن من على مرحلتين من مكة أو الحرم إذا عين له النسك لزمه الإحرام من موضعه، ويجب الدم بتركه، فإذا تمتع فقد استعاد ميقات.

قال: (وَحَاضِرُوهُ مَنْ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ)؛ لأن من قرن من شيء كان حاضروه، قال تعالى: ﴿وَسۡـَٔلۡهُمۡ عَنِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلَّتِي كَانَتۡ حَاضِرَةَ ٱلۡبَحۡرِ﴾ [الأعراف: ١٦٣] وهي أيلة، وليست في البحر بل قريبة منه، ومن مسكنه دون مرحلتين نازل منزلة من بمكة، ولهذا لا يترخص الخارج إليه بفطر، ولا قصر، ونحوها.

قال: (مِنْ مَكَّةَ قُلْت: الْأَصَحُّ مِن الْحَرَمِ، والله أَعْلَمُ) وجه الأول، وهو ما نقله الإمام عن النص أن المسجد الحرام المذكور في الآية لم يرد حقيقة بالاتفاق، بل الحرم عند بعضهم، ومكة عند آخرين، فلا بد من حمله على المجاز، ومكة أقل تجوزًا من جملة الحرم، ووجه وهو الأشبه في «الشرح

....

الصغير»، ومقتضى ما في «الكبير» ما قاله الماوردي وغيره: أن كل موضع ذكر الله تعالى فيه المسجد الحرام أريد به الحرم إلا قوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٤٤] فأريد به الكعبة، وإنما خالف ذلك لوداع؛ لأنه للبيت، فناسب اعتبار مكة.

وحكى قول قديم: أن حاضره من كان أهله دون الميقات، وقيل أن الغزالي حكى وجهًا: أن حاضره أهل الحرام خاصة، ولم ير في كلام الغزالي.

تنبيهات: منها: سبق عن الشيخ أنه قال: جعلوا مكة وما جاوزها من حاضري المسجد كالشيء الواحد؛ حتى لا يجب على المتمتع الدم عند عدم العود إلى الميقات، ولم يجعلوا ذلك كالشيء الواحد فيما إذا جاوزه مريدًا النسك غير محرم، بل أوجبوا عليه الدم إذا لم يعد، ولو جعلوه شيئًا واحدًا لكان محرم من أي الأماكن القريبة شاء كما يحرم من مكة من أي بقاعها شاء مع أن الدم وجب في كل من المسألتين؛ لترك الإحرام من الميقات، انتهى وهو سؤال حسن.

ومنها: كان ينبغي أن يقول المصنف: وحاضره من مسكنه دون مرحلتين على الاستيطان، كما صنع المحرم، وبمرة هذا يظهر من بعد إن شاء الله تعالى.

ومنها: حكم مسافة القصر حكم ما فوقها، كما اقتضاه كلام «المنهاج» وقول «المحرر»: الحاضر من مسكنه من مكة فوق مسافة القصر ليس بعيدًا عن قوله: فوق، وقد نبه عليه الشيخ في «الدقائق».

واعلم أن إطلاق المصنف نعم؛ كل من كان دون مرحلتين مقيمًا كان أو غيره جاوز الميقات مريدًا للنسك إذا أحرم بعمرة على دون مرحلتين، ثم حج على صورة التمتع، فأصح الوجهين عند الشيخين أن عليه دم التمتع.

ومنها: له سكن قريب وبعيد، فما كان ميقاته به أكثر فالحكم له، فإن استويا في الأهل، وكان ماله بأحدهما أو في أحدهما أكثره فالحكم له، فإن استويا في ذلك، وكان عزمه الرجوع إلى أحدهما فالحكم له، هكذا أطلق الشيخان.

وَأَنْ تَقَعَ عُمْرَتُهُ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِن سَنَتِهِ، ....

وعبارة «البحر»: ويعتبر عزمه على إقامته بعد فراغه من التمتع فإن عزم على الإقامة بأحدهما فالاعتبار به، نص عليه في «الإملاء»، انتهى.

فإن لم يكن له عزم على الرجوع إليهما جميعًا، فالحكم لما خرج منه.

وقال في «الذخائر»: إن كان أهله بأحدهما أو سكونه بأحدهما أكثر فالاعتبار به، وإن استوى مقامه بهما اعتبرنا ماله وأهله، فإن كانا منهما اعتبرنا أكثر ماله حيث كان فالاعتبار به، فإن كان ماله فيهما سواء اعتبرنا عزمه على الإقامة بعد الفراغ أن يكون، فإن لم يكن له عزم أو استوى عزمه واستويا في كل شيء، قال صاحب «التقريب» وغيره: ينظر إلى موضع إحرامه ويتعلق الحكم به.

وقال الفوراني: ينظر إلى أيهما ينسبه الناس فهو منه، انتهى.

ولم أر هذا في «الإبانة»، ولعله قاله في «المعتمد» أو غيره.

ومنها: لو خرج مكي إلى أفق لحاجة، ثم رجع، وأحرم بالعمرة في أشهر الحج ثم حج من عامه، فلا دم للتمتع عليه، ولو ورد غريبًا بمكة متمتعًا، ثم نوى الإقامة بعد ما اعتمر، فليس بحاضر، ولو استوطن غريب بمكة فحاضر أو مكي الشام مثلًا فغير حاضر.

قال: (وَأَنْ تَقَعَ عُمْرَتُهُ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِن سَنَتِهِ) أي: سنة حجه، فلو تقدمت على أشهره، فلا دم عليه لانتفاء المزاحمة الآتي ذكرها، وإن كان متمتعًا على المشهور كما قاله الرافعي آخر الشروط، ولو أحرم بها قبل أشهر الحج، وأتى بجميع أعمالها في أشهره، فلا دم في الأظهر.

وقيل: هي على حالين إن أقام بالميقات محرمًا بالعمرة، حتى دخلت أشهر الحج أو عاد إليه في أشهره محرمًا، ما بها وجب الدم، وإن جاوزه قبل الأشهر، ولم يعد إليه، فلا دم، انتهى.

وإن سبق إحرامها، وبعض أعمالها في أشهر فإن لم يوجب الدم في سبق الإحرام وحده، فهنا أولى، ولو اعتمر، ثم حج في السنة الخالية، فلا دم عليه سواء أقام بمكة إلى أن حج أو رجع، وعاد؛ لعدم الزحمة.

وَأَنْ لَا يَعُودَ لِإِحْرَامِ الْحَجِّ إِلَى الْمِيقَاتِ.

روى البيهقي بإسناد جيد، وعن سعيد بن المسيب: فإن كان أصحاب رسول الله ﷺ يعتمرون في أشهر الحج، فإذا لم يحجوا من عليهم ذلك لم تهدوا.

وقال المصنف: أنه حسن في «إسناده»، واحتج الأئمة؛ لاعتبار وقوع الحج في سنته بأن العرب كانوا لا يزاحمون الحج بالعمرة في مظنته، ووقت إمكانه، ويقولون هو من أفجر الفجور، فورد التمتع رخصة وتحقيقًا؛ لأن الغريب قد يرد قبل عرفة بأيام، وسبق عليه استدامة الإحرام، ولو أحرم من الميقات، ولا سبيل إلى مجاورته بغير إحرام، فجوز له أن يعتمر، ويحلل مع الدم.

قال: (**وَأَنْ لَا يَعُودَ لِإِحْرَامِ الْحَجِّ إِلَى الْمِيقَاتِ**) أي: بأن أحرم من مكة، واستمر، فإن عاد إليه أو إلى مسافة مثله، وأحرم بالحج، فلا دم؛ لأنه لم يربح ميقاتًا، وكذا لو عاد إلى الإحرام بالحج إلى ميقات أقرب منه كان ميقات عمرته الجَحَفَة فعاد إلى ذات عرق مثلًا، فكالعود إلى ميقاتها في الأصح؛ لأنه إذا عاد إلى مسافة القصر، وقطعها محرمًا، بطل ترهفه وتمتعه، كذا وجهه الرافعي في «شرحه»: ولو أحرم به من مكة، ثم ذهب إلى الميقات محرمًا قبل الوقوف بعرفة كما قالاه في «المهذب» و«التهذيب»، وهو قيد لا بد منه وقد صرح الروياني وغيره بأنه متى مضى إلى عرفة استقر عليه دم التمتع، ففي سقوط الدم عنه الخلاف فيمن جاوز الميقات ثم أحرم، ثم عاد إليه محرماً.

تنبيه: اقتصر المصنف على ما ذكره من الشروط بعرفة أنه لا يشترط فيه التمتع، وقيل: الثلاثة وقوعها في شهر واحد، ولا عن شخص واحد، وأنه لا يشترط شروط، وشرط الشيخ أبو حامد وغيره أن يعتمر من الميقات، وقد بينا ذلك.

وقيل: من الشروط بقاؤه حيًا إلى آخر الحج، وعد في «اللباب» وأصله «الرونق» من الشروط أن يتمتع بين النسكين، ولعل المراد أن يحصل زمان بين الحج والعمرة يمكن أن يتمتع فيه بالنساء والطيب وغيره، سواء فعل أم لا كما قاله الدارمي.

....

فرع: سئل عن أفاقي أحرم بالعمرة في أشهر الحج وفرغ، ثم قرن من عامه هل عليه دم أو دمان بسبب التمتع والقران؟ فأجاب بعض أئمة العصر: بأن الصواب في ذلك دم واحد؛ للتمتع ولا شيء بسبب القران من جهة أن من دخل مكة فقرن أو تمتع فحكمه حكم حاضري المسجد الحرام، وعلى تقدير ألا يلحق بهم، ففي هذه الصورة قد اجتمع التمتع والقران، ودمهما متحاسنٌ، فيتداخلان هذا ما ظهر لي.

قال: ورأيت في «تجريد» المحاملي في آخر كتاب الحج أن المزني قال في «المنثور»: سألني سائل عن قياس قول الشافعي فيمن تمتع وأحرم بالعمرة ثم لما يتحلل منها فرق بين الحج والعمرة؟ فقلت: قياس قوله أن عليه أن يحرم بالحج والعمرة من الحِل، فإن فعل فعليه دمان دم لقرانه ودم لتمتعه، وإن أحرم بهما من الحرم فعليه ثلاثة دماء لقرانه، وتمتعه، وترك الميقات.

قال الشيخ: يعني أبا حامد وجميع ما ذكره صحيح، إلا قوله أنه يلزمه أن يحرم بهما من الحل فهو غلط، بل يحرم بهما من الحرم، ولا دم عليه، وموافقيه إياه فيما عدا ذلك فيه ما قد عرفت، نعم؛ إن قيل: بأن الحاضر هو المستوطن، ولم يلحق به في مكة استقام وجوب دمين مع احتمال فيه جهة التداخل، كما بينا عليه، انتهى.

فائدة مهمة سبقت الإشارة: قال الغزالي: الأفقي إذا جاوز الميقات غير مريد نسكًا، فاعتمر عقب دخوله مكة، ثم حج، لم يكن متمتعًا؛ إذ صار من الحاضرين، إذ ليس يشترط قصد إلا ويوافق الإمام الرافعي فيها.

وقال: لم أجدها لغيره بعد البحث، وإن كلام الأصحاب ينازعه، ونقلهم عن النص ظاهرٌ في اعتبار الإقامة بل في اعتبار الاستيطان.

وفي «النهاية» و«الوسيط»: فيما لو جاوز القريب الميقات لا يريد نسكًا ولا الحرم، ثم بدا له بقرب مكة، فاعتمر وحج بعدها على صوره التمتع ففيه وجهان.

……

قال الرافعي: وأصح الوجهين فيها أنه يلزمه دم التمتع، انتهى ملخص كلامه. واقتصر أئمة العصر للغزالي فأطنب وأجاد.

وقال ما ملخصه: قال النووي: المختار في مسألة الغزالي أنه متمتع ليس بحاضر، وليس كذلك بل المختار في الصورتين ألا دم في أبيات الخلاف، في الأولى نظر!، فأقول: اعتبار الاستيطان في اسم الحاضر صرح به جماعة، وهو قضية نص «الإملاء»، وكلام الأصحاب فيمن له مسكنان قريب وبعيد، وأمَّا الغزالي فصرح بأن الحاضر من بينه وبين مكة دون مرحلتين مقيمًا كان أو مسافرًا، ثم استمر على ذلك، بل قال في توجيه ما صحح الرافعي في الصورة الثانية: أنه لا يتناوله اسم الحاضر إلا إذا كان في نفس مكة أو مستوطنًا حولها.

قال ابن الرفعة: وإذا صح ما ذكره حصل في المسألة ثلاثة أوجه، والثالث: بعيد.

قال: وإذا تأملت ما ذكرته رجحت اشتراط الاستيطان في الثانية، لكن في كلام الأصحاب المصرحين والملوحين باعتبار الاستيطان ما يقتضي التوقف في ذلك، فإن الماوردي قال: إذا صح أن الحاضر لا دم عليه في تمتعه وقرانه فكذلك صححه، وقضية لزم الدم ما اختاره النووي في الصورة الأولى، ورجحه الرافعي فكذلك كل من دخل مكة لا مريد حجًّا ولا عمرة، ثم أراد أن يتمتع أو يقرن فلا دم عليه.

قال: ولعل ذلك؛ لأنه صار في معنى الحاضرين؛ بسبب أنه لا يسبقه بسبب تمتعه ربح سفر، ولأنزل بميقات الحج في حقه، وهذه مسألة الغزالي التي توقف فيها الرافعي، واختار المصنف فيها وجوب الدم، وكلام الماوردي يخالفه، والمعنى يساعده، وإن كان ليس من الحاضرين، لكنه في معناهم وفي «البيان» ما يوافق كلام الماوردي، ولم أر لغيرهما ما يخالفه، وأن الصورة التي صحح الرافعي فيها وجوب الدم، فيظهر فيها أنه في معنى الحاضر فلا دم عليه؛ لأنه جاوز لا مريد نسكًا، وليس بمأمور بنسك، فلما عزله بالقرب لم يتوفر عليه بتركه بعد دخول مكة؛ لأنها صارت ميقاته، ولم يترك الإحرام بالحج منها؛ فلهذا

……

المعنى توقفت في إتيان الخلاف في الصورة الأولى دون الثانية، نعم؛ أطلق البغوي كما سيأتي في وجوب دم التمتع إذا جاوز غير المريد نسكًا.

أمَّا المريد فقال الماوردي والدارمي: وينظر في موضع إحرامه، فإن كان من دون مرحلتين، فلا دم عليه؛ لتمتعه ولا لقرانه؛ لأنه صار كالحاضر، ومن زعم ابن الرفعة أن هذه المسألة ما أنكره على الغزالي وليس كذلك، بل الذي يوافق الغزالي ما سلف عن الماوردي أولًا، وما ذكره ثانيًا حكمًا وتعليلًا، وافقه عليه الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين والمتولي والرافعي والنووي، ونقلوه عن النص، وفيه إشكالان، لا سيما على الرافعي فإنه صحح في الصورة الثانية من كلام الغزالي الدم، فالوجوب هاهنا أولى؛ لأنه هناك أراد النسك، وهناك لم يرده.

وقد تأملت هذه المسألة فوجدت النص المذكور قديمًا، وله نصٌّ يعارضه، ولم يصرحوا بأنه جديد ولا قديم، وهو الصحيح، ثم حكى كلام الرافعي وغيره عن النص القديم.

وقول الرافعي والمصنف: أن جماعة من الأصحاب قالوا: بظاهره، وأن الأكثر من حملوه على من نفى بينه وبين مكة من مرحلتين.

ثم قال: وأما المعارضون لذلك، والروياني حكى النص عن حكاية أبي حامد عن القديم، وأن أبا حامد ذكر هذا شرطًا آخر في التمتع.

قال الروياني: وهذا ضعيف، وذكر عن القفال أن الشافعي قال: من أراد التمتع فجاوز الميقات غير محرم، ثم أحرم بالعمرة، ثم فرغ منها، ثم أحرم بالحج، فهو متمتع، وإن رجع إلى الميقات فليس بمتمتع.

وقال أصحابنا: إذا لم يرجع فعليه دمان للتمتع وللإساءة بترك الميقات، والعمراني حكى في «الزوائد» عن الصيدلاني عن القفال عن الشافعي النص المذكور، وعقبه برواية أبي حامد.

وقال: أنه لا خلاف ما حكاه الصيدلاني، والبغوي حكى النص القديم.

ثم قال: والمذهب أنه لا يسقط دم التمتع، ويجب دم الإساءة، إلا أن

....

يجاوز الميقات غير مريد للنسك، ثم يحرم بالعمرة فعليه دم التمتع فقط.

وما ذكره هؤلاء الأئمة بين لنا أن النص الأول قديم ضعيف، فسقط التعلق بظاهر ما أخذ به بعضهم، وتأويله المحكي عن الأكثرين، ثم نظرنا في النصين فوجدنا القديم يحتمل أن يكون مأخذه دخول التمتع في دم الإساءة، كما قاله ابن الصباغ في دم المجاوزة، ودم التمتع، وإن كان الأصح عند الأصحاب خلافه، وأنهما يجتمعان، ويحتمل أن يكون مأخذه صار من الحاضرين.

وبذلك صرح الشيخ أبو حامد، فتعين إثبات قولين القديم أن الحاضر كل من حصل هناك مستوطنًا كان أو مقيمًا أو مسافرًا أو على هذا لا دم للتمتع إذا أحرم بالعمرة من مكة أو قريبًا منها، سواء جاوز الميقات مريدًا النسك أو غير مريد، وأظهرهما أنه المستوطن، وعلى هذا يلتحق به من في معناه، وهو من حصل في مكة أو قريبًا منها، إذا لم يجاوز مريدًا للنسك، فإن جاوز مريدًا ففيه نظر!

والأقرب أنه لا يلتحق به، وظهر من هذا أنه لا دم في مسألتي الغزالي بخلاف ما رجحه الرافعي في الثانية، والمصنف في الأولى، فإن قلت: إذا ألحقتم من في تلك المسافة بالمستوطن في الحكم فما ثمرة الخلاف في التسمية؟

قلت: بل له فوائد منها: لو خرج المستوطن والأفاقي الذي وصل مكة، ولم يستوطن إلى الميقات، وتمتعا فلا دم على المستوطن، ويجب على الأفاقي، انتهى حاصل كلام المنتصر رحمه الله تعالى.

واعلم بعد ما سبق أن إمام الحرمين قال في «باب المواقيت» بعد كلامه على إحرام المكي من مكة بالحج: ما لفظه، والغريب إذا كان محرم من مكة متمتعًا أو أنفق لنية بها سنة، ثم أراد الإحرام، فسبيله سبيل المكي فيما ذكرناه هكذا رأيته فيما لا أحصي من نسخ «النهاية»، واتفق لبثه، ولم أر خلافه، وكلامه يتضمن لمسألة الغزالي الأولى التي توقف فيها الرافعي، ومن هذا الموضع من «النهاية»، والله أعلم.

أخذها الغزالي في «البسيط» بعد نقل الوجهين في الثانية، وأما لو بدا له

....

بعد دخول مكة يأتي بصورة التمتع، فلا دم عليه؛ لأنه صار من الحاضرين، وكلامه مصرح نحو وجهًا عن صورة الوجهين، وكان الفرق ما سبق، وقد يفرق بأنه بدخول مكة وصل مقصده فصار كالمستوطن.

وقد جزم القاضي ابن كج والدارمي في صورة الوجهين في كلام الغزالي، وأما لا دم قال: ابن كج: لأنه صار من الحاضرين على خلاف من رجحه الرافعي قاله البغوي.

وقال في «الذخائر»: قال أصحابنا: لو بدا له الإحرام بعد دخول مكة فلا دم؛ لأنه صار من الحاضرين، ولم يخل فيها خلافًا، وينبغي إجراء الوجهين يعني هذين الوجهين، أو يقطع في الصورتين بالمنع؛ لأن اسم الحاضر ينطلق عليهما يعني على من دخل مكة، وعلى من صار منها على دون مرحلتين، فكيف يفرق الحكم فيها؟، انتهى.

فإن قلت: قال ابن الصلاح في الصورة التي توقف فيها الرافعي، واستغرب الجزم بها هذا سدود غير معروف، وكأنه من تصرفه، ولا ذكر له في «البسيط» ولا في «النهاية» وكلام الشافعي والأصحاب يشتمل على اعتياد الإقامة في الحاضر المذكور، ولا ينبغي غيره فإن لفظ الحاضر يقتضيه.

وقد ذكر يعني الغزالي إلى الخلاف في الصورة التي بعدها، ولا فرق بينهما، فينبغي إجراء الخلاف فيهما جميعًا، هذا كلامه رحمه الله تعالى.

قلت: قد بينا أنه لم يسد، وأنها في «الحاوي»، و«النهاية»، و«البسيط»، وفي «الذخائر» عن الأصحاب، وقضية كلام القاضي ابن كج والدارمي الحرام فيها بما جزم به الغزالي، وما في جوابه يعرف مما سبق، وأما إذا جاوز الميقات مريدًا للنسك، ثم أحرم على دون مرحلتين من مكة، فقد قال القاضي ابن كج فيها بعد جزمه في غير المريد: بأنه حاضر.

قال أبو إسحاق: يكون متمتعًا؛ لأنه لما أجيز المسافة بدم صار كأنه أحرم من الميقات، فلذلك جعلناه متمتعًا، وقال ابن أبي هريرة: لا يكون متمتعًا؛

وَوَقْتُ وُجُوبِ الدَّمِ إِحْرَامُهُ بِالْحَجِّ، وَالْأَفْضَلُ ذَبْحُهُ يَوْمَ النَّحْرِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ فِي مَوْضِعِهِ صَامَ عَشَرَةَ أَيَّامٍ ثَلَاثَةً فِي الْحَجِّ.

لأنه من حاضري المسجد الحرام، والدم الذي أوجبناه كان لترك المسافة، وهو في الحكم من حاضري المسجد الحرام، انتهى.

وهذا منه يقتضي أن المجاوز غير مريد نسكًا إذا أحرم بالعمرة من دون مرحلتين لا دم عليه وجهًا واحدًا؛ لأنه حاضر، وأن أبا إسحاق وأبا علي موافقان عليه، والله أعلم.

قال: (**وَوَقْتُ وُجُوبِ الدَّمِ إِحْرَامُهُ بِالْحَجِّ**) لأنه حينئذٍ يصير متمتعًا بالعمرة إلى الحج.

قال: (**وَالْأَفْضَلُ ذَبْحُهُ يَوْمَ النَّحْرِ**) أي: إتباعًا، وخروجًا من خلاف الأئمة الثلاثة، فإنهم ينفوا جوازه في غيره، ولولا الإتباع لكان القياس ألا يجوز تأخيره عن وقت الوجوب والإمكان كالزكاة، ولا شك أنه لا يجوز تقديمه على الشروع في العمرة، وأنه يجوز بعد الإحرام بالحج قطعًا، ولا يتوقف بوقت كسائر الجبرانات، ولجواز إراقته بعد التحلل في العمرة، وقبل الإحرام بالحج على الأظهر، فعلى هذا لا يجوز قبل التحلل منها قطعًا. وقيل: على الأصح.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ فِي مَوْضِعِهِ صَامَ**) أي: سواء قدر عليه ببلده أو غيره أم لا، سواء كان له مال غائب أم لا، ووجوده بأكثر من ثمن مثله كعدمه، ولسنة أن يجيء في الزيادة السابقة وجه سبق ذكره، ولو وجد الثمن، وعدم الهدي في الحال، وعلم أنه يجده قبل فراغ الصوم، فله الصوم على الأظهر، ولو رجا وجوده جاز الصوم، وفي استحباب انتظاره قولًا كالتيمم، ولينظر هل يأتي هنا ما ذكره في بيع الماء من المتيمم مؤجلًا إلى وصوله إلى ماله وفرضه إياه، وغير ذلك ممكنًا ذكر هناك.

قال: (**عَشَرَةَ أَيَّام**) بالنص، والإجماع (**ثَلَاثَةً**) فِي أيام (**الْحَجِّ**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾ أي: الهدي ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: بعد الإحرام بالحج، والمراد فصيام ثلاثة أيام في وقت أفعال الحج، فلا

تُسْتَحَبُّ قَبْلَ يَوْمِ عَرَفَةَ، ....

يجوز تقديمها على وقتها كالصلاة، والدم عبادة مالية فأشبه الزكاة.

قال: (**تُسْتَحَبُّ قَبْلَ يَوْمِ عَرَفَةَ**) أي: لأن الأفضل للحاج فطر يوم عرفة، هكذا أطلقه الشيخان وغيرهما، وسبق في صوم التطوع أن هذا فيما إذا كان الحاج بعرفة نهارًا، ومن الأصحاب من أطلق الاستحباب فطره له مطلقًا من تقيح، كما اقتضاه إطلاقهم هنا، فعلى هذا يستحب لمن يصوم أن يحرم بالحج قبل سادس ذي الحجة. ونقل الحناطي وجهًا عن رواية أبي إسحاق في الشرح: أنه إذا لم يتوقع هديًا، وجب تقديم الإحرام بالحج على السابع؛ ليمكنه صوم الثلاثة، وأما واجد الهدي، فيستحب له أن يحرم بالحج في ثامن من ذي الحجة.

إشارة: قال الأئمة: لا يجوز تأخير صيام الثلاثة، ولا بعضها عن الحج، كما لا يجوز تأخير الصلاة عن وقتها.

قال الشافعي في «المختصر»: وعليه ألا يخرج من الحج حتى يصوم.

قال الأئمة: ويكون آخر صيامه يوم عرفة، ويخرج وقت الأداء يعني يوم عرفة على الجديد خلافًا للقديم، فإنه يجوز عليه صيام أيام التشريق لفاقد الهدي، والمذهب التحريم.

واعلم أن هذا الكلام يقتضي أنه يجب على من لا يتوقع وجود الهدي أن يحرم بالحج قبل يوم النحر بثلاثة أيام؛ ليصوم الثلاثة قبله؛ لئلا تصير فائتة من إمكان الإتيان لها، إذًا والمشهور استحباب هذا التقديم لا وجوبه، وجعل الرافعي والمصنف القول بوجوبه وجهًا غريبًا كما سبق، ولا فرق في فوات الصوم بين أن يبقى عليه طواف الركن بعد التشريق أولًا.

قال الرافعي في «الشرحين»: وفيه وجه ضعيف، يشير بذلك إلى قول القاضي الحسين والبغوي.

ومن أصحابنا من قال: يجب تأخير طواف الإفاضة عن صوم الثلاثة؛ ليقع صومها في الحج؛ لأنه إذا لم يكن قد طاف فعليه بعض الأعمال بعد، والمذهب أنه لا يجب تأخير الطواف، ولا يكون إذا لو أخره، وقال ابن الرفعة

وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ فِي الأظهر، ....

تبعًا للإمام: ومما يجب التنبه له أنَّا نوجب على المتمتع أن يصوم في الحج، فإنه مسافر، ونحن نسقط إذًا صوم رمضان عنه، وهو ركن الإسلام، فما الظن بصوم الكفارة؟، انتهى.

ولم يرتضِ الرافعي هذا، حيث قال من بعد في كلامه على ما إذا مات بعد التمكن من الصوم فإن قلت: قد عرفت حكم ما إذا تمكن من الصوم وما إذا لم يتمكن، فما التمكن قلت: أمَّا الثلاثة فالتمكن من صومها بأن يحرم بالحج لزمان يسع بصومها قبل الفراغ، ولا يكون به مرض مانع.

وذكر الإمام أنه لا يجب شيء في تركه ما لم ينته إلى الوطن؛ لأن دوام السفر لدوام المرض، وصوم الأيام الثلاثة وإن كان نائبًا على الغرباء فلا يريد تأكده على تأكد صوم رمضان إذًا، واستدراكًا وهذا غير متضح؛ لأن صوم الثلاثة يتعين إيقاع في الحج إن كانوا غرباء مسافرين بالنص، فكيف ينهض السفر عذرًا فيه؟ وكيف يقاس بصوم رمضان؟!، انتهى.

وقال المصنف في «شرح المهذب» وهذا الذي قاله الإمام ضعيف؛ لأن صوم الثلاثة يجب إيقاعه في الحج بالنص، وإن كان مسافرًا فليس السفر عذرًا فيه بخلاف رمضان، انتهى.

هكذا قال مع اتفاقه مع الرافعي: أن تقديم الإحرام بالحج قبل يوم النحر بثلاثة أيام مثلًا مستحب لا واجب، إلا على وجه غريب كما سبق، وهذا الكلام لا تكتيم إطرافه، وإذا تعين إيقاع صيام الثلاثة في الحج على المسافرين، وأنه لا يجوز تأخيرها عن يوم عرفة على المذهب بلا مرض؛ لئلا يصير قضاء مع التمكن من صيامها إذا تعين القول بوجوب تقديم الإحرام على عادم الهدي.

ولا يكون القول بذلك وجهًا غريبًا؛ لأن ما لا يتم الواجب الآية فهو واجب، فتأمل هذا وتدبره، والله أعلم.

قال: (وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ) لقوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦].

قال: (إِلَى أَهْلِهِ فِي الأظهر) لقوله ﷺ: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْيًا فَلْيَصُمْ ثَلَاثَةَ

....

أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ»⁽¹⁾ متفق عليه من رواية ابن عمر رضي الله عنهما، وللبخاري تعليقًا من رواية ابن عباس رضي الله عنهما، وجزم، و(سعيه إذا رجعتم) إلى أمصاركم.

قال أصحابنا: فلو أراد الإقامة بمكة صامها هنا.

والثاني: أن المراد بالرجوع الفراغ من الحج؛ لأنه بالفراغ منه رجع عما كان مقبلًا عليه، وبهذا قال الأئمة الثلاثة .

تنبيه: المراد بالرجوع إلى أهله الوصول إلى وطنه وإلى ما عزم بعد الحج على توطنه، وإن لم يكن أهله، ولا يجوز صومها على المذهب في أثناء الطريق، وفيه وجه: ولا صوم شيء منها في أيام التشريق على القولين .

فائدة: سبق أن المراد بالرجوع إلى وطنه وما في حكمه على الأظهر.

والثاني: قاله في «الإملاء» أنه إذا رجع من حجه بعد إكمال مناسكه، واختلفوا في حقيقة هذا القول، فقال البغداديون: المراد به إذا رجع من مِنَى إلى مكة بعد فراغ مناسكه ورميه أقام بها أم لا.

وقال البصريون وأبو إسحاق: إذا أخذ في السفر من مكة فحصل في حقيقة الرجوع ثلاثة أقوال، وأطلق الإمام وغيره حكاية قول الفراغ من الحج، وحكاية الرجوع إلى مكة من مِنَى قولين، فاجتمع أربعة أقوال.

لكن الرافعي قال: أن قضية كلام كثير من الأئمة أنهما شيء واحد .

قال: وهو الأشبه، وأنه بتقدير أن يكون قولًا برأسه، فله أن يصوم بعد ما رجع إلى مكة، فإن تأخير طواف الوداع، انتهى.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وهو الذي قاله الرافعي عجيب، فإن الرجوع إلى مكة غير الفراغ، فقد يفرغ ويتأخر عن مكة يومًا أو أيام بعد التشريق.

قيل: وبين كلام الرافعي والمصنف بيان كثير؛ لأن الرافعي بنى كلامه

---

(١) أخرجه البخاري (١٦٩١)، ومسلم (٣٠٤١).

....

على أن طواف الوداع من المناسك، كما يقتضيه كلامه هنا، وأنه إنما يحصل الفراغ من الحج بتمامه، وذلك بعد الرجوع من مِنًى.

وكلام المصنف مبني على أن الفراغ من المناسك يحصل قبل الرجوع من مِنًى، وأن الوداع ليس من المناسك كما هو اختياره واختيار الرافعي، انتهى.

ثم قال في شرح «المهذب»: فحصل في المراد بالرجوع أربعة أقوال، أصحها إذا رجع إلى أهله.

والثاني: إذا توجه من مكة راجعًا إلى أهله.

والثالث: إذا رجع من مِنًى إلى مكة.

والرابع: إذا فرغ من أعمال الحج، وإن لم يرجع إلى مكة.

وأما من بقي عليه طواف الإفاضة فلا يجوز صيامه سواء قلنا المراد الرجوع أم الفراغ، وسواء كان بمكة أو غيرها.

وحكى الدارمي فيه وجهًا ضعيفًا أنه يجوز إذا قلنا الرجوع الفراغ، انتهى.

والتحقيق أنه ليس في المسألة إلا ثلاثة أقوال، وأن القول الثالث في كلام المصنف هو الثاني في كلامه لا غيره، بابه أن الإمام حكى عن بعض التصانيف قولًا آخر أن المراد الرجوع إلى مكة.

وقال: أنه لا أصل له في المذهب، وإنما هو قول بعض السلف: وقد علم بالاستقرار أنه لك على الإنابة، والعبارة في «البيان» عن هذا القول أن له أن يصوم بعد الرجوع إلى مكة، حين يفرغ منها من الحج؛ لأنه لما قال: فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعةٍ إذا رجعتم، فالظاهر من هذا الرجوع هو الرجوع من الحج بعد الفراغ.

كما يقال: إذا رجعت من أمر كذا فعلت كذا فظاهره إذا فرغت منه هذا لفظه بحروفه من أصل معتمد، وكذا نقله ابن الرفعة عنه، وحينئذٍ فهو قول البغداديين لا غيره، وهو الثاني فيما يخصه المصنف، ولا حقيقة للثالث في كلامه بل هو الثاني، والعلم عند الله تعالى.

وَيُنْدَبُ تَتَابُعُ الثَّلَاثَةِ، وَكَذَا السَّبْعَةُ، وَلَوْ فَاتَتْهُ الثَّلَاثَةُ فِي الْحَجِّ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُفَرِّقَ فِي قَضَائِهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ السَّبْعَةِ.

قال الدارمي تفريعًا على الأظهر: فإذا قلنا إذا رجع إلى أهله فوجهان، أحدهما يبتدئ إذا رجع إلى وطنه، قلت: وهو المشهور الذي أورده الجمهور.

قال: والثاني: إذا أخذ في الرجوع وصار بينه وبين مكة ما يقصر فيه الصلاة، وحكى القاضي ابن كج هذين الوجهين.

قال: والصحيح أنه لا يجوز حتى يستقر في أهله، انتهى، والله أعلم.

قال: (**وَيُنْدَبُ تَتَابُعُ الثَّلَاثَةِ، وَكَذَا السَّبْعَةُ**) أي: مبادرة إلى أداء الواجب وخروجًا من الخلاف، وفي قول مخرج من كفارة اليمين يجب التتابع.

واعلم أن ما قدمناه يقتضي أنه لو أحرم بالحج اليوم السادس من ذي الحجة أنه يلزمه صوم الثلاثة متتابعًا بضيق الوقت، لا التتابع بنفسه، وحينئذٍ يكون محل الاستحباب فيها إذا اتسع الوقت.

قال: (**وَلَوْ فَاتَتْهُ الثَّلَاثَةُ فِي الْحَجِّ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُفَرِّقَ فِي قَضَائِهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ السَّبْعَةِ**) أي: كما في الأداء.

والثاني: لا يلزمه، وصححه الإمام وطائفة.

وقال القاضي ابن كج: أنه غلط، ولفظه غلط لبعض أصحابنا فقال: سقط عنه التفرقة؛ لأنها كانت لأجل الوقت، انتهى.

والجمهور على ترجيح الأول، وفرق بين هذا والصلاة بأن تفريقها يتعلق بالوقت، وهذا بالفعل، وهو الحج والرجوع.

إشارة: جزمه لجعل الخلاف قولين، وهو ما في «المحرر»، فقال في أصل «الروضة»: فيه قولان، وقيل: وجهان نقله إلى شرح «المهذب» منها لذلك، وعبارة الرافعي في «الشرح الكبير» فيه؛ لأن في رواية الحناطي والشيخ أبي محمد وجهان في رواية غيرها، وهذه العبارة مشيرة إلى ترجيح رواية غيرهما؛ لإحرام.

قال في «الشرح الصغير»: فيه وجهان، وقيل: قولان، ثم هل يكفي

وَعَلَى الْقَارِنِ دَمٌ كَدَمِ التَّمَتُّعِ.

التفريق بيوم أو لا بد من أربعة أيام أو مدة إمكان السير أربعة أيام، ومدة إمكان السير أربعة أقوال، أظهرها آخرها، قاله المصنف.

وقال القاضي ابن كج: الحاصل أربعة أقاويل بيوم أو بيوم ومسافة الطريق أو بأربعة، انتهى.

قال: وهل يحتاج أن ينوي التفريق في كل ليلة؟

قال بعض أصحابنا: يحتاج، والصحيح لا يحتاج، ويكفيه أن ينوي صيام واجب أو صيام تمتع في الحج إذا قدم السبعة على الثلاثة.

قال **الإِصْطَخْرِيُّ**: لا يجزئه شيء من ذلك الصيام، وعليه أن يبتدئ ثلاثة وسبعة.

وقال بعض أصحابنا: يصح ثلاثة، وتبطل السبعة، وهو غلط لا معنى له، وعليه أصحابنا قالوا: يصح ثلاثة قولًا واحدًا، والباقي على حسب الأقاويل السابقة، ولو صام العشر متتابعًا.

قال **الإِصْطَخْرِيُّ**: يبطل الجميع، ومن أصحابنا من قال: لا يصح له الثلاثة، والثاني على حسب الأقاويل في التفريق، والله أعلم.

قال: **(وَعَلَى الْقَارِنِ دَمٌ)**؛ لأنه واجب على المتمتع بنص القرآن، وأفعال التمتع أكثر من أفعال القارن، فإذا لزمه الدم فالقارن أولى.

وفي «الصحيحين» عن عائشة ﵂ قالت: **«دخل علينا رسول الله يوم النحر بلحم بقر فقلت: ما هذا؟ فقالوا: أُهدي رسول الله عَنْ نِسَائِهِ الْبَقَرَ»**(١) ترجم عليه البيهقي بأن القارن يهريق دمًا، وفي دلالته إشكال، واحتج الأصحاب بما سبق، وبأنه قول ابن مسعود وابن عمر ﵄.

قال: **(كَدَمِ التَّمَتُّعِ)** أي: في أحكامه السابقة جنسًا وسنًا، وبدلًا عند العجز؛ لأنه فرعٌ على دم التمتع، وعن القديم أن على القارن بدنة.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٩٧٧)، والبيهقي (٩٠٦٥).

قُلْت: بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مِن حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، والله أَعْلَمُ].

قال المصنف:

[باب مُحَرَّمَاتِ الإِحْرَامِ

أَحَدُهَا: سَتْرُ بَعْضِ رَأْسِ الرَّجُلِ بِمَا يُعَدُّ سَاتِرًا ....

قال: (**قُلْت: بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مِن حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، والله أَعْلَمُ**) إلحاقًا له بالمتمتع، وقيل: يجب على الحاضر أيضًا.

قال الرافعي: ويشبه بناءهما على الخلاف، وإن دم القارن دم جبر أو دم نسكٍ، والمشهور الأول.

فرع: لو عاد القارن الغريب إلى الميقات محرمًا ففي سقوط الدم عنه وجهان مرتبان على عود المتمتع بعد إحرامه.

وقيل: إذا شيء من النسك إن قلنا لا تسقط فكذا هنا، وإلا فوجهان الأصح، وهو المنصوص في «الإملاء»؛ للسقوط أيضًا، والفرق على الوجه الآخر أن القارن باقٍ، وهو في حكم متمسك بنسك، والله أعلم، واسأله الإعانة والتوفيق.

قال الشارح: اعلم أن المصنف رحمه الله تعالى بالغ في اختصام أحكام الحج، ولا سيما هذا الباب، وأتى فيه بصيغة تدل على حصر المحرمات فيما ذكره، و«المحرر» سالم من ذلك فإنه قال: يحرم في الإحرام أمور:

منها: كذا وكذا، وقد عدت في «اللباب»، وأصله عشرون سياقًا.

قال: (**أَحَدُهَا: سَتْرُ بَعْضِ رَأْسِ الرَّجُلِ بِمَا يُعَدُّ سَاتِرًا**)؛ لقوله ﷺ في المحرم الذي جز من بعيره، ولا يخمر رأسه «**فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا**»(١)

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٣٣، رقم ٣٠٧٦)، ومسلم (٢/ ٨٦٥، رقم ١٢٠٦)، وأبو داود (٣/ ٢١٩، رقم ٣٢٤١)، والترمذي (٣/ ٢٨٦، رقم ٩٥١) وقال: حسن صحيح. والطيالسي (١/ ٣٤٢، رقم ٢٦٢٣)، والبخاري (٢/ ٦٥٦ رقم ١٧٥٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٠، رقم ٣٠٨٤)، والنسائي (٥/ ١٤٥، رقم ٢٧١٤) والدارمي (٢/ ٧١ رقم ١٨٥٢)، وابن حبان (٩/ ٢٧٢، رقم ٣٩٥٩)، والبيهقي (٥/ ٥٣، رقم ٨٨٦٣).

....

متفق عليه.

ونقل الماوردي الإجماع أن على المحرم كشف رأسه، ونقل ابن كج الإجماع على أن عليه الفدية، ولم يوجب الأصحاب كشف وجهه.

قال القاضي ابن كج وأبو الطيب: وهو إجماع الصحابة ﷺ، مع أن في «صحيح مسلم»: «وَلَا تُخَمِّرُوا رَأْسَهُ وَلَا وَجْهَهُ»(١) قال البيهقي: ذكر الوجه غريب، وهو من بعض الرواة، وفي النفس من هذا شيء.

وقال في «الشامل»: أنه محمول على ما لا بد من كشفه من الوجه، وللشافعي بإسناد حسن «خمروا وجهه ولا تخمروا رأسه» والله أعلم.

تنبيهات: أحدها قوله: بعض رأس الرجل نسير به إلى أنه لا يشترط لوجوب الفدية بستر جميعه، بل يجب ستر بعضه، وضبطه الإمام والغزالي؛ لأن يستر قدرًا يقصد ستره؛ لعوض كشد عصابة، وإلصاق لصوق لشجه ونحوها، ولا خلاف أنه لا أثر للمخيط.

قال الرافعي: وهذا ينقض ما ضبط به الإمام والغزالي، فإن ستر المقدار الذي نحوه الخيط قد يقصد؛ لعرض منع الشعر من الاستتار وغيره؛ فالوجه الضبط بتسميته بتأثر كل الرأس أو بعضه، وعلى هذا جاءت عبارة «المحرر» و«المنهاج»، وفيما قاله الرافعي نظر!.

ولهذا قال في «شرح المهذب»: أن الصواب ما قاله الإمام والغزالي، ولا ينتقض بما قاله الرافعي لا بهما.

قالا: قدرًا يقصد ستره والخيط لا يعد ساترًا، كما قاله الأصحاب بخلاف العصابة العريضة، انتهى.

وقال ابن الرفعة: لعل مراد الأصحاب ما يقصد ستره؛ لأجل الستر، لا لأمر آخر، وحينئذٍ يرفع أغراض الرافعي.

---

(١) تقدم في سابقه.

....

وقال الغزالي وإمامه: أن يقال: كل ستر يلوح للناظر أي: السليم على بعد فهو ممنوع، انتهى.

الثاني: قوله بما يعد ساترًا اشتمل المخيط وغيره من عمامة أو خرقة، ونحوها حتى الطِّينُ وَالْحِنَّاءُ الثَّخِينَيْنِ، ونحوها على الأصح إلا الانغماس في الماء. قال الإمام وغيره: لأنه لا يعد ساترًا عرفًا، وفيه وقفة؛ لأنهم عدُّوا الكدر والمتراكم بحضرة أو غيرها ساترًا في الصلاة، ولا أثر لوضع الرأس على وسادة ونحوها، ولا لمس المحمل ونحو رأسه، وقال المتولي: إذا مس المحمل رأسه وجبت الفدية.

قال المصنف: وهو ضعيف أو باطل.

قال الرافعي: لم أره لغيره، والصواب الجواز ولا فدية، انتهى.

وفي التصويب نظر! فإن سليمان الرازي قال في الإشارة: ويجوز أن يستظل بما لم يمس رأسه سواء كان نازلًا على الأرض أو ساترًا، وعبارة الشاشي: ويجوز أن يستظل بما لا يباشر رأسه من محمل وغيره، وكذا ذكر المحاملي والدارمي وغيرهم، وكلامهم يشير إلى المنع، والمحمل المماس، ولم يذكروا الفدية.

قال الزعفراني: ويجلس نازلًا، وساترًا يستظل على المحمل، وغيره ما لم يمس رأسه، ورأيت في «الأوسط» من «الأم» قال الشافعي: ويستظل المحرم على المحمل والراحلة والأرض بما شاء ما لم يمس رأسه، والمشهور ألا فدية، وأما الجِواز ففيه وقفة، إذا قصد به ستر الرأس لما سيأتي، وقد علل كثيرون المسألة بأنه لا يقصد به الستر، فينقدح أن يقال: إن قصد به الستر افتدى وعصى، وإلا فلا، ولو وضع على رأسه زنبيلًا ونحوه فلا فدية.

وقيل: قولان، ثانيهما: يلزمه الفدية، نقله ابن المنذر، والشيخ أبو حامد عن نصه في بعض كتبه.

قالوا في «الشامل» وفي كتاب القاضي ابن كج: قال الشافعي: ولا يحمل

إِلَّا لِحَاجَةٍ، ....

المحرم على رأسه شيئًا، فإن حمله مضطرًا إليه أو غير مضطر، فغطى رأسه أو أزال من شعره شيئًا افتدى، انتهى، ولم يذكر سواه.

وقال في «الذخائر»: فيه قولان، وقيل: وجهان، انتهى.

وقال الماوردي: إن قصد ستر رأسه افتدى، وإلا فوجهان، وبهذا التفصيل أجاب الدارمي، واستحسنه الروياني، وهو قضية تشبههم له محمل المصحف في الأمتعة تبعًا لها؛ لأنه غير مقصود بنفسه، ولعل ما ذكروه فيما إذا لم يسترخِ الزِّنْبِيلَ ونحوه على رأسه أصلًا به أسفله، وامتلأ به شيء، أمَّا لو ترخى فهوَ ساتر كالقلنسوة الواسعة، ورأيت بعض أئمتنا الحرميين.

قال: يجوز أن يضع المحرم على رأسه محيلًا؛ لأنه لا يقصد به الستر في العادة. ثم قال: وهذا باطل بما إذا ستره نَحْوِ آبِقٍ؛ لأنه لا يقصد الستر لها في العادة إلا أنه يقصد لستر بها، انتهى.

فرع: قالوا: لا أثر لوضع يده على رأسه، وعلله في «الشامل» بأنه لا يكفي ستر العورة بها، وقد سبق أن الأصح الاكتفاء، وأبدى القاضي الحسين هنا احتمالًا أقامه في «الانتصار» وجهًا، وضعفوه، ونسبه أن يأتي فيه التفصيل السابق الكيل، ويد غيره كيده.

وقيل: وجهان، ويجب الفدية بتغطية البياض وراء الأذن، ذكره الروياني وغيره. قال المصنف: أنه ظاهر، وفيه وقفة من جهة العرف؛ لأنه جائز كما علل به الإمام وغيره مسألة الانغماس في الماء وغيرها، ولو غطى رأسه بثبوت تبدو البشرة من رواية.

قال الإمام: لزمته الفدية فيما يظن، وأنه لا يبعد الحاقه بوضع الزِّنْبِيلَ، والأوجه الأول والثالث: قوله: الرجل أخرج به المرأة والخنثى، وسيأتي ما قيل فيه إن شاء الله تعالى.

قال: **(إِلَّا لِحَاجَةٍ)** لمداواة آخر، وبرد وحر شديدين دفعًا للجرح، وعليه الفدية كما لو حلق؛ بسبب الأذى، وعبارة «المنهاج» أعم من قول «المحرر»:

وَلُبْسُ الْمَخِيطِ أَو الْمَنْسُوجِ أَو الْمَعْقُودِ فِي سَائِرِ بَدَنِهِ ....

إلا لحاجة مداواة، وعبارة غيره: (إلا لمرض) يعم إطلاق المصنف الجواز المطلق الحاجة ليس يحيد، وكلام الشافعي ﷺ فيه اعتبار الضرورة يجب أن يقال إلا لضرورة، ولا يبعد ضبط خوف الأذى من حرٍ أو بردٍ وغيرهما بما ذكر في إباحة التيمم، ولم يحصر في ذلك نقل، والظاهر أن الأمر هنا أخف من هناك.

قال: (**وَلُبْسُ الْمَخِيطِ أَو الْمَنْسُوجِ أَو الْمَعْقُودِ**) أي: وما أشبههما من مُلْزَقٍ، ومضفور، وملبد، ومترف.

(**فِي سَائِرِ بَدَنِهِ**) ؛ لقوله ﷺ: «لا يلبس المحرم القميص ولا العمائم ولا البرانس، ولا السراويل ولا الخفاف إلا أحدًا لا يجد نعلين فيلبس الخفين، وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا يلبس شيئًا مسه زعفران أو أرس» متفق عليه، زاد البخاري «**ولا تنتقب المرأة، ولا تلبس القفازين**»(١).

تنبيهات: كان الأضبط أن يقول المصنف: لبس المخيط وما في معناه في سائر بدنه إلا الوجه، فإنه لا يحرم ستره على الرجل بحال عندنا كما سبق.

قال أصحابنا: لبس المحرم الموجب للفدية محمول على ما يعتاد في كل ملبوس، فلو التحف بقميص أو قباء أو تدثر بهما أو اتزر بسراويل مثلًا، فلا فدية سواء فعل ذلك لنوم أو في يقظة.

وقال الإمام: لو ألقى على بدنه قباء ونحوه وهو مضجع فإن صار على بدنه بحسب لو قام عدلًا منه اقتضى وإن كان بحيث لو قام أو قعد لم يستحسد عليه الأمر، بدا أمر فلا فدية، انتهى.

وهذا لا يخالف ما قبله، ولو جعل لإزاره ويلين فلف كل واحد على ساق،

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٤٩، رقم ١٨٠٦)، وأحمد (٢/ ٨، رقم ٤٥٣٨)، والبخاري (٥/ ٢١٨٧، رقم ٥٤٦٩)، ومسلم (٢/ ٨٣٥، رقم ١١٧٧)، وأبو داود (٢/ ١٦٥، رقم ١٨٢٣)، والنسائي (٥/ ١٢٩، رقم ٢٦٦٧)، وابن ماجه (٢/ ٩٧٧، رقم ٢٩٢٩) والحميدي (٢/ ٢٨١، رقم ٦٢٦)، وأبو يعلى (٩/ ٣٩٩، رقم ٥٥٣٣).

إِلَّا إِذَا لَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ، ....

وشده لزمته الفدية على الصحيح المنصوص في «الأم» خلافًا للإمام والمتولي.

فرع: له عقد إزاره، وأن يجعل له تكة وحجرة له، وفي الحجرة قول غريب، ولا يجوز ذلك في الرداء ولا خله بخلال، أو مسألة ولا ربط طرفه إلى طرفه بخيط أو غيره على الصحيح، وله غرزه في طرف إزاره، وليس له أن يزر إزاره، ولا أن يشوكه أو يخيطه بشيء؛ لأنه يصير كالمخيط، قاله في «الإملاء»، وجرى عليه الأصحاب، وله لبس الخاتم، ويقلد بالمصحف والسيف، وشد الهميان والمنطقة في وسطه، ولو لبس القفازين عصى، ولزمته الفدية قطعًا، ولو أبجد لساعده أو عضوًا آخر شيئًا محيطًا أو للجنة خريطة حرم، وافتدى.

وقيل: وجهان؛ لأنه ليس معتادًا ولو لف على رجليه خرقًا.

قال ابن المرزباني والشيخ أبو حامد: افتدى، وقال القاضي أبو الطيب: لا شيء عليه، وهو قضية كلام المصنف.

قال: (**إِلَّا إِذَا لَمْ يَجِدْ غَيْرَهُ**) أي: غير المنسوج، وما في معناه وحكمه، وكان الصواب أن يقول إلا لعذر كأن لم يجد غيره، واحتاج إليه؛ لحر أو بردٍ شديدين أو مداومة ونحوها، فإنه يجوز للحاجة ويفتدي، وعبارة «الأم»: «فإن اضطر إلى لبس شيء لبسه وافتدى، ولو شد على جرحه خرقة، فإن كانت في غير الرأس فلا فدية، وإلا لزمته الفدية، ولا إثم عليه عند الضرورة إلى ذلك».

تنبيهات وفروع: إطلاق المصنف يقتضي أنه إذا لم يجد غير المخيط ونحوه إن لبسه مطلقًا، وليس يجيد بل إذا لم يجد الرد ليس له القميص ونحوه، بل يرتدي به على هيئته فلا يلبسه.

وقيل: إذا مكنه جعله إزار يفيق خياطه لم يجز لبسه، فإن تركه افتدى، وهو قوي من حيث المعنى، ولا سيما الخسيس الذي لا تنتقص بذلك ماليته، وإذا لبس السراويل للحاج، ثم وجد الإزار، لزمه نزعه في الحال، فإن أخر بلا عذرٍ أثم وافتدى إذا وجد السراويل وجد إزار يباع ولا ثمن معه أو كان أكثر من ثمن المثل، فله لبس السراويل، وفي الزيادة الخفيفة على ثمن المثل ما

وَوَجْهُ الْمَرْأَةِ كَرَأْسِهِ ....

سبق مرات، ولا يلزمه قبول هبة الإزار ولا ثمنه، وفي هبة الولد وجه، ولو أعير منه لزمه القبول في الأصح، ويجوز له أن يلف العمامة ونحوها على صدره ولا يعقدها، وله أن يلبس الخاتم، وفي لبسه لما يجعله الرامي في إبهامه إذا كان مخيطًا نظر، وإلا فهو كالخاتم.

ولو أمكنه أن يستبدل سراويله إذا رأى من غير مضي وقته بيد واقية لزمه، وإلا فلا وإذا لم يجد النعلين وهما التأسي به ونحوها ليس المداس ونحوه كخفين قطعًا أسفل من الكعبين وحجم، ولا يجوز لبس الخف والمقطوع ولا الجمجم والمداس مع وجود النعلين على الصحيح المنصوص، فعلى هذا لو لبس الخف المقطوع أو المداس لفقد النعلين، ثم وجدهما وجب نزعه، فإن أخر افتدى ولا خفاء أن المراد بفقد الإزار والنعل ألا يقدر على تحصيله بشراء وإجارة بعوض تأخر، ولا يلزم بمؤجل، ويشبه أن يجيء هنا ما ذكر في باب التيمم من الخلاف والتفصيل، بل بعض الصور هنا أولى من الماء حيث لا بدل سبق أنه يجوز للمحرم ستر وجهه.

قال الدارمي وغيره لكن تبقى شيء ليستوعب الرأس بالكشف، وعبارة الزعفراني وله كذا وكذا، وأن يغطي وجهه إلى حاجبيه، وهذا غريب.

ولا فرق في جميع ما ذكرناه ونحوه بين البالغ والصبي إلا أن الإثم يختص بالمكلف، ويأثم الولي إذا أقر الصبي على ذلك، وفي من تلزمه الفدية يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يطول زمن اللبس أو يقتصر هذا كله في الذكر، وسيأتي كلامهم في الخنثى .

قال: (**وَوَجْهُ الْمَرْأَةِ كَرَأْسِهِ**) أي: كرأس الرجل في الأحكام السابقة؛ لرواية البخاري «**ولا تنتقب المرأة**»، نعم لها أن تستر من وجهها ما لا يتأبى ستر الرأس إلا به، وقضية إطلاقه أن الأمة كالحرة وسيأتي ما قيل فيها، وللمرأة أن يستدل على وجهها شيئًا متجافيًا عنه بأعواد ونحوها، وإن لم تدع

وَلَهَا لُبْسُ الْمَخِيطِ إِلَّا الْقُفَّازَ فِي الأظهر.

إليه حاجة فلسقوط العود ونحوه، فأصاب الثوب الوجه بلا اختيار، فرفعته في الحال فلا فدية، فإن استدامت أثمت العالمة وافتدت.

قال: (**وَلَهَا لُبْسُ الْمَخِيطِ**) أي: بالإجماع كما نقله ابن عبد البر إلا ما استثنى من النقاب والقفاز، وما مسته ورس أو زعفران من الثياب، وهذه رواية أبي داود من حديث ابن عمر.

ثم قال: ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب معصفرًا أو خزًا أو حليًا أو سراويلًا أو قميصًا أو ذهبًا.

قال: (**إِلَّا الْقُفَّازَ فِي الأظهر**) لرواية ابن عمر ﷺ في «صحيح البخاري» كما سبق.

والثاني: يجوز، وصححه الغزالي.

فرع: يجري القولان في القفاز الواحد، ويحرم على الرجل لبس فرد من خف خلافًا للصيمري؛ لأن سعيد ابن أبي وقاص ﷺ كان يأمر بناته بلبسهما في الإحرام رواه الشافعي ﷺ في «الأم»، وجنح إليه إمامه.

إشارة: خذ من قصره الاستثناء على القفازين، أنه لا يحرم عليها لف الخرق على بدنها سواء شد بها بشيءٍ أم لا سواء كان الحناء أو غشاء، وهو المذهب كما لو سترهما بكميها.

واعلم أن قضية إطلاقه أن الأمة فيما ذكره كالحرة قال في «شرح المهذب» وهو المذهب، وحكى عن رواية القاضي أبي الطيب خلافًا وتفصيلًا مبنيًا على عورتها وزيفه. وقال القاضي ابن كج: اختلف أصحابنا في عورتها فمن قال: كالرجل لم يجز لها تغطية رأسها ولا رجلها، ويكون إحرامها كإحرامه.

ومن قال: كالحرة غير أنه عفى عن تغطية رأسها، وساقيها، ويديها؛ للضرورة الداعية إليه فعلى هذا يحتمل أن يكون لها تغطية رأسها، ويحتمل ألا يجوز لها ذلك والصحيح هو الأول، هل يجوز لها لبس المخيط على هذا الوجه على الوجهين أحدهما يجوز.

....

والثاني: لا يجوز. قال: والمبعضة كالحرة عورة وإحرامًا، انتهى.

وقضية ما ذكره أن تكون الأصح أن إحرامها كإحرام الرجل؛ لأن الأصح أن عورتها في الصلاة كعورته، وأنه لا يحب ستر رأس القبة على الوجهين.

ولكن هل يجب كشفه؟ أن يجوز لها ستره فيه احتمالات.

وذكر الدارمي نحوه وجعل جواز ستر رأسها على القولين في القفازين، وحكى القاضي أبو الطيب في المبعضة وجهين، مشارهما تغليب الرق والاحتياط، وبالجملة فهذه طريقة مشهورة محتملة، ولم أقف على التصريح بأن الأمة كالحرة، وإنما هو قضية إطلاق الجمهور.

فرع: قال القاضي أبو الطيب: لا خلاف في المذهب أنا نأمر الخنثى بالستر، ولبس المخيط، كما نأمره أن يستر رأسه في صلاته كالمرأة، وهل يلزمه الفدية؟ وجهان والذي قاله الجمهور أنه إن ستر وجهه أو رأسه لم تجب الفدية؛ للشك، وإن سترهما وجبت.

زاد في «الذخائر»: وإحرامه كإحرام الرجل تغليظًا عليه، وقال القاضي ابن كج: الخنثى في الإحرام كالمرأة احتياطًا للعورة، وعليه الفدية، ويحتمل ألا فدية عليه؛ لأنا أوجبنا الإحرام عليه ستر نفسه، فلا يوجب عليه الفدية بالشك، انتهى.

وقال العمراني: يستحب أن لا يستر بالقميص والخف والسراويل بجواز ذكورته، ويمكنه ستر ذلك بغير المخيط.

وقال أبو الفتوح: لو قيل: تؤمر بكشف الوجه لكان صحيحًا؛ لأنه إن كان رجلاً لم يضر، وإن كان امرأة فهو الواجب، انتهى ما نقله الشيخ وغيره.

وقال أبو الحسن السلمي بعد ذكره كلام أبي الطيب: قلت: أمَّا ستر رأسه فواجب احتياطًا، ولا يستر وجهه، ويجب ستر بدنه؛ لأنه إن كان أنثى فواضح، وإن كان رجلًا فجائز، فيجب الستر مع التردد؛ ولهذا المعنى أمر النبي ﷺ سودة أن تحتجب من ابن وليده زمعه، وأمرنا الخنثى بالاحتجاب لهذا المعنى.

....

قال: ويجوز القاضي لبس المخيط فيه نظر! وعندي أنه لا يجوز لأنه إن كان ذكرًا حرم عليه أو أنثى جاز تركه، فتردد بين الحظر والإباحة، والحظر أولى، ومقصود الستر يحصل بغير المخيط فلا معنى لتجويزه مع جواز الحظر وعدم الحاجة، وإنما وجب ستر رأسه لوجوبه على المرأة وتحريمه على الرجل عارض مع أن المغلب في حقه حكم الأنثى هذا لفظه، وهو حسن.

ويجيء فيما إذا كان رقيقًا ما قدمناه، والله أعلم.

قال الثاني: استعمال الطّيب أي: عالمًا عامدًا مختارًا كما سيأتي.

قال: في ثوبه؛ للحديث الصحيح السابق، ولحديث «ولا يقربوه طيبًا».

قال: أو بدنه كالثوب وأولى وهو إجماع، وسواء طيب بعض جسده أو ثوبه أو وضعه في عينه أو اكتحل به أو أكله أو احتقن أو استعط به أو لبس نعلًا أو ثوبًا مطيبًا أو تعطر حبوًا على مجمر، والمرجح في التطيب والطيب إلى العرف، وفي بعض الصور خلاف وتفصيل يطول ذكره، وفي بعضها إشكال أو توقف للفقيه، وفي بعضها ما يحتاج إلى التقييد والتوضيح، وما ذكرناه في الحقنة والسعوط هو الصحيح المنصوص في «الأم».

وقيل: لا فدية فيهما وقيل: يجب في السعوط دون الاحتقان؛ لأنه لا يعد تطيبًا، ولا يقصد به التطيب، جزم به ابن كج في موضع، ثم أعادها ورجح الأول فمنها أطلقا أنه لو داس بنعله طيبًا افتدى، ويجب حمله على ما إذا علق بها الطيب.

ومنها: قال الشيخ: لو شد مسكًا أو كافورًا أو عنبرًا في ثوبه أو جيبه أو حليًا محشوًا به افتدى، وشم الورد ونحو تطيب، وإن كان أحسم.

قلت: أطلق الشم وهو فيما إذا ألصق الورد ونحوه بأنفه.

قال القاضي ابن كج: إنما تجب الفدية في الرياحين إذا أخذها بيده، وشمها أو وضع أنفه عليها للشم، وهذا هو الصواب فيها، وأما التطيب بماء الورد ونحوه، فأن يصبه على ثوبه أو بدنه، وأما الأخشم وهو فاقد الشم إذا

....

أخذ الطيب أو الورد ونحوه بيده ولم يعلق منه شيء ولا شم ولا عبوق.

وقد قال الشافعي ﷺ في «البويطي»: وكل طيب مسه المحرم أو لطخ به شيئًا من جسده شعرًا أو غيره فإن كان رطبًا افتدى، وإن كان يابسًا، ولم يره على جسده، ولم يشم له فيه ريح إذا أصابه ألمًا كرهته له، ولا فدية، انتهى.

ومنها: قال في «الروضة»: أيضًا ولو حمل مسكًا أو طيبًا غيره في كيس أو خرقة مشدودة أو قارورة مصممة، فلا فدية، ولو حمل مسكًا في قارورة غير مشقوقة فلا فدية على الأصح، وإن كانت القارورة مشقوقة، أو القارورة مفتوحة الرأس وجبت الفدية، وفيه نظر؛ لأنه لا يعد تطيبًا، وهاهنا كلمات الأولى: جزم الصيدلاني بالفدية في حمل القارورة غير مشقوقة، وصححه في العدة والعرف بعضده بل هو أولى من الحلي المحشو، ولا سيما مجرد حمله من غير لبس، وهذا فيما إذا لم يقصد حملها للتنقل، وأما القارورة المشقوقة فالحق فيها ما قاله الأصحاب إذا لم يحتمل للنقل لا غير، وأما القارورة المفتوحة ففيها نظر! والوجه إن قصد نقلها فلا فدية.

الثانية: قال القاضي ابن كج: لا يختلف قولنا أنه يجوز حمل الطيب في الحق، ولا فدية ولم يفرق بين كونه مفتوحًا أو لا، وهو شاذ لبحث الرافعي؛ ولأنه يعد حامله متطيبًا، وإن كان مفتوحًا بخلاف القارورة.

الثالثة: قال ابن كج: ولا فدية في شم المسك والكافور؛ لأن العرف في استعمال مثل هذا أن يستعمل رطبًا في البدن واللحية، وهو ينازع فيما سبق ويؤيده نص «البويطي»، ثم رأيت ابن كج قال: بعد ذلك أمًّا المسك إذا أخذه بيده وشمه بأنفه افتدى، وكذلك إن لطخ به بدنه، وهو رطب افتدى، فأما إن شمه من غير لمس أو مسه يابسًا من غير شم فلا فدية نص على جميع ذلك.

قال الشافعي: في الشم لا يكون إلا بأن يمسه بيده أو بأنفه؛ لأنه متى مسه بأنفه فقد حصل ما سأله كما يحصل ما سأله أي: وهو رطب.

وأما قول ابن الرفعة في «الكفاية»: واعلم أن قوله: وشم الرياحين عدم

....

تحريم شم غيرها من المسك، والصندل ونحو ذلك، وهو حرام بالاتفاق فغريب لا يوافق عليه، بل إطلاقه مردود قطعًا، وقد أوضحت ذلك في «الغنية» مسودات التوسط يسر الله إكمالها.

الرابعة: سبق أن حملها الحلي المحشو موجب للفدية، وإن حمل المسك ونحوه في خرقة مشدودة لا نوجبها، ونص عليه في «الأم»، ولعله محمول على ما إذا حمله للنقل دون ما إذا حمله للتطيب، وأنه يحمل هذا للطيب كثيرًا، كما يحمل الفارة ويؤيده قول الدارمي إذا حمل طيبًا في شيء فلا فدية، فإن قصد شمه افتدى، انتهى.

ومحل الجزم بأن لا فدية إذا لم يشمه في الخرقة، أمَّا لو شمه فوجهان.

قال الماوردي: المنصوص لا فدية، وهو مشكل، والراجح غيره.

الخامسة: قال في «الروضة»: لو جلس على فراش مطيب أو أرض مطيبة أو نام عليها مفضيًا ببدنه أو ملبوسة إليها لزمه الفدية، انتهى.

وفي «الحاوي»: إنما تجب إذا أفضى بجلده إليه فإن حال بينهما ثوب لم يجب؛ لأنه غير لابس، ولا متطيب، انتهى.

ويعضده قوله في «البويطي»: وإن نام على ثوب مصبوغ بطيب مفضيًا إليه ببعض بدنه افتدى.

قال الشيخ: ولو فرش فوقه ثوبًا، ثم جلس عليه أو نام، لم يجب، لكن لو كان الثوب رقيقًا كره هذا لفظ «الروضة».

وزاد في غيرها نقله عن الشافعي والأصحاب، والذي قاله في «البويطي»: وإن نام على ثوب مصبوغ بطيب افتدى، ولو كان بينه وبينه ثوب لاسف فلا شيء عليه، وإن كان شف فعليه الكفارة، هذا لفظه رحمه الله تعالى.

تنبيهات وفروع: منها: شرط الطيب للمحرم أن يكون معظم المرضي منه التطيب، واتحاد الطيب منه أو يظهر فيه هذا العرض هذا ضابط فاحتفظه.

ومنها: أطلقا أنه لو تطيب ناسيًا لإحرامه أو جاهلًا بتحريم الطيب، فلا

....

فدية كما نص عليه في «الأم» وغيره خلافًا للمزني.

وقال القاضي أبو الطيب: لو تطيب في وقتنا هذا ثم ادعى الجهل ففي لزوم الفدية وجهان، وجزم القاضي الحسين في «الفتاوى»: بأن الجاهل بالتحريم يفدي الأمر قرب عهده بالإسلام، كما في الصيام، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن هذا مما يخفي على غالب عوام دار الإسلام بخلاف الأكل في الصيام، وينبغي جريان هذا الخلاف المذكور في كثرة الأكل ناسيًا، فيما إذا أكثر التطيب ناسيًا بل هنا أولى؛ لأن هيئة الإحرام مذكورة.

ومنها: لو أكره على التطيب ففعل فلا فدية.

وما قاله المصنف: وينقدح أن يجري فيه خلاف مما لو أكره على الأكل أو تسليم الوديعة، ونظائره ولو ألقته الريح أو غيرها عليه فمعذور، وتلزمه الفدية، وكذلك الناسي يذكر والجاهل يعلم، والمكره تحلى المبادرة إلى إزالته بكل ما أمكن به الإزالة، من دنو أو طين أو تراب قاله المحاملي وغيره.

والحاصل أنه متى لصق ببدنه أو ثوبه طيب يوجب الفدية أو لا يوجبها، لزمه المبادرة إلى إزالته، والأولى أن يأمر غيره بذلك، إن لم يلزم منه تأخير، فإن إزالته بنفسه لم تضر، وإن أخَّر إزالته مع المكنة افتدى إلا أن تكون قد وجبت عليه أو لا، فلا يتكرر، ولا يبعد أن يقال إذا أمكنه رائحة أو غيرها من غير مماسةٍ له بيده أنه لا يجوز المماسة، وكذا إذا وجد جلالاً يزيله في الحال.

قال الدارمي: إذا لم يجد ما يغسله به مسحه بخرقة، فإن لم يجد فبتراب أو حشيش، ومتى أمكنه غسله بالماء غسله، وإن وجد ما يكفيه للوضوء أو له غسله ويتيمم. قال: وإذا هلك الطيب فلم يبقَ له طعم ولا أثر لم يجب غسله إذا وجد الماء.

ومنها: لو مس طيباً رطبًا ظنه يابسًا فلا فدية على الجديد، ورجح الإمام القديم، ولو علم تحريم الطيب، وجهل كون الممسوس طيبًا فلا فدية، وقيل وجهان.

وَدَهْنُ شَعْرِ الرَّأْسِ أو اللِّحْيَةِ، ....

قال: (**وَدَهْنُ شَعْرِ الرَّأْسِ أو اللِّحْيَةِ**) لما فيه من التزيين المنافي لحال الإحرام، والحاج أشعث أغبر كما جاء في الحديث، وسواء لحية الذكر والأنثى والخنثى، وإن لم يكن الدهن تطيبًا كالزيت والسمن والزبد والشيرج وغيرها.

قال الماوردي: وكذلك الشحم والشمع المذاب، ويجوز في سائر البدن شعرًا وبشرًا إذا كان غير مطيب .

وقال الماوردي في «إقناعه»: إن كان الدهن مطيبًا حرم استعماله، وإن كان غير مطيب حرم ترجل الشعر به في الرأس والجسد، ولا يحرم استعماله فيما لا شعر فيه من الجسد، انتهى.

وظاهره أن حكم شعر الجسد حكم شعر اللحية، وأطلق ابن كج القول بأنه لا فدية، وإن كان محلوق الرأس افتدى في الأصح، وصحح ابن الرفعة الجواز، والظاهر أن اللحية كذلك، وإنما خصوا الرأس بالذكر؛ لأنه الذي يحلق غالبًا.

تنبيهات: أولها: تخصيصه اللحية بالذكر يفهم الجواز في باقي شعر الوجه، والظاهر أنه لم يرده، والوجه في الجميع المنع والصدع من الرأس على المذهب.

ثانيها: قال الرافعي قول «الوجيز»: ترجل شعر الرأس أو اللحية شعر تخصيص المنع بالشعر، حتى لا يمتنع دهن المواضع التي لا شعر عليها من الرأس، وقد صرح المزني بهذا المفهوم في «المختصر».

لكن قال المسعودي في شرح: ليس الأمر على ما قاله المزني، بل هو منهي عن استعمال الدهن في الرأس والوجه كله أمر رأسه ولحيته، وإن لم يكن عليه شعر لكن يشكل هذا بالأقرع والأمرد، انتهى.

وعبارة نص «الأم» دهن به أي: جسده شعر الرأس واللحية، فإن دهن به رأسه ولحيته افتدى، انتهى.

وَلَا يُكْرَهُ غَسْلُ بَدَنِهِ وَرَأْسِهِ بِخَطْمِيٍّ.

وكلام القاضيين أبي الطيب والماوردي وغيرهما يقتضي موافقة المزني، وصرح الماوردي بذلك في بشرة الوجه أنه لا شعر عليها، ولعل المسعودي أراد ذا اللحية، ويفرق بأن الدهن يسري من البشرة إلى الشعر، ويتمه غالبًا بخلاف الأمرد والأصلع، لكن الدارمي صرح أنه إذا كان برأسه شجة لا شعر عليها، فدهنها بدهن غير طيب فلا شيء عليه، ولم ينظر إلى شعر، فإنه منها إلى الشعر.

ثالثها: قوله: دهن هو بفتح الدال؛ لأنه مصدر بمعنى التدهن، وهو بالضم اسم لما يدهن به، وكما يحرم عليه فصل ذلك بنفسه يحرم عليه فعله بمحرم غيره من غير ضرورة، وجعلا في «الروضة» وأصلها الطيب نوعًا، وفي «المنهاج» وأصله جميعًا في نوع واحد؛ لأن كلًا منهما ترفه، ولم يظهر لذلك فائدة فقهية.

قال: (**وَلَا يُكْرَهُ غَسْلُ بَدَنِهِ وَرَأْسِهِ بِخَطْمِيٍّ**) أي: ولا بسدرٍ ولا صابون ونحوها؛ لأنه لإزالة الوسخ بخلاف الدهن، نعم؛ الأولى أن لا يفعل ذلك؛ لأن الحاج أشعث، وعن القديم أنه يكره.

وبه جزم البندنيجي والزعفراني، وتقوى فيما إذا كان شعثًا كثيف الشعر، فإنه يؤدي إلى ساتره كيف ما لمسه، فإن فعل فينبغي أن يرفق؛ لئلا ينتتف شعره، وقد يفرق بين من أسندت حاجته وغيره، وبين من فضل النظافة، وقطع الريح، ومن قصد التنعيم.

قال القاضي أبو الطيب: إن كان الغسل واجبًا استحب له ذلك رأسه وجسده من غير أن يدلكه بيده، انتهى.

وقال الشافعي في «البويطي»: ولا بأس أن يغتسل الرجل ويدلك جسده من الوسخ، ولا يدلك رأسه؛ لئلا ينقطع شعره.

وقال في «الأم»: ويغتسل المحرم من غير جنابة ولا ضرورة، ويغسل رأسه ويدلك جسده بالماء، وما تغير من جميع جسده لنفسه، ويذهب تغيره بالماء، فإذا غسل رأسه وأفرغ عليه الماء إفراغًا واجبًا؛ وَأَحَبُّ إِلَيَّ إِنْ لَمْ يَغْسِلْهُ مِن جَنَابَةٍ أَنْ لَا يُحَرِّكُهُ بِيَدَيْهِ، فإن فعل رجوت ألا يكون في ذلك ضيق،

وإذا غسله مِن جَنَابَةٍ أَحْبَبْت يَغْسِلَهُ بِبُطُونِ أَنَامِلِهِ وَيَدَيْهِ وَيُزَايِلُ شَعْرَهُ مُزَايَلَةً رَفِيقَةً، ويشرب الماء أصول شعره، ولا يحكمه بأظفاره، ويتوقى أن يقطع منه شيئًا، فإن حرك تحريكًا خفيفًا أو شديدًا، فخرج في يديه شيء من الشعر، فالاحتياط أن يفديه.

ولا يجب عليه أن يفديه حتى يستيقن أنه قطعه أو نتفه بفعله، وكذلك في لحيته؛ لأن الشعر قدر ينتف ويعلق من الشعر فإذا مس أو حرك خرج المنتف منه، ولا يغسل رأسه بسدر ولا خِطْمِيٍّ؛ لأن ذلك يرجله فإن فعل أحببت لو افتدى، ولا أعلم ذلك واجبًا ولا يغطس المحرم رأسه في الماء إذا كان قد لبده مرارًا عليه، وبذلك المحرم دلكًا شديدًا إن سالا به، ليس في بدنه من الشعر ما يتوقى، كما يتوقاه في رأسه ولحيته، وإن قطع من الشعر شيئًا من دله إياه فداه، ولا أكره له دخول الحمام؛ لأنه غسل والغسل مباح؛ لمعنيين: الطهارة والتنظف، ويدلك الوسخ عنه في حمام كان أو غيره، ولا أكره للمحرم أن يدخل رأسه في ماءٍ ساخن ولا بارد، جاز ولا نافع هذا لفظه في «الحج الكبير».

وقال في «الأوسط» منه: ولا بأس أن يدخل المحرم الحمام، ولا بأس أن يدلك جسده بالماء وغيره، ويحكه حتى يدميه بما شاء، ولا بأس أن يحك رأسه ولحيته وأحب أن أحكهما أن يكون ببطن أنامله، وذكر نحو ما سبق بمعناه.

فرع: يباح له الاكتحال بما لا طيب فيه، ثم ذكر في «المختصر»: أنه لا بأس به، وفي «الإملاء» كراهته، ولو بطيب.

فقالوا: إن لم تكن فيه ريبة كَالتُّوتِيَاءِ الأبيض لم يكره، فإن كان فيه ريبة كَالْإِثْمِدِ كره من غير حاجة، وقد يأتي هنا ما ذكره في المحرم.

فرع: لا يحرم خضاب اللحية على المذهب، قالوا: أو السنة أن يلبد رأسه قبيل الإحرام، وهو أن يقص شعره، ويضرب عليه خِطْمِيٌّ أو صمغ أو غيرها؛ لدفع العمل وغيره، ولم ينظروا إلى أنه قد يجيب، فتتعدد عليه غسل شعره إلا بحلقه أو إزالة كثير منه.

الثَّالِثُ: إِزَالَةُ الشَّعْرِ أَو الظُّفُرِ، ....

قال: (**الثَّالِثُ: إِزَالَةُ الشَّعْرِ أَو الظُّفُرِ**) أمَّا الأول؛ فلقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦] أي: شعر رؤوسكم، وألحق به شعر سائر الجسد بجامع الترفة .

قال أبو الحسن الزعفراني: وقيل: يجوز له حلق محل النحو لا غير دون ما جاوزه من الشعور، ولم أر حكايته لغيره، وأما إزالة الظفر فبالقياس المذكور، ودخل في لفظ الإزالة جميع أنواعها من حلقٍ، ونتفٍ، وتقصيرٍ، وإحراقٍ، وتنورٍ، وغيرها.

وكذا أقلم ظفر، وكسره، وقطعه بسنه، وغيره سواء كان الظفر وبعضه من يد أو رجل، والذكر أو الأنثى والخنثى فيه سواء.

ويحرم على الولي تمكين الصبي من ذلك، ومن فعل شيئًا من ذلك افتدى عالمًا كان أو جاهلًا ذاكرًا أو ناسيًا، وفي الناسي والجاهل وجه غريب، ولو كان مجنونًا أو مغمى عليه أو صبيًا لا يميز فلا فدية في الأظهر، كذا ذكره المصنف وغيره، وهو مشكل، فإنهم قالوا: الناسي يفتدي على الصحيح المنصوص؛ لأن الإتلافات لا فرق فيها بين العمل والخطأ، كضمان الأموال، **وَالظَّاهِرُ أَنَّ السَّكْرَانَ الْعَاصِي بِسُكْرِهِ كَالصَّاحِي، وَكَذَا كُلُّ مَأْثُومٍ بِمَا يُزِيلُ عَقْلَهُ**، كما سيأتي في «كتاب النكاح»، وهل المكره على تعاطي ذلك بنفسه كالمختار؟ فيه احتمال، **وَالْأَقْرَبُ أَنَّهُ كَهُوَ كَالْإِتْلَافَاتِ**.

لو قطع عضوًا عليه شعر أو ظفر أو كشط جلد رأسه فلا فدية، والشعر أو الظفر تابع هكذا أطلقوه.

ولفظ النص في «الأم»: ويقطع العضو للدواء، ولا شيء عليه، ولو احتاط إذا قطع عضوًا فيه شعر افتدى كان الأحب إلي، ولا يلزمه ذلك؛ لأنه لم يقطع الشعر، وإنما قطع العضو الذي كان له أن يقطعه، انتهى.

ولو امتشط فانتتف بذلك شعر افتدى، فإن شك هل كان منتتفًا من قبل أو نتفه هو بالمشط فلا فدية على الصحيح المنصوص، والأشبه نظرًا لا نقلًا

وَتَكْمُلُ الْفِدْيَةُ فِي ثَلَاثِ شَعَرَاتٍ أَو ثَلَاثَةِ أَظْفَارٍ، ....

تحريم المشط على الأشعث الكثيف الشعر، إذا لم تدع ضرورة إليه فإنه ينتف الشعر بلا شك، ولو نبت شعر داخل جفنه وتأذى فله، ولو طال شعر حاجبه ورأسه، وغطى عينيه، قطع المقدار المغطى، ولو انكسر ظفره، وتأذى قطع المكسور فقط، ولا فدية في الجميع، وقيل وجهان.

ونقل القاضي أبو الطيب مسألة إنبات الشعر في العين، وانكسار الظفر عن نص «الأم»، ولم يقيده بالتأذي، لكن تعليله يشعر ذلك.

ثم قال أصحابنا: وهكذا لو استرسل شعره، ودخل في عينيه فله قطع المسترسل الداخل في عينيه، ولا فدية عليه، انتهى.

ولا يخفى بعد هذا أن كلام الكتاب ليس على إطلاقه.

قال في «الأم»: وسواء النسيان والعمد في الأظفار والشعر والصيد؛ لأنه شيء يذهب فلا يعود.

قلت: وفي الناسي قول مخرج، والظاهر أن الجاهل مثله.

قال: (وَتَكْمُلُ الْفِدْيَةُ فِي ثَلَاثِ شَعَرَاتٍ أَو ثَلَاثَةِ أَظْفَارٍ).

قال تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] التقدير فحلق شعر رأسه ففدية، والشعر جميعه وأقله ثلاث شعرات، والاستيعاب لا يعتبر إجماعًا، والأظفار مقاسه على الشعرة، وسواء كانت الأظفار من اليد أو الرجل أو منهما هذا إن أزال ذلك دفعة، فإن فرق زمانًا أو مكانًا بأن أزال ثلاث شعرات في ثلاثة أزمنة أو أمكنة.

فإن قلنا: في الشعرة ثلث دم كما سيأتي، فلا أثر للتفريق، وإن قلنا مد ودرهم، وقلنا: بالمذهب أنه إذا حلق رأسه، وبدنه في مكانين تعددت الفدية، وجب هنا في ثلاث شعرات ثلاثة أمداد على الأظهر، وثلاثة دراهم على الثاني، وفي فقد دم كامل، وفي قول ثلاثة دماء، ولو أخذ ثلاث شعرات في وقت واحدٍ من ثلاثة مواضع من بدنه فكالموضع.

وقيل: وجهان، ثانيهما: هو كما لو أزالهما في ثلاثة أوقات، فيكون على

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ فِي الشَّعْرَةِ مُدَّ طَعَامٍ، وَفِي الشَّعْرَتَيْنِ مُدَّيْنِ وَلِلْمَعْذُورِ أَنْ يَحْلِقَ وَيَفْدِيَ.

الخلاف المذكور، وأحد الأظفار في مجالس كإحدى الشعرات في مجالس، ولو حلق جميع بدنه ورأسه على الاتصال ففدية واحدة على الصحيح، خلافًا للأنماطي، وأظفار اليدين والرجلين كما ذكرنا .

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ فِي الشَّعْرَةِ مُدَّ طَعَامٍ، وَفِي الشَّعْرَتَيْنِ مُدَّيْنِ**) لأن الشعرة هي النهاية في القلة، والمد أقل ما وجب في الكفارات، فقوبلت الشعرة به.

والثاني: في الشعرة ثلث دم، وفي الشعرتين ثلثان بالتقسيط.

قال جماعة: وهو الأقيس.

الثالث في الشعرة درهم، وفي الثنتين درهمان، ولا وجه له، وفي قول رابع شاذ في الشعرة دم كامل.

قال الإمام: ولا أعده من المذهب.

تنبيهات: الظفر كالشعرة، والظفران كالشعرتين، قطع بعض شعرة لقطعها، ولو قلم من ظفر دون المعتاد، ولكنه استوعب أعلاه بقطع بعض الشعرة.

وقيل: تجب فيهما بالقسط، ولو أخذ بعض جوانبه فقط، فإن قلنا: في الظفر دم أو درهم وجب بالقسط، وإن قلنا: مد وجب المد هنا، ولم يبعض هذا ما نسبه المتولي إلى الأصحاب مطلقًا، واقتصر عليه في «الروضة» وغيرها.

وقال: قبله يجوز كرأسه كل من أخذ بعض ظفر أو بعض شعره فكالظفر الكامل والشعرة الكاملة، وفي وجه ضعيف أنه إن استوعب أعلاه، وذكر ما سبق.

ثم قال: والمذهب الأول سيأتي أنه يتخير في فدية الحلق بين ذبح شاة، والتصدق بثلاثة آصع، وصيام ثلاثة أيام.

قال العمراني: في مشكلات المهد مستدركًا أو مبينًا لما أهملوه هذه الأقوال الثلاثة يعني ثلث الدم والمد والدرهم، إنما يتصور إذا اختار الدم فأما إذا اختار الإطعام أو الصيام، فإنه يطعم عن الشعرة مسكينين صائمين، وعن الشعرتين صاعين أو يصوم عن كل شعرة يومًا، وما قاله ظاهر.

قال: (**وَلِلْمَعْذُورِ أَنْ يَحْلِقَ وَيَفْدِيَ**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ

أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].

قلت: والأعذار كثيرة، ما في رأسه من جراحة أو قروح يحوج مداوتها، وتزاد بالحلق، والتأذي من شدة الحر؛ لكثرة الوسخ أو الشعرة، وسبق ضرر، فلا يخف الفدية فيها مع الغدو.

قال الروياني: ولو طارت نار في شعره وأحرقته، فإن لم يمكنه إطفاؤها فلا شيء عليه، وإلا فهو كمن حلق شعره، وهو ساكت.

قلت: وفيه وجهان، وقيل: قولان، أصحهما: كما لو حلقه بإذنه، فالفدية على المحلوق لا غير.

والثاني: كما لو حلقه بماء، وفي النائم والمغمى عليه والمكره قولان، أظهرهما: الفدية على الحالق.

والثاني: على المحلوق، وللمسألة تفاريع يطول ذكرها.

إشارة: كل محظور في الإحرام أبيح للحاجة ففيه الكفارة إلا السراويل والخفين المقطوعين؛ لأن ستر العورة وقاية الرجل عن النجس مأمور به، فخفف فيهما لذلك.

قال: (**الرَّابِعُ: الْجِمَاعُ**) في الإحرام أي: عامدًا مختارًا؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ﴾ [البقرة: ١٩٧] أي: لا ترفثوا، والرفث الجماع لفظه حين، ومعناه النهي في ذلك إجماع، ويحرم على المرأة الحلال تمكينه على الأصح؛ لأنه إعانة على المعصية، ويحرم على الحلال المباشرة في حال حرامها، كما سنوضحه في الإحصار إن شاء الله تعالى.

تنبيه: دخل في لفظه القُبل والدبر من الآدمي والبهيمة، وهو المذهب في الواضح الحال، ودبر الخنثى لدبر غيره، والإفساد، والقضاء، والكفارة، وإن أولج غيره في قبله أو هو في غيره لم يفسد، ولا كفارة.

قلت: وهذا مع بقاء إشكاله، أمَّا لو وضح بعد ذلك، فالظاهر أنا نرتب على ذلك حكمه، وإن أولج في دبر رجل، وأولج ذلك الرجل في قبله فسد

وَتَفْسُدُ بِهِ الْعُمْرَةُ، وَكَذَا الْحَجُّ قَبْلَ التَّحَلُّلِ الْأَوَّلِ، وَيَجِبُ بِهِ بَدَنَةٌ، ....

حجهما، ولو كف عن ذكره خرقة، وأولجه ففي وجوب الغسل، وفساد الحج به أوجه، أصحها فساد النسك، ووجوب الغسل.

قال: (**وَتَفْسُدُ بِهِ الْعُمْرَةُ**) لأنها عبادة تفتقر إلى الطواف، فكانت كالحج فيما يوجب القضاء، ويحل ويحرم.

قال: (**وَكَذَا الْحَجُّ قَبْلَ التَّحَلُّلِ الْأَوَّلِ**) أمّا قبل عرفة فبالإجماع، وأما بعدها فخلاف لأبي حنيفة لنا أنه صادف إحرامًا صحيحًا، فأشبه ما قبل الوقوف، وإن جامع بعد التحلل الأول لم يفسد به على المذهب، وبه أفتى ابن عباس رضي الله عنهما: ولا يعرف له مخالف.

وقيل: فيه وجهان، وقيل: قولان، الجديد: لا يفسد.

والقديم: يفسد ما بقي من حجه دون ما مضى في فاسده، بل يخرج إلى أدنى الحل ويجدد منه إحرامًا، ويأتي بعمل عمرةٍ.

وأما العمرة فلا يحلل لها إلا واحد، فإن جامع المعتمر بعد الطواف والسعي، وقبل الحلق فسدت عمرته إن قلنا: نسك، وهو المرجح.

قال ابن المنذر: ولا أحفظ هذا معنى الإفساد عن غير الشافعي.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما والنووي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى: عليه دم. وقال مالك: عليه الهدي، وعن عطاء: يستغفر الله، ولا شيء عليه.

وقال ابن المنذر: وقول ابن عباس رضي الله عنهما أعلى، وإن قلنا الحلق ليس بنسك، فعمرته تامة، ولا فساد إذا علمت هذا، فإذا جامع في الحج بين التحليلين. وقلنا: لا يفسد ولزمه شاة، وفي قول بدنة.

وقيل: لا شيء، وليس بشيء.

قال: (**وَيَجِبُ بِهِ بَدَنَةٌ**) أي: بالجماع المفسد؛ لقضاء الصحابة رضي الله عنهم بذلك. وقيل: لا يجب بإفساد العمرة، وإلا شاة.

اعلم أن البدنة هنا لا تكون إلا من الإبل خاصة.

وَالْمُضِيُّ فِي فَاسِدِهِ وَالْقَضَاءُ، وَإِنْ كَانَ نُسُكُهُ تَطَوُّعًا، ....

فروع: إذا فسد نسكه بجماع، ثم جامع ثانيها فهل يلزمه بالثاني شاة أو بدنة؟ ولا شيء أو يفرق بين تحلل التفكير وعدمه أو طول الزمان واختلاف المجلس وعدمه؟ أقوال أظهرها الأول: قال الإمام: وهذا الخلاف إذا كان قد قضى في كل جماعٍ وطره، أمَّا لو كان ينزع ويعود، والأفعال متواصلة، وحصل قضاء الوطءَ أجرًا فالجميع جماع واحد بل إحلال، وأطلق الشيخان هذا الخلاف.

وقال ابن كج بعد ذكره: أنه لو كان له نساء محرمات فوطئهن كلهن وجبت في كل واحدة منهن فدية؛ لأن فساد كل واحدة غير فساد الأخرى وعليه أن يحج لهن، انتهى.

وقال الدارمي إذا وطئ نساءً فهن كالمرأة لكن يفسد حجهن فيقضين، وهذا هو المذهب.

وفي شرح «المهذب» للشيخ: أنه لو كانت المرأة محرمة أيضًا وطاوعته فهل يجب على كل واحدٍ منهما بدنة أم عليه عن نفسه فقط؟ أم عليه عنه وعنها؟ أقوال كالصيام، هذه الطريقة المشهورة، ومنهم من قطع باللزوم، وفرق بأن الفطر يحصل قبل تمام حقيقة الجماع.

قلت: والظاهر أنها لو زنت أو كانت مجنونة أو نهمة لزمتها البدنة، وإذا سلمت التسوية بين البابين جاء هنا فروع كثيرة ذكروها هناك.

قال: (وَالْمُضِيُّ فِي فَاسِدِهِ) لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] ولأن جمع من الصحابة ﷺ قضوا بذلك، ولا يعرف لهم مخالف، ومعنى المعنى فيه أن يأتي بما كان يأتي به قبل الجماع، ويجتنب ما كان يجتنبه قبله، فإن ارتكب محظورًا ألزمته الفدية على الأصح.

قال: (وَالْقَضَاءُ وَإِنْ كَانَ نُسُكُهُ تَطَوُّعًا) أفتى الصحابة ﷺ بالقضاء على المجامع، ولم يفضلوه؛ ولأن التطوع يلزم بالشروع فيه فصار فرضًا، وإنما جعل المأتي به قضاء، وإن كان وقت النسكين العمرة؛ لأنه لما أحرم بهما

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ.

يضعا عليه، ففات وقت الإحرام بهما، ثم يقع القضاء عما أفسده نفلًا كان أو فرضًا، فإذا أفسد القضاء بالجماع لزمته الكفارة وقضاء واحد، ويقع عن الأول حتى لو أحرم بالقضاء ما به مرة، فأفسد الجميع لزمه قضاء واحد، ويقع عن الأول، ولكل مرة بدنة. ولا يتصور القضاء في سنة الأداء إلا بأن يحظر به بعد فساد، ويتعذر عليه المضي، فيتحلل ثم يزول الحصر، والوقت باقٍ فتحرم بالقضاء، ويجزئه في سنته، وحينئذٍ يجب ذلك أيضًا إذا قلنا القضاء على الفور، ويحمل أن يجب على الوجهين، وفي كونه قضاء وقفة تعرف من كلام أسلفناه في الصلاة هنا أو في «الغنية».

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ) هذا ظاهر النص؛ لقضاء الصحابة ﷺ بذلك، حيث قالوا: وحج من قابل.

والثاني: لا كالأداء أو أولى.

وقال القاضي ابن كج: نص عليه الشافعي ﷺ في «الإملاء» كما قاله الدارمي، ثم قال: وقال بعض أصحابنا: يجب على الفور، انتهى.

والأشبه حكاية الخلاف قولين وجهين.

قال القفال وأتباعه: والخلاف جارٍ في كل كفارة وجبت بعد؛ ولأنها في وضع الشرع على التراخي كالحج.

فرع: جماع الصبي يفسد نسكه بناءً على أن عمده عمد، وهو الأظهر، فيجب القضاء ويجري في حال الصبي على الأظهر فيهما، وكذا جماع العبد يوجب القضاء، وتجري في الرق ونسبه الأصحاب على الصبي بالوجوب في الغرامات والنفقة إلحاق تكليف وخطاب.

فرع: جميع ما سبق في جماع العامد العالم بالتحريم، فلا يفسد جماع الناسي والجاهل بالتحريم، كما قيد نائبه إطلاق الكتاب، ولو أحرم عاقلًا، ثم جن، ثم جامع ففيه القولان المشار إليهما في الصبي، وفي كون عنده عمد أو خطأ كلام ذكرته في «الغنية» في الجنايات بتعيين مراجعته، وتأمله في مسألتنا.

....

فرع: لو أكره على الوطء قيل: فيه وجهان بناءً على أن الناسي، وقيل: يفسد قطعًا، وإن منعنا تصور الإكراه للرجل، والأصح أنه لا يفسد؛ لأن الأصح تصور الإكراه، ولا يخفى حكم ما إذا ضبط وأولج منه ذلك في الفرج، وقد سبق بيانه في الصيام.

فرع: أحرم مجامعًا فأوجه أرسلها الرافعي هنا أصحها في «الروضة» وغيرها لا ينعقد أصلًا، كصلاة المحدث.

وثانيها: ينعقد صحيحًا، فإن نزع في الحال فذاك، وإلا فسد نسكه، وهو ما أورده الرافعي في المواقيت، وفي فصل الإحرام.

وثالثها: ينعقد فاسدًا فيضمن فيه ويقضي، ولا يكفر إن لم يستمر، ولو أحرم في حال نزعه فهل ينعقد صحيحًا أو فاسدًا أو لا ينعقد أصلًا؟ أوجه ذكرها ابن الرفعة.

فرع: قال صاحب «الخصال»: يفسد الإحرام بعد صحته ثلاث خصال الوطء في الفرج ما بين أن يحرم إلى أن يرمي جمرة العقبة، وكذلك الجنون والارتداد ما إذا أطبق بعد الإحرام، وقبل الوقوف إلى أن فاته الوقوف، أمَّا لو أفاق حالة الوقوف وغيرها من الأركان فقد سبق حكمه، وأما الردة فأصح الوجهين إفسادها النسك، كالصوم، والصلاة، فعلى هذا يبطل نسكه من أصله على الصحيح. وقيل: يمضي في فاسده إذا أسلم، وإن قلنا: لا يفسد فأسلم بنى وأجزأه، ولو أتم حجه ثم ارتد لم يبطل حجه، ولا عمله المتقدم عندنا إلا أن يموت مرتدًا.

فرع: يحرم على المحرم الاستمناء، ويفتدي له على الأصح، وتحرم المباشرة بشهوة كالقبلة واللمس، ونحوها قبل التحليلين قطعًا، وفيما بينهما خلاف سبق، ومن محرمات الإحرام التزويج والإذن فيه، كما قاله جماعة، وفي تحريم الخطبة كلام، وموضع بيان ذلك كتاب «النكاح» حيث أشار إليه المصنف.

وفي «تجريد الجرجاني» أنه يكره للمحرم شراء الجواري، ولا يحرم،

الْخَامِسُ: اصْطِيَادُ كُلِّ مَأْكُولٍ بَرِّيٍّ.

وهذا فيما إذا كان من يباح له يشبه الوطء، وتتأكد الكراهة فيمن لا يأمن على نفسه، وقد يقال بالتحريم إذا غلب على ظنه الغشيان، وأنه لا يملك على نفسه لما عرفه من نفسه وضعف بقواه، والله أعلم.

قال: (**الْخَامِسُ: اصْطِيَادُ كُلِّ مَأْكُولٍ بَرِّيٍّ**) أي: بالنصوص والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] أي: اصطياده وقال سبحانه ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم .

تنبيهات وفروع: **منها**: قال من شرح الكتاب: أخبرنا المأكول عن غيره فإنه يجوز قتله، وأنه لا جزاء فيه، انتهى.

وإطلاقه جواز القتل خطأ، فإنا إذا قلنا بالمرجح أنه لا يجوز أكل الخطاف، والهدهد، والطاووس، وغيرها فلا يجوز قتلها قطعًا، وأحرز بالبري عن البحري، واستغنى بلفظ الاصطياد عن قيد الوحشي.

والمراد بالبحري الذي يحل ما كان عيشه في الماء، أمَّا ما يعيش فيه، وفي البر حرام على المحرم تغليبًا، كالمتولد الآتي ذكره.

واعلم أنه لا فرق بين كون البحر في الحل والحرم، كما اقتضاه وإطلاقهم، ورأيته في «الأم» في موضعين نصًا.

وكلام الشافعي ﷺ مصرح بأن المراد هنا صيد الماء سواء البحر، والنهر، والبئر، والبركة، وغيرها، وسواء في ذلك الحل والحرم.

وفي «البحر» عن الصيمري في موضع الحرم بتحريم صيد البحر في الحرم، وهو شاذ، ومنها الجراد بري على المشهور، وكذلك طير الماء، وإن لازمه المستأنس من الصيد كالمتوحش، ومنه دَجَاجُ الْحَبَشِ، ومنه الأوز.

قال الماوردي: إن كان ينهض بجناحيه حرم، وإلا فلا كالدجاج.

وقال الروياني: وهو القياس.

قال الماوردي: والبط الذي لا يطير من الأوز لا جزاء فيه؛ لأنه ليس بصيد، وليس فيه نظر، ومنها الصيد المملوك كغيره، وبيض المأكول مضمون

قُلْت: وَكَذَا الْمُتَوَلِّدُ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ، والله أَعْلَمُ.

بقيمته خلافًا للمزني إلا الفاسد للمزني فلا شيء فيه إلّا بيض النعام ففيه القيمة؛ لأنه ينتفع بقشره. وفي «النهاية» و«البسيط» الجزم بأنه كغيره.

قال الإمام: ولا غيره بقيمة قشره كما لا يضمن الريش المنفصل من الطائر، انتهى.

وهذا منقاس، ولكن المشهور والمنصوص في «الأم» الضمان، ولو حلب لبن صيد ضمنه بقيمته خلافًا للروياني.

قال في «التجربة»: لأنه ليس له تولد بخلاف البيض.

وقال المتولي في «البيوع»: لبن صيد الحرم انحناء للفقراء شربه، فيباح لهم بيعه، ونقله عنه الشيخ هناك في «شرح المهذب» وغيره.

واعلم أن قضية كلامهم أن بيض ما لا يؤكل لا يحرم التعرض له، وإن كان أحدًا صلى ما نصه مأكولي ووحشي، كما صرح به بعضهم، وهو ظاهر إذا حرمناه كما صرحه الغزالي، أمَّا إذا قلنا أنه ظاهر يحل أكله كما رجحه المصنف في مواضع، والأقوى في بيض المتولد التحريم كأصله، والصواب في بيض الفواسق إباحة اللبن، وعدم الضمان، وتحريم الأكل.

ومنها: اعلم أنه كما يحرم الاصطياد يحرم بملك الصيد بالشراء، والهبة، وقبول الوصية، واللقطة، والهدية، ونحوها، ويحرم عليه استبعاده، واستعارته، واستئجارهُ، وإذا حرم صيده علم أن قتله، وذبحه، وجرحه، وقطع جزء منه كذلك، ويحرم عليه الإشارة الجاهل إليه، ودلالته وإعانته عليه، وكل سبب يفضي إليه، ويحرم لكل ما صيد له أو أعان على صيده أو قتله بوجه، وأدلة ذلك في المطولات.

قال: (**قُلْت: وَكَذَا الْمُتَوَلِّدُ مِنْهُ**) أي: مما ذكره في الضابط.

(**وَمِنْ غَيْرِهِ، والله أَعْلَمُ**) تغليبًا للحظر.

وقيل: لا يحرم كما لا زكاة فيه، وزيفه الماوردي في الأطعمة.

قال الشيخ في «الدقائق»: يدخل في قوله منه ومن غيره نسيان أحدهما:

وَيَحْرُمُ ذَلِكَ فِي الْحَرَمِ عَلَى الْحَلَالِ، ....

المتولد بين مأكول وغير مأكول.

والثاني: المتولد من شارة وضبع أو ظبي فإنه متولد من صيد وغيره، وهو حرام بلا خلاف.

وقيل: من منه عليه، انتهى، وهذا صحيح، وخلط بفرض من شرح الكتاب هنا ثمة لا فائدة في ذكره. ورأيت في كلام بعض أصحابنا الحرميِّين في المائة السادسة أن ما تولد بين مأكول وحشي وغيره كالضبع، والذئب، والحمار الأهلي، والوحشي يجب ضمانه، ويثبت أحاديث الحرمة.

قال: وتغلب براءة الذمة، ولو زاد أوجب الضمان، فينبغي أن يضمن ما يقابل المضمون، وهو غريب، وظني أنه من كلام الفارقي أو ابن البزدي، وهو الأقرب، والله أعلم.

قال **(وَيَحْرُمُ ذَلِكَ)** أي: صيد المأكول البري والمتولد.

(فِي الْحَرَمِ عَلَى الْحَلَالِ) لحديث ابن عباس ﵄ أنه ﷺ **قَالَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ: «إِنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَّمَهُ الله يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ، فَهُوَ حَرَامٌ بِحُرْمَةِ اللَّهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَإِنَّهُ لَمْ يَحِلَّ الْقِتَالُ فِيهِ لأَحَدٍ قَبْلِي، وَلَمْ يَحِلَّ لِي إِلَّا سَاعَةً مِن نَهَارٍ، فَهُوَ حَرَامٌ بِحُرْمَةِ اللَّهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، لَا يُعْضَدُ شَوْكُهُ، وَلَا يُنَفَّرُ صَيْدُهُ، وَلَا يَلْتَقِطُ لُقَطَتَهُ إِلَّا مَنْ عَرَّفَهَا، وَلَا يُخْتَلَى خَلَاهُ». فَقَالَ الْعَبَّاسُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِلَّا الإِذْخِرَ، فَإِنَّهُ لِقَيْنِهِمْ وَلِبُيُوتِهِمْ، قَالَ: إِلَّا الإِذْخِرَ»**(١) متفق عليه، وإذا حرم التنفير؛ فالاصطياد أولى، وأجمعت الأمة على التحريم في جميع الحرم.

واعلم أن كل ما يحرم في صيد الإحرام من الاصطياد، والتملك، والإتلاف والجرح، والتنفير، والتسبب إلى ذلك وبيضة، وريشة، وشعرة، ووبرة، ولبنة يحرم في صيد الحرم لا الجبل.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٣٨، رقم ٧٢٤١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٤٠٦، رقم ٣٦٩٢١) والبخاري (٢/ ٨٥٧، رقم ٢٣٠٢)، ومسلم (٢/ ٩٨٨، رقم ١٣٥٥)، وأبو داود (٢/ ٢١٢، رقم ٢٠١٧) والدارمي (٢/ ٣٤٤، رقم ٢٦٠٠)، والدارقطني (٣/ ٩٧)، والبيهقي (٨/ ٥٢، رقم ١٥٨١٨).

فَإِنْ أَتْلَفَ صَيْدًا ضَمِنَهُ.

ثم صيد الحرم هو الذي فيه بحث لو كان في الحل حرم على المحرم، والتعرض له؛ لأجل الإحرام، فدخل في ذلك الطيور التي في الحرم، وجرح بقولنا لأجل الإحرام الصيد المملوك للحلال، إذا أدخله الحرم، فإن صيده في الحرم حرام؛ لأجل الملك.

ولو قبل المحرم صيدًا في الحرم فجزاء واحد، ولو أخذ الحلال صيدًا من الحل بملكه، ثم أدخله الحرم، فكذا إمساكه، وذبحه، والتصرف فيه كيف شاء.

فروع: قال الدارمي: لو اضطر صيد حتى خرج من الحرم قال أبو حامد: لا يجوز اصطياده، وهذا حسن، لكن هل ينقطع بالتحريم عند زوال الاضطرار، ويستمر حتى يعود إلى الحرم، ثم تخرج منه ما حيازه فيه نظر!.

لو رمى من الحل صيدًا في الحرم أو بالعكس أو أرسل عليه كلبًا في الصورتين ضمنه قطعًا، ولو رماه وكلاهما في الحل فدخل الصيد الحرم فأصابه السهم فيه ضمنه، وكذا لو تخطى السهم الحرم، وأمات صيدًا في الحل على الأصح عند الشيخين لكن الروياني نقل المنع عن النص وبه جزم البندنيجي، واختاره ابن أبي عصرون، ولو رماه، وبعضه في الحرم ضمنه والاعتبار بالقوائم، ولا نظر إلى الرأس، هذا ما صححته في «الروضة».

ثم حكى في «شرح المهذب» خمسة أوجه، وقال: المذهب أنه يضمر بكل حال حتى لو كانت قوائمه كلها في الحل، ورأسه في الحرم ضمنه، فإنما كان أولًا، وفي الفرع فوائد وزوائد تذكر في التوسط إن شاء الله تعالى.

ولو رمى حلالًا صيدًا، ثم أحرم، ثم أصابه أو رماه محرم، ثم تحلل ثم أصابه ضمنه فيهما؛ لأنه في أحد الطرفين محرم، كما لو رمى منهما من الحرم إلى صيد في الحل أو بالعكس، فإنه يضمن ذكره البغوي في «الفتاوى».

قال: (فَإِنْ أَتْلَفَ) أي: المحرم مطلقًا أو الحلال في الحرم على ما بيناه.

(صَيْدًا) أي: ما بينا أنه حرام.

(ضَمِنَهُ) أي: بالجزاء الذي يأتي ذكره سواء بأثرٍ أو بسبب وجهان،

....

الضمان ثلاث المباشرة والتسبب واليد فالمباشرة معلومة، وأما التسبب فبيانه محال على كتاب «الجنايات»، وذكروا منه هنا، ومن أحكام اليد صورًا في المبسوطات، واضطرب كلام المصنف في «الروضة» في شيء.

فقال: هنا لو بالت دابته، ورأيت في الطريق فزلق به صيد، فهلك ضمنه كما لو أتلف آدميًا أو مالًا.

وقال: هناك أنها لو رأت في الطريق أو بالت في سيرها فزلق به إنسان أو غيره، وتلف فلا ضمان.

واعلم أنه يستثنى من تضمن الصيد صور:

منها: لو مال عليه صيد فقتله دفعًا، ومنها لو عم الجراد الطريق، فلم يجد بدًا من وطئه ففعل، فلا ضمان في الأظهر، وأجبرنا فيما لو باض حمامٌ أو غيره في فراشه أو نحوه وفرخ، ولم يمكن دفعه إلا بالتعرض له ففسد، وفيما لو غلب عليهما حال نومه، فأفسدهما.

ومنها: قال المصنف ولو أحرم، ثم جن، ثم قتل صيدًا لم يضمنه في الأظهر. قلت: وفيه نظر!

والناسي كالذاكر، والمخطئ كالعامد على المشهور فيهما، والسكران العاصي به كالصاحي، والجاهل كالعالم، والمكره كالمختار، والمضطر كالشبعان، والصبي المميز كالبالغ العاقل، وفي غير المميز والمغمى عليه، والمجنون قولان أو وجهان.

فائدة: لو دخل كافر الحرم، وقتل صيدًا ضمنه.

قال في «المهذب»: محتمل عندي ألا يجب.

قال المصنف في «شرحه»: انفرد بهذا الاحتمال عن الأصحاب، وأقامه في «البيان» وجهًا. قلت: نقله ابن كج في «مجرده» وجهًا للأصحاب.

وقال: الأصح الوجوب، وهو متقدم على صاحب «المهذب» بأعوام كثيرة.

فَفِي النَّعَامَةِ بَدَنَةٌ، وَفِي بَقَرِ الْوَحْشِ، وَحِمَارِهِ بَقَرَةٌ، وَالْغَزَالِ عَنْزٌ، وَالْأَرْنَبِ عَنَاقٌ، وَالْيَرْبُوعِ جَفْرَةٌ.

قال: (**فَفِي النَّعَامَةِ بَدَنَةٌ، وَفِي بَقَرِ الْوَحْشِ، وَحِمَارِهِ بَقَرَةٌ، وَالْغَزَالِ عَنْزٌ، وَالْأَرْنَبِ عَنَاقٌ، وَالْيَرْبُوعِ جَفْرَةٌ**) لأن جماعة من الصحابة ﷺ حكموا أبدًا بذلك.

قال أصحابنا: كل ما ورد فيه نص أو حكم فيه أصحابنا أو عدلان من غيرهم أنه مثل الصيد المضمون أتبع، ولا يجوز العدول عنه، ولا يدخله اجتهاد؛ لقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

ونقل ابن الرفعة عن الأصحاب أن ما حكم به الواحد الصحابة، ولم يخالفه غيره كان كما لو حكم به الجميع، ومما ورد به النص أن في الضبع كبش، صححه ابن حبان والترمذي وغيرها من حديث جابر ﷺ.

وحكى الروياني وجهًا أنه تجري البقرة أو البعل من الغنم عن البدنة.

تنبيهات: أولها: النعامة بفتح النون تذكر وتؤنث، والنعام اسم جنس، والبدنة في اللغة تطلق على الذكر والأنثى، والغزال لغة ولد الظبية إلى حين يقوى، ويطلع قرناه، ثم الأنثى ظبية، والذكر ظبي، والعنزة الأنثى من المعز التي تمت لها سنة أي: فأكثر قاله الأزهري، والعناق بفتح العين الأنثى من ولد المعز إذا قومت ما لم تبلغ سنة قاله الشيخ في «دقائقه» و«تحريره» و«تهذيبه»، وكذا قاله الأزهري. ونقل الرافعي عن أهل اللغة أنه الأنثى من ولد المعز من حين تولد إلى حين تفطم وترعى، وذلك بأربعة أشهر، وتبعه في «الروضة».

وقيل: إن العناق من ولد الضأن واستغرب، واليربوع بفتح أوله وسكون ثانيه حيوان معروف أكبر من كبار الفأر شبهه، والجفرة مفتوحة الجيم ساكنة ما بلغت أربعة أشهر من أولاد المعز، وفصلت عن أمها، والذكر جفر؛ لأنه جفر حساه أي: عظمًا.

قال الرافعي: هذا معنى الجفرة لغة، لكن يجب أن يكون المراد بالجفرة هنا ما دون العناق، فإن الأرنب خير من اليربوع.

....

ثانيها: قوله: وفي الغزال عنز نص عليه الشافعي في «الرسالة» التي هي مقدمة «الأم»، وفي «الأم» في عدة مواضع، وأطبق عليه الأصحاب، ونقلوه عن قضاء الصحابة ﷺ.

قال الشافعي: وبهذا رواه الإمام مالك، وسفيان عن ابن الزبير عن جابر عن قضاء عمر ﷺ.

قال الشافعي: وبهذا يقول، والغزال لا يفوت العنز.

وأسند إلى عطاء أن في الغزال شاة، إذا علمت هذا فقد قال في «الروضة»: وسمعت في كتب بعض الأصحاب: وفي الظبي كبش، وفي الغزال عنز.

وكذا قاله الكرخي، وزعم أن الظبي عنز؛ إذ هو شديد الشبه بها، فإنه أشعر متقلص الذنب، وأما الغزال فتجب فيه ما يجب في الصغار.

قال في «الروضة»: وغيرها قول الإمام هو الصواب، ثم نقل قول بغل اللغة في الغزال كما سبق.

قال: وما ذكره الإمام قاله القاضي الحسين في «تعليقه».

وحكى في موضع آخر منه أن الصحابة ﷺ حكمت في الغزال بعنز، انتهى.

واعلم أني كنت معجب من يصوبه، فإنه على الشافعي والجماهير، ثم بان لي من كلام الشافعي في «الأم» أن مراده بالغزال الظبية الكبيرة، كما أورده الكرخي، وأنه لا خلاف في المسألة، فإنه ذكر ما يجب في البقرة، والحمار، والبغل. ثم قال: وفي الغزال عنز، وفي الضبع كبشٍ.

ثم قال: وفي صغار أولاد هذه صغار، وحينئذٍ فكلام الشافعي، والكرخي، والأصحاب، والإمام، والقاضي، والغزالي متفق في المعنى، وأطلقوا ذلك للعرف.

والظاهر أنه لو حلف لا يأكل لحم عنز أنه يحنث بلحم الصغير كالكبير، وأطلقوا ذلك كما أطلق على الفصيل بعير.

وَمَا لَا نَقْلَ فِيهِ يَحْكُمُ بِمِثْلِهِ عَدْلَانِ.

وأما قول بعضهم في الظبي كبش فضعيف؛ إذ في «الأم» أن عليًا ﷺ قال لمن أصاب ظبيًا: أهذا كبشًا، أو قال: تيسًا؟ قال سعيد بن سالم شيخ الشافعي: ولا أراه قال: إلا تيسًا، قال الشافعي: وبهذا نأخذ.

وقال الصيمري: أن الصحابة ﷺ قضت في الظبي بعنز كما قاله الإمام، والمراد تيس.

وقول الجرجاني أن الغزال يضمن بكبش شاذ، وهو متابع في المعنى للكرخي، والله أعلم.

ثالثها: يفدي الكبير، والصغير، والسمين، والهزيل، والحامل كله بمثله، والمعيب بمثله إن اتخذ الجنس، والقدر.

وقيل: لا تفدي المعيب إلّا بصحيح، وليس بشيء، ولا يضر اختلاف العوز، ولا الذكور، ولا الأنوثة على الأظهر من المذهب، وفي النفس من هذا الإطلاق، ولا خفاء أن إخراج الكامل عن الناقص أفضل، ثم كلام الأئمة يقتضي طرد الطرق مع نقص اللحم.

وقال الإمام: الخلاف إذا ينقص اللحم في القيمة، ولا في الطيب، فإن وجد أحد النقيضين لم يجز بلا خلاف، انتهى.

والوجه النظر إلى القيمة إن أريد التقويم، وإلى اللحم إن أريد اللحم، وهذا واضح.

قال: (وَمَا لَا نَقْلَ فِيهِ يَحْكُمُ بِمِثْلِهِ عَدْلَانِ) للآية الكريمة السابقة.

قال الرافعي: وليكونا فقيهين لبسين أي: فطنين فأشعر بالوجوب، وكذلك قال في «الروضة»: فيرجع فيه إلى قول عدلين فقيهين فطنين، فقال الماوردي هنا: قال الشافعي: ولا يجوز لأحد أن يحكم إلا أن يكون فقيهًا؛ لأنه حكم، ولم يجزئ إلا بقول من يجوز حكمه.

قلت: وقال في «البويطي»: ولا يجوز لأحد أن يحكم في خبر الصيد إلا أن يكون فقيهًا، فإن اختلفا لم يجز حتى يجتمعا.

وَفِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ الْقِيمَةُ.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: قال الشافعي والأصحاب: يستحب أن يكونا فقيهين؛ لأنهما أعرف بالسنة المعتبرة شرعًا، وكذا نقله في «البيان» عن الشافعي، وجزم به في «المهذب».

قال شارح فحصل في اشتراط الفقه الذي يصير به أهلًا للحكم أمَّا المعرفة التي لا بد منها في السنة فلا بد منها، انتهى.

ونسبه أن يراد بالأول ما لا بد منه في معرفة ذلك، وينص الاستحباب ما زاد على وجهين، أصحهما: أنه مستحب لا واجب، وينبغي أن يكون المراد بذلك نفقته صح ذلك من الكمال والحذف، ولا تبيت في المسألة خلافًا، فالقاعدة أن من حكمناه في باب اعتبر أن يكون فقيهًا فيه لا غير، فإن نبت خلاف فهو قولان.

فروع وتنبيهات: العبرة في المماثلة بالخلقة، والصورة تقريبًا لا تخفيفًا فأين النعامة من البَدنة؟ ويجوز أن يكون القائل أو هما الحكم إن كان القتل خطأ، واضطرارًا على الأصح، وإن كان عمدًا عدوانًا فلا نفسقه به، ولو حكم اثنان بمثل، وآخران بأن لا مثل له، فمثلي قاله في «العدة»، وقوله وما لا يقل فيه احترز به عما فيه نص بمثل أو قيمة أو حكم به اثنان من الصحابة ﷺ أو غيرهم كما سبق، هكذا قالوه، وفي التقويم نظر!.

والظاهر أن قيمة كل زمان معتبرة به هذا هو القياس، ولعل المراد أن ما حكم له متقوم؟ فهو متقوم لا لنظر إلى قدر القيمة من الزمن السالف.

قال: (وَفِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ الْقِيمَةُ) لأن الجراد لا مثل له، وقد حكم الصحابة ﷺ بالقيمة فيه، ويرجع في القيمة إلى عدلين كما صرح به الماوردي، وجماعة، والعبرة في هذه القيمة بموضع الإتلاف لا يمكنه على المذهب.

ويستثنى من إطلاق المصنف الحمام، وهو كل ما عُبَّ في الماء، وهو أن يشربه جرعًا وغيره يشرب قطرة قطرة، ولا حاجة في وصف الحمام إلى ذكر الهدير مع الْعَبِّ، فإنهما متلازمان، ثم الأصح أن مسند الصحابة في إيجاب

....

الشاة في الحماية توقيف بلغهم.

وقيل: ما بينهما من الشبه، وهو إلف البيوت، والأنس باليًا من ذكره الرافعي، وأغفلته «الروضة»، وثمرة الخلاف أنه لو كان صغيرًا أهل بحب سخلة أم شاة، قاله الماوردي وغيره، ثم ما كان أصغر جثة من الحمامة كالزرزور، والصعوة، والقنبرة، والبلبل، والعصفور، والجراد ففيه القيمة، وهذا في الزرزور مفرع على المذهب المشهور أنه مأكول.

وقيل: لا يكون؛ لأنه نوع من الغربان، فعلى هذا لا ضمان، وما كان أكثر جثة من الحمام أو مثله، فالجديد الأصح، وأحد قولي القديم أن فيه.

والثاني: شاة، ومن هذا النوع البط، والأوز، والكركي، والحباري، ونحوها وعد ابن القطان في فروعه، وصاحبه القاضي ابن كج في «تجريده» من صور القولين، والزرافة وصرحا بأنها من المأكول، وبه جزم القاضي الحسين، وغيره، وهو المذهب كما أوضحته في الأطعمة من «الغنية» لا كما وقع في «التنبيه» فاعتبر به المصنف حيث لم يقف على خلافه.

فقال في «شرح المهذب»: إنها حرام بلا خلاف، وهو شاذ، وفي ثبوته نظر، وهي متأكدة بين مأكولين، كما أوضحته هناك فلا معنى للتحريم.

واعلم أن الرافعي وخلائق عدوا القطة من الحمام، وقاله الجوهري.

وقال المحب الطبري: أن المشهور خلافه، وألحق الجرجاني الهدهد بالحمام في التضمين بشاة، وهذا إن سلم له فهو مبني على جواز أكله، وفيه خلاف، واضطراب في الترجيح أوضحته في الأطعمة من «الغنية».

وقال الشافعي في «البويطي»: وكل متى قتله المحرم من الصيد أو الحلال في الحرم فإنما عليه قيمته إلا حمام مكة، وكل شيء يهدر مما يسميه العرب حمامًا، وكل ما هدر وعب في الماء كذلك، والحمام بقتله الحلال بمكة أو الحرم وغيرهما ففيها شاة، هذا لفظه، وفيه إشكال أشرت إليه في «الغنية».

فائدة: حجه قبل فيها صيد، وعمرته سالمة من ذلك أيتمها أفضل؟ فيه

وَيَحْرُمُ قَطْعُ نَبَاتِ الْحَرَمِ الَّذِي لَا يُسْتَنْبَتُ، وَالْأَظْهَرُ تَعَلُّقُ الضَّمَانِ بِهِ وَبِقَطْعِ أَشْجَارِهِ فَفِي الشَّجَرَةِ الْكَبِيرَةِ بَقَرَةٌ وَالصَّغِيرَةِ شَاةٌ.

وجهان، أصحهما: الحج قاله الروياني، وهل يجري الوجهان فيما لو ارتكب في حجه كبيرة غير ذلك مما لا يفسده؟ فيه نظر!

قال: (**وَيَحْرُمُ قَطْعُ نَبَاتِ الْحَرَمِ**) أي: الرطب للحديث السابق، والإجماع خلا الزروع، والبقول، ونحوها وما يأتي من بعد وأخرج ذلك قوله: (**الَّذِي لَا يُسْتَنْبَتُ**) ونبه بالقطع على تحريم القطع من باب أولى، ودخل في قوله: النبات الشجر وغيره قيل: وأخرج بالنبات اليابس، وفيه نظر! وسيأتي ما قيل الكلأ اليابس.

قال (**وَالْأَظْهَرُ**) أي: الجديد (**تَعَلُّقُ الضَّمَانِ بِهِ**) أي: بالنبات (**وَبِقَطْعِ أَشْجَارِهِ**) أي: الرطبة، ونفعلها أيضًا كما سنوضحه؛ لأنه ممنوع لإتلافه لحرمة الحرم بضمنه، كالصيد.

والثاني: لا كما لا يوجب الإحرام أم ضمان الشجر، ولو سكت عن قوله: وبقطع أشجاره لكان أحصر لدخوله في النبات.

فرع: قال البغوي: ولو قطع الكلأ اليابس لم يضمن، فإن قلعه ضمنه؛ لأنه لو لم يقلعه لنبت، وتبعه الرافعي. وقال الماوردي: إذا جف، ومات جاز قلعه ونبت الشيخ بين كلًا منهما بحمل الأول على ما لا يفسد أصله.

والثاني: على ما مات، ولم يرج نباته.

قلت: ويجب ألا يضمن إلا الأصل المرجو نباته دون اليابس الخارج، وهو مراد البغوي، وينبغي أن يجري خلاف فيما تردد في حياته وموته.

قال: (**فَفِي الشَّجَرَةِ الْكَبِيرَةِ بَقَرَةٌ وَالصَّغِيرَةِ شَاةٌ**) لأنه روى عن فُتْيَا ابْنِ عَبَّاسْ وابن الزبير ﵄.

قال الماوردي: ولا نعلم لهما مخالفًا، ثم ذكر عن مجاهد رفعه في الدوحة، ونقل الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» إجماع الصحابة ﵃ على أن في الدوحة بقرة، وفي الصغيرة شاة، ومثل هذا، والله أعلم لا يكون إلا

عن توقيف، والكبيرة وهي الدوحة ذات الأغصان، كما قاله الشيخ أبو حامد وغيره.

قال الإمام: لم يقع التعرض للبدنة، ولا شك أن البدنة في معنى البقرة، وتبعه الغزالي والشيخان، وغريب قول الشيخ في «شرح المهذب».

قال الشافعي والأصحاب: فذكره، ولم أره بعد النحب والتنقيب إلا في كلام الماوردي وفيه نظر! ؛ لأنهم في خبر الصيد، ولم يسمحوا بالبدنة عن البقرة، ولا عن الشاة ولا العناق، هذا كالمتفق عليه بين الأصحاب، نعم؛ رأيت في «الضحايا» من «الأم» في باب ما تجزئ عنه البدنة .

قال الشافعي: أقول بحديث مالك عن ابن الزبير عن جابر ﷺ نحروا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة.

قال الشافعي: وكانوا محصورين. قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فلما كان ما استيسر من الهدي شاة، فآخر أن البدنة عن سبعة محصورين متمتعين عن سبعة، وحيث عليهم من قران أو جزاء صيد، وغير ذلك إذا كان على كل واحدٍ منهم شاة؛ لأن هذا في معنى الشاة، هذا نصه بحروفه. وقضيته أن من عليه شاة في جزاء صيد، أنه يجزئه سبع بدنة، والأصحاب كالمجتمعين على خلافه فلعله مؤول عنهم أو قول قديم أو لم يظفر به بعضهم.

وقد يقال: قياسه أنه لو اجتمع سبعة على قطع شجرة أنه يجزئهم بدنة، وأن من لزمه بقرة في الجزاء عن نفر الوحش وحماره تجزئه البدنة، وهو بعيد، نعم؛ قد يفرق في الجزاء عن نفر الوحش وحماره تجزئه البدنة، وهو بعيد نعم؛ قد يفرق بين جزاء الصيد والشجر بأن الشارع نظر إلى المماثلة في الصورة تعبدًا، فوجب الوقوف معها بخلاف الشجرة، والظاهر الذي يكاد يقطع به أن البقرة تجري في الشجرة الصغيرة بخلاف الصيد، فتأمل هذا مع النص المذكور، وكلام الأصحاب.

قُلْت: وَالْمُسْتَنْبَتُ كَغَيْرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَحِلُّ الْإِذْخِرُ، وَكَذَا الشَّوْكُ كَالْعَوْسَجِ وَغَيْرِهِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَالْأَصَحُّ حِلُّ أَخْذِ نَبَاتِهِ لِعَلْفِ الْبَهَائِمِ وَلِلدَّوَاءِ، والله أَعْلَمُ.

تنبيهات: الشجرة الصغيرة ما قربت من سبع الكبيرة، فإن صغرت جدًا فالواجب القيمة. وقال المتولي: نضمن الكبيرة ببقرة، وما دون شاة فإن كانت صغيرة فالبقية.

وقال المصنف في «تعليقه على التنبيه»: الرجوع في معرفة الكبيرة والصغيرة إلى العرف.

وقال كثيرون أو الأكثرون: وذكر كلام المتولي إلا أنه قال: وإن كانت صغيرة جدًا فبالقيمة، والشاة الواجبة هنا يجب أن تكون في سن الأضحية، ولعل البقرة كذلك، وعن الإقصاء أنه يجري في الشجرة الكبيرة بمنع، ولم أر لغيره فيه نصًا.

والمتبادر من كلامهم خلافه، واعتبار الأنوثة، والظاهر أنه كجزاء الصيد، ثم البقر والشاة، والقيمة على التعديد والتخير لجزاء الصيد.

قال: (**قُلْت: وَالْمُسْتَنْبَتُ**) أي: من الشجر كالنخل وغيره (**كَغَيْرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لعموم الحديث السابق، والطريق الثاني فيه قولان، وهي المشهورة. والأصح في «الروضة» و«شرح المهذب» أصحهما ما ذكره.

والثاني: لا، كالحيوان الإنسي، والزروع، القطنية، والخضراوات.

(**وَيَحِلُّ الْإِذْخِرُ، وَكَذَا الشَّوْكُ كَالْعَوْسَجِ وَغَيْرِهِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَالْأَصَحُّ حِلُّ أَخْذِ نَبَاتِهِ لِعَلْفِ الْبَهَائِمِ وَلِلدَّوَاءِ، والله أَعْلَمُ**).

واعلم أنه قال في «تعليقه على التنبيه»: أن صورة هذه المسألة أن يأخذ إنسان غصنًا من شجرة في الحرم، فيغرسها في موضع من الحرم، فينبت، ويصير شجرة، فمن قطع هذه الشجرة هل تجب عليه الجزاء؟ فيه قولان، هكذا ذكر هذا التصوير صاحب البنيان، وهو متعين أمَّا إذا فعلها من الحل فأنبتها في الحرم فلا شيء على فاعلها، ولو قلعها من الحرم وأنبتها في الحل، فالجزاء واجب على قالعها.

....

وصور صاحب «التهذيب» مسألة القولين فيما أنبته الآدميون، فيما جرت العادة بإنباتهم كالأشجار المثمرة، والصنوبر، والخلاف، ثم أنه لا فرق عند المصنف بين ما كان يستنبت في العادة، وبين ما ينبت بنفسه مثمرًا كان أو غير مثمر، انتهى.

وقال في «الروضة»: هل يعم التحريم والضمان من الأشجار ما ينبت مما مسه، وما سينبت أم يختص بالضرب الأول؟ فيه طريقان، أصحهما: على قولين أظهرهما عند العراقيين، ومن غيرهم التعمم.

والثاني: التخصيص، وبه قطع الإمام والغزالي.

والطريق الثاني: القطع بالتعميم.

وفي «شرح المهذب» أنه أصح الطريقين، وأشهرهما، وبه قطع الجمهور أنه على قولين، أصحهما: التعميم.

والثانية: التعميم قطعًا.

ثم حكى عن جماعة من العراقيين: أن ما يزرعه في ملكه من الثمر لا يحرم قطعه، وأنكره عليهم القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وقال: أنه خلاف النص، وقول الأكثرين بل التحريم، والضمان عام في الجميع، وكذا نقله البندنيجي عن نصه في عامة كتبه، فالحاصل أن المذهب التعميم، انتهى.

وقال ابن كج: ما غرسوه من نخيل وغيره إن غرسوه للمحرم حرم قطعه وضمن أو لأنفسهم فلهم قطعه؛ لأنه ملكه كالعبيد المملوك في الحرم.

وقال أبو حامد: كل شجرة مثمرة يجوز قلعها، انتهى.

وعلى نحو ما صدر به كلامه جرى الماوردي وفي كلام القاضي الحسين أن المراد بذلك ما أنبت أصله الآدمي، وإن كان نبت بنفسه.

وذكر العمراني ما قدمه الشيخ عنه إلى أن قال: ما إذا أخذ غصنًا من الحل فغرسه في الحرم فلا، وقضية كلام الماوردي تحريمه.

وكذلك جرى فيه الخلاف لكن بشرط أن يكون غرسه أولاً في موات، أمّا

....

ما غرسه في ملكه فصرح بإباحته وعدم ضمانه، وإلى ذلك ذهب السرخسي والدارمي وغيرهما، ومثلوه بالنخل والعنب والتين والتفاح ونحوها، وأنكره عليهم القاضي أبو الطيب كما سبق.

وقال الإمام: قال أئمتنا: لا خلاف أن من أدخل نواة الحرم أو قضيبًا جليًا فغرسه في الحرم، فعلق وسبق لم يضر شجرة حرمية.

قلت: والحاصل أن ما أنبته الله تعالى في الموات حرام مضمون بالجزاء إلا ما سنذكره في ذي الشوك، وما أنبته الله تعالى في الأملاك حرام مضمون بالجزاء إن قلعه مالكه، وبالجزاء، والقيمة إن قلعه غيره، وما أنبته الآدميون في الأملاك فقطع جماعة منهم ابن كج والماوردي بإباحته وهو فيما إذا كان جليًا ونقل إلى الحرم لا للحرم صحيح. وأما إذا كان من الحرم فإطلاق جماعة يخالفه، وقد يخرج مما سقناه مقالات.

فروع: لو نبت بعض الشجرة في الحرم فحرمية، ولم ينظروا إلى الأكثر، كما جاز قبل في الصيد الواقف على رأي، ولو انتشرت أغصان حرميه، ومنعت الطريق أو أدت، جاز قطع المؤدي منها، ولا ضمان، وفيه احتمال للدارمي.

قال في «الروضة» تبعًا للرافعي والبغوي بعد تقرير أنه لا يجوز قلع شجرة حرمية، ونقلها إلى الحل، فلو فعل فعليه رد، هل بخلاف ما لو نقلها من بقعة من الحرم إلى أخرى منه لا يؤمر بالرد، وسواء نقل أشجار الحرم أو أغصانها إلى الحل أو إلى الحرم ينظر أن بسبب لزمه الحركة، وإن نبت في الموضع المنقول إليها فلا جزاء عليه، فلو قلعها قالع، لزمه الجزاء إيفاءً لحرمة الحرم، انتهى.

وما ذكره في نباتها في موضع آخر من الحرم فظاهر، وأما نباتها في الحل فقد سبق عنه أنه إذا أنبتها في الحل أن الجزاء واجب عليه، ولم يذكر غيره، وقد صرح جماعة منهم الروياني أنها وإن تنبت وجب قلعها وغرسها في الحرم.

وقال الجرجاني: فإن لم تنبت فيه ضمنها، وصرح العمراني بأنه إن لم يفعل كان عليه الجزاء صح.

وَصَيْدُ الْمَدِينَةِ حَرَامٌ، ....

وقال المحاملي في «التجريد»: إن لم يفعل فعليه ضمانة، وجعل التفضيل الذي ذكره الرافعي و«الروضة» فيما إذا أعادها إلى الحرم، وجزم فيما إذا لم يعدها لضمانها، وفي «العدة» أنه لو قلعها من الحل بعد أن علقت آخر فالضمان أي: قراره على الثاني، كما في الغصب، وكذا حكاه سليم الرازي.

وقال الدارمي: إذا قطع شجرة من الحرم فزرعها في الحل، فجاء آخر فقلعها، فالجزاء عليه.

وعممه الماوردي، فجعل ما كان دواء مباحًا مطلقًا كالأذخر فيجوز أن يكون مرادهم تذكر الدواء الإشارة إلى العلة المجوزة للأخذ لا للتقيد، فتتفق الكلمات، وفيه نظر!

وكذلك قال القفال: لو أخذ شيئًا يسيرًا جاز له بيعه، فلم يفتح الباب وقال الشيخ: فيما قاله نظر!.

وحكى عن «شرحه التلخيص»: أنه لو قطع الفروع لسواك ولدواءٍ جاز معها حينئذٍ وهو ما أشار إليه المصنف في «شرح التلخيص» لصاحبه الشيخ أبو علي بعد قول ابن القاص: ما كان لدواء فله قطعه.

قلت: يحتمل أن يلزمه القيمة؛ لأن قطعه لحاجته إليه تقتل الصيد للجماعة، ويحتمل خلافه لأن حاجته إليه للدواء أعظم من حاجته إلى علف دابته، فلا يكون حاجته دون حاجة دابته فلهذا قلنا لا شيء عليه، انتهى.

وفي «النهاية»: أنه لو مست الحاجة إلى شيء من أكل الحرم فهل يجوز؟، انتهى.

ولم أر فيه إلا ما حكيته، وعبر الغزالي إلى غير ذلك، واختلف الأصحاب في أن غير الأذخر لو مست إليه حاجة الأذخر أو حاجة دواء فهل يحل بسببها، وهذا زائد عما ذكره إمامه وأبو علي، وكذلك جزم عبد الغفار بالجواز للحاجة ولم يخصه بالدواء .

قال: (وَصَيْدُ الْمَدِينَةِ حَرَامٌ) أي: وكذا حرمها، كما صرح به «المحرر»،

وَلَا يُضْمَنُ فِي الْجَدِيدِ.

وسكوته عن شجره وكذلك غير مستحسن كلأه، فإنهما حرامان على المشهور، وهو الصواب، كما قاله المصنف؛ للحديث «**أَنَّ إِبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ، وَدَعَا لَهَا، وَحَرَّمْتُ الْمَدِينَةَ كَمَا حَرَّمَ إِبْرَاهِيمُ مَكَّةَ، وَدَعَوْتُ لَهَا فِي مُدِّهَا وَصَاعِهَا، مِثْلَ مَا دَعَا إِبْرَاهِيمُ - ﷺ - لِمَكَّةَ**» متفق عليه(١).

ولمسلم من رواية جابر ﵁ «**إنَّ إبراهيمَ حرَّمَ مكةَ، وأني حَرَّمْتُ المدينةَ، ما بين لابَتَيْها، لا يُقطَع عِضَاهُها، ولا يُصَادُ صَيْدُها**»(٢) وفي قول عنه: «لا يحرم صيده بل مكره».

قال: (**وَلَا يُضْمَنُ فِي الْجَدِيدِ**) لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام، فلم يضمن صيده، وإن نهى عنه لصيد وجٍّ، والقديم أنه سلب القاتل لصيدها، والقاطع لشجرها، واختاره في شرح «المهذب» وهو المختار؛ لأن فيه حديثًا صحيحًا ليس عنه جواز صحيح، أخرجه مسلم في الشجر، وأبو داود في الصيد.

قال الرافعي: والسابق إلى الفهم من الخبر وكلام الأئمة أنه يسلب إذا صاد، ولا يشترط الإتلاف، كما شرطوه في حرم مكة، والأصح وبه قطع الجمهور أن المراد هنا سلب الصائد وقاطع الشجر أو الكلأ، فيسلب كما سلب، فقيل: الكفار. وقيل: يسلب الثياب فقط، وقيل: يترك له ما يستر به عورته.

قال في «الروضة»: وهو الأصوب.

وفي شرح «المهذب»: أنه الأصح، وأصح الأوجه أن السلب للسالب؛ للحديث الصحيح فيه، ولا مال لفقراء المدينة كجزاء صيد مكة.

وقيل: لبيت المال.

خاتمة: كل ما حرمه الإحرام فيه الكفارة إلا في مسائل عقد النكاح،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٤٠، رقم ١٦٤٩٣)، وعبد بن حميد (ص ١٨٤، رقم ٥١٨)، والبخاري (٢/ ٧٤٩، رقم ٢٠٢٢)، ومسلم (٢/ ٩٩١، رقم ١٣٦٠).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٤١ رقم ١٧٣١٠)، ومسلم (٢/ ٩٩١ رقم ٣٦١) والطبراني (٤/ ٢٥٧ رقم ٤٣٢٥) والبيهقي (٥/ ١٩٧، رقم ٩٧٤٢) والطحاوي (٤/ ١٩٢).

وَيَتَخَيَّرُ فِي الصَّيْدِ الْمِثْلِيِّ بَيْنَ ذَبْحِ مِثْلِهِ وَالصَّدَقَةِ بِهِ عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ وَبَيْنَ أَنْ يُقَوِّمَ الْمِثْلَ دَرَاهِمَ وَيَشْتَرِيَ بِهِ طَعَامًا لَهُمْ، أو يَصُومَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا.

وَغَيْرُ الْمِثْلِيِّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ طَعَامًا أو يَصُومُ، وَيَتَخَيَّرُ فِي فِدْيَةِ الْحَلْقِ بَيْنَ ذَبْحِ شَاةٍ، وَالتَّصَدُّقِ بِثَلَاثَةِ آصُعٍ لِسِتَّةِ مَسَاكِينَ، وَصَوْمِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الدَّمَ فِي تَرْكِ الْمَأْمُورِ كَالْإِحْرَامِ مِنَ الْمِيقَاتِ دَمُ تَرْتِيبٍ، فَإِذَا عَجَزَ اشْتَرَى بِقِيمَةِ ....

وشراء الصيد، واتهامه ونحوها، ووضع اليد عليها دم حي، وتنفيره ما لم يمت فيه، وأكله أو الصياح عليه في أحد الوجهين، ولا سيما في وجه.

قال: **(وَيَتَخَيَّرُ فِي الصَّيْدِ الْمِثْلِيِّ)** أي: الحرمي وغيره.

(بَيْنَ ذَبْحِ مِثْلِهِ) قلت: إلا أن يضمن حاملًا، فلا يجوز ذبحه، بل يقوم المثل حاملًا، ويتصدق بقيمته طعامًا.

وقيل: يجوز ذبح حامل نفسه بقيمة حامل وسط، والمذهب الأول.

(وَالصَّدَقَةِ بِهِ عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ) أي: بعد ذبحه، ولا يجوز دفعه إليهم حيًّا إما أن يفرق اللحم، وإما أن يملكهم جملته مذبوحًا .

(وَبَيْنَ أَنْ يُقَوِّمَ الْمِثْلَ دَرَاهِمَ وَيَشْتَرِيَ بِهِ طَعَامًا لَهُمْ) أي: لأجلهم؛ لأن الشراء يقع لهم، ولا يتعين الشراء، وإنما الغرض التصدق بما يساوي الدراهم من الطعام، والدراهم هنا النقد الغالب، والمجزئ من الطعام هنا ما يجزئ في الفطرة، قاله الإمام.

(أَوْ يَصُومَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا) إنما خيروه بالصحيح أنه كدم التمتع، فعدمه، وعدم هدي المتعة، لكن فكر سبق ذكره في دم التمتع، متى يحرم به ليصوم ثلاثة في الحج قبل يوم عرفة، ويوم النحر إذا منعناه صوم التشريق، وبينا ما في كلامهم من الإشكال، فإذا أراد الصوم عن ترك المأمور، قدَّم الإحرام أيضًا؛ ليصوم ستة أيام عنهما قبل يوم النحر.

[وَغَيْرُ الْمِثْلِيِّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ طَعَامًا أو يَصُومُ وَيَتَخَيَّرُ فِي فِدْيَةِ الْحَلْقِ بَيْنَ ذَبْحِ شَاةٍ، وَالتَّصَدُّقِ بِثَلَاثَةِ آصُعٍ لِسِتَّةِ مَسَاكِينَ، وَصَوْمِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الدَّمَ فِي تَرْكِ الْمَأْمُورِ كَالْإِحْرَامِ مِنَ الْمِيقَاتِ دَمُ تَرْتِيبٍ، فَإِذَا عَجَزَ اشْتَرَى بِقِيمَةِ

الشَّاةِ طَعَامًا وَتَصَدَّقَ بِهِ، فَإِنْ عَجَزَ صَامَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا، وَدَمُ الْفَوَاتِ كَدَمِ التَّمَتُّعِ،

الشَّاةِ طَعَامًا وَتَصَدَّقَ بِهِ، فَإِنْ عَجَزَ صَامَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا](١):

قال: (**وَدَمُ الْفَوَاتِ كَدَمِ التَّمَتُّعِ**) أي: في الترتيب والتقدير وسائر الأحكام؛ لأن دم التمتع إن وجب لترك الإحرام من الميقات والنسك الفائت أعظم، وفيه أثر صحيح في «الموطأ» عن عمر ﵁.

وقيل: فيه قولان هذا، وثانيهما: أنه كدم الجماع في الأحكام إلا أن هذا

---

(١) ما بين [] سقط شرحه من الناسخ، وشرحه الخطيب الشربيني بقوله: «(وَغَيْرُ الْمِثْلِيِّ) مِمَّا لَا نَقْلَ فِيهِ مِنَ الصَّيْدِ يَتَخَيَّرُ فِي جَزَاءِ إِتْلَافِهِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: (يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ) أَيْ بِقَدْرِهَا (طَعَامًا) يَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ وَفُقَرَائِهِ فَلَا يَتَصَدَّقُ بِالدَّرَاهِمِ.

وَثَانِيهِمَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (أَوْ يَصُومُ) عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا، وَيُكْمِلُ الْمُنْكَسِرَ كَمَا مَرَّ، وَالْعِبْرَةُ فِي قِيمَةِ غَيْرِ الْمِثْلِيِّ بِمَحَلِّ الْإِتْلَافِ وَزَمَانِهِ قِيَاسًا عَلَى كُلِّ مُتْلَفٍ مُتَقَوَّمٍ، وَفِي قِيمَةِ مِثْلِ الْمِثْلِيِّ بِمَكَّةَ وَقْتَ إِرَادَةِ تَقْوِيمِهِ؛ لِأَنَّهَا مَحِلُّ ذَبْحِهِ لَو أُرِيدَ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْعُدُولِ إِلَى الطَّعَامِ سِعْرُهُ بِمَكَّةَ كَمَا جَزَمَ بِهِ الْفُورَانِيُّ (وَيَتَخَيَّرُ فِي فِدْيَةِ الْحَلْقِ) لِثَلَاثِ شَعَرَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ فَأَكْثَرَ وَفِي قَلْمِ أَظْفَارٍ كَذَلِكَ وَفِي التَّطَيُّبِ وَاللُّبْسِ وَالِادِّهَانِ وَمُقَدِّمَاتِ الْجِمَاعِ بِشَهْوَةٍ، وَشَاةُ الْجِمَاعِ بَعْدَ الْجِمَاعِ الْأَوَّلِ وَالْجِمَاعِ بَيْنَ التَّحَلُّلَيْنِ (بَيْنَ) ثَلَاثَةِ أُمُورٍ (ذَبْحِ شَاةٍ) تُجْزِئُ فِي الْأُضْحِيَّةِ وَيَقُومُ مَقَامَهَا بَدَنَةٌ أَوْ بَقَرَةٌ أَوْ سُبْعٌ مِن وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا (وَ) بَيْنَ (التَّصَدُّقِ بِثَلَاثَةِ آصُعٍ) بِالْمَدِّ جَمْعُ صَاعٍ، وَأَصْلُهُ أَصْوُعٌ أُبْدِلَ مِن وَاوِهِ هَمْزَةٌ مَضْمُومَةٌ قُدِّمَتْ عَلَى الصَّادِ وَنُقِلَتْ ضَمَّتُهَا وَقُلِبَتْ هِيَ أَلِفًا (لِسِتَّةِ مَسَاكِينَ) لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ (وَ) بَيْنَ (صَوْمِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ﴾ أَيْ فَحَلَقَ ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦] وَلِمَا رَوَى الشَّيْخَانِ أَنَّهُ قَالَ لِكَعْبِ بْنِ عُجْرَةَ «أَيُؤْذِيك هَوَامُّ رَأْسِك»؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: أُنْسُكْ شَاةً أَوْ صُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمْ فَرَقًا مِن الطَّعَامِ عَلَى سِتَّةِ مَسَاكِينَ، وَالْفَرَقُ بِفَتْحِ الْفَاءِ وَالرَّاءِ ثَلَاثَةُ آصُعٍ، وَقِيسَ بِالْحَلْقِ وَبِالْمَعْذُورِ غَيْرُهُمَا.

فَائِدَةٌ: سَائِرُ الْكَفَّارَاتِ لَا يُزَادُ الْمِسْكِينُ فِيهَا عَلَى مُدٍّ إِلَّا فِي هَذِهِ (وَالْأَصَحُّ أَنَّ الدَّمَ فِي تَرْكِ الْمَأْمُورِ) الَّذِي لَا يَفُوتُ بِهِ الْحَجُّ (كَالْإِحْرَامِ مِن الْمِيقَاتِ) أَوْ مِمَّا يَلْزَمُ الْإِحْرَامُ مِنْهُ إِذَا أَحْرَمَ مِن غَيْرِهِ وَالرَّمْيِ وَالْمَبِيتِ بِمُزْدَلِفَةَ أَوْ بِمِنًى لَيَالِيَ التَّشْرِيقِ وَطَوَافِ الْوَدَاعِ (دَمُ تَرْتِيبٍ) إِلْحَاقًا لَهُ بِدَمِ التَّمَتُّعِ لِمَا فِي التَّمَتُّعِ مِن تَرْكِ الْإِحْرَامِ مِن الْمِيقَاتِ، وَقِيسَ بِهِ تَرْكُ بَاقِي الْمَأْمُورَاتِ (فَإِذَا عَجَزَ) عَنِ الدَّمِ (اشْتَرَى بِقِيمَةِ الشَّاةِ طَعَامًا) أَوْ أَخْرَجَهُ مِن طَعَامِهِ كَمَا مَرَّ (وَتَصَدَّقَ بِهِ) عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ وَفُقَرَائِهِ (فَإِنْ عَجَزَ صَامَ عَن كُلِّ مُدٍّ) مِن الطَّعَامِ (يَوْمًا) وَهَذَا مَا صَحَّحَهُ الْغَزَالِيُّ كَالْإِمَامِ، وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الدَّمِ يَصُومُ كَالْمُتَمَتِّعِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ، فَهُوَ مُرَتَّبٌ مُقَدَّرٌ. [مغني المحتاج ٦/ ١٧٥].

وَيَذْبَحُهُ فِي حَجَّةِ الْقَضَاءِ فِي الْأَصَحِّ. وَالدَّمُ الْوَاجِبُ بِفِعْلِ حَرَامٍ أَو تَرْكِ وَاجِبٍ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ، ....

شاة، وذاك بدنة.

قال: (**وَيَذْبَحُهُ فِي حَجَّةِ الْقَضَاءِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وجوبًا؛ لفتوى عمر ﷺ في ذلك.

والثاني: أنه يجوز ذبحه في سنة الفوات، كدم الإفساد، والخلاف في «الروضة» والشرحين قولان و«شرح المهذب» فيه قولان، وقيل: وجهان، وعبارة «المحرر» ليس فيها تعريض لشيء، فإنه عبر بالأصح، ولا اصطلاح له، وإذا قلنا بالأظهر أنه يذبحه في حجة القضاء ففي وقت وجوبه وجهان، أصحهما: حين يحرم بالقضاء، كما يجب دم التمتع بالإحرام بالحج، هذا كله إذا كفر بالدم، فإن كفر بالصوم.

فإن قلنا: وقت الوجوب من إحرامه بالقضاء لم يقدم صوم الثلاثة على القضاء؛ لأنه عبادة بدنية، ولا تقدم على وقتها، ويصوم السبعة إذا رجع، وإن أوجبناه بالفوات هي جواز صوم الثلاثة في حجة الفوات وجهان، وجه المنع أنه إحرام ناقص.

إشارة: تفصيل الدماء سبعة أنواع، ذكر هنا منها أربعة، جزاء الصيد، ودم الحلق، ودم ترك المأمور، ودم الفوات، وبقي دم الاستمتاع، وقد بيناه، ودم الجماع، وذكره من قبل، ودم الإحصار، وقد ذكر هناك.

قال: (**وَالدَّمُ الْوَاجِبُ بِفِعْلِ حَرَامٍ أَو تَرْكِ وَاجِبٍ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ**) أي: بالاتفاق، فيجوز ذبح جزاء الصيد، وفدية اللباس، ونحوها في يوم النحر وغيره، ولا يتعين له يوم النحر، ولا أيام التشريق، بل يجوز قبلها وبعدها، لكن المستحب كونه فيها؛ إذ الأصل عدم التخصيص، ولم يرد فيه تخصيص، هكذا أطلقوه، وهو في الإجزاء ظاهرٌ، وأما الجواز فينبغي لمن يقول أن الكفارات الواجبة بمعصية، ومنهم المصنف على الفور أن يقول بذلك هاهنا إذا كان سببه عدوانًا، ويجب إخراجه على الفور، وإن كان لو أجزأه ثم فعله أجزأه، وإن عصى بتأخيره.

وَيَخْتَصُّ ذَبْحُهُ بِالْحَرَمِ فِي الأظهر، وَيَجِبُ صَرْفُ لَحْمِهِ إِلَى مَسَاكِينِهِ.

فائدة: أطلق المصنف وغيره أن المباشرة المحرمة كالقبلة توجب الفدية، ورأيت في كتاب «الأسرار» للقاضي الحسين عن شيخه القفال أن تقييد الغلام في الإحرام لا يوجب الفدية بخلاف المرأة. وقال: إنه لو قبله الصائم فأنزل أفطر، انتهى.

قال: (**وَيَخْتَصُّ ذَبْحُهُ بِالْحَرَمِ فِي الأظهر**) لقوله سبحانه وتعالى: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥].

وقال ﷺ بمنى: «**نحرت هاهنا ومنى كلها منحر**»(١) رواه مسلم، ولفظ أبي داود: «**كل فجاج مكة طريق ومنحر**»(٢) ولأن الذبح حق متعلق بالهدي فيختص بالحرم، كالتصدق.

والثاني: لا يختص؛ لأن المقصود اللحم، فإذا فرق في الحرم على مساكينه حصل الغرض، فعلى الأظهر لو ذبح خارج الحرم لم يعتد به، وعلى الثاني يعتد ما لم يعبر، وسواء في هذا الاختصاص دم التمتع، ودم القران، وسائر ما يجب بسبب في الحل يجوز ذبحه وتفريقه في الحل كدم الإحصار.

ولنا وجهٌ أنه لو حلق قبل وصوله الحرم وذبح وفرق حيث حلق جاز .

قال: (**وَيَجِبُ صَرْفُ لَحْمِهِ إِلَى مَسَاكِينِهِ**) أي: وجلده، وكذا غيره من جميع أجزائه المأكولة فيما يظهر إلى مساكينه أي: مساكين الحرم؛ لأنه المقصود من الذبح بالحرم لا تلويثه بالدم والفرق يجوز الأكل من دم التمتع وسبق أنه مخير بين تفرقة اللحم وبين دفعه ما ذبحه إليهم بجملته.

تنبيهات وتتمات: لو ذبح بالحرم، فسرق اللحم وغصب سقط الذبح، ثم إن شاء ذبح ثانيًا وهو أولى، وإن شاء اشترى اللحم، وينبغي أن يقال: يجب أن يشتري اللحم وغيره من أجزائه، وهل يجب بمقدار المسروق؟ أو يكفي ما

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٨٩٣، رقم ١٢١٨)، وأبو داود (٢/ ١٩٣، رقم ١٩٣٦)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٣، رقم ٢٨٩٠) وابن الجارود (ص ١٢٢، رقم ٤٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٩٧، رقم ٢٣٢٤) والبيهقي (٤/ ٢٥١، رقم ٧٩٩٥) والدارقطني (٢/ ١٦٣).

....

يجزئ ذبحه ابتداء، وإن كان قدره أقل مما ذبحه، فيه نظر!

واعلم أنهم لم يفرقوا بين أن يسرقه المساكين أو غيرهم، وفيه احتمال إلا أن يكون ما سيأتي عن الروياني من لزوم النية عند التفرقة محل وفاق، وفيه بعدٌ ولم يذكره كثيرون.

وقيل: إذا سرق يكفيه التصدق بالقيمة، ويحتمل أن يقال: إن قصر في حفظه حتى ضاع لزمه الذبح ثانيًا، وإلا كفاه تفرقة اللحم، وفي المسألة كلام يأتي قريبًا، وسواء الطارئ من المساكين والمقيم، لكن الصرف إلى القاطن أفضل هكذا أطلقوه، وهو ظاهر إلا أن تكون حاجة الطارئ أشد، والفقير كالمسكين، وأولى.

قال الروياني وغيره: وتلزم النية عند التفرقة. وَيُشْبِهُ أَنْ يَجِيءَ فِي النِّيَّةِ الْمُتَقَدِّمَةِ عَلَى التَّفْرِقَةِ مَا قِيلَ فِي الزَّكَاةِ وغيرها من الكفارات، ولعل هذا جواب على أحد الوجهين هناك .

قال الماوردي: وليس لما تعطيه كل واحد قدر معلوم، ولا عدد من يعطيه معلومًا، نعم؛ لا يجوز الاقتصار على أقل من ثلثه، وتابعه الروياني، ويحتمل أن يجب التعميم إذا كثر الواجب أو قل على المساكين كما في الزكاة؛ إذ نقل الهدي عن الحرم ممتنع حتى لو فقدوا بالحرم، ولم يجز النقل إلى غيره، وإن جوزنا نقل الزكاة، ولو تصدق بالطعام بدلًا عن الذبح وجب تخصيصه بمساكين الحرم وفقرائه أيضًا.

فرع: قال البندنيجي: لو ذبح ولم يفرق اللحم حتى تغير، قال الشافعي في مختصر الحج أعاد، وقال في القديم: عليه قيمته.

قال: وهذا مراده بالنص الأول؛ لأنه إتلاف لحم، انتهى.

قيل: وينبغي أن تكون صورته في الهدي المعين حتى تقارب المسألة الأولى، وحينئذٍ إن سرق لم يضمنه كما صرح به القاضي أبو الطيب، وإن فرط حتى سرق وتغير فهي مسألة البندنيجي، فيضمن اللحم كما لو أكله أو أكل لحم

وَأَفْضَلُ بُقْعَةٍ لِذَبْحِ الْمُعْتَمِرِ الْمَرْوَةُ، وَلِلْحَاجِّ مِنًى، وَكَذَا حُكْمُ مَا سَاقَا مِن هَدْيٍ مَكَانًا.

الدم الواجب، فهل يضمنه بالقيمة وبالمثل؟ أو يشتري جزءًا من الهدي بقدر اللحم الذي يكفيه ويشارك غيره فيه، وتسلمه إلى المساكين مشاعًا أوجه، أصحها عند الرافعي وغيره، أولها، وكلام المتولي يقتضي أن الأوجه على قولنا اللحم متقوم، لكن الصحيح أنه مثل، فينبغي أن يكون الصحيح ضمانه بالمثل، وكل موضع قلنا هنا يضمن فعلى هذه الأوجه.

قال: (**وَأَفْضَلُ بُقْعَةٍ لِذَبْحِ الْمُعْتَمِرِ الْمَرْوَةُ، وَلِلْحَاجِّ مِنًى**) لأنهما موضع تحللهما، والأفضل أن يكون قبل الحلق، ولو كان المعتمر متمتعًا ممن يلزمه دم التمتع، فالأفضل أن يدع دم تمتعه يوم النحر بمنى، ومراد المصنف المعتمر غير المتمتع، وكذا القارن يذبح بمنى لا محالة.

قال: (**وَكَذَا حُكْمُ مَا سَاقَا مِن هَدْيٍ مَكَانًا**) لما روي أنه ﷺ أهدى في عمرة الجعرانة هديًا نحر عند المروة، وفي الصحيح أنه أهدى عام حجه مائة بدنة نحرت بمنى، والهدي المتطوع سنة عظيمة أهملت.

واعلم أن ما يسوقه المحرم تارة بعده؛ لترك واجب أو فعل محظورات أنفق زيادة؛ لتمتعه أو قرانه، والهدي في هذين القسمين متعلق بالإحرام مختص بمساكينه، وكذا الذبح بالحرم على الأظهر، وأفضل بقعة لذبح المعتمر المروة، والحاج مِنَى، وهذا إن لم يكن المعتمر متمتعًا أو كان لا دم عليه، فإن كان، فقد بيناه.

والقسم الثالث: الهدي لا الذي لا تعلق له بالإحرام، فإن نذر تفرقته ببلدٍ معينة لزمه ذلك وإن أطلق، وقلنا بالجديد أنه يلزمه الهدي من النعم فكالمتعلق بالإحرام.

والقسم الرابع: التطوع، وهو مختص بالحرم وإلا فلا يسمى هديًا، والحكم في الأقسام الأربعة أين ذبح من الحرم أجزأه، فالأولى تقديم الكلام، والثاني إن أدرجته في كلامه ورد عليه ما قلناه في دم التمتع، ولا يمكن إدخاله

وَوَقْتُهُ وَقْتُ الْأُضْحِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، والله أَعْلَمُ].

باب الإِحْصَارِ وَالْفَوَاتِ

قال المصنف: [مَنْ أُحْصِرَ تَحَلَّلَ.

فيما مضى لأن المتمتع والقارن لا يفعلا حرامًا، ولا تركه واجبًا، والثالث والرابع داخلان، صح في كلامه.

قال: (**وَوَقْتُهُ وَقْتُ الْأُضْحِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) إلحاقًا بها، والثاني لا يختص لدماء الجبرانات، وقد سبق الكلام على المسألة في الباب قبله، فعلى الأول لو أخر ذبح الواجب عن أيام التشريق ذبحه قضاءً، وإن كان تطوعًا فات، فإن ذبحه قال الشافعي: كان شاة لحم، والظاهر إن قصد مكة غير محرم، وساق هديًا أنه لا يختص بزمان، وإن اعتمر بعد أيام مِنَى أو في أول العام، وساق الذي لا يكلف تأخير ذبحه إلى أيام مِنَى، والعلم عند الله تعالى، وأساله الإعانة والتوفيق بفضله وكرمه.

قال الشارح: الإحصار عند الفقهاء: المنع من إتمام الحج أو العمرة، فلو أحصر الحاج بعد الوقوف عما سوى الطواف والسعي، ومكن منهما لم يجز التحلل؛ لأنه ممكن من التحلل بالطواف والسعي، وفوات الرمي بالدم، ويجزئه حجه عن حجة الإسلام، والمشهور في «البيان» والمرمي بالهمزة، وحصره العدو بدونه، فالمراد بالفوات هنا قول الحج .

قال: (**مَنْ أُحْصِرَ**) أي: بالعدو وغيره من الناس .

(**تَحَلَّلَ**) أي: جوازًا كما سيأتي حاجًا ومعتمرًا أو قارنًا، سواء كان المنع بقطع الطريق أو غيره، سواء كان المانع كافرًا أو مسلمًا سلطانًا أو غيره، سواء أحصر عن البيت وحده أو الموقف أو المسعى أو الجميع، وسواء كان قبل الوقوف أو بعده، لكن لو منع الطواف دون عرفة لزمه الوقوف ولم يتحلل .

قال الماوردي: ولا قضاء وأصل الباب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فإن أحصرتم، وأردتم التحلل، والإحصار بمجرده لا يوجب الهدي، والآية نزلت بالحديبية حين صدَّ

وَقِيلَ لَا تَتَحَلَّلُ الشِّرْذِمَةُ.

المشركون رسول الله ﷺ عن البيت، وكان معتمرًا فنحر، ثم حلق، ثم رجع، وهو حلال، ولأن في مصايرة الإحرام إلى أن يأتي بالأعمال مساقًا، وخرج وقد رفعه سبحانه وتعالى عنا.

اعلم أن التحلل الجائز وفاقًا بلا تفصيل أن يمنعوا المضي فقط، ولم يجدوا طريقًا آخر ويعم المحصرين، ولم يعلموا الانكشاف، فهذه أربعة شروط، أمَّا الأولى فلو أحيط بهم من كل الجوانب، ومنعوا المضي والرجوع، جاز التحلل في الأصح.

وأما الثاني فلو وجدوا طريقًا لا يمكن سلوكه، فكالعدم وإن أمكن، وكان كطريقهم فلا تحلل، وإن كان أطول ولا أهبة له معهم تحللوا وإلّا فلا، ولزم سلوكه وإن تيقنوا الفوات، فيجب المضي ويتحللون بعمل عمرة، وإذا سلكوا الأبعد كما أمرناهم، ففات الحج؛ لطوله أو خشونته أو غيرهما مما يحصل الفوات به فلا قضاء، والأظهر وإن استوى الطريقان من كل وجهٍ وفات الحج وجب القضاء قطعًا؛ لأنه فوات محض، ولو لم يجدوا إلا البحر، وأوجبنا ركوبه فكالبر وإلا ولو أمنوهم وخلوا لهم الطريق، فإن وقفوا بهم؛ لم يجز التحلل لمن لم يكن تحلل، وإلا جاز.

وأما الثالث: فلو كان الإحصار خاصًا بشرذمة، أو واحد من الرفقة، فإن لم يكن عذر لمن حبس بدين يمكنه أداؤه؛ لم يتحلل، فإن فاته الحج في الحبس ظلمًا أو بدين يعجز عنه، فله التحلل على المذهب، وبه قطع العراقيون، وقالت المراوزة: قولان، أظهرهما يجوز، ولا معنى لقول «المنهاج».

(**وَقِيلَ لَا تَتَحَلَّلُ الشِّرْذِمَةُ**) فجعل الخلاف وجهين، واستشكل في «الذخائر» قول الأصحاب: أن المفلس المحبوس إذا لم يجد ما يقضي به دينه؛ لأن في بقائه على الإحرام مشقة، كما في حصر العدو.

قال: لأنه إذا حبسه تعديًا لم يستفد بالتحلل الخلاص مما هو فيه، كالمريض، ولحوق المشقة بالبقاء على الإحرام غير معتمد؛ إذ هو موجود في

……

المريض، بل حال المريض آكدٌ، فلا وجه للتحلل بالحبس، انتهى.

وأما الرابع فحيث ظن أو توقع انكشافهم جاء في التحلل، وإن تيقن إلى مدة يمكن إدراك الحج بعدها؛ لم يجز التحلل، وإن تيقن في العمرة عن قرب، وهو ثلاثة أيام لم يجز التحلل، قاله الماوردي، وفيما سوى هاتين الحالتين يجوز التحلل، والظاهر أن المراد باليقين هنا الظن الغالب.

ولفظ نص «البويطي»: فإذا أحصر بعدو، وكان على رجاء من التحلية عنه أمسك عن الإحلال إلى أن قال: فإذا يئس من الدخول ذبح وحلق وحل مكانه، انتهى.

وظاهر قوله: أمسك أنه تجب عليه ذلك عند رجاء التحلية.

تنبيه: قضية كلام الأئمة أن التحلل جائز لا غير، وأفهم كلام القاضيين البندنيجي وأبي الطيب وجوبه، لكنهما وغيرهما صرحا من بعد بعدم وجوبه، وقد يتمسك؛ لوجوبه بقوله لأصحابه: «قوموا فانحروا، ثم احلقوا»(١).

وقد يقوى القول به إذا تحقق أنه لو لم يتحلل لفاته الحج، ولما أطلق المصابرة؛ للإحرام وقع في المحظور، ولكن لم يتحقق عندي الخلاف فيه.

فرع: لا يجب قتال الصياد المسلم، وفيه بحث سيأتي، وأما الكفار فقيل: يجب قتالهم إن لم يزيدوا على الضعف، ولم يرتض الإمام هذا الإطلاق بل شرط وجدان السلاح وأهبة القتال، فإن وجد فلا سبيل إلى التحلل، والصحيح الذي قاله الأكثرون أنه لا يجب القتال هذا منقول «الروضة»، وزاد في «شرح المهذب» عن الجمهور أنهم زادوا لفظ: فقالوا: إن قتال الكفار لا يجب إلا إذا بدأوا به، انتهى.

وعبارة الإمام: وإن كان الحجيج متأهبين للقتال، وقد صدمهم الكفار، فلا فرار إذا اجتمعت الشرائط المعتبرة في تحريم الفرار، وإذا تعين الاستقبال

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٨٩٣، رقم ١٢١٨)، وأبو داود (٢/ ١٩٣، رقم ١٩٣٦)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٣، رقم ٢٨٩٠) وابن الجارود (ص ١٢٢، رقم ٤٦٥).

وَلَا تَحَلُّلَ بِالْمَرَضِ، ....

فلا معنى للانصراف، ولا سبيل إلى التحلل إذا امتنع الانصراف، وهذا التفصيل لا بد منه، انتهى.

وهذا عند التأمل ليس بمخالف لكلام الجمهور، ثم رأيت ابن الرفعة فهم ذلك، وقال: إن كلامه لا يخالف كلام العراقيين، وحينئذٍ ما ذكره لا بد منه كما قال.

وقال غيره: إذا لم يوجب القتال، فهو ظاهر فيما إذا كان الإحصار عن تطوع أو فرض لا يفوت بالتحلل بل يبقى في الذمة؛ لحجة الإسلام، والنذر، والقضاء، أمَّا ما يفوت كالحج؛ لإحياء الكعبة، فإنه فرض كفاية، فإذا لم تقر به طائفة قبلهم في تلك السنة، وتعرض الصائدون لتعطيله، فينبغي أن يجب قتالهم كما يقاتل على المنع من سائر فروض الإسلام، انتهى.

وحينئذٍ لا فرق في هذا بين الصائد المسلم أو الكافر، وأما نقل الشيخ عن الجمهور أنه لا يجب قتال الكفار إلا إذا بدأوا به إن أراد به في هذه الحالة الخاصة، فلا كلام وإن أراد مطلقًا، فممنوع، وكلامهم في السير مصرح بخلافه، وهم متفقون على أنه لا بد من غزوة كل سنة.

وقيل: غير ذلك، وإذا كان كذلك كان الصائدون هم الذين يتوجه فرض الكفاية في قتالهم ذلك العام، ولو تركهم الحجيج المتأهبون المكافون لتعطل فرض الغزو ذلك العام فلا معنى لعدم الوجوب، بل عليهم القيام بفرض كفاية الجهاد؛ لأنهم مخاطبون به، وقد وجدت فيهم شروطه، فيتعين عليهم القيام به.

قال: (**وَلَا تَحَلُّلَ بِالْمَرَضِ**) أي: إذا لم يشترطه قطعًا، بل نصبر حتى يبرأ، وإن كان يعتقد جوازه بالمرض نص عليه الشافعي ﷺ، وهو يرد قول بعضهم أن الطلاق في النكاح الفاسد يقع على مقعد إباحته؛ إذ لو كان كذلك؛ لأفتى الشافعي من يرى مذهب الحنفية بجواز التحلل، نبَّه عليه القاضي أبو الطيب إن كان محرمًا بعمرة أتمها أو بحج وفاته تحلل بعمل عمرة.

قال الماوردي: وهو إجماع الصحابة ﷺ، ولأن المرض يمنع الإتمام ولا يزول بالتحلل.

فَإِنْ شَرَطَهُ تَحَلَّلَ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، ....

قال: (**فَإِنْ شَرَطَهُ**) أي: في ابتداء إحرامه (**تَحَلَّلَ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ**)؛ لأن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب دخل عليها رسول الله ﷺ وهي شاكية، فقال لها: أردت الحج، فقالت: والله ما أجدني إلا وجعةً، فقال لها: «**حجي، واشترطي وقولي: اللهم محلي حيث حبستني**»(١) متفق عليه من رواية عائشة ﵂، ولمسلم عن ابن عباس ﵄ مثله بزيادة: «**فأدركت**».

والثاني: لا يجوز؛ لأنها عبادة لا يجوز الخروج منها بغير عذر، فلا يجوز بالشرط؛ لفرض الصلاة، وأجاب قائله عن الحديث بأن المراد بالحبس قاله الإمام، أو أنه خاص لضباعة، وما ذكره الروياني، والطعن في الحديث باطل.

قال الشيخ في شرح «المهذب»: والصواب الجزم بصحة الاشتراط؛ لصحة الحديث، وجعل القاضي ابن كج الجديد المنع، والقديم الجواز، فإن كان كذلك فهذه المسألة مما يفتى به بالقديم.

وقال في «الذخائر»: قال في «القديم» بالجواز، وعلق القول فيه في «الجديد»، فقال: إن صح حديث بضاعة قلت به، فاختلف أصحابنا، فقيل: يجوز قولًا واحدًا؛ لأنه قد صح الحديث، وقيل: فيه قولان، وسواء في ذلك حجة الإسلام وغيرها، وقيد الإمام الصورة بالمرض الثقيل، ولا حاجة إليه على المذهب، والقولان جاريان في الفرض والنذر والتطوع، وحكى القاضي الحسين في «باب الاعتكاف»: أن الداركي خص الجواز بالنذر والتطوع دون حجة الإسلام؛ لأن الحج لزمه من غير الشرط، فليس له إسقاطه به، انتهى.

فروع: شرطه؛ لغرضٍ مباح كضلال الطريق، وفراغ النفقة والخطأ في العدد، ونحو ذلك كشرطه للمرض على المذهب وقيل: لغو، وحيث صح الشرط، فإن كان شرط التحلل بالهدي لزمه، وإن نفاه فلا، وكذا إن أطلق في

---

(١) أخرجه البيهقي (٥/ ٢٢٢، رقم ٩٨٩٠) وابن أبي شيبة (٣/ ٣٤٠، رقم ١٤٧٢٩)، وأحمد (١/ ٣٥٢، رقم ٣٠٢)، والدارقطني (٢/ ٢١٩).

وَمَنْ تَحَلَّلَ ذَبَحَ شَاةً حَيْثُ أُحْصِرَ.

الأصح، ونقل ابن كج الخلاف قولين، ولو شرط قلب الحج عمرة للمرض، فأولى بالصحة من شرط التحلل به.

قال الروياني: ولو قال: إن مرضت وفاتني الحج كان عمرة كان على ما شرط. قال الشيخ أبو حامد وآخرون: لو قال إن مرضت تحللت، فلا يخرج من الإحرام إذا مرض إلا بالتحلل، وهو أن ينوي الخروج، وتحلق إن جعلناه نسكًا، ويذبح إن أوجبناه، وكذا لو قال: محلي من الأرض حيث حبستني. قاله الروياني، ولو قال عند الإحرام: إذا مرضت، فأنا حلال حل به على المنصوص، ولا دم عليه، وقيل: لا بد من التحلل.

فائدة: حكم التحلل بالمرض ونحوه إذا جوزناه فيما يتعلق بالقضاء حكم التحلل بالإحصار، والله أعلم.

قال: (**وَمَنْ تَحَلَّلَ**) أي: من أراده بالإحصار، ولأن الذبح يكون قبل التحلل.

(**ذَبَحَ شَاةً**) أي: أهدى هديًا، إمَّا شاة أو سبع بدنة أو سبع بقرة للآية السالفة، والأحاديث الصحيحة، والمعتبر فيه ما يعتبر في الأضحية، ويجب الهدي سواء شرط التحلل بالحصر أم لا، وقيل: ولا يكره التشارط، ونقل ابن كج الخلاف قولين.

قال: (**حَيْثُ أُحْصِرَ**) أي: من حل أو حرم؛ لأنه ﷺ وأصحابه ذبحوا بالحديبية، وهي من الحل، ولذلك يذبح هناك ما لزمه من دماء المحظورات قبل الإحصار، وما معه من هدي التطوع، وله ذبحه عن إحصاره، وتفرقة اللحم على مساكين ذلك الموضع هذا إن صد عن الحرم، فإن صد عن البيت دون الحرم، فقد أطلقا أن له الذبح في الحل حيث حصر في الأصح، والذي في «المهذب» وغيره أنه كان الحصر في الحرم ذبح الهدي فيه، وإن كان في غيره، ولم يقدر على الوصول إلى الحرم، ففي خيار ذبحه بموضعه وجهان.

وقال الماوردي: المذهب أنه لا يجوز نحره في الحل إذا أمكن اتصاله

قُلْت: إِنَّمَا يَحْصُلُ التَّحَلُّلُ بِالذَّبْحِ وَنِيَّةِ التَّحَلُّلِ وَكَذَا الْحَلْقُ إِنْ جَعَلْنَاهُ نُسُكًا،

إلى الحرم، وإن الشيخ أبا حامد حكاه في جامعه عن الشافعي نصًا، انتهى.

قال القاضي ابن كج: إذا أحصر وأمكنه اتصال الهدي إلى البيت، قال الشافعي: واجب عليه اتصاله، فمن أصحابنا من قال: تجب عليه؛ لأنه يمكنه اتصال الحرم؛ فلا يجوز له قبله، ومنهم من قال: لا تجب، وفيما ذكر الشافعي ذلك على طريق الاستحباب، انتهى.

وظاهر النص الوجوب، ويجب الجزم به مع التيمم، وقرب المسافة، واتفقوا على جواز اتصاله الحرم، لكنه لا يتحلل إلا بعد أن يعلم [تحصره].

إشارة: خذ من قوله: حيث أحصر أنه لو حصر في الحل، وأراد أن يذبح بموضع آخر من الحل منع، وبه صرح الدارمي؛ لأن موضع الحصر صار في حقه كالحرم، وأما الحرام فالمنقول أنه كالبقعة الواحدة، وفيه بحث إذا بعد موضع الذبح من موضع الحصر، وهو محتمل .

قال: (**قُلْت: إِنَّمَا يَحْصُلُ التَّحَلُّلُ بِالذَّبْحِ**) لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ**﴾ [البقرة: ١٩٦].

(**وَنِيَّةِ التَّحَلُّلِ**) أي: عند الذبح لأن الذبح قد يكون للتحلل ولغيره، فلا بد من قصد صادق.

(**وَكَذَا الْحَلْقُ إِنْ جَعَلْنَاهُ نُسُكًا**)؛ لأنه ركن قدر عليه، فلا يسقط عنه، ويكون بعد الذبح، وينوي معه أيضًا، جزم به الرافعي، وكذا عند الحلق، نقله ابن الرفعة عن الأصحاب قالوا: ولا بد من تقديم الذبح على الحلق للآية.

تنبيهات: قدمنا تبعًا للشيخ وغيره أنه يذبح بمكان حصره ما لزمه من دم المحصورات قبل الإحصار، وهو ظاهر إذا لم يمكن اتصاله الحرم، وإن أمكن فالقياس وجوب اتصاله جزمًا؛ لأنه وجب لمساكينه، وأمكن اتصاله إليهم بخلاف هدي التحلل في الحل، فتأمله، ثم ظاهر إطلاق المصنف وغيره الذبح، أو حيث أحصر أنه لا فرق بين حصر العدد، وغيره وإذا لزمه الذبح، ورأيت في كتاب «البويطي» ما لفظه: ولا يذبح المحصر بغير العدو والهدي إلا بمكة، انتهى.

فَإِنْ فُقِدَ الدَّمُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ بَدَلًا وَأَنَّهُ طَعَامٌ ....

وهذا يقوي القول: بأن المحصر بالعدو إذا أمكنه اتصاله إلى مكة وجب.

واعلم ما ذكرناه من اعتبار مقارنة النية الذبح، والحلق جميعًا، وهو قضية كلام الشيخين في «الكلام» على تحلل العبد، وكلام ابن الرفعة هاهنا، والمفهوم من كلام كثيرين من العراقيين وغيرهم وجوب مقارنة النية للذبح لا غير، وأكثر الأصحاب كما قاله بعض من أدركنا ساكتون عن ذلك مع تصريحهم باشتراطها في الذبح، فيحتمل أن يقال: لا حاجة إليها عند الحلق، فإن الذبح مع النية بجعله كمن كمل النسك، فلا يحتاج خلافه إلى نية كالحلق في الحج الكامل في وقته، ويحتمل أن يقال لا بد منها؛ لأنه أراد بعد الذبح أن يستمر على إحرامه، ويكمل حجه عند إمكانه جاز، فالحلق حينئذٍ يتردد بين أن يكون تحلل أو كغيره، فيحتاج إلى نية تميزه، وهذا الاحتمال أقوى، انتهى.

وكلام الكتاب وغيره إلى الأول أقرب، ولينظر فيمن أراد الحلق؛ للأذى في دوام إحرامه حيث تجوزه له هل يحتاج إلى نية لذلك أم لا؟ الأشبه الاحتياج دائمًا.

فرع: رأيت في «فتاوي القفال» أنه إذا قضى عرفة، وكان زمنًا لا يمكنه الذهاب للطواف، ولم يجد مركوبًا لا يلزمه الحج، وكأن المراد أن له التحلل للضرورة، وفيه نظر!، وليكن ذلك فيمن لا يمكنه الزحف، فلا ضرر، أمَّا لو أمكنه، فقد سبق في الكلام على الاستطاعة ما ينازع في ذلك.

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ الدَّمُ**) أي: بأن لم يجده أو وجده، فطلب منه أكثر من ثمن مثله في الموضع، والحال أو وجده يباع بثمن مثله، ولكنه محتاج إليه مؤنة السفر.

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ بَدَلًا**) أي: لغيره من الدماء اللازمة؛ للمحرم.

والثاني: لا لعدم النص، فيبقى في ذمته إلى أن يجد.

(**وَأَنَّهُ**) أي: البدل (**طَعَامٌ**)؛ لقربه إلى الحيوان من الصوم، وهذا ما نص عليه في الأوسط، ونص في مختصره الحج أنه صيام، وخرج قول ثالث من فدية الأذى أنه تخير بينهما.

بِقِيمَةِ الشَّاةِ، فَإِنْ عَجَزَ صَامَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا، وَلَهُ التَّحَلُّلُ فِي الْحَالِ فِي الأظهر، والله أَعْلَمُ.

وَإِذَا أَحْرَمَ الْعَبْدُ بِلَا إِذْنٍ فَلِسَيِّدِهِ تَحْلِيلُهُ.

قال: (**بِقِيمَةِ الشَّاةِ**) أي: على الصحيح مراعاة للقرب، فيقوم الشاة دراهم، ويخرج بقيمتها طعامًا، فإن لم يجد صام عن كل مد يومًا.

والثانية: أنه ثلاثة أصع لستة مساكين.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ صَامَ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا**) قياسًا على الواجب بترك المأمور، وفي قول لا بدل له، والحالة هذه، وهذا كله تفريع على الأظهر إن لزم الإحصار بدلًا، وإنه طعام ولا يطيل بالتفريع على القول بأن بدله الصوم.

قال: (**وَلَهُ التَّحَلُّلُ فِي الْحَالِ فِي الأظهر، والله أَعْلَمُ**) أي: قبل أن يصوم عند فقد الهدي بالنية والحلق في الأظهر، والله أعلم؛ لأن التحلل إنما شرع؛ لرفع المشقة بطول زمن الصوم.

والثاني: يتوقف على الصوم، كالإطعام الذي هو أصله.

واعلم أنا إذا أوجبنا الطعام ووجده لم يتحلل إلا به مع النية والحلق، وإن عدمه تحلل في الحال في الأظهر.

والثاني: حتى يمد الطعام، وحيث أوجبنا الصيام فعجز عنه فكفاقد الهدي والإطعام نص عليه، وإن أمكنه الصوم فله التحلل في الحال في الأظهر.

وقيل: الأصح لطول زمن الصوم، ورتب الغزالي القولين على قولين حكاهما إمامه في واجد الهدي هل يتحلل قبل إراقته أو لا؟.

وقال: هنا أولى بالجواز؛ لطول زمن الصوم، كذا في «الوسيط» و«الوجيز»، ووقع في «الشرح» «والروضة» خلل، فإنهما لم يحكيا القول بالتحلل قبل الذبح للقادر عليه، وحكيا الترتيب المذكور، فصار مرتبًا على غير مذكور، وإن كان مذكورًا في الجملة.

قال: (**وَإِذَا أَحْرَمَ الْعَبْدُ بِلَا إِذْنٍ فَلِسَيِّدِهِ تَحْلِيلُهُ**) صيانة لحقه فإن إحرامه انعقد نفلًا.

....

وقيل: له ذلك للزومه بالشروع، وليس بشيء.

قالوا: وتحليله أن يأمره به، وتحلل هو بنفسه.

ورأيت عن «البحر» أنه إذا قال السيد: حللتك عن الإحرام تحلل، فإن لبسه مخيطًا أو وطئ الأمة فليس بتحليل خلافًا لأبي حنيفة، والأولى إن أريد أنه يصير حلالًا بقوله: حللتك عن الإحرام فهو غريب جدًا.

قال الإمام: وإطلاق القول بأن له تحليله مجاز بلا خلاف، فإن التحلل لا يحصل إلا من جهة العبد، فلو أراد السيد تحصيله دون العبد لم يجد إليه سبيلًا عندنا، وإنما له منعه من المضي واستخدمه، انتهى.

ونقل القاضي الموفق حمزة الحموي في مشكلات «المهذب» أن الأصحاب قالوا: يحلله السيد بأن يطيبه، ويحلق شعره، ثم استبعد فكذا رأيته بخطه، والظاهر أنه غلط ويحتمل على بعد أنه وجه كمذهب أبي: حنيفة، ويتحلل إن ملكه السيد هديًا.

وقلنا: يملك به كالحر وإلا كفته النية مع الحلق. وقيل: إنه كالمعسر.

وفي بعض «شروح الحاوي» أنه يكفيه النية؛ لأنه لا يملك، وليس له التصرف في شعره بغير إذن سيده؛ لأنه ملكه، ولا خفاء أنه ليس له أن يحرم بلا إذن له ثم رجع السيد عن إذنه ثم أحرم العبد غير عالم فله تحليله في الأصح، وهذا ظاهرٌ إذا ثبت رجوعه من قبل، وإما بمجرد قوله كنت رجعت ففيه نظر!.

فرع: قد يستثنى صور يستحب لي منها المبعض مع المولى إذا وسعت نوبته الحج؛ لقرب داره كالمكي [والمدني] فله الحج في نوبته، كما له أن يعتكف فيها بلا إذن، ثم رأيت الدارمي قال: إذا أهاباه فله أن يحرم في نوبته بعمرة بعملها فيها ويحرم ليلة عرفة هذا لفظه.

ومنها: لو أسلم عند الحربي، ثم أحرم بغير إذنه ثم غنمناه، فالظاهر أنه ليس لنا تحليله.

....

ومنها: لو أحرم بلا إذن فأذن له السيد في المضي فيه لم يملك تحليله فيما بعد، قاله الماوردي وغيره، وعلى هذا لو باعه بغير إذنه في المضي لم يملك المشتري تحليله.

ومنها: لو أحرم بلا إذن ثم باعه سيده، ولم يعلم المشتري بإحرامه، ثم علم وأجاز البيع لم يملك تحليله، نقله بعض أصحابنا.

ومنها: أحرم بإذنه، ثم أفسده بجماع، وقلنا يجزئه القضاء في الرق، كما الأصح لزم السيد تحليله للقضاء على أحد الوجهين، وجعل ابن كج محلهما في سبيل منزله بالحرم، فعلى هذا لو أحرم بلا إذن لم يملك تحليله.

ومنها: لو مدد الحج في عام معين بإذن سيده، وقلنا بالأصح أنه ينعقد، وأنه يجزئه في الرق فانتقل إلى الغرماء منه أو غيره، ثم حصر الوقت المعين، فالظاهر الجزم بأنه ليس له متعة، ولا تحليله.

ومنها: المكاتب كتابة صحيحة إذا لم يحل عليه شيء، فالأظهر أنه منعه من السفر قالوا: لأنه قد يستعين به على الكسب.

وحكى الشيخ في منعه من الحج طريقين، قيل: على القولين، وبها أجاب الدارمي. وقيل: يمنعه قطعًا.

وقال البندنيجي: أنها المذهب، ولعل محل ذلك إذا لم يكتسب فيه أو لم يكن فيه ربح ولا تجارة لو كان تاجرًا، فقصد التجارة أو الكسب أو أجر نفسه بما يفي بنجومه فلا، وقد يكون الكسب له بطريق مكة أكثر من غيره، وزمن الإعمال يسير.

وذكروا في الاعتكاف ما يؤيد هذا، ويجب الجزم به في المكي، والعرفي، ونحوهما، ويحتمل أن يفرق قريب الدار وبعيدها.

تنبيهات: **الأولى**: إذا أحرمت الزوجة بلا إذن، وقلنا له تحليلها وليس لها أن تتحلل حتى يأمرها به، ويشبه أن يأتي مثله هنا، وسنذكره، ولعل مراد الروياني بما سبق عنه أنه يجوز له التجدد حينئذٍ؛ لأنه يصير حلالًا بمجرد قول

وَلِلزَّوْجِ تَحْلِيلُهَا مِن حَجِّ تَطَوُّعٍ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ، وَكَذَا مِن الْفَرْضِ فِي الأظهر].

السيد: حللتك، وفيه بعد الثاني إذا أحرم بإذن سيده فمؤنة طريقه في كسبه، وقيل: على سيده، وأصل الخلاف نكاحه بإذنه، ولينظر فما لو أذن الولي للسفيه في الحج؟ وله عبد يخدمه في طريقه؟ فأذن له وليه في الحج أيضًا، هل يجوز؟ وكذلك عند الصغير والمجنون إذا جوزنا له إحجاجه، والظاهر الجواز، حينئذٍ يكون المعتبر إذن السيد وليه.

قال: (**وَلِلزَّوْجِ تَحْلِيلُهَا مِن حَجِّ تَطَوُّعٍ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ**) لاستيفاء حقه كما له إخراجها من صوم النفل.

(**وَكَذَا مِن الْفَرْضِ فِي الأظهر**) لأن حقه على الفور، والحج على التراخي.

وروى البيهقي عن ابن عمر ﵄ بسندٍ لم يضعفه «أن النبي ﷺ قال فِي امْرَأَةٍ لَهَا زَوْجٌ وَلَهَا مَالٌ: وَلا يَأْذَنُ لَهَا زَوْجُهَا فِي الْحَجِّ، قَالَ: **لَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْطَلِقَ إلا بِإِذْنِ زَوْجِهَا**»(١).

والثاني: لا؛ لعموم قوله ﷺ «**لا تمنعوا إماء الله مساجد الله**»(٢).

وقال الماوردي في كتاب: أنه محمول على مساجد النسك معنى الحج والعمرة، وإلحاقًا بالصوم والصلاة.

وحكى جماعة القولين في حج التطوع أيضًا، فحصل ثلاثة أقوال صرح بها القاضي أبو الطيب وغيره.

ثالثها: يلزمها من التطوع دون الفرض، واختاره صاحب «اللطيف»، وقول المصنف الفرض يشمل حجة الإسلام والنذر والقضاء المتراخيين.

واعلم أنه يستثنى من إطلاقه صور منها: لو قال: طبيبان عدلان (للزوجة) إن لم تحج العام عَضِبَتْ، صار الحج فوريًا، فليس له المنع ولا التحليل منه.

ومنها: لو نكحت بعد تحللها من الفائت فلا منع ولا تحلل منه؛ للتفسق.

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠٤٢٠).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٦، رقم ٤٦٥٥)، والبخاري (١/ ٣٠٥، رقم ٨٥٨)، ومسلم (١/ ٣٢٧، رقم ٤٤٢)، وابن حبان (٥/ ٥٨٧، رقم ٢٢٠٩).

ومنها: لو حجت خلية فأفسدته، ثم نكحت أو مزوجة بإذن فأفسدته.

وقلنا: بالأصح أن القضاء على الفور، وإن كان النسك تطوعًا لم يملك منعها، ولا تحليلها منه، قاله الأصحاب.

ومنها: لو نذرته في سنة معينة، ثم نكحت وكالوقت فقياس ما ذكروه في الاعتكاف وغيره في نظير المسند أنه ليس له منعها لتقدمه على هذا. ومثله لو نذرت حجة الإسلام في هذا العام، ثم نكحت فيه. وقال الدارمي: النذر كالفرض، فإن كان نذرًا معينًا سنة، فيحتمل أن يقال لا يمنعها. قال الشيخ: هذا عندي صحيح، هذا لفظه، والظاهر أن التصوير في المبادرة في الزوجية. ومسألتنا أولى بعدم المنع بلا شك، ولا ريب عندي فيه مع قرب الدار.

ومنها: لو خرج مكي يوم عرفة إليها بأهله محرمًا، ثم يعود إلى مكة، فأرادت الإحرام بالحج معه، فيظهر أنه ليس منعها منه، ولا سيما حجة الإسلام، وأن لا يحللها حتى لو أحرمت؛ لأنها تأتي بالأركان في بعض يوم، وهو مشغول عنها بالحج، وقد صحح المصنف وغيره بأنه ليس له منعها من صوم يوم عرفة وعاشوراء وهذا أولى، لا يقال هذا فيه مفارقة المنزل والسفر؛ لأنا نقول الفرض أنه يأمن علنها، ويزيد أخذها معه في خروجه للحج، وفسق بما ذكرناه ما لم نذكره.

تنبيهات: **منها**: الحج كالعمرة فيما ذكرناه، ولا معنى لمنعه إياها من الاعتمار معه أو مع محرم من التنعيم، ولا مسمى الفرض والنذر، وأما التطوع ففيه نظر!

ومنها: إذا قلنا له تحليلها فالأمة كالحرة، وإن أذن لها سيدها على المذهب.

ومنها: أطلق الماوردي في النفقات أن له المنع، والتحليل حلالًا كان أو محرمًا، وهو ينازع فيما قدمناه في المكية، ولعله أراد الأفاقي لا هذه الصورة النادرة مع وضوح الفرق.

ومنها: لا يجوز لها أن تحرم تطوعًا ولا فرضًا متراخيًا بغير إذنه، صرح به

....

المحاملي وغيره، واقتضاه كلام كثيرين. وأطلق الشيخان أنه يستحب لها ألا تحرم بغير إذنه، والظاهر الأولى، وإذا لم يحل لها صوم التطوع إلا بإذنه فالحج أولى. وقد قال الشافعي في «الأم»: وإذا لم يحل لها الصوم إلا بإذنه فله أن يفطرها، وكان هكذا الحج.

ومنها: عبارة «المحرر» وله منعها في حج الفرض في أصح القولين، والتحليل إن أحرمت بغير إذنه، وصرح في نقل الخلاف في المنع، وسكت عنه في «المنهاج». وقال الدارمي: لو أرادت الإحرام قال ابن القطان: لا يمنع.

وقال القيصري: قولان، وركب إذا أحرمت على هذا، يعني متى تحليلها على القولين في المنع، وقد يخرج من هذا أنَّا إذا قلنا لا نمنع جواز إحرامها بلا إذن.

ومنها: لو كان الزوج طفلًا نمرة فهل لوليه الإذن له فيه؟ أولها ذلك بلا إذن لم أر فيه شيئًا، وهو محتمل، ويقوى الجزم به في المكية ونحوها من حاضري المسجد الحرام.

ومنها: إذا قلنا يحللها فمعناه أنه يأمرها به كما قلنا في العبد، ثم هي تحلل كتحلل المحصر وسواء، ونقل المصنف عن الأصحاب أنا إذا قلنا له تحللها تحليلها أنه لا يجوز لها أن تتحلل حتى تأمرها قيل: وفيه نظر! إذا عصينا بالإحرام، والإقلاع عن المعصية واجب على الفور، إذا لم يمكنها منه صرت كمن توسط أرضًا مغصوبة. ويبعد أن يقال: أشد الإحرام معصية دون استدامته، انتهى.

وإذا أمرها به وجب عليها، فإن أبت فله وطؤها، وعليها الإثم؛ لتقصيرها، وكذا سيد الأمة هذا هو المذهب، قاله المصنف، وتوقف فيه الإمام.

وينبغي أن يكون موضع الجواز إذا كان الزوج ممن يرى أن له تحليلها، أمَّا لو كان لامرأة اجتهادًا أو تقليدًا، فيجب أن يحرم عليه الاستمتاع نظرًا إلى معتقده، لكن قد يقال بمثله في أصل التحليل، والأمر به، وهو محتمل، ولم أره.

ومنها: إذا أحرمت بلا إذن، لكنها من أمضى فيه، لزمها إتمامه كما لو كان دونه ابتداء؛ وليس لها الرجوع فيه، قاله الماوردي، وهو ظاهر.

……………………………………………………………………

بقي ما لو أحرمت بلا إذن وأتت بمعظم أعمال الحج أو العمرة، فهل تقول له تحليلها كما لو لم تأتِ بشيءٍ منها أو لا؟ ظاهر إطلاقهم الأول، وفيه نظر! لا سيما إذا لم يبق إلا طواف الركن مثلًا، ولو أكن لها، ثم رجع، ثم أحرمت ولم يعلم، فالظاهر أنه يأتي هنا ما سلف في العبد، وينبغي أن يقبل قوله في الرجوع قبل إحرامها إلا ببينة، فلو صدقته ففيه نظر! بحق الله تعالى.

فائدة: إذا قلنا لا يحرم إلا بإذنه مع قولنا بأن الحصر الخاص لا يمنع وجوب الحج كما نص عليه، استفيد منه إن أذن الزوج ليس شرطًا في وجوب الحج، بل الحج لازم لها، فإذا أحرمت لمنع الزوج وماتت، قضى من تركتها لوجوبه، ولا تعصي للمنع أي: أن تكون تمكنت قبل الزوج فتعصي، فتكون كغيرها. ونقل القاضي أبو الطيب الاتفاق على وجوب الحج عليها، انتهى.

والظاهر أن الخلاف في أنه هل للزوج منعها، وليس كذلك بل يجب عليها الحج.

فائدة: قال الشافعي في «الأم»: لو أحرمت ثم طلقت فليس للزوج منعها.

قال القاضي الحسين وغيره: هذا إنما فرعه على مذهب أبي حنيفة، ولم أر في كلامه في «الأم» إشارة إلى ذلك، ومن تصويرها عندنا بأن وجهًا حاكم تراه، ويحكم بصحته أو يكون عقود الحاكم عنده حكمًا، فإنا لا نعصيه فيما يظهر، ولا يملك الزوج منعها ولا سيما إذا علم بالحال أو كان معتقدًا جوازه، فإن صح هذا فالصورة مما يستثنى.

فرع: يستحب ألا يحرم الحر إلا بأمر أبويه، ولكل منهما منعه من التطوع، وفيه وجه. ويظهر الفرق بين المكي ونحوه الأفاقي، فلو أحرم به بلا إذن فلكل منهما تحليله على أصح القولين.

وقال الماوردي: للأب دون الأم، وصحح الفارقي المنع، وهو الأقوى؛ إذ ليس لهما منعه من سفر التجارة، وقد يكون ممن يتجر في سفر الحج، وبعيد منع المكي ونحوه من الحج والعمرة، فليحمل إطلاقهم على بعيد الدار، وليس

لها منعه من الفرض، كما كان. وقيل: لهما منعه إذا اتسع وقته كالتطوع، وإذا أحرم فليس لهما تحليله على المذهب والعمرة كالحج، وتحليله كتحليل الزوجة، وهذا مما يتعلق بحقهما رشيدًا كانَ الولد أو سبقها، ويشبه أن محل منعهما إذا كانا مسلمين، ولا منع للكافر، وقد يأتي شيء ذكرته في سير «الغنية».

وأما فيما يرجع إلى حق نفسه إذا كان سفيهًا فأحرم بفرض الإسلام أو نذر نذره قبل الحجر فليس لوليه منعه، وهكذا لو كان قد أحرم قبل الحجر يتطوع، ثم حجر عليه فهو كما لو أحرم بعد الحجر بفرض الإسلام، وتتمات المسألة يأتي في الحجر إن شاء الله تعالى.

قال الشارح: قال: (وَلَا قَضَاءَ عَلَى الْمُحْصَرِ الْمُتَطَوِّعِ) أي: إذا تحلل به؛ لأنه لم يؤمر به والحصر قائم عليه ولا السنة؛ لما أحصر الصحابة مع النبي ﷺ في الحديبية، ولم يعتمر معه في العام القابل إلا نفر يسيركما هو ثابت في الصحيحين.

قال الماوردي: وأكثر ما قيل سبعمائة، ولم ينقل أنه أمر الباقين بالقضاء.

واعلم أن المذهب أنه لا فرق بين كون الحصر عامًا أو خاصًا أتى بنسك سوى الإحرام لم يأتِ اقتران بالإحصار فوات أم لم يقترن، ولو صائرًا الإحرام متوقعًا زوال الإحصار ففاته الحج والإحصار دائم. قال الرافعي: لا بد من التحلل بعمل عمرة. قيل: وفي هذا الإطلاق نظر! فإنه إن كان متمكنًا من البيت فالأمر كذلك، وإلا فله التحلل للحصر من غير عمل غيره، وكيف ما تحلل ففي القضاء طريقان، أصحهما: على ما ذكراه طردا القولين بما إذا أسلك طريقًا أطول.

والثاني: في طريقة العراقيين القطع بوجوب القضاء، واقتضى كلًا منهما لما خرجاها بمكي ما لو سلك طريقًا أطول أن الأصح فيهما عدم وجوب القضاء، كما هو الأصح في أصلها، ثم ذكرا أنه إذا كان الإحصار قبل الوقوف، وأقام محرمًا حتى فاته الحج ينظر إن زال الحصر، وأمكنه التحلل بالطواف والسعي لزمه ذلك، وعليه القضاء والهدي للفوات، وإن لم يزل الحصر تحلل بالهدي، وعليه مع العصا هديان للفوات.

فَإِنْ كَانَ فَرْضًا مُسْتَقِرًّا، بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ، أو غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ، أُعْتُبِرَتْ الِاسْتِطَاعَةُ بَعْدُ،

والثاني: للتحلل. قال بعض من أدركنا: أمَّا نفرقهما في صفة التحلل بين أن يزول الحصر أو لا، فصحيح لا بد منه، وأمَّا حكمها بوجوب القضاء مع دوام الإحصار إلى الفوات، فإن فرض فيما إذا كان التأخير مع توقع الزوال كانت المسألة الأولى، ووجب إيجاد الحكم بوجوب القضاء وعدمه، وإن فرض هذا فيما إذا أخر عالمًا بأنه يفوت اتجه إيجاب القضاء هنا، فإن لم يجب هناك؛ لأن التفريط مع العلم أشد منه التوقع، ولكن كلام الرافعي مطلق فطريقة العراقيين موجبة للقضاء في الحالتين، ولا أعترض عليها؛ لأنه كان تمكن التحلل قبل الفوات بخلاف ما إذا أمرناه بسلوك الطريق الأطول؛ إذ لا تفريط منه، انتهى.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فَرْضًا مُسْتَقِرًّا**) أي: بأن يمكن منه قبل هذه السنة فأخر.

(**بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ**) كما كان.

قال: (**أَوْ غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ**) أي: فإن لم يتمكن منه إلا في هذا العام.

(**أُعْتُبِرَتْ الِاسْتِطَاعَةُ بَعْدُ**) اعتبرت الاستطاعة بعد زوال الحصر، فإن بقي من الوقت ما يمكن فيه الحج فالأولى أن يحرم به، ويستقر الوجوب بمضيه، هكذا أطلق أن الأولى أن يحرم به في هذه السنة، وأن له التأخير وينبغي أن يقال أنه إذا كان بعيد الدار وغلب على ظنه أنه لو أخر؛ لعجز عن الحج فيما بعد لفقره، وغيره أنه يلزمه الإحرام بها في هذا العام، كما لو خشي العضب لو أخر، وإن كان بخلاف ذلك جاز التأخير؛ لأن الحج على التراخي، اللهم إلا أن يكون قد نذر الإتيان به في هذا العام، فيلزمه الإحرام لا محالة. وإن ضاق الوقت سقط الوجوب في هذا العام اعتبرت الاستطاعة بعده، هكذا أطلقوه ينبغي أن يكون مرادهم في الإحصار العام، أما الخاص فقد ذكرنا عنه الكلام في تحليل الزوجة ما يقتضي أنه لا يمنع الاستقرار.

فائدة: قال الماوردي في النذر: وإذا نذر الحج في عامه، ثم أخر بإحصار سلطان قاهر أو عذر غالب فطريقان، أحدهما: وهو قول أبي حامد، وهو أنه كما لو أُحصر عن حجة الإسلام، وإن كان عامًا سقط عنه القضاء أو خاصًا فعلى قولين.

وَمَنْ فَاتَهُ الْوُقُوفُ تَحَلَّلَ بِطَوَافٍ وَسَعْيٍ ....

والثاني: وهو ابن أبي هريرة أنه على العكس إن كان خاصًا وجب به القضاء أو عامًا فعلى قولين. قال: وهذا أشبه؛ ولأن حجة النذر أغلظ، انتهى.

وكلام المصنف وغيره يقتضي موافقته الشيخ أبي حامد.

قال: **(وَمَنْ فَاتَهُ الْوُقُوفُ)** أي: بعذر أو غيره.

(تَحَلَّلَ) أي: وجوبًا ولا يجوز له استدامته إلى قابل قاله الشافعي ﷺ في «الأم». قال عصري: يحتمل أن يحمل كلامه على ما أنه إذا أقام لا يجزئه الحج من قابل، كما نقله ابن المنذر عنه، وبالجملة يجب التحلل أمًا على الفور فلا؛ لأنه إذا لم يجب على الفور من الحج الصحيح التام، فمن الفائت أولى، ويحمل أن يقال بالفور، وهو بعيد. وكلام الرافعي يوهم عدم الوجوب، فإنه قال: إذا حصل الفوات فله التحلل كما في الإحصار؛ لأن في مقامه محرمًا حرمًا شديدًا يعسر احتماله، فافهم جواز البقاء عن الإحرام، ولا يعلم أحدًا قاله إلا رواية عن مالك، ونقل ابن الرفعة وجوب التحلل من كلام الشافعي، وهو حق، وفهم أنه على الفور، وقد نبهنا عن احتماله وبعده، نعم؛ سبق عن صاحب «الشامل» وغيره أنه لا يجوز الخروج من مكة بعد الحج التام، حتى يطوف طواف الركن. ونقلناه عن النص الشافعي في الحائض، وجزم به الماوردي، فيجوز أن يقال أن الحصر إذا كان بالحرم لا يجوز الخروج منه إلا بعد التحلل.

قال: **(بِطَوَافٍ وَسَعْيٍ)** أي: إن لم يكن سعي بعد طواف القدوم أو غيره، كما سبقت الإشارة إليه على ما فيه أمًا الطواف، فلا بد منه وفاقًا، وأمًا السعي فمقتضى كلام الشيخين وغيرهما، ونقله في «شرح المهذب» عن الأصحاب القطع بأنه إذا كان قد سعى عقب طواف القدوم أنه يوجب السعي على إطلاقه، وإن كان قد سعى لا يحسب ذلك؛ لأنه بطل بالفوات، وهذا غريب. وعليه جرى ابن الرفعة، فإن لم يكن سعى والقدوم ولا عند الخروج إلى مِنَى ما سبق بما فيه، فقيل: يجب فيما قيل قولان، وهي أشبه، والمشار إليه في إيجابه، أظهرهما.

وَحَلْقٍ وَفِيهِمَا قَوْلٌ وَعَلَيْهِ دَمٌ وَالْقَضَاءُ].

وقال: (وَحَلْقٍ) لأن ذلك مروي عن جماعة من الصحابة منهم: [أبو سعيد وأبو أسيد ورافع بن خديج وسهل بن سعد وعبد الله بن عمر وجابر وأبو هريرة] ولا يعرف لهم مخالف. قال: (وَفِيهِمَا قَوْلٌ) للبغوي في الحلق أنه لا حاجة إليهما، أمَّا السعي؛ فلأنه ليس من أسباب التحلل؛ ولهذا يصح تقديمه على عرفة، والأظهر خلافه ومنهم من قطع به، وأمَّا الحلق فمبني بالاتفاق على أنه نسك أو لا إن قلنا استباحه فلا يجب، وإلا وجب وهو المرجح.

فرع: لا يجب عليه المبيت ولا الرمي خلافًا للمزني والإصطخري.

قال ابن المرزبان: صاحب الفوات له حكم من تحلل التحلل الأول؛ لأنه لما فاته الوقوف سقط الرمي عنه فصار كمن رمى فإن وطئ لم يفسد إحرامه، وإن تطيب لم يلزمه فدية. قال القاضيان الطبري والروياني: وهذا على قولنا الحلق ليس بنسك، فإن قلنا أنه نسك احتاج إلى الحلق، والطواف يحصل التحلل الأول.

قال في «شرح المهذب»: وبهذا صرح الدارمي. قال: (وَعَلَيْهِ دَمٌ)؛ لأن ابن عمر رضي الله عنهما أمر به رواه مالك في «الموطأ»؛ ولأن الفوات سبب للقضاء فلزم به الهدي كالإفساد، وقد تقدم بأن متى يذبحه. وفي قول: يخرج أنه يلزمه دمَّان واحد للفوات وآخر لِأَجْلِ الْقِرَانِ؛ لأنه في معنى المقنع حيث تحلل من النسكين.

قال: (وَالْقَضَاءُ) لما سبق، فإن فات مفردًا لم يلزمه غيره أو قارنًا حكم بفوات العمرة على الأظهر تبعًا للحج، كما يفسد بفساده، ويلزمه في القضاء ثلاثة دماء، ولو قضاهما مفردين أجزأه، ولا يسقط الدم الثالث في الأصح، وكذا لو قضى متمتعًا، فلزمه ثلاثة دماء، أفرد أو قرن أو تمتع، وكما تتبع العمرة الحج في الفوات، فكذا في الإدراك في حق القران حتى لو رمى وحلق ثم جامع لم يفسد عمرته، وإن لم يكن أتى بأعمال العمرة، في وجه.

واعلم أن الأكثرين أطلقوا وجوب القضاء كما أطلقه ابن الرفعة.

وقال الرافعي في «الشرحين» و«المحرر»: إن كان فرضًا فهي في ذمته، وإن كان تطوعًا فعليه قضاؤه، وهذا يوهم أن حجة الإسلام شيء على التراخي.

....

وقد قال في الحج الفاسد: أنه لا فرق في وجوب القضاء بين الفرض والتطوع، والمقصود [بالفاسد أن] القضاء في التطوع واجب، كما في الإفساد، وإذا وجب القضاء في التطوع، ففي الفرض أولى.

وفائدة إيجاب القضاء في الفرض الفور والإتيان به على الوجه الفائت والاستقرار، وإن لم تتقدم استطاعة أمَّا الإيجاب حجة أخرى فلا، فإن قيل: كيف يوصف حجة الإسلام بالقضاء ولا وقت قبل بالإحرام بما يضيق، ووقتها كما قاله جماعة في الصلاة، يفسدها، ثم تفعله للوقت، والحج أولى بذلك، لا يأتي فيه ما سبق من النزاع فيها؛ لأن آخر وقتها لم يتعين فيحقه بالشروع، فلم يكن يفعله لها بائنًا موقعًا لها في غير وقتها، والحج بالشروع ويضيق وقته ابتداءً وانتهاءً، فإنه ينبغي توقت الفوات، ففعله في السنة الثانية خارج، وفيه يصح وصفه بالقضاء، ويمكن أن يقال: إطلاق القضاء هاهنا بالاصطلاح اللغوي، والمراد وجوب الإتيان بالفائت على الفور، ولا يمتنع وجوب الفرد، وإن لم يوصف بالقضاء والاصطلاحي، والمقصود إنما هو المعنى لا التسمية.

ووقع لفظ القضاء في كلام الشافعي ﷺ، ولفظ نصه في «البويطي».

وعليه أن يأتي من قابل بما أحرم به [أفتى به] تاج الدين ابن يونس في «التنويه» أن ما أتى به المحصر [. . . . . . .] فيما بعد يكون أداء لا قضاء.

ثم قال: وكذا يقول في فوات الرمي في «شرح التعجيز» على لفظ القضاء.

فرع: قال أصحابنا: [الرمي في الفوات فيم ذكرناه بين المعذور وغيره، وإنما يفترقان في الإثم وعدمه، ولم لا يقال: يجب القضاء على الفور على غير المعذور، دون المعذور، كما قيل بمثله في الصلاة والصوم.

وبالله الإعانة وأسأله التوفيق من فضله وكرمه.

تم [الجزء الثاني] بحمد الله تعالى، والحمد لله ربِّ العالمين وصلِّ الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

يتلوه كتاب البيع، وحسبنا الله ونعم الوكيل

فهرس المحتويات

مقدمة ٣
كتاب «المنهاج» لشيخ الإسلام النووي ٥
قيمة الكتاب العلمية ٥
قيمة أصله ٥
من أثنى عليه ٦
اعتناء علماء الشافعية به ٦
نظمه ٨
مصادر الشارح ١٠
مصطلحات المذهب الشافعي ٢٢
اصطلاحات المتأخرين من الشافعية في أسماء الكتب ٣١
مصطلحات الإمام النووي ٣٥
الترتيب الفقهي عند الشافعية ٥٣
ترجمة الشيخ المصنف ٥٩
اسمه، ونسبه، ولقبه، وكنيته ٥٩
نشأته ٦٠
شيوخه ٦١
شيوخه في الحديث ٦١
شيوخه في الفقه ٦٢
شيوخه في أصول الفقه ٦٣
شيوخه في اللغة ٦٣
تلاميذه ٦٣
مكانته العلمية، وثناء العلماء عليه ٦٦
مؤلفاته ٦٩
وفاته ٧٠
ترجمة الشارح الإمام الأذرعي شيخ حلب ومفتيها ٧١
اسمه ونسبه ٧١
مولده ٧١
شيوخه ٧١
حياته العلمية ٧١
مؤلفاته ٧٢
وفاته ٧٢
ثناء العلماء عليه ٧٣
مصادر الترجمة ٧٤
منهج التحقيق ٧٥
الأصول المعتمدة ٧٥
نماذج من صور المخطوط ٧٦
خطبة الكتاب للإمام النووي ٨٩
كتاب الطَّهَارَةِ ٩١
باب أَسْبَابِ الْحَدَثِ ٩٦
فَصْلٌ: في آداب الخلاء والاستنجاء ... ٩٩
باب الْوُضُوءِ ١٠٠
باب مَسْحِ الْخُفِّ ١٠٦
باب الْغُسْلِ ١٠٨
باب النَّجَاسَةِ وإزالتها ١١١
باب التَّيَمُّمِ ١١٥
فَصْلٌ: في أركان التيمم وكيفيته ١١٦
باب الْحَيْضِ وما يذكر معه من النفاس والاستحاضة ١٢٢
فَصْلٌ: إذا رَأَتْ لِسِنِّ الْحَيْضِ أَقَلَّهُ ١٢٣
كتاب الصلاةِ ١٢٧
فَصْلٌ ١٢٩
فَصْلٌ: في الأذَانِ وَالإقَامَةِ ١٣١
فَصْلٌ: اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ شَرْطٌ في الصَّلَاةِ ١٣٣
باب صِفَةِ الصَّلاةِ ١٣٦

باب شُرُوطِ الصَّلاةِ وموانعها ١٥٠
فَصْلٌ: في مبطلات الصلاة ١٥٤
بابْ سُجُودِ السَّهْوِ ١٥٨
باب تُسَنُّ سَجَدَاتُ التِّلاوَةِ ١٦٦
بابُ صَلاةِ النَّفْلِ ١٦٧
كتاب صَلاةِ الْجَمَاعَةِ ١٧١
فَصْلٌ: في صفات الأئمة ١٧٦
فَصْلُ: في شروط الاقتداء ١٧٨
فَصْلٌ: شَرْطُ الْقُدْوَةِ ١٨٤
فَصْلٌ: في بقية شروط القدوة ١٨٦
فَصْلٌ: في قطع القدوة ١٨٩
باب صَلَاةِ الْمُسَافِرِ ١٩٤
فَصْلٌ: صلاة المسافر وشروط القصر .. ١٩٦
فَصْلٌ: الجمع بين الصلاتين ١٩٨
باب صَلاةِ الْجُمُعَةِ ١٩٩
فَصْلٌ: في الأغسال المسنونة ٢٠٤
فَصْلُ في بيان ما تدرك به الجمعة ٢٠٦
باب صَلاةِ الْخَوْفِ ٢٠٨
فَصْلٌ فيما يجوز لبسه وما لا يجوز ٢١٢
باب صَلاةِ الْعِيدَيْنِ ٢١٤
فَصْلٌ: في التكبير المرسل والمقيد ٢١٧
باب صَلاةِ الْكُسُوفَيْنِ ٢١٨
باب صَلَاةِ الِاسْتِسْقَاءِ ٢٢١
باب حكم تارك الصلاة المفروضة ٢٢٣
كتاب الْجَنَائِزِ ٢٢٦
فَصْلٌ: في تكفين الميت وحمله ٢٣٠
فَصْلٌ: في الصلاة على الميت ٢٣٢
فَرْعٌ: في بيان الأولى بالصلاة عليه ٢٣٣
فَصْلٌ في دفن الميت ٢٣٤
كتاب الزَّكَاةِ ٢٤٤
باب زَكَاةِ الْحَيَوَانِ ٢٤٤
فَصْلٌ ٢٧٥
باب زكاة النبات ٣٠٦
باب زَكَاةِ النَّقْدِ ٣٣٢
باب زَكَاةِ الْمَعْدِنِ وَالرِّكَازِ وَالتِّجَارَةِ ٣٥١
فصل في زكاة التجارة ٣٦٤
باب زَكَاةِ الْفِطْرِ ٣٨٠
باب مَنْ تَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ، وَمَا تَجِبُ فِيهِ ٤١٢
فَصْلٌ ٤٣٣
فَصْلٌ ٤٤٥
فصل ٤٥٥
كتاب الصِّيَامِ ٤٦١
فَصْلٌ ٤٧١
فَصْلٌ ٤٨٣
فَصْلٌ ٥٠٦
فَصْلٌ ٥٣٠
فَصْلٌ ٥٤٢
باب صَوْمِ التَّطَوُّعِ ٥٤٩
كتاب الاعْتِكَافِ ٥٦٢
فَصْلٌ ٥٧٩
كتاب الْحَجِّ ٥٩٦
باب الْمَوَاقِيتِ ٦٣٧
باب الإِحْرَامِ ٦٦٠
فَصْلٌ ٦٦٤
باب دُخُولِ مَكَّةَ ٦٨٤
فَصْلٌ ٦٩٤
فَصْلٌ ٧٢٦
فَصْلٌ ٧٣٨
فَصْلٌ ٧٥٣
فَصْلٌ ٧٧٢
فَصْلٌ ٨١٩
باب مُحَرَّمَاتِ الإِحْرَامِ ٨٤٤
باب الإِحْصَارِ وَالْفَوَاتِ ٨٩١
فهرس المحتويات ٩١١

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣ هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثاني

البيع - السلم - الرهن - التفليس

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohammad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي (ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed In : Lebanon	لبنان	بلد الطباعة
Edition : 1st	الأولى	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ البَيعِ

قال المصنف: [شَرْطُهُ الْإِيجَابُ: كَبِعْتُك وَمَلَّكْتُك، ....

قال الشارح:

كِتَابُ البَيْعُ

البيعُ لغةً: هو مقابلة شيء بشيء، ويسمى: شِراء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍۭ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] وقول بعض العرب حين باع خادمًا له وندم:

وشَرَيتُ بُرْدًا لَيتَني ... مِنْ بَعدِ بُرْدٍ كُنتُ هامَهْ(١)

أي: بعته.

وفي الشرع: مقابلة مال بمال، ولا يرد القرض والإجارة، وأفرد المصنف لفظ البيع تيمنًا بلفظ القرآن والسنة؛ ولأنه أراد نوعًا منه، وهو بيع الأعيان، وما في حكمه، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، والمعنى: وإقامة الدليل على جوازه تكلفًا إلا في مسائل الخلاف، وأحسنه إجماع الشرائع السالفة.

قال: (**شَرْطُهُ الْإِيجَابُ: كَبِعْتُك**) اشتريت في أنها صريح، وأما شريت، قال الْمُتَوَلِّي والرافعي: صريح، والمختار أنها كناية وأغفلتها «الروضة».

(**وَمَلَّكْتُك**) أي: صريح أيضًا، إذا ذكر العِوض معها، خلافًا للماوردي؛ لأنه لا يرى انعقاده بالكناية، ويحتمل الإيجاب في لفظة واحدة، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أن ملكتك كناية على المذهب، وأما قوله: «خذه بكذا» لا يحتمل البيع والإجارة وغيرهما.

---

(١) البيت ليزيد بن مفرع الحميري كما في «الأمالي» للزجاجي ص (٤٩) وهو من مجزوء الكامل.

وَالْقَبُولُ: كَاشْتَرَيْت وَتَمَلَّكْت وَقَبِلْت.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا جعلنا المأخذ في صراحة ملكتك ذكر العِوض كان صريحًا، وجوابه ما تقدم، ولم أرَ من وافقه، ولو قال: ملكتك، ونوى العِوض.

قال في «الذخائر»: هو كناية، وفيه نظر لعدم الإشعار بالعوض، وشرط الكناية الإشعار.

وفي «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو قال: عاوضتك هذه الدار بكذا، فقال: اشتريت؛ فهو كما لو قال: بعتك.

قال: (**وَالْقَبُولُ: كَاشْتَرَيْت وَتَمَلَّكْت وَقَبِلْت**) الأصل في الاعتبار الإيجاب والقبول لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال ﷺ: «إنما البيع عن تراضٍ»(١).

قال الأئمة: والرضا أمر خفي، فأنيط الحكم بسبب ظاهر، وهو الصيغة، وسيأتي بيان ما ينوب عنها.

قال الإمام: القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به، وقوله: «اشتريت» وما في معناه قائم مقام القبول.

قلت: ومن ألفاظ القبول، قوله: رضيت، قاله في «البحر» والقاضي حسين في كتاب «الرهن» ومنها قوله: فعلت، قاله العبادي في «زياداته».

وقال أبو بكر الشَّاشِي: شرط القبول كونه بلفظ الماضي، أي: لا يصح بقوله: أَقْبَل أو أشتري أو أبتاع، ويحتمل جعله كنايةً.

فروع في القبول: لو قال: بعتك، فقال: نعم، أو قال: بعتك أقبلتَ، فقال: نعم؛ صحَّ.

قال الرَّافِعِي: في كتاب «الإقرار» عن الأئمة: وبه جزم العبادي أنه لا يكون قبولًا؛ لأنه يترتب على استخبار فتقع خبرًا لا إنشاءً، وما قاله الإمام

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٧، رقم ٢١٨٥).

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي فَقَالَ: بِعْتُك انْعَقَدَ فِي الْأَظْهَرِ.

محتمل، وفيه بحث ذكرته في «الغُنية»، ويظهر أن «نعم» كناية قبول، ولو قال سمسار ونحوه: بعت كذا، فقال: بعت أو نعم، وقال للمشتري: اشترِ، فقال: اشتريت، أو نعم صح على الأصح عندهما، وعزا الإمام المنع إلى الأصحاب، وبه جزم كثيرون.

وقال القاضي حسين: في كتاب «الوكالة»: إنه ظاهر المذهب، وفي وجه ثالث: إن أمره بذلك صح وإلا فلا، ولو قال: اشتريت، ثم زعم أنه لم يقصد جواب البائع، قال الإمام: في الخلع في تصديقه احتمال، ويؤخذ من هذا أنه شرط لصحة العقد في نفس الأمر.

قال: (**وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ الْمُشْتَرِي**) أي: لحصول المقصود، وهذا في غير قبلت، أما لو قال ابتداء: قبلت هذا منك بألف، فالمنقول بطلانه، قاله **الْقَفَّالُ** في «الفتاوى»، ونقله الإمام في باب الهبة، وهو قضية كلام **الرَّافِعِي** في البابين، **وَوُجِّه** بأن القول إنما يكون بعد الإيجاب، نعم ذكر **الرَّافِعِي** في كتاب النكاح: أنه لو قال الوكيل: قبلت نكاح ابنتك لموكلي؛ فقال: زَوَّجْتُه، صح، وهو ينازع في مسألتنا، وقد تكلمت عليه في «الغنية» هناك، ولذلك «نعم» لا يصح الابتداء بها إن صححنا القبول بها.

قال **الْقَفَّالُ**: ولو قال اشتريته منك بألف، فقال البائع: قبلت، لم يجز.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي، فَقَالَ: بِعْتُك انْعَقَدَ فِي الْأَظْهَرِ**) للدلالة على الرضا، وقيل: ينعقد قطعًا كما هو الأصح في نظيرها من النكاح، ويؤيده قوله ﷺ لسلمة ابن الأكوع في جارية: «**هب لي المرأة، قال: هي لك**»(١) رواه مسلم.

وإذا صحت الهبة بالاستحباب والإيجاب والكناية فالبيع أولى، والثاني: المنع؛ لأنه قد يكون لاستبقائه الرغبة، كما تبيعني هذا بكذا، وقال الإمام: إنه المنصوص، وصححه الغزالي، نعم لو قال: بعد قوله: بعتك، ابتعت أو اشتريت ونحوهما، صحَّ بلا خلاف، ولو قال: اشترِ مني فالأصح عندهما أنه كـ«بعني»،

---

(١) أخرجه مسلم (٤٦٧٢).

....

وقيل: لا ينعقد قطعًا، ونقل صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»(١) الإجماع عليه، وكأنه أخذه من كلام الحاوي، فإنه يقتضي أنه لا يصح بوفاق الخصم بخلاف «بعني» وفي الفرق نظر! قالا: ولو قال: كذا، فقال: «بعت» لم ينعقد حتى يقول بعده «اشتريت» وجعلاها كقوله: أتبيعني؟ وكذا قوله: اشترِ داري أو اشتريت مني، فقال في «شرح المهذب»: بلا خلافٍ إشارةً، نقل في نكاح «الوسيط» هذا الخلاف قولين منصوصين، وذكر في «الروضة» و«شرح المهذب» و«الرَّافِعِي» في الشرح: إن الأصح أنه وجهان لا قولان، في نكاح البسيط لا يبعد أن يكون قوله: «رضيت أن تبتع» مني كقوله: «بع مني» ويحتمل خلافه.

فروع: لو قال: اشتريت منك بكذا فقال: بعتك، انعقد إجماعًا، ولو قال: قد اشتريت، فقال: قد اشتريته، أو قال: قد بعتني، فقال: قد بعتك، لم يصح، ولو قال: بعني على ألف، صحَّ في أحد الوجهين، وبه جزم الإمام، أو ولك ألف، فوجهان، ذكرهما الرَّافِعِي في الخُلع، وعن الإمام تصحيح المنع.

وقال الرَّافِعِي: ونسبه أن يكونا في أنه صريح، فأما كونه كناية، فينبغي أن يكون منعقدًا عليه، واقتضى كلامه قبل ذلك أيهما في كونه كناية، ولو قال: أعطني هذا بألف، فقال: قد أعطيت صحَّ، قاله الْقَفَّالُ والبغوي في «الفتاوى» والظاهر أنه كناية.

قال الشيخ أبو محمد: في المسألة في تفريق الصفقة ألفاظ البيع غير محصورة، فسواء قال: بعتك بكذا، أو خذه بكذا، أو أعطيتك هذا بكذا، أو قال: أعطيته بكذا، أو قال: هاتِهِ بكذا، أو ما شاكله، فكله قائم مقام صريح لفظ البيع.

قال الْقَفَّالُ: ولو قال: بعني عبدك، ولك عليَّ كذا صح، بخلاف قوله: بعتك هذا، ولي عليك كذا، فقيل: لم يصح، وقضيته كلام الرَّافِعِي في الخلع أنه لو قال: بعتك ولي عليك كذا، أو على أن يكون لي عليك كذا، أنه ينعقد على

---

(١) هو لابن يونس الموصلي. طبع في مصر وبيروت.

وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ كَجَعَلْتُهُ لَك بِكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

الأصح فيهما، وقضيته أن يصح في بعني على ألف كما جزم به الإمام، ومثله: بعتك على ألف، ولو قال: بعتني فلك كذا فوجهان، وقضية إلحاق البيع بالخلع أن يكون الأصح الصحة لكن جزم الإمام بالمنع، ولو قال: بعتك على أن لي عليك عشرة أو على أن تعطيني، كذا صح، ذكره الرَّافِعِي في كتاب الصداق.

قال الإمام: لو قال: اشتريته منك على أن أعطيك ألفًا فكقوله: اشتريته منك بألف، لو قال: رضيت على أن تبتع مني كذا بكذا.

قال الإمام: لا يبعد تخرجه على القولين في مسألة الكتاب.

قال: (**وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ**) أي: مع النية.

(**كَجَعَلْتُهُ لَك بِكَذَا**) أي: وجده وسلمه ونحوها مما يشعر بإرادة البيع.

(**فِي الْأَصَحِّ**) كالخلع، والكناية لما سبق، وبحديث جابر ﷺ وفيه قال: «**هو لك بها، قال: قد أخذته**»(١).

والثاني: المنع للتردد في إرادة الموجب، والظاهر أن قوله: «هو لك بكذا» كناية لا كما ظنه من شرح الكتاب، ومن الكنايات: «أدخلته في ملكك بكذا» أو «سلطتك عليه بكذا» كناية، وقيل: لا كأبحته أو أوجبته، فليسا بكناية إشارة يستثنى من انعقاده بالكناية بيع الوكيل المشروط فيه الإشهاد، فإن الشاهد لا يعلم النية.

قال في «البسيط»: إلا إذا توفرت القرائن، وأفادت التفاهم فيصح وتجوز الشهادة، وأصله قول إمامه: إن محل الخلاف في انعقاده بالكناية مع النية حيث عدمت القرائن، فإن توفرت أفادت التفاهم وجب القطع بالصحة، وهذا والله أعلم من فقهه وإطلاق الأئمة ينازع فيه، وسيأتي في الطلاق أن الكناية كذلك لا يجعل صريحًا، ولعل القرائن هناك أوضح.

فروع: ينعقد البيع بالمكاتبة على المذهب الصحيح المنصوص، كما نقله

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧١٨) ومسلم (٧١٥).

الماوردي وغيره في كتاب الطلاق، والخلاف في الحاضر مرتب على الغائب وأولى بالمنع، وإذا صححنا جاز القبول بالكناية وباللفظ.

وظاهر كلام الديبلي أن موضع الوجهين فيما إذا نويا البيع ولم يجد منهما لفظ، وإليه يشير كلام الإمام بعده لو قال: بعت أي: كذا بكذا، أو بلغ من هو في مقام المشتري فقال: قبلت.

قال الإمام: في الطلاق؛ فهو كالكناية وأولى بالصحة لوجود اللفظ، ونقله الرَّافِعِي هنا عن بعض مسودات «طبرستان» تفريعًا على صحة البيع بالكتب، ولو جرى ذلك في الحضور ولم يعقد إلا التخاطب صح في الأصح كما سبق في السمسار، ولو قال: بعني بكذا، فقال: باعك الله، فكناية، قاله: القاضي حسين والعبادي والغزالي ومثله، أو قال مجيبًا: بعني كذا بكذا، بارك الله لك فيه، وعن القاضي أنه قال: لمن له عليه دراهم: خذ هذا الثوب بدراهمك، فقال: رضيت، كان بيعًا.

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لو قال: أعطني هذا الثوب بكذا، فقال: أعطيت كان بيعًا، ونسبة أن يكون ما ذكراه كناية لا صريحًا، ولعله المراد.

تنبيهات تتعلق بألفاظ الكتاب، وغيرها من أول الباب إلى هنا:

منها قوله: (شرطه الإيجاب) كأنه أراد به ما لا بدَّ منه، وقد جزم في «شرح المهذب» تبعًا للغزالي بأن الصيغة والعاقد والمعقود عليه أركان، ونازع الرَّافِعِي في ذلك، والخطب هين، وكان الأحسن أن يبدأ بالكلام في العاقد والمعقود عليه قبل الصيغة.

ومنها: ما شرط من الإيجاب والقبول السابقين في غير البيع الضمني كأعتق عبدك عني بكذا أو كذا مكاتبة الناطق كما سبق، وإشارة الأخرس وكنايته كما سبق.

ومنها: تضمن إطلاقه أنه لا يبيع ما له لولده الصغير، ونحوه إذا كان في حجره من نفسه ولا بالعكس إلا بإيجاب وقبول لفظًا، وهو الأصح، وقيل:

....

يكفي أحدهما، وقيل: تكفي النية، وما ذكرته من الترجيح ذكره في «شرح المهذب» ولم يرجح في «الروضة» شيئًا. وقال الرُّويَانِيّ في «البحر»: إذا رهن ماله عند ابنه الصغير يقتصر على أحد شطريه، فتقول: أرهنت له من نفسي كذا، وكذلك إذا باع ماله منه في ظاهر المذهب، وغلط من قال غيره، انتهى.

وظاهر كلامه أنه يكفي أي الشطرين أتى به، وقال الإمام: إن اكتفينا بلفظ واحد فشرطه أن يكون مستقلًا كاشتريت لطفلي أو رهنت له، فأما إذا قال: قبلت البيع أو الهبة فلا يمكن الاقتصار عليه بحال، ذكره الرَّافِعِي عنه في الهبة، ومنها قضية كلامه أنه لا ينعقد بالمعاطاة، بل لا بد من اللفظ من الجانبين وهو المشهور، واختار جماعة جوازه بالمعاطاة فيما تُعد المعاطاة فيه بيعًا، ومنهم المصنف، ولا يختصُّ الجواز بالمحقرات على الصحيح، بل كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعُدَّ بيعًا جاز بخلاف الحيوان والعقار.

قال الشيخ: والمعاطاة المختلف فيها أن يعطيه شيئًا ويأخذ منه شيئًا في مقابلته بلا لفظ أو يوجد اللفظ من أحدهما فقط، وإذا ظهرت القرينة وظهر الرضا منهما كفى، صَرَّح به الْمُتَوَلِّي وآخرون.

قلت: في «الذَّخائر»: إن صورة المعاطاة أن يتفقا على الثمن والمثمن، ثم يعطي المشتري من غير إيجاب وقبول، والعرف على ما ذكره المصنف، والظاهر أن الجميع معاطاة.

ومنها: قال المصنف: وأما إذا أخذ منه شيئًا ولم يتلفظا ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد، كما يفعله كثيرٌ من الناس، فهذا باطل بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع لفظي لا معاطاة، ولا يعد بيعًا فهو باطل فليعلم، وليحترز منه ولا يغتر بكثرة من يفعله ممن يأخذ الحوائج من البياع، من إذا ثَمَّ بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض، انتهى.

وهذا ما أفتى به الْبَغَوِي، ولم أرَ من صَرَّح به غيره، وذكر ابن الصلاح في فتاويه نحوه، والظاهر أنه قاله: تفقهًا، ومن كلامه أخذ المصنف.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا.

لكن الغزالي في «الإحياء» قال في عقد الشركة: وله معاملة القصاب والخبَّاز، ثم المحاسبة بعد مدة، ثم التوفير بحسب التراضي؛ فذلك ما يرى القصاب إباحته للحاجة، ويحتمل التسليم على إباحة التناول مع انتظار العوض، فيحل أكله، ويلزمه قيمته يوم الإتلاف، انتهى.

وأخذ الحاجات من البياعين يقع على ضربين:

أحدهما: أن يقول: أعطني بكذا لحمًا أو خبزًا أو عسلًا أو سمنًا مثلًا، وهذا النوع هو الغالب فيدفع إليه مطلوبه فيقضيه ويرضى به ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا محتمل وهو ما رأى الغزالي إباحته، ومنعها المصنف.

وقوله: (إنه لا يعد معاطاة ولا بيعًا) فيه نظر! بل يعده الناس بيعًا، فيقول الآخذ: اشتريت خبزًا ولحمًا، ويقول من رآه: اشترى فلان كذا، ويقول البياع: بعت زيدًا كذا وكذا إذ الغالب أن يكون قدر ثمن الحاجة معلوم لهما عند الأخذ والعطاء، وإن لم يتعرضا له لفظًا، ولا خفاء أن ما ذكره الشيخ هو القياس، ولكن الجواز فيه رفق والعرف جارٍ به، وهو عمدة الغزالي في إباحته.

ومنها: قال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: خلاف المعاطاة جاز في الرهن والإجارة والهبة والهدية والجواز في الهبة والهدية أظهر، قال: وأجراه الْمُتَوَلِّي في الأخذ بالشفعة، انتهى.

فالمذهب في الهدية الصحة.

ومنها: أشار المصنف إلى أن الإيجاب والقبول غير منحصر فيما مثل به.

قال ابن الرِّفْعَة: وضابط الإيجاب كل لفظ يدل على التمليك دلالة ظاهرة، والقبول كل لفظ يدل على التمليك دلالة ظاهرة، انتهى.

وكون هذا ضابط الصرائح فيه نظر.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَطُولَ الْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا**) والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول؛ لأن ذلك يخرجه عن أن يكون جوابًا للأول، وقيل: يلغي وقوع القبول في مجلس الإيجاب. وبه جزم الشيخ أبو علي في كتاب الزكاة من

……

«شرح التلخيص»، وزاد في «الروضة» على لفظ الكتاب ولا يتخللهما كلام أجنبي، زاد في «شرح المهذب»: ولو كلمة، ولكنه في طلاق الروضة ذكر أنه لا يضر بخلل الكلام اليسير على الظاهر، وينقطع الاستثناء على الصحيح؛ لأنه يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام الشخص الواحد، وقضية الفرق ألا يغتفر ذلك إذا تولى الأب أو الجد طرفي العقد، وفي «البيان» أنه لو فصل بينهما بزمن طويل أو نام أو حُجر عليه أو قام من المجلس ثم قبل لم يصح، وإن فصل بينهما بزمن قليل فوجهان المشهور أنه لا يصح، انتهى.

والمشهور خلافه عن الاستقصاء أن جواب البائع لقبول المشتري بعني لا يصح إلا إذا صلح أن يكون جوابًا للكلام في العادة، وقال: وفي جواب المشتري لقول البائع بعتك، وجهان: أحدهما هذا، والثاني ما لم يتطاول الفصل، انتهى.

ثم الفصل الطويل ما ذكرناه، وقال الدارمي: يرجع فيه إلى العرف، والظاهر أنه بمعنى الأول.

تنبيهات وفروع: منها: قول «الروضة»: يشترط ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول أجود من قول «المنهاج» بين لفظيهما؛ لدخول الخط، والإشارة من الأخرس، ولينظر في المعاطاة والبيع الضمير لهما لذلك.

ومنها: ما سبق في الحاضر، أما لو كانا غائبين، فقال: بعت داري من فلان بكذا، فلما بلغه الخبر قيل: صح كما سبق، ولو كاتبه بالبيع.

قال الإمام في كتاب «الطلاق»: ذكروا وجهين:

الأول: تمام الإيجاب بورود الكتاب، والثاني: أنه لا يشترط القبول في ذلك، ويحتمل بأجر أحد الشقين عن الآخر، قال: والوجه القطع باشتراط إيصال القبول بالاطلاع على الكتاب، وكلام الرَّافِعِي هنا مخالف لكلام الإمام في حكاية الوجه الثاني فراجعه.

ومنها: قال الرُّويَانِيّ، والماوردي: يشترط ألا يتغير الإيجاب قبل

....

القبول، فلو أوجب بثمن مؤجل أو على أن للمشتري الخيار، ثم أسقط الأجل أو الخيار قبل القبول وجعل الثمن حالاً فقبل المشتري، لم يصح؛ لأن الإيجاب إذا غُيِّر سقط مقتضاه.

ومنها: يشترط بقاء الموجب، والقابل أهلًا لذلك إلى تمام القبول، فلو جُنَّ أحدهما أو أُغمي عليه أو حُجر عليه بسفه قبل وجود السبق الآخر بطل.

وعن الدارمي: أنه لو أوجب له ثم مات ووارثه حاضر في المجلس فقبل صح. قال الماوردي: وهو خلاف الإجماع.

ومنها: لا بدَّ من لفظ يسمعه من بقربه، فلو قال: بعتك هذا بكذا، فقبل ولم يسمعه البائع، فإن كان بحيث يسمعه من بقربه صح، وإلا فلا كما لو حلف لا يكلم فلانًا قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى».

ومنها: يشترط التخيير لكن لو قال: بعتك إن شئت، فقال: اشتريت ونحوه والأصح الصحة، ولو قال: شئت لم ينعقد، جزم به الْمُتَوَلِّي في غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة في «كفايته»: إنَّ في «التتمة» في الكلام في نية الوضوء أنه ينعقد، وهو سهو، والذي قاله هناك: إنه لو قال بعتك إن شئت، كان إيجابًا صحيحًا، ولم يرد عليه نعم لا يبعد جعله كناية عن القبول.

واعلم أني رأيت بعد هذا في «أدب القضاء» لشريح الرُّويَانِيّ أن المزني حكى في «الجامع الكبير» عن الشَّافِعِي أنه إذا قال: هذا لك بألف إن شئت، فشاء كان هذا بيعًا، قال جدي: وهذا يدل على صحة قول بعض أصحابنا: إذا قال بعتك هذا بكذا إن شئت فقيل: إنه يكون بيعًا، انتهى⁽١⁾.

وظاهر النص أنه ينعقد أيضًا بقوله: شئت؛ لأنه قال فشاء كان بيعًا، وهذا النص بحروفه رأيته في «الإقرار» و«المواهب» من «الأم»، قال: لأن هذا بيع، ولو قال لعبده: أنت حر بألف درهم إن شئت، فقال: قد شئت فهو حر، وعليه ألف درهم، انتهى.

---

(١) انظر: كتاب «الأم» للشافعي (٦/ ٢٢٣).

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِيجَابِ، فَلَوْ قَالَ: بِعْتُك بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ فَقَالَ، قَبِلْت بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ لَمْ يَصِحَّ.

ولو قال: قبلت إن شئت، لم يصح، ولو قال مبتدئًا: اشتريته منك بألف، فقال: بعتك إن شئت، لم يصح قطعًا؛ لأن التعليق يقتضي وجود شيء بعده.

قال الإمام في «الإقرار»: فلو قال: الطالب مرة أخرى: اشتريت أو قبلت؛ فالذي يقتضيه القياس عندي أن البيع لا يصح، فإنه يبعد حمل المشبه على استدعاء القبول، وقد سبق، فيتعين حمله على المشيئة نفسها فيكون تعليقًا محضًا، هذا هو صواب نقل كلام الإمام، ووقع في «كفاية» ابن الرِّفْعَة محرَّفًا.

في قول الموكل: إن كنت قد أمرتك بالشراء بعشرين فقد بعتكه بها، ومما حكوه عن النص فلم أرى فيه خلافًا أنه لو ادعى أنه اشترى مني هذه الأمَة بألف فأنكر وحلف.

وقال القاضي: قلْ إنْ كنت اشتريتها بألف فقد بعتكها به ففعل أنه يصح، ولو قال: إن كان فقد بعتكه بكذا صح، ذكره الْعِمْرَانِي في كتاب «الوكالة» من زوائده.

ومنها: قال العبادي في «الزيادات»: إذا باع بعشرة على أن يحط منها درهمًا جاز؛ لأنه عبارة عن تسعة بخلاف ما لو شرط أن يهبه درهمًا لأنه عقد، وهذا إذا قلنا: الإبراء إسقاط، **قلت**: وعلى هذا التقدير مشكل، والله أعلم، ولو قبل وكيل الطالب، قال ابن الرِّفْعَة تفقهًا: إن قلنا: إن المِلك يقع للموكل ابتداءً صح، وفيه نظر!.

قال: (**وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَى وَفْقِ الْإِيجَابِ**) أي: في القدر والنقد وصفته والحلول في الأجل.

(**فَلَوْ قَالَ: بِعْتُك بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ فَقَالَ، قَبِلْت بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ لَمْ يَصِحَّ**) أي: للمخالفة، وكذا عكسه بطريق الأولى، ولو قال: بعتكه بألف فقبل نصفه بخمسمائة لم يصح قطعًا، وغلط من نقل عن رواية الإمام فيه وجهان: ولو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعتك مع هذين بألف.

وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ.

قال الرَّافِعِي في «الخُلَع»: والظاهر البطلان، وحكى الحناطي وغيره وجهين آخرين، أحدهما: صحة البيع في الجميع، والثاني: صحته في السؤال بيعه خاصة، ولو قال: بعتكه بألف فقال: قبلت نصفه بخمسمائة، قال الْمُتَوَلِّي: يصح، قال الرَّافِعِي: وفيه نظر؛ لأنه أوجب له بيعه فقبل حينه.

قال الشيخ في شرح «المهذب»: هو كما قال الرَّافِعِي، ولكن الظاهر الصحة.

قلت: إن كان الْمُتَوَلِّي يعدد الصفقة بما فصله في القول، فالوجه البطلان، وإلا فالصحة.

فرع: نقلًا عن «فتاوى» الْقَفَّال، ورأيته فيها: إنه لو قال: بعتك بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة، صح البيع واستغرباه، وقال: في شرح «المهذب»: الظاهر الفساد.

قلت: وبه جزم الْقَفَّالُ في موضع آخر من «الفتاوى» وجعله أصلًا لفرع، وبه جزم الماوردي وأبو سعيد الهروي هنا، والإمام، والقاضي حسين في كتاب «الخلع» وذكره الرَّافِعِي في الخلع ثم ذكره في «الوكالة» وهو المذهب، وإذا صححنا فبالألف فقط، ويلغوا قوله: (وخمسمائة) كما أشار إليه الإمام وغيره، والظاهر أنه نحا فيه وجه مما ذكرناه عن حكاية الحناطي أنه يصح بالجميع.

فرع: قال: بعني عبدك بألف، فقال: بعتك بخمسمائة لم يصح على الأصح.

ولو قال: بعتك هذه الدَّار بألف على أن لي نصفها صحَّ كما لو قال: إلا نصفها، وعن محمد بن الحسن: لا يصح، قال الهروي: وهو محتمل.

قال: (وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ بِالْعَقْدِ كَالنُّطْقِ) للضرورة، وكذا كتابته على الصحيح، وقيل: إن قدر على الكتابة لم تعتبر إشارته؛ لأنه أضبط وأصلح.

تنبيه: ولا حاجة إلى قوله: «بالعقد» لأن الفسخ كذلك، والدعاوى والأمارات وغيرها، بل قالوا: إشارته المفهومة لعبارة الناطق إلا في شهادته،

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ الرُّشْدُ.

فلا تصح ولا تبطل صلاته بإشارته على الأصح فيهما قاله المصنف، ولأجلهما زاد بالعقد على «المحرر»، وكان ينبغي أن يزيد ثالثة، وهي ما لو حلف على ترك الكلام كما صحح هناك، وقد ذكرت في إشارته بالنكاح في «الغُنْيَة» كلامًا؛ فراجعه.

ولا خفاء أن إشارته التي لا تفهم أصلًا كالعدم، وأما المفهومة لكل أحد فصريح، ولم يذكروا هنا أنه اختص بفهمها فطنون، هل تكون كناية أو صريحًا عند حضور من يفهمها أو لغوًا، وسنذكره إن شاء الله تعالى في الطلاق.

قال: (**وَشَرْطُ الْعَاقِدِ الرُّشْدُ**) فخرج الصبي، والمجنون، والمغمى عليه، ومن زال عقله، بسبب غير مُحرَّم، أما بالمحرم فيصح تصرفه على المذهب، وسيأتي إن شاء الله تعالى في صحة شرى الصبي المحقرات بإذن الولي كلام في باب الحجر.

تنبيهات: قال في «الدقائق»: قول «المنهاج»: شرط العاقد الرشد وعدم الإكراه بغير حق أصوب، يعتبر من قول «المحرر» في المتعاقدين التكليف؛ لأنه يرد عليه ثلاثة أشياء السكران، فإنه يصح بيعه على المذهب مع أنه غير مكلف، كما تقرر في كتب الأصول، والمحجور عليه بسفه والمكره بغير حق، فإنهما مكلفان ولا يصح بيعهما.

قلت: قوله: «السكران غير مكلف» تابع فيه بعض الأصوليين، والذي نقله الأصحاب في كتب المذهب، ومنهم شيخاه أبو حامد والقفال، ونصَّ عليه الشَّافِعِي في «الأم» أنه مكلف، وهو الحق كما أوضحته في أول الطلاق من «الغنية» فلا يرد على المحرر السكران، ولا الصورتان الأخريان أيضًا؛ لأن مدلول لفظه أن كل بيع لا بدَّ فيه من التكليف، أما العكس وهو أن كل مكلف يعتبر بيعه فلا، ويرد على طرد المنهاج، وعكسه صور:

منها: الأعمى، فلا يصح بيعه ولا معظم عقوده، وقد أنكر الشيخ على «المهذب» عدم الاحتراز عنه.

قُلْت: وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

ومنها: لو سفه بعد رشده ولم يعد الحجر عليه صحت عقوده على الأصح إلى أن يحجر عليه.

ومنها: لو عقد الذمة لنفسه، والتزم الجزية لزم، وليس لوليه منعه، كما جزما وغيرهما به في السير، والظاهر أن مفاداته يفسد بالمال لذلك، وقالوا: إنه لو صالح عن قود عليه شيء من ماله صح.

ومنها: لو حَقَّتْ حاجته إلى المطاعم، ونحوها دون الضرورة، وامتنع الوالي، وعسرت مراجعة الحاكم.

قال الإمام: ففي صحة شرائه تردد للعراقيين، قال: فإن انتهى الأمر إلى الضرورة، فالوجه القطع بتجويز تصرفاته على حسب الضرورة، وسيأتي في نكاحه نحو هذا.

ومنها: لو أجر نفسه بما لَهُ التبرع به من منافع يديه صحَّ، قاله الماوردي.

ومنها: لو أذن له الولي في شراء معين، وقدر المثمن صح عند الماوردي قطعًا، وهو الأوجَه، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: لو أذن لعبده السفيه في التجارة صحت تصرفاته، وقيد في «التنبيه» ذلك بالرشد، وتبعه الجرجاني في «التحرير»، ولم أره لغيرهما، وهو بعيد في شرائه نفسه وكتابته، وصرحوا هناك بصحة مكاتبة غير الرشيد، وفي صحة توكيل السفيه في العقود كلام يأتي في «الوكالة» إن شاء الله تعالى، وأما إيراده المكره بغير حق؛ فسيأتي ما فيه(١).

قال: (قُلْت: وَعَدَمُ الْإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ) لقوله تعالى: ﴿عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو قال: بع عبدي مثلًا، وإلا قتلتك، فباعه صحَّ، قاله: القاضي حسين في كتاب «الطلاق» مع نظيرها من أجنبي لم يصح على الأصح، وزيادة وصححنا هناك وقوع الطلاق، ولو أكره الوكيل بالبيع عليه أجنبي لم يصح على الأصح، ذكره الرُّويَانِيّ، وهو قضية

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٨/ ٣٩).

……

كلام المصنف [ورأيت في تعليق الْبَغَوِي قبيل كتاب الجمعة: ولو أن الأسير اشترى شيئًا من الكفار بأضعاف ثمنه، فإن كان طائعًا لزمه إذًا جميعه، وإن كان مكرهًا؛ ففيه ثلاثة أوجه - يعني: ثلاثة طرق؛ أحدها: لا يصح العقد كما لو أكرهه مسلم على الشرى، وقيل: هو كبيع مال الغير بغير إذنه.

وفي «الجديد» لا يجوز [على الأظهر] ويرد العين [إلى مالكها] في القديم بعيبه.

الحربي إن دخل دار الإسلام [بأمان] هو بالخيار إن شاء ردَّ، وإن شاء أجر وأعطى الثمن، وقيل: يصح قولًا واحدًا، وعليه كل الثمن؛ لأن هذا معاملة مع الكفار [غير] معاملة [المسلمين..] كالبغوي، وإلا [فهو] عندي هو الأولى كما لو حلفوه، لا ينعقد إلا بالإكراه، وقد قيل: إنه يكون هو [الأولى] قولًا واحدًا، انتهى.

وفي «الكافي»: [أنه] إذا اشترى من الكفار [وعلم] ثمنه صحَّ، وعليه بعت [بكذا صح] الثمن من دار الكفار، وإن أكره على الثمن لم يصح الشراء، وعليه قال: (**وأمرهم بذلك إكراه على الأصح**) انتهى][(١)].

فائدتان: الأولى: قال الشارح هنا: لا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة، فتبطل به على الأصح، ولا لفعله إلا في الرضاع، والحدث، والتحول عن القبلة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل في الأصح، انتهى.

ويرد على الأول ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع عبده أو عتقه ونحوهما كما سبق، وعجب حضرة الثاني مع أنه من نُبلاء العصر؛ فإنه يرد عليه صور كثيرة.

ومنها: ما لو أكرهه على إتلاف مال الغير أو أكله وتسليم الوديعة ضمن الجميع، وفي الوديعة وجه.

---

(١) ما بين المعقوفتين استدراك من هامش الأصل، وبعضه غير واضح.

....

ومنها: لو أكره مجوسي مسلمًا على ذبح شاة أو محرم حلالًا على ذبح صيد، فذبحه حِل، وكذا لو أكرهه على رمي صيد ففعل فلم أرَ فيه خلافًا، وذكر الرَّافِعِي تفقهًا أنه لو أكره مسلم مسلمًا على الذبح إن اعتبرنا فعله، وعلقنا به القصاص، حلَّت الذَّبيحة، وكذا إن جعلناه آلة أيضًا.

ومنها: لو حضر المحرم عرفة مكرهًا صحَّ وقوفه، ولو أكره المتصارفان على التفرق بطل العقد قاله: الصيمري، ولو أكره على غسل ميت لم يتوجه عليه فغسَّله صح أشار إليه في العمد في كتاب «السرقة»، ولو أكره على وطء أمته فأحبلها، صارت أم ولد له، وفي مطاوي كلام الأئمة جُملٍ من هذه الثانية.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وشرط العاقد أن يكون بالغًا عاقلًا مختارًا بصيرًا غير محجور عليه مسلمًا إن كان المبيع عبدًا أي: مسلما أو مرتدًا على الأصح، أو مصحفًا أي: وما ألحق به وعصمته إن كان المبيع سلاحًا، أي: [دابة] أو خيلًا، وأنكر على «المهذب» في كونه لم يذكر البصير ولا الرشيد، ولا يخفى على الفطن ما يستثنى مما ذكره، وتقييد ما أطلقه.

فروع: يصحُّ بيع التَّلجئة⁽¹⁾ ويسمى بيع الأمانة، وهو أن يخاف من ظالم أو غيره على ماله فيقول لصاحبه: أبيعكه على أن ترده إليَّ إذا أمنته حتى أقول: إني قد بعته، وإذا بعتك لا ينعقد البيع، ثم يبيعه إياه بعد ذلك، ويصح الهازل في المصادر على الأصح في الثلاث، وعن أبي منصور بن الصباغ عن عمِّه أبي نصر صاحب «الشامل» أنه إن كان للمصادر غير المبيع صح البيع، وإلا فوجهان، والله أعلم.

وبصحة بيعه أجاب الغزالي في «الفتاوى» قال: فإن اعترف المشتري بأنه لم يكن له طريق سوى البيع لم يصح البيع.

---

(١) هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة الرجعة كالمدفوع إليه، وصورته أن يقول الرجل لغيره: أبيع داري منك بكذا في الظاهر، ولا يكون بيعًا في الحقيقة، ويشهد على ذلك، وهو نوع من الهزل. [التعريفات للجرجاني (٦٩/١)].

وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ.. ٱلْمُسْلِمُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وأطلق الإمام الزاهد القاضي أبو بكر الشَّاشِي- ﷺ تعالى- القول بعدم الصحة، قال: لأنه قد يخاف أن لو وزن من غير المبيع أن يطالب بمال آخر، قال: ولهذا قال أصحابنا أنه لو باع موكلًا به أو معتديًا، كان القول قوله بيمينه أنه كان مكرهًا لظاهر حاله، انتهى.

قال: (وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ الْمُصْحَفَ وَالْمُسْلِمَ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وظاهر حال هذا أنه إنما باع كرهًا للمصادرة لا عن طيب نفس منه ورضا؛ فهو مكره في المعنى.

لما فيه من العار وتعريض المصحف للامتهان والعبد للإذلال والافتراش كما لا يصح نكاحه المسلمة، والثاني يصح كالإرث وصححه الشيخ أبو حامد وغيره ونقلوه عن نصه في عامة كتبه، وجمهور العلماء والمنصوص في الإملاء المنع، وصححه الأكثرون.

تنبيهات: البيع حرامٌ بلا خلاف قاله: الشيخ، وإنما الخلاف في الصحة، والمذهب القطع، وما يلحق به البطلان، وطريقة القولين فيهما ضعيفة، ولكنه تبع «المحرر» ويجوز قصر قوله: في الأظهر على مسألة العبد فقط، وكتب الحديث، وآثار الصالحين كالمصحف على الأصح المنصوص خلافًا للماوردي؛ فإنهما نقلا عنه أنه يصح بيع كتب الحديث منه، وفي إزالة ملكه وجهان، ولكنه في أحكام المهادنين، قال: إنهما قويان أحدهما ما فيه سيرته، ووصفه عليه الصلاة والسلام فبيعها لهم جائز، والثاني ما فيه أوامره ونواهيه وأحكامه، ففي بيعها منهم وجهان.

ونقل الإمام في باب «الهدية» أن الأصحاب ألحقوا كتب الحديث في المنع بالمصحف، فإن العراقيين طردوا القولين في صحة بيع كتب الحديث وحكايات الصالحين، قال: ولست أرى لرد البيع في حكايات الصالحين وجهًا، انتهى.

ووجه المنع أنه يؤدي إلى الهزء والسخرية بأولياء الله تعالى وصفوته،

إِلَّا أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ.

وجعل الْعِمْرَانِي وغيره كتب الفقه ككتب الحديث في المنع، وعن أبي حامد وغيره الجواز فيما خلا منها عن الآثار، والأحسن إطلاق المنع تعظيمًا للعلم الشرعي.. وقال الْبَغَوِي: كتب التفسير كالقرآن، والأولى صيانة كتب الفقه عنهم؛ فإن بيعه منهم جاز.

قلت: ولم يفرقوا في بيع المصحف وغيره بين من يرجى إسلامه وغيره، وقد فرقوا في تعليم القرآن بينهما، والقولان جاريان في الهبة، والوصية، وأجراهما الشيخ وغيره في السَّلَم، وزَيف الماوردي ذلك، وجعل المذهب القطع بصحة السَّلَم، والقرض كالبيع، ويجب الجزم بأنه لا يصح وقف المسلم على الكافر لِلْخِدْمَةِ. وفي هدنة «الحاوي»، فإن أسلم قبل قبولها ملكه، وإلا فلا لأن وقف الوصية جائز، وهذا أحسنه، وبه قضية كلام المصنف وغيره صحة شراء الكافر مطلقًا لكنه صحح أنه لا يصح شراؤه المرتد لبقاء علقة الإسلام والاحتياط ألا يبتاع الطفل النصراني من اليهودي، ولا بالعكس، وألا يُبتاع المجوسي ونحوه ممن لا دين له منهما فيهودانه وينصرانه لا محالة.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ**) وقيل: يصح قطعًا، وصححها في شرح «المهذب»، وجعل الطريقة المذكورة في الكتاب على القولين لا على وجهين، ووجه الصحة فيمن يعتق عليه، وهو الأصل أو الفرع عدم الإذلال، ووجه المنع النظر إلى الملك، وأجرى الخلاف في كل شراء يستتبع عتقًا كأعتق عبدك عني، وجعل الْعِمْرَانِي هذا دليلًا لصورة الكتاب، وهو الجواب في «الشامل» وغيره، وكذا شراؤه من أقرَّ بحريته، والأولى أولى بالصحة؛ لأن الملك فيها ضمني، والثانية أولى بالمنع؛ لأن العتق في الظاهر فقط، ويجوز تحميل لفظ الكتاب الصور [المرقومة][1]. ولو اشترى شُرط العتق على قول المنع في أصل المسألة، وقيل على هذا الخلاف.

فرع: يجوز استئجار المسلم على عمل في الذمة، وكذا عينه على الأصح

---

(١) كلمة غير واضحة بالأصل.

وَلَا الْحَرْبِيِّ سِلَاحًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

المنصوص حرًّا كان أو عبدًا، وصحح الجرجاني، والروياني.

وقال الماوردي: الصحيح أنه إن كان في ثلاثة صحَّ، أو في يد المستأجر عن أمره كالاستخدام فلا، وذكر في «الهدنة»: أن الأصحاب خرجوا إجارة العبد منه على القولين في بيعه ثم فصَّل ما ذكرناه، وحيث صححنا إجارة العين أمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره مسلمًا على الأصح، وبه جزم جماعة، وإذا أمرناه فامتنع! قال الماوردي: تفسخ الإجارة، والقياس أن الحاكم يؤجره عليه.

فرع: قال في «اللباب»: لا يدخل [عبدٌ](١) مسلم في ملك كافر ابتداء إلا في ست مسائل،(٢) قال في «الروضة»: وترك سابعة(٣).

قلت: بل ترك أكثر من عشرين مسألة ذكرت طرفًا منها في «الغنية» وباقيها في مسودة «التوسط»(٤).

قال: (وَلَا الْحَرْبِيِّ سِلَاحًا، وَالله أَعْلَمُ) لأنه مستعد لقتالنا فيكون ممنوع التسليم شرعًا، وقيل: يصح، وأجمعوا أنه حرام؛ فإن صححنا أمرناه بالإزالة كالعبد، ولا يصح بيع الخيل منهم.

قال الشَّافِعِي في [سير الأوزاعي] (٥) من «الأم»: وأما الكراع والسلاح، فلم أرَ أحدًا رخَّص في بيعهما، ولا يجيز أن نبيعهما.(٦)(٧)

---

(١) الزيادة من كتاب اللباب للمحاملي (ص٨٤).

(٢) قال المحاملي: إحداها: بالإرث، الثانية: يسترجعه بإفلاس المشتري، الثالثة: يرجع في هبته لولده، الرابعة: إذا رد عليه بعيب، الخامسة: إذا قال لمسلم أعتق عبدك عني فأعتقه وصححناه، السادسة: إذا كاتب عبده الكافر الراوي العبد، ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه، وهذه السادسة فيها تساهل، فإن المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز. انظر: اللباب (ص٨٤).

(٣) هي إذا اشترى من يعتق عليه، انظر: الروضة (٣/٣٤٨).

(٤) يشير المصنف إلى كتابه «التوسط والفتح بين الروضة والشرح».

(٥) الذي في الأصل [سنن الواقدي] والمثبت هو الصواب كما في كتاب «الأم» (٧/٣٠٣).

(٦) انظر النص في كتاب الأم للشافعي (٧/٣١٧).

(٧) في هامش الأصل: ونص على المنع فيهما في كتاب السيوطي هناك أيضًا، قلت: في كتابه مختصر التوسط والفتح للمصنف: «تحصين الخادم».

وقال الصيمري في شرح «الكفاية»: ولو باع سلاحًا أو خيلًا على أهل الحرب نقضنا البيع، وما أحسن قول بعض الأصحاب، ولا يجوز أن يبتاع منهم كل ما يستعينون به على قتالنا، وعبارة «حلية» الرُّويَانِيِّ: ولو باع السلاح في دار الإسلام لم يجز في قول الاختيار وبه قال القاضي الطبري، وغيره.

وقوله: «في دار الإسلام» يجوز أن يكون قيد الخلاف في الصحة؛ إذ التحريم [الكتابة] ببلد العقد والبيع بغيره يبطل البيع قاله: الماوردي، ورواه عن بعضهم وفيه [. . . . . .](١) عن هذا، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنا إذا صححنا بيع خيار الرؤية، فهل يجتمع أن يشترطه في نفس العقد أم لا على وجهين: أحدهما نعم، كخيار الثلاث، وأما لو كان الثمن غائبًا هل يجوز وجهان، أحدهما: أنه لا؛ لأنه يكون بيع غائب، انتهى.

الخامس: لو رأى بعض المبيع غائبًا وبعضه في الصندوق، فكالغائب، وقيل: باطل قطعًا وهو قضية ما نسبه الماوردي إلى الجمهور، ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما؛ فإن أبطلنا بيع الغائب، ففي المرئي ولا تفريق الصفقة، وإلا ففي الصحة فيهما قولًا، الجمع بين مختلفي الحجم، فإن صححنا فله ردّه ما لم يره دون ما رآه، وللمسألة تفاريع طويلة.

السادس: قال الإمام: لو كان ما ظن الصُّبرة(٢) يخالف ظاهرها فحفظي عن الإمام يعني والده أن ذلك بيع غائب، وفيه احتمال عندي.

قلت: إن لم يصفه ففيه ما سبق، وإن وصفه فبيع غائب.

قال الإمام: ولو قال: بعتك صاعًا من داخل الصُّبرة فبيع غائب.

السابع: في «فتاوى» الْبَغَوِي أنه لو رأى ظاهر الصُّبرة، ثم رفع المالك ما ظهر منها ثم باعه الباقي من غير رؤية، فهو بيع غائب، وقال: وكذا لو رأى الجَوز صحاحًا ثم كسَّره مالكه وباع اللُّب، فبيع غائب.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض قدر كلمة بالأصل.

(٢) الصُّبْرةُ: ما جُمعَ من الطعَام بلا كَيلٍ ووَزْنٍ، بعضُه فَوْقَ بعض. « لسان العرب» مادة: (صبر).

....

الثامن: قال الدارمي: إذا باعه عرصة لحمة، وفيها ما لم يجز وإن باعها، والقصد القصب والنبت كانت الأرض بيعًا.

قلت: وهذا إن صح اطرد في مسائل كثيرة.

التاسع: إذا منعنا بيع الغائب وشراءه لم يصحا من الأعمى، وكذا إن جوزنا في الأصح، إذ لا سبيل إلى الرؤية فعلى المذهب يستثنى صور منها:

إن كتب على نفسه، وكذا عبده في الأصح وله شراء نفسه وإيجارها وشراء شيء رآه، وقيل: العمى وكان مما لا يتغير، وكذا بيعه وإجارته إذا لم يكن نسي أوصافه كما قيده في البحر في كتاب الغصب، ويصح شراؤه الموصوف في الذمة لسلمه، وينقدح صحة شرائه ما حوى الشيء واشترى الضمني، وهو أن يكون العِوض في الذمة، فإن كان معيبًا فهو كغيره في شراء الأعيان العامة، ورأيت في لطيف ابن خيران في كتاب الشراء ما لا يزن من الذهب والفضة، ويجوز شراء ذلك إذا كانت غير معروفة كما يقول الرجل للصيرفي كيف الدراهم والصرف بالدنانير الإبريزي إن كان كل واحدٍ منهما غير مشاهد، هذا لفظه ولعله أراد المصارفة في الذمة على نقد معروف لا بيع الأعيان.

قال: وتكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتعين غالبًا إلى وقت العقد، أي: وإن منعنا بيع الغائب خلافًا للأنماطي لحصول المقصود والغالب بقاؤه على ما شاهده عليه.

وروى البيهقي مذهب الأنماطي عن رواية عبد العزيز بن مقلاص، فعلى المذهب إن وجده كما رآه فلا خيار أو متغيرًا فالمذهب أن العقد صحيح، ويبنت الخيار كخيار الحلف، وفي «الوسيط»: وجه أنه يتبين بطلان البيع.

قال الماوردي: وصورة المسألة أن يكون ذاكرًا للأوصاف حال العقد، وإلا فهو بيع غائب، واستغربه الشيخ، وقال: لم يتعرض له الجمهور(١).

قلت: وهو ظاهر لا شكَّ فيه، وكلامهم محمول عليه بل مشيرٌ إليه، وممن

---

(١) انظر: كتاب المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٨١).

……

صرح به الرُّويَانِيّ في كتاب الغصب من «البحر» فقال: إن لم يمضِ مدة يجوز تغيره فيها صحَّ البيع بلا خلاف، وكذا إن جاز بغيره على الصحيح وإن طالت المدة ونسيا أوصافه فقد بطل حكم الرؤية ووجهه ظاهر، فإن نسيان الصفات تجعل ما سبق كالعدم إذ المعنى معقول وليس محل تعبد؛ إلا أنه لو رأى سخلة فصارت شاة أو صبيًّا فصار رجلًا، وما أشبه هذا ثم اشتراه بتلك الرؤية ففيه قول بيع الغائب كما قاله القَفَّالُ وغيره، ولم أرَ فيه خلافًا، وما نحن فيه أولى بالمنع، قال دون ما يتعين غالبًا أي: كالبقول ونحوها لعدم إعادة الرؤية السابقة والغرض كذا جزما به، وقيل: يصح، وصححه الشيخ أبو علي في شرح «التلخيص».

قال الإمام: [وليس المراد بتغيره حدوث عيب](١) وإن كان مما لا يتغير غالبًا، ولكن مضت مدة يحتمل فيها التغير وعدمه، وكان المبيع حيوانًا فالأصح، وقيل: الأظهر الصحة، ثم إن وجده متغيرًا، فله الخيار، وإلا فلا، وحيث اكتفينا بالرؤية السابقة، فادعى تغيره صدق بيمينه على الأصح المنصوص، وقيل: المصدّق البائع عملًا بالأصل، وصححه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، ونقله في «المطلب» عن الغزالي، وأنكره عليه، ونقل الأول عن الجمهور.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: لو رأى أرضًا وآجرًا وطينًا، فبنى بها حمامًا فاشتراه،

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من هامش الأصل. وقال الإمام: وليس المراد بتغيره حدوث عيب، فإن خيار الغيب لا يختص بهذه الصورة بل الرؤية بمنزلة الشرط الكائنة ثم الرؤية، فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف في الشرط، وأما إذا كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالبًا بأن رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ثم اشتراه بعد مدة صالحة، فالبيع باطل، وإن مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها، ويحتمل ألا يتغير أو كان حيوانًا فالأصح الصحة؛ فإن وجده متغيرًا فله الخيار، وإذا اختلفا فقال المشتري: تغير، وقال البائع: هو بحاله؛ فالأصح المنصوص أن القول قول المشتري مع يمينه لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب، والثاني القول قول البائع، الثاني: استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر في السلم هل يقوم مقام الرؤية، وكذا سماع وصفه بطرق التواتر وجهان أصحهما لا، وبه قطع العراقيون، الثالث: لو رأى بعض الشيء دون بعض فإن كان مما يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع قطعًا، وذلك مثل رؤية ظاهر صبرة الحنطة ونحوها، ثم لا خيار إذا رأى باطنها إلا إذا خالف ظاهرها، انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، وحاشية البجيرمي (٢/ ١٨٦).

وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا، ....

وقيل: كبيع الغائب ولو فرق صنفان صبرة متماثلة وباع صاعًا منها خلافًا للقاضي أبي الطيب.

فرع: قال في «الكافي»: لو قال بعتك ألف رطل عنب من هذا الكرم أو عشرة إصبع من رطب هذا النخل لم يصح؛ لأن المبيع غير معلوم لا بالعين ولا بالجزية.

فرع: لا يصح بيع المسك، قال في «اللطيف»: لا يجوز شراء السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوه عددًا إلا بعد الإفراز، إما أن تقول: بكم درهم هذا فلا يجوز، وكلام «البسيط» في «كتاب السلم» يفهم الجواز في الجوز واللوز؛ بل مصرح به، والظاهر المثبت من «النهاية».

فرع: لا يصح بيع المسك المختلط بغيره كما لا يصح بيع اللبن والخل ونحوهما المخلوط بالماء هكذا قالوه.

قال في «شرح المهذب»: يرد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب فإن كان معجونًا بغيره [كالغالية]⁽¹⁾ والنّد جاز بيعه دون السلم فيه.

قال: واتفق أصحابنا على أنه يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته وكذا تراب السلفة سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرها.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا**) لعدم الغرر وتترك على الإشاعة على المذهب فإذا تلف بعضها تلف من المبيع بقدره، وقيل: على الإبهام فيتبقى المبيع ما بقي صاع، ولو باع ذراعًا من ثوب أو أرض معلومة الذراعان لهما.

قال الإمام: يصح على الأول دون الثاني والمشهور القطع بالصحة فيهما على الإشاعة حذرًا من إفساد العقد، ولو قال البائع: أردت ذراعًا معينًا فيفسد.

وقال المشتري: أردت ذراعًا فيصح، فمن نصدّق؟ احتمالان للإمام.

---

(١) انظر: أسنى المطالب (٧/ ٤٦٧).

وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال المصنف: أرجحهما البائع؛ لأنه أعرف بنيته(١).

قال: (**وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص لتساوي أجزائها فيغتفر حالة البيع هنا، فعلى هذا يتعين عدم الإيهام لامتناع الإشاعة [ويكره] التعيين من أعلاها أو أسفلها، والثاني: اختاره الْقَفَّالُ المنع كذراع من أرض مجهولة الذراعات، وبيع الصبرة المجهولة إلا صاعًا أو صاع منها إذا فرقت.

وأجيب عن الأول: بأن الأرض تتفاوت، وعن الثاني: بأن المبيع في مسألتنا معلوم، وفي الصبرة إلا صاعًا مجهولًا؛ لأن مع تقدير الإخراج لا تبقى الثقة المنسوبة إلى المشاهدة واليمين.

وقال بعضهم: في صاع من صبرة إذا تلفت إلا صاعًا أنزل عليه، فيقل الغرر، وفي الصبرة إلا صاعًا لو تلفت إلا صاعًا أبطل العقد فكثر الغرر، وعن الثالث: أن الصيعان المتفرقة لو كيلت ثانيًا ربما تتفاوت.

فرع: لو باع صاعًا من المجهولة ونصف باقيها لم يصح وفيه احتمال، ولو باع نصفها وصاعًا من النصف الآخر صح خلافًا للقاضي الحسين، ولو قال: بعتك من باطن هذه الصبرة، فكبيع الغائب، قاله الإمام، وشبهه بالأنموذج إذا لم يدخله في البيع.

فرع: باع أرضًا محفوفة بملكه إن قال بحقوقها دخل الممر، وله المرور من كل جانب كما كان للبائع، وإن نفاه بطل البيع.

وقيل: يصح، وقيل: إن أمكن تحصيل ممر صح، وإن أطلق فالأصح الصحة، ويدخل الممر إن كان شرط الممر من جانب ولم يعينه بطل البيع، ويكون أيضًا الممر إبهام المبيع، وإن عينه صح، وإن كانت ملاصقة لشارع أو لملك المشتري فلا ممر له؛ بل يدخل من ملكه أو الشارع، وإن باع دارًا واستثنى لنفسه بيتًا فله المرور، وإن نفاه وأمكن اتخاذه صح وإلا فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: أصحهما بطلان البيع، وبه قطع بعضهم كبيع

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٢٦٢).

ولم يره، فيحتمل أن يصحَّ، ويحتمل المنع، وهو أصح.

قلت: بل الصواب، قال: وعلى هذا لو رأى رطبًا ثم اشتراه تمرًا، لم يصح. قال: وتكفي رؤية بعض المبيع إن دلَّ على باقيه كظاهر الصبرة أي: على المشهور، وفي قول شاذٌ أو وجهٍ أنه لا بدَّ من تقليبها، والمذهب الأول؛ لأن الظاهر أنها لا تختلف، فإن اختلفت ثبت الخيار، ومثال هذا: الحِنطة والشعير وسائر الحبوب والأدقة والجوز واللوز والفستق والبندق والتين اليابس والزبيب ونحوها لا في صبرة السفرجل والرُّمان والبطيخ، بل اشترط رؤية كل واحدة منها، والظاهر أن الجوز الهندي كذلك.

وقال المصنف وغيره: ولا يكفي رؤية أعلى سلة العنب والتين والخوخ ونحوها لاختلافه، وفيه إشكال إذ المأخذ العرف، وهو مطرد به، والإجماع الفعلي عليه؛ فينبغي أن يكفي، فإن ظهر اختلاف أو عيب ترتب عليه حكمه كصبرة اليابس، ثم رأيت الإمام، وعليه جري، قال: لو اشترى قرطلة[1] فاكهة، يعني: سلة ونحوها، وظهر فيها حشو جَهِلَه بخبر، وعليه جرى الغزالي في «البسيط»، ولو كانت الحنطة ونحوها في وعاء فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن أو الخل أو العسل وسائر المائعات في ظروفها كفى، ولو كانت الحنطة ونحوها في بيت مملوء بها، فرأى جنسها من الكوة[2] كفى إن عرف سعة البيت وعمقه وإلا فلا، وكذلك الجمد في المجمدة والثلج في المثلجة، وهذا في شرى الكل جزافًا وما سبق في التمر هو فيما لا يلتصق حبَّاته، فإن التصقت كالقَوصرة التي نسميها العَجوة كفى رؤية أعلاها على الصحيح[3].

وقال الشَّاشِي: فيه طريقان أظهرهما القطع بالصحة وقيل: على قولي بيع الغائب وفي القطن في الجوالق خلاف، والأشبه عند الصيمري أنّه كقوصرة التمر وهو الصحيح، وفي فتاوى البَغَوِي أنّه لو رأى أحد جانبي البطيخة، قال:

---

(١) القِرْطَلَّة: برذعة الحِمار. تاج العروس (١١/ ٥٥٥).

(٢) الكَوَّةُ: الخَرْقُ في الحائِط. «لسان العرب» مادة: (كوى).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠)، المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٨٢).

فقد جعلوه كبيع الغائب، وإن كان الغالب أنها لا تتفاوت كالثوب الصفيق يُرى أحد وجهيه، انتهى.

ونحا مثله في السفرجلة والرمّانة ونحوهما فيما يظهر؛ لأنّه قد يكون العيب والنقص مما يلي الأرض، وقد يُسْتَبْعَدُ.

قال: وأنموذج المتماثل وهو ما يسميه العامة عين الشيء، وصورتها أن يقول: بعتك الحنطة التي في هذا البيت، وهذا أنموذجها، فإن أدخله في البيع صحَّ في الأصح كما لو رأى ظاهر الصُّبرة، وإلا فلا في الأصح كذا في «الروضة» وأصلها. قال من شرح الكتاب: وشرط الصحة عند إدخال الأنموذج في البيع أن يرده إلى الصُّبرة قبل البيع، فأما إذا أدخله في البيع من غير ردٍّ، فإنه يكون كمن باع عبدين رأى أحدهما؛ لأن المرئي متميز من غير المرئي، قاله الْبَغَوِي في فتاويه.

قلت: ولفظ الفتاوى: إذا أخرج كفًّا من جوالق، وباعه ما في الجوالق جَوَّزه الشيخ الْقَفَّالُ، وهو قول أبي حنيفة، ولم يجوزه أصحابنا؛ لأن المبيع غير المرئي، ولو باع الكفَّ مع ما في الجوالق لا يخلو إما أن يردَّ إليه ثم باعه، أو لم يرد، فإن ردَّ إليه وباعهما؛ فهو كما لو باع عبدين رأى أحدهما دون الآخر.

قال: وكذلك صبرة من حنطة جعلها صبرتين، ثم رأى إحداهما ثم باعهما؛ فتكون كمن باع عبدين رأى أحدهما دون الآخر، ولا تجعل كصبرة واحدة رأى ظاهرها؛ لأن المرئي متميز عن غير المرئي كالجوز يرى قشره يجوز أو يكون مما يستدل برؤية بعضه على رؤية كله لكونها غير مختلفة في الغالب كالصبرة من الحنطة، فإذا تميز لا يجوز كما إذا كان شيئًا لا يستدل برؤية بعضه على رؤية كله كصبرة البطيخ، فالتمييز مشاهدة فيما لا تختلف صفاته، منزَّل منزلة الصفات، ولو جعل الصبرة صبرتين ثم أراه إحداهما ثم خلطهما؛ فهو كما لو رأى بعض المبيع، انتهى.

إشارة: مراد المصنف بالمتماثل المتساوي الأجزاء كالحبوب ونحوها إلا

المثلى كما توهمه ابن الرِّفْعَة وإلا وردَّ عليه البطيخ والسفرجل والرمان والبيض والقشرة السفلى للجوز واللوز؛ لأن صلاحه في إبقائه فيه.

تنبيهات: كان الأحسن أن يقول: خلقة أو يأتي في حكمه، فإن الرُّويَانِيّ والمصنف وغيرهما جوَّزوا بيع العلك المحشو والخشكنان⁽¹⁾ ونحوهما؛ لأنه من مصلحة حشوه كقشر الرمان، وفي معنى ذلك الفقاع⁽²⁾ فإن الكوز صوان مصلحي لا خلقي، وقد نقل الإجماع على صحة بيع الجبة المحشوة بالقطن ونحوها، وهل تلحق اللُّحف والفُرش بها، فيه وقفة، وتكفي رؤية السمك في الماء الصافي، وكذا الأرض يعلوها ماء صافٍ؛ لأنه من صلاحهما، قيل: كذا علل الرَّافِعِي، وقضيته أن الماء الكدر يمنع صحة بيع الأرض لكنه في الإجارة نصَّ على أنه لا يمنع؛ لأنه من مصالحها، فيلزمه مثله هنا؛ لأن الرؤية شرط فيهما، قيل: وفيها احترز بقوله: «خلقة» عن جلد الكتاب ونحوه، فإنه لا يكفي رؤيته، بل لا بدَّ من تقليب كل ورقة، وعن رؤية المبيع من وراء قارورة، ونحو ذلك، وقد اقتضى كلامه هنا أنه لا يصح بيع اللوز في قشريه، وهو كذلك، وإذا انعقدت السفلى، أما قبله فيصح فيهما؛ لأنه مأكول كله كالخيار، وقيل: فيه في هذه الحالة وجهان، واحترز بالسفلى عن العليا، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانه والتفصيل فيه، وفي الباقلاء واللوبياء.

وقد يدخل في قوله: «خلقة» فأرة المسك قبل فتحها كما جوَّزه ابن سُرَيْج وغيره؛ لأنها صوان خلقي كقشر الجوز، وخالفهم الجمهور، والفرقان المسك نفيس، والتفاوت في مقداره عرك لا يحتمل عرفًا، وأيضًا **قلت:** الجوز لا يمكن رده إلى صوانه بخلاف الفأرة.

قال: وتعتبر رؤية كل شيء على ما يليق به أي: عرفًا، قال في «الروضة»: ففي الدار رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلًا وخارجًا

---

(١) هو اسم لقطعة عجين يوضع فيها شيء من السكر واللوز والجوز والفستق وفطيرة رقيقة. انظر: حاشية البجيرمي (٢/١٨٦).

(٢) الفُقَّاعُ كرُمَّانٍ: شَرابٌ يُتَّخَذُ من الشَّعير، انظر: «تاج العروس» (فقع).

....

والمستحم والبالوعة(١).

وعبارة الرَّافِعِي بعد قوله: «داخلًا وخارجًا وفي الحمام رؤية المستحم والبالوعة، وهي الصواب، فقال في «الروضة» في الإجارة: في الحمام يعرف البيوت وبئر مائه وقِدرته، ومبسط القماش، والأتون، وهو موضع الوقود، وما يجمع الأتون من السِّرقين(٢) ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزِّبل، والوقود، ومطرح الرماد، والمستنقع الذي يجمع الماء الخارج منه، انتهى(٣).

وعبارة الرَّافِعِي: ومبسط القماش الذي يجمع الأتون من السِّرقين ونحوه، ومراده منشر الزِّبل ونحوه، لا موضع الثياب، وأصل الالتباس أن في نسخ: «ومبسط القماش» والذي وهذه الواو زائدة من ناقل، والصواب حذفها، ومبسط الثياب داخل في رؤية البيوت، وفي عبارة «الروضة» إيهام ودخول ما يكون من زبل ونحوه في الأتون في الإجارة، وليس بجيدٍ ولا مرادٍ، وأحسن صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» حيث قال: ومبسط القماش: هو الموضع الذي يجمع الأتون فيه من السرقين ونحوه إليه للإيقاد.

وقال الجوهري: القَمْشُ جمع الشيء من هنا ومن هنا، وذلك الشيءُ قُمَاشٌ(٤). وقد أوضحت ما في ذلك في مسودات «التوسط» كمَّله الله تعالى.

ورأيت في «فتاوي القَفَّال»: أنه لو اشترى سقف بيت من خشب أو غيره، ونظر إليه من تحته كما جرت العادة كان جائزًا، ثم إن اشتراه لنقله نقله، وإن اشتراه مطلقًا كان جائزًا، وله إقراره على ذلك الموضع، انتهى.

وظاهر كلامه أنه تكفي رؤية باطن السقف، ثم رأيتُه صرَّح بأنه إذا اشترى دارًا، فلم ير سطحها لا يجوز عند من لم يجوِّز بيع الغائب وشراءه، انتهى.

---

(١) انظر: الروضة (٣/ ٣٧١).

(٢) السِّرْقِين والسِّرقين: ما تُدْمَلُ به الأرضُ، ويقال: سِرْجين، انظر: لسان العرب (سرقن).

(٣) انظر: الروضة (٥/ ١٩٥).

(٤) عبارة الجوهري: القَمْشُ: جمع الشيء، من ها هنا وها هنا، وكذلك التَّقْميشُ، وقُماشُ البيت: مَتاعُه، انظر: الصحاح، مادة: (قمش).

……………………………………………………

وتعتبر في رؤية البستان ونحوه، والأرض، والجدران، والأشجار، ومسايل الماء، وكذا رؤية طريق الدار، ومجرى الماء الذي يدوره الرحا في الأصح فيهما، وفي العبد الوجه والأطراف، وكذا ما عدا العورة على الأصح، والأمة كالعبد على الأصح، وقيل: تكفي رؤية الوجه، والكفين منهما، وقيل: ما يبدو في المهنة، وهو المختار، وعليه العمل في الأعصار والأمصار، ويشترط رؤية الشعر على الأصح، لا اللسان والأسنان في الأصح، وأجراهما الْبَغَوِي في رؤية أسنان الدواب، ولا يبعد الفرق من رؤية شعر الأمة السوداء وغيرها، وفي الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها، ورفع السرج والإكاف والجل، ولا فيما ينشر إلا عند القطع لا يشترط إجراء الفرس بين يديه على الأصح، وفي الثوب المطوي نشره، وللإمام احتمال فيما لا ينشر إلا عند القطع، قيل: وهو وجه للشيخ أبي علي ذكره في «شرح التلخيص»، قال: ولم أره هنا فيه.

وحكى الجرجاني في «الشافي» وجهًا ثالثًا أنه لا يشترط مطلقًا، وفي فتاوى الْبَغَوِي أن الشيخ أبا علي ذكر في «شرح التلخيص» أنه لو اشترى ثوبًا مطويًّا بيعت بالنشر كالشاهجاني، ودق مصر يكفي رؤية ظاهره، ولم يتعقبه بمخالفة، وعليه العمل والعرف جارٍ به في هذا النوع وأشباهه، وهو المحكي على موافقة احتمال الإمام، وهو المختار إذ العمدة العرف، فعلى المشهور إنْ كان الثوبُ صفيقًا كالديباج المنقوش يعتبر وجه منه على الأصح، ويشبه أن يكون اعتبار رؤية الوجهين في الصفيق في غير المخيط، أما المخيط بوجهين من الجوخ والصوف والنفيس ونحوهما؛ فالظاهر أنه يكفي رؤية وجه من الوجهين دون المستتر منهما كما في خيار الخزِّ ونحوها، ويظهر اشتراط رؤية بطانة الجبة، وفي الكتب تقليب الأوراق، ورؤية وجهيه ورؤية وجهي البُسط وَرُؤْيَةُ وَجْهَيْ مَا يَخْتَلِفُ مِنْهُ كَدِيبَاجٍ مُنَقَّشٍ، فتكفي رؤية جميعها، وكذلك الكاغد يرى جميع طاقاته، قاله القاضي حسين، وتابعوه عليه، والإجماع الفعل في بيع الكتب والورق على خلاف ذلك، والمختار الاكتفاء برؤيته على حسب العادة، ويكفي

……

فيه الاستقصاء والاطلاع على معظمه، ولا يشترط مس الثياب، ولا ذوق الخل ونحوه، ولا شم المسك ونحوه، على الصحيح لا في الجميع.

قال: والأصح أن وصفه بصفة السلم لا يكفي أي: عن الرؤية، وكذا سماع وصفه بطريق التواتر؛ لأن الرؤية تطلع على أمور تضيق عنها العبارة.

قال: والثاني يكفيه حتى يصح بيع العين الموصوفة على القولين إقامةً كذلك مقام الرؤية، وبين هذا الوجه، وبعض الوجوه الشائعة فيما يعتبر من الأوصاف في بيع الغائب تفاوت ظاهر.

واعلم أنَّ ما صححنا جعلناه بيعًا خاصًا في الحكم، فلا خيار فيه إلا بعيب أو خلف وصفٍ، ولا تخالف بين ما ذكره هنا وبين قوله، ولو قال: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا؛ لأن ذاك بيع موصوف في الذمة، وهذا يقع عين مميزه، وهذا موصوف واضح، ويشتبه على الضعيفة.

قال: ويصح سلم الأعمى أي: سواء أسلم أو أسلم إليه؛ لأنه يعرف الصفات، ويوكل فيمن يصفه عنه، ولا يصح قبضه بنفسه على الأصح.

قال: وقيل: إن عمي قبل تمييزه فلا، لعدم معرفته الصفات، والمذهب الأول؛ لأنه يميز بينهما بالسماع لبصير مسلم فيما لم يكن رآه، ومحل هذا إذا كان رأس المال موصوفًا في الذمة ثم عين في المجلس؛ فإن كان معينًا فكبيعه العين وشرائه، وقد سبق بيانه، والله أعلم، وبالله التوفيق.

ونختم الباب بفروع حسنة مهمة ختم الله لنا بالحسنى:

فرع: قال في «الروضة»(١): بيع المسك في الفأرة باطلٌ، سواء بيع معها أو دونها كاللحم في الجلد سواء فتح رأس الفأرة أم لا.

وقال في «التتمة»: إذا كانت مفتوحة نظر إن لم يتفاوت ثخنها، وشاهد المسك فيها؛ صحَّ البيع، وإلا فلا.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/ ٤١٣).

....

وأما توجيهه إذا كان ميتًا بأنه طاهر في وجه فالمذهب خلافه فتصير النجاسة مبيعة وزنًا من غير حاجة إلى احتمال ذلك، وقوله: «إن كمال الانتفاع... إلى آخره» صالح الأصل التجويز، ولا منع منه إنما الممنوع بيعه وزنًا مع سهولة اجتنابه.

الثالث: الذي أورده ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، والعجل وغيره منع بيعه وزنًا، وهو الأوجه، والصحيح المختار، ثم رأيت في تجربة الرُّويَانِيّ بيع القز والدود في جوفه جزافًا، ولا يجوز وزنًا للجهل بقدر الفريض عليه هذا لفظه هو المذهب المنصوص، وليس فيه إلا تفقه القاضي الحسين.

فرع: بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل سواء بيع الجلد مع اللحم أو أحدهما، يجوز بيع المسموط في جلده نيًّا ومشويًّا، وفي النيء احتمال للإمام.

واعلم أن قضية كلام المصنف وغيره أن بيعها بعد السلخ جائز، وصرَّح بعضهم، وهو ظاهر للني إن بيعت بعد تنقية الجوف؛ فهو أصح أو قبله، فإن كان جزافًا صح أو وزنًا فلا، بخلاف السمان والجراد لقذارة ما في جوفه.

والظاهر أنه لا يجوز بيع الطير المذبوح قبل نتف ريشه؛ لأن المقصود منه مستتر بالريش، فهو كجلد الشاة، وأولى بالمنع، وإن بيع بعد نتفه، فحكمه ما ذكرناه في الشاة بعد السلخ، ولم أرَ في ذلك نقلًا، وقد يحتمل أن يفرق بين الكبير الجثة والصغير حتى يلحق الصغير بالسمك في بيعه وزنًا قبل التنقية.

فرع: لو قال: بعتك هذا بخمسة وعشرين درهمًا، فهل يصح؟ فيه وجهان بُنيا على ما لو قال لزيد عليَّ خمسة وعشرون درهمًا وفيه وجهان.

قال ابن خيران والإصطخري: لا يكون تفسيرًا إلا كما يليه من الجملتين، فعلى هذا لا يصح البيع.

وقال الأكثرون: يكون تفسيرًا للجملتين، فعلى هذا يصح البيع، ذكره الشَّاشِي في كتاب «الإقرار» وقد يقال: ينبغي أن يفرق بين المعرف وغيره، ولو قال: بعتك هذا بمائة وخمسة وعشرين درهمًا، هل يصح إن قلنا بقول ابن

والتدليس وبه قطع صاحب «الشامل» وغيره، انتهى، وقال في «البُوَيْطِي»: لا يجوز بيع الجزاف حتى تكون الأرض التي عليه مستوية؛ لأنها إذا لم تكن مستوية دخل فيها الغرر، انتهى.

وقال في «الكافي»: لو خرج في أسفل الصبرة دله أو كان في أسفل الدن غلظ خارج عن العادة فله الخيار، ولو كان في موضع الصبرة حفرة، فما في الحفرة لا يدخل في البيع، انتهى.

وصورة الحفرة غريبة محتملة، ولعل موضع ذلك إذا جهلاها، وأما إن علما بها فلا.

فرع: قال في زيادة «الروضة»: ويجوز بيع القز، وفيه الدود، سواء كان حيًا أو ميتًا، وسواء باعه وزنًا أو جزافًا، صرح به القاضي الحسين في فتاويه.

وقال في «شرح المهذب»: قاله: القاضي الحسين في فتاويه وآخرون؛ لأن بقاءه من مصالحه كالنجاسة في جوف الحيوان، قال: وسواء باعه وزنًا أو جزافًا، وسواء كان الدود حيًا أو ميتًا، فبيعه جائز بلا خلاف.

قلت: وفيما ذكره - رحمه الله - نظر من أوجه:

أحدها: أنه مخالف لما ذكره في السمن والمأخذ واحد أو متقارب.

والثاني: نقله عن القاضي حسين وغيره، بقي الخلاف وهو وغيره إنما نفوه في بيعه جزافًا. ثم قال القاضي: وإن باعه وزنًا، وفيه الدود حي جاز؛ لأنه حيوان طاهر منتفع به باتخاذ البرر منه، وإن كان ميتًا فالظاهر أنه يجوز؛ لأنه في وجه طاهر، فإن كمال الانتفاع إنما يكون الدود فيه وكونه غير مثقوب لنحصِّل منه الإبريسم، انتهى.

وفي توجيهه فيما إذا كان حيًا نظر؛ لأنه مغيب بالقز لا يرى، ولا يمكن وصفه، ولا يصح بيعه، وقد جعله مبيعًا، فإن قيل: المقصود القز، وهو تابع، قلنا: حالة الغرر، وهو الجهل بالمقصود في تبعه جزافًا غنية عن ارتكاب الغرر، وأيضًا فقد سبق فيما إذا اختلفت قيمة الطرفة والمطروف ثلاثة أوجه.

فلا، وهذا هو الأصح صححه الجمهور، وقطع به معظم العراقيين، وابتياعه المسك بفأرته كل مثقال بدينار في السمن بطرفة ذكر هذا كله الْبَغَوِي وغيره، وفيما أطلقه من بيع المسك بفأرته نظر لا يخفى مما سبق ويأتي.

وقال في «شرح المهذب»: ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه، مع طرفة جزافًا صح البيع هكذا أطلقه الجمهور.

وقال القاضي الحسين والمتولي: هذا إذا كان قد شاهد الطرف فارغًا، وعرفا قدر تخانته، معلومة بالعادة، وإن كان الطرف مما يختلف تخانته ويتفاوت، لم يصح البيع، لأنه لو باع السمن لوحده والحالة هذه لم يصح للجهل بقدره، فإذا باعهما فأولى بالبطلان.

قال القاضي الحسين: ولو كان الطرف بستوفة ورأى أعلاها فإن كانت جوانبها مستترة لم يصح البيع، وإن كانت مكشوفة، ولكن أسفلها مستتر.

قال الأصحاب: لا يصح، وعندي: تصح، لأنه يستدل بالجوانب على الأسفل لأن الغالب استواؤهما، فإن خرج أغلظ من الجوانب ففيه الخيار كالصبرة تخرج تحتها دلة انتهى.

وبهذا جزم في «الكافي» وما ذكره القاضي والمتولي متعين وسنذكر عن النص ما سيمهد لهما وسيأتي عن الروضة أنه أصح، وإطلاق الجمهور محمول على غيره وبه نعرف أن ما أطلقه من الصحة في «الروضة» ليس على إطلاقه.

فرع: قال في متن «الروضة»: لو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض، أو باع السمك ونحوه في طرف مختلف الأجزاء رقة وغلظًا، فأصح الطرق أنه على قول بيع الغائب، وثانيها: أنه يصح قطعًا، وثالثها: باطل قطعًا، وهو ضعيف، فإن صححنا فوقت الخيار معرفة مقدار الصبرة، أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها، فإن أبطلنا وباع الصبرة والمشتري يظنها على استواء فبان تحتها دله، لم يتبين بطلان البيع، بل للمشتري الخيار على الأصح كالعيب، انتهى.

....

وقال ابن سُرَيْج: يجوز بيعه مع الفأرة مطلقًا كالجوز، ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم اشتراه بعد الرد إليها، فإن كان رأسها مفتوحًا فرآه جاز، وإلا فعلى قول بيع الغائب، انتهى.

وجرى على ذلك من شرح الكتاب، وهو مستقيم إلا قوله: «ولو رأى المسك خارج الفأرة»؛ ففيه خلل ظاهر، وعبارة الرَّافِعِي: ولو رأى المسك خارج الفأرة بعد الرد إليها صحَّ، ولو رأى الفأرة دون المسك، ثم اشتراه بعد الرد إليها؛ فإن كان رأسها مفتوحًا فرأى أعلاه يجوز، وإلا فعلى قولي بيع الغائب، وهو الصواب نقلًا ومعنًى، ونقل كلام «الروضة» على سقمه إلى «شرح المهذب» عن الأصحاب، ثم قال: وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتعين فيه غالبًا، وإلا فيصح قولًا واحدًا؛ لأنه قد رآه، انتهى.

فرع: قال بعد هذا في زيادة «الروضة»: قال أصحابنا: لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح؛ لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء، زاد في شرح «المهذب». والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب، فإن كان معجونًا بغيره كالغالية والند جاز بيعه، ولم يجز السلم فيه، انتهى.

وقد قدمنا هذا الفرع عنه، وفيما زاده نظر، وقال غيره: بيع المسك المختلط بغيره لا يصح مطلقًا، وهو قضية إطلاق كثيرين.

وحكى القاضي حسين وجهين في أن الرؤية هل تكفي في المعجون بأخلاط كثيرة لا يعرف قدرها، وهو خلاف في الصحة، والظاهر المنع للجهالة بالمقصود، والأعظم منه.

فرع: قال في زيادة «الروضة»: لو باع سمنًا في ظرفه، ورأى أعلاه مع ظرفه أو دونه صح فإن قال: بعتكه بظرفه كل رطل بدرهم، قال: فإن لم يكن للظرف قيمة بطل، وإن كان فقد قيل: يصح، وإن اختلفت قيمتها، وقيل: باطل؛ لأن المقصود السمن، وهو مجهول، وقيل: إن علما وزن الظرف والسمن جاز، وإلا

....

خيران فلا أو بقول الجمهور؟ فقياس ما ذكره القاضي أبو الطيب في كتاب «الإيمان» الصحة، وفيه نظر.

نعم إن كانا عالمين باللسان، وإن واو العطف تحذف مع بقاء حكم العطف، فيحتمل أن يصح، ويحتمل أن يقال: إن تصادق على زيادة، قال: صح، وإلا فلا كالكتاب وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

باب الربا

ربا مقصورة، وهو من ربا يربو، يكتب بالألف، وأيضًا جاز كتبه بالألف والواو والياء، والرماء بالميم، والرُّبة بالضم والتخفيف معه فيه، وأصله الزيادة، وأرمى الرجل وأربى عامل بالربا، والمختار في ذلك شرعًا ما ذكره الرُّويَانِيّ: إنه اسم لمقابلة عوض بعوض، مخصوص غير معلوم التماثل، في معيار الشرع حال العقد، أو مع تأخير في البدلين، أو أحدهما، وهو من أكبر الكبائر، واستحلاله من العالم بتحريمه ردة.

ويقال: إنه لم يحل في شريعة، والأصل في تحريمه الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وقد لعن رسول الله ﷺ **«آكله وموكله وكاتبه وشاهده»**[1].

قال: **«إذا بيع الطعام بالطعام»**، إن كان جنسًا اشترط الحلول والمماثلة والتقابض قبل التفرق، الأصل في الباب حديث عبادة بن الصامت ﷺ قال: **«سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء يدًا بيد، عينًا بعين، فمن زاد أو أزاد فقد أربا»**[2].

وفيه عند النسائي: **«إلا مثلًا بمثل يدًا بيد، وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدًا بيد كيف شئنا»**[3].

---

[1] أخرجه البخاري (١٩٨٠) ومسلم (١٥٩٨).

[2] أخرجه البخاري (٢٠٦٦) ومسلم (١٥٨٧).

[3] أخرجه النسائي (٧/ ٢٧٤).

....

وفي رواية مسلم (١٥٨٣): «فإذا اختلفت هذه الأصناف؛ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»، وأخرجاه من حديث أبي سعيد قريبًا من حديث عبادة - ﵄.

وفيه عند مسلم: «فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء»⁽¹⁾. ولمسلم من حديث معمر بن عبد الله ﵁ قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: الطعام بالطعام مثلًا بمثل»⁽²⁾. وورد النهي عن التفاضل من حديث عشرين صحابيًا يرفعونه، ومنهم الخلفاء الراشدون ﵃ وكان فيه خلاف قديم عن ابن عباس - ﵄ - وغيره وانقرض، وهو خلاف لا يعتد به لمخالفته السنن الصحيحة الصريحة الكثيرة، واشتراط الحلول مجمع عليه فلو شرطا أجلًا ولو لحظة تنقضي في المجلس فسد، واشتراط التقابض في الطعام خالف فيه أبو حنيفة لنا الأحاديث الصحيحة الصريحة.

تنبيهات وفروع: منها: قوله: «إن كان» أي: الطعام المبيع والثمن جميعًا، والضمير في «كان» مفرد فيعاد على ما ثمنها، وأصلحت بعض النسخ «كان»، وإنما قدم الطعام على النقد؛ لأن الكلام فيه أكثر.

ومنها: الحكم في التفرق كما في خيار المجلس، ولا فرق بين العامد والناسي، نص عليه في «الأم» ولا بين العالم والجاهل قاله الماوردي، ولا بين المختار والمكره قاله الصيمري.

وقال: يستشكل بأن الصحيح عدم انقطاع الخيار بالتفرق كرهًا، فإن صح الحكمان فلعله لضيق باب الربا؛ ولأن الغرض شرط فلم يختلف بالنسبة إلى المكره وغيره؛ ولأن باب الربا الأغلب عليه التعبد؛ ولأن المبطل هنا عدم التقابض قبل التفرق لا التفرق نفسه، كما صرحوا به وتفويت التقابض منسوب إليهما إذا أمكنهما قبل الإكراه.

ثم رأيت الشيخ أبا علي ذكر في كتاب «الوكالة» من «شرح التلخيص» أنه لو أكره على أن يفارق صاحبه قبل القبض، فإذا اختلى وجاء وقبض وجب أن

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٤). (٢) أخرجه مسلم (١٥٩٢).

قال المصنف: [وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ: طَهَارَةُ عَيْنِهِ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الْأَصَحِّ.

يصح؛ لأنه لا حكم للإكراه الباطل في الشريعة، انتهى.

كبيع العنب من الخمارة وأولى بالمنع، ويحتمل أن يقال: بالمبيع [كذلك] يحرم بيع السلاح من الذمي في دارنا؛ لأنه تحت حكمنا.

وقيل: على [حال] من الحربي [أو نعت له] أو يغلب الظن على ذلك تقريبه. وقوله: «ولا الحربي سلاحًا» يفهم جوازه من غيره مطلقًا، وإن لم يكن بدارنا، وليس بجيد، وأما بيع السلاح من القطاع والبغاة ونحوها، فإن لم يتحقق ذلك منه كره، وإن غلب على الظن أنه لا يعطى له حرام على الأصح.

والثاني: كره كراهة شديدة، ونقله الرُّويَانِيّ عن الأكثرين.

قالوا: والبيع صحيح، والوجه الجزم بالتحريم وبعدم الصحة إذا كان البيع في حالة مسابقة البغاة، وقطاع الطريق للمسافرين، ولم يتعرضوا لإزالة ملكهم عنه إذا غلب على الظن عصيانهم به، وهو يحتمل، وربما يذكر ما يؤيده هنا.

قال الشارح: فقيل: (**وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ**): المراد بالعوض ثمنًا.

(**طَهَارَةُ عَيْنِهِ**) والذي ينحدر من شروطه أن يكون طاهرًا ممسكًا به مملوكًا، والقدرة على التسليم والعلم به، وكون الملك حالة العقد فهذه شروط في العاقد، ويجوز حذف شرط الطهارة؛ لأنه ليس أوجه في دعاوي «الحاوي».

ثالثها: الفرق بين ما أصله مملوكًا كالخمر، ومالًا كالكلب.

وقال الْمُتَوَلِّي: عين المذهب فيما يجوز بيعه كل عين طاهرة يحل الانتفاع بها لم يتعلق بها حق جزية أو قربة لازمة.

وقولنا: حق جزية احتراز والمكاتب أي: كتابة صحيحة، وقولنا: قربة لازمة احتراز عن الوقف، ومن نذر المالك عتقه، وقد يرد عليه جلد أضحية المتطوع؛ فإنه لا يجوز بيعه فكان ينبغي الاحتراز منه لجهالة عينه.

(**فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْخَمْرِ وَالْمُتَنَجِّسِ الَّذِي لَا يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَالْخَلِّ وَاللَّبَنِ، وَكَذَا الدُّهْنُ فِي الْأَصَحِّ**).

الثَّانِي: النَّفْعُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ، وَكُلِّ سَبُعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبَّتَيْ الْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا، ....

(الثَّانِي: النَّفْعُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ، وَكُلِّ سَبُعٍ لَا يَنْفَعُ، وَلَا حَبَّتَيْ الْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا) لما في «الصحيحين» عنه ﷺ **«أنه يحرم بيع الكلب»**(١).

ونبَّه بالكلب على الخنزير، وهو إجماع ولا يصح بيع المتوالد منه أو من أحدهما أو حيوان آخر، ولا فرق عندنا بين الكلب المنتفع به وغيره لما سبق.

ولحديث: **«إن ثمن بما يطلب أبى ثمنه فاملأ أنفه ترابًا»**(٢) أي: رده خائبًا من الثمن. وما يروى من النهي عن ثمن الكلب إلا كلب صيد بمثله، فهذا الاستثناء غير ثابت في البيع باتفاق المحدثين إنما يثبت فيه إن اقتناه، وفي وجه أن الخمرة المحترمة طاهرة، ويجوز بيعها.

وقيل: يجوز بيعها مع النجاسة، ذكره ابن الرِّفْعَة، وقيل: إن القمولي نقله في بيع الكلب، ولا أحسب أنه ثبت.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: الزباد لبن حيوانات تكون في البحر، ولأصحابنا في جواز بيعه وجهان بناء على نجاسة غير المأكول.

قال الشيخ: الصواب طهارته، وصحة بيعه؛ لأن الصحيح حِلُّ حيوان البحر وحِلُّ لبنه، انتهى.

فرع: يجوز اقتناء الكلب للصيد والزرع، وفي معناه النخل والكرم وسائر الشجر وللماشية وفي معناها الإبل والخيل والبغال والحمير وماشية أهل البوادي، وسكان الخيام وأهل الحصون والبيوت المنفردة، وكذا الدروب على الأصح المنصوص، قاله: المصنف وغيره.

ونصَّ الشَّافِعِي في سير الواقدي من «الأم» تصريحًا بأنه: لا يجوز اقتناؤه إلا لماشية أو صيد أو زرع، كما اقتضاه الحديث فحصل قولان منصوصان.

وأشار بعضهم إلى تخصيص الخلاف بين ما ليس لها، والتي لها أبواب

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٢) ومسلم (١٥٦٧).

(٢) لم أجده.

وَآلَةِ اللَّهْوِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالًا.

وحراس، يعني: ويجوز في غيرها قطعًا، وعندنا يجوز، ويجوز للحراسة في السفر على الأصح، ويعتبر في اقتنائه لهذه الأمور جاز على الأصح هناك، ينبغي أن ينبني على إيجاده إن جوزناه صحَّ البيع، وإلا فكما لو باع مغنية بأكثر من ثمن مثلها بلا غناء.

قال: (**وَآلَةِ اللَّهْوِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ فِي الْآلَةِ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالًا**) وقال غيره: ينبغي أن تكون الصحة مفرعة على جواز الاتحاد، فإن منعناه فكبيع آلة اللهو، وهذا أحسن.

فرع: بيع المغنية بقيمتها ساذجة صحيح، وكذا ما زيد على الأصح، وقيل: لا. وقال أبو زيدان: إن قيد بالغناء بطل، وإلا فلا كذا في النسخ المعتمدة من الرَّافِعِي وفي بعضها و«الروضة» و«النهاية» إن قصد بالصاد.

قال ابن الرِّفْعَة: ومحل الخلاف في الغناء المحرم، وهو ما كان بالزمر والملاهي المحرمة، وأما بغير الآلة فمباح للمتعة فلا منع منه، انتهى.

وقال غيره من تلامذته: الذي يقتضيه الفقه والنظر الصحيح أن الغناء المحرم لا يضمن بالأرش، ولا يقابل بالثمن قطعًا، وإن شرط في البيع لم يصح قطعًا، وإن لم يشترطه صح، ومحل الخلاف في البيع وفي الأرش في الغناء ففي وجه لا يصح، ولا يضمن بالأرش؛ لأنه ليس بغرض صحيح في نظر الشرع؛ لأنه كما قال الشَّافِعِي: لهو ولعب وسخف، وليس من أخلاق أهل الدين، وفي وجه يصح لإباحته، ورغبة أكثر الناس فيه وهو الأصح في البيع، ويتجه ترجيحه في رد الأرش أيضًا.

فإن قلتَ: تعليلهم المنع بالتحريم، ثم تبين أن محل الخلاف في المحرم.

قلتُ: لعل من منع البيع أطلق كلامه في الغناء، وأراد الحرام دلَّ عليه بتعليله ومن صحح البيع وأوجب الأرش أطلق، ولم يعلل وأراد المباح فلم يتوارد على محل الخلاف، وجاء من بعدهما فرأى الوجهين في الغناء فنقلهما وجعلهما مسألة واحدة فحصل الخلل.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ.

وهذا وإن كان محل الرَّافِعِي ومن دونه عنه للرد عند الضرورة [ويجري الخلاف] أنهم قالوا: في الكبش النطّاح، والديك الهراش(١) إذا أتلفهما متلف لا يضمن إلا قيمة غير ناطح وهارش، ولم يحكوا فيه خلافًا؛ لأنها منفعة محرمة لا يضمن جزمًا ولا يتخيل خلاف ذلك، انتهى.

وما قاله حسن صحيح، أما لفظ قصد فالحكم كما مر.

وما قيل: تاليًا فالمتجه مع الشرط البطلان سواء بيعت بقيمتها أو أقل أو أكثر، لا أن يقصد بذلك بيان العيب فيصح هذا في الغناء المحرم وإن بيعت بقيمتها بلا غناء؛ لأنه جعله مقصودًا بالشرط.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمَاءِ عَلَى الشَّطِّ، وَالتُّرَابِ بِالصَّحْرَاءِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيهما لوجود المنفعة، وكثرة ذلك لا يخرجه عن كونه مالًا، ووجه المنع أن بذل المال فيه سفه. ويجري الوجهان في كل ما يوجد مباحًا بلا مؤنة في تحصيله، ومحلهما إذا لم يكن في المبيع وصف زائد مقصود، فإن كان صحَّ البيع قطعًا، والتفريع عن صحة بيع الماء وأنه يملك كما هو المذهب.

فروع: يصح بيع لبن الآدميات كلبن الشاة، وقيل: لا، بناءً على نجاسته، وقيل: يصح بيع لبن الأمة دون الحرة، ولا يصح بيع كتب الكفرة والسحر والتنجيم والبعيدة والفاسقة وغيرها من العلوم الباطلة المحرمة، ولا بيع التوراة والإنجيل.

قال في «الوافي»: إلا أن ينتفع بورقه وجلده يجوز بيع المشاع، ولو باع حرًّا شائعًا بمثله من ذلك الشيء، أو باع النصف منه بالثلث مثلًا صحَّ على الأصح فيهما، السم من النبات إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: يجوز بيع قليله دون كثيره.

وردَّه ابن الصباغ: بأن ما جاز بيع قليله جاز بيع كثيره للمنفعة، وبما قاله:

---

(١) الهِرَاشُ والمُهَارَشَة بالكلاب والديكة: تحريش بعضها على بعض.«الصحاح» (هرش).

الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْآبِقِ ....

القاضي جزم الصيمري في «شرح الكفاية»، ثم قال: وإن كان يقتل إذا أكل مع غيره فلا بأس ببيعه، انتهى.

وإن قتل قليله وكثيره قال الجمهور: لا يجوز بيعه ومال الإمام ووالده إلى الجواز ليدس في طعام الكافر، والله أعلم.

(**الثَّالِثُ: إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ**) أي: حسًّا ومعنىً، وهذا المقصود منه، واعترض ابن الرِّفْعَة بأن التسليم فعل البائع، وسيأتي في بيع المغصوب أن قدرة البائع ليست بشرط فالصواب التعبير بالتسليم بضم اللام وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها القدرة على التسليم وهذا وصف يختص بالعاقد لا بالمبيع؛ فهي أحسن من عبارة الكتاب (**فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّالِّ وَالْآبِقِ**) للعجز عن التسليم حسًّا.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: ولا فرق بين أن يعرف موضعه أو لا يعرف. وقال في «الشرح الكبير» بعد نقله إطلاق المنع: وأحسن بعض الأصحاب، فقال: إذا عرف مكانه وعرف أنه يصل إليه وإذا أراد ذلك فليس له حكم الآبق.

قال المصنف بعد نقله هذا في «شرح المهذب»: والمذهب ما سبق يعني: المنع مطلقًا، والأقرب أن الرَّافِعِي قصد بذلك تقييد إطلاقهم؛ ولهذا قال: وأحسن ولو كان وجهًا ضعيفًا لم يصفه بذلك، ويجوز حمل كلام «الشرح الصغير» على مجرد معرفة موضعه لا غير، ورأيت ابن الصباغ قال في كلامه على المسألة الشرحية مع الأصحاب مستدلًا: ألا ترى أنه لو علم مكان الآبق وقدر عليه صح البيع، وهذا منه مشيرًا إلى محل وفاق منهم.

ألا ترى أن بيع الآبق ممن يسهل عليه رده صحيح على الأصح كبيع المغصوب ممن يمكنه انتزاعه وإذا كان كذلك فالمالك إذا أمكنه رده وعلم مكانه لم يندرج في الصحة خلاف واجب حمل كلام «الشرح الصغير» على إذا لم يمكنه الوصول إليه.

وَالْمَغْصُوبِ، فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال الدارمي: لو قال: الآبق عندي فيعينه صح بيعه منه جزمًا، وكذلك الضال ومنقطع الخبر كالآبق، وقال في الأساليب في الغصب: واختلف أئمتنا في بيع الآبق في مسألتين:

الأولى: إذا أبق عبده فقال له قائل: أعتقه عني بألف فأجابه.

والثانية: إذا اشترى العبد الآبق ففي صحة البيع وجهان، ويلتحق منه بيع فرد ونحوها، والأقرب الصحة لحصول الغرض.

قال: (**وَالْمَغْصُوبِ**) أي: إذا لم يقدر البائع ولا المشتري على انتزاعه، ويستثنى بيعه من الغاصب والبيع الضمني كأعتق عبدك عني بكذا.

(**فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى انْتِزَاعِهِ**) أي: والمالك عاجز.

(**صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص كما قاله **الْقَفَّالُ** في «الفتاوى»؛ لأن المقصود وصوله إليه وحينئذٍ فالشرط القدرة على التسليم أو التسلم فلو كانت قدرة المشتري تحتاج إلى مؤنة.

قال ابن **الرِّفْعَة**: ينبغي إبطال العقد وإن قدر البائع وحده على انتزاعه صح قطعًا كالوديعة والعارية.

قال ابن **الرِّفْعَة**: وينبغي أنه إذا كان عليه فيه كلفة يأتي فيه ما يبيع السمك في الماء، وما ذكره في غاية الحسن ولو جهل المشتري يخير حتى إطلاقه ولو علم، فإن لم يعجز فلا خيار، وإن عجز لسبب طرأ، فله الخيار.

قال **الرَّافِعِي**: وفيه وجه أشار إليه الإمام.

قلت: والذي قاله الإمام هنا أنه إن جهل يخبر، وإن لم يدخل وقت وجوب التسليم على التفصيل المذكور في قول البداء، وإذا علم فلا خيار له ما لم يدخل وقت وجوب التسليم، فإذا توجه على البائع التسليم فعجز ولم يتمكن من تحصيله بنفسه ثبت للمشتري الخيار على الأصح، وهذه المسألة في عجز البائع ومسألة **الرَّافِعِي** في عجز المشتري وإثبات الخلاف مع عجز المشتري لا وجه له، نعم لو ادعاه، وقال البائع: أنت قادر؛ حلف المشتري وله الفسخ

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا، ....

قاله الماوردي، وهو مفرع على أنه لا خيار له مع قدرته على الانتزاع وهو أضعف الوجهين عند الإمام، فاعلمه.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال المشتري عند الحاكم: كنت أظن أن أقدر على قبضه، والآن لا أقدر عليه حلف المشتري وفسخ البيع، ولم يتبين أن العقد لم ينعقد، انتهى.

فروع: لو باع سفينة في لجة ولا يقدر على تسليمها حال البيع سواء كان فيها أم لا والجمل الشارد والفرس العائر والمال الضال والعبد الآبق يسهل رده، ولا يصح بيع السمك في الماء ولا الطائر في الهواء، وإن كانا مملوكين له مرئيين فإن كان السمك في بركة لا منفذ لها والطير ببرج معلق لا يمكنه الخروج وأمكن أخذه بلا تعب لصغر البركة أو البرج صح، وإن لم يمكن إلا بتعب لم يصح ولو باع الحمام طائرة اعتمادًا على عودها، فالأصح عند الإمام الصحة، وعند الجمهور المنع، ولو باع ثلجًا أو وزنًا وكانت بحيث أن تباع إلى أن توزن لم يصح في الأصح؛ لإمكان بيعه جزافًا.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنْ الْإِنَاءِ وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا) أي: وكل ما تنقص قيمته كنصل السهم والثوب النفيس؛ لأنه يمنع تسليمه شرعًا للنهي عن إضاعة المال، وهذا البيع يفضي إليه والمنع في الثوب نص عليه الشَّافِعِي والجمهور. وقال صاحب «التقريب» والقاضي أبو الطيب، والماوردي: يصح، وقصره ابن الصباغ، وهو المختار دليلًا وعليه العمل في الأمصار والأعصار والحاجة ماسة إليه، وفيه أغراض صحيحة فلا إضاعة؛ بل هو نوع من الاسترجاع.

وقولهم: إن الطريق أن يواطئه على شرائه ثم يقطعه ثم يبيعه منه لا يخفى ما فيه من الغرر؛ لأنه قد يتداوله، فلا يشتريه بعد قطعه والمواطأة لا تلزمه سببًا.

ولا أعلم خلافًا في صحة بيع فرد من خف ونعل ومداس ولا في بيع ذراع معين من الأرض، وأما الإناء والسيف جزمه فيهما بالمنع، فإنما ذكره من منع بيع ذراع من ثوب معين.

وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِي: والقياس طرد الوجهين.

قلت: والذي يقتضيه القياس الظاهر أن ما يذهب ماليته أو معظمها بكسره أو قطعه كالزجاج والخزف النفيس، وأقداح الخشب النفيسة بالجرح والصنعة والسيف المجوهر الخطير القيمة وما اتحد من جوهر نفيس الجزم بالمنع حيث لم يظهر في ذلك غرض صحيح معتبر، وأما الأواني الخسيسة من الحديد والنحاس والرصاص ونحوها القليل القيمة كذلك أو لسوء حديده وصنعته فالظاهر فيها الصحة كالكرباس الخسيس وكغير المصنوع منها بخلاف السيف الثمين والأواني النفيسة.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي الثَّوْبِ الَّذِي لَا يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي الْأَصَحِّ**) لعدم المحذور، والثاني: لأنه لا يخلو عن تغيير عين المبيع ونسب إلى ظاهر النص، والجمهور حملوه على ما ينقص بالقطع.

تنبيهات وفروع: قوله: يصف معين مثال والمراد قدر معين وشرط بيع الذراع من الثوب والأرض وغيرهما أن يعين ابتداؤه وانتهاؤه، فإن عين ابتداؤه وجهته ولم يعين انتهاؤه كفى، وإن ابتدأ من الوسط فلم يعين جهة لم يصح قطعًا، وإن أطلق الذراع أو قال مشاعًا، فسيأتي بيانه- إن شاء الله تعالى- ولو باع جزءًا معينًا من شاة حية لم يصح وفي مزكاة يصح قاله: الْبَغَوِي، ولو باع حفر ثلاثة أذرع لأخذ ترابها لم يصح. قال ابن الصلاح قال: لأنه لا يمكن أخذ تراب الثلاثة أذرع إلا بحفر أكثر منها، انتهى.

وفيه نظر!

ولو باع جذعًا في بناء لم يصح؛ لأن الهدم منقض، وكذا بيع فص من خاتم وفي هذا الإطلاق نظر، فمن البناء والخواتم ما لا ينقصه ذلك، ويمكن أخذه منه بلا هدم ولا كسر للخاتم، وما ينقض لو كان المالك عازمًا على فصله لا محالة فما المانع من بيعه إذا كان قد رآه المشتري قبل تلك الرؤية المعتبرة.

وقد ذكرت في قسمة في «الغنية» أشياء يتعين مراجعتها، بيع الصوف

وَلَا الْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ. وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ،

ونحوه على ظهر الحيوان إن أطلق أو شرط الجز من أصله باطل، وكذا إن أطلق شرط الجز في الأصح.

قلت: ويظهر من حيث المعنى أنه لو كان المشتري له مالك الشاة، فإن أوصى لزيد بصوف غنمه، ثم مات فقبله زيد ثم باعه من الوارث وأطلق صح- والله أعلم- ولو عيَّن موضع الجز ولا ضرر فيه صح وفيه احتمال للغزالي ويصح البيع بعد زكاة الحيوان إذ لا إيلام في اشتغاله.

وقال القاضي الحسين: لأنه (**وَلَا الْمَرْهُونِ**) أي: بعد إقباضه.

(**بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ**) سواء عاد إلى يد الراهن أم لا؛ لما فيه من تفويت حق المرتهن، وللإمام احتمال في إلحاقه ببيع المفلس، حتى يقع موقوفًا على قول انفكاكه، وإن أبطلنا بيع الفضولي وبيعه من المرتهن صحيح لك إذا وجب الرهن أو لا ففيه تردد للشيخ أبي محمد.

وقال **الْبَغَوِي** في «الفتاوى»: لو عرض الراهن الرهن للبيع فوكَّل المرتهن من يشتريه له يعني: ولم يشعر الراهن فباعه منه صح.

قال: ويمكن بناء على ما لو باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا.

واعلم أن توقف البيع على إذن المرتهن ليس على إطلاقه، كما سنوضحه في بابه -إن شاء الله تعالى- وتعجل أنه لو جنى المرهون والأرش يسير بيع منه بقدره في بابه -والله أعلم- فإن يقدر بيع بعضه أو يقتصر بالتبعيض بيع كله وما فضل يكون رهنًا.

فرع: في حكم المرهون كل عين استحق حبسها لحق الحابس كالقضاء ونحوه.

قال الشيخ أبو حامد: كل حق تعلق بعين ماله باختياره منع البيع قطعًا، أو بغير اختياره ففيه قولان.

قال: (**وَلَا الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي الْأَظْهَرِ**) كالمرهون وأولى؛ لأن الجناية مقدمة على الرهن، ومنهم من قطع بهذا.

الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ، فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ، ....

أبي مات، وأجرى ابن الصباغ القولين في الإبراء، والبندنيجي في العتق والطلاق، والصحيح المشهور الجزم بنفوذ العتق والطلاق ولو باع مال أبيه على ظن أنه لنفسه فبان له إذنًا صح قولًا . وقال الإمام: وهذا مع حسنه محتمل.

قلت: وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو وكله ببيع ثوب فباعه ظانًّا أنه ثوب نفسه، ثم بان صح البيع ويحتمل وجهين يعبر بقولي وقف العقود عن ثلاث مسائل:

إحداها: بيع الفضولي وقد ذكرناه.

والثانية: بيع مال مورثه على ظنِّ حياته وهو وقف [فبان ميتًا، صح البيع] والعقد لا خيار فيه.

والثالثة: تصرفات الغاصب كما سيأتي قريبًا.

ومقتضى كلام الغزالي والرافعي أنها كالأولى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنها كالثانية في عدم الخيار، وتبين الملك من قبل وفيما قاله نظر، الخامس: العلم أي: عينًا وقدرًا وصفةً لنهيه ﷺ «عن بيع الغرر»(١).

ولا يشترط العلم من كل وجه والموتر كونه غير معلوم العين أو القدر أو الصفة، وقد يستثنى صور للضرورة، والمسامحة منها اختلاط حمام البرجين، وما يستعمل في الحمام إذا قلنا: المدفوع ثمنًا، ذكره بعض أصحابنا، ومثله الشرب من السقاء مشرب الفقاع، وما المقصود به.

قال: (**الْخَامِسُ: الْعِلْمُ بِهِ، فَبَيْعُ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ**) للغرر؛ ولأن العقد لم يجد موردًا يتأثر به في الحال كالدارين والعبدين أو الثوبين، وكأنه يريد الإشارة إلى مذهب أبي حنيفة، فإنه اختلف النقل عنه في أن حكم العبدين هل يجري في غير العبيد، وعن القديم قول غريب في العبدين والثلاثة وغيرهما من الأجناس على أن يختار المشتري ما شاء منهما إلى ثلاثة أيام، فما دونها أنه يصح ولو باع عبده في عبيد رآهم المشتري ولا يعرف عنه بطل.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا، ....

وقيل: كبيع الغائب ولو فرق صنفان صبرة متماثلة وباع صاعًا منها خلافًا للقاضي أبي الطيب.

فرع: قال في «الكافي»: لو قال بعتك ألف رطل عنب من هذا الكرم أو عشرة إصبع من رطب هذا النخل لم يصح؛ لأن المبيع غير معلوم لا بالعين ولا بالجزية.

فرع: لا يصح بيع المسك، قال في «اللطيف»: لا يجوز شراء السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوه عددًا إلا بعد الإفراز، إما أن تقول: بكم درهم هذا فلا يجوز، وكلام «البسيط» في «كتاب السلم» يفهم الجواز في الجوز واللوز؛ بل مصرح به، والظاهر المثبت من «النهاية».

فرع: لا يصح بيع المسك المختلط بغيره كما لا يصح بيع اللبن والخل ونحوهما المخلوط بالماء هكذا قالوه.

قال في «شرح المهذب»: يرد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب فإن كان معجونًا بغيره [كالغالية][1] والنّد جاز بيعه دون السلم فيه.

قال: واتفق أصحابنا على أنه يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته وكذا تراب السلفة سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرها.

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا**) لعدم الغرر وتترك على الإشاعة على المذهب فإذا تلف بعضها تلف من المبيع بقدره، وقيل: على الإبهام فيتبقى المبيع ما بقي صاع، ولو باع ذراعًا من ثوب أو أرض معلومة الذراعان لهما.

قال الإمام: يصح على الأول دون الثاني والمشهور القطع بالصحة فيهما على الإشاعة حذرًا من إفساد العقد، ولو قال البائع: أردت ذراعًا معينًا فيفسد.

وقال المشتري: أردت ذراعًا فيصح، فمن نصدّق؟ احتمالان للإمام.

---

[1] انظر: أسنى المطالب (٧/ ٤٦٧).

وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال المصنف: أرجحهما البائع؛ لأنه أعرف بنيته(١).

قال: (**وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) أى: المنصوص لتساوي أجزائها فيغتفر حالة البيع هنا، فعلى هذا يتعين عدم الإيهام لامتناع الإشاعة [ويكره] التعيين من أعلاها أو أسفلها، والثاني: اختاره الْقَفَّالُ المنع كذراع من أرض مجهولة الذراعات، وبيع الصبرة المجهولة إلا صاعًا أو صاع منها إذا فرقت.

وأجيب عن الأول: بأن الأرض تتفاوت، وعن الثاني: بأن المبيع في مسألتنا معلوم، وفي الصبرة إلا صاعًا مجهولًا؛ لأن مع تقدير الإخراج لا تبقى الثقة المنسوبة إلى المشاهدة واليمين.

وقال بعضهم: في صاع من صبرة إذا تلفت إلا صاعًا أنزل عليه، فيقل الغرر، وفي الصبرة إلا صاعًا لو تلفت إلا صاعًا أبطل العقد فكثر الغرر، وعن الثالث: أن الصيعان المتفرقة لو كيلت ثانيًا ربما تتفاوت.

فرع: لو باع صاعًا من المجهولة ونصف باقيها لم يصح وفيه احتمال، ولو باع نصفها وصاعًا من النصف الآخر صح خلافًا للقاضي الحسين، ولو قال: بعتك من باطن هذه الصبرة، فكبيع الغائب، قاله الإمام، وشبهه بالأنموذج إذا لم يدخله في البيع.

فرع: باع أرضًا محفوفة بملكه إن قال بحقوقها دخل الممر، وله المرور من كل جانب كما كان للبائع، وإن نفاه بطل البيع.

وقيل: يصح، وقيل: إن أمكن تحصيل ممر صح، وإن أطلق فالأصح الصحة، ويدخل الممر إن كان شرط الممر من جانب ولم يعينه بطل البيع، ويكون أيضًا الممر إبهام المبيع، وإن عينه صح، وإن كانت ملاصقة لشارع أو لملك المشتري فلا ممر له؛ بل يدخل من ملكه أو الشارع، وإن باع دارًا واستثنى لنفسه بيتًا فله المرور، وإن نفاه وأمكن اتخاذه صح وإلا فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: أصحهما بطلان البيع، وبه قطع بعضهم كبيع

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٢٦٢).

قال المصنف: [وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا الْبَيْتِ حِنْطَةً، أو بِزِنَةِ هَذِهِ الْحَصَاةِ ذَهَبًا، أو بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ، أو بِأَلْفٍ دَرَاهِمَ وَدَنَانِير لَمْ يَصِحَّ.

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ، وَفِي الْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ تَعَيَّنَ، أو نَقْدَانِ لَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا اُشْتُرِطَ التَّعْيِينُ. يَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ الْمَجْهُولَةِ الصِّيعَانِ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ إنْ خَرَجَتْ مِائَةً، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَمَتَى كَانَ الْعِوَضُ مُعَيَّنًا كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَائِبِ.

وَالثَّانِي يَصِحُّ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ، وَتَكْفِي الرُّؤْيَةُ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا إلَى وَقْتِ الْعَقْدِ، دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا.

وَتَكْفِي رُؤْيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ إنْ دَلَّ عَلَى بَاقِيهِ كَظَاهِرِ الصُّبْرَةِ، وَأُنْمُوذَجِ الْمُتَمَاثِلِ، أو كَانَ صِوَانًا لِلْبَاقِي خِلْقَةً كَقِشْرِ الرُّمَّانِ وَالْبَيْضِ، وَالْقِشْرَةِ السُّفْلَى لِلْجَوْزِ وَاللَّوْزِ.

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ السَّلَمِ لَا يَكْفِي، وَيَصِحُّ سَلَمُ الْأَعْمَى وَقِيلَ: إنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ فَلَا.

إذَا بِيعَ الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ إنْ كَانَا جِنْسًا اُشْتُرِطَ الْحُلُولُ وَالْمُمَاثَلَةُ وَالتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ، أو جِنْسَيْنِ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ جَازَ التَّفَاضُلُ، وَاشْتُرِطَ الْحُلُولُ وَالتَّقَابُضُ، وَالطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ اقْتِيَاتًا أو تَفَكُّهًا أو تَدَاوِيًا وَأَدِقَّةُ الْأُصُولِ الْمُخْتَلِفَةِ الْجِنْسِ، وَخُلُولُهَا وَأَدْهَانُهَا أَجْنَاسٌ.

وَاللُّحُومُ وَالْأَلْبَانُ كَذَلِكَ فِي الْأَظْهَرِ.

وَالْمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا، وَالْمَوْزُونِ وَزْنًا، وَالْمُعْتَبَرُ غَالِبُ عَادَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ وَمَا جُهِلَ يُرَاعَى فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ الْبَيْعِ.

وَقِيلَ: الْكَيْلُ، وَقِيلَ: الْوَزْنُ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ، وَقِيلَ: إنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ اُعْتُبِرَ.

ذراع من ثوب تنقص قيمته بقطعه.

وَالنَّقْدُ بِالنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ.

وَلَوْ بَاعَ جِزَافًا تَخْمِينًا لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً، وَتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ الْجَفَافِ، وَقَدْ يُعْتَبَرُ الْكَمَالُ أَوَّلًا فَلَا يُبَاعُ رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلَا بِتَمْرٍ، وَلَا عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلَا بِزَبِيبٍ، وَمَا لَا جَفَافَ لَهُ كَالْقِثَّاءِ وَالْعِنَبِ الَّذِي لَا يَتَزَبَّبُ لَا يُبَاعُ أَصْلًا، وَفِي قَوْلٍ تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْبًا.

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ وَالْخُبْزِ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْحُبُوبِ حَبًّا، وَفِي حُبُوبِ الدُّهْنِ كَالسِّمْسِمِ حَبًّا أَو دُهْنًا، وَفِي الْعِنَبِ زَبِيبًا أَو خَلَّ عِنَبٍ، وَكَذَا الْعَصِيرُ فِي الأَصَحِّ.

وَفِي اللَّبَنِ لَبَنًا أَو سَمْنًا أَو مَخِيضًا صَافِيًا][1].

قال الشارح: تقدم الكلام في العلم بعين المبيع، وأما العلم بقدره فالعوض إن كان في الذمة، فلا بد من معرفته ثمنًا كان أو مثمنًا كالمسلم فيه ونحوه، فلذلك بطل البيع في هذه المسائل الأربع لجهالة المقدار، وملأ ذا البيت مضبوط في «الروضة» والشرح بالنصب بغير حرف الجر على أنه مبيع، وما بعده ثمن.

وفي «المحرر» و«المنهاج»: «بِمِلْءِ ذا» على أن المسائل الأربع في الثمن والحكم صحيح؛ ولكن الأول أحسن؛ لأن الكلام في اقتسام المبيع لم يفرغ، وإنما يذكر الثمن معه بيعًا وصورة مسألتي البيت والحصاة فيما إذا جهل ملؤه وزنتها، فإن علما صح وفي مسألة الحصاة شيء يأتي، ومسألة الفرس صور لها أن يجهلا أو أحدهما قدر الثمن، فلو علمنا وقصد البيع بمقداره صح.

وقيل: يصح مع الجهل به؛ لأنه يمكن استكشافه.

وقيل: إن حصل العلم به قبل التفرق صح، وإن أطلقا في حالة العلم بمقداره. قال العراقيون والبغوي: لا يصح.

وقال الإمام، والروياني وغيرهما: يصح.

---

[1] متن غير مشروح في الأصل.

قال المصنف: [وَلَا تَكْفِي الْمُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ.

وقال ابن الرِّفْعَة: وهو الأشبه، وأصل الخلاف إذا قال: أوصيت له بنصيب ابني.

قلت: ويخطر بالبال أنه لو كان ما باع به؛ فلأن فرسه قد صار للمشتري بإرث أو غيره وهو باقٍ أن الإطلاق ينزل عليه لا على مثله إذا قصده البائع.

فرع: لو باع ملء هذه القصعة مثلًا من هذه الصبرة صح في الأصح، وقياسه أن يصح إذا قال: وزن هذه الحصاة من هذه الصبرة، أو ملأ هذا البيت من هذا البيدر فقد يفرق في هذه بكثرة الغرر لكثرة المقدار في فتاوى الْبَغَوِي، أنه لو قال: بعتك بكذا مثقال من الفضة أو الذهب، ولم يتبين أنه مضروب أو سبيكة لم يصح البيع، وهذا يوجب التوقف فيما سبق في صورة الحصاة، فإنهم عللوا البطلان كلبن بماء، لكن نص في «الأم» لأنه لا يكون مخيضًا إلا بإخراج زبده، وزبده لا تخرج إلا بالماء وقضيته المنع هنا ولأجله أطلق جماعة منهم المنع ومنهم الصيمري والماوردي وعلله بنحوها، قاله الشَّافِعِي، ثم قال: فإن خرج زبده منه بغير ماء جاز بيعه بمثله، انتهى.

وذكرت في «الغنية» أنه لو كان فيه ماء يسير لا يؤثر في الكيل اغتفر، ولا يجوز بيع المخيض بزبده بمثله ولا بزبد ولا بسمن؛ لأنه يصير من قاعدة «مد عجوة» وليس ذلك لعدم كماله كما توهمه كلام «المحرر» و«المنهاج» ويجوز بيع المخيض المنزوع الزبد بالسمن متفاضلًا وفاقًا، وبالزبد خلافًا لأبي إسحاق.

قال الشارح: وقال: **(وَلَا تَكْفِي الْمُمَاثَلَةُ فِي سَائِرِ)** أي: باقٍ.

(أَحْوَالِهِ كَالْجُبْنِ وَالْأَقِطِ) أي: والمصل وعليه المنع فيها أما امتناع الكيل، وإما بأثر النار، وبه علل الرَّافِعِي، وكما يمتنع بيع بعض هذه الأشياء مثلها كذلك يمتنع بالآجر وباللبن وبالزبد وبالسمن والمخيض قاله المحاملي وفصل الماوردي في الجبن.

فقال: إن كان رطبًا أو نديًا لم يجز وكذا إن كان يابسًا على أصح القولين، وعلله ابن سُرَيْج بأن أصله مكيال وهو متعذر وعلله غيره بما فيه من الأنفحة

وَلَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَو الْقَلْيِ أَو الشَّيِّ، وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ، ....

المانعة من التماثل فلو دق ناعمًا بحيث ما عمي بحيث كال على قول ابن سُرَيْج دون الآخر.

قال ابن الرِّفْعَة: وبيع جبن البقر بجبن الغنم نسبة أن يكون فيه مثل الخلاف في بيع خبز القمح بخبز الشعير إذا قلنا الأدقة أجناس.

قال: (**لَا تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ النَّارُ بِالطَّبْخِ أَو الْقَلْيِ أَو الشَّيِّ**)؛ لأنه ليس لنا تأثير النار عليه فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة.

واعلم أن ما أثرت فيه النار إن كان مدخرًا لم يجز قطعًا كالحب يقلى، واللحم يشوى أو يطبخ ونحوهما، وإن كان مما يدخر كالسكر والفانيد والفند والدبس فكذلك على الأصح، والثاني: الجواز، والثالث: حكوه في الدبس إن طبخ في قدر واحد جاز وإلا فلا إذ علة المنع معقولة ورجح جماعة في السكر الجواز. وقالوا: إن تأثير النار فيه ليس غاية؛ ولكنها لتمييز أجر القصب وانعقاده بطبعه لا بالنار.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إن ظاهر المذهب فيه الجواز.

وذكر الرُّويَانِيّ: أنه اختيار أكثر أصحابنا بـ«العراق»، ووافق المصنف في «الروضة» على الصحيح منع بيع بعضه ببعض وصحح في تصحيح التلبية صحة السلم فيما جعلته نار لطيفة.

قال: كالسكر والفند والفانيد والدبس(١) واللبأ، واعتذر عنه بأن الربا أضيق، لكن قيل: من وافقه على الفرق بين البابين في هذا الحكم وقوله وغيره أن ناره لطيفة خلاف المشاهد وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر، وربما أذكر في السلم في هذا كلامًا شافيًا إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَالْعَسَلِ وَالسَّمْنِ**) أما السمن فقطعًا، وأما العسل فعلى الأصح؛ لأن ناره ليتميز عن الشمع وهي لطيفة غالبًا، فلو فرض أنها عقدته

---

(١) الدِّبْسُ بِالْكَسْرِ وَبِكَسْرَتَيْنِ: عَسَلُ التَّمْرِ وَعَسَلُ النَّحْلِ.

وَإِذَا جَمَعَتْ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا كَمُدٍّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَو دِرْهَمَيْنِ. أَوْ النَّوْعُ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَو بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ].

امتنع بيع بعضه ببعض والمراد عسل النحل، وما يطلق عليه اسم عسل من عصير القصب مجازًا كما اقتضاه لفظ الشَّافِعِي، ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلًا، ولا يجوز بيع العسل بشمعه بمثله ولا بالصافي لقاعدة: «مد عجوة» والمصفى بالشمس يجوز قطعًا، وللإمام احتمال مرجوح عنده في سمن الحجاز.

وفي «الذخائر» عن بعض الأصحاب أن المصفى بالبلاد المعتدلة بالشمس لا يجوز بيعه بما صفى بها بالبلاد الحارة، قال: وليس بشيء.

فروع: قال الإمام: يجوز بيع الماء المغلي بمثله ولا ربا في الشمع، ولا يجوز بيع قصب السكر بمثله ولا بالسكر ولا بعسله.

قال: (وَإِذَا جَمَعَتْ الصَّفْقَةُ رِبَوِيًّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَاخْتَلَفَ الْجِنْسُ مِنْهُمَا كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَو دِرْهَمَيْنِ أَو النَّوْعُ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَو بِأَحَدِهِمَا فَبَاطِلَةٌ).

الأصل ما رواه مسلم عن فضالة بن عبيد أنه قال: «أُتي النبي ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، فباع بالذهب، فأمر بالذهب، فنزع وحده ثم قال: الذهب بالذهب وزنًا بوزن». وفي رواية: «لا يباع حتى يفصل».

ولأبي داود: «ربما أردت الحجارة؛ فقال: لا حتى تميز بينهما»(١).

والمعنى في ذلك أن العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على مالين مختلفين وزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة كمن باع شقصًا وسيفًا، فيقع في التفاضل أو الجهل بالتماثل.

تنبيهات: احترز بقوله: «جمعت الصفقة عما إذا تعددت بتفضل الثمن» بأن جعل المد في مقابلة المد فالدرهم في مقابلة الدرهم، وما أشبه ذلك فإنه

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٠) وأبو عوانة في «مستخرجه على مسلم» (٣/ ٣٨٥) وأبو داود (٣/ ٢٤٩).

يصح باتفاق لا من المحدود، وقوله: «ربويًا» أي: واحدًا، فلو باع قمحًا وشعيرًا بتمر وزبيب جاز، وإن جمعت الجنس الربوي من الجانبين، واعتبر في المحرر أن يتخلف الجنس منهما أو من أحدهما، ولا بدَّ منه؛ لأنه لو باع مدًّا ودرهمًا بمدين لم يختلف الجنس إلا من أحد الجانبين، فالعبارة المحررة أن يجمع الصفقة جنسًا ربويًّا من الجانبين، ويختلف العوضان أو أحدهما جنسًا أو نوعًا أو صفةً، وإن شئت قلت: أن يبيع ربويًّا بجنسه، ومع أحدهما غيره، سواء كانت المغايرة في الجنس أم النوع أم الصفة، وسواء كان المضموم ربويًّا أم غيره، ولا فرق بين كون قيمة المد مثل الدرهم أو لا على مقتضى كلام الجمهور، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، ولا فرق بين أن يكون المدان من نوع واحد، والدرهمان من ضرب واحد أو لا.

وقال القاضي أبو الطيب: أو علما قبل العقدان قيمة المد مثل الدرهم، وتبايعا على ذلك جاز، وتبعه صاحب «التنبيه» والجرجاني، والشاشي، والروياني، والفارقي، وابن أبي عصرون، وكلهم فرض المسألة فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدين وشبهه.

وعبارة الرُّويَانِيّ في تجربته: لو باع مد عجوة قيمته درهم مع درهم بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهم حقيقة، فإن اجتنيا من شجرة واحدة فالمذهب أنه يجوز؛ لأنه وحدة التماثل حقيقة وغلط من قال غيره، انتهى.

وقال القاضي الحسين: فيما إذا باع مدًّا ودرهمًا بمدٍّ ودرهم، واتحد نوعي المدين وضرب الدرهمين وجهين. وكذلك قال الْمُتَوَلِّي، ونقل عن القاضي الحسين: أنه كان بخيار الصحة؛ لكن كلامه في كتاب «الأسرار» يقتضي الفساد.

والظاهر أن ما ذكره أبو الطيب والقاضي الحسين شيء واحد، وأن مأخذهما واحد، وحجة الجمهور أن القيمة أمر تخميني، فصار بأن الربا عنه، وظاهر كلام الشَّافِعِي ﷺ اشتراط اختلاف القيمة في النوعين، والتعرض له في الجنسين، وهكذا ابن الصباغ، وليكن هذا وجهًا ثالثًا، وأطلق أئمة

....

المذهب البطلان في الجميع، إلا الْمُتَوَلِّي قال: لا يصح في المدِّ الذي مع الدرهم، وما يقابله من المدين، وفي الدرهم قولًا تفريق الصفة، وهكذا لو باع مدًّا ودرهمًا بدرهمين أو دينارًا ودرهمًا بدينارين أو بدرهمين بطل في القدر الذي يقابل الجنس، وفي الباقي القولان، ووافقه الرُّويَانِيّ.

وقال الرَّافِعِي: ممكن أن يكون كلام من أطلق على ما فصلا.

قال بعض الشيوخ: وفيه نظر؛ لأن التقسيط لو اعتبر في المسألة لصح فيما إذا اتفقت القيمة، وللرافعي مع الجمهور على المنع والعدد عن التحريف على تفريق الصفة، إما أن التقويم لا مدخل له في الربا، وإما أن التفريق إنما يكون لفوات شرط، وهنا الفساد والهيئة الإجماعية كالعقد على خمس نسوة على أن صاحب «الذخائر» أغرب فقال: في صحته على أربعة قولًا بالتفريق، وليس بشيء.

فرع: ألحق الشَّافِعِي اختلاف النوع والصفة باختلاف الجنس فيما سبق، وفي «الْبُوَيْطِي».

وقيل: يجوز خمسين قطاع وخمسين صحاح بمائة صحاح، وكذا ذكره في «الإملاء» وحكوه وجهًا عن صاحب «التقريب»، وطردوه في الصحاح والمكسرة والجيد والرديء والصحاحي والبرني مثلًا، والمشهور البطلان في ذلك كله، واشترط في «الشامل» في البطلان أن تنقص قيمة المكسر عن الصحيح، وهو على قول من اعتبر القيمة عند اختلاف الجنس ظاهرًا ما على رأي الجمهور أن يقال: لا تعتبر القيمة هنا أيضًا لكنه بعيد.

فرع: لو ميز بين صغار الثمن وكباره مثلًا ثم باع صاعًا من الصغار وصاعًا من الكبار بصاع من الصغار وصاع من الكبار، فكما لو باع درهمًا ودينارًا بدرهم ودينار وهما من ضرب واحد، فأما إذا لم يميز وأراد بيع صاعين بصاعين، وكل منهما مشتمل على صغار وكبار واختلف أصحابنا.

فقيل: إذا كانت الصغار ظاهرة من الكبار بحيث يظهر للناظر من غير تأمل لم يصح وإلا فيصح.

....

وقيل: إن كان بين النوعين تفاوت لم يصح والوجهان ضعيفان والصواب الصحة مطلقًا؛ لأن المختلط لا يوزع أهل العرف الثمن عليه؛ بل يقومه تقويمًا واحدًا بخلاف التمييز.

فرع: لو باع دارًا بدار، وفي كل منهما بئر ماء طاهرة، وقلنا: الماء مملوك ربوي، فالأصح عند الرَّافِعِي والمصنف الصحة؛ لأن البئر تابعة لمقصود الدار بخلاف المعدن، وهذا إنما يتجه إذا قلنا: إن ماء البئر يدخل في بيع الدار تبعًا، وهو وجه غريب، والمشهور أنه كالثمرة المؤبرة لا تدخل إلا بشرط، وممن قال ذلك، وهو مشكل على ما قالاه هنا، فإن لم يشترط فسد البيع، وإن اشترط لم يكن تابعًا، وحينئذٍ فالأصح عدم الصحة، كما قاله: القاضي أبو الطيب، وصاحباه أبو إسحاق وابن الصباغ، وهذا كله في الماء العذب، فإن كان ملحًا فلا ربا فيه؛ لأنه غير مشروب.

واعلم أن الوجه الغريب المذكور صححه صاحب «الانتصار» والعُرف يقتضيه، وعليه العمل في الأعصار والأمصار. واعلم أيضًا أن الكلام في البئر النابعة، وأما غيرها فالماء بها كالماء في الآنية.

فرع: إذا بيع الموزون بجنسه، وفيه خليط، وإن قل أطلق الجمهور المنع؛ لأنه يؤثر في الميزان.

وفي «الاستقصاء» عن الصيمري أنه قال: إلا أن يكون الميزان كبيرًا لا تؤثر فيه القراريط والدوانيق فهو كالكيل، وهذا التفصيل حسن غريب ولا أحسب الجمهور يوافقونه، ولا يجوز بيع الفضة المغشوشة بمثلها، ولا بالمخالطة للقاعدة علم الغش أو جهل.

قال الرُّويَانِيّ: إلا أن يكون يسيرًا لا يأخذ حظًّا من الوزن فلا أثر له وبيع الأرز بمثله مقشورًا جاز، وكذا في القشرة السفلى على الصحيح لا في العليا على الأصح.

قال الحصري: لا يجوز بيع تبن الحنطة بتبن الحنطة لما فيهما من الحب.

قال المصنف: [وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ].

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: يجوز، وهذا هو الصحيح؛ لأن ذلك ليس بمقصود بالعقد بخلاف النقد المغشوش بمثله؛ فإنه لا يجوز، وهذا هو الصحيح.

قال الشارح: (**وَيَحْرُمُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لما قال الشَّافِعِي عن مالك عن سعيد بن المسيب ؓ أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع اللحم بالحيوان**»(١).

قال الحاكم: وهذا المرسل شاهد لحديث الحسن عن مرة أن رسول الله ﷺ «**نهى عن بيع الشاة باللحم**»(٢).

قال: وهذا حديث صحيح الإسناد وإنه عن آخرهم أئمة حُفَّاظ ثقات.

قال: وقد احتج الشَّافِعِي بالحسن عن سمرة، وأسند الدارقطني المرسل عن سهل بن سعد، قال الحفاظ: وإسناده غلط.

وروى البزار بسند ضعيف عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه ﷺ «**نهى عن بيع اللحم بالحيوان**»(٣).

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر ؓ، فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بها لحمًا، فقال أبو بكر ؓ: لا يصلح هذا.

وقد اعتمد الشَّافِعِي ؓ أن هذا مع مرسل سعيد(٤) واعتضد الاحتجاج به؛ لأنه وهو قول أكثر أهل العلم وبالانتشار.

حتى روى مالك في «الموطأ» عن أبي الزناد أنه قال: وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع اللحم بالحيوان.

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٩٥)، والدارقطني في «السنن» (٣/ ٧٠).

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤١)، والبيهقي (٥/ ٢٩٦).

(٣) أورده الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٢) وقال: رواه البزار وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف.

(٤) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٦٦) عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

قال أبو الزناد: وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان - ﵀ - وهشام بن إسماعيل ولحديث سمرة، وهو كافٍ وحده(١).

وقد أشار الشَّافِعِي في «المختصر» إلى وجه الاحتجاج بقوله: ولا يعلم أحد من أصحاب رسول الله ﷺ خالف في ذلك أبا بكر.

قال الشيخ أبو حامد: والظاهر أنه إذا نحرت جزور حضرها إمام الوقت أن يكون هناك ناس كثيرون، وقد قال هذا ولم ينكر عليه أحد.

إشارات وتتمات: أما بيعه بجنسه فقد قيل: إنه حرام باتفاق الشَّافِعِي والأصحاب؛ لأنه ربوي بيع بأصله. وقال: القياس الجواز إلا أن يثبت الحديث.

قيل: وما قاله المزني قول الشَّافِعِي حكاه السرخسي، كما نقله ابن الصلاح في «فوائد رحلته» عن شرط «الوسيط» لابن الوجيه عنه.

وقال ابن الوجيه: إنه القياس وأما إذا بيع بغير جنسه من المأكول، فإن قلنا: اللحمان جنس لم يجز قطعًا، وإن قلنا: أجناس فقولان وجه المنع العموم وأثر الصديق ووجه الجواز كبيع اللحم باللحم وهو ضعيف، وأما بغير المأكول كالعبد والحمار فالقولان منصوصان في أكثر الكتب المنع، وصححه الْقَفَّالُ والبغوي وجزم الصيمري، وصحح الجرجاني وابن أبي عصرون

---

(١) قال الحافظ في «تلخيص الحبير» (٣/ ٣٥٤): «حدِيثُ رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَن بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ».
مَالِكٌ، وَعَنْهُ الشَّافِعِيُّ مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ مُرْسَلًا، وَهُوَ عِنْدَ أَبِي دَاوُد فِي الْمَرَاسِيلِ، وَوَصَلَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ فِي الْغَرَائِبِ عَن مَالِكٍ، عَن الزُّهْرِيِّ، عَن سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ وَحَكَمَ بِضَعْفِهِ، وَصَوَّبَ الرِّوَايَةَ الْمُرْسَلَةَ الَّتِي فِي الْمُوَطَّإِ، وَتَبِعَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، وَابْنُ الْجَوْزِيِّ، وَلَهُ شَاهِدٌ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَوَاهُ الْبَزَّارُ، وَفِيهِ ثَابِتُ بْنُ زُهَيْرٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ.
وَأَخْرَجَهُ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي أُمَيَّةَ بْنِ يَعْلَى، عَن نَافِعٍ أَيْضًا، وَأَبُو أُمَيَّةَ ضَعِيفٌ، وَلَهُ شَاهِدٌ أَقْوَى مِنْهُ مِنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ، عَن سَمُرَةَ، وَقَدْ اُخْتُلِفَ فِي صِحَّةِ سَمَاعِهِ مِنْهُ، أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ وَالْبَيْهَقِيُّ وَابْنُ خُزَيْمَةَ قَوْلَهُ: رُوِيَ أَنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ، فَجَاءَ رَجُلٌ بِعَنَاقٍ فَقَالَ: أَعْطُونِي مِنْهَا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصْلُحُ هَذَا. الشَّافِعِيُّ فِي الْأُمِّ، عَن إبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي يَحْيَى، عَن صَالِحٍ مَوْلَى التَّوْأَمَةِ، عَن ابْنِ عَبَّاسٍ.

باب في البيوع المنهي عنها

قال المصنف: [باب نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ، وَهُوَ ضِرَابُهُ، وَيُقَالُ: مَاؤُهُ، وَيُقَالُ: أُجْرَةُ ضِرَابِهِ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ، ....

الجواز، ومأخذ القولين النظر إلى عموم اللفظ والقياس، فتخصص.

فرع: في معنى اللحم: الشحم والإلية والسنام والطحال والكبد والقلب والكلية والرئة وجلد المأكول المذكى قبل دبغه وكرشه على الصحيح في الجميع.

قال في «الخصال»: ولا يجوز بيع لحم الحيتان بالحيوان، وكذلك الجراد وما قاله في الحوت فهو الصحيح. وأما في الجراد فغريب.

وفي «التهذيب» ما يومئ إليه، ويحتمل تخريجه على ما سبق في اللحم، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: باب البيوع المنهي عنها: وهي قسمان، كما ذكره، وبدأ بما يقتضي الفساد منهما.

قال: (**«نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ»**)⁽¹⁾ البخاري هكذا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ورواه مسلم من حديث جابر رضي الله عنه بلفظ: **«نهى عن بيع ضراب الجمل»**⁽²⁾ وهو بفتح العين، وسكون السين المهملتين.

قال: (**وَهُوَ ضِرَابُهُ**) وهو المشهور في كتب الفقه.

(**وَيُقَالُ: مَاؤُهُ**)، واستدل لذلك بقوله: **«رهين ولولا عسبه لرددتموه، وشر منحة فحل معار»** وعلى هذين القولين يكون التقدير بدل عَسْب الفحل.

(**وَيُقَالُ: أُجْرَةُ ضِرَابِهِ**)، وعلى هذا لا تقدير؛ لكن هذا القول مردود من جهة اللغة.

قال: (**فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ**) أي: والمبيع باطل؛ لأنه غير متقوم، ولا معلوم، ولا مقدور في التسليم.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٦٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٦٥).

وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَعَنْ حَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَهُوَ نَتَاجُ النَّتَاجِ بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجَ النَّتَاجِ أو بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ.

قال: (**وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن فعل الضراب إلى اختيار الفحل، والماء يجوز كالاستخيار لتلقيح الفحل.

وأُجيب بأن: الأجير قادر على تسليم نفسه وليس عليه غبن حتى لو شرط عليه ما يلقح به فسدت الإجارة، وهاهنا المقصود الماء والمؤجر عاجز عن تسليمه، وغريب نقل «المحرر» والخلاف قولين.

وحكى الماوردي أن ابن أبي هريرة حكى عن الأصحاب وجهين: أن هذا النهي محمول على التنزيه أو على التحريم أصحهما الثاني، وهذا ينبغي أن يكون عند من يفسره بالإجارة، وأما البيع فممتنع قطعًا، والإنزال من غير بيع ولا إجارة لا منع منه، والإعارة له محبوبة، ويجوز أن يعطي صاحب الفحل سببًا على سبيل الهدية خلافًا لأحمد قال: (**«وَعَنْ حَبَلِ الْحَبَلَةِ»**)⁽¹⁾ متفق عليه من حديث ابن عمر ﵄.

قال: (**وَهُوَ نَتَاجُ النَّتَاجِ**) هذا تفسير حبل الحبلة لفظًا، وهكذا أطلقه ابن الأنباري وقال أبو حنيفة وكذا الجنين الذي في البطن وجعله الجوهري لهما.

قال: (**بِأَنْ يَبِيعَ نَتَاجَ النَّتَاجِ**) لأنه بيع معدوم.

(**أَوْ بِثَمَنٍ إِلَى نَتَاجِ النَّتَاجِ**) لأنه أجل مجهول، وكل واحد من التبعين باطل بالإجماع.

وإنما اختلف في تفسير الحديث فالأول: تفسير أهل اللغة، والثاني: تفسير مالك والشافعي وهو الصحيح؛ لأن ابن عمر -﵄- راوي النهي، قال: وكان بيعًا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن ينتج الناقة ثم ينتج التي في بطنها.

إشارة: حَبَل: مفتوحة الباء وتسكينها غلط، والحبل يختص بالآدميات إلا

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٦)، ومسلم (١٥١٤).

وَعَنْ الْمَلَاقِيحِ وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ.

وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ.

وَالْمُلَامَسَةِ بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ أَوْ يَقُولَ إِذَا لَمَسْته فَقَدْ بِعْتُكَهُ.

ما جاء في هذا الحديث والنتاج بفتح النون وضبطه المصنف بخطه بكسرها وعليه الاستعمال فلعله لغة ثالثة.

قال: (وَعَنِ الْمَلَاقِيحِ وَهِيَ مَا فِي الْبُطُونِ) أي: من الأجنة، (وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ) أي: من الماء، وصورته أن يقول: بعتك من ينتج من ضراب فحل هذا في عام أو عامين ليأخذ نتاج كل ما قد نتجت منه في تلك المدة، وسميت مضامين؛ لأن الله تعالى ضمنها.

وقال: سعيد بن المسيب، ومالك في «الموطأ»: الملاقيح: ما في أصلاب الفحول، والمضامين: ما في البطون، والمشهور الأول أي: ما كان فهو باطل إجماعًا. وقيل: المضامين ما اجتمع في الأرحام عقب الضراب.

وقال أبو عبيد: الملاقيح: ما في بطون الإبل خاصةً، ولا فرق شرعًا بين الإبل وغيرها، وهذا النهي رواه مالك مرسلًا، وأسنده البزار من حديث أبي هريرة ﷺ إلا صالح ابن أبي الأخضر، ولم يكن بالحافظ، انتهى.

وعضد بالإجماع قال: (وَالْمُلَامَسَةِ). روى البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيعين المنابذة والملامسة»(١).

قال: (بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ أَوْ يَقُولَ إِذَا لَمَسْته فَقَدْ بِعْتُكَهُ) أي: أو أن تبيعه شيئًا على أنه متى لمسه لزم البيع وسقط الخيار، ووجه البطلان في الثلاثة ظاهر.

والأول: تفسير الشَّافِعِي وجمهور الأصحاب، وللإمام فيه احتمال، وقاله: الْمُتَوَلِّي تفريعًا على صحة نفي خيار الرؤية.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٨٤) ومسلم (٣٨٧٩).

وَالْمُنَابَذَةِ بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا.

وَبَيْعِ الْحَصَاةِ بِأَنْ يَقُولَ لَهُ بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ أَو يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَو بِعْتُكَ وَلَك الْخِيَارُ إِلَى رَمْيِهَا. وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

والثاني: إن جعل شرطًا، فالبطلان ظاهر للتطليق، وأن يجعل نفس اللمس بيعًا، وهو ما ذكره الأصحاب.

وقال الْمُتَوَلِّي: له حكم المعاطاة، وليس كما قال: للتعليق.

قال: (وَالْمُنَابَذَةِ) أي: بالذال المعجمة من نبذ الشيء إذا طرحه، والنهي عنها متفق عليه كما سبق.

قال: (بِأَنْ يَجْعَلَا النَّبْذَ بَيْعًا) قال الشَّافِعِي: يعني أقاماه مقام الصيغة.

وقيل: أن يقول: بعتك على أني إذا نبذته إليك لزم البيع.

وقيل: المراد نبذ الحصاد وسيأتي، وعلى التأويلات هو باطل أو على التفسير الأول.

قال الأصحاب: يخفى فيه الخلاف في المعاطاة، وجعل بعضهم أن نص الشَّافِعِي على هذا نص على بطلان المعاطاة، وفيه نظر؛ لأن المعاطاة فعل مع قرينة تدل على قصد البيع به حتى كأنه وضع عرفًا لذلك، وهنا ما علم ذلك حقيقة المعاطاة.

قال: («وَبَيْعِ الْحَصَاةِ»)(١) رواه مسلم.

قال: (بِأَنْ يَقُولَ لَهُ بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَثْوَابِ) أي: مثلًا.

(مَا تَقَعُ هَذِهِ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ) وفي معناه: بعتك من هذه الأرض هنا إلى ما تنتهي إليه هذه الحصاة.

(أَوْ يَجْعَلَا الرَّمْيَ بَيْعًا، أَو بِعْتُكَ وَلَك الْخِيَارُ إِلَى رَمْيِهَا) ووجه البطلان في الأول جهالة المبيع، وفي الثاني فقد الصيغة، وفي الثالث الجهل بالخيار.

قال: («وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»)(٢) قال الترمذي: حسن صحيح.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٧٦).

بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أو أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ أو بِعْتُكَ ذَا العَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا، وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أو قَرْضٍ.

قال: (**بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أو أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ**) أي: فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا.

(**أَوْ بِعْتُكَ ذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا**) أو أن تشتري مني داري بكذا وعلى التقادير كلها البيع باطل إجماعًا.

قال: (**وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ**) هذا النهي بهذا اللفظ رواه الإمام أبو حنيفة - رحمه الله تعالى- عن عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده، والذي رواه أبو داود والنسائي من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما-: «**ولا يحل سلف، ولا بيع، ولا شرطان في بيع**»[1] قال الحاكم في «المستدرك»: هو حديث صحيح. والحديث واحد.

وكذا رواية الترمذي: «**ولا شرطان في بيع**»[2] وقال الترمذي: حسن صحيح، والحديث واحد، وكذا رواه الإمام أحمد[3] وكذلك أجاز البيع بشرط واحد.

قال: (**كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أو قَرْضٍ**) فيبطل الأول، فإن أتيا بالثاني، وإن كانا يعلمان بطلان الأول صح وإلا فلا.

قال الْبَغَوِي وغيره: يبطل.

وقال الإمام وشيخه والغزالي: يصح.

قال الرَّافِعِي: وهو القياس؛ لأن المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: والأول أصح؛ لأن المواطأة لا يعتقد أن لزوم الوفاء بها خلاف مسألتنا فنظيرها من مسألتنا أن يعلما بفساد الشرط، انتهى.

وما قيل في المواطأة قد يمنع فإنهم لم يفرقوا في عدم اعتبارها بين أن يعتقدا لزومها أو لا وغالب الناس يعتقد بلزوم الوفاء بها.

---

[1] أخرجه الحاكم (١٢٤٦).

[2] أخرجه الترمذي (١٢٧٩).

[3] أخرجه في «المسند» (٦٨١٣).

وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ أو ثَوْبًا وَيَخِيطَهُ فَالأَصَحُّ بُطْلَانُهُ،

وجزم القاضي الحسين هاهنا بالصحة كالإمام، وقال القاضي: إلا أن تعلق انعقاد أحدهما بانعقاد الآخر، ويجعل الإيجاب في أحدهما إيجابًا في الآخر فتقول: بعتك هذا العبد على أن تبيعني دارك، فإن وجب لك عندي وجب لي دارك فيمتنع العقد انتهى، وهذه الزيادة حكاها أبو داود عن الشَّافِعِي في تتمة هذا التأويل.

فرع: قال صاحب «الكافي»: إذا باعه شيئًا قليل القيمة يربح على أن يقرضه غيره، فإن شرطا ذلك في الاقتراض أو البيع لم يصح البيع ولا القرض، وإن لم يشترطا؛ بل يواضعا عليه قبل المعاملة حتى على أن المواضع عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وفيه جوابان، والأصح لا فعلى هذا يصح البيع والقرض، وهل يحل باطنًا؟ ويحتمل وجهين أصحهما يحل لحديث: «**عامل خير**»(١) انتهى.

قال: (**وَلَو اشْتَرَى زَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ الْبَائِعُ أَو ثَوْبًا وَيَخِيطَهُ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَالأَصَحُّ بُطْلَانُهُ**) لأنه ينافي مقتضى العقد فإن ذلك على المشتري الجمع بين بيع وإجارة، ولو عيَّن لكل واحد عوضًا كان الحكم كذلك كاشتريته بعشرة على أن يحصده بدرهم، فقال: بعت وأجرت صح الشراء دون الإجارة؛ لأنه استأجر على العمل فيما لا يملكه، وكذا اشترى متاعًا على أن يحمل إلى بيته والبائع يعرف عنه فإن جهله بطل قطعًا.

وقال الدارمي: إذا باعه زرعًا بشرط أن يحصده له بطل، فإن قال: أبيعك وأحصده لك بكذا، قال ابن الْقَطَّان والطبري: وجهان، وقال الطبري آخرًا: لا يجوز قولًا واحدًا، انتهى.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: وسواء قال: بعتك على أن يحصده أو تحصده.

---

(١) لم أجده.

وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَو الْبَرَاءَةِ مِن الْعَيْبِ أَو بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ أَو الْأَجَلِ وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ الْمُعَيَّنَاتِ ....

وقال الشيخ أبو حامد: لا يصح في الأولى، وفي الثانية طريقان، انتهى. ولعل صوابه بعتك على أن أحصده أو وأحصده.

إشارة: كانت قضية اصطلاحه أن يقول: فالمذهب بطلانه، كما قال: في «شرح المهذب»؛ لأن الخلاف طرق.

وكذا قالا في «الروضة» و«الشرح»: فاعلم أن النهي في هذه النواهي الثمانية مقتضي الفساد.

قال: **(وَيُسْتَثْنَى صُوَرٌ)** أي: من النهي عن بيع وشرط واقتضائه الفساد.

قال: **(كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ أَو الْبَرَاءَةِ مِنْ الْعَيْبِ أَو بِشَرْطِ قَطْعِ الثَّمَرِ)** كما سيأتي بيانه بشروطه، والغرض هنا الإشارة.

قال: **(أَوِ الْأَجَلِ)** لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] **(وَالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ)** للحاجة إليهما.

(الْمُعَيَّنَاتِ) احترازًا من المجهول فلا بدَّ من علم الأجل، وشرط الرُّويَانِيّ احتمال نقله إلى المدة المضروبة، فلو أجله ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة.

قال في «الروضة»: قلت: لا يشترط احتمال بقائه إليه؛ بل ينتقل إلى وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدين إليه فاسد، انتهى.

وسيأتي في هذا كلام ذكرناه في «الغنية» في الإجارة أو غيرها، أو المعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفات المسلم فيه ووصيته جعلهما وغيرهما الرهن الغائب كالمبيع الغائب أنه لا يكفي الوصف، وقد صححا ثم إن الوصف بصفة السلم لا يكفي، وقضية الوفاء بالتشبيه ألا يكفي الوصف وقد جزما بالاكتفاء، أو لعله على طريقة من جوز رهن الغائب من الأصحاب، ولم يخرجه على أصح القولين وأنه صادر ممن يقول يكفي وصف المبيع المعين عن المشاهدة، ولا يشترط في الرهن التعرض لمن يكون تحت يده على الأصح،

لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ وَالْإِشْهَادِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَو لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ].

والمعتبر في الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا تكفي الصفة، كقوله: رجل موسر بعته.

قال الرَّافِعِي: ولو قال قائل: الاكتفاء بالوصف أولى بالمشاهدة من لا يعرف حالة لم يكن منعدًا.

وقال القاضي ابن يحيى: لا يشترط تعيين الكفيل، فإذا أطلق أقام من شاء كفيلًا وزيفه المصنف، وكلام الدارمي يشعر بموافقته، قال: وحكى الشَّاشِي عن الشَّافِعِي: أنه لا يجوز حتى يحضر الضمين، انتهى.

قال: **(لِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ)** لأن الأعيان لا توجد ثمنًا ولا مثمنًا ولا يرهن بها وفي ضمانها تفصيل يأتي بيانه -إن شاء الله تعالى- نعم يجوز إن شرط المشتري كفيلًا بالعقد، فلو ذكر في المبيع أو الثمن المعين آجلًا كاشتريت منك كذا بهذا على أن أسلمه في وقت كذا فهو فاسد؛ لأن الأجل رفق للتحصيل والمعين حاصل. قال: وإن لم يرهن أو لم يتكفل المعين، فللبائع الخيار لفوات شرطه، وكذا إن لم يشهد ولا يجبر العبد على الوفاء بالشرط عندنا لزوال الضرر بالفسخ. قال: **(وَالْإِشْهَادِ)** للحاجة إليه.

(وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الشُّهُودِ فِي الْأَصَحِّ) لأن المقصود العدالة وقطع الإمام بعدم اشتراط التعيين ورد الخلاف إلى أنه لو عينهم، هل يتعينون ولو شاهدين فامتنعوا، فإن شرطنا التعيين **(فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَو لَمْ يَتَكَفَّلِ الْمُعَيَّنُ فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ)** وإلا فلا، ومتى فسد شرط من هذه الشروط المستثناة لفوات أمر مما ذكرناه، فإن كان الأجل أو الخيار فسد البيع وكذلك الرهن والضمير على الأصح، فإن كان الإشهاد فلا ولو هلك الرهن المشروط قبل القبض أو بغير مقتضى القيمة أو وجد المرتهن به عيبًا قديمًا فله الخيار في البيع ولو ادعى الراهن حدوثه بعد القبض صدق بيمينه استدامة للبيع، ولو هلك بعد القبض أو تغيب ثم اطلع على عيب قديم، فلا ولا فسخ في الأصح.

قال المصنف: [وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ،

فرع: لو شرط أن يرهنه المبيع بالثمن بعد القبض ويرده إليه فالبيع باطل، ولو رهنه بالثمن بلا شرط صح إن كان بعد القبض، أو قبله فلا إن كان الثمن حالًا؛ لأن الجنس له وإن كان مؤجلًا فكرهن المبيع قبل قبضه بدين آخر سيأتي بيانه.

قال الشارح: (وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ) لقضية بريرة-رضي الله عنها- وهي في الصحيحين⁽¹⁾ وفيها اشتراط العتق والولاء، ولم ينكر النبي ﷺ اشتراط الولاء، ولأن استعقاب البيع العتق عهد في شراء القريب، فاحتمل شرطه.

والثاني: عن رواية أبي ثور يصح البيع ويبطل الشرط وربما طرد في سائر الشروط الفاسدة.

والثالث: يخرج يبطل العقد كما لو شرط أن يبيعه أو يهبه، وهذا مصادم للحديث، وإذا صححنا الشرط فدال فيما إذا أطلق أو قال: بشرط أن يعتقه عن نفسك، فإن قال: عني بطل البيع.

وعبارة «الروضة» فهو لاغٍ أي: فالعقد لاغ وقد يوهم إلغاء الشرط وصحة البيع، ويشترط ألا يكون المبيع ممن يعتق على المشتري كأصل أو فرع، فإن اشتراه بشرط إعتاقه، فالبيع باطل.

قال القاضي الحسين: بلا خلاف لتعدد الوفاء بالشرط، فإنه يعتق قبل إعتاقه.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وفيه نظر ويحتمل أن يصح البيع ويكون شرط الإعتاق توكيد للمعنى، فإن مقصود الشرط يحصل العتق، وهو حاصل،

---

(١) عن السيدة عائشة قالت: ثم أتتها بريرة تسألها في كتابتها فقالت: «إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي»، وقال أهلها إن شئت أعطيتها ما بقي وقال سفيان مرة: إن شئت أعتقتها ويكون الولاء لنا، فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك فقال: «ابتاعيها فأعتقيها فإن الولاء لمن أعتق»، ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر، وقال سفيان مرة: فصعد رسول الله ﷺ على المنبر فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة». صحيح البخاري (٤٥٦) ومسلم (٣٨٥٠).

وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ المشتري بالإعتاق.

وأحسب أن الأستاذ سبقه لهذا وفيه ضعف، وهل ينقدح فرق بين أن يجهل البائع ذلك أو لا؟ فيه نظر، والظاهر أن شراءه من أقر بحريته بشرط العتق كشراء القرب، ويحمل الفرق بينهما، ومن شرط الصحة أيضًا أن يكون العتق منجزًا، فلو شرط إعتاقه بعد يوم أو شهر مثلًا أو شرط أن يعلق عتقه بصفة أو شرط أن يبيعه بشرط إعتاقه لم يصح البيع على الأصح في الثلاث.

فرع: قال شارح: لو اشترى بعض عبد بشرط إعتاقه أن ظاهر كلام «الحاوي» الصغير الصحة، حيث قال: وعتق المبيع، قال: وظاهر كلام «المنهاج» البطلان، وبه صرح اليمني في «المعين».

قلت: إن صح هذا في غير المبعض، وفي غير من له باقية.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالْإِعْتَاقِ**) العتق المشروط حق لله تعالى وللبائع أو العبد أوجه في «التتمة» أصحها الأول: فعليه يأمره الحاكم به كالملتزم بالنذر؛ فإن أبى أجبره فإن أبى فكالمولى ممتنع، وعلى الثاني: للبائع المطالبة قطعًا، وكذا إن قلنا لله تعالى في الأصح، وعلى الثالث: للعبد المطالبة كذا قال الْمُتَوَلِّي، وينبغي أن يكون للحاكم المطالبة هنا أيضًا ويجبره فإن أضرَّ أعتقه عليه كما يطلق على المولى على الأظهر ويحبسه على قول حتى يعتق، وإذا قلنا: الحق للبائع لم يجبر؛ بل يجبر البائع في فسخ البيع.

وقيل: بالإجبار هاهنا، وفي الإشهاد بخلاف الرهن والضمين، فإنه لا يجبر قطعًا إذا قلنا: الحق للبائع، فأسقطه سقط على المذهب كما لو شرط رهنًا أو كفيلًا، ثم عفا عنه.

وإن قلنا: لله، فلا إسقاط أو العبد، فكذلك فيما أراه ولو أعتقه عن كفارة إن قلنا: الحق لله تعالى لم يجز أو للبائع لم يأذن فكذلك، وإن أذن أجزاه عنها، وإن قلنا للعبد فالظاهر أنه لا عبرة برضاه ولم أر فيه نقلًا.

فرع: لو جنى قبل إعتاقه، قال الماوردي: إن أجبرناه على عتقه لزمه فداؤه كأم الولد.

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ أَو شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَو كِتَابَتَهُ أَو إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ البيع .

وقيل: فقيمته للمشتري ولو مات فالأصح أنه ليس للبائع إلا الثمن فقط.

وقيل: ينفسخ البيع، وله القيمة، وقيل: يتخير.

وقيل: له الثمن والتفاوت بين حالتي الشرط وعدمه، وأغفلته «الروضة».

وقيل: له الثمن وما يقابل الشرط من شبيه الثمن مثاله الثامن عشر، وقيمته مع الشرط اثنى عشر، وبدونه خمسة عشر فيلزمه درهمًا ونصف في كفاية ابن الرِّفْعَة يلزمه درهمًا، وقال في مطلبه: وهو غلط، وعلى الوجه الرابع يلزمه ثلاثة.

فرع: له قبل العتق استخدامه وإكسابه قالا: ووطأها فإن أولدها لم يجزه عن الإعتاق على الصحيح بل عليه عتقها، انتهى.

وجزم ابن الْقَطَّان في «فروعه» بأنه: ليس له وطأها لخوف إحبالها؛ بل عليه أن يعتقها، وبه يشير كلام الدارمي.

قال الدارمي: ولو أجره يحتمل وجهين أصحهما يبطل.

قال: **(وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ الْعِتْقِ الْوَلَاءَ لَهُ أَو شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَو كِتَابَتَهُ أَو إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ)** أي: على المذهب الصحيح فيهن أما الولاء؛ فلأن شرطه يقتضي نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد، وفي قول: يصح البيع، ويلغى شرط الولاء لقوله ﷺ: **«كل شرط ليس في كتاب الله تعالى؛ فهو باطل»**(١).

وقيل: يصح البيع والشرط الظاهر قوله ﷺ: **«واشترط لهم الولاء مع خطبته»**(٢) بإيجازه فمنهم من لم يكتب الإذن، وإن كان في الصحيح أو الأكثرون أوَّلوه.

فقيل: بيِّن لهم حكم الولاء، وقيل: اللام بمعنى: «على».

وقيل: عقوبة لهم، وقيل: غير ذلك.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٨٣، رقم ٢٥٥٤٣)، وابن راهويه (٢/ ٢٣٦، رقم ٧٤٣)، والطبراني في الصغير (١/ ٢٩٧، رقم ٤٩٣). وحديث عائشة أصله عند البخاري ومسلم.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (٣٨٥٢).

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ.

وقول: المصنف مع العتق احترز به عما لو أفرد شرط الولاء، فإن قال: إن أعتقته يومًا، فالولاء لي.

قال الْمُتَوَلِّي هنا: وبايعاه لا يصح بلا خلاف؛ لكنه في كتاب «الخلع» أشار إلى خلاف فيه فقال: المذهب المشهور فساد العقد.

وأما شرط التدبير وما بعده فقال في «شرح المهذب»: لو شرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه أو دارًا بشرط أن يقفها فطريقان أصحهما القطع ببطلان البيع.

والثاني: أنه على الخلاف في اشتراط الإعتاق وكذلك العتق، انتهى.

والفرق أن التدبير ليست مصلحته ناجزة حتى يلحق بالعتق، وكذلك العتق بعد شهر والمكاتبة معاوضة والوقف، وإن كان قربه ففيه حجر ومن صحح في الشرط في الأربعة ألحقها بالعتق.

وللشافعي قول: أن البيع لا يفسد بفساد الشرط وعلى معاوضة تأتي، وهنا وجه ثالث، فيكون في المسائل الخمسة ثلاثة أوجه، واختار ابن أبي عصرون الصحة في شرط العتق بعد شهر، وبه أفتى الْبَغَوِي. وقال ابن الرِّفْعَة: إن ظاهر النص يقتضيه.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَأْكُلَ إِلَّا كَذَا صَحَّ**) أي: صح العقد ثم اشترط مقتضاه هل هو على الصحيح مؤكدًا ولغو كلام جماعة يقتضي الأولى، وكلام الأخرس، ومنهم الرَّافِعِي أنه لغو ولا عبرة لذلك وأما لا غرض فيه كشرط ألا يأكل أو لا يلبس إلا كذا قالا فهو لغو.

وقال الْمُتَوَلِّي: لو باع بشرط أن يصوم غير رمضان أو يصلي النوافل أو الفرائض في أول أوقاتها فالبيع باطل، وذكره الشَّاشِي احتمالًا.

قال الرافعي: وهذا يقتضي فساد العقد في قوله لا يأكل ولا يلبس إلا

كذا، واختار ابن الصلاح، وابن الأستاذ، وابن الرِّفْعَة إذا قرأ بالياء آخر الحروف، فقد ينازع في عدم الغرض، ويتخيل منه فساد العقد لعوده إلى نفع العبد فهو من وجه يشبه نفعه بالإعتاق.

قلت: عبارة جماعة شرط ألا يطعمه إلا كذا.

ولفظ الإمام في كتاب «الوديعة»: لو قال: بعتك بشرط ألا تطعمه إلا ألذ الأطعمة، إن هذا وما في معناه فهو مطرح به كما ذكروه.

قال ابن الرِّفْعَة في «حلية الشَّاشِي»: إن أصحابنا قالوا: إذا شرط ما لا غرض فيه، بعتك على أن تدخل الدار، أو تقف في الشمس، أو تصلي النفل، أو يأكل كذا إنه شرط فاسد لا يؤثر في العقد، وأبدى احتمالًا في البطلان.

قلت: والذي رأيته في نسخ «حلية الشَّاشِي»، وحكي عن بعض أصحابنا فذكره، وما ذكر يوافق اختيار ابن الصلاح وغيره في التصوير، فحصل التصوير بالوجهين، وذكر من شرح الكتاب أن الشَّافِعِي نص في «الأم» على أنه إذا قال: بشرط ألا يأكل إلا كذا، إن البيع باطل، فإن ثبت هذا عنه فهو المذهب، ورأيت فيما رأيته من فتاوى الْقَفَّال أنه لو قال: بعتك هذا الطعام على أن تأكله أو الأمةُ على أن تطأها، أنه إن قصد بذلك الاشتراط بطل البيع وإن أراد ولك ذلك صح البيع، انتهى.

وظاهر اللفظ الاشتراط، وقضيته الإبطال بخلاف ما اقتضاه كلام الشيخين والإمام وغيرهما، فإن ثبت النص المذكور طاح ما خالفه.

فرع: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: إذا باع إناء بشرط ألا يجعل فيه شيئًا محرمًا أو سيفًا بشرط ألا يستعمله في قطع الطريق أو قتال ظلم أو عبد بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز صح البيع، وقس على هذا ما في معناه.

فرع: لو شرط ألا يسلم المبيع حتى يقبض ثمنه، فإن كان مؤجلًا بطل البيع، وإلا بنى على أن البدأة في التسليم، ثم إن قلنا بالمشتري صح البيع وإلا فسد للمنافاة.

وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أَوِ الدَّابَّةِ حَامِلًا، أو لَبُونًا صَحَّ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ. وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ.

قلت: والخلاف في المساواة اليد، وأما إذا لم يخف فوت النهي، وتنازعا في مجرد الابتداء وحينئذٍ يتعين أن يقصد هذا.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ وَصْفًا يُقْصَدُ: كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا، أو الدَّابَّةِ حَامِلًا، أو لَبُونًا صَحَّ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ**) لأنه لا يقتضي إنشاء أمر مستقل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وهو التزام أمر موجود عند العقد سميناه شرطًا، وذلك الأمر إن كان وصفًا صح بلا خلاف، وإن كان عينًا كالحمل فالأظهر الصحة أيضًا؛ لأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد؛ لأنه داخل عند الإطلاق.

قال: إن اختلف الفوات شرطه المقصود.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي الدَّابَّةِ**) لا شرط معها سببًا مجهولًا كما لو قال: بعتكها وحملها، والفرق ما سبق ولو شرط كون الأمة حاملًا فعلى القولين.

وقيل: يصح قطعًا؛ لأنه بيان عيب فيها.

وفي شرط كون الدابة لبونًا طريقان أصحهما على القولين في الحمل.

والثانية: القطع بالصحة، وهي قضية كلام الكتاب.

ولو كان كون المبيع أو الحيوان حاملًا أو لبونًا لدخلت الأمة فيها؛ لأن اللبن يقصد فيها للإرضاع.

إشارة: احترز بقوله: «يقصد عما لا يقصد» فإنه لا خيار ومثل بالزنا والسرقة ونحوها وفيه نظر؛ لأنه إن كان من البائع فهو بيان للعيب. وإن كان من المشتري فهو في حكم الرضا بالعيب أو نحو ذلك، ومن نظر إلى أن الحمل في الأمة لبيان العيب لا يثبت الخيار وعبارة «المحرر» وصفًا مقصودًا، وهي أحسن.

واعلم: أن من الأوصاف ما يقصده، وفي ثبوت الخيار بالحلف فيه خلاف:

منها: لو شرط ثيوبها، فخرجت بكرًا، فالأصح لا خيار.

ومنها: لو شرط أنه خصي فبان فحلًا فله الرد.

……

قالوا: لا يدخل على الحرم، وكأنهم أرادوا أنه الممسوح والإفتاء في الذكر الفحل، فينبغي ألا يثبت الرد؛ لأنه لم يكتب به غرض بخلاف الممسوح⁽¹⁾.

وقال أبو الحسن العبادي: لا رد؛ لأن الفحولية فضيلة.

تنبيهات: قالوا: يكفي أن يوجد من الصفة ما ينطلق عليه الاسم نعم لو شرط حسن الخط، فكان غير مستحسن في العرف فله الخيار، وإلا فلا قاله: الْمُتَوَلِّي، وكون هذا الخيار على الفور وكيفية الفور على ما ذكر بالرد بالعيب سواء إذا بان الخلف، وقد تعذر الفسخ لتلف أو حدوث عيب عنده، فله الأرش على التفصيل المذكور في العيب، قاله الْمُتَوَلِّي.

فرع: في فتاوى الْقَفَّال: لو قال: بعتك هذا على أنه صقلاني فكان هنديًا صح، ولا خيار للمشتري؛ لأنه يدرك بالمشاهدة.

قلت: وفيما إذا كان المشتري يجهل الفرق واعتمد خبره وله غرض مقصود في الصقلاني نظر، ويحتمل أن يكون له الخيار.

فرع: قبض المشروط كاتبه ثم قال: لم أجده كاتبًا، وقال البائع: سلمته إليك كاتبًا إلا أنه نسي، روى شُرَيْح الرُّويَانِيّ عن رواية جده أبي العباس وجهان في المصدق منهما، فإن صدقنا المشتري، فقال العبد: أنا كاتب ولكني لا أكتب، وقال المشتري: لا يحسن الكتابة فالقول قول المشتري، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو مات عند المشتري قبل أن يخبره، فالقول قول المشتري.

فرع: قال: إنما اشتريته بشرط الكتابة، وأنكر تحالفًا. وقيل: يصدق البائع بيمينه قاله: في «التهذيب»، وقال في «الفتاوى»: إذا قال المشتري: شرطنا البكارة، فلم تكن وأنكر فوجهان:

أحدهما: يتحالفان.

---

(١) يُرَادَ بِالْفَحْلِ غَيْرُ الْمَمْسُوحِ بِدَلِيلِ مُقَابَلَتِهِ بِهِ فَيَشْمَلُ الْخَصِيَّ وَالْمَجْبُوبَ.«تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٢٩/ ٢١٢).

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني: يصدق البائع بيمينه فلو اتفقا على شرط البكارة، ثم قال: سلمتها بكرًا فزالت البكارة في يدك، فقال المشتري: بل سلمت إليَّ ثيبًا صدق البائع بيمينه، فلو أقام كل واحد بينة إما رجلين أو أربع نسوة فبينة الثيابة أولى لزيادة علمها، وهو زوال البكارة.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي» لأنه لو رأى عبدًا يحترف في يد مالكه بحرفة، ثم اشتراه فاستعمله فلم يحسنها، قال: إن لم يشترط الحرفة في البيع فلا رد وإن شرط، فإن كان استعماله قريبًا من رؤيته في يد البائع وهو يحترفها، ولا يحتمل النسيان في تلك المدة في يد البائع فله الرد، وإن كانت في يد المشتري فلا، وإن كانت في يده واختلفا، فالقول قول البائع بثمنه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه جعل المجهول مبيعًا مع المعلوم بخلاف شرط كونها حاملًا؛ لأنه جعل ذلك وصفًا تابعًا، والثاني: يصح؛ لأنه يدخل عند الإطلاق فلا نقرُّ التخصيص عليه، كما لو قال: بعتك الجدار، وأساسه وأيد بنصه أنه لو قال: بعتك الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنيتها صح، ولو قال: بعتك الجبة بحشوها، فقيل: على الخلاف، وقيل: يصح قطعًا، فينبغي جريان هذا الخلاف في الأساس هكذا عبارة «الروضة»بحشوها، وعبارة «التهذيب» و«الكافي» وحشوها بالواو وذكر الطريقين.

قال في «التهذيب»: معبرًا عن الطريق الثاني، وقيل: يجوز قولًا واحدًا؛ لأن الجبة اسم لها مع الحشو فهذا كأساس الجدار بخلاف الحمل، فإنه لا يتناوله اسم الشاة، فإذا سماها صارا مقصودين وأخذا قسطًا من الثمن، وهما مجهولان فلم يصح.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: إذا قال وحشوها أو محشوها فطريقان أصحهما الصحة قطعًا وفرق بنحو ما سبق، واختار من شرح الكتاب من شيوخ العصر أنه لو قال: بعتكها وحملها أو الجبة وحشوها أو الجدار وأساسه أنه يبطل، وإن قال: بعتكها بحملها أو الجبة، بحشوها أو الجدار بأساسه أنه يصح.

……………………………………………………………………

قال: والفرق بين الواو والباء هو ما تقتضيه اللغة، وكلام الشَّافِعِي لا يخالفه وليس للأصحاب ما يخالفه إلا ما تقدم في الأساس، ولعل ناقله يحرز العبارة فليترك كلام الأصحاب على ما قلته.

وقال في بيع الأصول والثمار: أن الشَّافِعِي والأصحاب لم يفرقوا بين قوله: بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك وبين قوله: بعتكها وثمرتها لك، قاسه في «المهذب» على الحمل إذا بيع مع «الأم»، وكذلك الرَّافِعِي، وهو مشكل عليه لا يرى فساد بيع الجارية وحملها ومنع بيع الثمرة مع الشجرة أظهر بصحة إفرادها بالبيع. قال: وإنما ذكرت هذا من كلام الشَّافِعِي؛ ليحتج به في بيع الجارية وحملها.

وقال القاضي أبو الطيب: أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها كبيع الدار وحقوقها والجوز ولُبِّه، والرمان وحبه، وذكر في آخر كلامه تخريجها على الخلاف.

فرع: إذا أبطلنا في الجبَّة، قال الشيخ أبوعلي في صحة البيع في الطهارة والنظافة قولًا بالتفريق، وفي صورة الدابة يبطل في الجميع واستحسنه الإمام، وهو ظاهر على قولنا يجيز بالقسط، وإن قلنا يجيز بالجميع ويبطل في الحمل، وفي «الأم» قولًا بتفريق الصفقة وبيض الطير كالحمل في جميع ذلك.

فائدة: قال الشارح المذكور آنفًا في قطعة له من «شرح المهذب» المشهور له: إذا باع وشرط بحملها بطل البيع.

وقيل: يصح في الآدميات؛ لأنه عيب؛ ولهذا المعنى قال المرعشي: يصح من البائع ولا يصح من المشتري، وما قاله المرعشي يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح؛ لأن الشارط هو الذي عرض له في إتيان ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض إلا إسعاف الشارط وليس الشرط مقصودًا له، وهذا معنى صحيح وإن استشكله الرَّافِعِي هناك، والمشتري ليس له هنا غرض في الحمل، وإنما الغرض للبائع في براءته من العهدة نسبة، وعلى هذا يقوى أنه إذا

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ، وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ.
وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ.

أخلف لا يثبت الرد، وأما إذا شرطه المشتري فيظهر أن له الرد؛ لأن الحمل وإن قلنا: إنه عيب زيادة من وجه، كما قالوه في الصداق، انتهى.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: لو قال بعتك هذا الطعام بعشرة، فقال: اشتريته على أن آكله صح البيع؛ لأنه شرط على نفسه ولم يشرطه عليه، ولو كان الشرط من جهة البائع أبطل؛ لأنه شرطه على المشتري ما منع مقتضى العقد، فكان كما روى الربيع إن تزوجها وشرط على نفسه الكفالة جاز النكاح، وإن كانت هي الشارطة بطل النكاح، انتهى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحَمْلِ وَحْدَهُ**) أي: لا من مالك الأم ولا من غيره للجهالة، وللنهي عن بيع الغرر. وقيل: يصح كبيع شجرة الملاقيح.

قال: (**وَلَا الْحَامِلِ دُونَهُ**)؛ لأنه لا يفرد بالعقد فلا يستثنى كبيع أعضاء الحيوان، وإن استثنينا ثمرها قبل بدو الصلاح، وجوابه أن: الثمرة يجوز إفرادها بالعقد، ولو وكل مالك الحمل مالك الأم فباعهما دفعة لم يصح، ولو باع الشاة واستثنى اللبن الذي في ضرعها لم يصح العقد على الأصح كاستثناء الحمل والكسب وحب القطن، وقد يفرق بأن اللبن يمكن أخذه في الحلل بخلاف غيره.

قال: (**وَلَا الْحَامِلِ بِحُرٍّ**) إلحاقًا للاستثناء الشرعي بالاستثناء الحسني، وهكذا لو كانت الأم لواحد والحمل لآخر فباع الأم لمالك الحمل أو غيره، وفي المسألتين وجه أنه يصح، اختاره الإمام هنا.

وفي كتاب «الرهن» مع قوله فيه: أن المذهب المنع، واختاره الغزالي هنا، وفي كتاب «النكاح» وفي «السير» وافق الأصحاب.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ حَامِلًا مُطْلَقًا**) أي: من غير تعرض لدخول ولا لعدمه.

(**دَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ**) أي: تبعًا ويضمن كلام الشَّافِعِي نقل الإجماع فيه، ومحل الجزم بتبعيته إذا كان مملوكًا لمالك الأم وانتقل ملكها عنه بمعاوضة اختيار أمته، أو ممن قام مقامه من وكيل وولي سواء حجر عليه لصغر

فَصْلٌ: وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْطِلُ لِرُجُوعِهِ: إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ ....

أو سفه أو فلس، فلو انتقل بالهبة أو الفسخ أو رجوع والد في هبته أو بيع الرهن على الراهن فقولان.

قال الإمام في «الهبة»: عدم التبعية، ونقل الإمام في أواخر النهاية عن النص أنه لو باعها وقد وضعت أحد اليومين، ثم وضعت الآخر عند المشتري أنه يكون للبائع؛ لأنه حمل واحد. قال الإمام: والقياس السديد أنه للمشتري، ثم حكى عن الحصري أنه حكى في المسألة قولين:

قال: أحدهما: وهو ما رأيناه الصواب أنه يكون للمشتري لانفصاله له في ملكه، وقد جزم الشيخان بذلك في كتاب «الكتابة» مستدلين به على نظير المسألة في الكتابة.

وقال الْمُتَوَلِّي في باب بيع الأصول والثمار: إنه ظاهر المذهب ولا يعتبر ممن يستثنى هذه الصورة من إطلاق الكتاب وغيره، فالصواب خلافه والنص المشار إليه مؤول.

إشارة: بقي من هذا القسم مسائل متفرقة في كلام الأئمة، وأهمل المصنف هنا فصلًا مهمًّا، وهو أحكام المقبوض بالشراء الفاسد، وهو كالمغصوب في أكثر أحكامه على خلاف في بعض صوره، وبالله التوفيق.

قال: (**فَصْلٌ وَمِنَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لَا يُبْطِلُ**) بضم الياء وفتح الطاء، والضمير في رجوعه يعود إلى النهي لدلالة المنهي عليه، ويصح فتح الياء وضم الطاء والضمير بحاله، وهو ما نقل عن ضبط المصنف بخطه، وأما ضم الياء وكسر الطاء فإنما يصح لو قال المتناهي، لكنه أحسن ليندرج فيه ما لا يوصف بالبطلان ولا بعدمه، ويوصف بعدم الإبطال كتلقي الركبان ونحوه مما ذكره في الفصل.

قال: (**لِرُجُوعِهِ: إِلَى مَعْنًى يَقْتَرِنُ بِهِ**) اعلم أن النهي إن كان لأمر في ذات العقد بطل كالملامسة أو لأمر خارج لازم له لم يبطل كبيع الحاضر للبادي، أو لأمر منفك عنه متعلق به، فأولى بعدم البطلان كالنجس.

وفي «البحر»: وجه غريب أنه يبطل أو لأمر لا يتعلق به أصلًا كالبيع حالة

كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ بِأَنْ يَقْدُمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَـلَدِيٌّ: أَتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى.

النداء يوم الجمعة، فلا إبطال وفاقًا.

قال: (**كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ**)، قال ﷺ: «**لا يبيع حاضر لباد**» متفق عليه(١).

ومن طرق لمسلم: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**»(٢) واتفق الأصحاب على تحريمه عند وجود شروطه الآتية:

قال: (**بِأَنْ يَقْدُمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ: أَتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى التَّدْرِيجِ بِأَغْلَى**) المراد بالغريب: أي إنسان كان، والحديث ورد على الغالب، وكان الأحسن أن يقول: يقدم شخص أو رجل أو قادم لئلا يوهم أن الغربة قيد، وكذا قوله: بلدي كان الأحسن أن يقول: آخر، وأحد الشروط وهي ستة حاجة الناس إليه، ولم يذكر جماعة عمومها، وإنما ذكر القاضي الحسين والبغوي، وتبعهما الشيخان، وهو محل وفاق.

قال في «النهاية» و«البسيط»: فإن لم يعد ضرر على الناس لعموم تلك السلعة، أو لقلة الحاجة إليها ففي تعصيته وجهان أحدهما: يعصي؛ لإطلاق النهي، والثاني: لا لعدم الإضرار بالغير. قال ابن الرِّفْعَة: وظاهر النص عدم التفرقة.

الثاني: قصده البيع بسعر يومه مثلًا، فلو قصد الإقامة لبيعه، فسأله قروي تعويض ذلك إليه، فلا بأس، وفيه احتمال لابن خيران.

الثالث: سؤال البلدي له، فلو سأله الجالب ذلك لم يحرم ولو استرشده، فهل يرشده إلى الادخار؟ وجهان:

قال أبو إسحاق وغيره: عليه بصحبة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٥٧، رقم ٢٠٥٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٧، رقم ١٥٢١).

(٢) أخرجه الشافعي (١/ ١٧٣)، وأحمد (٣/ ٣٠٧، رقم ١٤٣٣٠)، ومسلم (٣/ ١١٥٧، رقم ١٥٢٢)، وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٢)، والترمذي (٣/ ٥٢٦ رقم ١٢٢٣) وقال: صحيح. وابن ماجه (٢/ ٧٣٤، رقم ٢١٧٦)، وابن الجارود (ص ١٤٨، رقم ٥٧٤) وابن حبان (١١/ ٣٣٨ رقم ٤٩٦٣) والطيالسي (ص ٢٤١، رقم ١٧٥٢)، والحميدي (٢/ ٥٣٤، رقم ١٢٧٠).

وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ: بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ، ....

وقال ابن الوكيل: لا يرشده توسعًا على الناس، وكأن المراد أنه يسكت لا أنه يكذب ويخبر بخلاف صحته.

الرابع: أن يتربص بها أما لو سأله بيعها على الفور فلا بأس، وهذه الأربعة في كلام المصنف.

الخامس: أن يظهر بيع ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر لقلته أو لكبر البلد أو لعموم وجوده ورخص السعر فوجهان: أوفقهما للحديث التحريم، وهما الوجهان السابقان عن «النهاية» و«البسيط» والنزاع راجع إلى تحقيق الشرط الأول، وحينئذٍ في عد ذلك شرطًا برأسه وفيه.

السادس: أن يكون عالمًا بالنهي.

قالا: وهذا الشرط يعم جميع المناهي، ثم الإثم على البلدي دون الجالب قاله: **الْقَفَّالُ**، وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» للتحريم ستة شروط:

ألا يعزم البدوي المقام ولا التربص بسلعته، ولا يطلبه من البلدي، ولا يكون البلد كبير إلا برخص سعره بذلك القدر ولا السعر رخصًا ولا السلعة مما لا يعم الحاجة إليها، فإن فقد شرط خل البيع إلا أن الرابع والخامس أو السادس، فإن فيه وجهين، ولم يذكر العلم بالنهي ومما ذكره يزداد العد عما ذكرناه.

ثم قال: والشراء للبادي، وهو أن يقول له الحاضر: اصبر حتى اشتري لك بالرخص حرام كالبيع بجامع الإضرار بالناس بتفويت الربح عليهما، انتهى.

ويؤيده الحديث السابق وهوى الناس، وأيد ابن الرِّفْعَة في مطلبه في ذلك يزداد أو هو قريب من الوجهين السابقين.

قال: (**وَتَلَقِّي الرُّكْبَانِ: بِأَنْ يَتَلَقَّى طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعًا إِلَى الْبَلَدِ فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِالسِّعْرِ**) هذا النهي متفق على صحته لا يتلقوا الركبان للبيع.

وفي رواية الجلب وفي رواية السلع، ولا خلاف في التحريم بشرط أن يعلم بالنهي، وأن يقصد التلقي، فلو خرج لأمر فرآهم اتفاقًا فاشترى، فالأصح

وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ.

عند الجمهور يعصي لشمول المعنى، ولو قصد التلقي لغرض آخر كسلام ولقاء قادم، ثم اشترى فعلى الأصح لا شك في التحريم، وعلى الثاني يحتمل لوجود التلقي، ويحتمل الإباحة لقول الحديث للبيع.

تنبيهات: ذكره الطائفة مثال: لا قيد فتلقي الجالب الواحد كتلقي قاصديه أم لا؟ الأوفق الإطلاق للحديث نعم والأقرب إلى كلامهم لا ولم أرضه نصًا، وقوله: متاعًا كذا عبر الرَّافِعِي في كتبه، وهو الصواب.

وقال في «الروضة»: طعامًا، وهو تعبير مخل، وليس من شرط التحريم أن يخبرهم بكساد ما معهم، كما قاله في «التنبيه» و«التتمة».

قال الْمُتَوَلِّي: أو يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول وليس من الشرط أن يعينهم، ولا أن يكذب في سعر البلد كما أفهم تصوير الإمام الغزالي وعلمه النهي عند الشَّافِعِي، والجمهور النظر للركبان، وعند بعضهم النظر لأهل البلد ولو تلقاهم وباعهم ما يقصدون شراء من البلد جاز في الأصح، وفيه وقفة للمعنى؛ لقوله ﷺ: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»(١).

وأطلق المصنف أن **(وَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفُوا الْغَبْنَ)** لكن لو عرفوه ثم لم يقدموا السوق، حتى رخص السعر وصار كما أخبرهم ففي ثبوت الخيار وجهان في «الحاوي»، ولفظ الحديث وصاحبه بالخيار إذا أتى السوق، وكأنه خرج على الغالب ولو بان لهم عدم الغبن أو ابتدأ القادمون بالتماس الشراء واشترى بسعر البلد، فلا خيار في الأصح في الثلاث. وحكى الإمام وجهين فيما لو صدق في الإخبار، وقال: سواء اشترى بثمن المثل أو بدونه.

قيل: وفي تصوير الغبن مع الصدق نظر، فإن فرض فالوجه إثبات الخيار للغبن، فإن الغبن هو المعتبر وجودًا وعدمًا، ولا اعتبار بالكذب وجودًا ولا عدمًا.

قلت: يتصور الصدق والغبن بأن يخبر بسعر السوق، ويقول: عليكم فيه مؤن كثيرة ونحو ذلك، أو يكون قد فارق السوق على السعر الذي أخبرهم به،

---

(١) تقدم تخريجه في الذي قبله.

وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ.

ثم ارتفع بعد ذلك ولم يعلم به، ثم اشترى منهم على مقتضى إخباره، ثم قدموا فبان ارتفاعه حال البيع وهذا ظاهر، أما لو بان لهم أنه كان قد ارتفع بعد شرائه ففي كونه غابنًا لهم نظر، والأشبه أنه ليس بغابن، وحيث أثبتنا الخيار فعلى القول في الأصح.

وقيل: إلى ثلاثة أيام، ابتداؤها من حين العلم، ولو تمكن من الوقوف على الغبن واشتغل بغيره فكعلمه بالغبن، فبطل خياره بتأخير الفسخ، قاله القاضي أبو الطيب.

قلت: وينبغي أن يُعذَر في دعواه لجهله بالخيار، ويأتيه على الفور إذا كان ممن يخفى عليه، وإنما يثبت له الخيار إذا كان التلقي خارج البلد، فلو كان في البلد قبل دخولهم السوق ومعرفتهم الأسعار فلا خيار، وصرَّح به الأصحاب، ولم يتعرضوا للتحريم.

لكن! جماعة من أهل الفقه والحديث ومنهم ابن المنذر قالوا: لا يجوز التلقي خارج السوق ولا بأس في أول السوق، وأما قول الحاوي الصغير: شراء متاع غريب لم يعرف السعر، فإن أراد ظاهره احتاج إلى سلف فيه، وقوله غريب ليس بقيد، وإن أفهمه كلام المصنف وغيره، بل لو كان الجالب من أهل البلد كان الحكم كذلك فيما يظهر، وقد يؤيد كلامه بإطلاق نصه في اختلاف الحديث بثبوت الخيار إذا اشترى قبل وصول السوق، ووجهه من جهة المعنى ظاهر.

إشارة: قال ابن السكيت: الغبن بالإسكان في الشراء والبيع، وبالفتح ضعيف الرأي، وهكذا نقله المصنف في تهذيبه عنه، وعكس ذلك عنه في «التحرير»، وهو سبق قلم.

قال: **(وَالسَّوْمُ عَلَى سَوْمِ غَيْرِهِ)** نقل الشيخ الإجماع على منعه، والنهي عنه متفق عليه.

قال: **(وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَلِكَ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الثَّمَنِ)** أي: بعد التوافق عليه صريحًا، وقبل العقد فإن حصل ما يدل على الرضا كالتعريض لم يحرم على

……

الأصح بل يكره، والوجهان كالقولين في تحريم الخطبة على الخطبة حينئذٍ الجدير عدم التحريم، ويحتمل أن يرجح هنا التحريم ويفرق بأنه هناك يستحي من صريح الرد فيعرض بالإجابة بخلاف البيع غالبًا؛ بل الظاهر فيه الرضا والسكوت المشعر بالرضا عند العراقيين كالتعريض وعند المراوزة لا يحرم قطعًا ولا غيره بسكوت لا إشعار فيه.

ولو قال: حتى أشاور فيظهر أنه كالسكوت المجرد، وحاول ابن الرِّفْعَة إثبات وجهين فيه، وليس يبعد ويقوى التخريج فيما إذا كان نفيسًا يساوم فيه عادة الخفاء ونحوه دون الشيء الحقير، ولا حرج في الزيادة فيما يطاف فيه فيمن يزيد؛ لأنه ﷺ «باع قدحًا وحلسًا فيمن يزيد»(١).

قال الترمذي: حديث حسن، ثم شرط التحريم أن يكون عالمًا بالنهي، وشرط ابن حربويه: أن يكون مسلمًا لظاهر الحديث وحمله الجمهور على أنه خرج مخرج الغالب.

وأشار ابن عبد البر إلى نقل الإجماع عليه وصورة الأصحاب المسألة تصوير من أن يجيء الرجل قد أنعم لغيره بيع سلعة بثمن فيزيده.

والثالثة: أن يجيء المشتري فيعرض عليه مثل تلك السلعة بدون ثمنها، وكلام اللغويين يقتضي تسمية كل منهما سومًا، وبه صرح صاحب «الكافي».

وفي كلام الشيخ أبي حامد أن الثاني سوم وتحريمه بالحديث، والأول استقام وتحريمه بالمعنى، والمعنى فيهما جميعًا ما فيه من الإبداء والعداوة(٢).

إشارة: قد يمر بالبال أنه لو كانت السلعة أو الشراء لمحجور عليه وقد ادعى الولي بالبيع أو المشتري مغبونًا، وقصد المسام النصيحة وحفظ مال

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١٢٢٩٣)، والنسائي (٤٥٢٠).

(٢) اسْتَشْكَلَ الْإِسْنَوِيُّ هَذَا بِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّ السَّوْمَ لَا يَجِبُ فِي جَمِيعِ النِّصَابِ وَأُجِيبَ بِفَرْضِ ذَلِكَ فِيمَا إذَا كَانَ النِّتَاجُ قَبْلَ آخِرِ الْحَوْلِ بِنَحْوِ يَوْمَيْنِ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ الْعَلَفُ فِيهَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لِمُنَافَاتِهِ لِكَلَامِهِمْ وَبِأَنَّ السَّخْلَةَ الْمُغَذَّاةَ بِاللَّبَنِ لَا تُعَدُّ مَعْلُوفَةً عُرْفًا. انظر: «تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج» (١٢/ ٥٧).

وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِيَ بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ].

المحجور ونحوه بالشراء أو البيع أنه لا يحرم، وسيأتي ما يقرب من هذا.

قال: (وَالْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ غَيْرِهِ) لأنه نوع الصدد ويورث الشحناء، والنهي عنه متفق على صحته.

قال: (قَبْلَ لُزُومِهِ) وذلك في زمن خيار المجلس أو الشرط؛ لأنه بعد لزومه لا معنى له.

قال: (بِأَنْ يَأْمُرَ الْمُشْتَرِيَ بِالْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ) اعلم أن الأمر بالفسخ ليس بشرط، والذي قاله الأصحاب أن تعرض عليه سلعة مثل سلعته بأقل من ثمنها أو أجود منها بمثله. وقال الشَّافِعِي في اختلاف الحديث من «الأم»: فينتهي الرجل إذا اشترى رجل من رجل سلعة ولم يتفرقا أن يبيع المشتري سلعة تشبه السلعة التي اشترى؛ لأنه لعله يردُّ السلعة التي اشترى؛ لأنه لعلة لا يرد السلعة التي اشترى أولًا، انتهى. وعبارة الشَّافِعِي ﷺ أصح من العبارتين وأشمل.

فروع وتنبيهات: قال الدارمي: إذا اشترى سلعة وله خيار فجاء آخر بسلعة ليبيعه بمثل الثمن، وهو أجير أو ناقل ويرد، فهو مبني عنه، فإن قال: بعتك مثلها بأكثر فوجهان. قال المروزي: يجوز فإذا قال المشتري: فهل مرتكب للنهي؟ على وجهين.

قلت: الصحيح لا، قال: وإن باعه من جنس آخر جاز إلا أن يستغني به عن الأول، انتهى.

وفيه فوائد وشرط القاضي ابن يحيى هنا ألا يكون المشتري مغبونًا غبنًا مفرطًا، فإن كان فله أن يعرفه ويبيع على بيعته؛ لأنه ضرب من النصيحة.

قال المصنف: هذا الشرط انفرد به ابن يحيى، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، فالمختار أنه ليس بشرط، انتهى.

وحسن أن يفصل فإن كان الشراء لنفسه فالمختار ما قاله الشيخ، وإن كان المشترى لمحجوره كصبي ونحوه، فالمختار ما قاله ابن يحيى، وهل الوكيل كالولي؟ فيه احتمال على أني لم أر لأحد تصريحًا ولا تلويحًا بخلاف ما قاله

[فَصْلٌ وَمِن الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لا يُبْطِلُ]

قال المصنف: [وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ.

ابن يحيى، ولكنهم أطلقوا ولو أذن البائع في البيع على بيعه ارتفع التحريم على الأصح، وليكن هذا فيما إذا بيع لنفسه، أما لو كان وكيلًا أو وليًّا أو لمحجور عليه فلا، وينبغي أن يكون موضع الجواز مع الإذن إذا دلت الحال على الرضا باطنًا، أما لو دلت على أنه غير راضٍ وإنما أذن ضجرًا وحيفًا فلا، ويشترط في ما قيمة العلم بالنهي إذا باع أو أمر بالفسخ وكان مقصوده البيع، فإنه أمر بالفسخ وليس مقصوده البيع.

قال بعض الشارحين: فحكمه حكم النجش أي: فلا يتوقف لبعضه على علمه بالنهي وهذا رأي.

وقال صاحب «الكافي»: صورة المسألة أن يشتري متاعين غبطة، فيأتيه آخر في زمن الخيار، ويقول: افسخ لأبيعك خيرًا منه وأرخص، أو يأتي إلى البائع فيقول: افسخ البيع لأشتريه منك بأكثر، فإن قصد الفسخ ولا يريد الشراء عصى سواء علم بالحديث الوارد فيه أم لا، وهو من النجش، وإن أراد الشراء فإن كان عالمًا بالحديث عصى، وإلا فلا، انتهى.

وفي «التهذيب» نحوه والفرق بين النجش وغيره رأى على خلاف النص كما سيأتي، وقوله: فيه غبطة قد يشعر بأنه إذا كان المشتري مغبونًا أنه لا يحرم وإن لم يقصد الشراء، بل النصيحة، وهذا محتمل في الجاهل المغبون الغبن المفرط ولا سيما إذا اشترى لغيره، وقد أوجبوا على الأجنبي الإعلام بالعيب وبعض الغبن أضر من العيب.

قال الشارح: (**وَالشِّرَاءِ عَلَى الشِّرَاءِ**) أي: قبل لزومه.

(**بِأَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعَ بِالْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ**) لأنه في معنى البيع على البيع، ولهذا جعلهما الخوارزمي مسألة واحدة كما سبق عنه والنهي عنه في «الصحيحين» ولفظ البخاري: «**لا يزيد مؤمن على بيع أخيه**»(١) ولفظ مسلم: «**لا يزيد الرجل**

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٢٣).

وَالنَّجْشُ بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ، ....

على بيع أخيه»(١) وله: «المؤمن أخو المؤمن»(٢) فلا يحل أن يبتاع على بيع أخيه والبيع يطلق على الشراء. ويمكن أن يقال: النهي عن البيع نهي عنهما على استعمال اللفظ في معنييه، والظاهر أنه لا فرق أن يطلبها من البائع بزيادة أو بالثمن المتفق عليه، ويظهر أنه لو قال: لو فسخت البيع لاشتريتها، فأريد أن الحكم كذلك، وكذا قوله: ثم راغب فيها بزيادة، وألحق الماوردي بذلك أن يربح المشتري في زمن الخيار.

قال: (وَالنَّجْشُ) للنهي عنه في الصحيحين(٣).

وأجمعوا على تحريمه وشرط ثَمَّ الناجش عليه بالتحريم قاله: القاضي أبو الطيب وغيره، ومن ظن أن في ذلك خلافًا فقد غلط، ولم يشترط الشَّافِعِي في المختصر العلم بالنهي الخاص في النجش، واشترطه في البيع على البيع فأخذ كثيرون أو الأكثرون بظاهر ذلك. وقد نصَّ الشَّافِعِي ﷺ في اختلاف الحديث من «الأم» عليه، فقال: من نجش فهو عاصٍ بالنجش إن كان عالمًا بنهي رسول الله ﷺ وعلى ذلك جرى القاضي أبو الطيب في تعليقه والمتولي والمحاملي في «اللباب» ونسخه في «الرونق» وهو الصواب، ونقله صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» عن جمهور النقلة، ثم قال: وقال الإمام نقلًا عن الشَّافِعِي أنه يأثم وإن لم يبلغه الخبر؛ لأن النجش خداع وتحريمه مشهور، انتهى.

قلت: وعلى التقدير فلا بد من العلم بالتحريم، فإن أكثر العوام يعدونه إعانة وإحسانًا إلى البائع ولا حاجة مع النص إلى تكلف الفرق.

قال مفسرٌ: النجش: (بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لَا لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ) ولا فرق بين أن يكون بثمن المثل أو أكثر، ولا فرق بين أن يكون في النداء، ولا بأن يجلس على حانوت فيطلب شخص سلعة بثمن فيزيد فيها الناجش، وقد يكون مقصوده ضرر المشتري أو نفع البائع، وقد يكون هو البائع حيث لا يعلم

---

(١) أخرجه مسلم (٣٥٢٦). (٢) أخرجه مسلم (٣٥٢٩).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٢) ومسلم (٣٨٩٣) عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن النجش.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ. وَبَيْعُ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ.

به، وقد يكون غيره بمواطأة منه أو بدونها، وكل ذلك حرام فإذًا الأجود حذف قوله ليخدع غيره.

وأوهم ابن الرِّفْعَة بقوله: والمحرم من النجش هو أن يزيد في الثمن عما تساويه العين المذكورة ليغرَّ غيره وليشتريه أنه إذا أراد عند بعض القيمة لا يعصي ومراده بما يساويه ما يدفع فيها، وكان الوجه حذف هذا التفسير الموهم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ**)؛ لأنه فرط بترك التأمل وهذا ظاهر نصه في اختلاف الحديث، والثاني ينتسب للتدليس، وهو قول أبي إسحاق: وهذا إذا نجش بمواطأة البائع، وإلا فلا خيار قطعًا، نعم يجري الخلاف فيما إذا كان البائع هو الناجش سرًّا.

وفي «شرح المهذب» المسمى قالوا: في أنه يشترط مع المواطأة أن يكون الناجش من أهل الخبرة بالقيمة، وإلا فلا خيار ويعرض له الإمام في صورة المسألة وهو غريب، وأجرى الخلاف فيما لو قال: أعطيت بها لنا فصدقه واشترى، ثم بان خلافه وفيما لو أخبره عارف بمواطأة البائع أن هذا فيروز أو عقيق مثلًا فاشتراه، ثم بان خلافه، وكنت أود لو رجح هنا سواء به لقوة التغرير والتدليس، ولا سيما عند التفاوت الفاحش ولا يبعد إلحاق سكوت البائع على النجش مع علمه بالمواطأة عليه.

قال: (**وَبَيْعُ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ لِعَاصِرِ الْخَمْرِ**) لم أر فيه نهيًا خاصًا إلا ما رواه ابن حبان ضعفائه: (ص: ٢٣٦) في ترجمة الحسن بن مسلم التاجر وضعفه من حديث بريدة برفعه من جنس العنب زمن القطاف، حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، أو ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا، فقد قدم على النار على بصيرة.

قلت: وأحسبه موضوعًا. نعم، في السنن أنه ﷺ **«لعن في الخمر عشرة بائعها ومبتاعها»**. الحديث(١).

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٤٢) وابن ماجه (٣٥٠٦) وقال الزيلعي في «نصب الراية» (١٢/ ٩٠): وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً: حَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ»؛ قُلْت: رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ ـ

……

ولم يضعفه أبو داود(١)، وفي «المستدرك»(٢) عن رواية ابن عباس -﵄-

=

عُمَرَ؛ وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ وَمِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ؛ وَمِنْ حَدِيثِ أَنَس. فَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ: أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُد فِي «سُنَنِهِ» عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الله الْغَافِقِيِّ وَأَبِي عَلْقَمَةَ، مَوْلَاهُمْ، أَنَّهُمَا سَمِعَا ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «لَعَنَ الله الْخَمْرَ، وَشَارِبَهَا، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ»، انْتَهَى. وَرَوَاهُ أَحْمَدُ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَإِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوَيْهِ، وَالْبَزَّارُ فِي «مَسَانِيدِهِمْ»، قَالَ الْمُنْذِرِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: سُئِلَ ابْنُ مَعِينٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْغَافِقِيِّ، فَقَالَ: لَا أَعْرِفُهُ، وَذَكَرَهُ ابْنُ يُونُسَ فِي «تَارِيخِهِ»، وَقَالَ: إِنَّهُ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَرَوَى عَنْهُ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَعَبْدُ الله بْنُ عِيَاضٍ، وَأَنَّهُ كَانَ أَمِيرَ الْأَنْدَلُسِ، قَتَلَتْهُ الرُّومُ بِالْأَنْدَلُسِ سَنَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ وَمِائَةٍ، وَأَبُو عَلْقَمَةَ مَوْلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، ذَكَرَ ابْنُ يُونُسَ أَنَّهُ رَوَى عَنْهُ ابْنُ عُمَرَ، وَغَيْرُهُ مِنَ الصَّحَابَةِ: وَأَنَّهُ كَانَ عَلَى قَضَاءِ أَفْرِيقِيَّةَ، وَكَانَ أَحَدَ فُقَهَاءِ الْمَوَالِي انْتَهَى.

وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ» مِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهْبٍ أَخْبَرَنِي عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ شُرَيْحٍ الْخَوْلَانِيُّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِيهِ قِصَّةٌ، وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، انْتَهَى.

وَرَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهَوَيْهِ فِي «مُسْنَدِهِ» أَخْبَرَنَا أَبُو عَامِرٍ الْعَقَدِيُّ ثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ عَنْ أَبِي تَوْبَةَ الْمِصْرِيِّ، سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ، يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْخَمْرَ، وَغَارِسَهَا، لَا يَغْرِسُهَا إِلَّا لِلْخَمْرِ، وَلَعَنَ مُجْتَنِيَهَا، وَلَعَنَ حَامِلَهَا إِلَى الْمَعْصَرَةِ، وَعَاصِرَهَا، وَشَارِبَهَا، وَبَائِعَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَمُدِيرَهَا» انْتَهَى.

وَفِي هَذَا اللَّفْظِ مَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَمْلِ الْمَقْرُونِ بِقَصْدِ الْمَعْصِيَةِ، فَلْيُتَأَمَّلْ ذَلِكَ، وَالله أَعْلَمُ.

وَأَمَّا حَدِيثُ أَنَسٍ: فَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، وَابْنُ مَاجَهْ عَنْ أَبِي عَاصِمٍ عَنْ شَبِيبِ بْنِ بِشْرٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشَرَةً» فَذَكَرَهُ، إِلَّا أَنَّ فِيهِ، عِوَضَ: الْخَمْرِ، وَالْمُشْتَرَاةَ لَهُ؛ قَالَ التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثٌ غَرِيبٌ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ.

وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ: فَرَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ فِي «صَحِيحِهِ» فِي النَّوْعِ التَّاسِعِ وَالْمِائَةِ، مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي، عَنْ مَالِكِ بْنِ سَعِيدٍ التُّجِيبِيِّ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ عَبَّاسٍ يَقُولُ: «سَمِعْتُ رَسُولَ الله ﷺ يَقُولُ: أَتَانِي جِبْرَائِيلُ، فَقَالَ لِي: يَا مُحَمَّدُ إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْخَمْرَ» فَذَكَرَهُ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّ فِيهِ عِوَضَ: «وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَالْمُسْقَاةَ لَهُ» وَرَوَاهُ الْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ»، وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ، وَشَاهِدُهُ حَدِيثُ عُمَرَ، ثُمَّ أَخْرَجَ حَدِيثَ عُمَرَ. وَرَوَاهُ أَحْمَدُ فِي «مُسْنَدِهِ». وَأَمَّا حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَرَوَاهُ أَحْمَدُ، وَالْبَزَّارُ فِي «مُسْنَدَيْهِمَا» حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي فُدَيْكٍ ثَنَا عِيسَى بْنُ أَبِي عِيسَى عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنْ عَبْدِ الله مَرْفُوعًا، بِلَفْظِ أَبِي دَاوُد، سَوَاءً.

---

(١) في «سننه» (٣/ ٣٢٦).

(٢) في (٢/ ٣٧).

نحوه، وقال الحاكم: إنه صحيح الإسناد، وصححه ابن حبان، وترجم عليه بأن كراهته بيع العصير ممن يعصر الخمر وهو دال على النهي أليست في المعصية حرام، وهذا منه وقد جزم الأصحاب بصحته وترددوا في التحريم إذا ظن ذلك ظنًّا غالبًا، وهو معنى قول بعضهم تحقق ذلك فكرهه الأكثرون، وصحح الشيخ التحريم، وهو المختار.

وفي «الأم» على الكراهة ولعله أراد بها التحريم أو حيث لم يغلب على ظنه شيء.

وفي صحة البيع نظر عند تحقق اتحاد ذلك خمرًا، ويحتمل أن يجري فيه خلاف لمن يبيع الخيل والسلاح من الحربيين مع جواز ألا يستعينوا به علينا وأن يتوبوا، وألحق في «الرونق» ذلك مع التمر ممن يعمل النبيذ ومنع الزبيب ممن يعمل البيع، وبيع الحبوب ممن يعمل الأنبذة، وبيع الرديء ممن يتخذه مسكرًا.

قال: وليس بمحرم لإمكان أن يمنَّ الله عليهم بالتوبة، وألحق الغزالي وغيره بذلك بيع الغلمان الحسان لمن عرف بالفجور بهم، وكذا بيع ديك الهراش، وكبش النطاح لمن يتعاطى ذلك، وكذا يلحق به بيع القيان المغنيات لمن يحملهن على الغناء للناس أو العهر من أهل الحانات والخمارات، فإنهم يحملونهن عليه لا محالة والوجه تحريمه، وبيعهن عليهم.

وعدَّ الجرجاني من البيوع بيع الخشب ممن يتخذه ملاهي، قال في «الرونق»: يكره بيع السلاح ممن يقتل المسلمين من الظلمة والجبارين والمعتدين من السلاطين وأعوانهم وبيع السلاح من الكفار وبيع ما يعينهم على المسلمين في إدخال الضرر عليهم، وبيع الشباك ممن يصيد من الحرم.

وأفتى ابن الصلاح وغيره ببيع أمة على امرأة تحملها على الفجور وهو حق.

قال: (**وَيَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ**) أي: بالبيع أو بالهبة أو القسمة ونحوه للحديث «من فرق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم

....

القيامة»(١) حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وشرط التحريم رقهما واتحاد المالك، فلو كان أحدهما حرًا أو كان واحدًا لمالك جاز البيع، قال المصنف: بلا خلاف وفيه وقفة، وألحق الغزالي في الفتاوى التفرقة بالسفر بالتفرقة بالملك وطرده في الزوجة الحرة ولدها بخلاف المطلقة لا يحرم لإمكان صحبتها له وهذا وإن استغرب نقلًا فالأحاديث تشمله ولا يحرم التفريق بالعتق.

وعن «البحر» ذكر وجه فيه، وعن «الحاوي» الجزم به ولا بالوصية على المذهب، وقيل: فيه القولان الاثنان.

وفي التفريق الرد بالعيب والبيع في الرهن وبالإقالة وبالفسخ بالفلس، وفي الرجوع بالصداق والبيع في الجناية خلاف والترجيح مضطرب.

قيل: وبيع جزء من أحدهما كبيعه، وكذا بيع بعض الولد مع حمله الأم أشار إلى منع الصحة فيه ابن الصباغ.

تنبيهات: المشهور بالقطع التحريم وذكر القاضي الحسين في الرهن أن النهي عن التفريق بين الأم وولدها محمول على التنزيه وهو غريب؛ فإن الدارمي قال في «السير»: لو كانت الأم مشتركة دونه فوجهان:

أحدهما: لا يفرق إذا كانت مأمونة، ويوافقه إطلاقهم هنا؛ لكنهم قالوا في الحضانة: لا حضانة لها، وقيل: لها إلى أن يميز وصحح المنع مطلقًا، فإن اتضح فرق وإلا فاقتضى بترجيح التفريق هنا إلا أن يقال: لا يلزم من عدم أهليتها للحضانة جواز التفريق على الإطلاق.

ثم رأيت في كتاب «الرهن» من شرح التلخيص للشيخ أبي علي، قال أصحابنا: لو ملك الكافر أبوين وولد لهما ولد فأسلم؛ تبعه الولد الصغير في إسلامه ويسلمان عليه دونها، ويجوز التفريق هنا للضرورة، انتهى.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦٦)، والحاكم (٢٣٣٣).

حَتَّى يُمَيِّزَ، ....

ومثله لو بيع الطفل السابي في الإسلام ثم ملك أمه الكافرة فله بيع أحدهما دون الآخر فيما يظهر، وألحق به ما في معناه.

قال القاضي الحسين: والمجنون البالغ كالصغير، ويزول التحريم بإفاقته، وكأن المراد الإفاقة الكلية أو الممتدة زمانًا طويلًا، وأما غيره فيقرب أنه كالمطبق ولا يزول التحريم برضاء الأم بالتفريق على الصحيح، ولو قطع عن الأم، وبيع مع الجدة فالمشهور التحريم والفرعان داخلان في كلام المصنف وذو الأبوين يحرم التفريق بينه وبين الأم فقط، فإن انفرد الأب حرِّم على الأظهر، وفي التفريق بين الأجداد والجدات عند فقد الأبوين أوجه، ثالثها: يحرم في حق الجدات فقط وجعل الْمُتَوَلِّي الجد للأم كالجد للأب في التحريم.

وقال الماوردي: هو كالمحارم فيجيء فيه وجه رابع، والأصح إلحاقهم بالأبوين، وإما كبقية المحارم، فلا يجزم قطعًا، وقيل: وجهان، وفي التفريق بين الأخوين حديث حسَّنه الترمذي ولفظه في مسند الإمام أحمد عن علي ﷺ: **«أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع أخوين، فبعتهما ففرقت بينهما، فقال: أدركهما فإن تجمعهما، ولا تبعهما إلا جميعًا»** ورجاله ثقات كبار.

وفي سنن ابن ماجه وغيره عن أبي موسى ﷺ: **«لعن رسول الله ﷺ من فرّق بين والدة وولدها، وبين الأخ وأخيه»**⁽¹⁾ في إسناده طليق ابن عمران بن حصين ﷺ ذكره ابن حبان في «الثقات».

وقال شيخنا الذهبي في «الكاشف»: وثِّق ولم أر فيه كلامًا، وقال في إسناده: جيد فهو حديث حسن أو صحيح، والجواب عنه، وعما قبله فيه عسرٌ، والله أعلم.

قال: (**حَتَّى يُمَيِّزَ**) أي: ليستغني عن الحضانة والتعهد والتمييز أن يفهم

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٦، رقم ٢٢٥٠)، قال البوصيرى (٣/ ٣٢): هذا إسناد ضعيف لضعف طليق بن عمران، وإبراهيم بن إسماعيل، وله شاهد من حديث علي بن أبي طالب رواه أحمد والترمذي وابن ماجه. والبيهقى (٩/ ١٢٨، رقم ١٨١٠٢).

وَفِي قَوْلٍ حَتَّى يَبْلُغَ، وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ بَطَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

الخطاب ويرُد الجواب، وظاهر هذه العبارة الاكتفاء بالتمييز، وإن حصل قبل البيع، وعبارة الجمهور سبع سنين، فيجوز أن يكون إطلاقهم كذلك؛ لأنه مظنة التمييز كما في الحضانة وغيرها، ويجوز أن يعتبر هنا مع التمييز قبلها ليحصل له قوة واشتداد على الانفراد، وهذا أحسن.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ حَتَّى يَبْلُغَ**) لعموم الحديث؛ ولأنه ﷺ نهى عن ذلك «فقيل: يا رسول الله إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية»(١) ضعفه الدارقطني، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

قلت: وهذا القول هو المختار عندي لما ذكرته؛ لأنها أشد ما يكون عليه حرقةً واستيفاءً، إذا ميَّز وكثر نفعه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الحضانة، ولأنه وإن حصل له تمييز فهو ناقص قبل البلوغ، ولهذا جاز التقاط من لم يبلغ على الأصح.

وقيل: يجوز التفريق فيما بعد السبع قطعًا، وقيل: إن افتقر إلى كفايتها لم يجز، وإن استغنى جاز، وهذا حسن، فإن الأعمى أو الزَّمِن ونحوهما كالطفل في أكثر المعاني، وقد خالف الإمام أحمد في جواز التفريق بعد البلوغ، والإطلاق الأحاديث.

قال: (**وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ**) أي: ونحوهما (**بَطَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) لما سبق، ولرواية أبي داود عن ميمون بن أبي شبيب، وفي نظري صدوق عن علي ﷺ «أنه فرق بين جارية وولدها؛ فنهاه النبي ﷺ عن ذلك وردَّ البيع»(٢).

قال أبو داود: وميمون لم يدرك عليًا، ورواه الحاكم، وقال: إسناده صحيح.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٥٨) والحاكم (٢٢٩٥). قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٧٣): وَفِي سَنَدِهِ عِنْدَهُمَا عَبْدُ الله بْنُ عَمْرٍو الْوَاقِعِيّ وَهُوَ ضَعِيفٌ، رَمَاهُ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ بِالْكَذِبِ، وَتَفَرَّدَ بِهِ عَن سَعِيدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، قَالَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٣، رقم ٢٦٩٦)، والحاكم (٢٥٧٥) والبيهقى (٩/ ١٢٦، رقم ١٨٠٨٥).

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعُرْبُونِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهِبَةً.

وقال البيهقي: وهو أولى أن يكون محفوظًا لكثرة شواهده، ولعدم القدرة على التسليم شرعًا، والثاني: لأن النهي عن الإضرار لا يحلل في المبيع، وهذا القول قديم، وبالأظهر قطع جماهير العراقيين، فعلى القديم لا يُقرَّا على التفريق قبل أن يتراضيا على ضم أحدهما إلى الآخر، ثم البيع ونحوه، وإلا فسخ، قاله ابن كج، والماوردي.

وعن «شرح المختصر» لابن داود، إننا إذا صححنا هل يبقى للأم الحضانة؟ وجهان: ومراده استحقاق المنع من التفريق إذ لا حضانة لرفيقة، وهذا يقتضي إثبات خلاف فيما ذكره القاضيان، والقولان فيما بعد سقيه اللبأ(١) أمْ قبله فباطل جزمًا.

قال الماوردي: ووجود مرضعة أخرى يتم رضاعه، وحكى الماوردي الخلاف في المسير وجهين، ونسب القول بصحة البيع إلى البصريين.

فرع: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: قال أصحابنا: لو ملك آدمي أبوين وولدًا فأسلم الأب؛ كان الولد الصغير مسلمًا بإسلامه، ويباع الأب والولد عليه دونها، ويجوز التفريق هنا للضرورة، فنستثني هذه الصورة من إطلاق الكتاب وغيره.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعُرْبُونِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ الثَّمَنِ إنْ رَضِيَ السِّلْعَةَ، وَإِلَّا فَهِبَةً**) هذا إذا شرطا ذلك في نفس العقد، أما لو قاله: قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فالبيع صحيح على المذهب.

والأصل ما رواه مالك في «الموطأ» عن الثقة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ «**أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان**»(٢) ورواه أبو داود وابن

---

(١) اللبأ: هو أوّل اللبن في النّتاج.انظر «الصحاح» (٢/ ١٣٠).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٢٩٣) وأبو داود (٣٥٠٤) وابن ماجه (٢٢٧٦) وأحمد (٦٨٩٤) والبيهقي (١٠٦٥٦).

……

ماجه من حديث مالك أنه بلغه عمرو بن شعيب.

قال البيهقي: ورواه حبيب بن أبي حبيب عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمر، وفسر مالك ذلك بالشراء أو الكراء على الوجه المذكور على تقدير الانقطاع، فقد قال سفيان بن عيينة: إن مالكًا لم يكن يُبلغ من الحديث إلا صحيحًا، ويعضده المعنى أنه مشتمل على شرطين فاسدين من الهبة، والرد على تقدير ألا يرضى.

وقال أبو عليّ في «شرح التلخيص»: العربون هو أن يشتري ما لم يتخذه، ويعطي العربون عليه مثل أن يشتري من إسكافي جوزًا لم يتخذه أو شيئًا لم يتخذه، ويقدم له العربون بالبيع؛ لأنه باع عينًا لم توجد، وليس بيع صفقة في الذمة.

قال الشَّافِعِي في «التصرف»: ولو نسج حائك نصف الثوب، فقال: بعني هذا الثوب على أن تنسج الباقي وسلمه إليَّ بكذا، وكان البيع باطلًا، قال: فإن أعطى العربون على هذا فاتخذه، ثم جددا بيعه بعد اتخاذه كان البيع نافذًا، وقد عصى الله تعالى إن كان عالمًا بالحديث.

قال: وقيل: هو أن يشتري العبد أو يشتري الدابة ثم يعطيه العربون على أنه رضيه أمسكه بالثمن الذي تراضيا عليه، ويكون ما دفعه إليه محسوبًا من الثمن، وإن لم يرضه كان ما أعطى للمدفوع إليه، وكذا كان يفعله أهل الجاهلية، فأما إذا دفع إليه شيئًا ليعجل له اتخاذ ذلك الشيء، ولم يشتر في الحال ثم إذا اتخذه اشتراه، وحسب ما دفع إليه من ثمنه؛ فهذا ليس فيه كراهة، ولم يرد النهي عنه، انتهى، وفيه فوائد.

فرع: قال بعض أصحابنا: لا يصح بيع العربان للنهي عنه، وهو أن يقول: بعتك من هذه الجوالق أو الغنم ما يقع عليه غُراب، وهذا إن كان له أصل؛ فهو من بيوع الجاهلية، وفساده ظاهر.

فرع: باع شيئًا واستثنى منفعته مدة معلومة فالبيع باطل، وقيل: فيه وجهان، وبالصحة قال أبو ثور، ومحمد بن نصر المروزي، وابن خزيمة، وابن المنذر،

فَصْلٌ: بَاعَ خَلًّا وَخَمْرًا أو عَبْدَهُ وَحُرًّا أو وَعَبْدَ غَيْرِهِ أو مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إذْنِ الْآخَرِ صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وأهل الحديث لحديث: «بعير جابر»(١) المشهور، والجواب عنه صعب.

قال: (**فَصْلٌ بَاعَ خَلًّا وَخَمْرًا أو عَبْدَهُ وَحُرًّا أو وَعَبْدَ غَيْرِهِ أو مُشْتَرَكًا بِغَيْرِ إذْنِ الْآخَرِ صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: قصرًا للفساد على الفساد؛ لأنه باع سببين مختلفي الحكم فيأخذ كلٌّ حكمه لمن باع شِقصًا يثبت الشفعة في الشِّقص إفرادًا لكل واحد بحكمه، وبهذا قال: المزني، وتابعه الجمهور، والثاني: يبطل فيهما، واختاره الربيع ورجحه، وقال: إنه الذي يذهب إليه الشَّافِعِي.

وقال في باب الاختلاف في الكتاب الثالث عشر من «الأم»: إن القول الذي رجع إليه الشَّافِعِي - كَلَلهُ تعالى - إبطال تفريق الصفقة، انتهى.

وهذا رواية المذهب قد شهد بذلك، ففي النفس حزازة من ترجيح الأول، والفتوى به غير مذهب الشَّافِعِي، وهذا القول اختاره الماوردي في بعض المواضع.

وقال صاحب «اللطيف»: إنه الأقوى، وحكى الْجُورِي وغيره في المسألة من رأيين ثلاثة أقوال ثالثها: يصح فيما تتقسط الثمن على أجزائه دون قيمته، وصححه الغزالي وطائفة، وفي علة القول الثاني وجهان، وقيل: قولان من جهة المذهب الجمع بين الحلال والحرام، فيغلب الحرام، وجوابه أن التغليب حيث يقال به، إنما يكون عند الاختلاط، وعدم إمكان التمييز، وأصحهما عند الغزالي جهالة ما يخص ملكه من العوض كما لو باعه بما يخصه من الألف ووزع عليه، وعلى عبد فلان، وجوابه أن عبد فلان ليس داخلًا في المقابلة، فكل المسمى مجهول.

وذكر الشيخ أبو علي البطلان في «شرح التلخيص» ثلاث معانٍ ثالثها أنه لم يبع ما هو فاسد؛ بطل العقد بالشرط الفاسد في الصحيح.

قال: وإلى هذا القول أشار في «الإملاء»، ثم ذكر التفريع على المعاني الثلاث.

---

(١) انظر: كشف الخفا للعجلوني (١٠٧/١).

تنبيهات: منها: مفهوم قوله بغير إذن الآخر مقصور على المشترك، أما لو باع عبده وعبد غيره بإذنه صفقة بطل فيهما على المذهب، وقد ذكرنا أربعة أمثلة، فأما عبده وعبد غيره فاتفقوا على القولين فيها، وكذلك عبده ومكاتبه أو مستولده أو الموقوف، والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون المشتري عالمًا بالحال أو جاهلًا.

وقال الشيخ أبو محمد: القولان إذا كان جاهلًا فإن علم بطل قطعًا، واستثناه الإمام، والغزالي، ورجحه بعض المتأخرين، قال: لأنه بيع غرر، فيكون كمن اشترى عبد جميع بعوض، ومقاله ظاهر متجه جدًّا.

وأما العبد والحر فالصحيح أنه على القولين، وقيل: يبطل في العبد قطعًا؛ لأن الحر ليس بمال، وإنما يقدر تقويمه بفرضه رقيقًا، والخل والخمر على الطريقين في الأصح.

وقيل: يبطل قطعًا؛ لأن التقويم فيه لا يتأتى من غير فرض بتغير في الخلقة، والمفروض في الحر الرق، وهو أمر حكمي، وأما العبد المشترك، فقيل: يصح في نصيبه قطعًا، والأصح أنه على القولين.

ومنها: خرج الأئمة على التغليبين المشهور بين مسائل مبتدرة لا تنحصر، فمنها ما ذكره الشيخان هنا تبعًا للبغوي لو ملك كل منهما عبدًا فباعاهما بثمن واحد، وباع واحد عبدًا من زيد، وعبدًا من عمرو بثمن واحد إن عللنا بالجمع صحَّ، أو بالجهالة لم يصح، انتهى.

وهذا البناء بما يحسن في العقد الواحد، وهذان عقدان؛ لأن الصفة تتعدد بتعدد البائع، وكذا بتعدد المشتري في الأظهر، وحينئذٍ قالوا مع عقدين عن كل منهما مجهول، فلذلك كان المذهب البطلان، والمتجه إما ترك البناء، أو يقال: إن عللنا بالجهالة بطل أو بالجمع، فكذا في الأصح لتعدد الصفقة، وحصة كل منهما من الثمن لا بدَّ من كونها معلومة، وصورة المسألة أن يقولا: بعناك هذين بكذا، أو يوكلا، أو يوكل أحدهما صاحبه، ولا فرق بين بيعهما بأنفسهما أو بوكيلهما، وفيه بحث لابن الرِّفْعَة أشرت إليه في «الغنية».

....

ومنها: قال الشيخ أبو علي مفرعًا على المعاني الثلاث: إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام؛ فلا فرق بين شيئين يختلف قيمتاهما، أو يتقسط الثمن على أجزائهما، وكانا شيئًا واحدًا، أو يزوج أخته أو أجنبية أو حرة أو أمة، أو كان هبةً، أو رهنًا مشروطًا في العقد في أن الكل يبطل.

فإن قلنا: إن المعنى أن الفاسد يصير مشروطًا في الصحيح؛ بطل في النكاح إذا جمع بين حرة وأمة، أو بين أخته وأجنبية، فيصح في الحرة والأجنبية، ويبطل في الأخرى، وهما في حكم عقدين.

ألا ترى أنه لو قال: زوجتك هاتين المرأتين؛ فقبل في أحدهما صح بخلاف البيع، وإن قلنا: إنما بطل للتوزيع فلا يبطل العقد فيما يتوزع الثمن على القيمتين لعبدين أو ثوبين، وكذا لو باع عبدًا وحرًّا، انتهى.

ومنها: إذا باع النصاب، وفيه الزكاة فإن كان من الثمار أو النقدين فكالعبد المشترك، وإن من الماشية؛ بطل في الجميع خلافًا لما قاله الشيخان هناك، وربما ثبت ذلك هناك أو في «الغنية».

ومنها: صور الشيخ أبو محمد الجمع بين الحر والعبد الذي يجري فيه القولان أن يقول: بعتك هذين العبدين، قيل: ولا شكَّ أن قوله: هذين بمنزلته، أما لو قال: بعتك هذا العبد والحر، أو هذا الخل والخمر، فالذي يظهر أن الحكم كذلك، وكلام أبي حامد يفهم خلافه، وهو قياس ما فرعوه على القول الضعيف في الصداق من إيجاب مهر المثل.

وهاهنا: هل يقال: يبطل البيع أو يخير بكل الثمن؟ لم أر فيه نقلًا، وهذه الاضطرابات توجب تصحيح القول بتفريق جهالة الثمن.

قلت: ولعل أبا حامد يقول: إن موضع الخلاف، أما إذا ظن المشتري رقهما، أما لو علم فلا، كما قاله الجويني.

ومنها: لو كان بينهما أرض مناصفة فعين أحدهما ومنها قطعة مدورة، وباعها بغير إذن شريكه.

فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إنْ جَهِلَ فَإِنْ أَجازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهَا، وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ، ....

قال الْبَغَوِي: لا يصح البيع في شيء منها على كل قول، وهو كما قال، وقس بهذا ما في معناه.

ومنها: غصب نصف عبد ثم باع هو وصاحب النصف الآخر جميعه؛ بطل في المغصوب، وصح في نصيب الشريك، وقيل: على القولين.

قال الإمام في أواخر الشركة: وهو هفوة، ومأخذه إيجاد اللفظ، وإن كانت الصفقة متعددة، ولو وكل الغاصب الشريك أو بالعكس خرجها الماوردي على القولين.

ومنها: لو ملك نصفًا شائعًا مثلًا من عين، فباع النصف منها وأطلق، أو وهبه، أو وقفه، أو أوصى به؛ اختص بما يملك على الأصح، وقيل: يشيع فيبطل في الربع، ويخرج في الربع الآخر على القولين.

واعلم أنه يخرج عن قاعدة تفريق الصفقة صور كثيرة على خلاف ووفاق، منها لو أجر الراهن المرهون مدة تزيد على المحل، صحح الرَّافِعِي بطلان المحل، وخرج الماوردي والمتولي الزائد على القولين، ولو استعار ما يرهنه بمقدار، فزاد عليه بطل في الكل على الصحيح بمخالفة الإذن، ولم يخرجوا المساوي أو أوصى من لا وارث له بأكثر من الثلث، ولو زاد في العرايا على القدر الجائز بطل في المحل، وعن الْجُورِي تخرجه في الجائز على القاعدة.

فرع: لو باع معلومًا، ومجهولًا، أو معدودًا تعين البطلان لوجود علته إلا إذا قلنا: إنه يجبر محل الثمن.

قال: (**فَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي إنْ جَهِلَ**) التبعيض للصفقة عليه.

قال ابن الرِّفْعَة: والخيار على الفور؛ لأنه خيار بعض.

(**فَإِنْ أَجازَ فَبِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهَا**)؛ لأنه أوقع ومقابلتهما معًا.

(**وَفِي قَوْلٍ بِجَمِيعِهِ**) لأنه لغى ذكر المضموم فيقع الثمن في مقابلة الصحيح، والقولان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة والأجر.

وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ. وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

وقيل: يخير فيما يتقسط بالأجزاء قطعًا، وفيما يتقسط بالقيمة بالمسمى، وحكاه بعضهم قولًا مع قول رابع أنه إن كان الآخر له قيمة وجب القسط، وإن لم تكن له قيمة كالخمر ونحوه وجب المسمى، وهما طريقان آخران ويحل القولان، وجمع صاحب «التعجيز» بين هذه الصورة وصورة التفريق في الدوام.

وحكى فيهما سبعة: أن سابعها إن كان عالمًا لزمه جميع الثمن، وإن كان المشتري عالمًا بالحال والتفريع على غير طريقة الشيخ أبي محمد، والقلب إليه أميل فلا خيار له، وفيما يلزمه من الثمن القولان، وقطع جماعة هنا بوجوب الجميع، ولا خفاء لو كان ربويًّا من جنس واحد فبالصحة بلا خلاف، وكذا لو خرج أحد عوضي الربا مستحقًّا، وصححنا العقد في الباقي، فالواجب حصته بلا خلاف، وكذا لو نكح مسلم مجوسية؛ لأنه لا جهالة، ولو ألزمناه الكل لم يجد مخرجًا بخلاف البيع، وفيه وجه أنه يلزمه تمام المسمى، وله الخيار في رده إلى مهر المثل.

قال الإمام: هذا لا يخلصه من الضرر، وإنَّ مهر المثل قد يكون مثل المسمى أو أكثر.

إشارة: القسط فيما ذكروه إن كان جنسًا أو جنسين مختلفا الأجزاء فباعتبار قيمتهما، وإلا فالجزية ويقدر الحر عبدًا، ويقدم وإن كان المضموم إلى ملكه خمرًا أو خنزيرًا؛ فكيف يقدر وتقدم فيه اضطراب للمصنف يطول ذكره بينته في «التوسط» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ**) أي: إن قلنا الإجارة بالجميع قطعًا، وكذا إن قلنا: بالقسط على الأصح لبعد ظنه، وصحح الجرجاني مقابله، ولم أر التصريح بأن التصوير في العالم بالجاهل أو أعم، وقد يقال: يخير الجاهل دون العالم.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْآخَرِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لانتفاء المعنيين السابقين في الابتداء، وقيل: على القولين؛ لأن التفريق الطارئ قبل القبض كالمقارن، وهذا النوع من تفريق الصفقة في

بَلْ يَتَخَيَّرُ، فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا. وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَيْ الْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَو سَلَمٍ صَحَّا فِي الْأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا ....

الدوام، والأولى تفريقها في الابتداء أو الطريقان إذا كان التلف قبل قبضهما معًا؛ فإن كان أحدهما مقبوضًا باقيًا، فعلى الخلاف، وأولى بعدم الانفساخ للتأكد بالقبض، فإن كان المقبوض، لم يتلف في يد المشتري؛ فالقول بالانفساخ فيه أضعف لنقله من ضمانه.

وقول المصنف: قبل قبضه يشمل الصور الثلاث، وانهدام الدار المستأجرة كالصورة الثانية، وإعتاق المشتري كالتلف في يده.

قال: (بَلْ يَتَخَيَّرُ) كما في الابتداء سواء كان الآخر في يد البائع أم في يد المشتري باقيًا، فإن كان تالفًا فالأصح في تعليق القاضي الحسين أنه لا خيار له؛ لأن العقد بالتلف استقر قراره، فعلى هذا عليه حصته من الثمن وحصة المدة الماضية من الأجرة، والباقي له الفسخ، ويرد قيمته، ولك أن تقول: إن كان هذا خيار عيب، وجب القطع بامتناعه بالتلف كسائر العيوب.

قال: (فَإِنْ أَجَازَ فَبِالْحِصَّةِ قَطْعًا) لصحة المقابلة، وعبارة «المحرر» بلا خلاف. وقيل: على القولين نقلاها في «الشرح» و«الروضة»؛ فإن قلنا: يخير بجل الثمن فلا خيار للبائع، وإلا فوجهان.

قال القاضي أبو الطيب: كما ذكرنا فيما مضى يعني: الابتداء، ومقتضى ذلك أن يكون الأصح عدمه، ولك أن تقول هنا: عللنا بالتفريط، وهو مفقود هنا.

قال: (وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَيْ الْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ) كأجرتك داري سنة، وبعتك عبدي هذا بكذا (أَوْ سَلَمٍ صَحَّا فِي الْأَظْهَرِ) كما لو أورد كلًا منهما.

(وَيُوَزَّعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتِهِمَا) كما لو باع ثوبًا وشقصًا من دار، فإنه يجوز، وإن اختلفا في حكم الشُّفعة، واحتجنا إلى التقويم نسبها.

والثاني: يبطلان؛ لأنه قد يعرض الانفساخ في أحدهما فيوزع، وتلزم الجهالة، ويجري القولان في الجميع بين بيع وصرف كبعتك هذا الثوب، وهذا الدينار بهذه الدراهم.

....

قال بعض مشايخنا: والذي رأيته منصوصًا للشافعي صحة البيع والصرف، وفساد البيع، والإجارة، والسلم إلى أجلين، وقطع بعض الأصحاب في السلم إلى أجلين بالصحة انتهى.

وطردهما القاضي الحسين وغيره في السلم في جنسين، أو في جنس إلى أجلين، وفي بيع عبدين شرط الخيار في أحدهما فقط، ورأى أحدهما فقط إذا جوزنا ببيع الغائب، ولو جمع بيعًا وكتابة ككاتبتك، وبعتك هذا الثوب بكذا إلى نجمين فقيل على القولين، والصحيح القطع ببطلان البيع، وتحريم الكتابة على بيع عبده وعبد غيره.

تنبيهات: قال الرَّافِعِي: المسابقة، ذكر الصيدلاني أنه لو اشترى ثوبًا، وعاقه عقد السبق بعشرة فإن جعلنا المسابقة لازمة فهو كما لو جمع في صفقة واحدة بيع وإجارة، وفيه قولان وإن جعلناها جائزة لم يجز؛ لأن الجمع بين جعالة لا يلزم، وبيع يلزم في صفقة واحدة لا يمكن هذا اللفظ.

فقال: من شرح الكتاب أحدًا من هذا محل الخلاف أن يكون العقدان لازمين فلو جمع بين بيع وجعالة لم يصح قطعًا قاله الرَّافِعِي في المسابقة، **قلت:** وفيه نظر فإن ابن الْقَطَّان ذكر من أمثلة القولين ما أحد العقدين جائز، ومنها الإجارة والكتابة، ثم قال: وكذلك كل شيئين جُمعا في عقد واحد من جنسهما مختلف، والمعنى يؤيده فاعلم.

ثم قال: ويرد على عبارة المصنف: ما إذا خلط ألفين بألف لغيره، وقال صاحب الألفين: شاركتك على أحدهما، وقارضتك على الأخرى، وقيل: فإنه يصح ولا يتحرج على الخلاف قاله الْمُتَوَلِّي، وعلله الرَّافِعِي في باب القراض أنهما راجعان إلى الإذن في التصرف، فيرد عليه ما لو باع ثوبًا وشقصًا من دار فإنه يصح بلا نزاع مع اختلافهما في الحكم، انتهى.

وأجيب عن هذا بأنه ليس المراد مطلق الأحكام بل أسباب الفسخ والانفساخ، **قلت:** وصرح الدارمي بجريان القولين فيها وهو الحق ولفظه،

أَو بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ، وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ، وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا وَذَا بِكَذَا، وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ. ....

ويجوز جمع شيئين يختلف حكمهما كشقص، وسيف، وآنية، وغيره كأخته وأخيه، وقياس إقراره في الثاني باطل؛ لأن لفظه لهما فإذا بطلت بطل، ويجهل الثمن وقياس أختين، انتهى.

ويجاب عن الأول بأن المراد العقود اللازمة، وأما الجائزة فبابها واسع.

قال: (**أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ صَحَّ النِّكَاحُ**) قالا: بلا خلاف أي: بناء على المشهور النكاح لا يفسد بفساد الصداق.

وقال الدارمي: قال المروزي يصح النكاح، وقيل غيره القولان.

قال: (**وَفِي الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ الْقَوْلَانِ**) فإن صححنا وزع المسمى على قيمة المبيع، وتميز المثل وإلا سقط المسمى كله، ووجب في النكاح مهر المثل، وهكذا البيع والخلع يصح الخلع، وفي المسمى والبيع القولان وصورة النكاح والبيع، زوجتك عبدها بكذا إذا كانت في حجره أو وكيله أو زوجتك أمتي، وبعتك عبدي بكذا إذا كان ممن تنكح الأمة.

قال: (**وَتَتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا وَذَا بِكَذَا**) أي: سواء فصَّل المشتري في القبول على المذهب عندهما أم لا، وقيل: إن فصل كما فصل البائع، فكذلك وإن قال: قبلتهما أو قبلت فيهما فالصفقة متحدة فإن لم يفرق الصفقة لم يصح في ماله المضموم إلى مال غيره، وإن فرقناها صح.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إنه لو فصل البائع والمشتري إذا عللنا بالجمع بين الحلال والحرام يجزئ القولان؛ لاتحاد الصيغة، وهو المختار.

فحصل في محل القولين في ثلاث طرق: إذا باع ماله ومال غيره صفقة، ولو تعددت الصيغة، وفصلا الثمن تعددت الصفقة صورة ومعنى باتفاق الطرق.

قال: (**وَبِتَعَدُّدِ الْبَائِعِ**) كقولهما: بعناك هذا بكذا، والمبيع مشترك بينهما، فإن قيل: يصيبهما جملة صح قطعًا، وإن قيل: يصيب أحدهما فقط فقد نقل الإمام عن الأصحاب: أنه لا يصح ورجحه **الرَّافِعِي**.

وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال **الْمُتَوَلِّي**: المذهب الصحة.

قلت: وهو الأصح والقياس، وبه جزم الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، والبندينجي، والماوردي، وابن الصباغ، والجرجاني.

وقال الإمام: إنه أظهر في القياس، ورجحه الغزالي، والروياني في «الحلية»، وابن الرِّفْعَة في «المطلب» مستدلًا بأنه لو وقف صحة قبول نصيب أحدهما على قبول نصيب الآخر لما صح العقد.

واعلم أنهم لم يترددوا في التعدد بتعدد البائع، وجعلوا أصح الوجهين أن لأحدهما الانفراد بأخذ ثمن نصيبه، وأنه لو اشترى شقصًا من اثنين أن للشفيع أخذ نصيب أحدهما وأنه لو اشترى في العرايا تسعة أوثق من اثنين صح.

فرع: هل يشترط علم المشتري بنصيب كل منهما؟

قال الأصحاب: لا، وقال **الرُّويَانِيّ**: إنه لو كان له عبد فباعه المالك وغيره، فإن قالا جميعًا: بعناك هذا العبد، أو قال المالك: بعتك، وقال غيره: بعناك، فقال: اشتريت منكما كان مشتريًا لنصفه بنصف الثمن، فإن قال المالك: بعتك هذا العبد، وقال الآخر: بعتك هذا العبد، فقال: اشتريته منكما كان مشتريًا نصف العبد أيضًا، بنصف الثمن من مالكه، وفي الصورة الأخيرة نظر إن أريد تصحيح البيع في النصف فإن المالك أوجب له فيها جميع العبد فقبل منه النصف، وقد صرح بالصحة على ما رأيته في غير نسخة بالفتاوى، وأحسبه تحريف من ناقل أو خلل وقع في النسخ.

قال: (**وَكَذَا بِتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كالبائع وبه قطع الأكثرون.

والثاني: لأن المشتري في الأظهر يبني على الإيجاب السابق، وهذا الثاني مأخوذ من القول بأنه ليس لأحدهما إفراد نصيبه بالرد، وأبعد السمعاني.

فقال: بالاتحاد وإن جوزنا الإفراد فعلى الأظهر لو وقزا أحدهما نصيبه من الثمن، وجب تسليم قسطه من المبيع كما يسلم المشاع. وإن قلنا: بالاتحاد فكما لو اشترى وأخذ عينًا، وسلم نصيب ثمنها، والأصح أنه يجب تسليم شيء إليه،

....

وقيل: يجب، وخصه الإمام، والرافعي وغيرهما بما إذا كان ينقسم، وادعى المصنف أنه لا خلاف فيه، وأطلق جماعة الخلاف وهو الأقرب، واستدلا لهم بعدم إمكان التسليم ممنوع؛ لأنه لا يسلم مشاعًا إلى الحاكم والمشتري على أن نصف الأجر وديعة، وحق الجنس لا يبطل بالإيداع في الأصح.

ولو اشترى اثنان من اثنين فهو حكم أربعة عقود فلكل واحد منهما اشترى رد ربع بالعيب، أو من ثلثه فَكَتُسع فلكل رد سبع وهكذا، وصوره تعدد المشتري أن يقول: نصفه البائع: بعتكما هذا العبد بألف، فيقولا: اشترينا، أو يقول كل منهما اشتريت نصفه بخمسمائة سواء قالا معًا، أم أحدهما بعد الآخر إذا لم يطل الفصل، وللإمام في هذه احتمال، ولو قبل أحدهما فقط فقد سبق بيانه قريبًا.

واختلاف الترجيح فيه عند تعدد البائع، وما قدمناه هناك عن الأئمة فقد صرحوا به في هذه الصورة، وبعضهم في الأولى والصورتان سواء بلا شك.

تنبيه: فائدة تعدد الصفقة يظهر في أمور منها الرد بالعيب، وفي الرد بخيار الرؤية، أو الشرط، أو المجلس وفي الإفراد بالقبول على الأصح.

فروع: لو قال: بعتك بأزيد هذا بكذا، أو بعتك بأعم وهذا بكذا، فقيل: أحدهما فقط؛ صح بلا خلاف، ولم ينظروا إلى تحلل الإيجاب نعم، وبين الإيجاب لزيد وقبوله، ولعله بناء على أن الكلام اليسير المتخلل بين الإيجاب والقبول لا يضر، وقد يقبل زيد عقيب إيجابه له فلا يجيء هذا، ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف فقال: قبلت هذا بخمسمائة، وإنما نخصه من الألف لم يصح.

ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف كل منهما بخمسمائة فقبل أحدهما.

قال الْمُتَوَلِّي: المذهب أن العقد صحيح، وقيل: لا، وكذا قاله شيخه القاضي، أو قال: بعتك عبدي بألف، وجاريتي بخمسمائة فقبل أحدهما بعينه، فالظاهر الصحة فأشار إلى الخلاف المذكور.

ورأيت في فتاوى الْقَفَّال أنه يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجوز كما لو قال: أشريتك الدار سنة كل شهر بدرهم فقال:

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَو وَكَّلَهُمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ].

قبلت في شهر لم يجز، وكذا في الصبرة.

والثاني: يجوز؛ لأنه في حكم صفقتين، قال: والفرق بين هذا وبين قبوله في بعض القفازين أن هناك أجزاء متساوية فكانت الصيغة واحدة، وإنما ذكر التفريق على الأجزاء ليبين ما يخص كل جزء منها لا التقدير، وأما هاهنا فالبيع غير متساوي الأجزاء فكان ذكر عوض كل واحد منهما التقدير فصارا صفقتين، كما لو باع كل واحد مفردًا حتى لو قال: بعتك هذا العبد بألف درهم، وهذه الجارية بألف درهم فقبل في أحدهما يجوز.

قال: **(وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَو وَكَّلَهُمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْوَكِيلِ)** وبه قال ابن الحداد؛ إذ لأنه العاقد وأحكام العقد من الخيار وغيره متعلقة به.

والثاني: المعقود له؛ لأن الملك له، وهو الأصح في «الوجيز»، وفي كثير أو أكثر نسخ «المحرر» بخلاف الشرحين، وبناهما القاضي الحسين على العُهدة.

والثالث: العاقد في طرف الشراء، والمعقود له في طرف البيع، قاله أبو إسحاق ونقله الرُّويَانِيّ عن الْقَفَّال، وهذا إذا كان الشراء في الذمة بأن كان بمعين فهو كالوكيل في البيع.

والرابع: عكسه، حكاه القاضي الحسين.

والخامس: المعقود له في طرف الشراء، وهما في البيع فإنهما يتعددان بعدد العقد اعتبارًا بالشفعة واستبعده الْمُتَوَلِّي.

وفائدة الأوجه في فروع:

منها: اشترى وكيل الاثنين شيئًا أو لنفسه، ولموكله فخرج معيبًا فعلى الأول والثالث ليس لأحد الموكلين الرد كأحد الوارثين على الصحيح، وهل لأحد الموكلين أو الوارثين الأرش نظر الأرش، وإذا أوجبنا الأرش فهل الواجب نصف الأرش، أو النصف؟ عبارة الماوردي في الوارثين الأول وهو صحيح، وفي المستويين ينبغي أن يكون النصف، وفي الموكلين حكمنا بالتعدد فكذلك، وإلا فهو متردد بين الرأيين وجب أخذ الأرش هنا، هل تكون

للحيلولة إذا حضر صاحبه، واتفقا على الرد لهما ذلك، أو يستقر كما لواحدة لطرئان الحادث؟ على الأصح الأقرب الثاني هذا على قول ابن الحداد وأبي إسحاق، وأما على الثاني والرابع والخامس فلكل منهما الرد. وقال **الْقَفَّالُ**: إن علم البائع أنه يشتري الاثنين فلأحدهما رد نصيبه، وإن جهل فلا، وذكره الشيخ أبو حامد؛ لكن عبارته: إن صدقه أنه يشتري لاثنين فلأحدهما رد نصيبه وإن لم يصدقه فلا، وقد تكرر هذا الفرع في «الروضة» والشرح هنا بعبارتين، وهو تكرار محض.

ومنها: وكلاه ببيع عبدهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه من واحد، فعلى الأول والرابع ليس للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى بقية الأوجه يجوز.

ومنها: وكلاهما ببيع عبده فباعاه من واحد، فعلى الأول والرابع له رد نصيب أحدهما، وعلى بقية الأوجه لا.

ومنها: وكَّلاه في بيعه ووكَّل آخرين في بيعه ووكل آخران آخر في شرائه، فعلى الأول لا يجوز التفريق، وعلى الثاني والرابع إما أن يرد على أحد البائعين نصف العبد، ولأحدهما رد النصف عليهما، وله رد الربع على أحدهما، وعلى الثالث لهما أن يردا نصيب أحد البائعين، وليس لأحدهما الانفراد، وعلى الخامس لكل منهما رد حصته لا نصفها، وعلى قول **الْقَفَّال**: يفرق العلم والجهل.

ومنها: باع وكيل واحد وكيلي آخر، فعلى الأول يجوز التفريق.

قال الرَّافِعِي: على الوجوه الأخر لا يجوز، وهو كما قال: على الثاني مطلقًا، وأما على بقية الوجوه فيظهر فيما تقدم.

ومنها: اشترى اثنان لواحد من واحد، فعلى الأول والثالث له رد النصف، وعلى بقية الأوجه لا.

فائدة: قال الشيخ أبو علي: لو خوطب عبد بنكاح اثنتين فقبل في أحدهما صح؛ لأن الزوجتين بمنزلة العاقد.

بَابُ الخِيَارِ

قال المصنف: [يَثْبُتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ: ....

إشارة: ما ذكره المصنف من تعدد الصفقة، واتحادها غير مطرد في جميع الأبواب، فإن الصفقة في العرايا والشفعة تتعدد بتعدد المشتري، وفي البائع وجهان والاعتبار في الرهن بالموكل على الأصح؛ لأن النظر إلى اتحاد الدين وعدمه، وفي الشفعة تعيين الموكل لا الوكيل، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: (وهو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه، وهو نوعان: خيار تروٍّ، وخيار بعضه، وسيأتي الشرح عليهما إن شاء الله تعالى).

قال: (يَثْبُتُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ) أي: موضع البيع.

(فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ) لقوله ﷺ: **«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»** أو قال: **«حتى يتفرقا»** متفق عليه، وفي لفظ: **«ما لم يتفرقا»** **«أو يقول أحدهما لصاحبه»** وفي لفظ: **«وأن يخير أحدهما الآخر»** فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع، وفي لفظ: **«ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»** وكل ذلك متفق عليه وللبيهقي: **«حتى يتفرقا من مكانهما»**(١).

وقوله: إلا بيع الخيار عند الشَّافِعِي والأصحاب أن معناه إلا بيعًا تخايرا بعده فلا يستمر الخيار إلى التفرق، وقيل: إلا بيعًا شرط فيه نفي الخيار، وخالف في خيار المجلس مالك وأبو حنيفة، وتعلق المالكية والحنفية بأمور.

وقال ابن عبد البر ﷺ: أكثرها تشعيب لا حاصل له.

وحسن الترمذي حديث: **«ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»**(٢).

قالوا: لو ثبت الخيار لم يحتج إلى الإقالة، وقوله: لا يحل له.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٤٤، رقم ٢٠٠٦)، ومسلم (٣/ ١١٦٣، رقم ١٥٣١)، والنسائي (٧/ ٢٤٩، رقم ٤٤٧٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦، رقم ٢١٨١) وابن الجارود (ص ١٥٧، رقم ٦١٨)، وأحمد (٢/ ١١٩، رقم ٦٠٠٦)، والبيهقي (٥/ ٢٦٩، رقم ١٠٢١٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٤٧).

كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِطَعَامٍ وَالسَّلَمِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ، ....

قال ابن عبد البر: إن لم يكن وجهه البدن، وإلا فهو باطل بالإجماع على أن له أن يفارقه لينفذ بيعه ولا يقيله إلا إن شاء.

وقال أصحابنا: عبر بالإقالة عن الفسخ؛ لأن المفارقة لا تمنع الإقالة.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه يتوجه إلى ما لا يحل له فعله وهو أن إذا عقد البيع فله الخيار فلا يحل له أن يختلسه ويفارقه حتى يلزم البيع، وهذا بعيد، والظاهر جواز ذلك لفعل ابن عمر رضي الله عنهما.

قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه.

قال: (**كَالصَّرْفِ وَالطَّعَامِ بِطَعَامٍ وَالسَّلَمِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ الْمُعَاوَضَةِ**) احترز بالمعاوضة عن صلح الحطيطة(١) فلا خيار فيه وإلا إن أبرئ ووهبه ودخل في كلامه ما إذا صالح على منفعة، وحكمه حكم الإجارة، وسيأتي.

والصلح عن دم العمد، ولا خيار فيه، صرح به القاضي الحسين، ولا خيار في بيع العبد من نفسه على الأصح، وأرسلا في تنويه في شراء الجمل في شدة الحر وجهين صحح في «شرح المهذب» الثبوت والبلح كالجمل، ولا خيار في الحوالة، وإن جعلناها بيعًا كما هو الأصح، وقيل فيهما الخيار.

قالوا: لو حلف لا يأكل مما اشتراه فأكل مما صالح عليه أن الأصح عدم الحنث؛ لأنه لا يسمى في العُرف شراء، ولا يحنث مما حصل له بالقسمة والإقالة، وإن جعلناها بيعًا لأجل الاسم.

وقالوا: هاهنا إن جعلنا الإقالة بيعًا ثبت الخيار، والقسمة إن جرت بالتراضي ولا رد فيها، وجعلناها بيعًا فلا خيار فيها على الأصح عندهما تبعًا للبغوي وغيره، وبه جزم الماوردي في باب الربا وعلله الإمام فإنها لا تسمى بيعًا، وعلله الْبَغَوِي له لو امتنع منها لأجبر عليها والإجبار ما في الخيار؛ لكن الذي جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ والجرجاني ثبوت الخيار، وجعل القاضي الحسين محل الخلاف في جانب واحد، وجزم

---

(١) الحطيطة: الصلح من الشيء على بعضه دينًا كان أو عينًا.

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَو مَوْقُوفٍ فَلَهُمَا الْخِيَارُ، وَإِنْ قُلْنَا لِلْمُشْتَرِي تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ.

فيما إذا أخذ هذا جانبًا بثبوت الخيار، وإن جرت القسمة بالإخبار من الحاكم فلا خيار، هكذا أطلقه الجمهور. وقال الْمُتَوَلِّي: لا خيار للخبر، وفي الطالب وجهان كالشفيع مع المشتري، وإن كان فيها رد أطلق الجمهور ثبوت الخيار.

قال الماوردي: كما نقله ابن الرِّفْعَة أنه هل يدخلها القرعة؟ وجهان إن قلنا: نعم، فكانت من الحاكم فلا، أو من قبلهم يثبت بعد القرعة، وهل هو عيب على الفور أو خيار مجلس؟ وجهان وهذا غريب والوجه ثبوته وأنه خيار مجلس، ولو اشترى من شهد بحريته فأوجه أصحها يثبت للبائع فقط، ولو باع ماله من ولده في حجره أو بالعكس؛ فالأصح ثبوت الخيار، فإن ألزم من طرف بقي للآخر كما صرح به في «البسيط» وغيره، لا كما ظنه ظانّ كما بينته في «الغنية» وإذا فارق المجلس لزم، وقيل: لا يلزم إلا بإلزام.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ فَإِنْ قُلْنَا الْمِلْكُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَو مَوْقُوفٍ فَلَهُمَا الْخِيَارُ**) أي: لوجود ثبته فلا مانع.

(**وَإِنْ قُلْنَا لِلْمُشْتَرِي تَخَيَّرَ الْبَائِعُ دُونَهُ**) أي: تنزيلًا لشرائه منزلة إعتاقه الأجنبي زمن الخيار على قولنا الملك له، فإن سقط خياره على الأصح لا خيار للبائع على الأصح، هذا البناء هو ما عليه المعظم.

وأثبت الماوردي وغيره الخيار لهما على كل قول ومال الْبَغَوِي؛ لأنه لم يوجد من المشتري إلا الرضا بأصل العقد والعتق حكمي ثبت عند تمام العقد، وهنا الإعتاق يدل على كمال الرضا.

وقال الإمام: إن المشهور عدم الخيار لهما يعني على كل قول؛ لأنه ليس عقد معاينة، وتبعه الغزالي وغيره.

فرع: متى يعتق؟ إن قلنا: لا خيار فمن الشراء، وإن أثبتناه لهما فعند انقضائه، وإن قلنا: بالوقف فإذا انقضى الخيار أثبتناه أنه عتق من حين الشراء، وكذا إن قلنا: الخيار للبائع وحده على الأصح، وأطلق كثيرون أو الأكثرون

وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهِبَةِ بِلَا ثَوَابٍ. وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ وَالشُّفْعَةُ

أنه إذا انقضى الخيار عتق كما ذكرنا.

وقال الْجُورِي في باب القراض: إنه إذا لم يوفر الثمن لا يعتق، وإن انقضى الخيار لبقاء حق الجنس كما لو ورثه وهو مرهون.

وقال الدارمي هناك: إذا كان عليه دين، فأذن بشراء من يعتق عليه أو أعتق عبدًا في يد المقارض فأوجه بناء على الراهن.

ثالثها: إن كان موسرًا عُتق.

قال: (**وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالْهِبَةِ بِلَا ثَوَابٍ**) أي: وهي المقيدة ببيعه أو المطلقة، إذا قلنا: لا يقتضيه؛ لأن الثلاثة ليست تبعًا، ولا ما في معناه، وكذلك الرهن والضمان والوقف، والعتق، والطلاق، والكتابة، والوكالة، والشركة، وكل عقد جائز من الجانبين لو أحدهما، وفي الضمان والكتابة والحوالة وجه.

قال: (**وَكَذَا ذَاتُ الثَّوَابِ**) أي: مع الحكم بأنها على قول فإن جعلناها تبعًا عند ذكر الثواب المعلوم كما هو الأظهر فهي بيع حقيقة يثبت فيها الخياران، وسائر أحكام البيع هذا هو الصواب كما ذكراه في كتاب «الهبة» وغيره، وفي كلًا منهما ما يفهم أو يقتضي خلافه، وليس بجيد.

وحكاية الغزالي الخلاف في ثبوت أحكام البيع مع القول: بأنها بيع غريب متنقل، وصادر عن تسمح في العبارة، وكذا ما قيل: من الخلاف في هذه الأحكام: يثبت عند العقد أو بعد القبض، نبَّه الرَّافِعِي على أن مرجعه إلى القول: بأنها بيع أو هبة، وحاصله أنا حيث حكمنا بالهبة فلا خيار.

وقيل: يثبت من القبض إن فسخ رجعت إليه، وإن أجاز لم يبق إلا الثواب، وأما قبل القبض فلا فائدة في الخيار، ومتى حكمنا بأنها بيع تثبت الأحكام من العقد، وقد يتخيل جريان الخلاف نظرًا إلى اللفظ أو المعنى، وكلام المتقدمين يأباه.

قال: (**وَالشُّفْعَةُ**) أي: للشفيع أما المشتري فلا خيار له قطعًا ورجوع البائع

وَالْإِجَارَةُ وَالْمُسَاقَاةُ وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

في عين ماله بالفلس كالشفعة لا خيار فيه على الأصح.

واعلم أنهما أرسلا هنا وفي «الروضة» وأصلها الوجهين في ثبوتها للشفيع بلا ترجيح، وصرح في الشرحين هناك ثبوتها، وخالفه المصنف ونسب المنع إلى الأكثرين.

وقال ابن **الْقَطَّان** في فروعه: لو أخذ بالشفعة، ثم رد نص **الشَّافِعِي** في القديم أنه رد بعد التفرق على المجلس لم يكن له الرد، وإن رد قبل التفرق فعلى قولين، والأشبه أنه ليس له الرد انتهى.

وقال الدارمي هنا: إذا أخذنا بالشفعة أو إجبار عين ما له من مفلس فهل له الخيار في رد الشفعة وبخاصة الغرماء؟

حكى ابن **الْقَطَّان** قولين.

قال: (**وَالْإِجَارَةُ**) هي ثلاثة أنواع: إجارة عين مقدرة بعمل، أو مدة، أو ذمة ويتقدر بالعمل، وصحح **الْبَغَوِي** في الأنواع الثلاثة عدم الخيار، وتابعاه ونسبه **الرَّافِعِي** إلى الأكثرين وصحح الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وسليم، والجرجاني، والقاضي الحسين، والغزالي بثبوته في الجميع وحكاه عن صاحب المهذب وشيخه الكرخي، والإصطخري، ولم أره في «المهذب»، وهو قضية كلام المصنف في التصحيح، فإنه صحح ثبوته في إجارة الذمة، وصحح الإمام عدمه في «الغنية» وقطع بثبوته في الثمن في المدة، ووافقه على هذا القطع جماعة، ونقل الدارمي ثبوت خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإذا قلنا: يدخل خيار؛ فالمدة من بعد الخيار، انتهى.

والعراقيون أو أكثرهم على أنه لا مدخل لخيار الشرط، وعليه إما زيادة الغرر، وإما تعطيل المنفعة.

قال: (**وَالْمُسَاقَاةُ**) أي: كالإجارة على العين، وقيل: أولى بالثبوت، وقيل: بعدمه والمسابقة إن قلنا: لازمة فكالإجارة.

قال: (**وَالصَّدَاقُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في المسائل الخمس؛ لأنها لا تسمى

وَيَنْقَطِعُ بِالتَّخَايُرِ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ فَلَوِ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ.

بيعًا، ومن يسمي الإجارة بيعًا يعلل بأن ثبوت الخيار فيما يؤدي إلى تعطيل المنافع.

والثاني: يثبت في الجميع أو يعلل بالغرر سواء أوردت على العين أو الذمة وميثاق هذا ألا يثبت في السلم في المنافع.

والثاني: يثبت في الجميع؛ لأنها في معنى البيع والمشهود عدم ثبوته في الصداق إذا أثبتناه فيه.

قال ابن الرِّفْعَة: فيشبه أن يكون لكل من الزوجين، وفائدة فسخه الرجوع إلى مهر المثل، وفي ثبوته في الخلع خلاف أشهر من ثبوته في الصداق، والأصح عدمه أيضًا، فإن أثبتناه فهو للزوج، فإن أجاز ثبت الطلاق بالمسمى، وإن رد كان رجعيًا.

قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، وصور الشيخ أبو حامد ثلاث صور أحدثها الخلع المتجزئ كطلقني بألف، فيقول: طلقتك بها، يثبت له الخيار على الوجهين في الامتناع من قبض الألف، ويكون الطلاق رجعيًا.

الثانية: الخلع العاجل بالصفة كأن أعطيتني ألفًا فأنت طالق، ولا خيار فيه.

الثالثة: المؤجل كمتى أعطيتني ألفًا، فمتى ثبت خيار المجلس في دفع ما أوجبه على وجهين.

قال: (**وَيَنْقَطِعُ**) أي: خيار المجلس حيث أثبتناه.

(**بِالتَّخَايُرِ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ**) أي: كألزمناه وأجزناه أو رفعنا الخيار أو تخايرنا ونحوها.

وكذا قولهما: أبطلنا الخيار أو أفسدناه خلافًا للشيخ أبي محمد.

قال: (**فَلَوِ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا**) أي: للزوم ولم يختر أحدهما الآخر.

(**سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلْآخَرِ**) كخيار الشرط، وقيل: لا يبقى للآخر؛ لأن خيار المجلس لا يتبعض، وقيل: يبقى لهما كذلك، وصححه الماوردي وجوابهما:

وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا، فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أو قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا، وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ.

أنه لا يتبعض ابتداءً، وأما دوامًا فممنوع، ولو قال أحدهما: اختر أو أخيرتك، فقال: اخترت انقطع خيارهما، وإن سكت انقطع خيار القائل في الأصح، ولا ينقطع خيار الساكت، وذكر ابن الرِّفْعَة في «المطلب» وجهًا فيه واستغربه، ولو أجاز أحدهما، وفسخ الآخر قدم الفسخ جزم به الرَّافِعِي وغيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا تقدم الفسخ فإن تأخر، وقلنا: بالإجازة لا يبطل خيار الآخر فكذلك، وإن قلنا: يبطل فلا، وإن وجدا معًا، وقلنا: عند تأخر الفسخ لا ينفذ فهاهنا احتمال المذكور في بعض الشروح النقود، ولو تقابضا في المجلس، وتبايعا العوضين في المجلس بيعًا.

ثانيًا: صح البيع الثاني على المشهور؛ لأنه رضي بلزوم الأول، وقيل: إن قلنا الخيار يمنع انتقال الملك لم يصح.

قال: (**وَبِالتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا**) للحديث.

(**فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أو قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ دَامَ خِيَارُهُمَا**) لعدم التفريق، وقيل: لا يزيد على ثلاثة أيام وقيل: إلى أن يشرعا في أمر آخر، ويعرضا عن أمر العقد، وقيل: ينقطع بانتقالهما إلى مجلس آخر رواهما الْعِمْرَانِي عن الفروع.

قال: (**وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ**) فما عده الناس تفرقًا لزم به لازمًا لا حد له شرعًا، ولا لغة، يرجع فيه إلى العرف، فإن كانا في دار صغيرة، أو مسجد صغير، أو سفينة صغيرة فبأن يخرج أو يصعد السطح، وإن كانت الدار كبيرة فبأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحراء، أو يدخل من الصحن في صفة أو بيت فإن كانا بصحراء أو سوق فإذا ولى أحدهما ظهره للآخر، ومشى قليلًا، وقيل: خطوتين، وقيل: ثلاث، وقيل: يكفي تولية الظهر وهو المنصوص، وعليه اقتصر ابن الْقَطَّان، وحمله المحاملي وغيره على ما إذا ولى ظهره ومشى، وقيل: بشرط أن يبعد بحيث إذا كلم صاحبه على الاعتياد من غير رفع الصوت لم يسمع.

وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَو جُنَّ فَالْأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ.

وقال القاضي الحسين: إذا مشى أحدهما وتبعه الآخر، وبينهما قدر ما بين الصفين فلا تفرق، وإن كان أكثر تفرقا، فهذه سبع أوجه أصحها الرجوع إلى العُرف، وصحن الدار صح، والبيت إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء، ولا عبرة بإرخاء ستر أو شق نهر بينهما، وكذا بنيا جدارًا على الأصح، هكذا أطلق ونسبه أنه إذا كان بأمرهما أنه ينقطع، أو يأمر أحدهما أنه ينقطع خياره، ويعرف منه غلق باب بينهما لا رده فقط، ولو تبايعا بالمكاتبة، فقيل: فخيار المجلس له ما دام في مجلس القول، ويبقى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه.

قال: (وَلَوْ مَاتَ فِي الْمَجْلِسِ أَو جُنَّ فَالْأَصَحُّ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَلِيِّ).

وقيل: قطعًا، والإغماء كالجنون، وسيد المكاتب كالوارث فيه الطريقان، وقيل: يلزم قطعًا، وسيد المأذون كسيد المكاتب، وكذا الوكيل على الأصح، وهو أن الاعتبار بمجلسه.

وقال والد الرُّويَانِيّ: ينتقل إلى وارث الوكيل، وليس بشيء، ولا أثر لنومهما في المجلس، ويجيء وجه من وجه الإعراض والاشتغال شيء آخر، ولو خرس أحدهما فيه فإن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خيار، وإلا يصير الحاكم نائبًا عنه، قاله: في «الروضة».

وفي «البيان»: إنه كالمغمى عليه، وفي «الكافي» أنه كما لو مات، وفي فروع ابن الْقَطَّان أنه لو خرس في المجلس، أو جُنَّ؛ قام السلطان مقامه، ولعله مفرع على أن وليه السلطان، ونسبه أن ما أطلق في أن الإغماء كالجنون محله إذا جعلناه مولى عليه بنفس الإغماء.

أما إذا قلنا: لا، فهو كمن خرس ولا إشارة له، ويحتمل أن يجعل كالنائم إن قصر زمن إغمائه إذا أثبتنا الخيار للوارث، فإن كان حاضرًا للمجلس كان لمورثه، وإن غاب عنه امتد خياره حتى يفارق مجلس الخبر.

وقيل: حتى يجتمعا فدال مجلسه، وقيل: على الفور حين بلوغ الخبر، ونقول: يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع، ولا يتأخر، وقيل: حتى يبصره وعنده

……

خيار في الرؤية، وذكره ابن القَطَّان، وإذا لم يكن الوارث أهلًا للتصرف ناب عنه وليه في ذلك.

إشارة: قال في «الروضة»: لو مات أحدهما في المجلس نص أن الخيار لوارثه، وقال في موت المكاتب: وجب البيع، ولهم طرق أصحها فيها قولان أظهرهما ثبوته للوارث والسيد وما فيها يثبت لهما قطعًا.

وثالثها: تقرير النصين والفرق، وحكى قول مخرج من خيار المجلس في خيار الشرط أنه لا يورث هذا حاصلها.

وقال في «شرح المهذب» بعد حكايته الطرق: ولو مات العاقدان في مجلس ففي انتقال الخيار إلى وارثيهما وسيد المكاتب الخلاف في موت أحدهما، ولك أن تدخل هذه الصورة في كلام الكتاب، وتقول: كان الأحسن أن يقول في الأظهر من المذهب، واعلم أن قضية إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق فيما ذكره بين عقود الربا وغيرها، وذكر الشيخ أبو علي في كتاب «الوكالة» من شرح التلخيص النصين السابقين.

ثم قال: ولو مات أحدهما في عقد الصرف قبل القبض، وقلنا: خيار المجلس يورث، قال أصحابنا: لا يبطل العقد، ويقوم الوارث مقامه في القبض هكذا رأيت لأصحابنا، وعندي إنما يتصور هذا إذا كان الوارث حاضرًا في المجلس، أما لو لم يكن مع الوارث علم، وهو في مجلس، والقابض، أو المسلم في مجلس آخر لا يتصور هنا القبض في المجلس إلا أن يقول قائل: إذا علم وحضر فليسلم فلا يبطل خياره؛ لأنه في معنى المكره، ولو أكره على أن يفارق صاحبه قبل القبض، فإذا حكى فجاء وقبض أن يصح؛ لأنه لا حكم للإكراه الباطل في الشريعة، انتهى.

فروع: لو هرب ليلزم البيع انقطع خياره قيل: ويأثم وليس بشيء في غير الربوي قبل القبض، وينقطع خيار الآخر، وقيل: إن لم يمكنه اتباعه، ولو حمل وأخرج مكرهًا فإن منع الفسخ فخياره باقٍ على المذهب وإلا لم ينقطع

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ أَوِ الْفَسْخِ قَبْلَهُ صُدِّقَ النَّافِي.

على الأصح، فإذا تمكن اختار، وفي الفوز به خلاف فإن لم يرها، وكان مستقرًا حين زال الإكراه في مجلس امتد الخيار فيه أو مارًّا ففارق مكان التمكن انقطع خياره، وإذا لم يبطل خياره بقي خيار الماكث إن منع من الخروج معه، وإلا بطل في الأصح، ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما ففيه قولًا حيث المكره، وسبق في الربا أنهما لو أكرها حتى تفرقا قبل القبض فيه بطل العقد، وتكلمنا عليه لو تصرف الولي ثم أفاق المجنون لم ينقض ما فعله الولي من فسخ أو إجارة، فإن ادعى أنه خلاف الحظ نظر القاضي فإن قصده، كما ادعى نقض، وإن لم يكن ما ادعاه، وإلا ففي تحليفه نظر.

وهو كما قال ﷺ تعالى قال: (**وَلَوْ تَنَازَعَا فِي التَّفَرُّقِ**) أي: بأن جاءا معًا. وقال أحدهما: تفرقنا وأنكر الآخر.

(**أَو الْفَسْخِ قَبْلَهُ**) أي: فإن اتفقا على التفرق.

وقال أحدهما: فسخت قبله وأنكره الآخر.

(**صُدِّقَ النَّافِي**) بيمينه في الأول قطعًا.

وفي الثانية: على الأصح عند الجمهور؛ لأنه الأصل، وصحح الماوردي قول مدعي الفسخ، ولو توافقا على التفرق والفسخ، واختلفا في السابق فقد يقابل أصلين.

قال بعض الشارحين: فينبغي أن يقال من سبق بدعوى الفسخ قبل قوله: وإن تساويا أو سبق أحدهما بدعوى التفرق صدق النافي للفسخ كما في الرجعة، ولو اتفقا على عدم التفرق، وادعى أحدهما الفسخ، قاله الْبَغَوِي، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه لو قال أحدهما: قسمت قبل التفرق، وقال الآخر: بل بعده، فأوجه:

أحدها: يصدق البائع، والثاني: المشتري، والثالث: من سبق بالدعوى، والرابع: يصدق من يدعي الفسخ في الوقت الذي فسخ فيه، ويصدق الآخر في وقت التفرق، انتهى.

فَصْلٌ لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ، ....

ونقلها الدارمي عنه هكذا، وإنه بنى هنا على اختلاف في الرجعة، ثم قال الدارمي: وعندي إذا اختارا في المجلس الفسخ أو الإمضاء لم يجز رجوع انتهى.

مباحثة: أطلقوا أنهما لو تنازعا في التفرق صدق نافيه.

قال الرَّافِعِي: وهو بين إن قصرت المدة، وإن طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر فلا يبعد تخريجه على الخلاف في تعارض الأصل، والظاهر وتابعه ابن الأستاذ عليه، وهو حسن ويقوى ترجيح الظاهر عند تفاحش المدة كسنة مثلًا إذ يستحيل عادة اجتماع متبايعين سنة اجتماعًا لا يقطع مجلس الخيار.

فائدة: لو حكم حاكم بإبطال خيار المجلس ففي نقض حكمه وجهان في الراجح نزاع بيَّناه في أدب القضاء من «الغنية».

قال: (فصلٌ لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ الْخِيَارِ)أي: بالإجماع.

قال: (فِي أَنْوَاعِ الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ) أي: فلا يجوز بحال كالأجل، ويستثنى من اشتراطه لأحدهما ما إذا اشترى من يعتق عليه وشرط الخيار له وحده إذ الملك، فيكون له فيعتق عليه فيلزم من ثبوت الخيار وعدم ثبوته، والحكم كذلك لو شرطه في شراء من أقر بحريته وشراء العبد نفسه، وقد نظم ذلك قول «الوجيز»، وما يستعقب العتق من البيوع.

قال الرَّافِعِي: والقول فيه على ما ذكرنا في خيار المجلس، ولينظر فيما لو شرط الكافر الخيار لنفسه في بيعه عند المسلم والمحرم لنفسه في بيعه الصيد، وسنذكر ما يشعر بالمنع.

فروع: لو شرطاه العبد المبيع أو لأجنبي صح في الأظهر، والثاني: كالمجلس والذي بالعيب قبل، والثالثة: واختاره الماوردي لا يصح إلا إن شرط العاقد والأجنبي؛ لأنه يكون وكيلًا في الفسخ والإجارة، وذلك جائز، انتهى.

وإذا صح اختص به المشروط له في الأصح، وعلى هذا لو مات الأجنبي ثبت للشارط، أو الوكيل ثبت للموكل.

وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ....

قال **البَغَوِي**: لا يلزم الأجنبي فراغًا بالخط بخلاف الوكيل، ومال **الرَّافِعِي** إلى أنه يلزمه ولو شرط الخيار في بيع العبد المسلم من مسلم لكافر.

قال والد **الرُّويَانِيّ**: يحتمل ألا يجوز إذ لا يملك العقد عليه كالمجنون، قال: وكذا لو باع صيدًا، وشرط الخيار لمحرم لا يجوز.

قال **الرُّويَانِيّ**: والأصح عندي جوازه.

قال: (**وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ**) أي: نفيًا للغرر، ولو شرطه مطلقًا أو قدر مدة مجهولة بطل العقد، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز أو إلى طلوعها. قال الزبير: لا يجوز واستبعده **الرَّافِعِي**؛ لأن الغيم إنما يمنع الإشراق لا الطلوع، ولو قال: إلى الغروب أو وقت الغروب صح اتفاقًا، وهو يرد على الزبير ولو شرطاه إلى الليل أو غلسه لم تدخل الغاية وإن قال: نهارًا أو لك الخيار يومًا، قال: مثل وقته ويدخل الليل للضرورة، ولو قاله بالليل لم يصح؛ لأنه يخرج ببقية الليل فيتراخى الخيار.

قال: (**لَا تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**)؛ لأن الأصل منعه، وإنما أثبتناه في الثلاث كثبوتها في المصراة، ومنعها في حديث حبان بن منقذ، وقيل: والده منقذ بن عمرو أنه كان يخدع في البيع فجعل له رسول الله ﷺ ما ابتاع من شيء فهو بالخيار فيه ثلاثة أيام. وفي رواية فقال له: **«إن أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاثًا»** أصل الحديث في الصحيحين(١).

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه مالك (٢/ ٦٨٥، رقم ١٣٦٨)، والطيالسي (ص ٢٥٦، رقم ١٨٨١)، وأحمد (٢/ ٦١، رقم ٥٢٧١)، والبخاري (٢/ ٧٤٥، رقم ٢٠١١)، ومسلم (٣/ ١١٦٥، رقم ١٥٣٣)، وأبو داود (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٥٠٠)، والترمذي (٣/ ٥٥٢، رقم ١٢٥٠) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢٥٢، رقم ٤٤٨٤)، وابن حبان (١١/ ٤٣٢، رقم ٥٠٥١)، والحاكم (٢/ ٢٦، رقم ٢٢٠١) وأبو عوانة (٣/ ٢٧١، رقم ٤٩٣٤)، والبيهقي (٥/ ٢٧٣، رقم ١٠٢٣٩). حديث أنس: أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٥٠١)، والترمذي (٣/ ٥٥٢، رقم ١٢٥٠) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٧/ ٢٥٢، رقم ٤٤٨٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨، رقم ٢٣٥٤)، والحاكم (٤/ ١١٣، رقم ٧٠٦١) وقال: صحيح على شرط الشيخين.

وذكر الخيار فيه، في إسناده محمد بن إسحاق، ولفظ رواية ابن ماجه: «**وأنت في الخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالٍ**»(١) وإسنادها حسن.

قال الأصحاب: ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالبًا فيعينا فيما عداها على الأصل فلو زاد عليها بطل العقد، وإن حذف الزيادة، فقال في «شرح المهذب»: وفيه وجه؛ لأنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة، وهو قول ابن المنذر.

قلت: ولا تعود اختياراته وجوهًا، فإن ثبت عن غيره فذاك.

تنبيه: إنما يجوز شرطه فيما يبقى بعد المدة المشروطة، أما لو شرط ثلاثًا فما دونها فيما يتسارع فساده قبلها بطل البيع، وقيل: يصح ويباع عند الإشراف على فساده، ويقام ثمنه مقامه ولو شرط في المصراة خيار الثلاث للبائع.

قال أبو الحسن الْجُورِي: إنه لم يجز؛ لأنه يمنع الحلب ويضر بالشاة، وسيأتي ما ينازعه، فإن صح ما ذكره وجب طرده في كل حلوب، وإن لم يصر إذ تركها ثلاثًا بلا حلب يضرها بلا شك، وإن كانت المصراة أشد ضررًا، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أنه إذا اشترى مصراة، واشترط خيار الثلاث ولم يعلم وقت العقد أنها مصراة فوجهان أحدهما: أن له ثلاثة أيام حسب.

والثاني: له ستة أيام؛ لأن خيار المصراة وجب له بالشرع، وخيار الثلاثة بالشرط.

قلت: ولا سبيل إلى ترك الحلب فيحتمل أن يقال: يباع اللبن ويوقف ثمنه إلى ما ينتهي الحال إليه كالزوائد، والفوائد ويشترط أن تكون المدة متوالية متصلة بالعقد، فلو قال: على أن لنا الخيار اليوم عدد ونعد لم يصح، أو شرط الخيار في العدد دون اليوم بطل البيع ولو شرطا ثلاثًا، ثم أسقطا اليوم الأول سقط الكل، ولو باع عبدين بشرط الخيار في أحدهما لا بعينه بطل البيع، أو في أحدهما بعينه أو في أحدهما خيار يوم، والآخر يومين، فقولًا الجمع بين

---

(١) تقدم في سابقه.

وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ، وَقِيلَ مِنَ التَّفَرُّقِ، ....

مختلفي الحكم، هكذا أوردها الرَّافِعِي، والمصنف، وذكر ابن الْقَطَّان أنه إذا شرط الخيار في أحدهما فهذا باطل؛ لأن الجهل قد وقع في الثمن هذا لفظه.

فروع: لو اشترى شيئًا على أن يؤامر فلانًا فيأتي بما يأمره من فسخ أو إجارة جاز، وليس له الرد حتى يقول: استأمرته فأمرني بالفسخ. وقال في «الكافي»: ليس له فسخ ولا إمضاء من مؤامرة فلان على الأصح، انتهى.

واعلم أن الجواز فهو المنصوص المشهور، وقال الْمُتَوَلِّي: هو على قولنا يصح شرط الخيار للأجنبي ويختص به.

وحكى الماوردي عن أبي إسحاق وكافة البصريين: أنه لا يصح شرط المؤامرة، والمذهب الأول والأصح اشتراط تقييد المؤامرة بالثلاث فأقل، وقيل: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاث كخيار الرؤية فعلى الأول لو لم يأمره، أو وأمره فلم يأتمر حتى مضت المدة لزم العقد، وظاهر إطلاقهم أنه إذا قال: وأمرته فأمرني بكذا أنه يصدق بلا يمين ولا بينة، وقد ينازع فيه، وسكتوا عما لو قال: عليَّ أن أشاور من غير تعيين أحد والظاهر صحته إذا عين المدة المعتبرة، وهو شارط الخيار لنفسه بالإذن الصريح، وكذا إن أطلق في الأصح عليه فعل ما فيه الحظ، ولو اشترى على أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بطل البيع. وقيل: يصح ويحمل على شرط الخيار.

قال: (**وَتُحْسَبُ مِنَ الْعَقْدِ**) إذا أطلقا؛ لأنه ثبت بالشرط فيثبت عنده من العقد، أي: يتجنب ابتداء المدة.

(**وَقِيلَ مِنَ التَّفَرُّقِ**) ونسبه الماوردي إلى الجمهور؛ لأنه لا فائدة فيه مع خيار المجلس، والأخذ يحسب من العقد، وقيل: على الوجهين، وكذا مدة الإجارة إذا أثبتنا الخيار فيها، وإذا قلنا: الخيار من العقد فمضت المدة، وهما جميعًا؛ انقطع خيار الشرط، وبقي خيار المجلس وعكسه عكسه، ولو أسقطا الخيار مطلقًا، ولو شرطاه من التفرق بطل على الأصح.

وقيل: يصح البيع والشرط، وإذا قلنا الخيار من التفرق فأسقط الخيار قبل

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ].

التفرق بطل خيار المجلس لا الآخر في الأصح، ولو شرطاه من العقد صح في الأصح، ولو شرطا الخيار بعد العقد قبل التفرق فعلى الثاني في الكتاب لا يختلف، وعلى الأول تحسب من وقت الشرط، ومن له خيار الشرط له الفسخ حضر صاحبه أو غاب، ولا يفتقر نفوذه إلى الحاكم، ويستحب أن يشهد حتى لا يؤدي إلى المنازعة.

فرع: قال الرُّويَانِيّ: لو اشترى الولي شيئًا بشرط الخيار فبلغ الصبي رشيدًا في المدة لم ينتقل الخيار إليه، وروى عن أبيه وجهين قال: ولو بلغ قبل التفرق لم ينتقل إليه خيار المجلس، وفي بقائه للولي وجهان.

فائدة: قال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: وما أحله قاعدة كل عقد لا يثبت فيه خيار المجلس فخيار الشرط أولى؛ لأنه يطول والغرر فيه أكثر.

وقال الإمام: الأليق بالصداق خيار الشرط؛ لأن نقل التخصيص بالصداق بخلاف خيار المجلس فإنه يعم الجهتين.

قال: وكلما ثبت فيه خيار المجلس ثبت فيه خيار الشرط إلا ما شرط فيه قبض البدلين أو أحدهما، ولا الإجارة وبيع البلح والمساقاة والحوالة على رأي سبق في الجميع، وإلا بيع ما يتسارع فيه الفساد ففيه وجهان سبقا.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ)** أي: خياري المجلس والشرط.

(أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَمِلْكُ الْمَبِيعِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا فَمَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ) هل الملك في زمن الخيار للبائع أو للمشتري أو موقوف؟ رجح كلًّا مرجحونَ، وما ذكره توسط جماعة وعليه الفتوى.

وقال الرَّافِعِي: إنه الأشبه، ومنهم من قطع به، وحيث كان المبيع الواحد فالثمن للآخر، وحيث توقفنا في البيع، توقفنا في المبيع، توقفنا في الثمن، وأمر الخلاف.

……

فروع كثيرة: منها: كسب المبيع ونحوه، ثم المبيع للمشتري إن ملكنا، أو وقفنا فللبائع، وقيل: للمشتري وإن فسخ البيع فللبائع إلا إذا قلنا الملك للمشتري فله، وقيل: البائع أيضًا.

ومنها: النتاج إن حدث وانفصل في زمن الخيار فكالكسب، وإن كان حملًا عند البيع وولد زمن الخيار فإن لم يعطه قسطًا من الثمن كالكسب، وإلا وهو الأصح فإن فسخ فللبائع وإلا فللمشتري وسائر الزوائد المنفصلة كالكسب والنتاج، وأما المتصلة فتابعة للعين ولا فرق في ذلك بين الخيارين.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو قيل في الفسخ في خيار المجلس أنها تكون للبائع؛ لأنه حريم العقد ففسخه يبين ألا عقد بخلافه في خيار الشرط لم يتعد.

ومنها: النفقة بناها الجيلي على أقوال الملك.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه أن يكون كالكسب، ويعضد بما ذكره الرَّافِعِي في نفقة الموصى به.

ومنها: العتق والوطء وتفاريعها مبسوطة في المطولات.

فرع: تلف المبيع بآفة سماء في زمن الخيار قبل القبض انفسخ أو بعده، وقلنا: الملك للبائع انفسخ أيضًا ويسترد المشتري الثمن، ويغرم القيمة كغرامة المستعير والمستلم، وإن قلنا: الملك له أو موقوف، فقيل: ينفسخ وعليه قيمة يوم التلف، وقيل: يستقر ويلزم اليمين والأصح بقاء الخيار فإن تم لزم الثمن، وإلا القيمة، والمصدق فيها المشتري حيث لا يثبته، ولو أتلفه أجنبي.

وقلنا: الملك للمشتري أو موقوف لم ينفسخ في الأصح، وعليه الغرم والخيار بحاله فإن تم المبيع فهي للمشتري وإلا فللبائع، وإن أتلفه المشتري استقر وإن أتلفه في يد البائع، وقلنا: إتلافه قبضًا فكما لو تلف بيده، وإن أتلفه البائع في يد المشتري بني على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي أو كالآفة، ولو قبضه في زمن الخيار، ثم أودعه البائع فتلف فكتلفه في يد المشتري حتى إذا قلنا: الملك للبائع يغرم له القيمة وأبدى الإمام احتمالًا في وجوب القيمة لحصول

قال المصنف: [**وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا: كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ وَاسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ، وَفِي الْإِجَازَةِ: أَجَزْتُهُ وَأَمْضَيْتُهُ، وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ،**

التلف بعد العود إلى يد المالك.

فرع: لا يجب في زمن الخيار سليم مبيع ولا ثمن، فإن تبرع به أحدهما فله الاسترداد في الأصح؛ إذ له رده إلى ملكه فإلى يده أولى، وقيل: لا.

قال القاضي الحسين: إن وفر الثمن فائق المبيع، فله أن يسترد.

فرع: الكسب والولد والثمن الحادثان في زمن الخيار قبل القبض إذا قلنا للمشتري قيل: هي مضمونة على البائع، وقيل: أمانة وبه جزم سليم الرازي، والقاضي الحسين، وإن كانت بعد القبض قلنا: هي للبائع.

قال الماوردي: فأمانة عند المشتري وجهًا واحدًا، ولا فرق بين حالتي الفسخ والإجارة، وفي كفاية ابن الرِّفْعَة في حالة الفسخ، وقلنا: الملك قبل يكون مضمونًا على المشتري، قال في مطلبه: ولا أدري من أين نقله.

فرع: الحيض في زمن الخيار إن قلنا: الملك للبائع لم يحصل به استبراء، وإلا فكذلك على الأصح والولادة من الزنا كالحيض.

قال الشارح: (**وَيَحْصُلُ الْفَسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا: كَفَسَخْتُ الْبَيْعَ وَرَفَعْتُهُ وَاسْتَرْجَعْتُ الْمَبِيعَ، وَفِي الْإِجَازَةِ: أَجَزْتُهُ وَأَمْضَيْتُهُ**) هذه ونحوها صرائح، ويحصلان بالكناية لو قال البائع: لا أبيع حتى يزيد في الثمن أو يعجله وهو مؤجل، أو قال المشتري: لا أشتري حتى ينقص من الثمن أو إلا بثمن علة، وهو صحاح انفسخ فلو أمضاه البائع فبالعلة.

قال الماوردي: كان استئناف عقد غير الأول وكان لهما الخيار.

قال: (**وَوَطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ**) إذا كان الخيار لهما، أو له وحده، أما الإعتاق فليضمنه الفسخ، وأما الوطء فلإشعاره باستيفائه لها، وقيل: الوطء ليس بفسخ.

وقيل: يفسخ إن نوى به الفسخ، وإلا فلا، وهذا في المحقق أنوثتها، أما لو ولج في قبل مشكل ففي باب الأحداث من شرحه للمهذب عن الْبَغَوِي: أنه

……………………………………………………………

الإطلاق، وإن قال: بحقوقها ومقتضى كلام الإمام دخوله عند الإطلاق وعند التصريح بالحقوق، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي هنا دخوله عند الإطلاق وجزم في إحياء الموات بأنه لا يدخل عند الإطلاق، وإن قال: بحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فوجهان: وجه المنع أنه يقبل البيع استقلالًا فلا يدخل إلا بالتنصيص.

ومنها: لا خلاف أنه لا يدخل الشجر المقلوع والمقطوع من غير شرط، وكذا ما في الأرض من تراب منقول وسماد محمول بل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط أو يكون التراب أو السماد قد بسط في الأرض واستعمل، قاله: الْمَاوَرْدِي. وقد يقال: أن اشتراط دخول السماد المجموع مفسد للبيع لما لا يخفى بخلاف التراب الطاهر.

ومنها: في تراب الأرض أوجه: ثالثها: إن كان صغيرًا يمكن نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيرًا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة لأنه يوضع على الدوام كالبناء.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان في الأرض رحا وقلنا يدخل البناء في البيع دخل بيت الرحا وفي دخول حجارة الرحا ثلاثة أوجه.

قال الصيمري في «الإيضاح»: والصحيح أن يقال: إن كان مبنيًّا أو في حكم البناء دخل وإلا فلا، فجعل أربع أوجه.

قال الْمَاوَرْدِي: وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فتدير الرحا فهو بيع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج بخروجه وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو، انتهى.

ولا يبعد أن يقال: في هذه الصورة ونحوها إلى عرف الناحية أن المراد بشيء بيع.

ومنها: لو باع البناء والغراس لم يتعرضوا للأرض فتقاس الأرض التي بين البناء والشجر لا تدخل على المشهور، وقال الإمام في كتاب «الرهن»: إذا كان ما بين المغارس لا يتأتى إفراده بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَا كَالشَّجَرِ، ....

فوجهان، وذكر الدارمي أنه إذا باعه عرصةً أجمةً والقصد الغصب والبيت كانت الأرض بيعًا.

قال: ولو قال: بعتك هذه الأرض وما فيها من شجر ودواليب، وكذا وكذا وليس فيها حكى ابن الْقَطَّان عن الإصطخري في صحة البيع وجهين، انتهى. وهذا كلام مظلم.

قال الشارح: (**وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَاء كَالشَّجَرِ**) فيجري فيها الطرق، والقَتُّ: بفتح القاف وتشديد التاء وهو الرطبة وهو الفصة بالغًا بالصاد المهملة ومن الأمثلة الكرفس والسداب والنعنع والكراث والطرخون والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مدة، والخلاف في أصولها. أما الحرة الظاهرة عند البيع فللبائع جزمًا، وعنها احترز بقوله: وأصول النقل وهو للبائع ترك ما ظهر إلى أوان جزه فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: نعم وهو قول من زعم أن ما طلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما طلع منها وأبر.

والثاني: لا ويؤمر بجزه في الحال، وهو قول من زعم أن الطلع الحادث بعد العقد يكون للمشتري وقضية هذا أن يكون الأصح عند الشيخين، الأول لما سيأتي، وقال الْبَغَوِي: لا يجوز البيع حتى يشرط البائع على نفسه قطع ما ظهر منه وتبعه الشيخان، والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب والحسين والروياني والمتولي وغيرهم أن البائع يطالب بجزها في الحال، وليس له تركها إلى أوان جزها، وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد فحصل ثلاثة أوجه، واشتراطه أغربها، والجمهور على وجوبه من غير شرط وذهبت طائفة إلى إبقائه إلى أوان جزه، وبه جزم الدارمي.

قال: ويجبر المشتري على تركه.

قلت: ينبغي حمل كلام الجمهور على ما إذا كان المقطوع باليًا عند قطعه وإلا فهو إتلاف أو تنقيص لغير المبيع، وسيأتي ما قيل فيه.

....

تنبيهات: قوله: (تبقى سنين) يفهم أن ما لا يبقى سنين لا يكون كذلك وإن جُزَّ في السنة مِرارًا بل يكون كالزرع وبهذا جزم الشيخ أبو حامد؛ فقال: حكمه حكم الزرع؛ كله للبائع، وفي «الحاوي» فيما يثمر في السنة مرارًا كالبطيخ والقثاء والخيار وجهين.

قال البغداديون: هو كالشجر للبائع ثمرته وللمشتري الأصل وما يظهر .

وقال البصريون: إنه كالزرع وهو قول: الشيخ أبو حامد، وقد يؤخذ من قول: المصنف التي تبقى سنين ومن قوله: ومن بعد سائر الزروع موافقته؛ لكن الرُّوياني في «الحلية» قال: قال الشافعي: شجرة القِثَّاء والبطِّيخ ببيع الأرض بإطلاق البيع وما ظهر منها للبائع يأخذها في وقتها، ونقله في «الذخائر» عن العراقيين مطلقًا ثم قال: ولم يخْلُ من خلاف، ومن أصحابنا من قال: هو على الخلاف في الشجر، انتهى.

وجزم الروياني بالتسوية فيما يجز دفعة بعد أخرى وبين ما بقي مدة يسيرة كالهندباء والجرجير وما يبقى سنين، ومقتضى كلامه أنه نص«الأم» وذكر معه كلام الحاوي، وما قاله: هو مقتضى كلامهم في الطريقتين حتى الْغَزَالِي في «الوجيز» كثر أو قلَّ.

وقوله: والهندباء يقتضي أنه مما يبقى أصله سنين، ومعلوم أنه لا يبقى إلا مدة يسيرة كما اقتضاه كلام الروياني وغيره، وبه يظهر أن قوله: سنين ليس بقيد وقد يكون الهندباء نوعان: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يبقى أصله سنين.

وفيه بعد لا خلاف أن ما ظهر فيما ذكرناه من الأمثلة أثر من كلام المصنف عند البيع للبائع وقطع الشيخ بدخول أصولها في البيع لكمونها بخلاف الشجرة وعكس في«الوسيط» النقل عنه وذكر أنه قطع بأنها كالزرع يعني فلا يدخل وانتقد عليه حمله النبات خمسة أقسام:

أحدها: ما له أصل ثابت يبقى سنين كالبنفسج والنرجس فهو كالشجر.

وفي النرجس والبنفسج وجه شاذ: أنهما كالحنطة والشعير بأنهما ما له

....

أصل يبقى سنين كالقت وما قدمناه معه، والقسمان داخلان في صدر كلام المصنف؛ ولكنه مثَّل بالثاني.

وثالثها: ما يبقى أصله سنة يؤخذ ثمره مرات كالخيار والقثاء والباذنجان، وفيه وجهان سبقا، وكلام المصنف يشعر بموافقة الثاني.

ورابعها: أصل يبقى سنة ويجزه مرة بعد أخرى في السنة وهو كالذي قبله.

وخامسها: الحنطة والشعير ونحوهما وسيأتي إذا أوجبنا قطع ما ظهر عند العقد من النقول، أما على قول من اعتبر شرطه أو على قول من أوجبه بلا شرط.

قال **الْمُتَوَلِّي**: وتبعاه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجز أو لم يكن، وأطلقوا ذلك واستثنوا القصب الفارسي فإنه لا يكلف قطعه إلا أن ما ظهر قدرًا ينتفع به.

وقال الشيخ أبو حامد: إن القصب الفارسي لا يلزم البائع تحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمن الشتاء، فإن قطع قبل ذلك الوقت تلف.

وكذا قال الجرجاني والروياني: لك أن تقول: للشيخين إذا أوجبتما شرط القطع فإما أن يكون عامًّا فيما ينتفع أو لا، فإن كان عامًّا يجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع فأي معنى لاستثناء التفضيل ينبغي أن يكون كل ما لا ينتفع به يكون كذلك، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد، ثم تأملت كلام **الرَّافِعِي** فلم أره ظاهرًا في موافقة **الْمُتَوَلِّي** على استثناء القصب، ولذلك لم يذكره في شرحه الصغير.

وقال شارح: في استثناء القصب نظر، والوجه أن يقال: القصب وغيره سواء إما أن يشترط الانتفاع في الجميع أو لا يشترط في الجميع وهو الأقرب بخلاف بيع الثمار قبل بُدوّ الصلاح والفرق أن ذلك مبيع فيشترط فيه المنفعة ولا كذلك هنا، انتهى وفي الفرق نظر.

وقال شارح آخر: يشترط على البائع قطع الجزء الظاهر سواء كان ما ظهر بالغًا من الجزء أم لا.

وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ، ....

ليس له حكم الوطء في الفسخ والإجارة، قال: فإن إجبار الأنوثة بعدة تعلق بالوطء السابق الحكم، انتهى.

وفيه نظر وفي مقدمات الوطء كالقبلة ونحوها ليست بفسخ في الأصح عندهما.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه خلافه؛ لأنها لا تباح إلا بالملك والركوب والاستخدام ليس بفسخ في الأصح خلافًا للبغوي.

إشارة: نسبة أن يكون التردد في مقدمات الوطء في المباحة له لولا البيع، وكذلك الوطء، أما لو كانت محرمة عليه بتمجس، أو تزوج قرابة، أو صهرًا، أو رضاع، فلا يكون فسخًا، وكذلك لو لاط بالمستباحة له أو بالغلام أو قبله ونحو ذلك، وهل يختلف الحال بين أن يعلم أن الموطوءة المبيعة أو يظنها غيرها أو يعرفها؛ ولكن يقصد الزنا لاعتقاده ذلك الظاهر نعم لم أر فيه نصًا.

قال: (**وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي الْأَصَحِّ**) لإشعارها باختيار الإمساك، وكذلك الرهن والهبة إذا أقبضهما، وكذلك الوقف وتصح هذه التصرفات في الأصح.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ**) لدلالتها على اختياره المبيع، والخلاف إذا كان بغير إذن البائع، فإن كان بإذنه فأجازه قطعًا، ويصح البيع بإذن البائع، أو إذا باع منه كما سبق في الأصح وعتقه بإذن البائع نافذ، وإلا فإن كان الخيار له نفذ، وإن كان للبائع أو لهما، وقلنا: الملك للبائع لم ينفذ، وإن قلنا: موقوف فموقوف، وإن قلنا: للمشتري؛ فالأصح لا ينفذ، والوقف وباقي التصرفات كالبيع ومجرد الإذن في ذلك من البائع ليس بإجازة ما لم يتصرف المشتري، كذا قاله الصيدلاني.

قال الشيخ: وفيه نظر؛ لأن العبرة بالدلالة على الرضا، وذاك حاصل بمجرد الإذن.

وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي.

فَصْلٌ: لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ وَزِنَاهُ وَسَرِقَتِهِ وَإِبَاقِهِ ....

وحكى القاضي الحسين: فيما إذا أذن في الوطء ولم يطأ، وجهين في بطلان خيار البائع بمجرد الإذن ويتجه جريانهما في الإذن في البيع، ولو رأى البائع المشتري يطأ الأمة، وسكت فخياره باقٍ في الأصح وإذنه للمشتري في طحن الحنطة، وله الرجوع قبل تصرفه فيما أذن وفيه نظر للمصنف.

قال: (**وَأَنَّ الْعَرْضَ عَلَى الْبَيْعِ وَالتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخًا مِنَ الْبَائِعِ وَلَا إِجَازَةً مِنَ الْمُشْتَرِي**) لأنه ليس فيها إزالة ملك؛ ولأن العرض على البيع هم به؛ ولأنه قد يقصد أن يستبين مما يدفع فيه أربح أم خسر، والهبة والرهن بغير إقباض، والوصية به كالعرض على البيع والوجهان في التوكل حكاهما **الْمُتَوَلِّي** تفريعًا على قولنا: المبيع فسخ ووقع في «الروضة»، و«الشرح» أن في العرض على البيع والإذن والتوكيل وبه وجهين في كونه فسخًا من البائع، وإجازة من المشتري، فإن أراد بالإذن التوكيل فيه فهو عطف الشيء على نفسه، وإن أراد إذن البائع للمشتري، فقد نقلا عن الصيدلاني أنه لا يكون بمجرده إجازة قاطعة للخيار، ولا يمكن جريان الوجهين فيه لاستحالة أنه فسخ من البائع، نعم يمكن جريانهما في أنه أجازه لما سبق عن القاضي الحسين.

قال: (**فَصْلٌ: لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ**) أي: بالإجماع.

قال: (**كَخِصَاءِ رَقِيقٍ**) الخصاء ممدود، وكان الجيد أن يقول: كالخصاء؛ لأنه في البهيمة عيب، قاله الجرجاني وغيره، وينبغي استثناء الضأن المقصود لحمه؛ لأنه أجود وغالب فيه، وكذا في البراذين والبغال لغلبه فيهما؛ بل الفحولة فيهما تنقص في القيمة.

والخصي: من نزعت خصيتاه، وفي حكمه الممسوخ، ومن جب ذكره.

قال: (**وَزِنَاهُ وَسَرِقَتِهِ وَإِبَاقِهِ**) أي: ذكرًا كان، أو أنثى أقيم عليه الحد أم لا صغيرًا كان لأنه يتعود، أو كبيرًا.

....

وقيل: إذا ارتفعت مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها، ثم وجدت في يد المشتري لم يرد لاحتمال ارتفاعها، ثم حدث بها والجناية كالسرقة واللواط، وتمكينه من نفسه كالزنا، ولا يشترط في شيء من ذلك بالتكرار؛ بل شيء وجد في يد البائع أو يد من يقدمه، وإن قدم كان عيبًا، وكذا لو وجدت قبل استرقاقه، وإن لم أره نصًا.

وقال في «الوجيز»: اعتياد الزنا، والإباق، والسرقة، والمن والفداء، وما قاله جميعه من كلام إمامه، فإنه ذكره متفرقًا، وقال: هنا والعبد الزنا معيب مردود كالجارية المساحقة.

وقال أبو حنيفة: اعتناء الزنا عن العبيد عيبًا، وكلام الأصحاب مصرح بالزنا بالاكتفاء بمرة، وكلام جمهورهم في الإباق دال على ذلك تصريحًا وتلويحًا نعم لو أبق بيد البائع مرة، ثم أبق في يد المشتري؛ فالأصح أن له الرد مميزًا كان أو بالغًا؛ لأن الإباق الثاني من أثر الأول.

وقال القاضي الحسين: يمتنع الرد ويثبت الأرش؛ لأنه عيب جديد إلا إذا تكرر الإباق في يد البائع واستتر بحيث لا تنقص القيمة بالإباق في يد المشتري، وكذا قال: في الزنا.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا وجد الزنا أو السرقة إلا الإباق في يد المشتري بعد تقدمه، فإن زادت قيمته نقصًا بذلك فلا رد له، وإلا فله الرد.

وقال جماعة: إذا أبق بيد البائع مرة فلا رد إلا إذا أبق في يد المشتري، ثم اختلف هؤلاء:

فمنهم: من يطلق هذا القول في الكبير والصغير المميز وهو الثقفي.

ومنهم: من يخصه بالصبي الممميز وهو الهروي، فهذه وجوه في الإباق مردود طرد الهروي قوله في الزنا والسرقة.

تنبيهان:

أحدهما: قال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: الاعتياد ليس بشرط في

الزنا حتى لو زنا مرة واحدة يثبت الخيار، بسببه اتفق الأصحاب على هذا، وانفرد صاحب الكتاب باعتياده، ولعله لم يرد تكرار الزنا، وإنما أطلق هذه اللفظة على أن العادة تثبت بمرة واحدة، وقد وقع في كلام الإمام لفظ الاعتياد في غير هذا الموضع، فقال: واعتياد السرقة والإباق، ولعله أراد به ما ذكرناه، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: شرط الغزالي في الزنا والإباق والسرقة الاعتياد، وهو ظاهر عبارة الإمام فذكر في موضع اعتياد السرقة والإباق.

وقال أيضًا: لو خرج العبد زانيًا أو خوَّانًا فجاء بلفظ التكبير، وجاء به الْبَغَوِي في الشرب فقال: ووجد شريبًا، واعتياد الماوردي في جناية الخطأ التكرار يؤيده، وذلك أن العبيد لا يخلون من هفوة مرة وليست المرة الواحدة مخالفة مخالفة المعهودة، ثم حكى: أن إطلاق أكثر النقلة رد اختيار جده الاكتفاء مرة، وبه جزم الْبَغَوِي في الزنا، وابن الصباغ والمتولي في الإباق، انتهى.

الثاني: حيث قلنا: له الرد بالإباق فمحله في حال عوده إلى يده، أما حال إباقه فلا قطعًا، ولا في الأصح، وأبدى بعض المتأخرين في الرد احتمالًا كمذهب مالك. ووقع في «كفاية ابن الرِّفْعَة» ذكر الخلاف في السرقة مع الإباق وتخصيصه بالبالغ، وبما إذا لم تطل المدة، وليس كما قال.

وحكى المحاملي وغيره عن أبي إسحاق: أنه لو أبق قبل القبض فقال البائع: لا تفسخ فإن آتيك به فلا خيار أطلقوه، وصرح غيرهم بأن صورتها ما إذا شرط البائع أنه أبق ثم أبق في يده قبل القبض، قالوا: فإذا أمكن رده على قرب لم يثبت الخيار، وهذا مراد من أطلق والله أعلم.

فرع: قال الماوردي: والجمل الشرود كالآبق.

قلت: ويظهر أن يشترط هنا الاعتياد والصيغة دالة عليه وألحق بالجمل غيره من الدواب.

قال: (**وَبَوْلِهِ فِي الْفِرَاشِ**) إلا أن يكون صغيرًا فلا، قال الْمُتَوَلِّي والبغوي، وهو من كان دون سبع سنين.

وَبَخَرِهِ وَصُنَانِهِ ....

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: إلا أن يكون مثله يحترز منه، والأصح هنا اعتبار الاعتياد ولو لم يعلم كبر العبد.

وقال الماوردي والروياني: فلا رد ويرجع بالأرش؛ لأن علاجه في الكبر صعب فصار كثيره كالعيب الحادث، وليطرد في هذا في كل ما يضارعه.

قال: (**وَبَخَرِهِ**) أي: شرط كونه من المعدة دون ما يزول بالتنظيف، ومنع في «الذخائر» كون ذلك بخرًا وفي التجريد أن الأمة ترد تغير النكهة(١).

قال: (**وَصُنَانِهِ**) أي: المستحكم الذي يخالف العادة، ويحتاج في دفعه إلى علاج زائد عن المعتاد، وقيل: ليس بعيب وليس بشيء، والأقرب في البول والبخر والصنان عندنا من العبد، والأمة بحصول التأذي بكل منهما.

فرع: ومن عيوب الرق على كثرتها كونه مختلًا، أو أبله، أو ثقيل السمع، أو أخفش، أو أجهر، أو أعشى أو أخشم، أو أبكم، أو أرث، أو ألثغ، قيل: إلا أن يستحسن هذا في الأنثى محتمل دون الذكر فاقد الذوق أو الظفر وسوادها مثلًا أو له إصبع زائدة، أو سن سابعة، أو مقلوع السن كلًا في الظل مع سلامة أو شيبة عاهة، أو تراكب، أو قروح، أو آثار قبيحة، أو ثآليلًا وحبلان كثيرة، أو به بهق، أو برش، أو نمش، أو برص، أو أبيض الشعر قبل أوانه، أو نمَّامًا، أو كذابًا، أو شتَّامًا، أو متناحرًا، أو مقامرًا، أو تاركًا للصلاة، أو شاربًا للخمر على الأصح فيهما، وعبارة الْبَغَوِي وغيره أو وجد شرِّيبًا، وهو ظاهرهم في اعتبار التكرار.

وذكر في «الفتاوى»: أنه إن كان قد شربها مرة، ثم تاب وأصلح فإن كان قد حد فلا رد، وإلا رد إلا إذا قلنا: الحد يسقط بالتوبة، وتقادم العهد والظاهر

---

(١) قَالَ الْمُتَوَلِّي: إنْ زَادَتْ قِيمَةُ الْمَبِيعِ نَقْصًا بِذَلِكَ فَلَا رَدَّ وَإِلَّا فَلَهُ الرَّدُّ (وَ) مِنْهَا (الْبَخَرُ) النَّاشِئُ (مِنْ) تَغَيُّرِ (الْمَعِدَةِ) لَا مِنْ قُلْحِ الْأَسْنَانِ فَلَيْسَ بِعَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِالتَّنْظِيفِ وَالتَّقْيِيدُ بِكَوْنِهِ مِنَ الْمَعِدَةِ حَكَاهُ الْقَاضِي مُجَلِّي عَنْ بَعْضِهِمْ ثُمَّ قَالَ وَلَا حَاجَةَ إلَيْهِ لِأَنَّ الْبَخَرَ لَا يَكُونُ إلَّا مِنْهَا (وَالصُّنَانُ الْمُسْتَحْكِمُ الْمُخَالِفُ لِلْعَادَةِ).انظر «أسنى المطالب»(٨/ ١٥٣).

وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضُّهَا ....

أن الكلام في المسلم دون اليهودي والنصراني، ومن يعتاد الخمر من أهل الكفر، فإنه غالب فيهم، وفي ترجيح الرد بترك الصلاة نظر، ولا سيما من قرب عهده ببلوغ أو إسلام؛ إذ الغالب عليهم الترك، ولا سيما الأصائل هو غالب في قديمات الإسلام، وقضية الضابط الآتي أن يكون الأصح منع الرد، وينبغي أن يلحق بالخمر كل مسكر، وأكل الحشيش والبنج، ومنها خنثى، ولو واضحًا، أو مخنثًا، وهو من خلقه كخلقة النساء في حركاته وكلامه، فإن كانت خلقته فلا إثم، وإلا ذكر كبيرًا هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون الخلاف فيما إذا كان ممن يخفوه، فأما إذا كان من قوم يرونه كأكثر النصارى والترك وغيرهم فلا، إلا أن يكون قد تقادم إسلامه، أو نساء الترك ببلد الإسلام، وإن كانت أنثى كبيرة فالأصح عند الْمُتَوَلِّي والروياني أنه عيب، وفي المهذب وغيره خلافه، وفي الأول ما قدمناه.

وقال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لو وجدها غير مجنونة لا خيار، وإن بان الغلام غير مجنون فإن كان له سبعًا فما دون لا خيار، وإن كان كبيرًا، وفي ختانه ضرر يثبت الخيار، انتهى.

وكونها مساحقة، أو بها بخر، وهو كغير رائحة الفرج، أو حاملًا، أو مستحاضة مجوسية، أو وثنية وفيهما كلام يأتي، أو معتدة عن زوج بشبهة أو لا محيض في سنة، أو مستحاضة، أو أحد ثدييها أكبر من الآخر، وفي إعجاز للجيلي أنها إذا خرجت معتدة ردها إلا أن تكون محرمة عليه بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة، وهو غريب، والأشبه خلافه إذ قد يبيعها فترد عليه، ولا سيما إذا تراخى زمن انقضاء عدتها، وهذا باب واسع.

قال: (**وَجِمَاحِ الدَّابَّةِ وَعَضُّهَا**) أي: الزائد على المعهود، وإذا كانت جموحًا، أو عضوضًا، أو وحشة المشي بحيث يخاف منه السقوط، وشرط الْمُتَوَلِّي، وتبعه الرُّويَانِيّ في الجموح: ألا تنقاد إلا باجتماع الناس عليها، وهو بعيد وإن أفهمه كلام القاضي الحسين، ولو كانت تهرب من كل شيء تراه، فله الرد.

……

قال الهروي: ومن عيوبها شربها لبنها، وقلة أكلها وأن يكون الفحل إذا اغتلم قتل، وليس الحمل في البهيمة عيبًا على الأصح بخلاف الأمة كذا ذكر الرَّافِعِي وغيره هنا؛ لكنه ذكر بعد ذلك: أنه لو اشترى جارية، أو بهيمة حاملًا فحملت، ثم اطلع على عيب فإن نقصت بالحمل فلا ردّ إن كان الحمل حصل في يد المشتري، إن لم ينقص أو كان الحمل حصل في يد البائع فله الرد، وهذا يقتضي أن الحمل في كل منهما يكون عيبًا، وقد يكون وهو مخالف للإطلاقين السابقين.

فائدة: قال الثعالبي في كتاب «الآداب»: فرس جموح له معنيان:

أحدهما عيب: وهو إذا كان يركب رأسه لا يثنيه شيء، فهذا يرد به، والثاني: هو القشط السريع، وذلك ممدوح قاله الأزهري، ومراد الفقهاء الأول.

فرع: مما يقتضي الرد كون الدار منزل الجُند ونحوهم من أتباعهم إذا اختصت به عما حولها، ونجاسة المبيع إذا كان ينقص بالغسل، وينبغي أن يراد، وكان لغسله مؤنة، وظهور قباله توفق المبيع، وعليها خطوط المتقدمين، وليس في الحال من شهد بذلك عيب وهو ظاهر؛ لأنه إلا أن يعلم أنها مزورة قاله الماوردي وغيره.

قال: وكذا لو ادعى مدعٍ معول على دعواه فقيه يحتمل أن يقال: ذلك عيب، وهذا إذا سبقت الدعوى البيعَ، أو كانت بعد البيع، وقبل القبض، وذكر بعضهم أن الشيوع بين الناس توقفه المبيع لعيب وهو ظاهر؛ لأنه مما ينقص القيمة.

فرع: ليس من العيوب كونها، أو كونه مغنيًا، أو عارفًا بالعزف، أو الضرب بالعود، أو زارًا على الأصح، ولا كونها ثيبًا إلا في سن تغلب فيه البكارة، وجناية الخطأ بعد الفداء ليست عيبًا إلا أن يكثر، وذكر ابن الرِّفْعَة أن يصد.

وفي «الْبُوَيْطِي» يدل على أنها لو كثرت لا يثبت الخيار، ومفهومه يحتمل ذلك، وقبل الفداء إن صححنا البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: نسبة إن ثبت الخيار ألزمنا السيد فداه أم لا، وهو كما

وَكُلُّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوِ الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ، ....

قال: ولا رد بالكفر في موضع لا ينقص القيمة، وأطلق جماعة أنه لا رد به وآخرون الرد به، ولعل الإطلاقين محمولان على التفصيل، وفيه نظر، وفي «المهذب» أنه يرد بالتوتر؛ لأنه لا نقر عليه واستغرق، فإن المعروف أن العبد الوثني لا يقبل، ولو كان البائع باعه بوكالة، أو وصاية، أو ولاية، أو أمانة حاكم فلا رد في الأصح قاله المصنف.

وفي «البحر» وجه ثالث أنه إن لم يكن الولي ثقة ظاهر أثبت له الخيار.

تنبيه: أكثر هذه العيوب من التبول في الفراش، وإلى هنا إذا وجدت، وزالت قبل البيع زال حكمها بخلاف العيوب السابقة.

فائدة: إذا اشترى عبدًا كاتبًا أو متصفًا بصفة يزيد في ثمنه، ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها غبنًا قبل وجودها. قال ابن الرِّفْعَة: وهذا لا شك فيه.

قال: **(وَكُلُّ مَا يَنْقُصُ الْعَيْنَ أَوِ الْقِيمَةَ نَقْصًا يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ الْمَبِيعِ عَدَمُهُ)** هذا ضابط يكتفى به عن تفصيل العيوب ذكره الإمام، ونعاه عليه وذكر نقصان العين ليدخل الحط، وما يفرض من زيادة القيمة لا يجبر ذلك بالنقص، وقوله: يفوت به غرض صحيح احتراز مما لو قطع من فخذه، أو ساقه فلذة يسيرة لا يورث سببًا ولا يفوت تغرضًا، فإنه لا رد ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية يثبت الرد، وإلا فلا.

وقوله: إذا غلب في جنس المبيع عدمه ليخرج الثيابة في الأمة الكبيرة فإنه لا رد بها، وإن نقصت القيمة؛ لأنه ليس الغالب عدمها، وكذا أقول: إن وجد الفرس دون البغل خصيًا لا رد بخلاف العبد، فإن الغالب له خفضًا وهما في الصغير، وكذا الضأن المعد للأكل، وزاد بعضهم في نقص العين أن يكون من الخلقة التامة احتراز من قطع الإصبع الزائدة إذا وجد عند البائع أو اندمل، فإنه ليس للمشتري الرد قاله الْبَغَوِي والمتولي، ولو وجد بذلك عند المشتري.

....

قال الْمُتَوَلِّي: لم يمنع الرد بعيب قديم فجرى على قاعدة واحدة.

وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: يمنع وإما أن ترياه عيبًا مطلقًا خلافًا للمتولي والبغوي، وإما أن يكون؛ لأنه جزء ورد عليه العقد؛ لكنه بعيد لا غرض فيه غالبًا، وقد يتعلق به غرض كما لو كان كافرًا قلف فختنه واندمل⁽¹⁾، ثم أراد رده بعيب قديم اطلع عليه بعد بلوغه رده، فإن من الكفار من لا يشتري المختون، والمنقول أن له الرد هكذا أطلقوه، فقالوا: لو وجد مختونًا مندملًا فلا رد، وكأنهم لم ينظروا إلى قصود الآحاد.

واعلم أن الْبَغَوِي، وصاحب «الكافي» جعلا الحد كل ما ينقص القيمة عند التجار، ونحوه قول الدارمي له الرد بكل عيب ينقص الثمن، وإن قل فإذا وجد الجارية حبلى، فإن نقص ثمنها فله الرد، وإلا فلا، وإن حبلت عنده، ثم وجد بها عيبًا فإن كان الحبل نقصها لم ترد، وأخذ الأرش وإن لم يكن نقصها ردها، وقيل: له أن يمسك حتى تلد فيردها دون ولدها ما لم ينقص الولد، انتهى.

فرع: اشترى ثوبًا، وقبضه، وسلم ثمنه، ثم رد العبد بعيب قديم، فوجد الثمن ناقصًا لصفة. قال الْقَفَّالُ: يأخذه ناقصًا ولا شيء له في مقابلة النقص.

قال الإمام: وهذا مشكل فإنه لو قدر تلف الثمن رجع ببدله فإلزامه الرضا به معيبًا بعد الرد بعيد، قال الشيخ في الزكاة من «شرح المهذب» قلت: الصواب أن المتعين قول الْقَفَّال.

قلت: فيه نظر، وسيأتي ما يخالفه، وأن ما قاله الْقَفَّالُ وجه مرجوح.

فرع: اختلفا في صفة هل هي عيب صدق البائع بيمينه إن لم يعرف الحال من غيرهما، فإن عرف:

قال الْبَغَوِي: إن قال لك واحد من أهل المعرفة إنه عيب ثبت الرد به، وأجاب الفوراني واعتبر الْمُتَوَلِّي شهادة اثنين وهو الجواب في «فتاوى الْقَفَّال» وغيرها والقياس.

---

(١) الْقُلْفة الجلدة التي تُقْطع من ذَكر الصَّبِيِّ. «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير (١٠٣/٤).

سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ فَلَا خِيَارَ ....

فرع: لو ادعى البائع علم المشتري بالعيب قال هنا: والقول قول المشتري، وقال ابن الْقَطَّان في فروعه في أواخر القراض: إذا قال البائع: أريتك العيب وأنكر المشتري تحالفا كما لو اختلفا في الأجل وقدر الثمن.

فرع: ذكر شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «أدب القضاء»: أنه لو اشترى شيئًا، ثم قال الآخر: اشتره مني؛ فلا عيب فيه فأبى ثم أراد رده بعيب فأوجه، ثالثها: إن أطلق نفي العيب فله الرد، وإن عين عيبًا كقوله: ليس بأبيض فلا رد له به.

قال: **(سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ)**، وهو إجماع.

(أَمْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ)؛ لأنه مضمون على البائع عندنا ثم هذا في الآفة السماوية، أو من البائع، أو أجنبي، فإن كان من المشتري فلا، في الأصح، ولو حدث قبل القبض بسبب متقدم رضي به المشتري بأن اشترى بكرًا مزوجة عالمًا فأقبضها الزوج قبل القبض، لم أره نصًا والأقرب ألَّا رد لرضا سببه.

وأطلق القاضي الحسين: أن زوال البكارة في يد البائع يثبت الخيار، وصرح الْمُتَوَلِّي بأنه لا يمتنع الرد بعيب قديم.

فرع: اشترى الولي وظهر عيب قديم فإن كان الشراء بالعين فباطل، أو في الذمة يعد للولي إن اشتراه سليمًا فحدث عيب قبل القبض، وراعى الحط إمساكًا، وردًا، فإن ترك الرد وهو الحط، فإن كان الشراء بالعين بطل العقد، أو في الذمة انقلب إلى الولي، قاله الْمُتَوَلِّي، وفي القسم الأخير نظر! والقياس غيره.

قال: **(وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ)** أي: بعد القبض.

(فَلَا خِيَار) أي: إذا كان بعد اللزوم بالتفرق أو التخاير قطعًا إلا ما سيأتي، وحديث: **«عهدة الرقيق ثلاث ليالٍ»**(١).

---

(١) حديث عقبة بن عامر: أخرجه أحمد (٤/ ١٥٢، رقم ١٧٤٢٢)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٦، رقم ٣٦٣٢٦)، وأبو داود (٣/ ٢٨٤، رقم ٣٥٠٦)، والحاكم (٢/ ٢٥، رقم ٢١٩٨)، والبيهقي (٥/ ٣٢٣، رقم ١٠٥٣٣). والدارمي (٢/ ٣٢٦، رقم ٢٥٥١)، والطبراني (١٧/ ٣٤٨، رقم ٩٥٨)، وابن عدي (٧/ ٣٨، ترجمة ١٩٧٤ نصر بن حماد أبو الحارث) وقال: قال البخاري: يتكلمون. والديلمي (٣/ ٥٤، رقم ٤١٣٩).

إِلَّا أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ، ....

وفي رواية «أربع»[1] ففيه انقطاع، واضطراب، وتدليس.

قال الإمام أحمد: ليس فيه حديث يثبت، وإن حدث العيب بعد القبض، وقبل انقضاء الخيار ففيه خمسة طرق ذكرتها في «الغنية» أرجحها عند الرَّافِعِي إن قلنا: الملك للبائع انفسخ، وإلا فلا في الأصح، وإذا تم العقد لزم الثمن، وحيث يقول: بالانفساخ فحدوث العيب لحدوثه قبل القبض، وحيث يقول بعدم الانفساخ فلا أثر لحدوثه في إثبات الخيار كما أطلقه المصنف من عدم الخيار موافق لما صححه الرَّافِعِي في التلف، ويد المشتري ونائبه سواء، وإن كان النائب هو البائع بأن قبضه، ثم أودعه إياه نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، ولو أودع البائع المبيع عند المشتري.

وقلنا: لا يسقط حق الجنس بالإيداع، وهو الأصح وبه جزما قبيل مكان الالتقاط فتلف، أو تغيب فكما لو كان ذاك في يد البائع.

تنبيه: حدوث الزنا بعد القبض عيب يمنع الرد، واستثنى القاضي الحسين منه ما إذا لم ينقص قيمتها تارة عرفت به، واشتراها على ذلك، فإنه لا يمتنع الرد، وذكره الْمُتَوَلِّي وطرده في الإباق، والسرقة أيضًا إذا حدث ولم تنقص القيمة، قال: لأنها عيب من طريق الحكم يعني: بخلاف المرض ونحوه إذا زاد، فإنه عيب من حيث المشاهدة.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ**) أي: على العقد أو القبض.

(**كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ**) أو سرقة.

(**سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْأَصَحِّ**) أو زوال البكارة بزواج متقدم، أو استيفاء الحد بالسياط، قال: فيثبت الرد في الأصح أي: المنصوص في «الأم» ويكون

= حديث سمرة: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٤، رقم ٢٢٤٤) قال البوصيري (٣/ ٢٩، رقم ٢٦): هذا إسناد رجاله ثقات، والطبراني (٧/ ٢١٠، رقم ٦٨٧٤).

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٠، رقم ١٧٣٩٥)، والحاكم (٢/ ٢٦، رقم ٢٢٠٠) وقال: صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال فإن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر. والبيهقي (٥/ ٣٢٣، رقم ١٠٥٣٤).

....

البائع بالنسبة إلى ذلك أحاله للهلاك على السبب، وهو قول أبي إسحاق وابن الحداد وغيرهما.

وقال ابن أبي هريرة: لا يثبت وهو نصه في «الإملاء» ونسب إلى ابن سُرَيْج، ويرجع بالأرش، ويكون من ضمان المشتري فلو علم السبب، فلا رد ولا على القولين.

وفي «الشامل»: لم يرجع على المذهب وتأويل كلامه أولى من إثبات خلاف، وكان الوجه أن يقول المصنف في الأظهر إذ الخلاف قولان منصوصان.

فرع: إذا قطع وقلنا بالأصح فتعذر الرد بسبب فالأرش ما بين قيمته سليمًا وأقطع، وعلى الثاني ما بين قيمته سليمًا مستحق القطع وغير مستحقه، وفي زوال البكارة إذا قلنا بالأصح، وتعذر الرد فالأرش فهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة مقترعة من الثمن، وإن جعلناهن ضمان المشتري، فلا رد له، وله الأرش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة، ووقع في بعض النسخ في «الروضة» خلل جرى عليه ابن الرِّفْعَة ذكرته في «الغنية» ونسخه المصنف بخطه على الصواب.

فرع: علم بزواجها، ورضي به ثم وجد عيبًا قديمًا بعد إزالة البكارة في يده بالسبب السابق، فإن جعلناه من ضمان البائع، قال القاضي الحسين والبغوي والرافعي: له الرد، ومنعه الْبَغَوِي، وهو الأصح ويجب الجزم به؛ لأنه رضي بالعيب فسقط أثره فيكون حدوثه مانعًا من الرد، وإنما يصح ما ذكره، ولو قيل: بأن ذلك كالاستحقاق، كما يقوله أبو إسحاق في القتل بردة سابقة؛ لكن قول أبي إسحاق هناك مرجوح وحرمانه في القطع ونحوه، أنكره الشيخ أبو علي وسبقت عبارة «الشامل» فيه، وغايته أن يثبت وجه ضعيف.

ولذلك قلنا: ينبغي الجزم بما قاله الْمُتَوَلِّي إن جعلناه من ضمان المشتري امتنع الرد، ورجع بالأرش وهو ما بين قيمتها من وجه مزوجة سليمة، ومثلها معيبة، وهذه عبارة القاضي الحسين، وقال الْبَغَوِي والرافعي: ما بين قيمتها مزوجة ثيبًا سليمة، ومثلها معيبة.

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ.

وقوله: ثيبًا ليس بجيد؛ لأنه إن لم يختلف الحال فهو مخسر، وإن اختلف فهو مفسد؛ لأنها كانت بكرًا عند العقد، والقبض، والمعتبر قيمة يوم العقد على قول، ويوم القبض على قول، وأقل القيمتين على الأصح، واعتبار التسوية الحادثة بعد لم يقل به أحد.

قال: (**بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، ولا يتحقق إضافته إلى السابق، والخلاف طريقان أشهرهما القطع بهذا، أو أنه من ضمان المشتري.

والثانية: على الخلاف في التي قبلها، فكان من حقه أن يقول على المذهب، ثم الخلاف في المرض المخوف، أما غيره فلا ينسب الموت إليه، ويجري الطريقان في الجراحة السارية، والحامل تموت في الطلق، ثم على الأصح يتعين الأرش إن جهل، وإلا فلا شيء له، وعلى الثاني ينفسخ البيع، ويرجع بالثمن كله، ولا رد هنا على الوجهين.

قلت: قال بعض من أدركنا: ولا شك أنه لو علم أن زيادة المرض سبب الأول، وأن الموت سببه ترجح طريقة الخلاف، وإحالة الضمان على البائع؛ لكن ذلك غير موثوق به، وقد يشارك المرض من أحوال المزاج، وما يطرأ عليه مما يخفى عن الطبيب الحاذق ما يولد زيادة من مرض إلى الأول، وهذا كثير ليس بالنادر، والأصل لزوم العقد فلا ينتقص بهذه الأمور التي لا تنضبط.

قلت: وهذا يتولد منه رد شهادة الطبيب الحاذق العدل في هذا المعنى، وشبهه وفيه نظر، والأقرب أنه إذا ادعى العدل العارف الإحاطة بذلك، وجزم به رتب عليه حكمه، وطرح الاحتمال البعيد.

قال: (**وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في الخلاف هو القولان، والوجهان السابقان في قطعه بجناية، أو سرقة سابقة؛ لكن الحكم بكونه من ضمان البائع هناك موجب للرد بالعيب، وهنا لانفساخ

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ، ....

البيع والرجوع بالثمن هذا لم يعلم بالردة، فإن علم لم يرجع بشيء على المذهب، قيل: ولو قال المصنف، ولو قتل بموجب سابق لدخلت الردة والقصاص، وقيل: الحرابة، وموت الأمة بالطلق من حبل سابق، وترك الصلاة وغيرها، وكذا الذمي المحصن إذا زنا، ثم لحق بدار الحرب، ثم استرق فإنه يرجم صرح به الأصحاب.

تنبيهات: لعل الكلام في قتله بالردة للإمام ونحوه، أما لو قتله بعض الآحاد فنسبة أن يقال: إنه من ضمان المشتري؛ لأن القتل لم يستوفه من له استيفاؤه شرعًا حتى سيده إلى السبب السابق، ونسبة ما لو مات أو قتل الجاني أجنبي، ويظهر أن يقال: إن قتله للردة فلا فرق، وإن قتله لغيرها فمن ضمان المشتري لا محالة، وجميع ما سبق مفرع على صحة بيع المرتد، وفيه وجه أنه لا يصح، وزيف.

وقال الإمام: إنه لم ير لأحد أنه إن قتل تبين أن بيعه لم يصح، وإن عاد إلى الإسلام تبينت الصحة والمحارب إن تاب قبل القدرة عليه فكالجاني أو بعدها قبل التوبة، قيل: لا يصح بيعه قطعًا، وقيل: كالجاني، وقيل: كالمرتد، إنها الأظهر عند كثير من الأئمة.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِالْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ)** أي: غير الحيوان فلا يبرأ من شيء منه، ولا من شيء من ظهر الحيوان، وإن لم يعلمه ولا مما علمه من باطن الحيوان، ولا فرق في الحيوان بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره، والأصل في ذلك مجموع أمرين:

أحدهما: في «الموطأ» أن ابن عمر باع غلامًا له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال المبتاع لابن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان ﵁ فقال الرجل: باعني عبدًا به داء لم يسمِّه لي، وقال ابن عمر -﵄-: بعته بالبراءة، فقضى عثمان على ابن عمر ﵁ أن يحلف لقد باعه العبد وما به

داء يعلمه؛ فأبى ابن عمر أن يحلف، وارتجع العبد فباعه عبد الله ﵁ بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم⁽¹⁾.

والأمر الثاني: أن الحيوان يتعدى بالصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلَّ ما يخلو عن عيب ظاهر وباطن، فلو لم يقل بذلك أدى إلى ألا يلزم في بيع حيوان أصلًا بخلاف غير الحيوان، وبخلاف المعلوم للبائع فإنه بإخفائه وكتمانه مدلس، والظاهر غير المعلوم في حكم المعلوم لسهولة الاطلاع عليه.

فإن قلتَ: قول الصحابة ليس بحجة في الجديد.

قلتُ: لكنه اعتضد بقياس فقدم على القياس القوي فصار حجة في الجديد لولا ذلك لكان القياس كما قال الشَّافِعِي: ألا يبرأ مطلقًا ويبرأ مطلقًا، وهذا القياس أقوى من الأول لو انفرد، فلما اعتضد الأول بقضاء عثمان ﵁ ترجح على القياس القوي، وحاول بعض الأصحاب أن قضاء عثمان ﵁ انتشر وصار إجماعًا سكوتيًّا، وكلام الشَّافِعِي يأباه، ويقتضي أن ابن عمر -﵄- مخالف بالدليل الأول أصح، وفي قول الصحابي والاحتجاج به كلام يطول ذكره ليس هذا موضعه، إذا علمت هذا ففي الأظهر قولان مشهوران، وأوجه:

أحد القولين: يبرأ مطلقًا لحديث: **«المؤمنون على شروطهم»**⁽²⁾ رواه أبو داود، وصححه ابن حبان.

والثاني: لا يبرأ مطلقًا؛ لأنه خيار ثابت بالشرع، فلا يتبقى بالشرط كسائر مقتضيات العقد، وعلى هذا قيل: يبطل البيع، ونسبه الماوردي إلى الجمهور، والأصح الصحة، قاله الرَّافِعِي: إن كان على خلاف الشروط الفاسدة لاشتهار القصة بين الصحابة -﵃- وهذه الأقوال الثلاثة هي الطريقة المشهورة، وعليها اقتصر المصنف وكثيرون، أما الأوجه فقيل: يصح الشرط فيما لم

---

(١) انظر: كتاب «الأم» للشافعي (٦/ ٢١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٤، رقم ٣٥٩٤) والحاكم (٢/ ٥٧، رقم ٢٣٠٩) وقال: رواة هذا الحديث مدنيون. والبيهقي (٦/ ١٦٦، رقم ١١٧٠٩) وابن حبان (١٣١٢) والطحاوي (٤/ ٩٠)، والدارقطني (٣/ ٢٧).

يعلمه، وقيل: فيما لم يعلمه، ولم يسهل علمه، وقيل: يصح في الحيوان فيما لم يعلم، ولم يسهل علمه.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: في المراد بما لم يعلم وجهان في «الحاوي» أحدهما: أنه ما لم يكن معلومًا، وإن علمه بخفائه.

والثاني: ما لم يعلمه البائع، وإن كان ظاهرًا؛ لانتفاء التدابش⁽¹⁾.

وفيه وجه ثالث حكاه الإمام أنه ما لم يعلم البائع، ولم يكن ظاهرًا؛ لأن البيع وحاصل ما للأصحاب في المسألة خمسة طرق هذا حاصلها، ثم ما ذكرناه إذا أطلق فإن عيَّن عيبًا، خاصًا، موجودًا، وسماه فإن كان بما لا يغاير كالإباق صح ويرى منه، وإن كان مما يغاير كالبرص فلا بد من معاينته، ولا تكفي التسمية فإذا عاينه صح وبرئ.

وقال الرُّويَانِيّ: إذا ذكر محله وقدره حتى صار كالمرئي صح.

وقال القاضي الحسين: إذا عين العيب المبرئ منه صح لقلة الجهالة بخلاف ما إذا لم يعينه فإنها تكثر لو لم نقل أن العيب به؛ بل قال: بعتك بشرط البراءة من الإباق مثلًا، فإن لم يرد على ذلك فالظاهر أنه لا رد به؛ لأنه كالإعلام، وإن قال مع ذلك: لا أعلم هل هو أبق، أو لا؟ انبنى على أن المشتري لو أبرئ من عيب الإباق، ولم يعلم به هل يصح؟ وفيه خلاف مبني على ما لو باع مال مورثه ظانًّا حياته فبان ميتًا، فإن قلنا: يبرأ برئ هاهنا، على أعرف الأقوال قاله القاضي الحسين في «الفتاوى».

فروع: لا يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان عند الأكثرين، ولو شرط ألا يرد العيب، قال القاضي الحسين والمتولي: بطل البيع قولًا واحدًا، وأجرى الرَّافِعِي فيه الخلاف، وفيه نظر!

ولو اشترى جوزًا، ونحوه بشرط أنه عفن صح، وإن كان كبيرًا؛ لأنه يصلح المظاهر كالمعلوم، انتهى.

---

(١) دُبِشَت الأرضُ دَبْشًا إذا أُكِلَ ما عليها من النبات. «الصحاح» [دبش].

وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ].

وقول إلا إن كان يسير العدم نفعه قاله العبادي في «الزيادات» فأيّده كتابة بعض الشهود، وأعلم البائع المشتري بأن بالمبيع جميع العيوب، ورضي به كذب وجهل لا بعد؛ لأن الصحيح أن الغنيمة لا تكفي فيما يمكن معاينته حتى يريه إياها، وما لا يمكن معاينته فذكره مجملًا بهذه العبارة لذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية، وقياسه ألا يعيد، وإذا وقع ذلك فحكمه حكم شرط البراءة.

قال: (**وَلَهُ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ الرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ**) أي: عند إطلاق الشرط لانصرافه إلى الموجود، ولا خلاف في ذلك، يوهم بعضهم أن في كلام الغزالي إشارة إلى خلاف فيه، وليس بصحيح، وإنما في كلامه واشتراطه البراءة عنه، ولو اختلفا في القديم فوجهان في «الحاوي».

قال الشارح: (**وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**)، وإن ضمه إلى القديم صح بيعًا فعلى الأول قال القاضي الحسين وغيره: يبطل البيع، وخرجه الْمُتَوَلِّي على ما سبق، يعني: أنه يفسد الشرط لا البيع على المذهب.

فصل: [من باع شيئًا له أو لغيره بيانه، وعلم به عيبًا]

من باع شيئًا له أو لغيره بيانه، وعلم به عيبًا، وجب عليه بيانه، ويأثم بكتمانه وقضية كلام الأصحاب أنه لا يكفيه قوله: هو معيب أو بيعه بشرط البراءة من العيوب، أو قوله: به جميع العيوب، أو أنه لا يضمن غير الحلال، أو يقول الفقيه عن كتابه المغلوط هو غير مقابل، أو يحتاج إلى مقابلة؛ بل لا بد من بيان العيب المعلوم بعينه، وأما غير البائع فله أحوال:

أحدها: أن يعلم البائع ويعلم المشتري بذلك، وحكمه واضح.

والثاني: يعلم أو يظن، أو يتوهم بمحله أنه لم يعلمه فيجب عليه إعلامه قاصدًا فرض النصيحة.

قال المصنف: [وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أو أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالْأَرْشِ، ....]

الثالث: أن يتوقف بين البائع، ويغلب على ظن إعلامه المشتري فيحتمل أن يقال: لا يجب إعلامه الظاهر فيه، ويحتمل أن يقال: يجب الاستفسار من المشتري، ويترتب عليه مقتضاه؛ لأن الأصل عدم الإعلام، هذا كله إذا كان البائع عالمًا بالعيب فإن علمه الأجنبي دونه تعين عليه البيان بكل حال، وينبغي في كل الأحوال أن يتلفظ في الإعلام سرًّا خشية العداوة بالإعلان، ووقته قبيل البيع، فإن لم يحضر البائع أو حضر، وخاف على نفسه لزمه الإعلام بعده؛ ليرد بالعيب ولا يسعه تأخير الإعلام مع المكنة عن وقت المشتري.

فرع: قال الإمام: الضابط في ما يحرم كتمانه أن من علم شيئًا ثبت الخيار فأخفاه، أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرمًا، وإن لم يكن العيب مثبتًا للخيار، فتركه التعرض له لا يكون من التدليس المحرم، ولا يجب ذكر القيمة، فإن العين لا يثبت بمجرده خيار، والظاهر أن من شرط المعصية في مسائل الفضل العلم بالتحريم، وأما التدليس فلا يخفى تحريمه على أحد.

قال الشارح: (**وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أو أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ الْعَيْبَ رَجَعَ بِالْأَرْشِ**) لامتناع الرد، ولا يمكن إسقاط حقه، فرجع إلى الأرش، ولا فرق بين هلاكه بآفة سماوية أو غيرها، ونبه بالعتق على الهلاك الشرعي كالوقف والاستيلاد، ولو كان العتق بالقرابة، أو مشروطًا فالأصح له الرجوع، وبه جزم الإمام في شراء القريب، وقيل: لا، وبه قطع ابن الْقَطَّان في المشروط عتقه، وأرسل الوجهين في مسألة القريب.

وقال الدارمي: في شرط العتق لا له، وقال في «التقريب»: إذا اشتراه فعتق ثم وجد عيبًا، فإن كان بعد الأداء فكالعتق، وإن كان قبله، فكالبيع قاله ابن المرزباني هكذا في النسخة، وإذ إنه سقط من الأصل شيء، وأن كلام ابن المرزباني في المكاتب وجد منه أنه لا فرق في الرجوع بالأرش بين كونه عتقًا مجانًا، أو على عوض كبيع العبد من نفسه، وقول الغير: اعتق عبدك عني على كذا.

وَهُوَ جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا

وهل يقال: إن العبد يرجع على سيده بأرش عيب نفسه إذا جهله؟ فيه نظر، ومما يستثنى الخصي ونحوه حيث لم تنقص القيمة.

ووقع في عبارة **الرَّافِعِي** هنا أنه لو لم تنقص القيمة بالعيب كما لو خرج العبد خصيًّا فلا أرش كما لا رد مستبعد، فإن المشهور الرد، وإن زادت القيمة به أضعافًا، ويستثنى ما إذا منع مانع من أخذ الأرش في الربوي إذا علم عيبه بعد تلفه، وكان قد اشتراه بجنسه، فإنه يمتنع أخذ الأرش على الأصح عند الجمهور خلافًا لترجيح القاضي الحسين والبغوي؛ بل يفسخ، ويسترد الثمن، ويغرم قيمة المتقوم، ومثل المثلي، وإن اشتراه بغير جنسه فالأصح، وبه قطع الجمهور جواز أخذ الأرش.

قال: (**وَهُوَ**) الأرش.

(**جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ**) أي: ثمن المبيع.

(**نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ**) أي: نسبة ذلك الجزء إلى الثمن.

(**نِسْبَةُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ**) أي: مثل الذي نقصه العيب.

(**مِنَ الْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيمًا**)؛ بل يتعين أن يقال: إلى تمامها كما في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» لأن النسبة تستدعي منسوبًا ومنسوبًا إليه، فالجزء من الثمن الذي يقصد استرداده نظير القدر الناقص بالعيب من قيمة السليم، والثمن نظير قيمة السليم، فذلك القدر منسوب إليها نسبة معلومة بالتقويم، والجزء منسوب إلى الثمن نسبة كتلك النسبة، بها نعرف مثاله قيمة السليم مائة، والمعيب تسعون، فالناقص العشر، فيرجع بعشر الثمن.

وقوله: من القيمة متعلق بقضية، فلو ترك قوله إلى تمامها لبقي قوله نسبة ما نقص بغير متعلق، ولا يجوز أن يجعل من القيمة متعلقًا بنسبة على أن يعدَّ ثمن بدل إليه؛ لأنه مع ذلك لا يطابق قوله إلى الثمن؛ ولأنه لا يبقى بعلم القدر نقيصة العيب نقص من ماذا، ولا يجوز أن يكون من متعلقة بنقصه وبنسبة جميعًا، ويكون من باب التنازع لاختلاف المعنى؛ لأنها على أحدهما

وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ.

للتبعيض، وعلى الآخر للغاية، فيتعين أن يقال: إلى تمامها، وإنما لم يجعل الأرش هنا ما نقص من القيمة كالغصب والسوم والجناية؛ لأنه قد يساوي الثمن فيجتمع إليه الثمن والمثمن هكذا قاله: الشَّافِعِي.

وقال الأصحاب: الأرش يدل على الجزء الغائب، ولو فات المبيع كله قبل القبض رجع بالثمن، فإذا فات بعضه رجع ببعض الثمن كالجزية من الدية، وجزء يجزئها وهو معنى حسن.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْقَبْضِ**) في المسألة طريقان:

أحدهما: أجرًا، وثلاثة أقوال:

أحدها: قيمة يوم البيع؛ لأنه وقت المقابلة، ورأيته صريحًا في كتاب «التفليس» للبويطي، وصححه الغزالي.

والثاني: يوم القبض، نص عليه في اختلاف العراقيين معللًا، فإنه يومئذٍ تم البيع وأصحها أقل الأمرين؛ لأنه كان يوم البيع أكثر فما نقص مضمون على البائع، وإن كان أقل فما في ملك المشتري، فلا يدخل في التقويم، والطريق الثاني القطع بهذا، وهو ما أورده الجمهور، وهو الأضر بالبائع وعبارتهم عنها أقل القيمتين من يوم البيع والقبض، وعبارة الإمام أكثر النقصانين، وهو الأضر بالبائع.

وادعى ابن الرِّفْعَة أنها راجعة لعبارة الجمهور، وفيه نظر، وعبارة «المنهاج» أقل قيمة من البيع إلى القبض، وهي مخالفة لعبارة «المحرر»، والشرحين «والروضة» والجمهور، ويقتضي أنه لو نقص بين البيع والقبض، وكان فيهما سواء أنه يعتبر النقص، وصرح به في «الدقائق».

وقال: إنه الصواب وفيه نظر؛ لأن النقص الحادث قبل القبض إذا زال قبل القبض لم يضمن؛ لأنه لا خيار به.

وفي «التهذيب» أقل القيمتين من العقد إلى القبض، وفيها بعض موافقة

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ أَو قِيمَتَهُ.

«للمنهاج» عبارة «الكافي» للخوارزمي، ويعتبر أقل قيمته أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، وهي عبارة«المنهاج» سواء.

تنبيهات: أحدها: قال الشَّاشِي وغيره: لا فائدة في هذه المسألة، وأن الأرش لا يختلف بذلك؛ لأنه واجب الثمن لا من القيمة، وقيمة السلم إذا زادت قيمة المبيع، وإذا نقصت نقصت، فإذا نقص المبيع عشرة من مائة مثلًا فالأرش عشر الثمن، فإذا زادت قيمة التسليم إلى ألف زادت قيمة المعيب إلى تسعمائة، والأرش العشر لا يختلف.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر، وقال: غيره ما قالوه، وهو الغالب لا ينقصها من كثيرها، وذلك إذا غلا السعر فإن الرغبة تشتد فيه فيغتفر ما به من عيب، وعكسه إذا رخص وقدر على التسليم كل أحد يتخطى قيمة المعيب عند التسليم بنسبة أكثر من النسبة التي قبل ذلك.

الثاني: إذا ثبت الأرش، والثمن باقٍ في ذمة المشتري برئ من قدر الأرش، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب، أو يتوقف على الطلب؟ وجهان: أصحهما الثاني، وإن كان قد وفاه وهو باقٍ في يد البائع فيتعين الأرش منه، أم للبائع إبداله؟

وجهان: أصحهما الأول.

ولم يفرقوا هنا بين أن ينفذه في المجلس، أو بعده والأولى أولى بالتعين، وإن كان ناقصًا فسيأتي، أو تالفًا فسنذكره، وهذا كله في أرش العيب القديم، أما المأخوذ من المشتري عن الحادث فقال ابن الرِّفْعَة: أن الواجب ما بين القيمتين، ولا يحصل قيمته معيبًا معارًا، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى عند الكلام فيما لا يوقف على عيبه إلا بكسره.

قال: **(وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ دُونَ الْمَبِيعِ)** أي: واطلع على عيب المبيع.

(رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ الثَّمَنِ) أي: إن كان مثليًا.

(أَوْ قِيمَتَهُ) إن كان متقومًا، وتجيء فيه طريقة الماوردي أنه يضمنه بالقيمة

....

مطلقًا؛ لأنه مضمون بعقد، والمعتبر أقل قيمته من يوم المبيع إلى القبض(١).

قال الرَّافِعِي: ونسبة أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش.

وعبارة الْبَغَوِي والرافعي هنا كعبارة «المنهاج» في قوله: أقل قيمته من يوم البيع إلى القبض، قيل: ويحتاج الرَّافِعِي إلى الفرق.

قلت: والظاهر أنه جرى على عبارة «التهذيب»، أو تسمح في العبارة اكتفاء بما بينه في التوجيه من النظر إلى يومي العقد، والقبض وعبارته في «الشرح الصغير» محررة، حيث قال: ويأخذ من البائع مثل الثمن إن كان مثليًا أو قيمته إن كان متقومًا، ويعتبر الأقل من قيمته يوم العقد أو القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع، وإن كان يوم العقد أو القبض أقل فالنقص من ضمان المشتري، ونحوه الاستدلال عنه وخروجه عن ملكه تلفه، ولو خرج وعاد فليس للبائع إبداله في الأصح؛ بل يتعين لقبض المشتري هذا كله في الثمن المعين، وإذا كان باقيًا بعينه أخذه لا محالة، وإن كان في الذمة فقد بيناه.

فروع: لو اعتاض عن الثمن الذي في الذمة ثوبًا مثلًا، ثم ردَّ المبيع، فالأصح المنصوص أنه لا يرجع في الثوب بل بالثمن، وكذا لو تلف المبيع قبل قبضه رجع بتمام الثمن، وقيل: بما أدى وإن أبرئ قبل التفرق فهو لاحق بالعقد على المذهب فلا يرجع إلا بما بقي، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم به القاضي الحسين بجواز الرد للتخلص من المبيع، وقياس من يقول: يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن بعضه أن يقول به هنا، ولو وهب البائع للمشتري فقد امتنع الرد.

وقيل: يرد ويطالب ببدل الثمن، ولو وجد الثمن عند البائع ناقصًا بتلف بعضه أخذ الباقي، وبدل التالف وإن رجع النقص إلى صفة كالشلل لم يغرم

---

(١) قال النووي: لا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن قلنا بيع وإلا فالأصح الجواز كالفسخ بالتحالف وعلى هذا يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثليًا أو قيمته إن كان متقومًا، ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما ففي الإقالة في الباقي خلاف مرتب؛ لأن الإقالة تصادف القائم فيستتبع التالف. انظر: «روضة الطالبين» (١/٤٥٦).

وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ فَلَا أَرْشَ فِي الْأَصَحِّ، ....

الأرش في الأصح؛ بل يتخير بين أخذه ناقصًا وقيمته.

وقيل: يأخذه ناقصًا، ويرجع بالأرش، وادعى المصنف أنه الصواب، وفي «البيان» عن القاضي أبي الطيب: أنه يأخذه ناقصًا أو لا يرد فحصل ثلاث أوجه، والثمن المعين كالمبيع يرد بالعيب فإن لم يكن معيبًا، وكان في عقد لا يشترط فيه التقايض فيستدل، ولا يفسخ العقد سواء خرج معيبًا، أو نجاشًا، ولو تبرع أجنبي بالثمن فردت للسلعة بعيب رد الثمن على المشتري في الأصح عند الرُّويَانِيّ، وبه جزم الجرجاني وقضيته أن من أدى دين غيره بغير إذنه بقدر دخوله في ملكه.

وقالوا: به في الصداق في الولد الصغير، وقال الإمام هناك في الأجنبي: إنه يرجع إليه لأنه لا يمكن إدخال شيء في ملكه قهرًا، وما قاله: يأتي هنا، والوجه أنه إن قدر دخول الملك رجع إلى المشتري والزوج وإلا فلا، في الجميع، ولا يقال إلا أن يملك محجورةً قهرًا، بخلاف الأجنبي؛ لأنه لم يقصده بل مجرد الأداء وفاءً بالدين، ولو خرجت مستحقة رجع الثمن إلى الأجنبي قطعًا.

قال: **(وَلَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَى غَيْرِهِ)** أي: وهو باقٍ بحاله في يد التالي.

(فَلَا أَرْشَ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص وحاصل المنقول طريقان، القطع بالأصح وعليها الأكثر، والثانية على قولين أو وجهين: ثانيهما: له الأرش كما لو تلف وعبارة «الروضة» فيه قولان، أشهرهما الإثم لا فرق بين زوال ملكه بعوض أو بغيره، ولا بين أن يعلم المشتري منه بالعيب أو لا، ولا بين أن يبيع بعض العين أو كلها، ولا بين أحد العبدين مثلًا أو كلاهما على المذهب، واختلفوا في علة ذلك فالمنصوص وقول الجمهور أنها عدم اليأس من الرد.

وقال أبو إسحاق وابن الحدَّاد: أنها استدراك الظلامة بالبيع وعيَّن كما عيَّن، وخرجوا على العلتين زواله بلا عوض؛ فعلى الأصح لا أرش، وعلى الثاني يجب، وقيل: إن وهب من أبيه فلا أرش قطعًا لقدرته على ارتجاعه ورده، والأصح عدم الفرق، وكذلك خص بعضهم المنع في البيع بما إذا لم

……

يعلم المشتري بالعيب ويرضى فإن علم ورضي وجب الأرش قطعًا، والأصح لا فرق وليس للمشتري الثاني الرد على البائع الأول؛ بل على بائعه.

وقيل: إذا غاب الثاني أو مات والثمن الثاني من جنس الأول له الرد على البائع الأول، ولو تلف الثاني أو أعتقه أو وقفه أو استولدها، فإن كان زال بعوض وأخذ الأرش، فللأول الرجوع بالأرش على بائعه قطعًا للمعنيين، وكذا إن لم يأخذ الأرش على الأصح للناس من الرد، وإن كان بغير عوض رجع الأول على بائعه قطعًا للمعنيين، والأرش الذي يأخذه المشتري الأول، والذي يغرمه قد يختلفان لاختلاف التثمين، ولاختلاف يومي التقويم، ولو باع البعض ثم ظهر على العيب فقولان في «الْبُوَيْطِي» أصحهما عند الجمهور: لا أرش لعدم اليأس، والثاني: يجب قسطه من الأرش، وصححه الْبَغَوِي على المخرج للقابل للأصح في الكتاب يجب جميع الأرش.

وقيل: له رد البعض الذي بيده ويبقى في البعض الآخر القولان.

فرع: حدث عند المشتري الثاني عيب فإن قبله المشتري الأول خيِّر بائعه، فإن قبله فذاك وإلا أخذ الأرش.

قال ابن الْقَطَّان: لا يأخذه رضي بالعيب، وإن لم يقبله وغرم الأرش فعلى مخرج ابن سُرَيْج لا يخفى رجوعه بالأرش وعلى المذهب قال ابن الحداد، والماوردي، والقاضي الحسين، والفوراني، وغيرهم لا يرجع لأنه لو قبله بما قبله منه بايعه فهو متبرع بالأرش.

قال سائر الأصحاب: يرجع لأنه قد لا يقبله فيتضرر به ورجحه الرَّافِعِي، وحكى عن الشيخ أبي علي إمكان بناء الأول على اليأس لأنه لا يملك ارتفاع الحادث فتعود إليه، والثاني على استدراك الظلامة لزواله بغرامة الأرش وفي هذا النبأ نظر ذكرته في «الغنية».

قيل: وما ذكروه هنا من وجوب الأرش والحكم باللباس؛ معارضة قولهم فيما لو قطع الثوب أو صبغه ثم باعه، ثم علم عيبه أنه لا يرجع بالأرش وأنه لم

فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقِيلَ: إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ ....

يثامن؛ لأنه إن قبله ربما قبله البائع ذكره ابن سُرَيْج ووافقوه عليه، وهو يدل على أن المراد بإلباس الناس عن الرد ولو بالرضا، وما ذكروه أولًا يدل على أن المراد باليأس عن الرد القهري ولم يبن لي الجمع بينهما هكذا ذكره بعض الشارحين في الظاهر أن مراد الأكثرين اليأس من الرد على سبيل الإلزام، وإن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر عندهم لبعده.

وقد قال الجرجاني: إنه إذا كان الرد في حكم الميئوس منه رجع بالأرش؛ وذلك بأن يشتري جارية حائلًا ثم تحمل وتضع، ثم علم عيبها فرجع بالأرش لتعذر التفريق الآن وردهما معًا، ولو كانت بهيمة فلا أرش لجواز التفريق، ووافقه الرَّافِعِي على وجوب الأرش في الجارية، وحكى الإمام في التوقع البعيد وجهين أصحهما الرجوع بالأرش.

قال الرَّافِعِي عن الشيخ أبي علي: إنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم فإنه ربما لا يطالب بشيء فيبقى مستدركًا للظلامة، وهذا إنما يصح على ما قرره من عدم اليأس، أما من يقول باليأس هنا، فإنه يرجع غرم أم لا، فما بال الرَّافِعِي سكت على ذلك مع تصحيحه الرجوع وهو لا يقول باستدراك الظلامة!

والوجه على ما تقرر في المذهب من التعليل أنه إما أن يقال باليأس هنا فيأتي وجهان:

أحدهما: الرجوع مطلقًا غرم أو لم يغرم كما يقتضيه كلام العراقيين.

والثاني: عكسه وهو كما رأى القاضي الحسين، إما ألا يقال: باليأس فلا يرجع إذا لم يغرم، وهل يرجع إن غرم؟ وجهان بين ابن الحداد وغيره ومن ذلك يخرج ثلاث أوجه ثالثها: إن غرم رجع وإلا فلا.

واعلم أنا إذا جعلنا حدوث العيب يأسًا كالتلف فيأتي التفصيل بين الزوال بعوض وغيره وتلك الأحكام وفاقًا وخلافًا.

قال: (**فَإِنْ عَادَ الْمِلْكُ فَلَهُ الرَّدُّ**) لإمكانه.

(**وَقِيلَ إِنْ عَادَ بِغَيْرِ الرَّدِّ بِعَيْبٍ**) أي: كهبة وإقالة ووصية وإرث.

(**فَلَا رَدَّ**) العود بالرد متفق عليه لزوال المعنيين؛ ولأن العائد الملك الأول وعند العود يتعين ما ذكرناه وغيره ففيه طريقان:

أحدهما: طريقة العراقيين والأكثرين إن عللنا باليأس وهو الأصح، رد باستدراك الظلامة لم يرد وإن كان الزوال بالعوض والرجوع يأتي بسبب كان حتى رجوع الوالد في الهبة ذكره الشيخ أبو حامد.

والثانية: لطريقة الإمام والغزالي وإجراء الوجهين سواء كان الزوال والعود أو أحدهما بعوض، أو بغير عوض، ومأخذه إن عارض الزائد العائد كالذي لم يزل.

قال: (**وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ**) لأن الأصل اللزوم والجواز إن عارض، فإن أمكن الرد فقصر لزومه حكمه ودل على رضاه؛ لأنه خيار يثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان فوريًّا كالشفعة⁽¹⁾.

وقال أبو زيد: يمتد إلى أن يرضى أو يتعذر الرد هذا في المبيع المعين، أما الموصوف إذا قبض وظهر به عيب، فإن قلنا: لا يملك إلا بالرضا فلا يعتبر الفور إذ الملك موقوف على الرضا، وإن قلنا: يملك بالقبض فيجوز أن يقال على الفور والأوجه المنع قاله: الإمام، ونقله الرَّافِعِي عنه في الكتابة فلم يخالفه.

وقال الغزالي في «البسيط»: هناك ليس ذلك على الفور؛ لأن الرد بالعيب يرفع، فكأن إتيانه على الفور احتياطًا للعقد، ورد ما يثبت في الذمة لا يرفع العقد سواء قلنا بملك الرضا، أو بالقبض، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: وبهذا يظهر أن طلب الأرش لا يتعين له الفور؛ لأنه لا يؤدي أخذه إلى فسخ العقد.

تنبيهات: لا للناطق به من لفظ يدل على الرد وهو أن يقول: رددت

---

(١) (وَالرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ) إجْمَاعاً وَمَحَلُّهُ فِي الْمَبِيعِ الْمُعَيَّنِ فَإِنْ قَبَضَ شَيْئًا عَمَّا فِي الذِّمَّةِ بِنَحْوِ بَيْعٍ أو سَلَم فَوَجَدَهُ مَعِيبًا لَمْ يَلْزَمْهُ فَوْرٌ لِأَنَّ الْأَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ إلَّا بِالرِّضَا بِعَيْبِهِ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا يَجِبُ فَوْرٌ فِي طَلَبِ الْأَرْشِ أَيْضًا. انظر «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (١٧/ ٣٩٢).

....

المبيع، أو فسخت العقد، وما أشبه ذلك حيث قلنا: بلا فور فأخَّر بلا عذر وسيأتي بيان العذر، فلو أخَّر الرد ثم قال: لا أعلم أن لي الرد، فإن قرب عهده بالإسلام أو نشأ ببرية نائية قبل، وإلا فلا، وعن صاحب «الفروع» رواية قولين كالأمة تدعي الجهل بالخيار.

قلت: وينبغي أن يكون ما ذكر قريب العهد بالإسلام خاصًا بمن يجاورنا، أما من يخالطنا من الذميين ونحوهم، فلا يخفى عليه الردّ بالعيب لا سيما أهل السوق ونحوهم كعوامنا، ولو قال: لم أعلم به على الفور.

قال الرَّافِعِي: قيل لأنه يخفى على العوام، وقال الغزالي، والمصنف إنما يقبل ممن يخفى عليه وينبغي أن يقال، فقيل: ممن يخفى عليه ومن مجهول؟ قال: فإن الفورية تخفى على كثير من الناس.

وكلام «الذخائر» يخالف ما سبق، فإنه قال في الأمة: تعتق تحت عبد يجب أن يقبل قولها في جهل الفورية، بخلاف البيع فإنه يكثر وقوعه وتردده بين الكافة والرد فالعيوب في المبيعات، وكثرة ممارسة الخلق لها، فلا يخفى ثبوت الخيار لها، فإنه على الفور في الغالب ذلك في آحاد الناس فنادر؛ فلذلك لم تقبل دعوى الجهل به بخلاف مسألتنا لبدورها، انتهى.

ويضمن كلام «البسيط» هناك أنه لا يقبل دعواه للجهل بالخيار مطلقًا حيث قال: وأما إذا ادعت الجهل بالخيار فقولان:

أحدهما: لا يقبل كما لو ادعى المشتري الجهل بخيار العيب فأُخِّر.

والثاني: أنه يقبل لأن الرد بالعيب في البيع مما تتقاضاه الطباع ولا يخفى مدركه، انتهى.

وبالجملة: فنفى قبول دعواه للجهل بأصل الخيار وفوريته، خلاف مما يذكره في الشفعة، وخيار العيب في النكاح، وخيار العتق، وقد نص الشَّافِعِي أنه لا يقبل قولها أنها حملت أن لها الخيار ببرصه أو جذامه، وما نحن فيه أولى بالمنع والمختار هنا قول جهل الفورية، وأما دعوى جهل أصل الخيار

فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَو يَأْكُلُ فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ

ففي قبوله من غالب الناس نظر، فإنما يرد الآبق بعد دعواه كما سبق، ولا أرش له في الحال في الأصح ولا يسقط رده بالتأخير قبل دعواه، ولو صرح بإسقاطه في الأصح، ويجب أن يكون هذا في الحالة التي لا يصحح بيعه فيها كما سبق بيانه، ولو اطلع على العيب قبل القبض لزمه المبادرة إلى الفسخ على الفور على ما يظهر من كلامهم، ولا يقال له التأخير إلى القبض.

قال الدارمي: إذا رهنه ثم علم فله الفك والرد، وإن زوجها وأجرها ثم وجد بها عيبًا فله الأرش، انتهى.

وقال في «الروضة»: إذا تعلق به حق بأن رهنه، ثم علم العيب فلا في الحال، ثم إن عللنا باستدراك الظلامة فله الأرش، أو بتوقع العود فلا، فعلى هذا لو تمكن من الرد رد فإن تيسر أخذ الأرش وإن أخَّره ومنعنا بيعه فكالرهن، وإلا فإن رضي به البائع مسلوب المنفعة مدة الإجارة رد عليه، وإلا تعذر الرد وفي الأرش الوجهان في الآبق والمغصوب، وإن علمه بعد تزويج العبد أو الأمة ولم يرض البائع بالأخذ فقبل بالأرش هنا قطعًا واختاره الْمُتَوَلِّي والروياني، ولو علمه بعد الكتابة الصحيحة فالأصح أنه كالرهن فإنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم خلافًا للماوردي وفي «التتمة» كالتزويج.

قلت: ويشبه أن يقال: أن الرهن بالدين الحال القادر على آدابه إلى المرتهن لغير المرهون حتى لو أخَّر مع إمكان الفك، فلا رد بخلاف المؤجل لا يرهق إلى تعجيله، فيكون التأخير له عذرًا، وأما الإجارة فيشبه أنه لو طالت مدتها بحيث لا يعيش إلى انقضائها غالبًا أن يكون له طلب الأرش في الحال كاليأس من الرد.

قال: (**فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: فلا يؤمر بالعدو في الركض ليرده.

(**فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي**) أي: فرضًا أو نفلًا.

(**أَوْ يَأْكُلُ**)، أو يقضي الحاجة، كما قاله «المحرر».

(**فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّى يَفْرُغَ**)، وفي «الشفعة» ما يقتضي جريان وجه في النفل

أو لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ، فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَو وَكِيلِهِ أَو عَلَى وَكِيلِهِ وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ ....

والأكل هنا، أو مثلهما الحمام، وكذا لو علمه وقد دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها، أو لبس ثوبًا، أو أغلق بابًا فلا بأس، وكذا لقي البائع فسلم عليه لم يبطل الرد وفيه وجيه، فلواحد في محادثته بطل.

قال: **(أَوْ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ)** قاله الماوردي، والرافعي، وعبارة الهروي إلى ضوء النهار وهي أوضح من قول غيره حتى يطلع الفجر، أَفْهَمَ كَلَامُ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ تَقْيِيدَهُ بِمَنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنَ الْحَاكِمِ وَلَا الشُّهُودِ وَلَا الْبَائِعِ، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَقَالَ: إذا كانت من المضي إليه بِغَيْرِ كُلْفَةٍ، فلا فرق بينه وبين النهار، وينبغي الجزم به إذا جمعهما محلة أو بمسجد بعد الغروب مثلًا أو كان البائع جاره أو مساكنه، ونحو ذلك، وتيسر له لقيه.

قال: **(فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ بِالْبَلَدِ رَدَّهُ عَلَيْهِ)** أي: إن باعه عن نفسه، قطعه مع دوام أهليته للتصرف، وكذا إن باع عن غيره بوكالة على ما صرح به الأصحاب ويجب بناؤه على العهدة ويرده على الموكل أيضًا، وأوردت على المصنف ومثله الرد على الوارث بعد موت البائع، وعلى الولي بعد الحجر على البائع بسفه ونحو ذلك، والبائع بوصاية أو ولاية قضاء يرد عليهم بلا خلاف، والوكيل المحجور عليه فهل يرد عليه أو على البائع أو يتخير؟ لم أر فيه سببًا والرد عليه ظاهر؛ لأنه الملك.

قال: **(بِنَفْسِهِ أَو وَكِيلِهِ)** وعبارة «المحرر» أو وكيله عليه، والعرض أن له أن يتولى الرد بنفسه وبوكيله على الشراء وعن توكله فيه إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير.

قال: **(أَوْ عَلَى وَكِيلِهِ)** أي: إذا كان له وكيل، وكذا يرد على وكيله إذا حجر عليه كما سبق.

قال: **(وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ فَهُوَ آكَدُ)** قال الرَّافِعِي: إنه الذي فهمه من كلام الأصحاب، وفي «الشرح الصغير» إنه الذي يوجد للأصحاب

وَإِنْ كَانَ غَائِبًا رُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ.

وينبغي أن يؤخذ، قال: وحاصله التخيير بين البائع والحاكم.

قال الإمام: إن تمكن من الفسخ بين يدي قاضٍ فلا عذر في التأخير، وإن رفع الأمر إلى الحاكم مع حضور الخصم، بطل حقه على المذهب، وتبعه الغزالي وغيره، وحاصله أنه إذا كان البائع أو الحاكم في المجلس الاطلاع لم يجز التأخير إلى الذهاب إلى الآخر، وهو قويم، وقضيته أنه يؤمر بأحدهما في طريقه لا يعذر في تجارته إلى آخر؛ كما لا يعذر في تركه في المجلس ويذهب إلى الآخر، وفيما اقتضاه كلام الرَّافِعِي من التخيير مطلقًا سواء كان الاطلاع في مجلس الحاكم أو البائع أم لا يعد، ويبعد الإعراض عن الحاكم مع حضوره مجلس الاطلاع، ويطلب البائع بخلاف العكس إذا لم يكن من شهيد له، لأن البائع قد يجحد طلبه الرد أو الردود.

وقد قال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: إذا وجد عيبًا فلم يفسخه في وجه البائع وأراد أن يحمله إلى الحاكم ليفسخ عنده طلبًا للشهود على الفسخ لم يبطل حقه، وكذا في «الشفعة»، انتهى.

وفيه رمز إلى أنه لو حضر شهود مع البائع لم يجز التأخير، واعلم أنه إذا جاء إلى القاضي فلا يُدعى لأن غريمه حاضر بالبلد، وإنما يفسخ بحضرة القاضي، ويطلب غريمه، قيل: إذا قلنا لا يقضي بعلمه، فما فائدة هذا، ولعله مفرع على أنه يقضي بعلمه.

قلت: ولأن الحاكم لا يخلو عن شاهد أو شهود غالبًا، ويصير الحاكم شاهدًا أو محيطًا بذلك فلا يقضي بخلاف علمه.

قال: (وَإِنْ كَانَ غَائِبًا) عن البلد.

(رُفِعَ) الأمر.

(إِلَى الْحَاكِمِ)، ولا يؤخر لقدومه، قال الْبَغَوِي: ويضعه الحاكم عند عدل.

وقال القاضي الحسين: يُدعى المشتري وإقباض الثمن وظهور العيب، وإنه فسخ ويقيم البينة ويحلف معها، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه عند عدل،

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ إنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوِ الْحَاكِمِ، ....

والثمن دين على البائع يقضيه القاضي من ماله، فإن لم يكن له مال سوى المبيع باعه لقضاء دينه، قيل: وقد أطلق الرَّافِعِي وغيره الغيبة وظاهره ليشمل الغيبة عن البلد.

وإن قلتُ: المسافة لأن في تكليفه الخروج عن البلد حرجًا لا سيما والحاكم فيها.

قلتُ: ومراده إذا رفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ عنده أو ليطلب الرد بفسخه قبل الحضور إذا شهد عليه، إما القضاء به وفصل الأمر فلا بدَّ فيه من شروط القضاء على الغائب، وفي «مطلب ابن الرِّفْعَة» بحثًا ما يفهم أنه يفصل الأمر ويقضي في هذه الحالة مع قرب المسافة تعليلًا بما ذكرناه من الحرج وفيه نظر ظاهر، والوجه أنه لا يقضي عليه مع قرب المسافة ولا يباع ماله إلا أن يتوارى أو يتعزز كما في الغالب وعند التَّعَزُّزِ وَالتَّوَارِي، ولا فرق بين من بالبلد ومن خارجه(١).

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى الْفَسْخِ**) يعني: (**إنْ أَمْكَنَهُ حَتَّى يُنْهِيَهُ إِلَى الْبَائِعِ أَوِ الْحَاكِمِ**) جزم به الْمُتَوَلِّي وغيره لأنه المشهود ومعنى الإشهاد: أن يشهد على نفس الفسخ كما أفهمه كلام الغزالي.

وقال من شرح الكتاب: المراد الإشهاد على طلب الفسخ كما اقتضاه كلام الرَّافِعِي في «الشفعة»، انتهى.

والصحيح ما ذكرناه وبه صرح أبو سعيد الهروي حكاية عن القاضي الحسين ولفظه: ومسألة من يحاول الفسخ والرد أن يقول: فسخت بمشهد شاهدين، انتهى.

وكلام الديبلي هنا مصرح بأنه عهد على طلب الفسخ، قال: وإذا كان البائع غائبًا أعلم الحاكم بأنه طالب للرد بالعيب إذا رجع فحصل وجهان.

---

(١) انظر: «إعانة الطالبين» (٣ / ٣٦٣).

....

قال الغزالي والقاضي وغيرهما: وإذا أشهد أشهد اثنين.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو احتياط لأن الواحد مع اليمين كافٍ انتهى.

وقد سارع في الاكتفاء بواحد ابتداءً ولا فرق في جريان الخلاف في لزوم الإشهاد بين غيبة البائع عن البلد أو لا، ومنع الوصول إليه إلى الحاكم عذر من ليلٍ أو مرض، أو لم يمنع ولكنه كان متوجهًا إليه أو إلى الحاكم فوجد الشهود في طريقه هذا قضية إطلاقهم، قال بعض المتأخرين: وتلخيص الحكم على الصحيح الذي يحصل من كلام الرَّافِعِي وغيره أنه يجب الإشهاد في كل من الحالين إذا تيسر قبل الانتهاء إلى البائع أو الحاكم على الأصح، فكذا لو حضر الشهود مجلس الاطلاع بدون البائع أو الحاكم، والملخص أنه تجب المبادرة إلى البائع أو الحاكم فإن من في طريقه إلى أحدهما بالآخر بعين أو بشهود وجب إشهادهم في الأصح، انتهى.

وينبغي أن يلزمه الإشهاد عند المكنة ليلًا وإذا قلنا: لا يلزم الإشهاد على الفسخ، فهل يجب الإشهاد على طلب الفسخ بسببه أن يكون؟ فيه وجهان كالشفعة.

قلت: وكلام صاحب «التعجيز في شرح الوجيز» يقتضي أن الخلاف إنما هو في هذه الحالة وإنها المرادة بالإشهاد وأصل ذلك ما قدمناه من أن المراد تنبيه إذا أشهد على نفس الفسخ فينبغي نفوذه ولا يحتاج بعده إلى إتيان الحاكم أو البائع إلا للتسليم، وفصل الخصومة، وما ذكره الرَّافِعِي من الترتيب يأباه ظاهره، وصاحب «التتمة» وإنما أوجب الإشهاد أو حضور الحاكم فأشعر كلامه بالاكتفاء بكل من الثلاثة، والعقد يقتضيه ليمكنه من الفسخ، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف عندنا على الحاكم ولا البائع؛ بل لو قال: حال تكلمه بالعيب وحده: رددت المبيع، أو فسخت العقد انفسخ وحينئذٍ فأوجبه وجوب إثبات الحاكم لغير فصل الخصومة والخروج من عهدة المبيع.

فينبغي حمل كلام الرَّافِعِي على أن له تأخير الرد إلى أن يجد البائع أو

فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ].

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الِاسْتِعْمَالِ، فَلَوِ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَو تَرَكَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَو إِكَافَهَا بَطَلَ حَقُّهُ.

الحاكم إلا أن يجد الشهود فلا يؤخر وليس له الاستيقان بطلب الشهود عن البائع أو الحاكم، نعم في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو علم عيب العبد فقصده بطل حقه، فإن أراد التخلص بفسخ أولًا ثم يقصده.

قال الْبَغَوِي: عقب هذا عندي إذا فسخ بين يدي البائع أو فسخ واستقل بطلبه ما إذا فسخ مع غيبته وتوانى في رده بطل حقه، قال الْبَغَوِي: وهو مشكل.

قلت: غاية في الإشكال إذ كيف يبطل الفسخ بعد نفوذه، فإن لم ينفذ فكيف يمكن منه؟ وعجب قول القاضي «يفسخ أولًا ثم يقصده» إذ كيف يسوغ له ذلك بعد الفسخ.

قال: (فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِشْهَادِ لَمْ يَلْزَمْهُ التَّلَفُّظُ بِالْفَسْخِ فِي الْأَصَحِّ).

قال الرَّافِعِي: هو الأصح عند الإمام، والبغوي وهو كذلك في «التهذيب»، وأما الإمام فجزم به ولكنه لم يفرضه في حالة العجز.

وفي «التتمة» أنه إذا اطلع ليلًا ولم يتمكن من الحاكم ولا الإشهاد ولا البائع إن علمه الأصحاب قالوا: لا بد أن يقول فسخت، وإن الْقَفَّال قال له: التأخير إلى وجوب أحدهم، وأطلق القاضي الحسين النقل عن عامة الأصحاب أنه لا بد من الفسخ على الفور، وعن الْقَفَّال أن له التأخير إلى حضور مجلس الحكم.

قال: (وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الِاسْتِعْمَالِ، فَلَوِ اسْتَخْدَمَ الْعَبْدَ أَو تَرَكَ عَلَى الدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَو إِكَافَهَا) أي: في مسيره للرد أو في المدة التي يغتفر التأخير فيها.

(بَطَلَ حَقُّهُ) أي: إذا لم يحصل بنزعه ضرر للدابة لإشعاره بالرضا وينبغي أن يعذر غير الفقيه في الجهل بهذا قطعًا.

وقيل: إن قال: كاسقني وناولني كذا، وأغلق الباب لم يؤثر وبه جزم الماوردي، والروياني، وقيل: له كل انتفاع حتى وطء الثيب.

وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا.

وقيل: كل انتفاع لا يدل على الرضا كما لو وطىء واللبس في مسيره للرداء، وفي المدة التي يعف التأخير فيها والعرض على البيع ونحوها من الأمور الدالة على الإمساك والرضا وهو المختار، وكلام جماعة من العراقيين يميل إليه وإن كان المشهور الأول فإن حق الرد ثابت فلا يسقط إلا بما يظهر دلالته على الرضا وهذا كله إنما يأتي إذا قلنا: لا يجب التلفظ بالفسخ، أو بما قاله الْبَغَوِي في «فتاوى القاضي» من وجوب المبادرة بعد الفسخ وهو بعيد وضعيف إن أريد به بطلان حق الرد.

فرع: مؤنة الرد على المشتري قبل الفسخ وبعده، وقيل: إنها بعد الفسخ على البائع، لأنه عاد إلى ملكه وهو غريب، ثم المراد بالرد إلى موضع التسليم.

قال: (**وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا**) للحاجة فلو لم تكن جموحًا فالأصح عند الرَّافِعِي لا يعذر، وعذره ابن سُرَيْج وجماعة، وهذا إذا ركبها للرد أو السقي ونحوه، فإن ركبها استعمالًا، فعن ابن سُرَيْج ما يقضي جوازه، والمشهور خلافه وفي «أدب القضاء» للدبيلي: أنه لو ركبها للرد أو للسقي أو ليشتري لها علفًا لم يمتنع الرد، وإنما يمتنع الرد ببعض ما يحدث فيها في يد المشتري أو يمسكها مع القدرة على الرد.

قال: وله ركوبها لأن نماء المبيع للمشتري إلى أن ترد على البائع، ألا ترى أن له أن يرد الشاة بالعيب ويحلبها في الطريق هكذا ذكر ابن سُرَيْج، انتهى.

قلت: والظاهر أنه لو خشي عليها من غارة أو نهب فركبها للهرب بها إذا تعين طريقًا لخلاصها أنه لا يؤثر كالمودع وأولى، وله علفها أو رعيها وسقيها قطعًا، وحلبها حال سيرها فلو وقفها للحلب بطل حقه، وفيه وقفة وينبغي ألا يضمن إذا لم يتمكن منه حال سيرها أو حال علفها ورعيها، ولو علم العيب وهو راكب فاستدام، فكابتداء الركوب، واستدامة السرج، والإكاف كابتدائه، ولبس الثوب مانع، نعم لو علمه وهو لابسه في الطريق فتوجه للرد عذر؛ لأن نزعه لا يعتاد، قاله: الماوردي وغيره.

وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ، وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا.

وقد يختلف هذا بحال الملبوس واللابس، ويعذر بترك القود واللجام وتعليقهما للحاجة ولو أنعلها في الطريق، فإن كانت تمشي بلا نعل بطل حقه وإلا فلا، ولينظر فيما لو كانت تمشي بلا نعل؛ لكن تركه بعينها لخشونة الطريق، لو كان قد أنعلها، ثم علم العيب فإن لم يعب نزعه، فله نزعه والرد ولا يلزم البائع قبوله، وإن كان نزعه يعيب فنزع بطل الرد والأرش وفيه احتمال للإمام، ولو ردها مع النعل هنا أجبر البائع على القبول.

ثم قيل: هو تمليك والأشبه أنه إعراض حتى إذا سقط يكون المشتري إلا أن يحصل لفظ هبة فتمليك، وقيل: على الوجهين وليس له المطالبة به في هذه الحالة ما دام متصلًا ولا طلب قيمته.

فروع: لو تراضيا عن الرد بعوض لم يصح على الصحيح ولا يسقط حق الرد بذلك للجاهل على الأصح، ولو اختلفا في الثمن بعد الرد فالصحيح تصديق البائع بيمينه حيث لا بينة، ولو احتيج إلى الرجوع بالأرش صدق البائع في قدر الثمن بيمينه لا المشتري في الأظهر، ولو أبق قبل القبض فأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ فله ذلك ما لم يعد العبد إليه، ذكره الرَّافِعِي في أواخر الإجارة.

وحُكي في «الحاوي» أنه لو أبق قبل القبض، فقال: البائع لا تفسخ فإني آتيك به فلا خيار ولم أره فيه، ورأيت المحاملي وغيره حكوه عن أبي إسحاق هكذا وصرح غيرهم بأن صورة المسألة ما إذا شرط البائع أنه أبق ثم أبق في يد البائع قبل القبض، فإذا أمكن رده على قرب لم يثبت الخيار.

قال: (**وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ فَلَا أَرْشَ**) له هنا إنما يعدل إليه للضرورة حيث لا تقصير.

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ**) أي: غير مستند إلى سبب متقدم كما سبق بيانه سواء كان بآفة أو غيرها لم يرد (**سَقَطَ الرَّدُّ قَهْرًا**) أي: الرد القهري؛ لأنه أخذه بعيب فلا يرد بعيبين من غير رضا، فإن زال الحادث رد قهرًا.

وقيل: لا، وهو قضية إطلاق المنهاج وكل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري، وما لا فلا.

قال الرَّافِعِي: إلا في الأقل ولعله إشارة إلى قطع إصبع زائدة إذا لم ينقص وفيه نظر والتحقيق أنه لا حاجة إلى استثنائه، واستثنى ابن الرِّفْعَة من الأول ما إذا قال الزوج قبل الدخول: إن ردك المشتري بعيبك فأنت طالق ولا حاجة إليه؛ لأن مأخذه زوال العيب فلا وجه للاستثناء، وقد احترز المصنف بقوله: عنده عما حدث قبل القبض، فإنه لا يمنع الرد القهري وسبق كلام عند قوله: وهلك المبيع عند المشتري يجب تذكره والبينة له هنا، والمراد بقوله عنده: أن يحدث العيب بعد أن يقتضي عن جهة المشتري لا مطلق العندية.

فروع: إذا علم العيب فسعى في الرد فجاء البائع فقطع يد المبيع.

قال الرُّويَانِيّ: فيه وجهان الأظهر عندي إزالة الرد.

قلت: ويجب اطراد الوجهين في كل عيب حدث عنده بفعل البائع وقطع اليد مثال؛ لكنهم قالوا: في زوال البكارة: سواء أزيلت بوطء المشتري أو البائع أو الأجنبي، سواء كان بآلة الافتضاض أو بغيرها ولعله جواب بالوجه الآخر بالنسبة إلى فعل البائع عدَّ العبادي من موانع الرد حلق شعر الغلام، قال: لأن نقص من ثمنه وهو ظاهر في غير السودان والأطفال، ومن يحملهم الحلق من الرجال، ولو زال العيب الحسي القديم والحادث قبل القبض؛ سقط الرد على الأصح. وحكى شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «أدب القضاء» الخلاف قولان قال: نص عليهما ولو زال القديم قبل أخذ الأرش لم يأخذه على الأصح.

وبه جزم الشيخان، ولو زال بعده أخذه ورده لعلة بعد أخذه.

وقيل: وجهان كنبات السن بعض أخذ ديتها وقيل إن كان يرجى زواله رد، وإلا فوجهان، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي.

ولو علم العيب القديم قبل زوال الحادث، ثم زال فظاهر إطلاقهم استمرار امتناع الرد فيه احتمال ظاهر.

ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ، رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَو قَنَعَ بِهِ وَإِلَّا فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدُّ أَو يَغْرَمَ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ، وَلَا يَرُدُّ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ.

قال: (**ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ الْبَائِعُ**) أي: بلا أرش عن الحادث.

(**رَدَّهُ الْمُشْتَرِي أَو قَنَعَ بِهِ**) بلا أرش عن القديم.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يرض البائع به معيبًا.

(**فَلْيَضُمَّ الْمُشْتَرِي أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَيَرُدُّ أَو يَغْرَمَ الْبَائِعُ أَرْشَ الْقَدِيمِ، وَلَا يَرُدُّ**) رعاية للجانبين.

قال: (**فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا فَذَاكَ**) أي: أحد هذين المسلكين؛ فذلك لأن الحق لهما.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يرضيا أو تنازعا.

(**فَالْأَصَحُّ إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ الْإِمْسَاكَ**) أي: إبقاء العقد والرجوع بأرش العيب القديم سواء كان الطالب البائع أو المشتري بما فيه من تقرير العقد؛ ولأن الرجوع بالأرش القديم يستند إلى العقد؛ لأن قضيته ألا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم، وضم أرش الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد، فكان الأول أولى، والثاني: يجاب البائع؛ لأنه غارم وأخذ ما لم يرد العقد عليه، والثالث: يجاب المشتري لأنه قد لبِّس عليه.

قال الرَّافِعِي: وعن أبي ثور أنه نصه في القديم، وعبر الرَّافِعِي نقله فيما إذا طلب الرد، وسكت عما إذا طلب الإمساك.

تنبيهات: منها: لا خفاء أن التخيير بين المسألتين السابقتين في الاتفاق على أحديهما إنما هو فيمن يتصرف لنفسه، وأما من يتصرف لغيره بولاية أو نيابة فإنما يفعل الأحوط له إلا أن يلزمه الحاكم بأمر.

ومنها: أخذ أرش العيب القديم بالتراضي لا يجوز على المذهب كما سبق إذا لم يحدث عيب وهنا يجوز وفاقًا.

ومنها: لو كان المبيع حُليًّا ونحوه بيع بخلسةٍ لم يجز كل من المثالين

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُذْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ.

المذكورين في الكتاب، ولا التخيير بينهما؛ لأنه لم يصر إليه أحد كما قاله: الإمام وسبق بيانه، خلافًا للرافعي حيث قال: يرد أرش البعض، ويمكن تأويل كلامه فيُستثنى هذه الصورة ويستثنى أيضًا إذا كان الحادث صبغ الثوب، وزادت به القيمة كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ عَلَى الْفَوْرِ بِالْحَادِثِ لِيَخْتَارَ**) أي: هل يقبله بغير أرش أو لا؟

(**فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلَامَهُ بِلَا عُذْرٍ فَلَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ**) كما لو أخَّر المشتري الرد حيث لا حادث قاله الْبَغَوِي، والمتولي، وفي كلام الغزالي ما يوافقه وهو يقتضي أن حقه أولًا في الرد، وإن امتنع البائع انتقل إلى الأرش.

قيل: يحتمل أن يقال: أن حقه في الأرش، فإن رضي به البائع معيبًا سقط، وهو ما يشعر به عبارة الشَّافِعِي والأصحاب، ويحتمل أن يقال: حقه في أحدهما أو في الرد مع الأرش، وعلى كل من التقادير الثلاث يظهر ألا يسقط حقه من الأرش بالتأخير، هكذا قاله: من شرح الكتاب.

قلت: والظاهر أنه لو ادعى الجهل بفورية الإعلام ليختار البائع أنه يصدق بيمينه؛ لأنه لا يعرف إفراد الفقهاء، واستثنى الرَّافِعِي من وجوب الإعلام على الفور ما إذا كان العيب الحادث قريب الزوال كرمدٍ وحمى أي: وصداع وعده شبهة، فله انتظار زواله ليرده سليمًا عن الحادث من غير أرش على أحد القولين.

والثاني: لا؛ لقدرته على طلب الأرش، فإن أخر بطل حقه ولم يرجحا شيئًا وقد يشعر قوله: في «الشرح الصغير» فيعذر على قول في انتظار زواله ليرده سليمًا عن العيب الحادث من غير أرش، إن الراجح أنه لا يعذر ويؤيده إطلاق «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما، وألحق القاضي أبو الطيب بذلك الأمة الحاملة فجوز له إمساكها إلى الوضع، ثم يردها إن لم تنقصها الولادة، وجعل الماوردي هذا القول مبنيًّا على أن الحمل يقابله شرط من الثمن.

....

وقال في «الشامل»: إذا علم عيب الجارية بعد حملها يرجع بالأرش، وقيل: له إمساكها حتى تضع ويردها ولا خلاف أن له تأخير طلب الأرش بعد امتناع البائع من الرد، وممن صرح به الْمُتَوَلِّي والبغوي.

فروع: فوات الفضيلة الموجودة عند العقد من علم أو صنعة وغيرها كعيب حادث، ومن ذلك العبد الصغير يكبر، أو الثوب يصبغ، وإن زادت قيمته قاله الْقَفَّالُ، وستتكلم عليه إقرار العبد بدين معاملة لا يمنع الرد، وأطلقوا هنا ألا رد بما يظهر على العبد من ديون المعاملة، خلافًا لأبي حنيفة؛ لأنه إنما يطالب بها بعد العتق وفيه بحث من وجهين:

أحدهما: أن الرَّافِعِي حكى في الكتابة وجهًا أن ديون المعاملة تتعلق برقبة العبد كدين الجناية، وعلى المنع فقد يرفعه إلى قاضٍ يراه غيرنا فيبيعه فيها، ويعجز عن استرجاع الثمن من البائع، وأيضًا فذلك مما تقل الرغبات فيه وينقص به قيمته إذا لزمته الديون من غير إذن له في التصرف. وقد قالوا: لا يصح ضمانه بغير إذنه في الأصح؛ لأنه قد يعتق ثم يموت فيمتنع، ثم الدين للسيد ميراثه، وهذا المعنى موجود هاهنا، وإذا أقرَّ العبد بدين إتلاف فإن صدقه السيد منع الرد وإلا فلا، فإن عفا المقر له بعد أخذ المشتري الأرش له الفسخ، وجهان جاريان فيما إذا أخذه لرهنه، أو كتابته، أو بآفة، أو عضة، إن أوجبناه ثم زال المانع.

قال الْبَغَوِي: أصحهما لا فسخ صبغ المشتري الثوب ثم علم عيبه، فإن نقصت قيمته بالصبغ فعيب حادث.

وإن زادت فسخ المشتري مجانًا أجبر البائع على قبوله ويملك الصبغ؛ لأنه صفة للثوب لا يزايله بخلاف النعل، وإن اتفقا على الرد وبذل قيمة الصبغ جاز قطعًا، وكذا لو اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم، وإن اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشتري جاز، وكذا لو اشترى دارًا فعمرها، ثم علم عيبها واتفقا على الرد وبقاء الزيادة للمشتري جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ رُدَّ وَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وإن طلب المشتري قيمة الصبغ لم يجبر البائع على الصحيح.

قال الرَّافِعِي: لكن يأخذ المشتري الأرش، وإن طلب المشتري أرش القديم والبائع قيمة الصبغ أجيب البائع على الصحيح، والفرق بين هذه وما سبق من إجابة المشتري على الأصح أن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئًا، وهناك لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا في مقابلة شيء، فنظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده بلا أرش فإنه يجاب(١).

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لَا يُعْرَفُ الْقَدِيمُ إِلَّا بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ**) أي: وسائر ما مأكوله في جوفه كالرمان والموز والجوز واللوز والبندق وغيرها.

(**رُدَّ وَلَا أَرْشَ عَلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: فيهما لأنه بعض لا يعرف العيب إلا به، فلا يمنع الرد كحلب المصراة، وأما عدم الأرش؛ فلأنه معذور ولما ذكرناه.

والرافعي قال: هل يرد؟ قولان.

والذي رجحه الأكثرون الرد عليه، فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان أحدهما: نعم كما يرد المصراة ويغرم، وأصحهما عند الْبَغَوِي وغيره: لا لأنه معذور. والحاصل ثلاثة أقوال ثالثها لا رد أصلًا كقطعة الثوب، فعلى هذا فهو كسائر العيوب الحادثة.

تنبيهات: أعدنا الخلاف في كلامه إلى الآتي كما هو ظاهره ويحتمل أن يريد ردًا جزمًا ولا أرش في الأظهر كما هو ظاهر قول المحرر لا يمتنع الرد، وإذا رد لم يغرم الأرش في الأظهر، وهي طريقة تخرج من كلامهم، وإن لم

---

(١) قال الشيخ النووي: في كتاب ابن كج أنه لو قال: بعت هذه السلعة وهذا ثمنها قبل إقراره، وإن قال: بعتها وتلف الثمن في يدي ففي القبول قولان وإن أقر بدين جناية فهل يقبل في حق السيد؟ قولان أظهرهما عند الْبَغَوِي نعم ويؤدي مما في يده كدين المعاملة؛ ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته لم يلزم إلا قدر قيمته فإن لم يكن في يده شيء بيع في دين الجناية. انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٢).

فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ.

يصرحوا بها، فإن الرد هو المنصوص وبه قال: الأكثرون، واختلفوا في الأرش.

فإن قلنا: لا يرد فالمراد الرد القهري ويكون كسائر العيوب الحادثة.

قال الشارحون: المراد بيض النعام، وبالمدود ما دود بعضه حتى تتحقق صورة المسألة وهي أن يكون له بعد الكسر قيمة، فإن لم تكن له قيمة كبيض الدجاج ونحوه والبطيخ المدود كله أو العفن، فإنه يرجع بجميع الثمن كما نص عليه الشَّافِعِي ﷺ وكيف نسأله.

قال المعظم: يبين فساد البيع لوروده على غير متقوم.

وقال الْقَفَّالُ وطائفة: لا يتبين فساد البيع؛ لكن يرجع بالثمن على سبيل استدراك الظلامة، وفائدة الخلاف في أن القشور منه بمن تحيض حتى يلزمه تنظيف الموضع منها وغير ذلك، وما ذكروه في الجوز ونحوه إنما يجيء في القليل منه وإلا فالكثير منه وقود كما سبق، فله قيمته لا محالة، والرانج هو الجوز الهندي كلامه يفهم أنه لو اشترى شيئًا كثيرًا مما مثل به وما في معناه فكسره كله أو قوّره؛ كان الحكم كما ذكره، وينبغي أنه إذا كسر بيضة أو قوَّر بطيخة؛ فوجهان معيبة أو تالفة ألا يتجاوزها للوقوف على العيب بذلك؛ لأن الزيادة عليه إحداث عيب كما سيأتي من أن الخلاف في كسر لا يعرف العيب بأقل منه، فإن زاد فلا رد، ومنهم من طرد القولين.

قال: (فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ الْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ فَكَسَائِرِ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ) أي: لعدم الحاجة إليه، قال في «المحرر» ممثلًا: وذلك لتقوير البطيخ الحامض وقد أمكن الوقوف على حاله بغرز شيء فيه أي: كمسلة ونحوها وفي تدويده بالتقوير، وفي الرانج تثقب مع العلامة.

قال أبو إسحاق: إنه على الخلاف كما سبق لأن الفرق عسير فجعل الكسر عفوًا والمذهب الأول ولو شرط حلاوة الرمان فبان حامضها بالغرر رد أو بالشق فلا، ولو رد لم يشرط حلاوته فلا رد لحموضته ما لم يكن عيبًا في الحلو منه فرعان لو اختلفا في تسليمه صحيحًا أو فاسدًا.

اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا لَا الْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الشيخ أبو حامد: صدق البائع بيمينه أي: إذا أمكن حدوثه بعد التسليم، ولو اشترى ثوبًا مطويًا فنشره، وعلم عيبه فإن لم ينقص بالنشر رده. وإن نقص فعلى الخلاف في مسألة الكتاب ويأتي في اطلاعه على العيب ما أشرنا إليه.

وقال بعض المتأخرين: إن لم ينقص بالنشر رد، وإن نقص فإن كان لا يوقف على عيبه إلا به مثل أن يقول: ذلك من هو من أهل الخبرة ويرفق به؛ ففي المسألة الأقوال، وإن لم يكن من أهلها ونقص نقصانًا زائدًا فعلى ما ذكرنا فيما إذا زاد في الكسر المذهب امتناع الرد، وقيل: على الأقوال.

إشارة: بيعه مطويًا إما على جواز بيع الغائب، وإما بأن رآه قبله أو يكون كما قال الماوردي: على طاقين حتى يرى جميعه من جانبيه أو جوزنا بيعه مطويًا وهو المختار دليلًا كما سبق.

فرع: (**اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً رَدَّهُمَا**) بالاتفاق كالواحد، فلو رد أحدهما وهما باقيان في ملكه لم يمكن في الأظهر، وقيل: قطعًا وهي قضية كلامه.

ولو كان أحدهما بالغًا حسيًا أو شرعيًا فإن جوزنا مع بقائهما فهاهنا أولى، وإلا فخلاف بنوه على تفريق الصفقة القهرية، وقضيته أن يكون الأصح جواز الرد، ولو باع أحدهما فقد سويا بينه وبين تلف أحدهما، والصحيح عند الجمهور امتناع الرد.

قال: (**وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا رَدَّهُمَا**) أي: معًا إن أحب.

(**لَا الْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ**) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة والمراد الرد القهري، فإن رضي البائع بالإفراد خيار على الأصح.

قال بعض الشارحين: والمستقيم في ترتيب الخلاف أن يقال: إن منعنا تفريق الصفقة شرعًا امتنع الرد بالرضا ودونه، وإن جوزنا جاز بالرضا وامتنع

....

بدونه في الأظهر للضرورة، ولو أراد رد السليم وحده لم يجز قطعًا، ولو ظهر عيب لأحدهما بعد تلف الآخر أو بيعه فعلى ما سبق في عيبهما فيكون الأصح له الرد في التلف لا في البيع، ولو ظهر العيب بالتالف لم يرد الباقي قطعًا؛ بل له الأرش.

تنبيه: أشار بقوله عبدين إلى صورة المسألة فيجري الخلاف في كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر ويفطن هنا لما سبق في التفريق بين الأم ونحوها والولد، فلو اشترى عينين تتصل منفعة إحديهما بالأخرى كزوجي خف، ونعلين، ومصراعي باب ونحوها فالمشهور وهو الحق القطع بالمنع إفراد الرد.

وقيل: على القولين ولا فرق بين ما بعد القبض وقبله، وقضية كلامهم أنه لا فرق بين أن تختلف قيمة العينين أو لا، كالكرس من طعام البلد مقلي.

وقد نص **الشَّافِعِي** في «**الْبُوَيْطِي**»: على أنه إذا اشترى مكيلًا أو موزونًا فوجد ببعضه عيبًا؛ فله إفراده بالرد لعدم الضرر.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن جوزنا في العبدين فهاهنا أولى وإلا فوجهان.

قلت: ومن أحدهما أن النظر إلى الضرر، أو إلى منع التفريق شرعًا، والأول أصح.

فرع: قال الإمام: لو اشترى عينًا واحدةً متقومةً فوجد بها عيبًا وهي باقية في ملكه فليس له رد بعضها، ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ، انتهى.

ولو تراضيا به في «المهذب» ما يشعر بالجواز.

وقال **الرَّافِعِي**: إنه أصح الوجهين وهو مقتضى ما سبق في العينين، وإن كان قد باع بعضها لغير البائع ففي رد الباقي طريقان، قيل: على قولي تفريق الصفقة، وأصحهما القطع بالمنع، فعلى هذا هل يرجع بالأرش أم القدر المبيع؟ فعلى ما سبق فيما إذا باع الخل، وأما القدر الباقي فوجهان.

....

قال في «التهذيب»: أصحهما أنه يرجع لتعذر الرد ولا ينتظر عود الزائد ليرد الكل، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث، والوجهان جاريان فيما إذا اشترى عبدين فباع أحدهما، ثم عرف العيب، ولو يجوز رد الباقي هل يرجع بالأرش؟ هذا ما ذكره الرَّافِعِي وحذف في «الروضة».

قال في «التهذيب»: وثبت القول بأن الأصح أنه يرجع وليس بجيد، وحصل في كلامه في أول المسألة خلل نذكره إن مد الله تعالى في الأجل في التوسط. واعلم أن الشَّافِعِي سوَّى في«المختصر» بين خروج الكل عن ملك المشتري وخروج البعض، وذكر في «مختصر الْبُوَيْطِي» قولين في بيع نصف العين الواحدة:

أحدهما: يرجع بنصف الأرش للباقي في يده.

والثاني: لا يرجع بشيء بظاهر نص المختصر يشهد له، وهو الصحيح الذي صرح به كثيرون وهو مقتضى التعليل باليأس حينئذٍ، والأصح خلاف ما صح في «التهذيب» و«الروضة»، ويأتي وجه ثالث: أنه يرجع بأرش الجميع وهذا كله تفريع على المذهب المشهور أنه لا يرد النصف الباقي.

وحكى الماوردي فيه خلافًا شاذًا وحينئذٍ يحصل في المسألة أربعة أوجه، ولو باع بعض العين الواحدة من البائع، ثم وجد العيب قاله: القاضي الحسين، المذهب أن له الرد ويلتحق بالبائع وارثه ونحوه، وخالف القاضي صاحباه، فقال الْمُتَوَلِّي: ليس له الرد عليه، وقال الْبَغَوِي: إنه الصحيح من المذهب، وقيل: له أخذ الأرش للنصف الباقي فعلى وجهين، انتهى.

فرع: حيث جوزنا رد البعض استرجع قسطه من الثمن قطعًا وطريق التوزيع تقدير العبدين سليمين وتقويمهما، ويقسط المسمى على القيمتين، ولو وزعا الثمن عليهما مع عينهما لأدى إلى حط وفساد دل عليه الامتحان، والصواب تقدير السلامة وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل ذكرت منها في «الغنية»، ثم المصدق في قيمة التالف البائع في الأظهر، وإن لم يجوز الإفراد

وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا. وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلِأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ.

فالأصح لا فسخ؛ لكن يرجع بالأرش عند التلف لا في حالة البيع وفيها وجه، ولو اختلفا في قيمة التالف إلى يوم العقد أو إلى يوم القبض فيه الخلاف في اعتيادها لمعرفة أرش العيب القديم.

والوجه الثاني: يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ حكاهما أبو الطيب عن بعض أهل «خراسان»، كذا في تعليقه و«الشامل» عنه، وقال: -يعني الخراسانيين- هذا هو السنة لحديث المصراة، ونسب الْعِمْرَانِي، والرافعي قول: «هذا هو السنة» إلى أبي الطيب، وهذا الوجه منصوص في «الْبُوَيْطِي».

وإذا فرعنا عليه صدق المشتري في قيمة التالف، جزم به القاضي الحسين مع نقله القولين السابقين، وقال: كل موضع كان المشتري هو الغارم فالقول: قوله، وكل موضع كان البائع الغارم فعلى قولين.

وفي «التتمة» وجه أن القول: قول البائع وسدده في «الروضة»، وهو نصه في «الْبُوَيْطِي»، والمعتبر هنا قيمة يوم التلف على الأصح بخلاف ما سبق، ولو ظهر بالثمن عيب والمبيع باقٍ.

واختلفا في قيمته فالقول: قول المشتري، قاله: القاضي الحسين.

قال: (**وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدٌ رَجُلَيْنِ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا**) هذا إذا باشر العقد؛ لأن تعدد البائع فوجب تعدد العدد، فلو اشتراه من وكيلهما جاء الخلاف في أن العبرة بالوكيل أو بالموكل، ولو وكَّل أحدهما صاحبه قال: في «البحر» في «كتاب الشركة»: فإن كان الوكيل ذكر أنه مشترك فله ذلك وإلا فوجهان: وجه المنع اتحاد العاقد، ووجه الرد تعدد المالك، بقي ما لو باع الحاكم أو الولي أو الوصي أو القيم على محجور به شيئًا صفقة فالظاهر أن النظر إلى العاقد لا إلى المبيع عليه، وإن بين أنه يبيع عن اثنين، ولم أر فيه شيئًا.

قال: (**وَلَوِ اشْتَرَيَاهُ فَلِأَحَدِهِمَا الرَّدُّ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنه رد جميع ما ملك والتفريع على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري.

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ، ....

إشارات: كان الأحسن أن يقول: في الجديد، فإن الثاني قديم مرجوع منه، ثم عبارته تقتضي أنهما اشتريا عبد رجلين وحينئذٍ تكون الصفقة في حكم أربعة عقود كما تقدم، وكأن كل واحد اشترى الربع من هذا والربع من هذا وله رد نصيب أحد البائعين وهو صحيح؛ لكن مسألة «المحرر» و«الروضة».

وأصلها معروضة فيما إذا اشترى اثنان من واحد، وكذا فرضها الأصحاب هنا، ثم إن منعنا الانفراد فذلك فيما ينقص التبعيض، أما ما لا ينقص به كالجنون فوجهان بناءً على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة ونصه في «الْبُوَيْطِي» شاهد للأول فليكن هو الأصح.

ونقل ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: أن الشَّافِعِي ﷺ نص في «الأم» على الجواز في هذه الصورة أيضًا.

قال: (**وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي قِدَمِ الْعَيْبِ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ**) إذا ادعى حدوثه وهو محتمل، أو أجاب بأنه ليس لَه الرد كما سيأتي بيانه؛ لأن الأصل لزوم العقد وعدم العيب في يده وتحليفه لاحتمال صدق المشتري، ولو ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر، قال ابن الْقَطَّان في «المطارحات»: فالقول قول المشتري؛ لأن الرد ثبت بإقرار البائع فلا يبطل بالشك وجعل ذلك قاعدة حيث كان العيب يثبت الرد، فالقول: قول البائع حيث كان يبطله فالقول: قول المشتري، وهذه المسألة نقلها الأستاذ في «شرح الوسيط» عن النص فقال: ولو اتفقا على عيب قديم وتنازعا في آخر فالقول قول المشتري؛ لأن المقتضي للرد متفق عليه.

وحُكي أن الشَّافِعِي أجاب بهذا لما سئل عنه، وفي «الوسيط» أنهما لو اختلفا بعد التحالف وانفساخ البيع في قدم العيب وحدوثه فالقول: قول المشتري، فإن زاد العيب فالقول: قول المشتري نص عليه في باب بيع العروض وهو الأصح.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو شرط أنه كاتب فمات عند المشتري قبل أن

عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ.

يختبره فالقول: قول المشتري، بخلاف دعوى العيب عملًا بالأصل فيهما.

وذكر شُرَيْح الرُّويَانِيّ: أن المشتري لو قال: لم أجده كاتبًا، وقال البائع: سلمته إليك كاتبًا إلا أنه نسيه عن جده رواية وجهين:

وجه: تصديق البائع أن العقد قد صح في الظاهر والمشتري يروم فسخه.

ووجه: تصديق المشتري أن الأصل عدم تسليمه على تلك الصفة وكان الغرض فيما إذا مضى زمن يمكن في مثله نسيان الكتابة.

قال: (عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ) أي: يكون يمينه مثل جوابه، وإذا قال: ليس له الرد عليَّ بهذا، أو لا يلزمني قبوله حلف لذلك ولا يحلف التعرض لعدم العيب يوم البيع، ولا يوم القبض بجواز أنه أقبضه معيبًا وهو عالم به، أو أنه علم به بعد القبض ورضي به، ولو اعترف به صار مدعيًا مكلفًا بالبينة.

ولو قال في الجواب: ما بعته إلا سليمًا، أو ما أقبضته إلا سليمًا فالأصح أنه يحلف على ما أجاب ولا يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق الرد ولا يلزمه قبوله.

وقال الدارمي: إن قال: لا يستحق علي رد؛ حلف، وإن قال: لا يستحق بالعيب رد بعد إقراره به، فقول المبتاع إذا تخلى البائع حلف المبتاع، قال: فإن تخلى بطل، انتهى لفظه.

تنبيهات: إحداها: إنما يحلف على البت لا على نفي العلم، ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد واطلع على خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشهادة بالاعتبار والعدالة وغيرها، وعند عدم الاختيار يجوز الاعتماد على ظاهر الحال إذا لم يعرف ولا ظن خلافه والورع لا يخفى.

الثانية: حلف على حدوثه ثم تخالفا لأمر اقتضاه وفسخ فقال البائع: صدقني الشرع في الحدث فأريد الأرش لم يسمع منه؛ لأنه صدق لما كان مدعى عليه فيحلف الآن المشتري على عدم حدوثه عنده ولا شيء عليه، ونظيره مطلب الوكيل إذا ادعى تسليم الثمن إلى الموكل صدق بيمينه؛ لأنه أمينه، فلو حلف ثم خرج المبيع مستحقًا أو غرم الوكيل لم يرجع بالغرم على الموكل.

قال المصنف: [وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسِّمَنِ تَتْبَعُ الْأَصْلَ، ....

الثالثة: سبقت وهنا أليق اختلفا في صفة هل هي عيب صدق البائع بيمينه؟ فإن عرف من غيرهما فلا بد من عدلين عارفين على الأصح، ولو ادعى علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد صدق المشتري بيمينه.

وقال ابن الْقَطَّان: إذا قال: أريتك العيب وأنكر المشتري تحالفا، كما لو اختلفا في قدر الثمن والأكل ذكره في آخر القراض من فروعه.

قال الشارح: (**وَالزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ كَالسِّمَنِ**) أي: وتعلم العبد الحرفة والقرآن وغيره من العلم الشرعي، وكبر الشجرة.

(**تَتْبَعُ الْأَصْلَ**) ولا شيء على البائع بسببها لعدم إمكان إفرادها.

قال الشارحون: تبعًا لجماعة منهم، ومنهم الرَّافِعِي والمصنف، وهذا مطرد في كل باب إلا الصداق فإنهما قالا: في أوائل التفليس: إن الزيادة المتصلة من كل وجه كالثمن وتعلم الصنعة وكبر الشجرة فلا عبرة بها، وللبائع الرجوع من غير شيء يلزمه الزيادة، وهكذا حكم الزيادات في جميع الأبواب إلا الصداق فإن الزوج إذا طلق قبل الدخول لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها، ثم قالا: بعده بأوراق وأما تعلم العبد القرآن والحرفة والكتابة والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين أي: في الصفة المحضة إذا زادت قيمة العين بها كما سيأتي ثم قالا: وقيل: هي أثر قطعًا كالثمن، انتهى.

وهذا ما جزما به من قبل ونقله في «البيان» عن عامة الأصحاب وعن صاحب «التلخيص» اطراد القولين فعلى طريقة القطع ما ذكراه من الاطراد، وسنوضح ذلك في التفليس إن شاء الله تعالى، وأما على طريقة القولين فلا، وهل يكون المشتري عليها شريكًا بالزيادة كالمفلس هناك؟ الظاهر نعم ولم أر فيه نصًا، ولا يعمل هنا أيضًا عما سيأتي إن شاء الله تعالى في ورق الثوب والبيدق ونحوهما، وأما أغصان الشجر كغيرها، وقيل: كالثمار ولو كان المبيع غزلًا فنسجه.

قال الْمُتَوَلِّي: هناك ففيه القولان أي: في الآثار هل تعطى حكم

وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأُجْرَةِ لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ، وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ

الأغصان، وعن الرُّويَانِيّ وغيره هنا أن النسج عيب، فإذا ظهر النسج على عيب قديم فقولان: أصحهما عند الرُّويَانِيّ: يخير البائع بين بدل أجرة النسج وأخذه، أو غزله والأرش؛ لأن الفسخ زيادة عمل مقابل بعوض.

والثاني: يخير المشتري بين الرد ولا أجرة وبين الإمساك وأخذ الأرش؛ لأن النسج أثر لا عين سبقت مسألة الصبغ وعمارة الدار، ومسألة النسج تشهد على مسائل كثيرة هنا في الزيادات المتصلة، هل هي تعطي حكم الأعيان والآثار؟ فلا يعبر بإطلاق من أطلق هاهنا، وقال الماوردي: لو خاط الثوب ثم علم العيب استحق الأرش فإن رضي به البائع فإن بذل الأجرة فله أخذه مخيطًا.

تنبيه: قد يفهم إطلاق المصنف أنه لو اشتراها حائلًا فحبلت عنده، ثم ردها حُسِبَ بقول: إن الحمل ليس بعيب أن البائع يفوز به، وبه جزم القاضي الحسين وجعله كالثمن، وقال القاضي أبو حامد: إنه أولى القولين.

وقال الشيخان: إن قلنا: أنه يأخذ قسطًا من الثمن كما هو الأصح فيأخذه المشتري إذا انفصل على الصحيح، وقيل: يأخذه البائع لانفصاله عند الرد، ثم قالا في التفليس: إن الأظهر عند الجمهور أنه يرجع فيها حاملًا؛ لأن الحمل مانع في البيع فكذا هنا وفيه إشكال، والفرق بين البابين بعيد أو يستحيل والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالْوَلَدِ وَالْأُجْرَةِ**) أي: والثمرة وكسب العبد وغيره الوطء بشبهة ونحوها.

(**لَا تَمْنَعُ الرَّدَّ**) أي: إذا لم يحصل لها نقص ولا عيب.

(**وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبْضِ**) لأنه ﷺ «قضى أن الخراج بالضمان»(١)

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٧٦، رقم ١٤٧٧٧)، وأحمد (٦/ ٤٩، رقم ٢٤٢٧٠)، وأبو داود (٣/ ٢٨٤، رقم ٣٥٠٨)، والترمذي (٣/ ٥٨١، رقم ١٢٨٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢٥٤، رقم ٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤، رقم ٢٢٤٣)، والحاكم (٢/ ١٨، رقم ٢١٧٦)، والبيهقي (٥/ ٣٢١، رقم ١٠٥١٩) والشافعي (١/ ١٨٩)، وابن الجارود (١/ ١٥٩، =

وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

صححه الترمذي والحاكم.

قال **الرَّافِعِي**: ومعناه إنما يخرج من المبيع من غلة وفائدة فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف لكان من ضمانه، والمراد بالضمان ضمان الملك معنى أنه يتلف على ملكه؛ لأن الألف واللام للعهد والمعهود، وفي الحديث «**كان ملكًا له**»(١). ووقع في كتاب «الأزهري» من أصحابنا على المختصر: أنه إذا اشترى عبدًا بيعًا صحيحًا أو فاسدًا فاستعمله، ثم رده فالعلة للمشتري وهذا في البيع الفاسد غلط بلا شك.

قال: (**وَكَذَا قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ**) تفريعًا على أن الفسخ يرفع العقد من حينه، وهو الصحيح، وقيل: يرفعه من أصله إذا كان الفسخ قبل القبض لضعفه، وقيل: يرفعه من أصله قبل القبض.

قال **ابن الرِّفْعَة**: ولكن ليس على رتبة واحدة.

والمشهور في الإقالة أنها من حينه من غير خلاف إذا عرف هذا الأصل، فمن قال: من حينه قال: الزيادة للمشتري، ومن قال: بالثاني قال: يرد الزيادة قبل القبض، ومن عم فقياسه رد الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض.

وفي «الوجيز»: شيء حملوه على طغيان العلم، ثم المراد بارتفاعه من حينه ارتفاع الملك في المبيع فقط دون فائدة.

فوائد: قال: (**وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلًا فَانْفَصَلَ رَدَّهُ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ**) تفريعًا على أن له حكم ومقابلة قسط من الثمن، وتحبس على استيفاء الثمن، وقيل: لا حكم له فيرد الأم دونه، والأصح في الأمة المنع قبل تبين التفريق وشرط الرد وكيفما قدر ألا يكون حصل لها بالوضع نقص، فإن حصل، فلا رد.

وقال **ابن الرِّفْعَة**: إذا قلنا العيب الذي يقدم نسبة من ضمان البائع وهو

= رقم ٦٢٦) وأبو يعلى (٨/ ٨٢، رقم ٤٦١٤)، وابن حبان (١١/ ٢٩٨، رقم ٤٩٢٧) والديلمي (٢/ ٢٠٥، رقم ٣٠١٠).

(١) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ١٦٣).

....

الأصح فينبغي أن يرد وأيده بما لو أصدقها أمةً حاملًا فحملت في يده، ووضعت في يده، ثم طلقها، فإن الرَّافِعِي حكى في نسبة النقص إليه أو إليها وجهين، وسبق أنه إذا علم بزواجها ثم وجد عيبًا بعد إزالة الزوج البكارة لا رد عند الْمُتَوَلِّي، وأنه المختار.

قال الرَّافِعِي: يرد فإن ثبت ما أخبر به وكانت المسألة هنا مع العلم اندفع ما قاله ابن الرِّفْعَة، وإلا فالقبول أقوى وهو لازم للرافعي؛ لأنه ذكر الحكمين في الموضعين، وينبغي أنه إذا لم يعلم المشتري بالحمل أن يحال النقص بالوضع عليه، ويحمل الشرط المذكور هنا على أنه لو علم وهو ظاهر على اختياري لا على ما قاله الرَّافِعِي، وفي المسألة مزيد كلام ذكرته في «الغنية».

تنبيهات وفوائد: أحدها: حملت الأمة عنده، ثم علم العيب قبل تبين التفرق وتمكن من الرد؛ فالأصح أنه لا يردها دون الولد، وجزم الجرجاني.

ويؤيده ترجيحهم المنع في الرهن، وأنهما منعا معًا، وجوز الجماعة التفريق هنا للضرورة، وفي الفرق نظر، وفي المفلس لا يعرف؛ لأن ماله مبيع كله، وفي رجوع النظر في الصداق لا يفرق أيضًا، وإذا منعنا الرد هنا وهو الأصح، فالمنقول أنه يجب الأرش ويأتي وجه سبق في التوقع البعيد، ولو لم يعلم بالعيب أو لم يتمكن حتى جاء سن التفريق لو كانت بهيمة ردها وأمسك الولد والقرض في جميع هذه المواضع حيث لم يجد فيه عيبًا.

الثانية: حملت عنده وردها حاملًا سبق كلام الرَّافِعِي في ذلك وممن وافقه الماوردي، وقال: إذا قلنا: الحمل للمشتري فله حبسها حتى تضع.

وإن قلنا: للبائع فلا، ووافقه الْجُورِي على جواز الجنس. وقال: إنه إن ردها تبعها الحمل ويكون تاركًا لحقه، وليس له استثناؤه، بخلاف ما لو اشترى الجارية الموصى له بحملها، ثم ردها بعيب لا يتبعها الحمل.

وإذا قلنا: الحمل عيب أو لم نقل فحصل به نقص فله الأرش، وقيل: يمسكها ليردها بعد الوضع إن لم ينقصها الوضع.

……

الثالثة: الحمل يندرج في المعاوضة، وفي اندراجه في غيرها من العقود والفسوخ قولان حتى الهبة، نقل الإمام أن الجديد فيها المنع، وكلام الشيخين يقتضي الجزم فيها بالاندراج، وفي الرهن الأصح الاندراج فسلكا طريق البناء في كل المواضع إلا في الفلس لميل الأكثرين إلى خلافه، وكلام الأئمة مضطرب فيه.

والذي يظهر أحد أمرين: القول بالتبعية في كل المواضع، أو القول به في عقد المعاوضة وفسخه دون سائر العقود والفسوخ؛ لأن الفسخ يلي العقد، ويظهر من هذا ترجيح التبعية في الفلس كما نص عليه، وفي الرد بالعيب والثمر غير المؤجرة أولى يوم الاندراج؛ لكن الأصح فيها الاندراج، وأما الصوف واللبن الذي حدث لم يوجد.

فقال القاضي الحسين: إنهما للمشتري لا يتبعان في الرد، والأصح خلافًا كالحمل، ويلزم الرَّافِعِي أن يقول لا يتبعان كالحمل عنده؛ بل أولى وقد قال: إنه يرد الصوف، ولم يذكر مسألة اللبن هكذا ذكروه، وفي ترجيح تبعية اللبن نظر وسبق ما يقتضي الجزم بخلافه، ولو حدث الصوف عنده فجزَّه ثم ردها بعيب بقي المجزوز له، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزَّه رده معها.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا أمكن معرفة العيب بغير الجزِّ امتنع الرد، وإن جزَّه ثانيًا فالثاني له، وإن حدث الصوف ولم يجزه حتى رد فسبق حكمه.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه يرده، وهو خلاف ما سبق عن تعليقه، ولو اشتراها وعليها صوف فطال، ثم ردها بعيب قبل الجز.

فإن قلنا: الصوف تابع في الرد فذاك.

وإن قلنا: إنه للمشتري فمقضيًا بأنه يكون بينهما، فإن اتفقا وإلا فصلت الخصومة بطريقها، وإن جُزَّ قبل الرد فيزداد النظر هنا في أنه إذا ردها يكون المجزوز مشتركًا بينهما، وقد يكون كل مانعًا من الرد، ولو اشترى أرضًا فيها أصول كرات ونحوه وأجَّلنا في البيع فنبت في مدة، ثم ردها بعيب بقي النابت له.

وفرَّق الرَّافِعِي بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزءًا من الأرض؛ ولهذا

وَلَا يَمْنَعُ الرَّدُّ الِاسْتِخْدَامَ وَوَطْءَ الثَّيِّبِ، وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

لا يدخل الظاهر منها في ابتداء البيع.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُ الرَّدُّ الِاسْتِخْدَامَ**) أي: إجماعًا.

(**وَوَطْءَ الثَّيِّبِ**) عندنا قياسًا عليه، فإن وطأها البائع أو أجنبي مطاوعةً عالمًا زنا فعيب إن كان قبل القبض رد به، أو بعده منع وفيه ما سبق عن القاضي في المشتهرة به، وإن كان مشبهة أو مكرهة فلا إثم إن كان بعد القبض وجب المهر على الواطئ، أو قبله وجب على الأجنبي، وفي وجوبه على البائع وجهان بناءً على ما يأتي في جنايته.

قال: (**وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ بَعْدَ الْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ**) أي: ممن كان فيمتنع الرد كسائر العيوب الحادثة إلا إذا كان الوطء بزواج سابق فقد سبق حكمه، وإن كان الأحسن أن يقول: وزوال البكارة لما فيه من الشمول.

قال: (**وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ**) أي: ألا يكون من الزوج فحكمه ما سبق، وإن كان من أجنبي لا ما له الافتضاض فعليه ما نقص من القيمة، أو تاليه ففيما يلزمه وجوه واضطرب كلامه في «الروضة» في ذلك.

فقال: هنا فيه وجهان: أصحهما يلزمه مهر مثلها بكرًا لا غير.

والثاني: مهر مثلها ثيبًا وأرش البكارة، وقال في وطء الغاصب: يلزمه مهر ثيب، وأرش بكارة في الأصح.

والثاني: مهر بكر فقط وذكر مثله في الديات.

وقال: في باب البيوع المنهي عنها في الكلام على البيع الفاسد يجب مهر بكر وأرش البكارة، أما مهر البكر فللاستمتاع ببكر، وأما الأرش فلإتلاف البكارة فرجح هنا مهر بكر فقط وعكسه في الغصب والجنايات وجزم في البيع الفاسد بما ذكرنا إذا عرفت هذا، فإن أجاز المشتري وتم العقد فالجميع له، وإن ماتت قبل القبض فأرش البكارة للبائع، وفي مهر الثيب وجهان بناءً على أن الرفع من حينه أو من أصله، وإن فسخ المشتري فقدر أرش البكارة للبائع

فَصْلٌ: التَّصْرِيَةِ حَرَامٌ تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ، ....

والباقي للمشتري، وكذا جزما به وكأنه تفريع على أن الرفع من حينه، وإن افتضها البائع، وقلنا جنايته كالآفة وأجاز المشتري فواضح، وإن قلنا: كالأجنبي فحكمه حكمهن، وإن افتضها المشتري استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم، فإن افتضها فعليه الثمن، وهل عليه مهر ثيب إن افتضها؟

ثالثه: يبني على أن الفسخ رفع من حينه أو من أصله كذا قالاه، وجعل القاضي الحسين ذلك تفريعًا على قولنا أرش البكارة يفرد، فإن قلنا: لا يفرد فيقرر من الثمن ما يقابله باعتبار القيمة.

وفي الباقي من المهر الوجهان، فإن أفردنا الأرش وكان عُشر قيمتها فقررنا عُشر الثمن وإن لم يفرد وكان مهرها بكرًا مائة، وثيبًا ثمانين، فقررنا خمُس الثمن، ولنفرض القيمة واحدة في الموضعين، فإنه ما ذكره **الرَّافِعِي** وتبعه المصنف إنما يأتي على الوجه الضعيف القابل بإفراد الأرش، وهذا كله إذا لم يجعل وطء المشتري كوطء الأجنبي وهو الصحيح.

قال: (**فَصْلٌ: التَّصْرِيَةِ حَرَامٌ**) للنهي الصحيح سواء قصد البيع أم لا للحديث، ولما فيه من ضرر الحيوان وممن نبه عليه **الْمُتَوَلِّي**، وأما إذا صرها للبيع ولم يضر بها فلا تحريم صرح به الماوردي وغيره، وفي معنى التصرية: المصرة تركها بلا حلب مدة يتضرر فيها، وأما صره للبيع فلما فيه من الغش والتدليس والتبصر به أن يربط خلاف البهيمة ويترك حلبها يومًا فأكثر ليجتمع اللبن في الضرع فيظن المشتري غزارة لبنها.

قال: (**تُثْبِتُ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ**) أما ثبوت الخيار فلقوله ﷺ: **«لا تصروا الغنم والإبل، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»**(١) متفق عليه.

وأما كونه على الفور فقاله ابن أبي هريرة، وصححه **الْبَغَوِي**، والرافعي

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٣، رقم ١٣٦٦)، والبخاري (٢/ ٧٥٥، رقم ٢٠٤٣) ومسلم (٣/ =

وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، ....

وتابعهما المصنف، وهو على هذا القول خيار عيب ولا فرق عند هؤلاء بين أن يطلع على التصرية في الثلاث أو بعدها كالرد بالعيب.

قال: (**وَقِيلَ يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ**) للحديث الصحيح في صحيح مسلم وغيره: «**من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام**»[1] الحديث، وهذا الوجه قاله أبو حامد القاضي، ونص عليه الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم» ونقله الرُّويَانِيّ عن نصه في «الإملاء» ونقله الْجُورِي، وابن المنذر من كلام الشَّافِعِي ﷺ صريحًا.

وقال به الصيمري، والماوردي، والدارمي، وأبو النصر الْبَنْدَنِيجِي، والشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في«خلاصته» وصاحب «المعتبر».

واقتضى إيراد الرُّويَانِيّ في «البحر»، والشاشي، وابن سراقة ترجيحه وهو الصحيح عملًا بالحديث السالم عن المعارض المعتبر. قال ابن دقيق العيد في«شرح العمدة»: وهو الصواب لوجهين:

أحدهما: أن من قال بالفور قاسه على الرد بالعيب، والنص مقدم على القياس.

والثاني: أنه خولف القياس في أصل الحكم للنص، فيظهر رد ذلك ويتبع في جميع موارده، انتهى.

وهو خيار شرع ولا فرق على هذا القول بين كونه عالمًا أو جاهلًا، والمعنى فيه أن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة إلا بثلاث، وفي المسألة وجه ثالث بعيد قاله: أبو إسحاق: أنه لا يرد قبل الثلاث ولا يظهر إلا بتمام الثلاث، ووقع في نقله عنه اضطراب لا نطيل بذكره، وعبارة اللباب، والرونق فهو الخيار بعد الثلاث فيحتمل أنهما وافقا أبي إسحاق وأنهما وافقا الصحيح المنصوص.

= ١١٥٥، رقم ١٥١٥)، وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٣) والنسائي في الكبرى (٤/ ١١، رقم ٦٠٧٩) وأبو عوانة (٣/ ٢٦٢، رقم ٤٨٩٩).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٩، رقم ١٥٢٤). وأبو داود (٣/ ٢٧٠، رقم ٣٤٤٤).

....

تنبيهات وتتمات:

إحداها: إذا قلنا بالثلاث فابتداؤها من العقد أو التفرق قالا: فيه الوجهان في خيار الشرط.

ومقتضاه أن الأصح أنها من العقد، وصحح الْجُورِي أنها من التفرق؛ لأن قبل التفرق الخيار لهما فيمتنع التنشيط بالحلب وغيره، وهو حسن.

وقال ابن المنذر: ابتداؤها بعد الحلب، ولا أعلم من قاله غيره، وكأنه أخذه من قوله عليه ﷺ: **«فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا»**(١) ومن قوله أيضًا: **«فهو بالخيار ثلاثًا»**(٢) ولا جواب عنه ولو قبل أن ابتداء الثلاث من القبض لاحتمل.

الثاني: هل علة هذا الخيار تدليس البائع أو ضرر المشتري؟ فأظنه فيه وجهان يظهر أثرهما فيما لو تحفلت بنفسها، وهو أن يترك حلبها مدة بلا شد نسيانًا، أو صرها ليلّا يضيع لبنها، أو لئلا يشربه، ثم نسيها وباعها، وفي معناه ما لو صرها غيره بغير إذنه ولم يعلم، ثم باعها ففي الخيار وجهان: أصحهما عند الْبَغَوِي وبه جزم شيخه القاضي ثبوته، وعند الغزالي، وتبعه عبد الغفار وهو الأقرب إلى كلام «المنهاج» وأصله.

وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاقه بخيار العيب أو الخلف، والأصح ما رجحه الْبَغَوِي وهو مقتضى كلام الماوردي، والعراقيين، والشافعي فيه، أما لو تركها بلا حلب من شد ليراه المشتري فهو كالشد بهذا القصد قطعًا.

الثالث: ما سبق من العُرف بين العالم والجاهل على اختلاف الوجهين هو قضية كلام الرَّافِعِي وغيره، وهو على وجه الامتداد ظاهر إذا علم به بعد البيع، أما لو علم بالتصرية قبل البيع أو حالة العقد فقد أطلق الجمهور أنه لا خيار.

وقال الدارمي: إذا علمه أنها مصراة فلا خيار، فإذا علم بعد البيع فأمسك فلا خيار، وإن قال له البائع أو قامت بينة أنه قال: مصراة، فإن صدقهم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

المشتري فلا خيار، وإن كذبهم على قول القاضي فله الخيار، هذا لفظه وهو كلام مظلم وأحسب ذلك من الناقل.

وحكي أن الأصحاب قالوا على قول أبي حامد: أنه لو اطلع على التصرية بعد ثلاث لم يردها وهو مشكل، وينبغي أن يقال: يثبت الخيار ثلاثًا بالشرع، فإذا اطلع بعدها ثبت على الفور؛ لأن التصرية عيب نص عليه الشَّافِعِي ﷺ، ونص على خيار الثلاث ولا تنافي، فيجمع بينهما، ثم رأيت في تعليق على الامتداد، قالوا: لا رد لأنه خيار يثبت بالشرع للتروِّي فيفوت بانقضاء الثلاث.

وقال الْجُورِي: إذا علم بها بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب، وإنما الثلاث فسحة له إذا علم بالتصرية أول يوم أو في الثاني له أن يؤخر الرد إلى الثالث وينقطع بتأخير الرد بعد ثلاث، فأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب وهذا حسن صحيح وفي «الإبانة» و«الوسيط» ما يوافقه.

وقال الدارمي: وإن لم يحلبها حتى مضت الثلاث، ثم حلب فعرف فله الخيار، وقيل: لا ، وعبارة «الكافي» ثم إن علم بالتصرية بعد ثلاثة أيام فله الرد على الفور، وقبل مضيها فوجهان: أصحهما أنه على الفور.

قلت: قال في «التهذيب»: كما لو علم بعد الثلاث؛ لكن الظاهر أن هذا تفريع على قول الفور فلا شاهد فيه.

الرابع: سيق عن الْجُورِي أنه لو اشترط خيار الثلاث في المصراة لم يجز لإصرارها بترك الحلب، وقال الدارمي: إذا اشترى شاة وشرط الثلاث وكانت مصراة فهل مد أجل، أو يكو ن له سنة؟على وجهين وسيقا عن «فروع ابن الْقَطَّان»، وقضية ذلك صحة اشتراط خيار الثلاث.

قال الدارمي: وإن اشترط ثلاثةً وثلاثًا إن كانت مصراة فإن قلنا: استحقها بالإطلاق صح، وإن قلنا: ثلاثًا فسد البيع بشرطه، وإذا اشترى مصراةً وشرط ألا يرد بطل البيع، قاله: ابن الْقَطَّان.

الخامس: إذا لم يعلم بالتصرية حتى استمر لبنها بحالة التصرية وصار عادة

فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ.

لها فالأصح وبه أجاب الْبَغَوِي، وصححه المحاملي في «المقنع»، وابن أبي عصرون وغيرهما أنه لا خيار لعدم الضرر. وقال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لا خيار قولًا واحدًا وغلط من قال غيره، انتهى.

وصحح القاضي أبو الطيب ثبوته للتدليس وشبهوا الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله، وبالقولين فيما لو عتقت تحت عبد ولم تعلم حتى عتق، وقال الشيخ أبو حامد في «التعليق»: لا وجه لثبوت الخيار في مسألتنا وفيه نظر؛ لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الحبلة لا يوثق بدوامها، وأنها بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة ولا يخفى أن الكلام فيما إذا جعلنا الرد من نأي العيب، أما إذا جعلنا الخيار بالشرع وتبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا شك، وبنى الجرجاني الوجهين على أن هذا خيار خلف أو عيب إن قلنا: خلف فلا رد، وإلا بنى على الوجهين في علم العيب بعد زواله.

قال: (**فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ اللَّبَنِ رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ**) للحديث، وهو الصحيح المنصوص، فاتفق الأصحاب على جواز ردها بعد تلف اللبن للحديث ولم يخرجوه على الرد بعد تلف بعض المبيع إلا ابن أبي الدم فإنه قال: فيه وجه حكاه الإمام أنه إذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة قياسًا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ولم أره في «النهاية»، وكأنه اشتبه عليه بوجه حكاه الإمام فيما إذا أراد ردها بعيب غير التصرية أنه يتخرج على تفريق الصفقة رواه الشيخ أبو علي.

والذي قطع به الأكثرون ونص عليه الشَّافِعِي أن له ردها بالعيب ورد اللبن كالرد بالتصرية.

إشارات: منها: اللبن في غير المصراة يقابله قسط من الثمن على الصحيح، وأما في المصراة إذا ردها بالتصرية فلا خلاف فيه للحديث، وإن ردها بعيب آخر فذكر الغزالي خلافًا وافقه الرَّافِعِي عليه في أن لبن المصراة مقصود وهو مصادم للحديث، وفي ردها بعيب غير التصرية مأخذ آخر غير تفريق الصفقة وهو أن من اشترى سلعة ثم علم بها عيبًا فرضي ثم اطلع على عيب آخر هل له الرد؟

....

وجهان: الصحيح المنصوص نعم، وكذا لو اطلع على عيبين فرضي أحدهما وأراد الرد بالآخر، ولا فرق في ذلك بين البقرة المصراة وغيرها، وحكاهما الْجُورِي بقولين في المصراة، وأشار في غيرها إلى أنه لا يرد بخلاف المصراة فإن للبن بدلًا فكأنما ردها بعيب واحد وهذا المأخذ ضعيف.

ومنها: كلام المصنف يفهم أنه رد المصراة قبل تلف اللبن أنه يرده لا غير، وأن الحكم يختلف والمنقول أنه إن كان قد تغير لم يجبر البائع على قبوله، وكذا إن لم يتغير على الأصح، فكان الصواب أن يقول: فإن رد بعد الحلب فإنه إذا اطلع قبله على التصرية ردها بلا شيء، أو بعده ففيه ما بيَّناه فيرد الصاع مطلقًا، وهذا في الرد القهري، أما لو تراضيا برد اللبن جاز قاله الماوردي، والروياني، والبغوي، وقال الرَّافِعِي: لا خلاف فيه.

ومنها: قضية إطلاق وجوب رد الصاع أنه لا فرق أن يكون اشتراها بصاع أو دونه، أو بغير الثمن ولا بين كون قيمة الحيوان كقيمة صاع أو أقل أو أكثر وهو المذهب وفي بعض الصور خلاف.

ومنها: قضية إطلاقه أنه لا يتعين نوع الثمر، والمنقول عن النص أنه قال: يرد صاعًا من تمر البلد الذي هو به تمر وبسط، وقضيته أنه لا يعطي دون تمر بلده، وإن كان سليمًا وأنه يتغير تمر بلده، ويؤيده بعين غالب غنم البلد في خمس من الإبل كما هو الأصح المنصوص، ثم إذا أعوز التمر ففي قيمته وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: قيمة أقرب بلاد التمر إليه والنص يعضده.

والثاني: قيمته بـ«المدينة الشريفة»، ولم يذكر الرَّافِعِي غيره، ثم المعتبر قيمة يوم الرد قاله الْبَنْدَنِيجِي وغيره، وفي كلام الإمام أنه يعتبر القيمة الوسط ويمكن حمله على الوسط من الأنواع ليوافق قول: الْبَنْدَنِيجِي؛ لكن قول: الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر يخالفه وأنه لا يعتبر وقت الرد وما قاله العراقيون أولى.

وَقِيلَ: يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ، ....

ومنها: لو تعددت المصراة والصفقة واحدة هل يتعدد الصاع؟ لم أر فيه كلامًا لأصحابنا، ونقل ابن قدامة الحنبلي وغيره منهم عن الشَّافِعِي تعدد الصاع، واختلف المالكية فيه، وإلى عدم التعدد ذهب ابن حزم، وزعم ابن الرِّفْعَة أنه ظاهر الحديث، وأن أصحابنا لا يسمحون به، وهذا منه يفهم أنه لم يرى فيه نقلًا ومقتضى المذهب التعدد. وقال ابن عبد البر: ينبغي ألا يجب في لبن شياه أو نوق أو بقرات عدة إلا الصاع عادةً وتسليمًا.

ومنها: يؤخذ من كلام المصنف أنه لو رضي بالتصرية بعد الحلب، ثم اطلع على عيب آخر أن له الرد كما هو المشهور، وأنه يرد معها صاع تمر كما نص عليه الشَّافِعِي، وجرى عليه الجمهور، وقيل: تجري على تفريق الصفقة كما أشرنا إليه من قبل وليس بشيء، ويخرج من كلامهم أن البائع لو أتلف الثمن وهو صاع تمر من النوع الذي يلزم المشتري رده، ثم ردها المشتري أنهما يقعان في التقايض إذا أجريناه في المثليات كما هو الأصح المنصوص خلافًا لترجيح الرَّافِعِي وغيره.

قال: **(وَقِيلَ يَكْفِي صَاعُ قُوتٍ)** قاله ابن أبي هريرة، وابن سُرَيْج، والإصطخري، وابن سلمة، وجعل محله إذا عدم التمر، والمشهور جريانه مطلقًا، ثم نقل الجمهور تفريعًا عليه وأن المعتبر في كل بلد قوته.

وقال الْمُتَوَلِّي: لا يختلف المذهب أنه لو رد بالتمر جاز، وأنه لو رد بدله شيئًا آخر كالحنطة والشعير يجوز، وهل يلزم البائع قبوله؟وجهان، فحصل ثلاثة أوجه، وقيل: صاع من الأقوات المزكاة.

قال الإمام: إلا الأقط(١)، وقيل: يجوز مثل اللبن أو قيمته إذا أعوز المثل، وهذه الأوجه الأربعة ضعيفة سواء قلنا بالتخيير، أو باعتبار الغالب لنص الحديث على التمر.

---

(١) الأَقِطُ: شيء يتخذ من اللبن المَخيض يطبخ ثم يترك ثم يَمْصُل، والقِطعة منه أَقِطةٌ. [تاج العروس مادة: (قط)].

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ، ....

واعلم أن القول: بتعين الثمن نقله الأصحاب عن أبي إسحاق، ونقلوه عنه أنه إذا عدل إلى قوت أغلى منه أجزأه، ومقتضاه أنه إذا عدل عنه إلى الحنطة وهي أغلى اعتبارًا بزيادة الاقتيات كما صححوه في الفطرة أنه يجوز، فالقول: بتعين الثمن على الإطلاق، قل من نقله، والعهدة فيه ظاهر الحديث والنص وهو ظاهر كلام «الكتاب»، ومن يعتمد في الصحيح موافقة المعظم يحتاج إلى بيانه هنا، ولا يلزم العدول إلى الأغلى هناك العدول إليه هاهنا، إذ المقصود هناك سد الخلة، وهنا قطع النزاع مع ضرب بعيد، وإنما حمل الأصحاب على الخلاف هنا رواية أبي داود: **«ورَدَّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحًا»**[1] وهي ضعيفة.

وقال الدارمي: إن وجد الثمن أعطاه ما لم يبلغ قيمة الشاة أو أكثر منها، فإن بلغ فإنا نحكم حينئذٍ بقيمة صاع بالحجاز على جاري العرف، قاله: المروزي، فإن لم يجد تمرًا أصلًا فقيمته، انتهى.

والمروزي هو أبو إسحاق، وهذا غير ما حكوه عنه فيما سبق.

فرع: لو تراضيا على إبدال الثمن بغيره جاز مطعومًا كان أو نقدًا.

وقال ابن المنذر: لا يجوز؛ لأنه يقع الطعام قبل قبضه، وحكى ابن كج في إبدال التمر بالبر وجهين: فيحتمل أن يخصه بالطعام، ويحتمل أن يعم لمأخذ ابن المنذر، أو لمأخذ آخر، ولو تراضيا على الرد بغير شيء؛ فالظاهر جوازه، وقيل: يحتمل المنع بناء على منع تفريق الصفقة شرعًا، وهذا بعيد.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الصَّاعَ لَا يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ اللَّبَنِ**) لإطلاق الحديث، وقطعًا للنزاع وهذا نصه في «الأم» والثاني: يتعذر بتقدير اللبن لرواية أبي داود السابقة، إذ فيها: **«رد مثل أو مثلي لبنها قمحًا»** ويحتمل الأمر بالصاع على أنه كان في وقت علم أنه قدره فينظر قيمة اللبن فيؤدي بقدرها زاد على الصاع أو نقص، وهو ضعيف، وقد سوى في الحديث بين الإبل والغنم مع اختلاف ألبانها.

قال الرَّافِعِي: ثم منهم من خصه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة

---

[1] أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧١، رقم ٣٤٤٦) والبيهقي (٥/ ٣١٩، رقم ١٠٥٠٤).

وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ ....

الشاة، وقطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه(١).

قال: ومتى قلنا بالثاني قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلًا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة، انتهى.

وهذا كلام عجيب؛ لأنه مفرع على أن الواجب بقدر اللبن، وصدر هذا التفريع اعتبار التمر والحيوان وآخره يقتضي سنة اللبن من الحيوان، وهو غير ملتئم، والذي قاله الإمام: إنَّا إن لم نر إيجاب الصاع يعتبر قيمة التمر والحيوان، فإذا فعلنا جرى الأمر في القدر على الحد المطلوب، وفي نقل هذا الوجه وتجويزه خبط طويل نذكره إن شاء الله تعالى في التوسط.

قال: (**وَأَنَّ خِيَارَهَا لَا يَخْتَصُّ بِالنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ**) وأما ثبوته في الإبل والغنم فبالنص، وأما في البقر فكلام الشَّافِعِي يشعرنا به بالقياس عليهما، وبعض الأصحاب يجعله بالنص لرواية: «من اشترى مصراة»(٢) ولكن الرواية الأخرى: «من اشترى شاة مصراة» وهما صحيحان.

فإن كان حديثًا واحدًا فالحكم للزيادة، ويعين القياس، وإن كانا حديثين قوي القول بعموم النص وفي«الحاوي» أن حكم أتان الخيل حكم الأمة، وهو الأقوى عندي، وإن كان المشهور للأصحاب خلافه وهذا قوله في رد الصاع بدل اللبن لا في أصل الخيار، فإنه لا يعد مالًا ولا يباع عادةً، ولا يؤكل غالبًا، والشافعي والجمهور إنما صوروا المسألة في النعم وهي الإبل والبقر والغنم، وليس معنا نص يقتضي التعميم إلا ما سبق، والظاهر أن الروايتين لحديث واحد، ومن تعمم يوجب الصاع في لبن الأرنب والثعلب والضبع ونحوها من الوحشيات، ولا يخفى بعد هذا عن القياس والنصوص خرجت

---

(١) في «المجموع» [١٢/ ٧١]: وعن الخراسانيين في ذكرهم الخلاف على الإطلاق في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها؛ فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزًا كخراسان.

(٢) تقدم تخريجه.

وَالْجَارِيَةَ وَالْأَتَانَ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا، وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ، ....

على ما يجعل عادة هذا في إيجاب الصاع من البعد البعيد عن القياس؛ بل أقول في ثبوت أصلي الخيار فيما ذكرنا من الوحشيات بعد.

قال: (وَالْجَارِيَةَ وَالْأَتَانَ) أي: الأهلية؛ لأن كثرة لبنها يقصد لتربية الولد.

قال: (وَلَا يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئًا) أما الجارية فلأن لبنها لا يعتاض عنه غالبًا.

قلت: وهذا التوجيه يشهد لاختياري في الخيل والأرنب ونحوها، وأما الأتان فلنجاسته على المذهب، والقول بأنه طاهر ويجوز بيعه وشربه ضعيف، وقيل: طاهر لا يجوز شربه ولا بيعه حكاه ابن الْقَطَّان، والماوردي.

قال: (وَفِي الْجَارِيَةِ وَجْهٌ) أي: أنه يرد بدله؛ لأنه مقصود، وصححه القاضي أبو الطيب، وابن أبي عصرون، ورد بنص الشَّافِعِي على أنه لو باع حلابة ذات لبن بلبن آدمية جاز، ولو كان لبنها يقابل بقسط لما جاز كالشاة، والحاصل فيها وجوه الصحيح أنه يردها ولا يرد معها شيئًا، والثاني: لا رد وليس بعيب فيها، والثالث: يردها مع الأرش إلا الصاع، والرابع: يردها مع صاع، وهو ما ذكره في الكتاب وتكلمنا عليه.

وقال الإمام: إذا أثبتنا الخيار في الجارية فإن قدرنا الثمن بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شيء، وإن أوجبنا الصاع فهاهنا وجهان، وإن كان له قيمة فهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر؟ وجهان، انتهى.

وحينئذٍ فزيد الوجوه على ما ذكرناه، وأما الأتان فالصحيح فيها ما سبق أنه يردها ولا يرد معها شيئًا، وقيل: يردها ويرد معها صاعًا كالشاة بناء على أنه طاهر مشروب، وقيل: لا يردها ويأخذ الأرش، وقيل: لا يردها ولا شيء له بناءً على أن التصرية فيها ليست بعيب، وينبغي جريان الخلاف، وإن قيل: بطهارته كالجارية فلما سبق في الخيل.

فرع: غير المصراة إذا حلبها ثم ردها بعيب جاز، ولا يرد معها شيئًا قاله الشَّافِعِي في مناظرة محمد بن الحسن، وتحقيقه أنه إن لم يكن هناك لبن مجتمع وقت الشراء أو كان يسيرًا كالرشح رد ولا شيء معها، وإن كان في ضرعها لبن

وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ، ....

مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية، فهل يردها مجانًا، أو يمتنع الرد، أو يردها وصاعًا من تمر، أو يردها وبدله لا صاعًا؟

وإن قلنا: لا يقابل بقسط ردها بغير شيء وإلا رد معها ما سبق وجوه.

قال الشارح: والأقوى أنه إذا قلنا إنه مقابل استرد معها صاعًا من تمر كالمصراة وهو الوجه الثالث، وقول الْبَغَوِي وفي الحقيقة ليس في المسألة إلا أربعة أوجه، انتهى.

قال: (**وَحَبْسُ مَاءِ الْقَنَاةِ، وَالرَّحَى الْمُرْسَلِ عِنْدَ الْبَيْعِ**) أي: أو الإجارة وجميع المعاوضات.

(**وَتَحْمِيرُ الْوَجْهِ، وَتَسْوِيدُ الشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ**) أي: التجعيد المحبوب.

(**يُثْبِتُ الْخِيَارَ**) قياسًا على التصرية بجامع التدليس، ولا بد أن يكون ذلك بحسب لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع، بحيث لا ينسب المشتري إلى تقصير، وأن يكون بفعل البائع أو غيره بإذنه وأن يجعد بنفسه، فكما لو تجعدت بنفسها قاله بعض الشارحين، وجزم الفوراني في «الإبانة» وتابعوه عليه بأنه إذا تجعد الشعر بنفسه، ولا خيار صح، والأشبه يخرجه على ما لو تجعدت بنفسها، وقضية كلام الأكثرين هناك ثبوته وهو الظاهر هنا، ويؤيده كلام «الحاوي» و«العمدة» وغيرها هنا، فإن عباراتها تقتضي عدم الفرق بين الحالين.

ولفظ الشَّافِعِي في «الأم» في كتاب السلم: ولو جعدت له وقد اشتراها نقدًا بغير صفة كان بالخيار في ردها إذا علم أنها سبطة؛ لأنه اشتراها على أنه يرى أنها جعدة، والجعدة أكثر ثمنًا من السبطة، انتهى.

وقيل: كذلك اسوداد الشعر بنفسه، أي: يخرج على الخلاف في التجعد، وعجب اسوداده بنفسه، والظاهر أن خضابه بحمرة يشبه الشعرة كالتسويد، ثم الخيار عند تجعيده محله إذا رآه المشتري، أما إذا لم يره وصححنا البيع فلا خيار، ولينظر فيما لو انحبس ماء القناة بنفسه أو حبسه غيره لا لمواطأة منه،

لَا لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ].

(باب الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ)

قال المصنف: [فَإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ، ....

هل يكون حكمه ما قدمناه، أو يفرق بين أن يعلم بذلك وسكت، أو لا يعلم به بأن كان غائبًا عنه حين رآه المشتري ونحوه؟.

إشارات: من الأمثلة ما إذا ابيض وجهها بالطلاء وكان أسمر وحمره بالدمام ثم بان أصفر وأرسل زنبورًا على وجهها فانتفخ، أو وضع قطنًا في شدقيها، أو صبغ الحمار ونحوه، أو نفخ فيه أو لون زجاج يكون بلحش أو غيره من الجواهر، أو دهن شعر الدابة قاله المحاملي في «المقنع» وما أشبه هذا، ولو بسط شعر الجارية فبان جعدًا أي: التجعد الحسن لم يثبت الخيار على الأصح، وقيل: قطعًا والاتفاق في خلف الأعلى كونه مقصودًا، والخلاف في الأدنى كونه لا يقصد غالبًا، ولم يصرحوا في هذه الأمور بأن العبد فيها كالأمة، والظاهر التسوية بينهما، ولا شك فيها في بعضها.

قال: (لَا لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلًا لِكِتَابَتِهِ فِي الْأَصَحِّ) لتقصير المشتري بعدم امتحانه والسؤال عنه، والثاني: نعم للتلبيس والتدليس ويجري الوجهان في الثانية ثوب الكنية وتسويد أنامله وإلباسه ثياب الجبارين ونحوهم، وعلف البهيمة حتى ينتفخ بطنها فيخيل حبلها، وإرسال الزنبور على ضرعها لينتفخ فيخيل أن فيه لبنا أو كثرة لبنها ولا أثر لنقطة مداد على ثوبه قطعًا، وأجرى الْمُتَوَلِّي الوجهين فيما لو ألبسه ثوب الأتراك ليظن المشتري أن المملوك تركي وكان روميًا مثلًا، وعن الشيخ أبي حامد أنه يرد بظن الحمل لا الكتابة، ووجه مقابلة أن امتلاء بطنها ليس إليه بل إلى الله تعالى وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: (فَإِنْ تَلِفَ) أي: بآفةٍ سماوية.

(انْفَسَخَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ الثَّمَنُ)؛ لأنه قبض مستحق بالبيع فإن تعذر انفسخ البيع كما لو تفرقا في الصرف ونحوه قبل التقابض.

واعلم أنه ليس المراد هنا بالسقوط التخصيص بما في الذمة كما هو

....

المستعمل إذ لا فرق في الحكم بين الثمن المعين وما في الذمة، قبضه البائع أم لا؛ بل المراد انقلاب الملك فيه إلى المشتري كما ينقلب ملك المبيع إلى البائع، وهل يقدر ذلك قبل التلف أو يرتفع العقد من أصله؟ وجهان أصحهما أولهما ويشهد لمقابلة إلحاقه بالصرف، وقول الشَّافِعِي: كانا في معنى من لم يبع.

وحقيقة هذا الوجه كما قال الإمام: أنا نتبين بالأجرة ألا عقد، وهما مفرعان على كون الرد يرفع العقد من حينه، فإن قلنا من أصله فهنا أولى، وعليهما تخرج الزوائد الحادثة في يد البائع والأصح أنها للمشتري، ويتصرف فيها قبل القبض، وتكون أمانة في يد البائع، ولو هلكت والأصل بحاله فلا خيار وليس للبائع حبسها، وفي معنى الزوائد وكان يجده للعبد وما يحصل بيده منقول هبة أو وصية، كذا قاله الرَّافِعِي، وقال غيره: إن ذلك يكون للمشتري قطعًا وعلى الوجهين مؤنة تجهيز العبد ودفنه وما أشبه ذلك على البائع.

فائدات: الأولى: ذكر القاضي الحسين للانفساخ علتين: إحداهما: تعذر التسليم، والثانية: وقوع الناس عنه وبني عليهما الخلاف في اختلاط الثمار وغيرها كاختلاط العصفور بعصافير، وانسياب الحب على غيره، ومسائل أخر منها: لو وقعت الدرة المبيعة في البحر انفسخ للمعنيين، أو في واحد فوجهان، ولو أبق العبد لم ينفسخ على الصحيح فيهما، أو حيوانًا وتمكن تخرجه على المعنيين.

وكذا لو ذهب في نهب أو غارة، وذكر غيره أن في معنى التلف عرف الأرض أو وقوع صخرة عليها لا يمكن رفعها على الصحيح فيهما، أو حيوانًا لم يألف ذهابًا وإيابًا كالطير والصيد المتوحش فيطير أو ينقلب، وانقلاب العصير خمرًا كالتلف في الأصح، وإن عاد خلًا وقضية كلام الروضة في كتاب «الرهن»: أن الأصح أنا نتبين أن البيع لم يبطل ولكن للمشتري الخيار.

الثانية: دعوى العبد الحرية قبل قبضه إذا صدقناه وحكم بحريته، قال ابن الرِّفْعَة: كالتالف فيما يظنه ولو كان بعد القبض، قال القاضي الحسين: لم يرجع المشتري على البائع بالثمن لتفريطه بعدم السؤال عند الشراء بقوله: أنت

عبد أم لا؟ فلو تذرع منه ببينة رجع بالثمن لأنها حجة قوية تبطل كل يد، واليمين حجة ضعيفة لا تبطل اليد، انتهى.

وتبعه صاحبه القاضي الإمام أبو الحسن السبكي في شرحي «المهذب» و«المنهاج» وهو عجب منهما، والمذهب خلاف ما قاله القاضي، فأقول: إذا ادعى البالغ العاقل حرية الأصل صدق بيمينه سواء سبق ذلك استخدام المدعي وتسلطه عليه أم لا، سواء تداولته الأيدي وجرى عليه البيع مرارًا أم لا، هذا ما جزم به كثيرون ومنهم الرَّافِعِي، وقال شُرَيْح الرُّويَانِيّ: قبل قوله لأن الأصل الحرية، وقال بعض أصحابنا: إن المذهب أن القول قول ذي اليد ثم إن كان قد اشتراه من غيره وحلف على نفي رقه فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ قال الرَّافِعِي في «الدعاوى»: أطلق ابن الحداد أنه لا يرجع عليه به.

وفصل أكثرهم فقالوا: إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق فيرجع كما لو أقام بينة على الحرية؛ لأنه لم يؤخذ منه ما يبطل الرجوع، وإن صرح بذلك فعلى وجهين يعني: فإذا نازع المشتري المستحق وصرح بأنه ملك بائعه أو ملك نفسه، وأصحهما الرجوع أيضًا مهما قال ذلك على رسم الخصومة واعتماد ظاهر اليد، وقال ابن الرِّفْعَة: هناك ما أطلقه ابن الحداد هو ما أورده القاضي أبو الطيب في شرح الفروع، والقاضي الحسين في باب الإقرار للوارث وعلله بما سبق، ثم حكى عن الأكثرين ما مر، ثم قال: ولو ثبتت حريته بيمينه بعد نكول المشتري فيظهر أن يقال: لا يرجع، وإن قلنا: يرجع في الحالة السابقة، انتهى.

ولفظ «الفروع»: فيما رأيته ولو أن رجلًا ابتاع جارية وقبضها فادعت على المشتري يقول: هي أمتي؛ حلفت وصارت غير مملوكة في الحكم ولم يرجع المشتري على البائع بشيء؛ لأنه لم يثبت ما يود الرجوع بالثمن والمشتري بأنها أمة، فقال الْقَفَّالُ في «شرحه»: هذا صحيح إلى أن قال: فإذا حلفت فقولها: لا يقبل على البائع وهو يقول: هذه كاذبة ظالمة خاصة بعد إقرار المشتري بالملك للبائع وإقراره بالملك للبائع قوله: اشتريتها منك، انتهى.

وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ.

وحينئذٍ في كون ابن الحداد أطلق ولفظه ما منعناه نظر نعم كلام الْقَفَّال يفهم عدم الفرق، والحاصل أن الْقَفَّال وأتباعه خلا الْبَغَوِي على أنه لا يرجع إذا حلفت، والجمهور قالوا: يرجع إن لم يدع ملكًا، وكذا إن ادعاه على الأصح.

فروع: لو ادعى البائع هلاك المبيع صدق بيمينه على الصحيح كالغاصب، قاله: الرُّويَانِيّ، وكان الغرض فيما إذا لم يذكر السبب أو ذكر سببًا خفيًا، أما لو ذكر سببًا ظاهرًا فالظاهر أنه لا يصدق إلا بعد إقامة البينة على أصل السبب إلا أن يعلم عمومه كالمودع وأولى لو جحد البائع المبيع فللمشتري الفسخ لإسقاط الثمن عن نفسه قاله الْبَغَوِي وغيره.

أطلق الشيخ أبو حامد وغيره الانفساخ قبل القبض سواء كان قد عرضه على المشتري فلم يقبل أم لا، ولعل المراد ما إذا استمر بيد البائع، أما لو أحضره ووضعه بين يدي المشتري فلم يقبله فالأصح عند الشخصين وغيرهما حصول القبض، وحكى الغزالي الوجهين، وقال في موضع: إنه إذا امتنع ولم يقبض فتلف بيد البائع ومن ضمانه وصوره ابن الرِّفْعَة بما إذا كان المبيع والعقد بمكان لا يختص بأحدهما فطالب المشتري بنقله فامتنع، وقال: إنه لا خلاف فيه.

واعلم أن مفهوم قول المصنف قبل قبضه يقتضي أنه إذا تلف بعد قبضه أن المبيع لا يكون من ضمان البائع وأن العقد لا ينفسخ، وهو كذلك إذا قبضه عن جهة الشراء حيث يجوز له لا مطلقًا كما أشرنا إليه في الباب قبله.

وقال الماوردي: تلفه بعد القبض وقبل التفرق يوجب الانفساخ لوجوده قبل لزوم العقد، قال: ويضمنه للمشتري بالقيمة؛ لأنه ضمان يد والمشهور خلاف قوله.

قال: (**وَلَوْ أَبْرَأَهُ الْمُشْتَرِي**) أي: لنفسه.

(**عَنِ الضَّمَانِ لَمْ يَبْرَأْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ الْحُكْمُ**) لأنه أبرأ عما لم يجب بعد، والثاني: يبرأ لوجود السبب، وقوله ولم يتغير الحكم تأكيد لا يضر طرحه، وقد أطلق الْبَغَوِي وغيره القولين.

وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ، ....

ونجيب: بأن اشتراط القبض في الربويات لا يسقط بذلك لحق الله تعالى وليتحقق عدم الربا فلا يتمكنا من إسقاطه قطعًا.

قال: (**وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي**) أي: لنفسه.

(**قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ**) كما لو أتلف المغصوب في يد الغاصب، وكذلك حكم إيلاده وإعتاقه ووقفه إن نفّزناهم، وقيل: إتلافه ليس نقص وعليه قيمته للبائع ويسترد الثمن وسلف من ضمان البائع كذا نقله الرَّافِعِي، وعلى الإمام في باب الرهن والحمل عن صاحب التقريب أن القيمة تجعل محبوسة ولا ينفسخ البيع، فإذا أدى الثمن ترجع القيمة إليه.

قلت: وعلى المذهب يستثنى صور: منها: لو قتله دفعًا لعياله لم يكن قبضًا على الأصح في «الروضة»، ومنها: لو قتله المشتري بالردة وكان هو الإمام أو ما دونه لم يكن قبضًا وينفسخ البيع، وإن كان غيرهما استقر العقد وإن قتله للردة؛ لأنه ليس إليه وفيه بحث، ومنها: لو قتله قصاصًا قال ابن الرِّفْعَة يظهر أنه كالأجنبي فيكون كالآفة وليكون الحق له خلاف المرتد، انتهى.

وقضيته أنه لو كان القصاص لغيره كان المشتري الإمام ونحوه فقتله لحق المقبض بشرطه أن يكون كقتله المرتد للردة سواء.

فروع: أعجمي أو صبي لا يميز بأمر المشتري أو البائع كإتلافهما وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي، وكان هذا فيما إذا لم يكن العقد للمتلف كما سيأتي عن القاضي، وقال الْمُتَوَلِّي: جناية الأجنبي بإذن المشتري كجناية المشتري؛ لأنه يجوز توكيله في القبض.

قلت: الجواب الثاني لشيخه القاضي.

قال: وجناية البائع بإذن المشتري فهي بغير إذنه؛ لأنه لا يصلح توكله وهذا أحسن؛ لكن لو كان الإتلاف محرمًا ففيه نظر لعدم صحة التوكيل، والمنع من الإقدام على الفعل فيكون كالأجنبي، وذكر القاضي الحسين وغيره في كتاب «الجنايات»: أنه لو اشترى قيم الطفل عبدًا له فتبادر الطفل وقتله قبل القبض صار

وَإِلَّا فَقَوْلَانِ: كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبَ ضَيْفًا، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ،

قابضًا، وفي «فتاوى» الْقَفَّال أن إتلاف عبد البائع كالأجنبي، وكذا عبد المشتري بغير إذنه، فإن أجاز جعل قابضًا وأنه لو كان المبيع علفًا فاعتلفه حمار المشتري نهارًا انفسخ البيع، أو ليلًا فلا، وللمشتري الخيار، فإن أجاز فقايض وإلا طالبه البائع ببدل ما أتلفه حماره، وأطلق القول بأن إتلاف بهيمة البائع كإتلافه فقيل: هلا فرقت بين الليل والنهار، فقال: هذا موضع فكر، انتهى.

يعني تروي للفقيه في تدبر الفرق، فإن إتلاف البائع عنده كالآفة، فإن كان بتفريط منه فإتلاف وإلا فإلحاقه أولى، فقال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا لم يكن مالكها معها فإن كان فالتلف منسوب إليه ليلًا ونهارًا وما قاله صحيح وإن كان معها غيره فالإتلاف منسوب إلى ذلك الغير.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يعلم.

(فَقَوْلَانِ: كَأَكْلِ الْمَالِكِ طَعَامَهُ الْمَغْصُوبَ ضَيْفًا) وقضية البناء جعله قابضًا على الأظهر، والثاني: يكون كإتلاف البائع إن قدمه البائع وإن قدمه أجنبي بغير إذنه، قيل: فينبغي أن يكون كإتلاف الأجنبي وفيه نظر للمباشرة، وإن لم يقدمه أحد فهل هو كالآفة أو يصير قابضًا؟ فيه نظر الأقرب الثاني؛ بل هو الظاهر والمنقول إنما هو في تقديم البائع الطعام إلى المشتري وعليه يحمل كلام الكتاب.

فرع: لا يصير قابضًا بوطء الأمة كما لا يصير الزاني بها عاصيًا قاله الْمُتَوَلِّي، وقيده الماوردي بأن تكون حين الوطء في يد البائع، أما لو وطئ مع رفع يد البائع فقابض فإن تم العقد فذاك، وإن انفسخ بموتها قبل القبض فلا مهر عليه.

قال: (وَالْمَذْهَبُ أَنَّ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَتَلَفِهِ) أي: بآفةٍ سماوية فينفسخ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن بخلاف الأجنبي، وظاهر كلام الكتاب ترجيح القطع بذلك، وهي طريقة نسبها في «المهذب» إلى الأكثرين، وصححها في «التنبيه».

وقيل: فيه قولان، وصححها الرَّافِعِي وتبعه في «الروضة» أظهرهما

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسَخُ، ....

ينفسخ، وثانيهما أنه كإتلاف الأجنبي فيتخير المشتري، وصححه الرَّافِعِي في أوائل الصداق من شرحه الصغير؛ لأنه خان على ملك غيره كالأجنبي. وحكى طريقة ثالثة أنه لا ينفسخ قطعًا وسبق بيان حكم إتلاف عبد البائع ومأموره.

ولو طالبه به المشتري فامتنع متعديًا ثم تلف فكإتلافه، قاله القاضي الحسين، وللإمام فيه احتمال ولو باعه وسلمه وعجز عنه فكجنايته ويصدق في العجز بيمينه، وفي «إشراف» الهروي: أنه يحبس حتى يقيم البينة، فعلى الأول لو نكل حلف المشتري أنه قادر ويحبس إلى البينة أو التسليم كذا قالاه، وعلى الثاني قال الهروي: إذا ادعى على المشتري.

قال ابن القَاص: يحلف على البت، وقال سائر أصحابنا على نفي العلم، ولو ادعى المشتري الأول على الثاني علمه بالحال، فإن حلف فذاك، وإن نكل حلف وأخذه منه.

فرع: إذا استعمل البائع المبيع قبل القبض فلا أجرة عليه، وإن قلنا إتلافه كالآفة وإلا فعليه الأجرة، وهذا البناء ذكره الْقَفَّالُ، ونزل عليه إطلاق الأصحاب القول بالوجوب وعدمه، وممن ذكر هذا البناء الغزالي في كتاب «الصداق»، وذكر في «الفتاوى» أن الصحيح أنه يضمن الأجرة إذا أمسك المبيع بعد تسلم الثمن مدة لها أجرة، قال ابن الرِّفْعَة: ومقتضى ذلك أن يقول به عند الانتفاع من طريق الأولى، انتهى.

وعبارة الغزالي تشعر بأن ذلك فيما إذا امتنع فإنه قال: الصحيح أنه لا يضمن؛ لأنه حدث على ملك المشتري وضاع بعدوان البائع، انتهى.

لكن الانتفاع عدوان وإن لم يحصل امتناع، وفي النفس من البناء المذكور ترجيح الأعذار شيء؛ لأن المنافع حادثة من ملك المشتري بغير معقود عليها ولا مقابلة بالثمن فكيف لا يضمنها؟ وقد سبق أن الزوائد الحادثة في يده أمانة، وأنه ليس له حبسها للثمن، فكيف لا يضمن المنافع باستيفائها عدوانًا؟.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ إِتْلَافَ الْأَجْنَبِيِّ لَا يَفْسَخُ**) لقيام البدل مقام المبيع.

بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمُ الْأَجْنَبِيُّ أَو يَفْسَخَ فَيَغْرَمُ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيَّ.

(بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيَغْرَمُ الْأَجْنَبِيُّ أَو يَفْسَخَ فَيَغْرَمُ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيَّ) نص عليه في الصلح نصًا لا يحتمل التأويل.

وفي «الْبُوَيْطِي» أيضًا، والثاني: ينفسخ وصححه القاضي أبو الطيب.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه ظاهر المذهب، وقال ابن سُرَيْج: لا ينفسخ قطعًا، وحكاها الإمام عن المراوزة، وعكس الغزالي عن المراوزة قولين: عن العراقيين القطع بالمنع وهو مبتعد التفريع إن قلنا: بالانفساخ فيقدر قبل التلف، وإن قلنا: بالخيار فاختار الفسخ وقلنا: يرتفع من حينه فمقتضاه أنه تلف على ملك المشتري وتكون القيمة وجبت له، ثم أنت قلت: بالفسخ إلى البائع وإذا كان عبدًا والحالة هذه فمؤنة تجهيزه ودفنه على المشتري على الأصح هذا مقتضى التفريع، ولم أره نقلًا، قال بعض الشارحين: والمتبادر من كلامهم أنه إنما تلف على ملك البائع، وإن أجاز ثم إجبار الفسخ، قال الْقَفَّالُ: له ذلك وناظر عليه في «الفتاوى».

وقال القاضي الحسين وغيره: لا لأنه رضي بذمة الأجنبي فأشبه الحوالة وإذا أبقينا العقد فهل للبائع حبس القيمة لأخذ الثمن؟ وجهان أصحهما لا كالمشتري إذا أتلف المبيع لا يغرم القيمة ليحبسها البائع.

والثاني: نعم وإليه ذهب الْقَفَّالُ والقاضي الحسين حتى لو أفلس المشتري كان البائع أحق بها كالرهن، وعلى هذا قالا: لكل من البائع والمشتري مطالبة الأجنبي بالقيمة كما للراهن والمرتهن، وفي كلام الإمام شيء منه؛ لكن الأصح أن المطالبة ببدل الراهن فقط وقياسه ألا يملك البائع هنا المطالبة عند الإجارة وهو مقتضى كلام الماوردي، وصرح به في مسألة التغييب وهو الأصح والأقرب إلى كلام الكتاب.

تنبيه: على التخيير إذا أتلفه الأجنبي بغير حق فإن أتلفه بحق لقود فكالآفة قطعًا وكذا ينبغي أن يكون قتل الإمام ونحوه له قصاصًا أو بحرابة أو قتله أجنبي دفعًا لصولته، كما جزم به الشيخ في «الروضة» هناك، وهو مقتضى قولهم فإن أتلفه بحق فكالآفة ولينظر فيما لو أكله مضطرًا أو مكرهًا، والظاهر أنه

وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي فَلَا خِيَارَ أَوِ الْأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْشَ، ....

كالمختار، وسبق بيان حكم جنايته بإذن المشتري، ويجب أيضًا أن يكون محل التخيير في غير الصرف ونحوه فإن التقابض لم يوجد وهو شرط للصحة، وكذا كل موضع لا يضمنه الأجنبي بالإتلاف كالمرتد وتارك الصلاة والقاتل الحرابة وغير ذلك ويكون إتلافه كالآفة السماوية فينفسخ البيع.

قال: **(وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ)** أي: بآفة سماوية.

(فَرَضِيَهُ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ) كما لو كان مقارنًا للعقد ولا أرش له مع القدرة على الفسخ، وإن فسخ رجع بكل الثمن واتفقوا على أن التعيب مجبر وفي كلام الشَّافِعِي ما يقتضي أن التعيب الحادث بعد انقضاء الخيار لا أثر له ولا بد من تأويله، واتفقوا على أن اليد وصف إذا تلفت بآفة كأكله ونحوها وفي «مختصر الْبُوَيْطِي» حكاية قول: أنه يأخذه ويسقط عنه ما نقص بحصته من الثمن.

قال: **(وَلَوْ عَيَّبَهُ الْمُشْتَرِي)** أي: تعييبًا يضمن لا لدفع وغيره كما سبق وغيره **(فَلَا خِيَارَ)** أي: على الصحيح المشهور بحصوله بفعله بل يمتنع الرد بعيب قديم وإطلاق الوسيط يقتضي ثبوته، وهنا قياس الحول بأن إتلافه ليس بقبض وبه جزم الْمُتَوَلِّي على المشهور، يجعل قابضًا بعد المبيع فإذا قطع يده مثلًا استقر عليه ضمانه، فإن مات العبد قبل الاندمال في يد البائع بذلك فكإتلاف المشتري، وإن مات بعد الاندمال ضمن اليد بجزء من الثمن، وفي معياره وجهان أصحهما يقوم صحيحًا بثلاثين مثلًا، ثم مقطوعًا بخمسة عشر فعليه نصف الثمن، ولو قوم مقطوعًا بعشرين فثلث الثمن، والثاني: يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة وهو النصف، وعلى هذا لو قطع يديه واندملتا ثم مات بيد البائع لزم المشتري تمام الثمن.

قلت: **(أَوِ الْأَجْنَبِيُّ فَالْخِيَارُ)** لكونه مضمونًا على البائع.

(فَإِنْ أَجَازَ غَرِمَ الْأَجْنَبِيُّ الْأَرْشَ) قال الماوردي: وإنما يغرمه إذا قبض العين أما قبله فلا لجواز تلفه بيد البائع فينفسخ البيع، وكلام القاضي الحسين

وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ،

والإمام ينازع فيه، ويأتي ما سبق في حق الحبس، ثم الذي يغرمه الأجنبي في قطع يد العبد نصف القيمة على المشهور وما نقص من القيمة في الثاني كغيره، وهما جاريان في جراح العبد مطلقًا، هكذا أطلقاه هنا ويجب أن يكون محله إذا كانت الجناية عليه مع كونه بيد البائع، أما لو رفعها وصار عاصيًا فيلزمه على الجديد الصحيح أكثر الأمرين من نصف قيمته والأرش، فإذا نقص بقطع يده ثلثا القيمة وجب ثلثاها على القولين فأعلمه ولو كان القاطع ابن المشتري فمات قبل أن يختار وورثه الابن فهل له الخيار؟ فيه احتمالان للروياني فإن صح أن له الخيار فاختار فأجاز لم يغرم شيئًا؛ لأنه لا يجب له على نفسه وإن فسخ فعليه ما على الأجنبي.

قال: (**وَلَوْ عَيَّبَهُ الْبَائِعُ فَالْمَذْهَبُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ لَا التَّغْرِيمِ**) أما الخيار فلا خلاف في ثبوته؛ لأن فعله كالآفة أو كفعل الأجنبي، وكلاهما مثبت للخيار قطعًا، فإنما الخلاف في التغريم والمذهب أنه لا يثبت بناءً على أن جنايته كالآفة وإن جعلناه كالأجنبي فتفريعه كما سبق.

فإن أوجبنا في اليد نصف القيمة ففي اليدين كمالها، وفي قطع الرجلين معهما قيمتان إن قطعت معًا وإلا فقيمة عبد سليم وقيمة عبد مقطوع.

إشارة: بأن لك أن الأرش المأخوذ هنا من البائع والأجنبي ليس منسوبًا من الثمن بخلاف الأرش المأخوذ من المشتري ومن البائع فيما سبق، وإنا إذا جعلنا البائع كالأجنبي وخيرنا كان في ضمان الكل والجزء كالأجنبي سواء.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ**) أي: عقار كان أو غيره أذن البائع فيه أم لا، أي: أدى الثمن أم لا لحديث حكيم بن حزام قال: «**قلت: يا رسول الله إني أبتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم عليَّ؟ قال: يا ابن أخي لا تبيعنَّ شيئًا حتى تقبضه**»(١) قال البيهقي: إسناده حسنٌ متصل.

---

(١) أخرجه الطبراني (٣/١٩٦، رقم ٣١٠٨). والبيهقي (٥/٣١٣، رقم ١٠٤٦٦) وقال: هذا إسناد حسن متصل.

……

وفي روايةٍ لأحمد: **«إذا اشتريت شيئًا فلا تبعه حتى تقبضه»**(١).

وروى أبو داود بسندٍ فيه ابن إسحاق أنه ﷺ **«نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»**(٢).

وعن جابر برفعه: **«إذا ابتعت طعامًا، فلا تبعه حتى تستوفيه»**(٣) رواه مسلم، وله عن أبي هريرة نحوه، وفي لفظٍ له: **«من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله»**(٤). وفي الصحيحين عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه ﷺ قال: **«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه»**(٥).

قال ابن عباس رضي الله عنهما: ولا أحسب كل شيء إلا مثله، وفي لفظٍ لهما: **«من ابتاع طعامًا ولا يبعه حتى يكتاله»**(٦) وللبخاري عنه.

أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ولا أحسب كل شيء إلا مثله. ولهما عن ابن عمر رضي الله عنهما: **«رأيت الناس يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعامًا جزافًا أن يبيعوه حتى ينقله إلى رحله»**(٧).

وغير ما ذكرنا من الأحاديث. وأجمعوا على أن منعه في الطعام.

لنا: القياس عليه مع إطلاق بعض الأحاديث وذكر الأصحاب له معنيين:

أحدهما: ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه.

والثاني: توالي الضمان، ومعناه أنا لو نفذنا البيع لكان مضمونًا عليه للمشتري الثاني ومضمونًا له على ما معه، وقد سلف قبل القبض فتعذر انقلابه

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٢، رقم ١٥٣٥١)، والبيهقي (٥/ ٣١٣، رقم ١٠٤٦٦)، وقال: هذا إسناد حسن متصل. وابن الجارود (ص ١٥٤، رقم ٦٠٢)، وابن حبان (١١/ ٣٥٨، رقم ٤٩٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠١).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٢، رقم ١٥٢٩)و أبو عوانة (٣/ ٢٧٩، رقم ٤٩٦٥)، والبيهقي (٥/ ٣١٢، رقم ١٠٤٥٨).

(٤) أخرجه مسلم (٣٩١٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) أخرجه البخاري (٦٨٥٢) ومسلم (٣٩٢٣).

وَالْأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ، وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهِبَةَ كَالْبَيْعِ، ....

من ملك المشتري الثاني إلى المشتري الأول، ومنه إلى البائع قبل التلف، ويستحيل ملك شخصين في زمن واحد عن كتاب حرملة أنه يصح البيع قبل القبض إلا ما بيع مكايلةً أو موازنةً، وهو غريب.

وسبق حكم الوقف والعتق وغيرهما، والكتابة كالبيع على الأصح.

ولو اشترى من مورثه ومات البائع مديونًا أو غير مديون وكان المشتري وارثًا جائزًا فإن اليد صارت له شرعًا فله بيعه، وإن لم يكن جائزًا ببيع حصته وكما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز جعله أجرة ولا عوضًا في صلح ولا يجوز التولية ولا الإشراك، وفيهما وجه وإجارة المأجور قبل قبضه كبيع المبيع قبل قبضه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ**) للإطلاقات السابقة، ومراعاة للمعنى الأول، والثاني: يصح بناء على المعنى الثاني، والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تقارب صفة وإلا فهو قاله بلفظ البيع قاله: في «التتمة»، وبناه القاضي الحسين على أن النظر لصنع العقود أو لمعانيها إن اعتبرنا اللفظ فعلى الوجهين أو المعنى فهو كما قاله، ورأيت في أشراف الهروي في فصل أن العبرة باللفظ أو المعنى البيع من البائع قبل القبض فاسد في وجه، وفسخ في وجه، وعبارة شُرَيْح الرُّويَانِيّ هناك فإذا باع المشتري المبيع قبل القبض من البائع ففيه وجهان حكاهما العبادي: أحدهما أنه فسخ، والثاني بيع فاسد.

قال: (**وَأَنَّ الْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْهِبَةَ كَالْبَيْعِ**) تفريعًا على أن العلة ضعف الملك، والثاني يصح تفريعًا على أن العلة توالي الضمانين، ونسب الرَّافِعِي المنع إلى عامة الأصحاب، وجزم الغزالي بالصحة، ونقله الشيخ أبو محمد في الفرق عن نص الشَّافِعِي مقتصرًا عليه، وجعل الماوردي الخلاف في الهبة قولين: وبناهما على لزوم المكافأة، وقصة البناء ترجيح الصحة فيها، وجزم الإمام فيها بالصحة بعد إيفاء الثمن وجعل الخلاف قبله، وأشار إلى وجه ثالث في الإجارة فارق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح أولًا فيصح، وهو ما أورده الماوردي، ومنهم من قطع فيها بالمنع، وصححه الْمُتَوَلِّي، وجزم

....

الماوردي في الرهن بالمنع إذا كان محبوسًا بالثمن، وجعل الخلاف فيما إذا لم يكن للبائع حق الحبس، وعكسه القاضي الحسين، والإمام فصححاه بعد أداء الثمن وجعلا الخلاف قبله هكذا نقل هذه الجملة ابن الرِّفْعَة، والإقراض والصدقة كالهبة والرهن فيهما الخلاف ويصح التزويج، وقيل: لا، وقيل: إن لم يكن للبائع حق الحبس صح وإلا فلا.

تنبيهات: الأول: اعلم أن قوة كلام «المنهاج» وأصله «والروضة» وأصلها يفهم ألا تصح إجارة المأجور للمؤجر قبل قبضه كما هو الأصح في إجارته لغيره، وقال الرَّافِعِي: هناك تفريعًا عليه فعلى هذا في إجارته للمؤجر وجهان كبيع المبيع قبل قبضه، قال المصنف: **قلت:** الأصح صحة إجارته للمؤجر، والله أعلم.

الثاني: لا يلزم البائع إن سلم قبل القبض في التصرفات المذكورة، وفائدة التصحيح أنه إذا قبض الثمن لم يحتج المشتري إلى تجديد عقد الرهن والهبة، وإنما يحتاج إلى أن يقبض من البائع ثم يقبضه من المتهب والمرتهن، فلو أذن لهما في ذلك، قال الْبَغَوِي: يصح، وقال الماوردي: لا يكفي ذلك للمبيع وما بعده؛ ولكن إن قصد القابض قبضه للمشتري صح القبض للبيع، ولا بد من استئناف قبض الهبة، ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة، فإن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع هكذا ذكر الرَّافِعِي هذين النقلين بلا زيادة.

ويتعين أن يقال: إن قصد المتهب أو المرتهن قبضه لنفسه لم يصح، أو للمشتري صح المبيع كما لو صرح له به، فإن أذن له في قبضه كما لو وهبه أو رهنه شيئًا في يده وأذن له في قبضه.

الثالث: ما سبق أن رهن المبيع قبل القبض لا يصح هو فيما إذا رهنه من غير البائع أما لو رهنه منه فإن كان بالثمن ثبت له حق الحبس لم يجز في الأصح، وإلا فيجوز على الأصح المنصوص، وينبغي أن تكون الهبة كالرهن إذا وفر الثمن أو كان مؤجلًا.

وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ، ....

وقال الشَّاشِي: وإن رهن المبيع قبل القبض وبعد نفاد الثمن ففي صحة الرهن قولان: أصحهما أنه يصح، وظاهر كلام الشيخين هنا يصحح المنع مطلقًا، فإن الرَّافِعِي ذكر أن أصح الوجهين أو القولين عند عامة الأصحاب المنع، ثم قال: وقطع بعضهم بمنع الرهن إذا كان محبوسًا بالثمن، ونقل صاحب «التعجيز» في شرحه «للوجيز» في الرهن والهبة وجوهًا وهي خارجة مما قدمناه أو أكثرها، ثالثها: إن كان دفع الثمن لم يصحا، رابعها: أنه تصح الهبة دون الرهن، خامسها: وعليه اقتصر الجرجاني أنه لا تصح الهبة ويصح الرهن.

قال ابن يونس: ولا وجه للتردد في الهبة، وقد صح أن ابن عمر -رضي الله عنهما- كان عَلَى بَكْرٍ صَعْبٍ لِعُمَرَ فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّم على الناس، فقال رسول الله ﷺ **«لِعُمَرَ بِعْنِيهِ قَالَ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ الله، إلى أن قال: فقال ﷺ: هو لك يا ابن عمر»**(١) أي: فوهبه له بعد شرائه وقبل قبضه، وحديث بعير جابر المشهور شاهد للصحة، والجواب عنه عسر.

الرابع: تصرفه في زوائد المبيع قبل القبض، إن قلنا: بعودها للبائع لو عرض فسخ لم يجز، وإلا فيجوز ولو كانت حاملًا عند البيع وولدت قبل القبض، إن قلنا: يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه، وإلا فكالحادث بعهد البيع.

الخامس: جعل الماوردي التصرفات أربعة: أحدها: ينفذ ويكون قبضًا، وهو العتق والوقف والصدقة والإباحة، والثاني: ينفذ ولا يكون قبضًا وهي التدبير، والوصية، والتزويج، والثالث: لا ينفذ وهي المعاوضات، والرابع: مختلف فيه وهي الكتابة، والرهن، والهبة، وجعل الخلاف في الرهن بعد أداء الثمن، أما قبله فلا يصح لأنه مرهون بثمنه.

قال: **(وَأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِخِلَافِهِ)** أي: فيصح، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه وسواء كان للبائع حق الحبس أم لا لقوته وضعف الحبس، والثاني: لا يصح كالبيع، والثالث: إن لم يكن له حق الحبس لتأجيل الثمن أو أدائه صح وإلا

---

(١) أخرجه البخاري (٢١١٥) ومسلم (٤١٨٥).

وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ، ....

فلا، فالوجهان إن سلما عن مصادمة الإجماع لا يخفى وجه، ولا وجه لعدم النفوذ إذا لم يكن له حق الحبس، وقال الجرجاني وغيره قد نفد الثمن أو أذن البائع نفذ، وإلا فعلى أقوال عتق الرهن.

وهذا ما يحكى عن ابن سُرَيْج، وحكى الرَّافِعِي هذه الطريقة وأغفلتها «الروضة»، وألحق الماوردي الوقف بالعتق كما سبق، وصححه الشيخ في«شرح المهذب».

قال: وبناه الْمُتَوَلِّي على افتقاره إلى القبول، إن قلنا: نعم فكالبيع وإلا فكالعتق، قال الماوردي: وكذا إباحة الطعام المشترى جزافًا للفقراء إذا اتصل بذلك قبض الفقراء.

قال: وهي معنى هذا كله استهلاك من جهة المشتري مباح أو غيره، وعد مع الوقف الصدقة أي: إذا قبضت، ولعل هذا إذا كان بإذن البائع، أو حيث لم يكن له حبسه، أو كان ولكن تلف في يد المتصدق عليه وتلف الطعام في يد المساكين وتكون يدهم نائبة عن يد المشتري، وأما بدون ذلك فلا، والاستيلاد كالعتق.

تنبيه: إذا نفذنا تصرفاته حصل القبض بها في العتق والوقف، فإن لم يرجع البائع يده ضمن الوقف بالقيمة دون العتق المنجز، أما المستولدة، فقد صرح الْبَغَوِي وغيره بأن المشتري يصير قابضًا بالاستيلاد.

قال الْبَغَوِي: وكذلك لو استولدها أبوه نفذ وحصل القبض، وحينئذٍ إذا حبسها البائع ضمنها.

وقد أطلقوا الأوجه السابقة في نفوذ العتق ويجب الجزم بأنه إذا اشترى بشرط العتق وصححناه أن ينفذ إذا لم يكن للبائع حق الحبس، فإن كان؛ فوجهان مرتبان وأولى بالنفوذ.

قال: (وَالثَّمَنَ الْمُعَيَّنَ كَالْمَبِيعِ فَلَا يَبِيعُهُ الْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ) أي: لعموم النهي ولتوقع الانفساخ، وكذا كل عين مضمونة في عقد معاوضة كالأجرة وعوض الصلح عن المال والدم وبدل الخلع، وكذا الصداق في الأصح، ولا فرق بين

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ وَمَوْرُوثٍ وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ، ....

النقد وغيره والاستدلال به كبيعه، وفي أسرار القاضي الحسين عن صاحب «التقريب» تجويز التصرف في الثمن المعين قبل قبضه وخطأه.

قال: (وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ وَمَرْهُونٍ بَعْدَ انْفِكَاكِهِ وَمَوْرُوثٍ) أي: إلا أن يكون المورث لا يملك بيعه بأن اشتراه مثلًا ولم يقبضه وما في معنى ذلك.

قال: (وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ) لتمام الملك فيهن وقدرته على التسليم، وهكذا المال في يد الوكيل بالبيع، وفي يد المستأجر بعد المدة، وما اكتسبه العبد باحتطاب أو غيره، والموصى له بعد قبوله، وما يطلب يقرره له السلطان من رزقه على الأصح، وله بيع نصيبه المعلوم من الغنيمة إذا حكمنا ثبوت الملك في المعين.

قال الدارمي: وإذا عزل السلطان لفقر سهمه من زكاة وليس في البلد غيره جاز له بيعه قبل قبضه، انتهى.

وللوالد بيع ما رجع في هبته قبل قبضه والثمرة الخارجة من الموقوف قبل أخذها، وصيد أثبته بالرمي أو وقع في شبكته ولم يؤخذ.

قال الْقَفَّالُ: ليس هذا مما يجوز فيه؛ لأنه قبضه حكمًا وإذا تملك الشفيع، قال الْبَغَوِي: له بيعه قبل قبضه، ومنعه الْمُتَوَلِّي وقواه الشيخ في زيادات «الروضة»، وقال في «شرح المهذب»: إنه الأصح وأقوى، كذا قاله الرَّافِعِي هنا ثم قال في كتاب «الشفعة»: إن كان قد سلم الثمن فوجهان: أصحهما المنع كالمشتري، والثاني: الجواز لأنه قهري كالإرث، قال: ولو تملك بالإشهاد أو قضى القاضي أو رضي المشتري بذمته لم ينفذ تصرفه قطعًا، انتهى.

وقوله: كذا قال الرَّافِعِي هنا لم يقل الرَّافِعِي شيئًا هنا وإذا استأجره لصبغ ثوب وسلمه إليه قالا تبعًا للبغوي: ليس له بيعه قبل صبغه وفيه نظر.

وإذا صبغه فله بيعه إن كان دفع الأجرة وإلا فلا، والقصارة كالصبغ إلا إذا

وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ. وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ، ....

قصر، وقلنا: هي أثر فله البيع قبل دفعه الأجرة، وعلى قياس هذا صنع الذهب ورياضة الدابة ونسج الغزل وبيع ما صار إليه بالقسمة من نصيب شريكه قبل قبضه ينبني على أنه بيع إقرار.

قال: (**وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ**) كالمردود بعيب لما سبق، وإن كان ذاك أمانة وهذا مضمون ضمان يد تطلب، وكذا ما رجع إليه بفسخ عقد كالمردود بعيب ورأس مال السلم المفسوخ بتعذر المسلم فيه ومبيع رجع فيه بإفلاس المشتري، وما أشبهه كله يجوز بيعه قبل قبضه، وذكر الدارمي: أنه إذا رجع في المبيع بالفلس، فإن كان في يد المفلس لم يبعه حتى يقبضه، وإن كان في يد الحاكم يجوز، وهو غريب نعم لو فسخ البيع بشرطه لم يكن له بيع السلعة حتى يرد الثمن؛ لأن المشتري حبس المبيع حتى يسترد الثمن نقله الْمُتَوَلِّي عن النص.

وقال الْبَغَوِي: إذا باع عبدًا بثوب وتقايضا ثم رد الثوب بعيب نفذ تصرف كل واحد منهما فيما عاد إلى ملكه قبل قبضه وسبق بيان بيع المغصوب أول البيع.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ**)؛ لأن النهي عن بيع ما لم يقبض كما تقدم تسلمه وإلحاقًا للبيع الثابت قبل القبض، وفيه حديثان ضعيفان وآثار.

قال: (**وَالْجَدِيدُ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ عَنِ الثَّمَنِ**) أي: الذي في الذمة وقطع به جماعة لحديث ابن عمر -ﷺ- أنه قال: **«يا رسول الله، إني أبيع الإبل بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»**(١) رواه أصحاب السنن الأربعة، وصححه ابن حبان، والحاكم، وقال: إنه على شرط مسلم، وهو رواية سماك انفرد برفعه وسماك لا بأس به، ويفارق السلم بأنه متعرض للانفساخ أو الفسخ بالانقطاع

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٦) والترمذي (٣/ ٥٤٤) والنسائي (٧/ ٢٨١) وابن ماجه (٢/ ٧٦٠) وابن حبان (١١/ ٢٨٧) والحاكم (٢٢٨٥) والبيهقي (١٠٢٩٣).

بخلاف الثمن. وأيضًا المسلم فيه بقصد عينه، والثمن بقصد النية، والقديم المنع؛ لأنه بيع ما لم يقبض، وفي حقيقة الثمن أوجه:

أحدها: النقد وصححه الْعِمْرَانِي والمتولي، وقال: قول عامة أصحابنا وأصحاب أبي حنيفة.

والثاني: ما اتصلت به بالثمنية قاله الْقَفَّالُ، وصححه الْبَغَوِي وأصحها أنه إن كان في العقد نقدًا فالنقد وإلا أو كان العوضان نقدين فما اتصلت به الباء والمثمن مقابلة، وثمرة الخلاف في صور منها لو باع نقدًا بنقد فعلى الأول لا مثمن، أو عرضًا بعرض فلا ثمن، ولو قال: بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الثاني العبد ثمن وعلى الأول.

والثالث: في صحة العقد وجهان كالسلم في النقود، فإن صححنا فالعبد مثمن. ولو قال: بعتك هذا الثوب بعبد وصفه صح، فإن قلنا: الثمن دون الباء فهو العبد ولا يجب تسليم الثوب في المجلس وإلا ففي وجوبه وجهان: السلم؛ لأن معناه إذا عرف هذا فباع بعوض في الذمة مثمنًا، وقلنا: الثمن دون الباء جاز الاستبدال عنه وإلا فلا؛ لأن ما يثبت في الذمة مثمنًا لا يجوز الاستبدال عنه، ولا فرق في الاستبدال عن الثمن بين أن يكون قبض المبيع أو لا، وعن بعضهم أن الخلاف إذا قبضه وإلا لم يجز قطعًا، وفي كلام بعضهم ما يفهم عكسه.

فائدة: إذا باع نقدًا بنقد في الذمة صح خلافًا للعبادي، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه يجوز أن يستبدل عن كل منهما إذا قلنا كل منهما ثمن، انتهى.

والظاهر أن هذا سهو ولا يجوز الاستبدال عن شيء منهما؛ لأنه صرف ولا بد من قبض ما عقد عليه ليكون عينًا بعين، وقد صرح الماوردي بأنه لا يجوز الإبراء عنه، وإذا اشترى دينارًا بدراهم، وحصل له على الصيرفي مثله الدراهم، فقال: اجعلها بدلًا عن الثمن لم يجز سواء حصلت قبل التفرق أم بعده هذا هو الصواب وكذا حكم كل الربويات.

تنبيه: ذكر المحاملي والماوردي وابن الصباغ وغيرهم في باب الكتابة،

فَإِنِ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنِ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ.

ونقله الرَّافِعِي عن ابن الصباغ أن الدينيين إذا كانا عرضين من جنسين أو عرضًا ونقدًا، وقبض أحدهما لا يجوز دفعه بدلًا عن العرض إذا كان قد ثبت بعقد فإن ثبت بقرض أو إتلاف جاز، وقضيته أن محل جواز الاعتياض عن الثمن إذا كان نقدًا، وكلام الرَّافِعِي والمصنف هنا مصرح بجريانه في العرض فليتأمل.

قال الرَّافِعِي: إنما ذكره حيث تكلم في أن الثمن النقد أو ما اتصلت به الباء، ولعل التفريع على الخلاف حمل على مثل هذا إذ الثابت في حديث ابن عمر - ﵄ - السابق الاستبدال عن الثمن النقد وغيره يحتاج إلى دليل.

قال: (**فَإِنِ اسْتَبْدَلَ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ**) أي: حذرًا من الربا، وإن استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيرًا وجوزناه فكاستبدال دنانير عن دراهم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ التَّعْيِينُ فِي الْعَقْدِ**)؛ لأن الصرف على الذمة جائز، والثاني: يشترط لئلا يكون بيع دين بدين.

قال: (**وَكَذَا الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ إِنِ اسْتَبْدَلَ مَا لَا يُوَافِقُ فِي الْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ**) يعني: لا يشترط أيضًا على الأصح، كمن باع ثوبًا بنقد في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس، والثاني يشترط؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم ولا خلاف أنه يشترط التعيين في المجلس، وهل يشترط في العقد؟ على الوجهين في استبدال الموافق فخرج أن هذا القسم يشترط تعيينه في المجلس قطعًا ولا يشترط قبضه فيه ولا تعيينه في العقد على الأصح هكذا ذكر الشيخان وغيرهما هذه المسائل ولم يفرقوا بين الحال والمؤجل، ولا بين الطعام وغيره، وهو قول الشيخ أبي حامد، وجزم الشيخان في آخر الفصل تبعًا للبغوي بأنه لا يجوز استبدال المؤجل عن الحال، ويجوز عكسه وهو المذكور في «الكافي»، ومنع الماوردي لأحد العوضين عن الدين المؤجل، وفصل القاضي الحسين فقال: إن كان المؤجل طعامًا لم يجز بيعه بطعام.

ويجوز بما سواه ويؤيده نص الشَّافِعِي ﷺ في باب السنة في الخيار.

قال: ولا أجبره قبل حلول الأجل بشيء من الطعام خاصة فأما بغير الطعام فلا بأس، وفي الصرف إذا كان له في ذمة الغير طعام مستقر إلى أجل مهرًا أو بدل خلع فأخذ منه بدله إن لم يكن مطعومًا جاز، وإن كان مطعومًا من غير جنسه لم يجز؛ لأنه بيع طعام بطعام آخر. قال القاضي الحسين: وهذا يشكل على كثير من الفقهاء ويجب ضبطه، انتهى.

ولا يختص ما ذكر بالثمن بل في كل دين ولعل سببه جعل بيع المؤجل بالحال كبيع الحال بالمؤجل وهو ممتنع من الربوي، وعلى هذا يطرد في النقد بنقد آخر، ولو كان سببه منع بيع الطعام قبل قبضه لامتنع في الحال وهو جائز، وكذا بغير الطعام لكن قياس بيع المؤجل بالحال على عكسه غير ظاهر، وكلام الشَّافِعِي يقتضي أنه متى كان الطعام عن بيع إنه لا يجوز بيعه بطعام آخر، ومتى كان عن بيع جاز عن الحال ولا يجوز عن المؤجل قطعًا، ورأيت عن «إيضاح» الصيمري أنه يجوز للراهن بيع الرهن من المرتهن بدينه وببعضه إذا كان حالًا وإن كان مؤجلًا، كما لا يجوز أن يأخذ بدلًا من دراهم مؤجلة دنانير قبل حلولها، وهذا يوافق ما قاله الماوردي، وما قاله القاضي الحسين كما سبق عنهما، والمسألة مشكلة وتخفى على أكثر الفقهاء، وكلام الرَّافِعِي وغيره يقتضي الجواز كما سبق.

فروع: لا بدَّ في الاستبدال من لفظ عقد وإلا لم يملكه وصار مضمونًا عليه، وقد يقال: إذا قلنا: المعاطاة أن يتفقا على الثمن والمثمن ثم يعطي ويأخذ من غير عقد أن ذلك يجوز هناك إذا باع بما يعز وجوده في البلد، فإن جوزنا الاستبدال صح، ثم إن وجدوا الاستبدال، وإن منعنا الاستبدال عن الثمن لم يصح قاله: الْبَغَوِي، ولو باع بنقد انقطع من أيدي الناس.

قال القاضي الحسين: إن جوزنا الاستبدال صح وإلا فينفسخ أو يثبت حق الفسخ قولان: الأجرة في الذمة كالثمن وكذا بدل الصلح عن المال، وأما المهر وبدل الخلع والصلح عن الدم، فإن قلنا: بضمان العقد وهو الأصح

وَلَوِ اسْتَبْدَلَ عَنِ الْقَرْضِ، وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ، وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ. وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فكذلك لكل دين مستقر على الآخر من جنسين كذهب ودراهم، فقال: بعتك الدنانير التي في ذمتك بالعشرة التي لك في ذمتي لم يجز عندنا ووافقنا أحمد وجوزه أبو حنيفة بشرط الحلول ويعرف بمسألة تطارح الدينين.

قال: **(وَلَوْ اسْتَبْدَلَ عَنْ الْقَرْضِ)** أي: **(وَقِيمَةِ الْمُتْلَفِ جَازَ)** بلا خلاف قاله في «المحرر» لاستقراره، وكذا المال المضمون.

قال: **(وَفِي اشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي الْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ)** أي: من كونه مخالفًا في علة الربا وموافقًا وكذا اشتراط بعينه، قال شارح: وكونه حالًا على ما سبق ومنعناه في «الغنية» والقرض وبدل المتلف لا يكون إلا تحالا فتأمله، وقيد غيره قوله قيمة التلف إذا كان متقومًا، ومراد المصنف بالقرض بدل القرض.

وأطلق الجمهور ذلك وفي «الشامل» تخصيصه بما إذا أتلف المقرض ذلك أو تصرف فيه، فإن كان باقيًا في يده، وقلنا: إن يملك بالقبض لم يجز الاعتياض عن عيبه لزوال ملكه ولا عن بدله لعدم استقراره؛ لأنه يعرض أن يرجع إلى العين وإن تملك بالصرف، قال بعض أصحابنا: لا يجوز أخذ بدله لضعف الملك بتسليط المستقرض عليه، انتهى.

يعني كلامه قول قائل: ودعواه عدم استقراره على قولنا: تملك بالقبض ممنوعة، واستدلاله بغرض الرجوع منقوض بهبة الوالد.

قلت: وليس هذا الرد بالواضح وما في «الشامل» نقله الرُّويَانِيّ عن القاضي أبي الطيب، وجميع ما ذكرناه من الاستدلال وهو بيع الدين لمن عليه.

قال: **(وَبَيْعُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنه لا يقدر على تسليمه هذا هو المرجح في «الشرحين» و«المحرر» و«التهذيب» و«الكافي»، وقالا: في «الشامل» و«المقنع» في كتاب «الكتاب»: إنه ظاهر المذهب، والثاني: يجوز لاستقراره كبيعه ممن عليه بشرط أن يقبض المشتري الدين ممن عليه في المجلس ويقبض بائعه العوض في المجلس وإلا بطل، وقال المصنف في

«زيادات الروضة»: إن هذا القول أظهر وأفتى به - كَغْلَلهُ - تعالى، وكذا قاله في «المهذب» وحكي عن نصه في«الأم» و«الصرف» وكتاب«الشروط».

وقال القاضيان أبو سعيد الهروي، وسريج الرُّويَانِيّ: إنه المنصوص وكتبه وإنه بيع لازم، قالا: وفيه قول آخر أنه إن شرط أنه يرى فهو حوالة بلفظ البيع، وإن لم يشترط كان فاسدًا، انتهى.

تنبيهات: زعم الشارح أن الرَّافِعِي ذكر في آخر الخلع ما يوافق القول بصحة بيع الدين لغير من عليه ولم أعثر على ذلك، وأما اشتراط التقايض من الجانبين فتبع الشيخان فيه الْبَغَوِي ولم أره لغيره، وينبغي أن يكفي القبض من أحدهما بل يكفي التعين كما سبق.

قال بعض شيوخنا: ولم أر في كلام الأصحاب ما يقتضي ذلك وأما برفعه وإنما صرحوا بأنه لا يجوز بيعه بدين وهو محمول على ما إذا انتفى التعيين من الجانبين، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: مقتضى كلام الأكثرين مخالفة الْبَغَوِي والرافعي في «شرح الوجيز» لصاحب التعجيز إن قلنا يصح فله شرطان:

الأول: قبض البدل على الأصح كما سبق، وقال الْبَغَوِي بالتقابض.

والثاني: أن يبيعه بعين على تفصيل سبق، والحاصل أنه يصير الحكم كالحكم في بيع الدين ممن عليه، انتهى، وهو مأخوذ من كلام الغزالي.

وقد صرَّح الإمام بأنه إذا استبدل عينًا وتفرقا قبل التقابض لا يبطل العقد كبيعه من المديون.

وفي «البيان» في كتاب «الرهن»: أن بيع الرهن وهبته من الغير يصحان، ويلزمان من غير قبض بخلاف رهنه؛ لأن البيع والهبة تمليك فجرى مجرى الحوالة، وأصل هذا قوله: في «الشامل» قبيل كتاب «اللقطة»: إذا وهب الدين المستقر في الذمة لغير المدين فقد ذكر الشَّافِعِي في كتاب«الشروط» أنه يجوز بيعه وهبته، وقال في الرهن: لا يجوز هبته، ويخالف البيع والهبة لأنهما يزيلان

بِأَنِ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا.

فصل: وَقَبْضُ الْعَقَارِ ....

الملك. قال أبو العباس: اختلاف أصحابنا في ذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصح البيع والهبة دون الرهن؛ لأن الدين بمنزلة العين لأنه يصح كونه ثمنًا كالعين، وتصح الحوالة به وهي معاوضة به، وعلى هذا الوجه لا يفتقر إلى رضى من عليه الدين، ولا يحتاج إلى القبض لا في البيع ولا في الهبة؛ لأن الشَّافِعِي شبه ذلك بالحوالة.

والوجه الثاني: يصح البيع والهبة والرهن ولكن يبقى لزوم الرهن والهبة إلى القبض؛ لأن الدين كالعين في جواز العقد عليه.

والثالث: لا يصح في الجميع وهذا خلاف نصه، والذي قبله خلاف نصه في الرهن إلا أنه أقيس، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: بيع الدين الحال على معسر أو منكر لا بينة له عليه لا يصح جزمًا.

قال: فإن كانت له بينة فيظهر تخرجه على الخلاف في بيع الطير في دار فيحاء، والخلاف جارٍ فيما لو جعل الدين أجرة أو صداقًا أو عوضًا في المسابقة، صرح به الماوردي واستثني من الخلاف ومن منع بيع الدين بالدين الحوالة فإنها بيع على الصحيح المنصوص وهي جائزة إجماعًا.

قال: (**بِأَنْ اشْتَرَى عَبْدَ زَيْدٍ بِمِائَةٍ لَهُ عَلَى عَمْرٍو وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَى شَخْصٍ فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْرًا دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ بَطَلَ قَطْعًا**) وهذا منه نصرٌ للمسألة وهو استبدال كما سبق.

فرع: لو أدى من لم يكن ضامنًا عرضًا عن دين غيره فالأصح الصحة كما سنوضحه في باب الضمان إن شاء الله تعالى.

قال: **فصلٌ:** (**وَقَبْضُ الْعَقَارِ**) أي: كالأرض والدار والبناء وكذا الشجر وفي حكمه الثمر على الشجر، قال الشيخان: قبل أوان الجذاذ، وسكت غيرهما عن

تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ ....

هذا القيد، وينبغي أن يلفت ذلك على أن مؤنة الجذاذ على من تكون.

قال: (**تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ الْبَائِعِ**) والمأخذ في ذلك - وما سيأتي - العُرف؛ فتسليم الدار المشحونة بالأمتعة يتوقف على تفريغها، وكذا السفينة، هذا هو المشهور وبه جزما هنا، ونقلا في باب الألفاظ وجهًا في صحة قبض الدار المشحونة أنه يصح، وأن الإمام ادعى أنه ظاهر المذهب ونبه عليه في «الروضة» لكنه سبق قلمه من صحة القبض إلى صحة البيع وصحة البيع لا نزاع فيه ورأيت في «الشامل»، و«معتمد» أبي نصر الْبَنْدَنِيجِي في كتاب «الرهن» أن إذا خلى بين المرتهن وبين الدار وفيها قماش الرهن صح التسليم في الدار خلافًا لأبي حنيفة، لنا ما كان قبضًا في البيع كان قبضًا في الرهن دون البيع ولا بيعه أن يقال: إن حصل مع التخلية استيلاء تام على الدار ونحوها، نجيب: تدخل هي وما فيها في ضمان المستولي عدوانًا كان فإيصالها وإلا فلا.

تنبيهات: قوله: أمتعة البائع يوهم التقيد به فقط، وأمتعة المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة والغاصب كأمتعة البائع إلا أن يكون هو المشتري فالظاهر أنه لا يشترط التفريغ منها صحة القبض، وربما يأتي كلام في بعض ذلك، وزعم شارح أن يفسده بأمتعة البائع يخرج ما عداه وإخراج أمتعة غير المشتري غلط فاحذره، الأصح أنه لا يشترط حضور واحد منها عند المبيع.

والثاني: إن حضرا، وقال: البائع للمشتري دونك وهذا لا مانع حصل القبض وإلا فلا.

والثالث: بشرط حضور المشتري أو وكيله فعلى الأصح لا بد من مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح، ولو كان بيد المشتري كما سيأتي، ولو اشترى الدار بما فيها صفقة فخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الدار، والأصح اشتراط نقل الأمتعة وبمقابله جزم الماوردي والرجوع إلى العرف وأهله يعدون التخلية في العقار إقباضًا، ومن جملة التمكين تسليم المفتاح إلى المشتري ولا يعتبر دخوله ولو جمع متاعه في بيت وخلى بين المشتري وبين

فَإِنْ لَمْ يَحْضُر الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ اُعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ، ....

الدار حصل القبض فيما عدا البيت على المشهور.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ الْعَاقِدَانِ الْمَبِيعَ اُعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ الْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وقوعنا على الأصح أنه لا يشترط واعتبر مضي زمن يمكن المضي إليه في الأصح سواء كان في يد المشتري أم لا لأنا اغتفرنا الحضور للمشقة ولا مشقة في مضي الزمان فاعتبروا، والثاني لا يعتبر إذ لا معنى له عند عدم الحضور وحسن أن يفرق بين ما في يده وغيره.

قال: (**وَقَبْضُ الْمَنْقُولِ تَحْوِيلُهُ**) لأنه العرف وروى حرملة أنه يكفي التخلية، وقيل: يكفي لنقل الضمان دون التصرف، ورأيت في فتاوى الْقَفَّال أنه لو باعه شجرة بشرط القطع حصل التسليم بالتخلية، كما لو اشترى صبرة طعام جزافًا وخلى بينه وبينها صار ذلك مقبوضًا على ظاهر المذهب، انتهى.

فعلى المشهور وإلا يأمر العبد بالانتقال من موضعه ويسوق البهيمة أو يقودها، انتهى.

ورأيت الشَّافِعِي قال في «مختصر الْبُوَيْطِي»: إن كل ما كان ينتقل مثل الصبرة والعروض أن يُوزن أو يكال فقبضه الكيل والانتقال والوزن، وكل ما كان لا ينتقل مثل: الدور والأرضين والعبيد والحيوان فقبضه أن يخلي صاحبه بينك وبينه لا يحول بينك وبينه هو ولا غيره، ويقول: اقبض، فيقول: قد قبضت، هذا نصه بحروفه وقضيته أن القبض في العبد والبهيمة لا يتوقف على ما ذكراه من الانتقال والسوق ونحوه.

وقال صاحب «اللطيف» بعد ذكره قبض المكيل والموزون والمعدود: إن كان جزافًا ومثله ينقل فقبضه نقله وإن كان ثوبًا أو نحوه فقبضه مناولته، وإن كان دابةً أو بعيرًا فقبضه تسليم رسنه وخطامه، انتهى.

وهو موافق للنص، وهو الحق والعرف مطرد به بل أكثر الناس نقل الزام أو المفقود إلى جهة المشتري ويرون ذلك إقباضًا إذا استولى عليه.

فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيِّزٍ، ....

قال في «الروضة»: ولا يكفي استعماله وركوبها بلا نقل.

وكذا الوطء على الصحيح ذكره في «البيان»، انتهى.

وقال في «شرح المهذب»: قال في «البيان»: لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه أو ركب البهيمة ولم تنتقل عن موضعها فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يكون قبضًا كما لا يكون غصبًا، قال الشيخ: وما ذكره في الغصب فيه خلاف، انتهى.

قلت: والمذهب أن ركوب الدابة ممن هو أهل للاستيلاء غصب وفيه وجه مزيف، وقضية كلام الْعِمْرَانِي هذا الذي أبداه تفقهًا لا نقلًا التسوية بين البابين، وليس بجيد وذكر الرَّافِعِي هناك أنه لو أذن له البائع في الركوب جاز التصرف وإن لم ينقل، وقال الماوردى: في وطء الأمة بعد رفع يد البائع قبض وقبله ليس قبضًا.

إشارة: حسن أن يستثنى من إطلاق المصنف وغيره اعتبار والتحويل مثله بيع الشجرة بشرط القطع ونحوها وقياسه بيع الجدار بشرط نقله، وبيع الثمرة على الشجرة، وسواء شرط قطعًا أم لا، وكذا بيع الزرع في الأرض حيث يصح وما أشبه هذا فإن التخلية كافية فيه، فإن كانت هذه الأشياء فذكروه في بابها، وسيق أن إتلاف المشتري قبض وإن لم يجز نقل، وذكر الماوردي في باب الربا أن المقسوم لا يحتاج إلى تحويل، وإن جعلنا القسمة تبعًا، وسيأتي أن القبض فيما يقبض باليد عادة التناول لا غير.

قال: **(فَإِنْ جَرَى الْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْبَائِعِ)** أي: كمسجد وموات وشارع، ومس المشتري.

(كَفَى نَقْلُهُ إِلَى حَيِّزٍ) أي: منه أو من غيره لوجود التحويل.

إشارة: جزموا بهذا في دار المشتري ونحوها مما يختص به، وقال: لو باعه ما في يده بوديعة أو غصب لا يشترط النقل ولا إذن البائع، ولا يثبت حق الجنس؛ لأنه رهن بدوام يده، كذا ذكره الْمُتَوَلِّي في «الحاوي» وغيره وجه أنه

وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ].

يشترط النقل بإذن البائع إذا كان له حق الجنس فعلى ما ذكره الْمُتَوَلِّي بصور ما قدمناه في دار المشتري إذا لم ينفرد باليد بأن كان البائع معه، وتحرير القول: أنه إذا ابتاع ما في يده من عقار أو منقول إن كان الثمن حالًا ولم يوفره افتقر إلى إذن البائع في القبض كما جزما به، ومنقول الْمُتَوَلِّي ونقل الإمام عن الشيخ أبي علي وما ذكره الرَّافِعِي أصح، وإن كان الثمن مؤجلًا أو حالًا لم يحتج إلى إذن على الصحيح، وحيث قلنا: يحتاج أو يحتاج ففي اشتراط مضي زمان يتأتى فيه القبض، واشتراط السير معه ونقله بعد الوصول إليه إن كان منقولًا ما يأتي في الرهن حرفًا بحرف والصحيح كالصحيح هكذا قال الجمهور.

واعلم أن الرَّافِعِي وغيره أطلقوا النقل في المنقول وكذا ذكر في «المهذب» وقال في «التنبيه»: فيما يتناول باليد قبضه التناول، وكذا قاله: القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد والماوردي والجرجاني والبغوي وخلائق، وقال في «شرح المهذب»: إنه لا خلاف فيه واستدركه في «الروضة» وسكت في «المنهاج» ومثلوه بالدراهم والدنانير والأشياء الخفيفة ويشبه أن يقال: هذا نقل لهذه فلا استدراك نقل كل شيء بحسبه.

قال: **(وَإِنْ جَرَى فِي دَارِ الْبَائِعِ)** أي: في موضع تستحق منفعته أو الانتفاع به بملك أو وقف أو إجارتهما وإعارة أو وصية أو إقطاع ونحوها.

قال: **(لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ)** نقله إلى خير منها.

(إِلَّا بِإِذْنِ الْبَائِعِ)؛ لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها، ولا فرق بين أن يكون قد وفر الثمن أو لا، فإن فعل بلا إذن لم ينتقل ضمان العقد، ولا يجوز التصرف به؛ لكن يدخل في ضمانه حيث يطالب به لو خرج مستحقًّا لوضع يده عليه هذا فيما اعتيد نقله، وأما الدراهم الخفيفة ونحوها إذا أخذها بيده أو الثوب إذا لبسه فعلى ما سبق من كونه قبضًا، وإن كان بموضع يختص بالبائع؛ لأنه لو نازعه فيه كان القول قوله.

قال: **(فَيَكُونُ مُعِيرًا لِلْبُقْعَةِ)** أي: التي أذن في النقل إليها، قال شارح: وصورة المسألة أن يكون قد أذن له في القبض والنقل، فإن لم يأذن إلا في

……………………………………

النقل فإطلاق الإمام ألا يحصل القبض.

قلت: وكلام «البسيط» مصرح بذلك، قال هذا الشارح: ويحتمل أنه إن كان وفر الثمن كفى، والظاهر ما قاله الإمام؛ لأن مجرد الإذن في النقل لا يقتضي العارية(١) انتهى.

وقضية كلام الْبَغَوِي والمصنف وغيرهما الاحتمال المذكور؛ لأن عند التوفير لم يبق للبائع بالمبيع تعلق فوجب حمل إذنه على ذلك.

وفي حكم التوفير كون الثمن مؤجلًا.

وجعل بعضهم كلام الإمام مخالفًا لكلام الْبَغَوِي؛ لكن كيف يعبر البقعة إذا كان مستعيرًا كما مثل به الإمام وتابعوه عليه، والمذهب أنه يعبر وجوابه أنه لم يرد بذلك جواز الإعارة وصحتها، وإنما المراد حصول القبض، وإن لم تكن العارية صحيحة كما لو نقله إلى موضع مغصوب.

مباحثة: قال أبو عمر وابن الصلاح، إثر قول «الوسيط»: فلو نقل إلى زاوية من دار البائع، المسألة هذا فيه نظر؛ لأنه إذا أشار له لينقله فمجرد هذا قبض، ولا يتوقف كونه قبضًا على وضعه ثم وضعه لا يخرجه عن كونه قبضًا؛ بل كان قبضه ثم أعاده إلى يد البائع، واحتج الإمام بأنه لو نازع في متاع بقرية فاليد عليه لرب الدار بخلاف ما احتوت يده عليه حجة عليه، فإنا إنما جعلناه قبضًا نظر إلى احتواء يده حالة النقل، ثم ذكر ما حاصله أن الشيء الثقيل لا يعد مجرد احتواء اليد عليه في العُرف قبضًا ما لم ينقل إلى موضع؛ لأن اليد لا تصلح إقرارًا له فاحتواؤها عليه حالة الإمساك كالعدم، لاضطراره إلى وضعه عن قرب.

قال: وهذا معنى لا بأس به ويؤيده الحديث في الطعام: «حتى يحوزه التجار إلى رحالهم»(٢) ولكن الإشكال باقٍ فإنا نجعل اليد للحامل، انتهى ملخصًا.

---

(١) حقيقة العَارِيَّة الشَّرعيَّة: إباحة الانتفاع بما يحلُّ الانتفاع به مع بقاء عينه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

وهو حسن ويندفع ما ذكره من المعنى بما لو نقله قليلًا قليلًا يجب مصلح اليد قرار الماء احتوت عليه منه في كل دفعة، وقيد الْمَاوَرْدِي في كتاب «الرهن» أن المبيع المنقول في قبضه ينقله من موضعه سواء أخرجه بالنقل عن ملك بائعه أم لا، قال: نص الشافعي علي ذلك.

وقال الدارمي: لا يكون قبضًا حتى يخرجه عن ملك بائعه لحديث: «حتى يحوزه التجار إلى رحالهم»(١) انتهى.

ولم يذكر إذن البائع بل ظاهر كلامه أنه بغير إذنه إذ يبعد أن الدارمي يمنع ذلك عند الإذن، وقال ابن الرِّفْعَة هنا وفي«الحاوي»: إن المعتبر في القبض إخراجه من الذي كان فيه، وإن لم يجعله المخرج في حرز، وفي «تعليق القاضي الحسين»: أنه لو وضعه في جوالق نفسه وخرج ليحضر الجمال فهو قبض، وإن كانت الجوالق في دار البائع، وكذا لو استعار منه الجوالق(٢).

فروع: جاءه البائع فقال المشتري: ضعه، فوضعه بين يديه حصل القبض، وإن وضعه والمشتري ساكت أو قال: لا أريده، حصل القبض على الأصح، فله التصرف فيه، ولو تلف قبل أخذه له فمن ضمانه لكن لو خرج مستحقًا لم يطالب به، ولو وضعه بين يدي المشتري فقبله، ولم يتقدم أمره بالوضع حصل القبض جزمًا، وإنما الخلاف فيما إذا نقل، وهذا وشبهه إذا كان بموضع لا يختص بالبائع، وهنا زيادات ذكرتها في «الغنية» ولو دفع طرفًا إلى البائع، وقال: اجعل هذا المبيع فيه ففعل فلا تسليم، والطرف أمانة في يد البائع وفي مثله في السلم، وبيع الموصوف في الذمة يكون مضمونًا على المسلم إليه والبائع لاستعماله في ملكه بخلاف الأول، ولو قال البائع: أعرني طرفك أجعل المبيع فيه لم يكن إقباضًا، وبيع ماله المنقول لولده، وبالعكس لا بُدّ فيه من النقل، ففيه تكفي النية وتسليم الحمل إذا تبع في الحمدة على حسب

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الجِوالِقُ: وعاءٌ، الجمع: جَوالِقُ، كصَحائِفَ.

……

الإمكان، وقيل: على حسب العُرف.

وقال في «الكافي»: هل عليه تفريغ المحمدة في الحال أم على مر الأيام على العادة؟ قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين والأصح وجوبه في الحال كالحنطة في البئر.

قال: والأصح عندي الثاني، والفرق أن الحنطة لا تتلف بنقلها في الحال بخلاف الحمد، ونظير مسألتنا ما لو اشترى ثمرة على شجرة بعد بدو الصلاح لا يجب قطعها في الحال؛ بل على العادة، انتهى.

وهو حسن لهما التوكيل في القبض والإقباض؛ لكن لا يوكل المشتري من يده يد البائع كعبيده إلا المكاتب، وفي المأذون المذبون وجه وله توكيل عبد نفسه أو ابن البائع فله مطلق التصرف، ولو قال البائع: وكِّل مَن يقبض لي منك جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره، وإذا كان المنقول حاصل في البلد وجب تسليمه موضع العقد، والمراد تلك المحلة وإحضاره على البائع ونقله إلى دار المشتري عليه، وقيل: يجب إيصال الحطب على الدابة إلى داره للعُرف، وينبغي جريانه فيما إذا نقله على ظهر الحطاب أيضًا للعُرف.

وقال القاضي الحسين: لا يتعين مكان البيع، أي موضع أحضره أجبر المشتري على قبضه وإن كان المبيع غائبًا.

قال الْمَاوَرْدِي: فلا بُدّ من ذكر البلد التي هو بها، ولا يلزمه تسليمه في غيره، فإن شرط ذلك بطل البيع، قيل: وكلام غيره يقتضي إلى أن الغائب عن البلد والحاضر سواء بخلاف السلم والثمن في الذمة ولا تناقض بين الكلامين، فإن الأول في الغائب المختلف في بيعه، والثاني في غائب تقدمت رؤيته وإطلاق الشيخين وغيرهما القول بأن مؤنة إحضار المبيع الغائب على البائع محمول على الغائب في البلد عن موضع العقد لا الغائب مطلقًا، وإن تقدمت رؤيته.

وكلام الرَّافِعِي في السلم يقتضي عدم الفرق وهو شائع للتهذيب وغيره وقضيته أنه لو رأى عروضًا «باليمن» مثلًا ثم اشتراها «بخراسان» أنه يلزم بائعها

قال المصنف: [فَرْعٌ: لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَو سَلَّمَهُ، وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ، وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَو وَزْنًا أُشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ أَو كَيْلُهُ أَو وَزْنُهُ، ....

نقلها إلى موضع العقد، وهو بعيد وكلام الأئمة ينازعه.

ولعل المراد بالتسليم التسليم باللفظ لا لزوم النقل إلى موضع العقد مطلقًا، وفي «المطلب» أن أجرة النقل المحتاج إليه في تسليم المنقول على المشتري ما دل عليه كلام الشافعي، وصرح به الْمُتَوَلِّي وهو شاهد لما قبله، وقد ذكروا أنه إذا سبقت رؤية الغائب وكان بيد المشتري بإيداع أو عارية أو نحوهما أنه لا بُدّ من مضي زمن إمكان القبض لجواز الصرف وانتفاء الضمان على الأصح، ثم في اشتراط المضي إليه ومشاهدته به ما سبق ويأتي إن شاء الله تعالى.

قال الشارح: (فرع: **لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إنْ كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَو سَلَّمَهُ**) أذن البائع أو لم يأذن، هذا إذا لم يحل الأجل قبل أخذه أما لو حل قبل ذلك فسنذكر ما قيل فيه إن شاء الله تعالى .

قال: (**وَإِلَّا فَلَا يَسْتَقِلُّ بِهِ**)؛ لأن للبائع حق حبسه للثمن، ولو أخذه بغير إذنه فعليه رده ولا ينفذ تصرفه كالمرهون وإلا فيما ينفذ منه قبل القبض؛ لكن يدخل في ضمانه، والمراد به ما يشمل ضمان اليد وضمان العقد فيستقر الثمن، ولو خرج مستحقًا طولب به ولا أثر لتسليم بعض الثمن على الأصح، ومحل الوجهين عند الإمام والرافعي فيما ينقسم كالصبرة مثلًا.

وأطلق كثيرون الخلاف ولعله الأقرب، نعم يجب أن يكون القرض في الثمن في الذمة لا في المعين قطعًا حذرًا من تفريق الصفقة عند التلف .

قال: (**وَلَوْ بِيعَ الشَّيْءُ تَقْدِيرًا كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعًا وَحِنْطَةٍ كَيْلًا أَو وَزْنًا أُشْتُرِطَ مَعَ النَّقْلِ ذَرْعُهُ**) أي: إن بيع ذرعًا.

(**أَوْ كَيْلُهُ**): إن بيع كيلًا.

(**أَوْ وَزْنُهُ**) أي :إن بيع وزنًا، وكذا عدّه في المعدود للأحاديث السابقة، وغير المكيل المقبوض عليه مقيس عليه، فلو قبض على غير هذا الوجه

مِثَالُهُ بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ: عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ، ....

فالقبض فاسد هذا هو المذهب المنصوص المشهور.

وقيل: يصح، وهو مخالف للإجماع في المكيل والموزون، وجزما هنا بأن المقبوض يدخل في ضمانه، ونقلا في باب بيع الثمار وجهين بانفساخ العقد بتلفه في يد المشتري قبل الكيل، وادعى الإمام الاتفاق على أنه لا ينفسخ، أما التصرف فلا يجوز في الجميع قطعًا، ولا فيما يتيقن أنه قدر حقه فيجوز أن يكتفي به وقبض ما اشتراه كيلًا بالوزن أو وزنًا بالكيل كقبضه جزافًا، ويحتمل أن هذا فيما إذا لم يعلم مقدار المكيل من الموزون ولا العكس، أما لو علم بالامتحان فيجوز أن يكتفي به في غير عقود الربا.

قال: (**مِثَالُهُ بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ: عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ**) وكذا بعتك عشرة أصوع منها، وهما يعلمانِ صيعانَها أو لم يعلما إذا جوزناه، ولا يخفى أمثلة الموزون والمزروع والمعدود.

فروع: لو قال البائع: خذه فإنه كذا فصدَّقه فالقبض فاسد أيضًا حتى يقع اكتيال صحيح، وسواء معينًا أو في الذمة فإن زاد رد الزيادة، وإن نقص أخذ التمام، هكذا أطلقاه، وهو يشعر بأنه لا يجب رد الجميع، وهو ما نسب إلى الجمهور. وسبق في الربا فيما إذا تقايضا وتصادقا على الوزن وتفرقا كلام ينبغي تأمله مع هذا.

وبالجملة: فيظهر أن يقال هنا: إن اكتاله فوجده بقدر حقه وكان الثمن مؤجلًا، أو وفَّره وأذن له البائع في القبض فلا حاجة إلى رده إذ المعتبر النقل والكيل وقد وُجِدَا، وإن وجده أزيد فلا يستقل بالقيمة وإن اجتمعا عليها حصل القبض أيضًا ولا حاجة إلى صورة الرد، ولو أراد البائع استرجاع المقبوض جزافًا بغير إذنه.

قال الإمام: إن قلنا للمشتري أن يتصرف لم يكن له وإلا ففيه احتمال، انتهى.

في الأصح ليس ذلك لا يلزم أحدهما الرضا بكيل الآخر أو وزنه

وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو،

ونحوهما؛ بل إن اتفقا على واحد وإلا نصب الحاكم أمينًا هذا ما ذكر هنا، وكلام كثيرين عند الكلام على أجرة المقبض مصرح بخلافه، وأن للبائع أن يتولى الكيل بنفسه، وصرح بعضهم أنه لو طلب المستحق الكيل وطلب الآخر أجيب وكأنه لا يحسن بحسن البائع الكيل ولم يجد متبرعًا به، والمذهب ما ذكر هنا، وذكر ابن الرِّفْعَة في الكتابة ما صدر بأنه الفرع عن رواية الرَّافِعِي، ثم قال: وظاهره يدل على أنهما لو تراضيا بكيل أحدهما جاز.

وحكى الرَّافِعِي من بعد فيما لو أذن مستحق الحنطة أن تكال من الصبرة بقدر حقه وجهين: أصحهما أنه لا يجوز؛ لأن الكيل أحد ركني القبض وقد صار ثابتًا فيه من جهة البائع.

والثاني: يجوز لأن المقصود منه معرفة المقدار والمقبض هو البائع، انتهى.

فحصلت وجوه: مؤنة وكيل المبيع ووزنه ونحوهما على البائع، ووزن الثمن أو كيله على المشتري، وفي مؤنة نقل الثمن وجهان.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون الأصح أنها على البائع وصححه في «شرح المهذب»، وبه أجاب ابن الْقَطَّان في فروعه، والدبيلي في «أدب القضاء»، والماوردي والجرجاني في «الشافي» في كتاب «الجنايات» قال: لأنه يدعى عيبًا الأصل عدمه ورجحه صاحب «الأشراف».

وقال العمراني في كتابيه «البيان» و«الزوائد» في كتاب الإجارة: إنه إن كان الثمن معيبًا فمؤنة النقد على البائع، وإن كان في الذمة فعلى المشتري وهذا حسن بالغ، فإن كان وجهًا ثالثًا فهو الأصح وإلا فليترك عليه إطلاق الوجهين، ويحتمل أن محلهما فيما في الذمة فقط.

وقال الدارمي: أجرة الناقد على القابض وعندي على المعطي، انتهى .

قال: (**وَلَوْ كَانَ لَهُ**) أي: أمكن مثلًا.

(**طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَى زَيْدٍ وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو**) لأن

فَلَوْ قَالَ: اقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ.

النبي ﷺ «**نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان**»(١) رواه ابن ماجة بإسنادٍ فيه ضعف.

قال البيهقي: وقد روي موصولًا من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما سبق في الباب من الأحاديث الصحيحة، وليكون قبضه قبل إقباضه.

قال: (**فَلَوْ قَالَ**) أي: من له الطعام على زيد وهو بكر لعمرو.

(**اقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالْقَبْضُ فَاسِدٌ**) أي: لعمرو بلا خلاف؛ لأنه مشروط بقبض بكر ولم يتقدم عليه، ولا يمكن القول بحصولهما لاتحاد القابض والمقبض، نعم يحصل القبض لبكر على الأصح، ويبرئ زيد ثم المقبوض في يد عمرو أمانة لكونه وكيلًا لبكر أو مضمون لكونه قبضه لنفسه، كلام الرَّافِعِي يقتضي الثاني، ويحتمل أن يفرق بين العالم والجاهل، ولو قال بكر لعمرو: احضر معي لا كفالة لك من زيد ففعل فهي كالأولى لا يصح لعمرو قطعًا ويصح لبكر على الأصح وهنا أولى، وبكر هنا ضامن على الوجهين إن صححنا ضمان عقد وإلا فضمان يد، ولو قال: اقبضه لي ثم لنفسك بذلك الكيل صح قبضه لبكر، وفسد قبضه لنفسه على الأصح، ولو قال: احضر معي لأقبضه لنفسي ثم تأخذه بذلك الكيل صح القبض لنفسه وفسد للآخر وهو مضمون عليه، فلو اكتاله لنفسه وسلمه إلى عمرو في المكيال جاز، وقيل: لا؛ لأنه لم يجز فيه الصاعان، ولو اكتال لنفسه وفرغه ثم كال لعمرو جرى الصاعان، وصح القبضان.

تنبيه: حكم دَيْن السَّلم والقرض والإتلاف في ذلك سواء، وكذا فرضها الإمام، قال شارح: ومنه يعلم أن فرض الكتاب لها في السلم غير مختص به؛ بل مراده المثال وهذا عجيب فإن «المنهاج» لم يتعرض للسَّلَم ولا لغيره، نعم لو أحال بكر أو عمرو بطعام على زيد فإن كان ما لبكر قرض، وما لعمرو سلم فالفساد من جهة عمرو؛ لأنها حوالة بالمسلم فيه إن كانا غير سلم فالفساد

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣١٣) مَعْلُولٌ بِابْنِ أَبِي لَيْلَى.

فرع: قَالَ: الْبَائِعُ لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ، وَقَالَ: الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ، وَفِي قَوْلٍ: الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلٍ: لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، وَفِي قَوْلٍ: يُجْبَرَانِ.

منهما؛ لأنها حوالة به، وعليه وإن كانا عن قرضٍ صحيح الحوالة على الأصح، وإن كان ما لبكر عن سلم، وما لعمرو عن قرض فحوالة على المسلم فيه فالفساد من جهة بكر.

فرع: قبض الجزء الشائع إنما يحصل بتسليم الجميع ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده، ولو قال: اكتل لنفسك من صبرتي هذه فاكتال لم يصح لإيجاد القابض والمقبوض، وهو ممتنع على النص خلافًا لابن سُرَيْج.

قال: (**فرع: قَالَ الْبَائِعُ**) أي: بعد لزوم العقد.

(**لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ**) أي: المعين.

(**حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَهُ**) أي: الحال.

(**وَقَالَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ مِثْلَهُ أُجْبِرَ الْبَائِعُ**) أي: على الأظهر، وقطع به جماعة؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة فقدم ما يتعلق بالعين كأرش الجناية مع غيره من الديون .

قال: (**وَفِي قَوْلٍ الْمُشْتَرِي**) وليس بمنصوص ولا ذكره العراقيون وذكره القاضي الحسين وغيره، وقالوا: إنه مخرج من الصداق حيث أجبر الزوج، وجعله هذا القابل بمنزلة المشتري ووجهه بأن حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فأمر بتعيين الثمن ليتساويا وباقي تعيين الحق.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ**)؛ لأنهما سواء حكاه في «الأم» في باب الاستبراء عن غيره، وردد القول بينه وبين إجبار البائع، ثم دفعه بأن فيه ترك الناس يتمانعون الحقوق، وعلى هذا يمنعها الحاكم من التخاصم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُجْبَرَانِ**) لأن التسليم واجب عليهما فيجبران على إحضار المبيع والثمن ثم يسلم كل منهما ما له دفعة واحدة كما لو كان عليه دراهم

....

وللآخر عليه دنانير وهكذا حكاه الشافعي عن غيره ودفعه من غير تردد، واختاره الروياني في هذا الزمان، وقطع بعض الأصحاب به واختلفت الطرق في حكايته، فقيل: يجبر كل منهما على التسليم لصاحبه دفعة واحدة، وقيل: على التسليم للحاكم، والحاكم يتخير لا يبالي بأيهما بدأ وهو هكذا في «الأم»، وقيل: ينصب الحاكم عدلًا ليتسلم منهما ثم يسلم.

قال المَاوَرْدِي: وإذا كان المبيع لا يمكن نقله لا يأتي فيه إلا قولان: ويأتي في أصل المسألة قول خامس أن الحاكم يتخير اجتهادًا ونظرًا وسنذكره.

فروع وتنبيهات: هل يستقر العقد بقبض الحاكم أو العدل أو لا يستقر حتى يصل الشيء إلى صاحبه؟ لم يصرحوا فيه بشيء لكن في «الحاوي» أنه إذا تلف في مجلس الحكم كان من ضمان دافعه، وصرح الجرجاني في «التفليس»: أنه إذا تلف في يد العدل يكون كالتلف في يد البائع، وربما تذكر في عدل الرهن شيئًا من هذا، ولو كان الثمن مؤجلًا أجبر البائع على التسليم قطعًا وليس له طلب رهن أو كفيل، وإن كان المشتري غريبًا؛ لأنه المفرط فلو حل الأجل قبل التنازع أو بعده وقبل إلزام الحاكم بالتسليم.

قال الروياني: فيه وجهان كالصداق ظاهر المذهب وجوب التسليم أيضًا، وبه جزم الْبَغَوِي.

وقال الْمُتَوَلِّي: ذكر المزني في «المنثور»: أن له حق الحبس، وذكره الرَّافِعِي عنه هناك، وفي الترجيح في نظير المسألة من الصداق اختلاف في كلام الرَّافِعِي بينته في «الغنية» هناك والمنسوب إلى الأكثرين أنه ليس له الامتناع، لو باع الحاكم مال المفلس سقط القول بعدم إجبارهما ومثله فيما يظهر لو باع في نفقة الزوجة والقريب والرهن والجناية عند طلب المستحق، ولو تبايع وكيلان حكى الإمام في التفليس بغير إجبارهما، وقضية كلام «الحاوي» مجيء القولين الأولين، وفي وكيل البائع يأتي إجباره وإجبارهما، وكذا في وكيل المشتري، وعبارة شارح هذه الأقوال: جارية في نظيره من الإجارة، وفيما إذا كان المتبايعان مالكين وليس للغير فيه حق، فإن باع الولي

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ،

أو الوكيل فلا يأتي إلا إجبارهما وإجبار المشتري، وإن اشتريا لم يأت إلا إجبارهما وإجبار البائع، وإن تبايع وكيلان أو وليَّان لم يأت إلا إجبارهما أو إجبار المشتري، وإن اشتريا لم يأت إلا إجبارهما أو إجبار البائع، وإن تبايع وكيلان أو وليان لم يأت إلا إجبارهما قاله: الإمام، وإن تعلق بالمبيع حق كالمرتهن وغرما المفلس لم يات فيه إلا إجبارهما أو إجبار البائع.

وقال ابن الْقَطَّان: يجبر مشتري مال المفلس بلا خلاف، وقال الْمَاوَرْدِي: يجيء فيه إجبار البائع أيضًا، انتهى.

ولو تبرع البائع عن نفسه بالتسليم سقط حق الحبس، وكذا لو أعاره من المشتري في الأصح، ولو أودعه إياه فله استرداده للحبس في الأصح، ولو تلف في يد المشتري فكتلفه في يد البائع، ولو صالح من الثمن على مال لم يسقط حق الحبس لاستيفاء العوض قاله الرَّافِعِي، وعبارة متن «الروضة»: فله إدامة حبسه؛ لاستيفاء العوض وهي أحسن؛ ولكن سيأتي عن الْقَفَّال أنه لو استبدل عن الثمن شيئًا لم يكن له حبس المبيع ليعوض البدل، وبه أجاب القاضي الحسين في «الفتاوى».

قال: لأن البراءة عن الثمن حصلت بنفس الاعتياض، قال: ولو كان به رهن أو ضامن انفك الرهن وبرئ الضامن، انتهى.

وهذا هو القياس، وأخشى أن لفظه لم يكن في كلام الرَّافِعِي وقعت سبق قلم من ناقل، ولو قال البائع: أعرتكه، فقال المشتري: بل سلمته، ففي المصدق وجهان، ولو قال البائع: غصبته، صدق على الأصح فيما لو اشترى بوكالة اثنين وفى نصيب أحدهما لم يلزم البائع تسليم النصف اعتبارًا بالعاقد، ولو باع عن اثنين فقبض نصيب أحدهما لزمه تسليم النصف قاله: الْبَغَوِي، ويخرج من كلام الرَّافِعِي أن الأصح اعتبارًا بالعاقد.

قال: (**قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا سَقَطَ الْقَوْلَانِ الْأَوَّلَانِ وَأُجْبِرَا فِي الْأَظْهَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) أي: لاستواء الجانبين سواء كان نقدًا أم دخلت الباء

وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ، ....

عليه، وقيل: إنما يسقطان إذا تبايعا بعرض، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد في بيع العرض بالعرض أو بالنقد أقوال ثالثها يتخير الحاكم، وهذا يأتي في أصل المسألة، والمراد يخير، نظر واجتهاد لا سهوة وإيثار.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا باع عرضًا بعرض لا ينفي الأقوال الإجبار وحده، وعزاه إلى المحاملي والبغوي والإمام وغيرهم.

قال: (**وَإِذَا سَلَّمَ الْبَائِعُ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ الثَّمَنُ**) أي: سواء قلنا يجبر البائع أم لا؛ ولكنه تبرع والمراد بالحضور في المجلس، والمراد بالثمن نوعه الذي يقضي منه، فإن ما في الذمة قبل قبضه لا يسمى ثمنًا إلا مجازًا.

قلت: إن كان المراد إجباره على دفع الثمن في الجملة فذاك، وإن أريد إجباره على الدفع من غير ما حضر معه المجلس ففيه نظر إذا قال: أنا أحضر الثمن الآن من منزلي أو حانوتي ولا أدفعه من هذا ولا سيما إذا قرب مكان الإحضار، نعم إن ظهر للحاكم منه العناد والتسويف ظهر إجباره مما حضر معه، والله أعلم .قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن الثمن حاضرًا.

(**فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ بِالْفَلَسِ**) أي: على المنصوص، وقيل: تباع السلعة ويقضي دينه منها، والمراد بالمعسر هنا ألا يملك غير المبيع، وسواء كان قدر الثمن أو أقل أو أكثر وهذا الفسخ يعين المفلس بعينه كما اقتضاه كلام الكتاب، والشافعي، والأصحاب، وحينئذٍ لا بُدّ من تقديم الحجر هنا وهو المشهور هنا، والحديث يقتضي عدم اشتراطه هناك.

هل تحسب الأعيان المبيعة حتى نشترط نقصان المال معها عن الوفاء أو لا؟ وجهان أصحهما تحسب والصحيح هنا خلافه، والفرق أن المفلس هناك سلطه البائع على البيع باختياره ورضي ذمته، وهنا لم يسلطه على التصرف؛ ولذلك حجر عليه بعد القبض قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وفيه فائدتان:

أحدهما: إن مسألتنا مصورة بما إذا سلم بإجبار الحاكم حتى لو سلم تبرعًا

أَو مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَو بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ، ....

لم يجز الفسخ إذًا وقت السلعة بالثمن على الأصح، وهذه فائدة جليلة، وكنت أود لو قيل: إن كان في السلعة غبطة ظاهرة له، ووجد في الحال من يشتريها منه في المجلس مثلًا، وينقد الثمن في الحال أنه يمكن من بيعه ولا فسخ.

مثاله: اشترى جوهرةً بألف وكانت تساوي ألفين، أو حضر راغب يشتريها بألفين والثمن حاضر مبذول، ولعل إطلاقهم محمول على غير هذه الصورة فإن هذا غير معسر أو لا يعد معسرًا.

الثانية: إذا نقصت السلعة هنا عن الثمن ولم يملك غيرها لا يأتي الوجه القائل بالبيع هنا بل يفسخ قطعًا، وهل يتوقف الفسخ على الحجر إن سلم متبرعًا؟ فنعم، أو مجبرًا فسيأتي.

قال: **(أَوْ مُوسِرًا وَمَالُهُ بِالْبَلَدِ أَو بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّى يُسَلِّمَ)** لئلا يضيعها فيفوت حق البائع.

وقال **الْبَنْدَنِيجِي**: إن أحضره قبل ثلاث وإلا كان البائع أحق بعين ماله، وهو غريب وربما ذكرت في «الغنية» في الفسخ باعتبار بالنفقة أو المهر ما يعضده، والمسافة القريبة هنا ما دون مسافة القصر.

وقيل: هي كالبعيدة هكذا أطلق الخلاف، وفي الأقلية بأن مسافة القصر ودونها في حكم البلد في حقيقة هذا الحجر، وجهان: أصحهما، وهو قول الجمهور أنه نوع آخر مخالف لحجر المفلس لا يعتبر فيضيق ولا يسلط على الرجوع، ويسمى الحجر الغريب ولا يفتقر إلى سؤال الغريم إلا على احتمال للروياني.

والثاني: أنه حجر فليس يراعي أحكامه وشروطه، واعلم أنا إذا قلنا بالمذهب، وكان ما له بالبلد فلا خلاف في الحجر، ونقل **الْغَزَالِي** عن ابن سُرَيْج أنه لا يحجر وصححه، وهو منتقد، ومنقول النهاية عن ابن سُرَيْج الحجر هاهنا، ويستمر بيد المشتري أن يأتي بالثمن فهو موافق للأصحاب في هذه الحالة، وهنا أشياء مهمة ذكرتها في «الغنية» منها: أن كلام الأصحاب عن

فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفْ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا، ....

الإمام والغزالي والرافعي يقتضي أن الحجر إنما يكون إذا سلم بإجبار الحاكم، وما ذكره فيما إذا كان ماله بالبلد محمول على ما إذا كان متيسرًا فلو عجز عنه فينبغي أن يفسخ كالغيبة.

فرعان: لو امتنع المشتري قبل أن يحجر عليه من تسليم الثمن مع التيسر أو تغيب وأخفى ماله والمبيع بيده فلا فسخ للبائع في الأصح؛ لعدم عيب الإفلاس ويجريان فيما لو مات قبلها وامتنع الوارث من تسليم الثمن، وفيما لو استوفى البائع الثمن وامتنع من تسليم المبيع أو هرب أو تغيب وأخفى المال .

الثاني: هرب المشتري قبل قبضه المبيع وغاب غيبة معروفة أو منقطعة فإن كان له مال، وفى الحاكم الثمن منه، وإن كان محجورًا عليه رجع البائع في غير ماله بشرطه، وإن لم يكن له مال وليس محجورًا عليه، قال الشيخ أبو حامد وغيره: باع الحاكم المبيع ووفر الثمن وهو موافق لما سبق من اشتراط الحجر، فإن قلتَ: لم لا يحجر ويرجع البائع؟

قلتُ: لعل الحجر على الغائب ممتنع بخلاف الحكم.

قال: (**فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يُكَلَّفْ الْبَائِعُ الصَّبْرَ إِلَى إِحْضَارِهِ**) أي: ليتضرر بتأخير حقه.

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ**) لما ذكرناه.

(**فَإِنْ صَبَرَ فَالْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا**) لئلا يفوت المال والحاصل في المسافة البعيدة ثلاث أوجه:

أحدها: وحُكى عن ابن سُرَيْج وادعى في «الوسيط» إنه الصحيح أنه يرد المبيع إلى يد البائع ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار ولا يفسخ إلا إذا امتنع الوصول إلى الثمن بعينه شاء بيعه بعد مثلها امتناعًا .

والثاني: وصححه الْبَغَوِي تباع السلعة، ويوفى من ثمنها حق البائع .

والثالث: وصححه الجمهور أن له الفسخ للضرر في تأخير الثمن

وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ].

كالمفلس، فإن فسخ فذاك ولا يحتاج هذا الفسخ إلى تسليط الحاكم، وإن صبر فالحجر كما سبق والمسافة البعيدة مسافة القصر عند الجمهور.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنها ثلاثة أيام. وفي مسافة القصر وجهان: أحدهما: كالحضر، والثاني: كثلاثة أيام وسبق عن الأقلية مسافة العدو هنا غيرها.

إشارات: قول المصنف لم يكلف البائع الصبر أي: خلافًا لابن سُرَيْج كما بيناه، وقوله: والأصح أن له الفسخ مقابلة ما صححه الْبَغَوِي، وقوله: فالحجر كما ذكرنا هو المشهور، وفي «الوسيط» عن العراقيين: إنه إنما يحجر حيث لا فسخ، إذ لا فائدة للحجر عند جواز الفسخ، وفي «الحاوي» في المسافة المتوسطة إذا ألحقناها بالبعيدة أنه إن صبر أطلق تصرف المشتري في المبيع وغيره.

فرع: اشترى عبدًا وسلم ثمنه فأبق قبل قبضه تخير في فسخ البيع وليس له استرداد الثمن قبل الفسخ، وقيل: له من غير فسخ، وقيل: يسترد إن أبق قبل التوفير ولم يعلم ولا خلاف أنه لا يلزمه التسليم إذا علم إباقه.

قال: **(وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْأَقْوَالُ إذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ الِابْتِدَاءِ)** ما ذكره من نفي الخلاف هو طريقة الأكثرين، وهو الفقه، إذ لا يرهَق الإنسان إلى إضاعة ماله، والإمام وطائفة يرون أن الخلاف في البراءة خلاف في حق الحبس، وقد ذكره الرَّافِعِي؛ لكنه في«المحرر» اختار طريقة الجمهور، ويلائم طريقة الإمام أن الشافعي والأصحاب ذكروا أحوال الثمن في الغيبة والإعسار تفريعًا على الإجبار إلا أن يقال أن المراد إذا طرأت هذه الأحوال.

وقال القاضي الحسين: يجبر إذا كان المال بالبلد غائبًا عن المجلس، ولا يجبر في غيبته عن البلد وإفلاسه، انتهى.

وينبغي ألا يجبر إلا إذا كان المال في المجلس، وكان من نوع الثمن ووصفه حتى لو كان يحتاج في وفائه إلى بيع يوجب تأخيرًا لم يجبر.

(بَابُ التَّوْلِيَةِ والإِشْرَاكِ والمُرَابَحَةِ)

قال المصنف:

فروع: أحدها: أنه يؤجل الأجل قبل التسليم، هل يجبر عليه كما قبل الحلول؟ لكنهم تفصحوا فإنه يجبر إن خاف فوت الثمن كما قبل المحل، وقوة كلامهم تقتضي ذلك، وفيه بعد التوجيه المطالبة حينئذٍ؛ بل طريقة رفع الأمر إلى الحاكم عند وجود البينة وإلا فكمستحق ظفر كما هو مبين في مكانه.

الثاني: هل يستكسب المبيع في يد البائع لحق المشتري؟ وجهان في «النهاية» ينبغي أن يرجح الاستكساب حيث عذرناه بتأخير التوفير أو إجبار البائع الصبر إلى إحضاره الثمن لئلا تضيع المنافع عليه.

الثالث: لو استبدل عن الثمن شيئًا لم يكن حق الحبس لقبض البدل على الصواب وسبق ما وقع فيه ولو فسخ المشتري البيع بعيب فله حبس المبيع إلى أن يسترد ثمنه قالهما الْقَفَّال في الفتاوى، وعلله فى الأولى بأن بنقله حقه إلى العين قد أبطل حقه من الحبس إذ حق الحبس لاستيفاء عين الثمن وهذا بدله، انتهى.

وهو واضح، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: التولية: مصدر ولي تولية، كعلي تعلية وأصلها تعليل العمل، ثم استعملت فيما يأتي ذكره.

والإشراك: مصدر أشركه أي: صيَّره شريكًا.

والمرابحة: من الربح، وهو الزيادة ونقيضها المخاسرة، ولم يترجم لها وهي المحاطة. وفي مراسيل أبي داود بإسنادٍ ثقات عن ربيعة ابن عبد الرحمن قال: قال سعيد بن المسيب ﷺ في حديث يرفعه إلى رسول الله ﷺ: **«لا بأس في التولية في الطعام قبل أن يستوفي، ولا بأس بالشرك في الطعام قبل أن يستوفاه»**(١) وظاهره مشكل على المذهب كما سبق وحقيقة التولية والإشراك بيع بلفظ آخر.

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٨٤).

[اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ فَقَبِلَ لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ، لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ. وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي بَعْضُ الثَّمَنِ ....

(اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ قَالَ) أي: بعد قبضه على الصحيح ولزوم العقد.

(لِعَالِمٍ بِالثَّمَنِ) أي: قدرًا وصفة.

(وَلَّيْتُكَ هَذَا الْعَقْدَ) أي: وليتكه، كما قال الجرجاني: سواء قال بما اشتريت أو سكت إذا عرفا معنى ذلك **(فَقَبِلَ)** أي: قبلتُ أو توليتُ.

(لَزِمَهُ مِثْلُ الثَّمَنِ) أي: قدرًا وصفةً وفيه تنبيه على أنه يشترط أن يكون مثليًّا فلو كان عرضًا لم يصح إلا أن يكون قد صار للمتولي.

فرع: اشترى بعرض وأراد أن يوليه بلفظ القيام أو أراده في عوض خلع أو امرأة في مميزها فوجهان، ولو أخبره بالثمن، ثم ولاه صح كما لو علم به فلو كذب في خبره فقبل كالكذب في المرابحة، وقيل: يحط قطعًا كذا ذكره المصنف، وفي «شرح الوجيز لصاحب التعجيز» أنه لا تصح التولية، وحكى **الْمُتَوَلِّي** طريقة أنه على القولين: في المرابحة. قال: **(وَهُوَ)** أي: هذا العقد.

(بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ) أي: فلا يصح قبل القبض على الأصح ويشترط فيه جميع شروط البيع، وقيل: إذا لم يعلم المشتري قدر الثمن ففي انعقاده الخلاف المذكور في نظيره من المرابحة والزوائد الحادثة المنفصلة قبل التولية تبقى للمتولي.

قال: **(وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ)** أي: من سلامة الزوائد، وتحدد حق الشفعة وغيرها؛ لأنه ملك جديد.

قال: **(لَكِنْ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الثَّمَنِ)** لإشعار لفظ التولية به وفي «التتمة» وليتكها اشتريت ولعله لم يرد به الاشتراط وقد يجيء في الصحة وجه كقوله: بعتك بما باع به فلان فرسه؛ لأن التولية بمثل الثمن؛ لأنه والمنقول الصحة.

قال: **(وَلَوْ حُطَّ عَنِ الْمُوَلِّي)** أي: البائع أولًا عن المُولي بالكسر.

(بَعْضُ الثَّمَنِ) أي: أوكله بعد التولية.

انْحَطَّ عَنْ الْمُوَلَّى.

وَالْإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ، فَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً، وَقِيلَ: لَا.

(انْحَطَّ عَنْ الْمُوَلَّى) لأنه وإن كان بيعًا جديدًا فخاصته وفائدته الشريك على الثمن الأول.

وقال القاضي الحسين: ينبغي جريان خلاف في جميع هذه الأحكام، ففي وجه يجعل المولي نائبًا عن المولى فتكون الزوائد للنائب ولا يجدد الشفعة ويلحقه الحُط وفي وجه تنعكس هذه الأحكام، ونقول هي بيع جديد والمذهب ما سبق؛ لأنه وإن كان بيعًا جديدًا فخاصته وفائدته التنزيل على الثمن الأول وعلى هذا لوحظ قبل التولية بعض الثمن لم يصح التولية إلا بالباقي أو كله لم تصح التولية.

تنبيه: قال شارح: قوله: حُط -هو بضم الحاء- وهو أحسن من عبارة «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» ولو حط البائع لشمولها حط البائع والوارث والحط، والواقع في زمن الخيار وبعده، انتهى.

وما ذكره في حط الوارث إن ساعد عليه النقل فذاك وإلا ففيه وقفه، وكذا لو حط من أوصى له البائع بالثمن والمحتال والظاهر أن العبرة بحط البائع فقط.

قال: **(وَالْإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَالتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ)** فيما سبق من الشروط والأحكام.

(إنْ بَيَّنَ الْبَعْضَ) أي: فإن اتهمه لم يصح للجهالة واستعمل البعض معرفًا، والفصيح الأكثر خلافه.

قال: **(فَلَوْ أَطْلَقَ صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً)** حملًا للإطلاق على ذلك كما لو أقرَّ بشيء لزيد وعمرو.

(وَقِيلَ لَا) أي: لا يصح وبه جزم الْبَغَوِي كما لو باع بألف ذهب وفضة، وهذا الوجه قوي جدًا وليست مسألة الإقرار تحل وفاقًا على أن بينهما فرق، ولو قال: أشركتك مناصفة أو بالنصف فهو صريح، ولو قال: في النصف كان الربع له ولو لم يذكر العقد؛ بل قال: أشركتك فقط لم يصح قطعًا.

وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: بِعْتُك بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ أو رِبْحِ ده يازده.

وقال الإمام وغيره: لا بُدّ أن يقول أشركتك في بيع هذا أو في هذا العقد ويشبه أن يكفي أشركتك فيه وهو كناية، وله الرد بالعيب على من أشركه ثم هو يرد على الأول.

فرع: اشترى دارًا بألف ثم قال لآخر: اعط نصف ثمنها مشتركة بيننا ففعل لم تصر مشتركة؛ لأنه لم يوله البيع ولم يقل: أشركتك ولم يقل: هو والتولية بيع لا بُدّ فيها من القبول، قاله: الْقَفَّال في «الفتاوى».

قال: (**وَيَصِحُّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ يَقُولُ: بِعْتُك بِمَا اشْتَرَيْتُ**) أي: بمثله.

(**وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ**) عقد المرابحة يبنى فيه بالثمن على ثمن السلعة الأولى مع زيادةِ ربح والبيع مساومة أولى منه، فإنه مجمع على حله وعدم كراهته ويجوز برأس المال إجماعًا من البائع وناقل منه وبأكثر عندنا وشرط المرابحة أن يكون رأس المال والربح معلومين وذلك بأن يسمي قدر الثمن والربح فلو لم يسم الثمن لعلمهما به.

فقال: بعتك بما اشتريت وربح كذا صح أما لو جهلا أو أحدهما ذلك فقال: بعتك برأس مالي صحَّ وربح شيء أو جهل الربح فقط لم يصح قطعًا، وكذا لو جهل قدر رأس المال، وقيل: يصح إن عرفه قبل التفرق، وقيل: يصح مطلقًا وتجري الأوجه فيما لو كان الثمن دراهم معينة غير معلومة الوزن والأصح البطلان.

إشارة: صورة المرابحة ما ذكره، وقوله: اشتريته بعشرة وبعتكه بأحد عشر ليس عقد مرابحة حتى لو كان كاذبًا فلا خيار ولا حُط، قاله: القاضي الحسين، وفيه وقفة.

قال: (**أَوْ رِبْحِ «دَهْ يَازْدَه»**) معنى «ده» بالفارسية: عشرة، و«يازده»: أحد عشر، ومعناه كلُّ عشرة ربحها درهم وارده كل عشرة ربحها درهمان، ولا

وَالْمُحَاطَّةِ كَبِعْت بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطَّ ده يازده عِوْدَانٌ وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ، وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ، وَإِذَا قَالَ: بِعْت بِمَا اشْتَرَيْت لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ.

خفاء أن هذا فيما إذا عرفه كل منهما وينبغي اجتنابه خروجًا من خلاف جماعة من السلف فهم بين كاره ومحرم ومبطل لنا القياس على بيع كل شاة بدرهم ولا الثمن معلومًا فصار كما قال: بعتكه بمائة وعشرة مثلًا.

قال: (وَالْمُحَاطَّةِ كَبِعْت بِمَا اشْتَرَيْتُ وَحَطَّ«دَهْ يَازْدَه») لما سبق وسمي مواضعةً ومخاسرةً.

قال: (وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ) وبه جزم العراقيون كما في المرابحة.

(وَقِيلَ: مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ) فعلى هذا إذا كان قد اشترى بمائة يكون الثمن بتسعين وعلى الأول سبعين وعشرة أجزاء من كل عشر جزء من درهم.

قال: (وَإِذَا قَالَ: بِعْت بِمَا اشْتَرَيْت لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى الثَّمَنِ) أي: الذي لزم به العقد فلو حط بعض الثمن في زمن الخيار أو زيد فيه لم يجبر إلا بما لزم به العقد سواء باع بلفظ الشراء أو بلفظ القيام.

وفي «المهذب» عن أبي علي الطبري أنا إن قلنا المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به؛ لأنه ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده وبه جزم الجرجاني في «التحرير» وإن حُط عنه بعد اللزوم بعض الثمن وباع بما اشتريت لم يلزمه الحط أو بما قام علي الذي لم يجبر إلا بالباقي، فإن حط كله لم يجز بيعه مرابحة لهذا اللفظ، ولو حط بعض الثمن بعد جريان المرابحة لم يلحق الحط المشتري.

وقيل: يلحق كالتولية والشركة وإلحاق الزيادة في زمن الخيار كالحط فيه، وكذا إلحاق الأجل والخيار ونقصانهما وزيادة المبيع ونقصانه كل ذلك يلحق على الأصح في الخيارين المجلس والشرط، وفي حط جميع الثمن في زمن الخيار أوجه أصحها على ما يقتضيه كلام الرَّافِعِي يبطل العقد.

والثاني: بقاؤه بيعًا، والثالث: يبقى هبةً، والرابع: يلغو الحط وإسقاط الأجل في مدة الخيار كحط بعض الثمن علي ما يقتضيه كلام الأصحاب.

وَلَوْ قَالَ: بِمَا قَامَ عَلَيَّ دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالدَّلَّالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَّاءِ وَالصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرُ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلاسْتِرْبَاحِ.

وقال القاضي الحسين: ينبغي أن ينفسخ؛ لأنه يؤدى إلي جهالة الثمن، وفي إلحاق الأجل تأجيل الحال لغير النذر والوصية إذا قلنا: ينتقل الملك بالعقد.

فرع: قوله: ثمنه كذا كقوله: اشتريته بكذا، قاله: الْبَغَوِي وغيره، وكذا قوله: رأس مالي كذا في الأصح، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: هو قوله بما قام عليَّ ومقتضاه جواز ضم المؤن، وبذلك صرح الدارمي وصححه ابن الرافعة ولو ضم المؤن وقال: وزنت فيها كذا جاز لقوله: قامت عليَّ، قاله: الدارمي وفيه وقفة لأن المفهوم منه أو المتبادر وزن ذلك ثمنًا.

قال: (وَلَوْ قَالَ بِمَا قَامَ عَلَيَّ دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالدَّلَّالِ وَالْحَارِسِ وَالْقَصَّارِ وَالرَّفَّاءِ وَالصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ الصَّبْغِ وَسَائِرُ الْمُؤَنِ الْمُرَادَةِ لِلاسْتِرْبَاحِ) أي: بحسبها ويضمها إلي الثمن، ثم يقول: قام عليَّ بكذا وقد بعتكه بما قام عليَّ وربح كذا وفي معني قام علي بكذا يثبت علي بكذا، أو حصل علي بكذا، قاله: القاضي أبو الطيب.

فإن قلتَ: أجرة الكيال على البائع الأول فكيف التصوير؟

قلتُ: ذكر له صور منها أن يكون الثمن مكيلًا فأجرة كيله على المشترى كوزن الثمن، أو يلزم المشترى مؤنة كيل المبيع كما قاله الْمُتَوَلِّي، ولعل صورته أن يقول اشتريته بكذا درهم أجرة الكيال، أو يشترى شيئًا جزافًا ثم يكيله ليعلم قدره لأجل المرابحة، أو يشتري الصبرة مع غيره للتجارة ثم يقتسماها كيلًا للتجارة، وأما أجرة الدلال ففسرها ابن الرِّفْعَة بما إذا كان الثمن عرضًا استأجر من يعرضه للبيع ثم اشترى السلعة به فيضم الأجرة إلى قيمة عرض الثمن وينبغي أن يفسر ممن عرض السلعة نفسها للبيع كما في أجرة الحارس والحمال، وقد يفسر بأنه كان قد يحملها عمن باعه كما قيل: في أجرة الكيال.

واعلم أن ما ذكر في أجرة الدلال والكيال حيث يوجب له الأجرة باستئجار أو جعالة، أما إذا لم يسم له شيء أصلًا كما هو العادة؛ فالوجه

وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَو كَالَ أَو حَمَلَ أَو تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ، ....

تخريج ذلك على الخلاف في استحقاقه أجرة فعلى المذهب لا يجوز الضم لأنه متبرع بالأجرة إلا أن يحكم بها عليه الحاكم، ثم ما ذكرناه من أجرة الكيال وغيره إذا التزمها وأداها أما لو التزم ولم يغرم بعد فلم يصرحوا بشيء؛ لكن الْمُتَوَلِّي فرض الكلام فيما إذا التزم، والشيخ أبو حامد فرضه فيما إذا اتفق لعل المراد التمثيل.

تنبيهات: أخرج بقوله: المؤن المرادة للاسترباح المؤن التي يقصد بها استيفاء الملك كالكسوة والنفقة المعتادة، وقد ذكر في «الكافي» عنده على الأصح فيهن نعم العلف الزائد عن المعتاد للتسمين يدخل في لفظ القيام هكذا أطلق.

وعبارة «الكافي» وكان القاضي الحسين يقول: إن أعلف الدابة فوق العادة للتسمين وسمنت يجوز أن يضم في لفظ أقام عليَّ، انتهى .

وقضيته أنها إذا لم تسمن لا يجوز ضمه وكذلك المكنس في لفظ القيام فقط لا أجرة رد المغصوب والآبق على الصحيح هكذا أطلق، وينبغي أنه إذا اشتراه مغصوبًا أو آبقًا وصححناه أن يكون أجرة رده كأجرة الطبيب وثمن الدواء إن اشتراه مريضًا دخل إلا إن حدث عنده في الأصح، والأصح من تردد الإمام أن مؤنة السائس كالعلف وقياسه مؤنة الراعي وينبغي أن ما زاد على المعتاد أن يكون الزائد لغرض الربح كالعلف للتسمين.

قال الدارمي: وإذا سافر فإنه يلزم السلعة ما لزم للسفر لأجلها فأما ما كان يلزمه في الحضر من أكل ونحوه فلا، والمراد بمنع الضم في هذه الأمور إذا لم ينص على ذلك، وأما إذا قال: بعتكه بما قام عليَّ وهو كذا وبما فديته أو أنفقت عليه وهو كذا وما أشبه ذلك فلا منع منه قطعًا، قاله الإمام وغيره.

قال: (**وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَو كَالَ أَو حَمَلَ أَو تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ**) أي: أجرة مثله في لفظ القيام ولا عبرة لأن عمله بنفسه لا أجرة له، وكذلك التبرع عليه من ذلك وغيره وحكم منفعة حرزه والمعار وعمل علامة حكم عمل نفسه، وإذا أراد دخول ذلك قال: اشتريته بكذا وعملت أو عمل لي

وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أو مَا قَامَ بِهِ فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَلْيُصَدِّقْ الْبَائِعَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالْأَجَلِ وَالشِّرَاءِ بِالْعَرْضِ، ....

فيه متبرعًا ما تساوي كذا وقد بعتكه بها وربح كذا، ولو صبغه بنفسه حسب قيمة الصبغ فقط لأنه عين الأجرة.

قال: (**وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أو مَا قَامَ بِهِ**) أي: إذا وقع البيع به.

(**فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ**) لجهالة الثمن.

والثاني: يصح لأن الثمن الثاني مبني على الأول ومعرفته سهلة.

والثالث: إن علماه في المجلس صح وإلا فلا.

والرابع: إن يحصل العلم في المجلس نقلت صحيحًا وأجرت المتون الثلاثة الأول فيما إذا كان الثمن كفى من الدراهم مجهول القدر وباع مرابحة قبل وزنها، وفي بيع السلعة برقمها فإن أراد في المرابحة فصحيح، أو مطلقًا فهو موافق لكلام الروياني عند الكلام فيما إذا باع به ترسه؛ لكن القاضي الحسين ادعى الاتفاق على البطلان وتخصيص الخلاف بالمرابحة.

قال: (**وَلْيُصَدِّقْ الْبَائِعَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ، وَالْأَجَلِ**) أي: فيجب بيانه وبيان قدره، وكذا وصف الثمن كالصحاح والمكسرة.

وفي «البحر» و«البيان» وجه أنه لا يجب الإجبار بالأجل وزيف، وقوله: ولنصدق هدم لام الأمر أي: يلزمه الإخبار بذلك إذا باع مرابحةً ويلزمه الصدق فيما يخبر به من ذلك وشبهه.

قال: (**وَالشِّرَاءِ بِالْعَرْضِ**) أي: يلزمه الإجبار بالشراء سواء باعه مرابحةً بلفظ الشراء أو بلفظ القيام بذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة كذا قالاه: في «الروضة» وأصلها.

قال بعض المتأخرين: ولم أره إلا في «التهذيب»، والذي ذكره الْمُتَوَلِّي وغيره خلافه ويشهد له ما ذكروا في العبد الذي هو بدل الصدق والخلع والإجارة ونظائرها إلا أن يلتزم ذلك في الجميع لكن ظاهر كلام الرَّافِعِي وغيره الاقتصار في تلك المسائل على ذكر القيمة، وسوى القاضي الحسين بين

وَبَيَانُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ.

العرض وتلك المسائل، وظاهر كلامه الاقتصار على القيمة، انتهى.

والذي في «التهذيب» أنه إن باعه بلفظ الشراء يقول: اشتريته بعرض قيمته كذا، وإن قال: بلفظ قام عليَّ يسمي قيمة العرض.

قال القاضي الإمام: ويجب أن يخبر أنه اشتراه بالعرض؛ لأن العادة التشديد إذا بيع بالعرض، انتهى.

وأراد بالقاضي شيخه القاضي الحسين وحذف صاحب «الكافي» هذه الزيادة واقتصر على ما قبلها من التفصيل، قال المعترض بعد إيراد كلام الشيخين موافقة للقاضي وفي «التتمة»: أن ذلك في لفظ الشراء أو رأس المال، وذكر في لفظ القيام أنه لا يجوز الإخبار بقيمة العرض، وفي النهاية حالة العقد ولا عبرة بارتفاعها بعد ذلك.

قال: وقد ذكر الرَّافِعِي في العبد الذي هو بدل الإجارة وما سبق ذكره معه أنه يجوز بلفظ القيام فليكن هذا كذلك فلا صواب ما في «التتمة»، وكذا قال الْبَغَوِي وغيره: إذا قال: بلفظ القيام يسمي قيمة العرض، انتهى.

وفي تصويبه نظر للبغوي عقب ما ذكره بكلام شيخه ولم يخالفه، وكذا فهمه الرَّافِعِي، وذكر الدارمي أنه إذا اشترى سلعةً هل تقوم السلعة التي اشترى بها؟ على وجهين، وإذا كان له عليه مال أو صالحه على سلعة أجر؛ لأن الصلح بيع، انتهى.

وقد يفرق بين العبد الذي هو بدل الإجارة ونحوها وبين باب التجارة والعرف وهو أصل الباب وحصل ما قاله: القاضي وتبعه الْبَغَوِي والرافعي والمصنف فهو الصحيح دليلًا وسيأتي ما يؤيده إن شاء الله تعالى .

نعم هل يرجع في التقويم إلى علم نفسه أم لا بُدّ من عدلٍ أو عدلين؟ فيه كلام ذكرته في «الغنية».

قال: (وَبَيَانُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ) أي: بين حدوثه عنده ولا شك أنه يجب بيان جميع العيوب القديمة والحادثة؛ لكن هنا أمر زائد وهو أنه لو بينها

……

ولم يقل أنها حدثت عنده لتوهم المشتري أنه كان عند المشتري كذلك، ولا ريب أنه لو اشتراه عالمًا بعيبه أو لم يعلم رضي أنه يجب بيانه ولا فرق بين حدوث العيب بآفة سماوية أو بجنايته أو جناية أجنبي.

قال الرَّافِعِي: سواء نقص العين أو القيمة وسنذكر أن ما ينقص العين فقط يجب الإخبار به دون حدوثه. أما منقص القيمة سواء نقص العين أم لا فلا يكفي بيانه؛ بل لا بُدّ من بيان حدوثه أما المشتري فله ذلك ثم علم بخبره وإن كان علم العيب قاله: الْمُتَوَلِّي وغيره.

فروع وتتمات: منها: إذا تعذر رده بعيب وأخذ أرشه فإن باع بلفظ القيام حط الأرش قطعًا أو بلفظ الشراء ونحوه ذكر ما جرى به العقد والعيب وأخذ الأرش فلو أخبر بالشراء بما بقي بعد الأرش كان كاذبًا، وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي جواز الإخبار عنه بلفظ الشراء.

وقال الدارمي: إذا حدث عيب ووجد عيبًا فأخذ أرشه حط جزمًا ولو جنى على السلعة فأخذ الأرش فهل يحط؟ تحيَّروا والأصل وجهين ولو قال: في مسألة العيبين بعد حط الأرش: وليس مالي كذا قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي: يجوز فإما أن يكون ذلك إلا بها كلفظ القيام على ما صححه الرَّافِعِي وتبعاه، وإما غير ذلك لأن رأس المال لا يعرض فيه لما وقع به العقد ابتداءً؛ بل معناه ما استقر عليه الحال وهو الأقرب بخلاف قوله: اشتريت بكذا، فإنه صريح في الثمن الأول، ولو قال: ثمنه كذا وذكر ما بقي بعد الأرش فمقتضى كلام الشيخ أبي حامد أنه يجوز وينبغي أن يكون كرأس المال؛ لأن بعد الأرش صار الباقي ثمنًا ورأس مال فيجوز الإخبار عنه باللفظين إذ لا كذب ولا تلبيس وفيه وقفة، ما ذكرناه فيما إذا أخذ الأرش، فلو لم يكن أخذه فكيف الحال؟ فيه نظر ذكرته في «الغنية» ونسبة أن يلزمه بيان الحال وشرحه لينظر المشتري نفسه.

ومنها: قالا: وإن اشتراه بدين على البائع فإن كان مليًّا غير مماطل لم يجب الإخبار به، فإن كان مماطلًا وجب، انتهى.

وفيه وقفة لأنه إن كان وجوب الإخبار لأجل ما ينفق من زيادة فينبغي أن الحكم مع ذلك وجودًا أو عدمًا، وإن كان لأجل المظنة فيحتمل التفصيل، ويحتمل إيجاب الإخبار مطلقًا؛ لأن الغالب رفع اليمين في الاعتياض فكيف الحال للمشتري كما سبق في البيع بالغرض لينظر لنفسه، ويحتمل أن يفرق بين الاعتياض عن دين القرض وغيره.

وقال الدارمي: إذا كان في ذمته مؤجلًا فأخذته قبل الحلولية سلعة لم يطلق ولم يجبر بالنقد، فافهم إنه إذا كان بعد الحلول إنه يجوز وذكر بعد ما يدل عليه.

ومنها: سبق أنه يجب الإخبار بالأجل على الصحيح، وقيل: لا، وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وتعليقه فإنه قال: ليس لنا فيه نص والذي يجيء على مذهبنا أنه مكروه، انتهى.

والحق تحريم كتمانه وجوب الإخبار به إلا أن يطرد العرف ثم إن ذلك الشيء إنما يشترى مؤجلًا ويعلم البائع أن المشتري؛إذ يخفى عليه ذلك ومتى احتمل الحق وجب البيان، نعم؛ قد يكون زمن خوف ونهب فيباع الشيء على الملكي الوفي نسبة تمثل ثمنه نقدًا تحصينًا للمال في الذمة فيظهر جواز الإطلاق هنا، وإذا وجب الإخبار بالأجل فهل يكفي قوله اشتريته مؤجلًا؟ لم يجب بيانه لأن الثمن يختلف بطول الأجل وقصره لم أرى فيه نقلًا والأقرب إيجاب البيان إلا أن يجري العرف بمدة معلومة في آجال البيع بالأسواق.

ومنها: قال الجمهور: ويجب الإخبار بالشراء من مال ولده الطفل؛ لأن الغالب أنه يتعين له وادعى الْغَزَالِي في «البسيط»: أن المذهب أنه يجب، وأصح الوجهين أنه لا يجب إذا كان البائع ولده الرشيد أو والده كالشراء من زوجته ومكاتبه، وفي «الشامل» ما يقتضي ترددًا في المكاتب والطفل، وكلامهم مثال وفي حكمه المجنون والسفيه والمحجور عليه، فهل يفترق الحال بين كونهم في حجره أم لا؟ لم أر فيه شيئًا، وهل غير الأب من الأصول كالأب؟ لم أر فيه نصًا.

……

ومنها: المذهب وجوب الإخبار بالعين وجعل الإمام والغزالي المذهب أنه لا يجب، قيل: وقد لا يريد ابنه الطفل ويريد البائع فإن كان الكلام في الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى فينبغي إناطة ذلك بعلمه، فإن جاء في الموضعين وجب الإخبار فيهما أو في أحدهما وجب فقط وإلا فلا يجب مطلقًا مع أنه قد يستغني عن ذلك بالإخبار بالعين، وإن كان المراد بالضبط المظنة حتى يمكن المشتري من إثباتها وطلب الخيار بسببها فذلك معقود في العين، وإن أريد في العين الشراء بأكثر من القيمة لزم ثبوت الخيار متى كانت قيمة المبيع مرابحةً أقل من ثمنه المخبر به سواء تعين به أم لا، وفيه نظر وإن أريد بالعين المسامحة والأخذ بأزيد من القيمة بعرض كان ذلك أمرًا باطنًا لا يطلع عليه حينئذٍ، وإيجاب الإخبار فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى متجه، فنتج هذا أنه إذا سامح الابن البالغ دون الطفل وجب الإخبار على عكس ما قالوه.

قلت: لا شك في وجوب الإخبار فيما بينه وبين الله تعالى في الجميع ما اشترى بأكثر من القيمة لغرض خاص أو ظنًّا أنه يساوي ذلك ثم بان له خلافه ولا يجب عند عدمه في الجميع وفي ظاهر الأمر يجب الإخبار في الولد الطفل ونحوه على الرأي الظاهر لما سبق.

واعلم أن قضية كلامهم أنه لو انحط سعر السلعة وكان قد اشتراها بقيمتها أنه لا يلزمه بيان ذلك وفي النفس منه شيء، ثم المراد بالغبن -والله أعلم: ما لا يحمل مثله وإن أطلقوا.

والظاهر أنه لا فرق بين أن يعين جهلًا أو يتعين عالمًا لغرض.

ومنها: قال الدارمي: إذا اشترى سلعة فاستعملها، قال ابن الْقَطَّان: يجوز الإخبار بشرائها كالعبد بعبد، انتهى.

وظاهره أنه لا يجب بيان الاستعمال وكأنه في شيء لا يتأثر بالاستعمال وذكر غيره عن الصيمري أن مما يجب الإخبار به أن يكون قد استعمل السلعة زمانًا من غير تفصيل، وفي «البيان» أنه لا يجب الإخبار باستخدام العبد ونحوه

فَلَوْ قَالَ: بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُّ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا، وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي].

على المشهور، وذكر الصيمري أنه إذا استخدم أواخره لزمه الإخبار بذلك ولا وجه لإطلاقه ولا ريب أن كل ما حصل به نقص يجب الإخبار به كما في العيب الحادث عنده.

ومن ذلك أنه لو طال مكث السلعة عنده وكان ذلك منقصًا لقيمتها وذلك كالعبد يكبر وما أشبه ذلك أنه بمنزلة العيب الحادث عنده.

وهنا تتمات وفروع كثيرة: أشرت إليها كمسألة وطء الثيب، وأخذها الزيادات المنفصلة والفرق فيها بين ما قارن العقد وما حدث ومواطأة علامة ونحوها وغير ذلك وأوضحنا ما فيه.

قال: **(فَلَوْ قَالَ: بِمِائَةٍ فَبَانَ بِتِسْعِينَ)** أي: بإقراره أو بينة.

(فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَحُطُّ الزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا)؛ لأنه تمليك والثمن الأول فتحط الزيادة عليه كما في الشفعة.

والثاني: لا يحط شيء؛ لأنه ليس ثمنًا معلومًا وعقد به.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي)** على قولنا: بالحط؛ لأنه رضي الأكثر فأولى أن يرضى بالأقل.

والثاني: يثبت الخيار لأنه إن بان بالإقرار ولم يؤمن، ثانيًا: وإن بان بالبينة فقد يكون له غرض صحيح في الشراء بذلك المبلغ لإنفاذ وصية أو إبرار قسم، وقيل: القولان إذا ثبت بالبينة فإن ثبت بالإقرار فلا خيار، وقيل: إن ثبت بالبينة فله الخيار وإلا فلا، ولنا وجه أو قول: أن العقد باطل إذا ثبت بالبينة أو صدقه المشتري.

تنبيهات: منها: صورة المسألة إذا قال: بعت برأس مال وهو مائة وربح كذا، فلو قال: اشتريته بمائة وبعتكه بمائة وعشرة يثبت حط ولا خيار إذا بان كذبه؛ لأن المشتري فرط حيث اعتمد قوله، قاله: القاضي الحسين.

ووقع في «النهاية» لو قال: بعتكه بمائة وهي ما اشتريت به فقبل ثم علم

قال المصنف: [وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشَرَةٌ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحِّ.

بكذبه فالمذهب إجراء القولين: في الحط وكأنه لم يكترث بتحرير العبارة، وعبارة ابن عبد السلام في «اختصاره النهاية» لو قال: بعت بما اشتريت وهو مائة وخذه، وأفاد الإمام أن قول الحط جاري مع علم المشتري بكذب البائع أيضًا، قاله القاضي الحسين.

ومنها: الظاهر أن هذا الخيار على الفور وأيّد ابن الرِّفْعَة احتماله أنه يدوم بدوام مجلس الاطلاع.

ومنها: القولان في الحط جاريان في حالة بقاء المبيع وتلفه على الصحيح الذي اختاره الرَّافِعِي؛ لأن المأخذ ورود العقد على ذلك القدر وهو لا يختلف.

وقال الْمَاوَرْدِي: يحط حالة التلف قطعًا، قال: الشيخ ونقله صاحب «المهذب»، والشاشي عن أصحابنا مطلقًا، انتهى.

وفيه نظر والأقرب حمل كلامهما على الخيار وقطع الأكثرون بل الخيار لا يثبت حالة التلف كخيار العيب.

وقال الرَّافِعِي: إن قلنا: بالحط لا يثبت وكذا إن لم نقل به في الأصح كالعيب.

فائدة: يجب الإخبار بالخطأ الطارئ فلو لم يخبر به فلاحظ لأنه زيادة، قاله الإمام، وعلى هذا لا يكون الإخبار بحدوثه، وإنما يجب الإخبار بالحدوث فيها بنقص القيمة أما منقص العين فقط فيجب الإخبار به لا بحدوثه.

قال الشارح: (**وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِائَةٌ وَعَشَرَةٌ وَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: تنزيلًا للعقد على ثمن العقد الأول فيكون مجهولًا ولم يرض العاقد بخلاف المسألة السابقة، فإنه رضي به في ضمن رضاه بما هو أكثر وهذا ما صححه الْبَغَوِي والقاضي الحسين.

وقيل: إنه قطع به ونسبه الإمام والغزالي إلى الجمهور وهو قوي لأن فيه

قُلْت: الْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَالله أَعْلَمُ.

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْغَلَطِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ: وَلَا بَيِّنَتُهُ، ....

التسوية بين المسألتين في تنزيل العقد الثاني على الأول، والتسوية في هذا المعنى تقتضي الصحة هناك والفساد هنا.

وينبغي أن يستثني ما إذا كان المشتري عالمًا عند العقد بذلك ويحكم بالصحة للعلم بالثمن وهو رأس المال وربحه .

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**)، هو مقتضى كلام العراقيين وبه جزم الْمَاوَرْدِي والمحاملي في «المقنع» والجرجاني والغزالي في «الوجيز» كما لو غلط لزيادة وحكي نصه في «الأم» و«المختصر» فعلى هذا قال الْمَاوَرْدِي: حسب الزيادة وربحها، وللمشتري الخيار وهو قضية كلام العراقيين وفاءً بمقتضى تنزيل العقد الثاني على الأول، وفيه إشكال جهالة الثمن وغرر لا يسهل احتماله.

والأصح في «الشرح» و«الروضة»، و«الوجيز» أن الزيادة لا تثبت وللبائع الخيار ولا يرد على الرَّافِعِي شيء لأنه وفي مقتضى التسوية صح واجتنب الجهالة التي لا تحتمل، وأما المصنف فلا شك التنزيل على الثمن الأول مطلقًا فتلغى الزيادة وطريقته مشكلة ويحتاج إلى الفرق حيث راعى هنا المسمى، وهناك العقد الأول.

قال: (**وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْغَلَطِ وَجْهًا مُحْتَمَلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ**)؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي، قال: (**وَلَا بَيِّنَتُهُ**) ولأنه بإقراره السابق مكذب بها.

وقال ابن المفلس الظاهري في كتابه «على مختصر المزني»: يسمع لأن يكذب البينة إنما تكون بعد إقامتها وهذا الآن مصدق لها، ويجوز أن يكون في الأول ناسيًا أو غالطًا وما قاله: متجه وهو مذهب مالك؛ لأن المعتمد بالبينة وهو الآن يدع لبطلان قوله: الماضي وهو أمر ممكن وقد أقام به البينة؛ بل لو قال: كنت كاذبًا متعمدًا ينبغي سماع بينته؛ لأن الغلط والكذب في الماضي ممكن فدعواه الثانية محتملة، والبينة حجة شرعية مصدقة له فيقبل إلا أن يبين الأصحاب دليلًا على خلاف ذلك.

وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ بَيَّنَ فَلَهُ التَّحْلِيفُ، وَالْأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ].

قال: (**وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ**) لاحتمال إقراره.

والثاني: لا كما لا يسمع بينته، والوجهان عند القاضي الحسين والبغوي والرافعي إذا لم يبيِّن لغلطه محتملًا، فإن بيَّن فله التحليف، فإن نكل قال: هو لا، إن قلنا: أن اليمين المردودة كالإقرار ردت.

وإن قلنا: كالبينة فلا وقضيته عرض اليمين، وإن قلنا: لا يرد وفيه بعد لأنه إذا علم أن نكوله لا يرد بنكل فلا تفيد غرضها، والذي ذكره العراقيون والإمام والغزالي في «البسيط» أن في التحليف طريقان:

أشهرهما: إن قلنا اليمين المردودة كالإقرار فله التحليف وإلا فلا.

والثانية: عن أبي إسحاق إن كان له عذر فله التحليف وإلا فلا، ونقل الروياني عن القاضي الطبري أنه قال: يلزم أبو إسحاق أن يسمع بينة إذا كان اشتراه وكيله، ولا يسمع وهذا تصريح أن أبا إسحاق لا يسمع البينة حالة العذر وسيأتي.

وإذا قصرنا الكلام على حالة عدم العذر لم يأت في التحليف إلا وجهان، وتصحيح التحليف على طريقة الجمهور ظاهر؛ لأن الصحيح أن اليمين المردودة كالإقرار، وأما على طريقة الرَّافِعِي من حيث جعل الخلاف مطلقًا سواء جعلناها كالإقرار أو كالبينة فلا. قال: (**وَإِنْ بَيَّنَ**) لغلطه وجهًا محتملًا.

(**فَلَهُ التَّحْلِيفُ**)؛ لأن العذر تبين ظن صدقه، وقد بينا أن هذه طريقة القاضي الحسين والأكثرين بنوه على اليمين في الحالتين، وأبو إسحاق جزم بتحليفه في الحالتين.

وقال الإمام: ذكر صاحب «التقريب» أن من أصحابنا من قطع بتحليف المشتري إذا ذكر السبب ورد الوجهين إلى الإطلاق.

قال الإمام: إذا قطعنا القول بالتحليف لزم سماع البينة، فإنَّ يمين الرد لا يثبت إلا حيث يسمع البينة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ**) أي: إذا بين وجهًا محتملًا قياسًا على

التحليف، والثاني: لا لتكذيبه لها، قال ابن الرِّفْعَة: في مطلبه، وهذا هو المشهور المنصوص، وقال: غيره جعل الرَّافِعِي التحليف لئلايحدث ذلك، وفرَّع عليه البينة إن قلنا: لا يحلف لم تسمع البينة وإلا فوجهان أظهرهما عند سماعها، والأكثرون عكسوا فقرروا أن البينة لا تسمع، ثم قالوا: إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار حلف وإلا فلا، وأطلق الشافعي والأصحاب أن البينة لا تسمع، ولم يفرقوا بين العذر وعدمه.

قال في «الإفصاح»: هذا إذا قال: توليت العقد بنفسي وقامت عليَّ بكذا ثم ادعى الزيادة لا تقبل دعواه ولا بينته، فإن أراد تحليفه احتمل وجهين وأشار إلى البناء المتقدم. قال: وإن قبل تولي ذلك وكيل وقد جرى على الغلط فيه، وذلك أن رسوله غلط فيه أو عملت على كتاب ورد منه ثم بان مزورًا سمعت بيمينه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا أجبر في الأول على شراء وكيله أو عبده المأذون ثم عاد يذكر أن الوكيل أحط هل تسمع البينة؟ وجهان، وذكر القاضي الحسين أنه لا تسمع البينة، ثم قال: هذا إذا تولى الشراء بنفسه، فإن اشترى وكيله وظن أن وكيله اشتراه بمائة فبان بزيادة، أو قال: كتبت إلى وكيلي ثم بان بزيادة تسمع بينته بلا خلاف، ولأنه غير مكذب لها.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن أخبر أولًا بلفظ القيام أن رأس المال، ثم قال: اشتراها وكيلي وبلغني أنه اشتراها بمائة والآن ظهر خلافه وأقام بينة تقبل حيث قال: اشتريتها بمائة، ثم قال: بمائة وعشرة، لم تسمع بيِّنته.

وقال الْبَغَوِي: إن قال: اشتريته بمائة، ثم قال: بمائة وعشرة وكذبه، لا تسمع بينته. وذكر الْغَزَالِي طريقة الجزم بالتحليف، ثم قال: وهذا متجه يجب طرده في قبول بينته وهذا بحث لا نقل.

والرافعي قال: إن تبين لغلطه وجهًا مثل اشتراه وكيلي وأخبرت أن الثمن مائة فبان خلافه، أو ورد علي كتابه فبان مزورًا، أو كنت راجعت جريدتي فغلطت؛ سمعت بينته في الأظهر.

……

قال ابن الرِّفْعَة: المشهور في المذهب عدم سماع البينة كما نص عليه، ولم نرَ من قال: بخلافه إلا في حالة إبداء عذر مقترن سببه بالعقد الأول كما عرفته عن الْمَاوَرْدِي، وعليه يحمل قول الرَّافِعِي، انتهى.

وحمل قول الرَّافِعِي بعيد والمشهور المعروف من كلام المتقدمين أنها لا تسمع وما سبق عن «الإيضاح» والقاضي الحسين مأخذه القياس على الرهن وهو مأخذ ضعيف؛ لأنه دال في التحليف لا في البينة، وفرق الْمُتَوَلِّي بين لفظ القيام والشراء في ذلك لا معنى له؛ لأن الغلط يمكن فيهما، وقول: الْبَغَوِي موافق للرافعي في اعتماده الوكيل ومراجعته الجريدة، لم أره لغير الرَّافِعِي.

وقد ذكر في آخر «الدعاوى» عما جمع من فتاوى وغيره أنه لو باع دارًا وادعى أنها وقف لم يسمع ببينته، وأن العراقيين قالوا: سمع إذا لم يكن مصرح أنها ملكه، وأن الروياني قال: لو باع ثم قال: بعت وأنا لا أملك ثم ورثته، فإن قال حين البيع: هو ملكي لم يسمع دعواه ولا بينته، وإن اقتصر على البيع سمعت نص عليه، وهذا بإطلاقه يخالف ما قاله: الرَّافِعِي هنا، وهذه مسألة تعم بها البلوى وسماع البينة فيها مشكل لما يقتضيه إطلاق الشافعي ومتقدمي الأصحاب.

وأما على ما قدمته من أنه ينبغي سماعها وإن تعمد الكذب فسهل سماعها عند إبداء العذر أولى؛ لكنه خروج عن المذهب ويدل على أن الأكثرين لا يفرقون بين العذر وغيره أنهم ردوا على أبي إسحاق حيث فرق في التحليف وألزموه بالبينة، وفيه ما يشعر بالاتفاق على عدم سماعها مطلقًا، ومن سمعها عند العذر ضمن. حكينا إن لم يتمكن تأويل كلامهم لم يحك فيه أحد خلافًا إلا الرَّافِعِي ولعله أخذه من ترتب البينة على التحليف.

ومن اعتقاده في التحليف عند العذر، خلافًا على قولنا: اليمين المردودة كالبينة وثبوت الخلاف صحيح، وأما كونه على قول: اليمين المردودة كالبينة فلم أعلم من قاله، انتهى. وهذا كلام الرَّافِعِي وتبعه في «الروضة» و«المنهاج» و«التصحيح».

بَابُ الْأُصُولِ والثِّمَارِ

قال المصنف: [قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ أو السَّاحَةَ أو الْبُقْعَةَ وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ.

وقال الدارمي: وإن قال البائع: أخبرني وكيلي أو كتاب ثم بان كذبه.

فقلت: الحق سمعت بينته هذا لفظه فجزم سماعه عند إبداء العذر، وهو ظاهر في منع رد كلام الرَّافِعِي إلى ما حاول ابن الرِّفْعَة رده إليه، وإذا سمعت البينة فهو كما لو صدقه المشتري، قاله: الْمُتَوَلِّي وغيره، فعلى رأي الرَّافِعِي يفيد العقد، وعلى ترجيح المصنف يصح ثم يجري الخلاف في ثبوت الزيادة، ولو باع محاطة ثم ظهرت الخيانة فالحكم كما ذكرنا في المرابحة، قاله الْمُتَوَلِّي، وبالله التوفيق، وللمسألة نظائر وأشباه كثيرة وهي من المهمات وقد ذكرت في «الغنية» شيئًا من نظائرها، والله أعلم.

أي: بيع الأصول والثمار. الأصول: الشجرة وكل ما يثمر مرة بعد أخرى، وقيل: الشجر والأرض والبناء وهو بعيد، قال شارح: أخذ المصنف هذه الترجمة من «التنبيه» ولم أرها لغيرهما، وقال في موضع: إنها مما انفرد به صاحب «المهذب» وليس كما قال: تابعهم منصور بل ذكرها منصور التميمي المصري في «المستعمل» بلفظ بيع الأصول في الثمار وهو ممن أخذه عن الربيع المرادي ونظرائه.

(قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ أو السَّاحَةَ أو الْبُقْعَةَ) أي: أو العرصة.

(وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ) أي: رطب ثابت.

(فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ) محل الخلاف عند الإطلاق، فلو قال: بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو جوقة أقطارها دخل بلا خلاف، وكذا لو قال: بحقوقها على الأصح، وإن أطلق قبض في المبيع على الدخول وفي الرهن على عدمه وفيهما طرق المذهب تقرير النصين، والفرق أن البيع قوي ينقل الملك فاستتبع بخلاف الرهن، وقيل: فيهما قولان، وقيل: لا دخول فيهما قطعًا وصححه الإمام والغزالي وهو القياس.

……

ولهذا قال الرَّافِعِي: إنه لو صح في المعنى، وقيل: يدخل في البيع قطعًا، وفي الرهن قولان: ذكرهما الجوري وهو طريق حسن غريب يؤيده أن الثمرة غير المؤبرة تدخل في البيع جزمًا، وفي دخولها في الرهن قولان.

واعلم أن ابن حزم نقل في «المحكى» الإجماع على من اشترى أرضًا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم وشجر نابت هكذا أطلقه وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والحنابلة تبعوا أصحابنا في ذكر الخلاف كعاداتهم، فإن لم يثبت خلاف متقدم للسلف بطل التخريج.

تنبيهات: منها: الهبة كالبيع صرح به الدارمي والجرجاني وغيرهما، قال الدارمي: كذلك الوصية والوقف كالهبة، وذكر الرَّافِعِي أن الإقرار كالرهن، وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه كالبيع في الاستتباع والظاهر أن الإصداق وعوض الخلع وغيرهما من الأعواض كالبيع.

ومنها: قيدت قوله شجر بالرطب ولم أره نصًا؛ ولكن الأقرب إلى كلامهم الجزم به؛ لأنه لا يراد للدوام؛ ولهذا لو باعها لم تجب تبعيتها، ثم حكمها حكم الحجارة المودعة في الأرض إذا علم بها المشتري في وجوب التفريغ والتسوية، ويعضد ما ذكرته أن الغصن اليابس لا يدخل في مطلق بيع الشجرة لأنه صار في حكم المنقول، نعم لو كانت الشجرة اليابسة قد عرش عليها أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالبناء القديمة أراد بها الاتقاء.

ومنها: عدَّ الْبَغَوِي شجر الموز مما يندرج على أصح الطرق، وقال الْمَاوَرْدِي: إن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع أنه لا يبقى بعد سنة والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع، انتهى.

ونص «الأم» محتمل لما قاله: الْمَاوَرْدِي وهو ما فهمه ابن الرِّفْعَة، ومحتمل لردائة الثمرة وهو ظاهر كلام الجوري.

ومنها: من الشجر ما يغرس بذره أو نواره فإذا طلع نقل إلى مكان آخر فيغرس فيه ويسمى نسلًا، ويقال: إنه أنفع وربما لو بقي مكانه لم ينفع فهذا النوع

……

لم يوضع في مكانه الأول للدوام فهل يتبع لغيره أو يكون كالزرع؟ فيه نظر، قيل: وينبغي أن يقال: إن كان ينقل من بعض تلك الأرض إلى بعضها دخل أو إلى غيرها فلا، ورأيته في مختصر الجويني وخلاصة الْغَزَالِي ما لفظه لفظ الأرض يدخل تحتها البناء والشجر الذي لا ينقل، وجرى عليه صاحب «المعتبر» فيحتمل أنهم احترزوا عن هذا النوع أو عن الشجرة الثابتة ويحتمل غير ذلك.

ومنها: جزم في «الاستقصاء» بدخول المسناة والسواقي وما بني بها طرقها ومشاربها من آجر وحجر وما صعد من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن، وجعل الطرق السابقة في البناء من قصر وغيره، ولم أره لغيره وسيأتي عن كلام الرَّافِعِي شيء يوافقه، وكلام «الحاوي» يقتضي جريان الخلاف فيها، حيث قال: إذا ثبت على المذهب دخول البناء والشجر في البيع وكذلك كل ما في الأرض متصلًا بها مسناتها سواء كان آجرًا أو حجارةً أو ترابًا، وكذلك تلال التراب وخوخاتها وبيدرها، والحافظ الذي يخطرها وسواقيها التي تشرب الأرض بها وأنهارها التي فيها وغير الماء إن كانت فيها، انتهى.

والظاهر أن صاحب «الاستقصاء» فهم ما ذكره من كلامه وأنه لم يرد التفريع على المذهب، ويؤيده ما ذكره في العين والنهر، فإن أرضها داخلةً قطعًا ولا يجري الخلاف فيهما، والعرف مطرد بذلك.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: ونفى من الحجارة قسم ثالث لم يذكره وهو أن تكون مبنيةً كالتي في أساس أو مسناة أو ساقية فحكمها حكم البناء الظاهر وفيه خلاف سبق، وغلط الرَّافِعِي فألحقها بالمخلوقة وفي التغليط نظر سنذكره.

ومنها: قال الرَّافِعِي: لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض وكذا لا يدخل شربها من النهر والقناة المملوكين إلا أن يشترط أو يقول: بحقوقها ومراده المسائل الخارجة عن الأرض المبيعة التي يصل منها إليها، وكذلك القناة والنهر، أما الداخلة فلا شك في دخول أرضها، وأما بناؤها ففيه ما أشرنا إليه، وأما قوله: أو لا يقول بحقوقها فعن أبي عاصم العبادي أنه لا يدخل عند

....

الإطلاق، وإن قال: بحقوقها ومقتضى كلام الإمام دخوله عند الإطلاق وعند التصريح بالحقوق، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي هنا دخوله عند الإطلاق وجزم في إحياء الموات بأنه لا يدخل عند الإطلاق، وإن قال: بحقوقها الداخلة فيها والخارجة عنها فوجهان: وجه المنع أنه يقبل البيع استقلالًا فلا يدخل إلا بالتنصيص.

ومنها: لا خلاف أنه لا يدخل الشجر المقلوع والمقطوع من غير شرط، وكذا ما في الأرض من تراب منقول وسماد محمول بل ذلك للبائع لا يدخل إلا بالشرط أو يكون التراب أو السماد قد بسط في الأرض واستعمل، قاله: الْمَاوَرْدِي. وقد يقال: أن اشتراط دخول السماد المجموع مفسد للبيع لما لا يخفى بخلاف التراب الطاهر.

ومنها: في تراب الأرض أوجه: ثالثها: إن كان صغيرًا يمكن نقله صحيحًا على حاله من غير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيرًا لا يمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة لأنه يوضع على الدوام كالبناء.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان في الأرض رحا وقلنا يدخل البناء في البيع دخل بيت الرحا وفي دخول حجارة الرحا ثلاثة أوجه.

قال الصيمري في «الإيضاح»: والصحيح أن يقال: إن كان مبنيًّا أو في حكم البناء دخل وإلا فلا، فجعل أربع أوجه.

قال الْمَاوَرْدِي: وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فتدير الرحا فهو بيع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج بخروجه وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو، انتهى.

ولا يبعد أن يقال: في هذه الصورة ونحوها إلى عرف الناحية أن المراد بشيء بيع.

ومنها: لو باع البناء والغراس لم يتعرضوا للأرض فتقاس الأرض التي بين البناء والشجر لا تدخل على المشهور، وقال الإمام في كتاب «الرهن»: إذا كان ما بين المغارس لا يتأتى إفراده بالانتفاع إلا على سبيل التبعية للأشجار

وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَا كَالشَّجَرِ، ....

فوجهان، وذكر الدارمي أنه إذا باعه عرصةً أجمةً والقصد الغصب والبيت كانت الأرض بيعًا.

قال: ولو قال: بعتك هذه الأرض وما فيها من شجر ودواليب، وكذا وكذا وليس فيها حكى ابن الْقَطَّان عن الإصطخري في صحة البيع وجهين، انتهى. وهذا كلام مظلم.

قال الشارح: (**وَأُصُولُ الْبَقْلِ الَّتِي تَبْقَى سَنَتَيْنِ كَالْقَتِّ وَالْهُنْدَبَاء كَالشَّجَرِ**) فيجري فيها الطرق، والقَتُّ: بفتح القاف وتشديد التاء وهو الرطبة وهو الفصة بالغًا بالصاد المهملة ومن الأمثلة الكرفس والسداب والنعنع والكراث والطرخون والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مدة، والخلاف في أصولها . أما الحرة الظاهرة عند البيع فللبائع جزمًا، وعنها احترز بقوله: وأصول النقل وهو للبائع ترك ما ظهر إلى أوان جزه فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: نعم وهو قول من زعم أن ما طلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعًا لما طلع منها وأبر.

والثاني: لا ويؤمر بجزه في الحال، وهو قول من زعم أن الطلع الحادث بعد العقد يكون للمشتري وقضية هذا أن يكون الأصح عند الشيخين، الأول لما سيأتي، وقال الْبَغَوِي: لا يجوز البيع حتى يشرط البائع على نفسه قطع ما ظهر منه وتبعه الشيخان، والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب والحسين والروياني والمتولي وغيرهم أن البائع يطالب بجزها في الحال، وليس له تركها إلى أوان جزها، وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع في العقد فحصل ثلاثة أوجه، واشتراطه أغربها، والجمهور على وجوبه من غير شرط وذهبت طائفة إلى إبقائه إلى أوان جزه، وبه جزم الدارمي.

قال: ويجبر المشتري على تركه .

قلت: ينبغي حمل كلام الجمهور على ما إذا كان المقطوع باليًا عند قطعه وإلا فهو إتلاف أو تنقيص لغير المبيع، وسيأتي ما قيل فيه.

……

تنبيهات: قوله: (تبقى سنين) يفهم أن ما لا يبقى سنين لا يكون كذلك وإن جُزَّ في السنة مِرارًا بل يكون كالزرع وبهذا جزم الشيخ أبو حامد؛ فقال: حكمه حكم الزرع؛ كله للبائع، وفي «الحاوي» فيما يثمر في السنة مرارًا كالبطيخ والقثاء والخيار وجهين.

قال البغداديون: هو كالشجر للبائع ثمرته وللمشتري الأصل وما يظهر .

وقال البصريون: إنه كالزرع وهو قول: الشيخ أبو حامد، وقد يؤخذ من قول: المصنف التي تبقى سنين ومن قوله: ومن بعد سائر الزروع موافقته؛ لكن الرُّوياني في «الحلية» قال: قال الشافعي: شجرة القِثّاء والبطّيخ ببيع الأرض بإطلاق البيع وما ظهر منها للبائعِ يأخذها في وقتها، ونقله في «الذخائر» عن العراقيين مطلقًا ثم قال: ولم يخْلُ من خلاف، ومن أصحابنا من قال: هو على الخلاف في الشجر، انتهى.

وجزم الروياني بالتسوية فيما يجز دفعة بعد أخرى وبين ما بقي مدة يسيرة كالهندباء والجرجير وما يبقى سنين، ومقتضى كلامه أنه نص«الأم» وذكر معه كلام الحاوي، وما قاله: هو مقتضى كلامهم في الطريقتين حتى الْغَزَالِي في «الوجيز» كثر أو قلّ.

وقوله: والهندباء يقتضي أنه مما يبقى أصله سنين، ومعلوم أنه لا يبقى إلا مدة يسيرة كما اقتضاه كلام الروياني وغيره، وبه يظهر أن قوله: سنين ليس بقيد وقد يكون الهندباء نوعان: أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يبقى أصله سنين.

وفيه بعد لا خلاف أن ما ظهر فيما ذكرناه من الأمثلة أثر من كلام المصنف عند البيع للبائع وقطع الشيخ بدخول أصولها في البيع لكمونها بخلاف الشجرة وعكس في«الوسيط» النقل عنه وذكر أنه قطع بأنها كالزرع يعني فلا يدخل وانتقد عليه حمله النبات خمسة أقسام:

أحدها: ما له أصل ثابت يبقى سنين كالبنفسج والنرجس فهو كالشجر.

وفي النرجس والبنفسج وجه شاذ: أنهما كالحنطة والشعير بأنهما ما له

....

أصل يبقى سنين كالقت وما قدمناه معه، والقسمان داخلان في صدر كلام المصنف؛ ولكنه مثَّل بالثاني.

وثالثها: ما يبقى أصله سنة يؤخذ ثمره مرات كالخيار والقثاء والباذنجان، وفيه وجهان سبقا، وكلام المصنف يشعر بموافقة الثاني.

ورابعها: أصل يبقى سنة ويجزه مرة بعد أخرى في السنة وهو كالذي قبله.

وخامسها: الحنطة والشعير ونحوهما وسيأتي إذا أوجبنا قطع ما ظهر عند العقد من النقول، أما على قول من اعتبر شرطه أو على قول من أوجبه بلا شرط.

قال الْمُتَوَلِّي: وتبعاه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجز أو لم يكن، وأطلقوا ذلك واستثنوا القصب الفارسي فإنه لا يكلف قطعه إلا أن ما ظهر قدرًا ينتفع به.

وقال الشيخ أبو حامد: إن القصب الفارسي لا يلزم البائع تحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمن الشتاء، فإن قطع قبل ذلك الوقت تلف.

وكذا قال الجرجاني والروياني: لك أن تقول: للشيخين إذا أوجبتما شرط القطع فإما أن يكون عامًّا فيما ينتفع أو لا، فإن كان عامًّا يجب الوفاء به، وإن كان محله فيما ينتفع فأي معنى لاستثناء التفضيل ينبغي أن يكون كل ما لا ينتفع به يكون كذلك، والقول بوجوب شرط القطع فيما لا ينتفع به بعيد، ثم تأملت كلام الرَّافِعِي فلم أره ظاهرًا في موافقة الْمُتَوَلِّي على استثناء القصب، ولذلك لم يذكره في شرحه الصغير.

وقال شارح: في استثناء القصب نظر، والوجه أن يقال: القصب وغيره سواء إما أن يشترط الانتفاع في الجميع أو لا يشترط في الجميع وهو الأقرب بخلاف بيع الثمار قبل بُدوّ الصلاح والفرق أن ذلك مبيع فيشترط فيه المنفعة ولا كذلك هنا، انتهى وفي الفرق نظر.

وقال شارح آخر: يشترط على البائع قطع الجزء الظاهر سواء كان ما ظهر بالغًا من الجزء أم لا.

وَلَا يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَسَائِرِ الزُّرُوعِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال في «التتمة»: إلا القضب - أي بالضاد المعجمة - فلا يكلف قطعه إلا إذا كان المقطوع قدرًا ينتفع به قال في «المطلب»: وهو ظاهر النص، انتهى.

ولم أر الضبط - بالضاد المعجمة - لغيره وإنما أراد الْمُتَوَلِّي القصب - بالصاد المهملة - وهو القصب الفارسي كما بيناه وصرح به الْبَغَوِي، ومن كلامه نقل الرَّافِعِي المسألة ونوضحه أنه قال: وتبعه في «الروضة» وما يجز مرارًا كالقت والقصب إلى أن قال: قال في «التتمة» إلا القصب فإنه لا يكلف قطعه فجمع بين القت والقصب، ثم حكى استثناء القصب ومعلوم أن القضب بالضاد المعجمة هو القت كما فسره به أكثر اللغويين وغيرهم، وبعضهم يقول: هو القت الذي يقطع فينبت أصلها والله أعلم .

قال: (وَلَا يَدْخُلُ) أي: في مطلق بيع الأرض.

(مَا يُؤْخَذُ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ) أي: وغيرهما من الحبوب.

(وَسَائِرِ الزُّرُوعِ) كالبصل والثوم والفجل والجزر والشلجم وهو اللفت.

قال ابن الرِّفْعَة: وألحق الرَّافِعِي بهذا النوع العلق وفيه نظر، لأنه يجتز أي: مرات فينبغي أن يلحق بما يجتز مرةً بعد أخرى.

قلت: العلق نوعان: أحد: يوجد دفعه وهو ما أراده صاحب «التتمة» و«الكافي» والرافعي، والثاني: ما يجز مرارًا في العام وهو المعروف بـ«مصر» وأكثر بلاد «الشام».

إشارة: كل زرع لا يدخل عند الإطلاق لا يدخل، وإن قال: بحقوقها.

قال: (وَيَصِحُّ بَيْعُ الْأَرْضِ الْمَزْرُوعَةِ) أي: ما يوجد دفعه.

قال: (عَلَى الْمَذْهَبِ) هي طريقة الجمهور.

وقال أبو إسحاق: فيها قولان كالدار المؤجرة، وفرق الأصحاب بأن يد المستأجر حائلة، وردوا عليه بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لجهالة مدة الزرع كدار المعتدة بغير الأشهر، وأما الأرض المزروعة

وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إنْ جَهِلَهُ، وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانُهُ إذَا حَصَلَتْ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ، ....

بما يحصده مرةً بعد أخرى فيصح بيعها قولًا: واحدًا قاله: **الْمُتَوَلِّي**.

قال: (**وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إنْ جَهِلَهُ**) لأن الزرع عيب يمنع الانتفاع بالأرض، وصورة المسألة: أن يكون قد رأى الأرض بيضاء قبل ذلك ثم اشتراها وفيها زرع، ويحتمل أنه لو تباعدت منابت الزرع أن يكتفي برؤية ما ظهر منها مخالفًا العقد بخلاف ما لو تفاوتت وعطب وجه الأرض أو معظمه، وفي كلامهم ما يشهد للفرق ولو كان عالمًا فلا خيار له قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضي تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فإنه الذي وطن المشتري نفسه عليه، أما لو تأخر فقد يقال ثبت له الخيار ويكون إذا أجّر في استحقاقه الأجرة الخلاف المذكور والجاهل بها وأصل ذلك أن من علم بعيب المبيع وأقدم عليه فلا خيار له، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور وإطلاق الشافعي والأصحاب يقتضي تركه إلى الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لا.

إشارة: قضية إطلاقه أن له الخيار حالة الجهل وإن رضي البائع بتسليم الزرع إليه أو قلعه وقلعه غير مضرٍ بالأرض، والذي نص عليه الشافعي والأصحاب أنه لا خيار له، ونسبة أن تكون صورة القلع فيما إذا أمكن في مدة قريبة وبه صرح الأئمة وسيأتي بيانه.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُ الزَّرْعُ دُخُولَ الْأَرْضِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَضَمَانُهُ إذَا حَصَلَتْ التَّخْلِيَةُ فِي الْأَصَحِّ**) لوجود التسليم في المبيع.

والثاني: لا؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع في الحال كالدار المشحونة، والفرق أن التسليم في الدار ثابت في الحال بالتفريغ فلا حاجة إلى التخلية قبله وربما سبق فيه أربع أوجه.

قال: (**وَالْبَذْرُ كَالزَّرْعِ**) قال أصحابنا: البذر كنباته، وإن كان يوجد دفعه كالحنطة لم يدخل في بيع الأرض وإلا دخل كالأشجار، ومراد المصنف القسم

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ.

الأول ويبقى أوان الحصاد، وللمشتري الخيار إن جهله كما سبق، فلو تركه له سقط خياره وعليه القبول.

فلو قال البائع: افرغ الأرض سقط خياره إن أمكن ذلك وفعله في زمن يسير لا يفوت عليه منفعة الأرض، فإن اشتراها عالمًا بالبذر فكعلمه بالزرع.

إشارة: أطلقوا أنه يبقى إلى حصاده، ويشبه أن يكون هذا فيما العادة فيه الإبقاء أما لو كانت العادة فيه أن يؤخذ فصيلًا رطبًا فأراد البائع إبقاءه إلى الحصاد على خلاف المعتاد أنه لا يلزم المشتري الموافقة على ذلك، وأما البذر الذي يدوم نباته فيدخل في بيع الأرض عند الإطلاق على المذهب، وبالشرط قطعًا تبعًا لعروق الشجر.

قال الروياني: لا فرق فيما يدوم أن يكون نبت، وجرت عروقه في الأرض أو لم ينبت وهو بحاله؛ لأنه دفنه للبقاء.

قلت: ويأتي فيما دُفِن نواةً ونحوه للنقل كالشتل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ**) أي: لا قبل القبض ولا بعده كما لو اشترى دارًا مشحونةً لا يستحق أجرة لمدة التفريغ، وعبارة قطع الجمهور بألَّا أجرة. وقيل: وجهان الأصح لا أجرة، وعبارة الرَّافِعِي فيه وجهان الذي أورده المعظم ألا أجرة ومحل الوجهين كما قال: الإمام في حالة الجهل وإجارته، أما في حالة العلم فلا يجب قطعًا واعلم أنه إما أن يشرط إبقاء الزرع أو يطلق، وحكمها الإبقاء إلى الحصاد، وفيه ما سبق فيما يفصل، وإن شرط قلعه فقد حكى الإمام في أواخر الصلح تردد للأصحاب في وجوب الوفاء ويشبه أن يكون في غير الفصيل في أوانه المعتاد فصل فيه، ثم عند الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ، وعليه تسوية الأرض، وقلع العروق المضرة بالأرض كعروق الذرة.

قال الروياني: وأصول القطن كما لو كان البذر أمتعةً لا يتسع الباب لها ينقص وعلى البائع ضمانه أي: أرش نقصه بالبعض.

قال القاضي أبو الطيب: ويحتمل أن يقال: يلزمه مياؤه كما يلزمه تسوية

وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَو زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ بِالْبَيْعِ بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، وَقِيلَ فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ.

الأرض، ورأيت في كتاب «الغصب» من فروع ابن الْقَطَّان أنه لو أودعه فصيلًا فأدخله الدار فكبر فللمودع أن ينقض الباب لإخراجه، وعليه أن ينفق على الباب فيرده إلى ما كان، وذكر في صوره ما لو شرد الفصيل ودخل دارًا أقام بها حتى كبر ولم يمكن إخراجه إلا بنقض الباب وإن القاضي ابن أبي هريرة كان يقول: على ربِّ الدار نقض الباب، وعلى ربِّ الفصيل أن يثبته له، انتهى. وسنعيد المسألة إن شاء الله تعالى في الغصب ففيها خبط كثير.

فروع: لو أراد البائع درسه مكانه لم يمكن إلا برضا المشتري، وإن شق نقله إذا أخرنا الزرع إلى الحصاد فالمراد أول أوقاته لا حقيقة بل أول مكانه دون نهايته أو مدة تزيد في ثمنه وجه باقتضاء العرف ذلك، قاله القاضي أبو الطيب وغيره، ولو انقلع الزرع قبل المدة، وفي حكم القلع ما لو حف بآفة أو جز وجب تسليم الأرض، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره.

وفي حكم القلع ما لو حف بآفة ولو كان مما جز قبل حصاده قوي استخلف كالدخن يجز قبل حصاده فله إبقاء الأصل الباقي إلى حصاده لا استيفاء ما استخلف، وفرَّع بعد الحصاد، وعلى البائع قلعه، ولا يملك المشتري بخلاف القت ونحوه لا رد إلى أصل ثابت وهذا فرع زائل، قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا مَعَ بَذْرٍ أَو زَرْعٍ لَا يُفْرَدُ) أي: كل منهما.

(بِالْبَيْعِ) كما سيأتي.

(بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ، وَقِيلَ فِي الْأَرْضِ قَوْلَانِ) لا يصح بيع البذر وحده قطعًا.

وأشار القاضي حسين إلى وجه فيه نعم لو رأى من قبل، ولم يمض عليه زمن يتغير فيه وأمكن أخذه من الأرض بلا مشقة شديدة صح، وكلامهم محمول على غير هذا البذر به، وإذا باعه مع الأرض فإن كان مما يدخل في البيع فإن كان مما يبقى نباته قال الْمُتَوَلِّي كان ذكره تأكيدًا وقطع بذلك غيره كما

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا، دُونَ الْمَدْفُونَةِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إنْ عَلِمَ، ....

سبق، وينبغي أن يكون كبيع الجارية وحملها إلا أن يكون رآه قبل ذلك فيصح، وإن كان مما لا يدخل عند الإطلاق فنص في العقد عليه فثلاثة طرق: أصحها القطع بالبطلان فيهما كما ذكره تفريعًا على المذهب في الإجارة بالقسط، وهي متعددة هنا والباقي يبطل في البذر وفي الأرض والبذر تبعًا له.

وجعل الروياني محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فإن جهلها لم يجز قولًا واحدًا وهذا منه على المشهور في بيع الغائب، وفيه طريق أنه يجوز بيع الحمل، وأفاد المحاملي أن قول الصحة هنا جاز وإن منعنا بيع الغائب لما أشرنا إليه من التبعية وهو كما قال.

فرع: إذا باع الأرض مع الزرع وهو بقل أو فصيل صح من غير شرط القطع صرح به الأصحاب؛ لأنه مانع وإن اشتد وهو مما يصح بيعه في سنبله صح أيضًا، وإن كان مما لا يصح بيعه في سنبله وهو مراده بقوله: لا تفرد فباعه مع الأرض ففيه الطرق الثلاثة السابقة ولا يقطع بالبطلان، ذكره الرَّافِعِي ووجهه جهالة ما في السنبل فيتعذر التقسيط عليه.

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ الْحِجَارَةُ الْمَخْلُوقَةُ فِيهَا**) لأنها من أجزائها كالمعادن وغيرها وكذلك المبنية فيها على المذهب في دخول البناء، واقتضى كلام الرَّافِعِي و«الروضة» أنها كالمخلوقة، وابتعد ذلك وادعى أنه غلط وأنها كالبناء الظاهر وفيه نظر في القسمين، إن كانت تضر بالزرع والغرس أو بأحدهما فعيب إن كانت الأرض تقصد ذلك، وقيل ليس بعيب وفي هذا وما ذكراه في المبنية مزيد كلام أوضحته في «الغنية» وفي ضمنه فوائد الجزم بدخول المبنية للدوام منقح جدًا كما بينته هناك .

قال: (**دُونَ الْمَدْفُونَةِ**) لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا متصلة بها فلم تدخل كالكنوز وإلا فليشبه وإنما يدفن إلى وقت الحاجة إليها.

قال: (**وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إنْ عَلِمَ**) أي: كسائر العيوب سواء حصل ضرر

وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا، ....

أم لا ، سواء كانت الأرض مشتملة على بناء وشجر أم لا .

قلت: إن كان المراد أنه علم بها علم إحاطة بقدرها وما يتولد من بنايتها من الضرر فواضح إن كان المراد أعم من ذلك ففيه نظر لا يخفى وجهه .

قال: (**وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ النَّقْلُ**) أي: ويجبره المشتري عليه سواء أضر بقاؤها أم لا.

وقيل: إذا لم يضر لم يجبر وليس بشيء ويخالف الزرع فإن له أمد ينتظر ولا أجرة للمشتري في مدة النقل والقلع، وإن طالت كما لو اشترى دارًا فيها أقمشة يعلمها فلا أجرة له في مدة نقلها، وعلى البائع تسوية الأرض كما سنوضحه وله النقل من غير رضا المشتري ولو سمح بها لم يلزم المشتري القبول .

قال: (**وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا**) أي: لا خيار للمشتري وللبائع النقل وعليه تسوية الأرض كما سيأتي، وللمشتري إجباره على النقل إن ضر تركها، وكذا إن لم يضر على الصحيح وإن لم يثبت الخيار إذا ضر تركها كما لو اشترى دارًا فلحق سقفها خلل يسير أي: قبل القبض يمكن تداركه، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلحها وأنقيها لا خيار للمشتري، فكذا هنا بالقلع يزول الضرر، ولو أن البائع تقاعد عن ذلك ولم يبادر إليه ففي كلام بعضهم ما يفهم ثبوت الخيار.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال يجبر عليه محافظة على بقاء العقد.

إشارة: قال شارح بعد قول المصنف: وكذا إن جهل ولم يضر قلعها أي: ولا تركها فافهم.

إنه إذا ضر تركها دون قلعها ثبت الخيار، والمنقول في «الشرح» و«الروضة» وغيرها كما سبق .

قال: (**وَإِنْ ضَرَّ**) قلعها (**فَلَهُ الْخِيَارُ**) سواء ضر تركها أم لا ؛ دفعًا للضرر، قاله شارح آخر هنا : بعد ذكره ما سبق.

قال الرَّافِعِي: سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرًا، وكلام غيره

وَإِنْ ضَرَّ فَلَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازَ لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ.

يقتضي فيما إذا ضر قلعها ثبوت الخيار سواء جهل أصلها أو كون قلعها مضرًّا أو كون تركها مضرًّا فأهمل الرَّافِعِي الجهل بضرر الترك ولا بُدّ منه؛ لأنه وحده يكفي للخيار وعلى ما يقتضيه كلام الأصحاب، انتهى .

وهو ظاهره يخالف ما سبق ووافق عليه أنه إذا ضر تركها فقط أنه لا خيار للمشتري. وقال في قطعة له في «شرح المهذب»: وإن كان جاهلًا بالحجارة وبضررها إما في القلع وإما في الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الأصحاب .

وقال الرَّافِعِي: له الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرًّا فأغفل قسمًا آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالمًا بالأحجار ويكون قلعها مضرًّا؛ ولكن جهل كون تركها مضرًّا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له الخيار وليس كذلك؛ لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك وقد يطمع في أن البائع تركها فلا يحصل ضررًا، انتهى، فليتأمل.

ولو رضي البائع بترك الأحجار فتفريعه مشهور وذكرت منه طرفًا في «الغنية».

قال: (فَإِنْ أَجَازَ) أي، أمضى العقد.

(لَزِمَ الْبَائِعَ النَّقْلُ) لتفرع ملكه، وفي إجبار المشتري على قول هبته الحجارة خلاف مبني كما قال أبو الطيب على القولين في هبة الثمار، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: (وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ) نص عليه الشافعي والجمهور، وقيل فيه وجهان.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان بعد القبض وجبت، وإن كان قبله لم تجب التسوية وجهًا واحدًا؛ ولكن للمشتري الخيار لأنه عيب، وهذا حسن صحيح.

وقال الروياني: إنه أظهر وبه قال الشيخ أبو حامد، وهل التسوية عبارة عن إعادة التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة إلى مكانه، أو تسويتها بما فيها حتى لا يبق حفر؟

لم يفسروه وفسره ابن الرِّفْعَة بالأول، ويخيل إيجاب إحضار تراب آخر من خارج يسويّ به الأرض بعد ذلك.

وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ. أَصَحُّهَا تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَا قَبْلَهُ.

واعلم أن النص في الغاصب إذا حفر لزم الأرش بخلاف البائع، قيل فيهما قولان: بالنقل والتخريج كما سيأتي.

قال: **(وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ مُدَّةَ النَّقْلِ أَوْجُهٌ أَصَحُّهَا تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ الْقَبْضِ)** أي: لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة.

(لَا قَبْلَهُ) لتغيب البائع إذا جعلناه كالآفة السماوية.

والثاني: يجب مطلقًا بناءً على أنه كالأجنبي في الخيانة.

والثالث: لا يجب مطلقًا؛ لأن إجارة المشتري رضي منه بتلف المنفعة هذه المدة، وصححه الشيخ أبو حامد، ووجه أيضًا بأن قبض الأرض وفيها الحجارة ليس قبضًا تامًّا.

قال الرَّافِعِي: وتجري الأوجه في وجوب الأرش أو بقي في الأرض بعد التسوية عيب، انتهى.

ومقتضاه أنه يجب بعد القبض الأرش مع الأجرة على الأصح عنده، وفيه بعد وقد يوجد من كلامه هذا أن المراد حقيقة التسوية لا ما فسرها به ابن الرِّفْعَة كما سبق، لأن ذلك يبقى معه عيب الحفر لا محالة.

تنبيه: جميع ما ذكرناه في أرض بيضاء، فإن كان فيها غراس يوم البيع واشتراه مع الأرض وغيرهما، وإن أخذ به المشتري عالمًا بالأحجار؛ فللبائع أرشها ولا يضمن أرش نقص الغراس وإن أحدثه جاهلًا فلا خيار له في الأصح؛ لأن الضرر في المبيع، وإن كانت الأرض تنقص أيضًا بالأحجار فإن لم يحصل بالغرس وقلع الغرس نقص في الأرض فله القلع والفسخ، وإن حصل فلا فسخ لأنه يرد المبيع ناقصًا وجيزًا؛ لكن يأخذ الأرش وإذا قلع البائع بنقص الغراس لزمه أرش النقص ولو كان فوق الأحجار زرع لأحدهما ترك إلى أوان حصاده على ما صححه المصنف.

قيل: هي كالغراس، قال الفوراني: وإذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد فعليه تسوية الأرض.

وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْبُسْتَانِ: الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ وَالْحِيطَانُ، وَكَذَا الْبِنَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أما دخول الأرض والشجر فواضح وفي حكم الشجر أصل ما له ثابت من النبات كما سبق والظاهر أن بذره ونواه كما سبق في بيع الأرض.

وأما حيطانه وما سواها من الأبنية ففيها طرق:

أحدها: إجراء الخلاف السابق في جميعها كما هو في دخولها تحت اسم الأرض.

والثانية: تدخل مطلقًا قطعًا وبه جزم القاضي أبو الطيب وغيره، وهو قوي؛ لأن اشتمال البستان على الأبنية كثير واسم البستان يشملها.

والثالثة: الجزم بدخول الحائط وتخصيص الخلاف بما سواه، وعليه جرى الشيخان تبعًا للبغوي، وادعى ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أنه لا خلاف في دخول حائطه وإنما الخلاف في البناء الداخل فقط، وليس كما قال: وضعّف الروياني هذه الطريقة، وإيراد الأكثرين مائل إلى الطريقة الأولى، وصححها الخوارزمي في «الكافي».

وحاصل الطرق أوجه، ثالثها يدخل الحائط المحيط دون غيره، وكذا صنع ابن الرِّفْعَة في مطلبه.

فروع: الباع: اسم أعجمي معناه البستان فإذا قال: بعتك هذا الباع فكقوله هذا البستان إذا عرفا معناه، ولو قال: الكرم.

قال الرَّافِعِي: ذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان؛ لكن العادة في نواحينا إخراج الحائط مسمى الكرم، وإدخاله في مسمى البستان، ولا يبعد أن يكون الحكم على ما مر الاصطلاح به.

وقال: في التعريش الذي يوضع عليه القضبان، ولقد تردد الشيخ أبو محمد والظاهر عند دخوله.

وقال غيره: واختار الإمام القطع بدخوله وجزم في «الشرح الصغير» بأنه الأظهر، ولو قال: هذا الحائط البستان، وحكى في شرح الكتاب عن

وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ الْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ، لَا الْمَزَارِعُ عَلَى الصَّحِيحِ].

الْبَنْدَنِيجِي أنه لو كان البستان محوطًا فقال: بعتك هذا الحائط تناول الجدار وحده، قال أي: لأنه المحقق وإن كان لفظ الحائط يطلق عليه وعلى البستان، انتهى وهو غريب.

والحائط في اللغة: البستان إذا كان عليه الحائط وربما أطلق على البستان مطلقًا وهو عُرف أهل الحجاز، فالوجه أنه إذا قاله: بناحية يسمونها كذلك أن يكون كقوله: بالبستان وأولى، وإن لم يكن عرفهم ففيه نظر، وبيع حائط البستان بمفرده غير معهود ولا سيما من جميع الجوانب، على أن ابن الرِّفْعَة قال في «الكفاية»: ولا خلاف له إذا قال: بعتك هذا الباع أو البستان أو الحائط وهو جزء منه دخل فيه الأرض والأشجار والحيطان ومجاري الماء، وإن كان فيه بناء فعلى الخلاف، انتهى .

وهو جزء منه على طريقة الْبَغَوِي والرافعي كما سبق، والظاهر أن قوله: هذه الحديقة أو هذه الجنينة في «الشام» كقوله هذا البستان.

قال: (**وَفِي بَيْعِ الْقَرْيَةِ الْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا السُّورُ**) سورها وكذلك السور قطعًا؛ لأن الجميع داخل تحت اسمها، ولو كان خارج سورها أبنية متصلة به حدودها فالأشبه دخولها ويشملها قوله الأبنية ولم أر فيها تصريحًا، وإن لم يكن على القرية سور دخل ما اختلط ببنائها من الأراضي والساحات والمساكن وأفنيتها، وفي الأشجار التي في وسط القرية الخلاف السابق، واختار الإمام والغزالي بخلاف اختيارهما في الأرض وبه أجاب الْمَاوَرْدِي، واستبعد الإمام تردد العراقيين فيه وهو بعيد؛ لأن القرى غالبًا لا تخلو عن الشجر ويشملها الاسم وينبغي دخول حريم القرية في بيعها كما نذكره في حريم الدار.

قال: (**لَا الْمَزَارِعُ**) أي: التي خارجها.

(**عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنها غير داخلة في مسماها ولهذا لو حلف لا يدخلها لم يحنث بدخول مزارعها.

والثاني: يدخل، قاله الإمام والغزالي، والعرف في بيع القرى يعضده،

……

والمزارع هي المقصودة.

والثالث: إن قال بحقوقها دخلت وإلا فلا، قاله ابن كَجٍ.

وقال الدارمي: إن قال: بحقوقها أو أطلق فإن كان العرف منوي عليها دخلت المزارع وإلا فلا وهذا التفصيل حسن.

قال ابن أبي الدم في «أدب القضاء»: قال العراقيون: لا تدخل المزارع قولًا واحدًا، وقال بعض المراوزة ومنهم الإمام: يدخل لا شك في هذا كله إذا لم نقل بحقوقها دخلت المزارع عند المراوزة قطعًا، وعند العراقيين لا يدخل أيضًا ووافقهم الْبَغَوِي.

قلت: والمتولي وصاحب «الكافي» والرجوع إلى العرف المطرد متعين ولا سيما إذا دلت القرائن عليه بأن تكون أبنية القرية بمائة ألف مثلًا لأراضيها.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إذا قال: بعتك القرية بأرضها دخلت المزارع، وقال: لا يدخل في بيع القرية ضياعها.

والظاهر أن مراده بذلك قرى صغار تكون حول القرية الكبيرة أو غيرها تضاف إليها يزرعها أهلها وتكون قد خربت وبقي لها زمن طويل، وأهل الشام يسمونها مزارع القرية الفلانية وهي غير أراضيها المختصة بها، وهذا لا يدخل بلا خلاف إلا بالتنصيص عليها لأنها قرى أخرى غير مسكونة، وإنما ذكرت هذا لأني رأيت من يتوهم أنها محل الخلاف السابق وهو غلط فاحش.

تنبيهات: مقتضى كلام الإمام والغزالي دخول الأشجار خارج القرية وجزم الْمَاوَرْدِي بعدم دخولها بخلاف المتخلل في القرية وهو الموافق لكلام الجمهور في المزارع، وأكثر قرى «الشام» يحفر أهلها خارجها صهاريج لجمع ماء المطر لأنفسهم ودوابهم، وقضية كلام الجمهور عدم دخولها كالمزارع، والعرف ينازع في ذلك؛ لأنها من مرافقها وضروراتها ولم أر فيها نصًا، وغلط صاحب «التعجيز» في شرحه له وللوجيز فنقل عن الْمَاوَرْدِي موافقة الإمام في

دخول المزارع عند الإطلاق. والذي في «الحاوي» يدخل في بيع القرية سوادها كله من البناء والمساكن وحقوقها دون غيره، انتهى.

قول المصنف: الأبنية تشعر بأنه لو كان بها بناء مستهدم قد تبدت أحجاره أو أحجاره عادية ملقاة بساحاتها أو مدفونة بها أنها لا تدخل كما في بيع الأرض، والعرف قاضٍ بخلاف ذلك وأن بيع القرية يشمل جميع أحجارها وغيرها للعمارة ثم بيعت القرية لم تدخل تلك الآلة بالشرط والله أعلم.

قال: (**وَفِي بَيْعِ الدَّارِ الْأَرْضُ**) أي: إجماعًا إذا كانت الأرض مما يصح بيعه.

قال: (**وَكُلُّ بِنَاءٍ**) لأن الدار اسم للأرض والبناء، وأغرب الجوري فحكى في دخول البناء في رهن الدار قولين وعلل المنع بأن الدار اسم للعرصة وهذا شاذ منكر، ويلزمه طرده في البيع، وغلط من شرح «المنهاج» فنقله عن روايته في البيع، ولا فرق في البناء بين السفل والعلو وتدخل الأجنحة والرواشن والدرج والبلاط المفروش فيها وكل ما هو من هذا النوع متصلًا ولو اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة. قال الْمَاوَرْدِي: وغيره لم يدخل لخروج ذلك عن حدودها التي لا تتميز إلا بها ولا يصح العقد إلا بذكرها، فلو ذكر حدين أو ثلاثة لا يتميز بها لم يكف وإن تميزت بها فالصحيح الصحة.

قال قائل: وينبغي أنها إذا كانت معلومة وذكر ما يميزها لا يفتقر إلى ذكر الحدود وحينئذٍ ينبغي أن يتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العُرف ذلك، بخلاف ما إذا ذكر الحدود، انتهى. وما ذكره محتمل.

وقال ابن الرِّفْعَة: الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وذكر مع هذا كلام«الحاوي» ولو اتصل بها بساط على حائط منها فأوجه: ثالثها إن كانت جذوعة من الطرفين على حائطها دخل في البيع وإلا فلا، وصححه ابن أبي عصرون، وأطلق في «اللطيف» عدم دخوله وتدخل المطلة على الباب المبنية على جدارها، خلافًا لأبي حنيفة قاله في «العدة».

حَتَّى حَمَّامُهَا، لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ، وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَالْإِجَّانَاتُ ....

قال: (**حَتَّى حَمَّامُهَا**) أي: المعدود من مرافقها، كذا قاله الرَّافِعِي.

والظاهر أن المراد ما إذا اشتملت عليه حدودها لا مطلقًا؛ بل يكون حكمه حكم الحُجْرة والرحبة المتصلة بها وعن نصه أن الحمّام لا يدخل وحملوه على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل، وأما المبنية بالآجر فتدخل مبنية بسائر بيوتها ولو كانت من خشب؛ ولكنها مبينة ففي «الأم» نص يقتضي أنها لا تدخل وهو أحد الوجهين في الأرض المثمرة ونحوها، والأصح فيها الدخول وللغزالي في الحمام كلام لا يرتضى.

قال الشارح: (**لَا الْمَنْقُولُ كَالدَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ وَالسَّرِيرِ**) أي: غير المثمر وكل ما يتصل بها كالرفرف الموضوعة على الأوتاد والسلالم التي لم تثمر ولم تطين، والأقفال والدفائف والصناديق والمتاع ورحا اليد التي تنقل والخزائن المنفصلة والحجارة المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج، وما فضل من آلة البناء من آجر وخشب وأبواب وكل هذا وشبهه لا خلاف فيه إلا البكرة فحكى القاضي الحسين فيها وجهين لأنها كالمتصل، وليست كالدلو ونقل بعض شارحي «المهذب» الأوجه الثلاثة السابقة في الدولاب هنا وأجراها في البكرة والسانية.

قال: (**وَتَدْخُلُ الْأَبْوَابُ الْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا**) أي: قطعًا لإيصالها، واحترز بالمنصوبة عن المقلوعة وغيرها، وإن كانت قد هيأت للنصب قطعًا وقضيته أن بعض المنهدم منها وإلا فبه لا يدخل، وبه صرح بعضهم وعبارة «اللطيف» لا يدخل ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغيره والغُرف ينازع في ذلك.

قال: (**وَالْإِجَّانَاتُ**) أي: المبنية وما في معنها من الخباب والتنانير ونحوها مما أثبت للدوام لا للحفظ، وفي حلية الروياني أنه لا يدخل خابية القصار والصباغ؛ لأنها تدخل في البناء لئلا تتحرك عند الانتفاع بها لا للتأبيد، وكلام غيره يقتضي أن الأصح دخولها وأجرى الخلاف في قدر الحمام وخشبة القصار ونحوها.

وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ، وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيْ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْأَعْلَى وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثْبَتٍ فِي الْأَصَحِّ.

(**وَالرَّفُّ وَالسُّلَّمُ الْمُسَمَّرَانِ**) أي: على الصحيح في الثلاث كما سنوضحه.

(**وَكَذَا الْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيْ الرَّحَى عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المثبت؛ والعلة في ذلك كله أنها تعد في العرف جزءًا لاتصالها.

والثاني: وهو أقيس عند الإمام لا يدخل، وكنت أود لو فصل بين «اللطيف» وغيره فإن اللطيف غالبًا للدوام بخلاف الكشف.

إشارة: قوله: وكذا يفهم قصر الخلاف عليه دون الإجانات والرف والسلم وعبارة «المحرر» وكذا الإجانات المثبتة إلى قوله في الحجر على أصح الوجهين، فأثبت الخلاف في الجميع وهو كذلك.

قال: (**وَالْأَعْلَى وَمِفْتَاحُ غَلْقٍ مُثْبَتٍ فِي الْأَصَحِّ**) كغيرها في الأعلى مفرع على دخول الأسفل وجه الدخول التبعية، ووجه المنع الانفصال كغيرها وفي معناهما كل منفصل تابع لمتصل لا ينفع بالمتصل إلا به كرأس البنور وصندوق التبر وآلات السفينة ودراريب الحوانيت، والسرائج ونحوها، وقد تدخل ألواح الحوانيت قطعًا والعرف يعضده، وما أحسن قول الشيخ أبي حامد: ما في الدار ثلاثة أضرب متصل، ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل، ومنفصل يتعلق بالمتصل؛ فالأول يدخل، والثاني لا يدخل، وفي الثالث وجهان.

تنبيهات: منها: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» قوله: أن بناء الدار يدخل في البيع والرهن يريد أنه دخل فيه من غير تسمية وهو وهم منه؛ لأن الدار اسم للبناء الموضوع على الأرض ولا يقال: لهذا دخل في العقد، ولو جاز هذا لجاز أن يقال: دخلت الأرض هاهنا في البيع، انتهى. وكأنه يريد أن كل ما شمله الاسم لا يقال: دخل، والله أعلم.

ومنها: قيدت قول المصنف في أول المسألة الأرض بما إذا كانت مما يجوز بيعه، أما إذا لم يجز بيعه كسواد «العراق» وما في حكمه فلا شك أن الأرض لا تدخل في قوله: بعت هذه الدار، وحينئذٍ يقال: هل يحمل الإطلاق

وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا، وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْت: الْأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَٱلله أَعْلَمُ.

على البناء فقط، أو يجري خلاف تفريق الصفقة نظر إلى ظاهر اللفظ، أو يفرق في ذلك بين العالم بالحال والجاهل؟

لم أر فيه شيئًا فهذه المسألة يباع الدور في الأراضي والموقوفة والمحتكرة من غير تنصيص على أن الأرض غير داخلة في البيع، وكذلك يقع في الكروم والبساتين وغيرها.

ومنها: الهبة والوصية والوقف كالبيع فيما يدخل وقد سبق ذلك وما قيل في الإقرار.

قال: (**وَفِي بَيْعِ الدَّابَّةِ نَعْلُهَا**) المستمر لاتصالها قبل ولا خلاف فيه.

وفي «النهاية»: في باب الرد بالغيب إشارة إلى تردد الأصحاب في دخوله، ولا يدخل المقود وحبله على الصحيح. وأغرب الشريف المراغي فقال: يدخل حبل الفرس في بيعها. وفي «الحاوي» ما يفهم أنه وجه.

قال الرَّافِعِي: وتدخل بُرَّة الناقة إلا أن تكون من ذهب أو فضة، وأغفلت «الروضة» الفضة فأوهمت، وقد يقال: مثله في النعل وظاهر إطلاقهم عدم الفرق ولعله خرج على الغالب والحلقة التي تقيد بها البغلة كالبُرة، والعرف قاضٍ بالمسامحة بها، وإن كانت من فضة.

إشارة: لو اشترى سمكةً فوجد في جوفها درة غير مثقوبة ففيه خلاف وتفصيل يطول ذكره أوضحته هنا في «الغنية».

قال: (**وَكَذَا ثِيَابُ الْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للعرف وهذا فيما عليه حالة العقد وبه قال: أبو حنيفة.

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ لَا تَدْخُلُ ثِيَابُ الْعَبْدِ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ**) اقتصارًا على مقتضى اللفظ، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى جميع الفقهاء وهو الصحيح خلافًا للمحرر.

قال الروياني: لكن العادة جارية بالعفو عنها وهو مذهب أبي حنيفة، وفي وجه ثالث تدخل سائر العورة فقط للضرورة كنعل الدابة، والأَمَة في ما ذكرناه

فرع: بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ، ....

كالعبد، قالوا: ولو كان في أذنه حلقة، أو في إصبعه خاتم، أو في رجله نعل لم يدخل قطعًا، ونسبة أن يكون النعل كالثياب.

وفي «شرح التعجيز» أن القائل بدخول الثياب طرده في الحلي وهو غريب، واقتضى إيراده في «شرح الوجيز» الجزم بالمنع وهو المشهور في «الذخائر» أن الشاشي قال: إن الحلي على الجارية كثياب العبد على الخلاف، وهو سهو منه بينته في «الغنية» وينبغي أن يكون محل الخلاف في دخول الثياب اطراد العرف به لا مطلقًا ويحكم في كل بلد عرفه.

قال: (فرع: **بَاعَ شَجَرَةً دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا**) لأنهما من أجزائها.

قال: (**وَفِي وَرَقِ التُّوتِ وَجْهٌ**) أي: في زمن الربيع حيث يعلف لدود القز وجه، قاله أبو إسحاق. وجزم الْمَاوَرْدِي والجرجاني، ونقله العمراني عن شيخه أبي حامد وحكاه الروياني وغيره.

قلت: وفي المسألة وجه ثالث: أنه إن كان يقصد ثمره دون ورقه، فلا عبرة بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه وقد سبق عقدها وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع، ورأى بعضهم تنزيل الخلاف على هذا التفصيل ولا شك في حسنه ورجحانه، فإن ما يقصد ثمره لا يقصد ورقه كالأحمر كما قطع به بعضهم.

وأشار إليه المصنف في «التنقيح» نفقتها وهو مراد الْمَاوَرْدِي بقوله: وأما شجر الفرصاد فنوعان: نوع يعرف بالشامي يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه كغيره، ونوع يقصد منه ورقه دون ثمره وورقه يتدنى في عقد ثم ينتفح عنه فإن كان في عقده فهو بيع لأصله، وإن شققت عقده ظهر ورقها لم يتبع وكان للبائع، وكذا القول في كل ما قصد منه الورق، انتهى.

وعندي أن هذا الكلام ليس بوجه ثالث كما قيل، بل النوع الأول متفق على دخوله والنزاع فيما علته ورقه وهو ما يربَّى به الدود كما دل على كلامهم.

قال ابن الرِّفْعَة: ويلتحق بالأحمر ورق الذكر من الأبيض فإنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب في كتاب«المساقاة».

وَأَغْصَانُهَا ....

وقال ابن الأستاذ في «شرح الوسيط»: تدخل الأوراق إن لم تكن مقصودة، فإن كانت مقصودة كورق التوت في الربيع، فإنه يقصد للدود، وورق النبق، فإنه يغسل به، وكشجر الحناء والجوز والهرنس ففيه خلاف، الصحيح عند الخراسانيين دخولها، وعند العراقيين عدمه، انتهى.

أما ورق التوت ففيه ما ذكرناه، وأما غيره فقد سبق كلام الماوردي فيه، وأدلى العمراني في ورق الحناء وما بعده احتمالين:

أحدهما: يخرجه على الوجهين في ورق التوت.

والثاني: القطع بأنه للبائع، قال: لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق، وهذا ما أورده الْمَاوَرْدِي والروياني، وصححه ابن الرِّفْعَة في ورق السدر؛ لأنه المقصود منها.

ونقل الرَّافِعِي عن «التتمة» في ورق النبق طريقين: أظهرهما أنه كورق غيره، وثانيهما: أنه كورق الفرصاد لأنه يلقط لغسل الرأس، وجزم الدارمي بأن ورق الآس للمشتري ثم أيَّد فيه احتمالان.

إشارة: الحناء معروف، والهرنس والآس والجوز وقيل: هو شجر منه السهام، فيكون المراد أغصانه لا ورقه، والظاهر أن النبق والسدر واحد أو نوعان كجنس واحد.

قال: (**وَأَغْصَانُهَا**) لأنها جزء منها هكذا جزما به في اليابس، قال غيرهما: أغصان الخلاف التي تقطع من وجه الأرض كل مدة الظاهر منها للبائع بلا خلاف كالجزء الظاهرة من البقول، وأما إذا كان للخلاف جذوع عليها أغصان تقطع أيضًا.

قيل: هي كغيرها، وادعى الإمام والغزالي الوفاق فيه، وحكى الإمام في الرهن فيها خلافًا، وقال في الوقف: لو وقف شجرة لم يجز قطع أغصانها إلا إن شرط ذلك أو يكون مما يعتاد قطعها كأغصان الخلاف ويكون كالثمرة.

وقال القاضي الحسين: إن الخلاف نوعان ما يقطع من أصله فكالقصب

إِلَّا الْيَابِسَ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَو الْقَطْعُ، ....

الفارسي ونحوه حرفًا بحرف، وما يترك ساقه ويؤخذ أغصانه فكالثمر.

قال ابن الأستاذ: وهو متجه واختلاف كلام الإمام منزل على هذا التفصيل، انتهى.

قال: (إِلَّا الْيَابِسَ) فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة الثابتة؛ لأن العادة فيه القطع كالثمرة وفيه احتمال للبغوي، ويوافقه سكوت كثيرين عنه وهو قوي؛ لأن اللفظ شمله والعرف جاز بالمسامحة به .

قال: (وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ الْقَلْعِ أَو الْقَطْعُ) أي: رطبة كانت أو يابسة، وإذا شرط القلع دخلت العروق.

وقال الصيمري: إن كان أسفلها مقصودًا لم يجز البيع لأنه غائب، والمشهور الأول ويظهر أن يقال إن كانت العروق هي المقصودة كبعض الشجر لم يصح، والأصح ويغتفر جهالته بيعًا نعم لو قال: بعتكها وعروقها انقدح فيه خلاف، وإن شرط القطع قطعت من وجه الأرض كالعادة وتبقى العروق للبائع، ولم يحكوا خلافًا في الصحة ولا يبعد جريان احتمال فيها إذا لم يتبين موضع القطع؛ لأن المشتري قد تنازع في محله ولعل التصوير فيما إذا صرح بشرط القطع من وجه الأرض لا ما أطلق.

قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: ومؤنة القلع والقطع على المشتري لأن التسليم حصل بالتخلية، قال: ولو اشترى شجرة ليقطعها من نصفها وأشار إليه؛ وجب ألا يجوز بخلاف ما لو شرط قطعها من وجه الأرض؛ لأن ما يبقى في الأرض لا يكون مقصودًا، أو ما يبقى من ساق الشجرة يبالي به وله خطر فافترقا، انتهى .

وهذا منه جواب على المرجح في بيع ذراع من ثوب نفيس ونحوه، وقد سبق بما فيه وحينئذٍ يكون محل ما ذكره في شجرة مقصودة الثمر أو الخشب النفيس الذي تنقص قيمته بالقطع كما أشار إليه، أما لو كان المقصود منها الحطب فالوجه الصحة، ثم ذكر احتمالين في بيع أغصان التوت الذي يربى لدود القز إذا بين القطع والصحيح الجواز.

وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ، ....

قال: (وَبِشَرْطِ الْإِبْقَاءِ) أي: في الرطبة، فإن كانت يابسة بطل البيع قاله الْمُتَوَلِّي، وأقراه عليه وحينئذٍ يحمل الإطلاق في اليابسة على القطع؛ لكن فيما أطلقه الْمُتَوَلِّي وغيره من بطلان البيع نظر فإنه إذا شرطه فيها لغرض صحيح بأن يضع عليها جذوعًا أو بناءً أو عريشًا ونحو ذلك لا سيما إذا كانت مناهجه لأرضه فالوجه الصحة، ويكون بمنزلة الجدار أو السارية المبنية فيحمل إطلاق المنع إذا لم يكن فيه غرض صحيح.

تنبيهات: منها: قال من شرح بعض الكتاب من أكابر العصر عقب قول الكتاب: ويصح بيعها بشرط القلع أو القطع وبشرط الإبقاء أي: سواء كانت رطبة أو يابسة وتتبع الشرط في الأحوال الثلاث، ثم قال بعد هذا بأسطر: ولا خلاف أن يغرس اليابسة لا يدخل فإنه لو شرط إبقاءها فسد البيع، انتهى .

فإما أن يحمل ذلك على اختلاف حال كما أشرنا إليه واختلاف جواب الأصحاب والظاهر أنه لم يذكره عن قصد.

ومنها: في «فتاوى القاضي الحسين»: لو اشترى شجرةً بشرط القطع، فلم تقطع حتى نمت وكبرت هل ينفسخ العقد؟ قال: فيه قولان، كما لو اشترى القت لاختلاط المبيع بغيره .

قلت: لعل هذه المسألة ليست عن القاضي الحسين وينبغي أن يكون الكل للمشتري ولا خيار له؛ لأنه ملك أصلها كالثمرة تكبر، ورأيت الشيخ أبا المعالي قال: إن كانت الشجرة مما لا يختلف كالصنوبر والنخل فللمشتري، وإن كانت مما يختلف كالقت ففيه قولان انتهى.

ما اشتملت عليه الفتاوى جوابًا وزيادة وجامعها هو الإمام الْبَغَوِي، وعندي وقفة وإن قولي هنا إلى آخره للبغوي فإنه عند التأمل لا تخالف الجواب قبله، ونقل من شرح الكتاب الجواب عن القاضي ثم قال: قال الْبَغَوِي العكس عليه وساق ما سبق، وهذا تساهل وعدم تأمل.

ومنها: ما سبق في شرط الإبقاء واقتضاء الإطلاق الإبقاء كما سيأتي محله

وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرِسِ لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتْ الشَّجَرَةُ.

إذا كانت الأرض ملكًا للبائع ومثله ما إذا استحق منفعتها أبدًا بوقف أو وصية فيما يظهر، أما لو غصب أرضًا وغرسها ثم باعها بشرط الترك فالبيع باطل، أو بشرط القلع صح، وإن أطلق فوجهان في «البحر» و«الحاوي»:

أحدها: البطلان، والثاني: الصحة، وللمشتري الخيار ويأتي نحو ما ذكره في المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة بيده ويأتي الخلاف في صورة الإطلاق أيضًا .

قال: (**وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي الْإِبْقَاءَ**) تحكيمًا للعادة كالبناء وهذا في الرطبة وفي اليابسة ما قدمناه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْمَغْرِسِ**) أي: حيث استحق الإبقاء بشرط أو إطلاق؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله، والثاني لا يدخل؛ لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية فيدخل على الملك؛ وحكى جماعة الخلاف قولين: وهو جارٍ في دخول الآس في بيع البناء، والمراد بالمغرس والآس: المكان الذي عليه الغراس والبناء وهذا في الشجرة الرطبة، وأما اليابسة فقيل لا يدخل مغرسها بلا خلاف وكأنه مفرع على طريقة الْمُتَوَلِّي وفيها ما قدمناه، فإذا ظهر فيها قصد الإبقاء بالشرط لغرض معتبر أو تفرسه كبعتها لأضع جذوعي عليها، أو بنائي أو غرسي ونحوها أو يكون دخول المغرس على الخلاف في الآس سواء.

قال: (**لَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتْ الشَّجَرَةُ**) المراد بالمنفعة استحقاق الإبقاء مجانًا ما دامت الشجرة، وكان قياس ما سبق أن يقال: ما بقيت الشجرة حيةً حتى لو يبست زال الاستحقاق على ما عليه التفريع إلا أن يقال في اليابسة بما ذكرناه.

فرع: إذا قلنا لا يملك بالغرس، فليس له أن يغرس مكانها إذا انقلعت أو قلعت أو يبست، وهل يكون ملكه من باب الإجارة أو الإعارة؟

قال ابن الرِّفْعَة: يخرج من مقتضى كلامهم وجهان: أرجحهما الأول

……

وأصلها أن البائع هل يتمكن من القلع وغرامة الأرش؟ قال الجمهور: لا، وقيل: له ذلك، وعلى هذا هل يلزمه تسوية الحفر نسبة أن يقال إن قلنا: استحقاق عارية فكالغاوية وإلا فلا يلزمه وجهًا واحدًا، والخلاف في دخول المغرس والآس مثله مذكور في الإقرار بهما.

فرع: لو كانت الأرض مملوكة لغير باع الغراس والعنب فإن جهل المشتري الحال وقلنا: لو كان البائع لرجل، قال شارح: يشبه أن يثبت الخيار للمشتري.

قلت: ويظهر أن يجيء في البطلان خلاف تفريق الصفقة، قال: وهذا إذا كان الإبقاء مستحقًّا بإجارة أو غيرها فإن كان في الموضع مغصوبًا فوجهان سبقا.

قال ابن الرِّفْعَة: ما تعم به البلوى ولم يقف فيه على نقل أن يتبع إلينا في الأرض المستأجرة معه قبل تمام المدة ويعلم المشتري ذلك، هل يقول يستحق الإبقاء بقية المدة بغير عوض كما لو كانت ملكًا للبائع، أو بالأجرة؟ قال والأشبه الثاني والعمل عليه.

قلت: ولْينظر ما لو كانت موقوفةً على البائع أو موصى له بمنفعتها هل تكون كالمملوكة أو كالمأجورة بعد المدة؟ الظاهر الأول فلا يستحق عليه شيئًا والغراس كالبناء، نعم لو كانت الإجارة فاسدة استحق؛ لأن الأجرة تجب فيها يومًا بيوم كما سيأتي.

ثم رأيته قال: ولو كان موصى له بمنفعة الأرض، فيشبه إلحاقها بالمملوكة حتى لا يستحق عليه أجرة في حياته، ولا بعد موته إذا لم تبطل الوصية بموته كما هو المذهب، وإن قلنا: تنتهي بموته فهو قريب من الإجارة.

فرع: لو استخلف شيء من الشجر دخولها هل يستحق الإبقاء كالأصل، وبالعروق المتجددة أو يوم الشراء يقطع ما استخلف أو يفرق بين ما جرت العادة باستخلافه وغيره؟ قال بعض المتأخرين: فيه احتمالات والأول أظهر.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو علم استخلافه كشجر الموز، فلا شك في وجوب اتقائه، هكذا قال.

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْقَلْعُ].

قال المصنف: [وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أو الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ، ....

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْقَلْعُ**) أي: للعرف وفيه ما أسلفناه وعبارة «المحرر» القطع بالطاء وليست بجيده لإفهامها عدم دخول العروق وعند الإطلاق، وعبارة «الروضة» وأصلها التفريع على طريقة الصيمري يحتمل أن يقال بفساد البيع إلا أن يشترط القطع لتعذر التنقية للجفاف والقلع مؤدي إلى جهالة بعض المبيع، ويحتمل أن يقول الإطلاق هنا محمول على القطع.

قال الشارح: فصلٌ: (**وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الْمَبِيعِ إنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أو الْمُشْتَرِي عُمِلَ بِهِ**) أي: سواء كان قبل التأبير أم بعده وفاءً بالشرط.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يقع شرط.

(**فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي، وَإِلَّا**) أي: وإن تأبر منها شيء، وإن قل (**فَلِلْبَائِعِ**) أي: جميعها المتأثر وغيره.

والأصل في الأحكام الأربعة قوله ﷺ «**من باع نخلًا قبل أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»(1) متفق عليه، دلَّ على الحكم الأول والرابع بمنطوقه، وعلى الثالث بمفهوم الاستثناء.

فروع وتنبيهات: منها: اقتضى كلام المصنف جواز شرطها للمشتري وللبائع وهو كذلك وإذا بقيت الثمرة بعد التأبير وقبل الصلاح وسنذكره، وإن شرطت غير المؤبرة للبائع لم يشترط القطع، وقيل: يشترط وأنكره العراقيون، وبه قال الْمَاوَرْدِي.

---

(1) حديث ابن عمر: أخرجه مالك (٢/ ٦١٧، رقم ١٢٧٩)، وعبد الرزاق (٨/ ١٣٥، رقم ١٤٦٢٠)، والبخاري (٢/ ٧٦٨، رقم ٢٠٩٠)، ومسلم (٣/ ١١٧٢، رقم ١٥٤٣)، وأبو داود (٣/ ٢٦٨، رقم ٣٤٣٣). وأحمد (٢/ ٦، رقم ٤٥٠٢)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٢، رقم ٥٧٩٧)، وابن الجارود (ص ١٥٩، رقم ٦٢٨)، والطبراني (١٢/ ٢٨٤، رقم ١٣١٣٠).
حديث عمر: أخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ١٨٩، رقم ٤٩٩٠).
حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٤٦، رقم ٢٢١٣).

....

وفي الصرف من «الأم» ما يشهد له وأثبته المراوزة فعليه لو أطلق قال: الإمام ظاهر كلام الأصحاب أن هذا الاستثناء باطل والثمرة للمشتري.

قال: وهو مشكل والوجه عده شرطًا فاسدًا مفسد للعقد في الشجر، انتهى.

وأما إذا شرط غير المؤبرة للمشتري فقال الْمُتَوَلِّي: تأكيد والقياس كونه كشرط الحمل، وأنه لو قال: بعتكها ونحوها كان كبعتك الجارية.

ومنها: الثمرة غير المؤبرة تبيع في البيع والصلح والصداق والخلع والأجرة قطعًا، ولا تبيع في الرجوع بالطلاق، وهل يتبع في الرجوع بالفلس أو بيع المرهون بغير رضا الراهن؟ وجهان أجراهما الجرجاني في بيع نخل المفلس في دينه ونحوه وهذه طريقة الشيخ أبي حامد في البيع القهري، تعرض الرَّافِعِي لأصلها في كتاب «التفليس» والمذهب أنه كالبيع الاختياري، وهل يتبع في الوصية ورجوع الولد في الهبة؟ وجهان.

ومنها: كما يجوز اشتراط أكل الثمرة المؤبرة للمشتري يجوز اشتراطه جزاءً معلومًا كالنصف والربع والثلث، وهكذا خلافًا لمالك وحده حيث قال: لا يجوز أن يشترط بعضها.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد؛ لتعذر اشتراط القطع فيه وبناه على شيئين:

أحدهما: وجوب شرط القطع والصحيح خلافه.

والثاني: امتناع القسمة، وسيأتي ما فيها إن شاء الله تعالى.

ومنها: لا فرق فيما ذكره المصنف بين طلوع الذكور والإناث، وكذا أن تأبر في حديقته غير البيع على الأصح فيهما، وقيل: إذا باع الذكر قبل تشقق الطلع فهي للبائع؛ لأن حال تناهيه كونه طلعًا وردوه بأن من طلع الفحال الكُبش - وهو بضم الكاف وبالشين المعجمة - وهو ما يلقح به الإناث وهو غير ظاهر حتى يتشقق.

وليس المقصود منه الأكل والترجيح في الصورة الثانية يرد على كلام

المصنف فإنه يقتضي النظر إلى المبيع لا غير وهو الأوفق لظاهر الحديث، وسواء تأبرت النخلة بنفسها أو بفعل فالمعتبر تشقق الأكمة سواء قل ما تأبر أو خلى فإن الكل للبائع اتحد النوع أم لا على المذهب، وشرط الْمَاوَرْدِي فيما إذا شققه غير البائع أن يكون التشقق في وقته.

ومنها: حيث كان الثمرة للمشتري فتلفت في يد البائع يخبر المشتري فإن أجاز فبالحصة قطعًا على الأصح، ولو باع نخلةً مطلعةً ولم يقل: إنها مؤبرة أو غير مؤبرة ولم يعلم المشتري ثبت له الخيار؛ لأن بقاء الثمرة ضر الشجرة في سنة أخرى، نص عليه الشافعي والأصحاب إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فجزم بالكمام للمشتري، فإنه يترك على النخلة ويدخل في بيع النخيل جريدها وسعفها وخوصها بلا خلاف هكذا قيل، ولم يفرقوابين الرطب منه والجاف.

ومنها: قال في «الروضة» تبعًا للشرح: لو باع نخلةً وبقيت الثمرة له ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى حيث يقتضي الحال إشراكها فوجهان: أصحهما الطلع الجديد للبائع؛ لأنها ثمرة العام.

وقال ابن أبي هريرة: للمشتري لحدوثه على ملكه وما صححناه محكي عن النص. وقال الشيخ أبو حامد: إنه المذهب، وصحح الْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ وغيرهما الثاني.

وقال في «البيان»: إن الشيخ أبا حامد لم يذكر غيره واستدرك؛ بل المشهور عنده وجاء في تعليقه ما سبق.

وفي «الروضة» و«الشرح» عن الْبَغَوِي أنه لو ظهر بعض التين والعنب؛ فالظاهر للبائع وغيره للمشتري، ثم قالا: وفي هذا نظر وبكونه للمشتري أجاب الْمُتَوَلِّي، وهو قضية كلام «المهذب» وأشير إلى جريان الوجهين فيه وإلى فارق بين الصورتين بأن ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد، ثم حين بلوغه يوجد فلا يحصل اختلاف بخلاف ثمر النخل يختلط ولا يتميز فاحتجنا إلى جعله يانعًا، انتهى.

وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نَوْرٍ: كَتِينٍ وَعِنَبٍ إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ فَلِلْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي،

وذكر في «الكفاية» عن النص أنها لو أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها أنهما للسيد، وأن الصحيح أنه مولى، وأن الحمل يتبع الأم، وكذا في نظيرها من البيع وقد قدمته هناك، وهذا اضطراب ظاهر.

وذكر صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» أن الجمهور خالفوا ابن أبي هريرة وحكموا بالثمرة الحادثة للبائع وخرجوه من نص الشافعي في المكاتبة إذا وضعت توأمًا قبل الكتابة، وآخر بعدها أنهما للولي.

قال **الْمُتَوَلِّي**: وخرَّجوا منها وجهًا فيما إذا باع أمةً قد وضعت توأمًا الذي في البطن له وكذا قاله ونقله غيره وهو يؤكد الاضطراب في الترجيح، والنص في الثمرة والمكاتبة والمبيعة على وتيرة واحدة، والترجيح مختلف والمأخذ متحد.

قال: **(وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلَا نَوْرٍ)** أي: بفتح النون وهو الزهور ما كان لونه، وقيل: النور ما كان أبيض والزهو ما كان أصفر.

قال: **(-كَتِينٍ وَعِنَبٍ- إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ)** أي: ظهر.

(فَلِلْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلِلْمُشْتَرِي) لأن الظهور هنا كالتشقق في النخل.

تنبيهات: منها: قال **الْمَاوَرْدِي**: من العنب ما له نور ولا يترتب على هذا حكم بتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن نوره لا يستره.

قال **الرَّافِعِي**: وألحق العنب بالتين وإن كان لكل حبة منه قشر لطيف يتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن مثله موجود في ثمر النخل بعد التأبير ولا عبرة به.

ومنها: سكت المصنف عما إذا ظهر بعض دون بعض وفي «المهذب» و«التهذيب» و«الكافي» و«البيان» وغيرها أن ما ظهر للبائع وما لم يظهر للمشتري، ولا يبيع أحدهما الآخر توقف فيه الشيخان، وصرح به **الْمُتَوَلِّي** في التين.

وقال: إنه لا خلاف فيه، وكذلك الروياني وفرق بينه وبين النخيل بأن ثمرته ثمرة عام واحد ولا تحمل في السنة إلا مرة، والتين تحمل حملتين مرةً بعد أخرى، وبما قالاه: أجاب القاضي أبو الطيب في «التعليق» وابن الصباغ وفرقا بنحو ما سبق، وأحسبه قول: العراقيين وهنا بحث أشرت إليه في «الغنية».

وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ سَقَطَ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ الثَّمَرَةُ، وَكَذَا إِنِ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ النَّوْرُ فِي الْأَصَحِّ، ....

ومنها: أهمل المصنف أقسامًا أخر: أحدها ما ثمره ورده وهو نوعان:

أحدهما: ما يخرج في ورق ولا تساهل ثم ينفتح فيرى كالورد بأنواعه والنرجس فإن تفتح فللبائع وإلا فللمشتري.

والثاني: ما لا حائل دونه كالياسمين، فإن ظهر فللبائع وإلا فللمشتري، وفي هذين النوعين لو ظهر بعض دون بعض فعلى قول الْبَغَوِي وغيره يعطى كل حكمه وهو قضية كلام «المهذب»؛ لكنه في «التنبيه» صرح بأنه كالنخل إن ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع، وفي «الشامل» أن ما يصدر ورده كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران وما أشبهها إذا كان له أصل ثابت يتكرر حمله وبيع فما لم يتفتح للمشتري، وما تفتح للبائع. وذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: الورد يكون للبائع وإن لم يكن تفتح، قال: وهو ظاهر كلام الشافعي والأول أقيس؛ لأنه قبل التفتح كالطلع قبل التأبير، انتهى.

القسم الثاني: ما يخرج في كمام لا يزال إلا عند الأكل فيخرج ولا حائل دونه كالجوز والرمان فهو للبائع.

الثالث: ما له قشران كالجوز واللوز، فإن ظهر من النور فالمنصوص أنه كالرمان، وقيل: كثمرة النخل الذي لم يؤبر، ولك إدراج هذه الأقسام في كلام المصنف، أما الموز والرمان واللوز والجوز والفستق فظاهر، وأما الورد والياسمين ونحوهما فقد يتوسع في تسميتها ثمرة كما قدمنا إذ هي من المقصود من أشجارها والله أعلم، كذا قيل وفيه تكلف.

إشارة: لا يعتبر في الجوز واللوز والفستق تشقق القشرة العليا على الأصح خلافًا للشيخ أبي حامد وطبقته، قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ سَقَطَ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ الثَّمَرَةُ) لأنها كالعدم.

(وَكَذَا إِنِ انْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ النَّوْرُ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص من

وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ. وَلَوْ بَاعَ نَخَلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةٍ وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ، فَإِنْ أَفْرَدَ

«البويطي» تنزيلًا للاستتار بالنور تنزلة استتار ثمر النخل بالكمام.

والثاني: للبائع تنزيلًا لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقش الأبيض، كذا وجههما الرَّافِعِي وفيه نظر؛ لأن منه ما يبدو وقبل تناثر النور ولا يكون مستترًا به؛ ولكن لا عبرة بظهوره بل هو في حكم المشتري على الأصح.

إشارة: المشْمش بكسر الميمين وحكي بالفتح، وأما الضم فلبعض العامة، قال ابن الرِّفْعَة: وألحق العراقيون الخوخ والكمثرى والسفرجل بالمشمش والتفاح، صرح بالمجموع المحاملي في «المجموع»، وفصل الإمام بما يخصه الْغَزَالِي في «البسيط» الثمار التي تبدو من الزهار والنوار كالمشمش والخوخ ما دامت على صغرها مستترة بأنوارها يندرج تحت العقد؛ لأنها لا تنعقد ثمارًا ما لم تكبر وما لم تتصلب؛ لأنها مستترة بالأنوار.

وإذا بيعت شجرة الكمثرى والتفاح وعليها أزهارها يندرج في ظاهر المذهب تحت مطلق العقد كالمشمش والخوخ؛ لأن ثمارها وإن كانت بارزةً من الأزهار باديةً فلا ينعقد ثمره ما لم تنير أزهارها وفيه وجه بعيد، ومسألة بدوها من الأزهار، انتهى .

قال: (**وَبَعْدَ التَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ**) لظهور الثمرة، واعتبر الْمَاوَرْدِي الظهور من نوره فقط، والظاهر أنه الوجه الثاني في الكتاب وجوابه ما ذكره في «البسيط» وغيره .

قال: (**وَلَوْ بَاعَ نَخَلَاتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةٍ وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ فَلِلْبَائِعِ**) أي: الجميع المؤبر وغيره من الطلع اتحد النوع أم تباعد؛ لأن الباطن صائر إلى الظهور بخلاف العكس.

وقيل: إن اختلف النوع؛ فالمؤبر للبائع، وغيره للمشتري وفي دخول ما يطلع بعد البيع ما سبق، وقد يفهم كلام الكتاب خلاف ما رجحاه، فإن المتبادر منه أن ثمرة عين المطلعة تكون للمشتري؛ لأنها طلعت بعد العقد، وقوله: وبعضها مؤبر يعني: أو متأبر بنفسه ولم يرد التشقق بفعل فاعل .

قال: (**فَإِنْ أَفْرَدَ**) أي: بالبيع.

مَا لَمْ يُؤَبَّرْ فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ فَالْأَصَحُّ إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ، ....

(**مَا لَمْ يُؤَبَّرْ**) أي: أو ما لم يتأبر بنفسه من لسان واحد.

(**فَلِلْمُشْتَرِي فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه بإفراده بالبيع انقطاع عن التبعية.

والثاني: أنه للبائع اكتفاءً بوقت التأبير عنه ولا فرق في جريان الخلاف بين أن يتفق نوع المبيع مع المؤبر أو يختلف وربما اقتضى كلام بعضهم أنه عند اختلاف النوع يكون للمشتري قطعًا، ثم رأيت صاحب «التعجيز» قال في «شرح الوجيز»: قوله فإن اختلفا أي: النوع وشمول الصفقة بأن كان في البستان نوعين وباع النوع الذي لم يؤبر فقط، واعلم أن الْغَزَالِي قد طرد الخلاف فيه وهذا لم أره لغيره، بل جزم شيخه وهو في بسيطه، وجمهور النقلة فإن عبر المؤبر للمشتري، فلا يبيع المؤبر؛ لأنه لم يجمعهما نوع ولا عقد، نعم قال الْمُتَوَلِّي: إذا قلنا بالتبعية عند اختلاف النوع وشمول العقد بقي في التبعية هنا وجهان، وهذا غريب، انتهى لفظه - ﷀ تعالى -.

وممن أنكر ذلك على الْغَزَالِي صاحب «التعجيز» ونقل الاتفاق عند اختلاف النوع يكون للمشتري، وحمل ما في «الوجيز» على الناسخ.

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ فِي بَسَاتِينَ**) واتحدت الصفقة والمالك، وقلنا: في البستان الواحد بالتبعية.

(**فَالْأَصَحُّ**) وفي «الروضة» فالمذهب.

(**إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ**) إذ لاختلاف البقاع أثر في التأبير، ولانتفاء المشاركة في البستان الواحد، والثاني: يتبعه لاتحاد الصفقة فأشبها نخيل البستان الواحد.

تنبيهات: هكذا رتب الرَّافِعِي هذا على الصورة التي قبله وجعل المنع هنا أولى واقتضى كلامه جريان الخلاف في البساتين في صور:

أحدها: عند اتحاد النوع والصفقة.

وثانيها: عند اختلاف النوع على المذهب.

وَإِذَا بَقِيَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ، ....

وثالثها: عند تعدد الصفقة إذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالبيع فإنه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد، وجريان الخلاف عند اتحاد النوع والصفقة مشهور، وأما عند اختلاف النوع فغريب جدًّا، وأعرف منه إفراد البستان الذي لم يؤبر بالعقد ولا يعرف لغير الرَّافِعِي، والظاهر أنه لم يقع عن قصد ولعل أصله ما سبقت الإشارة إليه عن كلام «الوجيز».

قال ابن الرِّفْعَة: أطلق الرَّافِعِي أنه لا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين؛ لكن يشترط أن يكونا في إقليم واحد ومكان طبعه واحد.

قال شارح: هناك باع نخيله أو بستانه المؤبر مع نخيل أو بستان لغيره لم يتأبر فإنه لا يتبع أحدهما الآخر في الأصح، انتهى، وهذه عبارة فاسدة من وجوه.

قال: (**وَإِذَا بَقِيَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ**) أي: بالشرط أو بالحكم عند التأبير.

(**فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَزِمَهُ**) وفاءً بالشرط وهذا ظاهر إذا كان مما ينتفع به كالحصرم، فإن لم يكن فيها نفع أو نفع بآفة، ففي صحة البيع والشروط واللزوم الوفاء به إشكال ظاهر.

ثم رأيت في «النهاية» و«البسيط» أن الثمار لو كانت تندرج في العقد فاستثناها ففي افتقارها إلى شرط العقد قولان: قال الإمام: فإن قلنا يشترط التقييد بالقطع فأطلقه فظاهر كلام الأئمة الاستثناء باطل والثمرة للمشتري، وهذا مشكل، فإن صرفها إليه مع التصريح باستثنائها محال فالوجه عند الاستثناء المطلق شرطًا فاسدًا مفسدًا للعقد في الأشجار كاستثناء الحمل، انتهى.

وحكى الْمُتَوَلِّي عن عامة الأصحاب أنه لا يحتاج شرط القطع، وعن بعضهم اشتراطه.

وفي «فروق» الجويني: أن الذي نص عليه الشافعي ﷺ أنه لا يحتاج في استثنائها القطع وإذا بقيت له بعد التأبير لم يحتج إلى ذلك، والفرق أنها إذا كانت مؤبرة فالبيع المطلق لا يزيل ملكه عنها ولا كذلك غير المؤبرة؛ بل يدخل في

وَإِلَّا فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجِدَادِ، ....

العقد، فإذا استمر فكأنه ابتدأ بشراء ثمرة ثم ثمرة لم يبدو صلاحها؛ وذلك موجب لاشتراطها القطع في العقد فقد أخذ الاستثناء شبه العقد، وخرَّج بعض أصحابنا في الاستثناء قولًا آخر فاقتضى كلامه أن المذهب ما نص عليه الشافعي ﷺ.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: لم يشترط القطع بل شرط الإبقاء أو أطلق.

(**فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى الْجِدَاذِ**) أي: وفاءً بالشرط في الأولى، وبالعادة في الثاني، وهذا لا شك فيه إذا بدا صلاحها، وأما إذا لم يبد فقد بينا ما فيه والمراد بالجذاذ هنا زمان أحدها المعتاد عن الشجر وهو جذاذ الرطب وقطاف العنب وغيرهما فإذا جاء وقته لم يمكن من أحدها على التدريج ولا تأخيرها إلى نهاية نضجها، وإن كانت من نوع يعتاد قطعه قبل النضج تلف القطع على العادة.

قال الدارمي: وإن كان عرف الناس يختلف في التمر بأن يتركه قوم حتى يصير رطبًا أو قوم بسرًا وتمرًا.

قال ابن الْقَطَّان: يحمل على عرف البائع، وعندي يحمل على عرف الأكثر من البلد وإن كان عرف تلك الثمرة التبعية إلى آخر الثمار فله ذلك، انتهى.

فرع: لو أصاب الثمار آفة ولم يبق في تركها فائدة فهل يجبر على قطعها أم له إبقاؤها؟ قولان أرساهما ومال ابن الرِّفْعَة إلى الأول؛ لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبعية، قال: لكن ظاهر نصه في «الأم» على خلافه، انتهى .

وقد يأتي من كلام المصنف ما يشهد لترجيح الإخبار ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع، وكذلك إن أصابته جائحة نص عليه الشافعي.

فرع: جزم شارح بأن الشجر لا تصير مقبوضةً للمشتري حتى يفرغ من ثمره البائع وقال في قطعة شرحها من «المهذب» قال أصحابنا: يحصل التسليم مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع.

وقال أبو حنيفة: لا يحصل إلا بعد قطع الثمار، وممن صرح به القاضي

وَلِكُلٍّ مِنهُمَا السَّقْيُ إِنِ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ .

وَلَا مَنْعَ لِلْآخَرِ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُمَا، ....

الحسين وفرقوا بينه وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة باقية، انتهى.

وهذا النقل الثاني هو الصواب.

قال: (**وَلِكُلٍّ مِنهُمَا السَّقْيُ إِنِ انْتَفَعَ بِهِ الشَّجَرُ وَالثَّمَرُ وَلَا مَنْعَ لِلْآخَرِ**) لأن بيعه حينئذٍ سفه وعبارة «المهذب» و«الوسيط» إن لم يكن على الآخر ضرر وقضيته عدم المنع عند انتفاء النفع أو الضر لا تعيب، وعبر الجمهور بعبارة المصنف.

قال: (**وَإِنْ ضَرَّهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُمَا**) أي: لمن طلبه وإن رضي صاحبه لأن إضاعة المال لغير غرض صحيح حرام.

قال الروياني: وهذا إنما يتصور في غير النخل فينفعه السقي ولا يتضرر به وفيما أطلقه نظر.

قال الشافعي والأصحاب: إنما للبائع أن يسقي ما فيه صلاح ثمرته وليس له أن يسقي أكثر من المعهود بحيث يضر بالنخل، فإنه يحصل الضرر بالري المفرط كما يحصل بالعطش وهذا يرد على الروياني.

تنبيهات: لو اختلفا فقال المشتري: في كل عشرة أيام سقيه، وقال البائع: في خمسة، رجع إلى أهل الخبرة فما احتاج إليه أجبر الآخر عليه.

قلت: ولم لا يقال: يرجع إلى عادة البلد في السقي، فلا زيادة ولا نقص ويختلف ذلك باختلاف البقاع حرًّا وبردًا، وباختلاف الأشجار والثمار، ولو قال: أهل الخبرة أن الثمرة لا تفسد بترك السقي بل يسلم بدونه؛ لكن لو سقيت لظهور زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها فهل يمنع منه؟ فيه احتمالان للإمام أقامهما الْغَزَالِي، وجهين والمنع أرجح اجتنابًا لإضرار المشتري.

وأطلق الرَّافِعِي احتمال الإمام متى كان السقي يضر بواحدة وتركه يمنع حصول زيادة الأجر فعمم الجانبين وليس في النهاية إلا ما ذكرته.

وقال في «البسيط»: لو كان السقي يضر بالأشجار ويظهر زيادة ظاهرة في

وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرِّرُ، وَقِيلَ: لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ.

الثمار ولكن تركه لا يفسد الثمار فيحتمل أن يقال: يخرج فيه الأوجه الثلاثة الآتية فيما إذا ضر أحدهما ونفع الآخر.

ويحتمل أن يقال: يرعى جانب المشتري، فإن البائع يبغي زيادةً وراء الحاجة، وظاهر كلامهم أن السقي يكون مما جرت العادة بسقي تلك الشجر منه بأن كان من بئر معينة دخلت في البيع، نعم لا يلزم المشتري تمكينه من آلاته للسقي؛ بل تمكنه من الماء فقط، ولو لم يأتمنه نصب الحاكم أمينًا والمؤنة على طالب السقي.

لو قال صاحب الثمرة: أريد الماء الذي كنت أستحقه لسقي ثمرتي فأسقي به ثمرة أخرى أو زرعًا؛ لم يكن له ذلك، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أخذ الماء الذي كان يستحقه إلى وقت الجذاذ؛ لأنه إنما استحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها .

قال: (**وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا فُسِخَ الْعَقْدُ**) إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُسَامِحَ الْمُتَضَرِّرُ**) كزوال النزاع ولا يجيء فيه إشكال التضييع؛ بل هو إحسان ومسامحة لا كما توهمه متوهم، نعم الكلام في المالكين المطلقين التصرف لا فيمن يتصرف لغيره.

قال: (**وَقِيلَ لِطَالِبِ السَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ**) لدخول صاحبه على ذلك، واختاره ابن أبي عصرون، وفي «البسيط» وإن كان السقي ينفع أحدهما ويضر بالآخر فثلاثة أوجه:

أحدها: أن المراعى جانب المشتري وانفرد بتصحيحه في «الوجيز» قال: لأن البائع التزم تسليم الأشجار سليمةً.

والثاني: أن المراعى جانب البائع؛ لأن له تبقية الثمار وشرط تبقيته ألا يجبر على ما يتضرر به.

وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَو يَسْقِيَ].

والثالث: حكاه العراقيون عن أبي إسحاق أنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فإن تطابقا على شيء فذاك وإلا فقد تعذر إمضاء العقد فينفسخ العقد بينهما أي: يفسخه الحاكم، وقيل: البائع وعبر الْغَزَالِي بالانفساخ وحمل على ما ذكرناه.

قال: **(وَلَوْ كَانَ الثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ الشَّجَرِ لَزِمَ الْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَو يَسْقِيَ)** دفعًا لضرر المشتري فإن تعذر السقي لانقطاع الماء فقولان.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: رجح منهما منعه عن الإبقاء يعني إلزامه القطع وسياق «الروضة» يقتضي ترجيحه زاد وهما فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة، فإن لم يكن وجب قطع الثمرة بلا خلاف، قاله: الإمام والبغوي.

قال الإمام: ويجيء هنا وجوب التسوية يعني: قول أبي إسحاق وذكر والده في «السلسلة» أن القولين: ينبنيان على القولين: فيما إذا حضر المسلم فيه قبل محله ولا ضرر على المسلم في قبوله، فهل يجبر على قبضه؟

وإن أجبرناه أجبرنا المشتري هنا على القطع وإلا فلا، وقضية البناء ترجيح الإجبار هنا أيضًا.

وقال بعض الشارحين: لو تعذر السقي لانقطاع الماء وكان ترك الثمر مضرًّا للشجر لا الثمر فإن كان الضرر يسيرًا أجبر صاحب الشجر على إبقائه، وإن كان كثيرًا بحيث يخاف عليها الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانًا كثيرًا فقولان منصوصان في «الأم» حكي ترجيح تكليفه القطع عن الكرخي، والروياني، وابن أبي عصرون، والمصنف.

ثم قال: ولم أر في «الأم» غيره بعد أن قال: ما قال أوَّلًا، ولعل صوَّب أحدهما «الإملاء» قال: ولو كان الضرر شاملًا للثمر والشجر فقطع الثمرة واجب ولصاحب الشجرة إجباره أي: قطعًا قاله: الْمَاوَرْدِي.

فلو لم يضر واحدًا منهما ترك إلى الجذاذ هذا إذا كان التعذر لإعواز الماء، فإن كان لفساد آلته ومجاريه فأيهما تضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى

قال المصنف: [فَصْلٌ يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ مُطْلَقًا، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ، وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنِ الشَّجَرِ، لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ

السقي، فإن أضر النخل فعلى المشتري إزالة الضرر عن نخله ولا يجبر صاحب الثمرة على قطعها، وإن أضر بالثمرة لزمه ذلك أو قطعها وإن ضر بهما لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه قاله: الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وهذه عبارة عقدة حصلت من اختصار كلام «الحاوي» وينصح بمراجعة «الحاوي»، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال: (**فصلٌ: يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ مُطْلَقًا**) أي: من غير شرط قطع ولا تبقية؛ لأنه ﷺ «**نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، نهى البائع والمشتري**»[1] متفق عليه، مُسْلِم بنحوه. وله الإبقاء والحالة هذه إلى أوان الجذاذ وفاقًا للعادة.

قال الشارح: (**وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ**) أي: بالإجماع.

(**وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ**) لأنه شرط يقتضيه الإطلاق.

قال: (**وَقَبْلَ الصَّلَاحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِدًا عَنِ الشَّجَرِ، لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ**) أي: فلا يصح شرط الإبقاء إلى الجذاذ لعموم الحديث وغيره من الألفاظ الواردة في المسألة؛ ولأنها قبل الصلاح ضعيفة يشرع فسادها بالآفة فلا يحصل للمشتري شيء كما أشارت الأخبار؛ ولأن نموها من شجر البائع فأشبه بيع عبد بشرط أن يطعمه، ولا يصح الإطلاق لأن موجبه الإبقاء فضاهى شرطه، وأما الجواز شرط القطع. قال الرَّافِعِي: فمجمع عليه .

قلت: كذا نقله جماعة؛ لكن في «محكى» ابن خزيمة عن سفيان الثوري وابن أبي ليلى المنع شرط القطع أم لا لظاهر الأحاديث.

تنبيهات: اقتضى كلامه أنه لا يجوز إلا بشرط القطع، وإن كان الصلاح ينافي نوع المبيع من البستان أو الكرم الواحد دون المبيع وهو أصح الوجهين وجد من إطلاقه أنه لا بُدّ من شرط القطع، وإن اطردت عادة بلد بقطع الكرم

---

[1] أخرجه البخاري (٢/ ٧٦٣، رقم ٢٠٧٢)، ومسلم (٣/ ١١٦٦، رقم ١٥٣٤).

وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعًا بِهِ لَا كَكُمَّثْرَى.

مثلًا حُصرُمًا لشدة البرد وهو ما عزي إلى الجمهور .

وقال الْقَفَّال: يصح من غير شرط القطع تنزيلًا لعادتهم الحاصلة منزلة العادات العامة؛ لأن العقد المطلق محمول على المعتاد فيكون القطع المعهود كالمشروط، ووافقه غيره وهو حسن محتمل، ويستثنى ما لو كان الثمر على شجرة مقلوعة أو مقطوعة فإنه لا يشترط ومثله ما لو جفت وعليها ثمرة لم يبد صلاحها إذ لا بقاء.

قال: (وَأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعًا بِهِ)أي: للأكل كاللوز والمشمش والجوز.

(لَا كَكُمَّثْرَى) اعلم أن هذا الشرط ذكره الْمُتَوَلِّي وتبعه الروياني والرافعي وهو مأخوذ من شرط كون المبيع منتفعًا به كما صرح ولا بُدّ منه هنا فيما المقصود منه الأكل وقصد لذلك، أما لو قصد لعلف الدواب أو ليجفف كثيره ويوقد فالوجه الصحة لوجود منفعة مقصودة لغرض صحيح غير الأكل، وقد يكون للبائع غرض صحيح وهو صلاح الشجرة ونماؤها يؤيده ما سبق عن الزيادات من بيع الجوز العفن الكبير الكثير.

وفي «التهذيب» و«الكافي» أنه لو باع الورد قبل التفتق، والجوز قبل أن يتكامل فيه القطن بشرط القطع يجوز؛ لأن ما فيه لم يدرك فلا يكون مقصودًا؛ بل المقصود منه عينه لعلف الدابة كبيع الطلع بشرط القطع، وعبارة «الكافي» لأن الورد والقطن ليس بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدابة.

قال: ولو باع الطلع على النخل بشرط القطع أو باعه على وجه الأرض هل يجوز؟ وجهان، انتهى .

وحينئذٍ أقول: إن كان فيها قبل الصلاح منفعةً مقصودةً تقابل بالثمن صح بيعها بشرط القطع سواء صلحت للأكل أم للعلف أو الوقود، وهذا قضية كلامهم أول البيوع وهو كون المبيع منتفعًا به، وقضية إطلاق الجمهور هنا وإما تعيين نوع منفعة خاصة.

فرع: أطلقوا جواز بيع البطيخ قبل صلاحه بشرط القطع، فإن أريد الأصفر

وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ. قُلْت: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَإِنْ بِيعَ مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ،

والهندي وهو الأخضر فمشكل على ما ذكره الْمُتَوَلِّي ومن تبعه؛ لأن الأخضر وغالب الأصفر قبل الصلاح لا ينفع للأكل وحينئذٍ يأتي ما ذكرناه فيه.

فرع: لو باع ورق التوت الذي يطعم لدود القَزّ من الربيع لم يصح إلا بشرط قطعه كما اقتضاه كلام الْقَفَّال في «الفتاوى»، فلو تلف بيده وقد بيع بلا شرط ضمنه بقيمته ضمان الغصب.

وقال الرَّافِعِي: إن صلاحه بتناهيه وقال غيره: إنما يجوز بيعه إذا بدا صلاحه وهو أن ينفتح ويصير كأرجل البط وقضية الكلامين الصحة بلا شرط كالثمر البادي الصلاح.

قال: (وَقِيلَ إِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي جَازَ بِلَا شَرْطٍ) لاجتماعهما في ملكه فأشبه ما لو اشتراهما معًا وصورتها أن يبيع الشجرة وتبقى الثمرة له ثم يبيعه الثمرة أو يوصي بثمرة فيبيعها للوارث، وقد اقتضى كلام أن الأصح الاشتراط وهو المرجح في «الروضة» وأصلها هاهنا، ونسبه الرَّافِعِي إلى الجمهور ولعموم النهي؛ لكن في المساقاة من «الروضة» تصحيح عدم الاشتراط تبعًا للغزالي والبندنيجي.. وقال الروياني: إنه المذهب ونقله غيره عن الأكثرين ويؤيده عدم وجوب الوفاء بشرطه.

قال: (قُلْت: فَإِنْ كَانَ الشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا الْقَطْعَ لَم يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ) إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره عن أشجاره.

قال: ويتجه أن يجيء فيه خلاف من قول: القاضي الحسين أما إذا باعه فضلًا بشرط القطع ثم باعه الأرض ففي سقوط القطع وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه حق الله تعالى كالقبض.

والثاني: نعم كما لو جمعهما عقد وبه جزم في أول الباب، انتهى.

وقد يقال: يجيء فيه خلاف مما سنذكره في القبض وفي الحوائج أيضًا.

قال: (وَإِنْ بِيعَ) الشجر (مَعَ الشَّجَرِ جَازَ بِلَا شَرْطٍ) للحديث السابق: «مَنْ

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ.

بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ»(١) الحديث، وقيس غير النخل به؛ ولأن الثمرة بيع للأصل وهو غير متعرض العاهة وهذا إذا لم يفصل الثمن، فإن فصله كبعتك الشجرة بمائة والثمرة بعشرة فلا لانتفاء التبعية.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ**) أي: عند إيجاد الصفقة؛ لأن فيه حجرًا على المشتري في ملكه وفارق هذا تبعًا من صاحب الأصل التبعية هنا.

فروع وتتمات تتعلق بالفصل: منها: لو شرط القطع والشجرة للبائع سمح له بتركها إلى إصلاحها جاز وقد يجيء فيه وجه مما سبق عن القاضي الحسين.

ومنها: إذا شرط القطع حتى مضت مدة فإن كان البائع قد طالبه بالقطع فلم يقطع قال: في«الكافي» لزمه الأجرة وإلا فلا، انتهى، وهذا إن سلم له فطرد في سائر المنقولات وأولى.

ومنها: وجوب اشتراط القطع بعرفك أنه لا يصح بيعها مشاعًا إذ لا يمكن إلا بقطع الكل وهو ضرر في غير المبيع ولا شك فيه إذا كان الشريك غير البائع، وأما إن كان هو البائع ففيه للفقيه تأمل.

ومنها: هل التسليم فيه بالتخلية كبادئ الصلاح فيكون مؤنة القطع على المشتري، قال شارح: الظاهر أن قبضه بالتخلية فتكون المؤنة على المشتري؛ لأنه التزم له تفريغ أشجاره، انتهى.

وهو ظاهر كبيع الزرع الأخضر بشرط قلعه، وقال من شرح بعض الكتاب من نبلاء العصر: أن مقتضى كلام الأصحاب أن ما شرط قطعه لا يكفي التخلية في قبضه؛ بل لا بُدّ من نقله.

وقال في قطعة شرحها من «المهذب»: هل التسليم فيه بالتخلية حتى تكون مؤنة القطع على المشتري ولايكون إلا بالنقل والتحويل فتكون مؤنته على البائع؟ إن الذي يظهر من كلامهم الثاني، ويظهر أمره فيما لو تلفت قبل قطعها: هل يجري فيها خلاف الحوائج؟ انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٦٣، رقم ٢٠٧٢)، ومسلم (٣/ ١١٦٦، رقم ١٥٣٤).

وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَو بَعْدَ اشْتِدَادِ الْحَبِّ جَازَ بِلَا شَرْطٍ.

وإلزام البائع مؤنة القطع بعيد معنىً وعرفًا، وأما كون التخلية لا تكفي ففيه نظر أيضًا. وتأمل قول: **البَغَوِي** في تعليل الجديد في مسألة الحوائج فإن بالتخلية حصل التسليم كما لو هلك المبيع بعد القبض.

ثم قال: ولو باعها بشرط القطع فلم يقطع بعد التخلية حتى أصابتها جائحة ففيه قولان: كما ذكرنا، وقيل: من ضمان المشتري قولًا واحدًا؛ لأنه فرط بترك القطع؛ ولأنه لا عملة بينهما؛ لأنه لا يجب السقي على البائع وقد يكون هنا من ضمان البائع قولًا واحدًا؛ لأن ما شرط فيه القطع يكون قبضه بالقطع والنقل، فإذا تلفت قبله يكون كتلف المبيع قبل القبض، وسياقه وتعليله يقتضي أن المذهب حصول القبض فيه بالتخلية كبادئ الصلاح، وتابعه **الرَّافِعِي** على ما ذكره حكمًا وتوجهًا وساء عبده لغرض، وذكرت في «الغنية» زيادة على هذا من كلام الإمام.

فائدة: لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح، أو يقطف كالعنب، أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار، والباذنجان والتفاح والكمثرى والجوز واللوز، وكلها يجري فيها الأقسام السابقة في بيعها قبل بدو الصلاح منفردةً وتابعةً.

قال: (**وَيَحْرُمُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ قَطْعِهِ**) أي: أو قلعه، ومراده، لا يصح البيع، وقد يريد الأمرين؛ لأن تعاطي العقود الفاسدة حرام، وعبارة «المحرر» لا يجوز بيع الزرع الأخضر والبقول إلا بشرط القطع أو القلع، وهي أتم فيحمل قول «المنهاج»: الزرع على ما ليس بشجر ليدخل النقل، ووجه اعتبار القطع أو القلع أنه ﷺ **«نهى عن بيع السنبل حتى يبْيَضّ، ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري»**(١) رواه مسلم.

قال: (**فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا**) أي بيع الزرع الأخضر مع الأرض.

(**أَوْ بَعْدَ اشْتِدَادِ الْحَبِّ**) أي: وحده.

(**جَازَ بِلَا شَرْطٍ**)، أما الأول فكبيع الثمرة مع الشجرة، وأما الثاني فكبيع

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ: كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ،

الثمر بعد بدو الصلاح، ولو بيع من مالك الأرض أو مستحق منفعتها بوقف أو إجارة أو وصية فكبيع الثمرة من ربِّ الشجرة، وقطع بعضهم هنا بعدم اشتراط شرط القطع وإطلاق المصنف وغيره الجواز هنا بعد اشتداد الحب محله فيما يصح بيعه في سنبله كالشعير، وأخذ نوعي الذرة ونحوهما مما يبدو حبه، أما ما له كمام كالحنطة فلا يصح بيعه مع الأرض على المذهب، قاله: القاضي الحسين وغيره. واعلم أنهم اكتفوا في التأبير بطلعة واحدة، وفي بدو الصلاح بحبة واحدة، وقياسه أن يكتفي هنا باشتداد سنبلة واحدة، وفي النفس من ذلك في الجميع شيء.

فروع: لو باع الزرع الأخضر من مالك الأرض بالأرض صح، واشترط القطع، قاله: القاضي الحسين وجماعة، وعلى قياسه بيع الثمرة بالشجرة.

قال في «الكافي»: لو باع نصف الثمرة قبل بدو الصلاح مع الشجرة أو نصفها مطلقًا جاز، ولا يجوز بشرط القطع، وكذا لو باع نصف الزرع النقل مع نصف الأرض أو كلها مطلقًا يجوز، وبشرط القطع لا يجوز.

قال: ولو باع العنب أو الفصيل بشرط أن يرعاه دوابه لا يصح، ولا يجعل هذا كشرط القطع، قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إذا اشتدت بعض السنابل كان كبدو الصلاح في بعض الثمار وفرض المسألة فيما إذا سنبل الجميع ظهر، والظاهر أنه لم يرد به الاشتراط، فإنه لو تسنبل بعض، واشتد بعض، يقبل بعد، فقياس المذهب أنه يتبع.

قيل: ويحمل أن يجري فيه خلاف فيما إذا طلع النخل بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع؟ وهذا بعيد.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ الثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ ظُهُورُ الْمَقْصُودِ**) أي: لئلا يكون بيع غائب.

قال: (**كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ**) أي: ونحوها مما يظهر ثمره أو حبه لحصول الرؤية.

وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا بَأْسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ، وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَّا فَلَا يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الْأَسْفَلِ، وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا.

قال: (**وَمَا لَا يُرَى حَبُّهُ كَالْحِنْطَةِ وَالْعَدَسِ فِي السُّنْبُلِ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ**) لاستتاره. وقال المحاملي: بالإجماع.

وقال في «الروضة»: قطعًا، وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: على الصحيح، وأشار إلى خلاف لنا فيه، وأحسبه مأخوذ من بعض الطرق في بيع الغائب.

قال: (**وَلَا مَعَهُ فِي الْجَدِيدِ**) لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه كالحنطة في نبتها بعد الغراس؛ فإنه لا يصح قطعًا، والقديم الجواز مفهوم النهي عن بيع الحب حتى يشتد، صححه ابن حبان؛ ولأن بقاءه فيه من مصلحته.

فرع: الأرز كالشعير، وقيل: كالحنطة والذرة، نوعان: بارز الحبات كالشعير، وفيه كمام كالحنطة.

قال: (**وَلَا بَأْسَ بِكِمَامٍ لَا يُزَالُ إِلَّا عِنْدَ الْأَكْلِ**) وذلك في الثمار كالرمان والموز والبطيخ، وفي الزرع كالعلس، وكذا الباذنجان والأرز على خلافٍ رآه فيه، وقصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز ونحوه في القشرة السفلى.

قال الْمَاوَرْدِي: فيصح بيعه إذا بدت فيه الحلاوة أي: يبقى إلى أوان قطعه.

قال: (**وَمَا لَهُ كِمَامَانِ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالْبَاقِلَّا فَلَا يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ الْأَسْفَلِ**)؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي الْأَعْلَى**) أي: بأعلى الشجر، ولا على الأرض، صرح به «المحرر» لاستتاره بما ليس من مصلحته.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْبًا**) فإن جف لم يصح قطعًا، قاله: في «تنقيح الوسيط» واقتضى إطلاق المصنف أنه لا يصح بيع اللوز الرطب على المرجح، وقد جزم هو وغيره بالصحة قبل انعقاد القشرة السفلى؛ لأنه مأكول كله كالخيار، وهو المختار إن بيع على الأرض، وكذا على الشجر بشرط

وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ، ....

القطع؛ لأن المقصود منه حينئذٍ الأكل رطبًا، واقتضى إيراد جماعة إجراء القولين في هذه الحالة، وعللوا الجواز بما ذكرناه، وممن رجح جواز بيع الباقلاء الرطب في قشرته القاضي الحسين والشيخ أبو علي السنجي، والإمام، واختاره ابن القاص والإصطخري، وأصحابنا البصريون، والإجماع الفعلي عليه فهو المختار، ومثله اللوبياء كما قاله الدارمي والصيمري، وجزم به فيهما في «شرح الكفاية» وصرَّح أبو علي في «شرح التلخيص» بإلحاق الجوز واللوز والباقلاء، وحكم بالصحة فيهما، وبه جزم الجويني في «الفروق» في الثلاثة.

قال في «التلخيص»: يجوز بيع الفول الرطب في قشرته، قلته تخريجًا.

قال أبو علي: اختلف أصحابنا، فقيل: لا يجوز، كما لو كان يابسًا، وقيل: يجوز، وهو الأصح، وقد قال الربيع: أمرني الشافعي ﷺ ببغداد أن أشتري له الفول الرطب، فدل على جوازه، وقد نصَّ الشافعي ﷺ في الجوز الرطب أنه يجوز بيعه في قشرته، فمثله الفول، وفقه هذا أنه ما دام رطبًا بذلك القشر من صلاحه؛ لأن رطوبته تبقى عليه معه أيامًا، وإذا كان من صلاحه لم يمنع من جواز بيعه بخلاف ما بعد الجفاف، انتهى.

فرع: في بيع الأرز في قشرته العليا وجهان، صحح المصنف في «فتاويه» الجواز وهو الصحيح، وعليه العمل، وأغرب فصحح عنها صحة السلم فيه، وليس كذلك كما سيأتي، وقال الشيخ أبو علي: عامة أصحابنا على جواز بيعه، ورأيت أنه لا يجوز في القشرة العليا، وهذا ليس بشيء؛ لأنه من صلاحه فهو كلُبِّ الجوز واللوز، انتهى.

وهذا هو الوجه، وفي المسألة خبط، وما ذكرته هو المعتمد.

قال: (**وَبُدُوُّ صَلَاحِ الثَّمَرِ ظُهُورُ مَبَادِي النُّضْجِ وَالْحَلَاوَةِ فِيمَا لَا يَتَلَوَّنُ**) أي: بأن يصفو ويلين، قاله في «المحرر» وعبارة الشرحين: ظهور النضج ومبادئ الحلاوة.

قال في «الكبير»: وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين، وفي

وَفِي غَيْرِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَو السَّوَادِ، وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ.

«الصغير» وزوال العفوصة أو الحموضة الشديدتين، انتهى.

(وَفِي غَيْرِهِ) أي: وهو ما يتلون.

(بِأَنْ يَأْخُذَ فِي الْحُمْرَةِ أَو السَّوَادِ) والأصل في هذا النهي عن بيع الثمار «قالوا: وما زهوها؟ قال ﷺ: تحمرّ وتصفرّ» متفق عليه[1] واللفظ لمسلم.

واعلم أن الرَّافِعِي لم ير النص المضبوط المذكور في الكتاب، وأفسده بالقثاء، ونحوه مما يستطاب أكله عند تصفره أو بدو صلاحه، بأن يكثر بحيث يجيء في الغالب، ثم ضبطه بأن ينتهي إلى الحالة التي تقصد منه غالبًا، ولم يرد المصنف الحصر فيما ذكره بل التمثيل، وقسم الْمَاوَرْدِي وتبعه الروياني ذلك ثمانية أقسام: اللون، والطعم، والنضج، والاشتداد، والطول، والامتلاء، كالعلف، والكبر كالقثاء، والتشقق كالقطن، والانفتاح كالورد، وسبق كلام شيخه الصيمري في ورق التوت أن يتفتح كأرجل البط.

قال: (وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ) أي: ولو حبة واحدة كعنبة أو بسرة أو مشمشة أو بطيخة، كما قاله: القاضي أبو الطيب وغيره؛ لأن الثمار لا يطيب دفعة واحدة مِنَّةً من الله سبحانه وتعالى أطاله لزمن التفكه، فلو شرط في البيع طيب الجميع أدى ألا يباع شيء أو تباع الحبة بعد الحبة، وفيه حرج بيِّن، وما ذكره هو مع اتحاد الجنس فصلاح التين مثلًا لا يكون صلاحًا للعنب ولا بالعكس، وأما النوع فهل يكون صلاح البرني مثلًا صلاحًا للعجوة؟ الأصح المنصوص في «الأم» نعم.

وقال القاضي أبو الطيب: الصحيح الذي ذكره القاضي أبو حامد ونص عليه في «البويطي» المنع؛ لأنه نص أن الصلاح إذا بدا في الثمرة الصيفية لا يكون بدوًّا له في الثمرة الشتوية، فكذا في النوعين مثله، انتهى.

وقال شارح محقق: وكلام الشافعي وصلاح الثمرة إذا حمرت أو صفرت في الحائط بحلة واحدة فقد جاز بيعه، وإن كان بعضها صيفيًا وبعضها شتويًا،

---

[1] (١) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٣٥).

وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ أَو بَسَاتِينَ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ.
وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا، ....

فلا يجوز إلا أن يبيع كل واحد منهما على حاله، وظاهر هذا أنه في الجنس الواحد، وحمله على الجنسين بعيد، وإذن لا وجه للقول بأن بعض الأنواع تابع لبعض، وإن كان بعضها صيفيًا وبعضها شتويًا لمخالفته النص فإما أن يقال: بأنه شاهد؛ لأن اختلاف النوع مؤثر في قطع التبعية، كما قاله أبو الطيب وإما أن يقال: يفرق في الأنواع بين ما يتقارب إدراكها؛ فيحكم فيها بالتبعية وبين ما تأخر فلا يحكم؛ بل لا ينظر إلى اختلاف الأنواع بل إلى تقارب الزمان، وإن اتحد النوع كالمعقلي وكان منه ما يكون في الصيف، ومنه ما يكون في الشتاء لا يتبع أحدهما الآخر في الصلاح، هذا هو الأقرب إلى كلام الشافعي المذكور، والمعنى والفقه يقتضيه، فإن المقصود هنا الأمن من العاهة والقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له، وإن بان اختلاف الأنواع مؤثرًا مطلقًا مخالف لنصه المنقول عن «الإملاء».

قال: وما قبله فحش أن يكون وجهًا، وبه يحصل الجمع بين النصين، ويمكن أن يحمل النص في الصيفي والشتوي على الجنسين، انتهى.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ أَو بَسَاتِينَ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ فَعَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّأْبِيرِ)** أي: فلا تتبع جنس غيره ولا جنسه إذا أفرد بالبيع ما لم يبدو صلاحه على الأصح، ولا إذا اختلف البستانان على المذهب، ويتبع إذا اختلف النوع على المرجح.

قال: **(وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ)** أي: من ثمر أو زرع.

(لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ التَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا) أي: قدر ما يحتاجه الثمر ويسلم من التلف والفساد، هذا هو المذهب المشهور، وجعلوه من تمام التسليم.

وقال القاضي الحسين: فيه وجهان: ثانيهما أنه على المشتري، وأشار إلى بيانهما على الجائحة من ضمان المشتري فالسقي عليه، وجعل الشاشي أصلهما قول الحوائج لكن المذهب أن الجائحة من ضمان المشتري وأن

وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا].

السقي على البائع فلو شرطه على المشتري.

قال الشافعي والأصحاب: بطل البيع.

قال الْبَغَوِي: لو شرط كيل المكيل عليه، وعلله غيره فإن السقي مجهول، وعن القاضي أبي حامد أنه، ولو كان معلومًا أبطلناه أيضًا من حيث إنه بيع وإجارة في أول قوله.

تنبيهات: قال شارح: أطلقوا وجوب السقي، وينبغي أن يكون ذلك إذا باعها مطلقًا أو شرط الإبقاء، أما لو باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا؛ لأن له الإجبار على القطع، فكيف يجبره على السقي، انتهى.

قلت: أما قبل الصلاح فصرح به الأصحاب، ومنهم الرَّافِعِي والمصنف والبغوي وغيرهم، وذكروه عند الكلام في الحوائج، وعنده احترز «المنهاج» بقوله: ما بدا صلاحه وما ذكره في صوره شرط قطع بادي الصلاح فهو قضية تعليلهم إيجاب السقي، نعم ويقال: لو كثر الثمر، وكان لا يتأتى قطعه إلا في زمن طويل يحتاج فيه السقي منه تكلفة، وفيه نظر، ولو اشترى رب الشجرة الثمر ممن ملكه بوصية أو غيرها فقول: ما سيأتي عن المصنف أنه لا يجب على بائعها السقي لانقطاع العتق بينهما، وإلى متى ينتهي زمن وجوب السقي؟ يجمع فيه ثلاثة أوجه وأقوال: أصحها إلي أوان الجذاذ، والثاني: يتأخر عنه زمنًا لا ينسب المشتري إلي أوانه بتركه الثمر على الشجر، والثالث: إلى وقت الجذاذ، وعبارة «فتاوى الْقَفَّال»: عليه السقي إلى أن ينتهي.

قال: فلو شرط عليه المشتري أن يسقيه مرةً واحدةً أو عددًا معلومًا بطل البيع؛ لأن السقي يكون قدر الكفاية، ولا خفاء أن السقي إنما يلزم البائع فيما عادته السقي، أما المعقلي فلا، ولو غارت العين أو انقطع النهر هل يكلف تحصيل الماء عند إمكانه أو لا يكلفه؟ فيه احتمال، وفي «سلسلة الجويني» ما يقتضي القطع بأنه لا يكلف ذلك، والله أعلم.

قال: (وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا) أي: بعد جريان التخلية من كل وجه،

قال المصنف: [وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا كَبَرْدٍ فَالْجَدِيدُ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

وهذا الكلام وما يقدمه من الكلام في وجوب السقي أصلان قدما لمسألة الحوائج الآتية.

قال: (**وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا**) أي: بعد التخلية المذكورة.

(**كَبَرْدٍ**) أي: وغيره من الآفات السماوية، ويتلف ببرد وعدمه.

قال: (**فَالْجَدِيدُ: أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي**)؛ لأن القبض حصل بالتخلية وصار كما لو هلك بعد القطاف. وفي «صحيح مسلم»: «**أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها، فقال النبي : «تصدقوا عليه» ففعلوا، ولم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي : «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»**[1] ولو كانت الجائحة من ضمان البائع لا تسقط عنه الديون التي لحقته من أثمان الثمار التالفة والقديم، ونسب إلى الصرف من جديد أنه ضمان البائع بشرط كون المشتري فيه مالك الشجر، وإن حصل التلف قبل إمكان الجذاذ لما في «صحيح مسلم» أنه «**أمر بوضع الحوائج**»[2] والأول حمله على الندب أو على ما قبل التخلية جمعًا بين الأدلة، وقام القول الأول بالأصل الثاني، والثاني بالأصل الأول.

تنبيهات: مثل المصنف بالبرد ليشير إلى أن الخلاف في الآفة السماوية أما لو غصبت الثمرة أو سرقت بعد التخلية، فمن ضمان المشتري قطعًا، وقيل: على القولين في الجائحة، ونسب إلى العراقيين، وهو قول بعضهم وقطع شيخهم أبو حامد بأنها من ضمان المشتري.

وأشار الدارمي منهم إلى الطريقين، وقال الْمُتَوَلِّي: القول أنه من ضمان البائع نظر إلى أن القبض لم يتم كما لو أخرب أجنبي دارًا مستأجرةً.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦، رقم ١١٣٣٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٠٦، رقم ٩٩٢)، والترمذي (٣/ ٤٤، رقم ٦٥٥) وقال: حسن صحيح. ومسلم (٣/ ١١٩١، رقم ١٥٥٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٦، رقم ٣٤٦٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٩، رقم ٦١٢١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩، رقم ٢٣٥٦).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن المأثورة (١ / ٣٤٥)، وابن حزم المحلي(٨/ ٣٨٤) وأبو طاهر المقدسي في «أطراف الغرائب والأفراد» (٥/ ٢٣٧).

....

وقال غيره: الخلاف مفرع على القديم أما على الجديد فلا ضمان قولًا واحدًا.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: أو أوضعها الحوائج بالآفة السماوية، فهو بوضع السرقة على قولين أحدهما: يوضع أيضًا إلى وقت انفصال الثمار عن الأشجار، والثاني: لا لتعذر الاحتراز من تلك، وإمكانه هنا فعلى هذا إذا رطبت الثمار وأمكن الجذاذ فقد انتهى وضع الحوائج ولا يوضع ما بعده بحال، انتهى.

ولو تلفت بجناية البائع فقيل: كالآفة، وقيل: كالأجنبي، ذكره الْمَاوَرْدِي، والظاهر أن دخول أهل الحرب دارنا -والعياذ بالله تعالى- وإفسادهم المثمر آفةً سماويةً كالجراد؛ لأنهم عللوا إتلاف الأجنبي بالتغريم، وإمكان الحفظ منه، ولا فرق بين أن يكون التلف في حال إمكان السقي أو بعده بانقطاع الماء، وستتكلم عليه.

ولا فرق في جريان القولين بين أن نقل الجائحة أو يكثر، وأطلق المصنف نقل القولين، ومحلهما ما إذا تلفت قبل وقت الجذاذ كما أشرنا إليه أما بعد وقته وإمكان النقل فمن ضمان المشتري على المشهور، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره، وفيه وجه.

قال الإمام: وهذا الخلاف إذا لم يعد مقصرًا مضيعًا بتأخره كاليوم واليومين فإن عد فلا امتناع للخلاف.

وقال والده في «السلسلة»: إذا قلنا توضع الجائحة فإلى أي وقت توضع؟ فعلى قولين: أحدهما: إلى أوان الجذاذ وانفصال الثمار عن الأشجار.

والثاني: إلى وقت الإرطاب، ويمكن المشتري من الجذاذ، فإن أخر مع التمكن عن أول الإرطاب لم يوضع ثم بناها على القولين السابقين في السرقة؛ إذا قلنا: بوضع الجائحة السماوية، وذكر ما قدمناه، وفيه إشكال وما سبق فيما إذا بيعت الثمار مفردة فلو بيعت مع الشجر إما تبعًا وإما بالشرط بعد التأثير وكان

فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ، ....

المشتري مالك الشجر إليه فهي من ضمانه قولًا واحدًا لانقطاع العلائق بينهما.

قيل: وفي «الأم» ما يقتضي جريان القولين فيه إذا احتيجت الثمرة، وهو غريب مخالف لكلام الأصحاب.

واعلم أنه لا يختص قولا الحوائج بالثمار؛ بل يجريان في الزرع إذا بيع بعد الاشتداد فأصابه جائحة قبل الحصاد، وينبغي أن يقال: قبل أوان الحصاد.

قال: (**فَلَوْ تَعَيَّبَ بِتَرْكِ الْبَائِعِ السَّقْيَ فَلَهُ الْخِيَارُ**) أي: التمر المبيع أما على القديم فواضح؛ لأنه عيب حصل قبل القبض أو قبل إتمام القبض، وأما على الجديد فهو قول: أبي إسحاق والصيدلاني.

وقال الإمام: إنه على إشكاله متفق عليه، وعليه اقتصر الرَّافِعِي، ونصَّ عليه في «الأم» في باب الجائحة، ومن الأصحاب من قال: هذا على قوله القديم.

وقال أبو علي الطبري: إن الثمرة إذا عطشت وتعذر على البائع سقيها لا يثبت للمشتري الرد على الجديد، وهذا هو القياس، وقضية كلام الشافعي في «الأم» وكلام الشيخ أبي محمد في «السلسلة» وعلى الإمام ثبوت الخيار، فإن البائع ملتزم بنماء الثمار، فالعيب لهذا السبب كعيب متقدم مشبه بخيار الحلف، وإذا أثبتنا الخيار.

قال الْمُتَوَلِّي: تكليفه قطعًا، وإن كان في التبقية إضرار وقد سبق في مثله خلاف، فالظاهر في القياس أنه إذا لم يتوف بقائها على الشجر فائدة للمشتري وأضر بقاؤها بالشجر أنه يكلف قطعًا.

تنبيهات: وقع في «المحرر» أنها إذا بيعت بالجائحة له الخيار، وهذا لا يجيء على الجديد، وانتقده المصنف في «الدقائق».

وقال: الصواب قول «المنهاج» بترك السقي.

قلت: والظاهر أن هذا وقع في بعض النسخ محرفًا من ناقل.

وعبارة «تهذيب المحرر» للشيخ عز الدين أبي القاسم عبد الله بن الحسين بن عبد الملك الواسطي، ولم أر مختصرًا أحسن عبارةً منه، وعليه سقي أشجارها

وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي.

قبل التخلية وبعدها حتى نضمن ما حدث بتركه من هلاك وعيب، انتهى.

وقال صاحب «فتاوى المحرر»: فإن تلف بتركه انفسخ، وإن كان بعيب يخيَّر، انتهى.

وذلك شاهد لوقوع خلل في بعض النسخ في المطالبة بالأرش وجهان في «الوسيط» محلهما إذا أثبتنا الخيار فلم يفسخ، وهما كالوجهين في الحجارة، ومقتضى القول بالخيار أن يكون الأصح ثبوت الأرش.

قال شارح: وإذا حقق أخذ الأرش في الحجارة اقتضى ألا خيارهنا ولا أرش.

فرع: لو تلف بترك السقي فطريقان أحدهما: أنه على القولين، وأصحهما عند الرَّافِعِي ينفسخ قديمًا وجديدًا، واستشهد بالعبد المرتد والمريض والسارق، ولك أن تقول: الصحيح عنده في المرتد الانفساخ حالة الجهل دون العلم، وفي المريض عدم الانفساخ، وعلى توسط الْبَغَوِي جعل المرض المخوف كالجهل دون غير المخوف، والأشبه إلحاق الثمار بالمرض بضعفها، وهي بعد الصلاح تشبه المرض غير المخوف، فإن ألحقها بالمرض فينبغي أن يكون الأصح عدم الانفساخ، وإن غير إلحاق شيء من تلك المسائل إلى دليل، وفي الملتزم موجب للانفساخ.

قيل: مجرد ترك السقي الملتزم موجب للانفساخ من غير إلحاق شيء من تلك المسائل إلى دليل، وفي الفرع زيادات مفيدة ذكرتها في «الغنية».

قال: (**وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّى هَلَكَ**) أي: بعد التخلية (**فَأَوْلَى بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي**)، هكذا فرض الرَّافِعِي المسألة في الشرحين و«المحرر» فيما قبل الصلاح.

وعبارة «الروضة» تشعر بفرضها بعد الصلاح، وتشبه خلل حصل فيما اختصر منه أوضحه - إن شاء الله تعالى - في «الوسيط»، والكل سواء، ففي

وَلَوْ بِيعَ ثَمَّ يَغْلِبُ تَلَاحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُ ثَمَرِهِ، وَلَوْ حَصَلَ الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ، ....

الحالتين إذا كان البيع بشرط القطع ثلاثة طرق: أظهرها أنه على القولين، والثاني: من ضمان المشتري قطعًا لتفريطه، والثالث: عكسها؛ لأن ما شرط قطعه يكون قبضه بالقطع والنقل، وقيل: إن لم يتمكن من قطعه فعلى القولين، وإن تمكن فلا لتقصيره.

إشارة: قوله: (قبل صلاحه) قد يفهم أنه لو بيع بعد صلاحه بشرط قطعه أن الحكم يختلف وليس كذلك، وكذلك أطلق صاحبا «التهذيب» و«الكافي» نقلا الخلاف فيما إذا باع بشرط القطع ليشمل الحالين، وقول المصنف أولى أي: بكونها من ضمانه مما إذا اقتضى الحال البقاء إلى الجذاذ فيما إذا تقدم للتقصير هنا، ولا وجه للخلاف إذا طالبه البائع بالقطع، وأخر عنادًا ولا سيما إذ ألزمه الحاكم به.

قال الشارح: (وَلَوْ بِيعَ ثَمَّ يَغْلِبُ تَلَاحُقُهُ وَاخْتِلَاطُ حَادِثِهِ بِالْمَوْجُودِ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُ ثَمَرِهِ) نبَّه بقوله: يغلب على ما يندر، وسنذكره، وبقوله: واختلاط على ما لو أمكن التمييز فإنه يصح، ولا عبرة بذلك الاختلاط.

قال الْبَغَوِي: ولو لم يعلم أنه يختلط أولًا جاز بيعه مطلقًا، وإن علم أنه إذا خرج اختلط بالأول اختلاطًا لا يتميز معه لم يصح إلا بشرط القطع لتعذر التسليم، فإن شرط فلم يتفق القطع حتى اختلط فسنذكره، ولنا قول، ويقال: وجه أنه يصح من غير شرط، وينعقد موقوفًا، فإن سمح له البائع بما حدث يتبين انعقاد البيع وإلا فلا.

إشارة: قوله: المشتري ليس بعيد والعرض وجوب اشتراط القطع سواء شرطاه أو أحدهما ووافقه الآخر.

قال: (وَلَوْ حَصَلَ الِاخْتِلَاطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيه) ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه، أي: الاختلاط، وكذلك فيما يغلب فيه إذا صححنا البيع فاختلط لتأجير

القطع أو غيره، وعبارة الكتاب توهم اختلاف حكمهما.

قال: **(فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ)** أي: لبقاء عين المبيع، وإمكان تسلمه بالطريق الآتي، والثاني ينفسخ؛ لتعذر التسليم المستحق، وهو تسليم المبيع وحده، وهذا القول المرجح نقله الربيع واختاره المزني، وقال الْغَزَالِي في «الوجيز»: لعله أظهر، وجزم الرَّافِعِي في كتبه بترجيحه إلا أنه قال في «الشرح الكبير» خاصة أظهرهما على ما رواه المصنف.

وقال هو والغزالي: إن الخيار للمشتري، وقضيته أن له أن يفسخ ويبادر بالفسخ، والموجود في كتب الأكثرين و«مختصر المزني» إلى البائع بالخيار إن سمح بحقه أقر العقد، وإن لم يسمح فسخ العقد.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: والفاسخ الحاكم، وهذا أشبه مما ذكره الرَّافِعِي؛ فإن الفسخ هنا للضرورة، والمساقطة لا للعيب وينشأ من هذا أن الفسخ على جعله كالعيب يكون فوريًّا، وعلى ما ذكرناه لا يشترط، وممن صحح قول: الانفساخ القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» والشاشي وابن أبي عصرون والمصنف في «تنقيح الوسيط» ونصَّ عليه الشافعي في «الأم» و«الإملاء» وهو المختار؛ لأن التلاحق الطارئ إن لم يكن مانعًا من التسليم فينبغي أن يصح البيع عند العلم بدو المشهور، وإن كان مانعًا وجب أن ينفسخ العقد قبل القبض كالذرة تقع في بحر وليس كالآبق؛ لأنه يرجى عوده، وتسليمه جبرًا، وحيث أطلقنا التسليم المستحق أردنا ما يجبر البائع عليه ويجبر المشتري على قبوله.

تنبيه: القولان فيما قبل التخلية فإن حصل الاختلاط بعدها فكذلك عند الجمهور، وكذلك أطلق المصنف.

وقال المزني وغيره: لا ينفسخ قولًا واحدًا، وقضية كلام بعضهم ترجح هذه الطريقة، ويجري القولان قبل التخلية والإقباض في الحبوب والمائعات سواء كان الاختلاط من جهة البائع أو المشتري عن قصد أو غيره كما يقتضيه لفظه في «الأم» وهذا كله فيما لم يتميز فإن تميز بكبر أو صغر أو رداءة أو جودة أو غير ذلك فلا فسخ ولا انفساخ، ويأخذ كل واحد ماله، ولو اختلط الثوب

بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ.

بأمثاله أو الدابة المبيعة بأمثالها فالصحيح الانفساخ، وقيل: لا؛ لإمكان تسليمه بتسليم الجميع.

قال: (**بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ الْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ سَقَطَ خِيَارُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المشهور ولزوال المحذور، وسمَح: بفتح الميم قاله في «الدقائق» وما ذكره تفريع على ما رجحاه من عدم الانفساخ، والثاني: لا يسقط خياره للمنَّة.

قال الإمام: وهو الأقيس على الوجهين إن تشاحَّا فسخ العقد، ولم يذكر العراقيون وغيرهم على هذا القول خلافًا بل قالوا: يقال للبائع: إن تركت حقك أقر العقد، وإن لم تتركه فسخه الحاكم. وقد سبق هذا مع بيان أن ما ذكره الْغَزَالِي وإمامه والرافعي من تخيير المشتري أولًا، وهو غريب.

قال في «المطلب»: وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب فإنهم عكسوا، فخيروا البائع أولًا في أصل «الروضة» قول: ثالث أنه لا انفساخ ولا خيار، وأن الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده، ونقله الجوري عن ابن سلمة والمروزي.

ثم قال الرَّافِعِي بعد نقله عن صاحب «التقريب» ما للفظ الذي ذكرناه: والمذهب الأول، وفي «الشرح الصغير» والظاهر الأول، وشامل قوله وإن الاختلاط قبل القبض كهو بعده هل المراد بهذا القبض الجذاذ أو التخلية؟ فإن أراد الثاني فقد ذكر أن عامة الأصحاب على التسوية بين ما قبل التخلية وما بعدها، وعبارة «الروضة» وفي قول ضعيف لا خيار والاختلاط قبل القبض كهو بعده، وعبارة «البسيط»: وحكى صاحب «التقريب» قولًا: ثالثًا في نفس المسألة يعني: أصل المسألة أنه لا ينفسخ ولا خيار؛ لأن المبيع قائم، وإنما هذا اختلاط بين ملكين، فيقسم بالمصالحة والمخاصمة، وعبارة «النهاية» وحكى صاحب «التقريب» قولًا: ثالثًا في المسألة وهو أن العقد لا ينفسخ ولا خيار، ويجعل الاختلاط قبل القبض بمثابة الاختلاط معه، وقيس هذا القول: على ما بعدها؛ لأن الاختلاط بعدها يوجب الانفساخ عند كثيرين لحصول

....

القبض بها، وهو قياس ظاهر، والظاهر أن موضع قول: الانفساخ فيما بعد التخلية إذا كان قد بقي على البائع عمله السقي، أما إذا لم يكن ذلك كما هو في بعض الأحوال فلا لانقطاع التعلق بينهما.

إشارة: سنة جماعة إعراض البائع عنه عن حقه بإعراض المشتري عن النقل.

قال ابن الرِّفْعَة: وذكره الإمام في أنه هل يجبر أو لا؟ ورجح من عنده أنه لا يجبر المشتري على قول: في الثمرة، وقال: إنه على قول الأصحاب إذا ترك حقه هل يكون هبةً أو إعراضًا؟ فيه خلاف كالنقل، انتهى.

قال تلميذ له في شرحه: والذي في النهاية أن من أصحابنا من جعل الثمار كالنقل، ومنهم من قال: لا يلزم المشتري قبول منه، وجعل الثمرة إعراضًا بعيدًا جدًا يلزم عليه ألا ينصرف في الثمرة بالبيع ونحوه فلا يحصل به مقصود، انتهى.

وقد يقال على قول الإعراض: إن المشتري يملكه بمجرد الإعراض كما صرحوا به في الإعراض عن السنابل ونحوها من سواقط الثمار، ولا سيما إذا كان المختلط يسير العرض عنه في العادة، وصرح المصنف في «شرح مسلم» في خاتم الذهب الذي طرحه رسول الله من يد صاحبه وأعرض عنه صاحبه أن يحل لأحد أخذه ويملكه، فإن صح التشبيه لم ينسد عليه التصرف في التمر، وصرح الإمام والغزالي هنا عن الأصحاب بالإجبار إذا سمح بالتمر وبه جزم الْمُتَوَلِّي، وحكى وجهين فيما إذا كان المبيع حنطةً أو مائعًا واختلط وسمح البائع هل يجبر المشتري أو لا؟ والمشهور عدم الفرق.

فروع: إحداها اشترى شجرةً وعليها ثمرة للبائع قد يلاحقها أو يغلب، وشرط القطع فتأخر حتى حدث حمل للمشتري واختلط ولم يتميز فطريقان: قال أبو علي بن خيران والطبري: لا ينفسخ قطعًا، بل يقال: من سمح منكما أقر العقد واختارها الإمام، وقال: إنها القياس الذي لا يسوغ غيره، وفي «البسيط» إنها القياس، وصححها في «الكافي».

وقال الأكثرون: هي على القولين، ونقلوهما عن الآخر، وقال الرَّافِعِي:

....

فإن قلنا الانفساخ، فإن سمح للبائع بثمرته أجبر المشتري على القبول، وأقر العقد وإن استمرا على النزاع فثبت القولان، قالوا: يفسخ العقد بينهما كما لو كان المبيع الثمر، وقال القاطعون: لا فسخ بل من كانت الشجرة في يده منهما صُدِّق بيمينه فيما يستحقه صاحبه.

قال الْبَغَوِي: وهذا هو القياس؛ لأن الفسخ لا يفيد دفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري، وإن قلنا: بالانفساخ رد الشجرة مع جميع الثمار كذا ذكره الْمُتَوَلِّي، انتهى.

وتبعه في «الروضة» وقال في التنقيح: إجبار في الانتصار الانفساخ كما سبق في بيع الثمرة.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا قلنا لا ينفسخ، وهو الصحيح، فيقال: أيرضى بأن يترك جميع الثمرة للبائع؟ فإن ترك يلزم المشتري قبوله، وإن لم يفعل يقال للمشتري، فإن ترك يلزم البائع قبوله، فإن امتنعا فسخ العقد لتعدد إمضائه. وذكر الْبَغَوِي وغيره ممن لا أُحصِه في التفريع مثل ما ذكره الْمُتَوَلِّي.

قال الْبَغَوِي: بخلاف المسألة الأولى، حيث قلنا: فدعا البائع إلى ترك حقه، ولا يدعي المشتري؛ لأن المبيع هنا هو الثمرة فإن ترك المشتري حقه لا ينفي له في مقابلة الثمن شيء، وهنا المبيع هو الشجر فترك الثمرة الحادثة للبائع لا يخلي الثمن عن العوض، انتهى.

وقال الدارمي: إذا باع شجرًا فيها ثمر تفي للبائع، ولم يقبضه حتى ظهر شيء آخر فإن امتاز فلكلٍّ حقه، وإن اختلط فتقدم مسألة بيع الباذنجان والرطبة ثم يختلط فقولان:

أحدهما: البيع باطل.

والثاني: إن تطوع بتسليم أو المشتري أو تراضيا على شيء فهو وإلا أبطلنا البيع، فإن تطوع أحدهما بتسليم الجميع، ولم نقبل الآخر فهل يجبر؟ على قولين: فإن تطوع أحدهما، وقبل الآخر ثم قبل القبض رجع المتطوع فعلى

....

وجهين بناء على إجبار صاحبه، إن قلنا: نجيز لم يقبل، وإلا قبلنا رجوع الواهب، وسواء قبل القبض وبعده.

قال الطبري: قيل في الرطبة يجبر على قبول الزيادة قولًا: واحدًا، انتهى لفظه وفيه فوائد.

الثاني: اشترى رطبة ونحوها بشرط القطع فما حدث له، أو شرط القطع فتركت حتى طالت.

قال الأكثرون: هي على القولين، وقيل: يقطع بالصحة، وعدم الانفساخ؛ لأن المبيع لم يختلط بغيره، وإنما زاد في نفسه. واعلم أنه إذا اشترى حزمة من الرطب لا يملك منها إلا الظاهر، وعن الماوَرْدِي خلاف في أن المراد بالحزمة الظاهرة أو ما جرت العادة بحزمة، وأما الزرع الذي يحصده مرةً إن اشتراه بشرط القلع فواضح أو بشرط القطع فتأخر حتى زاد.

قال الْمُتَوَلِّي: الزيادة للبائع، والحكم على ما سبق في الرطبة حتى لو تسنبل كانت السنابل للبائع. انتهى وتابعه عليه من شرح بعض الكتاب. وقال في غيره: قوله: «الزيادة للبائع والحكم على ما سبق» مخالف لقول الإمام أنها للمشتري بالاتفاق، وقوله: «إن السنابل تكون للبائع» فيه نظر؛ لأنها ليست حادثة من خاص ملكه؛ بل هي منهما على زائد، وجعلها المشتري أقرب، انتهى.

وهذا صحيح ولخص صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» المسألة فقال: لو اشترى ما يُجَزّ مرة واحدة، قال الإمام: يملك ظاهره، وأصله المستتر في الأرض بخلاف أصل مرارًا فلو شرط القطع جاز له القلع في الأول دون الثاني؛ لأن أصوله مقصودة ولم يملكها قاله الْبَغَوِي فلو تأخر القطع فزاد.

قال الْمُتَوَلِّي: الزيادة فيهما للبائع حتى السنابل ثم هذه الزيادة اختلطت بملك المشتري.

قال: وهذا يخالف لما حكيناه عن الإمام والبغوي من بيع أصل ما يُجَزّ مرةً، انتهى.

....

وذكر الرَّافِعِي والمصنف نحوه فقالا: إن القطن الذي لا يبقى أكثر من سنة كالزرع فإذا باعه قبل خروج الجوزق أو بعده، وقبل تكامل القطن وجب الشرط القطع ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري حدوثه على ملكه، وذكر أنه إذا باع أصول البطيخ قبل خروجه فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر، فإذا شرطه ثم اتفق معًا وحتى خرج الحمل فهو للمشتري، انتهى، وكذا هو في «التهذيب» و«الكافي».

وقال الإمام بعد ذكره: ألا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط قطعه، وفي هذا الفصل سرد هو أنا لو فرضنا زرعًا ناجيًا من الآفة لا يحلف إذا جذ وقد تزداد إذا لم يجذ، فالذي رأيت الطرق عليه إن هذه الزيادة غير صائبة، وهي بمثابة نمو الثمار إلى وقت اتفاق القطع، وليست كزيادة الزرع المخلف، وهذا على بيانه قد نزل فيه من لا يطرد نظرة إليه، انتهى.

وقوله: لو فرضنا زرعًا ناجيًا من العاهة يشعر بأن الصورة غير ما نحن فيه، ولعل ابن يونس وغيره رأيا ما ذكره في موضع آخر.

واعلم أن في كلام الْبَغَوِي نوع اختلاف في المسألة؛ فإنه ذكر مسألة الرطبة، ثم قال: لو قال: لو باع الفصيل شرط القطع فلم يتفق حتى زاد وطال أو باع شجرًا مخلفًا كالخلاف أو القضبة يشترط القطع فلم يقطع حتى زاد وطال أو باع ورق الفرصاد أول خروجه بشرط القطع فلم يقطع حتى خرج غيره أو باع الزرع بقلًا بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد ففي انفساخ البيع قولان كالقَت.

قال: وعندي إذا كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد تبين مقاطعها فاتحدت الأوراق فوق القطع والطول يكون للمشتري، وفي القَتّ والكرّاث إذا طال أن ما انفسخ؛ لأن ما يحدث من أصله لم يقع غير مميز عما باع؛ لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة، انتهى.

وما نقله موافق لكلام الْمُتَوَلِّي ويوافقه قول الشافعي، ولا يجوز بيع الفصيل إلا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف، ثم قال: فإن اشتراه ليقطعه

....

ثم تركه وقطعه يمكنه فالبائع بالخيار في ترك الفصيل أو نقض البيع، فظاهره يشهد للمتولي إذا عرفت هذا فقضية كلام الْمُتَوَلِّي ونقله بعضهم عنه: إن أصل ما يجز مرةً باقٍ على ملك البائع، وهو قضية كلام الْبَغَوِي هذا أو ظاهره، وظاهر النص المذكور وأنه لا يجوز للمشتري قلعه، لكن ذكر في «التهذيب» بعد هذا أنه لا يجوز بيع القتِّ والفول في الأرض إلا بشرط القطع أو القلع لا يجوز قلعه؛ لأنه لم يملك الأصل وما لم يجزّ إلا مرةً واحدةً يجوز، انتهى.

فتجويز قلعه مع بيعه بشرط القطع يخالف ما تقدم عنه، ويقتضي إنما يحدث من طول سنابله يكون للمشتري خاصةً، وهذا هو المختار، وإن نازع فيه ظاهر النص، وهذا إجماع عملي، ووجه جواز القلع مع شرط القطع أن الظاهر أو الغالب أن البائع إنما يقصد بذلك تفريغ أرضه، وخلاصه من عهدة الزرع الأخضر بقطعه؛ لأن عروقه تبقى له، ولأنه لا ينتفع بها غالبًا، ولا يعد حالًا؛ بل يعرض عنها صاحبها إعراضًا كليًّا ويبذل رب الأرض أجرة لمن يقلعها من أرضه بخلاف أصول ما تجنى مرة بعد مرة من القت والبقول، وهذا فرق واضح بين النوعين، وبه يظهر اختصاص المشتري بالسنابل، وأنه لا فسخ للبائع ولا خيار؛ لعدم الضرر، وفوات مالية معتبرة، بل العرف مطرد بالإعراض عنه بالسنابل وغيرها مما يعرض عنه أربابه، وقد ذكر الْقَفَّال وغيره في هذا الباب أن اطراد العُرف شيء بمثابة الشرط له، وللحنابلة اختلاف في السنابل ها هنا هل يكون للبائع أو المشتري بينهما؟ والله أعلم.

إشارات: لو سأل على الحنطة المبيعة مثلًا كحنطة أخرى قبل القبض، وهما مجهولتا القدر؟ فعلى القولين، وإن علم قدرهما إن قدر أحدهما يجبر المشتري، فإن فسخ رجع بالثمن وإلا صار يكال بقدر حنطته فيتقاسمان، وإن كان طعامًا مختلف القيمة بيع واقتسما ثمنه، وإن تراضيا بقسمته على الحصص دون القيمة جاز، قاله الْمَاوَرْدِي، وإن كان بعد القبض أو اختلطت التمرة بعد الجذاذ، فلا علم قدرهما أو قدر واحدهما تقاسما، وإن كانا مجهولين مالان اختلطا فإن اصتلحا وإلا صدق ذو اليد بيمنه، وأغرب الْمُتَوَلِّي فخلى في كتاب

الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وما بعده، واعلم أنه ليس للحنطة ونحوها إلا حالان قبل القبض وبعده، وللثمار ثلاثة أحوال قبل التخلية وبعدها، وبعد الجذاذ، ولو اشترى الحنطة مكايلةً وقبضها جزافًا فاختلطت فعلى القولين.

الرابع: باع ثوبًا فاختلط بثياب أو شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز.

قال الْمُتَوَلِّي والروياني: المذهب أنه يبطل البيع، ويفارق الخلطة؛ لأن الإشاعة هناك لا تمنع البيع، وهنا الاشتباه مانع من العضد، وقيل: لا يبطل؛ لأنه يمكنه التسليم بتسليم الجميع، ثم يكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان، وما ذكراه من معنى الإشاعة والاشتباه ينبه على أن الثمرة والحنطة وسائر التماثلات يصير بالاختلاط يصير مشتركًا، وهو الأصح المذكور في الفلس. وقيل: كالهالك، وهو نظير القول بالانفساخ هنا، ولا يمنع القول بالاشتراك من ثبوت الخيار؛ ليبدُّل عين المستحقق في بعض المبيع، فلهذا فرق الْمُتَوَلِّي بين المثلي والمتقوم.

وقال: إن الشرط أن يتسلط بالقبض على التصرف في المقبوض وفي القطيع يقبض جملته لا يتسلط على التصرف فيها، قيل: ولك أن تقول إن كان إذا سمح بالتمرة كلها يملكها المشتري فلم لا يملك القطيع كله إذا سمح به البائع وحينئذٍ يتصرف فيه ولا فرق بينهما؟

وإن كان الْمُتَوَلِّي يقول: إن يترك البائع الثمرة فلا يملكها المشتري؛ ولكن يتسلط على التصرف فيها مشاعة، وتكون مشتركةً بينهما، فالمفهوم من كلام الأصحاب خلافه، والرافعي نقل كلام الْمُتَوَلِّي برمته، ولم يتعرض له، وساقه في «الروضة» بلا نسبة، وقال: إنه الأصح، ومن يقول بالفسخ كما هو المختار لا يرد عليه شيء من هذا.

فإن قلتَ: يرد عليه قوله في التفليس إنها بالخلط تكون مشاعًا في الأصح.

قلتُ: معارض بقولهم في الغصب له كالهالك على الأصح، ولعل

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ، وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ.

الحامل للمتولي على الفرق بين الثمار والشياه أن الثمار في الغالب تكون قليلةً مرغوبًا عنها بخلاف الشاة، وهذا صحيح؛ لكن يحتاج أن يقف معه فلا يطرد في الثمار الكبيرة والحنطة الكثيرة، ولم يفرق الأصحاب، انتهى.

الخامس: في فتاوى الْبَغَوِي: أنه لو وصل غصنًا له بشجرة يرد عدوانًا فما يحدث على الغصن من الثمرة يكون لصاحب الغصن لا لمالك الشجرة، وأفتى قاضي «حماة» - رحمه الله - تفقهًا أنه يكون بينهما مناصفةً؛ لأنه حصل من ملكهما كما لو كانت بينهما مشاعة وكثمرة شجرة نبتت بنفسها بعض أصلها في ملك شخص وبعضها في ملك آخر فإنها تكون بينهما، انتهى.

وقد قدمت عن الحنابلة وجهًا يشبه هذا، ويلزم الحموي أن يقول: لو أنزى فحله على شاة غيره يجعل النتاج بينهما لتولده من ملكهما، وهذا لا يقوله أحد من أصحابنا.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ وَهُوَ الْمُحَاقَلَةُ)** لنهيه ﷺ **«عن المحاقلة والمزابنة»** متفق عليه مسلم(١).

وفي رواية الشافعي: والمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بما به فرق من الحنطة، والمزابنة: أن يبيع التمر على رؤوس النخل بما به فرق من التمر.

قال الرَّافِعِي: فإن كان هذا التفسير مرفوعًا فذاك، أو موقوفًا؛ فالراوي أعرف من غيره، وهذا التردد، قاله الشافعي رضي الله عنه في «الأم» ووجه فساد المحاقلة أنه بيع مقصود مستترًا ليس من صلاحه، ولأنه بيع حنطة وبين تحنطته فتظل القاعدة: «مُد عجوة» ولعدم العلم بالمماثلة فلو باع شعيرًا في سنبله فحنطة صافيةً وتقابضًا في المجلس أو الزرع قبل ظهور الحب بحب جاز إذ لا ربا.

قال: **(وَلَا الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ وَهُوَ الْمُزَابَنَةُ)** للحديث السابق، ووجه الفساد أنه بيع مال ربا بحبسه من غير المساقاة في معيار الشرع، وهو الكيل،

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٦).

وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا، وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ أَو الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ، فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، ....

وبيع الرطب بالأرض بالتمر على النخل كعكسه، وبيع الرطب على النخل بالبسر أو البلح على الأرض كبيعه بالرطب، ولو باعه بطلع فأوجه ثالثها يجوز بطلع الذكور دون طلع الإناث.

قال: (**وَيُرَخَّصُ فِي الْعَرَايَا**) لأنه «**نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا**»(١) متفق عليه.

قال: (**وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ عَلَى النَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي الْأَرْضِ**) للحديث المذكور.

قال: (**أَوْ الْعِنَبِ فِي الشَّجَرِ بِزَبِيبٍ**) قياسًا بجامع أنه زكوي مخروص يدخر يابسةً.

وقال جماعة: نصًا وحكم البسر البادي الصلاح حكم الرطب في الرخصة، قاله الْمَاوَرْدِي، وغلط شارح فقال: وعلى هذا ينبغي إلحاق الحصرم بالعنب، وخذ من قول المصنف على النخل بثمر في الأرض بيع الرطب بالرطب على الشجر ولا الأرض بالتمر ولا بالرطب، وهو المذهب فيهن.

قال: (**فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ**) أي: بتقدير الجفاف وإن كان الرطب أو العنب الآن أكثر لما في الصحيحين أنه «**رخَّص في العرايا بالخرص فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق**»(٢) شك داود بن الحصين شيخ مالك - ﵁ - هل قال: خمسة أوسق أو دون خمسة؟

قال في «الروضة»: ولا يجوز فيما زاد على الخمسة قطعًا أي: بل يبطل في الجميع بلا خلاف كما صرح به غيره، ولا يخرج على تفريق الصفقة؛ لأنه صار بالزيادة ربا فبطل جميعه. وفي «المطلب» عن الجوري: أنه يخرج في الزائد على الجائز على قول تفريق الصفقة.

وقال ابن الْقَطَّان في فروعه: بطل فيما زاد قولًا واحدًا، وهل يصح فيما

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩١) ومسلم (٣٩٦٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٢) ومسلم (٣٩٦٥).

دون بناه أصحابنا على قولي تفريق الصفقة؟ وقد صرح به الدارمي بنقل طريقين في الجائز، أحدهما يبطل والثاني القولان، والمشهور البطلان.

وهل يجوز في خمسة أوسق؟ قولان: أحدهما: نعم لإطلاق الرواية المتقدمة وصححه جماعة، وأظهرهما عند الجمهور المنع، كما اقتضاه كلام المصنف للشك في الرخصة، والأصل التحريم للنهي عن المزابنة.

تنبيهات: إذا قلنا: يجب النقص عن الخمسة نص الشافعي والأصحاب أنه يكفي أي: قدر كان، ثم هل الخمسة تحديد الذي أشعر به كلام الْمَاوَرْدِي؟ نعم! وبه أجاب المصنف في ضوابطه.

وقال ابن الرِّفْعَة: لا يبعد تخريجه على الزكاة.

وحكى في «الذخائر» عن العراقيين: أنه لا يضر نقصان خمسة أرطال فينبغي أن ينقص أكثر من خمسة أرطال، وهذا غريب، للجواز شروط لم يصرح المصنف بجميعها:

أحدها: خرصه على النخل، وما يجيء منه إذا جف فيقال فيها: الآن رطبة ستة أوسق مثلًا وإذا جفت صارت أربعة فيباع بأربعة أوسق من التمر، فإن زاد عليها أو نقص لم يجز، ولا يضر كون الرطب حالة البيع أزيد من الثمر الذي هو التمر.

الثاني: أن يكون التمر معلومًا بالكيل.

الثالث: التقابض كما ذكره المصنف.

الرابع: موضع الجواز إذا لم يتعلق بالتمر زكاة، فإن خرصت عليه وقلنا الخرص بضمين أو لنقصها عن النصاب أو كفر صاحبها.

واعلم أن من شرط الصحة ألا يظهر الأمر بخلاف الخرص بأن يأكل الرطب مثلًا لو تركه حتى يتميز، فإن جاء في قدر العوض صح، وإن تفاوت ما يقع بين الجبلين لم يضر، وإن لم يكن أكثر فالعقد باطل.

وقيل: يصح في قدر الكيل من الكثير ولمشتري الكثير الخيار يكفي هنا

وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ جَازَ. وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ التَّمْرِ كَيْلًا، وَالتَّخْلِيَةُ فِي النَّخْلِ

خارص واحد ويجوز قطعًا كالكيل أن يخرصا بأنفسهما، وهل يكفي أحدهما؟.

قال ابن الرِّفْعَة: فيه احتمال من اتحاد القابض والمقبض واستبعد، والمختار الجواز وإذا قبض المشترى فله أن يجني الثمرة حالًا بعد حال عند إدراكها.

قال: (**وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ**) أي: كل منهما دون خمسة أوسق.

(**جَازَ**) قياسًا على الصفقة الأولى وهذا إن تعددت الصفقة حسًّا فواضح وإن تعدد المشترى واتحد البائع وخص كل واحد من المشتريين أقل من خمسة أوسق جاز قطعًا ولو اتحد المشتري وتعدد البائع فوجهان الصحيح الجواز، وإن كانت الصفقة متعددة هنا قطعًا، وفي تعدد المشتري متحدة على قول فمأخذ هذا الباب ومأخذ الرد بالعيب مختلفان.

فائدة: وقع فيما رأيناه من «الشرح» و«الروضة» أنه لو باع رجلًا من رجلين صفقة واحدة لم يجر أكثر من عشرة أوسق، ويجوز فيما دونها وفي العشرة قولان، وهو سبق قلم، والصواب أن ما قالاه: فيما إذا باع رجل من رجلين كما في «التهذيب» ومنه أخذ الرَّافِعِي.

أما لو باع رجلان لرجلين فصوابه أن يقال: لم يجز في عشرين وسقًا، ويجوز فيما دونها وفي العشرين القولان كما قاله الأصحاب.

قال العجلي: ولا شك فيه، نعم يأتي فيه الوجه الضعيف السابق فيما إذا اتحد المشتري وتعدد البائع، وما أدري لأي معنى.

قال شارح معتبر هنا: ولو باع رجلان من رجلين ستة عشر وسقًا، جاز.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ التَّمْرِ كَيْلًا، وَالتَّخْلِيَةُ فِي النَّخْلِ**) لأنه بيع مطعوم بمعلوم واستشكل ابن الرِّفْعَة الاكتفاء بالتخلية إذا قلنا: إنها من ضمان البائع بعد التخلية كما هو القديم، والمنسوب إلى الصرف ولو خلى بينه وبين التخلية، ومشى إلى التمر وسلمه إياه جاز بشرط ألا يتفرقا في هذه المدة، ويشترط أن يكون بعد بدو الصلاح، وحكم البسر حكم الرطب، ذكرهما الْمَاوَرْدِي.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ].

باب اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ

قال المصنف: [إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ....

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الثِّمَارِ**) لأنها متفرقة ومنتشرة بالورق فلا يتأتى خرصها، وقيد بالمنع وصححها جماعة، والقول الثاني يجوز قياسًا على الرطب، كما قلنا: في العنب والخلاف إذا قيل يجري الخرص فيها، وإلا امتنع قطعًا، ومحله أيضًا فيما تدخر يابسةً.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْفُقَرَاءِ**).

قلت: وبه جزم الشيخ أبو حامد وأتباعه، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور لإطلاق الأحاديث الصحيحة.

والثاني: يختص لأنه سبب الرخصة كما ذكره في «الأم» لكنه بلا إسناد.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: وهذا القول الأول أصح، وعلى هذا فما ضابطه الغنى المانع كلام جماعة يفهم اعتبار النقد فمن لا نقد بيده له الشراء، وفي «البحر» عن المزني أنه لا يجوز إلا للمعسر المضطر، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: أصح حديث فيه حديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان**»[1] رواه أبو داود والنسائي، والحاكم وقال: صحيح الإسناد، والبيهقي، وقال: حسنٌ موصول.

قال: (**إِذَا اتَّفَقَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ**) أي: وكذا على غيره من عقود المعاوضات، ومنها الحوالة وبذل العتق.

---

[1] أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (١/ ٤٦٦، رقم ٤٤٤٥)، وأبو داود (٣/ ٢٨٥، رقم ٣٥١١) والنسائي (٧/ ٣٠٢، رقم ٤٦٤٨) والحاكم (٢/ ٥٢، رقم ٢٢٩٣)، وقال: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي. والبيهقي (٥/ ٣٣٢، رقم ١٠٥٨٦) والطيالسي (ص ٥٣، رقم ٣٩٩)، والدارقطني (٣/ ٢٠، رقم ٦٣)، وابن الجارود (ص ١٥٩، رقم ٦٢٥).

ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أو صِفَتِهِ أو الأَجَلِ أو قَدْرِهِ أو قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا.

(ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ الثَّمَنِ، أو صِفَتِهِ أو الْأَجَلِ أو قَدْرِهِ أو قَدْرِ الْمَبِيعِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا).

قلت: أو اختلفا في شرط الخيار، أو قدره أو الكفيل، أو ادعى البائع أنه شرط له لضمان زيد العهدة له.

قال الدَّارِمي: أو يراه من عيب، وعبارة ابن الْقَطَّان، أو قال: أريتك العيب، ودخلت على ذلك، وكلام المصنف وغيره يقتضي خلافه، كما سبق في الرد بالعيب.

والحاصل: أن اختلافهما في الكيفية بعد اتفاقهما على الصحة هو الضابط، فلو لم يتفقا على الصحة، فلا تحالف كما سيأتي ولو اتفقا على صحة عقد، واختلفا هل هو بيع أو غيره فلا تحالف على الأصح، وسيأتي.

ولو اختلفا في عين البيع والثمن معًا كقوله: بعتك هذا العبد بمائة درهم، فيقول: بل هذه الأمة بمائة دينار، فلا تحالف قطعًا.

وهذه الصورة ترد على المصنف؛ لأنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كيفيته، ولا تحالف إذا لم يتواردا على شيء، لو اتفقا على مبيع معين واختلفا في ثمنه أو أجله، أو اتفقا على ثمن معين، واختلفا في عين المبيع جنسًا أو قدرًا أو وصفة أو الأجل تحالفا قطعًا، وهو مراد المصنف.

وقد أهمل ذكر الجنس مع كونه في «المحرر» مع الصفة لاعتقاده اندراجه في الصفة.

قلت: وتحرير ضابطه أن يتفقا على بيع صحيح وعوض معين ثمنًا أو مثمنًا ويختلفا فيما سواه، وأن عين المبيع والثمن معين مخالفًا قطعًا، وإن كان في الذمة ففي التحالف وجهان رجح كلًّا مرجحون.

والأشبه على مقتضى المذهب: التحالف، وهو الأظهر في «الشرح الصغير» وعزا المنع إلى «الْبُوَيْطِي».

قال الرُّويَانِي: في «التجربة» لو قال: بعتك على أن تشهد لي بالثمن شاهدين، وقال المشتري: لا بل شاهدًا واحدًا، تحالفا نص عليه، انتهى، ولا أحسبه يتفقان عليه.

فرع: قال: بعته منك بالعين من دَيْنك فقال: بل بألف، أو قال: بعتكه بألفين وأطلق فقال: ألف، تحالفا، قاله الشيخ أبو محمد، وفرق بأنه إذا قال: بالعين من دينك علي، فقد أقر بقبض جميع الثمن المدعي فصار كأنه قال: بعتك بألفين وقبضتها، فقال: إنما اشتريته بألف فلا تحالف، وهو بخلاف الدعوى المطلقة؛ فإنها لا تتضمن الإقرار بالقبض، وهما مختلفان في الثمن، فلا بدَّ من التحالف، انتهى.

فإن كان التصوير أن المشتري لا يطالبه بالألف الزائد فواضح، وإن كان يطالبه به في صورتي الدين وقبض الألفين، ففيه نظر.

قال: **(وَلَا بَيِّنَةَ)** أي: واحدة لأحدهما تحالفا بحديث: **«البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»**(١) رواه البيهقي، من حديث ابن عباس بإسناد حسن وصحيح، وكل واحد منهما منكرٍ ومدعٍ، فلو كان لكل بينة قضى بأسبقهما ما ربحا، وإن أطلقنا أو اتحد ما ربحهما أو أرخت أحدهما فقط تعارضا، فإن قلنا: بالتساقط وهو الأظهر فهما كالعدم، وإن قلنا: بالاستعمال فهل يقرع أو يوقف؟ وجهان: أجابا بالثاني وصاحب «المهذب» في الأقضية بالأول.

وقال الْمَاوَرْدِي: يجيء قول القرعة هنا أيضًا، وإن كان لأحدهما بينة سالمة عن معارض معتبر، قضى له بها وفاقًا ولا فرق عندنا في التحالف بين أن يكون المبيع مقبوضًا أولًا ولا أن يكون باقيًا بعد القبض أو تالفًا.

تنبيه: إطلاق المصنف يقتضي التحالف في المجلس وبعده.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن اختلفا في المسلم في مجلس العقد فلا عقد.

وقال القاضي الحسين: لا تحالف في المبيع في زمن الخيار إلا مكان

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٩٢) والبيهقي (٢٠٩٩٠).

الفسخ بالخيار وأجاب الإمام بأن التحالف لم يوضع للفسخ، بل رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بتميز الصادق.

قال: فإن لم يتفق ذلك وأصرا فسخ للضرورة، ونازع القاضي فيما ذكره، ثم قال: إلى موافقته، وسكت الشيخان عليه، ورأى الإمام في القراض أن يفصل فيقال: التحالف قبل الشروع في العمل لا معنى له وبعده قول: النزاع إلى مقصود من ربح أو أخره فيحالفان والأجرة كالقراض، واستبعد في «البسيط» كلام القاضي ويوافقه قول الأصحاب فيما يظهر أنهما لو اختلفا في قدر خيار الشرط تحالفا فأطلقوا ذلك، وقضيته أنه لا فرق بين أن يكون من المدة المتفق عليها نفيه، وذكر ابن يونس في «شرح الوجيز» كلام القاضي وأن الإمام أيده بأن التزام اليمين لعقد ليس بلازم يعتد.

قال ابن يونس: ومعتمد الجمهور أن التحالف لم يشرع لأجل الفسخ، بل لأنه ربما ينكل الكاذب فيستقل العقد بيمين الصادق، وقد نص الشَّافِعِي على التحالف في الكتابة وإن كانت جائزة من جانب العبد وذكر في «شرح التعجيز» مقالة القاضي وأن الإمام اختارها، وأما جمهور النقلة فجزموا بالتحالف.

قال: (**فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ**) لأنه يدعي شيئًا وينكر شيئًا فينفي ما ذكره ويثبت ما يدعيه.

قال المحاملي: وإنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه البائع فيأبى، وقال الْمَاوَرْدِي: ينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما ألا يحلف الآخر حتى يعرض عليه المبيع بما حلف عليه صاحبه فإن رضي به فذاك، وإلا أحلفه، فإن رضي به فذاك وإلا أحلفه، فإن بدأ بإحلاف البائع، قال للمشتري: أترضاه بما حلف عليه؟

فإن أجاب فذاك وإلا أحلفه وإن بدأ بالمشتري، قال للبائع: أترضى أن يمضي البيع بما يحلف عليه؟ فإن أجاب وإلا أحلفه هذا إذا قلنا باتحاد اليمين، وإن قلنا: بتعددها فأحلف البائع يمينًا أحلف المشتري بعده يمينًا ولا يعرض

وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ.

وَفِي قَوْلٍ: بِالْمُشْتَرِي. وَفِي قَوْلٍ: يَتَسَاوَيَانِ فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: يُقْرَعُ،

عليه قبول المبيع فإذا حلف البائع يمينًا بائنة عرض حينئذ المبيع على المشتري قبل يمينه البائنة، انتهى.

قال: **(وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ)** لحديث ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه ﷺ **«أمر بالبائع أن يستحلف ثم يجبر المبتاعَ إن شاء أخذ وإن شاء ترك»**(١) رواه الشَّافِعِي والنسائي والحاكم، وقال: حديث صحيح؛ لكن قال الدارقطني: الصحيح عندي أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه. قال الأصحاب: ولأن جانبه أقوى؛ لأن المبيع يعود إليه بعد التحالف، وقطع بعضهم أحد القول والأصح المنصوص في نظيره من الصدقات تقدم الزوج، كما ذكرناه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ بِالْمُشْتَرِي)** لأن البائع يدعى عليه زيادة الأصل عدمها؛ ولأن المبيع في ملكه فيقوى جانبه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ يَتَسَاوَيَانِ)**؛ لأن كل واحد مدع ومدعى عليه، فلا ترجح.

(فَيَتَخَيَّرُ الْحَاكِمُ) كما لو تداعيا في أيديهما بدأ بيمين من شاء قطعًا.

قال: **(وَقِيلَ يُقْرَعُ)** كما لو حضرا معًا للدعوى ورجحه الإمام، وحاصل المنقول بالآراء يبدأ البائع بالمشتري ويتساويان، فيتخير الحاكم بينهما أو بالاجتهاد أو بالقرعة أو بالسبق بالدعوى ذكره الدَّارِمِي عن الإصطخري، وهو منقاس والمذهب الأول.

تنبيهات: هل التقديم مستحب أو واجب؟ وجهان: جزم الشيخ أبو حامد والبغوي والمتولي والرافعي بالأول.

وقال الْمَاوَرْدِي: الأشبه الثاني، وحكى المصنف في «التنقيح» بصحيحه عن الْمَاوَرْدِي وغيره وسكت عليه ونقله المشتري بلا اجتهاد، لم يجز أو باجتهاد من أهله فلا كلام.

---

(١) أخرجه الشافعي في «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٣٥٦٠) والنسائي (٤٧٥٠)، والحاكم (٥/٤٠٩) والدارقطني (٧/١٤١).

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ ....

تقديم أحد الجانبين مخصوص على مقالة الإمام، والغزالي وغيرهما بما إذا كان الثمن في الذمة وكان المبيع معينًا، أو سلمًا مقصودًا كالمسلم فيه، أما لو تبادلا عرضًا بعرض فلا تتجه غير التسوية.

قال الرَّافِعِي: **وَيَنْبَغِي تَخْرِيجُهُ عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ مَاذَا وَنَاقَشَهُ فِي الْمَطْلَبِ بِأَنَّ مَأْخَذَ الْبُدَاءَةِ قُوَّةُ جَانِبٍ عَلَى جَانِبٍ.**

قلت: جزم العراقي في «شرح المهذب»، وقال: إن قلنا: الثمن ما اتصلت به البداءة، ففيه معنى ففيمن يبدأ به الخلاف السابق، وأصل كلامه قول شيخه صاحب «الذخائر». قال بعض أصحابنا: إذا باع عبدًا بجارية، فلا يجري هنا إلا القرعة أو يخيير القاضي قال: وما قاله: هذا لصاحب الأصل إنما يجيء على قولنا: إن الثمن يختص بالنقدين، فإن قلنا: إنه ما اقترن به باء الثمنية فتجيء الطرق المتقدمة، انتهى.

واعترض ابن الرِّفْعَة على الرَّافِعِي بأن ما حد البدأة قوة جانب على جانب وهي مفقودة في العرضين إذ كل مقصود اتصلت به باء الثمنية أم لا؟ وهذا صحيح وقد يعضد البحث بالحديث السابق.

(**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا**) لأنه أقرب إلى فصل الخصومة.

والثاني: يفرد النفي بيمين والإثبات؛ لأنه مدع ومدعى عليه، وكان الاحتراز بقول: كـ«الروضة» والمذهب، فإنه ظاهر نص «الأم» والمقطوع به، وقال الشَّاشِي: كـ«الروضة» والمذهب، فإنه ظاهر نص «الأم» والمقطوع به.

وقال الشَّاشِي وغيره: إنه المنصوص، وقيل: فيه قولان نقلًا وتخريجًا.

قال: (**وَيُقَدَّمُ النَّفْيُ**)؛ لأنه الأصل في اليمين، وإنما ينقل إلى الإثبات لنكولٍ أو شاهد أو لَوث، وقيل: الإثبات كاللعان وزيف؛ لأنه لا نفي هناك.

وعن ابن الْقَطَّان أنه لا ترتيب، فإن بدأ أحدهما بالنَّفي حلف الآخر على الإثبات، فإن عكس، عكس لتكون ضده.

فَيَقُولُ مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا، ....

وقال الإمام: لو قيل: لا يستحق ترتيب في المقصودين لكان مسلكًا، وهذا معنى قول «البسيط»: ولو قيل: يتخير لكان أقرب، وهل هذا الخلاف في الوجوب أو الاستحباب وجهان أصحهما عندهما الثاني، وعند الشيخ أبي حامد وغيره الأول. وقال الإمام: إنه رأى الطرق متفقة عليه ونحوه في «البسيط».

قال في «التنقيح» وهو ظاهر كلام «المهذب» وغيره.

وقال غيره: أنه الأقرب إلى كلام الشَّافِعِي والأصحاب.

فرع: من قال: بيمين لا يكتفي بواحدة، ومن اكتفى بها لو عاد إلى يمين هل يجوز لم أرى فيه نصًا، وقول المصنف وغيره: يكفي يمين يشعر بالجواز، وقيل: إن قول الْمَاوَرْدِي أنه يقصد بقوله تصديق قوله على عقد واحد، فاحتاج إلى يمين واحدة يشعر بالمنع وفيه نظر!

وبعد قال: (**فَيَقُولُ مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا**) أي: وقول المشتري ما اشتريت بكذا أو لقد اشتريت بكذا. وقال الصيمري: يقول البائع ما بعت بكذا، ويقول المشتري ما اشتريت إلا بكذا، إلا أنه أشرع إلى فصل القضاء، وهذا بناءً على الاستثناء من النفي إثبات، وهو مذهبنا فيحتمل أن الأصحاب لا يكتفون بذلك؛ لأنه ليس بصريح ويحتمل أن يكتفون به.

ويؤيده قول الداوودي: فإذا قلنا: بإيجاد اليمين؛ فالجمع يحصل بقوله: ما بعت إلا بكذا، أو يحصل بقوله: ما بعث بكذا.

قال صاحب «التقريب»: قيل: وظن ابن الرِّفْعَة أن قول: الصيمري مخالفٌ لقول: الأصحاب، فحكاهما وجهين وهو وهم، وهذه عبارة حسنة يؤيده معنى النفي والإثبات بكلام واحد، انتهى.

قلت: إنما أخذ ابن الرِّفْعَة ذلك من قول الْمَاوَرْدِي: وإذا قلنا: يحلف يمينًا واحدة فقد اختلف أصحابنا في صفتها على ثلاثة أوجه: فذكر قول الإصطخري ثم ظاهر النص، ثم قال: والوجه الثالث وهو قول: بعض البصريين فذكر كلام شيخه الصيمري وتوجيهه، ثم قال: فهذا اختلاف

....

أصحابنا إذا قلنا: يمين واحدة، وكلامه شاهد لابن الرِّفْعَة ومؤذن يضعف قول: شيخه حيث لم يسمه ولم ينسبه إلا إلى بعض البصريين، وكذلك قال الشَّاشِي: بعد ذكره المنصوص.

وحكى في «الحاوي» وجها آخر عن بعض البصريين فذكره، لكن ذكر بعضهم أن الشَّافِعِي نص في «الأم» في كتاب السلم أن البائع يقول: والله ما بعت إلا بكذا، ويقول المشتري: والله ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا، انتهى.

ولفظ «الأم» فيما رأيته في أصل معتمدٍ: حلف البائع بالله ما باعه بالمائة التي قبض منه إلا مائة صاع، وإذا حلف قيل للمشتري: إن شئت فلك عليه المائة صاع التي أقرّ بها، وإن شئت فاحلف ما ابتعت منه مائة صاع، ولقد كان بيعك مائتي صاع، فإذا حلف تفاسخا البيع انتهى.

وهو شاهد لقول الصيمري وغيره: في يمين البائع، وأما يمين المشتري فالنص فيه كما تراه، ولعل الشَّافِعِي ﷺلم يرد الفرق بينهما، وفيه نظر! والله أعلم.

فروع: أحدها ينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما ألا يعرض اليمين على الآخر إلا بعد أن يعرض المبيع عليه بما حلف عليه صاحبه كما سبق عن النص وغيره، فإن رضي بقبوله فذاك وإلا حلفه، والأشبه أن ذلك وجه الندب، وضابط العرض أن يكون بعد يمين الإثبات، إذ بها يتم الحلف، ولا يبقى إلا حلف الثاني أو رضاه بما حلف عليه، والأول الثاني لو نكلا جميعًا.

قال الإمام: لم يتعرض له الأئمة وأبدا احتمالين، أحدهما: أنه كتحالفهما، والثاني: أنه يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة.

قال: وقد رأيت ذاك في بعض تصانيف المتقدمين وأقامهما الرَّافِعِي وجهين: فقال فيه وجهان للإمام.

وقال الغزالي في «البسيط»: إن الظاهر الأول، وفي «الروضة» أن الأصح اختيار التوقف، انتهى والمسألة في الكتابة من «الأم».

قال: وإن نكل السيد والعبد كان عبدا لا يكون مكاتبًا حتى ينكل السيد

وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا ....

فحلف في العبد مع نكول سيده بقوله رضي الله عنه: كان عبدًا يحتمل أنه جعل نكوليهما كتحالفهما فتنفسخ الكتابة ويصير عبدًا، ويحتمل أنه لم يحصل ما يقتضي الحكم، لكن الأول أقرب لتصريحه بصيرورته عبدًا، فدل على أنه فسخ الكتابة، وهذا ما رجَّحه الغزالي.

وفي «الحاوي» أنهما إذا نكلا معًا تركهما، ولم يحكم بنكول واحد وقطع الخصومة بينها وهو شاهد لترجيح المصنف، فقد صرح الدَّارِمِي في المسألة فقال: إن نكل أحدهما حكمنا لصاحبه، وإن نكلا فوجهان: أحدهما يُردَّا، والثاني يدفع المشتري الثمن المتفق عليه للبائع، فإن ملك الزيادة قلنا: احلف وحدك انتهى.

وقوله: والثاني في يد المشتري يعني يقر المبيع في يده، ويدفع الثمن المتفق عليه إلى البائع إلى آخره، وهذه مقالة ثالثة.

الثالث: إذا اكتفينا بيمين واحدة، فحلف أحدهما ونكل الآخر، قضى للحالف سواء نكل عن النفي والإثبات معًا أو عبر أحدهما، هذا هو المشهور المعروف. وقال الْجُورِيُّ: إذا حلف البائع ثم نكل المشتري، ففي إعادة اليمين على البائع قولان:

أحدهما: يعاد لأنه مدعي عليه، فإذا حلفناه على ما ادَّعى عليه ثم نكل صاحبه أعيدت اليمين عليه، والثاني: لا ويقع الاستحقاق بنفس النكول؛ لأنه إذا حلف إنما يحلف على ما يدعيه، فإذا نكل صاحب علم صدقه، انتهى.

فإن أراد اليمين الجامعة؛ فالقول بالإعادة غريب، وإن أراد يمين النفي وهو الأقرب، فالقول بعدم تحليفه بعد نكول المشتري غريب، وقد يقال: ليس هذا قضاء بالنكول بل باليمين السالفة.

قال: (**وَإِذَا تَحَالَفَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا**) أي: بمجرد التحالف لحديث ابن مسعود -رضي الله عنه- المتقدم، فإنه أثبت الخيار للمشتري بعد حلف البائع.

وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ أَو أَحَدُهُمَا أَو الْحَاكِمُ وَقِيلَ: إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ، ....

والثاني: ينفسخ بانفساخ النكاح بتحالف المتلاعنين، ولأن التحالف يحقق ما قالاه، وهذا ما نقله الفارسي قولا، وفي بعض نصوص «الأم» إشارة إليه، ونقل القاضي أبو حامد الأول عن نصه في القديم والجديد، فالخلاف قولان:

قال: (بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا) أي: على ما قاله أحدهما أو غيرهما فيما يظهر.

(وَإِلَّا فَيَفْسَخَانِهِ أَو أَحَدُهُمَا أَو الْحَاكِمُ): اعلم أن قضية هذا الكلام أن للحاكم الفسخ بلا خلاف، وإنما الخلاف في ثبوته لهما وهو قضية كلام الرَّافِعِي وعبر هو والمصنف بما في الكتاب، وهو يفهم أن كلامه من الثلاثة له الابتداء بالفسخ.

(وَقِيلَ إِنَّمَا يَفْسَخُهُ الْحَاكِمُ) قيل: ولا يعرف لأحد قبل الرَّافِعِي، ويجب تأويله على أن الفسخ لأحدهما، وللحاكم عند امتناعهما ويرشد إليه قول الرَّافِعِي: أن الحاكم إنما يفسخ إذا استمرا إما أنه يفسخ بمجرد فراغ التحالف فلا، والحاصل أن فيمن يفسخه وجهان:

أحدهما: الحاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه فأشبه العيب، واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي الحسين والمتولي والروياني وابن أبي عصرون، وعليه اقتصر الجويني في مختصره، والغزالي في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر» وغيرهم، وهو المختار قطعًا للشارع، والظاهر أنه إن شاء فسخه بنفسه، أو أذن فيه لأحدهما أو لهما أو لغيرهما، إلا أنه تعين أن يفسخه بنفسه كما توهمه متوهم، والثاني لهما، ولأحدهما أن ينفرد به كالردِّ بالعيب، والمفهوم من إيراد الجمهور لهذا الوجه أنه لا مدخل للحاكم فيه، وقد يؤيده قوله: في كتاب السلم من «الأم»، فإذا حلف، فإن رضي وإلا تفاسخا، وكرر هذا اللفظ، يذكر أن الحاكم يفسخ.

وقال الهروي: معناه أن القاضي يقول: لهما إما أن تراضيا على أحد الأمرين، وإما أن أحملكما على الفسخ. وقال الهروي: كالمولى إذا امتنع عن النفقة أجبره على الطلاق بالحبس، انتهى.

ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ ....

تنبيهات: لو أعرضا عن الخصومة بعد التحالف ولم يتوافقا على شيء، وقالا: للحاكم لا ينفسخ بيننا ففيه تردد للإمام، والذي قاله الْمَاوَرْدِي: إنه لا يجوز للحاكم الفسخ إلا عن مسألتهما بعد عرض ذلك على كل منهما كما يعرضه على الثاني بعد يمين الأول، والظاهر أن مراده اعتبار مسألة أحدهما، وهو الوجه لا مسألتهما جميعًا.

وقال الهروي: وغلط من أصحابنا أن الفسخ من القاضي يتوقف على طلب المتبايعين أو أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة، وهذا ما قاله الْمَاوَرْدِي إذا فسخ العقد بعد التحالف، الفسخ المبطل منهما لم ينفسخ وإن فسخاه معًا، أو الحاكم فكفسخ المحق، فلو قال: لا أعلم كوني صادقًا ولا كاذبًا، حل له إمساك المبيع بناءً على الظاهر أنه لا يكذب، قاله القاضي الحسين وهو ظاهر؛ إلا أن يكون عهد من نفسه الكذب والجحود، مع أن في إباحته الفرح وغيره مع الشك نظر إذ قد يكذب الصادق، أو يهم حكي الهروي عن الشَّافِعِي أنه إذا قال: بعتك هذا بألف، فأنكر وحلف، فقول القاضي للمشتري: قد فسخت ويقول البائع: قل قبلت الفسخ، فإن لم يفعل فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود والحلف كان مذهبًا، انتهى.

قال: (**ثُمَّ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ**) أي: إذا انفسخ أو فسخ وكان بعد القبض، وهو باقٍ بحاله سواء.

قلنا: يبعد ظاهرًا أو باطنًا أم ظاهرًا فقط، وكذلك على البائع رد الثمن، ثم إن ما يرد المبيع دون زوائده الحادثة المنفصلة قبل الفسخ على الصحيح، وإذا لم يتعلق به حق ثالث ويفوز البائع بزوائده المتصلة كما اقتضاه إطلاقهم هنا، وهو ما إذا كان أثرا محضًا ظاهرًا وإن كانت عيبًا كالحمل، وما الحق به مما أعطى حكم العين من قصاره أو تعليم وغيرهما كما سيأتي، ففيه نظر يحتمل أن يكون كما في الفسخ بالفلس وبالعيب، ويحتمل غيره، ولم يحضرني فيه نقل.

فروع: إن نقص رده مع أرش النقص وهو ما نقص من القيمة، والقول في قدرها قول المشتري.

فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَو أَعْتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو كَاتَبَهُ أَو مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ.

قال الدَّارِمِي: إن كان ثَمَّ ولد، فقال البائع: قبل البيع، وقال المشتري: بعده، فعلى الصحيح أنه لا يرد الثمن، وهو وجهان: في قول من قال: وإذا تحالفا فرد السلعة، فقال البائع: ليست هي، فالقول: قول المشتري.

قال: (**فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَو أَعْتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو كَاتَبَهُ أَو مَاتَ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ**) لمقامهما مقام العين، وإن كانت أزيد من الثمن المدعى، على الصحيح المنصوص.

وقال ابن خيران: لا يجب الزوائد؛ لأنه يدعيه ولم يفرق في البيع بين كونه بعد انقضاء الخيار أو لا، وفيه احتمال على قولنا: الملك له، وعبارة الدَّارِمِي وإذا تحالفا فكان قد باعها أو وهبها فالقيمة، ولا ينقص فعله، نعم لو كان قد وهب أو رهن ولم يقبض لزمه رد العين، ثم ما ذكرناه من الرجوع بالقيمة تفريع على المذهب الصحيح.

وقال أبو بكر الفارسي: يتبين بالتحالف فساد تصرفاته وبرد العين.

قال: (**وَهِيَ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ**).

وقال في «الروضة» في القيمة أوجه، وقال الإمام: أقوال والمشهور أنها أوجه كما أشار إليه:

أحدها ما صححه؛ لأن مورد الفسخ العين ولو بقيت والقيمة بدلها، فإذا فاتت رجع إلى بدلها بقيمة ذلك الوقت.

والثاني: قيمة يوم القبض؛ لأنه يوم دخوله في ضمانه فيما يعرض بعده من بعض أو صده ففي ملكه.

والثالث: أقصى قيمة من القبض إلى التلف كالبيع الفاسد.

والرابع: أقل قيمة من العقد إلى القبض، وبه جزم القاضي الحسين، وضعفه الإمام، وعبر عنه الغزالي أنه تعبير أقل قيمة من يوم القبض إلى يوم التلف، ولعله لا عن قصده وعبارة «البسيط» على الصواب ولو تنازعا في

وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ.

القيمة أو في الأرش ولا بينة، فالقول: قول المشتري لأنه غارم.

تنبيه: إطلاق المصنف وغيره، بل الجمهور وجوب القيمة يقتضي أنه لا فرق بين المتقوم والمثلي.

وقال ابن يونس في شرح «الوجيز» بعد تقرير وجوب القيمة: هذا إن كان متقومًا وإن كان مثليًا وجب رد المثل.

وقال غيره: أطلق الجمهور أن المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف يضمن بالقيمة، وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان متقومًا فبالقيمة، وإن كان مثليًّا فوجهان أصحهما بالقيمة؛ لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه بالعوض بخلاف العصب وطرده في المقبوض وبالسوم والتحالف بعد هلاك المبيع، وكل عقد مفسوخ فكلها يضمن بالقيمة عنده، وعلته المذكورة على ضعفها يظهر هنا بعض الظهور لا في نفيه المسائل، والصحيح خلاف ما قاله.

قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: في باب اختلاف المسلف والسلف في الثمن بعد ذكره صورًا من التحالف والتفاسخ، فإن كان الثمن في هذا كله دراهم أو دنانير رد مثلها أو طعامًا رد مثله، فإن لم يوجد ردَّ قيمته، وكذلك لو كانت السلعة غير مكيلة ولا موزونة ففاتت رد قيمتها، وقبيل هذا الباب من «الأم».

قال الشَّافِعِي ﷺ: إن أسلف سلفًا فاسدًا وقبضه رده، إن استهلكه رد مثله، إن كان له مثل أو قيمة إن لم يكن له مثل.

وقال الشَّافِعِي ﷺ: إذا اشترى ثمرة لم يبد الصلاح فيها بشرط التنقية وقطع منها شيئًا، إن كان مثل رد مثله ولا أعلم له مثلًا، وإن لم يكن فقيمته، فهذه النصوص ترد ما قاله: الْمَاوَرْدِي والقياس معها وحمل ابن الرِّفْعَة إطلاق الجمهور على المتقوم، نعم يستثنى من ضمان المثلي في الجملة صور وأشرت إليها في «الغنية».

قال: (وَإِنْ تَعَيَّبَ رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ) أي: وهو ما نقص من القيمة، قال الشيخ أبو علي: وهذا أصلي مطرد وهو أن كل موضع لو تلف الكل ضمن بالقيمة،

فإذا تلف البعض ضمن ببعضها إلا في الزكاة المعجلة، فإنها إذا تعينت واقتضى الحال الاسترداد في الرجوع على الفقير بالأرش وجهان، وادعى الإمام انعكاس ذلك، وهو أن كل من لا يضمن القيمة إذا تلفت العين بيده لا يضمن الحر، وإذا تلف كالبائع بتعيب المبيع بيده قبل القبض.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا الأصل يستثنى منه مسائل فذكرها، ومعظمها فيه نظر، فراجعها إن شئت!

فروع: من العيب الحُكمي تزوج الأمة والعبد، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية والنكاح بحاله.

وقال الفارسي: يبطل ولو كان العبد قد أبق أو غصب غرم المشتري قيمته، وكذا لو كاتبه صحيح وإن رهنه، قالا: فالبائع بالخيار وإن شاء صبر إلى فكاكه، وإن شاء أخذ القيمة وإن أجره فإن منعنا بيع المأجور، فكما لو رهنه وإلا فللبائع أخذه، لكنه ينزل عند المستأجر إلى انقضاء المدة والآخرة المسماة للمشتري، وعليه البائع أخذه المثل للمدة الباقية، وإن كان أجره للبائع فله أخذه قطعًا، وفي انفساخ الإجارة وجهان كما لو باع الدار لمستأجرها، انتهى ما نقلاه.

وقال في «البيان»: إذا تحالفا بعد ما أجره قال المسعودي: يرده، وأرش ما نقص الإجارة، انتهى.

وزاد الْمَاوَرْدِي في المرهون أنه هل للبائع أن يأخذه المشتري بفكاكه قبل محله وجهان، قيل: وقولهما يتخير بين الصبر إلى فكاكه وأخذ القيمة، وإن أراد تأخير الفسخ فذاك، إلا أن الظاهر أن الفسخ هنا ليس فوريًا لدوام الضرر، وإن أراد أنه بعد الفسخ له الصبر إلى فكاكه فهو مخالف لما قاله الإمام لأخرجه على أن القيمة للحيلولة أولًا إن قلنا: للحيلولة لم يجز على قبولها وإلا أجيز، وينبغي أن يكون في الآبق كذلك.

قلت: وكلام الرَّافِعِي ظاهر في أن الكلام فيما بعد الفسخ لا سيما في «الشرح الصغير» إذا غرم القيمة في هذه الصورة ثم زال الحابل فهل يرد العبد

وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا.

ويسترد القيمة، يبنى على أنه قبل زوال الحابل ملك من إماء الآبق ففيه وجهان:

قيل: يملك للمشتري ولا يرد الفسخ عليه، بل على القيمة، وأصحها أنه في إباقه على ملك البائع والفسخ وارد عليه، وإنما وجبت القيمة للحيلولة، والمعصوب كالآبق والمرهون والمكاتب، قبل على الوجهين، والأصح القطع.

يقال: ملك المشتري وللمستأجر إن منعنا ببيعه فكالمرهون أو كالآبق فيه احتمالان للإمام، أظهرهما الثاني وهو ما قاله: القاضي الحسين، فإن قلنا ببقاء ملك المشترى فالفسخ وارد على القيمة كالتالف، فلا ردَّ ولا استرداد، وإن قلنا: يعوده البائع ثبت الرد والاسترداد عند زوال الحيلولة، وفيه تنبيه على أن الفسخ في التلف الحسي وارد على القيمة قطعًا، ولك أن تقول لا يعدد الفسخ، قيل: التلف ويكون وارد على العين، كما قيل في تلف المبيع قبل القبض ويظهر أثر ذلك في مؤنة تجهيز العبد على من هي.

قال: (**وَاخْتِلَافُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا**) أي: وكذا اختلاف ورثة أحدهما والآخر؛ لأنها يمين في المال، فقام على الوارث مقام المورث فيها لهي دعوى المال، وسواء قيل القبض وبعده ويجوز للوارث الحلف إذا غلب على ظنه صدق مورثه، وسكتوا هنا عن كيفية يمينه.

وذكروا في الصداق أنه يحلف في الإثبات على البت، وفي النفي على النفي العلم على الصحيح، وقيل: على البت ولو كان الوارث أكثر من واحد فالظاهر جواز التحالف بين المنكر والعاقد الآخر.

وقال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يكون كما في الرد بالعيب، وليس كذلك لقولهم بالتحالف فيما إذا تلف أحد العبدين، ولم ينظروا إلى التفريق الصفقة ولو كان الوارث محجورًا عليه في حلف وليه خلاف ذكره الإمام في كتاب الصداق، والأصح جريان التحالف بين الوليين في مال المحجور عليه، وبين ولي الطفل والمشتري ومال الإمام إلى المنع، ولا فرق بين الأب والجد والولي والوصي والقيم بشرط نقائهم على الولاية، فلو استقل المحجور أو صرف الولي فلا

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهُ بِكَذَا فَقَالَ: وَهَبْتَنِيهِ فَلَا تَحَالُفَ بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ.

وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ.

ذكره في «البسيط» والمراد نفي التحالف، أما الحلف على من توجهت عليه العهد فلا يندفع ويتحالف الوكيلان فيما عقداه على الأصح، وقد أوضحت الكلام على الفرع وتفاريعه في «الغنية».

إشارة: قالوا: لا تحالف إلا عند الحاكم؛ لأنه يمين مستحقة في دعوى، والظاهر أنهما لو حكما حكمًا حالف بينهما.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهُ بِكَذَا فَقَالَ: وَهَبْتَنِيهِ فَلَا تَحَالُفَ**) إذا لم يتفقا على عقد.

(**بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى الْآخَرِ فَإِذَا حَلَفَ رَدَّهُ مُدَّعِي الْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ**) أي: جميعها إذ لا ملك له، هذا هو المشهور، وفي قولٍ: يصدق مدعي الهبة لاتفاقهما على أنه ملكه.

قال الإمام: ويفسخ البائع المبيع في الباطن إن كان صادقًا، لتعذر الثمن ولم يقل غيره في الباطن، وحكى الْمُتَوَلِّي وجهًا أنهما يتحالفا، وزعم أنه الصحيح وهو في «الإبانة» وقال في «العدة»: لم يرد أنهما يتحالفان كتحالف المتبايعين على النفي والإثبات بل يحلف كل على نفي دعوى الآخر، وعلى هذا حمل المصنف في التنقيح قول: الغزالي في كتاب الهبة يتحالفان، انتهى.

وتأملت كلام «التتمة» فوجدته لا يقبل التأويل فهو سهو، ولا يجوز عده وجهًا إلا أن يثبت عن غيره، وكأنه حمل كلام شيخه الْفُورَانِي على ظاهره.

إشارة: قد يقال: كيف يرد الزوائد، وهما متفقان على حدوثها على ملكه لم يقابلها عوض، وقد يثبت الفرع، وإن لم يثبت الأصل وقضية إيجاب ردها عز بها فوتها، وهو مشكل.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى صِحَّةَ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ فَسَادَهُ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ مُدَّعِي الصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ**) لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسألتين الصحة، والثاني: تصديق

....

مدعي الفساد وصححه جماعة إذ الأصل عدم العقد الصحيح، وبقاء ملك كلٍّ على ماله. واعلم أن المشهور نقل الخلاف وجهين وحكيا قولين.

قال القاضي أبو الطيب والشافعي: ما يدل عليها ولاختلافها مراتب:

الأولى: أن يدعي حرية المبيع أو أنها أم ولد وأنها ملك الغير؛ فالذي أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين والرافعي والمصنف أن القول قول: مدعي الصحة وجعلوه دليلًا لأحد الوجهين في دعوى الشرط المفسد، وكأنهم رأوا ألا خلاف فيه.

الثانية: أن يختلفا في صفة العقد فيدعي أحدهما وجوده على وجه مفسد كأجل مجهول أو شرط خيار مجهول أو زائد على الثلاث، وكل شرط يقتضي انضمامه إلى العقد فساده أو في انضمام فاسد إلى الثمن كدراهم وحمراء وغير ذلك مما لا يصح بيعه، ويدعي للآخر البيع بما هو قابل للبيع، فهذا محل الخلاف وفاقًا، والأصح ما ذكره المصنف.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو اختلفا في شرط يفسد العقد، فالقول قول من ينفيه بلا خلاف .

الثالثة: أن يختلفا فيما يكون وجوده شرطًا كبلوغ البائع بأن باع، ثم قال: لم أكن بالغًا حين البيع، وأنكر المشتري، وما ذكراه محتمل صدق البائع؛ لأن الأصل عدم البلوغ، جزم به الرُّويَانِي في «التجربة» ولم يذكر غيره سواه، وكلام الأصحاب في كتاب الطلاق يوافقه، وكذلك لو اختلفا في الرؤية فالذي جزم به القاضي الحسين أن المشتري إذا قال: لم أر المبيع أنه يصدق بيمينه؛ لأن الأصل معه.

وقال الغزالي في «فتاويه»: إن القول قول البائع، قال في «الروضة»: هي اختلافهما في شرط مفسد، وإن الأصح قول مدعي الصحة، وعليه فرعها الغزالي، وكذا قال ابن أبي الدَّم في «أدب القضاء» وما ذكره القاضي أظهر، وبه أفتى الْعِمْرَانِي، وعليه ينطبق اختيار ابن الصلاح حيث فرق بين أن يسند

....

الفساد مدعيه إلى أمر زائد مفسد، فلا يصدق إذ الأصل عدمه أو يسنده إلى اختلال ركن أو شرط؛ فيصدق للأصل.

قال: هذا هو الذي استقر عليه الرأي، واعتمدت عليه في الفتوى.

قال بعض الشارحين: وقد تقدمه بذلك المحاملي والبندنيجي.

قلت: ويعضده ما ذكره السِّنْجِي في «شرح التلخيص» أنهما لو اختلفا في تغير ما كان رآه قبل العقد، فقال البائع: لم يتغير، وعاكسه المشترى.

قال الشَّافِعِي في كتاب «الصرف»: القول قول المشتري؛ لأن الأصل أن البيع غير لازم ما لم يعترف أنه شاهده، وهو على تلك الصفة، ألا ترى أنه لو أنكر الرؤية أصلًا كان القول قوله، انتهى.

وهذا منه يقتضي أنه محل وفاق في المذهب، ويجوز أن يخرج في الخلاف على تعارض الأصل، والظاهر والأصح فيه الأخذ بالأصل، وسيأتي في هذا مزيد كلام، ولو باعه الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع في الأرض ثم اختلفا، هل شرطا القطع أم لا؟

فالقياس أنه كاختلافهما في الرؤية وأولى، فإن العامة أو غالبهم لا يعرفونه ولا يتعرضون لذكره بخلاف الرؤية، فيقرب هنا الجزم بتصديق نافيه، والحكم بالفساد إذ الأصل عدم ذكره، والغالب أنه لا يذكر، والله أعلم.

تنبيهات: قال الْقَفَّال: أصل الوجهين قولًا تعقيب الإقرار بما يرفعه، وسأذكر لفظه. وقال القاضي أبو الطيب: أصلها القولان فيمن تكفل برجل ثم قال: تكفلت على أن الخيار ثلاثًا، وأنكر صاحبه، فمن المصدق، وكلاهما راجع إلى شيء واحد، وإنما هو اختلاف مثال، وكلام المزني في «المختصر»: صريح فيه.

قال: الرَّافِعِي: ولمخرج أن يخرج الوجهين على تقابل الأصل والظاهر، انتهى.

وعبارة «فتاوى الْقَفَّال»: إذا اختلفا فقال المشتري: رأيته ثم اشتريته، وقال

....

البائع: بعتك قبل أن تراه، نظر إن سمع من البائع أنه لو أقرّ ببيع عبده مطلقًا لم يلتفت إلى قوله: بعد ذلك، وإن لم يسمع منه أبدًا إلا كذلك فعلى قول تعقيب الإقرار، ولو اختلفا على العكس فالحكم كما ذكرناه بلا فرق، انتهى.

وقضية التخريج أنه لو قدم ذكر المفسد هنا أن يكون القول قوله: قطعًا نظيره له من ثمن خمر على ألف كما هو المذهب هناك.

وقال القاضي الحسين في «التعليقة»: أثر نقله عن شيخه بناء القولين على تعقيب الإقرار، وهذا مطرد إلا في مسألة، وهي قوله: بعتك بألف، فقال المشتري: اشتريت بزق خمر، فمن يبعض لا يمكنه أن يجعل القول قول البائع، فالوجه أن يقال: يحبس المشتري حتى يتبين ما يكون ثمنًا.

وقال الْمُتَوَلِّي في هذه الصورة: إننا ننظر، فإن اتفقا على إيجاب البائع سبق حكم بصحة العقد؛ لأنه إذا سقط تسمية الخمر يبقى قوله: اشتريت، وهو مرتب على إيجاب البائع، وإن اتفقا على أن لفظ المشتري سبق فلا يصح العقد، لأن قوله: اشتريت لا يوجب حكمًا ما لم يكن معه ذكر ثمن، وإن اختلفا في السابق فهل القول: قول مدعي الصحة أو الفساد؟ فيه وجهان، قيل: وفيه نظر، إذ التفريع على تصديق مدعي الصحة، وجوابه: أنه يوافق مدعي الفساد في هذه الصورة، قاله ابن الرِّفْعَة، وما قاله: القاضي أقوى مما قاله الْمُتَوَلِّي.

وقال في «الروضة»: ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر، فعلى الوجهين، أي: ودعوى الصحة والفساد، وقيل: بقطع الفساد، كذا نقل الرَّافِعِي الطريقين عن «التهذيب» وأقره [الْبَغَوِي. . . .][1] ادعى أحدهما البيع بمائة، فقال الآخر: بل بخمسين وزق خمر، وصدقنا مدعي الصحة.

قال الْمُتَوَلِّي والبغوي: حلف بالله ما كان في العقد تسمية الخمر، فينبغي ذلك، ويبقى المنازعة في قدر الثمن فتحالفان.

ونقل ابن الرِّفْعَة عن «مختصر الْبُوَيْطِي»: أنه إذا قال: اشتريت بألف،

---

(١) بياض بالأصل.

……

فقال: بل بعت بألف وزق خمر أو جلد ميتة وما أشبه ذلك تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذه زيادة ادعاها رب الثوب حرامًا كانت أو حلالًا، انتهى.

قيل: وجريان التحالف هنا مشكل، وليست كالصورة قبلها؛ لأنا إذا أسقطنا الخمر هنا صار الثمن بدعواهما ألفًا فلا اختلاف، ولا تحالف بخلاف المسألة قبلها؛ فليتأمل.

قلت: ولفظ النص فيما رأيته في «الْبُوَيْطِي»: وإن ادعى أحدهما أن ثمن الثوب درهم. وقال الآخر: بعتك بدرهم وزق حمر أو جلد ميتة أو ثوب وما أشبهه تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذا زيادة، وكل زيادة ادعاها رب الثوب حرامًا كانت أو حلالًا أحلفناه، وفسخنا البيع.

قال: وكل شيء لم يكن زيادة وإنما هو دعوى فساد البيع مثل قوله: لي الخيار في السلم، ومثل قوله: على أن يسلمه إلى فلان إذا شاء، وما أشبه ذلك حلف المبتاع، وثبت البيع، انتهى.

فرع: قال شُرَيْح الرُّويَانِي في «أدب القضاء»: إذا ادعى فساد العقد وأقام بينة أن البائع كان أقر أنها مغصوبة سمعت، وحكم بفساد البيع. وحكى جدّي عن بعض أصحابنا أنها لا تسمع أنه إن سمى المغصوب منه لم يسمع وإلا سمعت.

فرع: ادعى عليه عينًا فصالحه عنها على عوض ثم اختلفا، فقال المدعي: إنما صالحته على الإنكار؛ فالصلح باطل ولي الرجوع إلى أصل الخصومة.

وقال المدعى عليه: لا بل كنت أقررت لك بها أولًا ثم أنكرت ثم صالحت عنها.

قال الشيخ أبو حامد: فالقول قول المدعي؛ لأن الأصل هو الصلح على الإنكار الذي قد عرف إلى أن تقوم البينة بإقراره قبل ذلك قاله في «البيان» هناك.

إشارات: لو قال المصنف: ولو ادعى صحة العقد لكان أجود إذ الخلاف جارٍ في عقود المعاوضات كالإجارة والصداق وعوض الخلع وغيرها، نعم يستثنى ما لو باع ذراعًا من أرض علما درعها فادعى البائع أنه أراد ذراعًا معينًا

وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيَرُدَّهُ فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ يَدِ الْعَبْدِ].

حتى لا يصح العقد، وادعى المشتري الإشاعة ليصح فأرجح الاحتمالين في «الروضة» تصديق البائع حتى يفسد؛ لأنه أعلم بإرادته، وما إذا اختلفا أن الصلح وقع على الإنكار والاعتراف؛ فإن الصواب في «الروضة» تصديق مدعي وقوعه على الإنكار؛ لأن الغالب وهو شاهد لما يجنيه في بيع الزرع الأخضر ونحوه، فإن الغالب عدم التعرض لشرط القطع، وأما إذا قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون أو محجور عليَّ وعرف ذلك فإنه المصدق.

قلت: ولا اختصاص لهذا بهذه الصورة بل الحكم كذلك في البيع وغيره من العقود إذا احتمل ذلك، وقد سبق دعواه الصبي حالة البيع.

فرع: تقايلا أو ردَّ بالعيب بعد دفعه الثمن، ثم اختلفا في قدره؛ صدق البائع بيمينه لأن العقد ارتفع، وهو يدعي زيادة الأصل عدمها.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ)** أي: مثلًا ليرده، فقال البائع: ليس هذا المبيع صدق البائع؛ لأن الراد يروم الفسخ، والأصل بقاء العقد والسلامة، وهذا في المبيع المعين فيصدق المشتري بيمينه، أما لو اشترى موصوفًا في الذمة ثم قبضه ثم جاء بالمقبوض **(لِيَرُدَّهُ)** بعيب فكالمسلم فيه، وكذا الثمن في الذمة، والثمن المعين كالمبيع المعين، فيصدق المشتري بيمينه.

قال **الْبَغَوِي**: لكن لو كان نحاسًا لا قيمة له، فالقول قول الرَّادّ، قال: **الرَّافِعِي** وينبغي أن يكون على الخلاف في دعوى الصحة والفساد.

قال: **(فَقَالَ الْبَائِعُ لَيْسَ هَذَا الْمَبِيعُ، صُدِّقَ الْبَائِعُ بِيَمِينِهِ)**: **قلت:** ولعله بناه على اختياره تصديق مدعي الفساد، ويجئ ما ذكره في البيع المعين إذا كان فاسدًا لا قيمة له، وسبق عن **الدَّارِمِي** أنهما لو تحالفا فرد السلعة فقال البائع: ليست هي، فالقول قول المشتري، فليتأمل ما ذكروه هنا.

قال: **(وَفِي مِثْلِهِ فِي السَّلَمِ يُصَدَّقُ الْمُسْلِمُ فِي الْأَصَحِّ يَدِ الْعَبْد)** لأنه لم يعترف بقبض ما عقد عليه، والأصل اشتغال ذمة صاحبه، وفي بيع المعين اتفقا

....

على قبض المبيع وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل عدمه، والثالث يصدق المسلم إليه كبيع المعين.

فائدتان: الأولى: قال في «الروضة»: لو قال: بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لي، وعاكسه المشتري صدق البائع؛ لأن الأصل بقاء ملكه، انتهى.

ومن النظائر لو اختلفا في ولد المبيعة، فقال البائع: وضعته قبل العقد فهو لي، وقال المشتري: بل بعده. قال في أواخر «النهاية»: كتب الحليمي إلى الشيخ أبي زيد يسأله عن ذلك، فأجاب بأن القول قول البائع؛ لأن الأصل بقاء الملك.

قلت: وحكى الدَّارِمِي في المصدق منهما وجهين، ومنها قالت مكاتبته: ولدت بعد الكتابة، فقال: بل قبلها، صدق السيد، قاله الْبَغَوِي وما نفاه، قالا: ولو زوج أمته بعبده ثم باعها منه وولدت، وقد كاتبه؛ فقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو قنٌ لي، وقال المكاتب: بعد الشراء، فقد كاتب صدق المكاتب بيمينه ويده مقرة على هذا الولد وهي تدل على الملك والمكاتبة لا تدعي الملك؛ بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه، انتهى.

وهذا الفرق يقتضي أن ينظر في مسألة الثمرة والتي بعدها إلى اليد حالة التنازع، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان في مسألة الثمرة أنهما يتحالفان ويترادان وبه جزم الدَّارِمِي وزاد فذكر أنهما لو اختلفا على العكس ما ذكرناه فالبيع صحيح، ويوقف الثمرة وولد الجارية ومن ينفق عليه في الوقف يحتمل وجهين: الْقَطَّان.

أحدهما: ببيت المال، **والثاني**: يستقرض له الإمام، فإن بان شيء فعليه وإلا فعليه إذا بلغ انتهى. وما ذكره هو وابن الْقَطَّان من التحالف هو الظاهر؛ لأنه في الحقيقة اختلاف في قدر المبيع أو صفته ولينظر في مسألة الحكيمي، فإن اختلافهما إذا كان قبل ذلك سن التفرقة اختلاف في صحة البيع وفساده في الحقيقة، ولعله مراد الدَّارِمِي مما أطلقه من الوجهين فمن المصدق منهما؟ الثانية، قالا هنا لو رد المبيع بعيب.

(باب في معاملة الرقيق)

قال المصنف: [باب الْعَبْدُ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: كنت أعتقته برد الفسخ ويحكم بعتقه وهذا محمول على ما إذا صدقه البائع وإلا فليس له إبطال حقه بمجرد دعواه كما لو باعه، ثم قال: كنت أعتقته.

قلت: يبعد هذا قول الإمام في كتاب «الرهن» أن هذا هفوة لا يعتد بها فإنه أقر بما هو خارج عن ملكه بخلاف الرهن، ولو كان الأمر كما قيل لم يكن هفوة ويظهر أن يقال: إن كان التصوير فيما إذا صدق البائع على العيب واسترده لم يصدق المشتري فيما زعمه من العتق، وإن كان التصوير فيما لو رده ببينة تقدم عيبه والبائع ينكر قدمه ويدعي حدوثه بيد المشتري، وبقاءه على ملكه ثم ادعى البائع ذلك فسخ الرد وحكم بعتقه؛ إذ البائع يقول: هو أبق على ملكه وأنا مظلوم برده، فيكون ذلك في حكم التصديق، ولينظر فيما لو نكل البائع عن الحلف على نفي قدم العيب فحلف المشتري اليمين المردودة ورده، ثم جاء وادعى العتق ومن قبل، هل تلفت ذلك على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة؟ ويترتب عليه ما أبدناه أم لا؟

ثم رأيت في فروع ابن الْقَطَّان قبل باب الاستبراء فجحده لم يلحق به إلا أن يعترف مع الولد وحصل في ملك غيره، ثم ادَّعى ذلك الولد، هل يقبل منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل منه ويصير الولد حرًا، ويجب أن يفسخ البيع، ويرد الثمن وتصير أم له. والثاني: لا يقبل منه؛ لأن في ذلك إبطال لحق المشتري، انتهى.

والثاني هو القياس، والأول يوافق ما نقلاه هنا، وبه يتبين أنه وجه محقق ضعيف. وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: قال: (باب) أي: في معاملة العبد القنّ.

قال: (**الْعَبْدُ إنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي التِّجَارَةِ لَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَصَحِّ**).

……

قلت: وقيل قطعًا وقيل على الأظهر، لأنه محجور عليه لنقصه كالسفيه.

والثاني: يصح، لأن الثمن في ذمته ولا حجر عليه فيها ويجريان في اقتراضه وضمانه وسائر عقود المعاوضة، خلا النكاح، فلا يصح جزمًا، ويصح طلاقه بالمال وخلعه كما سيأتي. ونسب الْمَاوَرْدِي الصحة إلى الجمهور ونسبه غيره إلى العراقيين.

وقال القاضي أبو الطيب: شراؤه مثل قبوله الهبة والوصية، بعد نقله عن الأكثرين الصحة فيهما وأنه المذهب.

قال شارح: والأمر كما قال: ولا فرق بينهما فيمن يلتزم ترجيح ما عليه الأكثر ينبغي أن يصحح الشراء هنا لا سيما، ولا ينهض دليل قوي على فساده.

قلت: فظاهر نصه في «الأم» أو نصه موافق الأول كما سقته في «الغنية» بحروفه وتفاريع، الثاني يبين ضعفه، فإن الصحيح عليه أن الملك فيما اشتراه للسيد لا له وإلزام العوض لمن لا يملك العوض تعبد، والوجهان في شرائه في الذمة فإن اشترى معين فباطل جزمًا.

قال الدَّارِمِي: لو اشترى غير المأذون بإذن سيده هل يقع له أو لسيده؟ وجهان. قلت: الظاهر أنه لسيده.

إشارات: قوله: بغير إذن سيده يفهم أنه لا يصح بإذن ولي سيده المحجور عليه لصغر أو غيره، والظاهر أن إذن وليه كإذنه إذا قلنا: بالأصح فيظهر استثناء صور:

منها: لو امتنع السيد من الإنفاق عليه وتعذرت مراجعة الحاكم أو حيل بينهما لحبس أو غيره؛ فالقياس صحة شرائه ما تمس حاجته إليه كما سبق في السفيه وأولى، وفي كلام الْبَغَوِي شيء منه، وكذا لو بعثه في شغل إلى بلد بعيد أو أذن له في حج أو غزو، فله فيما يظهر شراء قوته وما لا بدَّ له منه إذا هاباه البعض فشراه في ثوبه نفسه صحيح، وإلا فهل يصح عند قصده نفسه، أو يصح، فإن أطلق أو تحرى خلاف من تفريق الصفقة؟

لم أر فيه شيئًا، وذكر في «التنبيه» وتابعه الْجُرْجَانِي في «التحرير» أنه

وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ، وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أَذِنَ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ.

يشترط في المأذون الرشد ويوافقه قول: المصنف، وشرط العاقل الرشد والذي ذكر الأصحاب في العبد اعتبار البلوغ والعقد وسكتوا عن الرشد.

وقيل: إن الماوَرْدِي شرط أن يكون نجيب يصح تصرفه لنفسه لو كان حرًّا ولم أره فيه في مظانه، فإن صح هذا كان شرطًا في صحة شراء عين المأذون؛ إذا قيل: به ومن باب أولى الْجُرْجَانِي.

قال مفرعًا: (**وَيَسْتَرِدُّهُ الْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ**) لبقائه على ملكه. قال: (**فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ**) أي: يد العبد.

(**تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ**) أي: سواء أراه السيد العبد أم لا، لثبوته برضا صاحبه فيدمغ به إذا عتق ويلزمه قيمته إن كان متقومًا.

قال: (**أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ**) أي: تضمين السيد باليد.

(**وَلَهُ**) أي: للبائع (**مُطَالَبَةُ الْعَبْدِ**) أيضًا لتعلقه بذمته.

(**بَعْدَ الْعِتْقِ**)؛ لأنه معسر فيقعا في قدر القيمة بعد تلف الثمن في التقاضي.

قال: (**وَاقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ**) أي: في جميع ما سبق إذ هو عقد معاوضة كالشراء.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَصَرَّفَ**) أي: بالإجماع ولأن المنع لحقه وقد أذن وسبق ما قيل من اعتبار الرشد في العبد وهو غريب، وهل للولي أن يأذن لعبد محجوره؟

الظاهر نعم؛ لأنه نوع استخدام؛ لكن إن دفع إليه مالًا فلا بدَّ من الأمانة، وإن أذن له في الاتجار على ذمته ففيه احتمال ولا تقل عندي فيه.

قال: (**بِحَسَبِ الْإِذْنِ**)، كالمضارب والوكيل.

(**فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ لَمْ يَتَجَاوَزْهُ**) أي: وكذا في وقت لما ذكرناه، وهل

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ وَلَا يُؤْجِرُ نَفْسَهُ، وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ، وَلَا يَتَصَدَّقُ

المكان كذلك؟ فيه احتمال، ولا يتوقف ذلك على إعطائه مالًا كما جزمنا به في كتاب «الرهن» وسنذكر إشارة سكوته عن تعيين السيد نوع ما يتجر فيه يشعر بأنه لا يشترط كما صرح به غيره، وقال الرُّويَانِي: لا بدَّ منه، واختاره الصعلوكي.

قال: **(وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ)** لأنه خسارة لم يأذن له فيها.

وقال ابن يونس في «شرح الوجيز»: **(وَلَا يُؤْجِرُ نَفْسَهُ)** أي: على الصحيح كما لا يتصرف في رقبته، وقيل: يجوز لأنه ولو قيل: إن جرى العرف به للمأذون جاز وإلا فلم يبعد، واقتضى كلام الكتاب أن له مؤاجرة عبده التجارة ودوابها وغيرهما وهو الأصح في «الروضة» وأصلها.

قال الرَّافِعِي: لأن التجار قد يعتادون ذلك، ولأن المنفعة من فوائد المالك فيملك العقد عليها كالصوف واللبن ونسب في «التنقيح» ترجيحه إلى الْبَغَوِي؛ فالرافعي قال: إن صاحب «المهذب» وغيره من العراقيين قالوا: إن المذهب المنع وظاهر كلامه موافقتهم وصححه الْعِمْرَانِي، وجزم به ابن أبي عصرون في تنبيهه وهو الأصح؛ لأن الإجارة ليست من التجارة عرفًا فلا يتضمنها إذنه والمأخذ العرف، نعم إن اطَّرد عُرف كل ناحية بذلك من التجار وفيه بعد فيحتمل أن يقال، ويحتمل أن يختلف الحال باختلاف طبقات الناس.

إشارة: بنى الْمُتَوَلِّي الخلاف على أن التاجر إذا استأجر بمال التجارة ليربح هل ينقطع حوله؟

قال: **(وَلَا يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ)** أي: لا يأذن لعبيد التجارة فيها؛ لأن السيد لم يأذن في، وفي توكيله عند التجارة في آحاد التصرفات وجهان، والجواب أجاز في «الحاوي» الصغير أن الإمام والغزالي رجحاه، ولعل وجهه أنه نوع استخدام بخلاف توكيله الأجنبي، كذا جزم به في«الروضة».

وقال ابن يونس في «شرح الوجيز»: لا فرق بين أن يوكل عبيده أو أجنبيًا فإن خصه الغزالي بعبده وله أن يوكل فيما يعجز عنه، انتهى وهو حسن.

قال: **(وَلَا يَتَصَدَّقُ)** لعدم الإذن ولا يبعد إشارة ببعض قوته وأعانه الرفيق

وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ....

والضعيف سدنة في الشيء الخفيف؛ بل ينبغي الجزم به للعرف ولا يعتبر خلافًا لأبي حنيفة، وفي إقراضه تردد للقاضي وينبغي أن يفصل فيجوز للمصلحة لا غير.

قال في «الروضة»: ولا ينفق على نفسه من مال التجارة وهذا ظاهر مع اجتماعه مع السيد وإمكان مراجعته، أما لو غلب السيد أو المأذون بإذنه فالوجه الجواز للعرف المطرد به.

قال: (**وَلَا يُعَامِلُ سَيِّدَهُ**) أي: شراءً ولا بيعًا؛ لأن تصرفه له بخلاف المكاتب، وأرسل العراقيون وجهين في جواز بيعه من السيد إذا ركبته الديون وزيف الإمام ذلك، وقال: الوجه القطع بالمنع.

وقال الرُّويَانِي: يحتمل أن يريد قائله أن السيد يأخذ الشيء بقيمته كما يدفع قيمة العبد الجاني ولا يكون تبعًا، ويحتمل أن يقال مثل هذا في مال القراض، انتهى.

وفي «زيادات العبادي»: أنه إذا باع المأذون والمديون من المولى صح؛ لأنه أثبت دينًا للغرماء فكأنه على المولى.

قال: وهذه المسألة حجة في بيع المريض من الوارث، انتهى.

وعلل الْعِمْرَانِي الجواز بأن ما في يده صار كالمستحق للغرماء فكأنه اشترى منهم فالتأويل السابق ضعيف وإن اعتمده بعض الشارحين وسيأتي في القراض - إن شاء الله تعالى - ما يدفع تأويل الرُّويَانِي، ولا شك أن المذهب المنع في البابين.

قال: (**وَلَا يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ**) أي: قطعًا لبقاء الإذن فإن عاد إلى الطاعة يصرف جزمًا ويصح تصرفه في حال غيبته وإباقه على الصحيح إلا أن يخص السيد الإذن ببلده، وبنى الْمُتَوَلِّي الوجهين على الوجهين في المأذون إذا اشترى لنفسه شيئًا هل يصح؟ لأن الظاهر من حال الآبق أن يقصد المعاملة لنفسه فيجعل دلالة الحال كالقصد.

فروع وتتمات: منها: لا تنعزل الأمة باستيلادها قطعًا وذكر في متن

....

«الروضة» وجهًا وهو سهو على الرَّافِعِي، وإنما أشار بقوله فعلى الخلاف إلى خلاف أبي حنيفة في الإباق ولا ينعزل المأذون بعزله بنفسه، ولا بإنجازه الرق في انعزاله ببيعه له وإعتاقه وكتابته: وجهان في «التتمة». وأجاب غيره في صورة البيع بالانعزال وهو الظاهر والعتق مثله وأولى.

ومنها: جزم الْمُتَوَلِّي بأنه إذا دفع إليه مالًا للتجارة أنه يملك البيع نقدًا ونسيئة تجزئ [قبل تفرق] التجارة بذلك، وظاهر كلامه أنه يفتقر إلى إذن وأطلق في «الروضة» هنا أنه لا يجوز أن يبيع نسيئة إلا بإذن، فافهم.

وإنه يشتري مالًا بلا إذن سيده وهو قضية كلام «التهذيب» وغيره.

وقال في كتاب «الرهن» إذا قال له: اتجر بجاهك ولم يدفع إليه مالًا فله البيع والشراء في الذمة حالًا ومؤجلًا، وكذا الرهن والارتهان فيحتمل ما ذكره هنا إذا دفع إليه مالًا أو فضل بيده من الاتجار تجاهه بشيء كما ذكره هناك ويحتمل أطلق الْمُتَوَلِّي على ما إذا اقتضاه العرف وتخصص به إطلاق غيره كما هو ظاهر كلامه.

ورأيت في آخر القراض من «الْبُوَيْطِي» عن نصه، وإذا قال: لوكيله أو رسوله أو عبده: اشتر بالدَّيْن فلا يجوز حتى يقول: اشتر من دينار إلى مائة، وقضية إطلاقهم أنه لا فرق بين عبده المأذون وغيره، وقع في ذهن المأذون والمكاتب اضطراب في «الروضة» يأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

ومنها: سكتا هنا عما يبيع به وقالا في عامل القراض: يجوز أن يبيع بالعرض لأنه من مصالح التجارة. وقال الْجُرْجَانِي: يجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالعرض، والمذكور في «الشامل» وغيره أن العامل لا يبيع إلا بنقد البلد إلا أن يأذن له، وسياقهم يفهم أنه منصوص «الأم» وعليه اقتصر في «البحر» خلافًا لأبي حنيفة. وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: المأذون قريب من المعاوض ولا يفارقه إلا في شيئين:

أحدهما: إن خسر المأذون في ذمته وخسر القراض على المالك.

وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ، وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَو بَيِّنَةٍ أَو شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ، ....

الثاني: الرجوع بالعهدة على المأذون وفي القراض على المالك انتهى.

وفي الشركة من «الروضة» أن الشريك لا يبيع إلا بنقد البلد.

قال صاحب «التعجيز»: وبه أجاب جمهور النقلة، وقال جدّه في «المحيط»: إنه غلط؛ لأن المقصود الربح كالقراض وسبق ما قيل في القراض، فحصل تردد فيه وينبغي طرده في الشريك والمأذون، والأوجه الجواز في الجميع للعُرف، ولأنه نوع من التجارة المأذون فيها، ويحتمل أن يقال: إن تيسرت مراجعة المالك والشريك والسيد عمل بقوله، وإلا فوجهان: أقربهما الجواز.

قال: (وَلَا يَصِيرُ مَأْذُونًا لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَى تَصَرُّفِهِ) كما لو رآه يتزوج فسكت لم يكن إذنًا فيه، وقد يستثنى صورة وهي لو باع المأذون مع ماله، فهل يحتاج إلى إذن جديد من المشتري أم يبقى فيه على ما كان عليه؟ وجهان: أظهرهما في النهاية

الثاني: قاله ابن الرِّفْعَة.

قال: (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ الْمُعَامَلَةِ) ولو لأبيه وابنه لقدرته على الأشياء والمسألة معادة في الإقرار.

فرع: لو أحاطت به الديون فأقر بشيء مما في يده أنه لسيده استعاره منه قبل منه، وقيل: لا ذكره شُرَيْح الرُّويَاني في «روضته».

قال: (وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّى يَعْلَمَ الْإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ) إن المعتبر الإذن.

(أَوْ بَيِّنَةٍ أَو شُيُوعٍ بَيْنَ النَّاسِ) لأن الأصل عدم الإذن.

(وَفِي الشُّيُوعِ وَجْهٌ)، لأن الحجر محقق ويشك في زواله.

تنبيهات وفروع: كلامه يشعر بجواز معاملة من جهل رقه وحريته وهو

وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ ....

والمراجل وزعم هو وغيره ما قدمته، وهو قضيته في «النهاية» و«البيان» وغيرهما، وكلام «البيان» مصرح به وهو الصواب.

قال: (**وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ**) أي: فسيح التعلم فيها مع اختلافها كما سبق؛ لأن الوصف محيط بها ولها قوالب معروفة ولا يعد الضمير إلى الأسطال فقط، بل إلى جميع ما سبق هذا قضية كلامهما وصرح به غيرهما، وقضية إطلاق «البيان» وغيره أنه لا فرق في المختلف بين المصبوب وغيره في أنه لا يجوز عند الشيخ أبي حامد ويجوز عند القاضي أبي الطيب.

فرع: ما لا ولا يجوز في الحسب المخروط لاختلاف أعلاه وسفله قضيته منع السلم في المسامر المخروطة من الصفر ونحوها، والظاهر أنه مفرعة على طريقة أبي حامد في المنع فيما سبق ويحتمل غيره.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في كل ما يسلم فيه مما ذكره وغيره ويحمل مطلقه على الجيد للعرف، وقال العراقيون: يشترط.

قال **الرَّافِعِي**: وهو ظاهر النص: قال الشيخ في «الروضة»: بل نص عليه في «الأم» نصًا صريحًا في مواضع، قال: وهو مبين في «شرح المهذب»، انتهى.

والمنصوص في «الأم» في مواضع نصًا صريحًا اشترط أن يذكر جيدًا أو رديئًا أو وسطًا، وتبعه **الْمَاوَرْدِي** على بيان الوسط بين الجيد والرديء.

تنبيه: قال بعض شيوخ العصر: ما صححاه صحيح إن فسرت الجودة بالسلامة من العيوب، وإنْ فسرت بزيادة على ذلك لم يصح، بل لا بُدَّ من التعرض لها كما اقتضاه النص، وأما الرداءة فهل يجوز ذكرها.

الحق أن رداءة النوع يجوز ذكرها قطعًا، بل يجب وأن رداءة العيب فيها خلاف، والأصح أنه لا يجوز ذكرها، ولا خلاف أن ذكرها بعينها ليس بشرط.

ومقتضى كلام **الرَّافِعِي** عكس هذا أن رداءة العيب لا يجوز قطعًا، وفي رداءة النوع خلاف، وأن الأكثرين على الجواز.

وقال النووي: أن الإمام قال ببطلانه، والذي رأيته في «النهاية» الجواز في

وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ، ....

رداءة النوع والمنع في رداءة الوصف.

قال: وإنما رجحت ما قتله؛ لأن في الْبُوَيْطِي أنه يصف بالجودة والوسط، ولا يجوز أن شرط أنه الرديء ما يقع على حده، وقيل: يجوز السلف في الرديء فحصل في جواز اشتراط الرديء قولان، والمراد لهذا رداءة العيب لأمرين: لقوله: «لا يقع على حده»؛ لأن رداءة النوع مثلوها بالجعرور، ومصران الفأرة، وشبههما من التمر، ولا نزاع في أن التعرض للنوع واجب، فكيف يقال: أن رداءة النوع لا يجب ذكرها، وهذا لا يخفى على متأمل ويجوز أن يقال: أن رداءة الوصف غير رداءة العيب فقد يكون أمرًا زايدًا من السلامة من العيوب، فإذا فسرت بانتفاء ذلك الوصف أمكن أن ينزل عليه الخلاف المذكور في الْبُوَيْطِي ويحرم في المعيب في البطلان فتصير الرداءة ثلاثة أقسام:

رداءة النوع: وذكرها شرط قطعًا يذكر ذلك النوع، وذكر رداءة العيب، وذكرها مفسد، وذكر رداءة الوصف، وهي محل الخلاف، فإن صح ذلك كان الأصح في رداءة الوصف الاشتراط، ويوافقه قول الشيخ أبي حامد: والرديء شرط وليس المراد به العيب وإنما المراد به الدون، وعلى هذا يجب ذكر الجودة والرداءة بعد ذكر النوع وهو قضية إطلاق العراقيين، وتجويز الشَّافِعِي اشتراط الوسيط بين الجيد والرديء، ويكون الشرط واحدًا من الثلاثة، انتهى.

وقال فيما شرحه من المنهاج: ذكر الجودة لا يضر قطعًا وإطلاق اشتراطها، فإن فسرت بالسلامة من العيوب فلا حاجة إلى اشتراطها أو بالزيادة على ذلك، فقد لا يتعلق به غرض فلا حاجة إلى ذكره، وأما الرداءة، فإن أُريد بها زكاة النوع كالجعرور فيجوز بل يجب قطعًا، وإن أُريد زكاة العيب فذكرها مفسد، وإنما بحسن الخلاف في رداءة الوصف إن كانت خارجة عن النوعين، وحينئذ ينبغي أن يكون الأصح في شرط الوجود، فإن فرض أن الأغراض تختلف بذلك، فتكون الأصح فيهما الاشتراط، وإذا ثبت ما قاله: الشَّافِعِي من الوسط، فيكون الشرط الجودة أو الرداءة أو الوسط.

وقول الرَّافِعِي والمصنف: (وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ) إن أريد السلم

وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ، فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتْ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا عَلَى الْعَبْدِ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلَا.

الأظهر، إذ الأصل والغالب الحرية والقولان في غير الغريب فيعامل جزمًا للحاجة، وهل المراد بالبينة ما يقام بين يدي الحاكم واختار عدلين له؟ الظاهر الثاني، وظاهر كلامه أنه لا يكفي إخبار عدل واحد وفيه احتمالات لابن الرِّفْعَة:

أحدها: هذا، والثاني: يكفي قطعًا كالخبر وهو المختار عندي وأولى من الشيوع إذ يشيع ما لا أصل له يعتد به وعليه الظن بالعدل حاصله.

والثالث: إلحاقه بالشفعة فيكفي على الأصح، قاله العبادي في «الزيادات» لو قال لقوم: بايعوا عبدي صار مأذونًا.

وقال أبو حنيفة: لا يصير مأذونًا في البيع من غيرهم حتى يبايعوه، ولو امتنع من باعه من التسليم حتى يشهد على الإذن فله ذلك ولو بايعه من علم رِقَّه دون إذن سيده فبان مأذونًا، فكمن باع ماله ظانًّا أنه لغيره، ولو ظن حريته فبان مأذونًا قال جماعة: فللبائع الخيار ويحتمل أن يكون على الوجهين فيما لو بان وكيلًا، ويحتمل أن يفرق بين من ركبته الديون وغيره.

قال: (**وَلَا يَكْفِي قَوْلُ الْعَبْدِ**) أي: في الإذن له إذ الأصل عدمه، وقوله في الحجر عليه مقبول وإن أنكره سيده في الأصح؛ لأن العاقد مقر ببطلان العقد.

قال: (**فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَتْ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِبَدَلِهَا عَلَى الْعَبْدِ**)، لأنه العاقد فتعلقت العهدة به.

وقيل: لا يطالب العبد إذًا، إذا قلنا يطالب السيد وزيف، وقوله ببدلها كذا في أكثر النسخ وصوابه ببدله أي: بدل الثمن وأصلح في نسخ هكذا.

قال: (**وَلَهُ مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ أَيْضًا**)، إذ العقد له.

(**وَقِيلَ لَا**)؛ لأنه بالإذن أعطاه استقلالًا وقصر الطمع على يده وذمته.

(**وَقِيلَ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ فَلَا**) لحصول الغرض بذلك.

وقال ابن سُرَيْجٍ: إن أعطاه السيد عينًا، وقال: بعها واتجر بثمنها؛ ففعل

وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ.

ثم ظهر الاستحقاق وطالبه وباعها، ثم بان الاستحقاق فلا.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَفِي مُطَالَبَةِ السَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَذَا الْخِلَافُ**)، لما سبق من التعليل، قال: (**وَلَا يَتَعَلَّقُ دَيْنُ التِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ**) لأنه يثبت برضا مستحقيه كالصداق، وحكى وجه أنه ديون المعاملة تتعلق برقبة العبد وهو شاذ.

قال: (**وَلَا بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ**) قال في «الروضة» قطعًا؛ لأنه لزمه بمعاوضة مقصوده وبإذنه فيكون متعلقًا بالكسب فقط كنفقة النكاح.

قال: (**بَلْ يُؤَدَّى مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ**) أي: وتجارة رأس مال لاقتضاء العرف والإذن له.

قال: (**وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِاصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي الْأَصَحِّ**) كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح، ثم ما فضل يبقى في ذمته حتى يعتق، والثاني كسائر أموال السيد.

واعلم أن هذا الفصل وقع في كتبهما هكذا، وفيه اضطراب شديد إذ كيف يقال: يطالب السيد بثمن السلعة المستحقة وبديون التجارة على التجارة على الصحيح فيهما؟

ثم يقال: متصلًا به أن دين التجارة لا يتعلق بذمته قطعًا؛ بل يؤدى من كذا وكذا ولولا الوجه المفصل لأمكن الجمع بين الكلامين، والظاهر أن هذا إنما جاء من خلط فقه الطريقتين مع تباينها من غير تأمل، فالإمام وأتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقًا وهو شاذ.

والمذهب غيره كما سيأتي وهذا اتفق هذا التناقض في «الروضة» وأصلها و«المنهاج» وأصله، وزاد في الروضة قطعًا أي: لا يتعلق بذمة السيد بلا خلاف ولم أر هذا الاضطراب لغيرهما، فإن الإمام ذكر المطالبة وغيره المنع فالذي في كتب العراقيين لتجريد المحاملي في «تجريده» و«المهذب» و«التنبيه» و«الشامل» و«التقريب» لسليم الرازي، و«الحاوي»، و«الشافي»، و«التحرير» و«البيان».

……

والذي في كتب المراوزة كتعليق القاضي الحسين و«التتمة» و«التهذيب» و«الكافي» أن ديون المعاملة تقضى بما بيده، فإن بقي شيء أتبع به إذا أعتق وهو قضية نص «الأم»، وصرح الْمَاوَرْدِي، والعمراني، والمتولي بأنها لا تتعلق بذمة السيد ولم يحك أبو نصر البندنيجي في «المعتمد» التعلق بذمة السيد إلا عن الإمام أحمد فقط، والله أعلم.

فائدة: قال في «الروضة»: هنا لو ركبته الديون فتصرف سيده فيما في يده ببيع أو هبة وإعتاق بإذن المأذون والغرماء جاز ويبقى الدين في ذمة العبد، وإن أذن العبد لم يجز، وإن أذن الغرماء دونه فوجهان وصحح المنع في البيع.

وقال الْبَغَوِي في كتاب «النكاح»: لو أعتق السيد عبده المأذون المديون والوارث عند التركة وعلى المورث دين، قال الْبَغَوِي: قيل في النقود قولان كإعتاق المرهون، والمذهب أنه إن كان معسرًا لم تنفذ وإن كان موسرًا نفذ كالاستيلاد وعليه أقل الأمرين الدين، وقيمة العبد كإعتاق الجاني وما نقلاه، وما أخذه الرَّافِعِي من «التهذيب» بحروفه فالمذهب التفصيل كما ذكره هنا وأولى بالنقود من المرهون.

فروع: إذا اشترى المأذون شراء فاسدًا لم يطالب السيد قطعًا ولا يتعلق بكسب العبد ونحوه في الأصح؛ لأن الإذن إنما يتناول الصحيح فقط، قاله الْبَغَوِي في«الفتاوى».

قال: فيكون كغير المأذون يشتري بغير إذن المولى فتتعلق بذمته.

قال الْمُتَوَلِّي:لو قصد المأذون الشراء لنفسه وقع لسيده، وقيل له: لو قال المأذون حجر على السيد فكربه السيد فمن أصحابنا من صحح التصرف.

وقال الإمام: ظاهر المذهب أنه لا يجوز معاملته لو جنى على المأذون، أو وطئت المأذونة بشبهته لم يقض دين التجارة من الأرش والمهر، ولو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة حلت. ذكره القاضي الحسين.

لو أذن له أحد سيديه في التجارة قال ابن سُرَيْجٍ في «روضته»: فأقر بدين

وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ].

لزمه فيما في يده من حصة الإذن فقط، وفي «زوائد روضة المصنف» أنه لو أذن له أحد المالكين لم يصح حتى يأذن الآخر، انتهى.

قال: (**وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] وكما لا يملك بالإرث، ولأنه مملوك فأشبه البهيمة هذا هو الجديد.

والثاني: وهو القديم يملك، لحديث «من باع عبدًا وله مال»(١) أضاف إليه المال لكنه ملك ضعيف للمولى انتزاعه منه، واحترز المصنف بقوله سيده عما لو ملكه أجنبي شيئًا فقد قال جماعة وتبعهم الرَّافِعِي والمصنف في مواضع: لا يملك بلا خلاف وليس كذلك بل أجرى القاضيان الْمَاوَرْدِي والحسين وغيرهما الخلاف في تمليك الأجنبي له.

وقد ذكر الشيخان وغيرهما أنه لو اشترى واقترض فهلك يقع الملك للسيد أو له؟ وجهان، وبالله الإعانة والتوفيق.

---

(١) أخرجه الشَّافِعِي في «مسنده» (١٠٨٦)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٩).

كِتَابُ السَّلَمِ

قال المصنف: [هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ: أَحَدُهَا: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ ....

قال الشارح: السَّلَم والسلف بمعنى وسمي سَلَمًا لتسليم رأس المال في المجلس، وسلمًا لتقديمه وأصل الباب الكتاب والسنّة، قيل: والإجماع أما الكتاب فآية الدين.

قال ابن عباس – رضي الله عنهما –: المراد به السلم، وأما السنّة: ففي الصحيحين من حديثه أنه ﷺ «**قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال: من أسلف فليُسْلِف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**»(١). وأما الإجماع فأشار إليه في «الأم» بقوله: إنه جائز في والسنة والآثار وما لا يختلف فيه أهل العلم علمه.

وقال الدَّارِمِي: يجوز السلم، وقال قوم: لا يجوز وهذه العبارة تقال غالبًا عمن لا يعتد بخلافه.

(هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ) أي: بعوض آخر مع أن بعض مسائل الربا والإجارة وبيع الموصوف في الذمة تدخل في هذا التعريف، فالعبارة الحاضرة أن يقال: بيع موصوف في الذمة بصيغة أسلمتُ أو أسلمتَ أو بصيغة مخصوصة.

قال: (يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ الْبَيْعِ أُمُورٌ) قيل: يستثنى سلم الأعمى، فإنه يصح دون بيعه واشتراه الأعيان البيع وإلا لو رد رؤية المسلم فيه والصيغة وغيرهما.

قال: (أَحَدُهَا تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِس)؛ لأنه إن كان دينًا ولم يسلمه في المجلس كان بيع دين بدين، وإن كان عينًا فتجب عجلة لأن الغرر احتمل في المسلم فيه للحاجة فجبر ذلك تأكيد تعجيل العوض تعليلًا للغرر ما

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ومسلم (٤٢٠٢).

فَلَوْ أُطْلِقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ.

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا.

أمكن، ولدلالة اسم السلف والسلم عليه، فلو تفرقا قبله بطل.

أو بعد تسليم بعضه فأوجه:

أحدها: يبطل في الجميع.

وثانيها: وهو الأصح فيما قبض مقابلة فقط، وينفسخ في الباقي، وعن الْبُوَيْطِي نقلهما قولين: للشافعي في موضعين.

وثالثها: يبطل فيما لم يقبض، وفي الباقي قولًا تفريق الصفقة.

قال القاضي الحسين: وهو من تفريقها في الابتداء، وقال الرَّافِعِي: في الدوام.

وقال الإمام: هو رتبة ثالثة بينهما ولا ينوب تسليم المسلم فيه في المجلس عن تسليم رأس المال فيه على الأصح، وهو قضية كلام المصنف، ولو تخايرا في المجلس ثم أقبضه رأس المال فيه فسد على الصحيح؛ لأنه يفرق حكمًا كما سبق في الصرف، ولو قبضه في المجلس ثم وفاه إياه عن حينه ثم تفرقا صح على الأصح وسنوضحه.

قال: **(فَلَوْ أُطْلِقَ)** بأن قال: أسلمت إليك دينارًا في كذا.

(ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي الْمَجْلِسِ جَازَ)؛ لأن المجلس حريم العقد فله حكمة.

فقال: **(وَلَوْ أَحَالَ بِهِ)** أي: أحال المسلم برأس المال.

(وَقَبَضَهُ الْمُحَالُ فِي الْمَجْلِسِ فَلَا) أي: على الصحيح، وإن قلنا الحوالة استيفاء؛ لأنه غير حقيقي والمحال عليه يؤدي عن نفسه لا عن المسلم.

قال الرَّافِعِي: فإن قبضه المسلم وسلمه إلى المسلم إليه في المجلس جاز أي: لفساد الحوالة. قال: ولو قال المحال عليه سمه ففعل لم يكف لصحة السلم؛ لأن الإنسان لا يصير في إزالة ملكه وكيلًا لغيره؛ ولكن يجعل المسلم إليه وكيلًا عن السلم في القبض، ثم السلم يقتضي قبضًا فلا يمكنه أن يقبض من نفسه.

وَلَوْ قَبَضَهُ وَأُودَعَهُ الْمُسْلِمُ جَازَ، ....

قلت: كونه لا يكفي لصحة السلم واضح؛ لكن في «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو كان عليه عشرة، فقال: أسلمها إلى زيد كُرٍّ حنطة ففعل؛ جاز، كما لو دفع إليه العشرة وأمره بتسليمها إليه ولو قال: رب الدين أسلم تلك العشرة إلى من شئت في كبر حنطة؛ جاز عندنا خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

والقول: بأنه لا يصير وكيلًا في إزالة ملكه يقتضي أنه لو ادَّعى الإقباض لم يصدق. وقالوا في المستأجر: يؤذن له في العمارة بالأجرة فيدعها أن القول قوله فيحتاج إلى الفرق والقول بأن المسلم إليه يصير وكيلًا عن المسلم فيه نظر؛ لأنه لم يوكله في القبض، وإنما وكل ذلك في الدفع وفي «الحاوي» أنه لو وكله في شراء سلعة معينة وصفها بثمن من دينه عليها فاشتراها له ووزن ثمنها مما له عليه صح، ويرى الوكيل من ذلك للقدر فإن تلفت السلعة تلفت من مال الموكل وفيما ذكره نزاع ربما يأتي في الوكالة.

قال: (وَلَوْ قَبَضَهُ) أي: قبض المسلم إليه برأس المال.

(وَأُودَعَهُ الْمُسْلِمُ) أي: قبل التفرق.

(جَازَ) إذ الوديعة لا تستدعي لزوم الملك، قالا: ولو رده عليه بدين كان له عليه. قال أبو العباس الرُّويَانِي: لا يصح؛ لأنه تصرف قبل التزام الملك، ويستأنف إقباضه للدين.

قلت: أما قوله: إن دفعه عن دينه لا يصح فسبق أن أحد المتصارفين إذا اقترض من الآخر ما قبضه ورده إليه عما بقي عليه أن الأصح المنصوص الصحة فهنا أولى، والظاهر أن هذا رأي من يمنع بيع المبيع بعد قبضه في زمن الخيار من البائع، والأصح خلافه كما سبق.

وأما قولهما: فعن بعض الأصحاب إلى آخره يفهم أن في صحة السلم خلاف وهو بعيد، ثم رأيت في فتاوى القاضي أنه لو اقترض المسلم رأس المال، أو قضاه إياه من دينه قبل انقضاء الخيار فالمذهب أن العقد يبطل وعلله بما سبق زاد الْبَغَوِي.

وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً، وَتُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ.

وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ، وَقِيلَ: لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ، ....

قلت: الصحيح أنه يصح لأن تصرف المشتري في زمن الخيار بإذن البائع إلزام العقد، انتهى.

وهو كما قال وقد وافقاه على ذلك، قيل: فاعلم.

قال: (**وَيَجُوزُ كَوْنُهُ**) أي: كون رأس المال.

(**مَنْفَعَةً**) كما يجوز جعلها ثمنًا وأجرةً.

قال: (**وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ**) أي: سواء كانت العين حيوانًا أم عقارًا أم غيرهما؛ لأنه الممكن فيه.

قال الرُّويَانِي: ولو جعل رأس المال تعليمه قرآنًا معلومًا حصل القبض بأن يسلم نفسه وفيه إشكال؛ لأنه لا يدخل تحت يد بخلاف العبد والبهيمة، نعم إن تلازما إلى فراغ التعليم فقريب، وزعم شارح أن القاضي الحسين منع ذلك في «فتاويه» والذي رأيته فيها أنه لا يصح السلم في المنافع، نعم يأتي في جواز جعل المنافع رأس مال خلاف، فإنه لو جعل رأس المال مالًا لا يضبط بالصفة كالجوهر.

قال الجمهور: فيه قولان الإتيان إن اكتفينا بالرؤية جاز، وإلا فلا، وجعلوا كل ما لا يجوز السلم فيه على القولين.

وقال الإمام: ليس ذلك على الإطلاق بل «الدرة اليتيمة» إذا عرفا قدرها وبالغًا في صفتها وجب أن يجوز جعلها رأس مال لأنه لا معنى لاشتراط عموم الوجود فيه، ورأى بين قبل إطلاق الأولين على هذا، ومنع السلم فيها لغرة الوجود.

قال: (**وَإِذَا فُسِخَ السَّلَمُ وَرَأْسُ الْمَالِ بَاقٍ**) أي: لم يتعلق به حق الغير.

(**اسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ**) أي: وليس له إبداله إن عين في العقد كالمبيع المعين، وكذا إن أطلق وعين في المجلس على الأصح لأنه بمثابة المعين في العقد.

(**وَقِيلَ: لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عَيَّنَ فِي الْمَجْلِسِ دُونَ الْعَقْدِ**) لأن العقد لم يتناول عينه واحترز بقوله: عما تلف حسًّا أو حكمًا فإنه يردّ قيمة المتقوم،

وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

الثَّانِي كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا فَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْت إلَيْك هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ فَلَيْسَ بِسَلَمٍ وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْت مِنْك ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ، ....

ومثل المثل، وخص **الْمُتَوَلِّي** الوجهين بالمثل وجزم بتعين رد المتقوم.

قال: (**وَرُؤْيَةُ رَأْسِ الْمَالِ**) أي: المعين.

(**تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) كثمن المبيع المعين.

و(**الثَّانِي**): لا يكفي بل يجب ذكر قدره وصفته إذ قد ينقطع ويعدم رأس المال، فلا يدرى، ثم يرجع وسواء كان السلم حالًا أم مؤجلًا على المذهب.

وقيل: (**كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْنًا**) قطعًا، وقيل: لا يكفي في المؤجل قطعًا، وقد أطلق ذكر القولين وقال: في المجلس هل يكفي معاينة المثلي أم لا بد من ذكر صفته وقدره؟

قولان: وأما المتقوم إذا ضبطت صفاته بالمعاينة ففي اشتراط معرفته طريقان المذهب لا ، وقيل: على القولين، وأما إذا كان رأس المال في الذمة فلا بدَّ من معرفة قدره وذكرصفته إن كان عرضًا، وإن أطلق وهو نقد فعلى ما سبق في الثمن.

فرع: اختلفا في قدر رأس المال بعد فسخ أو انفساخ ولا بينة صدق المسلم إليه فيه بيمينه لأنه غارم، قال: الثاني كون المسلم فيه دينًا لأنه حقيقة في حقيقة السلم.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْت إلَيْك هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْعَبْدِ**) أي: مثلًا.

(**فَلَيْسَ بِسَلَمٍ**) أي: بلا خلاف لانتفاء شرطه وهو الدينية.

قال: (**وَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعًا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لاختلاف اللفظ، إذ السلم قضيته الدينية فإضافته إلى العين مناقض، والثاني: ينعقد بيعًا نظر إلى المعنى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْت مِنْك ثَوْبًا صِفَتُهُ كَذَا بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ**) أي: أو بمائة درهم.

فَقَالَ: بِعْتُكَ انْعَقَدَ بَيْعًا وَقِيلَ: سَلَمًا.

(فَقَالَ: بِعْتُكَ) في ذمتي.

(انْعَقَدَ بَيْعًا) صححه الْبَغَوِي وغيره اعتبارًا باللفظ.

(وَقِيلَ سَلَمًا): صححه العراقيون والروياني والجرجاني، وعليه يدل النص في باب الخيار في السلف من «الأم» ونقله الجويني عن نص «الإملاء» وهو المذهب والمختار نظر إلى المعنى واللفظ لا يعارضه؛ إذ كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع، فإطلاق البيع على السلم إطلاق ما يناوله.

وكلام الرَّافِعِي في الإجارة ظاهر في ترجيحه وفي الإجارة على الذمة مثل هذا الخلاف راعى بعضهم اللفظ كما قال: به هنا، ورجح العراقيون، والشيخ أبو علي مراعاة المعنى، ووافقهم الْبَغَوِي وأورد عليه مخالفته هنا، وأجيب عنه بكثرة الغرر في الإجارة ولا مقنع فيه.

وكذلك قال الرَّافِعِي: إن ما صار إليه الْبَغَوِي في الإجارة لا يلائم ما صار إليه في السلم التفريع إن جعلنا بيعًا لم يجب تسليم الثمن المعين في المجلس وثبت فيه خيار المجلس، وهل يجوز الاعتياض عن الثوب؟ فيه قولان كالثمن، وقيل: لا قطعًا، وإن جعلنا سلمًا وجب تسليم رَأس المال في المجلس، ولم يثبت خيار الشرط، ولا يجوز الاعتياض عن الثوب.

تنبيهات: أحدها: تصويره المسألة بينة على فائدتين:

إحداهما: قوله لهذه الدراهم أشار إلى كونها معينة، فلو أطلق كاشتريت منك ثوبًا صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي.

قال: الرَّافِعِي إن جعلنا سلمًا وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس أو بيعنا لم يجب وبيعه في «الروضة» ويجب حمل كلًّا منها على أنه لا يجب التسليم، أما التعيين، فلا بدَّ منه، وإلا لصار بيع دين بدين وهو باطل إجماعًا وممن نبه عليه المحاملي والفارقي وغيرهما.

الثانية: إيراد الشراء على الموصوف وجعله الثمن دراهم وإدخاله الباء عليه، فلو قال: اشتريت هذا العبد بثوب صفته، كذا نص في «الإملاء» على أنه

الثَّالِثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَو يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اُشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ وَإِلَّا فَلَا.

لا يصح حتى يقبض العبد؛ لأنه سلم ومنه نسبوا فيما سبق إليه أنه سلم، ويظهر في هذه الصورة الجزم بأنه بيع؛ لكن القاضي الحسين خرجه على أن الثمن ما كان إن قلنا: ما اتصلت الباء كان بيعًا، وإن قلنا: الثمن النقد كان سلمًا وحينئذٍ ليس لنا بيع متفق عليه لفظًا ومعنى إلا إذا باع عينًا بنقد الثاني، إذا قلنا: لا ينعقد سلمًا ولفظ السلم أو السلف من شرائط التسلم، وكان الأحسن أن يصرح به المصنف مع ما ذكره من شروطه التي يمتاز بها عن البيع.

وعبارة «المحرر» أسلم حيث قال: ويشترط في السلم وراء ما يشترط في البيع أمور منها ومنها الثالث زعم شارح عقب قول المصنف، وقيل: سلمًا أنه إذا قال: بعد قوله بعتك اشتريت سلمًا كان سلمًا جزمًا قاله الرَّافِعِي في تفريق الصفقة انتهى.

وقرأت تفريق الصفقة من كتاب الرَّافِعِي مرات فلم أر ما ذكره فيه.

قال: (**الثَّالِثُ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ، أَو يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ اُشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ**) أي: بفتح الحاء وهو مكانه إذا كان مؤجلًا.

(**وَإِلَّا فَلَا**)؛ لأنه إذا كان الموضع صالحًا، ولا مؤنة للحمل اقتضى العرف التسليم فيه. وإذا لم يكن كذلك تفاوتت الأعراض باختلاف الأمكنة فاشترط التعيين هذا ما به الفتوى من سبع طرق.

وقيل قولان: مطلقًا، وقيل: إن عقد بموضع لا يصلح اشترط وإلا فلا.

وقيل: إن كان لجملة مؤنه اشترط وإلا فلا.

وقيل: إن لم يصلح اشتراط وإلا فقولان.

وقيل: إن لم يكن لحمله مؤنة لم يشترط وإلا فقولان.

وقيل: إن كان له مؤنة اشترط وإلا فقولان وصححه الإمام، وقال والده في «السلسلة» بعد ذكره هذا وقد سلك أصحابنا في هذه المسألة طرقًا،

....

وأوضحها هذه الطريقة، وأصحها وبنى القولين فيها على القولين فيما إذا أحضر المسلم فيه قبل محله، ولا غرض للمسلم في الامتناع من قبضه.

وفي المسألة طريق ثامن إن لم يصلح الموضع وجب بيانه وإلا فأوجه: ثالثها: إن كان لحمله مؤنة وجب وإلا فلا، هذا في السلم المؤجل، وأما الحال فلا يشترط فيه بيان محل التسليم ويتعين موضع العقد للتسليم كالبيع؛ لكن لو عين غيره جاز بخلاف البيع.

قال الْبَغَوِي: ولا يعني بمكان العقد ذلك الموضع بعينه بل تلك المحلة.

قلت: وهذا قريب في المحلة الصغيرة أما لو عظمت بمجال الأمصار والعظام، ففيه نظر!.

قال الْمُتَوَلِّي: في الثمن، والأجرة، والصداق وعوض الخلع، والكتابة، ومال الصلح عن الدم، وكل عوض ملتزم في الذمة حكمه حكم السليم الحال إن عين للتسليم مكانًا فدال وإلا فعين موضع العقد والثمن المعين كالمبيع المعين.

إشارات: إحداها: عبارة المحرر ولا حاجة إلى تعيين إذا كان الموضع صالحًا ولم يكن للحمل مؤنة وما في «المنهاج» هو المعروف وعبارة «تهذيب المحرر» للواسطي.

ومنها: تعين موضع التسليم إن جرى العقد بحيث لا يصلح له، أو كان لحمله مؤنة وإلا فموضع العقد ونحوها عبارة فتاوى المحرر، والظاهر أن وقع في نسخ المحرر تعيين واختلاف وإطلاق كثيرين يقتضي أنه لا فرق بين الحال والمؤجل إذا لم يكن مواضع صالحات اشترط التعيين.

الثانية: لو عين موضعًا فجرت لا يصلح فقيل: يتعين، وقيل: لا وللمسلم الخيار، وقيل: يتعين أقرب موضع صالح.

فإن قلت: لم يشترط التعيين في الحال إذا لم يكن الموضع صالحًا.

قلت: الظاهر من كلامهم أنه إذا لم يكن الموضع صالحًا يصح العقد؛ إذ من شرط الصحة القدرة على التسليم عند المحل، وهو حال وإلى هذا يرشد كلام

وَيَصِحُّ حَالًا وَمُؤَجَّلًا فَإِنْ أَطْلَقَ انْعَقَدَ حَالًا ، وَقِيلَ لَا يَنْعَقِدُ.
وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ.

الْمَاوَرْدِي وغيره، وفيه نظر لأنه لو كان الموضع صالحًا أو عين غيره جاز.

فيجوز أن يكون شرط الصحة هنا التعيين كما اقتضاه كلام جماعة؛ لأنه غير منافٍ، نعم قد يتوقف فيما إذا كان الموضع صالحًا بشرط التسليم في غيره ولا سيما في الحال؛ لأنه خلاف قضية العقد وليس كالأجل فيما يظهر.

الثالثة: لو قال: عليَّ أن أتسلمه في أي البلاد شئت فَسَدَ، أو في أي موضع شئت من بلد كذا، فإن اتسع لتعداد لم يجز وإلا جاز، فلو قال: ببلد كذا أو بلد كذا، فهل يفسد أو يحمل على التصنيف؟ وجهان.

قال الشَّاشِي: أصحهما الأول، ولو قال: في بلد كذا لزمه في أولها ولا يكلف نقله إلى منزله، ولو قال بـ«البصرة» أو«بغداد» فسد.

قال: (**وَيَصِحُّ حَالًا وَمُؤَجَّلًا**) أما المؤجل فلما سبق أول الباب، وأما الحال فخالف فيه الأئمة الثلاثة لنا أن الحال أجود ومن الغرر أبعد، ولا يرد الكتابة لعجز العبد عن الحال في الحال وإنما يجوز حالًا إذا كان المسلم فيه موجودًا عند العقد.

قال: (**فَإِنْ أَطْلَقَ**) ولم يذكر حلولًا ولا تأجيلًا كالثمن في البيع المطلق والأجرة، وهذا نص ما عليه في «الأم».

(**انْعَقَدَ حَالًا ، وَقِيلَ لَا يَنْعَقِدُ**)؛ لأن العرف فيه التأجيل، وحكيا قولان.

وبنى الْمَاوَرْدِي الخلاف على أن الأصل في التسليم التأجيل أو الحلول، أو هما أصل وجوه، ولو شرط المطالبة متى شاء فحال، ويطالب في أول أوقات الإمكان، ولو مشى متى شاء من ليل أو نهار فهل هو كذلك أو يبطل؟ وجهان في «الحاوي».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِالْأَجَلِ**) أي: عند التأجيل بأن يكون معلومًا مضبوطًا، وأن يعلمه المتعاقدان فلا يصح تأقيته بالميسرة ولا بالحصاد والدباس والبيدر وقدوم الحاج لقوله تعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٍ﴾ [الحج: ٥]، وللحديث السابق

فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَو الْفُرْسِ أَو الرُّومِ جَازَ.

«إلى أجل معلوم»، وبالقياس على وقوع المطر وقدوم زيد ونحوهما.

وجوز ابن خزيمة التأجيل إلى الميسرة وليس بوجه لنا، وفي جواز تأجيل الضمان بالميسرة والحصاد والدباس قولان: نقلهما الْمَاوَرْدِي عن ابن سُرَيْج.

قال: (فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ الْعَرَبِ أَو الْفُرْسِ أَو الرُّومِ جَازَ) لأنها معلومة مضبوطة، أما شهور العرب فبالإجماع.

قال الْمَاوَرْدِي والفوراني: يشترط أن يعرفها المتعاقدان، وإلا لم يصح، وأما شهور الفرس والروم فإن جهلها أحدهما لم يصح، وإن علماها فالمشهور الجواز لما ذكرنا، وعن البصريين المنع، وجعله الْمَاوَرْدِي كالخلاف في الفصح ونحوه، ولما تكلم الرَّافِعِي في التأجيل بِالْفِصْحِ والنيروز.

قال: إن عرفها المتعاقدان دون غيرهما كفى في الأصح.

وقيل: لا بدَّ من معرفة عدلين سواهما، ولو عرفها الناس دون المتعاقدين كفى عند الأكثرين، وفيه نظر!

والذي ذكره الْمَاوَرْدِي والفوراني أنه إن لم يكن معلومًا لهما لم يجز، وإن كان معلومًا لهما فالأصح الجواز وهذا الوجه، وفرق الرَّافِعِي بين هذا وبين ما رجحه في معرفة الصفات بأن الجهالة هنا راجعة إلى الأجل، فاحتمل فيها ما لا يحتمل في الأوصاف ولا سكون إلى هذا الفرق.

ثم رأيت المصنف قال في «التنقيح»: وصورة المسألة أن يكون المتعاقدان عالمين بيوم النيروز والمهرجان، وهل يشترط مع علمهما معرفة عدلين من المسلمين؟

وجهان في «التهذيب» و«التتمة»، ثم لما تكلم بعد هذا على فصح النصارى قال: قال الإمام الرَّافِعِي: ثم اعتبر معتبرون فيها معرفة المتعاقد والأكثرون اكتفوا بمعرفة الناس، هذا ما ذكر الرَّافِعِي، وقطع في «البيان» بأنه إذا لم يكن معروفًا عند المتعاقدين لم يصح، وإن عرفاه صح، انتهى.

وأنكر على صاحب «المهذب» إطلاقه القول بالسلم إلى النيروز

وَإِنْ أَطْلَقَ حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ، ....

والمهرجان، قال: والمراد به إذا كان العاقدان عالمين بوقتهما، فإن لم يعلما لم يصح، جزم به صاحب «الحاوي» وصاحب «البيان» وذكر نحوه عن «التتمة» و«التهذيب» مع نقل وجه في اعتبار علم غيرهما معهما.

وقال: إنه جاز مع صاحب «الحاوي» في التأجيل شهور الفرس والروم، والمشهور القطع بجواز التأجيل بها، وشرطه علم المتعاقدين كما علم، هذا لفظه في قطعة مفرقة بخطه من شرحه «المهذب»، ومن خطه نقلته.

والصحيح اعتبار علمهما ولا معنى بخلافه.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: الشهر.

(**حُمِلَ عَلَى الْهِلَالِيِّ**) وهو ما بين الهلالين؛ لأنه عرف الشرع، وكذا إذا أطلق السنة حمل على الهلالية، قاله المحرر وغيره، ورأيت في «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي أنه إذا أطلق عقد الإيجارة سنة ولم يذكر الهلال أو العدد فثلاثة أوجه حكاها جدي:

أحدها: لا يصح العقد.

والثاني: يصح وينصرف إلى الهلالي.

والثالث: ينصرف إلى العددي. قال شُرَيْح: وعندي أنه إن كان عرف الناس في ذلك البلد الهلالي انصرف إليه، أو العددي انصرف إليه، وإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، وإن استويا لم تصح الإجارة، انتهى.

والأوجه جارية هاهنا وكنت أقول حمل إطلاق الشهر على الهلال ظاهر في بلاد العرب، وكذا غيرها إذا غلب تأجلهم بشهور العرب، أما لو كان ببلاد الروم والفرس وغيرهما ممن الغالب عندهم التوقيت بشهورهم فيجب تنزيل إطلاقهم على عرفهم، فإن استوى الأمران من غير غلبة فلا بدَّ من التعيين، فلما رأيت كلام شُرَيْح سررت به وهو حسن ظاهر.

فروع: إن قيدنا السنة الفارسية أو الرومية أو الشمسية أو العددية يقيد، والعدد به ثلاثمائة وستون يومًا، قاله الرَّافِعِي ولم يفسرها الفقهاء، الشمسية:

....

وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم، أولها الحمل وربما يجعل أولها النيروز، وأول الهلالية المحرم.

ثانيها: إذا قال: أول يوم كذا أو إلى شهر كذا أو سنة كذا؛ حد بأول حر، أو في يوم كذا أو شهر كذا أو في سنة كذا؛ لم يصح على الأصح، وقد شهد الصحة قوله في «الأم»: ولو أسلفه مائة درهم في كل من طعام يؤقته إياه في شهر كذا، فإن لم يتيسر كله ففي شهر كذا كان غير جائز؛ لأن هذان أجلان لا أجل واحد، انتهى.

وظاهره يقتضي أنه لو اقتصر على قوله: في شهر كذا صح، وإنما جاء الفساد فإن لم يسر، وفي وجه ثالث يصح في اليوم فقط لقرب ما بين طرفيه، في فتاوى القاضي الحسين أنه لو باعه بشرط أن يؤدي جميع الثمن في ثلاثة أيام؛ جاز وفيه نظر، وقد يرده قوله في «الأم»: فإن قال: أو قبله فيما بين إن دفعت إلى منتهى رأس الشهر كان هذا أجلًا غير محدود، انتهى.

ثالثها: لو قال: إلى أول شهر كذا أو إلى آخره، قال الرَّافِعِي: فعن عامة الأصحاب بطلانه؛ لأن اسم الأول والآخر يقع على جميع التصرف فهو مجهول.

وقال الإمام والْبَغَوِي: وجب أن يصح ويحمل على الجزء الأول.

قال الإمام: وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص ورجع الكلام إلى معاني الألفاظ اتسع المقال وارتفع الحرج، ولست أرى مثل هذا مخالفة في المذهب فإن المحذور خلاف نص المذهب.

قلت: وما أبداه الإمام والبغوي تفقهًا هو المذهب الذي نص عليه الشَّافِعِي ﷺ في «الْبُوَيْطِي» فإنه قال: ويسمي أول الشهر أو كذا وكذا يومًا يمضي من الشهر، وكذا قال الشيخ أبو حامد: وسوى بين إلى شهر كذا أو إلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله وهو الجواب في «البيان» بلا عزو، وكذلك الْمَاوَرْدِي وسوى بين الشهر وأوله وغرته؛ بل جعل الأول والغرة أصلًا ونسبة الشهر بهما وبه يشعر قوله في «الأم»، ولو قال: أو قبله في شهر كذا أو أوله أو

……

آخره لا يسمى أجلًا واحدًا فلا يصلح حتى يكون أجلًا واحدًا، انتهى.

واعلم أن ما ذكره الإمام من الأصحاب وتبعاه عليه ذكره هو في الأول والآخر، وذكره القاضي الحسين والفوراني والبغوي عن الأصحاب في الآخر فقط، وفي «الكافي» لو قال: آخر الشهر لم يصح على الأصح حتى يتبين؛ لأنه يقع على جميع النصف الأخير، انتهى.

ولم أره بعد التغيب إلا في طريقتهم فقط وهو غريب، وأحسن الجيلي حيث جزم بما نقلته عن الشيخ أبي حامد، وإنكار ابن الرِّفْعَة عليه في «الكفاية» غلط، وقد وافق الْمُتَوَلِّي من المراوزة على أنه لو قال: إلى غرة شهر كذا أنه يصح، كما لو قال: إلى انسلاخه، ولم يذكر قوله: إلى أوله، وذكر قوله إلى آخره تبعًا لشيخه القاضي والفوراني.

وكلامه يومىء إلى أن ما ذكره من الفساد مخصوص بالأجر.

وقال ابن يونس في شرح «الوجيز»: قال جدي يتجه البطلان في قوله: إلى آخر الشهر، والحمل على أول جزء من قوله: إلى أول الشهر، انتهى.

وهو يوافق كلام «التتمة» وما قدمناه عن «الأم» يشعر بالصحة في قوله: إلى آخر الشهر، ونص على أنه لو قال: إلى انسلاخ شهر رمضان جاز، وأنه لو قال: إلى عقب شهر كذا كان مجهولًا فاسدًا، انتهى.

وقال في «الشامل» وإذا قال: محله في يوم كذا وكذا، أو في شهر كذا وكذا، أو سنة كذا لم يجز حتى يتبين أول ذلك أو آخره.

وقد نص الشَّافِعِي على ذلك في كتاب «المكاتب» فقال: ولو كاتبه إلى عشر سنين على على أن يؤدي في كل سنة كذا لم يجز حتى يتبين أولها أو آخرها، انتهى.

وعَقِب الشهر بفتح العين وكسر القاف إذا بقيت منه بقية، وبضم العين وإسكان القاف آخره فالنص محمول على الأولى والفساد فيها ظاهر، وكذلك في الثانية عند من لا يرى التأجيل بالآخر، والمختار فيه الصحة كما سبق في

فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حَسِبَ الْبَاقِيَ بِالْأَهِلَّةِ، وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ، ....

الأولى ولا يضر جهالة نقص الشهر وتمامه، نعم ينبغي أن يكونا عالمين بأن عُقْب الشهر بضم العين وإسكان القاف آخره، فإن أكثر الناس يجهل ذلك.

قال: (**فَإِنْ انْكَسَرَ شَهْرٌ حَسِبَ الْبَاقِيَ بِالْأَهِلَّةِ وَتُمِّمَ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ**) لأنه لما بعد واعتبار الهلال في المنكسر رجعنا إلى العدد، وقيل: إذا انكسر الأول انكسر الجميع، والصحيح الأول، وضرب الإمام مثلًا للتأجيل بثلاثة أشهر مع الانكسار.

فقال: عقدا وقد بقي من صفر لحظة ونقص الربيعان وجمادي فيحسب الربيعان بالأهلة، وتضم جمادي إلى لحظة من صَفَر، ويحمل جمادي الآخر بيوم إلا لحظة.

قال: وكنت أود أن نكتفي في هذه الصورة بالأشهر العربية فإنها جرت عربية كوامل.

قال الرَّافِعِي: وما يتمناه هو الذي نقله الْمُتَوَلِّي وغيره وقطعوا بالحلول بانسلاخ جمادي فيما ذكره، وأن العدد بما يراعى إذا جرى العقد في غير اليوم الآخر وهو الصواب، انتهى.

وكلام جماعة يقتضي المنازعة فيه هذا، قال القاضي الحسين: إذا أجل شهر واحد ينكسر الشهر فيه بكل حال العقد بتقدمه يجز أو يتأخر لا محالة، انتهى.

وهو ظاهر أنه لا فرق بين اليوم وما دونه كما فهمه الإمام فحصل وجهان، ويحمل قول: الرَّافِعِي قطعوا على الْمُتَوَلِّي وغيره لا على كل الأصحاب، وقوله: بانسلاخ جمادي في الصورة المذكورة بمعنى: إذا كان ناقصًا، وإن كان تامًّا لم يتوقف على انسلاخه؛ بل إكمال ثلاثة حتى لو عقدا بوقت الزوال من آخر صفر حل بزوال الشمس اليوم الأخير من جمادي الكامل وصرح به الْمُتَوَلِّي.

وكلام الكتاب يقترب من نقل الإمام لا التصويب المذكور.

ويحتمل أن ينزل التصويب، وعبارة المحرر ولو أسلم إلى شهور وقد بقي

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ].

من الشهر الهلالي أيام فتعد تلك الأيام المسلمة وهي سالمة مما أفهمته عبارة الكتاب.

قال: (وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِالْعِيدِ وَجُمَادَى، وَيُحْمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ) لتحقق الاسم به، والثاني لا؛ بل يفسد لتردده بينهما، والمذهب الأول وهو دال الصحة التأجيل بأول الشهر، ويجري الوجهان في التوقيت بنفر الحجيج وشهر ربيع، فلو قال: بعد رمضان إلى العيد حمل على عيد النحر لا محالة، فإذا وقتا بالنفر، فلا بدَّ أن يعرفانه. وفي «الحاوي» أنه لو عقد إلى يوم النفر الأول وهو الثالث عشر منه جاز لأهل مكة، وفي جوازه لغيرهم وجهان.

إشارات: قال الرَّافِعِي: لو وقَّتا بنفر الحجيج وقيد بالأول أو الثاني جاز، وإن أطلقا فوجهان أصحهما ويحكي عن نصه أنه صحيح، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به.

قلت: ظاهر كلامه أن التأجيل إلى النفر بنفسه لا إلى يومه وفيه نظر؛ لأن النفر ينعدم ويتأخر، وعبارة نص «الأم» والبيع إلى الصدر جائز والصدر يوم النفر من منى، انتهى.

وعبارة «الحاوي» وغيره كما سبق فالمراد اليوم وهو الوجه قالا: بعد مسألة الكتاب وأخواتها ولا تحتاج إلى تعيين السنة، وفي النهاية وإن ذكر النفر مطلقًا وأضافه إلى السنة المعلومة فوجهان. ثم قال: وألحق العراقيون بذلك ما لو أجله بشهر ربيع أو جمادي من سنة معلومة.

قلت: وظاهر كلامه أن محل الوجهين ما إذا عين السنة ولم أره لغيره ولا للغزالي.

قال المصنف: لا يضاف لفظة شهر إلى شهر إلا إلى رمضان، وشهر ربيع الأول، وشهر ربيع الآخر، وصور ربيع إذا وصف بالأول أو الثاني لا يقال: ربيع الأول على الإضافة ولا شهر جمادي؛ بل جمادي فحسب هذا لفظه من خطه من مسودة «شرح المهذب».

قال المصنف: [فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنْ اُعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا.

قال: (فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ) أي: في الحال كبيع العين وفي المحل، ولا بأس بانقطاعه قبله أو بعده؛ لكن لو غلب على الظن وجوده لكن بمشقة عظيمة كالقدر الكبير من الباكورة فوجهان: أقربهما إلى كلام الجمهور البطلان.

قال الشارح: (فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ صَحَّ إِنْ اُعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ، وَإِلَّا فَلَا) هذا من تفقه الإمام، وينبغي ألا يكفي مطلق اعتياد نقله للبيع؛ بل إن اعتاد كثيرًا وغالبًا؛ لأنهم اعتبروا عموم وجود السلم فيه عند المحل، فتأمله.

قال الرَّافِعِي: لو أسلم في شيء ببلد لا يوجد مثله فيه فيوجد في غيره، قال في «النهاية»: إن كان قريبًا منه صح، وإن كان بعيدًا لم يصح.

قال: ولا يعتبر مسافة القصر هاهنا، وإنما التقريب فيه أن يقال: إن كان يعتاد نقله إليه في غرض المعاملة لا في معرض التحف والمصادر إن صح السلم وإلا فلا، ويجيء في آخر الفصل ما يجيء في الإعراض عن مسافة القصر، انتهى.

وعبارة «النهاية» بعد ذكر التفصيل.

قال الأئمة: لا يعتبر فيما أطلقنا من القرب والبعد مسافة القصر والقصور عنها. قال: وهذا إنما يجب الاعتبار فيه بتقرب ما حد حرجه عن عماية الأحمال، فإن القول في مثله بشر ولا ضبط في قول القائل: إن كان بحيث نسق النقل لم يصح السلم، والأصح وقد يقرب في هذا أن يقول: إن جرت العادة بنقل ذلك الجنس إلى بلد السلم يجوز، والمسلم فيه مقدور على تسليمه، وإن كان ذلك مما نعتاد فهو ملحق بما لا يقدر عليه ولا اعتبار بنقل آحاد الناس للتحف، وإنما الاعتبار بما ينقل لأغراض المعاملة وهذا لا بأس به، وإن قيل: المنبع هو الذي يلغي محمل النقل مسقه ظاهر خارجه عن اعتياد النقل.

وقد أجرى الشَّافِعِي في هذا لفظًا، فليتأمل الباطن، فقال: هو كما لو

....

أسلم في رطب البظرة، وبلد المسلم من بلاد خراسان وهذا سرف في تصوير التعدد وهو يحصل بدون هذا، وبالجملة السلم عقدا رقاق من الجانبين والحلم فيها يباشر من أحكام المعليلات العرف لحل مشقة لا يبعد وفي عرض المعاملات، وإنما محمل الاستعجال رأس المال، فتلك المشقة لا يقدح في صحة السلم كل مشقة لا محمل في أعراض التعامل، فلا يبني جواز العقد عليها وينبغي أن يقال: على سبيل الضبط والقرب منه أن النقل إذا كان يلحق المنقول بما لا يعلم إمكان الوصول إليه فهو من المتعدد الذي لا يجوز السلم فيه، وهذه العبارات سير إلى تقريب واحد، انتهى لفظه.

وعبارة «البسيط» لو أسلم في مفقود في بلد التسليم موجود في بلد أخرى، قال أصحابنا: إن كان بعيد أبطل وإن كان قريبًا صح، والوجه في إيضاحه أن يقال: إن كان العرف بحيث نقل ذلك الجنس لأغراض المعاملة صح العقد وإن كان لا ينقل إلا في ضرورة عظيمة من مصادره وهديد وتحفه وكان ذلك على ندور لم يصح العقد؛ لأنه معجوز عن تسليمه، انتهى.

وعبارة «الذخائر» قال أصحابنا: إن كان بعيد أبطل، وإن كان قريبًا صحَّ، ويرجع في القرب والبعد إلى العادة.

وقال بعض أصحابنا: القرب المعتبر هاهنا وذكر كلام الإمام السابق في النقل لغرض المعاملة وغيرها، وجعله مقابلًا لقول الأصحاب.

ثم قال: ذكرنا في السلم فيما يعز وجوده وقت المحل كما لو أسلم في تمر كبير في قلب الباكورة وجهًا أنه يصح إذا كان لا يمكن تحصيل المسلم فيه إلا بمشقة شديدة لنذور وجوده وهذا الوجد يحيى هاهنا أيضًا، انتهى.

وتأمل قول الشَّافِعِي في «الأم»: ولو سلم في ناقة موصوفة أو ما شبه أو عبد موصوف على أنه جبار، أو جارية موصوفة على أنها ماشطة، كان السلف صحيحًا وكان لواد فيما يقع عليه اسم المشط أو الحين إلا أن يكون ما وصف غير موجود بالبلد الذي يتلف فيه بحال فلا يجوز، انتهى.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْأَظْهَرِ، فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ.

فقيد ما لبلد وقال: محال.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَانْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ لَمْ يَنْفَسِخْ فِي الْأَظْهَرِ**) كما لو أعير المشتري بالثمن.

(**فَيَتَخَيَّرُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ، وَالصَّبْرِ حَتَّى يُوجَدَ**) والثاني ينفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض، أشار بقوله فيما يعم إلى أنه يشترط عموم وجود السلم فيه عند المحل أو يوجد ما لبلد لكن عند قوم محصورين وأتوا بيعه، فإن كانوا يبيعونه بثمن عال وجب تحصيله في هذا الإطلاق وقفه، فإن أمكن من غير تلك البلدة إليها.

قال الرَّافِعِي: وجب نقله إن كان في حد القوت بضبط، أما الْبَغَوِي في أحدين فنقلوا وجهين أقربهما يجب نقله مما دون مسافة القصر، والثاني من مسافة لو خرج المبكر مالها أمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا، أما الإمام جرى على الأعراض عن مسافة القصر.

وقال: إن أمكن النقل على عسر، فالأصح أن السلم لا يفسح قطعًا، ومنهم من طرد القولين، ومراده أنه على ينفسخ قطعًا بل ينبت له الخيار وإن كان يمتنع من إيراد العقد عليه، لذا صرح به، وطارد القولين جعل التعدد المانع من السلم ابتداء إذا طرد اتمانه الانقطاع حتى يجري قولًا الانفساخ، وهذا مقتضى كلام الأكثرين، وطريقة الإمام أفقه وإن خالفها ظاهر كلام غيره.

تنبيهات: أحروا القولين فيما لو تأخر القبض حتى فقد المسلم فيه تهاون من أحدهما أو عيبته، وفيما لو مات قبل انقضاء الأجل والمسلم فيه لم يدرك بعد.

وقال الدَّارِمِي: إن كان موجودًا فماطله حتى نفد لم يبطل قولًا واحدًا والخيار، ومنهم من قال فيه القولين وهل خياره على الفور كالعيب أو يمتد ثلاثة أيام، فلو انفسخ فيها لزمه التأخير إلى الوجود، أو هو على التراخي أوجه أصحها ثالثها، وهل يبطل بالتصريح بإسقاطه فيه وجهان جاريان في إباق العبد

وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ.
وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَو وَزْنًا أَو عَدًّا أَو ذَرْعًا، وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ.

قبل القبض أصحهما لا وله الفسخ بعد ذلك.

قال الدَّارِمِي: فإن ماطله إلى سنة أخرى ثم وجده، فهل يفسخ مع الوجود على وجهين، وإذا أجاز القيرواني السابع، فهل يجبر؟ على وجهين.

قال: وعندي إن ماطله أجبر وإن عدم لم يجبر، هذا لفظه، وذكر قبيل كتاب الرهن أنه إذا وجد ما أسلم فيه فتراضيًا بتأخيره سنة أخرى.

قال ابن الْقَطَّان في جواز ذلك قولان بناءً على تعدده.

(**وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الْمَحِلِّ انْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ فَلَا خِيَارَ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لم يجئ وقت وجوب التسليم.

والثاني: نعم لتحقق العجز إشارة قصر الخلاف على الخيار، وهو حاد في الانفساخ أيضًا، وإنه هل يسخر بذلك حكم الانقطاع أو يتأخر وجهان، وإذا ثبت حكم الانقطاع جرى القولان، ولا يسخر حكم الانقطاع في الأصح وكان أحسن.

والحاصل أوجه الخيار والانفساخ وعدمها وهو الأصح.

قال: (**وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ كَيْلًا أَو وَزْنًا أَو عَدًّا أَو ذَرْعًا**) على ما قبلهما.

(**وَيَصِحُّ الْمَكِيلُ وَزْنًا وَعَكْسُهُ**) وعليه إذ الغرض معرفة المقدار بخلاف الربويات على المشهور للتعبد فيه، وما ذكره الإمام في المكيال ولا يلصق به، قاله: الْمَاوَرْدِي وغيره وحمل الإمام إطلاق الأصحاب علي ما بعد الكيل في مثله ضابطًا.

أما لو أسلم في فُتَات المسك والعنبر ونحوهما كيلًا لم يصح؛ لأن سيره ماليته كثيرة والكيل لا يعد ضابطًا فيه، وتبعه الغزالي وغيره ونقله في السفح عن الْمُتَوَلِّي وسكت الشيخان عليه رضي به وهو حسن صحيح، واستثنى الْجُرْجَانِي وغيره من المتقدمين، فقال في «التحرير»: إلا النقود فلا سلم فيها إلا وزنًا.

قال بعضهم: وفي معناها كل ما يعظم خطره، وسيأتي عن الرَّافِعِي أنه جوز الكيل والوزن في اللآلئ الصغار.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ، وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبِطِّيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَّاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ.

وقال الشيخ: وهو مخالف لما ذكره هنا، وكأنه اختار هنا ما تقدم عن إطلاق الأصحاب.

قلت: وكذلك أطلق الشَّافِعِي في «الأم» كما في الكتاب ولم يستثنِ شيئًا.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِائَةِ صَاعِ حِنْطَةً عَلَى أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا لَمْ يَصِحَّ)** لأنه بغير وجوده، ولذا سائر الحبوب والغلات وكذا وزن الثياب خلافًا للقاضي أبي الطيب. قال: لأنه يرجع إلى حره انفساخ.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن أمكن فسخه بذلك الطول والعرض والوزن جاز وكان أولى، وإن تعدد عليهم لم يجز حاصله الرجوع إلى أهل الصنعة فيه وهو ظاهر، ولو ذكر وزن الخشب مع صفاته المعتبرة جاز؛ لأنه إن زاد أمكن نحته.

قال الشيخ أبو حامد: ويوقع عليه واستشكل ما به يعبر فيه ذكر العرض والطول والثخانة وبالحب نزول أحد هذه الصفات.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي الْبِطِّيخِ وَالْبَاذِنْجَانِ وَالْقِثَّاءِ وَالسَّفَرْجَلِ وَالرُّمَّانِ)** أي: وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل كالبقول والشوص وقصب السكر والفواكه وغيرها، ولا يكفي في ذلك العدّ لاختلافه.

إشارات: منها: قالا: لا يجوز السلم في البطيخة والسفرجلة الواحدة ولا عدد منها؛ لأنه محتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، ذلك موزون غيره الموجود.

اعلم أنه إذا أسلم في عدد من البطيخ كما به بالوزن في الجميع دون كل واحدة جاز اتفاقًا وإن بيَّن وزن كل واحدة أو أسلم في واحدة فقط فنصه في الْبُوَيْطِي يقتضي الجواز؛ لأنه قال: ويسمى الوزن ويصف صغيره وكبيره ووسطه ولو وصف وزن كل واحدة من هذا كان أحوط، وإلا لم يضره وهو مصرح بالمقصود، وكذلك البيض سواء بيض الدجاج أو غيره.

وقال القاضي الحسين والفوراني والمتولي والبغوي: لا يجوز إذا قدر وزن كل واحدة كغرة الوجود، ورد قولهم بالنص.

وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ، ....

ومنها: قيل على كلام الشيخين استدراك من وجهين:

أحدهما: في البطيخة والسفرجلة الواحدة لمخالفته النص، وإن وافق كلام من ذكرناه الثاني أنه موهم أنه لا يجوز في عدد من البطيخ بوزن الجميع دون كل واحدة ولا بقوله أحد، وإنما المراد إذا بين وزن كل واحدة، والتمسك بعزة الوجود ليس بالقوى بكثرة البطيخ فلا يعز، وإن حصل تقارب يسيرًا عنصر لقلة الرغبات في ذلك وعدم المضايقة فيه، ومنها أطلقوا جواز السلم في البقول وزنًا كما سبق.

وجعله الْمَاوَرْدِي ثلاثة أقسام:

قسم يقصد منه شيئان: كالخس والفجل يقصد له وورقه؛ فالسلم فيه باطل لاختلافه، وقسم كله مقصوده فيجوز وزنًا.

وقسم يتصل به ما ليس بمقصود كالجزر والشلجم وهو اللفت، فلا يجوز إلا بعد قطع ورقه، وأما الباذنجان فيحتمل ألا يجوز إلا بعد قطع أقماعه ويحتمل أن يجوز قبله، انتهى أظهر لأنه العرف في سعة.

ومنها: زعم شارح أن الْجُرْجَانِي ذكر في «الشافي» أنه يجوز السلم في المعدود كالبيض والرمان والجوز والسفرجل وقصب السكر عددًا، انتهى، وهو واهمٌ! فإنه ذكر في صدر كلامه ما يوهمه وصرح من بعد فالمذهب، وكذا صنع في تخزينه وزيادة لفظه عددًا زيادة باطلة فاعلم.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي الْجَوْزِ وَاللَّوْزِ بِالْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ اخْتِلَافُهُ**) أي: لعل اختلاف قشوره دقه وغلظًا فإن اختلفت فيهما امتنعَ السلم فيه، اعلم أن هذا الشرط سيذكره الإمام عن الأصحاب وتابعاه عليه.

وقال في «التنقيح»: هذا التفصيل لإمام الحرمين والمشهور في المذهب الذي أطلقه الأصحاب ونص عليه الشَّافِعِي جواز السلم في الجوز واللوز.

قال الشيخ في «التنقيح»: ورأيت في كتاب الودائع تصنيف أبي العباس ابن سُرَيْجٍ ما يوافق طريقة الإمام، قال: في أوائل البيع ما لا يضبط بالصفة، فالسلم

وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصَحِّ.

فيه باطل مثل الجوز والرمان والأترج والبطيخ والبيض وما أشبه ذلك، انتهى.

وهذا لفظ الودائع كما رأيته فيه، ونقل ابن المنذر عن الشَّافِعِي وأبي ثور أن السلم في البيض والجوز لا يجوز وأوله عصري على أنه لا يجوز عدد، ولكن كلام ابن سُرَيْج بعيد من هذا التأويل فلعله ذهب إلى هذا القول الغريب.

قال: (**وَكَذَا كَيْلًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في المختصر كالحبوب والتمر، والثاني لإلحاقها في الكيل ونسبه الْعِمْرَانِي إلى النص وغيره إلى الْبُوَيْطِي وقال المصنف في «التنقيح»: المنصوص المنع.

وقال أبو إسحاق: يجوز هكذا قال: في المهذب وغيره والصحيح الجواز إذا أمكن كله نص عليه في «الأم»، فقال: وسلم في الجوز وزنًا وإن كان الإسحاقي في الكيل فيه كيلًا والوزن أحب إليَّ وأصح وبالجواز قطع في الشامل وسليم في «الكفاية» ولم يذكر أبو حامد في التعليق غيره فحصل فيه كيلًا قولان منصوصان وذكر صاحب «العدة» أن المراد بنص الشَّافِعِي على بيع السلم في الجوز كيلًا الجوز الهندي، انتهى.

ولم يذكر في المهذب اللوز وإنما ذكره في «البيان» ومنع الكيل فيه بعيد لا سيما في صغاره وقد تقرر في الربا أنه محل خلافًا للقاضي الحسين.

وفي «الذخائر» أن الذي يحرر فيما لا يكال ولا يوزن في القادة أربع أوجه:

أحدها: الجواز بالوزن دون الكيل.

والثاني: يجوز الكيل في الجوز، ولا شك أنه يلتحق به اللوز والفستق والبندق ونحو ذلك.

والثالث: يجوز فيما سوى الجزر واللوز، وما في معناهما بالوزن خاصة وأما الجوز واللوز والبندق ونحو ذلك، فإن أمكن ضبطها بالوصف جاز السلم فيها وزنًا وإلا لم يجز.

والرابع: يجوز في الجوز واللوز والبندق والفستق كيلًا ووزنًا، ولا يجوز

يُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ، ....

فيما سواها إلا بالوزن واتفقوا على أنه لا يجوز السلم في شيء من ذلك عددًا، انتهى.

إشارات: قيل: أوهمت عبارة «الروضة» أن في البندق والفستق خلافًا.

قلت: وسبق ما تحققه ولا خفاء أنه إنما يجوز السلم في هذه الأشياء في القشر الأسفل لا غير، هكذا أطلقوه.

وينبغي جوازه في الوزن قطعًا قبل انعقاد القشرة السفلى كبيعه كما هو واضح الطريقين، ونص في الْبُوَيْطِي أنه لا يجوز السلم في التفاح والجوز وما أشبهه إلا وزنًا.

قال: (**وَيُجْمَعُ فِي اللَّبِنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوَزْنِ**) أي فيقول: ألف لبنة مثلًا وله كل واحدة كذا لأنها تضرب على اختيار فلا تؤدي إلى عزة الوجود، ثم الأمر في وزنها على التقريب كما في «الروضة».

قلت: هكذا قاله الخراسانيون، ويشترط في اللبن الجمع بين العدد والوزن ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن، ونص الشَّافِعِي في «الأم» على أن الوزن مستحب لو تركه فلا بأس، انتهى.

وهو نصه في الْبُوَيْطِي لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف، وقال في «التنقيح» الذي ذكر الشيخ أبو حامد وغيره من الوجهين النوع واللون المدور والسمك، انتهى.

وعبارة «التهذيب» ويجوز في اللبن والآجر وبين الوزن والعدد، فيقول: كذا وكذا لبنة، وزنها كذا وظاهرها اعتبار، وأن الجملة لا كل لبنة لبنة، وبالجملة: فالمذهب ما نص عليه إشارة ما جزم به المصنف، نقله القاضي حسين.

قال: وقياسه جواز السلم في القماقم والطناجير، ويذكر العدد والوزن، انتهى، فإن لم يقول: النص كان اعتبار الجمع قولان منصوصان وقضية كلام الإمام أنه يشترط العرض للطول والعرض في الثخانة وما يضرب منه وكذا البسيط.

وَلَوْ عَيَّنَ مِكْيَالًا فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

فرع: يصح السلم في الأجر على الصحيح، وجزم به جماعة ويذكر ما سبق صفة الطنج والتربة ولا يجوز السلم في الأجر المطبوخ، وهو ما لم يكمل نضجه، فاحمر واصفر بعضه نقله الْمَاوَرْدِي عن الأصحاب، ولم أر من أعتبر فيه الجمع بين العدد والوزن إلا الْبَغَوِي ومن نحا نحوه في اللبن وعبارته محتمله، وإلا صح خلافه.

قال الشَّافِعِي في الْبُوَيْطِي: لا بأس بالسلم في الطوب والحجارة أن ضبط طوله وعرضه لا وزن، انتهى.

قال: (**وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلًا فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَادًا**) أي: ولم نعرف مقداره لهذه الجرة أو الكوز ونحوها لأنه مجهول وفيه غرر؛ لأنه قد سلف قبل المحمل، وخلى الإجماع، وفيه وفي السلم الحال وجه كما لو قال: بعتك سل هذا الكوز من هذا، وإلا صح، وليس الفرق بالواضح.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن كان المعين معتادًا، فعينه لم يضر على الأصح لكن بلغوا تعيينه كسائر الشروط التي لا عرض فيها.

والثاني: يفسد لتعرضه للتلف، وسواء في ذلك المكان المستغل في ذلك الوقت أو غيره مما غلطه الإمام إذا عرف، وسواء مكان بلد التسليم وغيره إذا كان معروفين، والمراد بالمعتاد أن نعرف ما يسع [ونعبره] ألا نعرف ما يسع، فالميزان والذراع والصحة كالكيل فيما ذكرنا وكذا لو غير كيلًا أو وزنًا ذكره الرُّويَانِي وذكر وخمصًا.

ثالثًا: فارقًا بين البيع والسلم في التعيين يليه التعلق على مجال معروف بشرط لا خلاف، وإذا اختلفت المكاييل والموازين والذراعات فلا بدَّ من تعين نوع منها إلا أن يغلب نوع منها فيحمل الإطلاق عليه، ولا بدَّ في المكيل والموزون والمذروع من علم المتعاقدين وعدلين معهما على الأصح كما في أوصاف السلم فيه ولو عين ذراع يده لم يصح على الأصح لأنه قد يموت، قاله الْمَاوَرْدِي.

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَصِحَّ، أَو عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.
وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا، ....

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ**) أي: في مقدار منه.

(**لَمْ يَصِحَّ**) لأنه قد يتعذر وفيه عدد من غير حاجة، وهذا كما قال ابن المنذر: كالمجمع عليه.

وروى البيهقي فيه حديثًا إشارات الثمرة مثال والحبوب وغيرها كالثمرة والكرم والبستان كالقرية الصغيرة، ولا يجوز السلم في لبن غنم بعينها أو صوفها أو شعرها أو زبدها أو سمنها أو لباها أو جبنها نص عليه الشَّافِعِي ولم يفرقوا في هذه بين المؤجل والحال وتعليل جماعة يشعر بأن التصوير في المؤجل.

وذكر الْمَاوَرْدِي: أنه إذا أسلم في ثمرة شجرة معينة حالًا انتهى، ويجب طردها في القرية والبستان والكَرْمُ وأولى.

قال: (**أَوْ عَظِيمَةٍ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لا ينقطع غالب وهل معين أو يكفي الإيثار بمثله فيه احتمال للإمام والمفهوم من كلامهم الأول والثاني أنه لتعيين المحال لعدم الفائدة.

قالا: ومحل الوجهين إذا لم يعد ذلك سويقًا، فإن أفاده لمعقلي الصبرة جاز جزمًا لأنه مع معقلي بغداد⁽¹⁾ صنف؛ لكن يختلفان في الأوصاف فله غرض في ذلك فيجوز جزمًا.

قلت: بل يجب إذا اختلف به العرض المعتبر إشارة لم يعرضوا للفرق بين القرية الصغيرة والكبيرة، وكان المراد العرف؛ فالكبيرة كالناحية، والصغيرة كالبيت الواحد، وفقد ذلك فيها.

قال: (**وَمَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ**) أي: ومن الشروط معرفة الأوصاف.

(**الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الْغَرَضُ اخْتِلَافًا ظَاهِرًا**) لا اختلاف القيم بذلك واحترز

---

(١) هو نوع من التمر معروف بالبصرة وغيرها من العراق، منسوب إلى مَعْقِل بن يسار الصحابي ﷺ وإليه يُنسب نهر مَعْقِل بالبصرة.

وَذِكْرُهَا فِي الْعَقْدِ عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ].

قال المصنف: [فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ ....

بقوله اختلافًا ظاهرًا بما يتعاين بمثله ويحمل الناس إهماله ولا يبالي به، فلا يشترط معرفته ولا ذكره.

واعلم أن من الأئمة من ذكره المصنف، وبعضهم اعتبر الأوصاف التي يختلف بها القيمة.

وبعضهم جمع بينهما، وليس بشيء منها على إطلاقه، فإن كون العبد قويًا في العمل وضعيفًا وكاتبًا وأمينًا وما أشبه ذلك أوصاف يختلف لها العرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها، قاله الرَّافِعِي.

قال (وَذِكْرُهَا) أي: ويشترط ذكرها.

(فِي الْعَقْدِ) ليتميز المعقود عليه، فلا يكفي ذكرها بعده وإن كان في مجلس العقد على وجه أي: وأن يكون ذكرها.

(عَلَى وَجْهٍ لَا يُؤَدِّي إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ) لأنه عقد غرر، ولا يجوز إلا فيما موثق بتسليمه، واستغراق الأوصاف متعددًا ومتعثر إشارة هذا ضابط مسائل الباب. وحكي الإمام في الوكالة وجهًا أنه لو قال: أسلمت إليك في ثوب جاز وليس بشيء نعم قد يكتفي في بعض الأشياء بوصف وصفين وثلثه، وأكثر كما قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (فَلَا يَصِحُّ فِيمَا لَا يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ): **قلت**: هذا شرط المعرفة ووجه المنع أن الجهل كحال المبيع يمنع صحة البيع مع أنه عين؛ فالجهل كحال السلم فيه أولى من المنع، قاله الرافعي.

وهذا التوجه يوهم ألا يصح بيع عين المخلط الذي لا ينضبط أخلاطه للجهل في المقصود ليس بمراد.

قال في «الأم»: ولا خير في أن سلف في قلنسوة محشوة، وذلك لا ينضبط وزن حشوها ولا صفته، ولا يوقف على حدّ بطانتها ولا يشتري هذا إلا يدًا بيد يعني به المعاينة.

كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ،

قال: (**كَالْمُخْتَلِطِ الْمَقْصُودِ الْأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ**) مقصودة بهذا النوع المختلط المقصود الأركان التي لا ينضبط قدر اختلاطها وأوصافها واستغنى بالقاعدة والمال.

وذكر الخلاف فيما بعده عن التصريح بهذا الشرط، ومن أمثلة هذا النوع القسي(١) العجمية والند(٢) والجوارشان، والحلواء، والفالوذج ونحوها، والنبل(٣) المريش(٤) والنعال كالخفاف المطبقة بتنبيهات الغالية(٥) مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور، قاله الرَّافِعِي.

وأراد بالخف ما يجمع أجناسًا كبعض خفاف النساء، وفي الخف المركب من ظهاره وبطانه وحشو وجه عن ابن سُرَيْجٍ، وأما المحل من شيء واحد لخف الرجل المعروف، فإن كان من جلد، ومنعنا السلم في الجلود وهو الأصح امتنع، وإن كان من مَن غيره فيظهر أنه كالثياب المخيطة، ويقوي القول بالصحة فيما اتحد من جلد ونحوه؛ لأن الصفة تحيط به وما حكي عن ابن سُرَيْجٍ في الخف مثل التجويز يجب تنزيله على ما هو من جنس واحد دون المختَلط، فإنه قال: لا يعلم ما في الخفاف إلا الله تعالى، واحترز المصنف بالترياق المخلوط عما هو بنبات واحد أو حجر، فيجوز السلم فيه.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: الترياق نجس، فإنه يطرح فيه لحوم الحيات، ولبن الأتان، ونص عليه في «الأم» فيحمل كلام المصنف وغيره على ترياق ظاهر فرع يمتنع السلم في الأقل منه.

---

(١) بكسر القاف والسين، وتشديد الياء جمع قوس، وتجمع أيضًا على أقواس.

(٢) بفتح النون: وهو مسك وعنبر وعود يختلط بغير دهن. قال الجوهري: ليس هو بعربي.

(٣) النَّبل: السهام العربية. قال ابن مكي: من غلط العامة قولهم لواحد النبل نبلة، وليس له واحد من لفظه؛ بل واحده سهم وقدح.

(٤) (المَرِيْش): هو بفتح الميم، وكسر الراء وإسكان الياء، وإنما ضبطته؛ لأني رأيت كثيرًا ممن يصحفه.

(٥) هي مسك وعنبر مخلوطان بدهن. قال الجوهري: يقال: أول من سمَّاها بذلك سليمان بن عبد الملك، تقول: تغليت بالغالية.

وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ ....

قال: إنما يجوز ابتياع النعلين والشراكين، ويستأجر على الحذو وعلى خراز الخفين، وحكي الرُّويَانِي عنه جواز إلزام ذمة صانع أن يصنع له خفًّا، وهذا مخالف لما في «الأم».

وقال ابن الصباغ وغيره: أن استصناع هذه الأشياء لا يجوز إلا كما قاله: في «الأم» خلافًا لأبي حنيفة.

فرع: لا يجوز السلم فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء مخيضًا كان أو غيره، كما لا يجوز بيعه وفي «التتمة» أن الْمَصْلُ كَالْمَخِيضِ لما فيه من الدَّقيق، ولا يجوز السَّلم في الكشك قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ فِي الْمُخْتَلِطِ الْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ**) لسهولة ضبطه، والثاني: المنع كالغالية ونحوها والمنصوص الأول لكن ما المراد بهذا الانضباط، وقول: الرَّافِعِي في الخز ونحوه أنه منضبط الأقدار والصفات إن ذلك معرفة صناعته أو أنه يعتبر معرفته في صحة العقد في كلامهم اختلاف فيه تعلل في المهذب الجواز بأنه يعرف قدر كل واحد منهما.

قال شارح: لعل مراده اللُّحْمَةَ⁽¹⁾ مِنْ أَحَدِهِمَا وَالسَّدَى من الآخر، وكذلك هو في كلام غيره، وأما معرفة قد رحل منهما بالوزن فما أظنه لأنه لحم يشترط، وأما معرفة قد رحل منهما فما أظنه يشترط بعد الذبح لا يمكن العلم به ويفضي إلى نزاع وإن كان ظاهر اللفظ مقتضيه، انتهى.

وعبارة الدَّارِمِي وإن كان من جنسين ويمكن تمييزه كثوب من حرير وقطن، فيجوز إذا وصف كم من واحد أي: كم من كل واحد وهي صريحة في ذلك وأنه شرط في صحة العقد ووجهه ظاهر، وأهل الصنعة يعرفون ذلك إذا وزن الثوب بعد نسجه ورأوا أطرافه من اللحمة، وعلل في الذخائر الجواز بأنه يتميز إن يعلم أن وَالسَّدَى إبريسم، واللُّحمة مثل صوف أو قطن، وليس من شرطه معرفة المقدار وعليه يدل نص الشَّافِعِي - ﷺ تعالى - وعليه ينطق قول الرَّافِعِي في

---

(1) اللُّحمة: ما يصاد به الصيد.

……

«شرحه الصغير» والأصح الجواز بسهولة ضبط أخلاطها وأقدارها، انتهى.

وفي «الشامل»: وليس من شرط ذلك أن يكون مقداره معلومًا، انتهى، وهذا مخالف لكلام الدَّارِمِي، وكلام الدَّارِمِي أصح إذ القيم والأعراض تتفاوت بذلك تفاوتًا ظاهرًا.

تنبيه: عَتَّابِي مركب من قطن وحرير والخز، قيل: إنه مركب من قز وشعر الأرنب.

وقال الرَّافِعِي: هنا أنه من الإبريسم والوبر قاله المطرزي، وقال في «المغرب»: أنه مركب من إبريسم وصوف، وليس هذا باختلاف بل كل ذلك حسبما اقتضاه كلامهم.

قال: ويخرج علي الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل كالإبريسم على القطن والكتان، انتهى.

وقضيته يرجح الجواز، لكن صاحب «المهذب» وغيره من العراقيين منعوا السلم في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبي لأنه لا ينضبط، وحكوا الوجهين فما نسج من عزلين، والظاهر أن إذا شرطنا معرفة مقدار الغزلين كما سبق أنه لا يصح السلم فيما عمل عليه بالإبرة للجهالة؛ اللهم إلا أن تعرف أهل الصنعة ذلك في هذا أيضًا؛ لكن في «تجريد التجريد» أنه لا يمكن ضبط كل واحد عند الاتحاد وهذا هو المجزوم به في «الشامل» وغيره، والظاهر أنه قول جماهير العراقيين واقتضى إيراد «الحاوي» أنه لا خلاف فيه.

فرع: ذكر شارح أن كل ثوب من غزول مختلفة على هذا الحكم للثياب، وفي «الذخائر» بعد ذكر الخلاف في العتابي والخز، وإن كان الثوب مختلف الغزل.

قال الشيخ أبو حامد: قال الشَّافِعِي ﷺ قال: وإنما جوز الشَّافِعِي في الخز لما ذكرناه، انتهى.

وقال المصنف في «التنقيح»: قال في «المهذب» وغيره: لا يجوز في ثوب عمل عليه من غير غزله، وقطع الشيخ أبو حامد بعكسه في فصل المختلطات،

وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلِّ تَمْرٍ أو زَبِيبٍ، ....

وقال في فصل الثياب: قال الشَّافِعِي في «الأم»: فإن أسلم في ثوب مختلف الغزل جاز.

قال أبو حامد: وأراد به أن يكون سداه معلومًا ولحمته معلومة، وقال أصحابنا: لا يجوز، لأنه ألوان مختلفة لا يمكن ضبطها.

قال أبو حامد: وهذا خلاف النص؛ لأنه نص على الجواز في الخز، والخز من غزول مختلفة، انتهى.

وهذا خلاف ما في «الذخائر» عن تصحيح أبي حامد وفي «تجريد التجريد» بعد ما جزم بمنعه فيما عمل عليه من غير غزله بالإبريسم، ولو أسلم في ثوب مختلف الغزول، فإن يكون سداه قطنًا ولحمته كتانًا أو سداه إبريسم ولحمته صوف جاز قياسًا على ما نص عليه من الجواز في الخز مع اختلاف غزوله، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأنه أخلاط كالغالية، انتهى.

قال: (**وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ وَخَلِّ تَمْرٍ أو زَبِيبٍ**) هذا نوع ثالث كما صرح به الرَّافِعِي وغيره والمصنف عطفه على المختلط المنضبط فأوهم أنه منه.

وعبارة «المحرر» وكذا الجبن، وهي أجود من عبارة «المنهاج»: وليس الشهد مما ينضبط ركناه أصلًا كما أوهمه كلامه، وهذا النوع غير الشهد لا يقصد منه إلا الخليط الواحد والآخر لاصطلاحه كالملح للأقط والإنفحة⁽¹⁾ للجبن والسمك المالح من هذا النوع، بل **هُوَ نَوْعٌ رَابِعٌ، وَهُوَ الْمُخْتَلِطُ خِلْقَةً** وإلا تصح عندهما فيه الجواز كالتمر بنواه، والأصح مذهبًا أو اختيارًا المنع كما نص عليه في «الأم» وعلله بأنه لا تعرف ما فيه من العسل والشمع لقلته وكثرته وثقله وخفته، وبه جزم جماعة من العراقيين والروياني في «الحلية».

إشارة: أطلقا الجواز في الجبن، وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز السلم في الجبن العتيق والقديم إذ لا حدّ له.

قلت: ولأنه بمنزلة العيب ولا يجوز السلم في المعيب كالحنطة [العتيقة]

---

(١) الإِنْفَحَة: هي كَرِش الخروف والجدي ما لم يأكل غير اللبن، فإذا أكل فكرش، وجمعها أنافح.

لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ، وَلَا فِيمَا لَوْ اُسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ عَزَّ وُجُودُهُ كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ

أو المسوسة وعبارة نص «الأم»، ولا خير في أن يقول: جبن عتيق ولا قديم؛ لأن أقل ما يقع عليه اسم العتيق والقديم غير محدود، انتهى.

ولا بدَّ أن تصف الجبن بصفات اللبن ويذكر مع ذلك البلد وأنه رطب أو يابس وقد يجيء هذا في الأقط والخل وغيرهما.

وأما نسبة الترجيح في الخل إلى الأكثرين فيه وقفة، فإن الغزالي نقل أن المراوزة قطعوا فيهما بالمنع، والعراقيين بالجواز.

وقلت: وممن منع ذلك فيهما من العراقيين أبو الحسن بن خيران في «اللطيف»، وأضاف إليهما خل الرطب.

قال: لاشتراك كما معه وهو قضية كلام «الحاوي» وبذلك جزم الصيمري في «شرح الكفاية» في خل التمر والزبيب.

قال: لاختلاطه بالماء، وإلى هذا ميل الإمام وإليه يرشد قول الشَّافِعِي في الشهد؛ لأنه لا يعرف ما فيه من العسل والشمع ولم أر للخل ذكرًا في «الأم».

قال: (**لَا الْخُبْزِ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ**) لتأثير النار فيه تأثيرًا لا ينضبط، ورجح الإمام، والغزالي، الجواز فعليه بذكر البلد والنوع وأنه علامة، أو خشكار رطب أو يابس.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ الصَّيْدِ بِمَوْضِعِ الْعِزَّةِ**) لأنه عقد غرر فلا يصح إلا فيما يُوثق بتسليمه، وهذا ظاهر في المؤجل، أما الحال إذا كان في وقت وجوده بموضع ندر فيه، فلا يقال: بالصحة.

قال: (**وَلَا فِيمَا لَوْ اُسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ**) أي: الواجب ذكره في السلم.

(**عَزَّ وُجُودُهُ**) لأنه إن استوعب الأوصاف المقصودة كالحجم والشكل والوزن والصفاء، امتنع العزة، وإلا امتنع لفقدان الشرط.

قال: (**كَاللُّؤْلُؤِ الْكِبَارِ وَالْيَوَاقِيتِ**) أي: وعمرها من الجواهر النفيسة كالزبرجد والمرجان.

وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أو وَلَدِهَا.

قال في «الأم»: ولا شيء من الحجارة التي تكون كليًا، واحترز المصنف بالبحار فقد استثناها المراوزة وتبعهم الرَّافِعِي، ثم اختلفوا فضبطها أكثرهم مما يطلب للسحق والتداوي، وضبطها الشيخ أبو محمد بما وزنه بسدس دينار، وإن قصد للتحمل لعموم وجوده، والذي أطلقه العراقيون المنع من غير استثناء الصغار جزمًا منهم على ظاهر نصوص الشَّافِعِي، وتابعهم الشيخ أبو محمد في «مختصره» وعليه إطلاق المنع.

إشارات: قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: يجوز بالكيل والوزن وهو مخالف لما سبق عن الإمام أن ما لا يعدّ الكيل فيه ضبطًا لا يصح السلم فيه كيلًا، فاختيار الرَّافِعِي مخالفٌ لاختيار الإمام ولذلك لم يذكره في «المحرر»، و«الشرح الصغير».

قال بعض الشارحين للمهذب: أطلق الشيخ جواز السلم في البلور ومعتاده الوزن.

وقال الْمَاوَرْدِي: ثم قال: وأما العقيق فلا يجوز السلم فيه لشدة اختلافه، فأشبه عليه العقيق بقافين، بالعتيق ضد الحديث.

قال: (وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أو وَلَدِهَا) أي: وعبد وابنه وأخته ونحو ذلك لأن اجتماع وصف كل منهما مع الأخوة أو البنوة تقتضي إلى عزة الوجود، هكذا أطلقه الشَّافِعِي في «الأم»، وبه الجواز، والأصحاب جروا عليه.

وقال الإمام: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها وتابعه الغزالي وغيره، وقال في «البسيط»: فإن كانت زنجية سعى للحضانة والخدمة، فقد لا يعز وجوده، فشرط ذلك يخرج على الخلاف فيما إذا شرط الحمل للجارية، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز»: والأمر كما قاله: الإمام، ولا منافاة بينه وبين كلام الشَّافِعِي؛ بل هو تفصيل لما أطلقه، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وهذا مفرع على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف

……………………………………………………………………………………

باختلاف الجواري، ولم يفصل الأئمة القول فيه؛ لكن في المنع على الإطلاق إشكال؛ لأنهم حكوا عن نصه أنه لو شرط كون العبد كاتبًا أو الجارية ماشطة، جاز إلى قوله: فليسوا بين الصورتين في المنع والتجويز، انتهى.

ولم يذكر الإمام أن كثرة الصفات في السرية واجب دون الزنجية، والظاهر أنه إذ إن الزنجية لا بدَّ من وصفها في العادة إلا الواجب، فلا يعز وجودها لعله أوصافها وتكثر الأولاد معهن ويتقارب صفاتهن قربًا بينًا، وأما المرادة للتسري فتوصف غالبًا بصفات كثيرة بخلاف غيرها مع أنه نقل فيها الولد، فينضم إلى كثرة الأوصاف عزة وجود الولد أو الأخت معها.

وتوافق قول: الإمام نقل الرُّويَاني عن أبي إسحاق أنه يجوز السلم في جارية معها ولدها في بلد يكثر فيه الجواري ولا يبعد وجود ذلك، وضعفه وليس بضعيف إذا نزل على ما ذكرته، وهو ميسرٌ جدًا في بلاد السودان، وما دنا منها، وليس ذلك بعزيز الوجود ولا يستقصى في وصفها، وإنما يراد غالبًا الإرضاع، وأكثر السودان أشبه لولده من العرب بولده.

وعن الدَّارِمِي عن بعض شارحي «المختصر» أنه إذا أسلم في جارية وولدها، فإن كانت خسيسة يظفر بمثلها كثيرًا، وإن كانت نفيسة يعز وجود مثلها، فوجهان وهذا الثاني غريب جدًا.

إشارة: يأتي كلام الإمام في الضأن والمعز، وأولى لكثرة الوجود والشبه، وقلة الأوصاف ولا سيما في المعز، وعلل الديلمي المنع في الجارية وولدها والبهيمة ومعها نتاجها فإن ذلك سري في الذمة متعلق بحين يخرج منها، فهو كالسلف في تمر قرية بعينها وهو غريب، فإنه لا فرق عندهم بين قوله معها ولدها أو أختها أو خالتها أو عمتها أو نحوها من القرابات كما صرح به في «الذخائر» واقتضاه كلامهم.

فرع: في الأمة والبهيمة الحامل: طريقان أصحهما المنع تعليلًا بالجهالة أو فإن الحمل مع الصفات المعتبرة نادر، وهذا أصح، وقيل: إن قلنا: الحمل

يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ، وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَو شُقْرَةٍ، وَذُكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ، ....

يعلم جاز وإلا فلا، وهو محتمل وعلى المنع في الأم بأن الحمل لا يعلمه إلا الله تعالى، وأنه شرط فيها شيئًا ليس مثلها وهو سري لا يعرف، وشراؤه في بطن أمه لا يجوز لأنه لا يعرف ولا يدرى أيكون أم لا، انتهى.

وفيه تلويح بالثناء على أنه لا يعلم، وقيل: إن قلنا: لا حكم له لم يصح وإلا فقولان، ونحن على طريقة الإمام القول بالصحة في الغنم دون غيرها، وقد يجيء في الأمة السودان في مواضع يكثر فيه، ولعله أولى من قوله: معها ولدها؛ لأن الحمل وصف تابع لا يحتاج إلى تفرد بصفات ولو أسلم في شاة لبون، فقولان منصوصان يحلهما على ما بينه الْمَاوَرْدِي إذا أراد معها لبنًا، فإن أراد مما يدر جاز قطعًا.

قال: **(يَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ)**؛ لأنه يثبت في الذمة ثمنًا وصداقًا غير ذلك، هذا هو المذهب. وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان، فقال ابن السمعاني في كتابه «الاصطلام»: لم يثبت وادّعى الحاكم أنه صحيح الإسناد، والمنع قول أهل الرأي. ولنا في الطير قول سيأتي وأغرب الدَّارِمِي فحكى في باب النهي من بيع وسلف عن المروزي يعني أبا اسحاق أنه قال: لا يجوز السلم في الجواري ويعد ثبوته عند نصوص الشَّافِعِي مصرحة بالجواز.

قال الشارح: **(فَيُشْتَرَطُ فِي الرَّقِيقِ ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ)** أي: مثلًا.

(وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَو شُقْرَةٍ) أي: لاختلاف الغرض ويذكر في وصفه بالسواد الصفاء والكدورة، ولو لم يختلف كون النوع لم يجب ذكر اللون كالزنج ونحوهم، ولو كان النوع أصناف كالتركي منه خطائي ومغلي وغيره وجب ذكره على الأظهر، وقيل: قطعًا.

قال: **(وَذُكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ)** لما سبق، والصحيح اشتراط ذكر الثيابة والبكارة في الأمة، وقيل: لا، ولم يذكره الشَّافِعِي.

وَسِنُّهُ وَقَدُّهُ طُولًا وَقِصَرًا، ....

قال في «الشامل»: قال أصحابنا لأن الثمن لا يختلف بذلك اختلافًا متباينًا، فإن كان يختلف اختلافًا متباينًا وجب ذكرها.

وفي «تجريد التجريد» قال: واجب أن يحلى العبد فيقول: أكحل وأدعج أو أفطس أو أقنى أو أسود الشعر أو أشقر، وأن الأمة بكر أو ثيب إلى غير ذلك من الخلال والأوصاف، فإن أخل بها أجزاه، ويجبر على قبول كأنه إذا لم يكن به عيب، انتهى وهو صريح في ذلك.

قال: (**وَسِنُّهُ**) أي: فيقول: ابن سبع أوعشر أو محتلم، والظاهر أن المراد بالمحتلم أول عام احتلامه أو وقته؛ وإلا فإن ابن عشرين سنة محتلم كابن عشرة، وفي النفس شيء من الاكتفاء بإطلاق ذلك، فإن ابن عشر قد يحتلم إلا بعد الخامسة عشرة، والعرض والقيمة متفاوت بذلك تفاوتًا بينًا.

قال **الرَّافِعِي** وغيره: والرجوع في الاحتلام أي: إلى قول العبد، وكذلك في السن إذا كان بالغًا، وإلا فهو لا شك أن ولد في الإسلام، وإلا فالرجوع إلى النخاسين، فيعتبر ظنونهم.

وحكى **الْبَغَوِي** وغيره أنه لا يجوز السلم في الحلب؛ لأنه لا يعرف سنه ولا يقبل قول: الحافر، وبه صدر أبو علي كلامه في «شرح التلخيص» ووجهه بأنه لا يوقف على سنه ولو عرف مولاه الكافر، فلا يصدق في قوله، ثم قال: ومن أصحابنا يجوز ويرجع إلى قول: النخاسين، وظاهر كلامه أنه لا يقبل قول السيد الكافر مطلقًا في الحلب وغيره. والرافعي وغيره أطلقوا القول، والظاهر أنه متى حصل نزاع رجع إلى النَّخاسين وأهل البصر، وإن كان السيد مسلمًا عدلًا.

وذكر ابن **القَاص** في «أدب القضاء» في الصفات التي يضبط بها السلم، ويذكر في الرقيق حليته واسمه وجنسه وسنه وأنه سداسي أو خماسي أو محتلم أو أمردًا أو ملتحٍ، هذا لفظه، والظاهر أن مراده باسمه أنه عبد أو أمة، وسيأتي ما يقتضي أن منَ هذه الأوصاف ما لا يعتبر.

قال: (**وَقَدُّهُ طُولًا وَقِصَرًا**) أي: فتبين أن طويل أو قصير أو ربعه أن القيمة

وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ، ....

تتفاوت به تفاوتًا ظاهرًا.

قال الرَّافِعِي: ونقل الإمام عن العراقيين: أنه لا يعتبر ذكر القد وتابعه في «الوسيط» العراقيين، فإنه يجب ذكره، ولم يتعرضوا للخلاف فيه، انتهى.

وقال الغزالي في «البسيط»: وقد تساهل العراقيون في الأوصاف، فقال: يذكر النوع والسن، ولم يعتبروا القد وهو غلط، فيعد ذكر القامة من محال الوفاق، وبالغ في تقريره والإنكار عليهم تقليد الإمامة في نقله ذلك عنهم.

وقال صاحب «التعجيز»: قال الشَّافِعِي عبدًا نوبيًا سداسيًا خماسيًا، فمن الأصحاب من قال: أراد ابن خمس سنين أو ست، ومنهم من قال: أراد بالخماسي والسداسي القد، أي: يذكر أن طوله خمسة أشبار أو ستة أشبار، انتهى.

وزاد الرَّافِعِي على هذا وحكى المسعودي أن الخماسي والسداسي صنفان من عبيد النوبة معروفان عندهما، انتهى.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن الْبَنْدَنِيجِي أن الصغير يقول، فيه رباعي أو خماسي، وأما الرجل فلا نحتاج إلى أن نذكر فيه الأسباب وزاد في «الأم» هنا ما يفهم مما نقله الإمام عن العراقيين حيث قال: وهكذا في العبيد وإلا ما يصف بنيانهم بالسير وألوانهم وأجناسهم وتحليتهم بالجعودة والسبوطة، فإن أتى على السن واللون والجنس أجزأه، وإن ترك واحد من هذا فسد السلف والتحلية أحب إليه، أي: بذكر الجعودة والسبوطة كما دلَّ عليه ساقه.

قال: (**وَكُلُّهُ عَلَى التَّقْرِيبِ**) اعلم أن عبارة الكتاب هذه يقتضي أن كل ما ذكره على التقريب ولم أره صريحًا لغيره، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرهما والأمر في السن على التقريب حتى لو شرطه كونه ابن سبع سنين بلا زيادة ولا نقصان، لم يجز لندرة، وكذا نقل الشيخ عن الأصحاب أن الأمر في السن على التقريب والظاهر أن الأمر كما قال المصنف - ﷺ تعالى-: وإنما يخصوا السن بذلك كي لا يُظن أن المراد حقيقة التجديد، فغيره أولى، بأن يكون على التقريب.

وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوُهُمَا فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْكَحَلِ وَالسِّمَنِ وَنَحْوُهُمَا)** أي: كالدَّعج وهو شدة سواد العين، وثقل الأرداف ودقة الخصر، وكونها ممتلئة الساقين.

(فِي الْأَصَحِّ) لسامح الناس بإهماله وهذا ما نسب إلى نص الشَّافِعِي، وهو ظاهر ما قدمته عنه.

والثاني: يشترط لأنه مقصود لا يؤدي ذكره إلى عزة الوجود، وتختلف القيمة بسببها وعبارة غير المصنف: وهل يشترط في الأمة ذكر الدعج والكحل وتحليم الوجه ودقة الخصر وثقل الأرداف، وما في معناه فيه خلاف، فأشار إلى تخصيص الكلام بالأمة وهو كذلك في معظم ما ذكرناه، وأما السمن فقد قال: باشتراط التعرض له الشيخ أبو محمد وجزم الْمَاوَرْدِي بوجوب التعرض في الرقيق بحال البدن، فيقولا سمينًا أو رقيقًا، وهذا هو المختار؛ لأن الأعراض والأثمان تختلف بذلك اختلافا بينًا، وكذلك سواد العين ورقها، وذلك قضية الضابط السابق، فليكن هو الأصح.

وقول «الروضة» وغيرها وسمن الجارية يقتضي أنه محل التردد، وعبارة الْمَاوَرْدِي تقتضي التعميم، وذكر الإمام أنه يجب ذكر سبطة الشعر أو جعوده.

يقال: وكان شيخنا يقول الكحل والدعج لا ينقصان عن الجعودة في الشعر والسبوطة وقد اعتبرهما الأصحاب وهو قضية ما في «التهذيب» و«الكافي» والجواب في «الروضة» وأصلها الاستحباب وهو النص في «الأم»، وقضية كلام الجمهور، والأصح والمنصوص في «الأم» أنه لا يشترط ذكر الملاحة خلافًا للشيخ أبي محمد.

قال: وتنزل على أقل الدرجات والتردد لشيخه الْقَفَّال.

قال: **(وَفِي الْإِبِلِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ، وَالسِّنُّ وَاللَّوْنُ وَالنَّوْعُ)** لاختلاف العرض في القيمة بها، ولو اختلف صنف النوع كما سبق في الرقيق.

وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ.

تنبيهات: لا خفاء في أمثلة السن واللون نعم لو أضاف إلى أنعم بني فلان، وهي منقعة اللون لم يجب التعرض له، وأما النوع فنقول في الإبل كَبَخَاتِيٍّ وَعِرَابٍ، وهذا الصنف فنقول: أَرْحَبِيَّةٍ وَمُهْرِيَّةٍ أو من نعم طي أو قيس ونحوهما من كثرة عددهم وعرف نتاجهم، ولا يكفي الإضافة إلى طائفة قليلة كما سبق في القرية الصغيرة ونحوها، ومثال النوع في الخيل عربي أو تركي أو من خيل بني فلان لطائفة كثيرة.

قال الْجُرْجَانِي: وليس للبغال والحمير نتاج ينسب إليه، ونسب إلى بلدة، فيقول: مصري أو أوروبي وكذا الغنم فيقول: تركي أو كردي.

قال الْمَاوَرْدِي في الإبل: ويجب ذكر القد، فنقول: من نوع أو شرف، وكذلك الخيل فنقول: مسرعًا أو مرفوع لا بطيء.

قال: وليس للإحلال لهذا الوصف وجه لأنما مرفعه هذا في أثمانها أكثر مما يختلف أثمان الحنطة بصغر الحبات وكبرها، انتهى.

وذكر في «البحر» أنه لا يحتاج إلى ذكر القديد، قال: لأن الأثمان لا تتفاوت به، فإن العصر على خلاف العادة عيب، انتهى.

وهذا وإن ساعده عليه سكوت الجمهور، فالصحيح ما ذكره الْمَاوَرْدِي ويجب طرده في البغال والحمير والبقر، وقضية كلام الإمام الجزم به في الغنم أيضًا كما ذكرته في «الغنية» وقول الرُّويَانِي: إن التمر لا يتفاوت عجيب، ويجب التعرض في البقر لما ذكره المصنف ويزيد بقر أهلي عِرَابٍ أو جواميس، ونحو ذلك مما سبق، وكذلك الغنم [والبغال والحمير وما لا يبين نوعه] بالإضافة إلى بلدٍ أو ناحية.

قال: (وَفِي الطَّيْرِ النَّوْعُ وَالصِّغَرُ وَكِبَرُ الْجُثَّةِ) أي: صغر الجثة وكبرها، قال في «البحر»: قال الشَّافِعِي: ويقول فرخ أو ناهض انتهى.

واعتبر ذكر هذا في اللحم وزاد في «الوسيط» و«البسيط» ذكر اللون وتبعه صاحب «الذخائر» والمصنف في «التنقيح».

وَفِي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ، أو ضَأْنٍ أو مَعْزٍ ذَكَرٍ خَصِيٌّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أو ضِدِّهَا

وقال: في «مسودة شرح المهذب»: كما رأيته بخطه: المشهور من جواز السلم في الطير، ويصفه بالنوع والصغر والكبر من حيث الجثة وباللون، انتهى.

فعبارة اللون غريب، وظهر في بعض الطيور حيث يختلف به القيمة والغرض المعتبر ويذكر في الحي العدد، وفي المذبوح الوزن، لكن هل يعتبر زوال ريشه وتنقية جوفه، فيه نظر؟ ثم رأيت التصريح بتنقية الجوف، وفي إزالة الريش احتمال، والأظهر الاشتراط.

إشارة: منع السلم في الطير رواه الْبُوَيْطِي وجرى عليه صاحب «المهذب».

قال المصنف: قيل من ذكر المنع؟ قيل صاحب المهذب، وقال الْبَنْدَنِيجِي لا يعلم أحدًا رواه عن الْبُوَيْطِي.

وقال الرُّويَانِي: غلطه أصحابنا وفيه نظر، وقضية كلام «التلخيص» ترجيح المنع والمشهور الجواز وطعن بعض المتأخرين؛ إلا نص للشافعي في الجواز، وعرض بالإنكار على من أنكر على الْبُوَيْطِي ولم يصنع شيئًا كما أوضحته في «الغنية». واعلم أن سكوت المصنف عن ذكر الذكورة والأنوثة هنا يشعر، فإنه لا يجب التعرض وهو بعيد في بعضها.

قال: (وَفِي اللَّحْمِ لَحْمُ بَقَرٍ) أي: طريًّا كان أو قديدًا مملحًا أو غيره لحم بقر.

(أَوْ ضَأْنٍ أَو مَعْزٍ) أي: أو غيرهما.

(ذَكَرٍ خَصِيٌّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَو ضِدِّهَا) أي: ضد هذه الأوصاف لاختلاف الأعراض وهذا فيما مثل به ونحوه، ولا يجيء في لحم الطير والسمك والصيد كما سيأتي، وقال الإمام: ولا اكتفاء في العلف بالمرة والمرات، بل لا بُدَّ أن ينتهي إلى مبلغ مؤثر في اللحم، انتهى.

والمراد صدق الاسم، وذكر بعضهم بين من ذاك العلف، ويجب أن يقول في البقر أهلي عراب أو جواميس.

وقوله: (رضيع) أشار به إلى ذكر الجنس، فيقول: صغير أو كبير ويصف كما ينسج على كون الغزل، ويحتاج في وصف الصبغ بعد وصف الغزل إلى

مِنْ فَخِذٍ أو كَتِفٍ أو جَنْبٍ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ].

ذكر اللون وما يصنع به، والبلد الذي يصنع فيه، وأنه صبغ الصيف والشتاء، كذا قاله: الْمَاوَرْدِي.

تنبيه: ذكر أنه يشترط أن يقول: معلوف أو ضده وأطلق.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان ببلد لا يختلف فيه الراعي والمعلوف لم يلزم ذكره ولا يجوز شرط العلف؛ لأنه هزال عن علة، فهو عيب مفسد لا ينضبط، ويصف الشحم بما يصف به اللحم إلا السنّ، فلا يتعرض له، ويذكر أنه من شحم البطن أو الكُلى.

قال: (**مِنْ فَخِذٍ أو كَتِفٍ أو جَنْبٍ**) لاختلاف العرض بذلك.

قال: (**وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: عند الإطلاق؛ لأنه كالنوى من الثمر، فإن شرط نزعه جاز ولم يجب قبوله ولا يلزم قبول جلده إلا الجداء الصغار، والسمك، والطير.

فرع: يذكر في لحم الصيد ما يذكر في لحم غيره إلا الخصاء والعلف وضدهما. قال الشيخ أبو حامد: وابتاعه وتبين أنه صيد بأحبولة أو سهم أو جارحة وأنها كلب أو فهد، فإن صَيد الكلب أطيب.

قال في «الشامل»: إن كان ذلك يتباين ويختلف وجب شرطه، وإن كان اختلافًا يسيرًا لم يجب.

فرع: لا بدَّ في لحم الطير من ذكر النوع.

قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر في الوحشي ما صيد به من شبكة أو فخ أو قوس، فإن لحمه يختلف به، وإن يذكر السمن أو ضده، وإن كان الطير كبير الموضع الذي يعطى منه.

قال الْعِمْرَانِي: وثاني وإن عرفت الذكورة والأنوثة وجب ذكرها.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجب وإن عرفت أنه لا يختلف.

وقال في «الروضة»: إن أمكن التمييز وتعلق به غرض اشترط وإلا فلا، وفي الفرع زيادات ذكرتها في «الغنية».

قال المصنف: [وَفِي الثِّيَابِ الْجِنْسُ وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ وَالصَّفَاقَةُ وَالرِّقَّةُ ....

قال: (**وَفِي الثِّيَابِ: الْجِنْسُ**) أي: كالإبريسم أو قطن أو كتان، ويذكر النوع، وبلد النسج الكثير إن اختلف الغرض به، وقد يغني النوع عنه وعن الجنس ولا يغني هو عنهما إذا اختلف ما يعمل فيها.

قال: (**وَالطُّولُ وَالْعَرْضُ**) أي: طوله كذا ذراعًا، وعرضه كذا ذراعًا.

(**وَالْغِلَظُ وَالدِّقَّةُ**) يعني هذا، أو التوسط بخلاف.

(**وَالصَّفَاقَةُ**) فلا بدَّ أن يضيف إليها.

(**وَالرِّقَّةُ**)؛ لأن الصفيق قد يكون غليظًا.

قال الْمَاوَرْدِي: ويقول في القطن هروي أو مَروي ويذكر ما زاد من غلظ أو رقة أو وسط، فيقول: رقيق الغزل أو غليظه أو وسطه، وقوله - ﷺ تعالى: والغلظ والرقة والصفاقة، والرقة كذا في «المحرر» و«تجريد التجريد» لأبي حاتم القزويني وغيره، والمراد ما بيَّناه.

قال في «المحكم»: الثوب الصفيق: المتين.

وقال الجوهري: الرقيق يقبض الغليظ، وليس في «الشرح» و«الروضة» إلا الغلظ والرقة وهي بخط المصنف بـ«الدال»، ولفظ نص «المختصر» وصفاقة أو رقة، ولم يكتف الرَّافِعِي بالصفاقة حتى يضف إليها الرقة كما سبق؛ لأن الصفيق قد يكون غليظًا.

وقال الشيخ أبو حامد: الغلظ والرقة، والصفاقة والرقة، فجعل الغليظ مقابل الرقيق، والصفيق مقابل الرقيق، والظاهر أن الغلظ والرقة يرجعان إلى الغزل كما صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، والصفاقة والرقة يرجعان إلى صفة النسج، وقد يستعمل الصفيق موضع الرقيق وبالعكس.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: والصفات في الثياب التي لا يستغنى عنها ولا يجوز السلف حتى تجمع أن يقول: لك الرجل في ثوب: مروي أو هروي أو رازي أو بلخي أو بغدادي طوله كذا وعرضه كذا صفيقًا دقيقًا أو رقيقًا.

وَالنُّعُومَةُ وَالْخُشُونَةُ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ، ....

قال: ولم أقل صفيقًا مرسلة؛ لأن اسم الصفاقة تقع على الثوب الدقيق الغليظ، انتهى، وهذا ما نبهنا عليه ولله الحمد.

قال: (وَالنُّعُومَةُ وَالْخُشُونَةُ) يعني: هذا أو هذا كما سبق في غيرهما؛ لأن الأعراض والقيم تختلف باختلافهما.

إشارة: وقع في «الوسيط» ذكر اللون ولم أره في «النهاية» ولا في «البسيط» ولا غيرهما، وكذلك حذفه البيضاوي من «الغاية» وهو متعين في بعض الثياب كالحرير والقَزّ والوبر، وكذا القطن بعض البلاد فمنه أبيض ومنه أشقر خلقة، وهو نفيس، والأعراض والقيم تختلف بذلك، وإطلاق الأئمة محمول على ما لا يختلف من الكتان والقطن.

وقد قال الشَّافِعِي في السلم في القطن وسمى أبيض أو أسمر إلى أن قال: فإن ترك من هذا شيئًا واحدًا لم يجز، وذلك أن كرسف البلد أن يختلف فتلين وتخشن ويطول سعره ويقصر ويسمى لونها، هذا لفظه ﷺ.

قال: (وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْخَامِ) لأن القصر صفة زائدة.

قال الشيخ أبو حامد: فإن أحضر المقصور كان أولى.

قلت: إلا أن يختلف العرض فلا يلزم القبول، والمنقول في «الشامل» وغيره عن النص أنه يعطيه ما شاء؛ لأن الاسم يتناوله والاختلاف بينهما يسير وفي «الذخائر» أثر هذا.

وقال الشيخ أبو حامد: في «التعليق» فسلم إليه خامًا غير مقصور وكذا هو في «تجريد» المحاملي، ولعل كلام أبي حامد اختلف، والحق أنه يلزمه قبول المقصور.

قال في «الأم»: فإن شرطه صفيقًا ثخينًا لم يكن أن يعطيه دقيقًا، وإن كان خيرًا منه؛ لأن الصفيق الغليظ يكون أدفًا في البرد وأكن في الحرور، وربما كان أنقى وإن كان ثمن الأدق أكثر فهو غير الذي أسلف فيه وشرطه لحاجته هذا لفظه.

وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ، وَفِيمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ، ....

وقال في موضع آخر: ولو أسلفه في ثوب مروي ثخين فجاءه برقيق أكثر ثمنًا من ثخين لم ألزمه إياه؛ لأن الثخين يدفئ أكثر مما يدفئ الرقيق وربما أكثر بقاءً، ولأنه مخالف لصفته خارج منها، انتهى.

وذكر في «الْبُوَيْطِي» نحوه ولم أره في «الأم» وهو ما يقتضي إلزامه بالمقصور عند الإطلاق.

قال: (وَيَجُوزُ فِي الْمَقْصُورِ) أي: كالخام.

قال الأصحاب: ولا يجوز في الملبوس.

قال الشَّافِعِي ﷺ: والمغسول وقيدوه بالمغسول بعد الملبس أما الجديد فيجوز؛ لأنه كالقصارة. ثم رأيته قال في «الأم» في باب السلف: في الشيء المصلح لغيره ولا بأس أن نسلمه في ثوب موصوف يوفيه إياه مقصوده قصاره معروفه أو مغسولًا غسلًا نقيًّا من دقيقه الذي ينسج به، ولا خير في أن سلم إليه في ثوب قد لبس أو غسل غسلة من قبل أن يغسله غسلة بعدما ينهكه.

وقيل: فلا يوقف على هذا، انتهى.

قال: (وَفِيمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ النَّسْجِ كَالْبُرُودِ)؛ لأنه ينسج على صفته.

قال: ويجوز في الإبراد والعناق لأن تخطيطها مضبوط، وهكذا فِي الْحِبَرَةِ وَعَصْبِ الْيَمَنِ إنْ وَصَفَهُ حَتَّى تَخْطِيطِهِ، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وكل ما أسلم فيه من أجناس الثياب إن كان وشيًا نسبه يوسفيًّا أو نجرانيًّا أو فارعًا أو باسمه الذي يعرف به، وإن كان غير وشي من العصب والحبرات وما أشبهه وصف ثوب حبرة من عمل بلد كذا دقيق البيوت أو متركًا مسلسلًا أو صفته أو حليته الذي هو جنسه وبلده، فإن اختلف عمل ذلك البلد. قال: من عمل كذا للعمل الذي يعرف به لا يجزئ في السلم دونه هذا لفظه.

تنبيهات: الخير من البرود ما كان موشيًا مخططًا، فقال: ثوب حبير وبردة حبرة نون عينه على الوحدة والإضافة، وهو برد عانى والجمع حبر وحبرات

وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ مَنْعُهُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَالله أَعْلَمُ.

والعصب برود يمنية تعصب غزلها أي: تجمع والسدي(١) يصبغ وينسج، فيخرج موشيًا لبقاء ما عصب منه أبيض لم يأخذه صبغ.

وقيل: هي برودة مخططة قاله: في نهاية الغريب، وقول شارح: ويجوز في الإيراد الأعصب الثمن هذا الاستثناء غلط، وكأنه استشهد عليه كلام الْمَاوَرْدِي، ثم رأيت ما جزم به من الصحة في البرود إذا لم يكن من غزول مُخَطَّطَةٌ لا تنضبط.

قال: **(وَالْأَقْيَسُ صِحَّتُهُ فِي الْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ)** اختاره الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي والشاشي وظاهر كلام الْمَاوَرْدِي الجزم كمصبوغ الغزل، والغزل المصبوغ.

قال: **(قُلْتُ: الْأَصَحُّ مَنْعُهُ وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاللهُ أَعْلَمُ).**

والجواز في الأولى دون الثانية هو المنصوص في الْبُوَيْطِي، وعلل بأن الثوب إذا صبغ بعد نسجه لم يضبط صفة الثبوت وكذا نص الأم أيضًا وظاهره وسأذكره، وفرَّق النسج أبو حاتم وأتباعه وغيرهم، وبينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بفرقين أحدهما أنه إذا صبغ الغزل، ثم نسج أمكن معرفة الصفاقة والرقة، وسائر الأوصاف، وإذا صبغ بعد النسج لم يكن حلل أي: لأن الصبغ يسد الفرج، فلا يبين حاله، وقد يخفي بعض بقية الصفات المشترطة.

والثاني: إذا صبغ الغزل ثم نسج يكون السلم في الثوب وإذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم في الثوب والصبغ معًا.

قال الشَّافِعِي في «الأم» في باب السلف: في الشيء المصلح لعبرة وكلما أسلم فيه وكان يصلح شيء منه لا نعيره فلا بأس به، كما يسلم إليه في ثوب وشيء أو مبترًا أو غيرهما من صبغ الغزل؛ وذلك لأن الصبغ فيه كأصل لون الثوب في السمرة والبياض، وأن الصبغ لا يغير صفة الثوب في رقة ولا صفاقة ولا غيرها.

---

(١) السَّدَى: هو الثوب المستتر.

....

ثم قال: ولا ضير في أن يسلم إليه في ثوب موصوف على أنه يصبغه مصرحًا من قبل أنه لا يوقف على حدِّ التصريح، وإن من الثياب ما يأخذ من التصريح أكثر مما يأخذ مثله، وأن الصفقة على سببين مفرقين أحدها ثوب والآخر صبغ، فكان الثوب وإن عرفه مصبوغًا بنسجه، فالصبغ غير معروف قدره، وهو مشترى ولا خير في مشترى إلى أجل غير معروف، وليس هذا كما يسلم في ثوب عصب لأن الصبغ صفة له، وأنه لم يشتر الثوب وإلا وهذا الصبغ قائم منه قيام العمل من النسج، ولون الغسل فيه قائم لا يغيره عن صفته وإذا كان هكذا جاز، وإن كان الثوب مشترى بلا صبغ ثم أدخل الصبغ.

قيل: يستوفي الثوب ويعرف الصبغ لم يجز لما وصفت من أنه لا يعرف عن الثوب ولا قدر الصبغ، ثم ينسج ولا في الغزل المصبوغ، ونحن نمنع وجود المعنيين فيها، ثم قدمناه.

وقال الْمَاوَرْدِي: أنه إن أسلم في الثوب الأبيض على أن يصبغه لم يجز؛ لأنه عقد سلم فيه إجارة وكأنه يدل المنع على هذه، ونص «الأم» بحمله، وعلى هذا سهل الأمر لكن الذي فهم منه الجمهور ما سبق.

تنبيه: إن أراد الشَّافِعِي بالمصرح المصبوغ بعد النسج فهو نص في المسألة كما قدمناه، وإن أراد به ما ليس صنعه فالمبيع كما قاله: أهل اللغة، فلا يكون نصًّا في مسألتنا وينبغي ألا يصح في هذا قطعًا في الآخر المنسوج.

فرع: لا يجوز السلم في الجباب واللحف والقلانس، نص عليه في «الأم» في القلانس، قال: لأنه لا ينضبط بخلاف الجديد.

قال الصيمري: فيجوز السلم في القميص والسراويلات إذا انضبطت طولًا وعرضًا وسعةً وضيقًا، وتابعه الْمَاوَرْدِي والروياني، وسكتا هنا في الشرح و«الروضة» عليه، وأطلق غيره القول بالمنع في «المحيط» وهو قضية قول الشيخين في كتاب «الخلع»: أنه لا يجوز السلم في الثياب المخيطة والمحشوة وافهم أنه لا خلاف فيه، والأقرب ما ذكره الصيمري ومتابعوه.

وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ، ....

فرع: قال الْمَاوَرْدِي وغيره: يجوز السلم في البلد والأكسية لا الزلالي المنقوشة ولا الثياب المنقوشة؛ لأنه لا ينضبط نقشها وجعلوه متعذرًا، وميل الْمَاوَرْدِي بالْقَبَاطِيِّ، والحرير والديباج.

قال ابن يونس في «شرح الوجيز» وقال الْبَغَوِي والمتولي: يجوز لأن لأهل الصبغة عبارات يستدرك بها العرض من الأوصاف، وهذا أقرب إلى قوله في «الأم»: وإن سلف في وشى لم يجز حتى تكون للوشى صفة يعرف لها أهل العدل من أهل العلم ولا خير في أن يريد خرقة ومواضعًا بها على يدي عدل يؤديه الوشي عليها إذا لم يكن الوشي معروفًا كما وصفت؛ لأن الخرقة قد تهلكه فلا يعرف الوشي، انتهى.

قال: **(وَفِي التَّمْرِ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ، وَصِغَرُ الْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ)** كأحمر ونوعه كبرني في بلدة البصري أو بغدادي، وصغر الحبات وكبرها؛ لأن الصغير الحبة أقوى وأشد وعتقه وحداثته، زاد الْمَاوَرْدِي ويذكر بأنه مما جفف على نخله وبعد جداده، فإن الأول أنقى، والثاني أصفى، وهل يتعرض لعتيق عام أو عامين؟

قال البغداديون: لا وينزل على مسمى العتيق إتباعًا لظاهر النص.

وقال البصريون: يجب وحملوا النص على تمر الحجاز الذي يتفاوت جمع عتقه في الرَّدَاءَةِ، ولا يختلف، وسيأتي على النص في الحنطة ما يؤده.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان من تمر البصرة، فلا بدَّ أن يذكر من تمر أسافلها أو أعاليها فإن تمر الأعلى أحلى، وتمر الأسفل أنقى، ويقول من تمر فراتها أو نهرها، فإن تمر الفرات أصفى.

قال: قال أصحابنا ولا يجوز في الْمَكْنُوزَ فِي الْقَوَاصِرِ ونحوها ألا يمكن صفة استيفاء صفته المشروطة بعد كنازه.

فرع: الرطب كالتمر إلا في اشتراط العتق والحداثة ألا يكون إلا حديثًا، واعترضها الغزالي فيه وكأنه أراد الجني عن قرب وغيره.

وَالْحِنطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمْرِ.

قال الْمَاوَرْدِي: ولا يلزمه أن يأخذ فيه مدينًا إلا ما أرطب جميعه على نحله، ولا مسدوخًا ولا قديمًا قارن أن يتم.

قال: والرطب كالتمر في اعتبار الأوصاف، والعنب كالرطب، وكذا القول في سائر الفواكه رطبها ويابسها.

قال: (**وَالْحِنطَةُ وَسَائِرُ الْحُبُوبِ كَالتَّمْرِ**) أي: فيما سبق من الشروط.

قلت: وقال الشَّافِعِي في الْبُوَيْطِي يصف القمح: أبيض مدور أو أسمر مدور أو طويل، ثم قال: فإن ترك من هذا شيئًا فالسلم فاسد.

وقال في «الأم»: الجودة والدقة، وجعلها الْمَاوَرْدِي شرطًا آخر غير الصغر والكبر، فقال بعد ذكر شرط صغر الحبات وكبرها والرابع الجودة والدقة، ويعني بالجودة: أن تكون سمنته ممتلئة الجنين، والدقة ضد ذلك هزيلة ضامرة الجنين.

قال في «الأم»: ويصف الْحِنْطَةَ مِنْ صِرَامِ عَامِهَا أَمْ عَامِ أَوَّلٍ أول، ثم قال: فإن ترك شيئًا من هذا لم يجز ونص المختصر يدل على عدم وجوب ذلك، وقال الْمَاوَرْدِي: والسادس حدبيه أو عتيقه، وفي ذكر عتق العام والعامين الوجهان السابقان في التمر، انتهى.

ونص «الأم» هنا يؤيد الاعتبار في التمر، وهو أولى؛ لأن التمر يختلف به اختلافًا بينًا كما قاله: البصريون، قال جماعة هنا: ولا يشترط مع أوصافه الحنطة في البلدان أن يذكر النوع، وشرط الْمَاوَرْدِي تبعًا للشافعي، والشيخ أبي حامد، وسواء أن نقول: محمولة أو مولودة، فإن المحمولة جيدة من المولودة التي تغيرت بما ليس به، وهذا صحيح.

فرع: لا يجوز فيما هو مستتر بكمام يمنع بيعه قطعًا، وأما الأرز في قشرتيه، فالمشهور منع السلم فيه دون بيعه، وفي فتاوى المصنف أن الأصح وفي «مشكلات» الجيلي، قال: لا يجوز بيع الأرز والمسلم فيه في القشرة العليا، ومشايخ طبرستان يفتون بجواز بيعه والسلم، وعليه الفتوى، انتهى.

وهذه عبارة «البحر» و«العدة» وتبعهم المصنف والمذهب الفرق بين البيع

وَفِي الْعَسَلِ جَبَلِيٌّ أو بَلَدِيٌّ صَيْفِيٌّ، أو خَرِيفِيٌّ أَبْيَضُ أو أَصْفَرُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ.

والسلم ولا يبيع جواز السلم في الباقلاء الأخضر ونحوه، والمنع هنا مفرع على المرجح في البيع.

فرع: يجوز السَّلَم في الدقيق على المنصوص خلافًا للدارمي، ويذكر فيه ما يذكر في الحب ويزيد الطحن برحى الدواب والماء، وخشونة الطحن أو نعوميته، وقرب زمانه أو بعده، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَفِي الْعَسَلِ جَبَلِيٌّ أو بَلَدِيٌّ**) لأن الجبلي أطيب.

(**صَيْفِيٌّ أو خَرِيفِيٌّ، أَبْيَضُ أو أَصْفَرُ**) لتفاوت العرض والقيمة.

وذكر الْمَاوَرْدِي وغيره: أنه يذكر أنه شامي أو حجازي، جبلي أو سهلي، أو بلدي، أو صحراوي، أو شتوي، أو ربيعي، أو خريفي، أحمر، أو صيفي وبعضهم يقول: أو أصفر.

قال الْمَاوَرْدِي وتبعه الْعِمْرَانِي: وبين المرعى فإنه يقع على الْكَمُّونِ وَالصَّعْتَرِ، فيكون دواء، وَيَقَعُ عَلَى أَنْوَارِ الْفَاكِهَةِ فيكون داء، انتهى.

وَكَأَنَّ هَذَا فِي مَوْضِعٍ يُتَصَوَّرُ فِيهِ رَعْيُ هَذَا بِمُفْرَدِهِ وَهَذَا بِمُفْرَدِهِ، وَفِيهِ بُعْدٌ، وينبغي ألا يكتفي بذكر كونه شامي بل لا بدَّ من تعيين الناحية منه؛ لأنه يختلف اختلافًا متباينًا باختلاف النواحي.

قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر لونه ورقته، وأنه مع ذلك ثقيل ما رقَّ بسبب الحر، ومقتضى كلامه أنه إذا كانت رقته بطبعه من غير حر ولا عيب لا يقبل إلا إذا شرط القوة، ويقبل إذا لم يشترطها وهو مقتضى كلام الشَّافِعِي أيضًا، ولم يتعرضوا للفرق بين ما يصفى من شمعه بنفسه وبين المصفى بالأيدي وبينهما تفاوت بيِّن، وكذلك بين المصفى بالشمس، وبين ما يمس معه الماء للعصر، والقيمة تتفاوت بذلك تفاوتًا ظاهرًا.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ الْعِتْقُ وَالْحَدَاثَةُ**) قاله: الشيخ أبو حامد وتابعوه، قالوا: وذكره الشَّافِعِي وليس بشرط.

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ، ....

قلت: وقال: **الْمَاوَرْدِي** شرط، واقتضى كلامه أنه لا بدَّ منه وهو ظاهر، وبه أجاب أبو حاتم القزويني في «تجريد التجريد» ولكن هل يشترط بيان أنه عتيق عام أو عامين فيه الخلاف السابق في التمر وصحح صاحب «الإعجاز» اشتراط التعرض للعتق والحداثة، وهو شاهد فيما يشاهده إلا أن يكون ببعض البلاد لا يختلف وهو بعيد، وعلى تقدير وقوعه يؤدي ذلك بالتفضيل بين النواحي.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَطْبُوخِ وَالْمَشْوِيِّ**) إذ تأثير النار فيهما لا ينضبط، وقيل: إن أمكن ضبطه صح كما قيل في السُّكر ونحوه.

قال في «الروضة»: أثر ما ذكره هنا وفي الدبس والعسل المصفًّى بالنار والسكر والفانيد واللبا وجهان، واستبعد الإمام المنع فيها كله.

قلت: وممن اختار الصحة في هذه الأشياء كلها الغزالي وصاحب «التتمة» انتهى.

وجزم في «تصحيح التنبيه» بتصحيحه وادَّعى أن نار السُّكر لطيفة وعليه مناقشات منها عبارة **الرَّافِعِي**، وفي الخبر وجهان قد سبقا، والدبس والسكر والفانيد كالخبز، فاقتضى سياقه أن الأصح المنع فيها كالحبز، وهو الأصح.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» ظاهر المذهب أن ما مسته النار وعملت فيه كالدبس والخبز لا يجوز السلم فيه، وسنذكر ما يؤيده ومنها ما نسبه إلى «التتمة» في اللبا سهو. وقال في «شرح المهذب»: الأصح في اللبا المطبوخ المنع وهو قول الشيخ أبي حامد ومن صححه صاحب «التهذيب» و«الانتصار» وقطع به أصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«العدة».

وقال في «الشامل»: أنه أقيس، انتهى لفظه من خطه، وممن صححه الشاسي في «الحلية» وجزم به **الْجُرْجَانِي**، وقضية ذلك المنع في الثلاثة الأُخر من طريق الأولى، وإنما يجوز السلم فيها من يصححه في الخبز كالإمام والغزالي فاعلم.

ومنها: الوجه في العسل المصفّى بالنار الصحة وليس كالدبس والسكر،

وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ. وَالْأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانِ، ....

وقد ذكر أن تصفية العسل بالنار لا تضر في باب الربا: فهنا أولى، نعم! إن عقدت النار أجزاءه، فذاك شيء آخر. وقال بعض الشيوخ: وقول من قال: أن النار لطيفة قول: من لا عهد له بعمل السكر.

تنبيهات: في «النهاية» وجه ثالث أنه يجوز في السكر والفانيد دون الدبس وصححه في الكافي، وبه جزم ابن يونس في «محيطه» ومحل الوجهين في الدبس فيما أثرت فيه النار، ولم يصبه الماء، فإن جعل فيه ماء لم يجز السلم قطعًا، وإن لم تمسه النار ولا جعل فيه ماء جاز قطعًا.

واعلم أن إطلاق المنهاج المنع في المطبوخ والمشوي وقد يفهم أنه لا يجوز السلم في الجص والنورة المطبوخين والزجاج والخزف المشوي ونحوها، والمذهب فيها الجواز، والفحم كالآجر؛ لأن نار هذه الأشياء مضبوطة وفي ماء الورد تردد لصاحب الثوب.

وقال الإمام: أنه في غاية الضعف ولم نره لغيره، أي: بل يجوز قطعًا، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي في الإقناع. وقال الرُّويَانِي: أنه الأصح عنده وعند عامة الأصحاب.

قال الشارح: (**وَلَا يَضُرُّ تَأْثِيرُ الشَّمْسِ**) أي: في العسل وغيره لعدم اختلافه كما سبق في الربا، وكلامه هذا يفهم أن تأثير النار تضر مطلقًا وهو موافق لترجيح المنع، وقد بيناه والحق أنه لا يضر بها في العسل والسمن ونحوهما كما ذكر في الربا وأولى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ الْحَيوانِ**) لاستمالها على أجناس لا ينضبط كالمتاجر والمسافر وغيرهما، ولأن غالبها الطعام ولا يقصد.

والثاني: الجواز كاللحم والفرق ما أشرنا إليه والخلاف في المنقاة من الشعر والصوف وهي فيه، وأطلق جماعة الحلاف من غير تعرض للتنقية من الشعر وغيره وهو ظاهر النص والأكارع كالرؤوس، قيل: وأولى بالجواز وقيل بالمنع قطعًا.

وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا.

إشارة: ننبه أن نجزم بالصحة في روس العصافير خاصة؛ لأن أدمغتها يُراد للتداوي بها ولا يراد منها غيرها من لحم ولا غيره، ويكون كالجوز والبندق.

قال: (وَلَا يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ) أي: كذلك لتعدد الضبط، وسيأتي بيان ما فيه وفي نظائره من الخلاف، واحترز بذلك عن المصنونة وهذا القند معتبر في اللوز وما تبعده مما ذكره.

قال: (وَجِلْدٍ) هكذا أطلقه الشَّافِعِي في «المختصر» و«البويطي»، وقال في «الأم»: ولا يجوز السلف في جلود الإبل والبقر ولا أهب الغنم ولا جلد ولا إهاب من رِقٍّ ولا غيره ولا يباع إلا منظور إليه؛ لأنه لا يكون معلومًا نصفه بحال.

وقال الرَّافِعِي مستدلًا لجوازه في الأسطال المربعة مما يجوز في مربعات الصرم وقطع الجلود وزنًا ولا يجوز في الجلود على هيئاتها لتفاوتها دقة وغلظًا وتعدد ضبطها وحذفت الروضة هذا كله، وما ذكره في المربعات هو أحد الوجهين في الحاوي والنهاية وغيرهما وبالجواز إذا أجاب القاضي أبو حامد وأبو الفياض والفوراني والبغوي والخوارزمي وصححه الإمام والغزالي على هذا، فلا بدَّ من ذكر الطول والعرض والوزن وجزم الأكثرون بالمنع وهو ظاهر النصوص التفاوت أيضًا، وممن عزى المنع إلى الأكثرين الروياني في «الحلية» ويأتي في الرِّق المربع هذا الخلاف، وبه صرح في «الذخائر».

إشارة: القياس الظاهر جوازه في قصاصته الجلود التي يتخذ منها الفراء، ولا ينفع لغيره، ويحمل كلام الأئمة على غيرها مما يقصد استعماله مع بقائه جلدًا؛ ولعله مراد الرَّافِعِي بقوله: وقطع الجلود ولا ينقدح فيه خلاف بعد وصفها بما تعرف به.

قال: (وَكُوزٍ وَطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا) وهذا أحد الوجهين في التزام وغيرها من الأواني المختلفة مما ذكره وهو اختيار الشيخ أبي حامد، وعليه اقتصر الرَّافِعِي والمصنف، والثاني وهو اختيار القاضي أبو الطيب،

والأوضح عند الرُّويَانِي وغيره وجزم به في «الحلية»، ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه في «الأم» أنه يصح، وغلط من قال بخلافه.

قلت: ولفظ «الأم» ولا بأس أن يسلفه في طست أو إبريق من نحاس أو رصاص أو حديد إلى أن قال: وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صعته فهو كالطست والقمقم.

قال: ولا بأس أن تباع صحافًا وأقداحًا من نحو معروف وبصفة معروفة وذكر نحوه في «الْبُوَيْطِي» مختصرًا، أو قال الشيخ أبو حامد: أن نص «الأم» اختلف، أشار في موضع إلى الجواز، وفي موضع إلى المنع، والأول محمول على مالا يختلف كالطسوت التي تستوي حيطانها؛ فإنه إذا ذكر القامة والدُّور والثخانة والدقة وبقية الأوصاف جاز.

والثاني: محمول على ما لا يختلف، والخزف فيما ذكرناه كالنحاس.

وقال الْمَاوَرْدِي: يحتاج إلى سبعة أوصاف الجنس والنوع واللون، وأنه مصبوب أو مضروب، وأن يذكر شكله وسعته وعلوه وأن يذكر ثخانته أو رقته وإن يصف عمله وصنعته، انتهى.

والظاهر أنه موافق لأبي حامد، وكذا حكى عنه لا لأبي الطيب كما زعمه شارح. قال الْمَاوَرْدِي: ويذكر في القوارير الأوصاف المذكورة خلا الصبّ والنفخ؛ لأنها لا تعمل إلا صبًا أو نفخًا، ولا يجوز السلم فيها مخروطة ولا منقوشة لعدم انضباطها، وإذا صححنا السلم فذكر مع وصفها، وزنها وهو أولى، وإن تركه جاز نص عليه وقطع به أصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البيان» وغيرهم، قاله: في «شرح المهذب».

قال: (**وَيَصِحُّ فِي الْأَسْطَالِ الْمُرَبَّعَةِ**) أي: بعدم اختلافها والتربيع ليس بشرط بل المدورة، وكذلك كما اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد وغيره وكلما لا يختلف من ذلك مضروبًا كان أو مصحوبًا كما صرح به الْمَاوَرْدِي، وفي «الذخائر» عن الشيخ أبي حامد أنه قال: لا يجوز في الأسطال المدورة

والمراجل وزعم هو وغيره ما قدمته، وهو قضيته في «النهاية» و«البيان» وغيرهما، وكلام «البيان» مصرح به وهو الصواب.

قال: (**وَفِيمَا صُبَّ فِي قَالِبٍ**) أي: فسيح التعلم فيها مع اختلافها كما سبق؛ لأن الوصف محيط بها ولها قوالب معروفة ولا يعد الضمير إلى الأسطال فقط، بل إلى جميع ما سبق هذا قضية كلامهما وصرح به غيرهما، وقضية إطلاق «البيان» وغيره أنه لا فرق في المختلف بين المصبوب وغيره في أنه لا يجوز عند الشيخ أبي حامد ويجوز عند القاضي أبي الطيب.

فرع: ما لا ولا يجوز في الحسب المخروط لاختلاف أعلاه وسفله قضيته منع السلم في المسامر المخروطة من الصفر ونحوها، والظاهر أنه مفرعة على طريقة أبي حامد في المنع فيما سبق ويحتمل غيره.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في كل ما يسلم فيه مما ذكره وغيره ويحمل مطلقه على الجيد للعرف، وقال العراقيون: يشترط.

قال الرَّافِعِي: وهو ظاهر النص: قال الشيخ في «الروضة»: بل نص عليه في «الأم» نصًا صريحًا في مواضع، قال: وهو مبين في «شرح المهذب»، انتهى.

والمنصوص في «الأم» في مواضع نصًا صريحًا اشترط أن يذكر جيدًا أو رديئًا أو وسطًا، وتبعه الْمَاوَرْدِي على بيان الوسط بين الجيد والرديء.

تنبيه: قال بعض شيوخ العصر: ما صححاه صحيح إن فسرت الجودة بالسلامة من العيوب، وإنْ فسرت بزيادة على ذلك لم يصح، بل لا بُدَّ من التعرض لها كما اقتضاه النص، وأما الرداءة فهل يجوز ذكرها.

الحق أن رداءة النوع يجوز ذكرها قطعًا، بل يجب وأن رداءة العيب فيها خلاف، والأصح أنه لا يجوز ذكرها، ولا خلاف أن ذكرها بعينها ليس بشرط.

ومقتضى كلام الرَّافِعِي عكس هذا أن رداءة العيب لا يجوز قطعًا، وفي رداءة النوع خلاف، وأن الأكثرين على الجواز.

وقال النووي: أن الإمام قال ببطلانه، والذي رأيته في «النهاية» الجواز في

وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ، ....

رداءة النوع والمنع في رداءة الوصف.

قال: وإنما رجحت ما قلته؛ لأن في **الْبُوَيْطِي** أنه يصف بالجودة والوسط، ولا يجوز أن شرط أنه الرديء ما يقع على حده، وقيل: يجوز السلف في الرديء فحصل في جواز اشتراط الرديء قولان، والمراد لهذا رداءة العيب لأمرين: لقوله: «لا يقع على حده»؛ لأن رداءة النوع مثلوها بالجعرور، ومصران الفأرة، وشبههما من التمر، ولا نزاع في أن التعرض للنوع واجب، فكيف يقال: أن رداءة النوع لا يجب ذكرها، وهذا لا يخفى على متأمل ويجوز أن يقال: أن رداءة الوصف غير رداءة العيب فقد يكون أمرًا زايدًا من السلامة من العيوب، فإذا فسرت بانتفاء ذلك الوصف أمكن أن ينزل عليه الخلاف المذكور في **الْبُوَيْطِي** ويحرم في المعيب في البطلان فتصير الرداءة ثلاثة أقسام:

رداءة النوع: وذكرها شرط قطعًا يذكر ذلك النوع، وذكر رداءة العيب، وذكرها مفسد، وذكر رداءة الوصف، وهي محل الخلاف، فإن صح ذلك كان الأصح في رداءة الوصف الاشتراط، ويوافقه قول الشيخ أبي حامد: والرديء شرط وليس المراد به العيب وإنما المراد به الدون، وعلى هذا يجب ذكر الجودة والرداءة بعد ذكر النوع وهو قضية إطلاق العراقيين، وتجويز **الشَّافِعِي** اشتراط الوسيط بين الجيد والرديء، ويكون الشرط واحدًا من الثلاثة، انتهى.

وقال فيما شرحه من المنهاج: ذكر الجودة لا يضر قطعًا وإطلاق اشتراطها، فإن فسرت بالسلامة من العيوب فلا حاجة إلى اشتراطها أو بالزيادة على ذلك، فقد لا يتعلق به غرض فلا حاجة إلى ذكره، وأما الرداءة، فإن أريد بها زكاة النوع كالجعرور فيجوز بل يجب قطعًا، وإن أريد زكاة العيب فذكرها مفسد، وإنما بحسن الخلاف في رداءة الوصف إن كانت خارجة عن النوعين، وحينئذ ينبغي أن يكون الأصح في شرط الوجود، فإن فرض أن الأغراض تختلف بذلك، فتكون الأصح فيهما الاشتراط، وإذا ثبت ما قاله: **الشَّافِعِي** من الوسط، فيكون الشرط الجودة أو الرداءة أو الوسط.

وقول **الرَّافِعِي** والمصنف: **(وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى الْجَيِّدِ)** إن أريد السلم

وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

ناقص ما جعلناه محل الخلاف، وإن أريد به ترتبه زايده فما دليل وجوبها.

والواجب عند الإطلاق السلامة والعيب، والعيب المنضبط يجوز شرطه لقطع اليد والعمى ونحوه، والعيب الذي لا ينضبط كلام الشَّافِعِي والأصحاب مصرح، فإنه لا يجوز شرطه وإن شرط الأجود لم يجز.

وقيل: على قولين، وإن شرط الأردأ فقولان أصحهما عند الرَّافِعِي وغيره الجواز، وعند الرُّويَانِي المنع، انتهى.

قلت: وممن جزم بوجود التعرض للجودة من الخراسانيين الْمُتَوَلِّي ومن أتباعهم ابن يونس في محيطه، قال: لأن المالكية تختلف باختلافهما ولا شك عندي أن مراد من اعتبر ذلك جودة الوصف ورداءته فحل نوع فيه جيد ورديء بالنسبة إليه يعرفه أهل العرف وتتفاوت القيم به.

ولهذا قال الدَّارِمِي: جيد أو رديًا على العرف، وهذا الخلاف قريب من الخلاف فيما إذا اختلف صنف النوع في الحيوان هل يجب التعرض له.

وقول: الشيخين ومطلقه عمل على الجيد كلام مطلق يجب تأويله، وقد ذكرت في «الغنية» ذلك زيادة يطول ذكرها، والله أعلم.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْعَاقِدَيْنِ الصِّفَاتِ**) أي: فلو جهلها أحدهما لم يصح كالبيع، وسنوضح ذلك.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص ليرجع إليه عند التنازع، والثاني: لا وحمل النص على الاحتياط فعلى الأول، هل يعتبر فيها الاستفاضة أم تكفي معرفة عدلين غيرهما من أهل الحيرة وفيه وجهان، أصحهما الثاني وهو المنصوص في «الأم»، ويجري فيما إذا لم يعرف المحال ونحوه الأعدلان. واعلم أن المتبادر من كلام الشيخان وغيرهما أنه لو عرف معهما الصفات هناك عدلان فقط كفى.

وقال الشيخ أبو علي السنجي في شرح التلخيص: قال الشَّافِعِي: وأقل من يعرف ذلك عدلان من أهل الصنعة.

فَصْلٌ: لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلَا يَجِبُ ....

قال أصحابنا: لم يُرِد عدلين معينين لا يعرفه غيرهما؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز لاحتمال أن يموتا أو أحدهما أو يغيبا في وقت المحل فيتعذر معرفته، ولكن المراد أن يوجد إيذاء في الغالب ممن يعرف ذلك عدلان أو أكثر، فحينئذٍ يجوز، انتهى لفظه، وهو من النفائس، قلَّ من يتفطن له.

فإن قلت: ما معنى قولهم معرفة الصفات، هل هو أن يعرفها عند المعاينة أو يعرفها ولو بالوصف؟

قلت: أما العاقد فكلامهم يقتضي أن تكفيه المعرفة إجمالًا، ولو بالسماع ولهذا صحح سلم الأعمى واحتج له العراقيون بصحة سلم البصر فيما لم يشاهده، وأنه لم يقل أحد أنه لا يجوز لأهل بغداد السلم في الموز لأنهم لم يروه، ولا أهل خراسان في الرطب لعدم رؤيتهم له، وأما العدلان فالظاهر أنه لا بُدَّ من معرفتهما ذلك عن معاينة وإحاطة، ليرجع إليهما عند التنازع، وإليه يشير النص ولا شك فيه، وإنما قلت: الظاهر لأني لم أره نصًّا صريحًا.

قال: (**فَصْلٌ: لَا يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ**)؛ لأنه بيع للمبيع قبل قبضه، وسبق أنه لا يصح وفيه حديث ضعيف.

قال: (**وَقِيلَ يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ**) كالتمر المعقلي عن البرني، والزبيب الأسود عن الأحمر، كما لو اتحدت أنواع واختلفت الصفة.

قال: (**وَلَا يَجِبُ**) أي: قطعًا، قيل: يجب قبول نوعه وليس بشيء، وكلام «الأم» يقتضي أن في الجواز قولين، وإن أرجحهما الجواز وصححه القضاة الْبَنْدَنِيجِي والماوردي والروياني. وقال الدَّارِمِي: يجوز قبوله.

وقال: ابن الْقَطَّان قولان، انتهى.

فجعل في الجواز طريقين أحدهما القطع به، وبه أجاب الصميري، واقتضاه كلام الشيخ أبي حامد والمحاملي في «التجريد» والجرجاني وغيرهم حيث قصروا الخلاف على الوجوب، والحاصل فيه طريقان أصحهما القطع بالمنع.

قَبُولُهُ، وَيَجُوزُ أَرْدَأَ مِنَ الْمَشْرُوطِ وَلَا يَجِبُ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ أَو يَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا أَو وَقْتَ غَارَةٍ لَمْ يُجْبَرْ، ....

وقيل: وجهان اثنان إذا جوزنا، وهو المختار.

قال الْمَاوَرْدِي: إن كان النوع الذي أعطاه خيرًا مما يستحقه أجبر المسلم على قبوله، وإن كان دونه فلا، وله قبوله.

قلت: والإجبار بعيد لما قدمناه، ولا سيما عند تباعد النوعين كالضأن عن المعز. ولو قيل: إنه إن تقاربا كالثمر أجاز، وإن تباعدا فلا، كالضأن والمعز.

قال: (**قَبُولُهُ، وَيَجُوزُ أَرْدَأَ مِنَ الْمَشْرُوطِ**) لأنه مسامحة نصفه كما يجوز دفع الأجود؛ لأنه مسامحة نصفه، وحكم العاري عن بعض الصفات المشروطة حكم الرديء، ورأيت في «الإبانة» قبيل باب السلم أنه لا يجوز قبول الرديء في السلم؛ لأنه استبدال، ولم يذكر سواه.

قال: (**وَلَا يَجِبُ**) أي: قبوله؛ لأنه دون حقه، والأرداء مهموز.

قال: (**وَيَجُوزُ أَجْوَدُ**) لما سبق، ولم يطرد الْفُورَاني مقالته فيه.

قال: (**أَوْ يَجِبُ قَبُولُهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الجودة بالغة لا يمكن فصلها ولا ضرر في قبولها، وقد لا يجد غيره، والثاني: لا يجب للمنة، وربما كانت زيادة الجودة خيرًا من كثير من زيادة القدر في صور كثيرة، ولو تراضيا على مقابلة الجودة بعوض لم يجز خلافًا لأبي حنيفة.

قال: (**وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَامْتَنَعَ الْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ بِأَنْ كَانَ حَيَوَانًا**) أي: يحتاج إلى علف، قاله: في «المحرر» وليجبر على قبوله عما لو قصرت مدة الأجل.

(**أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ**) وإن عقداه في وقتها.

(**لَمْ يُجْبَرْ**) بمؤنة العلف ونحوها، وخوف النهب في الغارة وفي «الإبانة» أنه لو كان النهب والغارة عند العقد موجودًا هل يلزمه القبول؟ فيه وجهان، انتهى.

وقضية إطلاق الشيخين وغيرهم ما قدمناه، وقد يقال: إن كانت الغارة

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ أُجْبِرَ، ....

والنهب هناك يكثر في غالب الأوقات وجب القبول وإلا فلا، ومن الأعراض أن يكون ثمرة أو لحمًا يريد أكلهما عند المحل، أو يحتاج إلى مؤنة للحفظ أو للمدعي وغيرها، ولو كان له سوق ينتظر زيادة السعر، فوجهان في «الحاوي».

قال: (**وَإِلَّا**) أ ي: وإن لم يكن للمسلم عرض صحيح في امتناعه.

(**فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ**) أي: وتخليص ضامن أو خوف الانقطاع عند المحل وجه. **قال**: وكذا الغرض التركة في الأظهر لما سبق من تعينه، ولأن الأجل حق للمدين وقد أسقطه، والثاني: لا يجبر للمنة، ومقتضى كلام الإمام في آخر باب النهي عن بيع وسلف أنه الصحيح، وإن تقابل غرض المبيع والمؤدي فأصح الطريقين أن المرعى جانب المستحق.

والثانية: أنهما يتساقطان، ويجزئ القولان.

تنبيهات وفروع: حيث اخترنا قاصر على الامتناع أخذه الحاكم، وبرئ المدين، وجهان.

حكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرناه حكم المسلَّم فيه والمرعى في قبول الحق قبل محلّه يبذل المدين عرض المستحق، وبعد محله عرض الديون، ولو كان مسلم حالًا فإن كان للمؤدي عرض سوى البراءة.

(**أُجْبِرَ**) المستحق على القبول بلا خلاف، ونقل ابن الرِّفْعَة في «المطلب عن النهاية» خلافًا وهو سهو منه، وكأنه التبس عليه، وإن لم يكن للمؤدي غرض فطريقان أصحهما يجبر على القبول أو الإبراء.

والثانية: أنه على القولين؛ لأنه يقول الحق لي فأؤخره إلى أن أشاء، وأما المكان إذا شرطه أو أطلق، وقلنا: يصح، ويحمل على موضع العقد، فأتى به في موضع غيره فحكمه حكم ما مضى في الزمان، وسيأتي بيانه إذا أخبرناه في الحال فقط، وادعى المسلَّم إليه أنه حالّ، وقال المسلم: مؤجل، ففي آخر الضمان من «البحر» عن والده احتمال وجهين بناء على تعقيب الإقرار بالتأجيل، انتهى.

وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحِلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ لَمْ يَلْزَمْهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، ....

(وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ الْبَرَاءَةِ فِي الْأَظْهَرِ) وهو ظاهر إذا اختلفا في ثبوت الدين مطلقًا من غير تشبه إلى عقد، أما لو اتفقا على الأجل واختلفا في حلوله فهل يجري الاحتمالان أم يجزم بتصديق المستحق إذ الأصل بقاء الأجل اختار ابن الرِّفْعَة الثاني، ونسبه إلى المسلف، والسلف إليه من «الأم» والذي في «الأم» إنما هو بالعكس.

إذا ادَّعى المستحق انقضاء الأجل ولا إشكال فيه، ولا يبعد جريان الاحتمالين في مسألة الرُّويَانِي، وأطلق الشيخ أبو حاتم القول بأنهما إذا اتفقا في الأجل واختلفا في مضيه صدق مدعي بقاءه للأصل، ولو اختلفا في صدور العقد هكذا، فالظاهر أنها من صور التحالف.

قال ابن الرِّفْعَة: إلا أن يقال إنما يكون التحالف إذا ادَّعى المسلم إليه التأجيل، والمسلم الحلول؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، وما نحن فيه عكسه. واعلم أن قضية إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه إذا أحضر المسلم في محله على الصفة المشروطة أو أجود يلزم المسلم قبوله مطلقًا، واستثنى من ذلك ما إذا كان على المسلم ضرر في قبوله كما لو أسلم إليه في عبدًا أو أمة فأحضر فرعًا وأصلًا له أو زوجته أو زوجها فإنه لا يلزم قبوله، ولو جاءه بأخته أو عمته ونحوهما فوجهان:

وجه المنع: أن من الحكام من نصفه عليه، ولينظر فيما لو أتاه بمن كان أقرَّ بحريته أو شهد بها فرد أو لم يحمل البينة.

قال: **(وَلَوْ وَجَدَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْمَحِلِّ)** أي: بكسر الحاء.

(فِي غَيْرِ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ) أي: بفتح الحاء على المشهور، وهو مكانه.

(لَمْ يَلْزَمْهُ الْأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ) لعدم التزامه بخلاف ما لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير.

وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَو كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُهُ].

وأشار الإمام إلى خلاف فيه، ويشبه أن يقال: إن لم يكن لنقله مؤنة لقلته كالدراهم المتيسرة، وعدم الكلفة عليه في ذلك أجبر وإلا فلا.

قال: (**وَلَا يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) إذ أخذ العوض هنا ممنوع؛ ولكن له الفسخ واسترداد رأس ماله كحالة الانقطاع، والثاني: نطالبه بها؛ لأنه ليس بعوض حقيقي إذ لو اجتمعا في المكان المعتبر أمن رد القيمة وأخذ المسلم فيه.

قال: (**وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ**) أي: غير محل التسليم.

(**لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ، أَو كَانَ الْمَوْضِعُ مَخُوفًا**) لما فيه من الضرر، فإن رضي فأخذه لم يجب له مؤنة النقل، ولو بدلها له لم يجز قبولها؛ لأنه كالاعتياض.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن لنقله مؤنة، ولا كان الموضع مخوفًا.

(**فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُهُ**) هذا الخلاف مبني على القولين السابقين في التعجيل قبل المحل والتوجيه ما سبق.

قال الشارح: (**فَصْلٌ** [في القرض]:

الْإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ) لقوله ﷺ: «**مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ**»(١) رواه مسلم.

وفي صحيح ابن حبان مرفوعًا: «**من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به**»(٢).

وروى البيهقي مرفوعًا: «**قرض الشيء خير من صدقته**»(٣).

وروي في هذا الباب غير هذا.

---

(١) أخرجه مسلم (٧٠٢٨).

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٠٢٨).

(٣) أخرجه البيهقي (٢/ ٩٨).

قال المصنف: [وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَو أَسْلَفْتُكَ أَو خُذْهُ بِمِثْلِهِ، أَو مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ، وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ.

إشارة: يستثنى من يديْه ما إذا علم من حال المقترض أنه ينفقه في معصية أو مكروه، وقد يحرم في القسم الأول إذا غلب على ظنه ذلك؛ لأنه أعانه على معصيته.

قال: (**وَصِيغَتُهُ أَقْرَضْتُكَ أَو أَسْلَفْتُكَ**)، صريحان إلا أن يجهل أحدهما معنى أسلفتك ففيه وقفة، (**أَوْ خُذْهُ بِمِثْلِهِ**) الصيغة كتابة في البيع.

وقيل: صريح وجزموا هنا بصحة القرض بها، والظاهر أنها كناية هنا، وينبغي أن يجري فيها الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

فإن قلت: هي مترددة بين صيغتي البيع والقرض.

قلت: إن جعلناها كناية فسهل؛ لأن النية مخصصة، ويبعد جعلها صريحًا.

قال: (**أَوْ مَلَّكْتُكَهُ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ**)، وفي كونه كناية ما سبق، ولا يحتمل البيع هنا بجهالة البدل.

تنبيهات: ليست الصيغة منحصرة فيما ذكره، فلو قال: خذه واصرفه في حوائجك وردَّ بدله، وما أشبه ذلك، كان قرضًا، وفي انعقاده بالمكاتبة ما سبق في البيع، وأولى بالصحة، وكتابة الأخرس كنطق غيره.

وقوله: (خذه بمثله)، إن قلنا: إنه يضمن بمثله مطلقًا فذاك، وإن قلنا: المتقوم يضمن بالقيمة، فيحتمل أن يقال: بالصحة، لما سيأتي في فرض الجبر، ويحتمل أن يقال: بالفساد؛ لأنه ينافي مقتضاه، ولو قال: خذه.

قال ابن الرِّفْعَة: فالذي يظهر أنه لا يملك التصرف.

قلت: إلا إن سبقه استحباب، ولو قال: خذه وتصرف فيه لنفسك أو ازرعه لنفسك، فهل يكون قرضًا أو هبة؟ وجهان للقفال.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهُ فِي الأَصَحِّ**) كسائر المعاوضات.

والثاني: لا لأنه إتلاف بعوض، فلا يستدعي قولًا، ورجحه الإمام.

وَفِي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ
إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وقال الْمُتَوَلِّي: الإيجاب والقبول ليس شرط؛ بل إذا قال: أقرضني كذا أي: فأعطاه إياه أو بعث إليه رسولًا فبعث إليه المال صح القرض، انتهى.

والإجماع الفعلي عليه وهو الأقوى والمختار، ومن اختار صحة البيع بالمعاطاة كالمصنف قياسه اختيار القرض لها وأولى بالصحة.

قال: **(وَفِي الْمُقْرِضِ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ)** لأنه نوع تبرع منجزٍ، فلا يرد تدبير السفيه ووصيته فإنهما يصحان منه دون الإقراض والتبرعات الناجزة، نعم وقد يرد تبرعه بمنفعة بدنه كما سيأتي بيانه، وسيأتي الكلام في فرض مال المحجور في بابه.

قال: **(وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ)** أي: لصحة ثبوته في الدقة، والمراد نوعه وإلا فالمعين لا سلم فيه، والقرض يكون على المعين وعلى الموصوف كما سيأتي.

قال: **(إِلَّا الْجَارِيَةَ الَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي الْأَظْهَرِ)** لأنها قد ترد أو سترد بعد وطئها فتصير كإباحة الجواري للوطء وهو ممنوع، والثاني: يجوز كالعبد.

وقال الدرامي: لا يجوز قرض الجواري أي: قطعًا، واعتقد المزني فيه قولين: واختار جوازه، انتهى.

وقيل: يجوز إقراضها ولا يحل للمقترض وطؤها حكاه الْعِمْرَانِي.

تنبيهات: احترز بقوله: يحل للمقترض عن محرمة بنسب أو رضاع أو مهر، فإنه يجوز إقراضها منه، وادعى الإمام والغزالي والرافعي نفي الخلاف فيه، وفي وجه في «الحاوي» وطرده في «الحاوي» في قرضها للمرأة.

قال: ويصرن جنسًا، ولا يجوز قرضه، كلامه يفهم جواز اقتراضه بملاعنته، ولم أره منقولًا، وهو محتمل، وقيل: إن المجوسية والوثنية مثلًا كغيرهما، وإن حرمتا عليه مع بقائهما على ملتيهما ويحمل غيره.

ثم رأيت الرَّافِعِي ذكر في اللقطة أن من لا يحل كالمجوسية كالعبد؛ فيتملكها، وإن كانت ممن تحل، فعلى قولين كالاستقراض فاقتضى كلامه

وَمَا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ.

جواز اقتراضه المجوسية ونحوها، نظرًا إلى الحال وفيه نظر، وقد يفرق بين البابين بأن ظهور المالك بعيد، وكلام الْجُرْجَانِي هناك مصرح بالتسوية بين البابين كنسبة أن يستثنى الإقراض من أصل أو فرع؛ لأنه إن وطئها حرمها على المقرض، وإلا فلا محذور. وفي «شرح الوجيز» لصاحب «التعجيز» التفريع على قول المنع، هذا إذا كانت ممن يحل له ويمكن وطؤها، فإن لم تحل لمحرمة أو لم يمكن وطؤها لصغر.

قال الإمام: يجوز القرض ولم أر فيه خلافًا إلا نقل الْمَاوَرْدِي عن بعض البصريين المنع مطلقًا، انتهى.

وكلامه يفهم جواز إقراضه الرتقاء والقرناء والمنجبرة والميئوس شفاهًا، وأولى من الصغيرة لكن في تسليم الجواز في الصغيرة نظر، ولينظر فيما لو كان المقترض ممسوخًا إلا ويأتي منه الوطء لعلة هرم أو شلل علة المنع خوف الوطء الرد.

فرع: قال في «شرح مسلم»: الخنثى كالمرأة في استقراض الجارية، وفيه نظر، وإلا شبه منعه، وكذلك قرض الخنثى من خنثى، وقياس ما ذكروه في أحكامه أنه لا يجوز له استقراض من لا يجوز له الخلوة من محارم، ولا إقراضه لغيرهم.

قال: (**وَمَا لَا يُسْلَمُ فِيهِ لَا يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي الْأَصَحِّ**) لتعدد ضبطه حتى يرد مثله، وذلك كالجواهر ونحوها، والجارية وأختها، كما قاله: الْمُتَوَلِّي.

والثاني: يجوز كالبيع، قاله جمهور العراقيين، والخلاف مبني على أن الواجب في المتقوم المثل أو القيمة كما صرح به «المحرر» وغيره، إن قلنا: بالثاني جاز وإلا فلا.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: اقتراض المنافع جائز عندنا، وسبق أن السلم فيها جائز، وحملناه على منافع غير العقاد، وفي «الروضة»: هنا عن القاضي الحسين أنه لا يجوز إقراض المنافع؛ لأنه لا يجوز السلم فيها، وجزم في

....

الغصب من تعليقه بمنع قرض منافع الدار.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: يجوز السلم في تعليم القرآن؛ لأنه يثبت في الذمة مهرًا، وقد نص الشَّافِعِي على جواز السلم في المنافع، واعتبر قبض المقابل لها في المجلس، وغلط من قال: غيره.

فرع: في «التتمة» والرافعي عنه في كتاب «الشفعة» أنه يجوز قرض العقار نفسه، وجزم الْمَاوَرْدِي بالمنع، ويوافقه قول الشيخين في أوائل الإجارة: أن العقار لا يثبت في الذمة، وهو قضية كلام الكتاب هنا فحصل وجهان صرح بهما ابن الْقَطَّان في فروعه، وبناهما على أن الواجب في المتقوم رد القيمة أو المثل صورة، والأصح منع قرضه، وجزم ابن الْقَطَّان هنا بجواز قرض الدور كقرض الدواب والثياب.

فرع: منع الجمهور السلم في الخبز، وأما قرضه فاختار ابن الْقَطَّان والرافعي في «شرحه الصغير» جوازه، وبه جزم الدَّارِمِي والمتولي والشاشي وابن أبي عصرون، وفي «الذخائر» أنه الظاهر عند الخراسانيين، واحتجوا بإجماع أهل الانتصار في الإعصار على فعله، ورأيت في تعليق القاضي أبي الطيب أنه يجوز إقراضه، وإن منعنا السلم فيه فحصل أن الراجح جوازه، وهو ظاهر كلام «الروضة» وحينئذٍ يستثنى من إطلاق المصنف، وإذا جوزنا قرضه، وقلنا: يرد في المتقوم المثل رده وزنًا، وإن قلنا: القيمة ردها، وفي «الكافي»: يجوز إقراضه وزنًا وعددًا أو كأنه اعتمد على الناس في العدد.

وقال الدَّارِمِي: إن رد خبزًا جاز، وإن رد قيمته جاز.

قال ابن الْمَرْزُبَانِ: فإن تمانعا، فالأولى القيمة، وإذا أقرضه خبزًا على شرط رد خبر، فوجهان.

قلت: يجب طردهما من كل متقوم.

فرع: الصحيح جواز السلم في النقد الخالص وإذا كان رأس المال عرضًا، وأما المغشوش فالظاهر بناؤه على جواز التعامل به في الذمة إن

وَيَرُدُّ الْمِثْلَ فِي الْمِثْلِيِّ، وَفِي الْمُتَقَوَّمِ الْمِثْلَ صُورَةً، وَقِيلَ الْقِيمَةُ وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ.

جوزناه صح، وإلا فلا، ولم أرى فيه نقلًا، وأما قرضه فقال في «البحر»: لا يجوز؛ لأنه مؤدي إلى الربا، وفي «البيان» عن الصيمري أنه لا يجوز قطعًا لكن سياق كلامه يقتضي أنه إنما يتعامل بها على أعيانها لا في الذمة فلعلة بنى على المنع على ذلك. والمختار إطلاق الجواز؛ لأن الإقراض جوّز على خلاف القياس للإرفاق.

مطلب: وَيَجُوزُ رَدُّ الزَّائِدِ وَأَخْذُ النَّاقِصِ بِلَا شَرْطٍ فَلَا يُضَايَقُ فِيهِ كَالرِّبَا إذا كثر شرائط الربا منتفية فيه، والإجماع الفعلي عليه من غير تكبر.

قال: (وَيَرُدُّ الْمِثْلَ فِي الْمِثْلِيِّ) لأنه أقرب إلى حقه، (وَفِي الْمُتَقَوَّمِ الْمِثْلُ صُورَةً) لأنه ﷺ استسلف بكرًا وردّ باذلًا، وقال: «إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»(١) رواه مسلم، ولأنه لو وجبت القيمة لاقتصر على الإعلام بها.

قال: (وَقِيلَ الْقِيمَةُ) كالإسلاف وهو الأقيس.

وفي «الشرحين» وفي «الروضة» و«التتمة» أنه المذهب، والجمهور على ترجيح الأول، ولو اختلفا في القيمة، أو صفه المثل صدق المقترض بيمينه.

مطلب: قال: (وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ الْإِقْرَاضِ) أي: سواء المطالبة؛ لأنه وقت استحقاقها ولا نطالبه بالمثل لما فيه من الكلفة، فلو لم يكن للنقل مؤنة طالبه بالمثل، وفيه ما سيأتي وما ذكرناه من عدم المطالبة بالمثل قاله: الرَّافِعِي.

ولا شك إذا كانت قيمة المثل هناك أكثر، فإن كانت سواء.

قال ابن الصباغ وغيره في كتاب «الغصب»: لزمه المثل؛ فالمانع من طلب المثل على عبارة الشيخين مؤنة النقل، وعلى عبارة غيرهما كون قيمة بلد القرض أعلًا، وكلام الشَّافِعِي إلى كل من العلتين، فإذا أقرضه طعامًا ونحوه

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٠٥) ومسلم (٤٥٩١).

وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَو زِيَادَةٍ، ....

بـ«مصر» فلقيه بـ«مكة» لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه يمكنه أعلا مكة، كذا نص عليه لهذه العلة، وبأن في نقله إلى «مكة» ضرر، والظاهر أن كل واحدة مستقلة. والأولى ما قاله ابن الصباغ وإن أفهما ضعفه والقرض والغصب في ذلك سواء.

إشارة: مما ذكرناه يظهر لك أنه لو أقرضه طعامًا بـ«مكة» ثم لقيه بـ«مصر» ليس له مطالبته بقيمته بـ«مكة»؛ بل لا يلزمه إلا مثله، فإن تراضيا على قيمة باعتياض جائزة، ولو أقرضه نقدًا بـ«مصر» ثم لقيه بـ«مكة» مثلًا لزمه أعطاؤه، ولو رده المقترض لزم المقرض قبوله لعدم الضرر عليه في «الأم».

وقال الإمام: إنه ظاهر المذهب فأشار إلى خلاف فيه، واستثنى الإمام النقود التي يعسر نقلها، أو تتفاوت البلاد فلا يطالب بها في غير بلد الإقراض، وإذا أخذ القيمة لا يردها إذا عاد إلى بلد الإقراض، ويطالب بالقرض على الأصح، وأجبرنا في مطالبة المقترض باسترجاعها ودفع المثل، ولو أقرضه طعامًا بـ«مصر» فلقيه بـ«مكة» فليس للمقترض إجباره على قبضه لمؤنة حمله، فإن تراضيا جاز.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَو زِيَادَةٍ**) أي: في العد أو الصفة وغيرهما لقوله في الخوف يرد في الأمن، ومن هذا ما يعتاده مالك الحوانيت ونحوها من بدل شيء يسمونه قوة ليستأجره بأزيد من القيمة لأجل القرض، فإن دفع ذلك مشروطًا فحرام إجماعًا، وإن لم يشترطاه فحرمه أكثر العلماء.

وعندنا مكروه لقول فضالة بن عبيد: **«كل قرض جرَّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا»**(١).

وقال البيهقي: وروينا في معناه عن ابن مسعود، وأبي ابن كعب، وابن عباس، وعبد الله بن سلام -ﷺ- ولا يصح رفعه، ومثل ما ذكره المصنف ما لو شرط رده ببلد آخر، وهل يصح الشرط الجاري المنفعة في غير الربوي؟

وقيل: لا يفسد العقد بهذه الشروط الفاسدة؛ بل يُلغى لأنه عقد مسامحة،

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٢٥٢).

وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ. وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أو أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ لَغَا الشَّرْطُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ. وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ، ....

والصحيح فساده وأنه لا يجوز التصرف فيه.

قال: (**وَلَوْ رَدَّ هَكَذَا**) أي: المقترض لنفسه.

(**بِلَا شَرْطٍ فَحَسَنٌ**) للحديث السابق، ولا فرق بين الربوي وغيره ولا من المشهور برد الزيادة وغيره على الصحيح فيهما.

إشارة: احترزت بقولي: لنفسه عما لو اقترض لمحجوره، أو لجهة وقف، ونحو ذلك، ثم رد البدل الولي أو الحاكم.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّرًا عَنْ صَحِيحٍ أو أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ**) أي: أن يقرض المقترض شيئًا آخر (**لَغَا الشَّرْطُ**) أي: في الصورتين ولم يلزمه الوفاء به وعد متبرع. وقيل: يصح الشرط وزيف.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ**) لأنه وعد بإحسان لأجر منفعة للمقرض.

والثاني: يفسد؛ لأنه ينافي قضية العقد كشرط العكس والخلاف جارٍ في كل ما ينفع المقترض فقط.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ أَجَلًا فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ**) أي: كما سبق حكمًا وتوجهًا، (**إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ**) لأنه رفق فيصح العقد على الأصح ويُلغى التأجيل بأنه [صغير] رضيع أو فطيم، والكبير بأنه جذع أو ثني أو شبههما، وذكر العراقيون السمن والهزال، وعبارة الْبَغَوِي أحمر أو أبيض.

والثاني: أنه كالتأجيل لا لغرض فيلغى الشرط ويصح العقد، ووهم الْمَاوَرْدِي من ظن أن للشافعي قولًا في جواز الغرض مؤجلًا.

إشارة: لا يلزم تأجيل حال من جميع الديون قيل: قال أصحابنا: إلا إذا أوصى بذلك أو نذره فيلزم إنفاذ وصيته، الوفاء بالنذر على الأصح، وليس هذا بتأجيل، فإن فعله في غير هاتين الصورتين فله طلبه متى شاء، ويستحب الوفاء

وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ

به؛ لأنه وعد ولا يجب الوفاء بها لو وعد وفيه نظر أشرت إليه في «الغنية».

(وَإِنْ كَانَ) أي: للمقرض غرض.

(كَزَمَنِ نَهْبٍ فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي الْأَصَحِّ) أي: لما فيه من جرِّ المنفعة.

فرع: القرض في الصفة والزمان والمكان كالمسلم فيه إلا ما سبق ولا أقرضه نقدًا فأبطله السلطان فليس له غيره، وقيل: له طلب قيمته يوم أبطل.

قال صاحب «الوجيز في شرح التعجيز»: إذا أدى القرض في زمن نهب أو غارة لم يلزم أي: قبوله.

قلت: ينبغي أن يقال إلا أن يكون القرض فيه، نعم لو زال الخوف، ثم عاد فهل يكون كالذي لم يزل؟ فيه نظر.

قال الْمَاوَرْدِي: لو أقرضه رطبًا لم يجز أن يرد بداله تمرًا، وتبعه الرُّويَانِي ويشبه أن يكون على الخلاف في إذاعن الرطب في السلم.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: اقترض لي مائة ولك عشرة؛ جاز وهي جعالة، فلو أقرضه المأمور من ماله لم يستحق العشرة.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: أقرض زيدًا مائة وأنا لها ضامن يجوز، فإذا أقرضه المائة أو بعضها لزمه الضمان.

قال الشّاشِي في «حليته»: وهذا لا يجري على أصلها؛ لأنه ضمان وقيل: الوجوب وقيل: سنة وليس توكيل لفلان فيه، وهو كما قال: ولعل الْمَاوَرْدِي لم يرد بذلك الضمان المعهود، والظاهر إنما ذكره وجه ضعيف كما ذكرته في «الغنية» لا ما نؤيده من قال: الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه ونحو ذلك، ورأيت في اختلاف العراقيين من «الْبُوَيْطِي» لو قال: ما عاملت غلامي من دينار إلى مائة دينًا أو كَلًّا فهو عليَّ، جاز، ولو قال: ما استدان فلانٌ فهو عليَّ، لم يجز، انتهى.

قال: **(وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ)** لأنه يوقفه به لا زيادة كالإشهاد به، فلا

يَمْلِكُ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ، وَفِي قَوْلٍ بِالتَّصَرُّفِ.

وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا بِحَالِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ].

يفسده سواء قلنا يملك بالقبض أم لا، سواء المتقوم وغيره، نعم لو شرط رهنًا كدين آخر مشروط زيادة الصفة.

قال: **(وَيَمْلِكُ الْقَرْضَ بِالْقَبْضِ)** كالهبة وأولى للعوض، وبدليل صحة التصرف، **(وَفِي قَوْلٍ بِالتَّصَرُّفِ)** أو ليس تبرعًا محضًا ولا معاوضةً محضةً، إذ له أخذه ما بقي، والقولان متفرعان من معاني كلام **الشَّافِعِي**، وجعل **الْجُورِيُّ** بدل الثاني أنه لا يملكه وإنما سلطه المقرض على إتلافه.

قال: وهو المحفوظ للشافعي واستبعد لجواز البيع، وجعل بعض شارحي «المفتاح» بدله أنه يملكه بالعقد كالبيع، وإذا قلنا: بالثاني فمعناه أنه يتبين الملك قبيل التصرف، وقيل: يتبين بالتصرف أنه ملكه من وقت القبض، فيحصل خمسة آراء في وقت الملك أصحها بالقبض.

قال **الدَّارِمِي** في كتاب «العارية»: إن استقراضاه فمتى يعتق عليه، على وجهين:

أحدهما: بالقبض والتصرف.

والثاني: بالقبض وهذا من ثمرات الخلاف.

قال: **(وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِيًا)** أي: في ملك المقترض.

(بِحَالِهِ) أي: لم يتعلق به حق للغير كرهن وجناية وكتابة.

قال: **(فِي الْأَصَحِّ وَاللهُ أَعْلَمُ)**: لأن له طلب بدله عند فواته وطلبه أولى؛ لأنه أقرب منه.

والثاني: لا وللمقترض إعطاء بدله كسائر الديون، والخلاف على قولنا يملكه بالقبض جزمًا، ولو قيل: إذا كان الواجب القيمة لا يجبر المقرض على قبول العين لم يبعد، ولم أر من قال به، ولو زال ملكه وعاد فهل للمقرض الرجوع في العين كما لو لم تزل وجهان: بالرجوع جزم **الْعِمْرَانِي**، وقول المصنف يأباه.

....

فروع: القرض بالمكاتبة كالبيع وأولى بالصحة، هل قرض الأعمى واقتراضه كبيعه، أو يجوز توسعًا؟ لم أر فيه نصًّا، والأقرب إن نقص، فإن شاء أخذه مع الأرش، وإن شاء أخذ مثله سليمًا ولو أجرةً.

قال الماوَرْدِي: له الرجوع فيه وتبقى الإجارة وله طلب مثله.

خاتمة: نسأل الله تعالى حسنها، قال: أقرضني ألفًا، وقيل: ألفًا ونفى فأتم ثم دفع إليه، ألفًا، فإن لم يطل الفصل جاز، وإن طال فلا، حتى يعيد لفظ القرض؛ لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل، قاله: في «المهذب» وتابعه الرُّويَانِي، والعمراني، والعراقي في شرحه، وابن أبي عصرون، والمصنف في «الروضة» وقضيته أن القرض لا يجب إيراده على معين؛ بل يجوز على موصوف، ثم يعين وإن تعيينه في المجلس، أو بحسب إذا لم يطل الفصل جائز واستقر بأجر.

أو قيل: لم يذكر ذلك عن صاحب «المهذب» وأتباعه.

قلت: ذكرها الدَّارِمِي قبله، ولفظه إذا قال: أقرضني ألفًا فقال: أقرضتك ثم أقبضه بعد وقت ولم يعد اللفظ جاز إذا نويا، انتهى.

والظاهر أنه أراد بقوله: «بعد وقت» عن قرب ويحتمل أنه على إطلاقه إذا نويا الإقباض والقبض عين ذلك العقد وفي «فتاوى القَفَّال» لأنه لو قال للغير: أقرضني خمسة وأدها عن زكاتي جاز، نعم في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان لا يوكل قرضًا؛ بل يوكل بقبض دين؛ لأن القرض يقتضي عينًا يردها وليس هاهنا عين يرد إليه، وإن كانت معينةً فإقراض صحيح، انتهى.

فحصل في القرض علي شيء في الذمة وجهان: والمختار الجواز؛ لأنه عقد إرفاق ومساهلة وكنت أود لو اكتفى فيه بالاستحباب والدفع وبالإيجاب والقبض دون اشتراط اللفظ، وجوازه بالمعاطاة إذا تقدمها السؤال والإجابة وعليها العمل. والله أعلم، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الرَّهْنِ

قال المصنف: [كتاب الرَّهْنِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، وَلَوْ قَالَ دَفَعْت إِلَيْك هَذَا وَثِيقَةً بِحَقِّك عَلَيَّ فَقَالَ قَبِلْت، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَو مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ صَحَّ الْعَقْدُ، وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ بَطَلَ الرَّهْنُ،

قال الشارح: هو لغةً: الثبوت والدوام، وشرعًا: عين مالٍ وتبعته مدين يستوفى منها عند تعدد استيفائه من المدين ونطلق على نفس العين، والأصل فيه الكتاب والسنة المتفق عليها والإجماع.

قال: (**لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ**) أي: كالبيع توافقًا واتصالًا والخلاف في المعاطاة والاستحباب مع الإيجاب عائد هنا، فلو قال: بعتك بكذا على أن ترهن كذا، فقال: اشتريت ورهنت فوجهان: أشهرهما ونسب إلى ظاهر النص، وعزاه ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور، والاكتفاء بما جرى.

وقال القاضي الحسين: لا بُدَّ أن يقول: بعده ارتهنت أو قبلت وصححه الْبَغَوِي ونسبه الإمام إلى المحققين على الأول لا يشترط القبول في هذه الصورة وينزل فيها اشتراطه منزلة استحبابه، ولفظ الكتاب يفهم موافقة الثاني.

فرع: (**وَلَوْ قَالَ دَفَعْت إِلَيْك هَذَا وَثِيقَةً بِحَقِّك عَلَيَّ فَقَالَ قَبِلْت**) يصح رهنًا على أصح الوجهين، انتهى.

قال: (**فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ أَو مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَالْإِشْهَادِ أَو مَا لَا غَرَضَ فِيهِ**) كما سبق في البيع (**صَحَّ**) بها (**الْعَقْدُ**) كالبيع، هل يأتي ما تقدم هنا؟ فيه نظر.

قال: (**وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ الْمُرْتَهِنَ**) أي: كان لا يباع عند المحل ونحوه.

(**بَطَلَ الرَّهْنُ**) أي: لمنافاته مقتضاه ومقصوده، وقيل: فيه القولان الإتيان وليس بشيء.

وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِمُرْتَهِنٍ بَطَلَ الشَّرْطُ، وَكَذَا: الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: **(وَإِنْ نَفَعَ الْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ الرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ بَطَلَ الشَّرْطُ)** لحديث: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**(١) وغيره، وسيأتي ما يعيد إطلاقه.

قال: **(وَكَذَا: الرَّهْنُ فِي الْأَظْهَرِ)** لمخالفته مقتضى العقد كالضرر بالمرتهن.

والثاني: لا يبطل بل يُلغى الشرط، ويصح العقد، كما لو أقرضه صحاحًا ليردها مكسرةً.

تنبيه: أطلق البطلان وقال في «الروضة»: موضعه إذا أطلق المنفعة فلو قيدها فقال: ويكون منفعتها إلى سند مثلًا فهذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة، انتهى.

وهذا ما نقل الرَّافِعِي استدراكه على العراقيين، وهو في كلام جماعة ومنهم الدَّارِمِي وفي «الشامل» أنه قول: القاضي أبي الطيب، وطريقة الشيخ أبي حامد أن الشرط فاسد، وفي فساد الرهن قولان كما في الكتاب، وكان كلام أبي حامد اختلف ففي تعليقه بخط سليم الرازي موافقة أبي الطيب، فإنه قال: فإن قدر مدة الانتفاع فهو بيع وإجارة، وفي «الأم» ما يوافقه، وصرح سليم الرازي بموافقة أبي الطيب.

قال: فإن باعه على أن يرهنه داره ويكون منفعتها له فهو بيع وإجارة فإن قدر المنفعة فعلى قولين:

أحدهما: صحيحان، والآخر: باطلان وإن لم يقدر المنفعة فهما باطلان على ظاهر المذهب، والحاصل أنه إن شرط أن تكون المنافع الموفية ملكًا له فطريقان:

أحدهما: التخريج على الجمع بين بيع وإجارة فيصح فيهما على الأظهر.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ، وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ فَسَدَ الْعَقْدُ.

والثانية: على القولين في الكتاب فيبطل منهما، والأولى أصح لشهادة نص «الأم» لها، وإن أطلق شرط المنافع فطريقان:

أحدهما: على القولين فيبطل منهما على الأظهر.

والثانية: أنه بيع وإجارة فاسدة مجهولة فيبطل فيهما إلا إذا جعلنا الإجارة بالجميع فيصح في البيع.

قال: (**وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الشَّرْطِ**) ومنهم من قطع به لأنها معدومة ومجهولة.

والثاني: يصح؛ لأن الرهن إنما لا يتعدى إليها عند الإطلاق لضعفه، فإذا قوي بالشرط سرى إليها وهذا في الثَّمَرَةِ وَالنِّتَاجِ، وأما الاكتساب، فإن قلنا: الارتهان لم يتبع، وإلا ففي الاكتساب وجهان: أصحهما المنع، أيضًا لأنها ليست من أجزاء الأصل. قال الْمَاوَرْدِي والرافعي: ولو شرط كون المنافع مرهونةً بطل الشرط بلا خلاف.

قال: (**وَأَنَّهُ مَتَى فَسَدَ**) أي: الشرط (**فَسَدَ الْعَقْدُ**) أي: عقد الرهن.

قال الرَّافِعِي: ولهذا الخلاف مخرجان:

أحدهما: القولان فساد الرهن بفساد الشرط الذي ينفع المرتهن.

وثانيهما: أنه جمع هنا بين معلوم ومجهول فنحا فيه خلاف تفريق الصفقة.

قال: وتبعه في «الروضة» فإن كان الرهن بهذا الشرط مشروطًا في بيع، فإن صححنا الشرطان أفسدناهما، وإن صححنا الرهن صح البيع، وللبائع الخيار وإثبات الخيار في حاله تصحيح الشرط لا معنى له، والوجه أن يقال: فإن صححنا الشرط فذاك وإن أبطلناه وصححنا الرهن صح البيع وللبائع الخيار، فيحمل كلامه على تصحيح البيع في الحالين، وإثبات الخيار في الثانية، وإن أبطلنا الرهن ففي البيع قولان والحاصل أربعة أقوال أظهرها بطلان الجميع.

وَشَرْطُ الْعَاقِدِ كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

والثاني: عكسه، والثالث: صحة البيع فقط، الرابع: صحته مع الرهن دون الشروط.

فرع: قال: (وَشَرْطُ الْعَاقِدِ) أي: راهنًا ومرتهنًا.

(كَوْنُهُ مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ) وكالمتبايعين ونحوهما.

(فَلَا يَرْهَنُ الْوَلِيُّ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ) إذ التصرف للمحجور مشروط بالاحتياط والمصلحة، وكون الولي لا يرهن ولا يرتهن إلا على الوجه المذكور يقتضي اشتراط كون الرهن والمرتهن من أهل التبرع، أو يكون الرهن على وجه المصلحة والاحتياط واشتراط أحد هذين زائد على كونه مطلق التصرف.

فالأحسن قول «المحرر» ولا يرهن بالواو لا بالفاء كالمنهاج وكأنه يسير إلى أن يصرف الولي مفسد بمطلق.

قيل: وهو خلاف كلام صاحب «التنبيه» وغيره.

تتمات: منها: المحجور عليه بالسفه كالصبي، فكان ينبغي أن يقول الولي ويطلق أو مال المحجور أو يصرح بالثلاثة، والحد والوصي والقيم هنا كالأب إلا أن يتولى الطرفين، وكذا الحد ومنع الْجُورِيُّ إلحاقه بالأب واختاره.

ومنها: يشترط في رهن مال المحجور أن يكون عند أمين يجوز إيداعه عنده، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ما يتعلق بذلك من الشروط التي أغفلها المصنف في باب الحجر.

ومنها: كلام الجمهور ويقتضي أن رهن الولي وارتهانه جائزان بالمصلحة وربما يذكر أمثلة من ذلك هناك. قالوا: هنا لو اشترى له ما يساوي مائتين بمائة نسيه ورهن ما يساوي مائة من ماله جاز؛ لأنه إن سلم المرهون فالغبطة ظاهرة وإن تلف كان قيمًا اشتراه ما يجبره فلو لم يرض إلا برهن يزيد على مائة لم يجز، وجوَّزه أبو محمد العقار خاصة لأنه لا يتلف.

....

قال الإمام: وهو منقاس؛ لكنه خلاف المذهب.

ومنها: ذكرت في «الغنية» أن أكثر نصوص الشَّافِعِي تقتضي أن الارتهان يجوز بالمصلحة، والرهن لا يجوز إلا بالضرورة، فإما أن يجمع بين كلامه وكلام الأصحاب بأن المصلحة في الارتهان يظهر كثيرًا في الرهن قبل أن يوجد في غير الضرورة فكذلك حرر في كلام الشَّافِعِي وما قدمناه من شراء ما يساوي مائتين بمائة لا ضرورة فيه، والظاهر أن الشَّافِعِي لا يمنعها وهي صورة نادرة فلا يكون كلامه قاصدًا لمثلها، وإما أن يقدر خلاف.

وقد قال الْجُورِيُّ: كان ابن خيران يجوز لولي اليتيم ومن سمي معه أن يرهن رهنًا إذا اشترى ما في شرائه النظر، وإن لم يكن ضرورة، وهو الصحيح عندي، انتهى.

ففهم من إطلاق الشَّافِعِي المنع، ونقل الجواز عن ابن خيران وصححه، فإذًا ما قاله: الجمهور هو قول: ابن خيران، أما الرهن للضرورة، فلا نعلم خلافًا في صحته إلا أن في «إشراف» ابن المنذر: إذا استدان وصي اليتيم في كسوته وطعامه ورهن به رهنًا فهو جائز في قول: أصحاب الرأي ولا يجوز في قول: أبي ثور. وقال الشَّافِعِي مرةً: يجوز، ومرةً قال: لا يجوز، انتهى.

فأثبت الشَّافِعِي قولين في رهن الوصي مع الحاجة، وحكى ابن كَج أنه لا يجوز رهن مال الطفل بحال، فحصل في رهن مال الطفل ونحوه عند الضرورة قولان: المشهور الجواز.

فرع: قضية كلام الكتاب هنا وفي الكتابة أن المكاتب لا يجوز رهنه ولا ارتهانه؛ لأنه غير مطلق التصرف، وإن صح تصرفه في الجملة ويوافقه قول «الروضة» هناك، وقد سبق في كتاب «الرهن» حكاية وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئةً، والرهن والارتهان، والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق، وذكر في كتاب «الرهن» أن رهن المكاتب وارتهانه جائز إن شرط المصلحة والاحتياط كما في ولي الصبي.

وَشَرْطُ الرَّهْنِ كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ.

وقيل: لا يجوز أن يستقل بالرهن وبإذن السيد قولان لتبرعاته، انتهى.

وهذا ما جعله المذهب هناك ونصوص «الأم» و«المختصر» و«الْبُوَيْطِي» في البابين تدل على أن المكاتب كالولي حرفًا بحرف.

وقال المصنف في «التنقيح»: هنا أن حكم المكاتب حكم ولي الطفل على الصحيح من المذهب وفيه وجه مشهور أنه لا يستقل بذلك، انتهى.

وهذا التصحيح هو الموافق للنصوص فهو الصحيح.

وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ قوله من أهل العلم على أن المكاتب أن يرتهن ما فيه له صلاح، واختلفوا في المكاتب برهن، فقال مالك ﷺ وأبو ثور، وأصحاب الرأي: رهنه جائز. وقال الشَّافِعِي ﷺ: رهنه لا يجوز.

قلت: وينبغي تأويله على أنه لا يجوز من غير ضرورةٍ أو غبطةٍ ظاهرةٍ، وإنا حيث منعنا يستثنى ما لو رهن شيئًا على ما يؤدي به النجم الأخير لإفضائه به إلى العتق، وكذا رهنه وارتهانه مع السيد، والله أعلم.

فرع: ذكر الشَّافِعِي المأذون مع المكاتب إلا أن رهنه أولى بالمنع، وإن له البيع نسبة؛ فالإذن جزمًا، قالوا: وإن لم يدفع إليه مالًا؛ بل قال: اتجر بجاهل، فله البيع والشراء في الذمة حالًا ومؤجلًا، وكذا الرهن والارتهان، فإن فضل في يده مالًا كان كما لو دفع إليه مالًا وجعل الدَّارِمِي في حكم الولي في الرهن والارتهان الوكيل المأذون له في التجارة بتدبيره، ويجيء مثل هذا في عامل القراض وينبغي توقفه على الإذن ويحب الجزم به عند إمكان مراجعة الموكل.

قال: **(وَشَرْطُ الرَّهْنِ)** أي: المرهون.

(كَوْنُهُ عَيْنًا فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص في «الأم» ولا يصح رهن الدين لعدم القدرة على تسليمه.

والثاني: يجوز رهنه إذا كان على مقر كبيعه، والوجهان إذا جوزنا بيعه، فإنْ منعناه امتنع الرهن جزمًا ثم الخلاف في رهن غير دين السلم كما قاله: في «الاستقصاء» وأن يكون المدين مليًا كما قاله: في «الانتصار»، وذكره المصنف

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ، وَالْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ، وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ

عنه في «التنقيح» وأن يكون ثابتًا كما اقتضاه كلام القاضي الحسين والإمام ولا فرق بين رهنه ممن هو عليه وغيره، وقول صاحب «الاستقصاء»: أن رهن الدين المستقر ممن هو عليه يجوز وجهًا واحدًا غريب وكان من تصرفه.

إشارة: لولا قوله: في الأصح لحرج قوله: عينا المنفعة؛ لكن لا خلاف فيها، وإذا صححنا رهن الدين افتقر إلى فرد محسوس ولا يلزم بنفس العقد.

قال: (**وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ**) أي: من شريكه وغيره قبل القسمة أم لم يقبلها كبيعه، ولا يفتقر إلى إذن الشريك على الأصح كالبيع، والقبض فيه يتسلم كله، فإن كان مما لا ينقل حصل كالتخلية وإن لم يحضر شريكه وإلا فلا بدَّ من نقله وإذن شريكه.

قال: (**وَالْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ**) التصوير في الأمة وولدها الطفل الذي يحرم التفرق بينها وبينه في حال الاختيار كما دل عليه سياق كلامه؛ لأن الرهن ليس بتفريق، وعبارة النص رهن الأم دون ولدها جائز إذ لا بتفرقة، والمرجح أن معناه ألا تفرقة بينها حالًا ولا مالًا.

وقيل: معناه إذ لا تفرقة في الحال، فإن احتيج إليها فُرِّق للضرورة.

(**وَعِنْدَ الْحَاجَةِ يُبَاعَانِ**) أي: ولا يجوز التفريق بينهما للنهي عنه، ويوزع الثمن بينهما. وقيل: يباع المرهون وحده، واحتمل التفريق للضرورة وعكسه أن موضع الخلاف حيث لم يتوجه بيعهما عليه جميعًا في ديونه الرهن وغيره، أما لو توجه بيعهما وسمحا له فلا معنى للتفريق، إذ لم يحصل بالجمع تنقص على المرتهن ولا غيره.

وقال: المفلس يبيع كله، وعبارة الدَّارِمِي قد تفهم عدم الفرق، فإنه قال: وفي بيعها دونه قولان، فإن جوزنا للمرتهن بيعها مع الولد معها تصرف، قلنا للمرتهن: إن أردت الصبر حتى تفرق وإلا فهكذا الحكم ولا خيار للراهن الا أن يفكها، انتهى.

تنبيه: ولا خفاء أن موضع بيعهما معًا إذا كان الولد عند البيع في سن لا

وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ وَالْأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الْأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ.

يجوز التفريق فيه وأن يكونا في ملك الراهن، فلو كان كل واحد لواحد بيع المرهون وحده قطعًا، واعلم أن عبارة «المحرر» ثم إن مست الحاجة إلى البيع فيباعان معًا، ويوجد منها ما ذكره صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز» أن الخلاف إذا لم يكن للراهن مال غيرهما، فإن كان كلف قضاء الدين منه؛ لأن بيعها وحدها وبيع الولد معها ضرورةً، فلا يصار إليها مع وجود المال نقله السنجي في «شرح التخليص»، ويحكى عن أبي إسحاق المروزي.

قلت: وعبارة الشيخ أبي علي قال أصحابنا: ولو كان للراهن سوى الجارية وولدها كلف قضاء الدين منه إلى آخر ما سبق.

وقال الماوَرْدِي: إن أمكن الراهن قضاء الدين من ماله لم يبع عليه وإلا بيعت مع الولد على الصحيح.

وعبارة الشيح أبى حامد والروياني إن قضاه الراهن وإلا بيعت مع ولدها، وهى مشعرة بأن الخيرة للمرتهن، ولا شك فيه إذا قلنا: يباعان معًا، أما إذا فرقا بحسن ما سبق أنها لا تباع إلا عند العجز عن الإبقاء من سائر أمواله لعدم الضرورة إلى التفريق.

قال: (**وَيُوَزَّعُ الثَّمَنُ**) [(على قَدْرِ قِيمتهما]⁽¹⁾ أي: حيث يحتاج إلى التوزيع.

(**وَالْأَصَحُّ أَنْ تُقَوَّمَ الْأُمُّ وَحْدَهَا**) لأنها الرهن.

(**ثُمَّ مَعَ الْوَلَدِ فَالزَّائِدُ قِيمَتُهُ**) لأنها رهنت ذات ولد، وإنما تقوم وحدها أو لا موصوفة بكونها خاصة ولدها يوم البيع إذا كان لم يميز حينئذٍ، فيقال: قيمتها لذلك مائة، ثم تقوم هى والولد فيقال: قيمتها مائة وخمسون، والخمسون الزائدة لا حق للمرتهن فيها، والثاني: تقوم وحدها كما سبق، فيقال: مائة، ثم تقوم مع الولد وحده فيقال: عشرون فيقسط الثمن عليها، للولد سدس والباقي للمرتهن، وفى المسألة زيادات ذكرتها في «الغنية» كظاهر

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس في نسخ المنهاج المطبوعة.

وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا، وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

كلامهم أن قولهم ذات ولد خاصة بمعنى واحد، ولو رهن الولد دون الأم فعلى ما تقدم في عكسه، وينعكس فكل الأحكام في التقويم، ولو حدث الولد بعد الرهن لم يجز التفريق على الاصح؛ بل يباعان ويوزع كما سبق.

إشارة: حكم الولد مع الأم وممن يحرم التفريق بينه وبين الحكمة مع أمه.

قال: (وَرَهْنُ الْجَانِي وَالْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا) أي: لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْجَانِي الْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ وَمُرْتَدٌّ مُطْلَقًا، وقد سبق بيان حكم بيعهما.

وقال الرافعي في شرحه: ورهن الجاني خطأ مرتب على بيعه وأولى بالبطلان؛ لأن الجناية العارضة تقدم على حق الرهن فأولى أن يمنعه في الابتداء، فإن صححنا رهنه ففي «الروضة» عن الأكثرين أنه لا يكون ملتزمًا للفداء بخلاف البيع؛ لأن الجناية لاتنافي الرهن ومحلها باقٍ بخلاف البيع، وعن الروياني أن المذهب أنه لا يصح بيع المرتد ولا رهنه واستغرب، والمشهور صحة بيعه كما سبق.

فرع: لو جنى على سيده ثم رهنه كان رهنه دليلًا على عفوه، رواه الروياني عن الأصحاب وكانت الصورة فيما إذا علم أنه الجاني.

فرع: العامل حر إنه إن تاب قبل الظفر، فبيعه كبيع الجاني لسقوط التحتم، وكذا إن تاب بعد الظفر، وقلنا: بسقوط التحتم وإلا فطرق أصحها أنه كالمرتد، والثاني القطع بالمنع لتحتم قتله بخلاف المرتد؛ لأنه قد سلم، والثانى أنه كبيع الحال لعلة الجاني، قاله: في «الروضة» وفي تجربة الروياني هنا لا يجوز رهنه إذا تحتم قتله، وكذلك لا يجوز بيعه.

قال: وغلط من قال: غيره بخلاف المرتد، انتهى.

قال: (وَرَهْنُ الْمُدَبَّرِ وَالْمُعَلَّقِ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ الدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: لتعلق حق العتق بهما، أما المدبر ففيه ثلاثة طرق: أحدها القطع بالبطلان ورجحها المصنف في كتبه، والثاني: فيه قولان وصححهما

....

الْمَاوَرْدِي والروياني وهي الأقرب إلى القياس عند ابن أبي عصرون، وعزاها في «الوسيط» إلى الأكثرين، وانتقد عليه، وهي قوية دليلًا، ضعيفة مذهبًا، وأما المعلق بصفة الأكثرين فللصفة أحوال:

أحدها: أن يوجد قبل حلوله بأن رهنه إلى سلخ رمضان، وكان قد علَّق عتقه بدخول رمضان، فالرهن باطل، وقيل قولان كرهن ما سرع فساده والفرق ظاهر.

الثانية: أن يوجدان معًا ومثاله واضح.

الثالثة: عكس الأولى، فالرهن صحيح لإمكان بيعه قبل وجود الصفة.

الرابعة: أن محل الدين قبل الصفة ساعة لا يمكن بيعه فيها في العادة، فلا يصح الرهن كما لو تساوما أو تقدمت الصفة، ذكره الروياني عن والده وهو صحيح.

الخامسة: أن يجهل تقدم الحلول على الصفة وعكسه لقدوم زيد، فالأظهر بطلانه للغرر، ومنهم من قطع به، ووجه الصحة أن الأصل بقاء الرق.

تنبيهات: منها: قوله: يمكن سبقها حلول الدَّين يفهم أنه لو لم يمكن سبقها حلوله صح الرهن، وفي العبارة تسمح؛ لأنها يفهم أنهما لو تساوما أو سبقها الحلول بلحظة أو ساعة لا يمكن فيها بيعه إنه يصح وليس كذلك.

ومنها: كلامه يفهم صحة رهنه بدين حال وهوظاهر إذا كان قد بقي من زمن الصفة ما يسع بيعه كما سبق، فلو لم يكن لها وقت مقدر لقدوم زيد ودخول الدار ففيه احتمال ظاهر، وقضية كلام الرافعي والمصنف صحة رهنه بالحال من غير تفصيل.

ومنها: لو شرط في العقد بيع المعلق عتقه بصفة قبل وجودها، قال ابن الرِّفْعَة: يصح وقيد به كلام «التنبيه» وهو متابع لابن أبي عصرون في ذلك، وكلام الأصحاب سألت عنه وكأنه أخذه من رهن ما يسارع فساده، وهو محتمل للرد.

فائدة: قال بعض محققي العصر: فإن قلتَ: لم جوزتم رهن المعلق بصفة

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ، ....

بدين حال، وعابه المدبر أن يكون مثله، فكيف يمتنع رهنه بالدين الحال؟

قلتُ: صحة رهن المعلق بصفة بحال أو بما يحل قبل الصفة إنما رأيناه للأصحاب ونصوص الشَّافِعِي أنه لو رهن عبدًا أعتقه إلى سنة كان مفسوخًا، وإنه في حال المدبر وأكثر حالًا منه، وإطلاقه يقتضي مع رهنه بالحال فلا يعدل عن نصه إلا بنص آخر أو دليل ظاهر.

فإن قلتَ: حكى جماعة في المعلق بصفة يجوز أن يوجد قبل المحل، وألا يوجد قولان.

قلتُ: الذي رأيناه نصًا للشافعي المنع.

وقال القاضي أبو الطيب: إن الجواز مخرج من المدبر وضعف الأخذ به، وبين أن مذهب الشافعي في المعلق والمدبر المنع مطلقًا بلا تفصيل.

فإن قلتَ: المدبر قد يموت سيده قبل التمكن من بيعه وإن كان الدين حالًا فلذلك امتنع رهنه.

قال: (**وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ**)·

قلتُ: ولو رهن ما يسرع فساده أو معه أو قبيله بوقت لا يمكن فيه بيعه كما سبق، (**فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ فَعَلَ**)، أي: بشمر ونحوه فعل، أي: وجب على الراهن تحقيقه، فإن امتنع أجبر عليه، نص عليه الشافعي والأصحاب.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: بيع الحاكم جزءًا منه عند الامتناع وتحققه بثمنه، والصحيح الأول فإن تعذر تعين ما قاله: المتولى، فإن طلب أحدهما البيع، وجعل ثمنه رهنًا لم يجب.

وقال ابن أبي هريرة: إذا كان تحقيقه بنقصه وبيعه أوفر حيث طال البيع.

قلت: ويجب الجزم به إذا كان الرهن لمحجور عليه، وطلب المرتهن البيع، وكان الولي يبيعه لا محالة إذا حققه وليس للمرتهن تحقيقه حتى يأذن الراهن بذلك، نص عليه في «الأم» وهذا عند إمكان المراجعة عند خوف فساده، وإلا فيظهر مراجعة الحاكم إن أمكن ليفعل ذلك أو لا حظ للغائب ونحوه.

وَإِلَّا رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَو مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ أَو شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا صَحَّ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا، ....

إشارة: قوله: فعل يقتضي صحة الرهن وجوب التحقيق، أما صحته فلا خلاف فيها، ولا يفسد سواءً أطلق الرهن أو شرط التحقيق، وأما وجوبه فقيد بما إذا خشى فساده قبل المحل فإن لم يكن كذلك فلا حاجة إليه، بل تباع في الدين عند حلوله.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: لم يكن تجفيفه كالبقول والقثاء والخيار، وبعض الأوطان والأعيان والفراش وغيرها.

(رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ أَو مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْل فَسَادِهِ أَو شَرَطَ بَيْعَهُ) أي: برهن يسع بيعه على العادة.

(وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا صَحَّ) أي: أو لم يحل قبل فساده بل كان يفسد مع الحلول أو قبله، ولكن شرط بيعه صح أي: في الحالتين لانتفاء المحظور، ولزم الوفاء بالشرط.

(وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْنًا) أي: يلزم الراهن ذلك عند طلب المرتهن وفاءً بالشرط، وإبقاءً الوثيقة، ويكون ثمنه رهنا أي: ولا يحتاج إلى إنشاء رهنه، ولا بدَّ في قول المصنف أو شرط بيعه من يفسده بحالة الإسراف على الفساد؛ لأنه محل القطع بالصحة، أما لو شرط بيعه الآن فيظهر أنه كما لو رهن مالا يسرع فساده، وشرط بيعه والمذهب القطع بأنه لا يجوز، وقيل: وجهان، وإذا جاز بيعه فليس للمرتهن الاستقلال به، فلو تركه المرتهن حتى فسد.

قال البغوى: فإن كان الراهن أذن له في بيعه ضمن وإلا لم يضمن قاله: الرَّافِعِي، ويجوز أن يقال: أن عليه أن يرفع الأمر إلى القاضي ليبيعه.

قال الشيخ: من يضمن؟ قال الرَّافِعِي: ويجوز وهذا الاحتمال قوى ومتغير، انتهى.

ويشبه أن هذا الاحتمال على قول: البغوى إذا لم يأذن لم يضمن، وعلى هذا يكون محله إذا لم يمكن مراجعة الراهن، فإن أمكن فالقاضي لا يبيع،

وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ.

وفهم ابن الرِّفْعَة أنه على قوله: إن أذن له في بيعه ضمن، أي: فعليه إذا لم يخير في البيع، وقد أذن له فيه أن يرفع الأمر إلى القاضى.

قال: ويجوز أن يقال لا يضمن كما صرح به الجيلى؛ لأن البيع لا يجب عليه إبطال بما ذكرته في «الغنية».

فائدة: قيل: ما أطلقوه هنا من دقة للمرتهن في البيع، إما أن يكون على خلاف المذهب فإن أذن الراهن للمرتهن في بيعه لا يصح على المذهب، وإما أن يقال: ذاك إذا أذن له في البيع للوفاء وهنا يحفظ ثمنه، انتهى.

ولعل هذا صادر ممن يرى انفراده بالبيع بالوفاء وعليه يتجه احتمال الرافعي على ما فهمه ابن الرِّفْعَة، وأما كونه مفروضًا في حال حضور الراهن فبعيد، نعم! يجوز أن يقال: الممتنع انفراده بالبيع لوفاء الدين لا يحفظ ثمنه رهنًا، فإنه يحرص على توفيره وكثرته وفيه نظر.

قال: (**وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ لَمْ يَصِحَّ**) أي: لمنافاته مقصوده.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: فلم يشترط البيع ولا عدمه.

(**فَسَدَ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنه لا يجبر على إزالة ملكه قبل المحل، والبيع قبله ليس من منقصات الرهن، فلا يدل مطلق الرهن عليه فهو مرهون يتعذر الوفاء منه، فبطل كرهن أم الولد، وهذا ما رحجه في «التنقيح» تبعًا للمحرر، وفى «حلية الرُّويَانِي» أنه ظاهر المذهب.

وقال الرَّافِعِي في «الشرح الكبير»: إنه أصح عند العراقيين، ومثل سواهم إلى الصحة وهو الموافق لنصه في «المختصر»، وقال في «شرحه الصغير» أظهرهما عند الأكثرين يصح الرهن ويباع عند الإشراف على الفساد، كما لو شرط؛ لأن الظاهر أنه لايقصد فساد ماله، انتهى.

ولم يصحح القاضي أبو الطيب والدارمي وكثيرون من العراقيين شيئًا، ونص على القولين في «البويطى» من غير ترجيح، وظاهر نصه في «الأم» أو نصه يقتضي الصحة فإنه قال: وإن كان إلى أجل يفسد إليه الرهن لرهنه ولم

وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجَلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ].

قال المصنف: [وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ.

أفسخه، وإنما منعني من فسخه أن للراهن بيعه قبل محل الحق على أن يعطي صاحب الحق حقه بلا شرط، وأن الراهن قد يموت من ساعته فيباع، انتهى.

فلعل الصحة باحتمال الحلول وإمكان بيعه قبله في الدين والتمكين منه، وهذا غير ما عللوا به من أن التعارف كالمشروط فبظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» على الصحة، وصرح الرَّافِعِي في «الصغير» بترجيح الأكثر ين له فهو المذهب.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ الْأَجَلِ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ؟)** لأن الأصل دوام الْمَالِيَّةُ كحياة الحيوان.

والثاني: يفسد للجهل بإ مكان البيع عند المحيل.

قال الشارح: **(وَإِنْ رَهَنَ مَا لَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ لَمْ يَنْفَسِخِ الرَّهْنُ بِحَالٍ)** أي: وإن منعنا الصحة في الابتداء سواء أمكن تحقيقها أم لا، سواء كان قبل القبض أم بعده إذ ينحصر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وفيما قبل القبض وجه.

قال الرَّافِعِي: فإذا لم ينفسخ يباع ويجعل عنه رهنًا مكانه هذا الإطلاق يقتضي عدم الفرق بينما قبل القبض وبعده وهو صحيح؛ لكن البيع بعد القبض يكون لازمًا، وقبله يكون برضاهما أو رضا الراهن والإمام صور المسألة فيما بعد القبض.

وقال: إن الأئمة قطعوا بذلك له؛ لكن الْمَاوَرْدِي حكى قولين في الإجبار على بيعه وعدم الإجبار ضعيف.

فرع: المرض المخوف في العبد يلحق مما يسرع فساده في الإجبار على بيعه وجعل ثمنه رهنًا، قاله: الإمام وسائر الحيوان كالعبد ولينظر فيما لو قال الراهن: أنا أبدل قيمة هذا العبد ليكون رهنًا مكانه ولا أبيعه هل كان الأقرب نعم.

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ عَارِيَّةٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ، وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ،

قال: (**وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ**) لأن الرهن استيثاق وهو يحصل بذلك كالكفالة وسواء استعاره فرهنه بإذنه أو قال: أرهن عندك بديني من فلان فيرهنه.

قال: (**وَهُوَ فِي قَوْلٍ عَارِيَّةٌ**) لأنه انتفع بمال الغير مادونه نوع انتفاع.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ**)؛ لأن الأعيان كالذمم ويصح الضمان في الذمة، فكذا في العين ولا يتعلق ذلك بذمة المعير.

وعن ابن سُرَيْج: إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف؛ لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض والعارية لا يلتزم، فعليه يشترط أن يكون الرهن ملكًا للراهن.

قال: (**فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ الدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ**) أي: في الحلول والتأجيل وغيرهما كما في الضمان لاختلاف الأعراض بذلك، وعن القديم أنه لا يشترط ذكر الحلول والتأجيل، ولو عين له المعين قدرًا فله رهنه بمأذونه، فلو زاد قيل يبطل في الزوائد، وفى المأذون قولان تفريق الصفقة، والصحيح المنصوص البطلان في الجميع، كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش لا بقول يصح البيع في القدر الذي يساوي الثمن، هكذا قال القاضي الحسين والرافعي.

واعترض عليهما بأنّا لو أبطلنا في مسألة العين في القدر الذي يساوي الثمن وحده للَزِم أن يبطل ما زاله من الثمن ما نقابله فيبقى القدر الذي يساوي الثمن ما قل ما يساوي فيؤدي إلى إبطاله أيضًا فلها لم يجز تفريق الصفقة، وأما هاهنا فالأقرب التخريج على تفريق الصفقة كما صنع صاحب «التقريب».

وإن جرى كثير من الأصحاب على ظاهر النص وعلى طريقة صاحب «التقريب» اقتصر الدَّارِمِي حبسه بقوة.

قال: (**وَكَذَا الْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي الْأَصَحِّ**) لما قدمناه، والثاني: لا يجب لضعف العرض والوجهان من القولين في اشتراط بعين المضمون له، وهذا كله تفريع على الأظهر وإليه أشار بقوله: فيشرط فأتى معًا للتفريع .

فإن قلنا: إنه عارية لم يشترط ذلك بما شاء من جنس وقدر وبالحال

فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَو كَانَ حَالًّا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ. وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ. ....

والمؤجل. قال الْمُتَوَلِّي: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضرر فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين.

قال: (فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ) أي: عليه؛ لأنه يد أمانة، وهل يضمنه الراهن؟ إن قلنا: عارية ضمنه وإلا فلا، ولو تلف في يد الراهن.

قال الشيخ أبو حامد: هو على القولين فيما لو تلف في يد المرتهن.

وقال الغزالي: يضمنه؛ لأنه مستعير. قال في «الروضة»: والمذهب الضمان، وعلى طريقة الشيخ أبي حامد اقتصر أبو محمد في «السلسلة» وعلل عدم الضمان على قول: الضمان بأن يده ليست يد المستعير حتى يضمن ما يضمن المستعير هذا لفظه، وأحسب أن هذا هو المنقول، وإنما ذكره الغزالى في «الوسيط» وغيره دون «البسيط» من تصرفه، والله أعلم.

قال: (وَلَا رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ) إذ لو جاز لم يكن في هذا الرهن.

فائدة: لعدم التوافق به وهذا على قول: الضمان قطعًا، وكذا على قول: العارية على الأصح، وسبق عن ابن سُرَيْج أنه لا يصلح العقد على قول: العارية، وقيل: إن كان الدين حالاً جاز الرجوع، أو مؤجلًا لم يجز إلابعد حلوله.

تنبيهات: احترز بقوله: بعد قبض المرتهن عما لو رجع قبل أن يرهنه المستعير، أو بعد رهنه وقبل إقباضه فإنه الرجوع في الحالين؛ لأنه لم يلزم متى جوزنا الرجوع وكان الرهن مشروطًا في بيع فللمرتهن الخيار إن جهل الحال، كذا قيل: وينبغى أن يتأمل ذلك.

قال: (فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ أَو كَانَ حَالًّا رُوجِعَ الْمَالِكُ لِلْبَيْعِ) كما لو رهنه مالكه.

قال: (وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ) أي: وإن كان الراهن موسرًا كما يطالب الضامن مع يسار الأصل، وقوله: يقضي، وهو يضم البائع المعير والمستعير وغيرهما.

ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ.

فَصْلٌ: شَرْطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا ....

قال: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ**) كما لو أداه الضامن في ذمته سواء بيع أكثر من قيمته أو أقل مقدار بيعًا بين الناس بمثله؛ لأنه لم يقض من الدين غيره، وهذا على قول: الضمان وعلى قول: العارية إن بيع بالأقل رجع بتمام القيمة، وإن بيع ما كثر منها، قال الأكثرون: رجع بالقيمة فقط؛ لأن العارية بها تضمن.

وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع به؛ لأنه ثمن ملكه وقد طرق إلى دين الراهن.

قال الرَّافِعِي: وهذا أحسن، واختاره ابن الصباغ، والإمام، والقاضي الروياني، وصوبه الشيخ في «الروضة».

فرع: لو رهن عينًا على دين غيره ثم مات الراهن لم يحل الدين؛ لأنه ضمان دين في عين لا في الذمة، قاله: ابن الصلاح، وهو ظاهر.

قال: (**فَصْلٌ: شَرْطُ الْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْنًا ثَابِتًا لَازِمًا**)، احترز بقوله: دينًا عن الرهن بالعين كما سيأتي وسواء الدين المستقر وغيره كدين السلم والعمل في الذمة، وبقوله: ثابتًا عما لم يثبت سواء وجد شبهة وجوبه لنفقة العدة، أو لا؛ لرهنه على ما استقرضه ونحوه، وبقوله: لازمًا عما لا يلزم ولا يئول إلى اللزوم كدين الكتابة كما سياتي لعدم الفائدة.

قلت: وسيأتى شرح القيود الثلاثة، وزاد غيره قيدين آخرين:

أحدهما: أن يكون معلومًا؛ لأن العلم بقدر الدين وصفته يجب أن يكون شرطاً على الجديد على ما هوشرط في الضمان.

قلت: وفى نص «الأم» ما يشهد له، وكذا في كلام الإجارة إذا شرط العمل بنفسه فإنه كالعين لا يجوز الرهن عليه، وكذا العمل في الذمة على وجه.

وقيل: يجوز في إجارة عينه بعد قبضه الأجرة؛ لأنه عمل له قيمة يمكن استيفاؤها منه فجاز كالدين، نقله الماوَرْدِي.

تنبيه: كلما صح الرهن صح ضمانه قطعًا ومالًا ولا إلا ضمان العهدة؛

فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ وَلَا بِمَا سَيُقْرِضُهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُك هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ فَقَالَ اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ أو قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ فَقَالَ اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، ....

فلأنه لا يصح على المذهب، وكذا رد الأعيان المضمونة يصح ضمانه لا الرهن به على الأصح.

قال: (**فَلَا يَصِحُّ بِالْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ وَالْمُسْتَعَارَةِ فِي الْأَصَحِّ**) لا يمكن استيفاؤها من المرهون، والثاني: يصح كضمانها على الأصح.

تنبيه: لو قال: العين المضمونة لكان أحصر وأسهل، إذا المغصوب، والمستعار والمأخوذ سومًا، أو بيع فاسد والمبيع قبل القبض وسائر الأعيان المضمونة في ذلك سواء، وقد شملها قول «المحرر» فلا يصح الرهن بالأعيان وإن كانت مضمونة كالمستعار والمغصوب، وزاد التصريح بغير المضمونة.

واعلم أن الأكثرين جزموا بالمنع ومقابله رواه الرافعى عن نقل الإمام ولم يصرح بلفظه، ولا يجوز الرهن بالعين في المذهب الظاهر على أن الوجه المشار إليه يمكن حمله على ضمان العهدة، فلا يمكن إجراؤه في سائر الأعيان المضمونة وسواء ثبت أم لا فلا يجزئ فيمن عليه حد أو قصاص.

قال: (**وَلَا بِمَا سَيُقْرِضُهُ**) أي: وما في معناه لمن ما يسير به كما صرح به «المحرر» لعدم الثبوت. وقيل: إن عين ما استقرضه صح.

وقيل: إن تراهنا بالثمن ثم تعاقدا قبل التفرق صح الرهن إلحاقًا للواقع في المجلس بالمقارن.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُك هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَارْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ، فَقَالَ: اقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ، أَو قَالَ بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَارْتَهَنْتُ الثَّوْبَ بِهِ، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص، وقول الجمهور: إذا شرط الرهن فيهما جائز، فكذا صرحه وأولى؛ لأن الوثيقة هنا آكد، أو قد لا يفي بالشرط.

والثاني: لا يصح وهوالقياس لتقدم أحد ينفى عقد الرهن قبل ثبوت الدين.

قال الرَّافِعِي: وضابط المسألة أن يتقدم الخطاب بالبيع على الخطاب

وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ وَلَا بِجُعْلِ الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ، وَقِيلَ يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ.
وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ، ....

بالرهن، وجواز المبيع على جواز الرهن، وكذا القرض وغيره فلو تأخر لم يصح.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بِنُجُومِ الْكِتَابَةِ)؛ لأن الرهن توثيق بالدين وللمكاتب إسقاطه بتعجيز نفسه، وقيل: لا يصح في وجه وليس بشيء وفى معنى النجوم الذكاء والعقل قبل مضي حولها.

قال: (وَلَا بِجُعْلِ الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْفَرَاغِ) أي: وإن شرع في العمل لعدم لزومه أدلة الإعراض عنه، وأما بعد الفراغ فيصح الرهن به جزمًا للزومه.

قال: (وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ الشُّرُوعِ) كالثمن في زمن الخيار.

قال الشيخ: وظاهر كلام الأكثرين أو الاكثر من أن الخلاف جارٍ أيضًا قبل العمل، انتهى.

فيأتي وجه ثالث يجوز بعد الشروع لا قبله، وصورة المسألة أن يقول: من جاء بعبدي الآبق مثلًا فله كذا، فيقول قائل: أعطني به رهنًا وأنا أتيك به، أو يقول: إن رددته فهكذا، وهذا رهن به فلو قال: من جاء به فله دينار وهذا رهن به فهل يصح ويسقط القبول في الرهن تبعًا لمال الجعالة أولًا.

تصح مؤن المرتهن عن معين الظاهر.

الثاني: ذكر هذا التردد الحصري من «شرح المهذب» من غير نقل.

قال: (وَيَجُوزُ بِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) لقربه من اللزوم، وهو كما قال الإمام تفريع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، فإن قلنا: يمنع فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين. وقال في «البسيط»: ولا شك أنه تفريع على قول: زوال الملك واستحقاق الثمن، انتهى.

ولا شك أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم ينقض الخيار.

قال: (وَبِالدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ) أي: ويحوز إنشاء رهن ثاني وثالث وأكثر بالدين الواحد؛ لأنه زيادة في الوثيقة، كما لو رهنها أو رهنهما معًا.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ الْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي الْجَدِيدِ**) أي: وإن وفى بالمدينين كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن والقديم ونقله ابن كج وغيره، وعن الجديد أيضًا أنه يجوز كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد، وفرقوا بأن الرهن الأول مشغول بالدين الأول بخلاف الدين فإن الزيادة في الرهن بشغل فارغ فيصح، والزيادة في الدين شغل مشغول فلا يصح.

تنبيهات: منها: لو فدى المرتهن الجاني وشرط أن يكون رهنًا بالفداء والدين والمذهب في «الروضة» وهو ما رجحه الْبَغَوِي والرافعي، وجزم به ابن أبي عصرون في «تنبيهه» أنه يصح؛ لأنه من مصالح الرهن إذ به يبقى، وقيل: فيه القولان في رهنه بدين آخر، ونسبه الشيخ أبو محمد في «السلسلة» إلى الأكثرين.

قيل: وهو أقوى الطريقين، وعبارة «السلسلة» فيه قولان على طريقة أكثر أصحابنا فذكر قول المنع، ثم قال: والثاني يجوز وصار فى التقرير كان الملك عن الرقبة بسبب الجناية، ثم عاد وتجدد الرهن وساق كلامه وتوجيهه وما بنى عليه القولين يشعر كأنهما غير القولين حيث لا جناية، ولو أنفق المرتهن على الرهن بإذن المالك على أن يكون رهنًا بهما.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: فيه الطريقان، وفيه نظر إذا قدر المالك على الإنفاق ولو أنفق عند العجز بإذن الحاكم.

قال في «الروضة»: فيه الطريقان في يد الجاني المذهب الصحة.

ومنها: قضية إطلاق الجمهور أنه لا فرق على القولين بين كون الدين الثاني من جنس الأول أو لا، وفي الاستقصاء أعيان كان الاول دراهم والثانى دنانير، وقلنا بالجواز إذا كان الثانى دراهم فها هنا وجهان أقيسهما أنه يجوز.

قلت: فلعل هذا يصح إطلاق الجمهور الخلاف وعلى مقابلة الخلاف إذا اتحد جنس المدينين، فإن اختلف امتنع قطعًا، ولا وجه لهذا أو غلط من شرح «المنهاج» حيث جعل هذه الصورةمستثناه على الجديد وقيد به إطلاق الكتاب المنع عليه.

وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ ....

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره المنع على الجديد أنه لا فرق بين أن يكون الرهن قد لزم بالإقباض أم لا، وأنه لا فرق بين الرهن المشروط ورهن التبرع، ولم أر فيه نصًّا.

ولينظر أيضًا فيما لو كان الرهن مستعارًا ثم رهنه المستعير بدين آخر عند المرتهن بإذن المعير هل الحكم كما لو كان ملكه، أم يجوز هنا جزمًا أم يفترق الحال بين أن يكون الدين الأول يستغرق قيمته فلا يجوز وإلا فيجوز.

وذكرت في «الغنية» أن الظاهر الجواز عندي فيه يوقف الآن.

فرع: قال في «الروضة»: لو مات وعليه دين مستغرق فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضًا ففي صحته وجهان بناءً على هذين القولين، والوجه القطع المنع؛ لأن للميت حقًّا لتبرئة ذمته فرهن التركة لرهن المرهون من غير الراهن، وهو ممتنع وفاقًا.

وقوله: مستغرق لا حاجة إليه؛ لأن الصحيح يعلق الدين بجميع التركة وإن قل. وقال الروياني وغيره: لو رهن الوارث التركة بدين عليه وعلى الميت دين فوجهان، المذهب أنه لا يصح، فإن صححناه قلنا: للوارث إما أن يقضي دين الميت من مالك وإلا فسخنا الرهن وقضينا منه دين الميت؛ لأنه حق سابق، انتهى.

فإن كانت هذه صورة «الروضة» فلا معنى له عند صاحب الدين على شيء آخر إلا إن يريد على شيء آخر على الميت أيضًا، وإن كانت غيرها فهذا هو الخلاف في تصرف الوارث في التركة، وعلى الميت دين وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِقَبْضِهِ**) أي: كالبيع وغيره، وهذا للزوم من جهة الراهن، أما المرتهن لنفسه فله فكه متى شاء مع دوام إطلاق تصرفه.

قال: (**مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ**) أي: فلا يصح من محجور عليه لفقد الأهلية سواء كان قابضًا ومقبضًا، ولو أذن له في قبضه، ثم جُن الراهن أو أُغمي عليه أو حُجر عليه لم يجز قبضه على المذهب.

وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ لَكِنْ لَا يَسْتَنِيبُ الرَّاهِنَ وَلَا عَبْدَهُ، وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ].

قال: **(وَتَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ)** أي: من الطرفين؛ **(لَكِنْ لَا يَسْتَنِيبُ الرَّاهِنَ)** راهنًا لأدائه إلى إيجاد القابض والمقبض ولا حق بأنه لو وكَّل الراهن وكيلًا في عقد الرهن فقط ففعل، ثم وكله المرتهن في القبض أنه يصح، وقس بهذا ما في معناه، وكلام المصنف في الراهن عن نفسه فلا يرد عليه ذلك.

قال: **(وَلَا عَبْدَهُ)** أي: عبد الراهن عن نفسه كما سبق فإن كان أو مدبرًا أو مأذونًا أو أم ولد؛ لأن يدهم يده، وحكى الشاشى المنع عن «الحاوي»، ثم قال: وفيه نظر؛ لأن يد العبد يد المولى فيما لم يعرف جهة يده فيه فينبغى أن يصح قبضه سيما إذا كان بإذن مولاه وهذا حسن؛ لأنه منع الإذن نوع استعارة.

قال: **(وَفِي الْمَأْذُونِ لَهُ)** أي: في التجارة.

(وَجْهٌ)؛ لأنه منفرد باليد والتصرف كالمكاتب، وقيل: إن ركبته الديون جاز وإلا فلا، وزعم شارح أن الظاهر بحثًا أن المبغض كالمكاتب وليس كما قال: نعم إن كان مهايئًا، واستنيب في يومه نفسه فالظاهر الصحة وإلا فلا.

واعلم أن صورة المسألة في «الروضة» والشرحين كما سبق في كثير من نسخ «الشرح الكبير» ولا يجوز أمانة الراهن للمرتهن إلى آخره، وهو صحيح في المعنى وفى مثله قول «الحاوي» لو قال الراهن: وكلتك في قبضه لنفسك لم يصح، فالحكم في أمانة الراهن للمرتهن وعنده بالعكس سواء في عدم الصحة فيما يظهر، وقد يتوقف فيه فإنهم أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه صح وهو إنابة في المعنى الأن يتضح فرق.

قال: **(وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ)** أي: كتابته صحيحة؛ لأنه معه كالأجنبي.

فرع: دفعه الراهن إليه ناويًا الوديعة ثم اختلفا فقال المرتهن: قبضته عن الراهن، وقال الراهن: بل وديعة، ففى المصدق وجهان.

قال الإمام: وللفرع التفاوت على أن اليد هل تدل على الراهن، انتهى. وقضيته أن الأصح أن المصدق الراهن وهو الأقرب.

قال المصنف: [وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ، وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ.

فرع: قال: وغيرهما أن صفة القبض هنا كالبيع، وقال القاضي الحسين: لا تكفي التخلية هنا في المنقول وإن كفت في البيع.

وقال في «البحر» تبعًا للشامل: لو حكى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار خلافًا لأبي حنيفة، قالا: وليس بصحيح؛ لأن ما كان قبضًا في البيع كان قبضًا في الرهن، وهذا منهما تصريح بأن قبض الدار المبيعة المشغولة بالأمتعة يصح، وادعى الإمام أنه المذهب؛ لكن الصحيح خلافه، وكنت أود أن لو قيل: أن ذلك يكون قبضًا في الرهن دون البيع، والفرق لا يصح.

وقال شارح: الذي أقوله في البابين أنه إن خلّى بينه وبين الدار وما فيها على أن تكون الدار مقبوضة عن العقد والأمتعة وديعة أو عارية ورضي بذلك صح، وأن خلى بينهما ولم يتعرض لما فيها فإن قل لحضر وبعض ما عون لم يقدح في التخلية، وإن كثرت الأمتعة بحيث لا يمكن معها الانتفاع، فهذا محل الخلاف في قبض الدار المشحونة، ومع ذلك فينبغي إذا أزال الأمتعة أن يحكم حينئذٍ بصحة القبض بالتخلية المتقدمة.

ثم قال في كتاب آخر: ومن حظه له منازعة فيما ذكرناه فليتأمل منفرق كلام الأصحاب هنا، وفى بيع الدار وما فيها، والدار المشتملة على الحجارة، ثم لينظر بعد ذلك، انتهى.

قال: (**وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودِعٍ أَوْ مَغْصُوبًا عِنْدَ غَاصِبٍ**) أي: ونحوهما من مستعير ومستلم ومستأجر وقابض ببيع فاسد ونحوهم.

(**لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ**)، أي: على المذهب الصحيح.

خلافًا لحرملة حيث قال: يلزم العقد بنفسه لأنا لا نجعل دوام اليد كابتداء القبض فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ**)؛ لأن اليد الثانية كانت عن غير

....

جهة الرهن، والثاني لا يشترط؛ لأن العقد مع ذي اليد تتضمن الإذن في القبض، فعلى هذا الزمان معتبر من العقد وعلى الأظهر من حين الإذن فإن كان المرهون حاضرًا فيتأتى القبض بأن يمضي زمن يمكنه نقله إلى موضع آخر، وكل مقبوض يحسبه فيعتبر في المنقول زمن إمكان نقله وفى العقار مقدار التخلية، وإن كان غائبًا فيعتبر مع هذا زمان على الوصول إليه فيه خلافًا لحرملة، وهل يعتبر مع ذلك نفس المصير إليه ومشاهدته فيه وجوه:

أحدها: أنه لا بد أن يمضي إليه أو وكيله ويشاهده ثم يمضي زمن يمكنه فيه القبض وهذا ما رجحه الشيخ أبو حامد، وسليم الرازى وغيرهما.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: أنه المذهب ونسبه المصنف في «التنقيح» إلى اختيار العراقيين مطلقًا عملًا بنص «الأم» حيث قال: لو كان الرهن أرضًا أو دارًا غائبةً عن المرتهن وهى وديعة في يده فأذن له في قبضها لم تكن مقبوضة حتى يحضرها المرتهن أو وكيله بعد الرهن مسلمة لا حائل دونها؛ لأنها إذا كانت غائبة فقد يحدث لها مانع فلا تكون مقبوضةً أبدًا إلا بأن يحضرها المرتهن أو وكيله ولا حائل دونها.

وقال في «الأم»: أيضًا لو كان العبد غائبًا عن المرتهن لم يكن قبضًا حتى يحضر كالبيع إذا باعه ما في يده وكان غائبًا عنه لم يكن مقبوضًا حتى يحضره المشتري بعد البيع، ولو كان عنده ثياب أو شيء مما يزول بنفسه وديعة أو عارية أو إجارة فرهنه إياها وأذن له في قبضها وهى غير غائبة عن منزله كان قبضًا، وإن كانت غائبة عن منزله لم يكن قبضًا، وإن رهنه إياها في سوق أو مسجد وهى في منزله فأذن له في قبضها لم يكن قبضًا حتى يصير إلى منزله وهى فيه، ويكون لها حينئذٍ قابضًا، انتهى.

والوجه الثاني قاله أبو إسحاق إن كان مما ينتقل كالحيوان إن لم يصر مقبوضًا إلابأن يمضي إليه لجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه، وإن كان مما لا ينتقل كفى مضى زمن يسع المضي إليه وصححه الروياني ومال إليه القاضي أبو الطيب.

وقال: إن الشَّافِعِي نص على مثله في «الأم»، انتهى.

ونصه السابق في الأرض والدار برده احتمال أحد غير الحيوان والهلال وسيأتي هذا الوجه أو غيره عن الماوَرْدِي بزيادة.

والوجه الثالث: إنه إن أخبره ثقة أنه باقٍ على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضًا.

والرابع: إنه لا يغير المصير إليه مطلقًا نقله القاضي الحسين، والإمام، وصححه الْبَغَوِي، وتبعه الشيخان مع قولهما: أن الأول ظاهر النص.

قال بعض المطلعين: ولم أر من صححه غير الْبَغَوِي ومن تبعه.

قلت: ادعى الروياني في «الحلية» أنه ظاهر المذهب وليس كذلك، ثم قال: وقال أبو حامد وجماعة: يحتاج إلى مشاهدته فذكر الوجه الأول قال: وهو القياس والاختيار، وما سبق من النصوص يرد على الْبَغَوِي وتأويلها بالتردد في معانيه برده نصه في الأرض حملها على الاحتياط خلاف الظاهر، وإنما يصار إليه إذا كان له نصوص تحالفه، وقول الشَّافِعِي فلا يكون مقبوضًا أبدًا إلا بأن يحضرها المرتهن أو وكيله.

وقوله: حتى يصير إلى منزله وهي فيه فيكون لها حينئذٍ قابضًا يأتي الحمل على الاحتياط، فالمذهب الوجه الأول.

وقال الماوَرْدِي: إن شك في بقائه في يده بأن كان حيوانًا يدخل ويخرج، أو في زمن خوف فتمام القبض أن يمضي المرتهن بعد القبض إلى موضعه ويشاهده، وفى احتياجه إلى مضي الراهن معه وجهان، فإن قلنا: يحتاج مضيًّا أو وكيلاهما ويستأنفا عقد الرهن بعد الرؤية، وهل يفتقر إلى إذن في القبض بعد مشاهدته فيه؟ الوجهان، انتهى، وطريقة غرسه شاذة.

إشارة: اقتصار المصنف على مضي الزمان والإذن مقتضى الاكتفاء بهما تبعًا للبغوي، وجميع ما رأيته من نصوص الشَّافِعِي تخالفه فاعلم.

فروع: إذا اعتبرنا المضي إليه ووجده لا حائل دونه كفى ولا يحتاج معه

وَلَا يُبَرِّئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنْ الْغَصْبِ، وَيُبَرِّئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ.

إلى نقل باتفاق العراقيين، وحكى غيرهم فيه وجهان، والتوكيل في ذلك كافٍ كما سبق.

وقيل: لا وثمرة الخلاف في رجوع الإذن فإن رجع بعد جميع ما اعتبرناه في القبض فلا أثر لرجوعه، وإن رجع قبله صح رجوعه، وفيما إذا خرج عن الأهلية قبل ذلك أيضًا، وفيما إذا تلفت العين قبل مضي ما شرطناه وكان الرهن مشروطًا في بيع ثبت الخيار.

وإن كان التلف بعده فلا لومضت يمكن إن بعث رسولًا فيقبضه فادعى المرتهن أنه قبضه ونازعه الراهن؛ فالقول قول المرتهن، نص عليه الشافعي ﷺ ولم أر ما يخالفه، ويحتمل أن يجري فيه وجه آخر تمسكًا بأن الأصل عدم القبض، ولو رهن من نفسه مال ولده وبالعكس ففي اشتراط مضي الزمان وجهان، وقصد الأب قبضًا وإقباضًا كالإذن الجديد.

قال: (**وَلَا يُبَرِّئُهُ ارْتِهَانُهُ عَنْ الْغَصْبِ**)؛ لأن الرهن لاينافي الضمان.

قال الإمام: ولم أقف على خلاف ولا غيره مما يذكر في كُتب الخلاف.

قلت: ولعل من أشار إليه وافق المزني في أنه يصير أمانة.

قال: (**وَيُبَرِّئُهُ الْإِيدَاعُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ إذ الوديعة تنافي الضمان فتضمنت الإبراء. قال الْمُتَوَلِّي: هو ظاهر النص، والثاني: لا يبرأ كالرهن.

وذكرت في «الغنية»: في الوديعة أنها صارت مضمونة لما أحدث له المالك اشتمالًا أنه يبرأ على الأصح.

قال الرافعي: إنه ظاهر نصه في باب العارية، وقال أبو الطيب: في «المجرد» أنه نصه هناك ومذهبه، قال: وقد قال الشَّافِعِي: إن الغاصب لا يبرأ من الضمان حتى يرده على صاحبه أو يريه من ضمان الغصب.

قال الرافعي: وروى بعضهم الآخر عن نصه في «الأم» فعلى هذا يجوز التعبير عن الخلاف بالقولين.

قلت: ونصه في «الأم» مصرح به في مواضع فالحق أن المسألة على

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنْ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ. ....

قولين، ولولا إطلاق الجمهور وترجح الاكتفاء بالاستئمان المجرد لوجب أن يقال مذهبه عدم الاكتفاء به، فإن ما ذكره في باب العارية من «الأم» و«المختصر» محتمل، وغيره صريح في أنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك، وكذلك قال في «البيان»: إن المذهب أنه لا يبرأ؛ لكن المنسوب إلى ترجيح الجمهور البرأة والاستئمان كاستأمنتك عليها أو أودعتك إياها أو أذنت لك في حفظها ثانيًا أو أبرأتك من ضمانها.

قال ابن يونس في «محيطه»: ينبغى عندي أنه بإحداث الإيداع يعود أمينًا وما لا برئ من الضمان لا يصح؛ لأنه أبرأ عما لم يجب بخلاف الإيداع، وهذا حسن ففيه فتأمل ما سبقناه مع مسألة الكتاب هنا فهما متقاربان، واعلم أن المفهوم من كلام المصنف وغيره أن إذنه له في قبضه من نفسه أو إمساكه عن الرهن لا يبرئه من ضمان الغصب.

وقال الروياني في «الحلية»: عقد الرهن لا يزيل ضمان الغصب خلافًا لأبي حنيفة، ومالك وأحمد والمزني -رضى الله عنهم- ولو أذن له بعد الرهن بإمساكه رهنًا ومضت مدة يتأتى فيها قبضه، يصير رهنًا تامًّا ويزول الضمان، ذكره بعض أصحابنا.

وهو الاختيار كما لو أبرئه من ضمان الغصب، ثم رهنه أو استرده بعد رهنه، ثم أقبضه وكما لو دفعه إلى العدل بإذنه بعد رهنه عنده، انتهى والله اعلم.

قال: (**وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ عَنْ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ الْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ**) ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك هبة مقبوضة، وبرهن مقبوض وكتابة، أما في الهبة ونحوها فلزوال الملك، وأما في الرهن والكتابه فلتعلق حق الغير بالعين.

واعلم أن ضابط التصرف المبطل للرهن قبل القبض أن يكون ذلك للتصرف أو مقصوده منافيًا للرهن وهذا مطرد منعكس على المذهب، وكلام الرَّافِعِي يفهم

وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ وَبِإِحْبَالِهَا، لَا الْوَطْءِ وَالتَّزْوِيجِ.

خلاف ما قاله الأصحاب فإنه قيد الرهن والهبة بالقبض فيكون اختيار قول الربيع وهو مخالف لمارحجه في التدبير ورحج في الوصية أن الرهن بدون القبض رجوع وحمل حامل كلامه هنا على أنه ذكر حكم الرهن مع القبض، وسكت عما إذا كان بدونه فله، وهذا مكلف ولفظ «المنهاج» وأصله ظاهر في التقييد بالقبض، والصواب على المذهب حذف لفطة القبض في الهبة والرهن جميعًا.

وأحسن شارح فقال: كل تصرف يمنع ابتداء الرهن يفسخه إذا طرأ قبل القبض، وكل تصرف لا يمنع ابتداء الرهن لا يفسخه قبل القبض الا الرهن والهبة من غير قبض على النص، وخرج الربيع قولًا أنه يكون رجوعًا، انتهى.

قال الْعِمْرَانِي وغيره: الرهن من غير قبض رجوع على المشهور؛ لأن موجبه ينافي الرهن، وعلى تخريج الربيع الآتى في التدبير لا يكون رجوعًا.

قال: (وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي الْأَظْهَرِ) أي: المنصوص لمنافاة المقصودين وإشعاره بالرجوع.

والثانى: خرَّجه الربيع لا إذ الرجوع عن التدبير ممكن، وجعله الإمام والغزالي أقيس والمذهب الظاهر الأول، والتعليق بالصفة ولو باع بشرط الخيار بطل الرهن.

قال: (وَبِإِحْبَالِهَا) أي: بلا خلاف.

(لَا الْوَطْءِ)؛ لأنه بمجرده ليس شيئًا لزوال الملك، ولم يفرقوا بين حالة العزل وغيرها، وابن الحداد فرق بين الحالين في الرجوع عن الوصية بها.

قال: (وَالتَّزْوِيجِ) أي: سواء كان المرهون عبدًا أو أمة؛ لأنه لا تعلق له بمورد العقد ولا منافاة بين التزويج والرهن إذ تزويج المرهون والمرهونة جائز ابتداءً.

فائدة: لو كان رجوع الولي عن تسليم الرهن يضر بالمحجور عليه لفسخ البائع البيع المشروط فيه الرهن، وكانت الغبطة ظاهرة ظهورًا كثيرًا في الشراء، كما لو اشترى له ما يساوي مائة بعشرة، ورهن عليه ما يساوي مائة، ولو امتنع من تسليم الرهن بفسخ البائع للبيع، فالقياس أنه لا يجوز له الامتناع من التسليم،

وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أو جُنَّ أو تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أو أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلْ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ.

ويأثم بتركه وإن لم يجبره الحاكم عليه، ويحتمل أنه لو باعه لم يصح بيعه لما أشرنا إليه إلا أن تكون الغبطة في بيعه أكثر مما يفوت من السلعة المشتراة.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْعَاقِدُ قَبْلَ الْقَبْضِ أو جُنَّ أو تَخَمَّرَ الْعَصِيرُ أو أَبَقَ الْعَبْدُ، لَمْ يَبْطُلْ الرَّهْنُ فِي الْأَصَحِّ**)، كما لو مات البائع، أو جُن في زمن الخيار.

والثاني: يبطل كما لو كَاله.

واعلم أن العاقد يشمل الراهن والمرتهن، ونقل وجهين في الصور الأربع غريب، وحاصل «الروضة»، و«التنقيح» على ما اصطلحه أنه لا يبطل بموت العاقد على الأظهر ولا بجنونه وإغمائه على المذهب، ولا بالنجم والإباق على الأصح، ونقله الْمُتَوَلِّي في كتاب «البيع»، عن نص الشَّافِعِي.

مطلب: واعلم أن نصوص الشَّافِعِي تقتضي أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن، والفرق أن بموت الراهن يحل الدين، فإن لم يكن دين بغير المرتهن فديته تتعلق بالتركة وحده، وإن فقد تعليقًا تعين الرهن لكونه قبل القبض فلا حاجة إلى إبقاء الرهن على التقدير، وَفِي مَوْتِ الْمُرْتَهِنِ الدَّيْنُ بَاقٍ بِحَالِهِ وَالْوَثِيقَةُ حَقٌّ لِلْمُرْتَهِنِ وَوَرَثَتُهُ مُحْتَاجُونَ إِلَيْهَا، فَانْتَقَلَتْ إِلَيْهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

والثانية: لا تنفسخ بموت واحد منهما، وادعى البندنيجي أنها المذهب.

والثالثة: إجراء قولين أظهرهما أنه لا ينفسخ، واعتمدها المصنف تبعًا للأكثرين؛ لكن المختار الأقوى الطريقة الأولى لنصوص الشَّافِعِي، ومساعدة المعنى.

وقال الْجُرْجَانِي: إذا مات الراهن انفسخ، أو المرتهن فلا، في أصح القولين، وهذه طريقة رابعة.

وأما الجنون، فالمذهب المشهور أنه لا يبطل به الرهن، ورتبه المصنف وغيره على الموت، وأولى بعدم الإبطال وطروء حجر السفه، أو الفلس على أحدهما كالجنون على أحدهما كالجنون.

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ، لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنَ الْمُوسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا، وَإِذَا لَمْ نُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ لَمْ نُنَفِّذْهُ فِي الْأَصَحِّ.

وأما تخمر العصير، ثم تحمله قبل القبض، ففي بطلان الرهن بالكلية وجهان: أحدهما يبطل، وبه جزم ابن الصباغ والروياني والعمراني، وصحح في «المحرر» وغيره المنع، وعلى الوجهين: لو كان الرهن مشروطًا في بيع، فللبائع الخيار؛ لأن الخل دون العصير، ولا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل فتخلل استأنف.

قال: (**وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ الْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ**) لتقويته الوثيقة، فيبطل على القديم، موقوف على الفكاك وعدمه. ورأى الإمام تخريجه على الخلاف في بيع المفلس، ونحوه في زمن الحجر.

إشارة: يستثنى من إطلاقه قبله قصاصًا ودفعًا، وكذا بالردة والحرابة إن كان الراهن إمامًا ونحوه، ولو كان طعامًا فاضطر إليه، فالظاهر أن له أكله، وبذله للمضطر، ويضمن بدل الطعام رهنًا مكانه.

قال: (**لَكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا يَنْفُذُ مِنَ الْمُوسِرِ**) أي: دون المعسر؛ لأنه عتق يبطل به حق الغير، كعتق العبد المشترك، والثاني: ينفذ مطلقًا لأنه ملكه، وثالثها: عكسه؛ لأنه عقد لازم له حجر فيه على نفسه، فلا يتمكن من إبطاله، ومتى نفذنا ففي الحال، وقيل: على الأقوال في إعتاق الشريك.

قال: (**وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ رَهْنًا**) أي: من غير إنشاء عقد ارتهان عليها؛ لقيامها مقام الراهن، وأما تغريمه القيمة فجبرًا لحق المرتهن، وإنما اعتبرت قيمته يوم العتق؛ لأنه وقت الإتلاف. وأشار بعضهم إلى محي الخلاف في وقت نفوذ العتق. قال الإمام: ويكون الدفع بقصد الغرم، وكذا سائر الديون، فلو ادعى الإيداع فيما دفعه صدق بيمينه، انتهى.

ولا يخلو هذا عن نزاع سيما إذا دلت الحال على قصد الإبقاء والغرم.

قال: (**وَإِذَا لَمْ نُنَفِّذْهُ**) إما لإعساره، أو على قول المنع مطلقًا.

(**فَانْفَكَّ**) أي: بأداء أو غيره. (**لَمْ نُنَفِّذْهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أعتقه حين لا يملك

وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالْإِعْتَاقِ، أَو بَعْدَهُ نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ. وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ، وَلَا التَّزْوِيجُ. وَلَا الْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَو يَحِلُّ قَبْلَهَا،

إعتاقه، فصار كمحجور بسفه أعتق ثم رشد، وهذا نص المختصر، والثاني ينفذ، وقطع به جماعة؛ لزوال المانع، وهو نصه في كتاب «الطهارة»، فإذًا الخلاف قولان، ولو بيع في الدين، ثم ملكه لم يعتق جزمًا، وقيل: على الخلاف.

قال: **(وَلَوْ عَلَّقَهُ)** الراهن.

(بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ فَكَالْإِعْتَاقِ) إذ التعليق مع الصفة كالتنجيز.

قال: **(أَوْ بَعْدَهُ)** أي: بعد انفكاك الرهن.

(نَفَذَ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لعدم المزاحم، والثاني: لا اعتبار حالة التعليق ولو علق عتقه بانفكاكه نفذ بلا خلاف بخلاف ما لو علق سفيه محجور العتق بزوال الحجر، فإنه لا ينفذ، ولو علقه قبل الرهن، ثم وجدت الصفة حالة الرهن، فهل يعتق نظرًا إلى حالة التعليق، أو يكون كعتق المرهون نظرًا إلى حالة وجود الصفة فيه وجهان.

فرع: وقف المرهون باطل، وقيل على الأقوال.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن قلنا لا يفتقر إلى القبول فكالعتق، وإلا فباطل.

قال: **(وَلَا رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ)** لمزاحمته حق الأول، وسبق الكلام في رهنه.

قال: **(وَلَا التَّزْوِيجُ)** أي: عبدًا كان الرهن، أو أمة لتنقيصه القيمة، فلو خالف وزوج لم يصح، قاله: القاضي أبو الطيب، ويشبه استثناء تزويجها من المرتهن، ولا سيما بصفة الاستحباب، وللزوج رجعتها.

قال الشارح: **(وَلَا الْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا أَو يَحِلُّ قَبْلَهَا)**؛ لتنقيصها القيمة والرغبات.

وقيل: إن جوزنا بيع المأجور صحت، وإلا فلا، كذا أطلقاه وقيده **الْمَاوَرْدِي** بما إذا لم تنقص الإجارة القيمة، ولا بد منه.

وقال أبو علي الطبري: وصححنا البيع، ففي صحة الإجازة قولان، ووقع

وَلَا الْوَطْءُ، ....

في «الشرحين» و«الروضة»، وقال في «التتمة»: تبطل الإجارة في قدر الأجل، وفي الزائد قولًا تفريق الصفقة، ولم يفصل الجمهور، بل أطلقوا القول بالبطلان، انتهى.

وصواب النقل عن «التتمة» أن يقال: بطل في الزوائد، وفي قدر الأجل قولًا: بتفريق الصفقة، وكذا فصل الْمَاوَرْدِي، وهو الوجه، ويتعين حمل كلام المطلقين عليه، وإنما قطعوا بالبطلان في الزائد؛ إذ المحذور فيه، وأما قبل انقضاء الأجل، فلا شك في تخريجه على الخلاف.

تنبيهات: تجوز الإجارة من المرتهن، ووارثه من غير تفصيل، ولو كانت المدة تنقضي مع الحلول أو قبله، فمفهوم كلام المصنف: أنها تصح مطلقًا بلا إذن، وهو ظاهر إذا لم تؤثر نقصًا في القيمة كالبناء والغراس، هكذا ذكره شارح، وفيه نظر ثاني الإشارة إليه، أو كانت مدة التفريغ لا تمتد إلى ما بعد الحلول بكثير، وقد يفهم الأول من قوله: من بعد، وله كل انتفاع لا ينقصه، أما لو كان الأمر بخلاف ذلك فلا.

قال صاحب «التقريب»: لا يخرج الراهن من يد المرتهن بحال، وقضيته منع الإجارة في كلما تحوج الاستيفاء إلى خروجه من يده دون ما يمكن عمله وهو في يده، وما قاله متعين فيما إذا خاف عليه النوى، وشرط جماعة المستعير والمستأجر للرهن: أن يكون ثقة، وهو صحيح إلا أن يرضى المرتهن بيد غير الثقة.

قال: (**وَلَا الْوَطْءُ**) أما البكر فقطعًا لتحقق النقص بإزالته البكارة أما بنت قد تحبل فكذلك خوفًا منه وأما من لا تحبل لكبر أو صغر ففيها وجهان.

وقيل: قولان رجح كثيرون الجواز لعدم النقص ونسب الرَّافِعِي المنع إلى الأكثرين حسمًا للباب، ورأيت ابن القطان قال: إن كانت عجوزًا قد أمن حبلها جاز وجهًا واحدًا، وإن لم يؤمن فقولان ولا شك أن بعض العجز بقطع عادة بعدم حبلها فالمنع منها ضعيف، ولهذا المعنى قيد ابن أبي عصرون محل

فَإِنْ وَطِئَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَفِي نُفُوذِ الِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتَاقِ، ....

الخلاف في الصغيرة بمن لها سبع سنين وأكثر، فإن كانت دونها فلا منع وما ذكرناه أولى بالجواز ولا وجه لإنكار شارح ذلك على ابن أبي عصرون.

وقوله: إنه من عنده لا نقلًا عن الأصحاب إذ في تعليق الشيخ أبي حامد ما لفظه الاستمتاع بالمرهونة مباح لأنه له أن يقبلها أو يلمسها بشهوة حتى قال أصحابنا: إن كانت صغيرة لا يحمل مثلها فله أن يطأها ويشبه أن يؤول كلام من أطلق المنع أو الخلاف في الصغيرة على من قد تحبل فلا يكون مخالفًا لنقل أبي حامد ويجمع بين الكلامين يحمل كل منهما على حاله، وأجرا الخلاف في الحامل من الزنا فحق المرتهن بعيد لما فيه من الإعراض عن المعنى بالكلية، والظاهر أنه لو استعار زوجته الأمة ورهنها وكانت حاملًا منه أن له أن يطأها ما دامت حاملًا وإن اشتراها بعد أن رهنها لفقد المحذور.

إشارة: إذا حرَّمنا عليه الوطء فخاف الوقوع في الزنا لو لم يطأها وغلب على ظنه ذلك فهل يقول مباح له الوطء والحالة هذه، ولا يأثم به الظاهر نعم؛ لأنه كالمضطر. قال: (**فَإِنْ وَطِئَ**) أي: الراهن في الملك لها.

(**فَالْوَلَدُ حُرٌّ**) لعلوقها به في ملكه ولا قيمة عليه ولا حد ولا مهر، نعم عليه أرش بكارة البكر.

قال: (**وَفِي نُفُوذِ الِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ الْإِعْتَاقِ**) لما سبق والتسوية بين الصورتين طريقة الشيخ أبي حامد وجرى عليها الرَّافِعِي في «المحرر» و«الشرح الصغير».

وقال في «الروضة»: تبعًا لأصلها الأكثرون رتبوه على العتق وجعلوه أولى بالنفوذ؛ لأنه يفعل وهو أقوى بدليل نفوذ إحبال المجنون دون عتقه.

وقيل: عكسه لتنجيز الحرية بالعتق دونه.

وقيل: هما سواء فحصل ثلاثة طرق وطريقة التسوية نسبها في «البيان» إلى عامة الأصحاب لتعارض المعنيين.

قال الرَّافِعِي: أظهر الطرق الثلاثة طرد الخلاف، والثاني: القطع بنفوذ الاستيلاد.

فَإِنْ لَمْ تُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ، فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ،

والثالث: القطع بعدمه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تُنَفِّذْهُ فَانْفَكَّ**) أي: الراهن أي: بأداء أو إبراء أو إرث الدين ونحوها (**نَفَذَ فِي الْأَصَحِّ**)، تقدم على هذا أنها لو بيعت في الدين ثم ملكها ففي نفوذ الاستيلاد طريقان: أصحهما منه قولان أظهرهما النفوذ.

والثانية: القطع به؛ لوقوعه في الملك بخلاف استيلاد أمة الغير بالشبهة، وأما إذا انفك الرهن فإنه ينفذ الاستيلاد قطعًا.

وقيل: على الخلاف فيما إذا بيعت، ثم ملكها والمذهب الأول، والفرق أن الملك هنا هو الملك الذي يصرف فيها بخلاف الطارئ بعد زواله بالبيع.

قال: (**فَلَوْ مَاتَتْ بِالْوِلَادَةِ**) أي: والتفريع على منع إضافة الهلاك الوطء بعيد ويجور كونه من علل وعوارض وموت، والمذهب المشهور الأول.

قال: (**غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْنًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: من غير إنشاء وكما سبق وعلى الواجب قيمة يوم الإحبال أو يوم الموت أو أقصى القيم من الإحبال إلى الموت أوجه أصحها أولها.

فرع: متى منعنا الوطء لم يجز له الاستمتاع بما دون الفرج ولا يخلو أنه جوف الوطء، قاله الرُّويَانِي وغيره، فيه نظر، أما الاستمتاع بغير الوطء فقد سبق جزم الشيخ أبي حامد بجوازه إلا أن يريد الرُّويَانِي بالنسبة إلى ما بين السرة والركبة، وأما تحريم الخلوة فبعيد، إذ له الخلوة بالمزوجة والمسافرة بها وصرح مصرحون في باب الاستبراء بأن له الاستمتاع بالمرهونة بالقبلة أو اللمس بالشهوة والنظر. قالوا: وإنما حرمنا الوطء خوف فوات العين، وهنا تفقه حسن ذكرته في «الغنية».

فرع: لو وطئ بإذن المرتهن ثم أراد المعاودة.

قال في «الذخائر»: منع لأن الإذن يضمن أول دفعة.

قلت: إن صح هذا فقس به ما في معناه مما يتعاقب لكن ينازعه قول بعضهم ولو كان مما يتكرر مع بقاء الملك كالوطء إن أذن فيه ووطئ ولم تحبل

وَلَهُ كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ وَالسُّكْنَى، ....

فله الرجوع كممتنع عن الوطء بعده وقضيته أن له أن يكرر ما لم يرجع المرتهن عن الإذن. قال: **(وَلَهُ)** أي: للراهن ملكه.

(كُلُّ انْتِفَاعٍ لَا يَنْقُصُهُ كَالرُّكُوبِ) أي: ونحوه في البلد وليس له السفر مما ينتفع به حضرًا إلا بإذن وإن قربت المسافة إلا الماشية السائمة عند الحدث والحاجة إلى النجعة، فإن رضي المرتهن أن ينجع بها مالكها وإلا أجبر أن يضعها على يد عدل ينجع بها إذا طلب مالكها نص عليه.

قال: وليس لصاحبها إخراجها من البلد إلا من ضرورة، انتهى.

والظاهر أنه لو خلا أهل البلد لخوف من عدو أو قحط كان له السفر بالرهن بنفسه، أو بعدل كالنجعة، وأنه لو حصل عقد الكفن في السفر كالحجيج والغزاة وغيرهم أن لهم العود به إلى وطنهم عملًا بالعرف، ولا شك فيه إذا كان بموضع لا يصلح للإقامة كالمفازة واللجة ودار الحرب. وقول **الرَّافِعِي** وغيره: أنه ليس له أن يسافر بالرهن بحال، وإن قصر سفره المراد به إذا لم يدع إليه حاجة أو ضرورة، كما نص عليه **الشَّافِعِي** فيمن بالبل، والله أعلم.

قال: (وَالسُّكْنَى) قال **الرَّافِعِي**: واستكساب العبد ولبس الثوب إلا إذا كان مما ينقص باللبس، وأطلق صاحب «المهذب» وغيره منع لبس الثياب؛ لأنه ينقصها ولا شك في جواز اللبس الخفيف للصوف ونحوه إذا خيف عليه الزود.

كما قالوه في الوديعة، ودليل الجواز في كل انتفاع لا ينقص الجدب: **«الرهن مركوبٌ ومحلوب»**(١) قال الحاكم: على شرطهما.

وقال ﷺ: **«الظهر يركب إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب النفقة»**(٢) رواه البخاري.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٨٨)، تعليقًا، وابن ماجه (٢/ ٨١٦) وابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٨، رقم ٣٦١٥٥)، والحاكم (٢/ ٦٧، رقم ٢٣٤٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٦/ ٣٨، رقم ١٠٩٩٠). وعبد الرزاق (٨/ ٢٤٤، رقم ١٥٠٦٦)، وإسحاق بن راهويه (١/ ٣٠٤، رقم ٢٨٢)، والدارقطني (٣/ ٣٤).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٦، رقم ٢٣٢٧٧)، والبخاري (٢/ ٨٨٨، رقم ٢٣٧٧)، والترمذي =

لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ، ....

فرع: لو أراد يجدب في الأرض عينًا أو تبرًا فإن لم ينقص ثمنها لم يمنع، وإن نقص منع، فإن عمل لم يدفن عليه حتى يحل الحق، ثم يكون القول: فيه كالقول في الزرع والغرس نص عليه في «الأم».

قال: وهكذا كل ما أراد أن يحدثه ولا يكون ما أحدثه داخلًا في الرهن إلا أن يدخله وإذا دخله ولم ينقص لم يمنع وإلا منع، انتهى.

قال: (**لَا الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ**) لأنه ينقص قيمة الأرض.

إشارات: يشبه أن يستثنى البناء الخفيف على وجه الأرض باللبن ونحوه كَمِظَلَّةِ النَّاطُور(١) ونحوه؛ لأنها تزال في ساعة ولا تنقص بها القيمة، والظاهر أن الغراس المسند كما سبق في معنى الزرع إذا كان يقلع وينقل قبل المحل، ولا تنقص به قيمة الأرض وموضع المنع كما قاله الدَّارِمِي، ونص عليه في «الأم» كما سيأتي إذا لم يثقل قلعه عند المحل، فإن قلعه لم يمنع وهو ظاهر إذا كان قلعه لا يحدث نقصًا في الأرض، ولا تطول مدته فهو إذًا كنقل المتاع الخفيف وخذ مما ذكرناه إنما سبق مما يفهم جواز إجارة الراهن الأرض للبناء أو الغراس ليس حجة لأن كل ما منع من فعله بنفسه امتنع على المستعير والمستأجر، ولا شك في منعه من البناء على علو الدَّار ونحوها لنقص القيمة به لا محالة.

قال الرَّافِعِي: في أصل المسألة.

وفي «النهاية» وجه أنه يجوز أن يغرس إذا كان الدين مؤجلًا.

قلت: إنما حكاه الإمام عن تخريج الربيع في زرع ما يبقى بعد المحل، كما لا يقلع ما تسبب من جميل السبل، وعبارة «الوسيط»، وذكر الربيع في الدين المؤجل أنه لا يمنع من الغراس، انتهى.

= (٣/ ٥٥٥، رقم ١٢٥٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٨١٦، رقم ٢٤٤٠). وإسحاق ابن راهويه (١/ ٢٠٤، رقم ١٦٠)، وأحمد (٢/ ٤٧٢، رقم ١٠١١٤)، وابن الجارود (ص ١٦٧، رقم ٦٦٥)، وابن حبان (١٣/ ٢٦١، رقم ٥٩٣٥)، والدارقطني (٣/ ٣٤)، والطحاوي (٤/ ٩٨)، والبيهقي (٦/ ٣٨، رقم ١٠٩٨٧).

(١) هُوَ حَافِظُ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ وَالْكَرْمِ.

فَإِنْ فَعَلَ لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الْأَجَلِ وَبَعْدَهُ يَقْلَع إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ].

ثُمَّ أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ وَيُشْهِدُ إِنْ اتَّهَمَهُ، ....

ويخرجه له من الزرع إلى الغراس بعيد، ولعله رواه منقولًا في الغراس أيضًا. وعبارة «البسيط»: وفيه وجه آخر، وقد ذكره الربيع أنه لا يمنع، انتهى.

والربيع إنما ذكره في الزرع على ما ذكره إمامه.

واعلم أنهم عللوا المنع بأن حق الرهن لا يتعلق بالغراس المتحدد والأرض المغروسة دون الغراس ناقصة، وقضيه ذلك أنه لو كان الغراس المحدد من قضبان الشجر المرهون مع الأرض كالتين والعنب أو الزيتون أنه لا يمنع منه لأنه من جملة الرهن وتزيد به القيمة، وتجيء مسألة في البناء بأجزاء الأرض إذا زاد في قيمتها.

قال: (**فَإِنْ فَعَلَ**) أي: خالف فعرَّش أو بنى.

(**لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ الْأَجَلِ**) قيل: الأجل إذ يقضي الدين من موضع آخر، أو بقيت قيمة الأرض به فلا تعجل له ضررًا مخففًا لضرر متوهم.

وقيل: يقلع في الحال وهو الجواب في «البسيط» و«الوسيط»؛ لأنه عرف ظالم خلاف ما إذا حمل السيل النوى فإنه لا يقلع في الحال قطعًا.

قال: (**وَبَعْدَهُ**) أي: بعد حلول الأجل ومساس الحاجة إلى البيع.

(**يَقْلَع إِنْ لَمْ تَفِ الْأَرْضُ**) أي: بلا قلع.

(**بِالدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ**) أي: بالقلع ولم يأذن الراهن ببيعه معها كتعلق الحق بأرض فارغة فإن وفى ثمنها بالدين إذا بيعت وحدها أو لم تف به، ولكن قيمتها مشغولة ترهن فارغة فلا قلع.

قال: (**ثُمَّ أَمْكَنَ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِ اسْتِرْدَادٍ لَمْ يَسْتَرِدَّ وَإِلَّا فَيَسْتَرِدُّ وَيُشْهِدُ إِنْ اتَّهَمَهُ**) قالا: هنا بعد ما ذكره في الكتاب، نعم! لو صار الراهن محجورًا عليه بالإفلاس ففي القلع وجهان، وقالا: في رهن الأمة دون ولدها أنه إذا نقصت قيمتها بالشجر إن للمرتهن قلعها كبيع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض فيباعان ويوزع الثمن عليهما، هذا إذا لم يكن الراهن

محجورًا عليه بالإفلاس فإن كان فلا قلع بحال لتعلق حق الغرماء به؛ بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما قابل الأرض اختص به المرتهن، وما قابل الأشجار قسم بين الغرماء، فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار حسب النقص على الشجر؛ لأن حقه في أرض فاعله، انتهى.

ولا خفاء أنه إذا فضل له شيء كان كأسوة الغرماء في ثمن الشجر.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: وزرع ما ينقص قيمة الأرض لاستيفاء قوتها ممنوع وما لا ينقص، وإن كان بحيث يحصد قبل حلول الأجل أو كان الدين فلا منع منه، ثم إن تأخر الإدراك العارض ترك إلى الإدراك، وإن كان بحيث يحصد بعد الحلول وكان الدين حالًا منع منه لنقصان الرغبة في الأرض المزروعة وعن الربيع حكاية قول: أنه لا يمنع منه لكن يجبر على القلع عند الحلول وإن لم يف بيعها مزروعة دون الزرع بالدين ولهذا إلتفات أي: أن الأرض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا؟

قلت: صرح **الْمَاوَرْدِي** وغيره ببناء القولين على بيع الأرض المزروعة إن منعنا بيعها منعناه الزرع، وهما منصوصان في «الأم».

واعلم أن كلام **الرَّافِعِي** يقتضي ترجيح المنع وكذلك عبر في «الروضة» بالمشهور وهو الأقوى لنقصان الرغبات في الأرض المزروعة.

وقال في «النهاية»: المذهب أنه لا يجوز الزرع وجعل الجواز من تخريج الربيع كما قدمناه وليس كذلك ولفظ «الأم» وإذا كان أرضًا لم يمنع الراهن من أن يزرعها الزرع الذي يحل قبل محل الحق أو معه وفيما ينبت من الزرع بعد محل الحق قولان أحدهما أن الراهن يمنع في قول من لا يجيز بيع الأرض مزروعة دون الزرع من زرعها ما ينبت فيها بعد محل الحق.

والقول الثاني: لا منع من زرعها بحال ويمنع من غراسها وبنائها إلا أن يقول: أنا أقلع ما أحدثت إذا جاء الأجل، فلا يمنعه، ووجه المنع عند عدم الوعد، فإنه لا يمكن قلع غراسه وبنائه من أرضه بغير رضاه وفي إبقائه ينتقص

وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ

القيمة الرهن فمنع منه الوطء في حق من يحل ونحوه، انتهى.

وهو مصرح بالبناء على البيع وقضيته أن يكون قول الجواز أصح؛ لأن المذهب جواز بيع الأرض المزروعة وفي النص فوائد، واستكمال، وهو قول؛ لأنه لا يمكن قلع غراسه وبنائه من أرضه بغير رضاه ويمكن تأويله.

قال قائل: وقد اقتضى النص أنه متى وعد بالقلع لا يمنع منه وهذا عجيب؛ لأنه قد لا يفي بوعده ولم أر الأصحاب تعرضوا لذلك إلا الرُّويَانِي فقال في «البحر»: ولو قال: أقلعه وأنقصه إذا حل الحق لا يمنع منه إلا أن ينقص قيمته بذلك فيمنع وليت شعري ما فائدة ذلك ونحن إذا منعناه وخالف بقلعه إذا حل الحق وفاء أو أتى فوعده بالقلع وليس إلا ذكر حكم برهنه، نبَّه بالتجويز بهذا الوعد في معنى التجويز بدونه وفيه تأييد لما حكاه الغزالي عن الربيع، انتهى.

وسبق عن الدَّارِمِي الجزم بما نص عليه الشَّافِعِي ولعل من الناس من يرى أنه لا يرهق إلى قلعه إلا إذا التزمه بالشرط فلو لم يشرطه على نفسه ربما وقع أمره إلى حاكم يرى ذلك فيحكم له ببقائه أو يكون قد أفلس وتعلقت الديون به كما سبق، فإذا شرطه أو من ذلك وليس هذا وعد مجرد بل شرط ينفع في الوثيقة فيلزمه الوفاء به فتأمله.

قال: (**وَلَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ**) أي: لنفسه.

(**مَا مَنَعْنَاهُ**) منه أي: من التصرف والانتفاع بشرط بقاء أهلية الإذن.

(**وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ**)؛ لأن حقه باقٍ كالمؤجل يرجع قبل تصرف وكيله، وفي حكم رجوعه خروجه عن الأهلية بجنون أو حجر ولو أذن له في الهبة ثم رجع، قيل: إقباضها صح رجوعه وامتنع الإقباض.

وقال الرُّويَانِي: الأصح أنه لا يصح الرجوع؛ لأن الهبة تنافي مقتضى الرهن، وإن لم يقبض، فإن أذن له في البيع فباعه بشرط الخيار ثم رجع المرتهن لم يصح رجوعه على الأصح.

قال: (**فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلًا بِرُجُوعِهِ**) أي: فيما يتوقف التصرف فيه على إذنه.

فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَه، وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ. وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الأَظْهَرِ.

(فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَه) أي: فيكون تصرفه باطلًا على الأظهر كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وفي «الإفصاح» أنه إن رجع في الإذن قبل وقوع البيع، فإن كان يمكن في مثله الوقوف على رجوعه فعلى وجهين، وإلا فعلى قول واحد أن بيعه صحيح ولا معنى لرجوعه.

قال الرُّوياني: وهذا التفصيل لم يقله غيره، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ الْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ) أي: قطعًا.

وقيل: على المنصوص وعلى المخرج يصح الإذن والبيع دون الشرط ويجعل الثمن رهنًا والمذهب المنع؛ لأنه شرط في الإذن شرطًا فاسدًا، وهو تعجيل منه فأبطله.

تنبيه: قوله: ليعجل شرط ذلك لفظًا فلو قصده في نفسه لم يلتفت إليه، ولو نطق به على غير صورة الشرط.

قال شارح: فإن أتى بما اقتضته عبارة المصنف فقال: أذنت لك في بيعه لتعجل فالذي ظهر أن هذا ليس بشرط ولا يلتفت إليه أيضًا ويصح البيع والإذن إذ ليس فيه إلا التصريح يعضده تعجل الثمن، وإنه الحامل على الإذن وذلك لا يقتضي الاشتراط هذا إن جعلت اللام تعليلًا للإذن وإن جعلتها تعليلًا للبيع المأذون فيه، فلا يقضى أيضًا الاشتراط للتعجيل، فالوجه حمل كلام المصنف على أنه صرح بالشرط، وكذلك فرضه الأصحاب. قال: ولا شك أنه لو قال: أذنت لك في بيعه لتعجل ونوى الاشتراط كان كالتصريح، وإنما النظر إذا أطلق هل يقول ظاهره الشرط أو لا؟ والأقرب المنع، وهذا كله إنما أوجبه عبارة «المنهاج» وعبارة «المحرر» ولو أذن في البيع بشرط أن يعجل ولا رتبة فيها، انتهى.

وفي كون نية الاشتراط كالتصريح به يوقف إذ لم يصدقه الراهن عليها إذ الأصل عدمها.

قال: (وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ الثَّمَنِ فِي الأَظْهَرِ) لأن الثمن مجهول عند

....

الإذن، كذا علله كثيرون ومعهم الرَّافِعِي، قاله الشَّافِعِي في «الأم» وكما لو أذن له بشرط أن يرهن عنده عينًا أخرى وهذا العلم أحسن، فإن الأولى تفهم أنه إذا عيّن الثمن يصح لزوال الجهالة والظاهر أنه لا فرق بين كونه معلومًا أو مجهولًا عدا ما يقتضيه إطلاق الجمهور.

والثاني: يصح الإذن والبيع ويكون ثمنه رهنًا كما شرط واستدل له الرَّافِعِي بأن الرهن قد ينتقل من العين إلى اليد ليرعى كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه شرطًا، وعلله الشيخ أبو حامد وخلائق بأنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنًا جاز.

وقال الرَّافِعِي: سواء كان الدَّين حالًا أو مؤجلًا يعني في جريان القولين وهو منازع للقاضي الحسين والبغوي.

تتمات وفوائد: **منها:** القولان في شرط رهن الثمن منصوصان.

قال الشارح: وسواء شرط كون الثمن رهنًا أم شرط جعله رهنًا على ما فهمه من كلام الأصحاب.

قال: وكذلك إذا كان الدين حالًا وشرط جعل الثمن رهنًا على ما قاله القاضي الحسين والبغوي والرافعي، ولم يتعرض عن [. . .](١) كذلك، وفيه نظر! أما إذا كان حالًا وشرط جعل الثمن رهنًا فهو صحيح قطعًا؛ لأنه زاد تأكيدًا إلا أن ذلك حكمه إذا أطلق، انتهى.

وقال: في مصنف آخر أن الذي قاله القاضي ومن تبعه مما إذا شرط أن يجعل الثمن رهنًا وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره فيما إذا شرط كونه رهنًا فهو تأكيد؛ لأنه قد تعين الثمن الوفاء فيكون رهنًا إلى الوفاء، وكلام القاضي لا يخالف هذا وإن شرط جعله رهنًا ففيه القولان وكلام العراقيين لا يخالفه؛ لأن إنشاء الرهن لا يجب فيصير كما لو شرط في المؤجل، وصرح بأنه لا فرق في المؤجل بين الصيغتين، وإنما ذكره في الدين الحالّ خاصة.

---

(١) كلمة غير واضحة بالأصل.

....

قلت: والأشبه أن القاضي لم يلمح ما ذكره وأنه لا يرق عند العراقيين عن الصيغتين نظرًا إلى المعنى وعبارة الإمام في المؤجل وشرط موضع ثمنه رهنًا وفي الحال وشرط أن يوضع ثمنه رهنًا ونحوها عبارة التتمة، والحاصل أن القاضي الحسين خرَّج القولين في المؤجل في الحال؛ لأنه أعلق على بأن التصرف في العين، وقصد النقل إلى بدلها كما في المؤجل، وتابعه على نحو هذا الإمام والبغوي والخوارزمي والرافعي، والمصنف في «الروضة».

وصرح الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم بخلافه.

قال الْمَاوَرْدِي والروياني: يصح البيع ويكون ثمنه رهنًا يقتضي البيع لا بالشرط، وكان الشرط تأكيدًا أو وافقهم الْمُتَوَلِّي من حيث المعنى، فحصل طريقان يخرج القاضي، وجزم العراقيين بالصحة.

ومنها: يشبه أن يكون الخلاف لم يدع ضرورة إلى بيع الرهن يتكون ثمنه رهنًا مكان أما لو جعت بأن طرأ ما عرضه للفساد كالحنطة، ونحوها تبتل أو يقع فيها الدود، أو بمرض الحيوان ويخشى أولًا يجد ما يفوت به الماشية أو تخشى على الرهن من النهب والعارية أو يجلوا أهل البلد لجدب بوعد، ولا يمكن نقله ونحو ذلك فيأذن له في البيع على أن يكون ثمنه رهنًا فإنه يصح على القولين لا محالة فيما أراه.

ومنها: إذا صححنا البيع بشرط رهن الثمن كما نص عليه في الإملاء انصرف وصححه ابن أبي عصرون، فالمشهور المحل عن نص الإملاء أنه يجعل الثمن رهنًا، كما شرط. وقال: في «العدة» يحصل قيمته رهنًا، وقال المزني: ثمنه كذا الشيخ في «التنقيح» و«مسودة شرح المهذب» كما رأيته بخطه ومحي هذا التردد فيما إذا صححنا البيع على القولين، كما أبديته.

ومنها: يجري القولان فيما لو أذن في الإعتاق أو الآجال بشرط أن يجعل القيمة رهنًا ولا فرق هنا بين كون الدين حالًا أو مؤجلًا؛ لأنه لا ثمن يتعين لوفاء الدين، فلم يبق إلا نقل الوثيقة من العين إلى قيمتها ولا حقًا أن الرهن يبقى بحاله في صورة الكتاب، والتي قبلها في صورتي الإعتاق والإحبال يكون

فَصْلٌ: إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ، وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ.

كما لو وقعنا بلا إذن، فتحرى الأقوال السابقة.

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ**) أي: بالإقباض وغيره، كما سبق فاليد فيه للمرتهن إذ قوام التوثق بها، وهذا يتفرع على الصحيح أنه لا يشترط في عقد الرهن بيان من يكون عنده. وقيل: يشترط ألا أن يكون الرهن جارية، وهل الخلاف في الرهن المشروط، وأعم كلام بعضهم يشعر بالأول، وكلام بعضهم يفهم الثاني، وفرق بأن الجارية لا تكون بيد المرتهن، وغيرها قد يكون متنازعان، ولنا وجه: أنه لا يصح رهن الجارية الحسناء من أجنبي منها، وهو شاذ ووصيته أن اليد له في غيرها.

قال: (**وَلَا تُزَالُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ**) جمعًا بين الحقين.

فرع: لو رهن عبدًا مسلمًا أو مصحفًا أو نحوهما عند كافر أو سلاحًا عند حربي أو أمةً حسناء عند أجنبي، صح على المذهب في الجميع، ويستنيب الكافر مسلمًا في القبض ويجعل رهونه على يد عدل، والأمة إن لم يكن عنده امرأة ثقة عدلت عند محرم أو امرأة ثقة. ونص الشَّافِعِي على كراهة رهن المصحف والمسلم من كافر فقيل: كراهة تحريم، وقيل: تنزيه، ورجح ولو شرط الراهن دوام يده عليه بطل.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ جَازَ**) إذ لا يثق كل واحد منهما بالآخر ويثقا بثالث، وعبارة «المحرر والشرحين والروضة»: ويجوز أن يشترطا وضعه عند ثالث وهي الحسن؛ لأنها لو شرطا وضعه عند زيد، وكان فاسقًا أو ذميًّا جاز، وإذا كان أهلًا للبلد عليه ولو شرطا وضعه عند عبد بلا إذن سيده لم يجز، أو عند مكاتب، فإن كان بأجرة جاز، وإلا فلا، وهذا فيمن ينصرف بنفسه، فأما الولي والوصي والقيم والوكيل والمكاتب، ونحوهم حيث يجوز لهم ذلك فلا بدَّ من عدالة الموضوع على يده.

فرع: قال الغزالي: لا يجوز شرط التعديل على يد المالك؛ لأن يده لا

أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَو الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَو فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ.

يصلح النيابة عن غيره؛ إذ هو مستقل بالملك، وكمل ابن الرِّفْعَة وغيره ذلك على ابتداء القبض أما لو شرطا أن يكون بعد اللزوم بالإقباض موضوعًا عنده فيظهر أن يصح؛ لأن عندنا يجوز أن نعيده إليه ينتفع به لكن بسعر بالمنع.

قال: (**أَوْ عِنْدَ اثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى حِفْظِهِ أَو الِانْفِرَادِ بِهِ فَذَاكَ وَإِنْ أَطْلَقَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ فِي الْأَصَحِّ**) كالوصيين والوكيلين لا يستقل أحدهما عند الإطلاق، فعلى هذا يجعلانه في حرز تحت يدهما، فإن سلم أحدهما جميعه للآخر، ضمن نصفه والثاني لحل منهما الانفراد لمشقة الاجتماع على حفظه، والعرف قاض بذلك.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْعَدْلُ أَو فَسَقَ جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ**) المراد: أنه إذا تغير حال من وضعاه على يده فما كل منهما طلب نقله إلى غيره، وذلك بأن يفسق العدل أو يعادي أحدهما أو يحن أو يضعف عن حفظه أو رضيا بفسقه ابتداً ثم زاد فسقه أو كان فاسقًا بنوع فسق يغيره، ولو مات المرتهن ورثته عدول فللراهن إزالة يدهم على الأصح.

فروع: لو اختلفا في زوال أهلية عدلهما.

قال الدَّارِمِي: صدق والباقي بلا يمين.

قلت: وينبغي أن يحلف على نفي علمه بذلك ليس لأحدهما أن ينفرد بنقله إلى غيره بلا سبب فإن اتفقا على نقله جاز، وفي «الاستقصاء»: له رفع الأمر إلى الحاكم، فإن رآه أهلًا أقره بيده وإلا نقله إلى غيره، وظاهر كلامه أن الحاكم ينقله إذا طلب أحدهما، ويبين لعدم أهليته طارئًا أم مقارنًا سواء كان الطالب قد علم بها ورضيها أم لا وهو محتمل؛ لأنه لا يلزم دوام الرضا بالفاسق ونحوه بخلاف العدل، وما قاله من أن له رفع الأمر إلى الحاكم، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ونقلوه عن ابن سُرَيْجٍ ولم يقتض كلامهم خلافًا فيهم.

وقال القاضي الحسين والإمام: إنهما لو وضعاه عند فاسق، ثم أراد

وَإِنْ تَشَاحًا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ، ....

أحدهما أن ينتزعه من يده لم يجز؛ لأنه رضي بيده مع الفسق.

قال قائل: إما أن يكون المراد ليس له انتزاعه بنفسه لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويجمع الكلامان لكن حمل كلام القاضي على هذا بعيد؛ لأنه عند حدوث الفسق ليس له نزعة إلا باتفاقهما أو القاضي وهو فرق بين الصورتين، وإما أن يحمل كلام ابن سُرَيْجٍ على ما إذا لم يعلم بنفسه ويجتمع الكلامان وهو الأقرب وإما أن يبقى كل مِنَ الكلامين على إطلاقه ويثبت خلاف فيما إذا وضعاه عند فاسق علما به فعلى إطلاق القاضي ليس له طلب النزع، وعلى إطلاق ابن سُرَيْجٍ له ذلك بالحاكم.

وقضية كلام الأصحاب: أن الموضوع على يده مادام بالصفة التي علماها حال التعديل لا يخاف أحدهما إلى نقله، انتهى.

ولعل كلام الأصحاب مفروض في العدل أو المستور، وأما الفاسق وغيره إذا خاف أحدهما عليه منه أو من غيره فلا يظهر إلزامه بالرضا بدوام يده عليه، وإن كان قد رضي ابتداء فليس بعقد لازم، وأما اتفاقهما على نقله من يد العدل فواضح إذا كانا هما قد عدَّلاه، أما لو كان من جهة الحاكم كما سيأتي فيحتمل أن يقال: إنه يأتيه فلا نسلمه إليهما إلا بإذنه.

قال: (وَإِنْ تَشَاحًا وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ) إذا تشاحا بعد أن طرأ على ثانيهما شيء مما سبق فقال أحدهما: أقره بيده أو أنقله إلى زيد ونازعه الآخر وضعه الحاكم عند عدل قطعًا للنزاع، وكان الأحسن أن يقول: فإن تشاحًا كالروضة ليشير إلى التفريع.

أما لو تشاحا ابتداء فإن كان قبل الإقباض فلا يجبر الراهن بحال، وإن كان بعده، وقد وضع في يد عدل فلا ينزع بغير الراضي بلا سبب مجوِّز، ويحتمل أن يفرض أيضًا فيما إذا تشاحا ابتداء، فيمن يوضع على يده مع بدل الراهن له بالقياس ألا يتمكن من الفسخ في صوره شرط الرهن، بل يسلمه الحاكم إلى عدل ليستقر العقد، وهذا إجبار للمرتهن في المعنى، ثم رأيت

وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ، وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ، أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ. فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَأْذَنُ أو تُبْرِئُ.

شارحًا قال: ولو تشاحًا قبل القبض فالذي يظهر أنه ليس للحاكم تعديله إلا برضاهما سواء [أ]كان مشروطًا في بيع أم لا.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن كان مشروطًا سلمه الحاكم إلى عدل، وحمل كلام «التنبيه» على ذلك وتمسك بأن كلام الرَّافِعِي يقتضي ذلك، وليس في كلامه أنه يجبرهما وكيف يجبرا أو الرهن لم يلزم، انتهى.

قال: (**وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ**) أي: لوفاء الدين إذا لم يوفِ من غيره، وقد يستحق بيعه في جناية، وعند الإشراف على التلف قبل الحلول، وقد يتصور في غير ذلك.

قال: (**وَيُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ**) لأنه ثمرة الراهن، وهذا حيث لا يتعلق برقبة العبد جناية، فإن صاحبها مقدم عليه.

قال: (**وَيَبِيعُهُ الرَّاهِنُ**) أي الملك له؛ لأنه ملكه.

(**أَوْ وَكِيلُهُ**) أي: ونحوه.

(**بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ**) أي: ومن قام مقامه.

(**فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ**) أي: وأراد الراهن أو نائبه بيعه.

قال: (**قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَأْذَنُ أو تُبْرِئُ**) دفعًا للضرار، هكذا أو رده.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا امتنع المرتهن من الإذن للراهن سأله الحاكم عن سبب امتناعه، فإنه ذكر عذرًا سائغًا فذاك، وإلا أذن الحاكم للراهن في بيعه، فإذا باعه بإذنه منعه من الصرف في ثمنه، وأعلم المرتهن بذلك، فإن سأل حقه أمره الحاكم بإبقائه من الثمن، وإن لم يسأل حقه أعلمه الحاكم أنه يطلق تصرف الراهن فيه، وأذن للراهن في التصرف فيه، وإن سأل الراهن أن يقبض المرتهن حقه أمره الحاكم بقبضه أو إبرائه، وإن امتنع من كل منهما قبضه الحاكم ليبرأ منه الراهن وتركه في بيت المال للمرتهن، انتهى.

فرع: لو كان الراهن غائبًا أثبت المرتهن الحال عند الحاكم لتبعه لشرطه،

وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَو بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصَرَّ، بَاعَهُ الْحَاكِمُ.

فإن لم يكن بينه أو لم يكن حاكم فله بيعه بنفسه على الأصح من ظفر بغير جنس حقه بل مال غريمه، وهو جاحد ولا بينة له، وقضية النسيئة أنه لو كان من نوع حقه، وبصفته أن له أن يتملك منه قدر حقه، ولو باع الراهن الرهن عند العجز عن استيدان الحاكم والمرتهن، فوجهان في «الحاوي»من الوجهين في بيع المرتهن، وقضيه البناء ترجح الصحة، وفيه نظر إلا أن يكون الفرض فيما إذا دعت ضرورة إلى بيعه لعجز عن مؤنته أو حفظه، أو الحاجة إلى ما زاد عن دين المرتهن من ثمنه.

قال: (وَلَوْ طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى الرَّاهِنُ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي قَضَاءَ الدَّيْنِ أَو بَيْعَهُ، فَإِنْ أَصَرَّ) أي: على الامتناع من أخذ هذين الأمرين.

(بَاعَهُ الْحَاكِمُ) دفعًا لضرر المرتهن.

وقال الرُّويَانِي: إذا حل الحق طولب بالدين، فإن امتنع طُولب ببيع الرهن، فإن امتنع. قال أبو إسحاق: حبسه الحاكم أو أجبره على البيع، فإن أقام على الامتناع عزاه حتى يبيع، فإن أقام على الامتناع باعه عليه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا امتنع الراهن من بيعه سأله الحاكم عن سبب امتناعه، فإن ذكر عددًا وإلا وكّل الحاكم من يبيعه عليه.

وقال أبو حنيفة: بحبسه، وهذا غلط؛ لأن كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز الحاكم إن حبس فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه كالديون، فيبيعه الحاكم بنفسه أو بمأموره.

وقال القاضي أبو الطيب: إن شاء باعه وإن شاء حبسه إلى أن يبيع، وهذا الكلام جار هنا في حق الراهن وبعد موته مع الوارث وفي غرماء المفلس وفي الدين بلا رهن، وسيأتي فيه زيادة وبيان الراجح، إن شاء الله تعالى.

تنبيهات: إنما يبيع الحاكم إذا أحدهما أطلقا؛ وغيرهما أن الحاكم يبيع عند امتناع الراهن.

وقال جماعة: كما سيأتي إنما يبيع الحاكم إذا ثبت عنده ملكية المرهون للراهن والمفلس.

قال القاضي شُرَيْح الرُّويَاني: يمنع القاضي على الحاضر والغائب ما له في النفقة والدين، وله بيع المرهون والتركات بعد العرض على الورثة، وإنما يجوز له بيع الرهن إذا ثبت كونه ملكًا للراهن أو في يده يوم أقبضه وكلام غيره يقتضي أنه لا يكفي اليد، بل لا بُدَّ من الثبوت، وفيه نظر.

قال شُرَيْح: وإنما يجوز بيع التركة إذا ثبت أنها كانت ملكًا للراهن إلى إن مات، وفي يده يتصرف فيها تصرف الملاك، انتهى.

وقد تعرضت لتحقيق هذا في التفليس وفي الأقضية من «الغنية»، ويحتمل أن يقال: يكتفي باليد في الأمتعة ونحوها من النقود والمأكولات دون العقارات إذا أقام البينة على ملكية العقار، ولا يتعسر غالبًا بخلاف غيره، ولا سيما آلات الحوانيت، والإجماع الفعلي على الاكتفاء بمجرد اليد في التركات.

الثاني: نقل ابن الرِّفْعَة مطلب عن الأصحاب إن المرتهن ينحصر حقه في غير المرهون حتى لا يمكن من إجبار الراهن على الدفع من غيره.

قال: كما صرح به الإمام في «الشامل» ما يوافقه.

قال تلميذ له: عبارة «الشامل» لا تدل على الانحصار، وعبارة الإمام، أن الراهن لو قال: للقاضي أريد أن أؤدي حقه من ثمن الرهن، فليس للمرتهن أن يلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى، ولا فرق بين أن يكون قادرًا على أداء الدين من جهة أخرى أو عاجزًا، واستشكله ابن عبد السلام لما فيه من تأخير حق يجب على الفور بسبب الرهن، ومع ذلك فليس في عبارة الإمام ما يقتضي الانحصار.

وقال: وقد صرح الرَّافِعِي بأن الحاكم يجبره على القضاء والبيع، ولو انحصر حقه فيه لأجبره على بيعه عينًا، ثم استخرج من كلام الإمام ما يقتضي عدم الانحصار، ولا شك فيه وكذلك قال الأصحاب: إذا كان في غرماء

وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا.

المفلس مرتهن قدم ثمنه، وصادر ما قد نفى من أرش الجناية.

قال الْجُرْجَانِي: لأن الأرش لم يتعلق بماله بخلاف حق المرتهن، فإنه تعلق بالرهن وبمال المفلس فهذا تصريح بعدم الانحصار، نعم هل ينحصر المطالبة في الرهن أو لا.

والأقرب لا بل ما كانت عليه قبل الرهن وأراد استحقاقه التوفية من الرهن بعينه مضافًا إلى ما يستحقه من غيره على الانحصار، فإن وفاء الدين من غيره فذاك وإلا بيع، فإن عجز وفَّى من الباقي من غيره، نعم لو كان محتاج البيع إلى مدة وبيده نقد يمكن الوفاء منه في الحال، فينبغي أن يجب تعجيلاً لا؛ إذ الواجب والمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يتعين بل يؤمر الراهن إما بالبيع، وإما بالوفاء والوجه حمل هذا الإطلاق على ما إذا لم يكن زمان الوفاء بغير البيع أقرب لو لم يضايق المرتهن في ذلك، فإن قرب أو ضايق المرتهن في ذلك، فإن قرب أو ضايق المرتهن فالوجه أن للحاكم إلزامه بذلك؛ لأن تأجير الحق الواجب على الفور، انتهى.

وما قاله: ظاهر متعين، وقد قال ابن الرِّفْعَة في آخر الباب من «الكفاية»: إنه إذا طالبه المرتهن بالوفاء، فليس للراهن مطالبته بإحضار الرهن حتى يقع قضاء الدين، واسترداد المرهون معًا أي: عليه التوفية أو لا. قضية ذلك أنه يلزمه عند المكنة الإيفاء في الحال، وهو صحيح؛ إذ مطل الغني ظلم.

الثالث: لو كان مع الرهن ضامن، فأيهما يبدأ صاحب الدين بالمطالبة؟ فيه قولان متقابلان نقلهما القاضي أبو حامد في «الجامع» وهما منصوصان في «الأم» واختار الْمَاوَرْدِي من عند نفسه أنه يتحيز وصححه وغيره، وهو الظاهر المختار، ولا فرق بين أن يتقدم الضمان على الرهن أو بالعكس أو يقعا معًا فيما رآه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ صَحَّ وَإِلَّا فَلَا**) لتتمة الاستعجال في «الغنية» وترك النظر للراهن، والثاني يصح مطلقًا

……………………………………………………………………

كما لو أذن له في بيع غيره وهو المختار، والأرجح أن نسب الأول إلى الجمهور، وليس في نصوص الشَّافِعِي ما يرده مما قاله بعض الشارحين، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وما تمسك به للمنع من قوله في «المختصر»: ولو شرط المرتهن إذا حل الحق إن ببيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضره رب الرهن، وفي «الأم» وفي الْبُوَيْطِي نحوه.

أجاب الْجُورِيُّ عنه بجوابين: إن منعناه أنه إذا شرط المرتهن أن يبيعه، ويأخذ الثمن بعينه فيكون باطلًا، ولا يجوز بيعه دون الراهن، وأما إذا شرط البيع فقط مع تجويز عزله إعطاء حقه من غير الثمن، إن شاء الراهن جاز، وملك المرتهن البيع إذا حل الحق وإن لم يحضر المرتهن، والثاني أنه إنما لم يجز أن يبيعه لنفسه، وأما البيع للراهن فلم يمنعه، وعلى هذا فقوله إلا أن يحضره رب الرهن استثناء منقطع أي: فيتولى ربُّ الرهن البيع.

تنبيهات: حكى وجه ثالث: أنه لا يصح بيع المرتهن مطلقًا؛ لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه لو قال المراهن: بعه لزيد بمائة، أو بعده بمائة ولا تزد، فالوجه الجزم بالصحة في غيبة الراهن على كلا الوجهين الأولين، ولو قال: بعه بمائة، ولم يقل: ولا ترد، ففيه احتمال على قول الجمهور في الوكيل لاحتمال ظهور راغب ولا يبعد أن يقال: إنما يقوي التهمة والاستعجال إذا كان ثمن المرهون وافيًا بالدين، فلو كان لا يفي به والاستيفاء من غيره متعسرًا، ومتعذر لفَلَس وغيره؛ فالظاهر أنه يحرص على أوقر الإيمان تحصيلًا لدينه ما أمكن فيضعف التهمة أو ينبغي إذن السيد للمجني عليه في بيع الجاني والوارث للغرماء في بيع التركة كإذن الراهن للمرتهن، وإذن الحاكم كغرماء المفلس في بيع ماله في حقوقهم، قاله الشيخ أبو حامد على أنه رأيه في منع المرتهن، وعلى المختار - وهو الصحة في بيع الراهن - فلا نقول بها في الحاكم أو ليس له الرضى مما فيه تهمة، وكذا الوارث لئلّا تبقى ذمة الميت مشغولة، فنقول في هاتين المسلمتين: إن قدَّر الثمن وكان حاصرًا جاز، وإلا فلا، كما قاله: الجمهور في الرهن.

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ، وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ.

وكذا السيد الجاني إن قلنا: إذا بقي شيء من الأرش لا يتعلق بذمته فكالراهن وإلا فيمتنع كالحاكم والوارث، قاله شارح تفقهًا، وفيه كلام ذكرته في «الغنية».

قال: (**وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ الْعَدْلُ جَازَ**) إذ أنجز توكيل العبد وعلق التصرف على الحلول، وإن علق الوكالة على الحلول لم يصح، وإن عزلاه أو الراهن انعزل، وإن عزله المرتهن وحده فلا في الأصح، لكن لا يبيع ما لم يأذن، والثاني ينعزل، وهو ظاهر النص.

وقال الرُّويَاني: إنه المذهب وعزاه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور وزيف الأول، وهل مجرد اشتراط بيع العدل كافٍ عن الإذن له أم لا بُدَّ من إذن؟ كلام الْمَاوَرْدِي يقتضي الثاني، وكلام غيره يشعر بالاكتفاء، وسيأتي ثمرة هذا.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ الرَّاهِنِ فِي الْأَصَحِّ**) بقاء الإذن، والثاني يشترط إذ قد يكون غرضه في بقائه وقضاء الحق من غيره، وفرض الإمام محل الوجهين فيما إذا كان الراهن والمرتهن قد أذنا للعدل وفرضه العراقيون، فيما إذا شرط الراهن أن العدل يبيع أو حصل توكيل من الراهن فقط ولم يأذن المرتهن. وجريان الخلاف على الفرضين محتمل وترجيح عدم اشتراط مراجعة الراهن فالظاهر والفرض أنه لم يحصل عزل أصلًا أما المرتهن فعلى ما فرضه العراقيون لا بُدَّ من مراجعته؛ لأنه لم يأذن قبل ذلك؛ فلذلك قالوا: لا بُدَّ من مراجعته.

وعلى فرض الإمام لا يحتاج إليه، وكذلك قال: لا خلاف أنه لا يراجع؛ لأن غرضه توفية الحق، والرافعي نقل كلام الإمام، وعن العراقيين أنه لا بُدَّ من مراجعته صح، ويحصل إذنه ثانيًا، وأمر بتأمل بعد ما بين الطريقين، وأظن الحامل للرافعي على ذلك أنه رأى كلام الإمام مصورًا في الاشتراط، والشرط إنما يكون منهما، وهو متضمن للإذن، والجواب: إن إذن المرتهن في البيع إنما يصح بعد قبض الرهن، والراهن يملك التوكيل قبل القبض، نعم إذا قال الراهن قبل القبض: بعه رهنًا.

فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ، وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ.

قال ابن سُرَيْج: لا يصح وفيه نظر، وينبغي أن يصح ويمنعه بعض القبض بصفة الرهن، ولم يتطابق كلام العراقيين، والإمام على مسألة واحدة حتى يرد كلام الرَّافِعِي، - رحمه الله تعالى -.

قال: (**فَإِذَا بَاعَ فَالثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ**)؛ لأنه ملك الراهن كالرهن.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ الْعَدْلِ ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمَرْهُونُ فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ**) لقبضه الثمن.

(**وَإِنْ شَاءَ عَلَى الرَّاهِنِ**) لإلجائه له شرعًا على الدفع إلى نائبه.

(**وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ**) أي: على الراهن هذا ما جزم به الرَّافِعِي وصححه في موضع آخر، والحاصل في المسألة ستة أوجه:

أحدها: هذا، وثانيها: أن المشتري يطالب الوكيل وحده ولا رجوع للوكيل على موكله وهو القياس الظاهر؛ لأن الموكل لم يبلغ مدة على الثمن، والعقد فاسد فلا تتعلق به عهدته، بل يجب الجزم به إذا لم يضع الراهن يده على الرهن، بل إنما سلمه العدل ممن أقر به للراهن أو أعاره إياه ليرهنه، وسيأتي في الوكالة، إن شاء الله تعالى ما يؤيد هذا.

وثالثها: يطالب الوكيل وحده فإذا عزم رجع على موكله.

ورابعها: يطالب الموكل وحده، قاله: العراقيون.

وخامسها: يطالب أيها شاء ولا رجوع من الجانبين.

وسادسها: كذلك ويرجع الموكل على الوكيل، ولم يقل فيما يعلم بطالب الموكل وحده إذا غرم رجع على الوكيل.

تنبيهات: صوَّر الإمام المسألة فيما إذا تلف بلا تفريط، فلو تلف بتفريطه

وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ، ....

فهل الحكم كذلك أو يقصر الضمان على العدل فقط.

قال شارح: لم أر فيه نقلًا والأقرب الثاني، وإطلاق غير الإمام يقتضي الأول أو ينزل على تصوير الإمام.

قلت: وهذا الوجه وتعليلهم يرشد إليه الثاني ما سبق في منصوصها أما لو نصب الحاكم عدلًا ممن كان على يده أو غيره فباعه بإذن الحاكم، وتلف الثمن في يده بلا تفريط ثم تبين الاستحقاق فأصح الوجهين، وظاهر النص أنه لا يطالب كالحاكم نفسه، فعلى هذا الرجوع على الراهن الحي وفي تركة الميت وما ذكرناه في بيع الحاكم والعدل بإذنه حال حياة الراهن وموته قاله: **الدَّارِمِي** والإمام وغيرهما، والرافعي اقتصر على ذكر البيع على الميت، وليس في كلامه ما ذكرناه في الحي وسواء ما ذكرناه في الحاكم وعدله بين كون المبيع عليه أم معسر فالعهدة عليه فقط.

قال: (**وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ**) أي: عند الإطلاق الإذن.

(**إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًّا مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ**) **كَالْوَكِيلِ**، وإن أخذ شيء منها لم يصح، نعم يبيع بدون ثمن المثل بما يتغابن بحيث لا راغب بأزيد منه.

قال **الرَّافِعِي**: ولو رأى الحاكم بيعه بجنس حق المرتهن جاز.

قلت: وهو ظاهر إذا كان الرهن بقدر الحق المرتهن نظرًا إلى أن يكون مالكه في حجر الشرع، وكان النظر له في ذلك، أو كان مفلسًا، أو الجميع ليباع لا محالة، وشرط أيضًا ألا أسلمه إلا بعد قبض الثمن.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: لو قال أحد المراهنين: بعه بالدراهم، وقال الآخر: بالدنانير، لم يبع بواحد منهما؛ لاختلافهما في الإذن، لكن يرفعا الأمر إلى الحاكم ليبيع بنقد البلد، ثم إن كان أمر القاضي ألحق من جنس نقد البلد، فذاك وإلا صرف نقد البلد إليه، ولو أذن الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز، انتهى.

وزاد **الدَّارِمِي**: إن كانا أي: الدراهم والدنانير نقدًا لبلد أمره ببيعه

فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ.

بالأحط، فإن كان جنس ماله وإلا صرفه في جنس ماله فوفاه، وإن كانا في الحط سواء باعه بما للمرتهن منه. قال: وإذا دعاه أحدهما إلى نقد البلد عمل عليه، وإذا باع عند الإطلاق بما ألحق منه قال: يعني الشَّافِعِي: تصح، وقيل: إذا كان نقد البلد، وقيل: يجوز وإن لم يكن نقد البلد، انتهى.

ولعل هذا الوجه في عدل الحاكم؛ لأنه نائبه لا في عدلهما.

قال: (**فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ فَلْيَفْسَخْ**) وجوبًا إذا ظهر له استقرار الزيادة.

(**وَلْيَبِعْهُ**)، أي: سواء كان قد باع بثمن المثل أم بأزيد؛ لأن عليه النظر لموكله، فإن لم يفسخ انفسخ البيع، وقيل: لا ينفسخ ولا يلزمه قبول الزيادة، وقيل: عليه أن يفسخ، فإن لم ينفسخ، وقيل: ينفسخ بمجرد الزيادة، فعلى الأول وهو المنصوص، وقول الجمهور: لو لم يعلم بالزيادة حتى انقضى الخيار وتبين أنها كانت مستقرة.

قال شارح: فالأقرب عندي أنه يتبين انفساخ العقد، ولكني لم أر من صرح به، وفيه نظر.

تنبيهات: لو أعرض الراغب وقد حكمنا بالانفساخ قبل تبيين بقاء البيع، وقيل: الانفساخ بحاله، فلا بدَّ من بيع جديد وقضيته إيرادهما ترجيحه.

قوله: (**فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ**) ظاهره يعني ذلك، وأنه لو باعه للراغب من غير فسخ لم يكف، والصحيح الصحة، وهو أولى وأحوط؛ لأنه إذا وجب فلم يقبل الراغب نفي العقد بحاله، وإذا فسخ فأعرض الراغب ففيه ما سبق، اللهم إلا أن يقال: الإيجاب للراغب فسخ، ولا فرق في الفسخ والبيع من الغير بين عدل الراهن وغيره من الوكلاء، والأولياء، والأوصياء، ونحوهم فيما يظهر.

فائدة: قطعوا هنا بأنه إذا فسخ أن له بيعه ثانيًا، فقال الرَّافِعِي: رد المبيع بعيب على الوكيل لم يكن له بيعه ثانيًا، ولو وكله بشرط الخيار للمشتري امتثل ورده المشتري.

وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ.

فإن قلنا: ملك البائع لم يزل فله بيعه ثانيًا، وإن قلنا: زال وعاد فكالرد بالعيب، وأطلق في باب الوكالة أنه لو رد عليه بعيب، أو أمره بشرط الخيار أو بفسخ البيع لم يملك بيعه ثانيًا، وهذا يوجب تأملًا في مسألتنا إذا لم يكن العدل منصوب الحاكم، فإلا فالأمر بالبيع من الراغب هنا لعله مفرع على أنه يتمكن من البيع ثانيًا، أو مفروض فيمن صرح له في الإذن بذلك.

قال: **(وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ)** أي: كنفقة الرقيق وكسوته وعلف الدابة وسقي الشجر فخفيف الثمن، وأجرة الأصطبل وموضع البائع ونحوها.

(عَلَى الرَّاهِنِ) لأنه مالكه؛ ولحديث البخاري السابق، ولحديث: «**له غنمه وعليه غرمه**»[1].

وخالف في ذلك الحسن البصري فقال: هي المرتهن إشارة كأن الأحسن أن يقول: على مالكه، فإن مؤنة المستعار على مالكه لا على الراهن المستعير، ولينص على أنها في مال المحجور المرهون عنه بولاية أو وصاية.

قال: **(وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الصَّحِيحِ)** حفظًا للوثيقة كما أشار إليه، والثاني - وهو قول المراوزة لا الشيخ أبي حامد بمفرده -: أنه لا يجبر عليها؛ بل يبيع القاضي جزءًا منه بحسب الحاجة، وفرع الإمام عليه أنها لو كانت تأكل الرهن قبل إلا حدُّ إلحاقه بما يفسد قبل الأجل، فيباع ويجعل ثمنه رهنًا.

قالا: وإذا قلنا بالصحيح فلم يكن للراهن شيء، أو كان غائبًا، باع الحاكم جزءًا منه، واكترى به بيتًا يحفظ فيه الرهن، كذا قالوه.

وهو مثال لما لا يتكرر من المؤن، أما المؤنات الدائرة فيشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال وترك الجمال، أو عجز عن الإنفاق عليها.

قلت: ولا نقل عند الشيخين في ذلك.

وقال الدَّارِمِي: يتبع الرهن وَجِذَاذُهُ وسقيه على ربه، فإن لم يكن معه شيء

---

[1] أخرجه أخرجه الشافعي (١/ ٢٥١)، والحاكم (٢/ ٥٩، رقم ٢٣١٨) والبيهقي (٦/ ٣٩، رقم ١١٠٠١) وابن حبان (١٣/ ٢٥٨، رقم ٥٩٣٤) والدارقطني (٣/ ٣٣).

وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنِ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ، ....

منع منه شيء فأنفق عليه، فإن كانت المدة طويلة يستوفي النفقة أكثر ثمنها باعه الحاكم عليه، فإن أحب كان رهنًا له أو قصاصًا، انتهى.

وينبغي أن يكون الحكم كذلك عند طول الغيبة وعدم مال الراهن، وقد نقلت في «الغنية» في الأقضية ما يؤيد ذلك في الكلام على تحفظ مال الغائب، وما نحن فيه أولى بجواز البيع.

قال: (وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ) أي: عند الحاجة إليهما حفظًا لماله.

قال الرُّويَانِي: فإن لم تكن حاجه منع من الفصد لا الحجامة؛ لاستيفاء الصحة. وأما شرب الدواء، قطع الأكلة بغير إذن المرتهن ففيهما كلام وتفصيل يطيل ذكره تدرك من المبسوطات، والحق أنه لا يمنع من جنان الكبير البالغ؛ لما فيه من حق الله تعالى، وقطع به كثيرون خلافًا لـ«الروضة».

وقول المصنف: (وَلَا يُمْنَعُ)، فيه إشارة إلى أنهما وغيرهما من المداوة لا يلزمه، وإنما له ذلك إن شاء، وكذا قالوه هنا.

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب» في كتاب «النفقات»: لكنهم ألحقوا الرقيق بالقريب في إيجاب الكفاية، ومقتضاه أن يجب على السيد أجرة الطبيب، وهو أولى من القريب؛ لأنه لا سبيل إلى تحصيله بخلافه.

قال: وقولهم في الرهن: إنه لا يجبر عليها محمول على أنه لا يجب من خالص ماله، بل في غير المرهون يبيع جزءًا منه لأجلها، ويدل عليه أن الْمُتَوَلِّي أجرى الوجهين في نفقة المرهون في أنها من عينه أو من ماله في المداومة، انتهى.

ولم ير نص الرَّافِعِي الإلحاق، وكأنه لأن المداولة غير موثوق بها بخلاف النفقة، وقضية ما ذكر من الإلحاق بالقريب في «الكفاية» وأولى أن يوجب ذلك من خالص مال السيد، فكيف يقول: إن كلامهم محمول على أنها لا تجب من خالص ماله بل في عين المرهون، فتأمله.

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ.

وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ.

فرع: ما جوزنا للراهن فعله إذا امتنع يجوز للمرتهن قاله القاضي الحسين والمتولي وسليم الرازي، وقال: **الْمَاوَرْدِي**: لا يجوز.

قلت: إن كان فيه خطر ما فالوجه أنه لا يجوز للمرتهن إلا بإذن الحاكم، وإلا فله ذلك، كما لو أطعمه أو سقاه.

قال: (**وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ**)؛ للحديث: «**الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ**» أي: من ضمانه «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»(١) رواه الشَّافِعِي متصلًا ومرسلًا، ورواه متصلًا ابن ماجه والدارقطني وقال: هذا إسناد حسن متصل، والحاكم وقال: هذا حديث صحيح، وحسنه البيهقي في «الخلافيات» وقال في «سننه»: إن المحفوظ إرساله.

قلت: وعلى التسليم فهو مراسيل ابن المسيب، ومذهب الاحتجاج بمرسل ابن المسيب ونحوه إذا اعتضد وقد اعتضدنا.

قال: (**وَلَا يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ**)؛ للحديث؛ ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين من يتلفه كالضامن بموت.

قال: (**وَحُكْمُ فَاسِدِ الْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي الضَّمَانِ**):

القاعدة: إن كل عقد اقتضى، مطلب صححه الضمان، فكذلك فاسدة وأولى، وما لا فلا، وشذ عنها الشركة، فإنها إن صحت فعمل كل منهما في مال صاحبه غير مضمون، وإن فسدت كان مضمونًا، وكذا عقد السابقة والرمي لا يضمن فاسدهما عند القاضي الحسين، والمرجح خلافه، ولا تضمن الهبة الفاسدة على الأصح. ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لي فقراض فاسدة، وفي الأجرة وجهان طردًا فيما لو قال: قارضتك أو ساقيتك، ولم يذكر نصيب العامل، ولو عقد الذمة غير الإمام ونحو لم يصح على الصحيح

---

(١) أخرجه أخرجه الشافعي (١/ ٢٥١)، والحاكم (٢/ ٥٩، رقم ٢٣١٨)، والبيهقي (٦/ ٣٩، رقم ١١٠٠١) وابن حبان (١٣/ ٢٥٨، رقم ٥٩٣٤)، والدارقطني (٣/ ٣٣).

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَ، وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ أَمَانَةٌ.
وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ.
وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَزَانٍ، ....

ولا حرمة عليه، وقيل: لحل سنة دينًا. وإذا قلنا: لا يصح استئجاره زوجته لإرضاع ولده منها، وجعله الْعِمْرَانِي المشهور خلافًا لترجيح الرَّافِعِي، فهل يستحق أجرة المثل؟ وجهان.

قال الجمهور: لا، خلافًا لابن خيران، وهذا مما شك عن العاقدة.

مطلب: قال: (**وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَبِيعًا لَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ فَسَدَا**) أي: الرهن والبيع المذكوران، الرهن لتأقيته، والبيع لتعليقه، وقيل: يصح الرهن ويلغو الشرط، والمذهب البطلان، وكذلك لو شرط ذلك في رهن شرط في بيع فسد البيعان.

قال: (**وَهُوَ قَبْلَ الْمَحِلِّ**) أي: في مسألتنا هذه (**أَمَانَةٌ**)؛ لأن يده يد مرتهن بعقد فاسد، وبعده يكون مضمونًا إن قصد إمساكه عن جهة البيع، وإن علم فساد البيع وقصد إمساكه عن جهة الرهن فكذلك، وقيل: لا يضمن.

وأما الرهن الصحيح فلغاية مطلقًا أما لم يجر سبب مضمن.

قال: (**وَيُصَدَّقُ الْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى التَّلَفِ بِيَمِينِهِ**)، لأنه أمين كما سبق، ولا نزاع عندنا في تصديقه لا كما أفهمه كلام الغزالي، نعم جعله في «البسيط» القياس نظرًا والمراد تصديقه في الجملة، وتفصيله يأتي في «الوديعة» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا يُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ**)؛ لأنه قبضه لحظ نفسه كالمستعير، ويخالف دعواه التلف؛ لأنه لا يتعلق باختياره، فلا تساعده البينة، وقيل: يصدق؛ لأنه أمين كالمودع.

قال: (**وَلَوْ وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْمَرْهُونَةَ بِلَا شُبْهَةٍ فَزَانٍ**) أي: فيُحَدُّ إجماعًا، ويلزمه المكرهة لا المطاوعة المعتبر مطاوعتها على الأصح، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ.

وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ فَلَا حَدَّ،

ومن صور الشبهة ظنه أنها زوجته أو أمته، أو أنه يحل له وطؤها لكونها أمة أبيه، وهو ممن يخفى عليه تحريمها كما سيأتي عن النص.

إشارة: قوله: (فَزَانٍ) متقيد؛ لأن لو لا تجاب بالفاء ويقع للفقهاء، وكأنهم أجروها مجرى إن، أو يقدر الجواب محذوفًا، فتقديره: فهو زانٍ، وهذه الجملة تعليل للجواب، وحذف الضمير منها الذي هو مبتدأ، ولو قال: لكان زانيًا؛ لسلم عن الإيراد.

قال: (وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ إِسْلَامُهُ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعُلَمَاءِ) لأنه يخفى عليهما بخلاف غيرهما.

قلت: إِنْ أَرَادَ الْأَئِمَّةُ بِقُرْبِ الْإِسْلَامِ مَنْ قَدِمَ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ وَنَحْوِهَا فَذَاكَ، وَأَمَّا مُخَالِطُونَا مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَلَا يَنْقَدِحُ فَرْقٌ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَغْبِيَاءِ مِنْ عَوَامِّنَا، فَإِمَّا أَنْ يُصَدَّقُوا أَوْ لَا.

وينبغي أن يصدق من بلغ مجنونًا فأفاق فوطئ المرهونة على دينه ظانًّا حلها، ولم يمض عليه وقت يمكنه أن يعلم فيه التحريم، وقد نص الشَّافِعِي على تصديق من وطئ أمة أبيه ظانًّا حلها له، وأنه لا حد عليه إذا أمكن صدقه.

قال: (وَإِنْ وَطِئَ بِإِذْنِ الراهِنِ فَعَلَيْهِ دَعْوَاهُ جَهْلَ التَّحْرِيمِ فِي الْأَصَحِّ) أي: إذا كان ممن يخفى عليه ذلك من عوامنا؛ لأنه مع الإذن قد يخفى على العوام، بل حُكي خفاؤه على عطاء، وهو أحد أعلام التابعين، والثاني: لا يصدق إلا حديث عهد بإسلام ونحوه كما في الحالة الأولى؛ لبعد قوله، واختار الشيخ أبو حامد غلط القاضي أبو الطيب.

وقال ابن الصباغ: هذا عندي يختلف باختلاف حال على حسب ما يعرف من حاله من غفلته وتنبيهه، وهذا توسط حسن، إذ يبعد خفاؤه إلا على مغفل منياه في الصلاة.

قال: (فَلَا حَدَّ) للشبهة، ولو علم التحريم مع الإذن حدّ، وقيل: لا يحدّ

وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا، وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ.

لشبهة، خلاف عطاء، فقد حل عنه إن كانت بيعت إلى ضيفانه يعني: يطؤهن.

قال الإمام: وهذا الوجه ليس بشيء؛ لأن الحد لا يدرأ بالمذاهب، وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة، ولا يرى لعطاء في ذلك متمسكًا.

قلت: وبعيد ثبوت ذلك عنه .

قال: (**وَيَجِبُ الْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا**) أي: المشهور كالمفرضة، وفيه قول صححه الْجُرْجَانِي لإذن مستحقه، والخلاف منقول في «المحرر» وجهين، وأغفله «المنهاج» وجزم بالمشهور، ويجب المهر في كل صورة لا حد فيها، وفي معنى المكرهة: النائمة، والمجنونة، والمغمى عليها، والصغيرة المطاوعة، وكذلك الجاهلة كما قاله: الْجُرْجَانِي وغيره، كالأعجمية التي لا تعقل، وكذا لو ظنته زوجها أو سيدها.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو وطئ جارية أبيه لزمه المهر طائعة كانت أو مكرهة، بخلاف أمة الأجنبي المطاوعة على الأصح؛ لأن وطء الأب وطء شبهة، فوجب المهر بكل حال، ويأتي هذا في المشتركة المطاوعة، وهذا ونحوه يضمنه قولهم: كل صورة لا حد فيها، ولكن أحببت التنصيص عليه .

تنبيه: إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه يجب في البكر مهر بكر، ويظهر أن يقال إن قلنا: أرش البكارة يفرد لم يجب إلا مهر ثيب، وإن قلنا: لا يفرد ففيه احتمال؛ لأن إزالتها مأذون له فيها، ويحصل غالبًا قبل كمال الوطء، والأقرب وجوب مهر بكر وأرش البكارة.

قال: (**وَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ**) أي: لاحق به؛ لأنه حكم وطء الشبهة.

قال: (**وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ**) أي: ولا يجزئ على قول المهر على المذهب؛ لأن حق السيد رضي بإتلاف المنفعة لا بالإحبال فقد يقد يعز الوطء عنه، وأيضًا فالموجب للحرية ظن الواطئ، لا الإذن.

قلت: أطلقوا وجوب قيمة الولد، وقد يجيء فيه نزاع إذا كان ممن يعتق على الراهن كما سيأتي في نكاح الأمة إن شاء الله تعالى، وأطلقوا أنها لا

وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا، وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ، ....

تصير أم ولد في الحال، وكذا لو ملكها بعد على الأظهر، ولينظر في وطء الأب المرتهن بالإذن، والظاهر أنها تصير بالاستيلاد أم ولد له كما سيأتي، والكلام هنا في غيره.

وأغرب **الْمَاوَرْدِي** في باب أم الولد من «إقناعه» فقال: إذا أصاب أمة غيره شبهة وأولدها، فالولد حر، وعليه قيمته، وتصير أم ولد له إن أيسر بقيمتها، ويؤخذ بغرمها للسيد، وإن كان معسرًا فهي على الرق، انتهى.

ولم أره في «الحاوي» ولا غيره من كتب المذهب.

قال: (**وَلَوْ أَتْلَفَ الْمَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ صَارَ رَهْنًا**)؛ لقيامه مقامه، هكذا جزما به تبعًا للإمام، وقالا: إن العبد المشترى، بل لا عن الوقف المتلف هل يصير وقفًا بالشراء أم لا بد من إنشائه؟

فيه وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أتلف، وبالثاني قطع **الْمُتَوَلِّي**.

قال المصنف: والأصح أنه لا بدَّ من إنشاء الوقف فيه، ووافق **الْمُتَوَلِّي** آخرون، انتهى.

والظاهر الفرق بين البابين، فإن جميع أحكام الرهن ثابتة، فلا فائدة في إنشاء الرهن، وهناك قيد المشتري لم يصر البدل وقفًا، وقد يرى الناظر المصلحة في رده، ووقف غيره بخلاف ما نحن فيه.

تنبيه: كلام الكتاب يفهم أن البدل قبل قبضه لا يكون رهنًا، لكن قال في «الروضة»: وما دام الأرش في ذمة الجاني هل يحكم بأنه مرهون فيه؟ وجهان، ورجح أن يكون مرهونًا، وهو الصحيح الذي قاله العراقيون خلافًا للمراوزة؛ لأنهم اتفقوا على تعلق حق المرتهن به، وهو الذي في الذمة، وليس للراهن الإبراء منه، ولا معنى للرهن إلا هذا، فإن رجع الخلاف إلى إطلاق لفظ الرهن فلا طائل تحته.

تنبيه ثاني: سكت عمن يقول: قبض البدل، وقد يفهم من قوله: (**وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ**) أنه الذي يقبضه، وقال **الْمَاوَرْدِي**: إنه يقبضه من كان الرهن

فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ.

بيده، وهو العدل أو المرتهن، وليس للراهن أن يقبضه، وإن كان هو الخصم في الجناية، وفي كلام الشَّافِعِي ما يوافقه وما يمكن معارضته به.

وجمع بينهما بأنه إذا كان ثبت البدل أولًا لقيمة ثوب وأرش جناية أوجبت المال لم يقبضه إلا من كان الرهن بيده، وإن لم يثبت البدل بجناية فوجب قودًا، ولم يعف عنها قيد. ومن عليه القود بإعطاء البدل للراهن، فأخذه مصالحة صح، ووقع الموقع، ويعين بقبضه للأرش، وتعلق حق المرتهن به، ثم يرد إلى من كان بيده، وعندي أنه إن كان من كان بيده منصوب الحاكم فالأمر كذلك، ويرد البدل في الحال لأبيه، وإن كان منصوبهما فقد خرج من البين بالإتلاف، فإن اتفقا على رده إليه أو إلى غيره فذاك، وإن تسامحا عدله الحاكم، ويجيء ما سبق فيما إذا كان عدلهما أولًا فاسقًا، ولا معنى لإيجاب الرد إليه إلا برضاهما، ولا فرق في جميع ما سبق بين بدل الحل والبعض، ومحل ذلك فيما بعد القبض، فإن أتلفه قبله ففي انفساخ الرهن خلاف، فإن قلنا: ببقائه، فينبغي أن يقام بدله مقامه، ويكون الرهن فيه جائزًا كأصله لا يلزم إلا بالقبض.

قال: (**وَالْخَصْمُ فِي الْبَدَلِ الرَّاهِنُ**)؛ لأنه المالك كالمؤجر والمعير والمودع على المذهب فيهن، والخصم في الرهن المعار المعير، لا الراهن المستعير، وإنما عبر بالراهن؛ ليدخل الولي والوصي ونحوهما.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ لَمْ يُخَاصِمِ الْمُرْتَهِنُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ لأنه غير مالك.

قال **الْبَغَوِي**: وهو الأصح عند الأصحاب، والثاني: يخاصم؛ لتعلق حقه بما في ذمة المتلف، وبه جزم القاضي الحسين، وعزاه الإمام إلى المحققين.

وقال **الْقَفَّال** في الفتاوى: هو الأصح عندي، وإن كان الشَّافِعِي قال: والخصم فيما جنى على العبد سيده، انتهى.

وهو الخلاف في «التهذيب» و«الشرحين» و«الروضة» هنا قولان، قال: وبمخاصمته عن قعود الراهن عن المخاصمة قطع الإمام والغزالي، وعبارة

فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ اقْتَصَّ الرَّاهِنُ وَفَاتَ الرَّهْنُ، ....

الإمام: قال المحققون: انتهض المرتهن خصمًا، ويوصل إلى حقه كما يقول: له مطالبة الراهن إذا كان هو الجاني، انتهى.

هذا هو المختار وليس مخالف للنص؛ لأن ذلك في أصل الحق لم ير له نصًا عند الامتناع، بل نقل الْبَغَوِي وغيره فيه قولين، والمخاصمة هي القياس، وإلا لضاع الحق.

وحكى المصنف في التنقيح عن صاحب التهذيب أنه قال: ورأيت بخط شيخي فيما سألته عنه أنه لو ادعى على رجل هذه العين التي في يدك ملك فلان رهنها مني أو أجرها مني يسمع، وكذا لو ادعى رجل أنك غصبت مني المرهون فهلك في يدك، فيلزمه قيمته، كما يسمع الدعوى على المالك.

قال الْبَغَوِي: والقياس عندي هذا أنها تسمع الدعوى بالعين، وبعد تلفها بالقيمة، وفي الإجارة لا يسمع بالقيمة، بل بالعين، وكذلك كل موضع يعلق له حق بعين فيسمع دعواه على غاصبها، وأقره المصنف، وكلام الماوَرْدِي في كتاب «السرقة» مصرح باختيار المخاصمة في هذه المسائل ونحوها .

ونقل الرَّافِعِي في الفروع المنثورة آخر الدعاوى عن فتاوى الْقَفَّال، وأقره أنه إذا غصب المرهون من يد المرتهن كان لكل واحد من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب، وحذفت «الروضة» ذكر المرتهن.

قال: (**فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ**) أي: في النفس.

(**اقْتَصَّ الرَّاهِنُ**) أي: المالك له لعموم الأدلة.

(**وَفَاتَ الرَّهْنُ**)؛ لفوات العين وعدم بدلها، فإن كانت الجناية على طرق واقتص نفي الرهن في الباقي، ولو قال السيد: لا أقتص ولا أعفو، فقال ابن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على القصاص، أو أخذ المال، وصححه ابن أبي عصرون، وجعله ابن الرِّفْعَة الأشبه.

وقال الدَّارِمِي: قلنا: موجب العمد القود عينًا لم يجبر، أو أحد الأمرين أجبر على التعيين.

فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَو بِجِنَايَةِ خَطَإٍ لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ.

وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجَانِي وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ، فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الْأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وقال المصنف: ينبغي أن يقال: إذا قلنا: إن عفا على ألا مال لم يصح أجبر، وإلا فلا، والقول بالإجبار مشكل كيف فرض، والقياس عدمه مطلقًا، ولم أر من قال به، ويخرج مما قاله المصنف أن الصحيح عدم الإجبار.

قال: (**فَإِنْ وَجَبَ الْمَالُ بِعَفْوِهِ أَو بِجِنَايَةِ خَطَإٍ**) أي: أو عمد لا قصاص فيه كالهاشمة، أو كان الجاني أباه أو حرًّا ونحوهما.

(**لَمْ يَصِح عَفْوُهُ**) أي: عفو الراهن.

(**عَنْهُ**) لتعلق حق المرتهن به، وهذا هو المشهور، وفي قول: العفو موقوف، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن انفك الرهن بغير الأرش رد إلى الجاني، وإلا فلا، وبني الخلاف على القولين في عتق الفلس، وبني عليهما أن الفاضل من الأرش بعد الدين يكون للراهن، أو للجاني.

قال: (**وَلَا إِبْرَاءُ الْمُرْتَهِنِ الْجانِي**)؛ لأنه لا يملك ما أبرأه منه، فإن فعل فالأصح كون المأخوذ للراهن المالك؛ لأنه يتضمن إسقاط حقه من الوثيقة، وجعله الإمام تفريعًا على قول العراقيين، إذ الأرش يوصف الرهن حال تعلقه بالذمة، وسياقه يفهم أن غيرهم لا يوافقهم عليه.

قال: (**وَلَا يَسْرِي الرَّهْنُ إِلَى زِيَادَتِهِ الْمُنْفَصِلَةِ كَثَمَرَةٍ وَوَلَدٍ**)؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، فلم يسر إليهما كالإجارة وولد الجانية، وأما المتصلة كالسمن وكبر الشجرة والثمرة فيتبع الأصل، ولينظر فيما لو كانت المتصلة مما يعطي حكم العين كما سيأتي، هل يفوز بها المرتهن كالسمن؟ أم يشاركه الغرماء بقدرها نسبة أن يأتي فيه ما سنذكره في التفليس إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَلَوْ رَهَنَ حَامِلًا وَحَلَّ الْأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ بِيعَتْ**)؛ لأنا إن قلنا: الحمل يعلم، فكأنه رهنها، وإلا فقد رهنها والحمل محض صفة.

قال: (**وَإِنْ وَلَدَتْهُ بِيعَ مَعَهَا فِي الْأَظْهَرِ**) بناء على أن الحمل يعلم،

والثاني: لا بناء على أنه لا يعلم. هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال الشيخ أبو محمد: إن قلنا: يعلم، ففي كونه مرهونًا قولان؛ لضعف الرهن عن الاستتباع، والإمام نسب الاستتباع إلى القديم، وعدمه إلى الجديد.

وكذلك الْمَاوَرْدِي وغيره قد قالوا: فيما إذا رهن أمة ثم اعترف بعد القبض أنه كان وطئها، وأتت بولد لمدة الإمكان، أنه لا حقّ للمرتهن في الولد، ووافقهم الرَّافِعِي هناك، وذلك الإطلاق إنما يتجه إذا قلنا: الحمل لا يدخل في الرهن، فإن قلنا: يدخل وكان الوضع لدون ستة أشهر من حين الرهن فينبغي أن يجيء في حريته الخلاف فيما إذا ادعى عتقًا قبل الرهن، وهذا السؤال وارد على الرَّافِعِي، وأما غيره، فيحتمل إطلاقهم على الجديد من أن الحمل لا يدخل في الرهن، ومقتضى ذلك أنه لا يباع معها على الجديد، وهذا يقتضي التوقف في التبعية إذا كان مجيبًا في الحالتين.

ومنع قولنا: إن قلنا: إنه يعلم فكأنه رهنها، فقد نص الشَّافِعِي في باب التدبير من «الأم» على أن الجارية إذا جيئت وهي حُبلى، فحكم ولدها حكم عضو منها ما لم تنفصل، فإن ولدت قبل البيع لم يدخل في الجناية؛ لأنه إذا فارقها فارق حكمها في الجناية، وأكثر ما رأيته من نصوصه يقتضي أن الحمل لا يعلم ولا يقابله قسط، ويستمر عليه ما ذكره في الجانية من بيعه معها مجنيًّا في الحالتين، وحكمه في الجديد أنه لا يدخل في الرهن إذا انفصل؛ لأنه يصير كالولد الحادث، وعلى ما صححاه من أنه يعلم مقابلة قسط من الثمن يحتمل أن يقال: بهذه الأحكام، ويحتمل ألا يقال. وقد ذكر الْمَاوَرْدِي فيما إذا وقف أمة حاملًا، هل يكون حملها إذا وضعته تبعًا لها أو ملكًا للواقف؟ وجهين:

أحدهما: يكون تبعًا إذا قيل: إن الحمل تبع.

والثاني: تكون ملكًا لواقفها إذا قيل: إنه يأخذ قسطًا من الثمن.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ فَالْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي الْأَظْهَرِ**) بناء على أنه يعلم.

فَصْلٌ: جَنَى الْمَرْهُونُ قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ.

فَإِنِ اقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ بَطَلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ بَطَلَ.

وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا.

قال الرَّافِعِي: ويتعذر بيعه معها؛ لأن استثنائه متعذر، ولا سبيل إلى بيعها حاملًا، ويوزع الثمن؛ لأن الحمل لا يعرف قيمته، وعن نصه في «الأم» أن الراهن لو سأل أن يباع ويسلم الثمن كله للمرتهن كان له ذلك، والثاني: أن الولد رهن بناء على أنه لا يعلم، فيبيع كالسمن، وقد بينا أنه الموافق لأكمل النصوص.

فروع: الاعتبار في مقارنة الولد الراهن وحدوثه وسائر الزوائد بحالة العقد، وقيل: بحالة القبض؛ لأن الرهن به يلزم أرش البكارة وغيرها مما ينقص القيمة، وهو بان؛ لأنهما بدل أجر من المرهون لا من الزوائد، ولو نقض بالجناية العين دون القيمة كالخصاء اختص الراهن بالأرش، ولا يتعلق به حق المرتهن، قاله الماوَرْدِي. وكذلك قيدت الفرع المذكور قبله، والشيخان أطلقا.

قال: (**فَصْلٌ: جنى العبد**) أي: بغير أمر سيده أو إذنه.

(**قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ**) أي: على المرتهن؛ لأن حقه متعين في الرقبة، وحق المرتهن ثابت في الذمة، فإن أمره بها وهو لا يميز أو أعجمي يرى وجوب طاعته والجاني الآمر سيده كان أو غيره، وعليه الضمان، ولا يتعلق برقبة العبد على الأصح، صرحوا بالسيد هنا وألحقت به غيره كما ذكروه في الجنايات؛ لأنه آلة لآمره.

قال: (**فَإِنِ اقْتَصَّ أَو بِيعَ لَهُ**) أي: لحق المجني عليه.

(**بَطَلَ الرَّهْنُ**) لفوات محله، فلو ملكه الراهن بعد ذلك لم يعد رهنًا، ولا خفاء أن المراد بالبطلان ما إذا استغرقت الجناية الثمن، وأنه لو فضل عن الأرش منه شيء كان رهنًا.

قال: (**وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتَصَّ**) أي: السيد، أو وارثه، أو الإمام عند فقدهما (**بَطَلَ**) أي: في المقتص منه نفسًا كان أو طرفًا، كما صرح به (المحرر).

قال: (**وَإِنْ عُفِيَ عَلَى مَالٍ لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الصَّحِيحِ فَيَبْقَى رَهْنًا**)؛ لأن السيد

وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَاقْتَصَّ بَطَلَ الرَّهْنَانِ، وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ، فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ، وَقِيلَ يَصِيرُ رَهْنًا.

لا يثبت له على عبده مال، والثاني: يثبت ويتوصل به المالك إن فك الرهن، وحكى العراقيون هذا قولًا عن زوائد شُرَيْح.

إشارة: عُفي بضم العين عن أصل المصنف؛ ليشمل جنايته على نفس السيد خطأً وعمدًا، أو عفوًا الوارث وجنايته على طرف سيده، أو نفس من استحق القود به فعفا، والمرجح في المحل المنع، لكن إن كانت الجناية على طرف سيده فمنصوص الشَّافِعِي والجمهور المنع، وفيه قول بمخرج أو وجه، فإن كانت على نفس السيد خطأً أو عمدًا فقولان منصوصان في «الأم» والأظهر أنه يثبت المال أيضًا، فكان الأجود أن يقول المصنف: على الأظهر.

قال: (**وَإِنْ قَتَلَ**) أي: المرهون أي: (**مَرْهُونًا لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ**) أي: عند مرتهن آخر (**فَاقْتَصَّ**) يعني السيد ونحوه.

(**بَطَلَ الرَّهْنَانِ**) لفواتهما وإن لم يكن له مرهونًا؛ فكجنايته على سيده، وعد في كلام الكتاب بالنون.

قال: (**وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ**) أي: بعفوه أو أقبضه الجناية.

(**تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ الْقَتِيلِ**) كما لو أتلفه السيد وأولى، وإنما وجب المال وإن كان للسيد على عبده؛ لتعلق حق الغير.

(**فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ**)؛ لأن حقه في مالية العبد، لا في عينه، ولأنه قد يرغب فيه بزيادة، فيتوثق مرتهن القتل.

(**وَقِيلَ: يَصِيرُ**) أي: القاتل.

(**رَهْنًا**) ملكًا لذا المقتول، ولا يباع إذ لا فائدة فيه.

تنبيهات: الوجهان ما إذا كانت قيمته كقيمة المقتول أو أقل، فإن كانت أكثر قال المحاملي والماوردي وخلائق: يباع منه ما يقضي به الأرش، ويكون الباقي رهنًا، فإن تعذر بعضه أو نقص بالتشقيص بيع جميعه، وكان ما زاد رهنًا عند مرتهن القاتل.

....

وقال الرَّافِعِي: يبنى على الوجهين، فعلى الأصح كذلك، وعلى الثاني بيعه منه بقدره، وهذا بناء صحيح حيث ثبت الخلاف، فهو في صورتين إن بطل الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع، أو يتفق الراهن ومرتهن القتيل على البيع، ويطلب مرتهن القاتل البيع؛ لتوقع زيادة الثمن، وأما لو اتفق الراهن والمرتهنان على أحد الطريقين سلك لا محالة، وكذا لو قطعنا لعدم الراغب بزيادة واتفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل أيضًا .

قوله: (وَثَمَنُهُ رَهْنٌ) مقتضاه أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن، وهو متوافق لما سبق في قيمة المقتول، وعبارة «المحرر»: ويجعل ثمنه في يده، وهي محمولة على معنى عبارة «المنهاج»، نعم! كلامه يفهم كون جميع الثمن رهنًا بالغًا ما بلغ، وفيه ما سبق. وقوله: (وَقِيلَ: يَصِيرُ) أي: القاتل.

(رَهْنًا) ظاهره انتقاله من غير إنشاء، وهل يكون ذلك من الجناية أو التقويم وعدم التراضي بالبيع تبينوه، والمفهوم من كلامهم أن معنى النقل إنشاء نقل بتراضيهما، وليس ذلك من نقل الوثيقة المختلف فيه؛ لأن ذلك في نقلها مع بقاء العقد الأول، والمقصود هنا فك رهن مرتهن القاتل، وإثبات رهن مرتهن القتيل، ومثل هذا لا خلاف في جوازه بالتراضي.

وأما القول: بأنه يحصل رهنًا من غير إنشاء فبعيد وليس في عبارة غير «المنهاج» إنشاء غيرها هكذا قال: بعض الشارحين والاستبعاد ظاهر وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» و«التهذيب» و«البيان» وغيرها ينقل إلى يد مرتهن القتيل، وكأن المصنف فهم منها النقل المجرد من غير إنشاء رهن جديد ولا فك وهو بعيد وعبارة جماعة يأباه لكن رأيت في «الكافي» للخوارزمي ما لفظه أحدهما ينتقل العبد الجاني إلى رهن مرتهن العبد المجني عليه، فيصير رهنًا عنده، انتهى.

وهو موافقة لعبارة «المنهاج» والقياس أنه بمجرد الجناية لا يخرج من رهن مرتهنه، حتى لو أسقط مرتهن القتيل حقه من الوثيقة بقي رهن مرتهن الجاني بحاله على الوجهين.

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ نَقَصَتْ الْوَثِيقَةُ، أو بِدَيْنَيْنِ. وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقِلَتْ.

قال: (**فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ، نَقَصَتْ الْوَثِيقَةُ**) كما لو مات أحدهما. وقوله: (**عِنْدَ شَخْصٍ**) ليس بعيد في هذه الحالة، فإنه لو رهنهما عند شريكين أو جماعة شركاء على دين واحد، فالحكم كذلك.

قال: (**أَوْ بِدَيْنَيْنِ، وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقلت**) أي: وإلا فلا إذا رهنا عند شخص بدينين في صفقتين، فإن اتفق الدينان حلولًا أو أجلًا وقدرًا والقيمتان، فلا نقل ولا بيع على القاتل على حاله، وسقطت وثيقة المقتول، وقيل: ينبغي عرضه المبيع لاحتمال راغب، فيكون قدر قيمته المقتول رهنًا مكانه، وما زاد رهنًا مكان القاتل حكاه الرُّويَانِي، وإن كان أحد الدينين دراهم والآخر دنانير فوافقها في القيمة؛ فوجهان، وقال المرتهن: قد جنى ولا آمنه فباعوه ووضعوا ثمنه رهنًا مكانه، ففي إجابته وجهان، وكلام المصنف يشعر بالإجابة؛ لأنه عوض مقصود. ولو بدت منه هيئة قريبة من الهلاك فقال المرتهن: بيعوه ابق ثمنه، لم يجب إلا أن يمرض مرضًا نخاف موته منه، فيلحق بما يتسارع فساده. قاله الإمام. وكلام القاضي الحسين يقتضي طرد الخلاف فيه.

ولو اتفق الدينار وقيمة القاتل أكثر بيع منه ما يساوي قيمة القتيل، أو نقل على الوجهين السابقين وإن اختلف الدينار واتفقت القيمتان، فإن كان دين القاتل أكثر فلا بيع ولا نقل، وإن كان أقل، أو كان اختلافهما في الحلول أو قدر الأجل، فينقل، أو يباع على الوجهين. ولو اختلف الدينار والقيمتان، فإن كان الاختلاف بالحلول والتأجيل نقل وإن كان بالقدر، فإن كان المرهون بأكثرهما هو القتل وقيمته أكثر نقل، وإن كان مرهونًا فلهما وقيمته أكثر ينقل بقدره، وإلا فلا فائدة، وحيث أطلقنا النقل فالمراد على الوجهين.

ولو طلب المرتهن من الراهن جعل القاتل مرهونًا مع بقائه مرهونًا بما كان مرهونًا قبل جنايته، قال الإمام: لم يجب بالاتفاق يعني: لا يجب على الراهن ذلك، فإن تراضيا، فهو كنقل الوثيقة .

هذا تفصيل قوله: (**وَفِي نَقْلِ الْوَثِيقَةِ غَرَضٌ نُقلت**)، ومراده بالنقل: أنه يباع

وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ، بَطَلَ. وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ وَبِالْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ.

ويجعل ثمنه رهن على الأصح، أو يجعل رهنًا على الوجه الثاني.

واعلم أن الدينين لو اختلفا في الاستقرار وعدمه، كثمن ما يتوقع رده بعيب أو صداق قبل دخول؛ فلا أثر له عند الجمهور، وقيل: إن كان القاتل مرهونًا بالمستقر فلا فدية للنقل أو لغيره، فوجهان. وفي «البسيط»: إن اختلاف جنس الدينين كاختلاف القدر. قال الرَّافِعِي: وهو متجه في المعنى، لكنه مخالف لنص الشَّافِعِي والأصحاب. انتهى.

قلت: وهو المتبادر من إطلاق الكتاب.

إشارة: قوله: (غَرَضٌ) أي: للمرتهن كما صرح به الدَّارِمِي و«المحرر» وغيرهما، واقتضاه كلامهم، ولا يبعد أن يقال: يعتبر أيضًا غرض الراهن في بعض الصور، كما لو أشرف على الموت، وطلب بيعه، وجعل ثمنه رهنًا، فأتى المرتهن عنادًا.

قال الشارح: (وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ) أي: كالموت والحرق والغرق (بَطَلَ) يعني الرهن لفواته.

قال: (وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ الْمُرْتَهِنِ) أي: بفسخه؛ كقوله: فسخت الرهن، أو أبطلته، أو أسقطت حقي من التوثق، ونحوها؛ لأن الحق له، فله فسخه متى شاء لحيازته من جهته بخلاف الراهن، فإنه بالإقباض لازم من جهته.

قال: (وَبِالْبَرَاءَةِ) أي: (مِنَ الدَّيْنِ) سواء كان بقضاء، أم بإبراء، أم بإرث، أم بحوالة، أم بإقالة، أم باعتياض.

ولو اعتاض فتلفت العين قبل التسليم، بطل الاعتياض، ويعود الرهن كما كان كعود الدين قاله: الْمُتَوَلِّي، وفي عود الرهنية وقفة.

قال: (فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ) أي: من الدين.

(لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ) أي: إجماعًا، ولأنه وثيقة بالدين، ويحل جزء منه كالشهادة.

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُه.

(فَصْلٌ [في الاختلاف في الرهن]: اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ، فَلَوْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا.

ولو اشترط أنه كل ما قضى شيئًا انفك منه بقدره، فسد الرهن للمنافاة. قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ)** مثلًا. **(بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا انْفَكَّ قِسْطُهُ)** تعدد الصفقة بتعدد العقد.

قال: **(وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا انْفَكَّ نَصِيبُهُ)**؛ لتعدد الصفقة بتعدد العاقد، ولو رهنه من اثنين فبرئ من دين أحدهما انفك قسطه، وقيل: إن اتحدت جهة الدينين كأن أتلف عليهما مالًا فلا.

قال: **(فَصْلٌ [في الاختلاف في الرهن]: اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِ)** أي: في أصله، فادعاه رب الدين وأنكره الآخر جملة، أو قال: رهنتني عبدك، فقال: ثوبي.

(أَوْ قَدْرِهِ) كرهنتني هذين، فقال: هذا **(صُدِّقَ الرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ)** عملًا بالأصل، والأحسن أن يقال: صدق المالك أو الآخر، إذا المنكر ليس براهن.

قال: **(فَلَوْ شُرِطَ)** أي: الارتهان **(فِي بَيْعٍ تَحَالَفَا)** قال الرَّافِعِي :كما في سائر كيفيات البيع إذا وقع فيه اختلاف ذلك، ولك أن تقول: إن اتفقا على البيع بشرط الرهن، واختلفا في الوفاء، فادعاه المرتهن وأنكر الراهن ليأخذ الرهن، وليس اختلافًا في كيفية البيع، وإن اختلفا كيف صدر البيع، فالتحالف صحيح، وقد ذكره الرَّافِعِي في «الشرح» صريحًا، وفي «المحرر» مدرجًا في الكيفية، فكان فيه غنى عن إعادته هنا.

والماوردي ذكره في الصورة الثانية، وتمكن أن يصورها إذا قال: رهنتني مشروطًا في البيع، فقال: ما رهنتك وفرعا على أن بمجرد شرطه في البيع يصير رهنًا، ويظهر أنه اختيار الْمَاوَرْدِي، فيرجع إلى الاختلاف في كيفية البيع.

وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالْقَوْلُ: فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ: بِيَمِينِهِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ.

لكن الْمَاوَرْدِي قال: هنا شيئًا زائدًا، وهو أن المشتري يبتدئ بالثمن، وقال: إن المذهب لا يختلف فيه؛ لأن يمينه لإنكار عقد الرهن، ويمين البائع لفسخ البيع بعدم الرهن، فيقول المشتري: والله لقد اشتريتها بلا رهن! ثم يحلف البائع: لقد باعها برهن. فإذا حلفا خرج العبد من الرهن ولزم العبد.

وصور الماوَرْدِي المسألة أن يقول صاحب الحق: بعتك داري بألف على أن ترهنني بها عبدك، فيقول: بعتنيها على ألّا رهن، وما قاله في البداءة بالمشتري يخالفه تصريح الإمام، فحصل طريان البداءة بالبائع كغيره، وفي كلام ابن الصباغ والقاضي ما يوافق الإمام، فحصل طريقان: البداءة بالمشتري قطعًا التخريج على أقوال البداءة في البيع، وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي أنه لا يجب الجمع بين النفي والإثبات، وهو قضية كلام جماعة، وكلام آخرين بإطلاقه يقتضي التسوية بينه وبين الاختلاف في البيع، وهو القياس، وما ذكره من أن أثر التحالف ثبوت الخيار للبائع كلام غيره يقتضي موافقته، وهو مخالف ما قالوه: في باب التحالف، وكلام الْبَغَوِي يقتضي التسوية، وهو القياس.

وإذا تحالفا، فإن قلنا: ينفسخ بمجرد التحالف اندفع الرهن والبيع، وإن قلنا: لا بد من فسخ، فلا يحكم باندفاع الرهن والبيع حتى يفسخ من كان منهما، فيندفعان جميعًا، هذا هو قياس التحالف، فمن خرج عنه يحتاج إلى دليل.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِائَةٍ)** أي: وأقبضاه إياه.

(وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ، وَالبَاقِي فِي نَصِيبِ الثَّانِي قَوْلُهُ: بِيَمِينِهِ) لما قدمناه.

قال: **(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ)** أي: على المكذب؛ لعدم التهمة، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي، ثبت رهن الجميع ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن، وليشهد عليه، فوجهان.

ويقال قولان، أحدهما: لا يقبل شهادته؛ لأن كل واحد يزعم أن صاحبه

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَو فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: غَصَبْتَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخرَى فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ فَلَهُ تَحْلِيفُهُ، وَقِيلَ: لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا كَقَوْلِهِ أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ، ....

كاذب ظالم بالجحود، وطعن المشهود له في شهادة يمنع قبول شهادته له وأصحهما، وبه قال الأكثرون تقبل، إذ ربما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق. قاله الرَّافِعِي. وأعرض بأن الكذبة الواحدة لا تفسق إذا لم يكن جحد الحق واجب، ولا دعوى لما لم يجب، أما إذا كانت كذلك فينبغي أن تكون مفسقته، نعم يحتمل ألا متعمدًا؛ بل جحد الشبهة عرضت له أو نسيان، ولنا وجه ثالث أن من شهد أولًا تقبل دون الآخر؛ لأنه انتهض خصمًا منتقمًا.

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ أَو فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ غَصَبْتَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) إذ الأصل عدم اللزوم، والإذن في القبض، وقيل: يصدق المرتهن عملًا باليد وزيف عاد اليد لا دلالة لها على الرهن، كما قاله: في «الأم».

قال: (**وَكَذَا لو قَالَ: أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَى**) أي: كإيداع، أو إجارة، أو إعارة، ونحوها.

(**فِي الْأَصَحِّ**) أي: في المنصوص، إذ الأصل عدم ما ادعاه، والثاني: يصدق المرتهن؛ لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، الرَّافِعِي صرفه إلى جهة أخرى، والظاهر خلافه؛ لقرينة تقدم العقد المحوج إلى القبض.

مطلب: قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ، فَلَهُ تَحْلِيفُهُ**) تحليف المرتهن بجريان العادة بالإشهاد قبل الإقباض.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر النص، ونقله الرُّويَانِي في «الحلية» عن النص صريحًا.

مطلب: قال: (**وَقِيلَ: لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ؛ لِإِقْرَارِهِ تَأْوِيلًا، كَقَوْلِهِ: أَشْهَدْتُ عَلَى رَسْمِ الْقَبَالَةِ**) أي: على الكتابة في الوثيقة، لكن أخذ بعد ذلك،

وَلَوْ قَالَ: أَحَدُهُمَا جَنَى الْمَرْهُونُ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ صُدِّقَ الْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ.

وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ،

ونحو هذا من التأويلات المحتملة، كاعتماده كتاب وكيله فبان مزورًا، وقيل: لا يحلف مطلقًا وزيف، وأما الثاني: فصححه المراوزة، ومحله إذا فات الحجة على إقراره، أما لو أقر بمجلس الحكم بعد الدعوى عليه قال الْقَفَّال: لا يمكن من التحليف وإن ذكر؛ لإقراره تأويلًا؛ لأنه لا يكاد يقر عند القاضي إلا عن تحقيق.

قال الرَّافِعِي وقال غيره: لا فرق لشمول الإمكان.

قلت: وهو إطلاق النص والعراقيين والكتاب، ولو شهدوا بإقراره، فقال: ما أقررت، فلا تحليف.

مطلب: كما لو شهدوا بنفس القبض؛ لتكذيبه البينة.

إشارة: لا خفاء أن التحليف ليس مقصورًا على مسألة الرهن، بل يجري الخلاف في نظائر له كثيرة من الأقارير بالقبض والإقباض، فالأوجه جارية فيما لو أقر ببيع أو هبة وإقباض أو ضمان ونحوهما، صرح بذلك الأصحاب.

ولو رفع العين المرهونة إلى المرتهن من غير قصد إقباضه عن الرهن هل يكون قبضًا عنه فيه وجهان في «التهذيب»: أحدهما: كدفع المبيع، والثاني: يكون وديعة بخلاف البيع؛ لأن التسليم واجب، فوقع مطلقه عن الواجب، وهنا غير واجب، فلم يقع مطلقه عنه، ولم يرجح شيئًا.

واعلم أنه إنما يلزم الراهن مقتضى إقراره بالإقباض عند الإمكان فلو قال - وهما بمكة مثلًا -: رهنته اليوم داري بالشام وأقبضته إياها، فهو لاغٍ، نص عليه الشَّافِعِي.

قال: (وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: جَنَى الْمرْهُونُ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، صُدِّقَ الْمنكِرُ بِيَمِينِهِ) إذ الأصل عدمها.

(وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: جَنَى قَبْلَ الْقَبْضِ، فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمرْتَهِنِ فِي إِنْكَارِهِ) صيانة بحقه ولاحتماله مواطأة الرهن والعبد والمدعي على ذلك، والثاني:

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ لَهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ.

يصدق الراهن؛ لأنه أقر في ملكه، فلا تهمة، ورد ذلك بيمينه المواطأة، ويجري القولان في قوله: كنت غصبته، أو اشتريته شراءً فاسدًا، أو بعته قبل أن رهنته، أو وهبته وأقبضته، وفي قول: كنت أعتقته.

قال الشيخ أبو حامد: ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد ودعواه بخلاف سائر الصور.

وفي الإقرار بالعتق قول ثالث أنه إن كان موسرًا نفذ، وإلا فلا تنزيلًا للإقرار بالإعتاق منزلة الإعتاق، ونقله الإمام والغزالي في الصور كلها، وجعلاها على ثلاثة أقوال.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ**) يعني: المرتهن.

(**غَرِمَ الرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ**) كما لو قتله؛ لأنه حال بينه وبين حقه.

تنبيهات: كان الصواب والأحصر أن يقول: وإنه إذا حلف؛ لأن الخلاف في تغريمه قولان منصوصان مشهوران، بقولي الحيلولة، وكذا نقلاهما وغيرهما، وموضع القولين إذا عين الراهن المجني عليه وادعى الجناية، فلو لم يعين أو عين ولم يدع المعين جنايته، فالرهن باقٍ لا محالة سيان في الغرم علم بالجناية عند رهنه، أم جهلها؛ لأن حق الآدمي يضمن بالعمد والخطأ.

قال: (**وَأَنَّهُ يَغْرَمُ لَهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ**) كجناية أم الولد لامتناع البيع، والثاني: يغرم الأرش بالغًا ما بلغ.

قوله: (**وَأَنَّهُ يَغْرَمُ**) الأقل يقتضي أن الخلاف وجهين، وهو طريقان: أحدهما: على القولين في فداء الجاني، أظهرهما ما رجحه والمذهب وبه قال الأكثرون: أنه يغرم الأقل قطعًا.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَا عَلَى الرَّاهِنِ فَإِذَا حَلَفَ بِيعَ فِي الْجِنَايَةِ**)؛ لأن الحق للمجني عليه والراهن لا يدعي لنفسه

وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ، ....

شيئًا، والثاني: على الراهن لأنه مالك العبد، والخصومة تجري بينهما .

إشارة: الخلاف هنا قولان، ويقال: وجهان، فكان وصية اصطلاحه والبراء به أن يقول: والأظهر تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره، وأنه إذا حلف غرم الراهن للمجني عليه والمذهب، وقيل: الأظهر أنه يغرم الأقل المسألة، والأظهر أنه لو نكل المسألة .

قال: (وَلَوْ أَذِنَ) يعني: المرتهن.

(فِي بَيْعِ الْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ، وَقَالَ: رَجَعْتُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَقَالَ الرَّاهِنُ: بَعْدَهُ، فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْمُرْتَهِنِ) إذ الأصل استمرار الرهن، وهذا ما نسباه إلى الأكثرين، والثاني: تصديق الراهن؛ لأن المرتهن أقر بالإذن في البيع ويدعي رجوعًا سابقًا، والأصل عدمه وبقاء الإذن، وقرن الإمام المسألة من اختلاف الزوجين بعد انقضاء العدة في الرجعة فيها.

وقال الدَّارِمِي: إن قال المرتهن: رجعت قبله، وقال الراهن: بعده، فمبني على اختلاف الزوجين في الرجعة على الأوجه الثلاثة، انتهى.

والمذكور في «التهذيب» أنه لو قال الراهن: كنت قد بعت، أو أعتقت، أو وطأت قبل رجوعك، وقال المرتهن: رجعت ما قبل ذلك، نظر. إن قال: الراهن أولًا ما تقدم، ثم قال المرتهن: كنت قد رجعت، فالقول: قول الراهن بيمينه، وإن قال المرتهن: رجعت، ثم قال الراهن: كنت قد بعت أو أعتقت، صدق المرتهن بيمينه، كالوكيل بالبيع إذ قال: بعت، وقال الموكل: قد عزلتك، فالقول قول من سبق قوله، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن بدأ الراهن بذلك فقال المرتهن: أنا كنت قد رجعت لا يقبل قوله، وإن بدأ المرتهن بدعوى الرجوع فقال: أنا قد أعتقت وبعت قبل الرجوع، فوجهان مرسلان في نسخ، وفي نسخ: أن الصحيح تصديق الراهن، وقضية تقريب الإمام.

وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا وَقَالَ: أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ، وَقِيلَ: يُقَسَّطُ.

وبنى الدَّارِمِي ترجيح تصديق السابق منهما كما قاله الْبَغَوِي.

فإن قلت: بذلك، وإلا فما الفرق بين الباقين؟

قال: (**وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّى أَلْفًا، وَقَالَ: أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ الرَّهْنِ صُدِّقَ**) أي: (**بِيَمِينِهِ**) سواء اختلفا في لفظه أم في نيته؛ لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه، وعن ابن أبي هريرة: أنهما إذا اختلفا في نية الدافع لا يحتاج إلى يمين، وهو الجواب في المسألة، وعن القديم: أنهما لو اختلفا في جهة الأداء أن القول: قول القابض. رواه القاضي أبو الطيب وغيره.

قال الأئمة: الاعتبار في قضاء الدين بقصد المؤدي، حتى لو ظن رب الدين أنه أودعه ما دفعه إليه، وقصد المدين الإبقاء، وقع وفاءً، وبرئ منه، وفيه نظر للإمام.

إشارة: لو كان بأحد الدينين ضامن، أو كان ثمن مبيع جلس على أدائه، أو حالًا والآخر مؤجلًا، ووقع هذا الاختلاف، فحكمه ما ذكرناه.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا**) أي: حالة الدفع.

(**جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ**) إذ التعيين إليه ولم يوجد.

(**وَقِيلَ: يُقَسَّطُ**)؛ لعدم الأولية، وهل التقسيط على قدرهما بالتسوية؟ تردد فيه الصيدلاني، واقتصر الإمام على الأول، وصاحب «البيان» على الثاني.

فلو اتفقا على جعله على ما عليه يفرع عن أحدهما، أصحّ الوجهين المنع.

واعلم أن هذا التفصيل يأتي فيما سبق في الإشارة، وفي الإبراء عن أحد الألفين ونحوها حرفًا بحرف وفاقًا وخلافًا، ولا فرق بين كون الألفين لزماه في عقد أو أكثر.

ومن النظائر: كذا ما لو أقرض كافر كافرًا درهمًا بدرهمين، ثم قبض درهمًا، ثم أسلما، فإن قال: المقبض وجدت رأس المال سقط الربح أو أدى الربح بقي رأس المال، أو لم أنو شيئًا، فتعين أو نوزع وجهان.

فَصْلٌ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِالْمَرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ كَتَعَلُّقِ الْأَرْشِ بِالْجَانِي، ....

ومنها: وكيل لدائنين قبض من مديون واحدًا شيئًا، فإن قصد المدين أحد الدينين بعينه أو التوزيع، فكما قصد، ولينظر فيما لو فوض المدين ذلك إلى إرادة الدائن، أو الوكيل ابتداءً أو دوامًا هل يصح وتعتبر إرادته أم لا؟ فيه نظر.

ومنه وقع في الفتاوى: رجل عليه ألفان مثلًا أحدهما تكفل، فدفع المدين ألفًا ولم يذكر شيئًا، ثم مات، فتنازع الوكيل والدائن، فهل يرجع إلى الوارث، أو إلى رب الدين، أو الكفيل، أو يقسط عليهما؟ فتوقفت فيها، وأفتى بعض شيوخ العصر بأن الورثة يقوم مقامه كما لو كان حيًا، فإن له أن يعينه عن أيهما شاء على الأصح. قال: وإن تعذر ذلك جعل بينهما نصفين.

قلت: وفِي تَعْيِينِ الْوَارِثِ وَقْفَةٌ إذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُفْلِسًا أو مُوسِرًا، وَلَا رُجُوعَ لِلضَّامِنِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ شَغْلِ ذِمَّتِهِ لِجَمِيعِ الْكَفَالَةِ مَعَ الشَّكِّ. فَيحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: يَقسطُ هُنَا، وَإِنْ لَمْ يقلْ بِهِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَاسِيَّمَا حَيْثُ لَا تَرِكَةَ.

فائدة: وَمِنْ الْقَوَاعِدِ الْمقَرَّرَةِ أَنَّ مَنْ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ: فِي شَيْءٍ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ: فِي صِفَتِهِ.

قال: (**فَصْلٌ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِالْمرْهُونِ، وَفِي قَوْلٍ: كَتَعَلُّقِ الْأَرْشِ بِالْجانِي**) لأن كل واحد منهما ثبت شرعًا بغير رضا المالك.

وقال الْفُورَانِي: هو كتعلق الغرماء بمال المفلس. اختاره ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»، وأثر الخلاف يظهر في تصرف الوارث بالبيع وغيره، فإن قلنا: تعلق رهن بطل تصرفه، أو جناية جاء الخلاف، هكذا عبر شارح، وعبارة «الشرح» و«الروضة» بعد ترجيح الأول، فلو أعتق الوارث، أو باع وهو معسر، لم يصح، سواء جعلناه كالجاني أو كالمرهون، ويجيء في الإعتاق خلاف، فإن كان موسرًا نفذ، وفي وجه: بناء على تعلق الأرش، ولم ينفذ في وجه بناء على تعلق المرهون، وفي وجه: هما موقوفان إن قضى الدين تبينا نفوذهما، وإلا فلا، انتهى.

فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ لَكِنْ إِنْ لَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ فُسِخَ.

وإلا تحرير الخلاف في عتق الموسر على كل القولين كعتق الراهن؛ لأن الوارث ما المعتق ملكه، فليتأمل في بيع الجاني .

قال: (**فَعَلَى الْأَظْهَرِ يَسْتَوِي الدَّيْنُ الْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ**) كسائر الرهون، ومقابلة ينفذ تصرف الوارث فيما زاد على قدر الدين، إذ الحجر عليه في الكبير بالحصر بعيد، فاعلم أن هذا الخلاف جائز على القول الثاني في الكتاب بخلاف ما أشعر به كلام «المنهاج» وأصله.

فرع: لو أدى وارث قسط ما ورث، انفك نصيبه، بخلاف ما لو رهن ثم مات، لا ينفك إلا بوفاء جميع الدين على الأظهر فيهما .

قال: (**وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَارِثُ وَلَا دَيْنَ ظَاهِرٌ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ**)؛ لأن تصرفه كان شائعًا ظاهرًا، ووجه مقابلة إلحاق المتحدد من الدين بالمقارن؛ لتقدم سببه.

تنبيه: كان الأحسن أن يقول: فطرأ دَيْن كردٍّ مبيع؛ ليشمل كلامه ما لو سقط بعد موته ساقط في بئر كان حفرها عدوانًا ونحوها، فإنها على الخلاف .

قال الإمام: وصورة البئر أولًا بعدم النقض، وفوض المسألة فيما إذا اقتسموا، والظاهر ألا فرق، وكذا أطلق الغزالي وغيره، ولعله أراد البينة لا التقييد. قال: (**لَكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ**) الوارث.

(**الدَّيْنَ فُسِخَ**) أي: تصرفه؛ ليصل الحق إلى أهله، ولا طريق غيره، إذ لا دين على الوارث حتى يطالب بفسخ؛ لتعلق حق الغير به، بل يطالب الوارث بالدين كالضامن؛ لأنه فوت التركة، فلزمه ضمانها.

إشارة: قوله (**يُقْضَ**)، وهو بضم الياء؛ ليعم الوارث وغيره قاله: في «الرقائق». والتعبير بالسقوط يعم الإبراء أو القضاء.

واعلم أن قوله: (**فُسِخَ**) يشمل البيع والعتق والوقف وغيرها، وهو في

وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَكَسْبٍ وَنِتَاجٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

البيع ونحوه واضح، وأما العتق فإن كان معسرًا فكذلك نظرًا للميت، وإن كان موسرًا ففي قبضه نظر، ولعله أولى بالتقود من عتق الراهن الموسر، إذ التعلق طارئ على التصرف، فتأمله .

قال: (**وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ التَّرِكَةِ وَقَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ**)؛ لأنه خليفة مورثه، وكان ذلك لمورثه في المرهون، نعم لو أوصى ببيعها وفينا دينه منها ونفذناها، ولو كان الدين أكثر من التركة فطلب الوارث أخذها بالقيمة، وقال الغريم: يباع، وجاء راغب، أجيب الوارث على الأصح والنظر وربما ظهر راغب لا سيما في الشيء النفيس المطلوب غالبًا، فإذا بلغت قدرًا قيل للوارث: إن شئت خذها به، وإلا بيعت به للغير، والله أعلم .

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ**) إذ تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون، والمجني عليه بالجاني، وذلك لا يمنع الإرث، وكذا هذا، والثاني يمنع، وعزاه الإمام إلى القديم، والأول إلى الجديد؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[النساء: ١١] أي: من بعد إعطاء أو وصية وإبقاء دين إن كانا، وعلى هذا هل يمنعان إرث الجميع أو قدرهما؟ وجهان، ونسبه أن الوجهين في الوصية بغير المعين، أما الوصية بالمعين فلا يمنع إرث غيره جزمًا، ويحتمل أن المعين الخارج من الثلث غير موزون جزمًا على هذا القول.

واعلم أن صاحب «البيان» قال في كتاب «الفرائض»: ذهب الأكثرون إلى انتقال ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين، وحكى الشيخ أبو حامد وغيره عن الإصطخري أنه لا ينتقل إليهم حتى يقضي الدين، وحكى ابن الصباغ عنه إن كان الدين محيطًا بالتركة منع الانتقال إليهم، وإلا منع بقدره، انتهى.

ولم يذكر الوصية، وأفاد نقل خلاف في قول: ابن سعيد.

قال: (**فَلَا يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ التَّرِكَةِ كَالْكَسْبِ وَنِتَاجٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) لأنهما بيع

للملك، فإن قلنا: يمنع انتقالها تعلق بها لبقائه على ملك الميت.

تنبيهات: ما ذكره فيما يحدث بعد الموت، أما لو توفي وقد برزت ثمرة لا أكمام لها، فهي تركة، وإن كانت بخلافها بعد التأبير كذلك، وإن مات قبله فوجهان: أحدهما: للورثة، والثاني: تركة، وهكذا لو ترك حيوانًا حاملًا، فانفصل بعد الموت بناء على أن له قسط من الثمن أم لا.

ذكره القاضي الحسين في «الفتاوى»، وفي الوقف بالنسبة إلى البطن الثاني والغرماء، ولينظر فيما لو مات عن زرع لم يسبل هل يكون الحب من التركة للورثة؟ والأقرب الثاني.

نعم لو برزت السنابل فمات ثم صارت حبًا، فهذا موضع تأمل، اقتضى كلام الإمام الرَّافِعِي في كتاب«النكاح» كلامه على نكاح العبد تعلق الدين بزوائد التركة عكس ما قاله: هنا، وتبعه في «الروضة»، ولم يقع عن قصد، فإنه خلاف المذهب.

فائدة: قال بعض أشياخ العصر: غلط جماعة من المتقدمين والقضاة فيما إذا كان على الميت دين للوارث أنه يسقط منه بقدر إرثه، فإن كان جائزًا سقط الجميع، وأنه يظهر لذلك من ذلك الدين لو كان لأجنبي، وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساويًا للتركة أو أقل، ومما يلزم الورثة أداؤه إن كان أكثر، ويستقر له نظيره من الميراث، ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين، وهذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه، ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه على قدر حصصهم، وقد يفضي الأمر إلى التقاضي إذا كان الدين لوارثين. وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قال المصنف: [مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ

قال الشارح: كتاب التَّفْلِيسِ هو بيعك من الإفلاس مأخوذ من الفلوس التي هي أحسن المال، وكان حاله صار إلى الفلوس، إما ملكًا أو تصرفًا، ثم كنى به عن عدم المال أو قلته، ثم يشبه به المحجور عليه بالدين.

وهو في الشرع: مَن حجر عليه الحاكم لديون الناس لإفلاسه، والأصل في الباب قوله ﷺ: (**«إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء»**(١) متفق عليه.

وقد حجر ﷺ على معاذ ﵁ وباع عليه ماله في دين كان عليه. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وحجر عمر ﵁ على أسيفع من جهينة مشهورة(٢).

قال: (**مَنْ عَلَيْهِ دينٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَى قَدْرِ مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ الْغُرَمَاءِ**)

أي: ومن مات عنهم من ولي ووصي وثم حاكم؛ لما سبق، ولما فيه من مصلحة الغرماء؛ لئلا يخص بعضهم بالوفاء فيضر بالباقين، ويتلفه بإنفاق وغيره، فتضيع حقوقهم .

قال ابن الرِّفْعَة: ومن هذه العلة فوجد أنه لو كان ماله مرهونًا امتنع الحجر، ولم أره منقولًا.

قلت: ويظهر أن يقال: إن كان الدين مستغرقًا للمرهون فلا معنى للحجر، وإن كان المرهون أَزْيَد؛ كرهنه ما يساوي ألفًا مثلًا على مائة، فينبغي أن يتوجه الحجر عليه فيه لما أشرنا إليه؛ لأنه قد يخص به المرتهن محاباةً وإصرارًا بغيره.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٠١) ومسلم (١٥٥٩).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٤١).

....

تنبيهات: منها: قوله: (ديون) لا مفهوم، فإن الدين الواحد كافٍ، وكذا قوله: (الغرماء) كما سيأتي.

وأخرج بقوله: (حالة) المؤجلة، فلا حجر بها على الأصح كما سيأتي.

ومنها: قوله: (زائدة) أخرج به المساوية لما بيده، والمنقول فيها أنه إن كان ينفق من كسبه فلا حجر وإن بدت أمارات الإفلاس، فإن لم يكن كسوبًا بل ينفق من ماله، أو لم يف كسبه بنفقته، فوجهان أصحهما عند العراقيين: لا حجر، كما اقتضاه كلام الكتاب، وصرح به من بعد.

قال في «الروضة»: واختار الإمام الحجر، وعبارة الإمام: وهذا الوجه مختار عند الأئمة، وفي «البسيط» أنه القياس، وصححه ابن أبي عصرون، ومنها قضية كلام الكتاب وغيره أنه لا بد أن يكون له مال حالة الحجر يحجر عليه فيه.

قال الرَّافِعِي: ويجوز ألا يحتاج في الحجر إلى أن يملك المفلس مالًا، بل مجرد الدين يكفي لجواز الحجر منعًا من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد وإتهاب، فإن كان كذلك فليفسر المفلس بمن لا مال له يفي بديونه، فينضم من لا مال له أصلًا، ومن له مال، انتهى.

وفيه نظر، نعم يتجه الحجر على من له فعل يحدث من ثمر شجر موقوف عليه ونحو ذلك بمن له دين مؤجل، وجعل على عمل لم يتمه.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: إن ما بحثه الرَّافِعِي مخالف لنص الشَّافِعِي والقياس، فلأنه ذكر أنه إنما يتوجه الحجر إلى ماله، فإذا لم يكن له مال فإلى ماذا يتوجه؟

وأما القياس فلأن ما يتجدد له من المال إنما يحجر عليه إذا رأينا بيعًا للمالك الموجود، وما جاز بيعًا بمبيع تجويزه قصدًا، وكيف يكون وهو لا يلزمه فعل ذلك، فيحجر عليه فيما لا يجب عليه تعاطي سببه، انتهى.

وهذا حق، وينبغي بناء ذلك على أن الحجر هل هو على ماله؟ أو على

وَلَا حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ، وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

نفسه؟ وفيه وجهان، فإن قلنا: على نفسه، اتجه بحث الرَّافِعِي، وإلا فلا، ولكن الحق أن الحجر على ماله، فحيث لا مال لا حجر، والوجهان رواهما ابن الرِّفْعَة، وهما غريبان.

ومنها قوله: (يحجر) أي: يجب أن يحجر الحاكم عليه عند الْتِماسه منه، وقول بعض الأصحاب: فللقاضي أن يحجر أراد الرد على أبي حنيفة، فإنه قال: ليس له أن يحجر، فقالوا: بل له ذلك، وعبارة «المحرر»: ويجوز الحجر، وهي موافقة لعبارة الإمام والغزالي وغيرهما.

قال شارح: ولعل هؤلاء يقولون: يفعل ما يراه مصلحة من الحجر والمبادرة إلى البيع، وما ذكره من المبادرة إلى البيع بلا حجر لم يعهد.

ومنها قوله: (سؤال الغرماء) يقتضي أنه لا حجر بغير مسألة مطلقًا كما صرح به من بعد، وليس كذلك كما سنوضحه إن شاء الله تعالى .

قال: (وَلَا حَجْرَ بِالْمُؤَجَّلِ) شرع في شرح القيود التي تضمنها كلامه أول الباب، وتكلمنا على بعضها، وكان الأحسن أن يقول: (فلا حجر بالمؤجل) بالفاء، إذ لا مطالبة به في الحال، وقيل: إن قلنا: يحل بالفلس حجر أيضًا.

قال: (وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ لَمْ يَحِلَّ الْمُؤَجَّلُ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأن الأجل مقصود له، فلا يفوت عليه، والثاني: يحل كالموت، وفرق بأن ذمة الميت خربت بخلافه.

تنبيهات: بنى الماوَرْدِي القولين على أن حجر المفلس لحجر المريض، أو كحجر السفيه، وفيه قولان: إن قلنا: بالأول حل، وإلا فلا، وغلط شارح فعكس النقل، فقال: إن قلنا حجر سفه فيحل، أو حجر مرض فلا.

قال في متن «الروضة»: ولو جن وعليه دين وحلّ حلّ على المشهور، وهو سبق قلم أو غيره، وتبعه عليه الشارح المشار إليه، وهو مكتوب بخط المصنف على كشط ومضروب عليه، ثم كشط الضرب، وكأنه الْتبس عليه، ولا شك أن الصحيح العكس، وذكره في «التنقيح» على الصواب، فصحح عدم الحلول

وَلَوْ كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ فَلَا حَجْرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ....

فيهما، بل في «النهاية» و«البسيط» أنه أولى بالمنع من المفلس؛ لأن القيمة أن يبتاع له بثمن مؤجل، وقاس القاضي أبو الطيب القول الأظهر في الفلس على الجنون الحق طروء الرق بالفلس، وتصويره ظاهر، وجعلا الخلاف في الحلول بالرق أولى منه بالفلس. ذكراه في «السير»، ونقلا الحلول بطروء الرق على النص، وجعلاه دليلًا لطريقة جازمة بأن المكاتب إذا حجر عليه بالفلس حلت ديونه، والطريقة الصحيحة فيه أنه على القولين كالحر المفلس.

قال صاحب «التعجيز»: ولا يبعد إجراء الخلاف فيما لو حجر عليه بالسفه، وفيه نظر ظاهر، نعم هل يحل بالردة؟

قال ابن الرِّفْعَة هناك: قال الأصحاب: يعني ذلك على زوال ملكه إن قلنا: ببقاء فلا، أو بزواله فنعم، وإن وقفناه فأسلم بنينا عدم حلولها.

قال: (وَلَوْ كَانَتِ الدُّيُونُ بِقَدْرِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ كَسُوبًا يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ) ينفق من كسبه (فَلَا حَجْرَ) أي: لعدم الحاجة إليه بل فأمر الحاكم بقضاء الدين، فإن امتنع باع ماله أو أكرهه على بيعه، وهل للحاكم إذا التمسه للغرماء عند امتناعه من الوفاء والبيع حبسه من إتلافه أمواله؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم، وهذا غير حجر الفلس، لا كما أفهمه كلام بعض الشارحين.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ، فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ)؛ لتمكنهم من المطالبة في الحال، والثاني: يحجر؛ لئلا يذهب ماله فيها، وقد عجلنا الكلام في المسألة، وحكى صاحب «المهذب» الخلاف قولين، وأجرى الخلاف كما قدمناه فيما لو كان كسبه لا يفي بنفقته؛ لقصوره عنها، أوقد وفاه، وفيما لو كانت الديون أقل، ولكن غلب على الظن مصير ماله إلى البعض، أو المساواة لكثرة النفقة، وهذه الصورة أولى بالمنع.

قال: (وَلَا يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ) أي: من الغرماء المطلقين للتصرف؛ لأن

فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمُ الحَجْرَ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حُجِرَ، وَإِلَّا فَلَا، ....

الحق لهم، وهم ناظرون لأنفسهم، واعلم أن تقييده أولًا الحجر بسؤال الغرماء وإطلاقه هنا أنه لا يحجر بغير طلب، وإن كان المراد ما نزلنا كلامه عليه من أن ذلك في المطلق التصرف في أموالهم، على أن الإمام قال في كتاب «العدد»: المذهب أن للحاكم أن يحجر عليه من غير استدعاء الغريم يطرأ له، ويقوي هذا أو يتعين فيما إذا كانت حاله تقتضي الحجر عليه؛ لسفهه وتدبيره، فيحجر عليه في ماله، والفلس يطرأ له. أما لو كانت الديون لمحجور عليهم بصبا أو جنون أو سفه، فإنه يحجر لمصلحتهم بلا التماس، وكذا لو كان في الغرماء واحد من هؤلاء ودينه قدر الحجر به إن اعتبرنا ذلك. قال في «الروضة» وغيرها: ولا يحجر لدين الغائبين؛ لأنه لا يستوفي مالهم، انتهى.

وهذا في مطلق التصرف، أما لو كان لمحجورين، وكان النظر لهم في ذلك حجر، إذ النظر في أموالهم لقاضي بلدها على الأصح، على أنا نمنع استيفاءه دين الغائب إذا كان على غني على الأصح، فلو كانت على من يخاف فلسه، قال القَفَّال: فللحاكم نصب من يستوفيها، أو كانت على غاصب يخشى فواتها، وإذا كان الاستيفاء خوف الموت كان له الحجر في هذه الحالة بلا شك، ولو كان الدين لمفلس حي أو ميت وتقاعد الحي والورثة، فهل يحجر بغير التماس يطرأ للميت؟ وهل يقوم التماس الغرماء مقام التماس الدائن المفلس، والورثة في هذه الحالة الأقرب، نعم والظاهر أن من لا وارث له يحجر الحاكم على غرمه بشرطه بلا التماس لحق المسلمين، وكذا لو كان ثم وارث غير جائز كبنت، وفي معناه: ما لو كان الدين لجهة وقف على الفقراء، ومسجد، ونحوه من الجهات العامة.

قال: (**فَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمُ الحَجْرَ**) أي: بعض الغرماء الدين نزلنا كلامه.

(**وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ حُجِرَ**) أي: لوجود شرط الحجر، ثم لا يختص أثره بالطالب، بل يعمهم.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**)؛ لأنه يمكنه طلب دينه كما له، فلا حاجة إلى طلب الحجر.

وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمُفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ.

قال في زيادة «الروضة»: وأطلق القاضي أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب» أي: و«الكافي» أنه إذا عجز ماله فطلب الحجر بعض الغرماء حجر، ولم يعتبروا قدر دين الطالب، وهذا قوي، وممن أطلق ذاك ابن الصبَّاغ والعمراني وغيرهم من العراقيين، واختاره الشيخ أبو محمد الجويني، وسنذكر عن نص الإمام ما يؤيده، وهذا يظهر عند امتناع الغريم من الأداء، أو ادعائه العجز أو خوف إفساده ماله، أما لو قال: أنا أوفي دينه وبدله.

وقال الدَّارِمِي: إذا كان له غرماء حضور وغيب، ومعه وفاء الحضور ويعجز عن الجميع، فأراد الحضور الحجر، فعلى الوجهين.

قال: (**وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ الْمفْلِسِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن له غرضًا ظاهرًا فيه، وهو صرف ماله إلى ديونه، وذكر الرَّافِعِي أنه روي أن الحجر على معاذ ﷺ كان بالتماسه. وفي «النهاية» و«البسيط» إلى الأكثرين.

وقال في «الاستقصاء» أنه ليس بشيء، والثاني: لا حجر؛ لأن الحق للغرماء، ولمنافاة الحجر للحرية، وإنما حجر عند طلب الغرماء للضرورة.

تنبيهات: الظاهر أن هذا الخلاف في جواز إجابته وعدم جوازه بخلاف ما لو سبق عند سؤال الغرماء.

نعم، يظهر القول بوجوب إجابته حيث يتوجه على الحاكم الحجر نظرًا للمحجورين ومن ألحقناه بهم، وكنت أود أن لو قيل في صورة الكتاب: مجتهد الحاكم في إجابته، فإن ظهر له أن قصده السداد أجابه، أو الفساد فلا، وإن لم يظهر له شيء فتردد إذ أجابه الحاكم، وسببه أنه لا يعتبر هنا كون الديون زائدة على ما بيده، بل بحسبه إذا خاف العجز لكن خرجه، أو لعدم كسبه، وإن لم يجب الغرماء في هذه الحالة.

ثم صور المسألة حيث بدت الدين بدعوى وإقامة بينة، أو إقراره، ولم يطلبوا الحجر عليه، وطلبه هو، أو كان القاضي عالمًا بثبوت الدين، وقلنا: يعتمد عليه، أما بدون ذلك فلا يكتفي طلب المفلس، وإذا لم يكتف بذلك، وكان الدين

فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ.

لمحجورين، أو لجهة عليه، فينبغي نصب الحاكم من يدعي، ثم يحجر.

فرع: أغرب الدَّارِمِي فقال: لو اجتمع الغرماء على تفليسه من غير الحاكم، فعلى وجهين، ولعل محلهما حيث لا حاكم، وينبغي أن يشترط الإشهاد هنا جزمًا إن جوزنا ذلك، وهو بعيد.

فرع: في كيفية اللفظ الذي يقع به الحجر من القاضي وجهان في «الحاوي».

قال البغداديون: يقول: وقفت مالك، ومنعتك من التصرف فيه.

وقال البصريون: يقول: حجرت عليه بالفلس؛ لأن الحجر يتنوع والمنع من التصرف، ووقف المال من أحكام الحجر، فلا يقع به الحجر.

وقضية كلام الجمهور أنه مخير بين هذه الصيغ وغيرها.

ويستحب للقاضي أن يشهد على الحجر، وأن يظهر ذلك في البلد فيفشيه في الناس.

قال الْعِمْرَانِي: فيأمر مناديًا ينادي في البلد: ألا إن الحاكم قد حجر على فلان بن فلان.

وقيل: يجب الإشهاد، ونقل الْمَاوَرْدِي استحبابه عن البغدادين.

وعن البصريين: إن من شرط ثبوت الحجر الإشهاد، ولفظ نصه في الْبُوَيْطِي، وينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد أوقف ماله، فإن لم يشهد القاضي فهو على أصل الإطلاق أبدًا حتى يشهد القاضي على وقفه، انتهى.

وكنت أود لو قيل: إن التمس الغرماء الإشهاد لزمه وإلا استحب له.

قال: (**فَإِذَا حُجِرَ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ**) أي: عينًا أو دينًا ومنفعةً لتحصيل الغرض المقصود من الحجر، وقضية كلام المصنف والجمهور أنه لا يتعلق بماله قبل الحجر، وإن كان بعد رفعه إلى القاضي وطلب الحقوق منه حينئذٍ ينفذ تصرفه ما لم يصرح الحاكم بالحجر.

……

ورأيت في «الأم» في كتاب الحرية: أنه إذا أعسر بالحرية فالسلطان غريم من الغرماء.

قال الشَّافِعِي: وإن فلسه لأهل دينه قبل أن يحول عليه الحول ضرب مع الغرماء بحصة جزيته؛ لما مضى عليه من الحول، وإن قضاه الجزية دون غرمائه كان له ما لم يستعد عليه غرماؤه، فإذا استعدى عليه بعضهم فليس له أن يأخذ جزيته دونهم؛ لأن عليه حين استعدى عليه أن يقف ماله إذا أقر به أو ثبت ببينة، فإن لم يكن عليه بينة ولم يقر واستعدى عليه كان له أحد جزيته دونهم؛ لأنه لم يثبت عليه حق حين أخذ جزيته. هذا لفظه، وفيه فوائد، وما أفهمه من أنه إذا ثبت الحق بعد الاستعداد بإقرار أو بينة امتنع عليه نصًّا بعض الغرماء بمجرد ذلك، غريب باباه نص الْبُوَيْطِي السابق وكلام الأصحاب، فيجب تأويله.

تنبيه: قيد قوله: (حق الغرماء) يشعر بأن حق الزكاة والكفارة لا يتعلق بماله كما صرحا به في كتاب الأيمان بعد ذكرهما الأقوال في اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمي، فقالا: إن الأقوال لا تجري في المفلس، بل يقدم حق الآدمي ما دام حيًّا، وجزم ابن أبي هريرة في شرح «المختصر» في الأيمان بحرمانها في حال الحياة، والتردد فيها بعد الموت، انتهى.

وما ذكره في الأيمان ليس بجيد، وقد أوضحت ذلك فيما سبق في الكلام على قول: المصنف، ولو جمع زكاة ودين آدمي في تركة، وخرج القاضي أبو الطيب في مال المحجور بكتابه على الأقوال، وأن ثالثها تقدم السابق، فراجع ما سبق.

فرع: في حجر الفلس قولان. قال شارح: أصحهما على ما دلَّ عليه كلام السابق في «الأم» و«المختصر» و«الْبُوَيْطِي» أنه كحجر المرض، والثاني كحجر السفه، وحكي قول ثالث: أنه كحجر الرهن، وعلى كل قول لا بُدَّ من تقييد هذا التشبيه؛ لما عرف من تصرف السفيه والمريض والمفلس في أموالهم، انتهى.

وقضية ترجيح بطلان تصرفاته في الحال أن يكون الأظهر أنه كحجر السفيه وبه صرح الصيمري في شرح «الكفاية» حيث قال: ويمنعه من البيع والشراء

وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحَذَّرَ.

وَلَوْ بَاعَ أَو وَهَبَ أَو أَعْتَقَ فَفِي قَوْلٍ يُوقِفُ تَصَرُّفَهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنْ الدَّيْنِ نَفَذَ وَإِلَّا لَغَا، وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

والهبة والإبراء والعتق والكتابة، فإن فعل شيئًا من ذلك فكله باطل؛ لأن الحجر عليه يجري مجرى السفه، وفيها قول آخر: أنه يجري مجرى حجر المرض، انتهى.

قال: (**وَأَشْهَدَ عَلَى حَجْرِهِ لِيُحَذَّرَ**) أي: يحذر الناس معاملته، ولم يبين هل ذلك مستحب أو واجب؟ وقد بيناه فيما سبق.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ، أَو وَهَبَ، أَو أَعْتَقَ، فَفِي قَوْلٍ: يُوقِفُ تَصَرُّفَهُ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنْ الدَّيْنِ**) أي: لارتفاع القيمة، أو لإبراء بعض الغرماء، أو إرثه لدينه.

(**نَفَذَ، وَإِلَّا لَغَا**) إلحاقًا له بالمريض.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ**) أي: في الحال؛ ليعلق حقوقهم به كالمرهون، وإجراء الحجر مجرى حجر السفه، وقول ابن الْقَطَّان في «فروعه»: نص الشَّافِعِي ﷺ على أن عتقه مردود، ويجيء فيه ثلاثة أقاويل، ثالثها: أنه موقوف والتقود مطلقًا شاذ، ولا فرق في جريان القولين بين أن يقبضه الحاكم على الحجر، ولا بين أن يجعل ماله لهم حيث وجدوه، وقيل: هما فيما إذا اقتصر على الحجر فإن جعله لهم حيث وجدوه ولم ينفذ تصرفه قطعًا، ويصح تدبير ووصيته لتعلقهما بالموت. قاله الرَّافِعِي هنا.

وقال في باب التدبير: إنه كإعتاقه، وقضيته جريان الخلاف فيه وترجيح البطلان.

قال مفرعًا على الأظهر: (**فَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ**) أي: جميع دينهم لكل واحد بقدر دينه، ولم يراجع القاضي.

و(**بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لاحتمال غريم آخر، فلا يصح من غير مراجعة القاضي، والثاني يصح؛ لأن الحجر لهم، والأصل عدم غيرهم، وبالقياس على بيع الرهن من المرتهن وظهور المصلحة غالبًا، ولا سيما إذا باعهم بعض

وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا أَو اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَو دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ فَالْأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ، ....

ماله الخطير بديونهم الخطيرة، والغريم الواحد كالجمع، فلا يبطل ذلك بتوهم ظهور غريم الأصل عدمه، وهذا ما صححه جماعة، وأفتى به الرُّويَانِي، وهو ظاهر نصه في «الأم»، فهو المختار.

فرع: لو باع ماله لأجنبي بإذن الغرماء كلهم لم يصح، وفيه احتمال للإمام أقيم وجهًا، وأيد بقول: الْمَاوَرْدِي أنه إذا وهب بإذنهم يصح كالمكاتب وإن رضي الغرم أن يملكهم الحاكم أعيان أمواله بديونهم فله ذلك إن رآه مصلحةً قال ويصح نكاحه.

(**وَلَوْ بَاعَ سَلَمًا، أَو اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ، فَالصَّحِيحُ صِحَّتُهُ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ**) وإذ لا ضرر على الغرماء فيه، وبهذا أجاب العراقيون.

قال الإمام: وحكى بعضهم قولًا أنه لا يصح كالسفيه، والحاصل طريقان صرح بهما القاضي الحسين، المذهب أنه يصح قولًا واحدًا، والثانية: على قولين، والمصنف قلد «المحرر» في نقل الخلاف وجهين، والقرض كالشراء في الذمة، ولا يزاحم هؤلاء الغرماء على الصحيح.

قال: (**وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ**) إذ لا تعلق لذلك بالمال، وينفق على الزوجة من كسبه.

(**وَاقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ**) أي: مطلقًا على المذهب كما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى، ويصح استلحاقه النسب ونفيه، وخلع المرأة والأجنبي المفلس على عين فاسد وعلى الذمة فيه الخلاف في السلم ونحوه.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَو دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ الْحَجْرِ**) أي: عن معاملة أو إتلاف وغيرهما، (**فَالْأَظْهَرُ قَبُولُهُ فِي حَقِّ الْغُرَمَاءِ**) كالنائب بالبينة، وكإقرار المريض بدين يزاحم به غرماء الصحة، ولضعف التهمة، إذ الضرر في حقه أكثر، والثاني: المنع للإضرار، وبناهما الْمَاوَرْدِي على أنه حجر مرض أو سفه.

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ، أَو مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ،

إشارات: قوله: **(وَجَبَ قَبْلَ الْحجْرِ)** بالدين فقط، ولفظة: **(وَجَبَ)** أحسن من قول: (المحرر) و«الروضة»: (لزم) لدخول ما وجب ولم يلزم؛ كالثمن في مدة الخيار إذا تأخر لزومه إلى ما بعد الحجر، وسوى بين العين والدين في جريان القولين.

وقال الدَّارِمِي وغيره: إن قلناه: بالدين فكذا بالعين وإلا فوجهان، وكلام الشَّافِعِي دال على أن العين أولى بالفتوى، ألا ترى أنه لا فرق في الإقرار بالعين بين أن يسندها إلى ما قبل الحجر أو بعده بخلاف العين كما سيأتي بيانه.

وقوله: **(في حق الغرماء)** احترز به عن نفسه، فإنه مقبول قطعًا، ويطالب به.

قال ابن الرِّفْعَة: والقياس جريان قولين فيه، وكأنه يشير إلى الأصل الذي ذكره الْمَاوَرْدِي وغيره، وفيه نظر!

فرع: قال في كتاب الكتابة من «الأم»: لو اختلف السيد والغرماء، فقالوا: كاتبته بعد وقف القاضي ماله، فقال: بل قبل ذلك، ولا بينة كان القول قول السيد، وليس في هذا شيء يجريه إلى نفسه، إنما هذا حق أقر به للعبد إذا ادعاه العبد، وكذلك إذا كاتبه فقال السيد والغرماء: كانت الكتابة بعد الوقف، وقال العبد: قبله، فالقول قول العبد مع يمينه، وعليهم البينة، انتهى لفظه.

ونسبه أن يأتي فيه إطلاق في دعوى الصحة والفساد كما سبق.

قال: **(وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ، أَو مُطْلَقًا لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ)** أما في الأولى: فتقصير من عامله، وأما في الثانية قال الرَّافِعِي: فقياس المذهب التنزيل على الأقل وجعله كما لو أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر، وهذا ما يفهمه كلام الشَّافِعِي والأصحاب حيث قيدوا قبل الحجر وجعلوه محل القولين، زاد في «الروضة»: وهذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر، فإن أسكت فينبغي أن يراجع؛ لأنه يقبل إقراره، وهذا صحيح، ويحمل كلام الرَّافِعِي على إذا لم يتفق المراجعة والبيان.

إشارة: عبارة «المحرر»: وإن أسند لزومه إلى ما بعد الحجر، وقال: إنه

وَإِنْ قَالَ عَنْ جِنَايَةٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ، ....

غير معاملة، أو أطلق، لم تقبل في حقهم، وهي أحسن، فإن المقصود أنه لم يسنده إلى ما بعد الحجر، بل أطلق، فقوله: (**أطلق**) معطوف على (**أسند**).

وقول «المنهاج»: (**بمعاملة أو مطلقًا**) توهم أنهما قسمان لما بعد الحجر، وليس كذلك، وفي عطف (**مطلقًا**) على (**أسند**)، فلو يحتاج إلى التقدير ويعتق، وكذلك قوله: (**بمعاملة**) يحتاج إلى ما يتعلق به من حروف الجر، وهو غير ظاهر، ولو قال: ولو أطلق أو أسند وجوبه إلى معاملة بعد الحجر؛ لكان أحسن من العبارتين .

قال: (**وَإِنْ قَالَ: عَنْ جِنَايَةٍ، قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ**) عبارة الرَّافِعِي: وإن قال: عن جناية أو إتلاف وطريقان أصحهما أنه كما لو أسند إلى ما قبل الحجر، والثاني كما لو قال: عن معاملة. **قلت**: وبها جزم القاضيان الحسين والماوردي.

وفي إقرار «النهاية» أنه المذهب، وعبر المصنف في «الروضة» عما رجحه بالمذهب، وهو أجود، والخلاف مفرع على الصحيح في أن ضمان الإتلاف والجنايات الحاصلة بعد الحجر إذا ثبتت ببينة أو بتصديق الغرماء يزاحم بها.

فإن قلنا: لا يزاحم بها، وإذا ثبتت بذلك فلا يزاحم بالإقرار، وإن قلنا: بها، فهنا قولان مرتبان على قبول إقرار السفيه المحجور بالإتلاف بإقرار المفلس أولى بالقبول .

قال: (**وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ مَا كَانَ اشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ**) لأنه ليس تصرفًا مبتدأً، بل من أحكام البيع السابق، والحجر لا ينعطف على ماضٍ، ولأنه أحط له وللغرماء.

وقال القاضي الحسين: له الرد على ظاهر المذهب. فأشار إلى خلاف فيه.

وأما إذا كانت الغبطة في إمساكه لم يملك رده، يعضده نصه: أنه لو اشترى شيئًا في صحته، ثم مرض، ثم وجده معيبًا فأمسكه والغبطة في رده، حسب نقص العيب من الثلث.

....

إشارات: كلام المصنف يفهم أنه لو استوى الأمران في الرد وعدمه أنه لا يرد لعدم الفائدة، وفيه وقفة؛ لأن السلعة قد تبقى له مع عيبها.

وقوله: (**مَا كَانَ اشْتَرَاهُ**) قيل: يشعر بأنه لا يرد ما اشتراه في حالة الحجر بثمن في الذمة، وهو ظاهر لتعلق حقهم به، انتهى.

ويرده قوله: (**إِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي الرَّدِّ**) إلا أن يكون المراد الغبطة للمفلس وحده، وغلط شارح فقال: بعد ما سبق من كلام المصنف قال: وله إمساكه وليس للغرماء إجباره على رده؛ لأنه لا يلزمه أن يتملك لأجلهم مالًا، انتهى.

ولم يصرح «المحرر» ولا «المنهاج» بذلك وإن أفهمه كلامهما، وظاهر كلام الأئمة أنه لا يجب عليه الرد الذي في الغبطة.

قال ابن يونس في شرحيه لـ«الوجيز» و«التعجيز»: وينبغي أن يجب الرد، ولا يجوز له الإمضاء لما فيه من الإضرار بالغرماء باحتمال عيبه وإسقاط مستحق، يؤيده أن الأئمة يسموه في هذا مولى الطفل، وهو يجب عليه الرد، فلو لم يرد فللغرماء الرد، أي: يردون بالحاكم، لا استقلالًا، وما ذكره حسن يؤيده النص السابق، ولأن الرد استيفاء لما وجب على الثاني في مقابلة العيب، وهو جزء ومن الثمن.

وقول الدَّارِمِي: إذا وجب له رد معيب أو أرش لم يجبر على أخذه لهم، فهو في الأرش شاذ، والرد بالعيب فيه ما ذكر فيه.

فرع: لو وجد المفلس عين ماله عند مفلس، وطلب الغرماء أخذها فأبى المفلس، لم يجبر عليه في «الأم» ويتحمل أن يقال: إذا سلكنا لحجره مسلك حجر السفه أن الحاكم يسترجعها بالمصلحة، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس؛ فالأصح المنصوص أن له الفسخ والإجارة بالغبطة ودونها، ووراءه أربعة أوجه، فعلى المذهب قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: يجيء عليه ألا يتقيد الرد بالعيب بشرط الغبطة أيضًا، وليس كما قال: والفرق أن الرد بالعيب استدراك عيبه واستيفاء لما وجب له في مقابلة العيب، وهو جزء من الثمن، والفسخ في خيار

وَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الْحَجْرَ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

المجلس، والشرط المحض: التَّشَهِّي، فلا يلزم من ذلك ما ذكره لظهور الفرق.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الْحجْرَ إِلَى مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِالِاصْطِيَادِ وَالْوَصِيَّةِ وَالشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ**)؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها، وذلك لا يختص بالموجود، هذا ما دل عليه نص الشَّافِعِي، وقطع به الجمهور كما صرح به الشَّافِعِي في الميراث وأرش الجناية، ومقابل الأصح وجه ضعيف أبداه القاضي الحسين احتمالًا ورواه ابن كج والإمام واختاره الغزالي، وإلحاقه بعدم تعدي الرهن ضعيف، على أن القاضي إنما أبدى احتماله فيما ملكه بالشراء؛ لأن الحجر أثر فيما يتشبه من التصرفات.

وقال: إنه لو اكتسب مالًا باحتطاب أو إرث أو هبة أو وصية دخل في الحجر بلا خلاف، فحصل ثلاثة أوجه: المذهب الأول، وكان ينبغي التعبير به لا بالأصح.

قال: (**وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ، وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ الْحَالَ**) أي: لدخوله في الأمر على تصيره، (**وَإِنْ جَهِلَ فَلَهُ ذَلِكَ**) إذ الإفلاس عيب فيثبت له الخيار حالة الجهل دون العلم، وقيل: له التعلق به مطلقًا لتعذر الثمن، وقيل: لا مطلقًا لتقصيره، ولو قيل: إن علم بالحجر دون ثمراته فكالجاهل به؛ لأنه مما يخفى على أكثر الناس، لكان متجهًا.

تنبيه: عبارة المصنف صريحة في الخلاف إن علم لا أن جهل، فلو قال: وإن لبائعه التعلق بعين ماله إن جهل الحال، لا إن علم؛ لكان أحصر وأدل وإن زيد في لفظه، وأنه إن جهل فكذلك فله ذلك حصل الغرض والتنبيه على ثلاثة أوجه، ولعله رأى الجزم بالخيار عند جهله كما قطع به جماعة، وكان محل هذه المسألة عقب قوله: (**فالصحيح صحته، ويثبت في ذمته**) وإنما أخرها ليستوعب تصرفات المفلس على ما سبق.

وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُمْكِنِ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ.

فَصْلٌ: يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، ....

قال: (**وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يكِنْ التَّعَلُّقُ بِهَا لَا يُزَاحِمُ الْغُرَمَاءَ بِالثَّمَنِ**) لأنه مفرط أو مقصر، فإن فضل شيء أخذه، وإلا انتظر اليسار، وقيل: يزاحمهم كأحدهم، وقيل: يزاحمهم في ثمن سلعتهم فقط، وقيل: يقدم بثمنها.

تنبيهات: قيل: عبارة «المحرر»: (وإنه إذا لم يكن له) فحذف المصنف (له) اختصارًا، والتبس على غيره، فكنت أود إذا لم يمكن.

قلت: وهو الموجود في النسخ المعتمدة، ومعناه صحيح، ولعله نسخة المصنف بخطه (يكن) وغيرها ابن جعران تلميذه أو غيره.

(يمكن) لأنها أجود من (يكن) بمفردها.

الخلاف جارٍ في كل دين تجدد بعد الحجر موصى حاجته بعقد معاوضة، فإن لم يكن بمعاوضة كصداق وضمان فلا مزاحمة، وإن لزمه بغير عقد ولا مراضاة كأرش وبدل متلف زاحم على المذهب، وما تجدد لمصلحة المال كأجرة دلال وكيال ونحوهما، فيقدم على الغرماء كما سيأتي.

قال: (**فَصْلٌ: يُبَادِرُ الْقَاضِي بَعْدَ الْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ**) أي: يستحب له المبادرة ولا يفرط فيها؛ لئلا يباع بثمن بخس، كذا قاله: في «البسيط»، وجرى عليه الرَّافِعِي وغيره، وعبارة بعضهم: وعلى الحاكم أن يبادر ببيع ماله، ونحوها في «الوجيز»، ولعلهم أرادوا عدم الإهمال، أو التأخير المضر، لا الفورية مطلقًا، ولا شك في وجوب المبادرة إلى بيع ما يفسده التأخير، وأما غيره فيستحب كما وصفنا.

قالوا: يتأنى بالعقار ثلاثة أيام، ولا ينادي عليه؛ لأن النداء يخلفه ويوكسه، بل يعضده الدلال على ذوي الرغبات، وينبغي اعتماد العرف في ذلك، وقد يختلف الحال بحيث يقاسمه العقار، وحسنه، وحسن قول الدَّارِمِي: ويتأنى بالعقار حتى يبلغ ثمن مثله.

قال شارح قول «الوسيط»: (وعلى القاضي) يشعر بأن المبادرة واجبة،

……………………………………………………………………

وهو الأولى لحق الغرماء، ولا يختص بالمحجور عليه، بل غيره من المديونين إذا امتنع من قضاء الدين كذلك، انتهى.

والمنقول الاستحباب، وبه صرح «البسيط» وغيره، وليس في المسألة خلاف فيما نعلم، وما أيدناه ظاهر أو متعين، وقد يجب المبادرة إذا خيف من نهب أو استيلاء ظالم لا يمكن انتزاع المال منه، والله أعلم.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: إذا رأى الحاكم بيع المال فلا يتولاه أي: بنفسه ولا مأذونه إلا أن يثبت عنده أن ذلك ملكه؛ لأنه ربما يكون لغيره بالبينة، صرح به الْمَاوَرْدِي هنا، والقاضي الحسين في الأقضية، وإن أقر المدين أنه ملكه؛ لأنه ربما يكون لغيره وبيع القاضي حكم بأنه له، كلام الإمام في مسألة الظفر يدل عليه. وفي «إشراف» الهروي: أن القاضي يبيع الرهن بعد ثبوت الدين، وصحة الرهن، وملك الراهن، أو يده يوم الإقباض. هكذا ذكره العبادي، وهو في كتب أصحابنا بالعراق، إلا أنه قول: أبي حنيفة، وعندنا اليد لا يدل على الملك، بل يشترط مع اليد: قرينة التصرف، وامتداد المدة، وعدم المنازع، ويشترط في بيع التركة: ثبوت الدين، والملك، والموت، والشهادة على أنه ملك الميت إلى أن مات أو في يده، وتصرفه تصرف الملاك، انتهى.

وأسلفنا ما ذكره أحرى عن إيراد سريح الرُّويَانِي، لكن كثير من أصحاب الحوانيت يعسر، بل يتعذر إقامة البينة على ملكيتهم ما بأيديهم من العروض ولا سيما المطعومات والأواني ونحوها، فإذا لم يكتف باليد أسند على القاضي البيع، فلا يبقى فيه إلا إجبار المفلس على البيع بنفسه، أو بوكيله، وقد يموت مفلسًا وورثته أطفال ونحوهم؛ فيفسد الباب، ثم رأيت من قال: وقد فصحت عن هذه المسألة يعني: من أصلها، وتحصلت فيها على وجهين، أصحهما: أنه يكتفي باليد، وهو قول: أبي عاصم العبادي، والثاني: أنه لا بد من ثبوت الملك، وهو أحد قولي: الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» ما يوافق هذا الترجيح، والإجماع الفعلي عليه، وقد بسطت القول في هذا في الأقضية من «الغنية»، وبينته أكمل بيان.

وَيُقَدِّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ، ثُمَّ الْحَيَوَانَ ثُمَّ الْمَنْقُولَ ثُمَّ الْعَقَارَ:

قال: (**وَيُقَدِّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ**) أي: كالفواكه والرياحين والبقول ونحوها، (**ثُمَّ الْحيَوَانَ**)؛ لأنه معرض للتلف، وله مؤنة.

(**ثُمَّ الْمنْقُولَ**) خوف ضياعه.

(**ثُمَّ الْعَقَارَ**) للأمن من هلاكه وسرقته.

واعلم أنه قال في «أصل الروضة»: ويقدم بيع المرهون والجاني وما يتعلق حق عامل القراض، ويبيع أولًا ما يخاف فساده، ثم الحيوان، ثم سائر المنقولات، وسلع كل شيء في سوقه.

قال: قلت: بيع كل شيء في سوقه مستحب، ويقدم بيع المرهون والجاني إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده فإن خيف قدم بيعه، انتهى.

وسياقه يفهم أن الترتيب المذكور واجب، وفي عباراتهم نوع اختلاف، ففي «التتمة»: أن المرهون يباع أولًا، ثم ما يسرع فساده، وفي «النهاية»: أنه يبدأ بالحيوان، ثم ما يسرع فساده، وعبارة «البسيط»: بالحيوان وما يسرع فساده، وذكر الْمَاوَرْدِي والمحاملي وغيرهما في موضع: أن أول ما يبدأ بالمرهون، ثم الجاني، وسكتوا عما يليهما، ثم قالوا: في موضع: أول ما يباع ما يسرع فساده، وبين القاضي أبو الطيب ذلك، فقال: ذكرنا أنه يبدأ ببيع الرهن والجاني، ثم الحيوان، وتبعه المصنف في مسودة شرح «المهذب»، وحمل كلام «المهذب» وغيره عليه.

والملخص: أنه يبدأ بما يسرع فساده، ثم ما يخشى فساده، وقيل: يجب تقديم بيع المرهون والجاني عليه بالمرهون والجاني، ومال القراض، ثم بالحيوان، ثم بالثياب ونحوها، والخزف، ثم بالنحاس ونحوه، ثم بالعقار، ثم بالأرضين.

والظاهر أن الترتيب في غير ما يسرع فساده أو يخشى وغير الحيوان مستحب لا واجب، وقد تقتضي المصلحة تقديم بيع العقار والأرضين إذا خيف من تأخير بيعها من متغلب أو ظالم، فالأحسن تفويض ذلك إلى اجتهاد

وَلْيُبَعْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ.

القاضي العالم، وعليه يدل الوسع فيما يراه أصلح، وإطلاقهم محمول على الغالب، فلا يخالف ما ذكرناه.

وممن ذكر الثياب بعد الحيوان الْمَاوَرْدِي، ثم النحاس، ثم العقار، ثم الأراضي؛ لأن العقار قد ينهدم أو يحترق.

(**العَقار**) بفتح العين، وقيل: بضمها. قيل: وهو المنزل، وقال الأصمعي: هو المنزل، والأرض والضياع، وهذا مراد الفقهاء.

قال: (**وَلْيُبَعْ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ**) قال الشَّافِعِي: أو وكيله لستة معانٍ، وليتولى العقد من غير إجبار، فإنه يرغب المشتري، ولأنه أعرف بثمن ماله، فلا يلحقه غبن، وليخبر بمن كان يرغب فيه وما تروج به، وليخبر بعيبه فلا يرد، وليعلم ما حصل من ثمنه وبقي من دينه، وهذا جارٍ في بيع الرهن ومال الممتنع من قضاء الدين.

وإذا باع بنفسه أو بوكيله بإذن الحاكم لا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه، بخلاف بيع الحاكم على ما قدمناه بما فيه.

قال: (**وَغُرَمَائِهِ**) لأنه ربما رغب بعضهم فاشترى بثمن موفورًا، وعرف عين ماله فأخذه ولا يباع .

قال: (**كُلُّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ**) أي: في حال قيام ذلك السوق وحال النداء فيمن يريد، إلا العقار فلا ينادى عليه. نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال الْمُتَوَلِّي: وإذا رأى الحاكم النداء عليه في البلد فعل، وإن رأى أن الأصلح ترك النداء وتفويض ذلك إلى من يتعاطى بيع العقار فعل، وهذا صحيح، ولا نزاع أن حضور المفلس والغرماء البيع من المستحبات، نعم إذا قلنا: لا بد من البينة على الملك ولم يوجد، فقد يتعين أمر المفلس بالبيع بنفسه؛ لئلا تتعطل القضية، وكذا بيع كل شيء في سوقه مستحب أيضًا إذا لم يتعلق بالسوق عرض معتبر للمفلس والغرماء، نعم لو كان لحمل المتاع مؤنة كبيرة دعا الحاكم الناس إلى موضعه، ونودي عليه هناك.

قال: (**بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالًا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ**) هذه الأمور الثلاثة واجبة لا بدَّ منها،

ثُمَّ إنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى، وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إلَيْهِ إلَّا فِي السَّلَمِ، وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ.

صرح به «المحرر» وغيره، ووجهه ظاهر، واستدراك الْمُتَوَلِّي بأنه لو رضي الغرماء والمفلس بالبيع نفسه، أو بغير نقد البلد جاز، وتوقف متوقف فيه؛ لاحتمال غريم آخر، ولو رأى الحاكم المصلحة البيع بمثل حقوق الغرماء جاز. صرح به الأئمة.

تنبيه: عبارة الكتاب موهمة بأن جميع ما ذكره وقد بيناه، ولا يخفى ألا يمكن تأخيره مما يسرع فساده كالمرق ونحوها للطباخين والرياحين والبقول المقطوعة إذا لم تجد من يشتريها بثمن مثلها عادة أنها تباع بما أمكن؛ لئلا يتلف جملةً ورأسًا.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو باع ماله بثمن مثله، ثم جاء من يزيد في المجلس، وجب قبولها وفسخ البيع، فإن لم يقبل فسخ الحاكم عليه البيع. نص عليه يعني: الإمام الشَّافِعِي رضي الله عنه.

قال: (ثُمَّ إنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ النَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ الْغَرِيمُ إلَّا بِجِنْسِ حَقِّهِ اشْتَرَى)؛ لأنه واجبة (وَإِنْ رَضِيَ جَازَ صَرْفُ النَّقْدِ إلَيْهِ إلَّا فِي السَّلَمِ) لأنه اعتياض، وهو ممنوع عن السلم. ولو قال المصنف - رحمه الله -: (جاز حيث يجوز الاعتياض) كان أولى؛ ليشمل ما لو حجر على المكاتب فليس للسيد الاعتياض عن النجوم على الأصح، وكذا لا يجوز عن المنفعة في إجازة الذمة على الأصح؛ لأن الأصح فيه يغلب المعنى، وهو السلم، وألحق بذلك ما لا يعتاض عنه، ولا خفاء أن التصرف على غيره إنما يعتاض بالنقل حتى تكون الغبطة، فله للمولى عليه، وقد يجب عليه أخذ العوض إذا كانت الغبطة فيه، كما يحرم أخذه إذا كان الأمر بالضد.

قال: (وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ)؛ لأنه مناقض للغبطة والاحتياط.

قال ابن الرِّفْعَة: ويجبر المشتري عليه على النص، ونقل الشيخان النص هنا.

ثم قالا: قال أبو إسحاق: هو تفريع على قولنا: يبدأ بالمشتري عند

وَمَا قَبَضَهُ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمِعَ، ....

التنازع، ويجيء القول: بإجبارهما معًا، وقال ابن الْقَطَّان: يجب البداءة بتسليم الثمن بلا خلاف، فلو خالف وسلم قبل قبض الثمن ضمن، انتهى.

وقال ابن يونس: في شرح «الوجيز» إثر قوله: (**وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ**): ولا يلزم من هذا أن يقبض الثمن أولًا؛ لأن التسليم قبل قبض الثمن يدفع بأحد أمرين: أن يقبض الثمن أولًا، وأن يجبرا معًا، وكلٌّ جائزٌ، وهما قولان سبقا، ثم حكا طريقين آخرين، والحاصل من كلام الأصحاب طرق: أحدها: القطع بالبداءة بالمشتري، والثانية: قولان هذا وإجبارهما، والثالثة: قولان: البداءة بالبائع وإجبارهما. والرابعة: ثلاثة أقوال: بالبائع، بالمشتري، إجبارهما، وكلام العراقيين يقتضي ترجيح إجبارهما، وهو الأعدل، ويتعين القول به إذا كان المشتري نائبًا لغيره كوكيل وولي ونحوهما، والبائع الحاكم، أو منصوبه، ولا يجيء هاهنا قول: الإعراض عنهما؛ للضرر بالغرماء، ويطرد هذا في كل وكيل، وفي عدل بقيمة القاضي في مال المفلس والراهن، نعم لو تولى الحاكم البيع بنفسه، فيحتمل أنه مثل بيع المفلس ووكيله، ويحتمل أن يقال: إن المبيع في يده، فهو كما لو أحضره البائع إليه، فيجبر فيستمر المشتري لا محالة، وهذا أقرب فيستمر في هذه الصورة القول بالمشتري.

إشارة: ينبغي أن يكون موضع ما ذكر أنه لا يسلم مبيعًا قبل قبض ثمنه، ما إذا كان المشتري أجنبيًّا، أما لو كان غريمًا، ويعلم أنه يحصل له بالمخاصصة عند القسمة مثل الثمن الذي في ذمته وأكثر؛ فالأحوط بقاء الثمن في ذمته لأخذه منه وتعديله، وسيأتي ما يؤكد هذا مع ظهوره. وإذا سلم مبيعًا قبل قبض ثمنه وضمناه، فماذا يضمن؟ وجهان: أحدهما: الثمن، وأصحهما عندهما: قيمة المبيع، وقال الإمام: أقل الأمرين.

قال: (**وَمَا قَبَضَهُ قَسَمَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ**) أي: أولًا فأولًا ندبًا.

(**إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرُهُ لِيَجْتَمِعَ**) رفعًا للمشقة، فإن أبى الغرماء التأخير فقد أطلق الإمام أنه يجيبهم.

وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ.

قال الرَّافِعِي: والظاهر خلافه، وما أطلقه الإمام هو ما نقل عن إيراد القاضي أبي الطيب والمحاملي.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجابون، ويحتمل أن يتوسط، ويقال: إن قل الغرماء وسهل التسليم إليهم أولًا فأولًا أجيبوا، كما لو كان الغريم واحدًا، فالوجه أنه كلما أبيع شيء سلم ثمنه إليه، وكذا لو كثر الغرماء ودعت ضروراتهم إلى القبض أولًا فأولًا، وكان يخاف على الثمن لو عدل حتى يجتمع من نهب أو غارة أو ظالم، فالوجه المسارعة إلى القسم عند المكنة، وفي حكم ما لو كان الغريم واحدًا، أما إذا كان الغريم الطالب رهن أو أرش نص عليه.

وإذا تأخرت القسمة فوجد أمينًا موسرًا يقرضه إياه، فعل، فإن لم يجده أودعه عند أمين، ولا يتركه بيده للبدلة وخوف التهمة، ولك أن تقول: إذا اقتضى الحال تأخير القسمة، وأنه يقرض ما يأخذه، فإن تعذر إقراضه عدله فينبغي أنه إذا كان المشتري ممن يجوز إقراضه منه أن يترك في ذمته إلى القسمة، إذ لا معنى لقبضه منه ثم السعي في إقراضه، وقد لا يجد مقرضًا أهلًا، والتعديل غرر يمكن اجتنابه بما ذكرناه.

قال: **(وَلَا يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً إِذْ لَا غَرِيمَ غَيْرُهُمْ)** لأن الحجر يشتهر، فلو كان غريم لظهر. هذا هو المنقول، ونقله الإمام عن صاحب «التقريب»، ثم قال: لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة، فإذا قلنا: في القسمة على الورثة: لا بد من إقامة الشهادة على ألّا وارث غيرهم لذلك في القسمة على الغرماء، ومراده أن يقول: البينة لا نعلم غريمًا سواهم؛ لأن الشهادة على النفي هكذا لا تسمع.

قال الرَّافِعِي: ولفارق أن يفرق بين البابين بأن الورثة على كل حال أضبط من الغرماء، وهذه شهادة على نفي تغيير مدركها، فلا يلزم من اعتبارهما بأن الوارث لا يستحق أخذ جميع التركة إلا عند عدم غيره، والغريم يستحق أخذ جميع ديته إلا عند وجود غيره، ومن ثم كان لو عفا وارث عن حصته ثَمَّ يأخذها الورثة، ولو عفا غريم عن حصته أخذها باقي الغرماء.

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ، وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ، ....

كذا عبَّر عنه بعضهم، وفرق المصنف في زيادة «الروضة» فإن الغريمين تبايعا استحقاقه لما يحصيه، ثم شككنا في مزاحم، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الذمة، وليست مزاحمة الغريم متحتمة، فإنه لو أبرأ أو أعرض سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك، انتهى.

ولم يرتض في «البسيط» كلام إمامه، فقال: لا يكلفهم القاضي ذلك، بل إذا ظهر الحجر واشتهر لو كان غريم لظهر، فكفى عليه الظن، وكذلك القول في الورثة: لا يلزمهم إقامة بينة على ألا وارث سواهم، وفي التركة كلام يأتي في الدعاوى، انتهى.

قال: (**فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ شَارَكَ بِالْحِصَّةِ وَقِيلَ: تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لحصول المقصود بذلك، كما لو اقتسمت الورثة، ثم ظهر وارث آخر، فتنقض على الأصح، وفرق بأنه يستحق عين المال بخلاف الغريم، فعلى الصحيح لو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين، لأحدهما عشرون، وللآخر عشرة، أخذ الأول عشرة، والثاني خمسة، ثم ظهر ثالث بثلاثين استرد من كل واحد نصف ما أخذ، ولو كان لكل واحد من الأولين عشرة فاقتسما بالسوية، ثم ظهر ثالث بعشرة، رجع على كل منهما بثلث ما أخذ. فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسرًا فوجهان، أصحهما: أن الثالث يأخذ شطر ما أخذ، ثم إذا أيسر المتلف أخذ منه ثلث ما أخذه دينًا له عليه، ولو أن الثالث ظهر وقد ظهر للمفلس مال قديم أو حادث بعد الحجر، صرف إليه منه قسط ما أخذ الأولون، فإن فضل شيء قسم على الثلاث.

قال الرَّافِعِي: هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديمًا، فإن كان حادثًا بعد الحجر، فلا يشارك الأولين في المال القديم، انتهى.

وليس هذا على إطلاقه، فإن الدين الحادث بعد الحجر أن يقدم سببه على الحجر، كما لو أجر دارًا وقبض أجرتها، ثم أفلس وحجر عليه، ثم انهدمت، فإن كان قبل القسمة رجع المستأجر بما بقي وضارب به الغرماء، وإن كان بعد

القسمة فوجهان، أصحهما في كلام الرَّافِعِي وغيره: أن الحكم كذلك؛ لتقدم سببه، وإن حدث الدين بجناية وإتلاف، فالأصح أنه يضارب به الغرماء.

قال شارح: أطلق الأصحاب هذا، والظاهر أن محله قبل القسمة، وأن حدوثه بعدها لا يقدح فيها قطعًا، انتهى.

وهذا واضح، ولا شك فيه إن قلنا: الحجر ينفك بنفس القسمة، وإن قلنا: لا بُدَّ بعدها من فك القاضي، فهو موضع تأمل، وأما الدين الحادث بمعاملة، أو شراء، أو قرض، فالأصح أنه لا يضارب به قطعًا قبل القسمة، ولا بعدها.

إذا عرفت هذا فاجعل قول المصنف: (ظهر) احترازًا مما حدث بعد القسم، فإنه لا يضارب إلا في مسألة الإجارة على الصحيح، فترد على مفهوم كلامه، ويُعتذر عنها بأن المحترز عنه لا عموم له.

فرع: قال الرَّافِعِي إثر كلامه السابق: وقوله: فلا يشارك الأولين في المال القديم، وإن ظهر مال قديم، وحدث باحتطاب وغيره، فالقديم للقدماء خاصة، والحادث للكل.

قال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا لم يتعلق بالحادث الحجر، أما بأن يقول: لا يتعدى الحجر إليه، أو يكون حدوثه بعد إزالة الحجر كما نص «الأم» و«المختصر» منطبق، أما إذا عدينا الحجر ولم يفك الحجر حتى حدث، فهو لمن تقدم خاصة، وكيف وهو وغيره حكوا الخلاف في مضاربة البائع من المفلس غرماؤه المتقدمين، انتهى.

قيل: أما تفريع كلام الرَّافِعِي على أن الحجر لا يتعدى، أو قرضه فيما بعد زوال الحجر تصحيح متعين، وقد فرض الْمَاوَرْدِي المسألة فيما بعد فك الحجر، وزاد الرُّويَانِي في فرضها أن يكون قد أُعيد الحجر، وهو حسن؛ لأنه إذا لم يعد الحجر كان للمدين صرفه إلى من شاء، وليس في نص الشَّافِعِي تعرض لظهور المال القديم، وإنما ذكر الْمَاوَرْدِي الحادث.

وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ.

وَإِنْ أُسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحَاكِمُ قُدِّمَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ.وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ....

وعبارة الْمَاوَرْدِي: وإذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم وجد له بعد فك الحجر مالًا أخفاه، فجميع تصرفه فيه بعد فك الحجر باطل؛ لأن الحجر لم ينفك عن هذا المال، ثم يستأنف الحاكم قسمته بين الغرماء فيما بقي من حقوقهم، ولا يتعرض لنقض القسمة الأولى، فلو ظهر مال متقدم، واستفاد مالًا حادثًا، وظهر غريم غائب، وحدث غريم، فالمال المقدم بين الأولين والغائب، ثم يستأنف الحاكم قسمة المال استحدث بعد فك الحجر عنه بين جميع الغرماء المتقدمين والمستحدثين، انتهى، وفيه فوائد.

والرافعي - ﷺ تعالى - أطلق كلامه في صدر الفرع مع تصحيحه بأن الحجر يتعدى، وعدم انفكاكه بالقسمة حتى يفكه القاضي، فيتعين كلامه أول الفرع على ما إذا كان قد فك الحجر عنه كما فرضه الْمَاوَرْدِي.

قال: (وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ الْحجْرِ مُسْتَحَقًّا وَالثَّمَنُ تَالِفٌ) أي: سواء تلف قبل الحجر أو بعده (فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ) أي: وحكمه ما تقدم؛ لثبوته قبل الحجر، واحترز بقوله: (تالف) عما لو كان باقيًا، فإنه يسترد بشرطه.

قال: (وَإِنْ أُسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ الْحاكِمُ قُدِّمَ الْمشْتَرِي بِالثَّمَنِ)؛ لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان التقديم من مصالح الحجر كأجرة الكيل والوزن، وقضية هذا التوجه أنه لا فرق بين أن يبيعه الحاكم بنفسه أو بمأذونه، سواء المفلس وغيره.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: يُحَاصُّ الْغُرَمَاءَ)؛ لأنه دين في ذمة المفلس، واختاره صاحب «التقريب»، وضعفه الإمام، ومنهم من قطع بالأول، ومنهم من ترك النصين على حالين، فقال: إن كان قبل قسمة المال بين الغرماء قدم به أو بعدها، واستئناف حجر بنسبة يجدد مال حادث ضارب به الغرماء.

قال: (وَيُنْفِقُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ) أي: من زوجات وقريب وأم ولد.

حَتَّى يَقْسِمَ مَالَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ، ....

قال الْجُرْجَانِي: وخادم يومًا فيومًا، كما قاله في «البيان».

(**حَتَّى يَقْسِمَ مَالَهُ**)؛ لأنه موسرًا ما لم يزل ملكه عنه.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ**) أي: يليق به، أي: يكفيه ويكفيهم، فإن عجز كسبه عنهم عمم من ماله، ولا يعذر بالتكاسل عن الكسب عند إمكانه، ولا شك أنه لو رضي لنفسه بما لا يليق به وهو مباح لم يمنعه منه، وكفاه مؤنته.

تنبيهات: منها: مراد المصنف بالنفقة ما يجب للمنفق عليه، ولو عبر بالمؤن لكان أوضح في إرادة النفقة، والكسوة، والإسكان، والإخدام، وتكفين الميت منهم قبل القسمة، وغيرها من المؤن.

ومنها: إنما تجب نفقة زوجة كانت في عصمته قبل الحجر.

مطلب: أما لو نكح بعده فلا ينفق عليها من المال. صرح به الْمُتَوَلِّي والرافعي في كتاب «النكاح»، والظاهر أنه لو طلقها قبل الحجر ناشزًا ثم راجعها، أنه ينفق عليها كغيرها، وعبارة الرَّافِعِي في الزوجة الحادثة بعد الحجر: أن مؤن النكاح في كسبه لا فيما في يده، فسلمت المهر والنفقة ونحوها.

ونقل ابن القاص عن النص: أنه إن زاد على مهر المثل صح النكاح بمهر المثل فيما استفاد بعد الحجر، أو فضل عن غرمائه، ولينظر فيما لو اشترى أمة بعد الحجر في ذمته واستولدها، هل يكون نفقتها كالزوجة الحادثة أم لا؟ وفيما لو أقر يثبت بعد الحجر، والأشبه أنه ينفق عليها بخلاف الزوجة الحادثة، ويحتمل أن يجري فيها الخلاف فيما لو أقر بدين سابق على الحجر منها.

قال الإمام: لا شك أن نفقة زوجاته نفقة المعسرين.

وقال الرُّويَانِي: نفقة الموسرين.

قال الرَّافِعِي: وهذا قياس الباب، إذ لو كان نفقة المعسرين لما أنفق على القريب.

قال المصنف: يرجح قول الإمام بنص الشَّافِعِي، إذا قال: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. وعلى هذا جرى الْمُتَوَلِّي وغيره.

وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ ....

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: وينفق على زوجته نفقة الموسر. نص عليه، وغلط من قال غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: ما ذكره الإمام هو الحق، وعليه ينطبق أكثر ما قيل في حد المعسر كما سيأتي في النفقات، انتهى.

وذكرت في «الغنية» أنه الصواب، ورددت استدلال الرَّافِعِي هنا بأنه وغيره ذكروا أن اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير اليسار المعتبر في نفقة القريب، ثم حذف لي فوقف فيه كرواية الرُّويَانِي خلافه عن النص.

ومنها: رأيت في «أدب القضاء» الديبلي، وهو بالدال ثم الياء آخر الحروف، ثم الباء الموحدة، ثم اللام نسبة إلى «ديبل» بلد معروف، لا كما قاله ابن الرِّفْعَة الزبيل: أنه لا ينفق على أهله وولده؛ لأن نفقة الولد مواساة، والدَّين أولى، ونفقة الأهل بعارض ومستأنف، والدَّين أولى ونقله عنه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» في نفقة القريب والولد. ونقله الدرامي وجهًا في نفقة الوالد والولد، وحكى عن الْبَنْدَنِيجِي، وأشار الإمام إلى إبداله احتمالًا، ونقله ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» عن نص «الْبُوَيْطِي»، وأنكره بعضهم عليه بما بينته في «الغنية»، ورأيت في «الْبُوَيْطِي» ما يشهد لنقل ابن الرِّفْعَة، ونسبة اختلاف نسخ «مختصر الْبُوَيْطِي» وكيف كان فالمذهب المعروف الإنفاق.

قال: (وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص.

(وَإِنْ احْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ)، وقيل: يبقى للإنفاق به، وقيل: يبقى المسكن فقط، وقال صاحب «التعجيز»: لم أر الخلاف فيهما إلا للإمام، والغزالي، وسائر النقلة جزموا بالبيع.

وقال الْجُرْجَانِي: يباعان ويستأجران له. ومراده: أن الحاكم يستأجر له خادمًا ومسكنًا من ماله مدة الحجر إلى أن يقسم ماله.

إشارة: اضطرب حكم إبقاء المسكن والخادم في الأبواب كما أشرت إليه في «الغنية».

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ وَهُوَ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمِكْعَبٌ وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ،

قال: (**وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ**) أي: في تلك الحال لا في حال مروءته، كما قاله: الإمام وغيره، وفيه كلام يأتي.

(وهو) أي: في حق الرجل (**قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمِكْعَبٌ**)، وهو الملابس.

(**وَيُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةٌ**) يحتاجه إلى ذلك، ولأنه لا يؤخر غالبًا، وأما المرأة فيترك لها الإزار والمنفعة وغيرها مما يليق بحالها.

إشارات: منها: قوله: (له) يوهم أنه لا يترك ذلك لعياله، وقال الْبَغَوِي وغيره: (له ولعياله) وعبارة جماعة.

(كسوة فصل) ويؤكد الإيهام تصريحه من بعد بنفقة العيال يوم القسمة، ومنها عين في «المحرر» بالمنديل عن العمامة، والعجم وغيرهم يسمون العمامة منديلًا، وذكر الرَّافِعِي في «شرحيه»: المنديل والعمامة والطيلسان مما يترك له، وهو عجيب، ولم يذكر المنديل في «الروضة» ولم أر الجمع بين الثلاثة لأحد غيره، وعبر بعضهم بالمنديل عن الطيلسان في حق من يحرم تركه بمروءته خاصةً لا مطلقًا.

والظاهر أنه يترك له القبع المسمى بالقلنسوة تحت العمامة، وإن لم يذكروه.

ومنها: قضية كلامه أنه لا يترك له سوى ما ذكره، وعبارة «الروضة»: يترك له دست ثوب يليق به من قميص، وسراويل، ومنعل، ومكعب، وإن كان في الشتاء زاد جبة، ويترك له عمامة، وطيلسان، وخف، ودراعة يلبسها فوق القميص إن كان يليق به لبسها.

وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: تركها لا يحرم بالمروءة، وذكر أن الإعسار بحاله في حال إفلاسه لا في بسطته ومروءته، لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يوافقونه، ويمنعون قوله: إن تركهما لا يحرم المروءة، انتهى.

....

ويؤيده أن سليمان والعمراني قالا: إذا كانت عادته أن يلبس الديبقي⁽¹⁾ والشرب تركًا له، أو المتوسط ترك له، انتهى.

وكلام «المنهاج» وأصله إلى موافقة الإمام أقرب، وعليه جرى في «البسيط». وقال صاحب «التعجيز» في شرحه «للوجيز»: والأولى عندي أن يحكم فيه عادة ذلك البلد، فإنه يختلف باختلاف البلاد.

وهذا حسن أو متعين، وقول المصنف: (جبة) مثال، والغرض ما يليق به من جبة، أو فروة، أو غيرها، وعبارة «التتمة»: يترك له نعل أو خمار أو خف، وعبارة «البيان»: وفي الشتاء يترك له خف بدل النعل، وعبارة «الروضة» يفهم الجمع بينهما، ونسبة أن يقال: إن كان الخف منعلًا فلا يجمع، وإلا جمع إذا كان من عادته، والأقرب النظر إلى عادة البلد لمثله، وقول «الروضة»: ومنعل ومكعب منكر، وعبارة «الشرحين»: منديل ومكعب، فغير منديل بمنعل، ولا أظنه غير قصد.

ومنها: قال الأصحاب: يترك لعياله كسوة فصل، قالا: ولا يترك له الفرس والبسيط، لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة، والكساء الخليع القليل القيمة كاللبد، قاله الْمُتَوَلِّي.

قال ابن الرِّفْعَة: ولك أن تستنبط من وجوب الإنفاق على القريب أن سكنى المفلس، وملبسه، وما ينام عليه، ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه مما لا غناء لمثله عنه يخرج من المال أيضًا؛ لأنه إنما يجب نفقة القريب إذا قصد غير ذلك كما ستراه في النفقات، ومراده في مدة الحجر لا مطلقًا، ويوافقه ما سبق عن الْجُرْجَانِي، وحينئذٍ لا ينبغي المبادرة إلى بيع ما تدعو حاجته إليه مدة الحجر، بل يؤخر إلى آخر الأمر.

ومنها: سياق كلام المصنف يقتضي أنه يباع جميع ماله إلا ما ذكر أنه يترك له.

---

(١) لم أجد من ذكره غير الحصني في «كفاية الأخيار» (٢/ ١٣٤).

……………………………………………………………

وفي «زيادات العبادي»: أنه لا يباع كتب العالم في الدين؛ لأنه علمه، ويحتاج إليه الناس، وتباع المصاحف. وذكره غيره، وذكروا في قسم الصدقات ما يوافقه نسبتها بثياب بدنه والمراد هنا ما تدعو إليه حاجته منها، وذكر ابن الأستاذ نفقها أن خيل الجندي وسلاحه لا يباعان في دينه، قيل: وهو أولى من النفقة بالإبقاء؛ لأنها كالمستحقة للجهاد بسبب ما يأخذه من بيت المال، وأما المتطوع بالجهاد، فوفاء الدين أولى إلا أن يتعين عليه الجهاد ولا يجد غيرها.

ومنها: كل ما قلنا: يترك له ولعياله ولم يؤخذ في ماله اشتري.

قلت: وهذا في الملبوس ونحوه، أما شراء الكتب للعالم وما ذكر معها، ففيه بعد، والذين أطلقوا هذه العبارة لم يذكروا الكتب، وما ذكرناه معها، وأطلق الْبَغَوِي أنه يباع مركوبه وإن كان ذا مروءة، وفيه ما سبق في الجندي المرتزق وغيره.

ومنها: لو كان عليه ثياب فوق ما يليق به بيعت، وأعطي اللائق به، وكذا الحكم في أم ولده بخلاف الزوجة والقريب إذا كساهم قبل الحجر وبقي بعد الحجر؛ لأنهم ملكوا ذلك قبل الحجر .

قاله: ابن الرِّفْعَة، وهو ظاهر إن جرى تمليك، أو دفع لمكلف غرمًا وجب له عليه، أما الصغار ونحوهم من الأولاد فإن في ملكهم كذلك بمجرد الإلباس لهم نظرًا، والظاهر بقاؤه على ملكه، ولو كان المفلس يلبس اللائق به تقتيرًا قالا: لم يرد إليه، وهذا فيما يترك له، أما في حال الحجْر فلا يردّ عليه، وكذا بعد الحجر إن قنع به.

ومنها: قال في «الروضة»: قال أصحابنا: إذا مات المفلس قدم كفنه وحنوطه ومؤنة غسله ودفنه على الدين، وكذا من مات من عبيده وزوجته إن أوجبناه وأقاربه الذي يلزمه نفقتهم نص عليه، انتهى.

وما قاله: في الحنوط لا يجيء على المذهب عند مضايقة الغرماء، ولا عند سكوتهم، نعم إن أوجبناه فظاهر، ولعل الشَّافِعِي فرعه على ذلك، وكذا

وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

ذكر الحكم في الجائز، وكفن الزوجة إن أوجبناه، فيفرق بين الحادثة بعد الحجر وغيرها كما سبق في كفن المفلس أوجه.

ومنها: إذا لم يكن المفلس كسوبًا حكى الإمام في كتاب «الحج» عن العراقيين، وأنهم غلطوه وزيفوه. عن ابن سُرَيْج أنه قال: يترك له رأس مال يتبلغ به بالتجارة في تحصيل قوته في المستقبل، وأنهم غلطوه وزيفوه.

قال: والأمر كما ذكروه، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه لا خلاف فيه.

قلت: ونقل الدَّارِمِي أن في «الْبُوَيْطِي» أنه يعطى بضاعة.

قال الدَّارِمِي: ومعناه اليسير، أما الكبير فلا إلا برضاهم. هذا لفظه، وأظنه مراد ابن سُرَيْجٍ، فلو كان ممن يحتطب مثلًا أعطي ثمن حبل وفأس، ولم يعط ابن سُرَيْجٍ.

ومنها: اعلم أن ما قدمناه فيما لا يتعلق بمعين، أما إذا تعلق بماله حق معين إما بسبب الحجر أو غيره أنهما كمبيع لم يقبض ثمنه، ومرهون وجانٍ، ففي «النهاية»: إذا لم يكن له سوى المرهون لا ينفق عليه ولا على عياله منه.

قال ابن الرِّفْعَة: وغير المرهون لم أقف فيه على نقل، والقياس أن يلحق به، ويؤيده قولهم في مؤنة التجهيز أنها لا تخرج من الجاني والمرهون ومبيع لم نوف ثمنه، وقد مات مفلسًا، انتهى، وما ذكره ظاهر.

قال: (**وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتُ يَوْمِ الْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ**)؛ لأنه موسر في أوله، قال في «الروضة»: ولا يزاد عليه، انتهى.

وذكر صاحب «الكافي» والبغوي في «تهذيبه» و«فتاويه»: أنه إذا قسم ماله يترك له ولمن يلزمه نفقته قوت يوم وليلة. قال ابن يونس في «شرح الوجيز»: والظاهر أنه يوم وليلة بعد القسمة، فعلى هذا لئلا يترك له قوتها وفوق اليوم بعدها.

وقال في «شرح تعجيزه»: وهذا اليوم يوم القسمة عند الجمهور، وهو بعدها عند الْبَغَوِي، انتهى.

وفي كون الْبَغَوِي خالف الجمهور نظر، ونسبته أنه أراد بذلك الغداء

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَو يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ.
وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ.

والعشاء، ولفظ نصه في «الْبُوَيْطِي» على ما رأيته: وإذا أراد الغرماء أخذ ماله يحبس لصاحب المال قوت عياله ليوم، انتهى.

وقد يشعر بأنهم لو أرادوا أخذه لئلا يترك له قوت الغد، والله أعلم.

ووقع في «الوجيز» أنه يترك له سكنى ذلك اليوم. قال الرَّافِعِي: فاستمر على قياس النفقة.

قلت: كلامه محمول على ما سبق عن الْجُرْجَانِي، لكن قال صاحب «التعجيز» في «شرح الوجيز»: وزاد صاحب الكتاب سكنى يوم، وهو مما يتعذر تحصيله أي: بالاستئجار وقد أنكر ذلك على «الوجيز» قبل الرَّافِعِي، مظفر الجيلي في «مشكلاته»، وقال: إنه لا يوجد في سائر كتبه ولا لغيره من الأصحاب.

قال: (وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ، أَو يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ) أي: خلافًا لأحمد مطلقًا، ولمالك فيمن اعتاد إجارة نفسه .

لنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وقوله ﷺ: لغرماء المصاب في ثمار ابتاعها: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(١).

نعم! قال الإمام أَبُو عَبْدِ الله الْفَرَاوِيُّ من أئمتنا: لو كان قد عصى بسبب الدين كإتلاف عدوانًا بعد القسمة أن يكتسب ما يوفي به ذلك؛ لأن التوبة واجبة على الفور، ومن شرطها الخروج من الظلامة.

قال: (وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ) لأن منافعها بمنزلة الأعيان، والثاني: لا؛ لأن المنافع لا تعد أموالًا حاضرة حاصلة.

واعلم أن الرَّافِعِي لم يجزم بترجيح الأول، بل قال في «المحرر»: إنه

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٦، رقم ١١٣٣٥)، وعبد بن حميد (ص ٣٠٦، رقم ٩٩٢)، والترمذي (٣/ ٤٤، رقم ٦٥٥) وقال: حسن صحيح. ومسلم (٣/ ١١٩١، رقم ١٥٥٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٦، رقم ٣٤٦٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٩، رقم ٦١٢١)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩، رقم ٢٣٥٦).

....

رجح، وفي «الشرح الكبير» أن في تعاليق العراقيين ما يدل على ترجيحه، وافهم كلامه في «الشرح الصغير» ترجيح الثاني حيث قال: فيه وجهان: أحدهما: يؤجران؛ لأن المنافع كالأعيان فيصرف بدلها إلى الدين، وعلى هذا يؤاجر مدة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين.

والثاني: ورجحه الإمام أنه لا يجب إجارتهما؛ لأن المنافع تعد أموالًا حاضرة، ولو كانت كذلك لوجب إجارته، ولأن إدامة الحجر إلى قضاء الدين الكثير من المنافع اليسيرة بعيد، ولا يكلف المفلس تحصيل ما ليس بحاصل، وإنما منع من تفويت ما هو حاصل، انتهى.

وهذا ما قال القاضي الحسين: إنه المذهب فيهما، وصحح الدَّارِمِي المنع في أم الولد، وذكر الغزالي في «الفتاوى»: أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدٍّ لا يتغابن به الناس في غرض الدين، انتهى.

وقضية كلام الرَّافِعِي بقاء الحجر إلى فناء الدين، وهو بعيد كما قال: في «شرحه الصغير»، وهذه الأحكام لا اختصاص لها بالفلس، بل هي في حق كل مديون. قال بعض المعلقين على المذهب من العصريين: الوجه أن يقال: إذا كانا مما يؤجر غالبًا لمدة قريبة يغلب البقاء فيها ألزم بذلك؛ لأن جملة تلك المدة كالمال الحاضر عرفًا، وتضاف تلك الأجرة إلى بقية أمواله، ويقسم بين الغرماء، ويفك الحجر عنه؛ لأنه لم يبق له شيء آخر الآن، ولا يلزم الإيجار إلى مدة أكثر منها، ولا يبقى الحجر حتى تنقضي المدة وتؤجر مرة أخرى، وهذا توسط بين الوجهين، ولم أره منقولًا .

وذكر الرَّافِعِي وغيره الخلاف بعد قسمة ماله، ولا اختصاص له بذلك، بل يجري في الابتداء أيضًا إذا طالب به الغرماء عند الحاجة إليه، انتهى.

والمختار أن أم الولد لا تؤجر كما صححه الدَّارِمِي؛ لأن منافعها لا تعد مالًا، ولا يعد بها موسرًا بخلاف العقار الموقوف عليه ولا سيما ما علته مأجره، والله أعلم.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ أو قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أو قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ.

وَإِلَّا فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ.

والظاهر أنه لو كان شرط الوقف ألا يؤجر لم يؤجر عليه بلا خلاف.

قال: (**وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ مُعْسِرٌ، أو قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَر، فَإِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ، أو قَرْضٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ**) أي: بإعساره أو تلفه؛ لأن الأصل بقاء ما أخذه، وقيل: يصدق بيمينه؛ لأن المال غادٍ ورائح، وحكى عن رواية الكرابيسي عن القديم، فعلى المشهور ينبغي أن يكون ذلك فيما يبقى كما أشار إليه التوجيه، أما لو كان لا يبقى كاللحم والخبز ونحوهما مما يؤخذ للأكل يومًا فيومًا، وكذلك أجرة المسكن ونحوه، فالقياس تصديقه كالقسم الثاني على الصحيح.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يلزمه في مقابلة مال، أي: ولم يعهد له مال.

(**فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «**الْبُوَيْطِي**» لأن الأصل العدم، والثاني: لا بدَّ من البينة، إذ الظاهر أن الحر لا يملك شيئًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا يستقيم فيما إذا قسم ماله؛ لأن مقتضى الظاهر قد تحقق وعمل به.

والثالث: إن لزمه باختياره كمهر وضمان فلا بدَّ من بينة، وإلا فيصدق بيمينه؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم ما لا يقدر عليه.

والرابع: إن لزمه بمعاوضة محضة لم يصدق، وإلا صدق وفي «قواعد ابن عبد السلام»: إن لمدعي الإعسار أحوال:

أحدها: أن يعرف له مالًا بمقدار الحق أو أكثر منه فيحبسه.

الثاني: أن يجهل حاله فأوجه، ثالثها: الفرق بين من لزمه باختياره وغيره.

الثالث: أن يعهد له مال ناقص عن مقدار دينه، فيحبس عليه، وفي حبسه على ما وراءه الأوجه الثلاثة.

....

الرابع: أن تثبت عسرته، فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره.

تنبيهات: منها: إذا حلفناه ثم ظهر غريم آخر.

قال الصيمري: لا يحلفه ثانيًا؛ لأنه قد ثبت إعساره باليمين الأول.

ومنها: إذا صدقناه وحلفناه، قال الأصحاب: أطلق في الحال.

قال الإمام: ويظهر عندي أنه لا يطلق حتى يبحث الحاكم عن بواطن أمره؛ لأن إعساره بقوله كالفاسق يتوب، فإن الحاكم بسيرته حيث كانت توبته من قوله: بخلاف البينة.

قال الغزالي في «البسيط»: وفي كلام الأصحاب رمز إلى هذا يعني: ما أبداه إمامه، ويقوى إذا أبداه الحاكم وكان الدين لمن لا يجادل عن نفسه؛ لصغر أو جنون وغيرها.

ومنها: إذا كلفناه البينة، فقال: غرمائي يعلمون عسرتي، أو أن لا مال لي، وأنه هلك، حلفوا على العلم.

زاد شُرَيْح الرُّويَانِي: حلفوا على المنصوص، فأشار إلى خلاف في تحليفهم، فإن نكلوا حلفه وثبت إعساره، وإن حلفوا حبس، ومتى ادعى ثانيًا وثالثًا حلفناهم.

قال الْمُتَوَلِّي: إلا أن يظهر أن قصده الإيذاء واللجاج

مطلب: ولو صدقناه في إعساره بيمينه فادعى الدائن كل يوم أنه أفاد مالًا وطلب يمينه حلفناه له.

فائدة: في «طبقات العبادي» عن الكرابيسي وأبي ثور: أنه لو حلف، فالحق أنه لا شيء عليه كان بارًّا في يمينه؛ لأنه مضطر.

وقال المزني: كان كاذبًا، بل ينظر، فإن كان الحبس يجهده ويضره حلف؛ لأنه مضطر، وإن لم يجهده فلا يجوز الحلف.

وفي «البيان»: أنه لو كان معسرًا ولا بينة له ففي جواز الحلف والتورية

وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ، وَشَرْطُ شَاهِدِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ، ....

وجهان عن رواية الصيدلاني :

أحدهما : يحلف وينوي أنه ليس عليه حق يلزمه الخروج منه.

والثاني: المنع؛ لأن الحاكم إذا كان عدلًا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله، انتهى.

وهذا يفهم أنه لا يجوز المبادرة إلى حبس مدعي الإعسار إلا بعد الكشف عن حاله، والعمل على خلافه.

قال: (**وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ فِي الْحَالِ**) كسائر البينات، وهي شاهدان، وقيل: ثلاثة، وقيل: يقبل رجل وامرأتان، أو رجل ويمين، ولا بد من العدالة، وبينها ابن الرِّفْعَة: فنقل عن الإمام أنه يخرج من الحبس بعد إقامة البينة وقبل الاسترداء، وقد أوضحته في أقضية «الغنية» مع استقصاء الكلام في مسائل الحبس وفروعها، وفوائد جليلة.

قال: (**وَشَرْطُ شَاهِدِهِ خِبْرَةُ بَاطِنِهِ**) أي: لطول جوار أو مخالطة ونحوهما؛ لأن المال يخفى، فلا يجوز الاعتماد على ظاهر الحال، وذكر في الشهادات أنها تبنى على مُشَاهَدَةِ مُخَايِلِ الضُّرِّ وَالْإِضَاقَةِ.

وذكر بعضهم المحرمية ونحوها في المرأة؛ لأن الأجانب لا يطلعون على باطن حالها غالبًا، ثم علم الحاكم خبرهم الباطنة فذاك، وإلا اعتمد قولهم أنهم كذلك، وهذا فيما إذا شهدوا بإعساره ولم يعهد له مال، فلو شهدوا بإعساره من علم له مال حمل قولهم على أنهم وقفوا على تلف ماله. قاله الصيدلاني والقاضي الحسين، وهو ظاهر إذا علمنا أنها علمت بالمال، وإلا فلا يجوز أن يكون اعتمدت الظن، فينبغي للقاضي أن يعرفهم، فإن أضروا حمل على أنهم عرفوا التلف.

وذكر القاضي أبو علي الْفَارِقِيّ: أنه إذا ادعى الإعسار وقد عهد له مال لم يقبل منه إلا ببينة تشهد لهلاك ذلك المال وتلفه، قال: لأنا علمنا أن له مالًا، وهو يدعي هلاكه، والأصل بقاؤه، وذكرت في أقضية «الغنية» عن «الشامل»

وَلْيَقُلْ هُوَ مُعْسِرٌ، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ.

أنه لو شهدت البينة للمحبوس بعين فادعى الإعسار بعد ذلك، لم يقبل منه حتى يقيم ببينة على أن ماله تلف، وهذا قد ينازع فيما قاله الصيدلاني، وصرح الْفَارِقِيّ بأنه لا يكفي أن يشهد ألا مال له، نعم لو شهدوا بتلف ما عهدناه من ماله أو تلف ما لزمه عوضه ولم يعهد له سواه، لم يحتج إلى خبرتهم بباطن حاله، وحينئذٍ يصدق بيمينه في إعساره.

قال: (**وَلْيَقُلْ هُوَ مُعْسِرٌ، وَلَا يُمَحِّضُ النَّفْيَ كَقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ شَيْئًا**) أشار إلى أنه يجمع بين النفي والإثبات، ويقدم الإثبات، فيقول: أشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، وسكنى يومه، ولا حاجة إلى قوله: إنه لا يحل له الصدقة.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه يحتاج أن تشهد البينة أنه معدم لا يقدر على دفع الألف مثلًا، ولاشيء منه.

تنبيه: سكوته عن تحليفه مع البينة يشعر بأنه لا حاجة إليه، وقد قال هو وغيره: إنه يحلف معها لجواز أن يكون له مال في الباطن، وأن هذا التحليف واجب في الأظهر لا مستحب، وإذا ثبت إعساره بالبينة وحلف معها هل ينفك الحجر بمجرد ذلك أم يتوقف على حكم الحاكم يفكه؟ فيه وجهان في «الحاوي».

وقال صاحب «الكافي»: الاستحباب أصح في طريقة العراق، والوجوب أصح في طريقة المراوزة، انتهى.

وعلى التقديرين يتوقف على طلب الخصم على الأصح، وحينئذٍ لو كان المحجور عليهم أو لعيب، أو جهة عامة، لم يتوقف على الطلب والخلاف فيما لو سكت الخصم، فإن قال: لا أحلفه ورضيت بإطلاقه، لم يحلف قطعًا، وإنما يحلف كما قال الْقَفَّال: بعد قيام البينة.

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلَا مُلَازَمَتُهُ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّى يُوسِرَ**) لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. وفي الآية

وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ.

رد على الجاهلية في بيع الحر في دينه، وقد روي أنه فعل في صدر الإسلام .

قال ابن حزم: فعله رواه ابن أوفى، قاضي البصرة من التابعين.

قال: وروينا هذا القول عن الشَّافِعِي، وهو غريب عنه لا يعرفه من أصحابه إلا من يتبحر في الحديث والآثار، وأطال القول فيه، وما روي في ذلك محمول على بيع منافعه لا رقبته.

قال: (**وَالْغَرِيبُ الْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ يُوَكِّلُ الْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ**) وأملهم إثبات.

(**فَإِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ شَهِدَ بِهِ**) ظاهر كلامه أنه يوكل به أولًا ولا يحبسه، وقال في فصل التزكية من «الروضة»: أن القاضي يوكل بالغريب المدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه؛ ليعرف إفلاسه، فيشهد.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن هذا من نفقة الإمام.

وقال صاحب «التعجيز» في شرح «الوجيز»: وهذا قاله الإمام وزعم أنه شيء أبداه ورآه، وقد نقل سائر النقلة عن الشَّافِعِي قال: أنه لا يعقد الحاكم المسألة عن المحبوس، ولم يشترطوا كونه غريبًا، انتهى.

فظاهر هذا أنه يحبسه أولًا ، وعبارة «الروضة» يفهمه، فإنه قال.

فرع: إذا حبسه لا يغفل عنه بالكلية، فلو كان غريبًا لا يتأتى له إقامة البينة، فينبغي أن يوكل القاضي من يبحث عن وطنه ومنقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه إعساره شهد به عند القاضي؛ لئلا يتخلف في الحبس، انتهى.

ويحبسه أولًا صرح غيره، وسبق عن رواية الصيدلاني ما ينازعه، وأن القاضي لا يحبس مدعي الإعسار إلا بعد الكشف عن حاله، وظاهره أنه لا فرق فيه بين الغريب وغيره، وهو الراجح المختار؛ لأن الحبس عقوبة، فلا ينبغي فعلها من غير تحقق الخيانة؛ لأن هذا حبس استكشاف.

....

ثم هذا التوكيل بالبحث عن حاله واجب على القاضي. صرح به الرُّويَانِي، وصاحب «القواعد».

مطلب: فروع منثورة: في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: أقر خصمي بإفلاسي لم يسمع دعواه للتحليف ولو أقام بينة أنه أقر بفلسه سمعت.

قلت: في منع الدعوى للتحليف نظر؛ لأنه لو أقر بذلك أخذ به، وأنه لو اتهم رب الدين ووجه المفلس أو غيرهما بأن له في يده مال، فله الدعوى عليه بذلك أي: وتحليفه عليه، وأنه إذا حجر الحاكم على المفلس فكل من كان له عليه دين فدفعه إليه ضمن، بل يدفعه إلى الحاكم.

قلت: هذا فيمن علم بالحجر ظاهرًا، أما لو جهله ففيه نظر، وأنه لو شهدوا بعين للمفلس لم يقبل حتى يثبتوا من أي وجه استفاد هذا المال، انتهى.

وكلام «الروضة» يقتضي أنه لا يجب ذلك، فإنه قال: فإن أتوا بعدلين فقالا: رأينا في يده مالًا يتصرف فيه أخذه الغرماء انتهى. وفيه وقفة لا قد يتصرف بوكالة أو ولاية.

مطلب: فرع: قال الإمام: لو علم القاضي إعساره لم يقض به وإن حل له أن يشهد؛ لأنه ظن لا علم يقيني، وإنما جازت الشهادة به للضرورة، انتهى.

ولا شك أنه لا يحبس، وقياس قول الرَّافِعِي وغيره أنه على القولين في القضاء بالعلم، وما قاله: الإمام بناه على ما ذكره هناك أن المراد بقولنا: إنه يقضي بعلمه على الأظهر العلم اليقيني لا الظن، وليس الأمر كذلك كما بينته في «الغنية» هناك.

فرع: صحح الغزالي هنا أنه يحبس بدين ولده، ونقل في شهادات «بسيطه» أن المذهب المنع، ونسبة إمامه ثم إلى المعظم ونقلاه هناك، وهو ما صححه صاحبا «التهذيب» و«الكافي» وغيرهما.

وقال الرَّافِعِي في نيته: إن تصحيح الغزالي الحبس مما يخالف فيه الأكثرين .

فَصْلٌ: مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ، ....

ورأيت في «الإشراف» للهروي أن القاضي الحسين قطع بحبسه له؛ لدفعه عن الظلم كما لو قصده، وقال في «التعليق»: إنه القياس عندي.

قلت: وهو ظاهر إذا بان أنه أخفى ماله وعاند، أما لو تردد باقي حاله وادعى عسرته، فلا يحبسه للكشف عن حاله، ولعل هذا موضع جواب الجمهور، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ما في حبس الممتنع من أداء دينه مع ظهور ماله وغناه، وليعلم أن الحبس تارةً يكون عقوبة للعباد، وتارةً لاستكشاف الحال، فيحبس الوالد في الحال الأولى دون الثانية، ولا معنى لقول بعضهم: يحبس في نفقة ولده إذا امتنع منها دون باقي ديونه شك.

قال: (**فَصْلٌ: مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ، فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْدَادُ الْمَبِيعِ**)؛ لقوله ﷺ: «**إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها من الغرماء**»(١) متفق عليه.

وقال أبو عبيد بن حربويه: إنما يكون أحق به ليستوفي حقه منه، ولا يشاركه فيه الغرماء كالمرهون، لا أنه يفسخ ويرجع في عينه.

قال الْمَاوَرْدِي: خالف الإجماع، إذ القائل: اثنان فاسخ ومانع.

وفي حكم الإفلاس الموت مفلسًا كما سيأتي.

وقوله: (**فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ**) أي: بنفسه، ولا يتوقف على الحاكم على الأصح عند المصنف، وجزم الْمَاوَرْدِي بمقابله؛ لأنه مختلف فيه كالإعسار بالنفقة، وصححه غيره بجواز الرجوع في الأعيان المبيعة، وبعد ذلك وجهان:

أحدهما: لا يرجع إلا أن يحكم الحاكم برده عليه.

والثاني: له الرجوع بلا حكم. وعبارة «الحاوي» هناك فيما رأيته: إذا أفلس المشتري لا يصح رجوع البائع في عين ماله إلا أن يحكم الحاكم بفلسه، ثم

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ، وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ، ....

يحكم بجواز الرجوع بالأعيان المبيعة، فإذا حكم بالفلس وجواز الرجوع فهل يحتاج إلى أن يحكم الحاكم برده عليه، أم له الرجوع بلا حكم؟ فيه وجهان.

وقيل: إن كان هناك حاكم وقف على حكمه، وإلا فلا، نقله الرُّويَاني.

إشارة: صيغة الفسخ: فسخت البيع ورفعته ونقضته ونحوها، وهذا الفسخ وارد على العقد، ويتبعه استرداد المبيع، وكذلك جمع المصنف بين اللفظين، وحكى الإمام اختلافًا فيما إذا أردت الثمن أو فسخت البيع فيه، والأصح الاكتفاء به.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو أتلف المبيع قبل القبض فللبائع مطالبة المتلف بالقيمة، ويمسكها لاستيفاء الثمن، فلو أفلس المشتري لم يكن للبائع فسخ العقد، لكنه أحق من سائر الغرماء بتلك القيمة كالمرتهن.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى الْفَوْرِ**)؛ إلحاقًا له بالرد بالعيب، والثاني: أنه على التراخي كهبة الولد.

وفرق لحصول الضرر هنا بخلاف ذلك، وقال القاضي الحسين: لا يبعد تأقيته بثلاثة أيام كما في المعتقة بحث عند الشفعة في قول.

إشارة: الظاهر أنه يقبل منه دعوى الجهل بالفورية هنا، وإن لم يقبله في الرد بالعيب على رأي؛ لأن هذا مما يخفى على غالب الناس بخلاف ذلك، ولو اختار المضاربة سقط حقه من الرجوع لو اختار الرجوع فرجع، ثم بدا له فيه لزم الفسخ، وقيل: له ذلك ما دام في الحبس.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِالْوَطْءِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْبَيْعِ**) كالهبة للولد، **وَتَلْغُو هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ**، والثاني: يحصل كما في زمن الخيار، وفرق بأن ملك المشتري ثم ليس بمستقر، فجاز الفسخ بالفعل بخلاف مسألتنا، والقياس أنه لو أتلفه البائع غرم المثل، أو القيمة، وضارب بالثمن.

قال: (**وَلَهُ الرُّجُوعُ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ كَالْبَيْعِ**) نبَّه بقوله: (كالبيع) على

وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًا، وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ ....

مأخذ ذلك القياس على البيع، لا النص، وهو على أن الأحكام التي يعرض لتفصيلها في البيع يثبت مثلها في سائر المعاوضات، وهو زائد على ما يقتضيه عبارة «المحرر»، فإنه قال: ولا يختص الرجوع بالبيع، بل يثبت في سائر المعاوضات، ويدل لغير البيع من النص قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: **«من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره»**[1] متفق عليه.

ودلَّ من إطلاق الكتاب، وأصله مقيد بشرطين:

أحدهما: إن سبق المعاوضة الحجر فإن تأخرت فلا فسخ للعالم بالحال على الأصح.

والثاني: أن تكون المعاوضة محضة كالسلم والإجارة والقرض، لا الخلع والصلح عن ذم العهد في أنها ليست معاوضة محضة كالبيع، وهنا كلام في الصداق أوضحته في «الغنية» يتعين مراجعته.

قال: (**وَلَهُ شُرُوطٌ: مِنْهَا كَوْنُ الثَّمَنِ حَالًا**) أي: عند الرجوع، لكنه إن لزم حالًا قبل الحجر رجع قطعًا، وكذا لو حل قبل الحجر، وفيه وجه شاذ، أما لو حل بعد الحجر وقبل البيع، ففي جواز الفسخ وجهان.

قال في «الروضة»: أصحهما الجواز. قاله في «الوجيز».

قلت: وصححه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، وظاهر الحديث يؤيده.

قال: (**وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ**) وإمكان الاستيفاء بالحاكم.

والثاني: يفسخ؛ لتعذر الوصول إليه حالًا وتوقعه مآلًا.

تنبيهات: قوله: (**وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِالْإِفْلَاسِ**) يفهم أنه لو كان ماله بقدر دينه وجوزنا الحجر أنه لا يفسخ؛ لعدم التعذر، وهو أشبه الوجهين في «الشرح الصغير»، وبه جزم في «الوجيز»، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه ظاهر النص، وإطلاق الخبر يقتضي إثبات حق الرجوع.

---

[1] تقدم تخريجه.

وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسَخْ ونحن نُقَدِّمُك بِالثَّمَنِ، فَلَهُ الْفَسْخُ ....

قلت: ولأنا جعلناه كالمفلس في الحجر، وأنه لا يؤمن ظهور غريم فيخاصمه في الثمن.

قال الرَّافِعِي وغيره: لو كان بالثمن ضامن بإذن المشتري فلا رجوع له؛ لأنه ليس بمتبرع على المشتري، والوصول من يده كالوصول من يد المشتري، وإن ضمن بغير إذنه، وجهان، وأسقطت «الروضة» الحالة الأولى في الكلام منثورًا.

وينبغي أن يكون موضع عدم الرجوع في العين إذا كان الضامن مقرًّا ومليًّا، أما لو كان معسرًا أو جاحدًا، أو لا بينة فلا؛ لتعذر الثمن بالإفلاس، ولينظر فيما لو كان الدين حالًّا، ولكن ضمن مؤجلًا، فهل يكون كالحال عليها في حكم الفسخ؟.

قال الْمُتَوَلِّي عقب مسألة الضمان: وهكذا الحكم فيما لو كان قدر رهن بعض الناس ماله بالثمن، ثم أفلس المشتري أي: إن رهنه بإذن المشتري فلا رجوع للبائع، أو بلا إذن، فالوجهان.

وما ذكره ظاهر إذا كان الرهن يفي بجميع الثمن، أما لو لم يف به فينبغي أن يكون له الرجوع في الحالين، والرهن المستفاد كذلك، ويجب أن يأتي جميع ما ذكر هنا في الإعسار بالصداق وأولى، ولم أر له ذكرًا، وخذ من كلام المصنف لو كان للمفلس رهن يفي بالثمن فلا فسخ للبائع، وكذا لو لم يف به وكان لو خاصص بالباقي تحصل تمام الثمن، ولك أن تحمل كلامه على ما ذكرناه، إذ لا تعذر بالإفلاس.

قال: (**وَلَوْ قَالَ الْغُرَمَاءُ: لَا تَفْسَخْ ونحن نُقَدِّمُك بِالثَّمَنِ، فَلَهُ الْفَسْخُ**) أي: على الصحيح؛ لاحتمال ظهور غريم، وقيل: تخريجًا ماله حجر عليه وفي ماله وفاء. وقع في «الروضة» بعد هذا آخر الباب: أنه لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء صاحب الثوب أجبر على الأصح كالبائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، انتهى.

وهذا التشبيه سهو تبع فيه نسخًا سقيمة بالشرح، وهو في غيرها على

وَكَوْنُ الْمبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمشْتَرِي فَلَوْ مَاتَ أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ ....

الصواب، وقد أوضحته مسودة في «التوسط»، والمذهب المعروف أنه لا يجبر إذا قدموه من مال المفلس، ولو قدموه به من أموالهم فله الفسخ بلا خلاف، ولو قالت الورثة: لا نرجع ونحن نقدمك من التركة، فكالغرماء، أو من أموالنا، فوجهان.

جزم **الْمُتَوَلِّي** بإجابتهم، والماوردي وغيره بمقابله، وهو مقتضى إطلاق نص **الشَّافِعِي** ﷺ فعليه يستثنى هذه الصورة من قولهم: إن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله، لكن الأول أقوى في المعنى، وهو المختار؛ لأن التركة صارت ملكًا للوارث، فأشبه فك المرهون وفداء الجاني، وعلى هذا لو كان الوارث غريمًا أجيب إلى الأداء من ماله وإمساك العين.

فرع: تضمن كلام **الْمَاوَرْدِي** أنه لو قدم الغرماء المرتهن بدينه سقط حقه من الرهن بخلاف البيع وفرق، وفيه نظر ظاهر.

قال: (**وَكَوْنُ الْمبِيعِ بَاقِيًا فِي مِلْكِ الْمشْتَرِي**)؛ للحديث المتقدم، ومن شرط الرجوع أيضًا ألا يتعلق به حق ثالث كجناية، أو رهن، أو شفعة، فإن زال التعلق قبل المخاصمة رجع، وفيه وجه، وما ذكرنا في تقديم الشفيع هو الأصح، ويكون الثمن بين الغرماء.

والثاني: يكون الثمن للبائع جمعًا من الحقين.

والثالث: يرجع البائع في عين ماله.

ومنها: ألا يكون بالبائع مانع من تملكه أن يكون صيدًا فأحرم البائع لم يرجع به في حالة الإحرام، أو كان كافرًا فأسلم بيد المشتري والبائع كافر.

قيل: لا يرجع، وفي «اللباب» وغيره: أنه لا يرجع، وبناه في «الذخائر» على أصل قولين في تملكه المسلم إن جوزناه رجع، وإلا فلا، والأرجح الرجوع كما هو في الرد بالعيب؛ لما في المنع منه من الضرر بخلاف الشراء.

قال: (**فَلَوْ مَاتَ**) أي: بآفة، أو جناية، أو عتق وغيرها.

(**أَوْ كَاتَبَ الْعَبْدَ**) أي: كتابة صحيحة أو أحبل الأمة.

فَلَا رُجُوعَ ....

(فَلَا رُجُوعَ) لأنه كالخارج، وأفتى المصنف في صورة الإحبال بالرجوع، وهو سهو من ناقل أو غيره.

تنبيهات: منها: أطلق أن الكتابة تمنع، وقال الماوَرْدِي: إلا أن يعجز قبل أن يضارب بثمنه، فهو كالمرهون ينفك، والمجزوم به في «الروضة» وغيرها أنه لو انفك الرهن أو برئ من الجناية رجع، حكى الماوَرْدِي في ذلك وفيما إذا عجز المكاتب وجهين؛ لأنه صار إلى حال زال عنه حكم الاسترجاع.

قال الدَّارِمِي: لو قال البائع للمرتهن: أنا أدفع إليك حقك وآخذ عين مالي، فهل يخير المرتهن؟ على وجهين.

قلت: ويجب طردهما في المجني عليه، وقياس المذهب ترجيح المنع، ومنها استثنى من زوال الملك ما إذا كان المشتري يتسلط على استرجاعه كالقرض الباقي شهد المقترض. صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، وكالبيع في زمن الخيار إذا قلنا: بزوال الملك، ذكره ابن الرِّفْعَة عن الْمَاوَرْدِي، وعبر عن ذلك بأنه متى خرج عن ملك المفلس، وكان بحيث يتسلط على الاسترجاع يجوز للبائع الرجوع كما هو للمفلس. وهذه العبارة تشمل ما لو كان المشتري قد باعه لآخر ثم أفلس هو والمشتري منه، وما لو كان قد وهبه لولده وأقبضه، وهو بعيد، ولعل ما أجازه في القرض بناه على أنه لا يملك إلا بالتصرف، وذكرت في «الغنية» ما يعضده مع فوائد جمة.

منها: ذكر الرَّافِعِي أنها لو باعت العين المصدقة بشرط الخيار، ثم طلقها الزوج في مدته، فله الرجوع إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، وإن قلنا: للمشتري، فلا، وهذا يرد ما ذكره ابن الرِّفْعَة في صورة البيع.

ومنها: لو زال ملك المشتري عن العين، ثم عاد، ثم فلس، فإن عاد بلا عوض كإرث وهبة ووصية، فأصح الوجهين في «الشرح الصغير» الرجوع؛ لأنه وجد متاعه بعينه، وصحح في زيادات «الروضة» المنع، وأجرى الوجهان فيما لو رد عليه بعيب، وتظهر صحتها فيما لو تقابلا لما سبق عن «الحاوي» والأصح

وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ. وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أو ضَارَبَ بِالثَّمَنِ أو بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أو الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ، ....

المختار ما صححه في «الشرح الصغير»؛ للحديث، والظاهر أن عوده إليه بعد الحجر مجانًا كعوده قبله، وإن عاد بعوض كشراء، فإن كان قد دفع الثمن، فكعوده مجانًا، وإن لم يكن دفعه، وقلنا: يرجع لو عاد بلا عوض، فهل يشتركان ويضارب كل واحد منهما بباقي الثمن؟ أو يكون للأول لسبق حقه؟ أو للثاني لقرب حقه؟ أوجه، وبالثالث أجاب الْمَاوَرْدِي، فإن عفا الثاني وضارب هل للأول استرجاعه؟ فيه وجهان، فلو كان المشتري باعه لثالث، ثم اشتراه الأول، ثم أفلس، فالبائع الثالث أحق به، فإن ضارب فهل يسقط حق الأول والثاني منه؟ أو يكون للثاني استرجاعه وحده؟ أو يكون بينهما؟ ثلاثة أوجه.

ومنها: قال المصنف وغيره: لو رجع في بعض المبيع مكن؛ لأنه أنفع للغرماء من الفسخ في كله، فهو كرجوع الأب في نصف ما وهب يجوز.

قلت: وفي هذا الإطلاق نظر، وينبغي أن يقابل، يجوز حيث يكون أنفع للغرماء، وإلا فقد يكون التنقيص أضر بهم؛ لنقص القيمة به أكثر الثوب، أو سيف أو دار نفيسان بإيفاء حسن نقص القيمة بالتنقيص فيها على أن في الجواز مع الغبطة وقفة؛ لجواز بقاء العين للمفلس بإبراء غريم، أو زيادة سعر سلعة، أو إرث مال ونحوها؛ فيتضرر بالتنقيص.

قال: (وَلَا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ) أي: الرجوع؛ لأنه لا يمنع البيع، وخذ من كلامه أن الإجارة لا تمنعه بناء على المذهب أنها لا تمنع البيع.

قال: (وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ أَخَذَهُ نَاقِصًا، أو ضَارَبَ بِالثَّمَنِ) أي: هو مخير بين الأمرين كما في تعييب المبيع في يد البائع سواء النقص الحسي وغيره، وفي قول غريب يأخذ البيع ويضارب بالنقص.

قال: (أو بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أو الْبَائِعِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ الْقِيمَةِ) أي: سواء كانت الجناية لها أرش مقدر أم لا، مثاله قيمته سليمًا مائة، ومعيبًا تسعون، فيرجع معسر الثمن.

وَجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ.

فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ ....

قال الرَّافِعِي: وإنما ضارب هنا؛ لأن المشتري أخذ بدلًا للنقصان، وكان ذلك مستحقًا للبائع لو بقي فلا يحسن تضييعه عليه، انتهى.

وفي «البحر»: يخرج منها وجه أنه لا يثبت له مع اختيار العين ناقصة الرجوع بشيء، وهو غريب، وأغرب الْمَاوَرْدِي فقال: يأخذه ويرجع بأرش النقص.

فإن كان باقيًا على الجاني، فللبائع أن يختص به؛ لأنه يدل ماله وإن كان المشتري أخذ الأرش واستهلكه ضرب البائع بقدر الأرش مع الغرماء، يعني: وإن كان باقيًا فله أخذه كالباقي على الجاني، وسبق عن الْقَفَّال ما يقتضي أنه يتقدم من الأرش ببقية الثمن كالمرتهن.

إشارة: قول الرَّافِعِي: لأن المشتري أخذ بدلًا للنقصان يوهم أن الكلام فيما إذا أخذ البدل، وليس بمراد، بل الغرض أنه يوجه له البدل على الجاني الملتزم، سواء أخذه أو تعذر أخذه، فالكلية تعم لو كان الجاني غير ملتزم كالحربي، أو الدافع للصائل فكالآفة السماوية.

قال: (**وَجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأن فعله وقع في ملكه قبل تعلق حق الغرماء، والثاني: أنه كالأجنبي، والخلاف طرق أصحها عند الإمام أنه كالأجنبي، وعند الرَّافِعِي كالآفة على أظهر القولين، وعند المصنف كالآفة على المذهب، وبه قطع جماعات، فكان من حقه أن يقول: على المذهب.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ**) أي: بآفة.

(**ثُمَّ أَفْلَسَ أَخَذَ الْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ التَّالِفِ**) أي: على المشهور؛ لأنه يثبت له الرجوع في كل منهما، وفي قول: أنه إذا رجع أخذ الباقي بكل الثمن ولا يضارب بشيء.

(**فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ رَجَعَ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأن للإفلاس سبب يعود به كل العين، فجاز أن يعود به بعضها كالطلاق قبل الدخول، والقديم: لا

فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ، وَفِي قَوْلٍ: يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ.

يرجع، بل يضارب بباقي الثمن أخذ الباقي لحديث مرسل فيه رواه الدراقطني، ولا يصح مستدل.

(فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِبَاقِي الثَّمَنِ)، أي: ويكون المقبوض في مقابلة التالف، كما لو رهن عبدين بمائة وأخذ خمسين، وتلف أحد العبدين، كان الباقي مرهونًا بما يفي من الدين، فالجامع أن له التعليق بكل العين إذا نفى كل الحق، فليثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق.

(وَفِي قَوْلٍ) أي: مخرج.

(يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي الثَّمَنِ، وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ) أي: بنصف الباقي، وهو الربع من جميع الثمن؛ لأن الثمن يتوزع على المبيع، فيوزع كل من المقبوض والباقي على العبدين.

قال في «السلسلة»: وهو أقيس القولين أن المستوفي قبل الفلس مقبوض على البيوع، لا على التمييز، والباقي منه باقٍ على البيوع، لا على التمييز، وهو ظاهر.

إشارات: قوله أولًا: (ثُمَّ أَفْلَسَ) يوهم أنه لو تلف أحدهما بعد تفليسه أن الحكم يختلف، والظاهر أنه لا فرق، والعبدان مثال، والمراد بالفلس أي: حجر عليه بالفلس، كان ينبغي أن يقول: ولو كان قد قبض بالواو لا بالفاء، أو بحذف لفظة (كان).

ولو قبض بعض الثمن ولم يتلف من المبيع شيء جرى القولان، فعلى الجديد: يرجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصفه رجع في نصف العبد المبيع ونصف العبدين المبيعين.

قال الْمُتَوَلِّي: وليس له الرجوع في أحدهما بما له إلا أن يبرأ رضيا بذلك؛ لأن فيه مصلحتهما من حيث أنه لا يتبعض عليهما في واحد من العبدين.

وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ فَازَ الْبَائِعُ بِهَا، وَالْمُنْفَصِلَةُ كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ، ....

قال: (**وَلَوْ زَادَ الْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ**) أي: وكبر شجرة ونحوها من الزيادات المتصلة من كل وجه.

(**فَازَ الْبَائِعُ بِهَا**) طردًا للقاعدة إلا ما سيأتي في الصداق هذا ما أجابا به في الصيغة هنا في «الشرحين» و«الروضة». ثم قال في متن «الروضة» بعده بقليل: وأما إذا تعلم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشعر المباح، ورياضة الدابة، فالأصح أنها على القولين معنى في القصارة ونحوها أعينٌ هي أم أثر؟ أظهرهما أنها عين. ثم قال في القرآن والحرفة: وقيل هي قطعًا كالسمن، وهذا ما جزما به هنا، وعبارة الرَّافِعِي في الموضعين في «الشرحين»: وتعلم الحرفة، وإنما **قلت**: هذا التخيل متخيل فرق بين الصنعة والحرفة فإنه عين في «الروضة» أولًا بالصنعة، وثانيًا بالحرفة، ولا أثر لذلك وطريقه القطع، نقلها الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد وعامة أصحابنا، وعن صاحب «التلخيص» رد القولين، وفرق الْعِمْرَانِي بأن فعله التلقين والحفظ ليس إليه؛ لأنه قد تلقنه فلا يتلقن، فهو كالسمن؛ لأنه قد تعلقها فلا يسمن بخلاف القصارة ونحوها؛ لأنها تحدث بفعله الذي لا يوجد إلا وجدت هذه الآبار، وهذا هو المذهب وقد نقله في الصداق عن الأصحاب مطلقًا.

ونص عليه في «الأم» فقال: ولو باعه فعلمه أخذه معلمًا، مع نصه في «الأم» على القولين في القصارة ونحوها، وترجيحه المشار إليه بذلك.

قال: (**وَالْمنْفَصِلَةُ**) أي: من كل وجه.

(**كَالثَّمَرَةِ، وَالْوَلَدِ لِلْمُشْتَرِي، وَيَرْجِعُ الْبَائِعُ فِي الْأَصْلِ**)؛ لأنه الذي أثبت الشارع له الرجوع فيه، فيقتصر عليه.

قال: (**فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَبَذَلَ الْبَائِعُ قِيمَتَهُ أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ**) لانتفاء محذور التفريق.

وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ، وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ، وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ أَو عَكْسُهُ فَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ، وَاسْتِتَارِ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورِهِ بِالتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنْ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ.

(**وَإِلَّا فَيُبَاعَانِ**) فرارًا من التفريق.

(**وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ الْأُمِّ**) أي: وما قابل الولد إلى بقية الغرماء.

قال الشيخ أبو حامد: وكيفية التقسيط أن تقوم الأمة ذات ولد، ثم يقوم الولد، ويضم قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر، ويقسم الثمن عليهما.

قال: (**وَقِيلَ: لَا رُجُوعَ**) أي: بل يضارب؛ لما فيه من التفريق.

قلت: وقيل: يجوز التفريق للحاجة، صرح بنقله الْمَاوَرْدِي والدرامي والشاشي وغيرهم، والإمام في كتاب «السير»، وحاول الرَّافِعِي تخريجه هنا بناء على أنهم لم يذكروه. قال: ويجوز أن يقال: إن مال المفلس مبيع كله، فلا وجه لاحتمال التفريق، انتهى.

ولو قيل: إن الضم ينقص به قيمة أحدهما عن حالة الانفراد جاز التفريق، وإلا فلا، لم يبعد. قال: (**فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الرُّجُوعِ دُونَ الْبَيْعِ، أَو عَكْسُهُ، فَالْأَصَحُّ تَعَدِّي الرُّجُوعِ إِلَى الْوَلَدِ**) الصواب أن يقال: فالأظهر، فإن الخلاف في الحالتين قولان في كتبهما وغيرهما، وترجيح تعدي الرجوع إلى الولد في الحالة الأولى مخالف لسائر الأبواب، وإن كان هو المنصوص، وقد بنى الجمهور الخلاف على أن الحمل يعلم، وأيضًا فليس يظهر فارق، فالوجه التسوية بين الأبواب، إما أن يقال: بالرجوع في الجميع أولًا، ولا خفاء أنها لو كانت حاملًا عند البيع والرجوع فيها حاملًا، وأنه لو حدث فيهما فانفصل، فهو للمشتري بلا خلاف.

قال: (**وَاسْتِتَارِ الثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورِهِ بِالتَّأْبِيرِ**) أي: وما في حكمه.

(**قَرِيبٌ مِنْ اسْتِتَارِ الْجَنِينِ وَانْفِصَالِهِ، وَأَوْلَى بِتَعَدِّي الرُّجُوعِ**) أي: فتأتي فيه الأحوال الأربعة للولد، لكن لو كانت غير مطلعة عند البيع، ثم كانت مطلعة غير مؤبرة عند الرجوع، فهنا أولى بأن لا يتعدى الرجوع.

وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أَو بَنَى فَإِنْ اتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا فَعَلُوا وَأَخَذَهَا، ....

تنبيه: قالا: إذا كان عند الشراء غير مطلعة وأطلعت عند المشتري، وكانت يوم الرجوع غير مؤبرة، فالأظهر أنه يأخذ الطلع مع النخل كما يبيع في البيع، وقيل: لا يأخذه قطعًا. ثم ذكر أنه لو تلفت الثمار في هذه الحالة بجائحة أو أكل غيرهما، ثم فلس، فأخذ البائع الشجر بحصته من الثمر، ويضارب بحصة الثمرة، وهو سهو بلا شك، ولذلك قال ابن يونس في شرح «الوجيز»: إذا ثبت الرجوع فيها بوجودها عند الرجوع دون البيع، فإنه لا يطالب بها بشيء، وغلط الإمام الرَّافِعِي في ذلك، انتهى. وقد أوضحته في «المسائل الموصليات».

فرع: لو زَرَعَ الْحَبَّ فَنَبَتَ، قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَالْأَصَحُّ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ كَلَامُ الرَّافِعِي أَنَّهُ يَرْجِعُ، انتهى نقلًا أنه الأصح عند العراقيين، والبغوي أنه يرجع فيهما، وقال الْمُتَوَلِّي: المذهب أنه لا يرجع. قال: وفيه وجه ليس بصحيح.

قلت: ونسبته إلى العراقيين مطلقة مدخولة، فإن المجزوم به في «تعليق القاضي أبي الطيب» و«الشامل»، واختاره الإمام، لكن في «تجربة الرُّويَانِي» أنه لو نبت الحب أو النوى المبيع، ثم أفلس، يرجع البائع بما نبت. نص عليه الشَّافِعِي؛ لأنه عين ماله، قال: وغلط من قال غيره، انتهى.

وأجرى الخلاف فيما لو نجم العصير في يده، ثم تخلل، ثم أفلس، ولو اشترى زرعًا أخضر مع الأرض ففلس، وقد اشتد الحب، فقيل: يطرد الخلاف، وقد يرجع قطعًا، وخص الدَّارِمِي الوجهين بصورة البيض يفرخ، وقال في الحب: لا يرجع وجهًا واحدًا، وكذا ذكره هو أو غيره إذا بيع أخضر، ثم صار حبًّا لا يرجع قولًا واحدًا، وليس الفرق بواضح.

قال: (وَلَوْ غَرَسَ الْأَرْضَ أو بنى، واتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمفْلِسُ عَلَى تَفْرِيغِهَا، فَعَلُوا وَأَخَذَهَا) لأن الحق لا يعدوهم، والظاهر أن هذا إنما يكون بعد رجوعه في الأرض، وهو قضية كلام الْعِمْرَانِي وغيره، وإلا فقد يوافقهم ثم لا يرجع فيتضرروا به، اللهم إلا أن يكون الخيرة لهم في ذلك، فلا يشترط تقدم

وَإِنْ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَمْتَلِكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ، ....

رجوعه، وليس له إلزامهم أخذ قيمة الغرس، والبنا لتملكها مع الأرض؛ لأن المبيع قد سلم له، ثم إذا فعلوا وجب تسوية الحفر في مال المفلس، وإن حدث بالقلع نقص وجب أرشه في ماله.

قال الرَّافِعِي: وتبعه المصنف، قال الشيخ أبو حامد: ويضارب به.

وفي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدم به، وانتقد عليهما، والذي في تعليق الشيخ أبي حامد والبندنجي والمحاملي والماوردي: أنه يقدم به، وظهر لابن الرِّفْعَة أن محمل نقل الرَّافِعِي على ما إذا فعلوا قبل رجوعه، فإن الْمَاوَرْدِي حكى فيها وجهين؛ لأنه نقص حدث بفعل المشتري، فإذا ضمناه لم يتقدم به البائع يكون أسوة الغرماء، وهذا الحمل بعيد؛ لأنا إنما نتكلم في القلع الذي يحصل بسبب الرجوع.

فرع: لو قال الغرماء: نقلع، وقال المفلس: آخذ القيمة منه ليتملكها، أو بالعكس، أو اختلف الغرماء كذلك، أجيب من وافق قوله: المصلحة.

قال: (**وَإِنْ امْتَنَعُوا لَمْ يُجْبَرُوا**) لأن المشتري بنا وغرس بحق في ملكه.

قال: (**بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَمْتَلِكَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ**)؛ تخليصًا لعين ماله، وجمعًا بين المصلحتين.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ، وَيَضْمَنَ أَرْشَ نقصِه**) أي: وليس لهم منعه إذ به يندفع الضرر، وهذا خلاف ما لو أفلس بعد زرعه الأرض ورجع البائع فيها؛ فإنه لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة، ولا من قلعه وغرامة أرش نقصه؛ لقرب أمده، والغرس والبناء للتأبيد، وقيل: يقلع فيهما مجانًا كالمستعير ممتنع. ذكره في الأولى: الْمَاوَرْدِي، وفي الثانية: القاضي الحسين.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَيَبْقَى الْبِنَاءُ والْغِرَاسُ لِلْمُفْلِسِ**) أي: لأنه لا ينقص قيمتهما ويضرهم، والضرر لا يزال بمثله، والثاني: له

……

ذلك، كما لو صبغ الثوب يرجع فيه دون الصبغ، ويكون شركًا، وصححه سليم الرازي، والفرق: أن الصبغ كالصفة التابعة للثوب، هذا أصح الطرق، والثاني: تنزيل النصين على حالين.

وفيهما طرق للأئمة، فقيل حيث قال: يرجع أراد ما إذا كانت قيمتهما حقيرة بالإضافة إلى الأرض، وحيث قال: لا يرجع أنه لا يأخذ البناء والغراس مجانًا، وحيث قال: يرجع أراد في البياض المتخلل بينهما، ويضارب بقسط الباقي، وحيث قال: لا يرجع أراد في جميع الأرض، والطريق الثالث في الأصل عن ابن خيران أنه قال للبائع: إن أعطيت قيمة البناء أخذت أرضك، وإن لم تعط ورضيت بالشركة بيع الجميع، وقسم الثمن بالحصص، فلك ذلك، فإن قال المفلس والغرماء: تقلع ويضمن له نقص الأرض أجيبوا، فإن أبوا القلع وأبى البائع دفع القيمة والشركة.

قال الشَّافِعِي: يضرب بالثمن مع الغرماء.

التفريع إذا قلنا: بالأظهر فالبائع مخير بين أن يضارب بالثمن أو يعود إلى بدل قيمتهما أو قلعهما مع غرامة أرش النقص.

قال في حاشية «الروضة»: قولي: (يعود) أشار إلى أنه لو امتنع من ذلك ثم مكن، وعن ابن الرِّفْعَة في حاشية «مطلبه»: ينبغي أن يبني على الخلاف في أن حق الرجوع على الفور أم لا؟

فإن قلنا: يرجع فيها على القول الآخر، فيوافق هو والغرماء والمفلس على البيع دفعه فذاك، وطريقة التوزيع ما سبق في الرهن، وإن امتنع لم يجبر على الأظهر، وإذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقي له، ولأنه التملك بالقيمة والقلع مع الأرش، وللمشتري الخيار في البيع إن جهل بحال ما اشتراه.

قال في «الروضة»: هذا الذي ذكرناه هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها، وهو الصواب المعتمد. وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: لا رجوع بحال.

وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَو دُونِهَا فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ الْمَبِيعِ مِنَ الْمَخْلُوطِ،

والثاني: تباع الأرض ويتخير بين ثلاث خصال: يملك البناء والغراس بالقيمة، أو قلعها مع التزام أرش النقص، أو بقاؤهما بأجرة مأخذها ممن ملكها.

وإذا عين خصلة فاختار الغرماء غيرها، أو امتنعوا من الكل، فوجهان: في أنه يرجع إلى الأرض ويقلع مجانًا، أو يخيرون على ما عينه لعله في.

والرابع: إن كانت قيمة البناء أكثر؛ فالبائع فاقد عين ماله، وإن كانت قيمة الأرض أكثر فواحد. هذا نقل الإمام، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأول، وهذا النقل شاذ منكر، لا يعرف، وليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟ انتهى.

وذكر الرَّافِعِي نحوه وحاول غيرهما إخراجها من كلام الأصحاب، وليس ببعيد، ولم يرد الإمام أنها منصوص، وعبارة «التعجيز في شرح الوجيز» حاصل ما ذكره الأئمة في المسألة أربعة أقوال.

قلت: والرابع يخرج من الطريقة السابقة في النظر إلى الأكثر قيمة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَانَ الْمبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَو دُونِهَا، فَلَهُ**) أي: بعد الفسخ. (**أَخْذُ قَدْرِ الْمبِيعِ مِنْ الْمخْلُوطِ**) لأنه في المثل واحد حكمًا وفي الدون مسامح بعيب حدث بالخلط، وفي قول مخرج من الأجود أنه فاقد فيهما، فعلى الأول له طلب القسمة، وإن ملك البيع لم يجب إليه في الأصح، والمجزوم به في «التتمة» و«الشامل» في الخلط بالأردئ أنه يجاب إلى البيع، ثم نصا وهو أوجه وجعله بعضهم وجهًا ثالثًا.

إشارة: غير الحنطة من المتلفات كالحنطة، نعم؛ في «البيان» عن الشيخ أبي حامد: أنه لو اشترى عنبًا فخلطه بعنب، أو رطبًا فخلطه برطب في رجوع البائع قولان، وجه المنع: أنه لا يمكن إقراره إلا بالقسمة، وقسمته بيع، وبيع بعضه ببعض لا يجوز، ووجه الجواز: أنه إقرار حق. قال أبو حامد: وعندي أن هذين القولين مأخوذان من أن القسمة بيع أو إقرار، إن قلنا: بيع، لم يجر

أَو بِأَجْوَدَ فَلَا رُجُوعَ فِي الْمَخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَو قَصَّرَ الثَّوْبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ، وَإِنْ زَادَتْ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ.

وضارب بالثمن، وإن قلنا: إقرار رجع، وكيفية الرجوع على ما ذكر في «الشامل» الثلاث إذ خلط بمثله، أو بأجود، أو بأردئ منه، انتهى.

قال: (**أَوْ بِأَجْوَدَ، فَلَا رُجُوعَ فِي الْمخْلُوطِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: بل يضارب بالثمن لتعذر الرجوع إلى العين حقيقةً وحكمًا، أما حقيقة: فظاهر، وأما حكمًا: فللإضرار بخلاف المثل والأردئ، والثاني: يرجع كالمثل، فعلى هذا الأظهر أنه يرجع في المخلوط بنسبة القيمة، وفيه إشكال ظاهر.

والثاني: في ثمنه بنسبتها، والمذهب الأول.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: إنه أصح القولين، وبه أقول، وحينئذٍ فمذهبه الجزم بمنع الرجوع. قال الإمام: إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمعقود، فكان أحد الخليطين كثيرًا والآخر قليلًا لا يظهر به زيادة في الحس، ويقع مثله بين الكيلين، فإن كان الكبير للبائع فالوجه القطع بكونه واحدًا عين ماله، وإن كان الكبير للمشتري، فالظاهر كونه فاقدًا، وأقره الشيخان، وهو من تصرفه، وطرحه الغزالي فلم يذكره في «البسيط».

قال: (**وَلَوْ طَحَنَهَا أَو قَصَّرَ الثَّوْبَ، فَإِنْ لَمْ تَزِدْ الْقِيمَةُ رَجَعَ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ**)؛ لأن المبيع موجود بلا زيادة، وإن نقصت فليس للبائع غيره إن شاء.

قال: (**وَإِنْ زَادَتْ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ**) أي: بالعمل؛ لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم، فوجب حفظه عليه بخلاف الغاصب، وصورة المسألة كما أشرنا إليه أن يحصل الزيادة بسبب القصارة والطحن، فلو حصلت بسبب ارتفاع الأسواق لا بسببهما، فللبائع الرجوع ولا شيء للمفلس معه. وعبارة الشَّافِعِي في «الأم»: ولو باعه حنطة فطحنها، كان فيها قولان، أشبههما عندي - والله أعلم- وبه أقول: أن له أن يأخذ الدقيق ويعطى الغرماء قيمة الطحن؛ لأنه زائد على ماله، انتهى.

لَوْ صَبَغَهُ بِصِبْغَةٍ فَإِنْ زَادَتْ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصَّبْغِ رَجَعَ، وَالْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ أَو أَقَلَّ فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ، أَو أَكْثَرَ فَالأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ وَرَجَعَ فِيهِمَا ....

قال في «الروضة»: ويجري القولان فيما إذا اشترى دقيقًا فخبزه، أو لحمًا فشواه، أو شاةً فذبحها، أو أرضًا فضرب من ترابها لبنًا، أو عرصة، وآلات البناء فبنى بها دارًا. قال: وأما تعلم الحرفة وذكر ما قدمناه عنه من التعارض، وبينًا أن المذهب الطريقة المرجوحة عنده هنا.

إشارة: قوله: (**فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ**) قد يفهم منه أنه لو رام البائع إمساك المبيع وإعطاء حصة الزيادة أنه لا يجاب، والصحيح المنصوص إجابته.

قال: (**وَلَوْ صَبَغَهُ بِصِبْغَةٍ**) أي: صبغه المشتري بصبغ نفسه.

(**فَإِنْ زَادَتْ الْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ الصَّبْغِ رَجَعَ، وَالْمفلِسُ شَرِيكٌ بِالصَّبْغِ**) إذ المبيع الثوب فقط، مثاله: قيمته أبيض عشرة، وقيمة الصبغ خمسة، فصار قيمته بهما خمسة عشر، فالمفلس شريك بخمسة، وفي كيفية الشركة وجهان:

أحدهما: كل الثوب لبائعه، وكل الصبغ للمفلس كغرسه الأرض، وهو ما في «الشامل». والثاني: يشتركان فيهما جميعًا بالإتلاف؛ لتعذر التميز.

قال: (**أَوْ أَقَلَّ**) أي: بأن صار مصبوغًا قيمته اثنا عشر مثلًا، وسعر الثوب على حاله (**فَالنَّقْصُ عَلَى الصَّبْغِ**)؛ لأن إجراءه يتفرق وينقص، والثوب موجود بحاله، ولو لم يرد شيئًا كان الثوب للبائع.

قال: (**أو أكثر**) بأن تساوي عشرين مثلًا.

(**فَالأَصَحُّ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ**) بناء على الصبغة، كالقصارة في إعطائها حكم الأعيان، فيجعل الثمن بينهما نصفين، والثاني: أنها أثر، فعلى هذا وجهان: أحدهما: يفوز البائع بالزيادة، فيكون له ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربع وأصحهما وبه قال الأكثرون ويكون للبائع ثلثا الثمن وللمفلس ثلثه؛ لأن الصبغة اتصلت بهما فوزعت عليهما.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى مِنْهُ الصَّبْغَ وَالثَّوْبَ وَرَجَعَ فِيهِمَا**)؛ لأنهما عين ماله.

إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَيَكُونَ فَاقِدًا لِلصِّبْغِ، وَلَوِ اشْتَرَاهُمَا مِنِ اثْنَيْنِ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ فَصَاحِبُ الصِّبْغِ فَاقِدٌ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ اشْتَرَكَا، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ].

قال: (**إِلَّا أَنْ لَا تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ، فَيَكُونَ فَاقِدًا لِلصِّبْغِ**) أي: فيضارب بثمنه؛ لما سبق.

قال: (**وَلَوِ اشْتَرَاهُمَا مِنِ اثْنَيْنِ**) يعني الثوب من زيد، والصبغ من عمرو.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغًا عَلَى قِيمَةِ الثَّوْبِ، فَصَاحِبُ الصِّبْغِ فَاقِدٌ**) أي: فيضارب بثمنه.

(**وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ اشْتَرَكَا**) أي: كما سبق بيانه.

(**وَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِمَا**) يعني قيمتي الثوب والصبغ جميعًا.

(**فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِالزِّيَادَةِ**) بناء على أنها عين، والثاني: لا بناء على أن الصبغة أثر.

فرع: حكم صبغ الثوب كالبناء والغراس، لو قال المفلس والغرماء: نقلعه ويغرم نقص الثوب أجيبوا، قاله: ابن كج.

قال الْمُتَوَلِّي: ولو قال البائع: أقلعه وأغرم نقصه، فله ذلك كالبناء، ولا فرق فيما سبق بين الصبغ القابل للفصل وغيره، وقال القاضي أبو حامد: إن الثاني يصير كالقصارة في أنه عين أم أثر.

فرع: جميع ما سبق في الزيادة هو فيما إذا حصلت بسبب الصبغة، فإن كانت ارتفاع السعر، فالظاهر أن الزيادة إن كانت في الثوب فهي لصاحبه، أو في الصبغ فقط فهي لصاحبه، أو فيهما وزعت عليهما بالنسبة.

فروع منثورة نختم بها الباب: منها: قال الْمُتَوَلِّي: لو أخفى ماله، وأظهر العدم، فحجر عليه، وقُسم ماله بين الغرماء، ورجع أرباب الأعيان فيها، ثم بان الحال، فالقسمة صحيحة، وفسخ العقد في الأمتعة نافذ، لأن للحاكم أن يبيع ماله في الديون عند الامتناع، وكذلك الفسخ عند الامتناع مجتهد فيه، فإذا اتصل به حكم الحاكم بالإفلاس نفذ وصح.

……………………………………………………………………

قلت: وفيه نظر إذا كان الفسخ في الأعيان لمحجورين قد اشتراها بغبطة ظاهرة لهم ونحو ذلك؛ لأن الحاكم إنما بنى الأمر على الظاهر، وقد ظهر خلافه.

ومنها: إذا التزم حمولة في ذمته، ثم سلم دابة لنقلها، ثم أفلس، فإن قلنا: ما تسلمه يتعين فلا فسخ، ويقدم المستأجر بمنفعتها، وإلا فهو كما لو لم يسلم، والوجهان في التعيين عند المراوزة، وصحح الرَّافِعِي التعيين، واختيار القاضي الحسين والإمام والبغوي، وهو خلاف النص.

قال في «الأم»: لو تكارا منه حمولة مضمونة يعني: في الذمة ودفع إبلًا بأعيانها، كان له نزعها وإبدالها، وإن أفلس وثم غرماء غيرهم، ضربوا معهم وحاصرهم، هذا نصه، فهو المذهب، وهو أدق وأقرب إلى القواعد كما قاله بعضهم.

ومنها: عن «الرونق» وفرعه «اللباب»: إنما على المفلس ضربان:

أحدهما: ما لم يلزم بحق الشرع، مثل: النفقة، والكفن.

والثاني: ما يلزم بالمعاملة، فأما ما يلزم بالشرع فإنه يقدم على سائر الديون.

قلت: فيخرج منه أن الفطرة والزكاة المستقرة من زمن متقدم، والحج الفوري، وغير ذلك يقدم على الغرماء، كما صرحوا به فيمن مات ولم يف ماله بالحقين، وبيناه في كتاب «الزكاة» بما فيه من دقاق وخلاف، وقد يشكل على ذلك بيعهم الدار والخادم في الدين دون الفطرة إذا قدمناها عليه.

ومنها: قال في «البيان»: لو كانت السلعة مرهونة لم يرجع فيها ثم إن كانت مرهونة بمثل قيمتها أو أكثر بيعت بحق المرتهن، وإن كانت مرهونة بأقل بيع منها بقدر حق المرتهن، وللبائع الرجوع في باقيها، فإن لم يمكن بيع بعضها بيع جميعها، والذي يقتضيه المذهب أن ما فضل من ثمنها عن حق المرتهن يصرف إلى جميع الغرماء، ولا يقدم به البائع، انتهى، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

بَابُ الْحجْرِ

قال المصنف: [مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ، وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ، وَالْمرتهن لِلْوَرَثَةِ، وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ[1]: ....

قال الشارح: هو لغة: المنع، وفي الشرع: المنع من التصرف في المال.

وهو نوعان: أحدهما: لحق الحجر.

والثاني: لمصلحة المحجور عليه، وستتكلم عليهما.

قال: (مِنْهُ حَجْرُ الْمُفْلِسِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ) كما سبق بيانه.

(وَالرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ) أي: في المرهون.

(وَالْمرتهن لِلْوَرَثَةِ) أي: فيما زاد على الثلث حيث لا دين، وفي جميعهما إن كان عليه دين مستغرق للغرماء.

(وَالْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ) قال الإمام: وأنكر بعضهم عده من المحجورين؛ لأنه لا ملك ولا أصل له، والمكاتب عندما بقي عليه درهم، فالحجر عليه لسيده، ولحقه، ولحق الله تعالى في قول.

(وَالْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ، وَلَهَا أَبْوَابٌ) هذا ما ذكره المصنف من أصله:

النوع الأول: وقد أتى الشرح على بعضه، ويأتي شرح باقيه في أبوابه إن شاء الله تعالى. ومن هذا النوع الحجر على السيد لأجل الكتابة والجناية، وعلى الورثة في التركة، وعلى المشتري في السلعة، وجميع ماله حتى يحضر الثمن كما سبق. وعلى من ادَّعى عليه بدين في ماله إذا فهم بحيلة وقد أقام المدعي بينة ولم تزل، كما قاله القاضي الحسين، والمرجح خلافه، وعلى الممتنع من الوفاء مع الغنى إذا التمسه الغرماء من الحاكم؛ لئلا ينقله على أظهر الوجهين عند الرَّافِعِي. والشحيح على نفسه حد الحجر عليه على وجه الأصح خلافه، وسنوضحه فيما بعد.

---

(١) قال في «تحفة المحتاج» (٢٠/٣٠٣): فَقَدْ أَنْهَاهُ بَعْضُهُمْ إِلَى نَحْوِ سَبْعِينَ صُورَةً بَلْ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: هَذَا بَابٌ وَاسِعٌ جِدًّا لَا تَنْحَصِرُ أَفْرَادُ مَسَائِلِهِ، انتهى.

وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْمُبَذِّرِ، فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ، وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ، وَيَرْتَفِعُ بِالْإِفَاقَةِ، ....

قال: (وَمَقْصُودُ الْبَابِ حَجْرُ الصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ وَالْمبَذِّرِ) هذا النوع الثاني هو الحجر لمصلحة المحجور عليه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ أي: مبذرًا، ولو كبيرًا أو ضعيفًا، أي: صغيرًا أو كبيرًا مختلًا ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ أي: عليّ ﴿بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] هكذا فسرها الشَّافِعِي، فأخبر بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم، فدل على ثبوت الحجر عليهم، واحتج بغيرها من الآيات الكريمة.

قال الْمُتَوَلِّي: والبائع الذي له أدنى تمييز ولم يكمل عقله كالصبي المميز، وفيه نظر؛ لأنه إن كان زائل العقل التحق بالمجنون، وإلا فهو مكلف، وتصرفه صحيح، فإن بذر فلسه وجعل القاضي الحسين من هذا النوع النائم والأخرس الذي لا يفهم، وفيه نظر، إذ النائم لا يتصرف عليه أحد في حال نومه، وأما الأخرس المذكور فإنه لا يعقل، فإن احتيج إلى مقام قام الولي مقامه، فينبغي أن يكون هو الحاكم، وحكى الإمام وجهين في أن الرشيد إذا كان يعين في بعض التصرفات هل للقاضي الحجر عليه ولم أر فيهما ترجيحًا، ويحتمل أن ينظر إلى الأغلب، وأن يقطع بالحجر فيه، ولعل الخلاف فيما إذا قل ما تعين فيه، فإن كان كذلك فالراجح المنع، وإن استويا ففيه احتمال.

قال: (فَبِالْجُنُونِ تَنْسَلِبُ الْوِلَايَاتُ) أي: كلها بمجرد الجنون؛ لأنه إذا لم يدبر أمر نفسه، فغيره أولى بالمنع.

قال: (وَاعْتِبَارُ الْأَقْوَالِ) أي: له وعليه، وهذا مطرد، وأما الأفعال فمنها ما هو معتبر كإتلاف مال الغير وغيره كما هو مبين في موضعه.

قال: (وَيَرْتَفِعُ) أي: حجر الجنون.

(بِالْإِفَاقَةِ) أي: بمجردها من غير فك ومن غير اقتران شيء آخر، واعتبر في «التنبيه» مع أن يؤنس منه الرشد قبل ذلك، فإن أراد المصنف ارتفاع الحجر مطلقًا، فلا بدَّ من ذلك إلا أن يكون قد علم رشده قبل جنونه، أما لو جن وهو

وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا، وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، ....

صبي، أو بعد بلوغه وقبل إيناس رشده، أو بعد ظهور سفهه، ثم جن، فلا بدَّ بعد إفاقته من تبين رشده، وإن أراد حجر الجنون يرتفع بالإفاقة مطلقًا، فالباقي حيث لا رشد سابق ولا لاحق الحجر السفه، فلا معنى لاعتبار الرشد مع الإفاقة في ارتفاع حجر الجنون، وعلى هذا نزلت كلام المصنف، وهو واضح وظاهر.

لك عبارة «المحرر»، وكذا لك، قال صاحب «تهذيب المحرر» وغيره: ويرتفع حجر الجنون بالإفاقة.

قال: (وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيدًا)؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ۚ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾﴾ [النساء: ٦] والابتلاء: الامتحان والاختبار، والمراد ببلوغ النكاح التأهل له بالبلوغ كيف كان.

وإيناس الرشد: العلم به وأصله الإبصار، ومنه: ﴿آنَسَ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩]: أي أبصر، والرشد: ضد الغي.

وفي سنن أبي داود: «ولا يتم بعد احتلام»(١) وفي صحيح مسلم أن ابن عباس - رضي الله عنهما - كتب إلى نجدة الحروري: «لا ينقطع اسم اليتم حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد»(٢) وكأن المراد حكم اليتيم لا حقيقة اسمه.

إشارة: كصغر الصبي في كلام المصنف بفتح الصاد وكسر الباء، وأما حجر الصبي بكسر الصاد، فيرتفع بمجرد البلوغ، وقد أطلقا وغيرهما المسألة.

وفي وصايا «الحاوي»: أنه إذا كان الولي أبًا انفك حجره بظهور رشده من غير حاكم، وأن الولي أمين الحاكم لم ينفك حجره إلا بحكم الحاكم، وإن كان وصيًّا لأب أو جد فوجهان اعتبارًا بالأب أم بالأمين.

(وَالْبُلُوغُ بِاسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً) أي: قمرية، صرح به «المحرر» لما

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١١٥، رقم ٢٨٧٣)، والبيهقي (٦/ ٥٧، رقم ١١٠٩١).

(٢) أخرجه مسلم (٤٧٨٩) وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٣٣٣).

أو خُرُوجِ الْمَنِيِّ، ....

في صحيح ابن حبان عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: **«عُرضتُ على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، ولم يرني بلغت، وعُرضتُ عليه، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»**(١)، وأصله في «الصحيحين». وقيل: نقله الْمُتَوَلِّي قولًا منصوصًا أنه يبلغ بالطعن في الخامسة عشرة؛ لصدق التسمية.

وقال الشيخ أبو علي والبغوي: إن أصح الوجهين أنه لا يكفي الطعن فيها، بل لا يحكم ببلوغه حتى يستكملها ويطعن في السادسة عشرة. وقيل: يكفي مضي نصف الخامسة عشرة، فعلى المذهب: لو نقصت الخمس عشرة يومًا لم يحكم ببلوغه، نص عليه الشَّافِعِي، وكذلك قال المصنف في «ضوابطه»: إنه تحديد لا تقريب.

قال: **(أَوْ خُرُوجِ الْمنِيِّ)** لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩] وللحديث السابق، وحديث: **«رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم»** وفي لفظ: **«حتى يبلغ»**(٢) وقيل: لا يكون بلوغًا للنساء، وزيف، وجزم به صاحب «الرونق» في باب الحيض، فأما الخنثى المشكل: فإن أمنى بأحد فرجيه، أو حاض وأمنى بفرج، فقطع صاحب «الجمهور» أنه ليس ببلوغ.

قال الرَّافِعِي: والحق ما قاله الإمام أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما، ثم إن ظهر خلافه غير بالحكم.

قلت: تغيير الحكم فيما يمكن من الأقوال والأفعال التي ينقل معها الحياة ظاهر، لكن إذا حكمنا بالبلوغ رتبنا عليه أمارة من القتل قودًا، وردة وغيرهما مع بقاء الشك في البلوغ، وفيه بعد فتأمله!

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا أنزل من ذكره أو خرج الدم من فرجه مرة لم يحكم

---

(١) أخرجه مسلم (٤٩٩) وابن حبان (٢٧٢٨).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ١٥٤، رقم ١٣٢٧) وأبو داود (٤/ ١٤٠، رقم ٤٤٠٢) والنسائي في الكبرى (٤/ ٣٢٤) والحاكم (٤/ ٤٣٠، رقم ٨١٦٩).

وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ تِسْعَ سِنِينَ، ....

بلوغه بأحدهما، فإن تكرر حكم به. قال الشيخ: وهو حسن، وإن كان غريبًا.

قال الدَّارِمِي: إن الشَّافِعِي نص أنه لا حكم بحيضة ومنية فعل بظاهره، وقيل: إذا اجتمعا بعد بلوغه.

إشارة: إطلاقهم يفهم أنه لا فرق بين خروجه من طريقه المعتاد وغيره مع السداد الأصلي وانفتاحه، ولم أر نصًّا.

قال: (**وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ اسْتِكْمَالُ سبْعَ سِنِينَ**) أي: قمرية للاستقراء وقيل نصفها. قال الإمام في باب الحيض: إنه ظاهر النص.

تنبيه: قال شارح: الأوجه المذكورة في الصبي، أما الصبية فوقت إنزالها كوقت حيضها. قاله: الْمُتَوَلِّي.

قال: وفي الغلام ثلاثة أوجه: أول التاسعة، وسطها آخرها، وهو الأصح، فافهم ذلك، فإن كلام المصنف يوهم استوائهما في ذلك.

قال: ومقصوده أنهما مستويان في البلوغ، فخروج الكلام موهم أيضًا، انتهى.

وهذا عجب، وكلام «الدقائق» مصرح باستوائهما، وأنه المذهب، وهو قضية ما في «الروضة» وشرحي الرَّافِعِي، وهو متابع «للتهذيب».

وعبارة «الكافي»: وجه إنزال المني من الرجل أو المرأة في النوم أو اليقظة بعد استكمال تسع سنين.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه للوجيز: قال الْمَاوَرْدِي: إمكان الاحتلام في الجارية باستكمال تسع سنين، وفي الغلام عشر سنين، وفيه وجه أنه باستكمال التسع أيضًا، ولم يذكر الْبَغَوِي غيره، انتهى.

ثم رأيت الْمَاوَرْدِي قال في كتاب «اللعان»: إن أبا حامد جعل أقل زمن الاحتلام تسع سنين، وحمل كلام الشَّافِعِي في العشر على أنها للحوق الولد تفريعًا، وذهب سائر أصحابنا متقدموهم ومتأخروهم إلى أن أقل زمان الاحتلام عشر سنين، وأنه لا فرق فيه بين الغلام والجارية، انتهى.

وَنَبَاتُ الْعَانَةِ يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ لَا الْمُسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: **(وَنَبَاتُ الْعَانَةِ)** أي: وهو الشعر الخشن.

(يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ الْكَافِرِ) لما في «السنن الأربعة» عن عطية القرظي ﵁: **«عُرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خُلي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي»**(١) قال الترمذي: حسن صحيح.

قال: **(لَا الْمسْلِمِ فِي الْأَصَحِّ)** لسهولة مراجعة الآباء فيه، ولاتهامه فيه، فربما يداوى ليكمل بخلاف الكافر؛ لأنه يقتل أو يضرب عليه الجزية، والثاني: نعم، والخلاف مفرع على أنه علامة في حق الكافر كما هو المذهب، فإن جعلناه بلوغًا فكذلك هنا، ومنهم من حكى هذا الخلاف قولين.

تنبيهات وتتمات: المراد بالعانة: الشعر الخشن الذي يحلق بالموس كما أشرت إليه، أما الزغب والشعر الخفيف الذي قد يوجد في الصغير، فلا أثر له.

والعانة: ما حول القُبُل. وقال ابن سُرَيْجٍ: ما حول الدبر وهو المشهور، وهو غريب، ولعل كل عانة، ويجوز النظر إليها عندَ الحاجة على الصحيح، وقيل: يمس من فوق حائل، وقيل: يلصق بها شمع ونحوه. وقال الدَّارِمِي: إن شهد أربع عدول أي: من النساء على إنباتها وتحيضها قبل. قال: والخنثى إن أنبت على فرجيه كان بلوغها هل الإنبات بلوغ أو دليل عليه؟ قولان أظهرهما الثاني، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجديد، وقيل: علامة قطعًا، وإليه أشار المصنف بقوله: **(يقتضي)** ومعناه أنا نستدل به بلغ بالاحتلام أو بالسن، ولهذا لو تحققنا إنزاله دون خمس عشرة سنة، أو قامت به بينة، فلا أثر للإنبات، نصَّ عليه الشَّافِعِي، هكذا ذكره شارح.

وقال ابن الرِّفْعَة: حيث جعلنا الإنبات علمًا على البلوغ، فالمراد به البلوغ بالاحتلام، وقد أشار إليه المحاملي، والمجموع، فيكون ذلك سن البلوغ بالاحتلام، وقد أشار إليه الرافعي أي: وغيره، ثم قال: والاعتماد على الاستقراء كالحيض.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٦٨٠) قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّهُمْ يَرَوْنَ الإِنْبَاتَ بُلُوغًا إِنْ لَمْ يُعْرَفِ احْتِلَامُهُ وَلَا سِنُّهُ وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ.

....

مطلب: وعن «التتمة»: أن الغلام إذا أنزل المني قبل الطعن في العاشرة لا يكون بلوغًا، وأن الإنبات في السنة التاسعة يكون بلوغًا، انتهى.

ولم أر ما ذكره عن «التتمة» هنا، لو قال الكافر: تعجلت الإنبات لم يقبل في دفع الجزية وتقبل بيمينه في دفع القتل عنه؛ لخطر الدم، وأفاد ابن الرِّفْعَة: أن قبول قوله في الاستعجال وسماع البينة إنما هو غالى بقوله بأنه أمارة على البلوغ على القول بأنه بلوغ، فلا إذا جعلناه علامة في حق الكفار فقط.

قال الْجُورِيُّ: إنه علامة في حق الرجال دون النساء؛ لأنهن لا يقتلن إذا سبين.

وقال ابن خيران: هو علامة في الرجال والنساء؛ لأنه لا تختص بالقتل بل يلتزم به سائر الفرائض، وهذا ما صرح به الإمام والعراقيون.

وحيث جعلناه علامة فالظاهر أنه علامة على أحد الأمرين لا بعينه الإنزال أو الاحتلام، وفي «الحاوي» ما يقتضي أنه علامة على الإنزال عينًا، وفي كلام المحاملي أنه علامة على خمس عشرة سنة، هكذا نقله شارح ثقة، وسبق عن ابن الرِّفْعَة إشارة عن المحاملي ما يخالفه.

واعلم أن عبارة الجمهور أن الإنبات علامة في حق الكافر دون المسلم، وعبارة الْجُورِيُّ أنه علامة في دار الحرب دون دار الإسلام، وقصة قريظة تدفعه إذا كانت بالمدينة، واقتصار المصنف على العانة يفهم أنه لا عبرة بالشارب واللحية وشعر الإبط.

قال في «الروضة»: وقيل: إنه كالعانة، وقيل: لا أثر له قطعًا، وألحق الْبَغَوِي الإبط فقط بالعانة، انتهى.

وسوى القاضي بين الجميع، قال الإمام: وهو أقوى دلالة من العانة؛ لأنها تتأخر في الغالب عن البلوغ بخلاف شعر العانة، فإنه ينبت في مفتتح تحرك الشهوة، ولذلك قال الغزالي في «البسيط»: إن الأمر كما قال القاضي.

قلت: وهو الأقوى والمختار، وإن قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إن الصحيح أنه لا

وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلًا وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ، ....

نظر إلى شعر الإبط، ولفظه: قال **الْمُتَوَلِّي**: ولا ينبني الحكم على نبات الشارب واللحية على ظاهر المذهب؛ لأن ذاك لا يقترن بالبلوغ عادة، بل الغالب التأخر، وقد ينبت شعر الشارب للأطفال بادرًا، وفيه وجه أن ذلك من أمارات البلوغ؛ لأنه لا يكون إلا بعد البلوغ في غالب الأحوال، انتهى.

وكلامه ظاهر في إنبات اللحية دال على تقدم البلوغ عليها، لا أنه لا يقتضي لذي اللحية بالبلوغ أصلًا إذا لم يكن له عانة، ولا أثر لثقل الصوت، وانفراق الأرنبة، ونتق طرف الحلقوم، وقيل: على الخلاف.

قال: **(وَتَزِيدُ الْمَرْأَةُ حَيْضًا وَحَبَلًا)** أما الحيض فبالإجماع، وأما الحبل فذكره جماعة، وهو وجه ذكره **الْمَاوَرْدِي** لا يعلم تقدم البلوغ عليه لأمرين؛ لأنه لا يكون إلا من مائهما، وبه نعلم تقدم البلوغ على الوضع.

قال **الرَّافِعِي**: بستة أشهر وشيء، قال **ابن الرِّفْعَة** قوله: وشيء، فيه نظر، والذي في «المهذب» وغيره ستة أشهر فقط.

قلت: والمذكور في «التهذيب» و«الكافي» الأول.

قالا: هذا في ذات زوج، فإن كانت مطلقة وأتت بمن يلحقه حكم ببلوغها قبل الطلاق، حتى لو ولدت لدون أربع سنين حكم ببلوغها قبل الطلاق.

فرع: لو ولدت زوجة صبي يمكن لحوقه به كما سيأتي لحقه، وهل يحكم ببلوغه؟ قولان:

ثانيهما: لا؛ لأن الولد يلحق بالإمكان مع الفراش بخلاف البلوغ، وهما جاريان في استقرار المهر بذلك، والظاهر أنه لا يرجم لو زنا حتى يتحقق بلوغه، وفيه شيء لا يحضرني الآن.

قال: **(وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ)** كذا فسَّر ابن عباس والحسن ومجاهد قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦] هذا ظاهر المذهب.

قال **الْمُتَوَلِّي**: وفيه وجه آخر لأصحابنا، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله تعالى - أنه إذا بلغ مصلحًا لماله حافظًا له يزول الحجر عنه،

فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ، وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمُعَامَلَةِ أَو رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَو إنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ[1].

ويدفع إليه ماله، وإن كان مفسدًا لدينه؛ لأن قوله تعالى: ﴿رَشَدًا﴾ يكون في الإثبات، فيقتضي رشدًا واحدًا، وقد وجد، وهو إصلاح المال وبهذا الوجه أفتى القاضي ابن رزين، وقاله ابن عبد السلام في «القواعد»، وأكثر الخلق كذلك، والمذهب الأول، ويعتبر في الكافر ما هو صلاح عندهم دينًا ومالًا.

قال: (**فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ**) أي: وإن لم يتعلق بالمال كسبة وقذف، فلا يعتبر التأهل لقبول الشهادة، وحكى الْمَاوَرْدِي في اعتبار تأهله لقبول الشهادة وجهين، والأقرب إلى نص «المختصر» اعتباره.

ونص الْبُوَيْطِي: الرشد - والله أعلم - صلاح الذي يكون الشهادة به جائزة إلى آخره وهما مئولان، وقال الْجُرْجَانِي والجُوري قبله الشرط إلا أن يرتكب حرامًا يخاف معه ضياع المال، كالزنا واللواط والسرقة والغصب، لا كالكذبة والغيبة والنميمة، والصحيح المنصوص الأول.

قال: (**وَلَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمالَ بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمعَامَلَةِ، أَو رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ، أَو إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ**) أي: صغيرة وكبيرة؛ لدلالة الأولين على قلة العقل، والثالث على قلة الدين.

إشارات: إنما يكون احتمال الغبن الفاحش تبذيرًا إذا وقع جهلًا كما أشرنا إليه، أما لو وقع الجهل بمواقع الحقوق، والسرف الجهل بمقادير الحقوق، وأفهم كلام الغزالي وغيره أنهما واحدة، ولو أبدل المصنف الإنفاق بالإضاعة أو الإخراج ونحوهما لكان أولى؛ لأنه يقال فيما أخرج في طاعة: أنفقت، وفي مكروه ومعصية: ضيعت وغرمت وخسرت.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ، وَوُجُوهِ الخَيْرِ وَالْمطَاعِمِ وَالْملَابِسِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ**) ينبغي الجزم بأن السرف في الصدقة ووجوه

---

[1] قال في «تحفة المحتاج» (٢٠/ ٣٣٤): (وَالرُّشْدُ صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ) مَعًا كَمَا فَسَّرَ بِهِ ابْنُ =

....

الخير ليس بتبذير، وكذلك صنع الْمُتَوَلِّي؛ لأن فيه غرضًا صالحًا، وهو الثواب، ويحتمل أن يفرق بين من يصبر على الضر والإضاقة وبين غيره، فلا يكون الأول مبذرًا قطعًا. وعن الشيخ أبي محمد: أنه إن بلغ وهو ينفق في ذلك فمبذر؛ لأنه يوقعه في الاحتياج، وإن عرض بعد بلوغه مقتصدًا، فلا.

وأما الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق بحاله فقال الإمام والغزالي: هو مبذر، ونسب الرَّافِعِي إلى الأكثرين المنع، وبه أجاب الرُّويَانِي في («التجربة») وأرسل الْمَاوَرْدِي وغيره الوجهين بلا ترجيح، والمختار الأقوى

= عَبَّاسٍ وَغَيْرُهُ الْآيَةَ السَّابِقَةَ وَوَجْهُ الْعُمُومِ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ نَكِرَةٌ مُثْبَتَةٌ وُقُوعُهُ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ قَالُوا وَلَا يَضُرُّ إطْبَاقُ النَّاسِ عَلَى مُعَامَلَةِ مَنْ لَا يُعْرَفُ حَالُهُ مَعَ غَلَبَةِ الْفِسْقِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عُرُوضُ التَّوْبَةِ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ الَّتِي يَحْصُلُ فِيهَا النَّدَمُ فَيَرْتَفِعُ الْحَجْرُ بِهَا ثُمَّ لَا يَعُودُ بِعَوْدِ الْفِسْقِ وَيُعْتَبَرُ فِي وَلَدِ الْكَافِرِ مَا هُوَ صَلَاحٌ عِنْدَهُمْ دِينًا وَمَالًا.

قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ وَلَا يَلْزَمُ شَاهِدَ الرُّشْدِ مَعْرِفَةُ عَدَالَةِ الْمَشْهُودِ لَهُ بَاطِنًا فَلَا يَكْفِي مَعْرِفَتُهَا ظَاهِرًا وَلَوْ بِالِاسْتِفَاضَةِ وَإِذَا شَرَطْنَا صَلَاحَ الدِّينِ (فَلَا يَفْعَلُ مُحَرَّمًا مَا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ) بِارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ مُطْلَقًا أَوْ صَغِيرَةٍ وَلَمْ تَغْلِبْ طَاعَاتُهُ مَعَاصِيَهُ وَخَرَجَ بِالْمُحَرَّمِ خَارِمُ الْمُرُوءَةِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي الرُّشْدِ وَإِنْ حَرُمَ ارْتِكَابُهُ لِكَوْنِهِ تَحَمَّلَ شَهَادَةً؛ لِأَنَّ الْحُرْمَةَ فِيهِ لِأَمْرٍ خَارِجٍ (وَ) إذَا شَرَطْنَا صَلَاحَ الْمَالِ لَمْ يَحْصُلْ إلَّا إنْ كَانَ بِحَيْثُ (لَا يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ الْمَالَ) أَيْ: جِنْسِهِ (بِاحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ) وَسَيَأْتِي فِي الْوَكَالَةِ بِخِلَافِ الْيَسِيرِ (فِي الْمُعَامَلَةِ) كَبَيْعِ مَا يُسَاوِي عَشَرَةً بِتِسْعَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قِلَّةِ عَقْلِهِ وَمِنْ ثَمَّ لَوْ أَرَادَ بِهِ الْمُحَابَاةَ وَالْإِحْسَانَ لَمْ يُؤَثِّرْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ وَلَا غَبْنٍ وَلَوْ كَانَ يَغْبِنُ فِي بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ كَمَا رَجَّحَهُ الْقَمُولِيُّ لِبُعْدِ اجْتِمَاعِ الْحَجْرِ وَعَدَمِهِ، لَكِنَّ الَّذِي مَالَ إلَيْهِ الْأَذْرَعِيُّ اعْتِبَارُ الْأَغْلَبِ (أَوْ رَمْيُهُ) وَلَوْ فَلْسًا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ الِاخْتِصَاصُ فِي هَذَا وَهُوَ مُحْتَمَلٌ وَيُحْتَمَلُ خِلَافُهُ (فِي بَحْرٍ) لِقِلَّةِ عَقْلِهِ (أَوْ إنْفَاقِهِ) وَلَوْ فَلْسًا أَيْضًا (فِي مُحَرَّمٍ) فِي اعْتِقَادِهِ وَلَوْ فِي صَغِيرِهِ وَالْإِنْفَاقُ هُنَا مَجَازٌ عَنْ خُسْرٍ أَوْ غُرْمٍ أَوْ ضَيْعٍ إذْ هَذَا هُوَ الَّذِي يُقَالُ فِي الْمُخْرَجِ فِي الْمَعْصِيَةِ.

(وَالْأَصَحُّ أَنَّ صَرْفَهُ فِي الصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ الْخَيْرِ) عَامٌّ بَعْدَ خَاصٍّ (وَالْمَطَاعِمِ وَالْمَلَابِسِ) وَالْهَدَايَا (الَّتِي لَا تَلِيقُ) بِهِ (لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ)؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ غَرَضًا صَحِيحًا هُوَ الثَّوَابُ أَوْ التَّلَذُّذُ وَمِنْ ثَمَّ قَالُوا لَا سَرَفَ فِي الْخَيْرِ كَمَا لَا خَيْرَ فِي السَّرَفِ وَفَرَّقَ الْمَاوَرْدِيُّ بَيْنَ التَّبْذِيرِ وَالسَّرَفِ بِأَنَّ الْأَوَّلَ الْجَهْلُ بِمَوَاقِعِ الْحُقُوقِ وَالثَّانِيَ الْجَهْلُ بِمَقَادِيرِهَا. وَكَلَامُ الْغَزَالِيِّ يَقْتَضِي تَرَادُفَهُمَا وَيُوَافِقُهُ قَوْلُ غَيْرِهِ حَقِيقَةُ السَّرَفِ مَا لَا يَقْتَضِي حَمْدًا عَاجِلًا وَلَا أَجْرًا آجِلًا وَلَا يُنَافِي مَا هُنَا عَدُّ الْإِسْرَافِ فِي النَّفَقَةِ مَعْصِيَةً؛ لِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ فِيمَنْ يَقْتَرِضُ لِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ رَجَاءِ وَفَاءٍ مِنْ جِهَةٍ ظَاهِرَةٍ مَعَ جَهْلِ الْمُقْرِضِ بِحَالِهِ.

وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا، وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقُوَّامِ بِهَا، ....

الأول، وهو قضية كلام الصيدلاني والفوراني؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا﴾ [الفرقان: ٦٧] وحملها على المعاصي فقط بعيد، ودعوى إباحة ذلك ممنوعة، لا سيما لمن لا يصبر على الإضاقة. وقد ذكر القاضي الحسين، وفي «البسيط» و«الوسيط» في قسم الصدقات في صنف الغارمين أن الإسراف في الإنفاق معصية، وعليه جرى الشيخان هناك في «الشرحين» و«الروضة»؛ لأن أهل العرف ينفون الرشد عنه، نعم، إن كان ذلك لمصلحة لا يذم عليها عرفًا ينافي ذلك الرشد. وحقيقة السرف: ما لا يكسب حمدًا في العاجل ولا أجرًا في الآجل.

فرع: قال الدرامي: إذا بلغ فشرب النبيذ الذي تبيحه الحنفية، فإن كان حنفيًا حُدَّ، ولا يفسق، ويدفع إليه ماله، وإن كان شافعيًا قال المروزي: أفسقه، وقال ابن أبي هريرة: لا أفسقه.

قلت: والمختار الأول، وقياس ما ذكره أن يأتي ما ذكره في المطاعم التي لا تليق به، فيقال: لو اعتقد إباحتها مذهبًا أو تقليدًا لم يكن مبذرًا، وإن اعتقد حظرها للسرف كان مبذرًا، وإن لم يكن متمذهبًا فإن فعله فخرًا وبطرًا ومماراة للسفهاء كان مبذرًا، أو تلذذًا لأعتبر فتردد، ويظهر إلحاق الصرف في المكروهات بالنسبة إلى إدامة الحجر بالصرف في المحرمات.

قال: (**وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ الصَّبِيِّ**) أي: في الدين والمال؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] أي: اختبروهم. أما في الدين: ففي محافظته على أداء الواجبات، واجتناب المحرمات، وتوقي الشبهات، ومخالطة أهل الخير، ونحو ذلك، وأما في المال: فقال المصنف: (**وَيَخْتَلِفُ بِالْمَرَاتِبِ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ التَّاجِرِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ**) أي: كما سنذكره.

(**وَالْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا**) أي: وهي طلب الزيادة عما يبذله المشتري، والنقص عما يطلبه البائع.

(**وَوَلَدُ الزُّرَّاعِ بِالزِّرَاعَةِ وَالنَّفَقَةِ عَلَى الْقُوَّامِ بِهَا**) أي: الأجراء والعبيد

وَالْمُخْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ[1] وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا، ....

القائمين بها، (**وَالْمحْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ، وَالْمَرْأَةُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ**) أي: في نبتها إن كانت محددة، وإن كانت برزة ففي بيع الغزل وشراء القطن.

(**وَصَوْنِ الْأَطْعِمَةِ عَنِ الْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا**) لأن بما ذكره ونحوه يميز حفظه المال وعدم الانخداع.

إشارة: ذكر الشيخ اختباره في دنياه، ولا بد منه في أمر دينه كما أشرنا إليه.

قال الْمَاوَرْدِي: ويُراعى الأمران بمن يصاحبه ربما نسيه، ويختبر كل من النوعين مما يليق به، فلا يختبر ثياب الملوك والعظماء بما ذكره من الغزل وصون الأطعمة، بل بما ينصرف فيه أمثالها، وكذا يتوهم كما أشار إليه.

وقال الْعِمْرَانِي: وأما المضاربون عن الأسواق، وقال الشيخ أبو حامد: فاختبارهم أصعب يعني: أولاد التجار فاختباره في أن يدفع إليه شيء من المال، ويجعل إليه نفقة الدار مدة شهر، وما أشبهه اللحم، والخنزير، والماء،

---

(١) قال شيخ الإسلام زكريا في «أسنى المطالب في شرح منهاج الطالب» (٩/ ٤٦٤): (قَوْلُهُ لَا بُدَّ مِنَ الِاخْتِبَارِ لِرُشْدِ الصَّبِيِّ فِي الْمَالِ إلَخْ) أَمَّا فِي الدِّينِ فَبِمُشَاهَدَةِ حَالِهِ فِي الْعِبَادَاتِ بِقِيَامِهِ بِالْوَاجِبَاتِ وَاجْتِنَابِهِ الْمَحْظُورَاتِ قَوْلُهُ أَيْ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا مِنْ حِفْظٍ وَغَيْرِهِ) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: أَيْ فِي بَيْتِهَا إنْ كَانَتْ مُخَدَّرَةً، وَإِنْ كَانَتْ بَرْزَةً فَفِي بَيْعِ الْغَزْلِ وَشِرَاءِ الْقُطْنِ، أَمَّا بَنَاتُ الْمُلُوكِ وَنَحْوِهِمْ فَلَا يُخْتَبَرُونَ بِالْغَزْلِ وَالْقُطْنِ بَلْ بِمَا يَعْمَلُهُ أَمْثَالُهَا قَالَهُ السُّبْكِيُّ، وَقَوْلُهُ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَيْ فِي بَيْتِهَا إلَخْ أَشَارَ إلَى تَصْحِيحِهِ وَكَذَا قَوْلُهُ قَالَهُ السُّبْكِيُّ (قَوْلُهُ وَكُلٌّ بِمَا يَلِيقُ بِهِ) وَيُخْتَبَرُ الْخُنْثَى بِمَا يُخْتَبَرُ بِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَتَخْتَبِرُ الْمَرْأَةَ النِّسَاءُ وَالْمَحَارِمُ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ كَجٍّ عَنْ نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَالْبُوَيْطِيِّ ثُمَّ قَالَ: فَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: يَكْفِي أَمَّا النِّسَاءُ الثِّقَاتُ أَو الْمَحَارِمُ أَيُّهُمَا كَانَ أَجْزَأَ، وَظَاهِرُ النَّصِّ الْمَذْكُورِ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَجَانِبِ لَهَا بِالرُّشْدِ، وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ خَلِّكَانَ وَخَالَفَهُ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ، وَقَالَ: إنَّمَا تَعَرَّضَ الشَّافِعِيُّ لِلطَّرِيقِ الْغَالِبِ فِي الِاخْتِيَارِ دُونَ الشَّهَادَةِ، وَالْمُخْتَرِفُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ أَيْ حِرْفَةِ أَبِيهِ وَأَقَارِبِهِ، كَمَا قَالَهُ فِي الْكَافِي وَقَوْلُهُ كَمَا نَقَلَهُ ابْنُ كَجٍّ عَنْ نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَالْبُوَيْطِيِّ أَشَارَ إلَى تَصْحِيحِهِ وَكَذَا قَوْلُهُ وَقِيلَ يَكْفِي أَمَّا النِّسَاءُ إلَخْ وَكَذَا قَوْلُهُ وَخَالَفَهُ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ (قَوْلُهُ: وَذَلِكَ قَبْلَ الْبُلُوغِ) الْمُرَادُ بِالْقَبْلِيَّةِ الزَّمَنُ الْقَرِيبُ لِلْبُلُوغِ بِحَيْثُ يَظْهَرُ رُشْدُهُ لِيُسَلَّمَ إلَيْهِ الْمَالُ أَشَارَ إلَيْهِ الْإِمَامُ عَنِ الْأَصْحَابِ.

يُشْتَرَطُ تَكَرُّرِ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَوَقْتُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ بَعْدَهُ فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ.

والملح، ونحوها، وسيأتي نحوه عن نصه في «الْبُوَيْطِي».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرِ الِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ**) إذ قد يصيب في المرة اتفاقًا، فلا بدَّ من زيادة تقيد غلبة الظن برشده، وقوله: (**أَوْ أَكْثَرَ**) أي: وإن لم يثق بالمرتين، وعبارة «الشرح»: مرتين وأكثر، و«الروضة»: فأكثر، وعبارة «الشرح الصغير»: مرة أو مرتين؛ ليحصل الظن بالرشد، وعبارة الدَّارِمِي: مرارًا، والماوردي: ثلاث مرات.

وقال الْجُورِيُّ: رواية الربيع اختباره مرة بعد مرة، وهو الصحيح، ورواية: مرة واحدة.

وقال الْعِمْرَانِي: قال الصيمري: لا نعلم رشده حتى يتكرر ذلك منه التكرار الذي يؤمن معه أن يكون ذلك اتفاقًا.

وهذه أحسن العبارات، إذ اتفاق الصواب مرتين غير بعيد.

قال: (**وَوَقْتُهُ**) أي: يعني وقت الاختبار.

(**قَبْلَ الْبُلُوغِ**) أي: قبيله؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - غيَّا الابتلاء ببلوغ النكاح، ولئلا يتأخر دفع المال إليه بعد بلوغه رشيدًا.

قال: (**وَقِيلَ بَعْدَهُ**)، وعلله الرَّافِعِي وغيره بأن تصرفه في الصبي غير نافذ، وهو يفهم أن محل الخلاف في الاختبار بالشراء والبيع، وبه صرح في «الاستقصاء».

قال ابن الرِّفْعَة: وهو الأقرب، لكن الجمهور أطلقوا، انتهى، وسيأتي زيادة بيان. قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ**)، وهو كون الاختبار قبيل البلوغ.

(**الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ عَقْدُهُ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي الْمُمَاكَسَةِ، فَإِذَا أَرَادَ الْعَقْدَ عَقَدَ الْوَلِيُّ**) لما تقرر من بطلان تصرفه، والثاني: يصح عقد الصبي للحاجة، وصححه ابن أبي عصرون، وجزم به في «تنبيهه» ولفظه: ويختبره وليه فيما يعاينه، ويمكنه من مباشرة العقد إذا راهق، انتهى.

....

فعلى الأول اختلفوا فقيل يمتحن بالمماكسة كما ذكره، وقيل: يشتري الولد سلعة ويدعها بيد البائع، ويواطئه على بيعها منه؛ ليظهر بذلك حاله.

قيل: وفيه نظر؛ لأنه حمل على بيع فاسد، وهو لا يجوز.

قلت: وقد يتسامح به للمصلحة كنصب المستحر في الدعاوى على كلام فيه. وقيل: يعطى بعض المال، ويشتري بنفسه على معنى الرسالة يرسل الرجل الصبي ليشتري له، فيجوز، حكاه الْجُورِيُّ، وفي تحقيق هذا الوجه بحث طويل ذكرته في «الغنية».

تتمات وفوائد: **منها**: قيل: عبارة «التنبيه» تقتضي التخيير في الاختبار قبل البلوغ وبعده، ولا قائل به، ولعله أشار إلى الخلاف فيه.

قلت: ونصه في «الْبُوَيْطِي» قد يشهد له، فإنه قال: والرشد - والله أعلم الصلاح - الذي تكون الشهادة فيه جائزة، وإصلاح المال، وإنما يعرف إصلاح المال باختبار اليتامى، وذلك يختلف بقدر حال التمييز، فإن كان ممن يتبذل فيخالط الناس في الشراء والبيع قبل البلوغ وبعده، حتى يعرف أنه يحب توفير ماله والزيادة فيه، ولا يتلفه فيما لا يعود عليه نفعه، كان هذا اختبارًا، وإن كان ممن يصاب عن الأسواق كان اختباره أبعد قليلًا، دفع إليه نفقته في الشهر، فإن أحسن إنفاقها على نفسه وشراء ما يحتاج إليه من النفقة اختبر بشيء يسير يدفع إله، وإذا أونس منه توفير ماله وعقل أنه يعرف حسن النظر لنفسه في إنفاق ماله دفع إليه ماله.

واختبار المرأة وعلم صلاحها أبعد من هذا قليلًا، فتختبرها النساء وذو المحارم بمثل ما وصفت من دفع النفقة اليسيرة، فإذا أصلحتها دفع إليها مالها نكحت أو لم تنكح، هذا نصه بحروفه، وفيه فوائد، فقوله: ﵁ **(قبل البلوغ وبعده)** قد يشهد **(للتنبيه)** وإلا فظاهره أنه يختبر في الحالين، ولم أر من قال به.

وقوله: **(دفع إليه نفقته)**، فاختبار اليتامى شاهد للأصح أن الاختبار يكون قبل البلوغ، إذ لا يتم بعده.

……

وقوله: (دفع إليه نفقته في الشهر) عن أبي حامد التصريح به، ولعل المراد أنها تدفع إليه فيه شيئًا فشيئًا لا دفعة واحدة كما فهم عنه.

فائدة: ما ذكره في الأنثى، وعبارة «الحاوي» في المصان، فاختباره أشد، فيدفع إليه نفقة يوم، ثم بعدها نفقة أسبوع، ثم نفقة شهر، وراعاه الولي في تقديرها وصرفها في وجوهها.

وقوله: (في شراء ما يحتاج إليه من النفقة) ظاهر في جواز شرائه له، ونحوه قوله في «المختصر»: فيختبر في نفقته، فإن أحسن، إلى قوله: (وشراء ما يحتاج إليه دفع إليه الشيء اليسير)...إلى آخره.

وقوله في المرأة: (يختبرها النساء وذو المحارم) قال الدَّارِمِي بعد ذكره: فقيل: هما، وقيل: أيهما كان جاز.

قال وقال أبو غانم: هن يحتجن إلى كشف السبب على وجهين، انتهى.

وقال غيره: يوكل بها نسوة ثقات يختبرن حالها في ذلك.

قال القاضي حسين: ويؤمر من يخادعها أي: في المال كما صرح به الْمُتَوَلِّي، فإن انخدعت حكم بأنها ليست برشيدة، وإلا فهي رشيدة، انتهى.

ومنها: جزم القاضي الحسين والماوردي والبغوي والشاشي والرافعي وغيرهم بدفع المال إليه للاختبار، وقطعوا بأنه إذا تلف في يده فلا ضمان على الولي، ويوافقه إطلاق النص السابق، وكلام الْمُتَوَلِّي أو الرُّويَانِي يقتضي أن جواز الدفع وعدم الضمان إذا قلنا: الاختبار بعد البلوغ، فإن قلنا: قبله يعطي ويوكل به، فثبت الخلاف على قولنا: الاختبار قبل البلوغ، والأصح الدفع؛ لأن الاختبار الكامل إنما يحصل به.

وأما اشتراطه التوكيل به فيشبه أن يكون إلى نظر الولي واجتهاده، ومنه قال الْجُرْجَانِي: إن قلنا: يختبر قبل البلوغ اختبره وليه أي: من كان أو بعده، فالولي لدوام الحجر، والحاكم لزوال التبعية بالبلوغ فيه وجهان، وحكاهما الْجُورِيُّ:

ونسب الأول: وهو أن المخاطب به كل ولي أنه بعد بلوغه على حاله قبل

فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحَجْرُ، ....

بلوغه إذا لم يكن رشيدًا إلى أبي علي الطبري، وأبي يحيى البلخي، وأبي حفص بن الوكيل، وعامة أصحابنا.

ونسب الثاني إلى ابن سُرَيْج، وأنه قال: المخاطب بالدفع إليهم الحكام لا غير، فإذا بلغ غير رشيد بعد انفك الحجر عنه.

قال الْجُورِيُّ: يعني حجر الأب والوصي، وذكر ما سيأتي نقله عنه، ففيه فوائد.

قال: (**فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ دَامَ الْحجْرُ**) أي: لمن كان قبل البلوغ على المذهب؛ لمفهوم الآية، وللمعنى الذي حجرنا لأجله، فينصرف له كما كان ينصرف قبل ذلك.

قال في متن «الروضة» وفي «التتمة»: وجه أنه إن بلغ مصلحًا لماله دفع إليه، فصح تصرفه وإن كان فاسقًا، وإن بلغ مفسدًا لماله منع منه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنةً، وهذا الوجه شاذ ضعيف، والصواب ما تقدم، انتهى.

وليس في «التتمة» إلا ما سبق من أنه إذا بلغ مصلحًا لما فيه انفك الحجر عنه بدون هذه، وعبارة الرَّافِعِي موهمة لإرادة نقل ما صرح به في «الروضة» عنه، وسبق عن ابن سُرَيْجٍ أنه إذا بلغ غير رشيد انفك الحجر عنه.

قال الْجُورِيُّ: يعني حجر الأب والوصي، وجاز كل ما صنع في ماله حتى يبتدئ الحاكم الحجر عليه بأن توقف على سفهه وعدم الرشد.

قال: وكان ابن سُرَيْجٍ يقول: إن باع الصبي بعد البلوغ واشترى، أو فعل شيئًا مما كان يجوز له قبلَ البلوغ فضمانه عليه بدليل أن الصبي إذا بلغ لم يكن لابنه عليه ولاية. وألزم أن حجر الحاكم يرتفع بالبلوغ حتى يجتهد فيه مرة أخرى.

وأجاب الْجُورِيُّ عنه: بأن استدامه الحاكم وتركه كابتداء الحجر بخلاف الوصي، وكان أبو يحيى يقول: للوصي إعادة الحجر بعد البلوغ، فسقط عنه إلزام ابن سُرَيْجٍ، إلا أنه منفرد بذلك عن الأصحاب؛ لاتفاقهم أن ابتداء الحجر بعد البلوغ لا يكون إلا بالحكم، انتهى.

وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَّ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي، ....

ومذهب ابن سُرَيْج غريب، ولعله أصل الوجه المذكور في منع جواز الوصاية على البالغ كما أفهمه كلامهم هناك، وبينت فيه في «الغنية» خلافًا، ولعل قول «التنبيه» أشد.

ثم الحجر عليه أشار به إلى خلاف ابن سُرَيْج هذا، والأقرب إلى طريقة ابن سُرَيْج أن الأب والوصي يخرجان من البين، وتنتقل الولاية إلى الحاكم بعد حجره عليه، وقول المصنف: (**دَامَ الْحَجْرُ**) وإن لم يكن محجورًا عليه في حال صباه حسًّا، بل كان مهملًا، وقيل أن المهمل: يتصرف بعد بلوغه إلى أن يلحقه حجر حاكم، وأجاب القَفَّال، قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: والمذهب عندي الأول. ويخرج مما قدمناه عن ابن سُرَيْج وجه ثالث، وهو نفوذ التصرف منه مطلقًا وإن كان محجورًا عليه قبل البلوغ إلى أن يحجر عليه الحاكم، وهو شاذ.

قال: (**وَإِنْ بَلَغَ رَشِيدًا انْفَكَّ بِنَفْسِ الْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ**)؛ لأنه حجر يثبت بلا حاكم، فلم يقف زواله عليه كحجر الجنون حيث يرتفع بالإفاقة.

(**وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ فَكُّ الْقَاضِي**) لأنه موضع نظر واجتهاد، فأشبه حجر السفه، وقضية كلام المصنف أنه لا ينفك إلا بالقاضي مطلقًا، ولم ينفك ذلك وجهًا في «الروضة»، بل قال: بالقاضي، أو الأب والجد، وفي الوصي والقيم وجهان، ونقل الرَّافِعِي عن المفرعين على هذا الوجه أنهم قالوا ذلك قبل، وتوجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد يطعن في ذلك.

قلت: إلحاق فك الأب والجد بفك القاضي، ذكره الْبَغَوِي، وتبعه الرَّافِعِي، ونقله صاحب «الكافي» عن ابن أبي هريرة، وتصحيح المراوزة وكلام آخرين موافق لما في الكتاب في أنه لا ينفك إلا بالقاضي لا غيره.

وعبارة الشيخ أبي علي رأس المراوزة في «شرح التلخيص»: وإذا بلغ الصبي هل يزول الحجر عنه من غير اجتهاد الحاكم أم لا يزول حتى يزيله الحاكم؟ على وجهين.

فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ حُجِرَ عَلَيْهِ، ……………………………………

وعبارة «البيان»: فإن بلغ مصلحًا لدينه وماله فك عنه الحجر، وهل يفتقر فكه إلى الحاكم؟ وجهان ثانيهما: لا ينفك إلا بالحاكم؛ لأنه يفتقر إلى نظر واجتهاد، فافتقر إلى الحاكم كالحجر على السفيه، هذا هو المشهور.

وقال الصيمري: إن كان الناظر في ماله أب أو جد لم يفتقر إلى الحاكم، أو أمين الحاكم لم ينفك إلا بالحكم، وإن كان الناظر الحاكم فوجهان: أحدهما: لا كالأب، وثانيهما: نعم كأمينه، انتهى.

وفي الوصايا من تعليق القاضي الحسين أن الحجر هل يرتفع بنفس البلوغ والرشد أو لا بد من فك؟ وجهان: أصحهما الأول: وسواء كان الولي أبًا أم جدًّا أم وصيًّا أم حاكمًا.

والثاني: لا بُدَّ من فك فعلى هذا إن كان أبًا أو جدًّا استقل بالفك، ويشترط أن يقول: رفعت الحجر عنه، وإن كان الحاكم أو أمينه فيشترطان أن يكون الحاكم ذلك، وإن كان وصيًّا فهل يستقل كالأب أو لا بُدَّ من الحاكم؟ وجهان، انتهى.

وفي المسألة زيادات نقل ذكرته في «الغنية» في تحرير نقل الرَّافِعِي عن الإمام وغيره، وذكر كلام الإمام وتصويره مما يطول ذكره، وتمام تفريع الوجه الثاني في الكتاب أنه لا بُدَّ من قول الحاكم: رفعت الحجر، ويقوم مقامه إذنه لمن في يده المال يدفعه إليه، وعلى الأول الأصح، وقال في «الكافي»: إنه الأصح في طريقة العراق يكفي ثبوت الرشد، وبدون الثبوت لا يكتفي على الوجهين إذا كان الولي حاكمًا أو وصيًّا، فإن كان أبًا أو جدًّا ونازعه الولد في الرشد، فلا بدَّ من الثبوت أيضًا، فالقول قوله في نفي رشده، وهل يحلف؟

فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى.

(**فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ**) أي: بعد بلوغه رشيد وإعطائه ماله (**حُجِرَ عَلَيْهِ**) خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ أي: أموالكم بإشارة ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ [النساء: ٥] وروى الطبراني مرفوعًا: «**خذوا على أيدي**

وَقِيلَ: يَعُودُ الْحَجْرُ بِلَا إِعَادَةٍ.

سفهائكم»[1] وإسناده صحيح.

قلت: ومتعاطي الحجر عليه هو الحاكم على الصحيح، وقيل: الأب والجد، وقيل: والوصي أيضًا، ذكره ابن الرِّفْعَة، وهو منكر.

قال: (**وَقِيلَ يَعُودُ الْحجْرُ بِلَا إِعَادَةٍ**) كما لو جُنَّ، ويمده الخلاف نفوذ تصرفاته على الأول الأصح المنصوص دون الثاني. واشترط ابن أبي هريرة مع إعادة القاضي الحجر الإشهاد على الحجر، وقيل: وهو مبني على أن القضاء بالعلم لا يجوز، فالمشهور أن الإشهاد مستحب، ويستحب أن ينادي عليه جزمًا ليجتنب، فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله.

قال ابن داود: ومحله عندي إذا لم يطالبه به، فإن طالبه به فلم يفعل حتى تلف؛ ضمنه، كما لو غصبه أو أتلفه.

وعبارة الرُّويَانِي في «التجربة» تشعر بوجوب الإشهاد حيث قال: ولا بد في هذا الحجر من الحاكم، ويشهر أمره بالنداء في البلد، ثم من بايعه فهو المتلف لماله، فإن تلفت السلعة المبيعة عنده لا يضمن وإن أطلق الحجر بعده، ولا فرق بين أن يكون بائعه جاهلًا بحاله أو عالمًا به؛ لأن الحاكم إذا شهره وأعلن وأشهد فقد أعذر من أنذر. نص عليه.

فروع: أولها: إذا سفه بعد رشده ثم رشد، فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلا بضرب القاضي فلا يرتفع إلا برفعه، وإن قلنا: يثبت بنفسه، ففي رواية الخلاف فيما إذا بلغ رشيدًا.

قال الرَّافِعِي: وعلى قول البلخي ينبغي إجراء الخلاف أيضًا.

ثانيهما: حكى الْمَاوَرْدِي في هذا الرشد الثاني وجهين:

أحدهما: أنه الصلاح في الدين والمال، وبه قال: ابن سُرَيْجٍ، وصححه الرُّويَانِي، وهو المفهوم من إطلاق الجمهور.

---

[1] أخرجه الطبراني كما في «تحفة المحتاج» (٢/ ٢٦٠) قال ابن الملقن: سنده جيد. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٩٢، رقم ٧٥٧٧).

وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ.

والثاني: أنه الصلاح في المال، وحد ثبوته قاله: أبو إسحاق.

ثالثها: شهد عدلان بسفه رجل وفسقه حبسه بلا طلب كذا سمعت وحجر عليه، وفي استفسارهما كلام بينته في شهادات «الغنية».

رابعها: تصرفه قبل أن يحجر عليه نافذ على الأصح المنصوص في «الْبُوَيْطِي»، وعلى الثاني: لا، وقال ابن الرِّفْعَة: يظهر أنه كالمهمل، والمنقول والظاهر عدم النفوذ.

الخامس: الموسر الصحيح جدًّا لا يحجر عليه على الأصح، وعلى الثاني: لا تمنع عقوده ولا التصرف في ماله؛ لكن ينفق عليه خيرًا إلا أن يخاف إخفاء ماله لعظم شحه، فيمنع من التصرف فيه. قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: (وَلَوْ فُسِّقَ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ) المراد أنه سفه في دينه دون ماله؛ لأن السلف لم يحجروا على الفسقة بخلاف الاستدامة؛ لأن الحجر كان ثابتًا فبقي، والثاني: يحجر عليه.

قال في «البسيط»: إذا رأى فيه مصلحة كالاستدامة، وكما لو بذر، والخلاف وجهان. وقضيته أن نقل الْجُورِيُّ أن ابن سُرَيْجٍ حكاه قولين، وعبارة «الروضة»: المذهب، وفيها إشارة إلى أن الخلاف محله إذا قلنا: إن اقتران الفسخ بالبدع يقتضي إدامة الحجر، فإن قلنا: لا يقتضيه فلا حجر. ذكره الرَّافِعِي. ولو قيل: إن كان الفسق مما يجرى في إفساد المال حجر به، وإلا فلا لم يبعد.

قال: (وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ، فَوَلِيُّهُ الْقَاضِي) لأن ولاية الأب وغيره قد زالت، فينظر من له النظر العام.

(وَقِيلَ: وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ) كما لو بلغ مجنونًا، وكذا سفيهًا على المذهب.

قال الرَّافِعِي وغيره: وموضع الوجهين ما إذا قلنا: يعود الحجر بنفسه، أما إذا قلنا: إن القاضي هو الذي يعيده فهو الذي يلي أمره بلا خلاف.

قيل: وينبغي أن يكون الوجهان من رأيين.

وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ، وَقِيلَ: الْقَاضِي، وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ وَلَا إِعْتَاقٌ وَهِبَةٌ ....

ونقل الرُّويَانِي عن الشَّافِعِي أنه إذا حجر عليه الحاكم استحب له أن يرد أمره إلى الأب أو الجد، فإن لم يكن فسائر العصبات؛ لأنهم أشفق.

قال صاحب «التعجيز» بعد ذكره ما ذكره الرَّافِعِي: وهذا مطرد في كل من حجر عليه الحاكم، فوليه الحاكم.

قال: (**وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي الصِّغَرِ**)، ويعللهما ما سبق، والفرق على الصحيح أن السفه وزواله مجتهد فيه، فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون.

قال: (**فَصْلٌ: وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ، وَلَا شِرَاءٌ**) أي: سواء كان بغبطة أم لا، بعين أم في الذمة؛ لمنافاته الحجر، وسبق في أوائل البيع نقل وجهين في شرائه القوت وأن الوجه القطع بتحرير تصرفه حسب الضرورة سبق صور أخرى يجب مراجعتها في نصوص الشَّافِعِي هنا ما يقتضي الجزم بصحة شرائه القوت في مدة اختباره.

وذكر الدَّارِمِي هنا أنه إن اشترى في الذمة ممن يعلم حاله صح، وقيل: لا يصح، وإن لم يعلم فقيل: كمن علم، وقيل: له الخيار.

فرع: في إجارته نفسه وجهان أو قولان، وفصل الْمَاوَرْدِي، فقال: إن أجرها فيما هو المقصود من عمله بأن كان صانعًا وعمله مقصود في كسبه لم يصح منه ومولاه الولي، وإن كان غير مقصود بأن أجرها في حج أو وكالة في عمل وليس نفسه لاستعماله بماله صحت الإجارة أدلة التطوع عن غيره بهذا العمل، فجاز أن يكون بعوض.

قال: (**وَلَا إِعْتَاقٌ**) أي: ولو بعوض، وفي إعتاقه المنجز في مرض موته وهبته فيه طريقة بالصحة، والمذهب خلافها.

قال: (**وَهِبَةٌ**) أي: بأن يهب شيئًا من ماله، ويحتمل أنه لو أبر بشيء من قوته المدفوع إليه كل يوم مثلًا أن يجوز، ويظهر جواز تصدقه منه بالقيمة ونحوها، وأما قبولك الهبة والوصية، فكلام الرَّافِعِي يقتضي أنه لا يصح؛ لأنه جعله كبيعه

وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ، ....

بإذن الولي، والأصح في «زوائد الروضة» الصحة، وبه جزم الْمَاوَرْدِي.

وقال الإمام: إنه الذي عليه الأكثرون وهو المختار، وعلى هذا قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز تسليمها إليه، فإن سلمها غرم من أقبضه الوصية دون الهبة؛ لأن ملك الوصية بقبوله بخلاف الهبة، وما قاله: في الوصية صحيح، ويظهر ما قال ابن الرِّفْعَة: إنه يصح قبضه الهبة، ويملك به. ثم إن كان هناك من ينتزعها منه عقب قبضه من ولي وحاكم لم يمتنع تسليمها إليه، وإلا فهو محل الوقف، ولو قبل بأن قبضه لا يصح، كان القول لعدم الجواز بعد إذ لا حق له بعد القبض ولا قبله .

قال: **(وَنِكَاحٌ)** أي: يقبله لنفسه.

(بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ) ونقل الدَّارِمِي هنا في نكاحه بلا إذن بمهر المثل وجهين، هكذا أطلق، وفيه نظر، وقد أعاد المصنف المسألة في كتاب النكاح، فقال: **(وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ)** ثم قال في «الدقائق»: قوله: (بلا إذن ولي) من عبارة «المحرر»: (بغير إذن الولي) لأنه يدخل في عبارة الكتاب ما إذا استأذنه فمنعه وأذن الحاكم، فإنه يصح قطعًا مع أن الولي لم يخرج بمنعه مرة عن الولاية؛ لأنه صغير، انتهى.

وقد لا يقضيه أصلًا؛ لأنه قد يرى المصلحة في المنع والاكتفاء بالتسري، أو أنه غير محتاج إليه، ولا فرق في عدم استقلاله عند حاجته من أن يمنعه الولي أو لا على الأصح. قاله الْمُتَوَلِّي.

قال الرَّافِعِي: وأطلق الأصحاب الوجهين.

وقال الإمام والغزالي: إذا امتنع الولي راجع السلطان، فإن تعذرت مراجعته ففي استقلاله حينئذٍ وجهان انتهى.

وإطلاقهم محمول على ما ذكره الإمام، نعم قال ابن الْقَطَّان: الوجه الآخر ليس بشيء؛ لأنه لما عقله كان يمكنه أن يأتي الحاكم، فافهم.

إن الوجه منقول مع القدرة على الحاكم، وصحح الْفَارِقِيّ صحة النكاح،

فَلَوْ اشْتَرَى أو اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ الْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أو أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ سَوَاءٌ عَلِمَ حَاله مِنْ عَامِلِهِ أو جَهِلَ، ....

ويقوى إذا تعذرت مراجعة الحاكم وأطاق العيب، ولا يبعد أن يقال: لو نشأ ببادية نائية عن الحاكم، وبلغ سفيهًا، ولا ولي له، واحتاج إلى النكاح فنكح؛ جاز للضرورة، وإن قلنا: المهمل محجور عليه حكمًا.

إشارة: قال شارح: التقييد **(بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ)** يحتمل أن يكون عائدًا إلى الخمسة، ويحتمل أن يختص بالنكاح دون ما قبله؛ لأن الإعتاق والهبة لا يصحان منه بلا خلاف بإذن ولا بغيره، انتهى.

والظاهر الاحتمال الثاني وهو ما فهمه من اختصر «المحرر» وغير الشيخ، وسبق أن في عتقه في مرض موته خلاف مشهور، ويظهر أنه لزمه التكفير بالعتق، ووجب إخراجه من ماله، فإذن له الولي بإعتاق تعين عن كفارته أنه يصح جزمًا، ويخرج على الخلاف في بيعه وشرائه بإذنه، وهذا العتق أولى بالنفوذ.

قال: **(فَلَوْ اشْتَرَى أو اقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ الْمأْخُوذُ فِي بلدةٍ، أو أَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحالِ، وَلَا بَعْدَ فَكِّ الْحجْرِ)** أي: **(سَوَاءٌ عَلِمَ حاله مِنْ عَامِلِهِ أو جَهِلَه)** الشرح أطلق عدم الضمان في الحالتين، وصورته أن يقتضيه ذلك البائع أو المقرض المطلق التصرف؛ لأنه مضيع لماله بتفريط عند علمه بحاله، وتقصيره عند جهله به. وقيل: يضمن بعد الحجر ما أتلفه وزيف، أما لو أقبضه إياه سفيه ونحوه، أو كان البائع صبيًّا أو محجورًا عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعًا. صرَّح به أصحابنا، وهو ظاهر.

إشارات: تبعنا «الروضة» في قوله فيها: **(أو أقبضه البائع وهو صبي، أو محجور عليه لسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعًا)** ويظهر لفظه: **(لسفه)** ليدخل المحجور عليه بفلس، ورهن ونحوهما ممن حجر عليه لحق الغير، فإن القياس الظاهر تضمينه لحق الغير للمالك المطلق التصرف، ولا بد من تذكر ما قدمناه من شراء المأكول ونحوه واقتراضه عند الضرورة حيث يجوز له بلا إذن، ولا سيما إذا اضطر إليه في مخمصة.

....

قوله آخرًا: (أَوْ جَهِلَ) صوابه: علم أم جهل، والفقهاء يتساهلون فيه.

وقوله: (وَقَبَضَ) يدخل فيه ما لو باعه مطلق التصرف عينًا إلى أجل، أو بالنقد ولم يقبضه إياها فقبضها بغير إذنه وأتلفها، وفيه نظر، والظاهر أن المراد إذا قبضه البائع المطلق التصرف، أو قبضها بإذنه، فكان الأحسن أن يقول: (وأقبض).

ثم موضع الإهدار إذا أتلف ذلك أو أتلفه في حال سفهه، أما لو بقي بيده إلى رشده ثم أتلفه ضمنه، وإن تلف وقد أمكنه رده بعد رشده ضمنه أيضًا، وإن لم يتمكن فلا، فلو اختلفا فقال البائع: إنما أتلفته بعد رشدك وعاكسه، فإن أقام البائع بينة برشده حالة إتلافه غير بينة، وإلا فالمتبادر تصديق المشتري بيمينه، وفيه نظر، وكل هذا نفقة لي، فتأمله.

وسبق عن الدَّارِمِي أن موضع الإهدار إذا لم يطالبه البائع بالردِّ، فإن طالبه فأبى حتى تلف ضمنه ما سبق من عدم الضمان هو في الحكم الظاهر، وأما بينه وبين الله تعالى، فهل يلزمه فساد لاحكمًا؟ فيه وجهان مشهوران، صحح في «الإفصاح» المنع .

قيل: وهو قول ابن أبي هريرة والصيدلاني وغيرهما، والذي رأيته في «البيان» عن الصيدلاني والعثماني مقابله، وبالأولى أجاب في «البحر».

وقال في «الحلية»: قال بعض أصحابنا: إن كان جاهلًا بحاله ضمن فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه مكلف أتلف مال الغير بغير رضاه، وبه قال جماعة من أصحابنا، وهو القياس والاختيار، انتهى.

ورأيت في باب الإقرار بالحكم الظاهر من «الأم» قال الشَّافِعِي: وما أقر به الحر أن المحجور أي: في أموالهما لم يلزم واحد منهما في حال الحجر ولا بعده في الحكم في الدنيا، ويلزمهما فيما بينهما وبين الله تعالى تأديته إذا خرجنا من الحجر إلى من أقر له به، وسواء من أي وجه كان ذلك الإقرار إذا كان لا يلزم إلا في أموالهما بحال، مثل: أن يقر بجناية خطأ أو عمد لا قصاص فيه، أو شراء أو بيع أو استهلال، انتهى لفظه.

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ، لَا التَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ فِي الْأَصَحِّ، ....

فهذا هو المذهب وقضية ما في «التهذيب» وغيره، ودعوى الإمام أنه هفوة، ووجه أبو علي في «شرح التلخيص» الضمان باطنًا بعد فك الحجر بأنه يعقل أنه لا يحل له إتلاف مال غيره، فإذا فعل غرم وإن لم يؤاخذه به في الحكم، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ نِكَاحُهُ**) أي: بشرطه المذكور هنا؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى.قال: (**لَا التَّصَرُّفُ الْمالِيُّ فِي الْأَصَحِّ**) كما لو أذن للصبي، وعبارة «الروضة»: إن أطلق الإذن فهو لغو وإن عين تصرفًا وقدر عوضًا؛ فوجهان أصحهما عند الغزالي الصحة، وعند الْبَغَوِي المنع زاد.

قلت: هو الأصح عند الأكثرين، انتهى.

قال الإمام في كتاب«النكاح»: المذهب الجواز.

وأبعد بعض الأصحاب فمنعه، وهذا غير معدود من المذهب، إذ هو مكلف صحيح العبادة. قال في «البسيط»: إن ظاهر المذهب الصحة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن أذن له في عين وقدر ثمنها صح وجهًا واحدًا، وإن أطلق التفويض فوجهان، فحصل ثلاثة أوجه.

تنبيهات: منها: قيل قوله: (**لَا التَّصَرُّفُ الْمالِيُّ فِي الْأَصَحِّ**) يقتضي جريان الخلاف في كل تصرف مالي، ومنه الهبة والعتق والكتابة، ولا خلاف أنها لا تصح منه، وأجاب المعترض بأنه إذا وكله غيره فيها جرى الخلاف، فيكفي في تصحيح كلامه؛ لأنه لم يقل: في ماله، وقد يفرض في كفارة القتل إذا قلنا: بالأصح أنه يكفر بالعتق، والظاهر أنه يجري فيه الخلاف، أما الهبة والكتابة فلا مطمع فيهما.

قال: وكلامه يفهم أيضًا أن كل التصرفات المالية لا يصح منه في الأصح، ومفهوم هذا ليس عامًّا، بل يقتضي أن منها ما يصح على وجه، وسكت عن العتق والهبة، قال: والجواب الأول أظهر، انتهى.

وكلام المصنف هنا مستوفٍ لتصرفه في ماله لا مطلقًا، ولا شك أن ما

وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحَجْرِ أَو بَعْدَهُ، وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

جوزناه له من التصرف المالي بلا إذن يجوز مع الإذن كما سبق هنا، وفي أول البيع له المصالحة عن دم العهد على ماله، ويحقن دمه بالدية، قاله: القاضي الحسين. قال الغزالي في باب عقد الذمة: وعلى أكثر من الدية.

ومقتضى هذا أنه إذا صالح على عين من ماله صح، وله عقد الذمة بالدينار بلا خلاف، وكذا بأكثر منه عند القاضي والغزالي، وابن رفعة أن صحة ضمانه بلا إذن وفيه نظر، ولو نبت له ثمر قبضه، به أجاب صاحب «المعتمد» من المتقدمين.

قال: ولا اعتراض لوليه عليه وله العفو عن قود وجب على مال وبيت، إذ له العفو مجانًا، فبالعوض أولى، وسبق له نظائر، فتجوز هذه التصرفات بلا إذن ولا إعراض للولي فيها ادعى بإذن وليه فوجهان رجح الحناطي الصحة.

قال في «المطلب» هنا: وهو ما يفهمه نصه في «الأم»، انتهى، والمذكور في الخلع ترجيح المنع.

فرع: قالا هنا: لو نذر التصرف بعين مال لم ينعقد، وفي الذمة ينعقد، وجزما في باب النذر بأنه لا يصح منه نذر القرب المالية.

قيل: وينبغي أن يقال: إن قلنا: النذر قربة صح، وإلا لم ينعقد.

قلت: لو صح هذا البناء لقل تمثيله في نذر الرشيد، وإذا قلنا: بالانعقاد، فالظاهر أن المراد أنه يبقى في ذمته إلى ما بعد الحجر، فيخرجه.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ**) أي: حالة الحجر.

(**بِدَيْنٍ قَبْلَ الْحجْرِ أَو بَعْدَهُ**) أي: أسند وجوبه عليه إلى ما قبل الحجر كالمفلس وزيف.

قال: (**وَكَذَا بِإِتْلَافِ الْمالِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: في الحالين، وكذا حكم الجناية الموجبة للمال كدين المعاملة، وعلى هذا لا يؤاخذ به بعد زوال الحجر على الصبي، هذا في الحكم الظاهر، وأما في الباطن فيلزمه إذا كان صادقًا فيه أن يخرج منه كما بيناه ونص عليه، وقال في أوائل الإقرار من «المطلب»: إنه

وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ ....

لا خلاف فيه، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي وأبو علي في «شرح التلخيص».

قال: لأن البينة لو قامت بإتلافه مال غيره بغير إذنه في حال حجره، وأخذ به في الحكم بخلاف ما لو قامت بالشراء وإتلاف ما اشتراه لم يؤاخذ به في الحكم.

فرع: لو أقر باستيلاد أمة لم يقبل إلا أن يثبت أنها فراش له وتلد مدة الإمكان، وأطلق المصنف في زيادة «الروضة» هنا أنه لو أقر باستيلاد لم يقبل.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه سئل عن المحجور عليه لسفه إذا أقر بنسب هل يثبت؟ فقال: إذا أقر ببنوة عبد له مجهول النسب ثبت نسبه منه.

وهل تصير أَمَةٌ أمّ ولد؟ له قولان بناء على إقراره بالجناية والنكبة أنه إن استولد بعد، فإذا أقر كان إقراره على قولين، كما لو أتلف مالًا وشاهدناه أو ثبتت نسبته، وإن أقر به فعلى قولين، وهذا أصل في منزلة الإقرار من الإنشاء، وإذا استلحق ابنًا ما أنفق عليه من بيت المال.

قال في «الروضة»: وشذَّ الرُّويَاني في «الحلية» فقال: يقبل إقراره بالنسب على الأصح، وينفق عليه من ماله، انتهى.

فرع: لو ادعى عليه بدين معاملة قبل الحجر، وأقام بينة سمعت، وإلا فإن قلنا: اليمين المردودة كالبينة سمعت دعواه، وإلا هكذا أطلقاه وغيرهما، وهو طريقه. وقال غيرهم: إن أصل الدعوى مسموع مطلقًا لتقام البينة، وإنما التفصيل في التحليف، وهذا هو المعتمد، وكان التصوير فيمن طرأ سفهه ولم يتصل به حجر، لا فيمن بلغ مهملًا على المذهب.

قال: (**وَيَصِحُّ بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ**)؛ لبعد التهمة، وعدم تعلقها بالمال، فإن كان الحد سرقة قطع بشرطه، وفي المال قولان، ولو عفا ذو القود على مال ثبت على الصحيح؛ لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره.

قال: (**وَطَلَاقُهُ**) أي: ويصح طلاقه؛ لأن الحجر لم يتناوله.

(**وَخُلْعُهُ**) أي: خلع الرجل أدلة أن يطلق مجانًا فبعوض، وإن قلَّ أولى، وفي تسليم العوض إليه ما سبق، ويأتي إن شاء الله تعالى.

وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ، وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ].

قال: **(وَظِهَارُهُ)** أي: وإيلاؤه؛ لصحة عبادته.

(وَنَفْيُهُ النَّسَبَ بِلِعَانٍ)؛ لأنه ليس تصرف مال، ويصح ارتجاعه جزمًا، ولا يخرج على أنها استدامة أم ابتداء نكاح كما قيد في رجعة العبد.

قال: **(وَحُكْمُهُ فِي الْعِبَادَاتِ)**كالرشد لاجتماع الشرائط فيه، وقيد شارح قوله العبادات فقال: أي الواجبة بدنية كانت أو مالية. **(كَالرَّشِيدِ)** وفيه إبهام.

قال: **(لَكِنْ لَا يُفَرِّقُ الزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ)** سواء الفطرة وغيرها. قالوا: لأنه تصرف مالي، وينبغي أنه إذا أذن له الولي أن يكون على الخلاف السابق، وأولى بل ينقدح الجزم بأنه إذا أعطاه قدرًا معينًا وأمره بصرفه إلى معين أو معينين أن يصح، وأن بينة تكفي، نعم ينبغي أن يكون ذلك حيث يكون بحضرة الولي، وإلا فقد يتلف المال إذا خلا به، أو يدعي صرفه كاذبًا. وذكر القاضي الحسين والبغوي والروياني أنه لو وكله أجنبي فصرفها جاز. قال الرُّويَانِي: يشترط تعيين المدفوع إليه.

إشارة: قولهما: **(بِنَفْسِهِ)** يحتمل أن يريد أنه لا يستقل به، إلا أنه لا يصح منه مطلقًا، ويحتمل أن يريد المنع مطلقًا كما فهماه وغيرنا كالصبي، وهو الأقرب، نعم. . .[. . .](١).

قال الشارح: [. . . .](٢) والثاني: وهو ما يفهمه إطلاق الكتاب أنه لا بد من بيان المدة كغيرها من الإجارات، قال: وإن قال: يعينه؛ أي: رأس الجدار، أو سطحه، أو علوه للبناء عليه، هذه عبارة الشَّافِعِي والجمهور، أو بعت حق البناء عليه، وهذه عبارة الإمام، ومن تبعه. قال الرَّافِعِي: والأشبه أن المراد منها شيء واحد، وإن كان ظاهر اللفظ يشعر بالمعايرة.

تنبيه: قيل: احترز بقوله للبناء عليه عما إذا باعه، وشرط أن لا يبني عليه فإنه جائز لا محالة، وينتفع به كما شاء، وكذا إذا باعه ولم يتعرض للبناء

---

(١) طمس آخر شرح هذا الباب من الأصل.

(٢) طمس في الأصل، وهذا الشرح هو الموجود به فقط.

……

بالكلية على الأصح ذكره الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وهو مأخوذٌ من قول ابن الرِّفْعَة إن يتبايعا بشرط: أن لا يبني صح، ولا يسوغ البناء، وإن تبايعا ولم يتعرضا لشرط البناء، فهل له أن يبني؟ فيه وجهان في «الحاوي» انتهى.

وفي كلتا العبارتين اتهام وقصور، ولا أحسب المصنف من يتأكد هذا الاحتراز، قال: فالأصح أن هذا العقد فيه ثبوت بيع وإجارة، أما شوب البيع. قال: فالأصح: إن هذا العقد فيه ثبوت بيع وإجارة، أما شوب الإجارة؛ فلأن المستحق به منفعة فقط. وجوز الشَّافِعِي ذلك في حقوق الأملاك لحقّ المرور وجري الماء، والمسألة لمسيس الحاجة، وكذا إثبات الاستحقاق على التأبيد، ولو كان إجارة محضة لا يشترط تَأْقِيتَهَا، أو بيعًا محضًا لملك بعض الجوار، وليس كذلك وفاقًا.

والثاني: أنه إجارة محضة اعتنى فيها التأبيد للحاجة كخراج السواد، واختاراه في «الشامل» و«التتمة»: وورد بأنها لا تنفسخ بتلف الدار، وأنه يعود حقه بإعارة الجدار وفاقًا.

الثالث: أنه بيع تملك المشتري مواضع رؤوس الجذوع، قاله جماعة من العراقيين، والأوجه إجارته إذا عقد بلفظ الصلح، وأجراها الشيخان إذا عقد بلفظ البيع كما شرحناه، وهو ظاهر إذا قلنا: إنه بيع، أو فيه شوب بيع، وإن قلنا: إجارة محضة فهو إجارة بلفظ البيع، وإن عقد بلفظ الإجارة فعل الثالث فاسد، وعلى الأول: يصح في الأصح كما سبق، وعلى الثاني قالا: أنه كذلك كما قدمناه وفيه نظر! بلى ينبغي أن يصح عليه بلفظ الإجارة قطعًا.

إشارة: قوله: (شوب) قال في «الدقائق»: إنه الصواب، وإن قول بعضهم: شابه تصحيف، انتهى.

وهي عبارة «المحرر» ولم يبين وجه التصحيف في ذلك؛ لأن الشوب الخلط، ويطلق على المخلوط به، وهو المراد هنا، والثانية: فشاب بها، وكل منهما صواب.

قال المصنف: [وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرْضٍ أَعْطَى الْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ.

قُلْت: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إنْ قُلْنَا: لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ(١).

فَصْلٌ: وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ ثُمَّ جَدُّهُ ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ثُمَّ الْقَاضِي، وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ(٢).

---

(١) قال الخطيب: **(وَإِنْ أَحْرَمَ)** حَالَ الْحَجْرِ **(بِتَطَوُّعٍ)** مِنْ حَجٍّ أو عُمْرَةٍ، أو بِنَذْرٍ بَعْدَ الْحَجْرِ وَسَلَكْنَا بِهِ مَسْلَكَ جَائِزِ الشَّرْعِ وَهُوَ الرَّأْيُ الْمَرْجُوحُ **(وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ)** لِإِتْمَامِ النُّسُكِ، أَو إِتْيَانِهِ بِهِ **(عَنْ نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ)** فِي الْحَضَرِ **(فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ)** مِنْ الْإِتْمَامِ أو الْإِتْيَانِ بِهِ صِيَانَةً لِمَالِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ يَصِحُّ إحْرَامُهُ بِدُونِ إذْنِ وَلِيِّهِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ نَظَرٌ وَفَرَّقَ السُّبْكِيُّ بَيْنَهُمَا بِاسْتِقْلَالِ السَّفِيهِ **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ)** لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمُضِيِّ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا هَذَا.

وَالثَّانِي: لَا يَتَحَلَّلُ إلَّا بِلِقَاءِ الْبَيْتِ كَمَنْ فَقَدَ زَادَهُ وَرَاحِلَتَهُ **(قُلْت: وَيَتَحَلَّلُ بِالصَّوْمِ إنْ قُلْنَا لِدَمِ الْإِحْصَارِ بَدَلٌ)** وَهُوَ الْأَظْهَرُ كَمَا مَرَّ فِي الْحَجِّ؛ **(لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ الْمَالِ)** أَمَّا إذَا قُلْنَا لَا بَدَلَ لَهُ فَإِنَّهُ يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الْمُحْصَرِ.

قَالَ فِي الْمَطْلَبِ؛ وَيَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى فِي ذِمَّةِ السَّفِيهِ أَيْضًا **(وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ الْمُؤْنَةِ لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِأَنَّ الْإِتْمَامَ بِدُونِ التَّعَرُّضِ لِلْمَالِ مُمْكِنٌ.

قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَفِيهِ نَظَرٌ إذَا كَانَ عَمَلُهُ مَقْصُودًا بِالْأُجْرَةِ بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّبَرُّعُ بِهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِي النَّظَرِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ لَا يُعَدُّ مَالًا حَاصِلًا، فَلَا يَلْزَمُهُ تَحْصِيلُهُ مَعَ غِنَاهُ بِخِلَافِ الْمَالِ الْمَوْجُودِ فِي يَدِ الْوَلِيِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَا ذَكَرَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَالْأَذْرَعِيُّ كِلَاهُمَا عَجِيبٌ، فَإِنَّ الْمَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إذَا كَانَ الْكَسْبُ فِي طَرِيقِهِ فَقَطْ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ عِبَارَاتِهِمْ. أَمَّا إذَا أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ قَبْلَ الْحَجْرِ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ قَبْلَ إتْمَامِهِ فَإِنَّهُ كَالْوَاجِبِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فِي الْحَجِّ. انظر: مغني المحتاج (٨/ ٥٧).

(٢) قال الخطيب: فَصْلٌ فِيمَنْ يَلِي الصَّبِيَّ مَعَ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ تَصَرُّفِهِ فِي مَالِهِ **(وَلِيُّ الصَّبِيِّ أَبُوهُ)** بِالْإِجْمَاعِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِالصَّغِيرِ لَكَانَ أَوْلَى.

وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: إنَّ الصَّبِيَّ يَشْمَلُ الصَّبِيَّةَ، كَمَا قَالَ: إنَّ الْعَبْدَ يَشْمَلُ الْأَمَةَ **(ثُمَّ جَدُّهُ)** أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَلَا كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ، وَتَكْفِي عَدَالَتُهُمَا الظَّاهِرَةُ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِمَا فَإِنْ فَسَقَا نَزَعَ الْقَاضِي الْمَالَ مِنْهُمَا، كَمَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ، وَهَلْ يَنْعَزِلَانِ بِالْفِسْقِ؟ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْقَاضِي حُسَيْنٌ وَالْإِمَامُ فِي =

وَيَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ، وَيَبْنِي دُورَهُ بِالطِّينِ وَالْآجُرِّ لَا اللَّبِنِ وَالْجِصِّ.

وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلَّا لِحَاجَةٍ أَو غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ.

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ، وَيَأْخُذُ لَهُ بِالشُّفْعَةِ أَو يَتْرُكُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، وَيُزَكِّي مَالَهُ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ.

فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعًا بِلَا مَصْلَحَةٍ صُدِّقَا بِالْيَمِينِ، وَإِنْ

= بَابِ الْعَارِيَّةِ، وَيَنْبَغِي الِانْعِزَالُ، وَعَلَيْهِ لَوْ فَسَقَ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَبْلَ اللُّزُومِ فَفِي بُطْلَانِهِ وَجْهَانِ.
قَالَ السُّبْكِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ، وَلَا يُعْتَبَرُ إِسْلَامُهُمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مُسْلِمًا، فَإِنَّ الْكَافِرَ يَلِي وَلَدَهُ الْكَافِرَ.
لَكِنْ لَوْ تَرَافَعُوا إِلَيْنَا لَمْ نُقِرَّهُمْ وَنَلِي نَحْنُ أَمْرَهُمْ بِخِلَافِ وِلَايَةِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِوِلَايَةِ الْمَالِ الْأَمَانَةُ، وَهِيَ فِي الْمُسْلِمِينَ أَقْوَى، وَالْمَقْصُودَ بِوِلَايَةِ النِّكَاحِ الْمُوَالَاةُ، وَهِيَ فِي الْكَافِرِ أَقْوَى، قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ (ثُمَّ وَصِيُّهُمَا) أَيْ وَصِيُّ مَنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْوَصِيَّةِ (ثُمَّ الْقَاضِي) أو أَمِينُهُ لِخَبَرِ «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَسَّنَهُ وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ، وَلَوْ كَانَ الْيَتِيمُ بِبَلَدٍ وَمَالُهُ فِي آخَرَ فَالْوَلِيُّ قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ عَلَيْهِ تَرْتَبِطُ بِمَالِهِ كَمَالِ الْغَائِبِينَ، لَكِنْ مَحَلُّهُ فِي تَصَرُّفِهِ فِيهِ بِالْحِفْظِ وَالتَّعَهُّدِ بِمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مَعَ الْغِبْطَةِ اللَّائِقَةِ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى التَّلَفِ أَمَّا تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِالتِّجَارَةِ وَالِاسْتِنْمَاءِ فَالْوِلَايَةُ عَلَيْهِ لِقَاضِي بَلَدِ الْيَتِيمِ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهُ فِي النِّكَاحِ فَكَذَا فِي الْمَالِ كَمَا نَقَلَهُ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ عَنِ الْغَزَالِيِّ وَأَقَرَّهُ.
قَالَ شَيْخُنَا: وَوَقَعَ لِلْإِسْنَوِيِّ عَزْوُ مَا يُخَالِفُ ذَلِكَ إِلَى الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فَاحْذَرْهُ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَعَلَى مَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ فَلِقَاضِي بَلَدِهِ الْعَدْلِ الْأَمِينِ أَنْ يَطْلُبَ مِنْ قَاضِي بَلَدِ مَالِهِ إِحْضَارَهُ إِلَيْهِ عِنْدَ أَمْنِ الطَّرِيقِ لِظُهُورِ الْمَصْلَحَةِ لَهُ فِيهِ، وَلْيَتَّجِرْ لَهُ فِيهِ ثَمَّ، أَو يَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ عَقَارًا، وَيَجِبُ عَلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ إِسْعَافُهُ بِذَلِكَ، وَحُكْمُ الْمَجْنُونِ حُكْمُ الصَّبِيِّ فِي تَرْتِيبِ الْأَوْلِيَاءِ، وَكَذَا مَنْ بَلَغَ سَفِيهًا.
تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ تَعْبِيرِهِ بِالصَّبِيِّ أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْمَذْكُورِينَ عَلَى مَالِ الْأَجِنَّةِ وَصَرَّحَا بِهِ فِي الْفَرَائِضِ فِي الْكَلَامِ عَلَى مِيرَاثِ الْحَمْلِ لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْحَاكِمِ فَقَطْ، وَمِثْلُهُ الْبَقِيَّةُ.
قَالَ الْجُرْجَانِيُّ: وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ أَحَدٌ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الْمَذْكُورِينَ، فَعَلَى الْمُسْلِمِينَ النَّظَرُ فِي حَالِ مَحْجُورِهِمْ وَتَوَلِّي حِفْظِ مَالِهِ (وَلَا تَلِي الْأُمُّ فِي الْأَصَحِّ) كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ.
وَالثَّانِي: تَلِي بَعْدَ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَتُقَدَّمُ عَلَى وَصِيِّهِمَا لِكَمَالِ شَفَقَتِهَا، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لِسَائِرِ الْعَصَبَاتِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ. نَعَمْ لَهُمُ الْإِنْفَاقُ مِنْ مَالِ الطِّفْلِ فِي تَأْدِيبِهِ وَتَعْلِيمِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَلِيلٌ فَسُومِحَ بِهِ، قَالَهُ فِي الْمَجْمُوعِ فِي إِحْرَامِ الْوَلِيِّ عَنِ الصَّبِيِّ.
قَالَ شَيْخُنَا: وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ وَالسَّفِيهُ، انتهى.
أَمَّا السَّفِيهُ فَوَاضِحٌ. وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَفِيهِ نَظَرٌ.
نَعَمْ، إِنْ حُمِلَ عَلَى مَنْ لَهُ نَوْعُ تَمْيِيزٍ فَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَعَلَّهُ مُرَادُهُ. انظر: مغني المحتاج (٨/ ٦١).

ادِّعَاءُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ](١).

باب الصُّلْحِ(٢)

---

(١) قال في «تحفة المحتاج» (١٤/ ٣٩٠): (وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةٍ لِلْمَصْلَحَةِ) كَرِبْحٍ وَخَوْفٍ مِنْ نَهْبٍ (وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً) اُشْتُرِطَ يَسَارُ الْمُشْتَرِي وَعَدَالَتُهُ وَمِنْ لَازِمِهَا عَدَمُ مُمَاطَلَةٍ وَزِيَادَةٌ عَلَى النَّقْدِ تَلِيقُ بِالنَّسِيئَةِ وَقِصَرُ الْأَجَلِ عُرْفًا (وَأَشْهَدَ) وُجُوبًا (عَلَى الْبَيْعِ وَارْتَهَنَ) وُجُوبًا أَيْضًا (بِهِ) أَيْ: بِالثَّمَنِ رَهْنًا وَافِيًا وَلَا تُغْنِي عَنْهُ مَلَاءَةُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتْلَفُ احْتِيَاطًا لِلْمَحْجُورِ فَإِنْ تَرَكَ وَاحِدًا مِمَّا ذُكِرَ بَطَلَ الْبَيْعُ إلَّا إذَا تَرَكَ الرَّهْنَ وَالْمُشْتَرِي مُوسِرٌ عَلَى مَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَاقْتَضَاهُ كَلَامُهُمَا.

وَقَالَ السُّبْكِيُّ لَا اسْتِثْنَاءَ وَضَمِنَ نَعَمْ إنْ بَاعَهُ لِمُضْطَرٍّ لَا رَهْنَ مَعَهُ جَازَ وَكَذَا لَوْ تَحَقَّقَ تَلَفُهُ وَأَنَّهُ لَا يَحْفَظُ إلَّا بِبَيْعِهِ مِنْ مُعَيَّنٍ بِأَدْنَى ثَمَنٍ قِيَاسًا عَلَى مَا مَرَّ عَنِ الْقَفَّالِ وَلَوْ بَاعَ مَالَ وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ نَسِيئَةً لَمْ يَحْتَجْ لِارْتِهَانٍ وَبَحَثَ الْأَذْرَعِيُّ تَقْيِيدَهُ بِالْمَلِيءِ، وَلَا يُحْتَاجُ إلَيْهِ لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ شَرْطَ الْبَيْعِ نَسِيئَةً يَسَارُ الْمُشْتَرِي وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ الِارْتِهَانُ فِي إقْرَاضِ مَالِهِ إذَا رَأَى الْوَلِيُّ تَرْكَهُ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْمُطَالَبَةِ أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ بِخِلَافِهِ هُنَا فَإِنَّهُ قَدْ يُضَيِّعُ مَالَهُ قَبْلَ الْحُلُولِ وَالْأَوْلَى عَلَى مَا قَالَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ أَنْ لَا يَرْتَهِنَ فِي الْبَيْعِ لِنَحْوِ نَهْبٍ إذَا خَشِيَ عَلَى الْمَرْهُونِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْفَعُهُ لِحَنَفِيٍّ يُضَمِّنُهُ لَهُ وَأَفْتَى بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ يَلْزَمُ الْوَلِيَّ بَعْدَ الرُّشْدِ اسْتِخْلَاصُ دُيُونِ الْمَوْلَى كَعَامِلِ الْقِرَاضِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ مَأْذُونٌ لَهُ مِنَ الْمَالِكِ وَهَذَا مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُ الْبُلْقِينِيِّ فِي فَتَاوِيهِ عَلَى أَمِينِ الْحَاكِمِ مُطَالَبَةُ مَنْ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ وَيُطَالِبُ الْوَلِيُّ بِثَمَنِ مَا اشْتَرَاهُ لِمُوَلِّيهِ فَإِنْ تَلِفَ مَالُ الْمَوْلَى فَإِنْ سَمَّى الْمَوْلَى فِي الْعَقْدِ فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ وَإِلَّا فَعَلَى الْوَلِيِّ إلَّا نَائِبَ الْحَاكِمِ عَلَى مَا جَزَمَ بِهِ بَعْضُهُمْ وَلَوْ عَامِلٌ لَهُ فَاسِدًا فَوَجَبَتْ أُجْرَةُ مِثْلٍ لَزِمَتْ الْوَلِيَّ لِتَقْصِيرِهِ، انتهى.

وقال في «نهاية المحتاج» (١٤/ ٣٩٠): نَعَمْ؛ لَا يَلْزَمُ الْأَبَ وَالْجَدَّ الِارْتِهَانُ مِنْ نَفْسِهِمَا وَالدَّيْنُ عَلَيْهِمَا كَأَنْ بَاعَا مَالَهُ لِنَفْسِهِمَا نَسِيئَةً؛ لِأَنَّهُمَا أَمِينَانِ فِي حَقِّهِ، وَمَحَلُّ ذَلِكَ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ إذَا كَانَ مَلِيًّا، وَإِلَّا فَهُوَ مُضَيِّعٌ، وَيَحْكُمُ الْقَاضِي بِصِحَّةِ بَيْعِهِمَا مَالَ وَلَدِهِمَا إذَا رَفَعَاهُ إلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُثْبِتَا أَنَّ بَيْعَهُمَا وَقَعَ بِالْمَصْلَحَةِ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مُتَّهَمَيْنِ فِي حَقِّ وَلَدِهِمَا وَيَجِبُ إثْبَاتُهُمَا الْعَدَالَةَ لِيُسَجِّلَ لَهُمَا فِي أَوْجَهِ الْوَجْهَيْنِ، كَمَا يَجِبُ إثْبَاتُ عَدَالَةِ الشُّهُودِ لِيُحْكَمَ وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هُوَ الْأَصَحَّ بِخِلَافِ مَا فِي شُهُودِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ ذَاكَ فِي جَوَازِ تَرْكِ الْحَاكِمِ لَهُمَا عَلَى الْوِلَايَةِ وَهَذَا فِي طَلَبِهِمَا مِنْهُ التَّسْجِيلَ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَدْعِي ثُبُوتَهُ عِنْدَهُ وَالثُّبُوتُ يَحْتَاجُ لِلتَّزْكِيَةِ، وَنَظَرُ ذَلِكَ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَمْنَعُ الشُّرَكَاءَ مِنْ قِسْمَةِ دَارٍ بِأَيْدِيهِمْ وَلَا يُجِيبُهُمْ إلَيْهَا إلَّا بَعْدَ إقَامَةِ بَيِّنَةٍ بِمِلْكِهَا لَهُمْ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَسْتَدْعِي الْحُكْمَ وَهُوَ يَحْتَاجُ إلَى الْبَيِّنَةِ بِالْمِلْكِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ فَإِنَّهُ يَجِبُ إقَامَتُهُمَا الْبَيِّنَةَ بِالْمَصْلَحَةِ وَبِعَدَالَتِهِمَا.

(٢) بطر أكثر شرح هذا الباب في الأصل. وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» بقوله: بَابُ الصُّلْحِ وَمَا يُذْكَرُ مَعَهُ مِنَ التَّزَاحُمِ عَلَى الْحُقُوقِ وَالتَّنَازُعِ فِيهَا، هُوَ لُغَةً: قَطْعُ النِّزَاعِ، وَشَرْعًا: عَقْدٌ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ، وَهُوَ أَنْوَاعٌ: صُلْحٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْكُفَّارِ، وَبَيْنَ الْإِمَامِ وَالْبُغَاةِ، وَبَيْنَ الزَّوْجَيْنِ عِنْدَ الشِّقَاقِ. =

وَهُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا: يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا، أو عَلَى مَنْفَعَةٍ فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، أو عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ الْيَدِ، فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ.

وَصُلْحٌ فِي الْمُعَامَلَةِ، وَهُوَ مَقْصُودُ الْبَابِ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَبْلَ الْإِجْمَاعِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النِّسَاء: ١٢٨] وَخَبَرُ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أو حَرَّمَ حَلَالًا» رَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ وَصَحَّحَهُ، وَالْكُفَّارُ كَالْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا خَصَّهُمْ بِالذِّكْرِ لِانْقِيَادِهِمْ إِلَى الْأَحْكَامِ غَالِبًا، وَالصُّلْحُ الَّذِي يُحِلُّ الْحَرَامَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى خَمْرٍ وَنَحْوِهِ أو مِنْ دَرَاهِمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا، وَالَّذِي يُحَرِّمُ الْحَلَالَ: أَنْ يُصَالِحَ زَوْجَتَهُ عَلَى أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلَفْظُهُ يَتَعَدَّى لِلْمَتْرُوكِ بِمِنْ وَعَنْ، وَلِلْمَأْخُوذِ بِعَلَى وَالْبَاءِ غَالِبًا **(وَهُوَ قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: أَحَدُهُمَا صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ، فَإِنْ جَرَى عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ الْمُدَّعَاةِ)** كَمَا إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ دَارًا فَأَقَرَّ لَهُ بِهَا وَصَالَحَهُ عَنْهَا بِمُعَيَّنٍ كَثَوْبٍ **(فَهُوَ بَيْعٌ)** لِلْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ مِنَ الْمُدَّعِي لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(بِلَفْظِ الصُّلْحِ)** وَيُسَمَّى صُلْحَ الْمُعَاوَضَةِ **(تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ)** أَيْ الْبَيْعِ **(كَالشُّفْعَةِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ)** فِي الْمُصَالَحِ عَلَيْهِ **(قَبْلَ قَبْضِهِ وَاشْتِرَاطِ التَّقَابُضِ إِنْ اتَّفَقَا)** أَيْ الْمُصَالَحُ عَنْهُ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ **(فِي عِلَّةِ الرِّبَا)** وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ كَاشْتِرَاطِ التَّسَاوِي إِذَا كَانَا جِنْسًا رِبَوِيًّا وَاشْتِرَاطِ الْقَطْعِ فِي بَيْعِ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ وَجَرَيَانِ التَّحَالُفِ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ وَفَسَادُهُ بِالْغَرَرِ وَالشَّرْطِ الْفَاسِدِ وَالْجَهْلِ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْبَيْعِ. يَصْدُقُ عَلَى ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى دَيْنٍ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ ذَهَبًا أو فِضَّةً فَهُوَ بَيْعٌ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أو ثَوْبًا مَثَلًا مَوْصُوفًا بِصِفَةِ السَّلَمِ فَهُوَ سَلَمٌ، وَسَكَتَ الشَّيْخَانِ عَن ذَلِكَ لِظُهُورِهِ، وَلَوْ أَبْدَلَ الْمُصَنِّفُ عَيْنَ بِغَيْرٍ لَدَخَلَ ذَلِكَ، لَكِنْ لَا يَنْعَقِدُ السَّلَمُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي بَابِهِ **(أَوْ)** جَرَى الصُّلْحُ مِنَ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ **(عَلَى مَنْفَعَةٍ)** لِغَيْرِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ كَخِدْمَةِ عَبْدٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً **(فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا)** أَيْ الْإِجَارَةِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَدَّ الْإِجَارَةِ يَصْدُقُ عَلَى ذَلِكَ.

أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَى مَنْفَعَةِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ، فَإِنَّهَا إِعَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا، فَإِنْ عَيَّنَ مُدَّةً فَإِعَارَةٌ مُؤَقَّتَةٌ وَإِلَّا فَمُطْلَقَةٌ **(أَوْ)** جَرَى الصُّلْحُ **(عَلَى بَعْضِ الْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ)** كَرُبُعِهَا **(فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا)** الْبَاقِي **(لِصَاحِبِ الْيَدِ)** عَلَيْهَا **(فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا)** أَيْ الْهِبَةِ الْمُقَرَّرَةِ فِي بَابِهَا مِنْ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَغَيْرِهِ لِصِدْقِ حَدِّهَا عَلَى ذَلِكَ فَتَصِحُّ فِي الْبَعْضِ الْمَتْرُوكِ بِلَفْظِ الْهِبَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَنَحْوِهِمَا **(وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ)** لَهُ لِعَدَمِ الثَّمَنِ **(وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ)** كَصَالَحْتُك مِنَ الدَّارِ عَلَى رُبُعِهَا؛ لِأَنَّ الْخَاصِّيَّةَ الَّتِي يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لَفْظُ الصُّلْحِ: هِيَ سَبْقُ الْخُصُومَةِ وَقَدْ حَصَلَتْ، وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَتَضَمَّنُ الْمُعَاوَضَةَ وَلَا عِوَضَ هُنَاكَ لِلْمَتْرُوكِ، وَمُحَالٌ أَنْ يُقَابِلَ الْإِنْسَانُ مِلْكَهُ بِمِلْكِهِ.

وَلَو قَالَ: مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ صَالِحْنِي عَنْ دَارِك بِكَذَا فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى عَيْنٍ صَحَّ فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ، أَو دَيْنًا اُشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي قَبْضِهِ الْوَجْهَانِ، وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ، ....

= وَحَمْلُهُ الْأَوَّلُ عَلَى الْهِبَةِ تَنْزِيلًا لِهَذَا اللَّفْظِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ عَلَى مَا يَلِيقُ بِهِ كَلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وَيُسَمَّى هَذَا صُلْحُ الْحَطِيطَةِ.

(وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ: صَالِحْنِي عَن دَارِك) مَثَلًا **(بِكَذَا)** فَأَجَابَهُ **(فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهُ)**؛ لِأَنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَسْتَدْعِي سَبْقَ الْخُصُومَةِ، سَوَاءٌ أَكَانَتْ عِنْدَ حَاكِمٍ أَمْ لَا، وَالثَّانِي: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَلَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ ذَلِكَ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ، وَمَحَلُّ الْخِلَافِ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ، فَأَمَّا إذَا اسْتَعْمَلَاهُ وَنَوَيَا الْبَيْعَ فَإِنَّهُ يَكُونُ كِنَايَةً بِلَا شَكٍّ كَمَا قَالَهُ الشَّيْخَانِ وَإِنْ رَدَّهُ فِي الْمَطْلَبِ.

(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ) يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ **(عَلَى)** غَيْرِهِ **(عَيْنٍ)** أَو دَيْنٍ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: أَو مَنْفَعَةٍ **(صَحَّ)** لِعُمُومِ الْأَدِلَّةِ، سَوَاءٌ أَعَقَدَ بِلَفْظِ الْبَيْعِ أَو الصُّلْحِ أَو الْإِجَارَةِ.

أَمَّا مَا لَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ كَدَيْنِ السَّلَمِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: عَلَى عَيْنٍ وَقَعَ فِي نُسْخَةِ الْمُصَنِّفِ تَبَعًا لِلْمُحَرَّرِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِغَيْرٍ كَمَا قَدَّرْته فِي كَلَامِهِ لَكَانَ أَوْلَى مِنْ لَفْظَةِ عَيْنٍ تُنَافِي كَمَا قَالَ الْفَزَارِيّ تَفْصِيلَهُ الْآتِي بِقَوْلِهِ، فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا إلَى قَوْلِهِ أَو دَيْنًا.

وَقَالَ السُّبْكِيُّ: إنَّهُ يُوجَدُ فِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُحَرَّرِ عَلَى عِوَضٍ وَهُوَ الصَّوَابُ لِتَقْسِيمِهِ إيَّاهُ بَعْدُ إلَى عَيْنٍ وَدَيْنٍ انتهى.

وَأَجَابَ الشَّارِحُ عَن هَذَا كَمَا سَيَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ. **(فَإِنْ تَوَافَقَا)** أَيْ الدَّيْنُ الْمُصَالَحُ عَنْهُ وَالْعِوَضُ الْمُصَالَحُ عَلَيْهِ **(فِي عِلَّةِ الرِّبَا)** كَالصُّلْحِ عَن فِضَّةٍ بِذَهَبٍ **(اُشْتُرِطَ قَبْضُ الْعِوَضِ فِي الْمَجْلِسِ)** حَذَرًا مِنْ الرِّبَا، فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِهِ بَطَلَ الصُّلْحُ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُهُ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْأَصَحِّ **(وَإِلَّا)** قَالَ الشَّارِحُ: أَيْ وَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقْ الْمُصَالَحُ مِنْهُ الدَّيْنُ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ فِي عِلَّةِ الرِّبَا فَجَعَلَهُ مُنْقَطِعًا عَن الْأَوَّلِ، وَمَثَّلَهُ بِقَوْلِهِ: كَالصُّلْحِ عَن فِضَّةٍ بِحِنْطَةٍ أَو ثَوْبٍ **(فَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي الْمَجْلِسِ فِي الْأَصَحِّ)** كَمَا لَوْ بَاعَ ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ فِي الذِّمَّةِ لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الثَّوْبِ فِي الْمَجْلِسِ، وَالثَّانِي: يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الْعِوَضَيْنِ دَيْنٌ فَيُشْتَرَطُ قَبْضُ الْآخَرِ فِي الْمَجْلِسِ كَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ **(أَوْ)** كَانَ الْعِوَضُ **(دَيْنًا)** كَصَالَحْتُك عَن دَرَاهِمِي الَّتِي عَلَيْك بِكَذَا **(اُشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي الْمَجْلِسِ)** لِيَخْرُجَ عَن بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ **(وَفِي قَبْضِهِ)** فِي الْمَجْلِسِ **(الْوَجْهَانِ)** أَصَحُّهُمَا لَا يُشْتَرَطُ وَإِنْ كَانَا رِبَوِيَّيْنِ اُشْتُرِطَ لِمَا سَبَقَ فِي الِاسْتِبْدَالِ عَن الثَّمَنِ، وَلَوْ أَحَالَ الْمُصَنِّفُ عَلَيْهِ لَاسْتَغْنَى عَن هَذَا التَّفْصِيلِ وَإِنْ كَانَ الْعِوَضُ مَنْفَعَةً قَبْضُهَا بِقَبْضِ مَحَلِّهَا فِيهِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَيَتَّجِهُ تَخْرِيجُ اشْتِرَاطِهِ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا إذَا صَالَحَ عَلَى عَيْنٍ **(وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ)** كَرُبُعِهِ **(فَهُوَ إبْرَاءٌ عَن بَاقِيهِ)**؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ فَتَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ، وَعُلِمَ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّ الصُّلْحَ عَن الدَّيْنِ يَنْقَسِمُ إلَى مُعَاوَضَةٍ وَحَطِيطَةٍ كَالْعَيْنِ، وَأَفْهَمَ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ الْبَاقِي فِي =

وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا وَبِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أو عَكَسَ لَغَا، فَإِنْ عَجَّلَ الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِئَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ، ....

الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ هَذَا الْعَقْدَ مُعَاوَضَةً، بَلْ إبْرَاءً، وَهَلْ يَعُودُ الدَّيْنُ إذَا امْتَنَعَ الْمُبْرَأُ مِنْ أَدَاءِ الْبَاقِي أَمْ لَا؟

وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا عَدَمُ الْعَوْدِ **(وَيَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا)** كَالْوَضْعِ وَالْإِسْقَاطِ لِمَا فِي الصَّحِيحَيْنِ: عَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ: طَلَبَ مِنْ عَبْدِ الله بْنِ أَبِي حَدْرَدٍ دَيْنًا لَهُ عَلَيْهِ، فَارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا فِي الْمَجْلِسِ حَتَّى سَمِعَهُمَا رَسُولُ الله - صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَخَرَجَ إلَيْهِمَا وَنَادَى: يَا كَعْبُ! فَقَالَ لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ الله! فَأَشَارَ بِيَدِهِ أَنْ ضَعِ الشَّطْرَ! فَقَالَ قَدْ فَعَلْت، فَقَالَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قُمْ فَاقْضِهِ، وَإِذَا جَرَى ذَلِكَ بِصِيغَةِ الْإِبْرَاءِ: كَأَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنْ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْك أو نَحْوِهَا مِمَّا تَقَدَّمَ: كَوَضَعْتهَا أو أَسْقَطْتهَا عَنْك لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ عَلَى الْمَذْهَبِ، سَوَاءٌ أَقُلْنَا الْإِبْرَاءُ إسْقَاطٌ أَمْ تَمْلِيكٌ (وَ) يَصِحُّ **(بِلَفْظِ الصُّلْحِ فِي الْأَصَحِّ)** كَصَالَحْتُكَ عَنْ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْك عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَالْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِي الصُّلْحِ مِنْ الْعَيْنِ عَلَى بَعْضِهَا: بِلَفْظِ الصُّلْحِ، فَيُؤْخَذُ تَوْجِيهُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ. وَهَلْ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مُدْرَكُهُ مُرَاعَاةُ اللَّفْظِ أو الْمَعْنَى، وَالْأَصَحُّ عَلَى مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ الشَّيْخَيْنِ هُنَا اشْتِرَاطُهُ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الصُّلْحُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَنَظِيرِهِ فِي الصُّلْحِ عَنْ الْعَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: مُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الْبُطْلَانُ فِيمَا لَوْ كَانَتْ الْخَمْسُمِائَةِ الْمُصَالَحِ بِهَا مُعَيَّنَةً وَهُوَ مَا رَجَّحَهُ الْقَاضِي وَالْإِمَامُ، وَقَطَعَ بِهِ الْقَفَّالُ، وَصَوَّبَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي؛ لِأَنَّ تَعْيِينَهَا يَقْتَضِي كَوْنَهَا عِوَضًا فَيَصِيرُ بَائِعًا الْأَلْفَ بِخَمْسِمِائَةٍ وَمُقْتَضَى كَلَامِ أَصْلِ الرَّوْضَةِ الصِّحَّةُ، وَجَرَى عَلَيْهِ الْبَغَوِيّ وَالْمُتَوَلِّي وَالْخُوَارِزْمِيّ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ مِنْ الْأَلْفِ عَلَى بَعْضِهِ إبْرَاءٌ لِلْبَعْضِ وَاسْتِيفَاءٌ لِلْبَاقِي، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُعَيَّنِ وَغَيْرِهِ. **(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ)** دَيْنٍ **(حَالٍّ عَلَى مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ)** جِنْسًا وَقَدْرًا وَصِفَةً **(أَوْ عَكَسَ)** أَيْ صَالَحَ مِنْ مُؤَجَّلٍ عَلَى حَالٍّ مِثْلِهِ كَذَلِكَ **(لَغَا)** الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ وَعْدٌ فِي الْأُولَى مِنْ الدَّائِنِ بِإِلْحَاقِ الْأَجَلِ، وَصِفَةُ الْحُلُولِ لَا يَصِحُّ إلْحَاقُهَا، وَفِي الثَّانِيَةِ وَعْدٌ مِنْ الْمَدْيُونِ بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ، وَهُوَ لَا يَسْقُطُ، وَالصِّحَّةُ وَالتَّكْسِيرُ كَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ **(فَإِنْ عَجَّلَ)** الدَّيْنَ **(الْمُؤَجَّلَ صَحَّ الْأَدَاءُ)** وَسَقَطَ الْأَجَلُ لِصُدُورِ الْإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ مِنْ أَهْلِهِمَا. نَعَمْ؛ إنْ ظَنَّ الْمُؤَدِّي صِحَّةَ الصُّلْحِ لَمْ يَسْقُطْ الْأَجَلُ وَاسْتَرَدَّ مَا عَجَّلَهُ، كَمَنْ ظَنَّ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا فَأَدَّاهُ فَبَانَ خِلَافُهُ فَإِنَّهُ يَسْتَرِدُّ كَمَا قَالَ السُّبْكِيُّ قَطْعًا، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فَرْدٌ مِنْ أَفْرَادِ قَاعِدَةٍ مُتَكَرِّرَةٍ، وَهِيَ إذَا شُرِطَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ التَّصَرُّفَاتِ لَا يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ، كَمَا لَوْ شَرَطَ بَيْعًا فِي بَيْعٍ فَفَعَلَ الْمَشْرُوطَ عَلَيْهِ جَاهِلًا بِبُطْلَانِ الْعَقْدِ الْمَشْرُوطِ، كَأَنْ أَتَى بِالْبَيْعِ الثَّانِي، فَهَلْ يَنْفُذُ لِكَوْنِهِ تَصَرُّفًا صَحِيحًا فِي نَفْسِهِ أو لَا لِكَوْنِهِ وَفَاءً بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَقَدْ اضْطَرَبَ التَّرْجِيحُ فِي هَذِهِ الْقَاعِدَةِ كَمَا بَيَّنَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ. ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ تَظَافَرَتْ نُصُوصُ الشَّافِعِيِّ عَلَى الْبُطْلَانِ، فَلْتَكُنْ الْفَتْوَى عَلَيْهِ وَلَا عِبْرَةَ بِمَا عَدَاهُ. **(وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَى خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ بَرِئَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ)**؛ لِأَنَّهُ سَامَحَ بِحَطِّ الْبَعْضِ وَوَعَدَ -

وَلَوْ عَكَسَ لَغَا.

النَّوْعُ الثَّانِي: الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ، فَيَبْطُلُ إنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعِي.

بِتَأْجِيلِ الْبَاقِي، وَالْوَعْدُ لَا يَلْزَمُ، وَالْحَطُّ صَحِيحٌ (وَلَوْ عَكَسَ) بِأَنْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ عَلَى خَمْسَةٍ حَالَّةٍ (لَغَا) الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الْحُلُولِ لَا يَصِحُّ إلْحَاقُهَا، وَالْخَمْسَةُ الْأُخْرَى إنَّمَا تَرَكَهَا فِي مُقَابَلَةِ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ الْحُلُولُ لَا يَصِحُّ التَّرْكُ، وَالصِّحَّةُ وَالتَّكْسِيرُ كَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ. تَنْبِيهٌ: قَدْ عُلِمَ مِمَّا تَقَرَّرَ أَنَّ أَقْسَامَ الصُّلْحِ سِتَّةٌ: الْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ وَالْعَارِيَّةُ وَالْهِبَةُ وَالسَّلَمُ وَالْإِبْرَاءُ، وَبَقِيَ مِنْهَا أَشْيَاءُ أُخَرُ مِنْهَا الْخُلْعُ كَصَالَحْتُك مِنْ كَذَا عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي طَلْقَةً.

وَمِنْهَا الْمُعَاوَضَةُ مِنْ دَمِ الْعَمْدِ كَصَالَحْتُكَ مِنْ كَذَا عَلَى رَدِّ عَبْدِي.

وَمِنْهَا الْفِدَاءُ كَقَوْلِهِ لِلْحَرْبِيِّ صَالَحْتُك مِنْ كَذَا عَلَى إطْلَاقِ هَذَا الْأَسِيرِ.

وَمِنْهَا الْفَسْخُ كَأَنْ صَالَحَ مِنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ وَكَأَنَّهُ تَرَكَهَا كَغَيْرِهِ لِأَخْذِهَا مِمَّا ذُكِرَ (النَّوْعُ الثَّانِي الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ) أَوْ السُّكُوتِ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا قَالَهُ فِي الْمَطْلَبِ عَنْ سُلَيْمٍ الرَّازِيِّ وَغَيْرِهِ كَأَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئًا فَأَنْكَرَهُ أَوْ سَكَتَ ثُمَّ صَالَحَ عَنْهُ (فَيَبْطُلُ إنْ جَرَى عَلَى نَفْسِ الْمُدَّعَى) كَأَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ دَارًا فَيُصَالِحَهُ عَلَيْهَا بِأَنْ يَجْعَلَهَا لِلْمُدَّعِي أَوْ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا يَصْدُقُ بِذَلِكَ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ، وَكِلَا الصُّورَتَيْنِ بَاطِلٌ، وَفِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى، كَأَنْ يُصَالِحَهُ عَنْ الدَّارِ بِثَوْبٍ أَوْ دَيْنٍ.

قَالَ الشَّارِحُ: وَكَأَنَّ نُسْخَةَ الْمُصَنِّفِ مِنْ الْمُحَرَّرِ عَيْنٌ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِالنَّفْسِ وَلَمْ يُلَاحِظْ مُوَافَقَةَ مَا فِي الشَّرْحِ، فَهُمَا مَسْأَلَتَانِ حُكْمُهُمَا وَاحِدٌ انتهى. وَيُرِيدُ بِذَلِكَ دَفْعَ اعْتِرَاضِ الْمُصَحِّحِ فَإِنَّهُ قَالَ: الصَّوَابُ التَّعْبِيرُ بِالْغَيْرِ. وَقَالَ الدَّمِيرِيُّ: عِبَارَةُ الْمُحَرَّرِ غَيْرُ وَكَأَنَّ الرَّاءَ تَصَحَّفَتْ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِالنُّونِ فَعَبَّرَ عَنْهَا بِالنَّفْسِ، فَإِنْ قِيلَ التَّعْبِيرُ بِالنَّفْسِ لَا يَسْتَقِيمُ؛ لِأَنَّ عَلَى وَالْبَاءَ يَدْخُلَانِ عَلَى الْمَأْخُوذِ وَمِنْ وَعَنْ عَلَى الْمَتْرُوكِ. أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ، وَبِأَنَّ الْمُدَّعَى الْمَذْكُورَ مَأْخُوذٌ وَمَتْرُوكٌ بِاعْتِبَارَيْنِ، غَايَتُهُ أَنَّ إلْغَاءَ الصُّلْحِ فِي ذَلِكَ لِلْإِنْكَارِ وَلِفَسَادِ الصِّيغَةِ بِاتِّحَادِ الْعِوَضَيْنِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ إقْرَارٍ خِلَافًا لِلْأَئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ أَنْكَرَ الْخُلْعَ وَالْكِتَابَةَ ثُمَّ تَصَالَحَا عَلَى شَيْءٍ؛ وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَ إنْ كَانَ كَاذِبًا، فَقَدْ اسْتَحَلَّ مِنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَالَهُ وَهُوَ حَرَامٌ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَقَدْ حَرَّمَ عَلَيْهِ مَالَهُ الْحَلَالَ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» فَإِنْ قِيلَ: الصُّلْحُ لَمْ يُحَرِّمْ الْحَلَالَ وَلَمْ يُحَلِّلْ الْحَرَامَ، بَلْ هُوَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ التَّحْرِيمِ وَالتَّحْلِيلِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الصُّلْحَ هُوَ الْمُجَوِّزُ لَهُ الْإِقْدَامَ عَلَى ذَلِكَ فِي الظَّاهِرِ. وَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى فَسَيَأْتِي. وَلَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ الْإِنْكَارِ جَازَ الصُّلْحُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْحَقِّ بِالْبَيِّنَةِ كَلُزُومِهِ بِالْإِقْرَارِ، وَلَوْ أَقَرَّ ثُمَّ أَنْكَرَ جَازَ الصُّلْحُ، وَإِذَا تَصَالَحَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي أَنَّهُمَا تَصَالَحَا عَلَى إقْرَارٍ أَوْ إنْكَارٍ، فَالَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا عَقْدَ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَنَازَعَ الْمُتَعَاقِدَانِ هَلْ وَقَعَ الْعَقْدُ صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مُدَّعِي الصِّحَّةِ كَمَا مَرَّ فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الظَّاهِرَ وَالْغَالِبَ جَرَيَانُ الْبَيْعِ عَلَى الصِّحَّةِ، وَالْغَالِبَ وُقُوعُ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ. وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: رَدَدْتهَا عَلَيْك ثُمَّ صَالَحَهُ. قَالَ الْبَغَوِيّ -

وَكَذَا إنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَقَوْلُهُ: صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْأَجْنَبِيِّ: فَإِنْ قَالَ: وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

فِي فَتَاوِيهِ: إنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ أَمَانَةً لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فَيَكُونُ صُلْحًا عَلَى إنْكَارٍ، وَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةً فَقَوْلُهُ فِي الرَّدِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ وَقَدْ أَقَرَّ بِالضَّمَانِ فَيَصِحُّ الصُّلْحُ، وَيُحْتَمَلُ بُطْلَانُهُ فَإِنَّهُ لَمْ يُقِرَّ أَنَّ عَلَيْهِ شَيْئًا انتهى.

وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ، وَإِنْ صَالَحَ عَلَى الْإِنْكَارِ فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي مُحِقًّا فَيَحِلُّ لَهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى أَنْ يَأْخُذَ مَا يَبْذُلُ لَهُ قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ وَهُوَ صَحِيحٌ فِي صُلْحِ الْحَطِيطَةِ وَفِيهِ فَرْضُ كَلَامِهِ.

وَأَمَّا إذَا صَالَحَ عَنْ غَيْرِ الْمُدَّعَى فَفِيهِ مَا يَأْتِي فِي مَسْأَلَةِ الظَّفَرِ قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ، قَالَ: وَلَوْ أَنْكَرَ فَصُولِحَ ثُمَّ أَقَرَّ كَانَ الصُّلْحُ بَاطِلًا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

فَإِنْ قِيلَ إذَا أَقَرَّ بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكًا لِلْمُصَالَحِ حَالَ الصُّلْحِ، فَيَنْبَغِي الصِّحَّةُ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ جَرَى بِشُرُوطِهِ فِي عِلْمِهِمَا أَوْ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ الصُّلْحِ الْإِقْرَارُ وَهُوَ مُنْتَفٍ حَالَ الْعَقْدِ، وَيَصِحُّ إبْرَاءُ الْمُنْكِرِ وَلَوْ بَعْدَ التَّحْلِيفِ، وَلَوْ تَصَالَحَا بَعْدَ التَّحْلِيفِ لَمْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ تَصَالَحَا قَبْلَهُ **(وَكَذَا)** يَبْطُلُ الصُّلْحُ **(إنْ جَرَى عَلَى بَعْضِهِ فِي الْأَصَحِّ)** أَيْ الْمُدَّعَى كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَنَّ الْبَعْضَ مُسْتَحَقٌّ لِلْمُدَّعِي وَلَكِنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ فِي جِهَةِ الِاسْتِحْقَاقِ وَاخْتِلَافُهُمَا فِي الْجِهَةِ لَا يَمْنَعُ الْأَخْذَ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ مَحَلِّ الْوَجْهَيْنِ مَا إذَا كَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا وَتَصَالَحَا عَنْ أَلْفٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ فِي الذِّمَّةِ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ جَزْمًا؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ إنَّمَا هُوَ تَقْدِيرُ الْهِبَةِ وَإِيرَادُ الْهِبَةِ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ مُمْتَنِعٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا صَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُعَيَّنَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ بُطْلَانِ الصُّلْحِ عَلَى الْإِنْكَارِ مَسَائِلُ: مِنْهَا اصْطِلَاحُ الْوَرَثَةِ فِيمَا وُقِفَ بَيْنَهُمْ كَمَا سَيَأْتِي إذَا لَمْ يَبْذُلْ أَحَدٌ عِوَضًا مِنْ خَالِصِ مِلْكِهِ، وَمِنْهَا مَا إذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَمَاتَ قَبْلَ الِاخْتِيَارِ أَوْ طَلَّقَ إحْدَى زَوْجَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ أَوْ التَّعْيِينِ وَوُقِفَ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُنَّ فَاصْطَلَحْنَ، وَمِنْهَا مَا لَوْ تَدَاعَيَا وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ فَقَالَ: لَا أَعْلَمُ لِأَيِّكُمَا هِيَ، أَوْ دَارًا فِي يَدِهِمَا، فَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً ثُمَّ اصْطَلَحَا. **(وَقَوْلُهُ)** بَعْدَ إنْكَارِهِ **(صَالِحْنِي عَلَى الدَّارِ)** مَثَلًا **(الَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إقْرَارًا فِي الْأَصَحِّ)** لِاحْتِمَالِ أَنْ يُرِيدَ قَطْعَ الْخُصُومَةِ لَا غَيْرُ، وَالثَّانِي: إقْرَارٌ لِتَضَمُّنِهِ الِاعْتِرَافَ كَمَا لَوْ قَالَ: مَلِّكْنِي وَدُفِعَ بِمَا مَرَّ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ الصُّلْحُ بَعْدَ هَذَا الِالْتِمَاسِ صُلْحَ إنْكَارٍ.

أَمَّا إذَا قَالَ ذَلِكَ ابْتِدَاءً قَبْلَ إنْكَارِهِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ جَزْمًا، وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي الْعَيْنَ الَّتِي تَدَّعِيهَا أَوْ هَبْنِيهَا أَوْ زَوِّجْنِي هَذِهِ الْأَمَةَ أَوْ أَبْرِئْنِي مِمَّا تَدَّعِيهِ، فَإِقْرَارٌ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الْتِمَاسِ التَّمَلُّكِ أَوْ قَالَ: أَعِرْنِي أَوْ أَجِرْنِي لَمْ يَكُنْ إقْرَارًا فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا: تَرْجِيحُهُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَسْتَعِيرُ مِلْكَهُ وَيَسْتَأْجِرُهُ مِنْ مُسْتَأْجِرِهِ وَلَكِنْ يَظْهَرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَيْضًا أَنَّهُ إقْرَارٌ بِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلْمَنْفَعَةِ، وَلَوْ قَالَ صَالِحْنِي عَنْ دَعْوَاك فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ جَزْمًا.

(الْقِسْمُ الثَّانِي) مِنْ الصُّلْحِ **(يَجْرِي بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْأَجْنَبِيِّ. (فَإِنْ قَالَ)** الْأَجْنَبِيُّ **(وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ** ـ

فِي الصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَك صَحَّ وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَالْحَالَةُ هَذِهِ صَحَّ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ،

فِي الصُّلْحِ) عَنِ الْمُدَّعَى بِهِ (وَهُوَ مُقِرٌّ لَك) بِهِ فِي الظَّاهِرِ أَو فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَهُ وَلَمْ يُظْهِرْهُ خَوْفًا مِنْ أَخْذِ الْمَالِكِ لَهُ كَمَا صَرَّحَ بِالْقِسْمَيْنِ فِي الْمُحَرَّرِ (صَحَّ) الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْإِنْسَانِ الْوَكَالَةَ فِي الْمُعَامَلَاتِ مَقْبُولَةٌ، وَمَحَلُّهُ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ: إذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْإِنْكَارَ بَعْدَ دَعْوَى الْوَكَالَةِ، فَإِنْ ادَّعَاهُ كَانَ عَزْلًا فَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنْهُ، ثُمَّ إنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا وَصَالَحَ عَلَى بَعْضِ الْمُدَّعَى أَو عَلَى عَيْنٍ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَو عَلَى دَيْنٍ فِي ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صَحَّ وَصَارَ الْمُصَالَحُ عَنْهُ مِلْكًا لِلْمُوَكِّلِ لَهُ إنْ كَانَ الْأَجْنَبِيُّ صَادِقًا فِي الْوَكَالَةِ وَإِلَّا فَهُوَ شِرَاءُ فُضُولِيٍّ، وَقَدْ مَرَّ حُكْمُهُ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ، وَيَرِدُ عَلَى إطْلَاقِ اعْتِبَارِ الْإِقْرَارِ مَا لَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ وَكَّلَنِي فِي الْمُصَالَحَةِ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَأَنَا أَعْلَمُ أَنَّهُ لَك، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْمَاوَرْدِيِّ، وَجَزَمَ بِهِ فِي التَّنْبِيهِ وَأَقَرَّهُ فِي التَّصْحِيحِ وَجَرَيْت عَلَيْهِ فِي شَرْحِهِ.

قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: وَلَوْ قَالَ هُوَ مُنْكِرٌ وَلَكِنَّهُ مُبْطِلٌ فَصَالِحْنِي لَهُ عَلَى عَبْدِي هَذَا لِتَنْقَطِعَ الْخُصُومَةُ بَيْنَكُمَا وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا فَإِنَّ الْمَذْهَبَ صِحَّةُ الصُّلْحِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْأَصَحِّ، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَمْلِيكُ الْغَيْرِ عَيْنَ مَالٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَيُمْكِنُ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ. وَلَوْ صَالَحَ الْوَكِيلُ عَلَى عَيْنِ مَالِ نَفْسِهِ أَو عَلَى دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ بِإِذْنِهِ صَحَّ الْعَقْدُ وَوَقَعَ لِلْإِذْنِ وَيَرْجِعُ الْمَأْذُونُ عَلَيْهِ بِالْمِثْلِ فِي الْمِثْلِيِّ وَالْقِيمَةِ فِي الْمُتَقَوِّمِ؛ لِأَنَّ الْمَدْفُوعَ قَرْضٌ لَا هِبَةٌ، وَخَرَجَ بِقَوْلِ الْمُصَنِّفِ وَكَّلَنِي إلَخْ مَا لَوْ تَرَكَهُ فَهُوَ شِرَاءُ فُضُولِيٍّ فَلَا يَصِحُّ كَمَا مَرَّ، وَبِقَوْلِهِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَك مَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: وَكَّلَنِي فِي مُصَالَحَتِك فَلَا يَصِحُّ بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ فِي أَنَّ قَوْلَهُ: صَالِحْنِي عَمَّا تَدَّعِيهِ لَيْسَ إقْرَارًا.

وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ: وَكَّلَنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمُصَالَحَتِك عَلَى نِصْفِهِ أَو ثَوْبِهِ فَصَالَحَهُ صَحَّ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا أَو عَلَى ثَوْبِي هَذَا لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ شَيْءٍ بِدَيْنِ غَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ كَمَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ الْمُقْرِي تَبَعًا لِلْمُصَنِّفِ خِلَافًا لِلزَّرْكَشِيِّ وَمَنْ تَبِعَهُ فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ. تَنْبِيهٌ: يَرِدُ عَلَى إطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ اعْتِبَارَ التَّوْكِيلِ مَا لَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ: صَالِحْنِي عَنِ الْأَلْفِ الَّذِي لَك عَلَى فُلَانٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ سَوَاءٌ أَكَانَ بِإِذْنِهِ أَمْ لَا، لِأَنَّ قَضَاءَ دَيْنِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ جَائِزٌ، قَالَهُ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ.

(وَلَوْ صَالَحَ) الْأَجْنَبِيُّ عَنِ الْعَيْنِ (لِنَفْسِهِ) بِعَيْنِ مَالِهِ أَو بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ (وَالْحَالَةُ هَذِهِ) أَيْ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ قَائِلٌ، بِأَنَّهُ مُقِرٌّ لَك بِالْمُدَّعَى أَو نَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا مَرَّ (صَحَّ) الصُّلْحُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَإِنْ لَمْ تَجْرِ مَعَهُ خُصُومَةٌ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ تَرَتَّبَ عَلَى دَعْوَى وَجَوَابٍ خِلَافًا لِلْجُوَيْنِيِّ فِي قَوْلِهِ: يَأْتِي فِيهِ الْخِلَافُ فِيمَا إذَا قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ صَالِحْنِي (وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ) بِلَفْظِ الشِّرَاءِ. أَمَّا إذَا صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ عَنِ الدَّيْنِ فَفِيهِ الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: صَالِحْنِي عَنِ الْأَلْفِ الَّذِي لَك عَلَى فُلَانٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ صَحَّ، وَلَوْ بِلَا إذْنٍ لِجَوَازِ الِاسْتِقْلَالِ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغَيْرِ كَمَا مَرَّ.

تَنْبِيهٌ: أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ إلَى اشْتِرَاطِ كَوْنِهِ بِيَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِوَدِيعَةٍ أَو عَارِيَّةٍ أَو نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَهُ. فَلَوْ كَانَ مَبِيعًا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَصِحَّ، وَعِبَارَةُ الرَّوْضَةِ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ.

قَالَ ابْنُ الْمُلَقِّنِ: وَهِيَ أَوْلَى مِنْ عِبَارَةِ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ حَقِيقَةً فَلَا مَعْنَى لِلتَّشْبِيهِ، انتهى.

وَإِنْ كَانَ مُنْكِرًا وَقَالَ: الْأَجْنَبِيُّ هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ مُبْطِلٌ لَغَا الصُّلْحُ فَصْلٌ الطَّرِيقُ النَّافِذُ لَا يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْمَارَّةَ وَلَا يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلَا سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ، بَلْ يُشْتَرَطُ ارْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِبًا، وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ الْفُرْسَانِ وَالْقَوَافِلِ فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ الْمَحْمِلُ عَلَى الْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ الْمِظَلَّةِ وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ وَأَنْ يَبْنِيَ فِي الطَّرِيقِ دَكَّةً، أَو يَغْرِسَ شَجَرَةً، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ وَغَيْرُ النَّافِذِ يَحْرُمُ

وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ أَنَّ التَّشْبِيهَ فِي كِلَا الْعِبَارَتَيْنِ، فَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا أَوْلَى مِنَ الْأُخْرَى **(وَإِنْ كَانَ)** الْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(مُنْكِرًا وَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ)**؛ لِأَنَّك صَادِقٌ عِنْدِي فَصَالِحْنِي لِنَفْسِي، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا **(فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى انْتِزَاعِهِ)** فَيَصِحُّ **(وَعَدَمِهَا)** فَلَا يَصِحُّ، وَيَكْفِي لِلصِّحَّةِ قَوْلُهُ: أَنَا قَادِرٌ عَلَى انْتِزَاعِهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

أَمَّا إذَا صَالَحَهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِتَنْقَطِعَ الْخُصُومَةُ عَنْهُ كَأَنْ قَالَ: صَالِحْنِي لَهُ بِعَبْدِي هَذَا صَحَّ الصُّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ لَا عَنِ الْعَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُمَلِّكَ غَيْرَهُ عَيْنًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِخِلَافِ قَضَاءِ دَيْنِهِ كَمَا مَرَّ، **(وَإِنْ لَمْ يَقُلْ هُوَ مُبْطِلٌ)** مَعَ قَوْلِهِ هُوَ مُنْكِرٌ وَصَالَحَ لِنَفْسِهِ أَو لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(لَغَا الصُّلْحُ)**؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ مِلْكُهُ لَهُ. تَنْبِيهٌ: شَمِلَ كَلَامُهُ امْتِنَاعَ ثَلَاثِ صُوَرٍ:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَقُولَ هُوَ مُحِقٌّ.

الثَّانِيَةُ: لَا أَعْلَمُ.

الثَّالِثَةُ: لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا وَهَذِهِ الثَّالِثَةُ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: لَمْ يُصَرِّحْ بِهَا فِي الرَّوْضَةِ وَلَا فِي أَصْلِهَا. وَقَالَ السُّبْكِيُّ: إِنَّ الْأَمْرَ فِيهَا كَمَا يُفْهِمُهُ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ. وَلَوْ وَقَفَ مَكَانًا وَأَقَرَّ بِهِ لِمُدَّعٍ غَرِمَ لَهُ قِيمَتَهُ لِإِحَالَتِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ بِوَقْفِهِ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَصَالَحَ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ جَازَ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّهُ بَذْلُ مَالٍ فِي قُرْبَةٍ. وَلَوْ صَالَحَ مُتْلِفُ الْعَيْنِ مَالِكَهَا نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا مِنْ جِنْسِهَا أَو بِمُؤَجَّلٍ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قِيمَةُ الْمُتْلَفِ حَالَّةً فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا وَلَا عَلَى مُؤَجَّلٍ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الرِّبَا؛ وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهَا أَو بِأَكْثَرَ بِغَيْرِ جِنْسِهَا جَازَ لِفَقْدِ الْمَانِعِ. وَلَوْ أَقَرَّ بِمَحْمَلٍ فَصَالَحَ عَنْهُ وَهُمَا يَعْرِفَانِهِ صَحَّ الصُّلْحُ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ أَحَدٌ مِنْهُمَا كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُك الشَّيْءَ الَّذِي أَعْرِفُهُ أَنَا وَأَنْتَ. وَلَوْ وَكَّلَ الْمُنْكِرُ فِي الصُّلْحِ عَنْهُ أَجْنَبِيًّا جَازَ كَمَا قَالَهُ أَبُو الْعَبَّاسِ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي، لِأَنَّ الْإِنْكَارَ حَرَامٌ لِلْكَذِبِ وَالْإِضْرَارِ، فَإِنْ أَرَادَ إِزَالَةَ الضَّرَرِ جَازَ كَمَنْ أَذْنَبَ ذَنْبَيْنِ وَأَرَادَ التَّوْبَةَ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَكَالْوَارِثِ يَجْهَلُ أَمْرَ التَّرِكَةِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الصُّلْحِ لِإِزَالَةِ الشُّبْهَةِ عَنْهُ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ وَجَرَى عَلَيْهِ أَبُو إِسْحَاقَ، لِأَنَّهُ مَعَ الْإِنْكَارِ أَلْجِئَ إِلَى بَيْعِهِ مِنْهُ، وَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يُلْجِئَ غَيْرَهُ إِلَى بَيْعِ مَالِهِ، وَإِنْكَارُ حَقِّ الْغَيْرِ حَرَامٌ، فَلَوْ بَذَلَ لِلْمُنْكِرِ مَالًا لِيُقِرَّ بِالْمُدَّعَى فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ لِبِنَائِهِ عَلَى فَاسِدٍ وَلَا يَلْزَمُ الْمَالُ وَبَذْلُهُ لِذَلِكَ وَأَخْذُهُ حَرَامٌ، وَلَا يَكُونُ مُقِرًّا بِذَلِكَ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ تَرْجِيحُهُ كَمَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ كَجٍّ وَغَيْرُهُ. (٨/ ٧٧) وما بعدها.

الْإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِرِضَا الْبَاقِينَ، وَأَهْلُهُ مَنْ نَفَذَ باب دَارِهِ إِلَيْهِ، لَا مَنْ لَاصَقَهُ جِدَارُهُ، وَهَلْ الِاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ الدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ؟ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا الثَّانِي وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ باب إِلَيْهِ لِلِاسْتِطْرَاقِ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي الْأَصَحِّ وَمَنْ لَهُ فِيهِ باب فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ الدَّرْبِ فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ، فَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَى رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ الْبَابَ الْقَدِيمَ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ سَدَّهُ، فَلَا مَنْعَ وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تَفْتَحَانِ إِلَى دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ، أَو مَسْدُودٍ، وَشَارِعٍ فَفَتَحَ بَابًا بَيْنَهُمَا لَمْ يُمْنَعْ فِي الْأَصَحِّ، وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحُ الْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِمَالٍ صَحَّ وَيَجُوزُ فَتْحُ الْكَوَّاتِ، وَالْجِدَارُ بَيْنَ مَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ؛ فَالْمُخْتَصُّ لَيْسَ لِلْآخَرِ وَضْعُ الْجُذُوعِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَا يُجْبَرُ الْمَالِكُ، فَلَوْ رَضِيَ بِلَا عِوَضٍ فَهُوَ إِعَارَةٌ وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَفَائِدَةُ الرُّجُوعِ تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَو يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ، وَقِيلَ: فَائِدَتُهُ طَلَبُ الْأُجْرَةِ فَقَطْ، وَلَوْ: رَضِيَ بِوَضْعِ الْجُذُوعِ وَالْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ، فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ الْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ فَهُوَ إِجَارَةٌ].

قال المصنف: [وَإِنْ قَالَ: بِعْته لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ أَو بِعْته حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَيْهِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ، فَإِذَا بَنَى فَلَيْسَ لِمَالِكِ الْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ. وَلَوْ انْهَدَمَ الْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ؛ فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ الْبِنَاءِ وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِذْنُ بِعِوَضٍ أَو بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ الْمَوْضِعِ الْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولًا وَعَرْضًا، وَسَمْكِ الْجُدْرَانِ وَكَيْفِيَّتِهَا وَكَيْفِيَّةِ السَّقْفِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهَا. وَلَوْ أَذِنَ فِي الْبِنَاءِ عَلَى أَرْضِهِ كَفَى بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ الْبِنَاءِ، وَأَمَّا الْجِدَارُ الْمُشْتَرَكُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي الْجَدِيدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا أَو يَفْتَحَ كُوَّةً إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيُسْنِدَ مَتَاعًا لَا يَضُرُّ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ لَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ رَبِيكِهِ عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْجَدِيدِ فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ لَمْ يُمْنَعْ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ، وَلَوْ قَالَ الْآخَرُ لَا تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَك حِصَّتِي لَمْ يَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ، وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنَقْضِهِ الْمُشْتَرَكِ فَلِلْآخَرِ مَنْعُهُ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى إِعَادَتِهِ بِنَقْضِهِ عَادَ مُشْتَرَكًا كَمَا كَانَ، وَلَوْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرُ زِيَادَةً جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ وَإِلْقَاءِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَى مَالٍ.

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَارًا بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا، فَإِنْ اتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنَيَا مَعًا فَلَهُ الْيَدُ وَإِلَّا فَلَهُمَا، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قُضِيَ لَهُ، وَإِلَّا حَلَفَا، فَإِنْ حَلَفَا أَو نَكَلَا جُعِلَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا قُضِيَ لَهُ وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَمْ يُرَجَّحْ، وَالسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ، فَيُنْظَرُ: أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ الْعُلْوِ فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا، أو لَا فَلِصَاحِبِ السُّفْلِ].

باب الْحَوَالَةِ(١)

قال الشارح: [نقل في «الشامل»] عن القاضي أبي الطيب: أنه ليس للخلاف السابق فائدة، إلا ثبوت خيار المجلس على قولنا: إنها بيع، وأورد قول الْمَاوَرْدِي في كتاب «الرهن»: أنه لو أحاله على أن يعطيه المحال عليه بالدين رهنًا، إن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا بطل الشرط، وفي بطلان الحوالة وجهان، بناء على أنها بيع عين بدين؛ فيصح، أو بيع دين بدين فلا(٢).

---

(١) قال الخطيب: بَابُ الْحَوَالَةِ هِيَ بِفَتْحِ الْحَاءِ أَفْصَحُ مِنْ كَسْرِهَا، وَمَعْنَاهَا فِي اللُّغَةِ: الِانْتِقَالُ، مِنْ قَوْلِهِمْ: حَالَ عَنِ الْعَهْدِ: إِذَا انْتَقَلَ عَنْهُ وَتَغَيَّرَ.

وَفِي الشَّرْعِ: عَقْدٌ يَقْتَضِي نَقْلَ دَيْنٍ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ، وَيُطْلَقُ عَلَى انْتِقَالِهِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى أُخْرَى، وَالْأَوَّلُ هُوَ غَالِبُ اسْتِعْمَالِ الْفُقَهَاءِ وَالْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ خَبَرُ الصَّحِيحَيْنِ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» بِإِسْكَانِ التَّاءِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ: أَيْ فَلْيَحْتَلْ كَمَا رَوَاهُ هَكَذَا الْبَيْهَقِيُّ.

وَيُسَنُّ قَبُولُهَا عَلَى مَلِيءٍ لِهَذَا الْحَدِيثِ، وَصَرَفَهُ عَنِ الْوُجُوبِ الْقِيَاسُ عَلَى سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ، وَخَبَرُ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» وَيُعْتَبَرُ فِي الِاسْتِحْبَابِ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ أَنْ يَكُونَ الْمَلِيءُ وَافِيًا وَلَا شُبْهَةَ فِي مَالِهِ، وَالْمَلِيءُ بِالْهَمْزَةِ: الْغَنِيُّ، وَالْمَطْلُ إِطَالَةُ الْمُدَافَعَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ جُوِّزَ لِلْحَاجَةِ، وَلِهَذَا لَمْ يُعْتَبَرْ التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ رِبَوِيَّيْنِ، فَهُوَ بَيْعٌ لِأَنَّهَا إِبْدَالُ مَالٍ بِمَالٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مَلَكَ بِهَا مَا لَمْ يَمْلِكْ، فَكَأَنَّ الْمُحِيلَ بَاعَ الْمُحْتَالَ مَا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِمَا لِلْمُحْتَالِ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي الْأُمِّ، فَكَأَنَّ الْمُحْتَالَ اسْتَوْفَى مَا عَلَى الْمُحِيلِ، وَأَقْرَضَهُ الْمُحَالَ عَلَيْهِ.

قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: وَالتَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ الْبَيْعِ لَمْ أَرَهُ مُسْتَمِرًّا.

وَأَرْكَانُهَا سِتَّةٌ: مُحِيلٌ، وَمُحْتَالٌ، وَمُحَالٌ عَلَيْهِ، وَدَيْنٌ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الْمُحِيلِ، وَدَيْنٌ لِلْمُحِيلِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَصِيغَةٌ، وَكُلُّهَا تُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِهِ الْآتِي، وَإِنْ سُمِّيَ بَعْضُهَا شَرْطًا كَمَا قَالَ.

انظر: مغني المحتاج (٨/ ١٦٠).

(٢) قال في «نهاية المحتاج» (١٥/ ٥٢): قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي حَقِيقَةِ الْحَوَالَةِ =

قال المصنف: [يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ، لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

ومن الفوائد: اشتراط الضمين أيضًا.

ومنها: هل تصح الحوالة على مَن عليه زكاة بها؟

قال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا: أنها استيفاء وإقراض جاز، أو معاوضة لم تجز.

ومنها: يظهر أنَّا إن قلنا: إنها بمعاوضة انعقدت بلفظ البيع، أو استيفاء فلا.

ثم رأيت في كلامهم، ما لا ينحصر من الترجيح على أنها استيفاء أو معاوضة، وكل ذلك من ثمرات الخلاف.

قال: (**يُشْتَرَطُ لَهَا رِضَا الْمُحِيلِ**)؛ لأن الحق في ذمته مرسلًا، فلا يلزمه قضاؤها من موضع معين، كما لو طالبه بالوفاء من كسب معين.

قال: (**وَالْمُحْتَالِ**)؛ لأن حقه في ذمة المحيل، فلا ينقل إلى غيره إلا برضاه، كما لو أراد أن يعوضه ثوبًا أو غيره، ولأن الذمم تتفاوت.

قال: (**لَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لظاهر الحديث، فالأول: لم يعتبر وليًّا ولاية تصرف في مملوك له فلا، فلا يعتبر رضا المملوك عليه كالتصرف في رق العبد بالبيع وغيره.

والثاني: يعتبر أنه أحد أركان الحوالة كالآخرين، ولاختلاف الناس في الإيفاء والاستيفاء، فإن الوجه أن يقول: على المشهور، فإن الأول ظاهر المذهب، والمنصوص في «الأم» و«المختصر»، والثاني حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي وغيرهم عن نصه في «الإملاء» وإليه ذهب الـمُزَنِيّ والدميري والإصطخري وخالفهم عامة الأصحاب وقول الرَّافِعِي، وعن ابن القاص أنه منصوص عليه في «الأم» سبق قلم، وإنما نقلوه عن «الإملاء».

= هَلْ هِيَ اسْتِيفَاءُ حَقٍّ أَو إِسْقَاطُهُ بِعِوَضٍ أَو بَيْعُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ تَقْدِيرًا أَو بَيْعُ عَيْنٍ بِدَيْنٍ أَو بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ رُخْصَةً؟ وُجُوهٌ أَصَحُّهَا آخِرُهَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ وَالْإِمَامُ وَوَالِدُهُ وَالْغَزَالِيُّ الْقَطْعَ بِاشْتِمَالِهَا عَلَى الْمَعْنَيَيْنِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالْمُعَاوَضَةِ وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي أَيُّهُمَا الْغَالِبُ، انتهى.

وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تَصِحُّ بِرِضَاهُ ....

والحوالة تثبت بثلاثة: الْمُحِيلِ، وَالْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ، ذكره في كتاب «الإملاء»، قال أبو علي في «شرحه»: قوله: والحوالة لا تثبت إلا بثلاثة إلى آخره، لا بد من ثلاثة نفر في الحوالة، فذكرهم، ثم قال: هل يحتاج إلى رضا الجميع؟

أما الْمُحِيلُ وَالْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فيشترط رضاهما، وأما الْمُحَالُ عَلَيْهِ فاختلف أصحابنا فيه، ثم حكي عن الإصطخري اشتراط رضاه، وعن الأصحاب عدمه.

والذي فهمته من كلامه أن المراد بما حكي عن «الإملاء» عن أركانها كما صرح به الأئمة ولا نزاع فيه. وأما اشتراط الرضا فأمر آخر، وبهذا عبارة الفوراني: هل يشترط رضا المحال عليه في لزوم الحوالة؟

وفيها إشارة إلى أن رضاه في أحدهما شروط في لزوم الحوالة لا في صحتها، فإذا وجد الإيجاب والقبول منهما والمحال عليه غائب لا نقول ببطلان الإيجاب والقبول ولا يوقعهما، بل العقد صحيح غير لازم، وكذا لو كان حاضرًا، وتأخر قبوله.

فرع: لأحد طفلين على أخيه مال، فأحال الآن بماله على أخيه على نفسه أو على ابن له آخر صغير جاز، ذكره المرعشي، أي: إذا كان النظر له في ذلك، فلو كان المحال عليه معمرًا وكان بالدين رهن أو ضامن لم يجز.

قال: (وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ)؛ لأنها إذا لم تصح بغير الجنس الذي عليه، فإذا لم يكن عليه شيء أولى.

(وَقِيلَ تَصِحُّ بِرِضَاهُ) كما تصح إن تصالح عنه، وبنى الجمهور الوجهين على ما سبق، إن قلنا: بيع لم تصح، أو استيفاء صحت، وقيل: غير هذا مما لا بطل به نعم، قال الرَّافِعِي: قال الجمهور: إن قلنا: لا تصح فلا شيء على المحال عليه، فإن تطوع فأدى فقاضٍ دين غيره، انتهى .

ورأيت الدارمي قال في آخر الباب: إذا حاله بما ليس له فقد مضى وجهان، فإن قلنا: لا تصح، فهو ضمان، انتهى، ولعل لفظة (لا) زائدة.

وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ، عَلَيْهِ، ....

فرع: صيغتها أن يقول المحيل: أحلتك على فلان، فيقول: قبلت ونحوها، ولو قال: أحلني على فلان، فقال المدين: أحلتك فعلى الخلاف في انعقاد البيع بالاستحباب الإيجاب، وقيل: تنعقد قطعًا؛ لأنها أخرت رفقًا بالناس، ويتسامح فيها بخلاف غيرها.

قال: أمن إلى الذمم وتنعقد بقوله: نقلت ما لك في ديني إلى ذمة فلان، أو جعلت ما أستحقه على فلان بما لك عليَّ أو ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي.

قال: وفي انعقادها بلفظ البيع خلاف مشهور، ولو قال: ابتعتك على فلان بما لك عليَّ في مقابل ما لي عليه، قال ابن الرِّفْعَة: ظاهر الخبر يقتضي الصحة.

وفي «الجيلي» عن أبي الفياض البصري أن الشَّافِعِي قال: لا بد مع الإيجاب أن يقول: المحتال قبلت الحوالة وأنزلتك من حقي ولا خفاء أنه يعتبر في المحيل والمحتال ما يعتبر في سائر المعاملات.

قال: (**وَتَصِحُّ بِالدَّيْنِ اللَّازِمِ عَلَيْهِ**) أي: سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أو اختلفا كالثمن والأجرة، أو بدل متلف أو قرض لما سبق من أدلة الاعتياض، نعم كان ينبغي أن يريد المستقر ليخرج دين السلم، فإن الصحيح منع الحوالة به وعليه، وقد أورده في «الروضة»، قاله: الرَّافِعِي.

والرافعي ذكره عند الكلام فيما إذا أحال المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب فلعله تركه هنا لذكره ثَمَّ، ولبيّنة على تجويزها بالثمن قبل قبض المبيع؛ ولكن ذلك محافظة على العكس محل بالطرد.

تنبيه: اللزوم عبارة عن عدم الخيار، والاستقرار عند عدم تطرق الانفساخ سلعة أو متعددة، وهذا معنى قول الشيخ أبي حامد: المستقر ما لا يتطرق الانفساخ إليه. فإن قلت: اتفقوا على وصف المبيع قبل قبضه، ودين السلم بعدم الاستقرار ما لم يقبضا، وقالوا في الزكاة: إن الأجرة غير مستقرة قبل استيفاء المنفعة مع أنه تصح الحوالة بها، وبثمن المبيع قبل قبضه.

وَالْمِثْلِيِّ وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، ....

قلت: المراد هنا الاستقرار المقتضي للتصرف، وفي الزكاة الاستقرار الكامل، وحيث أطلق الاستقرار من غير تقييد؛ فالمراد به الاستقرار المقتضي للتصرف؛ وبذلك تعلم أن ثمن المبيع قبل القبض مستقر، وقال ابن الرِّفْعَة: المراد المستقر هنا ما يجوز بيعه ونحوه، قال ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: تصح الحوالة لكل دين يجوز بيعه، وعبارة الدارمي: كل ما جاز بيعه على من هو عليه جاز الحوالة به.

فرع: لا تجوز الحوالة بالزكاة؛ لأنها عبادة فاعتبر أداؤها على الوجه المأمور به، أما الحوالة عليه، فإن قلنا: الحوالة استيفاء ثم إقراض جاز، أو معاوضة لم يجز، قاله: الْمُتَوَلِّي، ولينظر في المنذور بالصدق به في الذمة، هل يلحق ذلك بالوكالة أم لا؟

فرع: عليه ألف لا رهن به، فأحال به بشرط إن يعطي المحال عليه به رهنًا، قال الْمَاوَرْدِي: إن قلنا: بيع صح، أو إرفاق بطل الشرط، وفي بطلان الحوالة وجهان استشكل ابن الرِّفْعَة الصحة على قول البيع إذا لم يشترط قبول المحال عليه، وأجيب بأنه كالضامن إذا امتنع ثبت الخيار، فإذا شاكل.

قال شارح: وقال في «البحر»: هل يصح اشتراط الرهن فيها، والضمين إن قلنا: بيع عين بدين يجوز، وإن قلنا: بيع دين بدين لا يجوز.

قال: **(وَالْمِثْلِيِّ)** أي: كالأثمان والحبوب وقيل: لا يصح إلا بالأثمان، والمذهب الأول. قال: **(وَكَذَا الْمُتَقَوِّمُ)** أي: كالنبات والحيوان.

(فِي الْأَصَحِّ) لثبوته في الذمة ولزومه، والثاني: لا إذ المقصود من الحوالة اتصال الحق من غير تفاوت، ولا يتحقق في المتقوم، وقال في «البحر»: إنه المشهور، وكلام «الشامل»: إنه المذهب، قال في «الكافي»: وهو الأصح في طريق العراق، وبه جزم صاحبا «المقنع» و«التحرير» إلا في إبل الدية على أحد القولين.

قال: **(وَبِالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ)** أي: بأن يحيل المشتري البائع.

وَعَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ. وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ.

(وَعَلَيْهِ) أي: بأن يحيل البائع إنسانًا على المشتري.

(فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه صائر إلى اللزوم.

والثاني: لا يصح لا به ولا عليه؛ لعدم اللزوم، وبناهما الْمَاوَرْدِي والمتولي على أنهما استيفاء فيصح، أو معاوضة فلا، أو قضية البناء ترجيح المنع، وهو ظاهر كلام القاضي أبي الطيب في «التعليق»، فإنه قال: قال القاضي أبو حامد في «جامعه»: لا يجوز لأنه ليس ثابت مستقر، قال: فإن قطع الخيار لم يثبت حتى يستأنفها بعد قطعه، وفيه وجه أنه يجوز؛ لأن الثمن يؤول إلى اللزوم والاستقرار، انتهى.

إشارات: منها: الجواز مفرع على القول بانتقال الملك في زمن الخيار.

ومنها: يستثنى من إطلاقه الربويات، وأرش مال السلم لأنها لا تصح منه، ولا عليه على الصحيح في الجميع.

ومنها: احترز بقوله: في مدة الخيار عما لو وقعت بعد انقضائه، ولو قبض المبيع، فإن المذهب الصحة كما سبق.

ومنها: إذا جوزنا، فالذي أورده الإمام والغزالي بقاء الخيار، فإن اتفق فسخ بطلت الحوالة؛ لأنَّا إنما صححناها لاقتضاء البيع إلى اللزوم، فإذا لم يقض لم يصح، ومنقول الشيخ أبي علي واختياره بطلان الخيار؛ لأن مقتضى الحوالة اللزوم، فإن مقتضاها، وكانت الحوالة على النجوم، قال: ابن الرِّفْعَة بما ذكره الإمام، صرح الشيخ أبو حامد وغيره، وقال الإمام: ولم يصرح أحد من الأصحاب إلى أن الحوالة في الثمن تقطع الخيار في البيع، انتهى.

قال: **(وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ حَوَالَةِ الْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِالنُّجُومِ دُونَ حَوَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهِ)** أي: بالنجوم لاستقرار ما أحال به المكاتب بخلاف العكس، إذ الكتابة لازمة من جهة السيد دون المكاتب.

والثاني: المنع فيهما.

والثالث: عكسه؛ لأنه دين ثابت فأشبه سائر الديون.

وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْرًا وَصِفَةً، وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ بِإِبِلِ الدِّيَةِ وَعَلَيْهَا، وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا، ....

تنبيهات: منها: قضية كلام الشيخين أنه لا فرق في صحة حوالة المكاتب سيده بين النجم الأول وغيره، ومقتضى كلام جماعة منهم الإمام أنها لا تجوز بالنجم الأول وفصَّل صاحب «المجموع» والجرجاني وغيرهما، فقالوا: إن كان بعد حلول النجم صحت الحوالة وإلا فلا، وإطلاق الشيخين وغيرهما يفهم عدم الفرق.

ومنها: قولي إثر كلام المصنف أي: بالنجوم احترزت به عما لو أحال السيد عليه بدين معاملة، فإنه صحح في «زيادة الروضة» الصحة، وهو المذهب في «البحر» وبه جزم «الشامل».

ومنها: لو كان للمكاتب ديون وعليه ديون للأجانب جازت الحوالة به عليه.

ومنها: لا تصح الحوالة بالجعل قبل العمل، قال الْمُتَوَلِّي: ويجوز بعده، وجهله ابن الرِّفْعَة على ما بعد تمامه، أما في أثنائه فلا، كما قاله: الْمَاوَرْدِي.

قلت: وهو الصواب المذكور في «التتمة»، ولفظه: لا تجوز الحوالة قبل العمل ولا عليه؛ لأنه ليس بواجب ولا يفضي إلى الوجوب بنفسه، وبعد الفراغ من العمل جائز.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ**) إذ لا يصح بيع المجهول ولا استيفاؤه.

(**قَدْرًا وَصِفَةً**) أي: بصفات السلم سواء كان مثلي أو متقومًا، وصححنا الحوالة به، فلو قال: أحلتك بما لك على زيد وهما يجهلان قدره أو صفته لم تصح، وسكت عن ذكر الجنس اعتبارًا بالصفة.

قال: وفي قول تصح بإبل الدية وعليها، أي: وفرَّعنا على جواز الحوالة بالمتقومات، قال الرَّافِعِي: فوجهان أو قولان بناء على جواز المصالحة والاعتياض عنها، والأصح المنع للجهل بصفاتها.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْسًا وَقَدْرًا**)؛ لأنها إرفاق كالقرض، فلو أُجيزت

وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ.

مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل، فيخرج عن موضوعها، فلا يجوز بالدراهم على الدنانير وبالعكس، ولا بخمسة على عشرة وبالعكس، هذا هو المذهب. وقيل: يجوز أن يحيل بالقليل على الكثير، وكأن المحيل تبرع بالزيادة.

وأغرب الديبلي في «أدب القضاء»، فجزم بجواز الحوالة بالدراهم على الدنانير، وبالحنطة على الشعير، ولا يفترقان إلا عن قبض، واعتل بأنه لو كان له عليه دراهم من قرض أو ثمن فقبض عنها دنانير جاز، أي: وإذا جاز أن يستبدل بنفسه جاز أن يستبدل بغيره كبيع الدين لغير من عليه.

قال: (**وَكَذَا حُلُولًا وَأَجَلًا، وَصِحَّةً وَكَسْرًا فِي الْأَصَحِّ**) كالتساوي في القدر، والثاني: يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال؛ لأن للمحيل أن يعجل ما عليه، ولا يجوز الحوالة بالحال على المؤجل؛ لأن تأجيل الحال لا يلزم، ولو اختلف أحدهما لم تجز الحوالة بأحدهما على الآخر، على الأول: الأصح، وعلى الثاني: يجوز بالأطول على الأقصر لا بالعكس، وعلى الثاني: يحال بالمكسر على الصحيح، ويكون المحيل متبرعًا نصفه الصحة، ولا يحال بالصحيح على المكسر، وإلا فالمختار تارك صفة الصحة رشوة لتخليه المحيل، وعلى هذا قياس حوالة الأجود على الأردأ وبالعكس، في كل جنس هذا ما ذكره الرَّافِعِي في «الشرحين»، قال في «الصغير»: وكلام الْغَزَالِي يشير إلى الجزم بجواز حوالة الرديء على الجيّد، وهذا طريق حكاه الإمام عن شيخه، والظاهر في جميع الصور المنع، انتهى.

إشارة: عبارة الرَّافِعِي: وفي وجه يجوز أن يحيل بالمكسر على الصحيح، ولا يجوز بالعكس، وعكسه المصنف في «الروضة» بخطه قيل: ومقتضى كلامهم أن ما ذكره لا يجوز بلا خلاف، وكأنه أراد أن يكتب بأن يحال بالصحيح على المكسر.

قلت: يحل، انتهى.

وقيل: إن في «النهاية» وجه كما في «الروضة»، وجعل وجهًا ثالثًا، وقيل: وقصة كلام «النهاية» و«البسيط» نقله في الحوالة بالمكسر على الصحيح،

وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ، وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ الْمُحِيلِ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، ....

وبالعكس، وفي اقتضاء كلامهما لذلك نظر.

فرع: سبق أكثره لا بد من إيجاب وقبول، قال الْمُتَوَلِّي: ولا بد من لفظ الحوالة أو ما يؤدي معناها كقلت: حقك إلى فلان، أو: جعلت ما أستحقه على فلان لك، أو: ملكتك الذي لي عليه لحقك، انتهى.

و الظاهر أن هذه الصيغ كنايات، وفي «الكافي» لو قال: أحلتك على فلان بكذا ولم يقل بالدين الذي لك عليَّ، فقيل: هو صريح في الحوالة، وقيل: كناية تفتقر إلى النية، انتهى.

وبنى الْمُتَوَلِّي جوازها بلفظ «البيع» على أن لفظ «العقد» إذا استعمل في غيره يراعي اللفظ أو المعنى إن راعينا المعنى انعقد كالبيع بلفظ السَلَم وإلا فلا، وجزم الْبَنْدَنِيجِي بمنعها بلفظ البيع، وهو المنصوص في «الأم» في كتاب الكتابة، وسبق ما قيل: في انعقادها بلفظ الاتباع، وهو ظاهر بشرط أن يعرفا معنى ذلك.

قال: (وَيَبْرَأُ بِالْحَوَالَةِ الْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ الْمُحْتَالِ وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحْتَالِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ) أي: بالإجماع، كما قاله الْمَاوَرْدِي، وفي «تعليق القاضي أبي الطيب» وغيره عن زُفر أنه، قال: لا يبرأ الضامن، ورد عليه بأن الحوالة مشتقة من التحويل، والضمان فيه معنى الضم فافترقا.

تنبيهات وفروع: منها: لو شرط المحيل ألا يبرأ أو أن يكون ضامنًا حتى يقبض فهل تكون حوالة؟ فيه وجهان: الأضمن الأول لكن في «البحر» لو قال: أحلتك على زيد على أني ضامن للمال حتى تقبضه، فعلى قياس قول: الـمُزَنِيّ يعني، والجمهور يكون ضمانًا بلفظ الحوالة، فيصح إذا قيل: المحال عليه، وعلى قياس قول ابن سُرَيْج: أحدهما بطلانها لاستفادة زيادة؛ لأنه كان يطالب واحد فصار يطالب به اثنين، فصار كالحوالة بالمكسر على الصحيح؛ ولأن المقبوض منه مجهول، وصححه القاضي أبو الطيب العلتين.

والثاني: صحتها، ويطالب أيهما شاء، وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والجرجاني والأشبه عند المحاملي والروياني، وهو المختار إذ الزيادة المانعة هي في القدر أو الصفة وليس هنا كذلك، فهو كحوالة المعسر على الملي، وهو صحيح إجماعًا.

واعلم أن أكثرهم صور المسألة كما ذكرنا وأبو الطيب، بما إذا حال عليهما ولم يذكر الشرط المذكور، فعلمنا بتصويره أنه لا فرق بين أن يشرط في الحوالة مطالبة أيهما شاء أو يطلق.

قيل: وهو كذلك، وإنما ذكر غيره الشرط احترازًا مما إذا شرط أن يأخذ من كل واحد منهما خمسمائة، فإنه يجوز وَيَبْرَأُ كُلُّ وَاحِدٍ عَمَّا ضَمِنَ، ولو أحال على أحدهما بألف بريء الآخر، ولو أحاله أحدهما بألف برئا جميعًا، ولو كانت الألف على أحدهما، والآخر ضامن فعلى الوجهين صرح به في «التهذيب».

قال: وكذا لو كان لرجل عليه ألف فأحاله على رجلين له على كل واحد ألف حتى يطالب أيهما شاء، انتهى. وفي هذه الصور نظر.

ومنها: لو أحال للأصل فقط بريء الضامن، صرح به الرَّافِعِي في كتاب «الضمان» وأفتى قاضي حماة تفقها بأن الدين ينتقل إلى المحتال بصفة الضمان ولم يستحضر نقلًا.

قال شارح: ولم يصب، والصواب البراءة.

فإن قلت: فأي فرق بين هذه ومسألة ابن سُرَيْج.

قلت: هناك قدرنا القبض مقدر من أحدهما منهما، والانتقال إلى المحتال كذلك، ولم يرضى إلا بانتقال حقه كذلك، وهنا القبض يقدر من الأصل بعينه، وقد رضي به المحتال وحده، فسقطت المطالبة عن الضامن، انتهى.

وليس الفرق بالبين، وقد سلم هناك أنه لا فرق بين أن يشرط ذلك أو لا، لإطلاق القاضي أبي الطيب.

ومنها: أحال المرتهن بالدين على الراهن، قال الْمُتَوَلِّي وغيره: انفك

فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أو جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ.

الرهن، وفيه كلام للبارزي، ولما ذكر في «الشامل» مسألة ابن سُرَيْج السابقة.

قال: وينبغي أن يكون على هذا الاختلاف إذا أحال بدين على رهن ودينه بغير رهن، فهل تصح الحوالة أم لا؟ هكذا في عدة نسخ بـ«الشامل» وفي «البحر» موافقته بلا زيادة، وفي «حاشية» شيخه بالشامل، وينبغي إذا حال بدين لا رهن به على دين به رهن أن لا تصح وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد وقع له، ولا يقبل النقل إلى غيره بخلاف الدين على الضامن؛ لأنه يقبل النقل، ولهذا لو أحال به وحده جاز. ونقل ابن الرِّفْعَة هذا كله عن ابن الصباغ، وهو في «البيان» عنه كذلك، وأطال شارح البحث هنا في ذلك ذكرته في «الغنية»، ورأيت في «شرح الوجيز لصاحب التعجيز»، ولو أحال بألف بلا رهن على ألف برهن، فالوجهان في «الذخائر» قال بعض أصحابنا: يحتمل أن يجري الخلاف في حوالة الدين الذي لا رهن به على الدين به رهن، ويحتمل ألا يصح هاهنا وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد، فلا يقبل الرهن والضمان التزام بعيد النقل، انتهى، وأصل كلامهما كلام «الشامل».

ومنها: سئل في «الفتاوى» عمن له دين على ميت، فأحال به على التركة لآخر، فأفتى فقهاء عصرنا بدمشق بفساد الحوالة أخذًا من قول الأصحاب: إنه لا بُدّ في الحوالة من ثلاثة أشخاص، ورأيت عن قاضي حماة ما يتضمن القول بالصحة في فتوى له، والظاهر الأول.

قال: (**فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أو جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا**): أي: من أنواع التعذر (**لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ**) لأنها عقد لازم، ولو فسخت لا ينفسخ، وليس للمحيل مطالبة المحتال بالقبض، ولو شرط الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحد، فهل تصح الحوالة والشرط أو الحوالة فقط، أو لا يصحان؟ أوجه أصحها ثالثها، وعبارة «فروع ابن القَطَّان» فيه ثلاثة أوجه: أحدها بطلانها لاشتراطه فيها ما ينافيها، والثاني: تصح الحوالة ويبطل الشرط، والثالث: أن الشرط يصح وتبطل الحوالة، انتهى.

وما ذكراه فيما إذا طرأ الإفلاس بعد الحوالة.

فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الرُّجُوعُ إنْ شُرِطَ يَسَارُهُ. وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ،

قال: (فَلَوْ كَانَ مُفْلِسًا عِنْدَ الْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ الْمُحْتَالُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ) كما لو طرأ فلسه وضرره بذلك جاء من يقصره، حيث لم يفصح عن حاله قبل الحوالة، فأشبه ما لو اشترى شيئًا فبان أنه غبن فيه، ولا فرق بين أن يغره بذكره يسار المحال عليه أم لا، كذا نقله الـمُزَنِيّ وساعده الجمهور بتحول الحق، قال الرُّويَانِي في «التجربة»: وغلط من قال غيره، وما ذكروه ظاهر فيما إذا كان الحق للمحتال، أما لو كان لغيره وهو يتصرف عليه بولاية، فيظهر أن يقال: إنه بان فسادها.

قال: (وَقِيلَ لَهُ الرُّجُوعُ إنْ شُرِطَ يَسَارُهُ) كما لو شرط كون العبد، فأحلف، واختاره الشيخ أبو حامد، قال سليم: إنه أشبه.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه خطأ، وقيل: له الرجوع، وإن لم يشترطاه واختاره الْغَزَالِي، وهو شاذ، وقيد الوجه في الكتاب بالشرط، وعبارة «حلية الرُّويَانِي» وغيره: ولو غره المحيل، وقال: إنه غني فبان مفلسًا، لا يرجع في مذهب الشَّافِعِي، وقال: ابن سُرَيْج: يرجع للتدليس، واختاره أبو حامد، قال في «الحلية»: وهو القياس والاختيار، وحكم في «التجربة» بأنه غلط، وعبارة الشيخ أبي حامد: على فلان الموسر أو وهو موسر، قال الإمام: والخلاف مبني على أن الغالب على الحوالة المعاوضة والاستيفاء.

فرع: حكى الدارمي عن أبي الطيب الطبري: أنه لو خرج المحال عليه عبدًا لأجنبي كان في ذمته أو للمحيل كان في كسبه إن كان، وإلا ففي ذمته، قال الدارمي: وفيه نظر!

قلت: وأطلق ابن الْقَطَّان القول بأنه لو أحال السيد رجلًا على عبده أن الحوالة باطلة.

(وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَرَدَّ الْمَبِيعَ بِعَيْبٍ بَطَلَتْ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه أحاله بالثمن، وإذا فسخ العقد، خرج المحال به عن كونه ثمنًا، ويسقط حق العاقد فبطلت الحوالة، والثاني: المنع لتعلق حق الغير به، وبناهما جماعة على أنها

أو الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

استيفاء أو بيع، إن قلنا: استيفاء أو بيع، إن قلنا: استيفاء، بطلت، وإلا فلا، وقيل: تبطل الحوالة قطعًا، وعبارة «الروضة»، تفهم ترجيحهما، وقيل: لا يبطل قطعًا، وصححه القاضي أبو الطيب، ونسبه إلى الجمهور، وقيل: هو على الخلاف حالهن من وجه آخر، فالذي قاله هنا: إِذَا كَانَ الْعَيْبُ مُتَقَدِّمًا فَلَا يَجُوزُ حُدُوثُ مِثْلِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ أو يجوز، وأعرف البائع أنه كان قبل القبض فتبطل الحوالة، والنص الآخر إذا أنكر البائع هذا العيب، وكان مما يجوز حوزته بعد القبض، ونكل البائع عن الثمن ورُدت على المشتري، فحلف واستحق الرد لا تبطل الحوالة، ويحكى عن أبي إسحاق ذكرهما الرُّويَانِي في «البحر»، وقال صاحب «التعجيز في شرحه للوجيز»: في المسألة طرق إحداها قولان، الثانية: القطع بالبطلان، قاله: ابن أبي هريرة والأكثرون.

الثالثة: عكسها، قاله أبو علي الطبري.

الرابعة: واختارها الْمَاوَرْدِي وجزم بها الجرجاني، إن سبق قبض الثمن المحال به لا تبطل الحوالة لإلزامها.

الخامسة: إن كان الرد بعيب، وذكر ما سبق عند أبي إسحاق.

السادسة: إن سبق قبض المبيع لم تبطل الحوالة وإلا بطلت.

السابعة: إن كان قبل قبض المحتال أو في مدة الخيار بطلت لضعف العقد، انتهى.

وجعل الْمَاوَرْدِي محل القولين في انفساخها بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم، ووافق المحتال على ما وقعت به الحوالة، هو الثمن، فإن خالف ووقع الفسخ بينهما بلا حاكم لم تبطل الحوالة قولًا واحدًا.

تنبيه: في حكم الرد بالعيب الفسخ بالتحالف وبالحلف وبالإقالة، وقضية كلام الْمَاوَرْدِي أن تجري في الإقالة كالرد بالتراضي ولوليّ وهو الوجه، وعد بعضهم من الأمثلة تلف المبيع قبل القبض.

قال: (أَوِ الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ فَوُجِدَ الرَّدُّ لَمْ تَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: قولًا

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ.

واحدًا سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا .

وقيل: على القولين في المسألة قبلها ، قال الإمام: وهو منقاس لكن غريب، والفرق تعلق الحق هنا بثالث، فلا تبطل بفسخ يختص به المتعاقدان، كما لو اشترى عبدًا بثوب فباع العبد ثم رد الثوب بعيب لم ينفسخ البيع الثاني لتعلق حق الثالث.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ثُمَّ اتَّفَقَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْمُحْتَالُ عَلَى حُرِّيَّتِهِ، أَو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ بَطَلَتْ الْحَوَالَةُ**) أي: بأنها وقعت باطلة؛ لأنه بان ألا ثمن، وكذلك الحكم لو اتفقوا على أنه مستحق أو قامت به البينة، هذا إذا أصدقهما المحتال، أيضًا أن الحوالة كانت بالثمن، أما لو ادعى إنها بغيره صدق بيمينه ولم تبطل الحوالة، قاله: القاضيان أبو الطيب والروياني وغيرهما، وإذا قضى ببطلان الحوالة رد المحتال ما أخذه على المشتري، وبقي حقه في ذمة البائع، كما كان.

تنبيه: قال في «الروضة»: وهذه البينة يغنمها العبد أو يشهدون، حينئذٍ لا يتصور أن يغنمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بدخولهما في البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيها دليل من إمكان إقامة العبد البينة نظر؛ لأن المشتري إذا صدقه في دعواه الحرية عتق، ولم يتوقف عتقه على تصديق المحتال، فدعواه عليه غير مسموعة، وبينته من طريق الأولى، قال: وفي تعليق القاضي أبي الطيب: تصوير المسألة بما إذا اشترى عبدًا بألف، وقبضه ثم باعه، وأحال على المشتري الأول البائع منه بألف رجلًا، ثم تصادق البائع الأول والمشتري منه على حرية العبد، ولم يصدقهما المشتري الثاني، فإن كان إطلاق الأصحاب محمولًا على هذه الصورة اندفع الإشكال، فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته، انتهى.

والذي فهمته من تعليق القاضي: إنما هو الاستشهاد بما ذكر لا التصوير

به، وهو موجود في كلام غيره يدرك بالمراجعة، والظاهر أن محل شهادة الحسبة، وإقامة العبد البينة محله إذا لم يصدق المشتري، وإذن لا إشكال، وإلا فكيف سمع شهادة الحسبة بعد تصادق المتبايعين، إذا لم يبق إلا محاولة إفساد الحوالة، وهي حق آدمي محض، ثم إنِّي أمعنت النظر في كلامهم، فوجدته يقتضي أن للمسألة حالان كما هو ظاهر لفظ الكتاب، أحدهما: أن يتصادق المتبايعان على حريته فلا بينة بالحرية من العبد ولا من غيره، وكذلك لو أعرف بها المشتري، والحال الثاني: أن يدعي العبد الحرية ولا يصدق، فهذا محل شهادة الحسبة، وإقامة العبد البينة فاعلم، ولا فرق في شهادة الحسبة وإقامة العبد البينة بين أن يتقدم منه إقرارًا بالحرية أو لا؛ لأن العتق حق لله تعالى، ولو باعه وهو كبير، ولم يعترف بالرق، فالقول قوله: أنه حر الأصل ولا يحتاج إلى بينة. واعلم إنما ذكره من أنه لا يتصور أن يغنمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدخول في البيع، قاله: الْبَغَوِي والروياني والقاضي أبو الطيب، واعتمده المصنف هنا.

وقال في «الدعاوى» وفيما جمع من «فتاوى الْقَفَّال» وغيره: أنه لو باع دارًا ثم ادعى أنها وقف أن العراقيين قالوا: يسمع إذا لم يكن صرح بأنها ملكه، بل اقتصر على البيع، وإن الرُّويَانِي قال: إذا باع شيئًا ثم قال: بعته وأنا لا أملكه ثم ملكته بالإرث، إن قال حين باع: هو ملكي لم تُسْمع دعواه ولا بينة، وإنْ لم يقل: ذلك بل اقتصر على قوله: بعتك سُمعت دعواه، فإن لم يكن له بينة حلف المشتري أنه باعه وهو ملكه، قال: ونص عليه في «الأم» وغلط من قال: غيره، وكذا لو ادعى أن البيع وقف عليه، انتهى.

وفي «أدب القضاء» للديبلي: أنه لو باع عبدًا ثم ادعى أنه كان أعتقه لم يقبل منه؛ لأنه يريد فسخ البيع، فإن أقام البينة فسخ البيع؛ لأن الحق للعبد، ولو باع دارًا ثم قال: هي وقف علي ابني، لم يسمع، فإن أقام البينة سمعت ونقض البيع؛ لأن الحق ليس للبائع وإنما هو لابنه، انتهى.

وهذا كله يخالف ما ذكراه هنا، وسبقت المسألة في المرابحة، وأشبعت

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي.

القول فيها في «الغنية» هناك .

قال: (**وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَّفَاهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) أي فيقول: والله لا أعلم حريته طردًا للقاعدة، هكذا ذكره عبارة «البحر»: ويحلف المحتال أن البيع وقع على رقيق يملكه، وظاهرها أنه يحلف على النسب، ويوافقه ما سبق من قوله: حلف المشتري أنه باعه، وهو ملكه، وسكتا عليه.

قال: (**ثُمَّ يَأْخُذُ الْمَالَ مِنَ الْمُشْتَرِي**) أي: بعد حلفه لبقاء الحوالة، وهل يرجع المشتري على البائع، قال الْبَنْدَنِيجِي وسليم الرازي والبغوي: لا؛ لأنه يقول: المحتال ظلمني بما أخذ والمظلوم لا يطالب غير ظالمه.

وقال الشيخان أبو حامد وأبو علي وابن كج: نعم؛ لأنه قضى دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة، وضعفه ابن أبي الدم، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه الحق؛ لأنه وإن لم يأذن فيه لكنه يرجع بطريق الظفر لا بطريق أدائه بإذنه، وفيما قاله: نظر؛ لأن هذا طريق آخر، وعلى طريقة أبي حامد في رجوعه قبل دفع المال إلى المحتال وجهان، ولو نكل المحتال حلف المشتري ثم إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة أو كالبينة، فكما لو حلف أنه ليس للمشتري إقامة البينة، كذا قاله: الرَّافِعِي، وهو موافق لما سبق عن الْبَغَوِي وغيره، أن المتبايعان لا يقيمان البينة، ولك أن تقول: ما المانع من إقامة البينة إذا قصد بها بطلان الحوالة على ما سبق عن كتاب «الدعاوى» ثم إذا صح ما قاله: فينبغي إذا جعلناها كالبينة لا يحلف إذ لا فائدة للتحليف، قاله ابن الرِّفْعَة، وكلامه يقتضي التحليف.

فرع: أحال المدين رب الدين على زيد، ثم اختلف زيد والمحيل، فقال زيد: لم يكن لك عليّ شيء فلي الرجوع عليك بما دفعت عنك، صدق بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته، ويرجع على المحيل، هكذا أورده في «التتمة» و«التحرير» و«البيان»، و«تجربة» الرُّويَانِي وغيرها، ويتعين أن يكون محله إذا لم يحصل من زيد حين الدفع ما يدل على أنه من جهة الحوالة.

وَلَوْ قَالَ: الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَكَّلْتُك لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ: الْمُسْتَحَقُّ، أَحَلْتنِي، أو قَالَ: أَرَدْت بِقَوْلِي:أَحَلْتُك الْوَكَالَةَ، وَقَالَ: الْمُسْتَحِقُّ بَلْ أَرَدْت الْحَوَالَةَ صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ.

قال شارح: ودعوى زيد أنها حوالة على من لا دين عليه، فإن أفسدناها فهو مفرط بالدفع، فلا يرجع بشيء وإن صححناها، فيرجع به.

قال: به نعلم إنما ذكروه على وجه ضعيف، نعم، يمكن فرضه فيما إذا كان الدين ثابتًا بالبينة، فانتزعه المحتال منه بالحاكم، ثم ادعى الدافع على المحتال، وطلب بيمينه فردها عليه فحلف، وحينئذٍ يظهر أن له الرجوع؛ لأنه دفع بغير اختياره، انتهى.

ولا حاجة إلى هذا التكليف، بل الظاهر أن الصورة فيما إذا كان قد أدي ذلك بإذنه، بأن سأله أن يقضي دينه، فأنعم ثم أحال به عليه، أو أحال به عليه أو لا فاستأذنه زيد في أدائه عنه فأذن له وتصادقا على ذلك، ثم اختلفا في أنه كان له عليه دين أم لا، ويرشد إلى ذلك قول صاحب «البيان»: ولو اختلفا فقال المحال عليه: أحلت عليّ ولا حق لك عليّ، فأنا أستحق الرجوع؛ لأني قضيت بإذنك المسألة، وحاصل المسألة هل إذا أحال على من لا دين عليه وصححناها برضاه، فإذا طالبه المحتال كان له مطالبة المحيل بتحصله كالضامن، فإن دفع بإذن المحيل رجع عليه، أو بغير إذنه لم يرجع على أحد الوجهين، فإن ادعى المحيل أنه كان له عليك ألف أحلت به وأنكره صدق بيمينه، إذ الأصل عدم ذلك.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ وَكَّلْتُك لِتَقْبِضَ لِي، وَقَالَ: الْمُسْتَحَقُّ، أَحَلْتنِي، أو قَالَ: أَرَدْت بِقَوْلِي: أَحَلْتُك الْوَكَالَةَ، وَقَالَ: الْمُسْتَحِقُّ بَلْ أَرَدْت الْحَوَالَةَ صُدِّقَ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ وَجْهٌ**) لاختلافهما، لأن الأول يختلفا في الملفوظ، فيقول: رب الدين: قلت: لي أحلتك على زيد، وقبلت الحوالة، ويقول المدين: لا، بل قلت: وكلتك لتقبض لي، فيصدق بيمينه إذ الأصل عدم الحوالة، وبقاء حقه على غريمه؛ ولأنه اختلاف في صفة الإذن ولو اختلفا في أصل الإذن، فالقول قوله، فكذا إذا اختلفا في

صفته، قال: الْمُتَوَلِّي: وإنما تظهر فائدة هذا فيما لو كان المدين مفلسًا، والدائن مليًّا برب الدين يدَّعي الحوالة ليسلم حقه له، والمدين ينكر ليقسم ذلك على العرفاء، الثاني: أن يتفقا على جريان لفظ الحوالة، قال الْمُتَوَلِّي: وإنه قال: قبلت الحوالة ثم يحتلفا في الإرادة كما ذكره فيصدق المدين بيمينه؛ لأنه أعرف بقصده؛ ولأن الأصل بقاء الحقين، قال ابن الرِّفْعَة: ويتخرج على التعليلين ما إذا لم يكن له بينة، ولم أر فيه نقلًا .

قلت: وقد يظهر أن يقضي بتصديق المستحق عملًا بظاهر اللفظ حيث لم يصرفه الدين عن ظاهر بينة التوكيل والوجه المذكور، قول: ابن سُرَيْج ووافقه الفوراني، قالا: تبعًا للمتولي وقطع به القاضي الحسين والذي في «تعليقه» ترجيحه، وهو قوي ومحل الخلاف إذا قال: أحلتك على فلان بمائة أو بالمائة التي لي على زيد، أما لو قال: أحلتك بالمائة لك علي المائة التي على زيد، صدق المستحق قطعًا، وعبارة «المحرر» مشيرة إلى محل الوجهين، لكن في «النهاية» أن منهم من جعل التفصيل وجهًا ثالثًا، وزيفه الإمام والدارمي، ولو قال: أحلتك لتقبض إليّ فقال: بما لي، فالقول: قول المحيل، وقيل: قول المحال.

وقيل: إن قال أحلتك، فقول المحال، وإن قال: اقبض ونحوه، فقيل: المحيل [باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته] وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ الْمُسْتَحِقُّ وَالْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ؛ ليشير إلى فرض المسألة فيما إذا اتفقا على الدين كما فرضها الأئمة، أما لو أنكر مدعي الوكالة الدين في الحالة الأولى، صدق بيمينه قطعًا، وكذا في الثانية عند الجمهور. ولنا عند ابن سُرَيْج، فيحتمل أن يقال: مقتضى الحوالة ثبوت الدين التفريع إذا صرفنا المدين في إرادته الوكالة نظر، إن قبض المستحق المال بريء الثالث منه لتسليمه إلى وكيل ومحتال.

وقيل: لا يرى في صورة أيضًا فيما على لفظ الحوالة وزيف، فإن كان فعليه تسليمه إلى المدين، وهل له المطالبة به؟ وجهان: أحدهما: لا لاعترافه بالبراءة بدعوى الحوالة، وأصحهما: نعم؛ لأنه إن كان وكيلًا فحقه باقٍ

وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُك فَقَالَ: وَكَّلْتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ].

بحاله، وإن كان محتالًا فقد استرجع من عليه الدين ماله ظلمًا، فلا وجه لتضييع حقه، والوجهان في الرجوع ظاهرًا، وإما باطنًا فله إمساك المأخوذ لظفره بحبس حقه من مال غريمه، وإن أراد المقبوض بألف فلا تقصير منه، قال الجمهور: لم يضمن؛ لأنه وكيل بزعم خصمه، وليس له المطالبة بدينه؛ لأنه استوفاه بزعمه، وفي «التهذيب» و«الكافي» أنه يضمن؛ لأنه قد ثبت أنه وكيل، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن، وإن لم يقبض المستحق فليس له أن يقبض بعد حلف اليمين لاندفاع الحوالة بيمينه، وانعزاله عن الوكالة بإنكاره، وللمديون المطالبة بحقه للثالث، وهل للمستحق المطالبة بحقه؟ فيه الوجهان فيما إذا قبض، وسلم المقبوض إليه.

قال صاحب «البيان»: وينبغي ألا يطالب هنا قطعًا لاعترافه بأنه نال حقه بالوكالة، وأن ما يقبضه المديون ليس حقًا له، وقد تعين حقه فيما قبض، فإذا أخذه المديون، وقد أخذ ماله، وأقام الرَّافِعِي في هذا في «شرحه الصغير» وجهًا أو طريقةً، فقال: وقيل: ينبغي ألا يطالب هنا وجهًا واحدًا، قال في «البحر»: وإذا لم يكن له أن يقبض في ألف وقبض، فهل يضمن؟ وجهان بناء على أنها هل تكون حوالة فاسدة أو وكالة فاسدة؟ إنْ قلنا: الأول ضمن وإلا فلا، ذكره «الحاوي».

قال: (**وَإِنْ قَالَ: أَحَلْتُك فَقَالَ: وَكَّلْتَنِي صُدِّقَ الثَّانِي بِيَمِينِهِ**)، لأن الأصل بقاء حقه، وهذا الاختلاف يظهر عند إفلاس ذلك الثالث.

قال في «البحر»: أو تلف المال في يد القابض وإن اتفقا على جريان لفظ الحوالة، واختلفا في المراد، ففيه الوجهان المذكوران في فلسه، أصحهما تصديق المستحق النافي بيمينه، فإذا حلف فليس له القبض لاندفاع الحوالة، وقول الآخر: ما وكلتك يتضمن العزل لو كان وكيلًا، فإن كان قد قبض برئت ذمة الثالث، ثم المقبوض إن كان باقيًا فوجهان، حكاهما الْغَزَالِي: أحدهما: يرده على المدين ويطالبه بحقه، وأصحهما له أن يتملكه الآن، وإن لم يملكه عند القبض؛ لأنه من جنس حقه، وصاحبه يزعم أنه

....

ملكه، قالا: ويشبه ألا يكون فيه خلاف محقق، بل له أن يرده ويطالب ببذل حقه، وله أن يأخذه لحقه، وإن كان بالغًا فلا تقصير، ولا ضمان عليه؛ لأنه وكيل أمين.

وقيل: يضمن؛ لأن الأصل فيما يتلف في يد الإنسان من ملك غيره الضمان، ولا يلزم من تصديقه في نفيه الحوالة ليبقى حقه تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان وإن تلف بتفريطه ضمنه، وله حقه وقد يقع التقاضي بينهما.

نجزت مسائل الباب، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

[ورأيت] في «فتاوى الْقَفَّال»: لخالد على زيد ألف، فباع زيد من عمرو ثوبًا بألف، وقال له: ادفع إلى خالد هذا الألف، فقال: نعم، فطالب خالد عَمرًا به، فقال: لا أعطيك شيئًا، فله ذلك؛ لأن ذلك لم يكن حوالة ولا ضمانًا من عمرو لخالد، فإن ادعى خالد على عمرو الحوالة يسمع ويحلف، وإن ادعى وقال: حلفه أن زيدًا لم يقل له ادفع الألف إليه، لم تسمع هذه الدعوى؛ لأنه أقر بهذا لم يجب عليه شيء.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: له عليه ألف فادعى أداءه، فقال المدعي: بل أديت ألفًا غيره، صدق المديون بيمينه، فلو قال: أحلت فلانًا على الألف، فقال المدعي: إنما أحلت بألف من جهة أخرى، صدق المدعي بيمينه؛ لأن الحوالة استيفاء، وهو ينكر أن يكون استوفى، وينكر أن يكون قد أحال بما ادعاه بخلاف المسألة الأولى، فإنه أخذ منه المال، والقول قول: المدَّعي عليه في جهة الأداء، يدل على الفرق بينهما أنه لو كان لزيد على عمرو ألفان، ألف لها رهن وألف لا رهن بها، فادعى المديون ألفًا، ثم قال: أديت عني مائة الرهن صدق بيمينه، فإن كان رب الدين أحال غريمًا له بألف على المديون، ثم قال: أحلت بالدين الذي لا رهن به، وقال المحال عليه: أحلت بالذي به الرهن وقد انفك، فالقول قول المحيل بيمينه، هكذا قال. وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

باب الضَّمَانِ

قال المصنف: [شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ، ....

قال الشارح: الإجماع والأحاديث متعاضدة على صحة الضمان فمنها قوله ﷺ: «**الزعيم غارم**»(١) حسنه الترمذي وصححه ابن حبان، وضمان أبي قتادة عما على الميت من الدين بانت في الصحيح، واستدل بعضهم من الكتاب العزيز بقوله ﷻ: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وهو إن لم يحكموا، وقوله ﷻ: ﴿أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠] أي: ضامن ملتزم، والضمان هنا ضم دينه إلى ذمته لحفظ الحق، وقال: ضمنت الشيء ضمانًا أي: تكفلت به، فأنا ضامن وضمين.

قال: (**شَرْطُ الضَّامِنِ: الرُّشْدُ**) أي: إطلاق التصرف، فإن ضمان من طرأ سفهه بعد رشده، وإطلاق تصرفه نافذ على الأصح إلى أن يتصل به حجر الحاكم، وكذلك السفيه المهمل على وجه مشهور، وإن كان الجيد أن يقول: إطلاق التصرف والاختيار ليخرج به المكره.

قال في «الروضة»: شرط صحة العبارة وأهلية التبرع فخرج بالأول: الصغير والمجنون والمغمى عليه والنائم والسكران بغير معصية كالمجنون، وكذا حكم أخرس لا إشارة له مفهمة ولا كتابة، وبالثاني: المحجور عليه بالسفه، وأما المريض ففي «الحاوي» أن ضمانه يعتبر من الثلث، فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل، وإن خرج بعضه من الثلث صح فيه.

قال: ولا يصح ضمانه لوارثه كتبرعه عليه، وفي «تجربة» الرُّويَانِي وغيره عن النص أنه إذا ضمن في مرضه المخوف كان من ثلثه؛ لأنه إتلاف مال بلا عوض إذا ضمن بغير إذن من عليه الحق، وإن ضمن بإذنه يعتبر من رأس المال لرجوع الورثة على المضمون عنه، انتهى.

وأطلق الْمُتَوَلِّي وغيره أن ضمانه من الثلث، وكنت أود لو قيل: إن شرط الرجوع وحصل ما أدي للورثة فمن رأس المال، وإلا فمن الثلاث إذ قد

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥).

....

يشرط الرجوع، ولا تحصل لهم شيء، ثم رأيت الدارمي قال: إذا ضمن المريض بغير إذن المضمون عنه فمن ثلثه، فإن كان أمره فلم يسترجع فكذلك هذا لفظه، وقد أورد الشيخان في آخر الباب بنحوه.

إشارة: عبارة «المحرر»: وشرطه أن يكون صحيح العبارة بجمع البلوغ والعقل الحاضر، واحترز بالحاضر عن غيبته بنوم أو إغماء ونحوه، وهو صحيح إذ النائم لا يزول رشده، فحذف «المنهاج» صحة العبارة لا لحسن هذا ولما ذكرناه، وما أحسن قول صاحب «التهذيب» و«المحرر»: ولا يصح ضمان صبي ومجنون ومغمى عليه ومحجور سفهًا، ويصح من محجور، فأشار إلى آخر.

فرع: لا يصح ضمان محجور لسفه وإن كان شرط الرجوع وأذن فيه الوليّ وعلَّله الإمام بأنه يتبرع، وفيه بحث الرَّافِعِي رده عليه في «الروضة».

نعم، لو دعت ضرورته إلى دين إلى حضور عليه أو ماله وإلى صاحب المال أن يدين الولي ذلك إلا أن يضمنه السفيه فيحتمل أن تصح للضرورة، إذا كان الولي عازمًا على الأداء من ماله أو الرجوع به، إذ لا تبرع وفيه نظر.

فرع: ضمن ثم قال: كنت حينئذ صبيًّا، وكان محتملًا ولايته صدق بيمينه، وكذا لو قال: كنت مجنونًا وعرف له جنون سابق، أو أقام به بينةً وإلا صدق المضمون له بيمينه.

فإن قلتَ: صدقوه في دعوى صباه إذا احتمل في جنونه إذا عهد، وقالوا: لو زوج أمة ثم ادعى ذلك أن المصدق الزوج في الأصح.

قلتُ: فرق بِأَنَّ الْأَنْكِحَةَ يُحْتَاطُ فِيهَا غَالِبًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَقَعُ بِشُرُوطِهَا، وفيه نظر! إذ أكثر الناس تجهل الشروط أو أكثرها، والغالب على العقود التي تنفرد بها العامة والاختلاف، وسكتوا عما لو ادَّعى الصبي الجنون ويحتمل أن يقال: إقدامه على الضمان يتضمن لدعواه الرشد، فلا يصدق في دعواه أنه كان سفيهًا حينئذٍ بخلاف الصبى والمجنون.

فرع: قيل: الأخرس رشيد، فإن أفهم صح ضمانه بالإشارة على الأصح،

وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ.

وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ، ....

ويصح ضمانه بالكتابة أيضًا على الأصح أحسن الإشارة أم لا، وذلك عند القرينة المشعرة، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات، وادَّعى المصنف الاتفاق على صحة عقوده بالإشارة، وفي نكاحه ما يأتي هناك إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ**) أي: فيصح على الأصح كما سبق يطالب به بعد فك الحجر عنه وقضية الوجه القائل: بأن الحجر يتعدى إلى نفسه فلا يصح ضمانه.

قال: (**وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كان مأذونًا له في التجارة وغيره؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح منه استقلالًا كالنكاح، والثاني: يصح ويتبع إذا عتق والسر لعدم ضرر سيده، كما لو أقر بإتلاف مال وكذبه سيده.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ**) أي: ولو عن السيد ليس له النكاح، ولو أمره السيد بالضمان لم يلزمه الامتثال بخلاف البيع وغيره، فمن التصرفات إذا أدى في الرق، فالرجوع لسيده الإذن أو بعد عتقه فالرجوع للعبد على الأصح، وَأَمَّا الْمُبَعَّضُ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَايَأَةٌ، أو كانت وضمن في مؤنة السيد، وكالقن وفي مؤنته صحيح.

قال الرَّافِعِي: وكان يجوز أن يقال: التزامه بالضمان كالتزامه بالشراء فيصح ويختص به، وإن ضمن في مؤنه السيد، انتهى.

وكأنه لم يقف على قول القاضي الحسين: إن لم تكن مهايأة فوجهان ثابتان: على أنه هل يورث، فإن قلنا: يورث صح وإلا فلا، وقضيته أن المذهب الصحة ضمان المكاتب فلا إذن كالقن، وبالإذن قالوا: هو على القولين في تبرعاته، قاله: في «الروضة»، وفي «الحاوي» أن ضمانه في ذمته جائز بإذن، وبغيره، ولو ضمن فيما بيده، فإن كان بغير إذنه فباطل، وإلا فقولان.

وفي «البيان» إن ضمن بإذنه وصححنا هبته بإذنه فكالمأذون له ضمن بإذن

فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ، وَإِلَّا فَبِمَا يَكْسِبُهُ.

سيده، وإن قلنا: لا يهب بإذنه فالذي يقتضيه المذهب أنه يصح الضمان، ويتبع به إذا عتق، ولا يقضي مما في يده قبل أداء الكتابة، انتهى.

قال: (**فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ قَضَى مِنْهُ**) هذا الكلام يشمل مال التجارة في يد المأذون وغيره من أموال السيد، وإنَّما يصح لعبد السيد كذلك على الإطلاق، إذ لم يتعلق حق غيره، فلو ركب المأذون ديون وعيَّن ما في يده، فأصح الأوجه يتعلق بما فضل عن حقوقهم، والثاني: لا يتعلق بما في يده كالمرهون، والثالث: يشارك المضمون له الغرماء، وهذا إذا لم يحجر عليه القاضي، فإن حجر عليه بشرطه لم يتعلق حيث لا ضمان بما في يده قطعًا، ثم إن قلنا: يتعلق بما في يده صح ضمانه، وإلا ففي صحته وجهان في «الحاوي»، وإن صححنا فوجهان:

أحدهما: يكون فيما يكسب بعد الضمان، وفيما يفضل بيده من المال المتقدم على الضمان.

والثاني: يكون في ذمته بديونه بعد عتقه، وذكر أنه لو لم يكن عليه دين ولم يف ما عينه السيد مما في يده بضمانه يكون النافي في المستقبل من كسبه.

قال شارح: وكلام الأصحاب ساكت عن ذلك، والمفهوم من إطلاقهم أنه يقتصر على ما عيَّنه ويتبع بالباقي إذا عتق؛ لأن التعيين يقطع الطمع على ما عيَّن.

قلت: وكأن **الْمَاوَرْدِي** رأى أن الزائد عما في يده يكون كما لو أذن لغير المأذون وأطلق، فإنه يؤدي الضمان من كسبه وهو محتمل.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن اقتصر الإذن في الضمان ولم يعين الأداء طريقًا، (**فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ**) أي: للتجارة وربح ورأس مال (**وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ الْإِذْنِ**) أي: سواء كان الكسب نادرًا أو معتادًا (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن مأذونًا له في التجارة (**فَبِمَا يَكْسِبُهُ**) أي: بعد الإذن، وحاصل ما في غير المأذون له في التجارة ثلاثة أوجه: أصحها: ما ذكروه كما

لو أذن له في النكاح.

وثانيها: تتعلق بذمته إلى أن يعتق؛ لأنه إنما أذن في التزام دون الأداء.

وثالثها: أنه يتعلق برقبته وزيف.

وأما المأذون له في التجارة قال الرَّافِعِي: ففيه وجهان رتبهما الإمام علي الوجهين في غيره، وأولى بألا يحال على الذمة لإشعار كظاهر الحال بخلافه، وعلى هذا فيتعلق بما يكسبه من انعدام به وبما في يده من الربح الحاصل أو بهما، وبرأس المال أيضًا وجوه أشبهها الثالث، أي: المصحح في الكتاب، ثم قال: وحيث قلنا: يؤدي مما في يده فلو كان عليه ديون ثم ساق ما قدمناه من الأوجه فيما إذا عيَّن الأداء جهة في هذه الحالة.

فائدة: قول ابن الرِّفْعَة: إذا قلنا: يتعلق بمال التجارة فهل يتعلق بما يكسبه بعد الضمان أو به، وبما في يده من الربح أو بهما؟ ورأس المال منتقل؛ لأن من بعده يكسبه فقط لا تعلقه بمال التجارة، فكيف يفرعه عليه؟ وقوله: «بعد الضمان» مخالف لقول الرَّافِعِي وغيره: بعد الإذن فقد يتراخى الضمان عن الإذن، وما قاله آخرًا محتمل، ومن حجر الحاكم.

إشارة: لم أر للأصحاب كلامًا في اشتراط علم السيد بمقدار المال الذي أذن لعبده في ضمانه، وهو محتمل جدًّا في المأذون وغيره، حيث نقول: يتعلق بما في يده وكسبه ويشبه اشتراطه.

فرع: قال في «البيان»: إذا أذن له السيد بالضمان في المال الذي بيده، فقال العبد: ضمنت لك حقك على فلان حتى أؤدي من المال الذي في يدي صح الضمان ولزمه أن يؤدي من المال الذي في يده للتجارة، ولو قال الحر: ضمنت لك دينك على فلان في هذا المال لم يصح الضمان، والفرق أن العبد ضمن الحق في ذمته، وإنما علق الأداء في مال بعينه، والحر لم يضمن الحق في ذمته، وإنَّما ضمنه في المال بعينه فوزانه أن يقول الحر: ضمنت لك دينك على فلان وأزنه من هذا المال، فيصح الضمان، انتهى.

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا، ....

قال: **(وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ)** لتفاوت الناس في الاقتضاء والاستيفاء تشديدًا وتسهيلًا، والأغراض تختلف بذلك، فالضمان مع العمالة غرر وضرر من غير ضرورة فأشبه معرفة قدر الدين.

والثاني: لا يشترط إذ لم يقع التعرض له عنه والبحث في ضمان الإمام علي وأبي قتادة -رضي الله عنهما- فعلى الأول: قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: ينبغي التفطن لدقيقة دل عليها كلام الْمَاوَرْدِي، وهي أن المراد بالمعرفة إنَّما هي المعرفة بالعين لا بالنسب، ورتبوا الوجهين على الوجهين في معرفة المضمون عنه، وأولى باشتراطه، ومنهم من عكس الترتيب.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ)** أي: ولا رضاه لحديث أبي قتادة رضي الله عنه السابق والذي رواه البخاري.

والثاني: يشترط رضاه دون قبوله باللفظ، والثالث: يشترط قبوله في الحال كالرهن. وقال في «البحر»: ومن أصحابنا من قال: إن خاطب المضمون له بالضمان، فهو موقوف على قبوله بلا خلاف.

وفي «البيان»: قال المحاملي: إذا قلنا: باشتراط معرفته افتقر إلى قبوله، فإن قبل لزم الضمان، وإن رد بطل، وإن رجع الضامن من قبل قبول المضمون له وصح رجوعه، انتهى.

قال: **(وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعًا)** لضمان أبي قتادة الميت؛ ولأنه يجوز أداء دين غيره بغير إذنه، فالتزامه أولى، وأما قطعه بذلك؛ فلدعوى الإمام الاتفاق فيه، وتابعاه في كتبهما على نقل الاتفاق فيه، وعن القاضي الحسين هل من وجه دون وجه؟ ونقل ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» القول به عن الخوارزمي، ورده شارح بضمان أبي قتادة رضي الله عنه عن الميت، فإنه صحيح بالاتفاق وفيه نظر إذ على الحي منه سبق عليه بخلاف الميت، وأيضًا، فإن رضي المولى أو الإمام يقوم مقام رضاه، فافترقا.

وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا.

وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ، ....

قال: (**وَلَا مَعْرِفَتُهُ فِي الْأَصَحِّ**) كما لا يشترط رضاه إذ ليس ثمَّ معاملة، والثاني: يشترط، وصححه الْغَزَالِي في «الخلاصة» تبعًا للشيخ أبي محمد في «مختصره» وهو ظاهر النص لتعرف حاله، وهل يستحق اصطناع المعروف؟

ورد بأن يعمم المعروف إلى الأهل وغير الأهل معروف، ولا فرق بين كون المضمون عنه حرًّا أو عبدًا موسرًا أو معسرًا.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَضْمُونِ كَوْنُهُ ثَابِتًا**) أي: حالة العقد؛ لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه كالشهادة، قال الشيخ أبو علي والشافعي ما يدل على اشتراط معرفة المضمون عنه والمضمون له، انتهى. والمذهب الأول والنص مؤوّل.

إشارة: اعتبر ثلاثة أمور: أن يكون ثابتًا لازمًا معلومًا.

قيل: وأهملا شرط آخر وهو أن يكون قابلًا لأن يتبرع به الإنسان عن غيره ليخرج القود، وحد القذف، والأخذ بالشفعة، وعبارة الْغَزَالِي: شرطه أن يكون حقًّا ثابتًا لازمًا معلومًا، والحق يشمل الأعيان والمنافع الثابتة في الذمة والدين والعين، كما سنوضحه بعد في فروعٍ إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَصَحَّحَ الْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ**) أو قد تمس الحاجة إليه، وقيل: لا يصح قولًا واحدًا، وعبارة «المحرر»: أن يكون فلا يصح ضمان ما يجب بعد بيع أو قرض على «الجديد»، وفي ضمان نفقة الغد والشهر والمستقبل للمرأة قولان، بناءً على أنها تجب بالعقد أو التمكين، إن قلنا بالثاني لم يصح، وهو الأصح، انتهى.

وحذف من «المنهاج» هذا التفريع اكتفاءً بما أصله نعم هنا شيء، وهو أنه إنما قيد بالغد والشهر والمستقبل؛ لأنه أشار في «الشرح» وتبعه في «الروضة» إلى أنَّا إذا جوزنا ضمان المستقبل، فله شرطان: أحدهما: أن يقدر مدةً، فإن أطلق لم يصح فيما بعد الغد، وفي الغد وجهان كأجرتك كل شهر بدرهم، وهذا أخذه الرَّافِعِي من «التتمة» وكلامهما يقتضي الفساد في المستقبل على

وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ....

القولين، وهو الحق ولا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلة، وفي نفقة يومه وجهان أرسلاهما، والأرجح المنع؛ لأن سبيلهما سبيل البر والصلة.

فرع: على «الجديد» قال: أقرض فلانًا كذا وعلى ضمانه فأقرضه، لم يجز، وجوزه ابن سُرَيْج؛ لأنه ضمان معروف بالقرض ووافقه غيره، وسبق عن الْمَاوَرْدِي شيء من هذا مع تصحيحه هنا خلاف قول ابن سُرَيْج، وأغرب ابن جرير فنقل إجماع والحجة أنه لو قال: أعط فلانًا ألفًا وأنا ضامن جميع ذلك، أو بع منه متاعًا بألف وأنا ضامن ذلك ففعل وسلم لزم الأمر الضمان، ونقل الإجماع على عدم اللزوم إذا كان مجهولًا، وكأنه أراد بالأول ما في «البيان» أنه لو قال: ضمنت لك ما تعطي وكيلي، أو ما يأخذه منك، فإنه يلزمه لا من جهة الضمان؛ ولكن من جهة التوكيل؛ لأن يد الوكيل يد الموكل، انتهى.

وفيه إشكال من جهة أنه لم يعين قدرًا فهو إذن في دفع مجهول وتوكيل في مجهول، وصرح غيره بذكر المقدار، وبعضهم يقول: ضمنت لك ما يعطي وكيلي من درهم إلى ألف، وهذا قريب.

قال: (وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ ضَمَانِ الدَّرَكِ)(١) للحاجة إليه في معاملة الغريب فكل من يوثق تحمله له وحقوق الفوات لو ظهر استحقاق، والخلاف طريقان: أصحهما أن المسألة على قولين أصحهما ما ذكره، والثاني: المنع؛ لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول، أو قد يستحق البعض فقط، والثانية: القطع بالصحة، وظاهر كلام «الكتاب» ترجيحها.

قال: (بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ) أي: على الأصح فلا يصح قبله؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع، وقيل: لا يشترط ذلك إذ قد تدعو الحاجة إلى ألا يسلما الثمن إلا بعده، وادَّعى الإمام الْغَزَالِي أنه المذهب، وصححه الجرجاني وابن أبي عصرون، وعلى الوجهين لا بدَّ من العلم بقدر الثمن.

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إذا قبض الثمن وهو باقٍ فضمانه كضمان الأعيان، وهذا

---

(١) الدَّرَك: هو التَّبِعَة. وقال الْمُتَوَلِّي: سُمِّي دركًا لالتزامه الغرامة عند إدراكه المستحق عين ماله.

وَهُوَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أَو مَعِيبًا أَو نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ.

يؤول إلى إنكار ضمان الدرك.

فرع: في «فتاوي» الْبَغَوِي: أثبت دينًا على غائب، فأمر الحاكم ببيع داره من المدعي بدينه، وضمن له البائع أو غيره الدرك إن خرجت مستحقة لعدم القبض، وعلى قياسه لو باعها صاحبها بالدين الذي عليه وضمن الدرك لا يصح، وحاصله أنه لا يصح ضمان الدرك في الاعتياض عن الدين.

فرع: أفتى ابن الصلاح أنه: لو أجر المديون وقفًا عليه بدينه وضمن ضامن الدرك ثم بان بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف، إنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه لم يثبت على المستأجر شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجره بحاله، وهذا صحيح، وأرسلا في صحة ضمان الدرك في الإجارة وجهين في أواخر الإجارة، وعبر ابن الرِّفْعَة عن هذا بأنه يصح، خلافًا لابن سُرَيْج.

قال: **(وَهُوَ)** يعني: ضمان الدرك.

(أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي الثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا) وصيغته المطلقة أن يقول قائل للمشتري: ضمنت لك دركه أو عهدته أو خلاصك منه، ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح، ولو ضمن عهدة الثمن، وخلاص المبيع معًا لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولا تفريق الصفقة هكذا أطلقاه، وقال القاضي أبو الطيب: هو فيما بعد انقضاء الخيار فإن كان في زمن الخيار فالضمان باطل في العهدة أيضًا.

قال: **(أَوْ مَعِيبًا)** أي: ضمن درك الثمن إذ خرج المبيع معيبًا، ورده المشتري للحاجة إليه كالاستحقاق، وادعى المحاملي والعمراني الوفاق فيه، وقيل: لا يصح؛ لأن وجود الرد سبب حادث، وهو الفسخ فهو ضامن ما لم يجب، وادعى الْمُتَوَلِّي والروياني أنه المذهب، وصححه الْمَاوَرْدِي وأفتى به الْبَغَوِي، وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي».

قال: **(أَوْ نَاقِصًا لِنَقْصِ الصَّنْجَةِ)** نقصها يتصور في البيع بأن باع شيئًا على

أن ورثه كذا وفي ضمانها للبائع إن خرجت صحة الثمن ناقصة، ولهذا أطلق «المحرر» و«التهذيب» ضمان نقص الصحة من غير تقييد ببائع ولا مشترٍ، واقتصر «المنهاج» على ضمانه للمشتري فأخل في الاختصار، وفي بعض نسخ «المنهاج»: «لنقص الصنجة» بالكاف لا باللام، وعليها يحمل قوله: (**أَوْ نَاقِصًا**) على نقصان المبيع عما شرطه كما ذكره في «الوجيز» ويبقى قوله: كنقص الصنجة مشبهًا به على إطلاقه في الجانبين؛ ولكن ضمان نقص المبيع يختلف الشرط الضمان عينه فيكون على الوجهين، وأصحهما الصحة.

تنبيهات: إذا قال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقًّا لم يطالب بجهة أخرى، وكذا لو عيَّن جهةً غير الاستحقاق لم يطالب بغيرها عينه، ولو ضمن للعهدة إن خرج معيبًا ورده أو بان فساد البيع بغير استحقاق لفوات شروط معتبرة أو اقتراب شرط مفسد فالأصح الصحة للحاجة إليه.

قال في «أصل الروضة»: والثاني: لا؛ لاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن، انتهى.

وسبق منه أن المقبوض ببيع فاسد لا يجوز حبسه لاسترداد الثمن على المذهب فاعلم.

وفي «البيان»: قال المسعودي: لو اشترى شيئًا وسلم ثمنه وضمن رجل للبائع نقصان الوزن، أو رداءة الثمن فخرج الثمن ناقصًا أو رديئًا أو معيبًا فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن، وله رد الرديء والمعيب على المشتري، ويطالب الضامن بالثمن، هكذا قاله.

قلت: والذي يقتضي المذهب أنه لا يطالبه ببدل الثمن إلا إذا كان الثمن في ذمته ثم عينه وضمن ضامن له رداءة المعين، أما لو كان الثمن معيبًا فوجده رديئًا أو معيبًا فرده لم يطالبه ببدله؛ بل يطالبه بالمبيع، انتهى.

قال الرَّافِعِي: فإن صححنا إذا ضمن ذلك صريحًا ففي اندراجه يجب مطلق ضمان العهدة وجهان إذ في «شرحه الصغير» أقربهما المنع؛ لأن السابق إلى ألف

……

هم من ضمان العهدة الرجوع بسبب الاستحقاق، أي: فيقصر الإطلاق عليه، هكذا عبر الإمام والغزالي عن هذا الخلاف، وعن ابن الصباغ وشيخه القاضي أبي الطيب والمتولي عنه بأنه لو ضمن العهدة وأطلق، ثم بان فساد البيع بشرط أو غيره فهل يطالب الضامن بالاستحقاق؟ وجهان، ولو خرج معيبًا فردّه المشتري فوجهان، وأولى لمنع المطالبة، ونسب القاضي المنع إلى الـمُزَنِيّ والأكثرين.

قال: لأنه إنما ضمن الاستحقاق ولم يستحق المبيع، وفي «الروضة»: إن صح في الوجهين الأولين أنه لا يطالب لترجيح «الشرح الصغير»؛ لكن حكاية المسألة بعبارتين يوهم كما ظنه ظانّ عصري أنهما مسألتان، وليس كذلك، وما رجحاه هو قضية كلام «الشامل» وغيره إذا اختلف الدافع والقابض في النقص صدق القابض بيمينه، فإذا حلف طالب الدافع دون الضامن في الأصح، والفرق يحقق بذاته واشتغال ذمة المشتري.

فرع: قالا: اشترى أرضًا وبنى فيها أو غرس ثم خرجت مستحقة فقلع فعلى البائع أرش النقص، وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا على الأصح المنصوص، فدل هذا لو ضمنه ضامن نظر فإن كان قبل ظهور الاستحقاق أو بعده وقبل القلع لم يصح؛ لأنه مجهول، وضمان ما لم يجب، وإن كان بعدها صح إن كان قدره معلومًا، ولو ضمن رجل عهدة الأرض وأرش نقص البناء والغراس في عقدٍ واحد لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولا الصفقة، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا عقد البيع وكتب في شرطه: وأن على البائع إن استحق المبيع غرم ما يحدثه المشتري من غراس وبناء فلا يختلف القول إن هذا الشرط فاسد؛ لأنه ضمان مجهول، وإن كان أول عقد أو سلمًا من هذا الشرط كان البيع صحيحًا والشرط باطل، والحيلة لمن أراد أن يذكر هذا الشرط كما يذكره الناس أن يقول في الصك: ثم بعد تمام هذا العقد وتفرقهما عن تراضٍ ضمن فلان بن فلان لفلان بن فلان -إن خرج هذا المبيع مستحقًّا- أرش ما يحدثه من غراس أو بناء، هذا لفظه، فإن أراد ففلان الضامن لذلك البائع، فلا معنى له، وإن أراد غيره ففيه نظر، اللهم إلا أن يكون ثَمَّ حاكم يصحح ذلك ويراه.

وَكَوْنُهُ لَازِمًا، لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ. وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَكَوْنُهُ لَازِمًا)** أي: ويشترط مع ثبوت الدين كما سبق كونه لازمًا، وهو ما يلزم أداؤه عند طلب مستحقه، ثم إن كان لزومه مستقرًّا كقرض وصداق بعد دخول، وعوض خلع وقيمة متلف وأرش هو بصك وثمن مبيع لم يقبض، ولزم العقد صح ضمانه بلا خلاف، وإن كان غير مستقر فهو كقبل دخول وثمن مبيع لم يقبض ومسلم فيه وأجرة قبل استيفاء المنفعة للحاجة فيه إلى التوثيق كالمستقر، ولا غيره باحتمال سقوطه كما لا عبرة بسقوط المستقر بإبراء أو ورث أو فسخ بعيب ونحوها، هذا ما جزما به وغيرهما، وحكى **الْمَاوَرْدِي** طريقةً أن ضمان الأجرة والثمن على الخلاف الذي في ضمان الثمن في مدة الخيار، وقياسه أن يطرد في كل لازم غير مستقر، والمشهور الأول.

قال: **(لَا كَنُجُومِ كِتَابَةٍ)** لعدم لزومها كالرهن بها.

وقيل: يصح، وخرج من ضمان ما لم يجب، وجرى بسبب وجوبه.

وقيل: ما يأتي في ضمان الجعل، ويصح ضمان ما على المكاتب من دين لغير سيده، لا بد من أخذ لسيده على الأصح.

قال: **(وَيَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه يؤول إلى اللزوم، فألحقوه باللازم، وعجب قول الإمام: فلم أجد للأصحاب غيره، وقول «البسيط»: أطبق عليه الأصحاب، وإن كان فيه احتمال لا سيما على القول أن الملك لا ينتقل، انتهى.

والخلاف مشهور في «تعليق» القاضي الحسين و«التتمة» وكتب العراقيين، وحكاه القاضي أبو الطيب والروياني وخلائق طريقين أصحهما: الصحة وجهًا واحدًا، والثانية: على وجهين كأنه لا يصح لعدم لزومه في الحال، وأشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مبني على أن الخيار لا يمنع نقل الملك إلى البائع، فإن منع فهو ضمان ما لم يجب، وقال: مثله في الرهن.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن الخلاف مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما، فإن كان للبائع وحده يصح ضمانه بلا خلاف للزومه في حق من عليه،

وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ.

وقاله الرَّافِعِي في «الشرح الصغير» من غير نسبة، وليس كذلك لما سبق عن راوية الْمَاوَرْدِي، وقول الجرجاني في «الشافي»: وفي ضمان الدين اللازم الذي ليس بمستقر كالأجرة قبل انقضاء الإجارة، والمهر قبل الدخول، وجهان أصحها الصحة، فالاتفاق إنما هو في اللازم المستقر، ولا شك أنه إذا جرى الخلاف في اللازم من الطرفين جرى في اللازم من طرق بطريق الأولى.

قال قائل: ويجب أن يقال: إذا كان الخيار للبائع وحده ففي ضمان الثمن ثلاث طرق:

أحدها: لا يصح بناء على أن الملك لم ينتقل، فإن الأصح أن الملك في المبيع في هذه الصورة للبائع، والملك في الثمن للمشتري فكيف يضمن؟

والثانية: يصح ضمانه قطعًا بناء على أن الملك انتقل، وأن المعتبر في الضمان اللزوم إلا الاستقرار.

والثالث: على وجهين من الخلاف في الاستقرار هل يعتبر أم لا؟ والرافعي جزم بصحة ضمان المهر قبل الدخول، والثمن قبل قبض المبيع، فلم يعتبر الاستقرار؛ ولكنه يقول: إذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له فيليق به أن يقول: الأصح عدم ضمان ثمنه على ما أشار إليه الإمام، وما قاله: الْمُتَوَلِّي ما اختاره الرَّافِعِي من أقوال الملك مساعد لما قاله: الإمام أصح، انتهى.

وهذا صحيح؛ لكن الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» جرى على كلام الْمُتَوَلِّي وأعرض عن كلام الإمام وظاهر كلام «شرحه الكبير» يقتضي موافقة الْمُتَوَلِّي أيضًا، وأن الإمام أبدى ذلك كما أشار إليه في «البسيط» فالاضطراب في كلام الشيخين و«الروضة» ظاهر.

قال: (**وَضَمَانُ الْجُعْلِ كَالرَّهْنِ بِهِ**) أي: فلا يصح الضمان قبل الشروع في العمل، وقبل الفراغ منه وعلى الأصح هذا حاصل كلامهما هنا، ورجح الرُّويَانِي الصحة، وقال الدارمي: إن كان الضمان بعد الأخذ في العمل صح، وإلا فعلى الوجهين والظاهر أنه خلط التفريع على «الجديد» بالتفريع عن

وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ. وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ ....

«القديم»، وعلى ذلك ذكر الإمام وغيره الخلاف فيما قبل الشروع في العمل.

تنبيه: قال شارح: أما لفظه وضمان الجعل في الجديد كالرهن به وقد تقدم، والأصح أنه يصح بعد الشروع في العمل لا قبله.

قال: وإنما قال المصنف في «الجديد»؛ لأن في «القديم» يصح ضمان ما لم يجب ولا جرى بسبب وجوبه، فهذا أولى وضمان مال المسابقة إن جعلناها كالإجارة صح وإلا فكالجعل، انتهى لفظه. ونقله قوله: في «الجديد» عن لفظ المصنف لا يعرف في نسخ «المنهاج» وترجيحه الصحة بعد الشروع وقبل الفراغ خلاف ما سبق، وخلاف ترجيح الشيخين، والله أعلم.

قال: (**وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا فِي الْجَدِيدِ**) هذا هو الشرط الثالث في ضمان الدين، ووجهه أنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد لازم، فلم يصح مع الجهالة كالثمن، والقديم صحته لتيسر معرفته، ومحل الخلاف إذا قال: ضمنت ثمن ما بعت من فلان وهو جاهل به، ومثل في «البسيط» موضع القولين بما لفظه: ضمنت ألف درهم من ثمن هذا المبيع إذا بعته، قال: وهو باطل على «الجديد» وبه الفتوى، انتهى.

في «الحاوي» لو قال: ضمنت ما تداين به فلان فوجهان، أصحهما لا يصح، وأما إذا قال: ضمنت لك شيئًا مما لك على فلان فهو باطل على القولين، وكذلك مثل «المحرر» بما قدمناه، وفيه رمز إلى موضع الخلاف ومحل الاتفاق في «الجديد» على البطلان إذا جهل الجنس والقدر والصفة، فإن علم الجنس والنوع وجهل القدر، ففي تعليق القاضي الحسين وجه ضعيف، أنه يصح وعبارة تحرير «الجرجاني» أن يكون معلومًا بالتسمية أو بتحديد الطرفين، بأن يضمن من واحد إلى عشرة يشير إلى ما سبق.

قال: (**وَالْإِبْرَاءُ مِنَ الْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأن البراءة متوقفة على رضا صاحب الحق، ولا تعقل مع الجهالة وأجازه في «القديم»؛ لأنه إسقاط محض كالإعتاق.

إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْت مَا لَك عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، ....

قال: (**إِلَّا مِنْ إِبِلِ الدِّيَةِ**) أي: فيصح الإبراء منها على القولين مع جهالة الصفة واللون؛ لأنها أثبتت في ذمة من تلزمه مع اغتفار هذه الجهالة، فكذلك هنا، ولو جعلت هذه الجهالة مانعة لم يصح الإبراء عنها بالكلية، وغيرها يمكن معرفته بالبحث عنه.

قال: (**وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: كالإبراء منها؛ لأنها معلومة السن والعدد والمرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد.

والثاني: المنع لجهالة صفتها ولونها، وليس كالإبراء؛ لأنه مأمور به فسمح فيه بخلاف الضمان، وحكى جماعة الخلاف قولين، وبالجواز أجاب جمهور المراوزة إلا القاضي، فإنه نقل الخلاف فيه.

فرع: إذ صححنا واقتضى الحال الرجوع فهل يرجع بالمثل صور أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف السابق في إقراض الحيوان أروش الجنايات إذا كانت نقدًا أو عفي عن غيرها إن كان فيه ذلك صح الضمان قطعًا إذا عرف المقدار لا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة لعدم ثبوتها.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْت مَا لَك عَلَى زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) لانتفاء الضرر بذكر الغاية، وقضية كلام «التحرير» السابق الجزم به في كتاب «الْبُوَيْطِي» ما يدل عليه.

والثاني: المنع؛ لجهالة المقدار لتردده ما بين الغائبين وهو أقيس عند الْغَزَالِي، وصححه الْبَغَوِي والروياني وعزاه إلي العراقيين.

إشارة: اضطرب كلام الرَّافِعِي في حقيقة هذا الخلاف، فقال في «شرحه الكبير»: فيه قولان على ما رواه الْغَزَالِي والصيدلاني، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون، وقال في «التهذيب»: قوله على أشهر القولين هما وجهان، وكذلك قال في «الروضة»: وجهان، وقيل: قولان، ووقع في «الشرح الصغير»

وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَٱللهُ أَعْلَمُ].

فيه قولان، ويقال: وجهان.

قال: (**وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِنًا لِعَشَرَةٍ**) أي: إذا كانت عليه أو أزيد منها إدخالًا للطرفين في الالتزام.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ لِتِسْعَةٍ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) إدخالًا للطرف الأول فقط؛ لأنه مبدأ الالتزام، وفي وجه ثالث: يكون ضامنًا لثمانية إخراجًا للطرفين، وعدم التعين، قال في «البحر» في باب الإقرار: حكاه الزجاجي عن حكاية الساجي عن الشَّافِعِي ﵁.

قلت: وقد قال السَّاجي في أول كتابه: إن ما يحكيه عن الشَّافِعِي فمن سماعه عن الربيع، فإذن هو المذهب المنصوص إلا إن ثبت عنه نص آخر بخلافه، وسنعيد المسألة في الإقرار مع نظائر لها إن شاء الله تعالى.

تنبيهات وفروع مهمة تتعلق بالإبراء:

منها: اضطراب كلام «الروضة» في الإبراء من المجهول في أنه تمليك أو إسقاط، فقال: هنا فيه رأيان إن قلنا: إسقاط صح وإلا فلا، وهو الأظهر، وقال في كتاب «الوكالة»: إنه لا يشترط في الإبراء علم من عليه الحق على الصحيح، والخلاف مبني على ما سبق من أن الإبراء إسقاط أو تمليك، إن قلنا: إنه تمليك اشترط علمه كالمتهب وإلا فلا، وقال في كتاب «الرجعة»: المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل في أحد الطرفين، انتهى.

واعلم أن الرَّافِعِي وغيره [ذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين: أحدهما: الخلاف في صحة شرط البراءة عن العيوب فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقدار، والثاني: أن الإبراء هل هو إسقاط كالإعتاق أم تمليك المديون ما في ذمته ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان، إن قلنا: إسقاط صح الإبراء عن المجهول، وإلا فلا وهو الأظهر] وقد أوضحت ذلك في «الغنية».

ومنها: هل يفتقر الإبراء إلى القبول؟ قال الرَّافِعِي: إن جعلناه إسقاطًا

……

فلا، وإلا فعن ابن سُرَيْجٍ: أنه لا بد من القبول، وظاهر المذهب أنه لا حاجة إليه؛ لأنه وإن كان تمليكًا فالمقصود منه الإسقاط، وقد نص عليه الشَّافِعِي في «الأيمان»، انتهى.

ومنه لو قلنا: الإبراء إسقاط.

ومنها: له دين على اثنين، فقال: أبرأت أحدكما، فإن قلنا: الإبراء إسقاط صح واحد بالبيان، أو تمليك فلا، قيل: والأشبه هنا البطلان؛ لأن الإيهام كالجهالة.

ومنها: أبرأ من دين أبيه جاهلًا بموته، فإن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فعكسه مال أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا.

ومنها: له دين على من لا يعرفه فأبرأه جاهلًا به، إن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فلا، وقيل: وجه الصحة هنا ظاهر؛ لأنه لا غرض له في معرفة عين مديونه.

ومنها: لو قال: أبرئك من درهم إلى ألف، فوجهان، نص في «الْبُوَيْطِي» على الصحة حيث قال: لا يصح الإبراء حتى نتبين، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ قَدْرَهُ حَلَّلَهُ مِنْ كَذَا إِلَى كَذَا.

وقال الْمُتَوَلِّي: الصحيح أنه لا يصح، والمذهب، وبه جزم الديبلي، وغيره لم يعرف.

قال: لو قال :أبرئك من الدين شهرًا، قال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا: إسقاط صح، أو تمليك فهل يبطل أو يصح، ويسقط بالكلية وجهان.

ومنها: سُئل الحناطي عمن قال: أحللتك من مالي، أو أبرأتك من ديني في الدنيا دون الآخرة، فقال: يقع الإبراء في الدارين كالسابق في حكم الدنيا لإبقاء له في الأحكام الآخرة، ولا يرد الإبراء تعليق الشرط؛ لأن السقوط في بيع للسقوط في [. . . . .](١) وفي النفس منه شيء.

---

(١) بياض بالأصل، وهو غير واضح. وفي «نهاية المحتاج» (٢١/ ٢٧٧): وَلَوْ أَبْرَأَهُ فِي الدُّنْيَا دُونَ ـ

فَصْلٌ الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ

فقال المصنف: [فَصْلٌ]: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ، ....

ومنها: [قارضتك على] ديني على فلان [فاقبضه، واتجر فيه]، أو قال: [قارضتك عليه لتقبض وتتصرف]: إن الصيغة الأولى كناية بخلاف الثانية، قال: ولو قال: هو حلٌّ من ديني، فهل صريح أو كناية؟ وجهان.

قلت: والصحيح الأول، وعن صاحب «البحر» أن لفظ الترك صريح في الإبراء سواء قاله بالعربية أو بالفارسية.

ومنها: إذا منعنا الإبراء من المجهول، فقال: أبرأتك من الدراهم التي لي عليك، ولا يعرف قدرها إلا أنه يعرف أنها أكثر من ثلاثة ففي براءته من الثلاثة وجهان من تفريق الصفقة، وظاهر كلام «الروضة»، أن الأصح المنع وفيه نظر، وقضية كلامه في التفويض في الصداق أن الأصح الصحة، فإنه أبطل الإبراء في عين المتيقن، وجعل المتيقن على وجهين من تفريق الصفقة، وهما هنا كذلك فلا فرق بين الموضعين.

قال: (**فَصْلٌ: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ**) للحاجة إليها كما في المال وبه قال: مالك وأبو حنيفة وأحمد، وعبارة «الروضة»: يصح على المشهور، وقيل: قطعًا، ووجه المنع القياس على الكفالة ببدن الشاهد والزوجة ولأنه لا يقدر على تسليمه، وصححه الجرجاني في «تحريره» وكلام القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» يقتضي ترجيحه، وإن الْقَفَّال صححه وما ذكرناه من المنع في الكفالة ببدن الزوجة تبعنا فيه جماعة من العراقيين وغيرهم، والذي أورده الرَّافِعِي أنها تصح بتلك امرأة تدعي رجلًا زوجها، وكذلك الكفالة بها لمن تثبت زوجيته.

قال في «التتمة»: والظاهر أن حكم هذه الكفالة حكم الكفالة ببدن من ادعي عليه القصاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة، انتهى.

= الْآخِرَةِ بَرِئَ فِيهِمَا، لِأَنَّ أَحْكَامَ الْآخِرَةِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الدُّنْيَا، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ مِثْلَهُ عَكْسُهُ إلَّا أَنْ يُقَالَ إنَّهُ إبْرَاءٌ مُعَلَّقٌ لَكِنْ مَرَّ صِحَّةُ تَعْلِيقِهِ بِالْمَوْتِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ هَذَا مِثْلُهُ. وَلَوْ قَالَ أَبْرَأْتُك مِمَّا لِي عَلَيْك، وَلَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَصْلِيٌّ وَدَيْنُ ضَمَانٍ، بَرِئَ مِنْهُمَا.

فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

قال: (**فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِ**)؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال، وقيل: يشترط بناءً على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ**) أي: المال على المكفول ببدنه.

(**مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ**) فلو تكفل ببدن والمكاتب للنجوم لم يصح.

قال في «الكافي»: ويصح قبل ثبوت الحق وبعده، وقيل: بغيبته، قال: في «البحر» وهل يلزم أن يكون عارفًا بالمكفول له؟ وجهان كالمضمون له المال.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ**)؛ لأنه لآدمي كالدين.

وعبارة «الروضة»: صحت في الأظهر، وقيل: قطعًا، وقيل: لا يصح قطعًا، وادعى الرُّويَانِي أن قول: المنع هو المذهب، وقال في «التجربة»: إنه نص عليه في كتاب:

«اللعان»؛ لأنه مما يسقط بالشبهة والكفالة يراد الاستئناف، قال: وغلط من قال: غيره، انتهى.

وعبارة الشَّاشِي في «الحلية» تفريعًا على الأظهر فعلى هذا تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم عند استدعاء الدعوى كما ضبطه الإمام والغزالي وذكر في «الحاوي» تخرجه ثم حكى الشَّاشِي المنع في القصاص وحد الآدمي عن بعض الأصحاب.

قال: (**وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ الله تَعَالَى**) أي: كحد الزنا والخمر والسرقة؛ لأنها مبنية على الإسقاط، والمذهب هنا القطع بذلك، ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع عليه، وقيل: القولان في الصور من الأولين وليس بشيء.

قلت: ويشبه أن التعزير بحق الله تعالى لحدّه وإن موضع المنع حيث لا يحتم استيفاء الحدّ، أما لو تحتم وقلنا: لا يسقط بالتوبة فيشبه أن يحكم بالصحة.

وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ عَلَى صُورَتِهِ.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لا يصح ببدن من عليه حق مال لله تعالى كزكاة وكفارة وفيه نظر والظاهر صحتها إذا صح ضمان ذلك في الذمة كما سبق وأولى.

قال: (**وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ**)؛ لأنه قد يجب احضارهما مجلس الحكم والشهادة على مورثهما في الإتلافات وغيرها، فإن حصل بإذن وليهما فله المطالبة بإحضارهما عند الحاجة أو إذنه لكفالة البائع بغير إذنه أي: والمذهب بطلانها خلافًا لابن سُرَيْج، وجعل الْمَاوَرْدِي الصحة مفرعة على قول ابن سُرَيْج: وعلى المذهب لا يصح فلو أمره الولي لم يصح أيضًا، وحمل ابن الرِّفْعَة كلامه على موافقة الأول وهم ثبتوا عليه وكأنه لم يتأمل كلامه إلى آخره؛ ولهذا قال في «البحر»: بعد إيراده نحو ما في «المنهاج».

وقال في «الحاوي»: ظاهر مذهب الشَّافِعِي أنه لا يجوز فإن أمره الولي بالكفالة؛ لأن أمر الولي سؤال وطلب لا يتعلق عليه حكم، به وعلى قول ابن سُرَيْج: يجوز ذلك، انتهى.

فإذا صححناها بإذن الولي فزال الحجر بطلت مطالبته ويشبه أن يكون الحكم كذلك لو انعزل والظاهر أن المعتبر في كفالة بدن السفينة إذن وليه لا إذنه، ويحتمل غيره.

قال: (**وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ**) أي: بإذنهما وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يصح ضمان المعسر المال. (**وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيَشْهَدَ**) بِفَتْحِ الْهَاءِ.

(**عَلَى صُورَتِهِ**) ويصح ببدن المريض ليشهدوا على عينه إذ لخلوها كذلك ولم يعرفوا نَسَبَه.

تنبيهات: أطلقا القول بصحة ذلك ولم يتعرضا لإذن أحد فيها، وفيه إشكال إذ كيف يمكن أجنبي من غير سبب متقدم منه ولا إذن معتبر من ولي، وقياس ما سبق عن «الحاوي» في الصبي والمجنون في الميت وأن أذن وليه، ولعل هذا من تفاريع ابن سُرَيْج.

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ وَإِلَّا فَمَكَانُهَا، ....

نعم، صوَّر كثيرون المسألة بما إذا كفله بإذنه في حياته ثم مات وكان الميت ممن يلزمه حضور مجلس الحكم لزم إحضاره ليشهدوا على عينه لعدم معرفتهم باسمه ونسبه، أو يحضره الحاكم والشهود وعلى تقدير الجواز في صورة الكتاب والظاهر أن محله قبل الدفن وعند الأمن من التغيير والتأخير وعند عدم النقل من بلد إلى بلد وليس للولي أن يأذن في مثل هذه الأحوال، فإن أذن فلا غيره بإذنه هذا ما ظهر لي بلا نقل، ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: وإذا اشترطنا في كفالة الحي إذنه فيظهر هنا يعني: بحث اشتراط إذن الوارث، انتهى.

والتعبير بالولي أجود ويجب أن يعتد بالحوار حيث لا ضرر على الميت فيه بتغير وغيره، وأما كفالة بدن الغائب.

قال شارح: فيظهر صحتها إذا كان دون مسافة العدوى أو فوقها؛ ولكن يكفل إحضاره إلى مكان يلزمه الحضور فيه وإلا نائب يعلم اختلافهم، ولزوم إحضاره منه، والصحيح إنما يحضره من مسافة العدوى بشرط ألا يكون بها حاكم، فعلى هذا إذا كان ببلدة حاكم أو كان فوق مسافة العدوى لا ينبغي أن تصح الكفالة ببدنه؛ لأنه لا يلزمه الحضور.

قال: وهذا لا شك فيه إذا لم يأذن فإن أذن فقد يقال: إنه التزم الحضور ويحتمل أن يقال: إنه التزام ما لا يلزم فلا يصح، انتهى. وهذا حسن، والتزام ما لا يلزم وعد.

قال: (**ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ**) أي: وكان صالحًا له.

(**تَعَيَّنَ**) ويجب أن يكون هذا فيما إذا أذن فيه المكفول ببدنه ورضي به على ما فيه وإلا فالظاهر فسادها ولا يغني عن ذلك مطلق الإذن في الكفالة.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعين مكان التسليم.

(**فَمَكَانُهَا**) أي: مكان الكفالة، وقال **الْمُتَوَلِّي**: هو كما لو أطلق السلم إلى المؤجل، وجزم الإمام بأنه لا يخرج على الخلاف، وفيه وقفة، ولا بُدّ من كون الموضع هنا صالحًا لا كلجة بحر ونحوها، فإن كان بلجة أو مفازة فهل

وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ، ....

يقول: يجب التعيين؟ فإن أطلق فسدت، أو يقول: تصح ويحمل على أقرب موضع صالح للتسليم، فيه نظر ولا بُدّ أن يكون المكفول ببدنه لمكان لو استعدى عليه إلى ذلك الموضع للزمه الحضور إليه؛ لأن الكفيل فرع له، وإن لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل، صرح به الإمام والغزالي وأقرهما الشيخان؛ لكنهما ذكرا من بعد ما يخالفه وسنذكره بما فيه إن شاء الله تعالى.

تنبيه: أطلق تعين المكان والمعين ومكانها وقال في «الروضة»: إذا أحضره في غير الموضع المستحق فله أن يمنع إن كان له فيه غرض، فإن كان قد عيَّن مجلس الحكم أو موضعًا يجد فيه من يعينه على خصمه فلو لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله، فإن امتنع رفعه إلى الحاكم ليقبض عنه، فإن لم يكن حاكم أشهد شاهدين أنه يسلمه إليه، انتهى.

وقال في «البحر»: لو لم يرفعه إلى الحاكم وأشهد على امتناعه شاهدين فظاهر ما قاله: الشيخ أبو حامد أنه لا يبرأ، وقال القاضي الطبري: يبرأ ويكفي الإشهاد على امتناعه، وهذا أقيس؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يجوز تسليمه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره، وهذا لفظ «الشامل» ومنه أخذه وجرى عليه الشَّاشِي والعمراني، ولم يذكر المصنف في «التنقيح» سواه، وقول «الروضة»: فإن كان قد عيَّن مجلس الحكم يقتضي تعينه مطلقًا، وإنه لا يلزمه قبوله في غيره، وفي «البحر» أنه لو عيَّن المسجد الأعظم أو مجلس الحكم لزمه تسليمه فيه، فإن سلمه إليه في غيره نظر إن كان بقرب مجلس الحكم ولا يتعذر عليه حمله إليه، وإذا امتنع لحقه العون من جهة الحاكم لزمه تسليمه، وفيه وجه أنه لا يلزمه إلا في الموضع الذي عينه؛ لأن عليه مؤنة في حمله.

فإن قلتَ: وقضية كلام «الشامل» وغيره أن المذهب الأول فإن طريقة الوجهين ضعيفة فإذن كلام المصنف يوافق الوجه المرجوح.

قال: (**وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ التَّسْلِيمِ**) أي: سواء طالبه به المكفول له أم لا (**بِلَا حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ**) أي: ويد سلطان وحبس بغير حق؛ لعدم التمكن

وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ: سَلَّمْت نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ.

بخلاف حبس الحاكم بالحق فإنه لا يمنع صحة التسليم لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق، وقوله: في مكان التسليم يفهم أنه لا يبرأ بتسليمه في غيره مطلقًا وسبق ما فيه، وسكت عن وقته وذلك فيما إذا كفله، وقد قال الأئمة: حكم تسليمه قبل حكم إحضار الدين قبل محله كما سبق، ولو أخر التسليم.

قال الْمَاوَرْدِي: وهكذا لو تكفل به عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهُ بِـ«الْبَصْرَةِ» فَسَلَّمَهُ فِي غَيْرِهَا، فَإِنْ كَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي سَلَّمَهُ مِنْ يَدِ غَالِبَةٍ أَو كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِالْبَصْرَةِ وَفِي حَمْلِهِ إِلَى الْبَصْرَةِ مَؤُنَةٌ لَمْ يَبْرَأْ بِتَسْلِيمِهِ إِلَّا بِالْبَصْرَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمَكَانُ آمِنًا وَالْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً وَاسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مُمْكِنًا بَرِئَ بِتَسْلِيمِه، وفي «فتاوي الْقَفَّال»: إذا أسلمه إليه فلم يقبل نظر إن كان بموضع ليس عليه الامتناع منه في الغالب برئ، وإن كانت في مفازة فلا، انتهى.وإطلاقه يفهم أنه لا فرق بين وقوع الكفالة بالمفازة وغيرها ولعله لم يرده.

قال: **(وَبِأَنْ يَحْضُرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَيَقُولَ سَلَّمْت نَفْسِي عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ)** كأداء الأصيل الدين وتسليم أجنبي بإذن الكفيل كتسليمه وبدون إذنه لا يلزمه قبوله، فإن قبل برئ وتسليم الولي كتسليم الكفيل، وإطلاق «الكتاب» يشمل الصبي والمجنون إذا سلما أنفسهما عن جهة الكفالة، ولم أره نصًا، وفيه وقفة إذ لا حكم لقولهما.

والظاهر أنه إن قبل حصل التسليم، وإلا فلا.

قال: **(وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ)** أي: من عين أن يقول: سلمت نفسي عن الكفالة؛ إذ لا تسليم من الكفيل ولا ممن ينوب عنه حتى لو ظهر به خصمه في مجلس الحكم فادعى عليه بتلك الخصومة لم يبرأ الكفيل، قاله القاضي الحسين: والمراد مع بقاء الحق والخصومة، قال: ويبرأ الكفيل بإبراء المكفول له أو لأصله، ولو قال: رددته إلى أحدٍ بقوله، ولو قال: لا حق لي قبل المكفول به أو عليه، فوجهان وأخبرنا فيما لو كان له عليه دين فقال: لا حق لي قبله أحدهما يبرأ، لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، والثاني يرجع إليه،

فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ، وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ.

فإن قال: أردت نفي الدين من ذمته برئا، أو نفي الوديعة والشركة والعارية، قيل قوله: فإن كذبناه حلف، فإن قال: لا حق لي في ذمته ولا في يده برئا على الوجهين، وأشبه الوجهين عندي مؤاخذته بإقراره إذا كان عارفًا بمدلول لفظه.

فرع: كفلا من سائم جاء به أحدهما وسلمه المكفول قال الْبَغَوِي: وتبعا وقع تسليمه عن نفسه دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي أو لم يقل.

قلت: وقياس ما سبق إذا كان بإذنه، أو قيل: إن الآخر يبرأ.

قال: الرَّافِعِي وإن كفلاه معًا فوجهان، قال الـمُزَنِيّ: يبرأ صاحبه، وقال ابن سُرَيْج: لا يبرأ كرهنين انفك أحدهما، انتهى.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: الصحيح من المذهب أنه يبرأ وهو اختيار الـمُزَنِيّ، قال: وغلط من قال غيره.

فرع: قال في «البيان»: لو أبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازمًا له فقال له: خله فأنا على ما كنت عليه من الكفالة أو على ذلك ما كنت عليه، قال أبو العباس: صحت كفالته؛ لأنه لا حياد عن كفالته له، أو إقرار به أو ابتداء كفالة في الحال وإنما كان وجب أن تصح.

قال: (فَإِنْ غَابَ لَمْ يَلْزَمْ الْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ) لعجزه كالمعسر بالدين وعن الجوري: أنه يحبس ويجب تنزيله على بعده على ما لو كذبه الخصم في دعواه الجهل مكانه، أما لو صدقه فيه فلا.

قال: (وَإِلَّا فَيَلْزَمُهُ) أي: فإن عرف مكانه والطريق آمن وأمكنه الوصول إليه ولم يكن هناك من يمنعه يجب تسليمه فيه لم يلزم إلا لحضوره مع المكفول إلى مجلس الحكم، ثم الحاكم مخير إن شاء أحضره إلى أن يسلمه الكفيل إليه فيه ثم أعاده إلى الحبس، وإن شاء وجههما إلى الحبس ليسلمه فيه وهو أحوط؛ بل بمعنى إذا خيف هربه لو أخرج أو حيلولة متغلب دونه.

قال: (وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ) أي: على العادة وإن بعدت المسافة،

فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ، وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ.

وذكر بعضهم أنه يبعث معه عن توجهه لإحضاره من يمنعه من الهرب وهذا يحتمل أن يراد به الكفيل أو المكفول، ورأيت في «البيان» أنه إذا أريد المكفول ولحق بدار الحرب أو حبس بحق لزم الكفيل إحضاره، فيخرج إلى دار الحرب لإحضاره والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق ويطلق عن الحبس، هذا لفظه ولا يقول أحد فيما أجيب أنه يرهق إلى ما إذا أعلنه وإخراجه ليسلمه فإن أراد أنه يمكنه أن يتبرع نادى عليه ويخرجه ليسلمه إن شاء الله وإلا فلا يجيء، وعبارة «الشامل»: قال الـمُزَنِيّ: لو ارتدَّ ولحق بدار الحرب لزم الكفيل إحضاره، وهذا إنما يلزمه ما يقدر عليه وكذلك المحبوس عند غير الحاكم، انتهى.

ويجوز حملها على ما إذا أمكنه إخراجه بغير مال، أما بقوته أو نحو ذلك لا، كما أفهمه كلام «البيان».

قال: **(فَإِنْ مَضَتْ)** أي: مدة ذهابه وإيابه.

(وَلَمْ يُحْضِرْهُ حُبِسَ) أي: لتقصيره فيما وجب عليه ثم سعى في إحضاره بالتوكيل ويدام حبسه إلى أن يتعذر إحضاره بمؤنة أو نصير وزجه في مكان لا يمكن إحضاره منه أو للجهل به.

قلت: وَالظَّاهِرُ إِمْهَالُهُ عند الذهاب والعود لِانْتِظَارِ رُفْقَةٍ يَأْمَنُ مَعَهُمْ وَعِنْدَ الْأَمْطَارِ وَالثُّلُوجِ الشَّدِيدَةِ وَالْأَوْحَالِ الْمُؤْذِيَةِ الَّتِي لَا تُسْلَكُ عَادَةً وَلَا يُرْهَقُ وَلَا يُحْبَسُ مَعَ هَذِهِ الْأَعْذَارِ ولم أره نصًا.

قال: **(وَقِيلَ: إِنْ غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ)** إلحاقًا لها بالغيبة المنقطعة كما لو غاب الولي أو شاهد الأصل إلى مسافة القصر يكون لغيبته المنقطعة، قال الرَّافِعِي: ولا فرق بين أن تطرأ الغيبة أو يكون غائبًا وقت الكفالة أي: ففيه الوجهان، وكان قد حُكي عن الإمام أنه لو كفل رجل بـ«بغداد» رجلًا بـ«البصرة» لم يصح، وعليه جرى الْغَزَالِي وغيره.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ.

قال الرَّافِعِي هنا: إنه جواب على أنه لا يلزمه الإحضار يعني: إذا غاب إلى مسافة القصر أي: والصحيح خلافه وقدمنا فيما إذا كان غائبًا وقت الكفالة بما يقتضي موافقة الإمام فإن من بـ«البصرة» لا يلزمه الحضور بـ«بغداد» للمحاكمة، فكذا من يكفل ببدنه، وهذا لا شك فيه إن كان بغير إذنه، وكذا لو كان بإذنه على ما سبق من الاحتمال، فإن إذنه لا يغير الحكم، ولو كان وقت الكفالة في محل يلزم إحضاره منه ثم غاب إلى محل لا يلزمه الحضور منه فالمتجه هنا أنه لا يلزم الكفيل إحضاره وإلا لزم من كان في بلد وانتقل إلى بلد بعيد الحضور منه استصحابا باللزوم وحضوره في البلد الأول، نعم ينبغي أن يقال: يجب إحضاره في المحل الذي هو فيه فيتوجه إليه المكفول له أو وكيله فيسلمه ويحاكمه هناك وتخصيص قولهم إن مكان التسليم ما يعينه أو مكان الكفالة بما إذا كان يجب على المكفول الحضور إليه، فإن غاب عنه فيحضره إلى أقرب موضع إليه مما يلزمه الحضور فيه. وهكذا إذا ضمن رجل طعامًا أسلم فيه وشرط في السلم إن يسلمه في بلد لا يجب على الضامن إن يسلمه في غير ذلك البلد اعتبارًا بأصله، فكذا هنا الواجب على الكفيل من الإحضار ما يجب على المكفول من الحضور، ويحمل قول: الأصحاب على الأصح أنه يلزمه إحضاره إذا غاب إلى مسافة القصر على الإحضار إلى مجلس الحكم هناك مما يلزم المكفول الحضور إليه، وعلى الوجه الآخر لا يلزمه الإحضار هنا ولا الذهاب ليسلمه هناك وتسقط القيمة إثر الضمان في هذه الحالة كما في الولي والشاهد، هكذا قال: شارح بحثًا وهو حسن.

وفي كلام «النهاية» وغيرها التصريح بما ذكره آخرًا من الاعتبار بالاستعداء؛ لكن في «الشامل» وغيره عن الـمُزَنِيّ من غير مخالفة أنه لو ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب وأمكن إحضاره لزمه ذلك وإطلاقه ينازع في ذلك إذ لا حاكم لنا هناك، وظاهر كلامهم يقتضي أنه يحضره إلى موضع الكفالة، أو المعين فيه، وبهذا قالوا: يمهل مدة ذهابه ورجوعه وقد يعرف بأن هذا بإذن المكفول به ورضاه كما أشرنا إليه من قبل بخلاف الاستعداء، وفيه نظر.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ لَا يُطَالَبُ الْكَفِيلُ بِالْمَالِ**) وكذا عبارة

....

«المحرر» وفيها إيهام فإنه لا يطالب بالمال بحال على المذهب لا في الحياة ولا قبل الدفن ولا بعده، ولو قالا: لم يطالب شيء، كما في «تهذيب المحرر» وغيره؛ لكان أجود فإن في انقطاع طلب الإحضار بالموت قبل الدفن وجهان، قال الرَّافِعِي: أصحهما لا ينقطع؛ بل عليه إحضاره ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صورته، كما لو تكفل ابتداءً بدين الميت، والثاني: ينقطع جهلًا للإحضار الملتزم على حال الحياة فإنه الذي يخطر بالبال غالبًا، انتهى.

وهذا ما يفهم من كلام كثيرين الجزم به وإنه المذهب، وأرسلا في «النهاية» و«البسيط» و«الوسيط» الوجهين بلا ترجيح، وعبارة «الوجيز»: ولو مات أو هرب أو استخفى مكانه فالصحيح أنه يلزمه شيء فظاهرها أنه لا يلزمه مال ولا إحضار، وقال في «البحر»: إذا مات برئ الكفيل على قول الشَّافِعِي، ثم قال: من بعد قال أصحابنا الخرسانيون: إذا تكفل ببدن رجل قبل ثبوت الحق عليه بإقرار أو بينة فعلى الكفيل إحضاره مجلس الحكم ولا بُدّ من الإذن هاهنا؛ ليمكنه إحضاره عند القاضي والكفالة واقعة على إحضاره، فإن تعذر الإحضار لموت أو غيبة بطلت الكفالة إلا أن يكون الميت لم يتغير ويقول المشهود: نحن نشهد على وجهه لا على اسمه ونسبه، فعلى الكفيل مؤنة إحضاره مجلس الحكم ليشهدوا على وجهه، ذكره بعض أصحابنا بـ«العراق» والمشهور الأول.

وقال في «الحاوي»: إن كان عليه بينة يشهد على غيبته أو يحضره الحاكم إلى موضعه ليسمع البينة على عينه وعلى هذا في الكفالة وجهان:

أحدهما: إنها باقية، ويوجد الكفيل بإحضار الميت.

والثاني: أنها تبطل؛ لأن الميت محجور عليه لإقامة الشهادة عليه فلم يحتج إلى الكفيل، انتهى.

أما مطالبة الكفيل بالمال فذهب الشَّافِعِي كما قال: الْمَاوَرْدِي وغيره، وجرى عليه الجمهور أنه لا يطالب بردّ رأس المال.

فاعلم أن الميت قد يخلف تركة فإن كان الخلاف في مطالبة الكفيل بالمال

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ.

عند التعذر وهو ظاهر كلامهم، فعند الدفن مع التركة الممكن للاستيفاء منها لا تعذر فلا يطالب قطعًا، وقبله مع عدم التركة يطالب على أحد الوجهين، للتعذر فلا فائدة للتقييد بالدفن إلا في بطلان الكفالة، فإن الشهادة على غيبته عند الحاجة مقصودة، وإنما كان ينبغي التقييد بالدفن كما قال في «التنبيه» وغيره: إن الكفالة تبطل كما قدمناه، وأحسبه قول: الجمهور.

ولو هرب المكفول به إلى حيث لا نعلم أو توارى فهل يطالب الكفيل بالمال؟ خلاف مرتب على الموت، وأولى بالمنع؛ لأنه لم ييأس من إحضاره.

إشارة: حد من قوله: فلا يطالبه بالمال، أن الخلاف فيما إذا كانت الكفالة بمن عليه مال، أما لو كان ببذل زوجة أو بمن عليه قَوَد أو حدّ فلا مال قطعًا.

فرع: لو مات المكفول له بقيت الكفالة، وقام وارثه مقامه كما في ضمان المال، وقيل: تبطل لضعفها، وقيل: إن كان عليه دين أو له وصي بقيت، وإلا فلا، قال: وفي «الروضة» قبل هذا بأسطر عن «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشَّافِعِي والأصحاب، بطلت الكفالة، ولا شيء في تركته، وعلى قول ابن سُرَيْج: ينبغي ألا تبطل؛ لأنها عنده، قد يقضي إلى مال يتعلق بالتركة؛ لكن لم أر فيه نصًّا.

ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه، فإن له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي، فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، ففي براءته وجهان، حكاهما ابن سُرَيْج، انتهى. وفيه نقص.

وعبارة «الحاوي»: فإن المستحق به لا تعلق له بالمال، كان المستحق للكفالة الوارث وحده دون الغرماء وأهل الوصايا، وإن كان مالًا وساق ما في «الروضة».

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ الْمَالَ إِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بَطَلَتْ**) أي: ظاهر المذهب لاشتراطه ما ينافيها، وقيل: يصح بناءً على التغريم،

وَأَنَّهَا لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ].

وقيل: تصح الكفالة بالبدن ويبطل شرط المال، وعبارة الرَّافِعِي وغيره، إن قلنا: يغرم عند الإطلاق وإلا فالكفالة باطلة، وقال القاضي الحسين: لا تصح الكفالة بالمال، وفي كفالة البدن قولان، فإن قال: تكفلت ببدنه، فإن مات فعلى المال صحت الكفالة، وبطل التزام المال، قاله: الْمَاوَرْدِي.

قال: ولو قال: كفلت لك نفسه على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه، بطلت الكفالة والضمان معًا. ولو قال: كفلت لك نفسه على أنه إن مات وضمنت مالك عليه وهو معلوم، صحتا.

ولو قال: ضمنت لك عن ألفٍ، فإن لم أردها فأنا كفيل بنفسه، صح الضمان وبطلت الكفالة. **قلت**: في صحة الضمان نظر!

قال: ولو قال: ضمنت لك عنه ألفًا على أني لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه، بطل الضمان والكفالة.

قال: **(وَأَنَّهَا)** يعني: كفالة البدن.

(لَا تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا الْمَكْفُولِ) أي: إذا أذن وليه كما سبق بما فيه إذ لا يلزمه الحضور معه، وصححهما ابن سُرَيْج بناءً على أنه يغرم، ومحل خلافه إذا تكفل بعد ثبوت المال، أما قبله، فقال القاضي الحسين والبغوي وغيرهما: فلا خلاف أنها لا تصح بلا إذن، وهذا الكلام مصرح بأن الخلاف فيما إذا تكفل به لمال عليه، لا في كل حق.

فرع: يشرط معرفة المكفول وتعينه في اشتراط معرفة المكفول له وجهان سبقا، قال في «الروضة»: ولا يشترط رضاه على الصحيح.

قال: وإذن هل يعتبر رضا المكفول به أي: وصححناه كما قيده الرَّافِعِي، وسقط من «الروضة»، تبعًا لنسخة سقيمة فأراد إحضاره لطلب المكفول له نظر! إن قال: أحضر خصمي وللكفيل مطالبته بالحضور وعليه الإجابة، لا بسبب الكفالة بل؛ لأنه وكيل في إحضاره، وإن لم يقل ذلك؛ بل قال: اخرج من حقي، فهل له مطالبته به؟ وجهان.

....

قلت: والأقرب المنع ويوجبه اللزوم يتضمن المطالبة والتوكيل بعيد.

فرع: ضمن أو كفل ثم قال: لم يكن على المضمون أو الكفيل حق، فالقول: قول المكفول له، وفي تحليفه وجهان، فإن قلنا: يحلف فنكل حلف الآخر وسقطت المطالبة، هكذا ذكره الرَّافِعِي، وعلل بأن الكفالة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق، قال شارح: وهذا في ضمان المال صحيح، فأما كفالة البدن فليس من شرطها ثبوت الحق ولا ظهوره؛ بل يكفل ليحضر إلى الحاكم، فيعلم هل عليه حق أم لا؟ فدعوى الكفيل أنه لا حق عليه، لا يخالف ما سبق، وينبغي حمل كلام الرَّافِعِي على ما إذا ادعى أنه لا يلزمه الحضور إلى الحاكم، ليتوصل به إلى إبطال الكفالة، أو يكون هذا الكلام صادر ممن يشترط فيما يكفل نسبه أن يكون مما يصح ضمانه وهو وجه ضعيف ومتى لم يحمل على أحد هذين المحلين لم ينتظم، انتهى.

وقوله: هذا في ضمان المال صحيح موهم، إذ في «كفاية» شيخه ابن الرِّفْعَة، هل يشترط إقرار المضمون عنه الدين لو أنكر أصل الدين واعترف به إنسان ثم ضمنه؟ فوجهان في «النهاية» في باب الإقرار بالنسب، والأصح المشهور في الطرق، أنه لا يشترط، وقال غيره: ولو قال: ضمنت؛ ولكن الدين ليس على المضمون عنه، لم يسمع قوله: في الأصح، وقال الرَّافِعِي: إن الكفالة لا تكون إلا بعد ثبوت الحق بوجه لتصديق المكفول له، أي: الغالب وذلك وأن الكفيل بإقدامه على الكفالة، والضمان مصدق وكان الحق ثابت بالنسبة إليه؛ لأن إقدامه على ذلك متضمن لتصديق المكفول له لا أن يقدم الثبوت في ظاهر شرط فيها، وفي «البسيط» لو تكفل ببدن فلان ثم ادعى أنه لم يأذن له، فهو مؤاخذ بقوله: ويحمل على كفالة صحيحة، انتهى.

ويمكن تخرجه على دعوى الصحة والفساد، وهو قريب مما سبق من قول المشتري: لم أر المبيع.

فرع: في «فتاوي الْقَفَّال»: إذا تكفل ببدن إنسان إلى عشرة أيام نظر، فإن عني به أنه يصر كفيلًا قبل ذلك صحت الكفالة في الحال، فإذا طالبه به في

....

العشرة رده عليه، وإن طالبه بعد العشرة لا يلزمه رده إليه، فالقول: إن ضمان الأداء لا تقع البراءة منه إلا بالإبراء، والأداء وضمان النفس، قد يبرأ منه بغير ذلك، وهو دون المتكفل ببدنه، فيسقط لتسليمه إليه، فجاز أن تقع البراءة بعد انقضاء المدة، انتهى.

وفي أصل «الروضة»: لو وقت كفالة البدن، فقال: أنا كفيل به إلى شهر إذا مضى برئت فوجهان، وقيل قولان: أصحهما البطلان كضمان المال، ولم تجز الكفالة وبشرط التأخير في الإحضار شهرًا جاز للحاجة، وتوقف فيه الإمام وأقامه في «الوسيط» وجهًا، فإذا صححنا، فأحضره قبل المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله نظر هل له غرض في الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلًا أم لا؟

وحكم القسمين على ما سبق في غير المكان المعين، انتهى.

وأطلق في الكتاب وأصله «الرونق» أن التأجيل يبطل كفالة البدن، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه يحتمل أن تصح كالسلم في جارية إلى مدة، ويحتمل ألا يجوز إلا على الإطلاق، انتهى.

وحكاه في «البحر» وجهًا والمشهور الصحة، ولو شرط لإحضاره أجلًا مجهولًا كالحصاد لم تصح الكفالة على الأصح.

فرع: إذا ضمن رد عين المضمونة بغصب أو عارية أو سوم وأمانة خُيِّر فيها ونحوها. قال في «الروضة»: المذهب الذي عليه الجمهور أنها على قول: كفالة البدن، وقيل: تصح قطعًا، والفرق أن حضور الخصم ليس هو مقصود في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، فالتزام المقصود أولى.

قلت: وفيما نقله توقف، قال الْمَاوَرْدِي: قال: إن مذهب الشَّافِعِي أنها لا تصح، ولم يذكر في «حليته» سواه.

قال: وقال ابن سُرَيْج: تصح، وحكاه قولًا للشافعي، هذا مع حكم الماوَرْدِي فإن المذهب الصحيح صحة كفالة البدن، فإن صححنا فرد وبرئ،

فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ.

قال المصنف: [لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالْتِزَامٍ كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ أو تَحَمَّلْته أو تَقَلَّدْته أو تَكَفَّلْت بِبَدَنِهِ، ....

وإن تلفت وتعذر الرد ففي ضمان قيمتها وجهان لموت المكفول به، وإن ضمن قيمتها لو تلفت، قال البَغَوِي: حتى على أنه لو مات المكفول به هل يغرم الكفل المال؟ إن قلنا: نعم، صح الضمان، هكذا وإلا فلا، وهو الصحيح. وجعل صاحب «الإيضاح» المذهب عدم صحة الضمان في الصورتين، وهو موافق لنقل الإمام.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ فِي الضَّمَانِ**) أي: للمال.

(**وَالْكَفَالَةِ**) أي: للبدن.

(**لَفْظٌ يُشْعِرُ بِالْتِزَامٍ**) لأنه التزام حق، فلا يصح بدون لفظ أو مما يقوم مقامه كسائر العقود.

إشارات: كان ينبغي أن يزيد على قوله: لفظ أو ما ينوب عنه لتدخل إشارة الأخرس وكتابته، كما في البيع؛ بل وكتابة الناطق كما سبق بيانه، وقوله: يشعر يقتضي أنه ينعقد بالكتابة كالصريح، وهو صحيح نعم التصريح ما يحمل مدلوله أكثر الناس كزعم وحمل وصبر وقصد ففي جعلها صرائح فيه نظر، وينقدح أحد أمرين: إما أن يقال: إنها كتابة منهم، أو أنه إذا قال: ما منعناها، وهي ممن يخفى عليه ذلك أن يصدق بيمينه كما سيأتي نظيره في الطلاق إن شاء الله تعالى.

قال: (**كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ أو تَحَمَّلْته أو تَقَلَّدْته أو تَكَفَّلْت بِبَدَنِهِ**)، أما ضمنت فهي أم الباب ولفظ «المحرر وتهذيبه وإيجازه» وغيرها زيادة لفظة: لك بعد ضمنت، والظاهر أنها ليست تقيد، وإما تحمله فلاشتهارها في الحديث وغيره، وتقلدته في معناها، وتكفلت ببدنه أشهرت في ألفاظ الصحابة ﷺ وغيره، وكذا تكفلت بوجهه، ولو قال: تكفلت بنفسه أو بعينه أو بجسمه أو بروحه صح، ولو تكفل بعضو منه موجود، فأوجه:

أحدها: البطلان، كبيعه، وبه قال كثير من العراقيين.

أو أَنَا بِالْمَالِ أو بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أو كَفِيلٌ أو زَعِيمٌ أو حَمِيلٌ.

وثانيها: يصح لاتصالها، وفي تسليمه تسليم الكل.

وثالثها: إن كان بما لا يبقى البدن دونه كالرأس والكبد والقلب صح، وإن بقي كيده ورجله فلا، وصححاه في «التهذيب» والرافعي.

ورابعها: إن عبر به عن كل البدن كالرأس والرقبة صح، وما لا فلا، وصححه الْقَفَّال، وألحق الصابع كالثلث والنصف، وكالذي لا يبقي البدن دونه فيكون على وجهين، وجزم الْمَاوَرْدِي بصحتها بكفالته رأسه أو وجهه أو عينه أو قلبه أو فؤاده وغيرها، مما لا يحيى دونه أو جزء صابع.

واعلم أن الوجه الأول قضية كلام «الروضة»، في كتاب «الظهار».

قال: (أَوْ أَنَا بِالْمَالِ) أي: الذي على هذا أو على زيد.

(أَوْ بِإِحْضَارِ الشَّخْصِ ضَامِنٌ أو كَفِيلٌ) لما سبق.

(أَوْ زَعِيمٌ) لورودها في الكتاب والسنة.

(أَوْ حَمِيلٌ) من الحمالة، وكذا قبيل، وقيل كناية.

قال الرَّافِعِي: يطرد في الحميل، وما ليس بمشهور في العقد، ويشبه: أنا به صبير لا التزمت مالك على فلان، فالظاهر الصراحة، وأقوى الوجهين في «الروضة»: أن قوله دين فلان إلي ليس بصريح، ولو قال: خل عنه والدين الذي عليه عندي، فكناية.

قلت: وأكثر العوام يعبروا عن علي بعبدي فيشبه أن يجري في صراحته ذلك خلاف كنظائره.

فائدة: قال الْمَاوَرْدِي: والضمين والزعيم والكفيل والحميل والصبير بمعنى واحد، غَيْرَ أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الضَّمِينَ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْأَمْوَالِ، وَالْحَمِيلُ فِي الدِّيَاتِ، وَالزَّعِيمُ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ، وَالْكَفِيلُ فِي النُّفُوسِ، وَالصَّبِيرُ فِي الْجَمِيعِ يصح لكل واحد منها ويلزم، انتهى.

وكأنه أراد عرف الفقهاء وأهل اللغة، وإلا فالأكثر العوام يجهل أكثر ذلك كما قدمناه.

وَلَوْ قَالَ: أُؤَدِّي الْمَالَ أَو أُحضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ، وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ،

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أُؤَدِّي الْمَالَ أَو أُحضِرُ الشَّخْصَ فَهُوَ وَعْدٌ)** أي: فليس بالتزام؛ لأن الصيغة لا تشعر به، هكذا أطلقوه، وحمله ابن الرِّفْعَة على ما إذا خلا عن القرينة، فإن احتفت قرينة تصرفه إلى الإنشاء، فينبغي أن يصح، قال: لكن لم أره للأصحاب، انتهى.

وقد يؤيده قول الْمَاوَرْدِي في النذر، إذا قال: إن سلم مالي أعتقت عبدي أنه نذر ويشبه أنه يقال: إنه كناية، فإن العامي يقصد به الالتزام، فإن اعترف بقصد به الضمان أو الكفالة ألزم بذلك.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا)** يعني: المال وكفالة البدن.

(بِشَرْطٍ) أي: كالبيع ونحوه ليس الخلاف فيهما متحد الرتبة، أما ضمان المال، فلا خلاف على الجديد أنه لا يجوز تعليقه، وخرج فيه وجه بناء على القديم في ضمان الجمهور، وما لم يجب، وأما كفالة البدن فإن علقها بمجيء الشهود، فإن جوزنا تعليق الضمان، فهي أولى وإلا فوجهان، وإن علقها بالحصاد، فوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع أو يقدم زيد، فالوجهان بالترتيب أولى بالمنع، فإن جوزنا، فوجد الشرط صار ضامنًا.

قال: **(وَلَا تَوْقِيتُ الْكَفَالَةِ وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ)** أي: أن يقول أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضي ترتب كضمان المال كذلك، والثاني: يجوز لأنه يقصد تسليمه في المدة لغرض بخلاف المال.

وحكى الْبَغَوِي وغيره الخلاف قولين، وعن «الحاوي» قول غريب: إن الشرط يبطل، ويصح الضمان، فإنا صححناه، وبه أفتى الْقَفَّال كما سبق، فإذا مضت المدة بريء الكفيل، وبنى القاضي في «الفتاوى» الخلاف على أنه هل يطالب عند تعذر الإحضار، إن قلنا: نعم، يصح، وإلا صحت، وقضية ترجيح الصحة، وهو مقتضى كلام الرُّويَانِي، وبه جزم في «الحلية».

فرع: لو ضمن مالًا أو كفل بدنًا بشرط الخيار لنفسه لم تصح للمنافاة،

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ.

ولو شرطه المضمون له لم تضر إذ الخيار والإبراء إليه أبدًا.

قال: (**وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا أَجَلًا مَعْلُومًا**) للحاجة، ويثبت الأجل في حق الضامن فقط، والثاني: لا، للاختلاف، والأول: قول الجمهور من العراقيين وغيرهم في النص إشارة إليه، فله مال يأخذ على ما شرط دونه، ما لم يشرط، وانتقد على الإمام دعواه إجماع الأصحاب أن الأجل لا يثبت.

إشارة: قال في «الدقائق» في بعض نسخ «المحرر»: والأصح فيه لا يصح ضمان الحال مؤجلًا، قال: والصواب ما في «بغية» الشيخ و«المنهاج».

قلت: والذي رأيته في نسخ «المحرر» على كثرتها كما حكي عن بعض النسخ، وعليه جرى أصحاب مختصرات «المحرر» لتهذيبه وإيجازه وفتاويه.

والظاهر أن «المحرر» تبع الإمام في ترجيح البطلان، وإن بعض نسخ «المحرر» أصلح على ما ذكره المصنف من الترجيح، وهو المرجح في الشرحين، والزيادة في الأصل كأصل التأجيل، فيجري فيه الخلاف.

إشارة: عبارة «المحرر»: ضمان المال الحال، فحذف المصنف لفظة: المال، وكذا حذفها غيره من المختصرين ليشمل كفالة البدن، كذا قيل.

قال: (**وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُؤَجَّلِ حَالًّا وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّعْجِيلُ**) لأنه تبرع بالتزام التعجيل، والثاني: يلزمه كأصل الضمان، وخطّأ الْمَاوَرْدِي ابن سُرَيْج فيه، فعلى الأول: هل يثبت الأجل في حقه مقصودًا أو بيعًا؟ وجهان، صحح صاحب «التعجيز» في تبرعه التبعية، وثمرتها أنه لو مات الأصيل إن جعلناه في حقه بالعاجل عليه وإلا فلا، وضمانه المؤجل إلى شهر مؤجلًا إلى شهر كضمانه المؤجل حالاًّ.

فرع: قال الإمام: إذا صححنا ضمان المؤجل حالًا، وأطلق الضمان، فهل يثبت عليه حالاً أو مؤجلًا؟ أظهرهما: مؤجلًا، وعلى هذا هل يشترط أن

وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ.

يعرف بأصل الأجل ومقداره؟ على الجديد: وجهان، وقضية ما في «حلية» الرُّويَانِي الجزم باعتبار ذلك، حيث قال: ويتم الضمان بالضامن وحده إذا علم لمن هو، ومتى هو.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي والشاشي في «الحلية»: لو ضمن عن زيد ألفًا ثم ضمنها عن زيد آخر، وكل منهما فرع لزيد لا لصاحبه، وليس لزيد ضمانه عن أحدهما، وهل لكل من الضامنين أن يضمن لصاحبه على ما ضمنه؟ مذهب الشَّافِعِي وما عليه جمهور أصحابه: أن ضمانه باطل؛ لأنه ضامن ذلك عن الأصل، فلم يكن في ضمانه عن الضامن فائدة، قال ابن سُرَيْج: يصح ضمانه، فيصير ضامنًا للألف عن الأصل، وعن صاحبه؛ لأنه قد صار ما ضمنه الضامن دينًا في ذمته، وليس أحدهما فرع لصاحبه، فجاز لكل منهما أن يضمن عن صاحبه.

قال: وهذا خطأ لعدم إنهاء يده فيه، وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على الأصل، وعلى قول ابن سُرَيْج اقتصر الْمُتَوَلِّي والبغوي والرافعي والمصنف، وعند الأداء إن قصد من ضمن عنه رجع عليه وإلا فلا.

فصل قال: (وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ) لحديث: **«الزعيم غارم»**[1].

قال: **(وَالْأَصِيلِ)**؛ لأن الغرض المتوثق لا تنقطع المطالبة عليه، فيخير المضمون له مطالبة من شاء منهما، وفي قول يخرج أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر عليه مطالبة المضمون عنه ذكره الْمَاوَرْدِي.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ)** لمنافاته مقتضاه، والثاني: يصح الضمان والشرط لما رواه جابر في قضية ضمان أبي قتادة - ﷺ - قال: فجعل رسول الله ﷺ يقول: **«هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء؟ فقال: نعم، فصلى عليه»** قال الحاكم (٢/ ٦٦): صحيح الإسناد.

---

[1] سبق تخريجه.

وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِئَ الضَّامِنُ، وَلَا عَكْسَ.
وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ الْآخَرِ.

والثالث: يصح الضمان فقط.

قال: (**وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلَ بَرِئَ الضَّامِنُ**)؛ لأنه فرعه فسقط بسقوط أصله، وكذا يبرأ ضامن الضامن، فمن فوقه.

قال: (**وَلَا عَكْسَ**) أي: لا برأ الأصيل بإبراء الضامن؛ لأنه إسقاط، وتبعه فلا يسقط به الدين كفك الرهن، وكذا لو أبرأ ضامن الضامن.

إشارة: لو عبر ببرأ لشمل صور كثيرة كالأداء والاعتياض والحوالة بالدين وعليه وارثه ونحوها، وقال صاحب «التعجيز في شرحه الكبير للوجيز»: هنا إشارة سنذكرها في الباب الأول من الوصايا: أنه قد يبرأ الأصيل ولا يبرأ الكفيل، وذلك في فروع، فبطلت منه، واستثنى هنا في «شرح التعجيز» صورة وهي: ما لو أقر مريض ببعض دين له على آخر ضمنه وارثه، ورددنا إقراره للوارث، فإنه يبرأ الأصيل وفي الضمين تردد، فإنه وارث.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ**) لوجود سبب الحلول.

(**دُونَ الْآخَرِ**)؛ لأنه حي يرتفق بالأجل، وقيل: يحل على الضامن بموته، فعلى المذهب لو مات الأصيل، فالأصح أن للضامن مطالبة المستحق بأخذ حقه من تركته لئلا تهلك التركة فلا يجد مرجعًا إذا غرم، ولو أخذ المستحق من تركة الضامن لم يكن لوارثه رجوع على الأصيل إلا بعد الحلول.

تنبيه: استثنى شارح «التعجيز» ما لو ضمن المؤجل حالًا، وقلنا: بالأصح أنه يصح، ويكون مؤجّلًا أنه يحل على الضامن بموت الأصيل على الأصح، وهو حسن، ولم يرجحا من هذين الوجهين شيئًا، وسيأتي أن الدية تتأجل على المقر بجناية الخطأ ثلاث سنين، وهل يحل عليه بموته؟ فيه وجهان، قال القاضي الحسين: المذهب أنه لا يحل، وأصحهما في «التهذيب» وبه جزم الْبَنْدَنِيجِي والقاضي أبو الطيب، الحلول.

فرع: أفلسا فأراد الحاكم بيع مالهما وفي دينهما، فقال الضامن: ابدأ

وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ.

بمال الأصيل، وقال المستحق: ابدأ بمال أيكما شئت بديني.

قال الْمَاوَرْدِي: قال الشَّافِعِي ﷺ: إن الضامن يأمن المضمون عنه، فالمجاز الضامن أولًا بإذنه فاتجه إلى المضمون له في بيع أيهما شاء.

قال: (**وَإِذَا طَالَبَ الْمُسْتَحِقُّ الضَّامِنَ فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِالْأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ**) بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه كما أنه يغرمه إذا غرم، وقال الْقَفَّال: ليس له المطالبة، قال الإمام: وهو متجه في القياس، ولو حبس المستحق الضامن، فليس للضامن حبس الأصيل على الأصح، قال شارح: وينبغي أن يكون له حبسه وإن لم يحبس هو ليرهقه إلى تخليصه، فالأصيل إذا علم أنه لا يحبس أي: ولا يوكل به لا يبالي بالامتناع، ولا ينافي هذا، قولنا: إن الصحيح ألا فرق للضامن على المضمون لأنا نريد أنه لا حق له لنفسه، ولكن حقه في أن يخلصه، ولهذا قلنا: إن الصحيح أن له أن يطالبه ليؤدي إلى المضمون له لا إلى نفسه، وما قاله حسن وما أظنهم يسمحون بموافقته ولا أثنائه وجهًا، فإنهم مطيقون على أنه ليس له حبسه قبل أن الحبس، وودت لو قيل إن ظهر للقاضي عبارة للضامن أزهقه إلى تحصيله، فإن أضر حبسه لطلب الضامن أو أخذ حبس الحق من ماله وأداه إلى مستحقه، ويتعين هذا إذا كان لمن لا يغير على نفسه.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أنه ليس له مطالبته بتخليصه قبل أن يطالب، وهو أصح الوجهين، فعلى هذا له أن يقول للمضمون له، إما أن تطالبني بحقك لتأخذه أو تبرئني، قاله ابن سُرَيْج وتابعوه.

فرع: قال في «البحر»: ضمن عن صغير مالًا بإذن وليه ثم طولب الضامن به لم يجز له أن يأخذ الأب بخلاصه، فإذا بلغ الصبي أخذه بخلاصه دون الأب، انتهى.

وأحبسه من تحريف النُساخ، والصواب ما قاله الْمَاوَرْدِي: أن له مطالبة

وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ، وَإِنِ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا، ....

الولي بالتخليص ما لم يبلغ الصبي، فإذا بلغ أي: رشيدًا توجهت المطالبة عليه، نعم لو كان الصبي معدمًا، فالظاهر إن الولي لا يطالب بخلاص، بخلاف ما لو كان الصبي موسرًا، قال الْمَاوَرْدِي: ولو كان غرر الأب أمره بالضمان عنه، فليس للضامن المطالبة بخلاصه لأحد؛ لأنه ضمن بإذن من لا ولاية له، انتهى.

فافهم أن إذن الحاكم والوصي كإذن الأب.

قال: (**وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي الضَّمَانِ وَالْأَدَاءِ**) وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء أي: إذا أدى وإن لم يشرط الرجوع؛ لأنه صرف ماله إلى منفعته بإذنه، فأشبه قوله: اعلف دابتي ففعل، قال الإمام: ويحتمل في القياس أن ينزل الإذن في الضمان والأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضمان حتى يقول: إن شرط الرجوع ثبت وإلا فعلى الخلاف، وفي كلام صاحب «التقريب» رمز إليه، وفي كلام «البسيط» جنوح إليه، فإنه قال: إذ لا فرق بين الإذن في أداء الدين وبين الإذن في الضمان وأداء الدين، فإنه متبرع بالضمان والأداء جميعًا، وأما إذا شرط الرجوع فلا خلاف في ثبوت الرجوع، انتهى.

ويحقق الخلاف قول الْمَاوَرْدِي: إذا صالح عن غيره بإذنه وأدى بإذنه ولم يشرط الرجوع فيه وجهان؛ لأن إذنه في الأداء يحتمل قصد الرجوع وقصد التطوع، وقال الدارمي هنا: إن ضمن بأمره ودفع بأمره وشرطا الرجوع يرجع وإن أطلق، فالصحيح يرجع، وقيل: لا يرجع، انتهى.

وما ذكرناه في توجيه المذهب قاله الرَّافِعِي، وهو محتمل النزاع، ثم رأيت في «فتاوي الْقَفَّال» إذا قال لرجل: اعلف دابتي وشرط الرجوع رجع، وإن لم يشرط، وأطلق فهل يرجع أم لا؟ كما لو قال: أقض ديني، انتهى.

قال: (**وَإِنِ انْتَفَى فِيهِمَا فَلَا**) أي: فإن انتفى من إذن إذنه في الضمان

وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ، ....

والأداء، فلا رجوع للضامن؛ لأنه متبرع كمؤدي دين الميت، فإن السنة دلت على عدم رجوع.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ فَقَطْ**) أي: وسكت عن الأداء.

(**رَجَعَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ لأنه أذن في سبب الرجوع والأداء مترتب عليه، والثاني: لا فإنه غرم بغير إذن، والثالث: إن أدى فلا مطالبة أو بها، وأمكنه استئذان الأصيل فتركه لم يرجع، وإلا رجع، ونسبه الإمام إلى العراقيين، قال: ومال إليه صاحب «التقريب».

قلت: وصححه في «الكافي».

قال: (**وَلَا عَكْسَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وهو أن يضمن بلا إذن ويؤدي بلا إذن؛ لأن الدين قد لزم بالضمان، فلا فائدة في الإذن، والثاني: يرجع لإسقاطه دين الأصيل بإذنه، قال الرَّافِعِي: ورأيت في «النهاية» الوجهين على الوجهين فيما لو أدى دين الغير بإذنه من غير ضمان، ومن غير شرط رجوع، قال: وهذه الصورة أولى بمنع الرجوع؛ لأن الإذن في الأداء أبعد للزوم بالضمان في حكم اللغو، وأبدى احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بشرط الرجوع، والحالة هذه أحدهما يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان، ووجه الثاني أن الأداء مستحق بالضمان بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق الواجبة، انتهى.

وصحح الثاني في زيادات «الروضة»، وكلام «النهاية» يشير إلى ترجيحه إذا علمت هذا، فاعلم أن عبارة «البسيط» لو ضمن بغير إذن وغرم بالإذن ولم يشرط الرجوع، فوجهان مرتبان على كذا وذكر ما سبق، ثم قال: فإن شرط الرجوع فقد قطع الأصحاب بثبوت الرجوع، ويحتمل أن يقال: إذا كان الدين لازمًا فلا معنى لشرط الرجوع، انتهى.

وما ذكره عن قطع الأصحاب هو قضية كلام الْمَاوَرْدِي، فإنه خصص الخلاف بقوله: أدعني ما ضمنته لترجع به عليَّ، وأشار في «البحر» أن طريقة

……………………………………………………………………

الْمَاوَرْدِي فإنه قال بعد أن حكم بأن المذهب عدم الرجوع: ومن أصحابنا من قال: يرجع، ومنهم من قال: إن قال: أدِّ ما ضمنته، لم ترجع به عليَّ رجع إذا أدى، ولو قال: أدِّ ما ضمنته عني، ففي رجوعه وجهان، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه ثالثها: إن شرط له الرجوع رجع وإلا فلا، ورابعها: إن قال: أدِّ ما ضمنت، لم يرجع، وإن قال: أده عني أو لترجع عليَّ، رجع.

تنبيهات: منها: حوالة الضامن للمضمون له، وقبوله حوالته عليه، ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثًا للضامن كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه هكذا قالاه، والظاهر أنه لا حاجة إلى قبول الضامن والحوالة عليه.

ومنها: لو قال المضمون له: وهبت لك ما ضمنته فقبله فكالإبراء، فلا رجوع ولو أدى الضامن ثم وهبه إياه رب الدين رجع الضامن به على الأصيل على الأصح.

ومنها: إنما يرجع الضامن حيث يكون له الرجوع إذا كان قد أدى من ماله، أما لو أخذ من بينهم الغارمين فأدى به الدين لم يرجع خلافًا للمتوالي، كذا ذكره الشيخان في قسم الصدقات، والظاهر تفقهًا لا نقلًا أنه إنما يرجع إذا أدى من ماله إذا فضل الأداء عن الضمان، أما لو قصد التبرع بأداء دين الأصيل ذاكرًا للضمان أو ناسيًا أو دفع ذلك عن زكاته بإذن الأصيل أو بغير إذنه فلا، وإن لم تسقط الزكاة؛ لأنه صرفه بالقصد عن جهة الضمان، وإن أطلق ولم يقصد شيئًا فيحتمل أن يكون كقصده الدفع عن الضمان، والأشبه أن له صرفه بالنسبة إليه إن شاء وإلى المتطوع به إن شاء.

ومنها: ذكر شُرَيْح الرُّوِيَانِي في «روضته»: أنه إذا ادعى عليه أنه ضمن عن زيد ألفًا بأمره، فأنكر فأقام المدعي البينة بذلك غرَّمه الحاكم ألفًا، فليس له الرجوع على الأصيل، قال: وحكى جدي: وجهان له الرجوع؛ لأنه بإنكار الضمان دافع عن نفسه، وليس بصحيح، انتهى. فكأن القرض فيما إذا أنكر

وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَو صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ. وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ، ....

الأصيل الدين أو الإذن في الضمان.

ومنها: يقوم مقام الإذن والضمان أداء الأب والجد دين محجورهما بنية الرجوع، قاله القفال وغيره، ولو قال لغيره: أضمن عنك كذا لزيد، فقال: نعم، كان إذنًا في الضمان لقوله: اضمن عني، خلافًا لأبي حنيفة، قاله في «البحر» وغيره، قال الْمَاوَرْدِي: والصيغة الأولى آكد.

قال: (وَلَوْ أَدَّى مُكَسَّرًا عَنْ صِحَاحٍ أَو صَالَحَ عَنْ مِائَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا بِمَا غَرِمَ) قالَ الرُّويَانِي وغيره: هنا مذهب الشَّافِعِي خلافًا لابن سُرَيْج وهو الوجه الثاني، فيرجع بالصحاح وبالمائة لحصول براءة الذمة به، والبعض جرى في المستحق مسامحةً له، ومنهم من حكى الخلاف قولين والثالث: يرجع في المائة لا في الصحاح؛ لأن غير الجنس يقع عوضًا والمكسر لا يقع عوضًا عن الصحيح؛ بل هو مجرد مسامحة، ولو كانت قيمة الثوب أكثر من مائة فهو متبرع بالزيادة، وإن أدى الصحاح عن المكسر لم يرجع بالصحاح؛ بل بالمكسرة قطعًا، وَلَوْ بَاعَهُ الثَّوْبَ بِمِائَةٍ وَتَقَاصًّا، أو قلنا: لحصول التقاص من غير إنشاء على الأظهر رجع بالمائة بلا خلاف، ولو قال: بعتك الثوب بما ضمنته لك صح البيع في الأصح، قال ابن الرِّفْعَة: والخلاف قريب مما إذا أدى من لم يكن ضامنًا غرضًا عن دين غيره والأصح الصحة.

قلت: ومسألتنا أولى بالصحة؛ لأنه يعوضه عن ما في ذمته بالضمان وهناك يحصل الغرض لغيره، فعلى الأصح يرجع بما ضمنه أو ما قبل منه ومن قيمة الثوب وجهان، اختار المصنف رجوعه بما ضمنه ويسأل عن الفرق بينه وبين ما سبق في المصالحة، فالوجه أن يقال: يرجع هنا بالأقل وقد يرجع في المثلي والمتقوم حكمه حكم القرض، ويرجع بالمثلي الصوري على الأصح.

قال: (وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِلَا ضَمَانٍ وَلَا إِذْنٍ فَلَا رُجُوعَ) لأنه متبرع، ويستثنى من إطلاقه الأب أو الجد إذا نوى الرجوع بما أداه عن محجوره كما قدمناه.

وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقًا فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ رَجَعَ**) لحديث: «**المسلمون عند شروطهم**»(١) صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة ﷺ.

وفي حكم الإذن بشرط الرجوع التوكيل بالشراء على الأصح؛ لأن في ضمن أمره بالشراء أمره بدفع الثمن، وستأتي المسألة هناك إن شاء الله تعالى.

(**وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقًا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أدى ما لزمه بإذنه والعُرف قاضٍ بالرجوع، وكأنه أقرضه إياه.

والثاني: لا يرجع واختاره الشيخ أبو حامد، والإمام؛ لأنه لم يوجد منه سوى الإذن في الأداء، وليس من صورة الأداء الرجوع.

والثالث: إن اقتضى حالهما الرجوع رجع، وإلا فلا كنظيره من الهبة، وهو حسن غريب.

قال: سؤال الفقير الغني قضاء دينه ظاهره التماس المعونة والصدقة.

وفي «فتاوي الْقَفَّال»: لو قال: اقض عنِّي ديني فقضى رجع، وإن قال: اقض ديني لم يرجع على ظاهر المذهب، ويجعل كأنه أمره بأن يتطوع بقضائه، انتهى.

وفي «البحر» إن قال: أدِّ عني ديني رجع على الأصح، وإن قال: أدِّ دين فلان، ولم يقل: عني، لم يرجع في الأصح. وفي «فتاوى الْبَغَوِي» إذا قال: اقض ديني، فقضى، رجع في الأصح، وإن قال: أدِّ دين فلان، ولم يقل: عليَّ، لم يرجع إلا أن يكون القائل ضامنًا عن فلان فهو كقوله: اقض ديني، انتهى.

وفيها أنه لو قال: أعط هذا الفقير درهمًا، أو أفد هذا الأسير، أو أطعم هذا الجائع حتى يرجع عليَّ ففعل رجع على الأصح، وكذا لو مدحه إنسان، فقال لآخر: أعطه شيئًا حتى يرجع عليَّ، ثم قال: وعلى الجملة كل موضع أمر إنسانًا حتى يعطي من جهته مالًا وللآمر فيه غرض من يقع أو قرينة تعود إليه يرجع الدافع عليه، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَو رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ. فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ.

فرع: في «فتاوي الْقَفَّال»: أنه لو طالب ظالم رجلًا بمال ولو لم يعطه لفاقته، فقال الآخر: إن هذا يطالبني بمائة فأعني بها، ولم يقل: ليرجع عليَّ، ففعل رجع علي المظلوم بها، قياسًا على قول الشَّافِعِي: لو افتدى مأسورًا بإذنه يرجع عليه، وإنه لو قال: إن فلان الظالم يريد يطالبني بمائة فأعطه المائة، فدفع لم يرجع، وفرق بتحقق الخوف في الأولى دون هذه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ**) إذ مقصوده براءة ذمته وقد حصل، والثاني: تمنع لأن ما أداه غير مأذون له فيه، والثالث: إن عيَّن له ما يؤديه كقوله: من الدراهم لم يرجع للمخالفة، وعبارة «البسيط»: إن قال: أدّ ديني، رجع. أو اقض ما عليَّ من الدنانير فلا، وحذف من «الوسيط» قوله: من الدنانير، قاله ابن يونس في «شرح الوجيز»، وإلا رجع حيث ثبت الرجوع فيما يرجع فحكمه حكم الضامن مصالح على غير الجنس.

إشارة: تضمن كلام الشيخ الجزم بصحة الصلح وهو المذهب، وقيل: لا يصح؛ لأن مقتضى التعويض أن يقابله بملك شيء من جهة بإذن العوض وليس كذلك، وحكى في صلح الأجنبي بلا إذن.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو صالح الضامن لدين السلم المضمون له على رأس ماله لم يجز بخلاف الأصيل؛ لأنه أقاله والضامن لا يملكها بخلاف الأصيل، وحينئذٍ يبطل الضمان؛ لبطلان التسلم بالإقالة ورأس المال لم يتوجه إليه الضمان.

قال: (**ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي**) أي: بالإذن من غير ضمان.

(**إِذَا أَشْهَدَ بِالْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَو رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ إِنْ أَدَّى فِي غَيْبَةِ الْأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ**) لأنه كافٍ في إثبات الأموال، وَالثَّانِي لَا لِاحْتِمَالِ تَرَافُعِهِمَا إِلَى حَنَفِيٍّ لَا يَقْضِي بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ

……………………

فَكَانَ ذَلِكَ ضَرْبًا مِنَ التَّقْصِيرِ وزيفه الإمام بأنه لَمْ يَشْتَرِطْ أَحَدٌ إِشْهَادَ مَنْ يَتَّفِقُ الْعُلَمَاءُ عَلَى قَبُولِهِ، انتهى.

ولو قيل: إن كان حاكم للبلد حين الدفع والإشهاد للواجد حنيفيًّا لم يكف التقصير وإلا كفى لم يتعد وسيأتي عن الْمُتَوَلِّي ما يؤيده، هكذا ذكر المسألة الْمَاوَرْدِي، والإمام والغزالي وتابعهم الشيخان.

وقال القاضي الحسين والمتولي وجماعات من العراقيين: إن أشهد واحدًا وحلف معه رجع، وإن مات أو غاب فوجهان: وجه الرجوع أنه حجة هنا مع اليمين، ووجه المنع أنه ليس بحجة كاملة، وجعل الْمُتَوَلِّي رفع القضية إلى القاضي الحنفي لغيبة الشاهد في أحد الوجهين.

تنبيهات: لا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قريب أو موته؛ لأنه لا يقضي إلى المقصود، ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فكما لو أشهد واحدًا ليحلف معه، قال في أصل «الروضة»: كفى ذلك في الأصح فيهما.

وعبارة الرَّافِعِي في «الشرحين» في صورة الشاهد واليمين أصحهما أنه يكفي؛ لأنهما حجة كافية لإثبات الأداء، وقال: في هذه فوجهان أحدهما: أنه كما لو لم يشهد؛ لأن الحق لا يثبت بشهادتهما، وأولاهما الاكتفاء؛ لأنه لا اطلاع له على الباطن فكان معذورًا.

وعبارة «الشرح الصغير»: والأولى: أنه يكفي، واعلم أني لم أر من صرح بالترجيح في المستورين غير «الروضة»، وفيه نظر، وكلام المصنف وغيره يفهم أنه لو استمر سترهما كفى جزمًا، وفيه نظر أيضًا؛ لأنه قد لا يحصل المقصود بهما عند الحاجة إلى الإثبات.

وعبارة «التتمة» إذا أشهد مستورين ظاهرهما العدالة وبانا فاسقين وصدقه على الإشهاد والدفع فوجهان.

وقول المصنف: «وكذا رجل ليحلف معه» أي: غارمًا على الحلف معه، وصحة قول الْمَاوَرْدِي: وإن كان قد أشهد عدلًا واحدًا فإن اقتصر على إشهاده

وَكَذَا إنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصَحِّ فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ أو أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ].

ليحلف معه وجهان، ولعل المراد أنه امتنع من الحلف معه عند الحاجة لا العدم على الحلف عند الأداء، كما اقتضاه كلام غيره.

وفصَّل الْمُتَوَلِّي فقال: إذا أشهد واحدًا، فإن كان الشاهد باقيًا والحاكم ممن يرى الحكم بالشاهد واليمين فحلف معه ولا كلام، فإن كان الشاهد قد غاب أو مات أو كان الحاكم ممن لا يرى الحكم بالشاهد واليمين فهل له الرجوع؟ وجهان، وجه المنع أنه سلم بحجة ناقصة يختلف في جواز الحكم بها، ولو قال: أشهدت وماتوا فصدقه رجع على الأصح، وعبارة الدارمي: ولو أشهد رجلين رجع سواء ماتا أو لم يقبلا لمعنى حادث.

قال: ولو كان قد أمره ألا يشهد فلم يشهد لم يكن مفرطًا ولو أشهد كافرين أو فاسقين أو مراهقين أو عبدين، فهلكا من بعد رجع .

قال: **(وَكَذَا إنْ صَدَّقَهُ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لأنه لم يؤد ما ينتفع به الأصيل، فإن رب الدَّين منكِر، وطلبته بحالها، والثاني: يرجع لاعترافه بأنه أبرأ ذمته، ومحل الوجهين: ما إذا لم يكن أمره بترك الإشهاد كما سبق، وهل له تحليف الأصيل إذا كذبه؟ بناه الْمُتَوَلِّي على أنه لو صدقه هل يرجع؟

إن قلنا: نعم، حلفه على نفي العلم بالأداء.

وإن قلنا: لا بني على أن النكول، ورد اليمين كالإقرار وكالبينة.

إن قلنا: بالأول لم يحلفه؛ لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كتصديقه، وهو لا يفيد الرجوع، وإن قلنا: بالثاني حلفه رجاء نكوله فيحلف فيكون كإقامته البينة، وقطع قاطعون بأنه لا يحلفه، إذا قلنا: لا يرجع هو ظاهر.

قال: **(فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ)** أي: دون المضمون له.

(أَوْ أَدَّى بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ رَجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ) أما الصورة الأولى ففيها وجهان: أحدهما: لا يرجع ليس قول رب الدين حجة على الأصيل، وأصحهما: الرجوع؛ لسقوطها كطلبه بإقراره، وهو أقوى من البينة مع إنكاره

……………………………………………………………………

ولاخفاء أن تصديق ورثة رب الدين المطلقين التصرف كتصديقه، وهل تصديق الإمام كتصديق الوارث الحاضر حيث يكون الإذن لبيت المال أو تصديق غرماء من مات مفلسًا كتصديق رب الدين؟ لم أر فيه نصًا، وهو موضع تأمل.

وأما الثانية: فحكى جماعة فيها وجهًا أنه لا يرجع كتركه الإشهاد في غيبته. قال الرَّافِعِي: وظاهر المذهب المنصوص أنه يرجع إذ التقصير بترك الإشهاد مع حضور الأصيل منسوب إليه بخلاف غيبته، انتهى.

وقال الشيخ أبو محمد: يرجع وجهًا واحدًا، قال الإمام: ولا أعرف فيه خلافًا وحينئذٍ التعبير في هذه الصورة قائم على إصلاح المصنف بخلاف الأول.

فروع: أحدها: لو قال: أشهدت وماتوا أو غابوا فقد بينا حكمه، ولو قال: أشهدت زيدًا وعمرًا وكذباه، فكمن لم يشهد، وإن قالا: لا ندري وربما نسينا، قالا: ففيه تردد للإمام.

وظاهر كلام «النهاية» أنه للأصحاب ويؤيده قول «البسيط» إن كذباه.

قال الأصحاب: فهو كترك الإشهاد، ولو ترددوا وجوزوا النسيان فوجهان مرتبان على دعواه موت الشهود، وهنا أولى بألا يرجع.

الثاني: إذا علم يقم الضامن بينته بالأداء، فإن أخذ رب الدين من الأصيل فذاك، أو من الضامن ثانيًا فلا يرجع بها معًا وفاقًا؛ بل أحدهما على الأصح؛ لأنه غرم لإبراء ذمته، والحاصل أنه إذا غرم مرةً أخرى وأشهد أو صدقه الدائن رجع؛ لكن بالأول؛ لأنه المربي للذمة، وبه جزم الْبَغَوِي، أو بالثاني؛ لأنه المسقط للمطالبة، وصححه القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وبأقلهما ذكره في «البحر» وغيره، وأبداه في «الروضة» احتمالًا أو بأحدهما مطلقًا نقله الدارمي والروياني وعبارته: بأحدهما لا يعينه، وقال: إنه الصحيح عندي وجوه، وفائدة الوجهين الأولين، وعلى إيرادهما بلا ترجيح اقتصر الرَّافِعِي فيما إذا اختلف المالان صحةً وتكسرًا أو سوادًا وبياضًا، ونحو ذلك.

الثالث: لو منعه الأصيل من الإشهاد ثم صدقه على الدفع، فأنكر رب

....

الدَّيْن القبض قد سبق ذلك عن الدارمي.

وقال الرُّويَانِي: هو كأدائه بحضرته، والظاهر أنه لم يرد نقل خلاف فيه، بل فرعه على المذهب، قال: ولو كان قد أمره بالإشهاد لم يرجع؛ لأنه مضيع لما أداه كأنه يريد لا يرجع هنا قطعًا، وإن صدقه الأصيل.

الرابع: قال الْمُتَوَلِّي: لو قالا: ضمنا مالك على فلان، فهل يطالب كلًّا منهما بالجميع؟ وجهان: أحدهما: يطالب كل واحد بنصفه، كما لو قالا: اشترينا عبدك بألف. قال: والصحيح أن كل واحد منهما مطالب بجميع الدين كما لو قالا: رهنا عبدنا هذا بألف الذي لك على فلان، فيصيب كل واحد منهما رجع بجميع الألف، ووقع في هذا الفرع نزاع لأهل العصر، وصنف فيه بعضهم.

وقال: إن الصواب ما صححه الْمُتَوَلِّي وعورض بما في «البحر» أنه لو ضمن ثلاثةٌ ألفًا لا يلزم كل واحد إلا ثلث الألف، فأنكر أن يكون معارضًا، فالمذكور في «الحاوي» ما حكي عن «البحر».

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو ضمن عشرة عن زيد لعمرو ألف درهم كانت بينهم على عدد رؤوسهم إلا أن يشرط في ذلك تفاصيلًا فيجوز، وكذا قاله الْمَاوَرْدِي والبندنيجي والروياني وغيرهم، والقلب إليه أميل؛ لأنه اليقين، وشغل ذمة كل واحدٍ بالزائد مشكوك فيه.

الخامس: باع من رجلين شيئًا، وشرط أن يكون كل واحد ضامن عن صاحبه، قال شارح: بطل البيع على المشهور.

قال: وَرَأَيْت ابْنَ الرِّفْعَة فِي حِسْبَتِهِ يَمْنَعُ أَهْلَ سُوقِ الرَّقِيقِ مِنْ الْبَيْعِ مُسْلِمًا، وَمَعْنَاهُ إلْزَامُ الْمُشْتَرِي بِمَا يَلْحَقُ الْبَائِعَ مِنْ الدَّلَالَةِ وَغَيْرِهَا، قَالَ: وَلَعَلَّهُ أَخَذَهُ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَلَا يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالرَّقِيقِ؛ بل كل مبيع اقتضى العرف أو الشرع إلزام البائع بشيء بشرط لزومه على المشتري يبطل البيع، وكذلك فيما إذا كان مجهولًا، فإن كان معلومًا وكأنه جعله جزءًا من الثمن، فيصح بخلاف مسألة ضمان أحد المشترين عن الآخر لا يمكن فيها ذلك.

....

السادس: اشتريا شيئًا ثم بعد تمام العقد أو كان عليهما دين من قرض أو إتلاف وغيرهما، وضمن كل واحد صاحبه صح، فإذا أدى أحدهما وقال البائع: أديت عن الضمان فقال: بل عن نفسي، صدق بيمينه، فإذا حلف فهل للبائع أن يطالبه بالضمان؟

وجهان: أصحهما: نعم، لأمرين: أحدهما: أن البائع يقول: إن كنت صادقًا، فعليك نصيبك من الثمن أو الدين، وإن كنت كاذبًا فعليك الضمان، قاله الْمُتَوَلِّي.

والثاني: أنه بنى الأمر على حال انكشف له بالثمن فلا يبطل حقه كما لو ادعى عليه أن ما اشتراه مغصوب، فقال: هو ملك بائعي، فأقيمت البينة، فإنه يرجع على البائع بالثمن على الأصح الذي قطع به الجمهور، وإن كان قد أقر له بملكه؛ ولكنه بناه على ظاهر ظهر بالبينة خلافه، هكذا وجهه الإمام الْغَزَالِي، ويظهر أن يقال: إن كان مصرًّا على دعوى الأداء عن جهة الضمان، وأن الملك للبائع لم يطالب فيهما، وإن رجع عن ذلك طالب فيهما، ولعله المراد.

السابع: عليهما عشرة، وهما متضامنان فأدَّى أحدهما أعني: عن نفسه أو عن صاحبه أو عنهما، فلا يخفى الحكم، وإن أطلق قيل: يقسط، والمذهب أن له صرفها إلى ما شاء منهما كما تقدم في الرهن والاعتبار بنية المؤدي، والقول فيهما قوله بيمينه، ولو أبرأ رب الدين أحدهما من خمسة فالاعتبار بنية المؤدي رب الدين والحكم كما ذكرنا في الأداء.

ورأيت في «شرح الوجيز لصاحب التعجيز» إثبات عليهما عشرون هما متضامنان، فقال الدائن: أبرئكما من عشرة ينبغي عليهما بالأصالة خمسة عشر؛ لأنه كان عليهما عشرون أصالة وعشرون بالكفالة، وليس صرف الإبراء من العشرة إلى الأصالة أولى من صرفها إلى الكفالة، فصرفت إليهما، فخص عشرين الأصالة خمسة منها تبقى خمسة عشر.

قال شيخي كمال الدين موسى: ويحتمل فيما يبقى بالكفالة ثلاثة أوجه؛

....

لأن سقوط خمسة من الأصالة تقتضي سقوط خمسة من الكفالة؛ لأنه إذا برئ الأصيل برئ الكفيل ثم يحتمل خص هذه الخمسة الساقطة بهذا الطريق في الخمسة الساقطة بالتوزيع، ويحتمل حصرها في غيرها، ويحتمل جعلها منها، ولكل احتمال وجه، ويشبه هذا بما إذا وهبته نصف الصداق ثم طلقها، وقلنا: الهبة تمنع الرجوع، فإن في وجه ينحصر في نصيبه، وفي وجه من نصيبها، وفي وجه يمنع، انتهى لفظه.

وأجيب في «الحليتين» بأن الراجح أنه يسقط عشرة من الكفالة، ويبقى منها عشرة، ويبقى من الأصالة خمسة عشرة منها خمسة بلا كفالة وعشرة مكفولة، وتقرير ذلك مبين في «الحليتين».

إشارات: قال في «البحر»: هنا إذا زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه، فإن كان الضامن بغير إذنه سمعت شهادته وإلا فلا.

قلت: ويحتمل ألا يقبل في الحال الأول أيضًا؛ لأنه قد يريد دفع منه الضامن عنه بالأداء أو يخشى أنه لو أدّى لرفعه إلى الحاكم يقضي له بالرجوع، كما هو مذهب مالك ورواية عن أحمد، ولو قال الضامن المدائن: أبرأت الأصيل، فحلف وغرم الضامن، فللضامن مطالبة الأصيل على الأصح، وفيه ما سبق قريبًا، وكذا لو قال: كنت أبرأته قبل ضماني، ويجري الوجهان في كل دعوى محتملة يناقضها عقد سابق.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: ثلاثة أقروا عند جماعة أن لفلان علينا ثلاثة دنانير، وأن كل واحد منًّا ضامن عن صاحبه.

قال الْقَفَّال: الإقرار يصح بثلاثة دنانير؛ لكن ضمان البعض عن البعض لا يصح؛ لأنه مجهول لأن كل واحد ضامن عن صاحبه مجهولًا إذا لم يثبتوا ما ضمنوه، ولا إضافة لما وجب على صاحبه لهذا الأمر على الاختصاص، فلم يصح، بخلاف ما إذا كان حيوانًا لما مضى ينبني على السؤال.

....

قلت: الأقرب الصحة، وحمل إطلاقهم على ضمان ما أقروا به من الدنانير الثلاثة وأن كل واحد منهم ضامن عن صاحبه الدنانير، والذي هو أصل فيه [بنفسه](١).

ذكر شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضته»: إذا ادعى أنه ضمن عن زيد ألفًا بأمره فأنكر فأقام المدعي البينة بذلك وغرمه الحاكم الألف، فليس له الرجوع على الأصيل.

قال: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أن له الرجوع؛ لأنه إمكان الضمان واقع عن نفسه وليس بصحيح.

قلت: وقضية ما قدمناه في نظائر المسألة أن يكون هو الصحيح، فتأمله.

ولعل جده من القائلين بالوجه الآخر فيها، وفروع الباب لا تنحصر، وإنما أشرنا إلى أشياء مهمة تقع كثيرًا.

---

(١) بياض في الأصل.

فهرس المحتويات

كِتَابُ البَيْعِ ٣
باب الربا ٣٥
باب في البيوع المنهي عنها ٦١
فَصْلٌ وَمِن الْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لا يُبْطِلُ ٨٦
بَابُ الخِيَارِ ١٠٨
باب الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ ١٨٩
بَابُ التَّوْلِيَةِ والإِشْرَاكِ والمُرَابَحَةِ ٢٣٠
بَابُ الأُصُولِ والثِّمَارِ ٢٤٨
باب اخْتِلافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ ٣١٦
باب في معاملة الرقيق ٣٣٨
كتاب السَّلَمِ ٣٤٩
كتاب الرَّهْنِ ٤١٩
كتاب التفليس ٥٠٠
بَابُ الْحجْرِ ٥٥٧
باب الصُّلْحِ ٥٨٨
باب الْحَوَالَةِ ٥٩٧
باب الضَّمَانِ ٦١٧
فَصْلٌ الْمَذْهَبُ صِحَّةُ كَفَالَةِ الْبَدَنِ ٦٣٤

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثالث

الشركة - الوكالة - الإقرار -
العارية - الغصب - الشفعة - القراض -
المساقاة - الإجارة - إحياء الموات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohammad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي(ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed In : Lebanon	لبنان	بلد الطباعة
Edition : 1st	. الأولى	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8
9 782745 180254 90000

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّرِكَة

قال المصنف: [هِيَ أَنْوَاعُ شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ، وَسَائِرِ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّرِكَة

قال الشارح: لغات إحداها: كسر الشين وإسكان الراء، وبها أجاب الشيخ في «تحريره»(١) وثانيها: فتح الشين وكسر الراء ذكرها جماعة، وثالثها: فتح الشين وسكون الراء، وهي عربية ويقال: شركة بغير ما ثبت.

وهي في اللغة: الاختلاط والامتزاج.

وفي الشرع: اسم لثبوت الحق في الشيء الواحد لاثنين أو لجماعة على الشيوع، والمراد بالشركة الثبوت عليها الشركة المبتغى به الربح بالتصرف والعمل، وقد تعرض للشركة الآيات الكريمة والأحاديث والإجماع منعقد عليها.

قال: (**هِيَ أَنْوَاعُ**) أي: أربعة:

(**شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ كَشَرِكَةِ الْحَمَّالِينَ وَسَائِرِ الْمُحْتَرِفَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاوِتًا مَعَ اتِّفَاقِ الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافِهَا**) أي: كخياط ونجار.

---

(١) قال النووي في «تحرير التنبيه»: يقال: الاشتراك وهي أن يشتري شيئًا، ثم يشرك غيره فيه ليصير بعده له بقسطه من الثمن، فإن قال: أشركتك بالنصف أو الثلث أو الربع فذاك، وإن أطلق كان مناصفة، وقيل: يبطل العقد. والإشراك في البعض كالتولية في الجميع في الأحكام السابقة. (ص١٦٣).

وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ.

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ.

(وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا) أي: سواء كان بالبدن أو بالمال.

(وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ) أي: بكسر الراء.

(مِنْ غُرْمٍ) أي: من غير خلط مال.

(وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ بِأَنْ يَشْتَرِكَ الْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا، فَإِذَا بَاعَا كَانَ الْفَاضِلُ عَنِ الْأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا وَهَذِهِ الْأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ): النوع الأول: شركة الأبدان فوجه بطلانها ما فيه من الغرر الفاحش؛ لأن كل واحد منهما لا يدري أيكسب صاحبه أم لا؟ وكم قدر كسبه؟ ولأن كل واحد منهما متميز ومنافعه فيحصر بها؛ ولأن المعقود عليه فيها العمل كما أن المعقود عليه في شركة العنان المال، ولو كان المال فيها مجهولًا لم تصح، فلذا إذا كان العمل مجهولًا لا في هذه وما روي: «أن سعدًا وعمارًا وابن مسعود ﷺ اشتركوا فيما يغتنمونه، فجاء سعد بأسيرين ولم يأت صاحباه بشيء فأشرك بينهم ﷺ»(١).

فأجيب عنه على تقدير ثبوته، فإنه كان في غنائم بدر، وكان له ﷺ يفعل فيها ما يشاء، هذا هو المذهب المعروف.

وحكي في صحتها قول شاذ، قال ابن أبي هريرة: وهو صريح على مذهب من أجازها دون مذهبه نفسه، وحكاه بعضهم وجهًا، فعلى المذهب لو اكتسبا نظر إن انفرد كل واحد وأخذ بعمل اختص به، وإن اشتركا في العمل قسم الحاصل على قدر أجرة مثل عملها لا يجب الشرط، هكذا قاله الرَّافِعِي وغيره.

وقال ابن الْقَطَّان: شركة الأبدان بأن ينفرد كل واحدٍ بعمل شيء ثم يقتسما الأجرة فأما إذا عملا جميعًا خفاء أو بناء، فالأجرة بينهما نصفين شرطا أم لا،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٨)، والنسائي (٧/ ٥٧).

....

وقياس الشيخ أبي علي فسادها في الحرف والصنائع على ما لو اشتركا في اصطياد واحتشاش ليكون بينهما فإذا فعلا فلكل واحدٍ ما حصله.

وقال الْمَاوَرْدِي: ما ذكره الرَّافِعِي: أنهما لو اجتمعا على صيد ملكاه ولكل على صاحبه نصف أجرة مثله، وكذا لو وضعا شبكة ونحوه بينهما فوقع فيها صيد ملكاه، ولكل على صاحبه أجرة رفع الشبكة، ولو لم يكن ذلك عن عقد ملكاه ولا أجرة لواحدٍ منهما، انتهى.

وإيجاب الأجرة مع القول فإن الحاصل يقسم على قدر الإجرة فيه نظر.

الثاني: شركة المفاوضة فبطلانها لما فيها من الغرر الفاحش أيضًا، قال الشَّافِعِي: لا أعلم في الدنيا شيئًا باطلًا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم القمار إلا هذا، وأقل منه، انتهى.

ولأبي حنيفة فيها تفاصيل طويلة تقضي الإنسان العجب منها.

فرع: لو استعملا لفظ المفاوضة وأراد شركة العنان جاز، نص عليه وهو يقوي تصحيح العقود بالكنايات.

الثالث: شركة الوجوه، وقد فسرت بمعانٍ أشهرها: ما جزم به المصنف، والثاني: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى حامل وشرطا أن الربح بينهما، وبه جزم الدارمي، والثالث: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال؛ ليكون العمل من الوجيه والمال ويكون المال بيده لا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وهو تفسير ابن كج والإمام وغيرهما، وهي باطلة على التفاسير الثلاثة إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند المفاوضة ثم ما يشتريه أحدهما من أحدهما في التصوير الأول، والثاني: يختص بربحه وخسرانه إلا إذا كان قد أذن له في الشراء بشرطه، وقصده المشتري والحادي في التصوير الثالث قراض فاسد لاستبداد المالك باليد، فإن لم يكن المال نقدًا أزاد الفساد من وجه آخر، ووقع في «الروضة» بخطه، والثالثة: أن يشتري وهو سبق قلم وصوابه يشترك كما ذكرناه.

....

فرع: قال الإمام الرَّافِعِي: ويتعلق بهذا الأصل صور أخرى منصوصة في الْبُوَيْطِي فذكرها إلى أن قال: ومنها الواحد البذر ولآخر آلة الحرث ولآخر الأرض اشتركوا مع رابع ليعمل، ويكون الريع بينهم، فالزرع لصاحب البذر وعليه لأصحابه أجرة المثل.

قال في «التتمة»: ولو أصاب الزرع آفة ولم يوصل من الغلة شيء فلا شيء لهم؛ لأنهم لم يحصلوا له شيئًا.

قال الرَّافِعِي: ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر، زاد في «الروضة» قلت: الذي قاله في «التتمة» هو الصواب، وتبعه ابن الرِّفْعَة وغيره.

قال: لأن منافعهم تلفت تحت أيديهم، وإنما يضمنها إذا حصل له نفع بالزرع لدخول منفعتهم بواسطته في يده، انتهى.

وما ذكروه ليس بالبين، فإن الشَّافِعِي أطلق لزوم أجرة المثل، وأطلق عليه الأصحاب، ولم أر من قال ذلك بعد الكشف التام سنين ولم يفرقوا بين أن يكون الزرع تحت أيديهم أو خلوا بينه وبين صاحب البذر، ووجهه أبو علي في «شرح التخليص» بأن المسمى لم يسلم الواحد منهم فحصل عمله لرب الزرع بعوض فاسد يوجب أجرة المثل فهم عليه.

وقال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو دفع إليه أرضه ليزرعها من بذره على أن يكون الزرع بينهما؛ فالزرع لصاحب البذر ولرب الأرض عليه أجرة المثل، فلو باع المالك الأرض المزروعة على ظاهر المذهب تكون أجرة المثل بعد البيع للمشتري، ويفارق ما لو أجر ثم باع فإن الأجرة تكون للبائع وحده؛ لأن ذاك صار مستحقًا بالعقد وأجرة المثل هنا تجب يومًا فيومًا، وكذلك قلنا بعد البيع إنها تكون للمشتري، انتهى.

وهو مشاهد الرَّافِعِي وفي «فتاوي الْبَغَوِي»: أنه لو دفع إليه أرضًا ليزرع بالنصف على أن نصف البذر من مالك الأرض فيكون أخذ الأرض مثالثةً، ويؤده، ولم يعطه مالك الأرض البذر فالعامل يرجع بنصف أجرة عمله وآلته، انتهى.

وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا: لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ،

وليت شعري ما يقول المصنف: لو ترافعوا إلينا قبل هلاك الزرع بالآفة، فلا شك أنا نحكم له به، ويمكنه في فصله وغير غيبة، وغير ذلك، ولهم بأجورهم وأيضًا فعامل القراض الفاسد ونحوه تلفت منفعته تحت يده، وله الأجرة كما سيأتي.

وإن هلك المال في يده وعن «شرح الوسيط» للقمولي أن ما قاله الرَّافِعِي هو الظاهر؛ لأنه قد استوفى منافعهم بعوض فاسد، ولم يرض ما ذكره ابن الرِّفْعَة.

قلت: ويقرب أن يقال: إن بقيت أيديهم على الزرع حتى هلك اتجه ما قاله الْمُتَوَلِّي، وإن رفع أيديهم عنه بالحاكم وبغيره وانفرد باليد فيه فعليه الأجرة لا محالة، وإن تلف الزرع بآفة ولو شاركهم في اليد عليه إلى تلفه، ففي إحباط أجورهم بالكلية بعد، وهذه المسألة وشبهها مما تعم به البلوى في «الفتاوى» وقد نقلها الشيخ أبو علي عن رواية الْبُوَيْطِي كما سبق، وعن نص الشَّافِعِي في كتاب «المزارعة» وأنه قال: إن ترافعا قبل أن يعملا فيستحب أو بعد ما عملا فيستحب والزرع كله لصاحب الأرض كراء مثلها، انتهى.

وظاهره يقتضي القضاء لهم على رب البذر بأجورهم بمجرد المرافعة عقب الزراعة سواء حصل له من الزرع شيء أم لا.

قال: **(وَشَرِكَةُ الْعِنَانِ صَحِيحَةٌ)** أي: بالإجماع، وهي بكسر العين وتخفيف النون وحكي فتح العين، وهي مأخوذة من عنان الدابة، وقيل: من عني الشيء إذا ظهر، وقيل في المعاينة وهي المعاوضة.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ فِيهَا لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ)** أي: من كل منهما للآخر من نصيب نفسه إذ ليس لشريكه التصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه، ولا يعرف الإذن ولا يعرف ذلك إلا باللفظ، أو ما يقوم مقامه، وعن شُرَيْح إن خلطيهما المال على قصد الشركة أو ابتياعهما الشيء على قصد الشركة كافٍ في التصرف جميعه، ولا يفتقرا إلى إذن صريح، وبه أجاب صاحب «الإفصاح» وهو خارج عن انعقاد البيع بالمعطاة.

فَلَوْ اقْتَصَرَا عَلَى: اشْتَرَكْنَا.. لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ، وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ.

قال: (**فَلَوْ اقْتَصَرَا عَلَى اشْتَرَكْنَا لَمْ يَكْفِ فِي الْأَصَحِّ**) لقصور اللفظ عن الإذن في التصرف، والثاني: يكفي لفظهم المقصود عرفًا، والتحقيق أنهما إذا قالا: اشتركنا ونويا الإذن في التصرف صح ولا حاجة إلى إذن صريح بعده لا يكفي لاحتماله كالكتابة، وإن وجد الإذن صريح أعني: عن لفظ الشركة، هكذا حققه بعض الشيوخ.

إشارة: قول المصنف: فيها لفظ يدل يفهم لا تكفي إشارة الأخرس المفهمة الإذن، ولا كتابة الناطق بها، وفيه نظر ولا يتقاضى عن البيع ونحوه وكان الأحسن أن يقال: ما يدل ليدخلان.

تنبيهات: إذا أطلق الإذن ولم يذكر ما يتصرف فيه كفى على الأصح كالقراض زاد الدارمي وينجز فيما يراه، انتهى.

ويحتمل أن يقيد ذلك العرف في إيجاد مثلهما، وينزل الإطلاق عليه إذا عين جنسًا جاز عم وجوده أم لا بخلاف القراض قاله المحاملي.

وفي «التتمة»: أنهما لو شرطا في عقد الشركة ولا ينصرف إلا في نوع مخصوص فسدت الشركة؛ لأنه شرط على صاحبه أن يشتري بماله إلا نوعًا مخصوصًا من المال؛ وذلك غير جائز، انتهى. وهذا أصح.

قال: (**وَفِيهِمَا أَهْلِيَّةُ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ**) لأن كل واحدٍ منهما موكل، فكان من شرطه الأهلية لهما، وهذا إذا أذن كل منهما للآخر في التصرف، فإن كان أحدهما المتصرف فقط فشرط في الإذن أهلية التوكيل وفي الآخر أهلية التوكل فيصح أن يكون الأول أعمى دون الثاني.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: هنا مقتضى كلامهم جواز عقد الشركة في مال المحجور عليه، وقد يقال: يتبعها لاستلزامها خلط ماله قبل العقد بلا مصلحة بل قد يؤثر بقضاء، وأما المكاتب فينبغي ألا يصح ذلك منه إن كان المأذون له لما فيه من التبرع لعمله، ويصح إن كان هو الآذن، قالوا: يكره مشاركة الكافر والفاسق خوف الرياء وغيره.

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ الْمُتَقَوَّمِ، وَقِيلَ تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ.

قلت: وهذا فيما إذا شاركه مطلق التصرف لنفسه، أما الولي يشارك بمال المحجور فلا بد أن يكون الشريك عدلًا يجوز إيداع مال المحجور عنده.

قال: (**وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ**) لأنه خلطه بجنسه يرتفع عنه التمييز، فأشبه النقد الخالص المجمع عليه.

قال: (**دُونَ الْمُتَقَوَّمِ**) لعدم تحقق الخلط فيهما، ولأن قيمتهما تزيد وتنقص فربما نقص مال هذا دون هذا، ويزيد فيذهب الربح في رأس المال، ويدخل بعض الأصل في الربح وعن الجوري أنه قال: الصحيح عندي جوازها في العروض كلها إذا استوت قيمتها سواء كانت من جنس أو أجناس كمذهب مالك.

قال: (**وَقِيلَ تَخْتَصُّ بِالنَّقْدِ الْمَضْرُوبِ**) أي: الخالص كالقراض، وهذا فيما نص عليه في **الْبُوَيْطِي**، ورواه حرملة وغيره عنه وعبارة «الروضة» وشرحي **الرَّافِعِي**: وفي المثليات قولان، ويقال: وجهان، وفي «البحر»: الأصح جوازه، وفي المثليات فظاهر المذهب المنع، والمنسوب في «الحاوي»، إلى الجمهور الجواز.

فرع: قال **الرُّويَانِي** وغيره: لا تصح الشركة على الدراهم المغشوشة، وهو قضية كلام «المنهاج» وأصله وغيرهما؛ لأنها في المتقومات، وجعل **الْمُتَوَلِّي** جواز القراض عليها مبنيًّا على التعامل بها إذ جوزنا جاز القراض وإلا فلا.

وقال في «العدة»: إن الفتوى جواز الشركة إذ استمر في البلد زواجها وصححه في «الروضة» وعليه العمل.

إشارات: إذا جوزناها في المثلي اشترط التساوي في الصفات وقضية اعتبار التساوي في القيمة كما صرح به **الرُّويَانِي** وغيره، وقيل: لا يشترط، وسنوضحه عند قول المصنف: يخرج التبر والسبائك في هذا القول، ولفظ نص **الْبُوَيْطِي**: ولا يجوز إلا على الدراهم والدنانير.

وقال **الرَّافِعِي**: إنهم أطلقوا الشركة فيما يعني على القولين، قال: ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلي أم لا؟ فإن جعلناه متقومًا لم يجز، وإلا فعلى

وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ، وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ ....

الخلاف في المثلي، انتهى.

لكن الْمُتَوَلِّي وغيره حكى في انعقاد الشركة على النقرة والتبر وجهين كالمثلي، وأبدى أبو الحسين بن الْقَطَّان لنفسه احتمالين في جواز القراض على السبائك، ووجه الجواز فإنَّا نحكم وقت المفاضلة بمثله، ووجه المنع بأنه لا يقوم بها، انتهى.

وقد حكى الشيخان في كتاب «الغصب» بأن الأصح أن التبر والسبائك من المثلي فيكون الأصح هنا جواز الشركة عليها ما قدمناه من تجويز الشركة، ومنعها هو فيما إذا أخرج هذا من ماله قدرًا وذاك قدرًا وجعلهما رأس المال، ويمكن قرض في جميع الأقوال على ما سيأتي.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ الْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزَانِ**) وإلا لو تلف أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه وتعذر إثبات الشركة، وقيل: لا يشترط الخلط، وزيف، وينبغي أن يتقدم الخلط على العقد ولو تأخر فالأصح المنع، والثاني: بجواز إن وقع في مجلس العقد، فإن تأخر عنه لم يجز على الوجهين، ومال الإمام إلى ترويجه؛ لأن الشركة توكيل وتوكل، قال في «البحر»: لو خلطا المالين لكنهما يعرفان ما لكل منهما بعلامة جعلها في دراهمه لا يعرفها غيرهما فلا يتمكن من التمييز هل تصح الشركة؟ نظر إلى حال الناس أو لا نظر إلى حالهما يحتمل وجهين.

قال: (**وَلَا يَكْفِي الْخَلْطُ مَعَ اخْتِلَافِ جِنْسٍ**) أي: كدراهم ودنانير.

(**أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ**) أي: وكذا سائر الصفات كصحاح ومثقوبة أو حديثة وعتيقة أو سوداء وبيضاء.

قال الرَّافِعِي: وفيها وجه عن الإصطخري، والذي رواه ابن الْقَطَّان في «فروعه» عنه المنع، قال: وهو كما قال: هذا كله متميز، انتهى.

نعم حكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه يكفي خلط الحنطة الحمراء بالبيضاء

هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ، ....

لاتحاد الجنس، وعين التميز وتساهل الناس فيه عرفًا، واعتقادهم إياه خلطًا، والمذهب اعتبار سائر الصفات في المثليات.

قال في «الحاوي»: فلو كانت قيمة أحدهما أغلا أو يخالفه في صفة من صفاته لم تجز الشركة وجهًا واحدًا.

وقال في «البحر»: قال القاضي أبو حامد في «الجامع»: ويشترط أيضًا تساويهما في القيمة؛ لأن قيمة أحدهما إذا كانت أكثر فخلطاهما لم يكونا شريكين شركة التجارة حتى يبيعا، وإذا باعا كان الثمن مشتركًا بينهما، فإذا أذن كل منهما في التصرف صارا شريكين، انتهى.

وقال في «الروضة» وأصلها: قال العراقيون وغيرهم: إذا جوزنا الشركة في المثليات فإن استوت القيمتان كانا شريكين على السواء، وإن اختلفا فإن كان أحدهما فقير قيمته مائة والآخر فقير قيمته خمسون فهما شريكان مثالثة، وهذا مبني على قطع النظر في المثليات على تساوي الأجزاء في القيمة.

قال: (**هَذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكًا بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التِّجَارَةِ فِيهِ تَمَّتِ الشَّرِكَةُ**) هذا ما جزما به، قالا: وهو أبلغ من الخلط لكن قوله في الْبُوَيْطِي: ولا يجوز إلا على الدراهم والدنانير قد ينازع إطلاقه في ذلك، وفي «البسيط» عبارة موهمة فإنه قال: إذا جرى في النقد جاز كالقراض أو في عروض مشتركة أو مختلطة اختلاطًا لا يتميز فوجهان أحدهما: المنع لأنه تهيأ للاتحاد تهيؤ للنقود، وهذا مقصود العقد، ولا يتفاوت قيمتها عن قرب بخلاف النقود، والثاني: وهو القياس وبه الفتوى جوازه إذ لا معنى للشركة عندنا إلا التوكيل بالتصرف في مال مشترك وذلك يستوي فيه العروض والنقود، انتهى لفظه، وعبارة «النهاية»: ومما اختلف فيه الأصحاب أن قالوا: إن الشركة تجري على الصحة في النقدين، وقيل: تجري فيما عداهما من ضروب الأموال مع تحقق الاختلاط كما سبق وصفه، فعلى وجهين: أحدهما وهو الذي يدل عليه ظاهر ما نقله الـمُزَنِيّ: أن الشركة تختص بلا تقدير اختصاص القراض

وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلٌّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ. وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا ....

بهما، فإن الغرض منها التجارة والاسترباح كالقراض، والثاني وهو القياس المعتمد في الفتوى: أن المتبع حصول الخلط ولا اختصاص بالنقدين، انتهى. وهذا هو الخلاف المذكور في المثليات.

قال: (**وَالْحِيلَةُ فِي الشَّرِكَةِ فِي الْعُرُوضِ أَنْ يَبِيعَ كُلٌّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ**) كنصفه بنصف مثلًا وسواء تجانس العرضان أو اختلفا.

(**وَيَأْذَنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ**) بعد التقابض وغيره مما يشترط في البيع، قال الْمَاوَرْدِي وغيره: هذا إذا لم يشترطا في البائع للشركة، فإن شرطاها فسد البيع، وقال القاضي الحسين والمتولي: لا تثبت الشركة نعم تصير العروض مشتركة ويملكان التصرف فيهما بالإذن، فإذا نَضَّ الثَّمَنُ استأنفا عقدها، وهو نَاضٌّ، والمذهب ثبوت الشركة، وإحكامها مطلقًا، ولا يشترط أيضًا عليهما بقيمة العرضين عن تعاقدهما على الأصح.

وقال الفوراني: هذه شركة كالشركة في الحنطة يشير إلى أن في صحتها الخلاف السابق في المثليات، ولفظ «الإبانة»: ولو باع أحدهما نصف عبده بنصف عبد صاحبه ثم عقدا عقد الشركة فحكمه حكم الحنطة والشعير.

إشارة: كان الأحسن أن يقول المصنف: ومن «الحلية» كذا؛ فإن منهما بعد عرضه لصاحبه بثمن في ذمته ثم يتقاصا أو يقعا في التقاص على الأظهر.

ومنها: أن يشتريا السلعة بثمن واحد ثم يدفع كل واحد عرضه عما يخصه من الثمن، ولو كان المالان عرضًا ودراهم باعه نصف العرض بنصف الدراهم.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ الْمَالَيْنِ**) أي: بل تثبت الشركة مع تفاوت قدرهما على نسبه المالين خلافًا للأنماطي، فإنه اشترط التساوي.

قال الإمام: وهو هفوة من مذكور وهو غير معتد به.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا**) أي: بقدر المالين.

عِنْدَ الْعَقْدِ. وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلَا ضَرَرٍ، فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ

(**عِنْدَ الْعَقْدِ**) أي: إذا أمكن معرفتهما بعد، هكذا قاله الرَّافِعِي، ورأى ابن الرِّفْعَة القطع بأن ذلك لا يكفي وجعل اختلاف القيمة اختلافًا في الصفة وهو يوافق ما سبق عن «البحر»؛ بل هو هو، وقال الإمام معبرًا عن الوجه الثاني: وقال طوائف من الأصحاب: يشترط في صحة الشركة العلم بمقدار النصيب بأن يعلما أن المال بينهما نصفين، أو على نسبة أخرى.

قال في «البسيط»: ويرجع حاصل الخلاف إلى أن الإذن على هذا الوجه هل يصح؟ قيل: يصح إذ الحق لا يعد وهمًا، وقيل: لا؛ لأنه لا يدري فيما يتصرف بالإذن أو الملك والتصرف يبطل بالاستبهام.

وقال الرَّافِعِي: محل الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك وكل واحد يجهل حصته فأذن كل منهما لصاحبه في التصرف في كل المال أو في نصيبه هل يصح؟ فيه وجهان أصحهما نعم.

قال ابن الرِّفْعَة: ومقتضى هذا ألا يتقيد بصحيح الوجه المرجح في «الكتاب» بما إذا أمكن معرفة النصيب من بعد كما أطلقه في «الوسيط» و«البسيط».

واعلم أن ما رجحه المصنف هو شيء أبداه الإمام نظر، أو حكاه الْغَزَالِي وجهًا، وجزم به في «الوجيز»، قال الرَّافِعِي: إنه أظهر الوجهين والذي نقله الإمام عن طوائف من الأصحاب الاشتراط ولم يقبل سواه، ولم أر من صرح بخلاف غير ما ذكرته عن الْغَزَالِي.

قال: (**وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى التَّصَرُّفِ بِلَا ضَرَرٍ**) كتصرف الوكيل وحسن تعبير المصنف بلا ضرر، وعبارة «المحرر» ومختصراته بالغبطة وفيها يسمح إذ المعتبر فيه المصلحة فإنه لو باع بثمن المثل أو بغبن يسير صح كالوكيل، وكذا لو اشترى بثمن المثل في الحال لتوقع زيادة تحدث، **وَالْغِبْطَة وَهِيَ الزِّيَادَةُ عَلَى الْقِيمَةِ زِيَادَةً لَهَا بَالٌ**.

قال: (**فَلَا يَبِيعُ نَسِيئَةً**) للغرر (**وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ**) أي: كما لوكيل، هكذا أجراه وهو ماشٍ على طريقة العراقيين.

وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْعِضُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ.

وظاهر نص «الأم» أن عامل القراض لا يبيع إلا بنقد البلد، وأما إذا قلنا بما أورداه هناك أَنَّهُ يَبِيعُ بِالْعَرَضِ وَالْوَجْهُ أَنَّ الشَّرِيكَ كَذَلِكَ بيعًا وشراءً، وَكَذَا يَجُوزُ لَهُ شِرَاءُ الْمَعِيبِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ مَصْلَحَةً ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْبَابَيْنِ الرِّبْحُ، وَلَمَّا نَقَلَ ابْنُ يُونُسَ اعْتِبَارَهُمْ النَّقْدَ قَالَ في «محيطه» هنا بعد نقله اعتبار النقد: وهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الرِّبْحُ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَصُّ بِنَقْدِ الْبَلَدِ؛ بَلْ يَكُونُ فِي الْعُرُوضِ كَالْقِرَاض، انتهى .

ولا شك أنه لو أذن له في المسافرة أن له البيع بنقود البلاد التي يقصدها.

قال: (وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ) بلا إذن بطل في نصيب شريكه وفي نصيبه قولًا تفريق الصفقة، وكذا الحكم لو اشترى بغبن مال الشركة بغبن فاحش، وإن اشترى في الذمة دفع العقد له خاصةً، فإذا باع بالغبن.

قال أبو إسحاق: لا يضمن بالعقد خلافًا لأبي حامد، والمشهور الذي جزم به كثيرون أو الأكثرون ومنهم الرَّافِعِي: أنه لا يضمن به ذلك، فإن سلم ضمن بلا خلاف، وأخطأ بعض الشارحين هنا حيث جعل قول أبي إسحاق وجهًا ضعيفًا.

قال: (وَلَا يُسَافِرُ بِهِ وَلَا يُبْعِضُهُ) أي: بأن يدفعه إلى غيره ليعمل لهما فيه متبرعًا لما في السفر والإبضاع من الخطر؛ ولأنه لم يرض بغير يده، وهذا فيما لو اشتركا بالبلد، أما لو عقدا الشركة وهما مسافران أو على اللجة؛ فالظاهر أن له السفر به إلى مقصده من غير إذن، وكذا لو كانا من أهل النجعة وتقوم القرينة مقام صريح الإذن بخلاف القاطن بالبلد، نعم لو أرهقت ضرورة إلى السفر فهو كالمودع كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: (بِغَيْرِ إِذْنٍ) هذا قيل في جميع ما ذكره من البيع نسيئة فما بعده، فإذا وجد شيء منها بإذن شريكه الجائز التصرف في ماله جاز، وإذا جوزنا الشركة في مال المحجور فأذن الولي في شيء من ذلك، فإن كان المصلحة فيه فذاك، وإلا لغا إذنه فيما يظهر فتأمله.

وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ، وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي لَمْ يَنْعَزِلْ الْعَازِلُ.

قال: (**وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَى شَاءَ**)؛ لأنه عقد جائز كالوكالة.

(**وَيَنْعَزِلَانِ عَنِ التَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا**) لما ذكرناه، وعبارة «المحرر» وغيره بالفسخ، وما أحسن عبارة «تهذيب المحرر» وينعزلان به، وقيل: إنه إذا فسخ أحدهما ينعزل صاحبه دونه، وبه جزم القاضي أبو الطيب في «تعليقه» وابن الصباغ، وهو ظاهر عبارة «المنهاج» وأنهما لا ينعزلان حتى يفسخا جميعًا، والصحيح خلافه فيتغير تأويله على ما في «المحرر».

وسيأتي عن صاحب «البحر» زيادة في الكلام على هذه المسألة إن شاء الله تعالى.

قال شارح: ولا خلاف أن لكل منهما بعد الانعزال أن يتصرف في نصيبه.

وقال ابن الرِّفْعَة: لا يجوز، وزعم أن نص الشَّافِعِي رضي الله عنه شاهد له، وأن كلام الأصحاب مشكل، وما قاله مردود وليس في النص شاهد ولا في كلام الأصحاب إشكال، هذا لفظه وهو كما قال: كسائر الشركاء في الأموال الشائعة إلا أن يريد ابن الرِّفْعَة ما اقتضاه ظاهر كلامه، فلا أدري ما هو.

قال: (**فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا عَزَلْتُكَ أَوْ لَا تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي**) أي: لو قال: قطعت تصرفك في نصيبي كما قاله المحاملي.

(**لَمْ يَنْعَزِلْ الْعَازِلُ**) أي: على المخاطب وحده إذ لم يوجد ما يقتضي عزله فيتصرف في نصيب المعزول، وعن قول الفوراني: إن الشركة تبطل، وقضيته أن المخاطب لا يتصرف، وفي «البحر» بعد ذكره أنه لو قال: فسخت الشركة انفسخ العقد وانعزلا عن التصرف.

وقال القاضي الطبري: إذا قال: فسخت الشركة، ينظر فإن أراد في حق صاحبه، له أن يتصرف في جميع المال، وإن أراد في حقهما لم يجز لواحدٍ منهما التصرف في حق صاحبه، والمشهور ما ذكرناه أولًا، انتهى. والذي في تعليقه ما سبق عنه، ولعله قاله في «المنهاج» أو «المحرر».

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ.

وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا، فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ ....

قال: (**وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ**) كالوكالة وكذلك بطروء الحجر بالسفه وبالفلس في كل تصرف لا ينفذ منهما كما قالوه في الوكالة، وعن الجوري حكاية وجه: أنها لا تنفسخ بالموت؛ بل يفسخ الوارث إن شاء، وذكر الْمَاوَرْدِي والروياني: أنه إن كان الإغماء يسيرًا لم يسقط به فرض عبادة لم يضر، وإن كثر حتى أسقط فرض صلاة واحدة بمرور وقتها بطلت الشركة، وصحح المصنف بطلان الوكالة بالإغماء.

وقال: إنه والإمام الْغَزَالِي صححا عدمه، والظاهر محو هذا الخلاف هنا، ورأيت في «اللطيف» لأبي الحسن بن خيران: أنه إذا غلب على عقل الوكيل انفسخت بخلاف العكس.

فرع: إذا مات ولا دين ولا وصية فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيدًا، فإن كان مولى عليه فعلى وليه ولاحظ له من الأمرين وجوبًا، وإنما تقرر الشركة بعقد مستأنف، هكذا قاله الشيخان.

وقال في «البيان»: وإن أذن الوارث الرشيد للشريك في التصرف، أو أذن الولي جاز، سواء كان المال نقدًا أو عرضًا؛ لأن الشركة إنما لا تجوز ابتداءً على العروض وهذا لاستدامة شركة وليس بابتداء عقد، انتهى.

وعليه ينزل كلام الشيخين؛ ولكن عبارتهما إيهام، وإن كان عليه دين فليس للوارث تقرير الشركة إلا بعد قضاء الدين، وإن كان ثمَّ وصية لمعين فكوارث أو غير معين كالفقراء لم يصح تقدير الشركة حتى تخرج الوصية، ثم هو كما لو لم تكن وصية.

قال: (**وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا**) أي: سواء شرط ذلك نصًا أو عملًا بقضية الشركة والإطلاق.

قال: (**فَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ فَسَدَ الْعَقْدُ**) وذلك بأن يشترطا التفاضل في الربح

فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الْآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ، وَالرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ، وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ، وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلَفِ فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ.

مع استواء المالين أو تساويهما في الربح مع تفاضل المال، فإنه يفسد العقد فيهما سواء اختص أحدهما بمزيد عمل، أم لا، كما لو شرطا التفاوت في الخسران بمخالفة ذلك بموضع العقد، وقيل: يفسد الشرط ويصح العقد، وقيل: إن اختص أحدهما بمزيد عمل أم لا وشرط مزيد ربح صح العقد، وعن الجوري نقل أنه إذا اختلف قدر ماليهما وشرطا كون الربح على قدر المالين لا يصح العقد وإنما يصح إذا شرطا كونه بينهما نصفين؛ لأن الربح عوض العمل لا المال، رواه ابن الرِّفْعَة.

قال: (**فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى الْآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ**) أي: في مال الآخر كما في القراض الفاسد، وقيل لا رجوع فالصحيح وبه أفتى الْقَفَّال: فيما لو شرط أحدهما أن يتصرف هو بنفسه فقط ويصرف.

قال: فلا أجرة له كالشركة الصحيحة، ولم يذكر الرُّويَانِي في «التجربة» وغيره وجعل ذلك بضاعة بلا عوض.

قال: (**وَتَنْفُذُ التَّصَرُّفَاتُ**) لوجود الإذن، وادَّعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، وحكى الْمَاوَرْدِي فيه وجهًا: أنها لا تنفذ، وعبَّر الرُّويَانِي عن الوجهين: ببطلان الإذن وعدمه.

قال: (**وَالرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ**)؛ لأنه ثمرتهما كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت.

قال: (**وَيَدُ الشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ**) كالمودع والوكيل .(**فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ وَالْخُسْرَانِ وَالتَّلَفِ**).

قال: (**فَإِنْ ادَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي التَّلَفِ بِهِ**) أي: بخلاف السبب الخفي فإنه يصدق فيه بيمينه لعسر إقامة البينة به، بخلاف السبب الظاهر ويأتي إيضاح ذلك في الوديعة إن شاء الله تعالى، ولو

وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ مُشْتَرَكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَوْ قَالَ اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدِّقَ الْمُنْكِرُ.

وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ اشْتَرَيْته لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الْآخر صُدِّقَ الْمُشْتَرِي].

ادعى أنه تلف من المال كذا في شهر كذا وحلف عليه ثم شهد عدلان أنهما رأيا ذلك المال بعينه في يده بعد اليوم المذكور ففيه وجهان: أحدهما: بطل يمينه فيغرم ولا يسئل، والثاني: لا يبطل يمينه؛ ولكن يسئل عن ذلك فإن ذكر وجهًا فسلم معه يمينه لم يغرم وإلا أغرم، ذكره الْمَاوَرْدِي والروياني.

قال: (**وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ هُوَ لِي، وَقَالَ الْآخَرُ مُشْتَرَكٌ أَوْ بِالْعَكْسِ صُدِّقَ صَاحِبُ الْيَدِ**) أي: بيمينه عملًا باليد.

(**وَلَوْ قَالَ اقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي صُدِّقَ الْمُنْكِرُ**) لأن الأصل عدمها.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى وَقَالَ اشْتَرَيْته لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي وَكَذَّبَهُ الْآخر صُدِّقَ الْمُشْتَرِي**) لأنه أعلم بقصده وعقده وسواء ادعى أنه صرح بالشراء للشركة أو أنه نواه، والأول يقع عند الخسران، والثاني عند الربح غالبًا.

فرع: اشترى أحدهما شيئًا فللبائع أخذه بجميع الثمن فإن أداه من مال الشركة فذاك، أو من ماله بأن فعله؛ لأنه لم ينص من مال الشركة ففي رجوعه وجهًا في «الحاوي».

فرع: في «فتاوي الْبَغَوِي»: إن عقد الشركة على أن يثبت أحد الشريكين ثابتًا في التصرف فهذا فاسد، انتهى.

والظاهر أن المراد أن يثبت عن نفسه ولا يبعد إن شرطا بأنه عنده لا يمنع الصحة.

فرع: لو قال أحدهما لصاحبه: بع بما ترى يجب مراعاة النظر، ولو قال: بع بما شئت، له أن يبيع بالمحاباة، قاله الرُّويَانِي في «التجربة». ويظهر بأنه قوله بما يرى به نص إلى الرأي والرأي هو الاجتهاد بخلاف قوله: بما شئت، انتهى.

ويأتي هذا في التوكيل بما فيه.

فرع: في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو قال: سمِّن هذه الشاة على أن

لك نصفها أو هاتين الشاتين على أن لك أحدهما لم يصح، واستحق أجرة المثل للنصف الذي سمنه للمالك، وفي الآخر يحتمل وجهين، الصحيح أنه يستحق النصف الذي سمَّنه لنفسه مقبوضًا بالبيع الفاسد فهو مضمون عليه، والنصف الآخر حكمه حكم المال في يد الأجير المشترك.

قلت: وفي كونه يستحق الأجرة للنصف الآخر نظر؛ لأنه سمنه في القرى والبوادي في الرعاة.

وأنهما لو اشتركا في دود القزِّ على أن من أحدهما الورق ومن الآخر التعهد على أن الصلح بينهما لم يصح، وما يحصل الصلح لصاحب البذر وعليه قيمة الورق وأجرة عمل العامل، ولو كان البذر منهما وخلطا في عقد الشركة على أن من هذا العمل، ومن ذاك الورق لم يصح الصلح بينهما وعلى رب الورق نصف أجرة عمل العامل، وعلى العامل نصف قيمة الورق، فإن كان العمل بينهما والورق بينهما فصح، ثم إن تفاوتا في الورق رجع رب المال الزيادة بها، وإن تفاوتا في العمل فكذلك، وإن صحت الشركة؛ لأن العمل هاهنا متبوع ولم يتبرع به وفي شركة المال تبع، لو شرط على صاحب الورق أن يقطع وينقل إلى داره فيستحق قيمة الورق، ويدخل فيه أجرة النقل؛ لأن استحقاق القيمة بتسليمه في داره، انتهى. وهذا الفرع تعم به البلوى.

خاتمة تعم الحاجة إليها:

لِاثْنَيْنِ دَيْنٌ عَلَى آخَرَ ثَبَتَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ هَلْ يَتَفَرَّدُ أَحَدُهُمَا بِقَبْضِ نَصِيبِهِ؟ قَالَا فِي «التَّهْذِيبِ» وَ«الْكَافِي»: نظر إن استحقاه إرْثًا، أَوْ نُجُومَ كِتَابَةٍ فَلَا، وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُمَا شَيْئًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَإِنْ بَاعَا صَفْقَةً وَاحِدَةً فَهَلْ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بقبض نصيبه من الثمن؟ وجهان.

قلت: والأصح الانفراد، ونقل الشيخان وجهًا عن رواية «الحناطي»: أن أحد الوارثين لو قبض من الدين قبل رخصته لم يشارك الآخر إلا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه، أو لا يجد مالًا سواه، والصحيح المشاركة مطلقًا، هذا لفظ «الروضة»، وبالمشاركة جزم الرَّافِعِي قبل هذا وجعله أصلًا، وقاس

....

عليه وفيه إشكال، لأن قضيته ألا تصح حوالة أحدهما بنصيبه منه ولا اعتياضه عنه، وغير ذلك وحينئذٍ ترد هذه الصورة على إطلاقات كثيرة، ولم يفرقوا بين أن يقصد المديون عن أصل الدين وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب «الشهادات»، في الكلام عن قول المصنف.

ولو ادعت ورثته مالًا لمورثهم وأقاموا شاهدًا ما يقتضي نزاعًا في عدم الاختصاص وقد بينه الرَّافِعِي هنا لما أشرنا إليه من الإشكال فقال: واعلم أنه قد سبق في كتاب «الشركة» أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من دين الشركة ولو اقتصر شاركه الآخر فيه، وهاهنا قالوا: يأخذ الحاضر نصيبه كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذرًا ومكنوا الحاضر من الانفراد حينئذٍ، انتهى.

وهذا القدر لا يكفي ولا يزيل الإشكال فإن منَّ الله بالبقاء وإلا فراجع «الغنية» هناك، والله أعلم.

كتاب الْوَكَالَةِ

قال الشارح: هي بفتح الواو وكسرها: التفويض، ويقع على الحفظ، ومن ذلك: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والوكيل: فعيل بمعنى مفعول، والتوكيل: اتخاذه الوكيل، والتوكيل: فعلى الوكيل.

قال في «المجمل»: والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير.

وقال الْمَاوَرْدِي: هي في الشرع: إقامة الوكيل مقام الموكل في العمل المأذون فيه، والأصل فيها الإجماع والحاجة الداعية إليها ظاهرة، وجاءت بها الأحاديث:

منها: «توكيله ﷺ السعاة في أخذ الصدقات»(١).

و«عمرو بن أمية الضمري ﷺ في نكاح أم حبيبة»(٢) .

و«أبا رافع في نكاح ميمونة»(٣) و«عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ في شراء شاة»(٤).

وأشارت إليها الآيات الكريمة كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (٣٥)﴾ [النساء: ٣٥].

وقوله في قصة رؤيا صاحب مصر: ﴿فَأَرْسِلُونِ﴾ [يوسف: ٤٥] ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وبقوله: ﴿ٱذْهَبُوا۟ بِقَمِيصِى هَٰذَا فَأَلْقُوهُ عَلَىٰ وَجْهِ أَبِى يَأْتِ بَصِيرًا وَأْتُونِى بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ (٩٣)﴾ [يوسف: ٩٣] وكقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) أخرجه البخاري (١٦١٥).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٧) والحاكم في المستدرك (١٦/ ٩).

(٣) أخرجه الترمذي (٧٧٠) ومالك في الموطأ (٦٧٨).

(٤) أخرجه البخاري (٣٤٤٣) والترمذي (١٢٥٨).

قال المصنف: [شَرْطُ الْمُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ. فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ.

وقال ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»(١).

قال: (شَرْطُ الْمُوَكِّلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلَايَةٍ) أي: إلا كما استثنى كما سيأتي.

(فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ) أي: ونحوهما المغمى عليه ونائم وسكران غير عاصٍ به؛ لأن لتصرف النفس أقوى منه للغير، فإذا لم يمكنه الأقوى وغيره أولى بالمنع، وفي توكيل الوكيل ما سيأتي في توكيل العبد المأذون له في التجارة كلام سبق.

وأما المحجور عليه بسفه أو فلس.

قال المصنف: يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات لا فيما يستقل إلا بإذن الولي أو المولى.

قلت: ولو أذن الولي لهما أو المولي في التزويج فوكلا في صحته وجهان، وبالصحة جزم الْمَاوَرْدِي، وفي صحة توكيل السفيه بإذن وليه، نظر، إلا أن يكون التوكيل من الولي عن نفسه، نعم ينبغي الجزم بصحتها فيما ينفذه منه من الوصايا والتبرعات في مرض موته بلا إذن، وقد تضمنه كلام الكتاب، ويجيء في توكيل الصبي في ذلك ما ذكر هناك من الخلاف في نفوذه منه.

قال: (وَلَا الْمَرْأَةِ وَالْمُحْرِمِ فِي النِّكَاحِ) لما سبق ويستثنى أيضًا توكيل الفاسق في تزويج موليته على المشهور، وإطلاقه المنع في المحرم محمول على ما لو وكل ليعقد عنه حال الإحرام، وإن قال: ليزوج بعد التحلل.

قال الرَّافِعِي هناك: صح؛ لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن، وهذا التعليل يشوش كون شرط الموكل صحة مباشرته، وسبقه إلى هذا القاضي الحسين وطرده فيما وكله ليشتري هذا الخمر إذا تخلل، وإذا أطلق.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ.

قال الرَّافِعِي في كتاب «الحج»: فهو كالتقييد بما بعد التخلل بالخاء، والذي قاله القاضي في كتاب «النكاح»: أنه باطل.

وقال في كتاب «الحج»: إذا وكله فيه فلا يملكه الوكيل مادام الموكل محرمًا، فإذا تحلل فوجهان: أظهرهما وهو طريقة المراوزة: أنه لا يملك إلا بتجديد وكالة بعد التحلل، والثاني: وهو طريقة بعض العراقيين يملك بالتوكيل السابق، فعلى طريقة الرَّافِعِي لا بد من تقييد كلام «المنهاج» والمختار دليلًا على أنه لا يصح توكيل المحرم في النكاح مطلقًا، وعليه يصح إطلاق «المنهاج»، ولو وكل الحلال محرمًا بالتوكيل حلالًا بالتزويج، فالأصح عند الرَّافِعِي: الجواز، فعلى هذا تستثنى هذه الصورة، وما إذا قيد بما بعد التحلل، أو أطلق من هذا الشرط مع ما يستثنى أيضًا.

إشارة: زعم شارح أن مراد المصنف بالمرأة أنها لا توكل أجنبيًّا في تزويجها فأما إذا أذنت للولي بصفة الوكالة، انتهى.

وهذا عجب، وقوله: إن المراد كذا أعجب، وليس إذنها لوليها بلفظ الوكالة مما نحن فيه.

قال: (**وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْوَلِيِّ فِي حَقِّ الطِّفْلِ**) لولايته عليه، قال الْمَاوَرْدِي: إن يشأ عن الصبي وإن شاء عن نفسه، ولا نزاع في ذلك في حق الأب والجد والحاكم إذا ولوا ماله، وأما الوصي وقد ذكروا في الوصايا أنه لا يصح توكيله، والصحيح خلافه، وأما قيم الحاكم فالقياس أنه إن أقامه في أموره مقام نفسه وكل وإلا اعتبر إذن الحاكم.

إشارة: كان الأحسن الأشمل حذف لفظة: (الطفل) ليدخل معه المجنون والسفيه، وإن صح أن قيم الحاكم كالوصي مطلقًا جاز حمل كلام «المنهاج» على عمومه في كل ولي متصرف، وقد أشار المصنف إلى أن ما ذكره ضابط كل من صحت مباشرته بملك ولاية صح توكيله، ومَن لا فلا، ويستثني من طرده الولي المجبر على رأي كما سيأتي، وإذا نهاه فإنه يزوج بالولاية، ولا

وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ.

وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ، ....

يوكل، وغير المجبر يزوج بالولاية، ولا يوكل بلا إذن على الصحيح، وقيل: وكذا إذا جوزنا كسر باب الغريم، وأخذ ماله فإنه لا يجوز التوكيل فيه، صرح به جماعة، وهذا سمج، وسبقت الإشارة، ويستثنى من عكسه الأعمى، وقد ذكره، وكل من الثلاثة خارج عن الضابط، وكذا من ليس توكيل في التصرف إذا قال له المالك أو الولي: وكل، فإنه يصح توكيله، ولا تصح مباشرته بملك ولا بولاية ولا بوكالة، ومن ذلك لو وكل امرأة في أن توكل رجلًا عنه في تزويجه ابنته، فإنه يجوز خلافًا للمزني، ومنه لو قال: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، وقلنا: يمتنع عليه الطلاق فله التوكيل فيه، وإنما امتنع عليه لأمر من خارج فهو كالأعمى.

قال الرَّافِعِي هناك: وسمعت بعضهم في الناجية يقول: ينبغي ألا يقع طلاق الوكيل، ونحو هذا: كلما عزلتك فأنت وكيل، فإنه لا يمكنه عزله، ويصح توكيله، واستثنى توكيل المشتري البائع أو المسلم إليه ليوكل من يقبض عنه؛ فإنه يصح، ولا يصح أن يقبض من نفسه، وكذا قصاص الطرف، فإن المستحق لا يباشره على الأصح ويوكل فيه.

قال: **(وَيُسْتَثْنَى تَوْكِيلُ الْأَعْمَى فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَصِحُّ)** أي: مع عجزه عن مباشرته، وكذا أجازه الأعيان، وقبض المسلم فيه وغيره، وقد عجلنا قبل هذا أشياء، وبقي أشياء على وجه مشهور أو رأي غريب.

قال: **(وَشَرْطُ الْوَكِيلِ صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ التَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ)** كما قيل في الوكالة؛ لأنه إذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى، وكلام الكتاب يقتضي أنه لا يصح توكيل العبد في بيع ولا شراء، وإن أذن سيده، والأصح خلافه عند الإذن، قال الجرجاني هنا: وكذا يصح توكيله بجعل بغير إذن السيد؛ لأنه نوع تكسب.

قال: ولا يتوكل مأذون له في التجارة بجعل ولا غيره بخلاف المكاتب.

قال الْمَاوَرْدِي: وتستثنى توكيل العبد على الطفل أو مال اليتيم أي:

....

ونحوه فلا يجوز مطلقًا؛ لأنه في معنى الولاية، وصحح المصنف توكيله في النكاح بلا إذن لا في إيجابه مطلقًا على الأصح، قال: وتوكيل المحجور بسفه كتوكيل العبد في النكاح، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» الذي نص عليه الشَّافِعِي: أنه لا يجوز أن يكون العبد ولا المحجور عليه لسفه وكلاء في النكاح، وظاهره تعميم المنع.

قال المصنف: والفاسق في الإيجاب إذا سلبناه الولاية كالعبد، وفي القبول يصح مطلقًا، وقال القاضي أبو الطيب: يصح قبوله لنفسه، وفي توكيله فيه وجهان لأصحابنا.

قال في «البيان»: وجزم الشيخ أبو حامد والمحاملي: بالمنع، وفي «البحر»: أنه ظاهر المذهب، قال ابن الرِّفْعَة: وادعى المحاملي والبندنيجي: نقل الخلاف فيه.

ولنا وجه أنه لا يصح قبوله لنفسه، وهو شاذ، ويجوز توكيل المرتد وإن لم يصح تصرفه في ماله، قال الْمُتَوَلِّي: إلا إذا حجر عليه، وهو ظاهر، إن قلنا: إنه حجر سفه، وإن قلنا: حجر فلس أو مرض فلا، ويجوز للمسلم أن يوكل كافرًا في استيفاء قولًا واحدًا من مسلم، ولا للإمام قضية لإقامة الحدود على المسلمين، واستثنى ابن الرِّفْعَة وغيره صورًا:

منها: أن الكافر لا يلي نكاح مسلمة، ولا ينكحها، وفي خلع «النهاية»: أنه يجوز توكيله في تزويجها من مسلم على ظاهر المذهب، وفيه نظر، وأنه لا يصح شراؤه المسلم ولا المصحف وغيره فيما سبق لنفسه، ويجوز توكيله في شرائها للمسلم إذا صرح بالسفارة، وقيل: وإن لم يصح، وإنه لا يقدر على طلاق مسلمة، ويتوكل فيه على الأصح، وأنه لا يصح إنكاح المرأة، ويصح أن يتوكل في أن يوكل من يزوج خلافًا للمزني ذكره الْمُتَوَلِّي هنا كما سبق، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، قال ابن الرِّفْعَة: والذي ذكره القاضي هناك أنه إن قال لها: اذهبي إلى زيد وقولي له: إن فلانًا يأمر أن تزوج ابنته من فلان، أو يقبل له نكاح فلانة، هل يجوز؟ وجهان.

لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ لَكِنِ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ.

وإن قال لها: وعليك أن توكلي فلانًا في تزويج بنتي، لم يجز وجهًا واحدًا.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا وكلها لتوكل رجلًا في تزويج ابنته، فهو جائز على قول الشَّافِعِي، وعند الـمُزَنِيّ: لا يجوز، وعلى هذا لو قال لها: قولي لفلان يزوج، فوجهان، وأنه يصح توكيل المرأة في الطلاق على الأصح، ومما أورد على طرد القاعدة أنه لا يصح توكيل الولي في بيعها مال محجوره، ويخرج من عبارات الأئمة خلاف، بناء عليه ما ذكرناه غيره، وهو أن شرط الوكيل صحة مباشرته التصرف لنفسه في حبس ما يوكل فيه في الجملة، أو في غيبته..

قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز للمزوجة أن تتوكل عن زوجها إلا بإذنه، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ الْحُرَّةَ، أَمَّا الْأَمَةُ إِذَا أَذِنَ سَيِّدُهَا فَلَا اعْتِرَاضَ لِلزَّوْجِ كَالْإِجَارَةِ وَأَوْلَى، قيل: ومقتضى كلام الرُّويَانِي: يحل المنع في توكيل المرأة في أمر يحوج إلى خروجها، وفيه نظر، وينبغي الصحة وله منعها، انتهى.

والوجه ما اقتضاه كلام الرُّويَانِي الصحة إذا لم يفوت على الزوج حقًا، وفي بعض أمثلته ما لا شك فيه.

قال: (**لَا صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ**) أي: لسلب عبارتهما، وفي حكمهما ما قدمناه في الموكل من المغمى عليه وغيره.

قال: (**وَكَذَا الْمَرْأَةُ وَالْمُحْرِمُ فِي النِّكَاحِ**) لما سبق بما فيه، ولا يصح توكيل المرأة في رجعة نفسها ولا غيرها ولا في اختيار الزوجات إذا أسلم على أكثر من أربع، وكذا لا يجوز في اختيار الباقيات إذا اعتبرن على الأصح، ولو وكل الخنثى في قبول نكاح أو طلاق قال المصنف: لم أر فيه نقلًا، وينبغي أن يكون كالمرأة.

قال: (**لَكِنِ الصَّحِيحُ اعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ**) أي: مميز مأمون.

(**فِي الْإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ**) لتسامح السلف والخلف فيه،

....

ووجه المنع ما سبق، وقد أطلق هنا.

وقال في بيوع «الروضة»: إن انضمت قرائن يحصل العلم بذلك جاز الدخول والقبول، وإلا فطريقان: أصحهما القطع بالاعتماد، والثاني على الوجهين في روايته، ولا خفاء أنه لو دلت القرائن الظاهرة على كذبه أنه لا يعتمد، ولينظر فيما إذا عرف بالكذب، والأشبه أنه لا يعتمد قوله بمجرده، وكذلك قيدت بالمأمون، ويشبه ألا فرق بين الصبي والكافر، وفي «صحيح مسلم»: أنه ﷺ رأى ابن عباس يلعب مع الصبيان، فقال: «اذهب ادع لي معاوية»⁽¹⁾.

قال الشيخ: فيه اعتماد الصبي فيما يرسل فيه من دعاء إنسان ونحوه من حمل هدية وطلب حاجة وأشباهه، وصرح الْمَاوَرْدِي في باب الوليمة: بأنه يجب على المدعو الإجابة إذا كان الصبي المميز رسولًا، ويجوز توكيله في دفع الزكاة على الأصح، وهو ظاهر عند تعبير المعطي مطلقًا.

قال الشيخ: ويقبل قول الكافر والفاسق في الإذن في الدخول وحمل الهدية كالصبي، ولا أعلم خلافًا فيه، فإن قال: صاحب «التنبيه» والغزالي والرافعي: إذا جوزنا اعتماد الصبي وَهُوَ تَوْكِيلٌ مِنْ جِهَةِ الْآذِنِ وَالْمُهْدِي، وبنى الرَّافِعِي على ذلك أنه لو وكل غيره فالقياس تخريجه على الخلاف في أن الوكيل هل يوكل؟ فإن جاز لزم أن يكون الصبي أهلًا للتوكيل، انتهى.

والظاهر أن هذا ليس توكيلًا، ولا نقول في ناقل الجبر أنه وكيل في المجبر، وإنما أطلقوا عليه توكيلًا توسعًا، ألا ترى أنهم يعتبروا هنا القبول ولا [ضرر] في اعتباره الخلاف الآتي فيه، ومتى جوزنا اعتماد الناقل عنه كما في «الروضة»: إذا جوزناها، والفرق بين الرواية والوكالة ظاهر، نعم يظهر أن يجوز لأخذ من سلم الهدية من الصبي ليوصلها إذا لم يسند ذلك إلى قول المهدي، أما استقلال الصبي بذلك، فلا ينبغي الالتفات إليه، وهذه قضية الوديعة ونحوها بإذن مالكها توكيل، فيه احتمالان للإمام.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٧١٣).

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ.

وَشَرْطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكِّلُ: فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ**) إذ لا ضرر على سيده فيه.

والثاني: لا؛ لعدم استقلاله به لنفسه، وقضية إطلاقه، وبه صرح في «الروضة» هنا جريان الخلاف مع إذن السيد وصحح في كتاب «النكاح»، أن محله حيث لم يأذن سيده، فإن أذن صح قطعًا، وحكى غيره طرقًا:

أحدها: أن محله مع الإذن، وثانيها: عكسه، وثالثها: جريانه فيهما، وسبق إطلاق النص أنه لا يكون وكيلًا في النكاح.

إشارة: هل يفترق الحال بين العبد الرشيد والسفيه، والعدل والفاسق أم لا؟ لم أر فيه نصًّا.

قال: (**وَمَنْعُهُ فِي الْإِيجَابِ**) لأنه إذا لم يزوج بنته بغيرها أولى وعليه اقتصر جماعة ووجه الصحة صحة عبارته في الجملة، وإنما لم يزوج بنته؛ لأنه لا يتفرغ للبحث والنظر، وهنا ثَمَّ نظر من الموكل وصححه الْغَزَالِي وقضية التوجيه ألا يجوز توكيله من غير تعين الزوج بلا خلاف ويشبه أن يجزم بصحة توكيل المكاتب في تجويز الأمة، إذا قلنا: إنه يزوج أمته وحينئذٍ تستثنى هذه الصورة، ويجوز توكيل العبد في الطلاق، خلافًا للروياني.

قال: (**وَشَرْطُ الْمُوَكَّلِ فِيهِ أَنْ يَمْلِكَهُ الْمُوَكِّلُ**) هَذَا فِيمَنْ يُوَكِّلُ فِي مَالِهِ، وَإِلَّا فَالْوَلِيُّ وَالْحَاكِمُ وَكُلُّ مَنْ جَوَّزْنَا لَهُ التَّوْكِيلَ فِي مَالِ الْغَيْرِ لَا يَمْلِكُونَ الْمُوَكَّلَ فِيهِ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ الْمُوَكِّلُ أَوْ الْمُوَكَّلُ عَنْهُ.

قال: (**فَلَوْ وَكَّلَ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ، وَطَلَاقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لم يصح بعجزه عن مباشرته بنفسه، والثاني: يصح، ويكفي حصول الملك عند التصرف، وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي» ولفظه: لو قال: وكلتك بتطليق كل امرأة أتزوجها أو بإعتاق كل عبد أتملكه يصح، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار بحال التوكيل أو بحال التصرف، ويجري الوجهان في

التوكيل بقضاء دين سيلزمه، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقت، ومخاصمة كل خصم يحدث له، وصححها البغداديون، ومنعها البصريون قاله الْمَاوَرْدِي، وما أشبه ذلك وعد من النظائر ما إذا وكل محرم حلالًا إن ينقل له نكاح امرأة إذا حل، وفيه وجهان، إذا اعتبرنا حالة التوكيل لم يصح وإلا صحت، وهو ما ذكره العراقيون، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى نصه في «الأم».

وقال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: ولو أذنت لوليها قبل انقضاء عدتها وقبل طلاقها، وقالت: أذنت لك أن تزوجني إذا طلقني وانقضت عدتي، وجب أن يصح الإذن كما يصح التوكيل، ثم يوكل الولي مرتبًا على إذنها فيصح، ونقل الرَّافِعِي هذا عنه هناك ثم قال: وفي صحة التوكل مذكور في كتاب «الوكالة»، يشير إلى ما جعلاه هنا الأصح وزاد في «الروضة» وصفه بالضعف وليس بجيد.

واعلم أن الْبَغَوِي اعتبر مع ما ذكره في «الفتاوى» أن يكون الموكل فيه معنيًا حيث قال: وكلتك بتزويج ابنتي إذا طلقت، وإذا اشتريت العبد الفلاني أو ملكته فأعتقه صح، وإن قال: وكلتك بإعتاق عبد اشتريته لا يصح؛ لأن المتصرف فيه غير معين بخلاف الأولين، ولو قال: وكلتك إذا صار هذا الخمر خلًا فبعه صح، ولو قال: وكلتك بتزويج الحمل الذي في بطن زوجتي لا يصح؛ لأنه غير معلوم، انتهى.

قيل: وهذا يقتضي تقييد كلام المصنف بعبد معين أو زوجة معينة، وإلا فلا يصح قطعًا، إلا أن يقول: أخذ يجوز هذه الوكالة مع الجهالة، ولا نعلمه، الرَّافِعِي أجرى الوجهين في التوكل بإعتاق كل رقيق يملكه وقضاء كل دين يلزمه، فإما أن يكون لا يرى ما ذكره الْبَغَوِي شرطًا في جريان الخلاف؛ لأنه يخالفه، واشتراط العلم في الموكل فيه، وإما أن يكون الخلاف جاريًا في العموم جريانه في التعميم ولا يجري في حال الإطلاق والجهل فيقبل لفظ الكتاب وهو الأحسن، انتهى. والتعيين ذكره في «الفتاوى» بحثًا.

وقال: في غير المعين يجب ألا يجوز، ولفظ «التهذيب»: ولو قال: وكلتك بتطليق كل امرأة أنكحها، أو بيع كل عبد اشتريته يصح، انتهى.

وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ، فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ إِلَّا الْحَجَّ ....

تتمات: قيل: قول الرَّافِعِي: كل رقيق يملكه وكل دين يلزمه كأن مراده المستقبل خاصة، أما إن أراد الحاضر خاصة لم يأت فيه هذا الخلاف، وإن أراد المستقبل والحاضر معًا فيحتمل أن يجري الخلاف، ويحتمل أن يقطع بالصحة، ويكون المستقبل تبعًا للحاضر، وإلى الاحتمالين أشار الرَّافِعِي في كلامه على حديث «عروة البارقي» وعن الشيخ أبي حامد: جواز الوكالة باستيفاء ما وجب من حقوقه، وما يستحب، فإما أن يكون اعتبر ذلك تبعًا، وإما أن يكون يجوزه استقلالًا.

قلت: وهو الظاهر وتقتضي طريقة العراقي في «تحرير» الجرجاني لو قال: وكلتك في استيفاء ما يجب لي من الحقوق صح؛ لأنه بين ما يستوفيه، وإن لم يجب بعد، ومراد الرَّافِعِي المستقبل خاصة بلا شك، ونقل ابن الصلاح كلام أبي حامد في «الفتاوى» جازمًا به، ونقل عن الأصحاب جواز التوكيل ببيع ثمر شجرة قبل إثمارها، وجزم بأن للوكيل المطالبة من الحقوق إذا كان قد وكله في المطالبة بحقوقه، انتهى.

وعن الجوري: إن وكله في قبض كل حق له، فإن لم يكن له دين ثم حدث له دين لم يكن له قبضه؛ لأنه غير موكل إلا فيما كان واجبًا يومئذٍ، وحكى الْعِمْرَانِي عن رواية الرُّويَانِي: فيه وجهين، قيل: يستثنى من إطلاق المصنف عامل القراض لقول صاحب «القواعد» التوكيل في بيع ما سيملكه من العروض بإفراد لا تتم مصالح العقد إلا به، انتهى.

وفي استثناء هذا من كلام المصنف بعد وقياسه استثناء الشريك في الاتحاد، وغير ذلك، نعم، لو قال: وكلتك ببيع هذا، وأن تشتري لي بثمنه كذا صح في الأظهر، وقيل: الأظهر كالإيقاع.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ**)؛ لأن التوكيل إنابة.

(**فَلَا يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ**)؛ لأن المقصود منها ابتلاء العبد وهو اختباره بفعلها.

قال: (**إِلَّا الْحَجَّ**) أي: عند العاجز كما سبق وكذلك العمرة وركعتي

وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ، وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ، وَلَا فِي شَهَادَةٍ وَإِيلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ، ....

الطواف تبعًا للشك (**وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ**) أي: ونحوها من الكفارات والنذور والتطوعات.

(**وَذَبْحَ أُضْحِيَّةٍ**) أي: ونحوها من الهدي والجراحات والنذور والتطوعات يستثنى الصوم عن الميت والعاجز كما سبق سموه توكيلًا وفيه وقفة، وكذلك تجهيز الموتى وحملهم ودفنهم، وَفِي «الْبَحْرِ»: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِي غُسْلِ الْمَيِّتِ وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ فِعْلَ الْغَاسِلِ يَقَعُ عَنْ نَفْسِهِ كَالْجِهَادِ وَفِيهِ نَظَرٌ انْتَهَى.

وقضيته صحة استثنائه للعبد بإذن سيده، والذمي إذا اكتفينا بغسله، والأشبه الجواز مطلقًا أنه لا يجوز الاستئجار عليه، وقس بما ذكرناه في معناه. ولا شك في جواز الاستنابة في إزالة النجاسة قيل: وعنه احترز المصنف بقوله: «عباده» ولم يظهر في ذلك وقد يكون إزالتها عبادة وإن لم يجب لها نية على المذهب، وأغرب الجيلي جدًّا فنقل وجهًا: أنه لا يجوز التوكيل في تفرقة الزكاة، ووجهًا أنه يجوز في الصلاة كركعتي الطواف وكأنه مما قيل في الصلاة عن الميت كما سبق، وفي ثبوته عن المذهب بعد.

قال: (**وَلَا فِي شَهَادَةٍ وَإِيلَاءٍ وَلِعَانٍ وَسَائِرِ الْأَيْمَانِ**) أي: باقيها؛ لأن الإيلاء واللعان منها، ومنعوا من ذلك إلحاقًا لها بالعبادات في المعنى، ولا يجوز التوكيل في تعليق هو صفة مختصة بطلوع الشمس وغروبها وقدوم الحاج ونحوها، وينبغي أن يكون هذا هو الصحيح، وقد حكى معه في تعليق الطلاق وجهين متقابلين، والمنع مطلقًا ظاهر كلامهم هنا، وبنى القاضي الحسين عليه منع التوكيل في التدبير، وقال: هل يصير بالتوكيل معلقًا للطلاق والعتق؟ وجهان.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا التدبير وصية جاز التوكيل فيها أو تعليق بصفة يجز، فاقتضى كلامه منع التوكيل في التعليق مطلقًا، ولا وجه له، وقد أجازوا التوكيل في الكتابة والخلع وفيهما التعليق، وقد نص الشَّافِعِي في العبد بين اثنين أنه يجوز أن يأذن لشريكه في كتابة جميعه، وجزم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني بجواز التوكيل في التدبير والكتابة وتعليق العتق.

إشارات: قيل: إن المصنف جعل الملحق من اللعان كالثمن من الكلمة

وَلَا فِي الظِّهَارِ فِي الْأَصَحِّ. وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهِبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفُسُوخِ، ....

الخامسة ثم اعترض عليه، ولم أر ذلك في كلامه الشهادة على الشهادة ليس بتوكيل، قاله ابن الصباغ وشيخه أبو الطيب، ولو كان الإيلاء بطلاق أو إعتاق وصححناه بذلك فحكم التوكيل فيهما حكم تعليقهما.

فرع: قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي والروياني والبغوي وصاحب «الكافي»: قال الْمُتَوَلِّي: لأنه قربة بدليل أنه لا يصح من الكافر، وقال غيره: لأنه يتقرب به إلى الله تعالى، وكان في معنى العبادة وحاصل ما قيل فيه ثلاثة آراء: قربه مكروها خلاف الأولى، وذكرتها هناك في «الغنية» وأوضحها في باب النذر إن شاء الله تعالى.

قال: (وَلَا فِي الظِّهَارِ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه منكر من القول فلا يعان عليه، وتغليبًا لشائبة الطلاق، والثاني: يجوز تغليبًا لشائبة الطلاق، وفي «الكافي»: ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار والقسامة على ظاهر المذهب فأشار إلى الخلاف في الثلاثة وهو غريب.

قال: (وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ، وَهِبَةٍ، وَسَلَمٍ، وَرَهْنٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ) أما النكاح والشراء فبالنص، وأما الباقي فبالقياس.

قال: (وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ) قياسًا على ما سبق وقد تضمن كلامه صحة التوكيل في الحوالة بالدين وفي عقد الوصية والضمان وهو الأصح في الصلات، خلافًا للقاضي الحسين.

قال: وهل يصير بذلك ضامنًا ومحيلًا؟ يحتمل وجهين وهذا بعيد، قال ابن الرِّفْعَة: والصيغة أن يقول: جعلت موكلي ضامنًا لك بكذا، أو أحلتك بما لك على موكلي من كذا بنظيره مما له على فلان، وقال العجلي: ويقول الموكل في التوكيل بالضمان: جعلني ضامنًا لدينه، ويقول الوكيل: جعلت فلانًا ضامنًا لدينك، ويقول في التوكيل بالكفالة: اجعلني كفيلًا ببدن فلان فيقول: الوكيل جعلت فلانًا كفيلًا ببدنه، انتهى.

وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ. وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ، لَا فِي الْإِقْرَارِ فِي الْأَصَحِّ.

وأما الفسوخ فاستثني منها التوكيل في فسخ نكاح من زاد على أربع فإنه لا يجوز، وحكى الدرامي في التوكيل في رد المعيب بالعيب وبالنكاح وفي خياري المجلس والشرط لينظر الأحظ ويختار، وفي الأخذ بالشفعة والأمة بعتق تحت عبد أو يسلم وتحته عشر نسوة فتوكل في الخيار في شيء من ذلك وجهين وأجراهما فيما لو وكله ليختار عين ماله من المفلس وسبق الكلام في التوكيل وفي تعليق الطلاق، وفي «البحر» لا بد من التعيين في الطلاق فلو وكله بتطليق إحدى نسائه لم يصح على الأصح ثم جواز التوكيل في الفسوخ مصور بما إذا لم يكن الفسخ فوريًا، فأما الفوري فقد قال الرَّافِعِي: التأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرًا، وبه جزم الْمُتَوَلِّي وهذا فيما اقتضى الحال بتأخير الفسخ حيث لا مانع، أما لو اقتضى الحال التأخير للأعذار السابقة فلا، والجواز ظاهر.

قال: (**وَقَبْضِ الدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا وَالدَّعْوَى وَالْجَوَابِ**) لعموم الحاجة وقياسًا على ما سبق رضي بذلك الخصم أم لا، وأغرب من استثنى قبض عوض الصرف في غيبة الوكيل إذ لا دين بعد التفرق؛ لبطلان العقد.

قال: (**وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ كَالْإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ فِي الْأَظْهَرِ**) كالشراء وغيره فيحصل الملك للموكل بعقد الوكيل، والثاني: لا يصح كالاغتنام كذا علله الرَّافِعِي، إذ الملك بالخيار وهي صادرة من الوكيل، ولو استأجره ليحتطب أو ليسقي من الماء المباح فالأصح الجواز، وأغرب الجرجاني في «تحريره» فقال: ويجوز في الاحتطاب والاحتشاش بأجرة، وهل يجوز بغير أجرة؟ فعلى وجهين، ولا يجوز في إحياء الموات بغير أجرة ويجوز بأجرة على أصح الوجهين، انتهى.

ولا يجوز في الالتقاط والاغتنام، فإن فعل كان له، قال الْعِمْرَانِي: ويحتمل أن يخرج على القولين، وبهذا جزم الشيخان في آخر باب اللقطة.

قال: (**لَا فِي الْإِقْرَارِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور وهو أن يقول: وكلتك

وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ، وَقِيل لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ.

لتقر عني لزيد بكذا؛ لأنه إخبار فأشبه الشهادة، وادعى القاضي الحسين: أنه لا خلاف فيه، وهو عجب، والثاني: يصح؛ لأنه إثبات المال كمال في الذمة كالشراء وهو الأصح في «التهذيب» و«الكافي» ولفظه على أصح القولين.

وقال جماعة: إنه ظاهر النص، وآخرون: إنه ظاهر المذهب، فعلى الأول يجعل مقرًا بنفس التوكيل على الأصح، قال في «النهاية» و«البسيط» و«الروضة»: عند الجمهور وفيه وقفة، فإن كثيرين جزموا بخلافه، وجعل الْمَاوَرْدِي وغيره موضع الوجهين فيما إذا ذكر الموكل قدر المقر به وصفته، فإن تركهما لم يصح التوكيل ولم يلزمه بإقراره، ونقل الْعِمْرَانِي في المسألة ثلاثة أوجه: ثالثها: حكاه أبو علي السِّنْجِي: أنه إن وكله بإقرار بحق معين صح أو بشيء مجهول فلا، وذكر في «البحر» اختلاف الأصحاب، ثم قال: ويحصل خمسة طرق يعني: خمسة أوجه:

أحدها: لا يصح التوكيل؛ لكنه إقرار إن كان الموكل بالإقرار به معلومًا.

والثاني: إن كان مجهولًا فلا، واختاره في «الإفصاح».

والثالث: يستوي المعلوم والمجهول ويكون مقرًا.

والرابع: ويرجع في تفسير المجهول إليه.

والخامس: يصح التوكيل بالمعلوم والمجهول.

فرع: قال: أقر فلان بألف له عليَّ أو مائة واجبة عليَّ فإقرار منه بلا خلاف، قاله في «البحر» وقال في موضع آخر: لو قال: كل ما أقر به بالوكيل للجهالة.

قال: (**وَيَصِحُّ فِي اسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ**) كسائر حقوقه، هذا إذا وكله بعد الثبوت، فإن وكله قبله ففيه وجهان:

قال: (**وَقِيل لَا يَجُوزُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ**) بجواز العفو في الغيبة، وربما لو حضر لرق وعفا، وبه أفتى الرُّويَانِي، والمنقول في «الروضة» وأصلها و«الاستذكار» للدارمي وتعليق القاضي أبي الطيب وغيرها في المسألة في حال

وَلْيَكُنِ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، فَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ لَمْ يَصِحَّ.

وَإِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي صَحَّ.

الغيبة ثلاثة طرق أشهرها على قولين أظهرهما: الجواز، والثانية: الجواز قطعًا، والثالثة: المنع قطعًا. وقال في «البحر»: قال القاضي أبو الطيب في «المنهاج»: إنه المذهب الصحيح.

قال الدارمي: إذا وكله في إثبات القصاص وأخذه فإن قلنا: لا يصح بإفراد أخذه كان أولى، وإن جوزنا فوجهان، وإذا استوفى الوكيل قبل العفو وقع الموقع بلا خلاف في الإذن وسيأتي إن شاء الله تعالى في وقوع القصاص بعد العفو هناك، ويجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى من الإمام قطعًا ومن السيد إذا جعلنا له استيفاءها، ولا يجوز في إثباتها إلا إذا ادعت حاجة القاذف إليه في رد الحد عن نفسه.

قال: (**وَلْيَكُنِ الْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُومًا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ**)؛ لأنها جوزت رفقًا وتسهيلًا فتسومح فيها.

قال: (**فَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أَوْ فِي كُلِّ أُمُورِي أَوْ فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ**) أي: أو وكلتك في جميع حقوقي أو بكل قليل وكثير من أموري، أو أنت وكيلي تتصرف كيف شئت.

(**لَمْ يَصِحَّ**) أي: قطعًا هذا ما أورده الجمهور؛ لأنه غرر عظيم لا ضرورة إلى احتماله، وفي «النِّهَايَةِ» وَفُرُوعِهَا أنه لو قال: وكلتك في كل أمر هو إليَّ مما يقيد التوكيل وأطلق لم يصح في الأصح.

وفي كتاب «الوديعة» في «الحاوي» وجهين في صحة الوكالة العامة في كل شيء وليس بشيء، وقال الدارمي: إذا وكله مطلقًا.

قال المروزي: يصح، وقال ابن أبي هريرة: لا يصح.

قال: (**وَإِنْ قَالَ فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي**) أي: وقضاء ديوني واستيفائها ورد ودائعي واستردادها ونحو ذلك (**صَحَّ**) أي: لحضرة وقلة غرره،

....

والأشبه عند الرَّافِعِي: أنه لا يشترط أن تكون أمواله معلومة ولا ديونه، صرح به الْقَفَّال وكلام الْبَغَوِي يشعر باشتراط العلم.

وعبارة «الكافي»: ولو قال: بع جميع أموالي أو اقبض جميع ديوني على غرمائي، وهي معلومة لهما يجوز، وتعليل الشيخ أبي حامد والجرجاني: بأنه معلوم أشير إليه، وبه صرح القاضي الحسين، ومن هنا يعلم أن ما يتجدد لا يدخل فيها.

قال ابن الصلاح: له استيفاء الحقوق المحددة بعد التوكيل.

وقال الشيخ أبو حامد وغيره: العموم معتبر في كلام الشارع دون غيره.

فرع: قال في «البحر» لو قال: وكلتك في بيعتي لم يصح، ونقله الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد، وعلله بأنه مجهول، لأنه قد يبتاع القليل والكثير، انتهى.

فأفاد أن المراد بذلك التوكيل في الشراء له، وكذا لو قال: بع بما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز، ذكره في «المهذب» و«التهذيب» وفي «الحلية» ما يخالفه فإنه قال: لو قال مع من رأيت من عبيدي لم يصح حتى يميز.

قال في «الروضة»: قلت: هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف.

وقال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل ولا أن يقبض الكل، وأما قول صاحب «الحلية» ففي «البيان» عن الصباغ نحوه، أنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي لم يجز، ولو قال: اعتق ما تراه من عبيدي جاز، وكلاهما شاذ ضعيف، وهذا النقل عن «الحلية» إن كان المراد به «حلية الرُّويَانِي» فهو غلط، فإن الذي في «حلية الرُّويَانِي» ولو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت جاز، ولا تبع الجميع؛ لأن «من» للتبعيض، ولو وكله أن يزوجه من شاء جاز، ذكره القاضي أبو حامد، وهذا لفظ الرُّويَانِي في «الحلية» بحروفه.

وقد صرح إمام الحرمين والغزالي في «البسيط» بأنه إذا قال: بع من شئت من عبيدي لا يبيع جميعهم؛ لأن «من» للتبعيض، ولو باعهم إلا واحدًا جاز،

……

قال أصحابنا: لو قال: بع هذا العبد أو هذا لم يصح، ولو وكله ليهدي من ماله ما لا يرى لا يصح، وقياس ما سبق أنه يصح، هذا كلام «الروضة» وفيه أشياء: أحدها: تغليطه الرَّافِعِي في نقله في «الحلية» غلط فإن المسألة فيها قبل ما نقله عنها بأسطر كما رأيته فيما لا أحصيه منها، وكأنه- رحمه الله تعالى- زاغ بصره عنها، أو سقطت من أصله، وكذا نقلا هنا في «الحاوي» و«البحر» فقالا: ولو قال: بع ما شئت من عبيدي أو خيلي لا يجوز سواء ذكر العدد أم لا حتى يميز المبيع من غيره بصفة أو إشارة، وأما بصيغته تلك، وما في «الشامل» وغيره ففيه وقفة؛ لأن في ذلك غرر ظاهر لا حاجة إلى احتماله.

الثاني: ما نقله عن القاضي أبي حامد صحيح عنه، وذكر في كتاب «النكاح» عن الْبَغَوِي أنه لو وكله في تزويج امرأة صح، وتوقف فيه الرَّافِعِي، قال المصنف: والراجح المختار ما ذكره الْبَغَوِي ثم يستحضر أنه قال هنا: إنه لو وكله في أن يزوج له امرأةً ففي اشتراط تعيينها وجهان في «البيان» وغيره، والأصح أو الصحيح لا يشترط، انتهى.

وهو قول ابن سُرَيْج والدميري، وفي كلام الرَّافِعِي ما يوافقه كالتوكيل بشراء عبد ولا يظهر بينهما فرق مرضي، والحاصل أنه اقتصر هنا على قول أبي حامد القاضي بلفظ: مرتب، وفي آخر الباب بلفظ: امرأة، وصحح المنع، وعكس الترجيح تبعًا للبغوي هنا، والظاهر أنه لا فرق بين قوله امرأة أو من شئت، وإن كان الأول مطلقًا، والثاني: عامًا فالفقهاء لم يفرقوا بينهما هنا في أن ذلك جهالة وغرر، فالمسألة واحدة، والفرق بأن المرأة تحمل على من يكفلها، كما قاله الْبَغَوِي فيقل العدد والعبد لا مرد له فيكثر الغرر وغير مسلم، وسيأتي عن «الحاوي» أنه يعتبر في الوكالة الموكل الثالث إذا وكله ليهب من ماله ما يرى لم يصح، هذا ما رأيته مسطورًا.

قال في «البحر»: وإن عين الموهوب له لما فيه من الجهالة والغرر، وقول المصنف وقياس ما سبق أنه يصح إذا أراد أنه قياس من قوله: بع ما شئت من مالي ففيه نظر! وإن أراد غيره فلا أدري ما هو، نعم في «التتمة» في توكيله

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ، ....

بالإبراء من ديونه لزيد بهذه الصيغة أنه يصح فقد يقال: قياسه هنا الصحة ولا سيما إذا قلنا: الإبراء تمليك، وقد يقال بذلك في مسألتنا عند التعيين للموهوب منه لا على الإطلاق.

فرع: قوله: قال أصحابنا: لو قال: بع هذا أو هذا لم يصح، هو ظاهر إذا قاله متردد كأنه قال: وكلتك إما في بيع هذا أو هذا، أما لو أراد به تخييره فيظهر أن يصح على الأصح، كقوله: بع من شئت منهما، والغالب أن ما يراد بها التخيير والتفويض إلى رأي الوكيل فيما هو الأصح.

قال: (**وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ**) أي: رومي أو تركي وهندي أو حبشي فإن اختلفت أصناف نوع اختلافًا ظاهرًا، قال الجويني: وجب التحديد من المصنف وبه جزم في «البسيط» فلو قال: اشتر عبدًا كما تشاء فعنه يظهر تجويزه أي: وإن لم يذكر نوعه.

قال: وقال الإمام: وهو متجه، وفي «البسيط» أنه ثصرف لم يذكره غيره، ونظر ابن الرِّفْعَة بما سبق من تزويجه امرأة، وذكر في «الروضة» أن الصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يصح ويشترط في الرقيق وغيره ذكر الذكورة والأنوثة.

تنبيهات: منها: قضية كلامه أنه لا يجب التعرض لصفة أصلًا غير النوع، وسبق كلام الجويني والغزالي فيما إذا اختلفت أصناف النوع، وهو ظاهر وفي «التنبيه» أنه إن ذكر النوع وقدر الثمن ولم يصف العبد أي: بما يتميز به عن غيره لا بصفات السلم كما قاله الْمَاوَرْدِي، والأشبه أنه لا يصح وأنكروه عليه؛ لكن في «مُقْنِعِ» الْمَحَامِلِيِّ أنه لا بد من تعيين الجنس والنوع فإن عيَّن النوع ووصف العبد صح، وإن عيَّن النوع ولم يصفه فالأشبه بالمذهب أنه لا يصح التوكيل، انتهى.

والظاهر أنها طريقة الشيخ أبي حامد وأتباعه، وفي «تحرير» الجرجاني: أنه يذكر الجنس والنوع والصفة وتقدير الثمن، فإن ترك تقدير الثمن جاز على الأصح أو الصفة لم يصح على الأصح، ووجه ظاهر لاختلاف الأغراض والحاجات ولا سيما الجنس في الأمة والعبد وأي حاجة إلى احتمال غرر الإطلاق.

ومنها: لا يكفي قوله: اشتر شيئًا أو حيوانًا، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب وحده من كلام المصنف فإنه قال: إذا وجب بيان النوع فالجنس أولى، وفي «البسيط» أن صاحب «التقريب» حكى وجهًا: أنه لو قال: اشتر لي عبدًا كفى، وقد جوز التوكيل بالإسلام في ثوب من غير وصف وهذا بالجواز أولى، فعلى هذا لو وكله بشراء شيء فهو على تردد والتجويز فيه أبعد، انتهى.

وهذا بعيد إلا أن تدل القرينة على إرادة التجارة كما سنذكره، وأما السلم في ثوب مطلق فحكاه الْمَاوَرْدِي وطرده في شرائه، والوجه والمنع إلا أن يريد الاتجار فيه، نعم هل يقوم تقدير الثمن مقام الوصف؟ وجهان في «الحاوي» فلا إنكار على الْغَزَالِي في نقله.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: ما ذكر من اعتبار النوع وغيره مفروض فيما إذا لم يقصد بالشراء التجارة فإن قصدها لم يشترط بيان ذلك؛ بل يجوز أن يقول: وكلتك في أن تشتري بهذه الألف ما شئت من العروض، أو ما علمت فيه حظًا من الأموال، صرح به الْمَاوَرْدِي والمتولي قياسًا على القراض، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز في شرحه»: هذا ما قاله الْمَاوَرْدِي، وأنكر الْمُتَوَلِّي وقال: هو مذهب أبي حنيفة، وفي كتاب «الشركة» من «البحر» نحو كلام ابن يونس؛ لكن ذكر فيه هنا وببيعه، وسنذكره بتفصيله في المضاربة فأما إذا قال: اشتر لي ما شئت ولم يأذن له في بيعه فلا يصح التوكيل، وعند أبي حنيفة يصح هذا النوع من الوكالة ويلحقه بالمضاربة كما أن الوكالة الخاصة يشترط في صحتها ما تنتفي به الجهالة فكيف تصح الوكالة على الإطلاق مع الجهالة، انتهى.

وكان الرُّويَانِي تبع أولًا «التتمة» كعاداته، وثانيًا «للحاوي» كعاداته، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو وكله ليقبل من كل من يتصدق عليه أو يقبل الهبة من كل من يهب له جاز، كما لو قال لرجل: اشتر لي بهذه المائة ما شئت كان جائزًا، انتهى. وهذا الأخير مذهب أبي حنيفة تبعه عليه الْقَفَّال.

ومنها: لو وكله في بيع شيء صرف ثمنه إلى سلعة أخرى صح التوكيل بالبيع وفيه بالشراء قولان أرسلهما في باب القراض من «البحر»، فإن أراد

أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ وَالسِّكَّةِ، لَا قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ.

بالسلعة شيئًا معلومًا بالوصف والعين فالصحيح الصحة.

قال: (**أَوْ دَارٍ وَجَبَ بَيَانُ الْمَحَلَّةِ وَالسِّكَّةِ**) لاختلاف الأغراض بذلك اختلافًا ظاهرًا، ويعين في الحانوت السوق، نعم لو كانت الدار بقرية صغيرة متفاوتة الدور فقد يغتفر ذلك وقد يؤتى إليه قولهم المحلة والسكة؛ لأن ذلك يكون بالأمصار إلا القرى والمحلة الصغيرة كالمحلة بل دونها الصغار.

قال: (**لَا قَدْرِ الثَّمَنِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في هذه، ومسألة شراء العبد والتي قبلها؛ لأنه قد يتعلق بالغرض بواحدٍ من ذلك النوع نفيسًا كان أو خسيسًا، وكذلك الدار ولإطلاق المنزل على ثمن المثل.

والثاني: يشترط بيان قدره أو غايته كقوله: من مائة إلى ألف؛ لظهور التفاوت، وعن القاضي الحسين وغيره ترجيحه وهو المختار إذا كانت المحلة والسكة يجمع دار الأمير والفقير، ويعضده قول الشَّافِعِي في أواخر باب القراض من «الْبُوَيْطِي»: إذا قال لوكيله أو رسوله: اشتر لي كذا بالدين فلا يجوز حتى يقول: اشتر من دينار إلى مائة، هذا لفظه والظاهر أنهم لا يفرقون سواء أمره بشراء العبد أو الدار نقدًا أو نسيئةً، والنص بخلافه، وعلى قولهم: لا يجب القرض بقدر الثمن فينبغي أن ينزل الإطلاق على ما يليق بحال الموكل من الدور والعبيد وإلا فقد يشتري دارًا بمائة ألف، وعبدًا بألوف لمن لا يلائم الدار والعبد حاله بوجه، وهذا بعيد، ولا شك أنه لو قال: اشتر عبدًا ليخدم دابتي أو يحرث أرضي أو يرعى غنمي أو دارًا أخزن فيها غلتي أو بضاعتي أنه لا يشتري إلا ما يصلح لذلك الغرض.

فائدة: السكة بكسر السين: الزقاق قاله الجوهري، والمحلة: أوسع من ذلك كالحارة الكبيرة.

إشارة: قال شارح: لو قال: اشتر لي عبدًا تركيًا صفته كذا بما شئت، ينبغي أن يقدره بثمن المثل أيضًا، وكذا لو قال: بما شئت من ثمن المثل وأكثر نقله تفقهًا لا نقلًا، وينبغي البينة على ذلك فإنه يقع في الوكالات ويتبينها القضاة ولا يستهون بذلك، وما قاله ظاهر وإطلاق الوكيل في هذه العبارة

وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضته إِلَيْك أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ، ....

ونحوها لا يقصد بها حقيقتها، وكذا ما يكتب في سائر الوكالات في البيع والشراء بقليل الأيمان وكثيرها لا يراد به الإذن في البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به، وسيأتي في هذا كلام.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مِنَ الْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ كَوَكَّلْتُكَ فِي كَذَا أَوْ فَوَّضته إِلَيْك أَوْ أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ**) أي: أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامي ونحو ذلك كما يشترط الإيجاب في سائر العقود، وقوله: لفظه يوهم أنه لا تكفي إشارة الأخرس المفهمة ولا كتابته ولا كتابة الناطق بالوكالة، وليس كذلك؛ بل يكفي ذلك كالبيع وأولى، وقال الشيخ: لو كتب إليه الناطق أو أرسل له قطع كثيرون بالجواز وهو الصواب ونقل القاضي أبو الطيب الإجماع على الصحة بالإرسال.

فرع: يشترط تعيين الوكيل إذا نصه الموكل بنفسه فلا يكفي: وكلت إنسانًا أو زيدًا ولا يدري من زيد ولا وكلت أحدًا، قاله الْغَزَالِي في «التحصين» ولو قال: لاثنين أيكما باع عبدي فجائز، لم يجز لأحدهما بيعه، قاله في «البيان»، ويحتمل خلافه وكأنه وكَّل كلًا منهما ببيعه، ولو قال: وكلت كل من أراد بيع داري هذه أو عبدي هذا لم يصح، ذكره في «الأم» في كتاب «الحج»، و«الجعالة» ونقله الشيخ في فتاويه في الكلام عن الأصحاب، قال: ولا ينفذ تصرف أحد فيهما اعتمادًا على هذا التوكيل، انتهى.

قيل: وما ذكره في الأمثلة المذكورة صحيح؛ لأن الوكيل في البيع ونحوه يتعلق بتعيينه غرض من العهدة والرجوع ونحوها، فلو كان التوكيل فيما لا يتعلق بتعيين الوكيل غرض كالعتق ونحوه فإذا قَالَ: وَكَّلت كُلَّ مَنْ أَرَادَ فِي عِتْقِ عَبْدِي هَذَا، أَوْ فِي تَزْوِيجِ أَمَتِي هَذِهِ فَلَا مَنْعَ مِنَ الصِّحَّةِ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا أَنَّ تَعْمِيمَ الْمُوَكَّلِ فِيهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مُخَاصَمَةِ الْخُصَمَاءِ لِعَدَمِ الْغَرَرِ فَكَذَا هَذَا، قَالَ: وَمِنَ الْمَسَائِلِ الْوَاقِعَةِ فِي هَذَا الزَّمَانِ أَنْ تَأْذَنَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا لِكُلِّ عَاقِدٍ فِي الْبَلَدِ فِي تَزْوِيجِهَا، وَقَدْ أَنْتَجَ هَذَا الْبَحْثُ الَّذِي ذَكَرْته صِحَّةَ هَذَا الْإِذْنِ إِذْ لَا غَرَضَ لَهَا فِي أَعْيَانِ الْعِقَادِ والقضاة فكل عموم غرر فيه يعتبر، وكل عموم فيه غرر فهو

فَلَوْ قَالَ بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الْإِذْنُ وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيَغِ الْأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ.

الذي لا يعتبر في كلام عن الشارع؛ لعدم علمه بما انطوى عليه، أما الشارع فعالم فكذلك يعتبر العموم وكلامه، انتهى.

وما ذكره في تزويج الأمة إن صح أن يكون فيما إذا عين الزوج ولم يفوض إلا صيغة العقد، وسُئل ابن الصلاح عمن أذنت أن يزوجها العاقد في البلد من زوج تعين بكذا فهل لكل عاقد بالبلد تزويجها؟

فأجاب: إِنْ اقْتَرَنَ بِإِذْنِهَا قَرِينَةٌ تَقْتَضِي التَّعْيِينَ بِأَنْ سَبَقَ ذِكْرٌ مُعَيَّنٌ أَوْ كَانَتْ تَعْتَقِدُ أَنْ لَيْسَ فِيهِ غَيْرُ وَاحِدٍ لَمْ يَجُزْ لِكُلِّ عَاقِدٍ تَزْوِيجُهَا وَإِلَّا جَازَ، فإن إذنها حينئذٍ يخص ولا يعم، وإن لم يوجد شيء من هذا السؤال فذكرها العاقد محمول على مسمى العاقد على الإطلاق وحينئذٍ لكل عاقد بالبلد تزويجها، هكذا يقتضي الفقه في هذا، انتهى.

واعلم أني قيدت إطلاقهم أول الفرع بما إذا نصبه الموكل بنفسه لاحتراز عما قالوه فيما إذا قال لوكيله: وكِّل عني كما سيأتي وما أشبه ذلك فإنه يصح، وإن لم يعينه الموكل الأول وإن عينه سفيره.

قال: (فَلَوْ قَالَ بِعْ أَوْ أَعْتِقْ حَصَلَ الْإِذْنُ) لأنه أبلغ مما سبق.

قال الرَّافِعِي: وليس هذا بإيجاب؛ بل قائم مقامه ولا يكفي قوله: عولت عليك أو اعتمدت عليك في كذا، ويشبه أنه كتابة، وسبق أنه لو أكره غيره على بيع ماله صح؛ لأنه أذن له.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا) إذ التوكيل إباحة ورفع حجر فأشبه إباحة الطعام.

(وَقِيلَ يُشْتَرَطُ)؛ لأنه تمليك حق فأشبه غيره فيقول: قبلت أو توكلت ونحوهما.

(وَقِيلَ يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ الْعُقُودِ كَوَكَّلْتُكَ، دُونَ صِيَغِ الْأَمْرِ كَبِعْ وَأَعْتِقْ) نظرًا إلى الصيغة ثم القبول بالفعل والقول إن شرطناه بالجواز على التراضي على الأصح.

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي الْأَصَحِّ.

قال في «البحر»: فلو تعين زمان العمل الذي وكِّل فيه وخيف فواته كان القبول حينئذٍ فوريًا، وكذا لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار قبولها فوريًا، ذكره في «الحاوي»، وزاد الرُّويَانِي: أنه لو وكله في إبراء نفسه كان القبول فوريًا، ولو وكله بالمكاتبة جاز إذا غلب على ظنه صحة الكتاب، ويقبل على التراضي كالمشافهة.

قال: والقبول يكون بالقول وبالفعل، وقال الْقَفَّال: لا يحتاج إلى القبول؛ لأن التصرف قبول، والأولى ما ذكرناه من العبارة، ثم حكى الخلاف في اشتراط القبول لفظًا، ثم قال: والأصح أنه يصير وكيلًا إذا اطمئنت نفسه على امتثال الأمر من غير أن يقول: قبلت، وعلى هذا عادات السلف والخلف، انتهى. فعلى هذا يحصل القبول بإحداثه أمور.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ)** أي: من صفة أو وقت.

(فِي الْأَصَحِّ) كالقراض وسائر العقود، وهو ظاهر نص «الأم» والثاني: يصح كالوصية والإمارة كما في أمر غزوة مؤتة، وأجاب الأصحاب: بأن الوصية تجوز بالمجهول، والإمارة اغتفرت فيها الجهالة للحاجة، كما جعل عمر بن الخطاب ﷺ الخلافة شورى بين ستة.

وأجيب أيضًا: بأن عهد عمر بن الخطاب ﷺ وصية أو بيان أنه لا يستحقها غير الستة، وقضية غزوة مؤتة يجوز أن تكون تأمير الثلاثة منجزًا وعلق تصرفهم على شرط ذلك جائز فإن لفظه محتمل كذلك.

وفي «التجربة» للروياني لو قال الإمام: أمَّرت عليكم فلانًا، فإذا مات فقد أمرت فلانًا جاز؛ لأنه ليس بعقد وتصرف؛ بل هو رأي ومشورة، هذا لفظه هنا.

فرع: إذا أفسدناهما لم ينعقد تصرفه قبل الشرط قطعًا وينفذ بعد وجوده للإذن فيه وفائدة فساد الوكالة أنه لو سمى له جعل استحقه؛ بل أجرة المثل.

وقال الشيخ أبو محمد: لا ينفذ تصرفه، وقال الإمام: إن صيغة الإذن إن كانت أمرًا ولم يشترط القبول وجب القطع بقبولها للتعليق، وإن كانت توكيلًا

فَإِنْ نَجَّزَهَا، وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازَ، ....

وقلنا: يفتقر إلى القبول لم ينفذ التصرف وهذا حسن.

واعلم أن الجمهور أطلقوا صحة التصرف ونسبته أن تكون مجملة فيما إذا وكَّل عن صاحبه نفسه، أما لو وكَّل عن غيره بولايةٍ أو وكالةٍ فينبغي الجزم بعدم جواز الإقدام عليه وعدم نفوذه، ويكون الإذن كالعدم لا يخفى وجهه، ولم أره نصًا.

قال: (**فَإِنْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطًا جَازَ**) أي: بأن قال: وكلتك الآن ببيع هذا ولا تبعه إلا بعد شهر وبعد قدوم زيد والحجيج؛ لأنه لم يعلق العقد وإنما علَّق التصرف ولم يمنع الصحة.

قال الرَّافِعِي والمصنف: بالاتفاق، وقال الإمام: ومال العراقيون إلى تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة واستحسنه إذ لا معنى للوكالة ومنع التصرف.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: إذا حكمنا بفساد تعليق الوكالة فقال: وكلتك الآن بالبيع، ولكن لا تبع إلا رأس الشهر فهو تعليق فاسد؛ إذ لا معنى لتعليق الوكالة مع منع التصرف.

وقال الشيخ أبو محمد: الوكالة صحيحة ثم لا يتصرف إلى رأس الشهر أو عند رأس الشهر، وهذا بعيد.

وقال العراقيون: إذا حكمنا بفساد التعليق فوجدت الصفة فإن الوكيل بالبيع بحكم الإذن إذ لا فساد فيه وإنما الفساد في الوكالة وفائدته أنه لا يستحق الأجرة المعينة على البيع، وهذا ضعيف، انتهى.

تنبيهات: منها: قال شارح: تعليق الإذن أو الأمر مثل قوله: بع هذا إن جاء زيد، لا شك فيه وليس تعليقًا للوكالة؛ بل للتصرف، وإن قال: إن جاء زيد أمرتك وأذنت لك، فهذا تعليق فلا يصح.

قلت: وكأنه بنى الأول على أن تنجيز الوكالة وتعليق التصرف محل وفاق، وأما الثاني فالأشبه أنه وعد بالإذن.

ومنها: إذا منعنا تعليق التوكيل فالمراد أن يحصل الإنشاء معلقًا وهو

وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك وَمَتَى عَزَلْتُك فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ،

فاسد، وإذا قلنا بصحة التصرف على الأصح قيل: يباح، قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: لا يجوز له أن يتصرف، فإن تصرف صح تصرفه، قال ابن الصباغ: وهذا بعيد؛ لأنه لو لم يسمح له لم يصح منه، قال شارح: وهذا هو الصواب؛ لأنه إنما صح للإذن والإذن يقتضي الإباحة، انتهى، وفيما قاله ابن الصباغ نظر!

قال: بيع العبد المسلم من الكافر حرام بلا خلاف والتفريق بين الأم والولد قبل التمييز بالبيع وغيره كذلك، وفي صحة البيع خلاف؛ بل صرحوا بأن تعاطي العقود الفاسدة حرام وإن لم يتصل بها المقصود، ونقلوه عن النص إلا أن يقال: المراد بذلك عقود المعاطاة.

ومنها: تصح الوكالة المؤقتة على الأصح وبه أجاب القاضي الحسين والعبادي، ولو قال: وكلتك في تطليق امرأتي إن رضي به خالي، أو في تزويج بنتي إن رضي به أخي، أو بيع داري إن رضي به جاري هل يعتبر رضا الأخ والخال والجار في صحة الطلاق والتزويج والبيع؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه لا حق لهم فيه.

والثاني: بلى، فإن قلنا: يشترط فلو رضي ثم رجع هل يجوز البيع والتطليق والتزويج بعده؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يجوز ويصح؛ لأنه وجد الرضا اعتبارًا باللفظ.

والثاني: لا اعتبارًا بالمعنى، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُك وَمَتَى عَزَلْتُك فَأَنْتَ وَكِيلِي صَحَّتْ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه نجزها، والثاني: لا؛ لأنه أبّدها، وخصه القاضي الحسين بصيغة: على أني مهما عزلتك فأنت وكيلي، ومحل الخلاف ما إذا وصل ذلك بالتوكيل فإن ماله منفصلًا عنه صحت قطعًا، وقال القاضي الحسين وغيره: ومحله أيضًا أن يأتي به بصيغة الشرط فيقول: على أني كلما عزلتك، أو بشرط أني كلما عزلتك، ونحو ذلك وكلام جماعة يأبى ذلك.

وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا، وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيقِ الْعَزْلِ.

فَصْلٌ

الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن محله أيضًا إذا اقتضت صيغة الشرط التكرار كـ«كلما» بخلاف «متى» و«مهما» و«إذا» ونحوها، وفيما إذا قال: وكلما عزلتك بنفسي أو بغيري فأنت وكيلي؛ إذ يمكن عزله إذا لم تقتض الصيغة التكرار، أو اقتضته ولم يأت بما يعم نفسه وغيره.

قال: (**وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلًا بَعْدَ الْعَزْلِ الْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا**)؛ لأنه علقها بانيًا على العزل والأصح عدم العود؛ لأن الأصح فساد التعليق.

والثاني: يعود وكيلًا بناءً على صحة التعليق، ثم مهما عزله عاد وكيلًا إذا كانت الصيغة «كلما» لاقتضائها التكرار، وطريق عزله تعليق العزل، وإن كانت «مهما» أو «متى» أو «إذا» لم يقتض عود الوكالة الآمرة فائدة لعدم أداة التكرار، فلو أراد عدم عوده وكيلًا وكَّل غيره بعزله فينعزل بعزله؛ لأنه إنما علق بعزل نفسه خاصةً، ولو كان قد قال: كلما عزلتك أو عزلك أحد من قبلي فأنت وكيلي فطريقة في عزله أن يقول: كلما عدت وكيل فأنت معزول، فإذا عزله انعزل لتقادم التوكيل والعزل، ويبقى الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير.

قال: (**وَيَجْرِيَانِ فِي تَعْلِيقِ الْعَزْلِ**) يعني: إذ الخلاف في أن الوكالة هل تقبل التعليق؟ جاز في أن العزل هل يقبل؟ لكن الترتيب والعزل بقبوله؛ لأنه لا يشترط فيه القبول واشتراطه في الوكالة مختلف فيه، وتصح إدارة الوكالة والعزل جميعًا مبني على قبولهما التعليق.

قال: (**فَصْلٌ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ مُطْلَقًا لَيْسَ لَهُ الْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ**) لأنه قضية القرينة العرفية والظاهر أن المراد بنقد البلد بلد البيع لا بلد التوكيل حتى لو أبضعه شيئًا بـ«الشام» ليبيعه بـ«العراق» أو بـ«اليمن» مثلًا باع بذلك النقد عند الإطلاق، ثم رأيت شارح قال: هل المراد بلد البيع أو بلد التوكيل؟ لم يتعرضوا له والظاهر أن المراد بلد البيع، أن تعليق قصد الموكل بها حتى لو

وَلَا بِنَسِيئَةٍ وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا، ....

قال له بـ«الكوفة»: بعه بـ«البصرة» لم يبعه إلا بنقد «البصرة»، ولو قال له: بعه بـ«الكوفة» فباعه بـ«البصرة» صح إذا كان الثمنان واحدًا قاله الْمَاوَرْدِي والجرجاني وغيرهما؛ ولكن لو اختلف النقدان فالذي ينبغي أن يعتبر نقد «الكوفة» الذي يعلق الإذن بها ولو لم ينص على بلد باعه في مكانه، فلو نقله ضمن وفي صحة بيعه حيث لا غرض ظاهر والثمنان واحد خلاف، فإن صححنا وكان النقد مختلفًا فهذا نظر والأشبه اعتبار بلد التوكيل، انتهى.

فرعان: لو كان في البلد نقدان لزم البيع بأغلبهما فإن استويا في المعاملة باع بأنفعهما للموكل، فإن استويا تخير، وقيل: يشترط البيان هذا ما نقلاه.

ورأيت في «نهاية المستقبل» لأبي محمد الصَّفِّي اليماني: قال الشيخ أبو حامد: وإن لم يكن أحدهما غالبًا لم يجز البيع إلا بهما، قال الصفي: وفيه نظر!

وفي «الحاوي» و«البحر» أنهما إذا استويا يخير، فلو باع بكلا النقدين فإن كان يجوز تفريق الصفقة فيه وإن كان في عقدٍ واحدٍ ففي الجواز وجهان، ونقل الإمام الوجهين عن بعض الأصحاب وقال: إن المذهب التجويز.

وفي «البسيط»: أنه الظاهر، فإن كان كلام الشيخ أبي حامد على ظاهره حصل ثلاثة أوجه والمفهوم من كلام الشيخين وغيرهما المنع، ولو كان غرض الموكل الاسترباح لا غير كما يعتاده التجار في بضائعهم لبعضهم بعضًا إذا اطرد عرف البلد المحمول إليه البضاعة أن يتبادل بالسلع ولا يباع بالنقد، والأشبه جوازه جزمًا على العادة ولا سيما إذا كان نقد ذلك البلد لا يروج بغيره -ولا شك عندي في ذلك في إباحته- ولا أثمان فيها إلا السلع كبعض بلاد الترك [والبُلْغار].

قال: (وَلَا بِنَسِيئَةٍ) سواء كان قد قدر الثمن أم لا؛ لأن مقتضى الإطلاق الحلول.

قال: (وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ، وَهُوَ مَا لَا يُحْتَمَلُ غَالِبًا) أي: لا يتحمله أهل العرف في الغالب بالنسبة إلى ذلك الثمن كالوصي ووكيل الشراء، وعن ابن سُرَيْج: أن الموكل إذا رضي به جاز، قال الْمَاوَرْدِي: إنه لم يطرده في البيع، انتهى.

....

ويحتمل الغبن اليسير وهو ما يحمله الناس غالبًا، ولا يزول له إطلاق الاسم بثمن المثل كدرهم يحمل في عشرة ولا يقاس على ذلك حتى يحتمل العشرة في المائة، والمراد العرف ويختلف ذلك باختلاف أجناس الأموال، وقال ابن أبي الدم: والعشرة إن تسومح فيها في المائة، فلا يتسامح بالمائة في الألف، ولا بالألف في عشرة آلاف، والصواب فيه الرجوع إلى العادة ولا يتقيد بعشرة ولا غيرها، انتهى.

إشارات: احترز بقوله: «مطلقًا» عما لو نص الموكل على شيء فالجواز ظاهر، وهل يتعين ما عينه؟ فيه ما سنذكره، فإن خيره في البيع وبالنقد النسيئة والحلول والتأجيل فعلى الأحظ لموكله، وقول المصنف: فليس له نص في المنع مطلقًا، وفيه ما رمزنا إليه، فلو خالف لم يصح البيع، وحكى قولا وفق العقود السابقة هنا، وإنما بيع بثمن المثل حيث لا راغب في زيادة لم يصح، فإن وجد فخالف وكالبيع بدون ثمن المثل وفيه احتمال ضعيف لوالد الرُّويَاني، وإن باع بثمن المثل ثم زاد راغب في زمن الخيار فقد بيناه في بيع عدل الرهن والتوكيل بالشراء بنقد بثمن المثل، والحلول ونقد البلد عند الإطلاق كوكيل البيع، هكذا أطلقه بعض الشارحين.

وفي «تعليق القاضي أبي الطيب»: لو وكله في بيع بنسيئة فباع نقدًا، فإن كان بأقل من ثمن مثله مؤجلًا لم يصح البيع، وإن كان بثمن مؤجلًا صح إلا أن يكون له في ذلك غرض صحيح بألا يأمن على الثمن [الضياع] أو اللصوص فلا يصح البيع، ولو وكله بالشراء بعجل فاشترى بثمن مثله معجلًا جاز؛ لأنه زاده خيرًا إلا أن يكون له في تقديم الثمن الحال غرض صحيح بأن يكون لا يأمن على الثمن لو أمسكه إلا أن يكون ذلك الثمن فيما يخير البائع على تسلمه فيصح الشراء لإمكان تعجيله، انتهى.

وأطلق الرُّويَاني في «التجربة»: أنه لو وكله بأن يسلف مائة درهم في طعام فاشترى نقدًا بمثل ما اشترى سلمًا أنه يصح بلا خلاف، وإن كان أقل منه كان باطلًا وهذا إن كان في السلم الحال وإلا فهو مجهول على ما إذا لم يكن له في

فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ ضَمِنَ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الْأَجَلَ فَذَاكَ. وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ ....

التأخير غرض صحيح.

قال: (**فَلَوْ بَاعَ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَسَلَّمَ الْمَبِيعَ ضَمِنَ**) أي: لتعديه وفيه ما رمزنا إليه، وأما قبل التسلم فلا يصير ضامنًا، هذا ما جزما به وغيرهما، وذكرت في «الغنية» هنا عن الشيخ أبي حامد أنه قال في البيع الفاحش: وعندي أن الشريك يضمن البيع هنا كالمودع سواء؛ لأنه مثقل بالبيع وهذا يجيء في التوكيل بلا شك.

قال: (**فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلًا وَقَدَّرَ الْأَجَلَ فَذَاكَ**) يعني: فيجوز إليه لا إلى أكثر منه ولا إلى أنقص بأنقص من ذلك الثمن وأصح الوجهين: أنه يجوز بيعه بذلك الثمن نقدًا وإلى أجل أقل إلا أن يكون عليه في حفظ الثمن مؤنة أو خوف ونحو ذلك من الأغراض المعتبرة، وبه جزم القاضي أبو الطيب كما سبق وآخرون، ولو وكله بالشراء نسيئة لم يجز بالنقد أو بالشراء نقدًا واشترى نسيئةً، فإن كان قدر الثمن نقدًا جاز على الأصح إلا أن ينهاه وإلا لم يجز على ظاهر المذهب، كذا قاله القاضي الحسين وتفصيل القاضي أبي الطيب أجود.

قلت: ولو قدر له المدة إلى سنة لم يجز الشراء إلى دونها والظاهر جوازه إلى أزيد منها بشرط ألا يزيد على ثمن المثل إلى سنة وألا يتعلق له بالتحديد نسيئة غرض صحيح.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) لصحة اللفظ، والثاني: لا للجهالة واختلاف الأغراض باختلاف الآجال، وبه جزم الْبَغَوِي وصححه صاحب «الكافي» والعمراني في «البيان»، واقتضى إيراد «الحاوي» أن الأول قول الجمهور وفيه نظر، وأكثر الكتب ساكتة عن الترجيح، وكنت أود لو قيل: إن كان الموكل عالمًا بأحوال السلع في ذلك البلد صح وحمل إطلاقه على المتعارف، وإن كان جاهلًا بذلك لغربةٍ أو غيرها لم يصح؛ لأنه غرر ظاهر لا حاجة إلى احتماله.

قال مفرعًا على الصحة: (**وَحُمِلَ عَلَى الْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ**) لأن الوكالة

....

تحمل على ذلك وعرف الناس يختلف باختلاف أجناس المبيعات فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله، وعبارة الدارمي عن الوجه المرجح.

والثاني: يصح فيما جرى به عرف تلك السلعة وقد يشهد بما أشرنا إليه، وقيل: في أصل المسألة له أن يؤجل إلى أي مدةٍ شاء، هكذا قيل، والظاهر أنها مبنية على اجتهاد ونظر لا نسيئة، وقيل: لا يزيد على سنة.

إشارة: سكوت «المنهاج» عما إذا لم يكن عرف يوهم البطلان حيث لا عرف وليس كذلك؛ بل صرح الأصحاب بما ذكرناه وعبارة «المحرر» وغيره: يوكل في المتعارف، وهو أجود، وفي «الشرحين» و«الروضة» بلفظ الحمل لكنهما ذكرا الحالتين فانتفى الإيهام.

فرع: قال: بع بكم شئت فله البيع بالغبن الفاحش لا بالنسيئة ولا بغير نقد البلد، ولو قال: بما شئت فله البيع بغير نقد البلد لا بالغبن ولا بالنسيئة قاله القاضي الحسين والمتولي والبغوي والخوارزمي والرافعي والمصنف؛ لأن «ما» للجنس وكلام الإمام والمتولي في كتاب «النكاح» يقتضي جوازه بالغبن، وبه صرح في «البحر» والمتولي في التتمة، وسيأتي هناك حيث ولو قالت: زوجني بما شئت فزوجها بأقل من مهر المثل صح.

كما لو قال: بع بما شئت، وهو قضية العرف، وقضيه كلام الشيخين في باب التفويض فليكن هو الأصح إلا أن تدل قرينة على خلافه كما أشار إليه الإمام هناك، فإن القرينة تعتمد وفي صفة الصلاة من تعليق القاضي أبي الطيب: أنه لو قال لوكيله: بع هذا الثوب بما تيسر فدفع رجل فيه عشرة وآخر اثنى عشر وجب عليه بيعه بالاثنى عشر دون العشرة.

وفي «البحر» في كتاب «الشركة»: لو قال: بع بما ترى يجب مراعاة النظر فلا يجوز بالمحاباة، والفرق بينه وبين قوله: بما ترى، أن ظاهر قوله: بما شئت الرضا بمشيئته، وإذا قال: بما ترى فقد وكله إلى الرأي والاجتهاد على أنه إذا قال: بما شئت والحال يدل على أن المراد بما شئت من نقد أو غرض دون الغبن والمحاباة ليس له المحاباة وإن لم تدل قرينة الحال ومقدمات اللفظ

وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، ....

على ذلك فظاهر أنه خيَّره في جميع الوجوه، انتهى.

ولو قال: كيف شئت فله البيع بالنسيئة لا بالغبن ولا يعتبر نقد البلد، وعن القاضي الحسين جواز الجميع وهو ظاهر من حيث المعنى إذا كان الغرض للتجارة والربح وفي البيع به غبطة، ولو قال: مما عز وهان فهو كقوله: بكم شئت، وقال العبادي: له في البيع بالعرض والغبن لا بالنسيئة، قال الرَّافِعِي: وهو الأولى، وهذا قد لا يخالف ما قدمناه فيما يكتب من [السجلات] إذا لم يصرح الموكل له بذلك بلفظه ويفهم الشهود مدلوله فاعلم.

قال: (وَلَا يَبِيعُ لِنَفْسِهِ) أي: وإن أذن له الموكل وقدر الثمن وإن كان الوكيل والد الموكل على الأصح في المسائل الأربع؛ لفساد الغرضين الرخص والنقص.

والثاني: بيع مطلق إذا باع بما لو يأباه به لغيره صح.

والثالث: إن أذن باع وإلا فلا ورآه الْغَزَالِي القياس.

والرابع: إن كان الوكيل أباه جاز وإلا فلا.

والخامس: أنه إن قدر الثمن صح وإلا فلا.

وقال ابن الرِّفْعَة: إلا أنه إن أذن له في البيع من نفسه وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة جاز إذ إيجاد الموجب والقائل إنما يمتنع للتهمة بدليل جوازه للأب والجد.

قال: (وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ) أي: قطعًا للتهمة، فإن أذن له في البيع منه قال الْمُتَوَلِّي: فعلى الخلاف في بيعه من نفسه، وقال الْبَغَوِي: وجب أن يجوز، وبه أجاب صاحب «الكافي» قال: ومتولي الطرفين.

إشارات: كان الأحسن أن يقول: ومحجوره ليدخل الصغير والمجنون والسفيه ويدخل الوصي وقيم الحاكم فلا يبيعان ممن في حجرهما فيما يظهر قضية إطلاقه أنه لا فرق في المنع بين أن يكون ولده الصغير في حجره؛ لعدم أهليته أو غيرها، ولم أره نصًّا وهو محتمل للتهمة وقد تقدم قوله في تعليقه على «التنبيه» الجواز حيث قال: أما ابنه الصغير أو المجنون أو المحجور عليه بتبذير فحكم بيعه منهم حكم بيعه من نفسه؛ لأنه هو الموجب والقائل في البيع

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ.

من هؤلاء هذا إذا كان هو الناظر في مال المحجور عليه بالتبذير، انتهى.

وليس يكره المبذر بقيد؛ لأنه قد لا يكون تحت حجره بخلاف الآخرين غالبًا فإنه إذا حجر على المبذر فإن الولاية تكون للحاكم لا للأب على الأصح؛ بل في كلام بعض أصحابنا أنه إذا بلغ سفيهًا زالت ولاية الأب وصار وليه الحاكم، وهو ضعيف فلهذين السببين خصه بالذكر ليس له البيع من عبده المأذون له في الثمار، ويلحق به عامله في القراض إذا باعه لجهة القراض ويظهر القول هنا بالصحة إذا أذن له في البيع من محجور به وقدر الثمن ونص على منعه من الزيادة إذا لم يبق مانع سوى تولي الطرفين، فإن منعه الجمهور هنا فيكون تولي الطرفين هي العلة المعتبرة؛ لكن لو كان هكذا لا يمنع أن يبيع من نفسه لولده وعكسه، ويظهر أنهما إذا كانوا في ولاية غيره والصورة ما ذكرناها الجزم بالصحة لانتفاء العلتين ولينظر هل يفترق الحال فيما ذكرناه، ويأتي بين كون الموكل وكَّل عن نفسه كما هو بينه وبين كونه وكَّل عن غيره بولاية أو نيابة، والظاهر الفرق وأنه لا يجوز للولي ونحوه الإذن كالعدم لوكيله في البيع والشراء لنفسه ولا لمحجوره، ويكون الإذن كالعدم وقد يتوقف في بعض الصور عند ظهور الغبطة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَابْنِهِ الْبَالِغِ**) أي: المطلق التصرف والمراد أصوله وفروعه والمستقلين كما يبيع من العم والأصح الصديق الحميم، والثاني: المنع للتهمة واختاره القاضي أبو الطيب وغيره، ويجري الخلاف في البيع من مكاتبه الكتابة الصحيحة ومن زوجته إذا منعنا شهادتها والأصح الصحة أيضًا.

قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: محل الوجهين إذا لم يقدر له الثمن فإذا قدره جاز له البيع منهم بلا خلاف، ولو أذن له في البيع من هؤلاء صح بلا خلاف، قاله: الرُّويَانِي وغيره، قال الرُّويَانِي: والوصي كالوكيل في البيع من ولده، قاله القاضي الطبري، ومن أصحابنا من قال: المذهب أنه يجوز وفيه نظر وهو كما قال: بل الوصي أولى بالمنع؛ إذ الموكل يتعقبه بالأظهر مثل عمي أو خالي بخلاف الطفل ونحوه إلا أن يكون المراد أن يكون الوصي إذا توكل للغير

لا يبيع لمحجوره كما أشرنا إليه، فهذا قريب محتمل ويشبه ما لو ولاه المشتري والبائع تولى طرفي العقد.

إشارة: كل ما ذكرناه في الوكيل بالبيع يأتي مثله في الوكيل بالشراء فلا يشتري من نفسه ومحجوره وفي ولده المطلق التصرف ووالده، وهل يجري الخلاف السابق في البيع من أصوله وفروعه فيما لو كانوا في رق الغير وهم متصرفون بإذن في التجارة أو كتابة؟ والأشبه الجزم بالصحة في البيع في المأذون، وفي إلحاق المكاتب به نظر؛ لأنه يحمله على محاباة رجلٍ خلاصه من الرق والشراء وبيَّن فيه ما ذكرناه، وهل الشراء من قيم ولده والذي في حجره من غيره من مال ولده كالبيع؟ الظاهر نعم.

قال: **(وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ)** أي: الناجز.

(لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ) أنه من توابع البيع ومقتضاه إلا أن ينهاه، والثاني: لا؛ لأنه قد يرضاه للبيع دون القبض واختاره ابن أبي عصرون والمذهب وبه قطع الفتوى كما قاله القاضي الحسين في «الفتاوى»، وأما الثمن المؤجل فلا قطعًا، والخلاف إنما هو في غير الربوي ورأس مال السلم، وكذا ما يشترط قبضه في المجلس من الإبدال، وكذا لو أبضعه شيئًا ليبيعه ببلدٍ آخر للقرينة والعرف يطرد به.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: وإذا كان المتوكل في البيع والشراء في مصر غير المصر الذي فيه الموكل هل يحط شيئًا من الأجرة لسلطته على التسلم والتسليم حيث يقول: لا يثبت ذلك في حصول الموكل، وَكَانَ بَعْضُ شُيُوخِنَا يَحْكِي عَنِ الْعَلَّامَةِ الْوَرِعِ طَاهِرِ خَطِيبِ «مصر» أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: بِمِثْلِ ذَلِكَ إِذَا وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ فِي غَيْرِ بَلَدِ الْمُوَكِّلِ لِلْعُرْفِ، ويوجهه ظاهر العرف، وعن صاحب «التقريب» ما يدل عليه بزيادة؛ لأنه قال: إذا دفع قدرًا مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ ليحمله إلى عزبته ليشتري به جارية لم يلزمه نقلها وقال الإمام: إنها تحصلُ في يده في حكم الوديعة وللإمام احتمال في لزوم رد الجارية.

وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ، وَلَا يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ، فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ.

قال: ولكن الأصل خلافة؛ لأن من التزم رد مال إنسان ولم يستأجر عليه لا يلزمه الوفاء، انتهى. وما ذكره ظاهر.

قال: (وَتَسْلِيمُ الْمَبِيعِ) إلى المسلم إليه؛ لأنه من مقتضى العقد فيتضمنه التوكيل وأشار كثيرون إلى الجزم به، وقيل: على الوجهين في تسلمه الثمن، وربما أفهم كلام «الشرح الصغير» ترجيحًا وهذا في غير الربويات.

قال: (وَلَا يُسَلِّمُهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ) لما في تسليمه قبل ذلك من الخطر وهذا في البيع نقدًا، فإن كان الثمن مؤجلًا سلم المبيع الذي في يده على المذهب ولا يملك قبض الثمن عند حلوله قطعًا، هكذا أطلقوه، ويجب أن يكون محله في موضع يتولى المالك ذلك أما لو أبضعه شيئًا إلى بائع وأمره ببيعه مؤجلًا كما أبضعه التجار فالوجه الجزم بأن له التسليم وتسلم الثمن للقرينة والعرف به مطرد.

قال: (فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ) لتعديه وتفريطه وهذا إذا سلمه مختارًا، أما لو ألزمه الحاكم بتسليم المبيع بالنقد قبل قبض الثمن وكان الحاكم يرى ذلك مذهبًا بالدليل أو نقلًا معتبرًا فلا ضمان، وإن ألزمه جهلًا أو عدوانًا أو أكرهه المشتري أو غيره على تسليمه فيظهر أنه كتسليم الوديعة كرهًا فيضمن على الأصح.

فروع وتنبيهات: منها: إذا ضمنا غرم للموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر، فإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغبن يحتمل غرم جميع القيمة، وقيل: يحط عنه قدر الغبن، وهذا ما اقتضى كلام الشيخين في بيع العدل والرهن أنه المذهب هنا فاعلم، وإن باعه بغبن فاحش بإذن الموكل عن نفسه فقياس الوجه الثاني أن يغرم قدر الثمن، ثم إذا اقتضاه الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم.

ومنها: إذا باع بغبن فاحش بلا إذن.

وإن قلنا: ما يتغابن به في عشرة دراهم باعه بمائة مثلًا، فإن كان المبيع باقيًا اشترى الموكل إن اعترف المشتري بالوكالة، أو قامت عليه بينة وإلا فهو

وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيبًا، ....

كما لو تلف فضمن الوكيل وماذا يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه أو أقول:

أحدها: تمام القيمة، والثاني: القدر الذي لو باع به لصح وهو تسعة ويأخذ من المشتري درهمًا، وحكى في «الشامل» و«التتمة»، هذين قولين منصوصين في الرهن، وفي «اللطيف» قال ابن الصباغ: والصحيح وبه قال أبو إسحاق الأول، وجعله الْبَنْدَنِيجِي وغيره المذهب.

والوجه الثاني: أنه يضمن درهمًا؛ لأنه لم يفرط إلا فيه فيرجع على المشتري بتسعةٍ وهذا إذا رجع الموكل على الوكيل، فلو أراد الرجوع على المشتري رجع إليه بالقيمة قطعًا وهي أكثر مما كانت من القبض إلى التلف كالمغصوب، وقيل: قيمته يوم التلف، وقيل: يوم القبض وقد يعبر عن هذا الخلاف بالأقوال.

ومنها: إذا باع الوكيل مؤجلًا بالإذن أو بغيره إن جوز كما أشرت إليه في الإيضاح وجب عليه بيان التغريم حتى لا يكون مضيعًا لحق الموكل، فإن امتنع كان متعديًا وإن نسيه أو أشبه عليه ففيه كلام يأتي في الوديعة إن شاء الله تعالى.

والظاهر أنه يجب عليه الإشهاد صيانةً لحق موكله وهو ما دل عليه قول: الرُّويَانِي، قيل: بأن قسم الفيء إذا وقع ثوب إلى رجل ليبيعه إلى مدةٍ فباعه وقلنا: يجب عليه الإشهاد فلم يشهد؛ ولكنه أخذ الحظ على ما جرت به العادة، وقاضي البلد ممن يرى العمل بالحظ فهل يضمن؟ يحتمل وجهين وهذا التخريج بعيد، والمذهب أنه يضمن ولا يجوز الحكم بالحظ، انتهى. وأحسبه في «الحاوي».

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: فمن المثل ما يهيئ إليه رغبات المشترين على الصحيح من المذهب، وحكى ابن أبي الدم في «أدب القضاء» له وجهًا أن القيمة صفة قائمة بالمقوم ذاته فإن الرقعة تنقص تارة وتزيد أخرى، انتهى.

قال: (**وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ لَا يَشْتَرِي مَعِيبًا**) أي: لا يجوز له شراؤه مع علمه بعيبه؛ لأن عليه نصح موكله، فأما أنه هل يصح لمطلق الإذن أم لا

فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنِ الْمُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ، وَإِنْ عَلِمَهُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ، ....

ويقتصر الإذن على التسليم؟ ظاهر كلامهم أن الأصح في الموصوف جهل الإذن على ما لا يعلم عينه وفي المعين على إطلاقه.

وقال في «البحر»: لو كان في الموصوف العيب ظاهرًا يمكنه معرفته لكنه لو يعلم يحتمل أن يجعل كالعلم فيجعل للوكيل، ويحتمل أن يقع للموكل وعليه يدل كلام أصحابنا، ولهذا له الرد به ولا يجعل كأنه علم به، انتهى.

وكلام «المنهاج» بعد هذا: يمكن جعله في الموصوف والمعين؟ لكنهما في «الشرح» و«الروضة» إنما نقلا الأحكام كلها في الموصوف.

إشارة: يستثنى من إطلاقه المنع إذا كان غرض الموكل التجارة فإنه يصح لعامل القراض وشريك التجارة والعبد المأذون له فيها؛ لأن الغرض الربح، وقد يكون في المعيب أكثر منه في غيره ولا سيما العيب الخفيف.

قال: (**فَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ الْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ وَقَعَ عَنْ الْمُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ الْعَيْبَ**) لأنه يمكن استدراكه بالرد فلا ضرر فيه، والتوكيل متعذر بجهله، وقوله: «في الذمة» يوهم أنه لو اشتراه بعين مال الموكل لا يقع له في هذه الحالة، وهو واقع له أيضًا؛ لكن ليس للوكيل الرد على الأصح، فأتى بالقيد المذكور ليحترز به عما يقتضيه كلامه بعد ذلك من الرد.

قال: (**وَإِنْ عَلِمَهُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن ساوى ما اشتراه به وأزيد؛ لأن الإطلاق يقتضي تسليمًا.

والثاني: يقع له؛ لأن الإطلاق يتناول المعيب وغيره ولا نقص في المالية.

والثالث: إن كان المعيب يمنع الإجزاء في الكفارة لم يقع له وإلا وقع.

قال الإمام: وصاحب هذا الوجه يستثني الكفر فإنه يمنع الإجزاء وللوكيل شراؤه، هكذا أورد المراوزة ثلاثة أوجه، وأضاف إليها ابن الرِّفْعَة رابعها وهو ما حكاه الإمام عن شيخه في كتاب «القراض» واستحسنه: أنه إن كان يشتريه للتجارة وقع العقد للموكل وله الخيار، وإن كان يشتريه للقسمة والخدمة فلا

وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهْ لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ الرَّدُّ.

يقع للموكل، انتهى.

والإمام رواه وجهًا عن رواية شيخه كما ذكره؛ ولكن المصنف صحح هناك صحة شراء العامل المعيب إذا رأى المصلحة فيه وهو المذكور في «الشامل» وغيره، وقضية ذلك أن يكون الأصح في وكيل المشتري للتجارة كذلك كما قدمناه سواء، وحينئذٍ يستثنى من إطلاقهم هنا كما قدمناه.

قال: (وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهْ) أي: ما اشتراه به.

(لَمْ يَقَعْ عَنْهُ) أي: عن الموكل.

(إِنْ عَلِمَهُ) لأنه يورطه في الغرم مع العلم فهو مخالف.

قال: (وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ) أي: للموكل كما لو اشتراه لنفسه جاهلًا، والثاني: لا، كما لو عيَّن الوكيل وفرق الأول بأن الغبن لا خيار به خلاف العيب، ولو ألزمناه الغبن أضررنا به، وقد يقال: قل يتعذر الرد؛ بل والأرش فيلحقه الضرر بوقوعه له، وهذا الوجه هو المذهب في «النهاية» و«البسيط» وزيف الإمام الأول.

قال: (وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ فَلِكُلٍّ مِنَ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ الرَّدُّ) أما الموكل في حال العلم إذا قلنا: يقع الملك له فكذا في الأصح لما ذكرناه، وأما الوكيل فيرد في حاله الجهل بالعيب منفردًا بالرد، وقيل: لا ينفرد بالرد.

وقيل: إن سمى ذلك الموكل في العقد لم يرد وإلا رد.

وقيل: إن اشترى بغبن مال الموكل رد، وإلا فلا، هذا كله في الموصوف، والملخص أنه ينفرد برد الموصوف، وأما المعين فإن قلنا: لا ينفرد رد الموصوف فالمعين أولى، وإلا فالصحيح المنصوص في «الأم» الجواز؛ لأن الظاهر أنه إنما يرده بشرط السلامة.

والثاني: لا رد له إلا بعد استئذان الموكل، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور.

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ فَلَهُ التَّوْكِيلُ، ....

قال الرَّافِعِي: وتبعه الشيخ، ولم يذكروا في هذا الحال متى يقع عن الموكل ومتى لا يقع؟ والقياس أنه كما سبق أي: من الفرق بين حالتي العلم والجهل به، انتهى.

قيل: بل القياس أنه يقع للموكل مطلقًا لإطلاق الإذن ويعلق الغرض بعيبه كما لو اشتراه بنفسه، نعم ليس له تسليم الثمن إذا علم عيبه حتى يعلم به الموكل، وهذا صحيح وعلى ما قال الرَّافِعِي: يلزم إجراء خلاف فيما إذا جهله الوكيل فهو بعيد.

إشارة: إن حدث بما أبداه الرَّافِعِي مع القيود فاجعل كلام «المنهاج» وأصله شاملًا للموصوف والمعين وإلا فاجعله في الموصوف خاصةً وساكتًا عن المعين وهو أجود ليوافق المنقول.

قال: (**وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ بِلَا إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّى مِنْهُ مَا وَكَّلَ فِيهِ**) لأنه إنما رضي به وبنيته وبتصرفه، قال شارح: هذا إذا قال: وكلتك أن تبتع لي ونحوه، أما لو قال: وكلتك في بيعه فالسابق إلى الرهن أنه كذلك، ويحتمل أن يقال: في بيعه يشمل بنفسه وتوكيله، وهكذا كل ما أشبهه من الصيغ، انتهى .

والظاهر إطلاقه بهم عدم الفرق بين الصيغتين.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ**) أي: مع كونه يحسنه.

(**فَلَهُ التَّوْكِيلُ**) أي: على الصحيح عملًا بالعرف إذ المقصود الاستنابة، وقيل: لا يوكل لقصور اللفظ، وقال الرُّويَانِي في «التجربة» معبرًا عن الصحيح: لأن إذنه له في التصرف مع علمه بحاله أذن له في التوكيل، وغلط من قال غيره، انتهى.

فأشعر كلامه بأن الصورة فيما إذا علم الموكل أن ذلك لا يليق بوكيله وجب توكيله في صورة سكوت موكله، فينبغي أن يوكل عنه، فلو وكَّل عن نفسه فوجهان.

وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الْإِتْيَانِ بِكُلِّهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمْكِنِ.

وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وَقَالَ: وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ.

قال الشيخ: الأصح لا يجوز.

قال: (**وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ الْإِتْيَانِ بِكُلِّهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمُمْكِنِ**) أي: دون الممكن على الأصح؛ لعدم الضرورة إليه.

والثاني: لا يوكل في الممكن، وفي الزائد وجهان.

والثالث: إطلاق الوجهين في الكل فالمتحقق منها ثلاثة أوجه.

تنبيهات: في «النهاية» و«البسيط» وهذا لفظه: اختلف في العجز، منهم من قال: معناه ألا يتصور منه فعله، ومنهم من قال: معناه أن ما له مشقة عظيمة لا يحتمل مثلها، ولو عجز عما أعطاه بمرض أو سفر لم يوكل فيه، وعن الجوري: أنه ينبغي أن يجري فيه الخلاف السابق فيما إذا التصرف لا يطيقه لعلمه بأنه لا يمكنه القيام به في هاتين الحالتين سبق أنه إنما يوكل عن موكله لا عن نفسه في الأصح، وجزم الإمام بالصحة، ثم إن وكَّل عن نفسه فهو فرعه أو عن موكله ففرعه، وفي «البسيط»: إن وكَّل عن موكله فسفير والتوكيل صحيح، وإن وكَّل عن نفسه فهل له ذلك؟ يفصل كتفصيل القول في الإذن المعلق بالتوكيل؛ لأن القرينة لا تدل إلا على أصل التوكيل، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أَذِنَ فِي التَّوْكِيلِ وَقَالَ: وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ فَفَعَلَ فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ**) أي: على الصحيح لأنه مقتضى الإذن، وقيل: إنه وكيل الموكل وكأنه قال: أقم غيرك مقامك، وادعى الرُّويَانِي: أنه ظاهر المذهب، فعلى الأول ينعزل بعزل الأول له وانعزاله؛ لأنه فرعه على ذلك.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَانْعِزَالِهِ**) هذا من ثمرة كونه وكيل الوكيل كما بيناه ولا شك أنا إذا قلنا: أنه وكيل الوكيل كان الحكم كما قدمناه ولا يحتاج إلى إعادته، وفي عبارة «الكتاب» لبس، قال: والذي في «المحرر»: لكن الأصح أنه ينعزل بعزله أي: وإن جعلناه وكيل الوكيل ينعزل بعزل الموكل الأصلي له

وَإِنْ قَالَ وَكِّلْ عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ الْمُوَكِّلِ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ.

على الأصح؛ لأنه فرع فرعه، وفرع الفرع فرع الأصلي فينعزل بعزله.

وقيل: لا ينعزل إلا بعزل موكله وهو الوكيل ولا التنبيه على هذا لكان يقال: لا ينعزل بعزل الموكل على الأصح، وفي إثبات «المحرر» بلفظة «لكن» التي للاستدراك تنبيه على ذلك فحذفها «المنهاج» فأوهم أن الضمير في «بعزله» يعود على الوكيل الأول ثم أكد هذا الإبهام بقوله: وانعزاله فإنه يتغير بهذه الزيادة أن يكون للوكيل الأول فإن الموكل الأصل لا انعزال له، نعم لو كان المصنف حكى ما ذكره الرُّوِيَاني حسن ما ذكره؛ ولكنه يكون ساكتًا عن مسألة «المحرر»، والحاصل أنه هل ينعزل بعزل من نصبه، وانعزاله يبنى على أنه وكيل له، ولو عزل الموكل الأصلي الأول انعزل، وفي انعزال الثاني بانعزاله الخلاف، ولو عزل الموكل الأصلي الوكيل الثاني انعزل على الأصح كما ينعزل بموته وجنونه، والثاني: لا؛ لأنه ليس من جهته.

قال: (**وَإِنْ قَالَ وَكِّلْ عَنِّي فَالثَّانِي وَكِيلُ الْمُوَكِّلِ**) أي: والأول سفير محض وله عزل أيهما شاء.

(**وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: أطلق الإذن في التوكيل ولم يقل: عنك ولا عني؛ لأن التوكيل تصرف منه بإذن الموكل فيقع عنه.

والثاني: أنه وكيل الوكيل، وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه، وحسَّن الْمَاوَرْدِي والروياني الوجهين مما إذا لم يعين شخصًا ومالًا إن أطلق ولم يسم أحدًا، فوجهان وإن سمى كوكيل زيد فعن الموكل بلا خلاف، وموافقة قول الجوري: إن أذن له أن يوكل رجلًا معينًا، وفسخ وكالة الأول لا تفسخ وكالة الثاني، وإن أذن له أن يوكل من أراد انفسخت؛ لكن الشيخ صرح بالوجهين في الحالتين، فإن قلنا: إنه وكيل الوكيل فله عزله وإلا فلا، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه، وقال القاضي أبو الطيب: يخير بين أن يوكله عن نفسه أو عن موكله، أيهما فعل أجرى عليه حكمه.

فرع: لو وكله في تصرف وقال: افعل فيه ما شئت لم يكن ذلك إذنًا في

قُلْت: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ.
وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِينًا إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكِّلُ غَيْرَهُ،

التوكيل على الأصح المنصوص، وكذا الحكم لو قال: ما تصنعه، فهو جائز وهل يتضمن ذلك الإذن بالبيع نسيئة أو بغير نقد البلد؟ لم أر فيه شيئًا والأقرب المنع.

قال: (**قُلْت: وَفِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ**) أي: وهما إذا قال: عني أو أطلق.

(**لَا يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَنْعَزِلُ بِانْعِزَالِهِ**)؛ لأنه ليس توكيلًا فيه.

(**وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلَ يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِينًا**) أي: رعايةً لمصلحة الموكل، كما قاله الأئمة: رعايةً للغبطة فإنه مأمور بها ذكره المراوزة، وفي «البحر» وجه أنه يجوز أن يوكل فاسقًا وليس بشيء، قال ابن الرِّفْعَة: وظني أنه لا يطرد في الجائز.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُعَيِّنَ الْمُوَكِّلُ**) أي: عن نفسه.

(**غَيْرَهُ**) أي: غير الأمين الكفء فينبغي تعينه، قيل: فلو علم الوكيل فاسق المعين وجهله الموكل فينبغي أن يأتي فيه خلاف، كما إذا وكَّله بشراء معين وكان معينًا فقد سبق، ومقتضى الأصح اعتماد إطلاقه فيجوز.

قلت: وفيه نظر؛ لأن الغرض في تعيين السلعة أقوى منه في تعيين الوكيل، وينبغي أن يجب على الوكيل إعلام موكله أولًا بحاله ولا سيما إذا كان جوابًا جحودًا، أو ظهر للوكيل أن الموكل اعتقده أمينًا، فإن رضي به بعد ذلك فلا كلام وهذا البيان بصحته واجب كعيب المبيع لا عينه، وهذا إذا كان الموكَّل فيه مالًا يسلم إلى الوكيل، قيل: ولو قال: وكِّل من شئت فقد قالوا: إذا قال: زوجني ممن شئت أنه يجوز من غير الكفء على الأصح فقياسه هنا جريان الخلاف ويكون الأصح عدم الاشتراط وأورده على «المنهاج» وغيره.

قلت: يمكن الفرق بأن المقصود الأعظم من الأموال الحفظ وحسن التصرف فإذا لم يكن الوكيل أهلًا كان تضييعًا محضًا فتبعد إرادته، أو حمل الإطلاق عليه، بخلاف الكفاءة فإنها صفة كمال فقد يتسامح بتركها، وقد يكون

وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفَسَقَ لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

غير كفء أصلح لها من وجوه، وحينئذٍ فلا يصح الخلاف، والظاهر أنه إنما قصد الموكل التوسعة عليه بعدم التعيين بشرط النظر إليه، وإن اقتضى ظاهر لفظه التعميم.

إشارة: قيدت إطلاقه بقولي: عن نفسي احتراز عما لو عيَّن الولي ونحوه الوكيل غير الأمين فإنه لا يجوز للوكيل توكيله قطعًا ولا يوكل غيره؛ لأنه لم يأذن فيه.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَ أَمِينًا فَفُسَّقَ لَمْ يَمْلِكْ الْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالله أَعْلَمُ**) إذا وكَّل الوكيل أمينًا ووقع التوكيل عن الموكل الأصلي كما بيناه ففسق الثاني فهل يملك الوكيل الأول عزله؟ فيه وجهان: الصحيح المنع؛ لأنه ليس بفرع له؛ بل هو سفير محض، ووجه الجواز واختاره ابن أبي عصرون أن الإذن اقتضى توكيل أمين فإذا فسق لم يجز استعماله فملك عزله، وأوضح في «الاستقصاء» المسألة فقال: إذا عين له إنسانًا وكَّله وإن كان غير أمين، وإن وكَّل أمينًا وكالة ففسق، فإن وكَّله عن نفسه فله عزله، أو عن موكله فوجهان ووجه الجواز بما سبق وهو ضعيف وكلامه في صورة الإطلاق مبني على أن له أن يوكل عن نفسه وإن شاء عن موكله.

فائدة: قال شارح إثر كلام «الكتاب»: الذي أقوله: أنا حيث جعلناه وكيلًا للوكيل فله عزله بكل حال أو حيث جعلناه وكيلًا للموكل فالقول: بأن للوكيل عزله لا وجه له؛ ولكن ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله للفسق، ويكون الأصح الانعزال كالقاضي وعند الرهن إذا فسق، انتهى.

والذي اقتضى كلام الرَّافِعِي بصحيحه أن الوكيل لا ينعزل بالخيانة ونحوها، وجعله في «الروضة» المذهب في موضعين إلا أن يفرق بين من وكَّله المالك بنفسه وبين من وكَّله غيره عنه، وفيه نظر.

فرع: سبق أن الوكيل لا يوكل فيما يمكنه ويليق به بلا إذن، وعن الجوري: أنه لو قبض الدين الموكل في قبضته وأرسله مع ابنه أو بعض عياله

فَصْلٌ

قَالَ: بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَان مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ.

إلى الموكل لم يضمن، فإن أرسله مع غير من هو في عياله فتلف فضمن، وكأنه وجه الفرق العرف، فلا بدَّ أن يكون ولده أمينًا، وسيأتي في الوديعة نحو هذا إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَصْلٌ قَالَ: بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ أَوْ فِي زَمَنٍ أَوْ مَكَان مُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ، وَفِي الْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ**) لشرح ما تقدم قبل: الفصل: هو في الوكالة المطلقة، والكلام الآن في الوكالة المقيدة.

والحاصل أنه يجب مراعاة تقييد الموكل ورعاية المفهوم منه بحسب العرف أو القرينة فلنذكر من ذلك مسائل الكتاب وما تيسر.

الأولى: إذا قال: بع من زيد مثلًا بعين؛ لأنه قد يزيد تخصيصه بالمبيع أو لطيب ماله وعن ذلك، هكذا أطلقوا التعيين وينبغي أن يكون بوصفه إذا دلت الحال على إرادة تخصيصه بالسلعة لما ذكرناه ونحوه من الأغراض المقصودة، أما لو دلت على إرادة الربح والعين لعلمه بحاجته إليه وإن لا غرض له والتعيين إلا ذلك فالأوجه عدم التعيين فإنه إنما سماه طمعًا فيما ذكرناه وكأن قوله: لفلان كقول التاجر لغلامه: بع هذا على السلطان أو الأمراء أو التجار أو الحجيج أو لوفد، فإنه لا يراد عين المسمى، وإنما يراد إشارة إلى الراغبين والمحتاجين إلى المبيع.

وأطلق الدارمي أنه لو وكله في البيع بموضع فباع بغيره صح وإن ذكر رجلًا فباع من غيره؛ فوجهان ولعل محلها إذا لم يبن له قصد التخصيص ووجه المنع الموقوف مع اللفظ ويحسن أن يقال: إن بان له قصد التخصيص بغبن أو الربح فلا وإن لم يبن بغبن على الأصح وقوفًا مع اللفظ كتابته إذا عين للبيع وقتًا معينًا كساعة كذا أو يوم أو شهر أو سنة لم يجز أن يبيع في غيره لأنه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت دون غيره ولم أرَ في ذلك نزاعًا ويحتمل أن يأتي فيه بعض

وَإِنْ قَالَ بِعْ بِمِائَةٍ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ.

ما ذكرته في المسألة قبلها أو ما نذكره في التي بعدها.

الثانية: إذا عين له مكانًا لسوق أو بلد أو محلة فإن تعلق به غرض بعين وإن لم يتعلق به غرض ولكنه نهاه عن البيع في غيره فكذلك وإلا فوجهان:

أحدهما: يتعين لأنه قد يكون له فيه غرضًا يخفى على الوكيل وهذا ما رجحه في «المحرر» وتبعه هنا وفي «الروضة» ولم يصرح في «الشرحين» بترجيح.

والثاني: لا يتعين بحصول الغرض وبغيره والتعيين في مثل هذا يقع اتفاقًا وهذا هو المنصوص وبه جزم كثيرون منهم الشيخ أبو حامد والقضاة أبو الطيب وأبو حامد الحسين وهو الجواز في «الاستذكار» و«الشامل» و«المقنع» و«فتاوى الْقَفَّال» و«التنبيه» و«التتمة» وغيرها فحصل طريقان القطع بالجواز وهو المذهب، والثاني فيه وجهان بالمشهور الجواز قاله: في «البيان».

فرع: ذكر أن موضع التعيين إذا لم يقدر الثمن فإن قال: بع في سوق كذا بمائة فباع في غيرها جاز، صرح به في «الشامل» و«التتمة» وغيرهما وهو ظاهر، إذا جوزنا البيع بها مع راغب بأزيد أما إذا منعنا وهو الأصح فينبغي التعيين للنص عليه ولاحتمال زيادة فيه، فإن الشيء يقصد في سوقه وصور فيه الرغبات والزيادات كثيرًا، نعم إن قال: بعه بمائة ولا تزد فواضع إذا لم يكن ثم عرض آخر.

قال: (**وَإِنْ قَالَ بِعْ بِمِائَةٍ لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ**) أي: ولو بقيراط بخلاف ما لو أطلق كما سبق بيانه لأن ذلك محل اجتهاد والناس يعدونه ثمن المثل.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ**) إذ الغرض بالتقدير إذ لا ينقص الثمن عن العين فقد أمثل وزاد خيرًا.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِالنَّهْيِ**) أي: عن الزيادة فيسمع إذ النطق أبطل حكم العرف، وقيل: لا يزيد وإن لم ينهه لأنه لم يرض بعهدة الزيادة، وفي «النهاية» و«البسيط» عن «التقريب» أنه لو قال: بع بمائة ولا تزد فزاد أو اشتر بهذا العبد بمائة ولا تنقص فنقص ففي صحته وجهان قال الشيخ تبعًا للإمام: والوجهين:

....

أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع لم ينفذ لمخالفته وإن احتمل أن يزيد لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص اتجه التنفيذ، انتهى.

والوجهان نقلهما القاضيان الْمَاوَرْدِي وأبو الطيب في كتاب «الوديعة» من «المحرر» عن أبي إسحاق قال أحدهما: الشرط باطل فإن باع بأكثر واشترى بأقل جاز، والثاني: أنه صحيح أنه ربما كان له غرض صحيح وهو أنه إن كان قد عين في بيعه منه أو يشتري به منه فقد قصد منفعة، وإن أطلق ولم يعين أحدًا فيجوز أن يكون قد حلف ليبيعه بكذا أو ليشتريه بكذا فيزيد أكثر من ثمنه، انتهى، وفيه فوائد.

تنبيه: قال: بع بمائة فليس له البيع بها وهناك راغب أزيد منها على الصحيح، وبمقابله يشعر قول المصنف: وله أن يزيد فإن المفهوم منه الجواز لا غير هذا في غير المعين ما لو قال: بعه لزيد بمائة قالوا: بعين البيع منه بها وفيه ما أسلفناه بحثًا وتقوى القرينة هنا في ظهور قصد التخصيص أو الربح وغيرهما ثم رأيت من قال: لم يجز أن يبيعه بالشراء منها قطعًا.

قال الْغَزَالِي: إلا إذا علم خلافه بالقرينة هذا ما أبديناه ومثاله قوله: بعه لزيد وهو يساوي خمسين مثلًا فالظاهر أنه إنما قصد الزيادة في الثمن ويقرب من هذا ما لو قال العراقي لوكيله اذهب بهذا الغلام وبعه على صاحب الثمن أو صاحب «مصر» بألف مثلًا وهو يساوي ذلك فالظاهر أنه إنما أراد الربح لا غير وأنه لا يتعين البيع فيه كما أشرنا إليه قبل هذا ولا سيما إذا كان المعين لا يعرفه الموكل لاحظ له منه إلا لزيادة في الثمن.

فرع: قال: اشتر عبد فلان بمائة فاشتراه بأقل منها جاز وفرق بأنه في البيع ممنوع من قبض الزيادة وفي الشراء مأمور بدفع مائة فإذا دفع بعض المأمور به جاز، قاله: الْمَاوَرْدِي، فقد يقال: إن دلت القرينة على قصده محاباة البائع فإن كان يساوي خمسين مثلًا والموكل يعلم ذلك أنه لا يشترى بأقل منها وقوله: إنه ممنوع من قبض الزيادة ينازعه ما لو قال: بعه بمائة واشتراه بها فذاك، أو يتعين أو أقل، قال أصحابنا: صح والذي يقتضيه أنه إنما يصح إذا لم يعرف الموكل سيد العبد أما إذا عرفه أو قال: اشتر عبد فلان بمائة فاشتراه بأقل لم يصح لأنه

وَلَوْ قَالَ اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ؛ فَالْأَظْهَرُ الصِّحَّةُ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ.

قصد محاباة الثمن، انتهى.

فرع: قال: بعه من زيد فباعه من وكيله لم يصح بخلاف قوله: زوجها من زيد؛ لأنه لا يقبل النقل بخلاف البيع هذا هو المنقول، وزعم شارح أن **الْمَاوَرْدِي** قال: كل صورة صح البيع فيها من المعين إما بأن نسميه أو بأن يقصده يصح وكل موضع يؤول الأمر إلى أن يجعل العقد للمشتري ينبغي ألا يصح وهذا النقل عن **الْمَاوَرْدِي** غلط، نعم قال **ابن الرِّفْعَة** بحثًا: إن تقدم قبول الوكيل وصرح بالسفارة أم لا قال: لأن الإيجاب فاسد لأنه أوقعه للوكيل بحيث يتمكن من قبوله لنفسه ولو قال: اشتر عبد فلان وكان فلان قد باعه، فللوكيل شراؤه من المشتري ذكره **الْبَغَوِي** في «فتاويه».

قلت: ويحتمل أن يفرق بين أن يدل الحال على محاباة فلان بالزيادة بالثمن المعين وبين أن يكون الغرض تحصيل عين العبد فقد يظهر أن يفصل من قوله: بع من زيد بين من يباشر نفسه بنفسه فلا يصح منعه من وكيله وبين ألا يكون كذلك كالسلطان والخليفة فيصح البيع من وكيله له لأنه العرف الظاهر أنه لو قال: بع هذا من أيتام زيد ونحو ذلك أن يحمل على البيع كوليهم، ولا نقول: التوكيل فاسد.

قال: (**وَلَوْ قَالَ اشْتَرِ بِهَذَا الدِّينَارِ شَاةً وَوَصَفَهَا فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ بِالصِّفَةِ فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَارًا لَمْ يَصِحَّ الشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ**) أي: لأن زادت قيمتها على الدينار؛ لأنه إنما أذن في شاة تساوي دينارًا أو ظهرت المخالفة ثم إن اشترى بغير الدينار وبطل أو في الذمة ولم يسم الموكل بل نواه وقع التوكيل وإن سماه فهل يبطل أو يقع للوكيل وجهان أصحهما البطلان، واحترز المصنف بقوله: ووصفها عما لو لم يصفها، فإن التوكيل لا يصح.

قال: (**وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ فَالْأَظْهَرُ الصِّحَّةُ، وَحُصُولُ الْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ**) لحديث عروة البارقي السابق في أوائل البيع.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ ....

قال في «الأم»: وهذا أشبه القولين بظاهر الحديث، انتهى.

ولأنه حصل المقصود وزاد خيرًا فأشبه ما لو قال: بعه بخمسة فباعه بعشرة، والقول الثاني: لا تصحان للموكل لأنه لم يأذن فيهما بل اشتراهما في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على موكله نصف دينار وللموكل أن ينتزع الثانية منه ونفوذ العقد فيهما؛ لأنه عقده له وفي قول آخر: لا يصح الشراء للموكل بل يقعان للوكيل، وإن اشتراهما بعين الدينار بنى على وقف العقود إن قلنا: لا يوصف بطل في شاة وفي الأخرى قولا الصفقة، وإن قلنا: بوقف فإن شاء الموكل أخذهما بالدينارين وإن شاء أخذ واحدة ورد الأخرى على البائع وهذا القول مشكل لأن تعين شاة للموكل أو لإبطال العقد فيما ليس بأولى من الأخرى والتحيز يشبه بيع شاة من شاتين وهو باطل، وحكي وجه في أصل المسألة أن العقد يبطل في الشاتين معًا وهو منقاس، وإن كان شاذًا.

تنبيه: لو ساوت إحداهما دينارًا والأخرى بعضه وكما لو ساوته كل واحدة منهما على أصح الطريقين فكان الأحسن أن يقول: وإن ساوته إحداهما لئلا يوهم أن مساواة كل واحدة منهما دينارًا شرط في الصحة ولفهم منه ما إذا ساوته كل واحدة من باب أولي ولا خفاء أن الشاتين مثال وأن الحكم في غيرهما والتصوير كما تقدم كالحكم فيهما قاله: الرُّويَانِي.

قال: (وَلَوْ أَمَرَهُ بِالشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ) صورتها أن يقول: اشتر بعينه فلو قال: اشتر بهذا ولم يقل بعينه ولا في الذمة فوجهان: أحدهما: هو كقوله بعينه، واختاره في «الإفصاح»، وأظهرهما عند الرَّافِعِي أنه يتخير بين الأمرين وبه جزم الدارمي قال: والنقد من العين ويحسن أن يقال: يجب على الأحوط الأحظ لموكله وإنما يأتي التخيير إذا استويا في المصلحة، ونقل ابن الرِّفْعَة الوجهين عن رواية الرَّافِعِي وابن أبي عصرون فيما إذا قال: اشتر بهذا وهو كسهو منه ولم يذكر إلا ما ذكرناه، وكذا قال: في «البحر».

قال: (فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ) لمخالفته لأنه ألزم ذمته ما لم

وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوْ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ.

وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ، بِعْتُ فَقَالَ: اشْتَرَيْت لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: بِعْت مُوَكِّلَك زَيْدًا فَقَالَ: اشْتَرَيْت لَهُ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ.

يأذن فيه، ثم إن لم يصرح بالسِّفارة -وهي بكسر السين- وقع العقد، وكذا إن صرح بها في الأصح، وقيل: يبطل.

قال: **(وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: بأن قال له: اشتر في الذمة وسلم الألف في ثمنه فخالف واشترى بعينه بطل للمخالفة، فإنه أمره بعقد يلزم مع بقاء المدفوع فتلف فيعقد عقدًا يلزم مع بقائه دون تلفه فيفوت غرض تحصيل المبيع بكل حال، والثاني: يصح؛ لأنه أقل غررًا فقد زاده خيرًا.

قال: **(وَمَتَى خَالَفَ الْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ)** أي: كما لو قال له: بع هذا العبد فباع غيره **(أَوْ الشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ)** بأن أمره بالشراء بعين مال الموكل فخالفه واشترى في الذمة. **(فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ)** للمخالفة.

(وَلَوْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَقَعَ لِلْوَكِيلِ) لجريان الخطاب به وإنما يتصرف إلى الموكل بالنية بشرط موافقتها إذنه وإلا فهي ظنية لاغية، ولو كان كأجنبي اشترى لغيره في الذمة وهذا كله جواب على «الجديد» في منع وقف العقود وإلغاء تصرف الفضولي، وأما على «القديم» فالوكيل فيه كالأجنبي فتوقف الشراء في الذمة على إجارة، وكذلك الشراء بعين ماله والبيع للعبد الآخر بعقدين موقوفين على ذلك القول.

قال: **(وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ الْبَائِعُ، بِعْتُ فَقَالَ اشْتَرَيْت لِفُلَانٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ)** فيقع العقد للوكيل وتلغو إسميته للموكل في القبول؛ لأنها غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه ولم يمكن صرفه إليه صار كأنه لم يسمه، والثاني: يبطل العقد رأسًا؛ لأنه صار بإضافته إلى الموكل وامتنع إيقاعه له فيلغى.

قال: **(وَإِنْ قَالَ بِعْت مُوَكِّلَك زَيْدًا فَقَالَ اشْتَرَيْت لَهُ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ)** أي:

……………………………………………………………………

بطلان العقد مطلقًا؛ لأنه لم يجز بينهما مخاطبة، وقيل: فيه وجهان وأحسبها في الصورة قبلها، واعترض معترض بأن عبارة «المحرر» و«الروضة» كـ«المنهاج» وعبارة «الشرحين» أنه ظاهر المذهب، قال: ولا إشعار له بخلاء البينة، وعن أبي محمد وجهين ينبغي أن يغيرها المصنف في الأصح، انتهى.

وهذا كلام عنَّ له وهذه الصورة قريبة من مسألة التوسط بين البائع والمشتري السابقة في البيع وعلة المنع فيها ما ذكر هنا في علة البطلان، ولو قال: اشتريته منك لموكلي فقال: بعتك، أو قال: بعتك لموكلك فلان فقال: قبلت له؛ صح، ولو قال: بعني هذا لزيد بألفٍ فقال: بعتك فالظاهر الصحة ولم أره نصًا، ولو قال ابتداءً: بعتك هذا بكذا فقال: اشتريته لموكلي وسماه ففي صحته للموكل وجهان: أصحهما نعم، والثاني: لا؛ لأنه أوجب له فيقبل كغيره، وعلى هذا ففي وقوعه للوكيل وجهان، ولو قال: بعتك هذا لنفسك، فإن شئت اشتريته لغيرك فلا أبيعه لك فاشتراه لم يصح، ولو وجد هذا الشرط قبل العقد ثم قال: بعتك فقيل: ونوى موكله صح؛ لا بناءً على أن الشرط السابق كالمقارن ذكره في «البحر».

فرع: قال: اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين فله الشراء بمائة وبينها وبين خمسين ولا يجوز الخمسين وفيما دونها وجهان أرسلاهما.

وقال في «البحر»: الصحيح أنه يقع للموكل، والثاني: وهو اختيار أبي حامد أنه يقع للوكيل، انتهى.

ولو قال: بعه بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين فليس له بيعه بمائة وخمسين، ويجوز بما دونها ما لم ينقص عن مائة ولا يجوز بما زاد على مائة وخمسين على الأصح، فكذا قال: في «الروضة» وفي ترجيح المنع من الزيادة وقفة.

فرع: فقال صاحب «جواهر الأحكام» من متأخرينا في المائة السادسة قرينة للعرف تعرف بها المقاصد فنزل منزلة الصريح فإذا أمره بشراء الجمل في الصيف لا يشتريه في الشتاء، أو شراء الفحم في الشتاء فلا يشتريه في الصيف

....

لعموم اللفظ بقرينة الحال.

قلت: إلا أن يكون عادة الموكل استعماله في الصيف كالحداد ونحوه، وفي «فتاوى الفوراني»: أنه لو وكله بشراء جمل في الصيف فجاء الشتاء وخرج الجمل أن يكون له قيمة ثم جاء الصيف لا يجوز له أن يشتري؛ لأن العادة أنه أراد به العام الأول.

قلت: وقياسه التوكيل في شراء الدواء للمريض ونحو ذلك.

فروع: قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو قال: اشتر كذا، ثم كذا فترك الترتيب لم يجز بخلاف قوله: كذا وكذا، وفي فتاوى صاحبه القاضي الحسين أنه لو قال: استرد مالي من امرأتي وطلقها، ثم استرد المال نظر إن كانت المرأة غير مانعة منه يقع الطلاق ولا تحمل الواو على الترتيب، وإن كانت مانعة منه لم يقع حتى يسترده أولًا ثم طلق أو يعرف بذلك بدلالة الحال.

قال: وكذا لو أمره في زمن الحفظ بأن قال: خذ هذه الدراهم واشتر بدرهمين منها خبزًا واشتر بالباقي لحمًا فاشترى اللحم أولًا ثم اشترى الخبز لا يصح إذ الغالب فيه تقديم الخبز على اللحم، وقال في ذكره إذا قال: استرد مالي وطلقها، فطلقها قبل استرداد طلقت؛ لأنه أمره بشيئين وامتثل أحدهما، انتهى.

وهذا أرجح وعلى ما ذكره أولًا يتفرع فقه كبير وليس ذلك؛ لأن الواو للترتيب بل للقرينة المشعرة بذلك، ويجوز أن يقال: إذا كان الشيء مصلحًا وتبعًا للمقصود ألا يجوز تقديمه على المقصود إلا عند الوقوف بوجود المقصود؛ لئلا يتعذر تحصيله فلا ينتفع الموكل بالبائع بمفرده، مثاله: اشتر لي فرسًا وسرجًا ولجامًا أو عبدًا وثوبًا وبغلًا له وما أشبه ذلك ووصف المسميات المذكورة وغيرها.

فرع: ربما سبق الوعد به، قال الْمَاوَرْدِي في كتاب «الأيمان»: لو وكَّله في شراء الخبز وعادته أكل البر فاشترى له خبز الأرز لم يقع للموكل، ولو حلف لا يأكل الخبز حنث بأكل خبز الأرز؛ لأنه لا تعتبر في الأيمان عادة

وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ.

الحالف وتعتبر في الوكالة عادة الموكل دون غيره.

قلت: وهذا حسن وتتقيد به إطلاقات كثيرة في هذا الباب إن سلم له، وفي كلامهم ما ينازع فيه وبه يحصل في المسألة خلاف مثار هل النظر إلى اللفظ أو عادة الموكل؟

فصل

قال: (**وَيَدُ الْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ**) لأن الوكالة عقد إرفاق معصومة والضمير مناف له ومنفر، وقيل: المستعمل كالأجير المشترك في تضمينه قولان، وفرق **الْمَاوَرْدِي** بأن هذه فارقت الإجارة في اللزوم، فكذا في الضمان.

قال: (**فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ**) أي: قطعًا كسائر الأمناء، والتعدي قد يكون بركوب ولبس نحوهما وبتفريطه في الحفظ وهل إمساكه لما وكِّل في بيعه بلا عذر في التأخير تفريط يضمن؟ وجهان: أصحهما عند القاضي الحسين: لا، إذ لا يلزمه امتثال أمره، ولعل محلهما حيث لا يكون تركه مفضيًا إلى تلفه، فإن كان فتركه حتى يفسد بلا عذر تضييع لا محالة، وفي الباب العاشر من كتاب «الزكاة» من «التتمة»: أنه لو سلمه مالًا وقال: ادفعه إلى فلان وأمكنه ذلك فلم يسلمه حتى هلك فوجهان: يضمن كالزكاة، وأصحهما لا؛ لأن أمر الموكل ليس للوجوب بخلاف الشرع وهو موافق لترجيح شيخه وفيه ما ذكرناه.

فرع: لو دفع ثوبًا إلى دلال ليبيعه فضاع من يد الدلال، فلم يدر أنه سرق أو سقط منه أو نسيه في موضع أو سلمه إلى المشتري ضمنه، وكذا لو وضعه في موضع ونسيه لا يضمن إذا لم يقع الهلاك من جهته، قاله **الْبَغَوِي** في «الفتاوى».

قال: (**وَلَا يَنْعَزِلُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الوكالة أمانة وإذن في التصرف فلا يلزم من ارتفاع حكم العقد وهو الأمانة بطلانه كالرهن بخلاف الإيداع، فإنه ائتمان محض وبهذا قطع بعضهم ولأجله عبر في «الروضة» بالمذهب، والثاني: تنعزل؛ لأنها أمانة فترتفع بالتعدي كالوديعة فعلى الأول لو باع بعد التعدي صح، فإن سلمه بشرطه زال ضمانه للإذن فيه ولا يزول لمجرد بيعه على

وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ، ....

الأصح أنه يرتفع بتلفه قبل القبض، وأما الثمن الذي يقبضه لا يضمنه؛ لأنه لا يتعدى فيه، ولو رد المبيع بعيب قال الشيخان: عاد الضمان.

قلت: كذا قاله الْمُتَوَلِّي أخذًا من قول ابن الصباغ فعندي أنه يعود مضمونًا؛ لأن المشتري إنما قبضه لنفسه فزال الضمان لذلك، فإذا فسخ العقد انفسخ القبض فعاد كما كان، وقال الرُّويَانِي: لا يضمن في المسألة، وعندي أنه لا يعود مضمونًا؛ لأن فسخ القبض مِنْ وَقْتِهِ لَا مِنْ أَصْلِهِ.

قلت: وهذا حسن ظاهر إن رده عليه الحاكم جبرًا إلا إن استرده اختيارًا.

واعلم أنهم أطلقوا عدم الانعزال بالتعدي والظاهر أن محله في غير وكيل الولي على محجوره، أما وكيل الولي والصبي فينبغي أن ينعزل جزمًا أي: الوصي بفسق إذ لا يجوز إبقاء مال محجور في يد من ليس بعدل يتصرف فيه، ثم الخلاف إذا تعدى بغير إتلاف ما وكِّل فيه، أما لو دفع إليه نقدًا أو غيره ليشتري له به شيئًا فأتلفه باستقراض أو غيره انعزل، قال الرُّويَانِي: ولو عادت الدراهم التي تصرف فيها إلى يده واشترى بها للموكل فعلى الخلاف في انعزاله بالتعدي، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه حكم ببطلان الوكالة بذلك قبل العود، وجزم الشيخان بما ذكره لكنهما لم يذكرا انعزاله قبل عود الدراهم إليه، والذي في «الشامل» و«البيان» أنه لو استقرض الدراهم وأنفقها بطلت وكالته وجهًا واحدًا، وهذا مقتضى كلام القاضي أبي الطيب في «التعليق» والماوردي والدارمي والمتولي والظاهر أنه متفق عليه، وإذا كان كذلك فيظهر ألا يجيء الخلاف في انعزاله بالتعدي لتقدم انعزاله على عودها إلى يده.

قال: (وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ دُونَ الْمُوَكِّلِ فَيُعْتَبَرُ فِي الرُّؤْيَةِ وَلُزُومِ الْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ وَالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ حَيْثُ يَشْتَرِطُ) أي: كالصرف وسائر الربويات وسلم رأس مال السلم في مجلس العقد.

(الْوَكِيلُ دُونَ الْمُوَكِّلِ)؛ لأن الوكيل هو العاقد حقيقةً.

وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا، وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ لَا أَعْلَمُهَا، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِهَا طَالَبَهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكِّلِ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ، ....

فرع: قالا: متى طلب الموكل الوكيل برد ماله لزمه أن يخلي بينه وبينه، فإن امتنع صار ضامنًا كالمودع، انتهى. والمراد أنه امتنع بلا عذر، أما لو أخَّر ذلك بعذر فلا ضمان، قال الْعِمْرَانِي: قال أبو إسحاق: والعذر مثل أن يكون قد خرج إلى صلاة الجماعة فأخر ليفرغ منها، وكان يبيع ويشتري في السوق فقال: حتى أرجع إلى البيت، أو كان مريضًا فقال: لا أحب أن يتولى إخراجها غيري؛ لأني قد أحرزتها، أو كان محبوسًا فقال: حتى أخلا، أو كان في الحمام، أو يأكل فقال: حتى أفرغ، أو كان في وقت نومه، أو كان يحفظ مالًا له يخشى ضياعه، أو ملازمًا لغريم له، لأنه غير مفرط لذلك، وأطال في ذلك، وسيأتي الكلام في المسألة مستوفيًا في الوديعة إن شاء الله تعالى.

قال: (وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْمُوَكِّلُ، وَإِلَّا فَلَا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا) أي: سواء اشترى بعينه أو في الذمة للعرف، وتعلق أحكام العقد بالتوكيل.

قال: (وَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ أَوْ قَالَ: لَا أَعْلَمُهَا) زيادة على ما في «المحرر».

قال: (وَإِنِ اعْتَرَفَ بِهَا طَالَبَهُ أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ الْمُوَكِّلِ، وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَالْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ) أي: ويطالب أيهما شاء؛ لأن العقد للموكل والوكيل قابل، فألزمناهما، فعلى هذا يرجع على الوكيل إذا غرم.

والثاني: المطالب الموكل فقط والوكيل سفير.

والثالث: عكسه؛ لأن أحكام العقد تتعلق به، والالتزام وجد منه، ورجحه الْغَزَالِي وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وقال الرَّافِعِي عند الكلام في الخلع: إنه الأظهر.

....

قلت: ولفظه هناك إذا اشترى الوكيل في الذمة ونوى موكله ولم يصرح بالوكالة يطالبه البائع بالثمن مع الاعتراف بوكالة، وهذا هو الأظهر، وفيه وجه أنه لا يطالب إلا الموكل، وهذا الخلاف قد مرَّ في موضعه ويمكن أن يجيء مثله فيما نحن فيه، انتهى.

وليس هذا بنص من الرَّافِعِي على أن الموكل لا يطالب فلا يكون مخالفًا للمرجح هنا؛ لكنه قال هنا: ذلك إذا صرح الأجنبي بالوكالة؛ فالزوج يطالب الزوجة بالمال، وإن لم يصرح ونوى الوكالة فالخلع لها؛ لكن تتعلق به العهدة فيطالب ثم يرجع عليها، انتهى.

وتبعه في «الروضة» فظاهر هذا أنه المطالب وحده كما فهمه ابن الرِّفْعَة.

والرابع: أنه صرح بالسفارة لا يطالب.

قال ابن الرِّفْعَة: حكاه الْمُتَوَلِّي وصححه، وقال الإمام في باب تعجيل الصدقة: إن الوكيل إذا أضاف العقد إلى موكله لم يتعلق به الضمان أصلًا؛ لأنه لم يضف العقد إلى نفسه وهو الملتزم فلم يتضمن اللفظ التزام شيء ويوافقه قوله في باب العبد المأذون، واختلف الأصحاب في أن الوكيل بالشراء هل يطالب بالثمن إذا أضاف العبد إلى نفسه ولم يعقد العقد على صيغة السفارة؟ انتهى.

وهذا كالصريح أنه إذا صرَّح بالسفارة لا يطالب وجهًا واحدًا ويوافقه التفصيل السابق في خلع الأجنبي بوكالة الزوجة وعليه اقتصر في «الروضة»، وقوله أن الْمُتَوَلِّي صحح الرابع ليس بجيد، وعبارة الْمُتَوَلِّي: وإن اعترف بالوكالة أو كان الوكيل قد صرح حالة العقد بأنه وكيل فلان فهل يطالب الوكيل بالثمن أم لا؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها: وهو الصحيح أنه لا يطالبه بالثمن ويكون الوكيل كالسفير في العقد.

والثاني: يثبت الثمن في ذمة الموكل والوكيل كالضامن وأصل هذين الوجهين أن الأب إذا قبل النكاح لابنه الصغير هل يطالب بالصداق أم لا؟

وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ قُلْت: وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْمُوَكِّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

والثالث: يثبت في ذمة الوكيل دون الموكل إلا أنَّ الوكيل إذا أدَّى الثمن رجع به على الموكل، ويكون كالحوالة على من لا دين عليه، وهذا ظاهر الفساد.

والرابع: يثبت الثمن في ذمة الوكيل ويثبت للوكيل مثله في ذمة الموكل، وهذه طريقة الملك بالشراء يحصل للموكل ثم ينتقل منه إلى الموكل، انتهى.

فرع: وكَّله باستقراض فإن صرح بالسفارة لم يطالب، وإن لم يصرح بل نوى وعلم المقرض أنه وكيل فهل يطالبه؟ حكى الإمام في باب تعجيل الصدقة أن من أصحابنا من قال: نعم كالوكيل بالشراء على ظاهر المذهب، ومنهم من قال: لا يطالب بخلاف الوكيل بالشراء، والفرق أن الوكيل في الشراء يقول: اشتريت وهذه اللفظة في وضعها تلزمه، فيجب الجريان على موجبها، وأما الوكيل بالاستقراض فلم يصدر منه ما يقتضي الضمان، انتهى.

وهذا منه يشعر بالرضا بالفرق وينبغي أن يقال: إن قال الوكيل: استقرضت بعد إيجاب المعرض إن قاله ابتداءً ينبغي أن يكون وقوله: اشتريت سواء.

قال: (**وَإِذَا قَبَضَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ الثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا رَجَعَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي، وَإِنِ اعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ**) لحصول التلف عنده، والثاني: يرجع به على الوكيل؛ لأنه سفيره ويده كيده، وعزاه القاضي الحسين إلى عامة الأصحاب، والإمام إلى العراقيين، والثالث: يرجع على من شاء منهما.

قال: (**قُلْت: وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْمُوَكِّلِ ابْتِدَاءً فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّه أَعْلَمُ**) لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده، والثاني: لا لتلفه في يد الوكيل، والحاصل ثلاثة أوجه أصحها أنه يُغرِّم من شاء منهما والقرار على الموكل، وبه جزم الشيخ في عدل الرهن.

تنبيه: اعلم أن تقييده أو تصويره التلف بكونه في يد الوكيل يشعر بأنه إذا

....

تلف في يد الموكل بعد دفعه إليه أن المشتري لا يطالب الوكيل، وحكى الإمام في كتاب «الرهن» في مطالبة الوكيل في هذه الحالة وجهين، والظاهر أن الأصح المطالبة بدخول الثمن في يده كما لو تلف في يده القرار على الموكل.

فرع: في «الشرح» و«الروضة» أنه إذا اشترى الوكيل شراءً فاسدًا وقبض وتلف المبيع بيده أو بعد تسليمه إلى الموكل فللمالك مطالبته بالضمان، ثم يرجع هو على الموكل والظاهر بل الصواب أنه إذا تلف في يد الوكيل وغرم لا يرجع على الموكل؛ لأن الشراء الفاسد غير مأذون فيه ولو أذن فيه فلا عبرة بالإذن، ولعلهما أرادا بالرجوع ما إذا تلف في يد الموكل فقط؛ ولكن وقع في العبارة خلل ولم أر الفرع في الكتب المشهورة.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو خرج المبيع مستحقًا، قال في «التهذيب»: يرجع المشتري على الوكيل؛ لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل، وجزم بذلك في «الروضة» وطرح قوله، قال في «التهذيب»: ورأيت في «البيان» أنه لو وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها ففعل وتلف في يده من غير تفريط واستحق المبيع رجع المشتري بالعهدة على الموكل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة: يرجع على الوكيل أما أن البيع للوكيل وكانت العهدة عليه كما لو باع بنفسه؛ ولأن الوكيل ثابت عنه في العقد فلا يرجع بالعهدة عليه كالولي والحاكم وأمين الحاكم، انتهى.

كذلك قال الشَّاشِي في «الحلية» وصاحب «المهذب»: والظاهر أن الجواب من الخلاف للعهدة من الوكيل وعدمه، وادعى الْمُتَوَلِّي نفي الخلاف في الرجوع على الموكل قال: لأنه لو قبض شيئًا وإنما يرجع على الوكيل.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: إن كلامه عن مطالبة الوكيل بالثمن، أما ولي الطفل وولي اليتيم فإن لم يذكر في العقد اسم الطفل كانا ضامنين للثمن فلا يضمنه الطفل في ذمته وينفذ ذلك من ماله، فإن ذكراه في العقد لم يلزمهما ضمان الثمن بخلاف الوكيل على أحد الوجهين؛ لأن شراءهما لازم للمولى عليه فلم

فَصْلٌ

الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ أَوْ قَالَ رَفَعْت الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتهَا أَوْ أَخْرَجْتُك مِنْهَا انْعَزَلَ فَإِنْ عَزَلَهُ، وَهُوَ غَائِبٌ انْعَزَلَ فِي الْحَالِ، ....

يلزم الولي ضمانه بخلاف الوكيل، ولعل ما ذكره وجه السفارة السابق في الوكيل، ويحتمل أن يخرَّج فيه خلاف من تضمين الولي الصداق.

قال:

فَصْلٌ

(**الْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ**) لضرر الإلزام كالوديعة والمضاربة والشركة؛ لأنه قد يبدو الوكيل في البيع أو الشراء وغيرهما أو في الإنابة، أو في توكيل الغير ولا يتفرع الوكيل هذا حيث لا جعل، فإن كان ووجد شرط الإجارة ولفظها فإجارة لازمة، وإن عقد بلفظ الوكالة، قالا بحثًا: أيكن بجزمه على الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها؟ انتهى.

وقال في «البحر»: لو شرط للوكيل عوضًا اختلف أصحابنا فقيل: يصير لازمًا كالإخلاف، وقال في «الإفصاح»: يكون جائزًا وهذا أصح إلا أن يعقد بلفظ الإجارة؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة.

إشارة: يحتمل أن يقال: إنه لو غاب الموكل وعلم الوكيل أنه لو عزل نفسه لا يستهلك المال قاضٍ جائر أو غيره أنه يلزمه البقاء على الوكالة إلى حضور موكله وإقامته على المال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَإِذَا عَزَلَهُ الْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ، أَوْ قَالَ: رَفَعْت الْوَكَالَةَ أَوْ أَبْطَلْتهَا أَوْ أَخْرَجْتُك مِنْهَا انْعَزَلَ**) أي: في الحال كما سبق.

قال: (**فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ انْعَزَلَ فِي الْحَالِ**) كالطلاق ويخالف القاضي على المذهب لتعلق المصالح العامة به، وعلى هذا ينبغي للموكل أن يشهد

وَفِي قَوْلٍ لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ.

على العزل؛ لأن قوله بعد تصرف الوكيل كنت عزلته لا يقبل.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: لَا حَتَّى يَبْلُغَهُ الْخَبَرُ**) كالقاضي والمعتبر خبر مقبول الرواية دون الصبي والفاسق ولا يبعد أن يقال: إن كان الوكيل يصدق المخبر انعزل باطنًا وإن كان المخبر صبيًّا أو فاسقًا وإذا اعترف بصدقه لزمه حكمه ظاهرًا.

فائدة: قال في «أصل الروضة»: وإذا جُنَّ الموكل انعزل الوكيل في الحال وإن لم يبلغه الخبر قطعًا بخلاف العزل، انتهى.

وأخذه من قول الرَّافِعِي في توجيه القول الأظهر في نفوذ العزل في الحال في الغيبة فلأنه لو جن الموكل انعزل الوكيل وإن لم يبلغه الخبر؛ لكن الدارمي قال: إذا عزله الموكل أو مات أو جُن أو أغمي عليه بطلت الوكالة، فإن لم يعلم حتى عقد عقودًا فعلى قولين: أحدهما: يبطل ما عمله، والثاني: لا يبطل حتى يعلم، انتهى.

فرع: على المذهب لو تلف المال في يده بعدما عزله لم يضمن، ولو باعه وسلمه إلى المشتري جاهلًا بعزله.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: ينبغي ألا يلزمه الضمان لبقاء الأمانة، وقال في «البحر»: إذا قلنا: ينعزل قبل العلم.

قال القاضي الطبري: رأيت المخلصين من أصحابنا لا يزيدون على بطلان التصرف، ولم يتعرضوا لذكر الضمان، ورأيت بعض أصحابنا في الكلام مع المخالف سلم أنه إذا سلمهما ضمن، وحجته أن الشَّافِعِي قال في الوكيل: إذا قبل بعد العفو يلزمه الدية بالكفارة فلما صح العفو جعل النفس مضمونة عليه فكذا هنا.

قلت: وأجاب الْغَزَالِي والشاشي في فتاويهما على قول الانعزال، فإنه لو اشترى قبل علمه بالعزل شيئًا وقبض المبيع وتلف في يده فغرَّمه البائع الثمن رجع به على الموكل؛ لأنه إن انقطع الإذن بقي الغرم وهو كافٍ في الرجوع.

وَلَوْ قَالَ عَزَلْت نَفْسِي أَوْ رَدَدْت الْوَكَالَةَ انْعَزَلَ. وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ: عَزَلْت نَفْسِي أَوْ رَدَدْت الْوَكَالَةَ**) أي: أو فسختها أو أبطلتها أو نقضتها أو أخرجت نفسي عنها ونحو ذلك.

(**انْعَزَلَ**) أي: قطعًا سواء كان الموكل حاضرًا أم غائبًا.

قالا: وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة الموكل أمرًا: كبع واعتق ونحوهما من صيغ الأمر لم ينعزل برد الوكالة وعزله بنفسه؛ لأن ذلك إذن أو إباحة فأشبه ما لو أباحه الطعام لا يريد بردِّ المباح له، انتهى.

والإمام أورد ذلك احتمالًا، وفي «البسيط» إن في كلام القاضي إشارة إليه، وكلام «المهذب» يقتضي المنع في المفلس عليه وهو أن الإباحة ترتفع.

قال: (**وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي الْأَصَحِّ**) كان الأحسن الاقتصار على قوله: «عن أهلية التصرف» [أَنَّهُ لَا عَزْلَ بِرِدَّةِ أَحَدِهِمَا] وفي الإغماء وجه لتدخل مسائل كثيرة:

منها: الموت والجنون.

ومنها: خروجه عن أهلية التصرف في الموكل فيه دون غيره.

ومنها: لو حجر عليه لسفه أو فلس وكان الموكل فيه لا ينفذ منه، وكذا لو طرأ رق أو فسق فيما شرطه العدالة والحرية، قاله الرُّويَاني والعمراني.

تنبيهات وفروع:

قال ابن الرِّفْعَة: الصواب أن الموت ليس بعزل؛ بل الوكالة تنتهي به كالنكاح، انتهى.

وقد يقال: ذلك في الجنون المطبق المتصل بالموت ولم يبيِّن لي ثمرة ذلك المشهور والجزم بالانعزال بمطلق الجنون، وتردد في «التقريب» في الزائل عن قرب، وضبط الإمام موضع التردد بأن يكون امتداده لا يبطل المهمات ولا يحوج إلى نصب قوام، فإنه حينئذٍ كالإغماء ترجيح الانعزال والإغماء، ذكره في «الوجيز» إلحاقًا له بالجنون وتبعاه عليه، وصحح جماعة

وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ.

المنع منهم الإمام، وصححه في «الوسيط» وقال في «البسيط»: ألحقه أبو محمد بالجنون، وقطع صاحب «التقريب» بخلافه، وإليه أشار الأصحاب فإنه لا يوجب كونه موليًا عليه، انتهى.

وعن القاضي الحسين: أن المنع ظاهر المذهب وهذا هو الأصح؛ لأنه لا يلحق بمن يولى عليه فأشبه النائم، وفهم ابن الرِّفْعَة من تعليل الْغَزَالِي أن مراده إذا لم تطل مدته بحيث يولى عليه، وذكر أن في «البحر» التصريح بنقل الخلاف في هذه الحالة عن رواية أبي علي الزجاجي، انتهى.

أخبر بعض الشارحين أنه لا يقتضي العزل مطلقًا ولا سلب الولاية وإن طالت مدته؛ لأنه معين بالغالب أنها لا تطول فلا مانع أن النادر منه يلحق الغالب.

ورأيت في «اللطيف» لابن خيران أنه إذا غلب على عقل الوكيل انفسخت بخلاف العكس، وسبق في الشركة كلام الْمَاوَرْدِي والروياني في الإغماء، وعن الفارقي أن الإغماء المؤثر ما أبطل الصوم دون ما لا يبطله لو عجز عن رمي الجمار فوكَّل من يرمي عنه، ثم أعتقه أو باعه.

قال المصنف: انعزل على الأصح ونسبه إلى الْمَاوَرْدِي والجرجاني والذي رأيته في «الحاوي» تخصيص الخلاف بالعتق، أما لو باعه قال: تبطل الوكالة وجهًا واحدًا، وفي «تحرير الجرجاني» إذا وكَّله في بيع أو شراء ثم أعتقه بطلت وكالته، وكذا إن باعه ولم يرض به المشتري وإن رضي به فعلى وجهين، انتهى.

وقيل: إن كانت الصيغة: وكلتك- بقي الإذن، وإن كانت: بع ونحوها- ارتفع.

قال: (وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ) أي: ببيعٍ وهبةٍ ووقفٍ وعتقٍ وغيرها لاستحالة بقاء الولاية والإجارة كان عزلًا، وإن جوزنا بيع المستأجر، قال الْمُتَوَلِّي: وسكتا عليه، وتزويج الأمة عزل، وفي طحنه الحب وجهان أرسلاهما، وقال الْمُتَوَلِّي: أصلهما لو اختلف لا يأكل هذه الحنطة فأكل بعد الطحن، وقضيته ترجيح العزل.

وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ.

قال الشيخ: وليس الغرض على البيع والتوكيل فيه يعزل قطعًا، قال في «وصايا الحاوي»: ووجه أن التوكيل عزل للأول ولا خفاء أن مكاتبة العبد وتدبيره عزل، وهل الإرضاء به وهبته قبل إقباضه عنه؟ الظاهر نعم لإشعارهما بالإعراض عن البيع.

قال: (**وَإِنْكَارُ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ**) أي: لعذره بالنسيان والإنكار (**فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلَا غَرَضَ انْعَزَلَ**) إذ لا عذر.

واعلم أن هذا وجه ترجيح من ثلاثة أوجه أوردها الْغَزَالِي، قال الرَّافِعِي: ولم أعثر على هذه المسألة في «النهاية»؛ ولكن أورد قريبًا من هذه الأوجه في إنكار الموكل.

قلت: والذي رأيته في «النهاية» في إنكار الموكل وجهان: أصحهما: المنع أشهرهما يكون عزلًا، وأبدى الثالث احتمالًا بلفظ: ولا يبعد أن يقال: إن تعمد الكذب كان عزلًا وإن سها لا يكون عزلًا، وكذا قال الْغَزَالِي في «البسيط»: إن الوجهين يلتقيان على ما لو أقرَّ بالطلاق كاذبًا هل يكون ناسيًا ويبعد في الطلاق جعله إنشاءً، انتهى.

وقال الإمام في باب التدبير: لو قال بعد ثبوت الوكالة: لست وكيلي وجب القطع بخروجه عن كونه وكيلًا بعد نقله الوجهين، قال في «البسيط» هناك: وفي إنكار الموكل الوكالة طريقان منهم من حكى وجهين، ومنهم من قطع بأنه عزل؛ لأن الأحظ الأكثر للموكل، ولو قال: لست وكيلي لا ينعزل، وإن قال: ما وكلتك فهذا يتضمن النفي في الحال، انتهى.

وحينئذٍ التفصيل المجزوم به في «الكتاب» احتمال للإمام في إنكار الموكل أو أعرض عنه بما قاله في التدبير إلا أن يحمله إطلاقه هناك على تقييده هاهنا، ونقل الوجهين في «الإشراف» في إنكار الموكل والوصي، وقال: الأصح أنه ليس بعزل فيهما؛ لأن الإنكار يتردد بين الصدق والكذب والعزل إنشاءً لا يتصور فيه الصدق

فصل

إذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ وَكَّلْتنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ بَلْ نَقْدًا أَوْ بِعَشَرَةٍ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ فَقَالَ بَلْ بِعَشَرَةٍ وَحَلَفَ، ....

والكذب، وصحح الشيخان في باب التدبير أن إنكار الوكيل الوكالة عزل.

وبه أجاب القاضي الحسين في «الفتاوى»، وعن الجوري ما يدل على إنكار الوكيل للوكالة ليس بعزل، قيل: ولعل انعزال ما من إنكار الوكيل على إنكار الموكل، ويجوز أن يكون اشتبهت عليه المسألة.

قلت: وهو أقرب فإن الإيجاب والنفقة لا تورد نقلًا صريحًا يثبت الأصل وما ألحق به ولعل التفصيل في الانعزال في نفس الأمر، وأما في الحكم الظاهر فالظاهر أنه ترتب على إنكاره حكمه لا محالة ولا يقبل منه دعوى النسيان والعذر في حق الغير، وأبدى بعضهم الخلاف في إنكار الجاهل بالوكالة، وفيه وقفة وكأن المراد المؤاخذة بذلك لا أنه إنشاء عزل.

فصل

قال: (**وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا**) أي: أصل الوكالة.

(**أَوْ صِفَتِهَا بِأَنْ قَالَ: وَكَّلْتنِي فِي الْبَيْعِ نَسِيئَةً أَوْ الشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ، فَقَالَ: بَلْ نَقْدًا أَوْ بِعَشَرَةٍ**) أي: أو غير ذلك من الصفات.

(**صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ**)؛ لأن الأصل في الأولى: عدم التوكيل، وفي الثانية: عدم الإذن فيما يزعمه الوكيل من الصفتين وغيرهما؛ لأن الموكل أعرف بإذنه ومتى قبل قوله في شيء قبل في صفته.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ**) أي: بالشراء بها.

(**فَقَالَ:**) أي: الموكل.

(**بَلْ بِعَشَرَةٍ**) يعني: إنما أذنت له في الشراء بعشرة.

(**وَحَلَفَ**) أي: الموكل حيث لا بينة للوكيل بما ذكره من الإذن بالعشرين.

فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ اشْتَرَيْته لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَذَّبَهُ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ، وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ، وَكَذَا.

إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ وَكَذَا إنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ،

(فَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ وَقَالَ بَعْدَهُ) أي: بعد العقد.

(اشْتَرَيْته لِفُلَانٍ وَالْمَالُ لَهُ وَصَدَّقَهُ الْبَائِعُ) أي: في الأمرين.

(فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ)؛ لأنه ثبت بتسميته الموكل في الأولى، وبتصديق البائع في الثانية أن الشراء أو المال للغير، ويثبت بيمين الموكل أنه لم يأذن في الشراء بذلك المقدار فبلَّغوا الشراء والجارية لبائعها، وعليه رد الثمن إن كان قد أخذه، وكذا لو ثبت أنه قبل الشراء أقدار هذا المال لزيد اشترى لربه هذه الأمة.

قال الرُّويَانِي: وأقام بيِّنةً على أن الثمن الذي اشترى به ملك موكله.

قال: **(وَإِنْ كَذَّبَهُ)** يعني: البائع بأن قال: اشتريتها لنفسك والمال لك.

(حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ، وَوَقَعَ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ) أي: إن ادعى الوكيل علمه بها.

قال: **(وَكَذَا إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ الْمُوَكِّلَ)** وكذا إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل) أي: بل نواه وكذبه البائع كانت الجارية للوكيل، والشراء له ظاهرًا؛ لأنه صدقه قبل الحكم كما صدقه عند التسمية كما سيأتي فيما أحسبه.

وزعم شارح: أن ظاهر كلام المصنف والإمام أنه لا فرق في وقوع العقد للوكيل بين أن يصرح بالسفارة أم لا، ولا بين أن يصدق البائع الموكل أو يكذبه، انتهى. وهذا غير سديد.

قال: **(وَكَذَا إنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: بأن قال: أنت مبطل في تسميتك له فيلزم العقد للوكيل، كما لو اقتصر على النية، هكذا قال الرَّافِعِي، والظاهر أنه أراد من أصله الوجهان وهما الوجهان السابقان في

وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ، وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ إِنْ كُنْت أَمَرْتُك بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ اشْتَرَيْت لِتَحِلَّ لَهُ.

قوله: «وإن سماه فقال البائع بعتك، فقال: اشتريت لفلان فكذا في الأصح».

ونقل في «البيان» كما في «الكفاية» و«الشرحين» و«الروضة» ثم قال: هكذا ذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»، وقال المحاملي: إذا اشترى في الذمة وذكر أنه يشير بها للموكل فعلى الوجهين، سواء صدقه البائع على ذلك أو كذبه.

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَهُ بَطَلَ الشِّرَاءُ**) أي: لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وتعذر إمضاؤه له، ويمكن أن يعاد قوله: وإن صدقه إلى حالتي التسمية وعدمها إذا صدقه على النية.

قال: (**وَحَيْثُ حُكِمَ بِالشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِالْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ**): وحيث حكم بالشراء للوكيل يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل ليقول للوكيل: (**إِنْ كُنْت أَمَرْتُك بِعِشْرِينَ فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا، وَيَقُولُ هُوَ: اشْتَرَيْت لِتَحِلَّ لَهُ**) أي: ولمن يفتعل إليه منه، هكذا نص عليه الشَّافِعِي، قال أصحابنا: إن أطلق الموكل ولم يعلق صح، وكذا إن علق في الأصح.

قال في «الروضة»: لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط، فلا يضر التعرض له، وسواء أطلق البيع أم علقه لا يجعل ذلك إقرارًا بما قاله الوكيل، وهكذا قال الرَّافِعِي في شرحيه، وفيه إشكال؛ لأنه إذا لم يجعل بالإطلاق مقرًا بما قاله الوكيل وله طريق غير التعليق فكيف يقال: إنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط؟، وحكم في «الشامل» بأن الوجه القائل للأصح خطأ.

قال: لأن الموكل إذا أطلق قوله: «بعتك»؛ يكون إقرارًا منه تكذيبًا لنفسه فيما ادعاه فلا بأس به، وأما الشراء بالشرط المذكور فلا يضر؛ لأنه أمر واقع يعلما وقوعه، مثل أن يتفقا على شيء أنه ملك أحدهما ثم يقول: إن كان ملكي فقد بعتك فيصح، وكذلك كل شرط علما وجوده، انتهى.

وحكى الْمُتَوَلِّي في كون قوله: «بعتك» إقرارًا منه بالملك له وجهين، ونقل

وَلَوْ قَالَ أَتَيْت بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ، وَفِي قَوْلٍ الْوَكِيلُ، ....

الْعِمْرَانِي كلام ابن الصباغ وأقره، وحينئذٍ من يقول عند الإطلاق يكون مقرًّا فحسن منه أن يقول: لا طريق له إلا ذكر الشرط، وأما غيره فلا يحسن منه ذلك.

فرع: قضية كلام الشيخين وغيرهما أنه إذا امتنع الموكل من الإجابة إلى التلفظ بالبيع أن القاضي لا يقوم مقامه في ذلك.

وقال الدارمي: إذا امتنع الموكل من الإجابة فهل يفعله الحاكم عنه؟ على وجهين، انتهى. والأقرب إلى كلام الجمهور المنع وبقية تفريع المسألة مشهورة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَتَيْت بِالتَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ**) أي: بيمينه؛ لأن الأصل بقاء مسلكه وعدم ما ادَّعاه الوكيل.

(**وَفِي قَوْلٍ: الْوَكِيلُ**) أي: بيمينه على ذلك، وصححه القاضيان الطبري والروياني، والشيخ أبو علي في غير «شرح التلخيص» ونسبه إلى تخريج ابن سُرَيْج وهو منصوص، وقال كثيرون من العراقيين: إنه الأقيس، ونسب الشيخ أبو علي وغيره الأول إلى الأكثرين، وحكي عن شُرَيْح قولًا ثالثًا: أنه يقبل قوله فيما ينفرد بإيقاعه كطلقت وأعتقت وعفوت دون ما لا يتم به وحده كالبيع، ودفع المال للغير فلا يثبت إلا بالبينة، ولا تقبل دعواه للفعل إذا كذَّبه الموكل، قال أبو علي: وهذه الأقوال كلها تحكى عن أبي العباس، انتهى.

وفي محل القولين الأولين طرق: أحدها: أنهما فيما إذا اختلفا مع بقاء الوكالة أما لو اختلفا بعد انعزاله لم يقبل إلا ببينة، وبهذا جزم الرَّافِعِي، والثانية: عكسها، والثالثة: جريان القولين في الحالتين ولا فرق في جريانهما بين أن يدعي الوكيل التصرف أولًا أو الموكل أولًا عدمه.

وحكى الإمام في كتاب «الرهن» عن القاضي الحسين أن القول قول الوكيل في الحالة الأولى، وحكى الخلاف في الثانية، ولا فرق عند الجمهور بين ما ينفرد به الوكيل وغيره كما سبق، هذا تلخيص المنقول المشهور.

وادَّعى الإمام هنا إن الطريقة المشهورة للأصحاب أنه إذا ادعى الرد على

ثالث فذكر التفصيل المذكور في قضاء الدين رد الوديعة والإشهاد ويذكر في غيبة الموكل وحضوره.

قال: وذكر ابن سُرَيْج في جميع ذلك ثلاثة أقوال حكاها صاحب «التقريب» والشيخ أبو علي القول قول الوكيل في الجميع، والثاني: عكسه، والثالث: إن ادعى ما يتصور أن يكون لفظه إنشاءً له فيقبل، وإن قال: رددت المال على ثالث أو قبضته فلا يقبل قوله.

قال: وقياس هذا أنه لو قال: بعت العبد الذي أمرتني ببيعه لا يقبل منه، فإن تجرد قوله: بعت لا يستقل إنشاءً إذ لا بدَّ في البيع من تقدير القول وهذا في حال فيه احتمال، انتهى.

وذكر في كتاب «الرجعة» أنه لو ادعى الرجعة والعدة باقية في حال دعواه، فإن المذهب تصديقه، وفي وجه: القول قولها، قال: وهو بعيد جدًّا ويلزم على قياس ذلك أن يقال: إذا وكَّل دليلًا ببيع شيء من ماله فادَّعى الوكيل بيعه وأنكر الموكِّل ولم يعزله عن الوكالة أن يكون القول قول الوكيل؛ لكن لا خلاف في تصديق الموكل، ولو طرد هذا القائل قوله في الوكيل كان هاجمًا على الإجماع وإن سلمه عند الفرق بين رجعة الزوج وتصرف الوكيل وهذا الوجه أراه غلطًا، انتهى.

هذه هفوة منه- ﷺ تعالى- وقد نص الشَّافِعِي في مواضع على تصديق الموكل ورجحه الأكثرون لا جزم، قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب» هناك وهذا من الإمام هجوم عظيم على تخطئة العلماء وتغليطهم، والخلاف شهير عند العراقيين، انتهى.

وأما الوجه المذكور في الرجعة فذكر بعضهم أنه الصواب ومقتضى كلام الأصحاب وسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

فرع: قال في «البحر»: لو وكَّله بشراء عبد فقال الوكيل: اشتريته بألف، وقال الموكل: بخمسمائة فالقول قول الوكيل، وقال أبو حنيفة: إن كان الألف

وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلَفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ وَكَذَا فِي الرَّدِّ، وَقِيلَ إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا.

وَلَوِ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ، ....

بيد الوكيل فالقول قوله، وإن لم يكن بيده فالقول قول الموكل، وهذا غلط؛ لأنه يقبل قوله في أصل الشراء فكذلك في قدر ثمنه، هذا ذكره في «الحاوي».

وقال بعض أصحابنا: فيه قولان أيضًا المشهور في كتبه أن القول قول الموكل، وهذا اختيار أبي حامد وفي هذا نظر عندي، انتهى لفظه.

والظاهر أن ما ذكره الْمَاوَرْدِي مفرع على القول بتصديق الوكيل في أصل الشراء؛ بل كلامه مصرح به وهو قوله؛ لأنه يقبل قوله في أصل الشراء.

فرع: لو أطلق الوكيل أو أعتق أو باع بكتابة ونازعه الموكل في النية لا غير فالظاهر تصديق الوكيل على القولين، ولو صدقه الموكل على التصرف؛ ولكن قال: كنت عزلتك قبل التصرف فقال الوكيل: بل بعده فهو كما لو اختلف الزوجان في الرجعة كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَقَوْلُ الْوَكِيلِ فِي تَلَفِ الْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ**) كالمودع؛ لكن إن أفسد التلف إلى سبب ظاهر فلا بدَّ من البينة على وجوب السبب، ثم يصدق بعد ذلك في التلف به بيمينه كما يأتي بيانه في الوديعة إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَكَذَا فِي الرَّدِّ**) أي: على موكله كالمودع؛ لأنه ائتمنه وهذا إذا لم يسبق دعوى الرد سبب مضمن كما يأتي في المودع، وقيَّد شارح كلام «الكتاب» بما إذا ادعى الرد مع بقاء ولايته، أما لو ادعاه بعد عزله لم يقبل قوله إلا ببينة وهو متابع لشيخه ابن الرِّفْعَة في «المطلب» فإنه قال: إن قبول قوله في الرد محله حال قيام الوكالة فإن كان بعد العزل فلا، وقضية إطلاق الشيخين وغيرهما عدم الفرق.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ فَلَا**)؛ لأنه قبض العين لمصلحة نفسه كالمرتهن، قال الشَّاشِي في «الحلية»: وهو المذهب كالمستأجر، انتهى. والظاهر أنها طريقة العراقيين.

قال: (**وَلَوِ ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى رَسُولِ الْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ الرَّسُولُ صُدِّقَ الرَّسُولُ**)

وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ قَالَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلِفَ، وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَإِلَّا فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

أي: بلا خلاف؛ لأنه لم يأتمنه فلا يقبل قوله عليه.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ الْوَكِيلِ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنه يدعي الرد على غير من ائتمنه فليقم البينة عليه، والثاني: يلزمه؛ لأنه معترف بإرساله ويد رسوله كيده وكأنه ادعى الرد عليه، وبه أفتى ابن الصلاح - رحمه الله تعالى - وقال: إذا ادَّعى أنه أشهد وضاعت الحجة فلا ضمان، ولو صدقه على الدفع إلى رسوله فهل يغرم بتقصيره بترك الإشهاد على وجهين قياس الترجيح في نظائره أن يكون الأصح أنه لا يغرم، وعبارة الدارمي هنا: وإن أمره إن سلَّم وديعته فلا يشهد فوجهان: الأصح ضمان، ويذكر في آخِر الباب من «الروضة»: أنه لو وكَّله بقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون والمودع: دفعته وصدقه الموكل وأنكر الوكيل هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟ وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد ردًا.

قلت: الأصح أنه لا يغرم والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ قَبَضْتُ الثَّمَنَ وَتَلِفَ**) أي: والغرض أن له ولاية قبضه بالتنصيص أو الإطلاق.

(**وَأَنْكَرَ الْمُوَكِّلُ صُدِّقَ الْمُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَإِلَّا**) أي: وإن كانت دعواه تلف الثمن بعد تسليم المبيع.

(**فَالْوَكِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن الموكل يدعي خيانته وتقصيره بالتسليم بلا قبض، والأصل بقاء أمانته وعدم خيانته كما لو قال موكله: طالبتك برد المال الذي دفعته إليك أو بثمن المبيع الذي قبضته فامتنعت مقصرًا إلى أن تلف فقال: لم تطالبني ولم أكن مقصرًا، فالقول قوله.

وقيل: القول قول الموكل؛ لأن الأصل بقاء حقه كما في الحالة الأولى.

واعلم أن ظاهر كلام «الكتاب» قصر الخلاف على الحالة الثانية كما في «المحرر» لكنهما في «الشرحين» و«الروضة» نقلا في أصل المسألة طريقين:

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ قَضَيْته وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ،

أحدهما: أنه كما لو اختلفا في البيع وسائر التصرفات، وأظهرهما أنه إن اختلفا في تسليم المبيع فالقول قول الموكل، وإن كان بعده فوجهان:

أحدهما: أن الجواب هكذا؛ لأن الأصل بقاء حقه أن المصدق الوكيل لما قدمناه، وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقًا أو جاهلًا، فإن أذن في التسليم قبل القبض أو في البيع بثمن مؤجل أو في قبض الثمن بعد الأجل فهنا لا يكون جانيًا بالتسليم قبل القبض فيكون حكم الاختلاف قبل التسليم، فإن صدقنا الوكيل فحلف على شيء براه المشتري وجهان.

قالا: في «الروضة» وأصلها: أصحهما عند الإمام يبرأ، وأصحهما عند الْبَغَوِي لا؛ لأن الأصل عدم القبض ولم يذكر في «الشرح الصغير» ترجيح الإمام بل تصحيح الْبَغَوِي لا غير، ونقل ابن الرِّفْعَة ترجيح الإمام عن القاضي الحسين قال: وهو ما حكاه الْبَنْدَنِيجِي عن ابن سُرَيْج وصححه الْغَزَالِي في «البسيط».

قال الشيخان: فإذا حلف وبرأ المشتري ثم وجده المشتري بالبيع عيبًا فإن رده وغرمه لم يرجع الموكل به على الوكيل لاعترافه بأنَّ الوكيل لم يأخذ شيئًا، وإن رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل ولا يلزم من تصديقنا الوكيل إلى الدفع عن نفسه بيمينه إن قلت: بها خفاء على غيره، انتهى.

وقال الإمام: الذي يقتضيه القياس أنَّا إذا قدمنا حكم تصديقه، وقلنا يبرأ المشتري إن ثبت له الرجوع، انتهى.

وحكى في «البحر» الرجوع عن بعض الأصحاب وفي «البسيط» أنه غير بعيد ولكن لا قائل به بنسيئة لعمومه، انتهى. ولعل الرُّويَانِي أراد الإمام والله أعلم.

إشارة: والأحسن إعادة قول «المنهاج» على المذهب إلى أصل المسألة، ويؤيده قوله على المذهب وإلا لقال الأصح.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ فَقَالَ: قَضَيْته وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ؛ صُدِّقَ الْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ**) إذ الأصل عدم القضاء، فإذا حلف طالب الموكل بحقه لا

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

الوكيل ووقع في «نسخ المحرر» في قبض دين فقال: قبضته وهو تحريف من النساخ، قاله في «الدقائق» وصاحب «تهذيب المحرر» وصورها فيه.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الْوَكِيلُ عَلَى الْمُوَكِّلِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**)؛ لأنه أمره بالدفع إلى من لم يأتمنه وكان من حقه الإشهاد عليه، والثاني: يصدق بيمينه لأنه ائتمنه فأشبه دعواه الرد عليه، فعلى الأظهر ينظر إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضرة الموكل فلا رجوع للموكل عليه على الأصح، وإن دفع في غيبته رجع سواء صدقه الموكل في الدفع أم لا، وقيل: لا يرجع إذا صدقه؛ لأن الذي دلَّ عليه اللفظ القضاء لا غير فلا يحصل مفرطًا بترك غيره، وقيل: لا يرجع سواء صدقه الموكل في الأداء أم لا.

قال ابن الرِّفْعَة: وخص الْمَاوَرْدِي محل الخلاف في كتاب «الوديعة» في ضمان الوكيل عند تصديق الموكل إذا لم يكن الدين ببينة، فأما إن كان ببينة فإنه يضمن وجهًا واحدًا.

إشارة: لو شهد الموكل فماتوا أو جنوا أو غابوا فلا تلزم وإن أشهدوا جهرًا أو مستورين فوجهان وكل ذلك كما سبق في رجوع الضامن.

قال الْمُتَوَلِّي: والقول قوله في الإشهاد.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو اختلفا فقال الوكيل: دفعت بحضرتك وأنكر الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه، قال ابن الرِّفْعَة: جزم به الرَّافِعِي وقال ابن الصباغ: عندي أن القول قول الموكل مع يمينه كما لو ادَّعى الرد إليه وهذا ما حكاه الرُّويَانِي عن بعض أصحابنا وأورده الْمُتَوَلِّي، انتهى.

والمتبادر من كلام «الشامل» و«التتمة» أو الظاهر أن الكلام فيما إذا أعطاه عينًا ليودعها ثم اختلفا لذلك فراجعها.

إشارة: وكله في استيفاء دين فقال: استوفيته وتلف في يدي صدق الموكل بيمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل؛ لأن الأصل بقاء حقه، وقيل فيه الخلاف فيما إذا اختلفا في البيع ونحوه.

وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال: **(وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ إِذَا ادَّعَى دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ)** أي: وإيناس الرشد.

(يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ) لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦].

فدلَّ على أنهم لو جحدوا احتاج إلى البينة وخالف الاتفاق لعسر إقامة البينة عليه، والثاني: يصدق بيمينه لأنه أمين وتحمل الآية على الإشهاد.

واعلم أنه أراد «بالقيم» أمين الحاكم والموصي كما بينته في «الروضة» وحكى الْمَاوَرْدِي في الوصي وجهين: أحدهما: أنه كأمين الحاكم، والثاني: أنه كالأب وزاد بأن أمين الحاكم قيم مقام الحاكم، وقوله: في الرد غير المقبول بخلاف الحاكم، وقد أفهم كلام الْمَاوَرْدِي «الأب» يصدق بلا بينة وهو ظاهر كلام الشيخين وبه صرح غيرهما، وممن صرح به الإمام في كتاب «الوديعة».

لكن الجواب في «الشامل» في كتاب «الوصايا» بإلحاق الأب الوصي والقيم في أنه لا يقبل قوله في الرد إلا ببينة، وهو ظاهر المذهب في الجميع كما بينته في «الغنية» هناك وكان الأحسن أو الصواب أن يقول: والولي إذا ادعى دفعه المال في المسألة وكذا صورها الدارمي وغيره.

وصرح الْغَزَالِي هنا في «الوسيط» و«البسيط» بنقل الوجهين في الولي، وقال في القيم: لم يصدق على الظاهر للآية، والملخص أربعة أوجه، القبول مطلقًا، ثانيها: عكسه، ثالثها: يصدق الأب والجد دون غيرهما، رابعها: يصدق وصيهما.

وإذا قلنا: قول الولي فلا بدَّ من يمينه، وفي «الذخائر» أن اليمين في حق الأب والجد وأخيه واجبة أو مستحبة على وجهين، انتهى.

والظاهر الوجوب والمراد به أنه إذا نكل حلف المحجور وأغرمه.

فرع: ولي السفيه والمجنون إذا ادعى دفع المال بعد رشده كولي الطفل فيما ذكرناه، وأما الحاكم إذا ادعى دفع المال إليهم فقضية كلام «الحاوي» أنه يصدق

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ.

بلا بينة كالأب عنده، والظاهر أنه كالأب والجد عند من يسوي بين الجميع واجب أي: رأيته مسطورًا كذلك، وعلى تقدير قبول قوله فيجب أن يكون ذلك في القاضي العدل الأمين كما ذكره الأصحاب في «الوديعة»، وبيناه في «الغنية» بل لا يجوز لغير الأمين وضع يده على مال اليتيم ونحوه ويجب أن يكون قبول قول القاضي الثقة عند من يراه إذا ادعاه وهو قاضٍ لا بعد عزله وانعزاله.

قال: (**وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلَا مُودِعٍ**) أي: مع بقائه أمينًا على ما بيده.

(**أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ: لَا أَرُدُّ الْمَالَ إِلَّا بِإِشْهَادٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه مصدق في الرد، والثاني: له تحرزًا من الاختلاف واليمين، والثالث: إن لم يقتض الإشهاد تأخير التسليم فله وإلا فلا، والرابع: إن كان قد قبض بإشهاد فله ذلك وإلا فلا وقد يقوى هذا، والثاني: إن كان قاضي البلد يرى أنه لا يقبل قوله في الرد إلا بالبينة.

قال: (**وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ذَلِكَ**) أي: إن كان عليه بينة بالحق قطعًا لحاجته إلى بينة الأداء، وكذا إن لم يكن عليه بينة على ما صححه الْبَغَوِي، وأورده المراوزة، ونسبه في «البسيط» إليهم، واقتضى إطلاق «المنهاج» وأصله الجزم به، وعبارة «الشرح الصغير» فوجهان: أصحهما عند صاحب «التهذيب»: أن له أن يمتنع من الأداء؛ لأن قوله في الرد غير مقبول، والثاني: المنع لأنه لا سبيل مِن أن يقول: ليس عندي شيء ويحلف عليه، وزاد في «الشرح الكبير» وهذا ما أورده المشايخ العراقيون، فافهم ترجيحه، وعبارة «الروضة» فوجهان، صحح الْبَغَوِي الامتناع وقطع العراقيون بعدمه، وعلله بما سبق ولم يقطع به العراقيون؛ بل أرسل صاحب «المهذب» وغيره الوجهين بلا ترجيح.

وجزم الْمَاوَرْدِي بالأول، ونسب الْعِمْرَانِي ترجيح التفصيل إلى الأكثرين، وذكر بعضهم على وفاق بينهما وخلاف الوجه الثالث في القسم الأول هنا، ومال إليه ابن الصباغ.

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ.

وَلَوْ قَالَ أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ.

تنبيهات: ما ذكره في الوكيل والمودع ونحوهما هو فيما إذا كان المؤتمن له الدين يقبل قوله في الرد عليه هو الطالب بالرد دون غيره.

وفي تعليل الوجه الثاني في القسم الثاني تمكينه من الجحود والحلف نظر؛ لأنه قد يكون عليه ببينة لا يشعر بها فيعرض نفسه للأذى وقد يرفعه إلى قاضٍ لا يقنع منه بالجحود المطلق كليس له عندي شيء ونحوها بل قد يكون قاضي البلد كذلك، نعم في تجويز التأخير للغاصب ونحوه للإشهاد إشكال من جهة استمرار المعصية ولا سيما عند تطاول التأخير لفقد الشهود وقد يكون المغصوب ونحوه مما يفسد بالتأخير إلا الإشهاد فتأمله والمديون هنا كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان، ودخل في قوله ومن لا يقبل قوله في الرد مسائل كثيرة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: وَكَّلَنِي الْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ وَصَدَّقَهُ**) أي: المديون ورد اليد.

(**فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ**)؛ لأنه محق بزعمه.

(**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى وَكَالَتِهِ**)؛ لاحتمال إنكار الموكل وتغريمه.

وقال الـمُزَنِيّ: يلزمه لاعترافه بصدقه الأخذ من نصه فيما إذا ادعى أنه وارثه وصدقه فقال: فيهما قولان والمذهب تقرير النصين والفرق أن اعترافه بالإرث صار الحق للوارث وليس من تكذيبه بخلاف الوكيل.

إشارة: احترز بقوله: «وصدقه» عما لو كذبه فإنه لا يلزمه الدفع بلا خلاف، وقوله: «ما عندك من دين» كان الجيد أن يقول: «ما عليك من دين وعندك من دين»، أو يطلق كما صنع في «تهذيب المحرر»، أو يقول: بقبض ماله أو حقه وعبارة «المحرر»: يقبض ماله عندك من العين أو عليك من الدين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ أَحَالَنِي عَلَيْكَ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ فِي الْأَصَحِّ**) لاعترافه

قُلْت: وَإِنْ قَالَ أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَاَلله أَعْلَمُ].

بانتقال الدين إليه كالوارث، والثاني: لا يجب، لاحتمال إنكار المستحق الحوالة، واختاره ابن أبي عصرون قال: إلا أن تتحقق الحوالة.

قال: (**قُلْت: وَإِنْ قَالَ: أَنَا وَارِثُهُ وَصَدَّقَهُ وَجَبَ الدَّفْعُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَاَلله أَعْلَمُ**) أي: المنصوص لاعترافه بانتقال الحوالة، وقيل: قولان كما سبق.

تنبيهات: قال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا قال مع ذلك: لا وارث له غيري وبيَّن جهة الوراثة، كما قيده القاضي الحسين في «الفتاوى».

قلت: وفيه وقفة! فإنه سئل عمن أقر في مرض موته بأن فلانًا وارثه ولم يبيِّن الجهة ومات قبل البيان، فقال: لا يرث بهذا الإقرار؛ لأنه مجهول ووجهه موافقة العبادي فقيل للقاضي: أليس قد قال الشَّافِعِي: لو قال: لفلان عليَّ ألف درهم وهذا وارثه لزمه تسليمه إليه، وإن لم يبيِّن وارثه أجاز الشَّافِعِي قصده بهذه المسألة وجوب الدفع على المقر إلى المقر له؛ لأنه أمن مِن مطالبة المورث ولم يكن قصد الشَّافِعِي أن يقر بأن هذا وارثه مطلقًا؛ بل صورة المسألة أن يكون ذلك الوارث معينًا ظاهرًا ليس من المقر له، انتهى.

ولا خفاء أنه يلزمه الدفع إلى مطلق التصرف في ماله لا إلى المحجور عليه بفلس أو سفه، ثم إلى الولي والحاكم وأن موضع وجوب الدفع إلى مطلق التصرف إذا لم يكن تعلق بالعين التي بيد الوكيل حق رهن كما في عدل الرهن منهما بموت راهنه أو بغيره، ولو قال: مات فلان وله عندي كذا وهذه وصيته، جزم الشيخان أنه لقوله هو وارثه.

وقال الرُّويَانِي: لا يلزمه الدفع إلى الوصي ولا يبرأ إلا بالدفع إلى الحاكم، وهذا أحوط إن كان القاضي أهلًا لذلك، وذكرت في كتاب «الإقرار» عن القاضي أبي الطيب محل الوجوب إذا كان من ذكر أنه وصي ثابت الوصاية.

قالا: فهو كما لو أقر لزيد بمال وذكر أن هذا وكيله؛ لأنه لا يأمن أن يبلغ الصبي وتكبر الوصاية فيكون الدفع غير مبرر كما في الوكيل، قاله تخريجًا على

……

المذهب وهو حسن صحيح، قالا: ولو قال: مات فلان وأوصى به لهذا الرجل وكان قراره بالحوالة.

قلت: وهو يفرق بأنه اعتراف هناك بصيرورة الدين له أما هنا فقد يكون الموصى له وارثًا، وقد يزيد الموصى به على الثلث، أو يكون عليه دين مستغرق، أو لا يصدقه الوارث بتلف يلزمه الدفع إليه بمجرد اعترافه بالوصية له به، وهذه الصورة أولى بالدفع إلى الحاكم من التي قبلها فيما أحسبه.

وفي أواخر كتاب الإقرار من «التتمة» لو قال رجل لآخَر: لك على فلان ألف دينًا وله في يدي ألف درهم وقال له: عليَّ ألف درهم دينًا ولم يعرف للميت وارث، ذكر الْقَفَّال: أنه يلزم تسليم الألف؛ لأن يراه الميت يستحق إرثًا ويستحق بالدين فلا فرق بين إن نفى فوارث أو تغريم وليسكنهم داره قال: بفروع ممددة مقيدة.

فرع: قال في «الحاوي»: إذا اشترى بمال موكله له عبدًا ثم استحق العبد فهل يكون الوكيل حصرًا في الرجوع يدرك اليمين على البائع بالوكالة الأولى أم لا؟ ذكر ابن سُرَيْج وجهين والصحيح عندي غيرهما وهو أنه إن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل فالوكيل خصم في الرجوع يدركه، وإن استحق من يد الموكل لم يكن خصمًا؛ لأن بوصوله إلى يد موكله انقضت وكالته وانقطعت علاقته بخلاف ما قبل وصوله.

فرع: لو ادعى أنه وكيل زيد في مخاصمة عمرو فصدقه عمرو، قال الرَّافِعِي: تثبت الوكالة وله مخاصمته، وهذا ما قاله ابن سُرَيْج وابن القاص والقاضي الحسين؛ لأنه ضرر على الموكل فيها، وأرسل في «البحر» في سماعها وجهين وقال عند الكلام في العزل تبعًا لـ«الحاوي»: مذهب الشَّافِعِي أنه لا يسمع مخاصمتهما إلا ببينة خلافًا لابن سُرَيْج، وقال في كتاب «الشهادات»: إن ابن القاص قال: إذا صدق المدعى عليه المدعي في الوكالة وأنكر المدعى به فأقام الوكيل بينة بالدين المدعى لا تسمع البينة؛ لأن الوكالة لا تثبت بإقراره ولا تثبت إلا ببينة يقوم عليها قلته تخريجًا، وحكى غيره وجهين.

قلت: وهذا عكس ما سبق عن القاضي، وفي «التتمة» أنه لو اعترف الخصم عند القاضي أنه حقًا لموكله فاعترف بوكالته والحق هل يلزمه الدفع أم لا؟، انتهى.

والمذهب أنه لا يلزمه كما سبق ونسبه أن يكون محل ما سبق في دعوى دين الذمة لموكله لإعفاء في يد المصدق يدوم انتزاعها منه فيظهر هنا أنه لا بدَّ من البينة جزمًا خشية التواطؤ، وقول الرَّافِعِي وغيره؛ لأنه لا ضرر على الموكل فيها فقد ترشد إليه إلا أن يكون القرض في مجرد المخاصمة وإقامة الحجة دون القبض على أنه قد يكون على الموكل ضرر في ذلك أيضًا بأن يقيم الخصم بينة ودافعًا بعسر على الموكل دفعها بعد ذلك لطول الزمان بغيبة أو موت شهوده وغير ذلك.

فرع: وكَّله عند القاضي بالخصومة فله المخاصمة ما دام الموكل حاضرًا في المجلس فإن غاب عنه والقاضي لا يعرفه باسمه ونسبه احتاج إلى البينة على ذلك كذا أورده العراقيون والعبادي، قال القاضي الحسين: وعادة الحكام والاكتفاء في هذه البينة بالعدالة الظاهرة ترك الشركة تسهيلًا على الغرماء، وقال أبو سعيد الهروي: يمكن أن يكتفي بواحد إذا كان موثوقًا، انتهى.

وكانت هذه الخصومة لمجردها وإقامة البينة من غير إلزام بدفع مال، فإن كان ثَمَّ إلزام فلا بدَّ من البينة الكاملة، قال القاضي الحسين: لو وكَّله في الخصومة فالقياس يقتضي ألا يختص بالمجلس بل يملك المخاصمة بعد التفرق في أن القضاة اصطلحوا على اختصاص الوكالة في الخصومة بذلك المجلس، قال الإمام: والذي يعرفه الأصحاب أن يخاصم في ذلك المجلس وبعده ولا يعرف القضاء العرف الذي ادعاه، انتهى.

وهذا هو الوجه إلا أن تدل قرينة على قصر التوكيل بذلك المجلس فقط.

فرع: إذا وكَّله ببيع فباع ثم رد عليه بعيب، أو أمره بالبيع بشرط الخيار ففسخ البيع لم يمكن له بيعه، ثانيًا: قال المصنف: وفي مسألة الشرط نظر وحكى غيره فيها وجهًا ويظهر أن ما ذكروه فيما إذا كان التوكيل ببيعه في البلد، أما لو أبضعه شيئًا ليبيعه ببلد آخر فالوجه أن له البيع في الصورتين والعرف

قاضٍ به ولا سيما مع العذر بعذر ومراجعة ولينظر فيما لو كان الموكل باعه بالبلدِ؛ ولكن المبيع مما يسرع فساده لو أخَّر بيعه لاستئذان.

فرع: قال: بع هؤلاء العبيد وقال: اشتر لي خمسة من العبيد ووصفهم فله الجمع والتفريق إذ لا ضرر، قاله في «الروضة»، وقال في «البحر»: عليه أن يفعل أحظ الأمرين لموكله من الجمع صفقة والإفراد فإن عذر عن الأحظ لم يجز، انتهى.

وما في «الروضة» قول على ما إذا استوى الإقران والغالب أن التفريق في البيع أحظ للبائع بخلاف الشراء، فإن الراغب في شراء جماعة من العبيد ونحوهم في صفقة واحدة قليل أو نادر.

فرع: قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: لو أمره أن يشتري له أمَة من بلد كذا ففعل ودفع الثمن دون أمره بنية الرجوع فهل يرجع؟ فيه أوجه ثالثها: قاله ابن سُرَيْج: إن لم يمكنه الاستئذان رجع، وإلا فلا، قال القاضي: وهذا في الحقيقة مسألة ما لو ضمن وأدّى دون أمره ثم سئل عنها مرةً أخرى فقال: الأصح أنه لا يرجع.

قلت: والأصح الرجوع وهذه صورة من صور مسألة الكتاب السابقة في مطالبة التوكيل بل هذه أولى بالرجوع.

قال شيخه الْقَفَّال في «الفتاوى»: إذا وكَّله بشراء ثوب فاشتراه ودفع الثمن من عنده من غير أن يأمره الموكل، له أن يرجع عليه بالثمن ولا يقال أنه تبرع بقضاء دينه فلا يرجع؛ لأن في تضمين أمره له بالشراء أمران بدفع الثمن بدليل أن للبائع مطالبته بالثمن والعهدة، انتهى.

فرع: لو أنكر المدعى عليه الوكالة والحق المدعى به وكان الوكيل مأذونًا له في إقامة البينة، أو قلنا للوكيل بالقبض إقامتها، أقامها وأخذ الحق، فإن لم يكن بينة، فإن قلنا: لو صدقه المدعى عليه على الوكالة لزمه الدفع إليه وحلفه وإلا فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلف وإلا حلفه فخرج من هذا أن

……

الصحيح أنه لا يحلفه.

فرع: قال في «الروضة» العاشرة قال: اشتر لي عبد فلان بثوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للأمر ورجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل، وفي وجه ضعيف لا يرجع إلا أن يشترط الرجوع، ثم ذكر أنه لو قال لرجل: أسلم لي في كذا أو رد رأس المال من مالك ثم ارجع عليَّ، قال ابن سُرَيْج: يصح ويكون رأس المال قرضًا، وقيل: لا يصح لأن الإقراض لا يتم إلا بالإقباض ولم يوجد من المستقرض قبض.

قلت: الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «العدة» أنه لا يصح قال الشيخ أبو حامد: وهذا الذي قاله أبو العباس سهو منه: ونص الشَّافِعِي في كتاب «الصرف» أن ذلك لا يجوز، انتهى.

ونقل الإمام عن العراقيين في صورة السلم أن ابن سُرَيْج خالف النص، وقال: والقياس فيما قاله وما اقتضاه كلامه من الجزم في مسألة الشراء بالصحة هو قول ابن سُرَيْج في مسألة السلم، والرافعي نقل عنه الأولى متصلة بمسألة نقلها عنه، وأفردها الشيخ والإمام حكى الأولى في أوائل القراض، وحكى في صحة الشراء للأمر وبطلانه وجهين ولم يرجح شيئًا، وقد سقط كلامه برمته هنا في «الغنية» وفيه تتمة طويلة، فإن انقدح فرق بين مسألة الأمر بالشراء ومسألة السلم وإلا فأقضي بالتعارض، والله سبحانه وتعالى أعلم، وأسأله الإعانة والتوفيق.

كِتَابُ الإِقْرَارِ

قال المصنف: [يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَاغٍ.

قال الشارح: وهو في اللغة: الإثبات، وفي الشرع إخبار لا إنشاء عن حق سابق؛ لما فيه من إقراره في محله.

وقال في «الكافي»: هو الإخبار عن حق لما عليه ثبوتًا أو عن غيره يقينًا، والأصل فيه الآيات الكريمة، والأحاديث الصحيحة، والإجماع، والاعتبار بالشهادة، وأولى لقلة الاحتمال فيه؛ ولهذا لو أقيمت بينة عليه بحق فأقر به، استند الحكم إلى الإقرار على المرجح.

وأما الحديث في «المحرر» وغيره في قول الحق: ﴿وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] فمروي في بعض الأجزاء بإسناد ضعيف منقطع من رواية علي ﷺ بلفظ: «قل الحق ولو على نفسك»[1].

وفي آي الكتاب، والسنن الصحيحة، والإجماع عنه.

وفي صحيح ابن حبان من رواية أبي ذر ﷺ: «قل الحق وإن كان مرًّا»[2].

قال: (يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ) أي: المختار كما سيأتي، واستثنى النائم أيضًا؛ لأنه غير مكلف، ومن يجعله محجورًا عليه لم يحتج إلى استبانة.

قال: (وَإِقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَاغٍ)؛ لعدم التكليف، وفي حكم المجنون والمغمى عليه، ومن لم يعص سكره، وكل من زال عقله بسبب لعذر فيه من شرب ودواء وغيره، وسواء الصبي المراهق وغيره، أذن له الولي فيه، أو في التصرف، أم لا، نعم ويصح إقراره بالوصية والتدبير ونحوهما إذا صححناها

---

[1] أخرجه ابن حبان بمعناه في «صحيحه» (٤٤٩)، ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (٢/ ١٣٠).

[2] أخرجه أحمد في مسنده (٥/ ١٧٣) والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٣٧٨) وأبو نعيم في «الحلية» (١/ ١٦٨) بنحوه.

فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالِاحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ صُدِّقَ وَلَا يُحَلَّفُ، ....

منه، وكذا بالإسلام إذا صححناه منه، قاله ابن الرفعة بحثًا وقياسًا.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى الْبُلُوغَ بِالِاحْتِلَامِ مَعَ الْإِمْكَانِ صُدِّقَ**) قيل: إذ لا يطّلع عليه إلا من جهته.

هذه عبارة «البسيط»، والمراد بالاحتلام: الإنزال في يقظة ومنام، وكذا دعوى العبد بلوغها بالحيض، وسبق بيان وقت إمكانها.

قال: (**وَلَا يُحَلَّفُ**) أي: إذا اتفق خصومه لا يحلف هو، ولا الصبية المدعية للحيض.

قال الرافعي: لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها، فأشبه ما لو علق العتق بمشيئة الغير. فقال: إن شئت صدق بلا يمين، وأيضًا إن صدق فلا يختلف، وإن كذب فكيف يختلفان، واعتقاد الكذب أنهما صغيران.

قلت: وفي كون الحيض لا يعرف إلا من جهتها نظر، وسيأتي أن الصحيح إمكان إقامة البينة عليه.

قال الإمام: فلو بلغ مبلغًا يقطع فيه ببلوغه، فالظاهر أنه لا يختلف أيضًا على أنه كان بالغًا؛ لأنا إذا حكمنا القبض قوله، فقد أنهينا الخصومة منتهاها، فلا عود إلى التحليف، فقاله الرافعي في شرحه «الصغير» أيضًا، ولم ينسبه إلى الإمام، وفيه وقفة؛ لأنه لو اعترف الآن أنه كان بالغًا، وفسد أخذ باعترافه فينبغي أن يحلف؛ لما سيأتي في «الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

قالا: هنا وفي «التهذيب» وغيره: أنه لو جاء واحد من الغزاة يطلب منهم المعاملة، وذكر أنه احتلم حلف واحد إليهم، فإن لم يحلف ففي إعطائه وجهان، ورجحا في «الدعاوى» التحليف، وهو قول ابن القاص.

وقال غيره: لا يحلف، وهو موافق لقول أبي زيد الذي جزم به في مسألة الكتاب تبعًا للإمام والغزالي، وهو الأصح.

تنبيهات: منها: قضية إطلاقهم بتصديقه في الإنزال في سن الإمكان، وما يترتب عليه جميع أحكام البالغين.

وَإِنْ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ.

ورأيت الدارمي قال في كتاب اللعان ما لفظه: إذا اعترف ابن عسر بالإنزال بلحوق الولد، ولا يحكم بغيره من إقرار وغيره.

ومنها: قال الشافعي: لا يجوز إقرار المشكل بحال حتى يشكل خمس عشر سنة، وتأويله مشكل، وعلى ظاهره جرى في «البحر».

فقال: لو أقر، قيل: إن يبلغ خمسة عشر سنة كان إقرارًا باطلًا، سواء أنزل من آلة الرجال أو آلة النساء، نصَّ عليه في الإقرار بالحكم الظاهر، انتهى. وسبق في باب الحجر في ذلك، فيتعين مراجعته.

ومنها: قول الرافعي تبعًا للبغوي وغيره في الأنثى: لأن الحيض لا يعرف إلا من جهتها، ويأتي أنه يمكن إقامة البينة عليه، فقد يمنع قائله بصدقها فيه كالسن.

ومنها: من قبل قوله في كونه، ثم قال: كذبت، وأنا بالغ.

قال الإمام: قيل: قوله وكلام غيره يدل على أنه لا يقبل، إلا أنه يدعي بلوغًا جديدًا، ونسبه أن يفرق بين ما عليه، فيقبل وما له لا يقبل.

ومنها: أقر بعد بلوغه ورشده أنه كله قد أتلف مالًا محرمًا، أو قيل: أو سرق بلا قود ولا حد، وتلزمه الدية، وغرامة المال الآن.

قال في «الروضة»: كما لو قامت به بينة، ذكره ابن كج، انتهى.

وفي «البحر»: أن إقرار الصبي باطل، ثم إذا بلغ هل يلزمه فيما بينه وبين الله نظر إن كان لزمه باختيار به، كالقرض ونحوه لم يلزمه، وإن لزمه بغير اختياره كغصب وإتلاف لزمه، انتهى.

وظاهر نص «الأم» في الإقرار: فالحكم الظاهر يقتضي التعميم؛ حيث قال في إقرار الصبي بالمال: وإذن لطلبه عنه في هذه الحال لم يلزمه الحر ولا المملوك بعد البلوغ، ولا بعد العتق في الحكم، ويلزمهم فيما بينهم وبين الله أن يؤدوا إلى العباد في ذلك حقوقهم، انتهى.

قال: (**وَإِنْ ادَّعَاهُ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ**) أي: على الصحيح المشهور؛ لإمكانها.

وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ، ....

وقيل: لا يطلب بها، وبه أجاب الماوردي في باب الحجر، وأبداه القاضي الحسين في فتاويه احتمالًا، فعلى المذهب لا فرق بين صبي وصبي، وأبدى الإمام في الغريب والجاهل الذي يبعد إقامة بينة لمولده احتمالان: أظهرهما عندهما أنه كغيره، وثانيها: إلحاقه بدعوى الاحتلام، والثاني: يرجع إلى الإثبات لغير معرفة التاريخ، كصبيان الكفار، ورجحه الغزالي، ولو أطلق الإقرار بالبلوغ ولم يعين نوعًا، ففي قبوله وجهان في فتاوى القاضي الحسين والمختار استفساره.

قال: (وَالسَّفِيهُ وَالْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا) أي: في باقي التفليس والحجر، ومما لا سبق إقراره المفلس بالنكاح، فإنه مقبول بخلاف السفيه اعتبارًا بالإقرار بالإنشاء، هذا ما جزم به الشيخان.

قال ابن الرفعة: ورأيت في نسخة من «التهذيب» قبول إقرار السفيه بالنكاح.

قلت: وهو ما رأيته في «التهذيب» و«الكافي» هنا، وإنما سقط من بعض نسخ «التهذيب»، والمشهور المنع.

وأبدى ابن الرفعة موقفًا في بطلان إقراره به إذا طرأ سفهه وحجر ما عليه، ثم أقر لاحتمال صدوره منه قبل ذلك، كما قلنا في إقرار المفلس يبني من ماله كغيره، وفي إقراره بالوصية والتدبير ونحوهما في مرض موته خلاف مذكور في الوصايا، ولو أقر عنهم، ثم حجر عليه بالسفه، ثم فسره في الحجر قبل تفسيره، قاله القاضي الحسين.

وهذا فيمن طرأ سفهه، وإلا فالمهمل محجور عليه حكمًا على المذهب قبل تصرف الحجر عليه، وإقرار السفيهة المحجورة بالنكاح، كإقرار الرشيدة فيه احتمال للإمام.

قال: (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ) أي: لله تعالى، أو لآدمي،

وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ.

كقصاص وحد قذف، وأولى لبعده عن التهمة.

وقال المزني: لا يقبل إقراره بالحد والقصاص إذا كذبه السيد.

قال الإمام: رأيته يكون قولًا مجزمًا بالقطع في السرقة، قاله هناك.

قال: لكن لم يضر؛ لكنه أخذه من الأصحاب، وقد وجد ما تمناه.

قال ابن داود: حل في بدايته عن أبي الطيب بن سلمة أنه وافق المزني، وهو تخريج على القول بأن إقراره بالمال لا يقبل؛ لأن القطع مانع له، فإذا لم يثبت المتبوع لا يثبت التابع، فعلى المذهب يقبل إقراره قطعًا إلا في المال في أظهرها، وثالثها: يقبل إن كان المال تالفًا، ورابعها: عكسه، ورأى الإمام القطع فيما لو أقر الحر بسرقة مال غائب هل يقطع قبل مراجعته؟.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ**) أي: بغصب وإتلاف وسرقة.

(**لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً**) وجناية خطأ.

(**فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ**) أي: لأن العبد متهم فيتبع به إذا عتق، ولا يخرج على القولين الاثنين فيما إذا بيع في الدين وبقى شيء، وقيل: بطردهما، فعلى المذهب يجب عليه المال كاملًا، وقيل: أقل الأمرين من قيمة وقدر المال، واستبعده الإمام.

تنبيهات: قوله: (**لَا تُوجِبُ عُقُوبَةً**) يعني: حدًّا أو قودًا، وإلا فالغصب والإتلاف عمدًا ونحوهما يوجب التعزير، وهي من أمثلة المسألة.

واحترز بقوله: (**فَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ**) عما إذا صدقه، فإنه يتعلق برقبته ويباع فيه، إلا أن يفديه السيد، فإن بيع فيه وبقي من الدين شيء، وإلا ففي اتباعه به بعد العتق قولان.

زاد الشيخ: قلت: أظهرهما وهو «الجديد» لا يتبع، ورجحاه في كتاب الجنايات، ثم ذكرا هنا بعد هذا بأسطر: أن إقرار السيد عليه بدين الجناية مقبول، إلا إذا بيع فيه، وبقي شيء لم يطالب به بعد العتق إلا أن يصدقه، انتهى.

وهذا الاستثناء إنما يجيء على «القديم»، وهو صادر ممن رجحه؛ ولهذا

وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ، وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ.

لم يستثن البغوي وغيره شيئًا؛ لأنهم يرون أن «الجديد» الأظهر ما سبق، نعم، حكى الإمام للخلاف وجهين، وذكر هنا وفي النكاح: أن أصحهما التعليق، وبه جزم الماوردي هنا، وذكر في الكتابة أنهما شيئان على رأس الجناية وهل تتعلق بالرقبة ابتداءً، أو بالذمة ثم تنتقل إلى الرقبة؟ فعلى الأول لا يثبت في ذمته شيء، وعلى الثاني يثبت.

ورأيت في «مختصر الجويني» قبل باب التقاء الفارسين: أن الصحيح أنه لا يتبع شيء بعد الحرية إذا لم تفِ الرقبة بجناية الخطأ، وتبعه صاحب «المعبر».

وقال الغزالي في «خلاصته»: إن كانت الجناية عمدًا وبيع فيها بيع بالباقي إذا عتق، وإن كانت خطأ فالصحيح أنه لا يبيع بشيء بعد حريته، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان المسألة في الجنايات عند ذكر المصنف لها، وإنما قدمنا تعجيلًا للفائدة.

فائدة: نقل في «زيادة الروضة»: أنه إذا ادعى على العبد دين جناية تعلق برقبته، ولا بينة له إن قلنا: اليمين المردود كالبينة، سمعت رجاء نكوله، وإن قلنا: كالإقرار فلا، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن على المذهب إنما نجعلها كالبينة، ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة وله بينة ففي سماعها وجهان كالدين المؤجل دون غيره، فالسيد كالأجنبي، فتأمله.

قال: (**أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى السَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ**) أي: بل يتعلق بذمته يتبع به بعد عتقه سواء صدقه السيد أم لا؛ لتقصير معاملة المطلعين للتصرف.

قال: (**وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ**) أي: وكان الدين للتجارة ولولايته وابنه، خلافًا لأبي حنيفة؛ لقدرته على الإنشاء.

(**وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ**) أي للتجارة؛ لما سبق، ولا يطالب به السيد

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ، ....

كما سبق أنه الصحيح، أو الصواب.

قال الرافعي: ويؤدي من كسبه وما في يده، إلا إذا كان مما يتعلق كالتجارة وكالقرض، انتهى.

قيل: وهذا يتخرج على احتمالي الإمام، فإنه قال: وهل بعد الإقراض من التجارة؟ فيه احتمال؛ لأن المتاجر يحتاج إليه في بعض الأحوال، انتهى.

ونقل الرافعي: إنما أراد إقراضه؛ لحظ نفسه لا للتجارة بمائة لو اشترى المأذون شراءً فاسدًا لم يؤد من كسبه ونحوه على الأصح؛ لأنه إنما يتناول الصحيح فقط، فيكون غير المأذون يشتري بغير إذن السيد، فيتعلق بذمته، قاله البغوي في «الفتاوى».

ولو وطئت المأذونة بتنبيهه لم تقض دين التجارة من المهر، ولو أطلق المأذون الإقرار بالدين ولم يعين جهته، لم ينزل على دين المعاملة على الأصح؛ لجواز أنه إتلاف، ولا فرق في دين إتلاف بين المأذون وغيره لو حجر عليه، فأقر بدين معاملة أسنده إلى حالة الإذن لم يقبل إضافته على الأصح، بخلاف المفلس على الأظهر؛ لعجزه هنا على الإنشاء في الحال، كذا قاله الرافعي.

وعبارة «الكافي»: ولو أقر بدين معاملة بعد الحجر، لا يقبل إقراره في حق السيد على الأصح عنده، ولم يبن على وجهه.

وذكر شريح الروياني في «روضته»: أنه لو أحاط بالمأذون المديون، فأقر بشيء مما في يده أنه لسيده استعاره منه قُبِلَ قوله، وقيل: لا يُقبل، انتهى.

ولعل هذين الوجهين في التي قبلها، وإنما اختلف الترجيح.

إشارة: جميع ما سبق في غير المكاتب والمبعض، وفيها كلام يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ**) أي: ويكون من رأس المال عينًا كان المقر به أو دينًا.

وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال الغزالي بالإجماع، وفي «التلخيص»: أن في إقراره قولان: أحدهما: أنه لازم في كل ماله لوارث كان أو غيره، والآخر: أنه من الثلث؛ ولهذا حكى الإمام عند الوصايا أنه حكى قولًا: أن إقرار المريض للأجنبي بمنزلة تبرعه.

قال: (**وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) كالأجنبي وكحال الصحة، والظاهر أنه مصدق فلا يقصد حرمانًا؛ لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب، ويتوب فيها الفاجر.

إشارات: الخلاف في مرض الموت وكل ما في حكمه، وفي الإقرار بالمال وطريقة القطع بالقبول التي يفهمها كلامه ضعيف، والأصح عند الجمهور طريقة القولين، أظهرهما القبول، وثانيهما: المنع؛ للتهمة في حرمانه بعض الورثة، ولو أقرت به في مرض موتها بأنها استوفت الصداق من الزوج، فعلى القولين، قاله الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص».

ولا شك أن كل دين له بعض الورثة كالصداق، واختار الروياني مذهب مالك، وهو أنه: إن كان منهما لم يقبل، وإلا قبل ويجتهد الحاكم في ذلك، وهذا قوي.

قال القاضي أبو علي الفارقي: وهو الذي يقوى في نفسي، وثبت صحته عندي، انتهى.

وقد بعد على الظن بالقرائن كذبه، بل قد يقطع به في بعض الأحوال، فلا ينبغي لمن يخشى الله تعالى أن يقضي أو يفي بالصحة مطلقًا، وإن إطلاق الشافعي والأصحاب، ولا شك فيه إذا علم بقصده الحرفين مطلقًا.

قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: وقد تعود الناس اليوم الإقرار للوارث بمال في مرضه أو صحته، يقصدون به: قطع الميراث عن غيره وذلك حرام، ويكون المقر به معزولًا عنه، فإذا ادعى سائر الورثة عن المقر له أنه لا حقيقة كذلك، فحلف أنه أقر لك بحق لازم، كان يلزم الإقرار به فعليه أن يحلف، فإن نكل حلف سائر الورثة وقاسموه، انتهى.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ، ....

نعم، أقر لمن لا يستغرق الإرث معه، إلا بيت المال، فالوجه إمضاؤه في هذه العصور؛ لفساد بيت المال.

وظاهر كلامه أنه يقبل إقراره لذوي الأرحام قطعًا، حيث لا يرثه إلا بيت المال، ولا يجري فيه الخلاف السابق مع نظر في التهمة ولا بأس به؛ لما ذكرناه.

فروع: الاعتبار في كون المقر له وارثًا بحال الموت، لا بحالة الإقرار على الأصح، أو الأظهر الأشهر «الجديد» كالوصية، ولو أقر في مرضه أنه كان وهب لوارثه، وأقبضه في الصحة قُبل على المرجح في «الروضة»، واختاره القاضي الحسين خلافًا للغزالي و«الحاوي الصغير»، ويجري الخلاف فيما لو أقرت بإبرائها الزوج من مهرها في الصحة، قاله القاضي الحسين.

وفي «الذخائر»: أنه إذا أقر بأنه كان أعتق في الصحة مملوكه وهو أحق، قُبل إقراره وعتق، وهل يرثه؟ إن قلنا: الإقرار للوارث لا يُقبل لم يرث وإلا ورث، فالعتق بالإقرار والإرث بالنسب، انتهى.

لو أطلق المريض الإقرار بالعتق، أو بهبة عين أو أنها أبرأت الزوج من مهرها، حمل ذلك على أنه في المرض.

في «أصل الروضة»: أنه لو أقر لوارثه وأجنبي معًا.

وقلنا: لا يُقبل للوارث قُبل في نصفه للأجنبي على الأظهر، أي: من قول تفريق الصفقة.

قال الهروي: بعد ذكره عن ابن سريج وهو بعيد، وهو كما قال: وينبغي القطع بالصحة لأجنبي.

قال: (**وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ، وَفِي مَرَضِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمْ الْأَوَّلُ**) أي: بل هما سواء، كما لو ثبت بالبينة، وحكى قول غريب: أن دين الصحة مقدم، ولأنه مخرج.

قال الشيخ أبو علي: رأيت الشيخ أبا زيد أن أصحابنا جعلوا المسألة على قولين بناء على المفلس يقر بدين بعد الحجر، وأنكر أبو علي ذلك وبعده.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمِ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ)** أي: بدين.

(وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لِآخَرَ لَمْ يُقَدَّمِ الْأَوَّلُ فِي الْأَصَحِّ)؛ لقيام الوارث مقامه، فأشبه ما لو أقر هو بدينين، ويجري الخلاف فيما لو ثبت دين ببينة، ثم أقر الوارث لآخر، وفيما لو أقر لوارث بدين لزيدٍ ثم بدين لعمرو.

قال الإمام: والمعظم في هذه على التسوية، ونقله شريح الروياني، والهروي عن النص، وجزم الشيخ أبو محمد، وجماعة بالمنع وهو قوي، ولم يفرق الأئمة ما إذا أقر المورث بدين أو قامت به بينة، ثم أقر الوارث لآخر بين أن يكون للوارث عذرًا لزوال، أو لا يكون مع ظهور تهمة الإضرار بالأول عند ضيق التركة، ولو أقر في مرضه بدين لزيد ثم بعين لعمرو، ولا مال له غيره سلمت لعمرو، وقيل: شريكان.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ)** أي: على الإقرار بغير حق كسائر تصرفاته.

قال الروياني في «الحلية»: هنا قال الشافعي: والإكراه أن يصير الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص، ويخاف خوفًا عليه دلالة أنه إن امتنع بقبول ما أمره يبلغ به الضرر المؤلم أو إتلاف نفسه، وكذلك أن يحبس يخاف طول الحبس، أو قيل: يخاف طول العبد، أو أخذ ماله الذي يتضرر به ضررًا بيِّنًا، انتهى.

فلو أقر ثم قال: كنت مكرهًا، فإن هناك قرينة تدل على صدقه لقيد أو حبس أو توكيل غير القاضي العادل صدق، وإلا فلا.

ونصَّ الشافعي في الإقرار والمذهب من «الأم» أنه يصدق، ولم يذكر قرينة، واقتصر جماعة عليه، والمذهب الأول في «روضة شريح» ولو شهدا بإقراره، ولم يقولا: إنه كان طائعًا، فادعى أنه كان مكرهًا.

قيل: في أظهر الوجهين؛ لأن الإكراه أمر خفي لم يطَّلع عليه الشاهدان، والثاني: لا يقبل ما لم يوجد ما يدل عليه من حبس أو قيد أو موكل معه، انتهى.

……………………………………………………………………

وهو الخلاف الذي قدمته، ولو قيدت منه الإكراه.

قال في «الأم»: ويقبل قوله إذا كان محبوسًا، وإن شهدوا أنه غير مكره، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقًا، بل لا بدَّ من التفصيل، الخلاف فيما هو إكراه، وربما ظن ما ليس بإكراه إكراهًا منه.

قال المتولي: إنما تؤثر الأمارات في إقراره لمن كان الإكراه من جهته، فإن كان لعبد من جنسه وقيده فالإقرار مقبول.

قلت: ينبغي أن يقال سائرها قطعًا إذا كان الإقرار لمن حبس لأجله من كان، ولعله مراده، فإذا حبس ظالم زيدًا لمجرد دعوى عمرو عليه، واتهمه إياه أو وكَّل الظالم به أو هدده كما هو معاين في وقتها، فأقر زيد لعمرو، ثم ادعى الإكراه.

قيل: محالة، وإن كان عمرو لم يحبسه، ولم يقيده بخلاف ما لو أقر في هذه الحالة، ثم ادعى الإكراه.

ولفظ بحرفه الروياني: لو شهدا بإقراره لفلان هو محبوس بكذا، أو عبد سلطان بكذا، يقال: أقررت لإكراه السلطان صدق يمينه، وكذا لو كان موكلًا به؛ لأن شاهد الحال يدل على أنه مكره، نص عليه، انتهى.

فرع: من «البسيط»: أقر وهو مكره ظاهرًا في قيد وحبس ثم قال: كنت كاذبًا، ولكن علمت أن لو لم أقر أيضًا اطلعت على القرب، فلم أكن مكرهًا.

قال صاحب «التقريب»: لا يثبت الإقرار، فإن الإكراه وجد، وقوله: كنت أعلم إن أطلق ظن منه لا قول عليه.

قال الإمام: وفيه احتمال، لكنه أقر بكونه طائعًا، وهو واحد، بقوله: وأقر بالمال. فيحتمل أن يقبل قوله: كذبت. انتهى.

ولو طالبها به هذا كلامه، وقد قطع الجواب، وفيه احتمال ظاهر، فإنه أقر بأنه لم يكن مكرهًا، وقوله مقبول عليه، وهو واجد به، انتهى.

ثم رأيت الشافعي ﷺ قال في الإقرار بالحكم الظاهر من «الأم»: ولو

حبس فخاف طول الحبس، فقال: ظننت أني إن امتنعت مما أكرهت عليه، لم ينلني حبس أكثر من ساعة، أو لم تنلني عقوبة، خفت ألا يسقط عنه الإثم فيما فيه إثم مما قال، فأما الحكم فيسقط عنه من قبل أن الذي به المكره، كأن لم يكن على يقين من التلخيص، انتهى. وهذا ما قاله صاحب «التقريب».

فرع: في «الروضة»: لو ضرب ليقر فأقر في حال الضرب لم يصح، وإن ضرب ليصدق في القضية.

قال الماوردي: إن أقر في حال الضرب ليصدق، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر عمل به، وإن لم يستعيد وتحمل بإقراره في حال الضرب جاز مع الكراهة.

قال المصنف: وقبول إقراره حال الضرب مشكل؛ لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرهًا، فإن المكره من أكره على شيء واحد، وهذا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار، وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر، انتهى.

والظاهر أنه إن كان الصدق منحصر فيما لو أقر بعلم أنه لا يقنع منه بغيره، فهو مكره في حال الضرب لا محالة، وكذا بعده إن غلب على ظنه إعادته لو لم يقر به، ولعل هذا صورة المسألة لا صورة الصدق من حيث هو من غير مقصود معين.

وللماوردي في «الأحكام السلطانية»: أقر أنه لا يوافقه النقل عليها، ثم رأيت شارح قال: قوله إنما ضرب ليصدق صحيح، ولكن إذا انحصر الصدق من ذلك صار مكرهًا عليه، وهو صورة المسألة.

قال: وخطر لي أن يقال: الإكراه إنما أبطل حكم الإقرار؛ لأنه قد يقر كاذبًا، وفي الإكراه على الصدق لا يأتي ذلك؛ لأن الإقرار المأتي به إن كان كذبًا، فهو غير المكره عليه، فيلزم من إبطاله وما أدى إبطاله لا يبطل، وقد يقاوم معناه؛ لما أمر أن أحدها أن يقال: إقراره إن كان صدقًا لم يعمل به للإكراه، وإن كان كذبًا لم يعمل به؛ لأن الكذب باطل، والثاني: أن يقال: إن

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرِّ بِهِ، فَلَوْ قَالَ لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا فَلَغْوٌ،

كان صادقًا عمل به؛ لأن الصدق يجب العمل به، وإن كان كذبًا فهو غير مكره عليه، فعمل به، والمسألة محتملة، والظاهر التفصيل، وهو أن يقال: إن كان المكره عالمًا بالصدق فهو إكراه؛ لأنه لا عليه إلا بذلك، وهذا يتصور في السلطان إذا علم قضية، وقلنا: لا نحكم بعمله فأكره صاحبها بالصدق بحضرة الشهود، فإذا أقر لم يقبل، وإن لم يكن المكره عالمًا بالقضية، وكل الأخبار في حقه سواء، فلا يكون الإقرار المأتي به مكرهًا عليه، فيقبل، والقبول بعد الضرب في صورة الإكراه على الشيء بعينه، نص عليه الشافعي إذا لم يحدث له خوف بسبب، فإن حدث فإقراره ساقط، انتهى.

ولفظ نص «الأم»: ولو ضرب ضربة أو ضربات، ثم حكى ولم يقل له نفي ذلك، ولم يحدث له خوف بسبب، فأحدث شيئًا لزمه، وإن أحدث له أقر، فهو بعد ثبت الضرب والإقرار ساقطٌ عنه، انتهى.

والولاة في هذه الأزمان يأتيهم من يتهم آخر بسرقة أو قتل ونحوهما، فيضربونه؛ ليقر بالحق، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب أن هذا إكراه، سواء أقر في ضربه أو بعده، وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضربه ثانيًا.

فصل

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ اسْتِحْقَاقِ الْمُقَرِّ بِهِ**) أي: وإلا لغي، وشرط أيضًا عدم تكذيبه، وأن يكون معينًا نوع تعيين بحيث يتوقع منه أو له الدعوى والطلب، كما سنذكره أو بعضه.

إشارة: قد يوجد من كلامه أنه لو أعتق عبدًا، فأقر هو أو غيره له بمال في الحال لم يصح العلم بأنه لا يملك قبل العتق، وكذا بعده أيضًا؛ لضيق الزمان.

قلت: لكن يتصور الملك له قبل الرق، فإذا احتمل كذلك، وإلا تواجد به المقر الأجنبي، أما السيد، فقد يقال: إنه إذا ملكه سقط حقه القديم عنه، فتأمله.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: لِهَذِهِ الدَّابَّةِ عَلَيَّ كَذَا فَلَغْوٌ**) أي: على الصحيح؛ لأنها لا تملك شيئًا، ولا تستحقه، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر في المملوكة، وفيها صور

فَإِنْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا وَجَبَ.

الشافعي والأصحاب المسألة، ووجه الصحة ذكره الماوردي، وهو مخرج في صحة الإقرار المطلق للحمل، أما لو أقر للجبل المجسد في بعد كذا ونحوها، وأطلق منه إن يصح، وحمل على أنه من علة، ووقف عليه، ووصية لها، أو يخرج على الخلاف فيما لو أقر لمسجد ونحوه وأطلق، ويكون الأصح الصحة أيضًا، وإن أسند في المسجد ونحوه إلى جهة باطلة.

قال في «الذخائر»: فعلى القولين في الحمل، وذكر الرافعي بعضها، وباقي ذلك في مسألتنا، ثم رأيت في «البحر»: أنه لو أقر لمسجد أو رباط، فالمذهب أنه يصح، ولو فسره بوصية أو عليه وقف، أو لما يشبه مسألة معلومة من وصية أو صدقة فهو صحيح، أي: قطعًا، وهو في «الحاوي».

قال: (**فَإِنْ قَالَ بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا وَجَبَ**) أي: على النص حملًا على جناية عليها، أو أجره لها، وقيل: لا يصح إلا إن بين السبب.

وقيل: إنه منصوص، وإن الروياني جزم به، ولفظه بحرفه، ولو قال على سبب هذا التعبير كذا لم يلزمه إلا أن يبين، فيقول قوله: «بسببها» شيء عليه ونحو ذلك، ولو قال: لسيدها نسبها كذا لم يلزمه ذلك.

تنبيه: قيل: قوله: «المقر لمالكها» محمول على مالكها الآن؛ لأنه الظاهر، وإن احتمل أن يكون لمالك آخر قبله.

قلت: لكن قد يدل الحال على خلاف ذلك، كما لو اشتراها أو وهبها أو قبل الوصية بها، فقال قائل في ذلك المجلس: ذلك فلا يمكن الحمل على مالكها الآن قطعًا، ولو لم يذكر المالك، بل قال: عليَّ سبب هذه الدابة ألف درهم.

نقل الإمام عن الأصحاب: أنهم حملوه على التزام لمن هو مالك في الحال.

قال: وفي هذا النظر محال من جهته، أنه لم يعين المقر له، وربما كانت الدابة ملكًا لغير مالكها الآن، وظاهر كلام «الوسيط» و«الوجيز» يوافق ما نقله إمامه عن الأصحاب.

....

وقال الرافعي: المراد ما إذا قال لمالكها، وإلا فلا يلزم أن يكون الألف لمالك الدابة في الحال؛ ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه، والظاهر أن هذا نفقة منه موافق نظر الإمام لا يقبل، وعبارة «البسيط»: ولو قال بسبب هذا الحمار ألف، فهو إقرار للمالك، هكذا قاله الأصحاب تنزيلًا على أنه استأجره.

قال الإمام: وفيه احتمال؛ إذ في «الأم» بين أن يقول: بسببها من جناية ألزمتني كذا أو نحوه، فيكون إقراره لمالكها وبين أن يقول: سببها ويسكت، فلا يلزمه شيء، وهو ما سبق في «البحر»، وظاهره مخالف لنظر الإمام، ونقله عن الأصحاب، فإنه عند بيان السبب جعله لمالكها، وظاهره أنه مالكها الآن، فهو مخالف لنظر الإمام، وعند بيان السبب لم يلزمه شيئًا، وبه صرح الروياني، وهو مخالف للإمام، ولنقلته جميعًا، أما الأصحاب فظاهر، وأما الإمام فلأن مالكها الآن ومن قبله قد يتعنتون، فيكون إقرارًا لأحدهم، فظاهر النص أنه لا يترتب عليه حكم، وإذا جرينا على منقول الإمام، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب جاء ما قدمناه.

فرع: لو قال لعبد زيد عليَّ كذا صح في الأصح إقرارًا لسيده كذا أطلقاه، ويأتي فيه ما سبق، وحكى في «الحاوي» في صحته وجهان، وفي فتاوى القاضي الحسين: أنه إن كان مأذونًا له فالأمر كذلك، وإلا فوجهان محل ما لو أقر لحمل وأطلق، فإن صححنا فكذا هنا، وإلا فلا، فإن رد العبد الإقرار وكان مأذونًا أريد، وإلا فلا يريد على ظاهر المذهب.

وفي «الحاوي» وغيره: إنا إذا قلنا: العبد يملك صح إقراره له، وإن كذبه السيد وإلا فمقر لمولاه يعتبر بتصديقه، ولا خفاء أن الإقرار للمكاتب صححه، ولا حكم الإقرار للمبعض على الأظهر، ولينظر فيما لو أقر لعبيد موقوفين على جهة بر لمسجد معين أو رباط وغيرهما إذ الوقف عليهم، والإيصاء لهم صحيحان، وتصرف في مؤنهم ولا شك فيه إذا تبين جهة ذلك كما في الوقف والمسبلة وأولى.

فرع: في السائل عن النص في «الأم»: أنه لو قال: له عليَّ ألف بسبب

وَلَوْ قَالَ لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ، وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ فَلَغْوٌ.

حمل هذه البهيمة لم يصح؛ لأن الحمل لا يجب لسببه شيء مادام حملًا، فإن قال: بسبب ولدها لزمه الفرق إن الحمل لا يجوز أن يجني عليه، وهو سمي حملًا، وإنما يصير تالفًا بخلاف الولد، فإنه يجوز أن يقول: بسبب ولدها؛ لأنه جنى عليه فصار لصاحبها عليه ذلك بالجناية هذا لفظه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا**) أي: عليَّ أو عندي.

(**بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ لَزِمَهُ**) لإمكانه، ثم لا يطالب حتى تضع ثم الخصم، ولي الحمل فإن خرج ميتًا فلا حق له، وقوله: (هند) إشارة إلى أنه لا بدَّ أن تكون معينة وإطلاقه يشمل الحرة والأمة، الحامل بحر؛ وكذا الرقيق بالنسبة إلى الوصية لا الإرث، وفيه نظر وإن جعلنا الإقرار لسيد العبد.

قال: (**وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ لَا تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ**) أي: كأقر صبي ادعى ونحوه.

(**فَلَغْوٌ**) لاستحالته منه، وإذا المصنف، فالإقرار لغو، كما عزاه في «الروضة» إلى المجرد، وفيه نظر في الأقرب أن مراد المجرد؛ فالإسناد لغو يؤيده قوله في «الشرحين» أما إذا صححنا الإقرار المطلق كما هو الأظهر فهنا طريقان: أصحهما القطع بالصحة، والثانية على القولين في بعض الإقرار ربما يرفعه، فطريقة الترجيح مشهورة، جزم بها أكثر العراقيين وغيرهم، وأما القطع بإلغاء الإقرار، فلم أره لأحد، نعم، من صحيح البطلان عند الإطلاق بقول البطلان عند هذا الإسناد، وأما طريقة القطع بالصحة، فذكرها المراوزة، وأشار إليها في «الوسيط» بقوله: وقيل: إن هذا هزل فلا يقبل أي: الإسناد كما أقر ابن الرفعة، وصرح به في «النهاية» و«البسيط»، ويقصد ما ذكر به جزم البغوي بذلك، و«المحرر» و«التهذيب» غالبًا.

وعبارة «الكافي»؛ لأنه أقر بما يريد إسقاطه يستحيل، فبلغا المستحيل كما لو قال لفلان: عليَّ ألف لا يلزمني أداؤها، ولو قال لهذا الطفل: عليَّ ألف عاملني بها، أو أقرضنيها صح إقراره، ولغت هذه الزيادة، انتهى.

وَإِنْ أَطْلَقَ صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ.

وغلط من زعم أن الإمام نقل طريقه قاطعة بالفساد، وليس في «النهاية» إلا طريقة القولين، وطريقة القطع بالصحة، وبين طريقة قول التعقيب بأن بيع الخمر واقع في اعتياد خلائق، فيحمل ما ذكره على أمر لا يمتنع جريانه، فأما إضافة الملزم إلى جهة مستحيلة فتضاهي قوله لفلان: عليَّ ألف لا تلزمني، ولو قال ذلك عند ختام كلامه هزلًا، وأخذ يصدر كلامه، انتهى.

وحينئذٍ فقوله في «الروضة»: قلت: والأصح في هذا الحال البطلان، وبه قطع الرافعي في «المجرد»: ممنوع وإن تبادر من كلامه.

إشارة: إذا قلنا بطريقة القولين، فيفرق بين قوله: له عليَّ ألف من جهة كذا، وبين قوله له عليَّ من جهة كذا ألف، كما سيأتي بيانه، وحكى ذلك هنا عن النص.

قال: **(وَإِنْ أَطْلَقَ)** يعني: الإقرار، فلم يسند إلى شيء.

(صَحَّ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وحمل على ما يمكن في حقه وأزيد، حملًا لكلام المكلف على الصحة ما أمكن وهو ممكن هنا، والثاني: لا يصح إذ المال غالبًا إنما بحسب المعاملة، وهي متعددة أو جناية، ولم يكن يحمل إطلاقه على الوعد، وصححه جماعة.

قال الشيخ أبو علي: والقولان إذا أطلق ولم يبين بعد، أما لو بيَّن بعد ذلك وجهًا صحيحًا عمل به بلا خلاف التفريع، حيث صححنا الإقرار انتظرنا وضعه، فإن وضعته ميتًا بأي سبب كان، فلا حق له وينظر إن أسند إقراره إلى وصية صرفه إلى الورثة الوصي، أو إلى إرث مال ورثة الوارث، فإن أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة وصححناه، فعن النص أنه سقط، وعزاه في «الذخائر» إلى العراقيين.

قال الماوردي: وتفريده لعدم مدعيه، وكذا لو بان أنه صريح.

وقال القاضي أبو الطيب والإمام وجماعة: يستفسر، فإن فسره بوصية أو إرث عمل بمقتضاه كما سبق، ورأي الإمام أن القاضي يطالبه بالتفسير حتى يصل الحق إلى مستحقه، وفي «الذخائر»: تبعًا «للبسيط» أنه ليس للسلطان

....

ذلك، ويكون حكمه حكم المال الضائع، قال: وطريقة العراقيين أشبه، إذ الإرث والوصية يستويان في عدم الصحة لمن يفصل ميتًا، انتهى.

فإن مات المقر قبل البيان قالا تبعًا للبغوي والشيخ أبو علي: هو كما أقر لإنسان فرده، قال الشيخ أبو علي: فرده بطل حقه من أصله.

قالا: وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يطالب وريثه بالبيان، انتهى.

وعن الروياني: أنه يبطل إقراره.

قال الدارمي: فإن كان صريحًا أو خرج ميتًا، ولم يبين فإن مات ولم يجيزوا أمكن من ورثته، فقلنا: وإن لم يمكن، فقيل: يبطل الإقرار، وقيل: يوقف لبيت المال، انتهى.

وإن وضعته حيًا لدون ستة أشهر من الإقرار، فذاك وإن وضعته لأربع سنين من الإقرار فأزيد، فلا شيء عليه له، وكذا إن وضعته لأربع، فمأذون بها، وكانت فراشًا لزوج أو سيد، أو وطئت بشبهة في المدة، فإن وضعته لأربع سنين فما دونها، ولم يكن فراشًا لأحد، ولا وطئت في المدة.

قال ابن الرفعة: فقد ألحق العراقيون والماوردي والقاضي الحسين ذلك بما لو وضعته لدون ستة أشهر.

وحكى الإمام وغيره فيه قولين أصحهما المصرف، كما يحكم بلحوق نسبه، وبه صرح الرافعي وزاد الترجيح في «الروضة» لسقوطه من بعض نسخ «الشرح» وفي الترجيح وقفة؛ لأن التثبيت بالإمكان والإقرار لا يلزم بالإمكان، وإنما يلزم باليقين إذا عرفت هذا، فألقت حيًا أو ميتًا.

قال في «التنبيه»: جعل المال للحي؛ لأن الميت كالعدم.

قال ابن الرفعة: وقصد كلامه: أنه لا فرق في تسليم المال للحي بين كونه ذكرًا وأنثى، واحدًا كان أو أكثر.

وقد قال الأصحاب: فيما إذا كان واحدًا أنه يجعل له، إذا كان عن وصية ذكرًا كان أو أنثى، وإن كان عن وارث.

قال الماوردي: فالأمر كذلك، وفي تعليق القاضي الحسين: أنه كذلك إذا كان ذكرًا، وإن كان أنثى جعل لها نصفه، والباقي يرد لسائر ورثة الأول.

وعند الرافعي و«التهذيب»: أنه إن أسند إلى إرث من أب وكان أنثى، كان لها نصفه، وإن الحي لو كان اثنان ينظر، فإن أسند الإقرار إلى وصية كان بينهما على السواء، وإن أسنده إلى إرث كانا ذكرين، كان لهما على السواء، وإن كانا أنثيين، فالأمر كذلك عن الماوردي والقاضي أبي الطيب وابن الصباغ.

وفي تعليق القاضي الحسين و«النهاية» أي: «وشرح التلخيص» لأبي علي: أن لهما الثلثين منه، ويرد الباقي إلى ورثة الأول، وإن كان ذكر أو أنثى له ثلثه، وهذا إذا اقتضت جهة الوراثة ذلك، فإن اقتضت التسوية بأن يكونا ولدان قال الرافعي: كان ثلثه بينهما بالتسوية بناء على ما نقله.

وقال القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ: أن يكون بينهما، ولو أطلق المقر الإقرار اقتسماه بالتسوية، حكاه ابن الصباغ عن «التعليق» ولم يورد الفوراني سواه، وهو نص «الأم»، ووجهه الماوردي؛ فإن الأصل التساوي، حتى يعلم سبب التفاضل، وفي «الشامل» أيضًا والرافعي أنه يسأل عن الجهة، ويحكم بمقتضاه.

قال ابن الرفعة: وفي كل حالة جعلنا المال للحمل سلمناه إلى وصية أي: بعد انفصاله حيًّا لكن وجوبًا أو جوازًا.

قال الفوراني: إن كان قد عزاه إلى إرث، ففيه الخلاف السابق فيما لو أقر لزيد بمال، وقال: هذا وارثه، والنص الوجوب.

وقال القاضي أبو الطيب: مجمله إذا كان الوصي ثابت الوصية، فإن لم يكن من ذكر المقر إن وصى على الحمل ثابت الوصية، فهو كما لو أقر لشخص بمال، وادعى أن هذا وكيله؛ لأنه لا يأمن أن يبلغ الصبي وينكر الوصاية، فيكون الدفع غير مبرر كما سبق في الوكيل، قال: هذا تخريجًا على المذهب، انتهى كلام ابن الرفعة.

وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرُّ لَهُ الْمُقِرَّ تُرِكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

فرع: قال في «الروضة»: أقر لإنسان بحمل جارية أو بهيمة، ففيه التفصيل المذكور في الإقرار، فإن قال: إنه أوصى له أنه صح وينتظر كم بين انفصاله، وبين يوم الإقرار في المدة على ما سبق، وفي حمل البهيمة يرجع إلى أهل الخبرة، وإن أطلق أو أسند إلى جهة باطلة ففيه الخلاف المذكور.

قلت: وقضية هذا الاستواء في الترجيح، لكن الماوردي والشاشي صححا في مسألة الإقرار للحمل للصحة، كما نص عليه الشافعي في الإقرار بالحكم الظاهر.

قال الماوردي: وهذا كتاب لم ينقل المزني منه شيئًا، وقالا في مسألتنا النص في «الجامع الكبير» البطلان، ويجز فيه قول من الإقرار للحمل، فافهم ترجيح المنع فيها؛ وكذلك قال في «البحر»: لو أقر بحمل بهيمة وأطلق لم يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية، نص عليه، وغلط من قال غيره، ولو وصل إقراره.

وقال: أوصيت لفلان بوصية أمه، ولو بحملها صح الإقرار إذا ولدته لدون ستة أشهر من حين الوصية، انتهى.

ثم رأيت في «الأم» في آخر مسألة الإقرار للحمل بعد أن حكم لصحته، وإذا أقر لرجل بما في بطن جاريته لرجل، فالإقرار باطل.

فرع: قال الروياني قال: والذي لو قال لهذا الميت عليَّ كذا، فظاهر نص «المختصر» يقتضي جوازه، وأصل المسألة ما إذا قال: كان لفلان عليَّ كذا هل هو إقرار؟ فيه وجهان: أظهرهما نعم، وتقدير إقراره للميت أنه كان له على مثال، ويمكن أن يقطع صحة الإقرار هنا ويعرفه بأن المقر له هنا لا يتصور ثبوت الملك له حين الإقرار، ومن قال به أول كلام الشافعي، انتهى.

قال: (**وَإِذَا كَذَّبَ الْمُقَرُّ لَهُ الْمُقِرَّ تُرِكَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي الْأَصَحِّ**) وجعله القاضي الحسين ظاهر المذهب وعزاه الإمام إلى الأكثرين؛ لدلالتها على الملك ظاهرًا، والإقرار عارضه التكذيب فسقط، وأيضًا فإنا لا نعرف مالكه،

....

ويراه في يد المقر، فهو أولى الناس بحفظه، هكذا وجهه الرافعي والأولى وعليه اقتصر في «الشرح الصغير» يقتضي أن يده تكون يد ملكه وهو قضية كلام «المهذب» بل صرح به، وكذلك المتولي يقتضي أن يده يد استحفاظ، وهو قضية كلام الغزالي وغيره.

قال ابن الرفعة في «مطلبه»: وهو الأشبه، وقال في «كفايته»: أنه حكي عن الإمام في «الدعاوى»: أنه لو ادعى على قولنا أنه يقر في يده أنه ملكه، لم تقبل دعواه على ظاهر المذهب، وعلى وجه يقبل بشرط أن يصر المقر له على الإنكار والحجر، وهو ما ادعى الرافعي هناك أن قضية كلام الأكثرين ترجيحه، انتهى.

والوجه الثاني: أن القاضي ينتزعه ويحيطه إلى أن يظهر مالكه، فإنه في حكم مال ضائع، فيحتاط لمالكه، فإن رأى استحفاظ ذي اليد جاز، واختاره أصحاب «المهذب» و«التتمة» و«الأبصار» وغيرهم.

والثالث: يجيز المقر له على القبول والقبض، قال الرافعي: وهو بعيد.

قلت: ولم يذكره كثيرون، ثم رأيت الشيخ أبا علي ذكر في باب فاسد عن الكوفيين في «شرح التلخيص»: وأما عندنا فمتى جحد بطل إقراره، ولا يعود إليه بتصديقه في المال في يده، وإن أقر بأنه ليس له؛ ولأنه إنما أقر بأن ملكه لغيره، وذلك الغير أنكر، فصار كما لو لم يقر به، ويجوز تصرفه فيه من كل وجه.

وفي المسألة وجه آخر: أنه يؤخذ ذلك المال من يده ويوقف؛ لأنه مقر بأنه ليس له.

قال الشيخ يعني: القفال: ويجيء وجه آخر أنه يجبر المقر له على أن يأخذ ذلك منه إذا كان هو على إقراره أو تنزيه منه، إن كان دينًا أو ثبت له إن كان عينًا، حتى لا يمكنه مطالبته به مرةً أخرى، واستشهد له بالنص عند اعتبار المسلم فيه قبل محله؛ حيث يجيز على أخذه أو تنزيهه كذلك هنا مثله.

قال أبو علي: والأول أصح من هذا كله، انتهى لفظه.وفيه فوائد.

تتمات وفروع: قال الشيخ أبو محمد: موضع الخلاف إذا قال: هذا لزيد

....

وكذبه، أما لو قال: للقاضي في يدي مال، وأثبت مالكه ولا أعرف مالكه؛ فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه، وأغرب بعضهم فلم يجوز انتزاعه أيضًا.

وذكر الرافعي في باب دعوى الدم فيمن في يده مال قد حكم له به.

وقال: إن كان مغصوبًا إن غير صاحبه انتزع، وإلا فهو مال ضائع، وفيه خلاف مشهور.

والجواب في المسائل: أنه لا يلزمه رفع يده عنه، وذكر في «الدعاوى» فيمن ادعى عقارًا أو منقولًا على إنسان، فقال: هو لرجل لا أعرفه أو لا أسميه الآن، وأن الأصح أنه لا ينتزع من يده، وذكر أنه لو أتى المكاتب بالنجم، فقال السيد هو حرام أو مغصوب وحلف المكاتب.

وأخبرنا السيد على قبوله على المذهب: أنه إن لم يكن عيَّن مالكًا ينتزع منه على الأصح، وفي الجمع بين الكلامين كلام ذكرته من «الغنية».

واعلم أن محل الخلاف كما اقتضاه كلام المصنف وغيره، وبه صور مصورون المسألة إذا كان المقر به عينًا، فإن كان دينًا فالمشهور أنه لا يؤخذ منه.

قال ابن الرفعة: وبه جزم القاضيان الحسين وأبو الطيب، وهو قضية كلام البغوي.

قال: وادعى ابن يونس أنه لا فرق بين الدين والعين في جريان الخلاف، وهو وجه يخرج من كلام الرافعي.

قلت: وصرح المتولي في نقل الأوجه في الإقرار بهما، فقال: لو أقر الإنسان بمال إما عين أو دين وأنكر المقر له ففيه ثلاثة أوجه.

ثم قال بعدها ثمة فرع، إذا أقر لإنسان بعين مال، فقال المقر له: ليس لي ولكنه لك، ففيه الأوجه الثلاثة، فإنه ادعاه بعد ذلك سلم إليه.

وذكر في صورة الكتاب: أنه لو رجع المقر له وادعاه وذكر ما سيأتي عنه كلام الشيخين في تفسير الإقرار المفهم، يقضي الجزم ببطلان حكم الإقرار بالتكذيب، وبه جزم الشيخ أبو علي، وكلامهما في باب الشفعة قد يفهم عدم الفرق.

فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ غَلِطْتُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ.

ويأتي عن أبي علي كما نقله الرافعي، ما يفهم عدم الفرق بين العين والدين، ولو كان المقر به عبدًا.

قيل: يحكم بعتقه، والأصح يبقى في يده كالثوب، ونحوه، ولو كان المقر به قصاصًا أو حد قذف، وكذبه المقر له سقط جزمًا، ولو أقرت بنكاح فأنكر، سقط حكم الإقرار في حقه، وقد أشار المصنف إلى هذا جميعه بالتصوير في المال خاصة.

قال الدارمي: ولو أقر له بشيء فلم يدعه، ثم ادعاه.

قال ابن سريج: يستحقه، وقال غيره: لا يستحقه إذا رجع المقر عن إقراره، وسيأتي بيان رجوع المقر له عن التكذيب بما فيه.

قال: (**فَإِنْ رَجَعَ الْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ: غَلِطْتُ قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ**) بعدمه على شرح ذلك ما لو رجع المقر له عند التكذيب، فالذي أورده الإمام والغزالي قبوله، وأنه يسلم إليه.

وقال الرافعي: إن الأظهر ما أورده المتولي وغيره، وهو تفريعه على ما سبق إن قلنا: يترك في يد المقر، فهو حكم بإبطال الإقرار فلا يأخذه إلا بإقرار جديد، وإن قلنا: ينتزعه القاضي؛ فكذلك لا يسلم إليه بل لوازم إقامة البينة بأنه ملكه لم يسمع.

قال: وإنما يسلم إليه إذا فرعنا على الوجه البعيد، هكذا قال، وفيه نظر؛ لأنه على الوجه البعيد السابق لا يحتاج إلى رجوع، وينبغي أنا إذا قلنا يترك في يده، فإن قلنا على سبيل الملك فهو إبطال للإقرار، فلا يسلم إليه، وهو قضية كلام الرافعي هنا، وسبق عن «المهذب»، ورأي ابن الرفعة الأشبه خلافه، فعلى هذا لا يمتنع أن يسلم إليه إذا رجع؛ لأنا لا نعرف له مالكًا، ولا يختص ذلك بالتفريع على الوجه الثالث البعيد، وما ذكره المتولي والرافعي هو طريقة القفال، والصحيح أن الخلاف في قبول رجوع المقر له مطلق من غير ثبات، والأظهر عند الرافعي عدم القبول.

....

وفي «روضة» شريح الروياني في باب رد الإقرار: لو قال: قبلت أحال عمدًا، فكذبه ثم قال: قد قبلته فلا قصاص ولا دية، وإن استأنف المقر الإقرار من بعد؛ لأن القتل لا يحمل التكرار.

قال: ولو أقر له بألف فكذبه، ثم أقر المقر ثانيًا فصدقه المقر له لزمه؛ لأنه يحتمل التكرار إلا أن يصرح بالأول، ويكون كالقصاص سواء لو قال الولي: أنكرت، ولم أكن عالمًا بأنه قتل، وقد عرفت الآن لم يقبل منه، انتهى.

وإذا رجع المقر بعد تكذيب المقر له وقبل رجوعه، وقلنا بقي في يده فأوجه أصحها قبوله بناء على أن الترك بيده إبطال للإقرار.

والثاني: لا، ورجحه الإمام والغزالي، بناء على أنه لو عاد المقر له وصدقه قبل منه.

والثالث: إن رجع وادعاه قبل منه، وإلا فلا.

والرابع: إن ادعاه لنفسه لم يقبل، وإن نسبه لغيره قبل، ذكره الماوردي.

تنبيه: تقييد «المنهاج» وأصله مما إذا قال: غلطت، قاله في «البسيط» هنا، وفي «الوسيط» في الدعاوى.

وقال ابن الرفعة: إنه الأقرب إلى الصحة، لكن الإمام والرافعي في «الشرحين» صرحا بأنه سواء.

قال: غلطت أو تعهدت الكذب وتبعهما في «الروضة»، وينبغي أن يثني على ذلك على أنه هل يبطل الإقرار بالتكذيب أم لا؟ فعلى الأولى: وهو مقتضى كلام الرافعي لا فرق بين الغلط وتعهد الكذب، وعلى الثاني: يحتمل الفرق، فعلى قضية ما قاله الرافعي ينبغي إسقاط هذا القيد من «المنهاج» و«المجرد»، أو يقال: إنه لا مفهوم له، وهذا كله إذا رجع بعد تكذيبه وقبل رجوع المقر له، فإن كان بعد رجوع المقر له وقلنا رجوعه لغى رجوع المقر وإن لم يقبله، وكما لو لم يرجع، فيقبل رجوع المقر على الأصح، وحينئذٍ فقول «المنهاج» في حال تكذيبه يفهم الاحتراز عن هذه الصور وليس كذلك، وإنما يصح أن يحترز عما إذا أقر فلم

....

يكذبه المقر له، والظاهر أنه ليس له الرجوع.

وسبق في رواية الروياني وجهان فيما لو سكت المقر له، قيل: وكان ينبغي للمصنف أن يقول بعد تكذيبه لتسهل حالتي التكذيب وبعده ويخرج به ما قبل التكذيب، فقد بان في كلامه ثلاثة مواضع يجب النظر فيها أحدها: قوله في حال تكذيبه، والثاني: قوله: وقال: غلطت، والثالث: إطلاقه القبول، ولم يفصل بين أن يرجع المقر بعد ذلك أم لا، لكن هذا صحيح على الأصح عنده، انتهى.

وقوله في حال تكذيبه محمول على حالة التكذيب وما بعدها، وهو الإصرار عليه، والظاهر أنه احترز به عما قبل التكذيب.

إشارة: قال الغزالي في «الدعاوى»: الخلاف جارٍ في كل من بقي عن نفسه شيئًا، ثم رجع، وإنما فرق الجمهور بين المقر والمقر له؛ لأن بقاء المقر عن نفسه كان بطريق الالتزام، وبقي المقر له عن نفسه بالمطابقة، فهو أقوى.

وددت أن لو أقر، بل إن رجع المقر له في حال إصرار المقر على إقراره له، وقال: غلطت في تكذيبي له، وطلبت أنه غير مولى مثلًا لشبهة عرضت لي، ثم بان لي أنه تولى أو نحو ذلك إن يقبل رجوعه، هل يشرط أن يكون المقر له معينًا؟ فلو قال لواحد من بني آدم أو من أهل البلد عليَّ ألف، ففي صحته وجهان عن الشيخ أبي علي بناء على ما لو أقر لمعين فكذبه.

فإن قلنا: ينزع؛ لأنه مال ضائع فكذا هنا ويصح الإقرار، وإن قلنا: لا يصح وهو الأصح فلو جاء واحد فقال: أنا الذي أراد بي؛ صدق المقر بيمينه في بقاء إرادته.

ولو قال: غصبت هذا أحد هؤلاء أو أحد هذين صح، والفرق أنه إذا قال: أحد هؤلاء أو أحد هذين، فله تفرع فلا يبقى في يده مع قيام الطالب واعترافه له، وإذا قال لواحد من بني آدم فالطالب له ويبقى في يده، وكان الشرط كما أشرنا إليه فيما سبق: أن يكون المقر له معينًا مفرع بتعيين يتوقع منه الدعوى، والطلب، هكذا قاله الرافعي.

فَصْلٌ

قَوْلُهُ: لِزَيْدٍ كَذَا صِيغَةُ إِقْرَارٍ، وَقَوْلُهُ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ، وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ،

لكن سبق منه عن الشيخ أبي محمد، ولم يخالفه الجزم بأنه إذا قال: في يدي مال لا أعرف مالكه أنه ينتزع منه، وفي الجمع بين الكلامين بعدًا إلا أن يقال: المراد هناك إذا قال: لا أعرفه، وهنا إذا لم يقل ذلك فإنه لا يكون مقرًّا بضياعه، فليتأمل هذا مع المواضع الثلاثة السابقة، وفي الفرع زيادة في محاولة الجمع بين الكلامين، وذكرتها في «الغنية» يطول ذكرها.

قال:

(فَصْلٌ

قَوْلُهُ: لِزَيْدٍ كَذَا صِيغَةُ إِقْرَارٍ) لأن اللام تدل على الملك، وهذا إذا قال لزيد: عليَّ أو عندي مما سيأتي، وإلا فهو اختيار مجرد، وإنما يكون إقرار أيضًا إذا لم يصل به ما يخرجه عن الإقرار، كقوله له: كذا بعد موتي، أو أن أفعل كذا.

قال: (**وَقَوْلُهُ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي لِلدَّيْنِ**)، أي: الملتزم في الذمة؛ لأنه المتبادر عرفًا، وعبارة «الروضة»: أو في ذمتي وهي أوضح، ويؤاخذ المقر ظاهرًا بإطلاقه الإقرار.

وقيل: لا، حتى يسأل عن سبب اللزوم، إذ قد يظن بما ليس موجبًا.

وقيل: قوله: عليَّ صالح للعين أيضًا، ولو فرق بين العامي وغيره لم يبعد، فإنه لا يفرق بين عليَّ وعندي في الدين والعين، ويعتقد ما ليس بملزم ملزمًا، والأصل البراءة.

قال: (**وَمَعِي وَعِنْدِي لِلْعَيْنِ**) أي: كل منهما؛ لأن «مع» و«عند» ظرفان، فيحمل كل منهما على الإطلاق على عين له بيده حتى لو قال بعد الإقرار: إنها كانت وديعة وتلفت، أو رددتها، وأمكن صُدِّق بيمينه، بخلاف ما إذا قلنا: هو مقر بدين ثم فسره بالوديعة لم يقبل، قاله في «الروضة» هنا، وسيأتي بيانه في موضعه، والاحتياط عندي استفسار القاضي والعمل به.

وَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوِ اخْتِمْ عَلَيْهِ أَوِ اجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ، فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ، وَلَوْ قَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْته أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ، ....

وزعم شارح تبعًا لصاحب «الذخائر» أن الشاشي حكى وجهًا: أن قوله: عندي ليس بإقرار، ثم أوله بتأويل فاسد، وإنما حكى الشاشي الوجهين في قوله: كان له عندي كذا فاعلم.

فرع: قوله: «له قبلي كذا» قال البغوي: للدين.

قال الرافعي: وبنسبه أن يقال: هو صالح للدين والعين جميعًا.

قلت: وبه صرح الماوردي، وسيأتي عن «الأم» ما يقتضي إثبات قولين فيه.

قال: (ولو قال: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ أَوْ زِنْهُ أَوْ خُذْهُ أَوِ اخْتِمْ عَلَيْهِ أَوِ اجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ) لأنه ليس بالتزام، وإنما يذكر غالبًا للاستهزاء، وفي (زِنْهُ) وما بعده وجه.

وقيل: اتزن لم يكن إقرارًا؛ لأنه ليس بالتزام بخلاف زن، ومن هذا الضرب شدة في هميانك أو خذ الألف.

كما قال المتولي: إذ وهي صحاح أو ميزها أو اتزانها، أو مسلمها أو انتقدها، وفيها الوجه الضعيف.

إشارة: الظاهر أنه لا فرق في هذه الأجوبة ونحوها بين أن يقول: لي عليك ألف على وجه الخير والدعوى، كما هي عبارة «الكتاب» والأصحاب، أو على وجه الاستفهام، وفي نسخه للمصنف بـ«المنهاج» موضع لهمزة الاستفهام مكشوطًا، وكأنه كتبها ثم كشطها موافقة لعبارة الأصحاب.

قال: (وَلَوْ قَالَ:) أي: مجيبًا.

(بَلَى أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ أَوْ قَضَيْته أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ فَهُوَ إِقْرَارٌ) أما في الثلاثة الأول؛ فلأنها ألفاظ موضوعه للتصديق والموافقة، قال الرافعي: وبمثله أجابوا فيه: بأن لعل الفرق مختلف فيه وفي أبرأتني منه وجه: أنه ليس بإقرار؛ لأن البراءة من الشيء لا تقتضي إثباته، كما قال: يقال عن

....

موسى ﷺ ﴿فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُوا۟﴾ [الأحزاب: ٦٩] إذ لم يكن منه ما نسبوه إليه، وأما قضيته فلما تقدم، وفي نسخ قضيته وجه.

تنبيهات وفروع: اعلم أن «بلى» لتحقيق ما يسأل عن نفيه، واشتهر في عرف بعض البلاد استعمالها في تحقيق الجواب، وإن كان إثباتًا؛ ولهذا قالوا هنا: إنها إقرار وفي جزمهم إشكال؛ لأن الرافعي عند الكلام على قوله: أليس لي عليك ألف درهم، قال: إن «بلى» تكذيب لما دخل عليه حرف الاستفهام، وجعل ذلك دليلًا للقائل هناك بعد اللزوم، وعلل الوجه الآخر بالعرف، وقياس ذلك أن يأتي هنا فيها إذا طرد عرف الوجهان منا، وهما اتباع اللغة أو العرف، وحيث لا عرف يقطع بعدم الإقرار، إلا إن يثبت في اللغة أنه يجاب بها للإثبات، ويقصد بها تقريره مرادفة لنعم ولا نعرفه.

وكلام الرافعي بنفيه، وفي بلادنا هذا لا يقتضي العرف ذلك، فإذا قال بها: «بلى» جوابًا عن إثبات، فينبغي ألا يكون إقرارًا، هكذا قاله بعض الشيوخ، وقال غيره: بلى ليست موضوعه لتصديق الإيجاب لا لغةً، ولا عرفًا، ولا يكون الجواب بها صحيحًا، فلا يكون إقرارًا، نعم جاءت في صحيح مسلم، وفي قوله ﷺ: «أنت الذي لقيتني بمكة؟، فقال له: بلى»(١).

قلت: وعرف بلاد العجم وبعض الشمال على ما شاهدناه استعمالها للإيجاب كنعم.

وفي «تجربة» الروياني: لو قال له الحاكم: عقب الدعوى ما نقول، فقال: نعم، قال أصحابنا: يكون إقرارًا لأن تقديره نعم، له على ما يدعيه.

قال: وهذا غلط؛ بل لا يكون إقرارًا حتى يقول الحاكم: ما تقول فيما يدعيه عليك، فيقول: نعم.

قلت: وفي هذا شيء سيأتي بيانه، وقوله: صدقت إقرار صريح، وسيأتي ما فيه.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٦٧).

وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ، فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ.

وقال الفهري: لو سأله القاضي، فقال: صدقت أو كما قال، أو أخذ، أو أي لعمري وهو محق، كان هذا إقرارًا .

قلت: وفي الأخير وقفة، وقد قال الشيخان وغيرهما لو قال: لا أنكر أن يكون محقًّا، فليس إقرارًا، ويجوز أن يريد في شيء آخر، فلو قال: فيما تدعيه، فهو إقرار، ولو قال: أي لعمري فهو تصديق ذكرها جماعة أيضًا.

و«أي»: في اللغة بمعنى: نعم في القسم خاصة، قال تعالى: ﴿إِي وَرَبِّيٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾ [يونس: ٥٣] وتقولها العامة بدون القسم، ويلحقون به هنا أسلمت.

وقال الرافعي: إنهم أجابوا في لعمري بأنه تصديق، ولعل العرف يختلف فيه، ولم يدله هو وجماعة، أي: قبلها، فلعل هذا في بلادهم، وأما ببلادنا فيجب القطع بأنه ليس بإقرار؛ لأن العرف لا يقتضيه، وأكثر أهل زماننا لا يعرفون معناه، وكذا «أجل» أكثرهم لا يعرف معناها، فالوجه عدم المؤاخذة بإطلاقها، بل يجب استفسار مطلقهما، وقوله: أبرأتني منه، إقرار على الصحيح كما سبق لا أبرأتني فقط.

وكذا قوله للحاكم: قد أقر أنه أبرأني، أو أنه قد استوفى مني الألف، قاله القفال في «الفتاوى»، ومثله: أنت أقررت بأنك أبرأتني، أو أنك استوفيت مني، وقوله: إذ أنا مقر به، فهو إقرار.

قال الرافعي في «شرحه الصغير»: عليه أن يقال في موضع هذا ما إذا قال: أنا مقر لك به، وإلا فيحتمل أن يريد الإقرار به لغيره، وسيأتي كلام «الشرح» لو ادعى ألفًا، فقال: قضيته فمقر به، ولو قال: قضيته منه مائة، فمقر بمائة، لا على غير الأظهر أو الأصح.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ) أي: ولم يقل به.

(أَوْ أَنَا أُقِرُّ بِهِ فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ) قال الرافعي في الأولى: بجواز أن يريد بالإقرار ببطلان دعواه أو بأن الله واحد.

قال: وهذا يدل على أن الحكم بقوله: أنا مقر فيما إذا خاطبه، وقال: أنا

……

مقر لك به، وإلا فيجوز أن يريد غيره، انتهى.

وفي «الحاوي» و«البحر» أن أصح الوجهين: أن قوله: أنا مقر إقرار؛ لأنه إذا كان جوابًا عن الدعوى انصرف إليها، وكان أبلغ جوابًا من نعم، انتهى.

وجزم في «البحر»: بأنه لو قال: لا أنكره، أو لا أنكر ما يدعيه، أو أنا مقر بما يدعيه، كان إقرارًا، انتهى.

وفي الصورة الأولى: نظر ظاهر، وأما في قوله: أنا أقر به، فظاهره الوعد بالإقرار به، وكذا قوله: أنا أقر لك، أو أنا مقر لك، أو لا أنكر، قاله في «البحر»؛ لأنه يحتمل لا أنكر قدرة الله تعالى.

قال في «الكافي»: ولو قال: أنا لا أنكر أنك محق، أو قال: أنا أقر أنك محق، فليس بإقرار لاحتمال أنه إذا أراد أنك محق في اعتقادك.

واعلم أنهما صورا المسألة في «الشرح» و«الروضة» بأن أقر لك به، ونسب الإمام فيها إلى الأكثرين: أنه إقرار.

وقال الغزالي في «البسيط»: إذا قال: لي عليك ألف، فقال: أنا أقر لك، قال القاضي: ليس بإقرار؛ لأنه صيغة الوعد، وهو صريح في الوعد، والوعد بالإقرار ليس إقرارًا، ومعناه سأقر به، وخالف الأصحاب في هذا، وقالوا هو إقرار، ولا يحمل على الوعد، إذ قرينة الدعوى تدل عليه، ولو وعد الإقرار أيضًا، فهو إقرار في الحال؛ ولهذا قال معظم الأصحاب: الوكالة بالإقرار إقرار في الحال، انتهى.

قال الرافعي والمصنف: وفيما نقله الإمام نظر؛ لأن العراقيين والقاضيين الحسين والروياني قطعوا بأنه ليس بإقرار، ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادرًا، وأيده الرافعي بأنهم اتفقوا على أنه لو قال: لا أنكر ما تدعيه، كان إقرارًا، ولم يحملوه على الوعد بالإقرار، انتهى.

وما أطلقوه من كونه مقرًا بقوله: لا أنكر ما تدعيه، أو لست منكرًا فيه نظر؛ لأن بين الإنكار والإقرار واسطة وهي السكوت.

وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا فَقَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ.

وقد قالوا: لو قال: لا أقر ولا أنكر، كان كسكوته، فيجعل منكرًا، وكان عذرهم هذا أن الاقتصار على قوله لا أنكر يقتضي الإقرار، أو الغرم وهو ممنوع؛ لأنه قد يشك فيمهل حتى ينظر، نعم هو ظاهر في ذلك، ولكنا لا نكتفي في الإقرار بالظهور، بل يشترط التعيين، وفي «شرح الكفاية» للقميري أنه لو قال: لا أنكر ولا أريد على هذا، ففيه جوابان أحدهما: أنه مقر؛ لأنه إذا لم ينكر فهو مقر، والثاني: أنه غير مجيب، ويطالب بالجواب.

فائدة: ذكرها الرافعي على وجه المباحثة: اللفظ وإن كان صريحًا في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها الأداء والإبراء، وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار، فشبهه أن يحمل قول الصحاب إن صدقت، وما في معناها إقرار على غير هذه الحالة، فأما إذا اجتمعت القرائن، فلا يكون إقرارًا، أو يقال فيها خلاف لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال لي: عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء: لك عليَّ ألف، فإن المتولي حكى وجهين، انتهى.

قيل: والأقوى اتباع القرائن، وقد تذكر لفظًا لو تجرد لم يكن إقرارًا، ويضم إليه قرائن كما يقع عند الحكام كثيرًا، يسأل القاضي المدعى عليه عن جواب الدعوى، فيقول عندي فهو اللفظ لو تجرد لاحتمل عندي شيء آخر له أو لقرينة، ولكن قرينة الجواب تصرفه إلى المدعى به، والظاهر نظرًا لا نقلًا أنه إقرار، انتهى.

وفيه نظر وقد تدل القرينة على التكذيب، وسيأتي شيء من هذا، وأما قول المدعى عليه: الدين عندي أوله عندي، فقد جرى به عرف العامة في جواب تصديق المدعي، ولا يفرقون بين عليَّ وله عندي ما ادعاه، فيظهر القول أنه معترف بالدين المدعى العرف المطرد به.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا فَقَالَ بَلَى أَوْ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ، وَفِي نَعَمْ وَجْهٌ)**.

قلت: وهو الجواب في «التهذيب» و«الكافي» كما هو مقتضاه في اللغة،

وَلَوْ قَالَ: اقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْك فَقَالَ: نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غَدًا أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْمًا أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ.

ولعله أرجح، وقد جرت عادة كثير من الناس إذا استخبر على شيء أن يقول مجيبًا: نعم، مستفهمًا بها يريد ما الذي يقوله.

واختار العماد بن يونس الكبير في محيطه «الفرق بين العارف بالعربية وغيره»، ولو قال: هل لي عليك ألف، فقال: نعم، فإقرار جزم به في «الكافي» و«التهذيب» قال تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤].

قال: (**وَلَوْ قَالَ: اقْضِ الْأَلْفَ الَّذِي لِي عَلَيْك فَقَالَ: نَعَمْ أَوْ أَقْضِي غَدًا أَوْ أَمْهِلْنِي يَوْمًا أَوْ حَتَّى أَقْعُدَ أَوْ أَفْتَحَ الْكِيسَ أَوْ أَجِدَ [المفتاح] فَإِقْرَارٌ فِي الْأَصَحِّ**) أما قوله: نعم، فظاهر، وبه جزم البغوي وغيره، ولا وجه للتردد فيه؛ وكهذا عبارة «الروضة» قوله: نعم إقرار على المذهب، وتردد فيه بعضهم.

وقال أبو سعيد الهروي في «الإشراف»، وشريح الروياني في «روضته»: لو قال: أعطني الألف التي عليك، فقال: نعم فليس بإقرار.

وعند أبي حنيفة، وأبي الطيب يعني: سهل الصعلوكي: هو إقرار كما لو قيل لزيد: عليك ألف، فقال: نعم، دليلنا إن نعم يحتمل أن ترجع إلى نفس الإعطاء، لا إلى الوجوب؛ لأنه يقول: أعطيك، وليس بواجب عليَّ، يدل عليه أنه لو أعطاه لم يتضمن الإعطاء الإيجاب؛ فكذلك وعد الإعطاء، انتهى. وهذا منهما يقتضي أن المذهب أنه ليس بإقرار.

وقال شريح: وعلى هذا الخلاف لو قال: أسرج دابتي، فقال: نعم.

وفي «التهذيب»: أنه لو قال: أعطني عبدي هذا، أو قال: استر عبدي هذا، فقال: نعم كان إقرارًا بعبد للقائل، وأما ما بعد نعم ففي «الروضة»، وأصلها أنه إذا قال: أعطني هذا أو ابعث من يأخذ، أو أمهلني حتى أصرف الدراهم، أو أفتح الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ أو لا أخذ اليوم، أو لا يوم المطالبة، أو ما أكثر التقاضي، أو والله لأقضينك، فجميع هذه العبارات إقرار

....

عند أبي حنيفة، وأما أصحابنا فيختلفون في ذلك، والميل إلى موافقته في أكثر الصور، انتهى.

وذكر في «التهذيب»: أن ذلك إقرار عند أبي حنيفة، وهو محتمل عندنا، كقوله: نعم. وقال في «الكافي» لو قال: أدِّ حقي، أو أعطني ديني، فقال: نعم، أو أقعد حتى يجيء الغلام، أو أمهلني، أو لآخر اليوم، أو يكثر التقاضي عليَّ ألا يكون إقرارًا، وعند أبي حنيفة يكون إقرارًا.

وقال الهروي في «الإشراف»: له غدًا أقضي حقك، فليس بإقرار؛ لأنه يحتمل أمورًا لو أجابه بلقد عممتني، ما أكثر ما يتقاضى بها، والله لأقضينك لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة، والشيخ سهل.

وكذا ذكر شريح الروياني نقلًا وتوجيهًا وترجيحًا، وهو الأصح المختار؛ لأن الإقرار عندنا يبنى على اليقين، ولا تعين.

وأن قوله: ابعث من يأخذه، فقريب من خذه، والاستهزاء متطرق إليها جميعًا، وكذا قوله: حتى أضرب الدراهم، أو أفتح الكيس أو الصندوق، وأشباهها المحتملة، ويقوى صرفها إلى الهزل، وعند قرينة يشعر به، ولا سيما من ظاهر حاله الفقر، وعدم الصندوق والغلام وأشباه ذلك، بل الظاهر أن ذلك من ظاهر الفقر بمجرده استهزاء، أو كذا كونه ببلد لا تصرف به الدراهم، وأما قوله: لا تدم المطالبة، وما أكثر ما يتقاضى، فبعيد جدًّا، جعله بمجرده إقرار عندنا.

وفي «البحر»: لو قال: اقض الألف التي لي عليك، فقال: انتظرني أو أرفق بي، أو اقعد، وسؤلك إليَّ، أو سهل الله تعالى ذلك، أو انظر في حسابي، فليس بإقرار لاحتماله.

وفيه أنه لو قال: استر عبدي هذا، فقال: لا أفعل فليس بإقرار، خلافًا لأبي حنيفة، ولو قال: نعم أدِّ كم الثمن كان إقرارًا، وأنه لو قال: أقرضتك مائة، فقال: ما أقرضت من أحد سواك لم يكن إقرارًا، ولو قال في جوابه: ثبت أو ليتني ما فعلت، أو هي نوته كان إقرارًا.

....

قلت: الوجه في الأولى المنع، وهو المختار الأقوى في الثالثة، وفي الثانية، وهو شرح الكفاية للصيمري: أنه لو قال: أقرضتك، فقال: والله لا أقرضت غيره كان إقرارًا؛ وكذا لو قال: كم يمن عليَّ، ويحتمل أنه لو قال: أقرضتك كذا، فرده عليَّ، فقال: إذا وسع الله عليَّ، أو جاءت الغلة، فهو إقرار.

قلت: والهزل متطرق إلى الثانية، إن لم يكن بمن له عليه، والثاني: أنه لو قال: أستخير الله تعالى، أو حسبنا الله تعالى ونحوهما، فليس بإقرار.

وفي «روضة» شريح: أنه لو ادعى عليه ألف، فقال: أخذت منها شيئًا، فوجهان أحدهما: أنه إقرار، والثاني: لا يكون إقرارًا؛ لأنه قد يأخذ مما يدعيه شيئًا ليس له، ولو ادعى عليه دراهم، فقال: كم وزنها، أو متى يحل أجلها لم يكن إقرارًا، وأنه لو طالبه بكم حنطة، فقال: أرسل من يكتاله، أو وكِّل من يقبضه فوجهان، وأنه لو قال: ليس عندي اليوم، فقد قيل فيه وجهان، وأنه لو قال: عليَّ لزيد ألف درهم في علم فلان، أو بعلمه، أو بقوله، أو في قوله، وفي حسابه أو بحسابه لم يكن إقرارًا.

وحكى أحد الوجهين في قوله: بعلمه، ولو قال: لي عليك عشرة، فقال: لك أكثر مما ادعيت، لم يكن إقرارًا؛ لاحتمال أن يزيد من الحرمة، انتهى.

وفي «التتمة»: لو قال لي: عليك ألف، فقال في الجواب غيره، دانق الذهب أنه ليس بإقرار؛ لأن نفي الشيء لا يدل على ثبوت غيره.

فرع: قال: كان عليَّ ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له، فهو إقرار في الحال أم لا؟ وجهان.

قال في «الروضة»: ينبغي أن يكون أصحهما الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني، انتهى.

وذكر المتولي أنه المشهور، وقال في «البحر»: الظاهر أنه إقرار.

وفي «التجربة»: أنه لو قال: كان له عليَّ ألف، كان إقرارًا؛ لأنه أخبر عن واجب كان عليه، فلا يبدأ بدعواه، قال: وغلط من قال غيره.

……………………………………………………………………

قلت: واختلف كلام «الروضة»، ففي «الدعاوى» في زيادة له، وأنه لو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فالأصح وبه قطع ابن الصباغ أنه يؤاخذ به، ولو قال: كان بيدك أمس لم يؤاخذ به في الأصح.

وكلام الرافعي يقتضي أنه يؤاخذ بهما جميعًا، لكنه في أول الباب قال: لو قال: كان له عليَّ ألف قضية نقل، وفيه خلاف، وذكر هنا أنه لو قال: هذه الدار أسكنت فيها فلانًا، ثم أخرجته منها، قيل إقرار باليد.

وعن أبي علي الزجاجي: أنه ليس بإقرار، وصحح المصنف: أنه إقرار يحتاج أن يفرق بين هذه وصوره أول الفرع، والظاهر أن قوله: كان له عليَّ ألف، أنه إقرار كما صوره الروياني، وأما الثانية: فهي مثلها إذا كانت الصيغة هذه الدار.

قيل: وأما الصيغة المذكورة ففيها نظر؛ لأن قوله: داري مع الإقرار لا يجتمعان كقوله: داري لزيد.

والذي رواه الجوري عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال: دفعت هذا الثوب إلى فلان الخياط، ثم أعطيته كراه، وأخذ به، أو أسكنت فلانًا هذه الدار، ثم حولته أن القول قول الخياط والساكن المنتقل إذا ادعينا الملك، وإن قال: أخرجته من داري، وأخذت من الخياط ثوبي، فالقول قول المقر؛ لأنه أضاف الشيء إلى نفسه، وهذا يقتضي المنازعة في تصوير الرافعي، وزيادة الإشكال على المصنف حيث وافق الرافعي على التصوير والحكم المخالف لمسألة كانت عنده، لكن هكذا صور المسألة العبادي، والهروي، وشريح الروياني: في هذه داري أسكنت فيها فلانًا، ونقلوا عن سهل الصعلوكي: أنه لا يصدق؛ لأنه أقر له باليد.

وعن الزجاجي: أنه يصدق؛ لأنه أقر لغيره بيد من جهته، كما لو قال: هذا العبد لي بعته منك، ولم استوف ثمنه، يقبل قوله ولا يؤمن بتسليم العبد ما لم يوفر عليه الثمن، ويفارق ما لو قال: أخرت منه ألفًا كانت لي قرضًا عنده، يؤمر بردها عليه؛ لأنه أقر بأخذه من ملكه، انتهى.

....

وعندي: أن هذا أصح، وأن هذه غير مسألة الجوري، وأنها ليست كقوله: داري لزيد؛ لأنه غير منتظم، وهذا منتظم.

ثم رأيت شريح قال: تعين ما سبق، بقائمة أنه لو قال: أسكنت فلانًا في بيتي، ثم أخرجته منه، فادعى الساكن أنه له، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأنه أقر أنه أخذه منه وأخرجه منه، وكذا لو قال: دفعت ثوبي إليه ليخيطه، وقد أخاطه وأخذته منه.

وحكى جدي عن بعض أصحابنا وجهان: أن القول قول المقر؛ لأنه أضافه إلى نفسه، انتهى.

وظاهره يخالف الأول للإضافة إلى الموضعين، خلاف عبارة الجوري، وهذا إنما يجيء من عدم تحرير العبارات.

فرع: لو كتب لزيد على ألف درهم، ثم قال للشهود: اشهدوا عليَّ مما فيه، وكتب على الأرض، ذكره في «البيان»، و«زوائد الروضة»، وهو موافق لما نقلاه في «الأقضية» عن رواية الصيمري على مذهب الشافعي وغيره.

ومخالف لما صححه الغزالي هناك: أنه يكفي في الإقرار دون القاضي.

ورأى الرافعي تنزيل الخلاف على الشهادة، بأنه أقر بمضمون الإعالة، والقطع بالشهادة بالإقرار منها، ورد ابن الرفعة عليه، وبين أن الأصح ما نقله الصيمري وغيره، وقد أوضحت المسألة أكمل إيضاح في «الغنية» هنا، وذكرت فيها ما ينبغي الوقوف عليه، وإنما تركته لطوله، والله أعلم.

فرع: يصح الإقرار بجميع اللغات، إذا عرف المقر معنى الكلام.

قيل: الإقرار سواء كان من أهل ذلك اللسان أم لا، فلو أقر الأعجمي بالعربية بشيء، ثم قال: لم أعلم معناه بالعربية، صدق بيمينه، وكذا لو أقر العربي بالعجمية بشيء، ثم قال: إنه لم يعرف معناه، صدق بيمينه، إذا كان ممن يجوز أن يحتمله، وهكذا الحكم في جميع العقود والحلول، أي: إلا أن يكون للمدعي بينة أنه يعرف ذلك اللسان، قاله العمراني.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقِرِّ، ....

فرع: في «روضة» شريح لو قال لفلان: علينا ألف درهم، وأشار بيده إلى نفسه، وإلى رجلين فوجهان، أحدهما: يلزمه الألف ولا تنفعه الإشارة، وأظهرهما: يلزمه ثلث الألف، ولو قال لرجل: لكم عليَّ ألف، وقال: أردت به لك ولفلان، وكانا غائبين، فقال المخاطب: كل الألف لي، قال جدي: القول قول المقر بيمينه فيما أراد، وعندي أن الجميع للمخاطب، فقد يخاطب الواحد بخطاب الجماعة، ولو قال لفلان عليَّ وعلى فلان، وسماها ألف درهم لم يلزمه إلا قضية، أي: قطعًا.

قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ فِي الْمُقَرِّ بِهِ أَنْ لَا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمُقِرِّ**) لأن الإقرار ليس بإزالة ملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكًا للمقر له، فلا بدَّ من تقديم المخبر به على الخبر، فلو كان المقر كاذبًا لم يحل للمقر له باطنًا، وإن وجدنا المقر بإقراره ظاهرًا، ولو شهدوا أن زيدًا أقر لعمرو بكذا، وأن المقر به كان ملكًا لزيد إلى حين الإقرار بطلت الشهادة، ذكره العبادي عن النص، وجرى عليه الأصحاب، وعبارة شريح الروياني، ولو شهد بأنه أقر بهذه الدار لفلان، وكانت ملكه يوم أقر.

قال الأستاذ أبو إسحاق: هذا الإقرار غير صحيح.

قال العبادي: ورأيته منصوصًا للشافعي، انتهى.

وعن ابن عبد السلام: أنه ينبغي أن يختص البطلان بشهادتهم بالاستمرار إلى الإقرار دون إثبات الملك دون الإقرار، فإنه يخرج على الخلاف في نقض الشهادة، انتهى.

وهذا أحسن إن شرع الشهود بالأداء كذلك، دون ما إذا التمس الأداء منهم على هذا الوجه، فتأمله.

فائدة: قيل: حد المقر به كل ما جازت المطالبة به، وقيل: كل ما جاز الانتفاع به، وصححه الماوردي.

فَلَوْ قَالَ دَارِي أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو فَهُوَ لَغْوٌ.

وَلَوْ قَالَ هَذَا لِفُلَانٍ، وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْت بِهِ فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ، وَآخِرُهُ لَغْوٌ،

قال: (**فَلَوْ قَالَ دَارِي أَوْ ثَوْبِي أَوْ دَيْنِي**: **دَارِي أَوْ ثَوْبِي الَّذِي عَلَى زَيْدٍ لِعَمْرٍو فَهُوَ لَغْوٌ**) لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له، فينافي إقراره لغيره.

قال: (**وَلَوْ قَالَ هَذَا لِفُلَانٍ، وَكَانَ مِلْكِي إِلَى أَنْ أَقْرَرْت بِهِ فَأَوَّلُ كَلَامِهِ إِقْرَارٌ، وَآخِرُهُ لَغْوٌ**) قال الغزالي: ولم يحمل للشافعي في الدار على أن المراد بالإضافة السكنى، وإن كان له اتجاه قبل حمله على ذلك فمجاز، والأصل الحقيقة.

نعم، قال البغوي في «الفتاوى»: لو قال أردت الإقرار، قيل: لأنه يريد بذلك إضافة السكنى.

قلت: فينبغي أن يقال سيفسر المطلق، وتعهد بقوله بخلاف ما لو قال: داري التي هي ملكي لزيد؛ للتناقض الصريح، ومثله هذه الدار لفلان متصلًا بالكلام الأول، فإقرار مقبول صرح به الإمام وغيره؛ لعدم التناقض، وهو إقرار بعد إنكار.

فرع: قال الشيخ أبو علي: من أقر على نفسه شيء، وأمكن صدقه فيه بوجه من الوجوه، قبل إقراره، فمتى أقر زيد بأن الدين الذي على فلان هو لفلان، ثبت إقراره كما لو أقر بعين في يده، ويكون للمقر له في الحكم، وهذا إذا لم يكن يعلم حقيقة أنه للمقر، فإن تحققنا بطل إقراره لا مالك له، فلا يزول ملكه بالكذب، وكذا لو قال: هذا الشيء له، وعلمنا أنه كاذب لا يقبل قوله مثل أن يكون له عبد يعرف رقه، فيعتقه ثم يقر هو أو غيره له في ذلك المجلس بمال لم يصح بخلاف ما إذا احتمل صدقه، انتهى.

فإذا قال: الدين الذي على زيد لعمرو، واسمي في الكتاب، عارضه صح لاحتمال الوكالة وغيرها، هكذا أورداه في «الروضة» وأصلها، ولم يذكر الشيخ، ولا صاحب «التهذيب» و«الكافي» واسمي في الكتاب عارية، فعلمنا أنه ليس له شرط، ولا شك في هذا فيما لا مناقضة فيه بين إقراره، وما في الكتاب.

قيل: أما لو ناقضها بأن كان في الكتاب، بأنه اشترى لنفسه مثلًا، ففيه

……

صور أحدها: أن تكون البينة قد شهدت بأن الشراء لنفسه، ولا يسمع إقراره بعد ذلك أن الشراء لغيره.

قال: ولم أره منقولًا، ولكن سمعته من ابن الرفعة عن مشايخنا الثلاثة: أن تكون البينة قد شهدت على إقراره بالشراء لنفسه، فبقي من بعد أن الشراء في هذا المكتوب لزيد، من غير أن يقول اشتريته لنفسي هاهنا، ينبغي أن يسمع لعدم التناقض.

الثالثة: إذا قال: هذا الذي اشتريته لنفسي لزيد، فهذا متناقض، فينبغي بطلانه؛ لقوله: داري لزيد.

وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو قال: الدار التي اشتريتها لنفسي لفلان، فلا يكون إقرارًا إلا أن يريده، وهو كما قاله في قوله: داري لزيد؛ لأنه يريد هناك بالإضافة السكنى، وقد يقال: لا يتناقض هناك، وهنا بتناقض صريح، إلا أن يريد أن الدار التي اشتريتها لنفسي في الماضي لأن لزيد، فيصح بجواز الانتقال، فلا يكون مما نحن فيه، وحينئذ ينبغي أن يقال في مسألة فتاوى البغوي: أنه إقرار عند الإطلاق، ويكون معناه الإقرار بها؛ لأن كلامه إنما هو في إقراره بالشراء المتقدم، انتهى.

فرع: لو قال لك: سكني هذه الدار.

قال الماوردي: فهو إقرار لازم بملك السكنى عن إجارة في الظاهر، فإن ادعاها، وطلب الأجرة لزم المقر له دفع الأجرة، إن قبل الإقرار، وإن رده عليه فلا أجرة عليه، ولا سكنى له، وينقدح أن يجيء في لزوم الأجرة له خلاف إذا قال المقر له: بل إنما ذلك لي عن وصية أو وقف ونحو ذلك؛ لأن المقر أطلق أن له سكناها، ثم ادّعى إجارة الأصل عدمها، فتأمله.

ثم رأيت الشَّافِعِي قال في «الأم»: لو قال له: فيها سكنى أو له بما شاء من السكنى، وإلى أي مدة شاء يومًا أو أقل أو أكثر، ثم قال: وإن قال: لك سكنى إجارة، وذكر مسألة الماوردي، فتأمل ذلك وتدبره، ولو قال أبوه لزيد على أبي

وَلْيَكُنْ الْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ.

فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ، فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ.

ألف درهم، ثم مات الآن أخذ الإذن بموجب إقراره كما لو أقر بعين في يد أبيه، قاله القفال.

قال: (**وَلْيَكُنْ الْمُقَرُّ بِهِ**) أي: من الأعيان في يد المقر، أي: حسبًا أو حكمًا.

(**فِي يَدِ الْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِالْإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ**) **لأنه إذا لم يكن كذلك كان دعوى أو شهادة.**

(**فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ عُمِلَ بِمُقْتَضَى الْإِقْرَارِ**) أي: لوجود شرط العمل به، فإذا أقر به ملك زيد، أو في إجارته أو إرثها منه، التزمنا بتسليمه إليك في الملك والإجارة، وتبعه في الدين الرهينة، ولينظر فيما لو أقر بأنه يستحق منافع العقار إلى مدة معينة .

تنبيه: بأن ما ذكرناه أن من شرط إعمال الإقرار بيده، ولا خفاء من شرط إعمال إقرار اليد في الحال، ألا تكون يده كائنة عن قسم، أو غيره أو جهة وقف هو ناظره، فإذا علم ذلك لم يصح إقراره.

قال ابن الصلاح: وإذا قسم ذلك بعد إقراره على أرباب الوقف لم يعرف قطعًا، ولا يخرج على قولي الغرم بالحيلولة؛ لأن اليد ليست له، كما لو أقر بأن ما في يد زيد لعمرو، انتهى.

ولا خفاء أنه لو كان له نصيب من الوقف، أنه ينتزع نصيبه للمقر له بشرطه.

تنبيه آخر: قال صاحب «البيان» في مسائله المنثورة: لو وهب لولده عينًا، ثم أقبضه إياها، ثم أقر بها لآخر قيل: إقراره ولو أقر البائع بالمبيع في زمن الخيار لآخر، وصدقه صح ولم أره لغيره، ويشبه أن صورة البيع مفرعة على أحد أقوال الملك، وإن صورة الهبة مفرعة على أن تصرفه رجوع، والأصح خلافه.

قال: (**فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ**) أي: مؤاخذة بإقراره السابق، ويرفع يده عنه، وصح الشراء تصديقًا للبائع، وإن أعتقه

ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ: هُوَ حُرُّ الْأَصْلِ فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ.

المشتري حريته، استفاد له كما لو خالع زوج شهد بطلاقها، وأعدم له، وكما لو اشترى مسلم مسلمًا من مشرك صح إشهادًا له.

قال: (**ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ: هُوَ حُرُّ الْأَصْلِ فَشِرَاؤُهُ افْتِدَاءٌ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ فَافْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ**) أي: من جهة المشتري، أما من جهة البائع، فعلى الخلاف الآتي، وإن قال: أعتقته، أي: البائع وسرقه ظلمًا، وفي نسخ: أعتقته كالمحرر على الخطاب، والمعنى واحد، قاصدًا من جهته؛ لتعذر شراء الحرية عليه.

(**وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) نظر إلى اعتقاده، وعلم أن الذي أورده الجمهور أنه بيع من البائع لا محالة.

وفي المشتري وجهان: أحدهما: أنه شراء، وأصحهما: افتداء، عملًا باعتقاده وقوله، ونقل الإمام ومن تبعه ثلاثة أوجه:

الأول: التفصيل، والثاني: بيع منهما، والثالث: فداء منهما، أي: يخرج على كل منهما حكم الفداء تغليبًا لجانب المشتري، ورفضه الرَّافِعِي، وقال المعتمد فيما رواه الأكثرون فلهذا غير المصنف بالمذهب.

قال: (**فَيَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ**) أي: خيار المجلس والشرك.

(**لِلْبَائِعِ فَقَطْ**) بناءً على أنه بيع من جانبه، وأما المشتري قال: جعلناه شراء في حقه، فله الخيار أو فداء فلا.

وقال الإمام: لا خيار له بالاتفاق، إذ لا ملك له، فإنه يحكم بحريته عليه بمجرد الشراء.

قال: وإذا لم يثبت له، ففي ثبوته للبائع وجهان.

قال: ولا يبعد أن يثبت له خيار الشرط؛ لأنه تقبل الثبوت من جانب فقط.

وللمسألة تفاريع كثيرة:

منها: حيث ثبت الخيار للبائع لا يحكم بالعتق حتى ينقضي الخيار، ولو

انقضى الخيار ولم يوفر الثمن، فظاهر كلام المتولي: أنه لا يعتق ما لم يوفه أو يسلم العبد، وحيث لا يثبت الخيار، فظاهر كلام بعضهم أن العتق يحصل بتمام العقد، ولا يتوقف على قبض الثمن، وينبغي أن يقال: يتوقف عليه، وعلى تسليم العبد.

ومنها: لو استأجره مالًا تبعًا للبغوي وغيره، لم يحل له استخدامه ولا الانتفاع به، وللمكري مطالبته بالأجرة.

قال ابن الرفعة: في صحة الإجارة نظر؛ لأنها لا تتضمن الفداء المطلق واجب بأن يصححها لمطالبة المكري بالأجرة دون حل الانتفاع للمكتري لا بائع منه، وهو الصواب، وكأن المراد إلزامه بالأجرة مؤاخذة له، لأن العقد صحيح.

منها: لو أقر بحرية أمة ثم قبل نكاحها ممن هي بيده يدعي رقها.

قالا تبعًا «للتهذيب» وغيره: لم يحل له وطؤها، وطولب بمهرها، زاد الماوردي: ويحل له نكاحها، وأن يأمن العتق، ويجوز بحرة.

وقيل: في تصحيحه نظر لأنه لا يستصعب الحل وليس فيه امتداد المهر غير مفصول في النكاح بخلاف الأجرة في الإجارة.

قلت: ولعل الماوردي أراد ما إذا نكحها منه بإذنها، ولا ولي لها سواه، فيصح؛ لأنها إن كانت حرة فواضح أو رقيقة في الظاهر؛ فالزوج يعتقد حريتها، ويتضح هذا إذا كانت هي تدعي أنه أعتقها ويسترقها ظلمًا.

وفي «الروضة» إثر كلام الرافعي، وينبغي أن يقال: إن أقر بأن الذي هي بيده أعتقها، ولم يكن لها عصبة صح تزويجه؛ لأنه إما مالك أو مولى حرة، انتهى.

وينبغي ألا يصح إلا أن يكون ممن يباح له نكاح الأمة؛ لأن أولاده يسترقون كأمهم، وأيضًا فإنما يقدح ما ذكره إذا كان تزويجها بإذنها لا حرًّا، ولا سيما إذا كانت تدعي الإعتاق أو الحرية، فيكون النكاح باطلًا بوفاق الزوجين.

فصل

وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ فَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ شَيْءٌ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ، وَإِنْ قَلَّ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ، وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ.

فصل

قال: **(وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ)** أي: للحاجة إلى حفظ الحقوق.

ونقل القاضي أبو الطيب اتفاق العلماء على صحته، والشيء يخبر عنه تارةً مجملًا وتارةً مفصلًا، بخلاف الأنساب، فإنها لا تحمل ذلك احتياطًا لابتداء الثبوت، وتجردًا عن العدد.

قال: **(فَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ شَيْءٌ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ، وَإِنْ قَلَّ)** أي: كفلس وكسوة وتمرة، حيث يكون لها قيمة، قيل: وضابط كل ما يتمول ما يسد مسدًا، أو وقع موقعًا يحصل به حلت يقع، أو دفع ضرر، وفي هذا نظر.

قال: **(وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لَا يُتَمَوَّلُ لَكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ)** أي: وسمسمة أو باذنجانة.

(أَوْ بِمَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ، وَسِرْجِينٍ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ) أي: فظاهر النص؛ لأنه شيء وهو حرام الأخذ وأجب الرد، والثاني: لا يقبل، أما الوجه الثاني: فإنه ليس بمال، وظاهر الإقرار المال، وأما الأول: فإنه لا قيمة، فلا يصح التزامه بكلمة: عليَّ؛ ولهذا لا تصح الدعوى به.

قال الإمام: وهذه هفوة؛ إذ ما يحرم أخذه ويحدده لا يمنع طلبه، ويخرج من «التتمة» وجه فارق بين قوله: «عليَّ»، وبين قوله: «عندي»، فيقبل بالحبة ونحوها في قوله: «عندي» لا في قوله: «عليَّ».

تنبيهات: التمرة والزبيبة حيث لا قيمة لها على الوجهين نفس زمانه لم يقبل، ولو فسره بجوزة، قيل: لأن المفسر لا يتمول في العادة، بل يرمي به، ويخالف هذا لدلالته التمول فيقبل؛ إذ فسره بكثير منه، انتهى.

وزعم شارح من العراقيين: أنه لو فسر قوله: له عليَّ شيء مما لا يتمول،

وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ، وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ، ....

كقشر الجوز واللوز والباذنجان لم يقبل، انتهى.

وعبارة ابن الرفعة، وغيره كقشرة الفستقة، وقشرة الجوز، وقمع الباذنجانة ونحوه.

قال: وحكى الإمام في الحبة من الحنطة والسمسم، وقمع الباذنجان وجهين: أن ظاهر النص القبول، وهو ما صححه الرافعي في «التهذيب» أنه المذهب؛ لأنه شيء يحرم أخذه، ويجب رده، وتسمع الدعوى به، انتهى.

قوله: «ككلب معلم» يقتضي أنه لا يقبل غيره، وقد قال هو وغيره: إن الكلب الكبير القابل للتعليم كالمعلم، وكذا الجرو الصغير إذ جوزنا إمساكه كذلك، وهو الأصح، ولو قال: موضع معلم يعني لدخل الكلب الدور والماشية والزرع، لكن هل يقبل التفسير به لكل أحد، أو لمن له اقتناؤه لذلك؟ فيه نظر!

وذكر أن صور الوجهين جلد الميتة القابل للدباغ، والخمر المحترمة، واستشكل الإمام قبوله، وقال: من أظهر خمرة، وزعم أنها محترمة.

ذهب طوائف من المحققين: أنها تراق، ولا يقبل قوله: أنها محترمة، انتهى.

وهذا منه شيء على انقسام الخمرة إلى محترمة وغيرها، والمذهب الذي عليه العراقيون خلافه، وأنه يجب إراقة الخمرة مطلقًا.

وأحسن البغوي: فأطلق أن المذهب أنه لا يقبل تفسيره بالخمر، وهو الحق.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَا يُقْتَنَى كَخِنْزِيرٍ، وَكَلْبٍ لَا نَفْعَ فِيهِ**) أي: حالًا ومالًا، ولا خمرة غيره محترمة، وما أشبه ذلك؛ إذ ليس فيها حق ولا اختصاص، ولا يلزم ردها.

وقيل: يقبل، وعزي إلى ظاهر النص: فيراق الخمر، ويقبل الخنزير.

قلت: ويحتمل أن يقبل في الخمر للذمي، وقد قالوا: إذا غصب منه، ولم يتظاهر بها بحيث ردها إليه فقياسه صحة التفسير بها له خاصة، وكذا في الخنزير للنظر إليه، وهذا كله ونحوه إذا أقر بصيغة «عليَّ»، فإن قال له: في ذمتي شيء، ثم فسره بكلب أو خنزير أو حبة حنطة، فلا خلاف في عدم قبوله؛ لأنها لا تثبت

وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ.

وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ،

في الذمة، وعندي في حبة الحنطة توقف، ولا يبعد أن يقال في الكلب إن كان المقر ممن يرى بيعه كالشاة إن يقبل منه، ولا سيما إذا كان المقر له كذلك.

قال: (وَلَا بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلَامٍ) أي: ونحوهما؛ لبعده عن الفهم في موضع الإقرار. وصرَّح شُرَيْح بنقل وجهين بلا ترجيح.

قال الْبَغَوِي: ولو قال: له عليَّ حق قبل التفسير بهما.

وقال القاضي الحسين: الظاهر أنه لا يقبل.

وأورده الرافعي، كلام البغوي، ثم قال: وظني أن الفرق بينهما عسير، وكيف لا والحق أخص من الشيء، فيبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به تفسير الأعم، كما ذكره، وعورض فيما قاله معارضة حسية أوردها في «الغنية»، والمختار قاله البغوي، والأحاديث والعرف يؤيده.

فرع: يقبل تفسيره في قوله: عليَّ شيء بالشفعة، وكذا بحد القذف والقصاص والوديعة على الصحيح.

فرع: لو قال: غصبت منه شيئًا، ثم فسره بخمر أو خنزير نص في «الأم» على القبول، وعلله الرافعي بأن الغصب لا يقتضي إلا الأخذ قهرًا، وليس في لفظه ما يشعر بإلزام حق، بخلاف قوله: عليَّ، وهو رضي، فإنك فسرت الغصب بأنه الاستيلاء على مال أو حق الغير، وهذا ليس بمال ولا حق، وقد حكيت فيه خلافًا، وأحسن فيه كلام ابن الصباغ؛ فإنه قال: لا يقبل تفسيره بالخنزير على الصحيح من الطريقين، وأنه إن فسره بما يتمول قبل أو بكلب وسرجين فوجهان، وهذا ينبغي اعتماده، ويجعل النص شاهدًا لأحد الوجهين في قبول تفسيره على شيء بالخمر والخنزير.

قال: (وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ مَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ) أي: أو قليل، أو وافر، أو خطير، أو بفلس ونحوهما (قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِمَا قَلَّ مِنْهُ)؛ لأنه يحتمل أنه لا يريد به عظيم خطره بكفر مستحله، ورد عارضه والخائن فيه.

وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ، لَا بِكَلْبٍ جِلْدِ مَيْتَةٍ.

وَقَوْلُهُ: لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ: شَيْءٌ، وَقَوْلُهُ: شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ،

قال الشافعي في «الأم»: أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة، انتهى.

قال الشيخ أبو علي: أراد إذا استعمل العادة، ولا ما غلب على الناس، واعلم أن ما أورده المصنف هو المعروف، ورواه وجهين شاذين.

وأغرب الكندي في «الإرشاد» فقال: بعد نقله المشهور في مال عظيم أو كثير، وحكي عن الشافعي أنه كان يقول: إنه يلزمه عشرون دينارًا، أو مائتا درهم، انتهى. وكأنه يشير إلى أنه قول قديم، فالله أعلم.

إشارة: ذكر المصنف أنه يقبل تفسير قوله: شيء كحبة حنطة على الأصح، فافهم كلامه هذا، وقوله: بحبة الحنطة ونحوها، جزمًا ولك إن تظهرت العجب من نقله الخلاف السابق في شيء دون مال، ومال عظيم ونحوها، وينبغي أن يعكس ذلك.

قال: (**وَكَذَا بِالْمُسْتَوْلَدَةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه قال: ستبيع بها وتؤجر، وإن كانت لا تباع، ووجه المنع خروجها عن اسم المال المطلق.

قال الرافعي: ولو فسره بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف لمن، انتهى.

ويحتمل القبول؛ لأن أهل العرف يعدونه مالًا للموقوف عليه نظر إلى القلة.

قال: (**لَا بِكَلْبٍ جِلْدِ مَيْتَةٍ**) أي: وغيرهما من النجاسات؛ إذ لا مال، ويجيء في الكلب وجلد الميتة ما أشرت إليه، وكذا في السرجين ونحوه إذا كانا ممن يرى ذلك ما لا يجوز بيعه، ولم أر لهم كلامًا فيما إذا فسره بماء نجس يعارض، وينبغي أن يأتي في قبوله ما سبق في البيع من التفصيل والخلاف، قال: وقوله: كذا، كقوله شيء، أي: فيأتي فيه الأحكام السابقة في قوله شيء.

قال: (**وَقَوْلُهُ: لَهُ كَذَا كَقَوْلِهِ: شَيْءٌ، وَقَوْلُهُ: شَيْءٌ شَيْءٌ أَوْ كَذَا كَذَا كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ**) لأن الثاني أكيد.

وَلَوْ قَالَ شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وَكَذَا وَجَبَ شَيْئَانِ، وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ، ....

(وَلَوْ قَالَ: شَيْءٌ وَشَيْءٌ أَوْ كَذَا وَكَذَا وَجَبَ شَيْئَانِ)؛ لاقتضاء العطف المغايرة، وله التفسير بمتفقين كفلسين، وفلس وثمرة مثلًا.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا أَوْ رَفَعَ الدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ)** لما في حالة النصب لفلان الدرهم فسر بما اتهمه.

وقال أبو إسحاق بمذهب أبي حنيفة: يلزمه عشرون درهمًا، إن كان يعرف العربية؛ لأنه أول اسم مفرد بنصب التمييز عقبه واجب، بأن في تفسير المهم لا ينظر إلى الإعراب؛ ولهذا لو قال: كذا درهم لا يلزمه مائة وفاقًا، فإن اقتضاه الإعراب دلنا في حالة الرفع بدرهم وفاقًا، وتقديره: عليَّ شيء هو درهم، فهو عطف بيان أو بدل.

وأما في حالة الجر فادعى الماوردي اتفاق الأصحاب عليه، وليس كما قال بل فيه وجه؛ لابن القاص، والقاضي أبي الطيب: أنه يلزمه بعض درهم، وتقدير: كذا وكذا من درهم، صححه الشافعي، وشيخاه أبو إسحاق، وأبو نصر، وجزم به الجرجاني في «تحريره»، واختاره الفارقي، وابن أبي عجرون، ولكنه خصه بالنحوي.

وقال في «الإبصار»: ولو قال: كذا وكذا درهم بالخفض، لزمه جزءان من درهم، فيلزمه بعض درهم، والثاني: يلزمه درهم، والأول عليه أكثر أصحابنا، وقد قدمت أنه ينبغي أن يختلف بمعرفة الإعراب وجهله به، فمن لا يعرفه الكل في حقه سواء يلزمه إلا درهم واحد في المفرد، والمعطوف عليه.

وفي المسألة قول آخر: أنه إن أطلق كان على ما قدمته، وإن أراد واحد لم يلزمه، وإن اختلف إعرابه وهو متجه؛ لأن المرجع إلى تفسيره وقد فسره بما أراد، انتهى.

وقال المتولي: إعرابه التفصيل بين الجر والإشكال وغيرهما فيمن يحسن الإعراب صحيح، فأما غيره فيجب أن يلزمه درهم أبدًا، انتهى.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَانِ، وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ فَدِرْهَمٌ، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ.

والمذكور في «التهذيب» الوجه الأول لا الثاني، كما ادعاه ابن الرفعة، وتسكين الدرهم كخفضه.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا بِالنَّصْبِ وَجَبَ دِرْهَمَانِ**) وجب درهمان؛ لأنه أقر بكلمتين مهمتين، وعقبهما بالدرهم، والظاهر كونه تفسيرًا لهما؛ ولأن التمييز وصف، والوصف المتعقب ليس يعود إليهما عند الشافعي، والمشهور طريقان أشهرهما فيه ثلاثة أقوال، أظهرها: وجوب درهمين، وثانيها: وجوب درهم؛ لجواز تجويز اللفظين معًا، والثالث: درهم وشيء الدرهم؛ لتفسير الجملة الثانية، والشيء الأول النافية على إبهامها، والثانية: القطع بدرهمين.

وفي طريقة ثالثة في «الحاوي»: القطع بدرهم.

وقال أبو إسحاق: يلزمه أحد وعشرون درهمًا إن عرف العربية رخص اختلاف الطرق، وتصرف الأصحاب بغيره.

قال الرافعي: ولو قال: كذا وكذا وكذا درهمًا، إن قلنا: لو ذكر مرتين لزمه درهمان، فهنا يلزمه ثلاثة، وإن قلنا: يلزمه درهم، فكذلك هاهنا.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ فَدِرْهَمٌ، وَلَوْ حَذَفَ الْوَاوَ فَدِرْهَمٌ فِي الْأَحْوَالِ**) هذا معطوف على قوله والمذهب، فافهم نقل طريقين في الرفع والجر، وفي الرفع طريقان أحدهما: طرد القولين الأولين، وأصحهما القطع بدرهم، ونقل الإمام وغيره الوفاق فيه.

وقيل: يلزمه درهمان قطعًا، وليس بمشهور، وجمع في «الذخائر» في حالتي النصب والرفع بطرق أوسع، وأما في حالة الجر، فالمذكور في «الروضة» وأصلها: لزوم درهم فقط.

قال الرافعي: يمكن أن نخرج مما سبق: أنه يلزمه شيء مبهم، درهم أو لا يلزمه إلا بعض درهم، انتهى.

وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ، وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ.

ونقل ابن الرفعة عن القاضي أبو الطيب: أنه يلزمه بعض درهم، كما أبداه الرافعي بحثًا، وعن الماوردي: بلزوم درهمين، كذا نقل عن الطيب قال: ولو حذف الواو، فدرهم في الأحوال، أي: الثلاثة النصب والرفع والجر.

وقال: أبو إسحاق يلزمه في النصب أحد عشر درهمًا، إن عرف العربية.

وعن ابن القاص: يلزمه درهم وزيادة وزنها.

قال الرافعي: ويجيء في الجر الوجه المتقدم: أنه بعض درهم، ولو قال له: كذا بل كذا، فمقر بشيء أو شيئين وجهان.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ قُبِلَ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ**)؛ لأنه مبهم، والعطف إنما تقيد زيادة على العدد لا تفسيرًا، كما لو قال: ألف وثوب، أو ألف وعبد بوفاق أبي حنيفة، وله تفسير الألف بالفلوس والثمر والجوز وحبات الحنطة، وغيرهما جنسًا واحدًا وأجناسًا، ولو قال: درهمًا وألف، قبل تفسير الألف بما شاء كالتي قبلها، ولو قال: له عليَّ ألف درهم برفعهما وثبوتهما، فسر الألف بما لا ينقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف مما فيه الألف منه درهم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا فَالْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى الصَّحِيحِ**) وكذا لو قال مائة وعشرة دراهم وعشرون درهمًا، أو خمسون درهمًا، وهكذا؛ لأنه لم يعطف الدراهم، بل جعله تمييزًا للمعطوف، فيكون تفسيرًا للكل.

والثاني: الخمسة محله، والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف، ولو قال: خمسة عشر درهمًا.

قال في «البحر»: فالجميع دراهم بلا خلاف.

قال ابن القطان: ولو قال: له عليَّ نيف وعشرون درهمًا لزمه درهمًا، وشيئًا قل أو كثر؛ لأنه اليقين. وقاله الدرامي، وزاد: وإن قال: بضعة عشر درهمًا، فعشرة وشيء، وإن قل.

وَلَوْ قَالَ: الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْت بِهَا نَاقِصَةُ الْوَزْنِ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا، وَمَنْعُهُ إنْ فَصَلَهُ عَنْ الْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً

قال: (**وَلَوْ قَالَ: الدَّرَاهِمُ الَّتِي أَقْرَرْت بِهَا نَاقِصَةُ الْوَزْنِ، فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الْبَلَدِ تَامَّةَ الْوَزْنِ**)، أي: كالدراهم الإسلامية.

(**فَالصَّحِيحُ قَبُولُهُ إنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلًا**)، كما لو استثنى.

(**وَمَنْعُهُ إنْ فَصَلَهُ عَنْ الْإِقْرَارِ**) أي: فلزمه التامة إلا أن يصدقه المقر له؛ لأن اللفظ فيما صريح وضعًا وعرفًا.

واعلم أن الخلاف مع الاتصال طريقان، أصحهما: القبول قطعًا، والثاني: فيه قولان، وأما مع الانفصال، فقريب شاذ واختاره الروياني ونقله عن جماعة من الأصحاب؛ لأن اللفظ يحمل، والأصل براءة الذمة. وسيأتي عن الصيمري ما يوافقه، وإذا صدق في دعوى النقصان، فالذي يلزمه.

قال ابن الرفعة: لم أر فيه نقلًا، ويظهر أن يقال: يرجع إليه في التفسير، قال: بعدد بيانه نزل على أقل درهم، انتهى.

والرجوع إليه صرح به الصيمري، فقال في شرح «الكفاية»: فإن قال دراهم أو دنانير لم يقبل منه أقل من ثلاثة، ثم يرجع إليه في نقدها وسكها ووصفها، بما يتعامل بها في بلادهم أو خلاف ذلك، فإذا قال: له عليَّ عشرة دنانير، فقيل له: بين وصفها، فقال: واحدًا هو «أبريزي» وواحد «قاساني» وواحد: كذا وكذا قبل منه، وكذلك في الدراهم، انتهى.

إشارة: أراد بالبلد بلد الإقرار، وكنت أودُّ لو قيل: إن كانا من أهله أو استوطناه زمنًا طويلًا، فالحكم ما ذكره، فإن كانا عربيين قدما، فادعى أحدهما على الفور على الآخر بألف درهم أو دينار، فأقر له بها، ثم بعد ذلك قال المقر: إنما أردت درهم بلدنا أو دنانيره، أنه يقبل منه، ولا شك في ظهور هذا إذا أدل الحال، أو اعترف المقر له أن الدين لزم المقر هناك فتأمله.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ**) أي: دراهم البلد.

(**نَاقِصَةً**) أي: كالطبرية، كل درهم أربعة دوانق.

قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصِّ، وَالتَّفْسِيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ.

(قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ). قال الرافعي: لأن اللفظ والعرف يصدقانه فيه، انتهى.

ولم ينزل تصديق اللفظ له بخلاف تصديق العرف.

قال: **(وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي النَّصِّ)** حملًا على المعهود كالمعاملة، وقضيه النسبة أنهم لو كانوا يتعاملون في البلد بالناقصة والتامة، أن يكون الحكم كما سبق في البيع من التفصيل وفيه نظر، والقياس الرجوع إلى تفسير المقر بيمينه سواء راحا على السواء، أو غلب التعامل بالتامة أو بالعكس.

ومقابل النص وجه: أنه لا يقبل، ويحمل إطلاقه على وزن الإسلام.

قيل: ورجحه القاضي أبو الطيب.

فرعان: الخلاف جارٍ فيما أقر ببلد، أوزانه أكثر من دراهم الإسلام لو زنة البغلية زنة كل درهم، ثمانية دوانق هل يحمل على دراهم البلد والإسلام إن حملنا على الأول، فقال: عنيت دراهم الإسلام متصلًا.

قيل: على أصح الطريقين السابقين، أو منفصلًا، فلا، فلو لم يبين مراده بأن مات، ودراهم بلدهم ناقصة، فالأكثرون أنه يلزم من دراهم البلد، ورواه عن نص «الأم».

قال: **(وَالتَّفْسِيرُ بِالْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِالنَّاقِصَةِ)** أي: فتأتي فيرى إطلاقه، والتفصيل المتقدم في الناقصة، وقضيته أنه لو فصل بموضع نقده مغشوش، كـ«الشام» و«مصر» في هذه الأمصار، أن يكون في قبوله وجهان.

وأطلق في «التنبيه»: أن يقبل على ظاهر المذهب، وقيل: لا يقبل إلا أن يكون متصلًا.

وقال القاضي أبو الطيب: الذي يقتضيه المذهب القبول فصل أو وصل.

وقال الماوردي: محل الخلاف إذا كان ببلد تبعًا يكون بالمغشوش، وإلا فلا يقبل قولًا واحدًا.

وكلام المصنف يوافقه؛ ولعله ما إذا تعاملوا به ولغيره، أما لو كان بموضع لا يتعاملون إلا بها من دهور، ولا يلتزمون في الذمم سواها، ولا يقوم

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

الملتقيان إلا بها كـ«مصر» و«الشام»، وما في معناهما، فالجواب: الجزم بقبول التفسير بها مع الفصل، والإجماع الفعلي عليه .

فرع: أطلقا أنه لو فسره بجنس رديء من الفضة.

قيل: وكذا بغير سكة البلد على الأصح، وفيه وقفة للتأمل، ولا يقبل بالفلوس وإن وصل، وغلب التعامل بها هناك، ولا يقبل لما لا فضة فيه من الدراهم المزيفة كالنحاس والرصاص.

وقال الدارمي: إن وصف برنزيًّا.

قال ابن القطان: لا يمثل.

وقال الماوردي: وجهان.

وقال الطبري: إن كان ضرب فضة، قبل وإلا فلا . وعن ابن سريج: إن كان غير معاملة لم يقبل، وإن ذكر وديعة قبل، وإن أطلق فوجهان.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ فِي الْأَصَحِّ**) إدخالًا للطرف الأول فقط.

قالا : وهذا ما صححه العراقيون والغزالي، والثاني: عشرة وصححه البغوي، والثالث: ثمانية؛ لأنها التعين.

قال في «البحر»: وحكاه أبو علي الزجاجي، عن حكاية الشاشي عن الشافعي ما يخالفه، فهو مذهبه، انتهى.

وذكر الشاشي في أول كتابه ما ينقله عن سماعه عن الربيع عنه، فإن لم يصح عن الشافعي.

تنبيه: اعلم أن المفهوم من كلامهم: أنا قلنا يلزمه تسعة أو عشرة أو ثمانية، أنه لا يقبل منه التفسير بدون.

قلنا : إنه يلزمه، وزاد في «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي هنا في باب ما شذَّ عن أصول الكوفيين .

....

قال الشيخ: إن قال: أردت بهذا الإقرار درهمين، أو قال: ثلاثة إلى ثمانية، وجب أن يقبل قوله؛ لأن قول القائل: عليَّ من درهم إلى عشرة، يكون خارجًا مخرج الشك، وكان يقول: اعلم أو اقطع أن عليَّ درهم لا ينقص عنه إلى عشرة لا يزيد عليها، ولا يكون قاطعًا بوجوب تسعة أو ثمانية، متى قال: ذكرت وعلمت أن للمقر له عليَّ خمسة وما أشبه ذلك، وجب أن يقبل منه، كما أنه لو قال: أبرأته من درهم إلى عشرة لا قطعًا، فإنه أبرأ عن عشرة، بل عن عشرة، إن كان الحق عشرة، وعن الخمسة إن كان الحق خمسة، ويكون هذا خارجًا مخرج الشك، كذلك في مسألتنا، انتهى.

الظاهر أنه أراد بالشيخ شيخه القفال، ويجوز أن يكون المعلق عن أبي علي أشار إليه كذلك .

فروع: ولو قال: ما بين درهم إلى عشرة، فالصحيح المنصوص: أنه يلزمه ثمانية، وقيل: تسعة، ونقله في «المفتاح» عن النص، وقيل: عشرة، نقله القفال، ونقله الهروي وغيره عن المزني في «المنشور».

وقال في «البحر»: قال القفال: مذهبنا أنه يلزمه عشرة.

وقال أبو حنيفة: تسعة، قال: ولو قال: ما بين درهم إلى عشرين، أو ما بين عشرة إلى عشرين، قال ابن أبي أحمد: يعني ابن القاص عن أبي حنيفة، يلزمه في كليهما تسعة عشر.

قال القفال: ومذهبنا أنه يلزمه عشرون فيهما؛ لأنه إنما يذكر العشرين حدًّا وغاية، إلا أنه أخرجه من جملة الوجوب.

قال: وقد وافقنا أبو حنيفة أنه لو قال: أبرأتك من درهم إلى عشرين، وكان عليه مائة، برأ من عشرين، وكذا لو قال: ما بين درهم إلى عشرين، انتهى.

وفي «الكافي»: الجزم بأنه لو قال: ما بين عشرة إلى عشرين، يلزمه تسعة عشر.

وفي «التهذيب»: لو قال: ما بين عشر وعشرين، لزمه تسعة، ولو قال: ما بين درهم وعشرة، لزمه ثمانية.

إِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ، فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ، أَوْ الْحِسَابَ فَعَشَرَةٌ وَإِلَّا فَدِرْهَمٌ.

قال المتولي: هكذا حكاه المزني في «المنشور» عن الشافعي؛ لأنه أقر بالواسطة، فخرج منه الطرفان. وذكر المزني: أنه يلزمه عشرة، انتهى.

وبالنص جزم القاضي أبو الطيب، والروياني وهو الصواب في «الروضة».

قال الرافعي في «الوصايا»: لو قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، فعلى الأوجه في الإقرار.

وحكى الأستاذ أبو منصور، عن بعض الأصحاب: فللوصي له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد، إن لم يرد الحساب، فله المتبقي وهو ثمانية.

قال الرافعي: ولا شك في اطراد هذا في الإقرار.

قال: (**وَإِنْ قَالَ دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ، فَإِنْ أَرَادَ الْمَعِيَّةَ لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ**) قاله في «الشرحين» و«المحرر» واستدركه على «الوجيز»؛ لأن «في» في معنى «مع»، ويؤيده أنه لو قال: درهم مع دينار، وأراد نفي مع، لزمه درهم ودينار.

قيل: إن أراد مع عشرة لها أو مع دينار له، فذاك وإلا فمشكل؛ لأنه لو قال له: عليَّ درهم مع درهم، لم يلزمه إلا درهم واحد على المنصوص، فالوجه بالجمع بين الخلافين بما ذكرناه.

وعبارة الرافعي في «الشرح»: لزمه أحد عشر درهمًا، وهذا محمول على ما إذا كان في لفظه ما بين أن العشرة دراهم، وإلا فالقياس أنه يلزمه درهم، ويرجع في تفسيره العشرة إليه، انتهى. وهذا صحيح.

قال: (**أَوْ الْحِسَابَ فَعَشَرَةٌ**) أي: إن كان حاسبًا؛ لأنه موجبه عندهم، وإن لم يكن حاسبًا، فخلاف يأتي إن شاء الله تعالى بيانه في الطلاق.

قال المتولي: وإن تعدد الرجوع إلى بيانه، فهل يلزمه الحاسب عشرة للظاهر.

(**وَإِلَّا فَدِرْهَمٌ**)؛ لأنه اليقين.

فَصْلٌ

قَالَ: لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ لَا يَلْزَمُهُ الظَّرْفُ، أَوْ غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ، ....

وجهان: وأما غير الحاسب، فلا يلزمه إلا درهم.

قال ابن الرفعة: وإن قال: أردت ما يريده الحساب، فيشبه أن يلزمه درهم واحد.

قال: (وإلا) أي: وإن لم يرد المعية، ولا الحساب بل المطلق إذا أراد الطرف فدرهم؛ لأنه اليقين، ويجيء في الحاسب المطلق قول: أنه يلزمه عشرة. قال:

(فَصْلٌ)

قَالَ: لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ أَوْ ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ) أي: وما أشبه ذلك.
(لَا يَلْزَمُهُ الظَّرْفُ) عملًا باليقين.

قال: المظروف غير الظرف، والأصل أن الإقرار بالمظروف ليس إقرارًا بالظرف، وكذا عكسه .

قال: **(أَوْ غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ أَوْ صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ)** أي: وما أشبه ذلك.
(لَزِمَهُ الظَّرْفُ وَحْدَهُ) وحده لما قدمناه .

إشارة: في بعض الصور خلاف، كخاتم فيها فص، ففيه وجهان.

قال القاضي الحسين، والإمام الغزالي في «البسيط»: أصحهما أنه نقلهما.

وقيل: وهو موافق في «المهذب» و«التهذيب» في قوله: له عندي خاتم، أنه يلزمه الخاتم والفص؛ لأن الخاتم يجمعهما.

قال الثعالبي: لا يقال: خاتم إلا إذا كان فيه فص.

قلت: في الموافقة نظر.

قال في «الكافي»: في لو قال خاتم فيه فص فوجهان، الأصح: لا يكون إقرارًا بالفص، ثم قال: ولو أقر بخاتم مطلقًا، يكون إقراره به مع الفص.

أَوْ عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وفي «الروضة»: ولو قال: فص وخاتم بإقرار بالفص، ولو قال: خاتم فيه فص، ففي كونه مقرًّا بالفص وجهان.

قال البغوي: أصحهما المنع، ولو اقتصر على قوله: عندي خاتم، ثم قال: ما أردت الفص لم يقبل منه على المذهب، بل يلزمه الخاتم بفصه.

وحكى الغزالي فيه وجهين، انتهى.

ولو قال: جارية في بطنها حمل أو دابة في حافرها، وقمقمة عليها عروة، فعلى الوجهين، وكان الأحسن أن يمثل المصنف أيضًا بزيت في جرة ونحوه؛ لأنه روي عن بعض فقهاء «المدينة»: أنه إذا كان المظروف دائنًا، لا يستغنى عن الظرف دخل الظرف في الإقرار، ولا فرق عندنا بين صيغتي: له عندي، وغصبت منه، والظاهر أن قوله: له عليَّ تمر في كذا، أو كذا فيه تمر، ونحو ذلك، كقوله: عندي ما سبق.

وفي فروع ابن القطان: لو قال: له عندي قوصرة تمر، فظاهر هذا عندنا: أنه مقر بالتمر، فلا يلزمه الطرف، ويرجع علي مقداره إلى بيانه.

قلت: وفيه شيء؛ لأنه وجه الإقرار إلى الطرف، وألزمه بالمظروف دونه، ولعل العرف عندهم، أن المراد بذلك التمر دون القوصرة.

قال: (**أَوْ عَبْدٌ عَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ لَمْ تَلْزَمْهُ الْعِمَامَةُ عَلَى الصَّحِيحِ**) لأن الإقرار لا يشملها، والثاني: يلزمه، وبه جزم الشاشي في «الحلية» والمعتمد، وتبعه ابن أبي عصرون في الانتصار؛ لأن يده على ملبوسه، وما في يده في يد سيده، وطردهما الماوردي والروياني في له عندي دابة .

قال الشاشي: ولو قال: غصبت منه عبدًا إلا رأسه أو يده، كان مقرًّا بغصب عبد في أصح الوجهين، والثاني: يكون مقرًّا بجزء منه، يرجع في بيانه إليه، ذكره في «الحاوي».

قال صاحب «الانتصار»: وفيه نظر! فإنه أقر بغصب جميعه، واستثنى منه شيئًا معلومًا، وهو رأسه ويده، فلا يحتاج فيه إلى بيان، انتهى.

أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الْجَمِيعُ.

قلت: استثناء الرأس محال، فكأنه أقر ببعضه منهما؛ ولذا يقال في اليد الباقية، أما لو كانت مفقودة منه، فله، فيحتمل أن يصدق بيمينه حتى لا يغرمها، وعن هذا لا يقبل.

قال: (**أَوْ دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا**) أي: ودار بفرشها، ودابة بحملها، أو عبد بثيابه، أو سفينة بطعامها، وهكذا بخلاف قوله: سرجه ومفروشه ونحوهما، فلا يكون مقرًّا بالسرج والفرش.

(**أَوْ ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ لَزِمَهُ الْجَمِيعُ**) ومعني سرجها مع سرجها، وكذا بقية الأمثلة ونحوها، والطراز إن كان منسوجًا، فهو جزء من الثوب فيدخل قطعًا، وإن كان مركبًا ففيه وجهان أصحهما في الانتصار وغيره الدخول؛ لأنه جعل الطراز صفة الثوب، فإذا ألزمه الموصوف لزمته الصفة.

قال ابن الرفعة: ويظهر أن قوله: عليه طراز، كقول: مطرز.

تنبيه: ذكر القفال وغيره: لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق، يدخل تحت الأقدار، وما لا فلا.

قال القفال: إلا الثمار المؤبرة، كذا في كلام الرافعي، وضرب عليه الشيخ في «الروضة» ظنًّا أنه سهو؛ لأن المؤبرة لا تدخل هنا ولا هنا، ولكن الرافعي نقل عن القفال دخولها في الإقرار، واستبعده وهو صحيح عن القفال.

قال في «الفتاوى»: لا تدخل في مطلق البيع من المتصل بالأرض، تدخل في مطلق الإقرار ولا بعكس هذا؛ لأن ذلك لا يستمر في الثمار على الأشجار بعد التأبير، فإنها تدخل في الإقرار بعد التأبير، وفي الإقرار تدخل في الحالتين معًا، انتهى.

وهو غريب، وفي «التنبيه»: زيادة كلامهم ذكرته في «الغنية».

فرع: سبق عن ابن القطان: أنه لو قال: له عندي قوصرة تمر إلى آخره، كما رأيته في فروعه.

وحكى الدارمي عنه: لو قال: قوصرة تمر إلى آخره، أو تمرًا.

وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ، ....

قال ابن القطان: مع الخوض، ومعناه لزمه في الصيغ الثلاث التمر مع الخواص.

فرع: لو قال له: اثني عشر درهمًا، ودانق برفع الدانق، أو بجره، لزمه اثنا عشر درهمًا مع دانق، أو بنصبه فبمائة درهم إلا دانقًا، قاله المتولي، وذكرت وجهه في الغنية، ولم يفرق بين النحوي وغيره، ولا يخفى قياس النصف والربع والثمن.

قال: (**وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ**) أي: ألف درهم كما صورها «المحرر».

(**فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ**)، نص عليه الشافعي ﷺ وتبعه الجمهور؛ لأن ظاهره اللزوم، وخرج قول: إنها هبة .

قلت: لِمَ كان دينًا، واللازم قد يكون وصية؟ قيل: ولعل وجهه أن الوصية تختص بالثلث، وقوله: في ميراث أبي يعم جميع المال، فإن قلت: هذا يفرق بين كونه المقر به ألفًا مثلًا، أو جزءًا شائعًا.

قيل: يعم، أما لو قالوا: من ميراث أبي أن نصفه، فينبغي أن يكون كقوله في ميراثي من أبي، وإن قال: في ميراث أبي ثلثه، فينبغي أن يكون إقرارًا بالوصية له بالثلث، فإن قلت: إذا جعلناه إقرارًا، فيجوز أن يكون رهنًا من أبيه بمال على غيره، فلِمَ قلتم أنه إقرار على أبيه بدين في ذمته؟.

قيل: هذا السؤال لابن الرفعة، وأجاب عنه بما لا يقتنع به.

ولعل الشافعي إنما قال ذلك؛ لأن لفظ المقر يقتضي كل الميراث، وكل الميراث يشمل كل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت، وذلك لا يمكن أن يكون رهنًا بدين الغير، وأيضًا فإنه ليس في كلام الشافعي والأصحاب تصريح بأنه في ذمة الأب، وقد يكون المقصود أنه يتعلق بالمال من غير نظر إلى من هو في ذمته، إذ لا أثر لذلك هاهنا، كذا ذكر هذه الأسئلة وأجوبتها بعض الشارحين.

وقال صاحب «التعجيز»: إذا قال له في هذا المال، أو في ميراث أبي ألف لزمه؛ لأنه إقرار لا تناقص منه، ثم هو في الجواب: إقرار بالدين على الأب.

وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ، فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ ....

قال: وكان ينبغي أن يقال: قس، كما في قوله: له في هذا العبد ألف إذ لا فرق، انتهى.

وهو ظاهر، والانفصال عنه عسر، وسيأتي ما يقتضي أنه يرجع إلى بيانه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ**) أي: ألف درهم كما صورها «المحرر» وغيره.

(**فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ**) نص عليه الشافعي - رحمه الله تعالى - وتبعه الجمهور؛ لأن ظاهره اللزوم، وخرج فيه قول: إنه هبة، فإن قلت: لِمَ كان دينًا، واللازم قد يكون وصية؟

قيل: لعل وجهه أن الوصية تختص بالثلث، وقوله في ميراث أبي يعم جميع المال، فإن قلت: هذا يفرق بين كون المقر به ألفًا مثلًا، أو جزءًا مشاعًا. قيل: يعم ما لو قال في ميراث أبي نصفه، فينبغي أن يكون كقوله: في ميراثي من أبي، وإن قال في ميراث أبي: ثلثه، فينبغي أن يكون إقرارًا بالوصية له بالثلث.

فإن قلت: إذا جعلناه إقرارًا، فيجوز أن يكون رهنًا من أبيه بمال على غيره، فلِمَ قلتم: إنه إقرار على أبيه بدين في ذمته؟

قيل: هذا السؤال لابن الرفعة، وأجاب عنه بما لا مقنع فيه، ولعل الشافعي إنما قال ذلك؛ لأن لفظ المقر يقتضي حل الميراث، وكل الميراث يشمل كل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت، وذلك لا يمكن أن يكون رهنًا بدين الغير، وأيضًا فإنه ليس في كلام الشافعي والأصحاب، بصريح بأنه في ذمة الأب، وقد يكون المقصود أنه يتعلق بالمال من غير نظر إلى من هو في ذمته، أو لا أثر لذلك هاهنا، فكذا ذكر هذه الأسئلة وأجوبتها بعض الشارحين.

وقال صاحب «التعجيز»: إذا قال له: في هذا المال، أو في ميراث أبي ألف لزمه؛ لأنه إقرار لا تناقص منه، بم هو في الجواب إقرار بالدين على الأب.

قال: وكان ينبغي أن يقال: قس، كما في قوله: في هذا العبد ألف، إذ لا فرق، انتهى.

فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ، ....

وهو ظاهر، والانفصال عنه عسر، وسيأتي ما يقتضي أنه يرجع إلى بيانه.

قال: (وَلَوْ قَالَ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ) يعني: ألف درهم.

(فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ) أي: إلا أن يريد إقرارًا، هكذا نص عليه، وتبعه الجمهور، كما في التي قبلها.

قال الرافعي: وفرقوا بأنه إذا قال في هذا المال، وفي ميراث أبي، فهذا ثبت المقر له حقًّا في المال، أو في التركة واجبًا، وإذا قال: في مالي، أو في ميراثي، أضاف إلى نفسه، ثم أضاف شيئًا منه إلى المقر له، وذلك قد يكون بطريق اللزوم، وقد يكون على سبيل التبرع، فإذا فسره ينبغي أن يقبل، ويعتبر فيه شرطه.

وقيل: الفرق إن قضيه إضافة المال والميراث إلى نفسه، كونه له وما لكون له لا يكون لغيره، كما لو قال: مالي لفلان، أو داري لفلان، فإنه لغو، وهذا ما أراد، أي: في «الوجيز» لقوله: فلا يلزمه للتناقض، لكن تركة كل مديون لورثته على الصحيح، والذي يتعلق بها، فلا تناقض في إضافة الميراث إلى نفسه ملكًا مع تعلق الدين به، ومن الأصحاب من سوى بين الصورتين، وأثبت فيهما خلافًا على سبيل النقل في التخريج.

قال الأئمة: وهذا التفصيل فيما إذا لم يذكر كلمة الالتزام، فأما إذا أدخل كلمة الالتزام في كلامه، فقال: عليَّ ألف درهم في هذا المال، أو ما في مالي، أو في ميراث أبي، أو في ميراثي من أبي، فهو إقرار بكل حال، وكذا قوله: عليَّ في هذا العبد ألف درهم، والتفصيل الذي تقدم فيما إذا اقتصر على قوله: في هذا العبد ألف درهم، ولم يقل: عليَّ، هذا لفظه في شرحه «الصغير»، وهو أكثر تنقيحًا من الشرح «الكبير».

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه: ولو قال: في مالي أو ميراثي، فالمشهور أنه لا يلزم؛ لأنه ناقص، والثاني: يلزم لقوله تعالى: ﴿وَفِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ۝١٩﴾ [الذاريات: ١٩] والثالث: أنه يلزم بقوله في ماله، لا بقوله في ميراثي؛ لأن دينه يكون في ماله ولا يختص بميراثه، وقضية هذا أنه لا

....

يلزم بالإضافة إلى غير مال.

قال القاضي: اللزوم بقوله في ميراثي أولى؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع ملك الوارث، فهو إقرار بالدين على الميت، فهذا وجه رابع، انتهى لفظه.

تتمات: ذكر في «الشرح الكبير» من صور الوفاق على أنه إقرار، فإذا أدخل لفظه عليَّ أو في داري، وفيه وقفة إذ يريد به الوديعة، وأن عليه أداؤها، والتجلية بينه وبينها، وإن احتمل أن يقال بمثله في مالي ونحوها، لكنه بعيد من الاستعمال بخلاف قوله: في داري، لو قال له: في ميراثي أو مالي بحق لزمني، أو بحق ثابت ما أشبهه .

قال الرافعي: فهو كما لو قال: عليَّ، ويكون إقرارًا بكل حال، ذكره ابن القاص، والشيخ أبو حامد وغيرهما، انتهى.

زاد في «البحر»: أو قال: بحق وأطلق، أو قال: بحق عرفته، أو بحق استحقه، انتهى.

وقد يقال: قد يريد لك الوعد بأنه يرى وجوب الوفاء به.

قال الرافعي: واعلم أن قضية قولنا: إن قوله: عليَّ في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم، إقرارًا له بالألف أنه يلزمه الألف، وإن لم يبلغ ذلك المال ألفًا، وربما يخطر لك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان: عليَّ ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف إلا أن ظرفية العبد للدراهم، ليست كظرفية الكيس لها، فيمكن أن يختلفا في الحكم، لكن لو قال له: في هذا العبد ألف من غير كلمة عليَّ، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفًا، فلا ينبغي أن يجب عليه قيمة الألف بحال، انتهى.

وثبت في «الروضة» القول بجميع ما أبداه من غير تردد، وفيه وقفة للتأمل الفطن في «فروع ابن القطان»، إذا قال له: من هذا المال، أو في هذا المال ألف درهم، فنظرنا فإذًا هو أقل من ألف درهم، فإن المقر له يأخذ جميع ذلك، ولا شيء على المقر غيره؛ لأنه إنما أقر في مال بعينه، وبهذا أجاب

....

الدارمي، ولو قال له: عليَّ ما لي ألف درهم.

واختلف أصحابنا فقيل: يلزمه الإقرار؛ لأن ما ثبت عليَّ ماله قد يثبت عليه، ومن أصحابنا من قال: لا فرق بين أن يقول له: عليَّ مالي، أو على مالي، أن ترجع إلى بيانه، انتهى.

وهذا يؤيد ما سبق في آخر مسألة الكتاب كما وعدنا به.

وقد ذكر الإمام الرافعي هنا اختلاف نص الأصحاب في الفرق بين من مالي، وفي مالي ما يدرك بالمراجعة.

فرع: قوله له: في هذا العبد ألف درهم تحمل، فإن فسره بأرش جناية، قيل: أو إنه رهن به قبل على الأصح، وأجراهما الدارمي التفسير بالجناية، فلو لم يقل عليَّ، فإطلاق الغزالي يقتضي أنه كذلك، والحق أنه لا يلزمه لاحتمال كونه مرهونًا بدين غيره، لكن تتعلق الألف بالعبد.

وقال: صاحب الْعُجَالَةِ إذا أضاف الرهن إلى غيره، لزمه تسليم العبد أو قيمته، وإن قال: أوهي له من ثمنه بألف، قبل وبيع، ودفع إليه من ثمنه ألف، وليس له دفع الألف من ماله، هكذا أطلقاه وغيرهما.

وقال ابن الصباغ: إن رضي المقر له جاز وهو متعين.

قال في «الْعُجَالَةِ»: هذا إذا أضاف الوصية إلى ميت، أما لو أضافها إلى نفسه، قبل منه ولا يخفى حكمه، انتهى.

وظاهر إطلاقهم أن ذلك محمول على الوصية من ميت، ويحتمل أن يقال: نستفسر، ويعمل بقوله لاحتماله، وإن قال: أردت أنه أقرضني من ثمنه ألف.

قيل: ولزومه بالألف، قالا: وتوجيه الخلاف إذا أقر برهنه يقتضي عودة هنا.

قلت: نقل في «البحر» عن بعض أصحابنا؛ أنه لا يقبل؛ لأن قوله في هذا العبد يقضي أن يكون حقه متعلقًا بعين العبد لا بالقرض، انتهى.

و قال الدارمي: وإن قال: أردته أقرضني ألفًا في ثمنه فخالفه، لم يقبل.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ.

وقيل: إما يقر أن يقر، أو يحلف خصمك، انتهى.

وإن قال: أردت أنه وزن في ثمنه ألفًا ستفسر، وعمل بقوله: ولا نظر إلى قيمة العبد، وإن قال: اشتريناه دفعتين، ووزن هو في ثمن عشرة ألفًا، واشتريت باقية بألف، قبل: لاحتماله.

وإن قال: دفع إليَّ ألفًا لاشتريته له، فإن صدقه فذاك، وإن كذبه فقل: رد إقراره بالعبد، وعليه رد الألف من ماله، وإن قال: أردت أنه وهبني ألفًا، فأديته في ثمنه، فقال المقر له: بل قرضًا صدق المقر له بيمينه.

قالا: ولو قال: ليس هذا العبد ألف درهم، فهو كقوله: في هذا العبد، ولو قال: من ثمن هذا العبد؛ فلذلك قاله في «التهذيب» انتهى.

ويشبه إن من فرق بين من وفي، قوله: في مالي، أو من مالي كالدارمي، وخلائق تفرق هنا أيضًا، وليت شعري، أي: فرق بين قوله: في هذا العبد، وبين قوله: في ميراثي من أبي، إذا كان عينًا واحدة كعبد أو دابة أو دار ونحوها، ولا فرق بين قوله: في هذا العبد، أو في هذا المال، أو في هذه الدار؛ ولذا وفي الدار نظر.

قال في «البحر»: ولو قال له: من هذا العبد قيمة ألف، فهو مقر بملكه من العبد، وهل يضر الإقرار مقدرًا بالقيمة، أو يرجع فيه إلى بيانه وجهان، أصحهما: يقبل وإن بين ما قيمته دون الألف، والثاني: يتقيد إقراره بالقيمة فيقوم، فإن كانت قيمته أكثر من ألف، فله منه بقسط الألف، وإن كانت قيمته ألفًا.

قال بعض أصحابنا: لا يصير كله ملكًا للمقر له؛ لأن من يوجب التبعيض.

قال الصيمري: والصحيح عندي أن يكون إقرار الجميعة كان من يكون للتبعيض تارة، ويكون للتميز تارة، قال الله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾ [الحج: ٣٠] أي: فاجتنبوا الأوثان والرجس، انتهى. ومن الحاوي أجد ذلك.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمٌ**) لحوار أراد به التأكيد،

فَإِنْ قَالَ: وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ، وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ لَزِمَهُ ثَالِثٌ، وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ.

ولو كرر ألف مرة، وكذا لو كرر الإقرار به في مجلس أو مجالس عبد الحاكم أو غيره بلغة واحدة أو بأكثر.

وقيد إن قال: إن أطلق، ولم يرد بالثاني الأول لزمه درهمان كالطلاق.

قال الروياني: وبلزوم درهم قطع العراقيون، وفي «الذخائر» نقل وجه: أنه يتكرر باختلاف المجالس حملًا على إقراره مستأنف، وهذا غريب.

قال: (فَإِنْ قَالَ: وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ) على النص، وفي نظره من الطلاق (لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ).

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ بِالْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ) اقتضاء العطف للمغايرة.

(وَأَمَّا الثَّالِثُ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ الثَّانِي لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ لَزِمَهُ ثَالِثٌ)، عملًا بنيته، وسيأتي ما فيه.

(وَكَذَا إِنْ نَوَى تَأْكِيدَ الْأَوَّلِ) أي: بالثالث.

(أَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ) أما في الأولى، فيحلل الفاصل تبع التأكيد، ووجه مقابلة العمل ببينة، وأما في الثانية فيه جرى الجمهور، وقيل: قولان كالطلاق.

وعبارة «الروضة»: وإن أراد الثالث تأكيد الأول لم يقبل في الأصح، فيلزمه ثلاثة وإن أطلق لزمه ثلاثة على المذهب، وبه قطع الأكثرون.

وقال ابن خيران: فيه قولان كالطلاق، ثانيها: يلزمه درهمان، فعلى المذهب لو كرر عدة مرات فأكثر لزمه بعدد ما كرر، ولو قال: درهم ثم درهم ثم درهم، فقوله: ودرهم ودرهم، انتهى.واعلم أنه قاله في مفتتح «الوسيط».

قال: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ)، وقال: أردت بالثالث له؛ لا الثاني قبل، ولو قال: تكرار الأول لم يقبل، وعند الإطلاق يلزمه ثلاثة إلى آخره، هكذا هو في «التهذيب» سواء.

....

ولكنه خلاف المشهور عند العراقيين، وبعض الخراسانيين، فإنهم قالوا: لو أراد تأكيد الثاني بالثالث لا يقبل على المذهب خلافًا لابن خيران، وهذا موجود في كتبهم.

قال صاحب «البيان»: منهم لو قال: له عليَّ درهم ودرهم ودرهم، فالمنصوص أنه يلزمه ثلاثة دراهم، وذكر مسألة الطلاق كما ذكرها الأصحاب.

قال: وقال ابن خيران: الإقرار كالطلاق، فإن قصد الثالث تأكيد الثاني لم يلزمه إلا درهمان، وإن لم يكن له بينة، فعلى قولين.

وقال سائر أصحابنا: يلزمه ثلاثة دراهم بكل حال قولًا واحدًا، والفرق أن الطلاق يدخله التأكيد والتحريف والأذهان، ويؤكد بالمصدر، فيقال: أنت طالق طلاقًا، فيقبل قوله أنه أراد تأكيده، والإقرار لا يدخل تأكيدًا، فلم يقبل قوله أنه أراده، قال: فإن قال: له عليَّ درهم ثم درهم ثم درهم، لزمه ثلاثة دراهم، فإن قال: أردت الثالث تأكيد الثاني، قبل عند ابن خيران، ولا يقبل عند سائر أصحابنا؛ لما مضى من التي قبلها، هذا ما ذكره صاحب «البيان»، وهو يحكي طريقة العراقيين، وفي بعض الأماكن ينقل طريقة «العراق» و«خراسان»، وقد نقله عن أصحابنا مطلقًا، انتهى.

كلام الشيخ، وهو كالمصرح بأن المذهب ما نقله العمراني، وكيف العراقيين طافحة بما نقله، فذكر في «الشامل» طريقة ابن خيران، ثم قال: وعامة أصحابنا فرقوا، وكذا قال القاضي أبو الطيب: على أنه يلزمه ثلاثة، ونحوه كلام الدارمي، وسليم الرازي.

وخطأ الْمَاوَرْدِي ابن خيران في تخريجه، وبوجوب الثلاثة في صورتي الواو، وثم أجاب المحاملي في «المقنع»، ونقل المتولي الطرفين، ثم قال: ومن أصحابنا من مال بصدق بيمينه، ويلزمه درهمان؛ لأن الإقرار إخبار، والخبر قد يكرر.

وارتضى الإمام طريقة ابن خيران، وقال: لا فرق بين الناس والجمهور

وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ؛ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ.

على الفرق. وممن صرح به من أئمة المراوزة أبو علي في «شرح التلخيص»، فقال الأول والثاني: درهمان، واختلف أصحابنا في الثالث.

فذكر ابن خيران وغيره: أن المسألة على قولين: كالطلاق، والأكثرين من أصحابنا ذهبوا إلى أنه في الإقرار يلزمه ثلاثة، وفرقوا بجر ما سبق، فبان أن الجمهور من الفريقين على خلاف ما ذكره الإمام والبغوي والرافعي والمصنف، فيما إذا نوى بالثالث تأكيد الثاني. وفي «الانتصار»: يلزمه ثلاثة دراهم، ولو قصد التأكيد لم يقبل، هذا أصح الطريقين.

وقيل: بالتسوية من البابين، وقيل في الطلاق قولان: وفي الإقرار يلزمه ثلاثة، قولًا واحدًا، انتهى.

ولا فرق في لزوم الثلاثة على المذهب فيما اقتضاه كلام الشامل من صنعه عليَّ وعندي، لا كما توهمه متوهم من صدر كلامه.

قال: (**وَمَتَى أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ كَشَيْءٍ وَثَوْبٍ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ فَامْتَنَعَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ**) أي: لأن البيان واجب عليه، قال الرَّافِعِي: يحبسه حبسًا أتاه إذا امتنع عن أداء الحق؛ لأن التفسير والبيان واجب عليه، والثاني: لا يحبس، إذ الغرض يحصل بدون الحبس؛ ولأنه قد يجهله أو يشكل عليه بناءه أو بعائد، فيتضرر خصمه بالتأخير.

والثالث: رواه صاحب «التقريب»: إن أقرَّ بغصب، وامتنع من بيان المغصوب حبس، وإن أقر بدين منهم، فالحكم كما سيأتي في التفريع على الوجه الثاني، هكذا حكى الإمام الخلاف ثلاثة أوجه، وتابعاه عليه، والرابع: إن قال: عليَّ شيء، وامتنع من التفسير لم يحبس، وإن قال: عليَّ ثوب أو نصفه، ولم يبين جنسه، قاله: أبو عاصم العبادي، وأشار الهروي إلى أن فرقه مبني على قبول تفسير الشيء بالخمر ونحوه؛ لأنه لا يتوجه به مطالبة وحبس.

تنبيهات وتتمات:

منها: الأول والثاني منصوصان للشافعي، كما صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره،

....

وهو الصواب، والمذهب منها الثاني، كما شاء وصححه إن شاء الله تعالى، وأما الثالث فأجيب: صاحب «التقريب» أخذه من اختلاف كلام «الأم» في الإقرار بالحكم الظاهر، وفي الإقرار والمذاهب منه، فإنه في الإقرار بالحكم الظاهر، كما لو قال: غصبته دارًا بمكة، ثم قال: أقررت له بباطل، وما أعرف الدار التي غصبته إياها.

قيل: إن أعطيته دارًا بمكة بما كانت الدار وحلفت، ما غصبتها غيرها برئت، وإن امتنعت، وادعى دارًا بعينها.

قيل: احلف ما غصبته إياها، فإن حلفت برئت وإن لم يحلف حلف واستحقها، وإن امتنع وامتنعت من اليمين حبست أبدًا، حتى تعطيه دارًا، وتحلف ما غصبته غيرها، هذا نص بحروفه، ونص الإقرار والمواهب، ذكره في قوله: عليَّ شيء، ومنها إن قيل: لم قلت: إن المذهب الثاني.

وقد قال الإمام: إن قبل الأكثرين إلى الأول، ونقله القاضي الحسين عن الأصحاب مطلقًا.

قلت: لأن ألفًا لي هو المنصوص في أول الإقرار والمواهب من «الأم» في قوله: له عليَّ شيء.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن المنصوص عليه في أحد كتاب الإقرار: أنه يجعل ناكلًا لم يورد أكثر العراقيين سواه، منهم المحاملي في «المقنع» والجرحاني في «التحرير»، والقاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل» و«البيان».

واقتضى كلام «البحر»: أنه المذهب المشهور؛ ولذلك كلام «روضة الحكام».

وقال في «البيان» في موضع: أنه المشهور، وفي «الذخائر»: أنه المذهب، وبه جزم الشَّافِعِي، ثم قال: ومن أصحابنا من حكى فيه قولين، أحدهما: هذا، والثاني: أنه يحبس حتى يفسر، انتهى.

ولما القول بالحبس صريحًا من كلام الشَّافِعِي في «الأم» ولا غيره من كتبه.

....

وقال الْمَاوَرْدِي: أنه قاله في الكتاب الآخر من كتاب الإقرار.

قال: لأنه صار بامتناع من التفسير، كالمانع من حق وجب عليه، فوجب أن يحبس به، فإن قلت: فما الفرق بينه وبين الممتنع من أداء الحق، قلت: إن كان الحق عينًا قائمة بيده ظاهرة، أحدث منه قهرًا أو لا حبس، وإن أخفاها أو كان الحق دينًا معلوم القدر، وأخفى ماله حبسناه وعاقبناه من بعد أخرى؛ ليخرج من الحق، إذ لا طريق لنا سواه، وإن كان ماله ظاهر أجبرناه على بيعه، أو بعناه في دينه، ولا نحبسه كما نص عليه الشَّافِعِي، ومعظم الأصحاب، كما أوجبته في قضية العينة لم إيضاح.

فكذلك هنا طرق الخلاص ما سنذكره، ومنها إذا قلنا: لا يحبس، فالذي أورده الرَّافِعِي وغيره: أنه إن وقع الإقرار في جواب دعوى، جعل بالامتناع من التفسير مبكرًا، فيعرض الثمن عليه، فإن أصر جعل ناكلًا، وحلف المدعي وإن أقر ابتداء قلنا للمقر له ادع عليه حقك، فإذا ادَّعى فأقر أو أنكر أجبرنا عليه حكمه، وإن قال: لا أدري جعلناه منكرًا فإن أصرَّ جعلناه ناكلًا، والثاني أنه يجعل ناكلًا عن الجواب واليمين، حتى يحلف المقر له، وتستفيد بالإقرار بالمجهول، والامتناع من تفسيره، فحول اليمين فيحلف على ما يدعيه. قيل: وهذا ظاهر نصه في «الأم»، وفيه نظر، ولفظ في «الأم» في أول الإقرار والمواهب، إذا قال لفلان: عليَّ شيء، ثم جحد.

قيل له: أقر بما شئت مما يقع عليه اسم شيء، بما أحلف ما هو إلا هذا، أو قال: عليك شيء غير هذا، أو قد برئت، فإن إبى أن يحلف ردت اليمين على المدعي المقر له، فقيل له: سمِّ ما شئت، فإذا أسمى، قيل للمقر: إن حلفت على هذا برئت، وإلا رددنا عليه اليمين، فإذا حلف أعطيناه ولا نحبسه، انتهى.

ومنها قيل: حبس، قلنا: لا يحبس، فالدعوى بالإقرار بالمجهول لا تسمع، وإن قلنا بحبس، فتسمع الدعوى بالإقرار بالمجهول؛ لإفادتها إلزامه بالبيان، وبهذا يبين أن الصحيح سماعها بالإقرار بالمجهول، وكذا سمع البينة بإقراره لديه، إذا أنكر الإقرار به في الأصح.

وصحح ابن الرِّفْعَة مقابلة؛ لأن البينة من البيان، ولا بيان مع الجهالة، وود بأنها تبين ما وقع؛ ولهذا سمعت الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة بها، وما ذكرناه من البناء على قول الحبس، إذا امتنع من التفسير، قاله ابن أبي الدم، وهو الفقه الذي لا يتتجه غيره، ومنه يخرج سماع الدعوى بالمجهول.

وكلام المصنف هنا يشعر به، وهو الذي قاله أبو علي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهم، وهو الصحيح كما تبعه في أول الدعاوى من «الغنية»، ومنها لو مات المقر، قيل: البيان طولب به وازنه، فإن امتنع فهل يوقف ما ترك أقل متمول أو الجميع؛ لأنه مرتهن بالدين، قولان.

قال الرَّافِعِي: ثابتهما أظهر.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي كلا القولين نظر إذا قلنا تفسيره بما لا يتمول من النجاسات، كيف كانت تعم لو قال: له عليَّ مال، ومات أتم الخلاف.

وفي هذه الحالة حكاه، وفي الإشراف والحق حالة جنون المقر كموته.

وحكى صاحب «التقريب»: أن الموقوف في حال للمجنون، أقل ما يتمول، وفي حالة الموت جميع التركة، انتهى.

وكذا حكى القولين فيما إذا أقره بثبوت أو قضية، أو جن جنونًا مطبقًا، القاضي، شُرَيْح الرُّويَانِي.

ثم قال: وقال القاسم، يعني: صاحب «التقريب»: يحمل كذا، فذكر ذلك عنه صور في «الأم» المسألة في الإقرار بالمال، ومنها لو كان المقر بين حبس، ثم مات قبل بيان المقدار، فقال ورثته: ما يعلم بمقداره، وصدقهم المقر له.

قال الشَّافِعِي ﷺ: سقط، ومعناه أنه تعدد للحكم؛ لكونه مجهولًا، فيقال للمقر له: إن أردت أن تأخذ، يعني المدعي، وأحلف عليه وحداد للورثة في تقدير النَّاكلين، ولو لم يمت، لكنه غاب.

قال الشَّافِعِي: يحلف المدعي بعد أن يبين بالله، أني له عليه كذا، وهو ما أورده بإقراره ويرفع المحلوف عليه إليه، والغائب على حجته؛ لأن الغائب

وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ.

وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ، وَإِنِ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ دَخَلَ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ، ....

[حالفًا] كلٌّ ذكره في «الإشراف»، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لو تعب أو تعزر المطلوب فجعل كالناكل، فيحلف المدعي، ويستحق وجهان أشبههما في «الحاوي».

قال: (وَلَوْ بَيَّنَ) أي: أقر أن المهم.

(وَكَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فَلْيُبَيِّنْ) أي: ما يستحقه.

(وَلْيَدَّعِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ) أي: في نفي ما ادعاه المقر له إن كان من غير جنس ما فسر به، وإن كان من جنسه بأن فسره بمائة درهم، فقال: لي عليك مائتان، فإن صدقه على إرادة المائة ثبت باتفاقهما، ويحلف المقر على نفي الزيادة، وإن قال: أراد به المائتين، حلف: ما أردت المائتين وأنه ليس عليه إلا مائة، ويجمع بينهما بيمين واحدة على الصحيح المنصوص.

وقيل: لا بُدَّ من يمينين، فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين، ولا يحلف على الإرادة؛ لأنه اطلاع له عليها هكذا جزما به. وقيل: يحلف عليها.

وفي «البحر»: لو قال: ما لك عليَّ إلا درهم، ولكني أردت إقراري ألف درهم لزمه الألف، فإن نكل عن اليمين ترد اليمين كما ذكرنا، هكذا قال.

قال: (وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ) أي: سواء وقع في مجلس أو مجلسين فأكثر سواء كتب بهٌ صكًا، أو أشهد به شهودًا على التعاقب، أو كتب به صكًا، ثم أشهد عليه، ثم كتب به صكًا آخر، وأشهد عليه؛ لأن الإقرار خبر، ولا يلزم من تعدد الخبر بعدد المخبر، هذا هو المعروف، وأعرب في «الذخائر» كما سبق، ونقل وجهًا: أن الدراهم تتكرر بتكرر المجلس، وأحسبه من أوهامه.

قال: (وَإِنِ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ) بأن أقر في يوم بألف، وفي يوم بخمسمائة مثلًا.

(دَخَلَ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ)؛ لاحتمال أنه ذكر بعض ما أقر به في أحدهما.

فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ أَوْ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً، ثُمَّ قَالَ قَبَضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا.

وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ) أي: بأن له مرة مائة صحاح، أو خالصة من سكة كذا، أو مرة بخلاف ذلك.

(أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ) أي: كله على ألف من ثمن مبيع، أو أخذه، أو غصبته إياها.

وقال: مرة قرض، أو عن جناية، أو بذل متلف وهكذا.

(أَوْ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ السَّبْتِ عَشَرَةً، ثُمَّ قَالَ: قَبَضْتُ يَوْمَ الْأَحَدِ عَشَرَةً لَزِمَا) لتعدد الجمع، وقِس بهذا ما في معناه من مكان وغيره.

قال: (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَى أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ فِي الْأَظْهَرِ) أي: عملًا بأول إقراره، وألغًا لآخره؛ لأنه وصل به ما يرفعه، فأشبه قوله: ألف لا يلزمني، والثاني يقبل قوله، ولا يلزمه شيء؛ لأنه كلام واحد، ومنعها واقع، والأصل للبراءة.

وقيل: لا يقبل قوله: قضيته قطعًا، وصححها جماعة.

وقال الإمام: أنها المذهب، وموضع الخلاف مع الوصل، فإن فصل لزمه الألف قطعًا.

قال الإمام: وكنت أود لو فصل فاصل بين أن يكون المقر يعلم بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين الجهل، فبعدد الجاهل دون العالم، لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب.

قلت: يقول ما تمناه فيما إذا ترافع إلينا بيان ذلك، أو من قرب عهده بالإسلام، فمن يرى الخمر مالًا، وهو ممن يخفي عدم ماليتها، ولزوم ثمنها، وكنت أنا أود لو فصل فاصل بين أن يكون المقر لا يرى جواز بيع الكلب الصائد، كما هو مذهب جماعة من العلماء، وبين أن يكون كذلك، فالأول

وَلَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْت قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجَعَلَهُ ثَمَنًا.

غير متناقض، بل ظاهر حاله واعتقاده دال على صدقه، بل كثير من عوامنا الذين لا مذهب لهم يظنون جواز بيعه، ولزوم ثمنه، والله أعلم.

فرع: لو قدم الخمر أو نحوه، فقال له من ثمن خمر: عليَّ ألف، لم يلزمه شيء قطعًا، وكل حال نص عليه، وجرى عليه المصنف وخلائق، ولا يخفى نظائره، كتعديم السبب في الإقرار للحمل، كاقترضت من حمل هند الفائض عليه في «الأم» وإنما ضمنت لك زيدًا بشرط الخيار، فيقبل جزمًا، ذكره الْمَاوَرْدِي، وقضيته أنه لو ادَّعى عليه ألفًا، فقال: إنما لك عليَّ ألف من ثمن حرابة يقبل، لكنه في التتميم في «شرح المهذب».

حكي عن الشَّاشِي أنه قال في «المعتمد»: إنه لا فرق بين قوله: عليَّ ألف من ثمن خمس، وقوله: عليَّ من ثمن خمر ألف، في أن الجميع على قولين؛ لأنه وصل إقراره بما يبطله سواء بقدم ذكر الخمر، أو أخر، وأقره عليه ولم أره لغيره، والظاهر أنه من تفقهه.

قال: (وَلَوْ قَالَ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْت قُبِلَ عَلَى الْمَذْهَبِ وَجَعَلَهُ ثَمَنًا)، إذ المذكور أخر إلا برفع الأول، بخلاف قوله: من ثمن خمر، هذا ما جزم به العراقيون، وبعض الخُراسانيين.

وقيل على قولين إشارات قوله: من ثمن عبد بشر، أنه لا فرق عندنا بين عبد معين وغيره، وهو لذلك، وقوله: وجعل ثمنًا، يعني: الألف، فيكون حكمه حكم الثمن في وجوب التسليم، فهل يبدأ به البائع، فعلى المذهب لا يطالب بالألف، إلا بعد تسليم العبد، وقوله: إذا سلم تسلمت زيادة في التصوير عن محتاج إليها، وقوله: لم أقبضه هو، والمعتبر وعبارة «تهذيب المحرر»: من ثمن عبد إن سلم سلمت، والطريقان مشهوران فيما إذا قال ذلك متصلًا، فأما إذا قال: منفصلًا لم أقبض ذلك العبد قبل، نص عليه الشَّافِعِي، وجزم به العراقيون، ويجري فيه الطريقان من باب أولى، وجزم أبو علي الفاروقي بعدم القبول. وفي «الذخائر» نقل القولين فيما لو قال: له عليَّ ألف من ثمن بيع لم أقبضه.

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قيل: قوله: لم أقبضه متصلًا ومنفصلًا، والظاهر أنه ذكره في معرض مفارقته للخمر ونحوه في حال الفصل لا غير.

قال الْبَغَوِي والفوراني وغيرهما: لو قدم ذكر الشراء، فقال: اشتريت منه عبدًا بألف إذا سلم سلمت، قبل: قولًا واحدًا، ولا يجز فيه الطريقان، ولو قال: له عليَّ ألف، ثم قال: مفصولًا هو من ثمن مبيع لم أقبضه، لم يقبل قولًا واحدًا.

واستشكل ابن الرِّفْعَة عدم إجراء الخلاف فيه، ثم أجاب: أنه يؤدي إلى إبطال الاحتجاج بالأقارير.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ شَاءَ الله لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: الذي قطع به الجمهور؛ لأنه لا يجزم بالإقرار، بل علقه بالشك، وقبل على القولين في قوله: من ثمن خمر.

قال الرَّافِعِي: ولو خرجوا طريقًا آخر جازمًا باللزوم، لكان قريبًا بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم، وبهذا قال أحمد، ولو قال: له عليَّ ألف إن شئت أو إن شاء فلان، فالمشهور بطلان الإقرار.

وقال الإمام: الوجه تخريجه على القولين، كذا نقلًا، وعبارة «الوسيط» تخرج على القولين أن عدم صيغة الالتزام، وإن أخر، فيقطع بأنه لا يلزمه، انتهى.

وقال ابن شدَّاد في كتابه: يلجأ الحكام تبعًا لصاحب «الذخائر» أن بعض الأصحاب، قال: ما علق بمشيئة الله تعالى يبطل، وما علق بمشيئة غيره على قولين، ولو قال: لك عليَّ ألفان قبلت إقراري.

قال ابن الصباغ: لا يكون هذا عندي إقرارًا، وبه جزم المتولي تبعًا له.

فرع: قال في «الروضة»: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أطلق جماعة أنه لا شيء عليه، وذكر الإمام وغيره أنه على القولين، وكيف كان فالمذهب أنه لا شيء عليه عند الإطلاق، ولو قدم التعليق.

فقال: إن جاء رأس الشهر، فعليَّ ألف لم يلزمه قطعًا.

وفي «التتمة» وجه: أن مطلقه محمول على التأجيل برأس الشهر، وهو غريب وبه قطع فيما إذا قال: ألف إذا جاء رأس الشهر.

قلت: وقع في شرحي الرَّافِعِي سهو في المسألة، وقدمه المصنف فيما ذكره، ولفظه في «الكبير»، ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم رجلان أطلق مطلقون بأنه لا يكون إقرارًا؛ لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بشرط.

وذكر الإمام وغيره: أنه على القولين؛ لأن صدر الكلام صيغة التزام يرفع حكمها، ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق؛ اقتصارًا على الأظهر من القولين في المسألة، ثم ذكر كلام المتولي كالروضة، ولم يقل إنه غريب، وقوله في الأظهر من القولين في المسألة عجيب. وقال في «الصغير»: ولو قال: عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، فقد ذكر الإمام وغيره بأنه على القولين، وأطلق بعضهم أنه لا يكون إقرارًا، وكأنهم اقتصروا على الأصح في المسألة كما ذكرنا في التعليق بالمشيئة، انتهى.

وعبارة «الوجيز»: إن جاء رأس الشهر لم يلزمه أصلًا؛ لأن الإطلاق المعلق باطل، انتهى.

وقال في «الوسيط»: ولا خلاف أنه إذا قال: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، وقصد به التعليق، أنه يخرج على القولين.

وعبارة «البسيط» على قولي ثمن الخمر، وإن فسَّر بالأجل، فعلى الطريقين يعني في قوله: ألف مؤجل، وهو ملخص في «النهاية» إذا عرفت هذا، ففي «الشامل» و«البحر» و«البيان» وغيرهما.

قال الشَّافِعِي: لو قال: له عليَّ ألف إذا جاء رأس الشهر، كان إقرارًا، فإن قدم فقال: إذا جاء رأس الشهر، احتمل أن يكون أراد محلها، أو وجوب تسليمها ذلك الوقت، فلم يبطل الإقرار، وإذا قدم الشرط لم يقدم الحق، وإنما علقه بالشرط، فلم يكن إقرارًا.

قال القاضي أبو الطيب: في هذا نظر، ولا فرق بين تقديم للشرط وتأخيره، انتهى.

ويلزوم الألف إذا قدم الإقرار، أجاب القاضي الحسين، وكثيرون من الطريقين تبعًا للنص.

وجعل الإمام ومن تبعه المسألة على القولين في قوله: من ثمن خمر، فحصل أن ما جزم به المتولي في المذهب قطعًا أو الأظهر، ولو اتفاق الشرحين على إثبات لا في قوله، أطلق مطلقون: أنه لا يكون إقرارًا لكان الصواب جد فيها، ولكن كلامه بعد ذلك يفهم إثباته، وهو سهو لا شك فيه.

وقوله: أن المتولي نقل وجهًا في أنه سهو، وإنما ذكره في آداء، وهو قول القاضي أبي الطيب في تعليقه، ونقله عنه الأئمة في تقديم آداء، والحاصل هو ما جد بها أن يقول: له عليَّ ألف إن جاء زيد.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: إذا قال: لك عليَّ ألف إن قدم فلان، أو خرج فلان، أو كلمت فلانًا، أو كلمك، فهذا كله من جهة العماد، ولا شيء عليه، وهذا متفق عليه، وكذلك الحكم لو قال: إذا جاء زيد وقدم ونحوهما، الثانية: أن يقول: لك عليَّ ألف إن جاء رأس الشهر، فهي كالتي قبلها كما جزم به في «الوجيز»، ويحتمل أن يحمل على التأجيل برأس الشهر، أو يكون على الوجهين السهو في المسألة السادسة، الثالثة: له عليَّ ألفًا، وجاء رأس الشهر له قطعًا؛ لقوله: له عليَّ ألف مؤجل.

وقيل قولان، ونقلها في الكافي عن طريقهم، الرابعة: إذا جاء رأس الشهر، فلزيد عليَّ ألف.

قال المتولي: اختلف أصحابنا، فمنهم من قال: يكون إقرارًا باطلًا؛ لأنه تعليق، والأمر لا يقبله، انتهى.

والأول قول القاضي أبي الطيب، والمذهب الثاني، الخامسة: لو قال: له عليَّ ألف إلا أن يبدو لي فوجهان في «العدة»، وإن قال: له عليَّ ألف، إن مت

……………………………………………………………

لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة لنا، أنه معلق بالموت، فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد.

السادسة: قال في «العدة» أيضًا: ولو قال: معسر لزيد: عليَّ ألف درهم إن رزقني الله مالًا كان إقرارًا، خلافًا لأبي حنيفة، وبعض أصحابنا للتعليق.

قال: والأولى أصح؛ لأن البيان ميقات لأداء ما على المعسر، وبيان ميقات لأداء لا يبطله، كما لو قال: له عليَّ ألف إلى رأس الشهر، وأقره العمراني وفيه نظر، ولا شك في المنع إذا دلت قرينة على الوعد بأن بشره زيد بمولود، أو بهلاك عدو له ونحوهما، فقال ذلك.

فرع: قال في «الحاوي»: لو قال: أقرضني ألفًا، ثم قال: لم أقبضه صدق يمينه، خلافًا لأبي حنيفة، وصاحبه وتبعه الشاشي وصاحب «الذخائر»، وابن أبي عصرون، وكلامه مصرح بعدم الفرق بين أن نقوله متصلًا أو منفصلًا، لكن في الشامل لو قال: أودعني ألفًا، فلم أقبضها، أو أقرضني أو أعطاني، فلم أقبض، قبل قوله إن كان متصلًا، ولا يقبل إن كان منفصلًا؛ وكذلك إذا قال: وعدني ألفًا، فلم أقبضها.

وفي «روضة» شُرَيْح عن جده أبي العباس الرُّويَانِي: أنه لو قال: أقرضني كذا ولم أقبضه لا يقبل منه؛ لأن ظاهر اللفظ بقيد القبض.

وعن بعضهم: إن كان من أهل المعرفة يحمل على القبض عملًا بموجب اللفظ، وإن لم يكن من أهلها لم يحمل عليه، انتهى. فحصل أوجه.

قال شُرَيْح: ولو قال: بعتني سلعة بكذا، فلم أشترها، فأوجه أحدها: أنه مقر بالشرى، والثاني: لا، والثالث: يفصل بين العالم والجاهل، وأنه لو قال: بعتك سلعة بكذا، فلم يشرها، فقيل على الأوجه، وقيل يحكم عليه بالبيع قولًا واحدًا، انتهى.

وذكر المصنف وغيره: أنه على قولي تبعيض الإقرار.

فرع: الإقرار بالهبة ليس إقرارًا باقيًا فيها على المذهب، وعن نصه إذا كان

وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ لَزِمَهُ، ....

بيد الموهوب له، فهو قبض بعد الإقرار.

قيل: وهو على قوله إذا وهب منه ما بيده، لا يحتاج في قبضه إلى إذن، ولو قال: وهبته وخرجت إليه منه، فالأصح أنه لا يتضمن إقراره بالقبض أيضًا.

وجزم الْمَاوَرْدِي: أنه إن كان بيد المتهب عند الإقرار حمل على الإقباض.

وقالوا في «الأم» أيضًا، ثم قال: هكذا لو قال وهبتها له وملكها.

وقال: إن المزني رواه في جامعه «الكبير».

وقال الدارمي: إذا قال: وهبتك هذه الدار، وقبضها ثم قال: لم أقبضها حلف القابض، فإن نكل حلف الواهب ورجعت إليه، فإن كانت الدار بالبلد لم يقبل؛ لأنه إقرار بالتقبيض، انتهى.

ووقع في المسألة اضطراب في «الروضة»، وربما يوضحه هناك، ولو قال: وهبته منه وملكه، فكما سبق نص عليه في «الأم»؛ لأنه قد يكون عنده بالكلام، وهو مشكل مقتضي ألا يعمل بإقرار يملك، والممكن في تعليله أنه لما قرن قوله، وملكها بالهبة، وأكثر الناس أن الهبة تنقل الملك بدون القبض، قوى الاحتمال فيه، فلم يجعل إقرارًا بالقبض، وسننه أن يفرق بين العالم والجاهل.

ولو قال: وهبتها بغير رضاي، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الرضا، نص عليه وأحسبه من تفريع قوله: أنه يصدق على الإكراه مطلقًا، والمرجح خلافه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ لَزِمَهُ**)؛ لأنه غير منظم.

وقرن به الرَّافِعِي له عليَّ ألف أولًا، وغلطه في «الروضة»، وقال: الصواب أنه لا شيء عليه في قوله أولًا، وهو معدود؛ لأنه المشهود المجزوم به في الكتب المشهورة.

وفي «التهذيب» لو قال: له عليَّ ألف، لألزمه، وفي بعض نسخ الشرح مثله، ورأيت في آخر الطلاق من فروع ابن القطان، أنه لو قال: أنت طالق طلقة أو لا، لزمه طلقة، كما لو قال له: عنده دراهمًا أولًا فيلزمه، هذا لفظه.

ولعل الرَّافِعِي أخذ ذلك من كلام صاحبه ابن كج، ولم ينقب على

وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ: أَرَدْتُ بِهِ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ آخَرُ صُدِّقَ الْمُقِرُّ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ.

المسألة، وقد قال قبل هذا الباب: لو قال: عليَّ ألف، أو على زيد وعمرو، ولم يلزمه شيء، وكذا لو قال: على سبيل الإقرار أنت طالق أو لا، فإن ذكره في معرض الإحسان طلقت، انتهى.

فقوله: لو قال على سبيل الإقرار يناقض ما ذكره هنا، وكان ينبغي للمصنف أن يحتج به عليه.

فرع: قالا: لو قال لفلان: عليَّ درهم أو دينار، لزمه أحدهما، وطولب بالتعيين. وقيل: لا يلزمه شيء، وهو ضعيف جدًا، هذا لفظ «الروضة».

وكان ابن القطان في فروعه هنا إذا قال لفلان: عليَّ ألف أو عبد، فالذي عليه جماعة أصحابنا: أنه لا يصح هذا الإقرار؛ لأنه لا يثبت على شيء، وموضوع الإقرار على اليقين، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكره في الطلاق.

وقال الديبلي: لو قال: له عليَّ درهم أو درهمين، لزمه درهم؛ لأنه يقين، ولو قال: درهم أو دينار لم يلزمه شيء؛ لأنه ذكر جنسين.

وقال في موضع آخر: لو قال: له عليَّ ألف، أو عبد لم يلزمه شيء؛ لأن «أو» حرف للشك في الأخبار، ولا يلزمه بالشك.

وقال الترمذي: يطالب بالتعيين، والأولى يلزمه شيء، انتهى.

وأرسل الدارمي الوجهين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ: أَرَدْتُ بِهِ هَذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ فَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ آخَرُ صُدِّقَ الْمُقِرُّ فِي الْأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ**) لأن الوديعة يجب عليه حفظها، والتجلية بينها وبين مالكها، فلعله أراد تكلمه على الأخبار بين الواجب، ويحتمل أنه تعدى فيها، فصارت مضمونة عليه.

وقال في «الأم»: أن من أودع شيئًا، فجائز أن يقول لفلان: عندي، ولفلان: عليَّ، وقد يتعدى فيكون دينًا عليه، انتهى.

فَإِنْ كَانَ قَالَ فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنًا صُدِّقَ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وعلى هذا القول اقتصر الجمهور، ومنهم الثقات الْمَاوَرْدِي، وأبو الطيب، والحسين، والدارمي، والفوراني، وابن الصباغ، والمتولي، والمراوزة، كما قاله الإمام، والثاني يصدق المقر يمينه، فما أبى به وديعة، وله عليه ألف دينار؛ لأن لفظه عليَّ للإيجاب في الذمة؛ ولهذا لو قال: عليَّ ما على فلان كان ضامنًا، والوديعة لا تثبت في الذمة، فلا يقبل التفسير بها.

إشارة: قال الرَّافِعِي: نسب الشيخ أبو حامد القولين إلى نصه في «الأم»، وفي النفس من ثبوت الثاني نصًا، ونقل في «التنبيه» و«التحرير» الثاني وجهًا لا نصًا، ويؤيده جزم كثيرين بالأول بل الأكثرين، وهو المنصوص في «المختصر»، والأول صريح نصه، ولكن بلفظ عندي، وعلله بما سبق.

وقال الدارمي: إذا قال: له أو عندي أو قبلي ألف درهم، ثم جاء بها، فقال: هي هذه، وذكر ما سبق، فسوى بين الصيغ الثلاث، وأما القول الثاني، فقال في «الأم» بعد قائمة من القول الأول: ولو قال: له عليَّ ألف درهم وديعة، فهي وديعة، ولو أن قال: له عليَّ ألف درهم، وثم سكت، ثم قال بعد: هي وديعة، أو قال: هلكت، لم يقبل ذلك فيه؛ لأنه قد ضمن ألف درهم، ثم ادعى ما يخرجه من الضمان، فلا يصدق عليه إنما صدقناه أو لا؛ لأنه وصل الكلام؛ ولذلك لو قال: له قبلي ألف درهم، فوصل الكلام أو قطعه، كان القول فيها مثل المسألة الأولى إذا وصل أو قطع، انتهى.

قال: (**فَإِنْ كَانَ قَالَ فِي ذِمَّتِي أَوْ دَيْنًا**) أي: ثم جاء بألف، وفسره بالوديعة كما سبق (**صُدِّقَ الْمُقَرُّ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن العين لا تثبت في الذمة، والثاني فيه وجهان وأحد الطريقين من قول الرَّافِعِي، إن لم يقل في الصورة الأولى فهما أولى، وإلا فوجهان أصحهما أنه لا يقبل، انتهى.

وسوى ابن القطان بين الصورتين، وحكى الخلاف وجهين للأصحاب، وأنه لا فرق بين قوله: عليَّ في ذمتي.

وقال الدارمي: وإن قال: في ذمتي، ثم بينه بالوديعة، فخالفه المقر له،

قُلْت: فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ فَيُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ، ، وَإِنْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلَفِ قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فالصحيح أن القول قول المقر له، وقيل: قول المقر له، انتهى.

ويؤيد ترجيحه قول الشَّافِعِي في توجيه القول الأظهر، وقد يودع فيتعدى فيها فيكون دينًا له عليه، فليست الذمة شيئًا إلا بالتعيين، انتهى.

وهو كالمصرح بما رجحه الدارمي الخلاف كما اقتضاه كلام القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمتولي، وهو المشهور كما قال ابن الرِّفْعَة فيما إذا جاء بألف، وقال: هي هذه، أما لو قال له: في ذمتي ألف درهم، ثم جاء بألف، وقال الألف التي أقررت بها كانت وديعة وتلفت، وهذه بدلها، قبل منه بجواز أنه يكون بتفريطه، فيكون البدن ثانيًا في ذمته.

وحكى ابن يونس وجهًا: أنه لا يقبل.

قال: (**قُلْت: فَإِذَا قَبِلْنَا التَّفْسِيرَ بِالْوَدِيعَةِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا أَمَانَةٌ يُقْبَلُ دَعْوَاهُ التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ وَدَعْوَى الرَّدِّ**)؛ لأنه حكم في الوديعة والثاني، ونسبة الإمام إلى الأصحاب إنما تكون مضمونة عليه، فلا يصدق في دعوى الرد والتلف أحدًا بقوله أو لا عليَّ؛ ليضمنها الالتزام.

تنبيه: احترز بقوله بعد الإقرار عما لو ادّعى أنه تلف، أورده قبل الإقرار بأنه لا يصدق؛ لأن التالف لا يكون عليه بحال.

قال: (**وَإِنْ قَالَ لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ صُدِّقَ فِي دَعْوَى الْوَدِيعَةِ وَالرَّدِّ وَالتَّلَفِ قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) لأنه محتمل للأمانة، ويشعر بها، والأصل براءة ذمته، وكذلك الحكم لو قال: دفع لي ألفًا، أو أحدث منه القائم فسره بوديعة.

قال الرَّافِعِي: وعن القفال أنه قال: والمذهب عندي أنه يفرق بين اللفظين، كما قال أبو حنيفة يعني في أن الصدق في دعوى الأخذ عصى المقر به؛ لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه وديعة يكون برضاه، انتهى.

وعبارة «البحر»: لو قال: أحدث منه ألفًا، فهو كقوله: دفعه إليَّ، أو فسره

وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ كَانَ فَاسِدًا وَأَقْرَرْت لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرِّ لَهُ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُقِرُّ وَبَرِئَ.

بوديعة. قيل: خلافًا لأبي حنيفة.

قال: لأن الأخذ يقتضي الغضب.

قال القفال: يحتمل أن يكون هذا مذهبنا، انتهى.

وبين النقلين عن القفال فرقٌ واضح.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ، ثُمَّ قَالَ: كَانَ فَاسِدًا وَأَقْرَرْت لِظَنِّي الصِّحَّةَ لَمْ يُقْبَلْ)** لأن الاسم يختص بالصحيح عند الإطلاق، ولم يذكر فيه الخلاف السابق في دعوى الصحة والفساد.

(وَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُقَرِّ لَهُ) أي: لإمكان صدقه، وقد يخفى المفسد، أو يعقل عنه.

قال: **(فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُقِرُّ وَبَرِئَ)** أن يمينه المردودة كالبينة أو كالإقرار.

وعبارة «الروضة» و«الشرحين» و«المحرر» وحكم ببطلانه، أي: فيهما جميعًا، وخلط بعض الشارحين هنا، تخليطًا قبيحًا، ويوهم أن دعوى الفساد مقصورة على البيع. وقال: إن النزاع في دين، وأن المصنف احترز بقوله: وإقباض على ما إذا أقر بالهبة فقط، وذكرنا من قبل أن الإقرار بها لا يتضمن الإقرار بقبضها على المذهب خلافًا لنصه في الإقرار والمواهب، وفي الجامع الكبير فيما إذا كانت العين بيد المتهم وادعاه، وسبق أن الأصح أن قوله: خرجت إليه منها، أو قال: ملكها لا يكون إقرارًا يقصها على الأصح، والمنصوص في الإقرار والمواهب.

قال الرَّافِعِي: أما لو أقر بالقبض مع الهبة، فقال وهبت، وأقبضت، أو سلمته منه، أو حازه مني لزمه الإقرار، فلو عاد وأنكر القبض، وذكر بإقراره تأويلات، ولم يذكره وهو كما ذكرناه فيما إذا قال: وهبت وأقبضت، ثم عاد وأنكر.

قلت: نص في «الأم» هنا على التحليف في مسألتنا، واقتصر على لفظه جازمًا، ولم يقل: مني، فأشعر بأنها ليست مقيدة.

وَلَوْ قَالَ: هَٰذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو بِالْإِقْرَارِ.

قال: فيصدق الموهوب له ووارثه، وكذلك لو قال: وصارت في يده، وسواء كانت حين يقر في يد الواهب أو الموهوبة له، انتهى.

وقد يحتمل أن يقال: إن قوله: حازها، كقوله: وملكها، لو قد يرى الحيازة يكون بالكلام كما نراه في قوله: وملكها، ونسبه أنه لا بد من قوله: متى، كما أفهمه كلام الرَّافِعِي، إذ قد يجوزها بغير إذنه، فإذا ادعى عدم الإذن صدق فيه، ويحتمل غيره لإطلاقه الحيازة، وعدم تعرضه لعدم إذنه.

قال: (وَلَوْ قَالَ: هَٰذِهِ الدَّارُ) أي: التي بيده.

(لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو أَوْ غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ) لأن من أقر لآدمي بحق لا يقبل رجوعه عنه، ولا فرق بين قوله: لا بل لعمرو، ولا بد من زيد، وغصبها زيد من عمرو.

وقال في «البحر»: أو قال؛ أودعنيه زيد، بل من عمرو.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو بِالْإِقْرَارِ) للحيلولة بإقراره للأول والثاني؛ لا لأن الإقرار الثاني صادق ملك الغير، فلا يلزمه شيء، كما لو أقر لعمرو بالدار التي بيد زيد، ثم قيل القولان؛ لأن فيما إذا انتزعها الحاكم وسلمها لزيد، فإن سلمها المقر بنفسه عزم قطعًا، وقيل: هما في الحالتين، وصححها العمراني والمصنف وغيرهما.

وقيل: إن أخطأ لم يغرم، فإن تعمد فالقولان وليس بشيء.

قال أصحابنا: ويجري الخلاف سواء، والى بين الإقرارين لهما، أو فصل بفاصل طويل أو قصير، ثم الظاهر أنه يعزم لعمرو في الحال.

وفي «البحر» طريقة: أنه لا يعزم في الحال، بل إذا تيسر من العين بتلفها في يد المقر له، وفي الشك في الطلاق.

من الوسيط عن الإمام: أنه لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو يؤاخذ به، ولم أره في «البسيط» ولا «النهاية».

فَصْلٌ

وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ.

فرع: بيده عين، فانتزعها مدع يمينه بعد كون ذي اليد، ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الأول، إن قلنا: اليمين المردودة بعد النكول كالبينة فلا، أو كالإقرار فهي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف.

فصل

قال: (**وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ**) لوجوده في القرآن والسنة وكلام العرب، وهو إخراج ما أولاه لدخل في الأول بأدوات سنذكر بعضها.

قال: (**إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ**) بإجماع اللغويين ملك في «الروضة»، فإن سكت بعد الإقرار أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى لم ينفعه.

قلت: هكذا قال أصحابنا: إن يحلل الكلام الأجنبي يبطل الاستثناء.

وقال صاحبا «العدة» و«البيان»: إذا قال: عليَّ ألف أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء عندنا، خلافًا لأبي حنيفة، ودليلنا: أنه فعل يسير، فصار كقوله: عليَّ ألف يا فلان إلا مائة، وهذا الذي نقلاه فيه نظر، والله أعلم.

تنبيهات: أحدها: قوله: فإن سكت بعد الإقرار، هكذا وقع في بعض نسخ الشرح لطلاق السكوت، ووقع في بعضها، قال سكت طويلًا، وكذا هو في «الشرح الصغير» و«التهذيب» و«الكافي»، فبان بذلك أنه سقط من الأصل الذي أحضرته منه و«الروضة» ولا شك أنه لا يضر سلبه بنفس وعي نحوهما، كما سيأتي بيانه في الطلاق إن شاء الله تعالى الثاني.

قال في «الكافي»: وشرط أن يكون الاستثناء منقلًا بالجملة الأولى، فلو سكت بينهما طويلًا أو اشتغل بأمر آخر بحيث ينقطع الكلام الأول في العادة لا يصح الاستثناء، فإن قال: لفلان عليَّ ألف درهم، هو صديقي إلا مائة، أو قال: له عليَّ ألف درهم، الحمد لله إلا مائة يجب الألف، ولا يصح الاستثناء، ولو قال: لفلان عليَّ ألف درهم، أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء؛ لأن قوله: أستغفر الله، أشد دال لما سبق منه، فكان ملائمًا للاستثناء، فلا يمنع الصحة،

فَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً لَزِمَهُ تِسْعَةٌ.

ولو قال: لفلان عليَّ ألف أعطيته إلا مائة، لزمه الألف، انتهى.

وكلامه مصرح بأن المأخذ ما ذكره لا الفصل اليسير، واقتضى كلامه أن قوله: يا فلان مبطل للاستثناء، بخلاف ما ذكره في «العدة».

قال: ولا يستغرق أي: كقوله: له عشرة دراهم إلا عشرة دراهم، وما أشبه هذا لم يصح إجماعًا، وأعرب بعض الأصوليين، فنقل للناس قولًا فيه، ولا فرق عندنا بين الاستثناء الأكثر والأقل والمساوي، ويصح الاستثناء بأدواته بـ«إلا» وغير وسوى وعدا وخلا وليس ودون وحاشا وما خلا وما عدا.

فروع: لو قال: عليَّ ألف استثنى منه، أو أحط، أو أدر مائة، ففي كونه استثناء صحيح وجهًا في «الحاوي»، سبق عن «العدة»: أنه لو قال: له عليَّ ألف، إلا أن يبدو لي، ففي كونه مقرًّا وجهان.

والجواز في «روضة» شُرَيْح، و«إشراف» الهروي: أنه لا يصح لقوله إن شاء الله تعالى، وسيأتي عن نص «الأم» في الطلاق والعتق ما يقتضي الصحة، إلا أن يفرق بين الإقرار والإنشاء، لو قال: عليَّ درهمان، بل درهم أو عشرة، بل تسعة.

قال الشيخان وغيرهما: لزمه الدرهمان والعشرة.

وفي «الإشراف»: أنه لا يلزمه إلا درهم وتسعة.

قال: لأن التخاطب جرى بمثله، فصار كالاستثناء المعروف المعهود، ونقله شُرَيْح في «روضته» عن العبادي، واستشكله ولم يذكر سواه، وكأنه ببلدهم اطرد أراده الاستثناء بذلك.

قال: (فَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً إِلَّا ثَمَانِيَةً لَزِمَهُ تِسْعَةٌ) لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، كما بين في الطلاق معنى الكلام إلا تسعة، لا يلزم إلا ثمانية يلزم، فلزمه الثمانية، والواحد الباقي من العشرة، إذا نكر الاستثناء كان كل واحد يستثنى مما قبله، وضابطه أن يجمع كل ما هو إثبات، وكل ما هو نفي، ويسقط المنفي من المثبت، والباقي هو المقر به، فإذا قال: له عليَّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا تسعة، وهكذا إلى الواحد،

وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ كَأَلْفٍ إِلَّا ثَوْبًا، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ.

فعليه خمسة؛ لأن الأعداد المثبتة ثلاثون، والمنفية خمسة وعشرون، ثم معرفة المثبتة أن العدد المذكور أولًا إن كان تسعًا، فالأشفاع مثبتة، والأوتار منفية، وإن كان وترًا فبالعكس، وشرطه أن يكون الأعداد المذكورة على التوالي المعتاد، يتلو كل تسع وترًا وبالعكس، فلو قال: ليس له عليَّ شيء إلا خمسة، فمقر بخمسة، ولو قال: ليس له عليَّ عشرة إلا خمسة، لم يلزمه شيء عند الجمهور، إذ العشرة إلا خمسة خمسة، فكأنه قال: ليس له عليَّ إلا خمسة.

وقيل: يلزمه خمسة، بناء على أن الاستثناء من النفي إثبات، هذا إذا أنكر الاستثناء بلا عطف، فإن عطف كقوله: عليَّ عشرة إلا خمسة وثلاثة، أو عشرة إلا خمسة وإلا ثلاثة، فهما معًا مستثنيان من العشرة، فيلزمه درهمان، ولو قال: إلا خمسة وإلا أربعة، لزمه درهم، وهكذا.

قال: **(وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ كَأَلْفٍ)** أي: من الدراهم مثلًا.

(إِلَّا ثَوْبًا) لوروده شرعًا ولغةً.

ومنه قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢] فإنهم عدو لي إلا رب العالمين في آيٍ كثيرة.

وفي «الحاوي» و«البحر»، وذكر وجهين في متعة من غير الإقرار، لبعد وجود مثله في غير الإقرار، ووضع في نسخ كفاية ابن الرِّفْعَة في نقلهما اختلاف، ففي نسخ كما ذكرنا، وفي نسخ نقلهما في استثناء الأكثر من غير الإقرار، والظاهر أنه تحريف إذا قال: له عليَّ ألف درهم إلا عبدًا، أو إلا بعيرًا، أو شاة، أو ثوبًا، وغيرهما صح، ولكن يفسر المستثنى مما ينقص عن الألف كذلك.

قال: **(وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ)** أي: بأقل ما يتمول؛ لئلا تستغرق فإن استغرق، فالتفسير لغو.

وفي الاستثناء وجهان: أصحهما عند الإمام وغيره، وفي أصل «الروضة»، والأشبه عند الرَّافِعِي: أنه يبطل كالمستغرق، وأصحهما في «التهذيب» و«الانتصار»: أنه لا يبطل، ويؤمن بالتفسير ثانيًا، وبالأول جزم

وَمِنَ الْمُعَيَّنِ كَهَذِهِ الدَّارُ لَهُ إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ، أَوْ هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلَّا ذَا الدِّرْهَمَ،

الْجُرْجَانِي في «التحرير»، وأكثر الكتب ساكنة عن الترجيح.

فائدة: قال الغزالي: ومنعه صاحب «الذخائر» وابن الرِّفْعَة في المسألة، هذا استثناء من الجنس؛ لأن تقديره إلا قيمة ثوب، نعم فيه مجاز من حيث ذكر الثوب، والمراد قيمته، وفي الشامل يصح من غير الجنس، ومن أصحابنا من قال: لا يكون استثناء في الحقيقة، انتهى.

ورأيت في «شرح الفروع» للبندنيجي: يصح الاستثناء من غير الجنس عندنا في كل شيء إذا اتقى شيء من الجملة.

واختلف أصحابنا في ترتيب ذلك، فقال أبو إسحاق: هذا استثناء من القيمة، فإذا قال: له عليَّ مائة دينار إلا مائة درهم، وكأنه استثنى من قيمة الدنانير مائة درهم، ولو قال: له عليَّ مائة درهم إلا ثوب، وكأنه استثنى قيمة الثوب من الدراهم، وكأنه يشير إلى أن الاستثناء أبدًا لا يكون إلا من جنسه، وذهب الأكثرون من أصحابنا إلى صحة ذلك من غير اعتبار القيمة، وجه ورد القرآن، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًا﴾ [مريم: ٦٢] وغيرها، ولو كان هذا استثناء من القيمة، وجب أن يكون الإقرار بقيمة الدنانير، حتى إذا ذهب منها المائة كان الواجب عليه ما في قيمة الدنانير، حتى إذا ذهب منها المائة كان الواجب عليه ما في قيمة الدنانير، لا عين الدنانير، فإذا لم يقبل أحد ذلك دل على أنه استثناء من غير الجنس، وصح ذلك، انتهى لفظه - رحمه الله تعالى -.

قال: (**وَمِنَ الْمُعَيَّنِ**) أي: ويصح الاستثناء من العين، (**كَهَذِهِ الدَّارُ لَهُ**) أي: لزيد.

(**إِلَّا هَذَا الْبَيْتَ، أَوْ هَذِهِ الدَّرَاهِمُ لَهُ إِلَّا هذَا الدِّرْهَمَ**) أي: ونحو ذلك، كهذا القميص إلا كمه، أو هذا القطيع إلا هذه الشاة، أو هذا الخاتم إلا هذا الفص، أو هذه الدار لزيد إلا بناها، فيكون مقرًا بالأرض فقط، قاله الْمَاوَرْدِي.

كما يصح الاستثناء من المطلق؛ لأنه إخراج بلفظ متصل، فهو كالتخصيص.

قال في «الأم»؛ ولأنه كلام صحيح وليس بمحال.

وَفِي الْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ.

قُلْت: لَوْ قَالَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا قُبِلَ وَرَجَعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَثْنَى صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال: (وَفِي الْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ) أي: أنه لا يصح الاستثناء منه، إذ الاستثناء المعتاد يكون المطلق لا من العين، وأيده قائله فإنه لو قال: هذه الدار له، وهذا البيت لزيد لم يصح، وهذا ممنوع.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت له كان مثل قوله: إلا هذا البيت، ولو قال: هذا الخاتم لفلان، وفصه لي، أو لفلان، فهو مثل قوله: هذا الخاتم إلا فصه لي، أو لفلان، فالخاتم لفلان، والفص له أو لفلان.

قال: (قُلْت: لَوْ قَالَ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدُ لَهُ إِلَّا وَاحِدًا قُبِلَ) كما لو قيل له: عشرة إلا شيئًا، أو إلا درهمًا، أو إلا فرق في صحة استثناء المجهول من العين والدين.

قال: (وَرَجَعَ فِي الْبَيَانِ إِلَيْهِ)؛ لأنه أعرف بمراده، ويلزمه البيان؛ لأجل حق الغير كالعتق.

قال: (فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا وَزَعَمَ أَنَّهُ الْمُسْتَثْنَى صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالله أَعْلَمُ)؛ لأنه محتمل، والثاني: لا للتهمة وزيف.

ولو قال: عصيتهم إلا واحدًا، فماتوا إلا واحدًا، فقال: هو المستثنى.

قيل: بلا خلاف، وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحدًا؛ لأن حقه ثبت في القيمة، ولو مات المقر قبل البيان قام وارثه مقامه، قاله القاضي الحسين.

فرع: من «الحاوي»: لو قال: له عليَّ ألف إلا مائة قضيته إياها، كان مقرًا بتسعمائة مدعيًا لقضائها.

وقال أبو حنيفة: يكون مقرًا بألف مدعيًا لقضاء مائة منه.

فرع: من «الحاوي»: لو قال: له عليَّ ألف درهم، ومائة دينار إلا خمسين

فَصْلٌ

إن أراد بالخمسين جنسًا آخر غيرهما قبل، وإن قال ما فيها أرادهما أو أحدهما قبل، فإن بيانه عاد إليهما، وفيه وجهان، أحدهما: يستثني من الألف خمسون درهمًا، ومن المائة دينار وخمسون دينارًا، والثاني يعود إليها نصفين فيستثنى من الدرهم خمسة وعشرون، ومن الدنانير خمسة وعشرون.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وفي الوجهين نظر، انتهى.

وعلى ما ذكره القاضي الحسين، ينبغي أن يرجع إلى بيان الوارث، فجواز إطلاقه على الحال.

ورأيت في أول الإيمان، والنذور من فروع ابن القطان: لو قال إلا عشرة له عندي مائة، فهو على وجهين، يعني في صحة استثناء العشرة، والظاهر أنه لو قال: له عليَّ، أنه على الوجهين، ولعل لفظه: عندي من الناقل، أو أنه يرى أن عندي كعليَّ كما هو عرف العامة.

فصل في مسائل منثورة نختم بها الباب

الأولى: لو قال لزيد: عليَّ ألزمني مائة، فليس بإقرار على الأصح، وقيل يلزمه المائة.

قال ابن الرِّفْعَة: وشبه أن يجري مثلها فيما إذا قال: ما لك عليَّ إلا مائة إذا مما إذا حلف لا يأكل إلا هذا، هل يحسب إذا لم يأكله؟ وفيه خلاف.

قيل: ليس مثله؛ لأنه إذا حلف لا يأكل إلا هذا، فقد منه نفسه من أكل غيره، وأخرج هذا من المنع، فيبقى مخيرًا فيه على أحد الوجهين، وهنا نفى عن المائة، وأخرج المائة من النفي، فلا بد أن يكون ثانيه وهو أن يحلف.

تتمات: ذكرتها في «الغنية» وفي الأيمان تعين الوقوف عليها لطالب الفائدة الثانية، إذا قال له رجل: غصبت ثوبي هذا مثلًا، فقال: ما غصبت من أحد قبلك ولا بعدك.

قيل: ليس بإقرار قطعًا.

وحكى في «الإشراف» عن سهل الصلعوكي: أنه إقرار؛ لقول أبي حنيفة، وبالأول أجاب الشيخان وغيرهما، وهذا الوجه لا يقصد به التبرؤ من الغصب، وأنه ليس من شأنه.

الثالثة: قال الإمام: قال القاضي، يعني: الحسين: لو قال: لك عليَّ شيء، فقال: ليس لي عليك شيء، وإنما لي عليك ألف درهم بدعوى أن الألف مردودة؛ لأنه نفي، أو لا يكون له عليه شيء، واسم الشيء فما لي لقلبك الكثير.

قلت: وفي النفس من هذا شيء، ولو قال: له عليَّ عشرة، فما أعلم أو أشهد لزمه، أو فيما أظن أو أحسب فلا، ولو قال: له عليَّ أكثر الدراهم، ورجع إلى بيانه، وقيل: يلزمه عشرة.

الرابعة: أقر بجميع ما في يده لزيد، ثم ادعى في شيء أنه لم يكن في يده صدق يمينه، ولو كان في يده حانوت، فقال: لزيد نصف ما في هذا الحانوت، ثم اختلفا في ثوب مثلًا، فقال المقر: أدخله الحانوت بعد الإقرار، وقال المقر له: بل كان فيه عند الإقرار صدق المقر يمينه؛ لأنه في يده، قاله شُرَيْح في «روضته».

الخامسة: قال شارح الكتاب: لو أقر في صك أنه لا دعوى له على زيد، ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت في داره مثلًا لا في بستانه، لا يقبل في ظاهر الحكم، وله تحليف المقر له أنه لا يعلم أنه قصد ذلك.

قال: والتردد في ذلك لا وجه له، يشير إلى ما ذكره الرَّافِعِي: أنه لو أقر في صك أنه لا دعوى له على زيد، ولا طلبه بوجه من الوجوه، ولا سبب من الأسباب.

قال: إنما أردت في عمامته وقميصه، لا في داره وبستانه.

قال القاضي أبو سعد- يعني الهروي-: هذا موضع تردد، والقياس قوله؛ لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

وسكت الرَّافِعِي عليه، وزاد في «الروضة»، قلت: هذا ضعيف أو فاسد، والصواب أنه لا يقبل في ظاهر الحكم، لكن المختار أن له تحليف المقر له، أنه لا يعلم أنه قصد ذلك، ولعل هذا مراد القاضي، انتهى.

والظاهر أن الهروي إنما أراد القول: لا حق لي على فلان، ثم أقام بينة بحق هل يقبل فيه وجهان، حكاهما جدي وقال: قيل: ناب ما يكون إقرارًا وما لا يكون ولو قال: لا حق لي فيما في يد فلان، ثم قال: هذا العبد لم أعلم كونه في يده وقت الإقرار، صدق عند الشَّافِعِي خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

السادسة: سئل القاضي حسين عمن أقر في مرض موته، بأن ما في هذه الدار والدار لفلان ثم مات، وتنازع المقر له والدار في بعض الأمتعة، فقال الوارث: لم يكن هذا في الدار يوم الإقرار، وعاكسه المقر له.

قال القاضي: صدق المقر له؛ لأنه أقر له بما فيها، ووجدنا المتاع فيها مشاهدة، فالظاهر وجوده فيها يوم الإقرار، وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار.

قال الْبَغَوِي: وهو جامع في «فتاوى» القاضي، وعندي لا تسمع الدعوى على أنه كان في الدار؛ لأن كونه فيها غير مقصود، بل يدعي أن المقر أقر له بها، والقول قول الوارث بيمينه على نفي العلم بإقرار المورث، انتهى.

وما قدمته ينازع القاضي فيما ذكره، وسئل ابن الصلاح عمن أقر أن جميع ما يشمل هذه الدار من قماش وغيره ملك زوجته فلانة، ومات بعد مدة في الدار المذكورة، وهي سكنتها، وأقامت بينة بإقراره، فأنكر الوارث كون الأعيان الموجودة فيها عند الموت كانت موجودة عند إقراره، وأن الإقرار بها ولها، وبوجه عليها إقامة البينة على ذلك، فطلبت يمينه بأن تلك الأعيان لم تكن موجودة حينئذ، وأنها غير داخلة في الإقرار، فهل يحلف على نفي العلم أم البت، فأجاب يحلف أنه لا يعلم أن هذه الأعيان ولا شيئًا منها كانت موجودة في الدار المذكورة وقت الإقرار المذكور، وأنه لا يعمله، ولا شيئًا منه داخلًا فيما

....

أقر به لها، وما قام مقام هذا من الألفاظ، ولا ممتنع منه بيمينه، أنها لا تستحق مما في الدار سوى حصتها من الإرث، وهو الربع بما بينه، ثم قال: ثم هاهنا جهة أخرى بمنع ميراثًا يقع منه يمينه أنها لا تستحق من ذلك سوى حصتها بالإرث، وذلك لأن لها اليد في نصف الدار؛ لكونها سكنتهما، فأذن لها أن تحلف على استحقاق نصف هذه الأعيان نظرًا إلى اليد، وإن قطعنا النظر عن الإقرار، انتهى.

وفيما صدر به السؤال والجواب مع هذا قلق فتأمله.

السابعة: أقر بعض الورثة بدين على الميت، وأنكره غيره فالقديم، ونقله الْمَاوَرْدِي في الشهادات عن تخريج ابن سريج وغيره: أنه في حصة المقر فقط وهو الجديد.

قال: وهو مذهب الشَّافِعِي المنصوص عليه في جميع كتبه، أنه لا يلزمه إلا بقسطه من التركة.

قال: والأصح من إطلاق القولين عندي، أنه إن أقر قبل القسمة، وصى جميعه من التركة، وحسب من حصة المقر فقط، وإن أقر بعد القسمة لم يلزمه إلا حصته؛ لأنه معترف باستحقاق جميع الدين في جميع التركة، فصار قبل القسمة مقرًّا بجميعه، وبعد القسمة مقرًّا ببعضه، انتهى.

وقال العبادي: لو مات عن أعين، وترك ألفي دينار، فأقر أحدهما بألف دينار لزمه نصف الألف في نصيبه، وحكى القول الآخر عن تخريج الإستراباذي.

وقال الهروي في «الإشراف»: هكذا حكاه في جميع الأصحاب المسألة إلا أنه غير صحيح، وقد وفقني الله تعالى لإصابة الصواب في ذلك، فإن أصحابنا استدلوا بأن الإقرار بالدين دابر على خلافه الوارثة، وهي مشتركة بين الاثنين مناصفة محل المقر في نصيب المنكر محل الأجنبي، فلغى إقراره، وهذا غير صحيح؛ لأن الأجنبي لو أقر بدين يستغرق التركة صح إقراره على تعينه، حتى لو دفعت التركة في يده، ألزم حكم إقراره، وصرفت من يده إلى الدين، فإن قيل:

يتوصلون بهذا إلى تغليط جماعة الأصحاب فيما حكوه عن الشَّافِعِي.

قلنا: لا خلاف أن المقر يلزمه حكم إقراره، ويقال له: ادفع ما في يدك إلى الدين، وإنما القولان في ثبوت الدين على الميت، ففي قول: يثبت على الميت نصف الدين، وفي قول جميعه، وفائدته التقديم على الوصية، ففي قول: يقدم على الوصية جميع الدين، وفي قول: يقدم عليها نصف الدين، وأطال في تقدير ما ذكره.

الثامنة: أقر لابنه وكلاهما حر معين، ثم ادعى أنه عن هبة، وأراد الرجوع فوجهان، أحدهما وبه أفتى القضاة أبو الطيب، والماوردي، والهروي، ورجحه ابن الصلاح، وأفتى به أن له ذلك تنزيلًا للإقرار على أضعف الملكين، والثاني: المنع، قاله أبو الحسن العبادي، والقاضي الحسين؛ لأن الأصل بقاء ملك الابن.

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يتوسط، فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن رجع وإلا فلا.

ورجح ابن الرِّفْعَة قول العبادي، وقال: إن المصنف صحح الرجوع.

وقال: أن للأم والجدة في ذلك كالأب.

قال ابن الرِّفْعَة: إن كانت مسألة الأب مفروضة فيما إذا كان الابن غير رشيد، فلا يتجه إلحاق الأم والجدة به؛ لأنه قادر أن يملك ابنه من نفسه، فأمكن أن يرجع إليه فيما صدر منه، ولا لذلك الأم إذا لم يجعل لها ولاية، وإن كانت مفروضة مطلقًا، اتجه تسوية الأم والجدة به، انتهى. والماجد المذكور، وهو تنزيل الإقرار على الأقل يقتضي التسوية مطلقًا.

تنبيهات: وقع في «الروضة» نقل الوجه الثاني عن أبي عاصم، وصوابه ما ذكرنا، وهو أبو الحسين بن عاصم، وصية ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» إلى القاضي أبي الطيب، والماوردي، وهو سهو أيضًا، وإنما أتينا بالأول.

وقال القاضي الحسين في «التعليقة»: لو أقر بأن هذه العين ملك ابني،

....

وهي في يدي أمانة، ثم ادعى بعد ذلك أن المقر به كان له، وقد رجعت فيه وكذبه الولد، فالقول قول الولد.

وقال في «فتاويه»: أنه الظاهر، وهكذا صور ابن الرِّفْعَة المسألة، وحكى الوجهين السابقين فيها، وظاهر كلام الرَّافِعِي وغيره: أنه لا فرق في كونها في يد الأب أو الولد، ولا بين الولد الصغير والكبير.

والذي أقوله في ذلك مستعينًا بالله: أنه متى ظهرت قرينه دالة على صدق الأب بأن كان المقر به معروفًا، وأنه ملكه، أو كان الأب فقيرًا لا يعرف له مال من إرث ولا غيره، ومن الأمثلة أن يقدم غائب غيبة طويلة، فيبشر بابن ولد له قبل قدومه، فيقر له مقر علم أنه ملكها بإرث أو غيره، وغير هذا مما يشبهه أو يقاربه، فالوجه تصديق الأب، وإن دل ظاهر الحال على تصديق الابن، بأن كان بالغًا رشيدًا يعامل الأب وغيره، فالقول قوله، وإن لم تظهر قرينة دالة على صدق أحدهما، ولا ترجيح خاصة، فهذا موضع التردد والتوقف، وهذه المسألة تعم بها البلوى.

وعلى القاضي العالم المتقي أن يتفحص ويجتهد في ذلك؛ ليظهر له الحق منها، ولا يهجم على الحكم بتصديق أحدهما من غير بحث وتنقيب عن حقيقة ذلك، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الهبة كلامًا، فيما إذا جهز ابنته بشيء، ثم ادعى أنه له، ودام انتزاعه، وقد عمت البلوى بذلك، وفيه خيط يذكر هناك إن شاء الله تعالى.

التاسعة: من «روضة الحكام» لشريح الرُّويَانِي: أنه لو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض، أو بنى هذه الدار، وغرس هذا البستان، والجميع في يد المقر، فادعوا ذلك لأنفسهم، فقال: بل هو إلى عملتموه لي إعانة أو بإجارة صدق يمينه، قاله جدي.

وقيل: إن القول قول الزارع والبناء والغارس بيمينه، انتهى.

ولمَ يقال إن كان بين ذكره ممن يعين، أو يعمل بأجرة صدق المقر، وإلا

فالمقر له بالعمل، ولا يخفى وجهه وفيه نظر، وأنه لو قال: أحدث من فلان ألف درهم وادعاه لنفسه، أي: وكذبه المأخوذ منه، فعليه ردَّه.

وقيل: لا يلزمه فقد يكون ماله في يده، وكذا لو قال: من صندوقه ومن كيسه، ولو قال: من كمه فعليه رده، أي: قطعًا لإقراره بأخذه من يده، ولو قال: أحدث كذا من قرية كذا، فوجهان رواهما جدي، أحدهما: يلزمه رده، وثانيهما: لا يلزمه، وذكره أبو ثور؛ لأنه قد يكون في قريته مال غيره.

وقال بعض أصحابنا: كل ما لا ينبت الأرض، ولا ينبت البر، كقوله: أحدث ثوبًا أو قطنًا من أرض، وهي مما لا تنبته، ونحو ذلك كالدراهم وغيرها، فلا يؤمن بالرد، وكل ما ينسب إلى تلك الأرض، ويتبينه فعليه رده إلى صاحبها كالأرز والحنطة، وأنه لو قال: أحدث سرحًا من دابة فلان أو حنطة كانت عليها، فقيل: يلزمه رد ذلك كله على صاحبها. وقيل: لا يلزمه الرد، فقد يكون استأجرها، حكاه أبو ثور، ولو ذكر أنه أخذ ثوبه من حمام فلان، فإن قلنا في المسألة قبلها يلزمه الرد، فهاهنا وجهان، حكاهما جدي وجه المنع: إن العادة جارية بدخول الناس الحمام، ووضع بيانهم فيه، ولو أقر أنه أخذ ثوبه من طريق فلان لا يلزمه رده عليه في أحد الوجهين.

قلت: وهذا إلى طريق مختصه به، كما لو قال: أحدثه من داره، وكذا ذكره في موضع آخر.

العاشرة: ذكر ابن سراقة العامري من أئمتنا: أنه لو كان لرجل عليه ألف درهم، وله على الرجل قيمة عبدًا أو ثوب أو عشرة دنانير، ويخاف لو أقر بألف جحده، وطريقه أن يقول له عليَّ ألف درهم إلا عبدًا، أو إلا ثوبًا، أو إلا عشرة دنانير، فإن الحاكم يسمع إقراره ويستفسره، فإن فسر بأقل من الألف حلفه أن جميع ما عليه ذلك، ولم يلزمه غيره، وتقوم الدنانير، وسقطها من الألف، وإن كان الغاصب استهلك العبد، فللمقر أن يسقط قيمته من الألف، ويبقى ما يبقى، ويحلف صادقًا، وكذلك الدنانير إن كانت حصلت في ذمة الذي له الألف، وسيأتي إن شاء الله تعالى في أول «الدعاوى» في مسائل

أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ اُشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ وَلَا الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، ....

الظَّفَرِ ما ينازع، وهذا وبالله التوفيق.

قال: (**فَصْلٌ أَقَرَّ بِنَسَبٍ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ**) أي: بأن قال: من يصح استلحاقه هذا ابني (**اُشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الْحِسُّ**) أي: بل يمكن ما تدعيه، فإن كان المستلحق بفتح الحاء ممسوحًا منه، أو مثله، أو دونه بقدر لا يمكن كونه منه لغى استلحاقه، وقد ذكر أنه قد يكون أكبر بزمن ذكر ذلك في اللعان، وفي حكم تكذيب الحسن أن يكون المستلحق بكسر الحاء ممسوحًا على الصحيح، كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ**)؛ لأن النسب الثابت لا ينتقل إلى الغير، وإن صدقه المستلحق.

قلت: ولو أقر غيره من هو من دنا لم يصح إقراره، وإن كان مملوكًا لم يعتق.

وقال أبو حنيفة: يعتق لأنه اعترف بحريته لنا أنه أقر بما يقطع بكذبه فيه، فلم يلحقه كذا، قاله في «الذخائر» وغيره، مجملها نقط الكتاب، ومن الشرط أيضًا أن يكون المستلحق منفيًا بلعان الغير وإن صدقه، فإن كان لم يصح، ذكره في «الشرح الصغير»، وعزاه في «الكبير» إلى القفال، وأغفلته في «الروضة»؛ لسقوط من بعض الأصول، ونقلا في آخر اللعان عن «التتمة»، فلا مخالفة أن المنفي باللعان إن ولد على فراش صحيح، فاستلحقه غيره، لم يصح لبقاء حق الاستلحاق، وإن كان يلحقه نسبه بشبهة أو نكاح فاسد فاستلحقه غيره لحقه؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي سبقت دعواه، انتهى.

وهذا أحسن من إطلاق القفال، ويجوز تنزيله على الأول.

فرع: لو قدمت امرأة بصبي من دار الحرب، فادعاه مسلم لحقه إن احتمل خروجه إليها، أو قدومها إليه، وإن لم ينقدح احتمال لم يلحقه، خلافًا للشيخ أبي حامد، واعتل بإمكان بعث مائة إليها، فاشتد صلبه فعلقت مائة.

ثم رأيت الدارمي قال: إذا قدمت امرأة من الروم ومعها ولد، فادعاه رجل

وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ إنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ.

بأرض الإسلام، وأمكن كونه منه بالشرى لم يكن للولد أن يعرف، ولا مناع الحق به، وإن انكدرت الأم، ولم يكن يعرف الخروج إلى هناك، وكذلك من كل بلد على ما مضى، انتهى.

ويشبه ألا يختص الحكم بقدومها من دار الحرب، بل لو قدمت بثمانية من خُراسان كان الحكم كما سبق.

وعزى ابن الصباغ قول أبي حامد، والأصحاب، مطلقًا مفصل عليه.

قال: **(وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ)** أي: بفتح الحاء.

(إنْ كَانَ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ) أي: وهو التابع العاقل؛ لأن له حقًّا في نسبه، وهو أعرف به من غيره.

واعلم أن تصريحهما في كتبهما إلا ما شاء ذكره باعتبار تصديق الأهل، يقتضي أنه لا يكفي سكوته.

وقال ابن الرِّفْعَة: أنه هل يلحق بالتصديق فيه اختلاف نقل، فحكى الإمام عن العراقيين وابن الصبَّاغ: أنه لو سمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني وكان بالغًا فسكت، فله أن يشهد على النسب.

قال ابن الصباغ: وإنما أقاموا السكوت مقام النطق؛ لأن الأقدار على الأنساب الفاسدة لا يجوز، لكن كلام ابن الصباغ وسلم، أي: والمحاملي، والماوردي، والقاضي أبو الطيب، والدارمي وغيرهم، هنا يصرح باعتبار التصديق، وأن السكوت لا يكفي، فعلى هذا الشرط التصديق لإعدام التكذيب.

قلت: والمذكور في «الحاوي الصغير» هنا: أن المعتبر عدم التكذيب، ويوافقه قول الرَّافِعِي في الشهادات: أنه لو يسمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني، وصدقه الآخر.

قال كثير من الأصحاب: يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيًا أو بالغًا وسكت؛ لأن السكوت في النسب كالإقرار، ألا يرى أنه لو بشر بولد فسكت عليه، لحقه بلا خلاف ما إذا أنكر المستلحق. قال: النسب لا

فَإِنْ كَانَ بَالِغًا فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَإِنِ اسْتَلْحَقَ صَغِيرًا ثَبَتَ، ....

يثبت حينئذ، انتهى.

والظاهر الذي اشتمل عليه كتب الطريقين هنا تصريحًا وتلويحًا اعتبار التصديق فاعلم .قال: (**فَإِنْ كَانَ بَالِغًا**) عاقلًا.

(**فَكَذَّبَهُ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**) أي: كسائر الحقوق، وله تحليفه، فإن حلف فذاك، وأن محل حلف المستلحق وثبت نسبه؛ وكذلك الحكم لو انتسب إلى أب، فأنكر.

إشارة: كان ينبغي أن يقول: فإن لم يصدقه كما عبر في «الروضة».

ونبه عليه الرَّافِعِي؛ لأنه قد لا يكذبه ولا يصدقه، بل سلمت أو يقول: لا أعلم، وربما يأتي في الشهادات ما ينازع كما أشرنا إليه من قبل.

وقيل: إن كلام العراقيين يقتضي الاكتفاء بالسكوت كما أفهمه كلام الغزالي، وكان المراد بعض العراقيين، واشترط بعضهم النكرة.

فرع: تصادقا ثم رجعا، قال ابن أبي هريرة: يسقط النسب، وخالفه الشيخ أبو حامد، فقال: لا سقط كما لو ثبت الفراش، ولم يصحح الشيخان شيئًا، وصحح العمراني، وصاحب «الانتصار»، والفارقي قول أبي حامد، وهو الصحيح.

قال: (**وَإِنِ اسْتَلْحَقَ صَغِيرًا ثَبَتَ**) أي: نسبه إذا وجدت الشروط السابقة، خلا التصديق، وشرط ألا يكون نفيًا كما بيناه، وشرط ألا ينازعه فيه منازع، وشرط ألا يكون عبدًا صغيرًا للغير، ولا معتقًا له، فإن كان وكان طفلًا احتاج إلى بينة؛ حفظًا لحق السيد، وإن كان بالغًا وصدقه، فوجهان، كذا فصل الرَّافِعِي.

وفي «التتمة»: أن الحر إذا أقر بنسب عبد غيره أو عتقه، فإن قلنا: إقرار الرقيق بالنسب، قبلنا الإقرار بنسبه أيضًا، وإن لم يقبل إقرار الرقيق ولا العتيق لم يقبل إقرار الحر بنسبهما؛ لئلا يتضرر السيد، وقضية البناء ترجيح القبول، وهذا الأصح كما سيأتي إشارة استلحاقه من بلغ مجنونًا، كاستلحاقه الصغير، وتكذيبه بعد إفاقته كتكذيب الصغير بعد بلوغه، ولا أثر لتكذيب المراهق.

فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتًا صَغِيرًا، وَكَذَا كَبِيرٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَرِثُهُ.

وأبدى ابن الرِّفْعَة احتمال وجهين من الوجهين، فيما لو ادعى رقه، فكذبه هل يعتبر تكذيبه، وسكوت المصنف عن صفات المستلحق، يعرفك أنه لا فرق بين المسلم والكافر، والرشيد والسفيه المحجور، والعبد والحر، وهو كذلك على الصحيح كما هو مبين في كتاب «اللقيط»، وإطلاقه الثبوت يعرفك أنه لا فرق بين كونه ذلك في صحة أو مرض موته، لا يتوقف على تصديق الورثة، وإنما يتوارثان وغير ذلك من الأحكام المبينة هناك.

قال: (**فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن النسب يحتاط له، فلا يندفع بعد ثبوته كالثاقب بالبينة.

قال في «الروضة»: فعلى هذا الوارث المقر به تحليفه.

قال ابن الصباغ: ينبغي ألا يمكن؛ لأنه لو رجع لم يقبل.

قلت: والذي رأيته في نسخ «الشامل» الجزم بأنه ليس له ذلك من غير لفظه ينبغي، وهو المذكور في «الذخائر» وغيره، والخلاف فالخلاف فيما إذا كان بيده صبي يسترقه، فبلغ وادعى أنه حر الأصل هل يقبل، لكن له تحليف مسترقه، صرح به في «البحر» هنا.

قال: (**وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيِّتًا صَغِيرًا**) أي: سواء كان له مال أو لم يكن حتى لو قبله، ثم استحلفه لحقه، وسقط القول ولو كان قد نفاه في الحالة، ثم استلحقه بعد موته لحقه، وورث ماله ودينه .

قال الرَّافِعِي: في اللعان، وقيل: لا يصح الاستلحاق، وهو منتقد، وإنما الخلاف في ثبوت إرثه منه لا في ثبوت نسبه كما بينه في «الغنية» هناك مع فوائد.

فرع: لا يكون استلحاق الصغير إقرارًا؛ لأنه الحرة بالروحية، خلافًا لأبي حنيفة لاحتمال كونه من وطء بشبهة.

قال: (**وَكَذَا كَبِيرٌ فِي الْأَصَحِّ، وَيَرِثُهُ**) أي: كالصغير، والمجنون البالغ كذلك كما سبق في الحي؛ ولأن التصديق إنما اعتبر عنه أهلية المصدق، ولا

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بَالِغًا ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى.

غيره بالتهمة لبناء أمر النسب على التغليب، هذا ما عليه الجمهور، وهو المذهب في «الشامل» وغيره، وبه جزم شيخه القاضي والمتولي، والثاني لا يصح؛ لفوات التصديق وهو شرط؛ ولأن التأخير إلى الموت يورث تهمة، وهو خوف تكذيبه في حياته، وهذا ما أورده القاضيان الحسين والماوردي.

وقال الشيخ أبو حامد: أنه المذهب، وهو الأصح في «التهذيب» و«الكافي»، وبه جزم الرُّويَانِي في «التجربة»، ويجري الخلاف فيما لو استحلفه من طرأ جنونه بعد بلوغه عاقلًا.

حكى الشَّاشِي والبغوي الخلاف قولين، فإن ورثه؛ لأن الإرث فرع على النسب، وهذه المسألة من زوائد «المنهاج على المحرر» في أصل كلامه.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو قال المجنون: هذا أبي لم يثبت نسبه حتى يعتق ويصدقه.

قال الرُّويَانِي: وما أدري ما الفرق بين الأب والابن؛ إلا أن يقال: الابن بعد الجنون يعود إلى ما كان عليه في صباه، ولا لذلك الأب.

قال: (**وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اثْنَانِ بَالِغًا ثَبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ**)؛ لاجتماع الشرط فيه دون الآخر، وسواء صارت الأم فراشًا لهما أم لا، وإن لم يصدق أحد أعرض على الفائق، كما هو مبين هناك.

قال: (**وَحُكْمُ الصَّغِيرِ يَأْتِي فِي اللَّقِيطِ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى**)، وسيأتي الشرح عليه إن شاء الله تعالى.

فرع: قال الْفُورَانِي في اللعان من الحمل: لو أن ذميًا نفي ولده، ثم أسلم، ثم بلغ الصبي، ثم أقر بعد بلوغه به، تبين أنه كان مسلمًا بإسلام الأب الملاعن، فيجز على الإسلام في أحد القولين، ولو أسلم الملاعن قبل البلوغ، ثم بلغ الطفل، ومات وقسم ماله بين ورثته الكفار، ثم أقر به، فإنه ينتزع ماله من ورثته الكفار، انتهى لفظه والله أعلم.

وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ: هَذَا وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأَظْهَرِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي، فَإِنْ قَالَ: عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ: هَذَا وَلَدِي ثَبَتَ نَسَبُهُ**) أي: عند اجتماع الشروط المتقدمة، وكونها خلية من زوج يمكن كونه منه كما سيأتي:

(**وَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِيلَادُ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن الأصل الرق، ويجوز أنه وقع في نكاح ونحوه.

قيل: الملك والثاني يثبت؛ لأن الولد محكوم بحريته، والظاهر أنه أحبلها به في ملكه، فجهل الإقرار عليه، وصححه الشيخ أبو حامد، وجماعة. وللمسألة خروج على تقابل الأصل والظاهر، واعلم أن جماعة حكوا الخلاف وجهين.

قال الرَّافِعِي: ولقوة الخلاف أعرض الأكثرون، وعن الترجيح، انتهى.

ونسب القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والشاشي الأول إلى الأكثرين.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ: وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي**) لاحتمال أنه أحبلها قبل الملك بالنكاح، ثم ملكها بشراء أو غيره، فولدته في ملكه، فيجري الخلاف.

وقيل: تصير أم ولد قطعًا؛ لتصريحه بالولادة في ملكه، ولو رتبت هذه على التي قبلها لم تبعد، وقضية التوجيه أنه لو انتفى احتمال نكاح سابق على الملك، الحكم بالاستيلاد قطعًا كما لو كانت وثنية، وغير ذلك من وجوه الإحاطة بعدم نكاح سابق على الملك.

قال: (**فَإِنْ قَالَ: عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ**) قال الشيخان وانقطع الاحتمال.

قال الرَّافِعِي: وكانت أم ولد لا محالة، وعبارة شرحه «الصغير» بلا خلاف.

وقال في «الروضة»: قطعًا، وفي القطع نظر، إذ قد يكون في تلك الحال مرهونة، وهو معسر، فينبعث في الدين، ثم ملكها من بعد.

قال في ثبوت الاستيلاد: والحالة هذه خلاف مشهور، فلم يلتفت الاحتمال، وهذا كله إذا لم تكن متزوجة فلا فراشًا له كما سنذكره.

فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ لَحِقَهُ بِالْفِرَاشِ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ، وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ كَهَذَا أَخِي أَوْ عَمِّي، فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ**) أي: بأن أقر بوطئها.

(**لَحِقَهُ بِالْفِرَاشِ، مِنْ غَيْرِ اسْتِلْحَاقٍ**) لا بالإقرار؛ للحديث الصحيح: «الولد للفراش»(١) فيعتبر فيه الإمكان فقط.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً فَالْوَلَدُ لِلزَّوْجِ**) أي: عند إمكان كونه منه؛ لأن الفراش له، (**وَاسْتِلْحَاقُ السَّيِّدِ بَاطِلٌ**) للحوقه بالزوج شرعًا منه لا فرق في الاستلحاق والاستيلاد بين كونه في الصحة أو المرض؛ لأن إنشاءه نافذ في الحالتين، ولا بين كونه عليه دين أو لا، ولا بين أن تصدقه الغرباء أو يكذبوه فيه.

قال: (**وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ النَّسَبَ بِغَيْرِهِ**) أي: ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه، ورمز إليه بقوله: (**كَهَذَا أَخِي أَوْ عَمِّي، فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الْمُلْحَقِ بِهِ**) أي: على المذهب المشهور؛ لأن الورثة يحلفونه في حقوقه، والنسب منها.

وقال **الْبُوَيْطِي**: لا يجوز إقرار الأخ بأخيه عندي، واعتدوا على حديث

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البخاري (٢/ ٧٢٤، رقم ١٩٤٨)، ومسلم (٢/ ١٠٨٠، رقم ١٤٥٧)، وأبو داود (٢/ ٢٨٢، رقم ٢٢٧٣)، والنسائي (٦/ ١٨٠، رقم ٣٤٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٤٦، رقم ٢٠٠٤).

حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري (٦/ ٢٤٩٩، رقم ٦٤٣٢)، ومسلم (٢/ ١٠٨١، رقم ١٤٥٨)، والترمذي (٣/ ٤٦٣، رقم ١١٥٧) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ١٨٠، رقم ٣٤٨٢)، وابن ماجه (١/ ٦٤٧، رقم ٢٠٠٦).

حديث عمر: أخرجه أحمد (١/ ٢٥، رقم ١٧٣)، وأبو يعلى (١/ ١٧٧، رقم ١٩٩).

حديث أبي أمامة: أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٤٧، رقم ٢٠٠٧).

حديث واثلة: أخرجه الطبراني (٢٢/ ٨٣ رقم ٢٠١)، وتمام (٢/ ٨٧، رقم ١٢٠٤)، وابن عساكر (٢٧/ ٣٢).

حديث ابن حذافة: أخرجه الحاكم (٣/ ٧٣١، رقم ٦٦٥١).

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١١/ ١٨٣، رقم ١١٤٣٤).

بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتًا، ....

ابن الرِّفْعَة بمعرفته ﷺ بفراشه بقيد ما أطلقه، هو فيما إذا كان الملحق به رجلًا لا امرأة؛ لأن اعترافها هي لا يقبل، فورثها أولى بالمنع.

قال ابن اللبَّان وغيره: وإقراره بأم لا يصح؛ لإنكار البينة على الولادة كما في استلحاق المرأة.

قال: (**بِالشُّرُوطِ السَّابِقَةِ**) أي: في إلحاقه النسب بنفسه، وربما يذكره أيضًا.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُلْحَقِ بِهِ مَيِّتًا**) أي: فإن كان حيًا ولو مجنونًا فلا؛ لاستحالة ثبوت نسب الأصل مع وجوده بإقرار غيره، نعم لو مات لزم الملحق حكم إقراره السابق، كما لو اعترف بشيء لغيره، ثم صار إليه أحد بإقراره الماضي، قاله المتولي.

قال في «المهذب»: فلو كان الملحق به حيًا، فلا بد من تصديقه، وطرد ذلك فيما إذا كان بينهما اثنان أو أكثر، فقال: لا يثبت إلا بتصديق بينهما، وهو مقتضى كلام «الحاوي».

وقال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: يعتبر تصديق الأب والجد، والذي يقتضي المذهب ألا يعتبر تصديق الأب هاهنا، بل يكفي تصديق الأب؛ لأنه هو الأصل الذي يثبت النسب منه، ويولد به ابنه لم يؤثر تكذيبه، فلا معنى لاعتبار تصديقه، وأول في مشكلات «المهذب» كلامه.

وقال في «الانتصار»: فرض هذه المسألة غير صحيح، فإنه إن كان بين المقر والمقر به وارثًا، فالمقر غير وارث، فلا يعتبر إقراره وإن كان غير وارث، لم يعتبر تصديقه، ذلك أن تقول: قد يعتبر تصديق غير الوارث؛ لأن في إثبات النسب بدون تصديقه إلحاقًا به، وهو أصل للمقر، ويبعد إثبات نسب الأصل بقول الفرع، بخلاف إلحاقه نسب بنفسه، فإن فيه إلحاقًا بأصوله وفروعه، ولكنه بطريق الفرعية عن إلحاقه بنفسه، ولا تبعد ببعد الفروع للأصل، إذا عرفت هذا علمت أن مورث الملحق الأصل، كالأب إذا كان المقر به أخًا، وكالجد إذا كان المقر به عما لا بد منه، وإذا كان حيًا، فلا بدَّ

وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ نَفَاهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

من تصديقه قطعًا، فأما المتوسط كالأب فيما إذا كان المقر به عما ملك، أن ثبت فيه بمقتضى كلام «البيان» وجهين أصحهما على مقتضى كلامه: أنه لا يشترط موته، ولا يعتبر تصديقه في حياته.

والثاني وهو المذكور في «الحاوي» و«المهذب»: أنه يشترط موته، ويعتبر تصديقه مثاله إذا كان المقر به عما مسلمًا، والمقر مسلم، والجد مسلم، والأب كافر، فللمقر وارث، ولكن أبوه حي، فيكون فيه وجهان أصحهما: صحة إقراره للابن؛ لأنه الوارث، وهكذا إذا أقر ابن هذا بأخ مسلم بابن مسلم للميت، وعلى هذا القياس، فإن الإقرار بالابن، كالإقرار بالأخ، وحينئذ فقول المصنف: الملحق به ميتًا، فيحتمل أن يريد به الملحق به الأصل، وهو الجد إذا كان المقر به عما، ويحمل أن يريد كلًّا من الجد والأب، فإن كلًّا منهما يلحق به، والأولى حمل كلامه على المعنى الأول، أنه لا يصح على ما اقتضاه كلام صاحب «البيان»، وهو يقتضي غيره أيضًا في أن المعتبر الأولى، هكذا حقق ذلك بعض الأشياخ- ﷫ -تعالى.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَكُونَ نَفَاهُ) أي: بلعان أو اشتراء أمة إذ ادعى عليه ثبوته، فأنكر وحلف ولم يحلف بل يجوز استلحاقه.

(فِي الْأَصَحِّ) بما لو استلحقه المورث بعد ما نفاه، بلعان أو غيره وهذا ما أورده معظم العراقيين.

قال: العمراني في مشكلات المهذب، وهو قول أكثر أصحابنا، والثاني يشترط؛ لأنه نسب سبق الحكم بإبطاله ففي إلحاقه به إلحاق عار بنسبه، فلا يلحقه فيه من إلحاق الضرر به، وهذا ما أورده القاضي الحسين والماوردي، وأصحاب المهذب والتهذيب والكافي والتتمة والانتصار، قال في البحر: وهو الصحيح عندي، قال ابن الصلاح في الفتاوى وهو الصحيح الذي يوجبه التحقيق، وبه قطع صاحب المهذب والتهذيب، وهما اللذان انتهى إليهما الاعتماد، هذا في العراقيين، وذلك في الخراسانيين، انتهى.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقِرِّ وَارِثًا حَائِزًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَ لَا يَرِثُ ....

قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُقِرِّ وَارِثًا حَائِزًا**) أخرج بالوارث الأجنبي، والقريب والمحجوب، والكافر والرقيق.

وفي «الحاوي» وغيره: نقل الإجماع على أن النسب لا يثبت بقول بعض الورثة، وأخرج بالجائز ما سنذكره من بعد، فإن لم يكن جائزًا.

(**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص.

(**أَنَّ الْمُسْتَلْحَقَ لَا يَرِثُ**)؛ لأن الإرث فرع النسب ولم يثبت، وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع، والثاني وبه قال الأئمة الثلاثة، نعم وهو من تخريج صاحب «التعريب».

وأيده الإمام وغيره بمسائل كثيرة ثبت فيها الفرع فقط على وفاق وخلاف، منها إقرار أحد الأبناء، فإنه يحرم عليه نكاحها، ومنها أقر أنه باع عبده من زيد، وأنه أعتقه، أو باع العبد من نفسه وأنكره عتق، ومنها لو اعترف بدين على زيد وضمنه، فأنكر زيد الدين، طولب الضامن على الأصح، ولو قال تنزيل في عقار لثالث: بعتك نصيبي، فأنكر ثبتت الشفعة في الأصح، ولو قال: أجد أمين عند التركة إبراء بيننا، وكذبه الآخر هل يحكم بعتقه وجهان.

قال الإمام: ومن لم يعترف بإشكال هذه المسألة، فليس من التحقيق في شيء.

قال ابن الرِّفْعَة: والاستدلال الصحيح المغني عن التكلف إلحاق المسألة، وبما لو استلحق مشهور النسب من غيره، فإنه لا يأخذ شيئًا مع وجود الاعتراف.

تنبيهات: منها ما ذكرناه عن لفظ المنهاج، فإن لم يكن جائزًا، فالأصح أن المستلحق لا يرث هو المعتمد في النسخ، وفي كتب منها بعد قوله: أولًا جائزًا، والأصح أن المستلحق لا يرث، وهذه نسخة المصنف بخطه، وكان الأول من اصطلاح تلميذه ابن جعوان، كما فعله في مواضع من كتبه يعهد النسخ إليه، وإلا فإطلاق القول بأن المستلحق لا يرث باطل قطعًا، وفي نسخ بعد قوله: جائزًا فلو أقر أحد الاثنين دون الآخر، فالأصح إلى آخره وهو

……

الصحيح، والأول أصوب إذ الحكم لا يختص بالاثنين بل يعم كل من لم يكن جائزًا كائنًا من كان، وهذا إصلاح ناقص، ومنها لو ترك بنتًا جائزة بلونها معتقة أو أختًا أو زوجة، كذلك ثبت النسب بإقرارهما، وهي أشباهها داخلة في كلام المصنف، وإن لم تكن جائزة ووافقها الإمام، فوجهان جاريان فيمن لا وارث له يلحق الإمام به مجهولًا.

قال في أصل كلام «الروضة»: أصحهما وبه قطع العراقيين الثبوت بموافقته، ولم يصرح الرَّافِعِي بترجيح، واختار الْمَاوَرْدِي المنع، وقال: إن الآخر غلط، وتابعه في البحر على المنع؛ لأن الإمام وكيل المسلمين، وجزم في «التجربة» بخلافه، وذكر الإمام والغزالي في الفروع المنشورة في آخر «النهاية» و«البسيط» عن الشيخ أبي علي: أن الصحيح عدم الثبوت؛ لأن الإمام ليس بوارث، وإنما هو نائب في الاستيفاء من جهة الإسلام، فإقراره كإقرار قيم الطفل الوارث، وسكتا عليه وهو القياس، والأصح ومقتضى إطلاق الكتاب وغيره.

قال الرَّافِعِي: وهذا الكلام فيما إذا ذكر الإمام ذلك إلا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم، فإن قلنا: يقضي بعلمه ثبت النسب، وإلا فلا.

قلت: وعبارة «التتمة»: أن اعتراف الإمام بمجرده مبني على القضاء بعلمه من غير تفصيل.

وعبارة الدارمي: وإن أقر السلطان والميراث للفقراء بنسب ثلاث وورث؛ لأن ذلك كالحكم منه لا بقوله: إلا عن علم أو بينة، وقيل: لا يرث، انتهى.

وعلى ترجيح «الروضة»: ينبغي أن يقيد بما إذا كان المثبت مسلمًا، أو قلنا أنه ينتقل إرثًا، بقي ما لو ترك بنتًا وقلنا بالرد؛ لفساد بيت المال، فاستلحقت أخًا، فهل يكون استلحاق الابن الجائز مثلًا أم لا، لم أر فيه نقلًا، والأقرب نعم.

ومنها قال الشَّافِعِي في آخر الإقرار والمواهب من «الأم»: لو مات عن ابنين، وأقر أحدهما بأخ، وشهد على ابنه أنه أقر أنه ابنه لم يثبت نسبه، ولم يكن من الميراث شيء؛ لأن إقراره جمع أمرين أحدهما له، والآخر عليه،

وَلَا يُشَارِكُ الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ، وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِقْرَارِ.

وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ.

فلما بطل الذي له بطل الذي عليه، ألا ترى أن رجلًا لو قال لرجل: عليك مائة دينار، فقال: بعتني بها دارك هذه، فهي لك عليَّ، فأنكر الرجل البيع، أو قال: بعنيها أبوك وأنت وارثه، فهي لك عليَّ ولي الدار، كان إقراره باطلًا إنما يثبت على نفسه مائة، يأخذ بها عوضًا، فلما بطل عنه العوض بطل عنه الإقرار، وما قلت من هذا قول المدينين الأول، انتهى.

قال: (**وَلَا يُشَارِكُ الْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ**) أي: في الحكم الظاهر تفريعًا على الأصح المنصوص، فإن قلنا: إنه يرث، شاركه فيها، ولا حق له ولا يشارك غير المقر قطعًا، وهل يشارك المقر في الباطن إن كان صادقًا، فيعم على الصحيح، وهل يشاركه المقر به بنصف ما في يده أم سلمته، وجهان أصحهما الثاني، وفي وجه ثالث أنه يلزمه دفع ثلث ما في يده، ويضمن له سدس ما في يد أخيه، إلا أن يكون قاسمه بحكم حاكم، فلا ضمان.

إشارة: قال صاحب «التعجيز» في شرحه: القول ثبوت الإرث باطنًا، قول ثبوت النسب باطنًا؛ لأن مسنده مشاهدة الولاية، صرح به الإمام والمتولي، وهذا يرد قول الإمام الرَّافِعِي - ﷺ - أنه لا خلاف أن النسب لا يثبت، انتهى.

قال: (**وَأَنَّ الْبَالِغَ مِنَ الْوَرَثَةِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْإِقْرَارِ**)؛ لأنه غير جائز، والثاني ينفرد، ويثبت النسب في الحال احتياطيًا له، فعلى الأول ينظر بلوغ الطفل، وإفاقة المجنون، فإن شاهدا ووافقا ثبت النسب حينئذٍ، وإن ماتا قبل ذلك، ولم يرثهما غير المقر به من حصة المقر إلى أن يبلغ الصبي، أو يعقل المجنون فيه وجهان.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ**) أي: بثالث.

(**وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلَّا الْمُقِرُّ ثَبَتَ النَّسَبُ**)؛ لأنه صار جائزًا، أو وجه المنع أن إقرار الفرع يسبقه إنكار الأصل، والخلاف جاز سواء عاد الإقرار بعد موت الآخر أم لا.

وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقِرِّ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ، وَيَثْبُتُ أَيْضًا نَسَبُ الْمَجْهُولِ، ....

قال القاضي الحسين: والخلاف يلتفت على ما سبق في إقراره ممن نفاه مورثه، وبناه المتولي على الخلاف الأصولي فيما إذا اختلف أهل العصر في مسألة، ثم مات المخالفون هل تصير المسألة إجماعية أم لا، ويجري الخلاف فيما لو خلف المنكر وارثًا، وإن أقر أحدهما، وسألت الآخر، ثم مات الساكت وابنه مقر، ثبت النسب قطعًا إذا لم يسبقه تكذيب أصله، وأجرى المتولي الخلاف فيما لو أقر أحد الاثنين بدين وكذبه الآخر، ثم مات وورثه المقر، وقلنا: لا يلزمه إلا نصف الدين في حياة المنكر، فهل يلزمه قضاء جميعه أم لا وفيه نظر، والوجه اللزوم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْنٌ حَائِزٌ**) أي: مشهور النسب، لا ولاء عليه لما استغرقه.

(**بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ الْمَجْهُولُ نَسَبَ الْمُقِرِّ**) بأن قال: أنا ابن الميت، ولست أنت ابنه.

(**لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ**) لثبوته وشهرته، والثاني يحتاج المقر إلى بينة نسبه؛ لاستحقاقه من الميراث؛ لأن المجهول منكر نسبه، واستحقاقه من الميراث، ورد بأنا لو أحوجناه إلى بينة لسقط المجهول؛ لأن نسبه يثبت بإقراره، وإذا أخرجناه من الوراثة لم يصح إقراره، وإذا بطل إقراره بطل نسب المجهول.

قال: (**وَيَثْبُتُ أَيْضًا نَسَبُ الْمَجْهُولِ**) لحملنا بأنه وارث جائز، ووجه المنع إن المقر ليس بوارث بزعمه، واختاره القفال، والحاصل فيهما ثلاثة أوجه، أحدهما: يثبت نسب المجهول والمعروف، ويشتركان في الميراث، والثاني: لا يثبت نسب المجهول ولا إرثه لما سبق، والثالث: أن المقر يحتاج إلى بينة، وزيفوه.

ورأيت في نسخة بـ«البحر»: أنه المشهور، وأن القفال قال: أنه غلط، وليس إلا وجهان أحدهما: يرثان، وهما إخوان، والثاني: ما ذكرناه، إذ لا

وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلَا إِرْثَ.

فرق بين أن يكذبه، وبين أن يقول لست ممن يصح إقراره بالنسب، انتهى.

ولو أقر بأخوة مجهول، ثم أنهما أقرا بنسب ثالث، وأنكر الثالث نسب الثاني سقط نسب الثاني على الأصح؛ لأنه ثبت نسب الثالث، فاعتبرت موافقته لثبوت نسب الثاني، ولو أقر بأخوة مجهولين، فتصادقا عليه ثبت نسبهما، وإن كذب كل منهما الآخر، فالأصح ثبوت نسبهما أيضًا لوجود الإقرار من الجائز، هكذا أورداه في «البحر» الجزم، فإنه لا يثبت نسب واحد منهما.

وقال القفال: إذا صدقناه، ولكن كذب أحدهما الآخر، فوجهان: أحدهما ما ذكرناه، والثاني ثبت نسب الكل، انتهى.

وما ذكره من أنهما إذا تكاذبا انتفيا، هو المعمول في «الحاوي» و«البيان» و«الانتصار» و«الذخائر» و«الإرشاد»، والظاهر أنه طريقة العراقيين خلافًا للقفال، فاعلم وإن صدق أحدهما الآخر ولد به الآخر، ثبت نسب المصدق دون المكذب، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا بالغين يكذب أحدهما الآخر، وإذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسبهما.

قال: (**وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ الظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ الْمُسْتَلْحَقُ كَأَخٍ أَقَرَّ بِابْنٍ لِلْمَيِّتِ ثَبَتَ النَّسَبُ**) أي: لإقرار الوارث الجائز به.

(**وَلَا إِرْثَ**) أي: للدون؛ لأنه لو ورث يحجب الأخ، ولو حجبه خرج عن أهلية الإقرار، وإذا بطل فلا نسب ولا إرث، والثاني: لا يثبتان إذ لو ثبت النسب ثبت الإرث، ولزم هذا المحدود، والثالث: أبداه ابن سريج إجمالًا يثبتان، واختاره فرقة منهم صاحبا «الشامل» و«التقريب».

قال القاضي أبو الطيب: خطأ، وهو خلاف الإجماع.

قال في «الشامل»: بل هو الصحيح، وأطال في تفسيره، وسكت عليه الشَّاشِي في «الحلية»، والمذهب المشهور الأول، فلو ادعى مجهول على أخ الميت بأنه ابن الميت، فأنكر الأخ، ونكل عن يمينه، فحلف المدعي بعهد الرد ثبت نسبه، ثم إن قلنا: إن النكول ويمين الرد كالبينة، ورث وحجب

....

الأخ، وإن قلنا: كالإقرار، ففيه الخلاف السابق.

خاتمة

نسأل الله حُسن الخاتمة... آمين.

قال الهروي: لو أقر أن هذا وارث فلان لا يقبل، ولو قال: هذا وارثي قبل.

قال: وهذه مسألة حسنة غريبة، لا يعرفها الفقهاء الشاذون إلا من يقعد في الفقه، هذا لفظه في «إشرافه»، وفي «فتاوى» القفال: أنه لو قال: فلان غصبني، ووارثي إذا مت من غير عقب لم يكن هذا نسبًا، إلا أن المقر به إن كان معروف النسب، فلا فائدة في إقراره هذا، وإن كان مجهول النسب، فلا يصح أيضًا ما لم يقر؛ لأنه فريد يريد بقوله: إنه غصبني؛ لأنه أخوه وارث ابنه، وإن كان عمًّا، فيكون هو جميع وارث جده، وإن كان ابن عمه يجب أن يكوم هو جميع وارث عمه؛ ليصح منه الإقرار بالنسب على طريق إطلاقه عنه، ثم الميراث مبني عليه عندنا، وأنه لو قالت امرأة فلان: إن عمي وهو وليي في النكاح، ووارثي إذا مت، ثم ماتت، فجاء يطلب ميراثها.

قال القفال: لا يكون له ميراثها، ولم يصح ذلك التزويج؛ لأنها بذلك الإقرار ألحقت نسبًا بجدها، وهي ليست بوارثة جميع مال الجد، فلم يصح التزويج ولا يرثها، وأنه لو أقر أن يعتق فلان، والمقر معروف النسب، ويعرف له أم حرة الأصل، لغا إقراره كقول معروف النسب: أنا ابن فلان، وإن كان المقر مجهول ولم يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان له أب يعرف بهما، إذا أقر بأن ولائي لفلان على معنى أنه أعتقني قبل، وثبت الولاء كمجهول النسب، ففي نسب لغيره، انتهى.

وقال الدارمي: إذا أقر بولائه لزيد وادعاه زيد، ولم يكن عنده قبل، وكذلك إن ادعاه يصدقه، قبل إذا لم يعرف عليه، ولا لأحد غيره، انتهى.

وقال في «البينة»: وإن أقر من عليه ولا أخ أو أب لم يقبل، يعني: لما فيه من الإقرار بالنسب، هذا هو الأظهر، وبه جزم القاضي أبو الطيب، وغيره في

……

باب دعوى الأعاجم. وفيه قول: أنه يقبل، فالحر إذا كان لزعم فأقر بأخ، وليس في كلام المصنف السابق يعرض لهذا القيد، وهو مما يذهل عنه.

ونقل الشيخان عن «فتاوى» القفال: أنه لو أقر على ابنه بالولاء، فقال: هو معتق فلان، ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقًا، وهو كذلك فيما شرط ألا يكون الأب معروف النسب، ولا يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان فإقراره لغو، وبالله التوفيق.

قال الشارح: هي مشددة الياء، وروي بتخفيفها، وجمعها عواري بتخفيف الياء وتشديدها، وفيها لغة ثالثة عارة.

وقال الأزهري: هي مشتقة من عار الرجل إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف عيار.

وقال ابن السيد: مشتقة من التعاور وهو السكوت.

وقال الجوهري: كأنها من العار؛ لأن طلبها عار وعيب. وهذا مردودٌ.

وحقيقتها شرعًا: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه لترد.

وقال الْمَاوَرْدِي: هي هبة المنافع فقط، وبني عليها ردها برد المستعر، فإن قلنا: هبة ارتدت وإباحة فلا، والأصل فيما من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧].

قال ابن عباس، وابن مسعود كما قاله في «البحر» والجمهور كما قاله غيره: أنه العارية، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة: ٢] وهي منه.

وقوله: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۚ﴾ [النساء: ١١٤] وهي من المعروف.

ومن السنة أحاديث منها: «العارية مؤداة»⁽¹⁾ حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان.

وفي حديث: «استعار من صفوان أدرعًا يوم حنين، فقال: أغصبًا يا

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧، رقم ٢٢٣٤٨) وعبد الرزاق (٨/ ١٨١، رقم ١٤٧٩٦) وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٥، رقم ١٢٦٥)، والبيهقي (٦/ ٨٨، رقم ١١٢٥٤)، والدارقطني (٣/ ٤٠) وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٠، رقم ٥٧٨١)، وابن الجارود (ص ٢٥٥، رقم ١٠٢٣)، والقضاعي (١/ ٦٤، رقم ٥٠) وابن حبان (١١/ ٤٩١، رقم ٥٠٩٤)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٤٣، رقم ٧٦٣٧).

محمد، فقال: بل عارية مضمونة»(١) رواه أبو داود، والنسائي وغيرهما.

وفي الصحيحين: «أنه استعار فرسًا من أبي طلحة»(٢).

والآثار باقية عليها، والإجماع منعقدٌ على استحبابها، وكانت في أول الإسلام واجبة، كما قاله في «البحر» وغيره للآية الأولى.

ولحديث أبي هريرة يرفعه: «ما من صاحب إبل ولا بقر لم يؤد حقها، إلا نطح يوم القيامة بقاع قرقر تطؤه بإطلاقها، وتبطحه بقرونها، كلما بعدت أخراها عادت أولاها، قيل: يا رسول الله، وما حقها؟، قال: إعارة دلوها، وإطراق فحلها، ومنحة لبنها»(٣) كذا أورده في «البحر»، ورواه أحمد، ومسلم من حديث جابر.

«قلنا: يا رسول الله، وما حقها؟ إطراق فحلها، وإعارة دلوها، ومنحتها، وحلبها على الماء، ويحمل عليها في سبيل الله» هذا لفظ المستعار.

وأما بعد ذلك، فهي معدومة بالاتفاق، إلا ما استثنى، وأعرب صاحب «التعجيز»، فقال في أول الزكاة من شرحه: إشارة لاحق في المال بعد الزكاة إلا الماعون، وهي عارية والدلو ونحوها، ووافق الجمهور هنا، وأجاب عن الآية بأن الماعون الزكاة، قاله علي وابن عمر رضي الله عنهم وسبق في الصلح الخلاف في وجوب إعارة الجدار لوضع الجذوع.

وأفتى الدميري بوجوب إعارة كتاب الحديث إذا كتب صاحبه اسم من سمعه فيه، ومثله ما إذا كتب بإذنه ليكتب نسخه السماع، ووافقه القاضيان خفض ابن عيان الحنفي، وإسماعيل المالكي، وحكاه وخولفوا فيه، والظاهر من حيث الفقه، ولم أره نصًا وجوب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة، لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٤)، والنسائي (٥٧٤٦)

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٢٧) ومسلم (٦١٤٧).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٢١ رقم ١٤٤٨٢)، ومسلم (٢/ ٦٨٥، رقم ٩٨٨)، والنسائي (٥/ ٢٧، رقم ٢٤٥٤)، والدارمي (١/ ٤٦٢، رقم ١٦١٦)، وابن الجارود (ص ٩٢، رقم ٣٣٥)، وابن حبان (٨/ ٤٧، رقم ٣٢٥٥).

أجرة لمثله، كما لو خشي الهلاك من العطش على نفسه أو حيوان محترم ومع غيره، ووجد بئرًا ودلوًا، ورشاء يكتفي منه بدلو مثلًا، وكذا إعارة الخيل لإنجاء غريق يعلق به، أو ذبح حيوان محترم يخشى موته، ولا سكين معه، وقد حكم المصنف بأن الأصح وجوب الدفع عن الحيوان الغير ومتاعه، والإعارة الحقيقية أولى بالجواب، وقس بهذا ما في معناه إن سلمته.

قال: (**شَرْطُ الْمُعِيرِ صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ**) أي: بأن يكون مطلق التصرف، فلا يصح إعارة الصبي والمجنون والسفيه؛ لأنها إباحة للمنافع، فصحت من مطلق التصرف دون غيره، لكن سبق أن المحجور عليه بالسفه له التبرع ببعض منافعه، وكذا المحجور بالفلس والتبرع بمنافع نفسه، وشبَّه أن له إعارة مسكنه ما لم يبع حيث لا ينقص، وقد لا يسمى التبرع بمنافع نفسه عارية، أو يقال: المراد صحة تبرعه في ذلك الشيء، وقد يقتضي إطلاقه أنه لا يصح إعارة المكاتب، وإن أذن سيده، وسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

تنبيه: لم يذكر شرط المستعير وهو من الأركان.

وقال في «الروضة»: يشترط كونه أهلًا للتبرع عليه بعقد شمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل، فلا تصح الإعارة للصبي كما لا يوهب له، انتهى.

وهذا هو المفهوم من قولهم: أنه لا بُدَّ من إيجاب وقبول كغيرها من العقود.

وأطلق الغزالي في كتبه: أنه لا يعتبر إلا كونه أهلًا للتبرع عليه، وتابعه صاحب «الجواهر».

قال الرَّافِعِي: وكأنه أراد التبرع بعقد ليشمل إلى آخر كلام «الروضة».

وفهم صاحب «التعجيز» الإطلاق، فقال: ومستعير متبرع عليه، فلا يعتبر المريض من وارثه، وخارجه وتعار من صبي ومجنون؛ لأنهما أهل التبرع عليهما.

قال: وعندي أنه إعارة بإيجاب وقبول لم يصح، قلت: هذا ظاهر.

وإطلاق الغزالي إما أن يحمل على أنه لو أعطاهما شيئًا بقصد الإعارة جاز، ولا ضمان عليهما، أو على صحة الإعارة لهما بواسطة الولي، ولعله أقرب وقد

وَمِلْكُهُ الْمَنْفَعَةَ فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

يفهم كلام «الروضة» صحتها من السفيه المحجور، ويؤيد قول الْمَاوَرْدِي من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية؛ لأنها نوع هبة، انتهى.

وهذا إن صح كانت هذه عارية غير مضمونة.

وقال في «الوديعة»: أنه لو أعار من سفيه شيئًا، فأتلفه هل يضمنه على وجهين كالصبي.

وعبارة «التعجيز في شرح الوجيز»: والمستعير يشترط فيه أن يكون محجورًا عليه، فلا تصح الاستعارة من العبد كما لا تصح منه الإعارة، انتهى.

وعن المحاملي: أنه صرح بأنه لا تصح الإعارة من السفيه، وعد صاحب «الخصال» من متقدمينا من شروط العارية: أن يكون من جائز الأمر إلى جائز الأمر، ونحوه في «الذخائر» وهو قضيه كلام «الحاوي» في باب الحجر.

وفي «روضة» شُرَيْح: ولو أعار من مراهق فتلف، لم يضمن في أظهر المذهبين يعني الوجهين، ولو أعار من سفيه محجور عليه فلا ضمان، ولم يرد على ذلك.

قال: **(وَمِلْكُهُ الْمَنْفَعَةَ)** أي: وإن لم يملك الرقبة؛ لأن الإعارة ترد على المنفعة.

(فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ)؛ لأنه مالك للمنفعة وله أجرة للعوض عنها.

(لَا مُسْتَعِيرٌ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لأنه لا يملك المنفعة؛ ولهذا إلا يؤجر على المعروف في المذهب الثاني يعتبر كالمستأجر له أن يؤجر وديعة، ولعل منشأ الخلاف ما ذكر في حقيقتها، ويعبر بعضهم عنه أنه ملك المنفعة أو الانتفاع.

وعن ابن الحسن الكرجي -بالجيم- صاحب كتاب «الذرائع إلى معرفة الشرائع»، ومن أجلة المتأخرين: أنه فوض الخلاف في الكراهة ولعله أراد كراهة التحريم، ولم الأنقال إن علم رضاها مالك المنفعة جاز، وإلا فلا، وأعرب الشيخ أبو الحسين الديبلي، فقال: في «أدب القضاء»: قال الشَّافِعِي: من استعار دارًا فله أن يؤاجرها، ومن أصحابنا من قال: ليس له ذلك، وما

……

ذكره الشَّافِعِي أولى وقرره، وهذا النص شاذ كما فهمه، نعم لنا وجه شاذ أنه لو استعار ليؤجل جاز.

تنبيهات: قوله: وملكه المنفعة يقتضي أنه لا يصح إعارة الصوفي والفقيه، سألهما بالرباط والمدينة، وكل أحد من في معناهما؛ لأنهم يملكون الانتفاع لا المنفعة، أطلقا هنا أن الموصي له بالمنفعة عبدًا، أو سكني دار ونحوها، أن يعيرهما. وقالا في «الوصايا»: إن استغرقت الوصية مدة بقاء العين، أو قرب المدة كان مليكًا، أي: للمنفعة، وإن أوصى بالمنافع حياته، فأباحه لا تمليك فلا يؤجل وفي حوار الإعارة له وجهان، وإن أوصى بأن يسكن هذه الدار، وخدمة هذا العبد فأباحه أيضًا، قضية إطلاق المصنف؛ لأن للموقوف عليه أن يعير، وصرح بذلك في كتاب «الوقف»، وهذا ليس على إطلاقه بل يحمل على من له الاشتغال باستيفاء المنفعة كيف شاء، أما لو وقف دارًا ليسكنها مع الصبيان بالقرية، فليس له أن يسكنها غيره، ولو وقفها على أن يشتغل، ويصرف عليها إلى زيد بعين الاشتغال جزمًا، ولو كان الوقف مطلقًا، فقال المستحق: اسكن الدار، وقال الناظر: اكريها لأصرف غلتها في مرمتها فله أن يكري، وفيه يجب، ذكرته في «الغنية» هناك.

قال في «الأم»: ولو وقف دارًا على معينين، وشرط أن يسكنوها ولا يؤجروها، فالمذهب الظاهر الذي قطع به معظم الأئمة: أنه ليس لهم أن يتعدوا موجب شرطه كالمدرسة والرباط، انتهى.

أو رد على قوله: وملكه المنفعة أن للإمام إعارة عقار بيت المال، وغيره من الأعيان، وما إذا نذر هديًا أو أضحية، قال: له إعارتهما خرجا به هناك، مع أنه قد خرج عن ملكه بالنذر، وإعارة ولده الشيء الخفيف، ولمن يتعلم منه كما سأذكره.

إشارة: يجب ألا يجوز لمالك المنفعة فقط الإعارة إلا ممن لا يجوز إيداع بملك العين عنده، ووجهه ظاهر ولم أره نصًا.

فرع: قال في زوائد «الروضة» هنا قال: صاحب «العدة»: ليس للأب أن

وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ.

يعير ولده الصغير لمن يخدمه؛ لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله، وما قاله ينبغي أن يحمل على خدمة مقابل أجرة، أما ما كان محقرًا لا يقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف أنه لا يمنع منه، إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا والله أعلم، انتهى.

ولم أرد ذكر هناك شيئًا، ولا نقل عنده في المسألة، وفي «البحر»: تجوز إعارة الأحرار والعبيد، ويجوز للرجل أن يعير ولده الصغير؛ ليخدم من يتعلم منه، انتهى.

وأما إعارة الحر البالغ، فيتصور في صور منها أن يعير الأب السفيه لمن يتعلم منه كالصغير، أو يستأجر عبدًا ثم يعتقه المؤجر، فللمستأجر إعارته، أو يعتقه وارث الموصي بالمنفعة أبدًا، فيعيره الموصي له، أو يعير الإنسان نفسه لغيره، إلا أن يمنع أن ذلك إعارة.

فرع: في «الحاوي» و«البحر»: لو أعار المستعير بإذن المعير، فإن لم يسم الثاني له هو على عاريته، وهو المعير من الثاني، وضمانها باق عليه، وله الرجوع فيها متى شاء، ويبرأ الثاني بردها إليه، وإن سماه المعير يرى المستعير الأول من ضمانها، ولا يبرأ الثاني بردها إلى المستعير الأول، انتهى. وأجوز أن هذا التفصيل من تفصيلها السابق في التوكيل.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ**) أي: كما إذا استعار دابة ليزكيها، فله أن يزكيها في حاجته؛ لأن المنفعة تحصل له.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا إذا ركبها زوجته أو خادمه، وفيه نظر.

وعبارة «الروضة»: وله أن يستوفي المنفعة بوكيله، ومقتضاها أنه لا يركب غيره متبرعًا؛ لأنه أعاره، وسيأتي كلام القفال في ذلك.

وفي «البيان»: لو استعار دابَّة لتركبها امرأته زينب، فهل له أن يركبها عمر إذا كانت مثلها، أو دونها وجهان، انتهى.

ويظهر أن زينب لو كانت بنت المعير ونحوها، وعمر ضربها، أنه لا يجوز له

وَالْمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ.

إركاب عمر مطلقًا ؛ لأن الظاهر أن المعير لا يسمح بذلك لضربها ، واعلم أن ما ذكره المصنف صرَّح به الْمَاوَرْدِي والروياني ، وصاحب «المهذب» وغيرهم.

قال ابن الرِّفْعَة : في كلام الإمام والقاضي - يعني الحسين - فيما إذا أعار أرضًا للزرع ما يتنازع فيه.

قلت : والظاهر أنه أشار إلى قول الإمام ، فإن نقل ، قلتم : ليس للمستعير أن يعير في ظاهر المذهب ، وإن كان انتفاع عبده بمثابة انتفاعه بها ، أي : وقلتم هنا : له أن يزرع ما صوره ، قلنا : لا سواء ، فإن اليد إذا لم تتبدل ، وليس غير الزرع من حق المعير ، وإنما حقه الذي أباحه مقدار من منفعة الأرض ، فلا فرق بين أن يستوفيها بالزرع المذكورة ، أو بما لم يزد ضرره عليه ، وأما إذا أعار فقد أزال يد نفسه ، ولإزالة اليد وقع في النفوس لا ينكر ، انتهى.

وعلى ما قاله الْمَاوَرْدِي ومتابعوه : ينبغي ألا يشملها إلا إلى ثقة لا كل وكيل ، اللهم إلا أن يكون يد الموكل عليها لا تغيب عنه ، وأن يكون محله إذا أشبهه عن ارتكاب عمر ، أو كل الحال على أنه لا يسمح بركوب غيره.

وأطلق القفال في «الفتاوى» : أنه لو استعار دابة ليركبها ، فأركب من هو مثل حاله ، ونقله لا يكون متعديًا.

قال جامع الفتاوى من أصحابه : وهذا مشكل كما لو قدم إليه طعامًا لا يطعم غيره ، فإن الإعارة إباحة المنافع عندنا ، ولم يجعل الشيخ ، يعني : القفال ، إن كان من هو في مثل حاله إذا كانت الدابة في يده ، ولم يسلمها إلى الراكب بعد ، وإن استعار دابة لنقل شيء فسلمها إلى زوجته أو عبده ، ينتقل لا يكون متعديًا ؛ لأن يدهما يده ، انتهى.

وهذا من القفال ، أما أنه يرى أن المستعير يعير أو أنه يركب وكيله في شغله بشرط ألا يغيب عنه ، لا كما أطلقه المصنف وغيره.

قال : (وَالْمُسْتَعَارِ) أي : ومن شرط المستعار.

(كَوْنُهُ مُنْتَفَعًا بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) أي : وكون المنفعة مباحة ، ولها رفع ،

وَتَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ، ....

ويقصد غالبًا، فإنه حكم بأنه لا يصح إعارة الدراهم والدنانير على الأصح، وأجراهما الإمام في الحبوب، قالا: ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب: أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم، فأما إذا صرح بالإعارة للمدينين، فينبغي أن يقطع بالصحة، وبه صرح المتولي، انتهى.

وعبارة «البيان»: وهل يصح إعارة الدراهم والدنانير فيحمل بها الدكان، وجهان بناء على جواز إجارتها لذلك، وفي إعارة ذوات الأمثال كالطعام والدُّهن، وما أشبه ذلك لغير إتلافها وجهان، وهي تنازع ما ذكره، ويفهم جريان الخلاف مع التصريح بغرض للدين.

وقال في «البحر»: يجوز إعارة كل ما يجوز إجارته، وما لا فلا، إلا الفحل للنزو، وكذا الدراهم والدنانير، وإن كان في جواز إجارتها وجهان؛ لأن حكم العارية أوسع بدليل أنه يستعير ما يرهنه، ولا يجوز أن يستأجر ما يرهنه، ويجوز إعادة الكلب للصيد وجهًا واحدًا، وإن كان في إجازته وجهًا، ويجوز إجارة النخل لربط السفن إليها، وإن كان في إجارتها وجهان، وهذه طريقة الْمَاوَرْدِي، وهي أصح.

وأجرى الغزالي الخلاف في إعارة الأشجار؛ لتحقيق البيات عليها، وربط السفن بها، ووقع الخلاف، وكلام الرَّافِعِي الوقوف على طلبها، ولك أن تقول: إن كان مستحقًّا لمنفعة الأرض، فهي عارية للأرض، وإلا فمجرد الاستظلال لا يحتاج إلى إذن لظل الجدار، فلا تكون عارية؛ لأنها إذن في الانتفاع، لولا الإذن لامتنع.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: إن استعار الطين والحب لبناء المسجد، فلا يجوز أن حكم العارية جواز استردادها والشيء إذا صار مسجدًا لا يجوز استرداده بخلاف المظلة والجدار الخارج عن المسجد لوقاية المسجد.

قال: (**وَتَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ**) أي: بنسب أو مهر أو رضاع، وكذا يجوز إعارتها للسيد، فإن كانت مستأجَرة أو موصى بمنفعتها،

……………………………………………………………………………………

وكذا من زوجها ليلًا ونهارًا فيما لا يلزمها فعله.

قال ابن الرِّفْعَة: وهي في هذه الحالة تكون مضمونة عليه، وتوفي بقية الليل إلى أن يسلمها إلى سيدها أو نائبه.

قلت: وفي جواز إعارة الأمة الكافرة لا حيثية منها؛ لخدمتها التي لا تنفك عن رؤيتها لها معها نظر، وكذا لو كانت الأمة مسلمة فاسقة بفجور أو سحاق أو قيادة لما سيأتي في أحكام الوطء إن شاء الله تعالى، وقد بينته في «الغنية» هناك.

إشارة: افهم كلامه أنه لا يجوز إعارتها لأجنبي مطلقًا، وحكى الرَّافِعِي في القبيحة والصغيرة التي لا تُشتهى وجهين، صحح المصنف من زياداته الجواز، قال: وبه قطع جماعة وفيه نظر، وعبارة «الشرح الصغير» معهم أن المذهب المنع، فإنه أطلق القول بالتحريم، ثم قال: وفيما إذا كانت صغيرة أو قبيحة وجه، وخصَّ الْبَغَوِي فيما رأيته الوجهين بالصغيرة وهو الأحسن، وكذلك قال في «الكافي»، والأصح أنه لا يجوز إعارة العجوز والقبيحة، وينبغي أن يكون محل الوجه فيما حيث تنفك الإعارة بالخلوة بها، فإن يصبها، فالوجه الجزم بالتحريم، واعلم أن الجزم بتحريم إعارة المشتهاة، هذا أحد الوجهين.

وثانيهما: أنه مكروه، وهو ظاهر كلام «التنبيه» وكلام المحاملي والجرجاني وغيرهم، وصرح به في «البحر» كما سأذكره، ومال إليه ابن الرِّفْعَة؛ لأن الإعارة لا يلزم منها الخلوة المحرمة، وجزما في «النهاية» و«البسيط» بعدم التحريم إذا استخدمها من غير خلوة، قال في «المطلب»: وهو الحق، انتهى.

ولا شك أنه لو كان له أطفال ببلد آخر أو محلة أخرى أو زوجات فاستعار أمةً لخدمتهم أنه لا يجوز، وعبارة «البحر»: يجوز استعارة الجواري لتخدمه في الجملة، وهل يكره إن كان المستعير امرأةً أو محرمًا لها؟ لم يكره، وإن لم يكن محرمًا لها، فإن كانت موسومةً بالجمال يكره أن يخلو بها في الاستخدام خوفًا من غلبة الشهوة، وإن كانت مما لا تشتهى لكبرها، وحسنها لم يكره؛ لأنه يؤمن عليها.

وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانت شابةً يخاف منه عليها لا تجوز الإعارة منه، ويحرم، وهذه الكراهة كراهة تحريم، وقيل: يكره مطلقًا من غير فرق بين الشابة والكبيرة لئلا يخلو الرجل بالمرأة فيدخل الشيطان بينهما، انتهى.

والظاهر أن قوله: وهذه الكراهة من كلامه يفسر به ما صدر من كلامه من الكراهة، وحينئذٍ لا يكون الأمر كما نقلناه عنه أو لا تبعًا لابن الرِّفْعَة، ونقله الرَّافِعِي عن الْغَزَالِي، ثم قال: ويشبه أن يقال بالفساد كالإجارة للمنفعة المحرمة، وبه يشعر إطلاق الجمهور، نفي الجواز.

وقال في «شرحه للصغير»: إذا حرمت الإعارة، فالأشبه فسادها كالإجارة للمنفعة المحرمة، وحكم في «الوسيط» بالصحة.

فرع: الخنثى المعار هنا كالأنثى فلا يخلو المستعير الأجنبي بها رجلًا كان أو امرأةً، قاله السلمي في كتابه في الخنثى، ولا تعار منه أمة غير محرمة له، وذكر المصنف في «شرح مسلم»: أنه كالمرأة، وهو غريب ضعيف.

قال: (وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ) أي: لحرمة الإسلام وصيانة له عن خدمة الكافر.

قال في «الروضة»: وصرح الجرجاني وآخرون بأنها حرام، وصاحب «المهذب» وآخرون بأنها لا تجوز، وظاهره التحريم، ولكن الأصح الجواز.

وقال في أوائل البيوع: يجوز إعارة عبد مسلم لكافرٍ قطعًا.

وقال هناك في «شرح المهذب»: إنه المذهب، وزيف وجه التحريم، واعتل بأنهم ذكروا أن الأصح جواز إجارة عينه، فالإعارة أولى؛ لأنها عقد جائز فيرجع فيها متى شاء.

قلت: وفيما قاله نظر، ولم ينقل ابن الرِّفْعَة القول بالكراهة إلا عن الْغَزَالِي، والأصح أو الصحيح المختار أن إعارته إياه للخدمة أو للهبة حرام، وهو المذكور في «البيان».

قال: لأنه لا يجوز استخدامه، واعتلاله بالإجارة عجب، فإنا وإن

……

صححنا إجارة عينه من الكافر فقد قال قبيل هذا الكلام بسطرين أو ثلاثة: إن الأصح أنه يؤمر بإزالة ملكه من المنافع، وبه قطع الشيخ أبو حامد، ولم يحك في «الروضة» سواه وقضية ذلك عدم تمكينه من استخدامه بالعارية، ويلزم منه الحكم بفسادها، وفي أحكام المهاداة من «الحاوي» أن أصحابنا أخرجوا إجارته منه على القولين في بيعه منه.

قال: والصحيح عندي أنه يعتبر حال الإجارة، فإن عقدت على عمل يعمله الأجير في يدٍ بنفسه منفردًا به كخياطة أو نساجة صحت الإجارة، وإن عقدت على تصرف في يد المستأجر عن أمره كالخدمة لم يجز، وهذا حسن بالغ، فيقال مثله هاهنا إن كان يعد عدم دخوله في هذه إعارة وما قدمناه في الإعارة للخدمة، وجمع ابن الرِّفْعَة بين الكلامين السابقين فحمل التبرئة على الإعارة لغير الخدمة، والتحريم على الإعارة للخدمة، ولهذا علل في «المهذب» وغيره بأنه لا يجوز أن يخدمه، والتحريم في الصغير أظهر للحوق الصفة، والوجه أنه إذا خشي عليه أو على الكبير أن يفتن المنع مطلقًا ولا سيما قريب عهد بالإسلام.

فروع: يحرم إعارة الصيد للمحرم، والخيل والسلاح للحربي، والمصحف وكتب الحديث ونحوهما من الكافر كالبيع منه، والأظهر تحريم إعارة الخيل والسلاح لقاطع الطريق والباغي إذا علم أنه يستعيره لذلك، وكذا آنية الذهب والفضة من كل أحد، وكل ما لا يحل اقتناؤه، والوجه تحريم إعارة الغلام الجميل لخدمة من عُرف بالفجور بالغلمان، وكذا الجارية الحسناء ممن عُرفت بسحاق أو قيادة، ويكره استعارة أحد أصوله للخدمة، وغير الإمام ينفي الحل والمكره أو المحرم بغير استخدامه، فلو استعاره بم رضيه فقد برَّه.

قال الْمُتَوَلِّي: تعين المستعار عند الإعارة ليس بشرط، فلو قال: أعرني دابةً، فقال: خذ من الإسطبل ما أردت جاز.

وفي «التعجيز شرح الوجيز» لصاحبه: لو قال: اركب أحد الدواب صح؛ لأنه يعير للدابة بحضوره فلا غرر، هكذا قال.

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظٍ كَأَعَرْتُكَ أَوْ أَعِرْنِي، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ الْآخَرِ**) على ما صححه، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وقال الْغَزَالِي: يشترط اللفظ من جانب المعير، ويكفي من المستعير ما يدل على القبول، إما قول أو فعل، قال ابن الرِّفْعَة: الخلاف مبني على أن العارية هبة للمنافع فبشرط لفظ المعير أو إباحتها فلا؛ لأنه لا يشترط فيها لفظ على الأصح.

قال: وكلام الْمَاوَرْدِي يشعر باعتبار الإيجاب والقبول لفظًا أمر رد العارية ثم أراد قبولها، فإن غلبنا الهبة لم يلزمه، أو الإباحة كان له على الأصح قلته تفقهًا، انتهى.

وقضية البناء عدم الاحتياج إلى لفظ، ولهذا قال الْمُتَوَلِّي: لا يعين اللفظ في واحد من الطريقين حتى لو أراه عاريًا فأعطاه قميصًا فلبسه تمت العارية، وكذلك لو فرش لضيفه فراشًا أو بساطًا أو مصلى أو ألقى له وسادةً فجلس عليها كان ذلك عارية، وإذا هلك ضمنه، وكون الفراش في دار المالك لا يمنع ثبوت يده عليه حتى لو نازعه في الفراش.

قال: القول قول النائم فيه بيمينه، وكذا لو أسكنه بيتًا في داره، وفرش له فيه البسط والحصر، وما جرت به العادة كان البيت وكل ما انتفع به من الفراش والبسط والحصر عارية؛ لأن يده ثابتة على الجميع، أما لو جلس على البسط المفروشة في الدار لا يجعل مستعيرًا سواء كان المالك جالسًا معه على البسط أو لم يكن؛ لأن المالك ما قصد بذلك أن ينتفع به شخص مخصوص، وفي العارية لا بُدَّ أن يكون المستعير متعينًا.

واعترض ابن الرِّفْعَة عليه بأمور ضعيفة منها: قوله: إن الفراش في يد مالكه بدليل أنهما لو تنازعا فيه كان القول قول صاحب الدار، وهذا عجيب منه فإن الْمُتَوَلِّي صرح بخلافه، ولم يقف ابن الرِّفْعَة على كلامه؛ بل اقتصر على ما نقله الرَّافِعِي مختصرًا، قيل: على وجه البحث، والأولى أن يقال: متى انفرد المنتفع باليد فهو إعارة سواء بمجرد لفظه أو فعله وقرينة تدل عليه، ومتى لم ينفرد باليد بل كان بحضرة المالك فيتبع اللفظ، فإن جرى لفظ إعارة فهو إعارة

……

وإلا كان إباحة محضة، وتكون الإباحة أعم من الإعارة فكل إعارة إباحة ولا ينعكس، وهذا أحسن.

إشارة: أو رد على اشتراط اللفظ استعمال أطراف الهدية على ما فيه من التفصيل، وما إذا باعه شيئًا وسلمه إليه في طرق فتلف في يده فالأصح في كتاب «الإجارة» من الشرح أنه يضمنه ضمان العارية.

قال: صح إيرادهما، ورد ما في حكمهما، ولا خفاء في جواز إعارة الأخرس المفهوم الإشارة واستعارته بها أو بكتابته والظاهر جوازها بالمكاتبة من الناطق كالبيع وأولى بالمراسلة.

فرع: قال في «الروضة»: لو أركب من إعياء فتلفت الدابة، فالمذهب أنه يضمن، وإن التمس المركب ذلك، ومال الإمام إلى عدم تضمنه، وأقامه الْغَزَالِي إلى وجهٍ، وصححه، والصواب الأول ولو أردفه معه فعليه نصف الضمان خلافًا للإمام، ولو أركبه على حمل نفيس إحرازًا له لم يضمن، ولو قال لرفيقه: ضع متاعي على دابتك؛ فأجابه فمستعير، ولو قال رب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة فمستودع لا معير، انتهى.

وفي تصويبه نظر؛ لأنه قصد الصدقة فالحظ له كما لو قصد إحرازًا لحمل وأولى ولأن ذلك لا يعد إعارةً عرفًا، كما لو أجلسه معه أو بمفرده على فراشه وإذا ضمن الرديف ففي تضمينه نصف القيمة نظر، وقد حكوا خلافًا فيما لو أردف خلف المالك عصا فهلكت بنقلها هل يضمن نصف القيمة أو يوزع على دوابهما فيلزمه القسط؟ ورجحه من نقل متاع بنفسه وحماره ففعل فعطب الحمار في الطريق لم يضمنه؛ لأنه بيد مالكه، وهذا ينازع في صورة ضع متاعي على دابتك.

قال القاضي: ولو استعار نقله وحماره وكلاهما عارية مصونة ولو استعار لصاحب الحمار فأمان عبده من نفسه بغير أمر المستعير فمات الحمار في الطريق فلا ضمان؛ لأن العبد والحمار بيد مالكهما.

وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفهُ أَوْ لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ الْمِثْلِ**) أي: حيث تجب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالقبض ومضي زمن لمثله أجرة لجهالة الولف والمدة والتعليف في الثانية؛ وكذلك الحكم لو أعاره داره ليطين سطحها أو ليثلجها وما أشبه ذلك، وقيل: أن ما جرى إعارة فاسدة نظر إلى اللفظ.

قال في «المطلب»: وهو الأصح فعليه لا أجرة، قال: وفيه بعد لأنه لم يبذل المنفعة مجانًا، قال: وما ذكره الرَّافِعِي في علف الدابة كلام القاضي يعني: الحسين- مخالفة؛ لأنه قال: إذا استعار دابّةً فعلى المستعير علفها وسترها بما يقيها من الحر والبرد وسقيها، وإذ استعار عبدًا فعليه طعامه وشرابه وحفظه عما يوجب الحد عليه، وحثه على الصلاة ولا يصير في حكم الإجارة بهذه المؤنات، انتهى.

يعني وإذا كان ذلك على المستعير، فلا يكون اشتراطه عليه معتبرًا حكم العقد، وقيل: وهذا الاعتراض يوجب تفسد كلام الرَّافِعِي بعلف لا يكون على المستعير، فإن العلف الذي يوجبه عليه إنما هو الواقع في مدة كونها في يده بحكم العرف وإحلاله محل المالك فيدفع عن الحيوان ما يؤذيه وليس على سبيل العوض حتى لو ردها إلى المالك لم يلزمه من ذلك شيء، وزاد الرَّافِعِي ما يكون عليه ردٌّ أو لم يرد، كما لو قال: أعرتُكَها اليوم لتعلفها هذه الليلة أو علف زائد على ما يوجبه لبقاء الحيوان، انتهى.

وهذا يكلف، والظاهر أن الرَّافِعِي يرى أن نفقة المعار على مالكه وهو القياس، وإن جرى العرف بخلافه ولهذا لم يذكر أن على المستعير مؤنة الرد.

وقال الْمَاوَرْدِي: علف المستعار والمستأجر على المالك دون المستعير والمستأجر.

وفي «البيان» قال: الصيمري نفقة الحيوان المستعار مدة العارية على المعير، فإن أذن المعير في الإنفاق عليه رجع عليه بما أنفق، وإن لم يأذن له

فصل

وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ، فَإِنْ تَلِفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ، ....

فيه رفع الأمر إلى الحاكم لينفق عليه من مال المعير إن كان له مال أو يبيع جزءًا من الحيوان المعار أو تفرض عليه من خير المستعير أو منه كما قلنا في الوديعة، انتهى.

وعليه تسليم ما ذكره القاضي يجوز أن يقال إنما لزمه ذلك إتباعًا للعُرف ومساهلةً لا عوضًا مقصودًا، فإذا شرطه المالك صار عوضًا مقصودًا مجهولًا، فجاء الفساد فقرب منه بعتك الدابة وحملها ويجوز ذلك.

فصل

قال: (**وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ**) للحديث المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه»(١) رووه في السنن الأربعة وحسنه الترمذي، وقال الحاكم: على شرط البخاري، ومن جهة المعنى أنا لو كلَّفناها المعير لرغب الناس عن الإعارة، وهذا يرشح ما سبق عن القاضي الحسين وهو المختار وإن كان القياس غيره.

إشارة: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو استعار من مستأجر ثم ردها على المؤجر، قال: مؤنة الرد على المؤجر، كما لو رد عليه.

قلت: وينبغي أن يكون هذا حيث تكون مؤنة الرد عنده فهي من عند المستأجر، أما لو أجره شيئًا لينتفع به في منزله وهو أجر المؤجر فإعارة لا حق في طرق البلد ففيه نظر فتأمله.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَتْ لَا بِاسْتِعْمَالٍ ضَمِنَهَا، وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ**)، وإن لم يفرط

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٨)، والدارمي (٢/ ٣٤٢، رقم ٢٥٩٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦، رقم ١٢٦٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، رقم ٢٤٠٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٨، رقم ٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٢) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٩٠، رقم ١١٢٦٢). وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٣)، وابن الجارود (ص ٢٥٦، رقم ١٠٢٤)، والروياني (٢/ ٤١، رقم ٧٨٤).

للحديث السابق أول الباب، هذا هو المذهب المعروف، وفي قول لا يضمن إلا بالتعدي.

قال الربيع: بعذرٍ رأيته وآخر قوله الضمان، قال الْمَاوَرْدِي والروياني ليس كما توهم الربيع قول الشَّافِعِي أنها غير مضمونة إلا بالتعدي على أحد أوجه سقوط ضمان الآخر أو حكاية عن غيره.

تتمات وفروع:

منها: لو أعار بشرط كونها أمانةً لغا الشرط وكانت مضمونةً، ورأيت في ودائع ابن سُرَيْج أنه لو شرط المعير له ذلك فاستهلكت مزيده، فلا ضمان عليه والمشهور الأول.

ومنها: لو أعاره بشرط ضمانه عند التلف بقدر معين قال الْمُتَوَلِّي: وسد الشرط دون العارية وفيه وقفة.

ومنها: لو استعار فقيه كتابًا موقوفًا على الملمس وشرط واقفه ألا يعار إلا برهن تحرر قيمته فسرق من حرره اقتضت بأنه لا ضمان؛ لأنه مستحق تلف في يده بلا تفريط وإن سمي عاريةً عُرفًا وهذا واضح.

ومنها: سبق في صحة استعارة السفيه كلام، فإن صح ففي تضمينه نظر وإلا فلا ضمان والمالك محق وأطلق شُرَيْح أنه لا ضمان.

ومنها: سبق في «البحر» إعارة الجسد وذكرنا له أمثلة ولا شك أنه لا يضمن بالتلف عند المستعير.

ومنها: لو استعار صيدًا من محرم لم يضمنه على الأصح.

ومنها: لو أعار الإمام شيئًا من بيت المال لمسلم فتلف في يده أو أتلف بلا تقصير منه وكان ممن له حق في ذلك ففي تضمينه نظر وعلى التضمين إن قيل به، ففي ضمانه لكل القيمة نظر!

فروع: لو ولدت العارية عنده فهو أمانة على الأصح، ولاستعمالها حرمًا، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو استعار حمارة معها الجحش فهلك لم يضمنه؛ لأنه

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ، وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ،

لا يأخذه للانتفاع بل لتعذر حفظه دون أمه، فإن أمكن الانتفاع بها إذا لم يكن معها ضمنه، وأنه لو استعار ثوبًا فدفع إليه معه حليًّا فقال: لا أريده فدفعه إليه فضاع، أي: بلا تقصير نظر إن أخذه للاستعمال ضمنه وإلا فلا، وإنه لو استعار عبدًا لم يكن ثيابه مضمونة على الصحيح بخلاف إكاف الدابة؛ لأنه أخذه مستعملًا له ولو أخذه سوقًا فهلك إن أدخلنا ثيابه في بيعه ضمنها وإلا فلا على الأصح كالمستعار.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ)** أي: يتلف كله كاملًا الثوب يلبسه.

(أَوْ يَنْسَحِقُ بِاسْتِعْمَالٍ) أي: وهو نقصان الأجزاء مع بقاء العين لذهاب حمل المشقة مثلًا.

(وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُنْمَحِقَ) أي: فقط وهذا الوجه ليس في «المحرر» إذا علمت هذا فيما سبق هو فيما إذا تلف العارية لا باستعمال إلا ما استثنى، فإن تلفت به بلا تعدٍّ ففي انمحاق الثوب ونحوه بالكسر وجهان أصحها لا ضمان كالأجزاء.

والثاني: يضمنه أو حق العارية الرد، فإذا تعذر ضمن، وماذا يضمن؟ وجهان: أحدهما: للمعير بجميع أجزائها وأصحهما يضمنه في آخر حالات التقويم، وإذا انتهى الثوب إليها فليس له استعماله، قاله **الْبَغَوِي**.

وأما الأجزاء إذا تلفت بالمأذون فيه؛ فالصحيح أنه لا ضمان، ونقل **الْمَاوَرْدِي** اتفاق العلماء عليه؛ لأنه مأذون فيه، وعلى هذا لو أعاره سيفًا ليقاتل به فانكسر في الضرب لا ضمان، قاله في «البحر».

والثاني: يضمن الممحق؛ لأن العارية مؤداه فإذا تلف بعضها، فإن رده فضمنه.

قال في «البحر»: ذكره ابن **سُرَيْج** وهو غلط لما ذكرناه، وأشار إلى طريقين أصحهما القطع بعدم الضمان، نعم ما تلف من الأجزاء إلا باستعمال مضمون على الأصح كالعين، والثاني: لا كما لو تلف بالاستعمال.

وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا، فَلَا ضَمَانَ، وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ، فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ،

قال: (**وَالْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ**) أي: ونحن كالموحى له بالمنفعة والوقوف عليه حسب لهما الإعارة كاملةً وهو المستأجر وهي ثابتةٌ.

قال: (**لَا يَضْمَنُ فِي الْأَصَحِّ**) والثاني: يضمن كالمستعير من المالك وزيفوه.

إشارة: ذكر صورة «الروضة» نقلًا، والوقف إلحاقًا، وأطلق الشيخ أن المستعير من المستأجر لا يضمن، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو استأجر إجارة فاسدة ثم أعار فتلف يد المستعير ضمن المستأجر لفعله ما لم يكن له.

قال: والضرر على المستعير.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا**) أي: يدللها ويعلمها المشي والإقدام وعدم النقار.

(**فَلَا ضَمَانَ**)، حيث لا تفريط؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه وكذا لو أركب إنسانًا فوق متاعه ليحرره.

فرع: لو أخذ بالعارية رهنًا أو ضمينًا لم يصح، فإن شرطه فيها بطلت، وإن أخذها ضمنها، وفي ضمان المنفعة وجهان جاريان في كل عارية بطلب شرط يبطلها.

قال: (**وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِحَسَبِ الْإِذْنِ**) أي: من غير زيادة؛ لأنه وضع العواري.

(**فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا**) أي: في الصور؛ لأن رضاه رضي بمثلها، وله زرع الشعير من طريق الأولى، لا يجوز زرع أجزاء منها كالقطن والذرة قطعًا، وعن «الْبُوَيْطِي» أنه ليس للمستأجر زرع عين المعير فيجيء هاهنا.

قال: (**إِنْ لَمْ يَنْهَهُ**) أي: نهاه لم يجز له زرع غيرها.

قال الإمام: على ظاهر المذهب فأشعر بخلاف فيه، وعبارة «البسيط»: فالظاهر أنه لا يجب اتباع إذنه.

أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ، وَلَوْ أَطْلَقَ الزِّرَاعَةَ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ وَلَا عَكْسَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ.

قال: (**أَوْ لِشَعِيرٍ لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ**) فوقه كحنطة؛ لأن ما فوقه ضررًا.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ الزِّرَاعَةَ**) أي: أطلق الإذن فيها، كأعرتك الزراعة.

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ وَيَزْرَعُ**) أي: للإطلاق، والثاني: لا يصح لتفاوت الضرر.

قال الرَّافِعِي: ولو قتل يصح، ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضررًا لكان مذهبًا.

قلت: ويقوى إذا كان هو غالب ما يزرع هناك، وعلى الأول ينبغي أن يقال: (**وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ**) مما اعتبر زرعه هناك جهلًا للإطلاق على الرضا بذلك، أما لو أراد أن يزرع ما ضرره دائم من ضرر كل ما يزرع هناك، كقصب السكر مثلًا، لم يجز إلا بإذن صريح، ويعضده ما سيأتي في إعارة الأرض مطلقًا وصححناها، نعم لو قال له: ازرع ما شئت، ففي بيعه مما لا يزرع هناك في العادة نظر.

قال: (**وَإِذَا اسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ فَلَهُ الزَّرْعُ**) أي: لأنه أجف، وقيل: لا يجوز الزرع إذا استعار للبناء؛ لأنه ينجي الأرض بخلاف البناء وحكى فيهما.

قلت: وكان العرض فيما إذا كانت تصلح للأنواع الثلاثة أو العُرف جارٍ به في مثلها، أما لو كانت لا تصلح إلا لأحدهما أو لم يجز العرف بغير ما أذن فيه فينبغي ألا يتعداه.

قال: (**وَلَا عَكْسَ**) أي: إذا استعار للزرع فليس له البناء والغراس قطعًا لكثرة ضررهما.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا الْعَكْسُ**) أي: لا يبني مستعير لغراس لاختلاف الضرر إذ: ضرر البناء في الظاهر وضرر الغراس في الباطن لانتشار العروق .

والثاني: يجوز لأن كل منهما للتأبيد، وخص الْمَاوَرْدِي الخلاف بالصورة الثانية، وجزم بأنه استعار للبناء له أن يغرس وهو غريب، نعم ما يغرس للشتل والنقل في عامة كما سبق في بيع الأصول تظهر الجافة لزرع؛ لأنه لا يراد للدوام.

وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ.

وفي «الخلاصة» فمن استعار للبناء والغراس الذي لا ينقل المسألة.

ثم رأيت النسختين نقلًا عن الشيخ أبي محمد، فلا مخالفة أنه لو أعار للفسيل، فإن كان مما يعتاد نقله فهو كالزرع وإلا فغالب، وهو شاهد لما أبديته، ويظهر أيضًا أن موضع منع المستعير للغرس من البناء ما إذا كان محكمًا الحجر ونحوه، ويحتاج إلى حفر أساس في الأرض، وأما البناء الخفيف بالخشب والقصب ونحوهما على وجه الأرض، فالأقرب جوازه له لأنه أخف ضرر، أما الغراس وتفريغ الأرض منه أقل مدة فأشبه الزرع.

فرع: أذن له بغرس شيءٍ معين لم يغرس غيره إلا أن يكون ضرره كضرره بالأرض أقل، قاله الدارمي، ويجيء ما ذكرناه بخلاف إطلاق الإذن في الزرع هنا في بيعه في غرس ما ضرره أشد من كل ما يعتاد غرسه بالناحية.

فرع: حيث زرع ما ليس له زرعه وللمعير قلعه مجانًا، وليبقى مدة لمثلها أجرة. قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يقال إن قلنا في نظيره من الإجارة تجب أجرة المثل، فكذا هنا أو ما زاد على المسمى من أجرة المثل، والفرق أن المستأجر استوفى ملكه والمستعير لا يملك شيئًا.

قلت: وهذا أرجح وهو قضية قول الْمُتَوَلِّي وغيره، فإن فعل فحكمه حكم الغاصب.

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: إذا قال له: ازرع الحنطة فزرع الذرة وكما لو زرعها بلا إذن، انتهى.

وقال غيره: إن قلنا أن الإعارة تبطل بالمخالفة يعين الثاني، وإن قلنا لا تبطل وهو أرجح فيظهر الأول، وبهذا يعلم أنه يجب جعل هذين الاحتمالين، انتهى.

ويظهر أن يتخرج على ما ذكره قالوا: أعاره للركوب إلى موضع معين، هل الركوب إلى مثله من جملة أخرى؟ إذا لم يظهر للمعير عوض في التعيين، وكذا لو قصد الموضع المعير في طريق أسبق ولو غرس الطريق المأذون فيها، والله أعلم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْأَرْضِ مُطْلَقَةً، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ الْمَنْفَعَةِ**) لأن

....

للإعارة معونة جوزت للحاجة، فلا حاجة إلى الاحتمال عن الإطلاق، وهذا ما رجحه الإمام والغزالي، ولم يرجح الرَّافِعِي في الشرحين هنا شيئًا، والثاني: نصح بكلامه ويعتبر الجهالة؛ لأنه يحتمل هنا ما لا يحتمل الإجارة وهذا ما جزم به الأكثرون منهم الْمَاوَرْدِي والدارمي وصاحب «المهذب» و«البيان»، ونقله ابن الرِّفْعَة عن العراقيين مطلقًا، وجزم به الخراسانيين أصحاب «المهذب» و«التتمة» و«الكافي»، وكذلك الرُّويَانِي وابن أبي عصرون، وهو الأصح المختار؛ لأن الإعارة عقد اتفاق ومسامحة لا معاتبة، نعم له الانتفاع بها على العادة الجارية في مثلها كما قيده الْمَاوَرْدِي وغيره واستحسنه الشيخان، وعبارة «التتمة» بشرط ألا يخالف المعهود، وهو حسن صحيح وليس له الدفن فيها قطعًا.

إشارات: ذكره الأرض مثال لما ينتفع به بجهتين، فأكثر لاقتداء ما إذا كان المعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبساط والحصير الذي لا يصلح إلا للفرش، فلا حاجة فيه إلى بيان الانتفاع.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا لو كان يمكن الانتفاع به بجهات؛ لكن هو المقصود منه عادة.

قال الرَّافِعِي في كتاب «الإجارة»: صرحوا بجواز إجارة أرض لا ماء لها مطلقًا، ويشبه أن يكون إجارتها على وجهين كإعارتها، والأصح المنع فيها إلى آخر ما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه هناك: ولا يجب بغير الانتفاع في أرض هي فله حمل فحل إلا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي فجعل الجوابين في الأرضين على وجهين؛ وهذا لأن القلة متعينة للسكون، ولا يجوز تناولها لافتقاره إلى تعيينه بحفر الأساس، انتهى.

ويأتي ما ذكره هنا إذا شرطنا التعيين على ما رجحاه فقال: أعرتك لتنتفع بها كيف شئت أو تفعل به ما بدا لك، ويظهر أن الأصح الصحة كالإجارة وأولى؛ بل يشبه أن يقطع هذا بالصحة.

فَصْلٌ

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ، ....

(قال:

فَصْلٌ

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ الْعَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لأنها مبرمة من المعير وارتفاقٌ من المستعير فلا يليق بها إلا بالالتزام في المقيدة عن وجه أنه لا يجوز الرجوع فيها قبل إنهاء المدة.

قال: (**إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ فَلَا يَرْجِعُ**) أي: بعده.

(**حَتَّى يَنْدَرِسَ أَثَرُ الْمَدْفُونِ**) رعايةً لحرمة الميت، وإن رضي الولي بنبشه ونقله؛ لأنه حق للميت.

قال **الرَّافِعِي**: وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع فيه الميت.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: وكذا بعد الوضع ما لم يواره بالتراب، وأشار في «الشرح الصغير» إلى ضعفه، ولكنه مقتضي قول الإمام، وللمعير الرجوع قبل إتقان الدَّفن، وكلام «البسيط» يوافقه وهو الجواب في «شرح التعجيز» ولم أر من صرح بخلافه، وقول الأصحاب بعد الدفن يوافقه أو لا يخالفه، وقد يقال: إن كان الميت يتماسك ولا يؤدي التأخير إلى تغيّره والحجارة وكرٌّ من الرجوع قبل إتمام الدفن وإلا فلا.

تنبيهات: منها: قوله «حتى يندرس أثر المدفون» قاله **الْغَزَالِي** والرافعي ونقل ابن **الرِّفْعَة** فيه جوابين للقاضي أحدهما: هذا، وثانيهما: أنه قط لا يجوز للمعير أن يرجع؛ لأن الدفن للتأبيد ولو صار الميت ترابًا وسبق في الخيار ما يوافقه.

ومنها: استثنى في الخصال صورًا فقال: اعلم إن كان من أعار عارية فله المطالبة بها، أي: وقت شاء إلا في ثمان خصال تذكر ما لو أعاره دابةً أو سلاحًا ونحوهما للغزر، والنفي الرجحان فليس له الرجوع فيها حتى ينكشف القتال، وذكر إعارة الحداد للجذوع، وقالوا: أعاره موضعًا يخرج ماؤه عليه أو

……

طريقًا يسلك منه، وأعاره جذعًا ليمسك به جدارًا مائلًا لم يرجع فيه لخوف سقوطه، فلو رجع ففي طلبه الأجرة ما سبق في الجذوع، قاله في «البحر» ولو أعاره سترة للصلاة فيحرم فيها بالعرض لم يرجع فيها قبل تحلله، وليس للمستعير ردها قبله، وذكر الْبَنْدَنِيجِي أنه لو أعاره سفينةً فوضع فيها طعامه ثم طلبها في اللجة لم تجب لأجل الضرر لا للزومها.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع، كما أعاره أرضًا لتزرع فلا يفصل فرجع قبل انتهائه وعُدَّ من العواري اللازمة في «الوسيط» في السرقة ما لو كفن الميت أجنبي وقلنا ببقاء ملكه كما هو الأصح، ولو قال: أعير وأداري بعد موتي لفلان سنة وإعارة لازمة، ذكره الرَّافِعِي في «التدبير»، وذكر بعضهم مسألة سترة المصلي وأطلق في «التحرير» فيها ما سبق، نعم يظهر أن يجب الإمهال في الرجوع إلى منزله ونحوه ليتوارى عن العيون إلا أن يمكنه تحصل ستره قبل ذلك بسترٍ أو غيره.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: وأما لزومها من جهة المستعير ففي الدفن لتعلق حق الميت به، قال: ويظهر في مسألة السفينة أنه لا يجوز تسليمها بإلقاء ما فيها من اللجة؛ لأنه إتلاف محض.

قال: ومراد ذلك صورة يلزم العارية فيها من جهة المستعير فقط، وفي استعارة الدار لسكنى المعتدة كما قالوه هناك، وذكرت فيه مباحثة، انتهى.

قلت: وقد يلتحق بذلك صور يلزم المستعير فيها عدم الرد مع دوام الضرورة، كمن استعار سلاحًا ونحوه يدفع به عما يجب عليه الدفع عنه كما مبين هناك، وله رده في حال الدفع لتحققت المعتدة، ومثله ما ينجى منه من الآن الغريق ويطفئ به الحريق، وما يدفع به أذى البرد والحر المهلكين، وكذا ما ستر به عورته في الخلوة، وكذا الخلوة إذا أوجبنا الستر فيها، ولا يجب استعارته من آلة الإسقاء للوضوء، وقد ضاق الوقت أو لسقي حيوان محترم يخشى هلاكه لو رد الآلة، وكذا لو أركبه بمفازة منقطعة عارية، ولو كلف بها راجلًا لهلك، ولذلك لو أعير هذه الأشياء لمحجورة ولو ردها الولي لهلك، فيجب على الولي القبول

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوِ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِنْ كَانَ شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا لَزِمَهُ،

والدوام على الإعارة مادامت الضرورة إليها، وقس بما ذكرناه ما في معناه.

فرع: إذا رجع المعير ولم يعلم المستعير حتى استوفى المنفعة أو بعضها.

قال الرَّافِعِي عن القَفَّال: أنه لا يلزمه الأجرة.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه تحركه على الرجوع في الإباحة قبل العلم، وقد ذكرناه في باب الوليمة وحكى فيه طرقًا: أحدها هذه، والثانية: عن الشيخ أبي محمد أنه يلزمه، والثالثة: قولان كعزل الوكيل.

قيل: وما قاله حق ومنه يعلم أن الصحيح وجوب الأجرة.

قال: (**وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوِ الْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ**) أي: بعد أن بنى أو غرس (**إِنْ كَانَ**) أي: المعير.

(**شَرَطَ الْقَلْعَ مَجَّانًا لَزِمَهُ**) أي: وفاءً بالشرط، واعلم أن قوله مجانًا يوهم؛ بل يفهم أنه لو شرط القلع ولم يقل مجانًا ونحوهما لا يكون الحكم كذلك، وقد حافظا على لفظ مجانًا في كتبهما، ولم أرها إلا في «النهاية» وشروحها، وعبارة الأصحاب أن شرط القطع قلع، وهي أعم من أن يصرح بقوله مجانًا أو لا، وممن أطلق ذلك القاضي أبو الطيب والدارمي والمحاملي وأصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«الشامل» و«البيان» والغزالي وخلاصته والجويني في مختصره، ونص عليه في «المختصر» و«الأم» في الإعارة المقيدة بمدة، وجرى عليه الأصحاب قاطبةً، وصرح مصرحون بأنه لا فرق في شرط القلع بين المطلقة والمقيدة.

قال الشَّافِعِي: لأن المعير لم يضر وإنما هو عز بنفسه، والإمام ومن تبعه إنما ذكروا لفظة مجانًا في المقيدة والوجه حذفها مطلقًا، ولعل الإمام أراد البينة على أنه لو شرط القلع وغرامة الأرش لزمه لا الاجترار عما إذا أطلق شرط القلع.

فرع: لو شرط مع القلع التسوية لزمه، أو دونها فلا ولاية رضي بالحفر ولو اختلف في وقوع شرط القلع، فالظاهر تصديق المستعير إذ الأصل عدمه

وَإِلَّا فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَلْزَمُهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

واحترام ما له، ولم أره نصًا.

قال: (**وإلا**) أي: وإن لم يشرط عليه القلع.

(**وَإِلَّا فَإِنْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ قَلَعَ**) لأنه ملكه فله نقله ولا أرش له قطعًا.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه مأذون فيه فلم يضمنه، كاستحقاق الثوب باللبس.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَلْزَمُهُ، واللهُ أَعْلَمُ**) أي: ما أخذ كما أخذ، وعزى في زيادة في «الروضة» تصحيحه إلى الجمهور وفيه نظر؛ بل أرسلوا الوجهين بلا ترجيح، نعم رجحه القاضي أبو الطيب والمحاملي والروياني وابن أبي عصرون والرافعي في «الشرحين» وإلى المنع يشير كلام «التنبيه»، ومال إليه ابن الرِّفْعَة بناء على ما فهمه من أن الوجهين يلتقيان على الخلاف في ضمان المستعير الأجزاء المستحقة بالاستعمال إن ضمناه لزمتا للتسوية وإلا فلا، وقال غيره: إن كان فرض المسألة في تسوية حفر حصلت في مدة العارية لأجل الغرس والبناء، فالأمر كما قال ابن الرِّفْعَة وإن كان في تسوية حفر حصلت من القلع زائدة على ما حصل قبل ذلك، فالصحيح لزوم التسوية، وتشير إلى التصوير بهذا تعليل الْمَاوَرْدِي والروياني وجه اللزوم، فإنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه، فصار مأخوذًا ببعضه.

قلت: كلام الأصحاب مصرح بالتصوير في الحفر المتولدة من القلع بعد زوال العارية إلا سرى تعليل القاضي أبي الطيب وغيره اللزوم بأنه قلع غير مأذون له فيه، وعدم اللزوم بأنه مأذون فيه؛ لأنه إنما أذن له في البناء أو الغراس على أن له القلع أي وقت أراد فأشبه ما لو شرطه.

قال هذا القائل: ومن هنا يظهر أن الذي ينبغي أن يعنى به أن ما حصل من حفر بيت البناء والغراس في مدة العارية لا يلزم تسويته ولا يغلق باب الخلاف في كل منهما أما الأول: فمن ضمان الأجزاء المستحقة، وأما الثاني: فلأن

……

الإعارة مع العلم تمليكه من القلع المؤدي إلى ذلك قد يحصل رضا به ولا خلاف في وجوب تفريغ الأرض بنقل ماله عنها، انتهى.

إشارات: لا خفاء أنه لو زادت الحفر على حاجة القلع لزمه ضم الزيادة قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا خلاف أن العارية المؤقتة إذا انقضت، وقد شرط على المستعير القلع فقلع أنه لا يلزمه التسوية، قال: وهذا يخدش فيما ذكرناه من البناء يعني: ما سبق عنه، وعبارة الدارمي: إن قلع فحفر الأرض ما يضرها فثلاثة أوجه: أحدها: قيمته، والثاني: لا شيء، والثالث: إن كان طالبه بالقلع فلا شيء له، انتهى.

والظاهر أنه أراد بقوله قيمته أرش الحفر الحاصلة بالقلع ولم يذكر وجه لزوم التسوية، ولو كان شرط القلع صدر من المستعير هل يكون الحكم في تسوية الحفر كحالة الإطلاق، أو لا يلزمه تسويتها قطعًا؟ لم يحضرني فيه نقل والثاني أقرب.

قال: وإن لم يجز المستعير القلع لم يقلع مجانًا لأنه محترم بالإذن فيه.

قال: بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة أي: أجرة مثله في تلك الحالة، أو يقلع ويضمن أرش النقص أي: إن حصل وهو ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا لما في ذلك من الجمع بين الحفر، وخيرنا المعير لأنه المحسن ومالك للأرض، وهي أصل والبناء والغراس بيع، وسيأتي ما في المسألة من الاضطراب.

قال ابن الرِّفْعَة: أما إذا لم يحصل القلع بعد فليس له إلا القلع، هكذا قال ولم يعزه إلى أحد.

قيل: أو يتملكه بالقيمة أي: حال التمليك، فهذه خصلة ثالثة، ووجه المنع أنه بيع فلا بد فيه من المراضي.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» أن التمليك بالقيمة هو ما نصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» واقتضى كلامه الحصر فيه.

……………………………………………………………………………………

قال: وكذا نص في «الأم» و«المختصر» والبويطي في «الإجارة» إذا انقضت المدة، انتهى.

وكان الوجه أن يقول المصنف: وفي قولٍ وفيه نظر للحصر الذي أشار إليه ابن الرِّفْعَة، إن صح فإنه عبر عن الوجه الذي في الكتاب فإنه يخيره بين الخصال الثلاثة.

تنبيهات وفوائد مهمة:

منها: الملخص أنه إذا اختار المعير خصلة من الثلاث ووافقه المستعير؛ فذلك وإن أبى، قال الإمام والغزالي ومن تبعهما: يكلف بتفريغ الأرض، وبه قال الجمهور: إذا اختار القلع بالأرش أو التمليك، وقال الْبَغَوِي بذلك فيما إذا اختار القلع بالأرش فقط، قال بعض الشارحين: وهو الصحيح عندي.

ومنها: ما ذكره في التخيير في تملك الشجر هو فيما يراد للدوام أما الفسل الذي ينقل في عامه وغيره وسمي بـ«الشام» الشتل كما سبقت الإشارة فحكمه حكم الزرع، وعبارة «الخلاصة»، وأصلها في التصوير والغراس الذي لا ينقل.

ومنها: لو أعار الأرض مطلقًا، وصححناه كما سبق، فغرس المستعير أو بنى ثم رجع المعير فله القلع مجانًا، قاله الْبَغَوِي وغيره.

ومنها: إذا أخبرنا ففي «الغُنْيَة» تبعًا لبعض الشروح عن القاضي الحسين أنه إذا كان على الشجر ثمر بدا صلاحه فاختار التجمير بين الخصال إلى جذاذه، وعبارة «كفاية ابن الرِّفْعَة»، واعتبر القاضي الحسين في تخير التخيير ألا يكون على الأشجار ثمرة لم يبدو صلاحها، أما لو كانت فلا يخير في الخصال إلا بعد جذاذها كما في الزرع؛ لأن لهذا مدة تنتظر قاله في كتاب الصلح وعلى ذلك جرى الإمام، انتهى، وهذا النقل مستقيم.

ومنها: وقع في «التنبيه» و«المنهاج» وأصله هنا أن المستعير إذا لم يختر القلع مجانًا حيث لا شرط خيّر المعير بين الإبقاء بأجرة أو القلع، وغرم أرش النقص وهذا ليس يوجد في مطولاتهم الثلاثة هنا؛ بل حكى الرَّافِعِي ثلاث أوجه أصحها،

....

وبه قطع أكثر العراقيين ومنهم صاحب «المهذب» أنه يخير بين القلع وضمان الأرش، وبين التمليك بالقيمة، والثاني: يخير بين هذين وبين الإبقاء بأجرة.

قلت: وينبه الإمام إلى كافة الأصحاب.

والثالث: ليس له إلا التمليك بالقيمة.

قلت: وسبق أنه المنصوص، ثم ذكر في رجوع الأب في هبته أنه يخير بين الخصال الثلاث، قالا: كالعارية.

قلت: وهذا على طريقة الإمام، وذكر في مسألة الجذوع في ثمرة الرجوع وجهان:

أحدهما: الإبقاء بأجرة وأصحهما يخير بينه وبين القلع وغرم أرش النقص، قالا: كما لو أعاره أرضًا للبناء، وبه أجاب الرَّافِعِي في كتاب «الغصب» وهو المذكور هنا في المختصر أن الثلاث وهذا اضطراب ظاهر، وهذا الحكم يحتاج إليه في الإجارة وجعلاها كالعارية وفي «الشفعة» إذ أنهى المشتري وغرس ثم أجر الشفيع الشِقص وهي في «التنبيه» على الصواب وفي الفلس وهي في «المنهاج» و«الروضة» وأصلهما على الصواب، وفي الصداق إذا رجع الزوج وفي الموصى بالمنفعة مدة، ولا يخفى حكم ذلك من كلامهم في النظائر إن لم يكن منقولًا.

ومنها: استعار من شريكه وبنى أو غرس امتنع القلع والتملك، وتعين أخذ الأجرة فإن لم يبدلها أبى الثاني فيباع أو يعرض عنهما، فيه ما سيأتي.

قال في «الروضة»: كذا قال الْمُتَوَلِّي فإن لم يبدلها الثاني وينبغي أن يقول فإن لم يرض بها الشريك فإن بدل الثاني ليس يشترط على المختار ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه فله قلعه مجانًا، انتهى.

وأفتى ابن الصلاح أنَّ له طلب الأجرة وأن له التمليك بالقيمة من البناء بعد رخصته من الأرض حق يصير البناء مشتركًا بينهما اشتراكهما في أرضه، ولم يذكر إذن الشريك في البناء ونقل عن غيره الإفتاء بعدم التمليك وفيما جمع

وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا، بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ، قِيلَ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ.

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا إِنْ بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأُجْرَةَ وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ، ثُمَّ قِيلَ يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا، ....

من فتاوى تلميذه الشيخ تاج الدين الفزاري أن يأخذ شريكه في أرض زرعها بلا إذن فأجاب هو والكمال سأل شيخ المصنف بأن له قلعه وأجاب غيرهما له أجرة المثل. قال تاج الدين: وهو غلط.

قلت: وبه يشعر كلام ابن الصلاح فإنه أطلق كما سبق ثم قال متصلًا بالجواب: ولا يجرى التملك في الغصب على الأصح لإمكان القلع، ولا يتجه القلع هنا لكونه يستلزم القلع مما هو حصته من الأرض، وفي هذا بحث، انتهى.

والوجه أن له القلع مجانًا حيث لم يأذن، قال: **(وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا بَلْ لِلْمُعِيرِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ النَّقْصِ قِيلَ أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ لَمْ يَقْلَعْ مَجَّانًا إِن بَذَلَ الْمُسْتَعِيرُ الْأُجْرَةَ)** أي: المعير شيئًا مما خير فيه لم يقلع مجانًا إن بذل المستعير الأجرة لعدم تعديه تعضده مفهوم الحديث الحسن: «ليس لعرق ظالم أحق»(١) وهذا غير ظالم.

قال: **(وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي الْأَصَحِّ)** إذ نصه في العارية الانتفاع بلا عوض.

والثاني: يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجانًا، وأغرب الشَّاشِي وغيره فنقلا الوجهين في حال بذله الأجرة، وهذا كله إذا انقضى البناء والغراس بالقلع وإلا فيقلع مجانًا لعدم الضرر.

قال مفرعًا على الأصح: **(ثُمَّ قِيلَ يَبِيعُ الْحَاكِمُ الْأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا)** فصلًا للخصومة.

قلت: ويظهر تفسير هذا الوجه فيما لو مات المعير والمستعير وردت كل لابنه الطفل ونحوه، وكان الحظ في البيع وكذا لوسعها وحجر عليهما بالسفه الحاكم.

---

(١) أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (٥/٣٢٦، رقم ٢٨٣٠) قال الهيثمي (٤/٢٠٣): إسحاق لم يدرك عبادة، وأبو عوانة (٤/١٥٩، رقم ٦٣٧٣).

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا، وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالِانْتِفَاعُ بِهَا،

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّى يَخْتَارَا شَيْئًا**) قاله الأكثرون، أو لا تقصير من المستعير، فكيف يزول ملكه قهرًا.

قال الإمام: والظاهر لزوم الأجرة في مدة التوقف، وأرسل الدارمي فيها وجهين وجزم في «البحر» بأن لا أجرة عليه.

إشارة: قوله يختار آكد هو بخط المصنف وفي «البحر»: ويهديه، قيل وفي «الروضة» التي بخطه و«الشرح» يختار بغير ألف وصحح المصنف بخطه على موضع سقوط الألف وهو أحسن أي: يختار المعير وبه تفصل الخصومة، انتهى.

وراجعت نسخًا معتمدةً بالشرحين فرأيتها مختارًا بألف ولعله أجود وعبارة «التتمة» و«البيان» عن الوجه الأصح، فقال لهما: انصرفا حتى تصطلحا على شيء، وذكر ابن الصباغ وشيخه نحوه، فافهم ذلك، إن قوله يختارا أثبت في النقل وأعم ولم أر في شيء من نسخ الشرحين إسقاط الألف، وعبارة الدارمي، فإن أتيا جميعًا تركا حتى يتفقا.

قال: (**وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَالِانْتِفَاعُ بِهَا**) لأنها ملكه وأطلق الأئمة من الطريقين هنا أنه ليس له الاتكاء والاستناد إلى جدار المستعير وسبق في الصلح جواره؛ ولهذا قال القاضي الحسين: وقد ذكرا في الصلح في مثل هذا أن له أن يستند فأشار إلى اختلاف النقلين، قالوا: ولا يربط فيها شيء ولا ينشر عليها ثوبًا ولا يرقى سطحًا.

قلت: وذكروا هناك أنه لو منعه من الاستناد لم يمنع في الأصح، فإن جهل ما ذكروه هنا على ما إذا كان فيه ضرر وإلا فهو متعارض، وعبارة الْعِمْرَانِي ولكن لا يستند إلى جذوع غرس المستعير.

وفي «الشامل»: ولا ينتفع بشيء من الغراس حتى لا يسد فيه جبلًا ولا يبسط عليه ثوبًا، وعبارة شيخه القاضي أبي الطيب: ولا تشد في الغراس دابة ولا غيرها وهذا صحيح.

إشارة: عبارة المصنف وغيره أن للمعير دخول أرضه متى شاء لحاجة

وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَالْإِصْلَاحِ فِي الْأَصَحِّ وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ، وَقِيلَ لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ.

وغيرها، وعبارة «البحر» وإن أراد أحدهما الدخول لتعهد ماله، وذكر المعير وعبارة حليته، ولكل واحد منهما الدخول فيها للتعهد عند الحاجة، وهو يشعر بأنه لا يدخل لغير حاجة كالمستعير، وقد يقال به إذا نازعه المستعير ولم يأمنه على شجره وثمره بآلة نباته.

قال: (**وَلَا يَدْخُلُهَا الْمُسْتَعِيرُ بِغَيْرِ إِذْنٍ لِلتَّفَرُّجِ**) أي: واستباحه وعبارة كثيرين لغير حاجة كالأجانب.

وقال في «تحريره»: التفرج لفظة مولدة لعلها من انفراج الهم وهو انكشافه وعبارة «الوسيط» وغيره للتنزه وهي لفظة مستعملة، قال اللغويون: ومن غلط العامة: كنا نتنزه أي: نتفرج، والتنزه أي: لعقد.

قال: (**وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَالْإِصْلَاحِ**) أي: وما في معنى ذلك كإجناء الثمار ونحوهما، (**فِي الْأَصَحِّ**) صيانة لماله من الضياع.

والثاني: ليشغله بذلك غيره إلى أن يصل إلى ملكه.

قال الإمام: وهذا شرف، فعلى الأول لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله. قال الْمُتَوَلِّي: لا يمكن إلا عاجزة المثلى وتبعاه عليه، وسكت الجمهور عليه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تجويز إصلاح الجدران ضرر بالمعير؛ لأنه قد تعين له التملك أو النقص مع الغرم؛ لأنه لو أعاد وطلب ذلك كان الحكم كما لو طلبه ابتداء وفي زيادة ذلك لعدد أن ضرره عليه.

قلت: إن أردت أن تحدث آلة أكثر لم يكن يريد في القيمة أو الأرش عند القلع، فذاك وإن أردت أن مجرد إصلاحها بلا إحضار إليه من خارج ففيه نظر وضرر أيضًا، فسقى الشجر يحدث فيها زيادة في المعير والقيمة ولا منع منه.

قال: (**وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ**) أي: من صاحبه وغيره، (**وَقِيلَ لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ**) أي: بغير إذن الغير؛ لأنه يتعرض للقلع وزوال الملك إذ للمعير ذلك

ووجه للصحة أنه باع ملكه والتعرض للنقص منقوص ببيع ما فيه الشفعة ولا يأتي هذا الوجه في البيع من وارث المعير ولا كل من تلغى الأرض منه؛ لأنه بمنزلته وهذا كله في حال الشارع.

وقيل: استقراءً والأمر بينهما على أجرة فإن اتفقا عليها جاز كبيع المأجور بينه كلام المصنف يفهم أن للمعير بيعه لثالث قطعًا وحكى في «البحر» فيه خلافًا ورجح المنع ووجهه بما سيأتي عن «الحاوي» ونقله الإمام في بيع الأرض بعد انقضاء الإجارة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا باع المعير العارية في يد المستعير فإن كان ردها ممكنًا كالزاد والدابة والنوى يمكن نزعه صح وبطلت به العارية وإن لم يمكن ردها كأرض غرست فالبيع باطل؛ لأن مدة الغراس فيها مجهولة واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغراس إذ أرش النقص وذلك غير واجب على المعير ولا على المشتري وفيه وجه أن البيع صحيح ويوجب المستعير بالقلع ويجبر البائع على بدل أرش نقصه؛ لأنه دون التسليم قبل، وما قاله ظاهر إذا لم يجز المعير إلا من التملك وبدل الأرش فلو خرج معهما في التبعية بأجرة، فقد يقال: بصحة البيع جزمًا؛ لأن المشتري ينزل منزلة المعير فله سبيل أن يبقى بأجرة ولا ضرر عليه، انتهى.

وكلام الْمَاوَرْدِي والروياني يشير إلى العلة عدم صحة التسليم مع بقاء الغرس والبناء وهذا المعنى لا يزول بأخذ الأجرة وقد تعلل المبيع أيضًا بأن المشتري لم ير جميع الأرض ولا سيما إذا أستر البناء والغراس أكثرها وهي مختلفة الأجزاء لا بدل دونه البادي منهما على معرفة المستور على أن في الاكتفاء بدون بعضها الظاهر نظر.

فرع: للمشتري الخيار إذا جهل فإن علم إذ رضي بيت له ما كان للبائع المعير من الخيار وقاله القاضي الحسين، وذكر في «البحر» ما سبق عن «الحاوي» من التفريع على وجه الصحة وإذا صححنا بيع المستعير لثالث يجيز المعير على المشتري كما سبق.

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ، وَفِي قَوْلٍ لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّانًا إِذَا رَجَعَ.

فرع: لو اتفقا على بيع الأرض وما فيها بثمن واحد، قيل: هو كما لو قال: لكل عبد فباعاهما لذلك والمذهب القطع هنا بالصحة للحاجة والتوزيع على ما سبق في «النظائر».

قال: (**وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَقَّتَةُ كَالْمُطْلَقَةِ**) أي: فيما ذكره من الأحكام وبيان المدة يكون للمنع من إحداث بناء أو غرس بعدها ولطلب الأجرة.

قال الْبَغَوِي: وله أن يغرس ويبني في المدة ما شاء وإن قلَّ ما بقي منها ما لم يرجع المعير وله أن يحدد فيها في كل يوم غرسًا.

قال الرَّافِعِي: كذا قاله في «التهذيب» فرمز إلى توقف في التحديد كل يوم أو استغرابه وقد تقدم في الصلح امتدادًا أذن له في البناء على أرضه مجانًا يجب أن يبين قدر الموضع المبني عليه طولًا وعرضًا وأنه لا يجب له سمك البناء ولنفسه على الصحيح والظاهر أنا إذا لم نكتف بإعارة الأرض مطلقة أنه يجب التعرض لبيان موضع الغراس طولًا وعرضًا بالنسبة إلى جملة المغروس، ولعل جواب الْبَغَوِي مبني على الوجه المختار كما سبق فإن قضية عدم اعتبار ذلك فتأمله.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَهُ الْقَلْعُ فِيهَا مَجَّانًا إِذَا رَجَعَ**) أي: بعد المدة ذهابًا إلى أن هذا فائدة التأقيت.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: واختاره الـمُزَنِي وذكر أنه فائدة التأقيت وأنه القياس أو الاختيار وعجب من ابن الرِّفْعَة إنكاره في شرحه على الرَّافِعِي نقله اختياره عن الرُّويَانِي وأن الذي رأيت في «البحر» بخطه ومصنفات الرُّويَانِي كثيرة واختباراته فيها مسموعة نعم قال في «البحر» بعد نقله عن اختيار الـمُزَنِي ورواية الزجاجي له عن الشَّاشِي عن الشَّافِعِي أنه غير صحيح؛ لأن قول المعير إلى وقت كذا تردد من احتمالات ذكرها.

واعلم أن الزجاجي أيضًا أنه لو وقَّت له وقتًا ثم اختلفا فقال رب الأرض: انقضت المدة، وقال الثاني: لم تنقض؛ صدق رب الأرض بيمينه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر؛ لأن الأصل بقاء المدة.

وَإِذَا أَعَارَهُ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ، وَأَنَّ لَهُ الْأُجْرَةَ، ....

قلت: وقد يقال الأصل عدم الإذن والإباحة فيما زاد على ما ذكره رب الأرض فتعارض أصلان وتظهر ثمرة هذا النزاع فيما إذا كان قد شرط عليه القلع بعد المدة فإنه يقلع مجانًا بلا خلاف وسبق ذكر وجه أنه ليس له القلع في المؤقتة قبل تمامها.

قال: (**وَإِذَا أَعَارَهُ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ الزَّرْعِ فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ**) لأنه يحترم وله أمد ينتظر .

قال في «المجرد»: هذا هو الظاهر، والثاني: للمعير القلع وبدل أرش النقص كالغرس، والثالث: يملكه بالقيمة كالغراس ويخرج من كلام «التتمة» وجه رابع أنه يخير بين القلع والتملك بالقيمة.

قال ابن الرِّفْعَة: والرأي أظهر اعتبار القيمة في الحال.

قال: (**وَأَنَّ لَهُ الْأُجْرَةَ**) لأنها الإباحة بانقضاء المدة، والثاني: لا واختاره الرُّويَانِي والقفال، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمتوفاة، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أنه لو حصد المستأجر الأرض فسائر ما بقي من الحب؛ قبلت لذمة الأجرة وجهًا واحدًا.

تنبيهات وفروع:

منها: محل الأوجه السابقة فيما لا يعتاد قطعه قبل ذلك، فإن كان كلفه في وقته كالفصل والنقل ونحوهما وشبه أن بعد ذلك بما إذا كان بموضع ينتفع برطبه كما لا يضار والقرى الكبار ولعل هذا مرادهم بما أطلقوه.

ومنها: حكى في «البحر» وجه يملك الزرع بالقيمة قائمًا على اختيار القاضي الطبري وجزم به في «البحر» به قال: وغلط من قال غيره، قال في «البحر» تفريعًا على إبقائه بالأجرة إلى الحصاد ولو امتنع المعير من مد القيمة والمستعير من قلعه، قيل: له إما أن يقلع أو يُعطى الأجرة، ولفظ الشَّافِعِي هاهنا أنه يقر على ذلك إذا بذل الأجرة بعد الرجوع في العارية ولا يجبر على القلع.

فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَةِ قَلَعَ مَجَّانًا.

وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضِهِ فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ....

ومنها: لو أعار للفسل ونحوه فإن أعتيد نقله كان كالزرع، قالا: فكالبناء، ولم يذكروا البقول ونحوها مما يبقى عروقه ويجذ مرات، قال شارح: فيحتمل إلحاق عروقه بالشجر كما في البيع إلا أن يكون ما ينقل أصله فيكون كالفسيل الذي ينقل.

قلت: كيف يمكن إلحاقها بالشجر في البيع ولا يمكن بيعها مفردةً لعدم المرونة.

ومنها: إذا أعار لزرع مطلقًا أو لغرس ونحوهما فعل مرة واحدة فإن قلع أو انقطع بنفسه لم يعد ولا مثله إلا بإذن جديد على الأصح وبه جزم الْبَغَوِي وغيره فتأمله مع ما سبق عن الْبَغَوِي، وتابعه عليه في «الروضة» و«الحلية» في أن له في المؤقتة أن يحدد كل يوم غرسًا ولو كان قد صرح في الابتداء بالتجديد مرةً بعد أخرى فله ذلك.

قال: (فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ الزِّرَاعَةِ قَلَعَ مَجَّانًا) أي: لتقصيره وإلا فهو لو أعاره مطلقًا، قاله الرَّافِعِي، وعبارة بعضهم ولو كان عدم الإدراك بسبب الهواء ونحوه من غير تقصير كما لو رجع قبل إدراك الزرع وهي شارحة لكلامه.

قال ابن الرِّفْعَة: لو كانت قيمة المقلوع بعد القلع كقيمته حال كونه حبًّا أو أكثر أجبر المستعير على القلع إذ لا مجذوذ.

قلت: وكأنه أخذه من كلام الْمَاوَرْدِي الآتي نفى ما لو تأخر الزرع بعد زمان غمر الأرض سيل أو ثلج ونحوهما مما لا يمكن معه الزرع ثم زرع بعد تصرف الماء وزوال الثلج ما حكمه؟ لم أر فيه نصًّا والغرض أنه لو زرع لما أدرك في المدة.

قال: (وَلَوْ حَمَلَ السَّيْلُ) أي: أو الرياح.

(بَذْرًا إِلَى أَرْضِهِ) أي: حبًّا أو نوى وغيرهما.

(فَنَبَتَ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ)؛ لأنه باقٍ على ملكه.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ.

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَا فَقَالَ بَلْ أَجَرْتُكَهَا، أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ فَالْمُصَدَّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِهِ**) أي: مجانًا لعدم الإذن فيه كما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء دار غيره، والثاني: لا يجبر لعدم تعديه فعلى هذا فهو كالمستعير فينظر في النابت أهو شجر أم زرع وحكمه ما سبق كأن لو بذل له صاحب الأرش أجبر قطعًا.

وقال الجرجاني وغيره: يجبر أيضًا على تسوية الحفر حكى في «البحر» الوجهين في كتاب «الغصب» قال: وقال في «الحاوي» والأصح عندي أنه ينظر في الزرع بعد قلعه فإن كانت قيمته كقيمة الحب أو أكثر أجبر على قلعه إذ لا نقص، وإن كانت أقل ترك بعدم التعدي وما يدخل على رب الأرض مستدركًا بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع ولا أجرة له فيما قيل؛ لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به الضمان، انتهى.

لو حمل السيل أو الريح حبه فرده أو نواه فهي لمالكها على الأصح عند المصنف لا كرب الأرض، قال: وهذا في حبه ونواه لم يعرض عنها وألقاها ينبغي أن يكون لصاحب الأرض قطعًا، انتهى.

وإنما يقوى هذا إذا أزلنا ملكه لمجرد الإعراض أما إذا قلنا لا يزول وهو الظاهر وإن جاز للغير أحدهما وتملكها فلا؛ لأنه لم يحصل من صاحب الأرض هنا أخذ ولا تملك لها فإذا تنازعا فصاحبها أحق ولا سيما إذا سبق إلى طلبها، نعم لرؤياها رب الأرض واستولى عليها قبل طلب مالكها لها فهل يكون كالتقاطه لها بعد إعراض ربها؟ الأقرب: نعم، وأجرى في «الكافي» الوجهين فيما لو دفن الغريب جوزةً بأرض. قلت: هل يملكها رب الأرض؟ قال: (**وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ**) أي: وهي باقية.

(**لِمَالِكِهَا أَعَرْتَنِيهَا فَقَالَ بَلْ أَجَرْتُكَهَا أَوْ اخْتَلَفَ مَالِكُ الْأَرْضِ وَزَارِعُهَا كَذَلِكَ فَالْمُصَدَّقُ الْمَالِكُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) نص في «الأم» و«المختصر» على

وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. وَقَالَ بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي، فَإِنْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ،

تصديق الراكب بيمينه، ونص في الأرض على تصديق المالك فقيل بتقرير النصين، والفرق أن إعارة الدواب تكثر، وإعارة الأرض تندر، واختاره الْقَفَّال.

وقال: الجمهور فيها قولان نقلًا وتخريجًا، وقيل: منصوصان أظهرهما تصديق المالك كما لو اختلف في عين فقال المالك: بعتكها، وقال من هي بيده: وهبتنيها، وكما لو أكل طعام الغير وقال: ليست الحبة لي وأنكر المالك يصدق المالك.والثاني: يصدق الراكب والزارع لأنهما اتفقا على أن المنفعة متاحة له والمالك يدعي عليه أجرة والأصل براءته عنها فعلى هذا الأظهر بحلف على نفي الإعارة، وكذا إثبات الإجارة على الأصح فعلى هذا يستحق أجرة المثل على الأصح المنصوص في «الأم»، وقيل: المسمى، وقيل: أقل الأمرين فعل الأول لو نكل المالك عن اليمين لم يحلف الراكب والزارع إذ دعواهما الإعارة وليست لازمة، وعن القاضي الحسين رمز إلى أنهما يحلفان للتلخيص فمن العدم ولا يخفى أن الكلام فيما إذا اختلفا بعد مضي مدة مثلها أجرة، أما لو وقع النزاع قبل ذلك فالقول قول الراكب والزارع بيمينه، ففي الإجارة فإذا حلف سقطت دعوى الأجرة وردت العين إلى مالكها وإن نكل حلف المالك يمين الرد واستحق الأجرة.

إشارة: سكت عما لو اختلفا والدابة هالكة اختصارًا وأحاله على المبسوطات.

قال: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. وَقَالَ بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي) أي: وقد مضى زمن لمثله أجرة والعين باقية فالمصدق المالك على المرجح وكلامه يقتضي أن المذهب القطع هنا بتصديق المالك وهو طريقة ضعيفة من ثقة والأصح أنه على القولين السابقين، وقيل: المصدق المتصرف قطعًا وإذا لم يمض زمن لمثله أجرة ردت العين ولا معنى للاختلاف.

قال: (فَإِنْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى الضَّمَانِ) إذ كل من الغصب والاستعارة ضمان لكن إنما يستمر ما ذكره حيث تلفت أنها تلفت بإلغاء ضمن العارية كما سبق.

لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ الْعَارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ، ....

قال: (**لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ الْعَارِيَّةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، لَا بِأَقْصَى الْقِيَمِ وَلَا بِيَوْمِ الْقَبْضِ**) إن العارية تضمن بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم ولا بيوم القبض وأشار إلى ثلاث أوجه مشهورة فيمَ تضمن به العارية التالفة بغير الاستعمال المأذون فيه، ويعتبر فيها الصحيح منها ما ذكره إذ الأصل رد العين ولهما تحت القيمة بالفوات، وإنما يتحقق بالتلف والمنقول في «المحرر» الأول، والثاني: وعبر عنهما بالقول وسمى جماعة هذه الأوجه أقوالًا، والمشهور أنها أوجه.

قال الْمُتَوَلِّي: والخلاف في نقص القيمة بسعر السوق فإن نقصت الاستعمال ولم تذهب العين ثم تلفت العين لم يضمن الزائد.

إشارة: أطلق المصنف قيل: والجمهور في العارية فضمن القيمة وقال الْمَاوَرْدِي وصاحب «المهذب» والروياني وغيرهم هذا في المقوم وأنا المبتلى فإن ضمنا المتقوم بأقصى القيم لزمه مثله هنا أو بقيمته يوم التلف ضمن المثل هنا بالعين.

فائدة: اتفقا على قيمته يوم القبض ثم اختلفا فيها يوم التلف.

قال ابن عبد السلام: لم يحسن إطلاق القول بتصديق أحدهما بل يقال إن مضى من الزمان ما يتعين فيه العين من الزيادة المقتضية لزيادة القيمة كالعبد والدابة الصغيرين يكبران فالمصدق المعير في القيمة الأولى في الزيادة عليها التي لا تلد فيها العرف، وإن كانت مما يقتضي أجرًا وديًّا لاستعمال صدق المستعير في القبض، وكذا لو كان مضى الزمان لايقتضي زيادة في العين فالقول قوله، انتهى.

وفيما قاله: يقال وفيه إذ يكبر الصغير الكبر المطلوب ولا يزيد قيمته بل قد تنقص لسوء خلقه أو خلقه وفي الغصب من البحر أو للمالك بينة أن قيمته كانت قبل الغصب ألفًا لم يحكم بها.

وقال بعض أصحابنا: يصير لأجل هذه النسبة القول قول المالك مع

فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ].

يمينه؛ لأن الأصل بقاء هذه القيم ما لم يعلم نقصها وهذا غلط؛ لأن ما قبل الغصب غير معين والبينة غير مسموعة، ولو اعتبرنا هذا لكان القول قوله بلا يمين، انتهى.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ الْمَالِكُ أَكْثَرَ حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ**) لأن غريمه ينكرها ويقدم هنا بما فيه وبقي من هذا النوع صور:

منها: قال: أجرتني، فقال: بل غصبت مني، فالمذهب أنه إن بقيت العين ولم يمض زمن له أجرة حلف المالك واسترد، وإن مضى فهو مدعٍ لأجرة المثل والمتصرف مقر بالمسمى، فإن زادت أجرة المثل عليه أخذ المسمى بلا يمين والزائد الثمن.

ومنها: قال: غصبني، فقال: بل أودعتني حلف المالك على الأصح وله القيمة عند التلف والأجرة إن مضى ماله أجرة.

ومنها: قال أجرتني، فقال: بل أودعتك العين باقية حلف على نفي الإجارة واستردها أو مالكه عقب القبض حلف على المذهب وأخذ القيمة أو بعض ماله أجرة.

فرع: القيمة فقط والآخر مقدر بالأجرة.

فإن قلنا بالأصح أن اختلاف الجهة لا يمنع الأخذ، أخذ، ثم إن كانت القيمة أكثر حلف على الزائد وأخذ الباقي بلا غير ولا يخفى حكم ما لو قال: أودعتني أو وهبتني، فقال: بل أعرتك فيما تقدم.

فصل وفروع منثورة نختم بها الكتاب

فرع: تنفسخ العارية بموت المعير وجنونه وإغمائه والحجر عليه بسفهٍ هكذا ذكره جماعة وفي انفساخها بمطلق الإغماء نظر، نعم إن طال زمنه وصار يولى عليه فذاك وسكتوا عن انفساخها بالحجر عليه بالفلس، وهو ظاهر ولا سيما إذا كان الاستعمال ينقصها وينفسخ أيضًا المستعير وجنونه صرح به الرُّويَانِي، وفي انفساخها بالحجر عليه نظر، وفي الإغماء ما أشرنا إليه.

....

فرع: قالا لو مات المستعير لزم ورثته الرد وإن لم يطلب المعير زاد في «البحر» علم بموته أو لم يعلم فلو لم تقدر الورثة على الرد حتى هلك، ضمن من تركة المستعير لو كان مع العدل على ردها ضمنها الورثة مع الأجرة؛ ولذلك لو جنّ المستعير يلزم الولي أن يبادر بردها على المعير، انتهى.

فرع: ذكر الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو استعار شيئًا فنسي صاحبه فالاحتياط ألا يستعمله من وقت النسيان بل يطلب صاحبه فإن لم يجده رفعه إلى الحاكم حتى يتبعه ويحفظ عنه لصاحبه.

قلت: وكان هذا فيما إذا أنسي من يذكره فلو لم ينسه بل شك في حياته لطول غيبته فالأحوط ما ذكره أيضًا ولكن هل يمتنع عن استعمالها؟ يحتمل أن يقال: إن غلب على ظنه موته بقرينة امتنع وإلا فلا، وأما بيع الحاكم العين فيشبه اختصاصه بما لا يمكن حفظه مع بقاء عينه بلا مؤنة ولا حسبه بلغة لا مطلقًا.

فرع: ذكر الْقَفَّال أنه لوادع العارية من غير ضرورة جاز متعديًا ويجب أن ينزل هذا على إيداعه للآحاد أما لو دفعها إلى الحاكم عند غيبته المالك أو وكيله العدل فيكون كالمودع بل أولى للخروج من العهدة، وقد أوضحت المسألة في «الغنية» هناك.

فرع: ذكر الْقَفَّال أنه لو استعار حليًّا ووضعه في عنق ابنته الصغيرة ثم أمر رجلًا بأخذه من عنقها ووضعه في بيته أي: بيت المأمور، ففعل فسرق فللمالك تغريم المستعير وهل يرجع هو على الرجل إن كان عالمًا بأنه عارية؟ نعم وللمالك مطالبته ابتداء علم أن العارية مضمونة أو جهل، وإن لم يعلم أنه عارية وظنه ملك الأمر فلا شيء عليه، ولو أودع المودع الوديعة عند آخر فعلى هذا التفصيل.

فرع: في كتاب الغصب من «البحر» أنه لو أعار للغراس فغرس ثم مات المعير فمضت مدة لمثلها أجرة، فهل لوارثه طلبها؟ قياس المذهب أن له ذلك وما قاله ظاهر.

....

فرع: أعاره الركوب إلى موضع معلوم فإن صرح له الركوب في العود فذاك، وإن نهاه فذاك، وإن أطلق فوجهان منا، وهما: الوقوف مع اللفظ والنظر إلى العرف هكذا، أو سلمها جماعة وإلا سفه أنه إن أطرد العرف ودلت قرينة ظاهرة على شيء مشى عليه وإلا وقف مع اللفظ، ومن القرائن أن يعير شيئًا منا بالشام تغيرًا ليحج عليه أو فرشًا لبغي وأدار الحرب عليه، فمن المعلوم عادة الإذن في الركوب ذاهبًا وراجعًا، والغرض أن المعير لم يصحبه بل هو مقيم بالشام.

نعم، لو اختلفا من بعد فقال المعير إنما أردت بإطلاقي الإذن في الركوب ذاهبًا فقط، فلي عليك أجرة الركوب راجعًا، فهذا موضع نظر يظهر أثره في الأجرة، وفي ضمان القيمة وفي العود مطلقًا والمتبادر تصديق المعير، وفي النفس منه شيء، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْغَصْبِ

قال المصنف: [هُوَ: الِاسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا.

قال الشارح: [قال الرَّافِعِي: هو في اللغة: أخذ الشيء قهرًا وأحسن بعضهم فزاد جهارا، ثم قال والفقهاء يعرفونه بقريب منه كما سيأتي.

وقال ابن فارس وغيره: هو أخذ الشيء مجاهرة، فإن أخذه من حرزٍ سرًّا سمي سرقةً أو مكابرةً، وإن أخذه في صحراء سمي محاربًا، وإن أخذه إسلابًا سمي مختلسًا، وإن أخذه مما أؤتمن عليه سمي خائنًا، وإن أخذه قهرًا بقوة وغلبة سمي غاصبًا، قاله في «البحر» وقد دل على تحريمه من الكتاب والسنن الصحيحة الصريحة، والإجماع منعقد عليه.

قال الْمَاوَرْدِي وغيره وأجمعوا على أن من فعله مستحلًا أي: وهو ممن لا يخفى عليه تحريمه كان كافرًا أو غير مستحل، كان فاسقًا وغصب المال وإن قل من الكبائر، وقيل: يشترط كونه ربع دينار وليس شيء، وحكى عن ابن عبد السلام أنه نقل الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة وفي ثبوته نظر.

قال الحليمي: أخذ المال بغير حق كبيرة، فإن كان المأخوذ ماله يفتقر أو كان أبًا وأمًا وإن كان الأخذ بالقهر فهو فاحشة، وكذلك لو كان على سبيل القمار وإن كان المأخوذ شيئًا بإقهار المأخوذ منه عنه لا شين عليه، من ذلك ضرر فهو صغيرة، انتهى.

قال: (**هُوَ: الِاسْتِيلَاءُ عَلَى حَقِّ الْغَيْرِ عُدْوَانًا**) أي: على وجه التعدي فخرج بذلك الوديعة والعارية والسوم ونحوها، وانتزاع مال المسلم من الحربي نص عليه؛ لأنه مأذون فيه شرعًا، وانتزاع ما بيد صبي ونحوه ليرد على مالكه عند خوف إتلافه.

قال صاحب «الكافي»: لو انتزع المغصوب لبردة فتلفت قبل إمكان الرد أو رأى مال غيره يغرق أو يحترق فأخذه خشية ليرده، فتلف قبل إمكان الرد ولو

استنقذ شاة من الذئب ليردها على مالكها، وهو يعرفه فتلفت قبل إمكان الرد، ولو وقفت مدة في الوحل فجرها للمالك فماتت لا بسبب الجر ففي الضمان في هذه الصور وجهان.

قال: والأصح عندي أنه لا ضمان لكنه في هذه الصور الثلاث وجهًا واحدًا بخلاف أخذ المغصوب للرد؛ لأن لا مضمون على الغاصب فيبقى لذلك، قال في آخر الجعالة من «الروضة»، ولا خلاف أنهما لو كانا ببادية فمات أحدهما أخذ الآخر ماله وأوصله وربيبه ولا يكون مضمونًا.

قال القاضي الحسين: وكذا لو غشي عليه ولم يمكنه المقام عنده.

قال القاضي: وجوب أخذه المال إذا كان أمينًا قولان كاللفظ يلتحق بهذا ما لو مات ببلدٍ وترك أطفالًا، ولو سلم مالهم إلى من يتولى أمرهم من خوفه القضاء وأتباعهم لا يستهلكوه جاز صلحًا للفرقة التعرف كما أوضحناه في «الغُنْيَة» وخرج منه أخذ مال غيره بظنه ماله فلا يسمى غصبًا، وإن ضمنه ضمان فالبائن منه حكم الغصب لا حقيقة واشترط بعضهم في الضابط كون الاستيلاء جهرًا لتخرج السرقة، حكاه القاضي الحسين، واستحسنه الرَّافِعِي في شرحه الصغير هذا هو الحدّ المختار عن المصنف وعبارة المحرر الغير وفيها نقص وإن كانت أشهر العبارات، وقد ذكر الرَّافِعِي وغيره في معناه عبارات.

قال المصنف في «الروضة»: وكلها ناقصة والاختيار أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق، قلت: وهذا اختيار القاضي الحسين وإمام وغيرهما، وقال المصنف في تهذيبه: الصواب في حد الغصب أنه استيلاء على حق الغير، انتهى.

وفيه نظر لما تقدم إلا أن يقول: الاستيلاء ما كان عدوانًا وكأنه أخذ ذلك من قول الإمام ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان، فقيل: ثبت الغصب وحكمه من غير انتساب إلى بعد فإن من أودع ثوبًا ثم جاء فأخذ ثوبًا بظنه ثوبه ضمنه ضمان الغصب، والمودع إذا استعمل ثوب الوديعة بظنه ثوبه، انتهى وسيأتي إن شاء الله تعالى عنه في الوديعة ما يخالف هذا، وقدمنا أن هذا لا يسمى غصبًا ولا

فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ.

يلزم من ثبوت يوجب الغصب ثبوت الغصب، فالمستعير يضمن العارية ضمان الغصب على رأي مشهور، صححه جماعة ولا غصب وفاقًا.

واعلم أن القاضي الحسين قال في أخريات اللفظ من «تعليقه»: أنه لو دفع لعبد غيره شيئًا يوصله إلى بيته من غير إذن مالكه كان غاصبًا؛ لأن مثل هذا لا يدخله في ضمانه بالعارية وما ضمن في العارية يضمن في الغصب، هكذا جزم به وطرده فيما إذا استعمله في ثقيل، قاله ابن الرِّفْعَة وما تعرف بين كونه أعجميًا ترى وجوب طاعة أمره أو لا، وهذا إن سلم ورد على الحد الذي اختاره المصنف وغيره من العبارات، ثم رأيت عن البَغَوِي بعد كلام القاضي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الأمر كالأعجمي والصغير وعند المرأة مع زوجها.

فرع: لو وكَّل في الغصب فالغاصب الوكيل إلا إذا وكَّل أعجميًا أي: ورضي طاعته أو صغيرًا لا يعقل ويدخل في ضمانه بأمره السابق، قاله القاضي الحسين وغيره.

قال: (**فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَى فِرَاشٍ فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ**) أي: على الأصح لحصول الاستيلاء، وقيل: لا بُدَّ من النقل، وإطلاق الرَّافِعِي وغيره في كتاب البيع يقتضيه، وبه جزم القاضي أبو الطيب في الدابة.

قال في «المجرد»: لا يتعين بالقبض في العقود، ولا يصير قابضًا لها حتى يبلغها.

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون المسألة مصورة فيما إذا قصد الجالس أو الراكب الاستيلاء، أما إذا لم يقصد ففي «التتمة» في كونه غاصبًا وجهين، وأغفل في أصل الروضة هذا، وقال في أصل المسألة: أصحهما أنه غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لا، قلت: وفي ترجيح كونه غاصبًا إذا لم يقصد الاستيلاء نظر، والمذكور في «فتاوى البَغَوِي»، وقال في «الكافي»: لو جلس على بساط الغير لا عن قصد الاستيلاء عليه لا يكون غاصبًا حتى لو تلف ذلك الوقت بآفة سماوية لم يضمنه، انتهى.

……

وليس الوجهان في «التتمة» في كونه غاصبًا بل في كونه ضامنًا، ورمز الْمُتَوَلِّي إلى الفرق بفعله؛ لأن ضمان الغصب ضمان عدوان، وإذا لم يقصد منع المالك لا يوصف بالعدوان وإن ضمناه.

تنبيهات مختصرات من «الغُنْيَة»:

الأول: قال الْمُتَوَلِّي إثر المسألة: لو كان بين يديه شيء من المنقول فأخذه إنسان ينظر هل يصلح له ليشتريه أو ليعمل له مثله فتلف في يده ضمنه، ولو دخل دارًا لينظرها أو لبناء مثلها فتهدمت في تلك الحالة لا ضمان على الصحيح، وذكر ما سقناه في «الغُنْيَة» من كلامه وكلام الرَّافِعِي بما فيه.

والحاصل من كلام الْمُتَوَلِّي أن في الركوب والجلوس وجهين في الضمان، وأخذ المنقول من بين يديه يضمن قطعًا، وعنده في الحالين الضمان ضمان عارية لا غصب، والرافعي نقل الوجهين في الركوب والجلوس أحدهما أنه غاصب والآخر أنه ليس بضامن أصلًا لعدم النقل، وهذا غير ما نقله الْمُتَوَلِّي، وقال القاضي الحسين: من دفع كتاب شخص من بين يديه أن بعد الاستيلاء ضمن، وإن فقد نظره ورده في الحال لم يضمن وإن خطا خطوات ضمن.

وقال الإمام: إنه إذا رفعه لينظر إليه لم يضمن على المذهب الظاهر، انتهى.

ويحتمل أن يقال فيما ذكره الْمُتَوَلِّي أن رفعه للمشتري وهو معد للبيع، فمستلم يضمنه ضمانة ولا غصب، ولأن بغصبه لاطراد العرف به، ورضي ربه وإن رفعه بقصد الاستيلاء، فغاصب لا محالة فإن قصد النظر إليه ليعمل له مثله، فإن ظهر له رضي ربُه بذلك، فمستعير حكمًا وإن لم يظهر له شيء ففيه نظر، وأما ركوبه الدابة فيظهر أن يقال إن لم تكن معروضة على البيع، ففي كونه غاصبًا لمجرد الركوب إذا لم يبين له رضي المالك ما سبق، وإن كانت قد أوقفت للبيع بالسوق أو غيره وصاحبها حاضر فمستلم وإن سترها خطوات للإحسان لاطراد العرف به، وإن رضي المالك به، وفي العادة الثاني الْمُتَوَلِّي إنما حكى الوجهين في الجلوس على البساط فيما إذا كان المالك غائبًا، فإن كان حاضرًا فأزعجه

عنه ضمن، وإن تركه على البساط فإن كان لا يمنع المالك من التصرف فيه لو أراد لم يضمن، ثم إن كان لما استوفاه عوض في العادة ضمن أجرة مثله، وإن كان يمنع المالك من التصرف فيه لو أراد جاء ضامنًا كذا أطلق.

قال **الرَّافِعِي**: وقياس ما يأتي من العقار ألا يكون ضامنًا إلا بصفة، قلت: وبه صرح شيخه القاضي الحسين فيما إذا زجره المالك فلم ينزجر فيجوز تنزيل كلام **الْمُتَوَلِّي** عليه، ويجوز أن يقال إذا كان يمنعه من التصرف كما ذكر هو أقوى من مالكه بقوى كونه غاصبًا للكل لما يأتي في العقار إذا عرفت هذا يقول «المنهاج»: فغاصب يجب حمله على إرادة إثبات الغصب أعم من الكل أو البعض، فإن لم يكن المالك معه على البساط فغاصب بكله، وإن كان فغاصب لنصفه، وعبارة المحرر الاستيلاء بركوب دابة الغير أو الجلوس على فراشه، ولا إيراد عليها لغرضه الاستيلاء مع ذلك، وقصد المصنف بإطلاق أن ذلك استيلاء فهو أكثر فائدة لكونه قد تعرض على غير وجه الاستيلاء، ويأتي فيه ما سبق عن **الْمُتَوَلِّي** والقاضي والإمام في الكتاب وغيره.

قال: (**وَلَوْ دَخَلَ دَارِهِ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا**)، أي: أخرجه وانفرد باليد عليها، واعلم أن قضية عبارة المحرر ومختصراته أنه يصير لمجرد ذلك غاصبًا وإن كان منفردًا قصد السكنى أو لا لوجود الاستيلاء حسًا.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز» قوله: يثبت الغصب بالدخول، وإزعاج المالك هذا القدر لا يكفي لحصول الاستيلاء بل لا بُدَّ من ظهور الانتفاع بالدار انتهى.

وكأنه أخذ مما سيأتي عن الإمام، وقال ابن **الرِّفْعَة** في المطلب: وإذا اجتمع الإزعاج والدخول الحالي عن هيئة السكون فالأقرب أنه غصب؛ لأنه قرينة دالة على الاستيلاء انتهى.

وهذا أحق وعبارة الشيخين، فإن أزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أو لم يقصده؛ فإن وجود نفس الاستيلاء يغني عن قصده انتهى.

أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَغَاصِبٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ.

ولا شك أن هذا غصب لكن قوله بأهله على هيئة من يقصد السكنى يفهم التقييد بذلك، وبه قيد شارح إطلاق «المنهاج» وعبارة «الروضة» فيما وقفت عليه، وأما العقار فإن كان مالكه فيه فأزعجه أو دخل الدار أو دخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى إلى آخره، وهذه الألف التي قبل الواو سبق قلم من بأقل أو غيره، وأصل ذكر الأهل قول الإمام: ولو دخل الدار بنفسه وأهله وماله واستولى استيلاء المنتفع، وأغلق الأبواب بأغلاقها، فهو استيلاء محقق صوره من غير حاجة إلى فرض قصد انتهى.

ومعلوم أن هذه الأمور ليست بقيود كلها، ولم يصرح الْغَزَالِي على ذكر شيء من ذلك، ولفظ «البسيط» إذا أزعج المالك عن الدار ونزل فيها، أو لم يصادف المالك فهو غاصب ضامن.

قال: (**أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى الدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ فَغَاصِبٌ**) أي: في الحالتين السابقة وهذه، (**وَفِي الثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ**) يعني هذه الحالة، أقول للثانية الأولى ألا يوجد سوى الإزعاج، فلا ضمان قطعًا، قاله الإمام وغيره، وصورته أن يمنعه داره ولا يستولي عليها كما لو أرسل ظالم يأمره بالخروج منها فخرج، وقال الإمام: كما لو أقطع المالك عن حفظ ملكه وحال بينه وبينه، انتهى.

وسيأتي هذا الثاني أن يضم إلى الإزعاج وهو الإخراج، الاستيلاء عليها، وإليه أشار بقوله: وقهره على الدار وهذا يحصل بأن يحضر ويستولي عليها، أو لا يحضر ولكن بقيت في يده وقضيته عرفًا كما هو الحاصل في قبض الرهن والهبة والمبيع عند التخلية.

قال الرَّافِعِي: الذي دل عليه كلام الأصحاب أنه غاصب، وأطلق في «الوسيط» و«الوجيز» أن من أزعج ولم يدخل لم يضمن وإن غصب العقار، وإنما يكون بالدخول والإزعاج، انتهى.

ويجوز حمل كلامه على الحالة الأولى التي ذكرها أمامه، وعبارة «البسيط»: ولو أزعج المالك ولم يدخل لم يضمن؛ لأنه لم يبيت به والدار في حكم يد المالك ما لم يدخلها وكذلك يقدر على بيعها، انتهى.

وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ، وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الاِسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ، ....

وفيها رمز إلى ما ذكرناه، ولولا قوله: ما لم يدخلها، لكانت نفيًا فيما قاله إمامه، والرافعي يمسك بظاهر لفظ الْغَزَالِي، ولذلك قال في «المحرر»: والأشبه أن يصير غاصبًا، وإنما قال: والأشبه لأنه لا يقل صريح عنه والمصنف صرح بالغصب، ونقل وجه فيه، وهو إقامة لكلام الْغَزَالِي وجهًا، وابن الرِّفْعَة أثبت الخلاف من أنه يعتبر في الغصب قبض البيع أم لا، ذلك أن تقول قبض المبيع هنا حاصل والاستيلاء حاصل فلا خلاف، وقيد الرَّافِعِي هذه الحالة بما إذا أخذ المفتاح وأخذه ليس بشرط، فقد يحصل التمكن دونه، فإن حصل دونه فقابض وإن لم يحصل التمكن معه لم يحصل قبض ويكون غاصبًا للمفتاح فقط.

تنبيهات: قال الْمُتَوَلِّي: عقبة الحالة الأولى والأقمشة التي في الدار إن منع المالك من نقلها صار ضامنًا وإلا فلا، وفي «الكافي»: لو نزل بعدي دار إنسان وأخرجه عنها كان غاصبًا لها بما فيها من الأقمشة، وإن لم يستعملها ولا نقلها عن أماكنها، وفي «البحر»: أنه لو دفعه عن صبرته أو متاعه، ويحتمل عندي وجهًا آخر أنه يضمن، قال: ولو غصب دارًا فيها متاع ولم ينقله هل يصير غاصبًا؟ له وجهان على قياس ما ذكرناه، قلت: الأقرب كونه غاصبًا لوجود الاستيلاء كما أجاب به في «الكافي» والاستيلاء على الظرف استيلاء على المظروف، ويحتمل أن يقال إن قصد الاستيلاء عليه أو منع المالك أخذه كان غاصبًا له وإلا فلا.

قال: **(وَلَوْ سَكَنَ بَيْتًا وَمَنَعَ الْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي الدَّارِ فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ)** لقصره الاستيلاء عليه.

قال: **(وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ الاِسْتِيلَاءِ وَلَيْسَ الْمَالِكُ فِيهَا فَغَاصِبٌ)** أي: وإن ضعف الداخل وقوي المالك على الصحيح لوجود الاستيلاء، وأثر القوة سهولة الانتزاع.

قال في «الشامل»: ولو دخلها فغلبها داره فإنه يضمنها، قاله القاضي:

وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِيًا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ.

يعني شيخه في «المجرد».

قال في «البحر»: وسمعت فيه وجهًا بخراسان أنه لا يضمن بهذا القدر، قلت: وهذا أوفق لما سنذكره، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه لو دخل سارق دارًا فلم يمكنه الخروج وبقي بها زمانًا مختفيًا لا يلزمه أجرة المثل؛ لأنه لم يستول عليها، بإزالة يد المالك عنها بخلاف، انتهى.

إشارة: احترز بقوله بقصد الاستيلاء عما لو دخلها زائرًا أو متفرجًا أو ليبني مثلها أو ليشتريها أو مستأجرها، وفيه وجه: أنه يضمن لثبوت يده عليها، قيل: هل قولهم وليس المالك فيها قيد مطلقًا؟ قلت: الظاهر أنه مثال وأن حضور من يخلفه من مكنز وحائط ومستعير كحضوره، وكذلك لو كان أهله وولده بها ولم يزعجهم لعدم الاستيلاء عليها فيكون الحكم ما يذكره.

قال: **(وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ الدَّارِ)** لاجتماع يديهما واستيلائهما، قاله القاضي الحسين والإمام والبندنيجي أنه لا نص للشافعي والأصحاب والقياس هذا، وقال الشيخ يعني: أبا حامد: لو قيل: لا يضمن شيئًا لكان مذهبًا كمن أمسك بعنان دابة وصاحبها راكب، وهذا ما رجحه في «البحر» وهو الجواب في «الشامل» و«البيان».

قال: قلت: هل العرض على الأول فيما إذا كان المالك بمفرده في الدار مع الغاصب؟ لا غير أم لا فرق بين كون الدار معروفة بملك صاحبها أم لا؟

قلت: لم أر في ذلك شيئًا وهو محتمل.

قال: **(إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَعِيفًا لَا يُعَدُّ مُسْتَوْلِيًا عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ)** أي: فلا يكون غاصبًا لشيء منها؛ لأنه والحالة هذه لا يتحقق منه الاستيلاء، قيل: وهذا المعنى يقتضي أنه لو انعكس الحال فإن كان الداخل قويًا والمالك ضعيفًا لا بُدَّ له مع قوة الداخل فلا غيره لحضوره، ويكون الداخل غاصبًا لجميعها إذا قصد الاستيلاء عليه، وقد سبق مثله في المنقول.

وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّد، ....

إشارات: حيث لا يحصل الداخل غاصبًا لزمه أجرة المثل بشرط ضبط الإمام الفصل بأن كل ما يعده أهل العرف استيلاء باليد في عقار أو منقول فهو غصب ومالًا كالحيلولة بين المالك والمالك بحسن أو إزعاج، فليس بغصب وإن جوزوا الأمرين قيمة إلى القصد حكم الأرض كالدار حتى لو غرقها سيل أو علاها رمل في يده ضمنها، لا يرى غاصب العقار يتركه والإعراض عنه حتى يعود إلى صاحبه.

قال: (**وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ**) أي: على الفور عند التمكن طولب به أم لا، ويرد على المالك أو وكيله أو وليه ومؤنته عليه، وإن عظمت للحديث السابق «على اليد ما أخذت»[1].

قال في «البحر»: ولذلك لو خلطه بحبة مثل صغار الحب بكبار والبيض بالسمن انتهى.

وقيل: إن احتاج في رد الطعام ونحوه إلى مؤنة كثيرة بل يلزمه مثله انتهى، وقبل أن يحتاج في رد طعامٍ ونحوه إلى مؤنة كثيرة، قاله الْمَاوَرْدِي هكذا نقلته عنه في «الغُنْيَة» تبعًا لبعض الشُّرَّاح، وقال في «البحر» يلزمه جمعه وردهُ، وقال في «الحاوي» إن ثبتت مؤنة جمعه فللمالك مطالبته برده وجمعه، وإن كثرت المؤنة فوجهان انتهى، وسيأتي في رد الخمر على الذمي كلام، وفي الحصاد على الغاصب الرد إلا عند وجود تسع خصال، أن يكون المغصوب مركبًا في اللجة[2] أو لو جاء في سفينة فيها، أو خيطا خيط خرج آدمي، أو حيوان لا يؤكل وخيف هلاكه، أو غصب طعامًا وخشي التلف إلا أن يأكلها، أي: وصاحبه غير منظر إليه أو غصب أمه ولده أو شريكه فأحبلها انتهى، ولا يخفى فيه.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: لو رد المال إلى ذلك المالك أو الدابة إلى إسطبله فإن علم به وشاهده برئ عن الضمان، ولذلك إن أخبره من يعتمد خبره أن فلانًا رد المال إلى دارك يزول الضمان لعود سلطانه، فأما قبل أن يعلم به إلا بزوال

---

[1] تقدم تخريجه.

[2] اللُّجَّة: معظم الماء.

فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ، وَلَوْ أَتْلَفَ مَالًا فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ.

الضمان انتهى، وفيما أطلقه نظر.

قال: **(فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ ضَمِنَهُ)** أي: ما هو مال ضمنه أي: إن كان من أهل الضمان فلا يضمن الحربي وإن أسلم من بعد، وأصل تضمينه ما تلف عنده مجمع عليه، ويستثنى من الطرد والعكس مسائل: فمن الأولى: قالوا في المالك من لا يعقل أو يرى طاعة أمره بإتلافه أو أمر الغاصب بقتله، أو غصب مرتدًا أو قاتلًا أو مجابًا أو سارقًا، فقتل أو قطع في يده، فعلى الوجهين فيما لو قتل أو قطع بيد المشتري، ولو قتل العبد بيده عندما قبض سيده فلا شيء له على الغاصب، قاله في «البحر» وجزم الْمُتَوَلِّي بأنه لو غصب مستحق القتل برده أو جزائه ثم قتله لم يضمنه، وسيأتي ما فيه.

ومن الثاني لو ارتدَّ في يده أو إلى ما يوجب قود أو قطع سرقة فقتل أو قطع بعد رده، فإنه يضمنه، وكذا لو بيع في الجناية أو عقر الدابة أو خرج العبد فهلكا بذلك بعده درهمًا، ولو بقيت عنده ثم ردها فماتت من الطلق ضمنها ولو أودعه مالكها أو رهنه منه أو أجره إياه، والمالك جاهل بالحال فهلك عنده لم يبر الغاصب من ضمانه، وقيل على القولين في أكله طعام نفسه.

فرع: لو حال المغصوب على مالكه فقتله دفعًا لم يبر الغاصب وكأنه مفرع على الأصح على قتل المشتري له قبل القبض دفعًا.

قال: **(وَلَوْ أَتْلَفَ مَالًا فِي يَدِ مَالِكِهِ ضَمِنَهُ)** أي: إجماعًا إلا ما يستثنى فمنه العبد المرتد والحيوان الصائل من عبد وغيره فقتله بيد مالكه دفعًا، ومنه القاتل حرابة وجزم الْمُتَوَلِّي كما سبق بأنه لو غصب مستحق القتل بيعه أو ضمانه، ثم قتله لم يضمنه كما لو قتله في يد مالكه وإن مات عنده ففي ضمانه وجهان.

قلت: المنقول عن «شرح التلخيص» لأبي عليّ أنه إذا تلف المرتد عند الغاصب ضمنه كما أوضحته في «الغُنْيَة» وفي فتاوى الحناطي: أنه لا غبن على من قتل تارك الصلاة على أصح الوجهين، ومن المستثنى كسر الباب ونقب الجدار في مسائل الظفر كما سيأتي، وما إذا لم يتمكن المنكر من إراقة الخمر ونحوه إلا بكسر آنية وما أشبه ذلك مما سيأتي ومنه ما إذا لم يتمكن من دفع

وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ لَمْ يَضْمَنْ.

الصائل قاطع الطريق إلا بعقر جواده وكسر سلاحه، وما يتلفه العادل على الباغي حالة الحرب وعكسه ما يتلفه الحربيون علنًا، والعبد في يد سيده على سيده.

إشارة: لو قال المصنف: ولو أتلف من يضمنه مالًا في يد مالكه بغير حق يخرج أكثر ما ذكرناه وهذه الأشياء ونحوها وإن ذكرت في مواضعها فقد يغفل عنها هنا أو يجهل.

فرع: دخل دكان حداد وهو يطرق الحديد فطارت شرارة فأحرقت ثوبه، فهدرًا وإن دخل بأذن الحداد، قاله القاضي الحسين.

قال: (**وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى الْأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِالْفَتْحِ أَوْ مَنْصُوبٍ**) أي: لا يضيع ما فيه بالفتح.

(**فَسَقَطَ بِالْفَتْحِ**) أي: لتحريك الوكاء وجذ به ونحو ذلك.

(**وَخَرَجَ مَا فِيهِ ضَمِنَ**) لأنه في الأولى مباشر، وفي الثانية متسبب إذ التلف ناشئ عن فعله، وكذا لو سقط بقصد تحصيله به، فإن فتح رأسه فأخذ في التقاطر شيئًا فشيئًا حتى أنيل أسفله وسقط ضمن، وكذا لو نقل به أحد جانبية فسقط، وكذلك المنتصب الذي يذهب ما فيه لمجرد الفتح أو كشف الغطاء كفورانه وغليانه وإنما يمنعه الخروج الوكاء والغطاء كما رمزنا إليه من قبل.

قال: (**وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ**) أي: ونحوه كسيل أو زلزلة أو وقوع طائر ونحوها.

(**لَمْ يَضْمَنْ**) إذ الخروج لم يوجد بفعله.

قال في «الشامل» و«البحر»: ولم لم يعلم كيف سقط لم يضمن لأن الظاهر أنه بأمر حادث قاله في «التجربة» هذا كله فيما إذا كان المطروق مانعًا لا يضيع بالفتح إن كان جامدًا أو طلعت الشمس فأذابته أو ذاب بمرور الزمان وتأثير جوازه الريح ضمنه على الأصح؛ لأن الاندفاق حصل من فعله لا معنى آخر.

قال في «البحر»: وغلط من قال غيره قال الجرجاني: وغيره هذا إذا كان

....

على صفة لو كان فيه مانعًا اندفق عقبه أما لو كان على صفة لو كان فيه مانعًا لم يندفق عقب الجل لم يضمنه.

فروع وتنبيهات:

منها: لو احترز بقوله بعارض ريح عن المعارف للفتح فإنه يضمن، قال ابن الرِّفْعَة: ولا يبعد تخريجه على الخلاف فيما إذا وضع شيئًا في مسبغه فأفرشه سبع فلا ضمان على الأصح ولم يتعرضوا له، قلت: في التخريج نظر.

ومنها: قال في «البحر» و«الحاوي»: لو كان ما فيه بطء والذهاب كالدبس والخل والغسيل القوي فاندفع سيرًا حتى نفذ، فإن كان مستعلي الرأس قلت: زمانًا لا يندفع منه شيء ثم اندفع فلا ضمان، وإن اندفع في الحال أو كان رأسه منكسًا فإن لم يقدر مالكه على شده حتى ذهب ما فيه ضمنه وإن تركه فوجهان.

ومنها: قال في «الروضة»: ويجري الوجهان في إذابة الشمس للجامد فيما لو أزال أوراق العنب وجرد عناقيده للشمس فأفسدتها وفيما لو ذبح شاةً فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها.

قلت: قال الْمُتَوَلِّي: وفيما لو أراد سوق الماء إلى زرعه ونخله فمنعه ظالم منه حتى جف أو فيما كان له شمس جامد على طبق فقرب النار منه حتى ذاب وسال أو نقله من الظل إلى الشمس حتى ذوبته.

ومنها: قال: فلو جاء آخر فقرب النار ومن الحاصل مذاب وضاع، فقيل: يهدر والأصح يضمنه والباقي، قال: ويجري الوجهان فيما لو قرب المفتاح النار.

قلت: هذا بعيد والمذكور في «الحاوي» و«البحر» أنه يضمن هنا وجهًا واحدًا التفرد بهتك الحرز والأخذ، فإنه يقطع قطعًا وهذا هو الوجه ولا شك فيه إذا كان ضار، وتأخير الفتح على إذابته بالنار ما لو غيره ذلك بعد فتحه فيحتمل، لكنه كغيره.

ومنها: لو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن، أو بحادث كهبوب ريح

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ ضَمِنَهُ، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِنَ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا.

أو غيره، فلا وإن لم يظهر حادث لسقوطه، قلت: فرقوا في «الحاوي» و«البحر» و«البيان» وغيرها بأن المهلكات وهو حسن صحيح، ويظهر أنه لو حرك هذا وغيره الماء حتى هلكت بأن يكون الحكم كما سبق في تقريب النار وأولى بالضمان.

قال: (**وَلَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ**) أي: في الحال.

(**ضَمِنَهُ**) قال الْمَاوَرْدِي: إذا حل رباط بهيمة فشردت أو فتح قفصًا عن طائر فطار، فإن كان ذهابهما بتهييجه وتنفيره ضمنهما إجماعًا .

قال: (**وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الْفَتْحِ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِذَا طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِنَ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ فَلَا**) لإشعار الأول بالتنفير، والثاني بالاختيار.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية» وقال مالك: يضمن بكل حال وهو القياس، وقيل إنه قول الشَّافِعِي في القديم وهو الاختيار انتهى، وما اختاره ظاهر والثاني يضمنه في الحالين وصححه جماعة.

قال الرُّويَانِي واختاره أبو إسحاق وابن أبي هريرة: والثالث عكسه وصححه القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب»، وقيل: إن كان الدنو منه هيجه ضمنه، وإلا فلا قولًا واحدًا وفعل هذه الآن أطرقا أشبه حاصلها كما قال الدارمي أن ينفر الطائر والدابة وإن لم ينفروا وقفا ثم مضيا فلا، وإن لم ينفروا ولم يقفا فله طرق عكسية قولان أشار الإمام في باب السرقة إلى احتمال أنه وإن كانت البهيمة بصورة [حادثة] الحمل على التنفير بحل رباطها، وفتح باب القفص وإن كانت أليفة إنسية مطمئنة فاختيارها أغلب، ونقل هنا عن شيخه أنه كان يفرق بين الحيوان النافر بطبعه وبين الإنسي وأنه جعل خروج الإنسي على الاتصال كخروج النافر على الانفصال، وقال: إنه يتعايش، وفي «البسيط» أنه منحه فلم يذهب إليه غيره.

فروع: قالا في «الحاوي» و«البحر»: لو أمر طفلًا أو مجنونًا بإرسال طائر

……

في يده فأرسله فطار فهو كفتح القفص عنه إن نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمنه، وإن لم ينفره ضمنه ولبث ثم طار فلا، وإن طار في الحال فوجهان، قلت: وهذا حيث لا يميز أما لو كان مميزًا أو قلنا عهده عهد ففيه نظر وينبه أن يقال أمره غير المميز وبين يدي طاعة أمره احتمالًا بالإرسال، فضمن قطعًا لما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى في «الروضة» عن «فتاوى الْقَفَّال»: هل التضمين نظر أنه في الحال أنه لو وثبت هرة لمجرد الفتح فدخلت فعليه ضمنه؛ لأنه في معنى إغرائها.

قلت: وهذا فيما لو كانت حاضرة حين فتحه، يعلم أنها وإلا فهو كمطرد وهبوب الريح على الرق عقب فتحه، وأنه لو اضطرب القفص لخروج الطائر فانكسر ضمنه الفاتح، وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة ضمنها، وأنه لو كان شعير في طرف مسدود ووثبه حمار ففتحه فأكله الحمار في الحال ضمنه الفاتح.

قلت: قال في «البحر»: لا يضمنه وفيه وجه، انتهى.

وعدم الضمان منسوب إلى العراقيين وقياسهم ألا يضمن القفص والقارورة، وصرح الْمَاوَرْدِي والروياني بأنه لو حل رباط بهيمة فأكلت علفًا وكسرت إناء في الدار لم يضمنه سواء اتصل ذلك بالحل أم لا، ولو كان الطائر في القفص فأخذ يدنيه قليلًا قليلًا ثم طار فكما لو طار عقب الفتح، قاله القاضي الحسين، وكذا لو حل رباط البهيمة في أقصى الإصطبل فأخذت في المشي إلى أن خرجت حل رباط البهيمة، وفتح الإصطبل كما ذكر في القفص فلو خرجت في الحال أو أتلفت زرعًا.

قال الْقَفَّال وابن كج: إن كان نهارًا لم يضمنه الفاتح أو ليلًا ضمن، وقال العراقيون: لا يضمن وبه جزم في «البحر» لو حل قيد عبد مجنون أو فتح باب السجن فذهب، قال المصنف تبعًا لبعض المراوزة فيحل رباط البهيمة وإطلاق «الحاوي» وغيره يقتضي أنه لا ضمان، وكذا الرُّويَانِي فإنه قال في «البحر»: لو حل القيد فهرب لم يضمنه، سواء هرب من ساعته أم بعده.

وَالْأَيْدِي الْمُتَرَتِّبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَصْبَ، ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَّةِ، ....

وقال بعض أصحابنا: إن كان مجنونًا يحتمل أن يضمن، وقال المصنف: وإن كان عاقلًا غير آبق فلا ضمان، وكذا إن كان آبقًا على الأصح، وقيل: كحل البهيمة ففصَّل، وعبارة «البسيط»: لو فتح باب الدار فانطلق عبد مجنون يشبه فهو كالطيران، وإن آبق عبد مميز فلا ضمان على الأحوال، وأما العبد الآبق إذا حبس أو قيد فالمذهب أنه لا يجب الضمان؛ لأنه مختار في فعله والعبد من خروجه على الطير انتهى.

قال: (**وَالْأَيْدِي الْمُتَرَتِّبَةُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَصْبَ**) لأن الجهل يسقط الإثم لا الضمان، وقد وضع يده على مال غيره بلا إذن معتبر، والمراد من الأيدي المترتبة على يده ما كانت مبنية على يد الغاصب خالفة لها كأنها نائبة عنها، فيخرج بذلك الغاصب من الغاصب، فإن ضمانه مستقل ويخرج به من انتزع العين من غاصبها ليردها على مالكها على قول إذا كان الغاصب ذميًا أو مسلمًا وعلى المنصوص الذي قطع به الجمهور إذا كان حربيًا فالصورتان ليستا مراده، وأن تضمينها ظاهر كلامه ولا خفاء أن أيدي الحكام الثقات وأمنائهم غير ضامنة لوضعها على الحظ والنظر للمغصوب منه.

إشارة: ذكر في «الروضة» أنه لو زوج الغاصب المغصوبة فهلكت عند الزوج لم يطالب بقيمتها قطعًا، وقيل: كالمودع وهذا يفهمه كلام «المنهاج».

قال: (**ثُمَّ إِنْ عَلِمَ فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ**) أي: فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب وإن تلفت العين عنده ففي أداء الضمان عليه ويذكر ما سبق في التلف عند الغاصب.

قال: (**وَكَذَا إِنْ جَهِلَ**) أي: الثاني الغصب.

(**وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَالْعَارِيَّةِ**)؛ لأنه دخل في العقد على الضمان.

وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ، وَمَتَى أَتْلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ.

(وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَوَدِيعَةٍ فَالْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ) فالقرار على الغاصب أي: على الأصح لغروره؛ لأن المودع دخل على أنه نائب مؤتمن. والثاني: يستقر على المودع، والثالث: لا يطالب أصلًا وسبق عن الْقَفَّال في إعارة الحلي ما يوافقه.

قال: **(وَمَتَى أَتْلَفَ الْآخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ مُسْتَقِلًّا بِهِ)** أي: الإتلاف وهو من أهل الضمان.

(فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا) أي: سواء كانت يده يد ضمان أو أمانة إذا الإتلاف أقوى من اليد المعادية.

إشارة: قيل: احترز بقوله «مستقلًا به» عما لو حمل عليه كما سيأتي فيه ولننظر لو فيما أودع الغاصب العبد أو الفحل والمودع جاهل بالحال وصال عليه العبد أو الفحل فقتله دفعًا فيبعد ألا يكون القرار عليه.

فرع: في «فتاوى الْقَفَّال والبغوي»: لو غصب شيئًا فجاء عبد المالك، فأتلفه في يد الغاصب ضمنه الغاصب ولا يرجع بدله على العبد، كما لو تلف بآفة سماوية أو أتلفه جزي، قال جامعها وفيه إشكال ويضمن ما يتلف فيما يستثنى من إطلاقه، ولو أتلف مالًا في يد مالكه ضمنه فقد يستثنى منه هنا شيء.

فرع: غصب من غاصب فهلك بيد الثاني ثم أبرأ المالك الأول لم يبرأ الثاني بخلاف العكس؛ لأن القرار على الثاني والأول كالضامن له، قاله الْقَفَّال في «الفتاوى».

قال: **(وَإِنْ حَمَلَهُ الْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَامًا مَغْصُوبًا ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ فَكَذَا فِي الْأَظْهَرِ)**؛ لأنه المتلف وإليه عاد نفعه، والثاني: القرار على الغاصب؛ لأنه غرَّه فعل الأظهر إن غرم الغاصب رجع على الضيف، وأن غرم الأكل لم يرجع على الغاصب، وعلى الثاني الحكم بالعكس، وحكى الْمَاوَرْدِي وغيره عن

وَعَلَى هَذَا لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ بَرِئَ الْغَاصِبُ.

البصريين أنه إن غرم المالك الأكل رجع على الغاصب قولًا واحدًا، وإن غرم الغاصب ابتداءً لم يرجع على الأكل قولًا واحدًا على هذه الطريقة، وهذا الخلاف إذا لم يقل الغاصب للضيف الأكل هو ملكي، فإن قاله وضمنه الغاصب؛ فالمذهب أنه لا يرجع عن الأكل قطعًا لاعترافه بأنه مظلوم.

وقال المُزَني: يرجع وغلَّطوه، ويجري القولان في الهيئة وإتلاف المتهيئ، وأولى الاستقرار عليه، والظاهر أنه إذا لم يكن الغاصب.

قال: إن العين ملكه كما في الضيافة، ولو أمر إنسانًا بإتلاف المغصوب فالقرار على المتلف قطعًا.

وقيل: على القولين وفرق لمن الإتلاف به حرام بخلاف الأكل، وفيه شيء إذا زعم الغاصب الأمر به ملكه.

إشارة: استثني من قوله: «وإن جهله الغاصب إلى آخره» ما لو غصب شاةً ونحوها فأمر قصابًا فذبحها ففعل جاهلًا بالحال فالقرار على الغاصب، ولا يخرج على القولين في أكل الطعام فإنه ذبح للغاصب. وقال انتفع بأكله وكل من استفاد به الغاصب في طحن أو خبز وغيرها كالغاصب.

وفي «البيان»: أن الأصحاب أطلقوا المسألة وأن القرار على الغاصب، وإن الذي يقتضيه المذهب فرضها في الجاهل، فإن علم أنها مغصوبة فذبحها لم يرجع بما غرم على الغاصب، وللغاصب الرجوع عليه بما غرم؛ لأنه غاصب في الحقيقة، انتهى.

وهذا صحيح إن كان المراد أرش ما بين قيمتها حية ومذبوحة، وإن كان المراد غرامة كل القيمة وقد أكلها الغاصب فلا؛ بل يرجع عليه إذا غرم بقيمتها مذبوحة ويحط الزيادة فقط.

(وَعَلَى هَذَا) يعني: على الأظهر في أكل الضيف.

(لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ) أي: جاهلًا به.

(بَرِئَ الْغَاصِبُ) تقديمًا للمباشرة وعلى الخلاف لا يبرأ.

فَصْلٌ

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ، ....

قال الرَّافِعِي: وربما حصره العراقيون.

قلت: قال في «التتمة»: وهو المنصوص، وفي «البحر»: إنه الصحيح المنصوص، وصححه الجرجاني وابن أبي عصرون، والحاصل في براءة الغاصب في هذه الحالة طرق البراءة عدمها قولان، ويقال: وجهان.

قال في «البحر»: ولو علفه دابة مالكه أو أطعمه عنده بإذنه ولم يعلم هو فيسعى أن يكون على القولين، وهذا عجب منه، فإنه نقل معظم أحكام المسألة من «الحاوي» وفيه أن هذه الصورة على طريقين: أحدهما: يرجع قطعًا، والثاني: على القولين.

قال:

(فَصْلٌ)

تُضْمَنُ نَفْسُ الرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ) أي: المغصوبة بقيمته تلف، أو أتلف تحت يدٍ عاديةٍ يعني: بتخفيف الياء يعني: معتدية فتحسب قيمته ما بلغت، وإن زادت على أعلى الرأيين كسائر المال سواء العين والمدير أم الولد والمكاتب، وإنما قيدت بالمعفو به لما سبق في قتل الضليل والمحارب والمرتد وتارك الصلاة.

وعن الشيخ أبي علي ما ينازع في هذا الإطلاق إنما قال: عارته للترتيب، ولو قال ضامنه: حصل المقصود ودخل المستعير والمسامر وغيرهما، وخرج الحربي وعبد المالك.

فروع: في«فتاوى الْقَفَّال» لو قتل ضعيفًا فقال: لو كان منفردًا غرامه كم يساوي؟ فقال: مائة. فيقال: لو كانت أمة على صفتها وهي من منقحة عليه كم قيمتها؟

فيقال: مائتان، قيل: فلو تبعا معًا لم يكن قيمتها. فيقال: أربعمائة.

فيعلم أن التفاوت بين الاجتماع والانفراد مائة فجعل أثلاثًا ثلثها في مقابلة

وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ،

قيمته ولمثالها لا بُدَّ فيجب على قاتله مائة وثلث وثلاثون.

وقلت: وإن قتل الأمة وجب مائتان وست وستون وثلثان، وعلى قول أصحاب «التلخيص» إن قتلها وجب ثلاثمائة، وإن قتله وجب مائتان؛ لأن البعض من جهة الإفراد حصل بجانبه، وعكس هذا لو نكح عبد أمته فقتله أو قتلها قاتل، نظر!

ولو تبعا جميعًا ثلاثمائة قيمته مائة، وقيمتها مائتان، ولو بيعا على الانفراد لاشترى ثلاثمائة وهي عامين فلا يلزم قاتله إلا مائتان أي: ولا قاتلها إلا مائة.

ومنها: لو خرج وقيمته مائة فرجعت إلى عشرة، والجناية سارية فقبل مؤنة علا السعر بحسب لو كان جنحًا لاشترى سليمًا فمات.

قال الْقَفَّال: ينظر إن كان بعد جارحته لم يرد قيمته على العشرة فهنا يضمن المائة، وإن كان المجروح يساوي ثلاثمائة ضمن ثلاثمائة.

قال الْمَاوَرْدِي: من نصفه حر في طرفه نصف ما في طرف الجزء، ونصف ما في طرف العبد ففي يده ربع الدية وربع القيمة، وعلى هذا القياس فيما زاد من الجراحة أو نقص وهذه الفروع محله من بعد، وإنما سبق العلم بوضعه هنا.

قال: **(وَأَبْعَاضُهُ الَّتِي لَا يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ الْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ)** أي: سواء تلفت تحت يد ضامنه أم أتلفت بغير حق. وذكرت في «الغنية» في الجنايات حسب المصنف المسألة أن هذا هو المشهور.

وإن ابن الرِّفْعَة قال: قال الأصحاب: العبد أصل الجزء في الحكومة، والجزء أصل العبد في التقدير، فعلى هذا لا يبلغ بأرش الجناية التي لا أرش لها قيمة الجملة أو قيمة العضو الذي صدرت الجناية فيه على الخلاف، والتفصيل في الجزء صرح بذلك الْمَاوَرْدِي، وصرح بنقصه عن النص.

قال: **(وَكَذَا الْمُقَدَّرَةُ)** أي: كاليد والرجل والعين ونحوها.

(إِنْ تَلِفَتْ) أي: بآفة سماوية؛ لأن التقدير إنما ورد في الجناية فخص بمورده؛ لأنه خلاف الأصل.

وَإِنْ أُتْلِفَتْ فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ، وَعَلَى الْجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ، وَالْقِيمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ، وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ، ....

وقيل: بحسب أكثر الأمرين، وقيل: نصف القيمة كالجناية.

قال: (**وَإِنْ أُتْلِفَتْ**) أي: بجناية مضمونة.

(**فَكَذَا فِي الْقَدِيمِ**) أي: بحسب ما نقص من القيمة أيضًا كسائر الأموال، وأنكر بعضهم هذه عن القديم وقطع بالجديد.

وقيل: هو مخرج.

(**وَعَلَى الْجَدِيدِ تَتَقَدَّرُ مِنَ الرَّقِيقِ وَالْقِيمَةُ فِيهِ كَالدِّيَةِ فِي الْحُرِّ فَفِي يَدِهِ**) أي: المحترمة المصونة (**نِصْفُ قِيمَتِهِ**) أي: زادت على الأرش أو نقصت؛ لأنه أشبه البهيمة من حيث ضمانه باليد، وأشبه الجزء من حيث إيجاب الكفارة فقبله فأجرى عليه أغلب الحكم الشهير، وموضع وجوب نصف القيمة والأرش فإذا نقص فقطع يده ثلثا قيمته، لزمه ذلك على القولين .

أما على القديم فواضح، وأما على الجديد فالنصف بالجناية وهو مراد المصنف، والسدس باليد العارية، ولو قطع المالك يده في يد الغاصب في مثالنا سدس القيمة ستمائة، فإن طلب المالك الجار في ذلك طالبه بخمسمائة، وإن طالب الغاصب طالبه بستمائة وهكذا.

إشارة: احترزت بالمضمونة عن ما لو وجب قطعها في الحراسة فإنها مهددة، وكذا يد المرتد وأخرجت ما لو قطعها مستحقها قودًا.

قال: (**وَسَائِرُ الْحَيَوَانِ بِالْقِيمَةِ**) أي: فيجب باليد والجناية المرهقة قيمته وفيما تلف أو أتلف من أجزائه ما نقص من قيمته، سواء فيه الإبل والخيل والحمير وغيرها، ودابة القاضي كغيرها خلافًا لمالك.

فائدة: قال الفوراني: الحيوان يخالف الجماد في حكم واحد وهو أنه لا يضمن إلا بعد الاندمال، والجماد يضمن بما نقص في الحال، وإن كان ساريًا وهذا مطرد عند الأصحاب في الحيوان غير الدقيق، أما الدقيق إن قلنا يضمن بالقدر فهل يضمن قبل الاندمال؟ فيه قولان كالبحر: أصحها: نعم.

وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوَّمٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ، كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ، ....

قال الشَّافِعِي: يقوم صحيحًا ومكسورًا أو مجروحًا قد يرى من جرحه ويعطى مالكه ما بين القيمتين.

قال: (**وَغَيْرُهُ**) أي: غير الحيوان من المال.

(**مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوَّمٌ**) أي: لا غير.

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمِثْلِيَّ مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ**) أي: وما عدا ذلك متقوم. وللأصحاب في ضبط المثلي عبارات كثيرة ذكر الرَّافِعِي منها جملة ثم اعترض عليها ورأى الأحسن منها فاجعله في «المحرر» الأظهر، والمصنف الأصح، وجعلها في «الروضة» وجوهًا.

إشارات: قوله: «ما حضره» كان المراد ما قدر لعدد بذلك لإمكان الوزن إذ كل مال منقول يمكن وزنه، واحترز بالكيل والوزن عن المعدود والمزروع، ويجوز أن السلم عما لا يجوز السلم فيه من الجواهر وغيرها كما سبق، إذ المانع من ثبوته في الدية هناك مانع في ثبوته في الدية بالتلف والإتلاف.

قيل: أورد على هذه العبارة القمح المختلط بالشعير؛ لأنه لا يجوز السلم فيه ويرده مثله، انتهى، وهذا أعجب والمعيب من الحبوب وغيرها ليس مثلي؛ بل يجب فيه قيمته مثله.

قال: (**كَمَاءٍ**) أي: خالص غير مشوب، وهل الماء الملح مثلي كالعذب؟ لم أر فيه نصًا.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي وغيره: إنما يكون الماء الجامد من المثليات إذا لم يخلطهما تراب.

قال ابن الرِّفْعَة في باب الإجارة من مطلبه: الماء الجاري متقوم لدخول النار فيه ودرجات حمرة لا يبسط، انتهى.

وهذا بطرق غيره من المائعات إذا أحميت بالنار.

(**وَتُرَابٍ**) أي: خالص. (**وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ**)

أي: ونحوها مما يضمنه للضابط، وما عنده من الأمثلة يختلف فيها، والأصح ما ذكره، والرمل الخالص كالتراب والحديد ونحوه كالنحاس والتبر: بكسر التاء الذهب غير مصروف ولا ثبوت ويقال للفضة.

قال ابن الرِّفْعَة: أطلقوا الخلاف في القطن واعتقد أنه فيما بعد البلح أما قبله فيظهر القطع بأنه متقوم، انتهى.

والذي يفهمه كلام الرَّافِعِي أن الأصح أن الحبوب مثلي لأن الوزن يحضره والتسليم جائز فيه على الصحيح، نعم مادام في الحرز متقوم، ولا يصح السلم فيه على المذهب والمنصوص.

قال الْعِمْرَانِي: قال الشَّافِعِي يضمن الصرف بمثله إن كان له مثلي وإلا ردَّ قيمته. قال ابن الصباغ: له مثلي.

وقال الشيخ أبو حامد: الصحيح أنه لا مثل له.

وذكر الرُّويَانِي النص ثم قال: وقيل فيه قولان، ولم يزد، وقال في موضع آخر: والأصواف والأوبار والأشعار.

قال الشَّافِعِي: عليه مثلها إن كان لها مثلي، وقيمتها إن لم يكن لها مثلي.

وقال أبو حامد: وضمانها بالمثل لا غير كالقطن.

ومن أصحابنا من قال: توقف الشَّافِعِي فيها.

والمذهب أنه لا مثل لها؛ لأنها تختلف وتتباين فيضمن بالقيمة، وهذا أظهر عندي، انتهى.

فرع: اختلفا قال المالك للمغصوب: مثلي، وقال الغاصب: لا مثل له، رجعا فيه إلى اجتهاد الحاكم، وكلام الشيخين يوافق ابن الصباغ.

قال: (لَا غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ) أي: ونحوهما من المختلطان من أجزاء مختلفة، وخذ من كلامه إخراج المنسوبات من المثليات فالمخيض والعصير والخل، والمنسوبات بالماء.

فروع: الحبوب الجافة السليمة والتمر غير المكنوز والزبيب والأدهان

فَيَضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ، ....

والألبان والخلول الخالصة مثلية قطعًا؛ وكذلك الدراهم والدنانير الخالصة على الصواب والمغشوشة.

قال **الْمُتَوَلِّي**: جوزنا التعامل بها فمثلية، وإلا فلا.

قال **الْبَغَوِي**: والآخر عندي مثلي.

وذكر **الْمَاوَرْدِي**: منهم وفي اللحم.

وفي «روضة شُرَيْح» و«البحر» أوجه ثالثها اليابس مثلي والرطب متقوم.

قال: (**فَيَضْمَنُ الْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ**) لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأنه أقرب إلى التالف سواء كانت قيمته المثلي كقيمة الأصل أو أقل.

تنبيهات: واستثنى من ذلك الماء يبلغه بمقارن، فإنه يضمنه في البلد ونحوه بقيمة هناك على المذهب، وينبغي أن يلحق به كلي مثلي أتلف بموضع له به قيمة خطيرة ويغرمه بموضع قيمته به حقيرة، وهو قضية كلام «التتمة».

وقال **الرَّافِعِي** ومن إليه ومثل الماء وبما لو أتلف جهرًا في الصيف فاجتمعا في الشتاء فيغرمه قيمته في الصيف، ولا يراد بعد ذلك في الصيف والمغارة على الأصح.

ثم رأيت صاحب «البحر» قال في باب المتمم بعد ذكره الأصح في إتلاف الماء وعلى هذا جمع ذرات الأمثال إذا أتلف ثم غرم في غير موضع الإتلاف يلزمه القيمة، انتهى.

وما أحسن قول صاحب «الكافي» هنا: وإذا وجب المثلي ثم خرج عن أن يكون متقومًا يتبدل الزمان أو ما كان عليه قيمته باعتبار مكان الإتلاف يعني: أو زمانه في آخر إحياء الموات من «الروضة» أنه لو سقى أرضه بما مملوك لغيره فعليه قيمته مع جزمه هنا أن الماء المثلي.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» أنه يجب مثله محصلًا في الموضع الذي أخذ منه من قناة وغيرها.

فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْقِيمَةُ، ....

وما قاله قياس، وقد يقال على قياس ما سبق إذا غصبه في الصيف ووقت الحاجة إلى السقي به واجتمعا في الشتاء وغير أوقات السقي به يطالبه بقيمته.

فرع: قال في «الكافي»: لو غصب جامدًا اقتراب رد الماء مع أرش النقص، أو ما نسخنا فيرد نسخته الغاصب لم يخبر ما ذهب من الحرارة بذلك كما لو غصب دارًا فانهدمت فبناؤها ملك إلا له أحسن مما كانت ضمن الهدم.

(فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْقِيمَةُ) المثلى كما صرح به في «التنبيه».

وقيل: قيمة المغصوب، والأول أصح.

قيل: فإن قلت: قيمة المغصوب هي قيمة مثله لأنا نقول قيمة المثلي ويعني به: قيمة الشيء.

وأجيب: بأن صواب العبارة إذا قومنا شيئًا أن تقول قيمة لا قيمة مثله، وإنما اختلفا هنا في الغصب، وفائدة تظهر فيما بعد.

وعبارة «المحرر» فإن لم يسلم المثلي حتى فقد أخذت منه القيمة وهي تقتضي فرض الكلام فيما إذا كان المثلي موجودًا عند التلف، ثم تتعدد وهي محل الوجهين المذكورين.

وعبارة «المنهاج» قد تدخل فيها ما إذا كان تعدد المثل مقارنًا للتلف، ويمكن إجراء الوجهين في هذه الصورة أيضًا.

وحكى ابن داود وجهًا غريبًا في هذه الصورة أنه لو ظفر بالمثل بعد ذلك مثلي الطلب لا يلزمه إلا القيمة.

والمشهور الرجوع على المثلي في هذا الوجه خاص بهذه الصورة، لا تجري فيها إذا كان المثل موجودًا عند التلف ثم تعدد.

تنبيهات: منها: التعدد المعتبر هنا ذكر الرَّافِعِي تبعًا للشيخ أبي علي وغيره أنه في البلد وجوابه كما في السلم، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه يظهر إثبات خلاف فيه هل يجعل كالمفقود إذا وجد في غير ذلك البلد أولا، كالخلاف فيما إذا وجدنا كثير من ثمن المثلي؟ وإن ظاهر النص مع الثاني.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمِثْلِ.

قلت: والقلب إليه أميل.

ومنها: إذا وجد المثل بأكثر منه لمن المثل فهل يلزمه تحصيله؟ وجهان رجح كلًّا مرجحون، ورجح في «التنبيه» العدول إلى القيمة وصححه المصنف له كرقبة الكفارة وماء الطهارة، وممن رجح تكليفه بالمثلي: الْبَغَوِي والجرجاني والروياني في غير «البحر»، وابن أبي عصرون وجزم به في تنبيهه، وهو المختار قياسًا على العين، فإنه يجب ردها وإن غرم فيه أضعاف قيمتها، فإن فرق بأن التعدي في العين لا في المثل؛ فجوابه أنا أوجبنا القضاء على تارك الصلاة عهدًا على الفوز بمثل الطريقة التي تمسكهم بها والتعدي في الأداء إلا في القضاء.

ومنها: حكم الإتلاف من عهد حكم الغصب مع التلف فجميع ما ذكرناه وهكذا أطلق ويشبه أن يكون المساواة فيما إذا أتلفه عدوانًا لا مطلقًا.

ومنها: لو اتفقا على أخذ قيمة المثل مع وجوده فوجهان بناءً على جواز أخذ الأرش مع القدرة على رد العيب، ذكره الْمَاوَرْدِي وقضية ترجيح المنع وفيه نظر، والأصح في «البحر» الصحة هنا.

ومنها: لو غرم الغاصب أو المتلف القيمة للإعواز ثم وجد المثل فليس للمالك ردها وطلب المثل على الأصح ولا لما دفع المثل وطلب القيمة المؤداة على الأصح، والأحسن أن يقال فلا تزاد على الأصح.

ومنها: لو اختلفا في وجود المثل فادعى المالك وجوده والغاصب عدمه، قال في «البحر»: يكشف الحاكم عن وجوده وعدمه فإن عدم فقد ذكرنا أنه بالخيار بين الصبر إلى وجوده وبين أخذ القيمة، فإن صبر ثم رجع مطالبًا بالقيمة قبل الوجود فله ذلك أي: قطعًا.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ أَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى تَعَذُّرِ الْمِثْلِ**) لأن وجود المثلي كبقاء العين؛ لأنه كان مأمورًا برده كما كان مأمورًا برد العين المغصوبة، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة في المدتين، وقِيَم: مفتوحة الياء مكسورة الميم جمع قيمة، والحاصل أن المعتبر الأقصى من الغصب إلى تعذر

وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبُ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ ....

المثل، ومن الغصب إلى الحكم أو منه إلى التلف، أو من التلف إلى الإعواز، أو من التلف إلى الحكم، أو من تعدد المثل إلى الحكم، أو قيمة يوم أخذ القيمة، أو قيمته يوم الحكم بالقيمة، أو قيمته يوم تلف المغصوب، أو يوم تعذر المثل، أو الأقصى من الغصب إلى يوم الأخذ، أو إن تعذر في جميع البلاد فيوم الفقد، وإن فقد هناك فيوم الحكم وجوه اثنى عشر وكلها منقولة خلا الحادي عشر استنبطه ابن الرِّفْعَة في «الكافي» ورجع عنه في «المطلب».

قال تلميذ له: واستنباطه صحيح وربما يترجح على سائر الوجوه فلا بأس بالمصير إليه، قال ويمكن أن يستنبط سبعة أخرى لكنها غير منقولة، انتهى.

وجعل في «البحر» ظاهر المذهب الأول، ونقل الثالث عن رواية الحسين والمزني في «الجامع الكبير» عن النص ونقل اختيار الرابع عن الحناطي والزجاجي والماوردي وجماعة، قال فيه أقول نسب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ إلى الأكثرين أن الاعتبار بيوم المطالبة.

قال: (**وَلَوْ نَقَلَ الْمَغْصُوبُ الْمِثْلِيَّ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ**) أي: يعلمه المالك الغاصب.

(**فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ**) أي: وإن غرم عليه أضعاف قيمته لعموم حديث «على اليد أخذت حتى تؤديه»(١) ولأنه متعدٍّ فيه، وقد أطلق المصنف من قبل على الغاصب الرد وهو يشمل المثلي، وسبق وجه فيما إذا عظمت المؤنة ويحتمل أن يفرق بين أن يكون هو الناقل أو مأذونه، وبين أن ينقل بغير اختياره.

وحكى الْمَاوَرْدِي وجهًا أنه إذا غصب حنطةً في بلد ونقلها إلى غيره لا يكلف نقلها وله رد مثلها وهو شاذ، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه إذا لم يكن لنقله مؤنة ولقي المالك هناك فله تسليمه إليه ولا يلزمه نقله ويبرأ بوضعه بين يديه، وإن كان لنقله مؤنة نقله إلى موضعه، وذكر مرةً أنه يجب أخذه ويأخذ منه مؤنة النقل، وذكر في فتاويه تفصيلًا آخر سقته في «الغنية» وإطلاق الجمهور

---

(١) تقدم تخريجه.

وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ فِي الْحَالِ، فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا، ....

ينازع فيما يصلاه، وينبغي أن يرد في قولهما لا مؤنة لنقله وكان الطريق آمنًا.

قال: (**وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِالْقِيمَةِ فِي الْحَالِ**) أي: على الفور للحيلولة وإن كان قد كلف رده فهما حقان واجبان في الحال عند العلم فكان المغصوب، وقيد **الْمَاوَرْدِي** ذلك بما إذا كان بمسافة بعيدة لا يمكنه رده إلا بعد زمن طويل، فإن كان المغصوب بمسافة قريبة لم يطالب بالقيمة؛ بل يرد المغصوب.

قلت: وكان هذا فيما إذا لم يخف هرب الغاصب فإن خيف فلا وجه للفرق بين المسافتين وأغرب أيضًا حيث اقتضى كلامه في كتاب «النكاح» أن المغصوب إذا هرب إلى مكان معروف أخذ الغاصب برده لا بقيمته ولا يفرق بين مسافة ومسافة، قال: لأنه خير موصل به إلى التسليم، أما لو جهل مكانه فيطالب بالقيمة لا الرد ولا خفاء أنه يصدق بيمينه في جهله بمكانه حيث لا ينتبه وأنه إنما يطالب بالرد عند العلم بمكانه إذا أمكنه رده وطلب القيمة في هذه الأحوال للحيلولة، ثم الصحيح المشهور أنه يملكها وإلا لما سدت مسد المغصوب وهو ملك فرض كما صرح به القاضي الحسين لا ينتفع به على حكم رده وأبدله عند رد العين، وعن **الْقَفَّال** أنه لا يملكها وهو شاذ، وللماوردي طريقة سنذكرها.

إشارة: قول المصنف «إلى بلد آخر» يفهم أنه إذا نقله إلى دار أخرى بالبلد لا يزهق إلى القيمة للحيلولة، وفي «التتمة» إذا غصب مال إنسان ونقله إلى بلد آخر أو دار أخرى فللمالك أن يغرّمه القيمة في الحال للحيلولة، المسألة من الأشبه أنه لا يزهق بالبلد إلى القيمة في الحال إذا أمكنه إحضاره في الحال فإن تعذر أو تأخر أزهق إليها.

قال: (**فَإِذَا رَدَّهُ رَدَّهَا**) أي: وجوبًا بعينها إن كانت باقية وإلا فبدلها لزوال الحيلولة، وسكت المصنف عن وجوب الرد، وفيه خلاف يخرج من كلام **الْمَاوَرْدِي**، فإن قال: إذا كان موضع المغصوب معلومًا وطلب المالك القيمة يجبر عليها الغاصب ويملكها المغصوب منه ملكًا مستقرًا ويملك الغاصب العبد ملكًا مراعًا، فإذا قدر عليه فهو بالخيار بين أن يملكه ورده ولا خيار للمغصوب منه لأنه لما ملك الأحياء في الابتداء لم يملكه في الانتهاء،

والغاصب لما لم يملك في الابتداء ملكه في الانتهاء، فإن اختار أن يملكه استقر حينئذٍ ملكه عليه وإلا قيل للمغصوب منه إن أردت القيمة عاد العبد لك ولا أجرة لك فيما مضى؛ لأنك تملكه الآن ملكًا مبتدًى، وإن امتنعت من رد القيمة لم يجبر عليه لأنك ملكتها وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة فإن بيع بقدر القيمة أخذها أو بأقل أخذه والعجز عليه أو بأكثر أخذ منه قدر القيمة والفاصل للمغصوب منه.

وقال: فيما إذا كان موضعه مجهولًا وأخذ القيمة ففي استقرار ملكه عليها وجهان، فإن وجد المغصوب رده وأخذ القيمة ففي استقرار ملكه عليها وجهان، فإن وجد المغصوب رده وأخذ القيمة، انتهى.

وهذه الطريقة غريبة؛ ولهذا قال في «البحر» بعد أن ساق ما ذكره الجمهور من فروع المسألة: واعلم أن هذه الجملة ذكرها أصحابنا الخراسانيين.

فروع: إذا عاد المغصوب هل له إمساكه حتى يسترد القيمة المنقولة عن النص هنا في الشراء الفاسد نعم والمرجح في الشراء المنع.

قال الرَّافِعِي: وشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه والمنع اختيار الإمام فيهما، وعبارة المصنف تشعر أن له الإمساك هنا وأيد بأنه إنما دفع القيمة خير من الخلاف المستعر، ويفرق أن يقال: إن جاء فأفوق الثمن والقيمة فلهما الحبس حتى يستردا وإلا فلا، المعتبر في أخذ القيمة أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة، كذا قاله الإمام والرافعي.

وقال الْمَاوَرْدِي: فيما إذا جهل موضعه يعتبر الأقصى من الغصب إلى فوات الرد ولم يذكر حكم ما إذا علم موضعه ويظهر عن طريقة اعتبار وقت الطلب؛ لأن به يجب لا قبله، قاله ابن الرِّفْعَة.

إذا بقي العبد المأخوذ للحيلولة فهل له إمساكها وغرامة مثلها؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد.

قال المصنف: الأقوى المنع ويؤيده ما سبق عن القاضي أنه يملكها ملك

فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ، ....

فرض، ولو ظهر على المالك دين مستغرق فالغاصب أحق بالقيمة؛ لأنها عين ماله ولو لم تكن باقية قدم الغاصب ببذلها من عين العبد على الغرماء نص عليه؛ لأنه قد أعطى قيمته أي: فصار كالمرهون بها وهذا يشهد أن له الحبس إلى أخذها، وهل يبرأ من أجرة المغصوب من حين دفعه القيمة إذا قاما فالصحيح أن المغصوب من يملكها؟ فيه وجهان أصحهما وهو ظاهر المذهب في «البحر» لا.

قال: العين باقية على ملكه والمنفعة له ولزمته قبل دفع القيمة والحيلولة فكذا بعدها لوجود المعنى، وقال: إن الثاني أقيس لانتفاعه بالقيمة القائمة مقام العين، هكذا أطلق وعزاه الأصحاب بـ«خراسان» و«العراق» ولم يفرق بين كون مكانها معلومًا أو لا.

قال القاضي الحسين: هذا إذا كان الموضع مجهولًا فإن كان معلومًا لم يبين وجهًا واحدًا، وقال غيره: فيما إذا عسر رده أنه على الوجهين.

قال في «البحر»: ويلزمه رد العين مع النماء ولو زادت العين بعد دفع القيمة ثم ذهبت الزيادة ضمنها في ظاهر المذهب.

قال بعض أصحابنا بـ«خراسان» فيه وجهان كما في الأجرة، وكذلك قالوا في زيادة السوق إذا حصلت في هذه الحالة وتلفت العين بعد ذلك هل يضمنها أم لا؟

قال: وأما القيمة إن كانت قائمة ردها إن كانت قد زادت زيادة غير مميزة كالسمن وتعليم القرآن ردها بزيادتها، وإن تميزت كالثمار والنتاج فهي للمغصوب منه وهذا يتصور فيما إذا أخذ في قيمتها عبدًا أو جاريةً أو شجرةً ونحو ذلك فإن كانت تالفة رد بدلها مثلها إن كانت مثلية وإلا فقيمتها، انتهى.

وقال: هكذا ذكره أصحابنا بـ«خراسان» و«العراق» ثم حكى طريقة الحاوي.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَ فِي الْبَلَدِ الْمَنْقُولِ إِلَيْهِ طَالَبَهُ بِالْمِثْلِ فِي أَيِّ الْبَلَدَيْنِ شَاءَ**) لتوجه طلب ردها عليه في الموضعين.

فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً.

وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ وَإِلَّا فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ.

(**فَإِنْ فَقَدَ الْمِثْلَ غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ الْبَلَدَيْنِ قِيمَةً**) أي: لما ذكرناه وهذا قد يفهم أنه لا غيره بقيمة الطريق بينهما وليس كذلك؛ بل يغرمه أكثر القيم في البلدين والطريق بينهما، صرح به شُرَيْح الرُّويَانِي، وهو ظاهر وينبغي أن يكون في المطالبة بالمثل أيضًا في أي البلدين شاء وفيما بينهما من البلاد والأماكن التي طرقها بالمغصوب إلا أن تكون لجة بحر ونحوها فيما يتعذر التسليم فيه.

قال: (**وَلَوْ ظَفِرَ بِالْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ التَّلَفِ**) أي: والمثل موجودًا وكذا لو ظفر بالمتلف الذي ليس بغاصب. (**فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَالنَّقْدِ**) أي: اليسير. (**فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْمِثْلِ وَإِلَّا فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْمِثْلِ**) أي: لما فيه من الضرر.

(**بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ التَّلَفِ**) للنزاع، هكذا نسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين من غير تفصيل، والثاني: يطالب بالمثل مطلقًا كما لو أتلفه في الرخص طالبه بمثله في الغلاء، والذي أورده العراقيون ومنهم الْمَاوَرْدِي والبندنيجي وابن الصباغ والعمراني أن ذلك فيما إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة أكثر، وحكى الإمام هذا عن الشيخ أبي علي وأنه حمل كلام الشَّافِعِي والأصحاب على ما إذا كانت قيمة بلد الغصب أقل، انتهى.

ولفظ الشيخ أبي علي في «شرح التلخيص»، قال أصحابنا: هذا إذا كان سعره مختلف بالبلدين فإن لم يختلف فله أن يطالبه بقيمة ملكه؛ لأنه لا ضرر عليه في ضمانه بمثله فصار كالدراهم بعد المؤنة في النقل ووجود المثل، ونقل الديبلي ذلك عن النص فالوجه تنزيل إطلاق من أطلق عليه لا غيره وجهًا ثالثًا ضعيفًا كما صنع في «الروضة»، وقيل: يخرج من كلام «الوسيط» وجه آخر بالمنع مطلقًا، وفي ثبوته نظر.

وقال ابن كَج في باب جزاء الصيد في فرع مستقل: إذا غصب طعامًا بـ«مصر» وطالبه «ببغداد» فإن كان له مثل «ببغداد» حكم عليه بمثله، فإن كانت

....

قيمته «ببغداد» أنقص قلنا له أنت بالخيار بين أخذ المثل هنا وبين أخذ قيمة طعامك بـ«مصر» يوم أتلفه، انتهى.

تنبيه: قال شارح: قول المصنف قيمة بلد التلف محمول على ما إذا كان هو ببلد الغصب أو كانت قيمة بلد الغصب وبلد التلف سواء فلو اختلفا فقد يقدم أنه يجب أكثر القيمتين وإنما مقصوده هنا أنه لا يعتبر قيمة البلد الثالث الذي ظفر به فيه.

قال: واعلم أنا إذا اعتبرنا قيمة بلد اعتبرنا نقدها فيكون الواجب من نقدها هنا وفي المتقوم.

قلت: وفيه ما سيأتي وإذا أخذ القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف ففي الرد والاسترداد الوجهان فيما عدم القيمة لإعواز المثل.

فرع: سلب المثليات عمن غصب حنطة وأكلها في زمن الغلاء فهل يطالب في زمن الرخص بالقيمة؟ فأجيب له حالان: الأول: أن يطحنها ويتلف الدقيق أو يخبزه ويأكله، وقلنا لا مثل لهما فعند العراقيين يغني المثل وهو الحنطة وهو قضية إطلاق «المنهاج» وغيره، وعند الْبَغَوِي والعمراني وغيرهما أنه إذا كان المتقوم أكثر قيمة غرمها وإلا فالمثل وهو الأشبه عند الرَّافِعِي والمصنف، وعن القاضي الحسين أنه يغرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبته بالمثل؛ لأن التلف حصل وهو متقوم.

قال الرَّافِعِي: وعلى هذا إذا قبل من غصب حنطة في الغلاء وبقيت عنده إلى التلف وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح إطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة؛ بل الصواب أن يوجد فيقال إن تلفت وهي حنطة غرم المثل وإن صارت إلى حالة التقويم ثم تلفت فالقيمة، انتهى.

وفي «الحاوي» أنه يرجع بالمثل والقدر الزائد في الدقيق عن المثل إن حصل بالطحن زيادة، انتهى.

والأقرب إلى نصوص الشَّافِعِي إطلاق الجمهور ما أورده العراقيون،

وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ، إِلَى التَّلَفِ، ....

والأقيس ما ذكره الْبَغَوِي واختاره الْعِمْرَانِي، ونقل في «البحر» عن المذهب أنه يضمن الحنطة وعن والده أنه يحتمل أن يقال يغرم قيمة الدقيق، ويحتمل أن يقال المالك بالخيار إن شاء طالبه بمثل الحنطة وإن شاء طالبه بقيمة الدقيق جاز للثاني أن يملكها أو تتلف عنده وهي مثلية على حالها، وظاهر نصوص الشَّافِعِي والأصحاب أن الواجب المثل لا غير من غير نظر إلى رخص ولا غلاء وكذلك غير الحنطة من المثليات، نعم استثنى الجمهور يتلف بالمفازة وذكرنا ما تقدم، وقول الرُّويَانِي وعلى هذا جميع ذوات الأمثال إذا أتلفت ثم غرم في غير موضع الإتلاف يلزمه القيمة وهو يفهم أنه لو أتلف حنطة بـ«مكة» مثلًا ثم أخذه بموضع قيمتها فيه باقية بالنسبة إلى «الحجاز» أنه يلزمه قيمتها هناك وأما على غير هذا الوجه فلا؛ إذا وجد المثل ولا ينظروا إلى الرخص والغلاء على الإطلاق.

قال: (**وَأَمَّا الْمُتَقَوِّمُ فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنَ الْغَصْبِ، إِلَى التَّلَفِ**) لأنه في حال زيادة القيمة يطالب بالرد، فإذا لم يؤد ضمن بدله.

قالا: ويجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ولا فرق في ذلك بين كون المغصوب عرضًا أو ذهبًا أو فضة ونقد البلد من جنسه أو غيره استوت قيمته أو زادت ليست صيغة مباحة وفي هذا خلاف ضعيف.

فائدة: قال الجيلي: قول «التنبيه» ويجب قيمته من نقد البلد الذي غصب فيه ليس بصواب؛ بل المنقول وذكر ما سبق.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر من وجهين: أحدهما: أن أكثر النسخ ويجب قيمته من نقد البلد في البلد الذي غصب فيه، وكذا هو في توجيه الجيلي وهو يفهم غير ما يفهمه اللفظ الأول.

والثاني: على تقدير لذكر اللفظ فما ذكر فإنما يظهر صحة ما قالوه إذا كانت قيمة بلد التلف أكثر أو أروج، وأما إذا كانت قيمة بلد الغصب أكثر أو أروج، فلا يظهر إلا اعتبار نقد بلد الغصب عملًا بما عللوا به وجوب أكثر القيمتين وقدره وهو صحيح.

وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ، فَإِنْ جَنَى وَتَلِفَ بِسِرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الْأَقْصَى أَيْضًا.

فَصْلٌ

وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ ....

ثم قال: وحكى في «البحر» عن والده ما يقاربه فإنه قال: إذا كان نقد البلد وقت الغصب درهم ثم تلف المغصوب بيده ونقد البلد يوم التلف دنانير فإن أراد صاحب المال أن يضمنه دراهم ثم يعدل إلى قيمتها بالدنانير لكونه أحظ له وأن له ذلك ووجهه بما ذكرته، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: الاعتبار بحال الاستقرار عند تغير الحال وأيد ذلك بشيء ذكره من كلام العراقيين و«الوسيط» إلى أن قال: فقد صح ما قاله الشيخ من وجوب القيمة بنقد بلد الغصب فإنه إذا وجب فيهما وجب في أحدهما، انتهى.

وفيما أطلقه الأصحاب إشكال إذ ظاهره أنه لا يجب له إلا بنقد البلد الذي تلف فيه ولا يخفى ما فيه من الإضرار به مثاله غصب بـ«الشام» ثوبًا وأتلفه بـ«الروم» مثلًا ثم طالبه بقيمته بـ«الشام»، فإذا أوجبنا له القيمة من نقد «الروم» ونحوه لا غير مما لا يروج بـ«الشام» فقد أضررناه، وإن أرادوا أن الغاصب يرهن إلى ذلك عند طلب المالك فغرمت فرجع الكلام إلى أنه يطالبه بقيمة أي البلدين شاء.

قال: **(وَفِي الْإِتْلَافِ بِلَا غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ)**؛ لأنه حينئذٍ يوجد عليه الضمان بخلاف الغصب، **(فَإِنْ جَنَى)** على متقوم بيد المالك ومن يخلفه في اليد.

(وَتَلِفَ بِسِرَايَةٍ فَالْوَاجِبُ الْأَقْصَى أَيْضًا) مثاله: جنى على بهيمة قيمتها يومئذٍ مائة فهلكت بشرائه الجراحة وقيمتها خمسون فالواجب الأقصى من الجرح إلى التلف كما يعتبر الأقصى في اليد العادية وأولى.

فرع: أبق المغصوب أو ضلت الدابة أو ضاع الثوب أو غيبها الغاصب، ضمن للحيلولة أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة.

فصل

قال: **(وَلَا تُضْمَنُ الْخَمْرُ)** أي: محال لأحد من الماس وكذا حكم كل نبيذ

وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّيٍّ إِلَّا أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتْ الْعَيْنُ

مسكر وكل نجس العين، وكل نجس لا يمكن تطهيره، وفي الخمر المحترمة وجه شاذ جاز فيما ينتجه الناس من النبيذ وليس بشيء وأصله وجه مثله في جواز البيع ويجيء في الصبغ النجس والدهن المتنجس خلاف مما قيل في بيعه والمذهب المنع.

قال: (**وَلَا تُرَاقُ عَلَى ذِمِّيٍّ**) لأنهم يقرون عليها ومن يعرض عليهم في زجر فإن عاد إذن نص عليه.

قال (**إِلَّا أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا**) أي: ولو من كافر وكذا السائر وجوه الإظهار لأنهم عرضوها للإراقة بالمجاهرة.

وقال القاضي الحسين: لا يراق إلا أن يكون قد شرط عليهم في العهد عدم إظهارها، وكذا قال الْمَاوَرْدِي أنهم إذا أظهروا الصليب وجب إنكاره، ولم يجز أن يقرهم على إظهاره، ثم إن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهد منا جاز في الإنكار فصله وكسره، والأوجب الاقتصار على الإنكار ولا يكسر إلا أن يقيموا بعد إنكاره على المجاهرة، ثم قال: من تعدد القول في الخمر كالقول في الصليب، نعم، موضع إراقتها بالإظهار وإذا كانوا بين أظهرنا أما لو انفردوا ببلد أو قرية ونحوهما فأظهروها فيها فلا.

قال: (**وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتْ الْعَيْنُ**) كذا عبر الجمهور والمراد أنه لم يجاهر بها وجب عليه أخذهما منه وردها عليه للتقرير عليها، ونقل الإمام قبل كتاب «الصداق» عن المحققين أن الواجب عليه منها وإن شجه كان بقطع فالأول وأمر الخلاف يظهر في مؤنة الرد، وصرح الرَّافِعِي في باب الجزية أن عليه الرد وحكى وجهًا أنها ليست مضمونة الرد كما أنها ليست مضمونة العين.

قلت: وفي تكليف المسلم حملها إليه إشاعة والأحسن الاكتفاء بالتمكين وحكم الخنزير للنصراني فيما سبق حكم الخمر، وهل المعاهد والمستأمن في ذلك كالذمي؟ فيه نظر واعلم أن وجوب الرد في زمننا مشكل؛ لأن المذهب أن ذمة الآباء ليست كذمة الأبناء فإذن من بين أظهرنا منهم لا ذمة له؛ لأن من المعلوم أنه لم نحدد لهم عقد من إعطاء مقامه، وهذا ظاهر إن كان الوصف

وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ.

بالذمة هو الموجب للرد للخمر لا مجرد الأمان.

قال: (وَكَذَا الْمُحْتَرَمَةُ إذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ) أي: فيجب ردها إليه؛ لأن له إمساكها للتحلل هذه طريقة المراوزة، وأما العِراقيون فلا يعرفون المحترمة بل كل خمر يجب إراقتها على المسلم، وعندهم ظاهر نصوص الشَّافِعِي وتصويب المصنف على التنبيه في ذلك هفوة، والوجه قول صاحب «البحر» لو غصب من مسلم خمرًا يمسكها بنية الجلب فهل يلزمه ردها إليه؟ فيه وجهان ظاهر المذهب أنه لا يلزم.

وفي «الروضة» وأصلها بعد هذا: أنه لو غصب عصيرًا فتخمر في يده وجب عليه إراقته.

قال الرَّافِعِي: ولو جعل محترمة كما لو تخمر في يد المالك لا بقصد الخمرية لكان جائزًا وما ذكره يمشي عند المراوزة لكن الفرع منقول من كلام العراقيين وطريقتهم عدم الفرق هذا هو المفهوم من إطلاقهم، وحكى الْمَاوَرْدِي في وجوب الإراقة في هذه الصورة وجهين:

أحدهما: يجب، قاله الشيخ أبو حامد.

والثاني: له أخذها؛ لأنه قد ينتفع بها في طين أو سقي حيوان وقوله له أخذها يفهم أنه لا يجب ردها؛ بل يمكنه منها، والصواب أنه لا يرد على المسلم غير المحترمة ولا سيما إذا كان مشهورًا بشرب الخمر أو بيعه واقتنائه كذلك، وحكى ابن الرِّفْعَة فيها وجهًا لعلة إطفاء النار وبل الطين.

قال الإمام: لو رأينا خمرًا ومعها حامل يشهد أنها خمر حل لم يتعرض لها على المذهب.

وقال: طوائف أنه إذا ادعى ذلك لا يقبل منه.

قلت: وهو الوجه إلا أن يكون معلوم الورع مشهور التقوى وإلا لاتخذ الخمار وفي ذلك ذريعة إلى إفشاء الخمور وإظهارها ودعوى احترامها وأنهم عصروها للتخلية وحديث أبي طلحة ﷺ يقتضي عدم التفرق فإنها إذا كانت

وَالْأَصْنَامُ وَآلَاتُ الْمَلَاهِي لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ، بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ، ....

اتخذت خمرًا لشربها فذاك قبل تخريجها وكانت مالًا لهم ولم يقض متخذها باتخاذها، وقد أمر ﷺ بإحراقها ولو كان يجوز اقتناؤها للتخلل لأرشد إليه ودلَّ عليه ﷺ.

إشارة: حيث جازت الإراقة لا يجوز كسر الأواني إلا أن يتعذر عليها إلا به كالرمي بحجر وغيرها ويسقط منها وفي الإجنات وكذا لو كان في قوارير ضيقة الرؤوس ولو اشتغل بإراقتها لأدركه الفساق ومنعوه فلو لم يخف ذلك؛ لكن كان يضيع فيه زمانه ويتعطل شغله فله كسرها.

قال: وللولاة كسر الظروف التي تجعل فيها الخمور زجرًا وتأديبًا دون الآحاد وقد فعل ذلك في زمنه ﷺ انتهى.

قال الْمَاوَرْدِي في «أحكامه»: النبيذ عند الشَّافِعِي ليس بمال كالخمر ولا غرم في إراقته فينتهي والي الحسبة عن المجاهرة به ويزجر عليه ولا يريقه عليه إلا أن يأمر بإراقته حاكم من أهل الاجتهاد لئلا يتوجه عليه غرم عند من أوجبه فيه.

قلت: وكان الكلام مفروض فيما إذا كانت المجاهرة به تستحله مذهبًا أو تقليدًا، أما لو كان ممن يرى تحريمه فالظاهر أنه في حقه كالخمر المجمع عليه، وهل على العامي التصرف الذي لا يتبع مذهبًا كهذا وكالمستحيل؟ فيه احتمال.

قال: (**وَالْأَصْنَامُ وَآلَاتُ الْمَلَاهِي**) أي: والصلبان فكل ما حكم بتحريمه أو تحريم اتخاذه (**لَا يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ**)؛ لأنها محرمة الاستعمال والاتخاذ فلا حرمة لصنعها.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُكْسَرُ الْكَسْرَ الْفَاحِشَ بَلْ تُفْصَلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ التَّأْلِيفِ**)؛ لأنه إذا فصل أجزاءها عادت كما قبل التالف وزوال الاسم وعسرت الإعادة لا باستباق الصفة فيكون أدعى للترك.

والثاني: أنها تكسر وترد حتى تنتهي إلى حد لا يمكن اتخاذها منه آلة محرمة لا الأولى ولا غيرها؛ لأنه أبلغ في الزجر عن القول.

فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ، وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ.

والثالث: بديله عن حالة صلاحيته لاستعمال المحرم فيكفي رفع وجه الربط ونحوه ويبقى كالقصعة ويرفع أحد حدَّي الصليب عن الآخر.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ الْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَذَا الْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ الْمُنْكَرِ أَبْطَلَهُ كَيْفَ تَيَسَّرَ**) أي: وإن زاد على قولنا أنه الأصح إذا لم يكن دونه للحاجة على ذلك ويجيء في الثاني في التفصيل الذي اعتبرناه ما قاله الْغَزَالِي في الإراقة من القوارير الضيقة الرؤوس فيما يظهر.

قال في «البسيط»: وأجمعوا أنه لا يجوز إحراقها لأن رضاضها متمول، انتهى.

ومن اقتصر في الإبطال على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن تعداه مع تمكنه من الاقتصار عليه لزمه تفاوت ما بين الزيادة والحد المشروع، فلو اختلفا فقال المنكر: لم تكتبني إلا ذلك وخالفه صاحب الآلة فمن المصدق؟ لم أر فيه شيئًا وهو محتمل.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: أتلف جلدًا غير مدبوغ، قال: وكان جلد منتِّنة صدق بيمينه، ولو أراق شيئًا فقال المالك عصيرًا، فقال المتلف: بل كان خمرًا صدق المالك بيمينه؛ إذ الأصل بقاء المالية وبقائها.

قال: (**وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِالتَّفْوِيتِ وَالْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ**) لأنها تضمن بالعقد الفاسد فبالغصب أولى كالعين فكل عين تجوز إجارتها تضمن منفعتها إذا بقيت بيده مدة لها أجرة الكلب.

تنبيهات: قيل: كان الأحسن أن يقول في يد عادية أو مترتبة عليها وهذا أحسن لكن ليس على إطلاقه عند التأمل فيما أحسنه لاحقًا أن منافع المعارف ونحوها من الآلات المحرمة غير مضمونة ولا يضمن منفعة كلب الصيد ونحوه على الأصح بناءً على الأصح في إجارته وفي باب بيع الكلاب من غصب كلبًا يجوز اقتناؤه استرد منه، ثم إن كان انتفع به ففي لزوم أجرته وجهان بناءً على

وَلَا تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ إِلَّا بِتَفْوِيتٍ، وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ ....

إجارته، والذي أراه تصحيحها وإن لم يصححها فالأوجه عندي إثبات أجرة المثل فإنها منفعة مقصودة فطلب بأموال، فإن امتنعت الإجارة لتغليظ نسبة المنع من التعامل على الكلاب فلا وجه لتعطيل منفعته، انتهى.

وفي «التتمة» أنه لو غصب جلدًا متنًة فاستعمله ضمن أجرة المثل، وإن لم يستعمله فعلى وجهين كما ذكرنا في الكلب، انتهى.

فحصل في ضمان منفعة الكلب أوجه: ثالثها: أن ينتفع به لزمه أجرة المثل وإلا فلا.

قال: **(وَلَا تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ)** يعني: الفرج من النساء.

(إِلَّا بِتَفْوِيتٍ) أي: وهو الوطء من واضع الذكورة على ما سيأتي بيانه ولا يضمن منفعته بالفوات بحال حرة كانت أو أمة؛ لأن الحرة لا تدخل تحت اليد ويد الأمة على بضعها؛ ولهذا يزوج السيد المغصوبة.

قال: **(وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ فِي الْأَصَحِّ)** يعني: إنما يضمن بالتفويت بأن سجن قهرًا في عمل لمثله أجرة ولا يضمنها بالفوات كما لو حبسه وعطل منافعه؛ لأنه لا يدخل تحت اليد فمنافعه فاتت تخييره.

والثاني: يضمن بالفوات أيضًا كمنافع الأقوال.

إشارة: لو أوصى منافع عبده أبدًا ثم أعتقه الوارث أو أجَّره سيده مدةً طويلةً ثم أعتقه وبقيت منافعه للموصي له وللمستأجر حبسه حابس عنه مدة فوت عليهما منافعه فيها فيبعد القول بعدم ضمانها لهم فيها، ولا تنقدح عندي احتياطها البتة ولم أر في ذلك بخصوصه نصًا، لكن قضية إطلاقهم الإهدار كالحر الأصلي وهو بعيد؛ لأن الحق الغير.

فرع: قال **الْمُتَوَلِّي**: لو نقل حرًا صغيرًا أو كبيرًا فقيرًا إلى موضع وكان له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول واحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل لتعديه.

قال: **(وَإِذَا نَقَصَ الْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ اسْتِعْمَالٍ)** أي: كثقب الثوب مثلًا وعمى

وَجَبَ الْأَرْشُ مَعَ الْأُجْرَةِ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، فَإِذَا حَلَفَ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوْ فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خُلُقِيٍّ ....

العبد وسقوط يده باقٍ فـ(وَجَبَ الْأَرْشُ مَعَ الْأُجْرَةِ) للنقص والفوات فيجب أجرته عليمًا قبل حُدوث النقص وناقصًا لما يعلمه.

قال: (وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ) أي: بالاستعمال.

(بِأَنْ بَلِيَ الثَّوْبُ فِي الْأَصَحِّ) كما لو حصل النقص بسبب آخر.

والثاني: لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال المقابل بالأجرة فلا يجب له ضمان آخر، والأول يقول: الأجرة ليست في مقابلة الاستعمال؛ بل في مقابلة الفوات.

قال:

(فَصْلٌ؛

ادَّعَى تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) إذا عجز عن البينة مع صدقه فيتخلد حبسه، والثاني: يصدق المالك إذ الأصل البقاء ما لا تحمله كالرياحين والإمراق ونحوها مع طول المدة.

قال: (فَإِذَا حَلَفَ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ) للعجز عن الحق بيمينه، والثاني: لبقاء العين بزعمه وبجلها إذا لم يرجع المدعي فيصدق على تلفه فإن رجع غرمه، وهل يجري الوجهان فيما لو كان المدعي أو المحجور أو ناظر ونحوهما؟ فيه نظر لما فيه من الضرر اللاحق للغير، ويجوز أن يقال يقوم الحاكم مقامه في التغريم حفظًا على المستحق فتأمله.

قال: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوْ فِي الثِّيَابِ الَّتِي عَلَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خُلُقِيٍّ) أي: كقوله وكذا أكمه أو أعرج أو أسل.

(**صُدِّقَ الْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ**) أما في الأولى فلأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة، وأما الثانية: فلأن يده على العبد وما عليه وسبق في الإقرار في ذلك وجه قطع به جماعة؛ لأن يد العبد كيد سيده، وأما في الثالثة: فلأن الأصل العدم والبينة ممكنة هذا هو الصحيح، ومنهم من جزم به.

وقيل: يصدق المالك أخذًا لتبلغه السلامة، وقيل: نفرق بين ما يبدو من العيوب وغيرها فيصدق المالك فيما يبدو والغاصب في غيره.

فروع: أقام المالك بينة بقيمته قبل الغصب لم يسمع، وقيل: يصير لأجلها القول قول المغصوب منه؛ لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وتبعه الْمَاوَرْدِي والروياني، ولو أقام بينة بصفاته أو أقربها الغاصب لم يعتمدها المغصوب.

قال الإمام: لكن يستفاد بينة الأوصاف إبطال دعواه مقدارًا حقيرًا لا يليق بتلك الصفات ويصير كما لو أقر بصفات تقتضي التفاسد ثم قوله لا يليق بها لم يلتفت إليه؛ بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدًّا يجوز أن يكون قيمة المثل ذلك الموصوف وتبعه الرَّافِعِي والمصنف وقضية ما في «البحر» أنه لا أثر لهذه البينة أصلًا بخلاف اعترافه بالصفات فإنه قال: قال الشَّافِعِي في «الأم»: لا تقبل هذه الشهادة ولا يسقط قول الغاصب بذلك؛ لأنه يجوز أن يعلم الغاصب بها إذا انتقص قيمتها مع وجود هذه الصفات بها، أما لو أقر الغاصب بالصفات وادَّعى مع ذلك أن قيمتها خمسمائة ويعرف أن من هو بتلك الصفات يساوي ألوفًا لا يقبل قوله؛ لأنه غير ممكن ذكره الْقَفَّال، انتهى.

وفي «الكافي» أنه لو وصف العبد وذكر مع الصفات القيمة وأقام شاهدين فبيَّنا أوصافه كما ذكرنا ولم نذكر القيمة.

قال الْقَفَّال: سمع به شهادتهما ويثبت العبد بهذه الأوصاف، والقول قول مالكه في قيمته، وقال القاضي يعني: الحسين لا يسمع إلا بعد بيان القيمة، وهو الأصح فإن قبول قوله بلا حجة لا معنى له، انتهى.

وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ.

وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبِسَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ، وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ.

وهذا هو المذهب والمنصوص، قال المالك: قيمته مائة، وقال الغاصب: خمسون فجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسين من غير تقدير، قيل: لا يسمع وسمعها الأكثرون وفائدته أن تكلف أي: يزيد على خمسين إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه.

قال: (**وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ يُصَدَّقُ الْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه الأصل والغالب السلامة.

والثاني: يصدق الغاصب؛ لأن الأصل براءة الذمة، هكذا حكى الْمَاوَرْدِي وغيره الخلاف وجهين، وقيل: المصدق المالك قطعًا ونقلا الخلاف في«الروضة» و«الشرحين» قولين ولو ردَّه وبه عيب، وقال: هكذا غصبه، وقال المالك: بل حدث عندك؛ صدق الغاصب بيمينه، قاله في «الشامل» وتبعه الْمُتَوَلِّي والروياني والعمراني وحكاه الْبَنْدَنِيجِي عن النص، ثم حكى وجهًا آخر أن المصدق المالك.

قيل: وصورة الكتاب فيما إذا كان المغصوب تالفًا.

قال: (**وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ الْقِيمَةِ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ**) أي: بسبب الرخص (لم يلزمه شيء) لأن الفاسد غياب الناس والعين باقية بحالها، وقيل يلزمه نقص القيمة.

وقال الإمام: إنه مقياس.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَصَارَتْ بِالرُّخْصِ دِرْهَمًا ثُمَّ لَبِسَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَهِيَ قِسْطُ التَّالِفِ مِنْ أَقْصَى الْقِيَمِ**) أي: وهي العشرة في مثالنا؛ لأن الاستعمال استحقت منه أجزاء وهي مسألتنا نصفه فيغرم النصف منسوبًا إلى أقصى القيم كما يغرمها كلها عند تلفه وقس على هذا.

فرع: قال الإمام: والصفات في هذا كالأجزاء.

قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أَتْلَفَ أَحَدَهُمَا غَصْبًا أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الْأَصَحِّ، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ الْآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ أَتْلَفَ أَحَدَهُمَا غَصْبًا**) أي: له بمفرده.

(**أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي الْأَصَحِّ واللهُ أَعْلَمُ**) أي: خمسة للتالف وثلاثة لما حصل من التفريق الحاصل عنده، هذا ما أجاب به الرَّافِعِي فيما إذا تلف أحدهما.

وقيل: يلزمه درهمان؛ لأنه لم يتلف عنده إلا ما قيمته درهمان ذكره في «التنبيه»، وفي «الروضة» وفي «التتمة» والذي فيها نقل وجه: أنه يلزمه خمسة لا هذا وأما إذا أتلف أحدهما أو غصبه بمفرده وأتلفه فأوجه أصحها عند الجمهور على ما ذكره.

وثانيها: يلزمه خمسة كما لو أتلف كل فرد رحل، وصححه الإمام والْبَغَوِي.

وقال في «الروضة»: إنه الأقوى، ونقله الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» عن عامة أصحابنا وقرره خلافًا لصاحب «التلخيص».

والثالث: يلزمه درهمان.

إشارات: ظاهر كلام المصنف عود الخلاف إلى الجميع، وكذا حققه ابن الرِّفْعَة وصرح به في «البيان».

وقال في «الروضة»: في الأولى لزمه كذا قطعًا وخص الأوجه بالصورتين الأخيرتين الخلاف جارٍ في كل فردين لا يصلح أحدهما إلا بآخر، وأجراه الدارمي في زوجي النظائر إذا كان يساوي مع زوجه أكثر وهذا يجيء في القدح وولد البهيمة والأمة معه وربما ذكرته في جنايات «الغنية».

فرع: قال الشيخ أبو علي: لو غصب جاريةً لها ولد رضيع أو شاةً فهلك الولد لانقطاع اللبن فإن لم يوجد هناك من يُرضع الولد ضمنه الغاصب، وإن وجد مرضع فلا، كما لو حبس رجلًا فسرق ماله أو ضاع لم يضمنه الحابس.

وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ هَرِيسَةً فَكَالتَّالِفِ، وَفِي قَوْلٍ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ.

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ فَكَالتَّالِفِ**) في المغصوب.

(**يَسْرِي إِلَى التَّلَفِ بِأَنْ جَعَلَ الْحِنْطَةَ هَرِيسَةً**) أي: مثلًا فيلزمه بذل جميعه من مثل أو قيمة لإشرافه على الهلاك هذا ما رجحه العراقيون وعليه فلمن تكون الهريسة ونحوها؟ وجهان كذا نقلاهما بلا ترجيح، وفي «شرح التعجيز» أنها تكون للغاصب، وفي وجه حكاه الْمُتَوَلِّي يكون للمالك، فلا يكون الغصب سببًا للملك.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ النَّقْصِ**) أي: الساري واختاره الإمام والْبَغَوِي كما لإسرائه له، وقطع بهذا القول بعضهم وفي قول يتخير المالك بين ذلك وبين تغريمه بدل ماله أو سجنه وفي «الشرح الصغير» وأفهم كلامه المثل إليه وهو كالتوسط بين القول الأول والثاني.

وقال في «الكبير»: إنه به أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد.

قلت: وصححه الرُّويَانِي في «الحلية»، ورجحه المسعودي واخترته في «الغنية».

تنبيهات: منها: لم يصرح الرَّافِعِي في كتبه بترجيح وعجب ترجيح «المنهاج» ذلك واحدة من قول «المحرر» رجح منها كذا وكذلك قال في «الروضة»: إنه رجحه في «المحرر».

ومنها: حكى قول رابع شاذ أنه يتخير الغاصب بين إمساكه وغرمه، وبين رده مع أرشه وليس بمذهب، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» يقتضي أن الإجماع على خلافه.

ومنها: إطلاقه يفهم أنه لا فرق بين حصول النقص الساري بفعل الغاصب أو بغيره وكان ينبغي أن يقيده بفعله، وكأنه النفي عنه بالمثال، أما لو عيَّن الطعام في يده بطول المكث فطريقان.

قال الشيخ أبو حامد: هو كمثل الحنطة يتعين أخذه مع أرشه، واختاره ابن

وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْمَالِ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ غَرَّمَهُ الْمَالِكُ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ، ....

الصباغ، وصححه في «الروضة».

ومنها: عدًا من أمثلة المسألة ما إذا غصب سمنًا وتمرًا ودقيقًا وعمله عصيدة، وقال في «الشامل» وغيره عن «الأم» أن المالك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء طالبه بنفقات قيمته إن نقصت، وبه جزم الْعِمْرَانِي مع حكايتهم الخلاف في بل الحنطة، وقولهم أن المنصوص في «الأم» غرامه مثلها، وهو مؤيد للمختار في صورة الكتاب وفي نسبة الترجيح إلى العراقيين مطلقًا فيها يسمح فإن كثيرين منهم سكتوا عن الترجيح.

قال: (**وَلَوْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ لَزِمَ الْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ**)؛ لأنه نقص حدث في يده وهو مضمون عليه.

(**بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْمَالِ**) أي: الواجب بجنايته؛ لأن الأقل إن كان هو القيمة فهي المضمونة، وإن كان المال فهو الذي وجب، وفي قولٍ يفتديه بالأرش ما بلغ كالقولين في فك السيد الجاني.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ**) أي: تلف العبد الجاني في يد الغاصب.

(**غَرَّمَهُ الْمَالِكُ**) أي: أقصى القيم من الأعيان المغصوبة.

(**وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ**) أي: تغريم الغاصب إن لم يكن غرمه؛ لأن الجناية مضمونة عليه.

(**وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ الْمَالِكُ**) أي: من الغاصب؛ لأن حقه كان متعلقًا بالرقبة فيتعلق ببدلها كما لو أتلف المرهون يكون قيمته رهنًا، وقيل: إنما يطالب الغاصب لا غير كما لو أخذ المجني عليه الأرش لم يتعلق به المالك فهما كرجلين لكل منهما دين على ثالث ورجحه ابن الرِّفْعَة في مطلبه.

قال: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ**) أي: بما أخذه المجني عليه من تلك القيمة التي أخذها المالك من الغاصب؛ لأن ما أخذه لم يسلم له؛ بل

وَلَوْ رَدَّ الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ.

وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ، وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ، ....

أخذ منه لجناية مضمونة على الغاصب.

قال: (**وَلَوْ رَدَّ**) أي: الغاصب.

(**الْعَبْدَ إِلَى الْمَالِكِ فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ رَجَعَ الْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى الْغَاصِبِ**) لحصول الجنائية حين كان مضمونًا عليه بخلاف ما لو سبقت الجناية الغصب ثم رد وبيع فيها لم يرجع المالك بشيء؛ لأنه حين الجناية لم يكن مضمونًا عليه.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ أَرْضًا فَنَقَلَ تُرَابَهَا أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَى رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ الْأَرْضِ كَمَا كَانَتْ**) أي: عند تعذر رده كسائر المثليات فإن فقد مثله ضمن قيمته وفيها وجهان:

أحدهما: تقوم الأرض بترابها ثم بعد أخذه منها ويضمن ما بين القيمتين.

والثاني: يضمن أكثر الأمرين، وهكذا، أو من قيمة التراب بعد نقله عنها، ذكراه في «الحاوي» و«البحر» ونسب الأول إلى النص.

إشارة: لو كانت الأرض مستحسنة بالنماء وبغير الوجه المحكي عن النص ولا كلف رد مثله فيما يظهر ولم أر فيه نصًا.

قال: (**وَلِلنَّاقِلِ الرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ**) أي: بأن كان قد دخل الأرض نقص يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش أو نقله إلى ملكه أو ملك غيره وأراد تفريغه أو سارع ويخاف من التغير به الضمان بل لو منعه المالك من رده لم يسمع منه لدفع الضرر عنه، وهذا إذا لم ييسر نقله إلى موات ونحوه من طريق الرد، فإن تيسر لم يرده إلا بإذن، قاله الإمام وغيره، وكذا لو كان قد ألقاه أولًا في موات أو أرض للمالك أن يكون الحكم كما لو كان الموات في طريقه كما سبق، وإذا رده بغرض معتبر فمنعه المالك من بسطه كما

وَإِلَّا فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَا، وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلَا أَرْشَ لَكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا.

كان؛ امتنع إلا أن يكون في الأرض حفر بخلاف من تلف شيء بها فله فرشه كطم البئر كما سيأتي.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يكن له فيه غرض بأن تلفه إلى موات أو من جانب الأرض إلى جانبها.

(فَلَا يَرُدُّهُ بِلَا إِذْنٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لا يقع له فيه، والثاني: له رده؛ لأنه رد ملكه إلى محله، والخلاف إذا لم يمنعه المالك من الرد، فإن منعه لم يرد جزمًا، والخلاف مبني على أنه لو منعه فخالف فهل للمالك تكليفه النقل؟ بأننا إن قلنا فله الرد بغير رضاه وإلا فلا وهو الأصح.

قال: **(وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ الْبِئْرِ وَطَمُّهَا)** أي: وحكمه ما سبق فلو منعه المالك الطم ورضي باستدامة البئر ونحوها فإن كان للغاصب غرض سوى دفع ضمان السقوط فله الطم وإلا فلا في الأصح، وأجراهما الرُّويَانِي وغيره فيما لو قال: أبرأك من ضمان ما يتعلق بحفرهما وصحح الإبراء فلو لم يقل: رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الظلم.

قال **الْمُتَوَلِّي**: فهو كما لو صرح بالرضا ليضمنه إياه، ورواه الرُّويَانِي عن الأصحاب ومنعه الإمام.

قال **الْمَاوَرْدِي**: لو تراضيا على إبقاء البئر لم يزل عن الغاصب ضمان من يتردى فيه وليس للمالك مطالبته بمؤنة السيد؛ بل إنما يأخذه متى شاء. قال: **(وَإِذَا أَعَادَ الْأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ فَلَا أَرْشَ)** أي: لعدم ما يوجبه **(لَكِنْ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِمُدَّةِ الْإِعَادَةِ)** عبارة «الروضة» لمدة الحفر والرد، انتهى.

وهذا إذا كان لوضع البئر أجرة، وقال: إن كان رده إليها بعد تسليمها إلى المالك فلا أجرة عليه.

قال: **(وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا)** أي: مع الأجرة إن كان للموضع

فَصْلٌ

وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ وَأَغْلَاهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ، رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ، وَإِنْ نَقَصَتَا غَرِمَ الذَّاهِبُ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَةِ أَكْثَرَ.

أجرة لاختلاف سببهما كضمانه سائر صفات المغصوب الفائتة.

فرع: حكم فعل التراب وحفر البئر وغيره بلا غصب ولا إذن حكم الغصب.

فصل

قال: **(وَلَوْ غَصَبَ زَيْتًا وَنَحْوَهُ)** أي: من الأدهان.

(وَأَغْلَاهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ، رَدَّهُ) أي: فإن غصبه رطلًا قيمته درهم فأغلاه فبقي نصف رطل قيمته درهم ورده لبقاء العين.

(وَلَزِمَهُ مِثْلُ الذَّاهِبِ فِي الْأَصَحِّ) أن له بدل مقدر وهو المثلي فصار كما لو خص العبد فزادت قيمته، والثاني: يرده ولا شيء عليه جبرًا للنقصان بالزيادة، وزيف في «البحر» طريقة الوجهين وقال: المنصوص غرم الذاهب.

قال: **(وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ فَقَطْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ)** أي: جبرًا له.

(وَإِنْ نَقَصَتَا) أي: العين والقيمة جميعًا.

(غَرِمَ الذَّاهِبُ وَرَدَّ الْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إنْ كَانَ نَقْصُ الْقِيمَةِ أَكْثَرُ) هذا هو المنصوص وعليه الجمهور، ومعناه: أنه يرد الباقي ويغرم الذاهب قطعًا، ثم إن لم يكن حصل في المال نقص فذاك وإلا رده مع أرشه، مثال الأول: إطلاق قيمتهما درهمان صار بالأغلا رطلًا قيمته درهمان فرده ورطلًا.

ومثال الثاني: صار رطلًا قيمته نصف درهم فيرد الباقي ويرد معه رطلًا ونصف درهم، وقيل: عليه أكثر الأمرين من عدمه نقص عينه ونقص قيمته ومقتضاه أنه يضمن في الأول ما قلنا، وفي الثاني درهمان ونصف.

فرع: في إعلامه النقص طريقان قيل كالزيت أصحهما لا فلا يضمن مثل

وَالْأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ، وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعًا.

الذاهب منه إذا لم ينقص قيمته؛ لأن الذاهب منه مائيته، ومن الزيت زيت ويجري الخلاف في العصير يصير خلًا والرطب يصير تمرًا، وأجراه الْمَاوَرْدِي والروياني في اللبن يجعل جبنًا، ولابن الرِّفْعَة فيه توقف أجيب عنه في «الغنية» فهذا ولما قلته كله، انتهى النقص فإن لم ينته فهو عيب شاذ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ السِّمَنَ لَا يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ**) أي: طرأ في يده لم يثبت بعده وعادت قيمتها كما كانت؛ لأن السمن الثاني غير الأول، والثاني يجيزه كما لو ابيضت العين لجناية ثم زال بياضها وأجرى الإمام الوجهين في الحسن إذا زال ثم عاد وأجزنا فيما لو كسر الحلي ثم أعاد مثل تلك الصنعة.

قال في «البحر»: لو غصب عبدًا بيمينًا تساوي ألفًا فنزل أو قاهر له حتى ذهب بيمينه فزادت قيمته بالهزال ولم ينقص فلا شيء عليه؛ لأن ما نقص منهُ لا قيمة له، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي والسمن مفرط واعتدل لم تنقص القيمة فلا غرم، ولو كانت معتدلة الثمن فأفرط ثمنها بيد الغاصب فنقصت قيمتها، قال القاضي أبو الطيب: فلا غرم؛ لأنها لم تنقص حقيقةً ولا عُرفًا.

قلت: وفي الثاني وقفة؛ لأن السمن المفرط قد شوه الخلقة ويعطي بعض المحاسن ويمنع النهوض وكثير من الأعمال وعده أبو الطيب من الأمراض فعدم ضمان القيمة الحاصل به بعيد.

قال: (**وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ النِّسْيَانَ**) أي: أو تعليمها عند الغصب يجبر النسيان لأن ذلك لا يعد شيئًا متجددًا بخلاف السمن، ومنهم من قطع بهذا، والثاني: لا يجبر كالسمن ويحتمل أن يفرق بين التذكر والتعلم بأننا والعلم المحترم كالصنعة في ما ذكرنا وهذا كله إذا عاد كما كان فلو لم يبلغ بإلغائه القيمة الأولى ضمن بقية البعض قطعًا.

قال: (**وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لَا يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَى قَطْعًا**) لأن كل زيادة تخالف

وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ لِلْمَالِكِ وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً.

وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ.

حبس التي قبلها لا يجبرها ويد العبد كصنعته وعمله، وقيل: يضمن البعض.

قال **الْمَاوَرْدِي**: وهو الأشبه بقاعدة **الشَّافِعِي**، وكذا الحكم فيما لو رده مريضًا قبرًا وزال الأثر المفهوم من إطلاقهما أن يذكر المستثنى من صنعة وغيرها أو يعلمه تخير النسيان سواء حصل بذكره أو يعلمه في يد الغاصب أو بعد رده.

وقال **ابن الرِّفْعَة**: لو تذكر في يد الغاصب فالذي يظهر الجبر أيضًا فأشعر بأن ما ذكروه من التذكر والتعلم فيما إذا حصلا بعد الرد وهو عجيب ويبعد أن يتخير ذلك بتعلم المالك له بالتاء بخلاف التذكر.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ لِلْمَالِكِ**)؛ لأنه عين ماله.

(**وَعَلَى الْغَاصِبِ الْأَرْشُ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً**) أي: من الغصب لحصوله في يده، والثاني يعدم مثل العصير.

وقال **الْمَاوَرْدِي**: يغرم قيمته؛ لأنه بالتخمر كالتالف وعلى هذا الخل له أم للمالك؟ وجهان أصحهما للمالك وفي «التنبيه» وجه أنه يرد الخل ويضمن مثل العصير وأرش ما نقص وهو سهو، وحاول **ابن الرِّفْعَة** إثباته.

إشارة: الخلاف والترجيح جاء فيما لو غصب بيضًا فتفرخ عنده أو بذر أو نوى فنبت أو بزر قز أو نحوها، وقيل: هو للمالك قطعًا في هذه الصور، وجعله **الرُّويَانِي** المذهب وزيف أجزاء الخلاف فيها.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الْخَلَّ وَالْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ**) لأنهما فرع ملكه فإن تلفا بيده غرمهما.

والثاني: هما للغاصب لحصولهما عنده مما ليس بمال.

فَصْلٌ

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقَصَّارَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ،

والثالث: الخل للمالك دون الجلد.

والرابع: عكسه؛ لأن الجلد يقتنى دون الخمر، وخص الإمام الخلاف بالخمر المحترمة وجزم بعدم وجوب الرد في غيرها، وخصصه الْمُتَوَلِّي بغير المحترمة وجزم بوجوب الرد فيها، نعم لأن في الرابع في المحترمة إن قلنا إنها تقتنى للتخلل، وقوله ولو غصب يسير إلى أنه لو أعرض ذو اليد عنهما فإن الخل والجلد يكونا للأخذ وهو الصحيح.

فرع: هلكت البهيمة عنده فعليه القيمة وتسليم الميتة، قاله الدارمي، والظاهر أنه لا يلزمه مؤنة ردها إلى المالك؛ بل يخلى بينه وبينها ويحتمل خلافه ولو غصب خشبًا أو غيره فأحرقه فالرماد له أو للمالك؟ فيه وجهان في «البحر».

والثاني: أفتى الْبَغَوِي وفي مؤنة الرد ما أشرنا إليه.

فرع: غصب وثيقةً أو سجلًا ونحوهما وأتلفه ضمن قيمته الكاغد فقط، قاله الْمَاوَرْدِي والفوراني والروياني وغيرهم وسواء أبطل الاحتجاج به أم لا ، ولو نجاه فقط فلا غرم إلا أن ينقص قيمة الكاغد فيغرم نقصه، قاله الْمَاوَرْدِي والروياني، وذكر الشيخان في آخر الوديعة عن بعضهم أنه لو أودعه قبالة وقال لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيك دينارًا فدفعها إليه قبل أن يعطيه فعليه قيمة القبالة مكتوبة الكاغد وأجرة الوراق، وأفتى ابن الصلاح بأنه يلزمه قيمة الكاغد؛ لكن لا قيمة ورقة ساذجة؛ بل قيمة ورقة فيها إثبات ذلك الملك، فيقال كم قيمة ورقة يتوصل بها إلى إثبات مثل هذا الملك ثم يوجب ما ينتهي إليه التقويم، انتهى، والمنقول ما ذكرناه أولًا.

قال:

(فَصْلٌ:

زِيَادَةُ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَرًا مَحْضًا كَقَصَّارَةٍ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا) لعدوانه.

وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ، وَأَرْشَ النَّقْصِ.

وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ.

قال **الْمَاوَرْدِي**: وغلط بعض أصحابنا فجعله شريكًا كالفلس وأجرى في غير القصارة من الآثار.

(**وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُه رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ**) أي: كما لو طبع الورق دراهم أو حليًا أو النحاس ونحوه من أواني أو الطين لبناء لتعديه بما فعل، فإن لم يمكن كالقصارة فلا، بل يرده بحاله وأرش نقصه إن نقص، وشرط **الْمُتَوَلِّي** أن يكون له في الرد كما كان غرض صحيح خلافًا للإمام، وإطلاق الشيخين موافقه، والأول أحسن ويخرج من «الحاوي» أن المسألة على وجهين.

إشارة: قوله (**وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ**) يؤخذ منه أنه الغاصب.

(**رَدَّهُ كَمَا كَانَ**) وعليه الأرش إلا أنه إذا كان له فيه غرض صحيح لم يمنع وولي المحجور ففعل ما هو الأحوط له.

قال: (**وَأَرْشَ النَّقْصِ**) أي: إذا ردّه ناقصًا لدخوله في ضمانه.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا**) يعني: الزيادة عينًا.

(**كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ كُلِّفَ الْقَلْعَ**) أي: وأرش النقص؛ لأنه عرق ظالم «ليس لعرق ظالم حق»(١) حديثٌ حسنٌ، سبق في العارية.

ولو أراد الغاصب القلع مكّن منه؛ لأنه عين ماله وإذا قلع لزمه الأجرة وفي وجوب التسوية والأرش ما تقدم في نقل التراب ولو نقصت الأرض لطول مدة الغراس.

قيل: يجمع بين الأجرة وأرش النقص ألا يجب لأكثرهما فيه ما سبق في إتلاف الثوب بالاستعمال وليس لرب الأرض تملك البناء والغراس ولا إبقاء الزرع بأجرة على الأصح ليمكنه من القلع مجانًا.

فرع: لو كان الغِراس لصاحب الأرض، ففي «الحاوي» و«البحر» أن له

---

(١) تقدم تخريجه.

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ، ....

إلزامه بقلعه إن كان له فيه غرض وعليه أرش نقصه، وإن لم يكن له فيه غرض صحيح ففي إجباره وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه عيب.

والثاني: نعم؛ لتعديه، فلو كانت القيمة تنقص بالقلع عما كانت قبل غرسه يطالب المالك بأرشه مع تركه قائمًا ولا نقص فيه فعلى الأول لا يجاب، وعلى الثاني يجاب؛ لأنه لما استحق المطالبة به مع إلزامه مؤنة القلع فلأنه يستحقه مع عفوه عن القلع أولى.

قال **الْمَاوَرْدِي**: وإن غصب الغرس من أجنبي فلكل منهما إلزامه القلع ثم يرجع كل عليه بنقص ملكه فلو اشترى المالك الأرض والغرس قبل قلعه فله أخذ الغاصب بقلعه حيث له فيه غرض صحيح، وله أرش نقص الأرض دون الغرس، ولو اشترى الآخر الأرض فالحكم كما مرّ، وإن بقي كل شيء على مالكه وهرب الغاصب قبل القلع وأزاد ففي ممن يتحمل مؤنته منهما وجهان، ثم هي بمجملها دين على الغاصب.

قال: (**وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ بِصَبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي الأَصَحِّ**) كما يجبره على قلع الغراس، والثاني: لا لما فيه من الضرر بخلاف الغراس فإنه لا يضيع بالقلع.

واعلم أنهما لم يصرحا في «الروضة» و«الشرحين» بترجيح؛ بل عبارة «الشرح الصغير» تشعر بترجيح المنع، فإنه قال: أرجحهما عند جماعة منهم الإمام **والْبَغَوِي** نعم، وأظهرهما عند العراقيين وابن **سُرَيْج** لا، ثم فرّق بين الصبغ والغراس، والمنع هو ما نقله القاضي الحسين والعمراني عن عامة الأصحاب وصححه **الرُّويَانِي** في «الحلية».

وقال في «البحر»: إنه ظاهر المذهب؛ لأن **الشَّافِعِي** قال: إن شئت فاستخرج الصبغ فجعله إلى اختيار الغاصب ولم يجبره على نزعه، انتهى، وإذن الجمهور على المنع لا الإجبار.

وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ، وَإِنْ نَقَصَتْ لَزِمَهُ الْأَرْشُ وَإِنْ زَادَتْ اشْتَرَكَا فِيهِ.

إشارة: نقل الإمام أن الخلاف فيما إذا كان المفصول يصبغ حمله ولا يبقى منه إلا شيء حقير، وجعل الْمَاوَرْدِي محل الوجهين إذا كان الصبغ قد أحدث زيادة يفوتها بالفصل فإن لم يكن كذلك أجبر وإن نقص به الثوب وفي «الذخائر» عن العراقيين أن محلهما إذا نقصت قيمة الصبغ بالقلع فإن لم تنقص أجبر قطعًا كما جزم به المراوزة في الحالين، قاله ابن الرِّفْعَة.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ)** يعني: فصل الصبغ.

(فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ) مصبوغًا بأن كان قبل الصبغ عشرة وبعده عشرة.

(فَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ)؛ لأن صبغه ممحو كما لو طيرته الريح.

(وَإِنْ نَقَصَتْ) يعني: قيمة الثوب فصار يساوي خمسة.

(لَزِمَهُ الْأَرْشُ) كغيره من النقص الحاصل بفعله.

(وَإِنْ زَادَتْ) إلى أن صار يساوي عشرين.

(اشْتَرَكَا فِيهِ) أي: هذا بثوبه وهذا بصبغه لا شركة شيوع، ثم نقل الرَّافِعِي عن إطلاق الأكثرين أن الزيادة بينهما وأن النقص عن الصبغ، وعن «الشامل» و«التتمة» أنه إن زاد بالعمل فالزيادة بينهما أو بارتفاع قيمة أحدهما فقط فالزيادة لمالكه وأما النقص فإن كان لانخفاض سوق الثوب عنه أو لسعر الصبغ أو بسبب العمل فمن الصبغ.

قلت: وهذا التفصيل هو الحق وبه جزم القضاة الْبَنْدَنِيجِي وأبو الطيب والحسين والروياني وفي قضية كلام «النهاية» و«البسيط»؛ لكنهما ذكرا في طرق البعض.

قال الرَّافِعِي: ولكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق، وأفهم في «الشرح الصغير» ضعفه أو غراسه حيث نقل إطلاق الجمهور، ثم قال: وقيل كذا والتفصيل متعين وهو يستعمل لفظه، وقيل: فيما لم يكن مشهورًا عنده ولا يزيد به التوهين؛ بل نقل ذلك فيما لم يذكروا سواه وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

....

فروع وتنبيهات: عن القديم أنه إذا لم يمكن فصل الصبغ فإنه رب الثوب وعنه أيضًا إطلاق القول بأنه معوز به وهما شاذان، وقول المصنف أول المسألة بصبغة تشير إلى صورتين:

الأولى: أن يكون الصبغ لرب الثوب فإن لم يحدث بفعله نقص فهو للمالك ولا غرم له ولا شيء للغاصب إن زادت القيمة وإن حدث بفعله نقص غرم الأرش.

الثانية: أن يكون الصبغ لثالث فإن لم يحدث بفعله نقص فلا غرم عليه وهما شريكان فإن حدث نقص والنقص على الصبغ كما سبق ويغرم لصاحبه ما نقص جميع ما سبق فيما إذا لم يكن الصبغ بمؤنها، فإن كان قال **الرَّافِعِي**: فهو كنظيره من التزويق وحكمه أنه ليس للغاصب نزعه إلا برضا المالك وإجباره عليه في الأصح كالثوب يعصر، قاله في أصل «الروضة»، والرافعي نقله عن **الْبَغَوِي** وأقره وفيه وقفة ويظهر أن له إجباره؛ لأنه عين حقيقة وليس أمرًا محضًا كالقصارة لو ذهب الغاصب الصبغ من المالك وأمكن فصله ثم يجبر على قبوله على الأصح في زوائد «الروضة» كالغرس، وصحح مقابله **الرُّويَانِي**.

وقال **الْبَنْدَنِيجِي**: إنه ظاهر النص لو بذّل مالكه الثوب قيمة الصبغ وأراه لمالكه لم يجبر الغاصب عليه، وعزى إلى نصه في «البويطي»، وقيل: يجبر، وقيل: إن كان الصبغ لو انفصل لم يحصل منه شيء ينتفع به أجبر، وإلا فلا، وحيث اشتركا بالصبغ لم ينفرد أحدهما ببيع ملكه على الأصح؛ لأنه لا ينتفع به وحده.

وقيل: يجبر صاحب الصبغ وهو الغاصب على موافقة صاحب الثوب، والحاصل ثلاث أوجه.

فرع: قال الغاصب: الصبغ لي، وقال المالك: هو لي فإن لم يكن استخراجه صدق المالك؛ لأنه صادق وإن أمكن صدق الغاصب، قاله **الْمَاوَرْدِي** والروياني.

وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ، وَإِنْ شَقَّ فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ.

قالا: ولو اختلف الصباغ بأجره، وصاحب الثوب كذلك فإن كان الأخير منفردًا صُدِّق ذو التفرق بيمينه أو مشتركًا بالصباغ فأجره؛ لأن اليد في المنفرد كرب الثوب، وفي المشترك للأخير.

قال: (**وَلَوْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ التَّمْيِيزُ لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ**) أي: سواء خلط بجنسه أم بغيره لإمكان رد عين ما أخذ وإن لم يكن يميز جميعه وجب تمييز ما أمكن، قاله ابن الصباغ، وقيل: إذا لحقه في التمييز مؤنة كثيرة رد بدله فالظاهر أنه لا فرق بين أن يخلطه هو أو غيره بغير علمه.

قال: (**فَإِنْ تَعَذَّرَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَالتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ**) أي: سواء خلطه بمثله أو أجود أو أردئ؛ لأنه تعذر رده فأشبه التالف.

(**وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ الْمَخْلُوطِ**)؛ لأن الحق انتقل إلى ذمته وصبر كالهالك وله أن يعطيه أيضًا من المخلوط إن كان مثل المغصوب أو أجود، وإن كان دونه فلا، إن يرضى به فقط، ولا خفاء أن هذا في الجنس الواحد كما مثّلنا، أما لو خلطه بغيره كالزيت بـ«الشَّيْرَج»(١) فلا على المذهب.

وقيل: على الخلاف في اختلاط الجنس بالجنس.

واعلم أن ما رجحه هو ما جعله في «الروضة» المذهب والنص، وقيل: قولان هذا، والثاني: يشتركان ويرجع في قدر حقه من المخلوط، والثالث: إن خلط بالمثل اشتركا وإلا فكان هالك، انتهى.

ونقل القاضي الحسين النص على وجه الآخر يقال نص على أنه إذا اختلط بالأجود على أن الغاصب يجبر وإذا خلط بالمثل أعطاه من المخلوط وإن خلط بالأردئ خيِّر المغصوب منه بين أخذ حقه منه أو من مثله، انتهى.

قال بعض شيوخ العصر: والذي أقوله وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل؛ لأن فيه يملك الغاصب.

---

(١) هو المعروف بدُهن السمسم.

وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ، ....

قال: المغصوب منه بغير رضاه؛ بل يعدمه الخلط ثم استدل على بطلانه بعدة أحاديث مصرحة بأنه لا يحل مال المسلم بغير طيب نفس.

قال: فهذه الأحاديث كلها تدل على بطلان القول بأنه كالتالف وهو موجود حسنًا والقول الاشتراك بمعنى: الشيوع باطل لما ذكرناه ولا يمكن أن يقال يجب على الغاصب دفع ماله إلى الغاصب بغير عوض لما ذكرناه، فلم يبق إلا أن يقال ملك كل واحد باقٍ وهو مختلط بملك صاحبه لا يمكن فصله كالثوب والصبغ الذي يمكن فصله وتزيد قيمته به فيكونا شريكين لا على الإشاعة؛ بل هذا يرتبه مثلًا وهذا يرتبه فإن اتفقا على بيعه باعا واقتسما الثمن على قدر المالين، وإن شاء جاء في الاختيار ما ذكرناه في الصبغ، وكذا في الخروج من ضمان الغصب وأتمه ما ذكرناه هنا بحثًا لا نقلًا من أنه يجب رد الجميع ويبقى في يد المغصوب منه مشتركًا حتى تنفصل الخصومة بينهما، أو يطالب الغاصب برفع يده وتسليمه إلى الحاكم، أو يرى المالك إبقاءه عند الغاصب، فإن قيل: هذا خلاف الطرق الثلاثة وخروج على قاعدة المذهب بالكلية، فالجواب أن القول بالشركة يمكن تنزيله على ما قبله إمكانًا ظاهرًا، أو القول بالهلاك لا يمكن تأويله فهو بعيد وغريب موروث بالنظر واتباع الحق، وكيف نقول ما لم يقم عليه دليل مع أنه يلزم من مفاسد لا تحصى منها تسليطًا كظلمه على تملك أموال الناس بعضها وخلطها بأملاكهم وأين هذا من الحق!

ما أبعده من قواعد الشَّافِعِي والله المستعان، انتهى.

تنبيه: النص المفروض في خلط الزيت بالزيت والقمح بالقمح ولا يتوهم أن ذلك خاص بالمثلي؛ بل هو في المثلي والمتقوم، وضابطه ألا يتميز ومقتضى هذا الإطلاق أنه لو خلط الدراهم كلها بحيث لا تتميز جرى الخلاف فيها؛ لكن ابن الصباغ وغيره جزموا بأن قول الهلاك لا يأتي فيها، وحكى في خلطها وجهين: أحدهما: القسمة، والثاني: يخير المالك بين القيمة والمطالبة بالمثل.

قال: (وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَى عَلَيْهَا أُخْرِجَتْ) أي: وإن تلف على الغاصب نسبة أضعاف قيمتها سواء كان المبني عليها له أم لغيره كمنارة مسجد.

وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ.

وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ، حُدَّ، وَإِنْ جَهِلَ فَلَا حَدَّ، وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

قال الْمَاوَرْدِي والروياني وتحسب عليه بعد نقض المنارة غرم نقصها للمسجد، وإن كان هو المتطوع بها بخروجها عن ملكه وهذا الإخراج إذا بقي لها قيمة فإن غصب وذهبت القيمة فلا وحكم الآجر واللبن والحصر والحجر حكم الخشبة وإذا أخرجها لزمه أرش نقصها إن جعل فيه بعض الأجرة كما سبق في إبلاء الثوب.

قال: (**وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ فَكَذَلِكَ**) أي: تخرج ما بقي لها قيمة.

(**إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ**) أي: بأن يكون في اللجة وهي في أسفلها وفي ماله وسفينته.

وقال: من علم الغصب وجه رجحه الإمام لتعديه، فعلى الأصح يؤخر النزع إلى الشط، وفي «الروضة» ما يفهم أو يوهم جواز التأخير إلى الانتهاء إلى الشط الذي يقصده وليس بمراد وإنما المراد أنها ترد إلى الشط عند الإمكان ثم يؤمر بنزعها كما اقتضاه كلام الرُّويَانِي وغيره وهو ظاهر إذا لم يكن للشط المردود إليه مهلكة للنفس والمال ولرب الخشبة طلب القيمة للحيلولة إلى الانتهاء إلى الشط، وفي حكم الانتهاء إليه ما إذا كان بقرية وفراق ينتزع فيه بلا ضرر.

قال: (**وَلَوْ وَطِئَ الْمَغْصُوبَةَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ حُدَّ**)؛ لأنه وإن علمت به أم لا، يستثنى من هذا الأب ونحوه لما استغرقه.

(**وَإِنْ جَهِلَ**) أي: تحريمه بجهله بتحريم الزنا أو لتوهم حلها له بالغصب أو ملكه إياها أو لظنه أنها أمة أبيه أو أمة تحل له، كما نص عليه الشَّافِعِي.

إشارة: قبلنا قوله في ذلك وهو ممن يخفى عليه الحظر.

(**فَلَا حَدَّ**) للشبهة. (**وَفِي الْحَالَيْنِ يَجِبُ الْمَهْرُ**) أي: في كل حال علمه فقط وجهلهما؛ لأنها ليست بزانية.

قال: (**إِلَّا أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص للنهي

وَعَلَيْهَا الْحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ، فَإِنْ غَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

المتفق على صحته في مهر البغي: «لا مهر لبغي»(١).

والثاني: لا يجب؛ لأنه السيد فلا يؤثر فيه طواعيتها وهذا في مطاوعة من يعتبر مطاوعتها وتكون بها زانية كما أشرنا إليه لا مجنونة وصغيرة ونحوهما ويأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى في نكاح السفيه استقلالًا، ولو ادَّعت الإكراه وكذبها ففي المصدق منهما قولان في «الحاوي».

قال في «البحر»: ويشبه أن يكون بناءً على القولين فيما لو اختلف رب الدابة وراكبها في العارية والكراء كما ذكرنا.

قال: (**وَعَلَيْهَا الْحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ**) لزناها.

(**وَوَطْءُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي الْحَدِّ وَالْمَهْرِ**) لاشتراكهما في وضع اليد فيعود ما سبق في حالتي العلم والجهل، نعم لو شاء جهل المشتري بتحريم الوطء بكونها مغصوبة قبلت دعواه ولا يشترط في قبولها كونه نشأ ببادية أو قرب عهده بالإسلام، قاله في «الشامل» وغيره.

قال: (**فَإِنْ غَرِمَهُ**) أي: غرم المشتري ونحوه المهر.

(**لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لأنه المتلف، والثاني: يرجع إذا جهل للغرور والخلاف جارٍ في أرش البكارة إن أوجبناه.

فائدة: سكت عن ذكر أرش البكارة وفيه أوجه صححناها في وطء الغاصب والمشترى منه وفي الديات أنه يجب مهر ثيب وأرش بكارة، وأفتى به المصنف.

والثاني: يجب مهر بكر فقط ويندرج فيه الأرش وصححاه في باب الرد بالعيب.

والثالث: يجب مهر بكر وأرش البكارة وبه جزما في البيع الفاسد

---

(١) قَالَ الشيخ الرَّافِعِيُّ: الْمَشْهُورُ فِي لَفْظِ هَذَا الْخَبَرِ أَنَّهُ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ لَا كَمَا فِي الْكِتَابِ - يَعْنِي الْوَجِيزَ - وَحَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ: مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي مَسْعُودٍ. التلخيص الحبير للحافظ (٣/ ٤٨٦). أخرجه البخاري (٢٠٨٣)، ومسلم (٢٩٣٠).

وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ، وَإِنْ جَهِلَ فَحُرٌّ نَسِيبٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الِانْفِصَالِ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ.

والغاصب أولى، فهو المختار؛ لأنه استمتع ببكر والأرش لجبر الفائت فهما سببان مختلفان.

قيل: وينبغي أن تكون الصورة فيما إذا زالت البكارة مع التقاء الختانين، فلو زالت قبله برأس الحشفة فالوجه وجوب أرش البكارة ومهر ثيب ولو زالت بعده بأن كانت غورًا فينبغي القطع بأرش البكارة ومهر مثلها وهي بكر غوراء لم تزل بكارتها.

قلت: والغوراء من بكارتها في صدر الفرج وذكر الْمُتَوَلِّي في الديات أن الواطئ لو كان يستحق قبلها قودًا فلا أرش عليه على وجهي إفراده وللوجهين فوائد غير هذه وقد ذكرت في «الغنية» هنا وفي الصداق كلامًا شافيًا على تكرر المهر بتكرر الوطء وفيه فوائد.

قال: (وَإِنْ أَحْبَلَ) أي: الغاصب أو المشتري فيه.

(عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ) لأنه من زِناه.

(وَإِنْ جَهِلَ فَحُرٌّ نَسِيبٌ) أي: المشبهة وينعقد حرًّا، وقيل: رقيقًا ثم أعتق ورفق. قال: (وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) أي: بتقدير رقه لتفويته بظنه.

قال: (يَوْمَ الِانْفِصَالِ) أي: إن انفصل حيًّا وإن انفصل ميتًا فلا غرم في الأصح حيث لا جناية وإن انفصل بجناية الغاصب أو غيره ضمن ولينظر فيما لو انفصل حيًّا حياةً غير مستقرة ثم مات هل يكون انفصل ميتًا أم لا؟

قال (وَيَرْجِعُ بِهَا) أي: بالقيمة.

(الْمُشْتَرِي عَلَى الْغَاصِبِ)؛ لأن المشتري لا يوجب ضمانه وفي «التتمة» عن رواية الأستاذ أبي إسحاق القطع بأنه لا يرجع وعنه فيما نقله الرَّافِعِي أن الرجوع فيها كالرجوع بالمهر؛ لأن نفع حرمة الولد تعود إليه فيكون فيه قولان هكذا هو في «الشرحين» وغيرها ووقع في «الروضة» بخط المصنف وفيما نقل منها لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حرًّا على المذهب.

وَلَوْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا فِي الْأَظْهَرِ وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ وَبِأَرْشِ نَقْصِ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نَقَضَ فِي الْأَصَحِّ، ....

وقيل: قولان، انتهى، والصواب حذف قوله له فإنه سبق قلم.

فرع: نقل الرَّافِعِي تبعًا للإمام عن العراقيين القطع بأنه يرجع بأرش نقص الولادة، وقال المصنف: إنه المذهب، وعزى ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور وعدم الرجوع ورواه الْبُوَيْطِي عن الشَّافِعِي؛ لكن القاضي الحسين وطائفة جزموا بالرجوع لقيمة الولد، وقد استدرك على الإمام بأن من أكابر العراقيين القضاة أبو الطيب والبندنيجي والماوردي والروياني جزموا بعدم الرجوع بنقصان الولادة وما عزاه ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور صحيح، وحينئذٍ يتعين أن يقال إن نقص عن حالها وقت البيع لم يرجع بأرشه عند الجمهور وإن نقصت عن زيادة تحدث وغرمها رجع بغرم أرشها.

قال: **(وَلَوْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ)** أي: علم أو جهل لأن المشتري عقد ضمان، وقيل: يرجع من المغروم بما زاد على قدر ثمن المثل سواء اشتراه رخيصًا أم زادت قيمته.

قال: **(وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: بآفة سماوية كما لا يرجع بالقيمة عند تلف الكل إلحاقًا بالأجزاء بالجملة، والثاني: يرجع؛ لأن العقد يوجب ضمان الجملة لا الأجزاء على الانفراد وأما لو تعيَّب بفعله أو أتلف الجميع فلا رجوع قطعًا.

قال: **(وَلَا يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا)** أي: كركوب ولبس وسكنى ونحوها. **(فِي الْأَظْهَرِ)** هما القولان في المهر وقد مرّا بالتوجيه.

قال: **(وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ)** أي: من المنافع.

(وَبِأَرْشِ نَقْصِ) أي: بالصاد المهملة.

(بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نَقَضَ) أي: بالصاد المعجمة.

(فِي الْأَصَحِّ) أي منها أما في الأولى فلأنه لم يتلف ولا يشرع في العقد

وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ وَلَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَمَا لَا فَيَرْجِعُ. قُلْتُ: وَكُلُّ مَنْ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

على أن يضمنها به ووجه مقابلة تنزيل التلف منزلة الإتلاف، وأما يوجبه الأصح في الثانية.

وحكى عن **الْبُوَيْطِي** أنه شرع في العقد على ظن السلامة وإنما جاء الضرر من تقدير الغاصب ووجه مقابلة التشبيه بعدم الرجوع بما أنفقه على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله.

فرع: قال **الْبَغَوِي**: القياس أنه لا يرجع بما أنفق على العبد وخراج أرض أداءً، وقال في «الفتاوى» أصح الوجهين.

قال **الْمُتَوَلِّي**: وثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة وقد يوجد ذلك من لفظ «المنهاج».

قال: (**وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ الْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ وَلَوْ غَرِمَهُ الْغَاصِبُ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي**) لأن القرار عليه لا على المشتري، والرجوع على من عليه القرار.

قال: (**وَمَا لَا فَيَرْجِعُ**) أي: وكل ما لو غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب كأجرة المنافع التي استوفاها إذا غرمه الغاصب رجع به على المشتري لأن القرار عليه.

قال: (**قُلْتُ: وَكُلُّ مَنْ انْبَنَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَكَالْمُشْتَرِي، واللهُ أَعْلَمُ**) يعني: من الضابط المذكور في الرجوع لا في كل الأشياء لما عرف من فقه الباب، وما أحسن قول «التنبيه» وتحريره للضابط حيث قال: إن علم المشتري بالغصب لم يرجع، وإن لم يعلم فما التزم ضمانه بالبيع لم يرجع به، وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل له به منفعة رجع به، وما حصل له به منفعة.

قال: في القديم يرجع، وقال في الجديد: لا يرجع، وإن ضمن الغاصب فكل ما لم يرجع به المشتري رجع به على الغاصب، وكل ما رجع به المشتري لم يرجع على الغاصب انتهى.

……

فروع منثورة: تصح الدعوى ككل ما يحل الانتفاع به من النجاسات على عينه والمطالبة برده، فإن لم يعينه؛ بل قال: كان لي كذا فأخذهما من غصب فوجهان رواهما شُرَيْح الرُّويَانِي عن رواية جده منفعة المساجد والشوارع وغرمه والمقابر المدفونة تضمر بالتفويت دون الفوات.

وقيل: لا يضمن منفعة المسجد بالتفويت لأنه يصح إجارته ولا قيمة لمنفعته ويجب طرده في غير المسجد وذكر الْغَزَالِي والمصنف في فتاويه أن أجرة المسجد تصرف في مصالحه، والذي ذكره الْمُتَوَلِّي أنها تكون لمصالح المسلمين كمال بيت المال وبه أفتى ابن زين وغلط من نسب الأول إلى الْمُتَوَلِّي، وفي فتاوى الْغَزَالِي والشاشي أن منفعة المسجد تضمن بالفوات أيضًا تحت اليد العادية كمنفعة الأملاك فاجتمعت آراء أصحها التفصيل، وفي فتاوى القاضي الحسين أنه لو غصب ورق التوت في أوانه فتلف لزمه مثله فإن انقضى أوانه لزمه كما لو غصب حمدًا في الصيف لزمه في الشتاء قيمته في الصيف.

ثم هل يعتبر قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف أو من الغصب إلى انقطاع المثل؟ وجهان، وأنه لو غصب مالًا أطعمه ولده الصغير ثم بلغ فادعى المالك عليه لزمه الغرم، وهل يرجع به على العار؟ قولان، وأنه لو غصب عرصة بيضاء وبنى فيها دارًا ثم انتزعت بعد مدة؛ نظر إن بنى فيها بترابها لزمه أجرة مثل الدار أو بآلة أجنبية لزمه دفعها وعليه نصف أجرة مثل الدار تغليظًا عليه.

قلت: وفيه نظر! وإنه لو هرب عبد ودخل دارًا بلا إذن فأقام بها ليلًا وخرج بلا إذن وهرب، وعلم رب الدار أنه عند فلان ولم يعلمه فحكمه حكم ما لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره وعلم بمالكه ولكن من رده ولم يرده ففي ضمانه وجهان.

قلت: وفيه نظر! وأنه لو أبق عبده فظفر به صديقه وأخذه ليرده عليه فأبق منه، قال القاضي: عندي أنه إلى أخذه كان الواجب عليه أن يسلمه إلى الحاكم فإن هرب من يده ولم يمكنه تسليمه للحاكم فلا ضمان، أو بعد التمكن ضمنه.

قلت: إن كان التصوير في غيبة المالك أو تعذر لغاية عن قرب فذاك، وإن

....

كان حاضرًا أو لم يوجد المضي إليه حتى هرب فلا يظهر ما ذكره ولا سيما إذا كان موضعه أقرب من دار القاضي، وإنه لو غرس أرضًا عدوانًا ثم أجَّره المالك العرصة على سنتين مثلًا جاز وليس له قلع الأشجار؛ إذا كان شرط في العقد بنفيها فإذا انقضت المدة قلعها مجانًا، وفي «الكافي» ذكر أنه لو هدم جداره فانهدم على جدار جاره فهدمه أو ضربه بالفأس فنزل وسقط في الحال عليه الضمان، وإن سكن ثم سقط بعد ذلك لا ضمان عليه بناءً على الأصح يعني: في مسألة الطائر، وفيه نظر!.

وإنه لو وضع عمودًا لجداره المائل فجاء آخر ورفع العمود فسقط الجدار في الحال ضمنه، أو بعد زمان فلا في الأصح، وأنه لو ضرب به آخر وفيها دينار فضاع ضمنه، ولو خاصمه فأسقط المنديل عن رأسه بيده أو هزه حتى سقط يكون المنديل مضمونًا عليه حتى لو وقع في نار هناك فاحترق، أو كان زحام فضاع ضمنه.

وإنه لو دخل حانوت حداد وهو يطرق فطارت شرارة أحرقت ثوبه فهدر، وإن دخل بإذنه ولو كان في السوق فضمنه؛ لأنه بتعديه يشترط السلامة.

وإنه لو دخل داره إنسان بغير إذنه فسقط عليه شيء ضمنه، وكذا إن دخل بإذنه إلا أن يكون المتاع على ممره وهو أعمى أو كان في ظلمة، وإنه لو نشر القصار ثوبه في الطريق فجاء راكب فسير الدابة عليه فمزقته فإن كان بصيرًا وكان بالنهار فعليه الضمان؛ لأنه أتلفه عمدًا، وإن كان أعمى وكان بالليل فلا ضمان؛ لأن التفريط من القصار ذكره قبيل باب دية الجنين، انتهى، وهذا فيمن يقصر لنفسه.

وإنه لو دخل الحمام فزلق فسقط على طاسٍ فانكسر ضمنه، فلو جرحه الطاس فهدر إذا لم يكن موضوعًا على الممر، وإن كان على ممره أو كان الداخل أعمى أو في ظلمة فله أرش جراحة، ولا يضمن الطاس إلا أن يكون البيت ضيقًا لا موضع لوضع الطاس إلا ممره فيضمن الداخل الطاس وعلى صاحبه ضمان الجرح على الأصح.

وإنه لو غصب فرسة فتبعها المهر كان غاصبًا له على الأصح لأن ملازمة

....

المهر فوق ملازمة القطيع العادي.

وإنه لو أوقد نارًا في حشيش أرضه فتعدت على أرض جاره فأحرقت لزمه إن كان الحشيش متصلًا بحشيش تلك الأرض ضمن.

وإنه لو سقى أرضه فسرت على أرض جاره وفسد فله أحوال:

أحدها: أنه تجاوز الحد في السقي فصب الماء إليها فيضمن.

الثاني: أن يدخلها الماء بالسقي فلا يضمن.

الثالث: أن يدخل من يصب فإن كان مأخوذًا قبل إرسال الماء ضمن علم به أم لا ولو أرسل الماء فجاءت فأرة ونقبت حتى دخل الماء الأرض فلا ضمان.

وإنه لو غصب مالًا ثم جهل مالكه وأراد الخروج من ضمانه ووفاءً له في الأجرة دفعه إلى حاكم البلد إن كان أمينًا فإن لم يكن فإلى حاكم بلد أخرى إن كان أمينًا فإن لم يجد فلا يمكنه الخروج من ضمانه ويمكنه الخروج من وبال الأجرة بأن يتحرى بينه وبين الله تعالى، أن يمسكه لمالكه فإذا ظفر به دفعه إليه أو إلى وارثه إن كان مات ومؤنة الإمساك وغيرها عليه، ولو كان المغصوب بالغًا نقل بقيمته لذلك.

قلت: وفي «البحر» زيادة على هذا ذكرتها في «الغنية».

خاتمة

قال في «الروضة» حمال تعب بخشبة فأسندها إلى جدار رجل، فإن لم يأذن مالكه ضمن الجدار إن وقع بإسناده وضمن ما تلف بوقوعه عليه، وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئًا ضمن وإن وقعت في الحال، وإن وقعت بعد ساعة لم يضمن، وإن كان الجدار له أو لغيره وقد أذن في إسنادها إليه فذلك، ففرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة تفتح رأس الرق.

وقلت: المسألة من مسائل التلخيص وجزم في الحالة الأولى بضمان الجدار وما سقط عليه سواء وقع في الحال أم بعد ساعة، وقال في جدار نفسه إن وقع في الحال ضمن ما وقع عليه، وإن وقع بعد فلا ضمان.

....

قال الشيخ أبو علي: وما قاله محتمل وإليه ذهب الشيخ أبو زيد، وقال شيخي يعني: الْقَفَّال: لا يضمن يعني: في جداره في الحالين؛ لأنه تصرف في ملكه ولم يباشر إتلافًا وما تلف بسبب فعله يفترق الحكم بين أن يكون تسبب في ملكه أو غيره لحفر البئر ووضع الحجر فإذا لم يبعد لم يضمن سواء وقع فيها شيء عقب الحفر أو بعده بزمان لعدم تعديه في ذلك السبب، ولو كان متعديًا ضمن في الحالين.

قال أبو علي: وعندي إذا لم يسقط في الحال ينظر فيه، فإن غاب الجدار ولم يخرج عن ملكه إلى هواء الشارع أو ملك غيره، فمتى سقط فلا شيء عليه، وأما إذا أسند الخشبة إليه فمال الجدار وخرج عن ملكه فإنه يضمن ما يقع عليه كذا هذا.

قال: وإسناده إلى جدار غيره بإذنه لا تعدٍّ فيه فيعرف مما لو أسنده إلى جدار نفسه وقد ذكرنا الجواب فيها، انتهى.

وقال في «البحر»: إن الحسين قال في «شرح التلخيص» عن كلامه وهذا صحيح.

وقال الْقَفَّال: إنه غلط ولا فرق في الحكم بين أن يكون الحائط ملكه أو ملك غيره، انتهى، والصواب عن الْقَفَّال ما ذكره أبو علي، وقال الديبلي في أصل المسألة.

قال ابن القاص: إن وقع عقب وضع الخشبة ضمنه، وإلا فلا.

وقال أبو الحسين بن الْقَطَّان: لا؛ بل ينظر إن كان مثل تلك الخشبة إذا وضعت على مثله سقطت، وإلا فلا، انتهى وبالله الإعانة والتوفيق.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

قال الشارح: وهي بضم الشين وإسكان الفاء، وبعض الفقهاء يضمها، والصواب الإسكان، وقيل: هي مشتقة من الضم أو من الزيادة، أو من التقوية والإعانة أو من الشفاعة، أو من الشفيع، وأقوال عدة.

وهي في الشرع: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث بالعوض الذي ملك به لدفع الضرر، وهو ضرر مؤنة القسمة واستجدت المرافق وعمرها.

وقيل: ضرب من المشاركة والأصل فيها الإجماع، قاله ابن المنذر.

وعن جابر بن زيد، والأصم، وابن علية، إنكارها وهذان لا يعتد بهما، ولعله لا يصح عن جابر وكيف والسنة واردة بها في أحاديث كثيرة منها حديث جابر ﷺ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(١) رواه البخاري.

ولمسلم عن جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»(٢).

ولمسلم أيضًا: «الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فليأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به»(٣).

فائدة: مفهوم الرواية الثانية أنه إذا عرضه على شريكه فأبى أنه لا شفعة له، وبه قال الطحاوي، والظاهرية ولم أره لأحد منا؛ بل المنقول عن الشافعية

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٧٢، رقم ١٥٠٤١)، والبخاري (٢/ ٨٨٣، رقم ٢٣٦٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٥، رقم ٢٤٩٩).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩، رقم ١٦٠٨)، والنسائي (٧/ ٣٢٠، رقم ٤٧٠١).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٩، رقم ١٦٠٨)، وأبو داود (٣/ ٢٨٥، رقم ٣٥١٣)، والنسائي (٧/ ٣٠١، رقم ٤٦٤٦). وأبو عوانة (٣/ ٤١٤، رقم ٥٥٢٩)، والبيهقي (٦/ ١٠٩، رقم ١١٣٧٥).

قال المصنف: [لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعًا وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي الْأَصَحِّ، ....

والحنفية والمالكية أن له الأخذ تمسكًا بغيره من الأخبار.

قيل: وفيه نظر ولم لا حمل المطلق على المقيد.

قال ابن الرِّفْعَة: والخبر يقتضي إلحاق العوض على الشريك قبل البيع ولم أظفر به عن أحد من أصحابنا، وهذا الخبر لا محيدَ عنه.

وقيل: قال الشَّافِعِي ﷺ: إذا صح الحديث فاضربوا بمذهبي عرض الحائط، انتهى.

وهو مذهب أحمد والظاهرية.

وأنا أقول إن كان الشريك عالمًا بالنهي فباع قبل أن يؤذن شريكه كان غاصبًا، آثمًا وهو ما يقتضيه كلام الشَّافِعِي في «الأم» في باب صفة نهي النبي ﷺ.

قال: (لَا تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ) أي: كالثياب والحيوان وغيرهما سواء ببيع وحده أو مع الأرض للحديث المتقدم، ومن حيث المعنى بأنه لا يدوم والعقار يدوم فتدوم صور الشركة فيه، وحديث الشفعة في كل شيء لا يصح وصله.

إشارة: قوله «في منقول» أي: استقلالًا، ويقال: لا تثبت ابتداءً واحترز به عن الدار تتهدم بعد ثبوت الشفعة فيها فإن نقضها يؤخذ بالشفعة.

قال: (بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تَبَعًا) أي: للأرض، للحديث المتقدم وشرط ببيعه الشجر أن يكون حبًا كما مر في دخوله في البيع، والظاهر أن ما يدخل أصوله في البيع من البقول ونحوها كالشجر بخلاف الزرع واحترز بقوله «تبعًا» عما لو بيع البناء والغراس منفردين فلا شفعة فيهما لكونهما منقول كالعبد.

وقيل: يثبت فيهما لثبوتهما في الأرض واستقرارهما.

قال: (وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص؛ لأنه يتبعه في البيع فكذا في الأخذ، والثاني: أنها كالمؤبرة؛ لأنها منقولة فعلى الأصح لو تأخر الأخذ حتى تأبَّرت أخذها في الأصح. قال الْمَاوَرْدِي والروياني: وإن قطعت.

....

تنبيهات: منها: أجري الخلاف في أصل المسألة فيما لو باع شِقصًا من رحى وأدخلنا الحجر الأعلى في البيع.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه جريانه في كل ما لا يمكن الانتفاع به مع كونه منقولًا إلا شيء ثابت كغطاء التنور ونحوه كما مر في البيع.

قلت: جزم الجرجاني هنا ببيعه الدواب وأصل ما يجز مرارًا يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض كالشجرة، ذكره الرَّافِعِي.

وقال الإمام: لم أره إلا للشيخ أبي علي.

قلت: وروايته في «اللطيف» لابن خيران وهو بغدادي وفقهه ظاهر، وأطلق الشيخ أبو علي وغيره القول بأن ما يدخل في شراء الأرض مطلقًا؛ فللشفيع أخذه تبعًا.

ومنها: شرط تبعية البناء والشجر للأرض أن تكون متحللة ليصدق عليها اسم دار وحائط فلو باع شِقصًا من جدار وأساسه لا غير أو من أشجار ومغارسها لا غير، ففي التبعية وجهان: أصحهما لا يثبت؛ لأن الأرض هنا تابعة ويمكن أن يجعل قول «المنهاج» تبعًا مخرجًا لهذه الصورة، وينبغي أن تكون الصورة حيث صرح بدخول الأساس والغرس في البيع وكانا من عين له من قبل فإنه إذا لم يرها وصرح بدخولها في البيع لم يصح، وإن لم يصرح بدخولها لم يدخلا في البيع على الأصح.

قلت: المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة، أما مكان البناء فعين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق على الأصح، وإذا صرح به اشترط شروط البيع، نعم لو كان الجدار عريضًا في أرض مرغوب فيها وبناؤه يروى بالشفعة فيها.

قيل: على وجه البحث ينبغي هنا ثبوت الشفعة؛ لأن الأرض هي المقصودة ويحمل كلام الأصحاب على الغالب.

ومنها: اشترى والشجر حامل ثم أثمر قبل الأخذ بالشفعة، فإن تأبّر لم

يأخذه الشفيع وإلا أخذه في الأظهر تبعًا.

قال الرَّافِعِي: وذكر كثير من الناقلين أن هذا قديم لمقابلة جديد.

قال: وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم.

قلت: وممن نقلهما كذلك الْمَاوَرْدِي والروياني وصاحب «المهذب».

قال الْمَاوَرْدِي: القديم يستحقها تبعًا كالبيع، والجديد يكون للمشتري كالمؤبرة، وفرق بين البابين، وظاهر كلامهم أن الجديد هو المذهب، وفي مطلب ابن الرِّفْعَة أنه الأشبه.

ومنها: لا خفاء أنه لا شفعة في الوقف فعلى مقتضى المذهب لا شفعة في سواد «العراق» وأما «الشام» فقال الجرجاني: لا خلاف أنه يجوز بيع أراضي الخراج بـ«الشام»؛ لأنها غير موقوفة وإنما صالح الإمام أهلها على أن يكون لهم الأرض بخراج معلوم، وأما «مصر» فلم ير فيها نصًا إلا أن في وصية الشَّافِعِي في «الأم» أنه كان له بها أرض فينبغي أن تكون كـ«الشام» والخلاف للعلماء فيها مشهور.

ومنها: لو كان نصف الأرض أو الدار وقفًا فباع المالك نصيبه فلا شفعة للموقوف عليه على الأصح؛ لأنه لا يملك الوقف على المذهب، ولأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا يستحق به الشفعة، وهذه العلة ذكرها القاضي الحسين، وقضية إيراد الرَّافِعِي ترجيحها.

والثاني: له الشفعة بناءً على أنه يملك وعلى قبول القسمة فلو كان ثلث الدار مثلًا وقفًا وثلثاها لاثنين فباع أحدهما نصيبه هل للآخر الشفعة؟

قيل: ينبغي أن يقال: إن جوزنا قسمة الوقف عن الملك -وهو اختيار الرُّويَانِي والمصنف- تثبت الشفعة؛ لأنه مالك ولانتفاء العلة الثانية، وإن لم نجوز القسمة -وهو المشهور- فلا شفعة؛ ولذلك أطلق في«التنبيه» وغيره أن مالكه يشركه الوقف لا شفعة فيه.

قال: (وَلَا شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَى سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ) أي: بل كان

وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي الْأَصَحِّ، وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ كَحَمَّامٍ وَرَحًى لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ.

لثالث أو لأحدهما وحده ثم باع أحدهما سهمه من الحجرة؛ لأنه لا قرار لها فهي كالمنقولات.

قال: (**وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي الْأَصَحِّ**) لما ذكرناه، والثاني: ينيب للشركة في أرض الحجرة.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وهذا الفرع لا يوجد في غير «الوسيط» و«الوجيز».

قال: (**وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ كَحَمَّامٍ وَرَحًى**) أي: صغيرين كما قال في باب القسمة: وقد يكونا كبيرين وتبطل شفعتهما المقصودة بها (**لَا شُفْعَةَ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ**).

شروط المأخوذ بالشفعة: أن يكون عقارًا ثابتًا منقسمًا وتقدم الكلام على الأولين، وأما الثالث فشرع المصنف في ذكره مما لا يقبل القسمة لا شفعة فيه على الأصح؛ لأنها تثبت لدفع الغرر الثاني من طلب القسمة، والثاني يثبت لدفع ضرر المشاركة كالمنقسم، ومن الأمثلة الدار والحانوت والبئر ونحوها إذا كانت صغارًا والمراد بالمنقسم صغارًا، أو كل ما يجبر الشريك على القسمة عند طلب شريكه، وفي ضبطه أوجه مذكورة هناك يأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ**) أي: في رقبته العقار فلا شفعة للجار الملاصق وغيره للحديثين السابقين وغيرهما، والأحاديث الواردة بذلك محمولة على الشريك جمعًا من الأخيار.

وقيل: في قولهم قديم أو مخرج عن ابن سُرَيْج الميل إليه والثبوت، واختيار الرُّويَاني في «الحلية» الفتوى به.

وقال: إنه رأى بعض أصحابنا يفتي به وهذا خروج عن المذهب، وإن احتمل من حيث الدليل.

……

إشارات: دخل في قوله «الشريك» المسلم والكافر والحر والمكاتب مع سيده وغيره، ورأيت في ودائع ابن سُرَيْج لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا لمجوسي أي: على المسلم، وهذا اختيار منه لمذهب الحسين والإمام أحمد، والمعروف عندنا الأول وصرح به «الحاوي» كما سبق، ومستحق الوقف ومنفعة العقار أبدًا بالوصية، وخرج به ما لو كان السفل مشتركًا والعلو لأحدهما، أو كانت الأرض مشتركة وفيها شجر لأحدهما فباع صاحب العلو والشجر شجره وعلوه ونصيبه من الأرض والسفل فلا شفعة لشريكه إلا في السفل والأرض دون نصف العلو والشجر على الأصح.

فروع: قد يرد بعضها على لفظ الكتاب وقد يدخل فيه بعضها.

قال الجرجاني والروياني: لا شفعة للحمل وأطلق في «الروضة» وجهين.

قال الرُّويَانِي: فإذا أوضعت الحمل فللوصي الأخذ له الآن فإنه تأخر تعذر، ولو ذهب لمسجد ونحوه كرباط ومدرسة شقص أو اشتراه الناظر ثم باع الشريك فللناظر الأخذ له بالشفعة إن رآه مصلحة، كما للإمام ذلك في شقص شريك بيت المال، وفي تصوير أخذ الناظر إشكال أشرت إليه في «الغنية» فراجعه، للمأذون في التجارة والأخذ بالشفعة من غير سيده إذا اقتضت التجارة أخذه كما قيده الإمام إلا أن يمنعه السداد ويتعصب؛ وله ذلك إن كان فيه عبط وإن أحاط به الدين، وللسيد الأخذ بنفسه وإن عفا، قالاه في «البسيط» و«البحر» باع ذمي خمرًا بنقد واشترى به شِقصًا فهل فيه شفعة؟

خرَّجه ابن الرِّفْعَة على الوجهين في قبول ثمن الخمر عن الدين وهو ظاهر، والصحيح المنع، فلا شفعة مع شقص من دار ميت في دينه فلا شفعة للورثة فيه إلا إذا قلنا الدين يمنع انتقال قدره فقط، وإن كان الوارث شريك الميت فيتبع وصية الميت في الدين فلا شفعة للوارث خلافًا لابن الحداد ولو كان الموروث شقصًا فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين وللورثة الشفعة على الأصح، وهاتان الصورتان تفهمان في لفظ الكتاب، ولو باع الوصي أو القيم شقصًا محجورةً وهو شريكه فلا شفعة له على الأصح لتهمة

وَلَوْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا، وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ باب إِلَى شَارِعٍ وَإِلَّا فَلَا.

المحاباة في الثمن، ولو اشترى للمحجور شِقْصًا فله الشفعة فيه إذ لا تهمة.

وقيل: لا، إذ في الشراء والأخذ تعليق عهدة بالمحجور فلا يقع له، ورجحه في «البحر»، ولو وكَّل شريكه في البيع فله الأخذ على الأصح في«الروضة»، والأصح في «البيان» وغيره المنع.

قال في «الروضة»: ولو وكَّل أجنبي للشريك في الشراء فللوكيل الشفعة بلا خلاف، وفي «النهاية» و«البسيط» عند الكلام في عهدة الشفعة نقل وجهين فيه.

وقيل: يثبت لوكيل البيع دون وكيل الشراء، وفرَّق بأن وكيل البيع معين على إزالة الملك، ووكيل الشراء معين على التمليك، فلم يكن له إزالته، وهو غريب.

قال: **(وَلَوْ بَاعَ دَارًا وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا)** أي: فقط لكونها بدون مفسد. **(فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا)** نصَّ عليه في «الأم» لانتفاء الشركة.

وقيل: له الشفعة وإليه ذهب ابن سُرَيْج كمذهب أبي حنيفة لشريكه في «المحرر»، والمذهب الأول.

قال: **(فَلَا شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا، وَالصَّحِيحُ ثُبُوتُهَا فِي الْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى الدَّارِ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ باب إِلَى شَارِعٍ)** أي: وإلى ملكه ونحوه لإمكان الوصول إليها بلا ضرر وهذا في الممر القابل للقسمة، وإلا فعلى الخلاف فيما لا ينقسم.

وقال الشيخ أبو محمد: إن كان في اتخاذ الممر الآخر عسر أو مؤنة لها رفع كانت الشفعة على الخلاف الآتي.

وقال الإمام: ينبغي أن تقابل المؤنة بثمن الممر فإن كانت أكثر ففيه الوجهان، وإن ساوته أو نقصت فلا شفعة.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن لم يكن للمشتري طريق آخر ولا أمكن اتخاذه فلا شفعة لما فيه من الإضرار بالمشتري.

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ كَمَبِيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ، وَنُجُومٍ وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ.

والثاني: لهم الشفعة والمشتري هو المضر بنفسه.

والثالث: إن مكنوه من المرور فلهم الشفعة وإلا فلا، وعبَّر جماعة من العراقيين وغيرهم عن هذا الوجه بأن الشفعة تثبت وللمشتري المرور، واستصوب الإمام هذه العبارة وجعلها ابن الرِّفْعَة وجهًا رابعًا.

فرع: الشركة في صحن الدار مثلًا.

وقيل: ماء الأرض وبئر المزرعة دون الشرب والأرض والمزرعة كالشركة في الممر وحده.

قال: (**وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ**) أي: محضة (**مِلْكًا لَازِمًا مُتَأَخِّرًا عَنْ مِلْكِ الشَّفِيعِ كَمَبِيعٍ وَمَهْرٍ وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ، وَنُجُومٍ وَأُجْرَةٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ**) أي: وغير ذلك، أما في البيع فلحديث جابر السابق وفيما عداه بالقياس عليه.

تنبيهات وفروع:

منها: احترز بالمعاوضة عما ملك على الصحيح مجانًا بإرث أو هبة أو وصية أو صدقة.

ومنها: شرط اللزوم وإنما يأتي على وجه لا على الصحيح فيجب حذفه لما سنذكره في أخذ زمن خيار المشتري.

ومنها: عدَّ في «الروضة» مما يملك بالمعاوضة الشقص المفترض- كما قاله الْمُتَوَلِّي- وسبق أن المرجح بيع قرض لا شفعة على الأصح.

ومنها: لو قال لمستولدته: إن خدمت ولدي بعدي شهرًا، فلك هذا الشقص استحقته بالخدمة ولا شفعة فيه على الأصح.

قال الرُّويَانِي: ظاهر المذهب يغلب لحكم الوصية لا المعاوضة.

ومنها: تقدم ما قيل في بيع الوصي والقسم والوكيل وشرائهم.

وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الْخِيَارُ،

ومنها: لو رجع له من الغنيمة شقص فلا شفعة فيه، وإن أخذه بسهم فوجهان، فإن أثبتنا أخذه بقدر سهمه من الغنيمة، ذكره في «البحر».

ومنها: لو ملك شقصًا عن النجم ثم عجز ورق بطلت الشفعة على الأصح، وإن أخذه الشفيع قبل العجز صح، ولا تنقص الشفعة بعجزه بعد ذلك.

ومنها: قوله «وصلح دم» أي: عهد محض، فإن كانت الجناية خطًا محضًا أو شبه عهد فواجبها الأقل ولا يصح المصالحة عنها على الأصح لجهالة صفتها.

ومنها: قوله «ونجوم» معناه أن يكون كاتبه على نجوم وملك بعد ذلك شقصًا بصدقة عليه أو غيرها ثم دفعه السيد عوضًا عن نجومه، ولا يجوز أن يريد أن الكتابة وردت على الشقص؛ لأن عوض الكتابة لا يكون إلا في الذمة منجمًا.

فإن قلتَ: جزم في «المنهاج» تبعًا لـ«المحرر» هناك بأنه لا يجوز الاعتياض عن نجوم الكتابة، وقال في «الشرح»: إنه الأظهر.

قلتُ: هو وجه حكاه الْغَزَالِي والمنصوص في «الأم» الجواز ذكره في موضعين فهذا هو المذهب الصحيح، ويعضده أن الصحيح جواز الحوالة بالنجوم، والفرق بينهما وبين المسلم فيه مبيع والنجوم عقد والجدير جواز الاعتياض عنه، وكذا قال في «الشامل» وغيره والنجوم، فالذي اقتضاه كلام المصنف هنا من الجواز وبه جزمنا هنا في «الشرح» و«الروضة» هو المعتمد مذهبًا ودليلًا وقد أوضحته في «الغنية»، وأوضحته هناك أكمل إيضاح إن شاء الله تعالى، وذكر في «البحر» المسألة كما ذكرناه في الجواب.

ثم قال: وإن تأخر أخذه حتى عجز ورق ففي الشفعة وجهان: أحدهما: يطلب؛ لأن بعجزه صار ملكًا للسيد لا بالمعاوضة والظاهر أنهما في «الحاوي».

قال: (**وَلَوْ شُرِطَ فِي الْبَيْعِ الْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ لَمْ يُؤْخَذْ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الْخِيَارُ**)؛ لأن الشفيع لا يتمكن من إبطال خيار البائع وإن انتقل الملك على قول، وفيه احتمال لصاحب «التقريب».

وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ، وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالأَظْهَرُ إِجَابَةُ الشَّفِيعِ.

(وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي) لأنه لا حق لغيره فيه، والشفيع يسلط عليه بعد اللزوم فقبوله أولى.

والثاني: لا، وبه قطع بعضهم.

قال: المشتري لم يرض بلزوم العقد وفي الأخذ إلزامه وإتيان العهدة عليه.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن قلنا أن الملك للبائع أو موقوف فلا يؤخذ على الأصح في «الروضة» لا الأظهر كما أفهمه كلام «الكتاب» هنا بعدم تحقق زوال ملكه، ووجه الجواز انقطاع سلطة البائع.

تنبيه: عبارة «المحرر»، وإذا اشترط في البيع الخيار للبائع، وغيرها المصنف بما سبق من قوله لهما، وأفهم قوله «حتى ينقطع الخيار» اعتبار انقطاع خيارهما جميعًا بخلاف «المحرر»، وما ذكره في خيار الشرط جارٍ في خيار المجلس، ويتفرد أحدهما به بإجازة صاحبه.

قال: **(وَلَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشِّقْصِ عَيْبًا وَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ، وَيَرْضَى بِالْعَيْبِ فَالأَظْهَرُ إِجَابَةُ الشَّفِيعِ)** أي: لسبق حقه، فإنه يثبت بالبيع ولحصول غرض المشتري وهو استدراك إطلاقه وأخذ الثمن، وبهذا قطع جماعة.

والثاني: إجابة المشتري؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، ولأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه.

فروع: لو رد بالعيب قبل علم الشفيع ثم طلب الشفيع، فإن أوجبنا المشتري فلا شفعة، وإلا فوجهان: أصحهما يجاب الشفيع وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: يبين بطلان الرد.

والثاني: ينشأ فسخه في الحال، وهو الأصح فيفسخه الشفيع تفريعًا على الأظهر، ولو علم المشتري العيب فأمسك الشقص انتظارًا للشفيع.

وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا أَوْ بَعْضَهَا فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ.

وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ.

قال الْمَاوَرْدِي: قال ابن الْقَطَّان: إذا استعان البائع بالمشتري فأجابه بعد لزوم العقد فللشفيع منعهما من ذلك واسترجاعه من يد البائع، انتهى.

وإن كان الشفيع غائبًا لم يلزمه انتظاره ويبطل بالإمساك خياره، وإن كان حاضرًا لزمه انتظاره ولم يبطل بالإمساك خياره؛ لأن حضوره مع تعلق حقه عدوان.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا أَوْ بَعْضَهَا) أي: صفقةً أو صفقتين في وقت واحد (فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ) لاستوائهما في حصول الملك، وهكذا حكم كل معاوضة تقع كذلك، وعن هذا احترز المصنف بقوله «متأخرًا عن ملك الشفيع».

قلت: والظاهر أنا لو جهلنا الترتيب والمعية كوقوعهما معًا ولو علم الترتيب ونسي فالأقرب أنه يوقف الأمر، ولم أر فيه نقلًا.

فائدة: قيل: يرد على الضابط المتقدم فرعان:

الأول: ما سبق وهو قوله «المستولدة» إن خدمت أولادي شهرًا.

والثاني: باع الشريك سهمه بشرط الخيار ثم باع الثاني سهمه في زمن الخيار بيع بشأن؛ فلا شفعة في المبيع أولًا للبائع الثاني لزوال ملكه ولا للمشتري منه، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا قلنا: لا يملك في زمن الخيار؛ لأن شرط الشفعة البيع وهو سابق على ملكه.

وأما الشفيع في البيع ثانيًا فموقوف إن توقفنا في الملك وللبائع الأول إن أبقينا الملك له وللمشترى منه إن أثبتنا الملك له، ووجه إيراد هذا أن المشتري الثاني لا يأخذ المبيع أولًا مع تقدم ملكه، وإيراد مسألة المستولدة عجيب.

قال: (وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي الْأَرْضِ فَالْأَصَحُّ أَنَّ الشَّرِيكَ لَا يَأْخُذُ كُلَّ الْمَبِيعِ بَلْ حِصَّتَهُ) أي: وهو السدس في مثالنا لاستوائهما في الشركة، والثاني:

فَصْلٌ

وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي، وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ كَتَمَلَّكْت أَوْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ، ....

يختص الثالث بالشقص، ولا حق فيه للمشتري؛ لأن أخذه الشفعة من نفسه محال، وأجيب بأنه لا يأخذ من نفسه؛ بل يدفع الشريك عن الأخذ منه.

فصل

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ فِي التَّمَلُّكِ بِالشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ**) أي: لثبوته بالنص.

(**وَلَا إِحْضَارُ الثَّمَنِ وَلَا حُضُورُ الْمُشْتَرِي**) كالردِّ بالعيب.

وقيل: يشترط حصول المأخوذ منه إن وكَّله، واستشكل ابن الرِّفْعَة عدم اشتراط هذه الأمور الثلاثة، قال: لأنه لا بُدَّ من أخذهما أو مما يلزم منه أخذهما، قال: وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط، انتهى.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ الشَّفِيعِ**) أي: وما ينوب عنه كإشارات الأخرس المفهمة وهل كتابته أو كتابة الناطق كما سبق في البيع؟ لم أر فيه نقلًا ولو سلم الشفيع الثمن إلى المشتري وسلمه الشقص.

قال القاضي الحسين: يصح، وقال الْمُتَوَلِّي والرافعي: يبنى على أن المعاطاة هل تقيد المالك؟ وهذا تفرع على أنها لا تختص بالمحقرات لكنهم لم يجروها في العقارات، من المفهوم من كلام الْمُتَوَلِّي أنه بيع لا أخذ بالشفعة، ويظهر أثره في خيار المجلس وغيره، والمفهوم من كلام القاضي أنه أخذ بالشفعة.

قال: (**كَتَمَلَّكْت أَوْ أَخَذْت بِالشُّفْعَةِ**) أي: وما أشبههما مما يدل على ذلك وإلا فهو معاطاة، وعزا الشيخان وغيرهما من الألفاظ اخترت الأخذ بالشفعة، وسبق في أول البيع أن المشهور أن قوله المشيئة ليس من ألفاظ التمليك وهو مثله فينبغي أن يكون اخترت كتابةً، ولو قال: أما ماطلت بالشفعة فلا يكفي وفاقًا للمتولي، وخلافًا للسرخسي إذ لا بد من لفظ مقيد أثبت التمليك إذا لم تصحح المعاطاة نعم.

وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسَلُّمَ مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ، وَإِمَّا رِضَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ، وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ،

إشارة: الأخرس وكتابته كالنطق في كتابة عقده ما أشرنا إليه.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ**) أي مع اللفظ المعتبر.

(**إِمَّا تَسْلِيمُ الْعِوَضِ إِلَى الْمُشْتَرِي فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي التَّسَلُّمَ مَلَكَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ**).

قلت: فلو أبى التسليم حيل بينه وبين الثمن، أو دفعه إلى القاضي الأمين ليقبضه عنه ولا يتأتى أثر المشتري هنا إذ لا دين له بعد؛ لكن يكون بمنزلة الرضا بذمته على أقوى احتمال ابن الرِّفْعَة.

قال: (**وَإِمَّا رِضاَ الْمُشْتَرِي بِكَوْنِ الْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ**) أي: سواء أسلمه الشقص أم لا كالبيع، وفي الثانية وجه ووجهه ظاهر.

قالوا: إلا أن يبيع دارًا عليها صفائح ذهب أو عكسه فيجب التقابض في المجلس.

قال الإمام: ولا يشترط للرضا إيجاب وقبول؛ بل يكفي مقابلة الرضا بالرضا ولو ظهرت المحائل به من الجانبين كفى.

قال: (**وَإِمَّا قَضَاءُ الْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ**) أي: واختار التملك (**فَيَمْلِكُ بِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن اختياره قد تأكد بحكم الحاكم.

والثاني: لا يملك حتى يقبض عوضه أو يرضى بتأخيره.

وقيل: يحصل الملك بأحد الألفاظ السابقة ونحوها، وهو شاذ.

قال ابن الرِّفْعَة: والمراد بالقضاء: القضاء بثبوت حق الشفعة لا بالملك.

تنبيهات: ولم يذكر المصنف من الأسباب الإشهاد وقد ذكراه في «الروضة» وأصلها وهو أن يشهد عدلان على الطلب باختيار الشفعة، فإن لم يثبت الملك بحكم القاضي بما هو أولى، وإلا فوجهان، المرجح في «الوجيز» المنع ولم يفرقوا بين القدرة على الحاكم وعدمها ولا يبعد التقيد بذلك كما في

وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصًا لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

مثله هرب الشفيع حيث يقوم ذلك مقام القضاء -قاله ابن الرِّفْعَة- وهو ظاهر؛ بل يظهر أن له الأخذ قهرًا حيث لا يمكن الوصول إلى الحكام، ووقع العوض إذا أمن الفتنة؛ لأنه إكراه لحق، وإذا تملك بغير الطريق الأول وهو تسليم المشتري لم يكن له أن يسلم الشقص حتى يؤدي الثمن، وإن رضي البائع بذمة المشتري وإذا لم يحضر الثمن وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فإن لم يحضر فيها؛ فسخ الحاكم تملكه.

وقيل: إذا قصَّر في الأداء بطل حقه، وإن لم يجز ترافع وفسخ الحاكم.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: ظاهر المذهب أنه لا يمهل ثلاثًا؛ بل إذا تبين عجزه عن أدائه بطلت، انتهى.

والمنسوب إلى الجمهور في أصل «الروضة» الإمهال ثلاثًا.

وقيل: إن المشتري يفسخ.

وقيل: يحبس الشفيع إلى أداء الثمن، ذكر في «البحر» أنه لو هرب الشفيع بعد التملك؛ فللحاكم فسخ الأخذ ورد الملك إلى المشتري، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وأنه لو أفلس بعد التملك وقبل دفع الثمن يخيَّر المشتري بين استرجاع الشقص والمضاربة بقدر الثمن كالبائع، سواء إذا أفلس المشتري، وأنه لو قضى القاضي بالشفعة ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني فأقاله لم تصح الإقالة.

قال: (**وَلَا يَتَمَلَّكُ شِقْصًا لَمْ يَرَهُ الشَّفِيعُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) بناءً على منع بيع الغائب.

وقيل: بالمنع قطعًا وإن صححنا بيع الغائب؛ لأنه جرى بالتراضي، وكلام «الكتاب» يفهم ترجيح هذه الطريقة، وأصح الطريقتين في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها البناء على قول بيع الغائب.

وقال القاضي الحسين والغزالي: إذا لم يشترط الرؤية في البيع فهنا أولى، وإن شرطناها فيه فهنا وجهان.

فَصْلٌ

إِذَا اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ، أَوْ بِمُتَقَوَّمٍ فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْبَيْعِ، ....

وقال الْمُتَوَلِّي: إن أثبتنا في الشفعة خيار المجلس بالأخذ على قول بيع الغائب وإلا فليس له التملك حتى يشاهده.

قال:

(فَصْلٌ)

(إِذَا اشْتَرَى بِمِثْلِيٍّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ) أي: إلا ما حط عنه قبل اللزوم على الأصح فلو حطَّ الجميع قبل اللزوم، فلا شفعة على الأصح؛ لإبقاء البيع، وإنما قلنا يأخذ مثله؛ لأنه أعدل وأقرب وإلى حقه، فلو فقد المثل وقت الأخذ عدل إلى القيمة كالغاصب، وإن قدر المثلي فصار الشرع فذاك، أو بغيره بأن اشترى بألف رطل حنطةً مثلًا فهل يأخذ بمثله كيلًا أو وزنًا؟ صححا في باب القرض الثاني؛ لأنه في مقابله الشقص لا حنطة المشتري.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن الجمهور على الأول، وبه جزم الرُّويَانِي وإذا كان الثمن مثليًا واعتبرنا تسليمه فاجتمعوا في بلد أخرى فهل يتملك به ويجبر المشتري على تسليمه هناك؟، أو يتملك منفعته إن كانت هناك إن كانت أقل، أو يأخذه المثل بالمثل ويدفع القيمة للحيلولة، أو يتخير كما في الثمن المؤجل، أو يكون ذلك عذرًا في تأخير الطلب؟

احتمالات أبداها ابن الرِّفْعَة وذكر أنه لم ير نقلًا وإن مثالها لا يخفى، انتهى.

ويصح أن تكون وجوهًا وينبغي أن يزاد في قوله: «أو بقيمته إن كانت هناك أقل أو مساوية» وعجب كونه لم يفرق بين ما ليس لنقله مؤنة وغيره مع ظهوره إلا أن يعرض الكلام فيما له مؤنة.

قال: **(أَوْ بِمُتَقَوَّمٍ فَبِقِيمَتِهِ)** لأنها مثلي في المعنى.

(يَوْمَ الْبَيْعِ) أي: على المنصوص، وقول الجمهور: لأنه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة.

وَقِيلَ يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ ....

قال: (**وَقِيلَ يَوْمَ اسْتِقْرَارِهِ بِانْقِطَاعِ الْخِيَارِ**)؛ لأنه وقت استقرار الثمن، خرَّجه ابن سُرَيْج، وهو الجواب في «المهذب» و«التهذيب» وحلية الشَّاشِي وغيرها، وصححه الرُّويَانِي وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليل الأول ما يرشد إلى أنه مفرع على القول بانتقال الملك بنفس العقد أما إذا قلنا لا ينتقل إلا بزوال الخيار فالوجه ما قاله ابن سُرَيْج، وهذا حسن بالغ، وجزم الْمَاوَرْدِي باعتبار أقل قيمة من العقد إلى تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن ما زاد فعلى ملك البائع وما نقص مضمون على المشتري، وقيل: إن شرط في العقد كخيار، فإن قلنا بانتقال الملك بنقل العقد اعتبرت قيمته يوم العقد، أو بانقضاء الخيار اعتبرت قيمته يوم انقضائه.

قال في «الذخائر»: وليس بشيء.

فرع: قال في «البحر»: لو اختلفا في قدر القيمة في ذلك الوقت صُدِّق المشتري بيمينه.

تنبيهات: لو ظفر الشفيع بالمشترى في غير بلد البيع وأخذ منه فهل يأخذ بقيمته بنقد بلد البيع أو بنقد بلد الأخذ لم أر فيه شيئًا ولينظر ما يلائمه من احتمالات ابن الرِّفْعَة السابقة لو ملك الشفيع الثمن بنفسه قبل العلم ثم علم بالبيع وأراد الأخذ.

قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يقال: بتعين الأخذ به لا سيما إن كان متقومًا فإن العدول عنه إنما كان للتعدد، وقد يقال بخلافه إذ فيه تضييق والشفعة شرعت رفقًا.

قلت: والأول أصح وله نظائر فيها خلاف.

قال: (**أَوْ بِمُؤَجَّلٍ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي الْحَالِ أَوْ يَصْبِرَ إِلَى الْمَحَلِّ وَيَأْخُذَ**) هذا هو الجديد وجزم به جماعة؛ لأنا إن ألزمناه بالحال أضررناه، وأخذه بالمؤجل إحجاب المشتري لاختلاف الذمم، فإن

وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْقِيمَةِ، ....

صبر فهو تأخير بعذر ووضع في أصل كلام «الروضة»؛ لكن يجب معه إعلام المشتري بالطلب على الأصح، وكأنه سبق قلم فإن في شرحي الرَّافِعِي أشبهها لكلام الأصحاب أنه لا يجب، وزعم شارح أن الإمام جعل الوجوب ظاهر المذهب ولم أر للإمام ترجيحًا؛ بل أرسل الوجهين.

وعبارة «البسيط» منهم من قال: لا يبطل حقه أو لا فائدة في طلبه، ومنهم من قال: يشهد على الطلب ثم يؤخر، انتهى.

ومقابل الأظهر نسب إلى التقديم، وحرملة أنه يأخذ بالمؤجل بين تنزيلًا له منزلة المشتري، واختاره الشيخ أبو حامد وغيره.

والثالث: رواه ابن سُرَيْج، وخرَّجه أنه يأخذ بقرض يساوي الثمن مؤجلًا؛ لأنه أقرب إلى العدل، وجنح إليه الْغَزَالِي، وضعَّفه ابن الصباغ وغيره.

فروع: لو حلَّ على المشتري الثمن بموته لم يتعجل الأخذ على الشفيع؛ بل تبقى خيرته لجًا، أما ولو مات الشفيع فالخيرة لوارثه أيضًا لو رضي الشفيع بدفع الشقص وبمحل الثمن إلى محله فأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحل فطلب شفعته على الأصح في «الحاوي» قال: ولو كان منجمًا فالمسألة على الأقوال أي: المسألة السابقة وذكر أن الثالث ذكر في الشروط، قال: فلو حل نجم فقال الشفيع: أنا أدفع ما حل واحد من الشقص بقسطه؛ بيع لتفريقه الصفقة على المشتري، ولو اختار الشفيع الصبر إلى المحل ثم عَنَّ له الأخذ فيشبه أن له ذلك قطعًا.

قال: (**وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ**) يعني: الشقص لوجود سبب الأخذ فيه دون غيره ولا خيار للمشتري، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لدخوله عليها عالمًا بالحال.

قال: (**أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْقِيمَةِ**) صوابه من اليمين باعتبار القيمة، ويمكن تصحيح عبارته بتكليف، والظاهر أنه لم يقصدها؛ بل سبق قلمه إلى ما في نفسه من القيمة المعتبرة.

وعبارة «المحرر»: ولو بيع الشقص مع غرض وزِّع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما، وقول «المنهاج» وغيره أحسن إذ لا فرق بين العوض والنقد، وعبارة

وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا وَكَذَا عِوَضُ الْخُلْعِ، وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الْأَخْذُ.

«الروضة»: إذا اشترى مع الشقص منقولًا كسيف وثوب والحكم لا يختلف بين كون المضموم منقولًا أو عقارًا لا شفعة فيه، أو مما فيه الشفعة؛ ولكن لا حكمة للشفيع فيه وله فيه شركة؛ ولكنه إحضار أخذ الشقص، وجوزناه كما هو الأصح أو الأظهر.

فرع: يعتبر قيمتها يوم البيع وهذا كله على المشهور، وحُكي قول شاذ أن الشفيع يأخذ الشقص بكل الثمن، وغلط من زعم أن في باب تفريق الصفقة من التلخيص نقل قول أن الشفعة تثبت في الغرض فيأخذهما أزيد منهما خلاف في أن الثمن يعتبر قيمته يوم العقد، أو يوم الاستقرار بانقطاع الخيار فيأتي هنا لا محالة.

قال في «البسيط» هاهنا: والاعتبار بالقيمة يوم العقد وإن اشتمل على خيار الثلاث وتفاوت القيمة، فإن قلنا: يملك بالعقد فذاك أو بمضي الخيار فينقدح فيه احتمال وهو جارٍ في قيمة الثمن، وأصله قول إمامه: إن اعتبار يوم العقد متجه إلى أن ملكناه بالعقد وإن قلنا بالقضاء الخيار احتمل اعتبار يوم اللزوم.

(**وَيُؤْخَذُ الْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا**) لا بالمهر، ولو أخذ من المكاتب شقصًا عن النجوم أخذه بمثل النجوم أو قيمتها وما جعل أجرةً أو جعلًا يؤخذ بأجرة مثل العين المستأجرة وعمل العامل في الجعالة، والذي أخذ عن الدم بقيمة الدية يوم الجناية.

قال: (**وَكَذَا بَدَلُ الْخُلْعِ**) لما ذكرناه، ويعتبر مهر مثلها يوم النكاح في الأولى، ويوم الخلع في هذه، وفيه الوجه السابق عن السامعين، ذكره **الْمُتَوَلِّي**، ولو منعت المطلقة شقص.

قال **الْمُتَوَلِّي**: والمقترض يؤخذ بقيمته، وإن قلنا: يرد المثلي بغيره هنا وهذا بناء على صحة قرضه.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى بِجُزَافٍ وَتَلِفَ امْتَنَعَ الْأَخْذُ**) أي: لتعذر الوقوف على الثمن وهذا من حيل إسقاط الشفعة، ومثله ما لو اشترى بمتقوم جهلت قيمته

فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، ....

كمتاع اختلط بغيره، والجزاف: مثلث الجيم، ولو كان باقيًا؛ لكنه غائب فيتبرع البائع بإحضاره، أو أجبر عنه واعتمد قوله بذاك وإلا فليس للشفيع تكليفه الإحضار والإجبار عنه.

قال: (**فَإِنْ عَيَّنَ الشَّفِيعُ قَدْرًا**) أي: بأن قال: اشتريته بألف درهم مثلًا.

(**وَقَالَ الْمُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) أي: المقدار الذي ذكره الشفيع؛ لأنه محتمل، هذا هو الصحيح المنصوص وظاهر المذهب في «البحر».

وقال ابن سُرَيْج: لا يقنع منه بذلك ولا يحلف؛ بل إن أصر جعل باطلًا وردت اليمين على الشفيع، فعلى الأول إذا حلف قال القاضي الحسين قال الشَّافِعِي نصًا: إن الشفعة موقوفة إلى أن يتضح.

قال الرَّافِعِي: وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت قدر الثمن فعلى رأي يجعل كالنكول ويرد الثمن على الشفيع.

قال القاضي الرُّويَانِي في «الحلية»: وبه قال ابن سُرَيْج، وابن أبي هريرة، والماوردي والقفال وهو الاختيار.

قال في «البحر»: وفرع الْقَفَّال على ما ذكره ابن سُرَيْج أنه لو وقع البيع بكفٍّ من دراهم قَبِلَ الشفيع وبيَّن كم قدر الثمن، فإن ادعى علم المشتري بعذره فإن أقر أنه عالم بمقداره، قيل له أن يبيِّن؛ لأن حق الشفعة ثابت عليه فليس له أن يكتم الثمن، فإن قال: لا أعلم حلف أنه لا يعلم، ثم يقال للشفيع: بيِّن أنت مقدار الثمن، فإن بيَّن قدرًا فادعى المشتري أنه أكثر من هذا؛ حلف، ثم يقال للشفيع: ردّ على هذا أبدًا، فإن لم يحلف حلف الشفيع وأخذه، انتهى.

ووقع في «الروضة» وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت فهو كالنكول وكأنه أراد أن يكتب، فعلى رأي هو كالنكول، ولسبق القلم إلى ما كتب، والأصح أنه ليس كالنكول وأفتى الْغَزَالِي والشاشي أنه إذا اعترف المشتري بالجهل بقدر

وَإِنْ ادَّعَى عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ.

الثمن؛ وجب الحكم بيمين الشفيع إذا ادعى المعرفة، وأفتى الْغَزَالِي أنه إن قال المشتري كان الثمن جزافًا لا أعلم قدره فأقام الشفيع شاهدين، فقالا: حضرنا العقد وكان الثمن ألف معينة وقدرًا من الدراهم لا نعرفه تحديدًا إلا أنه دون العشرة فورث الشفيع ألفًا وعشرة وجبت لتسليم الشقص إليه ولا يحل للمشتري قبض عام العشرة، وعليه أن يقبض ما سلمه، ووافقه ابن الصباغ، وأجاب صاحب الشَّاشِي بأنه لا يثبت العقد، وهو القياس.

فرع: إذا ادعى استحقاق الشفعة ولم يعين قدرًا ولا علمًا، قيل: مقتضى كلامهم باللقاء لا يسمع وفيه نظر؛ لأنه هو الحق وتلك الأسباب شروط والتعرض للشروط في دعوى غير النكاح لا يجب، انتهى. وهو ظاهر.

وفي «النهاية» إشارة ظاهرة إليه، وفي تحرير الرُّويَانِي لو لم يسم المشتري للشفيع أو لم يذكر الثمن فأخَّر طلب الشفعة لم يبطل حقه بهذا التأخير؛ لأنه يؤخر حتى يعرف الحال ولو عفا في هذه الحالة صح عفوه وكأنه رضي بأن يشتركا، وغلط من قال غيره.

قال: (**وَلَو**(١) **ادَّعَى عِلْمَهُ**) أي: علم المشتري بمقدار الثمن وطالبه ببيانه (**وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْرًا لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: حتى يعين قدرًا فيحلف المشتري حينئذٍ أنه لا يعرفه؛ لأنه لم يدَّع حقًا له، وهذا ما عزاه الرَّافِعِي إلى تصحيح الْبَغَوِي خاصةً، ونسبه الإمام والغزالي إلى النص.

والثاني: يسمع، وبه جزم الْمَاوَرْدِي، ونقله الْمُتَوَلِّي عن عامة الأصحاب؛ لاحتمال صدقه وبه ادعى أمرًا محتملًا تسمع دعواه، فعلى هذا إن أجاب بلا أعلم كان منكرًا فيحلف فإن حلف فذاك، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فإن لم يحلف سقطت دعواه، وإن حلف حبس المشتري حتى يبيِّن قدر الثمن.

قال: ونظير المسألة ما إذا ادعى على إنسان أمر لو أقرَّ به نفعه ولم يدع الحق هل تسمع دعواه أم لا؟

---

(١) في الأصل (وإن) وفي بعض نسخ المنهاج وشروحه (ولو).

وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ، وَإِلَّا أَبْدَلَ وَبَقِيَا؛ وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ؛ وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ؛ ....

قلت: وقضية ذلك ترجيح السماع لما سنعرضه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِذَا ظَهَرَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَطَلَ الْبَيْعُ وَالشُّفْعَةُ**) أي: سواء اتصل به القبض أو لم يتصل، سواء بيَّن فيه المشتري أو لم يبين، وسواء كان الثمن عوضًا أو نقدًا؛ لأنه يتعين بالعقد عندنا، وقد يظهر بالاستحقاق وألا يبيع والشفعة فرعه، وإن خرج بعضه مستحقًّا بطل البيع في المستحق، وفي الثاني قول بتفريق الصفقة وخروج الدراهم عرضًا أو نحاسًا كاستحقاقها، قاله الْمُتَوَلِّي.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن كان الثمن في الذمة.

(**أَبْدَلَ وَبَقِيَا**) أي: البيع والشفعة بحالهما؛ لأن إعطاءه ذلك عما في الذمة كالعدم وللبائع أن يسترد الشقص ليحبسه إلى إقباضه الثمن.

فرع: لو خرج ثمن البيع رديئًا يخير البائع بين الرضا به أو الاستبدال، فإن رضي لم يلزم المشتري الرضا بمثله؛ بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره الْبَغَوِي. زاد في «الروضة» وفي هذا احتمال ظاهر انتهى.

ولم يبيِّن لي وجهه، والظاهر أن العرض بعد لزوم العقد، وقضية كلام «البحر» أنه لا خلاف فيما ذكره الْبَغَوِي.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن لم تكن الدراهم معينة في العقد فردها وأخذها فلا كلام، وإن كانت معينة في العقد يخيَّر البائع، فإن أجاز أخذ الشفيع الشقص بمثل تلك الدراهم سليمة؛ لأن رضا البائع بالناقص كالحط، ولو حط عنه بعض الثمن لم يثبت حكمه في حق الشفيع، وإن فسخ العقد، فإن كان بعد أخذ الشفيع الشقص لم يسترجع منه، وإن كان قبله، فالشفيع أولى والبائع على وجهين.

قال: (**وَإِنْ دَفَعَ الشَّفِيعُ مُسْتَحَقًّا لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ**) أي: استحقاق المدفوع؛ لأنه معذور ويصدق بيمينه فيه؛ لأنه أمر باطن، فإن أقام المشتري بينة بمعرفته فاستحقاقه سمعت.

(**وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه لم يقصر في الطلب والشفعة لا يستحق

وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ صَحِيحٌ، ....

بمال معين، وبمقابله جزم الْبَغَوِي؛ لأنه كتارك الأخذ مع القدرة ثم الصحيح أن على الوجهين فيما إذا كان الثمن معينًا بأن قال: تملكته بهذه الدراهم، وإلا فلا يبطل قطعًا، وقيل: هما في الحالين وخروج النقد نحاسًا كخروجه مستحقًا.

وعبارة الدارمي في المسألة إن علم بطلب وإلا فوجهان، وينبغي أنه إذا علم الاستحقاق وأن ذلك لا يملك الشقص فإن الشفعة على الفور وإن تبطل شفعته فلا خلاف؛ لأنه معرض أو كالمعرض إلا أن يكون القاضي قد قضى له بالشفعة، وما كناه بذلك.

ثم بعد هذا رأيت شارح قال: واعلم أنه متى حصل الملك إما بالاختيار وحده عند من يراه من عين بدل الثمن، وإما برضا المشتري بذمته، وإما بقضاء القاضي بالاستحقاق مع الاختيار بدون بدل الثمن عند من يراه فلا ينبغي جريان خلاف؛ بل يقطع بأنها لا تبطل شفعته، وإن اعتبرنا بدل الثمن فأحضره عالمًا باستحقاقه فينبغي القطع بالبطلان كما لو لم يحضره والإمام جعل الخلاف فيما إذا ماطل بالثمن بعد طلب الشفعة وجاوز مدة الإمهال، وهذا إنما يأتي إذا لم يحكم له بالملك، انتهى، وهذا حسن صحيح.

فرع: إذا لم يبطل حقه فهل يقتصر إلى تملك جديد أو لا، والثمن دين عليه؟ وجهان، وصحح الْغَزَالِي الثاني.

قال الرَّافِعِي: والمفهوم من كلام الجمهور الأول لا سيما حالة العلم وصرح في التذنيب بأنه الأظهر عند الأصحاب وفائدة الخلاف كالفوائد الأخرى.

قال: **(وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِي الشِّقْصِ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ صَحِيحٌ)** لأنه ملك جائز.

وقيل: باطلة بحق الشفيع فأشبه حق المرتهن وأجيب بأن ثبوت حق التملك لا يمنع التصرف بدليل تصرف الولد في العين الموهبة والزوجة في المهر قبل الدخول.

وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ كَالْوَقْفِ، وَأَخْذُهُ، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ.

وَلَوِ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكًا، ....

قال: (**وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لَا شُفْعَةَ فِيهِ كَالْوَقْفِ**) أي: والهبة والصدقة والوصية والإجارة.

(**وَأَخْذُهُ**) أي: له لسبق حقه.

(**وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ كَبَيْعٍ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ أَوْ يَأْخُذَ بِالْأَوَّلِ**)؛ لأن حقه سابق.

وقيل: لا ينقض تصرفاته.

وقيل: لا ينقض الوقف وينقض ما سواه.

وقيل: لا ينقض ما يثبت فيه الشفعة؛ بل يتجدد له حق الشفعة بذلك.

إشارة: المراد بالنقض: الأخذ فقط والتعبير بالإبطال أحسن؛ لأن النقض ربع الشيء من أصله.

قال ابن الْقَطَّان: وإذا وقف المشتري الشقص فأوجه ثالثها يكون الوقف موقوفًا إن جاء الشفيع وطالب بطل الوقف وإن عفا صح الوقف.

قال: (**وَلَوِ اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ صُدِّقَ الْمُشْتَرِي**) أي: بيمينه حيث لا بينة لواحد منهما؛ لأنه أعلم بما عقده عليه من الشفيع.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ الشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ الطَّالِبِ شَرِيكًا**) لأن الأصل عدمهما ويحلف على بقاء الشراء في الأولى وعلى نفي العلم بشركته في الثانية، فإن نكل فيها حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة.

قال الدارمي: والمنكر يحلف أنه اشتراه وأنا شريك وينقض الثمن، كذا إذا حلف الشفيع وأخذه ففي الثمن خمس أوجه:

أحدها: تملكه المأخوذ منه بالشفعة بحكم الحاكم.

فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ بِالْبَيْعِ فَالْأَصَحُّ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ، وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ وَإِنْ اعْتَرَفَ فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ.

والثاني: يأخذه قيمة لما أخذ منه.

والثالث: يترك في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه.

والرابع: إن كان معسرًا ففي ذمته وإلا أخذ ووقف حتى يدعيه.

والخامس: يؤخذ ويوقف بكل حال.

قال: **(فَإِنْ اعْتَرَفَ الشَّرِيكُ)** أي: القديم وهو البائع لهذا المشتري المنكر.

(بِالْبَيْعِ فَالْأَصَحُّ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ) لأن اعترافه يضمن ثبوت حقه فلا يبطل بإنكار المشتري.

والثاني: لا؛ لأن الشفيع فرع المشتري وهو منكر.

والثالث: إن اعترف البائع بقبض الثمن ثبت وإلا فلا.

قال: **(وَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ)**؛ لأنه يتلقى الملك منه، وقيل: يُنصَّب القاضي ثقة بقبضه للمشتري.

قال: **(وَإِنْ اعْتَرَفَ)** أي: البائع بقبض الثمن.

(فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ الشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ فِي الْإِقْرَارِ نَظِيرُهُ). قلت: وسبق ترجيح الشرك بما فيه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يقتضي حصول الملك للشفيع والقدرة على التصرف في الشقص وهو يخالف ما سلف من توقف التصرف على تسليم الثمن لأجل حق الحبس.

قال: والذي يظهر هو الوجه الثاني، يعني: أن القاضي يأخذ الثمن، انتهى.

وقد ينقدح فرق بين الصورتين للمتأمل، وقوله: «أم يأخذه» صوابه أو يأخذه؛ لأن أم تكون بعد الهمزة وأو بعد هل، والفقهاء متساهلون في ذلك.

فَصْلٌ

وَلَوْ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لِآخَرَ فَالشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَفَا ....

فصل

قال: (**وَلَوْ اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ جَمْعٌ أَخَذُوا عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ**) لأنه استحقاق بالملك فقط على قدرة كالأجرة والثمرة.

(**وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ**) واختاره الـمُزَنِي وجنح إلى اختياره ابن الرِّفْعَة وغيره وهو المختار خلافًا للأكثرين، والقولان في الجديد والقديم، ونص عليهما في «الأم».

وقال في الثاني: وبهذا أقول ومن حجته أن الشارع أناطها باسم الشركة، وهو في الجميع سواء.

قال الرَّافِعِي: فأشبه أجرة الصكاك- يعني: إذا كتب الكاتب الصكاك لشركاء مختلفي الحصص- فإن أجرته عليهم بالتسوية؛ ولأنه لو كان عبد بين ثلاثة مختلفي الأنصبة فأعتق اثنان نصيبهما معًا وهما موسرين إن كانت قيمة نصيب الثالث عليهما بالتسوية، وأجاب الأولون عن هذا إن سلم، وهو المذهب بأن ذلك الإتلاف وهما فيه سواء.

وقال القاضي الحسين: أصل القولين على الشفعة، وهي عند الشَّافِعِي مؤنة سبيلهم وأظهر القولين في مؤنته أنها على قدر الحصص.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لِآخَرَ**) أي: بأن كان العقار بينهما مناصفةً فباع نصف نصيبه أو ثلثه أو أقل لرجل، ثم باع الباقي لآخر.

(**فَالشُّفْعَةُ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ**) لأنه مزاحم له حالة بيعه والبائع لا شفعة له فيما باعه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ عَفَا**) يعني: الشريك القديم.

عَنِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي، وَإِلَّا فَلَا. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّهُ، وَتَخَيَّرَ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ، وَلَيْسَ لَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ، وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ سَقَطَ كُلُّهُ.

(**عَنِ النِّصْفِ الْأَوَّلِ شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي**) لسبق ملكه الصفقة الثانية واستقراره بالعفو عنه.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يعف الشريك القديم عن النصف الأول؛ بل أخذ منه لم يشاركه المشتري الأول لزوال ملكه.

والثاني: يشاركه مطلقًا؛ لأنه شريك حال الشراء، وبه جزم الْمَاوَرْدِي.

والثالث: المنع مطلقًا؛ لأن الشريك القديم سلط على تملكه فكيف يزاحمه، وبه جزم الفوراني، وقال القاضي الحسين: إنه ظاهر المذهب وكذلك اقتضاء كلام «البحر».

قال: لأنه لما أخذ الأول بالشفعة أخذه بحقوقه ومن حقوقه ثبوت الشفعة بيمينه في الباقي ويحل الخلاف إذا لم يكن الشريك القديم عفا قبل البيع الثاني، إن عفا قبله اشتركا قطعًا وحيث زاحمنا بينهما فهو على الحصص أو الرؤوس فيه القولان.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ سَقَطَ حَقُّهُ**) كسائر الحقوق المالية.

(**وَتَخَيَّرَ الْآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ الْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ**) أي: كالمنفرد.

(**وَلَيْسَ لَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى حِصَّتِهِ**) لتنقيصه الصفقة على المشتري هذا هو المنصوص في «المختصر».

والثاني: سقط حق العافي وغيره كالقصاص.

والثالث: عكسه تغليبًا للثبوت.

والرابع: يسقط حق العافي، وللآخر أخذ قسطه فقط، وليس للمشتري إلزامه أخذ الجميع، وحكى هذا قولًا.

قال: (**وَأَنَّ الْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ سَقَطَ كُلُّهُ**) كالقصاص.

وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ شَارَكَهُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ.

وَلَوْ اشْتَرَيَا شِقْصًا فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال في «البحر»: وهذا ظاهر، والثاني: يبقى الباقي، هكذا أطلقه القاضي الحسين، وخصصه الصيدلاني والفوراني بما إذا رضي المشتري بالتجربة، فإن أتاها وقال: خذ الكل أو اتركه فله ذلك.

قال الإمام: وهو حسن مقياس لا يسوغ غيره.

قال: وهذه الأوجه إذا لم يعتبر الفور فإن قلنا الشفعة على الفور فقيل: يسقط قطعًا وأيد بأن صاحب «الشامل» قال: لو استحق شقصًا فجاء وقال: آخذ نصفه سقطت شفعته في الكل؛ لأنه ترك طلب النصف، وقيل: إنه على الأوجه، ورأى ابن الرِّفْعَة أنه أشبه الطريقتين.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ الْجَمِيعِ فِي الْحَالِ**) أي: لا النقص إذ قد يعرض الغائب فيتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه.

قال الإمام: وهذا مفرع على المذهب أنه إذا عفا بعضهم عن حقه يأخذ الآخر الكل أو يدع، وفيه رمز إلى وجه أن له أخذ قدر حقه.

قال: (**فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ شَارَكَهُ**) لأن حقه ثابت فحضوره الآن كحضوره من قبل، (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ الْأَخْذِ إِلَى قُدُومِ الْغَائِبِ**)؛ لئلا يأخذ ما يؤخذ منه، واختاره ابن سُرَيْج وأبو إسحاق.

والثاني: لا؛ لتمكنه من الأخذ، وصححه الْمَاوَرْدِي، ثم أخذه الحاضر من عمله وفائدة تعوزه على الأصح لحدوثه في ملكه.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَيَا شِقْصًا فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا**) إذ لا تفريق عليه.

(**وَلَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ مِنْ اثْنَيْنِ فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ**) وحُكي عن نصه في القديم وجزم به جازمون لتعدد الصفقة بتعدد البائع.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ، ....

والثاني: لأن المشتري ملك الشقص صفقةً لا يفرق عليه، ولو باع اثنان نصيبهما من اثنين فهو بمنزلة أربعة عقود كما لو باع واحد منهم نصيبه من واحد في أربعة عقود.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الشُّفْعَةَ عَلَى الْفَوْرِ**) كالرد بالعيب والجامع دفع الضرر، وحديث: «**وَالشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ**»(١) ضعيف وغيره أضعف منه.

قال ابن الرِّفْعَة تبعًا للعمراني وغيره: والمراد بكونها على الفور: هو طلبها عند العلم بالبيع.

وقيل: له الطلب ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر، وسيأتي عن هذا.

والقول الثاني: أن إخباره بمثل ثلاثة أيام؛ لأنه لا يحتاج إلى نظر وتأمل!

والثالث: يمهل إلى مدة التدبر في مثل ذلك.

الرابع: يمتد إلى التصريح بإسقاطها كحق القصاص.

والخامس: إلى التصريح أو ما يدل عليه كبيعه لمن شئت، أو هبه، وكذا ما لو قال: بعه أو هبه لي، وقيل: لا يبطل بهذا.

تنبيهات: منها: سبق أن المراد بالفور حال إطلاعه على البيع، وقيل: ما لم يفارق مجلسه.

وقال أبو سعيد الهروي: إذا قلنا الشفعة على الفور فما الذي على الفور؟

فيه جوابان: أحدهما: أن المتملك على الفور فيقول: إذا كان قد عرف الثمن قدرًا وجنسًا ونوعًا تملك على فور إطلاعه على الأمر، ويشهد على ذلك الحاكم والشهود مهما تيسر له ذلك؛ لئلا يفوت حقه بالجحود، وهذا قياس القاضي الحسين في الرد بالعيب.

والثاني: أنه يجوز تأخير التملك إلى الرفع إلى القاضي ويخرج عن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥، رقم ٢٥٠٠) قال البوصيري (٣/ ٩١): هذا إسناد ضعيف. وأورده ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٧٩، رقم ١٤٣٤) وقال: قال أبو زرعة هذا حديث منكر.

....

الخلاف إظهار الطلب على الفور، وليس من شرطه كونه في وجه الشفيع إلا على ما حُكي عن أبي سهل.

فإن قيل: يسأل الشفيع كيف يعتبر، وأي وقت يراعي؟

قلت: إن عرف الشفيع قدر الثمن يقول: تملكت من غير تأخير ولو لم يعرف الثمن سعى في طلب الشراء ليعرف الثمن ثم يقول: تملكته عليك بالثمن المعلوم ولا يجوز أن يتوانى في طلب الشراء ليتعرف منه الثمن وهو يعني: قبول أصحابنا أن الطلب على الفور، وإذا عرفت مقدار الثمن في غيبة المشتري، فقال: اخترت الأخذ بالشفعة لم يخاصم في استرجاع الربع من المشتري لم يبطل حقه، هكذا قال أصحاب أبو حنيفة، وحكوا عنا أنه يبطل، وغلطوا في الحكاية؛ بل عندنا لا يبطل، انتهى.

ومنها: لو رفع الأمر إلى القاضي وترك المشتري مع حضوره بالبلد جاز وسبق في الرد بالعيب بيانه.

وقال في «الذخائر»: هنا بعد نقله جواز المضي إلى القاضي وترك المشتري عن بعض الأصحاب وتوجيهه بأنه آكد في الطلب؛ لأن المشتري قد يمانعه، وحكاه أبو حامد عن ابن سُرَيْج.

وقال أبو حامد: تبطل شفعته ولم يوجهه ووجهه أنه ترك يستحق عليه مع القدرة فطلب شفعته، انتهى.

ولو أشهد على الطلب ولم يراجع المشتري ولا القاضي مع المكنة لم يكف، وفيه وجه وإن كان المشتري غائبًا.

قال الرَّافِعِي: فالقياس أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك قبل إطلاق الرَّافِعِي هنا وهناك الغيبة، فإن كان على إطلاقه والمقصود قضاء القاضي فكيف يصح على الغائب إذا كان دون مسافة العدوى، وإن كان المقصود إعلامه بالفسخ ثم بالطلب هنا فكيف نقول هنا أنه يأخذه؟ظاهره أنه يأخذ من القاضي.

فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ، ....

فإن قال: إن القاضي يقوم مقام الغائب في تسليم الشقص وتسليم العوض كان في ذلك إثبات، ولأنه القاضي في مال الغائب في المسافة القريبة؛ وذلك يحتاج إلى نقل عن الأصحاب.

قلت: والظاهر أن مراد الرَّافِعِي أنه يرجع الأمر إلى القاضي، ويأخذ الشفعة حيث يجوز القضاء على الغائب لا مطلقًا، ثم رأيت صاحب «الذخائر» قال بعد كلامه على غيبة الشفيع: وكذلك إذا كان المشتري غائبًا وعلم الشفيع في غيبته فالشفيع على ما ذكرناه، انتهى.

وفي «البسيط» وإن كان المشتري غائبًا فعليه الذهاب إليه أو اتخاذ وكيل إليه ولا يلزمه ارتكاب غرر؛ بل يطلب فيه رفعه وبيعه، انتهى.

ثم قال في «الذخائر»: وإذا كان المشتري غائبًا، الحكم كما بيناه بمضيٍّ إلى الحاكم وطلبها وترك المشتري مع القدرة، ولم أر فيها نصًا، والذي يجيء على المذهب أنه يحتمل أن يقال: تبطل شفعته بذلك لتركه المشتري مع القدرة واشتغاله بما لا فائدة فيه بخلاف الحاضر؛ لأنه يمكن للحاكم إحضاره وأخذ الشفعة منه، والغائب لا يجب إحضاره من حيث هو الحكم عليه، ويحتمل أن يقال: لا تسقط بذلك شفعته وعلى الحاكم النظر فإذا صح له استحقاق الشفعة قضى بها على الغائب وبات عنه في تسليم الشقص وأخذ الثمن وتحصيل غيبته كحضوره ممتنعًا وهذا أظهر، انتهى.

وهو كما قال- وفي كلامه - ﷺ - فوائد، ومنها ولم أره نصًا-: إنه لو تغرب المشتري بالبلد أو توارى أو غاب غيبةً قريبةً وامتنع من الحضور إلى الحاكم قضى عليه بالشفعة كسائر أنواع القضاء على الغائب في الأموال وحقوقها إذا توفرت شروط الحكم.

قال: (**فَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ فَلْيُبَادِرْ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: ولا يكلف الإسراع على خلافها بعذرٍ وغيره والمرجع إلى العرف مما عدَّ تقصيرًا أو توانيًا في الطلب أسقط حقه، وما لا فلا.

فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيُشْهِدْ عَلَى الطَّلَبِ، فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا عَنْ بَلَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفًا مِنْ عَدُوٍّ فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ، وَإِلَّا فَلْيُشْهِدْ عَلَى الطَّلَبِ**) لأنه المعذور ولا يكفي شاهد واحد؛ بل لا بُدَّ من عدلين ذكره الرُّويَاني وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: ولا غيره يفهم الاقتضاء به، وأشار في «مطلبه» إلى احتمال فيه، والمراد بالمرض: ما يمنع السعي لا صداع يسير ونحوه، وهل المراد مطلق الغيبة القريبة أو البعيدة وإن كان دون مسافة العدوى كالحاضر؟ لم أر فيه نصًّا ولا شك أن من المسافة القريبة مع العجز والخوف كمن بالبعيد.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَ الْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا**) أي: من التوكيل والإشهاد.

(**بَطَلَ حَقُّهُ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لتقصيره بترك التوكيل مع إمكانه، واستبعاد سكوته عن الإشهاد بالإعراض والتجويز أن في التوكيل أوجه ثالثها: إن لم تلحقه فتة منة ولا مؤنة نقله بطلب، وإلا فلا، كذا نقلا هذا الوجه تبعًا للغزالي وإمامه، وعبارة «الحاوي» و«المهذب» والروياني عنه: إن وجد متبرعًا فلم يوكِّل سقطت شفعته، وإلا فلا، فهو كما أبداه الإمام.

وجعل الشيخ أبو علي الخلاف في المتبرع وأنه لا يلزمه الاستئجار لهذا الطلب، وأما الإشهاد فقالا: فيه قولان أو وجهان، كذا في «الشرحين» و«الروضة» وساق كلام أبي علي في «شرح التلخيص» يقتضي أنه لا يضر ترك الإشهاد جزمًا، وفي «النهاية» أن ظاهر المذهب أنه لا بُدَّ منه في حق الغائب.

وحكى شيخي قولًا في هذه الصورة واختاره وربما كان لا يذكر غيره أنه مستحب وتركه لا يبطل حقه.

قال: ولو ابتدر التوجه إلى المشتري فقولان نقلهما العراقيون، وهذه الصورة مرتبة على التي قبلها وأولى بمنع الوجوب، ولو كان حاضرًا مع المشتري ولا يمنع من الطلب مانع، وجرينا على أنه لا يقطع الأسفار القريبة

فَلَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الْإِتْمَامُ، وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ لَمْ أُصَدِّقِ الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ، ....

التي هو ملابسها إذا بلغه الخبر، فهل يجب الإشهاد والحالة هذه؟ ظاهر كلام الأئمة أنه لا يجب.. وذكر القاضي في هذا المقام وجهين أبسطهما من كلام الشَّافِعِي وهو استنباط حسن لائق باللفظ والخلاف الذي أبداه مرتب على الإشهاد في السفر لا محالة، انتهى.

والأصح في هذه الصورة أنه لا يبطل حقه بترك الإشهاد في صحيح «التنبيه» بطلانها وابتعد عليه.

قال: (**فَلَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ فَلَهُ الْإِتْمَامُ**) أي: وغسل يديه بعد فراغ الأكل، صرح به الشيخ أبو علّي ولا يكّلف قطعها.

وقيل: يكلف ذلك، وعن الفريضة فعلى الصحيح لو دخل وقت الأكل أو قضاء الحاجة أو الصلاة فله تقديمها أو المضي إلى الجمعة والجماعة أي: إذا دخل وقتهما كما قاله الدارمي، و«التحرير» أن يقال إذا توجه عليه السعي إلى الجمعة وإن كان قبل الوقت لتعذر ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على المجرى، ولو كان قد نوى النقل، وأطلق هل نقول يقتصر على ركعة أو ركعتين أو له الزيادة؟ يحتمل أن يجيء فيه الخلاف المذكور في التيمم بري الماء فيها ولو بلغه الخبر ليلًا أخّر حتى يصبح، ولو تمكن من إشهاد جيرانه ليلًا ومؤاكله إذا كانا على الطعام فوجهان للقاضي الحسين أصحهما: لا يضر، وفيه وقفة، وسيأتي عن شيخه القَفَّال ما ينازعه فيه.

قال: (**وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ لَمْ أُصَدِّقِ الْمُخْبِرَ لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ**)؛ لأن شهادتهما مقبولة فخبرهما أولى فكان من حقه اعتمادهما، وكذا لو أخبره عدل وامرأتان عدل، هكذا أطلقاه وجزما به.

وقال الدارمي: قال: سمعت شراك فلم أصدق وكان مسيرًا وأخبره شاهدان أو شاهد وامرأتان، وقال: هم عدول؛ ولكن لم أصدق بطلت شفاعته، وإن قال: أخبرني رجلان وليسا عدولًا عندي وهم عدول لم تبطل

وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

شفاعته؛ لأن قوله محتمل، انتهى.

ويوافقه قول الْعِمْرَانِي أن اللعان إن سمع بالاستفاضة من جماعة لا يجوز عليهم الكذب لم يعذر وإن سمع ذلك بخبر واحد أو اثنين.

قال الشيخ أبو حامد في «التعليق»: عذر وإن كان له التقى؛ لأن الإنسان قد لا يصدق الواحد والاثنين؛ لأنه يجوز عليهما الكذب، انتهى، ولم يذكر غيره.

وقال ابن الرِّفْعَة: هنا تفقهًا لو قال: جهلت عدالتهما ومثله يجوز خفاؤها عليه لم يبعد تصديقه؛ لأن رواية المجهول لا تسمع ولا شفعة فيما يظن إذا كانت عدالتهما ثابتة فقال: إني أعرف خلافه ولا بينة على قوله، انتهى.

وقال الإمام: في اللعان لو أخبره عدلان وكان يعرفهما بالعدالة فلا يقبل قوله: لم أصدقهما، وهذا يوافق كلام الدارمي.

قال: (**وَكَذَا ثِقَةٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: ولو عبدًا أو امرأة، وحكاه في «المهذب» فيهما قول وخبر ثقة، والثاني: يعذر؛ لأن الحجة لا تقوم بالواحد، والثالث: يعذر في العبد؛ لأن شهادته لا تقبل بخلاف المرأة أو العدل الواحد.

وقال الدارمي: إن أخبره عدل فهل طريقة الخبر أو الشهادة؟ وجهان إن قلنا بالأول بطلت، وإلا فلا، وإن أخبره صبيان أو عبيدًا وفسقة أو كفار ولم تبطل، وعندي في المرأة والعبد الوجهان، انتهى.

وفي معاني «الروضة» ولو أخبره عدلان لم يعذر، وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على الأصح؛ لأن روايته مقبولة.

وقال الإمام: ولو أخبره عدل واحد كان يعرفه بالعدالة فهذا متردد فقيده بمعرفته، وكلام الشيخين يقتضي التسوية بين البابين.

وقال الدارمي: هنا يصير عالمًا بكل خبر يقع في نفسه صدقه، ولو عبدًا وامرأةً وكافرًا خلافًا لأبي حنيفة.

قال في «البحر»: وهذا غريب، وهو القياس عندي، انتهى.

وسبق في الصيام ما يعضده، ونقل الإمام هنا الوجهين في صورة الكتاب في

وَيُعْذَرُ إنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ.

العدل المقبول الشهادة، ثم قال: وألحق الأصحاب أخبار العبد بأخبار الفاسق من حيث إنه ليس أهلًا للشهادة، وإذا رأى الأمر كذلك فإن أخذ هذا أمر الرواية أقر بإذن لم يشترط العدد، ولست أرى لاشتراط العدد معنى، انتهى.

وهذا هو الوجه الثالث الذي قدمناه، وإذا تأملت ما سقناه ظهر لك في أخبار العدلين والعدل الواحد وغيرهما وجوه على مدة.

قال: (**وَيُعْذَرُ إنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ**) أي: لكفرٍ أو فسقٍ أو صبي أو مغفل لسقوط روايتهم، وفي الصبي وجه بناءً على قبول روايته، وهذا إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدًا لا يمكن معه التواطؤ على الكذب، فإن بلغه بطل حقه وإن كانوا فساقًا.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا أيضًا بالنسبة إلى الظاهر، أما بالنسبة إلى الباطن فالاعتبار بما وقع في نفسه من الصدق سواء فيه خبر الكافر، صرح به الْمَاوَرْدِي معللًا بأن ما يتعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الفاسق وغيره إذا وقع في النفس صدقه، انتهى.

وهذا يبين أن المراد بما سبق عنه إذا عرف بتصديقه ظاهرًا، وينبغي طرده في الصبي فيقضى عليه ظاهرًا باعترافه بتصديقه.

فروع: منها: قال الرَّافِعِي: إذا ألزمناه الإشهاد فلم يقدر عليه فهل يلزمه أن يقول: تملكت الشقص؟ وجهان سبق نظيرهما، يعني: في الرد بالعيب.

قيل: إن كان نقلًا فلعل وجهه أنه المستور، وإن كان تخريجًا فالفرق إن لم يحصل الانفساخ به، وهنا لا يجعل الملك بقوله عند الرَّافِعِي؛ بل لا بُدَّ من أخذ أمور ثلاثة كما سبق.

قلت: الظاهر أن مراد الرَّافِعِي بما ذكره الطلب لا حقيقة التملك، وسيأتي في كلام الْقَفَّال.

وقال الإمام: لا شك أنه إذا عزَّ الإشهاد لا يكلف أن يقول: أنا على الحق، وطلبه ثم حكى الوجهين في قول المشتري بسحب العقد ورددت

....

المبيع، وساق كلام «النهاية» و«البسيط» يقتضي عدم جريانهما في الشفيع؛ بل هو كالنص فيه.

ومنها: في فروع ابن الْقَطَّان إذا لم يكن في عز المطالبة، ثم قال: حال يأمنه إنما سكت؛ لأنه لم يكن هناك حاكم، حكى أبو ثور عن الشَّافِعِي أن حقه باقٍ، انتهى.

ومنها: قالا: -واللفظ «للروضة»- لو تلاقيا في بلد غير الشقص فأخر الشفيع الأخذ إلى العود إليه؛ بطل حقه هذا ما حكاه الهروي عن الأصحاب إلا إذا لم يكن رأى المبيع واعتبرنا رؤيته، كلام «الشامل» يقتضي الاكتفاء بالطلب وتأخير التملك إلى الحضور.

وقال الإمام: لو تلاقيا في الغيبة اتفاقًا قد يطلب على الفور، وليس له أن يؤخر إلى العود إلى موضع الشقص، فإن الطلب موجه على المشتري، وهو حاضر فشهود الشقص وغيبته بمثابة، انتهى.

ونقله في «البحر» عن النص، وصورها فيما إذا كان ببلد العقار وتأخر، قال: كما لو كانا بالبلد فلم يطالبه حتى حضر عند الدار المعينة، وقال: أردت المطالبة عندها، نعم لو أنكر المشتري أنه شريكه تأخر ليقيم البينة بذلك العقار كان على شفعته إذا لم يكن هناك بينة.

ومنها: إذا اعتبرنا الإشهاد فاختلفا فيه وفي السفر لأجلها.

قال الرُّويَانِي: صدق الشفيع وفي تصديقه في الإشهاد نظر إذ الأصل عدمه وبقاء ملك المشتري، وذكر أنه لو قال المشتري: أخرته تهاونًا، فقال: بل عجزًا؛ صدق الشفيع، ونص عليه في «الأم».

وقال الْمَاوَرْدِي: إن وجد ما يدل عليه فالحكم كذلك، وإلا فالقول قول المشتري.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يقال في حال عدم الدلالة تخريجه على تقابل الأصلين.

وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ، ....

فرع: سبق محله والوعد به في «فتاوى الْقَفَّال» أن الشفيع إذا سمع البيع وكان في داره، فإن كان بحضرته شهود أشهدهم على الطلب ولا بد أن يطلب، فيقول في الحال: أنا طالب الشفعة، وإن لم يكن بحضرته شهود وكان البيع في يد البائع فإنه يحضر البائع، ويقول: أنا طالب الشفعة، ولا يلزمه أن يحضر المشتري، وإذا كان بحضرته شهودًا شهد كما سمع فإنه لا يلزمه بعد ذلك أن يحضر البائع ولا أن يحضر موضع الشفعة فيبطلها غير أن الذي يلزمه أن يحضر الحاكم قبل أن يتقادم العهد، واختلفوا في حد التقادم:

فمنهم من قال: ثلاثة أيام، ومنهم من قال: شهرًا، وكذلك على هذا لو أنه بحضرة شهود فجاء إلى موضع الشفعة وطلب الشفعة في الحال لم تبطل شفعته إن أمكنه أن يجيء إلى ذلك الموضع فلم يجئ يطلب شفعته، فلو جاء إلى ذلك الموضع وقال: أنا طالب الشفعة، فإن كان ثم شهود فإنه يشهد على طلبه بعد ذلك، ثم جاء إلى الحاكم بعد ثلاثة أيام أو بعد شهر كان على حقه من الشفعة، أما إذا كان المبيع في يد المشتري فإنه يطلب الشفعة من المشتري، أو من موضع الشفعة أيهما كان أقرب إليه فإذا سمع ذلك في بيته لزمه أن يطالب في الحال فإن وجد الشهود أشهد عليه، فلو أنه جاء إلى الحاكم وطلب الشفعة فيقول للحاكم: أنا قد طلبت الشفعة والآن أطلبه، انتهى.

لفظ «الفتاوى»: على سقم فيه أو حتى أن يكون محكيًا عن الحنفية، فإنه قال في آخر المسألة: قال القاضي العامري: فينبغي أن يقول أنا أطلبه الآن والحاكم يحضره ويقضي بالشفعة، فإذا قضى بعده فالشفعة لم تبطل بعده بتقادم العهد فإن جاء إلى القاضي وطلب الشفعة وأنكر الرجل الشراء فذهب ليقيم البينة على شركته قبل منه ذلك، فإن رجع قبل تقادم العهد كان له طلب الشفعة، وإن تقادم العهد فلا، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أُخْبِرَ بِالْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ فَبَانَ بِخَمْسِمِائَةٍ بَقِيَ حَقُّهُ**)؛ لأنه لم يعرض زهدًا؛ بل لكثرة الثمن فليس بمقصر، وكان الأحسن أن يقول: فبان بأقل، نعم لو بان بأقل شيء معاين به، فهل يكون مقصرًا؟ فيه نظر وجه

وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ بَطَلَ، ....

التقصير ظاهر، ووجه المنع جواز أن يكون حلف ألا يشتريه أو يأخذه بألف.

قال: (**وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ بَطَلَ**) لظهور إعراضه، وفيه ما رمزنا إليه إن كان له اعتبار.

فروع: قال في «الروضة»: لو كذب في تعيين المشتري فبان غيره لم يبطل حقه، انتهى.

قال في «البحر»: هكذا ذكر جمهور أصحابنا، وفي «الحاوي» إرسال وجهين:

أحدهما: هذا قال: وهو على قول من جعل علة الشفعة سواء المشاركة.

والثاني: يبطل؛ لأن معرفة المشتري ليست شرط في المطالبة، والعفو وهذا على قول من جعل عليه الشفعة الخوف من مؤنة القسمة، انتهى.

وقضية ذلك ترجيحه؛ لأنها العلة الصحيحة، ويحتمل أن يقال: إن ترك لكون المسمى له قرابة أو صداقة أو جوار أو لسلطانه وظلمه ورهبته منه ثم بان الأمر بخلاف ذلك لم يبطل حقه، وإلا بطل لظهور إعراضه عنه.

قال في «الروضة»: لو كذب في جنس الثمن أو في نوعه أو قدر المبيع فقال: باع كل نصيبه فبان بعضه أو بالعكس لم يبطل حقه، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو أخبر أن المبيع خمسة أسهم من عشرة فعفا ثم بان أنه سهم من عشرة فإن اتخذ ثمنها فلا شفعة وإلا فله الشفعة؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكثير دون القليل وهذا متعين.

قال في «الروضة»: ولو قيل باع بكذا مؤجلًا فعفا فبان حالًا بطل حقه قطعًا.

قلت: ليس كذلك؛ بل هو الصحيح وقضية كلام «الوسيط» الجزم بخلافه ونقله في «البحر» عن بعض أصحابنا.

قال: لأنه يقول قد عرفت أن البيع إلى أجل لا يخلو عن زيادة ثمن فلم أرغب فلما علمت فقد العين رغبت، هكذا ذكره بعض أصحابنا «بخراسان».

وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِي فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، أَوْ قَالَ بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَتِك لَمْ يَبْطُلْ، وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ.

وقال بعضهم: الصحيح أنها تبطل، ويوهمه أنه ربما يكون في الثمن غلاء ليس بعذر، وهو اختيار أهل «العراق»، انتهى.

وزعم أن الرَّافِعِي قال: فأخر أو عفا بطل حقه، وقوله: «تأخر» غلط على الرَّافِعِي، والوجه أنه إذا أخر ليأخذ في المحل فبان حالًا لم يبطل حقه لو أخبر بالبيع من واحد فعفا ثم بان أنه بيع من اثنين فله طلب الشفعة، وكذا لو أخبر أنه بيع من اثنين ثم علم أنه واحد فله الشفعة؛ لأنه قد يصير على الأخذ بمطالبة واحدة دون غير يمين، قاله في «البحر».

في «فتاوى الْقَفَّال» لو قال: لا تأخذ مني باسم الشفعة؛ بل باسم الشراء حتى أبيعك، فقال: تركت حقي من الشفعة بشرط أن تبيعه فأبى المشتري البيع لم تبطل شفعته؛ لأنه ترك بشرط لا مجانًا.

وإن قال: تركت حقي ولم أقبل بشرط أن تبيعه عني، فأبى أن يبيعه بطلب شفعته ويكون ذلك وعدًا من المشتري في «روضة شُرَيْح الرُّويَانِي» أنه لا يصح التوكيل بطلب الشفعة إلا بعد معرفة الثمن، فإذا عرفه فوكَّل فجاء الوكيل فوجده أضعاف ثمنه فالصحيح أنه لا يأخذه، وكذا لو رآه عامرًا فوجده الوكيل قد خرب، انتهى، وما ذكره من اعتبار معرفة الثمن، قاله العبادي.

وقال الهروي: إنه ليس بصحيح فإنه لو وكل بشراء شيء صح، وتصرف الوكيل مقيد بثمن المثل ففي حال التوكيل لا يعرف الثمن والتوكيل صحيح، انتهى.

قال: (وَلَوْ لَقِيَ الْمُشْتَرِي فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، أَوْ قَالَ بَارَكَ الله فِي صَفْقَتِك لَمْ يَبْطُلْ) لأن السلام سُنة قبل الكلام، ولأن الدعاء له بالبركة ليأخذ منه صفقة مباركة.

قال: (وَفِي الدُّعَاءِ وَجْهٌ) لإشعاره بتقرير الشقص بيده، ولم يذكر جماعة لفظة: لك.

وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشُّفْعَةِ فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهَا].

وعبارة ابن الْقَطَّان: ولو قال: بارك الله لك أعطني بالشفعة؛ احتمل وجهين، ولو قال: أعطني الشفعة بالقيمة فعلى الوجهين، وعبارة الدارمي: ولو قال: حطني أو أعطني بالقيمة فعلى وجهين، وحاول ابن الرِّفْعَة إتيان خلافه في أن البداية بالسلام قبل الطلب مبطلة للشفعة وقرره وقال: إذا أبطلنا به.

قلت: وهو احتمال في «النهاية» و«البسيط» فلا يبطل بالرد إذا سلم المشتري قطعًا، ثم قال: وإذا جرى في البداية يحتمل أن يجري في رده؛ لأنه لا يفوت بقوله: أنا طالب بالشفعة، ثم يرد، ويحتمل أن يقال: الرد واجب فلا يبطلها.

قال: (**وَلَوْ بَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلًا بِالشُّفْعَةِ فَالْأَصَحُّ بُطْلَانُهَا**) أي: لزوال سببها.

والثاني: لا؛ لأنه كان شريكًا وقت البيع، ولم يرض سقوط حقه، ونقل جماعة الخلاف قولين وخصَّه ابن أبي عصرون بما إذا لزم البيع، فإن فسخ بخيار شرط فله الشفعة، ويحتمل أن يخرج على أقوال الملك في زمن الخيار، واحترز المصنف بقوله: جاهلًا عن العالم فإنها تبطل قطعًا هذا كله إذا باع جميعها، فإذا باع بعضها عالمًا فالأظهر في أصل «الروضة» و«الشرح الصغير» بطلانها، وإن كان جاهلًا أطلق الْبَغَوِي أنها لا تبطل.

قال الرَّافِعِي: فالوجه عود الخلاف إن قلنا بيع الجميع جاهلًا يبطلها.

قلت: وبه صرح الْعِمْرَانِي والمتولي وبناه على أن الشفعة على الأنصاب أم على الرؤوس؟ فعلى الأول: لا يبطل، وعلى الثاني: يبطل.

قال الشيخ: والأصح هنا على الجملة لا يبطل لعذره مع بقاء الحاجة، وجعل الشيخان الهبة كالبيع فيما سبق، وهو ظاهر إن تمت بالإقباض لا قبله لا سيما حالة الجهل، وهل الأنصاب عصبة أو ببعضها كالهبة؟ لم أره نصًّا، ولو أزيل بعض ملكه قهرًا فإن بيع في غيبته في دينه أو دين مورثه فالظاهر أن له الشفعة فيما يبيعه الشريك الآخر بعد ذلك قطعًا؛ لعدم تحمل الإعراض.

....

فرع: لو أخَّر الطلب ثم قال: لا أعلم ثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور.

قال في «الروضة»: فهو كما سبق في الرد بالعيب، يعني: أنه لا يقبل الجهل بأصل الخيار إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو يثبت ببادية بائنة، وأنه لو قال: لا أعلم الفور قبل قوله لأنه مما يخفى على العوام زاد إنما يقبل ذلك منه، ومن الشفيع إذا كان ذلك ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الْغَزَالِي وغيره بهذا في الشفعة، انتهى.

وفي «الفروع» نقل قولين في دعوى الجهل بأصل الرد كالهبة، يدعي الجهل بالخيار ولا شك أنه يخفى على كثير من أغبياء العوام الناشئين ببلاد الإسلام، وفي «البحر» هنا في كون جهله بالفور عذرًا وجهان من الخلاف في جهل الغيبة بأن خيارها على الفور، وصرح الجرجاني بنقل الخلاف في دعواه الجهل بأصل الشفعة في الصحيح أنه يعذر فيهما كما أوضحته أيَّم إيضاح في خيار الشفعة من «الغنية» وخفاء ذلك أكثر من خفاء الرد بالعيب وفوريته لتكرره كل وقت لغالب الناس بخلاف الشفعة.

فائدة: قال في «البحر»: لو اختلفا في البناء الموجود، فقال الشفيع: كان قبل الشراء وقال المشتري: أخذته بعد الشراء، فالقول قول المشتري، انتهى.

ونقله في موضع آخر عن ابن سُرَيْج قال: لأنه ملكه، والشفيع يريد أن يملكه عليه، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْقِرَاضِ

قال المصنف: [الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ: إِلَيْهِ مَالًا لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ. وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ خَالِصَةً، ....

قال الشارح: أي: بكسر القاف، مشتق من القرض، وهو القطع، ومنه سمي القراض قراضًا.

وقيل: مشتق من المقارضة وهو المساواة لتساويهما في الربح ومنه تقارض الشاعران، والقراض لغة «الحجاز»، والمضاربة لأهل «العراق»، سمي بها لأن كل واحد منهما يضرب بسهم في الربح. وقيل: مأخوذ من الضرب في الأرض، وهو السفر، وجمع المصنف بين اللغتين.

قال: (الْقِرَاضُ وَالْمُضَارَبَةُ أَنْ يَدْفَعَ: إِلَيْهِ مَالًا لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ) وهذا تعريفه شرعًا، قالوا: والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] وقوله ﷻ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] وهذا منه.

وأما السنة فمضاربته ﷺ لخديجة بمالها إلى «الشام» ذكره الْمَاوَرْدِي والروياني، وهو مشهور في السير والآثار تعضده.

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة، ونقل ابن حزم وغيره فيه الإجماع مطلقًا، واختلف في حقيقته، فقيل: أوله وكالة وآخره شركة، وقيل: أوله وكالة وآخره جعالة، فالأول على القول بأنه يملك الربح بالظهور، والثاني على أنه إنما يملكه بالقسمة.

قال: (وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ كَوْنُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ) أي: (خَالِصَةً) وقيل: إنه إجماع، والتحقيق أنه ينعقد على صحته عليهما، قالوا: ولأنه جاز على غيرهما لدخل رأس المال في الربح أو بالعكس عند المفاضلة لاختلاف القيم.

فَلَا يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ مَغْشُوشٍ وَعُرُوضٍ ....

قال: (فَلَا يَجُوزُ عَلَى تِبْرٍ وَحُلِيٍّ) أي: وسبائك كالعروض، وأبدى ابن الْقَطَّان في السبائك احتمالين الجواز لا بالحكم وقت المفاضلة بمثله، والمنع لأن التقويم لا يكون بالنقاء.

قال: (مَغْشُوشٍ)، أي: وإن رجع وعلم قدر غشه هذا هو المشهور، والصحيح في «الروضة» وحكى في كتاب الشركة فيها [ونصه في التتمة] القراض عليها، وعليهما العمل وهو المختار، ورأى الإمام الجواز إن قاربت قيمتها مع عينها، وأجرة الضارب فيه النقد، وفي «تحرير الجرجاني» الجواز إذا لم يكن الغش ظاهرًا⁽¹⁾.

قال: (وَعُرُوضٍ) أي: متقومة كانت أو مثله لما سلف وقيل: في جوازه على المثليات وجهان، والمذهب الأول نعم لو مات رب المال في دوام القراض والمال عروض.

قالا: وفي جواز تقريره من الوارث أو القائم بأمره وجهان أصحهما: المنع؛ لأن القراض الأول انقطع بالموت لا يجوز ابتداء قراض على العروض، انتهى.

والوجه الثاني: قول أبي إسحاق وظاهر النص.

قال في «الشامل»: وله عندي وجه؛ لأن القراض لا يصح على العروض للحاجة عند المفاضلة إلى رد مثلها أو قيمتها، وذلك يختلف باختلاف الأوقات وهو غير موجود في مسألتنا؛ لأن رأس المال غير العروض، وحكمه باقٍ فصار قارضه على رأس المال مأذون العرض.

قال في «البحر»: قال القاضي الطبري: هذا ظاهر مذهب الشَّافِعِي.

قال: وقال سائر أصحابنا: وهو اختيار ابن أبي هريرة وأبي حامد، وهو القياس لا يجوز.

إشارات: يخرج من كلام المصنف المنع على الفلوس، وقيل: يجوز إذا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٨٥).

وَمَعْلُومًا مُعَيَّنًا، ....

راجت، وتقابل الناس المقابلة بها، وأجراهما ابن الْقَطَّان في الدراهم المزيفة، وقصة إطلاق كلام المصنف وغيره جوازه على النقد الخالص في كل موضع.

وقال الإمام: لو كان لا يتعامل بها في قطر فقد ألحقها شيء فيه بما يروج من المغشوش، ونقل في «البسيط» الاتفاق على الجواز.

قال ابن الرِّفْعَة: الأشبه جوازه على نقد أبطله السلطان.

قلت: فيه نظر إذا عزَّ وجوده، أو خيف عزته عند المفاضلة.

قال: (وَمَعْلُومًا)، أي: ويشترط أن يكون النقد الخالص المضروب معلوم القدر، والصفة دفعًا للجهالة بالربح.

قال: (مُعَيَّنًا) أي: فلا يجوز أن يقارضه على أخذ الألوف سهمًا وإن تساويا في الصفة للجهالة، ولا على ما في ذمة زيد لا على ما في ذمة العامل، وقيل: فيه وجهان عند ابن سُرَيْج بأنهما يصح؛ لأنه بمنزلة الوكيل فهو كقوله: اشتر لي كذا بألف، ثم قال: ادفع الألف الذي عليك في ثمنه واستقر به في «البحر».

تنبيهات: الأول: قارضه على دراهم غير معينة ثم أحضر في المجلس دراهم وعينها.

قالا: قطع القاضي والإمام والغزالي جوازه كالصرف والسلم وقطع الْبَغَوِي بالمنع، وجزم في «الشرح الصغير» بالجواز.

ثم قال: وفي «التهذيب» أنه لا يجوز.

وقضية كلام الرَّافِعِي أن شرط الصحة الإحضار في المجلس، وبه صرح الإمام نقلًا عن القاضي الحسين، ولفظه: ولو فارق المجلس، ثم حصَّل الدراهم لم يصح ولا بد من تحديد عقد.

قال: وما ذكره حق لا دفع له، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف.

قلت: وفيه نظر؛ لأنه ليس بمعاوضة محضة، وفي «الشامل» و«البحر» وغيرهما لو قال: قارضتك على ألف درهم، ثم قال: له عليه ألف ادفع الألف إليه جاز، وعبارة «البحر»: ثم قال لمن عليه ألف اجعله إليه جاز، قالوا: لأنه

وَقِيلَ يَجُوزُ عَلَى إِحدَى الصُّرَّتَيْنِ، ....

لا فرق بين أن يعطيه بنفسه وبين أن يأمر غيره بذلك، ولم يذكروا المجلس، وقضية كلام «المنهاج» موافقة «التهذيب» وهو دأب «المحرر» غالبًا، والتصحيح خلافه، وعلى ما في «التهذيب» جرى على«الكافي» فقال: لو قارضه على دراهم في الذمة ثم عين في المجلس لم يجز؛ لأن كونها عينًا معينة حتى يرد العقد عليها شرط الصحة القراض، انتهى.

الثاني: قال شارح: وهل يشترط أن يكون القدر المعين مرتبًا، أو يجوز القراض على الغائب وإن منعنا بيعه؟ فيه نظر، والأقرب الثاني؛ لأنه توكيل، انتهى.

ويعضده ما سبق عن «الشامل» وغيره؛ لكن الْمَاوَرْدِي أطلق أنه لا يجوز القراض على مال غائب وجعله علة للمنع على قراضه على ما في ذمة زيد.

قال: (**وَقِيلَ يَجُوزُ عَلَى إِحدَى الصُّرَّتَيْنِ**) أي: المتساويتين العلو متى المقدار فعلى هذا يتصرف العامل في أيهما شاء، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع وغيره.

قال الْمَاوَرْدِي: ولو عقد القراض على ألف من أنواع شتى، فإن علما كل نوع منهما صح العقد وإلا فلا، ولو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأي الألفين شاء، وسيودع الأخرى لم يجز للجهالة.

ولو دفع إليه كيسين في كل واحد ألف درهم على أن تكون أحدهما قراضًا والآخر وديعة، فوجهان، ولكن لو دفع إليه ألفًا وألفًا على أن له ربح أحدهما النصف ومن ربح الآخر الثلث، فإن عين الذي له منه نصف ربحه من الذي منه ثلثه جاز، وكانا عقدين، وإن لم يعين لم يجز للجهل فما لكل واحد من العقدين.

إشارة: صور الْمَاوَرْدِي وصاحب «المهذب» والرافعي وغيرهم مسألة الكتاب بما إذا دفع إليه الصرتين، وقد يفهم ذلك اشتراطه التمكن من التصرف من أحديهما عقب العقد بخلاف ما لو كانا بيد المالك، فإنه قد يحتاج بعد ذلك إلى التعيين، فإن صح هذا احتاج كلام «المنهاج» وأصله تقييد.

وَمُسَلَّمًا إِلَى الْعَامِلِ فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ، وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ، وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

فرع: لو قارضه على مالين بعقدين فخلط العامل أحدهما بالآخر ضمن خلافًا لأبي حنيفة، قاله في «البحر».

قال: (**وَمُسَلَّمًا إِلَى الْعَامِلِ**) أي: بحيث يستقل باليد عليه، والتصرف فيه.

(**فَلَا يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ**) أي: ولا غيره لما فيه من الحجر هذا هو المذهب.

وفي «الحاوي»: إنه لو قال: ويكون المال عندي أو مع وكيل وأنت المتصرف بالبيع والشراء فوجهان: وجه المنع ما ذكرناه، ووجه الجواز إطلاق تصرفه، فجاز أن يستوثق في حفظ المال.

قال في «البحر»: أثر هذا ولو جعل عليه مشرفًا، فإن رد إليه إلى المشرف تدبيرًا أو عملًا لم يجز للحجر على العامل، وإن رد إليه مشارفة عقوده، ومطالعة عمل من غير تدبير ولا عمل، فوجهان كما مضى؛ لأنه حافظ.

قال: (**وَلَا عَمَلِهِ مَعَهُ**) أي: على المالك معه؛ لأنه خلاف موضوع العقد، وقضية أن بعض الربح يكون بماله وعلمه، وقيل: يجوز تبعًا ومعاملة.

قال: (**وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ الْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص هنا، وفي المساقاة؛ لأنَّ غلامه ماله فجاز جعله تابعًا لماله، ويكون على العبد تابعًا لعمل العامل يرجع إليه، ويعمل برأيه وتدبيره بخلاف رب المال إذ لا يمكن أن يجعل تابعًا للعامل في ذلك.

قال في «البحر»: هذا قول أبي إسحاق وابن سُرَيْج وجمهور أصحابنا.

والثاني: لا يجوز، وحكى قولًا؛ لأن عمله كعمل سيده، وصححه القضاة أبو حامد والحسين والطبري والروياني، وذكر في «البحر» أنه ظاهر المذهب.

قال الْمُتَوَلِّي: وهو القياس، والخلاف فيما إذا لم يشرط مراجعة الغلام أو يكون بعض المال في يده.

قال في «الروضة»: فيفسد قطعًا انتهى.

....

وفي شرط كونه في الغلام الوجه السابق عن «الحاوي».

إشارات: قال الشارح: مراد المصنف بغلامه: العبد.

قلت: صرحوا أنه، لكن الظاهر أنه ليس مقيد؛ بل لو كان قد أوصى له بمنفعته عبده أبدًا ثم عتقه الوارث أو استأجر عبدًا مدة طويلة ثم عتق فقارض الموصى له بالمنفعة والمستأجر أجر، وشرط عليه رب المال على نفسه أن يعمل غلامه مع العامل أو شرط العامل عليه ذلك فوجهان، وظاهر النص الجواز كما في المساقاة.

قال شارح: والذي فهمته من كلام كثيرين أن التصوير فيما إذا كان الشرط من العامل، أما لو قصد المالك إلزام العامل به فسد قطعًا.

قال في «التتمة»: ذكر جماعة أنها كالغلام.

وقال الرُّويَانِي: المذهب فيها الجواز، وكذا الكيس الذي يجعل فيه المال، انتهى.

وعبارة «البحر»: قال ابن سُرَيْج: تفريعًا على مسألة العبد لو دفع إليه ألفًا قراضًا وبهيمة يستعين بها في ركوبه وينقل المتاع عليها جاز، ويكون على سبيل الإعانة منه بذلك، ولو دفع إليه مالًا في كيس وقال: انتفع بالكيس جاز، انتهى.

قال هذا الشارح: وأما الغلام الحر وزوجه المالك وأبيه، فإن شرط لهم بعض الربح بلا عمل لم يجز قطعًا، ومع العمل يكون قراضًا مع اثنين، فيجوز شرطه، وإن شرط لهم عملًا مجردًا لم يجز. انتهى.

أما التصوير بكون شرط عمل العبد من العامل فحسن، وإن أفهم كلام كثيرين أن الشرط إذا كان من المالك لم يضر إذا لم يجعل له حدًّا، ولا تصرفًا وربما رأيته صريحًا، وأما كون من شرط الغلام ملكًا لرب المال ففيه نظر إذا كان مستحق أجر كما أشرنا إليه، ويشبه أنه لو كان الموصى له مستحق اكتساب العتق كلها أنه لا يضر شرط كون ثلث الربح له مثلًا كما لو شرط ذلك لعينه؛ لأنه في الحقيقة له.

وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ، أَوْ غَزْلًا يَنْسِجُهُ وَيَبِيعُهُ فَسَدَ الْقِرَاضُ، ....

قال: في الشخص وإن اشترط أن يعين العامل في القراض والمساقاة بغلمانه وأولاده وأقرانه جاز.

قال الشيخ أبو علي: المنصوص أنه لو جعل رب المال معه غلامه واشترط أن الربح بينه وبين الغلام والعامل أثلاثًا فجائز والثلثان لرب المال.

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: تأويله أن يشترط الربح أثلاثًا لا العمل، وأما إذا اشترط أن يعمل غلامه مع العامل لم يجز كما لو شرط عمل نفسه، ومنهم من قال: يجوز أن يشترط رب المال على غلامه وأجيره مع العامل لا على نفسه بحال. انتهى.

فرع: سكوت «المنهاج» عن بيان ذكر نوع ما يتجر فيه يشعر بأنه لا يعتبر، ويحمله الإطلاق على العرف، وهو المصحح في «الروضة» لكن في «التتمة» أن ظاهر المذهب اشتراط، وبه جزم الجرجاني، ولو قيل: إن اطرد ببلد العقد بشيء نزل الإطلاق عليه، وإلا وجب التعين لكان متجهًا.

قال: (**وَوَظِيفَةُ الْعَامِلِ التِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا كَنَشْرِ الثِّيَابِ وَطَيِّهَا**) أي: ونحوهما ما لم تكثر كما سيأتي بيانه.

قال: (**فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ، أَوْ غَزْلًا يَنْسِجُهُ وَيَبِيعُهُ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَسَدَ الْقِرَاضُ**) ووجه بأنها أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فلا ضرورة إلى ارتكاب جهالة مستغنىً عنها.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو يشعر بأن مرادهم ما إذا شرط ذلك على العامل فلو شرط أن يستأجر من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط فالعلة مقصودة، فيظهر هنا الصحة.

قلت: وفيه نظر إن كان الربح إنما نشأ عن الاستنفاع لا التصرف الأبدي، قول القاضي الحسين: لو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخبزها مدة إذا ارتفع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ.

سعرها باعها لم يصح؛ لأن الربح ليس حاصلًا من جهة التصرف، ولهذه العلة قال في «البحر»: لو قارضه ليشتري بالمال نخيلًا أو دواب ويمسك رقابها وما حصل من الثمن والنتاج بينهما لم يجز، وكذا لو قال: اشتر عقارًا للأجرة لا يجوز، وقال الإمام: ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ثم يشتري ويبيع هناك أو يرد بالأمتعة إلى موضع القراض، قال الأكثرون بفساد القراض كشرط الطحن والخبز.

وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين: لا يضر شرط المسافرة؛ فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة.

قال: **(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ)** أي: كهذه السلعة.

(أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ)، أي: كالخيل البلق والياقوت الأحمر والعود الرطب والعبيد الخصان.

قال في «البحر»: سواء وجده أم لا؛ لأنه كان على غير ثقة من وجوده إلا أن يكون في مكان يوجد فيه ذلك غالبًا فيجوز، انتهى.

(أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ) لإحلال ذلك بالمقصود؛ لأن المتاع المعين قد لا يربح وقد لا يجد النادر والشخص المعين قد لا يعامله، وقد لا يجد عنده ما ظن ربحه.

وقيل: إذا كان المعين متاعًا لا ينقطع عنه ما يتجر في نوعه غالبًا جاز، وصححه القاضي أبو الطيب والمشهور الأول فعليه لو عيَّن معاملة اثنين أو ثلاثة هل يكون ذلك بمنزلة الواحد؟ لم أر فيه نصًا والأقرب نعم والواحد مثال.

إشارات: خرج بقوله: (يندر وجوده) ما دام وجوده كالحبوب والحيوان، ولو كان يوجد في وقت دون وقت كالثمار الرطبة صح، وقيل: لا، وقيل: إن كان في زمنها صح وإلا فلا، وعلى الصحة هل يرتفع القراض بانقضاء زمنه أو يبقى إلى أوانه من قابل وجهان في «الحاوي»، ولو قال: لا تشتر هذه السلعة لم يضر، وكذا قوله: لا تبع زيدًا ولا تشتر منه على الصحيح، وبمقابله جزم الداري

وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَدَ، وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ ....

لو شرط التصرف في سوق معين صح، أو حانوت فلا للتضييق، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ الْقِرَاضِ**) لأن المقصود منه الربح لا ينضبط وقته فالتأقيت يفسده بخلاف المساقاة، فإن مقصودها الثمرة فالمدة تضبطها.

قال: (**فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَهَا فَسَدَ، وَإِنْ مَنَعَهُ الشِّرَاءَ بَعْدَهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: مطلقًا أو من البيع فسد، أي: لمخالفته مقتضى العقد، ولإخلاله بالمقصود، وإن منعه الشراء بعدها، أي: دون البيع، فلا في الأصح، وقطع به جماعة؛ لأنه متمكن من منعه من الشراء متى شاء بخلاف البيع.

والثاني: نعم؛ لأن ما وضعه على الإطلاق من العقود لا يجوز تأقيته، وصححه الْغَزَالِي، وزعم ابن يونس أنه ظاهر المذهب، وليس كذلك فعلى الأول.

قال الإمام: يشترط أن يذكر وقتًا يتأتى فيه الاسترباح لا كساعة من النهار، ولو قارضه سنةً مطلقًا ففاسد نص عليه في «الْبُوَيْطِي».

وقيل: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء فقط.

وقيل: يصح مؤقتًا، وعبارة «المنهاج» توهم موافقته إلى الصحة مطلقًا، وبقي من هذا الطرد صور ذكرت منها جملة في «الغنية».

قال: (**وَيُشْتَرَطُ اخْتِصَاصُهُمَا بِالرِّبْحِ**) أي: فلا يجوز شرط شيء منه لثالث أو لا عمل له ولا مال، فإن شرط عليه العمل فقراض مع اثنين، وهذا ما أورده الشيخان وغيرهما، وفي «الحاوي» أن القراض باطل سواء شرط عمل لثالث معه أم لا؛ لأنه لا حق له في ربح مال القراض بخلاف العبد الذي يرجع ما شرطه له إلى سيده، ولو تصادقا على أن ما شرط للثالث على وجه الاستعادة الاسم ليصح القراض، وادعى الآخر التملك ليبطل فالقول قوله؛ لأن الظاهر معه، ويكون القراض باطلًا إن حلف، انتهى.

ولعل مراد الأولين ما إذا عقد الملك القراض مع الثالث، ومراد

وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَلَوْ قَالَ قَارَضْتُك عَلَى أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَك فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ قِرَاضٌ صَحِيحٌ وَإِنْ قَالَ كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إِبْضَاعٌ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ فَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ لَك فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيبًا فَسَدَ، أَوْ بَيْنَنَا فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ، ....

الْمَاوَرْدِي ما إذا لم يقع معه عقد فلا يستحق شيئًا من الربح عمل أم لا، وأطلق الدارمي أنه لو قال: قارضتك على أن لي الثلث ولك الثلث ولولدك أو نحوه الثلث صح انتهى.

وفي «البحر»: لو قال: ثلثه لي، وثلثه لدابتي، وثلث لك، فوجهان: أحدهما: لا يجوز، والثاني: إن تنازعا أنه أراد لنفسه وأضاف إلى دابته يجوز.

قال: (**وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ**) أي: هذا بماله وهذا بعمله، ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لك فقراض فاسد اعتبارًا باللفظ.

(**وَلَوْ قَالَ قَارَضْتُك عَلَى أَنَّ كُلَّ الرِّبْحِ لَك فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ وَقِيلَ: قِرَاضٌ صَحِيحٌ**) اعتبارًا بالمعنى.

(**وَإِنْ قَالَ كُلُّهُ لِي فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إِبْضَاعٌ**) أي: بضاعة ربحها للمالك والعامل وكيل متبرع، ومثار التردد أن الاعتبار في العقود بصيغها أو بمعانيها.

قال: (**وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا بِالْجُزْئِيَّةِ**) أي: ويشترط كون اشتراكهما في الربح معلومًا بالجزئية لأن من حيث التقدير فإنه فاسد، والجزئية كالنصف أو الثالث أو الربع لا يضر جهلهما مقدار ذلك الجزء حالة العقد على الأصح، كقوله: على أن ذلك من الربح سدس ربع العشر مثلًا كسهولة معرفته.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنَّ لَك فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيبًا فَسَدَ**) لجهالة العوض، أو يثبت. (**أَوْ بَيْنَنَا فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ**) كما قال: هذه الدار بيني وبين زيد.

والثاني: لا؛ لاحتمال أنه مناصفةً أو مثالثةً فكان مجهولًا كبعتك بألف مثقال ذهب وفضة، ويجري الوجهان في قوله: قارضتك على هذا بالنصف أو بالثلث أو بالثلثين، فيصح على الأصح، والمسمى نصيب العامل، فلو اختلفا فقال العامل: شرطه لي فالعقد صحيح، فقال: بل لنفسي.

وَلَوْ قَالَ: لِي النِّصْفُ فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: لَكَ النِّصْفُ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةً أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ، ....

قال ابن سُرَيْج: فالمصدق العامل؛ لأن الظاهر معه، ذكره في «البحر» وغيره، ولا يسلم هذا عن تداع دعوى الضمير الفساد.

قال: (وَلَوْ قَالَ: لِي النِّصْفُ فَسَدَ فِي الْأَصَحِّ) لأن الربح كله له؛ لأنه نماء ماله فلم يكن فيه بيان ما للعامل، والثاني: يصح، ويكون بيان نصيب أحدهما ذاك على نصيب الآخر كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] فدلَّ على أن الباقي للأب.

قال: (وَإِنْ قَالَ: لَكَ النِّصْفُ صَحَّ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: وسكت عن نصيب نفسه صح على الصحيح لما قدمناه، فإذا تبين نصيب العامل كان في الباقي لمالك الأصل، والثاني: لا لعدم تعيين ماله منه، والخلاف جارٍ فيما لو قال: لك النصف ولي، أو السدس، والصحيح الصحة، ويكون بينهما نصفين.

فرع: ولو قال: لك ربح نصف المال لم يصح.

وقيل: يصح كقوله: لك نصف ربحه، قال الرُّويَانِي: لو قال: خذ هذه الدراهم وابتع فيها على أن ما رزق الله تعالى من ربح يكون بيننا نصفين لم يصح، ولو قال: خذها واعمل فيها صح لاقتضاء العمل بالبيع بخلاف لا تبتاع. انتهى. وفيه وقفة.

قال: (وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةً) أي: مثلًا.

(أَوْ رِبْحَ صِنْفٍ فَسَدَ) لأن الربح قد ينحصر في العشرة أو في ذلك النصف، فيعود أحدهما بجميع الربح، وهو خلاف وضع القراض، وكذا لو قال: لك نصف الربح إلا درهم لم يصح، ولو قال: قارضتك ولم يذكر الربح لم يصح، وقيل: يصح، ويكون مناصفة.

قال: (فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ) أي: ويكون القبول متصلًا بالإيجاب

وَقِيلَ يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ - وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ.

الاتصال المعتبر في سائر العقود.

قال: (**وَقِيلَ يَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ**) لم أر هذا الوجه هكذا مطلقًا إلا في «المنهاج»، والمذكور في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» بعد الجزم باشتراط الإيجاب والقبول أنه لو قال: خذ هذه الدراهم واتجر فيها على أن الربح بيننا أنه يستغنى عن القبول على وجه، وغير مفسرين عنه بأنه إن قال بلفظ الأمر: خذ وتصرف لم يشترط القبول، وكذا نقل الإمام ذلك عن القاضي الحسين.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا**) أي: المالك والعامل.

(**كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ**) لأن القراض بوكيل وموكل فيعتبر فيهما ما يعتبر في الموكل والوكيل، وعبارة «الكافي» ويشترط في العاقدين ما يشترط في الموكل والوكيل بأجرة، أي: فمن لا يصح استئجاره على العمل لا يصح عقد القراض معه.

فرع: قال في «الروضة»: يجوز لولي أن يقارض بمالهما سواء فيه الأب والجد والوصي والقيم.

قلت: وحكم الشفعة حكمهما، وسبق في الحجر عن الصيمري أنه لا يتخير في هذا الزمان لفساده، أو لجور السلطان على التجار.

وقال **الْمَاوَرْدِي**: إنما يجوز الاتجار له بشروط: أن يكون الزمان آمنًا، والسلطان عادلًا، والتجارة مربحة، وعن أصحابنا أنه إنما يجوز للوصي أن يقارض للمحجور بإذن الحاكم والقيم كالوصي، وممن صرح بذلك من المتقدمين «صاحب الخصال»، وشرط العامل هنا الأمانة، بحيث يجوز إيداعه المال المدفوع إليه وأن يكون قويًا يمكنه النهوض به.

قال **الْمُتَوَلِّي**: ويستحب للولي أن يستقصي فيما شرطه للعامل حتى لا يكون أكثر من أجرة مثله إلا أنه لو شرط أكثر من أجرة المثل صحَّ، وكان هذا فيما إذا لم يجد كافيًا يرضى بدونه.

قال **الْمَاوَرْدِي**: وليس لغير الأب أن يأخذ القراض لنفسه، والظاهر أن الجد كالأب وفي «البحر»: وإذا قارض الولي للطفل فلا يأذن للشبه بحال

وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصَحِّ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ، ....

للغرر سواء كان الولي أبًا أو جدًا أو وصيًا أو قيمًا نص عليه في «الْبُوَيْطِي». انتهى وفيه إشكال.

قال: (**وَلَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي الْعَمَلِ وَالرِّبْحِ لَمْ يَجُزْ فِي الْأَصَحِّ**) لأن وضع القراض على أن يدور بين مالك وعامل، وهذا يدور بين عاملين فلا يصح، وهذا ما جعله في «المحرر» و«الشرحين» الأشبه.

والثاني: يجوز، كما لو قارض المالك اثنين في الابتداء، وهذا هو الأقوى، والأصح في «الكافي»: نعم يجب أن يكون محل الوجهين ما إذا كان رأس المال باقيًا بحاله نقدًا، وهو ما دل عليه كلام بعضهم، وكان قد نص عليه.

أما لو كان الأول قد يصرف وصار عرضًا، فلا لأنه ابتداءُ قراض على عروض والمذهب امتناعه، واحترز المصنف المشاركة عما لو أذن له على أن ينسلخ هو منه، فإنه يصح جزمًا، وهو وكيل ذلك إذا لم يكن ما بيده عرض، فإن كان لم يصح لما ذكرناه، ولو أطلق المالك الإذن ولم يذكر الأول نصيبًا من الربح يشترط لنفسه نصيبًا فسد القراض الثاني كما اقتضاه كلام العراقيين وغيرهم.

وقال الدارمي: لو قارضه وقال له: إن رأيت أن تقارض به غيرك فافعل فإن شرط للثاني جميع حصته صح، وإن بقي لنفسه فوجهان، فإن قلنا: لا يصح فللثاني الأجرة والربح والرفعة له ولا شيء للأول، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهل ينعزل بمجرد إذن المالك له فيه، أو لا، ما لم يقع منه ما أمر به؟ فيه نظر، والأشبه الانعزال، وإن كان رب المال هو المبتدئ لذلك دون ما إذا سأله العامل وأجابه المالك. انتهى، وهذا فيما إذا أمره به أمرًا جازمًا لا كما صوره الدارمي.

فرع: قال الدارمي: إذا قال: ما لا تقوم به لك اجعله إلى غيرك، فستأجر من يتجر ببعضه؛ فأجرته في الربح وما بقي يقسم كالمؤن.

قال: (**وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ**)؛ لعدم إذن المالك وإيمانه وغيره.

فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ، فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ، وَقِيلَ هُوَ لِلثَّانِي وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ.

قال الرَّافِعِي: ويجيء فيه قول وقف تصرف الفضولي على الإجارة والفساد مطرد سواء قصد المشاركة في العمل والربح، أم في الربح فقط، أم قصد الانسلاخ.

قال: (**فَإِنْ تَصَرَّفَ الثَّانِي فَتَصَرُّفُ غَاصِبٍ**)؛ لما ذكرناه.

(**فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ**) أي: وسلم ما أخذه من الأول ثمنًا وربحًا.

(**وَقُلْنَا بِالْجَدِيدِ**) أي: وهو أن الربح كله للغاصب لصحة الشراء في الذمة.

قال: (**فَالرِّبْحُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ**) فإنه يصرف بإذنه كالوكيل.

قال سليم الرازي: سواء علم بالحال أم لا، وهو قضية إطلاق المصنف وفي كونه للأول إذا علم الثاني بالحال وحكمه بعيد؛ لكنه علم له لا لنفسه خاصةً.

قال: (**وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ**) لأنه لم يتبرع، وفي هذه زيادة على «المحرر».

قال: (**وَقِيلَ هُوَ لِلثَّانِي**)؛ لأنه المتصرف كالغاصب وهو قوي عند علمه بالحال والحكم وينبغي أنا إذا قلنا: الربح للأول أن يكون التصوير فيما إذا قصد ذلك لنفسه أو أطلق لا فيما إذا قصد المشاركة والانسلاخ من البين ولا سيما إذا جهل المنع هذا كله تفريع على الجديد وتفاريع القديم مشهورة.

قال: (**وَإِنْ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِ الْقِرَاضِ فَبَاطِلٌ**) لأنه فضولي وفيه ذلك القول هذا كله إذا ربح، فلو تلف المال في يده فإن علم بالحال فغاصب، وإن ظن الدافع مالكًا فمستودع غاصب.

وقيل: كمتهب منه فعلى الأول قرار الضمان، وعلى الثاني قراره هذا حاصل كلام الشيخين وفي سلسلة الجويني أنه إذا اشترى بغير ذلك المال وربح أرباحًا فوجهان:

أحدهما: أن ملك العقود باطلة، والثاني: أن المالك مخير بين إجارة

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا، ....

العقود وقسم الأرباح وبين فسخها.

قال: والوجهان ينبنيان على قولين منصوصين فيمن غصب مالًا وتصرف في غيبة واستثمر وربح ثم تمكن المغصوب منه ففيه قولان:

أحدهما: أن تلك العقود باطلة وله أن يقتفي آثار ماله فيسترجعه.

والثاني: أنه مخير بين هذا وبين أن يجيز تلك العقود ويأخذ الأرباح.

قال: وهذان القولان جديدان سواء جوزنا وقف العقود أم منعناه والقياس مع القول الأول، والمصلحة مع الثاني، انتهى.

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ الْوَاحِدُ اثْنَيْنِ مُتَفَاضِلًا وَمُتَسَاوِيًا)؛ لأن ذلك كعقدين ولا بد من تعيين من له الأكثر.

قال الرَّافِعِي: قال الإمام: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال فإن شرط على واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز، وما أرى الأصحاب يساعدونه عليه، انتهى. وطرح من الشرح الصغير كلام الإمام.

واعلم أن الإمام ذكر ما حكاه عنه وقال: معه هذا الذي جوزه الأصحاب وفيه كلام وإشكال يأتي مفصلًا، ثم قال في آخر الباب بعد كلام طويل يخرج من مجموع ما ذكرناه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقارضهما على أن يتصرف كل واحد في جميع المال، وهذا باطل لا شك فيه.

والثاني: إن تعاونا على العمل في الجميع، فهذا محتمل والأظهر بطلانه.

والثالثة: أن يقع مقارضةً لهما على أن يكون كل واحد منهما عامل في شطر المال، فهذا جائز.

وقد قال الشَّافِعِي: تعدد المقارض يتضمن تعدد القراض فلا محمل لكلامه إلا هذه، ثم ذكر فرعًا في اختلاف المالك والعاملين قال فيه: وهذا جواب ابن سُرَيْج، وهو حسن بالغ، وفي تفريعه ما يدل على أن يقارضه الرجلان على صفة التاجر والتعارف جائز.

وَالِاثْنَانِ وَاحِدًا وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ، ....

ثم قال: من بعد قد قدمنا ترددًا من طريق الاحتمال في مقارضة المتعاقدين، والآن شهد تفريع ابن سُرَيْج على تصحيحه على ما فيه من الإشكال، وليس عندي نقل في فساد في مقارضة المتعاونين، والذي قدمته في التفصيل والتقسيم جرى بتلك الوجوه والاحتمال وليس عندي نقل صريح بأن كلًا منهما لو استقل بالعمل من غير مراجعة صاحبه فالقراض فاسد، وإنما قلته عن احتمال، انتهى.

وعلى تقسيمه الثاني اقتصر صاحب «التعجيز» إلا أن المختار الجواز إذا شرط التعاون وهو قضية كلام «الوسيط»، وذكر في «البسيط» التقسيم السابق وعزاه إلى الإمام، وأنه حكى عن الأصحاب إطلاق القول بالجواز، ثم نزل قولهم على التقسيم الأخير في كلامه وما يأتي عن ابن سُرَيْج يدل على الصحة مطلقًا وما ذكره احتمالات مرددة لا عن نقل.

ثم قال: وما ذكره ابن سُرَيْج يدل على أنه لو قارضهما على أن يتعاونا في العمل ويشتركا فيه صحيح؛ فإنه قرض في مال سائغ وجعلهما لشخص واحد في القراض، وما سبق أولًا احتمال والنقل يدل على الصحة مطلقًا، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب: إذا قارض اثنين بألف صح ويكون في حكم عقدين وكأنه قارض كل واحد على انفراد بخمسمائة، وكلام «الشامل» يفهم أن الحكم كذلك إلا أن كل واحد يعمل في كل المال كشركة العنان أي: الأبدان، كما قاله في «البحر».

قال: (وَالِاثْنَانِ وَاحِدًا)؛ لأن ذلك كعقدين.

(وَالرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ الْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الْمَالِ) أي: بلا زيادة ولا نقص فلو كان المال ألفًا مثلًا وشرط لأحدهما أكثر من نسبة ماله فسد، ويجوز أن يشترط أحدهما للعامل من نصيبه النصف والآخر من نصيبه الربع مثلًا وعيَّناه وعرف قدر مال كل واحد منهما جاز أن يشترطا كون الباقي بينهما على غير ما تقتضيه نسبة المالين.

وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إِلَّا إِذَا قَالَ: قَارَضْتُك وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا لَا بِغَبْنٍ ....

قال: (**وَإِذَا فَسَدَ الْقِرَاضُ نَفَذَ تَصَرُّفُ الْعَامِلِ**)؛ لوجود الإذن كما في الوكالة الفاسدة، هكذا أطلقه كثيرون، وقيده جماعة بما إذا فسدت لفوات شرط أو بجهالة في المال، أو لكون المال غير نقدٍ ويجب أن يكون موضع نفوذ تصرفه إذا قارضه المالك بماله، أما لو قارضه بمال غيره بولاية أو وكالة فلا، ولم أره نصًا.

قال: (**وَالرِّبْحُ لِلْمَالِكِ**)؛ لأنه نماء ملكه أي: والخسران على المالك أيضًا.

(**وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ**) أي: سواء ربح أم خسر؛ لأنه لم يتبرع بعمله، فإذا قال: المسمى كان له أجرة المثل، وقيل: إن لم يكن ربح فلا شيء له، وزيفه الإمام.

قال: (**إِلَّا إِذَا قَالَ: قَارَضْتُك وَجَمِيعُ الرِّبْحِ لِي فَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه عمل على ألا شيء له.

والثاني: له أجرة المثل كسائر صور الفساد، وهذا ما قاله ابن الرِّفْعَة في كتابيه أنه الصحيح وصححه غيره، وعليه اقتصر العراقيون وأجرى القاضي الحسين في كتاب «الخلع» في قوله: قارضتك وساقيتك ولم يذكر نصيب العامل، وفيه نظر وبلزوم الأجرة هنا أجاب الإمام.

قال: وليس قوله قارضتك على أن جميع الربح لي؛ لأنه لم يتعرض هنا لإضافة الربح إليه بنفي ولا إثبات وهو الفارق.

قال: (**وَيَتَصَرَّفُ الْعَامِلُ مُحْتَاطًا**) أي: كسائر من يتصرف لغيره.

(**لَا بِغَبْنٍ**) أي: لا يحتمل كالوكيل، وقوله: «محتاطًا» أحسن من قول «المحرر»: بالغبطة؛ لأنه يفهم أنه لا ينفذ تصرفه إذا خلا عن الغبطة والمفسدة كشراء الشيء بثمن مثله، نعم ليس له أن يشتري شيئًا بثمن مثله وهو لا يرجو

وَلَا نَسِيئَةٍ بِلَا إِذْنٍ.

فيه ربحًا، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره وليس له أن يبيع لنفسه ولا لكل من لا يجوز للوكيل أن يبتع منه.

واعلم أن قضية كلامهم هنا أن الغبن اليسير محتمل من غير فرق بين مالك ومالك وفي الحجر من «النهاية» وغيره إطلاق القول بأنه لا يجوز بيع مال المحجور عليه بغبن، وإن قل حدًا ويمكن حمله على مال الغيبة لا التجارة إذا كانت المصلحة في بيعه كذلك ككساده أو استدلال ما فيه ربح أو خشية فساده.

قال: (**وَلَا نَسِيئَةٍ بِلَا إِذْنٍ**)؛ لما فيه من الغرر، وسبق عن النص أن العامل في مال المحجور عليه لا يبع نسيئة بحال، والقياس أنه إذا جاز للأب والجد أن يجعلا أنفسهما عاملين أن يجوز لهما ذلك حيث يجوز لهما في غير القراض.

قال الشَّافِعِي في «الأم» ولو قال: تصرف ما شئت واصنع ما ترى كان البيع بالنقد والنسيئة.

إشارات: إذا أذن له في البيع نسيئة، فهل يجب التعرض للمدة أم لا؟ وعلى هذا فما قدرها؟.

قال ابن الرِّفْعَة: يأتي فيه ما ذكر في الوكالة، سألت الشيخين عن الشراء بالنسيئة بالإذن، وقد يفهم كلامهما المنع فإنهما أطلقا أنه لا يبيع نسيئة، ولا يشتري بها.

ثم قال: فإن أذن له المالك في البيع نسيئة فعل، ووجب الإشهاد، فإن تركه ضمن وفي «الحاوي» و«البحر» إنه إذا أذن في النَّسَاءِ أن يبيع ويشتري سلمًا للغرر، فإن أذن في الشراء سلمًا جاز، أو البيع سلمًا لم يجز، والفرق أن الحظ غاليًا في الشراء دون البيع.

قال الرُّويَانِي: لو نهاه عن البيع والشراء بالنقد لم يلزمه الإمساك للتغرير، ويبطل عنه القراض بهذا الشرط، وفي «العدة»: إذا قارضه على ألا يبيع إلا بالنسيئة فهل يصح؟

وجهان، أجاب الْمَاوَرْدِي بالصحة، وابن الصباغ والروياني بالمنع،

وَلَهُ الْبَيْعُ بِعَرْضٍ، ....

ويشبه أنه إذا باعه نقدًا بما يباع به نسيئة ولا خوف على المال، وصححا القراض أنه يصح إذا أوجبا على العامل الإشهاد، قبل ابن الرِّفْعَة بحثا الأشبه أن الواجب عليه ألا يسلم المبيع حتى يشهد على المشتري شاهدين، إما بمشاهدة العقد أو بإقراره أو بجريانه أنه لا يجب عقد البيع بحضرتهما؛ لأنه يبعد واشتراطه للتضييق.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: إقرار العامل بدين أو أجرة أجير أو حانوت مقبول، وإن جحد رب المال.

قال: (وَلَهُ الْبَيْعُ بِعَرْضٍ)، ولأنه المقصود الاسترباح، وهذا من طرقه، وسكت الشيخان عن الشراء بالعرض، والظاهر أنه أولى بالجواز، وبجواز الأمرين، صرح الجرجاني والغزالي، لكن الجواب أن تعليق الْبَنْدَنِيجِي، وإشارة سليم و«الشامل» و«البيان» و«الحلية» واجبة إجماع العراقيين أنه لا يبيع بنقد البلد كالوكيل خلافًا لأبي حنيفة، وبذلك جزم الشيخان في «كتاب الشركة» تكلمنا عليه.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: وكذا لو قال: اعمل برأيك، نصَّ عليه، وفي «الحاوي» و«البحر» وغيرهما أنه لو كان مال القراض دراهم لم يجز إن اشترى بالدنانير؛ لأن الشراء بغير مال القراض خارج عن القراض فيقع للعامل، ويجوز إذا كان المال دراهم أن يبيعها بالدنانير ثم يشتري حينئذٍ بالدنانير، وحاصل هذا أنه إذا اشترى في الذمة تعين الشراء بنوع رأس المال حينئذٍ.

قال شارح عن قول المصنف: وله البيع بعرض.

قال ابن الرِّفْعَة: وقياسه أن يبيع بغير نقد البلد لكن الْبَنْدَنِيجِي والحناطي وسليم والروياني قالوا: لا يجوز.

قلت: يحمل على ما إذا باع بنقدٍ غير نقد البلد، فإنه لا يروح هناك فيعطل الربح بخلاف العرض، انتهى.

وكأنه - ﷺ - تعالى ظن أن البيع بالعرض محل وفاق، والذي فهمه عن

وَلَهُ الرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ، فَإِنِ اقْتَضَتِ الْإِمْسَاكَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ، فَإِنِ اخْتَلَفَا عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ، وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ.

العراقيين أنه لا يجوز إلا بنقد البلد، وعبارة «البيان»: لا يبيع العامل إلا بنقد البلد؛ لأنه تصرف في مال غيره، فاقتضى الإطلاق ذلك كالتوكيل، وفي «الشامل» نحوه.

وقال في «البحر»: وإن نصَّ له على البيع أو نَساءٍ بنقد البلد وبغير نقد البلد كان له ما نصَّ عليه، وإن أطلق، ولا يجوز إلا بنقد البلد كما قلنا في الوكيل خلافًا لأبي حنيفة لكن في «تنبيه» ابن أبي عصرون: ولا يبيع بغير نقد البلد إلا أن يرى فيه خطأ، وله أن يبيع بعروض، انتهى.

وصرح بأن له البيع بنقد غير نقد البلد إذا رأى فيه خطأ، وهو صحيح، والمختار دليلا البيع والشراء بالعروض، إذ الغرض الربح، ويحتمل أن يقال: يبعد الإطلاق بعرف البلد في ذلك، وهو حسن.

قال: (**وَلَهُ الرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ**) أي: وإن رضي به رب المال بخلاف الوكيل؛ لأن له حق في المال، وعبارة المصنف أحسن من قول «المحرر» إن كانت الغبطة في الرد.

قال: (**فَإِنِ اقْتَضَتِ الْإِمْسَاكَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) لإخلاله بالمقصود، والثاني: نعم كالوكيل، وهو ظاهر نص «المختصر».

قال الإمام: وهو متجه، فإن حطه عن رتبة الوكيل لا وجه له، ورجحه الْغَزَالِي في «البسيط» وحكى طريقة قاطعة بالأول.

قال: (**وَلِلْمَالِكِ الرَّدُّ**) أي: حيث يجوز للعامل، وأولى.

قال: (**فَإِنِ اخْتَلَفَا عُمِلَ بِالْمَصْلَحَةِ**) رعاية للجانبين، وقيل: إن أجازه المالك لزم كالوكيل، ولو استوى الحال من الرد وعدمه، قال ابن الرِّفْعَة: يرجع إلى العامل إذا جوزنا له شراء العيب بقيمته، أي: وهو الأصح إذا رآه مصلحة، فإن رأى فيه ربحًا جاز على الوجهين.

قال: (**وَلَا يُعَامِلُ الْمَالِكَ**) أي: في مال القراض ببيع ولا بشراء؛ لأنه

وَلَا يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ.

ملكه، هذا هو المعروف، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: لا يجوز له ذلك على ظاهر مذهب الشَّافِعِي، فرمز إلى خلاف فيه، وبالمنع أجاب الْمَاوَرْدِي هنا، وقال في «باب المرابحة»: إنه لو اشترى عامل القراض ثوبًا بمائة درهم ثم باعه على رب المال بمائة وخمسين لم يجز لرب المال إذا باعه مرابحة أن يجيز بالثمن إلا مائة وخمسة وعشرين درهمًا؛ لأن نصف الربح له. انتهى.

وغلط الرُّويَانِي، وقال ابن الرِّفْعَة: تجب مع معاملة المالك ظاهر في الابتداء، أما لو ظهر ربح، وقلنا: يملك حصته بالظهور، فما يمنع من صحتها في حصته. انتهى.

ولو كان له غلامان كل واحد متفرد بمال فهل لأحدهما الشراء من الآخر؟ فيه وجهان في «العدة» و«البيان» ويذكر عن «تعليق» الشيخ أبي حامد أنه لو وكل رجل رب المال ليشتري له شيئًا من عامله جاز، وهو غريب.

قال: (**وَلَا يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ**)؛ لأن المالك لم يرض بأن يستغل العامل ذمته إلا به.

(**وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**)، أي: كأصوله وفروعه؛ لأنه خسران كله، وألحق ابن أبي عصرون بالقريب مستولدته إذا أبيعت في دينه لكونها مرهونة من قبل، وهل يلحق بذلك ما إذا أقر بحريته عند غيره أو شهد بعتقه الأشبه نعم، ويحتمل ذلك، والمستولدة بكلام الكتاب، والظاهر أن قول المصنف بغير إذنه مقصور على الثانية، وهي شراء من يعتق عليه، ويحتمل عوده إلى التي قبلها أيضًا، ولم أره نصًا.

قال: (**وَكَذَا زَوْجُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الإملاء» لما فيه من الضرر بانفساخ النكاح، والثاني يجوز؛ لأنه قد يكون ربحًا، ونقله الْمَاوَرْدِي وجماعة قولًا، وقوله: زوجه أعم من قول «المحرر»: زوجته، إذ لا فرق فيه بين الذكر والأنثى.

وَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ، وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إذْنٍ، ....

قال: **(وَلَوْ فَعَلَ)** أي: ما منعناه منه من الشراء بأكثر من رأس المال وشراء من يعتق عليه والزوجة **(لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ)** لما سبق.

(وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ) أي: ولم يصرح بالسفارة، فإن صرح، فوجهان، اختيار أبي إسحاق وقوعه للعامل، وإلغاء التسمية.

قال في «البحر»: والأقيس أنه يبطل، واحترز بقوله: في الذمة عما إذا اشتراه بالعين، فإنه باطل من أصله، وكذلك لو اشترى في الذمة يشترط أن يوفر الثمن من مال القراض قاله الرُّويَاني.

وإذا وقع شراء من يعتق عليه، والزوج بإذنه صح وانفسخ النكاح، وأما عتق القريب، فإن لم يكن في المال ربح عتق على المالك، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وهل يكون ابتياعه داخلًا في عقد القراض؟ وجهان أصحهما عند الْمَاوَرْدِي وغيره: لا، وله أجرة عمله على الشراء.

والثاني: وجزم به أبو حامد وجماعة، واقتضاه كلام الرَّافِعِي: نعم ولا شيء للعامل، وإن اشتراه ببعض المال، رأس المال ما بقي، وكأنه استرد ذلك المقدار منه، وإن كان في المال ربح، فإن قلنا: إنما يملك العامل حصته بالقيمة عتق أيضًا، وغرم المالك نصيبه من الربح، وإن قلنا: بالظهور عتق منه حصة رأس المال، ونصف المالك من الربح، وسرى إلى الباقي إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا بقي رقيقًا، هذا إذا ما أورده ورواه طرق الأصحاب.

قال: **(وَلَا يُسَافِرُ بِالْمَالِ بِلَا إذْنٍ)** أي: وإن كان السفر قريبًا أو الطريق آمنًا لا مؤنة فيه من الخطر، ونقلا تبعًا للشيخ أبي حامد قولًا عن «كتاب الْبُوَيْطِي» أنه لا يجوز عند أمن الطريق، وقال ابن الرِّفْعَة: ولم أره فيه هنا، ونقل الجيلي عن «فتاوى الرُّويَانِي» يعني في «البحر» به أنه يجوز إذا أمن، وكان الربح أكثر، ولم أره في هذا الباب بل جزم بالمنع، ويحتمل أن يقال: يرجع في ذلك إلى عرف البلد، وبين الإطلاق عليه، ولا يخفى أنه لو عقد معه القراض بموضع لا

....

يصلح للإقامة كالمفازة واللجة أنه يجوز له السفر بالمال، وإن لم يصرح له بالإذن للقرينة الدالة عليه، نعم لا يحدث سفرًا جديدًا إلا بإذن.

إشارة: قوله: بلا إذن يقتضي جوازه به، قال في «الروضة»: إلا أنه لا يركب البحر إلا بنصٍ عليه.

قلت: وهذا في غير سكان الجزائر التي يحيط بها البحر، وهل يلحق به الأنهار العظام كالنيل والفرات؟ لم أر فيه نصًا، ويحتمل أن يقال: إن تساوى خطرها خطر البحر لم يجز إلا بنص.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا لم يعين له مكانًا فقيد سفره بالمواضع التي جرت العادة بالمسافرة إليها من بلد القراض ثم أبدى بحثًا في سفر عامل المحجور عليه، وقد صرح الرَّافِعِي في «الوصايا» بأنه يجوز للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يتصرف في البلد، وإلى من يسافر به إذا جوزنا المسافرة عند أمن الطريق، وهو الأصح.

فرع: لو سافر العامل بلا إذن تعدى وضمن إن لم يضطر إليه كما سيأتي في المودع فإن سافر من غير ضرورة، وتصرف على وفق الإذن نفذ تصرفه، هذا ما تضمنه كلام الشيخين، وقال الْمَاوَرْدِي: إن فعل ذلك مع بقاء العين في يده بطل القراض؛ لأنه صار غاصبًا، وإن فعله مع انتقال المال إلى عروض مأذون فيها لم يبطل لاستقراره بالتصرف والشراء، قال ابن الرِّفْعَة: والذي أطلقه الإمام ومن وافقه من أن العقد قائم محمول على ما قاله الْمَاوَرْدِي، وفي كلامه ما يرشد إليه.

قلت: ويمكن حمل كلام الرَّافِعِي والمصنف عليه فإنهما صورا المسألة في استقراره بالمتاع والعروض للتجارة، وقال في «الروضة»: إن كان المتاع هناك لتكثر قيمة أو تساوت القيمتان صح البيع واستحق الربح بالإذن، وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع إلا أن يكون النقص قدرًا يتغابن به، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي في هذا القسم الأخير: إن كان في البيع عرض مثل أن يكون

وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا، وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ، وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ

مؤنة الرد أكثر من قدر الخسارة أو كان يمكنه شراء سلعة بالثمن إذا ردها إلى البلد الأصلي ربح منها فله أن يبيع، وإن لم يكن قيمة عرض فلا؛ لأن المقصود الربح، وهذا البيع خسارة. انتهى.

لكنه لم ينص على ما إذا كان السفر بلا إذن بل أطلق.

قلت: والظاهر ولم أره نصًا أن عامل المحجور عليه إذا خان أو فسق انعزل بخلاف عامل المطلق التصرف.

قال: (**وَلَا يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ حَضَرًا**) لأنه العرف.

(**وَكَذَا سَفَرًا فِي الْأَظْهَرِ**) كالحضر؛ ولأنه قد لا يربح إلا النفقة فيخل بمقصود العقد، والثاني: ينفق لأنه حبسه به عن التكسب، فأشبه الزوجة بخلاف الحاضر، ومن الأصحاب من جزم بهذا، ومنهم من جزم بالأول، قال في «الشامل» و«البحر»: وبه قال أكثر أصحابنا فعلى هذا لو شرطها فسد القراض على الأصح، وعلى الثاني: لا، لكن الأصح أنه يختص بما يريد بسبب السفر، وهل يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلومًا مشروطًا في عقد القراض؟

قولان: أحدهما: يجب لأنه أدفع للجهالة.

قال الـمُزَنِي في «الجامع الكبير» والذي أحفظ أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وثمن ما يشتريه ليلبسه في عمله، والثاني: لا ينفذ؛ ولأنه قال هنا: وله النفقة بالمعروف ولم يقدر.

قال ابن سُرَيْج وأبو إسحاق: التقدير ضعيف، وقال أبو حامد: لا يلتفت ما حكى في «الجامع الكبير» ولعله خلاف الإجماع قاله في «البحر».

قال: ولا يلزم فيها أجرة الحمام والحجام وثمن الدواء، ولو أقام في سفره مدة انتظاره بيع مال القراض وقبض ثمنه فهو كالمسافر، وفروع هذا القول كثيرة، وما نقله الـمُزَنِي من التقدير حكاه في «الشامل» عن «الْبُوَيْطِي».

قال: (**وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ**) أي: يعتاده المتجر لنفسه أو يعتاده أمثاله من العمل حسب العرف كطي الثوب ونشره ووزن الخفيف كالنقد والمسك،

كَطَيِّ الثَّوْبِ وَوَزْنِ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ لَا الْأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ، وَنَحْوِهِ، وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ،

وعبارة الدارمي: وعليه ما قدر عليه.

(**كَطَيِّ الثَّوْبِ**) فإن كثر الشراء من المال كان شرطاه على أحدهما لم يصح، وهذا يقيد ما أطلقه المصنف وغيره من قبل إن قطعه العامل التجارة وتوابعها كطي الثياب ونشرها، وإليه يشير قوله هنا ما يعتاد كطي ثوب.

(**وَوَزْنِ الْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ**) ويظهر أن يقال: يعتبر فيما علمه عرفه ناحيته فإن عادات البلدان مختلفة.

قال: (**لَا الْأَمْتِعَةِ الثَّقِيلَةِ، وَنَحْوِهِ**) أي: كنقل المتاع من الخان إلى السوق وبالعكس، والنداء عليه؛ لأن العرف قاض بالاستجار عليه.

قال: (**وَمَا لَا يَلْزَمُهُ لَهُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ**) أي: من مال القراض العرف فإن تولاه بنفسه أو بعبده فلا أجرة له، وما يلزمه له الاستجار عليه لكن من ماله فلو شرط على المالك الاستجار عليه من مال القراض ففي صحته وجهان في «كتاب المساقاة» من «النهاية» وسبق كلام الْمَاوَرْدِي في ذلك، قال الرَّافِعِي وغيره: وما يأخذه الفصدي من مال القراض.

قال الْمَاوَرْدِي: وكذا ما يأخذه أرباب الضراب، وهم المكتسبة، وعن القاضي الحسين أنه إن شرط الرهن والخفارة فيكون من مال القراض، والاقتراض عن عادة التجار.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ**) أن عند الأكثرين كما قاله في «المحرر».

(**أَنَّ الْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِالْقِسْمَةِ لَا بِالظُّهُورِ**) لأنه لو ملكها لصار شريكًا حتى لو هلك شيء هلك المالان وليس كذلك بل الربح وما به لرأس المال، والثاني: يملكها بالظهور كرب المال كالمساقاة، وصححه الشيخ أبو حامد وأتباعه، وفي معنى القسمة إتلاف المالك، ويملك حصته أيضًا بنصوص المال، وإن لم يقسماه على الصحيح لكن إنما يستمر ملكه على الربح إذا كانت القسمة بعد فسخ العقد أو انفساخه، أما لو اقتسما بالتراضي قبل الفسخ لم يستقر

وَثِمَارُ الشَّجَرِ وَالنِّتَاجُ وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ، وَقِيلَ مَالُ قِرَاضٍ.

ملكه عنه فلو جعل بعد ذلك خسران خير بما أخذه من الربح.

قال: (**وَثِمَارُ الشَّجَرِ وَالنِّتَاجُ**) أي: الجاذبات بعد الشراء.

(وَكَسْبُ الرَّقِيقِ وَالْمَهْرُ الْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا الْمَالِكُ) والمال الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك؛ لأنها ليست من فوائد التجارة، وانتفاء في هذا الترجيح الْمُتَوَلِّي فإنه نسبه إلى عامة الأصحاب تفريعًا على أنه لا يملك إلا بالقسمة.

قال: (**وَقِيلَ مَالُ قِرَاضٍ**)؛ ولأنها حاصلة بسببه، وبهذا جزم الإمام وأتباعه وعزاه الإمام إلى الأصحاب في مهر الموطوءة بشبهة، وسياق كلامه يقتضي أنه متفق عليه، وعبارة «الشرح الصغير» تفهم ترجيحه، فإنه نقله عن الإمام والغزالي، ثم قال: وقيل: كذا، وهو حسن، وعبارة «الروضة» وأصلها وبسببه أن يكون أولى، وعلى هذا فهي من الربح.

وقيل: سائغة في الربح ورأس المال، ونقله الرَّافِعِي عن بعض أصحاب الإمام، وهو في «النهاية» وهذا يشعر بأن الإمام الرَّافِعِي لم يستقص النقل في المسألة، والعجب أن الشيخين جزما قبل هذا بأنه لو وطئ العامل جارية القراض فعليه جميع المهر، ويجعله في مال القراض، وهو جرى على طريقة الإمام.

فاعلم أن الرَّافِعِي عين من أمثلة المسألة ما إذا أجر العامل الدواب فإن له ذلك إذا رأى المصلحة فيه، وينبغي أن تكون الأجرة ما له قراض قطعًا؛ لأنه نوع تكسب، وإلا فلا يكون له ذلك، ولا تصح الإجارة، ولم يمثل الْمُتَوَلِّي بذلك، وليس كما لو وجب أجرتها بغصب ونحوه لظهور الفرق، وفي إطلاقه كسب الرقيق نظر أيضًا؛ لأنه شمل الصيد والاحتطاب والالتقاط وقبول الهبة والوصية، ولم أر من صرح بذلك، وينبغي أن تكون الهبة والوصية للمالك فقط تفريعًا على المذهب، ويجب الجزم به إذا لم يكن ظهر في المال ربح، وعبارة الإمام والغزالي: المنافع وبدلها إذا وجبت باستيفاء المنفعة عُدوانًا أو بإجارة من العامل

وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ.

وجوزنا له الإيجار بالمصلحة وهذا حق على طريقتهما أن المنافع مال قراض.

قال: (**وَالنَّقْصُ الْحَاصِلُ بِالرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ الرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ**) لاقتضاء العرف ذلك، وكذا النقص الحاصل بالتعب والمرض الحادثين.

قال: (**وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ**) أي: سماوية (**أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه نقص حصل في المال، فجبر بالربح كالنقص الحاصل، والثاني: لا؛ لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف الحاصل بالرخص.

قال في «البحر»: وهذا ليس بشيء؛ لأن المال قد دار في القراض، فما سلف أن يكون رأس المال، واعلم أن إجراء الوجهين في هذه الأمثلة طريقة ضعيفة، والمنقول في «الروضة» و«الشرحين» عن الجمهور أن التالف بآفة سماوية خسران يجبر جزمًا، وفي التالف بالغصب والسرقة وجهان، والفرق أن في الضمان الواجب ما يجيزه فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض، وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية.

وقال ابن الرِّفْعَة إثر قول «التنبيه»: ولو اشترى عبدين، فتلف أحدهما المسألة هذا الخلاف حكاه القاضي الحسين قولين منصوصين في «أمالي» حرملة، ولا يخفى أنه مفرع على القول؛ لأنه إذا تلف أحد العبدين يعني: قبل التصرف فيه بتلف من رأس المال، وأما إذا قلنا بتلف الربح فهنا أولى، وما قاله حق.

قال: واعلم أن محل ما ذكرناه من كون التالف من رأس المال أو من الربح مفروض في تلفه بآفة سماوية، وأطلق به السرقة والغصب إذا تعذر أخذ البدل منهما. انتهى.

تنبيهات: احترز المصنف بقوله: «بعضه من تلف كله» فإنه إن حصل بآفة سماوية أو بإتلاف المالك ارتفع القراض، وإن أتلفه أجنبي كله أو بعضه أخذ

وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

لِكُلٍّ فَسْخُهُ.

ببدله، واستمر القراض فيه، وإن أتلفه العامل؟ قال الإمام: يرتفع القراض؛ لأنه وإن لزمه بدله فلا يدخل في ملك المالك لا بقبضه وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض، والمذكور في «التتمة» أن القراض لا ينفسخ بإتلاف العامل أيضًا، وهو المختار، وأبداه الرَّافِعِي بحثًا ويصادف إتلاف المالك فإن بإتلافه صار كالآفة، وإطلاق العامل والأجنبي مضمون بالبدل، فكان المال موجودان الخلاف السابق في الخبر في صورتي الغصب والسرقة هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف.

وقول المصنف: بعد تصرف العامل أي: بشراء وقيل: بشراء وبيع، وقال ابن الرِّفْعَة: المراد بالتصرف أن يشتري شيئًا لم يبيعه، ويتصرف في ثمنه، وفيه نظر، وقد قالوا: إنه لو اشترى بألفي القراض عبدين فتلف أحدهما تلف من الربح على المذهب.

قال: (**وَإِنْ تَلِفَ**) أي: بعض المال.

(**قَبْلَ تَصَرُّفِهِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، والثاني: من الربح؛ لأنه بقبض العامل صار مال قراض، وهذا رواه في «الشامل» عن تعليقه بعد نقله الأول عن الأصحاب، وعبارته في صورة الوجهين: ولو اشترى بألفي القراض عبدين بكل ألف عبد، فتلف أحدهما فوجهان: أحدهما: من الربح، والثاني: من رأس المال، هكذا قال أصحابنا، ثم حكى كلام الشيخ أبي حامد، وقوله: بكل ألف عبد يشعر بأنه موضع الوجهين بخلاف ما لو اشتراهما صفقة واحدة، ولم أره صريحًا.

قال: (**فَصْلٌ لِكُلٍّ فَسْخُهُ**) أي: متى شاء كسائر العقود الجائزة، ولا يحتاج فيه إلى حضور صاحبه ورضاه، وفي حكم قول المالك: فسخته، قوله: لا يتصرف بعد هذا، وكذلك استرجاع المال منه لا بيعه من اشتراه العامل

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ انْفَسَخَ.

وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا، ....

للقراض في الأصح، ويكون إعانة وفي طحن المالك الحنطة وجهان، ولو حبسه ومنعه التصرف أو قال: لا قراض يثبت، فوجهان، قال الشيخ: ينبغي أن يكون الأصح في الحبس عدم الانعزال، وفي الثانية: الانعزال.

إشارة: لو كان رب المال محجورًا عليه وحنطة من دوام القراض، ولو فسخه الولي لتعطل ماله، وأكلته الموت، أو خيف عليه من استيلاء ظالم لضعف الولي وقوة العامل فيشبه ألا يجوز للولي فسخه، والحالة هذه لما فيه من [الضرر] ولم أر فيه شيئًا.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ انْفَسَخَ**) أي: عقد القراض كالوكالة، وإذا مات المالك فللعامل البيع والتنصيص، وإن لم يأذن الوارث اكتفاء بإذن المورث بخلاف العكس؛ لأن المالك لم يرض بتصرفه، وقيل: لا يبيع العامل إلا بإذن الوارث والصحيح الأول.

إشارة: جزم المصنف بالانفساخ بإغماء أحدهما، وفيه ما سبق في الشركة والوكالة، والمختار أنه لا تنفسخ الوكالة بمطلق الإغماء، وهذا مثله، وسكوت جماعة هنا عن ذكر الإغماء يشعر بأنه ليس كالجنون، وعبارة الصيمري: وأيهما مات وجُن أو حجر عليه بسفه نظر.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْعَامِلَ الِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا**) استيفاء ديون التجارة، وذلك إن أذن له في البيع نسيئة أو باع نقدًا، ثم انفسخ القراض قبل توفير الثمن، وعلله الرَّافِعِي بأن الذي ملك ناقص، وقد أخذ منه ملكًا تامًا؛ فليرد كما أخذ، وقضية أنه إنما يلزمه استيفاء رأس المال فقط، وبه صرح ابن يونس في «محيطه» فقال: وإن انفسخ والمال دين فعليه أن يتقاضى بقدر رأس المال؛ ليعيده إليه، انتهى.

وهو ظاهر كلام «المهذب» وغيره، ويدل أنه تصريحهم بأنه في العروض لا يلزمه إلا بتنضيض رأس المال فقط مع إقسامهم مسألة الدين على مسألة

وَتَنْضِيضُ رَأْسِ الْمَالِ إنْ كَانَ عَرَضًا، وَقِيلَ لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ.

العروض، وعبارة «البحر»: لأن مقتضاه رد رأس المال على صفته كما هو فإن عرضا يلزمه بيعه، وعن مرشد بن أبي عصرون: يلزمه استيفاء جميع الدين، وإن كان أزيد من رأس المال، وكأنه أخذه من إطلاق بعضهم أن عليه استيفاء الديون، وقيل: إذا لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاستيفاء إذا انفسخ كما عبر صاحب «المحيط» لأن حكم الفسخ والانفساخ في ذلك واحد.

قال: (**وَتَنْضِيضُ رَأْسِ الْمَالِ**) أي: ما بيده عند الفسخ.

(**إنْ كَانَ عَرَضًا**) وذلك ببيعه بالنقد ليرد كما أخذ، ولئلا يلزموا المالك مشقة أو مؤنة.

قلت: وكذلك الحكم لو كان بيده نقد لكنه من غير جنس رأس المال أو من جنسه، ولكنه من غير نوعه بأن كان الحاصل مكسرة ورأس المال صحاحًا مثلًا، ولا خفاء إن لزوم التنضيض فيتحتم.

قال: (**وَقِيلَ لَا يَلْزَمُهُ التَّنْضِيضُ إذَا لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ**) لأن عرض البيع إن يظهر ربح ليصل العامل إلى حقه، وإذا فقد وارتفع العقد لم يحسن تكليفه ذلك، والمذهب الأول.

تنبيهات وفروع:

منها: قال الإمام: الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه بيعه وتنضيضهُ فهو قدر رأس المال، أما الزائد بعرض بين شريكين لا يلزم أحدهما بيعه.

قلت: ولا يقم من هذا إشارة إلى خلاف في تنضيض الجميع بل أشار إلى قوله آخر الفصل أن الزائد على قدر رأس المال كالعروض المشتركة من المواريث وغيرها، وفي القلب من هذا أدى نفيه أما إذا نض رأس المال، فلا يبقى عليه مطالبة بالتنضيض هذا لا سبيل إليه، فأما العامل فإذا قال: أبيع الكل، فلعل حقي يزيد بالبيع، فهذا فيه احتمال في الأظهر أنه لا يملك ذلك، والذي قطع به المحققون أنه لا طلب الخائنين عند تنضيض رأس المال، انتهى.

وفي «البحر»: أنه إذا باع مقدار رأس المال، وفصل فصل، قال ابن أبي

هريرة: إن تراضيا على قسمته اقتسما وإن أراد أحدهما بيعه أجيب إليه؛ لأن العرض قد يشترى جملة أكثر مما يشترى منفردًا.

وقال في «الإفصاح»: إن كان مما لا يختلف بالجمع والتفريق أن يجبر الممتنع وإلا أجبر لما ذكرناه. انتهى.وعلى فقه الإمام اقتصر الشيخان.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو كان البيع بقدر رأس المال فقط لا يمكن إلا بتنضيض القيمة كالعبد؛ فالذي يظهر وجوب بيع كله لما في التنضيض، انتهى.

وما قاله صحيح، وبناه على فقه الإمام أنه لا يلزم بيع ما زاد على رأس المال قطعًا وما ذكرناه عن أبي علي الطبري، وابن أبي هريرة ينازع في ذلك عند التنضيض بالتفريق، ويشهد لبحث ابن الرِّفْعَة.

ومنها: قال في «الروضة»: لو قال المالك: لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال: أعطيك قدر نصيبك ناضًا ففي تمكين العامل بالبيع وجهان، وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع؛ لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر فللمالك هنا أولى. انتهى.

وقال الرُّويَاني في «التجربة»: إذا فسخ القراض.

والحاصل سلعة لا يظهر الربح فيها؛ لأنه قد يجدُ راغبًا يزيد في ثمنها إلا أن يقول للعامل: أنا أعطيك القيمة بقول المقومين، فلا يكون للعامل البيع نص عليه، انتهى.

وزاد في «البحر» إن كان لا يرجو في ثمنه فضلًا منع من بيعه، وإن رجا لم يمنع، ولو بذل له المالك حصة من ربحه، وسفه بيعه، فوجهان يخرجان من قوله: في يد السيد قيمتها.

قال: ولو دعاه المالك إلى بيعه وامتنع إن كان امتناعه لغير بدل قيمة منه أجبر على بيعه، وإن كان وكالهيبة أجبر أيضًا على الأصح؛ لأن رد الأصل المال استحق عليه كما أخذ.

ومنها: ليس للعامل عند طلب المالك البيع بأجرة إلى موسم الرواج، خلافًا

وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي، وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً، وَرَأْسَ مَالٍ مِثَالُهُ رَأْسُ الْمَالِ مِائَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ سُدُسُ ....

لمالك نعم؛ الظاهر أنه لو لم يجد في شرائه إلا بثمن بخس أنه لا يرهن إلى بيعه به إن كان ثم ربح، ثم رأيت الدارمي قال: لا يجاب رب المال إلى بيعه ببخس، ولا العامل لكن العرف. انتهى. أي: يبيع في ذلك ما شهدا بالعرف.

ومنها: حيث قلنا للعامل البيع بعد الفسخ، يقال رب المال لا ربوية، قال الدارمي: فوجهان: أحدهما: لا يقبل إلا بنية، والثاني: يجعل مع يده يد.

قلت: ويشبه أن يكون الثاني أرجح؛ لأن الائتمان انقطع بالفسخ، ويحتمل أن يقال: إن كان ظاهر الأمانة لم يقبل، وإلا فيفصل، ويقوى الجزم بالضم عند ظهور الجناية.

ومنها: ما يبيع به بطلب المالك، ودونه هو نقد البلد إن كان من جنس رأس المال وإلا باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد أو رأس المال، فإن باعه بنقد البلد حصل به رأس المال.

وقال الدارمي: يبيع بما أصل القراض منه من دراهم أو دنانير، وإن باع بغيره ولا غبطة فيه بيع، وإن كان فيه غبطة فهل يجبر المالك؟ على وجهين.

ومنها: إنما يلزم العامل رد مثل النقد المعقود عليه، وإن أبطله السلطان هذا ما صححه صاحبا «العدة» و«البيان» وأجاب به ابن الْقَطَّان في «درسه» وقال في درس آخر: فيه ثلاثة أوجه أحدها: هذا، والثاني: يرد من نقد الوقت، والثالث: ينقص القراض، ويكون الربح كله لرب المال، وللعامل أجرة المثل.

قال: **(وَلَوْ اسْتَرَدَّ الْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ رَجَعَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى الْبَاقِي)**؛ لأنه لم يدع في يده غيره.

قال: **(وَإِنْ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً، وَرَأْسَ مَالٍ)** أي: لعدم التمييز.

قال: **(مِثَالُهُ رَأْسُ الْمَالِ مِائَةٌ وَالرِّبْحُ عِشْرُونَ وَاسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَالرِّبْحُ سُدُسُ**

الْمَالِ فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. وَإِنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ فَالْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ، مِثَالُهُ الْمَالُ مِائَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبْعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ ....

الْمَالِ فَيَكُونُ الْمُسْتَرَدُّ سُدُسَهُ مِنَ الرِّبْحِ فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ الْمَشْرُوطُ مِنْهُ وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ) أي: فلا يجيز ما حصل بعد ذلك من خسران حتى لو انخفض السوق، وعاد ما في يده إلى ثمانين أخذ العامل منها إذا كان المشروط له نصف الربح درهمًا وثلثي درهم، ورد الباقي وهو ثمانية وسبعون وثلث، هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن طريقة العراقيين تقتضي انحصار المسترد في رأس المال، وقال: إن على قولنا بالإشاعة لا ينحصر نصيب العامل من ربح المسترد فيما بقي في يده ولا يتعلق حقه به، ولا يتقدم به عند إفلاس المالك؛ بل هو في عين المشترى على الإشاعة عند بقائه، وفي ذمة للمالك عند تلفه.

وقال: إن كلام «البسيط» يفهم عدم تعلق العامل في يده، وأن الرَّافِعِي جرى على ما في «البسيط» وتبعه في «الروضة» ولا فرق بين كون المسترد عرضًا بالقيمة أو نقدًا، ولا من أن يقصد الاسترداد من رأس المال أو لا، وأبدى وقفة فيما إذا كان المسترد نقدًا وقصد أخذه من رأس المال فقط، ولو كان استرداده باتفاقهما، فإن قصد الإشاعة فعلى ما قلناه، وإن قصد من الربح وحده أو من رأس المال وحده جاز، وإذا قصد الإشاعة فالأشبه أن نصيبه يكون قرضًا له على المالك لا هبةً، انتهى.

وفيما نسبه إلى «البسيط» ومعه يعرف حمله على ما في «الوسيط».

قال: **(وَإِنِ اسْتَرَدَّ بَعْدَ الْخُسْرَانِ فَالْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى الْمُسْتَرَدِّ وَالْبَاقِي فَلَا يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ الْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ)** أي: ويصير رأس المال والقدر الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

(مِثَالُهُ الْمَالُ مِائَةٌ وَالْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ اسْتَرَدَّ عِشْرِينَ فَرُبْعُ الْعِشْرِينَ حِصَّةُ

الْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ، وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ لَمْ أَرْبَحْ، أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا، أَوْ اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقِرَاضِ أَوْ لِي، أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا،

الْمُسْتَرَدِّ، وَيَعُودُ رَأْسُ الْمَالِ إِلَى خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ) لأن حصة كل عشرين من الثمانين خمسة فما زاد على الخمسة والسبعين بعد ذلك يقسم بينهما ربحًا على ما شرطاه.

قال: **(وَيُصَدَّقُ الْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ لَمْ أَرْبَحْ)** أي: شيئًا أصلًا.

(أَوْ لَمْ أَرْبَحْ إِلَّا كَذَا) عملًا بالأصل فيهما، ولأنه مؤتمن على ذلك ولا يعرف عند عدم البينة إلا منه فلو قال: ربحت كذا ثم ادعى غلطًا في حسابه أو أنه بان له عدم الربح، أو كذب لئلا يؤخذ المال منه لم يقبل منه، ثم إن ذكر شبهةً محتملةً هل يحلف له المالك أنه لا يعلم ذلك؟

فوجهان أرجحهما بل أصحهما: يحلف لما سيأتي إن شاء الله تعالى في الدعاوى.

ولو قال: خسرت بعد الربح الذي ذكرته؛ قبل منه عند الاحتمال بأن حدث كساد وإلا لم يقبل، قاله الْمُتَوَلِّي.

قلت: ولا ينحصر ذلك في عروض الكساد وإذا فسر الخسارة بتلف أو سرقة ونحوها وقد نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال: **(أَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ هَذَا لِلْقِرَاضِ)** أي على المشهور ولأنه إذا علم بقصده، وفي قول: المصدق المالك أو الأصل عدم وقوعه للقراض، والظاهر أنه لا فرق بين أن يشير إلى شيء قائم أو هالك.

(أَوْ لِي) لما ذكرناه من أنه أعلم بنيته فلو أقام المالك بينةً على أنه اشتراه بمال القراض ففي الحكم بها وجهان: أصحهما في «الحاوي» و«البحر»: لا؛ لأنه قد يشتري به لنفسه متعديًا.

وقال الإمام: إذا اشترى العامل بعين مال القراض لعيب شبيه ووقع الشراء للقراض، ولعله أراد أنه لا يصدق في دعواه ذلك.

قال: **(أَوْ لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا)**؛ لأن الأصل عدم النهي وبقاء أمانته.

وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ، وَدَعْوَى التَّلَفِ، وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا، وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ].

(وَفِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ) أي: للأصل أيضًا وهذا حيث لا ربح، فإن كان فهل يصدق المالك أو العامل أو يتحالفان؟ أوجه أصحها بأنها للمالك لما ذكرناه.

قال: **(وَدَعْوَى التَّلَفِ)** أي: كالمودع، فإن ذكر سببًا فسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

وقال الرُّويَاني في«التجربة»: لو قال: ربحت ألفًا ثم قال: كذبت خوفًا من نزعه المال مني لم يقبل، فلو قال بعد هذا: رددت المشترى بالعيب واسترجعت الثمن ثم تلف في يدي قُبِلَ منه؛ لأنه أمين ولا يخرج عن الأمانة بتلك الكذبة السابقة، وكذا لو قال بعدما ظهر كذبه في قوله: لم أربح فلم يقبل تلف في يدي قبل قوله: بيمينه نص عليه، وهذا إذا احتمل ذلك ولو لم يحتمل مثل أن يدعى قطع الطريق ولم يعرف الطريق قطع ونحو ذلك لا يقبل قوله.

قال: **(وَكَذَا دَعْوَى الرَّدِّ فِي الْأَصَحِّ)** وبه جزم المراوزة؛ لأن معطي العرض للمالك فأشبه المودع.

والثاني: لا؛ إلحاقًا له بالمرتهن وفرق الأول بأن انتفاع العامل بالعمل في العين لا بالعين بخلاف المرتهن.

قال الإمام: ولو كان بيده بعض مال القراض فادعى رد رأس المال مع حصة المالك من ربحه وهذه حصته فقياس المراوزة تصديقه بيمينه، وفيه إشكال!!

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ لَهُ تَحَالَفَا)** لأنهما اختلفا في عوض العقد مع اتفاقهما على مسمىً صحيح فأشبها المتبايعين والمتآجرين.

(وَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ) أي: ما بلغت.

وقيل: إن زادت على ما يديعه لم يجب له الزائد؛ لأنه لم يدعه.

قلت: ولو كان القراض لمحجور عليه وكانت أجرة المثل أكثر مما يدعيه العامل فالوجه أن يكون الحكم كما لو اختلف ولي الزوجة المحجورة مع

....

الزوج في مقدار المسمى كما هو مبين هناك ويأتي إن شاء الله تعالى فحيث قلنا: يتم بالتحالف فكذلك هاهنا، وإن قلنا: لا فلا.

تنبيهات: إنما قيدت موضع التحالف باتفاقهما على مسمى صحيح لأحترز به عما لو اختلف في صحته وفساده إن قال العامل: سميت لي نصف الربح مثلًا، فقال المالك: إنما سميت لك سهمًا غير مقدر فالظاهر جريان الخلاف السابق في دعوى الصحة والفساد، نعم لو قال: سميت لي نصف الربح فقال المالك: إلا عشرة مثلًا فيشبه أن المصدق هنا العامل إذ الأصل عدم هذا الاستثناء يبينه أن موضع التحالف في المسألة حيث لا قرينة تدل على صدق أحدهما إذ في «الشامل» وغيره عن ابن سُرَيْج فلا محالفة، وإنه لو دفع إليه ألفًا وقال: خذها تراضيا على النصف مثلًا صح وكان ذلك تقديرًا لنصيب العامل، فلو اختلفا فقال العامل: شرطه لي، فقال المالك: بل لنفسي صدق والعامل بيمينه؛ لأن الظاهر معه. ورأيت في «البيان» أن القول قول رب المال وهو سبق قلم من ناقل أو غيره، وأبدى ابن الرِّفْعَة احتمال وجهين في صحة العقد وفساده وقال: إن كلام سليم في «المجرد» يشير إليهما والأشبه الصحة، انتهى.

وفي كلام الرَّافِعِي ما يقتضي إثبات خلاف في الصحة والفساد، وذكر القاضيان الهروي وشريح الرُّويَانِي أنه لو دفع إلى رجل ألفًا ليتصرف فيها فربح ألفًا ثم اختلفا فقال القابض: كان مضاربةً بالنصف مثلًا، وقال رب المال: كان بضاعةً.

قال أبو علي الثقفي: القول قول الدافع، وقال أبو علي الزجاجي: القول قول القابض، وقال المحاملي: والرافعي في «الكبير» يتحالفان، انتهى.

وبالأول: جزم في «البحر» قال: ولا شيء للآخر، وهذا أرجح والأصل عدم ما ادعاه.

فروع منثورة نختم بها الباب:

قال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو أخذ مالًا قراضًا لا يمكنه القيام به

والتصرف فيه فتلف بعضه ضمنه؛ لأنه فرط بأخذه حين لا يمكنه القيام به، نص عليه أي: في «الْبُوَيْطِي» ولفظه: وإذا أخذ مالًا لا يقوى مثله على عمله فيه بيده فعمل فيه فضاع فهو ضامن؛ لأنه مضيع وعلى ذلك جرى الشيخ أبو حامد وغيره، ويجب طرده في الوكيل والمودع والوصي، والظاهر أنه لو كان القراض لغير الدافع دخل المال في ضمان العامل بمجرد أخذه، ولو خلط العامل ماله بمال رب المال أو بمالٍ فقارض آخر أو بمال آخر أخذه قراضًا ثابتًا في عقد بأن رب المال الأول صار متعديًا ضامنًا.

قال في «البحر»: لو قال العامل: اشتريت أو بعت صدق قولًا واحدًا، وقيل: قولان كالوكيل، والأول أظهر لو مات العامل ولم يفرق مال القراض فهو كالمودع لموت وعنده وديعة لم يعرف عينها قالوه في «الشامل» و«البيان» وغيرهما، ولابن الصلاح في فتاويه تفاصيل وتصرف يطول ذكره.

قال في «العدة» وغيرها: لو شرط للعامل نصف الربح ثم بعد أيام رده إلى ثلاثة أو أربعة لم يجز ما لم يفسخا ويحددا عقدًا آخر خلافًا لأبي حنيفة، وفي فتاوى الْبَغَوِي أنه لو قال المالك للعامل: إذا اشتريت عبدًا فطوقه لئلا يأبق فلم يفعل فأبق ضمن، وإنه لو أبق عبد القراض ونفقة رده على المالك إن لم يكن ربح، وكذا إن كان، وقلنا: إنما يملك العامل نصيبه بالقسمة فإن ملكناه بالظهور فعليهما.

قلت: يشبه أن يقال: إن أبق بتقصير العامل فعليه رده وإلا ففي مال القراض على القولين؛ لأنهما من مصالحه.

وفي «فتاوى الْغَزَالِي»: لا تتوجه الدعوى على ورثة عامل القراض وورثة المودع ما لم يدع رب المال أن ماله دخل تحت أيديهم في جملة التركة، أو يدعي أن المورث قد فرَّط فيه، والأصل عدم الأمرين فيجب تصديقهم بأيمانهم وبالله التوفيق.

قال المصنف: [تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ.
وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنَبُ، ....

قال الشارح: سميت بذلك؛ لأن السَّقي أنفع أعمالها وأهمها لا سيما بـ«الحجاز» فاشتق من اسم العقد، وقيل: سميت مساقاة؛ لأنها معاملة على ما يشرب ساقيةً. وقيل: إن موضع الشجر والنخل سمي سقيًا.

والأصل في جوازها قيل: اتفاق الصحابة والتابعين لما في الصحيحين: «أنه ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»⁽¹⁾ ومن جهة المعنى: أن المالك قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ لها ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك ذلك؛ فاحتاج إلى العمل والمالك الاستعمال، وشذَّ أبو حنيفة بمنعها ووافق على القراض وجوزها صاحباه.

قال: (**تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ**) لأنها معاملة على المال كالقراض وغيره.

(**وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِالْوِلَايَةِ**)؛ للحاجة إليها كما تقدم، ولو قال: «المحجور عليه» لدخل السفيه ولينظر فيما لو كان المالك غائبًا منقطع الخبر ولم يساق الحاكم على نخله ولزمه التلف هل له ذلك كما يؤجر ملكه أو يبيعه كما سيأتي بيانه في الأقضية؟ القياس التجويز إذا كان ذلك هو الأحظ له، وهل يصح من عامل القراض فيه بحيث إذا قلنا: المنافع مال قراض؟

قال: (**وَمَوْرِدُهَا النَّخْلُ وَالْعِنَبُ**) أما النخل فللحديث المتقدم، وأما العنب فقيل: إن الشَّافِعِي قاسه على النخل فجاء مع وجوب الزكاة وإمكان الخرص.

وقيل: أخذه من قوله ﷺ: «عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم»⁽²⁾.

---

(1) أخرجه البخاري (٢٣٢٨) ومسلم (١٥٥١).

(2) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢/ ١٥٧).

وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ.

ذكره الرُّويَانِي في «البحر»: ثم قال تبعًا للماوردي: والأول أشبه وعليه اقتصر الرَّافِعِي.

قال: (**وَجَوَّزَهَا الْقَدِيمُ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ**)؛ للحاجة كالنخل والعنب، وفي لفظ للدارقطني: «أنه ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر من النخيل والشجر»(١) ولهذا قال المصنف في «تصحيحه»(٢): إنه المختار.

قلت: وعليه اقتصر عمل الناس، وجزم صاحب «الخصال» من متقدمينا.

قال: وتجوز المساقاة على فحول النخل تابعة ومفردة، وأجرى ابن الْقَطَّان القولين في القصب وفي الخشب و[العنب].

قال: لأنه يؤخذ ما ينبت قطعًا ويبقى أصوله، وجزم الشيخان بالمنع، قالا: وفي أغصان الخلاف وجهان: وهما في «النهاية» و«البسيط» فيها، وفي ورق التوت، أي: الذي يربى به الدود؛ لأنها المقصود منه.

وقال في «البحر»: لا يجوز في هذه الأشياء بلا خلاف، ولا يصح على ما يجز مرارًا قطعًا، وقيل: وجهان، والمذهب المنع فيما عدا النخل والعنب.

فروع: على «الجديد» في جوازها على شجر المقل وجهان: صحح المنع وبالجواز أجاب ابن سُرَيْج.

وقال ابن القاص: وحكاه القاضي أبو الطيب عن النص؛ لأن ثمره كثمرة النخل في ظهوره، وإمكان الجز منه لو كان بين النخل شجر قليل.

قال الْمَاوَرْدِي والروياني: صحت المساقاة، وكان تبعًا كالمخابرة تصح تبعًا للمساقاة، وذكر الرَّافِعِي في جوازها تبعًا وجهين، وصحح الشيخ الجواز وإطلاقهما، وتشبيه ذلك بالمزارعة تبعًا يفهم أنه لا فرق بين أن يقل الشجر أو يكثر، فيحتمل أن المراد ما أورده القاضيان، ويؤيد الإطلاق الدارمي إن كان شجر خلا النخل والكرم لا يمكن سقيه إلا بسقي النخل جاز في القولين، نعم

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٧).

(٢) أي: كتاب: تصحيح التنبيه.

وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ وَهِيَ عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ، وَهِيَ: هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ، وَالْبَذْرَ مِنَ الْمَالِكِ.

يجيء ذلك الوجه في البياض الكثير وأولى المنع، وطرد جماعة الوجهين فيما لو كان بين النخيل أو العنب زرع أو بطيخ ونحوهما بشرط على القولين كون الشجر معينًا، فلا يصح على أحد الكرمين مثلًا وأن تكون مرتبةً قطعًا.

وقيل على قولي بيع الغرائب وزيف.

إشارة: لخص ابن الرِّفْعَة فيما يجوز المساقاة عليه ست مقالات.

قال: (**وَلَا تَصِحُّ الْمُخَابَرَةُ وَهِيَ عَمَلُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَلَا الْمُزَارَعَةُ، وَهِيَ: هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ، وَالْبَذْرَ مِنَ الْمَالِكِ**) أي: للنهي عنهما الأولى في «الصحيحين» من حديث جابر، والثانية في «صحيح مسلم» من حديث ثابت بن الضحاك، وأشار الشَّافِعِي إلى أن القياس التسوية بينهما وبين المساقاة لكن الشبه قريب بينهما.

فائدة: على المخابرة من الخبير وهو الأكار أو من الخبار وهي الأرض الرخوة أو من الخير وهو شرب الماء أو الزرع أو النصب أو من خيبر البلدة المعروفة، أقوال، والمزارعة مفاعلة من الزراعة، وقيل: من الزرع.

تنبيه: حكى في «الروضة» وجهًا أن المزارعة والمخابرة كمعنى، وأن الصحيح وظاهر النص أنهما عقدان مختلفان، وذكر فراقهما كما في «الكتاب».

ثم قال: هذا هو الصواب، وأما قول صاحب «البيان»: قال أكثر أصحابنا: هما بمعنى واحد، فلا يوافق عليه فنبهت عليه لئلا يغتر به.

قلت: قضية ما في الحليتين أن المذهب أنهما يعني وبه جزم الْمَاوَرْدِي وغيره، وهو قصة كلام الْبَنْدَنِيجِي والخطابي والقاضي أبو الطيب، ولم يذكره الجوهري وصاحب «المجمل» وغيره.

قال الْبَنْدَنِيجِي: لا يعرف في اللغة فرق بينهما، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: بأن المزارعة إذا دفع رجل إلى رجل أرضًا بيضاء على أن يزرعها المدفوع إليه فأخرج منها شيء فله منه جزء من الأجزاء، فهذه المخالفة والمخابرة

……………………………………………………

والمزارعة التي نهى رسول الله ﷺ هذا بحروفه.

وقال الرُّويَانِي في «البحر» في باب المزارعة: اعلم أن المزارعة التي هي المخابرة باطلة، ونذكر صورتها، وقيل: إن الشَّافِعِي قال: لا أعرف في التمييز فرقًا بين المزارعة، وقال الماسرجسي: وقعت هذه المسألة ببغداد، وفرقت بين المزارعة والمخابرة، ثم دخل أصحابنا على صاحب «الإفصاح» فعرفه فأنكر، وقال: لا فرق بينهما.

فقلت: الدليل عليه أن الشَّافِعِي قال: والمخابرة واستكراء الأرض ببعض ما يخرج منها إلى آخره فحصَّل من الفرق بينهما قولين. انتهى.

فرع: المشهور بطلانها، وعن ابن سُرَيْج خلافه، قال في «الروضة»: وبجوازها قال من أكابر أصحابنا ابن خزيمة وابن المنذر.

وقال الخطابي: والمزارعة جائزة، وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار. قال الشيخ: والمختار جوازها. انتهى.

وكأنه فهم عن الخطابي الفرق، وإنما أراد النوعين.

قال: الذي عليه عمل المسلمين غالبًا المخابرة، وممن اختار جوازها الْمَاوَرْدِي في «الحاوي».

فرع: وقع إليه أرضه مزارعة، وتسلمها منه ثم عطلها، فإن زارعه على أن البذر من رب الأرض فلا شيء على المزارع لتعطيله الأرض، وإن كان قد شرط البذر من المزارع لزمه أجرة مدة التعطيل، وإن شرطا كون البذر منهما لزمه نصف الأرض فقط، وإن عمل في الأرض ببعض العمل من كون الأرض وحرثها ثم ردها على صاحبها لم يستحق لعمله شيئًا إن الشرط أن البذر من الزارع، وإن كان على أن البذر من صاحب الأرض لزمه للمزارع أجرة مثل عمله، وإن كان على أن البذر منهما وجب له على صاحب الأرض نصف أجرة عمله، وعليه لصاحب الأرض كراء مثل نصف الأرض في المدة التي بقيت الأرض في يده، قاله ابن القاص تخريجًا كحصته من «البحر».

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ، وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا وَأَنْ لَا يُقَدَّمَ الْمُزَارَعَةُ، ....

قال: **(فَلَوْ كَانَ بَيْنَ النَّخْلِ بَيَاضٌ صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ الْمُسَاقَاةِ عَلَى النَّخْلِ)** أي: لغير الإفراد ويداخله البستان وعليه حمل حديث: «معاملة أهل خيبر على شطر الثمر والزرع»(١).

قال: **(بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ)** أي: فلا يجوز مساقاة واحد، ومزارعة آخر؛ لأنه لا يحصل غرض الاستقلال.

(وَعُسْرِ إِفْرَادِ النَّخْلِ بِالسَّقْيِ، وَالْبَيَاضِ بِالْعِمَارَةِ) أي: لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها، وعبارة «الكافي»: ألا يمكن سقي الأرض دون سقي النخل انتهى.

فإن أمكن الإفراد لم تجز المزارعة على البياض لانتفاء الحاجة المجوزة إليها.

إشارات: عبارة «الروضة» و«الشرحين»: ويشترط تعذر إفراد النخل إلى آخره، وبين العبارتين فرق، والمراد باتحاد العامل ما ذكرناه لا بيع تعدده مطلقًا، واشتراط كونه فردًا، قال الدارمي: وتبين ما يزرعه فيها.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا)** أي: بين المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتي بهما على اتصال لتحصل التبعية، والثاني: تصح المزارعة المنفصلة كحصولهما لشخص واحد هذا إذا كان بقي من مدة المساقاة ما يمكن الزرع فيه، فإن لم يبق منهما ما يمكن الزرع فيه لم يجز قاله الدارمي، وربما ذكر كلام بعض الأصحاب أن محل الوفاق إذا عقد عليهما عقدًا واحدًا.

قال: **(وَأَنْ لَا يُقَدَّمَ الْمُزَارَعَةَ)** أي: المساقاة لأنها تابعة والتابع لا يتقدم على متبوعه، والثاني: ينعقد موقوفة، فإن ساقاه بعدها بانت صحتها، وإلا فلا.

قلت: وكان المراد بعد هذا على الاتصال لا مطلقًا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/ ١٥٤).

وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابَرَ تَبَعًا لِلْمُسَاقَاةِ.

قال: (**وَأَنَّ كَثِيرَ الْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ**) أي: بيع عسر الإفراد كقليله للحاجة، والثاني: لا إذ الأكثر متبوع لا تابع ثم الأصح من زيادات «الروضة» أن النظر في الكثرة إلى مساحة البياض ومغارس الشجر لا إلى زيادة النماء. انتهى.

وجنح في «البسيط» إلى ترجيح هذا، ولو استويا في المساحة أو مقدار النماء فوجهان في «النهاية» واعلم أنهما عبرا في حالة كثرة البياض بغير الإفراد، وفيما سبق لتعذر، وعبارة «التهذيب» هنا لأن الضرورة موجودة في الحالين، وقضيتها التسوية بينهما وهو نص «البحر» وغيره، أعني: إن تقدم إمكان إفراد النخل بالسقي شرط في الحالتين، وعبارة الدارمي: فإن كان النخل يسيرًا أو الكرم قال المروزي: لا يجوز، وقال غيره: يجوز، فإن أمكن سقي أحدهما دون صاحبه في جميع ذلك، فالصحيح: لا يجوز، وقيل: يجوز.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ**) أي: بل يجوز أن يشرط النصف من الثمر والربع من الزرع مثلًا لأنهما في «المغني» عقدان.

والثاني: يشترط التساوي إذ التفاضل يزيل الشفعة.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُخَابَرَ تَبَعًا لِلْمُسَاقَاةِ**) إذ قصة خيبر وردت في المزارعة، وهي أشبه بالمساقاة؛ لأنه لا يتوظف فيها على العامل إلا العمل، والثاني: يجوز تبعًا للمساقاة كالمزارعة.

واعلم أن هذا الفقه مفرع على ما سلف من الفرق بين المزارعة والمخابرة، ومن جعلهما بمعنى لا يقول هذا؛ بل يجوز عقده بساقيتك على النخل وزارعتك وحايزتك في الأرض على كذا، هذا ما اقتضاه كلام الحاوي في «البحر» وتأمل قول الدارمي، فإن قال: ساقيتك على النخل والأرض أو زارعتك على الأرض بمثل النخل أو بأقل أو بأكثر صح والبذر على العامل، انتهى.

وأن الاستدلال بالمخبر مشكل؛ بل الظاهر أنهم كانوا مختارين لا ما لا

فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ فَالْمُغَلُّ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلَاتِهِ.

وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا، وَلَا أُجْرَةَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ مِنَ الْأَرْضِ.

يعلم أنه ﷺ كان يعطيهم بذرًا؛ بل الظاهر أنهم كانوا يزرعون من أموالهم، ثم رأيت من قال ذلك.

فرع: قال في «البحر»: إذا جوزنا وعقدنا عليهما عقدًا واحدًا فهل يجب كون البذر لرب المال أو للعامل؟ وجهان يعني على هذا.

قال: وقيل البذر على من شرط عليه منهما ولذلك التعبير.

قال: (**فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِالْمُزَارَعَةِ فَالْمُغَلُّ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلَاتِهِ**) عبارة «المحرر» الأرض وتنكير «المنهاج» أحسن لئلا يتوهم قصر ذلك على البياض المتخلل بين النخل ونحوه، وليس كذلك بل الأرض الفراغ كذلك، وإنما كان الحكم ما ذكره لبطلان العقد على المذهب، وعمله لا يحبط مجانًا، قال الرَّافِعِي: وإن كان البذر للعامل فالريع له وللمالك أجرة مثل الأرض عليه، وإن كان البذر بينهما فالريع بينهما، ولكل واحد منهما على الآخر أجرة مثل ما يصرف من المنافع المستحقة إلى جهة المزارعة.

قال: (**وَطَرِيقُ جَعْلِ الْغَلَّةِ لَهُمَا، وَلَا أُجْرَةَ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ الْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ لِيَزْرَعَ النِّصْفَ الْآخَرَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ مِنَ الْأَرْضِ**) لجعل الغلة عليهما ولا أجرة.

طرق ذكر منها طريقتين، واللفظ المحرر قول «المحرر» في الأول ليزرع له نصف الأرض ويعره النصف الآخر، وهي عبارة «الروضة» و«الشرحين» وما أحسن قول صاحب «تهذيب المحرر» وأن يستأجر العامل بنصف البذر ليزرع له النصف ويعره نصف الأرض، أو يستأجره بنصف البذر، ونصف منفعة الأرض. انتهى.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ، وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ ....

ولا بد في هذه الإجارات من رعاية الروية وتقدير المدة وغيرها من شروط الإجارة.

قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ الثَّمَرِ بِهِمَا، وَاشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ، وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبَيْنِ بِالْجُزْئِيَّةِ كَالْقِرَاضِ**) هذه بعينها شروط الربح في عقد القراض، وقد مرَّ توجيهها فلو شرطا بعض الثمار لثالث فكما سبق، ولو قال: ساقيتك على أن كل الثمار لك أو كلها لي فسد ولا يستحق في الثانية أجرة على الأصح أنه عمل مجانًا، وقد يصح العقد في الأولى لغرض القيام بمصلحة الشجر، ولو قال: ساقيتك على أن لك جزءً من الثمار أو سهمًا أو نصيبًا فسد أو على أنها بيننا، أو على نصفها لك وسكت عن الباقي أو عكس، أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي أو لك والباقي بيننا أو على أن صاعًا من الثمرة لك أو لي والباقي بيننا فالكل على ما مرّ في القراض، ولو قال: ساقيتك على هذا سنة، ولم يذكر ما للعامل لم يصح على الصحيح كما تقدم.

فرع: لو قال: ساقيتك على النخل والأرض بالنصف لم يصح في الأرض؛ لأن المساقاة لا تتناولها، وصح في النخل، ويجب أن ينبني على تفريق الصفقة قاله في «البحر»، وتضمن كلام الدارمي المتقدم الصحة فيها.

فرع: قال الدارمي: إذا أخرج نخلًا من المساقاة صح، وإن سقاها بعد العقد عليها لم يصح، وكان الثمر لرب النخل، وللعامل الأجرة، انتهى.

وهذا الثاني مشكل، والأول قاله غيره، وفيه وقفة إن كان المخرج متخلل بين المعقود عليه لأنه يبيح العمل عليه مجانًا.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرِ**) لأنه أبعد من الغرر للوثوق بالثمار فهو أولى الجواز، والثاني: المنع لفوت بعض الأعمال، ولأن ما ظهر ملك المالك فشرط جزء منه للعامل كشرط جزء من النخل، وهذا ما

لَكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ.

صححه المحاملي، قال الْمَاوَرْدِي: وهو المشهور من مذهبه، والأصح على أصله؛ لأن علة الجواز عنده أن يعمله ما بين في جلدت الثمرة كأن يعمل المضارب تأثيرًا في حصول الربح، فلو حصل الربح قبل العمل لم يكن له فيه حق، فكذا هنا. انتهى.

قال: (لَكِنْ) يعني القول بالصحة محله.

(قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ) أي: أما بعده فلا؛ لأنه فإن معظم الأعمال هذا أصح الطرق، وقيل بجريان القولين في الحالين ما لم يتناه النصح، وعبّر في «الروضة» عنه، والثاني القولان فيما لا يتناه نصحه فإن تناهى الجز قطعًا، وفيه ليس وقد يجز بأنهما مطلقًا، وكان الجواز مبني على أنه أجير لا شريك، وقيل: هما فيما بعد الصلاح أما قبله فيجوز قطعًا، وعليهما اقتصر الفوراني لكن حكى الخلاف وجهين، ويوافق هذه الطريقة قول الدارمي: إذا ساقى بعد بدو الصلاح، قال في «الجامع الكبير»: يجوز.

وقال المروزي: لا يجوز، أما قبل بدو الصلاح فصحيح. انتهى.

فائدة: قيل: القول الأول جديد، والثاني قديم، وقيل: عكسه، وقيل: جديدان، وهو أشبه ونقلا عن كتاب الْبُوَيْطِي والرافعي وغيرهما نقلا عنه المنع.

قال ابن الرِّفْعَة: وللخلاف انبعاث على الخلاف في أن العامل يملك حصته بالظهور أو بالقسمة.

فرع: إذا كان بين النخيل بياض تجوز المزارعة عليه تبعًا، فكأن فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة عليه وجهان بناء على هذين القولين.

وقال في «البحر»: قبل هذا الفرع، فلو كان بين النخيل زرع لرب النخيل كالموز والبطيخ وقصب السكر فساقاه على النخل والزرع معًا على أن يعمل فيهما بالنصف فوجهان أحدهما تجوز المساقاة في الزرع تبعًا للمساقاة في النخل كما تجوز المخابرة تبعًا للمساقاة، والثاني: لا يجوز، والفرق أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل، والمخابرة على الأرض لا

وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍّ الْمُسَاقَاةِ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ الشَّجَرُ لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوسًا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ - فَإِنْ قُدِّرَ لَهُ مُدَّةٌ يُثْمِرُ فِيهَا غَالِبًا صَحَّ -، وَإِلَّا فَلَا، ....

يستحق فيها شيء من الأرض.

قال: **(وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍّ الْمُسَاقَاةِ)** أي: وهو بكسر الدال المهملة وتشديد الياء: صغار النخل، ويسمى: الفسل.

(لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ الشَّجَرُ لَهُمَا لَمْ يَجُزْ) أي: كتسليم البذر في المزارعة، وكذلك الحكم لو قال: لتغرسه وتتعهده مدة كذا، والثمرة بيننا إذ لا تعلق، ولأن المساقاة إنما تكون على أصل ثابت، ولأنه لا حاجة إلى احتمال هذا الغرر، وقيل: يصح، وهو صورة الكتاب وهذه، وقيل: يصح في هذه فقط، وليس بشيء، فعلى المذهب للعامل أجرة مثل عمله إن توقفت الثمرة في المدة، وإلا فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك، ومن صور الفساد لو ساقاه عليه إلى وقت يعلم أنه تثمر فيه على أن يكون بعض الثمرة وبعض الرديء قاله في «البحر».

قال: **(وَلَوْ كَانَ)** أي: الوَدِي.

(مَغْرُوسًا وَشَرَطَ لَهُ جُزْءًا مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْعَمَلِ، فَإِنْ قُدِّرَ لَهُ مُدَّةٌ يُثْمِرُ فِيهَا غَالِبًا صَحَّ) أي: ولا يضر كون أكثر المدة لا يثمر فيها كما لو ساقاه عشر سنين والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة، ويجعل كالأشهر من السنة الواحدة، فإن لم تثمر حبط عمله كما لو قارضه فلم يربح أو ساقاه على مثمر فلم يثمر.

إشارة: ما جزم به من الصحة هو المشهور، وادعى الإمام وغيره الوفاق فيه، وقيل: هي باطلة ذكره الْمَاوَرْدِي والدارمي أيضًا، ويخرج مما سيأتي من نقل الشيخين.

قال: **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: وإن قدر بمدة لا يثمر فيها غالبًا لم يصح لعدم العوض كالمساقاة على ما لا يثمر، وحينئذ لا أجرة له على الأصح هذا إن كان عالمًا بأنها لا تثمر فيها فإن جهل استحق قطعًا، وقيل: يطرد الوجهان في الحالتين فحصل في الأجرة ثلاثة أوجه.

وَقِيلَ: إِنْ تَعَارَضَ الِاحْتِمَالَانِ صَحَّ.

وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ تَعَارَضَ الِاحْتِمَالَانِ**) أي: احتمال الإثمار وعدمه.

(**صَحَّ**) أي: كالقراض، ولأن الثمرة مرجوة فإن أثمرت استحق، وإلا فلا شيء له، والأصح المنع كالسلم فيما يحتمل وجوده في محله وعدمه فعلى هذا له أجرة المثل؛ لأنه عمل طامعًا، وما ذكره المصنف من الأقسام الثلاثة لتوقع الثمرة، قالا: هي طريقة الجمهور، وقيل: إن غلب وجودها صحَّ، وإلا فوجهان، وقيل: إن غلب عدمها لم يصح وإلا فوجهان. انتهى.

ونقل الدارمي في هذا القسم الثالث ثلاثة أوجه، فقال: وإن كان يجوز الأمران قال الطبري: يجوز، وقال ابن الْقَطَّان: إذا قال أهل المصر يجوز أو استوى عمله وعدمه فلا يجوز، وقيل: يجوز. انتهى.

إشارة: جميع ما سبق مبني على الصحيح [في المذهب] وجواز المساقاة أكثر من سنة.

قال: (**وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي الشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَى حِصَّتِهِ**) أي: قلت الزيادة أمر كثرت كالأجنبي، فإن شرط له مثل مقدار نصيبه أو دونه لم يصح إذ لا غرض لاستحقاقه ذلك بالملك، فإن عمل فلا أجرة له على الأصح، وإن شرط له كل الثمرة فسد، والأصح أن له الأجرة هنا، وقال الإمام: إن علم فساد العقد لم يستحقها وإلا فوجهان.

قلت: وهذا تساهل والذي في النهاية إذ لا تبرع، قال الشارح بعد أن نقل الوجهين كما سبق: وإن أصحهما أنه يستحق؛ لأنه عمل يستحق الثمرة، فإذا لم نسلم له بحكم الفساد استحق أجرة المثل، والثاني: لا يستحق شيئًا؛ لأنه عمل لنفسه في الثمار، ومن عمل على هذا القصد لم يستحق أجرة المثل، ثم قال: وعندي أنه إن علم المساقي، وقد شرط له جميع الثمار أن المساقاة فاسدة، فالظاهر أنه لا يستحق أجرة المثل؛ لأنه ضامن في العمل على علم بأنه لا يستحق الثمار فلم يكن عاملًا لهُ لنفسه. انتهى لفظه وعبر في «البسيط»

فَصْلٌ

وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا.

وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ فِي الْحَدِيقَةِ، وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ،

عما أبداه إمامه، ولعل هذا الخلاف يظهر عند ظن الصحة فأما مع العلم بالفساد فنعلم أنه يعمل لغيره. انتهى.

فصل

قال: (**وَيُشْتَرَطُ**) أي: لصحة المساقاة (**أَنْ لَا يَشْرِطَ عَلَى الْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا**) أي: التي جرت عادة العامل بعملها؛ لأنه اشتراط عقد في عقد.

(**وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِالْعَمَلِ وَبِالْيَدِ**) أي: فلو شرطا أو أحدهما مشاركة المالك له، فسد وإن شرطا أن يعمل معه غلامه تبعًا جاز على المذهب والمنصوص، وقيل: وجهان كالقراض.

وقال: (**فِي الْحَدِيقَةِ**) أي: ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط كونها بيدهما أو بيدها لم يجز.

(**وَمَعْرِفَةُ الْعَمَلِ**) أي: ومن شروط الصحة معرفة العمل والمدة دون التغيير والتفصيل (**بِتَقْدِيرِ الْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ**) إلى المدة تبقى فيها العين للاستغلال، وأقل مدتها ما تطلع فيه الثمرة، ويستغنى عن العمل؛ لأنها من العقود اللازمة فأشبهت الإجارة.

فرع: المشهور أن إطلاق السنة في الآجال منزل على الهلالية، وذكر شُرَيْح في «روضته» في الإجارة أنه إذا أطلق هل يصح ويصرف إلى الهلالية أو لا يصح وينصرف إلى العددية؟ ثلاثة أوجه عن رواية جده، قال: وعندي إن كان العرف هنا إلى الهلال انصرف إليه أو العددي انصرف إليه، فإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، فإن استويا لم تصح الإجارة وسيأتي بيانه.

فرع: ساقاه سنتين فهل يجب بيان حصته كل سنة أو يكفي ساقيتك بالنصف لاستحقاق كل سنة؟ فيه قولان أو وجهان لإجارة، وقيل: يجب هنا

وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ.

قطعًا، ولو قارن بين الجزء المشروط في السنتين لم يضر على المذهب، وقول الأكثرين ووقع في «الروضة»: لم يصح على المذهب، وهو سبق قلم أو تبع فيه بعض نسخ الأصل السقيمة إذ فيها: لم يجز، والصواب: لم يضر.

قال: (وَلَا يَجُوزُ التَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ الثَّمَرِ فِي الْأَصَحِّ) أي: لجهالته بالتقدم والتأخير تارة هذا ما رجحه الجمهور وقطع به جماعة، والثاني: يجوز؛ لأنه المقصود وصححه الْغَزَالِي، فعلى الأول قالوا: لو أدركت الثمار والمدة باقية لزم العامل أن يعمل تلك البقية ولا أجرة له، وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك، وإن جذت الطلع بعد المدة فلا حق للعامل فيه. انتهى، أي ويضع بقية في المدة هكذا قاله الْبَغَوِي.

وقال صاحب «الانتصار»: إذا انقضت المدة وعلى الشجر طلع فمؤنة السقي والحفظ عليهما، ولا يلزم العامل لسقيها أجرة، وأما جذذت الطلع بعد المدة ففي «الحاوي» و«البحر» أنها إذا طلعت بعد انقضاء المدة أن الصحيح من المذهب أن العامل شريك والثمرة بينهما؛ لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكها، ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة إلا فيما يختص بالثمرة من التأبير والتلقيح.

ومن أصحابنا من قال: العامل أجير، فعلى هذا لا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة بل له أجرة المثل، فالخلاف مبني على أنه شريك أو أجير، كما أشار إليه الْمَاوَرْدِي، والمذهب أنه شريك وفوه كلامه يشير إلى أن هذا فيما إذا كان العقد على عام واحد ثم صرح بعد هذا بأنه لو ساقاه عشر سنين فأطعلت ثمرة السنة العاشرة بعد نقضها لم يكن له فيها حق، ولو أطلعت قبل انقضاء السنة ولم يبدو صلاحها بل هي تعد طلع أو بلح كان له حقه منها لحدوثها في ملكه.

فإن قيل: إنه أجير فعليه أخذها طلعًا أو بلحًا، وإن يك شريك كان له إبقاؤها إلى بدو الصلاح، وتناهي الثمرة. انتهى.

وَصِيغَتُهَا: سَاقَيْتُك عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا أَوْ سَلَّمْته إلَيْك لِتَتَعَهَّدَهُ، ....

فإن كان ما أطلقه الْبَغَوِي أخذه من قول صاحب «المهذب» وغيره، وإن شاء ساقاه عشر سنين فانقضت المدة، ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق؛ لأنها جذت بعد انقضاء المدة، ففيه نظر، وإن ساعده تعليلهم لأن هذا لم يحبط عمله بل أخذ عليه عوضًا مما قبل العاشرة بخلاف العامل على مقام الجذ، ويحتمل أن يقال: ما بان بالأجرة أن التقدير وقع بمدة لا يحصل الإثمار فيها فيحكم بفساد العقد، والثمرة للمالك وللعامل أجرة مثله سواء جعلناه شريكًا أم أجيرًا فتأمله.

فائدة: لو كان النخيل المعقود عليه مما يثمر في العام مرتين، فأطلع المرة الأولى قبل انقضاء المدة، والثانية بعدها، فهل يقال: يفوز بها المالك أو يكون العامل شريكًا له فيها؛ لأنها ثمرة عام؟ لم أر فيه شيئًا، وقد سبق له نظائر في بيع الثمرة وغيرها، وفي الزكاة، وهذا إنما يجيء على طريقة الْمَاوَرْدِي لا ما ذكراه والبغوي.

قال: (**وَصِيغَتُهَا: سَاقَيْتُك عَلَى هَذَا النَّخْلِ بِكَذَا أَوْ سَلَّمْته إلَيْك لِتَتَعَهَّدَهُ**): ساقيتك على النخل بكذا أو سلمته إليك لتتعهده، أما لفظ: ساقيتك فصريح بلا شك، وأما سلمته إليك، فالظاهر أنها كناية، ولهذا قال بعض الأصحاب: فلا ينعقد إلا بلفظ المساقاة.

وقال الجرجاني في «التحرير»: ولا ينعقد إلا بلفظ المساقاة أو المعاملة والذي عليه الجمهور انعقادها بلفظ المساقاة، وبكل لفظ يؤدي معناها كسلمته إليك، واعمل على هذا النخل، وتعهد نخيلي فكذا قال الرَّافِعِي: وما قالوه يجوز أن يكون تفريعًا على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون ذهابًا إلى أن هذه الألفاظ صريحة.

قلت: والأقرب الأول، ويؤيده قول الْمَاوَرْدِي، وغيره لو قال: عاملتك عليها على الشطر من ثمرها، فوجهان من اختلاف أصحابنا في انعقاد البيع وغيره بلفظ التملك، قال في «المطلب» ويأتي الخلاف في قوله: سلمت إليك لتتعهده، وفي «البيان» عن المسعودي: أنه عد من الصيغ: اسق نخلي ذلك بنصف ثمره،

وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ، وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ.

وَعَلَى الْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ

وهو في «الإبانة» وفيه أفتى بأن ذلك إذا صحت العبارة على السقي فقط.

إشارات: عبارة الكتاب توهم حصر الصيغة فيما ذكره، وليس بمراد فينعقد بإشارة الأخرس المفهمة وكتابته، وأما مكاتبة الناطق فالأشبه أنها هنا على ما سبق في البيع، ولم أر فيه نصًا، قال الشيخ: ويجيء هنا الوجه المكتفي في العقود بالتراضي والمعاطاة، وكذا في القراض وغيره.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ الْقَبُولُ)** أي: قطعًا كالإجارة وغيرها، ولا يجيء الوجه السابق في الفرائض بصيغة الأمر خاصة للزوم المساقاة دون القراض.

قال: **(دُونَ تَفْصِيلِ الْأَعْمَالِ)** أي: فإنه لا يشترط التعرض له.

(وَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى الْعُرْفِ الْغَالِبِ) أي: على الصحيح إذ المرجع في مثل هذا إلى العرف، وقيل: يشترط تفصيلها؛ لأن العرف كاد يضطرب، وهذا إذا عرف العاقد أن العرف المحمول عليه الإطلاق، فإن جهلاه أو أحدهما وجب التفصيل لا محالة.

واعلم أن عبارة «الروضة» وأصلها وإذا عقد بلفظ المساقاة، فالصحيح أنه لا يشترط تفصيل الأعمال، وهي تقتضي أنه إذا عقد بغيرها أنه لا بدَّ من التفصيل قطعًا، وأصله قول الإمام وإذا عقد بلفظ المساقاة لا يشترط تفصيل الأعمال، فإن قال: خذها وتعهدها، لم يصح إلا بتفصيل الأعمال، وإن قال: عاملتك عليها بكذا، ففي التفصيل تردد واحتمال وتابعه الْغَزَالِي وغيره، وكلام غيره ساكت عن ذلك.

[قال]: **(وَعَلَى الْعَامِلِ)** أي: عند الإطلاق حيث يصححه.

(مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلَاحِ الثَّمَرِ وَاسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَسَقْيٍ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلَاحِ الْأَجَاجِينِ الَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا الْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ

مُضِرَّةٍ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ ....

مُضِرَّةٍ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ) أي: أخذ بالعرف في هذه الأمور كلها إذ هو المراد، وإنما هو اعتبر التكرار؛ لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا إجحاف به، وأفهم ساقه الاتفاق على ذلك، وليس كذلك، ويتضح العرض بأمور: أولها: السقي إطلاقًا وجوبه عليه، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء، وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي، وقضية كلامهما، وصريح كلام غيرهما أنه لو شرط السقي على المالك بطل العقد كما صرح به في «البحر» وغيره.

وقال الْمَاوَرْدِي: السقي وقطع الحشيش المضر بالنخل مما يعود نفعها إلى النخل والثمر معًا، فإن كان مما لا يصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا شرب بعروقه من النخل فهو على العامل يستحق عليه من غير شرط، وإن كان مما يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من الشروط التي تكون من هذا الحسن على ثلاثة أوجه: أحدها: أنها على العامل والشرط فيه تأكيد لما فيه من صلاح النخل، وزيادة الثمن، والثاني: أنها على رب النخل واشتراطها على العامل يبطل العقد؛ لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة، والثالث: يجوز اشتراطها على كل واحد منهما، وإن أغفل لم يلزم واحدًا منهما، أما العامل فإنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأمارات النخل، فلأنه لا يجبر على تميز ماله.

وقال أبو إسحاق: إذا أهمل أمر هذا العمل في العقد، ولم يتشرط على واحدٍ منهما لم يصح العقد، و[أفتى الْغَزَالِي بأن] أحدهما: أولى من الآخر. انتهى.

وفي أول المساقاة في «مختصر الْبُوَيْطِي» قال الشَّافِعِي: أصل المساقاة أن يكون على الرجل السقي والعمل، فإن اشترط الداخل على رب الأرض السقي فلا بأس والحجة في ذلك أنه يجوز على النخل الفعل. انتهى، وبه جزم الدارمي حكمًا وتعليلًا.

الثاني: تنقية النهر والبئر من الحمأة.

وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجِذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصَحِّ ....

قالا: وفي تنقية النهر وجه ضعيف: أنها على المالك، ووجه: أنها على من شرطت عليه منهما، فإن لم يذكراها فسد العقد، هذا لفظ «الروضة».

وقال الدارمي: إن احتاج النهر إلى كراء والبئر إلى تنقية ففي «مختصر الربيع» أنه على المالك وشرطه على العامل يفسدها وفي قول الـمُزَنِي إيهام أنها على العامل، انتهى.

وهكذا عكس ما رجحاه إلا أن يريد بالكراء والتنقية ما يحصل بالانهيار ونحوه.

الثالث: إصلاح الأجاجين: وهي ما يحوط حول الغرس ليثبت فيه الماء، يشبه الإجانة التي يغسل فيها، وقول المصنف وتلقيح أي: بفعله وإنما الطلع الذي يلقح به فعلى المالك؛ لأنه غير مال وإنما على العامل العمل والتلقيح وصنع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث، وقد يستغنى عنه في بعض النخيل بأن يكون تحت ريح الذكر فتكتفي بحمل الهواء ريحه إليها، والحشيش اليابس من الكلأ فقط وأطلقه بعض اللغويين على الرطب وهو عرف العوام، وقوله وتعريش أي: إصلاح العرش في البلاد التي جرت العادة فيها بطرح الكروم على العريش، قال الْمُتَوَلِّي: ونصب الأقصاب فيما يكون على القصب، وذكر هو وغيره أشياء مما على العمل يطول ذكرها والضابط أن معظمها يتسلمها.

قال: **(وَكَذَا حِفْظُ الثَّمَرِ وَجِذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي الْأَصَحِّ)** أما إيجاب الحفظ من الآدمي فالقياس على مال القراض، فإن لم يتحفظ بنفسه فعليه مؤنة من يحفظه، وجعل الرَّافِعِي الوجه الثاني فيه أنه عليهما، ولفظه: وأقيسهما أنه على المالك والعامل جميعًا بحسب اشتراكهما في الثمرة، وهذا الآن الذي يجب على العامل ما يتعلق باستزادة الثمار وتنميتها. انتهى.

وكذا يجب على العامل حفظها من الطيور والزنابير بأن يجعل كل عنقود في قوصرة على الأصح عند جريان العادة به، فالقوصرة على المالك، قاله في «الروضة»، والذي حكاه في «البسيط» عن الأصحاب في الحفظ من رأس وجهين متقابلين، وهو قضية كلام غيره، وأبداهما القاضي الحسين: أحدهما:

وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ، وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى الْمَالِكِ.

على المالك، والثاني: على العامل.

وفي «البيان»: وفي حفظ الثمرة على النخيل وفي الحرس، وجهان: أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد والمسعودي أنه لا يجب على العامل، وهو المنصوص، والثاني: وهو قول ابن الصلاح والصيمري يجب عليه. انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب المنصوص أنه لا يلزم العامل الحفظ الذي يقوي أنه لا يلزمه إذا لم يتحفظ بنفسه لكثرته أو كثرة السراق أن يكتري عليه من ماله؛ بل على المالك تقويته.

وقال الإمام: عليه الحفظ مادام في البستان قطعًا، وإنما يظهر التردد فيه إذا كان يعمل نهارًا ويتركه ليلًا، فإذا ما دامت يده عليها فعليه بذل الجهد وحفظها، وهذا حسن وأما جذاذه فالذي أورده الجمهور ونص عليه في «الْبُوَيْطِي» أنه على العامل، ويضمر كلام «البحر» فيه فعلى طريقين المذهب هذا، وأفتى [القائم].

قال: وقال بعض أصحابنا في اللقاط والجذاذ، وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا يلزم العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بغيره. انتهى.

وأما التجفيف: فقال الرَّافِعِي: إن في الذمم طرد الوجهين في الجذاذ فيه، والظاهر وجوبه إذا طردت العادة به أو شرطاه، وإذا وجب التجفيف وجب تهيئة موضع التجفيف وتسويته، ويسمى البيدر والجرين⁽¹⁾ ونقل الثمار إليه وتقليبها في الشمس من وجه إلى وجه. انتهى.

وأشار إلى الطريقين في التجفيف، والمذهب القطع بوجوبه وهو المنصوص.

قال: (**وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الْأَصْلِ، وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ كَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ فَعَلَى الْمَالِكِ**)؛ لأنه العرف وقوله: «جديد» يفهم أنه لو طم النهر

---

(١) هو موضع لتجفيف الثمر.

....

القديم مثل سيل أو أنهار أو ترابه فطمسه أنه على العامل، وفيه نظر!

قال في «البحر»: قال الْقَفَّال: ومن جملة فعل العامل تنقية البئر والنهر من الحمأة التي فيه لا من تراب آخر طرح فيه فطمسه، وعبارة الرَّافِعِي: وأما ما يتكرر في كل سنة ويقصد به حفظ الأصل فمن وظيفة المالك، وذلك كحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي انهارت (وبناء الحيطان) ونصب الأبواب والدولاب ونحوها، وفي ردم الثلم اليسيرة التي تبقى في الجدران وجهان، كما في تنقية الأنهار والأشبه اتباع العرف، وكذا في وضع الشوك على رؤوس الجدران وجهان، وآلات العمل كالفأس والمعول والمنجل والمسحاة والثيران والعدان في المزارعة، والثور الذي يدير الدولاب العظمى فيها وجه أنها على من شرطت عليه منهما، ولا يجوز السكوت عنهما، وهذا ما أورده السرخسي في «الأمالي».

ويحكى عن أبي إسحاق: وخراج الأرض الخراجية على المالك، وكذلك كل عين تتلف في العمل بلا خلاف. انتهى.

وفي «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: المنجل الذي يقطع به الشوك من السعف على العامل.

تنبيهات: منها: قالا: كل ما وجب على العامل فله استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه، ولو شرط على المالك في العقد بطل العقد، وكذا ما على المالك لو شرط على العامل بطل العقد ولو فعله العامل بإذن المالك استحق الأجرة. انتهى.

وفي استحقاقه الأجرة لمجرد الإذن نظر، وكأنه بمنزلة أمره بعض دينه [لا غسل] مؤنة ونحوها، وأما ما قبل هذا مما على العامل فقد سبق نص «الْبُوَيْطِي» في السقي وذكرنا كلام الأئمة فيه مع أنه مما على العامل.

ومنها: قالا: وجميع ما ذكرناه تفريع على الأصح الصحيح في أن تفصيل الأعمال لا تجب في العقد، فإن أوجبناه فالمنع الشرط إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط معتبرًا بمقتضى العقد.

فَصْلٌ

وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ. فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ، ....

ومنها: المذهب القطع بأن العامل يملك حصته بالظهور.

وقيل: قولان كالقراض، وفرق بأن الربح فيه وقاية بخلاف الثمر، ورأيت في فروع ابن الْقَطَّان أن العامل لو قطف الثمرة خضراء قبل أن تبلغ كان متعديًا، ولا شيء له منها. انتهى.

وكأنه مفرع على أنه لا يملك نصيبه إلا بالقسمة.

فصل

قال: (وَالْمُسَاقَاةُ لَازِمَةٌ) أي: كالإجارة بخلاف القراض والجعالة.

(فَلَوْ هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ الْمَالِكُ مُتَبَرِّعًا بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْعَامِلِ) تجوز المساقاة على الذمة قطعًا، وعلى العين على الأصح.

قال: وإن أكثر هذه الأحكام الآتية تجري في الحالين، وإن كان ابن الرِّفْعَة صورها فيما إذا كانت على الذمة، ولا يثبت للمالك بمجرد هرب العامل حق الفسخ، وقال الفوراني: يثبت وليس بخلاف على إن كانت في الذمة لم يفسخ بمجرد الهرب قطعًا أو على العين فله الفسخ قطعًا، وكلام الفوراني محمول عليه واستحقاق العامل إذا تبرع المالك بالإتمام متفق عليه، والظاهر أنه لا فرق بين كونهما على العين أو على الذمة، ونبه الإمام هنا على نظر، وهو أنه لو حصل نظر أغنى عن السقي ونحوه من الأعمال، فإن حصل الاستغناء عن الأعمال أو مطعمها فلا شك أن هذا يؤثر، يعني فلا يستحق ما شرط له على العمل، وإن كان قدرًا ما فيها فيستحق، وهذا حسن؛ لأن العامل في هذه الحالة سيء، ولا من متبرع عمل عنه، وقياس ما قاله الإمام أنه لو تبرع أجنبي على المالك دون العامل أو قصد المالك العمل في ملكه نفسه لا التبرع على العامل هو يقول إن العامل لا يستحق كما في الصورة التي قالها الإمام، وكما قالوه في الجعالة إذا تبرع أجنبي على المالك، أو يقول

وَإِلَّا اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ، ....

باستحقاق هنا؛ لأن المساقاة لازمة والعمل واجب على العامل بخلاف الجعالة، فحيث وقع عنه والأقرب الأول، فعليه إذا عمل المالك ثم اختلفا في قصد التبرع، فالذي يظهر بتصديق المالك بيمينه.

وقال الْمَاوَرْدِي: أو ظهرت الثمرة بعد اللزوم، وقبل العمل إن كان بعد القبض استحق، وإن كان قبله، فإن قلنا: إنه شريك استحق كالأجير، فلا، وما قاله الإمام والماوردي [عند التعذر] لَا الْهَرَبِ، وإنما ذكرنا بينهما لتعلقه بها، انتهى.

وفيما ذكره من القياس في قصد المالك العمل في ملكه أو الأجنبي التبرع عليه نظر إذا كان العامل حاضرًا أو لا للعمل؛ إذ لا يزيد مالك، حرمان عامل إلا تلقفه، وعمل بنفسه أو بغيره بخلاف مسألة الإمام، فإنها آفة سماوية.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يتبرع المالك بإتمام العمل عن العامل.

قال شارح: ولا وجد متبرع يوثق به.

قال: وجد وجاء من غير طلب لزم المالك تمكينه، أو يسقط حقه؛ لأن النائب له الاستئجار، والحاكم على الغائب والمتبرع كالأجير.

قلت: وقد يقال: إن هذا كالمتبرع بقضاء دين أجنبي فلا يلزم المالك قبوله للمنة، وقد قالوا: لو تبرع غرماء المفلس بأداء ثمن السلعة من غير أموالهم لا يلزم المالك القبول.

قال: (**اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ**) أي: إذا دفع المالك أو من ينوب عنه الأمر إليه، وأثبت المساقاة والهرب حينئذٍ إن أمكن الإنفاذ إليه أنفذ الحاكم، فإذا جاء أجيره وإلا استأجر عليه من يتم العمل، ولو امتنع وهو حاضر فكذلك، ولو عجز عن العمل بمرض ونحوه فكذلك قاله الْبُوَيْطِي نفسه، وقاله الرَّافِعِي، وحمله ابن الرِّفْعَة على ما إذا كان بجنون ونحوه مما سلب القدرة وفيه نظر؛ لأن المجنون مولى عليه، والظاهر أن المراد إذا كان المرض ونحوه لا يسلب؛ ولكن امتنع معه مباشرة الاستئجار، فيقوم الحاكم مقامه لئلا

فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ.

وَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا، ....

يتأخر حق المالك، وهذا الاستئجار ثابت في إجارة الذمة بلا شك؛ لأنه كالدين، فأما إذا كانت المساقاة على عينه.

قال شارح: فالذي يظهر أن المالك متمكن من الفسخ، فلا يحسن الاستئجار؛ لأنه يصرف عن غائب فلا يصار إليه إلا بضرورة، وأفتى القاضي يقال: إن تمكن المالك من الفسخ حق له المطالبة بالعمل حق له، فلا منع، ويستأجر عنه؛ لئلا يتمكن العامل من إيقاف العمل إلى الفسخ؛ انتهى.

وقد نقل الشيخان عن الْمُتَوَلِّي وأقراه أنه إذا كانت المساقاة على عين العامل فليس له أن يستنيب ويعامل غيره، ولو فعل انفسخت المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك ولا شيء للعامل الأول، وقد يوجه من هذا امتناع استئجار عليه مطلقًا.

إشارة: استئجار الحاكم عليه يكون من ماله إن وجد، وإلا افترض عليه إن لم يجد من يوصي بأجرة مؤجلة، والقرض من بيت المال، وإلا فمن الإجاد أو المالك.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ**) أي: المالك.

(**عَلَى الْحَاكِمِ فَلْيُشْهِدْ عَلَى الْإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ**) أي: لأنه المتيسر، فإن لم يشهد فلا رجوع لأن تركه دليل على تبرعه، فلو لم يمكنه الإشهاد لم يرجع على الأصح؛ لأنه بادر، وقيل: يرجع وإن أمكنه الإشهاد، وقيل: لا يرجع إن أشهد لئلا يصير حاكمًا لنفسه، ثم الإشهاد المعتبر أن يشهد على العمل والاستئجار وبذل الأجرة بشرط الرجوع، فإن لم يذكر الرجوع فكأنه لم يشهد، ولو أنفق بإذن الحاكم ليرجع، فوجهان صحح ابن الرِّفْعَة الجواز.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ**) أي: العامل.

(**وَخَلَّفَ تَرِكَةً أَتَمَّ الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْهَا**)؛ لأنه حق وجب على مورثه فيؤدى في تركته كغيره، وهذا مفرع على الصحيح أنها لا تنفسخ بالموت كالإجارة،

وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ الْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ.

وَلَوْ ثَبَتَ خِيَانَةُ عَامِلٍ ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ، ....

وقيل: تنفسخ، والخلاف في الوارث فإن كانت على العين انفسخت بموته.

قال: (**وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ**) أي: (**الْعَمَلَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ**) أي: إن شاء ولا يجبر على الأداء من التركة، وقيل: يجبر على الإتمام، وإن لم تكن تركة؛ لأنه خليفته، وليس بشيء.

إشارات: إنما يلزم المالك تمكين الوارث من العمل بنفسه إذا كان أمينًا مهتديًا إلى أعمال المساقاة، ينبغي أن يكون محل الانفساخ من العينية ما إذا مات في أثناء العمل الذي هو عهدة المساقاة، أما لو مات بعد بدو الصلاح في الثمرة أو بعده ولم يبق إلا التجفيف ونحوه فلا، ويحتمل أن يفرق بين ما قبل ظهور الثمرة وما بعده، وإن ينبني على أنه شريك أو أجير، فإن قلنا: شريك، وهو المذهب فلا، فإن قلت: الشركة تنفسخ بالموت.

قلت: صحيح، لكن الثمرة تبقى مشتركة، ثم رأيتهم قالوا: متى يقدر إتمام العمل فإن لم تخرج الثمرة بعد فللمالك الفسخ، وقيل: لا بل يساقي الحاكم عن العامل، فربما فصل له شيء قاله ابن أبي هريرة.

قال: وينبغي أنه إن كانت المساقاة على العين فله الفسخ قطعًا، أو على الذمة فالحق قول ابن أبي هريرة إلا إن لا تمكن المساقاة فيصح.

فرع: لو امتنع الوارث من الاستئجار من التركة استأجر الحاكم منها، قالا: وإن لم يخلف تركة لم يستقرض الحاكم على الميت بخلاف الحي إذا هرب.

قلت: الأشبه أنه لو كانت الثمرة قد ظهرت، وأمنت العاهة وكان الحال يقتضي أنه لو اقترض لعمل شيء لغريم أو يتيم ونحوه أقرض على الثمرة عملًا بالأصلح.

قال: (**وَلَوْ ثَبَتَ خِيَانَةُ عَامِلٍ**) أي: بإقرار أو بينة أو يمين مردودة.

(**ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ**) لأنه مستحق للعمل، ويمكن استيقاف شبيه في الطريق فيتعين سلوكه وأجرته عليه على المذهب، وقيل: عليهما، وأفتى القاضي يفهم

فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ اُسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِ الْعَامِلِ.

وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ].

إذا لم تثبت خيانة فلا ضم، وفي «الوسيط»: أنها إذا لم تثبت تكون أجرة المشرف على المالك، واستشكلاه، وقالا: ينبغي ألا يتمكن المالك منه لما فيه من إبطال الاستقلال باليد. انتهى.

وما ذكره صرح به إمامه وكذا القاضي الحسين لكن عند «الغنية» والإمام رآه احتياطًا، وكأنه رقيب وليس فيه إبطال استقلاله باليد، ورأيت في «البسيط» قال: قبل أجرة الرقيب على من؟ قلنا: هذا فيه إشكال من حيث إن منشأ الحاجة خيانته، إلا أنه يزعم أنه لا يجوز في المستقبل، ولو صرح بأني أخون متى وجدت فرصة تزال يده لا محالة، والأظهر أنها على العامل إن قامت بينة على خيانته، وإن لم تقم بينة فعلى المالك. انتهى لفظه.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ) أي: الرقيب.

(اُسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِ الْعَامِلِ) لتعذر استيفاء ما وجب عليه منه، وإمكانه بهذا الطريق، وفي قول: يستأجر عنه ابتداء مَن يعمل عنه، وحمله الجمهور، وعلى هذين الحالين المذكورين، وقيل: فيه قولان أحدهما يستأجر عليه مَن يعمل عنه، والثاني: يضم إليه أمين يشرف عليه، وقال الْمَاوَرْدِي والروياني: ليس باختلاف قول في الحكم، وإنما هو مردود إلى احتمال الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين، وكلًا منهما جائز، انتهى.

وإزالة يده في الحالة الثانية إن كان العمل في الذمة واضح، وإن كان على عينه فمشكل، وينبغي أن يقال: يثبت للمالك الخيار كما لو تعينت العين المستأجرة أو ظهرت [. . . . . . .] بين أنه ليس للساقي على عينه أن يثبت.

قال: [الْمُتَوَلِّي فلو فعل انفسخت] المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، نعم لو تراضيا على الاستنابة، فسيأتي في الإجارة عن الشيخ أبي محمد ما يقتضي الجواز، وهو غريب.

قال: (وَلَوْ خَرَجَ الثَّمَرُ مُسْتَحَقًّا فَلِلْعَامِلِ عَلَى الْمُسَاقِي أُجْرَةُ الْمِثْلِ) أي:

……

على الصحيح كالأجير الغاصب على عمل في المغصوب، وقيل: لا أجرة له كما لو تلفت بجائحة، وتفاريع المسألة مشهورة فيما يتعلق بالتغريم، وقرار الضمان وغيرهما، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الإِجَارَةِ

قال المصنف: [شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ.
وَالصِّيغَةُ آجَرْتُك هَذَا أَوْ أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُك مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا ....

قال الشارح: المشهور كسر الهمزة، وحُكي بضمها، وقيل: ضمها، وقيل: الضم اسم للمأجور، وحكي فيها الفتح، وهي مشتقة من الأجر، وهو عوض العمل.

وهي في الشرع: عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل، والإباحة بعوض معلوم، وأورد في هذا الضبط للجعالة على عمل معلوم كما سيأتي؛ فالمساقاة على ثمرة موجودة والأصل فيها على الإجماع الصحابة والتابعين.

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ﴾ [القصص:٢٦] إلى آخر القصة، وقوله: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف:٧٧]. ومن السنة ما لا يحصى منها: «أنه ﷺ وأبا بكر ﵁ استأجرا رجلًا من بني الديل»(١) رواه البخاري (٢١٤٤). ومن جهة المعنى أن الضرورة داعية إليها كما هي إلى بيع الأعيان وشرائها، ولا التفات إلى شذ فمنعها، وهذا نقل الأئمة الإجماع فيها.

قال: (**شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ**) أي: من البلوغ والاختيار، وغيرهما فما سبق هناك؛ لأنها بيع، وقدْ سبق ما عسى يستثنى من إطلاقه.

قال: (**وَالصِّيغَةُ آجَرْتُك هَذَا أَوْ أَكْرَيْتُكَ أَوْ مَلَّكْتُك مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا**) كأنه أراد التصريح وفي ملكتك وجه، والثاني [بلَفْظِ الْقَابِلِ والتشبيه](٢) بالكنايات كالبيع وبالاستجياب والإيجاب وبإشارات وأفتى بالمكاتبة كالبيع على ما مرَّ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٩/٣٦٦).

فَيَقُولُ: قَبِلْت أَوْ اسْتَأْجَرْت أَوْ اكْتَرَيْت، وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُك مَنْفَعَتَهَا، وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ: بِعْتُك مَنْفَعَتَهَا.

وَهِيَ قِسْمَانِ: وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ، وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً.

وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُك لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ، وَقِيلَ ذِمَّةٍ.

قال: (**فَيَقُولُ**) أي: على الاتصال المعهود: (**قَبِلْت أَوْ اسْتَأْجَرْت أَوْ اكْتَرَيْت**)؛ لأنها بيع فلا بد فيه من إيجاب وقبول، ويجيء في المعاطاة ما سبق، وبالاكتفاء بها هنا جزم أبو الحسن الكرجي -بالجيم- [1] وصورتها: أن يتفقا على شيء ثم يتقابضا عقبه بلا عقد.

قال: (**وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ: آجَرْتُك مَنْفَعَتَهَا**) كما لو قال: أجرتكها ويكون ذكر المنفعة ضربًا من التأكيد، كقول البائع: بعتك غير هذه الدار، أو أفنيتها، وبهذا جزم جماعة والثاني: المنع؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافًا إلى العين، وبه جزم القاضي الحسين والإمام والغزالي وصححه في «الكافي».

قال: (**وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ: بِعْتُك مَنْفَعَتَهَا**) لأن البيع موضوع لتملك الأعيان لا المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة، والثاني: الجواز، وهو قول ابن سُرَيْج، وبه جزم في «التنبيه» وهو مقتضى كلام العراقيين، والأصح المختار اعتبارًا بالمعنى، فإن الإجارة بيع المنافع.

قال: (**وَهِيَ قِسْمَانِ: وَارِدَةٌ عَلَى عَيْنٍ كَإِجَارَةِ الْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ وَعَلَى الذِّمَّةِ كَاسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً**) أي: مثلًا، وذكر هذا التقسيم لما يترتب عليه من الأحكام الآتية.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُك لِتَعْمَلَ كَذَا فَإِجَارَةُ عَيْنٍ**) الإضافة إلى المخاطب، كقوله: هذه الدابة أو العبد.

(**وَقِيلَ ذِمَّةٍ**): لأن المقصود العمل من جهة المخاطب، فكأنه قال:

---

(١) يقال: الكرخي، صاحب كتاب: «الذَّرَائِعِ إِلَى عِلْمِ الشَّرَائِعِ».

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ، وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا، وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَعَجَّلَتْ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ فِي الْحَالِ.

استحققت مني كذا، وصححه القاضي الحسين، وعليه [إجارة] عين إذا قال: استأجرت عليك بكذا [أو اكتريت كذا][1] أمسك.

فرع: قالا: هنا ولو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب على أن تخيطه بنفسك لم يصح لجمعه بين العين والذمة، وفيه تصور، وقالا في الحج: لو قال ألزمت ذمتك الحج بنفسك لم تجز الاستنابة، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وقال الإمام: تبطل الإجارة، ويشبه أن ما أورده هنا طريقة الإمام.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ تَسْلِيمُ الأُجْرَةِ فِي الْمَجْلِسِ**) أي: كرأس مال التسليم لأنها سلم في المنافع، فلا يجوز فيها تأجيل، ولا تستبدل عنها ولا بحال بها، ولا عليها، ولا الإبراء منها، ولا يضر كونها جزافًا على المذهب، هذا إذا عقد بلفظ السلم، وكذا إذا عقدت بلفظ الإجارة على الأصح اعتبارًا بالمعنى لا اللفظ.

قال في «البحر»: قال القاضي الطبري: نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» على أنه سلف ثم قال: ولا يجوز أن ينفذه بعض الكراء حتى ينفذه كله، وهذا نص يسقط الوجه الآخر.

قال: (**وَإِجَارَةُ الْعَيْنِ لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا**) كبيع العين.

(**وَيَجُوزُ فِيهَا التَّعْجِيلُ وَالتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ**) أي: كالثمن والأعيان لا تؤجل.

(**وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَعَجَّلَتْ**) أي: وملكها المؤجر بالعقد، واستحق استيفاؤها بتسليمه العين، فإن تنازعا في البداء وكما مرّ في البيع قاله الْمُتَوَلِّي.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً مُلِكَتْ فِي الْحَالِ**) أي: كالثمن المعين وتجيء

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٩/ ٣٧١).

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلَفِ وَلَا لِيَسْلُخَ بِالْجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ، وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الْحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ.

البداءة ما سبق فيه وهل ملكها ملكًا مستقرًا أو صراعًا قولان يظهر أثرهما في الانفساح في أثناء المدة.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْأُجْرَةِ مَعْلُومَةً**) أي: كالثمن في البيع.

(**فَلَا تَصِحُّ بِالْعِمَارَةِ وَالْعَلَفِ**) أي: بإسكان اللام.

(**وَلَا لِيَسْلُخَ بِالْجِلْدِ وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ الدَّقِيقِ أَوْ بِالنُّخَالَةِ**) أورده القاضي الحسين، وورد النهي عن قفيز الطحان [وَفُسِّرَ بِأَنْ يَجْعَلَ أُجْرَةَ الطَّحْنِ لِحَبٍّ مَعْلُومٍ][1] قفيزًا مطحونًا، ولما فيه من عدم القدرة على التسليم في الحال.

إشارة: يخرج بقوله: معلومة الحج بالرزق كما أشرت إليه في كتاب الحج، وكذا هنا من «الغنية» مع زيادة فائدة، ويصح كون الأجرة جزافًا على المذهب كما سبق، ومن أمثلة الجهالة والفساد أن يستأجره ليفسخ هذا العمل أو يرد الآبق أو يجني الثمار أو لترضع الرقيق ونحوها؛ لأنه بحكم العقد يعمل لنفسه، ويستأجره، والضابط أن يجعل الأجرة سببًا مما يحصل بعمله.

قال: (**وَلَوِ اسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقًا بِبَعْضِهِ فِي الْحَالِ جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ**)، أي: ولا أثر أي: لكون عمله يقع في مشترك كمساقاة شريكه، وهذا ما ادعى الرَّافِعِي أنه ظاهر المذهب، وأن الإمام والغزالي نقلا عن الأصحاب المنع، لكن الشَّافِعِي ﷺ قال في «الأم» قبيل كتاب الصلح: ولا يجوز أن كون أجيرًا على شيء هو شريك فيه، وذلك مثل أن يقول اطحن لي هذه الوقية ولك منها ربعها، وما أشبه ذلك، وهذا النص بإطلاقه يقتضي المنع واستعماله لفظ الوقية يدل على أنه قاله المصر، وحينئذٍ يحتمل أن يقال: ظاهر المذهب المنع لا الجواز، والتحقيق أنه إن كان الاستئجار على الجميع لم يجز، وإن كان حصة

---

[1] انظر: نهاية المحتاج (١٧/ ٢٥٣).

وَكَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مُتَقَوَّمَةً، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السِّلْعَةَ، ....

المستأجر فقط جاز، ويحتمل النص على إرادة الجميع، قاله بعض الشارحين.

تنبيه: قوله في الحال احتراز عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام، فإنه لا يصح قطعًا، واستأجره [. . . في الحال كما في الرضيع وما استأجره على حصة. . . .][1] ببعضه، فإن كان مما يصح بيعه وتسليمه جاز شرطه، وإلا فلا .

قال: (**وَكَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مُتَقَوَّمَةً**) أي: لشيوع بذل المال في مقابلتها، وإلا كان سفهًا وتبذيرًا، (**فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَى كَلِمَةٍ لَا تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ السِّلْعَةَ**) إذ لا قيمة لها، ثم قالا عقب هذا: قال الإمام محمد بن يحيى: هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد كالخبز واللحم فأما النبات والعبيد وما يختلف قدر الثمن باختلاف المتعاقدين فيختص بيعها من البياع لمزيد منفعة وفائدة فيجوز الاستئجار عليه، وأقراه، وجزم به ابن الرِّفْعَة لكن الرَّافِعِي لم يذكره في «شرحه الصغير» فاستقر بإعراضه عنه، وما أحسب الكلمة فبديل الكلمات اليسيرة كالكلمة، ولهذا قيل: وما استدركه ابن يحيى ليس الأجرة فيه على مجرد الكلمة بل عليها، وعلى المساومة والمماكسة.

قال ابن الرِّفْعَة: ومحل الصحة إذا كان البيع من غير معين، فإن كان من معين لم يصح، وإن حصل فيه بعيب إذ قد لا تشتري المعيب، لكن ذكر الرُّويَانِي أنه لو استأجره لشراء ثوب بعينه جاز، قال: ولعله فيما إذا عرف من حال مالكه البيع. انتهى.

وما ذكره أولًا مستمد من شيء أبداه ابن الصباغ وتبعه الْمُتَوَلِّي والشيخان، والصحيح خلافه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

تتمات:

أولها: قالا في «الشرحين» و«الروضة»: وإذا لم يجز الاستئجار ولم يبعث

---

[1] غير واضح في الأصل، ونحوه في «تحفة المحتاج» (٢٤/٢٨٨) ما نصه: لَوْ اسْتَأْجَرَهَا بِبَعْضِهِ بَعْدَ الْفِطَامِ مَثَلًا فَلَا يَصِحُّ قَطْعًا لِمَا مَرَّ أَنَّ الْأُجْرَةَ الْمُعَيَّنَةَ لَا تُؤَجَّلُ وَلِلْجَهْلِ بِهَا إذْ ذَاكَ.

البياع فلا شيء له إن تعب بكثرة التردد أو كثرة الكلام في أمر المعاملة فله أجرة ذكره القاضي الحسين وفيه نظر! انتهى.

وذلك أن يقول: إن عقد الإجارة عن نيف، وأفتى الْعِمْرَانِي تروج السلعة ونحوها ولا تعب فيه كما صوراه، فينبغي ألا تستحق أجرة، وإن تعب بالتردد وغيره؛ لأنه غير معقود عليه فهو متبرع به أو يجيء في استحقاقه الأجرة الخلاف الآتي في مسألة الغسال ونحوها، وإن كان قد استأجرك على بيع هذا بكذا، فهذه مسألة أخرى، وإن قال: بعه وأنا أرضيك أو أعطيك أجرتك فإجارة فاسدة، وله أجرة لا محالة لكنها مسألة أخرى.

ثانيها: عند الإمام والغزالي من صور هذا الشرط استئجار التفاحة للشم، قال الرَّافِعِي: نفقتها وتبعه المصنف وغيره فإن كثر فالوجه الصحة، وما ذكره ضعيف، وليس ذكر التفاحة مقيد، وتعليل الإمام يدل على المنع مطلقًا، وهو الصحيح، وقد رأيت التصريح بأنه لا يصح استئجار التفاح للشم كلام جماعة من الأصحاب، قال شارح «مختصر الجويني»: كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ويبذل المالك عرفًا في مقابلتها نحو إجارتها فلا يجوز استئجار التفاح والرياحين. انتهى.

وخصه بالمنع بالرياحين وجه حكاه جماعة، وليس من «غرائب كفاية» الجاجرمي كما زعمه بعض الشارحين.

ثالثها: في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو استأجره ليعلمه شيئًا يسيرًا من القرآن فإن كان حفظه مرة أو مرتين لم يجز، وفي «الإحياء»: لَا يَجُوزُ أَخْذُ عِوَضٍ عَلَى كَلِمَةٍ يَقُولُهَا طَبِيبٌ عَلَى دَوَاءٍ يَنْفَرِدُ بِمَعْرِفَتِهِ إِذْ لَا مَشَقَّةَ عَلَيْهِ فِي التَّلَفُّظِ بِهِ، وَعِلْمُهُ بِهِ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ فَلَيْسَ مِمَّا يُقَابَلُ بِعِوَضٍ بِخِلَافِ مَا لَوْ عَرَفَ الصَّيْقَلُ الْمَاهِرُ إِزَالَةَ اعْوِجَاجِ السَّيْفِ وَالْمِرْآةِ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَهُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَلَيْهَا وَإِنْ كَثُرَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصِّنَاعَاتِ يَتْعَبُ فِي تَعَلُّمِهَا لِيَكْتَسِبَ بِهَا وَيُخَفِّفَ عَنْ نَفْسِهِ كَثْرَةَ التَّعَبِ، وَأَفْتَى الْبَغَوِي بِأَنَّ الِاسْتِئْجَارَ لَا يَصِحُّ، والمختار ما قاله الْغَزَالِي.

وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ، وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي الْأَصَحِّ.

وَكَوْنُ الْمُؤَجِّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ

قال: (**وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ، وَكَلْبٌ لِلصَّيْدِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: أو حراسة في الأصح، أي: في الكل؛ لأن منفعة التزيين لا تقصد غالبًا، ولا يبدل المال في مقابلتها فكأن لا منفعة، وأما الكلاب فلا قيمة لأعيانها فكذا منافعها، والثاني: الصحة؛ لأنها منافع تستباح بالإعارة، فاستحقت بالإجارة كغيرها، وقد يكون ذلك على أن العقود عليه العين أو المنفعة لا غير فيصبح على الثاني دون الأول، واختار الإمام الرُّويَانِي وابن أبي عصرون جواز استئجار الكلب المنتفع به خلافًا للجمهور، ولا يجري الخلاف في صور كثيرة ذكرت منها طرف في «الغنية».

إشارة: قوله: للتزيين يفهم أنه لو أطلق لم يصح قطعًا.

قال: (**وَكَوْنُ الْمُؤَجِّرِ قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمِهَا**) أي: شرعًا وحسيًا.

(**فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ**) أي: لغير غاصبه كالبيع فيهما، ولم يذكروا هنا إجارته للقادر على انتزاعه كما في بيعه، ويجوز التسوية بينهما أو يفرق بين أن يقدر على انتزاعه عقب العقد أو بعد مدة، ويجب أن تصح إيجار الآبق لمن ظفر به كبيعه منه.

فرع: قال في «البحر»: لو استأجره ليشتري له ثوبًا بعينه أو يبيعه صحت إجارته، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وهو يثبت عند أصحها من قال: لا يجوز للشراء، ويجوز للبيع، وأشار إلى ابن الصباغ والقاضي الحسين أو معللًا بأن رغبة مالكه في البيع غير مظنونة صنف وأفتى بالتفصيل، وتبع الْمُتَوَلِّي الشيخين، وقد رأيت الْمُتَوَلِّي يجزم باحتمالات ابن الصباغ و«التتمة» محشوة من «الشامل» وتعليله غير مطرد فكثير من الملاك رغبتهم في البيع ظاهرة بل معلومة كالتجار وأرباب السلع المعروضة للبيع والغفار والرقيق والدواب بأيدي الدلالين.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو استأجره شيئًا معينًا يصح، ويستحق المسمى وبالجملة فالصحيح المختار الصحة.

وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ، وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ، وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَأَعْمَى لِلْحِفْظِ**) أي: إجارة عين، وهذا فيما إذا استؤجر ناطورًا ونحوه كالأخرس للتعلم، أما لو استؤجر لحفظ شيء شمل يده عليه فالوجه الصحة، وكذا لو استؤجر للجلوس خلف باب للحراسة ليلًا، وكهذا عبارة بعضهم: وأعمى للحفظ بالبصر.

قال: (**وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لَا مَاءَ لَهَا دَائِمٌ، وَلَا يَكْفِيهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ**) أي: ولا في معناه من النداوة وماء الثلوج ونحوها، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل نادر أمكن زرعها؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها، ولا يكفي إمكان الحصول كما لا يكفي إمكان عود الآبق والمغصوب.

قال الرُّويَانِي: المكري أنا أحفر لك بئرًا وأسقي أرضك منها، أو أسوق إليها من موضع آخر تصح الإجارة. انتهى.

فرع: لو قال مع قوله للزراعة: لا ماء لها فإطلاق الجمهور يقتضي البطلان لذكره الزراعة، وكلام الجوري يصرح بالصحة لذكر علمه الماء، قيل: وينبغي أن مصلحة فيه وَلَا مَاءَ لَهَا غَالِبٌ فَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ، إِنْ أَمْكَنَ إِحْدَاثُ مَاءٍ لَهَا بِحَفْرِ بِئْرٍ أَوْ نَهْرٍ صَحَّ أَوْ تَوَقُّعَهُ مِنْ نَحْوِ مَطَرٍ نَادِرٍ فَلَا وذكره عدم الماء يراه المؤجر من التزامه، وإن لم يمكن بل استأجر لما يتوقع من مطر أو سيل نادر فلا، انتهى.

وهذا حسنٌ بالغ، ومن أوضح الأمثلة أن تكون مجاورة الأرض للمستأجر لها شرب أو دولاب يكفيها.

قال: (**وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ**) أي: من نهر أو عين أو بئر ونحوها لحصول المقصود عليه بذلك.

قال: (**وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ الثُّلُوجِ الْمُجْتَمِعَةِ، وَالْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: اكتفاء بالظاهر الغالب، والثاني: المنع؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال والمتوقع لا يعلم حصوله، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه

وَالِامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ، فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ.

وَلَا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ، ....

يحصل وقت الحاجة إليه، وهذا ظاهر نص «المختصر» واختاره الْقَفَّال.

فرع: استأجرها للزراعة ولها شرب معلوم فإن أدخلاه فذاك، وإن نفاه صح إن تيسر سقيها من غيره، وإن أطلق فإن اطردت العادة بإجارة الأرض بشربها، وإن أمطرت فهل يبطل العقد أو يصح ويدخل الشرب أو يصح ولا يدخل؟ أوجه أصحها: ثالثها إن تيسر شربها من غيره.

قال: (**وَالِامْتِنَاعُ الشَّرْعِيُّ كَالْحِسِّيِّ فَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ**) أي: لحظره شرعًا نعم لو انصب تحتها مادة من نَزْلَة ونحوها.

وقال أهل البصر: لا يزول الألم إلا بقلعها لينبعث ما تحتها، فيشبه ألا يجوز للضرورة، ولم أره نصًّا.

إشارة: إنما يجوز قلع السن وتخليله إذا صعب الألم.

وقال أهل البصر: إنه يزيله وما اقتضاه كلامه من جواز الاستئجار لقلعها هو الأصح.

وقال القاضي الحسين: المذهب هو احتمال العلة لأنها أي: العلة محتملة، ولا يصح الاستئجار لما لا وثوق به فطريق مثل هذا [قطع] اليد المتآكلة وفي العضد والحجامة(١).

قال: [والإمام أفتى] به في إصلاح السيف، خلافًا للبغوي، والجامع للعمل خفيف؛ لأنه منبعث عن الفرق بين هذا وبين استئجار المتاع على كلمة ولا يتعين.

قال: (**وَلَا حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ**) أي: إجارة عين لحظر مكثها فيه.

قلت: فلو كانت ذمية، وقلنا بالأصح أنه يجوز تمكين الكافر الجنب من المكث في المسجد وطردهما الْمَاوَرْدِي في تمكينها أيضًا من اللبث فيه في

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٢/ ١١٩).

وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ.

كتاب «اللعان» فيشبه أنها إذا أمنت التلويث أن يصح استئجارها لكنسه إذ لا تفتقد حرمته واحترامه بخلاف المسلمة، وللغزالي فيها احتمال وإن عصت لا تستحق الأجرة.

قال: (**وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ**) أي: لم يلزم منه خلوة محرمة.

(**بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: إجارة عين؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه فلا يمكنها توفية ما التزمته.

والثاني: يصح؛ لأن محله غير محل النكاح إذ لا حق في لبنها وفي النفقات من تجربة الرُّويَاني أنه لو أرادت الزوجة إرضاع ولدها بأجرة مقدرة لم يمكن ولا يجوز أن يستأجرها زوجها فإن فعل لم تصح الإجارة، وكذا لو استأجرها للخدمة لم يجز؛ لأنها مستحقة المنافع في جميع الأزمان إلا ما لا بُدَّ لها من إقامته كالعبادات وقضاء الحاجة، ولهذا لو أجرت نفسها من غيره للإرضاع أو للخدمة لم يجز.

وغلط من قال غيره، ولو أرضعت على ذلك وليس له أن يطالبها بأجرة المثل؛ لأن النفقة التي تأخذها تكون عوضًا عن جميع ما تعمله في جميع ذلك الوقت، وقال: إن حملت [من غيره] ولم يتابعه أحد، انتهى.

وهكذا في الحرة أما الأمة فلسيدها إجارتها إن أبى الزوج بلا خلاف، وينبغي أن تكون الزوجة المكاتبة كالحرة لاستقلالها، ولو التزمت الحرة الإرضاع وغيره في ذمتها بغير إذن الزوج جاز، قاله الْبَغَوِي وغيره ولينظر فيما لو كان الزوج غائبًا غيبةً بعيدةً فأجرت نفسها لعملٍ في منزلها بحيث تعمل أو نظر فراغها منه قبل رجوعه وينبغي أن يصح، وكذا لو كان طفلًا فأجرت نفسها مدةً لا يأتي فيها الاستمتاع منه ولا معنى لتعطيل منافعها عليه ولا معنى، نعم لو أوصى الزوج بخدمة زوجته أو منافعها أبدًا ثم أعتقها الورثة فيجب الجزم بأن ليس لها أن تؤجر نفسها بغير إذنه.

إشارة: اقتضى كلامه جواز إجارة الحرة نفسها للإرضاع بإذن الزوج وهذا

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا. وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ، ....

فيمن تملك منافع نفسها إلا العتيقة الموصى بمنافعها أبدًا، ولو علم المستأجر أنها متزوجة قال الْمَاوَرْدِي والروياني: له الخيار، وضعفه الصيدلاني، والأصح في «الروضة» أنه ليس للمستأجر منع الزوج من وطء المرضعة خوف الحمل وانقطاع اللبن، وجعل الرُّويَانِي الأقيس المنع وهذا ما نقله الإمام عن الأصحاب مطلقًا.

قال: وهو بمثابة منع الراهن من وطء المرهونة، وقال القاضي الحسين والبغوي: إن كان الوطء يضر باللبن منع منه وإلا فلا.

قال: (وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ الْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ الْحَمْلَ إِلَى مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا) كالسلم في شيء إلى أجل معلوم، وقوله: «أول شهر كذا» يقتضي أنه تأجيل صحيح، وهو ما صححاه في كتاب «السلم» وعزا الرَّافِعِي هناك [خلافه] وتبعه الشيخ، فلو ذكرا هنا مثلًا غيره [. . . .](١).

قال: (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ) أي: مثل إجارة الدار سنة ابتداؤها من الغد أو نحو ذلك.

قالا: ولو قال: أجرتك الدار سنةً، فإذا انقضت فقد أجرتكها سنةً أخرى؛ فالعقد الثاني باطل على الصحيح؛ للتعليق وتأجيل المنافع، وقيل: يصح كما لو أجره السنتين صفقةً.

واعلم أن قضيه كلام الشيخين أنه لو قال: أجرتك هذه الدار سنةً بكذا ولم يقل من الآن أنه تصح الإجارة جزمًا، وجعلاه الأصح من بعد، وفي «البحر» لو قال: أجرتك الدار شهرًا لا يجوز ويحتاج أن يقول: من هذا الوقت.

وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز ويكون من حين العقد، وهذا غلط؛ لأن العقد هاهنا على الذمة دون الذمة فيصير كما لو قال: بعتك عينًا من هذه الأعيان لا يجوز، انتهى.

---

(١) كشط بالأصل.

فَلَوْ أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ فِي الْأَصَحِّ، وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ، وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا، وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنُ الْبَعْضَيْنِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ.

والظاهر أنه لا فرق بين قوله شهرًا أو سنةً، ثم رأيته صرح بذلك في موضع آخر والله أعلم.

قال: **(فَلَوْ أَجَّرَ السَّنَةَ الثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ الْأُولَى قَبْلَ انْقِضَائِهَا جَازَ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المنصوص في «الأم» لاتصال المدتين كما لو جمعهما عقد واحد.

والثاني: لا كما لو أجرها من غيره، وصححه جماعة، وقال آخرون: إنه الأقيس والخلاف محكي في «التهذيب» و«الكافي» قولين، وفيما لو أجرها زيد لعمرو مدةً ثم أجرها المالك لعمرو مدةً مستقبلة وليس للمالك إيجارها لزيد كما قاله القاضي الحسين والبغوي.

وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه يجوز من زيد لا من عمرو، وعليه ينطبق إطلاق «المنهاج».

قال الْقَفَّال: إنه يجوز من زيد لا من عمرو وربما [عليه ينطبق] إطلاق «المنهاج».

قال: [. . . .] إجارة في المدة، فليس للمشتري إجارتها [. . . .] فقبله وتردد في الوارث هل يمكن منه أم لا؟

ولو أجَّر موصى له بالمنفعة المؤقتة مدته ثم ملك الرقبة فأجر للمستأجر مدةً تليها فيحتمل أن يقال: بالجواز على قول الْقَفَّال والقاضي تبعًا لإيجاد العاقدين واتصال المدتين، ويحتمل أن يمنع لتجدد الملك للمنفعة الثانية، فلا يمكن أن ينفذ، وأن العقد للأول وارد عليها، ومن هنا تبين حسن ما قاله الْقَفَّال خلافًا لتلميذه.

قال: **(وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْعُقَبِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المنصوص في «الأم».

(وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلًا لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ الطَّرِيقِ أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَذَا أَيَّامًا وَذَا أَيَّامًا وَيُبَيِّنُ الْبَعْضَيْنِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ) أي: هو والمكري أو المكتريان وسبق

……………………

إجارة العين في الذمة لثبوت الاستحقاق حالًا والتأخير الواقع من ضرورة القسمة.

والثاني: الفساد في الصورة الأولى فقط.

والثالث: المنع فيهما معًا.

والرابع: يجوز فيهما في الذمة لا في دابة معينة.

تنبيهات: منها: قوله: «ليركب هذا أيامًا وذا أيامًا» يقتضي جواز كون النوبة ثلاثة أيام فأكثر، وهو ظاهر، وإن وافقهما المكري عليه، وفي «البحر» وغيره رمز إلى منفعة العلة فيما إذا كانت الدابة لا تطيعه، وأما إذا لم يتبين ذلك، وإلا فليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا لما في دوام المسمى من التعب، وقضية أنهما لو رضيا به ثم تمنعا لكن في «البيان» قال الشيخ أبو حامد: ولو اتفقا على أن يركب كل واحد منهما ثلاثة أيام لم يجز لما فيه من الضرر على [البهيمة، كذا] النص عند طلب أحدهما ذلك ما يوافقه فإنه قال: لأن ذلك أضر [على البهيمة] لأنه إذا ركب وهو غير متعب خَفَّ عَلَى الْمَرْكُوبِ، وَإِذَا رَكِبَ بَعْدَ كَلَالٍ وَتَعَبٍ وَقَعَ عَلَى الْمَرْكُوبِ كَالْمَيِّتِ.

ثم رأيت من قال: قوله: «هذا أيامًا وذا أيامًا» مع قول الشارح: ليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا إلى آخره، بينهما مخالفة، وَالْحَقُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُشَارِطَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْبَهِيمَةِ، ولعل مراد الشارح أنه بعد استقرار الأمر على يوم ويوم ونحوه ليس له طلب ثلاث، انتهى.

ومنها: قوله: «ويبيِّن البعضين» يعني: إذا لم يكن لتلك الطريق عادة مضبوطة أما إذا كان في الطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان بأن يركب هذا يومًا وينزل يومًا بالمسافة بأن يركب هذا فرسخًا وذا فرسخًا كمل العقد عليهما، فإن تنازعا فيمن يركب أولًا أقرع وإذا أقسما فالزمان كان المحسوب زمن السير، فلو نزل لاستراحة أو لعلف الدابة لم يحسب زمن النزول من المهايأة، فإذا ارتحلا في اليوم الثاني فله الركوب بقدر ذلك.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً، وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ إِلَى مَكَّةَ وَكَخِيَاطَةِ هذَا الثَّوْبِ، ....

ومنها: لو أجره إلى موضع ليركب المكرى وقتًا ثم المكتري وقتًا لم يصح لتأخر حقه، ولو أبى بالواو فهي صورة الحقبة الأولى ولو أكرى الدابة لا يبين ولم يتعرض للتعاقب فإن احتملت ركوبهما معًا ركباها معًا، وإلا تهايأا كما سبق.

ومنها: إجارة الدار أو الحانوت شهرًا مثلًا لينتفع به ليلًا فقط أو بالعكس باطل؛ لأن زمن الانتفاع غير متصل فيكون إجارة زمن مستقبل بخلاف مسألة العبد والبهيمة؛ لأنهما لا يطيقان العمل دائمًا، هذا ما أورداه وفي «البحر» في آخر مسألة العقب: فإن ظل [. . . .] تردى ثلاثة [أيام] ومكتري الدار للسكنى [إن لم] يكن ثلاثة أيام، ويقرع ثلاثة أيام؛ لأن [. . . .] مستبصر به، هذا لفظه.

ووجه نظيرها بأنه كمن اكترى نصف البهيمة، وكذلك هنا كأنه اكترى نصف المدة.

ومنها: لو استأجر نصف دابة ليركبها إلى موضع كذا صح على الأصح ثم يقتسمان بالزمان أو بالمسافة، وهذه إجارة متاع كبيعه.

قال: (**فَصْلٌ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً**) أي: عينًا وقدرًا وصفةً فلا يجوز: أجرتك أحد هذين ثم لم يكن للعين المعينة إلا منفعة واحدة، فالإطلاق محمول عليها، وإن كان لها منافع كالدابة والأرض وجب البيان، وأما الصفة ففي إجارة الغائب على الخلاف في بيعه، وأما القدر فيشترط العلم به سواء فيه إجارة العين والذمة.

قال: (**ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً**) أي: معينة متصلة بالعقد.

(**وَتَارَةً بِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ**) أي: معينة أو موصوفة.

(**إِلَى مَكَّةَ وَكَخَيَّاطَةِ هذَا الثَّوْبِ**) أي: المعين المعاين، فإذا عين ثوبًا وبين صفة المخيط والخياطة صح سواء ألزم ذمته خياطته أم عينه، وإن قال: ألزمت ذمتك على الخياطة يومًا أو شهرًا لم يصح؛ لأنه لم يعين عاملًا ولا محلًا

فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

للخياطة قاله القاضي أبو الطيب وتبعه الْمُتَوَلِّي والشيخان، قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر إذا لم يعين نوع الثوب الذي يخيط فيه أما إذا بينه وبين صفة الخياطة ففي عدم الصحة نظر.

قلت: جزم الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو قال: ألزمت ذمتك خياطة [ثوب الَّتِي صِفَتُهَا كذا وكذا فِي قَمِيصٍ] فإنه يجوز إذ لا فرق بين [بطيء اليد أو خفيفها].

في «البيان» وغيره من كتب العراقيين المنافع [بزمان] المنفعة فيه، إلا بالمدة كالعقار والرضاع [ونحوهما بتقدير] التخصيص، وقسم لا يقدر، والمنفعة فيه إلا بالعمل كبيع الثوب أو خياطته أرجح أو قنص شيء من فلان، وما أشبه ذلك، وقسم يجوز فيه الأمران، قال الشيخ أبو حامد: كقوله: أجرني هذه الدابة لأركبها إلى موضع كذا، ولأركبها شهرًا، أو عبدك ليخيط هذا الثوب أو يخيط أو يعينني أو يخدمني شهرًا. انتهى.

قال: (**فَلَوْ جَمَعَهُمَا**) أي: جمع بين التقدير بالعمل والزمان.

(**فَاسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ النَّهَارِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للغرر إذ يتعذر تقديم العمل أو يتأخر كما لو أسلم في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا لا يصح الاحتمال أن يزيد أو ينقص، والثاني: يصح إذ المدة مذكورة للتعجيل ولا يؤثر في فساد العقد، والثالث: إن أمكن العمل في المدة المذكورة صح وإلا فلا، قال في «البحر» بعد ذكره الأول: قال القاضي الطبري: هكذا قال أصحابنا فرأيت في الْبُوَيْطِي بخلافه فينافي كلامه إلى أن قال: فإن شرط عليه أن يأخذ في عمله وينمي الفراغ إلى أجل يمكن أن يعمل مثله، فذلك أفضل، وإن لم يسم الأجل ولم يسم الأجل فجائز فيعمل له طاقته حتى يفرغ منه، قال الرُّويَانِي: وهذا نص على أن ذكر الأجل فيه أفضل إذا كان الأجل مما يمكن العمل فيه، وهذا حسن وهو صحيح عندي. انتهى.

واعلم أنه جزم في أوائل الباب بالمنع كقول الجمهور، ثم ذكره [بعضهم] وظننت [أنه يقدر] بالعمل [ونظرت] نص الشَّافِعِي [في المختصر] والبويطي،

وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ، أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ.

فرأيت فيه بعد أن ساق النص على إجارة العين للبناء والتجارة والخياطة وإجارة الذمة أنه إذا استأجره على خياطة هذا الثوب أو بناء هذه الدار، ولا يسمى متى يعمله، فتجوز الإجارة، وعليه أن يبدأ في عمله ساعة، تمت الإجارة.

قال **الْبُوَيْطِي**: وإن شرط عليه أن يأخذ في عمله إلى آخر ما سبق، فبان بهذا أن ذلك من كلام **الْبُوَيْطِي** نفسه لا من كلام **الشَّافِعِي** -رحمهما الله تعالى- فاعلم.

قيل: على وجه البحث، وينبغي أن يكون محل الوجهين عند الإطلاق أو ظهور إرادة التقدير بالعمل والزمان معًا، أما إذا فصل الآن في ذكر اليوم للتعجيل فيصح **وَكَذَا إِذَا كَانَ الثَّوْبُ صَغِيرًا** لكن فراغه في العادة في دون اليوم، فينبغي أن يصح قطعًا، وأما عند التردد لمقاربة العمل بالزمان يحتمل الأمرين، ومدلول اللفظ في اللغة يقتضي أنه إن صرح بقي لم يقتض الاستيعاب، وإن لم يذكره في كان ظرفًا محضًا فيقتض الاستيعاب. انتهى.

قال: (**وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ**) أي: كشهر مثلًا قاله الإمام والغزالي، قال **الرَّافِعِي**: وإيراد غيرهما يفهم المنع، وظاهر كلامه ترجيحه، وصرح في «شرحه الصغير» و«التذنيب» بأنه الأشبه، وأيضًا ففي التقدير بالمدة جهالة ظاهرة للرد على إيراده اقتصر **الرَّافِعِي** في كتاب «الصداق» وكذلك أصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البيان» و«الانتصار».

وقال الشيخ: إنه أصح وأقوى، قيل: ولا يكاد يوجد التصريح بالمنع لأحد، وهو [كما قيل.. ورأيت] أن **الْبَغَوِي** صرح بأن الأشبه أنه لا يكفي التقدير بالمدة، ولم أره في [التهذيب] وفتاويه.

قال: (**أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ**) أي: [سور وآيات] لا يشترط التعين فيهما.

وقيل: يشترط في الاختيار حسن ترتيب الآيات، وقيل: يكفي ذكر السورة عن ذكر الآيات المطلوبة منها، ولا يشترط تعيين حروف القرآن على الأصح، فإن عينه تعين وإلا اختيار حفظ التعلم على المنقول، وتمنى الإمام لو قيل به،

....

وذكر الحضرمي في كتابه «المعين» أنه لو استأجره لتعليم سورة ولا بد من قراءتها على المستأجر إن لم يكن سمع قراءتها قبل ذلك وإلا لم يصح وجهًا واحدًا.

قلت: وهو حسن غريب ويعرف منه القول بمقدار الصداق ثم العلم بالمقدار شرط في حق الزوج والولي فإن لم يكن لهما أو لأحدهما معرفة بالقرآن وسوره وأجزائه.

قال أبو الفرج الزَّاز: الطريق التوكيل وإلا فيرى المصحف، ويقال: من هنا إلى هنا.

قال الرَّافِعِي: وما ينبغي أن يكفي بذلك؛ لأنه لا يفيد معرفة حال المشار إليه صعوبة وسهولة. قال في «الروضة»: وهو الصواب فيتعين التوكيل.

تنبيهات: منها: لا بُدَّ أن يكون شرط تعليمه كلفة، وقال الْمَاوَرْدِي: يشترط أن يكون بإزاء أقصر سورة وهي «الكوثر» ثلاث آيات فصاعدًا ليكون قدر ما يختص بالإعجاز فإن كان أقل لم يجز ولا يختص بالإعجاز وتعلم القرآن يقتضي وجود الإعجاز، ذكره في الصداق.

ومنها: لو قال لتعلمني سورة البقرة شهر مثلًا فعلى الخلاف فيما لو استأجره ليخيط الثوب اليوم ويصح الاستئجار [لتلقين] الشهادتين.

وفي [الفتاوى] أنه إذا استأجره ليعلمه الفاتحة إن كان يستطيع إلى مدة نصف يوم يجوز، وإن كان يحفظ بمرة أو مرتين لا يجوز.

ومنها: إذا قدر بمدة فهل تقع أيام الجمع مستثناة؟.

قال في «البيان»: سمعت شيخنا يزيد بن عبد الله البقاعي أي: بالياء آخر الحرف والفاء يقول: يحتمل وجهين من الوجهين فيما إذا جرت العادة بالنزول عن الدابة في الطريق لإراحتها هل يلزم المكتري ذلك بالإطلاق؟

ومنها: إذا كان المستأجر لتعليمه كافرًا فإن رجا إسلامه صح وإلا فلا، قالوا: ويجوز إصداق التعليم أول الأمر أرجى لإسلامه وتعليمه ليعتبر به وإن كان القصد القدح فيه ونحوه لم يجز.

وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ إِنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ.

وَإِذَا صَلُحَتْ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ اُشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ، ....

قال الْمَاوَرْدِي: ولم يعرف وجدها في ظاهر الحال جاز؛ لأن القرآن هداية وإرشاد ثم لتيسير حالها وقت التعليم فإن ظهرت فوائد الهداية علَّمها، أو القدح والاعتراض فسخ الصداق، وأطلق في «الشامل» الجواز.

قال: وذكر الشيخ أبو حامد أنها إن أرادت المباهاة لم يصح وهذا ضعيف؛ لأنها قد تريد المباهاة فإذا تعلمته انتفعت بتعليمه فيكون سببًا لإسلامها، انتهى، وتجيء هذه الأمور هاهنا.

ومنها: إذا كان يتعلم الشيء وينسى ففيه أوجه:

أحدها: إن تعلم آيةً فنسيها لم تجب إعادتها أو دونها وجب.

وثانيها: الاعتبار بالسورة.

وثالثها: إن نسي في مجلس التعليم وجب أن يعيده، وإلا فلا، وأصحها يرجع إلى العرف الغالب.

وفي «البيان»: إن كان علمه ثلاث [آيات] فجاء وجه خامس، وهو الاعتداد بثلاث آيات لا بما دونها.

قال: (وَفِي الْبِنَاءِ يُبَيِّنُ الْمَوْضِعَ وَالطُّولَ وَالْعَرْضَ وَالسَّمْكَ وَمَا يُبْنَى بِهِ) أي: من طين وآجر ولبن.

(إِنْ قُدِّرَ بِالْعَمَلِ) أي لاختلاف الأغراض والمنافع بذلك وجهين: ثانيهما: يقتضي أنه إذا قدر بالزمان لا يجب بيان ذلك وظاهره اعتبار ذلك، وقد نقلا عن الجمهور أنه لو قال: ليخيط لي يومًا أو شهرًا، فإنه يجوز ويشترط أن يعين الثوب وما يريد منه وأن يبين نوع الخياطة وهذا شاهد للبيان، وكلام غيره يوافقه في اعتبار بيان ما يبني به وهو ظاهر فليكن هو المعتمد.

قال: (وَإِذَا صَلُحَتْ الْأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ اُشْتُرِطَ تَعْيِينُ الْمَنْفَعَةِ).

قلت: وكذا لو صلحت الأرض من الثلاثة المذكورة لاختلاف الضرر

وَيَكْفِي تَعْيِينُ الزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ، ....

اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات.

قال الرَّافِعِي: بعد صورة الكتاب هكذا قاله الأصحاب وجعلوه متفقًا عليه؛ لكن قد ينافي مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها بتصريحهم بجواز الإجارة مطلقًا وشبه أن تكون إجارتها على وجهين كإعارتها، والأصح المنع فيهما وما ذكره في إجارة الأرض التي لا ماء لها مفرع على الوجه الآخر أو مؤول.

قال في «الروضة»: قلت: المذهب ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث فلا تصح إجارتها مطلقًا وتصح العارية على وجه؛ لأن أمرها على التوسعة، أما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها فمؤولة، انتهى.

وفي «شرح التعجيز» لمؤلفه ولا يجب تعيين الانتفاع في أرض هي قُلة جبل لا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي فحصل الجوابان في الأرضين على وجهين؛ وهذا لأن القلة متعينة للسكون ولا يجوز بناؤها لافتقاره أو أثرهما.

[(**وَيَكْفِي تَعْيِينُ الزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي الْأَصَحِّ**)] [وظاهر نص الأم] والمختصر يزرع على الإطلاق، وفيه شيء ذكرته في «الغنية» وصحبه هنا أولى.

والثاني: لا يكفي، ونقل عن النص في «الجامع الكبير» ولم يعين ما ينبني، قاله الرَّافِعِي وفيه وقفة إذ البناء كالزرع وينبغي أن يكفي الإطلاق فيهما، وقد قالوا في استئجار الأرض للبناء بشرط بيان موضعه وطوله وعرضه لا قدر ارتفاعه في الأصح، وهذا هو المعتمد وهو مفيد لما أطلقوه في الأول ومبين أن البناء مخالف للزرع وعن «تجريد سليم الرازي» نقل وجه أنه لا يصح في قوله: لتغرس من عين بيان ما يغرسه لاختلاف غرض الاستيلاء وانقضاء المدة في تملكه أو قلعه أي: بخلاف الزرع.

تنبيه: ذكروا في المرجح أنه يزرع ما شاء.

قال الرَّافِعِي: وكان يجوز أن ينزل على أقل الدرجات، انتهى. وهو وجه في «الكافي» قال: إذا اكتراها للزراعة ولم يعين الزرع قيل: لا يصح والمذهب أنه يصح، ثم قيل: يزرع أخف الأنواع ضررًا والمذهب أن له أن يزرع أضر

وَلَوْ قَالَ لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْت صَحَّ وَكَذَا لَوْ قَالَ إنْ شِئْت فَازْرَعْ وَإِنْ شِئْت فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ فِي إجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ، وَقِيلَ لَا يَكْفِي الْوَصْفُ، ....

أنواع الزرع، انتهى.

وينبغي تقييد ذلك بأضر الأنواع المعتادة هناك لا مطلقًا ويشبه أن محل الاكتفاء بالإطلاق محله ما إذا أجر على نفسه، أما لو أجره على غيره بولاية أو نيابة فلا ويجب التعيين لاختلاف الضرر، ولو قال: لتزرع ما شئت فالنص الصحة، وقيل: لا يصح حتى يعين ولا يعقد كما أسلفته في العارية.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْت صَحَّ**) أي: ويصنع ما شاء لرضاه وقيل: لا يصح [لكن بشرط عدم الإضرار] وادَّعى الإمام الاتفاق على الأول، وهذا في المؤجر على نفسه [. . . .] عليه ذلك على كل تقدير، هكذا ظننته.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ إنْ شِئْت فَازْرَعْ، وَإِنْ شِئْت فَاغْرِسْ فِي الْأَصَحِّ**) والثاني: المنع كقوله: بعتك بألف مكسرة إن شئت وصحاح إن شئت.

وعبارة «المحرر» و«الشرح» وغيرهما: إن شئت فازرعها ما شئت، وإن شئت فاغرسها ما شئت، أما إذا لم يقله عاد الخلاف في أن تعيين الزراعة هل يكفي عن ذكر ما يزرع؟ وإن رجح الاكتفاء، ويكون هذا مفرعًا عليه؛ لكن هذا خلاف خاص مع قطعه النظر عن ذاك.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي إجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ**) أي: سواء كانت إجارة عين أو ذمة.

(**مَعْرِفَةُ الرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَةٍ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ**) ليبقى العدد بذلك.

(**وَقِيلَ: لَا يَكْفِي الْوَصْفُ**) إذ «ليس الخبر كالمعاينة» هذا هو المشهور، وقول الجمهور وظاهر نص «الأم» و«المختصر»؛ لأن الغرض يتعلق بنقل الراكب وغيره من حركاته وسكناته ونشاطه ومثله والوصف لا ينبئ عن ذلك.

وعبارة «المحرر» وينبغي أن يعرف المؤجر الراكب بمشاهدته ويقوم مقامها

وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ، وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيقِ مُطْلَقًا فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يُسْتَحَقَّ، وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ أَوْ الْأُنُوثَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيَنْزِلُ عَلَيْهَا. وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَحْمُولَ،

الوصف التام على الأشبه، وذكر في «الشرح» في معرفته وجوه قبل المشاهدة، وقيل: إن كان غائبًا وصفه ويذكرونه، وقيل: يذكر صفته في الضخامة والفخامة ليعرف وزنه تخمينًا، وأكثر الأصحاب في اعتبارات المشاهدة؛ لكن إلحاق الوصف التام بها أشبه في المعنى، وهذا ما ذكره في «المحرر» وهو بحث حسن؛ لكنه خلاف الأوجه الثلاثة المنقولة؛ لكن سيأتي عن «البحر» عن الأصحاب ما يؤيده.

وعبارة «الروضة»: وطريق معرفته المشاهدة، كذا قاله الجمهور والأصحاب ﷺ، ثم قيل يصفه بالوزن [وقيل بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً] انتهى. وفيها بعض مخالفة للشرح.

قال: (**وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا يَرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ**) أي: إن كان المحضر له هو المكتري حيث اقتضى الشرط الركوب عليه.

وعبارة «المحرر»: وكذا الحكم فيما يركب عليه أو كان معه ذلك من راحلة أو محمل أو غيرهما، انتهى.

فإن كانت للمؤجر فهل يشترط بيان ذلك نظر إلى حظ المكتري أيضًا؟ لم أر فيها نصًا صريحًا، والمتبادر أنه لا يشترط، فإنهم اقتصروا على اعتبار معرفة المؤجر وفيه نظر!.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ الْمَعَالِيقِ مُطْلَقًا فَسَدَ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يُسْتَحَقَّ، وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ تَعْيِينُ الدَّابَّةِ، وَفِي اشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا الْخِلَافُ فِي بَيْعِ الْغَائِبِ وَفِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالذُّكُورَةِ أَوْ الْأُنُوثَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ السَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِالطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ فَيَنْزِلُ عَلَيْهَا وَيَجِبُ فِي الْإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ الْمَحْمُولَ،**

فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، وَجِنْسُهُ لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ.

فَصْلٌ

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ وَلَا عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا حَجٌّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ، وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ.

فَإِنْ حَضَرَ رَآهُ وَامْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ، وَإِنْ غَابَ قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ، وَجِنْسُهُ لَا جِنْسَ الدَّابَّةِ، وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ زُجَاجًا وَنَحْوَهُ.

فَصْلٌ

لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ وَلَا عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلَّا حَجٌّ وَتَفْرِقَةُ زَكَاةٍ وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيِّتٍ وَدَفْنِهِ، وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ).

قال في «الروضة»: إذا كان الراكب مجردًا ليس معه ما يركب عليه فلا حاجة إلى ذكر ما ذكر إلا سيتمكن المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وإكاف(١) وزاملة(٢) ورحل.

قال: ليست بالدابة، وإن كان يركب على رحل أما وفوق زاملة أو محمل أو عمارية إذا أراد في غير الإبل الركوب على سرج أو إكاف وجب ذكره، وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات، وإن شاهدها كفى، وإلا فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر، ويقتطع لانتفاء حسن فيه التفاوت كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم، فإن لم يكن معهود مطرد اشترط ذكره، وأن السرج والإكاف والزاملة ووصفها هذا هو الصحيح المعروف.

وقال الإمام: لم يتعرض أحد من الأصحاب لذكر الوزن في السرج والإكاف؛ لأنه لا يكثر فيهما التفاوت، وأما المحمل والعمارية ففيهما أوجه:

---

(١) إِكافُ الحِمارِ والجمل، البرذعة.

(٢) قِيلَ لِلْبَعِيرِ زَامِلَةٌ، الْهَاءُ لِلْمُبَالَغَةِ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ مَتَاعَ الْمُسَافِرِ.

....

أصحها: أن المعتبر فيهما المشاهدة أو الوصف مع الوزن، والثاني: يكفي الوزن أو الصفة، والثالث: [لتقاربها] إن كانت خفافًا كالبغدادية كفى الوصف لتفاوتها أو [اشترطت] المشاهدة.

وقال الْبَغَوِي: تمتحن الزاملة باليد [لتعرف خفتها وثقلها بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة وينبغي] أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة.

[ولم يشترطوا] بها ما ذكر أن الراكب إذا كان مجردًا ليس معه ما يركب عليه أم المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وغيره، وذكرا بعد ذلك أن الأصح في السرج اتباع العرف، فأظلت الجمع بين الكلامين.

ومنها: ذكرهما الخلاف فيما إذا تفاوتت المحامل ونحوها فقط.

قال ابن الرِّفْعَة: كلام القاضي الحسين يدل على طرد الخلاف مطلقًا.

قلت: وكذا كلام الرُّويَانِي، وأجوز أن يكون ما ذكره أولًا من قوله.

قال: [فإن كانت سروجهم] ومحاملهم إلى آخره، وهو الوجه الرابع المرجوح عند الأصحاب، وقوله: لانتفاء حسن عن التفاوت عبر عنه الرُّويَانِي بأن البغدادية لا تتفاوت تفاوتًا كثيرًا، وكذلك محامل خوارزم، قال: وهذا لا يصح؛ لأن الكل يختلف، ولا يمكن ضبطها هكذا ذكره أبو حامد. انتهى.

ومنها: جعل الشَّاشِي المذهب الوجه الثاني، وهو الاكتفاء بالوزن والصفة، قال الْعِمْرَانِي: ولم يذكر أبو حامد وابن الصباغ الوجه الأول، وقضية كلام «البحر» أن المذهب الصحيح؛ لأنه لا بُدَّ من المشاهدة، وحكى قولًا مخرجًا أنه لا يحتاج إلى مشاهدة المحمل ولا صفة أيضًا لا يتبع الراكب أو الحمل فيكون كون المتنوع معلومًا، قال: وليس بشيء.

ثم قال أصحابنا: ولو ذكر محملًا أو مركبًا أو زاملةً واستقصى في الوصف حتى يصير بالصفة معلومًا، قامت الصفة المحيطة بالموصوف مقام المعاينة، وكذا حكم الطبري [ليصير بالصفة] معلومًا [وكذلك] حكى كلام الرَّافِعِي في الراكب [اشتراطه] من وطاء يجلس عليه.

فَصْلٌ

وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا، وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ، ....

قال: وينبغي أن يعرف [بالرؤية] أو الوصف والغطاء الذي يستظل به، ويتوقى من المطر قد يكون وقد لا يكون، فيحتاج إلى شرطه، انتهى.

وفي «البحر» لا بُدَّ أن يذكر مكشوفًا أو مغطى، فإن ذكر مغطى جاز وغطاء على ما جرت به العادة من البيداء و[نائى] وهذا لأنه لا يختلف اختلافًا متباينًا بل يتفاوت ذلك، وإن شرط شيئًا من هذا يعين ما شرطه، ومن أصحابنا من قال: يحتاج إلى مشاهدة الوطاء، وطرف المحمل والظل أيضًا، وهو ظاهر نص المختصر؛ لأن العقد وقد أطلقوا القول بإبطال الاستئجار للتدريس، وتردد أن [العلة] في جوازه لإعادة الدرس.

قال الإمام: لو عين بعلمه فعليه أو [كانت] مضبوطة جاز، وإطلاقهم محمول على من يتصدى الخيار، وليس من غير تعيين ما يعلمه، ومن يعلمه كذلك منع استئجار مقرئ يقرئ كذلك.

قال: ويحتمل أن يجوز.

قلت: وَالظَّاهِرُ الصِّحَّةُ فِي تَعْلِيمِ أَحَادِيثَ وَآيَاتٍ مُعَيَّنَةٍ وَنَحْوِهَا مِنْ آثَارِ السَّلَفِ الصَّالِحِ توضح من قالوا بالمنفعة تصبح عند الإجارة عليها يصح جعلها صداقًا، وقالوا هناك: يصح إصداقها تعليم القرآن وغيره من العلوم الشرعية الواجبة والمستحبة كالفقه والنحو والأدب والطب وشعر لا فحش فيه، وذلك سطر بعين بيان [لا] تقدير بزمان كما سبق في تعليم القرآن.

وجزم الشيخان بأنه لا يصح الاستئجار لإمامة الفرائض، وفي الحج من كتاب ابن كج: أنه إن عينت لمدة صح وإلا فلا، ولا يصح بالتراويح وسائر النوافل على الأصح، جوز القاضي الحسين الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر، واختاره المصنف وأفتى الْعِمْرَانِي بالمنع.

فصل

قال: (وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعًا وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ) للحاجة الداعية إلى ذلك.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، وَالْحَضَانَةُ حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا، ....

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ**) لأنهما صفتان يجوز إفراد كل منهما بالإجارة، فأشبها سائر المنافع، والثاني يستتبع للعادة بتلازمهما، والثالث يستتبع الإرضاع الحضانة ولا عكس لئلا تبقى الإجارة في مقابلة العين خاصة، والرابع عكسه، ذكره ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» هذا إذا أطلق الاستئجار لأحدهما، ولم ينتف الآخر، فإن استأجر للإرضاع ونفى الحضانة فوجهان أحدهما المنع، والأصح الجواز كجوازه لمجرد الحضانة، والتي ليست إذا استأجر للرضاع ولم يتعرض لسواه فأوجه: أحدها: للحاجة، ثانيها: الصحة والاقتصار، وثالثها: الصحة والإتيان والخدمة تبعًا، ورابعها: الصحة، والمقصود بالحضانة الخدمة، واللبن تابع، وهو الصحيح.

فرع: يجب [معرفة سنه] قال في «البحر»: وإنما يعرف بالمشاهدة، وذكر كلام «الحاوي» أنه لا بُدَّ من معرفة سنه بمشاهدة، وأخبر بإطلاق شربه باختلاف سنه، انتهى.

وموضع الإرضاع أو بينة أم [الولد].

قال الرَّافِعِي: على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يكثر اللبن، وللمكتري تكليفها ذلك.

قال ابن الرِّفْعَة: فيه نظر! والذي قاله الْمَاوَرْدِي والروياني: أن له منعها من أكل ما يضر باللبن، وإذا لم يقبل الصبي ثدي المستأجرة للإرضاع فهل تفسخ الإجارة؟ وجهان في تعليق القاضي الحسين. انتهى.

وفي «الحاوي» و«البحر» أن الطفل إذا لم يستمرئ لبنها لعلة في اللبن فهو عيب للمستأجر الفسخ، ولو لم يعلم المستأجر أنها مزوجة فله الفسخ، ولو سقته لبن غيرها فإن كانت إجارة ذمة فلها الأجرة وإلا فلا.

قال: (**وَالْحَضَانَةُ حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي الْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا**) لاقتضاء اسم الحضانة في العُرف ذلك

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَالْمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ. قُلْتُ: صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ الرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ وَجَبَ الْبَيَانُ وَإِلَّا فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ولحاجة الرضيع إليها.

قال: (**وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لَهُمَا**) أي: للحضانة والإرضاع.

(**فَانْقَطَعَ اللَّبَنُ فَالْمَذْهَبُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ فِي الْإِرْضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ**) هذا الخلاف مبني على أن المعقود عليه ماذا؟ فقيل: إنه اللبن والحضانة تابعة، فعليه يفسخ العقد بانقطاعه، وقيل: عكسه فلا ينفسخ، وللمستأجر الخيار، والأصح أن المعقود عليه كلاهما؛ لأنهما مقصودان فيفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة، وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة.

قال الرَّافِعِي: ولم يفرقوا في طرد الأوجه [بين أن] يصرح بالجمع بينهما أو بذكر أحدهما، ونحكم باستتباعه الآخر وحسن أن يفرق، فيقال: إن صرح فمقصودان قطعًا، وإن ذكر أحدهما فهو المقصود، والآخر تابع، انتهى.

وقد خصصه الإمام بما إذا جمع بين الحضانة والإرضاع، وهو الظاهر، وقضية لفظ الكتاب، وقوله فالمذهب عبارة «الروضة» و«الشرحين» فيه ثلاثة أوجه، وعبارة المحرر يفسخ في الإرضاع، وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة هي صحيحة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَى وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ**) لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة، وأمر اللبن على خلاف القياس للضرورة.

قال: (**قُلْتُ: صَحَّحَ الرَّافِعِي فِي الشَّرْحِ الرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ فَإِنِ اضْطَرَبَتْ وَجَبَ الْبَيَانُ وَإِلَّا فَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) هو كما قال وغير بالأشبه.

وقال الإمام: إذا اضطربت هل يصح العقد ويلزم المتاجرة ويفسد؟ فيه خلاف.

فَصْلٌ

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ إِلَى الْمُكْتَرِي، ....

تنبيهات: منها: حكم الصبغ وطلع النخل حكم الحبر فيما ذكره، ولم يذكروا ما يحتاج إليه العطار من الكلس والكبريت، وكأنه لأطراف العرف بكونهما على العطار، وفيه وقفة.

ومنها: قوله فإن اضطربت وجب البيان يتبادر أنه لو عين أنها على الأجير جاز، وفيه نظر؛ لأنه جمع بين بيع مجهول العين والصفة والقدر، وأجازه.

ومنها: إذا قلنا الحبر على الناسخ لعادة أو شرط فهل يشترط رؤيته أو صفته أو يكفي الإطلاق ويحمل على العادة؟ فيه نظر ظاهر، أما الأقلام فالظاهر أنها على الناسخ كإبرة الخياط للعرف المطرد بهما.

ومنها: لا بد في النسخ من بيان عدد الورق وإلا يضطر يبدل صفحة.

قال الرَّافِعِي: ولم يتعرضوا للتقدير للمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عليه تقدير العمل ببيان قدر الحواشي والقطع التي يكتب فيه.

قلت: ولم يتعرضوا لبيان دقة الخط وغلظه، وهو منهم، ولا معنى ذكر عدد الأسطر وهل رؤية خط الناسخ، ويكتفي بها، ويقال: اكتب مثل هذا في الغلظ والدقة، لم أر فيه شيئًا.

ومنها: هل يجب على الخياط عند الإطلاق تفصيل الثوب؟ فيه احتمال، وهل يفترق الحال بين إجارة الذمة والعين أو لا؟ فيه نظر لتعارض اللفظ والعرف، وقد قالوا ليس على حافر القبر على الميت خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن المعقود عليه الحفر مع جريان العرف به، وقد يفرق بأن الحفر يحصل بدون العلم بخلاف الخياطة.

قال: **(فَصْلٌ يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ الدَّارِ)** يجب تسليم مفتاح الدار أي: ونحوها.

(إِلَى الْمُكْتَرِي)؛ ليتمكن من الانتفاع الواجب له، وهذا في مفتاح غلق مثبت، أما لو كانت العادة الأقفال المتصلة، فإنه لا يجب تسليم القفل بخلاف

وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجِّرِ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا، وَإِلَّا فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ، ....

الأول؛ لأنه تابع للغلق المثبت، وهو أمانة في يده، وإبداله من وظيفة المؤجر، وفي مطالبته به ما يأتي في العمارة، فإن لم يبدله فللمكتري الخيار.

قال: (**وَعِمَارَتُهَا عَلَى الْمُؤَجِّرِ**) أي: سواء كانت مرمة لا تحتاج إلى عين زائدة كإقامة مائل وإصلاح منكسر وغلق يعسر فتحه أو كانت تحتاج إلى عين كبناء وجذع وتبطين سطح ونحوها من الخلل العارض في الدوام أو احتيج إليه لخلل، فأول العقد، فإن أجرها ولا باب لها ولا متراس ونحوهما فهذه ثلاثة أقرب، والجمع من وظيفته.

قال: (**فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا، وَإِلَّا فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ**) أي: إن نقصت المنفعة حتى لو وكف البيت مثلًا لترك التطيين فله الخيار في تلك الحالة، فإذا انقطع بطل الخيار إلا إذا حصل بسببه نقص، وإنما له الخيار، في الضرب الثالث إذا احتمال الحال في الابتداء هكذا نقلاه والقاضي الحسين والفوراني قيدا بثبوت الخيار بما إذا تعذر الانتفاع إلا به، وأتاه المكري ولم يذكرا جهل المكتري به.

تنبيه: قالا هل يجبر المؤجر على هذه العمارات؟ قال جماعة منهم الْمُتَوَلِّي والبغوي وعليه ينطبق كلام الكتاب وأصله وقال الْقَفَّال والإمام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول، وصححه الرُّويَانِي، ولا يجبر على الثالث قطعًا، ولا على الثاني على الأصح أنه لا يلزمه ذلك، وقال المصنف: ينبغي أن يكون الصحيح الوجوب، ونقل زيادة بعد عن فتاوى الْغَزَالِي: أنه لا يلزم المؤجر الدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين، ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء، وأما المستأجر إذا قدر على ذلك بلا ضرر لزمه كالمودع.

إشارة: نسبة أن ما سبق من عدم إيجاب العمارة عينًا في الأضرب الثلاثة في حق المؤجر ماله أما لو كان وليًا لِمَحْجُورٍ عَلَيْهِ [وَمَصْلَحَتُهُ فِي الْعِمَارَةِ وَجَبَ عَلَى وَلِيِّهِ الْمُوَافَقَةُ فَالْإِجْبَارُ ظَاهِرٌ إنْ كَانَ هُنَاكَ جِهَةٌ يَعْمُرُ مِنْهَا الْوَقْفُ كَرِيعِهِ وَإِنْ أُرِيدَ الْعِمَارَةُ مِنْ مَالِهِ أَوْ أُرِيدَ هُنَاكَ بِشَرِيكِ الْوَقْفِ مَالِكُ بَعْضِ مَا وُقِفَ بَاقِيهِ؛ فَالْإِجْبَارُ لَيْسَ بِظَاهِرٍ بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ] ولو لم يعمر لفسخ المستأجر،

وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنْ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ، وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي.

وحصل التعطيل والضرر للمولى عليه أنه يجب عليه العمارة لمصلحة المستحق ويقي الضرر عن وقفه وملكه.

قال: (**وَكَسْحُ الثَّلْجِ عَنْ السَّطْحِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ**) أي: من وظيفته كعمارة الدار، فإن حصل به عيب يجبر المستأجر، وهل يجبر عليه؟

قال الإمام: فيه الخلاف السابق، وقيل: لا يجب الكسح، وإن وجب العمارة؛ لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت بخلاف كسح الثلج.

قال: (**وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ الدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى الْمُكْتَرِي**) أي: إذا فضلا في دوام الإجارة، أما الكناسة فلحصول ما يفعله، وأما الثلج والتسامح برفعه والمعنى بكونهما عليه أنه إن أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعهما، وقال في «الروضة»: إن جف الثلج وكالكناسة، وكذا إن كثف على الأصح.

قلت: فيه نظر! لأنه ليس بفعله، ولا يتسامح به عادة ولا سيما إذا خشيت الكثرة، وقد قال الإمام الرَّافِعِي: إنهم فسروا الكناسة التي يلزم إزالتها بالقشور، وما يتساقط من الطعام ونحوه دون التراب التي تجتمع بهبوب الرياح؛ لأنه بغير فعله ثم اعترض بثلج العرصة؛ لأنه بغير فعله فيجوز أن يكون التراب كالكناسة أيضًا، وإن حصل لها بفعله وزيفه المصنف، وقال: الصواب أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب، كما قاله الأصحاب، وليس المراد بما سبق في ثلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله بل المراد أنه لا يلزم المؤجر فكذا هنا لا يلزم واحد منهما. انتهى.

وإلحاق التراب بالكناسة أولى من الثلج الكثيف.

وعبارة «البسيط»: إن الثلج الخفيف في العرصة كالغبار والكناسة، انتهى.

إن كثف التراب وكثر على خلاف العهود ومنع الانتفاع بالعرصة فكالثلج الكثيف ولم ينظر في ذلك إلى عرف البلاد، وهو محتمل، ولا يبين ندرة حصول ذلك وضدها، ويحسن الرجوع في هذه الأشياء وما بعدها إلى العرف إن اطرد.

وَإِنْ أَجَرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى الْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا، وَالْأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ،

قال: (**وَإِنْ أَجَرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ فَعَلَى الْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ**) أي: على الأصح لأنه لا يمكن من الانتفاع إلا بها، والعرف قاضٍ بذلك، وسواء فيه إجارة العين والذمة، وهل له تسليمها عارية، والآلات على المكتري، وتوسيط القاضي الحسين والبغوي معًا لا ما عدا الإكاف والبرذعة على المؤجر، ويفرق فيهما أو في السرج فإن كانت إجارة عين فعلى المكتري، وإلا فعلى المكري.

وعن «تعليق أبي الطيب»: أن [مؤنة الرد على المستعير إن رد] على المستأجر، وهذا كله عند الإطلاق، أما أنه لو اكترى دابة وذكر أنها عارية لا أكاف ولا غيره فليس عليه شيء من الآلات، قال في «الشرح الصغير»: بلا خلاف.

تنبيه: الإكاف: بكسر الهمزة وضمها، قال في «الفصيح»: وهو البرذعة، وقال غيرهم، وقيل: ما يشد فوق البرذعة من بعض أدواتها.

قال في «المشارق»: والبرذعة: الحلس الذي تحت الرجل، قاله الجوهري هنا، وقال في حلس الجليس للبعير كسار فيكون تحت البرذعة والحزام والثفر معروفان، والبُرة: بضم الباء وتخفيف الراء الحلقة تجعل في أنف البعير، والخطام: بكسر الخاء هو الزمام وهو الخيط الذي يشد في البرة ثم يشد في طرفه المقود بكسر الميم.

قال: (**وَعَلَى الْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا**) عملًا بالعرف، وجزم السخاوي بأن الحبل الذي يشد به المحمل على البعير على المكري.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه على الحمال باتفاق أصحابنا لا من آلة التمكين، وحكى في الحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر وجهين.

قال: (**وَالْأَصَحُّ فِي السَّرْجِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ**) والثاني أنه على المؤجر كالإكاف والثالث المنع؛ لأن العادة مضطربة فيه، ولم يرجح في «الشرحين» شيئًا، وجعل

وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا، وَإِعَانَةُ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، ....

في «المحرر» الأشبه اتباع العرف، وسبق أنه عند الإطلاق يركبه على ما شاء، وأنه ينبغي تأمله مع هذا وجزم الْمُتَوَلِّي بأن السرج واللجام على المؤجر، وقال الدارمي: السرج على الراكب إلا أن يكون عرفًا كالحمر تركب بالعراق، وسبق أن هذا كله عند الإطلاق، فلو قال: أكريتك هذه الدابة العارية لم يلزمه شيء.

إشارة: ربما أفهم كلام المصنف أنه إذا أكرى دابة للركوب أنه لا يجب التعرض لما يركب عليه سواء جعلناه عليه أو على المكتري بل يكفي الإطلاق، ويركب على ما يليق بالحال كما سبق وفي «البحر» الجزم بأنه إذا اكترى بهيمة للركوب لا بُدَّ أن يبين أنه يركبها على الإكاف أو السرج أو الزاملة لتفاوته، واختلاف الغرض والأجرة بذلك في العادة.

قال: (**وَظَرْفُ الْمَحْمُولِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ**) لإلزامه النقل فلتهيئ أسبابه، ولأنه العادة، وعلى المكري في إجارة العين؛ إذ ليس عليه إلا تسليم الدابة خاصة.

قلت: ومؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها وأجرة الخفر وحفظ المتاع بالمنزل والدلو والرشاء في الاستئجار لاستيفاء الظرف هذا هو المشهور، ورواه طريقة للقاضي الحسين ويفصل ويصرف للإمام يعرف بالمراجعة، وأطلق الدارمي: أنه إن شرط كون المكري معه في السوق والاستدلال عليه وإن لم يشرط فالدليل على الراكب، وقال الْمُتَوَلِّي بعد جزمه بالتفصيل في الدليل والخفير وحامل المتاع في المنزل: وأما حفظ الدابة فعلى صاحبها إلا أن يكون قد سلمها إليه يسافر عليها وحده، فيلزمه الحفظ صيانة لها كالوديعة لا بحكم إجارة.

قال: (**وَعَلَى الْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، وَعَلَى الْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ**) أي: بنفسه أو نيابة.

(**لِتَعَهُّدِهَا وَإِعَانَةُ الرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ**) أي: مراعاة

وَرَفْعُ الْمَحْمِلِ وَحَطُّهُ، وَشَدُّ الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ.

للعادة فيبيح المعير للمرأة وللضعيف بمرض أو هرم أو سمن مفرط ونحوها، ويعلف البغل والحمار من تبن ونحوه ليسهل عليه الركوب، والعبرة في القوة والضعف بحالة الركوب لا بحالة العقد كذا جزما به، ولا يخلو عن نظر.

قال في «البحر»: لو كان الرجل قويًا يمكنه الركوب والنزول لم يلزمه الإباحة له فإن احتاج إلى معين يرفع رجله فعلى المكري معاونته، وقال **الْمَاوَرْدِي**: إن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه تعلق به وركب وإلا شبك الحمال له بين أصابعه ليرقى عليها ويركب.

قال: (**وَرَفْعُ الْمَحْمِلِ وَحَطُّهُ، وَشَدُّ الْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ**) أي: لأنه العرف وكذا شدّ أحد المحملين إلى الآخر، وهو ما على الأرض على الأصح.

قال: (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمُكْتَرِي وَالدَّابَّةِ**) أي: فلا يلزم إعانته في ركوب وحمل. وقيل: أجاز فيها وبه جزم **الْمَاوَرْدِي**، وقيل: في إجارة الذمة إن وقعت على التبليغ كألزمت ذمتك بتبليغي موضع كذا، وذكر الدابة تبعًا لذمة الإعانة، وإن وقعت على الدابة كألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا لم يجب، وارتضاه الإمام، وقيل: يجب الإعانة في الحمل مطلقًا في إجارة العين والذمة وصححه **الْغَزَالِي** لاطراد العرف به في الحمل واضطرابه في الركوب وفي دعوتي الاطراد في إجارة العين وقفة.

تتمات: عليه في إجارة الذمة الوقوف لينزل الراكب لقضاء الحاجة والطهارة والوضوء وصلاة الفرض وانتظار فراغه منها، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ولا القصر ولا الجمع، وليس له الإبطاء ولا التطويل، ولو كان تطويله في شيء من ذلك عادة، قال **الْمَاوَرْدِي**: فللمكري الفسخ به، وكذا لو كان عسر الركوب إلا أن يأتي بغيره، وليس له النزول لما يتأتى فعله على الراحلة كأكل وشرب ونافلة، وليس للمكري منعه النوم في وقته المعتاد، وله منعه في غيره؛ لأن النائم يتصل في لزوم الرجل القوي النزول، والمعتاد

وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ، وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بِعَيْبِهَا، وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ الْإِبْدَالُ، وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي الْأَظْهَرِ.

للإراحة وفي العقاب وجهان تعارض اللفظ والعادة.

قال الشيخ: وينبغي أن يكون الأصح وجوبه في العقبة فقط، وجعله القاضي الحسين للراحة أقيس، وصححه الفارقي، والأصح في «البسيط» عدمه، وهو الظاهر، ولا يجب النزول على المرأة والمريض والشيخ العاجز.

قال الشيخ: وينبغي أن يلحق بهم من له وجاهة ظاهرة وشهرة تخل بمروءته في العادة المطردة.

قال: (**وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ بِتَلَفِ الدَّابَّةِ**) أي: لفوات المعقود عليه.

(**وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ بِعَيْبِهَا**) أي: المفارق والطارئ، والمراد العيب المؤثر في المنفعة للتضرر به لا كل عيب، ولو لم يعلم العيب في إجارة العين إلا بعد انقضاء المدة فإن الخيار وله الأرش، وإذا علم به في أثناء المدة وفسخ، وقلنا: لا ليفسخ فيما مضى، فينبغي أن يجب الأرش أيضًا، وإن رضي بالعيب فلا أرش للمستقبل قطعًا، وفيما مضى نظر.

قال: (**وَلَا خِيَارَ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ الْإِبْدَالُ**) كما لو وجد بالمسلم فيه عيب، قال الفارقي: العبارة الصحيحة أن يقال: برده ويطالب بما في الذمة، وكذلك السلم فيه.

فائدة: حاصل «الروضة» أنه ليس له إجارة العين المؤجرة قبل قبضها من أجنبي، ويجوز من المؤجر على الأصح، ثم قال في موضع: لو أراد أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة قبل التسليم لم يجز، أو بعده جاز، هكذا قال الأئمة.

ثم قال: بعد لو أراد أن يستبدل عن المنفعة فإن كانت إجارة ذمة لم يجز، وإن كانت إجارة عين قال الْبَغَوِي: هو كما لو أجر العين المؤجرة من المؤجر، والأصح الجواز إن جرى بعد القبض، انتهى. فتأمل هذا الاضطراب، وربما سبق في البيوع ما ينبغي مراجعته.

قال: (**وَالطَّعَامُ الْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي الْأَظْهَرِ**) إذا شرطا ببدل

فَصْلٌ

يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِيًا، ....

كلما نقص أو لا يبدل اتبع الشرط في الأمان تلف بعضه أو كله فسرقة ونحوها أبدل بغيره جزمًا، وإن فني كله بالأكل أبدل على الصحيح للعادة، أو بعضه أبدل على الأظهر كما لو سرق أو تلف، والثاني: لا للعرف، وموضع الخلاف إذا كان يجده في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه فلو لم يجده أو وجده بأعلى، فله الإبدال قطعًا كذا في «التنبيه» و«النهاية» وغيرهما، والمختار أنه إن شرط قدرًا يبلغه الطريق كله فلا إبدال مادام الباقي كافيًا ليعينه طريقه لأنه العرف، وعادة أكثر الحجيج ولا وجه للخلاف فيه، وإن شرط قدرًا يعلم أنه يكفيه لسفره ونحوها أبدل، ولعل الخلاف في هذا القسم، وهذا كله عند الإطلاق فإن شرط شيئًا كما سبق ولو شرط قدرًا ولم يأكل منه شيئًا فهل المكري على العادة؟

قلت: وهو المختار الأقوى لاطراد العرف به نعم إنما جرت العادة بأكل الحجيج في البرية بما معهم، فأما ما داموا في العمران فلا، بل يأكلون من غيره.

فرع: قال ابن الْقَطَّان: لو حمل التاجر متاعًا يبيعه في طريقه فباع بعضه هل له أن يسأل؟ هذا إن يحمل على هذا العرف، ويجيء أن يقال هو مثل الزاد. انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: يَصِحُّ عَقْدُ الْإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَى فِيهَا الْعَيْنُ غَالِيًا**) أي: سواء فيه المطلق والوقف إذا لم يمكن له شرط؛ لأنها تجوز إلى سنة وفاقًا، وما جاز إليها جاز إلى أكثر منها كالأجل في البيع والمرجع في المدة التي تبقى فيها العين إلى أهل الخبرة، قالا تبعًا للبغوي: فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به، والأرض مائة سنة فأكثر، وقال ابن كج: يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره. انتهى.

وقال الجرجاني: يؤجر الثوب سنة، والدابة عشر سنين، والدار مائة سنة، والأرض ما شاء، وعن الشيخ أبي حامد: يؤجر العبد ستين سنة، والدابة

وَفِي قَوْلٍ لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثِينَ، ....

خمس عشرة إلى عشرين سنة، والدار مائة سنة إلى مائة وخمسين، والأرض خمسمائة سنة فأكثر، وأكثر ما يبيع بثمن مؤجل إلى هذا القدر. انتهى.

ونقلا في النوع عن الرُّويَاني: أنه لا يصح أن يؤجل بألف سنة إذ يبعد بقاء الدنيا إليها، وفي «الشامل» أنه يصح إجارة الأرض ألف سنة، قيل: كالبيع والأجل، ورأيت في «الكافي» عن الْقَفَّال: أنه يصح إجارة ألف سنة، وعن القاضي الحسين المنع، والله أعلم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ لَا يُزَادُ عَلَى سَنَةٍ**) لأن الإجارة جوزت للحاجة، وهي تندفع بسنة.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثِينَ**) لأنها شطر العمر الغالب، والغالب تعيين الأشياء بعدها فلا حاجة إلى الزيادة عليها، وهو وما قبله ضعيفان، وقيل: يجوز أن يؤجر مدة لا تبقى العين فيها غالبًا؛ لأن الأصل الدوام، وصححه في «البسيط»، وقال القاضي الحسين وتبعه الْمُتَوَلِّي: أجمع الحكام أنه لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس.

وقال السرخسي: المذهب منع إجارته أكثر من سنة، وهما غريبان.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي هنا: أقل مدة تؤجر الدار للسكنى يومًا، وذكر في غصب الدار المؤجرة أن المدة التي ليس لمثلها أجرة ثلاثة أيام فما دونها، وهذا تناقض، وينبغي أن تجوز بعض يوم مقدر، وقيل: يفرق بين النفيسة والخسيسة.

فرع: إذا أجر سنتين، فهل يجب تقدير حصة كل سنة؟ الأظهر: لا، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنتين، والثاني: نعم، ويحكى عن رواية الربيع وحرملة والْمُزَنِيّ وفي «الجامع» وممن رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الحداد والفارقي، وفيه إشكال ذكرته في «الغنية».

فرع: المشهور أن إطلاق السنة محمول على الهلالية، وقال شُرَيْح في «روضته»: إذا أطلق هل يصح، وينصرف إلى الهلالية أو لا يصح أو ينصرف إلى العددية؟ ثلاثة أوجه حكاها جدي.

وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ فَيُرْكِبُ وَيُسَكِّنُ مِثْلَهُ، ....

قال شُرَيْح: وعندي أنه إن كان عرف الناس في ذلك البلد الهلال انصرف إليه أو العددي انصرف إليه، فإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، فإن استويا لم تصح الإجارة، وما قاله متعين.

قال: قال الْبَغَوِي: لو قال في أثناء: أجرتك هذه السنة ينصرف إلى ما بقي منها، قال في «الكافي»: وكذا لو قال: هذا الشهر ينصرف إلى ما بقي منه، قال الْبَغَوِي والمتولي: لو قال: أجرتك شهرًا من هذه السنة فإن لم يكن بقي منها إلا شهر صح، فإن بقي أكثر منه قال في «الكافي»: أو أول لم يصح، وقيس بذلك قوله شهرين أو ثلاثة وهكذا.

فائدة: لا بُدَّ من تقدير المنفعة بعمل مضبوط أو بمدة معلومة، ويغتفر ذلك في صور:

منها: استئجار الإمام للأذان كل شهر بكذا، أو استأجره الذمي للجهاد لا يفتقر إلى بيان مدة، ولإثبات إيجار وقدرها كما صرحوا به هناك، والظاهر أن الحكم لذلك في استئجار الآحاد في الصورة التي ذكرها الإمام، وإذا صححنا استئجار الآحاد للأذان اغتفر بيان المدة على وجه.

قال: (وَلِلْمُكْتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ) لم يصح، وقيل: يصح، ويلغوا الشرط يصح، وحكاها الْعِمْرَانِي وغيره واختار الإمام الثاني، ومظهر جريان الأوجه في قوله: بنفسك، وإن لم يقل دون غيرك، وبالفساد فيها جزم في «الكافي».

قال: (فَيُرْكِبُ وَيُسَكِّنُ مِثْلَهُ) دون غيره أي: ودونه فيركب مثله طولًا وقصرًا وضخامةً ونحافةً، ومن هو دونه، وينبغي أن يراعى في اللباس المماثلة في النظافة ونحو ذلك.

قال الْغَزَالِي: إذا شرط ألا يؤجر الأرض المستأجرة فسد العقد، قيل: والأشبه الصحة أو يقال: إنما تجوز إن كان مثله، أو كان حيث لا ينفرد الراكب أو المستأجر بالبديل ينتفع بها في يد المالك أو بإذنه. انتهى. وهو حسن

وَلَا يُسَكِّنُ حَدَّادًا وَقَصَّارًا، وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ، وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالِارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الأَصَحِّ.

لكن ظاهر كلامهم يأباه، نعم يجب الجزم بأنه ليس للمكتري تسليم العين إلى غير أمين بغير إذن المكري.

قال: (**وَلَا يُسَكِّنُ حَدَّادًا وَقَصَّارًا**) أي: لزيادة الضرر، قال في «البيان»: إلا إذا قال لتسكنها وتسكن من شئت فله ذلك، وَأَضَرُّ من يسكن للإذن.

قلت: وفيه نظر إذ يراد بمثل هذا التوسعة بلا إضرار لا الإذن في الضرر، ولا الأضر فلا يظهر جوازه مع التردد ولا سيما إذا كانت الدار نفيسة لا يليق سكناها بحداد ونحوه، وهذا في المؤجر عن نفسه أما عن غيره فلا يجيء ما قاله أصلًا، وقول المصنف مثله لم يفتحوا بحقيقة هذه المثلية، والأشبه تنزيله على من ضرره بالدار ونحوها لأن ضرر المكتري دونه.

قال: (**وَمَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لَا يُبْدَلُ**) أي: لا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع. ورأيت في «فروق» الجويني أنه لا يجوز في إجارة العين أن يعمل العمل عن الأجير على نية الاستنابة إلا بإذن المستأجر، وسبق عن الْبَغَوِي ما سبق، وقوله: معنية الظاهر أنه أراد المؤجر إبدالها بغير رضاه، فالأصح عند الجمهور المنع، وأما بالتراضي فجائز قطعًا، وسبق ما في الإدلال عن المأجور المعين في العقد.

(**وَمَا يُسْتَوْفَى بِهِ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالِارْتِضَاعِ يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي الأَصَحِّ**) أي: وإن لم يرض الأجير؛ لأنه ليس بمعقود عليه، وإنما هو طريق للاستيفاء فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل، والثاني: لا يجوز كالمستوفى منه ورجحه العراقيون، ونسبه في «الشامل» إلى الأصحاب، وحكى الخلاف قولين، والخلاف جار في انفساخ العقد بتلفه.

قال العراقيون: والمنصوص من الانفساخ، وقال: في «خلع الروضة»: إنه المذهب، والمنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور، وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي كالموت. انتهى.

وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب صح، ويعين بالإجماع، وكذا لو قال: ألزمت ذمتك حمل هذا المتاع، فإنه يتعين فلو هلك بطل العقد، ونص الشَّافِعِي على هذا الصداق.

إشارات: أشار المصنف بقوله: عين إلى ما نقلاه عن الشيخ أبي علي أن موضع الخلاف فيما إذا لزم ذمته خياطة ثوب بعينه أو حمل متاع بعينه أما لو استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع، وفي أن العقد لا ينفسخ بهلاكهما، وكذا ذكر نحوه الإمام، وبنى بعضهم الخلاف على الخلاف في الانفساخ بتلف العين مؤنة الرد، وقد نورد عليه ذلك، ويجاب عنه أنها أمانة شرعية فلا يتقاضها وجوب الرد، والحاصل أوجه: أحدها: أنها أمانة يجب ردها، وثانيها: الواجب التمكين منها، وثالثها: مضمونة واجبة الرد، وهذا كله إذا لم يجز بشرط الرد، فإن شرطه قال القاضي أبو الطيب: لزمه بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ.

وقال: من لا يوجبه عليه ينبغي المنع بشرطه، وهذا ما حُكي عن تصريح القاضي الحسين والإمام والعبادي في «الزيادات» حيث قال: وإذا شرط الرد عند انقضاء المدة فالإجارة فاسدة، وبنى على الخلاف وأجرة المنافع التالفة في يده بعد المدة إن ألزمناه الرد ضمنها وإلا فلا، كذا قاله الرَّافِعِي، وينبغي أن يقال: إن ضَمَّنَّاه العين ضمناه الأجرة، وإلا فلا.

قال: (وَيَدُ الْمُكْتَرِي عَلَى الدَّابَّةِ وَالثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ وَكَذَا بَعْدَهَا فِي الْأَصَحِّ وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً اكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ) أي: وغيرها كاستيفاء وحرث ودرس.

(وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا انْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوْ انْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا الْهَدْمُ) هذا إذا كان المعهود في مثل ذلك الوقت لكان في الطريق؛ لأن

وَلَوْ تَلِفَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ كَثَوْبٍ أُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ، وَكَذَا إِنِ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ،

التلف حصل بربطها فيه، فالأول إن كان المعهود في مثل الوقت أن يكون تحت السقف لجنح الليل من الشتاء فلا ضمان، وطرح ذكر الشتاء من «الشرح الصغير» وهذا التفصيل ذكره القاضي الحسين وتبعه الإمام، ونسبه الْغَزَالِي إلى الأصحاب، واستشهد له في باب الوديعة بنص الشَّافِعِي، وجرى عليه الشيخان مع التفصيل.

قال شارح: ولا بد من زيادة في الوقت المذكور بأن تكون العادة جارية بالانتفاع فيه، وعدم الربط ليجعل الربط سببًا للتلف، ولم أر هذه المسألة لغير القاضي الحسين وللنظر فيها مجال، والمتجه من جهة الفقه أنه إن كان بسبب في الربط بتفريط صارت مضمونة عليه تلفت أم لا، وإلا فلا يضمنها تلفت أو لم تتلف، وليس تركه حقه من الانتفاع سببًا مضمنًا، هذا في ضمان الخيانة، فضابطه أن يتسبب التلف إلى فعله، فإن انقضت العادة إن ربطها ذاك الوقت غير مأذون فيه، ولكنه ليس تفريطًا يضمن بالجناية عند التلف دون غيره، وعلى هذا يحمل كلام القاضي من وافقه. انتهى.

قال: (**وَلَوْ تَلِفَ الْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلَا تَعَدٍّ كَثَوْبٍ أُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ**) أي: بفتح الصاد (**لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَّمْ يَنْفَرِدْ بِالْيَدِ بِأَنْ قَعَدَ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ**) لأن المال غير مسلم إليه حقيقة، وإنما استعان المالك به في تشغيله كالوكيل، وقوله: بأن قعد إلى آخره بيان لقوله: إن لم ينفرد، قال القاضي الحسين: وكذا لو حمله المتاع أو متى خلعه، هذا ما أورده الجمهور، وقيل: يطرد الخلاف الآتي هنا.

قال: (**وَكَذَا إِنِ انْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ**) كالمستأجر، وكعامل القراض، والمرتهن، ومنه من قطع بهذا، قال الربيع: اعتقاد الشَّافِعِي أن الأصحاب على الأخير، وأن القاضي يقضي بعلمه؛ ولكن فإنه لا يبوح به خشية قضاة السوء وأجراء السوء.

وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُشْتَرَكُ، وَهُوَ مَنِ الْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ، لَا الْمُنْفَرِدُ، وَهُوَ مَنْ آجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ، وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ، وَقِيلَ لَهُ، وَقِيلَ إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ.

والثاني: يضمن كالمستعير والمستأمن.

قال: (**وَالثَّالِثُ يَضْمَنُ الْمُشْتَرَكُ، وَهُوَ مَنِ الْتَزَمَ عَمَلًا فِي ذِمَّتِهِ**) أي: كعادة الخياطين والصائغين والنساجين والقصارين وغيرهم.

(**لَا الْمُنْفَرِدُ، وَهُوَ مَنْ آجَرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ**)؛ لأن منافعه مختصة بالمستأجر فيده كيد الوكيل مع الموكل، ولأن استحقاقه الأجرة لا تتوقف على العمل؛ بل على التمكين منه فلم يكن العمل وأفعاله بخلاف المشترك فإنه لا يستحق إلا بالعمل.

تنبيه: ما ذكره من تفسير المشترك والمنفرد هو الأصح، ورواه وجه ضعيف نعم قوله في المنفرد: وهو من أجر نفسه مدة معينة ينبغي حذف قوله: «مدة معينة» وإن كان قد ذكره إذ المأخذ كونه أوقع الإجارة على عينه، وقد يكون على عمل من غير تقدير مدة.

قال: (**وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيُقَصِّرَهُ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ**) أي: وغير ذلك.

(**وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ أُجْرَةً فَلَا أُجْرَةَ لَهُ**) لأنه لم يلتزم له شيئًا فصار كقوله: «أطعمني» فأطعمه، قال في «البحر»: ولأنه لو قال: أسكني دارك شهرًا فأسكنه لا يستحق عليه أجرة بالإجماع، وهذا هو المنصوص وقول الجمهور.

(**وَقِيلَ لَهُ**) أي: أجرة المثل؛ لأنه استهلك عمله فضمنه.

(**وَقِيلَ إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ الْعَمَلِ**) أي: بالأجرة (**فَلَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ**).

قلت: وعليه الإجماع الفعلي والعادة مطردة به وفي عارية «الوسيط» أنه الأظهر، وجزم به في «الوجيز» هناك.

قال في «البحر»: وبه أفتى، وقال أبو إسحاق: إن سأله المالك العمل

وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ ....

استحق أو بالعكس فلا، وقيل: بالعكس كذا رواهما الدارمي في باب الآنية، وقيل في كتاب «الغصب» من «النهاية»: إنه إن كان معروفًا بأخذ الأجرة استحق وإلا اختلف الأمر بالرتبة فإن كان مثله لا يطلب عوضًا فلا عوض وإلا وجب، وشهد بالخلاف في الهبة المطلقة واقتضائها الثواب، ويخرج مما حكي عن الشيخ أبي محمد والجعالة إن الأخذ هنا إن قصد الاعتياض استحق، وإلا فلا، وإن صح هذا حصل من تعينه أوجه في المسألة.

تنبيهات: احترز بقوله: «ولم يذكر أجرة» عما لو ذكرها، فإن كانت صحيحة؛ فالمسمى وإلا فأجرة المثل وكذلك الحكم لو عرض له بها كاعمل وأنا أرضيك، أو لترى مني ما يسرك ونحو ذلك ذكره الْعِمْرَانِي وغيره، فإن الأفضل الأسهل أن يقول: فإن عمل لغيره عملًا بإذنه لم يستحق أجرة على النص ليشمل كل صانع، ذكر في «الروضة» آخر الباب أنه لو استأجره لعمل ثياب معلومة فحملها إليه حمَّال فإن شرطت أجرته على أحدهما فذاك وإلا فهي العيان؛ لأنه من تمام العمل، وعبارة الرَّافِعِي: فإن لم يجز شرط فعلى القصار.

قلت: وكان التصوير فيما لو تنازعا في حملها قيل: نقلها أما لو حملها حمَّال أو لا من غير ذكر أجرة، فلا أجرة له على الصحيح، والفرع من «زيادات العبادي» ولعله من يحتج إلى خلاف المرجح، قيل: استثنى الشَّاشِي إذ تبعه الإمام، ولم يذكر له أجرة، ولو دخل حمامًا بلا إذن لزمه الأجرة أو بإذن فعلى الخلاف، قاله الْمَاوَرْدِي، وأطلق الْغَزَالِي والرافعي وجوب الأجرة.

قال: ولا يخرج على الخلاف لاستيفاء المنفعة بنفسه وأبدى التفصيل في «شرحه الصغير» بحثًا والأشبه أن عدم استحقاق الصانع الأجرة محله إذا كان حرًّا مطلق التصرف، أما لو كان عبدًا أو محجورًا عليه لسفه فلا؛ إذ ليسا من أهل التبرع، ولم أر فيه نصًّا.

قال: **(وَلَوْ تَعَدَّى الْمُسْتَأْجِرُ بِأَنْ ضَرَبَ الدَّابَّةَ أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ الْعَادَةِ)** أي: باللجام.

أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّادًا أَوْ قَصَّارًا ضَمِنَ الْعَيْنَ، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رِطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِائَةَ شَعِيرًا أَوْ عَكَسَ أَوْ لِعَشَرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ.

وَلَوْ اكْتَرَى لِمِائَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشَرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ، ....

(**أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ أَوْ أَسْكَنَ حَدَّادًا أَوْ قَصَّارًا ضَمِنَ الْعَيْنَ**) أي: لتعديه ولو أفضى الضرب المعتاد إلى التلف لم يضمن بخلاف ضرب الزوجة لإمكان تأديبها بغيره، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب والرائض والراعي فكلٌّ يراعى فيه عادة أمثاله، ويحتمل من ضرب الرائض ما لا يحتمل من ضرب غيره.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحَمْلِ مِائَةِ رِطْلٍ مِنْ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِائَةَ شَعِيرًا أَوْ عَكَسَ**) لأن الحنطة أكثر فيجتمع ثقلها في مكان واحد، والشعير أخف فيأخذ من ظهر الدابة أكثر.

قال القاضي الحسين: وسواء تلفت بذلك السبب أو بغيره لأن يده بعد ذلك يد عدوان والحنطة والشعير مثال لكن مختلفين في الضرر.

قال: (**أَوْ لِعَشَرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً**) لأنها أثقل، والأقفزة: جمع قفير مكيال معروف يسع اثني عشر صاعًا.

قال: (**دُونَ عَكْسِهِ**) أي: وهو أن يكتري لحمل عشرة أقفرة حنطة فحمل عشرة من شعير؛ لأن حجمهما سواء والشعير أخف.

قلت: وهذا ظاهر إذا لم يجعل على رأس المكيال شيء من الحب، فإن جعل كـ«الشام» فإنه يحمل من الشعير أكثر من الحنطة فلا يكون في الحجم سواء.

فرع: اكترى ليركب بسرج فركب بلا شيء أو عكسه ضمن لضرر الأولى وزيادة الثانية.

قال: (**وَلَوْ اكْتَرَى لِمِائَةٍ فَحَمَلَ مِائَةً وَعَشَرَةً لَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ**) أي: لتعديه بها وأخذها هذا هو الأظهر.

والثاني: يلزمه أجرة المثل للجميع وهو الأصح في «البحر».

وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا، فَإِنْ كَانَ ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ وَفِي قَوْلٍ نِصْفَ الْقِيمَةِ، وَلَوْ سَلَّمَ الْمِائَةَ وَالْعَشَرَةَ إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَحَمَّلَهَا جَاهِلًا ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَّلَ فَلَا أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ، وَلَا يَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ.

والثالث: يتخير بين المسمى وما حصل للدابة من نقص وبين أجرة المثل.

والرابع: يتخير بين المسمى وبين أجرة المثل للجميع.

قيل: أشار بقوله: «وعشرة» إلى أنه لو حمل زيادة يتسامح بها فإنه لا أجرة ولا ضمان وهو كذلك.

قال: (**وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا**)؛ لأنه صار غاصبًا بحمل الزيادة؛ لأنها تلفت من مستحق وغيره فأخذ بتعدد الخيانة.

إشارة: قوله: «بذلك» يوهم أنها لو تلفت بغيره لم يضمنها، وليس كذلك لما ذكرناه.

قال: (**فَإِنْ كَانَ**) أي: صاحبها معها (**ضَمِنَ قِسْطَ الزِّيَادَةِ**).

قال: (**وَفِي قَوْلٍ نِصْفَ الْقِيمَةِ**) كما لو جرحه واحد جراحةً وآخر جراحات وصححه الشيخ أبو محمد، وقيل: الواجب القسط قطعًا وفرق بتيسير التوزيع هنا بخلاف الجراحات، وحكى قول أدرجه أنه يضمن كمال القيمة كما لو انفرد باليد.

قال: (**وَلَوْ سَلَّمَ الْمِائَةَ وَالْعَشَرَةَ إِلَى الْمُؤَجِّرِ فَحَمَّلَهَا جَاهِلًا**) أي: بالزيادة بأن قال له: هي مائة فظن صدقه (**ضَمِنَ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ**) كما لو حمله بنفسه؛ لأن المكتري ملجأ إلى الحمل شرعًا فيأتي فيه ما تقدم.

وقيل: إنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة.

قال: (**وَلَوْ وَزَنَ الْمُؤَجِّرُ وَحَمَّلَ فَلَا أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ**) أي: سواء تعمد العمل أم غلط، علم المستأجر بالزيادة أم لا؛ لأنه لم يأذن في نقلها.

قال: (**وَلَا يَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ**) أي: الدابة إذ لا بُدَّ ولا تعدٍّ وتفاريع المسألة واضحة وبقي النقل والحمل ثلاثة أحوال أخرى نصًا تدرك بمراجعة المبسوطات.

وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً فَقَالَ بَلْ قَمِيصًا فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ، وَلَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ، وَعَلَى الْخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ.

تنبيهات: ما سبق فيما إذا اتفقا على الزيادة وعلى أنها للمكري فإن اختلفا في أصلها وقدرها صدِّق المنكر بيمينه، ولو ادعى المكتري أن الزيادة له والدابة بيده صدق بيمينه، وإن لم يدعها واحد منهما تركت بيد من هي بيده ولا يلزم المكتري أجرتها، لو وجد المحمول ناقصًا عن المشروط فإن كان قدرًا يقع بين الكيلين فلا أنزله وإن كان أكثر، قال **الْمُتَوَلِّي**: إن كان المكري قد كاله حط من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المكتري فإن علم فإن كانت إجارة ذمة فكذلك؛ لأنه لم يف بالشروط، وإن كانت إجارة عين؛ فالحكم كما لو كان المستأجر بنفسه ونقص فلا يحط شيء من الأجرة؛ لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل وذلك كافٍ في تقدير الأجرة.

قلت: هكذا نقلاه وقوله: «حط من الأجرة بقسطه» إن كانت أزيد بالتراضي فسخ العقد فيما بقي فذاك وإلا فالقياس أنه يلزمه نقل ما نقص، وهل للمستأجر الخيار عند التصرف بذلك؟ الأشبه نعم فتأمله.

قال: (**وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً فَقَالَ بَلْ قَمِيصًا فَالْأَظْهَرُ تَصْدِيقُ الْمَالِكِ بِيَمِينِهِ**) لأنه المصدَّق في أصل الإذن فكذا في صفته، والثاني: تصديق الأجير؛ لأنهما اتفقا على إذنه في القطع، والظاهر أنه لا يتجاوز إذنه والأصل براءة ذمته من الغرم، هذا أصح الطرق عند الشيخين وغيرهما، ومن الأصحاب من لم يثبت هذين القولين، ومنهم من قطع بالأول، ومنهم من نقل ثلاثة أقوال: ثالثها: يتحالفان وصححه جماعة، ومنهم من قطع به، ومنهم من قال: جرى بينهما عقد تحالفا وإلا ففي المصدق قولان.

قال: (**وَلَا أُجْرَةَ عَلَيْهِ**) أي: بعد حلفه؛ لأن العمل يصير غير مأذون فيه.

(**وَعَلَى الْخَيَّاطِ أَرْشُ النَّقْصِ**) أي: قطعًا، وادعى الإمام الاتفاق عليه؛ لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان، وقيل: في وجوبه وجهان ثم في الأرش الواجب وجهان، وقيل: قولان أحدهما: ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا.

فَصْلٌ

لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَرٍ وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْأُجْرَةِ، وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنَيْنِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا الْمَاضِي فِي الْأَظْهَرِ،

قال الفارقي: وهو الصحيح، والثاني: ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباءً، وضعفه ابن الصباغ وغيره؛ لأنه بالعدول عن القميص ضمن بالقطع من أصله فعلى الثاني إن لم ينقص فلا شيء عليه وفي استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص وجهان، قال ابن أبي هريرة: نعم، وبه جزم الْبَغَوِي وغيره، وقال الرُّويَانِي وغيره: إنه ليس بشيء؛ لأنه لم يقطعه للقميص، وأصحهما المنع ونقله الْعِمْرَانِي عن النص.

قال: (**فَصْلٌ لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِعُذْرٍ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ وَسَفَرٍ وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ**) أي: ونحوها إذ لا خلل في المعقود عليه وكما لو اكترى غريب دارًا ثم بدا له العود إلى وطنه.

قال: (**وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ**) أي: أصابه وحده كسيلٍ أو جرادٍ وفأرٍ ونحوها.

(**فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْأُجْرَةِ**) بلا خلاف؛ لأن الجائحة ألحقت زرع المستأجر لا منفعة الأرض فأشبه الزاد المكري يحترق بزه، ثم إن أمكن أن يزرع زرعًا آخر أو ينتفع بها بما ضرره ضرر والزرع والمسمى يستقر في كل حال، أما لو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة انفسخت في المدة الباقية، ثم إن ذلك بعد فساد الزرع ففي استرداد شيء من الأجرة احتمالات للإمام، وصحح الْغَزَالِي المنع وجزم بعض أصحاب والإمام بمقابله، وإن فسدت الأرض أولًا فأصح الاحتمالين وفاقًا للاسترداد.

قال: (**وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الدَّابَّةِ وَالْأَجِيرِ الْمُعَيَّنَيْنِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ**) لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها.

قال: (**لَا الْمَاضِي فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لاستقراره بالقبض.

فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى، وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ ....

اعلم أن طريقة القولين ضعيفة والمذهب القطع بالمنع وأنهما والجمهور قالوا هنا: فيه الطريقان فيما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل قبضه والمذهب فيها ذلك، وكذا قال في «المنهاج» هناك.

قال مفرعًا على المذهب: الأظهر.

(**فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى**) أي: تفريقًا على أنه لا خيار له وهو الأصح في «الشرح الصغير» وقال في «الكبير» و«الروضة»: أصحهما عند الإمام والبغوي: لا، والثاني: نعم، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون.

قلت: ومنهم الْبَنْدَنِيجِي والجرجاني والعمراني والقاضي الحسين في موضع، ورجحه في آخر كما قال ابن الرِّفْعَة.

وقال في «البحر»: إن كانت الأجرة عرضًا فله الخيار لتضرره بالتبعيض، وإن كانت نقدًا فلا، ومنهم من خرَّجه على وجهين، انتهى. والتفصيل حسن غريب.

تنبيهات: لا يخفى أن ما ذكرناه فيما إذا كان بعد القبض، ومضى مدة لمثلها أجرة وإلا فينفسخ في الجميع، قال القاضي الحسين: الاعتبار بتقويم المنفعة حالة العقد لا بما بعده، انتهى.

وطريقة التقويم أن تقوم المنفعة في المدتين، ويوزع المسمى عليها لا على المدتين، فإن ذلك يختلف إذ قد تزيد أجرة شهر على شهرين فأكثر لكثرة الرغبات فيه دون غيره، ولا فرق في كون الموت بآفة سماوية أو بغيرها، وقيل: إن الأجرة تستقر بإتلاف المستأجر كإتلاف المبيع، والفرق واضح واحترز المصنف بالمعينين عما في المدة.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَاقِدَيْنِ**) أي: أو أحدهما؛ لأنها عقد لازم كالبيع، وشذ أبو حنيفة فقال: تنفسخ بموت كل منهما.

إشارة: استثنى صور:

منها: لو أجر الموصى له بالمنفعة العين ثم مات؛ فإن الإجارة تبطل على

وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ، وَلَوْ آجَرَ الْبَطْنَ الأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالِاحْتِلَامِ فَالأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ لَا الصَّبِيِّ.

الصحيح ونسبه أن يلحق المقطوع.

ومنها: لو أجر عبده المعلق عتقه بصفة فوجدت مع موته أو أم ولده؛ فالأصح انفساخها بموته، وكلام الشيخين في أول كتاب «الوقف» يفهم خلاف ذلك، وليس بجيد.

ومنها: استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن حائز سقط حكم الإجارة، فإن كان على أبيه دين ضارب مع الغرماء، ولو كان معه ابن آخر انفسخت الإجارة في حصة المستأجر، ورجع بنصف الأجرة في تركة أبيه.

قال: (**وَمُتَوَلِّي الْوَقْفِ**) أي: سواء فيه الحاكم ومنصوبه، والمشروط له النظر فيه مطلقًا؛ لأنه ناظر للجميع لا يختص تصرفه ببعض الموقوف عليهم، وحكي في الانفساخ وجه في ثبوته نظر فإن ثبت فهو في غير الحاكم أو أمينه كما اقتضاه كلام جماعة.

إشارة: لو كان الناظر على الجميع أخذ الموقوف عليهم فشبيه أن يأتي في الانفساخ في نصيبه خاصة ما يلقي في البطن الأول.

قال: (**وَلَوْ آجَرَ الْبَطْنَ الأَوَّلَ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا، أَوْ الْوَلِيُّ صَبِيًّا مُدَّةً لَا يَبْلُغُ فِيهَا بِالسِّنِّ فَبَلَغَ بِالِاحْتِلَامِ فَالأَصَحُّ انْفِسَاخُهَا فِي الْوَقْفِ**) أي: لأن المنافع بعد موته لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة عنه.

(**لَا الصَّبِيِّ**) لأنه كان وليًا حين تصرفه، وقد بناه على المصلحة فيلزم.

والثاني: لا تنفسخ في الوقف كما لو أجر ملكه ومات وتنفسخ في الصبي؛ لأنه بان أنه زاد على أجر ولايته.

تنبيهات: منها: وقع في كلام جماعة خبط في إجارة البطن الأول في «التحرير» في التصوير أن يكون الواقف قد جعل لكل فرد من كل بطن أن ينظر في نصيبه أو يقول: إن له النظر على وجه بعيد عند عدم الشرط والمذهب خلافه، ولو أذن له من له النظر العام فلا انفساخ؛ لأنه وكيل ومما ذكرناه يعلم

……………………………………………………………

أن قول: «البطن الأول» ليس يفيد؛ بل كل البطون كذلك وصحح جماعة عدم الانفساخ، وبنى بانون الخلاف على أن البطن الثاني ممن تلقى الوقف.

ومنها: أطلق الشيخان قولهما فبلغ بالاحتلام، وقيده الْمَاوَرْدِي بما إذا بلغ رشيدًا، وهو قضية كلام القضاة الطبري والحسين والروياني، فإن بلغ سفيهًا استمرت على الوجهين، وإجارة ماله كإجارة نفسه فيما ذكرناه، ولو بلغ بالسن رشيدًا فإن كان ابن تسع فأجرة عشر سنين فطريقان، قالا: قال الجمهور: يبطل في الزائد، وفي غيره قولا تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالبطلان في الجميع.

قلت: وهو ما نقله الإمام والغزالي عن الأصحاب، ثم نقلا التفصيل عن القاضي الحسين ومالا إليه، وقال الْمُتَوَلِّي: إذا تحقق بلوغه قبل المدة أو كان للظاهر لم يصح العقد على الصحيح من المذهب، ثم حكى التفصيل عن بعضهم وتبعه. قال: وكذا الحكم في إجارة ماله.

ومنها: الولي هنا يشمل الأب والجد والوصي والحاكم والقيم، ووقع في «الروضة» أن الرَّافِعِي صحح في «المحرر» الانفساخ في إجارة الولي الصبي، وهو وهم وإنما هو كـ«المنهاج» ولو أجر الولي بالجنون فأفاق رشيدًا، وكبلوغ الصبي بالإنزال، وحيض الأنثى كإنزال الذكر، والظاهر أن رشد السفيه كذلك، ولم أره نصًا، وعن الْبَنْدَنِيجِي أنه لو مات الصبي في المدة بطلت الإجارة في نفسه دون ماله، وكنت أود أن لو قيل: إن إجارة الحاكم للصبي وماله لا تنفسخ في مسألتنا ونحوها بخلاف غيره.

ومنها: لو كان الوقف لا يترتب فيه فأجرة الموجود من أهله ثم حدث منهم مستحق آخر بأن وقف على أولاده من يحدث منهم فحدث ولد آخر.

قال شارح: يظهر أن يكون الحكم في مقدار حصته كما في «المرتب»، قال ابن الرِّفْعَة: قال: وكذا قال فيما إذا كان وقف شريك فأجر بعضهم ثم حدث له ولد؛ لأنه حين أجَّر لم يكن واليًا على ولده لعدم وجود أي والٍ على

....

الوقف، ومقصود ابن الرِّفْعَة أنه ليس بولي الصبي؛ بل فالبطن المرتب وهو صحيح، انتهى.

ومنها: إذا جوزنا للموقوف عليه أن يؤجِّر في حق نفسه فله الإيجار بدون أجرة المثل كما له التبرع بالإمكان، وقد صرح به الإمام؛ ولكن إذا أجر بدون أجرة المثل ومات.

قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يجزم في هذه الحالة بالبطلان، وقال في كتاب «الوقف»: لا يشترط أن يؤجر بأجرة المثل؛ لكن لو مات وقد بقي من المدة شيء بان بطلان الإجارة وفيه وجهان.

ومنها: عبارة «المعظم» في صورتي الكتاب الانفساخ وعدمه، ولم يجزه الصيدلاني والإمام وطائفة إذ الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد، ورد الخلاف إلى أنه هل يتبين البطلان لأنه تصرف فيما لا يملك؟ هذا حسن، ويخرج من العبارتين خلاف في أن تفريق الصفقة في ذلك هل هو في الدوام أو الابتداء أو يتولد من ذلك فائدة في الأحكام؟

مطلب مهم:

إذا أبقينا إجارة الوقف وكان البطن المؤجر قد قبض الأجرة، وتصرف فيها لنفسه رجع من بعده لحصة في تركته، وإن لم يكن فبقيت فالرجوع على المستأجر، ولو كانت قد قبضت، وهي باقية رجع في عينها بقدر ما يستحقه منها، ولو كان القابض قد صرفها في مصالح الوقف المقدمة على الموقوف عليه شرعًا فلا رجوع، قاله ابن الرِّفْعَة تفقهًا ولا شك فيه.

قال: وفيما ذكره الأصحاب من ذلك دلالة ظاهرة أن للموقوف عليه أن يتصرف لنفسه في كل الأجرة، وإن احتمل كونها لغيره؛ لأنا نحكم له بالملك في الحال، ولأن المستأجر ملك المنفعة، وقضية إن ملك عليه ما قابلها، وإنما نبهت على ذلك؛ لأن بعض من أدركنا من القضاة الفضلاء العلماء كان يمنعهم من التصرف في كل الأجرة ولا يصرفها له جملةً خشية انتفائها لغيره

....

وكان يفعل ذلك أيضًا فيما يحل من أجور الوقوف الموفاة، وما ذكرته من كلام الأصحاب مع ما وجهته متنازع فيه، وقد يقال: لا سبيل إلى منع التصرف؛ لكن لا بُدَّ من المطالبة بكفيل إذا كان المؤجر الحاكم أو الناظر خشية من انكشاف الحال؛ إذ المستحق غيره كما يفعل مثله في دفع التركة ليس بذي فرض من الأجرة ونحوه، حيث إن لم يثبت ألا وارث سواه، انتهى.

قال تلميذ له: وينبغي التفصيل بين طويل المدة وقصيرها فإذا طالت المدة بحيث يبعد احتمال بقاء موجود من أهل الوقف حتى يستحقها فيظهر منعه من التصرف، وإن قصرت المدة أيضًا فكان استحقاقًا مشروطًا بشرط آخر، فيتوقف جواز التصرف عليه، وإن لم يكن مشروطًا يشترط آخر من مضي زمان ولا غيره، فيظهر ما قاله ابن الرِّفْعَة، وأما القسمين الأوليين فالحق ما قاله بعض القضاة، والملك في الأجرة لجهة الوقف فلا يلزم أن يكون بذلك المعين الموجود، انتهى.

قلت: ولا نقل عند ابن رفعة وتلميذه، والظاهر أراد بإشارته ابن دقيق العيد شيخه.

مطلب: وموافقة قول الْقَفَّال في «الفتاوى» أنه لو وقف على أولاده ثم أولاده ثم نسلهم الفقراء فأجرة القيم عشر سنين مثلًا، وأخذ الأجرة لم يجز له أن يعجل الأجرة له وإنما يعطي بقدر ما مضى من الزمان، فإن دفع أكثر مما مضى فمات الآخر فعلى القيم ضمان الزيادة للمستحق بعده، انتهى.

وهو حق يجب اعتماده، وليس في كلام الأصحاب ما يخالفه، ورأيت في «فتاوى» الشيخ عز الدين بن عبد السلام أن الناظر إذا أجر الوقف ثلاثين سنة، وقبض الأجرة هل يقسطها على الوقف عليهم أو يمسكها عنده؟

قال: يختلف ذلك باختلاف الأوقاف والمستحقين فإن كان الوقف لجماعة ولآخرين بعدهم قسطت الأجرة على السنين، وأعطى كل واحد منهما ما يستحقه مدة حياته، فلو قسما الكل عليهم بالتسوية لأخذوا ما لا يستحقونه

وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ.

لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اُسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، ....

أو بعضهم، وليس للناظر إمساكه عنده لإمكان ضياعه مع إمكان إيصاله إلى مستحقه، وإن كان الوقف مدرسةً أو متاعًا أو نحو ذلك فلا يقسم الأجرة على قدر الحاجيات؛ بل يقسمها على المشهور في الثلاثين سنة، وتقسط عند انقضاء كل شهر حصة ذلك الشهر على حسب الحاجيات، ولا يجوز أن يتلف واحد منهم حاجيته شهرين؛ لأن شرط الواقف غير معلوم الحصول في المستقبل ولا يستحق بمجرد حياته بخلاف القسم الأول، انتهى.

وهذا صحيح، وأما ما ذكره في القسم الأول ففيه نظر، وكلام الْقَفَّال مصرح بخلافه فهو المنقول المعتمد.

قال: (**وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِ الدَّارِ**) أي: لزوال الاسم.

(**لَا انْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ اُسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ، بَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ**) لأن الأرض باقية، والزرع ممكن بغير الماء المنقطع وإنما يثبت الخيار إذا امتنعت الزراعة بغيره، فإن قال المؤجر: أنا أسوق الماء إليها من موضع آخر سقط الخيار، كذا جزما به، وحكى الْمَاوَرْدِي خلافًا في سقوطه، وهل نقول: تسقط بعد ثبوته أو لم تثبت؟ الظاهر الأول، وهذا كله إذا بادر إليه المؤجر، أما لو بعد فيبتعد الاكتفاء به، وجزم الْمَاوَرْدِي ببقاء الخيار عند مجرد الوعد.

تنبيهات وفروع: كلام المصنف يفهم أن الصورتين على وجهين لعطفه على قوله، والأصح ليس كذلك وإنما فيهما ثلاث طرق أصحهما فيهما قولان: أظهرهما: ما رجحه، ومقابله أنها لا تنفسخ، بل يثبت له الخيار، وفي الدار لإمكان انتفاعه بالعرصة.

قال في «البحر»: وهو خلاف النص وغلط أيضًا؛ لأن العقد تناول منفعة الدار والعرصة ليست بدار ولا منفعتها منفعة دار فلا أثر لبقائها، وقيل: قوله وإنها تنفسخ هو خبر مبتدأ محذوف لا معطوف على ما قبله وتقديره: «والأصح أنها»، وكذا عبارة «المحرر» وهذا لم يحضر للمصنف، ولا يقنع وإنما قصد

....

الاختصار، وغيره قول «المحرر»، والأصح لم يذكر حالة الكتابة حقيقة الخلاف و«المحرر» لم يلتزم شيئًا إذا مضى العقد عند انقطاع الماء ثم أراد الفسخ، فإن كان الماء ميؤسًا منه في بقية المدة لم يمكن، قاله الإمام، وإن كان مؤجرًا فله ذلك كامرأة المعسر والمولى، ويوجب ابن الرِّفْعَة في ثبوت الخيار إذا كانت المدة قريبة وفي تمكينه من الفسخ إذا رضي والمدة قريبة وأراد أن يفسخ قبل انقضائها بخلاف الرأيين؛ لأنه لا مدة ترجى زوال المحدد فيها لو انهدم بيت الدار انفسخ العقد فيه.

وفي الثاني: قولان إن قلنا: لا ينفسخ يجز، قاله القاضي الحسين، وإذا قلنا: بالانفساخ كموت العبد وقد مرّ غرق الأرض بسيل أو بماء نبع فيها لا يتوقع إجارة عينها مدة الإجارة كانهدام الدار، قاله الرَّافِعِي.

قال ابن الرِّفْعَة: والذي في تعليق القاضي الحسين وكتب العراقيين الجزم بانفساخها في بقية المدة، وفي الماضي طريقان: أحدهما: على قول التفريق.

قال الْمَاوَرْدِي: وهو فاسد، وأصحهما القطع بعدم الانفساخ وإن توقع الإيجار يجبر المستأجر كتعطيل الرحى لانقطاع الماء والحمام لخلل، والأبنية أو لنقص الماء في بئر ونحوه كانهدام الدار وكذا لو استأجر قناةً فانقطع ماؤها فإن نقص ثبت الخيار ولم ينفسخ، كذا نقله الرَّافِعِي عن «شرح المفتاح» وهو مشكل جدًا.

وقال في «البحر»: لو نقص البئر فإن كان معهودًا في وقته فلا خيار، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت، فإن مع نقصانه كافيًا لحاجة المستأجر من شرب أو طهور فلا خيار وإلا فله الخيار، ولو نقص ماء الرحى فله الخيار إلا أن يكون معهودًا على المستأجر من يده فلا فسخ ولا خيار، واستدلال قول الشَّافِعِي في «الأم» في تقرير أن المستأجر لا يخاصم الغاصب إلى أن قال: ولا يكون عليه كراء؛ لأنه لم يسلم له المنفعة أو يكون الغصب على المكتري دون رب الدار فيكون ذلك سببًا أصيب به المكتري كما يصاب ماله فيلزمه المكري إياه من تعدي عليه سلطان أو لا تعدي، انتهى.

وَغَصْبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ.

وليس مخالفًا لقول القاضي أبي الطيب، وإنما هذه صورة خاصة قصد الغاصب فيها التعدي على المستأجر خاصة [.....] كما نعرفه لقلنا بسقوط الأجرة كتلف المنافع قبل القبض، ولكن قد رأيت كلام الشَّافِعِي، ولعل وجهه أن الانفساخ إنما يكون سببًا من جهة المالك، وذلك إذا حصل الغصب عليه سواء كان من يده أم من يد المستأجر، أما حيث لم يقصد العدوان إلا على المستأجر، فلا والقبض وإن لم يتكامل؛ لكنه حصل من وجه دون وجه فلم يلحق بالمالك، وهو مما يجب أن ينظر فيه، وابن الرِّفْعَة أخذه مسلمًا واعتمده وهو معذور، انتهى.

قلت: هذا مشكل وما أظن الأصحاب يسمحون بموافقته، فيتعين تأويله ويلزم منه أنه لو جهل قصد الغاصب لا يثبت للمكتري خيار ولا رجوع بأجرة لجواز أن يكون هذا المقصود، قالوا: خاصة ولا أشك أن الأصحاب يسمحون بذلك، والله أعلم.

القسم الثاني: غصب المالك إما بعد القبض، وإما قبله فإن امتنع من التسليم حيث يجب فطريقان: أحدهما: كغصب الأجنبي، وأصحهما: القطع بالانفساخ.

الثالث: غصب المستأجر بأن أخذه قبل توفير الأجرة بغير إذن المالك ونحوه، فلا انفساخ ولا خيار وتستقر الأجرة.

الرابع: غصب الحربي وغرق الأرض وإباق العبد فهو في بعض المدة على ما سبق لبقاء بعض المعقود عليه، وأما في جميع المدة، فلا وجه للقول بالخيار لعدم التضمين فينبغي القطع بالانفساخ، وممن ذكر صورة الإباق القاضي أبو الطيب ولم أر أحدًا قاله.

[قال]: (**وَغَصْبُ الدَّابَّةِ وَإِبَاقُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ**) فكذلك أشكل الخلاف في «المحرر» و«المنهاج» وأخرج إلى حمله ما إذا لم تنقض المدة، والظاهر أنه أراد مسألة الغصب وترجيح ما اقتضاه الترجيح على البيع موافقة الرُّويَانِي على خلاف ما رجحه الجمهور، ولف معها مسألة الإباق فجاء الإشكال، وكثر مما

....

يحصل ذلك من لفِّ المسائل يحصل به ذلك كثير وغرق الأرض لم يتوقع إعساره فكانهدام الدار، وإن توقع أثبت الخيار كالغصب هل يقضي المدة وإن كان في بعض الأرض فبالتوزيع والتفريع ولا يخفى، انتهى.

تنبيه: هذا كله إذا كانت الإجارة على العين مقدرة بمدة، فإن كانت في الذمة فعليه الإبدال، فإن امتنع الري عليه والتعيين عما في الذمة لا يثبت له حكم المعين في العقد وعاينه أنه إذا تلف تعين الفسخ دون أصل العقد فيلزم الإبدال، وإن كانت الإجارة على العين ولكنها مقيدة بعمل كبعير يركبه إلى مكة، فلا ينفسخ بالغصب، وله أن يركبه متى قدر عليه؛ لأن المنفعة المقدرة بعمل، وإن وجب تسليمها عقب العقد ولم يجز تأجيلها عنده لا نقول: إن ذلك الزمان يتعين لها؛ بل هي كالدين الحال والعين كالبيع فلا يبطل بتأخير قبضه هذا مقتضى كلام العراقيين، وكلام المراوزة يخالفه، ويقولون: الإجارة تنتهي إذا انقضى زمان منع استيفاء المنفعة.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن كلام الْمَاوَرْدِي والروياني يفهم طرد الخلاف؛ لأنهما قالا: فإن كان الركوب مقدَّرًا بمدة يخير بين شيئين:

أحدهما: المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب.

والثاني: فسخ الإجارة وإن كان مقدرًا بالمساقاة يخير بين ثلاثة: الفسخ، والرجوع بالمسمى، والإجارة، والرجوع على الغاصب والإجارة وركوب الدابة إلى المسافة.

قال في «النهاية» عند الكلام في مؤن الرضيع ما يعضده، قيل: أما الماوردي فإنه أجمل في أول كلام الإجارة على المعين مع الإجارة على المدة، وقسم كلامهما إلى ما يتعذر المدة، وأن ما يقدر بمسافة، ثم ذكر في فصل مطلق ما نقله ابن الرِّفْعَة فهو يقتضي ذلك بإطلاقه، واستنفذنا منه تقييد ما قدمناه من أن الإجارة على الذمة تجب فيها الإبدال، وتبعًا في إطلاقه الرَّافِعِي، وذلك إنما يكون إذا لم تكن الإجارة في الذمة مقيدة بمدة، وإذا ما قدرت بمدة

فَصْلٌ

وَلَوْ أَكْرَى جِمَالًا وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَّالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا اقْتَرَضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ وَثِقَ بِالْمُكْتَرِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ، ....

فإنها تنفسخ بمضي المدة، وقد صرح به الْمَاوَرْدِي في أول كلامه في شرود البعير، وصار الكلام متحدًا في الإجارة المقدرة بمدة سواء فيه إجارة الذمة والعين في إجارة العين المقدرة بعمل، وصح إطلاق الْمَاوَرْدِي أيضًا؛ لكنه في مسألة هرب الجمال.

قال: إذا كانت الإجارة على بعير بعينه مدة بطلت بانقضائها وإن كانت إلى بلد بعينه لم تبطل بالتأخير، وإن كان المستأجر بالخيار بين المقام والفسخ؛ فكلامه هذا وجزمه به يبين أن مراده فيما حكاه ابن الرِّفْعَة فيما إذا كانت الإجارة على الذمة، وأما الإمام فصحيح عنه ما ذكره، وقد ذكرنا ما يقتضيه كلام المراوزة، وهو يفهم فحصل في إجارة العين المقدرة بعمل طريقان:

أحدهما: القطع بما قاله الْبَغَوِي والرافعي من عدم الانفساخ.

والثاني: إجراء الخلاف، انتهى.

فرع: ذكر صاحب «التعجيز» في شرحه أنه لو غصب الدابة أو هرب أو أبق العبد بتفريط من المستأجر لزمه المسمى كما لو فرط في الرقبة ضمنها، وأن الخيار يبعث المأخوذ على التراضي؛ لأن بسببه تعذر قبض المنفعة، وذلك يتكرر بمرور الزمان.

فصل

قال: (وَلَوْ أَكْرَى جِمَالًا وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ الْمُكْتَرِي رَاجَعَ الْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ الْجَمَّالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا اقْتَرَضَ عَلَيْهِ) لأن ذلك الممكن.

(فَإِنْ وَثِقَ) أي: القاضي. (بِالْمُكْتَرِي دَفَعَهُ إِلَيْهِ) أي: سواء اقترض منه أم من غيره، هذا هو المشهور وحكى القاضي أبو الطيب فيه القولين الآتيين، وصرح بهما هنا جماعة منهم صاحب «الشامل» و«الكافي» وأبداه الرَّافِعِي في كتاب اللقيط بحثًا، وقال: إنهم لم يذكروه.

وَإِلَّا جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ، وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يثق به.

(**جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ**) أي: لينفقه عليها لتعينه طريقًا.

(**وَلَهُ**) أي: القاضي.

(**أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ النَّفَقَةِ**) أي: عليها، وعلى من يخدمها، ولا يخرج على الخلاف في بيع المأخوذ؛ لأنه محل ضرورة.

(**وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ**).

قلت: وقيل قطعًا لأنه موضع ضرورة، ولأن الحاكم قد لا يجد قرضًا أو لا يراه.

قال الرَّافِعِي وغيره: وكما لو استقرض منه ودفع إليه وقد سبق أن هذه الصورة على القولين أيضًا لا كما ظنه الرَّافِعِي.

والثاني: المنع؛ لأنه يؤدي على تصديقه فيما يستحقه على غيره بل يأخذ المال منه، ويدفعه إلى أمين يعطيه كل يوم قدر الحاجة.

إشارة: أطلقا أن الحاكم يقرض، وعبارة جماعة اقترض من بيت المال أو من أجنبي فإن لم يجد اقترض من المستأجر، وعبارة «التتمة»: اقترض من بيت المال، فإن لم يكن اقترض من إنسان، فإن لم يجد اقترض من المستأجر، والظاهر أن هذا على وجه الأولوية ظاهر كلام المصنف وغيره أن الصورة فيما إذا كانت إجارة عين، وصرح الْمُتَوَلِّي باستواء حكمها، وحكم إجارة الذمة فيما سبق، وفيه وقفة للمتأمل؛ لأن الحاكم قد يرى البيع في إجارة الذمة دون إجارة العين [وقد] أطلقا كما سبق أنه منع منها قدر المؤنة، وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون فيها فضل أو لا، ويوافقه تصوير الْبَغَوِي وغيره المسألة في الدابة الواحدة، وبيع بعضها كذلك، وأما العراقيون فعبارتهم: فإن كان في الجمال فضل باعه، وأنفق عليها، وإن لم يكن أقرض الحاكم عليه، وقضية كلام جماعة؛ لأنه لا يبيع منها شيئًا إلا إذا لم يجد قرضًا.

....

قال القاضي الحسين والإمام: إذ وجده ولم يره.

وإن قلنا: بالأظهر من القولين؛ فالأولى كما قاله الْمَاوَرْدِي: أن يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة أسقط التنازع.

قال في «البحر»: وإن لم يقدر الحاكم ذلك جاز لاختلافه باختلاف المنازل، فينفق بالمعروف من غير سرف ولا تقصير، فلو اختلفا بعد ذلك في قدر ما أنفق فثلاثة أوجه أشار إليها في «الأم» أحدها: القول قول المكري؛ لأنه يدعى عليه مالًا، والأصل براءة الذمة، وأصحها: أن القول قول المكتري في قدر المعروف لأنه أمين، والثالث: يرجع إلى عرف الناس، فإذا وافق ذلك قول أحدهما فهو المعمول عليه، قال في «الحاوي»: وهذا اختيار الشَّافِعِي، وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين فقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلًا بين الناس. انتهى.

قال الفوراني وغيره: لا يجوز بيع جميعها في المؤنة، وبه يشعر كلام المصنف وغيره قالوا: خشية أن يأكل منها بخلاف غير المستأجر؛ لأن حق المكتري هنا متعلق بأعيانها فليس لأحد تفويته، وضعفه في «الذخائر»: بأن البيع لا يثبت عليه حقه، فإنه لا [يصح..] انتهى.

وفي «البحر»: وإن لم يجد الحاكم وكان في الجمال فضل باع منها بقدر نفقتها، ولا يبيع الكل لحق المكتري ذكره أبو إسحاق، وإن لم يكن فضل يقول الحاكم للمكتري: أنفق عليها إلى أن تستوفي حقك من المنافع ثم يرجع على المكري، هكذا قال القاضي الطبري، ثم حكى طريقة القولين عن بعض الأصحاب عن «الأم»، والظاهر أن هذا كله في إجارة العين، أما لو كانت إجارة ذمة، ورأى الحاكم النظر للجمال في بيعها وإلا اكترى للمكتري ببعضه فله ذلك قطعًا حيث يجوز له بيع مال الغائب بالنظر كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وكما قالوا في المعينة هنا بعد فراغ الإجارة: لو أنفق المكتري بغير إذن الحاكم مع إمكانه لم يرجع، وإن لم يكن حاكم فأنفق وشرط الرجوع رجع على الأصح، وصحح الْمُتَوَلِّي أنه يرجع أيضًا إذا ترك الإشهاد عجزًا عنه، فإن

وَمَتَى قَبَضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الدَّارَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتْ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ، ....

قلنا: له الرجوع فاختلفا في قدر النفقة قال الإمام: القياس تصديق الجَمَّال وفيه احتمال؛ لأن الشرع سلطه عليه، وأطلق في «البسيط» احتمالين بلا ترجيح، قال الإمام: ولو كان في الموضع حاكم وعسر إثبات الواقعة عنده فهو كما لو لم يكن حاكم.

فرع: لو هرب المكري بالجمال والإجارة على الذمة اكترى الحاكم عليه من ماله إن أمكن وإلا اقترض عليه كما سبق ثم اكترى عليه.

قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الإكراء إلى المستأجر؛ لأنه يصير وكيلًا في حق نفسه، وقال في «البحر»: ولا يجوز أن يدفع على المكتري مالًا ليكري نفسه بنفسه نصَّ عليه «الْبُوَيْطي». انتهى.

وإن تعذر الإكراء عليه بألا يجد الحاكم مقرضًا أو [أنه] لم يرد ذلك خوفًا ألا يتوصل إليه فيما بعد، فللمستأجر الخيار كما لو انقطع المسلم فيه في محله، فإن فسخ؛ فالأجرة دين له على الجمال، وإلا فله مطالبته إذا عاد بما التزمه.

وعن ابن داود: أن له الخيار بنفس الهرب، وإن كانت إجارة عين؛ فللمستأجر فسخ العقد كما إذا أبق العبد هكذا أو رده.

وفي «البسيط»: وإذا هرب بالجمال والإجارة على العين انفسخت الإجارة، وهذا الإطلاق غريب، وعبارة «الوسيط»: فله الفسخ وإن مضت المدة انفسخ، انتهى.

قال: (وَمَتَى قَبَضَ الْمُكْتَرِي الدَّابَّةَ أَوْ الدَّارَ) أي: مثلًا.

(وَأَمْسَكَهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ اسْتَقَرَّتْ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ) لأن المعقود عليه تلف تحت يد متملكه فلزمه بدله كالمبيع المقبوض، ولا يتمكن من السفر عليها إلى بلد آخر، ومن استعمالها في تلك المدة، ولا فرق بين أن يكون عدم انتفاعه بعذر كمرض وخوف وعدم رفقة وغيرها، أو بغير عذر وليس له فسخ، ولا إلزام المكري باسترداد الدابة في إجارة العين إلى تيسر الخروج.

وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ ....

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان الامتناع لعذر في الدابة كمرضها أو لخوف في الطريق فلا أجرة على المستأجر لا ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا منه يجوز أن يحمل ما إذا لحق سائلًا لركوبها وارتكابها في كل الجهات أو كان الغرض الأعظم ركوبها في السعي، وركوبها في الحضر بآفة النسبة إليه، وإذ قال: يصح ما قاله؛ لأنه لا يرى أنه إذا اكترى للركوب إلى موضع جواز الركوب إلى [الحضر بِلَا حَاجَةٍ للدابة] وذكر هذا أنه وجه، والصحيح ما قاله الرَّافِعِي، واستفتى القاضي الحسين في ضمان الدابة إذا خرج بها حال الخوف أن يقول حال العقد: إنما خرج مع الخوف، انتهى.

وكلام «البحر» في موضع يوافق الْمَاوَرْدِي حيث قال: فمضت مدة الركوب مع الإمكان استقرت الأجرة، انتهى.

وأشار بقوله: والصحيح ما قاله الرَّافِعِي إلى ما قدمناه، وتصريحه باستقرار الأجرة وإن كان معذورًا من جهة؛ لأنه لو خرج في حال الخوف أو عدم الرفقة كان متعديًا ضامنًا للدابة.

قلت: في «زيادات» العبادي: استأجر دابة إلى بلد فقيل إن الطريق مخوف فسلكه فسرقت، فإن كان الناس يسلكونه مع هذا الخبر فلا ضمان، وإن امتنعوا من سلوكه ضمن، انتهى.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ السَّيْرِ إِلَيْهِ**) لأن المكري مكنه من الانتفاع بأقصى المقدور عليه فتستقر الأجرة كما لو كان الضبط بالمدة.

قال: (**وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ الدَّابَّةَ الْمَوْصُوفَةَ**) أي: لتعين حقه بالتسليم، وحصول التمكين، وقوله: فيه، يعني: من المسألتين هذه والمقدرة بمدة كل منهما قد يقع على العين، وقد يقع على الذمة، والحكم فيهما سواء.

……

وقال في «التنبيه»: لا تستقر الأجرة في إجارة الذمة إلا بالعمل، قال ابن الرِّفْعَة: ويمكن حمل كلامه على ما اعتمد العقد العمل، وما قاله الرَّافِعِي وغيره على ما اعتمد بالدابة كقوله: أجرتك دابة في ذمتي صفتها كذا وتسلمها، وبه صور الْغَزَالِي، انتهى.

وذكر الْمَاوَرْدِي أنه لو شرد البعير من راكبه فإن نسب إلى تفريطه ضمنه ولم يرجع بالأجرة وإلا لم يضمنه، ثم إن كانت الإجارة مقدرة بمدة ومضت والبعير شارد بطلت سواء معينًا أو مضمونًا يعني: في الذمة، وإن كانت مقدرة بمسافة لم تبطل الإجارة لبقاء المعقود عليه، وإن تأخر قبضه وللراكب الخيار بين المقام والفسخ، وهذا لا ينافي ما ذكرناه من اعتبار زمان إمكان السير؛ لأن الشرود زال بالإمكان حيث لا تفريط، وأما التفريط فملحق بالإمكان، وقول المصنف: وسواء فيه إلى آخره، استثنى منه ما ذكره الْمَاوَرْدِي لافتراق إجارة العين وإجارة الذمة فيه، وقوله: «إذا سلم متعلق بالذمة فقط».

فرع: قال في «البيان: فإن عرض المؤجر الظهر على المستأجر فأبى قبضه فالذي يقتضيه المذهب أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض الظهر منه فإن ركبه المستأجر وإلا أجره الحاكم كما قلنا في مسألة التسليم. انتهى.

وفي إيجار الحاكم له وقفة، وفي «البحر» بعد قوله في «المختصر»: ولو اكترى دابة فحبسها قدر السير المسألة، وهذا لو عرضها على المكتري فامتناع من الأخذ ومضت مدة لو أراد أن يستوفي المنفعة أمكنه فقررت الأجرة خلافًا لأبي حنيفة.

فرع: من «البحر»: قال في الْبُوَيْطِي: ومن اكترى ظهرًا في بلد ليحمل له طعامًا فذهب فوجد الطعام قد ضاع فالكرى لازم، ويلزمها من شاء على مثل حموله فإن لم يفعل حتى ذهب الوقت الذي لو حمل فيه يرجع إلى بلده لزمه كل الكرى؛ لأنه قابض لها.

قال - يعني الشَّافِعِي-: ولو تكارى ظهرًا ووجهه إلى بلد ليحمل له

وَتَسْتَقِرُّ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ.

طعامًا، وليس معه وكيله فلم يجد الطعام فعلى صاحب الظهر أن يأتي الوالي يعني: الحاكم، فيخبره حتى يطلب له الكري، فإن لم يصيب السلطان فرجع فليس له في الرجوع شيء وله حصة الذهاب فارغة، هذا لفظه، ووقفت على نصه في الْبُوَيْطِي، وكتبته بحروفه في آخر الباب من «الغنية» وفيه فوائد زوائد يتعين الوقوف عليها.

قال: (**وَتَسْتَقِرُّ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الْمُسَمَّى فِي الصَّحِيحَةِ**) أي: سواء انتفع أم لا، وسواء كانت أجرة المثل أكثر من المسمى أم أقل؛ لأن العقد الفاسد كالبيوع وغيره كالصحيح في الضمان كما سبق فكذلك الإجارة.

إشارة: إطلاقه يفهم أن التخلية هنا تكفي كما هي في الإجارة الصحيحة وليس كذلك؛ بل لا بُدَّ هنا لترتيب الضمان من دخول الدار والقبض الحقيقي، وكذا الوضع من يده يكفي في الصحيحة دون الفاسدة.

قال القاضي الحسين: ما كان قبضًا في الفاسد كان قبضًا في الصحيح، وما كان قبضًا في الصحيح قد يكون قبضًا في الفاسد، وهو التسليم وقد لا يكون كالتخلية، قال في فتاوى الْقَفَّال: إنه لو دفع إليه أرضًا ليزرعها من بذره فالزرع لصاحب البذر وعليه أجرة مثل الأرض، فلو باعها المالك تكون أجرة المثل بعد البيع للمشتري بخلاف الأجرة في الإجارة الصحيحة؛ لأنها مستحقة بالعقد وهنا تجب يومًا فيوم، فلهذا قلنا: إنها بعد البيع تكون للمشتري.

فرع: زارعه على أرضه بجزء من الغلة، فعطل العامل أكثر الأرض، فهل يلزمه أجرة تعطيله؟ أفتى المصنف أنه إن كان قد سلم الأرض من المالك فعليه أجرة ما عطله منها.

قال الشيخ تاج الدين الفزاري وغيره: وهو غلط.

قلت: القياس الظاهر أنا إذا فرعنا على المذهب أن عليه أجرة المثل للجميع إذا سلم الأرض جميعًا وإلا فأجرة ما تسلمه منها فقط مما زرعه وغيره.

وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ انْفَسَخَتْ، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ.

فرع: قال العبادي والهروي وشريح الرُّويَاني وغيرهم: كل عقد فسد سقط فيه المسمى إلا في مسألة وهي إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار على سكنى «الحجاز» فسكنوا ومضت المدة وجب المسمى؛ لتعذر إيجاب عوض المثل، فإن منفعة دار الإسلام في سنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها، فتعين إيجاب المسمى، وليس هذا بالواضح.

قال: (**وَلَوْ أَكْرَى عَيْنًا مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ انْفَسَخَتْ**) أي: لفوات المعقود عليه قبل قبضه وسواء أمسكها لاستيفاء الأجرة أم لغيره، ولو أمسكها بعض المدة ثم سلم انفسخت الإجارة فيما مضى وفي الباقي الخلاف في تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن لم تنفسخ فللمكتري الخيار لا يبدل زمان بزمان.

إشارة: إطلاقه يقتضي أنه لا فرق في انفساخ بين أن يستوفي المؤجر المنفعة أو لا وهو جارٍ على المذهب، أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة السماوية كإتلاف الأجنبي.

قال: (**وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ السَّيْرِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ**)؛ لأنها متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ولم يتعذر استيفاؤها، والثاني: تنفسخ واختاره الإمام كما لو حبسها المكتري فعلى الأصح لا خيار للمكتري، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع ثم سلمه.

وقال في «الوسيط»: له الخيار لتأخير حقه، وأشار الشيخان إلى انفراده بذلك ولم ينفرد به؛ بل قاله الْمَاوَرْدِي.

قال الإمام: لو شرطت [الإجارة] إلى العمل، فقياس العراقيين انفساخ العقد بمضي زمن بيعه، ولو كانت إجارة ذمة ولم يسلمها يستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل المنفعة فلا فسخ ولا انفساخ؛ لأنها دين تأخر وفاؤه.

وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ العِتْقِ. وَيَصِحُّ بَيْعُ المُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي،

قال: **(وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ)** لأنه أجر ملكه ثم طرأ ما أزاله فأشبه موته بعد الإجارة.

والثاني: تنفسخ كموت البطن الأول وزيفه الإمام وغيره، قال: وعليه لا نقول تبين بطلان الإجارة في بقية المدة؛ بل هي بمنزلة إتلاف البائع المبيع قبل القبض بخلاف ما سبق في إيجار الصبي والبطن الأول فليثبته الفقيه له.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلْعَبْدِ)** أي: في فسخ الإجارة بعد العتق؛ لأن سيده تصرف في خالص ملكه فلا اعتراض عليه.

والثاني: له الخيار كالأمة تعتق تحت عبده.

قال الرُّويَانِي: وهو غلط؛ لأن خيارها يثبت لنقصه ولم يرض به وقت العقد، وهذا المعنى مفقود هنا.

قال: **(وَالأَظْهَرُ)** أي: في «الجديد»، وقيل: الأصح.

(أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ العِتْقِ)؛ لأنه تصرف في منافعه حال ملكه لها فأشبه ما زوج أمته واستقر مهرها ثم أعتقها.

والثاني: وهو المنسوب في «الحاوي» و«البحر» و«التتمة» وغيرها إلى «القديم»: يرجع بأجرة مثل تلك المدة الباقية؛ لأن منفعته تستوي منه قهرًا فصار كما لو أكرهه سيده على العمل، قال الرُّويَانِي: ولا خلاف أنه لو مات السيد فأعتقه الوارث لم يرجع عليه بشيء.

فرع: إذا قلنا: بالأظهر فهل نفقته في بقية المدة على سيده أم في بيت المال؟ وجهان قال الرَّافِعِي: أشبههما الثاني.

وفي «كفاية» ابن الرِّفْعَة عن الرَّافِعِي من الأشبه الأول فعليه، والأصح إيجاب أقل الأمرين من أجرة مثله أو كفايته وقيل: أجرة المثل.

قال: **(وَيَصِحُّ بَيْعُ المُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي)**؛ لأنها بيده من غير حائل فأشبه بيع المغصوب غاصبه، وكبيع الأمة المزوجة.

وَلَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ وَلَا تَنْفَسِخُ].

وفي «الروضة» وهذا ما فعل اتفق عليه كثيرون منهم الْقَفَّال والقاضي الحسين والإمام والغزالي في «البسيط».

وقال في «الوسيط»: إنه الظاهر فأشعر بخلاف فيه وصرح به تلميذه محمد بن يحيى في «شرحه» وعبر بطريقين، وحكى أبو الخير سلامة المقدسي في «شرح المفتاح» فيه قولين: قال ابن أبي الدم: وهذا رجل مجهول.

قال ابن الرِّفْعَة: ويمكن أن يوجد وجه المنع من قولنا مورد الإجارة العين لامتناع إيراد عقدين على عين واحدة.

قلت: والخلاف اتجاه إذا كانت المدة تستغرق بقاء العين غالبًا كما سيأتي في بيع العبد الموصى بمنفعته ولا يبعد أن يأتي هنا وجه مفصل كما هناك.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الملك لا ينافيها ولهذا استأجر ملكه من مستأجره.

والثاني: ينفسخ؛ لأنه إذا ملك الرقبة تحدث المنافع على ملكه، فلا يستوفي الإجارة كما لو اشترى زوجته.

قال: (**وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ جَازَ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: عند الجمهور سواء أذن المستأجر أم لا؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

والثاني: المنع، واختاره الشيخ أبو علي؛ لأن يد المستأجر مانعة من التسليم بحق لازم فكانت أولى بالمنع من يد الغاصب.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ**) أي: قطعًا كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة الزوجة من غير الزوج.

تنبيهات وتتمات:

منها: يستثنى من الخلاف ما إذا هرب الجمَّال فباع الحاكم الجِمَال أو بعضها كما سبق، وكذا البيع الضمني فأعتق عبده يعني: بألف كما نقلاه في الظهار.

....

ومنها: للمشتري الخيار إن جهل الإجارة وإن علم فلا فسخ ولا أجرة له لتلك المدة، وكذا لو كان جاهلًا وأجاز ذكره الْبَغَوِي، قالا: ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع في بيع أرض مزروعة ولو علم بالإجارة، وقال: ظننت أن لي أجرة المدة لملكي العين.

قال الْغَزَالِي في «الفتاوى»: إن أمكن لخفاء ذلك عليه ثبت له الخيار وإلا فلا.

قلت: ولو قال: ظننت أن بالشراء ترتفع الإجارة وتكون المنفعة لي كما يظن العوام فيشبه أن يقال: يثبت له الخيار أيضًا، ويحتمل غيره.

ومنها: وقع في «الفتاوى» أنه لو اشترى مأجورًا بالإجارة جاهلًا عدتها فأجيب ببطلان البيع، وهو ظاهر كلام الأئمة محمولٌ على ما إذا علم بالمدة أو بالعمل، ويصح بيع السيد للمعتدة بالأشهر إذ المعتدة بالأقراء أو الحمل وبيع الموصى بمنفعتها كالمستأجرة؛ لأن الموصي يمنعها مدة مجهولة أو حياة الموصى له، وكذا الموصى بمنفعتها أبدًا من غير مالك الرقبة ويصح منه.

ومنها: لو فسخ المستأجر بعيب أو غرض ما يفسخ به الإجارة فلمن تكون منفعة بقية المدة؟ وجهان قال ابن الحداد: إِنَّهَا لِلْمُشْتَرِي لِزَوَالِ الْمَانِعِ.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنْ قُلْنَا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ يَرْفَعُ الْعَقْدَ من أصله أم من حينه؟ فعلى الأول: هي للمشتري، وعلى الثاني: للبائع، وظاهر كلام الْقَفَّال ترجيح قول ابن الحداد حيث قال بعد ذكره الخلاف: وهذا يخرج على ما قاله الشَّافِعِي: إنه لو باع دابةً واستثنى ظهرها ليركبها إلى موضع بعينه ففيه قولان، وقال القاضي أبو الطيب: إن الخلاف في استيفاء المنفعة مدة تنبني على الخلاف في مسألتنا فمن قال: ترجع المنفعة إلى المشتري؛ قال: لا يجوز هذا الاستثناء، ومن قال: ترجع إلى البائع؛ قال: يجوز هذا الاستثناء، انتهى.

ومنها: يجرى القولان في صحة البيع من غيره في صحة الهبة، وفي رهنه طريقان قيل: يطرد القولان بالبطلان قطعًا وتجوز الوصية به وزيفه وسيأتي.

....

ومنها: سبق أن الشيخ أبا علي رجح القول بالمنع قال في «شرح التلخيص»: لأن البائع ممنوع من تسليمها ليد المكري، وأجاب الشيخ أبو حامد بأن في يده على المنفعة والرقبة في يده أمانةً فلم يمنع البيع، كمن باع ثمر نخلة ثم باع رطبها أعني: لمن حق الاستئجار في إدامة يده على العين حتى يستوفي المنفعة؟ وكيف يمكن التسليم معها؟

وفي كلام أبي حامد والجرجاني في الساقي أنه إذا علم المشتري فلا خيار له وتقتضي العين ليحصل التسليم، ثم يسترجع منه وترجع إلى المستأجر ليستوفي منفعتها إلى آخر المدة، ويعفو عن القدر الذي يقع التسليم فيه؛ لأنه يسير لا يثبت خيار للمستأجر، كما لو أسند بلوغه الدار فلا خيار؛ لأن زمن فتحها يسرًا من دليل، ونقل أكثر من هذا القاضي أبو الطيب لم يزد على قوله؛ لأنه يمكنه تسليمها، انتهى.

ويقوى الإشكال إذا كانت الدار كبيرة مشحونة بأمتعة كثيرة للمستأجر لا يمكن تفريغها إلا بكلفة كثيرة وزمن طويل فإنه لا سبيل إلى إجبار على تفريغها ليتسلمها المشتري فارغةً، فلم يبق إلا أن يقال: تكفي التخلية بينه وبينها مشحونةً بحنطة يسيرة ويفتقر هذا للضرورة، وأما أن يقال بما أشعر به كلام بعضهم أن التسليم والتسلم يكونان بعد فراغ مدة الإجارة لا قبلها، وهو مشكل.

فصل في شرح مسائل الباب

يجب شرح مسائل الباب بفضل الله ورحمته وفروعه كثيرة، ونختمه بفروع منثورة مهمة:

فرع: للمالك مخاصمة الغاصب بحق الملك وليس للمستأجر مخاصمته على المشهور المنصوص، وقيل: له؛ لأنه يستحق المنفعة ورواه الإمام والغزالي أنه أقيس، وصحح الرُّويَانِي أنه يخاصم، واختاره الْمَاوَرْدِي في موضع. قال الرُّويَانِي: ومراد الشَّافِعِي أنه لا يخاصم في الرقبة وقد رأيته عن الْقَفَّال.

....

وقال القاضي الحسين: إنما لا يخاصم في الرقبة وله الدعوى بالمنفعة؛ لأن الحق له فيها أن يتصور المنازعة فيها فقط إذا ادعى عليه الكرى من جهته وتكون الخصومة إليه دون المكري؛ لأنه لو أقر له بالمنفعة لقبل بخلاف الرقبة.

وقال ابن داود شارح «المختصر»: الخصم في المغصوب صاحب الأرض نص عليه، ومن أصحابنا من قال: إن كان الغاصب يدعي الرقبة ولا يدعي شيئًا بالخصم يختصم رب الأرض، وإن كان يدعي المنافع بالخصم يختصم المكتري، انتهى.

وهذا يصح أن يكون تقييدًا للنص فيوافق القاضي الحسين ويشبه أن يقال: [أنه] يدعي الرقبة أو لا يدعي شيئًا أن للمكتري مخاصمته لرفع يده عن المنفعة الخاصة ولا يدعي الرقبة وقد سبق قريبًا أنه إذا قصد غصب المنفعة فقط من المستأجر أنه لا خيار له ولا يطالب المؤجر بشيء من الأجرة، وقضية هذا إن صح أنه يخاصم في المنفعة قطعًا؛ لكن قدمنا ما في ذلك من الغرابة والإشكال.

فرع: أجَّر عينًا ثم أقر بها فالأصح قبوله في العين دون المنفعة، والثاني: يقبل فيهما ويبطل حق المستأجر، وحكى عن نصه في «عيون المسائل» والثالث: عكسه، والرابع: إن كانت في يد المستأجر فلا تزال يده إلى انقضاء المدة، وإن كانت في يد المقر له فلا تنزع، وحكى شُرَيْح الرُّويَانِي في الثاني والثالث قولين للشافعي وذكر أن الأول أبداه أبو بكر الفارسي اختيارًا من عند نفسه.

فرع: قال في الحج من «الروضة»: لو صرف الأجير الحج لنفسه ظنًّا منه أنه يتصرف فعمل على هذا الظن فأصح الوجهين أنه يستحق المسمى.

قال الرَّافِعِي: وهذا الخلاف جارٍ في مسألة الصباغ إذا جحد وفي نظائره، ثم حكى هنا أنه لو جحد القصار الثوب ثم أتى به مقصورًا فإن قصره ثم جحده استحق، وإن جحده ثم قصَّر فوجهان.

قال الشيخ: ينبغي أن يكون أصحهما الفرق بين أن يقصد العمل لنفسه فلا أجرة له أو عين الإجارة فيستحق، انتهى.

....

وهذا إن صح جاء في صور كثيرة وقد يقال في مسألة أجير الحج أنه إن كان اعتقد بالدليل أنه يتصرف إلى نفسه لا يستحق وإلا استحق، وذكر المصنف في فتاويه عن الأصحاب استحقاق المسمى فيما إذا استأجره ليبني له حائطًا فبناه معتقدًا أن الحائط له وذكر أنهم استدلوا بها في مسألة الحج.

فرع: قالا: إذا غصب العين المستأجرة وقدر المالك على درها ففي وجوبه القولان في العمارة، قال الشيخ: وينبغي أن يكون الأصح الوجوب.

قلت: وهو ظاهر إذا قدر عليه بلا كلفة ولا خطر، وقال في آخر كتاب «الإجارة» في زيادة له: إنه لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء بخلاف المستأجر إذا قدر عليه بلا خطر فإنه يلزمه، انتهى.

وذكر هنا أنه لو غصب الدابة مع دواب الرفقة فذهب بعضهم في الطلب ولم يذهب المستأجر فإن قلنا: لا يلزمه الرد فلا ضمان وإن ألزمناه فاسترد من ذهب بلا مشقة ولا غرامة ضمن المستأجر المتخلف، وإن لحقه غرامة ومشقة لم يضمن، انتهى.

وكان التصوير أن الحال اقتضى أنه لو ذهب هذا المستأجر لا يسترد وإلا فقد ينفق الذاهب قالا: ينفق المتخلف من أسباب لا تخفى.

فرع: لو استأجره لقلع سن وجعه ثم امتنع عن القلع ففي «الروضة» عن «الشامل» أنه لا يجب عليه الرد بأنه إذا أسلم الأجير نفسه استقرت الأجرة، وقال القاضي أبو الطيب: لا تستقر، ثم ذكر أنه لو استأجره لخياطة ثوب ثم امتنع والثوب باقٍ المتجه أنه لا يلزمه الإتيان به؛ لكن إذا قلنا: إن الأجرة تسقط بالتسليم سلم نفسه واستقرت الأجرة وليس له الفسخ وإلا فسخ، انتهى.

وقضية التفليس أنه لا يلزمه التسليم؛ لكنه قال في آخر المساقاة: لو انقطع ماء البستان وأمكن رده ففي وجوبه على المالك وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه لا يتمكن من العمل إلا به فأشبه ما لو استأجره لقصارة ثوب بعينه يكلف

....

تسليمه، وأصحهما لا يجبر كالعمارة على الشريك.

قلت: فلو أراد بيع هذا الثوب فإن ألزمناه تسليمه لم يصح بيعه، وبه جزم ابن الرِّفْعَة في بيوع الكتابة، وإن قلنا: بما نقلاه هنا صح بيعه وبه جزم الرَّافِعِي في باب حكم المبيع قبل القبض.

واعلم أن الكلام المتقدم ظاهر في أنه لا يلزمه التسليم مع قولنا: إن الأجرة لا تستقر بتسليم نفسه؛ لكنه صرح بعده بقليل في فرع بأنه يجبر عليه فقال: إذا قلنا: لا تستقر الأجرة إلا بالتسليم فيرتفع الأمر إلى الحاكم ليجبره عليه، وهذا هو الصواب هذا كله في الثوب المعين ونحوه أما لو التزم له خياطة مثلًا في الذمة ودفع ثوبًا إلى خياطه ليخيطه ثم قال: رده عليَّ لأخيطه.

قال الْقَفَّال: للخياط إمساكه إلا أن يبرئه المالك من الخياطة فإن أبرأه وجب رده، وإن أمسكه ضمن فإن لم يبرئه وأمسكه فهلك فلا ضمان عليه.

فرع: للقصار حبس الثوب للأجرة على الأصح لأنها عين على الأصح كالصبغ، وجزم المصنف في فتاويه بأنه ليس للخياط ذلك وفيه نظر إذا خاف فوات الأجرة، وإن كان الحظ له.

وقال ابن أبي [الدم]: إذا كان في حانوته منفردًا إلا إذا كان في دار المستأجر أو لحضرته؛ لأنه يقع مسلمًا له، وحكى الْقَفَّال في حبس الخياط الثوب للأجرة قولين وربما ذكرته في موضع آخر.

قال: وللصباغ إمساكه؛ لأن فيه ماله والقصار على القولين، فلو تلف الثوب الذي أمسكه وكل موضع قلنا: له إمساكه للأجرة سقط كالبائع إذا حبسه للثمن، إن قلنا: ليس للقصار الحبس لم تسقط الأجرة بتلفه.

ثم قال في موضع: ذكرنا أن القصار حبس الثوب على قول وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، فإن كانت فاسدة لم يجز له حبسه لاستيفاء أجرة المثل، كالمرتهن لا يجوز له حبس الرهن إذا كان فاسدًا، قال: ويحتمل أن يقال للقصار حبسه أيضًا.

....

فرع: قال الرُّويَانِي: لو أجرت نفسها بالرضاع ثم بان بأنها مزوجة، فللمستأجر الخيار.

قلت: يظهر تقييده بما إذا كان الزوج حاضرًا يمنعها، أما لو كان غائبًا غيبةً بعيدةً لا يتوقع قدومه في مدة الإجارة، أو طفلًا لا يتوقع استمتاعه بها فلا خيار، وذكر أنها لو أجرت نفسها ثم أقرت بزوج لم يصدق في حق المكتري، ولو نكحت ثم ذكرت أنها كانت أجرت نفسها لرضاع لم تصدق في حق الزوج، ولو أرضعت الطفل لبن غيرها وكانت معينة فلا أجرة لها.

قلت: وصور الفرع كلها في إجارة عينها.

فرع: قال في «البحر»: لو التزم في ذمته أعمالًا لجماعة فسقطت أيام العمل على الأعمال بقدرها فيحصل لكل واحد منهم يوم أو يومين [فيستوي] بعضهم على بعض إن استأجروا ويستوي فيه المتقدم والمتأخر بين المستأجرين كالديون، ذكره أبو عبد الله الحسين، انتهى.

قلت: وهذا ظاهر فيما إذا رضوا بالتأخير ليعمل بنفسه، أو كان معسرًا لا يجد ما يكتري به في ذمته، أما لو كان موسرًا ووجد من يستأجره عليها وأرهقه الغرماء إليها فالوجه إلزامه بذلك كديون السلم.

فرع: هل يلزمه قيمة النقص في مال الوقف أرضًا للبناء فيبني بإذنه ثم أمره بالرفع؟ إن كانت الإجارة صحيحة وكان الصلاح في إجارته، وإن كانت الإجارة فاسدة فبنى بإذنه أمره برفعه ويلزم الأرش في مال الْمُتَوَلِّي دون مال الوقف، ويحتمل أن يقال: لا يلزمه شيء.

قلت: وهذا ظاهر إذا علم المستأجر بفساد الإجارة دون ما إذا جهل ولا سيما إذا علم المؤجر بالفساد وفي فتاوى الْبَغَوِي وغيرها ما يقتضيه ووجهه ظاهر.

فرع: لو جاء الخياط ونحوه بثوب مثلًا فقال: هذا ثوبك، فقال: بل غيره، قال الْبَنْدَنِيجِي: القول قول الأجير، وكذلك الحكم في كل الأجراء، فإذا حلف فقد اعترف له بعين وهو لا يدعيها.

....

قلت: والظاهر أن حكم المستأجر كذلك سواء.

فرع: أطلقوا أنه إذا استأجر دارًا للسكنى أنه ليس له إدخال الدواب إليها وينبغي أن يكون هذا في دور الأمصار ونحوها في الدور التي لا يعتاد ذلك فيها، وأما في القرى ونحوها؛ فالعرف مطرد بإدخال الدواب للدور المكراة للسكنى لا يعد ذلك تعديًا وهذا مجزوم به في دور [الأكابر] ونحوهم نعم، لا يدخلها إلى [موضع] للسكنى منها؛ بل إلى مواضعها المعتادة منها، وقول الأصحاب في جواز طرح ما يسرع إليه الفساد وجهان أصحهما: الجواز؛ لأنه معتاد ينبغي أن يقال: إن اطرد العرف به اطراد الظاهر الدور [الأكابر] ونحوهم فيجوز لهم قطعًا للعادة والعلم والرد يكون في غيرهم، ويجب أن يكون موضع الجواز في المكان الذي يعتاد وضع مثل ذلك فيه لا في كل بيت ومسكن، فإن البيوت المزوقة المزخرفة لا يعتاد ذلك فيها قطعًا ويعد وضعه فيها تعديًا وإفسادًا وهذا وأشباهه من الواضحات وقد يغفل عنه.

مطلب: قد تجد بلد على ظاهر ألفاظهم وإطلاقهم.

فرع: قال الإصطخري: لو استأجره ليحمل له كتابًا إلى موضع ويأتي بجوابه فأوصله ولم يكتب المكتوب إليه جوابه فله الأجرة، وكذا لو مات فأوصل الكتاب وارثه أو وصيه أجابوه أم لا.

قال: فإن لم يكن له وارث فذهب إلى الحاكم وأوصل له الكتاب رسالة ليعلم أنه أوصل الكتاب وكان ميتًا أجابه الحاكم وكتب له أخذ جميع الأجرة، قاله شُرَيْح في روضته قال والأجدى له كري الذهاب.

قلت: وقد يعضده ما سبق عن نص «الْبُوَيْطِي».

فرع: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: إن لم ينفق السيد على عبده، فله أن يعمل بالأجرة وينفق على نفسه ولا شيء للمولى أي لا شيء له على من استأجره في هذه الحالة كما دل عليه كلامه، وفي إطلاقه نظر! وينبغي أن يقال يرفع العبد الأمر إلى الحاكم ليأمره بالإنفاق عليه أو يبيعه كما سيأتي في

……………………………………………………………………

النفقات -إن شاء الله تعالى- فإن لم يجد حاكمًا فالأمر كما قال للضرورة، وقد سبق في أوائل البيع للفرع تطابق.

فرع: ذكر في «البحر» أنه يجوز إجارة الرماح والقسي لا السياف.

قلت: القياس جوازه للنضال لا للقتال، وذكر أنه لو حدث بالعبد المستأجر مرض فهو لا يؤثر في العمل، فإن كان مما لا تعاق النفس مرضه فهو كالبناء والرعي، فلا خيار للمستأجر وإن كان مما لا تعاق النفس مرضه فيه، كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه، فله الخيار.

قلت: ويجب الجزم بالخيار إذا حدث ذلك بالمستأجرة لرضاع أو حضانة مجردة وذكر أنه لا يجوز أن يؤجره دارًا على أن يسكنها بل يقول ليسكنها، ولا يجوز أن يقول وحدك، ذكره بعض أصحابنا، وعلى هذا لو قال: أجرتك هذه الأرض على أن تغرس ولا تزرع لا يجوز، انتهى.

وفيما ذكره نظر! ولا يخلو عن نزاع، وأنه لو استأجره لضرب اللبن، فليس عليه غير الضرب أو لتشبيه، فليس عليه غيره، ولا يلزمه إخراجه من الأتون، أو ظهر قبر لم يلزمه رد التراب على الميت خلافًا لأبي حنيفة قال في المسائل الثلاث مسألة، قال في الروضة بما يعتبر رؤيته من المعقود عليه، وفي الحمام يعرف البيوت والبئر التي يسقى منها ماؤه، والقِدَر التي يسخن فيها، ومبسط القماش والأتون، وهو موضع الوقود، وما يجمع الأتون من السرقين ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود، ومطرح الرماد والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام.

قلت: وعبارة «الشرحين» تعرف البيوت والقدور والأتون، وهو موضع للوقود ومبسط القماش الذي يجتمع للأتون من السرقين ونحوه إلى آخره.

وظاهر [كلام] «الروضة»(١) أنه أرد بمبسط القماش موضع وضع الثياب وأن يرى ما يجمع الأُتُوْن من سرقين ونحوه؛ وذلك لا يصح، والمراد أن يرى

---

(١) انظر: الروضة (٢١٤).

……

الموضع الذي يجمع فيه الوقود للأتون، وأراد الرَّافِعِي بمبسط القماش الموضع الذي ينشر فيه الزبل ونحوه ليجف، وسمي بالشام المنشر، وأما موضع الثياب فداخل في قولهم، ويعرف الثوب والقماش هنا ما يجمع للإنقاذ لا ما يلبس قطعًا، وإنما وقعت الروضة فيما سبق لأن في بعض نسخ الشرح ومبسط القماش والذي يجمع فأوقعته الواو إلى سبعة أشياء: البيوت والقدر والأتون ومطرح الرماد ومبسط الزبل والقماش والحطب، وموضع مستنقع ماء الحمام، وكذا في البيع لا بدَّ من مشاهدة هذه المواضع، فإن أخل تواجد منها لم يصح العقد انتهى.

وفي «شرح الوجيز لصاحب التعجيز»: ومبسط القماش هو الموضع الذي فيه الأتون ما يحتاج إليه الإيقاد، قال الجوهري: القمش جماع الشيء من هاهنا وهاهنا، وذلك الشيء قماش، انتهى.

فإن قلتَ: في بعض نسخ «الوجيز» و«البسيط» و«البيان» وشرح بعضهم كذلك.

قلتُ: هو يعبر من ناقل المعنى في ظنه والذي في نسخه الصحيحة، ومبسط القماش وكذا هو في «الوسيط» و«البسيط» و«النهاية».

تنبيهات مهمة:

منها: استأجر الحمام حمامًا قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يكون في معنى استئجار الأرض للزراعة ولها ماء معلوم.

مطلب:

ومنها: لا يجوز إجارة الحمام بشرط كون مدة تعطيلها للعمارة ونحوها محسوبًا على المستأجر ولا على المؤجر بل العطلة عنه، فعند حصولها إما أن ينفسخ أو يجبر بكل الأجرة، قال في «الشامل» وغيره وكذا حكم سائر العقار.

قلت: وعمل غالب الناس على خلاف ذلك بل إما أن يشرط ذلك على أحدهما، وإما أن يطلقوا العقد، ثم يسقطوا ذلك على المكتري وصار هذا

....

عرفًا مستقرًا يفعله المالك والناظر في الوقف والولي، والصواب خلافه.

ومنها: كل ما يحتاج إليه الحمام للتمكين من الانتفاع كالقبر ونحوه والأبواب والبُزل⁽¹⁾ والمفتاح، فعلى المكري وكل ما يحتاج إليه لاستيفاء المنافع كالقصاع والبكرة والحبل والدلو والوقود فعلى المكتري، وأما التسخين والتزويق فلا يلزم المؤجر، فإن بناء المستأجر فعله وإلا تركه، وأما تنقية الآبار والمستنقع فعلى المكتري إلا أن تكون الآبار والمستنقع مملوءة حين اكترى فيكون على المؤجر؛ لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، قاله في «الشامل» وسبق نحوه⁽²⁾.

ومنها: قال في «الشامل»: إذا شرط على المكتري إلا أنه إن نقصه عن عمله كان ما هو واجب على المكتري فسد العقد، فلو اتفق حسب على المكري؛ لأنه أنفقه على ملكه بإذنه بشرط العوض، فإن اختلفا في قدره قال القاضي أبو الطيب في تعليقه القول قول المنفق؛ لأنه أمينه، قال أبو نصر: وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لم يأتمنه وإنما شرط عليه أن تكون النفقة عليه، وذلك لا يقتضي تأثيمًا، فأما إذا لم يشرطه عليه لكن أذن له في الإنفاق لتعديه به من الأجرة، ثم اختلفا في القدر فهل يقبل قوله أم لا؟

مطلب: قال الشَّافِعِي: لو أجره دارًا بعشرين دينارًا على أن ينفق ما تحتاج إليه الدار من هذه الأجرة فالإجارة فاسدة لمعانٍ، والقول قوله فيما أنفقه؛ لأنه أمين إذا كان ما أنفقه أقل من عشرين؛ لأن إذنه تناول الإنفاق منها، قال أبو نصر: فإذا جعله أمينًا في الإجارة الفاسدة كذلك في الصحيحة. انتهى.

وما ذكره أبو نصر ظاهر الحسن، وقد يقال في الاعتداء كما ذكره شيخه أنه إذا كان المؤجر يعلم بفساد العقد بالشرط المذكور فإنه يرجع عليه بما ينفقه فقد ائتمنه على الإنفاق.

ومنها: قال في «البحر»: لو امتنع الناس من دخول الحمام رغبة عنه فلا

---

(1) يعني: الثقوب والفتحات.

(2) انظر: المجموع (١٥/ ١٠٢).

……………………………………………………………………

خيار، وإن كان لفتنة حادثة أو لجيران الناحية فهذا عيب يثبت الخيار، وإن كان فيه يسيره جرت العادة بها فلا خيار، انتهى.

وذكر قبل هذا بأوراق: أنه لو خربت الدور حول الدار، وبطلت الدكاكين حولها أو خربت دكاكين السوق لا خيار؛ لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه، انتهى.

وكذا قال الْمَاوَرْدِي: إن خراب ما حول الدار المستأجرة وبطلان السوق الذي فيه الحانوت لا يثبت الخيار؛ لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه، انتهى.

وهذا هو القياس وفرق بعض العصريين بأن الحمام يستأجر لدخول الناس إليها فإذا تعطل كان عيبًا بخلاف الدار والحانوت فإنه السكن وهو ممكن، انتهى.

وليس بشيء، وقضيته أنه لو حصل قحط وعدم إكساب يثبت لمستأجر الرحى الخيار ولا أحسب أحدًا يقول ذلك.

ومنها: وهو من تتمة ما قبله.

مطلب: وقع في «الفتاوى»: أن رجلًا اكترى مركبًا من عادة الناس يركبونه في نهر خارج البلد للنزهة فمنع نائب الإمام الناس من ركوب المراكب للنزهة، هل للمستأجر الخيار؟ فأجيب: لا، ورأيت فيما سمع من فتاوى الشيخ تاج الدين الفزاري: رجل استأجر حانوتًا ظاهر البلد فنزل العسكر على البلد، وأغلق الباب وتعذر انتفاعه بالمأجور وحيل بينهما وأخذت أبوابه وتعطلت منافعه ففسخ المستأجر الإجارة بعد الكتابة بمدة تزيد على شهر فهل يلزمه الأجرة للمدة التي تعذر انتفاعه بالمأجور أم لا؟ فأجاب ابن عبد السلام بأن عليه الأجرة إلى أن يفسخ ما لم يوضع على المكان به عادة، والله أعلم.

وأجاب ابن الصلاح لا يلزمه ذلك والحالة هذه غير أنه لا يحصل تعذره الانتفاع عليه بمجرد إغلاق الباب ونزول العسكر فإن كان مع ذلك منع من

....

الوصول إليه من جهة المدينة وغيرها كان مسقطًا للأجرة عنه، والله أعلم، وما قاله مشكل.

خاتمة

تلف الزرع ببرد وأكل الجراد باقيه لا بذر يسير فهل تسقط من أجرة الأرض بقدر ما فات من البقل؟

في «فتاوى الفزاري» المذكورة أن ابن الصلاح أجاب بأن الظاهر أنه لا يجب كمال الأجرة، وأن القاضي العماد ابن الخراساني أجاب إذا تعذر الانتفاع المطلوب من المأجور انفسخت الإجارة، وسقطت الأجرة، انتهى.

وكلا الجوابين مشكل والقياس والبقل يردهما، وقد أطلق الأصحاب القول بأنه لو هلك الزرع بحاجة فلا فسخ له، ولا حَطَّ شيئًا من الأجرة؛ لأن الحاجة لحقت زرعه لا منفعة الأرض، ولعل مراد الفتوى أن البرد أفسد الأرض ومنعها قوة الإنبات كما سبق بيانه إلا أن الضرر لحق الزرع خاصة، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [الْأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْإِسْلَامِ؛ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ.

قال الشارح: قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: الموات: التي لا ماء لها، ولا ينتفع بها أحد، وقال الْمَاوَرْدِي والروياني: حد الموات عند الشَّافِعِي ما لم يكن عامرًا ولا حريمًا لعامر، قرب من العامر أو بعد، وقال غيره: الموات الأرض التي لم ينبت فيها اختصاص لأحد بعمارة أو غيرها، ورأيت في «الْبُوَيْطِي»: قال الشَّافِعِي: الموات كل أرض ليس فيها قيمة، انتهى.

وذكر جماعة أن الموات قسمان: أصل، وهو ما لم يعمر قط، وطارئ وهو ما خرب بعد ما عمر، وسيأتي بيانه، والأصل في الباب قبل الإجماع كما نقله الرُّويَانِي وغيره من السنة أحاديث كثيرة منها قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»⁽¹⁾ رواه أبو داود والنسائي والترمذي من رواية سعيد بن زيد، وقال: حسن غريب، ورواه من رواية جابر، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

قال: (**الْأَرْضُ الَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْإِسْلَامِ؛ فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ**) أي: سواء أذن فيه الإمام أم لا، ويكفي إذنه ﷺ فيه كما وردت به الأحاديث المشهورة وحديث سعيد وجابر فقد أذن إمام الأئمة وسيد المرسلين في ذلك، قال الإمام: لا يشترط في معرفة أنها لم تعمر الدرك الحقيقي يكفي ألا يرى عليها أثر عمارة ولا يراه من حقوق موضع عليه أثر عمارة ولا يعلم أنه كان عامرًا بسبب من الأسباب.

إشارة: يملك الصبي والمجنون بالإحياء كالمكلف صرح به الْمَاوَرْدِي لكن عن خط الشيخ محيي الدين من جاز أن يملك الأموال والصبي والمجنون بما كان ولا يتملكان، وفي كلام القاضي أبي الطيب في أجوبة الحنفية كل من

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦٨) والترمذي (١٣٧٨) والنسائي في «الكبرى (٥٧٣٠)».

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ.

وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْكُفَّارِ فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا، وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا.

لا يملكه بالإحياء بغير إذن الإمام لا يملكه بإذنه كالصبي والمجنون، فيحتمل أنه أراد إلزامهم بما عندهم أو من لا تميز له أصلًا، ويحتمل أنه على ظاهره فيكون في إحيائهما وجهان.

قال: (**وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ**) للحديث: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»(١) رواه الشَّافِعِي عن طاوس مرسلًا، قال الرُّويَاني: فخاطب المسلمين به.

قال: وروى بعض أصحابنا في «التعليق»: «ثم هي لكم مني أيها المسلمون» وفي «الكافي»: «ثم هي لكم مني أيها المؤمنون خاصة» ولأنه كافر فلا يملك الإحياء في دارنا الحربي، وقيل: للذمي الإحياء بإذن الإمام، والمذهب المنع مطلقًا، وهو ظاهر النص فعليه لو فعل نقض بناؤه، فلو بقي أثر عمارة، فأحياه مسلم بإذن الإمام ملكه، وكذا بغير إذنه في الأصح.

فرع: قال بعض المتأخرين: لا يدخل الموات في حكم وقف ولا ملك وسواد العراق وغيره بما افتتح عنوة، وتصرف فيه بوقف ونحوه إن كان فيه موات لم يشمله الوقف بل هو باقٍ على إباحته فيملكه من أحياه، والوقف يختص بما دخل في الغنيمة، وهو العامر، انتهى.

وقال صاحب «البحر»: وأما موات أراضي الفيء فأهل الفيء أولى به، ولكنه إلى اجتهاد الإمام كقسمة مال الفيء إلى اجتهاده، وسيأتي عن كلام الشيخ أبي علي وغيره ما يقتضي عدم الوفاق على ذلك.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ الْكُفَّارِ فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا**)؛ لأنه من حقوق دارهم، ولا ضرر علينا فيه، فملكوه بالإحياء كالاصطياد، وقوله: ببلاد كفار يشمل دار الحرب وغيرها من بلاد الكفر، وكذا إذا ما أحيوها لتكون الدار لهم، وهو صحيح.

وقال: (**وَكَذَا لِلْمُسْلِمِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا**) أي: كموات

---

(١) أخرجه الشَّافِعِي في «الأم» (٤/ ٤٥) والبيهقي (٦/ ١٤٣، رقم ١١٥٦٤).

……………………………………………………………………

دارنا، ولا يملك بالاستيلاء؛ لأنه ليس بمملوك لهم، فإن كانوا مذبين عنها لم يتملكها المسلم بالإحياء صرح به في «المحرر».

قال شارح: وهذا إنما يصح في الأرض التي صولحوا عليها على أن تكون لهم أو في أرض الهدنة، أما دار الحرب يعمروها تملك بالاستيلاء عليه كالمتحجر، فكيف لا يملك بالإحياء، والذي ينبغي أن يكون الصحيح أنه لا يملك بالإحياء كما قاله القاضي أبو الطيب، وجزم به في «الوسيط»، وشرط فيه القدرة على الإقامة، وصرح القاضي أبو الطيب في «المجرد» في موات دار الشرك: أنه يملكه كل من أحياه مسلمًا كان أو كافرًا إلا أن الكافر إذا أحياه ملكه المسلمون بالقهر والغلبة بخلاف ما أحياه المسلم، وممن صرح بأن المسلم يملك بالإحياء في دار الحرب الجرجاني وغيره، ولم يشرطوا ما قاله الْغَزَالِي، والأقرب أن الْغَزَالِي لم يذكره على سبيل الاشتراط، وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين، انتهى.

وقيل: إنه ظاهر كلام «النهاية»، وإن به صرح صاحب «التجريد»، ورأيت في «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي لموات دار الكفار حالات: أحدها: قبل الاغتنام، وكل من أحياه من المسلمين ملكه إن لم يمنعوه منه، وكذا من الكفار أيضًا؛ لأنه في دارهم، الثاني: أن يقيم بالبلد فينظر، فإن كانوا لا يمنعونا من مواتهم قبل ذلك فحكم مواتهم حكم مواتنا، فكل من أحياه من المسلمين ملكه، وإن كانوا يدفعوا عن مواتهم فاختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: كان الغانمون وأهل الخمس أحق بإحيائه ممن سواهم من المسلمين، وكان ذلك بمنزلة التحجر منهم ليتملكوا الموات، فمن أراد من القائمين إحياء شيء من أربعة أخماسها كان أحق بإحيائها من سائر المسلمين؛ لأنهم شركاء في الغنيمة، ومتى ترك بعض الغانمين حقوقهم من الغنيمة إن كان ذلك للباقي منهم، فإن تركها الغانمون، وأهل الخمس جميعًا فحينئذٍ من أحياها من المسلمين ملك، ومن أصحابنا من قال: من أحياها من المسلمين ملك، والأول أصح، انتهى.

وَمَا كَانَ مَعْمُورًا فَلِمَالِكِهِ.

وهذا ما صححه الشيخان، وذكرا وجهًا ثالثًا أنه يملك بالاستيلاء بالمعمور، والثالث: وهو المذهب عند القاضي أبي الطيب أنه لا يفيد ملكًا ولا اختصاصًا بل هو كموات دارنا من أحياه ملكه.

قال: (وَمَا كَانَ مَعْمُورًا فَلِمَالِكِهِ) أي: حيث كان، ولا مدخل للإحياء فيه.

اعلم أن عبارة الكتاب تطلق على ما كان معمورًا فزالت عمارته، وعلى ما هو معمورًا الآن وعليه نزلنا كلامه، وهما صورتان مسطورتان، وعبارة «المحرر»: المعمور لا مدخل للإحياء فيه بل هو لمالكه، وهي إنما تصدق على الصورة الثانية كما شرحناه، وأما التي ليست معمورة، وكانت قديمًا معمورة، ففيها صورتان: إحداهما: أن تكون أرضًا براحًا أحييت بإصلاح ترابها وسوق الماء إليها، وزرعها فهلكت ثم زال ذلك عنها، وعادت إلى هيأتها الأولى، ومثل هذا إنما يعرف بكونها معمورة بالتأريخ.

الثانية: أن يكون بها آثار تدل على العمارة، فحيث عرفنا المالك أثبتنا له ذلك جميعه، وفي «الحاوي»: ما كان عامرًا ثم خرب وصار مواتًا، ضربان: أحدهما: جاهل لم يعمر في الإسلام، فينظر إن خرب قبل الإسلام كأرض عاد وتبع فتملك بالإحياء، وإن كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب قيل: إن يصير من بلاد الإسلام فهو أقسام: أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليهم؛ فتملك بالإحياء.

والثاني: أن يتمسكوا به إلى القدرة عليهم، فيكون في حكم عامرهم، ولا تملك بالإحياء.

والثالث: أن يجهل حاله، ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان، قال في «البحر»: والأشبه بمذهب الشَّافِعِي المنع، وهو قول أبي إسحاق خلافًا لأبي الطيب الطبري، وابن أبي هريرة.

وقال الْمَاوَرْدِي: اعْلَمْ أَنَّ مَا انْدَرَسَتْ عِمَارَتُهُ مِنْ بِلَادِ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى صَارَ مَوَاتًا أَقْسَام: أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي إِحْيَائِهَا بَاقِيَةً فِيهِ

فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ فَمَالٌ ضَائِعٌ.

وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ ....

كَأَرْضِ الزِّرَاعَاتِ إِذَا كَانَتْ مَسْنِيَّاتُهَا بَاقِيَةً وَمَاؤُهَا قَائِمًا، وَصَارَتْ بِنَبَاتِ الْحَشِيشِ خَرَابًا وَبِتَأْخِيرِ عِمَارَتِهَا مَوَاتًا، فَهَذِهِ فِي حُكْمِ الْعَامِرِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فِي الْعَنْوَةِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي إِيجَابِهَا ذَاهِبَةً كَالدُّورِ وَالْمَنَازِلِ إِذَا ذَهَبَ آلَتُهَا وَانْدَرَسَتْ آثَارُهَا، فَحُكْمُ هَذَا عَلَى مَا اسْتَوْفَيْنَاهُ تَقْسِيمًا وَحُكْمًا.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ تَذْهَبَ بَعْضُ الشُّرُوطِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي إِيجَابِهَا وَيَبْقَى بَعْضُهَا عَارِضَ الزَّرْعِ، إِذَا ذَهَبَتْ مَسْنِيَّاتُهَا وَبَقِيَ مَاؤُهَا أو بالعكس، فقيل: عامر، وقيل: موات، وقيل: إن تقادم العهد فموات، وإلا فعامر، انتهى.

الضرب الثاني: في الأصل ما كان عامرًا من بلاد الإسلام ثم خرب، واندرست آثاره وصار مواتًا فمذهبنا أنه لا يجوز تملكه بالإحياء، هذا هو المشهور، وإن جهل أربابه فإن عرفوا فهم أحق به بلا خلاف، وإن لم يعرفوا.

قال في «البحر»: قال أبو حامد هل يملك بالإحياء فيه وجهان: أحدهما: لا، وقال القاضي ابن كج - كَلَلهُ تعالى -: هل للإمام أن يعطيه من يعمره؟ وجهان: أحدهما: لاستقرار الملك عليه، والثاني: له ذلك إذا رأى صلاحًا لقيامه بالنظر العام، وهذا أقرب عندي، انتهى.

فعلى المذهب المشهور حكمه حكم المال الضائع يحفظه الإمام إلى ظهور مالكه، فإن رأى بيعها وحفظ ثمنها جاز.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ فَمَالٌ ضَائِعٌ**) أي: فيحفظه الإمام كما ذكرناه، وإن رأى بيعه وحفظ ثمنه فعل.

قال الإمام: وله أن يستقرضه على بيت المال، وسبق نقل ابن كج وجهين في المندرس، وترجيح الرُّويَانِي، وصور القاضي أبو الطيب المسألة فيما إذا خربت قرية للمسلمين وتعطلت.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ**)

حَرِيمٌ مَعْمُورٌ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الِانْتِفَاعِ، ....

أي: كما يملك الركاز.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس بموات والضمير في قوله: إنه لما كان معمورًا وهو الموات الظاهر وهو قسم الموات الأصلي كما سبق؛ لكن الإسلامي من هذا القسم لا يملك بالإحياء على المذهب المشهور، ثم رجحاه في الجاهلي تبعا فيه الْبَغَوِي وغيره، وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه: إن المذهب المنع، وتبعهم ابن الرِّفْعَة، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» والبويطي و«المختصر» يشعر به فإنه قال: الموات ما ليس عليه أثر عمارة، وسبق لفظ نص الْبُوَيْطِي، والحدود السالفة أول الباب توافق الترجيح.

تنبيه: حكى جماعة الخلاف قولين، وجماعة وجهين، وهو الأقرب، وقيل: يكون قباء والأرجح أنه مال ضائع، وقيل: إذا قلنا ليست بموات، فإن أخذت الأرض هناك فغنيمة وإلا ففيء، وقيل: ينتفع بها أحدهما بما أراد، ويكون أولى بها من غيرها، فإذا تركها كان لغيره أن ينتفع بها، وقيل: إنها لبيت المال، وقيل: إن بقي أثر العمارة أو كان معمورًا في جاهلية قريبة لم يملك بالإحياء، وإن اندرست بالكلية، وتقادم عهدها ملكت، وحمل قائلها الجوابين على ذلك، وقيل غير ذلك.

قال: (**حَرِيمٌ مَعْمُورٌ**) أي: وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور لا مملكوك على الأصح أو من موافقة على الثاني فعلى الأصح لو باع لمالك الحريم دون المالك قال العبادي: لا يجوز كما لو باع سرح الأرض وحده. قال ابن الرِّفْعَة: وهو بناء على عدم صحة بيع ما ينقص قيمة غيره، فإن جوزنا ذلك فيظهر جواز هذا، انتهى.

ويحتمل أن يكون مأخذ أبي عاصم أنه ملكه بطريق التبعية فلا تستقل.

قال: (**وَهُوَ**) يعني: الحريم.

(**مَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الِانْتِفَاعِ**) ويختلف ذلك باختلاف المعمور، وسمي حريمًا لتحريم التعرض له، وعبارة «البحر» وإنما سمي حريمًا؛ لأنه

فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ النَّادِي، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ، وَمُنَاخُ الْإِبِلِ، وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا، وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ، وَالْحَوْضُ، وَالدُّولَابُ، وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ، وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ، ....

يحرم على المالك تملكه والانتفاع به.

قال: (**فَحَرِيمُ الْقَرْيَةِ**) أي: وهو مجتمع القوم للحديث.

(**النَّادِي، وَمُرْتَكَضُ الْخَيْلِ**) أي: إن كانوا خيَّالة كما قيده الإمام وغيره.

(**وَمُنَاخُ الْإِبِلِ**) أي: وهو بضم الميم الموضع الذي تناخ فيه.

(**وَمَطْرَحُ الرَّمَادِ وَنَحْوُهَا**) أي: والسماد والقمامات والتراب ونحوها أي: كمراح الغنم وغيرها من الماشية، ومسيل الماء، وملعب الصبيان، وطرف القرية، وسائر ما بعد عن مرافقها، وقال الإمام في مرعى البهائم: إن بُعد عن القرية المحياة فليس من حريمها، وإن قرب ولم يستغل مرعى، ولكن كانت إليها ثم يرعى فيه عند الخوف من الإبعاد، فالأصح أنه ليس من الحريم.

قال **الرَّافِعِي**: ومن يتعرض لما يستقبل من عين وهو قريب من القرية مطلقًا وشبه أن يقطع بكونه من الحريم، وعدَّه **الْبَغَوِي** وغيره من حقوق القرية مطلقًا أي: من غير فرق بين البعيد منها والقريب، وهو المختار وهذا فيما إذا لم يفحش بعده وكانت بحيث بعد من مرافقها عرفًا فيما أراه، وعبارة «الكافي»: وما انتشر الدواب إليه في الرعي عند الخوف ويختلف ذلك باختلاف القرية، انتهى.

والسرح كالمرعى وكذلك المحتطب، وعبارة القاضي أبي الطيب وغيره: أن ما انفصل عن العمران من الموات؛ ولكنه من مرافقه فليس لأحدٍ أن يتملكه بالإحياء.

إشارة: ذكر **الْغَزَالِي** هذه الأمور في حريم القرية المعمورة في الإسلام إلى آخره، ولابن **الرِّفْعَة** عليه كلام غير مرضٍ تعرضت له في «الغنية» فراجعه إن شئت.

قال: (**وَحَرِيمُ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ مَوْقِفُ النَّازِحِ**) أي: وهو المسقي بالدلو بيده.

(**وَالْحَوْضُ وَالدُّولَابُ وَمُجْتَمَعُ الْمَاءِ وَمُتَرَدَّدُ الدَّابَّةِ**) وعبارة «المحرر»: وحريم البئر المحفورة في الموات: الموضع الذي يقف فيه النازح والذي

....

يوضع فيه الدولاب ومتردد البهيمة ومصب الماء والحوض الذي يجتمع فيه الماء إلى أن يرسل وهو أصح وأحسن والمعدود من الحريم موضع الدولاب لا هو كما تقتضيه عبارة «المنهاج».

والحوض: بضم الضاد وهو مكان اجتماع الماء كما اقتضاه لفظ «المحرر» فقول «المنهاج» مع ذلك: «مجتمع الماء» بدل قول «المحرر»: «مصب الماء» ليس بجيد وقد اتفقا على أربعة أشياء، واختلف لفظهما في خامس وهو المصب والمجتمع فإن كانا واحدًا وإلا فيصبر سنة أو يكون المجتمع هو الحوض فيكون «المنهاج» وقد نقص المصب وذكر الحوض بغير اسمه وهو ما يقتضيه كلام «الشرح الكبير» فإنه قال: مصب الماء: هو الموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه، وزاد سادسًا مجففًا وهو الموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من البئر أيضًا من حريمه ولا سيما إذا كان كثير الأنهار لرخاوة أرضه، وفي الجديد: وله البئر ويسمونه بملقى طينها، وهذا لا شك فيه، وما أطلقه «المحرر» و«المنهاج» في موضع الدولاب ومتردد الدابة مقيد بما إذا كان الإسقاء بهما كما صرحا به في «الروضة» وأصلها؛ وذلك فيما المقصود منه السقي، أما ما يتخذ للشرب فقط قائمًا يعتبر فيه موضع المسقي.

وعبارة «البحر»: وإن حفرها لسقي الشجر والحرث كان حريمًا بمقدار عمقها فإن كان ألف ذراع كان حريمها ألف ذراع من كل جانب، وإن كان عشرة أذرع فعشرة أذرع، وهو كل قدر تمتد البهيمة والدلو إليه، وإن حفرها للسقي بالدولاب فله يدار الدولاب، وإن حفرها لسقي منها بيده فله منها قدر مقامه للإسقاء منها، انتهى.

وحكى الرَّافِعِي وجهًا أن حريم البئر عمقها من كل جانب، وأحسبه ما ذكره الرُّويَانِي وفهم ما فهم أنه غيره، والمذهب أن ذلك غير محدود؛ بل مقدر بالحاجة إذ لو جوز للغير التسلط على حريمها لأضر مالكها وتعطلت منفعة ملكه.

تتمات: احترز بقوله: «في الموات» عن المحفورة في ملكه ونحوه وحكمه واضح.

وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٌ وَثَلْجٌ، وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ الْبَابِ،

قال: (**وَحَرِيمُ الدَّارِ فِي الْمَوَاتِ مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٌ وَثَلْجٌ**) أي: لحاجتها إلى ذلك وعبارة «الكافي»: والدار إن كانت محفوفة بالموات فحريمها ما حولها من فناء الدور ومطرح الرماد والتراب والثلج ومصب الميزاب.

قال: (**وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ الْبَابِ**) يعني: جهته وهو في كلام الناس، والمعروف في اللغة أن الصوب نزول المطر، والصوب الصوار وليس المراد استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد الموات؛ بل لغيره إحياء ما قبالته إذا بقي الممر له، فإن احتاج إلى ازورار وانعطاف فعل، هكذا ذكراه وفي النفس شيء مما إذا انتفى حسن الازورار والانعطاف لما فيه من الإضرار به.

فرع: قال في «زيادات الروضة»: وأما قدر الطريق نقل من تعرض لضبطه وهو مهم جدًا إلى أن قال: وإن كان بين أراضي يريد أصحابها إحياءها قال: اتفقوا على شيء، فذاك وإن اختلفوا فقدره سبعة أذرع، وهذا يعني ما ثبت في صحيح البخاري، ومسلم: «أنه ﷺ قضى عند الاختلاف بسبعة أذرع»(١) انتهى.

وهو متابع لإفتاء ابن الصلاح بذلك ولا نقل عندهما فيه، والمنقول في «الحاوي» و«البحر» في باب القيمة أن المرجع في ذلك إلى الحاجة وذكر الحديث، وقالا: إنه محمول على عرف «المدينة» فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها، وقد يكون في بعض البلاد ما هو أقل من هذا وقد يكون ما هو أكثر، وهذا في الطريق العامة، وأما الخاصة بين شريكين يتنازعان قدر الطريق فالشافعي: يعتبره للحاجة أيضًا وما جرت به العادة، وأبو حنيفة: يقدره ما يسع المحمول أو لا يضيق بها.

وقال الخطابي: في المعالم يشبه أن يكون الحديث على معنى الإرفاق والاصطلاح دون الحصر والتحديد، وكذا قال الرُّويَانِي في «البحر» والبغوي في «شرح التنبيه» في باب وضع الخشب على جدار الجار؛ لكنه قال في آخر كلامه: ويشبه أن يكون معناه إذا بنى أو قعد لبيعٍ بحسب يجب سقي المارة من

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٩٣)، ومسلم (٣٠٢٦).

وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ الِانْهِيَارُ ....

عرض الطريق تسعة أذرع، فامتنع؛ لأن هذا يبين ضرر المارة، وكذا في أراضي القرى التي تزرع إذا خرجوا من حدود أراضيهم إلى شعابهم لم يمنعوا إذا تركوا للمارة تسعة أذرع، انتهى.

وفيما ذكره بحث وفي المسألة مزيد كلام وتفصيل يطول ذكره، وقول الشيخ: وإن كان بين أراضي يريد أصحابها إحياءها أحسب هو لُبّ العبارة أن يقال: يريد جماعة إحياءه لأن الكلام في الموات الذي يريد إحياؤه، وأما الأراضي المملوكة من قبل فلا يجيء هذا فيها على إطلاقه قطعًا فتأمله!.

قال: (**وَحَرِيمُ آبَارِ الْقَنَاةِ مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ الِانْهِيَارُ**) يعني: السقوط ويختلف ذلك باختلاف رخاوة الأرض وإجارتها، وآبار القناة: هي التي قصدت لذلك فقط ولا يحتاج إلى موقف نازح ولا حوض ولا غيره مما سبق، وإنما يحتاج إلى حفظها وحفظ الماء، وقيل: إن حريمها حريم البئر التي يسقى منها ولا يمنع الحفر بعد ما جاوزه وإن نقص الماء وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه قالوا: لأنه خارج عن حريم البئر وبهذا صرح الْمَاوَرْدِي، وقال: إنه مذهب الشَّافِعِي وأبي حنيفة خلافًا لمالك، وجعل الرَّافِعِي الأظهر أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماؤها كما ليس لغيره أن يتصرف قريبًا من بنائه بما يضر به، ويخالف ما إذا حفر بئرًا في ملكه فنقص ماء الأول حيث يجوز.

وفرّق في «الشامل» بأن الحفر في الموات ابتداءً يملك فلا يمكن منه إذا تضرر الغير وهاهنا كل متصرف في ملكه، وعلى هذا فدليل الوضع داخل في حريم البئر نصًا، وما حكمنا بكونه حريمًا فذلك إذا انتهى لموات إليه، فإن كان الموضع مملوكًا قبل إتمام حد الحريم فالحريم إلى حيث ينتهي الموات، انتهى كلام الرَّافِعِي.

ومنه يعرف حكم البئر المحفورة في غير الموات وأن الحريم فيما في الموات الموضع الذي ينقص الحفر فيه الماء، وفي حمل هذا على إطلاقه نظر! إذ يلزم منه أنه لو حفر إنسان في الموات بئرًا على فراسخ من الأولى فنقص بذلك ماؤها أنه يمنع، وأن حريم الأولى تمتد فراسخ ولا يخفى ذلك.

وعبارة «الكافي» وكذلك المياه في موات، جاء آخر وحفر قناة بجنبها

وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ، فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّامًا وَإِصْطَبْلًا،

فانتقص ماؤها منع منه، وقال العراقيون من أصحابنا: لا يمتنع منه وهو القياس. قال: ولو حفر نهرًا في موات، فحريمه ما يلقى فيه الطين عند الحفر، انتهى.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: حريمه [قليلون وصنعوا له] مثل القناة في الدور وقدر روي عن الزهري أنه قال: يكون له حريم خمسمائة ذراع، وروي عنه أنه قال: أربعين ذراعًا وليس لذلك عندنا حد محدود بأن يكون على حسب العرف مقدرًا، وما يكون متبرعة لسقي الناس منها، انتهى.

إشارة: جميع ما ذكره المصنف من قوله: فحريم القرية إلى قوله: أو خيف الانهيار مفروض فيما إذا كان الملك محوفًا بالموات أو مناجمة من بعض الحوانيت.

فرع: قال الجرجاني: ليس له أن يحفر في حريم النهر المملوك وله أن يحفر في ملكه المجاور لحريم النهر سواء عمَّقه، فصرف الماء من النهر، أم لم يعمقه، كما لا يمنع من حفر في ملكه بحيث جاره للماء والحسن، وإن تعطل به بئر جاره أي: على الصحيح.

وقيل: يمنع؛ لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما من الأرض، ذكره في «البحر» فعلى الأول لو حفر في ملكه بالوعة أو بئرًا للنصف فيغير به ماؤه لقرب الكثيف لا ضمان عليه بسببه خلافًا للقفال.

قال: (**وَالدَّارُ الْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لَا حَرِيمَ لَهَا**)؛ لأن الأملاك متعارضة وليس جعل موضع حريمًا لداره أولى من جعله حريمًا لأخرى.

قال: (**وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: وإن يضر به جاره ولا ضمان عليه إذا أفضى إلى تلف كما لو اتخذ بئرًا حشًا على الاقتصاد المعتاد، فأحيل به حائط جاره أو تغير بالنجاسة ماء بئره.

قال: (**فَإِنْ تَعَدَّى ضَمِنَ**) أي: لمخالفته العادة [والاقتيات].

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ الْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّامًا وَإِصْطَبْلًا**)

وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمِ الْجُدْرَانَ.

أي: وطاحونًا وفرنًا وغيرها.

(وَحَانُوتَهُ فِي الْبَزَّازِينَ) أو من أي غيرهم.

(حَانُوتَ حَدَّادٍ) أي: وقصار ونحوهما.

(إِذَا احْتَاطَ وَأَحْكَمِ الْجُدْرَانَ) أي: إحكامًا يليق بها يعضده، قال: فعلى الغالب منه ظهورًا فخللَ في جدار الجار فالأصح المنع وذلك مثل أن يدق في داره دقًا عنيفًا تزعج منه الأبنية أو يحبس الماء في ملكه بحيث تسير النداوة إلى جدار جاره.

والوجه الثاني في أصل المسألة: المنع لما فيه من الضرر، واختاره الشيخ أبو حامد والإمام ومن تابعهما، فعليه لو دقَّ فاهتز الجدار فانكسر ما كان معلقًا فيه، قال ابن الرِّفْعَة: قال العراقيون: إن سقط حالة الضرب ضمن وإلا فلا.

وقال القاضي الحسين: عندي لا ضمان في الحالين.

فرع: لو اتخذ داره مدبغةً أو حانوته فرنًا ونحوه حيث لا يعتاد، فخلاف مرتب على ما سبق وأولى بالجواز، ويجيء في الصورتين ثلاثة أوجه: ثالثها: يمنع ما يؤذي الملك دون الساكن لحانوت طباخ وخباز وسماك ونحوهم بين حوانيت العطارين، والبزازين يتأذون بدخانه وريحه، واختار ابن الصلاح وتلميذه القاضي ابن رزين في فتاويه بمنعه من كل مؤذي لم تجز العادة به مطلقًا، وأخبار الرُّويَانِي في كل هذا أن الحاكم يجتهد ويمنع إن ظهر له العيب وقصد الفساد.

قلت: وهذا وإن ضعف من حيث القياس فلا بأس به كما لو أراد أن يؤجر ملكه بين البزازين والعطارين لما ذكرنا، وثم من يستأجره للبزاز والعطف ونحوهما بمثل تلك الأجرة، فهذا اعتياد وإضرار يخص بخلاف ما لو كان ذلك حرفته وأراد أن يحترفها فيه، أو كان يستأجر للبئر ونحوه بأجرة يسيرة ولغيرها بأجرة كبيرة.

قال الرُّويَانِي: وكذا في إطالة النهار منع الشمس والقمر أي: والهواء، وقال الإمام الْغَزَالِي: القول الجلي أنه إذا جاوز العادة في التصرف وعد في

وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ، دُونَ عَرَفَاتٍ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْتُ: وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

حق نفسه مضرًا بها فلا يحتمل، وإن كان مرتفعًا بملكه مجاوزةً للعادة في ذلك وجبر ضرر ظاهر لم يحمل على المذهب، وإن لم يضر الساكن، وجبر ضرر ظاهر على الساكن، ففيه احتمال ظاهر.

قال: (**وَيَجُوزُ إِحْيَاءُ مَوَاتِ الْحَرَمِ**) أي: كما يجوز تملك معمورة بالهبة والبيع.

قال: (**دُونَ عَرَفَاتٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لتعلق حق وقوف الحجيج بها كما يتعلق به حق المسلمين من المساجد والمرابط والطرق وحصل العبد بالصحراء.

والثاني: تجوز كغيرهما فعلى هذا هل يبقى حق الوقوف أو لا أو إن ضاق الباقي بقي وإلا فلا وجوه، واختار الْغَزَالِي بين أن يضيق الوقف فيمنع أو لا فلا.

إشارة: كان الأحسن أن يقول: ولا يجوز في عرفات على الأصح لئلا يوهم استثناء عرفات من الحرم، وإن الخلاف فيهما، وعرفات من الحل ولا خلاف في الحرم.

قال: (**قُلْتُ: وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنًى كَعَرَفَةَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) أي: لوجود المعنى وظاهر كلامه أنه منقول، ولذلك غير في تصحيحه عنه بالأصح، وعبارة «الروضة»: وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات؛ لوجود المعنى وهي مصرحة بأنه ألحقه بها بحثًا لا نقلًا وحكاه ابن الرِّفْعَة عنه في «المطلب» ثم قال: وقد يتوقف في ذلك أي: بل يجزم بالمنع لصنفه بخلاف عرفات على أحد الوجوه وقد يؤدي المنع.

قال في «صحيح الحاكم» عن عائشة رضي الله عنها: «قيل لرسول الله ﷺ: ألا نبني لك بمنى بيتًا يظلك» فقال: «لا، منى مناخ من سبق»[1] ثم قال: صحيح على شرط مسلم.

---

[1] أخرجه الترمذي (٣/٢٢٨ رقم ٨٨١) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/١٠٠٠ رقم ٣٠٠٦)، والحاكم (١/٦٣٨ رقم ١٧١٤) وقال: صحيح على شرط مسلم. والدارمي (٢/ =

فَصْلٌ

وَيَخْتَلِفُ الْإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا اشْتَرَطَ تَحْوِيطَ الْبُقْعَةِ وَسَقْفَ بَعْضِهَا وَتَعْلِيق بَاب، وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ ....

فصل

قال: (**وَيَخْتَلِفُ الْإِحْيَاءُ بِحَسَبِ الْغَرَضِ**) أي: والرجوع فيه إلى العرف إذ الشارع أطلقه ولا حد له لغةً فرجع فيه إليه.

قال: (**فَإِنْ أَرَادَ مَسْكَنًا اشْتَرَطَ تَحْوِيطَ الْبُقْعَةِ**) أي: بالبناء بآجر أو لبن أو حجر أو طين أو خشب أو قصب بحسب العادة.

قال: (**وَسَقْفَ بَعْضِهَا**) أي: على الصحيح ليتهيأ للسكنى ويقع عليه اسم المسكن من دار أو بيت، وقال صاحب «التقريب»: لا يشترط وقد يقوى إذا اطرد عرف قوم بالسكنى في المحوطات بلا سقوف في بلاد قليلة المطر، وقد تقضي العادة إيجاد مكان للنزهة في زمن الصيف يسكن بغير سقف، وحمل حامل كلام صاحب «التقريب» عليه.

وعبارة القاضي أبي الطيب إذا حوطها وسقف عليها وقضيتها اعتبار سقف الجميع ونحوها، قول الرُّويَانِي: فأما إحياء الدار، فإن بنى الحوائط وسقف عليها، فإن ذلك العرف في بناء الدار؛ لأن السكون والإسكان لا يتأتى إلا بالسقف، انتهى.

قال: (**وَتَعْلِيقَ باب**) إذ لا يصلح للسكنى بدونه في العادة.

(**وَفِي الْبَابِ وَجْهٌ**) لأن فقده لا يمنع السكنى، وإنما ينصب لحفظ المتاع.

فإن قلتَ: لو اتخذ دارًا أو بيوتًا فهل يكفي نصب باب لبعض بيوتها أو يعتبر النصب بكلها دون باب الدار؟ أم لها جميعها أم يكفي له فقط؟

قلتُ: المحكم العرف ويظهر أن يكفي النصب لبعضها أو لباب الدار

= ١٠٠ رقم ١٩٣٧) وإسحاق بن راهويه (٣/ ٦٨٨ رقم ١٢٨٦)، والطحاوي (٤/ ٥٠)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٤، رقم ٢٨٩١)، والبيهقي (١٠/ ١٣٩، رقم ٢٠٢٧٠).

فقط، وكثير من القرى لا يجعلون للدار بابًا.

وقال الدارمي: أراد سكنى فجيء بحفر أسبابها ويأخذ في البناء، وظاهر هذا أنه بمجرد الأخذ في البناء يملك المنفعة وهو غريب، وقريب من قول القائل بأن الحجر يعيد الملك فتحصيلها على وجوه.

قال: (**أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابٍّ**) أي: أو حظيرة تجمع الثمار والغلات وغيرها.

(**فَتَحْوِيطٌ**) أي: بما جرت به العادة كما تقدم.

قال الْعِمْرَانِي: قال الصيمري: ويشترط فيه التعلية إلى حيث يمنع من أدائه، قال الشيخان وغيرهما: ولا يكفي نصب وسعف وأحجار من غير بناء؛ لأن التملك لا يقتصر عليه في العادة، وأما يفعله المختار، انتهى.

وفي «البحر»: وأما الحظيرة للدواب والماشية أو الحطب، قال: يبنى الحائط بما جرت به العادة من آجر وجص أو آجر وطين أو لبن وطين أو طين وجص أو طين وحجر، ولو اختلط على الموضع بقصب أو خشب أو شوك أو حجارة متقيدة بغير بناء، فإن تحجر ولا يملك، وقال بعض أصحابنا بـ«خراسان»: إذا أحاطه بحطب أو قصب يكون إحياء، وهذا غريب، وعندي هذا يختلف باختلاف البلاد ففي طين بستان هذا إحياء؛ لأنه جرى به عرفهم، انتهى.

وهذا صحيح وبه صرح الْمَاوَرْدِي والحق بها خلاف عن طين بستان وخلاف كأحجار وبعض أعراب «الشام» يبنون بالجريد المجرد وفيه وجوه، والصواب أن البناء بالأحجار المجردة كافٍ وكذا بغيرها مما يعد بناء لا كما اقتضاه صدر كلامه من أنه لا بدَّ مع ذلك من طين أو جص، وعن رواية ابن أبي الدَّم ثلاثة أوجه عن «الحاوي» في التحويط بالقصب والشوك أصحهما: إن كان عادة البلد كفى وإلا فلا، وشرط في «الإفصاح» أن يعمل على الحيطان شوك وهو عرف كثير من البلاد.

فرع: قال في «الروضة»: ولو جعل البناء في طرف واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، حكى الإمام عن القاضي أنه يكفي، وعن شيخه

لَا سَقْفٌ، وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ. أَوْ مَزْرَعَةً فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا، وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ، ....

المنع، انتهى.

وظاهره المنع مطلقًا، والذي في «النهاية» و«البسيط» عن شيخه ووالده أبي محمد أنه لا يملك إلا محل البناء والباقي يجري على قياس التحويط بالسعف والجريد. قلت: ويحتمل أن ينظر إلى الغالب ويعطي الجميع حكمه.

قال: **(لَا سَقْفٌ)**؛ لأنه العادة.

(وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ) أي: المتقدم في المسكن بتعليله وعندي أن الخلاف في هذا غريب على الخلاف في الدار وأولى بالعفو عن الباب، فإن الحارس والراعي يقعد وينام بباب الحظيرة بخلاف الدور والبيوت.

قال: **(وَفِي الْبَابِ الْخِلَافُ أَوْ مَزْرَعَةً فَجَمْعُ التُّرَابِ حَوْلَهَا)** أي: لينفصل المحمي عن غيره، وفي معناه نصب حجر أو شوك أو قصب ولا يحتاج إلى تحويط؛ لأنه العرف.

وقال الشيخ أبو حامد: عندي إذا صارت الأرض مزرعة يسوق الماء إليها فقد تم الإحياء، وإن لم يجتمع التراب حولها، وقاله غيره؛ لكن شرط فيه قصد التملك وعندي أنه مراد الشيخ أبي حامد.

قال: **(وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ)** أي: طم المنخفض وكسح المستعلي، وعبارة جماعة: إصلاح التراب، وقال الْمَاوَرْدِي بالحرث ونحوه، وقال غيره: يحرثها ويلين ترابها، فإن يتهيأ ذلك إلا بما ساق إليها فلا بدَّ منه لتتهيأ للزراعة.

قلت: من الأراضي الرخوة المزبلة ما يزرع بقلًا، فإن تأخرت فلا حاجة فيها إلى حرث، وأما ما يزرع إلا به، فكلام الرَّافِعِي وجماعة يقتضي اشتراطه، ونقله الرُّويَانِي في «البحر» عن النص، وقال في «البحر»: إنه مما لا بد منه، قيل: ويحتمل أن يكتفي بتهيئتها له إذا قلنا: يشترط الزرع، فإن شرطناه فالحرث أولى.

قال: **(وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا)** أي شق ساقية من نهر أو بئر أو بحفر بئر أو قناة.

(إِنْ لَمْ يَكْفِهَا الْمَطَرُ الْمُعْتَادُ)، فإن كفاها لم يحتج إلى ترتيب ماء على

لَا الزِّرَاعَةُ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ بُسْتَانًا فَجَمْعُ التُّرَابِ، وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ، وَيُشْتَرَطُ الْغَرْسُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

الصحيح، وإذا لم يكفها المطر وكان هناك ماء من بئر أو عين أو غيرهما، فإن حفر طريقه ولم يبق إلا إجراؤه كفى وإن يحفر بعدُ، فوجهان أرسلاهما، وقال الرَّافِعِي في شرحه الصغير: أشبهها الاكتفاء.

قال: (**لَا الزِّرَاعَةُ فِي الْأَصَحِّ**) أي استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء، وهذا نصه في «الأم» والثاني لا بد منه لحصول الملك أو الدار لا تصير محياة حتى يحصل فيها عين مال للمحيي، فكذلك الزراعة، ونسب إلى ظاهر نصه في «المختصر» ونقله الرُّويَاني في «البحر» عن النص، وكذا في «البحر» به مقتصرًا عليه وجعل في «البحر» المنع أقيس.

وقال الدارمي لم يشترط الزرع في الأم ونقل الـمُزَنِي شرطه، فقيل نقل الـمُزَنِي، وقيل: بنقل الأم، وقيل قولان، فأفاد ثلاث طرق وبما ذكرناه نعلم أن تعبير المصنف بالأصح غير سديد.

قال الرَّافِعِي: والأول يعني نص الأم أوضح والأكثرون مالوا إليه حتى غلَّط الْمَاوَرْدِي من قال بغيره.

قال: (**أَوْ بُسْتَانًا فَجَمْعُ التُّرَابِ**) أي: كالمزرعة والكرم كالبستان سواء.

(**وَالتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ**) اشترطًا، أو التحويط بالشوك والقصب كفى، وإن اعتادوا الاكتفاء بجمع التراب حوله كالبصرة وقزوين اكتفى به.

قال: (**وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ**) القول فيه كما سبق في المزرعة سواء والكرم كالبستان.

(**وَيُشْتَرَطُ الْغَرْسُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: بخلاف الزراعة على المرجح، وفرق بأوجه أحدها أن اسم المزرعة يبع الأرض قبل الزرع بخلاف البستان قبل غرسه، فإنه لا يبيعه متى شاء.

إشارات: قوله: فجمع التراب يجب حمله على تهيئة تراب أرض البستان وإصلاحه لا جمعه حوله كما يوهمه ظاهره، وقولنا: كالمزرعة، وقال في

....

«البحر»: وقيل إذا أراد الإحياء للغرس يكفي سوق الماء إليها، وإصلاح ترابها وأرضها، وقيل في كمال الإحياء: ثلاثة أوجه: أحدها: يكمل سوق الماء إليها، والحرث فقط، والثاني: لا يكمل إلا بالزرع معه أو الغرس، والثالث: قاله ابن سُرَيْج لا يكمل إلا بالزرع أو الغرس ثم بالسقي ذكره في «الحاوي»، وإن كانت الأرض من البطائح فلا بد من حبس الماء عنها؛ لأن إحياء البطائح بحبس الماء عنها كما أن إحياء اليابس بسوق الماء، انتهى.

وقال: قيل: هذا في إحياء المزرعة التي لا بُدَّ منه ثلاثة أشياء بحجزها وحرثها وسقيها، ثم حكى عن القاضي أبي الطيب أنه يكفي سوق الماء إليها أو تهيئته كما قدمناه.

قال: وهذا يدل على أنه لا يعتبر فعل السقي وهو على ما ذكر. انتهى.

واعلم أن من الناس من يشق الصخر في الشعاب وسفح الجبل وبطن الوادي ويغرس فيه للتمليك أو يكفيه ماء السماء والشرب بعروقه ولا يحفظ ولا يهيئ ترابًا، ويشبه أن يكون هذا إحياء للعرق الجاري به، ولم أر فيه نصًا، ويكون ماء يتملكه من الموضع إلى نهاية غرسه، وربما نصب أحجار مفرقة حوله أراضي الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر ونحوه، قال صاحب «التقريب»: إلى أنه لا يدخل الإحياء فيها وبه.

قال الْقَفَّال: وبنى عليه أنَّا إذا وجدنا شيئًا منها في يد إنسان لا يحكم له بملكه، ولا يجوز بيعه وإجارته، وقيل: إنها تملك بالحراثة، وجمع التراب على أطرافها، واختار القاضي الحسين وكلامهم في باب الإجارة يعضده فليكن الأصح تعبير المصنف بالمذهب في اعتبار الغرس تبع فيه «الروضة» وهو الأصح أو الصحيح، وقد يشهد للقطع قياس جماعة اشتراط الزرع في المزرعة اعتبار الغرس في البستان.

قال الإمام: هل يشترط أن يعلق الغرس أم يكفي غرس البعض؟ ذكره شيخي وفيه خلاف، والوجه عندنا أنه لا يشترط، وصححه الْغَزَالِي في «البسيط».

……

قال: قلت: فما الذي يكفي؟ قلت: لم أر فيه نصًا والأشبه اشتراط غرس ما سمي بستانًا أو كرمًا، ويحتمل أن يعتبر الأغلب ويقيد الاكتفاء بشجره أو شجرات في فضاء واسع، فإن قلت: هل يجيء في قصب باب البستان ما سبق في الروضة ونحوها؟

قلت: لم أر له ذكرًا، ويحتمل جريانه حيث جرى العرف به وجريانه في الكرم بعيد؛ لأنه غير معهود في الكرم.

فرع: إذا حضر شيئًا للتملك لم يحصل الإحياء حتى يصل إلى الماء، فإذا وصل كفى إن صلبت الأرض، وإلا فيشترط أن يطوي، وقيل: لا يشترط ذكره في «الكافي»، واختاره الإمام، وهذا في البئر المعينة، أما ما يحضر لجمع ماء المطر والسيل فلم أر فيه نصًا، ويشبه أن يكفي تهيئته لذلك وإصلاح مجرى مائه على العادة.

فائدة: القصد إلى الإحياء هل يعتبر لحصول الملك؟

قال الإمام: ما لا يفعله في العادة إلا التملك كبناء دار وإيجاد بستان بقصد الملك، وإن لم يوجد قصد وما يفعله التملك وغيره كحفر بئر بموات وزراعة بقعة منه اعتمادًا على ماء السماء إن انضم إليه قصدًا، فإذا الملك وإلا فوجهان، وما يكتفي به التملك لتسوية موضع النزول وتنقيته الحجارة لا تعيد الملك وإن قصده. انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: من سكن الصحارى جرت عادتهم إذا أرادوا النزول في موضع رصفوه عن الحجارة والشوك، وسووا ظاهر الأرض كضرب الخيم ونحوها، وسووا أبنيته مثل معلف الدواب وتنانير الخبز وما لا بُدَّ لهم منه، فإذا فعلوا ذلك بقصد ملك المنفعة ملكوها ولا يزول ملكهم بالارتحال عنها، ولا يحل لأحد أن ينتفع بموضع إلا بإذن مالكه، وإن قصدوا الارتفاق به دون التملك ما داموا هناك، فإذا ارتحلوا كان لغيرهم والارتفاق به على ما يذكره في مقاعد الأسواق.

فَصْلٌ

وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَبًا فَمُتَحَجِّرٌ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ، وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ.

فصل

قال: (**وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ**) أي: ولم يتم العمل فإن عبارة «المحرر» ومن شرع في أعمال الإحياء ولم يتمها، ويحتمل أن يجعل الضمير للإحياء، وسبق عن الدارمي أنه يملك بالشروع في البناء، وهو غير الوجه القائل أنه يملك بمجرد التحجر، وسبق في «الروضة» ونحوها ما يقتضي تقييد هذا الإطلاق.

قال: (**أَوْ أَعْلَمَ عَلَى بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَبًا**) أي: ونحو ذلك.

(**فَمُتَحَجِّرٌ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**) وهو أحق به لقوله ﷺ: «**مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَه**»(١) رواه أبو داود، ولم يضعفه.

قال: (**لَكِنَّ الْأَصَحَّ**) قلت: وهو الأظهر.

(**أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ**) أي: بيع حق التملك في الاختصاص كبيع علو البيت للبناء والسكنى، وزعم الفوراني أنه المذهب، وليس كذلك.

قال في «البحر»: قال أكثر أصحابنا: هذا من غلطات أبي إسحاق، وعبارة الْمُتَوَلِّي وجماعة لا يجوز بيع الأرض المحجورة، وأصل ذلك أن الأحقية أحقية اختصاص، وقيل: ملك، وهو شاذ فعليه يجوز بيعها.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ**)؛ لأنه حقق الملك، فإن عصى سواء أذن الإمام أم لا هذا هو المنصوص، وقيل: لا يملكه، واختاره الْقَفَّال ورآه الإمام أقيس، وقيل: إن انضم على التحجر إقطاع الإمام منع التملك وإلا فلا، وهو حبس، وقيل: إن اتحد المتحجر في العمارة لم يملك النادر وإلا بأن رسم خطًا ونحوه ملك ذكره الْمَاوَرْدِي، وبحثه الإمام.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٧ رقم ٣٠٧١) وابن سعد (٧/ ٧٣) والبيهقي (٦/ ١٤٢، رقم ١١٥٥٩)، والضياء (٤/ ٢٢٧، رقم ١٤٣٤).

وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ أَحْيِ أَوْ أُتْرُكْ، فَإِنْ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً.

تنبيه: لك أن تحمل قوله: أحياه على ما قبل البيع وبعده تفريعًا على الصحيح، وإذا قلنا: لا يجوز البيع فأحياه غير المشتري ملكه، ولا شيء على المشتري، وإن أحياه المشتري فإن كان قبل الحكم يفسخ البيع له فوجهان: أحدهما: يملكه بالتغلب، والثاني: لا بل هي للمتحجر؛ لأن المشتري فضل تملكه بالثمن دون الإحياء، فإذا لم يلزمه الثمن لفساد الأول لم يملك، والأول أصح.

قال: (**وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ التَّحَجُّرِ قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ**) قال له السلطان يعني الإمام أو نائبه: (**أَحْيِ أَوْ أُتْرُكْ**) لأنه نوع حمى، فمنع، والرجوع في طول المدة إلى العرف.

قال: (**فَإِنْ اسْتَمْهَلَ أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً**) أي: ذكر عذرًا في التأخير من إباق العبد وإصلاح الآلة أمهله الإمام حتى يزول العذر، وإن لم يذكر عذرًا لكنه استمهله إمهالًا أكثره ثلاثة أيام قاله في «البحر» وقال: إن المراد به الأخذ في الإحياء والابتداء به.

قال: ومن أصحابنا من قال أمهله عشرة أيام وأكثره شهرين وهذا أجود انتهى.

والأصح أن المرجع في المدة إلى رأي الإمام لا التقدير بثلاثة ولا غيرها.

وقال القاضي الحسين والإمام: إنها مدة يتهيأ فيها أسباب العمل، فإن مضت المدة، ولم يشتغل بالإحياء بطل حقه وملكه من أحياه قولًا واحدًا سواء أذن له الإمام أم لا.

إشارة: قيل قيدا الرَّافِعِي والْمَاوَرْدِيّ الإمهال بما إذا ذكر عذرًا كغيبة ماله أو غلمانه وإلا له أو عدمها، وعبارة الرُّويَانِي ما قدمناه، وفي «شرح التعجيز»: قال الإمام: ولا ينظر بعذر كسفر ونحوه.

وقال الْمَاوَرْدِي: ينظر، وهذا عكس النقل الأول عنه.

فَصْلٌ

وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَالْمُتَحَجِّرِ.
وَلَا يُقْطِعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، وَكَذَا التَّحَجُّرُ.

تنبيه: هل ينظر اختصاص المتحجر بمجرد طول الزمان من غير رفع إلى الإمام أم لا بُدَّ من الرفع إليه؟ على وجهين: الأول: اختيار أبي إسحاق والإمام، والثاني: اختيار الشيخ أبي حامد وأتباعه وقضية كلام الكتاب، وبنى عليها هل المعتبر الإحياء بغير إذن الإمام؟ فعلى قول أبي إسحاق: يجوز، ولا يأتي فيه الخلاف أنه تملك كالمتغلب، وعلى رأي أبي حامد: لا يجوز إلا بإذن الإمام، فإن أحياه بلا إذن فعلى الخلاف المذكور في المتغلب ولو مات المتحجر قام ورثته مقامه، أو جن قام وليه مقامه في إحيائها له إن رآه، فإن أحياها لنفسه فحكمه حكم المتغلب، قاله في «البحر».

فصل

قال: (**وَلَوْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ**) أي: بمجرد الإقطاع كالمتجرد ليظهر فائدة الإقطاع.

وفي الصحيحين: «أنه ﷺ أقطع الزبير وأقطع وائل بن حُجر أرضًا بحضرموت»[1] صححه الترمذي.

وفي الباب عدة أحاديث، وإذا طالت المدة وأحياه غيره كالحكم كما تقدم في المتحجر وحده، قول المصنف: كالمتحجر.

قال: (**كَالْمُتَحَجِّرِ وَلَا يُقْطِعُ إِلَّا قَادِرًا عَلَى الْإِحْيَاءِ، وَقَدْرًا يَقْدِرُ عَلَيْهِ**) لأنه غير المصلحة.

قال في «البحر»: إذا سأله رجلان إقطاع أرض أقطع أقواهما على عمارتها، فإن كانا سواء أقرع بينهما.

قال: (**وَكَذَا التَّحَجُّرُ**) أي: لا يتحجر إلا ما يمكنه القيام بعمارته، ولا يزيد

---

[1] أخرجه الترمذي(١٣٨١). وانظر: تلخيص الحبير للحافظ (٤/ ١٠).

....

على قدر كفايته، فإن زاد قال الْمُتَوَلِّي: فلغيره إحياء ما زاد على كفايته، وما زاد على ما يمكنه عمارته، وقال: غيره لا يصح تحجره أصلًا؛ لأن ذلك القدر غير متعين.

قال في «الروضة»: قلت: قول الْمُتَوَلِّي أقوى، والله أعلم ولك أن تجيب عن المراد بكافيته هل هو ما يحتاج إليه لسكنه والارتفاق نقلته فقط، أو أعم من ذلك حتى لو أراد أن يحيي مواتًا متسعًا يفضل عن كفايته أضعافًا مضاعفة كان له ذلك الأشبه بكلام الأصحاب.

الثاني: فله أَنْ يَحْمِيَ قَرْيَةً عَظِيمَةً يُمْكِنُهُ إِحْيَاؤُهَا لِتَمَوُّلِ غَلَّاتِهَا ولا حجر عليه في ذلك، وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا بحجره من أراضيها، وَإِنْ اتَّسَعَتْ خُطَّتُهَا.

فرع: قال شارح: الإقطاعات المعروفة في عصرنا للجند في أرض عامرة للاستغلال وتكون لهم فوائدها ومنافعها ما لم ينتزعها منهم السلطان أو يموتوا؟ لم أر له ذكرًا في كلام الفقهاء، وسميته إقطاعًا مخالفًا لقولهم: إن الإقطاع إنما يكون في الموات، وتجويزه يحتاج إلى أصل أستند إليه، وإلى تخريج طريق [قطعي] حتى أنه بمجرد الإقطاع ملك المنفعة أو الفوائد أو أنه يملكها مادامت في يده شيئًا فشيئًا.

وإن قلنا: بأنه لا يملكها وإنما يقوم مقام الإمام في استغلالها وإيجارها، ثم [استثنى] شيء بما يتحصل منها اقتضى تسليط الإمام على أخذه قبل استثنائه، وأنه ملك لبيت المال، وكل ذلك مشكل، وعلى الفقيه النظر في ذلك.

قال: وقال القاضي عياض: الإقطاع تسويغ الإمام بيت المال شيئًا يراه أهلًا لذلك وأكثر ما يستغل في إقطاع الأرض، وهو أن يخرج منها له ما يجوزه إما أن يملكه إياه فيعمره أو يجعل له عليه مدة.

قال: وهذا معنى الإقطاع في هذا الزمان إلا إن اصطلحناه لم يذكروه هكذا.

قال: ولا أحسب في جواز الإقطاع للاشتغال، خلافًا إذا وقع في محله لمن هو من أهل النجدة، وقدرًا يليق بالحال من غير مجازفة، وسيأتي إن شاء الله

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنِ النُّجْعَةِ، ....

تعالى في كتاب الوقف ما يشهد لهذا، أو ممن ذكره هناك القاضي أبو علي الفارقي، ورأيت في مصنف لبعض أصحابنا سماه كتاب «معرفة كتاب أراضي الإسلام» ويصرف صرح فيه أنه يجوز للإمام أن يقطع الأجناد من أراضي بيت المال ما يحتاج إليه على قدر حاجته من غير زيادة.

قال: وما يأخذه الجند على المزارعة ليس بخراج، وهو أجرة الأرض، ويحل لهم تبادل الغلة وغيرها إذا كان بالاتفاق، وألزمناه فأما الزيادة على ذلك فحرام قطعًا.

قال: وكذا ما يأخذه المقطعون من الفلاحين والمزارعين على الدواب والغنم والعسل والدجاج، فهو جور وظلم. انتهى وفيه أشياء حسنة لكن مصنفه مجهول وسيأتي في هذا زيادة إيضاح إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنِ النُّجْعَةِ**) أي: عن الذهاب لطلب الرعي وغيره، وهي بضم النون لأنه ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»(١) رواه البخاري.

قال الشَّافِعِي: وهو يحتمل تعيين أخذهما ألا يكون لأحد أن يحمي للمسلمين غير ما حماه ﷺ فلا يكون لوالٍ أن يحمي، والثاني معناه الأمثل ما حمى ﷺ ومن هذا الكلام أثبت الأصحاب القولين، والأظهر عند الجمهور: الجواز، ومنهم من قطع به لأنه ﷺ أحمى النقيع بالنون للخيل خيل المسلمين(٢). رواه ابن حبان.

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٣٨١)، والطيالسي (ص ١٧١، رقم ١٢٣٠)، والبخاري (٣/ ١٠٩٧، رقم ٢٨٥٠)، وأبو داود (٣/ ١٨٠، رقم ٣٠٨٣)، وابن حبان (١/ ٣٤٧، رقم ١٣٧)، والدارقطني (٤/ ٢٣٨) وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ١٦٩، رقم ٩٠٥)، وابن الجارود (١/ ٢٥٤، رقم ١٠١٦)، والطحاوي (٣/ ٢٦٩)، والبيهقي (٦/ ١٤٦، رقم ١١٥٨٥).

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٦٨٣).

……………………………………………………………………

وحمى عمر ﷺ السرف والربذة⁽¹⁾. رواه البخاري.

وروى أيضًا أنه حمى النقيع بلاغًا⁽²⁾، وسد الحوزي فرجح المنع لما سبق، ولأنه ليس له أن يحمي لنفسه، فلا يحمي لغيره.

تنبيهات وتتمات:

منها: الإمام الذي تردد قول الشَّافِعِي فيه هو الخليفة، وليس لوالي الإقليم وأمير البلد أن يحمي إلا بإذن الإمام، صرح به الْمَاوَرْدِي والروياني وألحق الفوراني الولاة الخليفة، وحكى فيهم القولين، ووافقه الرَّافِعِي، ورجح الجواز، والمختار خلافه، ونص الشَّافِعِي يقتضي القطع بأن ذلك للخليفة خاصة دون غيره من الولاة، قاله بعض محققي المتأخرين.

وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: الولاة الذين دون الخلفاء إن لم يجوز للخلفاء فلا يجوز لهم، وإن جوزناه للخلفاء ففيهم قولان: أحدهما: لا؛ لأنه من الأمور العامة فيختص بالأئمة والخلفاء، والثاني: يجوز كالحكومات وسائر المجتهدات. انتهى.

ومنها: قالا في «الحاوي» و«البحر» لو أن والي الصدقات اجتمعت عنده مواشيها وقبل المرعى وخاف عليها التلف إن لم يحم لها فإن منعنا الإمام بهذا أولى، وإلا ففي جوازه لهذا عند الضرورة وجهان: أحدهما: يجوز كما يجوز أن يبيع ما في يده من الصدقة عند الضرورة دون غيرها فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ولا يستديمه بخلاف حمى الإمام، والثاني: لا يجوز إذ ليس له أن يدفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء، قالا: وهذا أصح، وفي «زوائد الروضة»: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلدٍ هل له أن يحمي موضعًا لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك ولم يذكر خلافه، وقال ابن كج: إن منعنا حمى الإمام فذا أولى وإلا فقولان. انتهى⁽³⁾.

---

(1) أخرجه البخاري (٢٣٧٠).

(2) انظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٩٠).

(3) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٤٦).

……………………………………

والتحقيق في النقل ما قدمناه من الاختصاص بحال الضرورة، ومنها محل القولين في أن الإمام إنما يحمي إذا كان لا يضر بكافة المسلمين فإن كان ما يحميه قليلًا من كثير يكفي المسلمين ما بقي من مواتهم، قاله القضاة الْمَاوَرْدِي والحسين والروياني، وعبارة الدارمي: إنما يحمي ما لا يضر بالغير.

وقال الرَّافِعِي: ولا يحمي إلا الأقل الذي لا يتبين ضرره على الناس، ولا تضييق الأمر عليهم.

ومنها: لو حمى واحد من الناس مواتًا، ومنع الناس منه زمانًا، ورعاه وحده رفع الإمام يده عنه، ولم يغرمه شيئًا ليس للمالك ولا يغرمه؛ لأنه أخذ مستحقه، وينهاه عن مثل تعديه قاله في «البحر» و«الحاوي».

وفي «زوائد الروضة»: أنه لو دخل الحمى من أهل القوة فزعًا من ماشيته قال أبو حامد: لا غرم عليه، ولا تعزير لكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج عن النص أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفًا لما ذكرناه في كتاب الحج أن من أتلف شيئًا من شجر البقيع أو حشيشته ضمنه على الأصح. انتهى.

وفي منعه من الرعي نظر، وينبغي أن يمنع من المنع، قال ابن الرِّفْعَة: وشبيه أن يعزر على منع غيره إذا علم تحريمه. انتهى.

ولعل عادم التعزير لمن جهل التحريم فلو جهله ونهاه الإمام فأضر فلا ريب في تعزيره.

ومنها: يحرم على الإمام الماء المعد لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ المصنف في «تهذيبه» قاله في «الروضة».

قال: ويحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضًا عن الرعي في الحمى أو الموات بلا خلاف.

ومنها: قول المصنف بقعة موات ينبه على أن الحمى إنما يكون في الموات كالتحجر والإقطاع للعمارة، وقوله: لرعي نعم جزية وصدقة يعني أن الحمى

وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ، ....

لأجل ذلك، وذكر النعم واستعماله غالب في الإبل، ويستعمل كثيرًا في الغنم والبقر أيضًا، ولا شك أن الحمى قد يكون لخيل المجاهدين بل هو أعظم ما يراد لأجله، وقوله: وضالة معطوف على نعم، والضالة قد تكون من النعم، وقد يكون من غيرها، ويشبه أن يلحق بخيل المجاهدين الظهر الذي يحتاجون إليه في الغزو، وقوله: وضعيف المراد وهم ضعيف، وعبارة «المحرر»: ومواشي الدين يضعفون وهي أبين وأحسن وابن عمر - رضي الله عنهما - في إدخال مواشي الضعفة في الحمى، ومنع الأغنياء مشهور.

ومنها: ظاهر كلام الْغَزَالِي وغيره أنَّا جوزنا للإمام أن الحمى فليس له أن يجيء للمسلمين، وأهل الذمة، وفي أحكام الْمَاوَرْدِي أنه إذا جرى على الأرض حكم الحمى استيفاء لمواتها ومنعًا من إحيائها ملكًا، ورعى حكم الحمى، فإن كان لكافة الناس فسيأتي في رعي كلأ به الغني والفقير والمسلم والذمي بخيله وماشيته، وإن خص به المسلمين اشترك فيه غنيهم وفقيرهم، ومنع أهل الذمة، وإن خص به الفقراء والمساكين اختصوا به، ولا يجوز أن يخص به الأغنياء دون الفقراء ولا أهل الذمة دون المسلمين، وإن خص به نعم الصدقة أو خيل المجاهدين لم يشركها غيرها فيه، وإن كان عامًا لم يجز أن يختص به أغنياؤهم، وفي تخصيص فقرائهم وجهان. انتهى.

وفي تصوير الحمى العام إسكان، وقد يراد به منع احتشاشه وحنط الشجرة ونحو ذلك، بل برصده المرعى خاصة.

قال: (**وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ مَا حَمَاهُ لِلْحَاجَةِ**) رعاية للمصلحة، والمراد بالحاجة ما يدعو إلى ذلك من المصلحة، وليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، والثاني: لا لتعينه لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة.

تنبيهات: كلامه يفهم أنه ليس له نقض حمى غيره من الأئمة، والمشهور أنه يحمي بنفسه إذا ظهرت المصلحة في نقضه، وقيل: ليس له ذلك، وإن شاع له نقض حمى نفسه ولا ينقض ما حماه رسول الله ﷺ بحال على المذهب، وينبغي أن يخصص طريقة الوجهين فيه بما إذا قطع بزوال العلة، وحدوث ما يقتضي

وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ.

فَصْلٌ

مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ الْمُرُورُ، وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا ....

التغير بحيث يقطع أنه لو كان ﷺ حيًّا لغيره، فهذا يحتمل جريان خلاف فيه، وأما بدونه فلا، ولا ينقض ما حماه عمر ﵁ على الصحيح كما قاله الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» و«صاحب المعتبر» وبه جزم الصيمري في «شرح الكفاية» واستثنى صاحب «الرونق» من الأئمة الخلفاء الأربعة، فقال: فيهم قولان أصحهما: أنه لا يجوز، وهو حسن غريب، فإن فعلهم ﵃ أعلا من فعل كل إمام بعدهم، ولم يتبين هل مراده مجموعهم.

كما قال أبو حازم: إنه إجماع أو كل واحد منهم وهو الأقرب إلى كلامه، وجعل صاحب «التلخيص» القولين في حق الخلفاء الأربعة، وأما حمى من بعدهم فيجوز نقضه أي: قولًا واحدًا.

قال الشيخ أبو علي: وأصحابنا لم يفرقوا في موضع بين حمى الخلفاء الأربعة وبين من بعدهم جعل المسألة على قولين، ويشبه أن يكون ما قاله صاحب الكتاب على قياس قوله القديم من جواز تقليده الصحابي فألحق حكمهم بحكمه ﷺ. وأما أصحابنا على قوله الجديد فسووا بينهم وبين من بعدهم. انتهى.

فحصلنا في نقضه حمى غيره على مقالات.

قال: (**وَلَا يَحْمِي لِنَفْسِهِ**) أي: الإمام لنفسه أي: وفاقًا، قال: وذاك من خصائصه ﷺ ولم يقع ذلك منه، قال ابن الرِّفْعَة: ولو وقع لكان لمصلحة المسلمين لأن كل ما هو مصلحة له انتهى، وليس للإمام أن يدخل مواشيه في حماه؛ لأنه من الأقوياء.

قال: (**فَصْلٌ: مَنْفَعَةُ الشَّارِعِ الْمُرُورُ**)؛ لأنه وضع لذلك وهو مستحق الناس كافة، وعبر المصنف في «الصلح» عن الشارع بالطريق النافذ، قال ابن الرِّفْعَة: وبين الطريق الشارع اجتماع وافتراق أو الطريق كذلك.

قال: (**وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا**) أي: كانتظار رفيق

إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى الْمَارَّةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا. وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أُقْرِعَ، وَقِيلَ يُقَدِّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ.

وسؤال وغيره، وله الوقوف أيضًا لذلك، وللإمام مطالبة الواقف بقضاء حاجته والانصراف، قاله في «الشامل».

قال: (**إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى الْمَارَّةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ الْإِمَامِ**) أي: ذلك لاتفاق الناس عليه سلفًا وخلفًا من غير نكير.

قال: (**وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا**)؛ لأنه لا يضر بالمارة والعادة جارية به وكان الأحسن أن يقول ونحوها كما صنعنا في «الشرحين» و«الروضة» لئلا يوهم أن له البناء والسقف والتطيين ونحوها، وصورة المسألة: إذا كان ما يظلل به مما ينقل كالبارية والعباءة والثوب، فإن أثبت شيئًا لم يجز رسومًا في نصيب التركة في الصلح. قال في «الكافي»: ويمنع من ينازله، وهل وضع سرير؟ يحتمل وجهين.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ أُقْرِعَ**)، وعلل بعدم المزية، وهذا في المسلمين، وأما الذمي فيشبه أن يقدم المسلم عليه بلا قرعة، إن أثبتنا للذمي في هذا الارتفاق، وقد أرسلا فيه وجهين عن رواية ابن كج، وظاهر كلام «الوسيط» وإطلاق الكتاب وغيره أن له ذلك وعليه العمل بلا نكير، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه الذي يظهر بصحيحه؛ لأن ضرره لا يتأبد، ولعل محل الوجهين في شوارعنا، أما لو انفرد الذميون بمحلة فيظهر التسوية بيننا وبينهم في شوارعها، ثم رأيت الدارمي قال في أصل المسألة: فإن استأجرا ثياب وكان أحدهما مسلمًا فهو أحق، ثم حكى الوجهين، وحاول ابن الرِّفْعَة إثبات وجه ثالث بأنه يجوز ذلك للذمي بإذن الإمام لا مطلقًا إلحاقًا له بالموت على وجه، وصحح عدم الاحتياج، أما المسلم فلا يحتاج قطعًا.

قال: (**وَقِيلَ يُقَدِّمُ الْإِمَامُ بِرَأْيِهِ**) أي: باجتهاده كمال بيت المال، قال الْمَاوَرْدِي: والوجهان مثبتان على أن نظر الإمام في الشارع هل هو مقصود على التعدي، ومنعهم من الإضرار وقطع الشارع أو نظره نظر مجتهد فيما يراه صلاحًا من إخلاص من يخلسه ومنع من يمنعه وتقديم من يقدمه كما يجتهد في مال بيت

المال؟ وفيه وجهان، فإن قلنا: بالأول أقرع، أو بالثاني قدم من شاء باجتهاده، ولا يجيء فيه الوجه الثالث في المعدن الظاهر أنه يقسم بينهما أو قسمته هنا بينهما لا يمكن هكذا أورده في «البحر».

فرع: منع بعض وكلاء بيت المال في زمننا من الشارع ما يزعم أنه فاضل عن حاجة المسلمين باطل؛ لأن البيع يستدعي لعدم الملك، ولو جاز ذلك لجاز للإمام بيع الموات، ولا يعرف من قال به، قال ابن الرِّفْعَة: ولا أدري بأي وجه يلقى الله تعالى، وهذا مراد «صاحب التنبيه» بقوله: «ولا يجوز فيها البناء ولا البيع ولا الشراء» أي: لا يجوز بيعها ولا شراؤها، وقيل: إنما ذكر الشراء وإن كان البيع يغني عنه؛ لأنه ربما يوهم أن الإمام إذا باع شيئًا من ذلك جاز الشراء منه فأراد نفي هذا التوهم.

قلت: وفي معنى الشوارع والرحاب الواسعة بين الدور في المدن بأنها من المرافق العامة كما صرح به في «البحر»، وقيل: نَقَلَ فِي «الشَّامِلِ» الْإِجْمَاعَ عَلَى مَنْعِ إِقْطَاعِ الْمَرَافِقِ الْعَامَّةِ، وَالْبَيْعُ أَوْلَى بِالْمَنْعِ، وَقَدْ عَمَّتْ الْبَلْوَى بِالْبِلَادِ الْحَلَبِيَّةِ وَمَا وَالَاهَا بِبَيْعِ وُكَلَاءِ بَيْتِ الْمَالِ الْمَوَاتَ الْعَارِيَ عَلَى حَافَّاتِ الْأَنْهَارِ الْقَدِيمَةِ الْعِظَامِ وَغَيْرِهِمَا لِعَمَلِ الطَّوَاحِينِ وَغَيْرِهَا وَيَسْتَشْهِدُ مَنْ لَا عِلْمَ لَهُ وَلَا دِينَ بِأَنَّ ذَلِكَ جَارٍ فِي مِلْكِ بَيْتِ الْمَالِ وَيُثْبِتُ ذَلِكَ أَمْثَالُهُمْ مِنَ الْحُكَّامِ وَيَحْكُمُونَ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ وَالْمِلْكِ مِنْ غَيْرِ نَقْلٍ وَلَا عَقْلٍ، وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ.

فرع: هل للإمام مدخل في إقطاع الشوارع للارتفاق؟ وجهان: أصحهما عند الجمهور وهو المنصوص: نعم، واختار الجوهري والقفال المنع، ورجحه الْغَزَالِي، قال: لأنها منتفع بها من غير عمل فأشبهت المعادن الظاهرة، ولأنه لا مدخل للتملك فيها فلا معنى للإقطاع بخلاف الموات.

قال الرَّافِعِي: وللنزاع مجال، قوله: ولا مدخل للتملك فيه؛ لأن في «الرقم»⁽¹⁾ و«شرح مختصر» الجويني لابن طاهر روى وجه أن للإمام أن يملك

---

(١) لأبي القاسم العبادي.

……………………………………………………………

من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق، وذكر الرَّافِعِي في الجنايات في حفر بئر في شارع بإذن الإمام أن الذي أورده أصحابنا العراقيون والروياني والمتولي: لا ضمان، وحق زواله أن يخصص قطعة من الشارع ببعض الناس، وأن الخلاف راجع إلى ما تقدم في إحياء الموات أن إقطاع الإمام هل له مدخل في الشوارع؟

بينا أن الأكثرين قالوا: نعم، يعني: تجويز الإقطاع، وقوله: وجوزوا للقطع أن شيء فيه قد يتمشى على قوله من جوز بناء دكة في الشارع لكن الأصح خلافه، وقوله: ويمتلكه لا يتمشى إلا على ما نقله عن «الرقم» وهو وجه شاذ منكر، وعن «روضة» شُرَيْح: أن الإمام لا يملك الشوارع، وقيل: يجوز ببدل. انتهى.

وهذا إن ثبت أشذ من وجه «الرقم» وأما الرَّافِعِي فالظاهر أنه لما تكلم في الجنايات حال عهده بما ذكره في الصلح وإحياء الموات ولم يجزوه، قال ابن الرِّفْعَة: وكيف ورد فهو بعيد. انتهى.

وجوز أنه سقط شيء من كلامه فجاء نظمه هكذا، والله أعلم.

فرع: عن «الإحكام» للماوردي إذا قلنا بدخول الإقطاع فلا يحصل السابق أحق يعني السابق بعد الإقطاع، وأما لو سبق واحد مثل الإقطاع فينبغي امتناع الإقطاع لغيره قطعًا مادام حقه باقيًا لقوله ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ»⁽¹⁾ فالسبق موجب للأحقية بالتصرف بالنص، والإقطاع موجب للأحقية على الأصح، فإن تعارضا قدم الأقدم تاريخًا.

قال قائل بحثًا: فلو حصلا معًا ينبغي تقديم الأسبق ثبوتًا بالنص، وإنما لم يقدمه بعد الإقطاع إلا بالجعل إلا بجعل الإقطاع سبقًا. انتهى.

ورأيت في «البحر»: أنه لو أقطع الإمام موضعًا من مقاعد الأسواق ليبيع فيه متاعه فسبق إليه واحد قبله فوجهان: أحدهما: السابق أحق إذا قلنا نظر الإمام مقصور على منع الضرر، والثاني: في أن المقطع أحق منه، إذا قلنا نظره نظر اجتهاد، انتهى. وهو من «الحاوي».

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكًا لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلًا إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ.

فرع: قال في «البحر»: قال أصحابنا: حكم رحاب الجوامع حكم الطريق الواسع، وللإمام أن يقطع منها موضعًا لمن يبيع ويشتري إذا كان ذلك لا يضر بالمارة؛ لأنه لمرافق المسلمين.

قال: والارتفاق بالصحاري والفلوات لنزول المسافرين لا يضرون بمجتاز ولا يمنعون سائلًا.

قال: والارتفاق بأفنية المنازل والأملاك كمقاعد الباعة في أفنية الدور، فإن ضرَّ بأربابها منعوا من الجلوس إلا بإذنهم، وإلا فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن، وإن كان في فناء الدار وحريمها حيث لا يضر بها ولا بمالكها فقولان: أحدهما: يجوز بلا إذن؛ لأن من ذلك مرفق عام كالطريق، والثاني: لا يجوز إلا بإذن؛ لأنه أحق بحريمها ولا يجوز أن يأخذ عليه الأجرة بحال كما لا يجوز بيعه بانفراده فعلى هذا لو كان صاحب الدار محجورًا عليه يجز لوليه أن يأذن فيه، ولا فرق بين كون المالك مسلمًا أو ذميًا، ولمالك الدار أن يقيمه ويقدم من شاء. انتهى.

قال: **(وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكًا لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلًا إِلَى غَيْرِهِ بَطَلَ حَقُّهُ)** أي: لإعراضه عنه وسواء فيه للقطع وغيره فيما أراه.

قال: **(وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ إِلَّا أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ)** لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل، وهذا الضبط ذكره الإمام والغزالي، وقال الرَّافِعِي: إنه أشبه بالمذهب، وفي «الروضة» إنه المذهب ونقله في «البحر» عن بعض الخراسانيين فقال: إنه خلاف ظاهر المذهب، وحكى في «البحر» عن الْقَفَّال إنه لو انشغل عنه إما بعذر من مصيبة أو ظلم ظالم فهو أحق له، وإذا أعاده لو فارقه ليلًا ولا فرق بين الإقطاع وغيره. قال: وهذا غريب بخلاف ظاهر المذهب. انتهى.

قال الرَّافِعِي: والمصنف على طريقة الإمام، وسواء فارق بعذر بسفر أو مرض أو بلا عذر فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته وليس لغيره

....

مزاحمته في اليوم التالي.

قالا: وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهر مرةً وإذا اتخذ فيها مقعدًا كان أحق بها في النوبة الثانية، وقال الإصطخري: إذا رجع ليلًا فمن سبقه أحق، وقاله طائفة منهم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ونسبوه إلى الجمهور، وقال صاحب «الكافي» من المراوزة: إنه المذهب وأقر المصنف في تصحيح قول ابن الصباغ: إن جلس بإقطاع الإمام لم يبطل حقه بقيامه، وإن استقل وترك فيه شيئًا من متاعه بقي حقه، وإلا فلا.

قلت: وفرَّقوا بأن الإقطاع باقٍ، وإن زالت هذه وغيره لا إقطاع ولا بدَّ، والمذكور في «الوسيط» و«الإبانة» أنه متى قام لأجل الليل لا يبطل حقه، ولذا لو غاب يومًا أو يومين لمرضٍ أو سفرٍ وإن طالت غيبته بطل حقه وعلى ما نُقل عن الإصطخري جرى الْمَاوَرْدِي والمتولي ونقله عن نص الشَّافِعِي ﷺ ونقله الْعِمْرَانِي عن الشيخ أبي حامد والبغداديين من أصحابنا، وحينئذٍ فهو المنصوص.

وقول الجمهور: نعم الفرق بين القطع وغيره لائح إذ لو انقطع حقه بقيامه لم يكن للإقطاع معنى؛ لكن نص في «الأم» أن للمقطع الانتفاع بما أقام فيه، أو وكل له، وحمله ابن الرِّفْعَة على حارس المتاع.

قيل: ومفهوم النص أنه إذا لم يترك متاع ولا وكيل بطل حقه، وإن كان مقطعًا فينبغي حمل ذلك على ما إذا كان الإقطاع في العرف محمولًا على مدة مقامه، أما إذا قدر مدة ولم ينقص فلا ينبغي سقوط حقه، وكذا إذا قام فبادر غيره ينبغي منعه، وإذا لم يكن للإقطاع فائدة فالإقطاع بمنزلة السبق، انتهى.

وهذا بحث حسنٌ، ويشبه قول الشَّافِعِي: ما إذا قام معرضًا، وأن يكون مراده بوكيله الحافظ والثابت في الحرفة عنه.

فروع: قال الْمَاوَرْدِي وغيره: لو جلس في فناء طريق حتى تقادم عهده ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: معرفة ما لم يسبقه إليه غيره.

……………………………………………………………………………

والثاني: مقام عنه ويمنع منه لئلا يصير ذريعة إلى تملكه وادعائه.

وصحح الشيخان المنع؛ لأنه أحد المزيفين، وقد سبقا ونقلا الوجهين في المكث بالمسجد، ورجحا المنع أيضًا، وفيه نظر إذا أكثروا فيه وصفوا على غيرهم من المصلين؛ لأن المساجد العامة لا يختص بها أحد إجماعًا.

قال الْمَاوَرْدِي: وهل الجواز الحارس كذلك في أفنية المنازل وحريمها بغير إذن ملاكها؟ فيه قولان سواء كان المالك مسلمًا أم ذميًّا، فإن لم يجوزه إلا بإذنهم لم يجز أن يأذنوا فيه بأجرة كما لم يجز أن يبيعوه؛ لأنه بيع للملك وليس تملك، وجرى على ذلك الرُّويَانِي كما سبق وهو رأي الشيخ أبي حامد، والأصح أنه مملوك؛ لكن سبق عن أبي عاصم أنه لا يباع فعلى هذا قيل: لا يؤاجر، وفي منع أخذ الأجرة على قولنا بالملك، وإن منعنا البيع دفعةً عندي؛ لأنها منفعة مقصودة مباحة مملوكة، وقد يمتنع البيع لمعنى ولا يمتنع أخذ الأجرة.

ويظهر أنه لو جلس بلا إذن أنه يلزمه أجرة المثل، وربما سبق في الصلح أو الغصب ما يؤيد ذلك، ثم خطر لي بعد هذا الكلام إنما يجيء على قولنا: إن الدار ونحوها لها حريم في الشارع، وأيضًا وكلامهم فيما إذا أحيا دارًا ونحوها في موات، أما في وقتنا في الأمصار ونحوها التي لا يدرى كيف صار الشارع شارعًا فلا يأتي ذلك، ويجب الجزم بجواز العقود في أفنيتها وأنه لا اعتراض لأزويتها إلا أن يسند إلي حدودها، ولم يضر بها، وعليه الإجماع الفعلي، وأما الطرق المسندة فسبق فيها كلام في الصلح.

قال في «البسيط»: لو جلس في مكان من لم يسقط حقه في حال غيبته جالس وبني الأمر على أن ينزعج ويسلم الجليس إليه إذا عاد فالظاهر أنه لا يمنع منه، ويحتمل أن يقال: وهو ممنوع لئلا يظن معاملوه إعراضه.

وقال في أصل «الروضة»: وإذا قلنا بالأول يعني: ما ذكرناه عن الإمام وجزم به في «المنهاج» وأراد غيره الجلوس في مدة غيبته، فإن كان لغير معاملة؛ لم يمنع قطعًا وإلا لم يمنع أيضًا على الأصح، وصرح الرَّافِعِي بنقلهما وجهين ولعلهما احتمالان للإمام، وليس للإمام ولا لغيره أخذ عوض ممن يرفق

وَمَنْ أَلِفَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَوْضِعًا يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِئُ كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ، وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا، ....

بالجلوس في الشوارع ونحوها كبيع ونحوه.

قال المصنف: بلا خلاف وموضعه إذا لم يبن دكةً ونحوها، فإن بنى لزمه الأجرة كما سبق في الصلح، وفي «كتاب الغصب»: إن منفعة الشارع مضمونة بالتقريب؛ لكن ذاك في التعدي والكلام هنا في غيره.

قال: (**وَمَنْ أَلِفَ مِنَ الْمَسْجِدِ مَوْضِعًا يُفْتِي فِيهِ وَيُقْرِئُ**) القرآن أو الحديث والعلم الشرعي وتدريسه.

(**كَالْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ**)؛ لأن له غرضًا في ملازمة مكانه لتألفه الناس، قاله العبادي والغزالي تفقهًا لا نقلًا، ورواه الرَّافِعِي الأشبه، وكان الشيخ أبو محمد يأباه، وإليه مثل صاحب «التقريب»، ونقله الْمَاوَرْدِي عن جمهور الفقهاء ولم ينقل الأول لا عن مالك.

وقال في «البحر»: إنه غلط ومقتضى كلام الْمَاوَرْدِي أن الشَّافِعِي وأصحابه من الجمهور، والظاهر أن هذا هو المذهب المنقول.

وقول المصنف في «شرح مسلم» في باب تحريم إقامة الإنسان من موضعه: المباح الذي سبق إليه من سبق إلى موضع مباح من المسجد وغيره يوم الجمعة أو غيره أصلًا أو غيرها فهو أحق به، ويحرم على غيره إقامته منه إلا أن أصحابنا استثنوا منه إذا ألف من المسجد موضعًا يفتي فيه أو يقرئ قرآنًا أو غيره من العلوم الشرعية فهو أحق به إذا حضر لم يكن لغيره أن يقعد فيه، انتهى.

الظاهر أنه أخذه من كلام الرَّافِعِي مسلمًا والمنقول ما قدمناه وهو ما ارتضاه إمام الحرمين، وعلى ما قاله الرَّافِعِي والغزالي فيشبه أن يكون محله في الجوامع العظام، أما المسجد الصغير فلا يجيء ذلك فيه وبقاعه متقاربة؛ ولهذا صورها في الجوامع. قال: (**وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلَاةٍ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا**) أي: بلا خلاف، وللرافعي فيه بحث ضعيف إذ لزوم نفعه متعين للصلاة غير مطلوب؛ بل ورد فيه نهي، والصف الأول لا ينحصر في منفعة بعينها.

فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ لَمْ يَبْطُلْ اخْتِصَاصُهُ، فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ.

قال: (**فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ**) أي: كخروجه لرعاف أو تجديد وضوء وقضاء حاجة وإجابة داعٍ.

(**لَمْ يَبْطُلْ اخْتِصَاصُهُ، فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ**) أي: مصلاه ونحوه سواء طرأ عذره بعد الشروع في الصلاة أو قبلها، وإن اتسع الوقت لقوله ﷺ: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»(١) رواه مسلم، زاد الإمام والغزالي وتبعهما الرَّافِعِي فيه فقالوا: «من مجلسه في المسجد».

وقال الإمام: إنه صحيح ووقع كذلك في أصل «الروضة» ولا تعرف هذه الزيادة في هذا الحديث، وغلط ابن الرِّفْعَة فنسب الحديث إلى البخاري، وإنما هو من إفراد مسلم.

والوجه الثاني: أنه يبطل حقه كغيرها من الصلوات.

والثالث: أن من ترك إزاره بقي حقه، وإلا فلا، ولا بأس به.

والرابع: إن خرج بعذر في الصلاة بقي حقه، إن أمكن عوده فيها، أو بعذر قبلها لم يبق، حكاه ابن الرِّفْعَة وهو غريب، والظاهر أن الخلاف فيما إذا لم تقام الصلاة في حال غيبته، أما لو أقيمت واتصلت الصفوف ورأى موضعه فالوجه سد الصف مكانه ولا يصل فيه إذا ضاق الوقت وكان يجد موقفًا غيره، وهل يجري الخلاف في الجالس لانتظار صلاة قبل دخول وقتها إذا دخل قبل دخول الوقت ليعود، أو محله فيما إذا خرج بعد دخول وقتها؟ لم أر فيه تصريحًا، والحديث يقتضي عدم الفرق ولا خلاف أنه مادام قاعدًا لا يجوز إزعاجه.

فرع: إذا اعتكف ولم ينو وقتًا فمتى قام بطل حقه، وإن نوى وقتًا كأيام فخرج لحاجة جائزة، قال في «الروضة»: ففي اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه.

---

(١) أخرجه مسلم (٢١٧٩).

وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانْقَاهُ لَمْ يُزْعَجْ، ....

قلت: وهذا يظهر إذا ترك إزاره ونحوه، أو كان بجلوسه فيه بخصوصه فائدة دينية، أما بدون ذلك فلا معنى له.

قال: وأما الجالس فيه لاستماع حديثٍ أو وعظٍ؛ فالظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارق بغير عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار.

قلت: وفيه ما أبديته.

قال: ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بقرب كبير المجلس وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال يعني: إذا قلنا: يختص به الشيخ المعلم والمقرئ ونحوهما، وقد بينا أن المذهب خلافه.

قال: وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس الدرس في المدرسة أو المسجد فالظاهر دوام الاختصاص لاطراد العرف به، وفيه احتمال ويتجه إلى أن محل الاختصاص إذا كان أهلًا للجلوس فيه، أما لو كان لا يفيد ولا يستفيد فلا معنى له، وقد سبق اثنان إلى مكان واحد وتنازعاه.

قال ابن الرِّفْعَة: الذي يظهر تعين القرعة لحديث: «**الِاسْتِهَامِ فِي الصَّفِّ الْأَوَّلِ**»[1] انتهى.

إن يقال بقدم المدرس من يراه أولى بالمجلس لفضله وعلمه وإفادته واستفادته ولا سيما إذا كان مزاحمة من غير مرجو الصلاح.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَى مَوْضِعٍ**) أي: وهو ممن يسكنه مثله.

(**مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ فَقِيهٌ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَى خَانْقَاهُ لَمْ يُزْعَجْ**) أي: سواء أذن له الإمام أم لا.

---

[1] أخرجه البخاري (٦٧٩)، ومسلم (٦٦٣).

وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ.

(**وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ**) أي: من صلاة وحمام وغيرهما سواء خلَّف أحدًا فيه أو متاعه لعموم الحديث المتقدم. واعلم أن المواضع الثلاثة قد يوقف فيتبع شرطها، وقد بني في موات لهذا الغرض، وينبغي أن يكون كما قاله **الْمَاوَرْدِي** فمن قصد بناء بعد موات جعلها مسجدًا فإنها تصير باستكمال بنائه على هذا القصد مسجدًا.

قال ابن **الرِّفْعَة**: ويظهر في الرباط أنه كذلك والسابق إلى شيء من ذلك أحق به، وقيده ابن **الرِّفْعَة** بما إذا لم يكن له ناظر، فإن كان لم يجز النزول فيه إلا بإذنه إن أمكن العرف، وكذا لو كان للمدرسة مدرس دون ما إذا قصد ذلك، والذي قاله **الْمُتَوَلِّي** أنه سواء سكن بإذن الإمام أو بغير إذنه إلا أن يكون شرط الواقف ألا يسكن أحد إلا بإذن الإمام، ومن له النظر، فمن سكن بغير إذنه لا يمكث في المقام، وليس في كلام **الْمُتَوَلِّي** هذا التصريح باشتراط إذن الناظر ولا بعدمه وينبغي ألا يشترط حيث لا شرط للواقف، كما هو ظاهر كلام «الكتاب» وغيره، وقد ذكر السكنى بإذن الناظر في المدرسة ابن الصلاح والمصنف في فتاويهما.

فروع وتتمات:

منها: أطلق عدم الإزعاج وهو في غير ما سئل في الربط والخانات المسافرين فإن كان لم يجز أن يقيم فيه أكثر من ثلاثة أيام مدة المسافرين، ولو ازدحم اثنان ولا سبق فعلى ما مر في مقاعد الأسواق. وقال في أصل «الروضة»: وأما الربط الموقوفة فإن عيَّن الواقف مدة المقام فلا مزيد على مدة مقامهم أي: من غير ضرورة ووجود مزاحم طارق.

قال: وإن أطلق نظر إلى الغرض الذي بقيت له وعمل بالمعتاد، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها، أو لخوف تعرض، أو أمطار متواترة، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم يمكن من الإقامة إلى تمام غرضه، فإن ترك التعليم والتحصيل أزعج.

قال: في الخانقاه لا يمكن هذا الضبط ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشارع.

....

قلت: وكأنه أخذه من قول «الوسيط»: لو طال مقام أحد إن كان بغرض كما في المدارس لم يزعج إلى تمام الغرض، وإن لم يمكن للغرض مريد كرباط الصوفية ففي إزعاجه وجهان.

وقال في «البسيط»: يفوض الأمر في الخوانق إلى الوالي، وذلك يختلف بالبقاع والأشخاص والأموال فإذا رأى المصلحة فله ذلك، قال: والمبنى لتعلم القرآن كالمدرسة، انتهى.

وهذا حسن ويشبه أن يقال في المتصوف أيضًا أنه إذا ترك التعبد والسلوك أن يزعج كالمنفعة.

ومنها: ذكرنا أنه يتبع شرط الواقف في المدة وغيرها، وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في «أماليه»: لو شرط واقف المدرسة ألا يستغل العبد بها أكثر من عشرين سنة ولم يكن في البلد معين غيره جاز، استمر واحد لمعلوم؛ لأن العرف يشهد أن الواقف لم يرد يبقون بمدرسته دائمًا، وأراد أن ينتفع هذا مدة، وغيره مدة. قال: وكذا الحكم في كل شرط يشهد العرف بتخصيصه.

ومنها: إذا غابت المنفعة ونحوها بقدر مدةٍ قريبةٍ لم ينقطع حقه إذا عاد فإن أراد غيره في غيبته النزول في مكانه لم يفارقه إذا غاب الأول، فينبغي أن يجوز قطعًا كما قاله الشيخ ولا يخرج على الوجهين في نظره في مقاعد الأسواق، وإن طالت غيبته بطل حقه، قاله الفوراني وغيره، والرجوع في الطول إلى العرف، ولم يفرقوا بين من ترك كتبه ومتاعه بالمدرسة ونحوها وبين غيره، وهذا محتمل، وأطلق الْغَزَالِي أنه إذا غاب لعذر وعاد يكون أولى، وحمله ابن الرِّفْعَة على المدة القريبة.

قال: والذي يظهر أن المحكم في ذلك عرف المكان والزمان ومن الوقف إذ أن المعتبر عرف زمن الغيبة.

قال: فيه نظر والأشبه الأول؛ ولهذا قال بعض علماء وقتنا- رحمهم الله-: لا يستحق الجَامَكِيَّة عند بطالة الأشهر الثلاثة من غير عدد إلا في المدارس التي

وقفت في زمن عهد فيه بطالة تلك الأشهر، أو يكون الواقف، صرح بذلك، فأما المدارس القديمة الموقوفة في زمن لم يعهد ذلك فيها فلا يجوز أخذها فيها.

ومنها: قال في «الروضة»: يجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها والجلوس فيها والشرب من مائها والاتكاء والنوم فيها ونحو ذلك فيما جرى به العرف، وأما سكنى بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف وإلا الظاهر منع غير الفقهاء أي: الذين وقفت على مذهبهم.

ومنها: قال: وفيه احتمال في بلد جرت العادة به.

قلت: هذا الاحتمال ضعيف؛ بل عدٌّ مع كونها وقفت على طائفة بعينها إذا وجدت وأرادت سكناها، وقال ابن الرِّفْعَة: إن ما ذكره يختلف باختلاف المدارس وقلة البيوت ببقاء بابها والمياه الموقوفة على شرب الفقهاء لا يظهر ويمكَّن غيرهم منها، ولهذا بعض علمائنا نقل عمن أدركه من الفقهاء المتورعين أنه لا يليق منه دواته من ذلك الماء، وشاهده قول العبادي: أن من رأى في الطريق دن ماء فله الشرب منه دون التوخي، انتهى.

وهذا لا يخالف كلام المصنف فإنه أراد به المياه الجارية الكثيرة بمدارس «دمشق» ونحوها التي لم يقصد الواقف بها الشرب خاصة؛ بل الانتفاع بها في أنواع الاستعمال المعتاد ولا شك في إباحة الشرب للغير مما هذا شأنه ولا زرع فيه، وأما محل الشرب خاصةً من ماء النيل أو غيره فهو خاص بأهل المكان لا محالة، وأما دخول السقاية والنوم ونحوه فموضع جوازه إذا لم يضر بأهل المدرسة، ولم يؤد إلى مزاحمتهم في المرافق والتشويش عليهم كما هو مشاهد في المدارس العظام لا في كل مدرسة.

قال ابن الرِّفْعَة: أما سكنى غير الفقهاء بالمدرسة فيظهر أن يقال: إن أمكن شغل البيوت بالفقهاء لم يجز شغل شيء منها بغيرهم، وإن أمكن لتعذر من مريد الاشتغال أو الإقامة بها من الفقهاء، فإن كان الواقف عين الانتفاع بها في مثل هذه الحالة أشخاصًا بصفة أتبع وإلا فقد ذكرنا أن ذلك قبل التحرير فلا يخرج

فَصْلٌ

الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ

على منقطع الانتهاء أو الوسط، وإذا كان كذلك أو خرج عليه وصححنا الوقف فتعطيل المنفعة لا وجه له، ولا يمكن الإيجار؛ لأنه خلاف ما وقف له فلم يبق إلا رد الانتفاع بها لأقرب الناس إلى الواقف، فإن فقدوا دارًا رغبوا عنه، أو قلنا المنقطع يصرف في أهم المصالح، فيسكنها الإمام من يراه أولى بسكناها من غيرهم، انتهى.

وبهذا أفتيت قديمًا في مدارس البلد المعروفة الموقوفة على الشافعية وليس فيها الآن من يسكنها منهم، وسيأتي اعتبار الحاجة في الصرف عند الانقطاع إلى أقارب الواقف على نزاع فيه، فإن فقدوا أغنياء صرف على الفقراء والمساكين فينبغي أن يعيد الإسكان هنا بذلك إذا وجد.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة إثر ما قدمناه عن «الوسيط»: ففي الفرع ما ذكره في الحالة الأولى جلي، ومنه يؤخذ الحكم في فرع تعم به البلوى وهو المدرسة إذا نزل فيها أشخاص للاشتغال وحضور الدرس بها وقرر لهم في الجامكية ما يستوعب قدر ارتفاع وقفها لا يجوز أن ينزل زيادة عليهم بما ينقص ما قدر لهم من المعلوم إذا لم ينقص صفهم لولا حضور غيرهم التنقيص منه؛ لأن فيه إدخال ضرر عليهم، وهذا إذا كان الواقف لم يعين عددًا، فإن عينه لم ينقص منه ولا يزداد عليه وأيده بأن الْمَاوَرْدِي قال في «الوصايا»: إذا قال: من قام يوصيني فله مائة درهم أي: من قام بها وهو من أهل لها فله المائة، وإن قام بها جماعة كانت المائة بينهم، فإذا قام بها واحد وكان كافيًا منع غيره بعد العمل أن يشاركه فيه، انتهى.

وللبعض تلامذته كلام طويل في ذلك أوردته في «الغنية».

قال:

فصل

(الْمَعْدِنُ الظَّاهِرُ، وَهُوَ مَا خَرَجَ بِلَا عِلَاجٍ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ

وَأَحْجَارِ رَحًى لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ، فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ ....

وَأَحْجَارِ رَحًى) أي: ونحوها، والمعادن الظاهر ما يبدو جوهرها بلا عمل، وإنما العمل والسعي في تحصيله، وقد يشهد وقد لا، ومن أمثلتها القطران والملح المائي والجبلي إذا كان ظاهرًا لا يحتاج فيه إلى حفر وتحته تراب، ومنها أحجار النورة وطين الأكل، وكل ما يتوصل إليه بلا تعب ولا مؤنة، وعد **الْمُتَوَلِّي** من أحجار الرحى من المعادن الباطنة، واستبعد، ومن الظاهرة الكحل والجص خلافًا للبغوي.

قال: **(لَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ)** وعلى الإمام منها ما يظهره السيل من الجواهر، وظاهر إطلاق الشيخين أنه لا فرق بين أن يعلم بها أو لا.

(وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ اخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلَا إِقْطَاعٍ) أي: بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية، والكلأ، والحطب، وسواء فيه مسلمهم وكافرهم؛ «لأنه ﷺ أقطع رجلًا ملح مأرب فقال رجل: يا رسول الله، أنه كالماء العد، قال: فلا إذن»⁽¹⁾ رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن حبان، والإجماع منعقد على منع إقطاع مشاريع الماء فكذلك المعادن الظاهرة بجامع الحاجة العامة، وأخذها بغير عمل.

إشارة: النفط بكسر النون وفتحها والفاء ساكنة فيهما: دهن معروف، والكبريت قال الأزهري: وهو عين تجري، فإذا جمد ماؤها صار كبريتًا أبيض وأحمر وأصفر وأكدر.

والقار: هو الزفت، والمومياء بمدود وقيل يقصر: وهو من آجر الأرض، وأما ما يوجد من عظام الموتى فنجس، قاله في الأوكسيد والبرام بكسر الباء: حجارة يعمل معها القدور.

قال: **(فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ)** أي: الموضع المستخرج منه عن أحدهما دفعةً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٥٩)، والترمذي (١٣٨٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٣٢)، وابن ماجه (٢٤٧٥) وابن حبان (٤٤٩٩).

قُدِّمَ السَّابِقُ إِلَيْهِ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً فَالْأَصَحُّ إِزْعَاجُهُ، فَلَوْ جَاءَا مَعًا أُقْرِعَ فِي الْأَصَحِّ.

(قُدِّمَ السَّابِقُ إِلَيْهِ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ)؛ لسبقه، هكذا أطلقه أكثرهم ولم ينسبوا إليه حاجة يوم أو سنة، وقال الإمام: الرجوع فيه إلى العرف فيأخذ ما تقتضيه الحاجة لأمثاله.

ونبه ابن الرِّفْعَة على أنه مادام في ذلك المجلس فإذا قام وانصرف كان غيره ممن سبق أحق به ما لم يقم أيضًا، وشبه الإمام التقديم هنا بالتقديم في مجلس القاضي المفتي والعالم.

(فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً) أي: على حاجته.

(فَالْأَصَحُّ إِزْعَاجُهُ) أو إقامته كالتحويط المانع من الأخذ ويفرق بينه وبين القاعد بكثرة الحاجة إلى المعادن.

والثاني: أن يزعج ويأخذ بحق السبق ما شاء لحديث: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ»(١) وعبارة: لو سبق واحد كان أحق به ولو أقام عليه فإن كان يمنع غيره فقد تعدى فإن لم يمنع فوجهان: أحدهما: يقر عليه ما لم يكن فيه ضرر على غيره، وأصحهما: يمنع إذا أخذ قدر حاجته لئلا يطول عليه ويدوم تصرفه فينتقل إلى أحكام الإمساك، انتهى.

قال: **(فَلَوْ جَاءَا مَعًا)** أي: ولم يبعهما.

(أُقْرِعَ فِي الْأَصَحِّ) للاستواء، والثاني: يقدم الإمام باجتهاده كمال بيت المال، والثالث: تنصيب من يقسم الحاصل بينهما جدارًا من تأخر الحق.

إشارة: قالا: الأشهر إطلاق الوجوه، وقال العراقيون: هي في الأخذ للحاجة، أما للتجارة فيها ما بينهما فإن تشاجرا في الابتداء أقرع.

قال الرَّافِعِي: ويشبه على قياس ما ذكروه يقال: إذا كان أحدهما تاجرًا والآخر محتاجًا تقدم المحتاج، انتهى ولم يذكروا في الجانبين معًا يقدم المسلم

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ لَا يُمْلَكُ بِالْحَفْرِ وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ.

على الكافر، وهو محتمل.

وفي «الكافي» أنه لو أخذ الأول حاجته وأراد أن يأخذ للبيع والتجارة يمنع على أصح الوجهين.

قال: (وَالْمَعْدِنُ الْبَاطِنُ وَهُوَ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِعِلَاجٍ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ) أي: ورصاص وفيروزج وياقوت وسائر الجواهر المثبوتة في طبقات الأرض.

(لَا يُمْلَكُ بِالْحَفْرِ) أي: في موات بقصد التملك.

(وَالْعَمَلِ فِي الْأَظْهَرِ) في المعادن الظاهرة، والثاني: أنه يملك إذا قصد التملك؛ لأنه لا يتوصل إلى منفعته إلا بعلاج ومؤنة، فأشبه إحياء الموات، وفرق الأول بأن الموات يُمْلَكُ بِالْعِمَارَةِ وَحَفْرُ الْمَعْدِنِ تَخْرِيبٌ، ولأن الموات إذا ملك لا يحتاج في تحصيل مقصوده إلى مثل العمل الأول بخلاف المعدن.

تنبيه: إذا لم يقصد التملك بل قصد الأخذ والانصراف لم يملكه قولًا واحدًا.

فرع: إذا قلنا بالأظهر فالسابق إلى موضع منه أحق، فإن طال مقامه ففي إزعاجه ما مر في المعدن الظاهر، وقيل: لا يزعج هنا قطعًا، ولو ازدحم اثنان فعلى ما سبق من الأوجه هناك، قال في «البحر»: ومن أصحابنا من قال: لا يجيء قول القسمة هنا؛ لأنه يحتاج إلى مؤنة، ولأنه يطول فيسبق بخلاف ما سبق.

قال: وعلى هذا لو أقام عليه من سبق أكثر من حاجته هل يمنع؟ قولان على ما ذكرنا، انتهى.

وعلى ما عليه يفرع، ويجوز إقطاعها على أظهر القولين، ولا يقطع إلا قدر، الثاني: للمقطع العمل عليه، والأخذ منه، والحاصل كما قال في «البحر» ثلاثة أقوال: أحدها: يملك بالإحياء، ويجوز إقطاعها وبحجزها كالموات، والثاني:

وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ.

وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا.

عكسه كالمعادن الظاهرة، والثالث: لا يملك بالإحياء، ويجوز إقطاعها كالمرافق، وعلى الأقوال يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الإمام لأنه كالمعدن الظاهر أو كالموات.

قال: (**وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ مَلَكَهُ**) أي: بلا خلاف لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها، وهذا إذا لم يعلم أن بها معدنًا، فإن علم واتخذ عليه دارًا مثلًا فطريقان، قيل: على القولين في تملكه بالإحياء، وقيل: تملكه هنا قطعًا كما لو يعلم، وأما المنفعة المحياة فقال الإمام: ظاهر المذهب أنها لا تملك؛ لأن المعدن لا يتخذ دارًا ولا مزرعة فالقصد فاسد، وقيل: يملكه.

تنبيه: كلامهم يفهم أو يوهم أنه لو ظهر فيه معدن ظاهر لا يملكه، وبه صرح شراح «الحاوي» كما أفهمه كلام الوجيز، والصواب حذف لفظة باطن لإجماع الأصحاب على من أحيا أرضًا مواتًا ملكها بجميع أجزائها، وما يظهر فيها من المعادن، وصرح كثيرون بملكه بالنوعين بذلك.

قال الإمام: وإذا أحيا أرضًا مواتًا وحكمنا له بالملك فيظهر فيها معدن من المعادن الكامنة فهو باتفاق الأئمة ملك المحيي، وإن ظهر في الموات المملوك بالإحياء معدن ظاهر كالكبريت ونحوه ملك المحيي إجماعًا، فلا يزاحم فيه، وبهذا صرح الْمَاوَرْدِي والدارمي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم، ولم يذكر في «الوسيط» ولا «البسيط» لفظة الباطن، وقد تكلفت في «الغنية» عذرًا عن قول «المنهاج»: باطن والصواب حذفها.

فصل

قال: (**وَالْمِيَاهُ الْمُبَاحَةُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ وَالْعُيُونِ فِي الْجِبَالِ يَسْتَوِي النَّاسُ فِيهَا**) أي: فلا يجوز لأحد بحجزها ولا للإمام إقطاعها إجماعًا كما نقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، ولا بيعها من طريق الأولى، قال الْمُتَوَلِّي: وإن

فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ سُقِيَ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ، ....

حضر اثنان فصاعد إلى هذا الماء أخذ كل ما شاء، فإن قل الماء أو ضاق المشرع قدم السابق فإن جاء معًا أقرع، وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب فالشارب أولى، انتهى.

وفي «البحر»: أنه لو ضاق الماء بهم فإن كانوا لو تراسلوا لم يلزمهم المواساة فإن ضاق فالأسبق أحق بقدر كفايته فيه منه، وإن جاؤوا معًا أقرع بينهم، وهو أحق بما يمسك ومعه حتى يرتوي الآدميون، وليس القارع أن يقدم بهائمه على أبويه الآدميين، فإن ارتوى الآدميون استؤنفت القرعة بين البهائم، ولا يحملوا على القرعة المتقدمة؛ لأنهما جنسان وهل تستأنف القرعة على أعيان البهائم أو على أعيان أربابها؟ وجهان: أحدهما: على أرباب أعيانها تغليبًا بحرمة المالك، فعلى هذا من قرع بسقي جميع بهائمه، وأصحهما على أعيان البهائم تغليبًا لحرمتها، ولا فرق بين أن يؤكل وبين ألا يؤكل؛ لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الملك، انتهى، وهو من «الحاوي».

قال: (**فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ سُقِيَ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ**) الشرح والأصل في المسألة أحاديث كثيرة:

منها: حديث عائشة- رضي الله عنها -«أنه ﷺ قضى في سيل مهزور، ومذنب- مكانان بالمدينة»⁽¹⁾. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، و«مهزور» بتقديم الزَّاي: واد بالمدنية، و«مذنب» اسم موضع بها.

ومنها: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أنه ﷺ قضى في السيل أن يمسك حتى تبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل» رواه أبو داود، وغيره بإسناد حسن⁽²⁾.

---

(1) حديث عائشة: أخرجه الحاكم (٢/ ٧١، رقم ٢٣٦٢)، وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(2) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٠، رقم ٢٤٨٢)، وأبو داود (٣/ ٣١٦، رقم ٣٦٣٩).

....

وأيده بحديث قصة الزبير الثابت في الصحيحين؛ لأن الماء إن بلغ إلى الكعبين بلغ أصل الجدر، قاله في «البحر».

تنبيهات: منها احترز المصنف بقوله: (فَضَاقَ) عما إذا لم يضق، فإن كان كثيرًا سقي بالكل، فالنيل والفرات ونحوهما من الأنهار العظام، فإن لكل أحد أن يسقي من أصل النهر ما شاء متى شاء هكذا أطلق، وهو فيما إذا كان لكل أحد ساقية يرسلها منه إلى أرضه متى شاء، أما لو كان مخرج الماء منه واحدًا لا يُمْكِنُ السَّقْيُ مِنْهُ إلَّا مُرَتَّبًا فَلَا، بَلْ الْحُكْمُ كما سنذكره من تقديم الأول الْمُحْيِي فَالْأَوَّلِ؛ وَإِلَّا فَيَصِيرُ مُسْتَحِقُّ التَّقْدِيمِ تَتَأَخَّرُ نَوْبَتُهُ فاعلم.

ومنها: اعتبار الكعبين هو المشهور لظواهر الأحاديث⁽١⁾. قال الرَّافِعِي وأراه أمران أقربهما الرجوع في قدر السقي إلى العادة والحاجة.

قلت: وقد ذكر الْمَاوَرْدِي أنه ليس التقدير بالبلوغ إلى الكعبين على عموم الأزمان والبلدان؛ لأنه مقدر بالحاجة، وهي تختلف باختلاف الأرض، وباختلاف ما فيها من زرع وشجر، وبوقت الزراعة، ووقت السقي، وهذا قوي جدًّا، وممن جزم به المتولي ولولا هيبة الأحاديث لقلت: إنه الصحيح، وأولتها، ولعل ذلك كان عادة الحجاز.

قال الرَّافِعِي: وأغربهما عن الدارمي وجه أن الأعلى لا يقدم على الأسفل؛ ولكن يسقون بالحصص، انتهى.

وكأن المراد بالحصص أنه يوزع عليهم، وهذا يظهر فيما إذا وقع الإحياء منهم دفعة واحدة، وإلا فهو غلط.

ومنها: يقال: هذا المراد بقولهم: حتى يبلغ الكعبين أن يبلغ الجانب الأسفل منهما والأعلى كما قالوا: في آية الوضوء، والظاهر الأول وحينئذ فالمرجع إلى القدم المعتدل وإلى الغالب؛ لأن من الناس من يرتفع كعبه، ومنهم من ينخفض وتدنوا من أسفل الرجل، والأقرب الأول.

---

(١) انظر: أسنى المطالب لشيخ الإسلام (١٢/ ٤٠٥).

ومنها: إطلاق من أطلق أنه يسقي الأعلى؛ فالأعلى على ما إذا أحيوا كذلك أو دفعة واحدة أو جهل الحال، فإن لم يعرف السابق؛ لأن الظاهر هو السابق بالإحياء، كما هو الغالب؛ لأنه يُقصد لسهولة الشرب ولو مرة وحقه المؤنة، وقرب عروق الغرس من الماء، وأما عند الإحياء دفعة، فكذا قالوه، قالوا: لأن الأقرب إلى أول النهر كالسابق، ولو قيل: يقرع بينهم ولم أره لأحدٍ، أما إذا عرف السابق بالإحياء، ثم جاء غيره وأحيا مواتًا أعلى منه وأقرب إلى فرهة النهر من أرض السابق بالإحياء، فالسابق أحق ولا يستحق فهم المتأخر بالإحياء إلا ما فضل عنهم هذا مقتضى كلام الأئمة، وصرَّح به مصرحون، ولا أحسب فيه نزاعًا بين العلماء.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وإذا أحيا على الأرض نهرًا مواتًا هي أقرب إلى فرهة النهر من أراضهم، فإنهم أحق بمائه، فإذا فضل عنهم شيء سقى المحيي منه؛ لأنه من مرافق ملكهم، فكانوا حق به مع حاجتهم إليه.

قال في «المهذب»(١): وإذا أحيا جماعة أرضًا على النهر وسقوا منه ثم جاء آخر فأحيا أرضًا في أعلاه إذا سقى أرضه استضرّ أهل النهر منع من ذلك؛ لأن النهر من مرافق ملكهم فلا يجوز مضايقتهم فيه.

وقال الجرجاني في «الشافي»: وإن أراد من ليس من أهل الشرب أن يحيي مواتًا فإن لم يضيق عليهم شربتهم لم نمنع وإلا امتنع وضر بنحوه خلائق.

قال الرُّويَانِي: لأنهم لما أحيوا الأرض ملكوها كان أحق بها وبحقوقها ومرافقها، ولأن الماء مباح، وقد سبقوا إليه فكانوا أحق به بالسبق، وقول الشافي في «البحر» منع يحتمل أن يريدا منه الإحياء جملة عند الضيق لئلا يستدل به عند تقادم الزمان على استحقاقه قبلهم أو معهم فيضر بهم، وللمنع نظائر فيها خلاف، ولعل المنع من الإحياء أقرب إلى ظاهر كلام «الروضة» فإنه قال: ولو أراد رجل إحياء موات، وسيقه من هذا النهر، فإن ضيق على السابقين منهم منع؛

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٣٠٠).

فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ....

لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقها، والماء أعظم مرافقها، انتهى.

وقد قال في كلامه على البئر المملوك القرار دون الماء كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شربًا من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شربًا منه، انتهى⁽¹⁾.

وذكر الشيخ الموفق الحنبلي في «المغني» أنه لو جاء إنسانٌ ليحيي مواتًا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقي قبلهم، ووجه بما سبق عن «البحر».

قال: وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن حقهم في النهر لا في الموات، والثاني: لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم من السقي لتقدمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان، وجهل الحال فعل الأول، ولو سبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر مباح أولًا ثم أي: - الباقي- ثانيًا ثم الثالث، ويعدم السبق إلى الإحياء على السبق أول النهر لما ذكرنا، انتهى.

وما قاله: حق، وهو قضية ما قدمناه، وإنما أطلقت في ذلك مع وضوحه لأني رأيت من يغلط ويحمل على ظاهر قولهم: الأعلى فالأعلى، وإنما خرج ذلك على الغالب، وبعضهم يقول: الأول فالأول، وهو محمول على الأول إحياءً، فالأول. قال: (**فَإِنْ كَانَ فِي الْأَرْضِ**) أي: الواحد.

(**ارْتِفَاعٌ وَانْخِفَاضٌ أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ**) إذ لو سقى دفعه لمراد الماء في المنخفض على القدر المستحق.

قال في «الروضة»: وطريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين ثم يسده ويسقي المرتفع.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا إذا لم يكن سقي العَالية أولًا حتى يبلغ الكعب ثم سدَّ عليها ويرسله إلى السافلة، فإن أمكن ذلك تعين فعله.

وحكى الرُّويَانِي عن أبي جعفر الترمذي أنه لا يجوز أن نحبس الماء فيها إلا

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ١٢٧٩).

....

بقدر الذي لو كانت مسبوقة لبلغ الكعبين، ولم يذكر غيره، هكذا ذكر بعض الشارحين للكتاب، وهذا عجب، فإن ما قاله: أبو جعفر هو ما قاله في «الكتاب» وغيره، وعبارة «البحر»: ولو كانت الأرض بعضها منخفضة وبعضها عالية ولا يبلغ الماء في الأرض العالية إلى الكعبين إلا ويبلغ في الأرض المنخفضة إلى الركبتين.

قال أبو جعفر الترمذي من أصحابنا: لا يجوز له أن يحبس الماء فيها إلا القدر الذي لو كانت مستوية الأطراف لبلغ الماء إلى الكعبين؛ لأنه إنما استحق حبس مائه في جميع أرضه إلى الكعبين فقط، ولا يجوز أن يزيد على ذلك بحال، انتهى.

وبيَّن الأئمة طريقة الاستقاء كما سبق فاعلم.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو صادفنا نهرًا تسقى منه أرضون، ولم ندر أنه حفر أم انخرق، حكمنا بأنه مملوك؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع، فلا يقدم بعضهم على بعض، قيل: فيه نظر؛ لأن الأصل عدم الحفر، وكثير من الأنهار غير مملوك، والمحقق من اليد فيه الانتفاع والسقي منه، ولا يكفي ذلك لدلالة اليد على الملك، واليد الدَّالة على الملك، وإلا فينبغي ألا يحكم بكونه مملوكًا لهم، نعم! ذلك ظاهرٌ في قناة أو ساقية يظهر اختصاصها واستيلائهم عليها بحيث لا يمنعوا أن يحموها ويسدوها، والمتولي ذكر الفرع، وقال: إن حكمه حكم المملوك، ولعل مراده في الانتفاع وعدم تقديم بعضهم على بعض، وهذا محتمل.

وفي «الحاوي» نقل وجهين في المسألة ولفظه: وإذا كان النهر غير معروف الأصل هل هو مباح أو مملوك؟ فقد اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم الإباحة أو حكم الملك؟ على وجهين: أحدهما: أنه في حكم المباح، وهذا قول: من جعل أصل الأشياء على المباحة، والثاني: أنه مملوك، وهو قول من جعل أصل الأشياء على الحظر، انتهى.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَكُونَ مَنْبَعُهُ مِنْ أَرَاضِيهِمْ الْمَمْلُوكَةِ لَهُمْ، أَمَّا إِذَا كَانَ مَنْبَعُهُ بِمَوَاتٍ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ نَهْرٍ عَامٌ كَدِجْلَةَ وَنَحْوِهَا فَلَا، بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى الْإِبَاحَةِ، والله أعلم.

وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ فِي إِنَاءٍ مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ.

فرع: ما سبق في غير الأنهار والسواقي المملوكة، وعنه احترز بقوله: أولًا المباحة، أما المملوكة بأن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، ومن النهر المنحرف منه، فالماء باقٍ على إباحته لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه، وليس لأحد مزاحمته سقي الأرضين، وأما الشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال العبادي والمتولي: ليس لهم المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلوًا، وقال القاضي الحسين: إن لم يضر به جاز الانتفاع، وإلا فلا، والظاهر أن هذا مراد العبادي والمتولي، ومثله قال الرُّويَانِي: فإن أراد رجل أن يأخذ من هذا الماء لشربه أو لماشية لم يمنع إذا كان فاضلًا عنهم لما ذكرناه أي: من أنهم لم يملكوا. قال: (**وَمَا أُخِذَ مِنْ هَذَا الْمَاءِ**) يعني: المباح.

(**فِي إِنَاءٍ مُلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ**) كالاحتشاش والاحتطاب والصيد، وحكم سوقه له إلى بركةٍ أو حوضٍ أو حفرةٍ في أرضه أو صهريج ونحوه، حكم أخذه في إناء.

والثاني: لا يملك المال بحال بل يكون محرزًا أولى به من غيره، والمذهب الأول، وقال الإمام: ويملك ما يدخل في نهره وقناته على المذهب، وهذا عكس ما سبق الجزم به إلا أن يريد به ما أعده لذلك لجمع مياه السيول إلا ما جرى من الأنهار العامة كما سبق، وسيأتي في «البحر» في ذلك كلام.

تنبيه: احترز بقوله: (**في إناء**) عن الداخل سيل في ملكه، فإنه لا يملكه بدخوله بنفسه على الأصح، وخصَّ المتولي الوجهين بها المطر في أرضه واجتماعه، وجزم بأنه لا يملك ماء السيل بدخوله في أرضه، وهذا إن صح كان وجهًا ثالثًا(١).

وقال ابن الصلاح: **الدُّولَابُ الَّذِي يُدِيرُهُ الْمَاءُ إِذَا دَخَلَ الْمَاءُ فِي كِيزَانِهِ**

---

(١) قَوْلُهُ: (**فِي إِنَاءٍ**) وَمِنْهُ كِيزَانُ نَحْوِ الدَّوَالِي وَمِثْلُهُ نَحْوُ الْأَحْوَاضِ وَالْمَصَائِدِ وَلَا يَحْرُمُ رَدُّهُ إِلَى الْمَاءِ وَلَا يَصِيرُ شَرِيكًا بِهِ عِنْدَ جَمِيعِ الْأَصْحَابِ، وَخَرَجَ بِمَا ذُكِرَ مَا لَوْ أُدْخِلَ الْمَاءُ مِلْكَهُ مِنْ نَحْوَ سَيْلٍ، أَوْ نَهْرٍ فَلَا يَمْلِكُهُ لكِنْ هُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَلِغَيْرِهِ السَّقْيُ مِنْهُ وَالْأَخْذُ مِنْهُ بِنَحْوِ دَلْوٍ، وَاسْتِعْمَالُهُ نَعَمْ إِنْ سُدَّ عَلَيْهِ مَلَكَهُ، إِنْ قَصَدَ تَمَلُّكَهُ وَإِنْ كَثُرَ، انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة على المنهاج (٩/ ٤٦٢).

وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ أَوْلَى بِمَائِهَا حَتَّى يَرْتَحِلَ.

مَلَكَهُ صَاحِبُ الدُّولَابِ بِذَلِكَ كَمَا لَوْ اسْتَقَاهُ بِنَفْسِهِ، انتهى، وكذا لو أدارته دابة بطريق الأولى. قال: (وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ) أي: مدة مقامه هناك.

(أَوْلَى بِمَائِهَا) أي: أولى بماء يحتاج إليه منه بسقيه، وماشيته وزرعه، وفيه ما سنذكره فيكون أولى.

(حَتَّى يَرْتَحِلَ) وليس له منع الفاضل عن صاحبه ليشرب أو ماشية لا زرع، ولا يجيء هاهنا الخلاف في بذل فضل ماء البئر المملوكة بل يلزمه بذل الفضل بلا خلاف؛ لأنها غير مملوكة، وأبدى الإمام احتمالًا في وجوب بذل الفاضل للزرع أيضًا، وبه أجاب المتولي، والظاهر أنه أخذه من كلام الإمام، وأقامه الرفاعي وجهًا، والمشهور خلافه، نعم! لو يجوب ماشية للغير، فاستخلف الحافر بزرعه.

قال الإمام: فالذي يظهر أنه لا يجوز صرف المال إلى المزرعة، ولو جوزنا لاستمكن حافر البئر من طرد الماشية بالزيادة في الزرع، انتهى.

قال في «زيادات الروضة»: المراد الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره، أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية، والله أعلم. ويظهر ألا يشترط البذل للحيوان المحترم مطلقًا أن يفضل عن الزرع لحرمة الروح، وإذا ارتحل هذا المرتفق صارت البئر كالمحفورة للمارة، فإن عاد فهو كغيره، هكذا أطلقاه، وهو ظاهر فيما إذا ارتحل معرضًا، أما لو كان لحاجة عازمًا على العود فلا إلا أن تطول غيبته، وإعراضه عنها كارتحاله كما اقتضاه كلام الرُّويَاني.

فرع: لو حفرها للمارة فهي لهم، وهو كأحدهم، ويجوز الشرب منها وسقى الزرع فإن ضاق فالشرب أولى، وفي النفس شيء من سقى الزرع إذا قصد بحفرها الشرب خاصة، ولو حفر ولم يقصد شيئًا فكالأولى، وقيل: كالمحفورة للارتفاق فتكون أحق بالقدر المحتاج إليه منها، ولو قصد بالحفر أن يختص بالماء بقدر حاجته. قال الإمام: احتمل أن يلحق بما إذا قصد الاختصاص، واحتمل أن يلحق الفضل بالماء.

وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يَمْلِكُ مَاءَهَا فِي الْأَصَحِّ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا، لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ، ....

قال: (وَالْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ يَمْلِكُ مَاءَهَا فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص في القديم وحرملة؛ لأنه بما يملكه كالثمر واللبن، وقال في «البحر»: كالشجر النابت في ملكه، ولأنه ليس بأكثر من المعدن وهو يملكه فالماء أولى؛ ولأن الشَّافِعِي جعل الركاز له، فالماء أولى، والثاني: لا يملكه.

قال أبو إسحاق: ظاهر حديث: «الناس شركاء في ثلاثة: الماء، والنار، والكلأ»⁽¹⁾ ولأن لمكري الدار الانتفاع بمائها، ولو كان ملكًا للمكتري لما جاز له التصرف فيه، هكذا ذكر الرَّافِعِي هذا الوجه، وظاهر كلامه أنه الوجه القائل بأن الماء لا يملك مطلقًا، لكن الرُّويَانِي قال: ومن أصحابنا من قال: لا يملكه حتى يتناوله بدليل الانتفاع المكتري، واختاره أبو إسحاق، والصحيح المنصوص الأول. قال: ويجري الخلاف في كل ما ينبع في ملكه من النفط والمومياء والملح، والمنصوص أنه يملكه، وقال أبو إسحاق: لا يملكه.

قال: وأما القنوات المستخرجة بخراسان فقرارها مملوك والماء تابع في السقي وغيره، وهل هو مملوك على هذا الخلاف، ولا يجوز بيع الماء وحده؛ لأنه مجهول، وإن قدر بيوم أو ليلة أيضًا للجهل بمقداره، وإن باعه مع القرار أما جميعه أو مبهمًا معلومًا صح وإن اكترى المكان لتكون أحق بالماء جاز، وهذا كله على المذهب الصحيح، انتهى.

قال: (وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لَا لَا يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ) أي: على الصحيح لما سيأتي، وحاجته ما يكفيه وماشيته وزرعه وشجره، فإنْ احتاجه من ذلك لم يلزمه بذله كما قاله: الْمَاوَرْدِي، ونقله في «البحر» عن أصحابنا مطلقًا، وهذا في غير حال الضرورة كما سبق، وإن كان محتاجًا إليه في باقي الحال، ولا

---

(1) أخرجه أحمد (٥/ ٣٦٤، رقم ٢٣١٣٢)، وأبو داود (٣/ ٢٧٨، رقم ٣٤٧٧)، والبيهقي (٦/ ١٥٠، رقم ١١٦١٤). وابن أبي شيبة (٥/ ٧، رقم ٢٣١٩٤) وابن ماجه (٢/ ٨٢٦، رقم ٢٤٧٢). قال البوصيري (٣/ ٨٠): هذا إسناد ضعيف. والطبراني (١١/ ٨٠، رقم ١١١٠٥)، والديلمي (٤/ ١٩٣، رقم ٦٥٩٥).

وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

يحتاج إليه في الحال لزمه بذله لا يستخلف، انتهى.

وهذا ظاهر إذا كان ما يستخلف يكفي لماء نظرًا أما لو كان سير أو يحتاج أن يجمعه للحال الثاني فلا على قولنا: أنه يملكه إلا عند ضرورة ذو الروح المحترمة أو حاجته كما سيأتي.

قال: (**وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ**) لقوله ﷺ: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ»(1) متفق عليه، وإنما خالف البهائم الزرع بحرمة الروح بدليل وجوب سقيها بخلاف الزرع، والثاني: لا بعموم: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْه»(2) وكما لا يلزمه إعادة الدلو والرِّشَاءُ(3) وبذل أحرزه من إنائه وحوضه، والحديث محمول على الاستحباب. قال ابن خزيمة: واختاره الإمام، ونسبه إلى القاضي الحسين والمحققين، وموضع الوجهين ما لم يخف هلاكها، فإن خِيف وجب بلا خلاف. واعلم أن الشيخ أطلق الوجوب وله شروط حكاها الرَّافِعِي عن الْمَاوَرْدِي، ونقلها الرُّويَانِي عن أصحابنا مطلقًا:

أحدها: أن يكون فاضلًا عن حاجاته كما تقدم.

وثانيها: ألا يجد رب الماشية ماءً مباحًا، ووقع في كتاب الرَّافِعِي: كلأً مباحًا، وهو سبق قلم، قال الرُّويَانِي: فإن كان هناك ماءان مملوكان لرجلين

---

(1) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٤، رقم ١٤٢٧)، وعبد الرزاق (٨/ ١٠٥، رقم ١٤٤٩٤)، والبخاري (٢/ ٨٣٠، رقم ٢٢٢٦)، ومسلم (٣/ ١١٩٨، رقم ١٥٦٦)، وأبو داود (٣/ ٢٧٧، رقم ٣٤٧٣)، والترمذي (٣/ ٥٧٢، رقم ١٢٧٢) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٨٢٨، رقم ٢٤٧٨) وأحمد (٢/ ٢٤٤، رقم ٧٣٢٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٠٧، رقم ٥٧٧٤)، وابن الجارود (١/ ١٥٣، رقم ٥٩٦)، وابن حبان (١١/ ٣٢٩، رقم ٤٩٥٤)، وأبو يعلى (١١/ ١٣١، رقم ٦٢٥٧)، وأبو عوانة (٣/ ٣٥٠، رقم ٥٢٥٦).

(2) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٣ رقم ١٥٥٢٧) والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ١٧١)، والبيهقي (٦/ ٩٧، رقم ١١٣٠٥) وعبد الله بن أحمد في زوائده (٥/ ١١٣ رقم ٢١١١٩)، قال الهيثمي (٤/ ١٧١): رواه أحمد وابنه من زياداته أيضًا والطبراني في الكبير والأوسط ورجال أحمد ثقات. والروياني (٢/ ٤٥٥، رقم ١٤٧٥).

(3) هو الحبل وجمعه أرْشِيَةٌ.

وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، ....

تعلق لزوم البذل بكل منهما، وإلى أيهما قصدت المواشي يلزمه التمكين منه، فإن كان الماء لواحد لزمه بذل الفضل منهما، فإن ابتعث واحد الفضلين لزمه بذله، والخيار في بذل أي الفضلين إليه إلا أن يكون ما يبذله بعيدًا من الكلأ، وسيضر الماشية بعدولها إليه، فيلزمه بذل الأقرب.

وثالثها: ألا تكون بقرب الماء كلأ مباح فرعاه المواشي، فإن لم يكن يجب، كذا جزم به الْمَاوَرْدِي والروياني، وقيل: فيه وجهان.

قال الرُّويَانِي: لو كان هناك كلأ لكن لا تحتاجه الماشية لكونها معلوفة فوجهان: أحدهما: لا يلزمه بذل فضل مائه لها؛ لأنه لا يفضي إلى المنع من الكلأ، والثاني: يلزمه؛ لأن له العدول عن العلوفة إلى الكلأ.

ورابعها: ألا يكون عليه في وصول الماشية إلى مائه ضرر بزرع ولا شجر، فإن استضر لم يلزمه التمكين، وقيل: لأربابها إن أمكنهم سوق الماء إليها بلا ضرر يلحقه أو نقله لزمه تمكينهم، وإلا فلا.

وخامسها: أن يكون الفاضل لم يجزه في إناء أو حوض، فإن فعل لم يلزم، ثم المراد بالبذل التخلية بين الماشية والبئر حيث لا ضرر بزرع ونحوه، فلا يلزمه التمكين من منافعه كالحبل والدلو والبكرة، ويجب بذل الماء للرعاة على الأصح كالماشية وأولى، ويجب البذل لعابري السبيل ومواشهم، وكذا لمريدي الإقامة على الأصح، وإذا أوجبت بذل الفضل أوجبنا مجانًا على الأصح، ونقله الرُّويَانِي عن أصحابنا مطلقًا، ومقابله عن بعض العلماء، وإذا لم نوجب البذل وملكناه الماء فله بيعه بقدرٍ مكيل أو وزن دون الماشية والزرع، قاله: الْمَاوَرْدِي، ولا يجوز بيعه في البئر جزافًا، هكذا أطلق، وهو في اليانعة، وأما غيرها فينبغي أنه إذا علم عمقه وسعته أن يجوز بعد رؤيته كبيع الحمل في الْمُحَمَّلَةُ وغيره مما في وعاءه.

قال: (**وَالْقَنَاةُ الْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عُرْضِ النَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ**) إذ بذلك يصل كل إلى حقه، ويجوز

وَلَهُمْ الْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً].

تساوي الثقب مع تفاوت الحقوق إلا أن صاحب الثلث، بأخذ نصيبه، والآخر نصيبين، ولو كان لزيد العشر ولعمرو الخمس ولبكر الباقي في حقل فيه عشر ثقب متساوية لزيد واحدة ولعمرو ثلثان والباقي لبكر، وهذا عند ضيق الماء، فإن الشح بحيث يحصل لكل منهم فوق حاجته بلا حاجة إلى ذلك؛ إذ هذا في غير المملوكة لمالك، أما تلك فينبغي ألا يجوز لأحد أن يأخذ منها فوق ما يستحقه إلا بإذنٍ معتبر.

فرع: قال في «البحر»: وإذا أراد واحد قسمة الماء بالأجزاء على قدر الحصص أجبر الباقون على ذلك، فيسقم على خشبة على أفواه السواقي التي يجري الماء بأرض كل منهم أو بحفر فيها لكل واحد بمقدار حقه، وينبغي أن تكون الخشبة مستوية الطرفين والوسط توضع على موضع مستوٍ من الأرض، ويجعل لكل واحد منها كوة، ولو كانت الضياع عشرة، خمسة منها مجاورة للنهر، وخمسة بعيدة، قسم النهر قسمين يجعل خمسة لأصحاب الضياع القريبة، وخمسة يجري فيها الماء إلى النهر، فإذا وصل إلى الضياع البعيدة قسم بينهما، انتهى.

قال: (وَلَهُمْ الْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً) أي: تسقي هذا يومًا مثلًا وهذا يومًا، كالمهايأة في المنافع، وقد يكون الماء قليلًا لا ينتفع به إلا كذلك، وقيل: لا تصح القسمة بالمهايأة؛ لأن الماء يقل ويكثر، وتختلف مدة السقي بالأيام، فعلى المذهب لا يلزمه المهايأة، ولكل منهما الرجوع، وقيل: يلزم ليبقى كل واحد بالانتفاع، ولو قيل: يلزم حيث لا ينتفع، ولكل منهما بالرجوع بالماء لقلته، إلا أنه لم يبعد فعلى الأول لو رجع بعدما استقر في نوبته وقبل أن يستوفي شريكه ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر في المدة التي أجر فيها الماء كان لمثلها أجرة.

فرع: قال في «البحر»: لو قال أحدهم: أخذ حقي من الماء قبل موقع القسمة يكون له؛ لأن حريم البناء منه مشترك بينهم، فلم يكن له أن يهتكه ويتصرف فيه.

فرع: قال في «زيادات الروضة»: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي منه أرضًا ليس لها شرب من هذا النهر منع؛ لأنه يجعل منها لم يكن، انتهى.

وقال صاحب «الكافي»: ولو كان لواحد منهم ضيعة شربها من نهر آخر فأراد أن يسقيها بنصيبه من ماء هذا النهر فله ذلك على الأصح.

وقال في «البحر»: إذا تقررت القسمة بينهم ولكل واحد منهم أن يسقي ضيعته بمائه، فإن ملك إلى جنبها ضيعة أخرى باديًا أو غيره، وأراد أن يسقيها بحقه من هذا الماء.

قال بعض أصحابنا: يمنع من ذلك، وهذا اختيار أبي حامد قال -يعني: أبو حامد: كما لو كانت له دار في درب لا ينفذ، واشترى دارًا في درب آخر طريقها منه ثم أراد أن ينفذها إلى الدار الأخرى لم يكن له ذلك، وهذا ومسألتنا سواء؛ لأن هناك يريد أن يجعل لنفسه استطراد ما لم يكن له، وهاهنا يريد أن يجعل له سقيًا لم يكن، فيصير دليلًا على أن لها سقيًا منه عند طول العهد، ويستحق القسم لها.

قال الرُّويَانِي: وهذا وجه جيد ولكن بعض أصحابنا جوز في الدار هذا الاستطراق، وقال: في الأرض مثله.

وقال بعض أصحابنا: في الاستطراق وجه، ولا وجه هاهنا، والفرق أن في الدار الاستطراق منها إلى الدرب بل منها إلى الأخرى ومن الأخرى إلى الدرب، وهاهنا يحمل الماء على الساقية إليها فيصير لها رسم في الشرب، وهكذا لو كانت شرب بدولاب من هذا الشرب ثم أراد أن يسوق الماء منه إلى أرض أخرى لم يكن له إلا أن يكون للأرض الأخرى شرب من هذا النهر؛ فيكون له حينئذٍ، وإن كان الشرب في نهر غير مملوك، فأراد أن ينقل إلى أرض أخرى ينبغي أن يجوز إذا لم يضيق الماء، فإن ضاق قدم الأسبق على ما مضى بيانه، هذا لفظه، وقد اشتمل كلامه على نقل طريقين في فرع «الروضة».

واقتضى قياس الفرق المذكور أنه لو ساق الماء أولًا إلى أرضه المستحقة للشرب ثم نقله منها إلى الأرض الأخرى أن يكون الحكم كما في الدارين، وفيه نظر! وإن وافقه قول «الروضة» وسوق كل واحد نصيبه في ساقيته إلى الأرض، وله أن يدير رحى بما صار له ولا سبق أحدهم ساقية قبل القسم، ولا ينصب عليه رحا، انتهى.

وفيما ذكره آخر في غير النهر المملوك نظر لما سبق، وقد لا يضيق الآن ويضيق فيما بعد، فيتبين له على طول الأمد شرب فيه لا أصل له، والله أعلم.

فرع: قالا: في النهر المشترك القرار وعمارة هذا النهر وسقيه يقوم بها الشركاء بحسب الملك، وهل على كل واحد عمارة الموضع المسفل عن أرضه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ؛ لأن المنفعة فيها للباقين، والثاني: نعم، وهو الأصح عند العبادي لاشتراكهم وانتفاعهم به، انتهى.

وفي «الكافي»: أن الأول مذهبنا خلاف لأبي يوسف ومحمد.

وقال في «البحر»: إذا أرادوا لريها ففي الأول المؤنة على الكل، فإذا جاوز الأول كانت المؤنة على الباقين دونه، وإذا جاوز الثاني كان الباقين، وعلى هذا وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يشتركون في جميع المؤنة إلى آخرها؛ لأن الأول ينتفع بجميعه في أوله سقي أرضه، وفي الباقي نصيب مائه، وهذا غلط؛ لأنه ينتفع بالماء الذي في موضع شربه، وأما ما بعده فيختص بالانتفاع به من دونه فلا يشاركه فيه، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو تنازع شركاء النهر في قدر أنصبائهم فيجعل على قدر الأراضي؛ لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك أو بالتسوية؛ لأنه في أيديهم، فيه وجهان، وبالأول قال الإصطخري، زاد المصنف: وهو أصحها، وفيه وقفة، وكان الخلاف فيما إذا لم يعلم كيف.

....

إشارة: وفي «البحر»: أن اشتراكهم فيه على قدر نفقاتهم، فإن استووا فيها فالملك بينهم بالتسوية، وإن تفاضلوا فيها كان الملك بحسبها.

قال الإصطخري: يكون بينهم على قدر ما دخلوا، واشترطوا أن يكون بينهم، فإن دخلوا على أنه بينهم على السواء، وانفضوا على السواء كان بينهم سواء، وإن دخلوا على أن يكون بينهم على التفاضل، وانفضوا كذلك كان على التفاضل، ولا تأثير لهذا الشرط عندي إذا كان المرجع إلى النفقة، انتهى، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة والعصمة.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الشَّركة ٣

كِتَابُ الْوَكَالَةِ ٢١

كِتَابُ الإِقْرَارِ ٩٩

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ ٢٠٩

كِتَابُ الْغَصْبِ ٢٥٠

كِتَابُ الشُّفْعَةِ ٣١٥

كِتَابُ الْقِرَاضِ ٣٥٥

كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ ٣٩٢

كِتَابُ الإِجَارَةِ ٤١٧

كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ ٤٩٣

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى ٧٨٣ هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء الرابع

الوقف - الهبة - اللقطة - اللقيط -
الجعالة - الفرائض - الوصايا

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed In : Lebanon	لبنان	بلد الطباعة
Edition : 1st	الأولى	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com   info@al-ilmiyah.com   sales@al-ilmiyah.com   baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَقْفِ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَقْفِ

قال الشارح: الوقف، والسبيل، والحبس بمعنًى، يقال: وقفت كذا، ولا يقال: وقفته إلا في لغة رديئة، وعليها العامة، وحقيقته شرعًا: يحتبس الأصل، ويسيل ما يحصل من ثمرته ومنافعه، يصرف إلى وجهٍ من البر تقربًا إلى الله تعالى.

قال في «الكافي»: ويلزم نفسه من غير تسليم، ولا حكم حاكم بلزومه، وهو قول عامة العلماء إلا أبا حنيفة، فقال: لا يلزم إلا أن ينفذه القاضي، والأصل فيه ما رواه مسلم «**إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ**»(١).

وقصة عمر في «الصحيحين» و«حديث العبادة» وحديث حبس خالد أدرعه، واعتده في سبيل الله - تعالى- وغيرها، مما يطيل ذكره، واتفاق الصحابة عليه قولًا وفعلًا، كما قاله: الرَّافِعِي والروياني.

وقال الشَّافِعِي في «القديم»: قد بلغني أن ثمانين نفرًا من أصحاب رسول

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٧٢، رقم ٨٨٣١)، والبخاري في الأدب المفرد (١/ ٢٨، رقم ٣٨)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥، رقم ١٦٣١)، وأبو داود (٣/ ١١٧، رقم ٢٨٨٠)، والترمذي (٣/ ٦٦٠، رقم ١٣٧٦) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (١/ ٨٨، رقم ٢٤٢) والنسائي (٦/ ٢٥١، رقم ٣٦٥١).

قال الشارح: [شَرْطُ الْوَاقِفِ صِحَّةُ عِبَارَتِهِ وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ.
وَالْمَوْقُوفِ دَوَامُ الِانْتِفَاعِ بِهِ.
لَا مَطْعُومٌ وَرَيْحَانٌ.

الله ﷺ من الأنصار تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات.

وقال جابر: رضي الله عنه ما بقي أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة، إلا وقف هذه الوقوف جارية على نسلها إلى اليوم.

قال الشَّافِعِي: وأكثر دور مكة وقف، وإن يقل هذا مكلفًا، انتهى.

فرع: الوقف قربة لما سبق، وعن ابن عبد السلام أنه لو كان له دار قيمتها ألف مثلًا، وأجرتها كل شهر دينار، فهل الأولى بيعها والتصدق بثمنها، أو وقفها؟

قال: إطلاق الجواب فيها خطأ، بل نقول: ذلك بحسب المصلحة، فإن كان ما يصرف فيه الثمن مصلحته أعظم من المصلحة الناشئة عن الوقف كان البيع والصرف أفضل، وإن كان الأمر بالعكس كان الوقف أفضل، وإن استوت المصلحتان استويا.

قال: (**شَرْطُ الْوَاقِفِ صِحَّةُ عِبَارَتِهِ**) أي: فلا يصح وقف صبي ومجنون.

(**وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ**) أي: فلا يصح من المبذر والمكاتب، ويجيء في وقف المبذر في مرض موته خلافٌ مذكور في «الوصايا».

فرع: المعروف أن الواقف في مرض الموت وباقي حكمه معتبر من الثلث.

قال في «البحر»: وحكى بعض أصحابنا عن الشَّافِعِي حكمه حكم الدَّين سواء يكون من رأس المال، وهذا بعيدٌ ضعيف.

قال: (**وَالْمَوْقُوفِ**) أي: شرط الموقوف.

(**دَوَامُ الِانْتِفَاعِ بِهِ**) أي: انتفاعًا مقصودًا مباحًا.

(**لَا مَطْعُومٌ**)؛ ولأن نفعه في استهلاكه، ومثله الصابون ونحوه، أي: (**وَرَيْحَانٌ**) أي: ونحوه لسرعة فساده، والوقف شرع ليكون صدقة جارية،

وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ، وَمُشَاعٍ لَا عَبْدٌ وَثَوْبٌ فِي الذِّمَّةِ، وَلَا وَقْفُ حُرٍّ نَفْسِهِ. وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

ويجوز وقف المسك، وكل عطر له بقاء الشم.

قال: (**وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ**) أي: بالإجماع، ولا فرق عندنا بين المنقول والمشاع.

و(**وَمَنْقُولٍ**) لقصة خالد في «الصحيحين»، قاله: القاضي الحسين، واتفقت الأمة في الإعصار على وقف الحصر والقناديل وَالزَّلَالِيِّ(١) في المساجد مِن غيرِ نكير.

قال: (**وَمُشَاعٍ**)؛ لأن عمر ﷺ وقف مائة سهم من خيبرٍ مشاعًا، رواه الشَّافِعِي، ولا فرق عندنا فيه بين العقار والمنقول.

قال: (**لَا عَبْدٌ وَثَوْبٌ فِي الذِّمَّةِ**)، إذ لا ملك، والوقف إزالة ملك عن عين.

قال: (**وَلَا وَقْفُ حُرٍّ نَفْسِهِ**)؛ لأن رقبته غير مملوكة.

قال: (**وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) لأن المستولدة جلها حرمة العتق، وكأنها عتيقة، وقيس جوازه على إجارتها، وبُني الخلاف فيها على أن الوقف يزيل الملك أم لا؟ وأما الكلب، فلأن رقبته غير مملوكة، وقيس الجواز فيه على إجارته، أو هبته، أما أحد عبيد مثلًا، فبالقياس على البيع، وقيس الجواز على العتق .

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: المذهب الذي قطع به الجمهور أنه لا يصح وقف أم الولد بلا خلاف، وفي الكلب طريقان: الأصح المنصوص المنع، وقيل: يجوز قطعًا، وأشير إلى أن القابل للتعليم كالمعلم في جريان الخلاف، ونقل في«البحر» وقفه.

قلت: طرق الصحيح المنصوص، وقيل: يجوز قطعًا، وقيل: فيه وجهان، انتهى.

---

(١) هو نَوْعٌ مِنَ الْبُسُطِ والفُرش.

……

وفي «التنقيح» أن الصحيح المشهور الذي قطع به الجمهور، أنه لا يصح وقف أحد عبديه، فإن صححنا رجع إلى تعيينه، وكانت قضية اختلافه، أن يقول في الثلاث على المذهب.

إشارة: ضابط ما يصح وقفه على عين مملوكة ملكًا يقبل النقل ويحصل منها فائدة أو منفعة، ليست أجرًا لها قاله: في «الروضة» واحترزنا بالعين عن المنفعة، والملتزم في الذمة، وبالمعنية عن أحد عبديه وبالمملوكة عما لا تملك، ويعول النقل عن أم الولد، والملاهي، والمراد بالفائدة التمر واللبن، ونحوهما، وبالمنفعة السكنى واللبس، ونحوهما، وقوله: يستأجر لهما، احترازًا من الطعام ونحوه، وينبغي أن يزاد، ويقصد من ملك العين على الدوام، وقضية الضابط صحة وقف الريحان، فإنهم قالوا في كتاب الإجارة: إنهم أبقوا على جواز استئجاره للشم، فليجز وقفه؛ لذلك وجريًا هنا بمنعه، وقيل: هذا في المحصود أما القائم فيبقى مدة، فلا يعتد جواز وقفه، نعم استئجار الرياحين ليس بمتفق عليه، بل جزم بعضهم بالمنع، وأرسل بعضهم فيه وجهين.

فرع: قال في«الروضة»: تبعًا لابن الصلاح الأصح صحة وقف ما لم يره، ولا خيار له عند الرؤية، وحكاه ابن الرِّفْعَة عن اختيار شيخه الشريف عماد الدين، ومستدلًا له بأن عمر وقف السواد، ولم يره، ويمكن أن يقايس بالعتق إذا قلنا: الوقف ينتقل إلى الله تعالى.

قال ابن الرِّفْعَة: ويمكن أخذ الخلاف فيه، من الخلاف فيما إذا وقف إحدى داريه على الإبهام، أو صححاه صح، وإلا كان كهيئة ما لم يره، انتهى.

والكتب ساكتة عن المسألة، وفي أكثرها اعتبار الوقف بالبيع، ومقتضاه المنع والاحتجاج بوقف عمر ﵁ فيه وقفه لا ما لم نعلم أنه وقفها بنفسه فلعله، وكل فيه هذا إذا سلم أنها وقف، وأنه ليس بمعناه، وأنه وقف أمرها وبقاها لبيت المال.

……

قال في «البحر»: وقف المجهول باطل، وهل يجوز كالوصية؟ حُكي عن ابن هريرة.

فرع: للإمام أن يقف مترتب المال على جهات عامة كالمساجد، والقناطر وغير ذلك، وكذا له أن يقف على شخص أو أشخاص معنيين من أصل العلم، والدين على أعقابهم إذا ظهر له ذلك، وقد أكثر السلطان نور الدين محمود من ذلك، وأفتى بجوازه خلائق من أئمتنا منهم: أبو بكر الشاشي، وابنه، وأسعد الميهني، وابن برهان الشريف وغيرهم من علماء بغداد، ومن الطبقة بعدهم: الكمال ابن يونس، وابن أبي عصرون، ومال إليه ابن الصلاح، وأفتى به المصنف، وذكره ابن الرِّفْعَة في قسم الغنيمة والفيء من «مطلبه» أن الذي يحكى عن المذهب صحته؛ لأنه لو رأى أي ممتلكٍ ذلك للمذكورين ملكًا طلقًا كان له ذلك، ويحكى عن الشيخ أبي حامد منعه، وهو مما يختاره بعض مشايخ زمننا، انتهى.

وقال ابن عبد السلام: للمملوك أن يقف ما لهم إن يملكوه ابتكرا على جهة الخبر ما تستحقه تلك الجهة في المدارس، والربط دون ما لا يجوز لهم تمليكه كموقف الصاع على أولادهم وأمرائهم؛ فإنه لا يجوز، ولو وقفوا على جهة أكثر ما يستحقه كنصف إقليم على مدرسة صح، وقدر لما يستحقه دون غيره، انتهى.

ولك أن تقول: إذا لم يذكر عددًا، ولا قدْرا معلومًا بأحد فما القَدْر، ما الذي يستحقه؟ هذا محل نظر، ورأيت في كتاب «معرفة أحكام أراضي الإسلام وتصرفات الإمام»، والنسخة قديمة، ومصنفه مجهول: إذا رأى الإمام أن يقف قطعة أرض من بيت المال على طائفة من أنواع المصالح كالمجاهدين الذين لا حقَّ في الديوان، ولا مال لهم يستعينون به على الجهاد، أو على علماء الشريعة المصدرين للتعليم، والدراسة، والفتوى فهذا الوقف يصح بلا خلاف، وإنما قلنا: ذلك؛ لأنه مال لعامة المسلمين، وقفه؛ لمصلحة ترجع إليهم فوجب أن يجوز كأراضي السواد.

……

قال: وأما إذا رأى الإمام أن يقف شيئًا من هذه الأراضي على رجل صوفي أو فقيه أو زاهد ثم على أولادهم، وأولاد أولادهم نسلًا بعد نسل فهذا لا يجوز؛ لأنها لمصالح المسلمين، وإذا لم يجز أن يقطع لهم على سبيل الإقطاعات على هذا الوجه، مع أنّه لا يلزم، ولا يختص بهم على الدوام فالوقف أولى بالمنع؛ لانقطاعه عن المصالح العامة على الدوام، انتهى.

وهذا تفصيلٌ حسن، وقال شارحٌ: الذي أراه أنه لا يجوز له أن يقضي من بيت المال على شخص أو أشخاص ولا على طائفة وطوائف خاصة، ولذلك يقول الأصحاب: ومن شرط الموقوف أن يكون مملوكًا ومعناه أن يكون مملوكًا للواقف والواقف هنا ليس يملك فكيف يصح وقفه، وأطيب في ذلك بخلاف الوقف على عموم المسلمين.

فرع: يصح وقف المعلق عتقه بصفة؛ فإذا وجدت(١) -تبعًا للبغوي- إن قلنا: الملك للواقف-أو لله تعالى- عتق، ويظل الوقف، أو للموقوف عليه لم يعتق، ويبقى الوقف بحاله، والمذكور في «التتمة» و«البسيط» و«الحاوي»، و«البحر» وغيرها إن قلنا: بزوال الملك إلى الله تعالى أو للموقوف عليه لم يعتق، كما لو باعه وجدت الصفة، وهذا هو الصحيح، ويصح وقف المدبر، وهو رجوع إن قلنا: التدبير وصية، وإن قلنا: تعليق بصفةٍ فكوقف المعلق بصفة.

فرع: يجوز وقف آلة المغصوب قاله: الجوري والرافعي في أثناء كلامه، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَبْدِ وَالْجَحْشِ الصَّغِيرَيْنِ، وَالزَّمِنِ الَّذِي يُرْجَى زَوَالُ زَمَانَتِهِ، والفحل للنزوان ولا يجوز وقف الجنين.

قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز وقف الخصيِّ من الغنم.

وقال في «البحر»: وعندي محتمل أن يجوز، لأنه ينتفع بصرفه، قال: ورأيته عن أصحابنا، انتهى.

ويجوز وقف الحُلي للبس مباح، ووقف نقد؛ ليصاغ حليًا، ويوقف فيه

---

(١) أي: الصفة، انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٥٤).

وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غَرْسًا فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا فَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ، فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ اُشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنِينٍ.

الإمام ولو أجر أرضه ثم وقفها صحَّ على الأصح، وقيل: على الخلاف في منقطع الأول، وقيل: إن وقف على مسجد ونحوه صح، أو على إنسان بخلاف، ووقف الورثة الموصي بمنفعة مدة كوقف المأجور.

قال: (وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غَرْسًا فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا فَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ) لأنه مملوك يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، والثاني لا ؛ لأنه معرض للقلع، وبه أفتى الْبَغَوِي، قال: فلو رضي به مالك الأرض جاز، ومحل الوجهين أيضًا إذا لم يقف رب الأرض أرضه معه فإن فعل صحَّ قطعًا، فعلى الأصح إذا مضت المدة، وقلعهما ربُّ الأرض، فإن بقى منتفعًا به بعد القلع وبقي الوقف، ويصرف الأرش المأخوذ من قالعه في نقله إلى أرضٍ أخرى يكون وقفًا فيها جاريًا على سبيله إن أمكن ذلك، وإن لم يبق منتفعًا به، فهل يصير ملكًا للمستحق أو يرجع إلى الواقف؟ فلا، وفيه وجهان، ويجوز أن يقال: يباع ويشترى بثمنه من جنسه ما يوقف مكانه.

إشارات: إذا صححنا فهل أرض الوقف كالملك؟ قال في «الكافي»: نعم.

وهل الإجارة الفاسدة كالصحيحة، وهل يفترق الحال بين وقوع الوقف قبل انقضاء المدة أو بعدها، وهل إجارة المقطع ومستحق المنفعة أبداً بوصية كإجارة المالك، لم أر في ذلك كله تبيُّناً.

قال: (فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ اُشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ) أي: في الحال؛ لأنه عليك للمنفعة أولها، ولكن فيه على رأي فلو وقفت على ولده، ولا ولد له أو على فقرِ أولاده، ولا فقر فيهم لم يصح، وإن كان فيهم فقيرًا أو أغنياء صح، ويصرف أيضًا إلى من افتقر من بعده قاله الْبَغَوِي في «فتاويه».

قال: (فَلَا يَصِحُّ عَلَى جَنِينٍ)؛ لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية؛ لأنها تتعلق بالمستقبل فقيل: يصح كالإرث والوصية ذكره الجويني في «منهاجه» وقيل: إن كان تابعًا لغيره صحَّ كما لو وقف على أولاده وله ولده مختلٌ دخل معهم، ووقف نصيبه هكذا أورده شارحٌ وتبعته في «الغنية» وهو

وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ، فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ فَهُوَ وَقْفٌ عَلَى سَيِّدِهِ.

يفهم أنه يدخل معهم بعد الانفصال، ولا أحسب أحدًا يقوله: إلا أن يكون الواقف قد سمّى الموجدين أو ذكر عددهم.

قال: (**وَلَا عَلَى الْعَبْدِ لِنَفْسِهِ**) أي: بناءً على الجديد، وهو أنه لا يملك فإن قلنا: بالقديم صحَّ، وكان للسيد أخذ الربع منه كما يرى اكتتابه، فإذا عتق كان له دون سيده، كما قاله: القاضي أبو الطيب في «المجرد»، والروياني في «البحر» وخلائق، وسواء كان الواقف السيد أم غيره كما دلَّ عليه كلام كثيرين؛ بناءً على أنه يملك تمليك سيده وغيره، خلافًا للإمام، ومن تبعه حيث ظنوا أن الخلاف في تمليك السيد له دون غيره، وليس كذلك كما مرَّ بيانه.

وقال **الْمَاوَرْدِي**: إن كان الوقف على نفقة العبد لم يجز؛ لأنها على سيده وإن كان ليكون العبد مالكًا لقلبه ففيه بناء على الأصل المذكور في التمليك.

قال: (**فَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَيْهِ فَهُوَ وَقْفٌ عَلَى سَيِّدِهِ**) أي: بناءً على الجديد أيضًا كما قاله: ابن الرِّفْعَة وغيره، كما لو ذهب له أو أوصى له، ويصح قبوله إن شرطاه بغير إذن سيده في الأصح كالهبة والوصية، فلو قبل السيد دونه لم يكف على الأصحِّ، وربما أوهم لفظ الكتاب خلافه؛ لأنه الموقوف عليه، وقيل: ويحتمل أن يقال: إن إطلاق كقوله على نفسه مبطلٌ على الجديد، وهو قضية إطلاق صاحب «التنبيه» والشيخ أبي حامد وغيرهما، فينتظم في حالة الإطلاق خلافٌ، ويشهد له قول الجوريّ، وفي الحسن على عبد غيره قولان عند بعض أصحابنا، وقد سبقت كلامه فطوَّلته «في الغنية».

ويحتمل أن يقال: إن كان الواقف عليه يرى أن الوقف على العبد نفسه لا يصح حمل إطلاقه على أنه وقفه على سيده، وإن كان ممَّن يرى الصحة أو يجهل الحكم، فلا فرق بين أن يقول على نفسه أو يطلق.

تنبيهات: وفروع منها لو كان من أطلق الوقف عليه هو السيد هل يقال هو كوقفه على نفسه أو يقال: إنه باطل على الجديد، قطعًا فيه نظر! ولم أرَ فيه شيئًا، ومنها المدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد كالقنِّ، وأما المبعض فلم أرَ فيه

....

شيئًا، وينقدح فيه احتمالات لا يخفى على الفقيه استخراجها، ومنها المكاتب صححه، أطلق الشيخ أبو حامد، وطائفة أنه لا يصح كما أطلقوه في العبد.

وقال المتولي: يصح في الحال، وتصرف الفوائد إليه، ويديم حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف، وإن قال: يصرف إليه ما دام مكاتبًا بطل استحقاقه، وإن عجز بأن لنا منقطع الابتداء، واعترض ابن الرِّفْعَة على ذلك بأنه إذا عجز لم ينقض تصرفاته الماضية، فقد يقال: إنه ينقطع عند تعجيزه، فيكون منقطع الوسط، وتبين أثر ذلك في أن ربع الوقف إلى حين العجز ينتقل إلى السيد، وقد يقال: إن يعجزه، فإن عدم ملكه إذا قيل: إنه يملك ملكًا مراعًا، ويلزم عليه أن لا ينصرف الزائد إليه، وجزم الْمَاوَرْدِيُّ بعد جزمه بصحة الوقف من غير سيده عليه فإنها تصرف إليه؛ لأن الزكاة تصرف إليه، وهي غلط.

قال: ولو وقف على مكاتبِ نفسه⁽¹⁾ لم يصح؛ لأنه كالوقف على نفسه، وفي «البحر» وحدث أصحابنا: أنه يجوز، ويحتمل عندي جوازه؛ لأنه معه كالأجنبي، ووجدت أنه لا يجوز على المكاتب أصلًا، انتهى.

والظاهر أنَّ الوقف على المكاتبينَ صحيحٌ، جزمًا إذا كانوا موجودين؛ لأنه وقف على جهة قوية، ويحتمل قول من أطلق البطلان على ما إذا كان المكاتب معينًا.

قال المتولي: ولو قُسمت الغلة عليهم يمر عجز بعضهم فالحكم في استرجاع ما دفع إليه على ما ذكرنا في التذكرة، انتهى.

ومنها يصح الوقف على العبيد الموقوفين على سدانة الكعبة⁽²⁾- زادها الله شرفًا- أو على خدمة مسجد رسول الله ﷺ على الأصح، وينبغي أن يكون

---

(1) قال الشيخ النووي في «روضة الطالبين» (٥/٣١٧): لو وقف على مكاتب، قال الشيخ أبو حامد: لا يصح كالوقف. وقال المتولي: يصح في الحال وتصرف ملكًا إليه ونديم حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف، وإن قال: تصرف ملكًا إليه ما دام مكاتبًا بطل استحقاقه، وإن عجز بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء.

(2) أي: خِدْمَتُها وتَوَلِّي أمْرِها وفَتْح بابها وإغلاقُه.

وَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَى بَهِيمَةٍ لَغَا، وَقِيلَ: هُوَ وَقْفٌ عَلَى مَالِكِهَا.

حكم كذلك في كل من وقف على جهة قوية من خدمة مسجد معين، ورباط، ومدرسة ونحوها؛ لأمة وقفت على جهة برٍّ.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ عَلَى بَهِيمَةٍ لَغَا**) أي: كالهبة، والوصية لها. هذا ما صححناه تبعًا للمتولي والبغوي وبه جزم الْمَاوَرْدِي قال: وكذلك الوقف على دار زيد.

قال: (**وَقِيلَ: هُوَ وَقْفٌ عَلَى مَالِكِهَا**) قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: أنه ظاهر المذهب، وتابعه ابن الصباغ، والروياني في «التجربة» وغيرهما، لا أنه يصرف إلى بعضها، وإذا أنفقت يكون لصاحبها، وممن قال: بذلك القفال.

وقال في «البحر»: إنه ظاهر المذهب.

وقال لبعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنه المختار وظاهر المذهب الصحة، وحكى المتولي في قوله: وقفت على علف بهيمة فلان أو علف بهائم القرية وجهين كما في صور الإطلاق.

قال: والخلاف فيما إذا كانت البهيمة مملوكة، أما إذا وقف على الوحوش أو علف الطيور، فلم يصح بلا خلاف.

قيل: وكلام «الوسيط» ظاهر، وأنه لو وقف على حمام مكة صح جزمًا.

فرع: لو وقف على الخيل المسبلة في الثغور صح، قاله: جماعة من أصحابنا منهم الدارمي والديبلي، وفي فروع ابن القطان أن يوقف سيف أو قوس في سبيل الله تعالى جاز ذلك وجهًا واحدًا؛ لأنه إنما وقف على الرجل الذي يغزوا على الفرس، انتهى لفظه.

وقال الجوريُّ: قال بعض أصحابنا: يجوز أن يحبس على دابة مستقلة؛ لأن معناه أنه وقف على شيء جعل لله جل ثناؤه، انتهى.

وفي «إشراف» الهروي في فصل ما اختلف فيه أن العبرة بالمعنى أو اللفظ

....

إذا أوصى بثلثه للدواب المسبلة، فالوصية باطلة؛ لأنها لا تملك، وقيل: تصح؛ لأن معناه القربة، وهي الإنفاق عليه.

وقال شُرَيْح الروياني: أو أوصى بثلثه للدواب المسبلة في سبيل الله تعالى، فالظاهر بطلان الوصية، وقيل: يصح، وعلل بما سبق، والظاهر جريان الوجهين هنا، والمختار صحة الوصية والوقف؛ بل هو الصواب لو وقف على عمارة دار زيد؛ فإن كانت وقفًا صح وإلا فلا، ذكره في «الحاوي» وأقره عليه في «البحر».

وقال ابن الرِّفْعَة: في الصحة نظر؛ لأن عمارتها من وقفها فيتعطل ما اقتضاه الواقف الأول نعم إن لم يكن لها حين الوقف رَيع[1] فلا إشكال، قيل: ولو كان ففائدته توفير ما كان لعمارتها على الموقوف عليه[2].

قلت: وهذا أظهر، وعليه العمل في الوقف على المدارس، والمساجد ثانياً وثالثاً، وقد تتخيل الفرق بين أن ينص الواقف الأول على أنه يبدأ من الريع بالعمارة، وبين إن سكت عنها، ولا يخفي وجهه في «الروضة» على وقف دار أو حانوت.

قال الحَنَّاطِيُّ: لا يصح إلَّا أن يقول: وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها، فيصح على الأصح وعبارة الرَّافِعِي، وحانوت، والظاهر أن الواو زيادة وصوابه على دار حانوتًا، وإنما حصل تحريف من ناقل، وإن قوله: على داري مسبلة كرباط للصوفية أو غيرهم؛ لأجل دارهم يقولون: للرباط ونحوه دار الصوفية، وإنما الترجيح فهو على طريقة القفَّال أنه إذا وقف على مسجد ونحوه، ولم يتبين المصرف لا يصح، والأصحُّ الصحة، ويحمل على العمارة، وكلام الحَنَّاطي من قول القفال[3] لو قال: وقفت هذه البقرة على

---

[1] انظر: أسنى المطالب (١٢/ ٤٣٣).

[2] ريع الأرض: نماؤها من محاصيلها الزراعية أو أجرتها.

[3] في «فتاويه» كما في «الروضة» (٥/ ٣٢٢).

وَيَصِحُّ عَلَى ذِمِّيٍّ، لَا مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ وَنَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ.

الرِّباط؛ ليشرب لبنها من ينزله، ولينفق عليه منه صح، وإن اقتصر قوله: وقفتها لم يصح، وإن كنا نعلم أنه يريده؛ لأن الاعتبار باللفظ.

قال: (**وَيَصِحُّ عَلَى ذِمِّيٍّ**) أي: يعني سواء كان الواقف مسلمًا أو غيره كالوصية له وصدقة التطوع عليه، والجماعة، والمجعول كالواحد، وهل المستأمن والمعاهد كالحربي وكالذمي؟ المفهوم من كلامهم الأول.

قال في «الشامل»: وعندي أنه لو وقف على خادم الكنيسة لم يصح وهذا حق ومسألة سادت تلك دار المجوس وينظر فيما لو لحق الذمي الموقوف عليه بل أو يجرب ناقضًا للعهد ما رأيت ذا يفعل في العلة.

فرع: قال القاضي الحسين في «فتاويه»: لو قال: وقفت على أهل الذمة لم يصح بخلاف قوله: وقفت على هؤلاء، والمذكور في «الشامل» و«البحر» وغيرهما أنَّ الوقف على أهل الذمة صحيح، ونقله ابن الرِّفْعَة عن القاضي الحسين، ولعله قاله: في التعليق، وجنح الرَّافِعِي إلى ترجيح بطلانه على اليهود والنصارى، وهو ما اقتضى كلام الكافي الجزم به.

قال: (**لَا مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ وَنَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في الثلاث.

أما في الأولى فلأنهما منقولان، والوقف صدقة جارية، فلا يكون على من لا يبقي، كما لا يوقف ما لا يقاله: ووجه الصحة عليهما القياس على الذمي، ووجهه في «البحر» ذلك الجواز، وتمليكه، والمنع فإنه مأمور بنقلهما فلا معنى للوقف عليهما، وحُكي أيضًا وجهان فيما لو وقف على رجل بعينه فكان يزيداً، وموضع الخلاف في الحربي، والصحة في الذمي فيما يجوز تمليكهما إياه كما بيناه في المبيع.

ومال ابن الرِّفْعَة إلى صحة الوقف على المرتد والحربي، لا سيما إذا أبقينا ملك المرتد وأبدى غيره ترددًا فيمن يحتم قتله حرابة من المسلمين، رجح إلى الصحة بخلاف المرتد والحربي، وأما وقفه على نفسه فالمشهور عندنا المنع، وهو المنصوص في القديم، وأشارت إليه نصوص في الجديد؛ ولهذا أطلق

....

نقله عن النص لاستحالة تمليكه ملك نفسه.

قال في «البحر»: وبه قال: عامة أهل العلم، قال: وذهب الزبيري، وابن سُرَيْج، ومحمد بن عبد الله الأنصاري إلى صحته، واختاره الجُوري، وابن الصباغ، واستحسنه الرُّويَاني، قال: لكنه خلاف النص، وقيل: يصحُّ الوقف، ولمنعوا الإضافة، وهو مبني على ما لو اقتصر على قوله: وقفت صحَّ وقيل: إن كان على نفسه وغيره جاز حكاه في «اللطيف»، وقيل: إنْ استثنى أقل الوقف لنفسه صحَّ، وإن تركا جميعه له فلا، وحُكي هذا قولًا.

واعلم أن صورة المسألة مختلفة، فمنها أن يقول: وقفت على نفسي ثم على الفقراء لم يذكر الْمَاوَرْدِيُّ فيها، خلاف الدَّمِيري وابن سُرَيْج؛ بل حكى قولان البطلان؛ لأنه فرع لأصل باطل، والجواز؛ لأنهم صاروا أصلًا عند بطلان الأصل، فعلى هذا هل يستحقون قبل موته؟ على وجهين، وذكر الرُّويَّانِي: أنها في صور منقطع الابتداء.

ومنها: أن يقف أرضًا أو شجرًا على الفقراء؛ ويشرط أن يأكل من الثمر غنياً كان أو فقيرًا فهذا ما جعله الْمَاوَرْدِي محل لخلاف الزبيري وابن سُرَيْج.

ومنها: أن يقف على نفسه، وعلى زيد، وقضية كلام ابن الرِّفْعَة جريان الخلاف في جميع الصور إذا وقف على نفسه، وزيد بطل في حق نفسه، وفي حق زيد على قول، صح على زيد في قولٍ، وله النصف في الحال، وفي النصف الآخر وجهٌ أحدهما: لزيد، والحال أيضًا، والثاني: لأقرب الناس إلى الواقف إلى أن يموت الواقف فيكون لزيدٍ، والثالث: أن يكون في يد الواقف؛ فإذا مات صار لزيد كذا ذكره سليم في «المجرد».

فروع وتتمات:

قال الجوري: قال ابن سُرَيْج: وقف المرء على نفسه ثم على مَن بعده يُخرج على معانٍ، وعدَّ الجُوزي منها خمسة سُقتها في «الغنية».

قال الجُوزي: ذكر وجهاً آخر تركتها لطولها الواقف كغيره، وفي وقفه

....

العام شرط ذلك أو لم يشرطه، وذلك كالمسجد في القنطرة، والبئر، وكتب العلم، والقدور، والكيزان المسبلة، ونحوها، ولو وقف على زيد، فإذا مات ربه عاد إلى نفسه، ثم على الفقراء؛ أو منعنا الوقف على نفسه ثم على الفقراء فوجهان في «تعليق» القاضي الحسين.

وهل هما في صحة على نفسه أو على من بعده تردد فيه ابن الرِّفْعَة.

وفي «الشَّامل» وغيره أنه قال: في «الْبُوَيْطِي» لو قال: داري حبسٌ على ولدي ثم مرجعها إليَّ إذا انقرض، فالحبس باطل، وقيل: جائز، ويرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، وفي "الحاوي" لو وقف على ولده ثم على ورثةِ ولده ثم على الفقراء ثم مات الولد والأب أخذ ورثته، فهل يرجع عليه قدر ميراثه منه أم لا؟ على وجهين: أحدهما: وهو قول الزبيري، وابن سُرَيْج يرجع عليه، والثاني: لا يرجع عليه، ولا على الباقين من ورثته؛ لأنهم إنما يأخذون منه قدر مواريثهم لا ميراث غيرهم فيرد على الفقراء ثم ينظر فيما جعله لورثة ولده؛ فإن قال: بالتسوية فذاك، وكذا أطلقَ، وإن جعله كحال الفريضة الشرعية كان على قدر مواريثهم.

وفي «فتاوى» الغزالي: أنه إذا وقف على أولاده؛ فإذا انقرضوا فعلى عصباتهم فمات بعضهم، وكان الواقف عصبةً هل يدخل تبعًا كما في وقفه على المسلمين؟

أجاب: لا تدخل حكم العصوبة لأنه يصير متعينًا؛ لاستحقاق وقف نفسه بخلاف جهة الإسلام على العموم، وخالفه أبو بكر الشاشي في فتاويه.

قال الرَّافِعِي: لو وقف على الفقراء، وشرط أن تقضي من غلة وقفه زكاته وديونه فهو وقفٌ على نفسه، وغيره ففيه الخلاف، وكذا لو شرط أن يأكل من ثماره أو ينتفع به(١).

قلت: ورأيت في «فتاوى» القفال: إذا قال وقفت هذه الضَّيْعة على

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٥٥).

الفقراء، أو على فلان فمن أجره، وشرط أن يأكل منه ما يحتاج إليه كان ذلك جائزًا، ولا يبطل الوقف، وله أن يأكل منه، أما إن شرط: إن احتجت إليه أكلت كله؛ فإنه يبطل، ولا بد أن يبقى مبينًا، ونقل ذلك عن شيوخه، وغيرهم، وأطنب فيه.

وفي «الشامل» إذا وقف ضيعة، وقال: يكون الارتفاع مصروفًا إلى عمارتها، وحق السلطان، وما فضل بعد ذلك كان في تبعاتي من الزكوات، وكفاراتي، قال أبو العباس: يصحح، ويصرف إلى الفقراء، والمساكين، لأن الظاهر أنه أخرج زكاته، وكفاراته، إذا أخلف التقصير فيكون هذا تطوعًا منه، انتهى.

وحُكي في «البحر» هذا عن ابن سُرَيْج القائم قال: وقال أصحابنا: وإذا صرح بأنه فرَّط في الزكوات أو الكفارات، وأمر بصرف عليها بهذه البنية صحَّ الوقف، ويجب صرفها إليهم، ولكنه لا يسقط عنه الزكوات والكفارات، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكره الرَّافِعِي في «الشامل» لو وقف، واستثنى شيئًا من منافعه لنفسه؛ فإن استثنى ما يقتضيه إطلاق الوقف؛ إن وقف مقبرة بشرط أن يدفن فيها أو فرشًا في سبيل الله تعالى، وشرط كونه للعدو جاز وإن استثنى ما لا يقتضيه الإطلاق بأن يقف دارًا أو يستثني لنفسه بيتًا منها؛ ليسكنه فقولان بناء على القولين في الوقف على نفسه، والأصح أنه لا يجوز، ولو وقف على الفقراء ثم صار فقيرًا فالأصح الذي جزم به الْمَاوَرْدِي، والروياني أنه يصرف إليه، وإن منعنا الوقف على نفسه، وسيأتي عن الجُوري ما يوافقه، ورجح الغزالي إلى المنع وأفتى به الْبَغَوِي قال: وكذلك كل وقف يملك الموقوف عليه شيئًا من عمله أو ثمره لا يصرف إلى الواقف، وإن كان بتلك الصفة بخلاف ما لو وقف رباطًا على المارة، والمسافرين له بنزوله إذا كان مسافرًا؛ لأنه ليس باستحقاق ملك كالمسجد يصلي فيه، وهذا فرق حسن؛ ولكن الراجح الجواز؛ لأنه ليس بمقصود، قيل: لو وقف على الفقراء وهو فقير يحتمل وجهين أصحهما الجواز، وفي «الكافي» لو وقف على الفقراء، أو الفقهاء وهو فقير، أو فقيه يأخذ معهم

……

كواحد منهم فيدخل في العام ولا يدخل في الخاص على الأصح.

فرع: في صور من الحيل، في وقفه على نفسه ذكر ابن يونس في «شرح التنبيه» قرينة في دفع التمويه، والفارقي قبلهما أن يقف على أولاد أبيه الذين صفتهم كذا وكذا، ويذكر صفات نفسه فيصح، وهذا بعيد؛ لأن قصد الجهة العامة فيها بعيد، وإنما يقصد نفسه بخلاف الوقف على الفقراء، ولو فرض أن لا فقير سواه فقد يقصد الجهة، و«فتوى» الغزالي السابقة تقتضي المنع، ومن الحيل الصحيحة أن يوجد ما يؤيد وقفه مدة بظن ألا يعيش بعدها بأجرة متجهة ثم يقفه بعد على من يريد، فإنه يصح الوقف ويصرف الغلبة بعد انقضاء مدة الإجارة إلى جهة الوقف، كما أفتى به ابن الصلاح، وغيره والأحوط أنه يؤخره ثم يقفه ثم يستأجره لنفسه المدة المعقود عليها؛ لينفرد باليد، ويأمن خطر الدين على المستأجر، وغيره، ولو أسقى الواقف النظر لنفسه، وشرط أجرة، ومنعنا وقفه على نفسه، وفي صحة هذا الشرط وجهان.

قال المصنف وابن الصلاح: الأرجح جوازه، وقال غيره: ينبغي القطع به، نعم إن لم يشرط ذلك إلا له فقط؛ ولكنه جعله بصفة النظر. فهل يكون كما لو جعله لجهة النظر مطلقًا؟ أو بترجيح هنا المنع فيه نظر، وعبارة الرَّافِعِي تقتضي الجواز في هذه الصورة، وقيد ابن الصلاح ذلك أجرة المثل، قال: ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه، وهو حسن.

فرع: في «الحاوي» أنه لو وقف وقفًا؛ ليحج عنه منه جاز، ولا يكون وقفًا على نفسه؛ لأنه لا يملك شيئًا من غلته فإن ارتدّ لم يجز الصرف في الحج؛ لأنه لا يصح على المرتد، وصرف إلى الفقراء، أو المساكين فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه، قال ابن الرِّفْعَة: هذا منه يظهر أنه تفريع على صحة البناية في حج التطوع، انتهى.

وفيه نظر! إذ لو كان كذلك لشرط في الوقف العصب المجوز للبناية، ولو وقف في الجهاد عنه جاز، فلو ارتدَّ الواقف، فالوقف بحاله يصرف إلى المجاهدين لأنه يصح من المرتد، انتهى.

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةِ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ الْكَنَائِسِ فَبَاطِلٌ.

فرع: قالا: بطلت لو وقف على المقبرة بتصرف العلة في عمارة القبور.

قال المتولي: لا يصح، وذكر في الوصايا أنه تجوز الوصية؛ لعمارة قبور الأنبياء، والعلماء، والصالحين؛ لما فيه من إحبابها بالزيارة والتبرك.

قلت: وقضية جواز الوقف على عمارة هذا النوع، ويختص المنع لغيره، وعلى جواز الوقف على قبور أهل الخير العمل؛ لكن فيه توقف من جهة أن أكثر قبور الأنبياء والصالحين من السلف لا ينسب من طريق صحيح، ولا ما يقاربه فكيف تنفذ الوصية أو يصح الوقف من غير ظن أن ذلك قبر من ذكره الموصي أو الموات.

قال: (**وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةِ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ الْكَنَائِسِ**)، ونحوها من معتقدات الكفار، ويقل البيع والصوامع متعبدات النصارى، والكنائس متعبدات اليهود.

(**فَبَاطِلٌ**) أي: بلا خلاف؛ لأنه معصية، أو إعانة عليها، والوقف شُرع؛ للتقرب فهما متضادان سواء أكان الواقف مسلمًا أو كافرًا وكذلك الوقف على قناديلها، وحصرها، وخدَّامها وكتب التوراة، والإنجيل إذ الاستعمال بكتابيهما غير جائز كما قاله الأصحاب، ولا فرق بين الوقف على الكنيسة، ونحوها بين كونه إنشاء أو ترميمًا، سواءٌ مُنعوا من ذلك أم لا، وقيده ابن الرِّفْعَة بما إذا مُنعوا منه، وهو غلط، ولو وقفوا على كنائسهم فترافعوا البناء أبطلناه، وإلا لم نتعرض إليهم حيث لا نمنعهم من بنائها، وترميمها، ولو ترافعوا في ذلك إلى حاكمهم فأنفذ الوقف ثم ترافعوا إلينا نقضناه قطعًا حكمًا بما أنزل الله تعالى، وقال ابن الرِّفْعَة على الأصح: ولا معنى لذلك كما أوضحناه في «الغنية».

فرع: قال الرَّافِعِي، وغيره أمَّا ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة فنقره حيث نقر الكنائس.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يؤخذ أن الوقف على ترميمهم الكنائس التي يجوز

....

تقريرهم عليها إذا لم يمنع منه يجوز.

قلت: قال من شرح بعض المنهاج من تلامذته: عبارة الرَّافِعِي جيدة، ويعني التقرير بركبهم ونسائهم فيما يقرون عليه، وعدم إنكاره، وهكذا معنى قولنا: إنا لا نمنعهم من الترميم على وجه، لا أنه جائز بل هو من تكملة ما نقرهم عليه من المعاصي كشرب الخمر ونحوه، ولا نقول: إن ذلك جائز لهم، وهكذا ترميم الكنائس مَن يقول به في بعض الأحوال لا ينبغي أن يأذن لهم ولي الأمر فيه، كالإذن لهم في الجائزات شرعًا، وإنما معناه تمكينهم بالتخلية، وعدم الإنجاز، ولا يلزم من ذلك جواز الوقف على الترميم؛ لأنه يستدعي على إباحة، ألا ترى أنا نقرهم على الصليب والتوراة والإنجيل.

مطلب: ولو اشتروها بطلب أو استأجروها لم يحكم بصحته، فكذلك الترميم إذا نكسوا، ولا يحل للسلطان ولا للقاضي أن يقول لهم افعلوا ذلك، ولا أن يعينهم عليه، ولا لأحد من المسلمين أن يعمل لهم فيه ولو استأجروا له، وترافعوا البناء حكمنا ببطلان الإجارة، ولا نزيد على مجرد التخلية، هذا ما يقتضيه الفقه في ذلك.

قال: وبعد أن كتب هذا، وقفت على كلام الأصحاب يؤيده، فذكره قال: ومما يوضح ذلك اتفاق الأصحاب أن الوقف على الكنائس باطل، وإن تقدمت على البعثة، فإذا كنا نبطل الأوقاف عليها، وعلى قناديلها، وحصرها، وخدمها فكيف يصح الوقف على ترميمها هذا وهو فاحشٌ، انتهى.

والأمر كما قال: والصواب أن الوقف على ترميمها باطلٌ.

فرع: ما سبق فيما اتخذ المعبد، فإما كنيسة ينزلها المارة من أهل الذمة فنص الشَّافِعِي، والجمهور على جواز الوصية ببنائها، وحكى الْمَاوَرْدِي وجهًا: إنه لا يجوز، إلا أن يشرك معهم المسلمين في النزول، قال: وهذا مع قولنا بصحة الوصية لأهل الذمة؛ لأن في ذلك جعالة فيؤدي البعيد.

قال ابن الرِّفْعَة: والوقف يشبه أن يكون كالوصية حتى يأتي الخلاف،

أَوْ جِهَةِ قُرْبَةٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمَسَاجِدِ، وَالْمَدَارِسِ صَحَّ.

انتهى. وفي «البحر» لو وقف على من ينزل الكنائس من المارين، والمجتازين من أهل الذمة جاز؛ لأنه وقف عليهم دونها.

وقال بعض أصحابنا: لو وقف على خادمها لا يجوز، يشير إلى صاحب «الشامل»، وقوله: هو الصواب، ويحمل عندي خلافه، ولو وقف دارًا ليسكنها فقراء اليهود؛ فإن جعل للفقراء المسلمين في سكنها حظًا يجوز، فإن خصهم بها فوجهان: أحدهما: يجوز كالوقف على فقرائهم، والثاني: لا؛ لأنهم إذا انفرد سكّانها صارت لكنائسهم ذكره في «الحاوي»، وهذا قوي، وينبغي اختياره سدًا للباب، ولا سيما إذا سمَّاها كنيسة؛ فإنهم يتعبدون بها لا محال، وتصير كنيسة للتعبد على تطاول الزمان كما وقع في عصرنا في بعض البلاد.

فرع: عن الشيخ أبي حامد، وغيره: أنه إذا أوصى بمالٍ ليسرج في البيع، والكنائس إن قصد تعظيمها لم يجز، وإن قصد الضوء على مَنْ يأوي إليها خاصة صحَّت الوصية.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا يبعد مجيء هذا الفصل هنا، يعني: في الوقف كذلك قلت المختار المنع فيهما مطلقًا، واخترت المنع في «الغنية» هناك تفقهًا ثم رأيت الدارمي قاله: وهو الوجه.

قال: (**أَوْ جِهَةِ قُرْبَةٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْعُلَمَاءِ**) أي: بناء.

(**وَالْمَسَاجِدِ، وَالْمَدَارِسِ صَحَّ**)، ومن الأمثلة الوقف على القرَّاء، والمجاهدين، والكعبة، والرباط، والقناطر، والثغور، وتكفين الموتى، وحفر قبورهم، وحملهم، ودفنهم، وغير ذلك من جهات القرب العامة.

قال الرَّافِعِي: في أواخر النذور، وأغرب القاضي ابن كج فحكى وجهًا: إنه لا يجوز الوقوف على البنيان بالوقف على المسجد، والكعبة، ونحوهما، وإنما الوقف على من يملك.

قال: ولا أدري هل جرى ذكر هذا الوجه في الوقف، أم لا؟

قلت: لم يذكره هنا، وهو شاذٌ وبعيد أن يكون هو الوجه القائل بأن منقطع

أَوْ جِهَةٍ لَا تَظْهَرُ فِيهَا الْقُرْبَةُ كَالْأَغْنِيَاءِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.

الأجر باطل، وفي «البحر» هنا لو وقف على مسجد أو رباط أو ثغر، فكالوقف المنقطع؛ لأنه قد يخرب، ويبطل، ويسلم أهل الثغر فيصير منقطعًا حتى يقول: على الفقراء، أو المساكين ولو وقف على قرَّاء القرآن، أو على المجاهدين في سبيل الله لم يكن منقطعًا؛ لأنهم باقون ما بقى الإسلام، انتهى.

فرع: أبدى الْبَغَوِي في «فتاويه» ترددًا في صحة وقف ذمي مسجدًا.

قال: (**أَوْ جِهَةٍ لَا تَظْهَرُ فِيهَا الْقُرْبَةُ كَالْأَغْنِيَاءِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) الوجهان مبنيان على أن المراعي في الوقف على الموصوفين جهة القربة، أو انتفاء المعصية هكذا عبّر الغزالي، وجعل الرَّافِعِي موضع انتفاء المعصية بالتمليك.

قال: ولحقيقة أن الوقف على المعنيين سلك به مسلك التمليكات، وكذلك يجوز على من يجوز تمليكه ثم قد يقصد الواقف التقرب إلى الله تعالى كالصدقة، وأما الوقف على من لا يتعين فحكاية الإمام عن المعظم أن المرعي فيه طريق القربة دون التمليك، ولهذا لا يجب استيعاب المساكين؛ بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم.

وعن القفال أن المراعي طريق التمليك كما في الوصية، والوقف على الغني، وهذا ما اختاره الإمام، وشيخه، وطرق أصحابنا العراقيين موافقةٌ، وإن قلنا: بالأول لم يجز الوقف على الأغنياء، ولا على اليهود، والنصارى، والفسَّاق، وإن قلنا: بالثاني جاز الكل، ويجوز أن يخرج على هذا الأصل الخلاف في الوقف على المطالبة، والعلوية، وسائر من لا ينحصر، وفيه قولان كالوصية لهم، فإن راعينا طريق القربة صح الوقف لهم، وإلا لم يصح؛ لتعدد الاستيعاب، والأشبه بكلام الأكثرين كونه تمليكًا، ويصح الوقف على هؤلاء، ولهذا صحَّح صاحب «الشامل» الوقف على النازلين في الكنائس من مارَّة أهل الذمة، وقال: إنه وقف عليهم لا على الكنيسة؛ لكن الأحسن التوسط ذهب إليه بعض المتأخرين، وهو يصحح الوقف على الأغنياء وإبطاله على اليهود، والنصارى، وقطاع الطريق، وسائر الفسَّاق؛ ليتضمنه الإعانة على المعصية، انتهى لفظه - ﷺ - تعالى.

......

إشارات: منها قوله: ويجوز أن يخرج على هذا الأصل، كذا صرَّح القفال في «الفتاوى» بنقل القولين في الجميع، فقال: كل موضع وقعت الوصية، أو الوقف على معين غير محصورين ففيهما قولان: البطلان، والصحة، ومنها قوله؛ ولهذا صحح صاحب «الشامل» كذا عجب، فإن الذي ذكره في «الشامل» قاله: في فصل أوله إذا وقف المسلم، والذمي على أهل الذمة صح، مصرح بتصحيحه على أهل الذمة فأغنى ذلك عن استنباطه من آخر كلامه في صورة أطلق سليم في «مجرده» المختارين، ولم يقيده بأهل الذِّمة، ومنها قوله، والأحسن توسط إلى آخره.

قال ابن الرِّفْعَة: ما استحسنه ببادئ الرأي صحيح، وهو خلاف قول الأصحاب كافة، وصحته إذا لم يكن العامل من أصحاب الوجوه يتخرج على أن الأمة إذا اجتمعت على قولين هل يجوز إحداث ثالث غير خارج عنهما؟ ولو كان الأمر كما ذكره في اليهود، والنصارى؛ لاقتضى أن يكون الوقف عليهم معصية، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب كافة، انتهى.

ولا معنى لتقييده مما إذا لم يكن القائل من أصحاب الوجوه؛ بل إنما يتخرج إذا كان منهم، أما غيره فلا اعتبار بقوله، وأما ما ذكره من اقتضاء كونه معصية، والإعانة عليها معصية.

فقد يجاب: بأن الإعانة إنَّما تتحتم معصية إذا كانت موجبة للمعصية، أو مقصودة بها، وليس كذلك؛ ولكنه قد يعطي لها كما قاله: الأصحاب.

ومنها: قد يؤيد التوسط قول صاحب «الكافي» ولا يصح على ما فيه معصية كالوقف على عمارة البيع، والكنائس، أو على الكفارة، أو على الفسَّاق أو السُّراق، أو القُطَّاع، أو المقامرين؛ لأنه جعل الكفر، والفسق علامة على الوقف عليهم فتوهم أن الوقف عليهم لهذه الجهة فيكون فيه إعانة على المعصية بخلاف الوقف على الشخص المعين منهم، ثم قال: ولو وقف على من لا قربة فيه، ولا معصية بأن وقف على الأغنياء هل يصح وجهان، انتهى.

....

ومنها: قال ابن الرّفعة في التسوية بين الفسّاق، وأهل الذِّمة نظراً؛ لأن الوقف على أهل الذمة يستجلب إليها، وفي عقدها مصلحة للمسلمين، والفسق لا مصلحة فيه قلت: قد يقال: قد يسعف به القطاع، والسراق، ونحوهم، وقد يقال: إن الوقف على الذميين يقر لهم بالإصرار على الكفر.

ومنها: لو وقف على المساكين، والفساق، والكفار قال في «الوجيز»: ففيه الخلاف.

قال الرَّافِعِي: أشار به إلى أنه، وإن نص على مساكينهم فالوقف يُختلف فيه كما لو وقفه على أغنياء المسلمين؛ فإن وقف على أغنيائهم حصل الخلاف من وجهين.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أر ذلك في غير «الوجيز» ومال إلى الصحة جزمًا؛ لأن فيه مؤيد قيل: ذلك أن يقول: القربة في مطلق المساكين لا مساكين أهل المدينة، ولو قيل: بخلاف مرتب منعناه على أهل الذمة، وفي مساكينهم وجهان لم يبعد، والأصح المنع مطلقًا.

ومنها: قال في «البحر» ولو وقف على الزناة، أو السُّرَّاق، أو شارب الخمر.

قال: يعني من يحدث هذه الأشياء، أو المرتدين لا يجوز؛ لأنه إعانة على المعاصي، هذا لفظه.

ولا ينبغي أن يجيء في هذا خلاف، والظاهر أن مراد الأول من أثم بذلك لا قصره على من يُحدثه.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة هذا الخلاف في الأغنياء، إنما هو إذا خصهم في الوقف، وأما إذا كان معهم غيرهم، أو كانوا محصورين كوقفه على أغنياء أقاربه، فالذي يظهر جزمه بتصحيحه.

قلت: هذا الثاني صحيح، وفي «البحر»، وفي ما يوافقه حيث قال عقب الكلام على الوقف على الأقارب، والأولاد، والعيال، والحاشية: لو قال:

……

على الأغنياء لم يدفع إلى من ادّعى الغنى عند الجهل بحاله إلّا ببينة شهد له بالغنى؛ لأنه يدعي حدوث ما لم يعلم، ولو قال على من استغنى منهم لم يستحق إلا من كان فقيرًا ثم استغنى، ولا حق لمن لم يزل غنيًّا، ولو قال: على من افتقر لم يستحق إلا من افتقر بعد عناية ويحتاج إلى بينةٍ لذلك، انتهى.

وأما إذا كان الأغنياء غير محصورين، وضم إليهم غيرهم، فالظاهر جريان الخلاف فيهم، وأولى كما لو وقف على أهل دمشق، أو مصر، ونحوهما من الأقطار، ولعله وقع في نسخة «المطلب» في النقل عنها خلل.

ومنها: إذا أُضيف في هذا المعنى الذي يستحق به الوقف على الأغنياء، والأشبه أن المرجع فيه إلى العرف، وفيه شيء؛ لأن الغنى يختلف باختلاف طبقات الناس ولا يكاد ينضبط، وبعيد أن يستحق من استغنى عن سهم الفقراء، ونحوهم، وكان رزقه وحاله وقف كفايته، أو أزيد بقليل، وفي «البحر» أنه لو وقف على فقراء أهله، وفيهم مكتفي بنفقة أبٍ أو زوجٍ أو يعمل بيده فهم من فقراء الوقف، وإن لم يكونوا من فقراء الزكاة، ذكره في «الحاوي» قال: ورأيت وجهًا آخر لبعض أصحابنا أنه لا يدفع؛ لأنهم كالأغنياء؛ لكفايتهم، انتهى.

فرع: قال: في «البحر» لو وقفتها على جميع الناس، أو على كل شيء فهو باطل لأن الوقف ما كانت سبله مخصوصة بالجهات؛ ليعرف، وليس كما لو وقف على الفقراء؛ لأن الجهة هناك مخصوصة.

وعرف الشرع فيهم لا يوجب تتبعاً لهم كما في الزكاة، ولو وقفها على قبيلة لا يمكن استيعابهم كربيعة ومُضر، فوجهان: أحدهما: باطل، والثاني: جائز يدفع إلى من أمكن منهم كالفقراء انتهى، وستأتي المسألة في الوصايا إن شاء الله تعالى.

فائدة: ذكر الشيخان هنا جملة من الفروع، والمسائل متعلقة بهذا الذكر، ذكرت منها طرفًا في «الغنية» مع زيادات، وتحقيقات لا يسع الطالب جهلها بذكر طولها فراجعها ففيها فوائد.

فصل

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ. وَصَرِيحُهُ وَقَفْت كَذَا أَوْ أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ، وَالتَّسْبِيلُ وَالتَّحْبِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

فصل

قال: **(وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظٍ)** أي: من الناطق كسائر الممتلكات كالعتق، وأما إيماء الأخرس فتكفي إشارته المفهمة، وظاهر كلام المصنف، وغيره أنه لا يصح بالكتابة من الناطق وفيه بُعدٌ، والظاهر أنه يصح بها مع النية إذا كانت بها معينًا، أو كتب أنه وقف كذا على جهة يرغبها، ثم قال: أردت ذلك، ويأتيه إشارة أوردٌ على اعتبار اللفظ أنه لم ينقل أنه ﷺ حين بنى مسجده الشريف تلفَّظ بوقفه، ولا عثمان ﷺ حين وسَّعه، وقال: **«من يبني مسجدًا لله»**(١) -الحديث- ولم يذكر لفظاً وأراضي الفيء تصير وقفًا بالاستيلاء بلا لفظ على قول صححه الْمَاوَرْدِي إذا بنى في الموات قاصداً به المسجد صار مسجدًا، ويقوم الفعل مع النية مقام اللفظ، وسيأتي كلامه برمته، وأجيب عن الأول، والثاني: بأنه لا يلزم منها عدم الوجود عن الثالث أنه وقفٌ من جهة الله تعالى، والكلام غيره، وعن الرَّافِعِي بذلك قاله: تبع أو بالمنع كما سيأتي.

قال: **(وَصَرِيحُهُ وَقَفْت كَذَا)** أي: على كذا.

(أَوْ أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ)؛ لأنه موضوع له وقيل: إنه كناية، وزيف.

(وَالتَّسْبِيلُ، وَالتَّحْبِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: لكثرة استعمالهما واشتهارهما شرعًا وعُرفًا.

قال المتولي: وما نقل عن الصحابة وقفٌ، إلَّا أنهما، وبهذا الوجه قطع كثيرون، وقال في **«الْبُوَيْطِي»**: لو قال: داري هذه حبسٌ صح الوقف، والثاني:

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٦١، رقم ٤٣٤)، والبخاري (١/ ١٧٢، رقم ٤٣٩)، ومسلم (٤/ ٢٢٨٧، رقم ٥٣٣)، والترمذي (٢/ ١٣٤، رقم ٣١٨) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (١/ ٢٤٣، رقم ٧٣٦)، وابن حبان (٤/ ٤٨٨، رقم ١٦٠٩).

وَلَوْ قَالَ: تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً أَوْ مَوْقُوفَةً أَوْ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

أنهما كنايتان إذا لم يشتهر اشتهار الوقف، والثالث: التحبيس صريح، والتسبيل مغايرة بينهما في الخير، وهي قوله حبس الأصل سبل الثمرة.

إشارة: نسبه إلى موضع طرحتهما، والواحدة بها في حق من لا يخفى عليه ذلك أما لو تلفَّظ بهما من عليه ذلك، ثم قال: جهلت حكمهما ؛ فإنه يصدق بيمينه، وللمسألة نظائر.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً، أَوْ مَوْقُوفَةً، أَوْ لَا تُبَاعُ، وَلَا تُوهَبُ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ**) لا نظر فيه بهذا عن التمليك المحض، وقد جعل المصنف المراتب ثلاث: أعلاها: الوقف، وتلته التحبيس، والتسبيل أدناها هذا، ولذلك عبرنا بالأصح، وقد ذكر من ذلك ثلاثة ألفاظ:

أحدها: التحريم، وظاهر نص «الأم»؛ بل نصه أنه صريح، وعليه الجمهور، ويظهر جريان الوجهين في قوله: صدقة مؤيدة، وظاهر نصه في «الأم» أنه صريح وبه جزم بعضهم، وكذا فيما لو جمع فقال: صدقة مؤيدة محرمة؛ لأن التأبيد، والتحريم ليسا بمجردٍ، هما صريح في الأصح.

الثاني: قوله: صدقة موقوفة اقتضى كلام «المنهاج» وأصله نقل الوجهين فيها، واستبعد بأنه لم يحك «المنهاج» خلافًا في لفظة الوقف إذا انفردت فكيف إذا اجتمعت مع غيرها؟! ولعله تحريف من ناقل، ويكون مكان «موقوفة»- «مؤيدة» كما ذكره الجمهور تبعاً للشافعي.

الثالث: قوله: لا يباع، ولا يوهب ظاهره اعتبار جمعها إلى لفظ الصدقة.

وقال ابن الرِّفْعَة: يكفي أحدهما، وقياسه الاكتفاء بقوله: «صدقة» لا يورث، قيل: وفي الأول نظر! ويحتمل أن يقال: المأخذ في الصراحة فيهما في حديث عمر، فلا يكفي أحدهما، وعبارة الأصحاب بواو الجمع تؤيد ذلك، وعبارة الشَّافِعِي «لا يباع ولا يوهب ولا يورث» فأتى بواو الجمع فيهما؟ وأتى بـ«أو» في لا يورث فجعله مستقلًا كافيًا في إقرانه بلفظ الصدقة.

وَقَوْلُهُ: تَصَدَّقْت فَقَطْ لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَى إِلَّا أَنْ يُضِيفَ إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِيَ،

قلت: صرح أبو الحسن أبنُ خَيْرَانَ فِي «اللَّطِيفِ» وقال ابن الرفعة: حيث لَوْ قَالَ: هذا صَدَقَةٌ لَمْ يَتِمَّ الْوَقْفُ حَتَّى يُضِيفَ إِلَى هَذِهِ الْكَلِمَةِ إِحْدَى عَشْرَةَ لَفْظَةً: بِأَنْ يَقُولَ: هَذِهِ صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ مُؤَبَّدَةٌ أَوْ صَدَقَةٌ لَا تُوهَبُ، أَوْ صَدَقَةٌ لَا تُورَثُ، أَوْ صَدَقَةٌ غَيْرُ مَوْرُوثَةٍ أَوْ صَدَقَةٌ مُسَبَّلَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ حَبْسٍ أَوْ يَقُولَ: حَبْسٌ مُحَرَّمٌ، أَوْ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ ثَابِتَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ بَتْلَةٌ.

قال: وإنما أضاف الشَّافِعِي مع قوله: «صدقة» معنى آخر؛ لأن الصدقة تصلح للوقف ولغيره، انتهى لفظه.

وعبارة «البحر»: شجر بخلاف في اعتبار الجمع بين لا تباع ولا توهب، فإنه قال: فأما قوله: تصدقت بكتابة لاحتمالها التطوع والفرض فلا يصير الوقف وقفًا إلا بقرينة يقترن بها، وتلك القرينة ثلاثة أشياء: أحدها: أحد الألفاظ المصاغة.

والثاني: أن يقول: صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب، ذكره بعض أصحابنا، وقيل: صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب وهذا أصح، والثالث: النية فإن قوي الوقف، كان وقفًا فيما بينه وبين الله تعالى.

قال آخر: إن قوي ذلك لزمه والحكم أيضًا، انتهى.

والأشبه أنه لو قال: جعلت هذه صدقة جارية عليَّ، كذا أن يكون صريحًا، ولم أر فيه شيئًا.

قال: (**وَقَوْلُهُ: تَصَدَّقْت فَقَطْ لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَى**) أي: لتردد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوع الموقوفة (**إِلَّا أَنْ يُضِيفَ: إِلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ، وَيَنْوِيَ**) لتصدقت بهذا على الغُزَاة والمساكين وأبناء السبيل ونوى الوقف، يصير وقفًا على الأصح، ويلتحق بالصرائح كالقرينة اللفظية.

والثاني: أن النية لا تلتحق باللفظ في العُرف عن الصريح إلى غيره، وإن أضاف إلى معين فقال: تصدقت عليك، أو قال: لجماعة معينين، لم يكن وقفًا على الأصح، هكذا قاله: الإمام، بل ينفذ فيما هو صريح فيه، وهو محض التمليك.

....

قال الرَّافِعِي: فيما ذكره دلالة أن ها هنا خلافًا أيضًا، ولك أن تقول: تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية إذ أمكن فرضه في الجهات العامة كفقراء المسلمين، فلا يمكن فرضه في التصدق على شخص أو جماعة معينين إذا لم يجوز الوقف المنقطع، فإنه يحتاج إلى بيان المعارف بعد التعيين، وحينئذ فالمأتي به لا يحتمل الوقف، كما أن قوله: تصدقت به صدقة محرمة أو موقوفة لا يحتمل إلا الوقف، انتهى.

تنبيهات:

أحدها: قيل: مقتضى عبارة «المنهاج» أنه إذا أضاف إلى جهة عامة ونوى صار صريحًا.

ولفظ «المحرر»: وقوله: تصدقت لمجرده ليس بصريح في الوقف، ولو نوى لم يحصل الوقف أيضًا إلا إذا أضاف: إلى جهة عامة، ومقتضاها أنه ليس بصريح أصلًا، وأما حصول الوقف، فإن نوى وأضافه إلى جهة عامة حصل، فهي مخالفة لعبارة «المنهاج» وعبارة «الشرح» و«النهاية» كـ«المحرر» لكن في «الحاوي» ما قد يتعلق به فإنه قال: إذا قال: تصدقت بداري لم يصير وقفًا إلا أن يضم إلى ذلك أحد أمرين، إما أن يقول: قلت ذلك أريد به الوقف، فيصير هذا اللفظ مع النية صريحًا في الوقف، وهذا الكلام على أشكاله ليس في لفظ الإنشاء بل في لفظ الإقرار، وينبغي لمن لا يعتبره مع النية أن يجعل الإقرار لغوًا، فالوجه تأويل كلام الْمَاوَرْدِي، انتهى.

وعبارة «البحر» السابقة محتملة، وفي «شرح التلخيص» للشيخ أبي علي لفظ الصدقة مشترك بين الفرض والتطوع، فلا يكون صريحًا حتى تنضم إليه قرينة، وهي إما أن يكون لفظًا أو نية، انتهى.

وهذا يؤيد كلام المصنف، لكنه قال بعده بأسطر: على قول «التلخيص» فإن لم يكن شيء من هذه الألفاظ فلا يصير وقفًا إلا بالنية، وهذا صحيح؛ لأن بينا أن لفظ الصدقة يحتمل الوقف وغيره، فإذا قال: نويت به أحدهما، قبل،

وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَه: حَرَّمْتُهُ أَوْ أَبَّدْتُهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ، وَأَنَّ قَوْلَهُ: جَعَلْت الْبُقْعَةَ مَسْجِدًا تَصِيرُ بِهِ مَسْجِدًا.

كما لو قال لامرأته: أنت بائن، وأراد بائنة عن النكاح طلقت واحدة، انتهى.

وظاهر هذا أنه كناية، وأنه لا فرق بين الجهة العامة وغيرها، وعبارة الرَّافِعِي في قولهما وأصحهما يلتحق بحمله أي: يراد بها أنه يلتحق بالصرائح حكمًا، فيكون كناية أو حكمًا واسمًا فيكون من الصريح الثاني.

قال شارح: قوله: تصدقت لفظ ليس بصريح بنوا إضافة إلى معين أم جهة سواء نوى أم لا، وهل يكون كناية في الوقف مع النية؟ فيه وجهان، والمختار: نعم، انتهى.

ولم يتضح لي هذا الكلام، وكان المراد أنه إضافة بالنية، وفي «البحر» ولو قال: تصدقت بداري هذه، ولم يذكر القرينة ولا نوى الوقف هل يصير صدقة تطوع؟ فيه وجهان.

قال البغداديون: لا كما لا تصير الصدقة وقف لتكافؤ الأمرين، وقال البصريون: يصير صدقة تطوع؛ لأن لفظ الصدقة صريح في التطوع، وإنما هو كناية في الوقف، انتهى، وهو من «الحاوي» ولم يتضح لي حقيقة ذلك.

فرع: (وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ: حَرَّمْتُهُ أَوْ أَبَّدْتُهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ) ولا يستعملان مستقلين، والثاني: أنهما صريحان لإفادتهما الغرض كحبسته وسبلته.

قيل: ولو قال: حرمته وأبدته بالواو أفاد أن أحدهما ليس بصريح، كأحدهما بطريق الأولى، بخلاف قوله، فإنه يقتضي أن أحدهما ليس بصريح، وسألت عن جميعهما.

قلت: لكن يتوهم أن الخلاف في جميعهما، وأنه لو انفرد ولم يكن صريحًا قطعًا.

قال: (وَأَنَّ قَوْلَهُ: جَعَلْت الْبُقْعَةَ مَسْجِدًا تَصِيرُ بِهِ مَسْجِدًا) أي: وإن لم يذكر شيئًا من الألفاظ السابقة لاستيفاء ذلك بالمقصود واشتهاره فيه، والثاني: لا يصير لفقد الألفاظ السابقة، ولأنه وصفها بما وصفها به الشارع حيث قال:

....

«جعلت لي الأرض مسجدًا»[1] وبه قطع القفال والأستاذ أبو طاهر وأصحاب «التهذيب» و«الكافي» و«التتمة» أيضًا في الباب، وهو قضية ما في «الحاوي» و«البحر» حيث قالا: والمساجد ضربان: أحدهما: ابتدئ بناؤه مسجدًا في الموات كما سيأتي عنهما، والثاني: أن يكون ملكًا فسبله المالك مسجدًا إلا بالقول الصريح على ما ذكرناه، انتهى.

تنبيهات:

محل الوجهين إذا لم ينو ما لم يقصد بقوله: جعلتها مسجدًا الوقف صارت مسجدًا، قاله: القاضي الحسين، وكذا محلها إذا لم يقل مع ذلك: «لله»، أما لو قال: جعلتها مسجدًا لله، صح جزمًا، ومقتضى كلام «النهاية» جريان الخلاف فيه لعدم لفظ الوقف، فيكون فيه خلاف قريب على صورة الكتاب، وأولى بالصحة لو قال مالك المنفعة: وقفها على صلاة المصلين، ففي جعلها مسجدًا حكى الإمام فيه ترددًا عن الأصحاب.

قال الرَّافِعِي: والأشبه أنه لا بأس باستعمال لفظ الوقف، وأن قوله: جعلتها مسجدًا يقوم مقامه، وكلامه يشهد بثلاثة أوجه فيما يصير به البقعة مسجدًا، أحدها: قوله وقفتها مسجدًا، والثاني: بقوله: جعلتها مسجدًا، والثالث: بكل منهما، وهو الأصح، لكن قوله: وقفتها مسجدًا لم نر من قال بعدم صحته إلا ما نقله عن الإمام، ولم يأت فيه بلفظ المسجد بل قال: على صلاة المصلين؛ فجاز أنه إذا انضم إلى لفظ: الوقف، لفظ: المسجد لا يأتي الخلاف لأنه ماضي على المقصود، لكن كلام الإمام يقتضي جريان الخلاف، وهو ناطق بتقييده بما إذا نوى جعله مسجدًا، وكذا قيده في «البسيط»، وفي الفرع زيادة كلام أوردته في «الغنية»، ولا معنى للخلاف في قوله: وقفتها مسجدًا.

---

[1] أخرجه البخاري (١/ ١٢٨، رقم ٣٢٨)، ومسلم (١/ ٣٧٠، رقم ٥٢١)، والنسائي (١/ ٢٠٩، رقم ٤٣٢)، والدارمي (١/ ٣٧٤، رقم ١٣٨٩)، وعبد بن حميد (ص ٣٤٩، رقم ١١٥٤)، وأبو عوانة (١/ ٣٣٠، رقم ١١٧٣)، وابن حبان (١٤/ ٣٠٨، رقم ٦٣٩٨).

وَأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ.

وفي «الكافي»: لو قال: وقفت هذا المكان لصلاة المصلين يصير مسجدًا موقوفًا.

ولو قال: على صلاة المصلين، فوجهان.

فرع: وعدنا به بما تقدم فيما إذا كان ملكه مستقرًا على المنفعة قبل إرادته جعلها مسجدًا، أما إذا ابتدأ به مسجدًا في الموات ونوى به المسجد.

قال الْمَاوَرْدِي، وتابعه الرُّويَانِي: صار مسجدًا لمجرد ذلك؛ لأن الفعل مع النية يعينان على القول، ويزول ملكه عن الآلة بعد استقرارها في مواضعها من البناء لا قبله أن يصرح قولًا إنها للمسجد فيخرج عن ملكه، انتهى.

قال القاضي أبو علي الفارقي: لا يصير مسجدًا؛ لأن الحق فيه يعني: في الموات للمسلمين فلا يجوز تخصيصه بالصلاة بعد إذنهم.

قال: وكذا لو أذن الإمام فيه ثم جاء إمام آخر كان له أن يبطله، وكذا ما يقطعه الإمام من الأراضي وغيرها لا يصير ملكًا للمقطع لكن يقره بيده بحسب ما يراه الإمام مصلحة، وللإمام بعده نقضه، فإن لم يقره الثاني إما كافٌ أو ذاك على التقرير، وعليه الإجماع الفعلي في الإقطاعات والأرزاق من بيت المال، وأما ما ذكره في بناء المسجد في الموات من الإيجاد فيحتمل، والمختار فيه ما سبق، وأما ما أذن فيه الإمام فبعده لا يوافق عليه.

قال: (**وَأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ**) قاله: الجُوري والقاضي الحسين على ما قيل: والفوراني، وصححه الإمام وأتباعه والروياني في «البحر» والرافعي في «المحرر» لأنه بعد دخول غيره أو منفعة في ملكه بغير رضاه، والثاني: لا يشترط، واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه، وهو ظاهر نصوص الشَّافِعِي في مواضع، واختاره الشيخ أبو حامد وسليم الرازي والماوردي وابن الصباغ والروياني والمتولي والبغوي والمصنف في كتاب السرقة، وابن الصباغ وصاحب «الاستقصاء» و«الكافي» وكلام المحاملي في «المقنع» والقاضي أبي الطَّيِّب في «المجرد» والشيخ نصر في

....

«الكافي» مصرح به، وبه صرح القاضي الحسين حيث قال: الوقف جائز يلزم بنفس القول لا يعتبر فيه القبول والقبض، وهو عكس ما تقدم عنه، ولعل جوابه اختلف فيه، وكيف كان فالمذهب أنه لا يشترط القبول.

قال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: الحبس يتم بكلام المجلس، وكذا قال: في «الأم» قال: في هذا المعنى العتق إذا تكلم الرجل بعتق مَن له عتقه يتم العتق، ولم يحتج إلى أن يقبله المعتق، وكلامه مصرح بأنه لا فرق بين الوقف على المعين وغيره في مواضع.

ومما يؤيد ذلك ما تتضمنه وصية الشَّافِعِي ﷺ من وقفه المنجز في حياته سنة ثلاث ومائتين على ولده الطفل وغيره ممن عينه ولم يقل: ذلك لمن نفسه ولا ذكر القول جملة له ولا لغيره، وذلك مسطور في «الأم» وفي باب الدعوى في البيوع من «الأم».

قال الشَّافِعِي: وإذا حبس الرجل على الرجل الشيء وجعله محرمًا لا يباع ولا يوهب، فقد أخرجه عنه ملكه خروجًا لا يحل له أن يعود فيه إلى أن قال: فلا يحتاج أن يكون مقبوضًا وسواء قبض أو لم يقبض فهو الحبس عليه، والحبس يتم الكلام دون القبض، وقال: كتبنا هذا في كتاب الحبس، وبيناه هذا لفظه.

وإذا تتبعت كلام الجمهور لم تر فيه تعرضًا للقول، بل يذكرون شروط الوقف وما يتم به، ولا يذكرون القبول، لا جرم قال الخوارزمي في «الكافي»: إن عدم القبول ظاهر المذهب، فلا أشك أن المصنف - كَلَلهُ تعالى- لو رأى ما ذكرته من «النصوص» وكلام الأئمة، لقال: إنه الصحيح والصواب، ولم يكتف بقوله: إنه المختار، وعبارة «البحر»: ولا يشترط القبول في لزوم الوقف، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو وقف على معين بشرط قبولهم في صحته، وهذا ضعيف، انتهى فنقله نقل الشيء الشاذ الغريب.

تنبيهات:

أحدها: خصَّ المتولي الوجهين بما إذا قال: الملك في الوقف ينتقل إلى

....

الموقوف، وعليه إن قلنا: بانتقاله إلى الله تعالى أو ببقائه للواقف، فلا يشترط إما على التقدير الأول بإلحاقه بالإعتاق، وإما على الثاني فلأنه إذا احتمل أن تكون المنافع والفوائد معدومة ومجهولة لم يبعد أن يحتمل ترك القبول، وما قاله: حسن، والبناء على أقوال الملك ظاهرٌ، والمذهب أنه ينتقل إلى الله، يقال: فيكون المذهب عدم اشتراط القبول كالعتق، كما أشار إليه النص السابق.

الثاني: إذا اعتبر بالقبول فليكن متصلًا بالإيجاب كما في البيع والهبة.

قال: لم يكن الموقوف عليه أهلًا قبله له وليه هذا في البطن الأول، أما الثاني، والثالث، فلا يشترط قبولهم على الأصح، في «النهاية» و«البسيط» وقول الروضة: إن الإمام، والغزالي نقلا القطع به، وليس بجيد، ثم لك أن تقول: إن العلة التي استندوا إليها وهي استبعاد دخول عين، أو بمنفعة في ملكه، بمعنى: رضاه موجود في البطن الثاني، والتبعية لا تزيل هذا الاستبعاد، وكون القبول هاهنا كهو في البيع لم يره للإمام، ومن تبعه، وهو غاية في البعد من كلام الشَّافِعِي، والأصحاب.

الثالث: المشهود المنصوص في «الأم» و«المختصر» وعليه جرى الجمهور: أنه لا يشترط القبض سواء شرطنا القبول أم لا.

وقال الجرجاني: إن كان على موصوفين فلا أو على تعينين فلا، أو على معينين.

فإن قلنا: ينتقل إلى الله لم يفتقر إلى القبض كالعتق، وإن قلنا: ينتقل إليه افتقر كالهبة في «الروضة» وبالغ وحكى الجُوري: في اشتراط القبض في الوقف على معينين قولين: أحدهما: لا كالهدي والضحايا.

والثاني: لا يتم إلا بالقبض، وأشار إليه في «المهذب» عند الكلام في قبول الوصية، وفي ذلك عذر للجرجاني، ولعل مراد «المهذب» قبول العلة لأصل الوقف، كما سيأتي الرابع من اشتراط القبول إن اعتبرناه ما إذا وقف

وَلَوْ رَدَّ بَطَلَ حَقُّهُ شَرَطْنَا الْقَبُولَ أَمْ لَا.

على ابنه الجائر ما يخرج من ثلثه، ونظائرها على طريقة ابن الحداد التي وجهها الشيخان في كتاب الوصايا، كان كلامهم هناك يقتضي لزوم الوقف بمجرد اللفظ، وبه خرج الإمام إذا وقف على ابنه الدار، وهي قدر الثلث لزمت الوصية في حقه ولا حاجة إلى تقييده وأحاديثه، وإذا رد الوقف لم يجد إليه سبيلًا، انتهى.

وظاهر هذا يفهم أنه لو وقف لم يبطل حقه منه في هذه الصورة، وهو مشكل فإن صح استثنى من قولهم وإذا رد بكل حقه بلا خلاف، والظاهر أن الإمام لم يرد ذلك.

الخامس: قول المصنف: وإن الوقف على معين لشرط فيه قبوله منزل على البطن الأول، وأن الصحيح أن البطن الثاني، والثالث لا يشترط، ومأخذ الخلاف أنهم يبلغون من الوقف من البطن الأول، واستحسن الرَّافِعِي، وسيذكره إلينا، وتابعه في «الروضة».

قال: في اليد من الأحسن ما قيل: من طرد الخلاف في اشتراط قبولهم بناء على أنهم ممن يبلغون، قالا: ولا يبعد ألا يتصل الاستحقاق بالإيجاب مع اشتراط القبول كما في «الروضة»(١) ومقتضاه أن يكون الأصح اشتراط قبول البطن الثاني ويمكن دخوله في كلام المصنف.

إذا قلنا: بالأصح أن البطن الثاني يتلقى من الواقف؛ لأنهم موقوف عليهم معينون، ويحتمل أن يقال: به، وإن قلنا: يتلقون من البطن الثاني؛ لأنهم موقوف عليهم زاد في كلام المصنف يقتضي اشتراط قبولهم ولكن الصحيح خلافه.

قال: (**وَلَوْ رَدَّ بَطَلَ حَقُّهُ شَرَطْنَا الْقَبُولَ أَمْ لَا**) قال في «الروضة»: كالوصية، والوكالة واعلم أن المصنف لم يتعرض لبطلان الوقف، ولم يبين هل حقه من العلة؟ كما قاله: الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي وغيرهما أو من الوقف، والمرجح بطلان

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٥٧).

....

حقه من الوقف جاز، وإذا كان هو البطن الأول يكون منقطع الأول، وصرح به جماعة منهم الإمام والشيخ أبو حامد وابن الصباغ والغزالي والروياني تبع قوله: بأن الوقف على معين لا يفتقر إلى القبول، وإنما القبول راجع إلى العلة؛ لكنه لا يرى أن المذهب صحبة فيقطع به الأول، كما سيأتي في بيانه.

وقال في «الذخائر» إذا ردَّ بطل الوقف بلا خلاف، ثم ذكر أنا شرطنا القبول في البطن الأول، فلم يقبلوا وردوا فحكمه حكم منقطع الابتداء ففيه الأقوال الأربعة، وحكى قول خامس: أنه يعود إلى البطن الذي يعد رد، فإن ردَّ الثاني وقلنا: يريد بردهم رجع إلى الثالث، وعلى هذا، وحكى قول آخر: أنه ينتقل بعد الرادين إلى الجهة العامة التي عين المال إليها، انتهى.

وحينئذٍ فالصحيح بطلان الوقف كله، يرد البطن الأول، وهو ظاهر على قولنا باشتراط القبول، وإذا كان الراد هو البطن الثاني يكون منقطع الوسط هذا قضية التفريع.

وقال الإمام، والغزالي: إذا قلنا: لا يشترط قبول البطن الثاني، فهل يرتد بردهم؟ وجهان؛ لأن الوقف قد يثبت، ولزم فيبعد انقطاعه، وأجرى المتولي الخلاف في أنه هل يشترط قبولهم؟ وهل يرتد بردهم بناءً على أنهم ممن يتلقون؟ إن قلنا: من الواقف فقبولهم، وردهم كقبول الأول، ورده، وإن قلنا: يتلقون من البطن الأول لم يعتبر قبولهم، وردهم كما في الميراث.

قال الرَّافِعِي: وهذا أحسن: أي مما قاله: الإمام والغزالي.

قلت: وقد نقلا في «النهاية» و«البسيط» الخلاف في قبولهم، وقال في «البسيط» الصحيح يشترط.

فاعلم: فإن صحَّ هذا البناء اقتضى أن الصحيح أنه يريد مطلب بردهم؛ لأن الصحيح تلقيهم من الواقف، والمتحصل من كلام الجمهور والأصحاب: أن البطن الثاني لا يعتبر قبولهم، وإن شرطنا قبول البطن الأول، وأنه يريد برد البطن الثاني على الصحيح كما يريد برد البطن الأول على الصحيح، هكذا قاله

....

بعض الشارحين، وهو ظاهرٌ على قولنا باشتراط القبول، وإنا إذا قلنا: لا يشترط أصلًا كما بيَّنا أنه المذهب، فلا يظهر القول: ببطلان الوقف أصلًا فيما أراه؛ فإن الشَّافِعِي جعله كالعتق في مواضع.

فائدة: قال في «الروضة»: وسواء شرط القبول أم لا لو ردَّه بطل حقه كالوصية، والوكالة، وشذَّ الْبَغَوِي فقال: أنه لا يبطل بالرد كالعتق فعلى الصحيح لو ردَّ ثم رجع.

قال الرُّويَانِي: إن رجع قبل حكم الحاكم بردِّه إلى غيره كان له، وإن حكم به لغيره بطل حقه هكذا في البطن الأول، انتهى.

وفيه بيان أحدهما قوله: وشذَّ البغوي عبارة الرَّافِعِي، وفي صاحب «التهذيب» يشبهه بالعتق وقال: إنه لا يريد برده، وعبارة «التهذيب» ويحتمل ألا يشترط قبولهم، ولا يريد بردهم؛ لأنه بمنزلة العتق، وهذا هو الأصح عندي خصوصًا في قولنا: إن الملك في وصية الوقف يزول إلى الله تعالى، انتهى.

وما قاله: أقرب إلى نصوص الشَّافِعِي وجماعات من الأئمة فكذلك بطلت.

قال في «الكافي»: لا يشترط قبول المعنيين على ظاهر المذهب، ولا يرتد بردهم، وهو ممن ينقل ففيه الطريقان، وقال ابن الصلاح: إن ما اختاره الْبَغَوِي من أنه لا يرتد بردهم متجهٌ حبذا الثاني قوله، فعلى الصحيح لو ردَّ ثم رجع.

قال الرُّويَانِي: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره، كان له، وإن حكم به لغيره بطل حقه، انتهى(١).

وهذا تفريع عجيب، والكلام معلق من طريقين مختلفين، فالإمام وغيره، بدون ترجيح اشتراط القبول، وأنه راجع إلى قبول أصل الوقف، وكذلك الرد، وأما الرُّويَانِي والماوردي ومن يتبعهما فجازمون بعدم اشتراط القبول، وإن الرد

---

(١) قال العلامة الشرواني في «حواشيه على المنهاج» (٦/ ٢٥٢): وقول: الروياني يعود له إن رجع قبل حكم الحاكم به لغيره مردودٌ، كما بينه الأذرعي اهـ، وقوله: لكن نازع فيه الأذرعي قضية إطلاق النهاية عدم قبول الرجوع بعد الرد اعتماد النزاع كالمغني وشرح الروض، انتهى.

راجعٌ إلى نفس العلة لا غير، لا يبطل به الوقف فتأمله!.

فرع: يذكر فيه طريقة الْمَاوَرْدِي والروياني ومنها قال في «البحر»: وهو من الحاوي: لا يشترط القبول في لزوم الوقف؛ ولكنه شرط في تملك الغلة عند حصولها؛ لأنه تمليك حال، ولا يعتبر اللفظ، بل هو قبول رضا بأن يأخذ الغلة إذا أعطي، أو يظهر قبل الأخذ ما يدل على الرضا، ثم الغلة تحدث على ملكه ويكفي هذا الرضا مرةً، ولا يعتبره في كل مرةٍ وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو وقف على معينين يشترط قبولهم في صحته، بخلاف ما لو وقف على الفقراء لا يتعدد هناك، وهذا ضعيفٌ ثم فرَّع على الأول فقال: وإذا أراد الغلة فإن شرط الواقف إن أدَّى سهمه فعل به كذا فعل ما قال، وإن لم يكن ذكر ذلك فوجهان كما لو كان **أحدهما**: يرد على مَن بعده، **والثاني**: يرد على الفقراء، أو المساكين ثم قال: والرد على ضربين:

أحدهما: أن يكون عامًا بأن يرد أصل الوقف، ولم يقبله ثم عاد جاء وطلبه، فإن كان بعد الحكم به لغيره بطل حقه منه، ولم يعد إليه بعد الطلب، وإن كان قبل الحكم به لغيره لم يبطل حقه منه، ورد عليه.

والثاني: أن يكون خاصًا بأن يرد عليه وحده فيكون على حقه مما يجد بعده، ونعرض عليه الغلة الأخرى، فإن عاد بعد الرد، وطلبه فإن كان بعد إعطائها إلى مَن رجعت إليه لم يسترجع، وإن كان قبل ذلك ردت عليه، هذا لفظه- رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- ثم قال: بعد هذا الموضع بكذا سنةٍ، وأزيد في فروع: لو وقف على ولده في صحته ثم على أولاده، ثم على المساكين نظر إن قبل ولده فالوقف صحيح، يحل حاله، وإن رده بطل في حق الذي رده يكون منقطع الابتداء دون الانتهاء وقد ذكرناه، انتهى.

وظاهره مخالف لما قبله؛ لكنه يرى المذهب صحته، والوقف المنقطع الابتداء متصل الانتهاء.

فرع: قال شارح: يقع في كتب الأوقاف وقف على ولده فلان، ومن

……

يحدث له من الأولاد، ولم أجده مسطورًا.

فإذا قلنا: يشترط قبول المعين فلم يقل ذلك الولد هل يبطل الوقف، أو نقول أنه وقف على جهة الأولاد؟

الأقرب عندي الثاني ليس هذا كوقفٍ على موجود ومعدوم؛ حتى يصح في نصفه، ويبطل في نصفه فينبه لهذا، فإنه قد يغلط فيبطل بحكم عدم قبول ذلك المعنى بلا نقلٍ فإن المنقول إذا اقتصر على المعين، فهذه صور أخرى غير منقولة، فالإقدام على إبطاله فيها مع أن أكثر العلماء وأكثر أصحاب الشَّافِعِي، ونصوصه على عدم البطلان، إقدام على حكم بغير دليل، ولا نقل، انتهى.

أما أصل الفرع فقد صرَّح الرافعي، والمصنف، وغيرهما بصحة الوقف على أولاده ومن سيولد له وفي «الكافي» ولو قال: على أولادي الموجودين، وعلى من يحدث يصح للكل كما لو قال: وقفت على هذا المسمى، أو على كل مسجدٍ استثنى في هذه الحالة يصح على الكل، وفي «فتاوي» الغزالي والشاشي: أنه إذا وقف على أولاده الموجودين وعلى من يولد له بعد ذلك صح، ودخل مَنْ يولد مِن بعد، وأما ما تحته من أثاث إذا قلنا: يشرط القبول في المعين إلى آخره، وقد يقال: إذا سلَّمنا أنه وقف على جهة الأولاد، فإذا لم يقبل الموجود من إيراد الجهة واعتبرنا القبول كان كالمعدوم، فيصير في معنى الوقف على من سيوجد من أولاده، وذلك لا يصح، وهذا بيِّنٌ إذا قلنا: فإذا وقف على زيد ثم على الفقراء، ولم يقبل زيد يكون منقطع الأول.

فائدة: رأيت في «وصايا» فروع ابن القطان عقب قول الشَّافِعِي: لا يصح الوقف إلا على مالك منفعةٍ حتى يومَ وقف عليه.

قال أبو الحسن: فلو وقف على الحمل فولدت، يُحتمل أن يقال: إن الوقف صريح لأنا بينا بولادته أنه كان حيًا وقت عقد الوقف، ويحتمل خلافه؛ لأنه وقت العقد ليس تتحقق حياته، انتهى.

وهو يفهم: إنها لو ولدت عن قرب أنه يصح قطعًا.

فصل

وَلَوْ قَالَ: وَقَفْت هَذَا سَنَةً فَبَاطِلٌ، ....

فصل

قال: (وَلَوْ قَالَ: وَقَفْت هَذَا سَنَةً فَبَاطِلٌ) أي: الشرط والوقف لفساد الصيغة؛ لأن وضعه التأبيد هذا هو المذهب، وقيل: يصح الوقف والشرط مؤقتًا، وقيل: يصح مؤبدًا، أو يلغوا قوله سنةً، وقيل: يصح مؤبدًا في وقت التحرير فقط، وهذا مظلم، وقيل: يصح مؤبدًا فيما لا يحتاج إلى قبول، قيل: وإذا قلنا بالمختار، وأن المقبول لا يشترط مطلقًا فقد يقال: إن مقتضى ذلك أن الأصح أنه يصح مطلقًا.

قلت: ويريد به أنه سنة مما لو أعتق مؤقتًا، وأيضًا فقد ذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما المسألة من صور المنقطع الآخر، ومقتضاه أن يكون الأصح الصحة مؤبدًا، ومال إليه ابن الرِّفْعَة؛ لكن الإمام قال: إن التوقيت أولى بالفساد من المنقطع الآخر، وهذا أصوب سواءً كان على معين، أو جهةٍ لإبقاء التحرير، أما ما يضاهيه فالقلب أميل إلى ما قاله: الإمام فيه من الصحة مؤبدًا، ومن شهد للإمام أنه المذهب الظاهر، وأن ما عداه مطرح.

تنبيهات: يدخل في كلام المصنف قوله وقفته على الفقراء سنةً، وفيه تأقيت فقط، ووقفته على ذيل سنةٍ، وفيه تأقيت وانقطاع أجره، فيأتي فيه الخلاف من جهتين، ووقفته على المسجد سنةً، وكذا قوله: جعلته مسجدًا سنةً؛ لكنَّ الإمام نقل عن المذهب مرة الصحة، فيعتمد فيها إلا أن يثبت ما يخالفه نصًا، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين طويل المدة وقصيرها، وقد يقال: إنه لو قال: وقفته على الفقراء مثلًا ألف سنةٍ، إنه لا يصح، ولا سيما إذا كان مما لا يدوم كالزرع والحيوان، وقد يراد بمثل هذا التكثير التأبيد لا حقيقة التأقيت بخلاف قوله: سنةً، ونحو ذلك(١).

---

(١) قال شطا البكري: نعم، ينبغي أن يقال: لو وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد بقاء الدنيا إليه، صح، كما بحثه الزركشي، كالأذرعي؛ لأن القصد منه التأبيد دون حقيقة التأقيت، =

وَلَوْ قَالَ: وَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي أَوْ عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ وَلَمْ يَزِدْ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْوَقْفِ فَإِذَا انْقَرَضَ الْمَذْكُورُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى وَقْفًا، ....

وقد قال الرُّويَانِي: في «الآجال» إن الدنيا لا تبقى ألف سنةٍ، ولو قال: وقفته على زيدٍ سنةً وبعدها على الفقراء صح بلا خلاف، ولا يُهَوِّلُك قول العمراني، ظاهر كلام ابن الصباغ أنه يصح قولًا واحدًا، وكذا وقفت على الفقراء سنةً ثم على أولادي عشر سنين ثم على الفقراء وما أشبه هذا، ولو قال: وكذا وقفته على الفقراء إلى أن يولد لي، فيكون عليه متجدد، وعبارة «البحر» إلا أن يولد لي.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: وَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي أَوْ عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ وَلَمْ يَزِدْ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ الْوَقْفِ**) عند الجمهور، أو مقصود الوقف القربة والدوام فإذا بين معرفة ابتداء سهلت إدامته على سبيل الخير.

وهذا ما يسمى منقطع الانتهاء ومنقطع الآخر، والثاني: بطلانه، لا لم يؤيده، ولم يرده إلى ما يدوم أبدًا، فكان كالتأقيت وصححه جماعة، والثالث: إن كان حيوانًا صح إذ ربما هلك قبل الوقوف عليه بخلاف العقار، والظاهر أن الحيوان مثالٌ وأن النبات والأثاث، ونحوه في معناه.

فرع: لو عين الواقف مساجد أو قناطر هل هو من صور منقطع الآخر؟ إذ قيل: فيه وجهان والجواز في «البحر» و«الحاوي» وبه أجاب القفال، أن المسجد والرباط والثغر سنة لأنه قد يرد، وقال المتولي: إن كان المسجد في مكان سيبعد حرمه كوسط البلد متصل، وإن كان بقربة، أو جاره فمنقطع، انتهى.

وقد يقال: ينبغي أن يفرق بين محلة الناس وغيرها لا إلى ما ذكره، ويسلم أهل الثغر بخلاف الوقف على قراء القرآن والمجاهدين في سبيل الله تعالى.

قال: (**فَإِذَا انْقَرَضَ الْمَذْكُورُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَبْقَى وَقْفًا**) لأن معه الدوام ولأنه

= ومحل فساد الصيغة به فيما لا يضاهي التحرير، أي يشابهه، في انفكاكه عن اختصاص الآدميين، أما فيما يضاهيه، كالمسجد والرباط والمقبرة: كقوله جعلته مسجدًا سنة، فإنه يصح مؤبد ويلغو التأقيت، كما لو ذكر فيه شرطًا فاسدًا. انظر: إعانة الطالبين (٣ / ١٩٢).

وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ الْمَذْكُورِ.

أزال ملكه عنه فلا يعود إليه كالعتق، وكما لو نذر هديًا إلى مكة فرده فقراؤها.

وقال في «البحر»: إذا صححا الوقف ثم انقطع آخره فلا خلاف أنه لا يرجع إلى الواقف ويملكه بما ذكرته أو لا .

والثاني: ويحكي عن المزني يرتفع الوقف ويعود ملكه إلى الواقف، أو إلى ورثته إن كان قد مات؛ لأن بقاء الوقفية بلا مصرف يتعدد، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد فتعين ارتفاعه، وظاهر كلام «الوسيط» أنه يعود إلى ورثته؛ فإن كان حيًا وابتعد عنه وزكّاه الْمَاوَرْدِي وغيره.

الثاني: وجهًا فيما إذا شرط العود إليه نفسه بعد انقراض من عينه وصحح المنع تغليبًا لحكم الوقف على الشرط، وقال: إذا ما بيده وأطلق، لا يرجع إلى الواقف بلا خلاف، وتابعه الرُّويَانِي ثم حكى بعد الثاني عن روايته بعض الخراسانيين.

قال: كما لو أجر شيئًا لا يزول ملكه عنه بالإجارة فأفاد أنه مفرع على القول ببقاء ملكه ثم قال: وهذا ضعيف، وخلاف المذهب المشهور .

قال: (**وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ انْقِرَاضِ الْمَذْكُورِ**) هذا هو المنصوص في «الأم» و«البويطي» و«المختصر»؛ لأن الصدقة على الأقارب أفضل، وكان الصرف إليهم أولى، وهذا ما جعله في «البحر» المذهب، وعلله بأن العرف والغالب في كثير من المواضع أن يقف الرجل عقاره على العوام، ثم يقول في آخر شرطه: فإذا انقرضوا يرجع إلى أقرب الناس بالواقف، فيحرك على العرف الغالب عند الإطلاق ثم قال: وقبل في مصرفه ثلاثة أوجه:

أحدها: بصرفه في وجوه الخير كالمساجد، والقناطر، وأهل السهمان سوى العاملين.

والثاني: إلى الفقراء والمساكين.

والثالث: ما ذكرناه، انتهى.

وجمع الرَّافِعِي، وغيره أوجهًا ويقال أنها أقوال الإمام، ونقلها من

……

تخريجات ابن سُرَيْج ثانيها إلى المساكين.

ثالثها: إلى المصالح العامة مصارف خمُس الخمس؛ لأنها أعم الخيرات، وأهم الأهم.

رابعها: إلى مستحقي الزكاة والروياني جعل هذا وما قبله وجهًا، واستثنى العاملين.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه إثبات وجه خامس: وهو كون الدفع للواقف مدة حياته ولورثته من بعده، كما قيل: فيما لو وقف، وسكت عن السبل.

نذكر تتمات:

منها إذا قلنا بالأظهر، فالأظهر إلى أقرب الرحم لا إلى استحقاق الإرث في الأصح، وهو ظاهر نص «الأم» و«المختصر» والتالي رواه الْبُوَيْطِي، وذكره في «البحر» بعض أصحابنا، وقال: إنه خلاف المذهب المشهور، وإذا اجتمع جماعة فالقول كما في «الروضة» للأقرب.

وقال القاضي حسين: قال ابن سُرَيْج: أقرب الناس بالواقف أقربهم جوارًا؛ لأنه معنى الشَّافِعِي، قال، تصرف إلى أقرب الناس بالواقف وأقربهم جارًا من أقاربه.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا صرح في جعل القريب الذي هو جار أولى من القريب الأدنى منه في الدرجة؛ لأن الجار إذ لم يكن قريب لا تصرف إليه، انتهى.

وما قاله: ظاهر والنص محتمل في «البيان» عن ابن سُرَيْج أن المراد بالأقرب في كلام الشَّافِعِي الجار، ولم يقيد ذلك بمن هو قريب، وحكى ابن داود في «شرحه» قولًا آخر، أنه يصرف إلى جيران الواقف؛ لأن صرف الزكاة للجيران كأن أراد الجار القريب فهو قول ابن سُرَيْج، وإلا فهو قول رابع في المسألة وإليه يشير قوله في «البحر» وحكوا عن ابن سُرَيْج أنه يصرف إلى أقرب الناس بالواقف جوارًا لأقاربه؛ لأن الشَّافِعِي قال: يصرف إلى أقرب الناس بالواقف وأقربهم جوارًا، وهذا ضعيف وخلاف المذهب المشهور، انتهى.

ونقل المصنف في شرح «المهذب» إجماع الأمة على أن الصدقة على الأقارب أفضل منها على الأجانب، وذكرت في «الغنية» هناك عن جماعةٍ من أصحابنا أن الجيران الأجانب أولى من الأقارب الذين ليسوا بجيران، وسيأتي بيانه - إن شاء الله تعالى - ومنها إذا قلنا: تختص بالأقرباء فهل يستوي فيه أغنياؤهم وفقراؤهم؟ أطلق الشَّافِعِي هذا، وقال حرملة: يشترط الفقراء، واختلف الأصحاب على طريقين.

وقيل قولين: **أحدهما**: لا يشترط، وأظهرهما يشترط؛ لأن القصد به القربة، والفقراء أولى بها، وقيل: يشترط الفقراء قولًا واحدًا؛ لرواية حرملة والمطلق محمول على المقيد، واختارها أبو إسحاق، ونقل الْمَاوَرْدِي القطع بذلك عن ابن سُرَيْج والجمهور، وقصه كلام «الشامل» و«البحر» وغيرهما أن ذلك حتمٌ، وصرحوا على المرجح بأن وجود الأغنياء لعدمهم، وأرسل الرَّافِعِي وجهين: عن رواية السرخسي في أن تقديم الفقراء على سبيل الوجوب، أو الاستحباب، والظاهر، وقضية كلام الجمهور الأول، والخلاف غريب، وعبارة «الكافي» ويشترط فيهم الفقراء على أصح القولين.

قال الرُّويَانِي في «البحر»: به وغلط من قال: غيره، وفيها قال القاضي الحسين: إذا قلنا يعتبر الفقراء استواء القرب بالأب والأم والجد والجدة والابن والبنت والأخ من الأم مع الأخ من الأب، والأخ من الأبوين أولى منهما، وفي الأخ من الجد قولان:

أحدهما: سيان.

وثانيهما: الأخ أولى، والأب والابن سيان، وذكر في «البحر» ما يوافق بعضه، هذا وأكثره يخالفه، وأطال فيه، وسنذكره، إذ حاصله في «الوصايا» إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا فقد أقاربه ففي «مختصر» الْبُوَيْطِي أن الإمام يجعله حبسًا على المسلمين يصرف غلته في مصالحهم، وقال في «البحر»: وإذا قلنا: في «البحر»

وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الْأَوَّلِ كَوَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ.

يرجع إلى الفقراء دون الأغنياء؛ فإن كانوا كلهم سواء في الفقر، فالترتيب على ما يعنى يشير إلى ما قدمه، كما أشرنا إليه، وإن كانوا أغنياء كانوا كالمعدومين، فإن أعسروا عادوا، وإن كان عمٌّ موسرًا، وعم معسرًا فهو أولى، فإن أعسر العم عاد إليه، وإن لم يكن قرابة أو كانوا فانقرضوا، أو كانوا كلهم أغنياء جعلها الإمام حبسًا على المسلمين، يضع غلته في مصلحتهم، نص عليه الشَّافِعِي وذكره القاضي الطبري، وهو الأظهر، وقال غيره: عاد إلى الفقراء والمساكين.

قلت: وعليه اقتصر سليم الرازي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم، وحكى الإمام الخلاف فقال: إذا انقرض الأقارب، أو لم يكونوا فالصرف مردود إلى القولين الآخرين، والحكم فيما إذا كان الأقارب أغنياء وشرطنا فقرهم حكم عدمهم، ومنها قال في «البحر»: إذا رجع الوقف إلى أقرباء الواقف بسبب الانقطاع، وله فقراء أقارب في درجة هل يجوز أن يفضل بعضهم على بعض؟

قال: والذي قاله: الإمام يحتمل وجهين:

أحدهما: لا؛ لأن الإضافة من جهة الشرع في المحصورين، كالإضافة من جهة الأدنى في اقتضاء التسوية.

والثاني: يجوز لأن الصرف إلى الأقارب هنا بالاجتهاد، وهو أنه أولى القربات، وهذا يقتضي جواز التفضيل، وأصل هذين الوجهين أنه هل يختص بالفقراء أو يشاركهم فيه الأغنياء؟ فيه قولان.

قال: (**وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الْأَوَّلِ: كَوَقَفْتُهُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي**) أو على مسجدٍ، أو مدرسةٍ ستبنى ثم على الفقراء، أو قال: على ولدي ثم على الفقراء، ولا ولد له، أو على وارثه، أو على عبده، أو على قريبه، أو أم ولده، أو مجهول، أو ميت، أو على معين، فردٌّ الوقف وسنذكرها قيدٌ فيه، وذكر في «البحر» من الأمثلة وقفه بعد السنة على فلان، ولم يبين حكم هذه السنة.

قال: (**فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ**) أي: لبطلان الأول لعدم إمكان الصرف إليه في الحال.

....

والثاني: فرع للباطل، وقيل: فيه قولان ثانيهما: الصحة؛ لأن الأول لمَّا بطل صار كالمعدوم وصار الثاني كالمبتدأ به، وسبق في «الذخائر» نقل خمسة أقوال فيه، وكأنه جماعة من طرف(١)، وجعل في «البحر» المذهب جوازه ثم يصير وقفًا على من يصح الوقف عليه، وفرّع عليه ما يطول ذكره.

وقال الإمام: إن هذا أولى بالصحة من منقطع الآخر؛ لأن الوقف وضعه على الدوام، وليس في هذا إلا أن يصرفه منتصرًا، وعكس الجمهور ذلك، وجعلوا هذا أولى بالبطلان من ذلك.

إشارة: اعلم أن قوله: من سيولد لي إذا اقتصر عليه كان منقطع الأول والآخر، وقد قطع القاضي الحسين، وخلائق فيه بالبطلان، وجعلوا الخلاف في مجهول الابتداء معلوم الانتهاء، أو عكسه، وأجمل كلام المنهاج وأصله ما إذا ذكر الانتهاء بدلالة قولهما منقطع الأول.

وقال الدارمي: إن وقف على مسجد يعمر، ويشتري كل سنة كذا، ويعمر بكذا، أو يستزاد في غلته، صح.

قال ابن القطان: فإن لم يشترط، عمل القيم(٢) ما فيه صلاحٌ من بناءٍ وكسوة، انتهى.

والظاهر أن هذه الطريقة فارقة بين المسجد ونحوه وبين غيرهما من الجهات الخاصة.

فائدة: ذكر في «التنبيه» أنه إذا كان وقف على رجل معين ثم على الفقراء فرد الرجل، بطل حقه، وفي حق الفقراء قولان قيل: محتمل أن يريد أنها من صور منقطع الأول، ويبعده أنه قدَّم ذكر منقطع الأول، وأن فيه طريقان، ويحتمل أن يريد أنها من صور منقطع الوسط، ويكون قد ذكر أنواع الانقطاع الثلاثة؛ لكنه مخالف لكلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه، والمصنف ذكر في

---

(١) أي: طرف مجهول.

(٢) هو القائم عن الإمام في أمور الوقف.

أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسَطِ كَوَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي، ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ، فَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهُ.

«الصحيح» أنه الأصح، إنه يصح في حق الفقراء، ويكون مصرفه الآن مصرف منقطع الأول، انتهى.

والظاهر أن كلام «التنبيه» مُفرّع على عدم اشتراط القبول، والذي صححه في «الروضة» أنه من صور منقطع الأول، فيكون المذهب عند من يعتبر القبول بالبطلان.

فرع: ورأيت في «البحر» وقف في مرض موته على بعض مَن يرثه؛ فإذا انقرض فعلى الفقراء والمساكين، ولم يجزه سائر الورثة يأخذونه على السهام، فإذا مات الوارث الموقوف عليه انقطع حق سائر الورثة، وصار ذلك إلى من جعل له بعد موته، ولا يجوز للورثة التصرف فربما ينتقل الملك كبيع وهبة؛ لتعلُّق حق الفقراء والمساكين به.

وقال بعض أصحابنا: فيه قولٌ ثانٍ: إن هذا الوقف باطل، وإذا لم يصح يوم العقد لم يصح فيما بعده، وهذا لا يصح؛ لأن الوقف قد صح في الجميع، وإنما ورد الفساد عليه بإبطال الورثة، ولو أجاز به كان جائزًا، فلم يصح هذا القول، انتهى لفظه بحروفه، وفيه إشكال.

قال: (أَوْ مُنْقَطِعَ الْوَسَطِ كَوَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ رَجُلٍ) أي منهم (ثُمَّ الْفُقَرَاءِ، فَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهُ)؛ لوجود المصرف في الحال والمآل، والطريق الثاني: فيه القولان في منقطع الآخر أظهرها الصحة، والخلاف هنا مرتب على ذلك، وأولى بالصحة فإن منعناه هنا وجهان، أصحهما: الجواز، ومِن ذلك يخرج أن المذهب الصحة، وإذا صححنا تصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف، أو إلى المساكين، أو إلى المصالح العامة، أو إلى غيرها فيه الخلاف السابق.

فرع: وقف على زيد بشرط إن سكن موضع كذا، ثم بعده على الفقراء.

قال الرَّافِعِي: قيده فيه انقطاع، فإن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه واستحقاقه مشروط بشرط قد تقدم.

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ وَقَفْت فَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ.

قال ابن الرِّفْعَة: والذي يظهر ترتيبه على المنقطع فسادٌ، وأولى بالصحة لما لا يخفى، وقال غيره: والذي يظهر القطع بلا صحة واحتمال الانقطاع ليس كتحققه وعروض إعراضه غير المسكن كرد المستحق الوقف بعد صحته، ولو ترك احتمال الانقطاع منزلة الانقطاع لزمه كونه منقطع الأول إذ قد لا يسكن أصلًا فكان يلزم أن يكون الأصح البطلان من الآن، وهو بعيد، ولعل مراد الرَّافِعِي أنه يعرض له انقطاع.

قال: (**وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ وَقَفْت**) أي: كذا ولم يذكر مصرفه.

(**فَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُهُ**) لأن الوقف يقتضي التمليك، فإذا لم يعين المِلك بطل كقوله بعت، ولا جهالة المصرف مبطلة فعدم ذكره أولى.

والثاني: يصح، واختاره الشيخ أبو حامد وأصحاب «المهذب» و«الشامل» و«البحر» وابن أبي عصرون وغيرهم، ونقل الإمام في آخر الباب عن والده عن القفال أنه قال: إنه أصح الوجوه، وتبعه في «البسيط» قالوا: لأنه أزال ملكه على وجه القربة فصح، وإذا لم يعين المالك كالأضحية؛ ولأن المالك هو الله تعالى؛ ولحديث أبي طلحة وأبي الدَّحْدَاح - ﷺ - وبالقياس على قوله: أوصيت بثلث مالي، ولم يرد، فتصح الوصية وتصرف إلى الفقراء والمساكين.

قال الرَّافِعِي: وهذا إن كان متفقًا عليه فالفرق مشكل، وفرّق المصنف بأن غالب الوصايا للمساكين محل الإطلاق عليه بخلاف الوقف، وادعى ابن الرِّفْعَة أن المتولي حكى الخلاف المذكور في الوصية.

قلت: عبارة المتولي محتملة، والظاهر أنه أراد ذلك فإنه قال أحدهما: إنه فاسد ووجهه، والثاني: إنه صحيح ووجهه ثم قال: وعلى هذا إن لو قال: أوصيت بثلث مالي فالحكم على ما ذكرناه.

تنبيهات:

قالا: في مسألة الكتاب، وإذا صححنا ففي مصرفه الخلاف في منقطع

……

الآخر إذا صححناه، وعن ابن سُرَيْج يصرفه الناظر من البر كعمارة المساجد، والقناطر، وسد الثغور وتجهيز الموتى وغيرها. قيل: وقضية ما ذكراه أن يكون الأصح بغير صرفه إلى أقرب الناس إلى الوقف، وفيه نظر!

والقائلون بالصحة هنا أو أكثرهم بنوا القول بأن هذا يصرف للفقراء، والمساكين، وأنه المجمل عند الإطلاق، وهذا مأخذ آخر.

وقال الْمَاوَرْدِي: هنا فيه ثلاثة أوجه: أصحها يصرف إلى الفقراء والمساكين كالوقوف المطلق، ويكون أقرب الناس نسبًا أو دارًا من ذوي الحاجة أحق بها، والثاني: يصرف في وجوه البر والخير، والثالث: وهذا مذهبٌ لابن سُرَيْج أن الأصل وقف البقعة له، ولوريثه ما نقوله؛ فإذا انقرضوا كانت في مصالح المسلمين، وكأنه وقف الأصل، واستثنى المنفعة لنفسه ولوريثه وذكر في تصرف منقطع الآخر ثلاثة أوجه: **أحدها**: وجوه الخير، والثاني: الفقراء والمساكين وهو مذهب الشَّافِعِي نص عليه في هذا الموضع، وغيره أنه يرد على أقارب الواقف، وكذا قاله: غيره ممن قال: بصحة الوقف في مسألتنا فبان أن الراجح هنا غير الراجح هناك.

قلت: لكن الشيخ أبو علي قال: في «شرح التلخيص» في مسألتنا فيها قولان، نص عليهما في رواية حرملة ثانيهما: يصح؛ لأنه قربة في نفسه كما لو قال: والله عليَّ أن أتصدق بهذا أو لم يعين المتصدق عليه فعلى هذا يكون في حكم منقطع الانتهاء، وفيما يفعل وجهان: أحدهما: وقد نص عليه في رواية في حرملة أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف؛ لأن العادة أن الرجل إذا وقف شيئًا فإنما يقصد به أقاربه فمجمل إطلاقه عليه، وخرجوا وجهًا آخر أنه يصرف إلى وجوه القرب كسد الثغور، وإصلاح القناطر، ودفن الموتى، وكلما كانوا، ولا يكون وجهًا أقرب من وجه كما لو وقفه على الفقراء كان المفهوم صرفه إلى من شاء منهم، انتهى. فأشار إلى أن المذهب صرفه إلى الأقرباء.

وقال في «البحر»: وإذا صححنا فالأصح المنصوص أن يصرف إلى أقرب الناس بالواقف، وهل يختص به الفقراء على ما ذكرنا؟ فإن لم يكن قرابة ينتقل

....

إلى الفقراء والمساكين، وذكر أبو حامد أنه يقرُّ هاهنا أنه يستوي فيه فقراء الواقف وأغنياؤهم.

وأصحابنا ذكروا قولين، وذكر القاضي الطبري أنه يصرف هاهنا إلى الفقراء والمساكين ولعله أراد لم يكن له أقرباء ثم حكى رواية الْمَاوَرْدِي فيه ثلاثة أوجه، ولم يذكر عنه ترجيحًا فبان والله أعلم أن الأصح المنصوص في المسلمين أنّه يصرف إلى أقرباء الواقف.

فروع: اختار بعض الشارحين في مسألة الكتاب أنه إن قال: وقفته لله صح بلا شك؛ لقول أبي طلحة: هي صدقة لله، انتهى.

وسببه: أنه لو نوى المصرف، واعترف به صح ظاهرًا كما سبق ما يقرب منه، وفي «الحاوي» لو قال وقفته على من شئت أو فيما شئت، فإن كان قد تعين له ما شاء أو من شاء عند وقفه جاز واحد ببيانها، وإذا لم يتعينوا له فهي مجهولة له، انتهى(١).

قيل: وهذا محمول على ما إذا فقد الإقرار، أما لو قصد الإنشاء فلا يؤخذ بالبيان بل يسأل فإن غيَّر ترك الوقف عليه، وإن كان باطلًا، انتهى، وفيه نظر، وكلام الْمَاوَرْدِي ظاهر في الإنشاء، ولا يؤخذ بالبيان عند قصد الإنشاء على معين أو جهة إذا اعترف به.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: وقفت فيما شاء الله كان باطلًا؛ لأنه يعلم مشيئته تعالى.

قيل: وينبغي أنه كما لو قال: وقفت وسكت عن السبل فيصح على المختار إلا أن يريد التعليق، فلا يصح.

قلت: وفيما لو لم يقصد التعليق، وقفه نعم لو قصد الترك، فظاهر.

قال الْمَاوَرْدِي وتبعه الرُّويَانِي كما سبق.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ١٣٠٠).

وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْت.

ولو قال: وقفت على جميع الناس أو جميع الخلق فباطل لما سبق قيل: وفيما قاله: نظر؛ لأنا إذا جوزنا الوقف على قبيلة كبيرة كـ«تميم» ولا عرف للشرع منها فهذا مثله.

وقوله: إن الوقف كما كانت سبله مخصوصة الجهات ما دليله؟

والظاهر أنه لو قال: على جميع المسلمين لم يمنع منه؛ لأن الإسلام جهة اعتبرها الشرع في الإرث والعقل وغيرها.

وفي «فتاوى» القفال إذا قال: تصدقت بهذه البقعة صدقة عامة على المسلمين؛ ليحفروا فيها حوضًا جاز الوقف فإذا وقف على جميع الناس، ما المانع؟

قلت: ويظهر أن مراد الْمَاوَرْدِي وقف ماله عليه بصرفٍ؛ ولكن قد يقال: ما المانع من الصحة، وتصرف الغلة في المصالح العامة كالقناطر والخانات المسبلة في الطرقات ويفيد أنه لو بنى قنطرةً أو خانًا(١) على الطريق العام ثم قال: وقفته على جميع الناس أنه لا يصح، ويحتمل أن ما ذكره الْمَاوَرْدِي مفرعًا على قولنا: إنه لو وقف على قبيلة لا تنحصر كربيعة أو مضر فلا يصح، وقد يرشد إليه قول صاحب «اللطيف» في باب الوقف على من لا يحصى ضربان:

الأول: كوقف داري هذه على جميع الناس أو على بني آدم أو على أهل بلد لا يحصون كثرة كبغداد، والبصرة، ونحو ذلك ولا على بني تميم ولا على من ولد في هذا العام إذ افتقر أو قدم في هذه السنة فعُدَّ من الضرب الأول قبيلة لا تحصى.

ومن الثاني: الجائز وقفها فيما يتقرب به إلى الله أو على الفقراء أو المساكين أو على المساجد أو السقايات.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ: إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْت**) أي: كذا على كذا هذا هو المذهب؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال لم يبن على التغليب

---

(١) أي: النُزل، أو الفندق، وهو فارسي معرب.

وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ.

والسراية فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع، والهبة، وقيل: إنه على الخلاف في منقطع الأول، وأولى بالفساد، وقال الإمام والغزالي: إن تعليق الوقف فيما لا يحتاج إلى قبول كالجهات العامة متجه دون ما يحتاج إلى قبول.

قال ابن الرِّفْعَة: وتعليق جعل البقعة مسجدًا أو نحوه ينبغي أن يقطع بصحته مَن يجعل ذلك كالتحرير، وإن أجرى فيه الخلاف فيكون مرتبًا على تعليق الوقف على الجهات العامة والمذهب الأول.

قلت: ورأيت في «فتاوى» القفال حكاية خلاف في وقف المأجور بناه على الخلاف في منقطع الابتداء، ثم قال: أما إذا قال: إذا تمت مدة الإجارة فقد وقفته على الفقراء أو على عمارة المسجد الفلاني، فهذا ينبني على أن الملك يزول إلى الله تعالى أو إلى الموقوف عليه فإن قلنا: بالأول جاز كما قلنا في العتق، وقياسًا على ما إذا علقه بموته.

وإن قلنا: بالتالي فلا يصح، وكذلك كل وقف بعد مدة أو بعد شرط هذا لفظه، فإن سلم ذلك استثنى من عدم جواز التعليق، وقد استثنى بعضهم ما ذكره الرَّافِعِي عن الشيخ أبي محمد المسألة المشهورة التي وقعت في «الفتاوى» في زمن الأستاذ أبي إسحاق.

وقد ثبت بذلك في «الغنية» في قائمته، وما عساه يعارضه، وفي النفس في صحة الاستثناء شيء؛ لأنه وصية، والكلام في صحة الناجزة في الحياة عنه وجود الشرط.

قال: (**وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ**) أي: كما لو شرط أن يبيعه أو يرجع فيه متى شاء أو ينقله إلى غير هذه الجهة متى شاء، ونحو ذلك.

(**بَطَلَ عَلَى الصَّحِيحِ**) كما لو شرط ذلك في الصدقة، وحكى الجُوري الخلاف قولين، وقاس الرَّافِعِي البطلان على العتق، وفيه نظر! وإن أشبه قول الْمَاوَرْدِي والروياني في الرد على مالك وابن سُرَيْج حيث قالا لو قال: وقفت داري على زيد سنة أنه يصح الوقف ويلغو الشرط، وهذا لا يصح؛ لأنه كالعتق

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ أُتْبِعَ شَرْطُهُ، ....

إلى مدة لا يجوز، وفي «فتاوى» القفال أن العتق لا يفسد شرط الخيار، وفرق بينه، وبين الوقف بأن العتق مبني على الغلبة والسراية.

وقال الشيخ أبو علي: القول بصحة الوقف المؤقت بما لو قال لعبده: أنت حر إلى شهر فإنه يعتق، ويبطل الشرط، وكلام «النهاية»، و«البسيط» في مسألة فوقف الوقف هذه تقتضي القطع بأن العتق لا يعتد بالشروط الفاسدة؛ ولهذا قيل: إن ما اقتضاه كلام الرَّافِعِي من فساد العتق غير معروف، وقد حكينا ما يوافقه فحصل فيه خلاف، والصحيح ما قاله: القفال وأتباعه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ أُتْبِعَ شَرْطُهُ**) أي: كسائر الشروط لما فيه من وجوه المصلحة، والثاني: لا؛ لأنه حجرٌ على المستحق في المنفعة، والثالث: إن منع مطلقًا لم يتبع، وإن بلغ الزيادة يمنع، ونبه ابن الرِّفْعَة على أن تعليل الوجه الثاني؛ بأنه حجر على المستحق محله في الوقف على معين، وعلى أن لفظ السنة في الوجه الثالث ليس بمقصود بل لو شرط ألا يؤجر أكثر من شهر أو أكثر من سنتين حوي الخلاف إذا جوزنا إجارة الوقف ثلاث سنين.

تنبيهات وفروع:

منها: يجب الجزم بأنه إذا شرط أن لا يؤجر من متجوه أو ظالم أو مطول ونحو ذلك مما يكتب في كتب الأوقاف إن تتبع بشرطه، ولم أره نصًا، وألا يجوز عند عدم الشرط يمنع الإجارة أن يؤجر ما به سنة، ونحو ذلك مثلًا، وإن فهم كلامه في كتاب «الإجارة» يرجح خلافه؛ لأنه يؤدي إلى استهلاكه، ويملكه غالبًا.

ومنها: ينبغي أن يكون محل إتباع بشرطه ألا يؤجر إذا كان الموقوف عليه يمكنه الانتفاع به بلا إجارة، أما لو كان لا ينتفع به إلا بها كما لو كان الموقوف سوقًا مثلًا أو قرية، ومنعنا المزارعة، فالوجه الجزم بعدم صحة الشرط، وهل يلغوا الشرط فقط أو يفسد الوقوف، فيه احتمالان أقربهما

....

الثاني، ولعل مرادهم التصوير في القسم الأول كما أشار إليه التفريع.

ومنها: إذا قلنا: بالأصح، وكان الوقف على جماعة تهابوا السكنى ونحوها، وأقرع بينهم قاله: الجُوري، وظهر جواز الإعارة بخلاف قوله: وقفتها على فلان على أن يسكنها، وقال: الجُوري فيما لو كان الوقف عبدًا أو حيوانًا بأن نفقته على من هو في نوبته.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر هنا وجوب المهاباة؛ لأن بها يتم مقصود الواقف، ويتحفظ الوقف فإن أجلاه مفسدة، وقيل: وهذا بعيد؛ فإنه لا يجيز على المستحق أن يسكن وعرض الواقف يتم بإباحة السكنى.

قلت: لم يرد ابن الرِّفْعَة إيجاب السكنى بلا قيد المهايأة ثم لصاحب النوبة أن يعرض على السكنى، وإن سكن؛ لكن الذي أطلقه الأصحاب أن لأهل الوقف المهايأة، وأنه لا يشبه الممتنع عليها.

وفي «فتاوى» القفال فيها وجه مخرج من القول بالإجبار على المهايأة، ولو قيل: هنا بما قيل هناك أنه إن ظهر للحاكم من الممتنع قصد العناد، والإصرار أجبره وإلا فلا لم يبعد.

ومنها: قال الإمام المذهب الظاهر الذي قطع به معظم الأئمة أنه لو وقف ولدًا على معينين، وشرط أن يسكنوها، ولا يؤجروها، فليس لهم أن يتعدوا موجب بشرطه كالرباط والمدرسة، انتهى.

وقصته أنه ليس للمشبه والمشبه به الإعادة.

ومنها: أفتى ابن الصلاح أن الواقف لو شرط ألا يؤجر أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر إحدى وعشرين سنة في سبعة عقود، أنه يصح العقد الأول فقط، وهذا صحيح؛ لكن يحتمل أن يقال: إذا كان الناظر عالمًا بالمنع، وإن ذلك لا يقيد الصحة ثم أقدم عليه إذ لا يصح في العقد الأول، ويخرج به من النظر عند عدم الحاجة إليه.

ومنها : أفتى أيضًا أنه إذا شرط ألا يؤجر الدار أكثر من سنة ثم تهدمت،

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ الْمَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَالشَّافِعِيَّةِ اُخْتُصَّ ....

وليس لها جهة عمارة إلا إجارة سنين أنه يجوز في عقود متتابعة، وإن شرط الواقف ألا تستأنف أيضًا؛ لأنه في هذه الحالة يخالف مصلحة الوقف، وهذا صحيح؛ لكنه في هذه الحالة لا يحتاج إلى تقييده بكونه في عقود متتابعة، ومظهر الجواز في عقد واحد؛ ولعله لم يرد بذلك التقييد، بل بنى بالجواز الاستئناف، وإن نص الواقف على منعه للضرورة وفي «فتاوى» تلميذه الإمام العلامة ابن رزين أنه سئل عن قرية موقوفة خربت من مدة طويلة، فلم يجد الناظر من يستأجرها المدة المشروطة من سنة أو ثلاث، ووجد من يستأجرها ثلاثين سنة(١).

فأجاب: إذا تعدد الانتفاع بها إلا أن يؤجرها مدة زائدة عما شرط الواقف جازت الزيادة عليها إلى حد ممكن أن ينتفع بها، ولا تجوز الزيادة على ذلك، وأفتى به أئمة عصره، وهو ظاهر.

قال: **(إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ الْمَسْجِدِ اخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَالشَّافِعِيَّةِ اُخْتُصَّ)** رعاية لغرضه، وإتباعًا لشرطه، وقطعًا للنزاع في إقامة الشعائر، وهكذا قاله: الرَّافِعِي.

---

(١) قال الخطيب الشربيني: تنبِيهٌ: يُسْتَثْنَى مِنْ إطْلَاقِ الْمُصَنِّفِ حَالُ الضَّرُورَةِ كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا تُؤَجَّرَ الدَّارُ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ ثُمَّ انْهَدَمَتْ، وَلَيْسَ لَهَا جِهَةُ عِمَارَةٍ إلَّا بِإِجَارَةِ سِنِينَ، فَإِنَّ ابْنَ الصَّلَاحِ أَفْتَى بِالْجَوَازِ فِي عُقُودٍ مُسْتَأْنَفَةٍ وَإِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ لَا يُسْتَأْنَفَ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يُفْضِي إلَى تَعْطِيلِهِ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَصْلَحَةِ الْوَقْفِ وَوَافَقَهُ السُّبْكِيُّ وَالْأَذْرَعِيُّ إلَّا فِي اعْتِبَارِ التَّقْيِيدِ بِعُقُودٍ مُسْتَأْنَفَةٍ، فَرَدَّاهُ عَلَيْهِ وَقَالَا: يَنْبَغِي الْجَوَازُ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَالَّذِي يَنْبَغِي، كَمَا قَالَ: شَيْخُنَا مَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ، لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا، وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ فَأَجَّرَهُ النَّاظِرُ سِتَّ سِنِينَ، فَإِنْ كَانَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ لَمْ يَصِحَّ فِي شَيْءٍ مِنْهَا وَلَا يَخْرُجُ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ فِي فَصْلِهَا، وَإِذَا أَجَّرَ ثَلَاثَ سِنِينَ ثُمَّ الثَّلَاثَ الْأُخَرَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأُولَى: لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي كَمَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ وَإِنْ فَرَّعْنَا عَلَى الْأَصَحِّ أَنَّ إجَارَةَ الْمُدَّةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ مِنْ الْمُسْتَأْجِرِ صَحِيحَةٌ اتِّبَاعًا لِشَرْطِ الْوَاقِفِ فَإِنَّ الْمُدَّتَيْنِ الْمُتَّصِلَتَيْنِ كَالْمُدَّةِ الْوَاحِدَةِ وَإِنَّمَا أَبْطَلْنَاهُ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ لِانْفِرَادِهِ، وَلَوْ شَرَطَ فِي وَقْفِهِ أَنْ لَا يُؤَجَّرَ مِنْ مُتَجَوِّهٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا يُكْتَبُ فِي كُتُبِ الْأَوْقَافِ اُتُّبِعَ شَرْطُهُ، قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ، قَالَ: وَلَمْ أَرَهُ نَصًّا. وَهُوَ ظَاهِرٌ. انظر: مغني المحتاج (١٠/ ١٣٧).

....

قال القاضي الحسين: لكنه مكروه، والثاني: لا يختص؛ لأن جعل البقعة مسجدًا كالتحرير(١) ولا يقيد الوقف بذلك خلافًا للمتولي بل بلغوا الشرط.

وقال الإمام: إنه المذهب، ورجحه الغزالي وغيره، واختاره بعض المتأخرين فيما إذا صرح بالمسجد به؛ لأن الرَّافِعِي قال: تمَّ هذا الخلاف فيما إذا وقف دارًا على أن يصلي فيها أصحاب الحديث؛ فإذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين أما إذا لم يتعرض للانقراض بعد يرددوا فيه.

قال: وهذا مال إليه القائل، والذي يظهر أن اسم المسجد في الشرع، وما يترتب عليه من أحكام المساجد والتحرير المطلق خاصٌ بما إذا جعله مسجدًا، أما لو اقتصر على وقفت هذه الدار على أن يصلي فيها الطائفة الفلانية، أو زيدٌ، فهذا وقف من جملة الأوقاف سواء جعل له منتهى أم لا يترتب عليه أحكام المساجد؛ فإن كان موضع الخلاف الأول ما يحق عدم الاختصاص، إلا أن يريد أن يقام في المسجد إلا شعائر مذهب خاص فيتبع ذلك من غير تخصيص بالقبور والصَّلاة، ما لم يكن ذلك المذهب ذا بدعةٍ؛ فلا يصح شرطه، وإن كان موضع الخلاف الثاني؛ فالحق الاختصاص.

قلت: هذا هو التفصيل الحسن؛ لكن الرَّافِعِي قبل كلامه المذكور صرح بنقل الوجهين في المسجد، كما في «الكتاب» والإمام الغزالي ذكر الخلاف في إقامة الشعائر خاصة، وإليه يرمز قول الرَّافِعِي قطعًا للنزاع في إقامة الشعائر، ويوافق «البحر» السابق قول أبي الخطاب البخاري في «ملخصه» وما أحسبه أنه لو جعل البقعة مسجدًا على أن يصلي فيها طائفة معينة لغي الشرط، ولو شرط أن تقام فيه شعائر الشافعية مثلًا صح الشرط في وجهٍ؛ لقطع الخصومة، انتهى.

وهو يلخص من كلام الغزالي؛ لكنَّ غيره صرح بأنه لا يصلي في المسجد ولا يعتكف غير من خصصهم به.

---

(١) قال النووي في «روضة الطالبين» (٢/ ٢٦٣): فأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعًا.

كَالْمَدْرَسَةِ وَالرِّبَاطِ.

قال القاضي الحسين: لا يجوز لغيرهم الصلاة فيه رعاية لشرط الواقف يوافقه قول القفال في «الفتاوى»: إنه لو قال: جعلت هذه البقعة مسجدًا لأصحاب الحديث، فليس لأصحاب الرأي أن يدخلوها، انتهى.

إشارات: منها: عبارة «المحرر» أيضًا، أصحاب الحديث⁽¹⁾ والمراد به الفقهاء الشافعية، كما عبَّر المصنف، وهذا عُرف أهل خراسان كما قاله: في «الروضة».

قال ابن الرِّفْعَة: وسمعت بعض الفضلاء يقول: أصحاب الحديث الشافعية والمالكية والحنابلة.

ومنها: قوله: (كَالْمَدْرَسَةِ وَالرِّبَاطِ) أي: فإنه إذا شرط في وقفهما الاختصاص مَن اختص بلا خلاف، ولا أحسب فيه خلافًا بين المذاهب الأربعة، وكان بعض من أدركنا من نبلاء العصر من الحنابلة، لا يرى ذلك ويصرف من مدارس الحنابلة إلى غيرهم، نعم لو خص طائفة من المبتدعة بذلك فينبغي أن يقال: بإلغاء الشرط أو ببطلان الوقف.

ومنها: لو خصَّ المقبرة بطائفة اختصت بهم عند الأكثرين كما قاله: الإمام، وجزم به القاضي الحسين، وقال المتولي: إنه لا خلاف فيه، وقيل: إنها كالمسجد، ورأى الرَّافِعِي الوجه أن يرتب الخلاف فيها على المسجد؛ فإذا قلنا: تختص فهي أولى وإلا فوجهان، وإلحاقها بالمدرسة أصح؛ فإن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء، انتهى.

ولو وقفها على قبيلة، ثم على عامة المسلمين، فما دام واحد من القبيلة موجودًا فله منع الغير من الدَّفن فيها.

ولو وقف المسلم أرضه مقبرة دُفن فيها المسلم دون الكافر، قاله: الإمام، ولننظر فيما لو وقف الذِّمي أرضه مقبرة هل يختص بها أهل ملته؟ لأن الظاهر أنه قصدهم دون غيرهم؛ حتى لو كان الواقف يهوديًا مثلًا لا يدفن فيها إلا

---

(١) انظر: كتاب «المحرر» للرافعي (ص٢٤٢).

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَالْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الْآخَرِ.

اليهود، أو نصرانيًا اختصت بالنصارى.

قا: **(وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ ثُمَّ الْفُقَرَاءِ)** أي: مثلًا.

(فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَالْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ) أي: في «حرملة».

(أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى الْآخَرِ)؛ لأن الانتقال إلى الفقراء مشروطٌ بانقراضهم جميعًا، ولم يوجد، وإذا امتنع الصرف إليهم، فالصرف إلى الباقي منهما أولى.

وعبارة «المحرر» فالأظهر المنقول أن نصيبه يصرف إلى صاحبه، والقياس أن يجعل الوقف في نصيبه منقطع الوسط، ونقل في «شرحه الصغير» وجهًا ثانيًا عن أبي علي الطبري أنه يصرف لمن بعدهما، والقياس وجهٌ ثالث أنه صار منقطع الوسط.

قال ابن الرِّفْعَة: حتى يأتي في صحته ومصرفه إذا صح ما مضى، والمصنف قال في «الروضة» معناه: أن مصرفه يكون منصرف منقطع الوسط لا أنه يجيء فيه خلاف في صحة الوقف، انتهى.

وفي «البحر» حكى صاحب «الإفصاح» عن حرملة أنه يرجع إلى صاحبه ويحتمل أن يرجع إلى المساكين.

قال صاحب «الإفصاح» وهو الأصح، وذكر بعض أصحابنا بخراسان: إن هذا قولًا آخر، وذكره الصَّيمري أيضًا، انتهى. فإن أراد أنه منصوص فتكون المسألة على قولين.

واعلم: أن الرَّافِعِي ذكر في قوله على أولادي، ثم أولاد أولادي إطلاق الجمهور أنه لا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد، وأن القياس يجيء الخلاف هنا فيه، وأن السرخسي سوى بين الصورتين، وحكى فيهما وجهين: أحدهما: أنه يصرف نصيبه لصاحبه، والثاني: أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وعزاه إلى صاحب «الإفصاح».

....

وقال المصنف: الصحيح ما أطلقه الجمهور؛ لأن ما بقي بعد موت الأولاد يسمى أولادًا، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين. وهذا فرقٌ صحيح، وما عُزي إلى صاحب «الإفصاح» فهو ما قال: إنه القياس بحثًا، فإن صحت النسبة، وفي صحتها وقفةٌ، ثبت في مسألتنا ثلاثة أوجه لمن يعده منقطع الوسط[1].

تنبيهات:

وغيرها منها: لا فرق في مسألة الكتاب بين أن يقول على هذين أو على زيد وعمرو وكذا رواها القاضيان الحسين والروياني عن النص، وجزم القاضي الحسين في «فتاويه» وتبعه الْبَغَوِي؛ فالوجه الثاني: مع جزمه في التعليق بالأول وفي «الكافي» أنه الثاني قولًا واحدًا بخلاف ما لو قال: وقفت على زيد وعمرو وجوزنا- أي منقطع الانتهاء- فمات أحدهما فهل يصرف نصيبه إلى الآخر أو إلى من يصرف؟ عند انقراضهما قولان ونقلاهما وجهين بلا ترجيح، والأصح أن نصيبه يصرف إلى الآخر، ولا يجيء هنا وجه ثالث ومنها وقف على زيد وعمرو وثم الفقراء فبان أحدهما ميتًا، ولم يشترط القبول أو شرطناه قبل أحدهما، ورد الآخر، فقياس المرجح في مسألة الكتاب أن يكون كله للآخر، وقياس من يجعل لكل واحد نصفه أن يبطل حقه، ويجيء في الآخر قولًا تفريق الصفقة، هكذا قاله: بعض الشارحين نقفها وذكر أنه لم ير في ذلك نقلًا ورأيت في «البحر» أنه لو وقف على رجلين فقبل أحدهما دون الآخر.

قال صاحب «الإفصاح»: في نصيب من لم يقبل جوابان، أحدهما: باطل، والثاني: جائز ويصرف إلى أقربهم به نسبًا، انتهى.

ومنها: وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم الفقراء فمات عمرو قبل زيد ثم

---

(١) قال النووي في «الروضة» (٥/ ٥٣٥): القياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول أن يجيء في نصيبه الخلاف السابق، فيما لو وقف على شخصين أو جماعة، ثم على المساكين، فمات واحد، فإلى من يصرف نصيبه، ولم أر تعرضًا إليه إلا لأبي الفرج السرخسي فإنه سوى بين الصورتين، وحكى فيهما وجهين أحدهما أن نصيب الميت لصاحبه والثاني أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وكذا ذكر صاحب الايضاح أن يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

....

مات زيد. قال الْمَاوَرْدِي والروياني: فلا حقَّ لبَكر، ويكون للفقراء إلا أنه رتبه بعد عمرو، وعمرو بموته أو لا لم يستحق شيئًا، فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئًا، وقال القاضي الحسين في «الفتاوى»: الأظهر أنه يصرف إلى بكر.

قلت: وهذا أصح فإن استحقاق الفقراء مشروط بانقراض بكر، وكان هذا الخلاف مبني على الخلاف في التلقي، والأصح أنه من الوقف، ومنها قال في «البحر»: لو قال: على أولادي فإذا انقرضوا أولادهم فعلى الفقراء والمساكين قال بعض أصحابنا: صح الوقف عليهم وإن لم يكن جعل لأولاده شيئًا قطعًا؛ لأنه قد اعتبر انقراضهم، ولا يقول: يشارك الأولاد الولد لأنه لم يترك بينهم؛ بل اعتبر انقراضهم بعد انقراض ولده.

قال أبو حامد: هذه مسألة حديثٍ، واختلف الناس فيها، فأفتيت فيها: إن هذا الوقف منقطع الوسط؛ فيخرج على القولين في منقطع الابتداء معلوم الانتهاء أحدهما: يبطل، والثاني: يصح، وإلى من يصرف بعد انقراض الولد فيه ثلاثة أوجه، والفتوى أنه لأقرب الناس للواقف حتى ينقرض أولاد الأولاد، ثم يكون للفقراء.

قال أبو حامد: ويمكن أن يقال عندي: ينتقل الوقف إلى ولد الولد على ما ذكرناه أولًا وقد ذكر الشَّافِعِي في كتاب الشهادات من «الأم» ما يدل على هذا، والصحيح الأول؛ لأنه لم يشترط شيئًا، وإنما يشترط انقراضهم لاستحقاق غيرهم، انتهى.

والمختار الصرف إليهم؛ لأن ذلك لا يقصد، وإنما يجيء هذا في المكاتب والنظر إلى مقاصد الواقفين معتبرٍ كما قاله القفال وغيره.

ويحتمل أن يقال: إن قوله: فإذا انقرضوا أولادهم قرينةٌ دالة على أنه لم يرد به بالأول، وكذا يظهر خاصة؛ بل هو ولد الأول، ثم رأيتني نقلت الفرع في «الغنية» وإن كلام الأكثرين مائل إلى الترجيح بأنه منقطع الوسط وقيل: يجعل ذكرهم قريبة في دخولهم، واختاره ابن أبي عصرون وهو المختار، إذ

الانقطاع لا يقصد، ولا حرمانهم ولا حرمان الفقراء مع بقائهم.

ومنها: قال في «البحر»: تأمل أنه لو وقع في طبرستان أن امرأة وقفت أرضًا على اثني عشر سهْمًا على أن يصرف منها إلى ابن عمتها زيد سهمان وخمسة أسهم إلى ابن بنتها عمرو وخمسة إلى أخيها بكر، وذكرت في قبالة الوقف أنها وقفت عليهم ثم على أولادهم ما عاشوا على أنه من مات منهم من غير عقب، كان نصيبه مصروفًا لشركائه، وأهل طبقته منهم، ثم مات ابن عمتها زيد عن سهمين، وترك ثلاثة أولاد، فانتقل ذلك إليهم، ثم مات أخوها بكر بعده من غير عقب فهل ينتقل نصيبه إلى ابن بنتها، ولكونه من أهل طبقته دون أولاد ابن عمتها زيد؟

يحتمل أن يقال: ينتقل إلى أولاد البنت، ويحتمل أن يقال: خلافه قال: والدي - ﷺ تعالى - والأول أظهر، وإذا انتقل نصيبه إلى ابن ابنتها عمرو، فإذا مات ابن عمرو هل ينتقل جميع ما أصابه وهو عشرة أسهم من اثني عشر إلى أولاده دون أولاد ابن عمتها زيد أم لا؟

الجواب: إن كل العشرة جعل إليهم ولا يختص بالانتقال إليهم ما كان نصيب الميت في الأصل؛ لأن جميع العشرة الآن صار حقًا للميت ونصيبًا له، فالموت كان عن الجميع، انتهى، وصدر الفرع، تعم به البلوى في «الفتاوى».

فائدة: عن «فتاوى» العماد بن يونس أنه لو قال: وقفت داري هذه مسجد كذا، ولا شيء يسكنها حتى يموت، احتمال وجهين: أحدهما: يصح الوقف ويلغو الشرط كقوله: أنتِ طالق وعليك ألف، يقع، ويلغوا الإلزام، والثاني بطلانه؛ لأنه شرط فيه استيفاء منفعة في مدة مجهولة.

قلت: لا معنى لإبطال الوقف؛ بل إما أن يقال: مبلغًا قوله: ولا من يسكنها، وإما أن يقال: يستحقه ويكون قد شرط لها السكنى في الدار، وجعلتها موقوفًا عليها مع المسجد وقدمها بالسكنى على الصرف إلى المسجد، والله أعلم.

فَصْلٌ

قَوْلُهُ: وَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْكُلِّ وَكَذَا لَوْ زَادَ مَا تَنَاسَلُوا أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ.

قال: (**فَصْلٌ قَوْلُهُ: وَقَفْت عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْكُلِّ**) هذا هو المنقول ولا ريب فيه إذا قيل: إن الواو لمطلق الجمع كما هو الصحيح في «الأصول» ونقل عن إجماع النحاة، وأما إذا قيل: إنها للترتيب.

قال في «البرهان»: وهو ما اشتهر عن أصحابنا، وفي باب الوضوء في «الحاوي» أنه قول أكثرهم، فقضية الترتيب ولم يعولوا عليه هنا.

قال: (**وَكَذَا لَوْ زَادَ مَا تَنَاسَلُوا**) أي: فالحكم لذلك أبدًا.

(**أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ**) تعني إذا قال: على أولادي وأولاد أولادي بطنًا بعد بطن؛ فإنه يقتضي التسوية بين الكل، ويشارك البطن الأسفل البطن الأعلى.

قال بعض محققي الشارحين: وهذا قول الْبَغَوِي، وتابعه عليه الرَّافِعِي، ولم أره لغيرهما في هذه الصورة، وقولهما به مع قولهما أن اسم الولد لا يشمل ولد الولد، وتصريحهما بأنه للتعميم يدل على أن المأخذ عندهما جعل هذه اللفظة قائمة مقام قوله: ما تناسلوا، وهذا يحتاج إلى دليل، فإن ادّعيا عرفًا نوزعا فيه، وليس كقوله ما تناسلوا لو قصرناه على المذكورين لم يكن له فائدة، وقوله: بطن بعد بطن فيه فائدة، ونفي الترتيب بين البطنين لا صيغة بعد تقتضي استحقاقهم بعد البطن الأول فيكون متأخرًا عنهم، وهذا هو الترتيب، وكأنه قال: وقفت عليهم مرتبين، وبطن في موضع الحال ويجوز فيه النصب - وهو الأشهر- والرفع، وقوله: بعد بطن ظرفًا لمحذوف أي: كائنًا بعد بطن، والذي يقتضيه كلام الْمَاوَرْدِي، وهو الصحيح أنه إن قلنا: اسم الولد يشتمل ولد الولد، فهو كالمسألة الآتية، وإن قلنا: لا يشمل، وهو الصحيح فيكون مرتبًا بين البطنين خاصة؛ فإذا انقرض البطن الأول كان للثاني؛ فإذا انقرض الثاني لا يصرف إلى أولادهم؛ بل إن كان الواقف ذكر مصرفًا آخر له فذاك، وإلا كان منقطع الآخر، وعلى الوجهين هو للترتيب عند الْمَاوَرْدِي لا خلاف

....

عنده فيه، ووافقه البندنيجي، والإمام، والغزالي في «بسيطه»، والروياني وصاحب «الذخائر» بسط القول في ذلك وصوَّب، وكلام الرَّافِعِي يشعر بأنه انبعث على المسألة فإنه ذكر أن بعض أصحاب الإمام قال: فإنها للترتيب، وهو كما ذكرته الجواب في النهاية وقد وجهنا، وبه أفتى القاضي الحسين، والشيخ تاج الدين الفزاري، وولده برهان الدين.

وقال صاحب «التعجيز»: ولو قال: بطنًا بعد بطن، رتَّب خلافًا للبغوي فأشار إلى شذوذه، وهو كذلك.

فرع: لو جمع بينهما فقال: على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا بطنًا بعد بطن، وكذا صورها صاحب «الكافي» ففيه وجهان:

أحدهما: وبه أفتى الأستاذ أبو طاهر الزيادي والقاضي الحسين، وأجاب به في «التعليق» أنه للترتيب، وهو الصحيح لما سبق من التوجيه أن صيغة بعد تقتضي استحقاقهم بعد البطن الأول.

والثاني: أنه ليس للترتيب قاله: أبو عاصم العبادي، والفوراني، وجعلا معناه معنى ما تناسلوا، ويلزمهما على ذلك أنه للتأكيد، والتأسيس أولى من التأكيد، هكذا أورد من ذكرناه هذا الفرع، وعبارة الْبَغَوِي فيه فيما جمعه من «فتاوي» شيخه القاضي.

قال الشيخ أبو عاصم العبادي: إذا قال: وقفت هذه الضيعة على أولادي وأولاد أولادي بطن بعد بطن ما تناسلوا، يكون على عدد رؤوسهم، وقوله: بطنًا بعد بطن ليس المراد منه الترتيب، وكذلك إذا قال: بطنًا بعد بطن؛ وكذلك قال الشيخ أبو القاسم: يعني الفوراني قال، وحكى الشيخ العبادي الأستاذ أبي الطاهر الزيادي: أنه يكون على الترتيب، وأفتى به القاضي الإمام، ولو قال: على أولادي ثم أولاد أولادي بطنًا بعد بطن فهو للترتيب، وقال العبادي: هو للجمع كالمسألة الأولى، هذا لفظ «الفتاوى» في النسخ متفقة، ويقع في نسخ منها تغيير يسير، وبه يعرف أن الرَّافِعِي والبغوي لم ينفردا

بالجواب في صور الكتاب، وإن كان الصحيح خلافه.

فرع: إذا قال: على أولادي ثم أولاد أولادي بطنًا بعد بطن، فقال العبادي: كما سبق أنها للجمع، وخالفه الفوراني فقال: الترتيب، وهو ما تضمنه كلام الْبَغَوِي في «فتاوى» شيخه.

وقال الرَّافِعِي: هنا بالترتيب والتعميم وقال: صرح به الْبَغَوِي وغيره قيل: والبغوي لم يصرح إلا فيما تناسلوا سواء ضم إليها بطنًا بعد بطن أم لا، أما في صورة إفراد بطنًا بعد بطن فلم يذكرها الْبَغَوِي، والرافعي منفرد بذكرها، ومقتضى قاعدته فيها خلافه؛ لأنها عنده للتعميم بلا ترتيب، وإنما حمله على هذا التسوية هو والبغوي بين بطن بعد بطن وبين ما تناسلوا، والصواب قول القاضي الحسين لو قال: وقف هذا على ولدي ثم ولد ولدي بلا أولادهم ما تناسلوا أو تعاقبوا، فهذا وقف مرتب الابتداء مشترك الانتهاء، وأطال مَن أشرنا إليه في تقرير ذلك، ثم قال: هذا ما يحرر في الصور الثلاث، فظهر أن الذي تجب به الفتوى أن بطنًا بعد بطن للترتيب وأنها لا تدل على التعميم، وأنّ ثم للترتيب واقتضاؤها لذلك فيما دخلت عليه ولا تتعدى إلى ما بعدها، وهو ما تناسلوا.

فرع: قال في «الشامل»: إذا قال: وقفه على ولدي وولد ولدي أبدًا على أن مَن مات منهم وله ولد كان مثل مَن كان له لولده، ومن مات منهم ولا ولد له كان ما كان لهُ لأهل الوقف، فإذا كان أولاد الواقف ثلاثة، فمات أحدهم وله ولد كان له ما كان لابنه، فإن مات آخر ولا ولد له كان ما كان له لأخيه ولابن أخته لأنهما أهل الوقف، وهذا الفرع ذكر أصحابنا ولم ينسوا أنه يكون على الترتيب أو على التشريك، ثم ينفرد ولد الميتة بنصيب أبيه، وظاهر قولهم أنه يكون على الترتيب، ويكون قوله فمن مات منهم وله ولد كان ما كان له لولده، يدل على أنه أراد الترتيب، كقوله: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، فإذا انقرض أولادي كان لأولاد أولادي، وإذا كان يجعله على الترتيب وإن كان لا يمتنع أن يكون اشتراط انقراضهم إنما هو لانفراد أولاد الأولاد به؛ بل جعله في ذلك شرطًا في جملة الاستحقاق، وذلك هاهنا،

وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا، ....

ويحتمل وجهًا آخر، أن يكون على التشريك بينهم.

فإذا مات واحدٌ منهم كان نصيبه لولده خاصة زيادة على نصيبه، انتهى.

وما أبداه احتمالًا هو ما أورده الرَّافِعِي والمصنف لا غير، ونقل في «البحر» ذلك، أعني: صدر الفرع عن رواية صاحب «الشامل» عن الأصحاب ولم يذكر قوله، وإن كان لا يمتنع إلى آخره ولا ما أبداه من احتمال وجه آخر، وكأنه لم يرفضه.

فرع: وقف على أولاده زيد وبكر وعمرو وبينهم أثلاثًا على أن من توفي منهم وله ولد أو ولد ولد كان نصيبه لأولاده دون سائر إخوته، والأقرب فالأقرب من البطون منهم إليهم إلى هذا الواقف أولى بذلك، ثم هو لمن انتقل منهم ومن توفي منهم ولا ولد له أو مات أولاده من قبله ولم يكن له يوم وفاته ولد ولا ولد ولد ولا نسل ولا عقب ولا جنين حمل ينتظر ولادته، كان نصيبه من ذلك راجعًا إلى سائر إخوته الباقين من أولاد هذا الواقف للصلبة بالتسوية بينهم إن كانوا كلهم باقين، فإن كان قد توفي بعضهم وله ولد أو ولد ولد ونسل رجع نصيبه لو كان حيًا إلى أولاده وأولاد أولاده ونسله أيضًا على أن يبدأ بالأقرب فالأقرب في البطون إلى هذا الواقف، ثم مات زيد أحد الثلاثة وترك اثنين فصار نصيبه إليهما، ثم مات أحدهما وترك ابنًا، فهل يصير نصيب هذا المتوفى إلى أخيه وهو ابن زيد؟

قال في «البحر» اختلف فيه فقهاء طبرستان، فقال بعضهم: ولد الواقف أولى، وقال بعضهم: الأخ أحق، انتهى. وهذا الفرع تعم به البلوى في «الفتاوى».

قال: (وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِ أَوْلَادِي ثُمَّ أَوْلَادِهِمْ مَا تَنَاسَلُوا) المراد أنه يستمر بصفة الترتيب أبدًا، وقد يتوقف في الترتيب بعد البطن الثالث لعدم ذكرهم فيه؛ إلا أن يقال: إن قوله: (مَا تَنَاسَلُوا) يقتضي التعميم بالصفة المتقدمة، وهي تقديم الأولاد ثم أولادهم فيستمر ذلك في كل بطن.

أَوْ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى أَوْ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ.

قال: (**أَوْ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى أَوْ الْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ**) أي: في الصورتين لدلالة اللفظ عليه بما في الأولى وقتهما، أشرنا إليه وبالتصريح به في الثانية، واعلم أنهما ذكرا في الأولى ثلاث طبقات، وفي الثانية يتبين، ولم يذكر فيها ما تناسلوا.

والظاهر أنه لا بد منه، ألا ترى قول القاضي الحسين والمحاملي وغيرهما: إنه إذا قال: على أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم فإذا انقرض أولاد الأولاد فعلى أولادهم هكذا ألف مرة لا يكون مستوعبًا لجميع النسل ما لم يقل: ما تناسلوا، أو أبدًا، وقول صاحب «البحر»: إنه ينقسم ثلاثة أقسام إما أن يشرك، أو يرتّب، أو يجمع بين الأمرين معًا، فالتشريك أن يجمع الكل بالواو إلى آخره، والترتيب أن يقول: على أولادي، ثم على أولاد أولادي، ثم على أولادهم بطنًا بعد بطن أبدًا، أو يقول: على أولادي وأولاد أولادي ما تعاقبوا وتناسلوا، ويكون للأول فالأول والأعلى فالأعلى والأقرب فالأقرب بكل هذا ترتيب؛ إلا أنه لا يحتاج في هذا الآخر أن يقول: أبدًا، وفي الأول يحتاج، ولو ذكرا هذا ألف مرة لم يدخل فيه جميع من يحدث من ولد الولد؛ فلا بد وأن يقول: وعلى هذا أبدًا، وإذا قال: ما تعاقبوا وتناسلوا، يكون على ما يحدث أبدًا؛ فلا يحتاج إلى ذكره، وهو كذلك في كلام القفال وغيره، وقضية كلام القاضي الحسين أيضًا أن قوله: بطنًا بعد بطن لا يتعدى البطنين بمجرد ما لم يقل: ما تناسلوا، فاعلم.

فرع: وأما الجمع بين الترتيب والتشريك، بأن يقول: على أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ثم على أولاد أولادهم ما تعاقبوا أبدًا؛ فيكون قد رتب بين ثلاثة بطون وشرَّك بين مَن بعدهم وقد شرَّك في الابتداء ويرتب في الانتهاء، فيقول: على أولادي وأولاد أولادي، ثم على أولادهم كذلك أبدًا؛ فيكون قد شرك بين بطنين ثم رتب بعدهما.

قال: ولا يدخل ولد الصلب من الذكر أو البطن من الأنثى.

والثاني: يدخل لقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦] وفي الصحيح:

وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْأَوْلَادِ فِي الْأَصَحِّ.

«إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ»(١) **وخرَّجه في «الإفصاح» قولًا، وغلط الْمَاوَرْدِيُّ والرُّويَانِيّ.**

والثالث: يدخل أولاد البنين للانتساب دون أولاد البنات، وفي «النهاية» ترتيب الخلاف في أولاد البنات على الخلاف في أولاد البنين، ومَن جاء فيهما ثلاثة أوجه، ثُمَّ الخلاف على الإطلاق، وقد يترك باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم كقولهم: على أولادي، فإذا انقرضوا فلأحفادي الثلث مثلًا، والباقي للفقراء، نازع ابن الرفعة في ذلك، وقال: لعل المراد عند انقراض الأولاد يكون كذلك بعد أن كان لهم شيء غير مقدر، وإنما تظهر القرينة إذا قال: فإذا انقرض أولادي فعلى أحفادي، ولو وقف على أولاده، ولم يكن له إلا أولاد أولاد، ففي «التتمة» وغيره أنه يحمل عليهم صيانة الكلام عن الإلغاء.

وجعل صاحب «التعجيز» في شرحه هذا طريقة المسألة، واقتضى كلامه أن المشهور آخر الخلاف مطلقًا، ويجري الخلاف في قوله: «على أولادي وأولاد أولادي» هل يدخل أولاد الأولاد؟ ولو قال: على أولادي، وليس له الولد فقط؛ فظاهر كلامهم أنه يختص به ولده على الأصح، ويظهر أن يقال: قوله: «أولادي» قرينة دالة على أولاده، وكذا الولد لإتيانه بصيغة الجمع، ولو قال: على ولدي وولدهم.

قال الدارمي: لم يدخل إلا من أبيه حي داخل، قاله: ابن القطان؛ لو قال: على أولادي، وله حالة الوقف حمل، فقد قدمنا حكمه، ولو حدث أنه بعد ذلك حمل.

قال المتولي وغيره: يوقف نصيبه؛ لأنه من أولاده، وعبارة «الكافي»: وجدت له بعد الوقف آخرون يصرف إلى الكل على الأصح، ومقابله لا يدخل

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٩، رقم ٢٠٥١٧)، والبخاري (٢/ ٩٦٢، رقم ٢٥٥٧)، وأبو داود (٤/ ٢١٦، رقم ٤٦٦٢)، والنسائي (٣/ ١٠٧، رقم ١٤١٠) والطبراني (٣/ ٣٣، رقم ٢٥٨٨)، والحاكم (٣/ ١٩١، رقم ٤٨٠٩)، والبيهقي (٨/ ١٧٣، رقم ١٦٤٨٦).

وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الذُّرِّيَّةِ وَالنَّسْلِ وَالْعَقِبِ وَأَوْلَادِ الْأَوْلَادِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: عَلَى مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ.

وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ قُسِمَ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: يَبْطُلُ.

الحادث، وبه أجاب القفال في «الفتاوى».

قال: (وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ فِي الْوَقْفِ عَلَى الذُّرِّيَّةِ وَالنَّسْلِ وَالْعَقِبِ) لقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ [الأنعام: ٨٤] إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٥] وليس هذا إلا ولد البنت - صلى الله تعالى عليهم أجمعين -.

وأما (أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ) فلصدق الاسم سواء ذكرهم وإناثهم وحياتهم وغنيهم وفقيرهم إلا أن يذكر ما يخرج منه بعض ما ذكرناه.

قال: (إِلَّا أَنْ يَقُولَ: عَلَى مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ) أي: فلا يدخل أولاد البنات إذا لم يتصفوا بذلك، وقيل: يدخلون لقوله ﷺ: في الحسن بن علي - رضي الله عنهما -: «إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ»⁽¹⁾ رواه البخاري.

قيل: لكن من خصائصه أنهم ينتسبون إليه ولو قال: على الذين ينتسبون إلى أمهاتهم لم يكن لولد البنين فيه شيء، ولا يدخل في أولاد المنفي يبلغان على الصحيح، فلو نفاه ثم استحقه دخل.

قال: (وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ قُسِمَ بَيْنَهُمَا)؛ لتناول الاسم لهما، نصَّ عليه في «البويطي» كما نقله القاضي أبو الطيب في «المحرر»، والرُّويَانِيُّ في «البحر»، وصححه أبو الطيب، وصاحبه أبو إسحاق، والجرجانيُّ، والرُّويَانِيُّ، والْمُتَوَلِّي، والفوراني، والْقَفَّالُ الكبير، وابن القطان، وغيرهم.

(وَقِيلَ: يَبْطُلُ) وصححه الغزالي وغيره وقيل: يختص به الأعلى لا بعامة، وقيل: عليه للعرف الغالب، وصححه الفارقي، وقيل: يوقف حتى يصطلحوا، نقله الدارمي.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

وقال المصنف: إنه ليس بشيء، وليس كذلك؛ بل نقله البويطي، ونقلاه في نظيرها من «الوصايا» عن رواية البويطي عن الشافعي.

تنبيهات:

نقل الرَّافِعِيُّ في «الشرح» الترجيح في المسألة عن «التنبيه» خاصة، وقال: في «المحرر» وجهان، رجح كلًا منهما مرجحون، فكان ينبغي للمصنف أن يصرِّح بترجيحه هو عبارة «المحرر» وله معتق ومعتقون، وعبارة «التنبيه» له موالٍ من أعلى، وموالٍ من أسفل، وكذا نقل عن النص، وبينهما فرق لما سيأتي لو كان واحد من إحدى الجهتين يعين رفاقًا لصدق الاسم.

قال ابن الرفعة: وكذا لو كان اثنان من جهة، وواحد من جهة، وقلنا: أقل الجمع ثلاثة، وهذا يقتضي كلام الإمام حيث قال: إذا لم ينتظم الجمع إلا بالصفتين؛ فالوجه القطع بالجمع بينهما، ونصه أن يقسم في صورة المنهاج بينهما قطعًا؛ لأن الوقف على الموالي بصيغة الجمع إلا أحد وجهين إما البطلان، وإما صحة الصرف إلى الأعلى، أما الجمع فلا وجه له، وهذا يعنيه في «النهاية»، وفيه نظر، ويظهر على الصحة أن يقال: يصرف إلى الأسفل دون الأعلى على وجه كما مرَّ، ويجوز على المرجح أن يقال: يصرف إليهما كما لو قال: على موالٍ، وليس له إلا مولى؛ فإنه يصرف إليه وفاقًا، وعبارة «المحرر»: لا ترد عليهما ذلك؛ لأنه يمكن القضاء بالجمع.

واعلم أن ما رواه ابن الرفعة فيه نظر، ورأيت بعد في تعليق لي، ولو قال: وقفت على موالٍ إلى آخره، ورأيت من نقل عنه أنه لو قال: ولو وقف على مولاه بالإفراد، ولعله الصواب في الحكاية، والمختار في الأصول أنه لا فرق في المشترك بين الجمع والمفرد، وقد فرق ابن الصباغ والمتولي في لفظ المفرد، ونقلا الخلاف فيها.

وقال في «البسيط» تبعًا لإمامه بعد نقلهما عن العراقيين ثلاثة أوجه إنما ينقدح إذا ذكر الموالي.

وَالصِّفَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ لَى جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي الْكُلِّ كَوَقَفْت عَلَى ....

قال الإمام: وينقدح مراجعة الواقف، وهو حسن بل يشبه أن يتعين عند الْمُكْنَةِ⁽¹⁾.

قال في «البحر»: لو قال موالي من انتقل لم يدخل فيه إلا مواليه دون موالي ولده.

قال في «البويطي»: ويدخل فيه أولاد الموالي، ولا يدخل فيه موالي الموالي؛ لأنه ولاية مواليهم لهم دونه وولاء أولادهم له دونهم، انتهى.

وإذا اقتضى الحال الصرف إلى الأسفل بتصريح أو غيره ثم يدخل فيهم من يعتق بموته كأم ولده ومدبره على الصحيح ذكره في وصايا «الروضة».

فرع: قال في «البحر»: هنا لو قال: على اليتامى، فإن خصَّ يتامى قبيلة مخصوصة لا يراعى الفقير منهم، وإن عمَّ اليتامى، فهل يعتبر الفقير منهم؟ وجهان: أحدهما: لا يعتبر بعموم الاسم، والثاني: يعتبر إلحاقًا بعرف اليتامى في الخمس، انتهى.

وفي وصايا «الروضة»: يتامى القبيلة هم الصبيان الفاقدون لآبائهم، وفي اشتراط الفقير منهم وجهان أشبههما بما قيل في الغنيمة، نعم، انتهى، فجعل ثلاثة أوجه.

قال في أصل «الروضة»: ثم والعميان والزَّمْنِي كالأيتام في التفصيل والخلاف، وإذ قلت: قطع صاحب «العدة» بعدم اشتراط الفقر في الزَّمْنِي، ومثله الوصية لأهل السجون، والغارمين، ولتكفين الموتى، وحفر القبور، ويدخل في ذلك الغني والفقير، والمختار طرد الخلاف، انتهى.

والمختار اعتبار الفقير أيضًا؛ لأنهم المقصودون بالوصايا والوقوف، والله أعلم.

قال: (**وَالصِّفَةُ الْمُتَقَدِّمَةُ عَلَى جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي الْكُلِّ كَوَقَفْت عَلَى**

---

(1) أيْ: التَّمَكُّنِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ خَلَّفَ نَقْدًا فَيَحْصُلُ التَّمَكُّنُ بِالْبَيْعِ لِتَحْصِيلِ النَّقْدِ لِيُنْفَعَ لِلْمُوصَى لَهُ.

مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي، وَكَذَا الْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا، وَالِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِوَاوٍ: كَقَوْلِهِ: عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ أَوْ إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ.

مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي، وَكَذَا الْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا، وَالِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِوَاوٍ: كَقَوْلِهِ: عَلَى أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمُحْتَاجِينَ أَوْ إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ) لما تقرر في فنِّ الأصول، من أن الأصل اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في جميع المتعلقات كالصفة وغيرها، وكذلك الاستثناء بجامع عدم الاستقلال، ومثل الإمام الاستثناء في الأصول بقوله: وقفت على بني فلان داري، وحَبَسْت عَلَى أَقَارِبِي ضَيْعَتِي، وَسَبَّلْت عَلَى خَدَمِي بَيْتِي إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ، وقد أطلق الأئمة ما سبق، ورأي الإمام في «النهاية» يفسد ما أطلقوه؛ فعندي أن يكون العطف بالواو الجامعة، فإن كان يتم اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة، مع تصريحه في ذلك أن ظاهر مذهب الشافعي العود إلى الجميع.

والثاني: ألا يتخلل بين الجملتين كلام طويل، فإن تخلل كما لو قال: وقفت على أولادي على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده الذي مثل حظ الأنثيين، وإن لم يعقب فنصيبه للذين في درجته، فإذا انقرضوا فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق واحد منهم، فالاستثناء يختص بالأخيرة.

قال: والأصحاب وإن لم يفصلوا الكلام فيما أطلقوه محمول على هذا التفصيل لا محالة.

تنبيه: مثل قول «المنهاج» إذا عطف بواو منع فيه «المحرر»، وهذا اختيار لما قاله: الإمام في أحد القيدين دون الثاني، والظاهر أنه لا فرق بين العطف بالواو وثم، نعم قد يكون العطف بـ«لكن» أو «تلك» أو بـ«أو»، ولم يذكر أصحابنا حكم هذه الثلاثة، وقد تأتي الجمل دون عطف، ولم يذكره أصحابنا لكن إطلاق الإمام فخر الدين يشمله، والظاهر خلافه؛ لأن بترك العطف لا يكون بينهما ارتباط، نعم ذكر السابقون أن ترك العطف قد يكون بكمال الارتباط، فلا يبعد مجيء الخلاف فيه، انتهى.

فظنَّ أن القاضي أبو الطيب وغيره ذكروا من ذلك شيئًا في كتاب «الطلاق» أو «الأيمان».

فَصْلٌ

الْأَظْهَرُ أَنَّ الْمِلْكَ فِي رَقَبَةِ الْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى الله تَعَالَى: أَيْ يَنْفَكُّ عَنْ اخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ، فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

فرع: في «فتاوى الْقَفَّال»: إذا وقفت على ذكور أولاده ثم على أولادهم ثم على أولاد أولادهم، فإذا انقرضوا فعلى المساكين، تعتبر الذكورة في أولاده دون أولاد أولاده، وكذا لو قال: على محاويج أولادي ثم إلى أولادهم فالمقيد على التقييد، والمطلق على الإطلاق، وهذا يوافق أحد شرطي الإمام.

وفيها في موضع آخر: إذا قال: وقفت على محاويج أقربائي، وعلى أولادهم وأولاد أولادهم يقتضي أن يكون أولادهم وأولاد أولادهم محاويج حتى يستحقون، ولأن ذلك معطوف على محاويج أقربائه، والظاهر أنه أراد المحاويج منهم، وهذا هو الغالب من قصد الواقف، ولا بدَّ من مراعاة قصد الواقف، فقيل: وما حد المحاويج؟ قال: أن يكون لهم فحيث يجوز لهم أخذ الصدقة، انتهى، يعني: الزكاة، ولم لا يقال: يراجع الواقف إذا كان حيًّا في مثل هذه الأشياء، ويعمل بما قصده أو بيَّن مقصوده، والله أعلم.

قال: (فَصْلٌ: الْأَظْهَرُ أَنَّ الْمِلْكَ فِي رَقَبَةِ الْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى الله تَعَالَى: أَيْ يَنْفَكُّ عَنْ اخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ) أي: كالعتق.

(فَلَا يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ) أي: هذا معنى الانتقال إلى الله تعالى، وإلا فجميع الموجودات له في كل الأزمان، وأشار الشيخ بقوله: «فلا يكون... إلى آخره» إلى القولين الآخرين، ووجه بقاء ذلك الواقف أنه حبس الأصل، وسبيل الثمرة، وذلك لا يوجب زوال الملك، ولأن شرطه متبع، ولو زال لما اتبع، ووجه الثالث، وهو أضعفها الإلحاق بالصدقة، ولا فرق عند الجمهور في جريان الأقوال بين الواقف على معين كزيد أوجبه عليه كالفقراء.

وقيل: إن كان على معين ملكه قطعًا أو على جهة عامة انتقل قطعًا، واختاره الغزالي، وحاصل ما قيل إذا فرعنا على الانتقال طرق؛ أظهرهما ما ذكره، وثانيهما إلى الموقوف عليه، وقيل: بالأول قطعًا، وقيل: عكسه، وقيل

وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ، ....

بالتفصيل يكمل، واختاره الغزالي كما سبق، وقيل: إن كان غير معين عليه، قال: له أو عليه؟ ففيه الخلاف.

وقال الرَّافِعِي: هذا كله في الوقف على معين أو جهة عامة، فأمَّا إذا جعل البقعة كمسجد أو مقبرة فهو كالتحرير، والملك لله تعالى، أي: بلا خلاف، ويلحق بذلك كما قاله: الإمام في الرباط والمدارس، وما أشبه ذلك.

قال صاحب «التعجيز» في شرحه: وقول الإمام الرَّافِعِي: إن أقوال الملك لا تجري في المسجد مصادقًا لأقوال الْبَغَوِي والْمَاوَرْدِي وجمهور النقلة، انتهى.

ورد بأن إطلاقهم محمول على من يملك العلة وبقاء ريعهم ميسرة إليه، لكن ابن الرفعة أشار إلى خلاف في أن وقف المسجد والوقف عليه تحرير لا يقتضي تمليكًا، وهذا رأي الإمام والغزالي، أو هو تمليك للمسلمين، وهو طريق العراقيين، فإن ثبت هذا صحَّ ما ذكره ابن يونس، وخرج عليه ما سبق، وأخر المسجد في الغصب، والله أعلم.

إشارة: فرع على الخلاف أشياء كثيرة، منها: الزكاة، والغنيمة، والشفعة، والعتق، والوطء، وغير ذلك مما يطيل ذكره؛ لأن المذهب غالبًا على خلافه، ورأيت للمالكية على قول بقاء الملك الواقف أنه لو خرب وأراد أجنبي عمارته أن للواقف ورثته منعه.

قال: (وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ)؛ لأن ذلك مقصود الواقف.

(يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ)؛ لأنها ملكه، وهذا عند الإطلاق، أما لو وقف دارًا على أن يسكنها معلم الصبيان بالقرية مثلًا أو على أن يسكنها المدرس؛ فليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها، ولو وقفها على أن يستغل ويصرف عليها إلى زيد تعين الاشتغال، وليس له أن يسكنها ذكره الْقَفَّالُ وغيره، قاله: الرَّافِعِي.

قال: ولو كان الوقف مطلقًا، فقال المستحق: أُسْكُنْ الدَّارَ، فقال الناظر: أكريها لأصرف غلتها في مرمتها؛ فله أن يكري.

وَيَمْلِكُ الْأُجْرَةَ، وَفَوَائِدُهُ كَثَمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ، وَكَذَا الْوَلَدُ فِي الْأَصَحِّ، وَالثَّانِي يَكُونُ وَقْفًا.

قلت: لا شكَّ فيه إن كانت محتاجة إلى المزيد في الحال، وأحسنه المراد أو موقعة عن فرق لا فيما يتوقع، ولو بعد حين؛ فإنه لا يظهر ذلك، ولينظر فيما لو قال المستحق: أنا أرثها وأسكن هل يجاب؟ وذكر في «الغنية» كلامًا فيما شرط ألا يؤجر هل يعار؟

قال: (**وَيَمْلِكُ الْأُجْرَةَ**) أي: ويصرف إليه في الحال إن كانت قد استقرت باستيفاء المنفعة أو ينفق منها أما لَوْ أَجَّرَ النَّاظِرُ سِنِينَ بِأُجْرَةٍ مُعَجَّلَةٍ لَمْ يَجُزْ، فخلت بالموت، فإنما يعطى الموقوف عليها منها بقدر ما مضى من الزمان على المختار، وكما بينته في أواخر كتاب «الإجارة»، ولا يفهم عن المصنف أنه يجب صرفها إليه جملة في الحال؛ لأنها ملكه.

قال: (**وَفَوَائِدُهُ كَثَمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ**) أي: حدثت بعد الوقف، وأَغْصَان شَجَرِ الْخِلَافِ الجارية ثمار وغيرها، واستثنى الإمام ما إذا شرط قطع أغصان الأشجار مع ثمارها، وسببه أن هذا فيما لا يموت بقطع غصنه؛ لأن كل شجر، وما قيد به إطلاقه المصنف لم أره نصًّا، ولكنه ظاهر في اللبن الموجود حالة الوقف، وكذا الثمرة المؤبرة أو المرهنة أنها تكون للواقف، وأما الصوف ونحوه ففيه وقفة.

قال: (**وَكَذَا الْوَلَدُ فِي الْأَصَحِّ**) كاللبن والثمر.

(**وَالثَّانِي: يَكُونُ وَقْفًا**) أي: تبعًا لأمه كولد الأضحية، ورتب الإمام الخلاف في ولد الأمة على الخلاف في ولد البهيمة، وأولى بكونه وقفًا، فيخرج منه وجه ثالث، وقيل: الخلاف في غير ولد الغنم كالفرس والحمار، أما ولد النعم، فللموقوف عليه قطعًا؛ لأنه مطلوب منها بخلافها، ويخرج منه وجه رابع، وقيل: لا حق للموقوف عليه لأقرباء الواقف.

تنبيهات:

الخلاف السابق في نتاج حدث بعد الوقف، فلو وقفًا حاملًا، فإن قلنا:

……

الحادث وقف؛ فهذا أولى، وإلا فوجهان بناء على أن الحمل حكم أم لا.

قال في «التنقيح»: وإن قلنا: له حكم، فهو وقف قطعًا كالعين، وقال: في مسودة «شرح المهذب» كما رأيته بخطه بعد ذكر البناء: والصحيح أن له حكمًا فعل هذا يكون وقفًا وجهًا واحدًا، وكأنه وقف حيوانين منفصلين، وإن قلنا: لا حكم، ففيه الوجهان في الولد الحادث، هكذا ذكره الدارمي، وصاحب «الشامل» وغيرهما، وهو ظاهر.

قال المتولي: والوجهان في الولد الحادث مبنيان على القولين في ولد المكاتبة والمدبرة هكذا كله في ولدها المحكوم برقه، أما لو وطئت بشبهة فالولد حرٌّ، وعلى الواطئ قيمته، وفي مصرفها خلاف يأتي، انتهى.

قال الشيخان: هذا المذكور في الدَّرِّ(١) وَالنَّسْلِ، فقيل: حكمهما حكم وقف منقطع الآخر.

وقال الْبَغَوِي: ينبغي أن يكون للواقف، وهذا أوجه؛ لأن الدَّرَّ وَالنَّسْلَ لا مصرف لهما أولًا ولا آخرًا.

قلت: فيه نظر، فإن الإمام والغزالي نقلا عن الأصحاب في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حكمه حكم منقطع المصرف، وهو المنقول في «البحر» عن الأصحاب مطلقًا، ولم يذكر سواه.

والثاني: أن تخصيص الوقف ببعض المنافع تقييده.

والثالث: أنه يقيد بالشرط والوقف نعم.

قال الإمام: ولا خلاف أنه جعل الزكاة لشخص، والصوف واللبن لآخر جائز.

قال: وسبق القول في النتاج، وقدمنا فيه أوجهًا عن «الحاوي»، وحينئذٍ

---

(١) أي: دَرَّ اللَّبَنُ يَدُرُّ دَرًّا.

وَلَوْ مَاتَتْ الْبَهِيمَةُ اخْتَصَّ بِجِلْدِهَا.

وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

فما قاله: **الْبَغَوِي** نفقتها خارج عن الأوجه كلها؛ فهو خلاف ما عليه الأصحاب، ولكنه قوي ويقوى أن ما سكت عنه يكون حكمه حكم ما لو سكت عن مصرف الوقف فيطرقه الخلاف السابق، وفي «الكافي» وهو مقنع «التهذيب» غالبًا بل هو مختصره لو قال: وقفت هذه الدابة على ركوب زيد، ولم يتعرض لدرها ونسلها ووبرها لا نفيًا ولا إثباتًا يكون لزيد؛ لأنه وقف الدابة عليه، وهذا إنماؤها، وإنما اقتصر على ذكر الركوب؛ لأنه أخص مقصوده، وإن استثنى الدر والنسل والوبر، فهو كما لو وقف شيئًا على زيد سنةً، ولم يتعرض على بعدها، انتهى. ولم يعرج على كلام **الْبَغَوِي**.

قال: (**وَلَوْ مَاتَتْ الْبَهِيمَةُ اخْتَصَّ بِجِلْدِهَا**)؛ لأنه أولى من غيره، وهذا ظاهر فيما إذا أطلق وصرَّح بأن جميع فوائدها له أما لو خصَّها ببعض منافعها كدرها أو صوفها ففيه نظر، وأطلق المصنف اختصاصه به، وقصته أنه لو أن يخرج الاختصاص به على أقوال الملك؛ فإن جعلناه له اختص به أو للواقف اختص به أو لله تعالى، فلمن كانت بيده أو للسابق إلى أخذه، وذكر أنه لو أشرفت المأكولة على الموت ذبحت ثم في لحمها طريقان:

أحدهما: يشترى بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف.

والثاني: البناء على أقوال الملك، فإن قلنا: بالأظهر؛ فعلى الحاكم فيه ما يراه مصلحة، وإن قلنا: الملك لأحدهما صرف إليه، وكذلك حكم جلدها.

قال: (**وَلَهُ مَهْرُ الْجَارِيَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ، وَهُوَ الْأَصَحُّ**)؛ لأنه من جملة الفوائد كالثمرة واللبن.

تنبيهات وتتمات:

جزمًا بأن له المهر، وادعى المصنف الاتفاق عليه كما سيأتي، ورأيت **الشَّاشِي** نقل في مهرها ثلاثة أوجه؛ أحدها: هذا، ولم يبين الثاني، والثالث: قال في «الذخائر»: يحتمل أن يكون الثاني فيها أنه يشتريه عبد، ويكون وقفًا،

....

والآخر أنه للواقف كما جعلنا التزويج إليه على رأي.

قال ابن الرفعة: ويحتمل أن يكون كالوقف لبعض المنافع؛ لأن الوقف إنما يقتضي تمليك المنافع المعتادة، ومنفعة البضع ليس منها، وهذا منه توهين يكون المهر للموقوف عليه.

وقال في «مطلبه»: الأشبه أن يكون أحدها أنه لأقرب الناس على الوقف، ولا يلحق منقطع الآخر، وإن كتب.

قلت: في «الكفاية» إنه يجوز أن يلحق بذلك؛ لأن منفعة البضع لا يصح وقفها، انتهى.

والظاهر أن موضع كون المهر للموقوف عليه ما إذا أطلق، وصرَّح بأن منافعها له أما وقفها على خدمته فقط أو خصه بعض منافعها فيكون كما لو وقف البهيمة على ركوبه، ولا سيما إذا نصَّ على أنه لا يؤجرها، وقول المصنف: «وصححناه» قد يفهم منه أنَّا لو لم نصححه لا يكون المهر له، وليس بمراد؛ لأن حكم له بمهر وطئ الشبهة، وهذا فرد منه، وقالوا: لو أكرهت فالمهر له، وإن كان الواطئ بِالزِّنَا مُكْرَهَةً أَوْ مُطَاوِعَةً، وَهِيَ مِمَّنْ لَا يُعْتَبَرُ مُطَاوَعَتُهَا بخلاف ما لو كانا زَانِيَيْنِ، فلا مهر على الأصح، وقوله: «وَهُوَ الْأَصَحُّ» أي: لما فيه من تحصينها وقياسًا على إجازتها، وصحح القاضي الحسين وسليم الرازي المنع، ونسبه في «البحر» إلى عامة أصحابنا، وصورة المسألة هنا إذا وقفها على أن يكون لبنها للموقوف عليه، ورأيت بخط المصنف في مسودة «شرح المهذب» أن كون المهر له متفق عليه.

قال: ولم يفرقوا بين البكر والثيب، ولو قيل بالفرق فيكون ما يخص البكارة له حكم الجناية على أطرافها لكان محتملًا، والإدراج محتمل على قول من يقول: يجب مهر بكر فحسب، أما من قال: مهر ثيب وأرش البكارة؛ فإنه مشكل، انتهى.

وكذا من قبل مهر بكر وأرش البكارة أيضًا، ولكنه لم يستحضره هنا إذا

....

قلنا: يزوج إن جعلنا ملكًا له ينقل به.

قال ابن الرفعة: إلا أن يكون الواقف قد شرط النظر لغيره، فإن كان فالذي يظهر أنه لا يزوج به صرَّح الْمَاوَرْدِيُّ.

قلت: وقد يتوقف في تزويجه، وإن لم يشرط الواقف النظر لأحد، فإنه عند الإطلاق يكون الحاكم على المذهب، فينبغي ألا يستقل به، ويجب أن يراجع الحاكم فيه كالإجارة وأولى، وإن قلنا: لله تعالى زوجها القاضي بإذن الموقوف عليه عند المراوزة، ونسبه الرَّافِعِي إلى المعظم، وقال العراقيون: لا يحتاج إلى مشاورته، وإن قلنا: للواقف زوجها بإذن الموقوف عليه، ويأتي ما سبق عن الْمَاوَرْدِي، وأن التزويج للناظر من كان.

فرع: ليس للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها، وإن ملكناه رقبتها هذا هو المشهور.

وقال ابن القطان: ليس للموقوف عليه وطؤها على الصحيح.

قال الشيخان: فإن وطئها الموقوف عليه ولا شبهة، قيل: لا حد لشبهة الملك، وبه قطع ابن الصباغ، والأصح بناؤه على أقوال الملك، إن لم يملكه حد كما لو وطئ الموصى له بالمنفعة، انتهى.

وهذان الترجيح والتوجيه ضعيفان فقد جزم بهما مطلقًا القاضي أبو الطيب والرُّويَانِيّ والإمام، وآخر أتى في «البسيط»، وحكى عن رواية القاضي الحسين عن الأصحاب مطلقًا، وصرَّح أبو الطيب في «المجرد»، والرُّويَانِيّ في «البحر» بأنه لا حد في القولين جميعًا؛ لأنه يسقط بالشبهة، والمميز له؛ فهذا هو المذهب، وأما التوجيه فقد ذكر في «الوصايا» أن الصحيح أنه لا حد على الموصي للشبهة، وأما وطء الواقف لها، فالحكاية عن الأصحاب أنه كوطء الأجنبي.

قال القاضي الحسين بعد روايته ذلك: عليهم وعندي أنه يبني على أقوال الملك، وتبعه الإمام والرَّافِعِي، وأشار في «البحر» إلى شذوذه.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ بَلْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَبَعْضُ عَبْدٍ.

فرع: قالا: إذا قلنا: لا يملكها، فليس له أن يتزوجها على الأصح، وعلى هذا لو قال: وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحها.

قلت: إن كان الغرض فيما إذا قبل الواقف، إذا قلنا: باعتبار القبول فظاهر، وعن صاحب «التقريب» أنه لا ينفسخ، وأما إذا قلنا: لا يقبل، وإلا فلا معنى له، وإن قلنا: لا يشترط القبول؛ فهذا محل نظر رد أم لا، ولو وقف أمه على رجل ليطأها أو ليتزوج بها أو ليتزوج، ويكون مهرها للموقوف عليه لم يصح في الثلاث.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قِيمَةَ الْعَبْدِ الْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ**) أي: أو تلف تحت يدها منه لرقبته، وسواء أتلفه أجنبي عدوانًا أو الواقف والموقوف عليه.

(**بَلْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ**) مراعاة لغرض الواقف من استمرار الثواب، وتعلق حق البطن الثاني وغيره.

قال: (**فَإِنْ تَعَذَّرَ فَبَعْضُ عَبْدٍ**)؛ لأنه أقرب إلى مقصوده، والطريق الثاني التخريج على أقوال الملك، إن قلنا: لله تعالى، فالحكم كما سبق أو لأحدهما فذلك على الأصح لما قدمناه، والثاني: يصرف ملكًا إلى من حكمنا له منها بملك رقبته.

فروع وتتمات:

أولها: إذا اشترى عبد، وفضل شيء من القيمة؛ هل يكون ملكًا للواقف أو للموقوف عليه؟ فيه وجهان ضعَّفهما المصنف.

وقال: إن المختار أنه يشتري به شِقْصَ عَبْدٍ.

وفي «البحر»: إنه إذا قطعت يد العبد؛ فعلى القاطع نصف القيمة، وفيه وجهان: **أحدهما:** يكون للموقوف عليه، **والثاني:** يشتري بها عبد إن بلغ، وإلا فبعض عبد إن أمكن.

قال: وهذا مبني على القولين في ملك الموقوف لمن يكون، ومن

....

أصحابنا من قال: بالوجه الثاني على القولين معًا على ما ذكرنا، وقال: لا وجه للوجه الأول.

قال: وإذا قلنا: بالثاني، ولم يكن أن يشتري بعض عبد، قيل: له أوجه:

أحدها: تبقى على حاله تبعًا لأصله، وعلى هذا قال بعض أصحابنا: على هذا يجعل الأرش وقفًا، وإن أمكن يشتري عبد آخر به، وهذا لا وجه له.

والثاني: يكون ملكًا للموقوف عليه.

والثالث: يرد على أقرب الناس بالواقف، انتهى، وهذه الأوجه من «الحاوي».

قالوا: وحكم الجناية على الطرف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما يقدم ملكها المشتري للعبد الحاكم، إن قلنا: لله تعالى، وإن قلنا: للموقوف عليه فهو المشتري، وإن قلنا: للواقف فوجهان، والمذكور منهما في «الشرح الصغير» أن له ذلك، وينبغي أن يكون المشتري له هو الناظر الخاص في الوقف من كان، ولا يجوز أن يشتري عبد بقيمة الأمة ولا عكسه، ولا صغير بقيمة الكبير على أقوى الوجهين، ولعل محلهما عند تعذر الكبير، ولم أرهم ذكروا حكم العكس، وهو محتمل.

ثالثها: لا بدَّ من إنشاء الوقف على الأصح، وبه جزم الإمام والمتولي، قال القاضي الحسين: والذي يثبته الحاكم، قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يجد الوقف، انتهى.

ويجيء للناظر الخاص ما ذكرنا، وربما سبق في نظير المسألة، وفي المرهون كلام؛ فراجعه.

رابعها: لو كانت الجناية توجب القصاص، قال المتولي وتبعه الرَّافِعِي: إن قلنا: الملك لأحدهما استوفاه المالك، وإن قلنا: لله تعالى؛ فهو لبُعد بين الحال، والظاهر وجوب القصاص، ويستوفيه الحاكم، والذي ذكره الْمَاوَرْدِيُّ، واقتضى إيراد «البحر» ترجيحه منع القصاص في النفس، والطرف

وَلَوْ جَفَّتْ الشَّجَرَةُ لَمْ يَنْقَطِعْ الْوَقْفُ عَلَى الْمَذْهَبِ، بَلْ يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعًا، وَقِيلَ: تُبَاعُ، وَالثَّمَنُ كَقِيمَةِ الْعَبْدِ.

لما فيه من استهلاك الوقف، وذكر شارح أن قضية كلام القاضي أبي الطيب والحسين وابن الصباغ تقتضي موافقة الْمَاوَرْدِيِّ، ومخالفة الْمُتَوَلِّي والرَّافِعِي؛ فليعتقد أن الصحيح المنع.

قال: وقولهما: «كعبيد بيت المال» كأنه نفقة لا نقل أي: لظهور الفرق.

خامسها: ذكر الجوري أنه لو حبس فرسًا في سبيل الله فهرم، ولم يبق فيه موضع للركوب أنه يستبدل به، وكذا لو مات العبد أو قطعت أطرافه، وفيه نظر!

وفي «البحر» عن القاضي أبي الطيب وغيره أنه لو زمن العبد الموقوف لا يجوز بيعه لا يختلف أصحابنا فيه.

ثم قال: ويحتمل وجهًا آخر أنه يجوز بيعه قياسًا على الدابة بدليل أن ابتداء وقفه لا يجوز، انتهى.

وسبق الكلام في حيوان مأكول، انتهى إلى حاله فقطع فيها بمؤنة إذا لم يذبح، وفي «البحر» أنه إذا قطع طرفه قودًا كان الباقي وقفًا كان، ثم حكى عن «الحاوي» أنه لو قطع طرف العبد الموقوف قصاصًا، فإن كانت المنافع باقية ترك على حاله وإن بطلت المنافع بيع، ويشترى بثمنه عبدًا يكون مكانه كالبعير إذا عطب، انتهى.

قال: (**وَلَوْ جَفَّتْ الشَّجَرَةُ**) أي: أو قلعتها الريح.

(**لَمْ يَنْقَطِعْ الْوَقْفُ عَلَى الْمَذْهَبِ، بَلْ يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعًا**) أي: إما بإيجار أو بغيره أدائه لعين الوقف وقيل: ينقطع الوقف وسنذكره.

(**وَقِيلَ: تُبَاعُ**) أي: لتعذر الانتفاع بشرط الواقف.

(**وَالثَّمَنُ كَقِيمَةِ الْعَبْدِ**) أي: المتلف، وحكمها ما سبق.

قال الرَّافِعِي: ويجوز أن يشتري به ودي، ويغرس موضعها، وهو حسن، والحاصل أوجه: **أصحها**: بقاؤها وقفًا.

وَالْأَصَحُّ جَوَازُ بَيْعِ حُصْرِ الْمَسْجِدِ إِذَا بَلِيَتْ وَجُذُوعِهِ إِذَا انْكَسَرَتْ وَلَمْ تَصْلُحْ إِلَّا لِلْإِحْرَاقِ.

وثانيها: بيعًا، ويشترى شجرة بثمنها أو شقصًا، ويوقف مكانها.

والثالث: يبعها ويصرف ثمنها إلى الموقوف عليه.

والرابع: لا حاجة إلى البيع، وتصير ملكًا للموقوف عليه.

والخامس: يقطع الوقف، وينقلب ملكًا للواقف ولورثته.

وذكر ابن الرِّفْعَة أنه ينتفع بها جذعًا إن لم يكن في استيفاء منفعته استهلاكه، فإن كان فالأصح أنها تكون للموقوف عليه.

فرع: قال الرافعي: زمانة الدابة (١) كجفاف الشجرة، إن كانت مأكولة، فإنه يصح بيعها، وإلا لم يجئ الخلاف في بيعها، أو لا يصح إلا على وجه شاذ لأصل جلدها.

قلت: وهذا فيما إذا لم يبق بها منفعة بعد الزمانة وإلا فقد تبقى مع الزمانة منفعة حمل الأنثى، ونزوان الفحل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ جَوَازُ بَيْعِ حُصْرِ الْمَسْجِدِ إِذَا بَلِيَتْ وَجُذُوعِهِ إِذَا انْكَسَرَتْ، وَلَمْ تَصْلُحْ إِلَّا لِلْإِحْرَاقِ**) لئلا تضيع ويضيق المكان بلا فائدة، وهذا ما صححه الإمام والرَّافِعِي.

والثاني: لا يباع؛ لأنها عين الوقف، وبه جزم في «البحر» في الحصير وكذلك الْبَغَوِي فيه وفي غيره، واستبعد الإمام فعل الأول بصرف ثمنها في مصالح المسجد.

قال الرَّافِعِي: والقياس أن يشتري بثمن الحصير حصير، ولا يصرف إلى منفعة أخرى، ويشبه أن يكون هو المراد بإطلاقهم، ويؤيده قول الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو بلى حصير المسجد؛ جاز للحاكم إبداله بحصير أصغر منه، وقول الشيخ أبي علي والْبَغَوِي: إنَّا إذا جوزنا بيع ستر الكعبة البالي استر به

---

(١) الزمانة: آفة في الحيوانات، ومنه المرض المزمن- نسأل الله العافية.

……

ستر دكانه، والخلاف جاز في نحاته وأخشابه عند البخر، وفي أستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جَمال، وقيل في الجذع والشجرة الجافة: إذا لم يصلحا إلا للإحراق إنهما يوقدان فيما يصلح للمسجد من حصير ونحوه.

وأما البيع فلا.

تنبيهات: تتضمن بعض تكرار، قال الرَّافِعِي: وموضع الوجهين في الموقوف أما لو اشتراه الناظر، وذهب للمسجد، وقبله الناظر فيجوز بيعه عند الحاجة؛ لأنه ملك، انتهى.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لو رقَّ حجر الطاحون الموقوف، فاشترى بغلة الوقف حجر يكون ملكًا للمستحق إلا أن يكون الواقف قد شرط أنه يبدأ بعمارته من غلته، فالحجر المشترى من الغلة يكون موقوفًا كالأصل، انتهى.

وفي «الكافي» في حصير المسجد وخشبه وما يشترى به قيمة لعمارته إن كان شيء لم يتناوله وقف الواقف، ولا يولد من الوقف يجوز بيعه، قيل: وهذه العبارة إن كانت محررة يقتضي جريان خلاف في بيع حصر المسجد إذا بليت، وإن لم يوقف.

قلت: يؤيده قول «التهذيب» وكل ما اشترى للمسجد؛ لأنها صارت كجزء من أجزائه، فإن بلى منها شيء بحيث لا يحتاج إليه المسجد كالسقوف العتيقة والحصير البالية ففي بيعها وجهان: أحدهما: يجوز ويصرف ثمنها إلى المسجد، والأصح لا يجوز، وكذا قال: الشيخ أبو علي في شرح «التلخيص» ومنه أخذ الْبَغَوِي ذلك، ووافقهما الخوارزمي؛ وظاهر عبارتهما أنه لا فرق بين ما يشترى من ذلك المسجد، وبين ما وقف عليه، وفي حكم الحصير ما تكسر من قناديله وخيامه ونحاتة خشبه، وأطلق في «التلخيص» أنه لا يجوز بيع أستار الكعبة، وما علق فيها من محاريب وقناديل.

قال أبو علي: وهذا صحيح؛ لأن ذلك إنما علق ليكون كسوة لها لا يؤخذ

....

عنها بحال فهو في معنى جدارها وسقفها.

قال أبو علي: فإن أشرف شيء من هذه الأشياء على الهلاك، ولم يبق فيه منفعة، ولا جمال لها، قال: فهل يجوز بيعه وصرفه إلى كسوة أخرى منه؟ يحتمل أن يكون على الوجهين والحصير والنقض، والصحيح في الكل أنه لا يجوز أن يباع بحال، انتهى.

واعلم أن الجذع المنكسر إنْ صلح لشيء سوى الآخر، إنْ لم يجز بيعه قطعًا مثل أن يتخذ منه أبواب وألواح أو غير ذلك، مما يمكن في آلات العمارة كان مانعًا من بيعه فيما يظهر، وقد تقوم قطعة من الجذع مقام آجُرَّةٍ أو لبنة، وقد تقوم النحاتة والنشارة مقام التراب والتبن.

فائدة مهمة: قال الرَّافِعِي: ويجري الخلاف في الدار المتهدمة، وفيما أشرف الجذع على الانكسار، والدار على الانهدام، أما إشراف الجذع على الانكسار فذكره الإمام، ولم يرجح فيه شيئًا بخلاف المنكسر، والمراد به يخفف منه أنه يصير على هذه الحالة أما إذا أمكن بقاؤه لغير الإحراق ليس من صور المسألة، ويجب الجزم بأنه إذا أمكن بثمن ونحوه أنه يبقى.

وأما الدار فقد أنكر بعض المحققين من أهل العصر على الرَّافِعِي ما ذكره، وقال: أنه لم ير في المشرفة على الانهدام حد أقوال الإمام، ومما يتصل بهذا الأصل أن مَن وقف دارًا فأشرفت على الخراب، وعرفنا أنها لو انهدمت عند ردها وإقامتها، ذهب الأكثرون إلى منع البيع، وجوَّزه مجوزون، وهذا من الإمام مصرح بأن الخلاف في بيع الدار عنده أضعف من بيع الجذع المشرف الذي هو أضعف من الجذع المنكسر، وكيف تشابه الدار الجذع المنكسر الذي لا يصلح لغير الإحراق، والدار مشتملة على أرض لا يعدم، ولا يخشى ضياعها والانتفاع بها، وإن تعطل وفي وقت توقع آخر.

والذي قاله: الْمُتَوَلِّي والرُّويَانِيّ وخلائق: إنه لا يجوز بيعها إذا خربت، وهو الحق، وإذا كانت خراب لا تباع، فالمشرفة عليه كيف تباع؟! ما أظن هذا

....

إلا وهمًا من ناقل كتاب حكاية الرَّافِعِي وترتيبه وعبارته أوجبت وهما أشد منه، وهو أن الصحيح جواز بيعهما قاله: لم أر الدار المتهدمة إلا للرَّافِعِي، ولا الدار المشرفة إلا للإمام ومن تبعه، ولا رأيت من صحح بيع الجذع المنكسر والحصير غير الإمام، ومن تبعه، وأظن أن الرَّافِعِي في الدار المتهدمة ذكر الإمام الدار المشرفة، فظن أنه إذا جاز بيع المشرفة فبيع المتهدمة أولى، وفيه نظر؛ لاحتمال أن يقال: المأخذ في المشرفة انهيار ما بقي من منفعتها إذا تحقق أنها لو انهدمت، فلا يبقى فيها منفعة أصلًا، فلا تباع لعدم من يقصد شراءها، فقد صارت عدمًا، ثم حكى من بُعد عن عبارة «الوسيط» قد تساعد ذلك.

قال: وأما المتهدمة التي يُقصد شراؤها؛ فلا تباع، وأما المشرفة على تلك الصورة بطريق الأولى، وكلام الإمام يمكن حمله على الصورة الأولى فقط، ولا يمكن حمل كلام الرَّافِعِي على الثانية، وهي ما لا قيمة لها؛ لأنها لا تقصد، وما لا يقصد لا يقال: إنه يباع أو لا يباع، بل يصح أن يقال: لا يباع دون عكسه.

قال: وهذه كتب الأصحاب موجودة ثم نقل عن جماعة منهم منع البيع من غير خلاف لأحد.

وقال الرُّويَانِيُّ وغيره: إنه غلط مع حكايات كثير منهم الخلاف في بيع الشجرة والجذع.

قال: فانتهينا إلى أن الإمام منفرد بالتصحيح في الحصير والجذع، والرَّافِعِي منفرد بنقل الخلاف في الدار المتهدمة، وإقصاء كلامه التصحيح فيها وفي المشرفة، وأنكر قول: الحاوي الصغير، وداره المتهدمة، فيظن من رأى أنه الذي عليه الفتوى ومعظم الأصحاب، ولم يقل: به واحد منهم؛ فلا قوة إلا بالله، ومع ذلك يقال: لِمَ فرض «الحاوي» ذلك في دار المسجد؟ وأي فرق بينهما وبين الوقف على غيره، والرَّافِعِي أطلق الكلام، وقد يقال: دار المسجد مستحقها المسجد، وهو شيء واحد، حاجته حاصلة الآن؛ فالمتصرف عليه نظره شامل.

وَلَوْ انْهَدَمَ مَسْجِدٌ وَتَعَذَّرَتْ إِعَادَتُهُ لَمْ يُبَعْ بِحَالٍ.

وأما الموقوفة على بطون، فالبطن الذي لم يأت بعد ليس له تصرف عليه، وقول ابن الرِّفْعَة على غير المسجد، فلم أره لأحد، والإمام والرَّافِعِي أطلقا، وأطال - كَلَّلهُ تعالى - الكلام على ذلك في عدة أوراق، والحاصل أنه لا يجوز بيع الدار كما هو الجواب في «التتمة»، و«البحر»، و«التحرير»، و«التجريد»، و«الشامل»، وفي «الكافي»، والدار الموقوفة إذا انهدمت وخربت وتعطلت منافعها لا يجوز بيعها، ولا شيء منها، انتهى.

ولا شكَّ أن هذا هو المذهب المعروف، وقول عامة أصحابنا، ونقله الإمام عن الأكثرين فالمشرفة خاصة، وهو المعروف عن مذهبنا، وفي ثبوت خلافه عن أحد من أئمتنا وقفة ظاهرة، والعلم عند الله تعالى.

وقال: في «البحر» والجذع، قال القاضي الطبري: لا أعرف أحد من أصحابنا أنه جوَّز بيعه، وقال مرة أخرى: فيه وجهان إذا لم يمكن استعمالها بوجه، وهذا يؤيد ما قدمناه بحثًا.

قال: (**وَلَوْ انْهَدَمَ مَسْجِدٌ، وَتَعَذَّرَتْ إِعَادَتُهُ لَمْ يُبَعْ بِحَالٍ**) كالعتق، ولإمكان الصلاة والاعتكاف في عرضته، وحكى جواز البيع عن سفيان الثوري، وقيل: إنه رواية عن أحمد، والأئمة على المنع.

قال الدارمي: إذا خرب المسجد، وسقطت البنية، وليس مِن بيت مال يعمر منه لا يمكن حفظه، ولم يحول من مكانه، وقيل: يجوز تحويله للحفظ ويجوز أن يبنى به غيره للضرورة.

وقال القاضي الحسين: إذا خربت المحلة؛ فلا بأس بنقل سقف المسجد وخشبه إلى مسجد آخر لمحلة عامرة، فأما نقل خشبه إلى رباط؛ فلا يجوز إلا إذا لم يوجد مسجد آخر في محلة غيرها، فحينئذ يجوز صرفها إلى رباط وغيره.

وقال المتولي: إذا خربت المحلة، ولم يخف على المسجد من المفسدين أن ينقضوه ترك، وإلا نقض، ونقل إلى مسجد آخر، والأولى أن يصرف لأقرب مسجد من المحلة، فإن نقل إلى مسجد أبعد؛ جاز.

....

قلت: ويجيء أنه إذا خصه الواقف بطائفة، وقلنا: يختص بهم أو لا ينقل إلا إلى مسجد خصص لهم قرب أم بعد، فإن لم يوجد ذلك نقل على غيره.

قال الْمُتَوَلِّي: ولا يصرف خشبه إلى غير المساجد من رباط وغيره، وعلى هذا إذا كان للمسجد أوقاف فخرب المسجد والمحلة صرفت الغلة إلى مسجد آخر، وهكذا الرباط الموقوف على المارة وغيره من سبل الخير، وإذا خيف على ما فيها من الآلات أجزأ المحلة، فتنقل إلى رباط آخر، ولا يتعدى ذلك النوع إلا بألا يؤجر الحسن، فيصرف إلى نوع آخر للضرورة، وكذلك إذا تعطل الرباط أو فعل حاجته، فإن الربع يصرف إلى رباط آخر إن أمكن، ولا يصرف عند التعذر إلى فرع آخر، انتهى.

وفي نقل الفاضل من غلة الرباط العامر عن حاجته إلى رباط آخر نظر؛ بل القياس إن صار الفاضل له، وقد قال العبادي: لو وقف على ثغر فاتسعت خطة الإسلام حوله، إنْ استولى عليه الكفار؛ حفظت الغلة لِاحْتِمَالِ عَوْدِهِ ثَغْرًا.

قال: ولو وقف على قنطرة فانخرق الوادي وتعطلت، واحتيج إلى غيرها، جاز نقلها إلى ذلك الموضع، وحكى في «البحر» ذلك أنه لو وقف على قنطرة فخربت واستغنى الناس عنها، ولا يرجى الاحتياج إليها فيحتمل أن يقال: تصرف إلى أقرب القناطر إليها، وهو أقرب إلى مقصود الواقف، انتهى.

فرع: في «الحاوي» أنه لو بطل المسجد لم يبطل الوقف، وتصرف غلته إلى الفقراء والمساكين، وكذا جزم به الرُّوِيَانِيُّ في «البحر» وصرَّح به في موضع آخر، بأنه منقطع الآخر، ويوافقه أن في «فتاوى الحناطي» نقل وجه أنه يصرف إلى أقرب الناس بالواقف، وسبق كلام القاضي الحسين فيه ينبغي أن يقال: إن كان الواقف عليه الإمام عادت الغلة بعد خزانة المصالح أو غيره من الآحاد؛ فهو موضع الوجود.

فرع: قال فى «البحر»: إذا اكتفى المسجد ببعض غلته، وفُضل منها فضلة ظاهرة، مثل إن كانت ثلاثة آلاف درهم، وعمارته مائة درهم؛ فيه وجهان:

أحدهما: قال ابن أبي هريرة: يحفظ الفاضل للمسجد بجواز أن يحتاج إليه في باقي الحال، وقال أبو الحسن بن القطان: يشترى به عقار يوقف على المسجد؛ لأنه أحفظ له، انتهى.

وهكذا رأيتهما في فروع ابن القطان قال: وقال ابن أبي هريرة: كيف يكتب؟ قلت: يكتب باسم الوكيل، انتهى.

ونقل الدارمي قول ابن أبي هريرة قال: وقال ابن القطان يسترد إذا كان في الشرط، انتهى.

وإذا كان في الشرط لا ينازع فيه ابن أبي هريرة فيما أظن؛ بل يتعين الاسترداد إلى أن يجعل ذلك إلى رأي الناظر؛ فيعمل ما يراه المصلحة، وعن ابن كج أنه إذا حصل مال كثير من غلة المسجد أُعدَّ منه قدر ما لو خرب المسجد أعيدت به ويشترى بالزائد ما فيه للمسجد زيادة غلة، والمذكور عن «فتاوى القفال» أن الموقوف لعمارة المسجد لا يشترى به أصلًا.

قيل: وليس بين كلامه، وكلام ابن كج منافاة؛ لأن كلام القفال في الموقوف للعمارة والشراء ليس من العمارة، وما قاله ابن كج: محله في الموقوف على مصالح المسجد أو على المسجد، وجوزناه، أي: من غير نص على العرف، وهو الأصح، فينبغي الجزم بما قاله؛ لأن الشراء للمسجد من مصالحه، وأطال هذا القائل في هذا، وفيما قاله: في الجمع نظر، من حيث النقل، إن كان حسنًا، ورأيت في «فتاوى ابن الجوري» أنه سئل عما يفضل من أوقاف الربط والمساجد التي يضع به؛ فإن رأى الناظر فيه أو الحاكم أو نائبه أن يشتري له به ملكًا يكون حكمه، فأجاب: إذا رأى أن يشتري به عقارًا فعله، ولا يكون وقفًا، ويجوز بيعه بثمنه، ورأيت في «فتاوى» منسوبة إلى «الغزالي» إذا رأى الحاكم وقفه على جهة فعل وصار وقفًا.

قال ابن البزري: ويجب أن يصبح الوقف من غير مالك، انتهى، وهذا منه يقتضي أنه ليس للإمام أن يوقف شيئًا من بيت المال.

....

فرع: إذا وقف على عمارة المسجد أو مصالحه لا يجوز صرف الغلة إلى النقش والتزويق، وعبارة القاضي الحسين إلى التجصيص والتزويق.

قال: وروي عن عبد الله بن مسعود - ﷺ - أنه مرَّ بمسجد مزخرف فقال: «لعن الله مَن زخرفه، أو قال: لعن الله مَن فعل هذا، المساكين أحوج مِن الأساطين» انتهى.

وما يفعله جهلة النظار من ذلك سفه وتبذير مضمن، والعجب أنهم يحرمون المستحق الريع المصرف فيهم، ﴿وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعًا﴾ [الكهف: ١٠٤].

قال الْبَغَوِي في «شرح السنة»: لا يجوز نقش المسجد بما لا إحكام فيه.

قال في «الفتاوى»: وإن كان فيه إحكام فلا بأس؛ لأن عثمان ﷺ بنى المسجد بالفضة والحجارة المنقوشة.

قال: ومن زوَّق مسجدًا أي: متبرعًا؛ لا يعد من المناكر التي يُبالغ فيها كسائر المنكرات لا يفعله تعظيمًا لشعائر الإسلام، وقد تسامح فيه بعض العلماء، وأباحه بعضهم.

ثم قال في موضع آخر: لا يجوز نقش المسجد من غلة الوقف، ويغرم القيم إن فعله، ولو فعله رجل بمال تعينه كره؛ لأنه يشغل قلب المصلي، انتهى.

وغيره أطلق عدم الجواز؛ لأنه بدعة منهي عنها وفيه تشبه بأهل الكتاب، ولو وقف على المسجد مطلقًا لم يجز الصرف إلى النقش والتزويق على الصحيح؛ بل الصواب: وعلى القيم الضمان، ولو وقف على النقش والتزويق لم يصح على الأصح؛ لأنه منهي عنه.

فرع: أفتى الغزالي بأنه يجوز وقف الستور لتستر بها جدران المسجد سواء الحرير وغيره، قال: ولا فرق بين الكعبة وغيرها.

قال الرَّافِعِيُّ: وينبغي أن يجيء فيه الخلاف في النقش والتزويق.

فَصْلٌ

إنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ أُتْبِعَ، وَإِلَّا فَالنَّظَرُ لِلْقَاضِي عَلَى الْمَذْهَبِ.

قلت: أفتى القاضي الإمام أبو بكر الشَّاشِي أنه لا يصح ويكره، وأجاب غيره بأنه لا يجوز، وهو المختار، ولا يقاس بالكعبة غيرها، ثم رأيت الْبَغَوِي قال في «الفتاوى»: الستائر للمساجد، فلا يجوز تعليق ستر الديباج عليها ولا بدهنها، والكعبة مخصوصة به؛ لعظيم أمرها كما اختصت بأشياء دون سائر البلاد.

قال: (**فَصْلٌ: إنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ أُتْبِعَ**) أي: سواء، قلنا: الملك له أو للموقوف عليه، أو لله تعالى لأنه المتقرب المتصدق فيتبع شرطه هذا كغيره.

قال الرَّافِعِي: وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الواقف على معين، وشرط التولية لأجنبي هل يتبع شرطه إذا جعلها الملك للموقوف عليه؟ والمشهور الأول يعني: اتباع شرطه، ونازعه ابن الرِّفْعَة في ذلك، وكذلك لم يتعرض له الْغَزَالِيُّ في شيء من كتبه، ولا رأيناه في غيرها، والأمر كما قال: ابن الرِّفْعَة، ومستند الرَّافِعِي قول: الإمام في صدر كلامه إلى ظاهر المذهب، ثم ذكر بحثًا بعده، فيحتمل أنه أشار بظاهر المذهب إلى البحث لا إلى خلاف محقق، وسواء فرضه في الحياة أو أوصى به فيجب العمل به.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يشرطه لأحد.

(**فَالنَّظَرُ لِلْقَاضِي عَلَى الْمَذْهَبِ**)، وقيل: للواقف، وقيل: للموقوف عليه، هذه طريقة أطلقها جماعة، وأطلق كثيرون أن النظر في حال السكوت للواقف من غير ذكر خلاف، ولا يتأتى بعضهم النظر على أقوال بالملك على خلاف فيه.

قال الرَّافِعِي: والذي يقتضي كلام المعظم الفتوى به أن يقال: إن كان الوقف على جهة عامة فالتولية للحاكم، وإن كان على شخص معين فكذلك إن جعلنا الملك لله تعالى، وإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه فالتولية كذلك.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا فيما لا يضاهي التحرير، فأما ما يضاهيه كالمسجد

والمقبرة والرباط؛ فالذي يقتضيه كلام الجمهور أن النظر في ذلك إلى الإمام، وأن الواقف فيه كغيره من الناس.

فائدة: قد يؤخذ من قوله: «إنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ... إلى آخره» أنه ليس للقاضي أن يولي في المدرسة وغيرها إلا عند فقد الناظر الخاص من جهة الواقف؛ لأنه لا نظر له معه كما دلَّ عليه كلامهم، ولم أر لهم نصًا يخالفه، وربما يأتي فيه كلام.

فائدة: استخرج ابن الرفعة من كلام الأئمة وجهين في أن واقف المسجد أولى بإمامته، والأذان فيه أم لا؟ قال: وعندي اشتراط الواقف النظر لنفسه أو لغيره لا شكَّ في ثبوته، نعم قال الماوردي في «الأحكام»: إن تولية الإمامة في مساجد المحال للواقف، وكذا نص المصدرين في العلم وغيره فيها، وأما المساجد الكبار والجوامع ومساجد الشوارع، فالتولية فيها للسلطان؛ لأن ذلك من الأمور العظام فاختصت بنظره.

فائدة: وذكر في «المطلب» عن الجوري أن واقف المسجد أحق بالصلاة فيه والأذان وغيرها، ولو اشترطه كان أثبت، وولده من بعده أحق به، وكذا اعتبرته أولى من غيرهم، وعمل الناس عليه، انتهى، وهذا لا يجيء على ظاهر المذهب.

فائدة ثالثة: وقع في «الفتاوى» أن رجلًا وقف وقفًا بـ «دمشق»، وجعل نظره للحاكم، وكان إذ ذاك شافعيًا ثم أحدث الملك الظاهر بيبرس في سنة أربع وستين وستمائة القضاة الأربعة، وتوفي الشافعي الموجود حالة الوقف؛ فهل يختص النظر بالقاضي الشافعي بعده؟

أجاب جماعة من أئمة العصر من الشافعية والحنفية: بأنه يختص به الشافعي.

ووقع بعد تولية القضاة الأربعة فتوى فيمن شرط النظر لزيد ثم لحاكم المسلمين بـ«دمشق»؛ فأفتى الشيخ برهان الدين الفزاري - رحمه الله تعالى - بأنه لا

وَشَرْطُ النَّاظِرِ الْعَدَالَةُ وَالْكِفَايَةُ، وَالِاهْتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ.

يختص النظر المشروط للحاكم بمعين، ونوزع في ذلك، وأجاز مَن شرح بعض «المنهاج» اختصاص الشافعي بالنظر في الأوقاف التي شرطت للحاكم، والتي سكت عن شرط نظرها إلى الحاكم، وبسط القول في ذلك، وأشير إلى أمور ذكرتها في «الغنية»، ولم ينشرح الصدر لما ذكره - رحمه الله تعالى -.

قال: (**وَشَرْطُ النَّاظِرِ الْعَدَالَةُ وَالْكِفَايَةُ، وَالِاهْتِدَاءُ إِلَى التَّصَرُّفِ**) فالكلام يقتضي اعتبار ثلاثة أمور، والمذكور في كتبهما وغيرها اعتبار وصفين الإمامة وكفاية التصرف، ولا شكَّ أن قوله: «والكفاية» كافٍ؛ لأن من لا يهتدي إلى التصرف لا يكون كافيًا قطعًا، ورأيت بخطه - رحمه الله تعالى - في مسودة «شرح المهذب» هنا قال أصحابنا: ويشترط في الناظر العدالة والكفاية، وهي الاهتداء إلى التصرف، وهذه العبارة هي الصواب، وحمل قول «المنهاج»: «والاهتداء إلى التصرف» على أنه بيان لبعض ما أجمله من «الكفاية».

واعلم أنه لا فرق في اعتبار الوجهين بين الوقف على جهة عامة، والوقف على أشخاص معينين، وفي هذا وجه شاذ أنه لا يشترط في ناظره ذلك، ويجوز نصه مع عزوفٍ عنهما؛ لأنه إن قال: أقاموه، فإن أبى اسْتَعْدَوا عليه، وليس بشيء، ويجب صرفه فيما إذا كانوا رشدًا حاضرين، ولا فرق في اشتراط العدالة والكفاية بين الواقف والموقوف عليه وغيرهما، سواء كان النظر له بالشرط أم بغيره، إذا قلنا: به عند الإطلاق: نعم قد يخطر بالثاني أنه لو وقف شيئًا على زيد خاصةً ثم بعده على جهة عامة أو غيرها، وجعل له النظر مدة حياته أنه لا يعتبر فيه الإطلاق التصرف؛ لأنه ينصرف لنفسه فلا يقدح فسقه في حق نفسه، وقد يجاب عنه أنه يخشى على الوقف منه بإفساد بيع أو إتلاف وغيرهما، فالوجه اعتبار العدالة في كل ناظر مطلقًا، وعبارة «الكافي»: ويشترط في قيم الوقف خصلتان الأمانة والكفاية، هذا هو المذهب، فأشار إلى خلاف، ولعله رمز إلى الوجه الشاذ.

تنبيهات:

الأول: لو فرض النظر إلى متصف بالعدالة والكفاية، فاختلت إحداهما

....

نزع الحاكم الوقف منه.

قال ابن الرِّفْعَة: ويشبه أنه ينزعه لمن يستحق النظر بعده؛ تنزيلًا لخروجه عن الأهلية منزلة الموت كما تنقل ولاية النكاح إلى الأبعد بفسق الأقرب، وأنه لو عادت الأهلية عادت الولاية إليه، انتهى.

أما عود الولاية إليه بعود الأهلية فحق، وبه أفتى المصنف، والغرض في الشروط له النظر فقط، وأما انتقالها إلى من بعده، فاستعداد لم ينص الواقف عليه؛ بل ينظر الحاكم كما لو غاب الأهل، الفرق الثاني: هنا لم يجعل له النظر إلا بعد الأول، ولا نسب في حق غيره، وأولياء النكاح السبب بوجود في جميعهم، وهو القرابة، وقدم الأقرب عند أهليته، فإذا لم يكن فيه أهلية عمل المقتضى في الأمور عمله.

وسيأتي إن شاء الله تعالى عن نص الشافعي أنه لو كان مستحق بالولاء ليس بأهل الصغير أو غيره أن الحاكم يتولى تزويج العفيفة لا غيرها ممن ينقل إليه الولاء بموت المستحق له، فكذلك هنا، وسيأتي من كلام الماوردي ما يشهد لقول ابن الرفعة.

الثاني: يشترط في الناظر الذي ينصبه الحاكم العدالة الباطنة بلا شك، وأما منعوت الواقف، قيل: ينبغي أن يكتفي فيه بالعدالة الظاهرة كما في الأب، وإن افترقا في وفور شفقة الأب، وناظر الوقف يحتمل أن يقال: إنه مثله، ويحتمل أن يقال: يكتفى فيه بالعدالة الظاهرة، وهو الأقرب؛ لأن له مستحقين يستعدون عليه، انتهى.

وهذا جنوح إلى ذلك الوجه الشاذ، والوجه اعتبار العدالة الباطنة مطلقًا، وما ذكره هذا الباحث إنما يأتي في بعض الصور كما أشرنا إليه من قبل.

فرع: نقل الرَّافِعِيُّ قبول المتولي للنظر ينبغي أن يجيء فيه ما في قول: الوكيل الوكالة والموقوف عليه، انتهى.

أما المنصوب من جهة الحاكم، ومن يقيمه الواقف باتباعه؛ فهو كالوكيل

وَوَظِيفَتُهُ الْعِمَارَةُ وَالْإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ الْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا ....

المشروط له النظر، فإن كان قد جعل الواقف له حظًّا من الوقف؛ فهو من جملة الموقوف عليهم، وإن لم يجعل له شيئًا؛ ففيه نظر، والظاهر أنه إذا شرط النظر للقاضي لا يحتاج إلى قبوله لفظًا فيما أراه، والله أعلم، وسيأتي نقل بحث فيه لبعض الشارحين.

قال: (**وَوَظِيفَتُهُ الْعِمَارَةُ وَالْإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ الْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا**) زاد في «الروضة» وأصلها أو حفظ الأصول والغلات على الاحتياط، فهذه الستة أشياء موظفة عليه بلا شك.

فرع: يعلق بعض فقهاء العصر كلام الشيخين هنا في أنه ليس للناظر المشروط له النظر التولية في الوظائف في المدرسة وغيرها، وربما يعلق بقولهما، ووظيفته كذا وكذا طالما أنه للحصر، وصاروا يفتون بأن التولية في التدريس للحاكم وحده، وليس ذلك للناظر الخاص، وهذا غير سديد.

وكلام الرَّافِعِي ونحوه محمول على غالب التصرفات، ولو جهل على الحصر؛ لكان محله الأوقاف التي فيها إلا ذلك كما هو الغالب في الوقف على معين أو موصوف بصفة لا يحتاج إلى تولية، وانتصب بعض الشراح -رحمهم الله تعالى- لينظر ذلك، وأطال القول فيه، وقد سقت بعض كلامه، ومقاصده في «الغنية»، وهو الذي يعتقده، وأن الحاكم لا نظر لدفعه، ولا يصرف؛ بل نظره معه نظر إحاطة ودعاية كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - بيانه في إذن القضاء، وقد صرَّح من لا أحصي ممن تقدم هذا العصر أو بنص كلامه وفتواه مما اخترته، وسيأتي عن فتاوى الْبَغَوِيِّ أن الواقف نصب نفسه؛ فإن قلت: قال الْمَاوَرْدِيُّ: من بنى مسجدًا ليس له أن ينصب فيه إمامًا، وذلك من وظيفة الحاكم.

قلت: فإن الشارح المشار إليه في الجواب لعل مأخذه أن وَقْف الْمَسْجِدِ تَحْرِيرٌ؛ فلا يكون النظر عليه لأحد، ولا يصح بشرطه بخلاف الوقف على المسجد، وبخلاف المدرسة، انتهى، وهذا غير سديد.

وقد سبق تصريح الْمَاوَرْدِيِّ في «الأحكام السلطانية» بخلاف ذلك، ولعل

فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَذِهِ الْأُمُورِ لَمْ يَتَعَدَّهُ.

مراده بهذا أنه بمجرد بنائه للمسجد، ووقفه منه مسجدًا لا يستفيد به نصب الإمام، وأما إذا جعل النظر لنفسه؛ فلا ينبغي حمل كلامه عليه أو حمل إطلاقه بعدًا على أحد القسمين السابقين في كلامه على أن الرُّويَانِيَّ اختار أن الواقف أحق بالأذان والإمامة فيه، وقاله الجوري قبله، وزاد عليه.

قلت: أَفْتَى ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ بِأَنَّ الْمُدَرِّسَ هُوَ الَّذِي يُنْزِلُ الْفُقَهَاءَ، وَيُقَرِّرُ جَامِكِيَّاتِهِمْ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِلنَّاظِرِ إِلَّا تَحْصِيلُ الرِّيعِ، وَقَسْمُهُ عَلَى الْمُنْزَلِينَ، وهو يعضد فتوى من أنكرت عليه ذلك.

قلت: ينبه أنه يجعل ما ذكره إن عرف زمنه أطرد بذلك؛ فإن في كثير من كتب أوقاف المدارس في الدولة الأيوبية، والفقهاء هم الذين يقرهم أو يعينهم المدرس بالمدرسة، وإلا فمجرد كونه مدرسًا لا يوجب له توليةً، ولا عزلًا، ولا تقديرًا معلومًا.

قال: (فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَذِهِ الْأُمُورِ لَمْ يَتَعَدَّهُ)؛ لأن ما سواه غير مأذون فيه فلا يتعداه، وما سبق فعند الإطلاق، ولو شرط لواحد بقضاء، ولآخر بقضاء آخر لم يتعد كل واحد ما شرط له، ولو جعل النظر لاثنين لم يستقل أحدهما بالتصرف ما لم يتضمن عليه، ولو وقف على جماعة على أن يكون النظر لاثنين منهم، فلم يكن فيهما الأعدل ضمَّ الحاكم إليه عدلًا آخر.

فرع: لَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ لِلنَّاظِرِ شَيْئًا مِنَ الرِّيعِ جَازَ، وَإِنْ زَادَ عَلَى أُجْرَةِ مِثْلِهِ إلا أن يشرط ذلك لنفسه، ومعينًا وقفه على نفسه، فلا يصح الشرط على الأصح، وإن لم يذكر الواقف للناظر أجرة؛ فلا أجرة له على الصحيح كالغسال ونحوه، ولو شرط له عشر الريع مثلًا أجرةً لعمله ثم عزله بطل استحقاقه، وإن لم يتعرض لمكونه أجرة؛ ففي «فتاوى الْقَفَّالُ»: أنه لا يبطل استحقاقه.

قال الرَّافِعِي: يجوز أن يقال: إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض أخذًا من العادة؛ فالعادة تقتضي بأن المشروط للمتولي أجرة عمله، وإن لم يصفه بكونه أجرة، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالعزل، انتهى.

وأبديت في «الغنية» احتمالًا أنه إن جعل له مثل ما جعله لغيره من المستحقين، فيشبه ألا يزول استحقاقه بعزله، وإن أضعف له ذلك؛ فالظاهر أنه قصد به أو بالزائل الأجرة عما عمت به البلوى في هذه الأعصار أن الواقف يشرط لوقفه ناظرًا أو يجعل له على نظره معلومًا، إما مقدرًا أو إما يجريه كالثمن أو العشر، وقد يكون ذلك أضعاف أجرة مثله، ويرفع الناظر عن مباشرة أكثر الأعمال الموظفة عليه بلا خلاف، وينصب في الوقف مباشرين كعامل وجابٍ ومعمار ونحوهم، ويفرض لهم على ذلك تعاليم، ونشيد بما جعل له كاملًا، ولا أحسب له علم أو دين يخير مثل هذا أبدًا، ولا قوة إلا بالله.

إذا كان للقاضي رزق من بيت المال، قال: إليه نظر وقف بالولاية العامة، فليس له أن يأخذ لنفسه شيئًا على النظر إذا لم يكن الواقف قد شرط شيئًا لمن يكون الناظر فيه، وهل لحاكم آخر أن يفرض له شيئًا؟ على النظر القياس، والظاهر المنع؛ لأن عليه النظر فيه بعموم الولاية التي يأخذ الرزق عليها لفصل الخصومات وغيرها، وكما ليس له أخذ سهم العامل إذا أخذ الزكوات وقوفها بنفسه قطعًا.

وقد قال القاضي أبو الطيب في «المجرد» عقب هذه الصورة: وسمعت أبا الحسن الماسرجسي - ﷺ تعالى - يقول: وكذلك القضاة إذا أخذوا أجورهم يعني: أرزاقهم لم يكن لهم أن يدخلوا مع كل متولي ووقف ووصية، انتهى.

وما قدمته ظاهر، ولا يغير بفعل من يتعاطى خلافه من قضاة العصر، نعم لا يتحتم على القاضي النظر بنفسه؛ بل يجوز له نصب عدل كافٍ بأجرة مثله إن لم يجد متبرعًا كافيًا، ثم رأيت بعد الرَّافِعِي قد قاله في «أدب القضاء».

فرع: قال القاضي ابن كج: ذكر جماعة من فقهاء أصحاب الشافعي وأبي حنيفة أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال، فله أن يأخذ عشر ما يتولاه من أموال اليتامى والوقوف للضرورة، ثم بالغ في إنكاره، ثم قال: وأي ضرورة في هذا إن لم يتفرغ للقضاء من غير رزق فليمتنع، ومن ذهب إليه كأنه ذكر العشر

وَلِلْوَاقِفِ عَزْلُ مَنْ وَلَّاهُ، وَنَصْبُ غَيْرِهِ، إِلَّا أَنْ يَشْرِطَ نَظَرَهُ حَالَ الْوَقْفِ.

تمثيلًا وتقريبًا، ولا بدَّ من النظر إلى كفاية وإلى قدر المال والعمل، انتهى.

وهو متضمن لما قلنا: من امتناع ذلك للمرزق المكفي قطعًا، وهو الصواب، سبق عن الرَّافِعِي قبول المتولي يشبه أن يجيء فيه ما في الوكيل أو فصول الموقوف عليه، انتهى، وتكلمنا عليه.

قيل: وإلحاقه بالوكيل في غاية البعد، ويظهر ذلك بما سيأتي في عزله، وأما إلحاقه بالموقوف عليه فيحتمل؛ ولكن هذا أولى لعدم اشتراط قبوله؛ لأن المأخذ هناك أن دخول شيء في ملكه بغير رضاه بعيد، وليس هذا إلا مجرد استحقاق تصرف، وهو إلى خبرته، فهو أشبه بالإباحة، فلا يرتد بالرد بخلاف الوكالة؛ ولهذا أنكرنا إلحاقه بالوكيل وبالموقوف عليه، واخترنا إلحاقه بالإباحة.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: في ناظر الوقف أن نظره يزيد برده وعدم قبوله، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أن ذلك منه يناقض ما قاله: في قبول الموقوف عليه، وإن كان الْمَاوَرْدِيُّ يجعله كالوكالة يسلم من التناقض؛ لكنه بعيد، انتهى، وتأمل بما فصلناه في ذلك من قبل.

وفي «البحر» و«الحاوي» أنه لو جعل الولاية لاثنين من أفاضل ولده، وكان فيهم فاضلان، فلم يقبلا الولاية، يختار الحاكم غيرهما، فإن طلبا بعد الردِّ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ بَطَلَتْ وِلَايَتُهُمَا بِالرَّدِّ، ولا يعود، وإن كانا من أهله ففيه وجهان؛ فظاهر كلامه أن الأجنبي كالوكيل، والله أعلم.

قال: (**وَلِلْوَاقِفِ عَزْلُ مَنْ وَلَّاهُ، وَنَصْبُ غَيْرِهِ، إِلَّا أَنْ يَشْرِطَ نَظَرَهُ حَالَ الْوَقْفِ**).

قال الإمام الرَّافِعِي - ﷺ تعالى -: للواقف أن يعزل من ولاه، ونصب غيره كالوكيل، وكان المتولي نائبًا عنه، هذا هو الظاهر، وبه قال: الإصطخري وأبو الطّيّب ابن سلمة، وفيه وجه أنه ليس له العزل؛ لأن ملكه قد زال، فلا تبقى ولايته عليه.

قال: ويشبه أن تكون المسألة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما

إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان؛ لأن في «فتاوى الْبَغَوِي» أنه لو وقف مدرسةً، ثم قال لعالم: فوضت إليك تدريسها، أو اذهب ودرس، فدرسها إلى فلان، فهو لازم لا يجوز تبديله، كما لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز التبديل بالأغنياء، وهذا حسن في صيغة الشرط، وغير متضح في قوله: وقفتها وفوضت التدريس إليه، انتهى.

ولأجل هذا فصلا في «المحرر» و«المنهاج» قال في «الروضة»: وما استحسنه الرَّافِعِي هو الأصح أو الصحيح، ويتعين أن تكون صور المسألة كما ذكر، ومن أطلق فكأنه محمول على هذا، انتهى.

اعلم أن القول بأنه لا يجوز له عزل من ولاه ونصب غيره، فإن كان الواقف شرط النظر لنفسه أو قلنا: له النظر ثم ولى غيره، ولم يخرج نفسه من النظر؛ فهو وكيله ونائبه، فله عزله ونصب غيره، وإن لم يكن شرط أو لا، قلنا: النظر للحاكم لا للواقف؛ فلا يصح منه حينئذٍ توليته ولا عزله، وقول: الرَّافِعِي يشبه إلى آخره صحيح على ما قلناه: ، لكنه يشكل ويزيل الخلاف الذي حكاه؛ فإن القول بأنه ليس له العزل والحالة هذه لا وجه، والقول بأن له النظر، وإن لم يشترطه، وهو قضية إطلاق كثيرين كما سبق، وقضية إطلاق القفال في «الفتاوى»، وللواقف نصب قيم في الوقف، وله أن يعزله، وإذا مات قبله له أن يوصي إلى غيره بالقيام في أمر الوقف، ومن أوصى إليه فهو في ذلك أولى من قيم الحاكم، انتهى لفظه.

وعبارة «الكافي»: والقيم في الوقف هو الواقف أو من ينصبه؛ فإن عمر ﷺ كان يلي الصدقة، وجعل الولاية بعده إلى حفصة، انتهى.

وهو متبع في ذلك «للتهذيب» فإن كان الإصطخري وابن سلمة يقولان بأن له النظر لمجرد كونه الواقف، فالرافعي لا يقول به؛ فكيف يقول: إنه الظاهر، وقد قال ابن الصلاح في فتاويه: إن جعل النظر إليه في نفس الوقف لم يصح عزله، وإن ولاه بعد تمام الوقف يكون النظر له صح عزله.

……

قال: ومن المصنفين من يعرض بالرافعي من نقل، وفي جواز ذلك وجهان مطلقًا:

أحدهما: أنه يجوز، ونسبه إلى الإصطخري وابن سلمة.

والثاني: لا يجوز، وما تقدم أظهر، انتهى.

والظاهر أن الْبَغَوِي ماشٍ على طريقة القفال، وذكرت على كلامه في «الغنية» شيئًا يطول ذكره؛ فراجعه.

فروع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: لو شرط النظر للأفضل، فالأفضل من بينهم كان لأفضلهم حالة استحقاقهم النظر، فلو تحدد أفضل منه لم يكن له، نعم له أن يغير حالة انتقلت الولاية إلى من هو أفضل منه، فلو جعلها للأفضل من ولده.

وفي دخول الإناث وجهان؛ ثانيهما يراعي الذكور؛ لأنهم أفضل، ولو لم يقبل الأفضل؛ الولاية كانت لغيره؛ فإن عاد وطلبها بعد الردِّ، ولم يكن من أهل الوقف طلب ولايته ولا شيء له كالوصية، وإن كان من أهله ففيه وجهان مبنيان على أنه إذا لم يشرط النظر لأجل، انتهى.

وتابعه الرُّويَانِيُّ على ذلك كله، وعلى الأصح فيما بني عليه الخلاف لا فرق بين من هو من أهل الوقف وبين الأجنبي، وعندي وقفة فيما لو تحدد فيهم من هو أفضل أنه لا يستحق، وينبغي أن يستحق وينعزل الأول عملًا بقضية كلام الواقف من عمرو إلى الفقراء فعزل زيد نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء لم ينفذ عزله، ولا يملك الواقف عزله في الحال، ولا بعده كما سبق، وأنه ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الإسناد قبل تعيين النظر، وأنه لو شرط النظر للأرشد من أولاده، فأثبت كل منهم أنه الأرشد اشتركوا في النظر من غير استقلال، إذا وجدت الأهلية في جميعهم؛ فإن وجدت في بعضهم اختص بذلك؛ لأن البينات تعارضت في الأرشد وتساقطت، وبقي أصل الرشد كقيام البينة ترشد الجميع من غير تفضيل، وحكمه التشريك لعدم المزية.

قلت: وفيما ذكره نظر أوضحته في «الغنية»، وأنه لو كان في النظر على

وَإِذَا أَجَّرَ النَّاظِرُ فَزَادَتِ الْأُجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ].

مواضع في بلد فأثبت أهلية نظره في مكان ثبتت أهليته في باقي الأماكن من حيث الأمانة، ولا تثبت من حيث الكفاية إلا أن تثبت أهليته في سائر الوقف.

قلت: يظهر أنه إذا ثبتت أهليته في معين منها، وهو أجلها أو أخرجها إلى الكفاية التامة لكثرة مصارفه وأعماله أو احتياجه إلى المراعاة ونحوها؛ فإن ثبتت أهليته فيما دونه نظر فالأولى والخلاف العكس، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا أَجَّرَ النَّاظِرُ**) أي: على عين نفسه.

(**فَزَادَتِ الْأُجْرَةُ فِي الْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ**) وبه جرى بالغبطة في وقته، فأشبه ما لو باع الولي مال المحجور، ولزم العقد بما ارتفعت القيمة بالأسواق، أو ظهر طالب بالزيادة.

والثاني: ينفسخ؛ لأنه تبيَّن وقوعه على خلاف الغبطة في المستقبل، هكذا أورده وبالغ المصنف في تزييفه في «الفتاوى»، وعبارة الإمام عنه جاز للمتولي بعض الإجارة؛ بل وجب عليه، ونصيبها أنه يفسخ ولا ينفسخ.

والثالث: إن كانت الإجارة سنةً فأقل لم يتأثر العقد، وإن كانت أكثر فالزيادة مردودة يعني: أنه ينفسخ في الزيادة على السنة.

قال الإمام: وهذا له إيحاء في الوقف على جهات الخير، فعلى هذا يحتمل أن يقال: المتولي يفسخ، ويحتمل أن يقال: إن الإجارة تنفسخ، وعندي أن هذا فيما إذا تغيرت الإجارة بكثرة الطالبين، فأما إذا وجدنا زبونًا يزيد على أجرة المثل، فلا حكم لما يزيد هذا لفظ «النهاية»، ومثله قول «البسيط» هذا فيما إذا ظهرت زيادة الرغبات، فإن وجد زبون أو معاند فلا نظر إليه بحال، وعبر بالفسخ لا بالانفساخ، ومال إلى الوجه الثالث.

قال: ولم يتعرض أحد من أصحابنا لفسخ الإجارة في مال الطفل بظهور الزيادة.

قال الإمام: فإن نسب صاحب الوجه الثاني طرد الخلاف في ذلك كان

....

قوله قريبًا من خرق الإجماع، انتهى.

وأجيب بأن فتوى ابن الصلاح ما أشار إليه الإمام والغزالي من تغير الأجرة بكثرة الطالبين، وهي أنه لو أجر الناظر الوقف مدة معلومة بأجرة معلومة، وشهد شاهدان أنها أجرة المثل يتبين بطلان العقد، ويتبين أن الشاهد بأجرة المثل لم يصيب في شهادته، وذلك أن تقويم المنافع في مدة ممتدة إنما تصح إذا استمر الحال الموجودة حالة التقديم التي هي حالة العقد، أما إذا لم تستمر تلك الحال في أثناء المدة أحوال تختلف بها قيمة المنفعة، فإنَّا نتبين أن المقوم لها أولًا لم يطابق تقويمه المقوم، وليس هذا كتقويم السلع الحاضرة على ما لا يخفى، وإذا ضممنا ما ذكرناه إلى قول من قال من أصحابنا: إن الناظر إذا أجر الموقوف بأجرة ثم زاد الأجرة زائد في إنهائها أن الإجارة تنفسخ أو تفسخ كان قاطعًا باستبعاد من لم ينشرح صدره لما ذكرناه؛ فلتعلم ذلك، فإنه من نفائس النكت، انتهى.

وما ذكره - ﷺ - مشكل جدًّا، والذي يقع في النفس لما ينظر إلى أجرة المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدة المعقود عليها مع قطع النطق عما عساه يتجدد مما ذكرناه، وأوضح ما ذكره لوجب طرده في إجارة الولي مال المحجور عليه قريبًا بغير الأحوال، وكلام الإمام والْغَزَالِيّ يأباه، وإن قال: به صاحب الوجه الثاني كان قوله قريبًا من خرق الإجماع، وقد يقال: إن القول بما ذكره يؤدي إلى سدِّ باب إجارة الأوقاف أو الزهادة فيها؛ لأن الدنيا لا تبقى على حال، وتغير الأوقاف والأسعار والعمارة وضدها في النواحي والقرى ليس بنادر بل كثير لا سيما في هذه الأزمان، والله أعلم بالصواب.

إشارة: اعلم أن مسائل الباب وفروعه لا يحصرها مجلدة ضخمة، وقد ذكر منها في الموضع من «الغنية» بعد شرح مسائل الكتاب، وما ضم إليها نحو كراسة من المهمات التي تدعو الحاجة إليها، ولا يسع جهلها، ورأيت هذا المختصر يضيق عنها؛ فراجعها إن شئت، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الْهِبَةِ

قال المصنف: [التَّمْلِيكُ بِلَا عِوَضٍ هِبَةٌ.

قال الشارح:

[قال صاحب «التَّنْوِيهِ»(١): أَصْلُهَا مِنْ هُبُوبِ الرِّيحِ أَيْ: مُرُورِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا مِنْ هَبَّ مِنْ نَوْمِهِ، وكأن فاعلها استيقظ للإحسان، وأشار بقوله: «من الكتاب» إلى آيات منها: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ﴾ [النساء: ٨٦] قيل: المراد منها الهدية.

وقوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ [البقرة: ١٧٧] قيل: المراد بها الهبة والصدقة.

وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وهي من البر.

والأحاديث والآثار في الهدايا والهبات كثيرة، وحديث: «تَهادَوْا تَحَابُّوا» ذكره في «المحرر» رواه البيهقي بإسناد ضعيف(٢) والإجماع منعقد في ذلك.

وهي أنواع: النحلة للولد والصدقة للفقير والجائزة للمادح والرشوة للوالي، وما عدا الرشوة مستحب إلا أن يكون فيه إعانة على معصية أو مكروه.

قال: (التَّمْلِيكُ بِلَا عِوَضٍ هِبَةٌ). قال ابن الرِّفْعَة: الهبة تمليك عين تبرعًا في الحياة، احترز بالعين عن الدين على رأي، وعن هبة المنافع إذا قيل: إنها عارية، وعن الوقف إذا قلنا: الملك فيه لله تعالى أو للواقف، وبقوله: في الحياة عن الوصية، فإذا حلف لا يهب، وأوصى له، لم يحنث خلافًا لابن القطان.

---

(١) هو التنويه شرح التنبيه لتاج الدين الموصلي ٦٧١ هـ.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/١٦٩، رقم ١١٧٢٦). والبخاري في الأدب المفرد (١/٢٠٨، رقم ٥٩٤)، وأبو يعلى (١١/٩، رقم ٦١٤٨) وابن عدي (٤/١٠٤، ترجمة ٩٥٣ ضمام بن إسماعيل مصري).

فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجًا لِثَوَابِ الْآخِرَةِ فَصَدَقَةٌ، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكَانِ الْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَامًا لَهُ فَهَدِيَّةٌ، وَشَرْطُ الْهِبَةِ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظًا.

قال: (**فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجًا لِثَوَابِ الْآخِرَةِ فَصَدَقَةٌ**) يعني: إذ انضم هذا القصد إلى التمليك بلا عوض، وقوله: محتاجًا خرج على الغالب لا للتقييد.

قال: (**فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى مَكَانِ الْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَامًا لَهُ فَهَدِيَّةٌ**) عبارة «المحرر»: «وإن» بالواو، وهي أحسن، فإن «الفاء» قد توهم أنه قسم من الصدقة، وكل من الهدية والصدقة قسم برأسه من مطلق الهبة، وكل واحدٍ منهما قسم للآخر، لا قسم منه، نعم! قد ينضم إلى تمليك المحتاج بقصد ثواب الآخرة، النقل إلى مكانه فيكون هدية وصدقة، وقد ينضم إلى ذلك قصد التردد، فصدقة اسم الهدية أيضًا، وقوله في «المحرر»: إكرامًا، عبارة «الشرح»: إعظامًا أو إكرامًا، والظاهر أن ذلك ليس على سبيل الاشتراط.

إشارة: سياق كلامه يفهم أنه يعتبر في حدِّ الهدية النعت، وأن يكون بينهما رسول، والأصح أن ذلك ليس بشرط كما أشار إليه الرَّافِعِي.

وقال الْمُتَوَلِّي: لو قال لغيره: خذ هذا المال وارتفق به، أو أعطيتك هذا المال، وما جانس هذا لا يثبت له حكم الهبة، وإنما يكون هدية، وفي «البحر»: وإذا دفع إلى من فوقه سُمِّي هدية، وانضبط به اسم عام على الكل.

قال: (**وَشَرْطُ الْهِبَةِ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظًا**) أي: من الناطق كالبيع، ولا خفاء في صحة هبة الأخرس المفهم للناطق ولمثله وانعقاد الهبة بالمكاتبة أولى بالصحة من البيع، والصحيح المنصوص فيه الصحة.

قال الإمام: ولا شكَّ أن من يجوز البيع بالمعاطاة يجريه في الهبة، واختار في «الشامل» أن الهبة المطلقة لا تتوقف على إيجاب وقبول.

إشارة: يؤخذ من قولي «كالبيع» أنه يشترط ألا يطول الفصل من الإيجاب والقبول، وغير ذلك مما سبق هناك، وفي «البحر» عن ظاهر قول ابن سُرَيْج أنه يجوز قبولها على التراخي.

وَلَا يُشْتَرَطَانِ فِي الْهَدِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، بَلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هَذَا وَالْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطَانِ فِي الْهَدِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، بَلْ يَكْفِي الْبَعْثُ مِنْ هَذَا، وَالْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ**) أي: سواء في ذلك هدية المأكول أو غيره.

قال الرَّافِعِي: الصحيح أنه لا فرق بين الأطعمة وغيرها أي: خلافًا للإمام والْغَزَالِيِّ؛ لأنهم كانوا يهادون الأطعمة وغيرها، واشتهر وقوع الكسوة والدواب في هدايا الملوك إلى رسول الله ﷺ وأن زمانه كانت هدية، انتهى.

وهو كما قال، وعليه جرى الناس في الأعصار، وكانوا يبعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم.

والثاني: يعتبران في الهدية أيضًا كالبيع والوصية، قاله: الشيخ أبو حامد وجماعة، وحملوا ما نقل عن السلف عن الإباحة، وردَّ بأنه لو كان إباحة لما تصرف فيه تصرف الملاك، والعروج لانفساخٍ بالإباحة، نعم ما ذكره الإمام عن الفصل بين المأكول ونحوها لا بأس به.

ويعضده قول: الْمَاوَرْدِيِّ والرُّويَانِيِّ الهدايا تختص بالمأكولات، وما أشبهها، والهبات فيما زاد عليها، والعرف في ذلك أقوى شاهد، وأظهر دليل، وأيد بأن الغالب في هذا السراري وغيرها من الأشياء النفيسة أن يحصل مع الهدية لفظ أو مكاتبة بالإهداء، ومن أين لنا عليه ظن أنه لم يجز شيء من هذا في إهداء هذا النوع إليه ﷺ.

تنبيهات وفروع:

أحدها: في إطلاق المصنف الشرط هنا يبيح الإيجاب والقبول عند من اعتبرهما ركنان لا يشترطان.

وعبارة «المحرر»: في الهبة لا بدَّ، وفي الهدية لا حاجة، ولا عليها، وعلى العبارتين المراد هنا بالهبة الهبة القسيمة للهدية والصدقة؛ لأنها التي يجب فيها اللفظ ونحوه، أما الهبة التي صدر بها الباب، وهي مطلق التمليك بلا عوض فلا؛ لأنه لو اشترط فيها اللفظ لا يشترط في الهدية والصدقة، وهذا واضح.

الثاني: من صريح الإيجاب في الهبة: وهبت، ومنحت، وملكتك،

……

مقتصرًا عليه أو بلا ثمن، وفي قوله: أطعمك هذا فاقبضه؛ فوجهان، وعدَّ الصيمري من صيغ القبول في الهبة: قبلت، أو رضيت، وأجبت، وفي الاكتفاء بـ«أجبت» نظر، وهل تنعقد الهبة بالكتابة مع النية؟ قيل: يشبه أن يكون فيه الخلاف المذكور في البيع، والصحة عندي أولى.

الثالث: سكوت المصنف عن احتياج الصدقة إلى إيجاب وقبول مشعر بعدم افتقارها إليهما وقال الإمام في كتاب «الوكالة»: إنه الظاهر كالصدقة المفروضة.

وقال الرَّافِعِي: الصدقة كالهدية بلا فرق وطريقة الشيخ أبي حامد ومن تبعه افتقارها إليهما كالهدية عندهم، واختار في «الشامل» الأنواع الثلاثة لا تفتقر إليهما، واستنبطه من نصِّ الشافعي في النفقات، المشهور في الهبة خلاف اختياره، والظاهر أن من اختار جواز البيع بالمعاطاة يحتاج جواز الهبة بها من باب أولى كما سبق عن إشارة الإمام، وهو ظاهر عند ظهور القرينة ما زاد بها حالة الدفع والأخذ. وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: ولا خلاف أنه لا يكفي فيها المناولة باليد، بل يعتبر اللفظ، انتهى.

وهو غير مسلم له، ولو قيل: يكتفى في الهبة باللفظ من جانب إذا اتصل به التسليم، والتسلم للدلالة الظاهرة على المقصود لمكان فربما، ويعضده قول الشافعي ﷺ في البويطي، والهبة والصدقة لا تتم إلا بكلام المعطي وقبض المعطى بأمره، هذا لفظه، وهو مصرح باعتبار لفظ في الصدقة من المعطي المتصدق، وهو شاذ لأبي حامد، ومن تبعه لكنه لم يذكر القول، وظاهر النص أنه يكفي الإيجاب، والأخذ فيها وفي الهبة، وإن لم يجز لفظ قبول فيهما.

الرابع: قال ابن الرِّفْعَة: اعتبار الإيجاب والقبول في الهبة، والصدقة ليس على إطلاقه بل يستثنى منه صورتان: الأولى: الهبة الضمنية كقوله: أعتق عبدك عني، فيفعل، ولا خلاف فيه، وإذا قال: اشتر لي بدراهمك خبزًا، فاشترى، وصححناه للسائل؛ فإن الدراهم تكون هبةً لا قرضًا على أحد الوجهين، الثانية: هبة الأب للابن الصغير على أحد الوجهين، انتهى.

وقد يستثنى ما يأكله الضيف على المنسوب عند الرَّافِعِي إلى الأكثرين في باب الوليمة، ولكنه قال هنا: إنه لا يملك على الصحيح.

الخامس: لو قال: وهبتك عبدي هذا إن شئت، فقال: شئت، لم يكن قبولًا، ولو قال: قبلته إن شئت، لم يجز، قاله في «البحر»، وفي بعضها نظر أشرت إليه في نظائرها من البيع مأخوذ من ظاهر النص، فإن صحَّ ذاك، فالهبة أولى بالصحة.

السادس: في «فتاوى القفال»: أنه لو أُهدي إليه شيء، فله الانتفاع به لا بيعه، وللمهدي الرجوع فيه ما دام باقيًا؛ لأن منزلته الإباحة وعلى هذا لو بعث إليه بحلوى لم يحل له بيعها، وله أن يأكل مع أهله.

قال القفال: والتمليك في مثل هذه الأشياء إلا بقوله: ملكتك ويقول الآخر: قبلت، وأما بغيره؛ فلا يقع الملك، فأفاد أنه يعتبر عنده الإيجاب والقبول في الهدية إن أراد التملك، وأن له مع ذلك الأكل والانتفاع بالمهدى، وكأن هذا في الحقيقة وجه ثالث، والظاهر أنه ليس كذلك فإن المحل عن أبي حامد، وتعيينه نحو هذا، وأنهم حملوا الاختيار على الإباحة، ولو ختن ابنه واتخذ دعوة؛ فحملت إليه هدايا، ولم يسم أصحابها الأب ولا الابن، فهل تكون الهدية ملكًا للأب أم للابن؟ وجهان:

أحدهما: أنها للابن، وبه أفتى القاضي الحسين، وجزم به في «تعليقه» في باب صلاته قاعدًا، وصححه العبادي في «الزيادات» وصاحب «الكافي» هنا، ورأيت عن خط الْبَغَوِي تصحيحه.

والثاني: أنها للأب، وهو المحكي عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي، وقال المصنف: إنه أقوى وأصح.

قلت: إن كان المهدى من المأكولات مما يتخذ في الوليمة قبل إيجادها، فالظاهر أنها للأب، وأن المهدي قصد إعانته على الوليمة، وإن كانت من الملابس ونحوها نظر، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يَصْلُحُ لِلصَّبِيِّ خَاصَّةً فَلَهُ، أو للأب فله،

وَلَوْ قَالَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ فَهِيَ هِبَةٌ، ....

وإن كانت مما يصلح لهما؛ فهو موضع التردد، ثم رأيت من قال: إن موضع التردد إذا لم يكن للمهدي قصد، قال: ولو قيل بمراجعة المهدي لتعيين أحدهما لم يبعد كما في مسألة الدَّين المرهون بأحدهما على أحد الوجهين، قال: ومحل ذلك فيما إذا كان الابن صغيرًا وللأب ولاية عليه، انتهى، وينبغي أن يلحق بالصغير المحجور عليه بسفه أو غيبة.

السابع: ذكر القاضي الحسين في «الفتاوى» أنه يجب على الأب قبولها لابنه، فإن لم يقبل أثم، وأخذه الهدية قبول لولده، وكذا لقيم يقبل الهدية للصغير، فإن لم يقبل الوصية والهدية أثم وانعزل لتركه النظر، ولا ينظر فيه إذا تقرب الناس إلى الأب، انتهى.

وفي إيجاب القبول على الأب نظر أشرت إليه في الحجر من «الغنية»، وذكرت عن الدارمي ما ينازعه في ذلك مع زيادة.

فائدة: ويجب القطع بامتناع الإيجاب على القاضي ونحوه، بل يظهر التحريم حيث يحرم عليه قبول الهدية لنفسه لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الرشا ظاهرًا، ولا يخفى ما في ذلك من الفساد.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ، فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ؛ فَهِيَ هِبَةٌ**) أي: حكمًا، ولكنه طول العبارة، ويفتقر إلى الإيجاب والقبول، ويلزم بالقبض كالهبة سواء وسواء، قال: أعمرتك كذا أو جعلته لك عمرك أو حياتك أو ما بقيت أو ما عشت أو ما حييت أو وهبتها لك عمرك أو حياتك، فإذا ضمَّ إلى أحد هذه الألفاظ: وهي لورثتك من بعدك؛ صحت قولًا واحدًا، وإلا صحت على الجديد، فإذا مات كان لورثته، فإن لم يكونوا، فلبيت المال، ولا يعود إلى الواهب لقوله ﷺ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ؛ فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ**»(١) رواه مسلم.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣١٢، رقم ١٤٣٨٠)، ومسلم (٣/ ١٢٤٦، رقم ١٦٢٥)، وابن حبان (١١/ ٥٤٠، رقم ٥١٤١). والبيهقي (٦/ ١٧٣، رقم ١١٧٥٢) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥/ ٧١).

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَعْمَرْتُك فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ، وَلَوْ قَالَ: فَإِذَا مِتُّ عَادَتْ إلَيَّ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَعْمَرْتُك**) أي: ولم يتعرض إلى ما بعد موته (**فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ**) أي: يصح، وكذا حكم الهبة لقوله ﷺ: «**الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا**»(١) متفق عليه ولأن الأملاك المستقرة مقدرة كلها بحياة الملك، فلم يكن جعلها له في حياته منافيًا للملك المستقرة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهذا القول منصوص عليه، وأكثر القديم، وفي القديم أقوال أخر أشهرها: بطلانها لقول جابر ﷺ: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: «**هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ؛ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا**»(٢) رواه مسلم.

وثانيها: أنها تكون له في حال حياته، فإذا مات رجعت إلى المعمر الواهب أو ورثته، وقال القاضي أبو الطيب: إنه المشهور عن القديم، وقال أبو حامد: غلط أبو إسحاق فيه، وليس شيء.

وثالثها: أنها عارية يستردها متى شاء، فإذا مات المعمر -بفتح الميم- رجعت إلى صاحبها.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: فَإِذَا مِتُّ عَادَتْ إلَيَّ**) أي: أو إلى ورثتي إن كنت متُّ.

(**فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيصح الأعمار، ويلغوا الشرط لإطلاق الأحاديث الصحيحة.

---

(١) حديث جابر: أخرجه مسلم (١٢٤٨/٣، رقم ١٦٢٥).
حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري (٩٢٥/٢)، ومسلم (١٢٤٨/٣، رقم ١٦٢٦).
حديث زيد بن ثابت: أخرجه النسائي (٦/ ٢٧٠، رقم ٣٧١٥)، والطبراني (٥/ ١٦٢، رقم ٤٩٥٣) والطحاوي (٤/ ٩١).
حديث سمرة: أخرجه أحمد (٨/٥، رقم ٢٠٠٩٦)، وابن أبي شيبة (٥٠٩/٤، رقم ٢٢٦١٧).
حديث معاوية: أخرجه الطبراني (١٩/ ٣٢٣، رقم ٧٣٥).

(٢) حديث جابر: أخرجه مسلم (١٦٢٥).

وَلَوْ قَالَ: أَرْقَبْتُكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَك رُقْبَى: أَيْ إنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَتْ إلَيَّ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَك اسْتَقَرَّتْ لَك فَالْمَذْهَبُ طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ.

قال الرَّافِعِي: وكأنهم عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة، وعلله في «البحر» بأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما هو شرط على ورثته، وإذا لم يكن الشرط مع المعقود معه لم يؤثر في العقد، وهذا ما جعله في «الروضة» الصحيح الذي قطع به الأكثرون، وعبارة الرَّافِعِي بالصحة أجاب الأكثرون في الثاني أنه يبطل؛ لأنه شرط ما يخالف مقتضى الملك.

وبهذا أجاب الْمَاوَرْدِيُّ، وصححه ابن كج، والْمُتَوَلِّي، واستقر به في «البحر» بعد أن حكاه عن «الحاوي» وغيره، وقيل: يصح العقد، والشرط بناء على ما حكاه أبو إسحاق عن القديم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَرْقَبْتُكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَك رُقْبَى، أَيْ: إنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَتْ إلَيَّ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَك اسْتَقَرَّتْ لَك، فَالْمَذْهَبُ طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ**)(١) أي: معنى الرقبى هذا، ومثله: رهنتك هذه الدار عمرك على أنك إنْ مت قبلي عادت إليَّ، وإنْ مت قبلك استقرت لك، وفيه طريقان المذهب طرد القولين، الجديد الصحة لقوله ﷺ: «**لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا؛ فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا أَوْ أُرْقِبَهُ؛ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ**»(٢) رواه أبو داود، والنسائي.

والقديم البطلان أو الصحة والرقب، والطريق الثاني: القطع بالبطلان، قال في «البحر»: وقال في «الحاوي»: إن شرط ارتقاب كل منهما لصاحبه، فيقول: قد جعلتها لك رقبى برقبتي، أو أرقبك؛ فإن مت قبلي رجعت إليَّ، وإن مت قبلك؛ فهي لك فهذه غبطة باطلة للشرط، وإن لم يشترط، ولكن قال: جعلتها لك رقبى، فقولان الجديد والقديم.

---

(١) أما في الجديد: أنه يصح، وله حكم الهبة، والقديم: أنه باطل، وقيل: إن القديم أن الدار تكون للمعمر حياته، فإذا مات عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط، وقيل: القديم أنها تكون عارية يستردها متى شاء؛ فإذا مات عادت إلى الواهب، انظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٧١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٥، رقم ٣٥٥٩)، والنسائي (٦/ ٢٧٢، رقم ٣٧٢٣)، والطبراني (٥/ ١٦١، رقم ٤٩٤٨)، والبيهقي (٦/ ١٧٥، رقم ١١٧٦٩).

فصل

وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ هِبَتُهُ، ....

فروع: لو قال: جعلتها لك عمري إشارة إلى عقد العمرى من غير أن يقدر ذلك بعمر أحد، القديم: البطلان، والجديد: الجواز، وهي له ولورثته بعده قاله: في «البحر»، ولو قال: جعلتها لك عمري أو حياتي، لم يصح التمليك على الأصح، ولو قال: داري لك عمرك، فإذا مت فهي لزيد، أو عبدي لك عمرك، فإذا مت فهو حرٌّ؛ صحت العمرى على الجديد، ولغا المذكورة بعدها.

إشارة: لا بدَّ في الرقبى من الإيجاب والقبول والقبض كما سبق في العمرى، والعمرى من العمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَعۡمَرَكُمۡ فِيهَا﴾ [هود: ٦١].

أي: أسكنكم فيها مدة أعماركم، قاله: الْمَاوَرْدِيُّ، والرقبى من المراقبة، فكلٌّ يرقب موت صاحبه، وكانا عقدين في الجاهلية. واعلم أن هاهنا شيء لم أر له ذكرًا، وهو أنه إن كان المعمر والمرقب عالمًا بمدلول هاتين اللفظين شرعًا فذاك، وإن كان لا يدري معناها ففي الحكم عليه بمقتضاهما أشكال، ويشبه أن يصدق بيمينه إذا قال: لا أعلم مقتضاها شرعًا إذا كان ممن يخفى عليه ذلك.

فصل

لا بدَّ في الهبة من واهب وموهوب له، وضعه على المذهب وموهوب وإقباض، وسيأتي من بعد، أما الواهب والموهوب فسكت الشيخ عنهما لوضوح حكمهما، وكذلك الصيغة، وقد أشرنا إلى شيء منها، وأما الشيء الموهوب فقد شرع في بيانه؛ فقال: (وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ هِبَتُهُ) أي: وأولى لما سنعرفه.

قال ابن الرِّفْعَة: وضابطه أن ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته، وما لا فلا، وهذا على الصحيح، ويأتي في صور جواز هبة ما لا يجوز بيعه على وجه.

قال: واحترزنا بقولنا من الأعيان عن الدين، وعن بيع الأوصاف سلمًا في الذمة، فإنه جائز، ولا يجوز هبته مثل أن يقول: أوهبتك ألف درهم في ذمتي، ثم بعته في المجلس، ونقيضه صرَّح به القاضي الحسين وغيره.

وعبارة «الكافي»: قال لآخر: وهبتك ألف درهم في ذمتي، فقال: قبلت،

وَمَا لَا كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ فَلَا ....

ثم سلَّمها إليه في المجلس يحكم ذلك الإيجاب والقبول؛ لا يصح، والذي يفهمه إطلاق «المنهاج»، والصحة إذا ضممت كلامه هنا إلى قوله في البيع: ولو قال: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا مع ما سبق هناك.

فرع: هبة العين المستأجرة كبيعها، **قَالَ الْجُرْجَانِيُّ: حُكْمُ الْهِبَةِ فِي الِاسْتِتْبَاعِ حُكْمُ الْبَيْعِ فَمَا تُبِعَ فِيهِ تُبِعَ فِيهَا**، وما لا فلا.

فرع: (وَمَا لَا) أي: وما لا يجوز بيعه.

(كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ فَلَا) أي: فلا يجوز هبته، قال الرافعي: هذا هو الغالب، وربما اختلفا في الأقل.

قلت: ولو ذهب المغصوب لقادر على انتزاعه صحَّ قطعًا، ولغيره فوجهان، ويحرم الجزم بأن هبة الآبق لمن يعلم مكانه صحيحة، وإن منع بيعه كما سبق بما فيه، والفرق وأصح، وكذلك أطلق ابن سُرَيْج جواز هبة الآبق، وإن رجِّح خلافه، ولا يجوز بيع المبيع قبل قبضه، وفي هبته وجهان، ولا يبعد الجزم بصحة هبته من البائع بعد توفيره الثمن، ولو أجرى خلاف في هبة الضال، والمحجور، والمجهول، ولم يبعد كما جرى في الإبراء من المجهول أو هبة تبرع بخلاف البيع ويؤديه ذلك؛ فأرجح، والرجحان مجهول القدر، وقوله ﷺ للعباس: **«خذ من المال الذي في البحرين. . .الحديث»**[1] رواه البخاري.

وقد أطلق **الرَّافِعِي**، وجماعة القول بجواز هبة الأرض المزروعة دون الزرع وبالعكس، **وقد يُسْتَثْنَى مِنَ الْمَجْهُولِ مَا سُومِحَ بِهِ فِي مَوَاضِعَ كَاخْتِلَاطِ الثِّمَارِ، وَالْحِجَارَةِ الْمَدْفُونَةِ وَالصِّبْغِ فِي الْغَصْبِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ.**

وقد قال **الرَّافِعِي** في كتاب «الفرائض»: لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساوٍ أو تفاوت؛ جاز.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢١) ونصه: عَنْ أَنَسٍ قَالَ أُتِيَ النَّبِيُّ - صلى الله عليه وسلم - بِمَالٍ مِنَ الْبَحْرَيْنِ، فَجَاءَهُ الْعَبَّاسُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، أَعْطِنِي فَإِنِّي فَادَيْتُ نَفْسِي، وَفَادَيْتُ عَقِيلاً. فَقَالَ «خُذْ». فَأَعْطَاهُ فِي ثَوْبِهِ.

إِلَّا حَبَّتَيْ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهِمَا.

قال الإمام: ولا بدَّ أن يجري بينهما تواهب، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة، ولكنها تحتمل للضرورة، ولو أخرج بعضهم نفسه من البين، ووهبه لهم على جهل بالحال؛ جاز أيضًا، انتهى.

قال الإمام: ولا بدَّ من لفظ الهبة بِخِلَافِ أَعْرَاضِ الْغَانِمِ، ويقرب من هذا اختلاط حمام البرجين، واختلاط الصُّبْرَتَيْنَ، ونحو ذلك.

قال: (**إِلَّا حَبَّتَيْ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهِمَا**) هذا مما زاده على «المحرر».

قال في «الدقائق»: فإنه لا يجوز بيعها على الصحيح، ويجوز هبتها بلا خلاف، انتهى، ولم يذكر في «الروضة» و«الشرحين» ذلك.

قال الرَّافِعِي في «اللقطة»: إن ما لا يتمول لا يعرف على الظاهر، كما لا يجوز بيعه وهبته، ومثلوا ذلك بحبة الحنطة، والزبيبة، والثمرة، ونحوها، وقضيته عدم صحة هبة حبتي الحنطة ونحوها.

وقال الإمام: فيما لا يتمول لقلته يظهر عندي بصحيح الهبة فيه على معنى إحلال الموهوب له محل الواهب في الاختصاص، لكن لا أقطع به؛ لأن لنا تردد في هبة الكلب، والمنع هنا أقوى؛ لأن في الكلب إمكان الانتفاع، ولا يقع فيما لا يتمول؛ إلى أن قال: وإلا ظهر إبطال الهبة.

قلت: بل الصحيح المختار ما قاله المصنف إذ لا محذور أن يتصدق الإنسان بثمرة أو يبيعها أو يهبها كما يطويه الحديث في الصدقة؛ والهبة صدقة، والملك محقق في الحبة الواحدة، وليس مجرد اختصاص بخلاف الكلب، ولو لم يملك الحبة الواحدة لما ملك الكثير منها، وما المانع من هبة جرعة ماء لا قيمة لها من ضمان أو غاص بلقمة أراد إساغتها، إنه لا غرر ولا معايبة، والمانع من هذا ونحوه حامل على غير محمل، ولا شكَّ أن هبة الثمرة ونحوها حيث لها قيمة صحيحة كما سيأتي في الصداق، والهبة أولى، وقدمنا ما قد يستثنى تبعًا واستقلالًا، وهل منه طعام المضيف، وحال الغرس ونحوه فيه نظر!

وَهِبَةُ الدَّيْنِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءٌ وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

وتستثنى هبة النجاسات المنتفع بها كالكلب، والخمر، والمحرمة، والسرجين، وجلد الميتة، والدهن المتنجس على وجه، وقد نصَّ الشافعي والأصحاب على صحة الوصية بالكلب، وأطلق المصنف في الأواني من «الروضة» جواز هبة جلد الميتة وهبة الغائب كبيعه، وقيل: يصح بخلاف البيع، وفي هبة المرهون لغير المرتهن وجهان، إن صححناها انتظرنا؛ فإن بيع بان بطلان الهبة، وإن انتقل فللواهب الخيار في إقباضه، ووجه المنع في هذه الصور القياس بالبيع، ووجه الجواز أن الهبة أخف من البيع.

قال: (وَهِبَةُ الدَّيْنِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءٌ) أي: على المذهب؛ فلا يحتاج إلى قبوله اعتبارًا بالمعنى، وقيل: يحتاج اعتبارًا باللفظ، والخلاف مبني على أن الأمر إسقاط أو تمليك، وسبق بيانه.

قال الشيخ أبو حامد وغيره: لو تصدق عليه به؛ فلا يحتاج إلى قبوله قطعًا.

قال الرُّويَانِيُّ: وعندي أنه لا فرق بين اللفظين.

قلت: (وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ) بنى الخلاف على صحة بيعه منه للأجنبي، وقول «الروضة»: لم يصح على المذهب، وقيل: وجهان غير سديدين؛ بل الذي نصَّ عليه الشافعي في كتاب «الشروط» جواز البيع والهبة.

وقال سليم الرازي: الأشبه جواز الهبة، وظاهر سياق «البحر» أنه المذهب، وصححها العمراني وغيره؛ لأن ما في الذمم يجري مجرى الأعيان، والحوالة به صحيحة بلا خلاف، وقد شبَّه الشافعي ذلك بالحوالة.

وبالجملة فالخلاف هنا مرتب على الخلاف في البيع أو صححنا، وهو الأظهر في «الروضة» وغيرها هناك كما سبق، فالهبة أولى، وإن منعناه، وهو اختيار الأكثرين، ففي الهبة وجهان المرجح المنع، وحكى جماعة في البيع والهبة أوجهًا بإلزام الفرق، وعجب تعبيره هنا في «الروضة»؛ فالمذهب مع ترجيحه فيه صحة البيع.

تنبيه: أطلقا الدَّين، وقيداه في «البحر» و«البيان» بالمستقر، وحكى بعض

الناس عن أصحابنا تقييده بما إذا كان على مليء باذل؛ فإن كان على مُمَاطِلٍ أَوْ جَاحِدٍ؛ لم يصح بيعه جزمًا.

وفي «البحر»: وفي وجه ثالث لا يصح بيعه ولا هبته؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، فأشبه بيع الأبق، قال أصحابنا: هذا لا يصح؛ لأن الدَّين على غير الجاحد مقدور على تسليمه، ويجري مجرى الوديعة، انتهى، واقتضى أنه لا يصح بيع ما على الجاحد، ولا هبته.

فرع: يشترط في الواهب أهلية التبرع.

وفي هبة الصبي المميز والسفيه في مرض موتهما خلاف، والمذهب المنع فيهما، وهل المعتبر كون الواهب من أهل التبرع في الجملة أو في الموهوب؟ وفي هبة المفلس قولان، وكأنهما مفرعان على تصرفاته لا يوقف؛ فيكونان كالوجهين في هبة المرهون، ويشترط في المرهون له أهلية الملك في المكلف، فقبل لنفسه، وإن كان سفيهًا، ويقتضي بناءً على أن الحجر لا يتعدى إلى نفسه وغيره، فقبل له وليه، ويقبض عنه، ولو وهب لابنه الصغير في حجره، هل يلزم من غير قبض؟ وجهان شبها بالقولين فيمن وهبت له ما في يده، هل يحتاج إلى إذن الواهب في قبضه؟ وزيف الرُّويَانِيّ في هذا البناء، والمكلف توكيل من يقبل له الهبة ويقبضها.

قال القاضي الحسين: يشترط أن يصرِّح بالسفارة في القبول كالنكاح، وهبة العبد لنفسه باطلة على الجديد، وصححه على القديم، ولو من أجنبي خلافًا للرافعي وغيره، وقد سبق.

وتصحُّ الهبة للمسجد للتصرف في مصالحه، ويقبلها ناظره، وفي «الذخائر» وجه أنه لا تصح الهبة من الحربي، والوجه منع صحة هبة الحربي والذمي ما لا يجوز بيعه منهما.

قال: (وَلَا يُمْلَكُ مَوْهُوبٌ إِلَّا بِقَبْضٍ)؛ لأنه روى عن جمع من الصحابة ﵃ ولا مخالف لهم، وكالقرض إذ كل عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، هذا هو

بِإِذْنِ الْوَاهِبِ.

المذهب، وفي قول قديم: تملك الهبة بالعقد، وفي ثالث: يخرج أنه إن أقبضه ما فاته ملك العقد، وبعضهم جعله قديمًا أيضًا لا مخرَّجًا، وعليه يكون اكتماله؛ لكن لو استهلكه الواهب قبل التسليم لم يضمنه، وكان رجوعًا فيه، وهذه الأقوال كأقوال في ملك المشتري في البيع، والموصى له الوصية متى يكون، والترجيح مختلف لاختلاف المأخذ، ووقع في «المنهاج» وأصله و«الروضة» في باب الاستبراء، يفهم الجزم بحصول الملك في الهبة قبل القبض، وليس بمراده.

قلت: (**بِإِذْنِ الْوَاهِبِ**) أي: سواء كان في يد المتهب أم لا، وسواء أقبضه إياه بنفسه أم توكيله أو أذن له في قبضه، فقبضه في المجلس أم بعده بنفسه أم توكيله، ولا يتوقف ذلك على إقباض الواهب بنفسه أو بوكيله، هذا ما جزم به الأئمة، ومنهم الرُّويَانِيّ، قال هو وغيره: ولو وهبته عينًا مغصوبة، فهو والمتهب يمكنه قبضها من الغاصب فقبضها وملكها، وكذا لو وكل المتهب الغاصب أن يقبضها له من نفسه صحَّ، فإذا مضت مدة يمكنه القبض منها صارت مقبوضة للمتهب، وزال الضمان عن الغاصب لرضي المتهب المالك بتركها في يده، ذكره ابن سُرَيْج، وذكر في «الحاوي» في كتاب العارية، وتبعه في «البحر» هناك أن الهبة لا تصح إلا بالإقباض من الواهب أو وكيله، ولا تصح بالإذن في القبض من غير إقباض بخلاف العارية، وفرقا بأنَّ قَبْضَ الْمُسْتَعِيرِ لَا يَزُولُ بِهِ مِلْكُ الْمُعِيرِ فَجَازَ أَنْ يَأْذَنَ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ، وَالْقَبْضُ فِي الْهِبَةِ مُزِيلٌ لِمِلْكِ الْوَاهِبِ؛ فَلَمْ تَتِمَّ إِلَّا بِإِقْبَاضِ الْوَاهِبِ، انتهى، وكيفية القبض هنا كما مرَّ في البيع وغيره.

تنبيهات وفروع:

منها: يحصل الملك فيها بالقبض التقدير كما عتق عبدك عن كفارتي مجانًا ففعل كان هبة مقبوضة، نصَّ عليه في «الأم» والأصحاب هناك.

ومنها: أذن في القبض ثم رجع قبله لم يصح القبض، وكذا لو أذن ثم مات قبله، والظاهر أن الحكم كذلك لو أغمي عليه أو جنَّ أو حجر عليه بسفه أو فلس، وفي مجرد الإغماء وقفة، ولو اختلفا فقال: رجعت عن الإذن قبل أن

يقبضه، فقال المتهب: بل بعده، فالظاهر أن القول قول الواهب، ويحتمل خلافه إذ الأصل عدم الرجوع قبله، وينقدح تخريجه على الخلاف في تعارض الأصلين.

ومنها: لو تراخى الإقباض عن العقد ثم أقبضه، ثم قال: إنما دفعته إليك وديعة لا عن الهبة؛ فهل يقبل قوله بيمينه وينتزعه أو لا يقبل؟ فيه احتمال، ولم أر فيه نقلًا.

ومنها: إذنه في الإعتاق كإذنه في القبض، فإذا أعتقه المتهب تمت الهبة، وعتق عنه، وكذا لو أذن له في أكل ما وهبه إياه فأكله خلافًا للقاضي الحسين، ولو أذن له في إتلافه لم يكن قبضًا.

ومنها: لو قال لرجل: وهبتني هذا، وقبضته وملكته، فقال: نعم، كان إقرارًا منه بالهبة والقبض؛ لأن قوله: نعم بمنزلة قوله: وهبتك وأقبضتك وملكتك، قاله في «البحر».

ومنها: لو باع الواهب الموهوب قبل القبض معتقدًا أن الهبة غير تامة صحَّ البيع، وبطلت الهبة، وإن كان يعتقد تمامها، وانتقال الملك بالعقد؛ ففي صحة البيع قولان كبيع مال مورثه ظانًّا حياته، وكان ميتًا.

ومنها: جعل العبادي في «الزيادات» أصح الوجهين أنه لا تصح هبة الهازل، وسبق أن الأصح صحة البيع فالهبة أولى، ولعله يرى ترجيح منعه أيضًا، وذكر فيها أنه لو قال: ادخل كرمي، وخذ من العنب ما شئت، أو قال: خذ من ثمري ما شئت، فلا يزيد على عنقود؛ لأنه أقل ما يقع عليه اسم، انتهى، وفيه نظر.

ومنها: في «منهاج» القاضي أبي الطيب: أنه لو قال: وهبتك هذا، وسلطتك على قبضه؛ فقبل، صحت الهبة، وتبعه صاحبه أبو إسحاق في «النكت»، وفي رواية العمراني عن زيد بن فلان الإذن بالقبض وجد قبل تمام العقد فأشبه الإذن فيه قبل الإيجاب.

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ، وَقِيلَ: يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ.

قلت: الأقرب أن ذلك لا يقدح في إبطال القبول بالإيجاب، نعم في الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول نظر!.

ومنها: لو أذن له في سقي أرضه من نهر يملكه، فله الرجوع قبل شروعه في السقي، فإن شرع فيه ثم رجع قبل إتمامه السقي؛ فهل له ذلك؟ فيه وجهان حكاهما الدارمي وغيره.

ومنها: في روضة شُرَيْح الرُّويَانِيّ عن الشيخ أبي حامد عن نصِّ الشافعي في رواية حرملة أن نفرًا دخلوا دار الحرب فالتقى الصفان، فبرز مسلم إلى حربي بين الصفين فوهبه الحربي مالًا أنه يشاركه أصحابه فيه، وحكى جدي عن أصحابه عن أبي عبد الله الحناطي أنه كان يقول: هو للمتهب خاصةً حتى حكي عن أبي حامد عن النص أي: فرجع عن قوله.

قال: (فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ) أي: في القبض والإقباض كأصلهما، ولا ينفسخ العقد؛ لأنه مما يؤول إلى اللزوم، فلم ينفسخ بالموت كالبيع في زمن الخيار، وموتهما معًا كموت أحدهما في ذلك فيما يظهر، فيتخير وارث كل منهما، (وَقِيلَ: يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ) كالشركة والوكالة والفارق مآلها إلى اللزوم بخلاف الشركة.

تنبيهات: قال الرَّافِعِي: فيه وجهان، ويقال: قولان.

قلت: وممن نقلهما قولين الدارمي والرُّويَانِيّ، وهو الصحيح المنصوص في «الإملاء»، وغيره البطلان كما نقله القاضي أبو حامد وغيره.

قال القاضي أبو حامد: وهو أظهر قوليه وأولاها.

قال القاضي أبو الطيب: ومن أصحابنا من قال القول الثاني هو الصحيح، ونسبه في «الشامل» إلى الأكثرين البطلان عصرًا، وظاهر بعينه في اختلاف العراقيين من «الأم»، وممن جزم به صاحب «الخصال» والفوراني، وأجرى الخلاف في حياة أحدهما وإغمائه، وينبغي تقييده بما إذا قلنا: الوكالة تنفسخ بهما، وإلا فالخلاف مرتب، وأولى بعدم الانفساخ، وهو الأصح في

«الحاوي»، وفائدته تظهر فيما إذا أفاق، وفيما إذا كان له في الإقباض حظ، فلوليه فعله على أحد الوجهين، فيما لو مات الواهب، ولا يرثه إلا بيت المال، وقلنا: لا تبطل الهبة، هل يقوم الإمام في الإقباض مقام الوارث الخاص؟ لم أر فيه شيئًا، وكلام الكتاب قد يفهم المنع، وينقدح أن يقال: إن كانت ملكًا لبيت المال كان للإمام أن يملكها المتهب كان له إقباضها إياها، وإلا فلا.

قال ابن الرفعة: قال بعض أصحابنا: محل خلاف، إذا قلنا: يحصل الملك بنفس العقد إذا وجد القبض أما إذا قلنا: لا يحصل الملك إلا عقب القبض بطل بلا خلاف، انتهى.

قلت: وعلى هذا جريا(١) في «النهاية» و«البسيط»، ونقلا طريقة الخلاف من غير ترتيب نقل الشيء الغريب.

قال الْغَزَالِيُّ: ومسار هذا الخلاف أن القبض ركن كالإيجاب والقبول أم واقع بعد كمال السبب بأركانه، انتهى.

وقضية هذا أن يكون الأصح عدم البطلان إذ القبض ركن في لزوم الهبة لا في صحتها، والله أعلم.

فرع: نص في «الأم» أنه لو قال: وهبته وخرجت إليه منه، فإن كان بيد المتهب كان إقرارًا بالقبض أو بيد الواهب فلا، وعليه جرى الشيخان هنا، وابن الصباغ، والْمُتَوَلي وغيرهم، وأطلق الشيخان في كتاب «الإقرار» بأنه لو قال: وهبته وخرجت الهبة منه أن الأصح أنه ليس بإقرار بالقبض، فجعله بعض العراقيين مناقضًا للمذكور هنا، وليس بذلك، فإنه نص في «الأم» على ذلك، فالقرب من صورة التفصيل، ولم أر من جعل المسألتين على قولين، فيتعين حمل النص المطلق على ما إذا كان الموهوب بيد الواهب؛ لأن المقابل لما صححناه وجه أنه يكون إقرارًا من غير تفصيل.

---

(١) أي إمام الحرمين في «نهاية المطلب» وحجة الإسلام في «البسيط».

فصل

وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَقِيلَ: كَقِسْمَةِ الْإِرْثِ.

فصل

قال: **(وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ الْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ)** أي: ولغيره من سائر الأصول لئلا يفضي بهم العقوق أو التحاسد.

قال **الرَّافِعِيُّ** وغيره: فإن ترك العدل كره، وقال **الْغَزَالِيُّ**: كان تاركًا للواجب.

وقال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر النص، وصرَّح ابن حبان من المثبت في «صحيحه»⁽¹⁾ بعدم الجواز، وبطلت فيه، وهو معذور لظاهر قصة النعمان بن بشير مع ابنه، وهو في «الصحيح».

قال: **(بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى)** لأنه إذا فاضل أدى إلى الوحشة والتحاسد والعقوق، وفي المتفق عليه أنه ﷺ قال لوالد النعمان بن بشير: **«أَكُلَّ وَلَدِك نَحَلْته مِثْل هَذَا؟ قَالَ: لَا»**، قال: **«فَأَرْجِعْهُ»** وفي لفظ: **«فَاتَّقُوا الله وَاعْدِلُوا بَيْن أَوْلَادكُم»**⁽²⁾ ولأحمد: **«وَلَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْر»**⁽³⁾عليك من الحق أن يعدل بينهم.

(وَقِيلَ: كَقِسْمَةِ الْإِرْثِ)، **فَيُضَعَّفُ حَظُّ الذَّكَرِ كَالْمِيرَاثِ**، والفرق أن الوارث راضٍ بما فرض الله له بخلاف هذا لما قدمناه، وقيل: الأول يفضل الأنثى، وهو غريب.

---

(١) أخرجه ابن حبان (١١/٥٠٦، رقم ٥١٠٧) وقال: قوله ﷺ: «أشهد على هذا غيري» أراد به الإعلام بنفي جواز استعمال الفعل المأمور به لو فعله فزجر عن الشيء بلفظ الأمر بضده كما قال لعائشة: «اشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق».

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ٩١٤، رقم ٢٤٤٧)، ومسلم (٣/ ١٢٤٢، رقم ١٦٢٣).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٢٦٨، رقم ١٨٣٨٩).

وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَةِ وَلَدِهِ ....

إشارات: السُّنة التسوية والتعميم، وكان الأحسن أن يصرح بالتعميم، والتسوية ظاهرة فيما إذا استووا في الحاجة وقدرها أو عدمها، وإن تفاوتوا.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: فَلَيْسَ فِي التَّفْضِيلِ وَالتَّخْصِيصِ الْمَحْذُورُ السَّابِقُ، وإذا خصَّ البعض حيفًا أو فضله؛ فالأولى أن يعطي الباقين ما يحصل به العدل، وإلا استحب له الرجوع.

قلت: ولو قيل: إن علم من حال المحروم الرضا، والطمأنينة بعلمه ودينه أو غناه لم يستحب الرجوع لكان متجهًا، ولا سيما إذا كان الرجوع يتولد منه عقوق الموهوب لفقره ورقة دينه، ولا شكَّ فيه إذا علم ذلك بصريح قول المحروم، ويشبه أنه لو أذن هذا في هبة أحد دونه، ورضي بذلك ألا يكون التخصيص مكروهًا، وَلَوْ كَانَ لَهُ أَوْلَادٌ وَأَحْفَادٌ؛ فَهَلْ تُشْرَعُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْجَمِيعِ، أَوْ يَخْتَصُّ بِهَا الْأَوْلَادُ أَوْ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ وَالِدُ الْحَافِدِ مَوْجُودًا، أَوْ مَيِّتًا؟ لم أر فيه نصًا؛ فتأمله.

فرع: إذا وهب والديه عدل، فإن فضل؛ فالأم، قاله الدارمي، وافهم كلام الأئمة أن الإخوة ونحوهم لا يجري فيهم الحكم المذكور.

قال ابن الرِّفْعَة: وَيَحْتَمِلُ طَرْدَهُ لِلْإِيحَاشِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بِأَنَّ الْمَحْذُورَ فِي الْأَوْلَادِ عَدَمُ الْبِرِّ، وَهُوَ وَاجِبٌ، قَالَ: وَلَا شَكَّ أَنَّ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ مَطْلُوبَةٌ لَكِنْ دُونَ طَلَبِهَا بَيْنَ الْأَوْلَادِ.

قلت: ويحتمل أن يقال: إن كانوا هم ورائه حال الهبة كانوا بمنزلة الأولاد، وإلا كانوا بمنزلة الأجانب، ولا يخفى وجهه، ويجيء في «تفضيل المحتاج من الوالدين»، والحواشي ما أشرنا إليه في الأولاد.

قال: (وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِي هِبَةِ وَلَدِهِ) أي: الحر، والهدية كالهبة، وكذا صدقة التطوع على الأصح، والمنصوص في حرمته وفاقًا لتصحيح «الروضة»، وأصلها وغيرها، وخلافًا لتصحيح الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»؛ قال: لأن قصده ثواب الآخرة، وهو موعود به، وبه جزم في أوائل العارية من «الشرح

وَكَذَا لِسَائِرِ الْأُصُولِ عَلَى الْمَشْهُورِ.

الكبير»، وجعله أصلًا، وقاس عليه، والمذهب ما نصَّ عليه، وأصل الباب قوله ﷺ: **«لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً، فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ»**(١) رواه أصحاب السنن الأربعة من رواية ابن عباس، وابن عمر ﷺ وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، وغيرهم، وهو يشمل الهبة والهدية والصدقة، وبه ردٌّ على الوجه الثاني، وفي الصدقة، وأشار **الرُّويَانِيُّ** فيها طريقة قاطعة بالرجوع.

قال: **(وَكَذَا لِسَائِرِ الْأُصُولِ)** أي: من الجهتين، وإن علوا أو سفلوا **(عَلَى الْمَشْهُورِ)**؛ لأنهم كالأب في العتق والنفقة وسقوط القصاص، فكذا في الرجوع.

وحاصل المنقول أربعة: **أولها**: شموله للجميع، وهو الصحيح.

ثانيها: اختصاصه بالأب فقط.

ثالثها: اختصاصه بالأب والأم.

رابعها: اختصاصه بكل أصيل يثبت له الولاية، ولا يختص بحال الولاية، وفي «البحر» عن القفال رواية تقول: إنه يرجع الأب والجد فقط، ولم أرَ من خصَّه بالوارث منهما دون غيره.

إشارات:

منها: إنما قيدت بالولد الحر؛ لأن الهبة للعبد هبة لسيده؛ بل نعم إن كان رقيقًا لولد الواهب له الرجوع إلا أن يكون مكاتبًا كتابة صحيحة، وفي المنع من الرجوع في هبته له وقفة، وإن كان لأجنبي؛ لأنه ينتقل، وتوقف ابن الرِّفْعَة في مكاتب الولد إذا انفسخت الكتابة؛ لأنه بان آخرًا أن الملك للابن، وأشار

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٣٧، رقم ٢١١٩)، وأبو داود (٣/ ٢٩١، رقم ٣٥٣٩)، والترمذي (٤/ ٤٤٢، رقم ٢١٣٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ٢٦٥، رقم ٣٦٩٠)، والحاكم (٢/ ٥٣، رقم ٢٢٩٨) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٦/ ١٨٠، رقم ١١٧٩٦). وابن حبان (١١/ ٥٢٤، رقم ٥١٢٣).

……

إلى مجرد وجهين فيها.

ومنها: ما أطلقه المصنف من جواز الرجوع، وهذا المشهور، وعن ابن سُرَيْج أنه إنما يرجع إذا قصد به استجلاب بر أو دفع عقوق، فلم يحصل، فإن أطلق الهبة، ولم يقصد ذلك؛ فلا رجوع.

ومنها: لو أبرأه الأب ونحوه من دينه، قال الْمُتَوَلِي: إن قلنا: الإبراء تمليك رجع أو إسقاط فلا، قال المصنف: ينبغي ألا يرجع على التقدير، ووافقه ابن الرِّفْعَة، وهو حق، ووجهه أنه يسقط من ذمته على التقديرين، فأشبه إتلاف العين.

ومنها: موضع الرجوع إذا وهبه للولد مجانًا، أما لو وهبه بشرط الثواب، فأتاه الولد؛ فلا رجوع على الأصح المختار وفاقًا للروياني وغيره، وخلافًا للبغوي، وهذا في غير الثواب المعلوم المقدار؛ فإن ذلك بيع على المذهب.

ومنها: هل الرجوع مباح، أو مكروه إذا كانت الهبة له مستحبة بأن اتخذ المتهب، أو نوى.

قال الْمَاوَرْدِيُّ والرَّافِعِيُّ: إن كان الولد بارًا عفيفًا كره له الرجوع، وإن كان عاقًا أو مستعينًا بالموهوب على المعاصي؛ فالأولى ألا يبادره بل يهديه، فإن أصر لم يكره له الرجوع، قال ابن الرِّفْعَة: ويأتي وجه مكره أنه لا يكره.

قلت: يُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ كَانَ الْأَبُ مُحْتَاجًا إِلَى الرُّجُوعِ لِنَفَقَةِ عِيَالٍ، أَوْ دَيْنٍ لَمْ يُكْرَهْ بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يُنْدَبَ إِنْ كَانَ الْوَلَدُ غَنِيًّا عَنْهَا، وَإِلَّا نُظِرَ إِنْ كَانَ الْوَلَدُ بَارًّا كُرِهَ الرُّجُوعُ لِلْإِيحَاشِ، وَكَسْرِ الْقَلْبِ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ رِضَاهُ بِقَوْلٍ، أَوْ قَرِينَةِ حَالٍ ظَاهِرَةٍ فَلَا، وَإِنْ كَانَ عَاقًّا لَكِنَّهُ لَا يَصْرِفُ الْمَوْهُوبَ فِي الْمَعَاصِي، وَلَا يَسْتَعِينُ بِهِ عَلَيْهَا أَنْذَرَهُ، فَإِنْ رَجَعَ عَنْ الْعُقُوقِ كُرِهَ الرُّجُوعُ، وَإِنْ أَصَرَّ لَمْ يُكْرَهْ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ الرُّجُوعَ يَزِيدُهُ عُقُوقًا فَفِيهِ نَظَرٌ، وَإِنْ كَانَ يَصْرِفُ الْمَوْهُوبَ فِي الْمَعَاصِي أَوْ يَسْتَعِينُ بِهِ عَلَيْهَا كَسَيْفٍ يَقْطَعُ بِهِ الطَّرِيقَ، أَوْ فَرَسٍ يَرْكَبُهُ لِذَلِكَ لَا مَحَالَةَ، وَلَوْ رَجَعَ الْأَبُ عَنْ الْهِبَةِ لَانْكَفَّ عَنْ ذَلِكَ؛ فَالْوَجْهُ وُجُوبُ الرُّجُوعِ إِذَا

وَشَرْطُ رُجُوعِهِ بَقَاءُ الْمَوْهُوبِ فِي سَلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ فَيَمْتَنِعُ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ، ....

تَعَيَّنَ طَرِيقًا إِلَى كَفِّهِ عَنِ الْمَعَاصِي، وَهَذَا وَاضِحٌ، وَعَلَيْهِ يَظْهَرُ تَحْرِيمُ هِبَةِ مَنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يَصْرِفُ ذَلِكَ فِي الْمَعَاصِي لَا مَحَالَةَ، وَيَكْفِي فِي ذَلِكَ غَلَبَةُ الظَّنِّ، وينتج من هذا البحث أنه لا يكره حرمانه دون بقية الأولاد.

قال: (**وَشَرْطُ رُجُوعِهِ بَقَاءُ الْمَوْهُوبِ فِي سَلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ؛ فَيَمْتَنِعُ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ**) أي: صيانةً لحق الغير، وظاهر إطلاقه أن لمجرد مطلب البيع يمتنع الرجوع، وإن كان الخيار باقيًا للولد، ويشبه أنه لو كان البيع من أبيه - الواهب - وخياره باقٍ أن له الرجوع بخلاف البيع من غيره، وأما الوقف فإن كان على غير الأب - الواهب - أو عليه القبول، وقلنا: القبول لا يحتاج إلى القبول الظاهر بأن له الرجوع، ولا يقبل عندي في الصورتين، ومما يمنع الرجوع حياله الأَمَة، وستأتي صور أخرى على خلاف فيها.

وقوله: «**فِي سَلْطَنَةِ الْمُتَّهَبِ**» قد يفهم أنه لو غصب أو أبق لم يصح الرجوع، وقد أبدى الإمام ترددًا في صحة رجوعه في الآبق على قولنا: لا تصح هبته، ولا بدَّ من تمليك مبتدأ، والرجوع بناء، فيسامح فيه، انتهى.

والأرجح الصحة، ويجب الجزم به إذا علم بوضعه، وسلطنة المالك كافية كالمغصوب تعم في الرجوع، وفي الحال نظر، فإن جاز فتفرق في الرجوع، وهو خاصة للتفرق بإعتاقه.

فروع: يؤخذ من كلامه أنه لو مرض الابن الموهوب؛ فللأب الرجوع، وإن مات الابن من ذلك المرض لبقاء السلطنة، ولا نظر إلى ما يتخيل من تعلق حق الورثة بماله تعم لو حجر عليه بفلس في مرضه أو صحته، امتنع الرجوع على الأصح، ولا يبعد ترجيح معاملة؛ لأن حق الأب أسبق، وإنما قدم حق المرتهن لو ردَّ الرهن عليه لخصوصه، وهو تصرف نافذ من الولد، لو نبت الحب أو تفرخ البيض.

قال القاضي الحسين: فلا رجوع، قال الْبَغَوِي: هذا إذا ضمناه للغاصب بذلك، وإلا فقد عين ماله، فيرجع فيها، لو ذبح الشاة أضحيةً أو وطئ الأمة؛

لَا بِرَهْنِهِ وَهِبَتِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزِرَاعَتِهَا، وَكَذَا الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فحرُمت على الأب، فوجهان، الأصح الوطء لا يمنع الرجوع.

قال: (لَا بِرَهْنِهِ وَهِبَتِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ) لبقاء السلطنة بخلاف، فإذا أقبض لزوال السلطنة، وهو في الهبة كذلك، وإن كانت من ولد له أو حافد على المذهب، وأما الموهون فيمتنع الرجوع فيه في الحال على الأصح، وقيل: يصح موقوفًا، فإن انفك الرهن بان صحته، ولو قال: ارجع في شفعة المرهون خاصة فاحمله واركبه، وإلا رجع في رقبته.

قال الرُّويَانِيُّ والقاضي أبو الطيب: فالصحيح المنع؛ لأن المنافع تابعة لملك الرقبة، والأشبه أنه لو كان المرتهن هو الواهب لا يمتنع رجوعه، ولم أرَه نصًا، ولا رجوع في المكاتب صحيحة، فلو عجز إذا انفك المرهون رجع حينئذٍ فيهما على المذهب، وفي حكم ذلك ما لو زال حجر المفلس لإيذاء أو غيره، والعين باقية، حكى ابن القطان، والدارمي في تمكينه من فك المرهون وجهين، وبالمنع أجاب القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وهو ظاهر إطلاق المصنف وغيره، وهو الظاهر والمتعلق برقبته أرش كالمرهون؛ لكن لو قال: أنا أفديه، ورجع مكن منه جزمًا.

وقال الدارمي: قيل: كالمرهون، وقال القاضي الحسين: للأب الرجوع في الحال، ولا يكون به مختارًا للفداء، بل إن شاء فداه، وإن شاء سلمه؛ ليباع في الجناية، وهذا هو المختار.

قال أبو الطيب في «المجرد»: وفرَّق بعض أصحابنا بين تمكينه من فكِّ الجاني دون المرهون، بِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ خُرُوجُ دَرَاهِمِهِ مُسْتَحَقَّةً فَيَفُوتُ الرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ الْعَقْدَ، وَلَا يَقَعُ مَوْقُوفًا بِخِلَافِ بَذْلِ الْأَرْشِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ، فَجَازَ أَنْ يَقَعَ مَوْقُوفًا، فَإِنْ سَلَّمَ مَا بَذَلَهُ لَهُ، وَإِلَّا رَجَعَ إليه، انتهى.

قال: (وَتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزِرَاعَتِهَا) أي: لبقاء الملك والسلطنة.

(وَكَذَا الْإِجَارَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: وهو جواز الأكثرين كالتزويج

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَوْ زَادَ رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ لَا الْمُنْفَصِلَةِ.

والإجارة، ومقابله قول الإمام: إن جوزنا بيع المستأجر، وإلا فإن جوزنا الرجوع في المرهون فذلك، وإلا ففي المستأجر تردد.

قال: (**وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه الآن في يده من غير جهة الأب، فأشبه ما لو وهبه شيئًا، واشترى به سلعة، **والثاني**: يرجع بوجود العين في يده على صفتها، وأصل الخلاف أن الزائل العائد كالذي لم يزل، وكالذي لم يعد، ولو تخمر العصير ثم تخلل رجع فيه، وقيل: على وجهين، وهو قضية كلام المصنف، ويقرب فيه دبغ جلد الميتة، وهو أولى بعدم الرجوع.

اعلم أن المصنف أطلق الزوال والعود، والرَّافِعِي فرضه، ولما لو عاد بإرثٍ أو شراءٍ، وكذا لو عاد بهبةٍ، وفي الثلاثة فرضها القاضي أبو الطيب، وزاد ابن الرِّفْعَة عوده بالإقالة، وقد يتوقف فيه بناءً على أنها فسخ، فلا يكون العائد ملكًا جديدًا؛ إذ التعليل بالفسخ للملك الأول، وكذا لو ردَّ عليه بعيبٍ.

قال شارح: وينبغي أن يكون في عوده بالإقالة، والرد بالعيب خلاف مرتب على الخلاف في عوده بغيرهما، وهو أولى بإثبات الرجوع، وهل يستمر ترجيح المنع لعوده بإرث أو شراء؟ أو يكون الأصح في عوده بإقالة، وردٍّ بعيب الرجوع؛ فيه نظر، والأفقه الثاني، انتهى.

قال: (**وَلَوْ زَادَ رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةِ**) أي: لأنها تتبع الأصل، وهذه في السمن وكسب العبد والبهيمة أو الشجرة ونحوها ظاهر، وأما غير ذلك فتكلم عليه، وحكى وجه أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع، وذكر ابن الرِّفْعَة من نصِّ الشافعي ما يشهد له؛ ولكنهم لم يفرعوا عليه.

قال: (**لَا الْمُنْفَصِلَةِ**) يعني: رجع فيه دون الزيادة المنفصلة كالكسب والأجرة ونحوها بحدوثها على الملك المؤكد استقراره عليها.

تنبيهات:

كلامه يقتضي أنه لو علم العبد أو تعلَّم بيد الولد صنعة أو علمًا، فزادت

وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ بِرَجَعْت فِيمَا وَهَبْتُ أَوْ اسْتَرْجَعْتُهُ أَوْ رَدَدْتُهُ إلَى مِلْكِي أَوْ نَقَضْتُ الْهِبَةَ.

قيمته أن الأب يفوز بها جزمًا، وبه صرَّح في «الروضة» في الصنعة، وسبق في «التفليس» بيان اضطراب كلامهما في ذلك محرمًا في موضع بما أفهمه كلام «الكتاب»، وذكر في إجراء ذلك طريقة مرجوحة؛ فإن الزيادة بتعلم الصنعة ونحوها، وبالجراية على القولين بالقصارة[1]، والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين البابين، وقد قالا وغيرهما هنا: إنه لو طحن الحب أو قصر الثوب أو نسج الغزل زادت القيمة بذلك، وقلنا: القصارة عين، أي: في حكم العين، وهو المرجح، فالولد يزيد بالزيادة، قالوا: كالمقاس إذا قصر الثوب.

قال في «البحر»: ولو وهبه المفلس بخلاف طلعه؛ فهل له الرجوع؟ في الطلع قولان كما قلنا: في التفليس، وذكر في التفليس صورًا كثيرةً؛ فراجع ما كتبناه، وتأمله مع هذا تعرف الفائدة، وتعلم أن إطلاقه القول هنا بأنه يرجع بالزيادة المتصلة يحتاج إلى تقييد وإيضاح.

فرع: لو وهبه أَمَة أو بهيمة حاملًا، ثم رجع قبل الوضع فيها حاملًا أو بعده أخذها معه على الأظهر، وإن وهبها حاملًا ثم رجع، وهي حامل رجع في الأم فقط دون الحمل في الأظهر، فعلى هذا يرجع فيها في الحال على الأصح في تعليق القاضي الحسين، وبه أجاب في «الشامل».

قال: (**وَيَحْصُلُ الرُّجُوعُ بِرَجَعْت فِيمَا وَهَبْتُ أَوْ اسْتَرْجَعْتُهُ أَوْ رَدَدْتُهُ إلَى مِلْكِي أَوْ نَقَضْتُ الْهِبَةَ**).

قلت: وكذا أبطلها، وقيل: أبطلت الهبة وفسختها كتابة، وبه أجاب الرُّويَانِيّ.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: لا يصح الرجوع إلا بالقول الصريح، وتابعه في

---

(١) قال الشيخ زكريا: قَالَ الْقَمُولِيُّ: اعْلَمْ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْقِصَارَةِ هُنَا تَصْفِيَةُ الثَّوْبِ بِالْغَسْلِ، وَأَمَّا الْقِصَارَةُ الَّتِي تَعْهَدُهَا بِالْإِسْكَنْدَرِيَّةِ فَهِيَ عَيْنٌ قَطْعًا؛ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ تُجْعَلُ فِي الثَّوْبِ بَعْدَ تَصْفِيَتِهِ، انظر: أسنى المطالب (٩/ ٤٤٩).

لَا بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ وَهِبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ وَوَطْئِهَا فِي الْأَصَحِّ.

«البحر»، وقاله ابن القطان في فروعه: وكأنه تفريع على منع البيع بالكتابة، وهي طريقة الْمَاوَرْدِيِّ.

قال: (**لَا بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ وَهِبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ وَوَطْئِهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: في الجميع بكمال ملك الابن، ونفوذ تصرف.

والثاني: أنه رجوع، وينفذ التصرف، كما أن هذه التصرفات تفسخ البيع في زمن الخيار.

والثالث: يحصل الرجوع، ولا ينفذ التصرف، وهذا في غير الوطء، أما الوطء فلا يجيء فيه إلا وجهان، واقتضى كلام الْغَزَالِيِّ أن الوطء ليس برجوع، وإن قلنا: البيع رجوع، ورجحه ابن الرِّفْعَة، وكتب: أود لو فرق بين كونه حالة التصرف ذاكرًا للهبة أو قاصدًا به الرجوع، أو لا يكون كذلك، وذكروا وجهًا في وطء البائع أنه إن قصد به الرجوع كان رجوعًا، وإلا فلا، قال ابن الرِّفْعَة: ونذكر مجيئه هنا.

قلت: وأغرب العمراني؛ فقال في مسائله المنشورة: لو وهب لابنه شيئًا وأوهبه إياه ثم أقرَّ به لآخر؛ قُبِلَ إِقْرَارُهُ، انتهى، ولعله من تفاريع الوجه الثاني في مسألة «الكتاب»، وربما تكلمنا عليه في كتاب «الإقرار».

إشارة: ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين أن يتصل بالهبة إقباض أم لا، وفيه نظر، وعبارة «الكافي»: أو وهبه وسلَّمه لا يكون رجوعًا على الأصح.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا لم يوجد منه إقباض في الهبة؛ فهو يلتحق بما إذا قبض، أو يقطع بأنه لا يكون رجوعًا، فيه احتمال، انتهى.

وكلام «الكافي» يشهد للثاني، وذكر ابن الرِّفْعَة بحثًا أنه لو عرض الموهوب على البيع، وقلنا: البيع رجوع أو وكل فيه أنه يشبه أن يأتي في كونه فسخًا من البائع في زمن الخيار، انتهى، وهذا ضعيف، والفرق أن الملك هَاهُنا ثابت للابن بخلاف المبيع في زمن الخيار.

فروع: لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا مُنَجَّزًا؛ لِأَنَّ الْفُسُوخَ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ، لو رجع

ولم يسترد؛ فهو أمانة فِي يَدِ الْوَلَدِ، لو رجع في الأرض بعدما بنى الولد، وغرس لم يقطعه مجانًا؛ لكنه يتخير كما سبق لو باع الابن الموهوب، ثم ادعى الأب أنه إن كان رجع قبل البيع لم يصدق، فلو قال الأب ابتداءً: رجعت فيما وهبته منك، فقال الابن: كنت قد بعته، لم يصدق الابن، وعليه البينة أنه باعه قبل رجوع أبيه، قاله: القاضي الحسين.

فرع: تعم به البلوى: أقرَّ بعين لولده ثم ادعى أنه كان هبة، وقصد الرجوع، فهل يصدق؟ وجهان:

أحدهما: نعم، وبه أفتى القضاة أبو الطيب، والْمَاوَرْدِيُّ، والهروي.

والثاني: وبه أفتى أبو الحسن العبادي، وفي «الروضة» أبو عاصم، وهو وهم، ويشبه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» إلى أبي الطيب، والْمَاوَرْدِيِّ، وهو وهمٌ.

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يتوسط؛ فيقال: إن أقرَّ بانتقال الملك منه إلى الابن، رجع، أو بالملك المطلق فلا، انتهى.

قَالَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ فِي «التَّعْلِيقِ»: لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ مِلْكُ ابْنِي فِي يَدِي أَمَانَةً، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّ الْمُقَرَّ بِهِ كَانَ نِحْلَةً، وَقَدْ رَجَعْت فِيهِ، وَكَذَّبَهُ الولد، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلَدِ.

وَقَالَ فِي فَتَاوِيهِ: إِنَّهُ الظَّاهِرُ، وَهَكَذَا صَوَّرَ ابْنُ الرِّفْعَةِ الْمَسْأَلَةَ، وحكي الوجهين السابقين فيها ظاهر، وكلام الرَّافِعِي، وغيره بَيْنَ كَوْنِهَا فِي يَدِ الْأَبِ، أَوْ الْوَلَدِ وَلَا بَيْنَ الْوَلَدِ الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ.

والذي أقوله: إنه مَتَى ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ دالة عَلَى صِدْقِ الْأَبِ، بِأَنْ كَانَ ذَلِكَ الْمُقَرُّ بِهِ مَعْرُوفًا بِهِ بشراءٍ، أو إحياءٍ، أو بناءٍ، أَوْ كَانَ الِابْنُ فَقِيرًا لَا يُعْرَفُ لَهُ مَالٌ مِنْ إرْثٍ وَلَا غَيْرِهِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ الْقَرَائِنِ الظَّاهِرَةِ، مثل أن يقرَّ له يوم ولادته بمال كما يفعله بعض الناس، صدق الأب الظاهر، وإن لم يكن شيء من ذلك؛ فإن ظهر قرينة أم لا؛ فهذا موضع التردد والاحتمال.

فرع: قال في «الكافي»: إذا جهَّز ابنته لا يملك إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، إنْ

وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الْأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ.
وَمَتَى وَهَبَ مُطْلَقًا فَلَا ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ، ....

كَانَتْ بَالِغَةً، والقول قوله: بِيَمِينِهِ أَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى أَمْتِعَةَ بَيْتِهَا لَمْ تَمْلِكْهَا بِذَلِكَ، سواء اشتراه بعين ماله، أو في ذمته، وإن كَانَتْ صَغِيرَةً وَاشْتَرَى بعين ماله دفع له، أو في الذمة بِنِيَّتِهَا دفع لها، فإنْ نَقَدَ الثَّمن من ماله؛ فهل له الرجوع عليها؟ إنْ نَقَدَه بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ يرجَع، وإلا فلا، ولو اشترى حليًا وديباجًا لزوجته وزينها به، لا يصير ملكًا لها بذلك، وفي الولد الصغير يصير ملكًا له، كذا قاله القفال، انتهى.

وميزوه للصغير بمجرد ذلك لا يمشي على ظاهر المذهب، قال العبادي: ولو غرس، وقال: أغرسه لابني، لا يصير للابن، ولو قال: جعلته لابني، وهو صغير؛ صار له؛ لأن هبته لا تقتضي قبولًا بخلاف ما لو جعله لبالغ.

قال الرَّافِعِي: وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكناية، وإلى أن الهبة للابن الصغير يكفي فيها أحد الشقين، أي: والمرجح خلافه.

قال: (**وَلَا رُجُوعَ لِغَيْرِ الْأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ**)(١) لأنه بذل ماله مجانًا كالمتصدق، والرجوع للأب، ونحوه مستثنى بالخبر، وقيل: لا يصح إذا أوجبنا الثواب بمطلق الهبة؛ لأنه شرط يخالف مقتضاها.

قال: (**وَمَتَى وَهَبَ مُطْلَقًا**) يعني: ولم يقيد بِثَوَابٍ أَوْ عَدَمِهِ؛ (**فَلَا ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ**) أي: في المرتبة، كالإمام للرعية، والأستاذ لغلامه، إِذْ لَا يَقْتَضِيهِ لَفْظٌ وَلَا عَادَةٌ، والْمَقْصُودَ بِهَا التَّفَضُّلُ.

والحق الْمَاوَرْدِيُّ بهذا النوع سبعة أنواع، وهي: هِبَةُ الْغَنِيِّ لِلْفَقِيرِ: لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا النَّفْعُ، وهِبَةُ الْبَالِغِ للطفل أَوِ الْمَجْنُونِ؛ لأنه لَا يَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ مِنْهَا، والْهِبَةُ لِلْأَهْلِ وَالْأَقَارِبِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا صِلَةُ الرَّحِمِ والْهِبَةُ لِلْمُنَافِرِ

---

(١) أيْ: الْعِوَضِ وَلِقُوَّةِ شَفَقَةِ الْأَصْلِ؛ وَلِهَذَا كَانَ أَفْضَلُ الْبِرِّ بِرَّ الْوَالِدَيْنِ بِالْإِحْسَانِ لَهُمَا وَفِعْلِ مَا يَسُرُّهُمَا مِمَّا لَيْسَ بِمَنْهِيٍّ عَنْهُ، وَعُقُوقُهُمَا كَبِيرَةٌ، وَهُوَ إِيذَاؤُهُمَا بِمَا لَيْسَ هَيِّنًا مَا لَمْ يَكُنْ مَا أَذَاهُمَا بِهِ وَاجِبًا، انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (١٨/ ٣٢٠).

وَكَذَا لِأَعْلَى مِنْهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

الْمُعَادِي؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا التَّأَلُّفُ، والْهِبَةُ لِلْعُلَمَاءِ وَالزُّهَّادِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الْقُرْبَةُ وَالتَّبَرُّرُ، والْهِبَةُ لِلْأَصْدِقَاءِ وَالْإِخْوَانِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا تَأْكِيدُ الْمَوَدَّةِ، والْهِبَةُ لِمَنْ أَعَانَ بِجَاهٍ أَوْ بِمَالٍ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الْمُكَافَأَةُ.

قال: (وَكَذَا لِأَعْلَى مِنْهُ) أي: كهبة الرعية من السلطان، والغلام لأستاذه، والفقير للغني، **(فِي الْأَظْهَرِ)** أي: عند عامة الأصحاب، كما قاله الرَّافِعِي: كما لو أعاره دارًا لا يلزمه شيء، فكذلك الهبة إلحاقًا للأعيان بالمنافع.

والثاني: يلزمه لاطراد العادة، وبه قال الرَّافِعِي، وحكى الشيخ أبو محمد والرُّويَانِيّ أنه أصح.

قلت: وممن صححه الْغَزَالِيُّ في «الخلاصة» وشراح «مختصر الجويني» وابن أبي عصرون.

تنبيهات:

أولها: اشتهر القول بالجديد، والثاني: بالقديم؛ لكنه محكي في «التفليس» من الجديد، وفي اختلاف العراقيين ذكر القولين جميعًا؛ فإذا هما في الجديد، قاله: الرَّافِعِي.

ثانيها: ما نسبه الرَّافِعِي إلى ترجيح الرُّويَانِيّ كأنه في غير «البحر»، ولفظه في «البحر»: ونصَّ في الشفعة وغيرها أنها لا تقتضي الثواب، وهو الصحيح؛ لأنها عطية على وجه التبرع، فلا تقتضي الثواب كالوصية والوقف، والفتوى في زماننا هذا على القول الآخر، انتهى، وكأن الرَّافِعِي أراد هذا الكلام الأخير.

ثالثها: عبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد»: وقال في القديم: يقتضي الثواب في موضع واحد، وهو إذا وهب الصغير لمن فوقه، وهو ممن يقبل الثواب، فيلزمه أن يثبته، وأما إذا وهب لمن دونه، ووهب لنظيره، وكان الواهب ممن لا ينتسب؛ فإنها لا تقتضي الثواب، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: محل الخلاف عند بعض الأصحاب فيما إذا وهب ونوى الثواب، فإن لم ينوه لم يستحقه قطعًا، والأظهر طرد القولين، وإن لم ينو،

وَلِنَظِيرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ وَجَبَ فَهُوَ قِيمَةُ الْمَوْهُوبِ فِي الْأَصَحِّ.

وكأنه أخذ ذلك من «البحر»؛ فإنه رواه عن بعض الخراسانيين بعد أن أطلق نقل القولين، وحينئذٍ إما أن يكون ما رواه أبو الطيب قولًا ثالثًا، وإما أن يترك عليه إطلاق من أطلق.

قال في «البحر»: وعلى هذا إذا اختلفا في نية الثواب، ففي مَن القول قوله منهما وجهان.

رابعها: الخلاف جارٍ في الهدية صرَّح به الْبَنْدَنِيجِي، ونقله الدارمي عن ابن المرزبان، قاله في «الروضة» تفقهًا، وهي أولى بوجوب الإثابة من الهبة بلا شك، والمختار دليلًا أنه إذا كان ممن ينتسب في العادة وجوب إنابته أو رد هديته، والظاهر أنَّ مَحَلَّ التَّرَدُّدِ مَا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ حَالَةَ الْإِهْدَاءِ قَرِينَةٌ حَالِيَّةٌ أَوْ لَفْظِيَّةٌ دَالَّةٌ عَلَى طَلَبِ الثَّوَابِ، مثل أن يهدي فقير لغني شيئًا، ويشير في الحال إلى غربة أو رثاثة لباسه، أو يقول حال الدفع: جئتك قاصدًا، أو عندي عيال، أو عليَّ دين، أو الفقر ساقني إليك ونحوها، وإن لم يقل شيئًا، والله أعلم.

قال: (وَلِنَظِيرِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ) لِأَنَّ الْقَصْدَ مِنْه الصِّلَةُ، وَتَأَكُّدُ الصَّدَاقَةِ؛ هذا هو المشهور، وأصح الطرق مذهبًا.

والثاني: طَرْدُ الْقَوْلَيْنِ السَّابِقَيْنِ؛ لأن النظير لا يتخذ منه نظيره في العادة بل يعوضه، قال في «البحر»: وهذا هو الظاهر في زماننا، فإن بعضهم ينتظر الثواب من البعض.

قال الْقَفَّالُ: وأصل القولين أن العادة الجارية هل تجعل كالشرط المشروط، قولان كمسألة الخلاف وأحوالها.

والثالث: إن قصد الثواب استحقه، وإلا فقولان؛ فعلى هذا لو اختلفا في النية، ففي المصدق منهما وجهان، وطرد صاحب «التقريب» القولين في هبة الأعلى للأدنى، وزيف.

قال: (فَإِنْ وَجَبَ) أي: الثواب، (فَهُوَ قِيمَةُ الْمَوْهُوبِ فِي الْأَصَحِّ).

قلت: الوجه أن يقال: في الأظهر لما سيأتي، وهذا القول صححه

……

الرُّويَانِيُّ وغيره، وهو الأقيس؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ إذَا اقْتَضَى الْعِوَضَ، وَلَمْ يُسَمَّ فِيهِ شَيْءٌ تَجِبُ فِيهِ الْقِيمَةُ كالنكاح، وَعَلَى هَذَا، فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ قِيمَةِ وَقْتِ الْقَبْضِ لَا وَقْتِ الثَّوَابِ.

وَالقول الثَّانِي: يَلْزَمُهُ أن يعطيه حتى يرضى أو يرد، ذكره الشَّافِعِي في «التفليس» لحديث ابن عباس: «أن أعْرَابيًا وَهَبَ للنَّبِيِّ ﷺ هِبَةً فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا، فَقَالَ: رَضِيتَ؟ قَالَ: لا، فَزَادَهُ، فَقَالَ: رَضِيتَ؟ قَالَ: لا، فَزَادَهُ، قَالَ: رَضِيتَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: لَقَدْ هَمَمْتُ ألا أتَّهِبَ هِبَةً إلا مِنْ أنْصَارِيٍّ، أوْ قُرَشِيٍّ، أوْ ثَقَفِيٍّ»(١) صححه ابن حبان.

قال في «البحر»: وهذا القول ظاهر المذهب، مع قوله: إن الأول أقيس، والصحيح عنده.

والثالث: أنه ما يعد ثوابًا لمثله في العادة، وعبارة «البحر» وغيره ما جرى به العرف ثوابًا لمثلها؛ لأن أصل الثواب على هذا القول مأخوذ من العادة، فلذلك قدره.

والرابع: ولا إحالة منصوصًا أنه أقل ما يتمول؛ لوقوع اسم الثواب عليه، وهو ضعيف.

تنبيهات:

أحدها: حكى الخلاف في «الروضة» وجوهًا، ثم قال: وقيل: أقوال لقول الرَّافِعِي وبعضهم يجعل هذه الأوجه أقوالًا، وزاد فقال: وفي «شرح القاضي ابن كج» أن اعتبار الرضا، وما يعد ثوابًا لمثله في العادة منصوصان، انتهى.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: الصحيح أنها أقوال كما حكاها جمهور العراقيين، وهم أعرف بنصوص الشَّافِعِي، انتهى.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٩٢، رقم ٧٩٠٥)، والترمذي (٥/ ٧٣٠، رقم ٣٩٤٥) وابن حبان (٦٤٨٩).

……………………………………………………

وممن صرَّح منهم بأن الثلاثة الأول منصوصة الْبَنْدَنِيجِي، ونقلاها في «النهاية» و«البسيط» عن رواية الأصحاب أقوالًا، وفي كلام الشَّافِعِي ما يشعر بها، ولعلها من تخريجات ابن سُرَيْج، وليس كما ظناه، نعم لم أر مَنْ صرَّح بأن الرابع منصوص، وهو مذهب أبي حنيفة وأضعفها، وعبَّر الْغَزَالِيُّ في «الوجيز» عن القول الثالث بما يزيد على القيمة، ولو بقليل.

قال الرَّافِعِي: ولم أر هذه العبارة لغيره، وأوهمت أنه وجه آخر بأنها لَا يَتَعَيَّنُ لِلثَّوَابِ جِنْسٌ مِنَ الْأَمْوَالِ، بَلْ الْخِيَرَةُ فِيهِ لِلْمُتَّهِبِ قطعًا، وكان ينبغي للمصنف أن يقول: قدر قيمة الموهوب كعبارة «المحرر» لئلا يظن أن الواجب القيمة نفسها إذ لو أرادها لباعه.

ثالثها: لا يفهم من قول المصنف: وجب تحتم الإثابة، وإجباره عليها كالثمن بل المتهب بالخيار، إن شاء أثاب، وإن شاء ردَّ؛ فإن لم يثب؛ فللواهب الرجوع في الموهوب عند الامتناع من الإثابة كما صرَّح به المصنف من بعد، فلو أعرض الواهب الثواب؛ فليس للمتهب الرد، قاله الْبَنْدَنِيجِي، ذكره ابن الرِّفْعَة، وأطلق غيره أن له الرد، ويشبه أن المراد عند عدم الإعراض عن الثواب، وسبق عن نصه في «التفليس» أنه يلزمه أن يثيبه حتى يرضى أو يرده.

رابعها: إذا رجع عند عدم الإثابة، وهناك زيادة منفصلة، فهي للمتهب لحدوثها، وانفصالها في ملكه، فإن كانت متصلة رجع فيه معها، وقيل: للمتهب إمساكه، وبذل قيمته بلا زيادة، وإن كان تالفًا رجع بقيمته، وقيل: لا شيء له، ويقال: إنهما منصوصان في القديم قاله الرَّافِعِي، وإن كان ناقصًا رجع فيه، وفي تغريمه المتهب الأرش وجهان، وقيل: له ترك العين، وطلب كل القيمة، هكذا نقل الرَّافِعِي، والمصنف، وغيرهما، ولم يفرقوا بين كون التلف والنقص بفعله أو بغيره.

وقال في «البحر»: فإن كانت ناقصة بفعله ضمن أو بغير فعله ضمن أيضًا على الأصح ذكره في «الحاوي» وغيره، انتهى.

فَإِنْ لَمْ يُثِبْهُ فَلَهُ الرُّجُوعُ، ....

والْمَاوَرْدِيُّ جعل الخلاف في القيمة والأرش إذا كان التلف والنقص بغير فعله؛ فإن كان به رجع.

قلت: ولم يذكروا ما لو كان ذلك بفعل أجنبي؛ فلمن المطالبة؟ ولا شكَّ أن القرار عليه، ولم يذكروا أيضًا أنه لو كانت الزيادة المتصلة في حكم العين كالقصارة وغيرها، هل يكون للمتهب شريكًا بها أو يفوز بها الواهب؟

خامسها: قال في «البحر»: لو وهب جارية بشرط الثواب أو مطلقًا، وقلنا: يقتضي الثواب فوطئها الموهوب له، وامتنع من الثواب؛ كان للواهب أن يستردها، ولا مهر؛ لأن وطئه صادف ملك نفسه، نصَّ عليه في «حرملة»، انتهى.

وظاهر النص أنه لا فرق بين البكر والثيب، وقياس ما سبق عن «الحاوي» أنَّا إذا قلنا: بمفرد الأرش عن المهر أنه يلزمه أرش البكارة قطعًا، وقياس طريقة غيره أن يكون الأرش على وجهين أصحهما اللزوم.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يُثِبْهُ)** أي: للواهب.

(فَلَهُ الرُّجُوعُ) أي: كأن كان الموهوب بحاله لقوله ﷺ: «**مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا**»(١) صححه الحاكم.

وصحَّ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «**من وهب هبة لم يثب؛ فهو أحق بهبته**»(٢).

فالحديث والأثر يقتضيان بإطلاقهما أنه لا فرق بين الهبة من الأدنى للأعلى أو لمثله، وقد صرَّح بهما ما قاله الرُّويَانِيّ في النظير بخلاف هبة الأعلى للأدنى للعرف وغيره، وهو مقيد لإطلاقهما إن كان الموهوب تالفًا، فقد سبق أن الأصح أن له الرجوع إلى بذله، ولك أن تحمله كلام المصنف.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٦٠، رقم ٢٣٢٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٦/ ١٨٠، رقم ١١٨٠٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٨، رقم ٢٣٨٧) قال البوصيري (٣/ ٥٨): هذا إسناد ضعيف. والبخاري في التاريخ الكبير (١/ ٢٧١)، والدارقطني (٣/ ٤٣). قال المناوي (٤/ ٥٢): قال الذهبي فيه: إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ضعفوه، وقال البخاري: كثير الوهم.

وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ الْعَقْدِ، وَيَكُونُ بَيْعًا عَلَى الصَّحِيحِ،

قال: (**وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ**) أي: كوهبتك هذا على أن تبتني كذا، (**فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ الْعَقْدِ**) أي: نظرًا إلى المعنى.

والثاني: المنع نظرًا إلى اللفظ وتناقضه، وهذا ما صححه في «البحر»، والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، وقال: إن الأول ليس بشيء.

قال: (**وَيَكُونُ بَيْعًا عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: نظرًا إلى المعنى، فتثبت فيه أحكام البيع من الشفعة والخيار وغيرهما، قال في «التنقيح»: بلا خلاف، وغلط **الْغَزَالِيّ** في إشارته إلى خلاف فيه، والثاني: يكون هبة اعتبارًا باللفظ فيثبت فيه أحكام الهبة.

قال الإمام: وهو بعيد، ولو صحَّ لم يكن في دفع الشفعة حيلة أو بيع منها لسلامتها عن الخطر، فعلى الأول يثبت أحكام البيع عقب العقد، وقيل: عقب القبض.

قال ابن الرِّفْعَة: يختار، والمراد قبض الثواب، وفيه نظر.

وعبارة «البحر»: وقال بعض أصحابنا بخراسان: الهبة صحيحة، وهي معاوضة كالبيع، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه كما وجد الإيجاب والقبول سلك بها مسلك البيع في الشفعة وغيرها.

والثاني: هو هبة ما لم يوجد القبض، فإذا وجد التحق حينئذٍ بالمعاوضة، انتهى.

والظاهر أن المراد به قبض المعوض لا العوض بل يكاد جزم به، قال المصنف في «التنقيح»: فيه ثلاثة أوجه:

أصحّها: أنه بيع، وبه قطع العراقيون، قال الإمام: وإليه ذهب المحققون.

والثاني: هبة تعويض، فلا يثبت فيه خيار، ولا شفعة، ولا يلزم قبل القبض.

والثالث: أنه هبة بغير عوض، فلا يلزم العوض، حكاه الجرجاني في

أَوْ مَجْهُولٍ فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ.

«البحر»، وهو شاذٌّ ضعيف، ثم اعترض على عبارة الْغَزَالِي بما تقدم.

قال: (**أَوْ مَجْهُولٍ**) أي: أو يشترط ثواب مجهول.

(**فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ**) لأنه خالف مقتضى الهبة بذكر العوض، والبيع بجهالة العوض.

والحاصل أنَّا إن قلنا: إن الهبة لا تقتضي ثوابًا، فالعقد باطل لامتناع تصحيحه بيعًا أو هبةً، وإن قلنا: يقبضه صحَّ فيه إلا التصريح بمقتضى العقد.

قال الرَّافِعِي: هذا ما أورده الأكثرون، وحكى الْغَزَالِيُّ وجهًا أنه يبطل بناء على أن ذكر العوض معلوم، وعبارة «البحر» في التفريع على أن الهبة تقتضي الثواب، ولو شرط الثواب على هذا القول؛ فإنْ كان مجهولًا جاز قولًا واحدًا، والحكم فيه كما لو أطلق؛ لأنه شرط ما هو مقتضى العقد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، والصحيح: لا يجوز؛ لأنه لا يصير بمنزلة البيع بثمن مجهول، وهذا غلط.

قال الرُّويَانِيُّ: وإن شرط ثوابًا معلومًا، فقولان أصحهما يجوز، نصَّ عليه في «التفليس»، وعلى هذا يكون بيعًا بلفظ الهبة، وقد ذكرنا حكمه، انتهى.

وصرَّح على قولنا بأن الهبة تقتضي الثواب بأنه لو كافأه عنه غيره، جاز، ولا رجوع للواهب لوصول الثواب إليه، هكذا أطلق.

وقال الرَّافِعِي إثر كلامه على مسألة الكتاب: وقال القاضي ابن كج عن نصه: أنه لو وهب من اثنين بشرط الثواب، فأثابه أحدهما دون الآخر لم يرجع في حصة من أثاب، وأنه لو أثابه أحدهما عن نفسه، وعن صاحبه، ورضي به الواهب، لم يرجع على واحد منهما ثم أثاب بغير إذن الشريك لم يرجع عليه، وإن أثاب بإذنه رجع بالنصف، هذا إذا كان الثواب فيما يعتاد ثوابًا مثله، فإن زاد فهو متطوع بالزيادة، انتهى.

والشيخ - رحمه الله تعالى - أخَّر المسألة عن هذا الموضع، وأفردها بفرع، فقال:

……

فرع: نصُّ الشَّافِعِي فالواقف على كلامه يعتقد أن هذا هو المذهب، والظاهر أن هذا التفريع فيما إذا ادعى عن شريكه بإذنه، إنما يستمر القول بالرجوع بنصف المؤدى إذا كان مما يعتاد ثوابًا لمثله على القول بأن الواجب في الإثابة ثواب مثله في العادة، وأما إذا قلنا: بما رجحناه أنه قدر قيمة الموهوب، فقياسه أنه لا يلزمه إلا أقل الأمرين مما أداه عنه أو نصف قيمة الموهوب لهما؛ لأنه الواجب على شريكه، والظاهر أن هذا حكمه حكم من قال لغيره: أدِّ دَيني كما بيناه في كتاب «الضمان».

فرع: نقلًا عن نصه في «حرملة» أنه لو وهبه حليًا بشرط الثواب أو مطلقًا، وقلنا: الهبة تقتضي الثواب أنه إن أثابه قبل التصرف بجنسه اعتبرت المماثلة، وإن أثابه بعد التصرف بعوض صحَّ، وبالنقد لا يصح؛ لأنه صرف، وهذا تفريع على أنه بيع.

وفي «التتمة»: أنه لا بأس من ذلك؛ لأنا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، وكذا سائر الشروط، وهذا تفريع على أنه هبة، وحكى الإمام الأول عن الأصحاب، والمعروف بطلان مثل هذا لجهالة العوض، وأيضًا فالجهل بالمماثلة في الربوي حالة العقد.

وقال الرُّويَانِيُّ في «البحر» بعد إيراده النص: فاعتبر الشَّافِعِي حكم العقد حين الثواب لا حين العقد، وجعله مراعى على جنس الثواب، وإن كان مما فيه ربا؛ فهو ربا، وإن لم يكن فيه ربا؛ فهو بيع، وهكذا كل ما فيه الربا، فلو وهب طعامًا فأثابه عليه بعد التصرف بالطعام، بطلت الهبة كالأيمان سواء، ذكره في «حرملة»، انتهى.

فرع: قَالَ: وَهَبْتُك بِبَدَلٍ؛ فَقَالَ: بِلَا بَدَلٍ، وقلنا: مطلق الهبة لا يقتضي ثوابًا ففي المصدق وجهان، قال ابن كج: الواهب، وقيل: المتهب، وصححه المصنف، وقيل: يحلف كل واحد على نفي دعوى الآخر، ويرد العين، وقيل: يتحالفان كالمتابعين، وهو مقتضى ما في «التتمة»، والأصحاب أطلقوا تصوير المسألة، ورأى ابن الرِّفْعَة أنه إن قال: وهبتك بشرط ثواب معلوم،

وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ كَقَوْصَرَّةِ تَمْرٍ فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضًا، وَإِلَّا فَلَا، وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ إِلَّا فِي أَكْلِ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنِ اقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ].

وجعلناه بيعًا، فقال: وهبتني، ولم تشرط شيئًا، فالخلاف مرتب على حالة الإطلاق، وأولى بأن يكون القول قول الموهوب له، إنْ لم يكن المراد بحالة الإطلاق هذه الصورة، انتهى، ولم لا يخرج ذلك على تبعيض الإقرار، إن قلنا: لا يقتضي صدق الواهب، وإلا فالمتهب.

قال: (**وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ؛ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِرَدِّهِ كَقَوْصَرَّةِ تَمْرٍ، فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضًا**) أي: العرف المطرد بذلك، ومثله علب الفاكهة والحلوى ونحوها.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: بمثلها للعرف.

(**وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ إِلَّا فِي أَكْلِ الْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنِ اقْتَضَتْهُ الْعَادَةُ**) عملًا بها، قالا: وإذا لم يكن الظرف هدية كان أمانة في يده، فإذا أكل الهدية منه حسب اقتضاء العادة، قال الْبَغَوِي: تكون عارية.

قلت: عبارة «التهذيب»: ولو أرسل هدية في ظرف يكون الظرف أمانة في يد المهدي إليه؛ فإن استعمله في غير الهدية ضمن، وإنْ كان شيئًا جرت العادة بتفريغ الظرف منه يجب أن تفرغ، وإن جاز التناول منه، فإن تناول منه كان كالمستعار، انتهى.

وهذا الكلام مستوفٍ فيما إذا كانت الهدية مأكولًا أما غيره، فيختلف حكمه إذ لا خفاء أن من أهدى سيفًا ونحوه كان عِلاقُه هدية، وكذلك صندوق المصحف وخريطته، وما أشبه ذلك، وَيُشْبِهُ أَنْ تَخْتَلِفَ الْعَادَةُ فِي رَدِّ الظُّرُوفِ بِاخْتِلَافِ طَبَقَاتِ النَّاسِ، وَعَادَةِ الْبِلَادِ، وَمَا يُحْمَلُ مِنْهَا إِلَى الْبِلَادِ الْبَعِيدَةِ دُونَ مُهَادَاةِ أَهْلِ الْبَلَدِ، وَكَذَا الْإِهْدَاءُ إِلَى الْمُلُوكِ، وَلَا سِيَّمَا مَا يُحْمَلُ إِلَيْهِمْ مِنَ النَّوَاحِي الْبَعِيدَةِ، فَإِنَّ الْعَادَةَ أَلا تُرَدَّ ظُرُوفُهُ.

فروع: نختم بها الباب ذكرت في «الغنية» قبل باب الوليمة:

فروع مهمة: في التنازع في إيراده الباعث لمبعوث الهدية أو غيرها، وقد

……

عمت البلوى في الزمان بذلك لفساد الناس، فاطلبها منه، فربما لا ينقل إليَّ ذكرها في هذا المختصر أعطاه شيئًا، وقال: اشتر لك به عمامة أو ثوبًا أو نعلًا مثلًا؛ فهل يتعين صرفه فيما عينه أو له صرفه فيما شاء أو تقييد الهبة؟ وإن رآه محتاجًا إلى ما سمَّاه تعين صرفه إليه، وإلا فلا، وجوه أصحها: آخرها، وقد يقال: إن قصد تحقيق الشراء فسدت الغبطة، كما لو قال: وهبتك بشرط أن تشتري به كذا؛ فالظاهر فسادها، وإنْ قصد وقع الحكمة والإرشاد إلى الأصلح ونحوها.

وسئل الشيخ أبو زيد عمن مات أبوه، فبعث إليه إنسان ثوبًا ليكفنه فيه؛ هل يملكه حتى يمسكه، ويكفنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو ورع؛ فلا، ولو كفنه في غيره وجب رده إلى مالكه، انتهى.

وكذا لو لم يكن الميت ممن يتبرك بتكفينه، ولكن قصد الدافع القيام بغرض الكفاية لا التبرع على الوارث، وهذا ظاهر، وفي وصايا «الوسيط» عن الْقَفَّال أن للوارث إبداله، فإن الصحيح أنه عارية في حق الميت، وفيه نظر.

في «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو خلص رجلًا من يد ظالم، ثم أنفذ إليه شيئًا؛ هل يكون ذلك رشوة؟ قال: يُنْظَرُ إنْ كَانَ أَهْدَى إلَيْهِ مَخَافَةَ أَنَّهُ رُبَّمَا لَوْ لَمْ يَبَرَّهُ بِشَيْءٍ لَنَقَضَ جَمِيعَ مَا فَعَلَهُ كَانَ رِشْوَةً، وَإِنْ كَانَ يَأْمَنُ خِيَانَتَهُ، وقصد تعويضه لم يحل له، وإن قصد التودد والبر؛ حلت له.

وذكر في «الإحياء»: أنه لَوْ طَلَبَ إنْسَانٌ مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَهَبَهُ مَالًا فِي مَلَإٍ مِنَ النَّاسِ فَاسْتَحْيَا مِنْهُمْ، وَلَوْ كَانَ فِي خَلْوَةٍ مَا أَعْطَاهُ لَهُ فَوَهَبَهُ مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَحِلَّ كَالْمُصَادَرِ، وَكَذَا كُلُّ مَنْ وُهِبَ لَهُ شَيْءٌ لِاتِّقَاءِ شَرِّهِ أَوْ سِعَايَتِهِ، انتهى.

وهذا حق وفي «فتاويه»: لَوْ كَانَ بِيَدِ ابْنِ الْمَيِّتِ عَيْنٌ؛ فَقَالَ: وَهَبَنِيهَا أَبِي، وَأَقْبَضَنِيهَا فِي الصِّحَّةِ، فَأَقَامَ بَاقِي الْوَرَثَةِ بَيِّنَةً.

أَنَّهُ رَجَعَ فِيمَا وُهِبَ لِابْنِهِ، وَلَمْ تَذْكُرْ الْبَيِّنَةُ مَا رَجَعَ فِيهِ؛ لَمْ تُنْزَعْ مِنْ يَدِهِ بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ لِاحْتِمَالِ أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ لَيْسَتْ الْمَرْجُوعَ فِيهَا، ولو وهب وأقبض

……………………………………………………………………

ومات فادعى الوارث كون ذلك في المرض، وادعى المتهب كونه في الصحة.

قال المصنف: فالمختار أن القول قول المتهب، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا قال الوارث في المرض، وقال الموهوب له: في الصحة، فالقول قول الوارث بيمينه؛ لأن الأصل عدم اللزوم، انتهى.

هبة منافع الدار ونحوها؛ هل تكون عارية لها؟

فيه وجهان، وبالأول أجاب الْمَاوَرْدِيُّ - كَلَّلهُ تعالى - لو دفع إليه ثوبًا بنية الصدقة، فأخذه ظانًّا أنه عارية، ثم ردَّه لا يحل للدافع أخذه لزوال ملكه، إذ الاعتبار بنيته، فإن قبضه لزمه رده إلى المدفوع إليه، قاله القاضي الحسين.

قال: منحتك هذا الثوب أو هذه الدار، فقال: قبلت، وأقبضه؛ فهو هبة، قاله في «العدة»، وتبعه المصنف، ويشبه أن منحتك كناية لا صريح؛ لأنها تستعمل في العادة.

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

قال المصنف: [يُسْتَحَبُّ الِالْتِقَاطُ لِوَاثِقٍ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ، ....

قال الشارح: هي بفتح القاف على المشهور، الشيء الملقوط، قال الأزهري: هو ما يسمع من العرب، وأجمع عليه أهل اللغة ورواة الأخبار، وقاله الأصمعي، والفراء، وابن الأعرابي، وقال القليل: هي بفتح القاف: اسم للملتقط، وبإسكان القاف: الشيء الملقوط.

قال الأزهري: أخذ مال محترم يكون بمضيعة بأخذه من هو أهل للالتقاط؛ ليحفظه لمالكه، أو ليتملكه بشرطه، وهي مختصة مما ليس بحيوان للأموال، وما كان من الحيوان سُمِّيَ ضالًا لا غير، والالتقاط، وهو القياس، وهل الحد يخرج الكلب المعلَّم؟ ولا ريب في التقاطه للحفظ، وهل يجوز لغيره فيه؟ ما سيأتي، ويجب أن يقال: الالتقاط أخذ شيء محترم إلى قولنا: أو ليتملكه بعد التعريف، أو يختص به. والأصل فيه من الكتاب الآيات الآمرة بالبر والإحسان، وفي أخذها للحفظ والرد بر وإحسان، ومن السنة في الصحيحين وغيرهما عن زيد بن خالد الجهني ﵁ أن رسول الله ﷺ سئل عن لقطة الذهب، أو الورق فَقَالَ: **«اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً؛ فَإِنْ لَمْ تَعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ، فَأَدِّهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا، وَسَأَلَهُ عَنْ ضَالَّةِ الْإِبِلِ، فَقَالَ: مَا لَكَ وَلَهَا دَعْهَا، فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا وَسَأَلَهُ عَنِ الشَّاةِ، فَقَالَ: خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»**(١) وقد أجمع المسلمون على جوازها في الجملة.

قال: (يُسْتَحَبُّ الِالْتِقَاطُ لِوَاثِقٍ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ) لما فيه من البر لما سبق،

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٧، رقم ١٤٤٤)، وأحمد (٤/ ١١٧، رقم ١٧١٠١)، والبخاري (٢/ ٨٣٦، رقم ٢٢٤٣)، ومسلم (٣/ ١٣٤٦، رقم ١٧٢٢)، وأبو داود (٢/ ١٣٥، رقم ١٧٠٤)، والترمذي (٣/ ٦٥٥، رقم ١٣٧٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٩، رقم ٥٨١٢)، وابن ماجه (٢/ ٨٣٦، رقم ٢٥٠٤)، وابن حبان (١١/ ٢٥٠، رقم ٤٨٨٩).

وَقِيلَ: يَجِبُ، ....

«والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»(١) رواه مسلم، وهذا ظاهر للنصِّ المختصر.

قال: (**وَقِيلَ: يَجِبُ**) لأن **«حرمة مال المسلم كدمه»**(٢) فيجب صونه، وهذا نص «الأم»؛ فقال الجمهور في المسألة قولان، أظهرهما الاستحباب، وقيل: إن لم يبق بنفسه لم تجب قطعًا، وإن ظن أمانتها؛ فقولان، وقيل: لا تجب قطعًا.

وقال ابن سُرَيْج وأبو إسحاق: إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب، وإلا فلا، وحمل النصين على ذلك، **وَنَسَبَ الْمَاوَرْدِيُّ هَذَا إِلَى الْجُمْهُورِ**، وبها جزم المحاملي في «المقنع»، وصححها الجرجاني وغيره.

وفي «النهاية» و«البسيط» وجه أنها لا تجب، ولا تستحب؛ وهو شاذٌّ، وينبغي أن تختص بقاصد التمليك بشرطه، وقال في «الإحياء» في كتاب الأمر بالمعروف: والحق عندنا أن يفصل، ويقال: إن كانت اللقطة لمكان لو تركها لم تضع لأن كانت بمسجد أو رباط تعين من يدخله، وكلهم أمناء لم تجب، وإن كانت في مضيعة، فإن كان عليه تعب في حفظها كبهيمة تحتاج إلى علف وإسطبل، لم يلزم ذلك؛ فإن كان ذهبًا، أو ثوبًا، أو شيئًا لا ضرر عليه إلا مجرد تعب التعريف، فهذا ينبغي أن يكون محل الوجهين.

تنبيهات: متى أوجبناه فتركه حتى تلف العين؛ أثم، ولا ضمان، نصَّ عليه في «الأم»، وجرى عليه الأئمة فيما نجده بدارنا في غير ملك، وأما لو وجدها بدار الحرب، ولا سلم بها، فقيل: إنها له من غير تعريف، وقيل: إنها غنيمة مخمسة، وهو المذهب كما سيأتي بيانه، إن شاء الله تعالى فيما يأخذه المختلس ونحوه،

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢، رقم ٧٤٢١)، ومسلم (٤/ ٢٠٧٤، رقم ٢٦٩٩)، وأبو داود (٤/ ٢٨٧، رقم ٤٩٤٦)، والترمذي (٥/ ١٩٥، رقم ٢٩٤٥)، وابن ماجه (١/ ٨٢، رقم ٢٢٥)، وابن حبان (٢/ ٢٩٢، رقم ٥٣٤).

(٢) أخرجه القضاعي (١/ ١٣٧، رقم ١٧٧)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣٣٤) وقال: غريب. والديلمي (٢/ ١٤٣، رقم ٢٧٢٧).

وَلَا يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاثِقٍ، وَيَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ. وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ، ....

ونقله الرُّويَانِيُّ في «التجربة» هنا عن الأصحاب، وصورة المسألة أنه دخل بلا أمان، فأما إن دخل بأمان؛ فهي كلقطة دار الإسلام، سواء لواثق بأمانة نفسه.

(وَلَا يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاثِقٍ) أي: قطعًا خشية التضييع أو الخيانة، وقيل: يجب لحق صاحبها، أو يجاهد نفسه لأجله، والمستحب يمكنه تركه.

قال: (وَيَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن خيانته لم تتحقق، وعليه الاحتراز، والثاني: المنع؛ خشية استهلاكها، وصورة المسألة إذا لم يكن فاسقًا بل كان أمينًا في الحال؛ ولكن لا يبقى باستمرار أمانته، وعلى الأصح لا تجب، وبيَّنهما الإمام بالوجهين في وجوب تقلد القضاء في الحالة المذكورة، والأصح الوجوب، والفرق أن مفسدة ترك القضاء عامة، وهذه خاصة.

قال: (وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ) لئلا تدعوه نفسه إلى غلها وإتلافها، هكذا أطلق المعظم الكراهة، وهي كراهة تنزيه، إن صححنا التقاطه، وأطلق في «الوسيط» أنه لا يجوز أخذه، والظاهر أن مراده، إن صححنا التقاطه أو لا.

وقال في «الوجيز»: إن علم الخيانة فحرم، وفي تهذيب نصر المقدسي: إن كان غير أمين لم يكن له أخذها، فإن خالف وأخذها لم يضمنها، فيضم الحاكم إليه أمينًا، وهذا تفريع منه في صحة التقاطه، فإنه جازم به، وظاهر كلامه أن الأخذ مع ذلك حرام، فيوافق الْغَزَالِيّ.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن القاضي أبي الطيب التحريم، قال: والحاصل وجهان: التحريم مطلقًا، قلنا: إنه أهلٌ أم لا؟ والثاني: الكراهة، إن قلنا: إنه أهلٌ، وإلا فالتحريم، وتوسط ابن داود، فقال عن الأمين: ينبغي ألا يأخذ إذا لم تكن في مهلكة، وإن كانت في مهلكة أخذ وأشهد، ويجيء هذا وجه ثالث أو حمل الالتقاط على التحريم.

قلت: والوجه القطع بأنها إذا كانت بموضع يؤمن هلاكها حرم الأخذ عليه، وإن كانت بمكان يحتمل، ويعلم من نفسه أنه لو أخذ لخان فلذلك، وإن كانت بمهلكة؛ فهذا موضع النظر والتردد.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى الِالْتِقَاطِ.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَى الِالْتِقَاطِ**) لأنه ﷺ لم يأمر به في حديث زيد ابن خالد، وكالوديعة، وعبارة «الروضة»: وأصح الوجهين أنه لا يجب، وقيل: لا يجب قطعًا.

وفي «مجرد» أبي الطيب: الصحيح من القولين أنه واجب لا يستحب، واختاره ابن عصرون، وهو المختار الأقوى في حديث عياض بن حمار ﵁ أن رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ، أَوْ ذَوِي عَدْلٍ وَلَا يَكْتُمْ**. . . الحديث»⁽¹⁾ رواه النسائي، وأبو داود، وابن ماجه، وصححه ابن حبان.

وحديث زيد ليس فيه أنه أخذ، وأبي بن كعب ﵁ قد أشهد النبي ﷺ في التخيير من إشهاد عدل وعدلين؛ لئلا يتسع، فيكتفي بواحد؛ إما لأنه إعلام فاكتفى بواحد، وإما التمكين من اليمين معه، قاله ابن الرِّفْعَة.

قلت: وهذا شك من الراوي لا للتخيير؛ فقد نسب الوجوب إلى «المختصر» والاستحباب إلى «الأم»، وكلام الدارمي أن الخلاف فيمن قصد التملك، أما لو قصد الحفظ أشهد جزمًا، وسيأتي وجه في الإشهاد على اللقيط فارق بين العدل وغيره، ووجه هنا ظاهر أو أظهر، ولو قيل: يجب على غير الواثق بأمانة نفسه الإشهاد جزمًا، وتخصيص الخلاف بغيره لكان متجهًا.

إشارة: في «كفاية» ابن الرِّفْعَة عن القاضي أبي الطيب أنه صحح عدم وجوب الإشهاد، فإما اختلف ترجيحه، وإما أن يكون العكس النقل.

فرع: في كيفية الإشهاد وجهان:

أصحهما: عند الْبَغَوِي أنه يشهد على أصلها دون صفتها، ويجوز أن يذكر جنسها، **والثاني**: يشهد على جميع صفاتها، وأشار الإمام إلى توسيط، وهو لا يستوعب الصفات بل يذكر بعضها، وصححه المصنف، وزيف الإمام، الأول،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٦١، رقم ١٧٥١٦)، والطيالسي (ص ١٤٦، رقم ١٠٨١)، وأبو داود (٢/ ١٣٦، رقم ١٧٠٩)، والنسائي (٣/ ٤٧٠) وابن ماجه (٢/ ٨٣٧، رقم ٢٥٠٥)، والبيهقي (٦/ ١٩٣، رقم ١١٨٦٩) وابن حبان (١١/ ٢٥٦، رقم ٤٨٩٤).

وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْتِقَاطُ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالذِّمِّيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، ثُمَّ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الْفَاسِقِ وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ، ....

قال: وما ذكرناه من منع كلام الأوصاف، لا تراه ينتهي إلى التحريم، انتهى.

ولم نرَ من قال: يجب الإشهاد على عينها، ولابن الرفعة فيه احتمال، وإذا استحببنا الإشهاد فتركه لم يضمن، وإن أوجبناه ضمن، وقيل: يأثم، ولا يضمن، قاله ابن داود.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: بلا خلاف، وحكى في مطلبه ما يذكره، وقال خلافًا لأبي حنيفة: ولا تجب الكتابة عليها، وكلام «الكافي» يقتضي وجوبها؛ حيث قال: ويجب على الملتقط أن يعرف عفاصها وكذا وكذا، ويكتب على ذلك بنفسه حتى لا يختلط بماله، ثم حكى الخلاف في وجوب الإشهاد.

قال: (**وَأَنَّهُ يَصِحُّ الْتِقَاطُ الْفَاسِقِ**) كاحتطابه واصطياده، هذا ما قاله الجمهور، وقيل: بالتخريج على ما سيأتي من أن الْمُغَلَّبَ الاكتساب فيصح، أو الولاية فلا، وما يأخذه مغصوب، والمراد بـ«الفاسق» الذي لا يوجب فسقه الحجر عليه في ماله.

قال: (**وَالصَّبِيِّ**) أي: على المذهب لما قلناه في الفاسق، والطريق الثاني تخريجه على أن المغلب في اللقيط الأمانة والولاية فلا يصح، أو الاكتساب فيصح، والمذهب صحة التقاط الفاسق والصبي، والتوجيه دال على أن المراد ما إذا التقطا للتعريف للحفظ إذا سئلا: مَنْ أهله؟

قال: (**وَالذِّمِّيِّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ**) ترجيحًا لمعنى الاكتساب، وقيل: لا، كما لا يحيا فيها مواتًا، وعبارة «الرَّوضة»: يصح على الأصح، وقيل: قطعًا، قالا: وربما شرط فيه العدالة في دينه، انتهى.

وحكى القاضي أبو الطيب طريقةً قاطعةً بمنعه كالإحياء، وهل المعاهد والمستأمن إذا جاءنا كالذمي؟ لم أرَ فيه نقلًا، نعم المجنون كالصبي بلا فرق، صرَّح به العراقيون.

(**ثُمَّ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ الْفَاسِقِ وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ**)؛ لأن مال ولده لا يقر

وَأَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ، بَلْ يُضَمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ، وَيَنْزِعُ الْوَلِيُّ لُقَطَةَ الصَّبِيِّ ....

بيده، فكيف يقر مال الأجنبي؟ والثاني: لا ينزع لحق التملك، ويضم إليه عدل مشرف عليه، وقيل: لا.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ، بَلْ يُضَمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ**) أي: عدل لئلا يقصر فيه، والثاني: يكفي تعريفه عبارة «الروضة»، سواء قلنا: ينزع أو يضم إليه، ففي التعريف قولان، وفي «الحاوي» عن ابن أبي هريرة، أما إذا قلنا: يقر في يده اعتمد تعريفه، وإلا ففيه قولان، قالوا: وَمُؤْنَةُ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

تنبيهات: ظاهر كلام الشيخين على قول الضم أن الفاسق هو المعرف، وإنما يضم إليه نظر العدل ومراقبته؛ لأنه ربما يجوز فيه، هذا لفظ الرَّافِعِي، والمذكور في «مجرد» القاضي أبي الطيب، و«مقنع» المحاملي، و«تحرير» الجرجاني أنهما يجتمعان على التعريف، وفي «التتمة» نحوه، ويمكن الجمع بين الكلامين؛ لكن في «كفاية» ابن الرِّفْعَة كذا ما لفظه، وفي «الحاوي» أن الْأَمِينَ هُوَ الَّذِي يُعَرِّفُ على هذا القول.

ومنها: اقتصاره على ما ذكره في الفاسق، وسكوته عن الذمي يشعر بأحد أمرين: إما أن الذمي كذلك؛ لأنه فاسق أو أنه لا نزع ولا ضم، ويريد الأول أنهما نقلا في «الروضة» و«الشرحين» عن الْبَغَوِي أن الذمي كالفاسق، وذكر ابن الرِّفْعَة أنه تقر في يده، وينفرد بالتعريف، وقيل: قولان كالفاسق، وكلام «المنهاج» إلى موافقة الطريقة الأولى أقرب، ولا يبعد الفرق بين العدل في دينه وغيره؛ إذ الفاسق في دينه أولى بالنزع من يده، وعدم اعتماد تعريفه من المسلم الفاسق بلا شك.

ومنها: قال الدارمي: وأجرة المضموم إلى الفاسق من بيت المال؛ فإن لم يكن فمن الواجد الفاسق، وأطلق غيره أن مؤنة التعريف عليه، ولم يذكر بيت المال، وهذا كله فمَن عرف التملك، فإذا تمَّ التعريف، فله التملك على كل قول، إذ التفريع على أنه أهل للالتقاط، ويشهد عليه الحاكم بغرمها، إن جاء صاحبها، فإن لم يملكها تركت بيد الأمين.

قال: (**وَيَنْزِعُ الْوَلِيُّ لُقَطَةَ الصَّبِيِّ**) أي: والسفيه والمجنون وجوبًا لحقه،

وَيُعَرِّفُ وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ إِنْ رَأَى ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الِاقْتِرَاضُ لَهُ، ....

وحق ربها، وتكون بيده نائبة عن محجوره، فهي في ماله.

قال: (**وَيُعَرِّفُ**) أي: الولي.

(**وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ**) أي: ونحوه.

(**إِنْ رَأَى ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ الِاقْتِرَاضُ لَهُ**) لأن تملكها الاستقراض.

قال صاحب «الشامل»: عندي يجوز التملك، وإن لم يجوز الإقراض.

قال المصنف: إنه شاذ ضعيف؛ لأنه إقراض له، وفيما قاله الشيخ نظر، وقد ذكره غيره، ورجحه بظهور المصلحة بعدم ظهور المالك.

بل أقول: الظاهر أنه لا يظهر بعد السنة، ولم يذكر المتولي شرط الحاجة إلى الإقراض؛ بل قال: إن رأى النظر في التملك؛ تملك، وإن رأى النظر في الحفظ والرد إلى الحاكم؛ فعل، وكذا أطلق الروياني في «الحلية»، وأيد ابن الرِّفْعَة كلام ابن الصباغ بأن الملتقط إذا مات لا تعزل بذلك اللقطة من تركته؛ بل ينفذ تصرف الورثة في الجميع مع العلم بالحال، ويوجه؛ لأنه إذا تملكها لا تثبت له في ذمته؛ بل إذا جاء صاحبها ضمنها، انتهى.

وقال الدارمي: إذا وجدها صبي أو مجنون أو سفيه، عرَّفها وليهم، فإذا مضت سنة، وكان ممن يحتاج إلى الإقراض له، تملكها وليه له، وإن لم يكن محتاجًا، لم يتملكها إلا الأب والجد إن رأياه صلاحًا.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: ثم إن رأى الولي الأحظ، يملكها لهم الصبي والمجنون، فأذن للسفيه لتملكها بعد اجتهاده في الأحظ له، وإذا رأى الولي الأحظ كونها أمانة أقرت بيده، فلو رشد، أو بلغ، أو أفاق، وأراد الصبي والمجنون تملكها، وأخذها من وليه بعد أن نوى الأمانة، كان له ذلك؛ لأنها من كسبه، انتهى.

وقال غيره: السفيه يصح تعريفه، ويتملك بإذن الولي، وأما تركها في يده، فإن لم يكن أمينًا عليها، فكالصبي، وإن كان أمينًا عليها.

قال الفوراني: تركها في يده، وأخذه ابن الرِّفْعَة من ذلك، ومن إطلاق

وَيَضْمَنُ الْوَلِيُّ إنْ قَصَّرَ فِي انْتِزَاعِهِ حَتَّى تَلِفَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ.

غيره إثبات وجهين في جواز تركها في يده إذا كان أمينًا عليها.

قال: (**وَيَضْمَنُ الْوَلِيُّ إنْ قَصَّرَ فِي انْتِزَاعِهِ حَتَّى تَلِفَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ**) أي: ونحوه لتقصيره كما لو ترك شيئًا من ماله بيده حتى تلف أو أتلفه، وكما لو اختلط، فتركه حتى تلف أو أتلفه، ضمنه الولي إذ عليه حفظ الصبي عن مثله.

إشارة: قال صاحب «التعجيز» في شرحه: المراد قرار الضمان، أما أصله فلازم للصبي أيضًا؛ لأنه أتلف أو تلف في يده، كما في «النظائر»، وإثبات الإمام وغيره بلفظ الاستقرار دليل على تعلق الضمان بالصبي أيضًا؛ لكن قراره على الولي بخلاف ما أفهمه الإمام الرَّافِعِي من أنه لا يضمن الصبي، وفيما قاله نظر، ولا سيما في صورة التلف، أو التفريع على صحة التقاطه، قاله القاضي الحسين.

وإن تركه في يده حتى تلف والضمان يجب في مال الولي؛ لأنه إذا أبقاه في يده حتى تلف، فكأنه أتلفه بنفسه، كما قلنا: في «حقيقة الملك»، وفي «الكافي»، وعلى الولي ألا يتركه في يد الصبي والمجنون والمحجور عليه متى علم، فلو تركه في يده حتى تلف أو أتلفه ضمنه الولي للمالك، وكلامه يشعر بأنه لا يعرف بعد ذلك، وأنه لا فرق بين إتلاف السفيه وتلفه بيده، وفيه نظر!.

وقال الْبَغَوِي: إن الذي عليه عامة الأصحاب، وهو المذهب أن اللقطة اكتساب، ثم قال: ولو علم الولي فتركه بيده حتى تلف، قلت: أتلفه الولي للصبي؛ لأنه ثبت له حق التمليك كما لو اختلط فتركه الولي في يده حتى هلك ضمن له الولي.

قال: ثم يعرف التالف، وبعد التعريف يتملك الصبي، إن كان نظره فيه، هذا لفظه، وفي نسخ «التهذيب» يختلط هنا، وهذا معتمد من كلامه.

قال الرَّافِعِي: يشبه أن يكون هذا يعني التمليك في هذه الحالة فيما إذا وجد قبض من جهة القاضي ليصير المقبوض ملكًا للملتقط، أو إقرار من جهة الولي، إذا قلنا: إن من التقط شاةً وأكلها، مقررًا بنفسه قيمتها من ماله، وأما الضمان في الذمة لا يمكن تمليكه للصبي، انتهى.

وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُ الْتِقَاطِ الْعَبْدِ ....

فرع: لو لم يعلم الولي حتى أتلفه الصبي؛ ضمن، لا إن تلف في يده في الأصح، كما لو أودع شيئًا، فتلف بيده، ولا ضمان على الولي لعدم شعوره.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ بُطْلَانُ الْتِقَاطِ الْعَبْدِ**) لأن ذلك أمانة وولاية ابتداءً، ويملك أيهما، وليس من أهل ذلك، وفي هذا التوجه نظر يأتي، والثاني: صحتها كاحتطابه واصطياده، ورجحه الْغَزَالِيُّ وغيره، والخلاف راجع إلى ما سيأتي من أن المغلب على اللقطة الأمانة والاكتساب، ومحل القولين بالاتفاق إذا لم يأمره السيد، ولم ينهه، فإن قال: إذا وجدت لقطة فخذها، وائتني بها؛ فطريقان، طرد ابن أبي هريرة القولين، وجزم غيره بالصحة، وإليه مال الإمام، وممن جزم به الْمَاوَرْدِيُّ والدارمي، وفي «الشرح الصغير» أنه أقوى الطريقين، ولو أذن له في الاكتساب مطلقًا، ففي دخول الالتقاط وجهان.

وقال صاحب «التقريب»: القولان فيما إذا التقط لنفسه؛ فإن نوى للسيد، فيحتمل طردهما، ويحتمل القطع بالصحة.

وقال ابن كج: هما فيما إذا التقط لسيده، فإن قصد نفسه؛ لم يجز قطعًا.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن التقط لسيده بغير أمره جاز، وعليه إعلامه بها، وإن التقطها؛ فقولان.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو التقط وغفل عن قصد نفسه أو السيد، فيظهر أنه كحالة قصده السيد، انتهى.

وإن نهاه عن الالتقاط، قال الجمهور كما نقله الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: إنه على القولين، وعن الإصطخري القطع بالمنع، وهو أقوى الطريقين في «الشرح الصغير» و«الروضة».

وقال ابن الرِّفْعَة: نقل الْمَاوَرْدِيُّ طرد القولين عن سائر أصحابنا فظاهر، إذا قصد العبد نفسه، قال: قصد سيده، فالذي يظهر ما قاله الإصطخري، انتهى.

تنبيه: قال في أصل «الروضة»: هل المغلب في اللقطة الأمانة والولاية؛

لأنها ناجزة أم الاكتساب المغلب؛ لأنه مقصود؟ فيه وجهان، ويقال: قولان، ثم حكمًا، فإن الأصح صحة التقاط الفاسق والصبي والمجنون والسفيه.

ومنها: ذلك باحتطاب الصبي واصطياده، وهذا منهما تصريح بتغليب معنى الاكتساب، وسبق قول الْبَغَوِي أنه الذي عليه عامة الأصحاب أنه المذهب ثم حكما هَاهُنا بترجيح منع التقاط العبد، وفيه نظر.

قال في «الكافي» و«التهذيب»: إن الْقَفَّالَ ذهب إلى أن الغالب فيها جهة الأمانة، فعلى هذا لا يصح التقاط الصبي والمجنون والعبد والفاسق والمحجور بسفه؛ لأنهم ليسوا من أهل الأمانة.

وقال عامة الأصحاب: وهو المذهب أنه الاكتساب بالاحتطاب والاصطياد، ثم أرسل الْبَغَوِي القولين في التقاط العبد، وكان استغنى عن إعادة التصريح بالترجيح بما قدمه.

وقال: في «الكافي»: أصحهما يصح كما يصح اصطياده واحتطابه به، وقد صرَّح الشيخ أبو محمد والْغَزَالِيُّ وغيرهما ثبتا القولين على أنه كسب أو أمانة.

وبالجملة إذا التقط بالإذن ونوى سيده، صحَّ التقاطه؛ إما قطعًا أو على الأظهر، فتستثنى هذه الصورة من إطلاق الكتاب، وهذا الحكم والتقييد يظهر مما قدمناه في الإذن العام، فلو فرض إذن خاص، فإن وجد لقطة، فقال السيد: أذنت لك في التقاطها، فهل هو كالإذن العام؟ أو يصح قطعًا، إذا نوى سيده؛ لأنه توكيل مجرد لا حظ للعبد، فيه احتمالان لبعض الشراح، والرأي الظاهر هو الأول، وفيه وقفة.

قال: (وَلَا يُعْتَدُّ بِتَعْرِيفِهِ) أي: لبطلان التقاطه، ويتعلق ضمانها بوقفته «تلفت أو أتلفت»، أما إذا صححناه، فيصح تعريفه إلا أن يكون فاسقًا، وليس له بعد التعريف أن يتملك لنفسه، وله التملك لسيده بإذنه، وفي تملكه بغير إذنه طريقان: القطع بالمنع لأجل العوض، والثانية: على الوجهين في صحة قبوله الهبة، والأصح المنع، ثبت الخلاف أم لا.

فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ كَانَ الْتِقَاطًا.

فرع: أم الولد كالقن؛ لكن الضمان يتعلق بذمة السيد دون ذمتها، سواء علم السيد أم لا، وفي «الأم» إن علم ففي ذمته، وإلا ففي ذمتها، وجعلوه سهوًا مِن كاتبٍ، أو ناقلٍ، وربما أوَّلوه، ذكره القاضي أبو الطيب.

قال: (**فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ كَانَ الْتِقَاطًا**) أي: من السيد فيعرف ويتملك؛ لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط كانت كالعدم، هذا ما ذكره العراقيون، وفيه وجه أنه لا يكون التقاطًا، ورجحه الإمام، ولو أخذها أجنبي من العبد، ونقل **الْغَزَالِيُّ** عن العراقيين الجواز.

قال ابن الرِّفْعَة: إنه لم يره في كتبهم إلا احتمالًا لابن الصباغ.

وقال **الرَّافِعِيُّ**: إن جواب أكثر الأصحاب أنه كأخذ السيد، فيكون التقاطًا على المذهب، فلا فرق حينئذ بين السيد وغيره، وجعل **الْمُتَوَلِّي** أخذ الأجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة إنسان، فجاء غيره وأخذه، ولخَّص ابن الرِّفْعَة ستة أوجه:

أحدها: أن للسيد وغيره انتزاعها منه على وجه الالتقاط.

ثانيها: لهم أخذها للحفظ فقط.

ثالثها: المنع مطلقًا.

رابعها: يجوز للحاكم انتزاعها بطلب السيد دون غيره.

خامسها: يجوز للحاكم والأجنبي دون السيد.

سادسها: يجوز للسيد دون غيره أخذها للالتقاط.

فرع: لو لم يأخذ منه بل أقره بيده، واستحفظه ليعرفه؛ فإن كان أمينًا جاز، ولا ضمان في الأصح، وإلا فهو متعد بذلك، لو لم يأخذه من يده، ولم يقره بل أهمله، وأعرض عنه، فالأظهر تعلق الضمان بالعبد، وسائر أموال السيد فالتقط، ثم أعتقه سيده، وأبطلنا التقاطه فليس للسيد أخذها منه، وللعبد تملكها بشرطه على الأصح فيهما، وكان التقط بعد عتقه، وإن صححناه، فقيل: العبد أحق بها، والأصح أن للسيد أخذها ويعرِّفها ويتملكها، فإن عرَّفها العبد اعتد به.

قُلْتُ: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْتِقَاطِ الْمُكَاتَبِ كِتَابَةً صَحِيحَةً، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ، ....

قال: (**قُلْتُ: الْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْتِقَاطِ الْمُكَاتَبِ كِتَابَةً صَحِيحَةً**) هنا طرق:

أحدها: الصحة قطعًا، وصححها الْبَغَوِي، وهي ظاهر كلام الكتاب كالحرِّ.

وثانيها: عكسه، وأصحها عند الجمهور طرد القولين، لكن أظهرهما هاهنا الصحة؛ لأنه يملك ويتصرف مستقلًا، وله ذمة صحيحة مع أن اللقطة اكتساب يستقر بها على نجومه.

والثالث: المنع لاحتياجها إلى الحفظ حولًا، والتعريف، وذلك تبرع ناجز، وتملكها موهوم، وأما المكاتب كتابة فاسدة فكالقن، وقيل: تطرد الطرق⁽¹⁾. وقال الجوري: الفرق ليس بشيء، وإن في الصحيحة والفاسدة قولان، التفريع إن صححنا عرفها وتملكها، وبذلها في كسبه، وفي تقديم صاحبها به على سائر الغرماء وجهان، وإن عتق في مدة التعريف أتمه وتملكه، وإن عجز قبل إتمامها؛ فالنقل أن القاضي يأخذها ويحفظها لمالكها، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها، وقال الْبَغَوِي: وجب أن يجوز له ذلك.

قال: وكذا لو مات المكاتب أو العبد قبل التعريف وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك كالحرِّ يموت يعرف وارثه، ويتملك، وإن لم يصح التقاطه؛ فقد صار ضامنًا، ولا يأخذه سيده منه؛ لأنه لا ولاية له عليه، بل يأخذها القاضي ويحفظها.

قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول: ألستم ذكرتم تفريعًا على منع التقاط القن أن للأجنبي أخذها، ويكون ملتقطًا، ولم تعتبروا الولاية، وليس السيد في حقِّ المكاتب بأدنى حالًا من الأجنبي في القن.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا منه بناء على صحة النقل عن العراقيين أن الأجنبي في انتزاعها من العبد كالسيد لكنك عرفت أنهم لم يقولوا ذلك، وإن حكي عنهم، وأنه من تخريج ابن الصباغ.

قال: (**وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ**) أي: المذهب صحة التقاطه أيضًا، والحاصل فيه

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٩٢).

وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ، فَإِنْ كَانَتْ مُهَايَأَةً فَلِصَاحِبِ النَّوْبَةِ فِي الْأَظْهَرِ، وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ مِنَ الْأَكْسَابِ وَالْمُؤَنِ إِلَّا أَرْشَ الْجِنَايَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

طرق الصحة قطعًا على القولين كالقن، الصحة في قدر الحرية قطعًا، وفي الباقي الطريقان، وبها جزم الْمُتَوَلِّي، وأبداها الشَّاشِي، والمنصوص صحة التقاطه.

قال: (**وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ**) أي: يعرفانها، ويمتلكان أنها بحسب الحرية، والحرية كحرين التقطا مالًا، وقيل: يختص بها السيد كلقطة القن، وزيف.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ مُهَايَأَةً**) بِالْهَمْزِ: أَيْ مُنَاوَبَةً؛ (**فَلِصَاحِبِ النَّوْبَةِ فِي الْأَظْهَرِ**) بِنَاءً عَلَى دُخُولِ الْكَسْبِ النَّادِرِ فِي الْمُهَايَأَة، ووجه المنع عدم دخوله، فَعَلَى الْأَظْهَرِ إِنْ وَقَعَتْ فِي نَوْبة التملك.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا وجدها في نوبة السيد؛ فإن قصد بها سيده فله، وإن قصد نفسه؛ فعلى القولين.

فرع: قال الدارمي: ولو اختلفا في يوم أنهما وجداها؛ فيمين العبد صدق البعض بيمينه.

إشارة: إذا وجدها في نوبته، وهي لا تتسع التعريف؛ فلا شكَّ أنه لا يصرف شيئًا من نوبة السيد إليه بغير إذنه، فيحتاج إلى إقامة تعرف، ولم أر في ذلك نصًّا.

قال: (**وكذا حُكْمُ سَائِرِ النَّادِرِ**) أَيْ: بَاقِيهِ.

(**مِنَ الْأَكْسَابِ**) كَالْوَصِيَّةِ وَالْهِبَةِ وَالرِّكَازِ.

(**وَالْمُؤَنِ إِلَّا أَرْشَ الْجِنَايَةِ**) أي: فلا يدخل في المهايأة قطعًا لتعلقه بالرقبة، وهي مشتركة، ونقل الإمام في باب «صدقة الفطر» اتفاق العلماء عليه، وأما النادر من الكسب والمؤن؛ ففي دخولهما القولان.

قال الرَّافِعِيُّ: وميل العراقيين والصيدلاني في باب «زكاة الفطر» إلى ترجيح المنع ثم أنهم مع سائر الأصحاب كالمتفقين هنا على ترجيح الدخول (**وَاللهُ أَعْلَمُ**).

فَصْلٌ

الْحَيَوَانُ الْمَمْلُوكُ الْمُمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ بِقُوَّةٍ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ أَوْ بِعَدْوٍ كَأَرْنَبٍ وَظَبْيٍ، أَوْ طَيَرَانٍ كَحَمَامٍ إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ فَلِلْقَاضِي الْتِقَاطُهُ لِلْحِفْظِ وَكَذَا لِغَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**فَصْلٌ: الْحَيَوَانُ الْمَمْلُوكُ الْمُمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ بِقُوَّةٍ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ أَوْ بِعَدْوٍ كَأَرْنَبٍ وَظَبْيٍ، أَوْ طَيَرَانٍ كَحَمَامٍ، إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ؛ فَلِلْقَاضِي الْتِقَاطُهُ لِلْحِفْظِ**) لولايته على مال الغائبين، وكانَ لعمر ﷺ حظيرة يحفظ فيها الضوال»(١) رواه الإمام مالك، ومنصوص القاضي كالقاضي.

قال: (**وَكَذَا لِغَيْرِهِ**) أي: من آحاد الناس.

(**فِي الْأَصَحِّ**) المنصوص في «الأم» صيانةً لها عن الخونة.

والثاني: لا، إذ لا ولاية له على مال الغير، وصححه جماعة، وهذا في زمن الأمن، أما في زمن النهب؛ فيجوز التقاطه قطعًا، وألحق به الْمَاوَرْدِيُّ ما إذا عرف مالكها فأخذها ليردها عليه، وتكون أمانة في يده، وجعل الوجهين إذا لم يعرفه.

إشارة: قيل: أطلقوا أن للقاضي أخذه للحفظ، وهو بين إذا كان ذلك أحفظ لها، وأما فرض الأمن عليها، فأخذه لها حينئذٍ مع أنه قد يحتاج صاحبها إذا جاء إلى الإثبات فيه ضرر عليه، فينبغي ألا يتعرض لها، انتهى.

وهذا حسن ومتعين في غير الحاكم، ويجب الجزم به إذا كانت لو تركت مع الأمن لاكتفت بالرعي، ولو أخذت لاحتاجت إلى مؤن يتضرر بها.

فائدة: استثنى من «التلخيص» مما سبق ما إذا وجد بعيرًا في أيام منى مقلدًا في الصحراء تقليد الهدي، فنقل عن النص أنه يأخذه ويعرفه أيام منى، فإن خاف فوت وقت النحر؛ نحره، وأحب أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بنحره، وحكي عنه قولًا أنه لا يجوز أخذه، وبنوهما على القولين فيمن وجد

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٩).

وَيَحْرُمُ الْتِقَاطُهُ لِتَمَلُّكٍ، ....

بدنة منحورة، وقد غمس نعلها في دمها، وضرب بها صفحتها؛ هل يجوز الأكل منها؟ فإن منعناه هنا، وإلا فلا.

وذكرتُ في «الغنية» كلام الإمام، والرَّافِعِي على المسألة، وحاصل «الروضة»: وقضية البناء بترجيح جواز الأخذ، وفيه نظر، وقد أنكر الشيخ أبو علي في شرح «التلخيص» على موافقة فعله في النصِّ، فقال: يجوز ألا تكون هذه المسألة كلها منصوصة للشافعي، وقياس قوله: أنه لا يأخذ، ثم حكى عن شيخه الْقَفَّالُ تخريجها على قولين بناءً على أن من ساق هديًا أو قلده؛ هل يقوم هذا الفعل أو النية مقام النطق في وجوب ذبحه أم لا؟ وفيه قولان، وكذلك من عطب هديه، وذكر ما تقدم إلى أن قال: فعلى قوله القديم إذا جعلت العلامة كالنطق في المسألتين كذلك، على هذا يجوز أن يجعل له الذبح إذا رأى عليه علامات الهدي، وعلى ظاهر المذهب لا يجوز ذلك حتى يأذن له صاحبه، فإن رفع الأمر إلى الحاكم، وعلم أنه هدي، فأمر بالذبح حتى لا يفوت وقته؛ جاز على الأضحية، فإن جاء صاحبها تصدق به، هذا ما حكاه عن شيخه.

ثم قال: قلت: ولا أعرف لهذا وجهًا أن يفوت على صاحبه، وهو لم يرض بذبحه، وقد قال الشَّافِعِي: لو غلط إلى أضحية غيره كان عليه أن يغرم ما بين قيمته حيًّا ومذبوحًا ثم فلسيده الذبح والتصدق، ولو تصدق به ضمن، لم يختلفوا فيه، ولم يتصدق لفسد اللحم فتركه حيًّا حتى يذبحه صاحبه بعد الوقت، إن كان أوجب على نفسه ذبحه أولى من يذبحه من لا يحل له أكله، ولا التصرف فيه، وكون فيه إفساده على صاحبه، ولا وجه لهذه المسألة عندي، ولا أعرفه منصوصًا للشافعي في موضع، والله أعلم، انتهى، وما قاله غاية في التحقيق كعاداته، ولا محيد عنه.

قال: (**وَيَحْرُمُ الْتِقَاطُهُ لِتَمَلُّكٍ**)؛ لقوله ﷺ في حديث زيد السابق في ضالة الإبل: «**مَا لَكَ وَلَهَا! دَعْهَا**»(١) وقيس الثاني عليها، والمعنى فيه ما أشار إليه

---

(١) تقدم تخريجه.

وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ فَالْأَصَحُّ جَوَازُ الْتِقَاطِهِ لِلتَّمَلُّكِ، وَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٍ يَجُوزُ الْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالْمَفَازَةِ، وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ فَإِنْ شَاءَ عَرَّفَهُ وَتَمَلَّكَهُ أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَعَرَّفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ، ....

الحديث، والغالب أن مَنْ أضل شيئًا طلبه حيث ضيعه، فلو أخذه أحد للتملك ضمنه، ولا يبرأ برده إلى موضعه، فإن دفعه إلى القاضي برئ على الأصح.

(**وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ**) أو ببلد.

(**فَالْأَصَحُّ جَوَازُ الْتِقَاطِهِ لِلتَّمَلُّكِ**) لأنها في العمارة تضيع بأخذ الخونة **بِخِلَافِ الْمَفَازَةِ، فَإِنَّ طُرُوقَهَا لَا يَعُمُّ**.

والثاني: المنع كالمفازة لإطلاق الحديث، وقطع بكل منهما، وزاد في «الروضة» أن الموضع القريب من القرية كهي، وأن هذا في زمن الأمن، فأما في النهب والفساد فيجوز التقاطه قطعًا سواء وجدها في الصحراء أو العمران كغير الممتنع ذكره الْمُتَوَلِّي أي: وغيره، ولعبارة الشيخين وجهان أو قولان.

قال: (**وَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٍ**) أي: وفصيل ومهر وعجل، أو كبير كسير أو مريض كما قاله الدارمي، (**يَجُوزُ الْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ فِي الْقَرْيَةِ وَالْمَفَازَةِ**) صونًا له، وللحديث: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**»(١) وقيل: لا يأخذ الموجود في العمران؛ لأن الحيوان به لا يكاد يضيع.

قال: (**وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ، فَإِنْ شَاءَ عَرَّفَهُ وَتَمَلَّكَهُ أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَعَرَّفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ**) لأنه إذا لم يفعل ذلك، واستبقاه غير متبرع بمؤنته ذهبت قيمته في نفقته، فيضر بالمالك.

قوله: «**أَوْ بَاعَهُ**» أي: مستقلًا به إن لم يجد الحاكم، فإن وجده وجب استئذانه في الأصح.

وقوله: «**وَعَرَّفَهَا**» أي: عرَّف اللقطة إذ التعريف إنما يكون لها لا للثمن على الصحيح أو الصواب، وكان الأحسن أن يأتي بضمير المؤنث في الجميع.

---

(١) تقدم تخريجه.

فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمْرَانِ فَلَهُ الْخَصْلَتَانِ الْأُولَيَانِ لَا الثَّالِثَةُ فِي الْأَصَحِّ.

ثم ظاهر كلامه استواء الخصال الثلاث لكن الخصلة الأولى أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة.

قال: (**فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمْرَانِ؛ فَلَهُ الْخَصْلَتَانِ الْأُولَيَانِ لَا الثَّالِثَةُ فِي الْأَصَحِّ**) لسهولة البيع بخلاف الصحراء، ولمشقة نقلها إلى العمران.

والثاني: له الأكل أيضًا كما في الصحراء.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: لو وجد شاةً في البلد، قال أصحابنا: لا يأكلها، بل يبيعها، ويحفظ ثمنها؛ لأن الغالب وجود من يشتريها في البلد دون الصحراء.

قال: وهذا غلط؛ لأن الشَّافِعِي ﷺ نصَّ على أن له أن يأكل الطعام الرطب إذا وجد في البلد، والشاة في معناه، انتهى.

هذا في المأكول أما الجحش ونحوه مما لا يؤكل، فكالمأكول في الإمساك والبيع، ولا يجوز تملكه في الحال في الأصح، بل يعرفه سنة كغيره.

قال الرَّافِعِي: وإنما جاز أكل الشاة للحديث، قيل: لا يعرف في الحديث التصريح بأكلها قبل التعريف.

إشارات: كان يجب أن يقول المصنف: في الأظهر أو الخلاف في «الروضة» والشرحين وغيرها قولان، هل حكم وجودها في الحلل والخيام كالصحراء في هذا؟ وما تقدم حكم وجودها بالعمران أو بالمفازة أو يعرف بين المستوطنين وغيرهم من النجعة فيه نظر، إذا أراد فيها بعدم إمساكها وتعريفها، فإن تبرع الموسر لاتفاق فذاك، وإن أراد الرجوع؛ فليتفق بإذن الحاكم، فإن لم يجده أشهد، وإذا جاز الأكل؛ ففي وجوب التعريف بعده وجهان أصحهما عند القاضي الحسين وجوبه، وإطلاق النص يقتضي خلافه، وحكى أبو علي طريقة قاطعة به، والأصح أنه لا يجب إفراز القيمة، ولو فرق بين الموسر والمقتر لم يتعد، والقيمة المعتبرة قيمة يوم الأخذ إن أخذ للأكل، وقيمة يوم الأكل إن أخذ للتعريف.

وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْدًا لَا يُمَيِّزُ. وَيَلْتَقِطُ غَيْرَ الْحَيَوَانِ فَإِنْ كَانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ كَهَرِيسَةٍ فَإِنْ شَاءَ بَاعَهُ وَعَرَّفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ وَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ، وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمْرَانٍ وَجَبَ الْبَيْعُ، ....

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْدًا لَا يُمَيِّزُ) كسائر الأموال، فإن ميَّز والوقت أمن فلا؛ لأنه يستدل على سيده، أو زمن نهب فنعم، وفي «الحاوي» أن العبد الصغير كالشاة.

قال الرُّويَانِيُّ: وقضيته أن له تملكه في الحال، وفيه نظر عندي، وفي «الإشراف» أن العبد يمتنع بعقله؛ فلا يلتقط بالصحراء، وكذلك في البلد على أحد الوجهين، ثم له تملك العبد والأمة التي لا تحل له المجوسية وتحرم، وإن حلت؛ فعلى القولين كإقراضها، هكذا أورداه.

وقال الجرجاني في «المعاياة» وغيره: إن كانت ممن لا يحل له وطؤها جاز التقاطها للحفظ والتملك، وإلا جاز للحفظ فقط.

إشارة: يعرف الرق بعلامة كعلامة الحبشة والزنج، قاله الفارقي، وكذلك النجش، أو يعرف رقيقة مجوسية لم يجهل مالكها، ثم يجدها ضالة، وكذلك يعرفه المحرم بهذا أو غيره.

قال: (وَيَلْتَقِطُ غَيْرَ الْحَيَوَانِ) أي: من النقود وغيرها لما سبق.

(فَإِنْ كَانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ كَهَرِيسَةٍ، فَإِنْ شَاءَ بَاعَهُ وَعَرَّفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ وَأَكَلَهُ) كما سبق في الشاة، والإمساك هنا متعذر.

(وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمْرَانٍ وَجَبَ الْبَيْعُ) أي: لتيسره فيه، والأصح البيع كما لو وجد بصحراء.

تنبيهات: جعل الخلاف وجهين ونقلاه طريقين أحدهما على قولين، المشهور أنه كما أخذه في يديه، والثانية: القطع بالمشهور، وقيل: النصاب على حالين، واختلف فيهما، فقال أبو علي الطبري: إن كان هناك حاكم يقدر على البيع لم يكن للواجد الأكل، وإلا جاز، وعبارة الشيخ أبي علي السنجي: ومنهم من قال: إن وجد حاكم يبيعه أو وجد هو نفسه مشتريًا لزمه

وَإِنْ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ بِعِلَاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ بِيعَ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرَّعَ بِهِ الْوَاجِدُ جَفَّفَهُ، وَإِلَّا بِيعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ الْبَاقِي.

البيع، وإلا أبيح له أكله، انتهى.

وقال الصيمري: إن كان الواجد فقيرًا جاز له الأكل أو غنيًّا فلا، وإذا جوزنا الأكل يأكل؛ فالأصح وجوب التعريف إن كان بالبلد، وإن كان بالصحراء.

قال الإمام: فالظاهر أنه لا يجب أو لا فائدة فيه، ولا يجب إفراز القيمة على الأصح أو الأظهر،،والأحكام في الشاة تأتي هنا في منع تخييرهم له بين الأكل والبيع، قالوا: البيع مستحب، صرَّح به القاضي أبو الطيب، وحكي عن النص، وصرَّح القاضي بأنه إذا مات الملتقط قام وارثه مقامه، ويكون الحكم فيما يصنعه من أمر اللقيط على ما ذكر في الملتقط حرفًا بحرف، وإذا اختار البيع؛ ففي الحاجة إلى الحاكم ما سبق في بيع الشاة، وإذا باع أو أكل عرف المبيع والمأكول باتفاق الأصحاب لا الثمن والقيمة سواء أقرها أم لا.

قلت: وفي شرح «التلخيص» لأبي علي نقل وجه فيه، فقال: ولا يعرف القيمة كما ذكر بعض أصحابنا يعرف ما لا يجد له طالبًا.

قال: (**وَإِنْ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ بِعِلَاجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ، فَإِنْ كَانَتِ الْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ بِيعَ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ، وَتَبَرَّعَ بِهِ الْوَاجِدُ جَفَّفَهُ، وَإِلَّا بِيعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ الْبَاقِي**) طلبًا للحفظ والحظ، ويخالف الحيوان حيث يباع كله؛ لأن تكرر النفقة تستوعبه، وعلى التفصيل المذكور اقتصر الشيخان، ونقله الشيخ أبو علي عن الأصحاب، وأشار إلى طريقة تروى أيضًا عن القاضي أبي الطيب أن الواجد يتخير بين الأكل والبيع كغيره.

وقال الرُّويَانِيُّ: إن لم يتبرع بالتجفيف سلمه إلى الحاكم، فإن وجد متبرعًا سلَّمه إليه، وإلا باع بعضه، وصرفه فيه ثم يباع بعد الجفاف، ثم إن جاء صاحبها دفع الثمن إليه، وإلا تملكه الملتقط بعد التعريف إنْ شاء، هكذا ذكر القاضي الطبري، وسائر أصحابنا لم يقولوا هاهنا أنه يجوز أكلها إن أراد، وهذا هو الصحيح عندي؛ لأن تبقيته ممكنة هنا، ولا ضرورة إلى الأكل في الحال، انتهى.

فصل

وَمَنْ أَخَذَ لُقَطَةً لِلْحِفْظِ أَبَدًا فَهِيَ أَمَانَةٌ، ....

قال الدارمي: وإن كان طعامًا تيبس كالرطب والعنب والتين ونحوه.

قال ابن الْقَطَّان: وجهان أحدهما: يعرفه، والثاني: كالطعام الذي لا يبقى.

وقال أبو حامد: إن كان رطبًا أكثر قيمة، أو امتنع الملتقط من تيبيسه أمره ببيعه، وحبس ثمنه، وإن كان رطبًا أقل فييبسه جاز، وإن لم يفعل فله، وقيل: يباع، وقيل: إما أن ييبسه، أو يخرج من يده، انتهى.

إشارة: هَلْ يَسْتَبِدُّ الْمُلْتَقِطُ بِالنَّظَرِ فِي أَغْبَطِ الْأَمْرَيْنِ فِي الْبَيْعِ وَالتَّجْفِيفِ أَمْ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي؟ لَمْ أر له ذكر، وَالْأَشْبَهُ الْمُرَاجَعَةُ، وَفِي مُرَاجَعَتِهِ فِي الْبَيْعِ مَا تقدَّم.

فصل

قال: (**وَمَنْ أَخَذَ لُقَطَةً لِلْحِفْظِ**) أي: وهو أهلٌ له.

(**أَبَدًا فَهِيَ أَمَانَةٌ**) أي: أبدًا، وَكَذَا دَرُّهَا وَنَسْلُهَا، قيل: ولا يجب هنا إشهاد، ولا إعلام القاضي، هكذا جزم به شارح، وكأنه فهم عن الشيخين أن الخلاف السابق في وجوب الإشهاد في الملتقط للتملك لا مطلقًا. والظاهر مفروض أنهما أرادا ذلك؛ لكن الدارمي قال: إذا أخذ السلطان ضوال إلى أن قال: وشهد على [النساخ، ونسخه][1] كفعله في الأصل، ثم قال: وفي الآحاد إنْ لم يختر تملكها أشهد عليها شاهدين، وإن أراد تملكها عرَّفها سنة، إلى أن قال: وشهد في وجوبه وجهان، ثم كونها أمانة هو المعروف، وقيل: يضمن الشاة، وقيل: ويقال: وغيرها، وإنما تكون اللقطة أمانة إذا فعل ما أمر به؛ فلا تقصير، ومن ترك التعريف إذا أوجبناه فيضمن بتركه، ولا تعود أمانة بالتعريف بعد ذلك، ولو عرَّفها سنة ثم بدا له تملكها بعدها، ففيه وجهان في «الحاوي».

واعلم أن إطلاق القول بتضمنه في ترك التعريف مشكل، وينبغي أن يقيد

---

[1] هكذا في الأصل.

فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي لَزِمَهُ الْقَبُولُ وَلَمْ يُوجِبْ الْأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ،

بما إذا لم يكن له فيه نظر؛ فتأمله.

قال: (**فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْقَاضِي لَزِمَهُ الْقَبُولُ**) قالوا: لأنه ينقلها من أمانة إلى أمانة، هي أوثق منها، وأصلح لصاحبها، ولا خفاء أن هذا في القاضي الأمين، أما غيره فدفعها إليه تضييع كما سيأتي، إن شاء الله تعالى في «الوديعة» بيانه، ومن أخذ للتملك ثم بدا له في الدفع إلى القاضي؛ فالحكم كما ذكرناه في لقطة الحفظ.

قال: (**وَلَمْ يُوجِبْ الْأَكْثَرُونَ التَّعْرِيفَ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ**) لأن إيجابه ليتحقق شرط التملك، والحديث إنما ألزمه به لما جعلها له بعده، وصحح الإمام والغزالي وأتباعهما، وصاحب «الكافي»، والمصنف في «شرح مسلم» وجوبه.

وقال في «الروضة»: إنه الأقوى والمختار، وبه جزم البغوي، وظاهر كلام الْمَاوَرْدِي الجزم به، وهو الصحيح؛ لأن كتمانها يفوتها على صاحبها، لا يقال: إن ربها ينشدها، فيعلمه بها، أخذها للحفظ؛ لأنها قد تسقط من عابر سبيل ممن لا يمكنه ذلك لعارض مرض أو جنون أو حبس أو موت وغيرها، وإذا أوجبناه أمكنه التخلص عنه بدفعها إلى الحاكم الأمين، وعلى التقديرين؛ فالوجه أنه لا يلزم الملتقط هنا مؤنة التعريف في ماله، ونقل الإمام والغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب، وليس كذلك.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا لم يتبرع بالجعل استأذن الحاكم في بذله ليرجع به، فإن لم يستأذنه مع الملكية، وأشهد بالرجوع؛ ففيه وجهان.

قال ابن الرِّفْعَة: وهما كالوجهين في أنه هل له أن يسلم اللقطة إلى من يعرفها بغير إذن الحاكم مع القدرة؟ وقضية التشبيه ترجيح المنع، وهو ظاهر.

فرع: إن لم يوجب التعريف لم يضمن بتركه، وإذا بدا له قصد التملك عرَّفها سنة من يومئذ، ولا يعتد بما عرف من قبل، خلافًا للقاضي الحسين، وإن أوجبناه فتركه ضمن بالترك حتى إذا بدأ التعريف بعد ذلك، فهلك في سنة التعريف ضمن.

فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ ذَلِكَ خِيَانَةً لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ أَخَذَ بِقَصْدِ الْخِيَانَةِ فَضَامِنٌ، وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَنْ يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ، وَكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرِ التَّمَلُّكَ فِي الْأَصَحِّ.

قلت: ويشبه أن يكون موضع التضمين ما إذا تركه بغير عذر كما أشرت إليه قريبًا، ومتى صار ضامنًا في الدوام.

قال: (**فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ ذَلِكَ**) أي: بعد أخذ الحفظ.

(**خِيَانَةً لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: بمجرد القصد كالمودع لا يضمن بنية الخيانة على الصحيح، والثاني: يصير ضامنًا؛ لأن سبب أمانته مجرد بنية، وإلا فأخذ مال الغير بغير إذنه ورضاه في مال يقتضي الضمان بخلاف المودع، كأنه مؤتمن من جهة المالك، ومتى صار ضامنًا في الدوام لخيانة أو بقصدها ثم أقلع ثم أراد أن يعرف ويتملك؛ فله ذلك على الأصح.

قال: (**وَإِنْ أَخَذَ بِقَصْدِ الْخِيَانَةِ فَضَامِنٌ**) اعتبارًا بقصد الْمُقَارِنِ لأخذه، وفي براءته للدفع إلى الحاكم الوجهان في الغاصب.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَنْ يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: كالغاصب هذا ما أجاب به الجمهور، وقيل: فيه وجهان: ثانيهما: له ذلك، وصححه العمراني لوجود ضرورة الالتقاط والتعريف.

قال: (**وَإِنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ**) كالمودع.

(**وَكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرِ التَّمَلُّكَ فِي الْأَصَحِّ**) كَمَا قَبْلَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ.

وقال الإمام والغزالي: تَصِيرُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ إِذَا كَانَ غَرِمَ مِنَ التَّمَلُّكِ مُطَّرِدًا، وإن لم يختر حقيقة؛ لأنه صار ممسكًا لنفسه، فأشبه الْمُسْتَام، وأشار الرَّافِعِي إلى تفرد الْغَزَالِي بذلك، ولم يوافقه النقلة عليه بل صرَّح صاحب «الشامل» و«التهذيب» بخلافه، وقالوا: إنها أمانة إذا لم يختر التملك قصدًا أو لفظًا إذا اعتبرنا اللفظة كما كانت قبل الحول، نعم إذا اختار، وقلنا: لا بدَّ من التصرف، فحينئذ تكون مضمونة عليه كالقرض، ثم إن تلفه مبني على أنها لا تملك لمضي السنة، فإن قيل به فتلفت، تلفت في ضمانه لا محالة.

وَيَعْرِفُ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا وَعِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ....

تنبيهات: **الأول**: عرفت مما سبق أن مقابل قوله: «في الأصح» من فقه الإمام والغزالي وجهًا يشبه ابن الرِّفْعَة بما إذا شرط كون المرهون مبيعًا له عند الحلول، فإنه مثل المحل أمانة، وهل يضمنه بعده إن لم يمسكه عن جهة البيع وجهان.

الثاني: ذكر المصنف ما إذا أخذ بقصد الخيانة أو الأمانة، وما إذا طرأ قصد الخيانة لمجرده، وبقي من الأقسام ما لو أخذ لا بقصد خيانة ولا أمانة أو بقصد أحدهما، ويشبه حكمها ألا تكون مضمونة، وله التملك بشرطه وفاقًا، فحاله الإمام وتبعاه، وقد يقال: عدم التضمين إذا نسي قصده ظاهر فيما إذا كان أمينًا، أما لو كان جوابًا، فظاهر حاله قصد الخيانة، فيحتمل أن يضمن إلا أن يقال: غير الأمين لا يجوز له الالتقاط للحفظ؛ لأنه ائتمان محض، وليس من أهله، وحينئذٍ يضمنها بالأخذ للحفظ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَا سَبَقَ مِنْ جَوَازِ الْتِقَاطِ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَنَحْوِهِمَا فِي لُقَطَةِ التَّمَلُّكِ خَاصَّةً، أَمَّا لُقَطَةُ الْحِفْظِ فَمُخْتَصَّةٌ بِالثِّقَةِ الْأَمِينِ الْمُسْلِمِ، وَلَمْ أَرَ ذَلِكَ نَصًّا، وَلَكِنَّهُ ظَاهِرٌ.

قال: (وَيَعْرِفُ) بِفَتْحِ الْيَاءِ من المعرفة، وهي العلم.

(جِنْسَهَا) أي: أَذَهَبٌ هِيَ أَمْ فِضَّةٌ أَمْ ثِيَابٌ.

(وَصِفَتَهَا) أَهَرَوِيَّةٌ أَمْ مَرْوِيَّةٌ.

(وَقَدْرَهَا) بِوَزْنٍ أَوْ عَدٍّ أَوْ كَيْلٍ أَوْ ذَرْعٍ.

(وَعِفَاصَهَا) أَيْ: وِعَاءَهَا مِنْ جِلْدٍ أَوْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا.

(وَوِكَاءَهَا) أَيْ: خَيْطَهَا الْمَشْدُودَةَ بِهِ، وَذَلِكَ لِخَبَرِ زَيْدٍ السَّابِقِ، وَقِيسَ بِمَا فِيهِ غَيْرُهُ، وَلِيَعْرِفَ صِدْقَ وَاصِفِهَا، لئلا يختلط بماله، ومعرفة هذه الأمور مستحبة لا واجبة، وكذلك يعرف موضع التقاطها، ويستحب تقييدها بالكتابة، وباستحباب ما ذكرناه صرَّح القاضي أبو الطيب في «مجرده»، وهو المذكور في «الحاوي».

ثُمَّ يُعَرِّفُهَا فِي الْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا ....

وعبارة «التهذيب» كـ«المنهاج»، ويعرف كذا وكذا، وفهم صاحب «الكافي» منها إرادة الوجوب، فقال: ويجب أن يعرف كذا وكذا، وعدَّ من ذلك الكتابة عليها، وعبارة «الروضة» والشرحين: وينبغي أن يعرف بكذا وكذا.

وعبارة الْمُتَوَلِّي: وَإِذَا أَخَذَ اللُّقَطَةَ؛ فَعَلَيْهِ فِي الْوَقْتِ أَنْ يَطَّلِعَ عَلَيْهَا، وَيَتَأَمَّلَهَا حَقِيقَةَ التَّأَمُّلِ؛ لِيَعْرِفَ الْجِنْسَ وَالنَّوْعَ وَالصِّفَةَ وَالْقَدْرَ وَزْنًا، أَوْ عَدَدًا، أَوْ يَتَأَمَّلَ ظَرْفَهَا، وَالْخَيْطَ الْمَشْدُودَ عَلَيْهَا.

وَعِبَارَةُ «مقنع» المحاملي: وَكُلُّ مَنْ الْتَقَطَ لُقَطَةً؛ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَ سِتَّةَ أَشْيَاءَ.

وَعِبَارَةُ الصَّيْمَرِيِّ فِي «شَرْحِ الْكِفَايَةِ»: وَمَتَى أَخَذَهَا لَزِمَهُ سَبْعَةُ أَشْيَاءَ، وَعَدَّ مِنْهَا الْإِشْهَادَ عَلَيْهَا، وظاهر هذه العبارات الوجوب، وَصَرَّحَ بذَلِكَ غَيْرُهُمْ، فَحَصَلَ فِي إِيجَابِ ذلك عليه وَجْهَانِ؛ الأصح: الِاسْتِحْبَابُ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا إِذَا انْتَهَى الْحَالُ إِلَى التَّمَلُّكِ.

قال: (ثُمَّ يُعَرِّفُهَا) أي: وجوبًا إن قصد التملك بلا خلاف، وإلا فعلى ما سبق بيانه.

قال: (فِي الْأَسْوَاقِ) أي: عِنْدَ قِيَامِهَا.

(وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ) أي: عند خروج الجماعات عقب الصلوات؛ لأنه أقرب إلى وجود صاحبها، وسيأتي الكلام في التعريف في المساجد.

قال: (وَنَحْوِهَا) أي: من المجامع والمحافل، ومحال الرجال، ومناخ الأسفار، وليكن أكثر تعريفه في موضع وجودها، فإن عَنَّ له سفرٌ فوَّض التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها، وليس له تسليمها إلى المعرف إلا بإذن القاضي؛ فإنْ خالف ضمن، قاله ابن كج، وحكى غيره وجهين.

فرع: لِمَنْ وَجَدَهَا بِالصَّحْرَاءِ، قال أبو إسحاق: وَإِنْ جَازَتْ بِهِ قَافِلَةٌ تَبِعَهَا، وَعَرَّفَهَا فيهم، وإلا ففي البلدة التي يقصدها، قربت أم بعدت، وإن بدا له الرجوع أو قصد بلدة أخرى، عرَّفها فيها أو في مقصده، ولا يكلف بغير

……

قصده، ويعدل إلى أقرب البلاد على ذلك الموضع، حكاه الإمام، وتابعه **الْغَزَالِيُّ**، لكن ذكر **الْمُتَوَلِّي** وغيره أنه يعرف أقرب البلاد إليها، قال **الرَّافِعِيُّ**: فإن أراد الأفضل فذاك، وإلا حصل وجهان.

قال الشيخ: والأصح أنه لا يكلف، وكلام «الشرح الصغير» يوافق تصحيحه، لكن المجزوم به في «الحاوي» ما ذكره **الْمُتَوَلِّي**، وهو الأقرب، والمختار إذا السفر بها من قطر إلى قطر استهلاك لها، ولا سيما تباعد الأقطار، ولا شكَّ أنه لا يكلف المقام ليعرفها بنفسه، بل إنْ شاء أقام، وإنْ شاء استأذن فيه، وسلَّمها إلى ثقةٍ بإذن الحاكم كما في لقطة الحرم، وإنْ شاء سلَّمها إلى الحاكم، وإذا التقط ببادية عرَّف في الحلة التي وجدها بقربها، وإذا انتجع في موضع نجعتهم، وإن التقط بعسكر ونحوه؛ عرَّفها فيه.

قال **الْقَفَّالُ**: وإذا وجد درهمًا في بيته لا يدري هل هو له، أو لمن دخل بيته؟ فعليه تعريفه لمن يدخل بيته كاللقطة.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: ولا بدَّ أن المعرف عاقلًا، غير مشهور بالخلاعة والمجون، وإلا فلا يعتمد على قوله، فلا تحصل فائدة التعريف.

وقال في أصل «الروضة»: يشترط أن يكون المعرف مأمونًا، غير معروف بالخلاعة والمرح، وقال ابن **الرِّفْعَة** وغيره: ولا تشترط فيه الأمانة إذا حصل الوثوق بقوله.

قلت: قال الدارمي: ويتولى التعريف بنفسه أو بمن هو معه، فإن لم يكن معه كان أمينًا، أي: اشترط كونه أمينًا، ولو اطلع غير الملتقط عليها، فعرَّفها بغير إذنه.

قال ابن **الرِّفْعَة**: الذي يظهر أنه لا يعتد بتعريفه، واعلم أن الشيخين صرحا أول الباب بأنه لا يصح تعريف الصبي كالمجنون، ويشبه أنه إذا كان مراهقًا ونحوه، **وَلَمْ يُعْرَفْ بِكَذِبٍ** أن يعتد بتعريفه، وعبارة الدارمي: وإذا وجد صبي، أو مجنون، أو سفيه بلقطة عرَّفها لهم، ولا يعتد بتعريفهم إلا أن يكون الولي معهم.

سَنَةً ....

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: اتفقوا على تحريم إنشادها في المساجد إلا المسجد الحرام على أصح الوجهين، اعْتِبَارًا بِالْعُرْفِ، وأنه مجمع الناس.

ونقل الشيخان ذلك عن معتمد الشاشي في تعريفها، ولا يظهر فرق معنوي بين الطلب والتعريف في المنع، وعدَّ المصنف بأن الغسل وغيره من شرح «المهذب» ذلك من المكروهات في المساجد، والظاهر التحريم للأحاديث، ولا فرق بين الناشد والمنشد، وفي استثناء المسجد الحرام في غير أيام الحج نظر، وهو بالاحترام أجدر، ويشبه أن يلحق به مَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى في زمن زيارتهما من الآفاق.

قال: (سَنَةً) أي: من يوم التقاطه؛ لحديث زيد بن خالد السابق، والمعنى أن السنة لا تتأخر عنها القوافل، وتمضي فيها الأزمنة، الحر، والبرد، والاعتدال، وفي وجوب المبادرة إلى التعريف عقب الالتقاط، وجهان.

قال الرَّافِعِي: الأشبه بما أورده المعظم أنه لا يجب بل المعتبر تعريف سنة مطلقًا، وبه ورد الأمر، وعبرت «الروضة» بأنه الأصح، وأن الْمُعْتَبَرَ تَعْرِيفُ سَنَةٍ مَتَى كَانَ.

والثاني: يجب؛ لأن العثور على المالك في ابتداء الصلاة أقرب.

واعلم أن قضية ما ذكرناه على الوجه الأول أنه كتمها خمسين عامًا مثلًا ثم عرَّفها؛ جاز، وما أظن أحدًا يسمح بهذا، فليحتمل الكلام على عَدَمِ الْفَوْرِيَّةِ الْمُتَّصِلَةِ بِالِالْتِقَاطِ أن يقال: لا يجوز تأخيره عن الوقت الذي يطلبُ فيه في العادة، ويختلف ذلك بقلتها وكثرتها، أو عن الوقت الذي يمتد التعريف إليه، وعلى وجوب المبادرة اقتصر القاضي أبو الطيب، وهو قضية كلام «الشامل»، ولم يورده في شرح «التعجيز» وغيره، وصححه الْغَزَالِيُّ في «البسيط»، وهو المختار إذا لم يكن في التأخير عذر، فعلى هذا إنْ أَخَّر ضمن، وإن كان ثم عذر بأن خاف أن يأخذها سلطان ونحوه ظلمًا لم يجز التعريف؛ بل يحفظها لمالكها إلى أن يمكن التعريف، كما قاله الْغَزَالِيُّ في «الفتاوى»، ويجوز أن

عَلَى الْعَادَةِ يُعَرِّفُ أَوَّلًا كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَيِ النَّهَارِ ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ ثُمَّ كُلَّ شَهْرٍ،

يقال: إن تمادى الأمر، وأمكنه دفعها إلى قاضٍ ثقةٍ، لا يمكن الظالم أخذها منه؛ حتى يحفظها، فيأمر بتعريفها، لزمه دفعها إليه، ولا يحبسها عنده أبدًا.

وقال في «البسيط»: وجب التعريف عقب الالتقاط إن عزم على التملك بعد سنة، وإن لم يعزم عليه أصلًا أو عزم بعد سنتين؛ فهل يلزمه التعريف في الحال وجهان.

قال: (عَلَى الْعَادَةِ) أي: زمانًا وقدرًا.

(يُعَرِّفُ أَوَّلًا كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَيِ النَّهَارِ ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ) أي: مرةً، قال في «الْمُحَرَّرِ»: أو مرتين.

(ثُمَّ كُلَّ شَهْرٍ)، أي: ثم كل شهر مرةً، بحيث لا ينسى، هكذا قالا في «الشرحين» و«الروضة».

وقال الْمُتَوَلِّي: يعرِّف في الأسبوع الذي وجدت فيه كل يوم مرتين أو ثلاث، وبعده أسبوعًا أو أسبوعين كل يوم مرةً، أو كل يوم مرتين، ثم بقية السنة يعرِّف في كل أسبوع مرةً أو مرتين على حسبما يتفق.

وقال البغوي: لا يجب المداومة؛ بل العادة في الأسبوع الأول في كل يوم مرتين، ثم في كل يوم مرةً، ثم في كل أسبوع مرةً.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وعَلَيْهِ أَنْ يَشِيعَ أَمْرَهَا فِي كُلِّ يَوْمٍ بِالنِّدَاءِ عَلَيْهَا مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا حتى يصير في الأسبوع مرةً، لَا يُقَصِّرُ عَنْهَا.

وقال غيره: في الأسبوع كل يوم، وفي الثاني كل يومين، وفي الثالث مرةً، ثم في كل شهر مرةً على التتابع، وقال الرُّويَانِيُّ: في كل شهر مرتين.

وقال القاضي الحسين وصاحب «الكافي»: يعرِّفها في الأسبوع الأول كل يوم مرتين طرفي النهار، وفي الثاني: كل يوم مرةً، ثم في كل أسبوع مرتين، ثم في كل عشرة مرةً، انتهى.

وهذه العبارات متقاربة، وأكثرها يفهم أنه لا بدَّ في دوام السنة في كل أسبوع مرةً، وظاهر عبارة الْمَاوَرْدِيِّ والبغوي أن ما ذكراه أقل ما يجزئ،

وَلَا تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ فِي الْأَصَحِّ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَكْفِي، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

والمقصود ألا ننسى أنه تكرار لما سبق من التعريف، وكان سبب اختلاف العبارات أظهر أن العادة اختلافها باختلاف البلاد.

قال: (**وَلَا تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: بل يعرِّف شهرًا، ويترك شهرًا، أو شهرين، ويترك شهرين، أو اثني عشر شهرًا من اثنتي عشرة سنة، إذ القصد بلوغ الخبر إلى المالك، وبالتعريف يحتمل هذا المقصود؛ ولأن المفهوم من قوله ﷺ: «**عَرِّفْهَا سَنَةً**»(١) متوالية كما لو حلف لا يكلم فلانًا سنة.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَكْفِي، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) أي: لإطلاق الخبر، وكما لو نذر صوم سنة، وهذا ما يشبه الرَّافِعِي إلى إيراد العراقيين، وكأنه عمدة الشيخ في الترجيح، وفيه نظر! نعم، صححه بعضهم.

وممن أرسل الوجهين منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد» والدارمي، وابن الصباغ، والعمراني وغيرهم، ونقل ابن الرِّفْعَة في «التجربة» أن المذهب الظاهر الأول، وأحسبه أراد تجريد المحاملي، ويشبه أَنْ يَتَوَسَّطَ، فَيُقَالُ: إنْ فَحُشَ التفريق بِحَيْثُ يُنْسَى التَّعْرِيفُ الْأَوَّلُ أو نظر أن التعريف اللاحق لفظه حادثة؛ وَجَبَ الِاسْتِئْنَافُ، إما جزمًا، أو على الأصح وإلا، فلا يجب جزمًا، أو على الأصح.

قال في «البسيط»: فلو قطع الموالاة على وجه يغلب على الظن نسيان التعريف الأول؛ فلا يعتد بما تقدم، وهل يصير ضامنًا؟ فيه من الخلاف ما في تأخير التعريف من الابتداء، ومنهم من اكتفى بتعريف بقية المدة على شرط أن يؤرخ اللقط حتى يكون ذلك مذكورًا، أو قال إمامه: لو أخَّر التعريف فقد ذكروا أنه هل يصير بتأخيره ضامنًا؟ وجهان فلو تمادى التأخير، وأمكن أن يقال: كسب اللقطة في طول الزمان؛ فهل ينفع التعريف بعد ذلك، والحالة هذه كما وصفنا؟ فعلى الوجهين، ومن يصير إلى التعريف يقول: حق المعرف أَنْ يُؤَرِّخَ وُجْدَانَ اللُّقَطَةِ فِي تَعْرِيفِهِ، وَيُسْنِدُهُ إلَى الوقت الذي وجدت فيه، حَتَّى

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٨٥٥، رقم ٢٢٩٥)، ومسلم (٣/ ١٣٤٩، رقم ١٧٢٢).

وَيَذْكُرُ بَعْضَ أَوْصَافِهَا ....

يَكُونَ ذَلِكَ فِي مُعَاوَضَةِ مَا جَرَى مِنَ التَّأْخِيرِ الْمُنْسِيِّ.

وقد تساهل بعض الأصحاب في اشتراط ذلك، ورآه في باب الأولى، وجوز الاقتصار على التعريف المطلق، انتهى، وهذا بعيد، وقد أغفل المصنف اعتبار ذلك على ما رجحه، وليس بجيد.

إشارة: إذا لم يكتف بسنة مفرقة، قال الرَّافِعِي: فقطع التعريف مدة وجب الاستئناف هكذا قال، وصوَّر القاضيان أبو الطيب والحسين بما إذا عرَّف اثني عشر شهرًا من اثنتي عشرة سنةً، وجماعة بما إذا عرَّف شهرًا، وترك شهرًا، ولعله أقرب، وعبارة الرَّافِعِي: شهرين وشهرين، وجعلنا ذلك كله أمثلة للتعريف لا اختلافًا، وأغرب ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، فجعل ما سبق في كل يوم، ثم في كل أسبوع، ثم في كل شهر مفرعًا على الوجه القائل هنا بعدم الاكتفاء بالسنة المعرفة، وفيه نظر.

قال: (**وَيَذْكُرُ بَعْضَ أَوْصَافِهَا**) أي: استحبابًا لا اشتراطًا على الأصح؛ لأنه أقرب إلى ظفره بمالكها، فإن شرطناه، قال الإمام: مقابله أوجب ذكر الجنس، وعندي أنه ليس بواجب؛ بل لو ذكر العفاص والوكاء كفى، وصححه في «البسيط».

قال في أصل «الروضة» تبعًا للشرحين: قال الإمام: عندي أنه لا يكفي ذكر الجنس، ولكن يتعرض للعفاص والوكاء، ومكان الالتقاط وزمنه، ولا يستوعب الصفات، ولا يبالغ فيها، لئلا يعتمدها الكاذب، فإن فعل؛ ففي صيرورته ضامنًا وجهان، زاد المصنف أصحهما الضمان، انتهى.

ومَن شرط مِن الأصحاب التعرض لبعض البيان أجرى ذكر الجنس، وما عندي هذا المقدار من البيان يختص بذكر الجنس؛ بل لو وصف العفاص والوكاء والطرف كفى، انتهى.

وهذا ما نقلناه لا ما حكيناه عنه.

وعبارة «البسيط»: ثم مَن هو؟ لا مَن يشترط ذكر الجنس، والصحيح أنه

وَلَا يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ التَّعْرِيفِ إنْ أَخَذَ لِحِفْظٍ، بَلْ يُرَتِّبُهَا الْقَاضِي مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ يَقْتَرِضُ عَلَى الْمَالِكِ.

يكتفي بذكر العفاص والوكاء، انتهى.

ولم يذكر الإمام أيضًا مكان الالتقاط، ولا تاريخه إلا فيما إذا تأخر التعريف كما سبق عنه، وبالجملة فالمشهور يقتضي كلام الجمهور أنه يكفي ذكر الجنس، وأنه لا يجوز الزيادة عليه، وهو المشهور.

قال الشَّافِعِي: لا يزيد على ذلك؛ بل يقول: مَن ضاع منه ذهب، أو فضة، أو ما كان؛ بل قال الْمَاوَرْدِيُّ: الأولى ألا يذكر الجنس، ويقتصر على قوله: مَن ضاع منه شيء.

قال: (**وَلَا يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ التَّعْرِيفِ، إنْ أَخَذَ لِحِفْظٍ، بَلْ يُرَتِّبُهَا الْقَاضِي مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ يَقْتَرِضُ عَلَى الْمَالِكِ**) أي: مِن الملتقط، ومِن غيره، لكن هل يرتب القاضي ذلك من بيت المال اقتراضًا على المالك أو لا؟ كلام ابن الرِّفْعَة يقتضي الأول، فإنه قال: فَإِنْ رَأَى أَنْ يُقْرِضَ أُجْرَةَ التَّعْرِيفِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَتَكُونَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ أَوْ يَبِيعَ جُزْءًا مِنْهَا، أَوْ يَسْتَقْرِضَ مِنَ الْآحَادِ، أَوْ مِنَ الْمُلْتَقِطِ، انتهى.

والمتبادر من كلام غيره أنه لا ينفق على ذلك من بيت المال أو ينسب من غير رجوع، وسيأتي -إن شاء الله- في «اللقيط» ما يشهد لذلك، وقول الرَّافِعِي هنا في شرحه: وإن أوجب التعريف؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُ، بَلْ يُرْفَعُ الْأَمْرُ إلَى الحاكم، لِيَبْذُلَ أُجْرَتَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ يشير على أنه إنْفَاقٌ لَا إقْرَاضٌ، وسبق عن الدارمي أن أجرة المضموم إلى الفاسق في لقطة التمليك من بيت المال إن وجد، وظاهر كلامه أنه إنفاق(١)، وما نحن فيه أولى.

---

(١) قال في «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٤): قال الأذرعي: «الأقرب أنه إنفاق»، ويدل له قول المصنف «أو يقترض على المالك» وهذا هو الذي يدل عليه كلام الأصحاب، أما إذا قلنا: لا يجب التعريف فالملتقط متبرع إن عرف وللقاضي أن يأمر الملتقط بصرف المؤنة من ماله ليرجع على المالك أو يبيع بعضها إن رآه كما لو هرب الجمال، وإن أخذ اللقطة لتملك وجب عليه تعريفها جزمًا كما مرَّ، ولزمته التعريف سواء أتملكها أم لا لأن الحظ له، وقيل: إن لم يتملك أي اللقطة كأن ظهر مالكها فعلى المالك لعود الفائدة إليه.

وَإِنْ أَخَذَ لِتَمَلُّكٍ لَزِمَتْهُ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ فَعَلَى الْمَالِكِ.
وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْحَقِيرَ لَا يُعَرَّفُ سَنَةً بَلْ زَمَنًا يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا.

قال: (**وَإِنْ أَخَذَ لِتَمَلُّكٍ لَزِمَتْهُ**) أي: لقصده ذلك.

(**وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ، فَعَلَى الْمَالِكِ**)؛ لعود الفائدة إليه، ولو قصد الأمانة أو لا، ثم قصد التملك، ففيه الوجهان؛ نظرًا إلى منتهى الأمر ومستقره.

تنبيهات: **الأول**: قيل: يقتضي كلام الشيخين في صورة الكتاب أن المؤنة على الملتقط قطعًا، ومحله إذا لم يظهر المالك، أما إذا ظهر؛ فقد أطلق الرَّافِعِي وغيره فيه الوجهين، وظاهره أنه وإن كان ظهوره بعد التملك لعود المنفعة إليه، فعلى الوجه الثاني ترجيح الملتقط بها عليه، وكان قياسه أن يشترط في ذلك مراجعة الحاكم، وكأنه جعل للملتقط الولاية في ذلك، وينبغي أن يشهد؛ لئلا ينازعه المالك، إذا ظهر فيه أو في قدره بما ذكرناه، يعلم أن الخلاف في كونها على مَن منهما لا فرق فيه بين أن يتملك أو لا يتملك، لكن يظهر أثر ذلك إذا لم يتملك أو تملك، وظهر المالك، فلو قال المصنف: وقيل: إن يظهر المالك فعليه؛ لكان أخلص، انتهى.

وعبارة «الكافي» إن أخذ للتملك فالأجرة عليه، فإن ظهر المالك في خلال السنة فالأجرة على مَن فيه وجهان.

الثاني: مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هُوَ فِي مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، أَمَّا لَوْ الْتَقَطَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ أَوْ صِبًى أَوْ جُنُونٍ، فَلَيْسَ لِوَلِيِّهِ إِخْرَاجُ مُؤْنَةِ التَّعْرِيفِ مِنْ مَالِهِ، قالا: بَلْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى القاضي، فَيَبِيعُ جُزْءًا مِنَ اللُّقَطَةِ لِمُؤْنَةِ التَّعْرِيفِ.

قلت: وَفِي النَّفْسِ مِنْهُ شَيْءٌ، ويحتمل أن يقال بقول الحاكم المولي إما أن تتبرع بالتعريف بنفسك أو مِن مالك وإلا نزعها منك، وسلِّمها لغيرك نظرًا للتملك، وسبق في تجفيف الرطب ما يؤيد هذا.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْحَقِيرَ لَا يُعَرَّفُ سَنَةً**) لأن فاقده لا يدوم على طلبه سنة.

(**بَلْ زَمَنًا يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِبًا**) هذا ما جعله في «المحرر» الأقرب.

……

قال في «الشرح»: إنه أشبه، فاختار المعظم، وفيه نظر.

والثاني: أنه لا بدَّ من سنةٍ لإطلاق الأحاديث، وهو المشهور، ونقل الرَّافِعِي تصحيحه عن العراقيين، وجزم به جماعة منهم كالدارمي والماوردي، وفي «التنبيه» و«البيان»: إنه ظاهر المذهب، وجزم به مِن المراوزة الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المختصر».

قال الجويني والغزالي: إلا أن يصح الخبر في تعريف الناقة ثلاثة أيام، وممن صحح اعتبار السنة منهم القاضي الحسين في «التعليق».

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: إذا التقط الرجل لقطة مما لا روح له ما يحمل ويحول، قلت أو كثرت عرَّفها سنة، ثم قال الربيع في موضع آخر: قال الشَّافِعِي: والقليل من اللقطة والكثير سواء، ولا يجوز أكله إلا بعد سنة.

وقال في «المختصر»: وسواء قليل اللقطة وكثيرها، ونقل الْمُتَوَلِّي أن عدم الفرق ظاهر النص يعني في «المختصر»، قال: وأجاب المعرفون عنه بأنه أراد التسوية في أصل التعريف، لا في القدر.

قلت: ونص «الأم» يرد هذا التأويل، فالمذهب المنصوص، وما عليه الجمهور عدم الفرق، وإن اتجه من حيث المعنى، وشكل على ترجيح الرَّافِعِي الفرق قوله: إن الأكثرين قالوا: إن ما ليس بمالٍ كالكلب يقتنى، يعرَّف سنة، ثم يختص به التفريع إن قلنا: الحقير لا يعرَّف سنة، فأوجه؛ أصحها: ما ذكره المصنف بقوله: «بل» إلى آخره، والثاني: أنه يكفي التعريف مرة واحدة، والثالث: مشهور أنه يعرَّف ثلاثة أيام.

وعن صاحب «الإفصاح»، وتابعه جماعة أنه لا يجب تعريف القليل أصلًا؛ لرواية جابر: «**رخَّص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه؛ يلتقطه الرجل؛ ينتفع به**» رواه أبو داود، وفي إسناده اختلاف(١).

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٩) وقال: رَوَاهُ النُّعْمَانُ بْنُ عَبْدِ السَّلَام عَنِ الْمُغِيرَةِ أَبِي سَلَمَةَ بِإِسْنَادِهِ وَرَوَاهُ شَبَابَةُ عَنْ مُغِيرَةَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ: كَانُوا لَمْ يَذْكُرِ النَّبِيَّ ﷺ.

……

قال البيهقي: في وقفه شك، وفي سنده ضعف(١).

قلت: ولك أن تترك الترتيب، وتقول في القليل أوجه: **أحدها**: لا يعرَّف.

والثاني: يعرَّف مرة.

والثالث: ثلاثة أيام.

والرابع: زمنًا؛ نظرًا للإعراض عنه.

والخامس: سنة لغيره، واختلفوا في تقدير القليل، فقيل: دينار، وقيل: درهم، وقيل: ما دون الدرهم، وقيل: ما يقطع فيه سارق، وقيل: ما كان، والصحيح أنه لا يقدر؛ بل ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر الأسف عليه، ولا يطول طلبه له في الغالب.

قال الرُّويَانِيُّ: فتعريف دانق الفضة في الحال، ودانق الذهب يومًا أو يومين أو ثلاثة أيام، وهذا كله في حقير له قيمة، أما ما لا قيمة له، وانتهى في القلة إلى حد سقط بتموله كحبة حنطة أو زبيبة ونحوهما، ولا تعريف على آخذه، ويشهد به، هذا هو المشهور والصحيح، وحديث: «**لَوْلَا أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا**»(٢).

ونقل الدارمي وجهًا أنه يعرِّف التمرة، وليست بشيء.

قال ابن الصباغ وغيره: قال أصحابنا: ما لا تتبعه النفس، ولا يطلبه فاقده

= قال الشوكاني في «الدراري المضية» (ص٤٠٩): حديث جابر في إسناده المغيرة بن زياد قال المنذري: تكلم واحد، وفي «التقريب» صدوق له أوهام وفي «الخلاصة» وثقة وكيع وابن معين وابن عدي وغيرهم، وقال أبو حاتم: شيخٌ لا يحتج به.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٩٥) وقال ابن حجر: «في إسناده ضعف واختلف في رفعه ووقفه والأصح عند الشافعية أنه لا فرق في اللقطة بين القليل والكثير في التعريف وغيره، وفي وجه لا يجب التعريف أصلا، وقيل تعرف مرة، وقيل ثلاثة أيام وقيل زمنا يظن أن فاقده أعرض عنه. وهذا كله في قليل له قيمة، أما ما لا قيمة له كالحبة الواحدة، فله الاستبداد به على الأصح». [فتح الباري ٥/ ٨٥].

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٥٥)، ومسلم (١٠١٧).

فَصْلٌ

إِذَا عَرَّفَ سَنَةً لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّى يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ كَتَمَلَّكْت، ....

لا يجب تعريفه، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ وغيره فيه وجهين؛ لكنهم مثلوا ذلك بالسوط والعصا.

تتمات:

منها: الثمرة والزبيبة ونحوها، قال: ولكنها لا تتمول؛ لأنه لا قيمة لها غالبًا، فَلَوْ اتَّفَقَ بِأَنْ حَصَلَتْ بِمَوْضِعٍ لَهَا فِيهِ قِيمَةٌ أَوْ كَانَ قَحْطٌ شَدِيدٌ يَكُونُ لِلثَّمْرَةِ فِيهِ قِيمَةٌ وَجَبَ تَعْرِيفُهَا وَصَحَّ بَيْعُهَا وَجَازَ أَنْ تَكُونَ عِوَضًا كَمَا بَيَّنُوهُ فِي الصَّدَقَاتِ.

ومنها: وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْجِنْسَ يَأْخُذُهُ وَاجِدُهُ كَمَا يَأْخُذُ السَّاقِطَ مِنْ الثِّمَارِ وَالسَّنَابِلِ، وَلَا يَمْلِكُهَا مَجَّانًا، قِيلَ: لَكِنْ هَلْ نَقُولُ: يَمْلِكُهَا بِمُجَرَّدِ الْأَخْذِ كَالِاحْتِطَابِ، أَوْ لَا بُدَّ مِنْ قَصْدِ التَّمَلُّكِ الظَّاهِرُ الثَّانِي، وَحِينَئِذٍ تَدْخُلُ فِي مَعْنَى اللُّقَطَةِ لَكِنْ لَا تُعَرَّفُ، انتهى.

وقال الدارميُّ: وإن كان ما وجده قليلًا كثمرة وزبيبة ونحوها، فقيل: لا يعرِّف ويتملك، فإن جاء صاحبه ضمن، وقيل: يعرِّفه، انتهى.

وَالظَّاهِرُ أَنَّ التَّمْرَةَ وَالزَّبِيبَةَ وَنَحْوَهَا -حَيْثُ لَا قِيمَةَ لَهَا- مُلْحَقَةٌ بِالْمُبَاحَاتِ كَسَوَاقِطِ الثِّمَارِ وَنَحْوِهَا الَّتِي تُعْرِضُ أَرْبَابُهَا عَنْهَا.

ومنها: قد يستثنى من الحاجة إلى التعريف ما لو التقط بالصحراء مما يسرع فساده كهريسة، وَرُطَبٍ لَا يَتَتَمَّرُ، وبقول ونحوها، فقد نقل الشيخان عن الإمام أنه قال: إنه الظاهر؛ لأنه لا يجب تعريفه؛ لأنه لا فائدة فيه في الصحراء، وإذا تأخر بعد العثور على المستحق، وجزم الرَّافِعِي بهذا في «شرحه الصغير»؛ فلا نسبة، والذي يفهمه إطلاق الجمهور أنه لا يلزمه التعريف.

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا عَرَّفَ سَنَةً لَمْ يَمْلِكْهَا**) أي: بعد قصده التمليك بشرطه. (**حَتَّى يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ كَتَمَلَّكْت**) أي: ونحوه؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكُ مَالٍ بِبَدَلٍ، فَافْتَقَرَ

وَقِيلَ تَكْفِي النِّيَّةُ، وَقِيلَ يَمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ.

فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ الْمَالِكُ وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا فَذَاكَ، ....

إِلَى ذَلِكَ كالشراء، هذا هو المذهب والمشهور، والمعزي إلى النص يملك.

قال الإمام: وعلى هذا ففي حصوله بيعها، أي: ونحوه وجهان.

قال: (وَقِيلَ: تَكْفِي النِّيَّةُ) قاله أبو إسحاق، ومعناه: إن شاء قصد التمليك بعد مضي السنة إذا التقطها، إنما يعتبر بحيث يكون هناك إيجاب.

قال الإمام: فإن باعها، ولم ينوِ التمليك، ولا يبيع مال الغير، ففي حصول الملك وجهان.

قال: (وَقِيلَ: يَمْلِكُ بِمُضِيِّ السَّنَةِ)، وهو ظاهر النص في «الأم» و«المختصر»، اكتفاءً بقصد التملك السابق.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: إلا أن يختار أن يكون أمانة، فلا يدخل في ملكه، أي: فهو المجرد بمضي السنة كما هو ظاهر كلام المصنف.

وقيل: يملك بالنية والتصرف، وقيل: لا بدَّ أن ينوي التملك، ويتلفظ به، ويتصرف فيها، ويأتي في التصرف المعتبر ما ذكروه في القرض.

إشارات: لا خفي أنَّا إذا قلنا: بما سبق في تعريف الحقير من اعتبار زمن الإعراض فقط أن التملك بعده كالتملك بعد السنة في الحقير، وأنه لا فرق عندنا في جواز تملك اللقطة بين الغني والفقير والهاشمي وغيره والمسلم والذمي.

واعلم أني لم أرَ لهم كلامًا في التقاط الْأَخْرَسِ الْمُفْهِمِ وغيره، ولا شكَّ في صحته، ويستنيب المفهم مَن يعرِّف عنه وغيره كالمجنون فيما يظهر، فإذا مضت مدة التعريف؛ فالظاهر، أما إذا اعتبرنا اللفظ في التملك أن إشارة المفهم كافية في ذلك كسائر عقوده، وينبغي أن يكتفي كنايته عنها.

قال: (فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ الْمَالِكُ، وَاتَّفَقَا عَلَى رَدِّ عَيْنِهَا فَذَاكَ) إذ الحق لا يعدوهما.

قال الرَّافِعِي في باب الوديعة: ويجب على الملتقط ردها إذا علم قبل طلب المالك على أصح الوجهين.

وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ وَأَرَادَ الْمُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدَلِهَا أُجِيبَ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ.

قلت: وكأنهما مفرعان على الأصح في أنه المجاب عند التنازع، وشبه أن يكون الواجب عليه إعلامه، ثم إن تنازعا جرى الخلاف، ثم رأينا **الْمَاوَرْدِي** قال: إذا عرف صاحبها لزمه إعلامه بها، وإن كان قبل تملكها؛ فمؤنة رده على مالكها، وإلا فعلى الواجد، وذكر غيره أنه لا يلزمه هنا إلا التخلية لا غير.

والظاهر أن جواز العمل باتفاقهما على ردها بين المتلقط الجائز التصرف، وأما لو كان محجورًا بسفه وغيره؛ فإن كانت مصلحته بردها ردها الولي بطلب المالك، وفي إمساكها لم يستلمها الولي تبرعًا، ويأتي في إخباره الوجهان في المجاب عند الشارع.

قال: (**وَإِنْ أَرَادَهَا الْمَالِكُ وَأَرَادَ الْمُلْتَقِطُ الْعُدُولَ إِلَى بَدَلِهَا أُجِيبَ الْمَالِكُ فِي الْأَصَحِّ**) كالقرض، قيل: أولى، والثاني: إيجاب الملتقط كما قيل به في القرض، هكذا أطلق.

وقال الدارمي: إن جاء صاحبها، وهي زائدة زيادة غير مميزة، فله الخيار بين إعطائها زائدة أو القيمة، وإن كانت لم ترد أحدها، انتهى.

وقال في موضع آخر: إن جاء صاحبها فوجدها بحالها أخذها، وإن كانت زيادة متميزة أو غير متميزة؛ فإن كان الملتقط مفلسًا فلصاحبها، وإن كان غير مفلس فتطوع بدفعها أجبر على أخذها، وإن لم يتطوع فقيمتها يوم يملكها، انتهى، وهذا شيء ذكر في الصداق، ولم أرَه لغيره هَاهُنا.

تنبيهات: لا خلاف أن الملتقط لو ردها سليمة وجب على المالك القبول، قالا: فإن زادت فالمتصلة تتبعها، والمنفصلة تسلم للملتقط، ويرد الأصل، انتهى.

والمراد بالمنفصلة التي يفوز بها التملك ما إذا كانت قد حدثت بعد الحكم له بالملك، أما لو حدثت في الحول أو بعده، وقبل الحكم له بالملك، فحكم المنفصل حكم العين فرجع فيه المالك؛ لأنه حدث على ملكه، أطلق القول في الزيادتين، والظاهر أنه يأتي فيهما ما سبق في المفلس والولد المتهب من حكم

وَإِنْ تَلِفَتْ غَرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ التَّمَلُّكِ، وَإِنْ نَقَصَتْ بِعَيْبٍ فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ الْأَرْشِ فِي الْأَصَحِّ.

الحمل وانفصاله واتصاله، ومن يعلم العبد الصنعة وغيرها، وقصارة الثوب، ونحو ذلك، والمالك هنا أولى بالرجوع من الغريم والأب؛ لأنه لا تسليط منه، وَلَوْ كَانَتْ اللُّقَطَةُ أَمَةً وَوَلَدَتْ عِنْدَهُ رَضِيعًا، وَحَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَهُ؛ فَهَلْ يَجُوزُ التَّفْرِيقُ، أَوْ يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي الْأُمِّ، وَلَهُ الْقِيمَةُ، وَيَبْعُدُ إِجْبَارُ الْمُلْتَقِطِ، ثُمَّ تَسْلِيمُ الْوَلَدِ بِالْقِيمَةِ وَبَيْعُهَا وَقِسْمَةُ الثَّمَنِ، لَا معنى لَهُ هُنَا، وَلَمْ أَرَ فِي ذَلِكَ نقلًا.

قال: (وَإِنْ تَلِفَتْ غَرِمَ مِثْلَهَا) أي: إن كانت مثلية (أَوْ قِيمَتَهَا) أي: إن كانت متقومة.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَقَضِيَّةُ قَوْلِهِمْ: «إِنَّهُ يَمْلِكُ اللُّقَطَةَ كَمِلْكِ الْقَرْضِ» أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ فِيمَا لَهُ مِثْلٌ صُورِيٌّ رَدَّ الْمِثْلِ فِي الْأَصَحِّ، انتهى.

وَلَا يَبْعُدُ الْفَرْقُ بَيْنَ الْبَابَيْنِ، ولم يذكروا حكم ما إذَا فُقِدَ الْمِثْلُ، والظاهر أنه كبدل القرض المثل إذا قصد.

قال: (يَوْمَ التَّمَلُّكِ)؛ لأنه وقت ثبوتها في ذمته، وقيل: إنما يضمن قيمة يوم المطالبة بها، وهذا كله تفريع على المذهب، وعن الكرابيسي أنه لا يطالب بالقيمة، ولا ترد العين عند بقائها؛ فعلى المذهب الضمان ثابت في ذمته من يوم التلف. عن أبي إسحاق أنه لا يثبت، وإنما يتوجه عند مجيء المالك ومطالبته، ولعل مأخذه أن التملك يقع أو لا، بغير عوض، فإذا جاء المالك بنقص وجب الرد عليه بأمر الشارع فسخًا لذلك التملك كرجوع الأب في الهبة، وهذا حسن، واختاره بعض المتأخرين، وهو أصل الوجه الذي حكيناه أنه يضمن قيمة يوم المطالبة أو هو، ولو اختلفا في القيمة، ولا بينة، والقول قول المتملك؛ لأنه غارم.

قال: (وَإِنْ نَقَصَتْ بِعَيْبٍ)، أي: طرأ بعد التملك.

(فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ الْأَرْشِ فِي الْأَصَحِّ)؛ ولأن الكل مضمون عليه، فكذلك البعض.

وَإِذَا ادَّعَاهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَصِفْهَا وَلَا بَيِّنَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ، ....

والثاني: يقنع بها بلا أرش؛ لأن النقص حصل في ملكه، فلا يضمنه، ولو قال الملتقط: أضم إليها الأرش، وأرادها وأراد المالك بدلها أجيب الملتقط في الأصح.

فائدة: سبق أن الأصح إجابة المالك إلى أخذ غير ماله.

قال الرَّافِعِي: فلو باعها الملتقط بشرط الخيار ثم جاء مالكها، حكى صاحب «المعتمد» وجهين في أنه هل يفسخ العقد؟ وردَّ القاضي ابن كج الوجهين إلى أنه هل يجبر الملتقط على الفسخ؟ ويجوز فرضهما في الانفساخ، انتهى.

والماوردي نقل الوجهين عن حكاية القاضي ابن كج كما في «المعتمد»، وأيدهما شيخه أبو الحسين ابن الْقَطَّان في فروعه هَاهُنا تعريفًا على القول بأن الملتقط لا يملك اللقطة إلا بالتصرف، أما إذا قلنا: إنه يملك بمضي السنة والاختيار؛ فليس له الفسخ إلا أن يشاء الملتقط، والظاهر أن أصلهما كلام ابن الْقَطَّان وتخريجه.

قال: (**وَإِذَا ادَّعَاهَا رَجُلٌ، وَلَمْ يَصِفْهَا، وَلَا بَيِّنَةَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ**) لحديث: «**لو أعطي الناس بدعواهم... الحديث**»(١).

قال الرَّافِعِي وغيره: إلا أن يعلم الملتقط أنها له؛ فيلزمه الدفع إليه.

قلت: وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا علم أنها للواصف، فهل يجب عليه تسليمها أم لا؟ على وجهين، والبينة هنا ما يثبت به المال يقام عند الحاكم، ويقضي بها، وأبدى الإمام ترددًا في سماع الملتقط لها إقامة في «الذخائر» وجهين.

وقال الدارمي: لو أقام شاهد التحليف معه أو شاهدين يفسقهم الحاكم أو الملتقط فلا بدَّ من الحاكم، وإن كان شاهدًا أو امرأتين عدول؛ فعلى وجهين، وذكر غيره أنه لو أقام الواصف شاهدين عدلين غيرهما، وهما فاسقان عند

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٤٢، رقم ٣١٨٨)، والبخاري (٤/ ١٦٥٦، رقم ٤٢٧٧)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦، رقم ١٧١١)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨، رقم ٢٣٢١).

وَإِنْ وَصَفَهَا وَظَنَّ صِدْقَهُ جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ دَفَعَ فَأَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً بِهَا حُوِّلَتْ إِلَيْهِ، ....

الحاكم لم يلزمه الحاكم الدفع، وقيل: يلزمه لاعترافه بعدالتهما، ولو أقام شاهدًا واحدًا اختار الْغَزَالِيُّ وجوب الدفع، وظاهر المذهب بخلافه.

(وَإِنْ وَصَفَهَا) وصفًا يحيط بجميع صفاتها.

(وَظَنَّ صِدْقَهُ جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ) عملًا بغلبة ظنه.

(وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَذْهَبِ)؛ لأنه مدعٍ؛ فيحتاج إلى بينة كغيره.

قال الرَّافِعِي: هذا ما يشتمل عليه كتب الأصحاب، ونقل الإمام في وجوبه وجهين وجه الوجوب أن البينة قد تتغير، وينسبه الإمام إلى جماعة من الأئمة، ولو لم يظن صدقه لم يجز الدفع كما أفهمه كلام المصنف، ونقل الإمام فيه ترددًا.

وفي «الحاوي» أنه يسعه الدفع إذا لم يقع في هيئته كذبه؛ فعلى المذهب لو قال الواصف: يَلْزَمُكَ تَسْلِيمُهَا إِلَيَّ؛ فله أن يحلف أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ.

قلت: وهذا إذا كان يراه مذهبًا أو تقليدًا لمن يراه، أما لو كان يرى وجوب الدفع بالوصف، فالظاهر أنه لا يجوز له الحلف اعتبارًا باعتقاده، وإن كان عاميًّا لا يعلم الحكم؛ فينبغي ألا يجوز له الهجوم على اليمين على جهل، بل يسأل الحكم في ذلك ثم يقدم أو يحجج.

قال الفوراني: ولو أقر الطالب بأنها لقطة في يد الملتقط لم يحلف الملتقط، والمفهوم من كلامهم خلافه، قالوا: ولو قال الواصف: هو يَعْلَمُ أَنَّهَا مِلْكِي؛ فَلَهُ الْحَلِفُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ لَا يُفِيدُ الْعِلْمَ، هكذا قاله الرَّافِعِي.

قيل: وهو ظاهر إذا لم يحصل الوصف ظنًّا كذا إن حصل ظنًّا، وعلم الحالف الفرق بينه وبين العلم، وإلا فكثير من العوام لا يفرقون بينهما، فينبغي ألا يقدم حتى يعرف، انتهى.

قال: (فَإِنْ دَفَعَ) أي: بالوصف من غير إخبار حاكم يرى وجوب الدفع بالوصف (فَأَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً بِهَا حُوِّلَتْ إِلَيْهِ)؛ لأن البينة أولى.

فَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ فَلِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ تَضْمِينُ الْمُلْتَقِطِ، وَالْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ .

(فَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ) أي: عند الواصف.

(فَلِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ تَضْمِينُ الْمُلْتَقِطِ، وَالْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ، وَالْقَرَارُ عَلَيْهِ) لتلفه، وهذا حيث لم يجز من الملتقط تصديق له على المالك، ولا تكذيب البينة، ولا للمدعي، ولو قال: علمت على ظني صدقه، فليس بإقرار فلا يمتنع الرجوع، وإنما يضمنه مقيم البينة إذا دفع بنفسه، فأما إذا ألزمه الحاكم الدفع إلى الواصف فلا كما أشرنا إليه.

قال الدارمي: إذا حكم حاكم بدفعه بالصفة أو شهود فساق أو نحوه فدفع ثم جاء مستحق يرى الدافع والحكم بين الحاكم والمستحق.

قال: وإن أعطاه نصفيه ثم جاء مستحق، فإن كانت قائمة ردت أو تالفة أو لم يكن ردها؛ فللمستحق مطالبتهما، فإن غرم الواصف فذاك أو الدفع؛ فإن أقرَّ بأنه للواصف أو كذب الشهود لم يرجع، وإن أعطاه بشرط أن يرجع متى استحق رجع، وإن أطلق، ولم يكن أقر وجهان، انتهى.

فرع: ما ليس بمال يقتنى كالكلب، فميل الإمام وأتباعه أنه لا يوجد إلا بقصد الحفظ أبدًا.

قال الشيخان: وقال الأكثرون: يعرِّف سنة، ثم يختص به وينتفع، فإن ظهر صاحبه بعد ذلك؛ فلا ضمان، ولا أجرة على الصحيح.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أنه لا بدَّ عند انقضاء مدة التعريف من اختيار نقل الاختصاص الذي كان للأول إليه.

فائدة: من شروط اللقطة -سوى ما سبق- أن يكون شيئًا ضاع من مالكه ونحوه لسقوط أو غفلة ونحوهما، فلو ألقت الريح شيئًا في حجره، أو ألقى هارب إليه شيئًا، ولم يعرفه، أو مات مورثه عن ودائع لا يعرف أهلها؛ فهو مال ضائع لا يتملك، وفي «شرح المهذب» وجه شاذ: أن ما وقع في حجره لقطة.

وإن وجد في موات أو شارع أو مسجد ونحوها، أما ما وجد في ملك قال الْمُتَوَلِّي: لا يؤخذ للتملك بعد التعريف لكنه لصاحب اليد في الأرض، فإن لم

قُلْت: لَا تَحِلُّ لُقَطَةُ الْحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

يدعه؛ فلمن كانت بيده، وهكذا حتى ينتهي إلى المحيي، فإن لم يدعه كان لقطة.

وهذا إنما يكون في بعض الأقوال، وسبق فيما أظن عن **الْقَفَّال** أن الدفين الإسلامي ليس بلقطة؛ لأنها اسم لما صنعه مالكه، وهذا أجوزه وما صنعه، ورجح خلافه، وسبق هنا كلام وتفصيل في لقطة دار الحرب.

قال: (**قُلْت: لَا تَحِلُّ لُقَطَةُ الْحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: بل للحفظ أبدًا لقوله ﷺ: «**إنَّ هذا البَلَدَ حرَّمَهُ الله يومَ خَلَقَ السَّماواتِ والأرضَ...** الحديث».

وفيه: «**ولا يَلْتَقِطُ لُقَطَتَهُ إلا من عَرَّفَها**»[1] متفق عليه، وفي لفظ البخاري: «**ولا تحل لقطته إلا لمنشد**».

والثاني: وبه قال الأئمة الثلاثة: تحل، وصححه جمع منهم **الْقَفَّالُ**؛ لأنها نوع كسب، واستوى فيه الحل والحرم كغيرها، قيل: **وَالْمُرَادُ بِالْخَبَرِ** أنه لا بدَّ من تعريفها كسائر البلاد؛ لِئَلَّا يتوهم أنه يكفي **بِتَعْرِيفِهَا فِي الْمَوْسِمِ**، وقيل: المراد به إيجاب التعريف في لقطة الحرم دون غيره.

تنبيهات: حكى جماعة الخلاف قولين منهم البغوي والرافعي وابن **الْقَطَّان**، ولفظه: وخرج **الشَّافِعِي** لقطة مكة على قولين، وقال الشيخ نصر المقدسي: قولان، وقيل: وجهان، وقيل: يلحق بالحرم من الحل في ذلك عرفة، ومصلى إبراهيم ﷺ فيه وجهان في «الحاوي»، وأما المدينة الشريفة فلقطتها كغيرها قاله: الدارمي، وهو قضية كلام الأصحاب.

قال: (**وَيَجِبُ تَعْرِيفُهَا قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) أي: ولا يجوز فيها الخلاف في لقطة غير الحرم للحفظ، وإذا التقطها عربي لزمه الإقامة ليعرِّفها أو يدفعها إلى القاضي، أما من يعرفها، ويشبه أنه لو التقطها خارج مكة في الحرم في موضع

---

[1] أخرجه أحمد (١/ ٣١٥، رقم ٢٨٩٨)، والبخاري (٢/ ٦٥١، رقم ١٧٣٧)، ومسلم (٢/ ٩٨٦، رقم ١٣٥٣)، وأبو داود (٣/ ٣، رقم ٢٤٨٠)، والنسائي (٧/ ١٤٦ رقم ٤١٧٠).

……

رفقة أو حجيج ونحوهما أنه لا يلزمه واحد من الأمرين، بل عليه تعريفها في ذلك الركن الذي وجدها فيه أو في أثره؛ لأن الظاهر أنها من أحدهم كما سبق في العكس، وقد تظهر قرائن يغلب على الظن أنها لهم خاصة لا لمستوطن، والله أعلم، وأسأله التوفيق والإعانة.

كِتَابُ اللَّقِيطِ

قال المصنف: [الْتِقَاطُ الْمَنْبُوذِ فَرْضُ كِفَايَةٍ، ....

قال الشارح:

تتمات وتنبيهات: اللقيط والملقوط والمنبوذ والداعي: اسم الذي للطفل يوجد منبوذًا في شارعٍ أو مسجدٍ ونحوهما، وليس اسم من يدعيه، ولقيط بمعنى ملقوط، فقيل: بمعنى مفعول كجريح وقتيل وطريح، ونبذه إما لكونه من فاحشة أو غيرها خوفًا من العار أو للحجر عنه، واستأنس في الباب بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وقد كان ذلك في الأمم الماضية، قال تعالى: ﴿فَٱلْتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٨].

ورَوَى مَالِك عَن ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْم أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ! إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكَذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ، وفي لفظ للبيهقي: «ونفقته علينا من بيت المال».

قال: (**الْتِقَاطُ الْمَنْبُوذِ فَرْضُ كِفَايَةٍ**) صيانة للنفس المحترمة عن الهلاك، ولو لم يعمل به إلا واحد أوجب عليه أخذه، فلو لم يأخذه حتى علم به غيره، فهل يكون الفرض عليهما كما لو علما معًا أو يختص الوجوب بالأول أبدًا.

قال ابن الرِّفْعَة: فيه احتمال، ويجب القطع بكونه عليهما، واللقيط صبي لا كافل له، وربما قيل: الالتقاط أخذ صبي ضائع لا كافل له، والأصح أنه لا فرق بين المميز وغيره، والبالغ والمجنون في ذلك كالصبي، ومن لا حد له ولا وصي، وليس بمنبوذ كافله القاضي، ولا يدخل في ذلك؛ لأنه ليس بضائع، أما المنبوذ فشبه باللقيط، فلا يختص به القاضي.

وَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الِالْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ.

قال: **(وَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ)** أي: وعلى ما معه، نصَّ عليه الشَّافِعِي.

قال: **(فِي الْأَصَحِّ)** أي: لئلا يضيع فيه، والثاني: أنه مستحب، والثالث: إن كان ظاهر العدالة لم يلزمه أو مستورًا لزمه، والمذهب عندهما القطع بالوجوب، وقيل: قولان أو وجهان كاللقطة، وجعل الْمَاوَرْدِيُّ محل الخلاف في وجوب الإشهاد ما إذا التقطه بنفسه، أما إذا سلمه الحاكم إليه؛ فإنه يندب للحاكم الإشهاد عليه به وبماله كما يندب الإشهاد على ملتقط المال إذا كان تسليم الحاكم حكم يعني إليه؛ لأن تسليم الحاكم حكم يغني عن الإشهاد، انتهى.

تنبيه: إذا أوجبنا الإشهاد فتركه، قال في «الوسيط»: لا يثبت له ولا به الحضانة، ويجوز الانتزاع.

قال الرَّافِعِي: وهذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي هذا الإشهاد نظر! وهو كما قال، ولفظ «البسيط»: ومن يوجب الإشهاد يجعله شرطًا حتى يتخلف حكم الالتقاط، وولاية الحضانة عند فقد الإشهاد، وكأنه يقول: هذه؛ لأنه لا يثبت ما لم يشهد إلى شهادة، انتهى.

والظاهر أن المراد أنه لا تثبت ولاية الحضانة ما لم يشهد؛ فلا يشعر باختصاص بالابتداء، ومتى أشهد تثبت الولاية، وقد يقال: الوجوب فوري، فمن أخره علم بلا عذر، فُسِّق، وخرج عن الأهلية، فلا يفيده إشهاده بعد ذلك إلا أن يتوب فيكون كالتقاط الجديد.

قال: **(وَإِنَّمَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الِالْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ)** خرج بالمكلف الصبي والمجنون، وبالحر العبد؛ لأنه تبرع وولايةٌ وليسوا من أهلها، وبالمسلم الكافر، وهذا في القضاء المسلم اشتراط العدالة ذكره الرَّافِعِي، ومقتضى كلام غيره الاكتفاء بالسر، وقد قالوا ومنهم الرَّافِعِي والمصنف: إنه لو

وَلَوْ الْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ أُنْتُزِعَ مِنْهُ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقَرَّهُ عِنْدَهُ أَوْ الْتَقَطَ بِإِذْنِهِ فَالسَّيِّدُ الْمُلْتَقِطُ.

أخذه من لم تختبر أمانته إن كان مسافرًا لم يقر بيده أو مقيمًا أقر بيده؛ لأنه ظاهر أمانته، ولكن يوكل الإمام به من يرى فيه بحيث لا يدري كي لا يتأذى، فإذا وثق به صار معلوم الأمانة، ومن علم فسقه ليس بأهلٍ بالاتفاق، وقيده ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» بالذي يخشى منه استرقاقه، والمعروف استرداد العدالة أو الستر، وكان الحامل له على ذلك قول الْمَاوَرْدِيُّ أنه إن كان مأمونًا على نفسه دون ماله أقر بيده دون ماله، وليس يراعى فيه العدالة؛ فيكون حرصه في شيء جرحًا في كل شيء، وإنما المراعى فيه الأمانة، وقد يكون أمينًا في شيء دون شيء، وتبعه الرُّويَانِيّ، ويؤيده فيما أظن قول الشَّافِعِي في «الأم» في باب دعوى الولد، وينبغي للقاضي إذا كان الذي التقط المنبوذ ثقة لماله أن يوليه إياه، ويأمره أن ينفق عليه بالمعروف، وإن كان غير ثقة لماله، فليدفع ماله إلى غيره، ويأمر ذلك الذي دفع إليه ماله بالنفقة عليه بالمعروف.

تنبيه: المرأة كالرجل، ولا يمنع الفقر، وقيل: ينتزع من الفقير، وسيأتي إن شاء الله تعالى كلام في الحضانة في اعتبار البصر والانتفاء من الْجُذَامِ، وَالْبَرَصِ، ويتجه مجيئه هنا إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه.

قال: (**وَلَوْ الْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ أُنْتُزِعَ مِنْهُ**)؛ لأن ذلك تبرع، وليس من أهله.

(**فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقَرَّهُ عِنْدَهُ أَوْ الْتَقَطَ بِإِذْنِهِ فَالسَّيِّدُ الْمُلْتَقِطُ**) أي: وهو تأييده في أخذه ترتيبه إذ يده يده، وسواء في ذلك القن والمدبر وأم الولد، ولا بدَّ أن يكون أهلًا لتركه بيده، والمبعض إذا التقط في توبته كالقن على الأصح، وكذا المكاتب إذا التقط بلا إذن جزم به الرَّافِعِي.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: بني على أن العبد منع منه؛ لأن منافعه لسيده أو لأنه ليس أهلًا للولاية، فعلى الأول يقر في يده، وعلى الثاني: لا، والمشهور المنع، فلو أقره السيد بيده فالأصح المنع، ولو التقط لنفسه بإذن سيده ففيه الخلاف في تبرعاته، والأصح هنا المنع، ولو قال السيد له: التقط لي، قال

وَلَوْ الْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا أُنْتُزِعَ مِنْهُ.

وَلَوْ ازْدَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ جَعَلَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا، وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالْتَقَطَهُ مُنِعَ الْآخَرُ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ، وَإِنْ الْتَقَطَاهُ مَعًا وَهُمَا أَهْلٌ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَى فَقِيرٍ وَعَدْلٌ عَلَى مَسْتُورٍ.

الرَّافِعِي: يشبه أن يكون على التوكيل في الاصطياد، قال ابن الرِّفْعَة: بل ينبغي أن يكون على الوجهين في تبرعه على السيد.

قال: (**وَلَوْ الْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ**) أي: بسفه.

(**أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا أُنْتُزِعَ مِنْهُ**) لعدم أهلية الصبي والسفيه وتهمة الفاسق، وفيه ما سبق، ولعدم ولاية الكافر، نعم له التقاط مثله لأهليته لحضانته وللمسلم التقاط المحكوم بكفره.

قال: (**وَلَوْ ازْدَحَمَ اثْنَانِ عَلَى أَخْذِهِ**) أي: ولم يأخذ له بعد.

(**جَعَلَهُ الْحَاكِمُ عِنْدَ مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا**) إذ لا حق لهما قبل أخذه، فيفعل الأَحَظَّ لَهُ.

قال: (**وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَالْتَقَطَهُ مُنِعَ الْآخَرُ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ، وَإِنْ الْتَقَطَاهُ مَعًا وَهُمَا أَهْلٌ**) عملًا بالسبق، ولا يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ في الأصح.

قال: (**فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَى فَقِيرٍ، وَعَدْلٌ عَلَى مَسْتُورٍ**) نظرًا له واحتياطًا، وممن جزم بتقديم الغني على الفقير القاضيان أبو الطيب والحسين؛ لأنه أرفق بالصبي، وربما واساه، ونسب الْمُتَوَلِّي التسوية بينهما إلى سائر أصحابنا.

قلت: وقد يكون الفقير الصالح السمح أصلح له وأشفق عليه من الغني الشحيح، فينبغي أن يقال: يرجع في التقديم إلى اجتهاد القاضي العالم الأمين، فمن رأى منها أصلح له قدمه، ولا يطلق القول بالتسوية، ولا بتقديم الغني ولا غيره بتفاوتهما في الغنى على الأصح، ويشبه أن موضع الوجهين في المستور المقيم، أما المجتاز فلا، والوجه تقديم البصير على الأعمى، والسليم على المجذوم والأبرص إن قيل بأهليتهم للالتقاط.

فَإِنِ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ. وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيٌّ لَقِيطًا بِبَلَدٍ فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ.

قال: (فَإِنِ اسْتَوَيَا) فِي الصِّفَاتِ الْمُعْتَبَرَةِ وَتَشَاحَّا.

(أُقْرِعَ) لِعَدَمِ الْمُرَجِّحِ، وقيل: يقدم الحاكم باجتهاده، فإن تساويا في نظره أو تحير أقرع، ولا يُخَيَّرُ الْمُمَيِّزُ عليهما، وفيه احتمال للإمام، وليس للقارع ترك حقه للآخر خلافًا للماوردي كما ليس للمنفرد نقله إلى غيره، ولو ترك حقه قبل القرعة انفرد به الآخر على الأصح، والمسلم والذمي سواء، ومن حكم بكفره، وقيل: يقدم المسلم، وقيل: الذمي.

قال: (وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيٌّ لَقِيطًا بِبَلَدٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَادِيَةٍ) لِخُشُونَةِ عَيْشِهَا، وَفَوَاتِ الْعِلْمِ بِالدِّينِ وَالصَّنْعَةِ، ولئلا يعرض بسببه للضياع.

قال الرَّافِعِي: فإن كان الموضع المنقول إليه من البادية قريبًا من البلد يسهل تحصيل ما يراد منه، فإن راعينا خشونة العيش لم يمنع، وإن راعينا السبب فإن كان أهل البلد يختلطون بأهل ذلك الموضع فلذلك وإلا منع، ومتى فعل الملتقط ذلك أو قصده نزع اللقيط منه، وسيأتي أن المعنى الأول أصح.

قال: لا يجوز نقله من المدينة إلى قرية أيضًا، وقيل: قضية كلام الجويني تجويزه، وقيل: يجوز إذا كانت على دون مسافة القصر، وعلله الْمَاوَرْدِيُّ بأن المقام بالقرية أعف وأسكن من البلد؛ لأن الفاحشة فيها تجتنب دونه، وقضية هذا منع نقله من القرية إلى البلد، وهو ضعيف.

قال الْمُتَوَلِّي وغيره: ولا فرق بين سفر النقلة وغيره لما سبق.

قال: (وَالْأَصَحُّ) أي: المنصوص، وقول المعظم.

(أَنَّ لَهُ) أي: للملتقط.

(نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ)، الخلاف مبني على المعنيين السابقين، وهذا البناء يدل على أن الأصح رعاية المعيشة، وعلى أن التعليل بالمعنيين في المسألة الأولى ليس لمجموعهما ولا بكل منهما؛ بل بالمعيشة على الأصح، وعلى الثاني: لحفظ النسب، واجتمعا هناك لفواتهما في البادية، ويجري الخلاف

وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا الْتَقَطَ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ، وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَلَدٍ.

فيما لو التقطه من قرية وأراد نقله إلى قرية أخرى، وعبارة الشيخ: ولو وجده بدوي في قريته، أو قرية أخرى أو في بلدة فيقاس بما ذكرنا في البلد.

تنبيهات: أطلقا الجواز، وفصل الْمَاوَرْدِيُّ فقال: إن كان أمينًا والطريق آمن وبلده دون مسافة القصر مكن إذا تساوى البلدان، أو كان بلد الملتقط أصلح، فإن كانت قريةً وبلد اللقيط مصرًا، فوجهان، وإن كان بلدًا بعيدًا وأخباره متقطعة كالعراقي يريد نقله إلى المشرق، أو المغرب، منع منه، وإن كان فوق مسافة القصر؛ ولكن أخباره متصلة كالبصرة وبغداد، فوجهان، فإن جوزنا، فينبغي للحاكم أن يكتب إلى حاكم بلد الملتقط بذكر حاله وإشهار أمره، انتهى.

وقال الدّارمي: إذا وجد مسافر أمين، فوجهان: أحدهما: ينزع، والثاني: يقر، ويكاتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي خرج إليه به وبماله، ولم يبين هو ولا الْمَاوَرْدِيُّ أن المكاتبة واجبة، أو مستحبة، لا فرق بين كون القرية الثانية أو البلدة وطن الملتقط، أم لا؟ ولا يتركون سفره إليها لنقلة، أو زيارة، أو تجارة قاله المتولي، وفيه وقفة في حالتي الزيارة والتجارة.

قال: (**وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا الْتَقَطَ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى بَلَدِهِ**) أي: لتقارب المعيشة، والوجهان مبنيان على المعنيين، وفي إطلاق القول بتقارب المعيشة نظر؛ إذ بعض البلدان أحسن عيشة من كثير من القرى والبوادي، ويكون بينهما وبين بلد اللقيط تباين في المعيشة، وحيث منعناه نزعنا اللقيط مِن يده، كذا أطلقوه اكتفاءً بظاهر حاله، وأنه مسافر، لا إقامة له، فلو التزم الإقامة ووثق به، فالوجه عدم نزعه منه، والوجهان في غريب عرفت أمانته لا مِن جهل حاله، فلا يقر بيده.

قال: (**وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى بَلَدٍ**)؛ لأنه أرفق وإن كان في حلة أو قبيلة مقيمة بالبادية، فله نقله إلى البلد والقرية على المذهب، وقيل: على وجهين بناءً على المعنيين ولو أقام هناك أقر بيده قطعًا، ولو وجده بمهلكة بالبادية فلا بدَّ من نقله، وله الذهاب به إلى مقصده، ومَن قال: يعرِّف اللقطة

وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٌّ بِبَلَدٍ فَكَالْحَضَرِيِّ أَوْ بِبَادِيَةٍ أُقِرَّ بِيَدِهِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ لَمْ يُقَرَّ.

في أقرب البلاد يشبه أن يمتنع هنا؛ رعاية للنسب، قاله الرَّافِعِي، وحينئذٍ ينقله إلى أقرب البلاد ويسلمه إلى قاضيه.

قال: (**وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٌّ بِبَلَدٍ فَكَالْحَضَرِيِّ**) أي: فإن أراد الإقامة أقر بيده، أو الخروج إلى البادية انتزع منه، أو الخروج إلى بلد آخر، فكل ما سبق في البلدي، أو إلى قرية وكإرادة القروي نقله إلى قرية.

قال: (**أَوْ بِبَادِيَةٍ أُقِرَّ بِيَدِهِ**)؛ لأنه كبلدة، أو قرية هذا إذا كان من أهل حلة مقيمين بموضع راتب، وقيده الإمام بما إذا تواصلت أخبار الحلتين، وإلا فوجهان كالبلدين.

قال الرَّافِعِي: والأصحاب جزموا بأن البدوي المقيم بموضع راتب يقر بيده من التقطه في قبيلة، أو حلة من غير فرق بين كونه من القبيلة التي وجد فيها أو غيرها، وإذا كان من غيرها وقررناه، فقد جوزنا النقل من قبيلة إلى قبيلة.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ**) أي: وقت الانتقال لطلب الرعي وغيره، (**لَمْ يُقَرَّ**)؛ لأن فيه تضييعًا لنسبه، والأشبه في «المحرر»، وهو الأصح في رواية «الروضة» أنه يقر؛ لأن أطراف البادية كمحال البلدة الواسعة، والظاهر أنه من أهلها.

تنبيهات: ما سبق حكم الانفراد، فلو ازدحم عليه في البلدة، أو القرية مقيم وظاعن هو والمسافر أو مريد السفر، قال الشَّافِعِي: المقيم أولى.

قال الأصحاب: إن أراد البادية، أو بلدة أخرى.

وقلنا: ليس للمنفرد الخروج إلى بلدة أخرى، فالمقيم أولى، وإن جوزنا الخروج إلى بلدة أخرى فهما سواء في ذلك.

قال شارح: وقد يقال بتجويز الخروج إلى بلد آخر بعد استقرار حق المنفرد وهَاهُنا تعارض.

قيل: الاستحقاق في الإقامة أرفق بالطفل، فقد يرجح بها ويتمسك بإطلاق

....

النص، وهذا بني على رأي ابن خيران، ففي اعتباره أنه لا يقع للطفل، أما على مذهب الشَّافِعِي في تجويزه القرعة بين الأنفع وغيره فلا يقوي ما قاله الأصحاب.

قلت: والمختار تقديم الحضري، وأجرى النص على إطلاقه إلا أن يكون الظاعن أنفع له، ولو ازدحم في القرية بدوي مقيم بها وبلدي، قال ابن كج: القروي أولى.

قال الرَّافِعِي: وهذا تخريج على منع النقل من بلد إلى بلد فإن جوزنا وجب أن يقال: هما سواء.

قال الشيخ: المختار الجزم بتقديم القروي مطلقًا كما قاله ابن كج، وإنما يجوز إذا لم يعارضه معارض، وهذا حسن؛ لكنه وافق على تسوية المقيم والظاعن فيرد عليه، وفي «فروع» ابن الْقَطَّان أنه إذا وجده رجلان في قرية، أو بادية أحدهما من أهل البادية، أو القرية والآخر مسافر من أهل مصرٍ عامر كثير الخير، قدمنا من هو من أهل الموضع الذي وجد فيه قريةً كانت، أو باديةً، انتهى.

وفي «الروضة» أنه لو اجتمع عليه حضري وبدوي فإن وجد بمحلة، أو قبيلة، والبدوي في موضع راتب فهما سواء.

وقال ابن كج: القروي أولى إن كان مقيمًا فيهم، وإن كان منتجعًا.

وقلنا: يقر في يده لو انفرد فهما سواء، وإلا فالحضري وإن وجد في مهلكة.

قال ابن كج: الحضري أولى، وقياس قوله تقديم البدوي أو مَن مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط، انتهى.

ومن الصفات المقدمة: الحرية، فالحرُّ أولى من المكاتب، وإن التقط بإذن سيده، وجوزناه كما قالوا، كما سبق، ولا تقدم المرأة على الرجل بخلاف الأم في الحضانة؛ لأن شفقتها أكمل، ولك أن تقول: النساء أحن على الأطفال وأقوم بتربيتهم مطلقًا، وعبارة ابن الْقَطَّان: ولو اجتمع فيه رجل وامرأة فالمذهب أنهما سواء، يقرع بينهما، انتهى.

يَظْهَرُ أَنَّ الْمُرْضِعَةَ تُقَدَّمُ عَلَى الرَّجُلِ فِي الرَّضِيعِ، وَهِيَ عِنْدِي أَوْلَى مِنْ

وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامِّ كَوَقْفٍ عَلَى اللُّقَطَاءِ، أَوْ الْخَاصِّ وَهُوَ مَا اخْتَصَّ بِهِ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَنْثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ.

تَقْدِيمِ الْغَنِيِّ عَلَى الْفَقِيرِ، بَلْ يَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُهَا إِذَا كَانَ ظَاعِنًا وَلَمْ يَجِدْ مُرْضِعًا غَيْرَهَا، وَلَوْ ازْدَحَمَ امْرَأَتَانِ فَيُشْبِهُ أَنْ تُقَدَّمَ الْخَلِيَّةُ عَلَى الْمُزَوَّجَةِ، وَالْمُرْضِعُ عَلَى غَيْرِهَا، وسبق كلام في تساوي المسلم والذمي في لقيط بحكم كفره، ويظهر أنه إذا خالفه في الدين ويعرف ذلك بالأمارات، كما سبق في اللقطة، ألا يقر بيده ولا يمكن منه لو انفرد بالتقاطه؛ لأنه لا بدَّ أن يكون على دينه.

قال: (**وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ الْعَامِّ كَوَقْفٍ عَلَى اللُّقَطَاءِ**) أي: والوصية لهم، قال في «الوجيز»: وكذا الهبة لهم.

قال الرَّافِعِي: لكن الهبة من غير معين مما يستبعد فيجوز تنزيله على ما إذا كان معينًا، ويجوز أن يترك على الجهة العامة منزلة المسجد؛ حتى يجوز تمليكها بالهبة، ونقله القاضي.

قلت: وعبارة «الوسيط» و«البسيط»: وماله بالوصية وللقيط الوقف عليه والهبة منه، نقله القاضي، وهي إلى التنزيل الأول أقرب، وحينئذٍ يكون من الضرب الثاني.

قال: (**أَوْ الْخَاصِّ وَهُوَ مَا اخْتَصَّ بِهِ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ**) أي: أو مغطى بها، (**وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَنْثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ**)؛ لأن له يدًا واختصاصًا كالبالغ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها.

قال الرَّافِعِي: والدنانير المنثورة فوقه والمحجوبة تحته وتحت فراشه، وحكى ابن كج وجهين في التي تحته، انتهى.

والظاهر أن المراد بمحل الوجهين ما تحت الفراش على الأرض، أما ما فوق الفراش وتحت اللقيط فله قطعًا كما اقتضاه كلام «الحاوي»، وغيره، وعبارة الدارمي: وإن كان تحت الحصير مال، فوجهان.

وقال الشَّاشِي في «الحلية»: وإن كان تحته بساط فقد حكى في «الحاوي»

وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ ....

فيه وجهين مستبعدين؛ إنما حكاهما فيما تحت بساطه من المال غير المدفون، أحدهما: أنه له كالبساط، والثاني: لقطة إذا لم تجر العادة ببسط الدراهم على الأرض تحت مالكها بخلاف البساط والدابة التي عنانها بيده، أو مشدودة في ثيابه، أو وسطه ولا راكب عليها له.

قال: (**وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ**) أي: لا يعرف له مستحق، وليس فيها غيره، (**فَهِيَ لَهُ**) لليد، وكذا الحانوت والخيمة، وفي البستان والضيعة وجهان، وفي «الحاوي»: قال في «الروضة»: وينبغي القطع بألا يحكم له بالضيعة.

إشارة: شرط ألا يكون في الدار ونحوها غيره بيِّن، وسكتوا عن بيان حكم ما لو كان فيها غيره، هل يكون بعضها له، أو يكون حصول غيره ممن ليس مثله مانعًا من ثبوت يده على شيء منها؟ ولا شكَّ أنَّا لو وجدنا بها منبوذين كانت لهما باليد.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ**)؛ لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل.

قال الدارمي: إلا أن يحكم له بالأرض فهو له ثُمَّ محل الجزم بالمنع إذا لم تكن ثَمَّ قرينة، فلو كانت بأن وجد معه رقعة مكتوب فيها إن تحته دفينًا له، فأصح الوجهين في «الوسيط» أنه له.

قال الرَّافِعِي: والأوفق لكلام الأكثرين المنع.

قلت: وبه جزم الدارمي، وجعل الإمام والْغَزَالِيُّ محل الجزم بالمنع إذا كان المدفن عميقًا، أما لو قرب بحيث لو قوضت مسافة العمق على وجه الأرض تعد قرينة، فهو على وجهين اثنين، ويجوز أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الدَّفْنِ الْقَدِيم، وَالْحَدِيثِ؛ إِذْ الْحَدَاثَةُ مُشْعِرَةٌ بِأَنَّهُ دُفِنَ لَهُ كَالْمَوْجُودِ تَحْتَ فِرَاشِهِ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ، وَيَنْبَغِي أَنَّهُ إِذَا وُجِدَتْ الرُّقْعَةُ فِي نَفْسِ الدَّفْنِ يُقْضَى لَهُ بِهِ لِقُوَّةِ الْقَرِينَةِ، أَوْ يَكُونُ فِيهِ خِلَافٌ مُرَتَّبٌ وَأَوْلَى بِأَنَّهُ لَهُ، وَيَجِبُ الْجَزْمُ بِأَنَّهُ لَوْ وُجِدَ خَيْطٌ مُتَّصِلٌ بِالدَّفِينِ مَرْبُوطٌ بِبَعْضِ بَدَنِهِ أَوْ ثِيَابِهِ يُقْضَى لَهُ بِهِ، وَلَا شَكَّ فِيهِ إِذَا انْضَمَّتْ الرُّقْعَةُ إِلَيْهِ، ووجه ابن الرِّفْعَة المرجح في الدفين بأنَّا لو رأينا مع البالغ رقعة

وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتِعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ ....

مثل تلك لم يحكم له فكذا في حق الصغير، انتهى.

وقد يقال: إن البالغ لو ادعاه ينبغي تصديقه؛ فلا أثر للرقعة بخلاف الصغير.

قال: (وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتِعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي الْأَصَحِّ) أي: حيث يضع الكبير متاعه في العادة كالبعيد، والثاني: أنها له كالبالغ، وعكس الْمَاوَرْدِيُّ التوجه فحكم بأن ما بقرب البالغ ليس له بخلاف الصبي، فجاز أن يثبت إلى ملكه، وأنه في حكم ما بيده، وجعل محل الوجهين في المكان القليل المارة وإلا فهو لقطة قطعًا، وخصهما ابن داود بالوضع بين يديه؛ فإن كان إلى جانبه فلا، فيخرج منه وجه ثالث.

تنبيهات: الصورة فيما إذا لم يحكم به بالمكان بأن وجد في مسجد، أو طريق، أو صحراء، أما لو كان بمكان حكمنا له بإطلاقهم في باب الركاز، ويقتضي أنه له، وقد صرَّح به الدارمي هنا في الدفين، وذكر المصنف في تعليقه على «التنبيه» أن محل الخلاف في المال إذا لم يكن للقيط في دار وبقربه فيها مال، فهو له مع الدار، انتهى.

ولا يظهر أن قوله: «بِقُرْبِهِ» قيده، ولا ينزع منه شيء إلا ببينة مع يمين المدعي، ومتى حكمنا له بالشيء جعل ما نسبت إليه طريقًا للحكم بدفع المنازع فيه وطريقًا للحكم بما يترتب عليه من تصرف، ولا يصلح طريقًا للحكم بصحة ملكه ابتداءً، ورجح بعضهم الوجهين في الدابة المعقولة بقربه، أما المشدودة به فله، فلو كان عليها راكب، قال ابن كج: هي بينهما، وهذا وجه يأتي في آخر الجنايات -إن شاء الله تعالى- والمرجح أنها للراكب، ولو كانت مسيبة بقربه ترعى.

قال سليم في «المجرد»: أصح الوجهين عندي أنها له، وردَّ بأن الأصح المنصوص أن المربوط بقربه ليس له، فكيف المسيبة؟

قال: (فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ) أي: لا بالخصوص ولا بالعموم.

فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضًا، وَفِي قَوْلٍ نَفَقَةً.

(فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضًا، وَفِي قَوْلٍ نَفَقَةً) أي: مجانًا من سهم المصالح؛ لأن الصحابة ﷺ أجمعوا على أنها في بيت المال؛ ولأن البالغ المعسر ينفق عليه منه فهذا أولى، والثاني: المنع؛ بل يستقرض له الإمام إما من بيت المال، أو من الآحاد، فإن تعذر جمع الأغنياء وعد نفسه منهم وقسطها عليهم؛ لأن مال بيت المال يصرف إلى ما لا وجه له سواه، واللقيط يجوز أن يكون رقيقًا فمؤنه على سيده، أو له مال، أو قريب فعليهما، ورأيت في «نهاية الاختصار» من قول الشَّافِعِي للمزني ما لفظه: ونفقته في بيت مال المسلمين من سهم اليتامى، وهو غريب، وإطلاق الكتاب يفهم أنه ينفق على اللقيط المحكوم بكفره من بيت المال كالمسلم، وهو أقرب الوجهين عند الرافعي، وأصحهما.

قال القاضي أبو الطيب: لأنه إنما وجب الإنفاق عليه منه ابتداءً وجب القضاء منه في الثاني، كما يقول في ماله، وهذا يوهم أن القضاء يكون من سهم المصالح وليس الأمر كذلك؛ بل القضاء يكون من سهم الفقراء، أو المساكين، أو الغارمين؛ لأنه دين بيت المال في ذمة اللقيط على هذا القول، انتهى.

وما ذكره عن القاضي في كلام كثيرين من العراقيين، وعبارة القاضي في «المجرد» على القول الأظهر، وإن حصل في بيت المال مال فقضى منه؛ لأنه إذا جاز الإنفاق عليه منه في الابتداء جاز القضاء، وكذا قاله في «الشامل»، وبه جزم الْمُتَوَلِّي.

وقال القاضي الحسين: وإن لم يكن في بيت المال مال يستدين الحاكم عليه، ثم لو ظهر فيه مال يقضى من ذلك، وإن لم يظهر حتى بلغ الصبي ثبت في ذمته.

وقال الْبَغَوِي: وإن ظهر في بيت المال مال قبل بلوغه أدى الغرض منه، وإن لم يظهر حتى بلغ أداه من ماله أو كسبه؛ فإن لم يكن أداه الإمام من سهم المساكين، أو الغارمين من الصدقات، انتهى.

وَلِلْمُلْتَقِطِ الِاسْتِقْلَالُ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ وَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعًا.

ففرق بين الحالين وكلام هؤلاء الأئمة وغيرهم كالمصرح بأنه يقضي عنه في صغره من سهم المصالح مما كان ينفق عليه منهم ابتداءً، وهو قضية كلام الرَّافِعِي، وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ وغيره أن القضاء يكون من سهم الفقراء والغارمين، وهو الحاصل لابن الرِّفْعَة على ما ذكره، ونقل صاحب «التعجيز» كلام الْمَاوَرْدِيّ ثم قال: وقال الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي: يقضى من سهم المصالح؛ لأن نفقته واجبة فيه عند وجود بيت المال فيكون القرض عليه وهذا أصح، انتهى.

وفي كون القرض على بيت المال نظر! والذي نقله الشيخ أبو حامد في «التعليق» والمحاملي في «البحر» و«المقنع» أن القرض يكون في ذمة اللقيط، وكذا قال القاضي الحسين وغيره، ومع ذلك يعتده القاضي وغيره، بأن يقضي من بيت المال إذا حصل فيه شيء كما سبق.

قال: (**وَلِلْمُلْتَقِطِ الِاسْتِقْلَالُ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ**) كاللقطة، والثاني: بغير إذن القاضي؛ إذ لا ولاية للملتقط.

وعبارة «المحرر»[١]: منهما الاستقلال ومحل الوجهين في العدل الذي يجوز إيداع مال اليتيم عنده لا في كل ملتقط، والأصح أنه لا يخاصم إذا ظهر للمالك المخصوص باللقيط منازع.

إشارة: (**وَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي قَطْعًا**) أي: إذا أمكن مراجعته، فإن استقل ضمن في الأصح.

إشارة: إنما قال: قطعًا لقول «المحرر» وغيره: وعلى الوجهين لا ينفق عليه من ماله إلا بعد مراجعة القاضي، ورأيت في «السلسلة» للشيخ أبي محمد نقل قولين في استقلاله بالإنفاق، وبنى عليهما القولين في استقلال من ظفر

---

(١) فيه: «وهل للملتقط الاستقلال بحفظ ماله» فيه وجهان: رجح منهما الاستقلال. قلت: والثاني: يحتاج إلى إذن الإمام- ثم قال: وعلى الوجهين لا ينفق من ماله إلا بمراجعة القاضي (ص٢٥٣).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضًا، وَفِي قَوْلٍ نَفَقَةً.

بغير حبس حقه بالبيع، ونقل الرَّافِعِي في «الدعاوى» عن الْقَفَّال والشيخ أبي محمد نقل خلاف الإنفاق وأشعر به.

وقال الدارمي: إذا قلنا: لا يدخل للحاكم فأنفق أي: من غير مراجعة فعلى وجهين فعلى المشهور لو لم يتمكن من إذن القاضي لفقده، فهل يدفع ماله إلى أمين لينفق عليه، أو ينفق عليه بنفسه؟ قولان أظهرهما الثاني، فعلى هذا إن أشهد لم يضمن على الصحيح وإلا ضمن على الأصح، وفي «النهاية»: إذا تولى الإنفاق بنفسه عند فقد الحاكم فثلاثة أوجه: أحدها: يفعل ذلك، ويملكه في أصل «الروضة»، وصحح ابن الرِّفْعَة وغيره المنع، وبه جزم الماوردي وغيره، وهو الصحيح والمنصوص كما نقله القاضي الحسين؛ لأن مال بيت المال مقصور لمصالح المسلمين، فعلى هذا أن ينزع أخذ نفقته فذاك وإلا جمع الإمام أهل الذمة الذي وجد بين أظهرهم وقسط نفقته عليهم قرضًا، فإن ظهر له سيد، أو قريب موسر رجع عليه وإلا كانت دينًا لهم عليه.

قال: **(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ)** أي: فيه مال وكان ثَمَّ مصرف أهم منه كما قاله الأصحاب.

قلت: أو حال دونه الظلمة كزماننا.

قال: **(قَامَ الْمُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضًا)** أي: حتى يثبت الرجوع كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض.

(وَفِي قَوْلٍ نَفَقَةً)؛ لأنه محتاج عاجز كالمجنون والصغير الزَّمن، واختاره طائفة فعليه إن أقام بعضهم فذاك وإلا أتموا، أو ألزمهم الإمام به، فإن أصروا قاتلهم، فإن تعذر استقرض على بيت المال وأنفق، وإذا أنفقوا، قال الرَّافِعِي: ثم بان رقيقًا رجعوا على سيده، أو حرًا فله مال، أو قريب فالرجوع عليه، وإن لم يكن له مال، أو قريب ولا مال ولا كسب قضى الإمام حقهم من بيت المال من سهم الفقراء، أو المساكين، أو الغارمين كما يراه.

قال المصنف: اعتباره القريب غريب، قل من ذكره، وهو ضعيف، فإن

……

نفقة القريب تسقط بمضي الزمان.

قلت: هذا الاعتراض ضعيف، هذا والرجوع على القريب الموسر بالقرض صحيح فإنه في نفس الأمر اقتراض عليه، وإنفاق عنه، كما في حق السيد فلا سقوط، وممن صرح بالرجوع بالفرض على القريب أصحاب «الحاوي» و«البحر» و«المهذّب» و«البيان» وعزي إلى القاضي الحسين: ولا أحب فيه خلافًا، نعم إذا أنفقنا عليه من بيت المال ثم تبين رقه.

قال الدارمي: يرجع - بالبينة - على سيده، وقال أبو حامد: قياسًا، ولا ممسك فيه للمصنف؛ إذ مال بيت المال أوسع من مال الآحاد، والظاهر أنه لو أنفق عليه من وقف على اللقطاء ثم ظهر له سيد، أو قريب أنه يرجع عليه بالنفقة وإذا لم يفرض أحد نفقته.

قال الشَّافِعِي والأصحاب: قسط الإمام نفقته من الموسرين من أهل البلد فرضًا جبرًا كما سبق، فإن كثر الأغنياء وتعذر استيعابهم، قال إمام الحرمين: اجتهد الحاكم وصرفها على من يُرِدْه فإن استووا تخير، وتابعه من بعده عليه.

تنبيهات: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا أمر الحاكم الملتقط أن يقترض من غيره نفقته، فلا يأخذ القرض جملة؛ بل يقترض كل يوم وأكثره كل أسبوع قدر حاجته، انتهى.

وإذا اقترض القاضي لنفقته ثم حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره قضى منه، قال الرَّافِعِي: ولم يتعرضوا للخلاف في أنه إنفاق، أو إقراض كما في بادئ الأمر والقياس طرده، قال المصنف: ظاهر كلامهم أنه إنفاق فلا رجوع لبيت المال قطعًا، وهذا هو المختار الظاهر.

قلت: قول الرَّافِعِي: القياس طرد الخلاف صحيح، لو كان الكلام في المسألة من رأس؛ لكنهم إنما قالوا ذلك تفريعًا على القول الأظهر، وهو أن ذلك إنفاق من بيت المال لا إقراض، وقول المصنف: «ظاهر كلامهم» إلى قوله: «قطعًا» صحيح، وبيَّنه ما ذكرناه.

فَصْلٌ

إِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ أَوْ بِدَارٍ فَتَحُوهَا وَأَقَرُّوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحًا أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجِزْيَةٍ، وَفِيهَا مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ، ....

وأما إذا قلنا: إنه إقراض في الابتداء فهو كإقراض الآحاد ولا يختلف.

واعلم قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: فإن حصل في بيت المال قبل بلوغه ويساره شيء قضاه منه، والثاني: لا يملكه، والثالث: يملكه إن أشهد على كل إنفاق وإلا فلا.

قال في «البسيط»: وقد ذكرنا مثل هذا الخلاف في إنفاق المستأجر على الحمال عند هرب الحمال، وهَاهُنا أولى بالجواز؛ لأنه ذو ولاية وحضانة، ولأن حاصل غرضه أن يصدق في الإنفاق ولا يضمن بخلاف المستأجر؛ فإنه يبقى رجوعًا بما أنفقه من مال نفسه، انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ أَوْ بِدَارٍ فَتَحُوهَا وَأَقَرُّوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحًا أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجِزْيَةٍ، وَفِيهَا مُسْلِمٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ**) تغليبًا لدار الإسلام؛ لأنه يعلو ولا يُعلى(١).

تنبيهات: قال الماوردي: إذا وجد بدار مشرك بها، كالحرم فهو مسلم ظاهرًا وباطنًا، وإلا حكم بإسلامه ظاهرًا؛ لكن في هذه الأعصار يدخل التجار وغيرهم العبيد والجواري النصارى من الجيوش وغيرهم إلى الحرم الشريف، احترز المصنف بقوله في الثانية: «**وَفِيهَا مُسْلِمٌ**» أي: يمكن أن يولد له ذلك اللقيط عما إذا لم يكن، فإنه كافر على الأصح في «الروضة»، وصورها أيضًا بما إذا غلب الكفار على بلد المسلمين كما اتفق لطرسوس والمصيصة وغيرها، كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره، ولا مسلم فيها.

قال في «الروضة»: فهو كافر على الصحيح، وقال أبو إسحاق: مسلم لاحتمال أن فيها مسلمًا مختفيًا، وعليه اقتصر القاضي أبو الطيب في

---

(١) هو خبر عن ابن عباس أخرجه البخاري تعليقًا (١/ ٤٤٥).

وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كُفَّارٍ فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ فَمُسْلِمٌ فِي الْأَصَحِّ.

«المجرد»، وصححه سليم الرازي في «مجرده»، وخصص بعض المتأخرين لجعل هذه دار إسلام بما إذا لم يمنعوا المسلمين من دخولها، فإن منعوهم فدار كفر، وقد منَّ الله سبحانه وتعالى في سنة إحدى وستين وسبعمائة بانتزاع طرسوس وغيرها منهم وعودها إلى المسلمين، وقضية كلام المصنف أنه متى وجد لقيط بدار الإسلام حكم بإسلامه مطلقًا.

وقال الدارمي: إنما يحكم بإسلامه إذا كان في القرية مسلمًا، أما لو كان جميع من فيها كفار فهو كافر، هكذا أطلقه، فإن أسلم هذا وجب ردُّ قول المصنف: «وَفِيهَا مُسْلِمٌ» إلى جميع ما ذكره دون الصورة الثالثة.

قال: (**وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كُفَّارٍ**) أي: وهي دار الحرب.

(**فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ**)؛ لانتفاء الاحتمال هَاهُنا.

وقال الفوراني: **إِذَا اجْتَازَ بِهَا مُسْلِمٌ فَهُوَ مُسْلِمٌ**، فإن أنكره قيل: في نسبه، دون إسلامه.

(**وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ فَمُسْلِمٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: تغليبًا للإسلام، والثاني: لانتفاء الدار، فعلى الأول ينبغي أن يقيد فيقال: مسلم يمكن كونه منه، ولو على بعد، والظاهر أنه لا فرق بين الرجل والمرأة، ورأى الإمام ترتيب الخلاف في الأسارى على التجار؛ لأنهم مقهورون.

قال: ويشبه أن يكون الخلاف فيمن تيسر إلا أنهم ممنوعون مِن الخروج من البلدة، أما المحبوسون المطامير فيتجه ألا يكون لهم أثر لطروق العابرين مِن المسلمين، انتهى.

إشارات: التقيد بالسكنى ذكره القاضي الحسين وغيره.

والظاهر أن الاستيطان من غير مراد؛ بل من انقطع عنه حكم السفر كالساكن؛ بل ينبغي أن يكون المقيم بعض يوم لذلك الفوراني اكتفى بما سبق، ولا بد من لبث يمكن فيه الوقاع.

وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالدَّارِ فَأَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ فِي الْكُفْرِ، ....

اعْلَمْ أَنَّ قَضِيَّةَ إِطْلَاقِهِمْ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُسْلِمٌ بِمِصْرٍ وَاحِدٍ عَظِيم بِدَارِ الْحَرْبِ وَوَجَدَ فِيهَا كُلَّ يَوْم أَلْفَ لَقِيطٍ مَثَلًا أَنَّا نَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِمْ، وَهَذَا إِنْ كَانَ لِأَجْلِ تَبَعِيَّةِ الْإِسْلَام كَالسَّابِي، أَوْ كَدَارِنَا فَذَاكَ، وَإِنْ كَانَ لِإِمْكَانِ كَوْنِهِ مِنْهُ وَلَوْ عَلَى بُعْدٍ وَهُوَ الظَّاهِرُ فَفِيهِ نَظَرٌ وَلَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُ الْمَوْجُودُ امْرَأَةً، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ النَّظَرِ إِلَى كَوْنِ الْمُسْلِم بِهَا وَقْتَ إِمْكَانِ الْعُلُوقِ، أَمَّا لَوْ طَرَقَهَا مُسْلِمٌ، ثُمَّ بَعْدَ شَهْرٍ مَثَلًا وُجِدَ فِيهَا مَنْبُوذٌ فَلَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ لِاسْتِحَالَةِ كَوْنِهِ مِنْهُ، والغزالي جعل الوجهين لتعارض تغليب الإسلام والدار كما رمزنا إليه، حيث حكمنا بكفره، وكان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة.

قال الرَّافعيُّ: فالقياس أن يجعل من خيرهم دينًا، وفي «الروضة»: من أصونهم دينًا، بالنون، وهو أحسن.

وقال ابن الرفعة: وينبغي أن يجعل على الخلاف فيما إذا اختلف دين أبويه هل يتبع أشرفهما دينًا، أم لا، انتهى.

فرع: في شرح صاحب «التعجيز» عن جده إثر هذه المسألة: أنه لو وجد المنبوذ في برية فمسلم ترجيحًا للإسلام، ولا شك فيه، إذا وجد في برية دارنا أو برية لا أحد عليها، أما لو وجد ببرية دار الحرب التي لا يطرقها مسلم، ففيه نظر.

قال: (**وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِالدَّارِ فَأَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ لَحِقَهُ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ**) أي: وَارْتَفَعَ مَا ظَنَنَّاهُ مِنْ إِسْلَامِهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ حُكْمٌ بِالْيَدِ، وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنْ مُجَرَّدِ يَد، والغالب كون ولده الكافر من كافرة، وَتَصَوُّرُ عُلُوقِهِ مِنْ مُسْلِمَةٍ بِوَطْءِ شُبْهَة نادرٌ لا يعتمد، والظاهر أن المعاهد والداخل إلينا بأمان في ذلك كالذمي، ولم أره نصًا.

قال: (**وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى الدَّعْوَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهُ فِي الْكُفْرِ**) لأنه حكم بإسلامه فلا يعتبر بدعوى مجردة، وحينئذٍ لا يتبع الدين، أليست هذه أصح عند الأكثرين؟ وقيل: فيه قولان: أحدهما: هذا، والثاني: يتبعه في دينه تبعًا لنسبه،

وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِ الصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لَا تُفْرَضَانِ فِي لَقِيطٍ: إِحْدَاهُمَا الْوِلَادَةُ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمًا وَقْتَ الْعُلُوقِ فَهُوَ مُسْلِمٌ، فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ، وَلَوْ عُلِّقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ، ....

كما لو أقام بينةً بنسبه، وقيل: إن استخلفه بعد أن ميَّز وصلى وصام لم يتبعه ويجري عليه حكم الإسلام، ولو وصف الإسلام قبل بلوغه، ففيه الخلاف الآتي في إسلام الصبي، وإن استخلفه في صغره قبل صلاته وصيامه، ففيه القولان.

قال: (**وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِ الصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لَا تُفْرَضَانِ فِي لَقِيطٍ: إِحْدَاهُمَا الْوِلَادَةُ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمًا وَقْتَ الْعُلُوقِ فَهُوَ مُسْلِمٌ**)؛ لأنه حرٌّ ومن مسلم، وَلَا يَضُرُّ مَا طرأَ مِنْهُمَا مِنْ رِدَّةٍ.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ**)؛ لأنه كان مسلمًا ظاهرًا وباطنًا، وفي كتاب التوبة من «الإحياء»: ما لقطه المسلم تبعًا لأبويه لا يغني عنه إسلام أبويه شيئًا ما لم يسلم بنفسه، انتهى، وهذا غريب ولعله سبق قلم، أو غيره.

قال: (**وَلَوْ عُلِّقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ**) أي: سواء أسلم قبل الوضع أم بعده ما لم يبلغ عاقلًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١] ومن بلغ مجنونًا كالطفل في التبعية، وكذا من جنَّ بعد بلوغه على الأصح.

قال الماوردي: واختاره أكثر أصحابنا، وحكى الدارمي وجهًا شاذًّا في تبعية المميز، وهو مبني على صحة إسلامه استقلالًا، والمذهب خلافه.

واعلم أني راجعت كتاب الدارمي فلم أرَ ذلك فيه فهو سبق قلم أو غيره، وفي شرح «التعجيز» لمؤلفه مكاتبة سيأتي -إن شاء الله تعالى- وهو غريب، وذكر الْحَلِيمِيُّ: لَوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ وَلَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ، ثُمَّ سُبِيَ أَبَوَاهُ، ثُمَّ أَسْلَمَا لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ؛ فإن صحَّ هذا استثنيت هذه الصورة من إطلاقهم.

فرع: قال في «الروضة»: والأجداد والجدات من الطرفين كالأبوين، سواء الوارث وغيره، فإذا أسلم الجدان الأب، أو الأم تبعه الصبي إن لم يكن الأب حي قطعًا، وكذا إن كان على الأصح.

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ، ....

قلت: جعله الرافعي في «الشرحين» أقرب الوجهين.

وقال القاضي الحسين: المذهب أنه لا يتبع الجدة في وجود الأم، وفيه وجه آخر أنه يتبعهما مع وجودهما، وعلى منع التبعية اقتصر الجرجاني في «الشافي» وبه أجاب القفال والْحَلِيمِيُّ بشروط تأتي، وممن تبع القاضي الحسين في الترجيح وقرره تقريرًا حسنًا، الْعَلَّامَةُ ابْنُ رَزِينٍ - قاضي مصر- في «فتاويه» وكذلك ابن الرفعة وغيره.

وقال ابْنُ رَزِينٍ: والذي يظهر بعد طول الفكر أنه لا يتبع الجد مع وجود الأب، أو الأم لا يعارض قول الرافعي أقربهما التبعية، وقول القاضي الحسين: المذهب أنه لا يتبع الجد، وفيه وجه، وكثير من الأصحاب أطلقوا الوجهين بلا ترجيح، وكثير منهم لم يذكر الجد؛ بل الأبوين ثم الثاني، وأيضًا فقول القاضي: المذهب يقتضي أنه المعروف للشافعي عند الأصحاب، وقول الرافعي: أقربهما، إنما هو في نظره، ورأيه لم ينسبه إلى أحد تصريحًا ولا ظاهرًا، وحكى الماوردي في تبعية الولد لجده، أو جدته ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان الأب، أو الأم موجودًا لم يتبع وإلا بيع، وأطلق القاضي أبو الطيب الوجهين في تبعية الجد من غير فرق بين أن يكون الأب حيًا، أو ميتًا، انتهى.

ورأيت الْحَلِيمِيّ قال في «منهاجه» ما لفظه: إذا أسلم الجد فقد يكون الولد مسلمًا وقد لا يكون، والأول أن أبا الصغير إن لم يكن حيًا وكان جده يكفله فإسلامه له إسلام، فإن لم يكن للجد عليه ولاية دين السابي دون أبويه، وكذلك إذا كلف بأقرب الولاية للجد لموت الأب، أو غيبه، أو رقه وجب أن يكون إسلامه كإسلام الأب، وإن كان الأب حيًا والولاية له، فإسلام الجد غير معتبر، كما لا يعتبر إسلام السابي إذا كان مع الصغير أحد أبويه، انتهى.

وفي «الغنية» زيادة في النقل والبحث على هذا، وسنتكلم على المسألة في «السير» حيث اقتضى كلام الرافعي ترجيح ما رجحته في «الروضة» هنا إن شاء الله تعالى.

قال: (فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْرًا فَمُرْتَدٌّ) لتقدم الحكم بإسلامه فأشبه من أسلم

وَفِي قَوْلٍ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ.

الثَّانِيَةُ إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ طِفْلًا تَبِعَ السَّابِيَ فِي الْإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ،

بنفسه ثم ارتد، وما إذا علق في حالة الإسلام.

(**وَفِي قَوْلٍ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ**)؛ لأنه محكوم بكفره أولًا، وأزيل ذلك بالتبعية، فإذا استقل انقطعت التبعية ووجب اعتباره بنفسه، وقيل: إن هذا القول مخرج، ونفاه بعضهم وجزم بالأول، وقيل: إن كان قد التزم بعد بلوغه حكم الإسلام بصلاة وصيام كان مرتدًا، وإلا فلا، وإذا حكمنا بردته لم ينقص شيئًا مما أمضيناه من أحكام الإسلام له وعليه.

قال: (**الثَّانِيَةُ إِذَا سَبَى مُسْلِمٌ طِفْلًا**) أي: مجنونًا.

(**تَبِعَ السَّابِيَ فِي الْإِسْلَامِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ**) قال الأصحاب: صار تحت ولايته كالأبوين، قال الشيخ والقاضي أبو حامد: وهذا إجماع. وادعى في «الروضة» أن الرافعي جزم به، وأنه الصواب، وغلط صاحب «المهذب» في نقل وجهين فيه، وترجيحه عدم التبعية، والرافعي نقل الخلاف في «الشرحين» ولفظه: وفيه وجه أنه لا يحكم بإسلامه؛ لأن يد السابي ملك، فأشبهت يد المشتري، وممن نقل الخلاف من المتقدمين من العراقيين في كتاب «السير» صاحب «المعتمد» في اتفاق مسائل المذهب وفي «المجرد» والبغوي في كتاب «الظهار».

وقال الماوردي: هنا الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يتبع السابي في الإسلام؛ لأن يده يد استرقاق كالسيد، وذكر صاحب «التعجيز» في شرحه أن ظاهر كلام الجرجاني أنه إن كان له أبوان لم يحكم بإسلامه، وفي المميز إذا قلنا: يصح إسلامه وجه؛ لأنه يستقل فلا يتبع، فإن صح ما ذكره اجتمع، في تبعية السابي أربعة أوجه، والمذهب التبعية، ووجهه الشيخ أبو حامد فإنه طفل ولا بد من اعتبار حكمه بغيره ولا يعرف نسبه فلا، أو جد أولى في اعتباره به من السابي الذي هو مالكه، ولعل هذا أصل ما نسب إلى الجرجاني، وكلام الأصحاب يقتضي أنه لا فرق بين من يعرف نسبه وغيره، وقالوا: لو كان أبوه في جيش آخر تبع السابي، وقد يخرج من كلام أبي حامد هذا، وجه فارق بين

وَلَوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الْأَصَحِّ.

مجهول النسب وغيره.

تنبيهات:

منها: عبارة الأصحاب إن لم يكن معه أحد أبويه فيحتمل أنهم قصدوا ذلك عليهما ويحتمل التمثيل، ويكون المراد ألا يكون معه أحد من أصوله، ويشبه أن يجري في الأجداد والجدات خلاف ما يسبق في تبعية الإسلام، ورأيت عن الروياني أنه لو سبي معه جده هل يتبع الجد في كفره أو السابي في إسلامه؟ وجهان، ولعل مسارهما ما أشرت إليه.

ومنها: المراد بالتبعية أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة لا كونهما في ملك واحد، فإن كانا في عسكرين تبع السابي.

قلت: وسببه أن يقال: إنه لو تقدم سبيل الولاء، وتمت حيازته قبل سبي أحد أبويه أنه يتبع السابي، ولو يؤثر سبيهما، أو سبي أحدهما بعد ذلك، وإن اتحد الجيش، أو السابي بخلاف ما لو سبيا معًا بعد سبي الأصل؛ لأن التبعية تثبت في ابتداء السبي، كما لو قالوا: فيما لو مات مَن كان معه مِن أبويه؛ فإنه لا يتبع السابي، وسيأتي عن الحليمي ما قد يؤيد ذلك. ثم رأيت في «تعليق القاضي الحسين»: وفي الجيش الواحد لو سبي الولد أولًا بعد ذلك سبي الأب، أو الأم في اليوم الثاني، أو عقبه يصير مسلمًا تبعًا للسابي، وكذا لو سبي الأب والأم أولًا ثم سبي بعده يكون تبعًا للسابي، هذا لفظه في كتاب «السير».

ومنها: لا فرق بين كون السابي بالغًا، أو عاقلًا أو مجنونًا، قاله البغوي في قسم الغنيمة وشيخه القاضي في «فتاويه»، وهو قضية إطلاقهم، وهل يحكم بإسلامه ظاهرًا، أو باطنًا كبالغ أحد أبويه، أو ظاهرًا فقط فيه وجهان.

قال الماوردي في «السير»: ظاهر المذهب الأول، ويظهر أثر الخلاف فيما لو وصف الكفر بعد بلوغه.

قال: **(وَلَوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ)** أي: بقطر دار الإسلام كما قيده الإمام.

(لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن كونه بدارنا لم يؤثر فيه، ولا في

……

أولاد غيره أولى، والثاني: يحكم بإسلامه تبعًا لدار الإسلام؛ لأنه على الأول يبقى على دين أبويه، هذا هو الظاهر والمفهوم من كلامه، وبه صرَّح الدارمي في «السير»، وفي «فتاوى» القفال: إذا سبى الذمي ولد حربي، فوجهان: أحدهما: يكون دينه دين سابيه، والثاني: يكون مسلمًا تبعًا للدار.

ورأيت في «تعليق الشيخ أبي حامد» هنا: وإن كان السابي يهوديًا، أو نصرانيًا فيكون مثله في دينه، وقال الدارمي في «السير»: مستأمن، أو مؤدٍ جزية فعلى دينه، أي: دين سابيه، كما صرح به ابن القطان، ويعفوه إن كان من جيش المسلمين، وقال ابن المرزبان: مسلم، قال ابن القطان: على دين أبويه، انتهى، وفيه فوائد ويجتمع في المسألة وجوه.

إشارة: هل يختص السارق من أهل الحرب بالمسروق؟ فيه خلاف، فلو كان الذمي سرق صبيًا حربيًا، وقلنا: يختص به، قيل: يمكن تصوير مسألة الكتاب بذلك ويظهر توجيه الوجهين فيها، وإن قلنا: لا يختص، فيكون للمسلمين فيه شيء، ويده نائبة عنهم فيه، فيقوم الحكم بإسلامه؛ لأن الحق عليه للمسلمين، وينبغي ألا يأتي فيه الوجهان؛ بل يجزم بكونه مسلمًا على هذا، وجوز ابن الرفعة هذا، وجوز أن يأتي الوجهان، قال: ولا وجه لجعله مسلمًا إذا كان الذمي وحده، وليس كما لو قال؛ بل وجهه ما تقدم، ولعل الوجهين مبنيان على ذلك الخلاف، انتهى.

وما سبق عن الدارمي تنازع في ذلك، ويشهد لابن الرفعة على توقف منه وناطق بجريان الوجهين، فيما إذا كان الذي مع المسلمين في «فتاوى» البغوي، ولو سبى حربي طفلًا، أو سباه ذمي، أو اشترى عبدًا صغيرًا ثم أسلم السيد هل يحكم بإسلام الطفل؟ يحتمل الوجهان؛ بناءً على ما سبى ذمي مسلمًا يحمله إلى دار الإسلام، هل يحكم بإسلامه تبعًا للدار؟ فيه وجهان، ويحتمل أن يترتب على تلك المسألة فإن قلنا هناك: يحكم بإسلامه فهاهُنا للدار، فيه وجهان أولى، وإلا فوجهان، والفرق أن هنا هو تبع للذمي، ولا تنقطع تبعيته لنسب الدار وإذا أسلم السابي لا تنقطع تبعيته، بل تتحقق التبعية بإسلامه، كما

وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ اسْتِقْلَالًا عَلَى الصَّحِيحِ.

لو أسلم الأب يحكم بإسلامه، انتهى.

ويضمن كلامه فائدة، وهي: أنه إنما يحكم بإسلام مسبي الذمي فاجتمع بعد دخوله به دار الإسلام لا قبله.

فرع: إذا قلنا: لا يصير مسلمًا تغليبًا بحكم الإسلام، انتهى، ولو انفرد الذمي بسبيه، وقلنا: لا يصير مسلمًا بسبي أبويه ثم أسلما لم يصر مسلمًا بإسلامهما، هذا قضية كلام الحليمي وعلى قياسه لو لم يسبيا؛ بل أسلما بدار الحرب؛ أو خرجا منها بأنفسهما ثم أسلما لم يصر مسلمًا بإسلامهما لانفراده عنهما قبل ذلك وإبقائه على كفره، وما أظن الأصحاب موافقوه على ذلك، وقد سقت كلامه بحروفه في «الغنية».

قال: (**وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ اسْتِقْلَالًا عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المشهور. وقال الإمام: إنه المنصوص قديمًا وجديدًا؛ لأنه غير مكلف فأشبه غير المميز والمجنون.

والثاني: يصح لما روي أنه ﷺ دعا عليًا إلى الإسلام قبل بلوغه فأجابه، وقال الإمام: إنه الضعيف نقلًا، القوي توجيهًا، وقيل: إن عليًا ﷺ كان قد بلغ، نقله القاضي أبو الطيب عن الإمام أحمد.

والثالث: إما نتوقف، فإن بلغ استمر على كلمة الإسلام تبينا إسلامه مِن يومئذٍ، وإن وصف كفرًا ثبت أنه كان كفرًا، وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهرًا لا باطنًا، وكذا صنع المحاملي في «المقنع» و«التجريد»، وقال القاضي أبو الطيب: إن كلام الشافعي في الظهار يدل عليه.

تنبيهات:

منها: قضية كلام الماوردي أنه لا يكفي مطلق التميز، حيث قال: وإن كان الصبي مراهقًا فمتى اتصل بذهنه إلى معرفة الحق من الباطل، ويميز ما بين الشبهة والدليل ففي الحكم بإسلامه إذا وصفه ثلاثة أوجه، وعبارة الحليمي: وأجمعوا على أن الطفل إذا لقن شهادة الحق فقالها متلقنًا وهو لا يميزها ولا

……

يعرف ما يراد بها لم يكن ذلك منه إسلامًا . وأما المراهق الذي يدري ويميز ويعرف من كلمة الإخلاص لفظها وتفسيرها، أو يعلم في الجملة أنها شهادة الحق فقد اختلفوا فيه؛ إذا تكلم بها مريدًا الإسلام.

ومنها: إذا قلنا: بالمذهب.

قال الشافعي ﷺ: يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار؛ لئلا يفتنوه، فإن بلغ ووصف الكفر هدد وطولب بالإسلام، فإن أصر ردَّ إليهم، انتهى.

وفي هذه الحيلولة وجهان: أحدهما: أنه واجب، وإيراد الغزالي وغيره يقتضي ترجيحه، وظاهر كلام الدارمي الجزم به، وقال الإمام في باب الهدنة: إنه مما أجمع عليه الأصحاب؛ لأن صدور ذلك سُنَّة فغلب على الظن تعلق قلبه بالهدى، وظن توقع الإيمان إذا غلب لم يعطل، وهذا هو المختار اتباعًا لظاهر النص؛ ونظرًا للصبي واحتياطًا للإسلام، وأشبههما عند الرافعي، والمذكور في «التتمة» أنها مستحبة فيتلطف بوالديه ليؤخذ منهما، فإن أبيا فلا حيلولة.

ومنها: إذا قلنا بالمذهب فبعيد أن يجب على الولد والسيد منعه من الصلاة والصوم ونحوهما، وإن اقتضاه القياس لفقد شروطهما، ثم يحتمل أن يقال: لا يأمره ولا ينهاه، وقد يقال: يندب له أن يأمره بذلك، أما إن يخبر فيدوم عليه بعد البلوغ، وإما إيجاب أمره بذلك، وضربه عليه، قالا: ينقدح على المذهب أصلًا، بل لا يجوز ضربه على ترك الصلاة والصوم، وهذه الصورة قد عمت بها البلوى من وصف صغار المماليك للإسلام وفعلهم للصلاة والصوم، وينصوا على حكم ذلك، والقياس فيه لا يخفى، والصواب إما ندبهم إلى ذلك ومدحهم عليه، وإما السكوت عنهم، فإنهم يستمرون عليه، والمختار الندب والحث من غير ضرب ولا أرى أن القياس ذلك.

فرع: ما سبق في أحكام الدنيا، أما ما يتعلق بالآخرة فقال الأستاذ أبو إسحاق: إذا ضمن الإسلام كما أظهره كان من الفائزين بالجنة، وإن لم يتعلق بإسلامه أحكام الدنيا، انتهى. وقد بسطت القول في ذلك في «الغنية».

فَصْلٌ

إِذَا لَمْ يُقِرَّ اللَّقِيطُ بِرِقٍّ فَهُوَ حُرٌّ ....

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا لَمْ يُقِرَّ اللَّقِيطُ بِرِقٍّ فَهُوَ حُرٌّ**) أخذًا بظاهر حاله؛ ولأن غالب الناس أحرار فيجري عليه أحكام الأحرار فيما له وعليه، وفي بعض التفاريع خلاف المراجعة، نعم، يجب التنبيه للأمر، وهو أنه قال في «الروضة»: إن اللقيط المحكوم بإسلامه تبعًا للدار إذا قتله مسلم قبل البلوغ وجب العود في الأظهر، وإن بلغ ولم يصح بإسلام ثم قتله فعلى الخلاف، وقيل: لا يجب، فافهم أنه يجب على الأظهر وإلا فيمن حكم بإسلامه تبعًا لأحد أصوله إذا بلغ وسكت فقتله مسلم أن الأصح أنه لا قود عليه، وقضية هذا الترجيح أن يكون المذهب في التي قبلها عدم وجوب القصاص لا وجوبه؛ لأن تبعة الدار أضعف بلا شك، ألا ترى أن المسلم تبعًا لأبيه إذا بلغ ووصف الكفر لا يقر على الصحيح؛ ولهذا قطع جماعة بأن المسلم بالدار لا يقبل به المسلم بخلاف المسلم بأبيه، ألا ترى أنه يقتل قاتل المسلم بأبيه في صغره، وفي قاتل الطفل المحكوم بإسلامه قولان.

وبالجملة فلا ينقدح ذلك إلا أحد أمور إما ترجيح العود فيهما، أو عكسه، وبه جزم ابن أبي عصرون في «التنبيه» و«الإشارة» وصححه المصنف في «تصحيح التنبيه(١)» وإما أن يجب على قاتل المسلم بأبيه دون الآخر لما أشرنا إليه.

وإما ترجيح أنه لا يجب على قاتل المسلم بأبيه ويجب على قاتل المسلم بالدار، فلا يستقيم أصلًا، وذكر القاضي أبو الطيب في «التعليق» وابن الصباغ والعمراني الخلاف في المسلم بأبيه والسابي، ثم قالوا في اللقيط: إن قلنا: لا يجب القصاص في الأولى فهَاهُنا أولى، وإلا فوجهان.

قال العمراني: والمنصوص من المنع؛ لأنه أضعف حالًا ممن حكم بإسلامه تبعًا لأبيه، أو السابي، قال في «الشامل»: لأنه حكم بإسلامه ظاهرًا لا باطنًا، فافترقا، وقال شيخه في «المجرد»: وإن قتله قاتل قبل بلوغه وقبل أن

---

(١) انظره في (ص٤١٢).

إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ. وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ قُبِلَ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ.

يصف شيئًا فالمذهب أنه لا يقتل، وعليه اقتصر الجرجاني في «التحرير» وهو التحرير.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ**) أي: فيعمل بها كما سيأتي.

(**وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ**) أي: بالرق.

(**لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ**) أي: من غير تكذيب.

(**قُبِلَ**) أي: على المشهور.

(**إِنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارٌ بِحُرِّيَّةٍ**) كسائر الأقارير، أما لو كذبه ثم صدقه لم يلتفت إليه قطعًا، وفي قول: لا يقبل إقراره للحكم؛ لحريته بالدار، وأما لو سبق إقراره بالحرية لم يقبل إقراره بالرق بعده قاله نصًّا؛ لأنه بالإقرار الأول ألزم أحكام الأحرار، فلم يملك إسقاطها، وقيل: يقبل وبه قطع الصيدلاني، والمذهب الأول، ولو أقرَّ بالرق لزيد فكذبه فأقرَّ به لعمر لم يقبل إقراره على الصحيح، والمنصوص وبه جزم الجمهور خلافًا لتخريج ابن شريح بالقبول، وهذه الصورة قد ترد على لفظ الكتاب، ولو ادَّعى مدعٍ رقه فأنكره ثم أقر له ففي قبوله وجهان؛ لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار.

قال المصنف: ينبغي أن يفصل، فإن قال: لست بعبد، لم يقبل إقراره بعد ذلك، وإن قال: لست بعبد لك، فالأصح القبول، أو لا يلزم من هذه الصيغة الحرية، انتهى، وهذا التفصيل متعين.

فائدة: في «فتاوى» الشيخ تاج الدين الفزاري في باب الحجر عن شيخه عز الدين بن عبد السلام في آخر كلامه، حكاه عنه، وأما الجواري فالغالب عليهن السفه وعدم المعرفة فاعترافهن بالرق لا يعتد حملًا على سفههن ودوام الحجر عليهن، انتهى.

وقضية قصر المنع على الجواري مع أن العلة المذكورة موجودة في غالب العبيد والغلمان ولا سيما حديث العهد بالبلوغ، فإن صح هذا وجب اعتبار

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نُفُوذُهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ لَا الْمَاضِيَةِ الْمُضِرَّةِ بِغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقَرَّ بِرِقٍّ وَفِي يَدِهِ مَالٌ قُضِيَ مِنْهُ.

وَلَوِ ادَّعَى رِقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ، وَكَذَا إِنِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ فِي الْأَظْهَرِ.

الرشد في المقر منهما ذكرًا كان، أو أنثى.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نُفُوذُهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ لَا الْمَاضِيَةِ الْمُضِرَّةِ بِغَيْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ)** إذا قلنا بالمذهب المشهور كما سبق، وفي قبول إقراره بالرق وأحكامه قبل التصرف المقتضى نفوذه الحرية فهاهُنا طرق حاصلها ما ذكره هنا، وفي «الروضة»: أنه يثبت أحكام الأرقاء في المستقبل على المذهب قطعًا، وثانيها: فيه قولان، ثانيهما: أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقًا، وقيل: يبقى فيما يضره بغيره كقوله: لزيد عليَّ ألف ولي بها رهن عنده، فيقبل في الدين دون الرهن، وكلاهما شاذ.

وأما الماضي فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعًا، ولا يقبل فيما يضر بغيره على الأظهر، كما لو أقر بمال على نفسه وعلى غيره قبل فيما عليه دون غيره، وفروع القولين كثيرة طرحناها.

قال مفرعًا على الأظهر: **(فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقَرَّ بِرِقٍّ وَفِي يَدِهِ مَالٌ قُضِيَ مِنْهُ)** أي: ولا يجعل للمقر له بالرق إلا ما فصل عن الدين، وإن بقي من الدين شيء، ففي ذمته إلى أن يعتق، وإن قلنا: بقبول إقراره مطلقًا فالمال كله يسلم للمقر له بالرق، والديون في ذمته بحالها إلى أن يعتق.

قال: **(وَلَوِ ادَّعَى رِقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بِلَا بَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ)** أي: بلا خلاف؛ إذ الظاهر الحرية فلا يترك إلا بحجة.

(وَكَذَا إِنِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأن الأصل الحرية فلا يزال بمجرد الدعوى، والثاني: يقبل ويحكم له بالرق كما لو التقط مالًا وادعاه ولا منازع

وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيرًا مُمَيِّزًا أَوْ غَيْرَهُ فِي يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّهُ وَلَمْ يُعْرَفْ اسْتِنَادُهَا إِلَى الِالْتِقَاطِ حُكِمَ لَهُ بِالرِّقِّ، فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ: أَنَا حُرٌّ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ عُمِلَ بِهَا، ....

له يقبل قوله، وفرقوا بأن المال مملوك، وليس في دعواه بغير صفة له، واللقيط حر ظاهرًا وفي دعواه بغير صفة له، واللقيط حر ظاهرًا وفي دعوى رقه بغير صفة له فافترقا، وجعل الماوردي محل الخلاف قبل رفعه المشهور، والأكثرون على أنه لا يقبل إلا ببينة، وأما بعد الالتقاط فلا تقبل، لا يختلف في ذلك، وفي كلامه يأتي ثلاثة أوجه.

قال: (**وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيرًا مُمَيِّزًا أَوْ غَيْرَهُ فِي يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّهُ**) أي: ادعى رقه له. (**وَلَمْ يُعْرَفْ اسْتِنَادُهَا**) يعني: يده. (**إِلَى الِالْتِقَاطِ**) أي: ولا غيره.

(**حُكِمَ لَهُ بِالرِّقِّ**) أي: على الأصح عملًا باليد والتصرف، وقيل: لا كاللقيط، فعلى الأول لا يؤثر تكذيب المميز على الأصح، وعلى هذا يحلف المدعي وجوبًا على الأصح المنصوص، وقيل: ندبًا.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ: أَنَا حُرٌّ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**)؛ لأنَّا حكمنا برقه في حال صغره فلا يرفعه إلا بحجة؛ لكن له تحليف السيد، قاله البغوي، والثاني: يقبل قوله؛ لأنه الآن من أهل القول ولا نظر إلى ما حكمنا به من قبل.

فرع: حيث لا يحكم للملتقط برقه وقد ادعاه إما لعدم بينة أو لعدم سماعها، نقل المزني في «جامعه» أنه يقر في يده ولا ينزع هو ولا ماله لما استحقه من كفالته، قال الماوردي: والذي أراه أولى وجوب انتزاعه من يده.

قلت: ويوافقه قول أبي عاصم العبادي في «الزيادات»: إذا قال الوصي: لي على الميت دين، أخرجت الوصية من يده؛ مخافة أن يأخذه إلا أن يبرئ.

قال: (**وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ عُمِلَ بِهَا**) أي: سواء الملتقط وغيره ممن هو في يده وغيره؛ حيث يحتاج مدعي الرق إلى البينة؛ وحيث لا يحتاج، فهي كهبة الداخل، والأصح أنها لا تسمع إلا عند الاحتياج إليها.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ الْبَيِّنَةُ لِسَبَبِ الْمِلْكِ، وَفِي قَوْلٍ يَكْفِي مُطْلَقُ الْمِلْكِ.

وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ لَحِقَهُ ....

قال: (**وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ الْبَيِّنَةُ لِسَبَبِ الْمِلْكِ**) أي: من شراء، أو إرث وغيرهما؛ لئلا يعتمد ظاهر يده، وتكون اليد يد التقاط.

(**وَفِي قَوْلٍ يَكْفِي مُطْلَقُ الْمِلْكِ**)، كما في الأقوال غيره، وبهذا قطع بعضهم والخلاف جارٍ سواء ادعاه ملتقطه، أو غيره.

وقال الإمام: محله إذا كان المدعي هو الملتقط فإن كان غيره سمعت قطعًا، وقيل: الخلاف في غير الملتقط والقطع بالمنع فيه، وقيل: يكفي الإطلاق، وإن كانت الدعوى قبل الحكم بحريته ولا يكفي بعدها.

فرع: يقبل هنا رجل وامرأتان على القولين؛ إذ الغرض إثبات الملك.

قال: (**وَلَوْ اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ لَحِقَهُ**) أي: بالشروط السابقة في الإقرار، سواء في ذلك الملتقط وغيره، كما لو أقر له بمال.

قال الصيمري في شرح «الكفاية»: **يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَهُ مِنْ أَيْنَ لَهُ ذَلِكَ؟** ومن أين زوجة أم جارية ولا يلزمه ذلك، انتهى.

ولك أن تقول: ما فائدة استحباب هذا السؤال؟ إن كان لو ذكر ما لا يقتضي لحوقًا لم يلحقه، فينبغي أن يجب الإشعار؛ ولأن كثيرًا من الناس يعتقد أن ولد الزاني يلحقه، وغير ذلك، فإن كان لا يقبل منه ذلك بعد استلحاقه فلا معنى لاستحبابه، وعلل غيره استحباب سؤاله بأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير ابنًا له، وهذا قد يفهم بأنه لو فُسِّر بذلك سُمِع منه، وهو بعيد.

إشارات: كلامهم يوهم أنه لو استلحق اللقيط كافر لا يلحقه، وليس بمراد؛ فإن استلحاقه كاستلحاقه المسلم في ثبوت النسب، وقد ذكر استلحاق الكافر من قبل.

قيل: قوله هنا: «**مُسْلِمٌ**» ليس لكون الكافر لا يستلحق اللقيط المحكوم بكفره، وإنما ذكره في لقيط محكوم بإسلامه، وكل مَن جاز أن يكون ذلك اللقيط ولدًا له جاز أن يستلحقه، ويثبت ذلك بمجرد دعواه من غير بينة ولا

وَصَارَ أَوْلَى بِتَرْبِيَتِهِ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ لَحِقَهُ، وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ سَيِّدِهِ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَتْهُ امْرَأَةٌ لَمْ يَلْحَقْهَا فِي الْأَصَحِّ. أَوْ اثْنَانِ لَمْ يُقَدَّمْ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٍ،

يمين، وسواء كان رشيدًا، أو سفيهًا ومقتضى هذا الإطلاق أنه لا يشترط تقدم العلم ببلوغه؛ بل لو كان مراهقًا يمكن أن يولد له، وادعاه حكم له به.

فرع: قال الدارمي: إذا ادعاه ذمي فشهد له عدلان لحقه، أو أربع نسوة، فوجهان في الحكم له بدينه، وكذا لو ألحقه القافة، وإن ادعاه معاهد لحقه، فإن خرج إن قلنا: على دينه، أخذه، وإلا لم يعطه، وإن ادعاه حربي ألحق به ولم يعطه في القولين.

قال: **(وَصَارَ أَوْلَى بِتَرْبِيَتِهِ)**؛ لأن الأب أحق بها من الأجنبي.

(وَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ لَحِقَهُ)؛ لأنه كالحر في أمر النسب لإمكان حصوله منه بنكاح، أو وطء شبهة.

(وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ سَيِّدِهِ) لما فيه من الإضرار بسبب انقطاع إرثه عنه لو أعتقه، ومنهم من قطع بهذا، ومنهم من قطع بالأول إن كان بادٍ، وقاله في النكاح، ومضى زمن إمكانه، وإلا فقولان، ويجري الخلاف في إقراره بأخ، أو عم، وقيل: بالمنع هنا قطعًا، وإذا صححنا استلحاقه لم يسلم اللقيط إليه؛ لأنه لا يتفرغ له ولا نفقة عليه؛ إذ لا مال له فيقر بيد اللقيط، وينفق عليه من بيت المال.

قال: **(وَإِنْ اسْتَلْحَقَتْهُ امْرَأَةٌ لَمْ يَلْحَقْهَا فِي الْأَصَحِّ)**؛ لإمكان إقامة البينة بالولادة من طريق المشاهدة، والثاني: يلحقها لأنها؛ أحد الأبوين فصارت كالرجل وأولى، والثالث: تلحق الخلية دون المزوجة؛ لتعذر الإلحاق بها دونه، فإن ألحقناه بها ولها زوج لم يلحقه على الأصح، وقال الإمام: بلا خلاف، والأمة هنا كالحرة، وإذا صححنا استلحاق العبد فإن ألحقناه بها ففي الحكم برقه لمولاها وجهان، وجزم به صاحب «الشامل» و«التتمة» بالمنع.

قال: **(أَوْ اثْنَانِ)** أي: وإن استلحقه اثنان.

(لَمْ يُقَدَّمْ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَى ذِمِّيٍّ وَعَبْدٍ)؛ لأن كل واحد من الحر والعبد لو

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ أَوْ تَحَيَّرَ أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا أُمِرَ بِالِانْتِسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا، ....

انفرد كان أهلًا فأثبتها للحرين إذ التفريع على جواز استلحاق العبد، وأما المسلم والذمي فلاستوائهما في الاستلحاق وجهان: النسب، وكان الأحسن أن يقول: وكافر؛ لئلا يظن قصر الحكم على الذمي، ولا يقدم الملتقط لأجل يده هذا ما جزم به الإمام والغزالي، والرافعي، وفي آخر «دعاوي الحاوي»: إنه كالسابق بالدعوى، فيكون على الوجهين، معنى قوله: لو ادعاه مدع لحقه ثم ادعاه آخر فوجهان: أحدهما: أن دعواه مردودة إلا أن يقيم بينة، والظاهر من مذهب الشافعي أنها مسموعة ويرى العامة، انتهى.

وإن كانت اليد لغير التقاط فإن كان استلحقه، وحكم له بالنسب ثم ادعاه آخر لم يلتفت إليه، وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعد ما جاء الثاني واستلحقه لم يقدم ذو اليد بل يستويان في الأصح، ولو قال أحدهما: هو ابني، وقال الآخر: بل هي بنتي فبان أنثى، قال الغزالي في «الفتاوى»: لم يرجح جانبه بذلك.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ**) لأن للقافة أثر في الأنساب عند الاشتباه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في موضعه من الكتاب، وقيل: لا مدخل للقافة في إلحاقه بالأم، وهو خلاف النص.

قلت: فلو ألحقه القائف بأحدهما فأقام الآخر بينة قدمت على الصحيح.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ**) أي: في البلد أو دون مسافة القصر، وفسره الفوراني بألا يوجد في الدنيا، وغلط من قال الماوردي.

(**أَوْ تَحَيَّرَ**) أي: وجد لكن تحير (**أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا، أُمِرَ بِالِانْتِسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا**) أي: بحكم الخلية لا بمجرد التشهي، وقيل: لا يعتبر البلوغ، وهو ظاهر إطلاق «المحرر»، بل يخير إذا ميز كما في الحضانة، والصحيح الأول، وقد زاد المصنف، وهو متعين، وزاد: أو ألحقه بهما، وهو صحيح.

قال: الصميري وغيره: وإذا وقف الأمر حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما لا

وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ سَقَطَتَا فِي الْأَظْهَرِ.

بدٌّ بل يخير على ذلك، زاد غيره: فلو امتنع منه حبس، وينبغي أن يكون هذا فيما إذا امتنع عنادًا، أما لو لم يمل طبعه إلى واحد منهم وقف الأمر؛ فإن انتسب إلى غيرهما وصدقه ثبت نسبه، وقيل: يشترط ألا يكون القائف ألحقه بهما جميعًا.

قال الدارمي: فلو ألحقه القائف بالثالث فله جزمًا.

فروع: إذا وقف فعليهما النفقة والانتظار؛ فإن انتسب إلى أحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق إن كان الإنفاق بإذن الحاكم، كذا قيده الرافعي في «العدد» في تعليق الْبَنْدَنِيجِي أنه لا يرجع؛ لأنه بزعمه أنفق على ولده، ولو كان التداعي بين امرأتين فاعتبر أنفقهما، فإذا انتسب إلى إحداهما لم يرجع قطعًا؛ لأن دعواها ولادته يمكن القطع فيها فيؤاخذ بموجب قولها.

قال الدارمي: فإن تنازعا حضانته فلأولهما يدًا، فلو بلغ فانتسب إلى إحداهما وألحقه القائف بالآخر في وقت واحد، فهل الأولى الانتساب، أو الإلحاق وجهان: أصحهما الثاني، هكذا أوردهما بعضهم.

وعبارة «الروضة»: وإذا انتسب إلى إحداهما لعقد القائف ثم وجد، عرضاه عليه، فإن ألحقه بالثاني قدمناه على الانتساب؛ لأنه حجة أو حكم.

وقال أبو إسحاق: يقدم الانتساب لو ألحقه القائف بأحدهما ثم بالآخر لم ينقل إليه؛ إذ لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد.

قال الشارح: وهذا الكلام يجب فرضه فيما إذا عرض عليه معهما، أما لو كان قد عرض مع أحدهما، فقد نص الشافعي على خلاف هذا، وإن ألحقه قائف بأحدهما، وقائفٌ بآخر، فالأصح أنه للأول، وقيل: يتعارض قولهما هذا إذا لم تكن بينة .

قال: (وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ سَقَطَتَا فِي الْأَظْهَرِ)؛ لما سيأتي بيانه عند التعارض في الإملاك، فعلى هذا يرجع إلى قول القائف، وهذه عبارة أبي إسحاق، وقال ابن أبي هريرة: لا يتساقطان، وترجح إحداهما بقول القائف،

هكذا أرسلوا الوجهين، والمتبادر ترجيح قول أبي إسحاق، فيستمر قول المصنف في الأظهر، قيل: ومتى رجح قول ابن أبي هريرة لم يستمر، ويحتاج إلى تأويل، وكلام الشافعي والأصحاب يقتضي ترجيح قول ابن أبي هريرة، ومن صور تعارض البينتين بلا شك أن تشهد كل واحدة منهما أنه ولد على فراشه.

فرع: لو اختصت إحداهما بيدٍ عند تعارض البينتين، قال الرَّافِعِي: لم يترجح نسبه بيده بخلاف الإملاك.

وعن المسعودي والرازي: أنه لو أقام أحدهما البينة على أنه في يده منذ سنة، والثاني: أنه في يده منذ شهرين، وتنازعا في نسبه فالتي هي أسبق تاريخًا أولى وصاحبها تقدم.

قال الرَّافِعِي: هذا كلام غير مهذب؛ فإن ثبوت اليد لا يقتضي من شخص، هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد؟ وقد مرَّ.

قال ابن الرِّفْعَة: بل هو كلام مهذب إذا لوحظ فيه ما ذكرناه من صفة اليد، وكلٌّ قد ذكر في قول الْغَزَالِي: لو تنازعا في الحضانة، وإن كان يتردد في مثله الإملاك؛ لأن حق الحضانة لا ينتقل، والملك قد ينتقل، وكذلك لو كان أحدهما صاحب يد قدمت بينته؛ لأنه دلالة الالتقاط لبينة الداخل، وإن تعارضا من كل وجه، فأما قول النبهاني: وأما قول القرعة، قال ابن الرِّفْعَة بعد شرحه كلام: إن إطلاقه بها يدهما يدل على أنه لا أثر لليد، وكانت تجب على مقتضى جزمه إذا تنازعا في سنه، وكان في يد أحدهما قبل المنازعة، وهو يستلحقه إن يفصل بين أن يكون بيد أحدهما لتلك الصفة أو لا، فإن كان في يده عمل ببينته ترجيحًا باليد، أو عمل بيده تفريعًا على الثاني، وهذا أمر لا بدَّ منه إن صح ما ذكره من الوفاق، وكذا إذا قلنا: بالوجه الآخر في محل الخلاف، ولعله إنما العمل ذلك بمعرفته من القواعد، انتهى، وهذا الكلام فيه إظلام، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْجَعَالَةِ

قال المصنف: [هِيَ كَقَوْلِهِ: مَنْ رَدَّ آبِقِي فَلَهُ كَذَا.

قال الشارح: هي ما جعل للغير على شيء يفعله، قال ابن مالك: في مثلثه، واللحياني: بوادره هي مثلثة الجيم، واقتصر المصنف في كتبه على الكسر وغيره على الفتح وأصل الباب قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢].

ومن السنة حديث: «رقية اللديغ على قطيع من الغنم بأم القرآن» وهو في «الصحيحين»⁽¹⁾، والحاجة قد تدعو إليها فجاءت كالمضاربة.

قال: (هِيَ كَقَوْلِهِ:) أي: وهو مطلق التصرف.

(مَنْ رَدَّ آبِقِي فَلَهُ كَذَا) هذا موضوعها في اللغة، وهي عقد صحيح للحاجة، والآبق مثال، ومن الصيغ: إن رده إنسان أو إن رددته، أو رده ولك كذا ونحوها.

تنبيه: بينا أن ملتزم الجعل شرطه إطلاق التصرف، وأما المجعول له فشرط في «الوسيط» فيه أهلية العمل عبارة «الروضة»: وأصلها، وشرط عن التعيين أهلية العمل في العامل، انتهى.

وكأن المراد أهلية التزامه، ويحتمل أن يراد إمكانه، وأما عند الاتهام فلم يذكر أشياء، وقال الْمَاوَرْدِيُّ هنا: لو قال من جاء بعبدي الآبق فله دينار، فمن

---

(١) لفظ الحديث: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ «أن نفرا من أصحاب النبي مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال هل فيكم من راق إن في الماء رجلا لديغا أو سليما فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء فبرأ فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا أخذت على كتاب الله أجرا حتى قدموا المدينة فقالوا يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجرا فقال رسول الله إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله». أخرجاه: [البخاري ٥٢٩٦، ومسلم ٤٠٨٠].

وَيُشْتَرَطُ صِيغَةٌ تَدُلُّ عَلَى الْعَمَلِ بِعِوَضٍ مُلْتَزَمٍ، فَلَوْ عَمِلَ بِلَا إِذْنٍ أَوْ أَذِنَ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ، فَلَا شَيْءَ لَهُ.

جاء به استحق من رجل، أو امرأة، أو صبي، أو عبد صغير، أو كبير، وعاقل، ومجنون إذا كان قد سمع النداء، أو علم به لدخولهم في عموم قوله: من جاء، ويجوز أن ينزل إطلاق الشيخين على هذا، على أن في دخول الصبي والمجنون في الخطاب نظر، وقد اختلف كلام الْمَاوَرْدِي، فقال في كتاب «السير»: إن الصبي لو سمع النداء وردَّ لم يستحق، وكذا العبد إذا قام به بغير إذن سيده، ولو رده بإذن سيده استحق السيد.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» بعد إيراده كلام الْمَاوَرْدِي هذين: والأشبه أن العبد لا يستحق سيده، وإن دخل في الخطاب؛ لأن العبد لا يجوز له الرد؛ لأنه تصرف في منافعه المملوكة بغير إذن سيده، وإذا لم يجز لم يصح العقد معه، كما لو أجر نفسه بلا إذن، نعم، قد يقال: لا جاز دخوله في الخطاب، ينزل منزلة ما لو قال له بخصوصه: رد عبدي ذلك بدينار، فرده بغير إذن سيده، والذي يظهر وجوب أجرة المثل لا الدينار؛ لفساد العقد معه، وقد يقال: لا يكون الأمر كذلك، انتهى.

ولابن الرِّفْعَة وغيره كلام في استحقاق الصبي والمجنون المسمى، أو أجرة المثل إذا عملا ذكرته في «الغنية» بعد هذا الموضع، وفيه فوائد.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ صِيغَةٌ تَدُلُّ عَلَى الْعَمَلِ بِعِوَضٍ مُلْتَزَمٍ، فَلَوْ عَمِلَ بِلَا إِذْنٍ أَوْ أَذِنَ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ، فَلَا شَيْءَ لَهُ**) أما في الأولى: فلأنه لم يلزم له عوضًا فنفع عمله تبرعًا، وسواء كان معروفًا برد الضوال أم لا، وأما في الثانية: فلأنه لم يلزم لغير المعين شيئًا، نعم لو رده عبده استحق؛ لأن يد عبده يده، وفيه يجب باقي العوض.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: في العامل بلا إذن، ويضمر بوضع اليد عليه، وأجرى الإمام فيه الوجهين، فمَن أخذ المال من الغاصب؛ ليرده والأصح الضمان، فلو كان عبدًا أو صبيًا، قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يضمن قولًا واحدًا؛ لأنه ليس من أهل ذلك، انتهى.

وما ذكره الْمَاوَرْدِيُّ من الضمان وهو القياس، ومقتضاه ألا يجوز رده بغير إذن سيده؛ لكن في «إجماع» ابن حزم أنهم اتفقوا على رده الآبق إلى ربه، واختلفوا بجعل أم بغير جعل انتهى.

سبق أن رد عبد المعين لرده في استحقاق الجعل، واعترض بأن يده كيده؛ لكنه غيره ولم يدخل في اللقيط الملتزم، نعم إن استعان به السيد في ذلك فيظهر ما قاله الرَّافِعِي وغيره: وإن استقل العبد برده ففيه نظر إذا لم يكن علم النداء، انتهى.

وعبارة القاضي الحسين: فلو رده بنفسه، أو بعبده استحق المسمى، وهذا قد يوافق المعترض، وعجب قوة لا سيما، فإنه لا نداء هنا، وكأنه أراد عمله بالجعل لسيده، وفي «الحاوي» لو قال: من جاء بعبدي من سامعي ندائي هذا فله دينار، فجاء به من علم بندائه، ولم يسمعه لم يستحق شيئًا، وهذا شارك العبد في عدم دخوله في اللقيط، ويفارقه في أن يد العبد كيد السيد، ولا شك إنا إذا منعنا الاستحقاق في قوله: «مَنْ رَدَّ آبِقِي» فهَاهُنا أولى إذا رده بغير إذن سيده، وإن رده بإذنه ففي الاستحقاق نظر؛ لأنه غيره، وبالاستحقاق أجاب القاضي الحسين وغيره لما سبق، والمنع هو المتبادر في لفظ الكتاب وغيره، وقد قال الرَّافِعِي: وقد يخطر بالثاني أن العامل المعين، هل يوكل الغير لينفرد بالرد كما يستعين به وأنه إذا كان النداء عامًا فوكل غيره ليرد، هل يجوز؟

قال: ويشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل، والثاني كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء وتبعه في «الروضة» ولا نقل عندهما فيه، والمنقول في «البسيط» أنه إذا عين مخاطبًا، وقال: إن رددت عبدي الآبق فلك كذا، فليس يتعين عليه السعي بنفسه بل له الاستعانة بغيره، فإذا حصل العمل استحق الأجرة، وهو ملخص في «النهاية» وعلى هذا لا فرق بين عبده والأجنبي، وهو من تصرف الإمام في ظني، وهو صحيح تؤيده صورة معاونة الراد المعين، وهي منصوصة متفق عليها؛ لكن الْمُتَوَلِّي قال: إذا رده وكيل لم يستحق شيئًا، وقد يفرق بين صورتي المعاونة والتوكيل، فإنه تفويض كلي، ويجب القطع بأنه

وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ: مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ فَلَهُ كَذَا اسْتَحَقَّهُ الرَّادُّ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ قَالَ: قَالَ زَيْدٌ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا وَكَانَ كَاذِبًا لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى زَيْدٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَامِلِ وَإِنْ عَيَّنَهُ.

لو قال: رددته بنفسك فلك كذا، فأمر عبده فرده لم يستحق شيئًا.

قال: (وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ: مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ فَلَهُ كَذَا اسْتَحَقَّهُ الرَّادُّ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ)؛ لأنه الجاعل، قيل: واتفاقهم على هذا يقدح في كون حقيقة الجعالة توكيلًا بجعل الإذن للأجنبي لا يوكل في ردِّ عبد غيره، وإنما هي جعل مجرد، نعم قد يكون السيد أذن في الردِّ ويتبرع الأجنبي بالجعل، وأطلقوا التصوير في قوله: «فَلَهُ كَذَا»، وإنما يكون صريحًا إذا قال: عليَّ، وإلا فيحتمل أن يريد فله كذا على مالكه؛ فيكون فضوليًا محضًا، فلا يصح، ولا يلزم واحدًا منهما، ولم يتعرضوا لذلك، وكأنهم رأوه التزامًا عند الإطلاق لسبقه على الفهم، وفيه نظر؛ لأن العامل بأن يكون مناديًا يشهد العرف أنه إنما يتكلم عن غيره، ولا وجه للقول بإلزامه، والظاهر أن حمل البعير في الآية على الملك، ولهذا قال: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. ولو كان عليه إيصاله لم يحتج إلى ضمانه؛ فليحتمل كلامهم على ما إذا أراد إلزام نفسه، وليثبتوا أنه لا يشترط أن يكون العمل في ملك الجاعل كالإجارة، وذكر هنا في «الغنية» عن كتابي ابن الرِّفْعَة زيادة ينبغي مراجعتها.

قال: (وَإِنْ قَالَ: قَالَ زَيْدٌ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا، وَكَانَ كَاذِبًا لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ) أي: لعدم التزامه.

(وَلَا عَلَى زَيْدٍ) لما قلنا، واعلم أنه لا شيء على العامل كذب أم صدق، وأما زيد فإن صدقه قال الْبَغَوِي: يستحق عليه.

قال الرَّافِعِي: وكان هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد خبره، وإلا فهو كما لو رد غير عالم بإذنه والتزامه، انتهى، وفيه نظر ولا سيما إذا ظن الراد صدقه، وكان المالك أمره بذلك، وقد ذكر جماعة المسألة؛ فأطلقوا القول بالاستحقاق عند التصديق.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُ الْعَامِلِ، وَإِنْ عَيَّنَهُ) لما فيه من التضييق، ويكفي

وَتَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ، وَكَذَا مَعْلُومٌ فِي الْأَصَحِّ.

الإتيان بالعمل، وحكى الإمام في باب المسابقة في غير المعين خلافًا في اشتراط قبوله، ونقله عنه الرَّافِعِي هناك، ولم يذكره هنا؛ بل قال: المشهور أنه لا يشترط، وأن الإمام قال: لا يمتنع أن يكون كالتوكيل، قال الإمام: ولا يمنع الفرق من جهة أن الوكالة لا تحتمل اتهام الوكيل، والجعالة تحتمله.

قال: (**وَتَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ**) أي: في الجملة قطعًا، وإنما قلت: في الجملة؛ لأن مِن الجهالات مَن لا تغتفر كما سيأتي، وبعضهم قال: مجهول لا يمكن ضبطه كرد الآبق والضال؛ لأنها إذا احتمل في الغرض توصلًا إلى الربح ولا ضرورة، فهنا أولى، وأما مجهول يسهل ضبطه ويعتبر ضبطه كـ «بنى لي حائطًا» فلا بدَّ من ذكر موضع البناء وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به، وكذا الخياطة وغيرها.

قال: (**وَكَذَا مَعْلُومٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وظاهر النص من باب أولى، والثاني: المنع للاستغناء بالإجارة، وصححه الإمام والغزالي.

قال الإمام: والضابط لمحل الخلاف أن ما أمكن الاستئجار عليه على الشروط المذكورة في الإجارة، ففي عقد الإجارة فيه ما ذكرناه، والأصح منع الجعالة إذا أمكنت الإجارة، انتهى.

فروع وتتمات:

منها: في أواخر كتاب الإجارة من «النهاية»:

فرع: إذا قال لإنسان: اشتر لي العبد الذي لفلان ذلك على درهم، أو قال: مع هذا ذلك كذا، فإن كان منصوصًا فالذي جرى إجارةً، وإن كان عملًا لا ينضبط ويحتاج إلى ترددات خارجة عن الضبط قد تقل وقد تكثر، فالذي جرى جعالة، انتهى لفظه.

ومنها: إذا قلنا: بالأصح في صورة الكتاب، فقال: جعلت لك كذا على رد عبدي من البصرة، صح العقد، وقيل: يستحق العوض قبل رده، إن لم يقبل فلا، وإن قيل: قال ابن الرِّفْعَة: ينبغي أن يرجع إلى قصدهما، وإن قصد

....

الإجارة فنعم، أو الجعالة فلا، وإن أطلقا والعبد بالبصرة، وعلما ذلك فهل يحمل على الإجارة، أو الجعالة فيه احتمال، والرَّافِعِي قال: تبعًا للإمام، إذا قال: بع هذا إذا عمل كذا ولك عشرة دراهم أن في بعض التصانيف: إن كان العمل مضبوطًا قدرناه إجارة، وإن احتاج إلى ترددات غير مضبوطة فهو جعالة، وفائدة ما ذكرنا تظهر في زوائد الجعل ولزوم العقد، انتهى.ولم أرَ في «النهاية» إلا ما قدمته.

ومنها: من شرط صحة الجعالة على العمل المعلوم أن يكون بما يقابل مثله بالأجرة هكذا، قاله جماعة وتبعهم الشيخان، وإطلاق كثيرين يقتضي خلافه، قال في «الروضة»: ولو قال: مَن رد مالي فله كذا، فرده من كان في يده، نظر إن كان في رده كلفة كالآبق استحق بالجعل، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير فلا؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض، انتهى.

وقال القاضي الحسين في «التعليق»: قال: من ردَّ ضالتي فله كذا، وإنسان قد وجدها قبل ذلك فردَّ عليه في الحال، لا يستحق المسمى؛ لأنه كان متبرعًا في الرد، وبعد وجود الشرط لم يوجد من جهته عمل له أجرة، والذي سمعت مِن شيخي أنه قال: يستحق الأجرة؛ لأنها عن الرد وهو غير واجب عليه، وإنما الواجب عليه للتخلية كالوديعة، ومنها قال في «الروضة»: لو قال من دلني على مالي فله كذا فدله مَن المال في يده، لم يستحق شيئًا؛ لأن ذلك واجب عليه شرعًا، فلا يأخذ عليه عوضًا، وإن كان في يد غيره استحق؛ لأن الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه، انتهى.

ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك، أما البحث السابق والمشقة السالفة قبل الجعل فلا عبرة بهذا، ولهذا قال القاضي الحسين: ولو قال: من دلني على مالي فله كذا، فتحمل إنسان المشقة، وطلب طالبه ودله عليها استحق المسمى.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وما يعتبر في العمل لجواز الإجارة يعتبر في الجعالة سوى كونه معلومًا.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْجُعْلِ مَعْلُومًا فَلَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أُرْضِيهِ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَلِلرَّادِّ أُجْرَةُ مِثْلِهِ.

قال الشيخ: قلت: فمن ذلك لو قال: من أخبرني بكذا، فأخبره إنسان فلا شيء له؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى عمل، كذا صرَّح به الْبَغَوِي وغيره.

قلت: سبق هذا في كلام الرَّافِعِي، وفي إطلاقه قوله: «سوى كونه معلومًا» نظر.

قال القاضي الحسين: واعلم إن كان ما تجوز الإجارة عليه تجوز الجعالة عليه، وقد تجوز الجعالة على ما لا تجوز الإجارة، فإن الجعالة تجوز مع جهالة عين العامل وجهالة الزمان والمكان، ولا يستحق العامل الجعل إلا بعد تسليم العمل، ولو شرط له تعجيل الأجرة فسد العقد ويستحق أجرة المثل، انتهى. وسبق أن ما يسهل ضبطه من البناء وغيره لا بد من ضبطه في الجعالة، وهو من كلام القاضي الحسين - ﷺ تعالى -.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ**) أي: لصحة العقد.

(**كَوْنُ الْجُعْلِ مَعْلُومًا**) لا عقد جوز للحاجة، ولا حاجة إلى جهالة العوض بخلاف العمل؛ ولأن جهالته تفوت مقصود العقد، إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض.

(**فَلَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أُرْضِيهِ**) أي: ونحو ذلك.

(**فَسَدَ الْعَقْدُ، وَلِلرَّادِّ أُجْرَةُ مِثْلِهِ**) كما سبق في الإجارة الفاسدة.

إشارات: قد يفهم قوله: معلومًا إنه لو قال: من ردّ عبدي فله نصفه، فرده من عرفه بعينه أنه يصح، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي، ومنعه السرخسي.

وقال الرَّافِعِي: إنه قريب من استئجار المرضعة بِجُزءٍ من الرقيق الرضيع بعد الفطام، ومنع ابن الرِّفْعَة ذلك، قال: لِأَنَّ الْأُجْرَةَ الْمُعَيَّنَةَ تُمْلَكُ بِالْعَقْدِ فَإِذَا جُعِلَتْ جُزْءًا مِنَ الرَّقِيقِ بَعْدَ الْفِطَامِ اقْتَضَى عَدَمَ الْمِلْكِ فِي الْحَالِ أَوْ تَأْجِيلَهُ، وَكِلَاهُمَا مُمْتَنِعٌ، وَهُنَا إِنَّمَا يَحْصُلُ الْمِلْكُ بَعْدَ تَمَامِ الْعَمَلِ فَلَا مُخَالَفَةَ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ، ولا عمل في مشترك فلا وجه إلا الصحة إذا كان موضع العبد معروفًا

وَلَوْ قَالَ: مِنْ بَلَدِ كَذَا فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْجُعْلِ.

والعبد قريبًا، وإن لم يكن موضعه معروفًا، فيظهر أن يكون موضع الخلاف، ويكون مادته الاعتبار في هذا العقد بحالة العقد، أو بحالة الرجوع كما ذكرنا فيما لو بغير التقييد، انتهى.

ورأيت في «مجرد» القاضي أبي الطيب: أنه لو قال: إن رددت عبدي الآبق فلك ثلثه فإن ذلك فاسدة، وله أجرة مثله؛ لأن الجعل مجهول، وقضيته أنه لو كان معلومًا صح العقد.

واعلم أنه يستثنى من اشتراط كون الجعل معلومًا مسألة الصلح ونظائرها المذكورة في «السير»، وكذلك الاحتجاج بالنفقة إن جوزناه يجوز كون الجعل معينًا وموصوفًا في الذمة عينًا، أو عملًا مضبوطًا، فإن تلفت العين قبل قبضها، فإن كان قبل الطلب فيرجع بقيمته، أو بأجرة مثله، قولان مبنيان على أنه مضمون ضمان عقد، أو يد كالصداق، وإن كان بعد وضعه تعديًا، فإن قلنا: ضمان عقد، قال القاضي الحسين: فتلفه كإتلاف الجاعل؛ فيكون كإتلاف البائع للمبيع قبل قبضه، وقد تلف الثمن في يده، ففي قول: يرجع بقيمة الثمن، وفي آخر: يخير بين مطالبته بقيمة المبيع، أو بفسخ ويرجع بقيمة الثمن.

قال: (وَلَوْ قَالَ: مِنْ بَلَدِ كَذَا، فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْجُعْلِ) العمل المجعول عليه، وهو الرد مثلًا قد يكون مطلقًا فيكون الجعل على حقيقته، وقد يكون مقدارًا، فيكون الجعل عليه بتلك الصفة.

وقوله: «مِنْ بَلَدِ كَذَا» تقدير، وفائدته مقابلة الجعل للعمل في تلك المسافة، ومن ضرورته أن يتقسط عليها، فلذلك من رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل، أو من ثلثها استحق ثلث الجعل، وهكذا إن رده من مكان أبعد لم يستحق زيادة، وعبر في «المحرر» «كالمنهاج».

قيل: وينبغي أن يكون المراد ذلك، وإلا موضع اللفظ يحتمله، ويحتمل أن تكون من جهة أخرى هو أقرب من بلد كذا، وفي الاستحقاق به نظر، وينبغي ألا يستحق شيئًا، ويحتمل أن يقال: يستحق مثاله إذا قال مَن بمكة: إن

……

رددت عبدي مِن عرفة فرده إليه من منى استحق بعض الجعل، وإن رده من التنعيم ينبغي ألا يستحق شيئًا؛ لأنه لم يجعل له عليه، ويحتمل أن يستحق بقدر ما يستحقه على مثلها من جهة عرفة؛ لأن المقصود الرد، وتعيين الجهة لا غرض فيه، ولو رده من بلد مثل تلك البلد في المسافة؛ ولكن من جهة أخرى فعلى هذين الاحتمالين، انتهى.

واعلم أني كنت أميل بحثًا إلى ما رجحه هذا الشارح من احتماليه قبل الوقوف على كلامه، والآن ميلي إلى الثاني نظرًا إلى المعنى، ألا ترى أنه لو قال المعين: إن رددت عبدي فلك كذا، فظاهره يقتضي استدعاء العمل منه بنفسه، قال الإمام: ولا معنى لحمل اللفظ على قصر العمل في المخاطب؛ بل يتعين حمله على تحصيل المقصود والسعي فيه بأي وجه كان حتى لو استعار العامل بمن أراد بأجرة يبذلها، أو أعانه متبرعًا، فإذا حصل المقصود فلا نظر إلى جهات العمل بناءً على مقصود الباب، انتهى.

الظاهر أن التنصيص على المكان إنما يراد به الإرشاد إلى موضع الآبق ونحوه، أو مظنته، لا أن الرد منه شرط في أصل الاستحقاق؛ إذ لو أريد حقيقة ذلك لكان إذا رده من دونه لا يستحق شيئًا؛ لأنه لم يرده منه، وحينئذٍ إذا رده من مثل مسافة البلد المسمى وصفها من جهة أخرى استحق جميع المسمى، أو من دونها فقسط منه، ورأيت في «الكافي»: لو قال: من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار، وذكر المنقول إلى أن قال: ولو رده من همدان والمسافة إليه كالمسافة إلى البصرة يحتمل وجهين، أصحهما: المسمى، انتهى.

والظاهر أن هذا ما جزمنا عليه وحيث راعينا فلا بدَّ أن تراعى صفة المسافة سهولةً وحزونةً، وخوفًا وأمنًا وغيرها، وهذا وإن لم يصرحوا به، فكلامهم يدل عليه؛ لأن القسط معناه التوزيع باعتبار القيمة، فإذا كانت أجرة نصف المسافة ضعف أجرة النصف الآخر قوبلت بثلثي الجعل، ثم رأيت ابن الرِّفْعَة بعد قوله: فإن رده من النصف استحق النصف، أو من ثلثه استحق الثلث، وهكذا الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا ساوت الطريق في السهولة والحزونة، انتهى.

وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي رَدِّهِ اشْتَرَكَا فِي الْجُعْلِ.

وَلَوْ الْتَزَمَ جُعْلًا لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي الْعَمَلِ إِنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ فَلَهُ كُلُّ الْجُعْلِ، وَإِنْ قَصَدَ الْعَمَلَ لِلْمَالِكِ فَلِلْأَوَّلِ قِسْطُهُ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ، ....

قال: (وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي رَدِّهِ اشْتَرَكَا فِي الْجُعْلِ) أي: بالتسوية، صرَّح به بعضهم واقتضاه إطلاق غيره لاشتراكهما في النسب.

قال الإمام: ظاهر كلام الأصحاب القبض على الرؤوس دون قدر الأعمال، وذلك أن العمل في أصله مجهول فلا يمكن رعاية مقداره في القبض والتقسيط، ولا يتعدّى عرفًا عده المذهب أن يقول: الجعل إنما يقع إليهم عند تمام العمل، وإذا تم فقد انضبط وبين ما صدر من كل واحد، فيجوز أن بعض الجعل على قدر أجور أمثلتهم، انتهى.

قال: (وَلَوْ الْتَزَمَ جُعْلًا لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي الْعَمَلِ إِنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ) أي: مجانًا، أو يقصد العوض منه (فَلَهُ كُلُّ الْجُعْلِ) أي: كذلك المعين.

(وَإِنْ قَصَدَ الْعَمَلَ لِلْمَالِكِ فَلِلْأَوَّلِ قِسْطُهُ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ) أي: سواء قصد التبرع على المالك، أو الاستجعال، أو أطلق؛ لأن المالك لا يلزم له شيئًا.

قلت: لو قال: إن قصد إعانته فله كل الجعل، وإلا فقسطه ليشمل ما إذا قصد العمل للمالك، أو الاستجعال، أو أطلق ولم أرَ حالة الإطلاق نصًا؛ لكنه لم يقصد إعانته وإنما جعلوا له الكل إذا قصد إعانته.

وقول المصنف: «فَلِلْأَوَّلِ قِسْطُهُ» قد يفهم موافقة الإمام، والظاهر أنه أراد فله النصف إن شاركه من أول العمل وإلا فالقسط بالنسبة، ولو شاركه اثنان في الابتداء، ولم يقصد إعانته فله الثلث، أو ثلاثة فله الربع، وهكذا قال في «الروضة» على الصحيح الذي قاله الأصحاب، ورأى الإمام التوزيع على العمل أرجح.

قلت: وعبارة الإمام بعد نقله المسألة عن النص: وإن زعم أنه قصد إعانة الجاعل فبعض الجعل عليهما ويسقط منه قدرًا ثم يعرض القبض على

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ.

فَإِنْ فَسَخَ قَبْلَ الشُّرُوعِ أَوْ فَسَخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلَا شَيْءَ لَهُ.

الرؤوس، أو على قدر الأعمال، والظاهر عندنا في هذا المقام القبض على قدر الأعمال، وسياق كلامه يفهم أنه لم يفهم عن البعض القبض على الرؤوس ولا على العمل إنما هو محتمل، وما ذكره ظاهر الحسن، ويجوز أن يحمل إطلاق الجمهور على ما إذا استويا في العمل، ألا ترى إلى توجيه القاضي أبي الطيب وغيره استحقاقه النصف في صورة الكتاب بأنه عمل نصف العمل.

فرع: لو قال: مَن رد عبدي فله كذا، فردَّ أحدهما استحق نصف الجعل، هكذا أطلقوه، وإنما يتضح استحقاقه للنصف إذا شاء وإمكانهما قربًا وبعدًا وغيرهما، وإلا فقد يكون المردود قريبًا سهل الإحضار قليل القيمة والآخر بالضد مع علم المالك بمكانهما، ودعواه أنه إنما يدل المسمى الخطير مثلًا لما في رد البعيد الثمين من الكلفة والمشقة.

فرع: قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: لو جعل العمل معلومًا والمدة معلومة، فقال: إن جئتني بعبدي الآبق من البصرة في شهر كذا فلك كذا، لم يجز لكثرة الغرر، ونقل الرَّافِعِي عنه أن التقدير بالزمان بمجرده مبطل، وبه جزم الدارمي، وسبق في الإجارة في نظير المسألة كلام، واختار الرُّويَانِيّ ويظهر مجيئه هنا عند تعيين المكان وسعة الوقت المقدر لرده.

قال: (**وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ**) كالوصية وغيرها.

(**فَإِنْ فَسَخَ**) أي: المالك والعامل.

(**قَبْلَ الشُّرُوعِ أَوْ فَسَخَ الْعَامِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَلَا شَيْءَ لَهُ**) أما في الثانية: فلأنه أعرض باختياره، ولم يحصل غرض المالك، وأما في الأولى: فلأنه لم يعمل شيئًا، أما إذا فسخ العمل فواضح، وأما إذا فسخ المالك فمحل القطع بذلك؛ إذا علم العامل بذلك، أما لو لم يعلم فسيأتي عن الْمَاوَرْدِيِّ، وفيه تفصيل.

وقال الإمام: إنه لا يقيد تخريجه على انفساخ الوكالة قبل العلم بالعزل، أو لا، والظاهر أن الجعالة تفسخ، وما أشار إليه من التخريج هو الجواب في

وَإِنْ فَسَخَ الْمَالِكُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الْأَصَحِّ، ....

«التتمة» وما ذكرناه عن الإمام حكاه الرَّافِعِي عنه فيما بعد الشروع، وابن الرِّفْعَة فيما قبله، وكلامه يشمل الصورتين.

قال: (**وَإِنْ فَسَخَ الْمَالِكُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لئلا يحبط سعيه بفسخ غيره، هذا ما أورده الجمهور، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ؛ حتى يضمن العامل أجرة المثل، وعبر جماعة من العراقيين بأنه لا يجوز حتى يدفع أجرة مثل ما عمل، ومراد الكل الالتزام لا نفس الدفع، والثاني: لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه؛ لأنه عقد جائز من الطرفين، والثالث: أنه لا ينفذ الفسخ إذا كان ما يخص العامل من المسمى يزيد على أجرة المثل، والرابع: إذا كان العامل يتخير، فإن فسخ العقد استحق أجرة المثل وإلا وجب له حصة ما عمل من المسمى.

تنبيهات:

أحدها: صورة المسألة إذا لم يقع العمل مسلمًا أما إذا وقع مسلمًا للجاعل ثم تعذر إتمامه من قبله فللعامل قسطه من الجعل المسمى، كما لو قال: إن علمت ابني أو عبدي فلك كذا، فمات الطفل أو منعه الجاعل التعلم، وقس على هذا، وفي «وصايا الحاوي»: لو قال: مَن قام بوصيتي هذه فله مائة درهم، فإن من قام بها وهو من أهلها فله المائة فلو قام واحد ببعضها ورجع لم يخير، وله المائة بقدر عمله إلى آخره.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يجب طرده في بناء بعض الحائط ونحوه إذ لا فرق بين جعالةٍ وجعالة، وقد يفرق بأن المائة هناك موزعة على أعمال، فأما الأول فما يستحق ما يقابله منها بخلاف البناء ونحوه فإنه عمل واحد.

قلت: ويستثنى ما ذكره الْمَاوَرْدِيُّ مما ذكر في رجوع العامل.

الثاني: لو أعتق السيد العبد قبل الرد. قال ابن الرِّفْعَة: يظهر أن يقال: لا رجوع إذا رد بعد العتق؛ فإن لم يعلم بحصول الرجوع ضمن وهو أقوى منه صريحًا، وكذلك يعزل الوكيل به قطعًا، انتهى.

وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي الْجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ وُجُوبُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ.

ولم يفرق بين إن لم يمكنه إعلام العامل بالعتق قبل الرد أو لا ، وفي عدم الفرق نظر.

الثالث: قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: إذا قال: من جاء بعبدي فله دينار ثم رجع فعليه إعلام الرجوع كالنداء، فإن أسره ولم يعلمه كان الناس فيه على حكم الإذن، فمن جاء به فله الدينار، وإن أعلنه فلا شيء لمن جاء به بعد الإعلان سواء علم برجوعه أم لم يعلم إذا كان قد شرع في المجيء به بعد الرجوع؛ لأن إعلام الناس برجوعه متعذر؛ فلم يلزمه في الرجوع أكثر من الإعلان والإشاعة، ولو كان الجائي به شرع في حمله فله الدينار ما لم يعلم بالرجوع.

فأما إذا قال: أريد إن جئتني بعبدي فلك دينار، ثم رجع السيد فعليه إعلامه برجوعه ما لم يشرع في حمله، فإن لم يعلم فهو على حقه سواء أعلم بالرجوع غير متعذر، فلو شرع زيد في حمله ثم أعلمه بالرجوع استحق بقدر ما عمل.

قال: (**وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي الْجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ**) لأنه يجوز في المبيع في زمن الخيار فجوازه فيما العقد فيه جائز أبدًا أولى، وسواء كان قبل الشروع أم بعده، وكذا في الجنس وغير الجنس.

قال: (**وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ وُجُوبُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ**)، هكذا جزم به في «المحرر»، وقال في الشرح: إنه الظاهر، وفي كلام صاحب «المهذب» وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنه يظهر أنه يستحق عما عمل قبل النداء، الثاني: ما نقله من الجعل الأول وجهًا واحدًا؛ لأن العقد الأول باقٍ لم ينفسخ كما نقول في الزيادة والحط في البيع في زمن الخيار، وصار كقوله: من رده من مكان كذا فرده من أقرب منه تعين قسطه من المسمى جزمًا، وما قاله الرَّافِعِي يتجه إذا كان الأخير مغاير الأول في جنس أو صفة لامتناع بقاء الأول معه؛ لأنه حضر

وَلَوْ مَاتَ الْآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ وَإِذَا رَدَّهُ فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الْجُعْلِ ....

الاستحقاق فيه يعد فاسخًا راجعًا فيما قدمه، ولا كذلك إذا لم نجعله فسخًا، ولو سلمنا أنه فسخ لا تتعين أجرة المثل بل يأتي فيه الخلاف السالف، يعني: الأوجه السابقة فيما إذا فسخ بعد الشروع في العمل.

قال: وهذا كله إذا سمع العامل النداء الأول والثاني، وإن سمع الثاني وحده استحقه، وإن سمع الأول وحده فسبق كلام الْمَاوَرْدِيِّ فيه، انتهى.

وفي «الوسيط»: أنه إذا لم يسمع النداء الأخير ينقدح أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل، وقال في «البسيط»: هي على القولين في انعزال الوكيل قبل العلم، إن قلنا: لا يستحق الأول، قالا: فأجرة المثل.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْآبِقُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ**)؛ لأنه لم يرده والاستحقاق معلق بالردِّ، وهو المقصود.

وقوله: «**فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ**» مثال والحكم كذلك لو مات بباب دار المالك، قيل: إن يسلمه إليه أو هرب أو غُصب أو تركه العامل فرجع، وذكر الدارمي: أنه لو مات العبد بالبلد قبل تسليمه ففي الأجرة وجهان، وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه لو رده إلى بلده فهرب السيد الجاعل، فإن سلمه للحاكم استحق جعله بلا خلاف، وإن تلف قبل أن يسلمه إلى الحاكم حكم له بالجعالة في ماله إن وجد، فإن لم يوجد فمن رقبة الآبق، فإن حفظه ولم يدفعه -يعني: إلى الحاكم الثقة- فقيل: تعدى، وقيل: لا، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحق، وإن تلف العبد ولم يدفع للحاكم حتى هرب فلا أجرة، انتهى.

قال: (**وَإِذَا رَدَّهُ فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ الْجُعْلِ**) إذا الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبله، ويحتمل أن يقال: أنه إذا خاف الفوت أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بالتسليم والتسلم، ولا يجب عليه تسليمه أولًا، والله أعلم.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو قطع بعض المسافة فيه ثم مات المالك فرده إلى وارثه استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة ذكره السرخسي، وجزم به في

وَيُصَدَّقُ الْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الْجُعْلِ أَوْ سَعْيَهُ فِي رَدِّهِ.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ تَحَالَفَا].

«الروضة»، والمذكور في «الحاوي» أنه يستحق تمام المسمى.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: ولو مات العامل المعين في أثناء الطريق فرده وارثه إلى مالكه استحق من الجعل المعين بقسط عمل مورثه؛ لأن عمله لم يفت، ولا يستحق الوارث، وإن لم يرده الوارث لم يستحق بسبب عمل مورثه شيئًا على الصحيح، وقيل: يستحق؛ لأن بقية العمل لم يفت باختياره ورده الْمَاوَرْدِيُّ بموت العبد، وظاهر كلام الدارمي أن وارث العامل إذا رده استحق تمام الجعل، فإنه قال: وإن مات وقد جاء به في أثناء الطريق فهرب فلا شيء له، وإن رده ورثته استحقوا.

قال: (**وَيُصَدَّقُ الْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ الْجُعْلِ أَوْ سَعْيَهُ فِي رَدِّهِ**)؛ لأن الأصل عدم الشرط والرد، وكذلك لو قال: شرطه على عبد غيره، ولو قال العبد: جئت بنفسي، وقال حامله: جئت به، فإن صدق السيد الحامل استحق الجعل، وإلا فلا، ولو اختلفا في بلوغه النداء، فالقول قول الراد بيمينه، كما لو اختلفا في سماع ندائه، ولابن الرِّفْعَة فيه احتمال؛ لأنه يمكن إقامة البينة بخلاف السماع.

قال: (**فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْجُعْلِ تَحَالَفَا**) أي: وله أجرة المثل كما في القراض والإجارة هذا هو المشهور، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: أن القول قول السيد، وهو غريب، ولعله فيما إذا اختلفا بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ، أما بعده فلا وجه له، ولا خفاء أنه يخالف قبل الشروع.

فرع: قال الرَّافِعِي - ولم أجده مسطورًا -: يد العامل على ما تحصل في يده إلى أن يرده يد أمانة، فلو رفع اليد عن الدابة وخلاها في مضيعة فهو تقصير يضمن، ونفقة العبد وعلف الدابة في مدة الرد يجوز أن يكون على ما ذكرنا في هرب الجمال، ويجوز أن يقال: ذلك أمر اقتضت الضرورة إليه هناك، وثبت العامل اليد باختياره فليتكلف مؤنته، وقد يؤيد هذا بالعادة.

....

قال الشيخ[١]: قلت: عجيب قول الإمام الرَّافِعِي في نفقة المردود، ولا أعلمه مسطورًا وأنه يحتمل أمرين هذا وجه ذكره القاضي ابن كج في كتابه «التجريد»، وهو كثير النقل عنه؛ فقال: إذا أنفق عليه الزاد فهو متبرع عندنا، وهذا الذي قاله ظاهر جارٍ على القواعد، وقول الرَّافِعِي: وخلاها في مضيعة لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة فحسب خلاها ضمن، والله أعلم، انتهى.

وقد ذكر الْمَاوَرْدِيُّ أنه لو أنفق عليه كان متطوعًا، ولا شكَّ فيه إذا فعل من غير مراجعة حاكم ولا إشهاد عند فقده بل من تلقاء نفسه، وأحسنه مرادهما، وليس من كلام القاضيين يعرض لكونها عليه بل هو مشعر بأنه على المالك، وقول الشيخ إنما ذكره ابن كج الظاهر الجاري على القواعد إن أراد به ما ذكرته فصحيح، وإن أراد به أنها على الراد فممنوع بل القياس الظاهر أنها على المالك؛ لأن العامل إما أجير أو وكيل فجعل وكلاهما لا مؤنة عليه قطعًا، وقوله: لا حاجة للتقييد بالمضيعة مراد الرَّافِعِي أنه لو أراد الإعراض عن الردِّ فسأله أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ولا يترك ذلك هملًا، ولم يرد أنه يتركه بمهلكة، وقول الرَّافِعِي: أن يد العامل يد أمانة فلا شكَّ فيه في المعين، وكذا في المبهم إن كان أهلًا للائتمان عليه في الجملة، أما غيره كالصبي والمجنون ونحوهما ففيه نظر، فإن منعناهم الأخذ، وقلنا: لا يدخلون في لفظ الجاعل فيدهم يد ضمان، وإن جوزنا لهم الأخذ ففيه للنظر مجال، وينبغي أن تكون يد ما دون المعين، ويد عبده المستقلة يد ضمان؛ لأنه لم يرض بيد غيره، وفي قول القاضي أبي الطيب في «المحرر» لو لم يتمكن العامل من ردِّ الآبق، ولا يبيع بعضه بالإنفاق عليه لم يجز له بيعه.

إشارة: ظاهرة إلى أن نفقته على مالكه، وهو الصواب ويشبه أنه إذا أراد به ليس له الاستقلال به بل يرفع الأمر إلى الحاكم كما صرحوا به فيما لو وجد ضالة للحفظ.

---

[١] أي الشيخ النووي، كما في روضة الطالبين (٥/ ٢٧٦).

……

قال القاضي: ولا يجوز له ركوب البعير الشارد في الطريق، فإن ركب ضمن، وهذا ظاهر إذا كان ينقاد بلا ركوب، وإلا فيجوز كالمودع وأولى.

فرع: قال المصنف في «فتاويه»: إنه لو حبس ظلمًا فبذل مالًا لمن يتكلم في خلاصه تجاهه أو بغيره جاز صرح به جماعة منهم القاضي الحسين في أول الربا في «تعليقه»، ونقله عن الْقَفَّال، قال: وهذه جعالة مباحة، انتهى.

وسيأتي إن شاء الله تعالى في «أدب القضاء» في «الحاوي» ما قد يخالف هذا، وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو كان بيد ظالم، فقال الرجل: إن خلصتني منه فلك كذا، قال: يحتمل أن يقال: يستحق ذلك كرد الآبق، ويحتمل أن يقال: إن تخليصه من حمله النهي عن المنكر، وهو من فروض الكفاية فيكون بالتخليص مسقطًا للفرض عن نفسه فلا يستحق جعلًا، انتهى.

وعلى الاحتمال الأول ينبغي أن يكون محل الاستحقاق ما إذا كان في تخليصه منه كلفة عليه تقابل بعوض، أما لو كان تخليصه منه بأدنى إشارة أو كلمة لا تتعب فقياس ما سبق أنه لا يستحق شيئًا، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الْفَرَائِضِ

قال الشارح: الفرائض جمع: فريضة، فعله من الفرض، هو التقدير، والفريضة: اسم من فرض فرضًا، وأصل الفرض: الْحَزُّ، ومنه فرضه العين والنهر أي: بلته، ثم استعمل بمعنى التقدير، وفرض الله تعالى أي: أوجب وألزم، قال العلماء: سمي العلم بقسمة المواريث الفرائض، وصاحب هذا العلم: الفرضي لما فيها من السهام المقدرة والمقادير المنقطعة، والأصل في المواريث قبل الإجماع الآيات الواردة في سورة النساء، وهي قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] أي: يعهد إليكم في شأن ميراثهم، والآية التي تليها، وآية الكلالة الخاتمة للسورة، والأحاديث جاءت بالحث على تعلم الفرائض وتعليمها.

منها: حديث ابن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ قال: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ؛ فَإِنَّهَا مِنْ دِينِكُمْ» رواه بنحوه ابن ماجه، والحاكم وزاد فيه: «وَهُوَ يُنْسَى، وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْتَزَعُ مِنْ أُمَّتِي»(١).

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٧١٩) والحاكم (٤/ ٣٦٩). قال البوصيري في (مصباح الزجاجة ٣/ ١٤٥، ١٤٦): رواه الترمذي في الجامع (٤/ ٤١٣) من طريق شهر عن أبي هريرة مرفوعًا: «تعلموا الفرائض وعلموا الناس فإني مقبوض» وقال هذا حديث فيه اضطراب انتهى ورواه الدارقطني في سننه من طريق حفص بن عمر ورواه الحاكم في المستدرك عن أبي بكر أحمد ابن إسحاق عن بشر بن موسى الأسدي عن إسماعيل بن أبي أويس عن حفص بن عمر به سواء، وقال إنه صحيح الإسناد.

قلت: ورواه البيهقي في «الكبرى» من طريق محمد بن عباد المكي وإسماعيل بن أبي أويس كلاهما عن حفص ابن عمر به وتصحيح الحاكم له فيه نظر، فإن حفص بن عمر المذكور ضعفه ابن معين والبخاري والنسائي وأبي حاتم وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به بحال، وقال ابن عدي: قليل الحديث وحديثه كما قال البخاري منكر الحديث انتهى، وله شاهدٌ من حديث عبدالله بن عمرو رواه أبو داود في سننه ورواه الحاكم أيضًا من حديث ابن مسعود وصححه والنسائي وأبو داود الطيالسي وابن أبي عمر وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم والبيهقي.

قال المصنف: [يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ ثُمَّ وَصَايَاهُ

قال البيهقي(١): **تفرد به حفص بن عمر، وليس بالقوي.**

قلت: هو حفص بن عمر بن أبي العطاف المدني عن أبي الزناد، قال البخاري: منكر الحديث، وكذبه يحيى بن معين، قال أبو حاتم: منكر الحديث، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به بحال، وقال العقيلي: حديثه هذا لا يتابع عليه، ولا يعرف إلا به.

وأما حديث: «**إن الله لا يكل مواريثكم إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب ولكن يولى شأنها: فقيهٌ أمين**»(٢) فغير ثابت أيضًا.

وفي فرائض أبي الفضل التميمي من أصحابنا أن ابن اللبان أسند مرفوعًا إلى النبي ﷺ أنه قال: «**العلوم كلها عشرة أجزاء تسعة منها في الفرائض، وجزء في سائر العلوم**»(٣).

قلت: ويشبه أن يكون هذا موضوعًا، قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: ويثبت حثه ﷺ على تعلم الفرائض أنهم كانوا قريبي العهد بغير هذا التوارث، فحثهم على تعلمه لئلا يشتغلوا بتعلم ما هو أعم منه من العبادات والمعاملات فيؤدي ذلك إلى انقراضها.

قال - ﷺ تعالى -: (**يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ بِمُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ**) أي: بالمعروف لحاجته إلى ذلك، وقضية إطلاقهم هذا أنه لا يجب على الزوج تجهيز زوجته، وقد سبق ذلك في الجنائز، ويبدأ أيضًا بمؤنة تجهيز من عليه تجهيزه نصَّ عليه الشافعي والأصحاب، وإنما يدفع إلى الوارث ما يستغني عنه المورث.

قال: (**ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ ثُمَّ وَصَايَاهُ**) لقوله تعالى: ﴿**مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ**﴾ [النساء: ١٢] والدَّين مقدم على الوصية إجماعًا، ولذلك قال المصنف: ثم، ولا عبرة بما يحكى عن أبي ثور من العكس، ولا أراه يصح عنه، وقول المصنف: «**ثُمَّ وَصَايَاهُ**» أي:

---

(١) في «السنن الكبرى» (٢/ ٢١٩).

(٢) ذكره صاحب «منح الجليل شرح مختصر خليل» (٢١/ ١٦٠).

(٣) لم أجده.

مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي، ثُمَّ يُقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ. قُلْتُ: فَإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالْجَانِي وَالْمَرْهُونِ وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي مُفْلِسًا قُدِّمَ عَلَى مُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ، وَالله أَعْلَمُ.

وَأَسْبَابُ الْإِرْثِ أَرْبَعَةٌ: قَرَابَةٌ، وَنِكَاحٌ، وَوَلَاءٌ، فَيَرِثُ الْمُعْتِقُ الْعَتِيقَ وَلَا عَكْسَ،

(مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي) بعد الدَّين كما سيأتي بيانه، ولا خفاء أن للورثة إمساك عين التركة وقضاء الديون من أموالهم إلا أن يكون قد أوصى بقضاء الدين من عين له، أو أعيان فيعمل بوصيته.

قال: **(ثُمَّ يُقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ)** أي: على فرائض الله تعالى كما سيأتي للآية السالفة، وكما يقسم ماله بينهم يقسم أيضًا ما يختص به من نجاسة كجلود الميتة والكلاب والسماد والأدهان النجسة.

قال: **(قُلْتُ: فَإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالْجَانِي وَالْمَرْهُونِ وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي مُفْلِسًا)** أي: وما أشبه ذلك وأمثلته كثيرة.

(قُدِّمَ عَلَى مُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ) أي: على الصحيح المشهور كما تقدم في الجناة، وفي الرهن من «فروق» الشيخ أبي محمد عن بعض مشايخنا أنها تقدم على حق المرتهن والمجني عليه وقرره مقتصرًا عليه، وهو يرد تصويب المصنف على «التنبيه» **(وَالله أَعْلَمُ)**.

قال: **(وَأَسْبَابُ الْإِرْثِ أَرْبَعَةٌ: قَرَابَةٌ، وَنِكَاحٌ، وَوَلَاءٌ)** أما الإرث بالقرابة والزوجية فبنصوص القرآن والإجماع، وأما الولاء ما بينه بقوله: **(فَيَرِثُ الْمُعْتِقُ الْعَتِيقَ وَلَا عَكْسَ)**، واستدلوا بثبوته بالولاء لقوله ﷺ: **«الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»**⁽¹⁾ أخرجه ابن حبان في «صحيحه» والحاكم، وقال: صحيح الإسناد.

شبه الولاء بالنسب، والنسب يورث به فكذا.

وقوله: **(وَلَا عَكْسَ)** أي: لا يرث العتيق المعتق، ولا يعرف فيه مخالف إلا الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة، ونُقل عن طاوس وسُرَيْج وجماعة.

وفي كتاب الترمذي عن ابن عباس «أنه ﷺ ورثه منه» وحسنه، وقال

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) والحاكم (٤/ ٣٤١).

وَالرَّابِعُ: الْإِسْلَامُ فَتُصْرَفُ التَّرِكَةُ لِبَيْتِ الْمَالِ إِرْثًا إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِالْأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ.

البخاري: لا يصح هذا الحديث؛ ولعله أعطاه مصلحة لا إرثًا كما أعطى ﷺ ميراثًا من جزءٍ من محلةٍ لأهل قرابته، حسنه الترمذي أيضًا.

قال الترمذي: والعمل على أنه إذا مات الرجل، ولم يترك عصبة أن ميراثه يجعل في بيت مال المسلمين⁽¹⁾.

قال: (**وَالرَّابِعُ: الْإِسْلَامُ، فَتُصْرَفُ التَّرِكَةُ لِبَيْتِ الْمَالِ إِرْثًا**) أي: للمسلمين.

(**إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِالْأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ**) أي: المتقدمة أو كان، ولم يستغرق؛ فالباقي لبيت المال، قالوا: كما يتحملون عنه الدية، ولحديث المقدام بن معدي كرب ﷺ أنه ﷺ قال: «**أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ عَنْهُ**»⁽²⁾ رواه أبو داود والترمذي والنسائي وصححه ابن حبان والحاكم.

---

(١) جامع السنن للترمذي (٢١٠٦).

(٢) حديث المقدام: أخرجه أبو داود (٢٨٩٩) والترمذي (٢١٠٣)، والنسائي (٤/ ٧٦ كبرى) وابن ماجه (٢٦٢٤)، وابن حبان (٦٠٣٥)، والحاكم (٤/ ٣٨٢).

حديث عمر: أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢١، رقم ٢١٠٣) وقال: حسن صحيح. والنسائي فى الكبرى (٤/ ٧٦، رقم ٦٣٥١)، وابن ماجه (٢/ ٩١٤ رقم ٢٧٣٧)، وابن الجارود (ص ٢٤٢ رقم ٩٦٤) وابن حبان من طريق أبي يعلى (١٣/ ٤٠٠، رقم ٦٠٣٧) والدارقطني (٤/ ٨٤)، والبيهقي (٦/ ٢١٤ رقم ١١٩٨٨)، والضياء من طريق ابن أبي عاصم (١/ ١٦٧ رقم ٧٤)، ومن طريق الشاشي (رقم ٧٧). وأحمد (١/ ٢٨، رقم ١٨٩).

حديث عائشة: أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٢٠، رقم ١٦٢٠٢)، والحاكم (٤/ ٣٨٣، رقم ٨٠٠٤) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٦/ ٢١٥، رقم ١١٩٩٥) وقال: هذا هو المحفوظ من قول عائشة موقوفًا عليها وكذلك رواه عبد الرزاق، وقد كان أبو عاصم يرفعه فى بعض الروايات عنه ثم شك فيه فالرفع غير محفوظ والله أعلم. وإسحاق بن راهويه موقوفًا (٣/ ٦٤٥، رقم ١٢٣٢)، ومرفوعًا (٣/ ٦٤٧، رقم ١٢٣٤)، والدارمي موقوفًا (٢/ ٤٦٣، رقم ٢٩٧٧)، والدارقطني مرفوعًا مرة وموقوفًا أخرى (٤/ ٨٥)، وأبو عوانة مرفوعًا (٣/ ٤٤٧، رقم ٥٦٣٨).

حديث رجل: أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ٢٨٥ رقم ١٩١٢٢، ١٩١٢٣) وإسحاق بن راهويه (٣/ ٦٤٥ رقم ١٢٣٢).

حديث طاوس: أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٩٢، رقم ١٧١).

وَالْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ: الِابْنُ وَابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ، وَالْأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا، وَالْأَخُ وَابْنُهُ إِلَّا مِنَ الْأُمِّ، وَالْعَمُّ إِلَّا لِلْأُمِّ، وَكَذَا ابْنُهُ وَالزَّوْجُ وَالْمُعْتِقُ.

وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ: الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالْأُمُّ، وَالْجَدَّةُ وَالْأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ وَالْمُعْتِقَةُ.

وهو ﷺ لا يرث لنفسه، وإنما يصرفه في مصالح المسلمين، وقول المصنف: إرثًا هو المذهب، وقيل: على سبيل المصلحة، أو لا تخلو عن ابن عم، وإن أجّله فألحق بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكه، ورد ماله لو صح ما ورث المعتق أو عصبة النسب مقدمة عليه.

قال في «الروضة»: ضمَّ صاحب «التلخيص»[1] إلى هذه الأسباب الأربعة خامسًا، وهو: سبب النكاح، وكذلك غير النكاح، وكذلك في المبتوتة في مرض الموت، إذا قلنا بالقديم أنها ترث، انتهى، وليس هذا في القديم.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: نصَّ على القولين في الرجعة والعدد، وإلا فلا، وليس له في القديم فيها نص، وقال القاضي أبو الطيب: ذكرهما في الجديد، والأشهر أنها ترثه، انتهى، وهو قول أكثر العلماء، ولكن ظاهر المذهب المنع.

قال: (**وَالْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ: الِابْنُ وَابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ، وَالْأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا، وَالْأَخُ وَابْنُهُ إِلَّا مِنَ الْأُمِّ، وَالْعَمُّ إِلَّا لِلْأُمِّ، وَكَذَا ابْنُهُ وَالزَّوْجُ وَالْمُعْتِقُ، وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ: الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالْأُمُّ، وَالْجَدَّةُ وَالْأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ وَالْمُعْتِقَةُ**) الإجماع فيما ذكره يغني عن التوجيه، وهذه العبارة الموجزة في عدهم.

وأما عبارة «البسيط»: الوارثون من الرجال خمسة عشر، ومن النساء عشر، وعليها جرى في «التنبيه» دون «المهذب».

إشارات: قوله: «**وَالْأَخُ**» أي: مطلقًا فإنه وارث.

---

(١) انظره في «التلخيص» لابن القاص (ص٤٣٦).

فَلَوْ اجْتَمَعَ كُلُّ الرِّجَالِ وَرِثَ الْأَبُ وَالِابْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ.
أَوْ كُلُّ النِّسَاءِ فَالْبِنْتُ، وَبِنْتُ الِابْنِ وَالْأُمُّ، وَالْأُخْتُ لِلْأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةُ.
أَوْ الَّذِينَ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمْ مِنَ الصِّنْفَيْنِ فَالْأَبَوَانِ وَالِابْنُ وَالْبِنْتُ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ.

(وَابْنُهُ) أي: وإن سفل إلا الأخ للأم فإنه من ذوي الأرحام، ويدخل في العم عم الميت، وعم أبيه وعم جده وإن علا، ويدخل أبناؤهم في قوله: (وَكَذَا ابْنُهُ) وعلم من قوله: (إِلَّا لِلْأُمِّ) إخراج من كان من هؤلاء للأم بطريق الأولى، ودخل في لفظ: المعتق عصبته ومعتق معتقه وعصبته وهكذا.

وقوله: (وَالْجَدَّةُ) أي: وإن علت، ويدخل فيه الجدة من الجهتين، والمراد المدلية بوارث كما ذكره من بعد.

وقوله: (وَالْأُخْتُ) دخل فيه الشقيقة، وللأب فقط، وللأم فقط، والمراد بالمعتقة: من باشرت الإعتاق ومن تدلى بها من عصبة ومعتق.

قال: (**فَلَوْ اجْتَمَعَ كُلُّ الرِّجَالِ وَرِثَ الْأَبُ وَالِابْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ أَوْ كُلُّ النِّسَاءِ، فَالْبِنْتُ، وَبِنْتُ الِابْنِ وَالْأُمُّ، وَالْأُخْتُ لِلْأَبَوَيْنِ، وَالزَّوْجَةُ، أَوْ الَّذِينَ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمْ مِنَ الصِّنْفَيْنِ، فَالْأَبَوَانِ، وَالِابْنُ، وَالْبِنْتُ، وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ**) لما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

أما المسألة الأولى: وهي إجماع كل الرجال فتصبح من اثني عشر: للأب السدس سهمان، وللزوج الربع ثلثه، والباقي للابن.

وأما الثانية: وهي اجتماع كل النساء، فأصلها من أربعة وعشرين: للزوجة الثمن ثلاثة، وللأم السدس أربعة، وللأخت النصف اثنا عشر، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين أربعة، وللأخت الباقي وهو سهم واحد.

وأما الثالثة: وهي اجتماع كل من الصنفين فلها حالات: الأولى أن يكون الميت رجلًا فأصلها من أربعة وعشرين: للزوجة الثمن، وللأب السدس، والأم السدس، والباقي بين الابن والبنت ولا ثلث للباقي، وهو ثلاثة عشر، ولا يصح عليهما فيضرب أربعة وعشرين في ثلاثة تبلغ اثنين وسبعين ومنها تصح، والثاني: أن يكون الميت امرأة فأصلها من اثني عشر للأبوين السدسان

وَلَوْ فُقِدُوا كُلُّهُمْ فَأَصْلُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يُورَثُ ذَوُو الْأَرْحَامِ ....

أربعة، وللزوج الربع ثلاثة، والباقي وهو خمسة بين الابن والبنت أثلاثًا، ولا يقسم عليهما فيضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين، ومنها تصح.

فوائد:

الأولى: من انفرد من الذكور حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأم، ومن قال بالرد لا يستثني إلا الزوج، ومن انفرد من النساء لم تحز جميع المال إلا المعتقة، ومن قال بالرد لا يستثني إلا الزوجة.

الثانية: ليس لنا من يرث مع من يدلي به إلا ولد الأم.

الثالثة: كل من يورَّث يرِث إلا الجنين في غرته، والمبعض على الأظهر.

الرابعة: أربعة ذكور يرثون نساء لا ترثهن: ابن الأخ مع عمته، والعم مع ابن أخيه، وابن العم مع ابنة عمه، والمولى مع العتيقة، وامرأتان ترثان من ذكرين لا يرثانهما: أم الأم مع ابن بنتها، والمولاة مع عتيقها.

قال: (**وَلَوْ فُقِدُوا كُلُّهُمْ فَأَصْلُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يُورَثُ ذَوُو الْأَرْحَامِ**) لحديث ابن عمر ﷺ قال: أقبل رسول الله ﷺ على حمار فلقيه رجل، فقال: يا رسول الله، ترك عمته وخالته لا وارث له غيرهما، فرفع رأسه إلى السماء، وقال: «**اللهم رجل ترك عمته وخالته لا وارث له غيرهما**» ثم قال: «**أين السائل؟**» فقال: ها أنذا، فقال: «**لا ميراث لهما**» رواه الحاكم، وقال: صحيح الإسناد.

وفي حديث: «**إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث**»⁽¹⁾ إشارة إلى من ذكره الله تعالى في كتابه هو الوارث، وبمذهبنا قال مالك.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦٤، رقم ١٢٣٢١)، وابن عساكر من طريق الحسن بن سفيان (٢١/ ٢٨٠)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٦، رقم ٢٧١٤)، قال البوصيري (٣/ ١٤٤): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات. والضياء من طريق الحسن بن سفيان (٦/ ١٤٩، رقم ٢١٤٤)، والدارقطني (٤/ ٧٠)، والطبراني في مسند الشاميين (١/ ٣٦٠، رقم ٦٢١).

وَلَا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ، بَلْ الْمَالُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَأَفْتَى الْمُتَأَخِّرُونَ إِذَا لَمْ يَنْتَظِمْ أَمْرُ بَيْتِ الْمَالِ بِالرَّدِّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ مَا فَضَلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بِالنِّسْبَةِ،

قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: وبه قال فيها الحجازيون وأكثرهم من التابعين، ومن بعدهم منهم الفقهاء السبعة المدنيون، وأبو سلمة وسالم وابن شهاب وربيعة وأبو الزناد وعطاء وعمرو بن دينار وابن جريج، انتهى.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يرثون، وبه قال المزني وابن سُرَيْج.

قال ابن الرِّفْعَة: ومحل الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة عند صلاح بيت المال.

قال: (**وَلَا يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ، بَلْ الْمَالُ لِبَيْتِ الْمَالِ**) أي: ما بقي بعد فرضهم؛ لأن الله تعالى جعل للأخ الكل حيث للأخت النصف، وفي الرد وقع الفرق، ولحديث: «**فَمَا أَبْقَتْ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**» عصبة وعصبته المسلمون؛ لأنهم يتحملون عنه الدية.

قال: (**وَأَفْتَى الْمُتَأَخِّرُونَ**) أي: من كبار أصحابنا (**إِذَا لَمْ يَنْتَظِمْ أَمْرُ بَيْتِ الْمَالِ بِالرَّدِّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ مَا فَضَلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بِالنِّسْبَةِ**) إلى آخره؛ لأن المال مصروف إلى الأقارب أو إلى بيت المال بالاتفاق ما إذا تعددت إحدى الجهتين تعينت الأخرى.

قال ابن سراقة: كان القاضي أبو العباس ابن سُرَيْج يورث ذوي الأرحام، ويقول: قد ارتفع بيت المال، وذوي الأرحام أحق.

قال ابن الصلاح: ومن يورثهم يقدم الرد على ذوي الفروض سوى الزوج والزوجة، وهذا ما اختاره القضاة ابن كج والْمَاوَرْدِيُّ والحسين وكذا الْمُتَوَلِّي وآخرون.

قال أبو الحسن بن سراقة: وَيُؤْخَذُ مِمَّا قَرَّرْنَاهُ أَنَّ الْمُتَأَخِّرِينَ فِي كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ وَنَحْوِهِمَا كُلُّ مَنْ كَانَ بَعْدَ الْأَرْبَعِمِائَةِ هو قول عامة شيوخنا، وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله الْمَاوَرْدِيُّ عن مذهب الشَّافِعِي، وغلَّط الشيخ أبا حامد في مخالفته.

قال: وإنما مذهب الشَّافِعِي منعهم إذا استقام أمر بيت المال.

فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صُرِفَ إِلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَهُمْ مَنْ سِوَى الْمَذْكُورِينَ مِنَ الْأَقَارِبِ،

قال الخبري(١): وبه يفتي أكثر أصحابنا اليوم لعدم بيت المال.

قال في «الروضة»: وهو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا قد ارتفع بيت المال، وذوو الأرحام أحق.

قال ابن الصلاح: من يورثهم قدم الرد على ذوي الأرحام الفروض سوى الزوج والزوجة.

تنبيه: قوله: «غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ» أي: لا يرد عليهما إذ لا قرابة لهما، ونقل ابن سُرَيْج الإجماع فيه وتبعه ابن سراقة.

قال: وذكر بعض الفرضيين غير ذلك عن عثمان وغيره لا يعرف، وبالغ في إنكاره، نعم! قال بعض أئمة العصر: لو فرض مع الزوجة رحم كبنت الخالة وبنت العم، وجب عند القائلين بالرد أن يرد عليها بعد فرضها، فالزوجة ليست تعد من الرد، وإنما هي غير معصبة، وهو الرحم عمل به، وحاصله أن المردود عليها بجهتين رحم وارث، انتهى.

وهذا واضح لا شكَّ فيه، وغلط من تعرض لشرح «المنهاج» فقال بعد قوله: (غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ): أن يشترط ألا يكون لها رحم على أن ما ذكره منهم من كلام «المنهاج» قطعًا، وإنما أراد الإيضاح، وقوله: (مَا فَضَلَ) أي: يرد الفاضل عليهم بنسبة فروضهم، فإن كان واحدًا كالبنت والأخت دفع إليه الفرض، والثاني بالرد، وإن كانوا جماعة من صنف فالباقي بينهم بالسوية، وإن كانوا من صنفين أو ثلاثة رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم، مثاله: أم وبنت، أصل المسألة من ستة، وسهامها أربعة لجعلها أصل المسألة أم، وبنت، وبنت ابن سهامهن خمسة.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صُرِفَ إِلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَهُمْ مَنْ سِوَى الْمَذْكُورِينَ مِنَ الْأَقَارِبِ**) ذوي الأرحام بالقول الجلي: كل قريب ليس ممن ذكر في الفصل السابق، وإن شئت قلت: كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة، وأما على

---

(١) في كتابه: «التلخيص في الفرائض» (ص٦١)، ونقله عنه الماوردي في الحاوي (٨/ ٧٣).

وَهُمْ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ أَبُو الْأُمِّ، وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَأَوْلَادُ الْأَخَوَاتِ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ، وَالْعَمُّ لِلْأُمِّ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالِ وَالْخَالَاتِ، وَالْمُدْلُونَ بِهِمْ.

التفصيل فسيذكره المصنف.

قال: **(وَهُمْ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ أَبُو الْأُمِّ، وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَأَوْلَادُ الْأَخَوَاتِ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ، وَالْعَمُّ لِلْأُمِّ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالِ وَالْخَالَاتِ، وَالْمُدْلُونَ بِهِمْ)** تخصيص هؤلاء باسم ذوي الأرحام اصطلاح من الفقهاء والفرضيين، واسم ذوي الأرحام في الأصل شامل للوارثين، ومنهم من يعدهم أحد عشر صنفًا، ويفضل الجد عن الجدة، ومنهم من يزيد على ذلك، والمقصود لا يختلف.

فرع: إذا قلنا: بالصرف على ذوي الأرحام فوجهان: أحدهما: أنه يصرف على الفقراء منهم يقدم الأحوج فالأحوج، والصحيح صرفه، وهل هو وارث أم شيء مصلحي؟ وجهان، قال الرَّافِعِي: أشبههما بأصل المذهب أنه على سبيل المصلحة، واختاره الرُّويَانِيُّ.

قال: ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين أو إلى غيرهم من أنواع المصالح، **فَإِنْ خِيفَ عَلَى الْمَالِ مِنْ حَاكِمِ الزَّمَانِ صُرِفَ إِلَى الْأَصْلَحِ بِقَوْلِ مُفْتِي الْبَلْدَةِ.**

قال المصنف: الصحيح الذي عليه جمهور من دونهم من أصحابنا أنه يصرف إلى جميعهم إرثًا، انتهى.

فعلى هذا في كيفية توريثهم مذهبان: أحدهما: **مَذْهَبُ أَهْلِ الْقَرَابَةِ**، والثاني: **مَذْهَبُ أَهْلِ التَّنْزِيلِ**.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وبه يفتى، وعليه العمل؛ لأنه أجرى على القياس، وهو ما أورده القاضي ابن كج وصاحب «المهذب» والإمام وصححه في «الروضة» ورجحوه بأن القائلين به من الصحابة، ومن بعدهم أكثر، وبالأول قال أبو حنيفة واختاره الْبَغَوِي والْمُتَوَلِّي، وسُمي الأولون: أهل القرابة؛ لتوريثهم الأقرب فالأقرب، والآخرون: أهل التنزيل؛ لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله،

فَصْلٌ

الْفُرُوضُ الْمُقَدَّرَةُ فِي كتاب اللَّهِ تَعَالَى سِتَّةٌ ....

والمذهبان متفقان على من انفرد من ذوي الأرحام حاز جميع المال إنما يظهر الاختلاف عند الاجتماع.

مثاله: بنت بنت وبنت بنت ابن المتروكون يجعلون المال بينهما أرباعًا بالفرض، والرد لتنزيلهما منزلة بنت وبنت ابن، وأَهْلِ الْقَرَابَةِ يجعلون الكل لبنت البنت لقربها بنت ابن المال، الثانية بالاتفاق.

أما على التنزيل فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر، أما على القرابة فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة ابن بنت وبنت بنت أخرى وثلاث بنات بنت أخرى، المتروكون يقولون: للابن الثلث، وللبنت الفردة كذلك، وللثلاث أثلاثًا، وأهل القرابة يجعلون المال بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

فائدة: قال القاضي الحسين: التوريث بالرحم توريث بالعصوبة؛ لأنه يراعى فيه القرب، ومفضل الذكر، ويجوز المتفرد الجمع، وهذه علامات التعصيب.

قال:

(فَصْلٌ:

الْفُرُوضُ الْمُقَدَّرَةُ فِي كتاب الله تَعَالَى سِتَّةٌ) أي: وهو النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، إن شئت قلت: النصف ونصفه وهو الربع، ونصف نصفه وهو الثمن، والثلثان ونصفهما وهو الثلث، ونصف نصفهما وهو السدس، وإن شئت قلت: الثمن والسدس وضعفهما وضعف ضعفهما.

وإن شئت قلت: الثلثان والنصف ونصفهما ونصف نصفهما، وإن شئت قلت: النصف ونصفه وربعه والثلثين ونصفهما وربعهما، والمقصود لا يختلف.

وقوله: «**فِي كتاب الله**» احترز به على ثلث الباقي في مسألتي زوج وأبوين، وزوجة وأبوين، وعن الجد حيث يأخذ ثلث الباقي.

النِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ: زَوْجٍ لَمْ تُخَلِّفْ زَوْجَتُهُ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ، وَبِنْتٍ أَوْ بِنْتِ ابْنٍ أَوْ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مُنْفَرِدَاتٍ.

وَالرُّبُعُ فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ، وَزَوْجَةٍ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا.

قال المصنف: وهو مثلث النون، (**النِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ: زَوْجٍ لَمْ تُخَلِّفْ زَوْجَتُهُ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ**) أي: وإن سفل لقوله تعالى: ﴿**وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ**﴾ [النساء: ١٢] نصَّ على الولد وولد الولد قام مقامه بالإجماع في الإرث والتعصيب فقيسا الحجب عليه، وقد أجمعوا على أن ولد الابن يقوم مقام الابن في الحجب هنا، وحكي عن مجاهد هنا خلافه، وهو شاذ مدفوع بالإجماع، نعم اختلف أصحابنا هل حجته بالاسم؛ لأنه يسمى ولد أو بالمعنى لأن الولد حقيقة للصلب

واحترز المصنف بقوله: ولد ابن عن ولد البنت؛ لأنه من ذوي الأرحام.

قال: (**وَبِنْتٍ**) لقوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ**﴾ [النساء: ١١].

(**أَوْ بِنْتِ ابْنٍ**) أي: وإن سفل للإجماع.

(**أَوْ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ**) لقوله تعالى: ﴿**إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ**﴾ [النساء: ١٧٦].

قال ابن الرِّفْعَة: واجتمعوا على أن المراد به الصنفان جميعًا.

قال: (**مُنْفَرِدَاتٍ**) أي: إنما يكون فرض كل واحد من البنت وبنت الابن والأخت لأبوين أو لأب النصف في حال انفرادها، أما لو اجتمعت مع غيرها فسيأتي حكمه.

قال: (**وَالرُّبُعُ فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ**) أي: وإن سفل سواء كان منه أو من غيره لقوله تعالى: ﴿**فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ**﴾ [النساء: ١٢]، وحكم ولد الابن كما سبق، وأخرج بولد الابن ولد البنت فإنه من ذوي الأرحام، ولا يحجب الزوج، قال القرطبي: بالإجماع.

قال: (**وَزَوْجَةٍ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا**) لقوله تعالى: ﴿**وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ**

وَالثُّمُنُ فَرْضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا. وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا وَبِنْتَيْ ابْنٍ فَأَكْثَرَ

مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ [النساء: ١٢].

قال: (**وَالثُّمُنُ فَرْضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا**) لما تقدم، وفيه ما روي عن مجاهد.

إشارة: للزوجين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع أو الثمن بالإجماع، وعجب إهمال المصنف بيان ذلك.

قال: (**وَالثُّلُثَانِ فَرْضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا**) أي: فأكثر؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] ولما رواه أبو داود والترمذي وصححه: «**أن امرأة من الأنصار أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد، وأخذ عمهما ماله، ووالله لا يُنكحان ولا مال لهما، فقال النبي ﷺ: «يَقْضِي الله تعالى فِي ذَلِكَ» فنزل قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] فدعا النبي ﷺ المرأة وصاحبها وقال: أعط البنتين الثلثين، والمرأة الثمن، وخذ الباقي**»(١).

قال أبو عمر بن عبد البر في «الاستذكار»(٢): لا أعلم في هذا خلافًا بين المسلمين إلا رواية شاذة، لم تصح عن ابن عباس أنه قال: للبنتين النصف كالبنت الواحدة، حتى تكون البنات أكثر من اثنتين فيكون لهن الثلثان وهذه الرواية منكرة عند أهل العلم باطلة كلهم ينكروها ويدفعهما بما رواه ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله، عن عتبة، عن ابن عباس أنه: «جعل للبنتين الثلثين»، وعلى هذا جماعة الناس، انتهى.

وقال الماوردي: هي رواية شاذة عنه، وقد أجمع العلماء قبل مخالفته على أن لهما الثلثين، وقال غيره: صحَّ رجوعه وارتفع الخلاف.

قال: (**وَبِنْتَيْ ابْنٍ فَأَكْثَرَ**) قيل: بالإجماع، سواء كن من أب واحد، أو آباء

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٩١) والترمذي (٢٠٩٢).

(٢) انظر: كتاب الاستذكار (١٥/ ٣٨٩).

وَأُخْتَيْنِ فَأَكْثَرَ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ.

وَالثُّلُثُ فَرْضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ وَلَا اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَفَرْضُ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ، وَقَدْ يُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ.

وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ: أَبٍ وَجَدٍّ لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَأُمٍّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوْ اثْنَانِ مِنْ إِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ ....

فيشتركن، وبنتي ابن الابن وإن سفل في منزلة بنتي الابن.

قال: (**وَأُخْتَيْنِ فَأَكْثَرَ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، والإجماع منعقد على ذلك.

قال: (**وَالثُّلُثُ فَرْضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ وَلَا اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ**) أي: سواء كانوا من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم، أو بعضهم لأبوين، وبعضهم لأم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وولد الابن وإن سفل قائم مقام الولد كما تقدم.

قال: (**وَفَرْضُ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ**) لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢] وهذه الآية الكريمة نزلت في أولاد الأم، وقد قرأ سعد بن أبي وقاص، وابن مسعود: وله أخ، أو أخت من الأم.

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الأخوة في هذه الآية عني بها الإخوة للأم.

قال: (**وَقَدْ يُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ**) أي: في بعض الأحوال كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. قال: (**وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ: أَبٍ وَجَدٍّ**) أي: وإن علا.

(**لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ**) للنص والإجماع.

(**وَأُمٍّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوْ اثْنَانِ مِنْ إِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

وَجَدَّةٍ ....

وقال ابن عباس: لا تحجب الأم إلا بثلاثة من الإخوة؛ لظاهر الآية، وعن الحسن البصري: بثلاثة ذكور لأن إجماع الصحابة على ما ذكرناه، وقد أشار عثمان في حِجَاجِهِ ابن عباس إلى الإجماع قبل إظهار ابن عباس الخلاف، ولأنه حجب يتعلق بعدد، فكان الاثنان أقله؛ لحجب البنات لبنات الابن، وما حُكي عن الحسن غريب.

قال ابن عبد البر: أجمعوا على حجبها بثلاث أخوات وليس في لسان العرب بإخوة فحجبها باثنين من الإخوة أولى، انتهى.

ثم حُكي عن بعض المتأخرين ممن لا يعتد بخلافه أنه قال: لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بأختين، ولا بأخوات متفرقات حتى يكون معهما أخ، أو مع إحداهما أخ لأب الأختين، ولا بأخوات لآباء ولهما اسم الإخوة منفردات.

قال: وهذا شذوذ لا يخرَّج عليه ولا يلتفت إليه؛ لأن الصحابة - ﷺ - صرفوا اسم الإخوة عن ظاهره إلى اثنين، وذلك لا يكون منهم رأيًا وإنما هو توفيق عن من يجب التسليم له، والله أعلم.

فائدة: رأيت في «فروع ابن القطان»: إذا ولدت ولدين ملتصقين لهما رأسان، وأربع أرجل، وأربع أيدي، وفرجان فحقهما حكم الاثنين في جميع الأحكام، فتحجب الأم بهما، وميراثهما ميراث اثنين، وكذلك سائر أحكامهما من قصاص ودية.

إشارة: الاثنان يحجبانها وإن لم يرثا، إذا لم يكن بهما مانع من الإرث فيردانها إلى السدس مع وجود الأب وهو يحجبهما، وكذا لو كان أحدهما مانع إرث كرق منع من حجبهما.

قال: (وَجَدَّةٍ) «لأنه ﷺ أعطاها السدس»(١) صححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، سواء انفردت أو كانت مع ذي فرض أو عصبة، وعن ابن عباس رواية شاذة: أن للجدة من الأم الثلث حيث للأم الثلث، والإجماع

---

(١) أخرجه الترمذي (٢١٠٠)، وابن حبان (٦٠٣١)، والحاكم (٣٣٨/٤).

وَلِبِنْتِ ابْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ وَلِأُخْتٍ أَوْ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ.

فَصْلٌ

الْأَبُ وَالِابْنُ وَالزَّوْجُ لَا يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ ....

منعقد على أن للجدة السدس خاصة.

قال الإمام أبو الحسين بن اللبان في «الإيجاز»: رُوي عن ابن عباس أنه قال: الجدة بمنزلة الأم[1]، فذهب قوم إلى أنه أراد أن لها الثلث في الموضع الذي ترث فيه الأم الثلث، ومعناه عند الفقهاء إن صحَّ الحديث عنه أنها ترث ما فرض لها كما ترث الأم، وإن لم يكن لها في كتاب الله فرض، وقد صحَّ عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أن النبي ﷺ ورث الجدة السدس»[2] وهو لا يخالف روايته، انتهى.

قال: (وَلِبِنْتِ ابْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ) أي: بالإجماع، وثبت في «صحيح البخاري» وغيره من حديث ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه ﷺ قضى بذلك»[3].

قال: (وَلِأُخْتٍ أَوْ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ)، كما في البنت وبنات الابن، (وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ) لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ النساء: ١٢] كما سبق.

إشارة: ولد الأم يخالفون غيرهم من الورثة في خمسة أشياء، يأتي بيانها.

قال:

(فَصْلٌ،

الْأَبُ وَالِابْنُ وَالزَّوْجُ لَا يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ)؛ لإدلائهم بأنفسهم.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ٢٦٩).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ٢٦٩)، عن ابن عباس.

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٣٦).

وَابْنُ الِابْنِ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا الِابْنُ أَوِ ابْنُ ابْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ وَالْجَدُّ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَيِّتِ، وَالْأَخُ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ الْأَبُ وَالِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، ....

(**وَابْنُ الِابْنِ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا الِابْنُ أَوِ ابْنُ ابْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ**) أي: كابن ابن، وابن ابن ابن وهكذا، وهذا إجماع.

إشارة: أورد على لفظ «الكتاب» أنه لو مات عن بنتين وأبوين فإنهم يحجبونه؛ لأنه عُصبة لم يفضل له شيء، فكان يحسن أن يقول: أو فروض مستغرقة، كما ختم به الفصل.

قال: (**وَالْجَدُّ**) أي: أب الأب وإن علا.

(**لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَيِّتِ**) وهذا إجماع، والقاعدة: أن من أدلى بشخص حجب به إلا ولد الأم.

قال: (**وَالْأَخُ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ الْأَبُ وَالِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ**) أي: وإن سفل إجماعًا، ومن يُسقط الأخوة بالجد منًّا يضمه إلى هؤلاء.

قال: (**وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ**) للحديث المشهور: «**أَعْيَانُ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعِلَّاتِ يَرِثُ الرَّجُلُ أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ دُونَ أَخِيهِ لِأَبِيهِ**»(١).

قال الترمذي: والعمل عليه عند أهل العلم.

وقال أبو عمر بن عبد البر: لا خلاف علمته بين علماء السلف والخلف من المسلمين أن الأخوة للأب والأم يحجبون الأخوة للأب عن الميراث، وقد روى بذلك حديث حسن من رواية الآحاد العدول فذكره، ومداره على الحارث الهمذاني، عن عليّ والجمهور على تضعيفه، وكأنه حسنه، إما لجنوحه إلى بغية عنده(٢)، وإما لأنه صحَّ عن عمر ﵁ معناه، والإجماع عليه.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٨، رقم ٢٩٠٥٤)، وأحمد (١/ ١٤٤، رقم ١٢٢١)، والترمذي (٤/ ٤١٦، رقم ٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٦، رقم ٢٧١٥)، والحاكم (٤/ ٣٧٣، رقم ٧٩٦٧). وأبو يعلى (١/ ٢٥٧، رقم ٣٠٠)، والبيهقي (٦/ ٢٦٧، رقم ١٢٣٤١).

(٢) نص الحديث: ..أَبُو إِسْحَاق عَنْ الْحَارِثِ عَنْ عَلِيٍّ ﵁ قَالَ: «قضى رسول الله أن أعيان بني =

وَلِأُمٍّ يَحْجُبُهُ أَبٌ وَجَدٌّ وَوَلَدٌ وَوَلَدُ ابْنٍ، وَابْنُ الأَخِ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ: أَبٌ، وَجَدٌّ، وَابْنٌ وَابْنُهُ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَابْنُ الأَخِ لِأَبَوَيْنِ،

إشارة: كان ينبغي أن يقول: لأبوين وأخت شقيقة مع بنت لأم قد استغرق الفروض، فلا يرث مع عدم من ذكر بأن يكون هناك بنت وأخت شقيقة؛ لأنها مع البنت عصبة، وزل من قال: قد يستغرق أصحاب الفروض المال، ومثل بما ذكرنا.

قال: (**وَلِأُمٍّ يَحْجُبُهُ أَبٌ وَجَدٌّ وَوَلَدٌ وَوَلَدُ ابْنٍ**) وإن سفل؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ [النساء: ١٢] وهي اسم لما عدا الوالدين والمولودين.

وأطلق المصنف لفظ الولد؛ ليشمل الذكر والأنثى، واحترز بولد الابن عن ولد البنت، فإنه من ذوي الأرحام لا يحجب.

قال: (**وَابْنُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ: أَبٌ**)؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى.

(**وَجَدٌّ**)؛ لأنه في درجة أبيه.

(**وَابْنٌ وَابْنُهُ**)؛ لأنهما يحجبان أباه فهو أولى.

(**وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ**)؛ لأنه إن كان أباه فهو يُدلي به، وإن كان عمه فهو أقرب منه.

(**وَلِأَبٍ**)، كذلك أيضًا.

قال: (**وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ**) لما سبق.

(**وَابْنُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ**)؛ لقوته.

= الأم يتوارثون دون بني العلات» قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ الْحَارِثِ عَنْ عَلِيٍّ، وَقَدْ تَكَلَّمَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي الْحَارِثِ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ. رواه الترمذي (٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢٧٣٩)، والدارمي (٢٩٨٤)، وقال الحافظ في «التلخيص»: فيه ضعف..لكن العمل عليه، وكان الحارث عالمًا بالفرائض، وقد قال النسائي: لا بأس به.

وقال ابن الملقن في «خلاصة الفتاوي على الحاوي»: وقد تكلم فيه بعض أهل العلم في الحديث والعمل عليه ثم عامة أهل العلم، ورواه الحاكم وقال: رواه الناس عن أبي إسحاق والحارث ولأجلهما لم يخرجه الشيخان، قال: وقد صح الفتوى به عن زيد بن ثابت.

وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَابْنُ أَخٍ لِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبَوَيْنِ، وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ، وَالْمُعْتِقُ يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ النَّسَبِ.

وَالْبِنْتُ وَالْأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لَا يُحْجَبْنَ، وَبِنْتُ الِابْنِ يَحْجُبُهَا ابْنٌ أَوْ بِنْتَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا، وَالْجَدَّةُ لِلْأُمِّ لَا يَحْجُبُهَا إِلَّا الْأُمُّ، ....

فائدة: حكى ابن الرفعة عن القاضي الحسين، عن أبي منصور البغدادي أن ابن ابن الأخ لأبوين يحجب ابن الأخ من الأب، ورده بأن القول به يوجب أن يقول: ابن الأخ لأبوين أولى من الأخ لأب، ولا يقول به أحد.

قلت: حُكي القول به عن أبي منصور المتولي، وكلاهما شاذ.

قال: (**وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ**)؛ لأنهم أقرب منه.

(**وَابْنُ أَخٍ لِأَبٍ**)؛ لقرب درجته.

قال: (**وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبَوَيْنِ، وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبٍ**)؛ لأنه في درجة ابنه فقدم عليه؛ لزيادة قوته.

(**وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هَؤُلَاءِ وَابْنُ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ**)؛ لقربه أيضًا.

قال: (**وَالْمُعْتِقُ**) أي: رجلًا كان أو امرأةً.

(**يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ النَّسَبِ**) أي: بالإجماع؛ لأن النسب أقوى؛ لأنه تتعلق به أحكام لا تتعلق بالولاء.

قال: (**وَالْبِنْتُ وَالْأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لَا يُحْجَبْنَ**) أي: إجماعًا كالابن والأب والزوج.

قال: (**وَبِنْتُ الِابْنِ يَحْجُبُهَا ابْنٌ**)؛ لأنه أبوها أو عمها، وهو بمنزلة ابنها.

(**أَوْ بِنْتَانِ**)؛ لأن الثلثين فرض البنات وقد استغرقته.

قال: (**إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا**) أي: كأخ، أو ابن ابن وإن سفل، كما سيأتي.

قال: (**وَالْجَدَّةُ لِلْأُمِّ لَا يَحْجُبُهَا إِلَّا الْأُمُّ**) إذ ليس بينها وبين الميت سواها،

وَلِلْأَبِ يَحْجُبُهَا الْأَبُ أَوْ الْأُمُّ، وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْهَا، ....

والأجداد لا يحجبون الجدة من جهة الأم، قريبةً كانت أو بعيدةً بالإجماع؛ اقتضاه لفظ الكتاب.

قال: (**وَلِلْأَبِ يَحْجُبُهَا الْأَبُ**) لأنها تدلي به، وكما يحجب الأب الجد، وروي عن جماعة من الصحابة والتابعين أنه: لا يحجبها، وبه قال أحمد وإسحاق؛ لما رواه الترمذي عن ابن مسعود قال: «**ثم في الجدة مع ابنها إنها أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ سدسًا مع ابنها، وابنها حي**»(١).

وأجيب عنه بوجوه:

منها: تضعيفه، قاله عبد الحق في «أحكامه».

ومنها: حمله على ابنها الذي هو عم الميت، لا الذي هو أبوه، أو حمله على الأب لا يرث ابنه لمانع به .

قال ابن عبد البر: لا حجة فيه؛ لأنه يحتمل أن يكون أراد الجدة أم الأم وابنها وهو خال الميت.

قال: وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أن عثمان لم يورث الجدة إذا كان ابنها حيًا، والناس عليه(٢) انتهى.

قال: (**أَوْ الْأُمُّ**) أي: أنها تحجب الجدة للأب أيضًا، وهذا إجماع؛ لأن الجدات يرثن بالولادة، وولادة الميت الأم محققة.

قال: (**وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْهَا**) أي: كأم أب، وأم أم أب، وأم أم، وأم أم أم، فلا ترث بعدى مع قربى وفاقًا إن أدلت بها وإن لم،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ٢٧٧، رقم ١٩٠٩١)، والترمذي (٢١٠٢) والدارمي (٢/ ٤٥٧، رقم ٢٩٤٢)، والبيهقي (٦/ ٢٢٥، رقم ١٢٠٦٥).

(٢) المروي في المصنف لعبد الرزاق: (عمر) (١٠/ ٢٧٧) وفي «التمهيد» لابن عبد البر (١١/ ١٠٧)، والمروي عمن ورثوا الجدة إذا كان ابنها حيًا: عمر، وسعد، وابن مسعود، وعروة، وابن الزبير، وسليمان بن يسار، ومسلم بن يسار، وعطاء، وابن المسيب، وأحمد، وابن راهويه، وأبو ثور، والذين روي عنهم عدم التوريث: عثمان، وزيد، وانظر: التهذيب للكلواذاني (ص١١١).

وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ كَأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبٍ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ لَا تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ فِي الْأَظْهَرِ. وَالْأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ كَالْأَخِ، وَالْأَخَوَاتُ الْخُلَّصُ لِأَبٍ يَحْجُبُهُنَّ أَيْضًا أُخْتَانِ لِأَبَوَيْنِ.

كأم الأب، وأم أب الأب، ففيه اختلاف للفرضين.

قال في «الروضة»: والصحيح الحجب أيضًا، والله أعلم.

قال: (**وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ كَأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبٍ**) كما أن الأم تحجب أم أب.

قال: (**وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ**) أي: كأم الأب.

(**لَا تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كأم أم الأم، كما تحجب القربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب والقربى من جهة أب الأب كأم أب الأب؛ هل تحجب البعدى من جهة أمهات الأب كأم أم الأب فيه القولان.

فائدة: القاضي أبو الطيب لا يتصور أن ترث جدة من ابنتها الوارثة إلا في صورة واحدة وهي أن: يكون لِزَيْنَب بِنْتَانِ حَفْصَةُ وَعَمْرَةُ وَلِحَفْصَةَ ابْنٌ، وَلِعُمْرَةِ بِنْت فَنَكَحَها ابن خالتها فأولَدَها ولدًا ومات ذلك الولد، وأم أمه وهي إحدى الجدتين حيَّة مع أمها، فإنهما يشتركان في ميراث الولد، فإن الكبرى جدة الميت من الجهتين؛ لأنها أم أم أبيه، وأم أم أبيه من جهة الأب، مساوية لبنتها في ذلك، ونقلها ابن الرفعة في «المطلب» عن الأصحاب.

قال: (**وَالْأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ كَالْأَخِ**) أي: فكما أن الأخ لأبوين يحجبه الابن، وابن الابن؛ فكذلك يحجبون الأخت لأبوين، والأخ لأب يحجبه هؤلاء، وأخ لأبوين، وكذلك يحجبون الأخت للأب، والأخ لأب يحجبه أب وجد وولد وولد ابن، فكذلك يحجبون الأخت للأم أيضًا.

إشارة: عبارته هذه تقتضي أن الأخت لأبوين تحجب الأخت للأب، لكنه بيَّن قبل أن للأخت والأخوات الخلَّص لأب يحجبهن أيضًا أختان لأبوين أيضًا، وكلامه الآتي ينفي ذلك.

قال: (**وَالْأَخَوَاتُ الْخُلَّصُ لِأَبٍ يَحْجُبُهُنَّ أَيْضًا أُخْتَانِ لِأَبَوَيْنِ**) أي: كما

وَالْمُعْتِقَةُ كَالْمُعْتِقِ، وَكُلُّ عَصَبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرِقَةٍ.

فَصْلٌ

الِابْنُ يَسْتَغْرِقُ الْمَالَ وَكَذَا الْبَنُونَ، وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثَانِ، وَلَوِ اجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ فَالْمَالُ لَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، ....

في بنات الابن مع البنات، فإن كان معهن أخ لهن عصَّبهن، وسيأتي.

قال: (**وَالْمُعْتِقَةُ كَالْمُعْتِقِ**) أي: يحجبها عصبات النسب كما يحجبون المعتق.

قال: (**وَكُلُّ عَصَبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرِقَةٍ**) أي: كما إذا كانت أخت لأبوين وأختان لأم وأم وعم، فلا شيء له؛ لاستغراقهن الفروض؛ لقوله ﷺ: **«ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»**(١) متفق عليه.

إشارة: الحجب نوعان: حجب حرمان وهو المذكور هنا.

وحجب نقصان كحجب الولد الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السدس.

قال: (**فَصْلٌ**:

الِابْنُ يَسْتَغْرِقُ الْمَالَ) أي: بالإجماع.

(**وَكَذَا الْبَنُونَ**) بالإجماع أيضًا.

(**وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثَانِ**) لما تقدم.

(**وَلَوِ اجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ فَالْمَالُ** بينهم: **لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ**) بنص القرآن والإجماع، وإنما فضل الذكر؛ لأنه يختص بالنصرة والجهاد والمؤن،

---

(١) أخرجه ابن حبان (١٣/ ٣٨٧ رقم ٦٠٢٨) والبخاري (٦/ ٢٤٧٦ رقم ٦٣٥١)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣، رقم ١٦١٥)، والترمذي (٤/ ٤١٨، رقم ٢٠٩٨) وقال: حسن. والنسائي في الكبرى (٤/ ٧١، رقم ٦٣٣١)، وابن الجارود (ص ٢٤٠، رقم ٩٥٥)، وأبو عوانة (٣/ ٤٣٦، رقم ٥٥٩٨)، والطبراني (١١/ ٢٠، رقم ١٠٩٠٤)، والدارقطني (٤/ ٧١)، والبيهقي (٦/ ٢٣٤، رقم ١٢١١٦).

وَأَوْلَادُ الِابْنِ إِذَا انْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ، فَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ حَجَبَ أَوْلَادَ الِابْنِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتٌ فَلَهَا النِّصْفُ وَالْبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَى أَوْ إِنَاثٌ فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ السُّدُسُ، ....

ويحمل العقل وغيرها، وعلم ﷺ مشاركتها له في الحاجة إلى النفقة، وَأَنَّ الرَّغْبَةَ تَقِلُّ فِيهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ جَعَلَ لَهَا حَظًّا مِنَ الْإِرْثِ، وَأَبْطَلَ حِرْمَانَ الْجَاهِلِيَّةِ لَهَا، وجعل لها نصف ما للذكر؛ لأنها كذلك في الشهادة؛ بَلْ هِيَ غَالِبًا تَسْتَغْنِي بِالتَّزْوِيجِ عَنِ الْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهَا.

قال: (**وَأَوْلَادُ الِابْنِ**) أي: وإن سفلوا ورثوا.

(**إِذَا انْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ**) أي: فيما ذكره وبيناه بلا فرق؛ لنزولهم منزلتهم.

قال في «البيان»: أجمعت الأئمة أن ولد البنين يقومون مقام الأولاد، ذكورهم كذكور الأولاد، وإناثهم كإناثهم.

قال: (**فَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ**) أي: الأولاد وأولاد الابن.

(**فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ حَجَبَ أَوْلَادَ الِابْنِ**) أي: بالإجماع، والمراد بالصلب: الظهر والمعنى الخارج من الميت بغير واسطة.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن من ولد الصلب ذكر.

(**فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتٌ فَلَهَا النِّصْفُ**) لما سبق.

(**وَالْبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ**) أي: للذكر مثل حظ الأنثيين؛ قياسًا على أولاد الصلب، ولا نزاع فيه إلا شيء يُحكى عن ابن مسعود على اضطراب فيه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَى أَوْ إِنَاثٌ فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ السُّدُسُ**) أما في الواحدة فلما في «صحيح البخاري»(١) من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه -: أنه ﷺ قضى به، وهو إجماع، وَأَمَّا فِي الزَّائِدِ عَلَى الْوَاحِدَةِ فَلِأَنَّ الْبَنَاتِ لَيْسَ لَهُنَّ أَكْثَرُ مِنَ

---

(١) في صحيحه (٦٧٣٦).

وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِدًا أَخَذَتَا الثُّلُثَيْنِ، وَالْبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوْ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْإِنَاثِ الْخُلَّصِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ، وَأَوْلَادُ ابْنِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الِابْنِ كَأَوْلَادِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَنَازِلِ، ....

الثُّلُثَيْنِ؛ فَالْبِنْتُ وَبَنَاتُ الِابْنِ أَوْلَى بِذَلِكَ، وَتَرَجَّحَتْ بِنْتُ الصُّلْبِ عَلَى بَنَاتِ الِابْنِ بِقُرْبِهَا فَيَشْتَرِكْنَ فِي السُّدُسِ كَالْجَدَّاتِ الْوَارِثَاتِ.

قال: (**وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِدًا أَخَذَتَا**) اي: أَوْ أَخَذْنَ.

(**الثُّلُثَيْنِ**) كَمَا مَرَّ.

(**وَالْبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ**) بِالسَّوِيَّةِ.

(**أَوْ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ**) اي: لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

وقال ابن مسعود، وتبعه أبو ثور: هو للذكر خاصة.

قال: (**وَلَا شَيْءَ لِلْإِنَاثِ الْخُلَّصِ**) لأنهن إنما يأخذن الثلثين عند عدم البنات، أو ما بقي منه مع الواحدة من البنات، وكذلك سُمي ذلك السدس تكملة الثلثين، وحكى الإجماع فيه الماوردي.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ**)؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ ذَكَرٌ وَلَا إِسْقَاطُ مَنْ فَوْقَهُ وَإِفْرَادُهُ بِالْمِيرَاثِ مَعَ بُعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِنَّ لَمْ يُفْرَدْ مَعَ قُرْبِهِ، وَأَفْهَمَ تَعْصِيبُهُ لَهُنَّ إِذَا كَانَ فِي دَرَجَتِهِنَّ مِنْ بَابِ أَوْلَى، وَهَذَا يُسَمَّى الْأَخَ الْمُبَارَكَ.

أَمَّا الْأَعْلَى فَيَسْقُطْنَ بِهِ، ولهذا لا يعصب من هي أسفل منه، ولا التي فوقه إذا أخذت شيئًا من الثلثين، كما ذكره المصنف، وقال العمراني: قال بعض الناس: الباقي لابن ابن الابن، وسقطت بنت الابن لما تقدم.

قال: (**وَأَوْلَادُ ابْنِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الِابْنِ كَأَوْلَادِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ**) أي: في جميع ما تقدم في كل تفصيل.

(**وَكَذَا سَائِرُ الْمَنَازِلِ**) يعني: في كل درجة نازلة مع درجة عالية، حتى إذا جاب بنت ابن، وبنت ابن ابن فللعليا النصف، والسفلى السدس، ولو خلف

وَإِنَّمَا يُعَصِّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ وَيُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثَيْنِ.

فَصْلٌ

الْأَبُ يَرِثُ بِفَرْضٍ إِذَا كَانَ مَعَهُ ابْنٌ أَوْ ابْنُ ابْنٍ وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ، ....

بنتي ابن، وبنت ابن ابن، فلبنتي الابن الثلثان، وليس للسفلى إلا أن تكون في درجتها، أو أسفل منها من يعصبها.

قال: (**وَإِنَّمَا يُعَصِّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ**) أي: ومَن هي أسفل منه يسقطها، فلا يعصب ابن الابن بنت أخته، ولا بنت ابن عمه، بل ينفرد بالمال وبالباقي منه.

قال: (**وَيُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثَيْنِ**) أي: فإن كان فلا يعصبها كبنت، وبنت ابن، وابن ابن للأولى النصف، وللثانية السدس، والباقي له؛ لأنها أخذت تكملة الثلثين.

فائدة: قال الفرضيون: ليس في الفرائض من يعصب أخته، أو عمته وعمة أبيه، وجده، وبنات أعمامه، وبنات أعمام أبيه، وجدته إلا المستقل من أولاد الابن.

خاتمة: إذا قيل: ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض، مع واحدة منهن أخوها، فالجواب: أنه إن كان من العليا فالمال بينهما أثلاثًا، وإن كان مع الثانية فللعليا النصف والباقي بين الثانية وبين أختها أثلاثًا، وإذا قيل: ثلاث بنات ابن بهذه الصفة، مع كل واحدة منهن أخت، فهن ست بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض، فللعلياوين الثلثان، ولا شيء للباقيات إلاّ أن يكون معهن من يعصبهن.

قال: (**فَصْلٌ**:

الْأَبُ يَرِثُ بِفَرْضٍ إِذَا كَانَ مَعَهُ ابْنٌ أَوْ ابْنُ ابْنٍ) أي: وهو السدس بنص القرآن، كما سلف، (**وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ**)، كما إذا لم

وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ لَهُ السُّدُسُ فَرْضًا وَالْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِمَا بِالْعُصُوبَةِ.

يخلِّف غيره، أو اجتمع مع ذي فرض ليس بولد، ولا ولد ابن، كزوج، أو أم، أو جدة، فله الباقي بعد الفرض بالعصوبة، هذا هو المعروف للناس، ونقل شارح عن السهيلي المالكي أنه حكى ذلك عن زيد بن ثابت، وأبي إسحاق الإسفرائيني وبعض الشافعيّة، وعن ابن مسعود والمالكية أنهم قالوا فيما إذا خلفت زوجًا وأبًا؛ للزوج النصف، وللأب السدس فرضًا، والباقي تعصيبًا، قال: وكلامه يُفهِم أن بعض الشافعيّة يقول بذلك، انتهى.

وهذا النقل غريب، بل غلط فيما أظنه.

قال: (**وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ لَهُ السُّدُسُ فَرْضًا وَالْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِمَا بِالْعُصُوبَةِ**)؛ للحديث المتفق عليه: «**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر**»(١) وفي رواية: «**فلأولى ذكر**» وأما رواية: «**فلأولى عصبة ذكر**»(٢) فتقع في كتب الفقه.

قال ابن الصلاح: وفيها نظر، وبعد الصحة من حيث الرواية، ومن حيث اللغة بأن: العصبة في اللغة: اسم للجمع، وإطلاقها على الواحد من كلام العامة وأشباههم من الخاصة، وسأل الحجاج الشعبي عن أب وبنت فقال: للبنت النصف، والباقي للأب، فقال: أخطأت في اللفظ، وأصبت في المعنى، فهلا قلت: للبنت النصف، وللأب السدس، والباقي للأب؟، فقال الشعبي: أخطأت وأصاب الأمير. ويتصور جمعه بينهما أيضًا فيما إذا كان للبنت بنتان فصاعدًا، أو فيما إذا كانتا بنتا ابن، وفيما إذا كانتا بنت، وبنت ابن فصاعدًا، وفي بنت، وزوجة، وأب.

فائدة: قال المصنف في «تنقيح الوسيط»: وزاد غيره والجد، وينبغي تأمله، فليس في الفرائض شخص يرث بالفرض والتعصب لجهة واحدة إلا الأب، فإنه يرث بالفرض والتعصب بالأبوة وزوج معتق، وأما الأخ إذا كان

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الشوكاني في نيل الأوطار (٦/ ١٧٠).

وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ أَوْ السُّدُسُ فِي الْحَالَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي الْفُرُوضِ وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْ زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، ....

ابن عم وورث بهما فإنه بجهتين: الأخوة، وبنوة العم، وكذا غيره ممن يرث بهما كابن عم وهو: زوج، وابن عم معتق، وبنت معتقة، إلى غير ذلك.

تنبيه: كلامه هنا يُشعر بأن الجد لا يجمع بينهما وهو وجه، وقال المتولي: إنه المذهب.

والأصح في «الروضة» أن يجمع بينهما، وهو قضية قوله: يعد الجد كالأب إلا في كذا، قال الرافعي: وهذا الخلاف يرجع إلى العبارة، وما يأخذ أنه واحد، انتهى.

قيل: وله أثر لفظًا ومعنىً، أما اللفظ فهو أنا إذا قلنا: لا يجمع بين الفرض والتعصيب كما في بنت، وإن كانت المسألة من اثنين للبنت واحد وللأب الباقي وهو واحد، وإن قلنا: بالجمع كانت من ستة للبنت النصف، وللأب أو الجد السدس، والباقي تعصيبًا قاله المتولي، فهذه فائدة حسابية، والثانية المعنوية وهي: ما إذا، وصى لزيد بثلث ما بقي بعد الفرض، إن قلنا: لا يجمع فإن للموصي السدس، وإن قلنا: يجمع كان للموصى له التسع، وهي فائدة فقهية.

قال: (**وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ أَوْ السُّدُسُ فِي الْحَالَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي الْفُرُوضِ**)؛ لما تقدم.

(**وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْ زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ**) فيه مسألتان:

الأولى: زوج وأبوان، أصلها من ستة للزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي، وللأب الباقي.

قال في «البيان»: وقال القاضي أبو الفتوح هاهنا السدس، ولا يقال لها ثلث ما بقي.

قال العمراني: والعبارة الأولى هي المشهورة.

……

الثانية: زوجة وأبوان أصلها من أربعة للزوجة الربع سهم، وللأم ثلث ما بقي سهم، وللأب الباقي، هذا مذهبنا قاله جمهور الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وقال ابن عباس: لها الثلث كاملًا في المسألتين؛ عملًا بظاهر الآية، وبه قال شريح القاضي التابعي، ومحمد بن سيرين، وداود الظاهري، وابن اللبان منَّا، وقال في موضع: إنه قد رُوي عن علي أيضًا.

قال أبو عمر بن عبد البر في «الاستذكار»: والمعروف عن عليٍّ، وزيد، وعبد الله وسائر الصحابة وعامة العلماء ما تقدم، واعلم أنه وقع في «كفاية ابن الرفعة» نقل هذا المذهب عن ابن سُريج، وهو تحريف من ناقل، نعم في «الشامل» وغيره عن ابن سيرين، وهو المشهور عنه.

قال في «الشامل»: وبه قال أبو ثور: أن لها في المسألة الأولى ثلث ما بقي، والثانية الثلث كاملًا، وابن عبد البر نقل عنه ما قدمناه.

قال في «الشامل»: قال ابن سيرين: لو فرضنا ثلث جميع المال مع الزوج لفضلت على الأب، ولا يجوز أن تفضله، وفي مسألة: زوجة وأبوين لا يؤدي لذلك، ورُد عليه أن: الصحابة لم تفرق بين الثلثين، فمن فرق فقد حرّف إجماعهم، واحتج لابن عباس بأن الأب عصبة، فكان النقص عليه؛ لأن الفريضة إذا جمعت الأبوين، وذا فرض كان للأم ثلث الباقي بعد الفرض، كما في بنت وأبوين، واحتج غيره بأن الأبوين لو انفردا اقتسما أثلاثًا؛ فكذلك إذا اشتركا فما يفضل عن الزوج، وغير ذلك مما هو موضح في المبسوطات.

قال الشيخ: والأولى في المسائل التي انفرد فيها ابن عباس بالخلاف التمسك بما ذكره عثمان في حجاجه المشهور معه، من سبقه بالإجماع.

قال ابن عباس: أظهر الخلاف بعد سبق أصحاب رسول الله ﷺ إلى الاتفاق ومفرداته مأخوذة من مسألة أصوليّة، وهي أن: الإجماع هل يشترط فيه انقراض أهل العصر حتى يقال: لا يقع الحكم بالإجماع إذا نشأ في العصر مخالف قبل انقراض أهله، وقد ذكرنا أن المختار أنه لا يشترط انقراض العصر، انتهى.

وَالْجَدُّ كَالْأَبِ إِلَّا أَنَّ الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ، وَالْأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ وَلَا يُسْقِطُهَا الْجَدُّ وَالْأَبُ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى ثُلُثِ الْبَاقِي وَلَا يَرُدُّهَا الْجَدُّ.

إشارات: منها: إنما قالوا: للأم في المسألتين ثلث ما بقي بعد النصف والربع، ولم يقولوا: لها سدس ولها ربع؛ محافظةً على لفظ القرآن أن قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

ومنها: ما سبق من أن أصل المسألة الأولى من ستة، وهو الصواب كما قال الإمام ونقل المتولي الاتفاق عليه.

وحُكي عن بعض الفرضيين أنها من اثنين، وجعلت بالقرب من ستة، وهو ضعيف.

ومنها: هاتان المسألتان تسميان: العمريتان؛ لقضاء عمر ﷺ فيهما، ونقل شارح أن ما تأخذه الأم في الصورتين هو فرضها على المشهور، وقيل: إنما تأخذه بتعصيب الأب لها، انتهى. وهذا غريب.

قال: (**وَالْجَدُّ كَالْأَبِ**) أي: في الإرث عند عدمه، وكذا عند وجود مانع إرث به، وسبق أنه كالأب في إرثه بالفرض تارة وبالتعصيب أخرى، وفي جمعٍ بينهما خلاف سبق.

قال: (**إِلَّا أَنَّ الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ**) كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ**)؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِهِ.

(**وَلَا يُسْقِطُهَا الْجَدُّ**) لانتفاء ذلك.

قال: (**وَالْأَبُ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى ثُلُثِ الْبَاقِي وَلَا يَرُدُّهَا الْجَدُّ**) لأنه يساويها في الدرجة، وادّعى بعضهم الإجماع عليه، والماوردي، حكي ذلك في زوجة وجد وأم.

وحكي عن عمر ﷺ في زوج وجد وأم: أن لها ثلث ما يتبقى.

وفي «الشامل» عن عمر: أن لها ثلث الباقي مع الجد في المسألتين.

وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ، وَكَذَا الْجَدَّاتُ وَتَرِثُ مِنْهُنَّ أُمُّ الأُمِّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خُلَّصٍ، وَأُمُّ الأَبِ وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ وَكَذَا أُمُّ أَبِي الأَبِ وَأُمُّ الأَجْدَادِ فَوْقَهُ وَأُمَّهَاتُهُنَّ عَلَى الْمَشْهُورِ، ....

تنبيه: أبو الجد ومن فوقه كالجد في ذلك؛ لكن كل واحد يحجب أم نفسه، ولا يحجبها من فوقه.

قال: **(وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ)** أي: للإخبار والإجماع.

(وَكَذَا الْجَدَّاتُ) أي: لحديث عبادة ابن الصامت: **«أن النبي ﷺ قضى للجدتين من الميراث السدس»**(١) قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

قال في «النهاية»: إذا اشترك جماعة منهن في درجة اشتركن في السدس باتفاق الصحابة ﷺ.

روى أبو داود عن إبراهيم النخعي التابعي الجليل قال: **«أطعم رسول الله السدس ثلاث جدات»**(٢).

قال: **(وَتَرِثُ مِنْهُنَّ أُمُّ الأُمِّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خُلَّصٍ)** أي: بالاتفاق.

(وَأُمُّ الأَبِ وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ) لما روي عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد قال: أتت الجدات إلى أبي بكر ﷺ فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم، فقال له رجل من الأنصار: أَعْطَيْتَ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا، وَحَرَمْتَ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ لَوَرِثَهَا فَشَرَّكَ السدس بينهما، وهذا المبهم هو عبد الرحمن بن سهل الأنصاري الحارثي البدري، كما ذكره ابن عبد البر، وفي «الشامل» أنه: سهل بن حارثة.

قال الشيخ أبو حامد: وأصحابنا يحكون أن هذه القضية كانت لعمر، وإنما هي لأبي بكر - ﷺ -.

قال: **(وَكَذَا أُمُّ أَبِي الأَبِ وَأُمُّ الأَجْدَادِ فَوْقَهُ، وَأُمَّهَاتُهُنَّ عَلَى الْمَشْهُورِ)**

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٤٠) والدارمي (٢٩٣٥) والبيهقي (١٢٧١٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٩٠).

وَضَابِطُهُ كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِمَحْضِ إِنَاثٍ أَوْ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ إِلَى ذُكُورٍ تَرِثُ، وَمَنْ أَدْلَتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ فَلَا.

فَصْلٌ

الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ إِنْ انْفَرَدُوا وَرِثُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ، وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ إِلَّا فِي الْمُشَرَّكَةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدَا أُمٍّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، فَيُشَارِكُ الْأَخُ وَلَدَيْ الْأُمِّ فِي الثُّلُثِ، ....

لأنهن جدات يدلين بوارث، فأشبهن أم الأب، ولمرسل النخعي السابق، ولتعليل الأنصاري للصديق، **والثاني**: لا يرثن - وهو القديم- وبه قال مالك؛ لأنهن يدلين بجد، فأشبهن أم أب الأم.

وقال الأوزاعي والإمام أحمد: لا يرث إلا ثلاث جدات: أم الأم، وأم الأب، وأم أم الأب، وأمهاتهن، واحتجا بمرسل النخعي المتقدم أنه ﷺ ورث ثلاث جدات؛ اثنتان من قبل الأم، وواحدة من قبل الأب، وذهب جماعة من السلف إلى توريث أربع جدات فقط. قال: (**وَضَابِطُهُ كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ**) أي: وصلت. (**بِمَحْضِ إِنَاثٍ**) أي: كأم أم الأم.

(**أَوْ ذُكُورٍ**) أي: كأم أب الأب، (**أَوْ إِنَاثٍ إِلَى ذُكُورٍ تَرِثُ**) كأم أم الأب.

قال: (**وَمَنْ أَدْلَتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ فَلَا**) أي: فلا ترث كما لا ترث، وكذلك الذكر؛ لأنهما من ذوي الأرحام.

قال:

(فَصْلٌ):

(**الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ إِنْ انْفَرَدُوا وَرِثُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ**) أي: فللذكر جميع المال، وكذا للجماعة، وللأخت النصف، وللأختين فصاعدًا الثلثان، للذكر مثل حظ الأنثيين عند اجتماع الصنفين، كما تقدم.

قال: (**وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ إِلَّا فِي الْمُشَرَّكَةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدَا أُمٍّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، فَيُشَارِكُ الْأَخُ وَلَدَيْ الْأُمِّ فِي الثُّلُثِ**) ووجه بأنها فريضة جمعت الإخوة

……

من الأبوين، والإخوة من الأم، فورثوا جميعًا، كما لو انفردوا، وبالقياس على ما لو كان فيهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأم، هذا هو المشهور عن زيد ابن ثابت ﷺ والشافعي، وبه قال مالك وكثيرون من السلف، وبه قضى عمر.

ثانيًا: قال في «النهاية»: وهو قول معظم الصحابة، وقال أبو حنيفة وأحمد: بسقط أولاد الأبوين، وهو قول جماعة من الصحابة والتابعين، منهم علي وأبي بن كعب، وأبو موسى، ورُوي عن زيد حكي قولٍ للشافعي؛ لاختلاف الرواية عن زيد، وبه قال ابن اللبان، وجماعة من أصحابنا، واحتجوا بأن: الإخوة للأبوين عصبة، فإذا استغرق الفروض المال أسقطوا.

وقال الإمام في «النهاية»: إن هذه الرواية عن زيد شاذة، ولم يَمل الشافعي إليها، وقطع جوابه بالتوريث والتشريك، انتهى.فجعل طريقان.

تنبيهات وفوائد:

منها: «**الْمُشَرَّكَة**»: بفتح الراء المشددة، سميت بذلك لما فيها من التشريك والتقدير أي: المشترك فيها، أو مسألة الأخوة المشتركة، وفي «شرح التعجيز» لمؤلفه أنها: بكسر الراء، ورأيت في كتب المالكية المشتركة بالتاء قبل الراء، وروايته كذلك في كتب جماعة من أصحابنا المشركة؛ ولعله تحريف، وتُسمى الحمارية؛ لقول أخوة الأبوين لعمر لما أسقطهم: «**هب أن أبانا كان حمارًا، ألسنا من أم واحدة!**»⁽¹⁾.

وروي أن عمر ﷺ قال: «**هبوا أن أباهم حمارًا**»⁽²⁾.

وروى بعضهم أن بعض الصحابة ﷺ قاله لعمر، وقيل: إن هذا الصحابي جوز ذلك ﷺ ورجحه بعضهم، والمشهور الأول.

وتسمى «**المنبرية**» قيل: لأن عمر سئل عنها على المنبر.

ومنها: «**الْمُشَرَّكَة**» أركان: **أحدها**: أن يكون فيها زوج.

---

(1) ذكره ابن قدامة في المغني (٦/ ١٧٢).

(2) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٣٧) (٨٠٨٨)، والبيهقي ٦/ ٢٥٥).

....

الثاني: أن يكون فيها أم وجدة.

الثالث: أن يكون فيها اثنان من ولد الأم فصاعدًا.

الرابع: أن يكون فيها ذكر من أولاد الأبوين، إما وحده، وإما مع غيره من ذكر وأنثى؛ إذ لو كان فيها أخت من الأبوين فرضنا لها الثلث، ويقال: لو كن أخوات فرضنا لهن الثلثين، وأعلنا، ولو كان في المسألة أخت وأخوات من أب فرضنا لهن فرضهن، وأعلنا المسألة، فلو كان معهن أخ لأب سقط لسقوطه، وكان مستويًا عليهن، قاله في «النهاية».

ومنها: المشهور أن عمر ﷺ قضى فيها فلم يشرك، ثم قضى في العام الثاني فشرَّك، فقيل له: إنك أسقطتهم في العام الماضي، فقال: «ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي» هكذا رواية البيهقي(١) وغيره، وابن عبد البر وهو الصواب، ووقع في أقضية «الوسيط» عكسه أنه قضى بالتشريك، ثم قضى في العام المستقبل بإسقاط الأخوة من الأبوين، وغلطه المصنف، وهو متابع في ذلك لشيخه الإمام هناك.

وكذا قال في «الكافي» هنا، وعن «البحر»: أنه ﷺ شرَّك ثم أسقط، ثم شرَّك، وجمع ابن الرفعة بين الكلامين بذلك وهو غريب.

ومنها: قول المصنف: «وأم» كان الأحسن أن يقول: وأم وجدة؛ لئلا يوهم التخصيص بالأم.

وقوله: «وَوَلَدَا أُمٍّ» يشمل ما إذا كانا ذكرين، أو ابنتين، أو أحدهما ذكر والآخر أنثى، وكذلك الحكم لو كانوا ثلاثة فأكثر.

وقوله: «وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ» أي: فأكثر، وسواء كان معه أو معهم أنثى أم لا فيشاركون وَلَدَيْ الأم في الثلث ويتركون منزلتهم، ويجعل كأنهم ليسوا مدلين بالأب، ويقسم الثلث على كافتهم بالتسوية.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٥٦).

وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْأَخِ أَخٌ لِأَبٍ سَقَطَ، وَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ فَكَاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ صُلْبٍ وَأَوْلَادِ ابْنِهِ ....

قال في «الدقائق»: قوله: «وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ» أجود من قول غيره «أخوين» لأنه يوهم اشتراط أخوين، فإن قيل: أراد بيان الصورة الواقعة في زمن الصحابة ﷺ.

قلنا: المراد من المختصرات بيان الأحكام مجردة، لا بيان أصول أدلتها، انتهى.

وكان الأحسن أن يزيد أكثر؛ لئلا يتوهم التقييد بالواحد، وما أحسن قول الدارمي: المشركة زوج وأم، أو جدة وابنان من ولد الأم، وأخ الأب، وأم فأكثر أو معه أخوات المسألة.

ومنها: إذا اشتركتا بين أولاد الأم وأولاد الأبوين تقاسموا بالتسوية ذكرهم كإناثهم، كما سبق.

قال الرافعي: ويجوز أن يقال: إذا تقاسموا الثلث بالتسوية، أخذنا ما يخص أولاد الأبوين، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما في «المعادة»، وأضرب عنه في «شرحه الصغير» أولًا: قابل به فيما يعلم؛ لأنهم يأخذونه بالفرض لا غير، وحينئذٍ يُقال: إنهم يرثون بالفرض تارة، وبالتعصيب تارةً أخرى.

قال: (**وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْأَخِ**) أي: لأبوين (**أَخٌ لِأَبٍ**) أي: فأكثر.

(**سَقَطَ**)؛ لأنه ليس له قرابة أم يشارك بها، ولو كان بدله أخت لأبوين فقد سبق بيانه، ولو أخت أو أخوات لأب فرض للواحدة النصف، وللبنتين الثلثان، ويقال: فإن معها أو معهما أخ سقط وأسقطهن، هو الأخ المشؤوم كما سبق، وهو أيضًا في الأكدرية كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وأما الأخ المبارك فهو أخو بنات الابن، حيث لا فرض لهن.

قال: (**وَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ**) أي: أولاد الأبوين.

(**فَكَاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ صُلْبٍ وَأَوْلَادِ ابْنِهِ**) أي: من غير فرق، فإن كان ولد الأبوين ذكر فأولاد الأب يسقطون به بالإجماع، أو أنثى فلها النصف، والباقي

إِلَّا أَنَّ بَنَاتِ الِابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ، وَالْأُخْتُ لَا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا، وَلِلْوَاحِدِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوِ الْأَخَوَاتِ لِأُمٍّ السُّدُسُ، وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ.

وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتِ الِابْنِ عَصَبَةٌ كَالْإِخْوَةِ، ....

لأولاد الأب، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين، وإن تمحضوا إناثًا أو أنثى فقط فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين كما سبق، وإن كان من ولد الأبوين اثنتان فأكثر، أخذنا الثلثين ولا شيء للإناث الخلص من أولاد الأب.

قال: (إِلَّا أَنَّ بَنَاتِ الِابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ) كما سبق.

(وَالْأُخْتُ لَا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا)، مثاله ترك أختين لأبوين، وأختًا لأب، وابن أخ لأب، فللأختين الثلثان، والباقي لابن الأخ، ولا يعصب الأخت للأب، والفرق بينه وبين ابن الابن حيث يعصب عمته أن الابن يعصب أخته فيعصب عمته، وابن الأخ لا يعصب أخته فلا يعصب عمته، ولو خلّف أختين لأبوين وأخًا وأختًا لأب، فللأختين لأبوين الثلثان، والباقي بينهما أثلاثًا.

قال: (وَلِلْوَاحِدِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوِ الْأَخَوَاتِ لِأُمٍّ: السُّدُسُ وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ) لما تقدم (سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ) وهذا إجماع، وعن ابن عباس رواية شاذة عنه، لا يعتد بها أنه فضّل الأنثى ولا يعلم من قال كذلك.

تنبيه: أولاد الأم يخالفون بقية الورثة في خمسة أشياء:

أحدها: يقاسمهم بالتسوية.

وثانيها: يرثون مع من يدلون به.

وثالثها: يحجبون بنقصان من يدلون به.

ورابعها: يدلي بأنثى ويرث.

خامسها: ذكرهم المنفرد كإناثهم المنفردة.

قال: (وَالْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتِ الِابْنِ عَصَبَةٌ كَالْإِخْوَةِ)؛ لأن ابن مسعود ﷺ قال في بنت وبنت ابن وأخت: «أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ: للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللأخت الباقي»

فَتُسْقِطُ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ الْأَخَوَاتِ لِأَبٍ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا ....

متفق عليه(١) وبهذا قال العلماء من السلف والخلف، إلا ما رُوي عن ابن عباس- ﷺ - أنه قال: «**لا ترث أخت مع بنت، بل الباقي للعصبة كابن الأخ والعم**»(٢) ووافقه داود.

قال ابن عبد البر: وطائفة تمسكت بقوله تعالى: ﴿**لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ**﴾ [النساء: ١٧٦]، فشرط عدم الولد بدليل الحديث السابق.

قال ابن عبد البر: وكان ابن الزبير يقول بقول ابن عباس في هذه المسألة حتى أخبره الأسود بن يزيد بن معاذ: اقضِ بالثمن في بنت وأخت، فجعل المال بينهما نصفين.

وفي بعض روايات هذا الحديث: «ورسول الله ﷺ حيّ» فرجع ابن الزبير عن قوله إلى قول معاذ(٣) وحديث معاذ من أثبت الأحاديث، ذكره ابن أبي شيبة(٤) من طرق، وذكره غيره، انتهى.

قال: (**فَتُسْقِطُ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ الْأَخَوَاتِ لِأَبٍ**) أي: كما أسقط الأخ لأبوين الأخ لأب، مثاله: خلَّف بنتين وأختًا، أو أخوات لأب، للبنتين الثلثان، والباقي للأخت من الأبوين.

خلف بنتًا وأخًا وأختًا لأبوين، للبنت النصف، والباقي بينهما أثلاثًا؛ لأنها تعصَّبت بأخيها.

خلف بنتًا وثلاث أخوات متفرقات، للبنت النصف، والباقي للأخت من الأبوين؛ لأنها تُسقط التي للأب، والبنت تُسقط التي للأم.

قال: (**وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا**) أي:

---

(١) أخرجه البخاري (٦٣٥٥)، ومسلم (١٦١٥).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٣٣).

(٣) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٣٧)، والبيهقي (٦/ ٢٣٣).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٣٢٧).

لَكِنْ يُخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لَا يَرُدُّونَ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ وَلَا يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ وَيَسْقُطُونَ فِي الْمُشَرَّكَةِ.

وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ كَأَخٍ مِنَ الْجِهَتَيْنِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا ....

فيستغرق الواحد منهم والجماعة المال، وما فضل عن ذوي الفروض، وعند الاجتماع يسقط ابن الأخ من الأب.

قال: (**لَكِنْ يُخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لَا يَرُدُّونَ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ**) لأن الله تعالى أعطاها الثلث؛ حيث لا أخوة.

قال: (**وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ**) أي: بل يسقطون به؛ لأن الأخوة في درجته، وبنوهم أسفل منهم؛ ولأن الجد أقوى من الأخ ولا يرث مع الأخ، فأولى ألّا يرث مع الجد، وحكى الماوردي الإجماع فيه إلا رواية شاذة عن علي - ﷺ -.

ورُوِي أنه: رجع عن ذلك.

وفي «النهاية» وجه: أن ابن الأخ يقاسم جد الأب كما يقاسم الأخ الجد، وضُعِّف بأن ابن الأخ لا يسمى أخًا، وجد الأب وإن علا يسمى جدًّا.

قال: (**وَلَا يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ**) لأنهن من ذوي الأرحام.

قال: (**وَيَسْقُطُونَ فِي الْمُشَرَّكَةِ**)؛ لأن مأخذ التشريك قرابة الأم، وابن ولد الأم لا ميراث له، وهذه المخالفة مختصة ببني الأخوة لأبوين؛ إذ الأخوة للأب وبنوهم فيها ساقطون، وترك المصنف من المخالفة مسائل:

إحداها: الأخوة لأبوين يحجبون الأخوة للأب، وبنوهم لا يحجبون على الصواب.

الثانية: الأخ للأب يحجب بني الأخ لأبوين، ولا يحجبهم ابنه.

الثالثة: بنو الأخوة لا يرثون مع الأخوات، إذا كن عصبات مع البنات، وهذه المسائل زادها في «الروضة» و«التنقيح».

قال: (**وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ كَأَخٍ مِنَ الْجِهَتَيْنِ اجْتِمَاعًا وَانْفِرَادًا**) أي: فمن انفرد منهما حاز المال، وما بقي بعد الفروض، وإن اجتمعا فالعم لأبوين

وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي الْعَمِّ وَسَائِرِ عَصَبَةِ النَّسَبِ، وَالْعَصَبَةُ مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ الْمُجْمَعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ، فَيَرِثُ الْمَالَ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ.

يسقط العم لأب، كأخ لأبوين مع أخ لأب.

قال: (**وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي الْعَمِّ**) أي: من الأب والأم، أو من الأب، فهم عند عدم العم كبني الأخوة عند عدم الأخوة.

قال: (**وَسَائِرِ عَصَبَةِ النَّسَبِ**) أي: كل ذكر منهم منزل منزلة ابنه العاصب فيما تقدم. قال: (**وَالْعَصَبَةُ**) أي: بنفسه.

(**مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ الْمُجْمَعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ، فَيَرِثُ الْمَالَ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ**) هذا بيان لحد العصبة وحكمه، واحترز بـ«الجمع على توريثهم» عن ذوي الأرحام، فإن من ورّثهم لا يسميهم عصبة، وسبق عن القاضي الحسين أن التوريث بالرحم توريث بالعصوبة، وحدّه في «الوسيط» بقوله: العصبة التي تأخذ المال إذا انفردوا، وتأخذ ما بقي بعد الفرض، ثم قال بعد ذلك: والعصبة كل ذكر. قال ابن الرفعة: ويرد عليه الزوج.

وقال المصنف في «التنقيح»: أراد العصبة من جهة النسب، فلا يدخل الزوج؛ فإنه ممن يدلي بنفسه، فلو قيل بالنسب استقام الكلام، وحدَّه الرافعي: من يدلي إلى الميت بغير واسطة أو بتوسط، فخص الذكور، وعبارة «البيان»: العصبة كل ذكر لا يدلي إلى الميت بأنثى.

قال في «الروضة»: وهو غير مطرد، ولا يعكس، فإنه يقتضي دخول الزوج، وعبور المعتقة، فينبغي أن يقول: هو كل معتق ذكر نسيب يدلي، إلى آخره، والله أعلم.

ودليل ذلك الحديث: «**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر**»(١) متفق عليه.

وسبق أن قول الفقهاء: «**فلأولى عصبة**» غريب غير محفوظ، وادّعى الرافعي شهرتها، وكأنه أراد في كتب الفقه لا الحديث.

---

(١) تقدم تخريجه.

فَصْلٌ

مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتِقٌ فَمَالُهُ أَوْ الْفَاضِلُ عَنْ الْفُرُوضِ لَهُ رَجُلًا ....

إشارة: العصبة جمع عاصب، مشتقة من العصب: وهو المنع، والعصبة ثلاثة أنواع:

عصبة بنفسه: وهو ما سبق ضابطه.

وعصبة بغيره: وهن البنات والأخوات مع أخواتهن، وهذا الثاني من غير ولد الأم.

وعصبة مع غيره: وهنّ الأخوات مع البنات وبنات الابن، والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره أن في الأولى كلاهما عصبة بخلاف الثاني.

فائدة: اعلم أنه إن اجتمع اثنان من العصبات فتارة يستويان، وتارة يقدم أحدهما، والضابط أنه إما أن تتحد جهتهما أو تختلف، فإن اختلفت قدمنا أحدهما بقوة الجهة، وإن بعد لقوة جهته، وأقوى الجهات البنوّة، ثم الأبوّة، ثم الأخوّة، لكن الجد وإن علا يساوي الأخ هاهنا، وفي الولاء يقدم الأخ وابنه، ثم العمومة، ثم جهة الولاء، فابن الأخ وإن سفل مقدم على العم، فالبعيد من الجهة المقدمة يقدم على القريب من الجهة المؤخرة، وإن اتحدت جهتهما فإما أن يتحدا درجةً أو يختلفا، فإن اختلفا قدما بالقرب، ولا نظر إلى القوة.

قال الغزالي - ﷺ تعالى - : وإنما يقدم بالقوة عند تساوي الدرجة، فليتنبه لهذه الدقيقة، وإن اتحدت الدرجة فإما أن يتساويا في الأولاد أو يختلفا، وإن اختلفا قدمنا بقوة الأولاد، كالأخ من الأبوين مع الأخ من الأب، وإن تساويا شرَّكنا بينهما، فالحاصل أنه: يقدم أحدهما على الآخر بأحد ثلاثة أمور: قوة الجهة، ثم قرب الدرجة، ثم قوة الإدلاء، فإن استويا في الأمور الثلاثة اشتركا، فهذا تحقيق سياق فاعتمده، والله أعلم.

قال:

(فَصْلٌ:

مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتِقٌ فَمَالُهُ أَوْ الْفَاضِلُ عَنْ الْفُرُوضِ لَهُ رَجُلًا

كَانَ أَوْ امْرَأَةً، ....

كَانَ أَوْ امْرَأَةً؛ لقوله ﷺ: **«إنما الولاء لمن أعتق»**(١) متفق عليه.

وإنما تأخر عن النسب؛ لما رُوي: **«أن رجلًا أتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعتقت عبدًا فما أمر ميراثه قال: إن ترك عصبة وإلا فالولاء»**(٢) كذا أورده الرافعي.

وقال ابن اللبان: أخبرنا دعلج بن أحمد قال: حدثنا محمد بن علي بن زيد عن سعيد بن منصور حدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسين قال: قال رسول الله ﷺ: **«الْمِيرَاثُ لِلْعَصَبَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ فَالْمَوْلَى»**(٣) وهذا مرسل.

وروى النسائي(٤/ ٨٦) والدارمي(٩/ ٣٦٠) بإسناد جيد عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَّادٍ: **«أَنَّ ابْنَةَ حَمْزَةَ أَعْتَقَتْ عَبْداً لَهَا فَمَاتَ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَمَوْلَاتَهُ بِنْتَ حَمْزَةَ، فَقَسَمَ رَسُولُ الله ﷺ مِيرَاثَهُ بَيْنَ ابْنَتِهِ وَمَوْلَاتِهِ بِنْتِ حَمْزَةَ نِصْفَيْنِ»**(٤).

قال النسائي: وهذا أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى؛ لأنه كثير الخطأ، يشير إلى طريق له آخر من رواية ابن أبي ليلى.

قلت: ولا أعلم خلافًا أن عصبة النسب تتقدم على المعتق.

قال ابن اللبان في «إيجازه»: وأجمعوا أن ميراثه للذي أعتقه، إذا لم يخلِّف وارثًا له رحم، فإن كان مولى ميت فلأقرب عصبته، انتهى.

فرع: قال ابن القطان: إذا أعتق الكافر كافرًا فلحق العتيق بدار الحرب، فاسترق، ثم أعتقه السيد الثاني ففي ميراثه ثلاثة أوجه:

أحدها: للسيد الأول؛ لأن ولاءه قد استقر له.

وثانيها: يكون للسيد الثاني؛ لأن عتقه إياه أقرب إلى الموت.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٤٨ رقم ١٣٠٠٦) والبخاري (٢/ ٩٨١ رقم ٢٥٨٤) ومسلم (٢/ ١١٤٢ رقم ١٥٠٤) وأبو داود (٤/ ٢١، رقم ٣٩٢٩) والترمذي (٤/ ٤٣٦ رقم ٢١٢٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣٠٥ رقم ٤٦٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢، رقم ٢٥٢١).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في السنن (١/ ١١٧) بنحوه.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/ ١١١).

(٤) أخرجه النسائي(٤/ ٨٦) وفي الكبرى (٦/ ٩٣) والدارمي (٩/ ٣٦٠).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبِ الْمُتَعَصِّبِينَ بِأَنْفُسِهِمْ لَا لِبِنْتِهِ وَأُخْتِهِ، وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي النَّسَبِ ....

وثالثها: أنه بينهما، وأوردها الدارمي في الولاء، ولم يرجح شيئًا، ثم رأيت ابن اللبان نسب الثاني إلى قول الشافعي ومالك، وغلَّط قائل الأول.

قال: لأن الاسترقاق يرجح الثاني، جرى تلميذه ابن سراقة من غير نسبه، وقال غيره: إنه قياس قول الشافعي، ونقل ابن سراقة الثاني عن ابن سريج، وحكاه بعض أئمة المالكية بينهما عن محمد بن نصر المروزي فنقلوا من بيمينه الثاني أنه إذا مات أحدهما كان ولاؤه للباقي منهما، وقد يؤول تأوليه على ما إذا كان وارثًا له، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبِ الْمُتَعَصِّبِينَ بِأَنْفُسِهِمْ لَا لِبِنْتِهِ وَأُخْتِهِ**) أي: فإنهم عصبة بغيرهم.

قال ابن سريج: وإنما كان كذلك؛ لأن الولاء أضعف من النسب المتراخي، وإذا تراخى ورث الذكور دون الإناث، كبني الأخ وبني العم دون أخواتهم، وعن طاوس وشريح أن بنت المعتق ترث مع أختها كما يرثان المعتق، والفرق ما ذكرناه.

قال: (**وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي النَّسَبِ**) فيقدم الابن ثم بنوه وهكذا، ويقدم ابن المعتق وابن ابنه وإن سفل على أبيه وجده. وعن الشعبي والنخعي وأحمد وأبي يوسف: أن للأب والجد السدس، والباقي للابن كالإرث بالنسب، وعن سفيان الثوري: أن المال بين الابن والأب بالتسوية.

قلنا: إن الأب يسقط بعصبته مع الابن، وإنما يرث بالرحم، والرحم لا مدخل له في الإرث بالولاء.

فائدة: لو مات المعتق عن ابنين، ثم مات أحدهما عن ابن ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتق بلا خلاف كالنسب، قال ابن الرفعة تبعًا لابن يونس: وحكى ابن اللبان وجهًا عن ابن سريج: أنه يكون بينهما نصفين بالتسوية، انتهى.

لَكِنْ الْأَظْهَرُ أَنَّ أَخَا الْمُعْتِقِ وَابْنَ أَخِيهِ يُقَدَّمَانِ عَلَى جَدِّهِ، ....

وهذا النقل غلط، وإنما حكاه ابن اللبان عن شُريح القاضي التابعي، وكذا نقله عنه غيره، وهو الصواب.

قال: (**لَكِنْ الْأَظْهَرُ أَنَّ أَخَا الْمُعْتِقِ**) أي: لأبوين أو لأب.

(**وَابْنَ أَخِيهِ يُقَدَّمَانِ عَلَى جَدِّهِ**) هذا استثناء مما تقدم، وهو أن يرتبهم كترتيبهم في النسب إلا في هاتين المسألتين:

الأولى: أن الأخ والجد إذا اجتمعا ففيه قولان: أحدهما: أنهما سواء في الميراث والنسب، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف، ورجحه صاحب «التهذيب» و«الكافي» وأظهرهما عند الأكثرين أن الأخ مقدم، وبه قال زيد بن ثابت، ومالك.

قال في «الإيجاز»: و عامة الفقهاء، وهو منصوص الشافعي، والأول حكاه عن غيره، فإن قيل: قد نص عليهما في «الأم».

قلنا: لكنه قال بعد أن حكي الثاني: وبه أقول ووجهه: أن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة، وكان القياس تقديمه في الميراث وإنما عدل عن ذلك؛ لإجماع الصحابة على قولين كما ذكرنا؛ ولأن الولاء يدور على محض العصوبة، ولا يورث إلا بها، فمن كان أقوى عصوبة فهو أولى.

والثانية: إذا اجتمع ابن الأخ والجد فقولان؛ قالا في «التهذيب» و«الكافي»: أصحهما سواء، والثاني: ابن الأخ أولى، وفي «الحاوي» أحدهما: أن بني الأخوة أحق بالولاية من الجد؛ وكذلك بنوهم وإن سفلوا، والثاني: أن الجد أولى من بني الأخوة؛ لقرب درجته، ولا يجيء اشتراك بني الأخوة مع الجد، انتهى.

ونقلهما هكذا شارح عن تصريح «الوسيط»، وشرح به لفظ المصنف، والذي في «الوسيط»: ولو اجتمع الجد والأخ فقولان:

أحدهما: الأخ أولى؛ لأن إدلاؤه بالبنوة، وهي أقوى في العصوبة، والولاء يدور بمحض العصوبة.

والثاني: أنهما يستويان؛ لاستوائهما في العرق والعصوبة، فعلى هذا يقدم الجد على ابن الأخ، وعلى الأول يقدم ابن الأخ على الجد؛ لقوة البنوة، انتهى.

وعليه تطبيق تفريع الرافعي وخلائق، هذا على الأولى إن قلنا: إن الأخ مقدم فابنه أيضًا، وإن قلنا: يشتركان قدمنا الجد.

والحاصل أنا: إن راعينا قوة البنوة قدمنا ابن الأخ وإن سفل، وإن راعينا الاستواء في القرب والبعد قدمنا الجد هاهنا لقربه.

تنبيهات وفروع:

منها: لم يبين المصنف مقابل الأظهر في كلامه، وهو في الأولى: التسوية، كما سبق، وأما في الثانية: فيخرَّج بما ذكرناه فيها ثلاثة أقوال، وإذا قلنا: بالأظهر أن الأخ مقدم فابنه أيضًا مقدم كابن الابن.

ومنها: قال في «الروضة»: والقولان في الأخ والجد يجريان في العم مع أبي الجد، وفي كل عمٍّ اجتمع هو وجد، إذا أدلى ذلك العم بابن ذلك الجد، انتهى.

وفي «الحاوي»: وأما أبو جد وعم ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أن أبا الجد أولى بالولاء؛ لولادته.

والثاني: أن العم أولى بالولاء؛ لقربه.

قلت: وهو المنصوص في «البويطي».

والثالث: أنهما سواء يشتركان في الولاء، انتهى.

وقال ابن اللبان: إنه القياس، ولا خلاف أن الجد أولى من العم، قاله في «الروضة».

ومنها: إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم، فالأظهر تقديمه بخلاف النسب، هكذا قاله الرافعي.

قال في «أصل الروضة»: إنه المذهب والمنصوص.

……………………………………………………

وقال صاحب «الكافي»: هذا هو المذهب نص عليه كالأخ للأبوين مع الأخ للأب، انتهى.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز» وهو بعد الرافعي بقليل، يعرض بالرافعي: وقد يعرض بعض الشارحين في شرحه شيئًا لم يتعرض له الأصحاب صحيح في نفسه، وذكر كلامه ثم قال: ولا التفات إلى ما ذكره وأفتى به، فإن فساده ظاهر، وهو أن أخوة الأم في القرابتين المختلفتين ليست ممتزجة بقرابة الأب، وكانت ساقطة بالكلية في الولاء فلم يصلح للترجيح، كيف ولا أثر لها في الولاء؟ انتهى. وهذا التغليط ليس بجيد نقلًا، وإن صح قياسًا.

وأصل كلام الرافعي قول البغوي، ونص الشافعي: على أن المال كله للأخ؛ لأنه تفرد بأخوة الأم، ولا يمكن توريثه بها على الانفراد، فيترجح خاصة بها، ثم قال: وفي المسألة وجه آخر وهو القياس أن المال بين ابني عم المعتق نصفان، ولا يترجح بأخوة الأم، بخلاف الأخ لأبوين مع أخ لأب؛ لأن الأخوة من جنس الأخوة، فصلحت للترجيح عند الإجماع، وليست من جنس العمومة فلا يقع بها الترجيح، انتهى.

وهذا النص نقله القاضي الحسين عن رواية القاضي أبي حامد، ثم قال: ويحتمل أن يسوى بينهما، وهو ما صوبه الإمام، وقال: إن خلافه غلط عند المحققين، وهذا مادة إنكار صاحب «التعجيز» على الرافعي، وقال القاضي في موضع آخر: ما عليه أبي حامد أنه في الميراث يمكن أن يفرض له فلم يرجح به، وهاهنا لما تعذر الفرض له ترجحت قرابته فقدم بها، انتهى.

فأبدى مقابل النص احتمالًا للقاضي الحسين والمذهب نقل، والمنصوص هو المجزوم به في «الشامل»، وهو قضية كلام غيره من العراقيين، لكن في «الإيجاز» للإمام أبي الحسين ابن المبارك: وإن ترك ابني عم مولاه، أحدهما أخو المولى من أمه، المال بينهما نصفين في قول عليّ وزيد ومالك وأهل العراق، وقول ابن مسعود: هو لابن العم الذي هو أخ لأم، وقاله الشافعي نصًّا، انتهى لفظه.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ فَلِمُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ.

وحينئذٍ فالمنصوص خارج عن مذهب زيد، وهو خلاف قاعدة المذهب، إلا إن ثبت عن زيد ﷺ رواية كالمنصوص، فيكون في المسألة قولان، ويقوى ما قاله الإمام وغيره؛ لأنه القياس، وحينئذٍ لا يكون المذهب ما رجحه الشيخان تبعًا لمن ذكرناه.

ومنها: إذا اجتمع جد المعتق وأخوة لأبوين وآخر لأب، فإن قدمنا الأخ على الجد فكذلك هنا، وإن سوينا فقيل: يعد الأخوة من الأب على الجد كالنسب، والأخ المنع، بل يستويان، هذا هو الصواب.

وغلط شارح ففهم أن هذه مسألة مستقلة، فقال: ثالثها إذا اجتمع جد المعتق وأخوة لأبويه، وأخوة لأبيه فقيل: يعد الأخوة من الأب على الجد كما في النسب، والأخ المنع، بل الجد والأخ لأبوين يستويان، انتهى.

وهذا سهوٌ قبيح لا قائل به، فإنا نقدم الأخ لأبوين على الجد على الأظهر، إذا كان معه لأب يسوى بينه وبين الجد، وسياق «الروضة» فيه بعض إبهام أوجب هذا الغلط.

ومنها: إذا اجتمع أخو المعتق لأبويه، وأخوه لأبيه فطريقان:

أصحهما: القطع بتقديم الأخ للأبوين كما في النسب.

والثانية: فيه قولان ثانيهما يستويان.

ومنها: قال في «الكافي»: وَلَوْ مَاتَ الْمُعْتِقُ عَنْ ثَلَاثَةِ بَنِينَ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنٍ، وَآخَرُ عَنْ اثنين، والثالث عن ثلاثة، ثم مات العتيق فالمال بين جميع بني المعتق على السواء، هذا هو المذهب، ولم أرَ الإشارة إلى الخلاف من كلام غيره، وسيأتي في باب الولاء- إن شاء الله تعالى- زيادة على ذلك.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ فَلِمُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ**) أي: الترتيب المذكور في عصبات المعتق، ثم لمعتق المعتق ثم لعصبته، وعلى هذا القياس.

وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مُعْتَقَهَا أَوْ مُنْتَمِيًا إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلَاءٍ.

قال: (**وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مُعْتَقَهَا**) لإطلاق الحديث السابق.

قال: (**أَوْ مُنْتَمِيًا إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلَاءٍ**) أي: كما لو كان المعتق رجلًا وإن نسب.

قلت: لا ترث النساء بالولاء إلا ممن أعتقن أو أعتق من أعتقن، أو جر الولاء إليهن مَن أعتقهن، وصورة جر الولاء: أن تزوج عبدها بمعتقة لرجل، فيأتي بولد ثم يعتق عبدها، ورأيت في باب الولاء من استدراك الدارمي: ولا ترث النساء إلا ولاء من أعتقن، وأعتق من أعتقن.

وعن ابن سريج، وجماعة يرثن، هذا لفظه، وأحسبه تحريف من ناقل، وإنما روى هذه عن شريح القاضي التابعي وغيره، وقال الإمام أحمد في رواية الحر عنه: ترث بنت المولى خاصةً مع أختها، وعنه أنها ترث مطلقًا؛ لما رُوي: «**أنه ﷺ ورَّث ابنة حمزة من عتيق أبيها**»⁽¹⁾ والصحيح عن أحمد كمذهبنا وهو مذهب عامة العلماء، وأما الحديث فاختلفت الرواية فيه فروي أنه كان عتيقها كما سبق، وأنه كان عتيق أبيها.

وأسند ابن اللبان في «الإيجاز» أنه: «**كان لبنت حمزة مولى أعتقته... الحديث**»⁽²⁾ كما سبق عن رواية النسائي وغيره.

ثم قال: حدثنا أحمد بن كامل، حدثنا أحمد بن عبد الله بن يزيد بن هارون، عن الثوري، عن سلمة بن كُهَيْلٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ شَدَّادٍ، عن النبي ﷺ بمثله، قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَّاد: وَأَنَا أَعْلَمُ بِهَا؛ لِأَنَّهَا أُخْتِي لِأُمِّي أُمُّنَا سَلْمَى بِنْتُ عُمَيْسٍ الْخَثْعَمِيَّة، وهذا أصح مما روى إبراهيم: «**أن مولى لحمزة مات...**» الحديث⁽³⁾ انتهى.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٠٢).

(3) أورده ابن قدامة في المغني (٦/ ٢٩١).

فَصْلٌ

إِذَا اجْتَمَعَ جَدٌّ وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ، وَمُقَاسَمَتُهُمْ كَأَخٍ، فَإِنْ أَخَذَ الثُّلُثَ فَالْبَاقِي لَهُمْ، ....

(فَصْلٌ:

إِذَا اجْتَمَعَ جَدٌّ وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ، وَمُقَاسَمَتُهُمْ كَأَخٍ، فَإِنْ أَخَذَ الثُّلُثَ فَالْبَاقِي لَهُمْ):

اعلم أن هذا باب خطر في الفرائض، وكذلك كثر الاختلاف فيه بين الصحابة ﷺ ومن بعدهم، وجاء في حديث: **«أجرؤكم على الجد، أجرؤكم على النار»**(١).

قال الدارقطني: ولا يصح رفعه، وإنما هو عن عمر، أو عليّ، ولفظ المروى عن عليّ ﷺ: **«مَنْ سَرَّهُ أَنْ يَقْتَحِمَ جَرَاثِيمَ جَهَنَّمَ بِحُرِّ وَجْهِهِ فَلْيَقْضِ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ»**(٢).

وأسنده ابن حرملة مرسلًا عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: **«أَجْرَؤُكُمْ عَلَى قَسْمِ الْجَدِّ أَجْرَؤُكُمْ عَلَى النَّارِ»**(٣).

وعن عبيدة السلماني: لقد حفظت عن عمر ﷺ بأنها قضية مختلفة يخالف بعضها بعضًا؛ يعني: في الجد، وفي الصحيحين من حديث عمر: **«ثلاث وددت أن رسول الله ﷺ عهد إلينا فيهن عهدًا ينتهي إليه، وذكر منها الجد»**(٤).

إذا عرفت هذا ففي هذا مسألتان:

الأولى: أن الجد يقاسم الإخوة والأخوات ولا يسقطون به؛ وبهذا قال

---

(١) أورده ابن قتيبة في تأويل مختلف الحديث (١/ ٢٠)، وابن حزم في المحلى (٩/ ٢٨٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٤٨)، والبيهقي (٦/ ٢٤٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في«المصنف» (١٠/ ٢٦٢) وسعيد بن منصور في السنن (١/ ٤٨).

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٢٢)، ومسلم (٤/ ٢٣٢٢).

……

من الصحابة: عمر في آخر ما روي عنه، وعلي، وعثمان، وابن مسعود، وزيد ابن ثابت ﷺ، ومن التابعين: الأوزاعي وغيره، ومن الفقهاء: مالك، وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد، وذهب أبو بكر الصديق، وابن عباس، وعائشة أم المؤمنين، ومعاذ بن جبل، وأبي بن كعب، وأبو الدرداء، وأبو هريرة، وأبو موسى، وابن الزبير ﷺ وجمع من التابعين، وأبو حنيفة إلى أنهم يسقطون، ووافقهم من أصحابنا المزني، ومحمد بن نصر المروزي، وابن سريج، وابن اللبان، وأبو منصور البغدادي.

قال ابن اللبان: وعن عمر، وعثمان، وعلي ﷺ قالوا بذلك، ثم رجعوا عنه.

قال الماوردي: إنهم لم يختلفوا فيه أيام أبي بكر حتى مات، واحتج لذلك بأن: الأب يقع عليه، وأجمعوا أنه كالأب في الشهادة لابن أبيه، وكالأب فيمن يعتق عليه، وأنه لا يقتص له من جده كالأب؛ ولأن له السدس مع الولد الذكر وهو عاصب وذو فرض، وليس ذلك لأحد غيره وغير الأب، ولما كان ابن الابن كالابن عند عدم الابن، كذلك أبو الأب عند عدم الأب.

واحتج أصحابنا وغيرهم بأن الأخ يعصب أخته، فلم يسقطه بالجد كالابن، وتمسكوا بقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧] وبقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

وَالْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ يَدْخُلُونَ فِي عُمُومِ الْآيَتَيْنِ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَخُصَّ الْجَدَّ بِالْمَالِ دُونَ الْإِخْوَةِ[1]، وَلِأَنَّ كُلَّ سَبَبَيْنِ يُدْلِيَانِ إِلَى الْمَيِّتِ بِشَخْصٍ وَاحِدٍ لَمْ يَسْقُطْ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ كَالْأَخَوَيْنِ وَكَابْنَيِ الِابْنِ؛ لِأَنَّ الْأَخَ وَالْجَدَّ كِلَاهُمَا يُدْلِيَانِ بِالْأَبِ، وَلِأَنَّ تَعْصِيبَ الْإِخْوَةِ كَتَعْصِيبِ الْأَوْلَادِ؛ لِأَنَّهُمْ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ وَيَحْجُبُ الْأُمَّ عَنْ أَعْلَى الْوَجْهَيْنِ، وَيَفْرِضُ النِّصْفَ لِلْأُنْثَى مِنْهُمْ،

---

(١) انظر الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ٣٤٩).

……

وَالْجَدُّ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ كُلِّهَا بِخِلَافِهِمْ، فَكَانُوا بِمُقَاسَمَةِ الْجَدِّ أَوْلَى مِنْ سُقُوطِهِمْ بِهِ؛ وَلِأَنَّ كُلَّ شَخْصَيْنِ إِذَا اجْتَمَعَا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَانَ أَحَدُهُمَا يَجْمَعُ بَيْنَ التَّعْصِيبِ وَالرَّحِمِ وَالْآخَرُ يَتَفَرَّدُ بِالتَّعْصِيبِ دُونَ الرَّحِمِ، كَانَ الْمُتَفَرِّدُ بِالتَّعْصِيبِ وَحْدَهُ أَقْوَى، كَالِابْنِ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الْأَبِ، فَلَمَّا كَانَ الْجَدُّ جَامِعًا لِلْأَمْرَيْنِ وَالْأَخُ مُخْتَصٌّ بِأَحَدِهِمَا وَجَبَ أَنْ يَكُونَ أَقْوَى؛ لِأَنَّ الْجَدَّ وَالْأَخَ كِلَاهُمَا يُدْلِيَانِ بِالْأَبِ وَالْجَدُّ يَقُولُ: أَنَا أَبُو أَبِي الْمَيِّتِ، وَالْأَخُ يَقُولُ: أَنَا ابْنُ أَبِي الْمَيِّتِ، فَصَارَ الْأَخُ أَقْوَى مِنَ الْجَدِّ لِثَلَاثَةِ مَعَانٍ:

مِنْهَا: أَنَّ الْأَخَ يُدْلِي بِالْبُنُوَّةِ وَالْجَدَّ يُدْلِي بِالْأُبُوَّةِ، وَالْإِدْلَاءُ بِالْبُنُوَّةِ أَقْوَى.

وَمِنْهَا: أَنَّ مَنْ يُدْلِيَانِ بِهِ وَهُوَ الْأَبُ لَوْ كَانَ هُوَ الْمَيِّتُ لَكَانَ لِلْجَدِّ مِنْ تَرِكَتِهِ السُّدُسُ وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِهَا لِلِابْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْأَخَ قَدْ شَارَكَ الْمَيِّتَ فِي الصُّلْبِ وَرَاكَضَهُ فِي الرَّحِمِ، وَإِذَا كَانَ الْأَخُ أَقْوَى مِنَ الْجَدِّ بِهَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ، كَانَ أَقَلُّ أَحْوَالِهِ أَنْ يَكُونَ مُشَارِكًا لَهُ فِي مِيرَاثِهِ.

فَرُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﵁ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ فَرِيضَةً فِي الْجَدِّ حَتَّى صَارَ هُوَ جَدًّا، وَذَلِكَ أَنَّ ابْنَهُ عَاصِمًا مَاتَ وَتَرَكَ أَوْلَادًا، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْأَوْلَادِ فَتَرَكَ جَدَّهُ عُمَرَ وَإِخْوَتَهُ، فَعَلِمَ أَنَّهُ أَمْرٌ لَا بُدَّ مِنَ النَّظَرِ فِيهِ، فَقَامَ فِي النَّاسِ فَقَالَ: هَلْ فِيكُمْ مِنْ أَحَدٍ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ فِي الْجَدِّ شَيْئًا؟ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَسْأَلُ عَنْ فَرِيضَةِ الْجَدِّ فَأَعْطَاهُ السُّدُسَ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ؟ فَقَالَ: لَا أَدْرِي، قَالَ: لَا دَرَيْتَ.

ثُمَّ قَالَ آخَرُ: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ فَرِيضَةِ الْجَدِّ فَأَعْطَاهُ الثُّلُثَ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ؟ قَالَ: لَا أَدْرِي قَالَ: لَا دَرَيْتَ.

ثُمَّ دَعَا زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ فَقَالَ: إِنَّهُ كَانَ مِنْ رَأْيِي وَرَأْيِ أَبِي بَكْرٍ قَبْلِي أَنْ أَجْعَلَ الْجَدَّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ فَمَاذَا تَرَى؟ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَا يُجْعَلُ شَجَرَةٌ خَرَجَ مِنْهَا غُصْنٌ، ثُمَّ خَرَجَ مِنَ الْغُصْنِ غُصْنَانِ، فِيمَ تَجْعَلُ الْجَدَّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ وَهُمَا

خَرَجَا مِنَ الْغُصْنِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ الْجَدُّ؟، يعني: أنهما ركضا في صلب ورحم.

ثُمَّ دَعَا عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ﷺ وَقَالَ لَهُ مِثْلَ مَقَالَتِهِ لِزَيْدٍ، فَقَالَ عَلِيٌّ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَا تَجْعَلْ وَادٍ سَالَ فَانْشَعَبَتْ مِنْهُ شُعْبَةٌ، ثُمَّ انْشَعَبَتْ مِنَ الشُّعْبَةِ شُعْبَتَانِ، فَلَوْ رَجَعَ مَاءُ إِحْدَى الشُّعْبَتَيْنِ دَخَلَ فِي الشُّعْبَتَيْنِ جَمِيعًا فِيمَ تَجْعَلُ الْجَدَّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ.

فَقَالَ عُمَرُ: لَوْلَا رَأْيُكُمَا أَجْمَعُ مَا رَأَيْتُ أَنْ يَكُونَ ابْنِي وَلَا أَنْ أَكُونَ أَبَاهُ.

قَالَ الشَّعْبِيُّ: فَجَعَلَ الْجَدَّ أَخًا مَعَ الْأَخَوَيْنِ، وَمَنَعَ الْأَخِ وَالْأُخْتِ، فَإِذَا كَثُرُوا تَرَكَ مُقَاسَمَتَهُمْ وَأَخَذَ الثُّلُثَ.

وَكَانَ عُمَرُ ﷺ أَوَّلَ جَدٍّ وَرِثَ مَعَ الْإِخْوَةِ فِي الْإِسْلَامِ، فَهَذِهِ الْقِصَّةُ وَإِنْ طَالَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا تَجْمَعُ خَبَرًا وَاحْتِجَاجًا وَمَثَلًا فَلِذَلِكَ اسْتَوْفَيْنَاهَا، انتهى. واستيفاء الاحتجاج في القولين والأجوبة عنه، مما لا يحتمله هذا المختصر.

المسألة الثانية: وقد بيَّنها المصنف بقوله: **فإن لم يكن معهم ذو فرض إلى آخره**، أي: لا يخلو حال الجد من أمرين: إما إن أن يكون معه صاحب فرض، وهي الحالة الأولى، فللجد خير الأمرين عندنا من المقاسمة، وثلث جميع المال، ووجه اعتبار المقاسمة تنزيله منزلة أخ، ووجه اعتبار الثلث أن الجد والأم إذا اجتمعا أخذ الجد ضعفها، والإخوة لا ينقصون الأم عن السدس، فوجب ألّا ينقص الجد عن ضعفه، فإن قاسمهم كان كأخ، وإن أخذ الثلث فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد سبق الأمران، والقسمة خير له إذا لم يكن معه إلا أخ، أو أخت، أو أخ وأختان، أو أختان، أو ثلاث أخوات، فهي خمس صور، ويستوي الأمران إذا لم يكن معه إلا أخوات، أو أخ وأختان، أو أربع أخوات، فهي ثلاث صور، وما عدا ذلك الثلث خير له.

وضابطه: أنهم إن كانوا مثلية فالقسمة والثلث سواء، **وَإِنْ كَانُوا دُونَ مِثْلَيْهِ كَأَخٍ أَوْ أُخْتٍ فَالْقِسْمَةُ لَهُ أَوْفَرُ، أَوْ كَانُوا فَوْقَ مِثْلَيْهِ فَالثُّلُثُ لَهُ أَوْفَرُ**، وهذا الضابط ذكره في «المجرد» وصدقه «المنهاج»، واستغنيا عنه بذكر الحكم.

وَإِنْ كَانَ فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ التَّرِكَةِ وَثُلُثِ الْبَاقِي وَالْمُقَاسَمَةِ، ....

واعلم أن من وافقنا من الصحابة وغيرهم على أصل المقاسمة اختلفوا في كيفيتها؛ فمنهم من قال بما قلناه، ومنهم من خالف؛ تركنا ذكره اختصارًا، ولشهرته في المطولات.

قال: (**وَإِنْ كَانَ**) أي: معه ذو فرض، وهي الحالة الثانية، وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة: البنت، وبنت الابن، والأم، والجد، والزوج، والزوجة.

قال: (**فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ التَّرِكَةِ وَثُلُثِ الْبَاقِي وَالْمُقَاسَمَةِ**) أما السدس؛ فلأن البنتين لا تنقصان الجد عنه؛ فالأخوة أولى، وأما ثلث الباقي؛ فلأنه لم يكن ثمَّ صاحب فرض لأخذ ثلث جميع المال، وإذا كان قد خرج قدر الفرض مستحقًا أخذ ثلث الباقي، وكان الفرض تلف من المال، وأما المقاسمة فلما سبق من أنه ينزل معهم منزلة أخ.

أمثلة ذلك: بنتان وجد وثلاثة إخوة؛ السدس خير.

وأم وجد وثلاثة إخوة؛ ثلث الباقي خير.

زوجة وجد وأخ؛ القسمة خير.

بنت وجد وثلاثة أخوة؛ السدس، وثلث الباقي سِيَّان، وهما خير من القسمة.

بنتان وجد وأخ؛ السدس والقسمة سِيَّان، وهما خير من ثلث الباقي.

زوجة وجد وأخوات؛ ثلث الباقي والقسمة سواء، وهما خير من السدس.

بنت وجد وأخوات؛ السدس، وثلث الباقي، والقسمة سواء.

والحاصل: أنه إذا لم يكن في المسألة ذو فرض فللجد خير الأمرين من المقاسمة وثلث جميع، وإن كان فيهما ذو فرض فللجد خير الأمور الثلاثة من سدس جميع المال، وثلث الباقي والمقاسمة، وقد سبق ضبط ما إذا لم يكن معهم ذو فرض، فإن كان الفرض قدر النصف أو دونه فالقسمة خير، إن كانوا دون مثلية فإن زادوا؛ قلت: الباقي خير، وإن كان الفرض فوق النصف ودون

وَقَدْ لَا يَبْقَى شَيْءٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ فَيُفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُزَادُ فِي الْعَوْلِ، وَقَدْ يَبْقَى دُونَ سُدُسٍ كَبِنْتَيْنِ وَزَوْجٍ فَيُفْرَضُ لَهُ وَتُعَالُ، وَقَدْ يَبْقَى سُدُسٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ فَيَفُوزُ بِهِ الْجَدُّ، وَتَسْقُطُ الْإِخْوَةُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ وَلَوْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ فَحُكْمُ الْجَدِّ مَا سَبَقَ ....

الثلثين فالقسمة خير، إذا لم يكن إلا أخت، وإلا فالسدس خير ووجب أخذ السدس، أو ثلث الباقي، أو الثلث، فإنما يأخذه بالفرض.

قال: (**وَقَدْ لَا يَبْقَى شَيْءٌ - كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ - فَيُفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُزَادُ فِي الْعَوْلِ**) أي: إذا لم يبقَ شيء، وهذه العبارة ذكرها في «الوسيط»، قال ابن الرفعة: عدم بقاء شيء يصدق إذا استغرقت الفروض المال بلا زيادة، وإذا استغرقته وزادت عليه فالأول غير مقصود فيما نحن فيه؛ لأنه غير ممكن، وإذا كان كذلك تعين حمل كلامه على الثاني، وعليه ينطبق قول الشافعي: فإن عالت الفريضة فالسدس خير، انتهى.

وما قاله حسن صحيح، ولهذا لم يقتصر المصنف على قوله: «وقد لا يبقى شيء»؛ بل مثله مما ذكره فللبنتين الثلثان، وللأم السدس، وللزوج الربع، فيعول: نصف سدس، ثم نفرض للجد سدس، ويزاد في العول، وأصلها من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر، ومنها يصح.

قال: (**وَقَدْ يَبْقَى دُونَ سُدُسٍ -كَبِنْتَيْنِ وَزَوْجٍ - فَيُفْرَضُ لَهُ وَتُعَالُ**) فللبنتين الثلثان، وللزوج الربع، يبقى نصف سدس، فتعول بمثله إلى ثلاثة عشر: للبنتين ثمانية، وللزوج ثلاثة، وللجد سهمان.

(**وَقَدْ يَبْقَى سُدُسٌ - كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ - فَيَفُوزُ بِهِ الْجَدُّ**)؛ لأن أصلها من ستة: للبنتين الثلثان، وللأم السدس، وللجد السدس .

قال: (**وَتَسْقُطُ الْإِخْوَةُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ**) أي: لاستغراق الفروض المال.

قال: (**وَلَوْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ فَحُكْمُ الْجَدِّ مَا سَبَقَ**) أي: فيكون له الأكثر من ثلث المال، أو المقاسمة إذا لم يكن معه ذو فرض، وخير الأمور الثلاثة إن كان كما سبق، فيما إذا كان معه أحد الصنفين،

وَيُعَدُّ أَوْلَادُ الْأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلَادَ الْأَبِ فِي الْقِسْمَةِ، فَإِذَا أَخَذَ حِصَّتَهُ، فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ فَالْبَاقِي لَهُمْ وَسَقَطَ أَوْلَادُ الْأَبِ.

وَإِلَّا فَتَأْخُذُ الْوَاحِدَةُ إِلَى النِّصْفِ. وَالثِّنْتَانِ فَصَاعِدًا إِلَى الثُّلُثَيْنِ.

وَلَا يَفْضُلُ عَنِ الثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ. وَقَدْ يَفْضُلُ عَنِ النِّصْفِ فَيَكُونُ لِأَوْلَادِ الْأَبِ.

وقوله: «ولأب» أوله واو، وقوله: أول الفصل «أو لأب» ذاك فيما إذا كان معه أحدهما، والكلام هنا فيما إذا كانا معه، وهذه هي صوره المعتادة.

وقد أشار إليها بقوله: (**وَيُعَدُّ أَوْلَادُ الْأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلَادَ الْأَبِ فِي الْقِسْمَةِ**) أَيْ: يُدْخِلُونَهُمْ فِي الْعَدَدِ عَلَى الْجَدِّ.

(**فَإِذَا أَخَذَ حِصَّتَهُ، فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ؛ فَالْبَاقِي لَهُمْ، وَسَقَطَ أَوْلَادُ الْأَبِ، وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن فيهم ذكر بل تمحضوا إناثًا.

قال: (**فَتَأْخُذُ الْوَاحِدَةُ إِلَى النِّصْفِ وَالثِّنْتَانِ فَصَاعِدًا إِلَى الثُّلُثَيْنِ، وَلَا يَفْضُلُ عَنِ الثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ وَقَدْ يَفْضُلُ عَنِ النِّصْفِ فَيَكُونُ لِأَوْلَادِ الْأَبِ**) هذا مذهب زيد بن ثابت، وحُكي نحوه عن عمر ﷺ وبه قال الشافعي ومالك -رحمهما الله تعالى.

وعن علي وابن مسعود - ﷺ - أنه ولد الأب فيسقطون بولد الأب والأم في مقاسمة الجد، إلا أن يكون ولد الأبوين أنثى واحدة وولدا إناثًا خلَّصًا فيفرض لهن السدس تكملة الثلثين، فإن كان معهن ذكر سقطن به مع ولد الأبوين؛ لأن الأخ لأبوين يحجب الأخ للأب، فلا يعتد به كالأخ لأم مع جد، وأخ لأبوين لا يعتد به الجد؛ ولأن المقاسمة أثبتت الاستحقاق فسقطت بسقوطه، واحتج لمذهب زيد بأن الجد له ولادة، فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه وارث غيره كالأم، وكان الاستحقاق هنا بجهة الأخوة، فبان أحدهما عن الآخر، بخلاف الجد مع الأخ من الأم؛ لأنهما شيئان مختلفان، ولأن مقاسمة الجد للإخوة إنما كان لإدلال جميعهم بالأب، فلما ضعف الجد عن دفع الإخوة؛ لأن بانفرادهم كان أولى أن يضعف عن دفعهم إذا اجتمعوا من هم أقوى منه، ثم لما كان الإخوة للأبوين أقوى شيئًا من الإخوة للأب؛ دفعوهم عما صار إليهم حين ضعف الجد عن دفعهم، فلذلك عاد ما أخذه

وَالْجَدُّ مَعَ أَخَوَاتٍ كَأَخٍ فَلَا يُفْرَضُ لَهُنَّ مَعَهُ إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ فَلِلزَّوْجِ نِصْفٌ، وَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ وَلِلْجَدِّ سُدُسٌ، وَلِلْأُخْتِ نِصْفٌ فَتَعُولُ ثُمَّ يَقْتَسِمُ الْجَدُّ، وَالْأُخْتُ نَصِيبَيْهِمَا أَثْلَاثًا لَهُ الثُّلُثَانِ.

الأخوة للأب عليهم، وليس يمتنع أن يحجب الأخوة شخصًا، ثم يعود ما حجبوه على غيرهم، ألا ترى الأخ للأب يحجب الأم مع الأخ للأبوين، ثم يعود السدس الذي حجبها عنه على الأخ للأبوين فكذا هنا، والأخوات يحجبنَ الأم مع الأبوين، ثم يعود على الأب، وأجبت عن الاستدلال بالمقاسمة: أنها تجب للاستحقاق بها فصحيح، وقد استحقه الإخوة للأبوين، فصارت المقاسمة للاستحقاق لا لغيره، قاله الماوردي، ولا يخفى ما فيه.

أمثلة ذلك:

أخت لأبوين وأخ لأب وجد؛ يصح من عشرة للأخ للأبوين خمسة، وللجد أربعة، وللأخ للأب سهم.

جد وأخ لأبوين وأخ لأب؛ يدخل الأخ للأب في القسمة ولا يأخذ شيئًا، فللجد الثلث، والباقي للأخ لأبوين.

جد وأخت لأبوين، وأخت لأب؛ للجد سهم، وللآخرين سهمان، ثم تأخذ الأخت لأبوين ما في يد الأخت تكملة النصف.

جد وأخ لأبوين وأخت لأب؛ للجد سهمان، والباقي للأخ .

قال: **(وَالْجَدُّ مَعَ أَخَوَاتٍ كَأَخٍ فَلَا يُفْرَضُ لَهُنَّ مَعَهُ)** كما لا يفرض لهن مع الأخ، ولا تُعال المسألة بسببهن؛ وإن كان قد يفرض للجد، وتُعال المسألة بسببه كما سبق؛ لأنه صاحب فرض بالجدودة .

قال: **(إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ فَلِلزَّوْجِ نِصْفٌ، وَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ، وَلِلْجَدِّ سُدُسٌ، وَلِلْأُخْتِ نِصْفٌ، فَتَعُولُ ثُمَّ يَقْتَسِمُ الْجَدُّ وَالْأُخْتُ نَصِيبَيْهِمَا أَثْلَاثًا، لَهُ الثُّلُثَانِ)** أصل المسألة من ستة، وعالت إلى تسعة، ثم يجمع نصف الأخت وسدس الجد، فيقسم بينهما أثلاثًا، له الثلثان كما ذكره؛ لأنه لا يمكن فوزها بالنصف؛ لئلا تفضل عليه، وتصح

....

المسألة من سبعة وعشرين، ونصيب الأخت والجد لا ينقسم عليهما أثلاثًا، فاضرب ثلاثة في تسعة تبلغ سبعة وعشرين؛ للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة، ولو كان يدلي الأخت أخ سقط؛ إذ لا فرض له، وإن كان معها سقط وأسقطها، وهو الأخ المشؤوم، ولو كان أختان فللزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، والباقي للأختين ولا فرض لهما ولا عول، ووجه ما ذكرنا أنه إنما فرض للأخت في هذه الصورة؛ لأن الجد رجع إلى أصل فرضه، ولا سبيل إلى إسقاطها، فرجعت هي أيضًا إلى فرضها، وإنما قُسم المبلغانُ بينهما؛ لأنه لا سبيل إلى تفضيلها على الجد، كما في سائر صور الجد والإخوة، ففرض لها بالرحم، وقسم بينهما بالتعصيب؛ رعايةً للجانبين.

قال الرافعي: هذا ما وجهت به المسألة، وقياس كونها عصبة؛ فالجد إن سقط يرجع إلى الفرض، ألا ترى أنها تعول في بنتين وأم وجد وأخت، للبنتين الثلثان، وللأم السدس وللجد السدس، وسقطت الأخت؛ لأنها عصبة مع البنات! ومعلوم أن البنات لا يأخذن إلا الفرض، ويؤيده أن قبيصة بن ذؤيب يُروى عنه أنه أنكر قضاء زيد رضي الله عنه في الأكدرية بما يشتهر عنه، وأجيب عن هذه الرواية بإسقاطها، وقد مرَّ أن الشافعي رضي الله عنه يأخذ بقول زيد في الفرائض، وأنه اختلف قوله حيث اختلفت الرواية عن زيد، فقضية تخريج قول الشافعي وإن لم ينقل، انتهى.

وصرَّح في «الوسيط» بالخلاف فقال: والصحيح من مذهب زيد أنه يفرض لها النصف⁽¹⁾.

قال ابن الرفعة في شرحه: وهذه الرواية لم أرَ مَن صرح بها غيره إلا الماوردي، فإنه حكاها، وبالإسقاط قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه، وابن عباس - رضي الله عنهما - ومن تابعهما، انتهى.

والذي نسبه الإمام إلى المحققين أن قبيصة سئل عن قضاء زيد رضي الله عنه في

---

(١) انظر: «التلخيص» للخبري (١/ ٢٢٤).

……

الأكدرية، فذكر له الرواية المشهورة، فقال: والله ما فعل هذا زيد قط، ولكن قاس الفرضيون على قوله، ثم قال المحققون: إن أصح ما قاله قبيصة سقط الأخت، انتهى.

وفي «البسيط» أن الصحيح من مذهب زيد على ما رواه عنه خارجة والشعبي والنخعي وهو مذهب الشافعي ومالك، وفي رواية أخرى عن الشعبي أنه قال: سألت قبيصة بن ذؤيب عن كذا فقال: والله ما فعل زيد هذا، وإنما أصحابه قاسوا على قوله.

وفي «الإيجاز» لابن اللبان: وعن الشعبي قال: سألت قبيصة عن قضاء زيد فقال: والله ما فعل هذا زيد قط، وهو من أعلمهم بقول زيد، بمعنى أن أصحابه قاسوا على قوله، قال أبو الحسين: فإن لم تصح هذه الرواية عن زيد فقياس قوله أن تسقط الأخت كما سقط الأخ لو كان يد الأخت؛ لأن الأخ والأخت نسلهما واحد من قول زيد؛ لأنهما عنده مع الجد عصبة يقاسمانه، انتهى.

ورُوي ذلك عن عمر، وعليّ- ﵄ - والحسن البصري- ﵀ تعالى- وقال ابن عبد البر في «الاستذكار»: أَبُو الْحُسَيْنِ بْنُ اللَّبَّانِ الْفَرَضِيُّ لم يصح عن زيد ما ذكروه، وقياس قوله وكذا وكذا، وذكر ما سبق.

تنبيهات:

منها: سميت هذه المسألة بـ«الأكدرية» قيل: باسم السائل، وقيل: باسم المسؤول عنها، وقيل: لأنها كدَّرت على زيد مذهبه؛ لأنه يفرض لأخت مع جد ولا يُعل، وقد فرض وأعال، وقيل: لتكدر أقوال الصحابة فيها، فالصديق أسقط الأخت، والفاروق وابن مسعود يجعلان للأم السدس، وللجد السدس؛ لأنهما لا يفضلان أمًّا على جد، وللزوج النصف، وللأخت النصف، فعَالت بثلثها إلى ثمانية، والمشهور عندنا ما ذكره المصنف.

قلت: وقيل تسمى بالغَرَّاء كما قيل في المشركة، وذكره هنا ابن الحاجب وغيره من المالكية، وقيل تسمى أُمَّ الْفُرُوخِ.

....

قال الخبري: والمشهور أن أمَّ الفُرُوخ ما عال إلى عشرة، وأقرب الأقوال في تسميتها بالأكدرية ما أسنده ابن عبد البر عن وكيع عن سفيان قال: قلت: للأعمش لما سميت بالأكدرية؟ قال: طرحها عبد الملك بن مروان على رجل يقال له الأكدرية كان ينظر في الفرائض فأخطأ فيها فسماها الأكدرية.

قال وكيع: كنا نسمع قبل هذا أنها سميت الأكدرية؛ لأن قول زيد تكدر فيها ولم يُقس قوله، انتهى.

ومنها: هذه المسألة تلقى في «المعاياة» على وجهين: أحدهما: وهو ما أورده أصحابنا وغيرهم من الفرضيين في كتبهم، أن يقال أربعة من الورثة أخذ أحدهم ثلث المال، والثاني: ثلث الباقي، والثالث: ثلث الباقي، والرابع: الباقي، وللزوج تسعة وهو ثلث، وللأم ستة وهو ثلث الباقي، وللأخت أربعة وهو ثلث الباقي أيضًا، وللجد ثمانية.

والثاني: وهو حسن وقلَّ من ذكره أن يقال: أربعة من الورثة أخذ أحدهم جزءًا من المال، وأخذ الثاني نصف ذلك الجزء، وأخذ الثالث نصف الجزأين، وأخذ الرابع نصف الأجزاء، فإن الجد أخذ ثمانية، والأخت أربعة فهي نصف الثمانية، وأخذت الأم ستة وهو نصف ما حصل لهما، وأخذ الزوج تسعة وهو نصف ما حصل لهم.

ومنها: قال الإمام في «النهاية» بعد ذكره مذاهب الصحابة رضي الله عنهم وتعليلها: ولولا شهادة رسول الله ﷺ لزيد بالتقدم في الفرائض(١)، وإلا لاقتضى الإنصاف اتباع علي رضي الله عنه في باب الجد، فإنه أبقى المذاهب وأضبطها، وليس فيه جزمٌ أصيل، ولا أستجد شيئًا بدع.

ومنها: قيل: كان ينبغي أن يقول المصنف: وهي زوج، وأم، وجدة إلى آخره، فإن قيل ذكر الواقع؛ فجوابه ما سبق عن دقائقه في الشركة.

---

(١) لحديث: «أفرضكم زيد» رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٢٠٣٨٧)، والحاكم في «المستدرك» (٣/ ٥٣٥)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٤)، وهو حديث حسن.

فَصْلٌ

لَا يَتَوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ....

قال:

(فَصْلٌ)

لَا يَتَوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ) لقوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»(١) متفق عليه من حديث أسامة بن زيد - ﵁ - ولا فرق في ذلك بين النسب والنسيب(٢) وقال معاذ بن جبل، ومعاوية بن أبي سفيان: [يرث كما ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا].

قال ابن اللبان: وبه قال محمد بن الحنفية، ومحمد بن علي بن الحسين، وسعيد بن المسيب، ومسروق، وعبد الله بن معقل المزني، ويحيى بن يعمر، وإسحاق بن راهويه، قال: وقد قيل: إن أبا الدرداء، وابن عمر، والزهري، والنخعي، والشعبي أيضًا أنه: يرث المسلم الكافر، كما ينكح الكافرة، وعن أحمد: أنه يرث بالولاء، وعنه أنه ورَّث من أسلم قبل القسمة، وروي عن عمر وعلي- ﵄ - والحسن البصري - ﵀ تعالى -.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار»: وقال أَبُو الْحُسَيْنِ بْنُ اللَّبَّانِ الْفَرَضِيُّ:

---

(١) حديث أسامة: أخرجه الطيالسي (ص ٨٧، رقم ٦٣١)، وأحمد (٥/ ٢٠٩، رقم ٢١٨٦٩)، والحميدي (١/ ٢٤٨، رقم ٥٤١)، والبخاري (٦/ ٢٤٨٤، رقم ٦٣٨٣)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣، رقم ١٦١٤)، وأبو داود (٣/ ١٢٥ رقم ٢٩٠٩)، والترمذي (٤/ ٤٢٣ رقم ٢١٠٧) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٢، رقم ٦٣٧٩)، وابن ماجه (٢/ ٩١١، رقم ٢٧٢٩). والدارمي (٢/ ٤٦٦ رقم ٢٩٩٨)، وابن خزيمة (٤/ ٣٢٢ رقم ٢٩٨٥)، وأبو عوانة (٣/ ٤٣٥، رقم ٥٥٩٤)، وابن حبان (١٣/ ٣٩٤، رقم ٦٠٣٣).

حديث عمرو بن شعيب: أخرجه الحاكم (٤/ ٣٨٤، رقم ٨٠٠٨)، والبيهقي (٦/ ٢١٨، رقم ١٢٠١٠). وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣١٨).

حديث علي الموقوف: أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٢٨٤، رقم ٣١٤٤٢).

حديث عمر الموقوف: أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٢٨٤، رقم ٣١٤٤٦).

(٢) الذي في «روضة الطالبين» (٢/ ٣١٠): ولا فرق بين النسيب والمعتق، وفي «النجم الوهاج» (٦/ ١٦٩): بين الولاء والنسب.

……

لم يصح عن زيد ما ذكروه، وقياس قوله كذا وكذا وذكر ما سبق، وحكى الإمام قول معاذ عن علي - ﵁ - وقال: إنه غريب لا أصل له، وأصله حديث جابر أنه ﷺ قال: **«لا يرث المسلم النصراني، إلا أن يكون عبده، أو أمته»**(١) رواه النسائي، وصححه الحاكم، ولعل تأويله أن ما بيده يكون لسيده كما في الحياة، إلا الإرث الحقيقي من العتيق؛ لانتمائه، وقيل: إن القاضي عبد الوهاب المالكي نقله في «إشرافه» عن الشافعي، وهذا خلاف نص الشافعي، وخلاف ما اجتمع عليه الصحابة، وإنما أثبت الشافعي له الولاء دون الإرث، حتى لو أسلم يومًا من الدهر ثم مات ورثه، وقد وقفت على رؤوس المسائل لعبد الوهاب ولم أرَ لذلك ذكرًا فيها، فإن صحَّ النقل عن «إشرافه» وفيه بعد، وكأنه ظن أنه أثبت له الولاء أنه يورثه في الحال، ونقل أصحابنا عن مذهبنا في باب الولاء: أنه لو أعتق المسلم عبدًا كافرًا، أو الكافر مسلمًا؛ ثبت الولاء وأن يتوارثا، وعن مالك: أنه لا يثبت الولاء مع اختلاف الدين، ونقل ابن عبد البر في «استذكاره» اتفاق العلماء في هذا الموضع أن الولاء والنسب سواء، ومن لا يرث بالنسب، فبالولاء أحرى ألا يرث، وهنا مما فيه خلاف، انتهى.

والمنقول عن عبارة «إشراف» عبد الوهاب: أن الولاء مراعى عنده، فإن أسلم كان ميراثه للمسلم، وإن مات قبل أن يسلم فلا ولاء للمسلم، وقال الشافعي يثبت له الولاء عليه ويرثه، انتهى. وهذا سهو بلا شك.

فائدة: ذكر ابن اللبان في «الإيجاز» في باب ميراث المسلم من الكافر أن القائلين بذلك كما سبق قالوا قول رسول الله ﷺ: **«لا يرث المسلم الكافر»** أنه أراد الكافر الحربي، وبالمنع قال الخلفاء الأربعة، وخلائق من السلف، وعامة فقهاء الأمصار عليه في العمل.

فرع: قال القاضي الحسين في باب الولاء: لو أعتق الكافر عبدًا مسلمًا

---

(١) حديث جابر: أخرجه الدارقطني (٤/ ٧٤)، والحاكم (٤/ ٣٨٣، رقم ٨٠٠٧)، والبيهقي (٦/ ٢١٨، رقم ١٢٠٠٧). والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٣، رقم ٦٣٨٩).
حديث علي الموقوف: أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٢٨٤، رقم ٣١٤٤٣).

وَلَا يَرِثُ مُرْتَدٌّ وَلَا يُورَثُ.

فمات العبد في حياة معتقه لا يرثه ابن معتقه المسلم، بل يثبت المال، ذكره البغوي في «الفتاوى» ووجهه ظاهر.

فرع: مات كافر عن زوجة حامل، ووقفنا الميراث للحمل، فأسلمت ثم ولدت؛ ورث الولد مع حكمنا بإسلامه؛ لأنه كان محكومًا بكفره يوم موت أبيه، ذكره الرافعي وغيره في كلامهم على إرث الجنين، واستشكل بأن العبرة في إرث الحمل بانفصاله، وهذا حين انفصاله كان مسلمًا، وجوابه أن بانفصاله بان أنه ورث بموت أبيه، ولهذا عللوا المسألة بأن الاعتبار بوقت الموت، كما في «النظائر».

قال: (**وَلَا يَرِثُ مُرْتَدٌّ**) أي: بحال، أو لا سبيل إلى توريثه مِن مثله؛ لأنه غَيْرَ مُتَّقٍ وفيه ما سيأتي، ولا مسلم للخبر المتقدم، ولا من كافر أصلي؛ لما قدمناه بينهما قائمة، وهذا إذا قتل أو مات مرتدًا، فإن عاد إلى الإسلام والمورث مسلم بينا أنه ورثه سواء أبقينا ملكه، أو أزلناه، أو دفعناه، قال شارح: قال ابن الرفعة وفيه نظر، وقال: نقل الأستاذ أبو منصور البغدادي الإجماع على أن المرتد لا يرث من المسلم، سواء أسلم بعد ذلك، أو مات مرتدًا؛ وكذلك المرتد وهو غريب.

قال: (**وَلَا يُورَثُ**) أي: بحال عندنا؛ بل ماله فيء لبيت المال، وللإمام احتمال في توريثه من مثله؛ بناء على أن ولده من المرتدة مرتد، ذكره الرافعي، وأغفله في «الروضة»، وأغرب صاحب «الكافي» فقال: المرتد لا يرث ولا يورث منه على الأصح، انتهى.

وسواء في عدم التوريث منه ما اكتسبه في الإسلام، أو في الردة ارتد في الصحة أو المرض، وقصده منع وارثه، قال شارح: والدليل عليه فيما إذا اكتسب في الردة بالإجماع، وفي الباقي القياس عليهما، انتهى.

ونقل الإجماع في هذا غريب، والرافعي نقل عن مالك: أنه إذا ارتد في مرضه وأبهم؛ بان قصده منع الورثة المال فورثوه، وقال أبو حنيفة: ما اكتسبه في حال الإسلام يرثه المسلمون من إفادته.

وَيَرِثُ الْكَافِرُ الْكَافِرَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا، ....

لنا: حديث أسامة، وقياس الشارع فيه على المتفق عليه، انتهى.

ونقل الماوردي التوريث من ستة مذاهب:

أحدها: مذهبنا، وبه قال أبو ليلى وأحمد وأبو ثور.

وثانيها: مذهب مالك كما سبق عنه، إلا الزنديق فإنه يكون لورثته المسلمين، وعندنا لا فرق، وعبارة ابن اللبان: إذا قيل لورثته وزاد في قصده الحرمان بالردة، وترثه امرأته انقضت عدتها أم لا.

ثالثها: مذهب أبي يوسف ومحمد أن جميع ما كسبه في إسلامه وبعد ردته يكون إرثًا لورثته المسلمين، وهو قول علي، وابن مسعود، وابن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وعطاء، وأطلق ابن اللبان رواية القول بذلك عن جماعات من السلف عن هؤلاء، ويتضمن كلامه روايته عن الصديق في أهل الردة.

ورابعها: مذهب أبي حنيفة كما سبق عنه، وزاد إلا أن يكون المرتد امرأة، فيكون جميعه موروثًا، وبه قال النووي وزُفَر بْن الْهُذَيْلِ.

وخامسها: أن ماله لورثته الذين انتقل إليهم دون المسلمين، قاله داود.

سادسها: مذهب علقمة، وقتادة، وسعيد بن أبي عروبة أن ماله ينتقل إلى أهل الدين الذين ارتد إليهم، انتهى.

فرع: حكم الزنديق عندنا حكم المرتد فلا يرث ولا يورث، وهو من يُظهر الإسلام ويُخفي الكفر، وفسره الرافعي في موضع: بأنه الذي لا يدين بدين، وسنوضح ذلك بما فيه، إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيَرِثُ الْكَافِرُ الْكَافِرَ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا**) أي: كاليهود والنصارى والمجوس، وعبدة الأوثان، فيرث بعضهم بعضًا، وهو مذهب عمر ﷺ وبه قال أبو حنيفة وصاحباه، وعنه تفصيل ثانٍ.

قال الرافعي: وقال أحمد: في أصح الروايتين: لا يرث أهل ملة من أهل ملة أخرى، وعن ابن خيران تخريج وجه مثله، واختاره الأستاذ أبو منصور.

……

قلت: وحكاه القاضي الحسين وغيره قولًا للشافعي، وحكاه الماوردي عن علي، والحسن، وشريح، والزهري، والنخعي، ومالك؛ لأن تَقَاطُعَهُمْ يَمْنَعُ مِنْ تَوَارُثِهِمْ، ودليله حديث: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى»(١).

قال ابن عبد البر: ولا يصح هذا الحديث، ومن قال بالمذهب المشهور حمله على الإسلام والكافر، لما سبق.

قال الرافعي: ويؤيده في رواية: «لا يتوارث أهل ملتين، لا يرث المسلم الكافر»(٢) فجعل الثاني بيانًا للأول، هذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلًا ذميين أو حربيين، ولا فرق بين أن يكون الحربيان متفقي الدار أو مختلفيها، وقال أبو حنيفة: إن كانا مختلفي كالروم والهند لم يتوارثا وإن اتحدت ملتهما، والضابط أن يختلف المملوك، ونرى بعضهم قبل بعض، انتهى.

ووجه ظاهر المذهب: أن الكفار على اختلاف فرقهم كالنفس الواحدة في معاداة المسلمين والتمالؤ عليهم(٣).

قال الشافعي ﷺ: المشركون في تفرقهم واجتماعهم يجمعهم أعظم الأمور وهو الشرك بالله تعالى، فجعل اختلافهم كاختلاف المذاهب في الإسلام، وقد قال تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ٦﴾ [الكافرون: ٦] وقال تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَٰلُ﴾ [يونس: ٣٢] وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣].

---

(١) حديث جابر: أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢٤، رقم ٢١٠٨) وقال: غريب.
حديث ابن عمرو: أخرجه الخطيب (٥/ ٢٨٩).
حديث أسامة: أخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن (١/ ٨٤، رقم ١٣٦)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٢، رقم ٦٣٨٢)، والحاكم (٢/ ٢٦٢، رقم ٢٩٤٤) وقال: صحيح الإسناد.
حديث عمر الموقوف: أخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن (١/ ٨٦، رقم ١٤٤)، والدارمي (٢/ ٤٦٥، رقم ٢٩٩٢).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٧/ ٧٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٦٦).

(٣) هو إذا كان كَيْدُهُم وأَمْرُهم واحدًا.

....

تنبيهات:

منها: قال القاضي الحسين: سبب الخلاف أي: في المذهب أن الكفر ملل أو ملة واحدة، فيه قولان أصحهما الثاني.

وقال الدارمي: أهل الكفر ملة أو ملل على قولين، إن قلنا: ملة توارثوا، وإن قلنا: ملل لم يتوارث أهل ملتين، انتهى.

وفي «فتاوى القفال» أنه قيل له إذا قلنا: الكفر ملل يجب ألا يرث اليهودي من النصراني وعكسه، ولا المجوسي من اليهودي، قال: هذا الأصح؛ لأن معنى قولنا الكفر ملل إنما يريد في الأحكام التي تجري بين المسلمين والكفار، وأما في الأحكام التي بينهم فجعل الله الكفر ملة واحدة، انتهى.

ولم يصح ما ذكره، والذي يُفهمه كلام غيره: أنهم إذا ترافعوا إلينا في الميراث، فإن قلنا: الكفر ملة واحدة ورثنا بعضهم من بعض، وإن قلنا: ملل لم يورث اليهودي من النصراني ولا عكسه، وإن لم يترافعوا إلينا؛ لم نتعرض لهم.

ومنها: أطلق الرافعي وغيره كما سبق القول بتوريث الوثني من اليهودي والنصراني وغيرهما، ورأيت في فرائض الإمام أبي عبد الله الحسين بن أحمد الفرضي المعروف بـ«الشقاق» من متقدمي الفرضيين من أصحابنا، قال عمر ﷺ: «**الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضًا**»، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، وطائفة من أهل «الحجاز» وأهل «العراق»، فعلى هذا يرث اليهودي النصراني، والنصراني اليهودي والمجوسي، والصابئ، واختلفوا في الوثني فقال الشافعي: إن كان له أمان إلى مدة معلومة ورث في ذلك الأمان، وقال أبو حنيفة: إن ضربت عليه الجزية في مدة معلومة ورث في تلك المدة، ، هذا لفظه، والمتبادر منه أن الشافعي يقول: لا يرث الوثني بحال، ما لم يكن له أمان، فتأمله.

ومنها: قال المصنف في «شرح صحيح مسلم»: قال أصحابنا: أَنَّ الْحَرْبِيِّينَ فِي بَلَدَيْنِ مُتَحَارِبَيْنِ لَا يَتَوَارَثَانِ، انتهى.

وهذا النقل سهو منه - ﷺ تعالى - وإنما هذا مذهب أبي حنيفة لا يعرف

لَكِنْ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِيٍّ وَذِمِّيٍّ.

عن أحد من أصحابنا، هذا هو الصواب بلا شك، الموجود في كتب المذهب، وكتب الفرائض للأصحاب، وكلها ناصة على عدم الفرق عندنا، خلافًا لأبي حنيفة، وقد وقع هذا السهو لصاحب «التعجيز» في شرحه، وتبعه عليه بعض الفرضيين من أهل العصر، فإنه قال بعد أن قرر التوارث بينهم، وقال الماوردي: إذا اختلفت دار أهل الحرب باختلاف ملوكهم ومعاداتهم لا يرث بعضهم من بعض، وهذا إنما حكاه الماوردي عن أبي حنيفة، وصرح بعد هذا الموضع بقائمة، فإنه لا فرق عندنا بين اتفاق دارهم واختلافها، وما بين اختلافهم واتفاقها كَالرُّومِ، وَالتُّرْكِ، وَالْهِنْدِ، وَالزِّنْجِ، ثم قال: وَقَطَعَ أَبُو حَنِيفَةَ التَّوَارُثَ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ مِنْ أَجْنَاسِهِمْ وَالْمُتَبَايِنِينَ فِي دِيَارِهِمْ، فَلَمْ يُوَرِّثِ التُّرْكِيَّ مِنَ الرُّومِيِّ، وَلَا الزِّنْجِيَّ مِنَ الْهِنْدِيِّ، وَهَذَا قَوْلٌ يَؤُولُ إِلَى أَنْ يُجْعَلَ الْكُفْرُ مِلَلًا، وَهُوَ لَا يَقُولُهُ، انتهى.

وسبب السهو أن الماوردي قال من قبل: وقال أبو حنيفة: لا توارث بين أهل الذمة وأهل الحرب وكذلك أهل العهد لا توارث بينهم وبين أهل الذمة، وأهل الحرب يتوارثون ما لم تختلف بهم الدار، واختلاف دارهم يكون باختلاف ملوكهم، ومعاداة بعضهم لبعض في الدين كالترك والروم، فلا يورث بعضهم من بعض، انتهى.

وظنَّ ابن يونس وغيره أن قوله: «وأهل الحرب يتوارثون» من فقه المذهب لا من تتمة المحكي عن أبي حنيفة، وليس كذلك قطعًا.

قال: (لَكِنْ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِيٍّ وَذِمِّيٍّ) أي: لانقطاع الموالاة بينهما، قال الرافعي: وهذا ما أورده أكثر الأصحاب، وربما نقل الفرضيون إجماع العلماء عليه، والثاني: أنهما يتوارثان؛ لشمول الكفر.

وقال الصيمري: في «شرح الكفاية»: لكن لا توارث بين أهل الذمة الذين في دارنا، وبين أهل الحرب بحال، انتهى.

وقضية كلامه أنه لو عقد الإمام الذمة لطائفة قاطنة بدار الحرب أنهم يتوارثون معهم، فيجوز تنزيل إطلاق الأصحاب المنع على الغالب، فلا يكون

....

كلامه مخالفًا لكلامهم.

تنبيهات:

منها: الخلاف في المسألة طريقان: القطع بالمنع، وبه قال العراقيون، والثانية: على قولين، ذكرها جماعة من المراوزة.

وقال في «الروضة»: فيه طريقان: المذهب وبه قطع الأكثرون كذا إلى آخره، وجزم الدارمي بالتوارث بين الذمي والحربي، فقال: ويرث الذمي من الحربي، فما حصل للذمي أخذ ودفع إليه، وما حصل للحربي لا يدفع إليه وهذه طريقة ثالثة جازمة بالتوارث، يوافقها إطلاق جماعة، وهي شاذة.

ومنها: بنى القاضي الحسين والمتولي الخلاف على أن الحربي لو ترك ماله عندنا وديعةً، ثم قيل: لو مات فهل يصرف إلى ورثته؟ أو يرتفع الأمان بموته ويعود فيئًا.

فعلى قولين: قال ابن الرفعة: وقضية البناء ترجيح الإرث، إذ المرجح في القولين في الأصل المذكور ألّا يكون فيئًا، ولكن البناء غير صحيح؛ لأن الأصحاب قالوا هناك: إن القولين في كونه فيئًا مع أنه منتقل إلى ورثته، انتهى.

ومنها: المعاهد والمستأمن هل هما كالذمي أم الحربي؟ فيه طريقان لا وجهان، وهو المنصوص، الذمي أوضحهما بالعهد والأمان، فعلى هذا يتوارث الذمي والمستأمن، وعلى الطريق الثاني في التوارث بينهما الطريقان السابقان، وإذا قلنا: إن المعاهد أو المستأمن كالحربي توارثا مع الحربي قطعًا، وكلام «المنهاج» يُفهم موافقة هذا القول الضعيف، فإنه لم يتبين من توارث الكافرين الأصليين إلا الحربي من الذمي، فكان الوجه أن يقول: بين حربي وذمي، ولا يخص حربي ومعاهد ومستأمن.

ومنها: يشبه أن يجيء التوارث بين الذمي القاطن بدارنا والذمي القاطن بدار الحرب، الخلاف في توارث الذمي والمعاهد، وأن يقطع بتوارث المعاهد القاطن بدار الحرب، من الذمي القاطن بدار الحرب، من الذمي

وَلَا يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ، ....

القاطن هناك، ورأيت في «فتاوى القفال» أن المعاهد إذا مات في دارنا، ومعه مال وله ورثة في دار الحرب فلا خلاف على مذهبنا أنه يُرد ماله إلى ورثته في دار الحرب، ولا خلاف أنه لو مات الذمي في دارنا أنه يرد ماله إلى ورثته من أهل العهد، فقيل له: قال أصحابنا: إن الذمي إذا مات في دارنا، وله ورثة في دار الحرب أن ماله لا يصرف إليهم.

قيل: لا يبعد أن أقول: إن مال الذمي يرد إلى ورثته في دار الحرب، كما يرد إلى المعاهد؛ إذ لا نص للشافعي يخالفه فيه، فإذا جرينا على هذا القياس كان من حقنا أن نقول: مال الذمي لا يرد إلى المعاهد، ولا مال المعاهد إلى الذمي، وهذه الأوجه له، انتهى.

ومنها: ذكر الرافعي وغيره للمسألة مثالًا: مات يهودي ذمي عن ابن مثله، وابن نصراني، وابن يهودي معاهد، وابن يهودي حربي؛ فالمال بينهم سواء على المذهب، إلا الحربي على المذهب، ويجري في الحربي وجه أنه يرث، وفي الآخرين وجه بالمنع، والأول وارث جزمًا وفيه ما قدمناه من البحث فيما إذا كان أحدهما بدارنا والآخر بدار الحرب، فإن كانا بدار الحرب توارثا بلا خلاف.

قال: (وَلَا يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ)؛ لأنه لو ورث الرقيق لكان الملك للسيد، وهو أجنبي من الميت، ولا يمكن تمليكه منه، واحتج له السهيلي بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١] فإن الأم فيه للتمليك، والعبد لا يملك. قال الرافعي: ولم يقولوا أنه يرث، ثم يتلقاه السيد.

قلت: حكى الدارمي وغيره ذلك عن طاوس فقط، وذهب الإمام أحمد، والمزني، وابن سريج إلى أن المبعض يرث بقدر ما فيه من الحرية كما يورث، وسواء استمر رق القن أو عتق قبل القسمة، والمكاتب وأم الولد كالقن.

وقال مالك وأبو حنيفة: إذا مات المكاتب عن وفاء، بما فَضَلَ عَنْ النُّجُومِ لورثته لموته جرى عندها، حكى الرافعي عن أحمد: أن العبد إذا عتق قبلَ القسمة ورث، والمنقول عنه، وصرح به أصحابنا خلافه.

وَالْجَدِيدُ أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُورَثُ.

قال بعضهم: لا خلاف فيه عنه، وإنما قوله: فمن أسلم قبل القسمة.

قال: (وَالْجَدِيدُ أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُورَثُ)؛ ولأنه قام الملك على ما في يده، فأشبه الحر، و«القديم» المنع، كما لا يرث، وصححه الماوردي ولم يصرح بكونه قديمًا، وقد توجه بأنه في أكثر الأحكام كالقن، فعلى «الجديد» يرثه قريبه ومعتقه، زاد في «الروضة» وزوجته، وسكتوا عن بيت المال، والظاهر أنه يرثه عند فقد [وارث ذكر] ويرث الباقي عن الفرضيين، كالحر الكامل، وإنما سكتوا عنه لوضوحه، كما سكتوا عن الزوجة، لكن لفظ «البيان الجديد» يرثه ورثته المناسبون، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُنَاسِبٌ كَان لمن أعتق نصفه، وهذا الكلام يُفهِم أن الحكم ليس كذلك، والظاهر أنه لم يرد ذلك، بدليل أنه فاسد على الحر، ثم في قدر الموروث عنه وجهان: أصحهما: جميع ما ملكه ببعضه الحر، والثاني: يسقط على المالك الباقي ووارثه بقدر الرق والحرية، وإذا قلنا بالقديم؛ لكن لفظ «البيان الجديد»: يرثه المناسبون، فإن لم يكن له مناسب كان لمن أعتق نصفه، هذا الكلام يُفهم أن الحكم ليس كذلك، والظاهر أنه لم يرد ذلك؛ بدليل أنه قاسه على الحر.

قالا: فأصح الأوجه عند الأكثرين أن ماله لمالك الباقي؛ لأنه بعض منع الإرث، فضاربه كالكفر، وحكوه عن نصه في «القديم».

وقال ابن اللبان: قال: ابن سريج: هذا غلط لما سيأتي، والثاني: أنه لبيت المال، وحكي عن الإصطخري، وابن سريج.

قال الفرضيون: إنه الصحيح أنه ليس لمالك الباقي على الحر منه، ولا ملك، ولا نسب، وجنح إليه الماوردي، وبهذا التوجيه قضى ابن سريج بأن الأول غلط، والثاني منهما حكاه الروياني.

تنبيهان:

أحدهما: نقل الماوردي وغيره في كتاب «العتق» في ميراثه ثلاثة نصوص، وذكروا أن الأصحاب اختلفوا فيها؛ فخرَّجها أبو إسحاق وطائفة

وَلَا قَاتِلٌ، ....

ثلاثة أقوال؛ أحدها: أنه لسيده، والثاني: لورثته، والثالث: بينهما بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ والرِّقِّ. ونزَّلها ابن أبي هريرة، وطائفة على اختلاف أحوال:

فالأول: على ما إذا هَايَأَه، وَمَاتَ فِي نَوْبَةِ سَيِّدِهِ، وَقَدِ اسْتُهْلِكَ مَا كَانَ مَلَكَهُ بِحُرِيَّتِه.

والثاني: على ما إِذَا مَاتَ فِي نوبة نَفْسِهِ، وَقَدْ أَخَذَ سيِّده منه مَا مَلَكَهُ برِقِّهِ.

والثالث: على ما إذا لم يكن مُهَايَأَةٍ، وَبِيَدِهِ مَالٌ بِالْحَقَّيْنِ، فيكون بينهما مِيرَاثًا بِالْحُرِّيَّةِ، وَمِلْكًا بِالرِّقِّ. وقال الإصطخري: يَكُونُ مَا خلفه لبَيْتِ الْمَالِ، انتهى.

وهذا كلام في المسألة من رأس كذا، وعبارة «كفاية» ابن الرفعة توهم أن هذا من تفاريع القديم، وغلط فصرَّح بأنه مفرع على الجديد.

الثاني: المحكي عن القديم من المنع، هو المنقول في كتب الفرضيين عن زيد ﷺ لا غير، وممن صرَّح بذلك منهم ابن اللبان في إيجازه، والخبري، والشَّقَّاق، وحكى المنسوب إلى الجديد عن بعض أصحابنا، وخصَّه بما إذا كان بينهما مُهَايَأَة، ومات في نوبة نفسه، ولم أرَ من نسب الجديد إلى قول زيد ﷺ فإن لم يصح عنه رواية بموافقة الجديد لم ينتظم قول الإمام وغيره، أنه يرد قول الشافعي ﷺ حيث ترددت الرواية عن زيد، أي: حسب، وقد سبق لهذه المسألة نظير.

قال: (وَلَا قَاتِلٌ) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَيْسَ لِلْقَاتِلِ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ»**⁽¹⁾ **صححه ابن عبد البر في «الإشراف على ما في الفرائض من الاختلاف»**.

وعن عمر ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«لَيْسَ لِقَاتِلٍ مِيرَاثٌ»**⁽²⁾

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/١٨٩، رقم ٤٥٦٤)، والنسائي (٤/٧٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٤، رقم ٢٦٤٦) وقال البوصيري (٣/١٢٦): هذا إسناد حسن. ومالك في «الموطأ» (٥/ ٢٣٥)، وأحمد في المسند (١/ ٣٥٨).

وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُضْمَنْ وَرِثَ.

ورواه مالك في «الموطأ» والإمام أحمد، وابن ماجه.

وفي المسألة أحاديث، وآثار كثيرة.

وأجمعوا على أن القاتل العمد لا يرث، وإنما اختلفوا فيمن عداه، هذا ذكره ابن اللبان وغيره والفرضيّون، وهم العمراني وغيره.

وفي «الحاوي»: لَا اخْتِلَافَ بَيْنَ الْأُمَّةِ أَنَّ قَاتِلَ الْعَمْدِ لَا يَرِثُ من ماله، ولا ديته شيئًا إلا الخوارج، وَبَعْضُ فُقَهَاءِ الْبَصْرَةِ، فَقَدْ حُكِيَ عَنْهُمْ تَوْرِيثُ الْقَاتِلِ، وحكى القاضي أبو الطيب وغيره عَنِ الْأَصَمِّ وَابْنِ عُلَيَّةَ أنهما ورَّثاه، وعن أبي عبد الله الْوَنِّيِّ حكايته عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، ونقله الخبري، والجرجاني في فرائضه، وأبو الفضل الهمداني تلميذ الماوردي في توسيطه، عن ابن المسيب، والمنقول في كتب المذهب كـ«الشامل»، و«التتمة»، و«البيان» وغيرها، عنه المنع، وهو الأثبت، والله أعلم.

والمعنى الجلي: أنا لو ورَّثنا القاتل لم نأمن مستعجل الإرث أن يقتل مورثه؛ فاقتضت المصلحة حرمانه مطلقًا عندنا، سواء كان عمدًا أم خطأً، مضمونًا أو غيره، مباشرة أو سبب، سواء قصد بالسبب المصلحة؛ كبطِّ جرحه، وسقيه الدواء، أم لا، كما لو حفر بئرًا أو وضع حجرًا عدوانًا أو شهد عليه بما قتل به، وسواء المكره والمختار، والمكلف وغيره، وسواء تحتم قتله أم لا، وسواء قَتَلَه دَفْعًا لِصِيَالِهِ أم لا؛ هذا هو المذهب، وظاهر النص.

قال: (وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُضْمَنْ وَرِثَ) بأن قتله قصاصًا أو حدًّا أو دَفْعًا لِصِيالِهِ أو بغيه؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ بِحَقٍّ.

وقال الروياني: إنه القياس والاختيار، وسيأتي عن بعض المتقدمين أن عليه الفتوى، وقوله: «يُضْمَنْ» مضموم الأول، لِيَدْخُلَ فِيهِ الْقَاتِلُ خَطَأً، فَإِنَّ الْعَاقِلَةَ تَضْمَنُهُ، وحكى الحناطي: يرث مطلقًا.

وقال مالك: يَرِثُ إِلَّا مِنَ الدِّيَةِ، وبه قال جماعات من التابعين، واختاره أبو ثور، وَفِي التسبب وَجْهٌ أَنَّهُ يَرِثُ، ويجيء في الصبي وجه في المكره، وفي

……………………………………………………………………………

بطُّ الجرح(١)، وسقي الدواء من الولي، ومثله الفصد والحجامة، ودخل في لفظ المصنف من قتله الإمام حدًّا بالرجم أو بالمحاربة، وفيه قولان، أرسلهما الرافعي، وصحح في «الروضة»: المنع، واقتضى كلام الرافعي من بعد أنه المذهب، وهو ظاهر مذهب الشافعي. في «الحاوي»: وقيل: إن ثبت بالإقرار ورث، أو بالبينة فلا؛ لاحتمال مواطأة الشهود، وقال أبو عبد الله الحسين بن أحمد الفرضي الشقاق: قال الشافعي: كل من وقع عليه اسم القاتل لا يرث على أي وجه كان، ولأصحابه ثلاث روايات، المشهور منها مثل قوله.

والثانية: قول أبي العباس بن سريج: الميراث تابع لما يجوز فعله من الأسباب، وما لا جناح على فاعله؛ كالقاتل بحق، والمقتص الذي يقيم الحدَّ.

قال الإمام الشقاق: وعليه الفتوى، ويدخل فيه الجلاد والسياف، من قبل الإمام العادل.

والوجه الثالث: قاله أبو إسحاق المروزي: يرثه ما لم يكن متهمًا، ووجوه التهمة غير محصورة، منها: بط جرحه، وسقيه دواء، أو يكون حجامًا أو طبيبًا أو حاكمًا، فتقبل شهادته، فيقبله لها، أو يكون أحد شاهدي القتل، أو أحد شهود الزنا، أو يورث ولده.

فروع:

منها: ذكر الشيخان من الأسباب المانعة تردي الموروث فِي بِئْرٍ حَفَرَهَا عُدْوَانًا، أو عثوره بحجر وضعه في الطريق، ومعناهما كما سبق، ورأيت في فرائض الإمام أبي عبد الله الشقاق، وذكر أنه من شيوخ الخبري، وما أجلها ما لفظه: ولو حفر بئرًا في داره، فوقع فيها أخوه، فمات، فالمشهور من المذهب أنه لا يرثه، خلافًا لابن سريج والإصطخري، واحتج لهما بقوله ﷺ: «الْبِئْرُ جُبَارٌ... الحديث»(٢) وليست من محل عدوان.

---

(١) بَطُّ الجُرْحَ أي: شَقُّه.

(٢) أخرجه مالك (٢/٨٦٨، رقم ١٥٦٠)، وأحمد (٢/٢٣٩، رقم ٧٢٥٣)، وعبد الرزاق (١٠/ =

……

ومنها: قال: لو كان نائمًا، فانقلب على ابنه فقتله، فوجهان؛ أصحهما لا يرث، وقال بعض أصحابنا: يرث؛ لأن المرء لا يقتل ولده.

ومنها: لَوْ وَقَعَ عَلى ابْنُهُ مِنْ عُلُوٍّ، فَمَاتَ التَّحْتَانِيُّ؛ فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَرِثُهُ، وَإِنْ مَاتَ الْأَعْلَى وَرِثَهُ التَّحْتَانِيُّ قَوْلًا وَاحِدًا.

وهذه الفروع وأشباهها، وإن فهمت مما سبق بالتنصيص عليها أحسن، وما ذكر أنه المشهور في حفر البئر في داره مشكل، ولعل صوابه في غير داره، فحصل خلل من ناقل، لكن يأباه قوله: «وليست في محل عدوان».

وفي «الحاوي»: إنْ كان السبب لا يوجب الضمان كحفر بئر في ملكه، أو بنى فيه حائطًا، وَضَعَ فِي دَارِهِ حَجَرًا، فسقط قريبه في البئر، أو سقط الجدار أو عثر بالحجر فمات، لَمْ يَسْقُطْ مِيرَاثُهُ بِشَيْءٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَنْسُوبٍ إِلَى الْقَتْلِ لَا اسْمًا وَلَا حُكْمًا.

وإنْ كان السَّبَبُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ كَوَضْعِهِ حَجَرًا فِي طَرِيقٍ أَوْ حَفْرِ بِئْرٍ فِي غَيْرِ مِلْكٍ أَوْ سُقُوطِ جَنَاحٍ مِنْ دَارِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِذَلِكَ ذُو قَرَابَتِهِ؛ لَمْ يَرِثْهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَوَرِثَهُ أَبُو حَنِيفَةَ، انتهى.

وهذا التفصيل هو الصواب والصحيح، وإنما ترددت؛ لأن في «إيجاز» ابن اللبان عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ: أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَ كَنِيفًا أَوْ مِيزَابًا أَوْ ظُلَّةً إلى الطريق، أو توضأ، أو اغتسل أَوْ صَبَّ مَاءً فِي الطَّرِيق، أَوْ أَوْقَفَ دَابَّةً فِيهِ فَبَالَت، أو راثت، أو عرقت، أو وقع لعابها في الطريق، فَمَاتَ بِذَلِكَ مُورِثُهُ وَرِثَهُ.

٦٥، رقم ١٨٣٧٣)، والبخاري (٢/ ٥٤٥، رقم ١٤٢٨)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤، رقم ١٧١٠) وأبو داود (٤/ ١٩٦، رقم ٤٥٩٣)، والترمذي (٣/ ٣٤، رقم ٦٤٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ٤٤، رقم ٢٤٩٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٩١، رقم ٢٦٧٣). وابن أبي شيبة (٥/ ٤٠٠، رقم ٢٧٣٧٤)، والدارمي (١/ ٤٨٣، رقم ١٦٦٨) وابن خزيمة (٤/ ٤٦، رقم ٢٣٢٦)، وأبو عوانة (٤/ ١٥٦، رقم ٦٣٥٤)، والطحاوي (٣/ ٢٠٣)، وابن حبان (١٣/ ٣٥١، رقم ٦٠٠٥)، والدارقطني (٣/ ١٥١)، والبيهقي (٨/ ١١٠، رقم ١٦١٧٢).

وَلَوْ مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بِغَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعًا أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا لَمْ يَتَوَارَثَا وَمَالُ كُلٍّ لِبَاقِي وَرَثَتِهِ.

قال ابن سريج : وَهَذَا كُلُّهُ مُخَرَّجٌ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ فَعَلَهُ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ فِعْلُهُ لَمْ يَمْنَعْ إِرْثَهُ، وذلك هدر جُبار كما جاء الخبر.

[**والثاني**]: وكُلُّ شَيْءٍ مِنْ هذا لم يكن له فعله، أَوْ كَانَ مُتَعَدِّيًا فِيهِ أَوْ كَانَ عَلَيْهِ حِفْظُهُ، كالمراكب، والقائد، والسائق، ونحو ذلك لَمْ يَرِثْهُ؛ لأنه مات من فعله في المعنى. قال أبو الحسين: وقيل: إنه يحتمل ألَّا يرث هذا، ولا الأول أيضًا؛ لأنه قد مات من فعله في المعنى، والله أعلم، انتهى.

وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْمَذْهَبَ كُلُّ مُهْلَكٍ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَا ذُكِرَ فِي الدِّيَاتِ يَمْنَعُ الْإِرْثَ.

فائدة: قد يرث المقتول القاتل؛ بأن جرح مورثه، ثم مات الجارح قبل موت المجروح من جراحته.

قال: (وَلَوْ مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بِغَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ) أي: ونحوهما.

(أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعًا أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا)، كما لو وجدا في معركة، وجُهِلَ السابق.

(لَمْ يَتَوَارَثَا، وَمَالُ كُلٍّ لِبَاقِي وَرَثَتِهِ) هذا ما روي في «الغرقى» عن أبي بكر، وابن عباس، وزيد، وعن معاذ، والحسين بن علي ﷺ نحوه، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وأبو الزناد، والزهري، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة وأصحابه، وروي عن علي، وجماعة من التابعين التوريث.

وروي عن عمر وابن عباس - ﷺ - فِي يَوْمٍ فَلَمْ يُدْرَ أَيُّهُمَا مَاتَ قَبْلُ، فَلَمْ تَرِثْهُ، وَلَمْ يَرِثْهَا[1] قال: وإسناده صحيح، انتهى.

---

[1] أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٣٨٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢٢٢).

....

وعن خارجة أن زيد بن ثابت قال: أمرني أبو بكر، فقسمت ميراثًا قبل إلمامه، فورَّثت الأحياء من الأموات، ولم أورث الأموات بعضهم من بعض، وأمرني عمر في طاعون عمواس، فورَّثت الأحياء من الأموات، ولم أورث بعضهم من بعض(١).

قال خارجة: وقسمت أنا ميراث أهل الحرم كذلك، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون، هكذا رواه في «الإيجاز».

وفي «الموطأ»: عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُلَمَائِهِمْ: أَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَثْ مَنْ قُتِلَ يَوْمَ الْجَمَلِ، وَيَوْمَ صِفِّينَ، وَيَوْمَ الْحَرَّةِ، ثُمَّ كَانَ يَوْمَ قُدَيْدٍ؛ فَلَمْ يُوَرَّثْ أَحَدٌ مِنْهُمْ مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئًا إِلَّا مَنْ عُلِمَ أَنَّهُ قُتِلَ قَبْلَ صَاحِبِهِ(٢).

إذا عرفت هذا؛ فللمسألة أربعة أحوال:

أحدها: أن يعلم موتهما معًا.

ثانيها: أن يعلم اللاحق، ولا يعلم السابق.

ثالثها: ألا يعلم هل تلاحقا أو ماتا معًا.

ففي هذه الأحوال الثلاثة لا يرث أحدهما من مال الآخر شيئًا، بل مال كل واحد لنا في ورثته.

وروي عن علي وإياس أن عبد الله المزني الصحابي، وجمع من التابعين، وتابعهم أحمد، وإسحاق: أن كل واحد يرث من الآخر تليد ماله دون طريفه، والتليد ما كان له، والطريف ما ورثه من الآخر، لأنا لو ورَّثنا كل واحد من الآخر، لزمنا الخطأ تيقنًا؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ مَاتَا مَعًا فَفِيهِ تَوْرِيثُ مَيِّتٍ مِنْ مَيِّتٍ أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ فَفِيهِ تَوْرِيثُ مَنْ تَقَدَّمَ مِمَّنْ تَأَخَّرَ.

قال في «النهاية»: قال أصحابنا: توريث الميت من الميت قد يجز مجازًا

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢٢٢).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٣/ ٤٧٧).

……

في بعض الصور، كما لو غرق أخوان عتيقان، وخلف أحدهما ألف دينار، ولم يخلف الآخر شيئًا، فعندنا يعطى الألف لولي مخلفها، ومن ورث جعلها لأخيه، ثم صرفها لمولاه، فحصل لمن بان عتيقه معدمًا ألف دينار، ولم يحصل لمن مات معتقه عن ألف دينار شيء.

رابعها: أن يعلم السابق ثم يلتبس، فيوقف الميراث، حتى يتبين أو يصطلحا؛ لأن التذكر لم يتوقع، لا يورث منه، هذا هو المذهب المشهور، وقيل: إنه كما لو لم يعلم السابق، وهذا ثابت في «الوسيط» القول، ثم أيد الأول احتمالًا.

قال: ومعنى التوقف أبدًا، قال ابن الصلاح: جعله التوقف احتمالًا، وهو ظاهر المذهب، وبه قطع غيره، وما صار إليه أولًا من إلحاق النسيان بالاستبهام، هو وجه ذكره شيخه الإمام واختاره، ولم يورده هذا الإيراد المضيع للمذهب.

قال الشيخ في «التنقيح»: وممن قطع بالتوقف إلى التبين في صورة النسيان، الشيخ أبو حامد، وأصحاب «الشامل»، و«المهذب»، و«البيان»، وغيرهم من العراقيين، والخرسانيين.

قال صاحب «البيان»: هذا لا خلاف فيه، زاد المصنف في «التنقيح»: يعني بين الأمة، وفيه نظر، ويشبه أنه إنما أراد بالنسبة إلى المذهب.

وقال ابن اللبان في «الإيجاز» بعد جزمه بالوقف إلى التذكر أو الصلح: وقال بعض المتأخرين: القياس في ميراث الغرقى أن يعطي كل وارث ما يتيقن، ويوقف المشكوك فيه، ولا أعلم أحدًا من المتقدمين قاله، انتهى، وهذا محتمل جدًّا.

قال أبو الفضل الهمداني في «التوسط»: ويجب الجزم به، وسيأتي ما يعضده، واعلم أن ابن سراقة نقل في كلامه على الوقف؛ لأجل الجهل عن عامة الفقهاء أنهم قالوا في الأخوين: إذا غرقا وعلم موت أحدهما قبل صاحبه، وعدم

فَصْلٌ

وَمَنْ أُسِرَ أَوْ فُقِدَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ تُرِكَ مَالُهُ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ - يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ فَوْقَهَا - فَيَجْتَهِدَ الْقَاضِي وَيَحْكُمَ بِمَوْتِهِ ثُمَّ يُعْطِيَ مَالَهُ مَنْ يَرِثُهُ وَقْتَ الْحُكْمِ.

الشهود، أن التركة تقسَّم، ولا توقف طبعًا في وجود الشهود، انتهى.

وقال الرافعي: نقل ابن اللبان عن بعض المتأخرين فيما إذا تلاحق الموتان، فلم يعلم السابق منهما، القياس أن يعطي كل وارث ما يستيقن له، ويوقف المشكوك فيه.

قال أبو حاتم القزويني: وبه قال شيخنا أبو الحسين، يعني ابن اللبان، وحكاه ابن سريج، انتهى، وكأنه اختاره في «الجامع»، أو غيره دون «الإيجاز»، والله أعلم.

تنبيه: ذكر المصنف هنا من موانع الإرث أربعة: اخْتِلَافُ الدِّينِ، وَالرِّقُّ، والْقَتْلُ، واستبهام تاريخ الموت، وَأَهْمَلَ الدَّوْرَ الْحُكْمِيَّ، وَهُوَ أَنْ يَلْزَمَ مِنَ التَّوْرِيثِ عَدَمُه، كَمَا لَوْ أَقَرَّ الْأَخُ بِابْنٍ أَخِيهِ الْمَيِّتِ؛ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ، وَلَا يَرِثُ، وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الْإِقْرَارِ.

وقال صاحب «التعجيز»: وبهذا المانع مما استأثرت بنقله دون سائر النقلة، ولو كان المورث صيدًا أو الوارث محرم امتنع إرثه على وجه الأخ خلافه، ولو حبس زوجته ليرثها؛ ورثها على المشهور، وحكى ابن كج وغيره قولًا: أنه لا يرثها، نقلاه في «كتاب الخلع»، وعدَّ الغزالي من الموانع اللعان، قال: وكأنه ليس مانعًا، بل هو دافع للنسب.

فصل

قال: (وَمَنْ أُسِرَ أَوْ فُقِدَ، وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ، تُرِكَ مَالُهُ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ، أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ -يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ فَوْقَهَا- فَيَجْتَهِدَ الْقَاضِي، وَيَحْكُمَ بِمَوْتِهِ ثُمَّ يُعْطِيَ مَالَهُ مَنْ يَرِثُهُ وَقْتَ الْحُكْمِ).

هذا الفصل مفقود؛ لبيان الأسباب [المانعة] من الصَّرف للميراث في

……

الحال، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الشَّكُّ فِي الْوُجُودِ أو النَّسبِ أو الْحَمْلِ أو الذُّكُورَةِ.

الأول: المفقود المنقطع الخبر، إما في حضر أو سفر أو في قتال أو أسر أو عند انكسار سفينة ونحوها، وله مال؛ فإنه لا يقسم على ورثته، وإن طالت غيبته، بل ينتظر ظهور حاله، فإن قامت بيِّنة بموته عمل بها، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يُقسم ماله، إذ لا مدة معلومة لانتهاء عمره؛ لاختلاف أعمار الناس، واختاره أبو منصور البغدادي وغيره، وجعلوه الصحيح؛ لأن الشافعي نصَّ على أن زوجة المفقود تصبر إلى أن يعرف حاله، فكذلك هاهنا، وبهذا جزم الدَّارمي، ويجوز أن يشهد له ما سنذكره عن نصِّ «الأم»، ويحتمل اليقين فيه على الحكم بموته أو البيِّنة به، لا مجرد مضي المدة، وإن كانت البيِّنة لا تفيد اليقين، ولكن يفيد ما يقيده.

والثاني: وهو ما أورده الأكثرون.

وقال الرافعي: ولعله الأظهر، وفي «الشرح الصغير»: الأقرب أَنَّهُ إِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِأَنَّ مِثْلَهُ لَا يَعِيشُ بعدها، فإذا حكم ترك حكمه منزلة قيام البيِّنة.

قال الشافعي في «الأم»: لا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته.

قال ابن الرفعة: اتفق الأصحاب، قال الشافعي في «الأم»: على أن مراده باليقين الظن الغالب؛ لأنه لو قامت بينة قُسِّم ماله إجماعًا.

قلت: وفي دعواه اتفاق الأصحاب على أن مراد الشافعي الظن الغالب دفعه، وأن الرافعي قال: هل يعتبر مدة تقطع بألّا يعيش أكثر منها؟ أو مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها؟ ومنهم من اكتفى بغالب الظن، ومنهم من أطلق لفظ القطع واليقين، هذا ابن اللبان، يقول الشافعي: لا يقسم ماله حتى يعلم موته، وبمضي مدة يتيقن منها موته، والأشبه الأول، ويجوز أن يحمل الثاني عليه؛ لأنه قد يتساهل في إطلاق تغليب اليقين على الظن الغالب، واستشهد بنصه على أن امرأة المفقود لا تنكح ما لم يأتها بيقين وفاته، ومعلوم

……

أن قيام البينة على الوفاة كافٍ، وأنها لا تقبل القطع، انتهى.

قال ابن الرفعة متصلًا بكلامه السابق: ويظهر لي أن الشافعي قصد بما ذكره الرد على أبي حنيفة، حيث قال: إِذَا لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بِدَارِ الْحَرْبِ قُسِّمَ مَالَهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، وحكم بموته.

قال الشَّافعيُّ: قول: أن زوجة المفقود تتربص أربع سنين بعد مدة الوفاة، ثم على الأزواج لقضاء عمر وعثمان - ﷺ - بذلك؛ فهل يجري هنا كما حكي عن أحمد أنه قال: يقسم ماله إذا مضت أربع سنين؟

قلت: لا؛ لأن الشافعي أشار إلى الفرق بينهما، أنه قد يفرَّق بين الزوجين بالعجز عن الإصابة، وعن نفقتها، وهما سبب ضرر، وضرر المفقود أشد من ذلك.

إشارة: سكت المصنف عن ذكر المدة التي يحكم الحاكم فيها بموته؛ لأنها غير مقدرة عند الجمهور، والظاهر من مذهب مالك وأبي حنيفة، ومِن الحنفية مَن يقدِّرها بِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً مَعَ سِنِّهِ يَوْمَ فُقِدَ، يرويه عن أبي حنيفة، ومِن المالكية -وهو ابن عبد الحكم- من يقدرها بسبعين سنةً، وحكاها الشَّقاقُ عن مالك، وبه قال بعض أصحابنا، وهو أبو عبد الله الشَّقاق، قال: رواه ابن حبيب عن مالك، وهي الرواية المشهورة عنه، انتهى.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ -منهم: يُوقِفُ تَمَامَ تِسْعِينَ سَنَةً مَعَ سِنِّهِ يَوْمَ فُقِدَ، ثُمَّ يُحْكَمُ بِمَوْتِهِ، وحكاه الشَّقاق عن مالك.

قال الماوردي: وَكُلُّ هَذِهِ الْمَذَاهِبِ فِي التَّحْدِيدِ فَاسِدَةٌ؛ لِجَوَازِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا، وحكى الشَّقاق التقدير بمائة وعشرين سنة، عن رواية اللُّؤْلُؤِيِّ وأبي سليمان الجورجاني، عن أبي حنيفة، وأبي يوسف.

ثم قال: وهذا نوع من كلام الأوائل، من يجعل الموتة الطبيعية مائة وعشرين سنة، وهو فاسد، وفي «فروع ابن الحاجب»: قيل: سبعون وثمانون وتسعون ومائة؛ فهذه أربعة أقوال عندهم، وحكى الدارميُّ عن الكوفيين

وَلَوْ مَاتَ مَنْ يَرِثُهُ الْمَفْقُودُ وَقَفْنَا حِصَّتَهُ وَعَمِلْنَا فِي الْحَاضِرِينَ بِالأَسْوَأ.

التقدير بثمانين سنة لا غير.

قال: من الأصحاب من اعتبر مضي المدة، ولم يتعرض للحكم كابن اللبان، ومنهم من اعتبره كما مرَّ.

قال الرافعي: وينبغي أن يقال: إن القسمة إنْ كانت بالقاضي، فقسمته تتضمن الحكم بالموت أو بأنفسهم، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: فِيهِ خِلَافٌ إِنْ اعْتَبَرْنَا الْقَطْعَ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْحُكْمِ، وَإِلَّا فَلَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ، انتهى.

وقوله - ﷺ تعالى -: «إنَّ قسمةَ القاضي تَتَضَمَّنُ الْحُكْمَ» فيه كلام في تصرفاته، والظاهر أنا ألزمناه بتضمن الحكم، وأما مجرد قسمه بتراضيهم فلا، وقوله: «وإلا فلا» فيه تأمل للفقيه، والظاهر ما ذكره؛ لأن على الحاكم حفظ أقوال الغيب، مع منعهم من قيمتها قبل الحكم، فموته بشرطه، وظاهر كلام الرافعي اعتبار الحكم بالاعتماد على كلام «الوجيز» و«الوسيط» لكنه لم يشرط ذلك في «البسيط» بل قال: إذا مضت مدة لا يعيش مثله إليها، ولم يظهر حياته، عاد الموقوف إلى الباقين.

قال: (وَلَوْ مَاتَ مَنْ يَرِثُهُ الْمَفْقُودُ، وَقَفْنَا حِصَّتَهُ، وَعَمِلْنَا فِي الْحَاضِرِينَ بِالأَسْوَأ) فَمَنْ يَسْقُطُ مِنْهُمْ بِالْمَفْقُودِ لَا يُعْطِيه شَيْئًا، وَمَنْ يَنْقُصُ بحياته يُقَدَّرُ فِي حَقِّهِ حياته، وَمَنْ يَنْقُصُ بموته يُقَدَّرُ فِي حَقِّهِ موته، وَمَنْ لَا يَخْتَلِفُ حاله يُعْطَى نَصِيبَهُ.

مِثَالُهُ: زَوْجٌ مَفْقُودٌ، وَأُخْتَانِ لِأبوين، وَعَمٌّ حَاضِرُونَ، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَلِلأُخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ، أو مَيِّتًا فاثْنَانِ مِنْ ثَلَاثَةٍ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ؛ فَيُقَدَّرُ فِي حَقِّهِمْ حَيَاتُهُ.

أَخٌ لِأَبٍ مَفْقُودٌ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، وَجَدٌّ حَاضِرٌ؛ فَإِنْ كَانَ حَيًّا؛ فَلِلْأَخِ لأبوين الثُّلُثَانِ، وَلِلْجَدِّ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا؛ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، فَيُقَدَّرُ فِي حَقِّ الْجَدِّ حَيَاتُهُ، حتى يأخذ الثلث، وَفِي حَقِّ الْأَخِ مَوْتُهُ، حتى لا يأخذ إلا النصف، ويوقف السدس.

وَلَوْ خَلَّفَ حَمْلًا يَرِثُ أَوْ قَدْ يَرِثُ عُمِلَ بِالْأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ، فَإِنِ انْفَصَلَ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَرِثَ، وَإِلَّا فَلَا، ....

ابْنٌ مَفْقُودٌ وَبِنْتٌ وَزَوْجٌ؛ لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ بِكُلِّ حَالٍ، هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَفِي وَجْهٍ يُقَدَّرُ مَوْتُهُ فِي حَقِّ الكلي؛ وَفِي وَجْهٍ تُقَدَّرُ حَيَاتُهُ، وهل يطالب بكفيل من أعطيناه القدر المشكوك؟ فيه خلاف محكي في «البسيط» ولا يخفى بعد؛ هذه أمثلة المسألة على اختلاف صورها.

قال: (**وَلَوْ خَلَّفَ حَمْلًا يَرِثُ أَوْ قَدْ يَرِثُ**) يعني: لو خلف لو كان منفصلًا لكان وارثًا مطلقًا أو على تقدير، إما بالذكورة؛ كحمل امرأة أخ مع جد، وإما بالأنوثة؛ كمن ماتت عن زوج وأخت لأبوين، وحمل من الأب.

(**عُمِلَ بِالْأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ**) أي: حق الحمل.

(**وَحَقِّ غَيْرِهِ، فَإِنِ انْفَصَلَ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَرِثَ، وَإِلَّا فَلَا**)(١) أي: إن كان انفصل حيًّا لوقت يعلم وجوده عند الموت، لم يرث؛ لانتفاء نسبه، وكذا لو انفصل ميتًا سواء تحرك في البطن أم لا، ويشترط الحياة عند تمام الانفصال، فلو خرج بعضه حيًّا أو مات؛ فهو كما خرج ميتًا على الأصح المنصوص. وقال القفال وغيره: إذا خرج بعضه حيًّا ورث، وإن انفصل ميتًا، وبه قال أبو خلف الطبري، ورآه المصنف في تنقيحه أقيس.

وقال أبو حنيفة: إذا خرج أكثره حيًّا ورث، هكذا نقل الشيخان وغيرهما.

واقتضى كلام أبي الحسن بن سراقة أن موضع الخلاف ما إذا انفصل أكثره كثلثيه، أما لو انفصل نصفه فما دونه؛ فلم يرث إجماعًا؛ حيث قال: واختلف في الجنين إذا أخرج من الرحم حيًّا، ثم انفصل ميتًا، فجعل أبو حنيفة وصاحباه، وزفر، والحسن بن صالح حكمه حكم الأحياء، وإنْ ظهر نصفه أو أقل، ولا معنى لثلثيه تدل على أن الاعتناء بسقوطه، وهو حيٌّ، وقياسًا على ظهور نصفه بعلة أنه لم ينفصل، وهو حيٌّ، انتهى.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١١/ ١٦)، وتحفة المحتاج (٢٧/ ٢٣٤).

بَيَانُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى الْحَمْلِ أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ وُقِفَ الْمَالُ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَحْجُبُهُ وَلَهُ مُقَدَّرٌ أُعْطِيَهُ عَائِلًا إِنْ أَمْكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةٍ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ لَهَا ثُمُنٌ وَلَهُمَا سُدُسَانِ عَائِلَانِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلَادٍ لَمْ يُعْطَوْا، وَقِيلَ أَكْثَرُ الْحَمْلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْطَوْنَ الْيَقِينَ.

تنبيهات:

أحدها: ينبغي أن يقال هنا: «وإن انفصل حيًّا» حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً؛ ليحترز عما لو انفصل، وبه حياة غير مستقرة، فإن قضية ما سيأتي في «الوصايا» و«الجنايات» -إن شاء الله تعالى- أنه في حكم المنفصل ميتًا.

الثاني: حكي في عدة «الروضة» وجهان؛ الخارج بعضه إذا خرج كان حكمه حكم المنفصل، إلَّا فِي الْعِدَّةِ، وهو مُنْقَاسٌ، لكنه بعيد في المذهب، فحصل ثلاثة أوجه؛ المذهب الصحيح ما سبق.

قال: (**بَيَانُهُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى الْحَمْلِ أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ وُقِفَ الْمَالُ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَحْجُبُهُ، وَلَهُ مُقَدَّرٌ أُعْطِيَهُ عَائِلًا، إِنْ أَمْكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةٍ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ لَهَا ثُمُنٌ وَلَهُمَا سُدُسَانِ عَائِلَانِ**(١)، **وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلَادٍ لَمْ يُعْطَوْا، وَقِيلَ: أَكْثَرُ الْحَمْلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْطَوْنَ الْيَقِينَ**): إذا لم يكن للميت وارث سوى الحمل، وقف المال إلى انفصاله، وإنْ كان له وارث غيره؛ ففي قول أو وجه يوقف، وبه قال أبو حنيفة ومالك، والظاهر من مذهبنا ومذهبه، والظاهر مذهبنا، ومذهب أبي حنيفة أنه لا يوقف الجميع، بل ينظر في الورثة، فمن احتمل حجبه بالحمل، لم يدفع إليه شيء إلى الوضع، ويبين الحال، ومن لا يحجبه بحال يدفع إليه نصيبه، وَإِنْ أَمْكَنَ الْعَوْلُ دفع إليه سهمه عائلًا.

مثاله: ما ذكره المصنف، وهو: زوجة حامل وأبوان يدفع إليها ثمن عائل، وإليهما سدسان عائلان؛ لاحتمال أن الحمل بنتان، فيدفع إلى الزوجة ثلاثة من سبعة وعشرين، وللأبوين ثمانية منها، وإن لم يكن له مقدار كالأولاد؛ فالصرف إليهم مبني عَلَى أَنَّ أَقْصَى الحمل له عدد، فيه وجهان أو قولان:

---

(١) في بعض نسخ المتن: عائلات.

……

أصحهما: لانعدَمِ انْضِبَاطِهِ؛ لأنه وُجِدَ في بطن خمسةٌ، كما حكاه الشافعيُّ ﷺ أَنَّ شَيْخًا بِالْيَمَنِ أَخْبَرَهُ أَنَّهُ وُلِدَ لَهُ خَمْسَةُ بُطُونٍ فِي كُلِّ بَطْنٍ خَمْسَةٌ(١).

قال ابن سراقة: إن صحت هذه الحكاية ينبغي أن يوقف نصيب خمسة أولاد، بل الصحيح ما رواه الربيع وغيره عن الشافعي أنه قال: أَكْثَرُ مَا وُجِدَ امرأة ولدت أربعة في بطن، انتهى.

وفي «الروضة»: الصحيح أنه لا ضبط له، وبه قال شيخا المذهب أبو أحمد والقفال، والعراقيون، والصيدلاني، والقاضي الحسين؛ لأنه وجد خمسة في بطن، واثنا عشر في بطن، انتهى.

وَحَكَى الْمَاوَرْدِيُّ: أَنَّهُ وُجِدَ سَبْعَةٌ فِي بَطْنٍ، وَأَنَّ مَنْ أَخْبَرَهُ ذَكَرَ أَنَّهُ صَارَعَ أَحَدَهُمْ فَصَرَعَهُ، وَكَانَ يُعَيَّرُ بِهِ، وَيُقَالُ: صَرَعَكَ سُبُعُ رَجُلٍ.

وَفِي مَطْلَبِ ابن الرفعة: وذكر عَنْ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ الْهَيْثَمِ: أَنَّ بَعْضَ سَلَاطِينِ بَغْدَادَ أَتَتْ زَوْجَتُهُ بِأَرْبَعِينَ وَلَدًا، فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِثْلُ الْأُصْبُعِ، وَأَنَّهُمْ عَاشُوا، وَرَكِبُوا الْخَيْلَ مَعَ أَبِيهِمْ فِي بَغْدَادَ.

قلت: وَفِي صحة ذلك بُعْدٌ.

والقول الثاني: أن أقصى الْحَمْلِ أَرْبَعَةٌ، جزم به جماعة، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعيِّ؛ لأنه يتبع في مثل ذلك، وهذا أكثر ما وجد، يعني: ثلاثة إخوة كما حققه ابن سراقة، وقال: أنه الصحيح الذي رواه الربيع وغيره عن الشافعي كما سبق.

---

(١) قال الإمام الشَّافِعِيُّ: رَأَيْتُ فِي بَعْضِ الْبَوَادِي شَيْخًا ذَا هَيْئَةٍ، فَجَلَسْتُ إِلَيْهِ أَسْتَفِيدُ مِنْهُ، وَإِذَا بِخَمْسَةِ كُهُولٍ جَاءُوا فَقَبَّلُوا رَأْسَهُ، وَدَخَلُوا الْخِبَاءَ، ثُمَّ خَمْسَةِ شُبَّانٍ فَعَلُوا كَذَلِكَ، ثُمَّ خَمْسَةِ مُنْحَطِّينَ، ثُمَّ خَمْسَةِ أَحْدَاثٍ؛ فَسَأَلْتُهُ عَنْهُمْ، فَقَالَ: كُلُّهُمْ أَوْلَادِي، وَكُلُّ خَمْسَةٍ مِنْهُمْ فِي بَطْنٍ، وَأُمُّهُمْ وَاحِدَةٌ، فَيَجِيئُونَ كُلَّ يَوْمٍ يُسَلِّمُونَ عَلَيَّ وَيَزُورُونَهَا، وَخَمْسَةٌ أُخَرُ فِي الْمَهْدِ، انظر: أسنى المطالب (١٣/ ٢٧٩).

……

وقال أبو عبد الله الشَّقاق: إذا مات عن حمل يرثه، فقد اختلف الفقهاء في قسمة المال، فقال جمهورهم بوقف المال حتى تضع، خلافًا لداود، فإن كان بالورثة فاقة إلى قسمة المال؛ نصَّ الشافعي ثلاثة أقوال:

أحدها: إن يقدم، وهو الوقف.

والثاني: يدفع إلى من لا يحجبه الحمل من فرض إلى فرض أقل اليقين إلى آخره.

والثالث: حكاه الربيع والبويطي عن الشافعي: أنه يوقف نصيب أربعة ذكور، فإن كان نصيب الإناث أكثر وقف نصيب الإناث، انتهى.

إذا تقرَّر ما قدَّمناه نُظِرَ إنْ خلف زوجة حاملًا وابنًا؛ فَلَهَا الثُّمُنُ، وَلَا يُدْفَعُ إليه شَيْءٌ عَلَى الْأَوَّلِ، وعلى الثاني له خُمُسُ الْبَاقِي، وهَلْ يُمَكَّنُ الَّذِينَ صُرِفَ إِلَيْهِمْ مِنْ التَّصَرُّفِ في حقِّهم؟ وجهان: أَصَحُّهُمَا: نَعَمْ، وَإِلَّا لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِمْ، وَالثَّانِي: الْمَنْعُ قَالَهُ الْقَفَّالُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَهْلَكُ الْمَوْقُوفُ لِلْحَمْلِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الِاسْتِرْدَادِ على الأول، هل يُؤْخَذُ منهم ضَمِينٌ؟ سيأتي خلاف فيه.

ثم الموقوف للحمل، على القول الثاني قد يكون بتقدير الذكورة أكثر، كما لو خلف أبناء وحملًا، وقد يكون بتقدير الأنوثة أكثر، كما لو خلفت زوجًا وأمًّا حاملًا من أبيها، فإن كان الحمل ذكرًا؛ فله سدس المال، وإن كان ذكورًا؛ فإنما يحصل لهم ثلث المال، وإن كان أنثيين؛ فتعول المسألة، ويكون لهما أربعة من ثمانية، فيقف أربعة من ثمانية، ويدفع إلى الأم سهمًا، وإلى الزوج ثلاثة، فيؤخذ بآخر الاحتمالات في كل صورة.

فائدة: قال ابن سراقة: إذا اختلف حكم الحمل، فقد اختلف أهل العلم في القدر الذي يوقف له؛ فقال الليث بن سعد وأبو يوسف: يعزل نصيب ابن واحد، ويؤخذ منه للورثة ضَمِين، والمراد: إذا كان نصيب ابن أكثر النصيبين.

قال: وإنما وقفوا نصيب واحد اعتبارًا بالعرف؛ لأنه جرى بولادة واحدة، يعني غالبًا، فإما ولادة توأمين شاذ ونادر، والحكم أبدًا للأغلب،

وَالْخُنْثَى الْمُشْكِلُ إنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إرْثُهُ كَوَلَدِ أُمٍّ وَمُعْتِقٍ فَذَاكَ، وَإلَّا فَيُعْمَلُ بِالْيَقِينِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ وَيُوقَفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ.

وقد جرت عادة الحُكَّام في النفقات والشهود وغيرها من الأحكام اعتبار العرف، فوجب اعتباره في كلِّ حال، لا سيما إذا عدم التوقف في ذلك؛ ولأنا نأخذ الضمين من الورثة، فلا يفوت شيئًا على الحمل ما كان، ولا يحجب الورثة المتبقيين إلا عن المتفق عليه، وهو نصيب واحد، وكان هذا القول أصح الأقاويل.

وقال محمد بن الحسن: يوقف نصيب اثنين، يعني أكثرهما نصيبًا من ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ؛ لأن العرف جارٍ بولادة اثنين، وليس ذلك شاذ، ولا نادر، وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة: يعزل نصيب أربعة، ويقسم الباقي، وهو المعمول عليه من مذهب الشافعي، ويحتمل ما رواه الربيع عنه، يعني الوقف مطلقًا، إذا لم يكن للميت وارثًا متبقيًا عن الحمل، وأطال القول، وأكثر من النقل في وجود أربعة في بطن، ثم ذكر ما قدَّمناه عنه في الخمسة، وقوله: بل الصحيح كذا، وحينئذٍ فيكون مراده بذلك بالنسبة إلى مذهب الشافعي لا إلى اختياره، والله أعلم.

قال: (**وَالْخُنْثَى الْمُشْكِلُ إنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إرْثُهُ**) أي: بذكورته وأنوثته.

(**كَوَلَدِ أُمٍّ وَمُعْتِقٍ فَذَاكَ**) أي: فيدفع إليه حقه، ولا كلام.

(**وَإلَّا**) أي: وإن اختلف إرثه بالذكورة وضدها.

(**فَيُعْمَلُ بِالْيَقِينِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ وَيُوقَفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ**) أي: حاله.

مثاله: وَلَدٌ خُنثَى وَأَخٌ يُصْرَفُ؛ لِلْوَلَدِ النِّصفُ، وَيُوقَفُ الباقي بَيْنَ الْخُنْثَى وَالْعَمِّ.

زَوْجٌ وَأَبٌ وولَدُ خُنثَى؛ لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ، وَلِلْأَبِ السُّدُسُ، وَلِلْخُنثَى النِّصفُ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الأَبِ، والأمثلة مذكورة في المطولات.

واعلم أن ما ذكره المصنف فيه وجه خرَّجه ابن سريج: أنه يؤخذ في حق

....

الخنثى باليقين، ويصرف الباقي إلى الورثة، وهل يُؤْخَذُ منهم ضَمِينٌ؟ فيه وجهان، رواهما ابن اللبان.

وقضية كلام ابن سراقة السابق وجوب التضمين احتياطًا، وما خرَّجه ابن سريج مذهب أبي حنيفة، والمشهور عنه في رواية أبي يوسف: أنه أتى في رواية اللُّؤْلُؤِيِّ أنه يدفع إليه نصيب، انتهى.

قال الرافعي: وعن مالك أو بعض أصحابنا: أنه يؤخذ بذكورة الخنثى.

قلت: وإنما تردد؛ لأن القاضي إسماعيل قال: لا أحفظ عن مالك في الخنثى شيئًا، ونقل بعضهم أنه يؤخذ بذكورته، وبعضهم أن ميراثه نصف نصيبي ذكر وأنثى. قال ابن اللبان: ثابت عنه، انتهى.

وعليه اقتصر ابن الحاجب في «فروعه»، وهو الموجود في كتب المالكيّة، وحكاه ابن اللبان عن ابن عباس - رضي الله عنهما - ومذهب أحمد والشعبي، والنخعي والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وشريك، ويحيى بن آدم، واللؤلؤي، وأبي يوسف الأخير، كما قاله ابن اللبان، وأجرى الروايتين عن الثوري، وضرار.

قال ابن سراقة: وإليه ذهب عليه أصحاب مالك، ولا يصح عن مالك أنه ذكر بكل حال، فإنه لم يُحفظ عنه شيء في ميراثه بحال عليه؛ لأنه حال وجوده، انتهى.

سألت: ولد خنثى وعم؛ فعند أبي حنيفة للخنثى النصف، والباقي للعم، وعند أحمد والمالكيّة وغيرهم النصف والربع، والباقي للعم، وعندنا للخنثى النصف، ويوقف الباقي بينه وبين العم، ولم يحكِ ابن اللبان غيره، وعنه القول بمذهبنا إلا عن داود وأبي ثور، وحكى هو وغيره عن بعض البصريين أنه يصرف للخنثى ومن معه من الورثة أكثر مما يدعيه كل واحد، ثم يقسم المال على قدر دعاويهم.

فائدة: قال ابن الرفعة: أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن الخنثى تورث من حيث يبول، ورُوي أن النبي ﷺ قال: «**يورث الخنثى من حيث يبول**».

……………………………………………………

قلت: والحديث ضعيف الجزم، قال ابن سراقة: وحكي عن الشافعي أنه قال: رأيت خنثى قد ولد وولد له، وحكى أبو سعيد بن أبي عثمان النيسابوري الفقيه قال: سمعت أبا الحسن الماسرجسي الفقيه يقول: كنا في مجلس صاحب الحسن محمد بن إبراهيم بنيسابور، فحكى لنا عن أبي منصور بن عبد الرزاق قال: لي غلام خنثى قد ولد وولد له، قال لي أبو سعيد: وكان أمره مشهورًا بنيسابور.

قيل: إن أول من حكم به عامر العدوي، وكان حاكم الجاهلية، واستقر عليه الحكم في الإسلام، قال في «النهاية»: كَانَ عَامِرٌ حَاكِمَ الْعَرَبِ فَأَتَوْهُ فِي مِيرَاثِ خُنْثَى، فَأَقَامُوا عِنْدَهُ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، وَهُوَ يَذْبَحُ لَهُمْ كُلَّ يَوْمٍ، وَكَانَتْ لَهُ أَمَةٌ يُقَالُ لَهَا: سَخِيلَةُ، فَقَالَتْ: إِنَّ مَقَامَ هَؤُلَاءِ أَسْرَعَ فِي غَنَمِكَ، فَقَالَ: وَيْحَكِ لَمْ تُشْكِلْ عَلَيَّ حُكُومَةٌ قَطُّ غَيْرَ هَذِهِ، فَقَالَتْ لَهُ: أَتْبِعْ الْحُكْمَ الْمَبَالَ، قَالَ: فَرَّجْتِهَا يَا سَخِيلَةُ، فَصَارَتْ مَثَلًا.

وَفِي هذه الحكاية عِبْرَةٌ وَمُزْدَجَرٌ لِجَهَلَةِ قُضَاةِ الزَّمَانِ وَمُفْتِيِيهِ؛ فَإِنَّ هَذَا مُشْرِكٌ تَوَقَّفَ فِي حُكْمِ حَادِثَةٍ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ، انْتَهَى.

فائدة: ما يوقف في ميراث الخنثى، قال الإمام: إنه لا بدَّ من التوقف ما دام الخنثى حيًّا على إشكاله، والبيان متوقعًا، فإذا مات، فعن رواية أبي ثور: إنه لا يوقف بعد ذلك، بل يرد إلى ورثة الميت الأول، والمشهور خلافه أي: وهو الوقف أبدًا كما صرَّح به ابن القطان.

قال الإمام: ولو اصطلح الذي وقف المال بينهم على تساوي تفاوت جاز، ولا بدَّ أن يجري تواهب بينهم، وإلا ففي المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة لكنها تحتمل للضرورة، ولو أخرج بعضهم نفسه من البين، ووهبه منهم ثم جهله بالحال جاز أيضًا، ولو قال الخنثى في أثناء الأمر: أنا رجل، أو امرأة، قال الرافعي: فالذي ذكره الإمام أنه يقضي بقوله ولا نظر إلى التهمة.

قال الرافعي: وهذا ما حكاه السرخسي عن نصه هاهنا، قال: ونص فيما

فَصْلٌ

وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ أَوِ ابْنُ عَمٍّ وَرِثَ بِهِمَا.

فَلَوْ وُجِدَ فِي نِكَاحِ الْمَجُوسِ أَوِ الشُّبْهَةِ بِنْتٌ هِيَ أُخْتٌ وَرِثَتْ بِالْبُنُوَّةِ، وَقِيلَ بِهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ

إذا جُني عليه، واختلف هو والجاني في ذكورته، أن القول قول الجاني، فمنهم من نقل وخرج، ومنهم من فرق أن الأصل براءة ذمة الجاني، فلا يدفعه بقوله وهاهنا بخلافه، وإذا صدقناه حلّفناه عليه، هذا كلام الرافعي.

ورأيت في «أصول الفرائض» للإمام أبي الحسن بن سُراقة العامري بعد نقله الوقف إلى التبين، أو الصلح عن الشافعي قال في كتاب «النكاح»: إلى قوله يعني: في تزويجه لا يرجع إلى قوله في الميراث؛ لكونه متهمًا في ذلك إذا ادعى أحسن حالته، وقال في كتاب «الديات»: أعطيه دية أنقص، ولم يذكر الوقف؛ لأنه استعمل اليقين في أمره، وأطنب في تقرير ذلك، وكلامه مصرح بأن الشافعي نصَّ أنه لا يصدق في الميراث للتهمة، بل يوقف إلى أن يتبين أو يصطلحوا، والله أعلم.

فصل

قال: (**وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ أَوِ ابْنُ عَمٍّ وَرِثَ بِهِمَا**) أي: له النصف بالزوجية، والباقي ببنوة العم أو بكونه معتقًا؛ لأنه وارث لشيئين مختلفين.

قال: (**فَلَوْ وُجِدَ فِي نِكَاحِ الْمَجُوسِ أَوِ الشُّبْهَةِ بِنْتٌ هِيَ أُخْتٌ**) أي: وطئ بنته فأولدها بنتًا، ثم ماتت الأسفل فقد خلفت أختًا من أب وبنتًا.

قال: (**وَرِثَتْ بِالْبُنُوَّةِ**) أي: فقط وهو النصف، ووجه بأنهما قرابتان تورث بكل واحدة منهما فرض عند الانفراد، فورثت بأقواهما، ولم تورث بهما كالأخت للأب، والأم لا ترث بالقرابتين معًا أي: لا ترث النصف بأختية الأب، والسدس بأختية الأم إجماعًا.

قال: (**وَقِيلَ: بِهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**)؛ لأنهما سببان يورث بكل منهما عند

وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِهَةِ عُصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةٍ أُخْرَى كَابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ فَلَهُ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِهِ الْأَخُ.

وَمَنْ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَطْ، ....

الانفراد، فإذا اجتمعا لم يُسقط أحدهما الآخر كابن عم هو أخ لأم، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِهَةِ عُصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةٍ أُخْرَى كَابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ فَلَهُ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ) أي: بالعصوبة؛ لما سبق، وفي قولٍ يترجح الأخ من الأم، ويأخذ جميع المال، كما هو المرجح في الولاء كما سبق، والفرق أن الأخ من الأم في النسب يرث فأعطي فرضه، ولا يرث في الولاء، فرجح كالأخ الشقيق مع الأخ للأب، وسبق في المسألة كلام يجب مراجعته.

قال: فلو كان معهما بنت فلها النصف، والباقي بينهما بالتسوية؛ لأن إخوة الأم تسقط بالبنت.

قال: (وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِهِ الْأَخُ) لأن البنت منعت من الأخذ بقرابة الأم، وإذا لم يأخذ بها، وحجب عصوبته كأخ لأبوين مع أخ لأب قاله ابن الحداد، وهو الأقوى عند الشيخ أبي علي، واحتج له بنص الشافعي في الولاء السابق بما فيه.

وعن سعيد بن جبير: أن للبنت النصف، والباقي لابن العم الذي ليس بأخ لأم؛ لأنه يورث بالقرابتين ميراثًا واحدًا، فإذا كان في الفريضة من يحجب أحدهما سقط، ولا يعلم من وافقه على ذلك، وصوره: ابنا عم أحدهما أخ أن يتعاقب أخوان على امرأة، وتلد لكل واحد منهما ابنًا، ولأحدهما ابن من غيرها، فابناه ابنا عم الآخر، وأحدهما أخوه لأمه.

قال: (وَمَنْ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَطْ)؛ لما سبق، وقيل: بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معًا، وبه قال ابن سريج وابن اللبان.

وَالْقُوَّةُ بِأَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى أَوْ لَا تَحْجُبَ أَوْ تَكُونَ أَقَلَّ حَجْبًا فَالْأَوَّلُ كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لِأُمٍّ بِأَنْ يَطَأَ مَجُوسِيٌّ أَوْ مُسْلِمٌ بِشُبْهَةٍ أُمَّهُ فَتَلِدَ بِنْتًا، وَالثَّانِي كَأُمٍّ هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ فَتَلِدَ بِنْتًا، وَالثَّالِثُ كَأُمِّ أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ بِأَنْ يَطَأَ هَذِهِ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ فَتَلِدَ وَلَدًا فَالْأُولَى أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُهُ.

(وَالْقُوَّةُ بِأَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى أَوْ لَا تَحْجُبَ أَوْ تَكُونَ أَقَلَّ حَجْبًا فَالْأَوَّلُ كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لِأُمٍّ بِأَنْ يَطَأَ مَجُوسِيٌّ أَوْ مُسْلِمٌ بِشُبْهَةٍ أُمَّهُ فَتَلِدَ بِنْتًا) أي: فالأخوة للأم ساقطة بالبنتية.

(وَالثَّانِي: كَأُمٍّ هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ فَتَلِدَ بِنْتًا، وَالثَّالِثُ كَأُمِّ أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ بِأَنْ يَطَأَ هَذِهِ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ فَتَلِدَ وَلَدًا فَالْأُولَى أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُهُ) أي: أم أم الولد وأخته لأبيه، فيكون الإرث بالأمومة أو الجدودة؛ لأن الأم لا تُحجب، وأم الأم لا يحجبها إلا الأم، وأما الأخت فيحجبها جماعة كما سبق.

ولنوضح هذا المثال فنقول: إذا نكح المجوسي بنته فولدت بنتًا، ثم نكح البنت الثانية فأولدها بنتًا، فإن مات المجوسي فقد خلف ثلاث بنات فلهن الثلثان، وإن ماتت العليا بعده فقد خلفت بنتًا وبنت بنت هما أختان لأب، فللبنت النصف بالبنوة، ولبنت البنت الباقي بالأخوة، وإن ماتت الوسطى أولًا بعد الأب فقد خلفت أمًّا وبنتًا هما أختان لأب، وكل واحدة من الأخوة والبنوة أقوى من الأخوة، فللأب السدس وللبنت النصف، وإن ماتت السفلى بعد موت الوسطى فقد خلفت أم أم هي جدة وأخت لأب، فلها بالجدودة السدس وتسقط أخوة الأب، وهو المراد من المثال الأخير، أما لو ماتت السفلى قبل موت الوسطى فقد خلفت أمًّا وأم أم هما أختان لأم، فللأم الثلث بالأمومة، ولأم الأم النصف بأخوة الأب؛ لسقوط جدودتها بالأم، وهذا فما يُعَايَلُ بِهَا، فيقال: اجتمع أم وأم أم، للأم الثلث، ولأم الأم النصف.

تنبيه: زعم شارحٌ أن عبارة المصنف في الأصل يدخل فيها قوله: قلت فلو وجد إلى آخره، إذ المذكور هنا قاعدة عامة، وذلك عن بعض مثلها، نعم، أفاد وجهًا بقوله، وقيل: بهما، وهذه عبارة «المحرر»: اجتمع في شخص قرابتان

فَصْلٌ

إِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ عَصَبَاتٍ قُسِمَ الْمَالُ بِالسَّوِيَّةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا.

لا يجتمعان في الإسلام، فهذا بل يقع فيما بين المجوس كأم هي أخت فلا تورث بالقرابتين، ولكن تورث بأقواهما إلى آخره، انتهى.

وما قاله ليس بجيد؛ لأن المذكور هنا قاعدة فيمن اجتمع فيها فرض، وما زاده من قبل فيمن اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب كما مثله بقوله: كبنت هي أخت، وليس من هذه القاعدة، وذكر أنه لما ذكر أولًا أن من اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب ورث بهما، اقتضى ذلك العموم أنه لا فرق بين كونه في المجوس أو غيرهم فاحتاج إلى الزيادة، نعم، لو ذكر عبارة «المحرر» لم يحتج إلى زيادة؛ لأنه عين بقرابتين، وذلك يشمل الفرضين والفرض والتعصيب، والله أعلم.

(فَصْلٌ: إِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ عَصَبَاتٍ قُسِمَ الْمَالُ بِالسَّوِيَّةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُورًا) أي: كبنتين أو أخوة أو أعمام، أو بنيهم **(أَوْ إِنَاثًا)** أي: أو يتمحضوا إناثًا بأن أعتق نسوة رقيقًا تملكنه على التساوي، هكذا قيد الرافعي وغيره التساوي في النسوة، ولا أحسب فيه خلافًا.

قال ابن الرفعة: وأطلقه القاضي الحسين، وهو محمول على السواء، قال: وحكى ابن المنذر عن الشافعي رواية شاذة فيما لو كانت لجماعة أَمَة، وعتقت أن لكل منهم الانفراد بتزويجها، كما لو أعتق واحد أَمَة ومات عن اثنين، وإذا ماتت ورثاها، قال: وعلى مقتضى هذه الحكاية يجوز أن يقال: إذا ماتت المكاتبة يرثها معتقوها على السواء، وإن تفاوتت حصصهم في الكتابة، وإذا صحَّ ذلك في المكاتبة صحَّ في غيرها، ومعه يستمر باب ما ذكره القاضي الحسين من الإطلاق، انتهى.

وهذا ليس شيئًا، ولا أحسب أحدًا يقوله، وقد أشار شارح إلى ما ذكره فقال: وإن تفاوت الملك فالظاهر تفاوت الإرث بحسبه.

قلت: بل الصواب قطعًا، والله أعلم.

وَإِنْ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أُنْثَيَيْنِ وَعَدَدُ رُؤُوسِ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ.

وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ مَخْرَجِ ذَلِكَ الْكَسْرِ فَمَخْرَجُ النِّصْفِ اثْنَانِ وَالثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ وَالرُّبُعِ أَرْبَعَةٌ وَالسُّدُسِ سِتَّةٌ وَالثُّمُنِ ثَمَانِيَةٌ.

وَإِنْ كَانَ فَرْضَانِ مُخْتَلِفَا الْمَخْرَجِ فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا فَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسُدُسٍ وَثُلُثٍ. وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ، وَالْحَاصِلُ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ كَسُدُسٍ وَثُمُنٍ فَالْأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ. وَإِنْ تَبَايَنَا ....

قال: (**وَإِنْ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أُنْثَيَيْنِ وَعَدَدُ رُؤُوسِ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ**)، فنعطي كل ذكَر سهمين، وكل أنثى سهمًا، فإذا خلف ابنين وبنتين مثلًا فأصل المسألة من ستة، وهكذا أبدًا.

قال: (**وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ**) أي: فأصل المسألة (**مِنْ مَخْرَجِ ذَلِكَ الْكَسْرِ**).

مثال: بنت وعم المسألة من اثنين، ومثال الثاني: زوج وأخت لأبوين أو لأب، وهي من اثنين أيضًا، وهذه المسألة تسمى: **النِّصْفِيَّةُ**؛ لأنه ليس لنا شخصان يرثان المال نصفين بالفرضية إلا هذه، وتسمى: **الْيَتِيمَةُ**؛ إذ ليس في الفرائض نظيرها.

قال: (**فَمَخْرَجُ النِّصْفِ اثْنَانِ وَالثُّلُثِ ثَلَاثَةٌ وَالرُّبُعِ أَرْبَعَةٌ وَالسُّدُسِ سِتَّةٌ وَالثُّمُنِ ثَمَانِيَةٌ**) لأنها مشتقة من أسماء الأعداد لفظًا ومعنى، فالثّلث واحد من ثلاثة، والربع واحد من أربعة وهكذا، أو لم يسبق النصف من أسماء العدد، ولو أسبق لقيل له: ثُني بضم أوله، قيل: وإنما أسبق من الناصف يعني: أن المقسمين قد يتناصفا واقتسما بالسوية، ويخرج الثلثين ثلاثة أيضًا تضعيف الثلث وليس بكسر مفرد.

قال: (**وَإِنْ كَانَ فَرْضَانِ مُخْتَلِفَا الْمَخْرَجِ فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا فَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسُدُسٍ وَثُلُثٍ، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ، وَالْحَاصِلُ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ كَسُدُسٍ وَثُمُنٍ فَالْأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ تَبَايَنَا**

ضُرِبَ كُلٌّ فِي كُلٍّ وَالْحَاصِلُ الْأَصْلُ كَثُلُثٍ وَرُبُعٍ فَالْأَصْلُ اثْنَا عَشَرَ فَالْأُصُولُ سَبْعَةٌ: اثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ.

ضُرِبَ كُلٌّ فِي كُلٍّ وَالْحَاصِلُ الْأَصْلُ كَثُلُثٍ وَرُبُعٍ فَالْأَصْلُ اثْنَا عَشَرَ).

مثال التداخل: بنتان وأمٌّ، للأم السدس، وهو من ستة، وللبنتين الثلثان وهو من ثلاثة، والثلاثة داخلة في الستة.

ومثال التوافق: خلف زوجة وأمًّا أو جدة وابنًا، للزوجة الثمن وهو من ثمانية، وللأم أو الجدة السدس وهو من ستة، وبينهما توافق بالنصف، يُرد أحدهما إلى نصفه، ونضربه في الآخر تبلغ أربعة وعشرين فهو أصلها.

ومثال التباين: خلف أمًّا وزوجة؛ للأم الثلث وهو من ثلاثة، وللزوجة الربع وهو من أربعة، وبينهما مباينة فضرب أحدهما في الآخر تبلغ اثنا عشر فهو أصل المسألة.

قال: (**فَالْأُصُولُ سَبْعَةٌ: اثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ**) هذا ما عليه متقدمو الأصحاب؛ لأنها الواردة في القرآن، قالوا: لا يزيد على الأصول المستخرجة من كتاب الله تعالى، وإنما كانت سبعة؛ لأن الفروض بقية كسور مضافة إلى الشيء المعدود واحدًا وهو: التركة، فالنصف من اثنين، والثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، والسدس من ستة، والثمن من ثمانية، والاثنا عشر والأربعة والعشرون يخرجان من اجتماع فرضين مختلفين، ومن متأخري الأصحاب من يقول: الأصول تسعة فيزيد ثمانية عشر، وستة وثلاثين على قول زيد بن ثابت ﷺ في الجد والأخوة، حيث يكون ثلث الباقي بعد الفرض جبرًا له من القسمة.

مثاله في ثمانية عشر: أم وجد وأخوة، وفي ستة وثلاثين: أم وزوجة وجد وأخوة، ونصحح المسألتين بالضرب؛ فالأول من ستة: للأم واحد يبقى خمسة، ونحن نحتاج إلى ثلث ما يبقى، وليس للباقي في ثلث صحيح، فنضرب مخرج الثلث في أصل المسألة تبلغ ثمانية عشر، والثانية من اثني عشر: للزوجة ثلاثة، وللأم اثنان، فخرج بالفرض خمسة تبقى سبعة، وليس لها ثلث صحيح فيضرب مخرج الثلث في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين،

……………………………………………………………………

واستصوب الإمام والمتولي صيغ المتأخرين؛ لأن ثلث ما يبقى، والحالة هذه فرض مضموم إلى السدس والربع، فلتقم الفريضة من مخرجها، واحتج له المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين على أنها من ستة، ولولا إقامة الفريضة من النصف وثلث ما يبقى لقالوا: هي من اثنين؛ للزوج واحد في واحد وليس له ثلث صحيح، فيضرب مخرج الثلث في اثنين، فيصير ستة.

زاد في «الروضة» تبعًا لابن الصلاح اختيار طريقة المتأخرين؛ لما سبق، ولكونها أخصر.

قال ابن الصلاح: لأن الأصل والمخرج يعتبر فيه أن يكون أقل عددًا، مخرج منه جميع الفروض المجتمعة في المسألة، وفي هاتين المسألتين ليس كذلك، إلا ثمانية عشر وستة وثلاثين فصار هذا كالنصف، وثلث ما يبقى في مسألة زوج وأبوين فإن أصلها من ستة؛ لما ذكرناه ولا فرق، أما صورة ثمانية عشر ففيما إذا كان في المسألة: سدس وثلث ما يبقى كأم وجد وأخوة، وأما ستة وثلاثون ففيما إذا كانت المسألة: سدس وربع، وثلث ما يبقى كأم وزوجة وجد وأخوة، انتهى.

لفظ «التنقيح» للمصنف: لكن قال ابن الرفعة في «مطلبه»: أن ما احتج به المتولي غير سالم من النزاع، وأن جماعة من الفرضيين ذكروا أن أصلها من اثنين، قال الرافعي: وقد يتفق في صور الجد نصف وثلث ما بقي لبنت وجد وأخوة، فيحتمل أن يكون من ستة قطعًا كما ذكر في زوج وأبوين، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف، قال الشيخ: والاحتمال الأول أصح.

فائدة: ذكر الشيخان هنا إيضاح ما تقدم فقالا: كل مسألة فيها نصف، وما بقي لزوج وأخ، أو نصفان كزوج وأخت فهي من اثنين، وما فيها ثلثان، وما بقي كبنتين وعم، أو ثلث وما بقي كزوج وابن، أو زوجة وأب، أو ربع ونصف، وما بقي كزوج وبنت وأخ فمن أربعة وما فيها سدس، وما بقي كأم وابن، أو سدس ونصف، وما بقي كأم وبنت وأخ، أو سدس وثلث، وما بقي كأم وولدي أم وعم، أو نصف وثلثان كزوج وأختين، أو نصف وثلث، وما

وَٱلَّذِي يَعُولُ مِنْهَا ....

بقي كزوج وأم وأخ فمن ستة، وما فيها ثمن، وما بقي كزوجة وابن، أو ثمن ونصف، وما بقي كزوجة وبنت وأخ فمن ثمانية، وما فيها ربع وثلثان، وما بقي كزوج وأم وابن فمن اثني عشر، وما فيها ثمن وثلثان، وما بقي كزوجة وبنتين وأخ، أو ثمن وسدس، وما بقي كزوجة وأم وابن فمن أربعة وعشرين، انتهى.

ومن هذا الأخير ثمن وسدسان، وما بقي كزوجة وأبوين وابن.

قال: (**وَٱلَّذِي يَعُولُ مِنْهَا**) أي: من هذه الأصول، ثلاثة: وهي ستة، واثنا عشر، وأربعة وعشرين.

الكلام هنا في فصلين:

الأول: في لفظ العول، وهو عبارة عن ارتفاع الحساب، يقال: عالت الفريضة أي: ارتفعت من مأخوذ قولهم: عال الميراث فهو عائل أي: مال وارتفع، ومعناه أنه يدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، كالديون إذا ضاق المال عن الوفاء بها بإفلاس أو موت، وكالوصايا وجب قسمها على قدر الحقوق، وقد اتّفق الصحابة في زمن عمر ﷺ -وعنهم- على العول حين ماتت امرأة عن زوج وأختين، وهي أول فريضة عالت في الإسلام، فقال عمر ﷺ: للزوج النصف وللأختين الثلثان، إن بدأت بالزوج لم يبقَ للأختين حقهما، وإن بدأت بالأختين لم يبقَ للزوج حقه، فأشيروا عليَّ فأشار عليه العباس بالقول، فقال: أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم، وعليه سبعة؛ لواحد ثلاثة، وللآخر أربعة أليس يجعل المال سبعة أجزاء فأخذ الصحابة بقوله، ثم أظهر ابن العباس- ﷺ - الخلاف فيه بعد ذلك، قيل: ولم يتبعه إلا محمد ابن الحنيفة والشيعة، وزاد ابن اللبان، وابن سراقة، ومحمد بن علي بن الحسين، وداود عن عطاء ابن أبي رباح نحوه، وقال ابن شهاب: لولا أنه يقدمه إمام عدل كان أمره على الورع فأمضى أمرًا فمضى، ما اختلف على ابن عباس من أهل العلم اثنان فيما قال، انتهى.

واعلم أن ما قدمناه من القضية تبعنا في إيراده كتب الأصحاب، قال محمد

السِّتَّةُ إِلَى سَبْعَةٍ كَزَوْجٍ وَأُخْتَيْنِ، وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ كَهُمْ وَأُمٍّ، ....

ابن إسحاق: حدثنا الزهري، عن عبد الله بن عبد الله، عن ابن عباس أنه قال: إن الذي أحصى رمل عالج عددًا لم يجعل في مال واحد نصفًا ونصفًا وثلث، فقال له زفر بن أوس: يا ابن عباس، مَن أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر، قال: ولمَ؟ قال: لما تدافعت عليه وركب بعضها بعضًا، قال: والله ما أدري كيف أصنع بكم، والله ما أدري أيكم قدم الله، ولا أيكم أخر؟ قال: وما أخذ في هذا المال أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص، ثم قال ابن عباس: وايْم الله لو قدم من قدم الله، وأخر من أخر الله ما عالت فريضة، فقال زفر: وأيهم قدم، وأيهم أخر؟ فقال: كل فريضة فتلك التي قدم الله تعالى، قال له زفر: فما منعك أن تشير بهذا على عمر؟ فقال: هبته، والله، قال ابن إسحاق: فقال لي الزهري: وَالله **لَوْلَا أَنَّهُ تَقَدَّمَ ابْنَ عَبَّاسٍ إِمَامٌ عَدْلٌ فَأَمْضَى أَمْرًا فَمَضَى وَكَانَ امْرَأً وَرِعًا لَمَا اخْتَلَفَ عَلَى ابْنِ عَبَّاسٍ اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ**، انتهى.

ورويت القصة من طرق مختلفة، والظاهر أن هذه أصحها، وظاهرها أن عمر ﷺ رأى ذلك، لا العباس، وعلى مذهب ابن عباس يدخل النقص على البنات وبنات الابن والأخوات لأبوين أو لأب، إذا عرفت ذلك فالأعداد كما سبق سبعة: منها ناقص وهو ما إذا جُمعت أجزاؤه الصحيحة أقل منه، وتام وهو ما إذا جُمعت أجزاؤه كانت مثله، وزائد هو ما إذا جُمعت أجزاؤه كانت أكثر منه، فالابنتان والثلاثة والأربعة والثمانية لا عول فيها، أوليس في الابنتين إلا النصف، وفي الثلاثة الثلث، وفي الأربعة النصف والربع، وفي الثمانية ذلك والثمن وكلها ناقصة، والستة تعول؛ لأن أجزاءها تامة، والاثنا عشر والأربعة والعشرون زائدان.

والفصل الثاني: فيما يعول من الأصول، وقد ذكره المصنف؛ فقال: (**السِّتَّةُ إِلَى سَبْعَةٍ كَزَوْجٍ وَأُخْتَيْنِ**) أي: سدسها؛ لأن أصلها في ستة؛ لأن فيها نصف وثلثان متباينان، فيضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة فيزاد عليها سدسها تصير من سبعة، وسبق أنها أول ما عال في الإسلام.

قال: (**وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ كَهُمْ وَأُمٍّ**) أي: بثلثها؛ إذ أصلها ستة، وعالت سهمين:

وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ، وَإِلَى عَشَرَةٍ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ.

وَالِاثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ، وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ.

للأم سهم، وللأختين أربعة، وللزوجة ثلاثة[1].

قال: (**وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ، وَإِلَى عَشَرَةٍ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ**) أي: بأن زاد عليها سهم له فتصير من عشرة: للزوج ثلاثة، وللأختين أربعة، وللأم سهم، وللأخوين للأم سهمان، وتسمى: **أُمُّ الْفُرُوخِ** بالخاء المعجمة؛ لكثرة سهامها العائلة، وتسمى: **الشُّرَيْحِيَّةَ** بالشين المعجمة؛ لوقوعها في زمن القاضي شريح التابعي وقضائه بذلك، فالستة تعول أربع مرات ولا تعول من الأصول، أكثر سهامها تعول بثلثها، ومتى عالت إلى أكثر من سبعة فلا يكون الميت فيها إلا أنثى.

قال: (**وَالِاثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ**) للأب: للأم السدس، وللأختين الثلثان، وللزوجة الربع، ومجموعها ثلاثة عشر: للأم سهمان، وللزوجة ثلاثة، وللأختين ثمانية، فتعول بنصف سدسها، وسدسها اثنان.

قال: (**وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ**) أي: بربعها؛ لأن للزوجة الربع وهو من أربعة، وللأختين الثلثان وهو من ثلاثة، وللأم السدس وكذلك للأم، فللأختين ثمانية، وللأم سهمان، وللأخ من الأم سهمان، وللزوجة ثلاثة، ومَثَّلَه الرافعي في «الشرحين» و«المجرد»: بزوجة وأختين لأب وأختين لأم.

قال: (**وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ**)؛ فيزاد سدس وهو سهمان فتصير من سبعة عشر، ومن صورها: **أُمُّ الْأَرَامِلِ**، وهي: ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان لأب، فهي سبع عشرة أنثى أيضًا، وهن متساويات، فإذا ترك سبعة عشر دينارًا أعطينا كل واحدة منهن دينارًا، وَيُعَايَلُ بِهَا، فيقال: رجل ترك سبعة عشر دينارًا وسبع عشرة أنثى حصل لكل واحدة منهن دينارًا، أو تسمى:

---

[1] في متن المنهاج: [وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ]: لَهُ السُّدُسُ وَاحِدٌ، ما بين المعكوفين ولم يتعرض لشرحه بالأصل، والمثبت من حاشيتي قليوبي وعميرة (١٠/ ٢٧٠).

وَالْأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كَبِنْتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ.

وَإِذَا تَمَاثَلَ الْعَدَدَانِ فَذَاكَ وَإِنِ اخْتَلَفَا وَفَنِيَ الْأَكْثَرُ بِالْأَقَلِّ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَرَ فَمُتَدَاخِلَانِ كَثَلَاثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلَّا عَدَدٌ ثَالِثٌ فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ

الدِّينَارِيَّةُ أيضًا، ولا يعول هذا الأصل إلى سبعة عشر إلا والميت رجل.

قال: **(وَالْأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ)** أي: فقط.

(كَبِنْتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ) أي: بثمنها، فلكل واحد من الأبوين السدس، وللزوجة الثمن، وللبنتين الثلثان فلهما ستة عشر، وللأبوين ثمانية، فيعول بثلاثة بنصيب الزوجة، وتسمى: الْمِنْبَرِيَّةُ؛ لأن عليًا ﷺ سُئل عنها، وهو على المنبر، فقال ارْتِجَالًا: صَارَ ثُمُنُهَا تُسْعًا؛ لأن الثمن ثلاثة إلا من أربعة وعشرين، فإذا صار من سبعة وعشرين إلا والميت رجل، ومن صور العول أيضًا مسألة بنتين وأم وجد وزوجة.

قال: **(وَإِذَا تَمَاثَلَ الْعَدَدَانِ فَذَاكَ)** فأمره ظاهر كثلاثة وثلاثة، وعشرة وعشرة فإنه يكتفي بأحدهما.

قال: **(وَإِنِ اخْتَلَفَا وَفَنِيَ الْأَكْثَرُ بِالْأَقَلِّ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَرَ فَمُتَدَاخِلَانِ كَثَلَاثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ)** أي: أو خمسة وعشرة كما قاله في «المجرد» يفنى الستة بإسقاط الثلاثة مرتين، والتسعة تفنى بإسقاط الثلاثة ثلاث مرات فإنها ثلثها، والعشرة تفنى بإسقاط الخمسة مرتين؛ لأنها نصفها وهكذا، ومعنى التداخل: أن الأقل داخل في الأكثر، والأكثر مدخول فيه.

قال الماوردي: وإذا دخل أحد العددين في الآخر كان الأقل موافقًا للأكثر في جميع أجزائه، كالثمانية مع الستة عشر توافقها بالأثمان والأرباع والأنصاف.

قال الرافعي: وإن شئت قلت في المتداخل: إن تساوى الأقل والأكثر إذا زيد عليه مثله مرتين فصاعدًا فهما متداخلان، وحكم المتداخل أنك تكتفي بالأكثر وتجعله أصل المسألة.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلَّا عَدَدٌ ثَالِثٌ فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ**

بِالنِّصْفِ، وَإِنْ لَمْ يَفْنَهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ تَبَايَنَا كَثَلَاثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ، وَالْمُتَدَاخَلَانِ مُتَوَافِقَانِ، وَلَا عَكْسَ.

فرع: إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَا ....

بِالنِّصْفِ)؛ لأنك تسقط الأربعة من ستة يبقى اثنان سقطهما من الأربعة مرتين تفنى بهما، فقد حصل الفناء باثنين وهو عدد غير الستة والأربعة فهما متوافقان؛ فقال: بجزء ذلك العدد وهو النصف. قال في «المجرد»: وستة وعشرة يفنهما الاثنان، وتسعة واثني عشر يفنهما الثلاثة.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يَفْنَهُمَا إِلَّا وَاحِدٌ تَبَايَنَا كَثَلَاثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ)**؛ لأنك تسقط ثلاثة من أربعة يبقى واحد يسقط من الثلاثة يفنى به، وحكم المتباين أنك تضرب أحد العددين في الآخر.

إشارة: إذا أردت معرفة ما تقدم فإن كان أحد العددين مدخل في الآخر فأسقط الأقل من الأكثر مرتين فأكثر، أو رد على الأقل، فإن فني الأكثر بالأقل أو تساويا بزيادة الأمثال فمتداخلان وإلا فلا، وإن أردت معرفة الموافقة والمباينة فأسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي فأسقطه من الأقل وهكذا حتى يفنى العدد المنقوص منه، فإن فني بواحد فمتباينان، وإن فني بعدد فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد، فإن فني باثنين فالنصف أو بثلاثة فبالثلث، وعلى هذا القياس.

مثاله: أحد وعشرون وتسعة وأربعون سقط الأقل من الأكثر مرتين، تبقى سبعة فسقطها من الأقل ثلاث يفنى بها، فهما متوافقان بالأسباع.

قال: **(وَالْمُتَدَاخَلَانِ مُتَوَافِقَانِ)** أي: بأجزاء ما في العدد الأقل من الآحاد؛ ولذلك يفني الأكثر به.

مثاله: الخمسة يفني عشرة فهما متوافقان بالأخماس.

قال: **(وَلَا عَكْسَ)** أي: كل متوافقين ليسا متداخلين كالأربعة مع الستة؛ فإنها غير متداخلة، بل متوافقة.

(فرع: إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَا) أي: أصل المسألة.

وَانقَسَمَتْ السِّهَامُ عَلَيْهِمْ فَذَاكَ، وَإِنْ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنْفٍ قُوبِلَتْ بِعَدَدِهِ، فَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ عَدَدُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إنْ عَالَتْ، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ عَدَدِهِ فِيهَا فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ، وَإِنْ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنفَيْنِ قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ، فَإِنْ تَوَافَقَا رُدَّ الصِّنْفُ إلَى وَفْقِهِ، وَإِلَّا تُرِكَ ....

(**وَانقَسَمَتْ السِّهَامُ عَلَيْهِمْ**) أي: على المستحقين.

(**فَذَاكَ**) يعني: لا تحتاج إلى ضرب، كَزَوْجٍ وَثَلَاثَةِ بَنِينَ هِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ لِكُلٍّ مِنْهُمْ وَاحِدٌ، وَكَزَوْجَةٍ وَبِنْتٍ وَثَلَاثَةِ بَنِينَ؛ للزوجة سهم، وللبنت أربعة، والباقي لبنتي الابن وهكذا.

قال: (**وَإِنْ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنفٍ قُوبِلَتْ بِعَدَدِهِ**) أي: إذا انكسرت على صنف واحد، قوبلت سهامه بعدد رؤوسه.

(**فَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ عَدَدُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إنْ عَالَتْ**).

مثاله: زَوْجٌ وَأَخَوَانِ هِيَ مِنْ اثْنَيْنِ؛ لِلزَّوْجِ وَاحِدٌ، يَبْقَى وَاحِدٌ لَا تَصِحُّ عنهما، وَلَا مُوَافَقَةَ، فَتَضْرِبُ عددها فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ؛ تبلغ أَرْبَعَة منها تصحُّ.

قال: (**وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ عَدَدِهِ فِيهَا، فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ**).

مِثَالُهُ: أُمٌّ وَأَرْبَعَةُ أَعْمَامٍ لِأَبٍ، هِيَ مِنْ ثَلَاثَةٍ؛ لِلْأُمِّ سهم يَبْقَى سهمان على أربعة، لا يصح، ولكن يُوَافِقَ بِالنِّصْفِ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ تَبْلُغُ سِتَّةً مِنْهَا، تَصِحُّ، وإن أمكنت الموافقة بأجزاء ضرب أقلها.

مِثَالُهُ: زوج وأم وست عشرة بنتًا، هي من اثني عشر إلى ثلاثة عشر؛ للبنات ثمانية لا تصح عليهن، لكن الثمانية مع عددهن متوافقان بالنصف والربع والثمن، فيأخذ الأقل، وهو اثنان، فيضرب في أصلها بعولها تبلغ ستة وعشرين منها، يصح للزوج ستة، وللأم أربعة، ولكلٍّ بنتٍ سهم.

قال: (**وَإِنْ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنفَيْنِ، قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ، فَإِنْ تَوَافَقَا رُدَّ الصِّنْفُ إلَى وَفْقِهِ**) أي: ردَّ رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين، (**تُرِكَ**) أي: عدد كل فريق بحاله، فإن كان الموفق في أحد الصنفين

ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ الرُّؤُوسِ ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، وَإِنْ تَدَاخَلَا ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخَرِ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ، ....

ردت رؤوسه إلى جزء الوفق، ويترك رؤوس الآخر بحالها، فهي ثلاثة أحوال؛ لأنه إما أن يكون بين عدد كل فريق وسهامه موافقة بجزء، أو يكون أحدهما دون الآخر، وفي كل منهما أربع مسائل؛ لأن عددهما إما أن يكونا متماثلين، أو متداخلين، أو متوافقين، أو متباينين، كما سيذكره المصنف، وفيه اثنتا عشرة مسألة.

قال: **(ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ الرُّؤُوسِ)** أي: في هذه الأحوال.

(ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، وَإِنْ تَدَاخَلَا ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخَرِ ثُمَّ الْحَاصِلُ فِي الْمَسْأَلَةِ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ).

أمثلة الأولى(١) ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ يصحُّ من تسعة.

ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ يصحُّ من ثَمَانِيَة عَشَر.

تِسْعُ بَنَاتٍ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ تصحُّ من أربعة وخمسين.

ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَأَخَوَانِ يصح من ثمانية عشر.

أمثلة الثانية(٢) أُمٌّ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ، وَاثْنَتَا عَشْرَةَ أُخْتًا لِأَبٍ مِنْ سِتَّةٍ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ، يُرَدُّ الْإِخْوَةِ إِلَى ثَلَاثَةٍ، وَكذا الْأَخَوَاتِ، ثم تُضْرَبُ ثلاثة فِي سَبْعَةٍ، تَبْلُغُ أَحَدًا وَعِشْرِينَ، مِنْها تَصِحُّ للأم ثلاثة، وللأخوة للأم ستة، وللأخوات اثنا عشر.

أُمٌّ وَثَمَانِيَةُ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ، وَثَمَانِي أَخَوَاتٍ لِأَبٍ، يرجع عَدَدَ رؤوس الْإِخْوَةِ إِلَى أَرْبَعَةٍ، وَالْأَخَوَاتِ إِلَى اثْنَيْنِ، فَتَضْربُ أَرْبَعَةَ فِي سَبْعَةٍ، تَبْلُغُ ثَمَانِيَةً وَعِشْرِينَ،

---

(١) هِيَ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ سِهَامِ الصِّنْفَيْنِ وَعَدَدِهِمَا تَوَافُقٌ.

(٢) هِيَ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ سِهَامِ الصِّنْفَيْنِ وَعَدَدِهِمَا تَبَايُنٌ.

وَيُقَاسُ عَلَى هَذَا الِانْكِسَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ، وَلَا يَزِيدُ الِانْكِسَارُ عَلَى ذَلِكَ، فَإِذَا أَرَدْت مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ الْمَسْأَلَةِ فَاضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ

مِنها تَصِحُّ للأم أربعة، وللأخوة ثمانية، وللأخوات ستة عشر.

أُمٌّ وَاثْنَا عَشَرَ أَخًا لِأُمٍّ، وَسِتَّ عَشْرَةَ أُخْتًا لِأَبٍ، يرجع الْإِخْوَةِ إِلَى سِتَّةٍ، وَالْأَخَوَاتِ إِلَى أَرْبَعَةٍ، وَهُمَا مُتَوَافِقَانِ.

أُمٌّ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ، وَثَمَانِي أَخَوَاتٍ لِأَبٍ، ترجع الْإِخْوَةِ إِلَى ثَلَاثَةٍ، وَالْأَخَوَاتِ إِلَى اثْنَيْنِ، وَهُمَا مُتَبَايِنَانِ، فَتَضربُ اثنين فِي ثلاثة؛ تَبْلُغُ سِتَّةً، ثم تَضربُ ستة فِي سَبْعَةٍ؛ تَبْلُغُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ، مِنْها تَصِحُّ.

أمثلة الحالة الثالثة(1) سِتُّ بَنَاتٍ، وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ، يصحُّ من تسعة أربع بنات، وأربعة أخوة؛ تَضربُ أربعة في ثلاثة، تَبْلُغُ اثنتي عشر، منها تَصِحُّ.

ثَمَانِ بَنَاتٍ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ، تضرب أَرْبَعَةٍ في ثلاثة؛ تَبْلُغُ اثْنَيْ عَشَرَ، ثم في ثَلَاثَةٍ تَبْلُغُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ.

أَرْبَعُ بَنَاتٍ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ، ترجع عَدَدَ الرؤوس إلى اثنين، وبنتًا من العددين.

قال: **(وَيُقَاسُ عَلَى هَذَا الِانْكِسَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ)** أي: فينظر في سهام كل صنف، وعدد رؤوسهم، فحيث وجدنا بالموافقة رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق، وحيث لم يجد نفيناه بحاله، ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال السابقة، في النظر إلى التماثل والتداخل والتوافق والتباين، ولا نطيل بمثله.

قال: **(وَلَا يَزِيدُ الِانْكِسَارُ عَلَى ذَلِكَ)**؛ لما سبق عند اجتماع الرجال والنساء أن الْوَارِثِينَ لَا يَزِيدُونَ عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ، وأحد الأصناف الخمسة: الزوج أو الزوجة، والواحد يصحُّ نصيبه عليه قطعًا؛ فلزم الحصر.

قال: **(فَإِذَا أَرَدْت)** أي: بَعْدَ فَرَاغِك مِنْ تَصْحِيحِ الْمَسْأَلَةِ.

(مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ الْمَسْأَلَةِ؛ فَاضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ

---

(١) هِيَ فِيمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ سِهَامِ الصِّنْفَيْنِ وَعَدَدِهِمَا تَوَافُقٌ فِي أَحَدِهِمَا، وَتَبَايُنٌ فِي الْآخَرِ.

الْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا فَمَا بَلَغَ فَهُوَ نَصِيبُهُ ثُمَّ تُقَسِّمُهُ عَلَى عَدَدِ الصِّنْفِ.

فرع: مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ لَمْ يَرِثِ الثَّانِيَ غَيْرُ الْبَاقِينَ وَكَانَ إِرْثُهُمْ مِنْهُ كَإِرْثِهِمْ مِنَ الْأَوَّلِ جُعِلَ كَأَنَّ الثَّانِيَ لَمْ يَكُنْ وَقُسِمَ بَيْنَ الْبَاقِينَ كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَنِينَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ.

الْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ نَصِيبُهُ، ثُمَّ تُقَسِّمُهُ عَلَى عَدَدِ الصِّنْفِ).

مِثَالُهُ: جَدَّتَانِ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ لِأُمٍّ وَعَمٌّ، هي مِنْ سِتَّةٍ، وتبلغ بالضرب ستة وثلاثين للجدتين، من أصل المسألة سهم مضروب فيما ضربنا فيه المسألة، يكون سِتَّةً لِلْأَخَوَاتِ، أَرْبَعَةٌ مضروبة فِي ستة، يكون أربعة وعشرين، وهذه الطرق راجعها في معرفة ذلك.

فرع: أي: فِي الْمُنَاسَخَاتِ(١)- **(مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَرِثِ الثَّانِيَ غَيْرُ الْبَاقِينَ، وَكَانَ إِرْثُهُمْ مِنْهُ كَإِرْثِهِمْ مِنَ الْأَوَّلِ؛ جُعِلَ كَأَنَّ الثَّانِيَ لَمْ يَكُنْ، وَقُسِمَ بَيْنَ الْبَاقِينَ كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَنِينَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ).**

إشارة: قوله: «كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ» مثال العصبات، وعن الشيخين من أمثلة هذه الحالة ما إذا كان الإرث عنهما بالفرض في بعض الصور؛ كمن ماتت عن زوج وأم وأخوات مختلفات الآباء، ثم نكح الزوج إحداهن، ثم ماتت عن الباقين، مثل هذا مثال للحالة الثانية، الابنة لا هذه، فذكر هنا سهوًا، سواء كانت المنكوحة الأخت للأبوين، أو للأب، أو للأم نيابة، أن الثانية إن كانت الأخت للأبوين؛ فلأختها لأبيها منها النصف، وكان لها من الأولى السدس، وإن كانت الأخت للأم لم ترث الأخت للأب، وكذا بالعكس، وإن فرضنا الجمع لأم خصصنا الباقين بنصيب أختها دون غيرها، نعم، يمكن فرضهن أختًا لأبوين وأختين لأم، والثانية الأخت للأبوين، لكن هذا يأباه قوله: «مختلفات الآباء، وقوله: «إحداهن»، انتهى.

نعم، صور فيما لو مَاتَتْ عَنْ زَوْجٍ وَأُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَأُخْتٍ لِأَبٍ، فنكَحَ

---

(١) هِيَ مِنْ جُمْلَةِ تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ، انظر: تحفة المحتاج (٢٧/ ٢٨٥).

وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي الْبَاقِينَ أَوْ انْحَصَرَ وَاخْتَلَفَ قَدْرُ الِاسْتِحْقَاقِ فَصَحِّحْ مَسْأَلَةَ الْأَوَّلِ ثُمَّ مَسْأَلَةَ الثَّانِي إِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِهِ فَذَاكَ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ ضُرِبَ وَفْقُ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ، وَإِلَّا كُلُّهَا فِيهَا فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأُولَى أَخَذَهُ مَضْرُوبًا فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ أَخَذَهُ مَضْرُوبًا فِي نَصِيبِ الثَّانِي مِنَ الْأُولَى أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفْقٌ].

الزَّوْجُ الْأُخْتَ لِلْأَبِ، فَمَاتَتْ عَنِ الزَّوْجِ وَالْأُخْتِ، ونصيبها قَدْرُ عَوْلِ الأولى، ذكره صاحب «الحاوي الصغير»، ويمكن جعل كأن الثاني لم يكن، ونصيبه من الأولى دون عولها في مسألة واحدة، وهي هذه الصورة؛ إذا كان فيها أم أب، والثانية هي الأخت للأب كما تقدَّم.

قال في «الروضة»: ويتصور الانحصار في الباقين فيما إذا ورث بعضهم بالفرض، وبعضهم بالعصوبة، كمن مات عن أم وأخوة لأم، ومعتق، ثم مات أحد الأخوة عن الباقين.

قلت: قال: ولا فرق بين أن يرث كل الباقين من الثاني أو بعضهم، كمن مات عن زوجة وبنتين، وليست أمهم، ثم ماتت إحدى البنتين عن الباقين، انتهى، وكذا لو ماتت عن زوج وبنتين من غيره، ثم مات ابن.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي الْبَاقِينَ أَوْ انْحَصَرَ، وَاخْتَلَفَ قَدْرُ الِاسْتِحْقَاقِ، فَصَحِّحْ مَسْأَلَةَ الْأَوَّلِ، ثُمَّ مَسْأَلَةَ الثَّانِي، إِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِهِ فَذَاكَ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ، ضُرِبَ وَفْقُ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ، وَإِلَّا كُلُّهَا فِيهَا، فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأُولَى أَخَذَهُ مَضْرُوبًا، فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ أَخَذَهُ مَضْرُوبًا فِي نَصِيبِ الثَّانِي مِنَ الْأُولَى أَوْ فِي وَفْقِهِ، إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفْقٌ**).

المثال: زَوْجٌ وَأُخْتَانِ لِأَبٍ، مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا عَنِ الْأُخْرَى، وَعن بِنْتٍ؛ المسألة الْأُولَى: مِنْ سَبْعَةٍ، وَالثَّانِيَةُ: مِنِ اثْنَيْنِ، وَنَصِيبُ الْمَيِّتَةِ اثْنَانِ مِنْ

الأُولَى، يَنْقَسِمُ عَلَى ورثتها.

زوجة وثلاثة أعمام، مات أحدهم عن زوجة وأختين وعم، الأولى من أربعة، والثانية من اثني عشر، ونصيب الميت الثاني من الأولى واحد، ولا موافقة بين نصيبه ومسألته، فنضرب مسألته في الأولى؛ تبلغ ثمانية وأربعين؛ للزوجة سهم مضروب في اثني عشر، ولكل واحد من الأعمام كذلك، ولزوجة العم ثلاثة مضروبة في واحد، وللأختين ثمانية مضروبة في واحد، وللعم واحد مضروب في واحد، هذا ما في «المجرد».

زوجة وثلاثة بنين وبنت، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة، وهم الباقون من ورثته؛ الأولى: من ثمانية، والثانية: تصحُّ من ثمانية عشر، ونصيب الميتة من الأولى سهم، لا يوافق، فيضرب الثانية في الأولى، تبلغ مائة وأربعين؛ للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر، ولكل ابن سهمان في ثمانية عشر، تبلغ ستة وثلاثين، وللبنت ثمانية عشر، للأم منها ثلاثة مضروبة في سهم الميتة، وهو واحد، ولكل أخ خمسة، فيحصل للأم من المسألتين أحد وعشرون، ولكلِّ أخٍ أحد وأربعونَ، وعلى هذا يقاس ما إذا مات ثالث وأكثر، قبل قسمة التركة، وله طريقان، ذكرهما الشيخان، فمن أراده فعليه «الروضة» وأصلها، وهذا آخر ما ذكره المصنف - ﷺ تعالى -.

فائدة: قال الشيخان وابن الرفعة: قال الفرضيّون: يُمْكِنُ اخْتِصَارُ الْحِسَابِ بَعْدَ الفراغ من العمل بالتَّصْحِيحِ، وذلك إِذَا كَانَتْ أَنْصِبَاءُ الْوَرَثَةِ كُلُّهَا مُتَمَاثِلَةً، فَتُرَدُّ القسمة إِلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ أَوْ إذا كَانَتْ مُتَوَافِقَةً بِجُزْءٍ صَحِيحٍ، فَيُؤْخَذُ ذلك الْوَفْقُ مِنْ نَصِيبِ كُلِّ واحدٍ منهم، وَيُقْسَمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى ذَلِكَ الْعَدَدِ.

كَزَوْجَةٍ وَبِنْتٍ وَثَلَاثَةِ بَنِينَ مِنْهَا، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ عَنِ الْبَاقِينَ، فَالْأُولَى: مِنْ ثَمَانِيَةٍ، وَالثَّانِيَةُ: مِنْ سِتَّةٍ، وَنَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّانِي سَهْمَانِ، يُوَافِقَانِ في المسألة بِالنِّصْفِ، فَتَضْرِبُ نِصْفَ مَسْأَلَتِهِ فِي الْأُولَى؛ يكون أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ، لِلزَّوْجَةِ منها ثلاثة، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةٌ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سِتَّةٌ، وَلِلْأُمِّ مِنْ نَصِيبِ الثَّانِي سَهْمٌ

للأخت، وَلِكُلِّ أَخٍ سَهْمَانِ؛ فَمَجْمُوعُ مَا للأُمِّ أربعة، وَللأُختِ ذلك، وَلِكُلِّ أَخٍ ثَمَانِيَةٌ؛ فَالأَنْصِبَاءُ مُتَوَافِقَةٌ بِالرُّبُعِ، فَيُؤْخَذُ رُبُعُ كُلِّ نَصِيبٍ؛ يَبْلُغُ سِتَّةً، فَيُقْسَمُ الْمَالُ عَلَيْهَا اختصارًا، أما إذا لم يكن بين الأنصاب موافقة، ولم يكن إلا في بعضها لم يكن الاختصار.

واعلم أنهم - أعني: الرافعي، ومن بعده - لم يذكروا مثال المماثلة، قال قائل: ويظهر تمثيله بما إذا مات عن زوجة وثلاث بنات وعم هو أبو الزوجة، ثم ماتت الزوجة عمن في المسألة؛ فتصحُّ المسألتان من اثنين وسبعين، نصيب كل واحدة من البنات ثمانية عشر، والعم كذلك؛ فيقسم بينهم على أربعة، وهي عدد رؤوسهم لكلِّ بنتٍ سهم، وللعم سهم؛ فاعتمد هذا.

خاتمة

في ذكر فصول تتعلق بالكتاب كالأنموذج لكل منهما

الفصل الأول/ في قسمة التركات

وعجبٌ كيف أهمله المصنف، مع أنه مهم.

اعلم أن التركة إنْ كانت مما يقسم بالآخر كمكيل، وموزون، ومدروع، ولم يكن فيها كسر، قسِّمت عينها بين الورثة، وإنْ كانت مما لا ينقسم كالعبيد، والجواري، والدواب، والعقار، وإما أن يقوَّم يقسم بينهم بالقيمة، فما أصاب كل واحد من القيمة؛ فله بقدرها من المقوم، وإما بأن يجري التركة على أربعة وعشرين قيراطًا ثم يقسم، وإما بأن يجعل التركة بين الورثة على عدد سهام الفريضة ليستغني على هذا عن ضرب وقسمة، وهو أولى إنْ قلَّت، وإنْ كان فيها كسر؛ فلا بدَّ من العمل، ولذلك طرق أحدها أن يقول لكل وارث من التركة بنسبة حظه من أصل المسألة بعولها، أو من العدد الذي صحت منه.

مِثَالُهُ: زوج وأم وأختان لأبوين وأختان لأم، وهي من تسعة، وتعول إلى عشرة، والتركة ستون دينارًا مثلًا نصيب الزوج من المسألة ثلاثة، وللأم واحد، وللأختين للأبوين أربعة، وللأختين للأم اثنان، قسمة الواحد إليها

عشرة، فله من التركة عشرها، وهي ستة؛ للزوج ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار المسألة، فله ثلاثة أعشار التركة، وهي ثمانية عشر، وللأختين للأبوين أربعة وعشرون، وهي أربعة أعشارها، وللأختين للأم سهمان، وهما عشران، فلهما اثنا عشر، وهي عشران.

والطريق الثاني: أن يقال: لكل وارث من التركة الحاصل من ضرب سهمه من أصل المسألة بعولها، ومما صحت منه المسألة في عدد التركة، وقسمه الحاصل على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه سواء بانت السهام أو وافقت.

مِثَالُهُ: زوج وأم وأخت لأب، المسألة من ستة، وتعول إلى ثمانية، والتركة أربعة دراهم؛ للزوج من المسألة ثلاثة مضروبة في الأربعة التي هي أصل التركة؛ تبلغ اثني عشر، فتقسمه على الثمانية، تخرج له درهم ونصف درهم، وللأخت كذلك، وللأخت اثنان نضربها في التركة تبلغ ثمانية تقسمها على الثمانية، تخرج لها درهم.

والطريق الثالث: لكلِّ وارثٍ من التركة الحاصل من ضرب سهمين أصل المسألة بعولها، أو مما صحت منه المسألة، في وفق التركة، وقسمة الحاصل على وفق المسألة بعولها، أو ما صحت منه المسألة، والعمل بهذا الطريق في المتوافقين أحصر من العمل بالطريق التي قبلها، واعتبار أصل المسألة في هذه الطرق أحصر من اعتبار ما صحت منه.

مِثَالُهُ: ثلاث زوجات وأربعة أخوة لأم، وخمس أخوات لأب، هي من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر، والتركة ثمانون دينارًا، توافق أصل المسألة بالخمس، فترد التركة إلى خمسها، وهي ستة عشر، والمسألة إلى خمسها، وهي ثلاثة، وتضرب نصيب الزوجات؛ وهو ثلاثة في وفق التركة؛ وهو ستة عشر؛ تبلغ ثمانية وأربعين؛ نقسمه على وفق المسألة للتركة؛ وهو ثلاثة تخرج ستة عشر، تضرب نصيب الأخوة للأم، تبلغ أربعة وستين، يخرج واحد وعشرين وثلث، ونصيب الأخوات للأب، وهو ثمانية؛ تبلغ مائة

....

وعشرين، تخرج اثنين وأربعين وثلثين.

الطريق الرابع: لكلٍّ واحد من التركة الحاصل من ضرب سهمه في التركة، أو في وفقها بعد البسط لو كان فيها كسر، وقسمة الحاصل على العدد الذي هو أصل المسألة، أو ما صحت منه المسألة أو على وفقه.

مِثَالُهُ: زوج وأم وأختان لأم وأختان لأب، هي من ستة، وتعول إلى عشرة، والتركة أربعة وربع تبسطها، وكذلك نضرب العدد الصحيح في مخرج الكسر، تبلغ ستة عشر، يزيد الكسر، تبلغ سبعة عشر، نضرب الثلاثة التي للزوج في سبعة عشر؛ تبلغ واحدًا وخمسين نقسمه على المسألة تخرج خمسة عشر فهي للزوج، ونضرب نصيب الأم، وهو واحد في سبعة عشر يكون سبعة عشر نقسمه على المسألة تخرج واحد وتسعة أعشار، ونضرب أربعة للأختين لأب، تبلغ ثمانية وستين نقسمه على المسألة ستة وأربعة أخماس، ونضرب سهمي الأختين لأم، تبلغ أربعة وثلاثين نقسمه على المسألة تخرج ثلاثة وخمُسان.

الطريق الخامس: لكل وارث الحاصل من قسمة التركة على العدد الذي أصل المسألة، أو ما صحت منه المسألة، وضرب الخارج في القسمة من سهم كل وارث، وكذلك ما إذا كانت التركة في الصورة المذكورة أحد عشر دينارًا وثلثي دينارًا، فإنّا إذا قسمنا ذلك على العشرة يخرج لكل سهم فللزوج ثلاثة أسهم وثلاثة أسداس سهم، وإن كان بين التركة والمسألة موافقة، فلكل من التركة والحاصل من قسمة وفق التركة على وفق العدد الذي هو أصل المسألة، أو ما صحت منه، وضرب الخارج في سهم كل وارث كما إذا كانت التركة في المثال المذكور ثلاثين دينارًا فيقسمها موافقة بالعشر، فترد التركة إلى ثلاثة والمسألة واحد، ويقسم وفق التركة على وفق المسألة وهو واحد فتكون ثلاثة؛ فنضرب الثلاثة في نصيب كل واحد؛ فيحصل للزوج تسعة، وللأم ثلاثة، وللأختين للأم ستة، وللأختين للأب اثنا عشر.

……

الفصل الثاني/ في حساب الردّ

سبق أن ما به الفتوى اليوم أنه يرد على ذوي الفروض ما فضل عن فروضهم أيْ: بِنِسْبَةِ فُرُوضِهِمْ، وأنه لا رد على الزوجين، إذا عرفت هذا فقد قال: الأئمة الرد نقيض العول؛ لأنه ينقص السهام عن سهام المسألة، والعول يزيدها، وهذا في اللفظ، وأما في المعنى فهو عكسه أيضًا؛ لأن الرد وإن كان ينقص السهام لكنه يحصل للمردود عليه زيادة على ما كان يحصل له، والعول بالعكس؛ لأنه وإن زادت السهام لفظًا فإنها تنقص في المعنى، قال بعض الحنفية: الفريضة أقسام: إما عائلة وهي النامية، وإما رديَّة ثم للمردود عليه حالان:

أحدهما: أن يكون معه من لا يرد عليه، وهو الزوج أو الزوجة فيدفع إليه فرضه من مخرجه ومخرج فرضه، أصل المسألة إن انقسم الباقي من مَخْرَجَ فَرْضِ مَنْ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ بعد إخراج فرضه على سهام من ترد عليه من مخرج سهامه سواء كانوا صنفًا واحدًا، أو أكثر والمراد من سهام من يرد عليه إن كانوا صنفًا واحدًا عدد رؤوسهم ذُكُورًا أَمْ إِنَاثًا؛ لِأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْعَصَبَةِ فِي حِيَازَةِ الْمَالِ، فسهامهم عدد رؤوسهم كالعصبة، وإن كانوا صنفين أو ثلاثة ولا مزيد؛ فسهامهم ما يحصل لهم من أصل مسألتهم لولا الرد، سواء كانت سهامهم متساوية لعدد رؤوسهم أم لا.

مثال انقسام الباقي: زوج وبنت، أو ثلاث بنات: له الربع والباقي للبنت، أو البنات.

زوجة وأم وأختان لأم: للزوجة الربع سهم، وللأم سهم، وللأختين سهمان.

زوجة وأم وأخ لأم: للزوجة الربع سهم والباقي ينقسم على ثلاثة التي هي سهام الأم، والأخ من مخرج فرضهما وهو الستة: فللأم سهمان، وللأخ سهم وإن لم ينقسم الباقي، فأصل المسألة الحاصل من ضرب سهامهم في مخرج فرض من لا يرد عليه إن بانت السهام، وفي وفق سهام من يرد عليه وإن

....

وافقت، وطريق القسمة أن تضرب سهام من لا يرد عليه في المضروب، وسهام من يرد عليه في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه أو وفقه.

مثال المباينة: زوج وخمس بنات: له الربع، والباقي ثلاثة لا ينقسم عليهن، وتباينان فيضرب عدد رؤوسهن وهو خمسة في أربعة تبلغ عشرين للزوج خمسة، والباقي للزوج بينهن بالتسوية.

مثال الموافقة: زوج وست بنات: له الربع، والباقي لا ينقسم عليهن لكن يتوافقان بالثلث، فيضرب وفق عددهن، وهو اثنان في أربعة تبلغ ثمانية فهو أصل المسألة.

ومثاله: من صنفين مع المباينة، ولا يتصور الموافقة، زوج وأم وبنتان: للزوجة الثمن، والباقي وهو سبعة لا ينقسم على خمسة التي هي نصيب الأم، وللبنتين من مخرج فرضهما، وهو ستة فيضرب خمسة في ثمانية تبلغ أربعين: للزوجة خمسة، وللأم سبعة، والباقي للبنتين.

الحال الثاني: إذا لم يكن في الردود عليهم من لا يرد عليه فأصل المسألة؛ عدد رؤوسهم بالتفسير الذي ذكرناه، وبعد معرفة أصل المسألة إن انكسرت سهام صنف، أو أكثر على رؤوسهم صح طريقه.

مثال الانقسام: أم وبنت هي من ستة، واحد للأم، وثلاثة للبنت فرجع أصل المسألة، ويقسم المال بينهم أرباعًا. أم وبنت وبنت ابن مجموع أسهامهن خمسة فجعلها أصل المسألة، ومنها تصح، فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن فالمسألة أيضًا من خمسة وتصحيحها بأن نضرب عدد بنات الابن في خمسة تبلغ خمسة عشر: للأم ثلاثة، وللبنت تسعة، ولبنات الابن ثلاثة.

الفصل الثالث/ في حساب الْخَنَاثَى وَالْمَفْقُودِ وطريق تصحيح مسائلها

أما الْخَنَاثَى: فإنها [تتغير] بتغير الحالات، فإن كان الخنثى واحدًا فله حالتان، وإن كان خنثيان فلهما ثلاث حالات؛ أن يكونا ذكرين أو أنثيين، أو ذكرًا، أو أنثى هذا هو المشهور المعروف أن أحوالهم تزيد على عدد رؤوسهم

بواحد، وذكر جماعة من الفرضيين من أصحابنا، وغيرهم في خنثيين أن لها أربعة أحوال ذكرين اثنين الأكبر ذكر، والأصغر أنثى، وبالعكس، وتبعهم الغزالي وجماعة من أصحابنا على ذلك.

قال ابن الرفعة: وما ذكره من أن الاحتمالات أربعة صحيحه باعتبار تقسيمها إلى أصغر وأكبر، وإذا لم ينظر إلى ذلك كانت الأحوال ثلاثة كما ذكرها القاضي هو الظاهر؛ لأنه لا يختلف الحال بكبر الخنثى ولا بصغره، وإلى ذلك أشار في «الوسيط» بعد ذكر الاحتمالات الأربعة بقوله: ولكن لا يختلف الحكم بأربعة احتمالات تبينًا من الصغر والكبر.

مثال: ما تقدم من خنثيين إن كانا ذكرين فَهِيَ مِنْ اثْنَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ، أَوْ أحدهما ذكر والآخر أنثى فَمِنْ ثَلَاثَةٍ فَأَسْقِطْ إحْدَى الثَّلَاثِينَ لِلتَّمَاثُلِ وَاضْرِبْ الْأُخْرَى فِي الِاثْنَيْنِ تَبْلُغُ سِتَّةً، يدفع إلى كل واحد من الخنثيين سهمين أخذًا بالأضر، ويوقف سهمان، فإن ظهرت ذكورتهما دفعا إليهما، أو أنوثتهما فهما للعصبة، أو ذكورة واحد دفعا إليه.

مثال آخر: ثلاثة أولاد خناثى، ذكره في «الروضة» وقال: إنه يصح من مائة وثمانين، وهو الصواب، وأثبته الْجَارْبُرْدِيُّ فِي «شَرْحِ الْحَاوِي» فقال: يصح من ستين.

وبيان سهوه - ﷺ تعالى - أنه قال: إن كانوا ذكورًا أو إناثًا فمن ثلاثة، وهو صحيح في الذكور فقط، وفي الإناث يصح من تسعة، وبتقدير ذكورة الاثنين من خمسة، وبتقدير أنوثة الاثنين من أربعة، فيحصل معنا ثلاثة، وتسعة، وخمسة، وأربعة، والثلاثة داخلة في التسعة فيكتفى بها، ونضرب خمسة في أربعة بعشرين، ثم في تسعة تبلغ مائة وثمانين ومنها تصح، وطريق الضرب إليهم أن أصل الأحوال في حق كل واحد أنوثته مع ذكورة الآخرين، فيضرب إلى كل واحد منهم الخمس، وهو ستة وثلاثون، ويوقف الباقي، وهو اثنان وسبعون، فإن ظهرت ذكورتهم فهو لهم بالتسوية، أو أنوثتهم فكمل لهم مائة وعشرين تكملة الثلثين، والباقي للعصبة، وإن بان ذكورة واحد وأنوثة

……

اثنين؛ كمل للذكر تمام تسعين ولهما كذلك، وإن بان ذكورة اثنين وأنوثة واحد يدفع الباقي إلى الذكرين، وهو تكملة مائة وأربعين، وفي المسألة أحوال أخرى تركت اختصارًا، منها ذكورة واحد وعدم إيضاح الآخرين وعكسه.

وأما الْمَفْقُودِ: فالنظر فيه أن تُصَحَّحَ الْمَسْأَلَةُ بِتَقْدِيرِ حَيَاتِهِ وَبِتَقْدِيرِ مَوْتِهِ وَتُضْرَبُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى؛ إِنْ تَبَايَنَتَا فِي وَفْقِهَا وإِنْ تَوَافَقَتَا، ثُمَّ كل مَنْ يَرِثُ بِالتَّقْدِيرَيْنِ يُضْرَبُ مَا يرثه مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ فِي الْأُخْرَى، أَوْ فِي وَفْقِهَا وَيُصْرَفُ لَهُ الْأَقَلُّ مما حصل من الضرب.

مِثَالُهُ: أُخْتَانِ لِأَبٍ وَعَمٌّ وَزَوْجٌ مَفْقُودٌ، إِنْ كَانَ حَيًّا فَهِيَ بِعَوْلِهَا مِنْ سَبْعَةٍ، وَإِلَّا فَمِنْ ثَلَاثَةٍ، وَلَا مُوَافَقَةَ بَيْنَهُمَا فَتُضْرَبُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى تَبْلُغُ إِحْدَى وعشرين، فيصرف إلى الأختين الأقل على تقدير الحياة، وهو اثنا عشر، وَيُوقَفُ الباقي - وهو تِسْعَةٌ -، فَإِنْ عُلِمَ حَيَاةُ الزَّوْجِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ، وإن علم مَوْتُهُ فسهمان لِلْأُخْتَيْنِ، وَالْبَاقِي - وهو سبعة - لِلْعَمِّ.

أم وزوج وأختان لأبوين وابن مفقود: إن كان حيًّا فالمسألة من اثني عشر، وإلا فمن ستة، وتعول إلى ثمانية، وبينهما موافقة، فنضرب ربع إحداهما في الأخرى تبلغ أربعة وعشرين: للأم من مسألة الحياة سهمان مضروبان في وفق مسألة الموت يكون أربعة، ومن مسألة الموت سهم مضروب في وفق مسألة الحياة يكون ثلاثة، فيصرف إليها الأقل - وهو ثلاثة -، ويصرف إلى الزوج ستة - وهي الأقل-؛ إذ هي حقه على تقدير الحياة، وعلى تقدير الموت يكون له تسعة، ويوقف الباقي- وهو خمسة عشر-، فإن علمت حياة الابن دفع إلى الأم من الموقوف سهم، والباقي للابن، وإن علم موته دفع إلى الزوج ثلاثة؛ ليكمل له تسعة؛ إذ هي له على تقدير الموت والباقي للأختين.

الفصل الرابع/في المسائل الملقبات

وسبق منها المشركة، والأكدرية، وأم الفروخ، والنِّصْفِيَّةُ، ومسألة الأرامل، والمنبرية، وبقي مسائل:

....

منها: الصماء: قال الرافعي: وقد ذكرناها، ولم أرَها في كلامه، والصماء: كل مسألة وقع الكسر فيها على جميع أصناف الورثة، ولم يكن بين الأصناف موافقة.

مثال ذلك: أربع نسوة وثلاث جدات وخمس أخوات لأم وتسع أخوات؛ لأن أصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر ولا موافقة، يقف نصيب كل منهم وورثته، وليس بين الأعداد موافقة، فيضرب أعداد بعضهن في بعض تبلغ أربعمائة وعشرين، نضربها في أصل المسألة تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين، فمنها تصح.

وكل مسألة هذه صفتها في مباينة السهام للأصناف، ومباينة الأصناف بعضها لبعض فهي معروفة بالصماء.

ومنها: الخرقاء: وتسمى مثلثة عثمان، ومسدسة ومسبعة؛ لأنه رُوي عن عمر فيها روايتان مختلفتا العبارة.

وصورتها: أم وجد وأخت، مذهب الصديق ﷺ: للأم الثلث والباقي للجد، وبه قال أبو حنيفة ومَن وافقه بناء على أن الجد يسقط الأخت، ومذهب عمر ﷺ: للأخت النصف، وللأم ثلث ما تبقى، والباقي للجد، وعنه رواية أخرى مختلفة اللفظ، متفقة في المعنى: للأخت النصف، وللأم السدس، والباقي للجد، لا أعلم وجه هذا المذهب؛ لأنه أي: جعل الجد أبًا أسقط الأخت، ويكون للأم الثلث لمذهب الصديق ﷺ، وإلا فقياسه: للأم الثلث؛ إذ لا حاجب لها عنه، ومذهب عثمان ﷺ يقسم المال بينهما أثلاثًا، وبهذا سميت: مثلثة عثمان، ولا أدري ما وجهه، ولم أرَ توجيهًا، وعند عليّ ﷺ: للأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، وعند ابن مسعود ﷺ: للأخت النصف، والباقي بين الأم والجد نصفين، وهي إحدى مربعاته، ولا أعلم توجيهه، ومذهب زيد ﷺ: للأم الثلث، والباقي بين الجد والأخت أثلاثًا؛ جريًا على قاعدة التعصيب، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وغيرهم، وربما سميت: مخمسة؛ لأن منهم من يقول: قضى فيها عثمان وعلي وزيد

وابن عباس وابن مسعود ﵃، كأنه لا يثبت الرواية عن غيرهم.

ومنها: **تِسْعِينِيَّةُ زَيْد**: وصورتها: أم وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب وجد، فهي من ستة، وتنتقل إلى ثمانية عشر، وبعد الاسترداد يفضل لولد الأب سهم ينكسر على خمسة، فأضربها في ثمانية عشر يكن تسعين؛ للأم: خمسة عشر، وللجد: خمسة وعشرون، وللأخت للأبوين: خمسة وأربعون، وللأخت للأب: سهم، ويعال بها، فيعال الورثة، هم ستة أنفس، وتركتهم تسعون دينارًا، حصل لأحدهم دينار واحد، وقد أنشد فيه:

لـقـد مـاتَ مِـن إسـراف عـجـلان ... وخـلَّـفَ وارثًـا مـنَ الـنَّـاسِ إحـرازًا
رجـالًا ونـسـوانًـا يـعـدونَ سـتـةً ... وقـد تـركَ الـمقـبورُ تـسـعـيـنَ ديـنـارًا
فـمـن ذكـاكَ ديـنـار لـغـرةِ واحـدٍ ... من أقضيةِ الحكامِ جهرًا وإسْرارًا

وَمِنْهَا: [**النِّصْفِيَّةُ**] وهي: زوج وأخت لأبوين أو لأب، وقد سبق بيانها.

ومنها: **العمريتان**: وهي زوج وأبوان، أو زوجة وأبوان؛ لأن أول من قضى فيها عمر ﵁.

ومنها: **مختصرة زيد** ﵁: وهي أم وجد وأخت لأبوين، وأخ وأخت لأب؛ لأنه يعمل فيها على قوله تارة بالبسط، بأن يقال: من ستة، للأم سهم والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة، وخمسة لا تصح على ستة فتضرب ستة في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين بعد القسمة سهمان لولدي الأب لا يصحان على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تبلغ مائة وثمانية، والسهام بعد القسمة تتوافق بالإنصاف فتردها إلى أربعة وخمسين وتارة بالاختصار، فيقال: المقاسمة، وثلث الباقي سواء للجد فتقسم من ثمانية عشر يبقى سهم لا يصح على ولدي الأب فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر تبلغ أربعة وخمسين.

ومنها: **مسألة الامتحان**: وهي أربع نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسعة إخوة لأب هي من أربعة وعشرين، وتصح من ثلاثين ألفًا ومائتين وأربعين، سميت بالامتحان لأنه يقال: ورثة لا تبلغ طائفة منهم عشرة، لم

....

تصح مسألتهم من أقل من كذا.

ومنها: الغراء: وقد يفسر بمطلق العول إلى تسعة كما سبق، وقد يفسر بصورة أخرى خاصة منه، وهي: زوج وأختان لأبوين أو لأب، وأخرتان لأم وتسمى: المروانية؛ لأنه يقال: إنها وقعت في زمن بني مروان، واشتهرت في الناس، فسميت الغراء؛ لاشتهارها.

وقال في «النهاية»: صورتها: زوج وست أخوات متفرقات.

ومنها: المروانية الأخرى: وهي زوجة ورثت من زوجها دينارًا ودرهمًا، والتركة عشرون دينارًا وعشرون درهمًا.

فقيل: إن عبد الملك بن مروان سُئل عنها فقال: صورتها: أختان لأبوين، وأختان لأم، وأربع زوجات؛ للزوجات خمس المال بسبب العول، والخُمس أربعة دنانير وأربعة دراهم، لكل زوجة دينار ودرهم، وأنشدوا فيها:

ووارثةُ بعلٍ وكانَ نصيبُهَا من المالِ دينارَ عتيقٍ ودرهم
وكانَ جميعُ المالِ عشرين درهمًا وعشرون دينارًا كذلك يُقسَّم

ومنها: مسائل المباهلة: وهي مسائل العول؛ لأن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: من شاء باهلته أن المسألة لا تعول.

قال ابن الصلاح: والذي رويناه في «السنن الكبرى» للبيهقي أنه قال: «من شاء باهلته، إنَّ الَّذِي أَحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ عَدَدًا لَمْ يَجْعَلْ فِي مَالٍ نصفًا ونصفًا وثلثًا»(١).

قال: وكذا رواه شيخ الرواية في «الفرائض» ابن سراقة، والذي ذكره الإمام والفوراني والغزالي في «البسيط»: نصفًا وثلثين.

قال ابن الرفعة: وهو المناسب، لأن الواقعة كانت في زمن عمر رضي الله عنه كذلك، وكذا هو في «الحاوي» وذكر القاضي أبو الطيب الروايتين.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣/ ٥١، رقم ٤٦٩٥).

……

قلت: ويشبه أنه قال هذا مرة وهذا مرة.

ومنها: الدينارية: وهي زوجة، وأم، وبنتان، واثنا عشر أخًا، وأخت، والتركة ستمائة دينار، نصيب الأخت منها دينار.

ورُوي أنها جاءت متظلمة إلى عليٍّ ﷺ فقالت: ترك أخي ستمائة دينار، حصل لي دينار، فقال لها: لعل أخاك ترك بنتين وزوجة واثني عشر أخًا وأنت، قالت: نعم، قال: قد استوفيت حقك، وتسمى «العامرية» لأن الأخت سألت عامر الشعبي فأجاب بما ذكرناه.

ومنها: المأمونية: وهي أبوان وبنتان، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين وتركت الباقين، سأل المأمون عنها يحيى بن أكثم حين أراد توليته القضاء، فقال: الميت الأول رجل أو امرأة؟ فقال المأمون: إذا عرفت الفرق عرفت الجواب، اذهب فقد وليتك قضاء البصرة؛ لأنه إن كان رجلًا فالأب وارث في المسألة الثانية، وإلا فلا؛ لأنه أبو أم.

قال صاحب العماد وهو ابن طاهر من أصحابنا: وكان الخلفاء لا يولون أحد القضاء حتى يمتحنوه بالفرائض، ومسائل الجد، ومناسبة النسب.

قال الإمام: قد أكثر الفرضيون في الملقبات، ولا نهاية لها، ولا حسم لأبوابها، ومسائل الامتحان، والأغلوطات في «المعاياة»، والله أعلم.

الفصل الخامس/ فِي مَسَائِلِ الْمُعَايَاةِ

منها: قالت حبلى لقوم يقسمون تركة: لا تعجلوا فإني حبلى، إن ولدت ذكرًا ورث، وإن ولدت أنثى لم ترث، وإن ولدت ذكرًا وأنثى ورث الذكر دون الأنثى، هذه زوجة كل عصبة سوى الأب والابن، ولو قالت: إن ولدت ذكرًا أو ذكرًا وأنثى ورثا، وإن ولدت أنثى لم ترث، فهي زوجة الأب، وفي الورثة أختان لأبوين أو زوجة الابن، وفي الورثة بنتا صلب، ولو قالت: إن ولدت ذكرًا لم يرث، وإن ولدت أنثى ورثت، فهي زوجة الابن، والورثة الظاهرون: زوج وأبوان وبنت أو زوجة الأب، والورثة الظاهرون: زوج وأم

....

وأختان لأم، ولو قالت: إن ولدت ذكرًا أو أنثى لم ترث، وإن ولدتهما ورثا، فهي زوجة الأب وقد مات الأب قبله، والورثة الظاهرون: أم وجد وأخت لأبوين، فإن ولدت ذكرًا أو أنثى فهو أخ أو أخت لأب، فيكون الباقي بعد فرض الأم بين الجد والأخت والمولود، ثم تسترد الأخت جميع حصة المولود، وإن ولدت ذكرًا وأنثى أخذ الجد ثلث الباقي بعد فرض الأم، فما بقي أخذت الأخت منه قدر النصف فيبقى لهما شيء، ولو قالت: إن ولدت ذكرًا ورث وورثت، وإن ولدت أنثى لم ترث ولم أرث، هي بنت ابن الميت وزوجة ابن ابن آخر.

وفي المسألة: بنتان من الصلب، فإن ولدت ذكرًا فهناك بنتان وبنت ابن وابن ابن ابن، فالباقي بينهما، وإن ولدت أنثى فلا شيء لهما، ولو قالت: إن ولدت ذكرًا لم يرث ولم أرث، وإن ولدت أنثى ورثنا، فهي بنت ابن الميتة، وزوجة ابن ابن آخر، والورثة الظاهرون: زوج وأبوان وبنت ابن.

إن ولدت ذكرًا فلا شيء له ولا لأمه، وإن ولدت أنثى اجتمع مع المذكورين بنت ابن ابن، وهي الوالدة وأخرى في درجتها وهي المولودة، فيفرض لها، وتعول المسألة.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا فلي الثمن والباقي له، وإن ولدت أنثى فالمال بيني وبينها بالتسوية.

وإن أسقطت ميتًا فلي جميع المال، فهي امرأة أعتقت عبدًا، ثم نكحته فمات عنها، وهي حبلى.

ومنها: قال رجل: لا تعجلوا فامرأتي غائبة، وإن كانت ميتة ورِثتُ، وإن كانت حية ورِثَتْ ولم أرث، فهذا أخ الميت لأبيه وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه، وله معها أم وأختان من الأبوين، فإن كانت ميتة فالباقي له، أو حية فالسدس الباقي فرضها، ولا شيء له.

ويصح الجواب أيضًا في امرأة خلفت زوجًا وأمًا وأختين لأم وأخًا لأب

……………………………………………………

قد نكح إحدى أختيها، وهي الغائبة، ولو قال: إن كانت حية ورثت أبًا دونها، وإن كانت ميتة فلا شيء لي، ولا لها.

فصورتها: امرأة ماتت عن زوج وأم وجد وأخت لأم وأخ لأب قد نكحها، وهي الغائبة، إن كانت حية فللزوج النصف، وللأم السدس والباقي بين الجد والأخ، وإن كانت ميتة فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ولا شيء للأخ.

ومنها: رجل خلف خال ابن عمته، وعمه ابن خاله هما أبواه.

روى حرملة: أن رجلًا دفع رقعة إلى الشافعي ﷺ فيها:

رجلٌ ماتَ وخلَّى رجلًا   ابن عم ابن أخي عم ٌأبيهِ

فكتب الشافعي ﷺ في أسفلها:

صارَ مالُ المُتوفى كملا   باتفاق القولِ لا مريةَ فيهِ

للذي خبرتُ عنهُ أنهُ   ابن عم ابن أخي عم أبيهِ

وذلك لأن ابن أخي عم الأب هو الأب، فابن عمه هو ابن عم الأب.

وحُكي حال رجل وحال أبيه، صورتها: رجل تزوج بنت رجل، وتزوج الآخر بجدته أم أمه، فولد لكل منهما ابن، فابن الجدة هو خال زوج البنت؛ لأنه أخو أمه لأمها وخال أبيه.

وحُكي حال رجل ابنه خال خاله، صورتها: أن تزوج رجل بأم أم خاله أخو أمه من أبيها، فتلد له ابنًا، فهو ابنه وخال خاله، وفيها نظم غريب:

يا قوم في سؤالي   ابني بلا شك خالُ خالي

رجلان كل منهما عم الآخر، صورته: رجلان نكح كلٌّ أمَّ صاحبه، فولدت لكلٍّ ابنًا وكل واحد عم الآخر لأمه.

رجلان كلٌّ خال الآخر، هما رجلان نكح بنت الآخر فولد لهما ابنان، فابن كل منهما خال ابن الآخر؛ لأنه أخو أمه لأبيها.

....

رجلان كلٌّ عم أبي الآخر، صورته: نكح رجلان كل أم أبي الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان كلٌّ خاله أبي الآخر؛ نكح كلٌّ أم أم الآخر فولدا ابنين.

رجلان كلٌّ خال أم الآخر نكح كل بنت بنت الآخر فولدا ابنين.

رجلان أحدهما عم الآخر، والآخر خال الأول، صورته: نكح امرأة، وابنه أمها، فولد لكلٍّ ابن، فابن الأب عم ابن ابن، وهو خال أبي الأب، وهذه الصورة مما نظمه الحريري في مقاماته.

رجل ورثه ابن بنته، صورته: زوَّج ابنته بابن أخيه، فولدت له ابنًا، فهو ابن بنته، وابن ابن أخيه، فهو أولى من عمه، والله أعلم.

وقد أكثر الفرضيون من صور القرابات المشتبهة، والعوض نظمًا ونثرًا، ولا يحتمل هذا المختصر أكثر مما أوردناه، وبالله الإعانة والتوفيق .

كِتَابُ الوَصَايَا

قال المصنف: [تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ ....

قال الشارح: [هي جمع وصية، قال الأزهري: مشتقة من قولهم: وصى الشيء بكذا معه إذا وصله به، وأرض واصية أي: متصلة النبات، فسمي هذا التصرف وصية لما فيه من وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقرابات المنجزة بالحياة.

قال المتولي: وهي في الشرع: اسم لتبرعات ينجزها بعد موته، ويطلق الاسم على تبرعاته في مرضه مجازًا، انتهى.

ودلالات الكتاب والسنة والإجماع متعاضدة على جوازها، ولا غيره، يقول بعض الظاهرية: إنها لا تجوز للأجانب كما حكاه الدارمي.

قال العلماء: وكانت الوصية واجبة في ابتداء الإسلام على ما دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] نسخ الوجوب، وهو الاستحباب في الثلث، فما دونه في غير حق الوارث كما سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه، نعم من عنده وديعة أو في ذمته حق لله تعالى من زكاة أو كفارة أو حج أو نذر أو دين لآدمي يجب عليه أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره، ممن ثبت بقوله، ولا يخشى منه كتمانه، وسيأتي الكلام على مواضع استحباب الوصية إن شاء الله تعالى.

قال: (تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ) لأن الأدلة قامت على صحتها، والمكلف الحر أكمل الأشخاص، فاندرج تحت مطلق الأدلة، وقد أخرج بالمكلف المجنون والمبرسم والمعتوه، والمعتوه الذي لا يعقل، والصبي الذي لا يميز، فلا تصح وصية أحد منهم، ويقتضي قوله: «غير موضع» أن السكران غير مكلف إذ لا تصح وصيته، ولكنه ممنوع كما بيناه في أول البيع، ويأتي إن شاء الله تعالى في أول الطلاق.

وَإِنْ كَانَ كَافِرًا وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا مَجْنُونٍ وَمُغْمًى عَلَيْهِ وَصَبِيٌّ،

قال: (**وَإِنْ كَانَ كَافِرًا**) أي: أصليًا ذميًا كان أو غيره، وأما المرتد بكلام الكتاب يفهم صحة وصيته، وإن مات أو قتل كافرًا، وليس كذلك، نعم إن أبقينا ملكه فأصح الوجهين في «البحر» الصحة.

قال: (**وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لصحة عبارته، وحاجته إلى الثواب، وفقدان المعنى الذي شرع الحجر لأجله، ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع في صحة وصيته، والطريق الثاني: تخريج وصيته على القولين في وصية الصبي المميز، وليس بشيء، واحترز بالسفه عن الحجر بالفلس فإنها تصح قطعًا كما قاله: القاضي الحسين في كتاب «التدبير» لكن غيره يقول: إن ردها الغرماء بطلت الوصية، وإن أمضوها جازت، إن قلنا: حجره حجر مرض، وإن جعلناه لحجر السفه فعلى الخلاف فيه، ثم هذا إذا مات في الحجر مع بقاء الغرماء، فإن ارتفع الحجر فلا معنى لردهم وإجازتهم.

واعلم أن من نذر بعد رشده فتصرفاته نافذة على الصحيح ما لم يعاد الحجر عليه ثانيًا من الحاكم، فعلى هذا وصيته صحيحة بلا خلاف، وأما المهمل ففي صحة تصرفه خلاف، والمذهب أنه إن بلغ سفيهًا واستمر سفيهًا كمحجور عليه حكمًا كالمحجور حسًّا، وقيل: يصح تصرفه ما لم يصرف الحاكم الحجر عليه.

وقال الماوردي: إذا أعتق المحجور عليه بالسفه في مرض موته فهل يغلب عليه حجر السفيه أو المرض؟ على وجهين، فعلى الثاني: يصح في ثلثه كالمريض الرشيد، انتهى.

قال: (**لَا مَجْنُونٍ وَمُغْمًى عَلَيْهِ**) إذ لا عبارة لهما، وفي معنى المجنون والمبرسم والمعتوه الذي لا يعقل، وأما المغمى عليه فإن كان إغماء مرض أو داء أو سكر لم يعص به فواضح، وإن كان إغماء سكر عصى به، ولكن كلامه منتظم معه فكسائر أقواله، والمذهب صحتها.

قال: (**وَصَبِيٌّ**) أي: كهبته وإعتاقه إذ لا عبارة له.

وَفِي قَوْلٍ تَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ، ....

(وَفِي قَوْلٍ: تَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ)؛ لأنها لا تزيل ملكه في الحال، وتفيد ثوابًا في المآل، وممن رجحه الصَّيْمَرِيّ والمحاملي في «المجموع» في كتاب التدبير، وأبو حامد القاضي والشيخ والأستاذ أبو منصور وابن أبي عصرون وغيرهم، وفيه أثر في «الموطأ» عن عمر منقطع، ويروى عن عثمان(١).

تنبيهات: قضية كلام الشيخين الجزم بأنه لا ينفذ إعتاقه وهبته في مرض موته بحال، وذكر جماعة أنها على القولين كتدبيره، وقال الديبلي: عتقه في مرضه موقوف إن عوفي بطل، وإن مات فقولان كتدبيره، وإن باع بالمحاباة في مرض موته فعلى قولين، إن أصححنا فمن ثلثه، وكذا عطاياه المنجزة.

قال: وللولي والوصي أن يرجعا في تدبيره إن رأيا المصلحة فيه، وإن أراد الصبي الرجوع عن تدبيره، فإن قلنا: يجوز الرجوع عنه بالقول صح، وبالفعل فلا كبيعه وشرائه، انتهى.

وقضية كلامهما وغيرهما أنه لو أوصى ثم بلغ ثم مات كان كموته قبل بلوغه، وقال الدارمي هنا: إذا أوصى أو وهب في مرضه ثم مات فهل يصح؟ فعلى قولين، فإن بلغ ثم مات صحت قولًا واحدًا، هذا لفظه، وهو غريب.

ثم قال في كتاب «التدبير»: إذا عقل الصبي عقل مثله ففي وصيته وتدبيره وعتقه وهبته في مرضه قولان، إذا قلنا باطل لم يصح حتى يتبدى، انتهى.

وهذا قضية كلام الجمهور، ولعل أصل ما ذكره أولًا قول ابن القطان: إذا أوصى الصبي في مرضه أو صحته فمات قبل بلوغه، فهل تنفذ وصاياه أم لا؟ على قولين، انتهى.

وفي «الحاوي» وغيره في التفريع على قول الصحة أن في عتقه وهبته في

---

(١) أخرج مالك في «الموطأ» [٢/ ٧٦٢] عن عمرو بن سليم الزرقي: أنه قيل لعمر ﷺ: إن هاهنا غلامًا ابن عشر سنين لم يحتلم من غسان، ووراثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم؟ فقال عمر: فليوص لها بمال يقال له: بئر جشم، قال عمرو بن سليم: فبعت ذلك المال بثلاثين ألفًا، وابنة عمه التي أوصى لها: هي أم عمرو بن سليم.

وَلَا رَقِيقٍ، وَقِيلَ: إنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ.

وَإِذَا أَوْصَى لِجِهَةٍ عَامَّةٍ، فَالشَّرْطُ أَنْ لَا تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ.

مرض موته وجهان، ومن الأصحاب من يعبر هاهنا وفي مواضع كثيرة بالمراهق، وكثيرون يعبرون بالمميز، وليس ذلك باختلاف رأي كما يتوهمه متوهم؛ فاعلم.

قال: **(وَلَا رَقِيقٍ)** لعدم أهليته، **(وَقِيلَ: إنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ)**؛ لأنه صحيح العبارة، وقد أمكن تقييد وصيته، ووجه المنع أنه لم يكن أهلًا حينئذٍ.

واعلم أن قضية كلام المصنف أول الباب وهنا أنه لا تصح وصية المبعض بشيء مما فعله ببعضه الحر، ولم أره نصًا، وقياس التوريث عنه الصحة، وقضية كلامه أنه لا تصح وصية المكاتب، وإن أذن له فيها السيد.

وقال في «الروضة» هنا: إن المكاتب كالقن، ويشبه أن يجيء فيها خلاف من الخلاف في تبرعاته بإذنه، ولم يحضرني نقل فيه.

قال: **(وَإِذَا أَوْصَى لِجِهَةٍ عَامَّةٍ، فَالشَّرْطُ أَلَا تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ)** أي: للتعبد بها سواء أوصى بذلك مسلم أم كافر، بل إما أن يكون قربة كالفقراء أو بناء المساجد ونحوها أو لا كالوصية للاعتبار أو فك أسارى الكفار من أيدينا؛ لأن المقصود من شرع الوصية تدارك ما فات في حال الحياة من الإحسان والحسنات، وأشار الرافعي هنا بحثًا إلى أن الوصية للجهات العامة التي لا يظهر فيها قصدًا لقربة يجيء فيها الخلاف السابق في الوقف على الاعتناء، وقد أشار المتولي إلى خلاف في ذلك حيث قال: ولو أوصى بثلث ماله لمفاداة أسارى المشركين من أيدي المسلمين صحت الوصية على ظاهر المذهب؛ لأن الوصية لأهل الحرب قدمنا صحتها، فالأسارى أولى، والذي قدمه إنما هو الوصية للحربي، وسياق كلامه يقتضي عدم الفرق بين المعين والجهة، وفيه نظر.

تنبيه: ما سبق من المنع هو في كنيسة التعبد، أما إذا أوصى ببنائها لينزلها المارة من أهل الذمة صحت الوصية، نص عليه في كتاب «الجزية»، ونقله

....

الأئمة هناك، وحكى الماوردي وجهًا أنه إن خصص أهل الذمة بها لم يجز؛ لأنه يؤدي إلى تعبدهم فيها بخلاف ما إذا عمم، ولو قال: لنزول المارة والتعبد، فوجهان.

فروع: من الوصية بالمعصية أن يوصي بكتابة التوراة أو الإنجيل أو بقراءتها أو بأحكام شريعة اليهودي والنصراني وكتب النجوم والفلسفة، وسائر العلوم المحرمة، وألحق القاضي الحسين بذلك كتابة الغزل.

قال: لأنه يحرم وفي هذا الإطلاق نظر ظاهر يعرف من كلامهم في كتاب الشهادات، وعددا من ذلك الوصية لدهن سراج الكنيسة(١).

قال الرافعي: لكن قيد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة، أما إذا قصد انتفاع المقيمين والمجاورين بضوئه كالوصية جائزة.

قلت: وتبعه على ذلك جماعة، وأطلق كثيرون أن القول ما لو وقف على دُهن سراج الكنيسة، وإن جاز الوقف على أهل الذمة؛ لأن المصرف على هذا الوجه تعظيمًا لهم، انتهى.

والمختار أن الوصية باطلة مطلقًا؛ لأن فيها إعانة لهم على تعبدهم وتعظيم الكنيسة، وإن لم يقصده الموصي، ثم رأيت الدارمي قال: ولو أوصى لقناديل كنيسة لزينة لم يجز، وإن كان للضياء، فقيل: يجوز، وعندي: لا يجوز، انتهى.

وهذا ما اخترناه بحثًا، نعم هذا فما بني للتعبد لا للمارة.

قال في «الروضة»: يجوز للمسلم والذمي أي: ونحوهما كعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد وكعمارة قبور الأنبياء -عليهم الصلاة والسلام- والعلماء والصالحين لما فيها من إحياء الزيارة والتبرك بها.

قلت: وسبق كلام في ذلك في أول الوقف ينبغي مراجعته، وفي صحة الوصية كعمارة قبر مجهول يقال: إنه قبر فلان النبي أو الولي، ولم يؤثر ذلك بعد.

---

(١) هي معبد النصارى.

أَوْ لِشَخْصٍ فَالشَّرْطُ أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ الْمِلْكُ.

فَتَصِحُّ لِحَمْلٍ وَتُنَفَّذُ إِنِ انفَصَلَ حَيًّا، وَعُلِمَ وُجُودُهُ عِنْدَهَا بِأَنْ انْفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ انفَصَلَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَكْثَرَ، وَالْمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ،

قال البغوي في «الفتاوى»: ويحتمل ألا تصح وصية الذمي ببناء المسجد؛ لأن الوصية والوقف إنما تجوز فيما يكون قربة عند الموصي أو الواقف، وهو لا يعتقده قربة عند الله تعالى.

قال: (**أَوْ لِشَخْصٍ**) أي: معين.

(**فَالشَّرْطُ أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ الْمِلْكُ**)؛ لأنها تمليك وضبطه الماوردي بكل من يصح الوقف عليه إذًا لم يكن وارثًا لا قابلًا، فلا تصح لميت مطلقًا.

وقال مالك: إن علم موته صحت، وجعل كالتركة فيقضي بها ديونه وينفذ وصاياه، قلنا: إنها تمليك وأملاكه زائلة فكيف يجوز تمليكه؟

قال: (**فَتَصِحُّ لِحَمْلٍ**) أي: كوصية لحمل هند أو لحملها الموجود، فلو قال: لحملها الذي سيحدث، فأصح الأوجه البطلان، قال شارح: إن كلام المصنف سواء كان حرًّا أو رقيقًا من زوج أو شبهة، أو زنا لأنا نحكم به بالإرث والوصية أوسع بابًا، انتهى.

وفي صحتها للحمل والرقيق نظر، وإن كانت الوصية للعبد وصية لسيده لمَ سيأتي في قبولها.

قال: (**وَتُنَفَّذُ إِنِ انفَصَلَ حَيًّا**)، أي: حياة مستقرة.

(**وَعُلِمَ وُجُودُهُ عِنْدَهَا**) أي: عند الوصية.

(**بِأَنْ انفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ**) كأن انفصل لستة أشهر.

(**فَأَكْثَرَ، وَالْمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ**)؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية، والأصل عدمه، وعدم الاستحقاق، نعم لو انفصل قبل ستة أشهر بيوم ثم انفصل بعدها بيوم آخر وبينه وبين الأول دون ستة أشهر دخل في الوصية، وإن زاد ما بين الوصية وبين انفصاله على ستة أشهر.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا وَانْفَصَلَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَكَذَلِكَ أَوْ لِدُونِهِ اسْتَحَقَّ فِي الْأَظْهَرِ. وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ فَاسْتَمَرَّ رِقُّهُ فَالْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ، ....

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا وَانْفَصَلَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَكَذَلِكَ**) أي: للعلم بعدمه يومئذٍ.

قال: (**أَوْ لِدُونِهِ اسْتَحَقَّ فِي الْأَظْهَرِ**) قال الرافعي: اكتفاء بأن الظاهر وجوده عند الوصية؛ لأن اتفاق وطء الشبهة نادر، وفي تقدير الزنا أشباه الظن بالمسلمين، والثاني: المنع لاحتمال العلوق بعد الوصية، ويخالف النسب، فإنه يكفيه لإمكانه، واختاره الشيخ أبو علي وعزي إلى رواية الربيع، وقيل: خرجه ابن القاص(١).

قلت: والقلب إليه أميل؛ لأن امتداد الحمل سنين نادر فلا يلحق بالنسب غيره بالاحتمال إذ الأصل عدم الحمل، وعدم الاستحقاق وقضيته كما سبق من التوجيه ألا يكون الحكم في الفاسقة ونحوها من الفواجر كذلك وإن لم يظهر زناها؛ بل يكون مقصورًا على العفيفة والمستورة، ولم أر من فصل بين الجميع.

ولو قال: وصيت لحمل فلانة من زيد، واقتضى الحال ثبوت ستة منه فنفاه باللعان فلا شيء له خلافًا لأبي إسحاق، ولاختيار الأستاذ أبي منصور، ويجريان فيما لو أوصى لحمل أمه من سيدها فادعى السيد الاستبراء، ورأيناه نافيًا للنسب.

فرع: تقبل الوصية للحمل بعد خروجه حيًّا من يلي أمره، وإن قبلها قبل انفصاله ثم انفصل حيًّا قال القفال والقاضي الحسين: لم يعيد بذلك القبول، وقال غيرهما: فيه قولان كبيع مال مورثه على ظن حياته فبان أنه ميت.

قال: (**وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ**) أي: لغيره وليس مكاتب ولا مبعض.

(**فَاسْتَمَرَّ رِقُّهُ فَالْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ**) فلو قيل: العبد الموصى له لم تبطل الوصية، وإن قتله سيده فوصية لقاتل، ولا يصح من السيد مباشرةً القبول في الأصح؛ لأن الخطاب لم يكن معه بل يقبلها العبد، ولا يفتقر إلى إذن سيده في الأصح،

---

(١) انظر: كتابه التلخيص (ص٤٤٨).

وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَلَهُ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبِلَ بُنِيَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَ تُمْلَكُ.

فعلى هذا لو منعه السيد من القبول فيقبل الإمام، والظاهر عندي الصحة، وحصول الملك للسيد كما لو نهاه عن الخلع، فخلع.

تتمات: لو كان العبد طفلًا أو مجنونًا ونحوه بحيث لا يتصور منه القبول، وقلنا: لا يصح قبول السيد، فهل يقال: توقف إلى تأهله للقبول، ويقبل السيد هنا كولي الحر؟ لم أر فيه نصًا، ويبعد القول بفساد الوصية، ولو كان السيد وارثًا فوصيته كوارث، هذا كله إذا أطلق الوصية، فإن صرح بأنها للعبد نفسه قال ابن الرفعة: فيشبه أن يكون كالوقف على عبد غيره، وقد خرجه بعضهم على أنه هل يملك؟ إن قلنا: يملك صح، وكان للسيد وديعة ما دام في ملكه، فإذا أعتق رجع إليه، وإن قلنا: لا، لم يصح ولم يجعلوه وقفًا على سيده، وكذا قال: الماوردي فيما إذا وهب من العبد نفسه.

قال: **(وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَلَهُ)** قال الرافعي: لأن الوصية تمليك بعد الموت، وهو حر حينئذٍ.

قلت: ولم أر فيه خلافًا، وهو في الحقيقة يوقف إلى ما ينتهي إليه الحال، وحينئذٍ ليس قولهم الوصية للعبد وصية للسيد على إطلاقه، إذ لو كانت للسيد مطلقًا لَمَ صارت للعبد بعتقه.

قال: **(وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبِلَ بُنِيَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَ تُمْلَكُ)** أي: إن قلنا: بالموت والملك موقوف وبيِّن بالقبول الملك من الوارث فالملك للسيد، وإن قلنا: بالقبول فللعبد، أما لو قَبِلَ ثم عتق فهي للسيد، ولو أوصى لعبد زيد فباعه من عمرو، قالا: فينظر في وقت البيع، ويجاب بمثل هذا التفصيل.

إشارات: في «الروضة» تفصيل مشهور في «الروضة» وغيرها لو أوصى لعبده بنفسه صحت الوصية، ويشترط قبوله في الأصح بخلاف قوله: أعتقوه بعد موتي، فإن قيل: عتق إن احتمله الثلث، ولا يصح بالمال لعبده القن إلا المدبر، ففيه كلام مشهور، ويصح لأم ولده، ولمكاتبه.

وَإِنْ أَوْصَى لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ فَبَاطِلَةٌ، وَإِنْ قَالَ: لِيُصْرَفَ فِي عَلَفِهَا فَالْمَنْقُولُ صِحَّتُهَا.

قال: (**وَإِنْ أَوْصَى لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ فَبَاطِلَةٌ**)؛ لأن مطلق اللفظ للتمليك، وهي لا تملك، قال الرافعي في «الشرحين»: وذكروا في الوقف المطلق على الدابة وجهين في كونه وقفًا على مالكها، فيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف، وقد يصرف بأن الوصية تمليك محض فينبغي أن تضاف إلى من يملك.

قال في «الروضة»: والفرق أصح، قال ابن الرفعة: في الفرق نظر من حيث إنه لا خلاف أن الموقوف عليه تمليك المنفعة، والدابة لا تملك شيئًا أصلًا.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: لِيُصْرَفَ فِي عَلَفِهَا فَالْمَنْقُولُ صِحَّتُهَا**)؛ لأن علفها على مالكها، فهو المقصود بالوصية، نعم لو كانت مما يُعصى الله عليها كفرس قاطع الطريق والحربي والمحارب لأهل العدل فينبغي البطلان.

قال في «الروضة» بعد ذكره القطع بالمنقول عن جماعة: ويحتمل طرد خلاف سبق في الوقف، ثم الأصح أنه يشترط قبول مالكها، وأنه يتعين صرفه إلى جهة الدابة فيتولى الإنفاق الموصي، فإن فقد فالقاضي أو مأموره مالك وغيره، وهذا المرجح في «الشرحين» غير أنه قال في «الصغير»: والأقوى أنه لا يتعين بل له أن يمسكه، وينفق على الدابة من موضع آخر، انتهى.

ويحتمل أن يفرق بين أن تدل قرينة على إرادة ذلك عينًا لما رآه أو بلغه من هزالها وقلة علفها وبين خلاف بأن يعلم تسمينها والقيام بعلفها ونحو ذلك، وأراد بذلك التحمل لا حقيقة اللفظ، كما قيل: نحوه في الهبة فيتعين في الحالة الأولى دون الثانية، قال الرافعي: لو انتقلت الدابة من مالك إلى مالك فقياس كون الوصية لها الاستمرار، وقياس كونها للمالك اختصاصها بالمنتقل عنه، قال المصنف: القياس اختصاصها بالمنتقل إليه، كما قيل، والعبد فيه نظر!

فرع: **لَوْ أَوْصَى لِلْخَيْلِ الْمُسَبَّلَةِ بِالثُّغُورِ وَنَحْوِ ذَلِكَ**، فالوجه الصحة، وتصرف في علفها ومصالحها، وسبق كلام ينافي ذلك في الوقف عليها.

وَتَصِحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ، وَتُحْمَلُ عَلَى عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ. وَلِلذِّمِّيِّ، وَكَذَا حَرْبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: **(وَتَصِحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ)** أي: ولمصالحه، **(وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ، وَتُحْمَلُ عَلَى عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ)** أي: عملًا بالعرف ويصرف الناظر ذلك إلى الأهم والأصلح باجتهاده وينبغي لقاضي العلم مراجعة الحاكم في ذلك، والثاني: تبطل الوصية كالوصية للدابة.

إشارات: المسجد مثال، وفي معناه المدرسة والخانقاة والرباط المسبل ونحوها، ولو قال: أردت تمليك المسجد فقيل: تلغى الوصية، وتوقف فيه الرافعي؛ لأن للمسجد ملكًا، قال الشيخ: هذا هو الأفقه والأرجح ولا خفاء أنه لو أوصى بمال ليبنى به شيئًا من ذلك صح، ولو أوصى لمسجد سيبنى لم يصح، هكذا جزم به بعضهم، ولم أرَ فيه خلافًا، وألحق به ما يضاهيه.

قال: **(وَلِلذِّمِّيِّ)** أي: كما يجوز التصدق عليه وهذا إنما يمنع بيعه منه «وأوصت صفية - رضي الله عنها - لأخيها بألف دينار وكان يهوديًا» رواه البيهقي(٦/ ٢٨١ كبرى).

وعبارة «التتمة»: والوصية لأهل الذمة والمستأمنين صحيحة؛ لأنهم من أهل التمليك في الهبة والابتياع فجازت الوصية لهم كالمسلمين.

قال: **(وَكَذَا حَرْبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ فِي الْأَصَحِّ)** أي: المتعوض كالهبة والصدقة والبيع، ونقله المتولي في الحربي عن عامة أصحابنا وسكت عن المرتد، والثاني: المنع؛ لأنَّا أمرنا بقتلهما؛ فلا معنى للوصية لهما، ونقله في «التلخيص» في الحربي عن النص فالخلاف فيه قولان منصوصان، ووجه المتولي: المنع بقوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٨﴾﴾ [الممتحنة: ٨] قال: ومقتضى الآية أن الذين قاتلونا لا يجوز لنا أن نبرهم.

إشارات: سبق أن المتولي قال: إن الوصية لأهل الحرب صحيحة حمله على الواحد المعين أو على الجماعة المعينين لا لهم مطلقًا، وعد في

وَقَاتِلٌ فِي الْأَظْهَرِ.

«الخصال» من الوصايا الممنوعة الوصية لأهل دار الحرب، قيل: طرد الجرجاني الخلاف في الوصية للذمي، وأخذ ذلك من قوله في «الشافي»: بخلاف ما لو أوصى لذمي أو حربي حيث صح على أحد الوجهين، وفيه نظر، ثم يحل الخلاف في الحربي ونحوه في الوصية له بغير السلاح والخيل وكل ما لا يجوز بيعه مِن الذمي، وكذا محله إذا كان بدار الحرب كما أشار إليه في «الشامل»، فأما لو كان بدارنا بأن دخل بأمان أو رسولًا صحت جزمًا للمعاهد، وكلام غيره يفهم عدم الفرق، وعن القاضي أبي الطيب التصريح بعدم الفرق، فإن صح حصل في المسألة ثلاثة أوجه، ثم الخلاف في المرتد على القول ببقاء ملكه.

قال الإمام: وهذا أولى بالصحة من الحربي؛ لأنه في قبضتنا، وحكى الماوردي الخلاف مع جزمه بالصحة للحربي، وقضية كلام الإمام أن المرتد لو لحق بدار الحرب وامتنع منا أنه لا تصح الوصية له جزمًا، وهو الوجه وهو يقصد ما سبق عن «الشامل» ويحتمل غيره ترغيبًا له في العود إلى الإسلام، ولم يذكر «المجرد» المرتد وإنما أدرجه المصنف، وقد بان لك ما فيه، ويجوز أن يقال: إن رُجي إسلامه وتوبته صحت الوصية وإلا فلا.

قال: (**وَقَاتِلٍ فِي الْأَظْهَرِ**) كالهبة له وكظاهر الآية، والثاني: المنع كالإرث، ولحديث علي ﷺ برفعه: «**ليس للقاتل وصية**» ولكنه ضعيف[1] رواه البيهقي.

والثالث: إن أوصى لشخص فقتله بطلت لاستعجاله كالوارث، وإن جرحه ثم أوصى له صحت، وهو مستخرج من اختلاف طريقين في محل القولين الأولين، وقيل: تصح للقاتل بحق دون غيره، ولا فرق في جريان الخلاف بين العمد والخطأ، والخلاف إنما هو في الوصية للقاتل الحر، فلو أوصى للقاتل الرقيق صحت قطعًا، قاله: ابن الرفعة؛ لأن المستحق لذلك غيره وهو السيد

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٢٨١) وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٣٧) وقال: قال الدارقطني: مبشر متروك يضع الحديث والحجاج مطعون فيه، وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢١٤): رواه الطبراني في الأوسط وفيه بقية وهو مدلس.

وَلِوَارِثٍ فِي الْأَظْهَرِ، إِنْ أَجَازَ بَاقِي الْوَرَثَةِ ....

ولا خلاف أنه لو أوصى لمن يقتله أن الوصية باطلة، انتهى.

وقد يقال: إنه إذا أوصى لرقيق وآل الأمر إلى حصولها له، فبعقبة كما سبق أن بينًّا فسادها؛ لأنها وصية للقاتل نفسه لا لغيره، وقد يقال: إنه لو تحتم قتله حرابةً أو رجمًا، فأوصى لمن يباشر ذلك بإذن الإمام أنها تصح الوصية له كالأجرة والجعالة إذا توجه ذلك عليه لفقد بيت المال، فتأمله.

قال: **(وَلِوَارِثٍ فِي الْأَظْهَرِ، إِنْ أَجَازَ بَاقِي الْوَرَثَةِ)** أي: المطلقين التصرف، كما في الوصية للأجنبي بالزائد على الثلث، وما يروي مرفوعًا: **«لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة»**(١) ويروى: **«لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»**(٢) فغريبان ضعيفان جدًا.

والثاني: أنها باطلة وإن أجازوها وقيل: باطلة قطعًا؛ لأن في إجازتهم تغيير الفروض التي قدرها الشرع بخلاف الوصية لغير الوارث؛ لرواية عمرو بن خارجة ﷺ قال: خطب رسول الله ﷺ فقال: **«إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»**(٣) رواه النسائي (٣٦٤١) وابن ماجه (٢٧١٤) والترمذي (٢١٢٠) وقال: حسن صحيح.

قلت: وزاد بعض المتروكين فيه إلا أن يجيز الورثة، وحسَّن الترمذي من

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٤٢٦) وقال الحافظ: الدَّارَقُطْنِيُّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، وَأَبُو دَاوُد فِي الْمَرَاسِيلِ مِنْ مُرْسَلِ عَطَاءٍ الْخُرَاسَانِيِّ بِهِ، وَوَصَلَهُ يُونُسُ بْنُ رَاشِدٍ فَقَالَ: عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ، وَالْمَعْرُوفُ الْمُرْسَلُ، وَرَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، وَإِسْنَادُهُ وَاهٍ، وَرَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ بِاللَّفْظِ الثَّانِي، وَهُوَ عِنْدَ الْبَيْهَقِيِّ. [التلخيص ٤/ ٨٤].

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٨)، والبيهقي (٦/ ٢٦٣، رقم ١٢٣١٥).

(٣) أخرجه الطيالسي (ص ١٥٤، رقم ١١٢٧)، وأحمد (٥/ ٢٦٧، رقم ٢٢٣٤٨)، والترمذي (٤/ ٤٣٣، رقم ٢١٢٠)، وقال: حسن صحيح. والطبراني (٨/ ١٣٥، رقم ٧٦١٥). وابن أبي شيبة (٤/ ٥١، رقم ١٧٦٨٨) وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥، رقم ٢٧١٣). وعبد الرزاق (٤/ ١٤٨، رقم٧٢٧٧)، والبيهقي (٦/ ٢١٢، رقم ١١٩٨٢)، والدارقطني (٣/ ٤٠).

وَلَا عِبْرَةَ بِرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي، وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهِ وَارِثًا بِيَوْمِ الْمَوْتِ،

حديث أسامة ما صححه أيضًا، والمرجح القول والحديث مؤول، وقيل: القولان فيما جاوز الثلث، كالوصيَّة فللأجنبي، وهو شاذ.

قال: (وَلَا عِبْرَةَ بِرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي) إذ لا استحقاق لهم قبل موته، وقد يبرأ أو قد يموتون قبله، والإجازة قبل القسمة لازمة صححه بشرطه، وقيل: هي قبل الموت، وليس بشيء.

قال: (وَالْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهِ وَارِثًا بِيَوْمِ الْمَوْتِ) أي: حالة الموت، فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته صحت، ولو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته، وإن أوصى لأخيه وله ابن فمات قبل الموصي، فهي وصية لوارث.

قال الرافعي والمصنف: وهذا متفق عليه ذكر في الإقرار للوارث خلاف في أن الاعتبار بيوم الإقرار أم الموت، والفرق أن استقرار الوصيَّة بالموت، ولا ثبات لها قبله، قال ابن الرفعة في شرح «الجيلي»: تخريج الوصيَّة عليه، ولم أرَه في غيره، انتهى.

ورأيت في «فتاوى القفال» أنه لو أوصى لعبد وارثه، فباعه قبل موت الموصي هل تصح الوصيَّة؟ قال الشيخ القفال على مذهبه الجديد: إن راعينا إقراره لوارثه حين الموت جاز هذا، فإذا قيل كان المشتري ما أوصى به للعبد، وعلى قوله: القديم إن راعينا الورثة وقت الإقرار فالوصيَّة هاهنا باطلة، فقيل: له هذان القولان في الإقرار، هل يعتبر بوقت الموت، أو بوقت الإقرار دون الوصيَّة؟ فقال الشيخ -يعني القفال-: وفي الوصيَّة وجهان مخرجا على الإقرار.

قلت: وهذا من القفال تخرج أو نقل، والله أعلم.

إشارة: فندت قوله: بمطلق التصرف ولا بدَّ منه، أما لو كان في الورثة أو بعضهم صغيرًا، أو مجنونًا، أو محجورًا بسفه، فلم أر فيه شيئًا فهل نقول هي باطلة أو موقوفة إلى تأهله، كالغائب أو بردها إليه فطرًا له؟ فيه احتمال، والأقرب إلى القياس الوقف، وفيه تعدٍّ لما فيه من الإقرار به، وسيعيد الكلام في هذا من بعد عند الكلام في الإجارة.

وَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لَغْوٌ وَبِعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ صَحِيحَةٌ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى الْإِجَازَةِ فِي الْأَصَحِّ.

فَصْلٌ

وَتَصِحُّ بِالْحَمْلِ، وَيُشْتَرَطُ انْفِصَالُهُ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَهَا ....

قال: (**وَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لَغْوٌ**) لاستحقاقه ذلك بلا وصيَّة.

قال الرافعي: ويجيء فيه وجه أنه يصح؛ لأن المتولي حكى الوجهين، فيما إذا اتحد الوارث وأوصى له بجميع ماله أصحهما بطلانه ويأخذه بالإرث، وثانيهما: يصح، ويأخذها بالوصيَّة إذا لم ينقصها، وثمرة الخلاف يظهر فيما لو ظهر عليه، ويتبين إن قلنا: بالأول فله إمساكها، وقضاء الدين من ماله، أو بالثاني قضاه منها، والمستحق الامتناع من قضائه من غيرها.

قال: (**وَبِعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ صَحِيحَةٌ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى الْإِجَازَةِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها، ولهذا لو أوصى ببيع عين ماله؛ لزيد صحّت الوصيَّة على الصحيح، والثاني: لا يقتصر إليها؛ لأن حقوقهم في قيمة التركة؛ لأنها عين ولأنه لو باع المريض التركة بأصناف أمثالها صح، وإن لم يرضوا بذلك.

فَصْلٌ

قال: (**وَتَصِحُّ بِالْحَمْلِ، وَيُشْتَرَطُ انْفِصَالُهُ حَيًّا لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَهَا**) أي: عند الوصيَّة كما سبق في الوصيَّة، ويرجع إلى أهل الخبرة في حمل البهائم.

تنبيهات: كلامه يقتضي إنه لو انفصل ميتًا لغت، وليس كذلك، بل لو انفصل حمل الأمة مضمونًا بحياته لم تبطل الوصية، وينفذ من الضمان؛ لأنه انفصل متقومًا، قاله: في «الروضة» جازمًا به، وعبارة أصلها: فقد ذكر أن الوصيَّة لا تبطل، وتنفذ من الضمان، وعبارة «الشرح الصغير»: فقد قيل: وتنفذ الوصية من الضمان، وكأن المصنف رأى ذلك مجزومًا به.

قال في «الدقائق» في مسائل الطلاق: وإنما يذكر الرافعي هذه الصيغة فيما يراه مشهورًا، قال الماوردي: وتكون الغُرَّة للموصي له بخلاف ما لو ضرب

وَبِالْمَنَافِعِ. وَكَذَا بِثَمَرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ فِي الأَصَحِّ.
وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ.

البهيمة الموصي بحملها، فوضعت شيئًا لم يستحق الموصى له شيئًا؛ لأن دية الجنين بدل منه، والواجب في حمل البهيمة ما نقص من قيمتها، وليس للموصي له شيئًا من القيمة، ويحتمل أن يكون أحق بحمل البهيمة، كما لو أوصى له بالميتة ليطعمه كله.

قلت: والظاهر أنه لو ذبح الوارث البهيمة المأكولة الموصى بحملها، أن الجنين يكون للموصى له، كما لو انفصل حيًّا، ثم ذبح هل يصح القبول في حال الإحسان؟ فيه وجهان بناءً على أن الحمل هل يعرف أم لا، ولو قال: أوصيت بمن تلده أَمَتِي فهل يراعى وجود الحمل عند الوصية كقوله بحملها؟ فيه وجهان.

قال: **(وَبِالْمَنَافِعِ)** أي: المباحة؛ لأنها أموال مقابلة بالأعواض كالإعتاق، فتصح بمنافع الدور، والأراضي، والعبيد، والدواب، والثياب ونحوها، مؤقتةً ومؤبدةً، والإطلاق يقتضي التأبيد.

قال: **(وَكَذَا بِثَمَرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ فِي الأَصَحِّ)** لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر توسعة؛ فصحت بالمعدوم كما يصح بالمجهول، والثاني: لا إذ التصرف يستدعي متصرفًا فيه ولم يوجد، والثالث: تصح بالثمرة دون الحمل؛ لأنها تحدث لا بإحداث أمر في أهلها بخلاف الولد، وجزم الماوردي في الثمار بالصحة، فيما إذا أوصى بها في كل عام، وجعل الخلاف فيما إذا قيدها بمدة.

فرع: الوصية بصوف الشاة ولبنها كالثمرة، وبما لا يقدر على تسليمه كآبق، ومغصوب، وطير سائب ونحوها صحيح، والظاهر أن الضال والمحجور كذلك.

قال: **(وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ)** أي: مثلًا إذ الوصيَّة يحتمل فيها الجهالة، فلا يؤثر فيها الإبهام.

وبِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهَا كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَزِبْلٍ وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ، ....

(وَ) لو أوصى لأحد رجلين لم يصح على الأصح كسائر التملكات، فلو قال: أعطوا كذا لأحد الرجلين جاز، كما لو قال لوكيله: بعه لأحد الرجلين.

قال: (**بِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهَا**) لثبوت الاختصاص بها، وانتقالها بالإرث وغيره.

قال: (**كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ**) أي: على الصحيح أو المشهور، وفيه وجه، أو قول كهبة، ولو قال: يحل اقْتناؤه للرجل الحر وقايةً؛ تصح الوصية به على الأصح للعلم، كما يجوز اقتناؤه كذلك على الأصح، وأيضًا فيما يقتنى للحفظ لا يعلمه، وإنما يدافع عن الماشية وغيرها بطبعه، فهذه العبارة أشمل، وفيها إشارة إلى أنه يجب أن يكون الموصى له ممن يحل له اقتناؤه كذلك.

قال: (**وَزِبْلٍ**) يحمل على ما في معناه من النَّجاسات المنتفع بها كالسماد والميتة؛ ليطعم الجوارح، كما نقله القاضي أبو الطيب في «المجرد» عن الأصحاب، وكذا يخلدها، وفي «التتمة» يجوز بلحم الميتة، إذا جوزنا الانتفاع به وجهان أصحهما الصِّحة، وجزم في «الكافي» بأنها لا تصح الميتة، ويشبه ألا يكون في الوصيَّة بها خلاف محقق، ويترك ما ذكره ابن القطان في فروعه، أنه إذا أوصى له بميتة وما أشبه ذلك، فإن كان له فيه غرض مثل أن يطعمه جوارحه أو يتجر فيه فتجب الوصيَّة، وإن كان لا منفعة له فيه فالوصيَّة باطلة، انتهى.

وينبغي أن يستثنى من الثياب الكلب والخنزير لغلظ نجاستهما.

قال: (**وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ**) وَهِيَ مَا عُصِرَتْ بِقَصْدِ الْخَلِّيَّةِ أَوْ لَا بِقَصْدِ الْخَمْرِيَّةِ وهذه طريقة المراوزة، وأما العراقيُّون فأطلقوا القول: بأن الوصية بالخمر باطلة، وهو ظاهر النص، وأوجبوا إراقتها مطلقًا، وقال الدارمي: إذا أوصى بالخمر لا يصح، وعندي يصح فحصل أوجه ثالثها التفصيل، والقول بالصحة مطلقًا منكر، وإن انتفع بها؛ لإطفاء النار ونحو ذلك، وإنما أخذ به من إطلاق الدارمي، وكنت أود لو قيل: لا تصح الوصية بالمحترمة قطعًا لمستحلها أو

وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ أُعْطَى أَحَدَهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ لَغَتْ.

وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَكِلَابٌ وَوَصَّى بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَالْأَصَحُّ نُفُوذُهَا، وَإِنْ ....

مدمنها والمتهم بشربها إلا أن يقال لا تدفع إليه؛ بل إلى ثقة بعد قبولها، فإذا تخللت حكى فيه تنبيهًا.

إشارة: احترز بقوله: يحل الانتفاع به كالخنزير والمتولد منه، ومن غيره، والكلب، والخمر، وغير المحترمة، والظاهر أن وَدَكَ الْكَلْبِ والخنزير وروثهما من هذا القبيل.

قال: (**وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ أُعْطَى أَحَدَهَا**) وكذا لو قال من مالي؛ لأنه قد استعار له اسم المال، وقد يراه الموصي مالًا، وقال الدارمي: فيه وجهان؛ لأنه ليس بمال ويشبه أن محلها فيمن لا يراه مالًا، والظاهر كلام المصنف تحيزًا للوارث، كما صرح به غيره، وقال الماوردي: إذا كان له كلب صيدٍ، وحرثٍ وماشية، والموصى له صاحب صيد، وحرث، وماشية، أعطي أحدها، وإن لم يكن صاحب واحد منها، ففي صحة الوصية وجهان.

قلت: والأقرب المنع.

قال: وإن كان فيمن ينتفع بأحدها، فهل يلزم الوارث أن يعطيه ما ينفعه دون غيره اعتبارًا بحاله، أو يتخير فيعطيه أيها شاء؟ وجهان، وقضية إطلاق غيره التخيير، وبترجيحه أشعر كلام الروياني وغيره، وفيه نظر! إلا إذا جوزنا له اقتناؤه؛ لتوقع انتفاعه به في المستقبل، والصحيح المنع بالأول، أجاب الدارمي فقال: أعطوه كلبًا يجوز مثله اقتناؤه، فإن كان ما يدل على إرادته، بأن كان صيادًا أو له ماشية أُعطي ما يليق به، وهذا هو المختار.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ لَغَتْ**) بخلاف قوله: عبدًا من مالي لإمكان شرائه، وقيل: يصح، ويعطى مثل الكلب من الجوارح الظاهرة، وهو شاذ، نعم لو تحدد له كلب فيشبه أن يكون على وجهين أقربهما للصحة نظر إلى حالة الموت لا حالة الوصية.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَكِلَابٌ وَوَصَّى بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَالْأَصَحُّ نُفُوذُهَا، وَإِنْ**

كَثُرَتْ وَقَلَّ الْمَالُ. وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلٌ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلِ حَرْبٍ وَحَجِيجٍ حُمِلَتْ عَلَى الثَّانِي، ....

كَثُرَتْ وَقَلَّ الْمَالُ) أي: ولو كان دانقًا إذ المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، وقليل المال خير من الكلاب إذ لا قيمة لها، والثاني: أن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له، وتنفذ الوصية في ثلث الكلاب، والثالث: تقوَّم الكلاب أو منافعها على خلاف يأتي، وتضم إلى ماله وتنفذ الوصية في الجميع، ولو كان قد أوصى بثلث المال، قال القاضي أبو الطيب: تنفذ الوصية بجميع الكلاب، واستبعده في «الشامل»؛ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حقهم؛ لنفوذ الوصية، ولا مال له فأوصى به نقدًا في ثلثه كالمال، وإن أوصى ببعضه أو ببعض كلابه صح في الثلث منه أو منها، وقيل: لا يعتبر الثلث، ويكفي أن يبقى للوارث شيء منها، وإن قل، وعلى الأول في كيفية اعتبار خروج الموصى به من الثلث أوجه: أظهرها بالعدد، والثاني يقوم بتقدير ماليتها، وعلى هذا هل يقدرها شيئًا متقومًا ثم يقومه، أو ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة؟ وجهان، والثالث: تقوَّم بحسب منافعها، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع، والرابع: تصح الوصية في ثلث كل كلب، والخامس: يتعين في واحد من الثلاثة مثلًا وتعين بالقرعة، والسادس: يعينه الوارث بلا قرعة.

إشارات: لو كان الموصى له ممن لا ينتفع بالكلب، فقد أشرنا إلى ما فيه، ولو كان الوارث ممن لا ينتفع به أصلًا فلم أر لهم فيه كلامًا، ويشبه أن يكون ما سبق من الخلاف في المنتفع، أما غيره كالطفل، والمجنون ونحوهما ممن لا ينتفع به له، فلا معنى لإبقائه عليه ولا يجوز إطعامه من غير ماله، ولا اقتناؤه له عينًا، وكذا ينبغي أن يفصل في الذبل ونحوه من النجاسات، ولم ينظروا إلى أن الموصي أو الموصى له، ممن يرى ذلك مالًا ويصحح بيعه أو لا يراه.

قال: **(وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلٌ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلِ حَرْبٍ وَحَجِيجٍ حُمِلَتْ عَلَى الثَّانِي)** حملًا على الصحة، إذ الظاهر أنه يقصد الثواب، وهو فيما تصح الوصية به، وهذا فيما إذا لم يصلح طبل اللهو لمنفعة مباحة، فإن صلح لها يجوز للوارث كما صرح به الأصحاب، ويحتمل أن يقال يعطي

وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلِ اللَّهْوِ لَغَتْ إِلَّا إِنْ صَلَحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ.

ما يلائمه منها، وينزل الإطلاق عليه.

قال: **(وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلِ اللَّهْوِ لَغَتْ إِلَّا إِنْ صَلَحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ)** ونحوها، كطبل النازي، أو منفعة أخرى مباحة، إما على هيئته أو بعد تغييره الذي يبقي عليه اسم الطبل، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة إلا بزوال اسم الطبل لغت الوصيَّة، هكذا أطلقه الجمهور، قال الإمام والغزالي: إلا أن يكون من جوهر نفيس، كذهب أو عود فتنزل الوصيَّة عليه، وكأنه أوصى برضاضه إذا كسر، والوصيَّة قابلة للتعليق، وقياس هذا طرده في سائر الملاهي، وفي «الحاوي» أن العود إذا لم يصلح لغير اللهو إلا بعد فصله فُصّل ودفع إليه، وقال: إن الكلام في المزمار كذلك، وقياسه طرده في الطبل، وحينئذٍ تجمع ثلاثة أوجه، كما ذكر في «البيع»، وفي «تحرير» الجرجاني أنه إذا كان ينتفع بطبل اللهو، أو عوده، أو مزماره، هذا الفصل ففي صحة الوصيَّة، وجهان.

إشارات: لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ كَوْنِ الْمُوصِي وَالْمُوصَى لَهُ بِطَبْلِ اللَّهْوِ مِنْ أَهْلِهِ، وَيَعْتَقِدُ إِبَاحَتَهُ، وَبَيْنَ غَيْرِهُ، وَلَا يَبْعُدُ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِهِ لِأَهْلِ الْبَطَالَةِ وَالْمَلَاهِي أَنْ يُقَالَ بِالْفَسَادِ، وَإِنْ أَوْصَى بِهِ وَهُوَ مِمَّا يُتَمَوَّلُ رُضَاضُهُ لِمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الدِّينِ وَالصَّلَاحِ أَنْ يَصِحَّ، وَيُنَزَّلُ عَلَى إِرَادَةِ الرُّضَاضِ طَلَبًا لِلثَّوَابِ وَتَكْفِيرًا لِمَا سَلَفَ مِنْهُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَوْضِعَ الْمَنْعِ مُطْلَقًا فِي الطَّبْلِ وَغَيْرِهِ عَلَى طَرِيقَةِ الْجُمْهُورِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ، أَمَّا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ كَالْفُقَرَاءِ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ وَكَانَ رُضَاضُهُ مَالًا أَنْ يَصِحَّ قَطْعًا، وَتُنَزَّلُ الْوَصِيَّةُ عَلَى رُضَاضِهِ أَوْ جَوْهَرِهِ وَمَالِيَّتِهِ، وَقُوَّةُ كَلَامِهِمْ أَنَّ مَوْضِعَ الْفَسَادِ مَا إِذَا سُمِّيَ الطَّبْلُ وَنَحْوُهُ مِنَ الْمَلَاهِي الْمُحَرَّمَةِ بِاسْمِهِ، أَمَّا لَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ هَذَا أَوْ هَذَا الذَّهَبَ أَوْ الْفِضَّةَ أَوْ النُّحَاسَ أَوْ الْخَشَبَ أَوْ هَذِهِ الْعَيْنَ أَنَّهُ يَصِحُّ، فَتُفْصَلُ وَيُعْطَاهَا، كما قَالَهُ: الْمَاوَرْدِي فيما سبق.

قال القاضي أبو الطيب: تصح الوصية بالدفّ، وفي إطلاقه نظر يأتي بيانه في الشَّهادات -إن شاء الله تعالى- وفي «الروضة» تجوز الوصية بالدف، فإن كان عليه جلاجل، وحرمناها نزعت ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها، انتهى.

فَصْلٌ

يَنْبَغِي أَنْ لَا يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ، ....

وقال الماوردي: تجوز الوصيَّة بالنُّشَّابَة التي يعمل بها في الحرب، والأسفار دون المزامير.

قال:

(فَصْلٌ:

يَنْبَغِي أَنْ لَا يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ)؛ لقوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص ﷺ: «الثلث والثلث كثير» متفق عليه(١)، قالا في «الشرحين»، و«الروضة»: والأحسن أن تنقص من الثلث شيئًا، وعبارة «التهذيب»: والأولى أن تنقص منه خصوصًا إذا كانت الورثة فقراء، انتهى.

قيل: إن كان الورثة أغنياء استوفى الثلث، وإلا فيستحب النقص منه، وبه أجاب في «التنبيه» ونقله المصنف في «شرح مسلم» عن الأصحاب، والمشهور استحباب التنقيص منه مطلقًا.

تنبيه: عبر هنا وفي «الروضة» بقوله: ينبغي، وفيها إجمال، وعبارة المتولي: فإن فعل كان مكروهًا، وقال البغوي: لا يجوز أن يضر بالورثة في الوصيَّة، ويكره أن يوصي بأكثر من الثلث، وعبارة جماعة: لا يجوز أن يوصي بأكثر من ثلثه، وعبارة «ودائع» ابن سريج: ليس له، وفي «الكافي»: يحرم أن يحتال بالإقرار ونحوه تنفيذ وصيَّة لمن لا تجوز الوصيَّة له، أو في الزيادة على الثلث.

قلت: وهذا أحق، وسبق في الإقرار فيه كلام منافٍ، وقال: في توجيه قول التمليك؛ لأنه نهى عن الوصية فيما زاد على الثلث، والنهي للتحريم فيوجب فساده، وإجازة الفاسدة لا يجوز هذا منه بصريح؛ لتحريم الوصية بما زاد على الثلث، وهو قضية كلام جماعة من الأئمة، وينبغي أن يكون محله في

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٢٢٦، رقم ٣٠٩١٤)، وأحمد (١/ ٢٣٣، رقم ٢٠٧٦)، والبخاري (٣/ ١٠٠٧، رقم ٢٥٩٢)، ومسلم (٣/ ١٢٥٣، رقم ١٦٢٩)، والنسائي (٦/ ٢٤٤، رقم ٣٦٣٤)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥، رقم ٢٧١١).

فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ الْوَارِثُ بَطَلَتْ فِي الزَّائِدِ، وَإِنْ أَجَازَ فَإِجَازَتُهُ تَنْفِيذٌ، وَفِي قَوْلٍ: عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ لَغْوٌ، ....

العالم بالنهي، ويظهر الجزم بالتحريم إذا قصد به حرمان الوارث، لما فيه من المضارة وتضييع المال إذ لا توارث مع هذا القصد المذموم.

قال: (**فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ الْوَارِثُ بَطَلَتْ فِي الزَّائِدِ**)؛ لأنه حقه، وهذا إجماع فيمن له وارث حاضر، (**وَإِنْ أَجَازَ فَإِجَازَتُهُ تَنْفِيذٌ**) أي: **إِمْضَاءٌ لِتَصَرُّفِ الْمُوصِي بِالزَّائِدِ، وَتَصَرُّفُهُ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مُضَافٌ لِلْمِلْكِ، وَحَقُّ الْوَارِثِ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي ثَانِي الْحَالِ فَأَشْبَهَ بَيْعَ الشِّقْصِ الْمَشْفُوعِ**، (**وَفِي قَوْلٍ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ لَغْوٌ**) أي: للنهي عنها، والنهي يقتضي الفساد.

قال ابن الرفعة: ويجيء على هذا وجه، أنه يبطل في الجميع، انتهى.

وفي «البيان» قال الشيخ أبو حامد: لم يصح الزائد قولًا واحدًا، فإن أجاز الوارث فقولان، وقال الشيخ أبو إسحاق: هل تصح الوصية لما زاد؟ قولان للمصلحة، انتهى.

وكأن فهم من اختلاف العبارتين تفاوت في الحكم وليس كذلك.

فرع: سبق الوعد به لا بدَّ أن يكون للمجيز مطلق التصرف في ماله، أما لو كان محجورًا عليه بسفه، أو جنون، أو صغر فلا عبرة بقوله، نعم لو أجاز السفيه في مرض موته، جاء الخلاف في تبرعه فيه، والمرجح الفساد، وهل نقول الوصيَّة فيما يخصه من الزائد على الثلث، أو في الكل؟ إذا كانت الوصيَّة لوارث باطلة موقوفة إلى تأهله، أو للولي ردها في الحال نيابة عنهم؟ لم أر فيه نصًا مع عموم البلوى، وقضية إطلاقهم الوقف إلى تأهله للرد والإجازة، وفيه نظر وإضرار بيِّن به، ولا سيما عند الوصيَّة بالتركة جميعًا، أو بحالتها مع حاجة الوارث، وقد يكون الموصي عينه مما هو عرضة للتلف، أو يحتاج إلى علف، ومؤنة، ولا علة له، وذكر لي عن بعض كتب الحنفية أنه حكي عن مذهبهم البطلان، وعن الشافعي الوقف إلى التأهل، فكأنه أخذه من إطلاقات الأئمة، وأما كونه نصَّ عليه فغريب، وقد أَفْتَيْتُ بالبطلان في الحال فيما لا أحصي، وهو ظاهر في الوصيَّة للوارث؛ لأن الغالب فيها قصد التخصيص، وأما في

....

غيره ففي النفس منه شيء، ولو كان الوارث رشيدًا لكنه محجور عليه بالفلس، إن قلنا: الإجازة ابتداء عطية فلا يخفى الحكم، وإن قلنا بتنفيذ فهل يصح تنفيذه؟ القياس صحته، وفيه وقفة، والأشبه المنع؛ لأنه ملكه الآن، ولم يحضرني نقل فيه.

تنبيهات:

منها: ينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث، وقدر التركة، فإن جهل أحدهما لم يصح على الثاني، وكذا على قول السفيه في الأظهر، كالإبراء من المجهول.

ومنها: لو أجاز ثم قال: كنت أعتقد قلة التركة فبانت أكثر مما ظننت، قال في «الأم» و«الإملاء»: يحلف، وتنفذ الوصيَّة في القدر الذي كان يتحققه، قالوا: فلو أقام الموصى له بينةً بأنه كان عالمًا قدر التركة عند الإجازة لزمت مطلقًا على قول التقييد، وإن كانت الوصيَّة بقيد معين مثلًا فأجازه، ثم قال: ظننت أن التركة كثيرة، وإنه يخرج من ثلثها فبان خلافه، أو ظهر دين لم أعلمه، أو بان إليَّ تلف بعضها، وقلنا الإجازة تتقيد؛ فقولان أحدهما: الصحة للعلم بالعبد، قال الروياني في «التجربة»: وهو الأظهر؛ لأن الوصية هنا بمعلوم شاهد بخلاف الوصية بنصف المال، وهو غير معلوم لا بالمشاهدة ولا بالأجزاء، والثاني: يحلف ولا يلزم إلا الثلث، كما في المبتاع، وبهذا جزم المتولي.

ومنها: إذا أجاز عالمًا بمقدار التركة، ثم ظهر وارث آخر، فقال المجيز: إنما أجزت ظنًا أني حائز والآن فقد بان أن لي شريك في التركة، وأن نصيبي منها الشطر مثلًا، لم أر فيه شيئًا، ولا شك في بطلان الإجازة في نصيب شريكه من العين وغيرها، وأما جميع نصيبه ففيه نظر ويشبه أن يقال تبطل الإجازة في نصيبه، وفي مثالنا هذا، وللموصي له تحليفه أنه لم يكن يعلم بالوارث الآخر، والله أعلم.

فرع: في وصية من لا وارث له خاصة وجوه أصحها بطلانها فيما زاد على الثلث فقط، وثانيها: إن أجاز الإمام صح كالوارث الخاص، وهو الجواب في

وَيُعْتَبَرُ الْمَالُ يَوْمَ الْمَوْتِ، وَقِيلَ: يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، ....

«الحلية» و«البحر» ورجحه القاضي الحسين، وثالثها: لا يصح شيء من ماله، ورابعها: تصح بجميع ماله، وهما شاذان، وقال الدارمي: إذا أوصى بأزيد من الثلث أمضى السلطان الثلث، ثم إن كان الزائد مما السلطان أعطاه من بيت المال أمضاه، وإلا ردَّه، وذكر العبادي والهروي وشريح الروياني بعد نقلهم الخلاف، فيمن لا وارث له(١) أنه لو أوصى مستأمن بجميع ماله صح في الجميع، وقال الثقفي: في الثلث والثلثين لورثته من أهل الحرب، وقيل: لبيت المال.

قال: (**وَيُعْتَبَرُ الْمَالُ يَوْمَ الْمَوْتِ**) لأن الوصيَّة تمليك بعد الموت، وحينئذٍ يلزم، ومنهم من قطع بهذا.

(**وَقِيلَ: يَوْمَ الْوَصِيَّةِ**) كما لو نذر التصدق بثلث ماله اعتبر يوم النذر.

قال ابن الرفعة: ويجيء وجه ثالث أن العبرة باليوم الذي يحكم للميت بملكه، وإن حدث بعد الموت بناء على أنه لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يكون له وتُقضى منه ديونه، وتُنفَّذ وصاياه.

التفريع: إن قلنا: بالأول، فزاد ماله بعد الوصيَّة تعلّقت الوصيَّة به، وكذا لو تلف ماله، ثم أفاد غيره كذا لو أوصى بألف ولا مال له، ثم استفاد مالًا، أو يعتق عبدًا من عبيده، ثم ملك عبدًا تعلقت به، قاله الماوردي وغيره: وكذا حكم الشاة ونحو ذلك، وعلى الثاني كل ذلك بخلافه، قال الرافعي: ومنهم من قطع في اعتبار القدر بيوم الموت، وخص الخلاف بمن لا يملك شيئًا أصلًا.

قلت: وهو رواية الإمام عن الشيخ أبي علي عن الأصحاب، وعبارة «تعليق» القاضي الحسين مذهب الشافعي وعامة أصحابه أنه يعتبر المال حالة الموت، ومنهم من تشوش.

وقال: يعتبر بحال الوصية، ولا خفاء أن الوصية إنما تنفذ من المال الفاضل عن الديون ومؤن التجهيز كما سبق، فلو استغرقا لم ينفذ شيء؛ لكن هل يحكم بانعقادها في الأصل حتى ينفذ لو تبرع بقضاء دينه، أو أبرئ منه؟ فيه

---

(١) في نسخة: (معين).

يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عِتْقٌ عُلِّقَ بِالْمَوْتِ، وَتَبَرُّعٌ نُجِّزَ فِي مَرَضِهِ: كَوَقْفٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْرَاءٍ.

احتمال، والظاهر الأول. واعلم أن قوة كلامهم هنا تعطي أنه لو رضي الغريم بتقديم الوصية وبقاء الدين في ذمته لم يقدم نظرًا للميت، وهو شاذ لما قلناه في مؤن التجهيز.

فائدة: سبق أنه لو طلع النخل ثانيًا في العام بعد البيع أن الطلع الثاني يكون للبائع على الأصح؛ لأنها ثمرة عام، وقياسه أن يكون هاهنا تركة، ولا يقود لها الورثة، وسبق في وضع أحد اليومين عند البائع والآخر عند المشتري خلاف، وإن المرجح أن اليوم الثاني يكون للمشتري فيكون هاهنا للورثة، وفي الفرق بين الثمرة والولد نظر للفقيه.

قال: (**يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عِتْقٌ عُلِّقَ بِالْمَوْتِ**) أي: سواء أوصى به، أو علقه في صحته، أو مرضه.

(**وَتَبَرُّعٌ نُجِّزَ فِي مَرَضِهِ: كَوَقْفٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْرَاءٍ**) لما رواه ابن ماجة من حديث أبي هريرة: «**إِنَّ الله تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ**»(١) وفي إسناده طلحة بن عمرو المكي ضعفه الأئمة، قال أحمد والشاشي: متروك الحديث، وقال أحمد أيضًا ويحيى والبخاري: ليس بشيء،

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٤، رقم ٢٧٠٩)، قال البوصيري (٣/ ١٤٣): هذا إسناد ضعيف. وأبو نعيم فى الحلية (٣/ ٣٢٢).
حديث أبي الدرداء: أخرجه أبو نعيم فى الحلية (٦/ ١٠٤). وأحمد (٦/ ٤٤٠، رقم ٢٧٥٢٢)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/ ٣٥٣، رقم ١٤٨٤). قال الهيثمي (٤/ ٢١٢): رواه أحمد، والبزار، والطبراني وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختلط.
حديث معاذ: أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٢٢٦، رقم ٣٠٩١٧)، والطبراني (٢٠/ ٥٤، رقم ٩٤) قال الهيثمي (٤/ ٢١٢): فيه عقبة بن حميد الضبي، وثقه ابن حبان وغيره وضعفه أحمد. والدارقطني (٤/ ١٥٠).
حديث أبي بكر: أخرجه الدارقطني في الأفراد كما فى أطراف ابن طاهر (١/ ٦، رقم ٢٤). وابن عدي (٢/ ٣٨٦، ترجمة ٥٠٨)، والعقيلي (١/ ٢٧٥، ترجمة ٣٣٩)، وأورده الذهبي في الميزان (٢/ ٣٢٤، ترجمة ٢١٣٥)، والحافظ في اللسان (٢/ ٣٢٤ ترجمة ١٣٢٧) جميعًا فى ترجمة حفص بن عمر بن دينار الأيلي. قال ابن عدي: أحاديثه كلها منكرة المتن والسند.

وَإِذَا اجْتَمَعَ تَبَرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وَعَجَزَ الثُّلُثُ فَإِنْ تَمَحَّضَ الْعِتْقُ أُقْرِعَ أَوْ غَيْرُهُ قُسِّطَ الثُّلُثُ.

أَوْ هُوَ وَغَيْرُهُ قُسِّطَ بِالْقِيمَةِ، وَفِي قَولٍ: يُقَدَّمُ الْعِتْقُ.

وقال البيهقي: إنه روي بإسناد شاذ عند معاذ بن جبل كذلك موقوفًا، ولو وهب في الصحة ثم أقبض في المرض فمن الثلث أيضًا، ولا أثر لتقدم الهبة بلا إقباض.

إشارة: يستثنى من قوله: «وعتق» تخيره عتق أم الولد في مرضه، فإنه يعتق من رأس المال مع أنه تبرع نُجِزَ في مرضه.

قال: **(وَإِذَا اجْتَمَعَ تَبَرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمَوْتِ وَعَجَزَ الثُّلُثُ فَإِنْ تَمَحَّضَ الْعِتْقُ أُقْرِعَ)** أي: فمن قرع عتق منه ما بقي بالثلث، وقيل: يوزع العتق عليهم كغيره وتختص القرعة بالمنجز منه؛ لأن الحديث الآتي ورد فيه، ولا نظر إلى تقدم بعض التبرعات على بعض كما في الإمضاء وهذا كله عند الإطلاق، أما لو قال: أعتقوا سالمًا بعد موتي ثم غانمًا، أو ادفعوا إلى زيد مائة ثم إلى عمرو مائة، قدم ما قدمه قطعًا، ولو دبر عبدًا عند الموت وأوصى بإعتاق آخر لم يقدم أحدهما، وقيل: المدبر؛ لأنه سبق عتقه والآخر يحتاج عتقه إلى إنشاء.

قال: **(أَوْ غَيْرُهُ قُسِّطَ الثُّلُثُ)** يعني: على الجميع باعتبار القيمة، أو المقدار، فلو أوصى لزيد بمائة ولعمرو بخمسين ولبكر بخمسين وثلث ماله مائة أعطي زيد خمسين، ولكل واحد منهما خمسة وعشرين.

قال: **(أَوْ هُوَ وَغَيْرُهُ)** أي: بأن أوصى بعتق سالم ولزيد مائة.

(قُسِّطَ بِالْقِيمَةِ) لاتحاد وقت الاستحقاق.

(وَفِي قَوْلٍ يُقَدَّمُ الْعِتْقُ)؛ لأنه أقوى لتعلق حق الله وحق الآدمي هذا في وصايا التمليك مع العتق أما لو أوصى للفقراء بشيء وبعتق عبد، قال البغوي: هو سواء، وقال أبو علي: على القولين، وصححه في «الروضة» إذا سوينا وكان العبد أقرع بينهم فيما يخصهم، والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا على القولين كالعتق، وقيل: يسوى هنا قطعًا، وهو حسن.

أَوْ مُنَجَّزَةً قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ حَتَّى يَتِمَّ الثُّلُثُ فَإِنْ وُجِدَتْ دُفْعَةً وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ كَعِتْقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ أُقْرِعَ فِي الْعِتْقِ وَقُسِّطَ فِي غَيْرِهِ.

وَإِنِ اخْتَلَفَ وَتَصَرَّفَ وُكَلَاءُ، ....

قال: **(أَوْ مُنَجَّزَةً)** أي: بأن أعتق وتصدق ووقف وأبرأ، أو وهب وأقبض ونحو ذلك.

(قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ حَتَّى يَتِمَّ الثُّلُثُ) لقوته ونفوذه؛ لأنه يقتصر إلى إجازته بخلاف ما زاد على الثلث، فإن نفوذه يتعلق بإجازتهم، وسواء اتحد جنس المتقدم والمتأخر، أو اختلف وسواء كان فيها عتق، أم لا؛ لما ذكرناه من قوة التقدم، نعم! لو وهب المريض ثم أعتق، أو جاء لي في بيع ثم أقبض الموهوب قدم العتق، والمحاباة على الهبة، ولا أثر لتقدمها بلا قبض، كما أشرنا إليه.

قال: **(فَإِنْ وُجِدَتْ دُفْعَةً وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ كَعِتْقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ أُقْرِعَ فِي الْعِتْقِ)** أي: خاصةً.

(وَقُسِّطَ فِي غَيْرِهِ) أي: باعتبار القيمة؛ لما رواه مسلم من حديث عمران ابن حصين: «**أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثًا وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال: له قولًا شديدًا**»(١) ولأن المقصود من الإعتاق التخليص من الرق وتكميل حال العتق ولا يحصل هذا الغرض مع تفاوت بعضه، والمقصود في الهبة ونحوها التمليك والتشقيص لا ينافيه.

إشارة: لو وهب للغير مَن يعتق عليه وأقبضه هل يكون كهبة الدابة مثلًا، أو كالإعتاق المنجز؟ لم أرَ فيه شيئًا، وظاهر كلامهم الأول.

قال: **(وَإِنِ اخْتَلَفَ)** أي: الجنس.

(وَتَصَرَّفَ وُكَلَاءُ) أي: بأن وكَّل وكيلًا في بيع المحاباة وآخر في هبة وآخر

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٦٨).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ قُسِّطَ، وَإِنْ كَانَ قُسِّطَ، وَفِي قَوْلٍ يُقَدَّمُ الْعِتْقُ.

وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ سَالِمٌ وَغَانِمٌ فَقَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَتَقَ وَلَا إِقْرَاعَ.

وَلَوْ أَوْصَى بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ هِيَ ثُلُثُ مَالِهِ وَبَاقِيهِ غَائِبٌ لَمْ تُدْفَعْ كُلُّهَا إِلَيْهِ فِي الْحَالِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَسَلَّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثِ أَيْضًا.

في صدقة ونحوها وتصرفوا دفعةً واحدةً.

(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ قُسِّطَ) أي: الثلث على الكل باعتبار القيمة.

(وَإِنْ كَانَ قُسِّطَ) أي: في تصرفاتهم.

(وَفِي قَوْلٍ: يُقَدَّمُ الْعِتْقُ) هما القولان السابقان بتوجيههما.

قال: **(وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ سَالِمٌ وَغَانِمٌ، فَقَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَتَقَ وَلَا إِقْرَاعَ)** لاحتمال أن يقرع سالم فيلزم إرقاق غانم فيفوت عتق سالم، وقيل: يقرع كما لو قال: أعتقكما، والخلاف فيما إذا لم يخرج من الثلث إلا أحدهما فإن خرجا منه عتقا، ولو قال: إن أعتقت غانمًا فسالم حر في حال إعتاقي غانمًا ثم أعتق غانمًا في مرضه، فالجواب كما سبق.

قال: **(وَلَوْ أَوْصَى بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ هِيَ ثُلُثُ مَالِهِ وَبَاقِيهِ غَائِبٌ لَمْ تُدْفَعْ كُلُّهَا إِلَيْهِ فِي الْحَالِ)** لأنه ربما تلف الغائب فلا يحصل للورثة مثلًا ما حصل للموصى له.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَسَلَّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثِ أَيْضًا)**؛ لأن تسلطه يتوقف على تسليط الورثة على مثل ما تسلط عليه، ولا يمكن ذلك لاحتمال سلامة الغائب فيخلص للموصى له جميع الموصى به، وهذا ما قال: في «البيان» أنه المذهب والثاني يتسلط؛ لأن استحقاقه لهذا القدر متيقن.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وهو ظاهر المذهب وليس لورثته التصرف في ثلثي الحاضر على الوجهين، قال الرافعي: فلو تصرفوا، قال السرخسي: إن بان هلاك الغائب بنينا عليه نفوذ تصرفهم، ولك أن تقول:

فَصْلٌ

إِذَا ظَنَنَّا الْمَرَضَ مَخُوفًا لَمْ يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، ....

ينبغي تخريجه على وقف العقود، قال المصنف في «الروضة»: بل ينبغي تخريجه على القولين فيما لو باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا.

قلت: وهذا مراد الرافعي، فإن هذين القولين يتسمان بذلك ولم يرد قولي بيع الفضولي لعدم الشبه.

تنبيهات: ذكر في آخر التدبير من «الغنية» في نظير المسألة فوائد ينبغي مراجعتها وتأملها مع ما أوردناه هاهنا أطلقنا أنه ليس لهم التصرف في ثلثي العين على الوجهين، وكلام الماوردي يقتضي أنه يجوز لهم الاستخدام والاتجار دون البيع، وحكاه بعضهم وجهًا، وخصص الإمام الخلاف السابق تعينه بمنع التصرف منه لتعذر الوصول إليه لخوف، أو غيره، فإن لم يمتنع؛ ليسر الوصول إليه، ففي وجوب زكاته خلاف، إن أوجبناها فلا حكم للغيبة؛ بل يسلم للموصى له الموصى به وإن لم يوجبها احتمل ألا يسلم إلا ثلثها؛ لكن يجب القطع بنفوذ تصرف الموصي؛ لنفوذ تصرفهم في مال الغائب، وذكر ابن الرفعة في باب التدبير عن القفال أن محل الوجهين في مسألتنا إذا لم يقدر الوارث على التصرف في المال في حال غيبته أما إذا كان قادرًا عليه فالمعتبر مضي زمان القدرة، انتهى.

ولا خفاء أن الوارث لو كان ببلد الغائب وهو في يده، أو يقدر على تسليمه أن العين تسلم للموصى له كحضور الغائب.

فرع: في «روضة» شريح الروياني، و«أسرار» الهروي أنه لو قال: أعطوه كل يوم مدًّا من طعام بعد موتي فإنه يعطى ليوم ويوقف جميع الباقي من الثلث فيعطى متفرقًا؛ لأنه لا يجوز أن يستحقه الوارث، وقد يدفع الباقي إلى الورثة ويسترد لكل يوم مدًّا؛ لأن في الوقف ضرر، أو قيل: يعطى لسبعين سنة، وقيل لسنة.

قال: (**فَصْلٌ: إِذَا ظَنَنَّا الْمَرَضَ مَخُوفًا لَمْ يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ**)؛ لأنه

فَإِنْ بَرَأَ نَفَذَ، وَإِنْ ظَنَنَّاهُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الْفَجْأَةِ نَفَذَ، وَإِلَّا فَمَخُوفٌ، ....

محجور عليه فيه؛ بل يكون موقوفًا.

(**فَإِنْ بَرَأَ نَفَذَ**) لأنه تبين صحة تبرعه، وأنه كان على مطلق التصرف حين التبرع ثم ما فصله هو فيما إذا لم يكن قد انتهى إلى حالة يقطع فيها بموته عاجلًا كما سيأتي بيانه، فإنه حينئذٍ لا اعتبار بأقواله ولا أفعاله؛ لأنه صار في حيز الأموات.

تنبيه: قال الإمام: لا يشترط في المرض المخوف كون الموت منه غالبًا؛ بل يكفي ألا يكون نادرًا بدليل البرسام(١). ولو قال الأطباء: هذا ظاهر المرض لا يخاف منه الموت؛ لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المخوف فالأول مخوف أيضًا، وإن قالوا: يقضي إلى المخوف نادرًا فالأول ليس بمخوف، انتهى.

وفي «فتاوى القفال» أنه لو كان يحم فزاد مرضه، فإن كانت العلة الثانية المتصلة بالحمى إنما حدثت بسبب الحمى، ومن جهة تواليها عليها، فتبرعه في زمن الحمى من الثلث، وإن حدثت العلة من وجه آخر كأن أصابه قُولَنْجُ فما تبرع منه في زمن الحمى لا يكون من الثلث.

قال: (**وَإِنْ ظَنَنَّاهُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ**) أي: فاتصل به الموت.

(**فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الْفَجْأَةِ**) أي: وذلك بأن يكون المرض مما لا يخال عليه الموت كوجع ضرس ورمد ونحوهما.

(**نَفَذَ**) أي: جميع تبرعه.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يحمل الموت على الفجأة كأنها إلى يوم، أو يومين.

(**فَمَخُوفٌ**) أي: تبينا باتصال الموت به أي: مخوف، وحكى الرافعي عن «الوسيط» من ذلك حمى يوم، أو يومين والذي فيه أنه غير مخوف، فإن دام فمخوف.

---

(١) البِرْسَام والعَتَه: نوعان من اختلال العقل والجنون، وهو معرب.

وَلَوْ شَكَكْنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفًا لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِطَبِيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ، ....

قال في «الروضة»: وقد سبق الفرق بين أن يعرف، أو لا يعرف، وفي هذه الصورة يشير إلى قوله: إن حمى يوم، أو يومين غير مخوفة، فلو اتصل بها الموت فإن كانت عطيته قبل أن يعرف فهي من الثلث، أو بعد المعرفة فمن رأس المال؛ لأن أثرها زال بالعرف، والموت بسبب آخر ذكره البغوي والمتولي، انتهى.

قال ابن الرفعة: إن في «تعليق» البندنيجي أنه إذا اتصل الموت بحمى يوم، أو يومين أنه لا أثر لذلك.

قلت: وسيأتي عن النص ويوافقه قول العمراني: فأما ما لا يخاف منه الثلث كحمى يوم، وكذا مما لا يخاف منه معاجلة الموت، فحكمه حكم الصحيح هذا نقل أصحابنا البغداديين، وقال المسعودي: أي: الاعتبار بالمآل لا بالحال فلو كان مرضًا يسيرًا فمات منه تبينًا أننا أخطأنا وأنه مخوف، انتهى. وهذا كلام الفوراني.

وقال الماوردي: حمى يوم ويومين وثلاثة غير مخوفة؛ لأنه قد يكون عن تعب الأعصاب، انتهى.

وهذا إن أرادوا به الحمى الخفيفة فذاك، وإلا وجب تقييد إطلاقهم القول بأن الحمى المطبقة مخوفة؛ إذ قضية إطلاقهم أنها لو أطبقت يومًا فمات وهي به كانت مخوفة جزمًا، ويشبه أيضًا أن ما ذكروه فيما إذا كانت في غير زمن الطاعون، فإن كانت فيه فمخوفة قطعًا، وإن لم يظهر في ظاهر الجسد شيء كما شوهد.

فرع: لو تبرع في مرض مخوف ثم قيل: لو تردى، أو غرق فمات، قال القاضي الحسين والبغوي والخوارزمي: حسب تبرعه من الثلث، كما لو مات لذلك المرض، وبه أجاب القفال في «الفتاوى» وأجاب في موضع آخر منها: أنه لا يكون من الثلث؛ لأن القتل قطع حكم المرض فأحيل الموت عليه دون المرض، وبهذا أجاب الماوردي في القتل والهدم فحصل وجهان.

قال: (وَلَوْ شَكَكْنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفًا لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِطَبِيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ) أي:

وَمِنْ الْمَخُوفِ قُولَنْجٌ، ....

مقبولي الشهادة، وقال الإمام بحثًا: أرى أن يأتي في العدد ولفظ الشهادة الخلاف في التقويم، ورده في «الروضة» ورد قول الرافعي أن يأتي هذا الخلاف من خلاف في التيمم في قبول قول المراهق، والكافر، والواحد، وفرق بفرق واضح، قال المتولي: وإنما يقبل شهادة الطبيب إذا قال: المرض مخوف، لا إذا قال: إنه غير مخوف؛ لأنها شهادة على النفي، وقضية كلام غيره القبول، وقال الدارمي: يعرف المخوف بأن يشهد عدلان من أهل النظر، فإن اختلفوا رجح بالعدد والبيان عن المعنى، فإن تساووا فقول مَن قال: مخوف، وقيل: مَن قال: غير مخوف، وقال الماوردي: وإن اختلفوا في أنه مخوف، أو غيره رجع إلى قول الأعلم، فإن استووا في العلم وأشكل الأعلم رجع إلى قول الأكثر عددًا، فإن استووا فيه رجع إلى قول من يحكم بأنه مخوف؛ لأنه علم من غامض المرض مما خفي على غيره.

إشارات: في هذا الكلام شاهد لبحث الإمام، وأنه يسلك به مسلك الخير إذ الشهادة لا يرجح فيها عندنا بالكثرة ولا بالعلمية وغيرها، ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في اختلاف جواب المفسر خلا القول بالتحيز، وسبق في البيوع خلاف في أنه يكفي في عيب المبيع قول واحد، أم لا؟ وينقدح مجيئه هنا.

وقال الماوردي: لو قالا: غالبه السلامة، أو بالعكس بعد زمن طويل فغير مخوف، ولو مات فقالا: أخطأنا فظننا أنه غير مخوف، فبان موجبًا، قيل: لو كان المرض علة باطنة بالمرأة لا يطلع عليها الرجال ثبت بأربع نسوة وبرجل وامرأتين وبرجلين، قال الإصطخري: لا تثبت إلا شهادة النسوة، وهذه الصورة واردة على إطلاق «المنهاج»، والمذكور في «التهذيب» أنه لا يثبت برجل وامرأتين، وتبعه الشيخان قد يقال: قررتم أن الموت إذا اتصل بالمرض ولم يحمل على الفجأة بان بأنه مخوف، فما فائدة الشهادة بكونه مخوفًا؟

قال: (وَمِنْ الْمَخُوفِ قُولَنْجٌ) بِفَتْحِ اللَّامِ وَكَسْرِهَا وَهُوَ أَنْ تَنْعَقِدَ أَخْلَاطُ الطَّعَامِ فِي بَعْضِ الْأَمْعَاءِ، فَلَا تَنْزِلَ وَيَصْعَدَ بِسَبَبِهِ الْبُخَارُ إِلَى الدِّمَاغِ فَيُؤَدِّيَ إِلَى الْهَلَاكِ.

وَذَاتُ جَنْبٍ وَرُعَافٌ دَائِمٌ. وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ وَدِقٌّ، ....

فإن قلت: لو قتل صاحبه، أو يؤذيه ونحوه، فهل يجري فيه ما سبق؟

قلت: يظهر أن يقال: إن أصاب من لم يعتد به فكما مرَّ، وإن كان ممن يصيبه كثيرًا، أو يعافى منه كما هو مشاهد فلا.

قال: **(وَذَاتُ جَنْبٍ)** أي: وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد بقرب القلب تنفتح إلى داخل فيجد به راحة، ويسكن الوجع، فيصل إلى قلبه فيموت، وكذلك وجع الخاصرة، وكذا القروح الحادثة في الصدر والرئة، وقال في «الكافي»: ووجع القلب ووجع الرئة.

قال: **(وَرُعَافٌ)** وهو مثلث الراء.

(دَائِمٌ) لأنه ينزف الدم ويسقط القوة وليس ابتداؤه مخوفًا إلا إذا انضم إليه أخذ أشياء.

([وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ]) أي انخراق البطن، فلا تمسك الطعام ويخرج غير مستحيل، أو يكون معه دم كثير وهو أن يخرج بشدة، أو وجع، أو تقطيع بأن يخرج كذلك ويكون متقطعًا، وقد يتوهم انفصال شيء كثير ويكون قليلًا، أو يعجله ويمنعه النوم، أو يكون معه دم، وروى المزني أنه ليس بمخوف، وأوَّلوه على دم يخرج من المخرج، بخلاف الدم الخارج من الكبد وسائر الأعضاء الشريفة فإنه مخوف.

قال: **(وَدِقٌّ)** أي: بكسر الدال، وهو داء يصيب القلب ولا تمتد معه الحياة غالبًا، وأما السل فهو داء يصيب الرئة، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار. وقال صاحب «التنجيز»: قال جالينوس في شرح «فصول بقراط»: السل هزال البدن كله الذي لا يبرأ الكائن مع حمى دقيقة فيسبب قرحة في الرئة، انتهى.

وأخذ صاحب «التنجيز» من هذا الكلام ترجيح أنه غير مخوف مطلقًا، وأطلق في «المختصر» أنه ليس بمخوف فأخذ بإطلاقه كثيرون حتى قال الحنَّاطي: ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره، قالا: وهو الأشبه بأصل المذهب، وقال جماعة: إنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه، وعزاه العمراني

وَابْتِدَاءُ فَالِجٍ، وَخُرُوجُ طَعَامٍ غَيْرَ مُسْتَحِيلٍ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ، أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ، وَحُمَّى مُطْبَقَةٌ أَوْ غَيْرُهَا إِلَّا الرِّبْعَ، ....

إلى العراقيين، وعكسه البغوي وهو غريب.

قال: **(وَابْتِدَاءُ فَالِجٍ)** وسببه غلبة البلغم والرطوبة، فإذا هاج ربما أطفأ الحرارة الغريزية وأهلك، فإن استمر فليس بمخوف، سواء كان معه ارتعاش أم لا، وقال القاضي الحسين: لو استمر البلغم واسترخت الأعضاء وعجزت، فمخوف، وعن ابن داود مِن اعتبار أنه نوعان: أحدهما: يرخي الأعضاء من رطوبة، أو بلغم فهو مخوف، والثاني: يجز العضو من غير استرخاء فيه، فليس بمخوف؛ لأنه يطول.

قلت: ولم يثبتوا مدة ابتدائه، والمرجع فيه إلى الإبطاء، وقد يقال: ما لم يقف فهو مخوف.

قال: **(وَخُرُوجُ طَعَامٍ غَيْرَ مُسْتَحِيلٍ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ)** وَيُسَمَّى: الزَّحِيرَ، **(أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ)** أي: من الكبد ونحوه؛ لأنه يسقط القوة، وكان الأحسن ذكر هذا إثر قوله: «**وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ**» فإنه من تتمته كما سبق، وكذا صيغ في «المجرد» وغيره.

قال: **(وَحُمَّى مُطْبَقَةٌ)** يعني: لازمة لا تبرح، والظاهر أن المراد بهذا الإطلاق إذا جاوز الإطباق اليوم واليومين كما تقدم؛ لأن إطباقها يذهب القوة التي هي قوام الحياة، وقيل: إنها من أولها مخوفة، فعلى المذهب لو اتصل الموت بحمى يوم، أو يومين قبل أن تعرف مخوفة، وإن تخلل عرق؛ فيصرفه من رأس المال وقد تقدم هذا وغيره.

قال: **(أَوْ غَيْرُهَا)** أي: كالورد: وهي التي تأتي كل يوم وتذهب، والْغِبِّ: وهي التي تأتي يومًا بعد يوم، وقد جزم بها في «المجرد» وسيأتي ما قيل فيها، والثلث: وهي التي تأتي يومين وتنقطع في الثالث، والأخوين: وهي التي تأتي يومين وتنقطع يومين وفيها شيء سيأتي.

قال: **(إِلَّا الرِّبْعَ)** وهي التي تأتي يومًا وتنقطع يومين لأنها تقوى في يومي

……

الإقلاع ويسميها العامة المثلثة، وقد أدرج المصنف في كلامه الغب وبه صرح في «المجرد»؛ لكنه في «الشرحين» أرسل فيها وجهين بلا ترجيح، وبكونها غير مخوفة أجاب القضاة البندنيجي، وأبو الطيب، والماوردي، والحسين، والروياني في «الحلية»، وكذا سليم في «المجرد» والإمام والغزالي في «البسيط» وصاحب «الشامل» وغيرهم، ونقله أبو الطيب في «المجرد» عن النص ولفظه قال الشافعي: والحمى إن كانت يومًا أو يومين فليس بمخوف، وإن دامت ولزمت إن كانت مطبقة فهي مخوف، وإن كانت ربعًا أو غبًّا فليست بمخوفة إلا أن تكون معها وجع، وقال الشافعي في «الأم»: إلا أن يكون معها وجع مخوف، وهو أصح مما نقله المزني؛ لأن الوجع إذا لم يكن مخوفًا لا تصير الحمى مخوفة، انتهى.

وذكر بعض علماء العصر أن مقتضى نص «الأم»، و«المختصر» أنها مخوفة؛ لأنه لم يستثن فيها إلا الربع، بل قال بعد استثنائه الربع: فما أعطى الذي استمرت به حمى الربع، وهو في حمَّاة فهو كعطية الصحيح، وكما أعطى من به حمى غير ربع فعطية مريض، انتهى.

فحصل قولان وتوسط المتولي، فقال: إن امتدت فهي مخوفة وجزم الرافعي وغيره كما سبق بأن حمى الأخوين مخوفة، وقال المتولي: كالغب وهو غريب.

واعلم أن الشافعي قال في كتاب الطلاق من «البويطي» في حُمَّى الرِّبْعِ: والأغلب منها أنها غير مخوفة إلا أن تصيبه فيكون صاحب فراش، انتهى. وهذا النص يفيد إطلاق الأئمة أنها غير مخوفة.

فرع: ومن الأمراض المخوفة البرسام ابتداءً ودوامًا، قاله: الماوردي، وهو مرض يرتفع إلى الدماغ يغير العقل ويهذي، ومنها هيجان الدم فهو مخوف، وإن لم يغير العقل نصَّ عليه الشافعي.

ومنها: هيجان الصفراء والبلغم والدم بِأَنْ يَثُورَ وَيَنْصَبَّ إِلَى عُضْوٍ كَيَدٍ

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالْمَخُوفِ أَسْرُ كُفَّارٍ اعْتَادُوا قَتْلَ الْأَسْرَى، وَالْتِحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ، وَتَقْدِيمٌ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ، وَاضْطِرَابُ رِيحٍ، وَهَيَجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبِ سَفِينَةٍ، وَطَلْقُ حَامِلٍ، وَبَعْدَ الْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلْ الْمَشِيمَةُ.

وَرِجْلٍ فَيحمَرُّ وَيَنْتفِخ، قال الماوردي: وهيجان السوداء في الأغلب غير مخوف، ويفضي إلى حكمه ويثور ويغير العقل، نسأل الله تعالى العافية.

ومنها: قال الشافعي: والطاعون مخوف حتى يذهب، قال الرافعي: وفسره بعضهم بما ذكرنا من انصباب الدم على عضو، وقال: أكثرهم: إنه هيجان الدم في جميع البدن وانتفاخه، وقال المتولي: هو قريب من الجذام من إصابة ما تأكلت أعضاؤه وسقط لحمه، وقال عياض المالكي: هي قروح تخرج في الجنب وغيره لا يمكث صاحبها غالبًا إذا وقعت، وقال غيره: هو المرض العام، والوباء الذي يفسد الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان، وما ذكره عياض هو ما شاهدناه في حدود خمسين وسبعمائة، وهذه تفسيرات لأنواع لا خلاف فيها، وإذا وقع الطاعون ببلد فمخوف في حق من أصابه قطعًا، وكذا في حق من لم يصبه ممن بها على الأصح هكذا أطلقوه، وفي «الكافي»: إن أصابه فمخوف، وإذا وقع في البلد في أمثاله فهو مخوف على أصح الوجهين، فقوله: «في أمثاله» قيد حسن لا بدَّ منه على ما شاهدناه، وقد تختلف الطواعين الواقعة في كل عصر، فيعتبر الحال في كل وقت بحسبه، وأما الجرب والصداع اليسير كما قيده في «الوسيط» ونحوهما فليس بمخوف، وأطلق الرافعي الصداع غير مخوف، ولم أر تصريحًا بالجدري، وقضيه كلامهم أنه مخوف مع أن الغالب منه السلامة.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَلْحَقُ بِالْمَخُوفِ أَسْرُ كُفَّارٍ اعْتَادُوا قَتْلَ الْأَسْرَى وَالْتِحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ، وَتَقْدِيمٌ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ، وَاضْطِرَابُ رِيحٍ، وَهَيَجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبِ سَفِينَةٍ، وَطَلْقُ حَامِلٍ، وَبَعْدَ الْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلَ الْمَشِيمَةُ**) الشرح: لما ذكر طرفًا من الأمراض المخوفة أردفه بأمور تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف:

أولها: أسر كفار اعتادوا قتل من أسروه إما تدينًا أو حنقًا وعادةً وغيرها، وينبغي ألا يتقيد ذلك بأسرانا بل لو أسرت اليهود والنصارى أو بالعكس أو

....

النصارى مثلهم كان الحكم كذلك، وينبغي أيضًا أنه لو اعتاد البغاة والقطاع منا قتل من أسروه أن يكون الحكم كذلك، وإن خلائق من أهل البدع يستحلون دماء مخالفيهم كما نصَّ عليه الشافعي في «الشهادات»، وحينئذٍ لك أن تجعل قوله: «كفار» مثالًا لا قيدًا؛ لأنه الغالب.

ثانيها: التحام القتال بين المتكافئين زاد في «الروضة» أو قريبين من التكافؤ، وسواء كان الفريقان مسلمين وكفارًا أو مسلمين.

قال: ولا خوف قطعًا إذا لم تلتحم الحرب، ولم يختلط الفريقان، وإن كانا مترامِيان بالنشاب والحراب، انتهى. وهذا موضع تأمل.

ثالثها: التقديم للقصاص، قال الدارمي: في نفس أو ما هو مخوف. انتهى، أو قدم لرجم أو كان في سفينة فاشتدت الريح، وهاجت الأمواج، فالمحكي عن نصه في الأسرى والتقاء العدو وصورة السفينة أن لها حكم المخوف، وعن نص «الإملاء» في صورة القصاص المنع، فحصل فيها طريقان أصحهما: على قولين أظهرهما: إلحاقها بالمخوف، والثانية: تقرير النصين، والعرف توقع الرحمة والعفو من المقتص طمعًا في الثواب أو المال، وقيل: إن غلب على الظن اقتصاصه لشدة حقد أو عداوة قديمة فمخوف، وإلا فلا، وأما تقديمه للرجم في الزنا أو القتل في قطع الطريق، قال في «الروضة»: فهو كالتحام القتال فعلى طريق يقطع بأنه مخوف، وعلى طريق: قولان.

وقيل: إن ثبت الزنا بالبينة فمخوف بخلاف الإقرار لاحتمال الرجوع.

قلت: وهل يتقيد المخوف في المرجوم والمحارب المتحتم قتلهما بالبينة الظاهرة الدلالة بمجرد قيامها، وحضور المحارب في قبضة الإمام أو بعد الاعتداء عليه، وعدم إيذائه دفعًا، فيه نظر والأشبه أنه لا يعتبر ذلك في جريان الخلاف، وترجيح الخوف وإن بعد الأعداء بحسب القطع بالخوف، ولا خفاء أن الكلام في راكب السفينة إذا لم يقطع بعرفه، وأما ذلك ففي حيز الموتى، وقضية إطلاقهم أنه لا فرق في راكبها بين من يحسن السباحة وغيره، وفيه نظر

……

ولا سيما الماهر بها، القريب من الساحل، وهل راكب الأنهار العظام كالنيل والفرات في ذلك كراكب البحر؟ ظاهر كلام «الكتاب» نعم، وبعضهم يصورها في راكب البحر، وأجرى الماوردي القولين فيمَنْ أَدْرَكَهُ سَيْلٌ أَوْ نَارٌ أَوْ أَفْعَى قَتَّالَةٌ أَوْ أَسَدٌ، وَلَمْ يَتَّصِلْ ذَلِكَ بِهِ لَكِنَّهُ يُدْرِكُهُ لَا مَحَالَةَ، أَوْ كَانَ بِمَفَازَةٍ وَلَيْسَ ثَمَّ مَا يَأْكُلُهُ وَيَشْرَبُهُ، وَاشْتَدَّ جُوعُهُ وَعَطَشُه، وفي «مجرد» القاضي أبي الطيب: إذا قطعت يده في سرقة أو قصاص، قيل: فيه وجهان.

قال: ولا معنى لتخرج الوجهين، وإنما يرجع فيه إلى أهل النظر، انتهى.

ويظهر أن يقال: إن بقي حيًّا متألمًا حتى مات، ولم يظهر ما يحال عليه الموت غيره حكمنا بأنه مخوف، وكذا سائر الجراحات الموجبة للقود، وإلا فلا، والله أعلم.

وقال في «الروضة»: إن كانت الجراحات على مَقْتَلٍ، أو نافذة إلى مخوف، أو في مَوْضِعٍ كَثِيرِ اللَّحْمِ، أَوْ حَصَلَ مَعَهَا ضَرَبَانٌ شَدِيدٌ، أَوْ تَآكُلٌ، أَوْ تَوَرُّم فهي مخوفة، وإلَّا فلا، وقيل: الورم وحده لا يجعلها مخوفة بل يشترط معه التآكل، انتهى.

رابعها: طلق الحامل نقلا فيه قولين لا غير، أظهرهما: أنه مخوف، قالا: ويبقى الخوف بعد الوضع إلى انفصال المشيمة، فإذا انفصلت زال الخوف، إلا إذا حصل من الولادة جراحة أو ضربان شديد أو ورم.

تنبيهات:

منها: كلامه يفهم لعلة قاطعة بأن الطلق مخوف، ولم أرها، بل حُكي عن بعض أصحابنا أنه إنما يخاف منه في الأبكار والأحداث، وأما من توالت ولادتها من كبار النساء فغير مخوف لغلبة السلامة، انتهى. وهو حسن غريب.

ومنها: كلامه ربما أفهم أنه لا فرق بين وضع الولد الكامل وغيره، وأطلق به ولو مضغة، وفي أصل «الروضة»: أن إلقاء العلقة والمضغة لا خوف فيه، قاله: الشيخ أبو حامد وابن الصباغ، وقال المتولي: هما كالأولاد، وزاد: إن

فَصْلٌ

وَصِيغَتُهَا أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا أَوْ ادْفَعُوا إِلَيْهِ أَوْ أَعْطُوهُ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ أَوْ هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي، ....

الأصح أو الصحيح أنه لا خوف فيهما، ونقله القاضي أبو الطيب في «تعليقه» عن الأصحاب، قالوا: لأنه أسهل خروجًا من الولد، انتهى. وبه أجاب القاضي الحسين.

وفي «الحاوي»: إذا وضعت الولد لدون ستة أشهر ولم يتحرك فليس بمخوف، وإن كان بعد حركته، فالظاهر من الوجهين أنه مخوف خلافًا للشيخ أبي حامد، وهذا ما نقله العمراني عن الأصحاب، وأما ما نقله الشيخ عن «تعليق» أبي الطيب عن الأصحاب فنقله أيضًا عنهم في «المجرد» ثم قال: وهذا غلط، ولم يذكره الشافعي؛ لأن عند النساء أن الطلق هذا أشد، ويرى الدم منه كثير، وإن كان خروجه أسهل، انتهى.

ويعضده قول الشافعي في «الأم» سواء ضربها الطلق للولادة، أو للإسقاط.

واعلم أن ما نقله في «الروضة» عن المتولي أن إلقاء العلقة والمضغة كالولادة سهو وإنما قاله المتولي في المضغة، وصرَّح بأن إلقاء العلقة ليس بمخوف، ونقله الرافعي عنه على الصواب، ولم لا يقال هنا: يرجع إلى العوائد في كون ذلك مخوفًا أم لا، كما قاله: أبو الطيب في قطع اليد تقريبًا، وموت الولد في البطن مخوف، وفي بعض نسخ «التتمة»: أنه غير مخوف، والوجه مراجعة الأطباء فيه، أو يقال: إن كان معه وجع شديد ونحوه فمخوف، وإلا فلا.

فَصْلٌ

قال: (وَصِيغَتُهَا) أي: صيغة الوصية.

(أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا أَوْ ادْفَعُوا إِلَيْهِ، أَوْ أَعْطُوهُ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ، أَوْ هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي) قال الإمام: أي: وهذه صرائح.

ومنها: **مَلَّكْتُهُ لَهُ، أَوْ وَهَبْتُهُ لَهُ، أَوْ حَبَوْتُهُ بِهِ بَعْدَ مَوْتِي،** قال الإمام: وكذا

فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى هُوَ لَهُ فَإِقْرَارٌ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي فَيَكُونُ وَصِيَّةً، وَتَنْعَقِدُ بِكِنَايَةٍ، وَالْكِتَابَةُ كِنَايَةٌ.

لو قال: سلموه إليه أي: بعد موتي، وفي هذا وقفة، ولا بدَّ في كل مثال مما ذكرناه من الإضافة إلى الموت كما ذكره المتولي، وإن كان الإمام وغيره لم يذكروه إذ لا تصير هذه الصيغ ونحوها صرائح في الوصية إلا بذلك، نعم لو قال: أعطوه من مالي كذا كفى، صرح به بعضهم، أما مجرد الأمر بالدفع أو الإعطاء فلا، وذكر الشيخان أنه لو قال: أعطوه كذا ولم يقل: من مالي كذا كان وصية صحيحة على الأصح، وجعله المتولي المذهب، وجزم البغوي بمقابله، وبه أجاب القفال في «الفتاوي» فقال: في جميع أنواع ما يوصى به أنه لا بدَّ أن يقول: من مالي أو من ثلثي، وإلا كان لغوًا، انتهى.

والظاهر أن هذا خلاف في أنه صريح أو كناية، ويشبه أن يرجح أنه كناية إلا حيث تدل قرينة ظاهرة حالية، أو لفظية أنه أراد من ماله، أما لو قال من لا يملك شيئًا: أعطوا فلانًا كذا ونحوها الصراحة بعيدة من هذا، وإن حصل له بعد ذلك مال بإرث أو غيره.

قال: (**فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى** قوله: **هُوَ لَهُ فَإِقْرَارٌ**) عملًا بظاهر لفظه، وليس بكناية وصية. (**إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي فَيَكُونُ وَصِيَّةً**):

قلت: ظاهر كلامه أنّه صريح، وقضية كلام «المجرد» وبه صرح في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها أنه كناية، وكان الوجه أن يقول: فهو كناية.

قال: (**وَتَنْعَقِدُ بِكِنَايَةٍ**) أي: بالنون من كنى كالبيع، وأولى لقبولها التعليق بالإقرار؛ ولهذا قال في «الروضة»: بلا خلاف، وبه يشعر كلام الرافعي، فمنها عينت هذا لـ«زيد»، أو عبدي هذا له ونحوهما.

قال: (**وَالْكِتَابَةُ**) أي: بالتاء من كتب كتابةً، كما في البيع وأولى، والذي وقفت عليه في «المحرر» والأظهر انعقاد الوصية بالكناية والكتابة.

(**كِنَايَةٌ**) فعجبت من إشارته إلى خلاف في الكناية بالنون، ولم أره في كلامهم حملته على إرادة الكتابة بالتاء وأنها كناية، ويؤكد ذلك أنه في الشرح

وَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ بَلَا قَبُولٍ، ....

لما فرع من تقرير انعقادها بالكتابة، قال: ولو كتب إني أوصيت لفلان بكذا، قال في «التتمة»: لا إذا كان ناطقًا، كما لو قيل: أوصيت لفلان بكذا، فأشار أن نعم، ثم أبدى انعقادها بالكتابة بحثًا، قال: لأنها بمثابة كنايات الألفاظ، وسبق في البيع في انعقاد البيع ونحوه بها، فإن كتب وقال: نويت الوصية لفلان واعترف الورثة به بعد موته وجب أن يصح، انتهى.

وطرحت «الروضة» هذا البحث وليس بجيد؛ بل هو الوجه إذا اعترف بنية الوصية، أو صدق الورثة على ذلك، وقد نص الشافعي على انعقاد البيع بالمكاتبة كما مر، وظاهر كلام «التتمة» هنا أن البيع لا ينعقد بذلك؛ لأنه وجه المنع؛ بأن الوصية عقد؛ والعقود لا تنعقد إلا بالعبارة وفي حق القادر على العبارة قال: وهكذا لو قال إنسان بين يديه: أوصيت لفلان بكذا، فقال: نعم، لا يحصل بذلك وصية؛ لأنه لم يوجد منه لفظ بالعقد، انتهى.

وسبق في البيع أن الأصح أن هذا إيجاب صحيح فيه، فالوصية أولى بالصحة، فاعلم، وبهذا جزم الماوردي واقتضاه إيراد البغوي والروياني، والمتولي جازم هناك ويمنع الانعقاد لشيخه وغيره، وعلى هذا ينبغي أن يكون مقرًا بالوصية، ولا شك فيه إذا أتى السائل بهمزة الاستفهام.

فروع: لو اعتقل لسانه صحت الوصية بإشارة مفهمة وبالكتابة، كما تنعقد الوصية بإشارة الأخرس المفهمة وكتابته قطعًا، ويحتمل أن يجيء وجه في اعتبار الإشارة مع الكتابة كما قيل به في إطلاقه، ولا تكفي الكتابة من غير إشهاد عليها على الأصح، ولو أشهدهم أن هذا الكتاب خطه، وما فيه وصية، ولم يطلعهم على ما فيه، قال الرافعي: فجواب عامة الأصحاب أنه لا يعمل به.

وقال محمد بن نصر المروزي: يكفي الإشهاد عليها مبهمًا.

قال المتولي: ولو قيل للناطق: أوصيت لفلان بكذا، فأشار أن نعم، لم يصح، قال ابن الرفعة: وهو المشهور.

قال: (**وَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ بَلَا قَبُولٍ**) أي:

أَوْ لِمُعَيَّنٍ اُشْتُرِطَ الْقَبُولُ. وَلَا يَصِحُّ قَبُولٌ وَلَا رَدٌّ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي، ....

لتعذره منهم وهذا يقتضي أنه لو أوصى لفقراء بلدة وكانوا محصورين أنه يعتبر قبولهم كالمعين.

قال: (**أَوْ لِمُعَيَّنٍ اُشْتُرِطَ الْقَبُولُ**) أي: كالهبة، قال الرافعي: ويجيء فيه خلاف من قولنا: إنه يملك بالموت.

قلت: وبهذا قال في «الروضة»: المذهب اشتراط القبول، انتهى.

ويحتمل أن يقال: هنا يكفي القبول من المعين بالأخذ كما في الهدية والصدقة ولا يشترط لفظ، ولا سيما إذا قال: أعطوا هذا لزيد وسلموه إليه بعد موتي، ففعلوا، فأخذه؛ بل ينبغي أن يرجح الاكتفاء بذلك **وَلَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِمَحْجُورٍ عَلَيْهِ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ**، وهل يلزمه قبولها؟ مرَّ في الهبة في ذلك كلام.

إشارة: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالْمُعَيَّنِ الْآدَمِيَّ أَمَّا لَوْ كَانَتْ لِمُعَيَّنٍ غَيْرِ آدَمِيٍّ كَمَسْجِدٍ فَهَلْ نَقُولُ: نَاظِرُ الْوَقْفِ كَالْوَلِيِّ أَوْ يَكُونُ كَالْوَصِيَّةِ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ؟ لَمْ يَحْضُرْنِي فِيهِ نَصٌّ وَالثَّانِي أَقْرَبُ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِلْخَيْلِ الْمُسَبَّلَةِ بِالثُّغُورِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ قَبُولٌ وَلَا رَدٌّ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي**) إذ لا حق له قبل الموت، وأما القبول بهذا الموت فصحيح، وأما الرد فإن كان قبل القبول صح، وإن ملكناه فالموت على قوله، ويدخل في ملك الوارث من حيث الرد، قاله القاضيان أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما، وإن رد بعد قبول وقبض لم يصح، وإن رد بعد القبول وقبل القبض، قال الشيخان: لم يصح على الأصح، وهو الأقيس، وذكر الإمام قبيل نكاح المريض أن العراقيين أوقفوه وحكوا معه وجهًا ضعيفًا لا مستند له من أثرٍ ولا معنى، ولست أعتد به.

قلت: وليس كما حكي؛ بل هو المذهب في «تعليق» البندنيجي، والأصح في غيره من كتبهم وظاهر نص «الأم».

وفي «البيان» إنه المنصوص، وفي «مجرد» القاضي أبي الطيب أنه المذهب الصحيح، وقد نص عليه في «الأم» فقال: إذا قبله فقد ملكه، فإن رده

وَلَا يُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ الْفَوْرُ.

صح ويرجع إلى الورثة على فرائض الله تعالى، انتهى.

والمذهب نقله، وقال الروياني في «التجربة»: المنصوص أنه يصح الرد؛ لأنه لم يملكه ملكًا مستقرًا كما لو وقف عليه صيغة، فلما بلغه الخبر ردها صح الرد، فإن ملك الموقوف عليه المنافع بالوقف وكان الرد بمنزلة موته، ويخالف ما بعد القبض كما يخالف في الوقف وغلط من قال: غيره، انتهى. والفرق مبني على أن القبول في الوقف راجع إلى العلة.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ الْفَوْرُ**)؛ لأنه من شروط العقود الناجزة التي يعتبر بها ارتباط القبول بالإيجاب، وقيل: يعتبر الفور بعد علمه كالهبة، حكاه ابن كج، وقيل: يمتد ثلاثة أيام، ذكره في «البحر».

وفي «الحاوي»: إن لم يعلم بحقه في القبول باقٍ إلى أن يعلم فإذا علم عند إنفاذ الوصايا، وقسمة التركة فقبوله على الفور، فإن قبل وإلا بطل حقه من الوصية، فأما بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أنه على التراخي، فيمتد ما لم يصرح بالردِّ حتى تنفذ الوصايا، أو تقسم التركة ثم نقل ما رواه ابن كج.

إشارة: ما سبق هو في الوصية للرشيد فالوجه أنه إن كان الحظ له في الرد رد الولي، أو في القبول، وفي تأخيره ضرر عليه لحاجته، أو فوات علة، أو ثمرة، أو دار، أو فساد العين ونحوها بعد المبادرة، وليس له التأخير بلا عذر إذا قلنا: يلزمه القبول له.

فرع: هل يقوم رهن الموصى له بالعين مقام القبول؟ حكى الإمام في كتاب الرهن فيه أوجه ثالثها يكون قبولًا، ولا يصح الرهن.

قال ابن الرفعة: ويظهر جريانها في كل تصرف في معنى الرهن أو أقوى منه، كالبيع ونحوه، انتهى.

وينبغي أن يكون موضع الصحة إذا علم بأنه الموصى له به ليكون تصرفه متضمنًا للقبول، أو بخروجه فارق بين العالم بالحال وغيره.

فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَهُ بَطَلَتْ أَوْ بَعْدَهُ فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ.

وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ بِمَوْتِ الْمُوصِي أَمْ بِقَبُولِهِ أَمْ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ قَبِلَ بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ، وَإِلَّا بَانَ لِلْوَارِثِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا الثَّالِثُ، وَعَلَيْهَا تُبْنَى الثَّمَرَةُ، وَكَسْبُ عَبْدٍ حَصَلَا بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ، وَنَفَقَتُهُ وَفِطْرَتُهُ، وَنُطَالِبُ الْمُوصَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ وَرَدِّهِ.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَهُ بَطَلَتْ**) أي: قبل الموصي، بطلت كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ**)، أي: على المشهور؛ لأنه فرعه فقام مقامه في القبول كالشفعة، فإن لم يكن الوارث أهلًا لصغرٍ أو غيره، فحكم قبول وليّه ما ذكرناه، وحُكي قول أنها تبطل، ووجه أنه ليس للوارث القبول إذا كان الموصي به ممن يعتق على الميت، رواهما ابن الرفعة، وهما شاذان.

قال: (**وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ بِمَوْتِ الْمُوصِي أَمْ بِقَبُولِهِ أَمْ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ قَبِلَ بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ، وَإِلَّا بَانَ لِلْوَارِثِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا الثَّالِثُ**) لأنه لا يمكن جعله للميت؛ لأنه لا يملك ولا للوارث؛ لأنه لا يملك إلا بعد الوصية والدين، ولا للموصي وإلا لما صح رده كالإرث فتعين وقفه مراعاةً، ووجه الأول بأن منهم مَن لم يثبت التشبيه بالإرث والتدبير، ووجه الثاني أنه تمليك بعقد فيوقف على القبول كالبيع، فعلى هذا الثاني الملك قبل القبول للوارث لا للميت على الأصح، ولو أوصى بإعتاق عبد معين بعد موته فالملك فيه للوارث إلى عتقه بلا خلاف؛ لأنه ليس تمليكًا، قاله: في «الروضة».

قال: (**وَعَلَيْهَا**) أي: وعلى هذه الأقوال.

(**تُبْنَى الثَّمَرَةُ وَكَسْبُ عَبْدٍ**) أي: مثلًا.

(**حَصَلَا بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ، وَنَفَقَتُهُ وَفِطْرَتُهُ**) أي: إن قلنا: بالأول فالثمر والكسب للموصي له كالإرث وعليه النفقة والفطرة، وإن قلنا: بالثاني فلا شيء له ولا عليه قبل القبول أو بالأظهر فموقوفة، فإن قيل: فله وعليه وإلا فلا.

قال: (**وَنُطَالِبُ الْمُوصَى لَهُ بِالنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ وَرَدِّهِ**) أي: يلزم بها

فَصْلٌ

إِذَا أَوْصَى بِشَاةٍ تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ الْجُثَّةِ، وَكَبِيرَتَهَا سَلِيمَةً، وَمَعِيبَةً ضَأْنًا وَمَعْزًا، وَكَذَا ذَكَرٌ فِي الْأَصَحِّ ....

بعد طلب الوارث، أو من يقوم مقامه من ولي ووصي القبول أو الرد كما لو امتنع مطلق إحدى زوجتيه من التعيين، فإن لم يقبل ولم يرد خيره الحاكم بينهما، فإن لم يفعل حكم عليه بالإبطال كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء.

قلت: وينبغي أنه لَوْ امْتَنَعَ الْوَلِيُّ والوصي مِنْ الْقَبُولِ لِمَحْجُورِهِ مُتَأَوِّلًا وَكَانَ الْحَظُّ لَهُ فِيهِ فَالْمُتَّجِهُ أن الحاكم يقبل ذلك للمحجور عليه ولا يحكم بالإبطال، وهذا ظاهر كلامهم في التصرف لنفسه، وقولي مُتَأَوِّلًا؛ لأخرج المعاند، فإنه ينعزل عند القاضي الحسين بذلك.

فرع: استثني فيمن أوصى بوقف شيء فتأخر وقفه بعد موته، فهل يكون للوارث أو للمستحق الوقف؟ أفتى بعض العصريين بالأول وهو الأشبه وبعضهم بالثاني وهو قريب من كسب العبد الموصى بعتقه قبل العتق.

قال:

(فَصْلٌ

إِذَا أَوْصَى بِشَاةٍ) أي: وأطلق.

(تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ الْجُثَّةِ وَكَبِيرَتَهَا سَلِيمَةً وَمَعِيبَةً ضَأْنًا وَمَعْزًا) أي: لصدق الاسم كما ذكره.

قال: **(وَكَذَا ذَكَرٌ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه اسم جنس كالإنسان وليست الهاء به للتأنيث، بل للوحدة ولفظ الشاة يذكر ويؤنث، وبهذا جزم القاضي الحسين والبغوي، وقال الإمام: إنه المذهب وعزاه الحناطي إلى الأكثرين، والثاني: لا وهو المنصوص.

قال في «الأم»: لا يدخل الذكر، وإنما هو للإناث بالعرف، ولا يعطي تيسًا، وأشار إليه في «المختصر» وزيف القاضي أبو الطيب في «تعليقه» الأول، واقتصر في «المجرد» على المنصوص وصرح كثيرون من العراقيين بترجيحه،

لَا سَخْلَةٌ وَعَنَاقٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ لَغَتْ، ....

واقتضاه كلام بقيتهم أو أكثرهم، وهو المذهب.

إشارة: لا خفاء أن الشاة لغةً مطلق على الضأن، والمعز، وكذلك الغنم، وقد اشتهر في عرف «الشام» أو أكثره، والغنم للضأن خاصة، كما أن النعاج للضأن فقط، فيجب أن الموصي إذا كان ممن عرفهم، كذلك أن يحمل إطلاقه الشاة على النصاب خاصة، ولو قال: اشتروا له شاة، نقل البغوي أنه لا يجوز شراء معينة ثم أبدى فيه احتمالًا، وهو ما نسبه الإمام إلى المعتبرين في قوله: اشتروا له عبدًا من مالي، وهو الأقرب إلى كلام الكتاب.

قال: (**لَا سَخْلَةٌ وَعَنَاقٌ فِي الْأَصَحِّ**) وعلله القاضي الحسين بأن اسم الشاة لا يقع عليهما، وكأنه يريد عرفًا، والثاني: يتناولهما، وبه قال الأكثرون ومنهم العراقيون على ما رأيته في كتبهم، وهو ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» وعليه جرى الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المختصر».

وقال الغزالي في «البسيط»: ذكر الصيدلاني في «مجموعه» من عند نفسه أن السخلة[1] لا تجزئ، فإنها لا تسمى شاةً، وحمل إطلاق الشافعي على صغر الجثة، والأصحاب بحملهم على خلافه، وهو تلخيص من «النهاية» لإمامه، ومما ذكرته بين ذلك أن الجمهور من الطريقين على إجزاء السخلة لا الذَّكر.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ لَغَتْ**)؛ لأنه هوس، وهذا إذا لم يكن له غنمٌ يوم موته على الأصح، كما سبق من اعتبار المال، لا كما يتبادر من إطلاق المصنف من أنه لا غنم له حالة الوصية، ثم إن كان له غنم، وفيها صغار، وكبار، وذكور، وإناث، فعلى ما سبق من الوفاق والخلاف، وإن تمحضت إناثًا أو ذكورًا تعين الإعطاء منها.

قال الرافعي: وقياس من يقول: اسم الشاة لا يطلق على الذكر أن تبطل الوصية إناث ونزلنا الإطلاق على الأنثى، ثم تمحضت عند موته ذكورًا، أو لم

---

(١) السخلة: اسم للمولود ساعة يولد من أولاد الضأن والمعز جميعًا ذكرًا كان أو أنثى.

وَإِنْ قَالَ: مِنْ مَالِي أُشْتُرِيَتْ لَهُ، وَالْجَمَلُ وَالنَّاقَةُ يَتَنَاوَلَانِ الْبَخَاتِيَّ وَالْعِرَابَ لَا أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، وَالْأَصَحُّ تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً ....

يكن له غنم أصلًا، ثم ملك بعد الوصية ذكورًا لا غير فظهر في هذين القول بإلغاء الوصية، ولم يذكر الرافعي احتمالًا فيما لو تمحضت صغارًا.

فرع: أوصى بشاة من شياهه، ولم يكن له إلا الظباء، فهل يعطى منها لصدق الاسم لغةً؟ فيه وجهان، قال: المصنف ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحدٍ منها، انتهى.

وبه جزم في «البيان» ونقله في موضع آخر عن الأصحاب، وجزم غيره بمقابله، وصححه ابن الرفعة، ويشبه أن الخلاف فيما إذا كان الموصي ممن يعلم صدق الشاة عليها لغةً، ويحتمل أن يقال: إنه إذا كان ممن يطلق عليها ذلك أن تنزل الوصية عليها قطعًا.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: مِنْ مَالِي**) ولا غنم.

(**أُشْتُرِيَتْ لَهُ**) ما يتناوله الاسم على ما سبق بيانه بما فيه.

قال: (**وَالْجَمَلُ وَالنَّاقَةُ يَتَنَاوَلَانِ الْبَخَاتِيَّ وَالْعِرَابَ**)؛ لصدق الاسم.

(**لَا أَحَدُهُمَا الْآخَرَ**)، أي: لا يتناول الجمل الناقة ولا عكسه؛ لأن لفظ الجمل للذكر والناقة للأنثى، قاله: الأزهري وغيره.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً**)؛ لأنه اسم جنس لغةً، وسمع: حلبت بعيري وغيره هذا ما ذكره الرافعي، أنه الأظهر عن الأصحاب، وعزاه القاضي أبو الطيب في «تعليقه» إليهم، والثاني: المنع وهو المنصوص، وبه جزم كثيرون منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد»، والشيخ أبو محمد في «مختصره»، ورجحه أكثر العراقيين، كما رأيته فيما وقفت عليه من كتبهم.

وقال الماوردي: إنه مذهب الشافعي خلافًا لبعض أصحابنا، وقال الإمام والغزالي: إنه المذهب وأما قول العرب حلبت بعيري، وصرعتني بعيري، فجوابه ما قاله الأزهري: إن هذا كلام العرب العاربة المحض، ولا يعرفه إلا خواص أهل العلم، وما قاله: الشافعي هو المعروف في كلام الناس، وهذا

لَا بَقَرَةٍ ثَوْرًا وَالثَّوْرُ لِلذَّكَرِ.

الجواب حسن صحيح.

وقال الرافعي: وربما أفهم كلام الأصحاب توسط بين الوجهين، وهو تنزيل النص على ما إذا عمَّ العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل، أو العمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم.

قلت: ولم ينظر إلى عرف الموصي ويعمل بمقتضاه.

قال: (لَا بَقَرَةٍ ثَوْرًا) لأن اللفظ موضوع للأنثى، والثاني: يتناول، والهاء للواحد كتمرة وزبيبة والخلاف جارٍ في اسم البغلة، والأصح: المنع أيضًا.

قال الماوردي وغيره: لا تدخل الجواميس في اسم البقر إلا إذا قال: من بقري وليس له غيرها، فوجهان.

قال الرافعي: وقياس تكميل النصاب بها دخولها فيها.

قلت: وكذا جعلهم في الدابة ولحمها جنسًا واحدًا، وفي بقر الوحش، ما سبق في الظباء وهنا أولى الإعطاء لمطابقة العرف واللغة على الاسم بخلاف الظباء، فإن العرف لا يساعد على تسميتها شاةً.

قال: (وَالثَّوْرُ لِلذَّكَرِ)؛ لأن اللفظ موضوع له، وقيل: يتناول الأنثى، وهو غريب أو غلط، فإنه عزي إلى شرح ابن يونس وليس فيه، والله أعلم.

فروع: لو قال: ما شاء من الإبل، أو البقر، أو الغنم يتناول الذكر، والأنثى، والنعجة لأنثى الضأن، والمعزة لأنثى المعز، والأتان لأنثى الحُمر قال الإمام والغزالي: الجمل والبعير كالشاة في تناول الصغير، قالا: والمنع هنا أظهر، ولا يسمى الجواد جملًا ونسب مقابله إلى الأصحاب، وقال غيرهما: لا يجوز عند الإيصاء بالإبل إعطاء فصيل، ولا ابن مخاض؛ لأنه لا يسمى إبلًا، وعلى هذا اقتصر ابن الرفعة في «الكفاية».

قال الماوردي: والمطيَّة، والراحلة يتناول الذكر والأنثى، والخيار للوارث، ولو قال: عشرًا من الإبل قال بعضهم: إن أثبت الهاء في العقد لم يعط إلا الذكور، وإلا فمن الإناث وزيفه الماوردي والروياني؛ لأن اسم الإبل

وَالْمَذْهَبُ حَمْلُ الدَّابَّةِ عَلَى فَرَسٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ.

يتناولهما تناولًا واحدًا، فصار العدد منها محمولًا على القدر دون النوع، وبهذا أجاب ابن الصلاح وغيره، وهو الأصح، ولم يفرقوا بين العالم باللسان وغيره.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ حَمْلُ الدَّابَّةِ عَلَى فَرَسٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ**) هذا هو المنصوص المرجح لشهرة استعمالها في هذه الثلاث، وإن كانت لغةً، لما دبَّ على وجه الأرض، والحكم على النص في جميع البلاد واحد، ولهذا أطلق المصنف، وقال: ابن سريج، وأبو إسحاق هذا إنما قاله الشافعي بـ«مصر»؛ لاستعمال لفظ الدابة فيها فأما حيث لا تستعمل إلا في الفرس كالعراق لا يعطي إلا الفرس، وكلام القاضي أبي الطيب يفهم ترجيحه؛ حيث قال: ردًا على الأول: إن العرف لو كان إذا ثبت في موضع يعمُّ سائر المواضع لوجب أن يثبت عرف سائر البلاد في مصر، فلا يعطى إلا فرسًا، وهذا أقوى، وقيل إن قاله بمصر لم يعط إلا حمارًا؛ لأنهم لا يطلقون اسم الدابة إلا عليه، وليس بشيء.

إشارات: يدخل في اسم الدابة عند الإطلاق الذكر، والأنثى، والصغير، والكبير، والسليم، والمعيب؛ لكن في «التتمة» أنه لا يعطى ما لا يمكن ركوبه؛ لأنه يسمى دابة، أي: عرفًا فعلى النص لو قال: من دوابي، وليس له إلا جنسان من الثلاثة، يجيز الوارث فيهما، فإن لم يكن إلا جنس بعير معين، فإن لم يكن له شيءٌ منها إلى الموت، فالوصية باطلة.

قال ابن الرفعة بحثًا: فإن لم يكن له إلَّا حُمر وحشية، فالأشبه الصحة حذرًا من إلغائها، وهو كما قال: وهذا كله عند الإطلاق، فلو قال: دابةً للقتال ففرس، وكذا قوله: للذكر، والظهر فأنثى الخيل، ولو قال: ينتفع بظهرها ونسلها ففرس أو إناث، ولو قال: للحمل فبغل أو حمار إلا أن يكون ببلدٍ عادتهم الحمل على الْبَرَاذِين كالروم، فيدخل الجميع.

قال المتولي: ولو كان عرفهم الحمل على الجمال والبقر، جاز أن يعطى منها، وضعفه الرافعي، وقال الشيخ: إنه قويٌّ.

قلت: ينبغي الجزم به إذا قال: من دوابي كقرينة الإضافة، ودلالة العرف،

وَيَتَنَاوَلُ الرَّقِيقُ صَغِيرًا وَأُنْثَى وَمَعِيبًا وَكَافِرًا وَعُكُوسَهَا وَقِيلَ: إِنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ وَجَبَ الْمُجْزِئُ كَفَّارَةً.

وصدق اللغة، وإن كان المشهور خلافه، وينبغي إذا قَالَ: دَابَّةً يَنْتَفِعُ بِدَرِّهَا يَنْبَغِي أَلَا يُعْطَى فَرَسًا بَلْ نَاقَةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَشْرَبُ أَلْبَانَ الْخَيْلِ كَالتُّرْكِ، وَهَذَا يَنْقَدِحُ الْجَزْمُ بِهِ إِذَا قَالَ: مِنْ دَوَابِّي وَلَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وسبق أنه إذا قال: دابةً من دوابي، ولا شيء له من الأجناس الثلاثة عند الموت أن الوصية باطلة.

وقال في «البيان»: لو قال: دابة من دوابي، وليس له إلا الإبل، والبقر، والغنم، فلا أعلم فيها نصًا، والذي يقتضيه القياس أن يعطى واحدًا منها لصدق اسم الدابة، وقد أضاف إلى دوابه، وليس دوابه إلا ذلك، كما قال أصحابنا: إذا قال: أعطوه شاةً من شياهي، وليس له إلا الظباء أُعطيَ منها، فهذا مثله، وما ذكره وكتبه أورده بحثًا، وأرى صحته، ويجب الجزم به في موضع يتعارفون بذلك، كما هو في أكثر بلاد «الشام»، وفي أعرابها واللغة تقتضيه، والعرف عندهم مستمر به؛ بل لا يطلقون الدابة على أحد الأنواع الثلاثة إلا نادرًا.

فرع: قال الشيخان: لفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق محمل على نقد البلد الغالب.

قلت: وبه أجاب العبادي في «الزيادات»، وقال صاحب «التعجيز» في شرحه: الدراهم في الوصية ينزل على الغالب، كالبيع أو الخالصة كالإقرار، فيه تردد، والظاهر الخالصة، وبه قطع المتولي، انتهى.والراجح والمختار الأول.

قال: (وَيَتَنَاوَلُ الرَّقِيقُ صَغِيرًا وَأُنْثَى وَمَعِيبًا وَكَافِرًا وَعُكُوسَهَا) لصدق الاسم على الجميع.

(وَقِيلَ: إِنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ وَجَبَ الْمُجْزِئُ كَفَّارَةً) لأنه المعروف في الإعتاق بخلاف إذا قال: أعطوه عبدًا، واختاره الماسرجسي، ولم يذكر أبو الطيب في«المجرد» سواه، وغلط الروياني في «التجربة» من قال غيره، ورتب الماوردي الخلاف على الخلاف في أن النذر ينزل على جائز الشرع فيجزئ،

وَلَوْ أَوْصَى بِأَحَدِ رَقِيقِهِ فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَتْ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ.

أو على واجبه فوجهان.

قال: وهل يجوز أن يعتق الغني؟ فيه وجهان، ولا خفاء أن التردد في التطوع المحض، أما لو كان العتق عن كفارة بعين المجزئ فيها أو عن نذر فسيأتي هنا -إن شاء الله تعالى- بيانه، وللوَصي أن يعتق عنه أباه، سواء كان العتق واجبًا أو تطوعًا.

قال الماوردي: ولو اشترى والد المُوصي فأعتقه، فإن كان عن واجب لم يجز، وإلا أجزنا وليس عدم الإجزاء عن الواجب بواضح، والفرق بين حالتي الحياة والموت لا يخفى، ولو قال: أعطوه رأسًا من رقيقي، أو إبلي، أو شياهي وغيرها، ولم يملك إلا رأسًا واحدًا من ذلك، بعين دليل تبطل الوصيَّة.

قال: (**وَلَوْ أَوْصَى بِأَحَدِ رَقِيقِهِ**) أي: مبهمًا.

(**فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَتْ** الوصية) لأنه لا رقيق له.

(**وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ**) لصدق الاسم عليه، هذا هو المشهور.

وفي «الحاوي» فيما إذ قتلوا قبل موته وجهان: أحدهما: أنها جائزة؛ لأن القيمة بدل منهم، فصارت كوجودهم، فعلى هذا يعطونه قيمة أيهم شاءوا، ثم قال: وإن هلك بعضهم بالقتل قبل موت الموصي تعينت في العبد الباقي، نص عليه الشافعي وإن كان بعد موت الموصي، فوجهان: أحدهما: يتعين في الثاني أيضًا، والثاني: للورثة الخيار في إعطائه العبد الباقي، والعدول إلى قيمة أحد المقتولين كما لو قتلوا جميعًا.

تنبيه: احترز بقوله: «قبل موته» عما إذا قتلوا بعده، فإن كان بعد القبول انتقل حق الموصى له إلى القيمة، فيعطيه الوارث قيمة من شاء منهم، قاله الرافعي.

وفي «الشامل» وغيره: قيمة أقلهم، ولا يخالف هذا ما قاله: الرافعي، كما يتوهمه متوهم، نعم إن كان في الورثة طفل، أو نحوه، تعين ذلك، وإن كان القتل قبل قبوله، فكذلك إن ملكناه بالموت أو وقفناه، وقيل: إن قلنا:

أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ فَثَلَاثٌ، فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُنَّ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصٌ بَلْ نَفِيسَتَانِ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفَسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ فَلِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثِي لِلْعِتْقِ اشْتُرِيَ شِقْصٌ.

تملك بالقبول بطلت.

قال الرافعي: قال ابن الرفعة: وهو احتمال أبداه الإمام، وقال: إنه لم يصر إليه أحد، وقول القاضي الحسين: لا فرق بين أن يقول: تملك بالموت أو بالقبول، وفي «الحاوي» نقل قولين فيما إذا كان القتل مضمونًا بالقيمة هل تبطل الوصية أم بالقبول؟(١).

قال: (**أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ فَثَلَاثٌ**) لأنه أقل الجمع على المشهور في الأصول، وقيل: أوله إثبات ولم يفرعوا عليه في الفروع إلا في مواضع يسيرة وقياس ما سبق في الإقرار إن ثبت أن يجيء هنا وجه بإحراز فيبنى بناءً على ذلك؛ لكن في ثبوته نظر ثم الصورة أن يقول: أعتقوا عني رقابًا أو اشتروا بكذا رقابًا وأعتقوا.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُنَّ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصٌ بَلْ نَفِيسَتَانِ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفَسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ فَلِلْوَرَثَةِ**) لأن الشقص ليس برقبة، ألا ترى أنه لو أوصى برقبة فلم يوجد إلا شقص لم يشتر قطعًا، وقيل: يشتري في مسألتنا الشقص تكثيرًا للعتق، فإن تعذر بطلت الوصية في الباقي، وقيل: يوقف إلى أن يوجد شقص، ولم أرَ من قال: بوقف الشراء جملة إلى أن يوجد ثلاث رقاب بالثلاث عند الإمكان، ومن البعد أن يوجد مفلسان بثمن، ويفصل عنهما ما لا يحصل به ثلاث رقاب خسيسة، وعبارة «الروضة» وغيرها على أصح الوجهين، ولم أر طريقة قاطعة بذلك كما أفهمه كلام «المنهاج».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: ثُلُثِي لِلْعِتْقِ اشْتُرِيَ شِقْصٌ**) أي: قطعًا لحصل بغرضه ما أمكن، ولو قال: اشتروا عبدًا بألف وأعتقوه فلم يبلغ ثلاثة آلاف، وأمكن شراء عبد بما صرح منه أشتري وأعتق.

---

(١) في نسخة: (هل تبطل الوصية أم لا؟).

فَصْلٌ

وَلَوْ وَصَّى لِحَمْلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ فَلَهُمَا، أَوْ بِحَيٍّ وَمَيِّتٍ فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَرًا أَوْ قَالَ: أُنْثَى فَلَهُ كَذَا فَوَلَدَتْهُمَا لَغَتْ، ....

فرع: كثرة العدد وإن قلَّت القيمة أولى من قلة العدد وإن كثرت القيمة، والأفضل شراء الأعف الأستر، وَشِرَاءُ الرَّقَبَةِ الْمَضْرُورَةِ الْمُضَيَّقِ عَلَيْهَا أَوْلَى مِنَ الْمُرَفَّهَةِ عِنْدَ أَهْلِهَا.

قلت: وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْبَالِغَ أَوْلَى مِنَ الصَّغِيرِ، وَأَنَّ الذَّكَرَ أَوْلَى مِنَ الْأُنْثَى، وحينئذٍ خمس رقاب قليلة القيمة أولى من عتق أربع ثمينة، وحكى ابن الرفعة قولين في الأمرين أولى بالشخص إذا أراد صرف شيء من ماله للعتق هل إكثار الرقاب مع الرخص أولى أو قلتها مع النفاسة؟ والمشهور الأول.

فَصْلٌ

قال: (**وَلَوْ وَصَّى لِحَمْلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ فَلَهُمَا**) أي: بالتسوية ما كانا كهبة الجنين أو الأحياء من الذكور والإناث(١).

قال: (**أَوْ بِحَيٍّ وَمَيِّتٍ فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الميت كالمعدوم، والثاني: للحي النصف، والباقي لورثة الموصي أخذًا بالاستواء في حقه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَرًا، أَوْ قَالَ: أُنْثَى فَلَهُ كَذَا فَوَلَدَتْهُمَا لَغَتْ**) أي: لفقدان الشرط في الاستحقاق، وإن ولدت غلامين، قال الغزالي: لا شيء لواحد منهما، وقيل: يقسم بينهما، واختاره في «الروضة» بخلاف قوله: إن كان حملها ابنًا وإن كان بنتًا فولدتهما، فإن المختار أنه لا شيء، والفرق أن الذكر والأنثى أسماء جنس، فيقع على الواحد والعدد بخلاف الابن والبنت، قال الرافعي: والفرق ليس بواضح، والقياس عدم الفرق، وقال المصنف: إن الفرق واضح.

---

(١) حَيَّيْنِ ذَكَرَيْنِ أَوْ أُنْثَيَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ وَلَدَتْهُمَا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا وَبَيْنَهُمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ كَمَا قَالَهُ؛ الزَّرْكَشِيُّ (فَلَهُمَا) بِالسَّوِيَّةِ لِأَنَّهُ مُفْرَدٌ مُضَافٌ فَيَعُمُّ، وَلَا يُفَضَّلُ ذَكَرٌ عَلَى أُنْثَى كَمَا لَوْ وَهَبَ لِرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ شَيْئًا، انظر: مغني المحتاج (١١/ ١٦١).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ بِبَطْنِهَا ذَكَرٌ فَوَلَدَتْهُمَا اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهَا وَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

وَلَوْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ فَلِأَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ بِبَطْنِهَا ذَكَرٌ فَوَلَدَتْهُمَا اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ**)؛ لأنه لم يحصر الحمل فيه، (**أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهَا**)؛ لأنه لم يحصر الحمل في واحد، والثاني: المنع لاقتضاء التنكير للتوحيد.

قال: (**وَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا**) كما لو أسهم الموصى له رجع إلى الوارث، هذا أشبه الأوجه كما قال: الرافعي، أو الأقوال كما قال: الإمام.

وثانيها: يوزع عليهما، وثالثها: **يُوقَفُ إِلَى أَنْ يَتَأَهَّلَا لِلْقَبُولِ فَيَصْطَلِحَا**، وتجري الأوجه فيما لو أوصى لأحد شخصين، وجوزنا إبهام الموصى له فمات قبل البيان، وكذا حكم قوله: غلامًا أو جاريةً، فيما ذكرناه، وقوله: إن كان ما في بطنها غلامًا، والذي في بطنها، فكقوله: إن كان حملها غلامًا، وكذا قوله: إن كانت حاملًا بغلام، أو إن ولدت غلامًا، ولو قال: إن ولدت ذكرًا فله مائتان، أو أنثى فمائة، فولدت خنثى دفع عليه الأقل هكذا قالاه، ويشبه أن يوقف له تمام ما جعله للذكر، وإن ولدت ذكرًا أو أنثى، فلكل ما ذكر له أو ذكرين أو أنثيين جاز الوجهان ثم الأوجه الثلاثة في كل واحد من الصنفين.

قال: (**وَلَوْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ فَلِأَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ**) أي: لما في مراسيل أبي داود عن ابن شهاب قال: قال رسول الله ﷺ: «**أربعون دارًا جار**»(١) قال - يعني الأوزاعي: قلت لابن شهاب: فكيف أربعون دارًا؟ قال: أربعون عن يمينه وأربعون عن يساره وخلفه وبين يديه، قال البيهقي: وهذا يعني إرساله وهو المعروف.

قال: وروي مرفوعًا من وجهين عن عائشة - ﵂ - ثم ضعفهما وهذا الذي جزم به المصنف وهو نصه في «الأم».

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (١/ ٢٥٧، رقم ٣٥٠). قال المناوي (١/ ٤٧٣): قال الزركشي: سنده صحيح، وقال ابن حجر: رجاله ثقات.

وقال الماوردي هنا: إنه المذهب، وفي «الروضة»: إنه الصحيح المعروف للأصحاب، وقيل: الجار هو الملاصق، وقيل: الجيران الذين هم أهل المحلة التي هو فيها. قال الماوردي وغيره في كتاب الوقف: وهو مذهب الشافعي وسواء من كان منهم مالكًا أو مستأجرًا.

قال العراقي في شرح «المهذب»: وتجيء مسألة هَاهُنا إذ لا فرق.

قلت: صرَّح بنقله هَاهُنا ابن القطان في «فروعه»؛ حيث قال: إن الشافعي قال في موضع: يصرف إلى أربعين دارًا، وقال في موضع آخر: إذا كان في محلة محصورة فسكان تلك المحلة جيرانه، قال: وهذا كله يرجع إلى العرف، انتهى.

وفي وجه رابع: إنهم الملاصقون والمقابلون إن كان بينهما شارع نافذ ولا تشترط المقابلة المحققة على معنى المسامة، فإن زال قليلًا عن المقابلة كان الحكم كذلك، قاله: الإمام، وفي خامس: إنهم أهل الزقاق غير النافذ نقله وما قبله ابن الرفعة، وفي سادس: مَن ليس بينه وبينه درب مغلق، وفي سابع: مَن يصلي معه في مسجده ويدخل حمامه، نقله العراقي في «شرح المهذب» وفي «الوقف» قال: ويجريان في الوصية، والثامن: إنهم القبيلة، ذكره في «البيان» في كتاب الزكاة ونقلها فقال: إن منعنا نقلها واتسع البلد كـ«بغداد» و«مصر»، قال الشافعي: فليس كلهم جيرانه؛ بل من قرب إليه واتصل به وقد اختلف في الجواز، فقيل: هم القبيلة، وقيل: هم أهل الدرب، وقيل: هم من يجمعهم المسجد، وقيل: من بينك وبينه أربعون ذراعًا.

قال: ومن أصحابنا من حده بذلك، والصحيح: أنه ليس بحد يدل على سبيل التقريب لاختلاف الدور والأماكن، انتهى.

وقال بعض العلماء: أهل البلد جيران.

قال في «المطلب»: وكلام الشافعي في قسم الصدقات محمول عليه وشاهده قوله تعالى في المنافقين: ﴿ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَآ إِلَّا قَلِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦٠].

قال: ولم أرَ من قال: به من أصحابنا، انتهى.

وهذا بعيد من العُرف، لا سيما في الأمصار الكبار والمرجع في هذا وأمثاله إلى العرف.

تنبيهات: المتبادر من كلام الشيخين وجوب استيعاب الدور من الجوانب الأربعة، وفيه نظر وسبق من كلام العمراني أن الصحيح أنه ليس بتحديد، ويحمل النص على أن عامة الجوار كذلك، لا على أنه يجب استيعاب الجميع، وقال الديبلي: ولو قال: ثلثي لجيراني، فإنه يبدأ بالأقرب فالأقرب منهم، ويكون جيرانه أربعين بابًا من كل جانب.

قال: وهذا إذا لم يقطع بينهما حائل، وفي «الحاوي» هنا نحوه، وفيه إشعار بعدم وجوب الاستيعاب، ويحتمل أن يقال: يجوز الاقتصار على ثلاث أنفس، أو ثلاثة دور، أو أربع أنفس، أو أربعة دور من كل جانب، والظاهر أنه لا فرق بين غنيهم، وفقيرهم، ومسلمهم، وكافرهم، وقد يفرق بين موصٍ وموصٍ، فإن المسلم إنما يقصد غالبًا بوصية المسلمين لو رد بعض الجيران على اعتبار الاستيعاب فهل يرد ذلك على باقيهم أو يكون للورثة؟ فيه احتمال، ولم أرَ فيه شيئًا إن ثبت أنه لا يجب الاستيعاب وجب رد المردود على الباقين لا محالة ما لم ينقصوا عن ثلاثة وينبغي أن يخص بها الفقراء منهم أو الأقرب كما في الهبة، وأن يخص بها المسلمين إذا كان الموصي مسلمًا، إلا أن يكون الملاصق ذميًّا ففيه وقفة، وإذا قلنا: لا يجب الاستيعاب، فهل يفرق على الدور بالتسوية أو يجوز التفاوت بحسب السكان أو بحسب الحاجة أو تجب على عدد الرؤوس؟ لم أرَ فيه شيئًا إلا قوله في «الروضة»: إن المال يقسم على عدد الدور، لا عدد سكانها وهو متابع فيه لابن الصلاح والفارقي، ولم أره لغيرهما، وفيما إذا كان الموصى به نزرًا يسيرًا بحيث لو وزع في كل دار لم يبقَ شيئًا بعد.

وقال الشيخان: إن الوصية للعلماء وسائر الموصوفين كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب، ويقتصر على ثلاثة، والأولى استيعاب الموجودين عند الإنكار كما في الزكاة، وهذا التشبيه فيه نظر، يعرف مما

وَالْعُلَمَاءُ أَصْحَابُ عُلُومِ الشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرٍ، وَحَدِيثٍ وَفِقْهٍ، ....

سيأتي هناك، إن شاء الله تعالى.

فرع: لو كان للموصي داران سكناه فيهما صرف إلى جيران الدارين، وإن كان سكناه في أحدهما أكثر فلجيرانها، ويحتمل أن ينظر عند التساوي وغيره إلى التي أوصى فيها أو إلى التي توفى فيها، وفي «الحج» شيء من هذا أو شبهه.

قال: (**وَالْعُلَمَاءُ أَصْحَابُ عُلُومِ الشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرٍ، وَحَدِيثٍ وَفِقْهٍ**) أي: وأصوله، والمراد من الحديث أهلِ العلم به لا مَن يسمعه ولا علم له بطرقه ومتونه؛ إذ السماع بمجرده ليس بعلم.

قال الفارقي: ولا يصرف إلى مَن عرف تفسير القرآن ولم يعرف أحكامه؛ لأنه كناقل الحديث وهذا منه يقتضي أن حفظ الحديث بمجرده لا يعد صاحبه من العلماء إذا لم يفهم أحكامه.

قال صاحب «التعجيز» في شرحه: وأولى الناس باسم العلماء الفقهاء، حتى قال الماوردي: لو أوصى لأعلم الناس صرف إلى الفقهاء لتعلق الفقه بأكثر العلوم، وقال الماوردي في الوقف على العلماء: يصرف إلى علماء الدين؛ لأنهم في العرف العلماء على الإطلاق دون القرّاء وأصحاب الحديث؛ لأن العلم ما يصرف في معانيه دون ما كان محفوظًا للتلاوة، وقال شيخه الصَّيْمَرِي: يصرف إلى كل عالم بأصول الشريعة وفروعها.

قال الرافعي: والحكم فيما إذا أوصى لأهل العلم كما لو أوصى للعلماء، وهل يدخل فيهم علماء أهل الظاهر؟ قال ابن الرفعة: ينبغي بناؤه على أنه هل ينعقد الإجماع بدونهم أم لا؟

قلت: وقضية ترجيح المصنف وغيره أنه لا يعتد بخلافهم عدم الدخول، وقال القاضي الحسين في «الفتاوى»: لو أوصى للفقهاء لا يصرف إلى أهل الظاهر؛ لأن الفقه معنى الكلام ومن لا يقول به لا يكون فقيهًا، انتهى.

كلام كثيرين أو الأكثرين يفهم أنه لا يعتد بخلافهم والأقرب دخولهم في الوصية، قال في «الكافي»: ومَن علق شيئًا من مسائل الخلاف، وناظر فيه

لَا مُقْرِئٌ وَأَدِيبٌ وَمُعَبِّرٌ وَطَبِيبٌ، وَكَذَا مُتَكَلِّمٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ.

يحتمل وجهان؛ لتعارض العرف والحقيقة، وأفتى إلكيا صاحب الإمام بأنه لو أوصى بثلثه للعلماء أو للفقهاء أنه يدخل فيه كتبة الحديث؛ لحديث «مَن حفظ على أمتي أربعين حديثًا»[1] وهو كثير الطرق وكلها ضعيفة، ولعله أراد كتبة الحديث الذين عندهم شيء من العلم، وإلا فمجرد الحفظ لا يكفي وكونه يبعث يوم القيامة فقيهًا، لا يوجب إطلاق الفقيه عليه الآن، فلا يعد عالمًا قطعًا.

قال: (**لَا مُقْرِئٌ وَأَدِيبٌ وَمُعَبِّرٌ وَطَبِيبٌ**) أي: وكذلك المنجم والحاسب والمهندس؛ لأن أهل العرف لا يعدونهم منهم، قال صاحب «التعجيز» في شرحه وأدخلوا أصول الفقه دون النحو، وعندي أنهما يدخلان؛ لإنشاء الفقه عليهما.

قال ابن الرفعة في «مطلبه»: والمراد بالمقرئ: التَّالي فقط، أما العارف بالرواية ورجالها، فيشبه أن يكون كالعالم بطرق الحديث، وهذا فهم كلام «الوسيط» أنه منهم.

قال: (**وَكَذَا مُتَكَلِّمٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ**) للعرف، ونقله العبادي في آخر زوائده عن نص الشافعي - رحمه الله تعالى - وقال المتولي: يدخل، ومال إليه الرافعي في «الشرحين»، والمذهب: الأول، ويجوز أن يكون مراد الشافعي المتكلم الذي ذمه، وقال فيه: لا يلقى العبد ربه بكل ذنب ما خلا الشرك خير من أن يلقاه بعلم الكلام، انتهى.

وذلك أنهم يبنون الكلام في أصول الدين على الفلسفة، وأما العالم بأصول الدين على طريقة السلف وأهل الحديث فلا؛ بل يدخل كما اقتضاه كلام الصَّيْمَرِي، ويجوز حمل كلام المتولي عليه وكلام غيره على الأول.

فرع: لو أوصى للفقهاء والمتفقهة، قال في أصول «الروضة»: فهو على ما

---

[1] حديث معاذ: أخرجه الدارقطني في العلل (٦/ ٣٣، رقم ٩٥٩).
حديث ابن عباس: أخرجه ابن حبان في الضعفاء (١/ ١٣٤، ترجمة ٥٧).
حديث أبي هريرة: أخرجه ابن عدي (٧/ ٦٦ ترجمة ١٩٩٠ وهب بن وهب بن خير بن عبد الله)، وابن عساكر (٨/ ٤٥، ٥١/ ١٢٣).

ذكرناه في الوقف؛ لكن في لفظ البغوي أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء؛ لأنه قال: لو أوصى للفقهاء فهو لمن يعلم من أحكام الشرع من كل نوع شيئًا، وفي «التتمة»: إن الرجوع فيمن يسمى فقيهًا؛ فهو محل الخلاف(١) ثم ذكر وجهًا أن من حفظ أربعين مسألة فهو فقيه وهو ضعيف جدًا، انتهى.

وقال ابن الرفعة إثر كلام البغوي: أي: من كل باب من أبواب الفقه طرقًا دون ممن عرف بإمامته لمن يعرف أحكام الحيض أو الفرائض هذا ما يفهمه هذا الكلام، وقد سبق البغوي بهذا القاضي الحسين، وفي «الإحياء» للغزالي أنه يدخل في الوصية للفقهاء الفاضل دون المبتدئ في شهر ونحوه، والمتوسط بينهما له درجات يجتهد المفتي فيها، والورع بهذا المتوسط بينهما، له درجات يجتهد المفتي فيها والورع بهذا المتوسط ترك الأخذ منها وإن أفتاه المفتي بدخوله فيها، انتهى.

وقال الرافعي والمصنف في «الوقف»: يصح الوقف على المتفقهة وهم المشتغلون بتحصيل الفقه مبتدئهم ومنتهيهم وعلى الفقهاء ويدخل فيه مَن حصَّل منه شيئًا وإن قلَّ، انتهى لفظ «الروضة».

قيل: ودخول من حصَّل شيئًا من الفقه وإن قل مخالف لما تقرر في الأصول، فإن الفقهاء جمع فقيه، وفقيه صيغة مبالغة؛ لأنه من فقُه بضم القاف؛ إذا صار الفقه له سجية، ومَن حصَّل شيئًا قليلًا(٢) لا يصدق عليه ذلك وإنما يصدق عليه فاقه؛ لأنه من فقَه بفتح القاف؛ إذا فهم، وأما كون المتفقهة هم المشتغلون فصحيح؛ لأن الفعل يقتضي ذلك، ومقتضاه أنه لا بدَّ أن يكون مستمرًا على الاشتغال، ويقع في كتب الأوقاف وقف على الفقهاء والمتفقهة، فيفهم الناس منه أن الفقهاء أعلى رتبةً من المتفقهة، وهو كذلك حالة الجميع؛ لأنه لما جمع بينهما أفاد ذلك المغايرة، فكأنه قال: على الفقهاء والمتفقهة

---

(١) في نسخة: (إن الرجوع إلى العادة، ثم ذكر وجهًا أن من حفظ أربعين مسألة فهو فقيه).

(٢) في نسخة: (من حصَّل شيئًا من الفقه قليلاً).

....

الذين ليسوا بفقهاء؛ لكن العرف يقتضي إطلاق اسم المتفقه على من شرع في الحفظ وأنه يصرف إليه؛ لأنه قد يشرع في مقدمة التفهم، انتهى.

وما قاله: حسن ولا شك أنه لا فرق بين البابين، والوجه في الوقف والوصية خلاف(١) ما ذكرناه في الوقف من الاكتفاء بتحصيل شيء وإن قلَّ؛ لأن العرف واللفظ لا يساعد على ذلك بل عرف أهل العلم: أن الفقيه العالم بأحكام الفقه، وقد يخصه بعضهم بالمتبحر فيه، ولهذا سمى أهل مصر ابن الرفعة بالفقيه، وإذا أثنى الشيخ أو العالم على رجل يقول: رجل فقيه، ألا ترى أنه ﷺ قال لبعض أصحابه: «ثكلتك أمك يا فلان لقد كنت أعدك من فقهاء المدينة»(٢).

ويقول أهل العلم: فقهاء المدينة السبعة، وعبارة القاضي الحسين: إذا وقف على الفقهاء ويصرف إلى كل من تعلَّم من كل علم يعني: من الأحكام شيئًا أو من تفقه شهرًا أو شهرين فلا، لو وقف على المتفقهة صرف إلى كل من تفقه يومًا أو يومين؛ لأن المتفقه يطلق عليه بخلاف الأول، وقال المتولي: المتفقه هو الطالب لعلم الفقه، وإن كان مبتدئًا وإذا وقف على الفقهاء صرف إلى من حصَّل من الفقه طرفًا، وإن لم يكن متبحرًا فيه فأما من كان مبتدئًا فلا يصرف إليه، انتهى.

وقال الصَّيْمَرِيّ: الفقهاء هم أهل الفروع.

فرع: لو أوصى للقراء لم يعط إلَّا من يحفظ جميع القرآن عن ظهر قلبه على الأصح، هكذا أطلقوه، والظاهر أن من يحفظه ولكنه يغلط الغلطات اليسيرة يعد منهم، ولا يقدح ذلك في استحقاقه.

قال: صاحب «التعجيز» في شرحه لو أوصى للمقرئين أُعتبر مع حفظ جميع القرآن(٣) فأهَّله أن يقرئ غيره ففرق بين القارئ والمقرئ، انتهى.

---

(١) في نسخة: (والوجه في الوقف والوصية للفقهاء خلاف ما ذكراه في الوقف).

(٢) أخرجه ابن عساكر (٦٥/ ٢٢٠).

(٣) في نسخة: (مع حفظه الختمة).

....

وذكر المتولي: إنه إذا وقف على القرَّاء جاز الصرف إلى كل من يعرف القرآن سواء كان حافظًا أو لم يكن، وهذا ضعيف، قال في «الروضة»: هل يدخل فيه من يقرأ في المصحف؟ وجهان، والأصح المنع، وهنا بحث طويل أوردته في آخر الوقف من «الغنية».

فرع: لو أوصى للحجيج فالأولى صرفه إلى فقرائهم، قال في «العدة»: ولو صرفه إلى أغنيائهم جاز.

قال المصنف: وينبغي أن يأتي فيه الوجهان في اشتراط الفقر في الأرامل، والأيتام واشتراطه هنا أرجح، انتهى.

والذي نص عليه الشافعي في «الأم» صريحًا في «العدة» فهو المذهب، وكان التصوير في الجم الغفير، أما لو كان الحجيج شرذمة محصورين فيتجه استيعابهم إن أمكن فقيرهم وغنيهم.

فروع: لو أوصى لأعقل الناس في بلدة؛ صرف إلى أزهدهم في الدنيا نص عليه هذا نقله، وأسند ابن القطان ذلك في «فروعه» بإسناد كل الأئمة عن النص، وفي لفظه: أدين الناس فذكره القاضي الحسين، وكذا لو قال: لأكيس الناس، ولو قال: لأجهلهم.

قال الروياني: صرف إلى عبدة الأوثان.

وقال الشيخ أبو حامد: لأهل الذمة.

وقال القاضي الحسين: للكفار فإن قال من المسلمين قال الروياني: فلمن سب الصحابة، وقال المتولي: إلى الإمامية المنتظرين خروج الإمام، والمجسمة، وقال الماوردي: والذي أراه أن يعطى لأهل الكبائر من المسلمين، ولو قال: لأجهلهم وأسفلهم فنقل القاضي أبو الطيب عن النص أنه يصرف إلى من سب الصحابة؛ لأنه سبهم بجهله وسفالته، ولو قال: لأحمقهم(١)، فعن إبراهيم يجري صرفه إلى مسألة النصارى، قال الماوردي:

---

(١) في نسخة: (يصرف لأسفه الناس؛ لأن الحمق يرجع إلى العقل دون الاعتقاد).

وَيَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْفُقَرَاءِ الْمَسَاكِينُ وَعَكْسُهُ، وَلَوْ جَمَعَهُمَا شُرِّكَ نِصْفَيْنِ، وَأَقَلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ، وَلَهُ التَّفْضِيلُ، ....

عندي أنه يصرف إلى أسفه الناس؛ لأن الحمق يرجع إلى العقل دون الاعتقاد ولو قال: لأبخلهم فهل هو لمن لا يزكي أو لمن لا يقري الضيف، فيه احتمالات للقاضي الحسين، ولو قال: لسيد الناس كان للخليفة، قاله الماوردي تفقهًا؛ لمنام رآه، واستصوبه في اليقظة.

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْفُقَرَاءِ الْمَسَاكِينُ وَعَكْسُهُ**) أي: على المشهور؛ لأن كل واحد من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: سمعت الماسرجسي يقول: سمعت أبا إسحاق المروزي بـ«مصر» يقول: رأيت في رواية عصام عن الشافعي أنه قال: إذا أوصى للفقراء لم تدخل المساكين بخلاف العكس.

قال القاضي: وهذا أصح، والأول هو المشهور.

قلت: والثاني منسوب إلى أبي إسحاق، وقاله القاضي الحسين تفقهًا فقال: بعد المشهور وفي قلبي من هذا غصة، وعندي أنه إذا أوصى للفقراء لا يدخل المساكين بخلاف العكس، ولو علم - ﷺ - أنه منصوص؛ لزالت غصته، ويقضي بأنه المذهب الراجح.

قال: (**وَلَوْ جَمَعَهُمَا شُرِّكَ نِصْفَيْنِ**) أي: يجعل نصف الموصى به للفقراء، ونصفه للمساكين نص عليه في «الأم» فاتفقوا عليه.

قال: (**وَأَقَلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ وَلَهُ التَّفْضِيلُ**)، وفيه شيء يلتفت على الخلاف في أصل فيه للموصي، أو الحاكم حيث لا وصي، ذلك ما يؤدي إليه نظره، ولا تجب التسوية وينبغي أن يتأكد تفصيل الأشد حاجة، والأكثر عيالًا.

فروع: أحدها: إذا أوصى إلى فقراء بلدة، وهم محصورون وجب استيعابهم، والتسوية بينهم، ويشترط قبولهم، ذكره البغوي، وغيره، و لم يذكر الماوردي، وغيره اشتراط القبول، وسيأتي عن أبي الطيب ما يفهم ذلك، وعدم وجوب التسوية، ويقوى القول به إذا قلَّ الموصى به، وكان المدفوع إلى

....

كل فرد لا يغني عنه شيئًا؛ لقلته فإن لم يكن بها فقير، ولا مسكين لغت الوصية، قاله القاضي الحسين.

ويأتي عن القاضي أبي الطيب ما يفهم خلافه، ويحتمل أن يقال: إن علم الموصي حَصْرهم اشترط القبول والتسوية وإلا فلا، ولا يخفى وجهه.

ثانيها: إذا أطلق الوصية للفقراء صرف إلى فقراء بلد المال، وهل ذلك واجب أو مستحب؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في نقل الزكاة، وأولى بالجواز عند جماعة، وأطلق آخرون الخلاف بلا ترتيب، والذي نقله البندنيجي عن النص: وجوب الصرف إليهم، وبه أجاب أبو الطيب في «المجرد» فإن لم يكن به فقراء صرف إلى فقراء أقرب البلاد إليه إن كان البلد صغيرًا، والفقراء محصورون وجب استيعابهم على قدر حاجاتهم، وعامتهم، فإن لم يف الثلث بذلك قسَّطه على قدر حاجاتهم، وإن فَضُل عن الثلث شيءٌ صرفه إلى أقرب البلاد، هكذا كلام أبي الطيب، وجعل الرافعي الظاهر جواز النقل، وقال الشيخ: إنه ظاهر المذهب، وفيه نظر؛ لأنه خلاف النص، ولم أر له نصًا يخالفه.

ثالثها: إذا لم يجب الاستيعاب فلا بدَّ من الصرف إلى ثلاثةٍ فلو دفع الوصية إلى اثنين ضمن نصيب الثالث، وأجرى فيما تضمنه الخلاف المذكور في الزكاة، والمنصوص عليه في «الأم» في مسألتنا كما قاله الماوردي أنه يضمن الثلث.

قال القفال: ولا يجوز للموصي أن يدفع ما ضمنه للفقراء بنفسه بل إلى الحاكم؛ ليدفعه إليه فإن دفعه إليه لم يبرأ، وإن أمره الحاكم بدفعه إلى فقير برئ.

قال الإمام: وهذا حسن ظاهر، وبه أجاب الشيخان، وكأنه فيما إذا وقع إليهما عالمًا بأنه يجب إلى ثلاثة، أما لو ظن الجواز فالمتجه أنه يجوز له الاستقلال بذلك، ولم يذكروا الاسترداد من المدفوع إليها إذا أمكن، وهو ظاهرٌ؛ بل متعين إذا كان الوصي معسرًا، وليس كالزكاة؛ لأنه هناك متبرع بماله، وفي إلزامه بالغرامة لثالث إذا كان يعتقد بالدليل أن أقل الجمع اثنان نظر

أَوْ لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقَلَّ مُتَمَوَّلٍ لَكِنْ لَا يُحْرَمُ.

بخلاف غيره.

قال: (**أَوْ لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقَلَّ مُتَمَوَّلٍ**)؛ لأنه ألحقه بهم.

(**لَكِنْ لَا يُحْرَمُ**) أي: قطعًا، وإن كان غنيًّا؛ لنصه عليه هذا ما رُجِّحَ من سبعة أوجه، ولم أر طريقة قاطعة به كما يفهمه كلامه، وثانيها: له ربع الوصية، وباقيها للفقراء، وثالثها: له النصف، ورابعها: إن كان فقيرًا فكأحدهم، وإلا فله النصف، وخامسها: إن كان غنيًّا فله الربع؛ لأنه لا يدخل في الفقراء، وإلا فله الثلث؛ لدخوله فيهم، وسادسها: يعطى منها من سهام القسمة فإن قسمت على أربعة من الفقراء أعطي الخمس أو على خمسة أعطي زيد السدس فهكذا، وقال الإمام: إنه فاسد، وعن البندنيجي أنه المذهب، وسابعها: أن الوصية في حق زيد باطلة بجهالة من أضيف إليه، وليس بشيء، وهذا كله إذا أطلق ذكر زيد فأما إذا وصفه بصفة فإن كانت صفته كزيد الفقير؛ نظر إن كان غنيًّا فلا شيء له ونصيبه لهم إن قلنا: كأحدهم وإلا فللورثة، وإن كان فقيرًا قال في «الروضة»: أجري فيه الخلاف فيما لزيد، ومنهم من خص الأوجه بهذه الحالة، ونفى القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق، وإن وصفهم بغير صفتهم كزيد الفقيه، والفقير.

قال: الأستاذ أبو منصور: له النصف بلا خلاف، قال الشيخان: ويشبه أن يجيء القول: بأن له الربع إن لم تأت باقي الأوجه.

قلت: يظهر أن قولهم: إن كان غنيًّا فلا شيء له محله ما إذا وصفه بالفقر ظانًّا فقره، أما لو كان عالمًا بغناه فلا؛ لأنه قد يصفه بذلك لتلبسه بخرقة الفقراء كالصوفي أو لعله عناه الموصي، ولو كان الوصف قد غلب عليه، وبقى علمًا عليه مع غناه وصار وصفه بالفقير لعياله كبشر الحافي؛ فإنه يُعطى بلا شك، ويحمل ذلك الوصف على التعريف لا غير، ورأيت مَن اشتهر بفلان الفقير، وفلان الصعلوك بحيث لا يعرف إلا بذلك.

أَوْ لِجَمْعٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ كَالْعَلَوِيَّةِ صَحَّتْ فِي الْأَظْهَرِ وَلَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةٍ.
أَوْ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعُدَ إِلَّا أَصْلًا وَفَرْعًا فِي الْأَصَحِّ، ....

فرع: إذا أوصى لزيد والفقراء والمساكين، فإن قلنا كأحدهم فيما تقدم فكذا هنا، وإن قلنا: له النصف فهاهنا له الثلث، وإن قلنا الربع فهنا السبع، ولو أوصى لزيد بدينار، وللفقراء بثلث ماله لم يزد زيد على دينار، وإن كان فقيرًا، وحكى الروياني وجهين: أن يصرف إليه وأيده الرافعي بحثًا.

قال: (أَوْ لِجَمْعٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ كَالْعَلَوِيَّةِ) أي: والهاشمية، والطالبية وربيعة ومضر، وبني تميم ونحوها (صَحَّتْ فِي الْأَظْهَرِ) كالوصية للفقراء.

(وَلَهُ الِاقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةٍ)؛ لأنهم أقل الجمع، والثاني: البطلان؛ لأن التعميم يقتضي الاستيعاب، وهو ممتنع بخلاف الفقراء فإن عرف الشرع خصصه بثلاثة فأتبع.

فرع: لو قال العلوية بلد كذا فالقياس أنه كقوله: فقراء بلد كذا، فيكون حكمه ما سبق.

قال: (أَوْ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ) أي: وهم محصورون.

(دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعُدَ) أي: وارثًا، ومحرومًا ومسلمًا وكافرًا وغنيًا وفقيرًا؛ لشمول الاسم، وإذا انحصروا كما صورنا به المسألة وجب استيعابهم، وقيل: يجوز الصرف إلى ثلاثة، وإن لم ينحصروا فكالوصية للعلوية غير المحصورين.

قال: (إِلَّا أَصْلًا وَفَرْعًا فِي الْأَصَحِّ) إذ لا يسمون أقارب، وظاهر كلامهم أنه لا يدخل أصل ولا فرع أصلًا، ومثله قول «المحرر» الأظهر إلى الأصول والفروع لا يدخلون، وهذا على إطلاقه وجه مرجوح من أوجه أصحها في «الروضة» و«الشرحين» أنه لا يدخل الأبوان، والأولاد، ويدخل الأجداد والأحفاد، وثانيها: يدخل الجميع، وبه جزم جمع منهم الماوردي، والمتولي، وصححه بعضهم؛ لأنهم يدخلون فيما إذا أوصى لأقرب الأقارب، ولا يكون من الأقارب، وثالثها: أن من اجتمع معه في الأب الرابع فمن أقاربه

وَلَا تَدْخُلُ قَرَابَةُ أُمٍّ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ فِي الْأَصَحِّ، ....

أو بعد الرابع فلا وزيفه الماوردي، ورابعها: ما ذكره، قيل: ويجوز أن يحمل قوله أصلًا وفرعًا على الوالد والولد فقط؛ لأنه أتى به مفردًا بخلاف «المحرر».

إشارة: في «الروضة» قد ادعى الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنه لا يدخل الأبوان، والأولاد، والصواب أن يقال: إجماع الأصحاب كما عبَّر الرافعي، وغيره.

قال: (**وَلَا تَدْخُلُ قَرَابَةُ أُمٍّ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ فِي الْأَصَحِّ**) ووجه بأن العرب لا تفتخر بها ولا تعدها بقرابة، وهذا التوجيه ضعيف ممنوع، والثاني: وهو الأصح في «الروضة» والأقوى في «الشرحين» و«التذنيب»⁽¹⁾ وبه قطع العراقيون وهو ظاهر نصه فى «المختصر» دخولهم كالعجم، وادعى الإمام أن الجمهور قطعوا بالأول، ويجب حمله على الجمهور من طريقتهم، فإنه قضية كلام والده وغيره والعرب تفتخر بالخال الشريف والأم الشريفة، وقد قال ﷺ: «**سعد خالي فليرني امرؤ خاله**»⁽²⁾ حسنة الترمذي (٣٧٥٢).

تنبيهات: لو قيل: أن الخلاف في سكان البوادي ونحوها من العرب، دون سكان الأمصار منهم المتوالدون فيها، ولا يفرقون بين العراقيين، أو معظمهم ولم يبعد كلام القاضي الحسين المصرح بنقل الخلاف قولين، حيث قال عن المرجح في «الكتاب»: وهذا ما ذكره الشافعي في أثناء الباب، وصححه بعضهم، والذي ذكره: في طرفي الباب يدل على عدم الفرق بين العجم، والعرب.

فرع: لو لم يكن لزيد إلا قريب واحد أخذ الجميع، وقيل: النصف، وقيل: الثلث، وليس الرضيع ولا الزوج ولا الزوجة من الأقارب، ويدخل في المكارم كل محرم بنسب، أو صهر، أو رضاع.

---

(1) هو «التذنيب في الفروع على الوجيز للغزالي» للرافعي.

(2) أخرجه الترمذي (٥/ ٦٤٩، رقم ٣٧٥٢)، والطبراني (١/ ١٤٤، رقم ٣٢٣)، والحاكم (٣/ ٥٦٩، رقم ٦١١٣).

وَالْعِبْرَةُ بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ، وَتُعَدُّ أَوْلَادُهُ قَبِيلَةً، وَيَدْخُلُ فِي أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ الْأَصْلُ وَالْفَرْعُ، وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ ابْنٍ عَلَى أَبٍ وَأَخٍ عَلَى جَدٍّ ....

قال: (**وَالْعِبْرَةُ بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ، وَتُعَدُّ أَوْلَادُهُ قَبِيلَةً**) مثاله: أوصى لأقارب الشافعي في زمانه صرف إلى أولاد شافع بن السائب دون أولاد أخوي شافع وهما علي والعباس دون غيرهم، ولو أوصى لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذا الوقت كما قاله: الرافعي دون فيه أولاد الشافعي دون غيرهم بالتصغير أو حسيني لم يدخل الحسينيون بالتكبير، وقس على هذا، وكذا في جانب الأم إذا لم تكن من قبيلة الأب فيعتبر في حقها ما ذكرناه، فكل من ينسب إلى من تنتسب إليه الأم من الأب المشهور بأنه قرابتها.

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ الْأَصْلُ وَالْفَرْعُ**) إذ ليس أحد أقرب منهم.

قال في «الذخائر»: وادَّعى بعضهم أنه لا خلاف في دخولهم، وينبغي أن يكون على الخلاف على الوصية لأقاربه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ ابْنٍ عَلَى أَبٍ**) لأن معصيته أقوى.

(**وَأَخٍ عَلَى جَدٍّ**)؛ لأنه أقرب منه، والثاني: يستويان لاستواء الأولين في الرتبة، والآخرين في الإدلاء، وإذا قلنا: بالتسوية فالجد أولى من ابن الأخ، وإن قدمنا الأخ فكذا ابنه وإن سفل، ويقدم ابن الأخ على أبي الجد، وقد يطَّرد الخلاف.

تنبيهات: تعبيره بالأصح موافق «للروضة» وأصلها حيث قالا: وجهان، وقيل: قولان، وعبارة «الشرح الصغير» قولان، ويقال: وجهان، وأما الثانية فقالا: قدم الأخ على الأظهر، والثاني: يستويان، وقيل: يقدم الأخ قطعًا، انتهى.

لا فرق بين الأخ الشقيق مع الجد والأخ لأب، وقضية إطلاق المصنف الأخ وكلامه الآتي أن الأخ للأم كذلك، وهو الصحيح، وفيه ما سيأتي ذكره، ولا بين الجد للأب وللأم، وادعى الإمام أن الجدَّ للأب مقدم على الأخ للأم اتفاقًا، وإن الخلاف في الجد إنما هو مع الأخ العصبة، وكذلك قال في

وَلَا يُرَجَّحُ بِذُكُورَةٍ وَوِرَاثَةٍ بَلْ يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْأُمُّ وَالِابْنُ وَالْبِنْتُ وَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى ابْنِ ابْنِ الِابْنِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

«البسيط»: ولا خلاف في أن الجد يقدم على الأخ للأم، وقال الصيدلاني: إن الأم بمثابة أب الأب، والأخ للأم بمثابة الأخ للأب، وهذا كله خبط، وتقديم الجد أولى؛ لقوة الجدودة في اقتضاء القرب من حيث العرف والاعتبار، هذا لفظه، وما قاله: الصيدلاني هو المشهور.

قال ابن الرفعة: لا فرق في الوصية لأقرب الأقارب بين العجمي والعربي، نص عليه، وأشار الفوراني إلى مجيء الخلاف في دخول الْمُدْلِين بالأم فيما إذا كان الموصي غريبًا إلا أن يقول: لأقربهم بي رحمًا فيدخلون قطعًا كالعجم، ومقتضاه أن يجيء الخلاف في دخول الأم في وصيته لأقرب أقارب نفسه.

قال: (**وَلَا يُرَجَّحُ بِذُكُورَةٍ وَوِرَاثَةٍ؛ بَلْ يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْأُمُّ وَالِابْنُ وَالْبِنْتِ**) أي: والأخ كما يستوي المسلم والكافر، نعم يقدم الشقيق على غيره قطعًا، وقيل: قولان، والأخ من الأب والأخ من الأم سواء وكذا القبول في أولاد الإخوة والأعمام والأخوال وأولادهم.

قال: (**وَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى ابْنِ ابْنِ الِابْنِ**) أي: لأنهما أقرب إليه، وقِس بهذا سائر البطون، وقدم الأعلى في القرب بالأعلى.

قال: (**وَلَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الوارث لا يوصى له غالبًا فيأخذها الباقون، والثاني: يدخل؛ لأن اللفظ يتناولهم.

واعلم أن عبارة «المحرر» عن الراجح فيما رجح من الوجهين، ولم يرجح في «شرحه الكبير» شيئًا.

وقال في «الشرح الصغير»: أظهرها المنع، وأقواهما أنهم يدخلون؛ لتناول اللفظ لهم؛ ويجيء الوجهان بقولنا: الوصية للوارث باطلة؛ فأما إذا وقفناها على الإجازة فليقطع بالوجه الثاني.

قال في «الروضة»: قلت: الظاهر أنه لا فرق في جريانها؛ لأن مأخذها أن الاسم يقع؛ لكنه خلاف العادة، انتهى.

والأظهر ما قاله الرافعي، وليست العادة مستمرة، وكثير من الناس يوصي لبعض الورثة بدليل ما قاله الرافعي: قول الإمام والغزالي في «البسيط» وغيرهما لا يدخل الوارث؛ لأن الوصية له باطلة، فإذن المسألة مفرعة على قول البطلان، وكذلك قال ابن الرفعة: إن إيراد الإمام يفهم ما قاله: الرافعي، وفي قسم الصدقات من «الروضة» أنه لو وقف على فقراء أقاربه أو أوصى لهم فهل يدخل من يلزمه نفقته من أقاربه في الوقف والوصية؟ فيه أربعة أوجه: أصحها: لا، قاله: أبو زيد والخضري، وصححه أبو علي وغيره، والثاني: نعم، قاله: ابن الحداد، والثالث: يدخل القريب دون الزوجة، والرابع: عكسه، انتهى.

ولم يذكر فارقًا بين الوارث وغيره، ويجيء هنا الوجه الذي نقله الماوردي من النظر إلى الجد الرابع دون من فوقه.

قلت: ويجوز أن يقال: إن كان الموصي ممن يرى بطلان الوصية للوارث لم يدخل فيها، وإن كان ممن يرى جوازها داخل عملًا يقتضيه اللفظ، واعتقاده التردد في العامي الصرف، وإن كان عن نص «الأم» يعتد دخول الأقرب فيما إذا أوصى لأقرب أقاربه بما إذا لم يكن الأقرب وارثًا لكفر أو غيره، ونصيبه عدم دخول الوارث، ولعله تفريع على البطلان.

فرع: قال الشيخان: هنا فيما إذا أوصى لأقاربه لا فرق في جميع ما ذكرناه بين قوله: أوصيت لأقاربي أو لقرابتي أو لذي قرابتي أو ذي رحمي أو ذوي قرابتي أو ذوي رحمي؛ لكن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في وصية العرب والعجم.

قلت: ورأيت في «فروع ابن القطان» أنه إذا قال: أعطوا ثلثي لذوي قرابتي فالظاهر من ذلك أنه يعطي لواحد، وإن قال لذوي قرابتي أي: بالتثنية دفع إلى اثنين، وإن قال: لذوي قرابتي فهذا الجمع، وإن قال: لذي قرابتي هذا لحن، ويكون ظاهرًا لواحد، انتهى.

ونقل الدارمي في الصورتين الأوليتين وتابعه، وقال في صورة التثنية:

فَصْلٌ

تَصِحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَدَارٍ وَغَلَّةِ حَانُوتٍ وَيَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ مَنْفَعَةَ الْعَبْدِ، وَأَكْسَابَهُ الْمُعْتَادَةَ، وَكَذَا مَهْرُهَا فِي الْأَصَحِّ، ....

يرجع إلى الورثة أو القرعة، والظاهر أن الحكم كذلك في المفرد، ولعله مراده، وقال أبو عاصم العبادي إذا قال: لذي قرابتي لا ينقص عن ثلاثة؛ لأن الجمع والمفرد في المصدر واحد، قال صاحبه القاضي أبو سعيد في «إشرافه»: والصواب أن يقال: صورته إذا قال: ثلثي لقرابتي، أما إذا قال لذي قرابتي فيصرف إلى واحد، انتهى.

والاقتصار على ثلاثة إذا كانوا محصورين وجه ضعيف، وسبق، وحصل في قوله: لذي قرابتي وجهان، ويحتمل أن يفرق بين العرب وغيره، وله نظائر إذ غيره لا يفرق بين لفظ المفرد والتثنية والجمع.

قال:

(فَصْلٌ

تَصِحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ) أي: وغيره من الدواب، والمواشي مؤبدة ومؤقتة، قال العمراني: وبالوصية بمنافع العبد، قال كافة العلماء إلا ابن أبي ليلى.

قال: (**وَدَارٍ وَغَلَّةِ حَانُوتٍ**) ونحوه من العقار بأنها أقوال مقابلة بالأعواض فكانت بالأعيان، وقد قدم ذكر الوصية بالمنافع، وإنما أعاد؛ لأجل ترتيب ما نذكره عليه.

قال: (**وَيَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ مَنْفَعَةَ الْعَبْدِ، وَأَكْسَابَهُ الْمُعْتَادَةَ**) **لِأَنَّهَا أَبْدَالُ مَنَافِعِهِ**، وأخرج بالمعتادة النادرة كالهبة واللقطة لا يملكها على الأصح؛ لأنها لا تقصد بالوصية، وصحح الماوردي والروياني مقابله، وأجرى جماعة الوجهين في مطلق الاكتساب فحصل ثلاثة أوجه، والمرجح التفصيل.

قال: (**وَكَذَا مَهْرُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: مهر الموصي بمنفعتها إذا وجب المهر بنكاح، أو وطء بشبهة أو غيره؛ لأنه في فوائد الرقبة كالكسب، هذا ما نقلاه عن العراقيين والبغوي، القطع به، ورجحاه في «المنهاج» وأصله،

لَا وَلَدُهَا فِي الْأَصَحِّ، بَلْ هُوَ كَالْأُمِّ مَنْفَعَتُهُ لَهُ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ، وَلَهُ إِعْتَاقُهُ، ....

والثاني: أنه لورثة الموصي، وبه جزم المتولي وصححه الغزالي، قالا: في «الروضة» وأصلها وهو الأشبه، وجزم في «الشرح الصغير» بأنه الأظهر؛ لأنه بدل منفعة البضع، وهو لا يوصي بها فلا يستحق بالوصية بدلها.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَهُوَ مُنْتَقَضٌ بِمَهْرِ الْمَوْقُوفَةِ، فَإِنَّهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ وَقْفُ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ.

قلت: وقد يفرق بأن مِلْكَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لِلْمَنَافِعِ وَالْأَكْسَابِ أَقْوَى مِنْ مِلْكِ الْمُوصَى لَهُ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْكَسْبَ النَّادِرَ وَالْمُعْتَادَ فِيمَا يَظْهَرُ وَالْوَلَدُ عَلَى الْأَصَحِّ بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا عَلَى الْأَصَحِّ وَيَمْلِكُ الرَّقَبَةَ عَلَى قَوْلٍ مَشْهُورٍ، وَعَلَى الْمَذْهَبِ يَؤُولُ الْمِلْكُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَبْقَى لِلْوَرَثَةِ وَلَا لِلْوَاقِفِ تَعَلُّقٌ بِالْعَيْنِ أَصْلًا بِخِلَافِ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا فَإِنَّ مِلْكَ الْوَرَثَةِ بَاقٍ عَلَيْهَا وَوَلَدُهَا لَهُمْ عَلَى الْأَصَحِّ.

واعلم أن إطلاق القول بأن المهر له مشكل، وينبغي أن يقال: إن كانت بكرًا وقلنا: بقود أرش البكارة عن المهر، أن يكون الأرش للورثة على الوجهين، وإن قلنا: يندرج في المهر فهو موضع نظر واحتمال، وقد يفرق بين الوصية المؤبدة وغيرها، وهو بعيد.

فرع: قالا: هنا لا يجوز للموصي له وطؤها بلا خلاف، فإن وطئها لم يحد وقيل: يحد كالمستأجر وهو ما جزمنا به في هذه المسألة في كتاب الوقف، وذكرنا التناقض هناك.

قال: (لَا وَلَدُهَا فِي الْأَصَحِّ، بَلْ هُوَ كَالْأُمِّ مَنْفَعَتُهُ لَهُ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ) لأنه جزء من الأم فيجري مجراها، والثاني: إنه للموصى له كالكسب وقد فرقنا بينه وبين ولد الموقوفة، الثالث: أنه لورثة الموصي؛ لأنه غير المنفعة.

قال: (وَلَهُ إِعْتَاقُهُ) أي: وللوارث إعتاق الرقيق الموصى بمنفعته؛ لأن رقبته خالصة لمالكه، وأشير إلى خلاف فيه، نعم لا يجزئ عن الكفارة على الأصح، وهل يجزئ عن النذر؟ لم أر فيه نصًا، وقيدت في «الغنية» إطلاقه بما

وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً وَكَذَا أَبَدًا فِي الْأَصَحِّ. وَبَيْعُهُ إنْ لَمْ يُؤَبِّدْ كَالْمُسْتَأْجَرِ، وَإِنْ أَبَّدَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمُوصَى لَهُ دُونَ غَيْرِهِ.

إذا كان تطوعًا، ولا أدري من أين نقلته، وإذا أعتقه فالصحيح بقاء الوصية بحالها ولا رجوع للعتق على الوارث بقيمة المنفعة قطعًا.

قال: (وَعَلَيْهِ) أي: على الوارث (نَفَقَتُهُ إنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً) كالمستأجر.

(وَكَذَا أَبَدًا فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص، ويتخلص منها بإعتاقه، والثاني: على الموصى له؛ لتأبد منافعه له كالزوج، والثالث: أنها في كسبه، فإن لم يكتسب أو لم يف بها ففي بيت المال، وأطلق الماوردي، ونقل الثالث أنها في بيت المال فلعله وجه رابع، والفطرة كالنفقة، وقطع البغوي بأنها على مالك الرقبة.

فرع: علف البهيمة كنفقة العبد، وأما العمارة والسقي، فإن امتنعا من ذلك لم يجز واحد منهما، وأشير إلى طرد خلاف في العمارة وسائر المؤن، ويشبه أن يكون التقرير في الوارث والموصى له المطلقين التصرف، أما غيرهما فينبغي أن يكون على الولي فعل الأحظ بمحجوره ويجبره الحاكم عليه، وكذا لو كانت الوصية بالثمرة والغلة لجهة عامة من جهات البر للموصى له أن ينفرد بالمسافرة به على الأصح؛ لاستغراقه المنافع، والثاني: كالزوج وينبغي أن يختص هذا بغير الأَمَة والخنثى؛ بل لا يجوز له الخلوة بها حصرًا وقطعًا؛ إلا أن يكون محرمًا لهما.

قال: (وَبَيْعُهُ إنْ لَمْ يُؤَبِّدْ كَالْمُسْتَأْجَرِ) أي: وبيع الموصي بمنفعته مدة كبيع المؤجر العين المأجورة كما سبق.

قال ابن الرفعة في «المطلب»: ويظهر تقييد الخلاف فيها بما إذا كانت المدة معينة، أما لو كانت مجهولة كحياة زيد، فتعين القطع بالبطلان، وهذا كما قاله: - ﷺ تعالى -.

قال: (وَإِنْ أَبَّدَ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمُوصَى لَهُ دُونَ غَيْرِهِ) إذ لا فائدة له

وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْعَبْدِ كُلُّهَا مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ أَبَدًا، ....

فيه، والثاني: يصح مطلقًا، وقال البندنيجي والروياني: إنه المذهب، وزيفه الإمام، والثالث: عكسه، وقيل: يصح بيع العبد والأمَة دون غيرهما؛ لأنه يتقرب بعتقهما كالزمن دون البهائم والجمادات، وقيل: لا يصح من غير الموصى له قطعًا، وتورع الشيخان في ترجيح الصحة فإن أكثر الأصحاب كما قاله: القاضيان أبو الطيب والحسين قالوا: لا يصح، وقال القاضي الحسين: إنه المذهب، وصححه غيرهما، والخلاف فيما إذا استغرقت الوصية المنافع، فلو أوصى بنتاج البهيمة فقط مثلًا صح بيعها لبقاء بعض المنافع.

إشارة: لو كان العبد والوارث كافرين فأسلم العبد الموصى بمنفعته، فهل يجبر الوارث على بيعه لمسلم أو إعتاقه؟ فيه نظر، وهل يجبر الموصى له الكافر على إزالة ملكه عن منافعه إلى المسلم؟ يشبه أن يكون الحكم ما سبق في الإجارة.

تنبيه: قالا إثر مسائل الفصل: هذا ما ذكروه في هذه الصور ولم يفرقوا بين قوله: أوصيت بمنفعة العبد، أو عليه، أو خدمته، أو كسبه، أو بمنفعة الدار، أو سكناها، أو غلتها وكان الأحسن أن يقال: الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد، والسكنى في الدار، والوصية بالخدمة والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع كالإجارة، ولا يبعد أن يكون هذا مرادهم وإن أطلقوا؛ بل ينبغي أن يقال: الوصية بالغلة والكسب لا تفيد استحقاق السكنى والركوب والاستخدام وبواحد منها لا يفيد استحقاق الغلة والكسب، وهذا يوافق الوجه السابق في كل الاكتساب.

قلت: في الموافقة وقفة للفطن.

قال: **(وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْعَبْدِ كُلُّهَا مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ أَبَدًا)** لأنه حال بين الوارث وبينها وذلك كإتلاف، وهذا ما نص عليه في «الإملاء» وغيره، والثاني: خرجه ابن سريج أن المعتبر ما بين قيمته بمنافعه ومسلوبها، وصححه الغزالي، وطائفة؛ لأن الرقبة باقية للوارث، فعلى هذا يحسب قيمة الرقبة على الوارث في الأصح، مثاله أوصى بعبد قيمته بتمام منافعه مائة

وَإِنْ أَوْصَى بِهَا مُدَّةً قُوِّمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ الْمُدَّةَ، وَيُحْسَبُ النَّاقِصُ مِنَ الثُّلُثِ.

فَصْلٌ

وَتَصِحُّ بِحَجِّ تَطَوُّعٍ فِي الْأَظْهَرِ.

ودونها عشرة، فعلى المنصوص، تعتبر المائة من الثلث، ويشترط أن يكون له مائتان سوى العبد، وعلى المخرج المعتبر تسعون، فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه، ودونها على وجه.

قال: (**وَإِنْ أَوْصَى بِهَا مُدَّةً قُوِّمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ الْمُدَّةَ، وَيُحْسَبُ النَّاقِصُ مِنَ الثُّلُثِ**) أي: فإذا قوم المنفعة بمائة وبمسلوبها تلك المدة بثمانين فالوصية بعشرين، وهذا أصح الطرق، وثانيها: أنه على الخلاف في الوصية المؤبدة، وثالثها: إن اعتبر هناك ما بين القيمتين فهنا أولى، وإلا فالتفاوت أو الرقبة وجهان، رابعها: يعتبر من الثلث أجرة تلك المدة.

فَصْلٌ

قال: (**وَتَصِحُّ بِحَجٍّ تَطَوُّعٍ فِي الْأَظْهَرِ**) بناء على دخول النيابة فيه ثم هو من الثلث كسائر التبرعات، وهل يقدم من الثلث على سائر الوصايا؟ قال القفال: هو على قولين في تقديم العتق على غيره من الوصايا، قال الشيخ أبو علي: ولم أر هذا لأحد من الأصحاب غيره؛ بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الآدميين.

قلت: وقضية هذا أن يكون الأصح تقديم الوصية بحج التطوع على الوصية للفقراء أو غيرهم، وفيه وقفة، ويخرج من كلامه أن حج التطوع أكبر من صدقة التطوع بناءً على الراجح وهذه مسألة غزيرة النقل. وفي «زيادات العبادي»: الصدقة أفضل من حج التطوع، وفي قول أبي حنيفة: وهذا محتمل في هذا الزمان، انتهى.

وهذا قد يفهم أن مذهبنا بخلافه، وقد سئلت عن هذه المسألة فأفتيت فيها تفقهًا بتفصيل طويل لا أحصله الآن.

وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوْ الْمِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَمِنْ الْمِيقَاتِ فِي الْأَصَحِّ.

وَحَجَّةُ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ أَوْصَى بِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ الثُّلُثِ عُمِلَ بِهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ بِهَا فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَقِيلَ: مِنَ الثُّلُثِ وَيُحَجُّ مِنَ الْمِيقَاتِ.

قال: (**وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوْ الْمِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ**) أي: عملًا بوصيته.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ فَمِنْ الْمِيقَاتِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ حملًا على أقل الدرجات، والثاني: من بلده الذي تُوفي فيه؛ لأن الغالب الاستبحار للحج منه.

(**وَحَجَّةُ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ**) أي: وإن لم يوص بها على المشهور كسائر الديون، وأولى.

قال: (**فَإِنْ أَوْصَى بِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ الثُّلُثِ عُمِلَ بِهِ**) وهو في الأولى: تأكيد، وفي الثانية: كوصية بقضاء دينه من ثلثه، وفائدة جعلها من الثلث مزاحمة الوصايا.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ بِهَا فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ**) أي: كما لو لم يوص، ويحمل ذلك على التأكيد والتذكار بها.

(**وَقِيلَ مِنْ الثُّلُثِ**)؛ لأنها من رأس المال فوصيته بها قرينة دالة على أنها من الثلث، إذ هو مصرف الوصايا، وعبارة «الروضة»: فمن رأس المال على المذهب، وبه قطع الجمهور، سواء قرن به ما يعتبر من الثلث، أم لا، وقيل: قولان: ثانيهما: أنها من الثلث، وقيل: إن قرب من الثلث، وإلا فمن رأس المال وكان ينبغي أن يقول: على المذهب.

قال: (**وَيُحَجُّ مِنْ الْمِيقَاتِ**) لأنه لو كان حيًا لم يلزمه سواه، هذا إن جعلناها من رأس المال، وهكذا من الثلث على الأصح.

تنبيه: إذا عيَّن في الوصية مقدارًا كألف درهم مثلًا فإن خرج من الثلث فذاك، وإلا فالتفريع على المذهب فمقدار أجرة حجه من الميقات كسائر التبرعات.

فرع: أطلقا إن أصح الوجهين أن المنذورة كحجة الإسلام، وحُكي ذلك خلافًا، ووفاقًا إذا كان الالتزام في الصحة، فأما إن كان في المرض أي: وما

وَلِلْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَحُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ.

معناه وحكمه فهي من الثلث قطعًا، صرح به الفوراني في كتاب الحج وهو ظاهر.

فرع: قال: أحجوا عن زيد بخمسين دينارًا، لم يجز أن ينقص منها شيء من الفتاوى صرف إليه ذلك القدر إذا أخرج من الثلث وكان الباقي للورثة، وقيل: يجب صرف الجميع.

قلت: وهو الصحيح، والقياس الظاهر.

فرع: قال الإمام في كتاب الحج: حكى الصيدلاني في «وقائع المفتين بمرو» أن رجلًا قال: اشتروا عشرة أصوع من البُر بمائة درهم وتصدقوا بها ويوجد ذلك القدر منه بخمسين، قال: اختلف الأئمة فيه فقيل: يشتري الأصوع بما يؤخذ وترد الزيادة إلى الورثة، وقيل: يشتري بالمائة عشرة أصوع وتكون الزيادة وصية لبائع الحنطة، وقيل: يشتري بتلك الزيادة حنطة بسعر الوقت ويتصدق بها، قال الإمام: فالمسألة محتملة.

فرع: سألت عمن قال: أحجوا زيدًا عني بكذا حجة الإسلام، ولم يعين سنة، فقال زيد: أنا لا أحج العام؛ بل في قابل، هل يؤخر الحج لأجله أم لا؟ ويستأجر غيره في عام الوصية، فأحجمت عنها ولم يحضرني نقل، ويشبه أن يقال: إن كان قد يمكن وأخرها وما لم يؤخر استأجروا عين المعين، ووجهه ظاهر، وإن لم يكن استقرت عليه في حياته ولا يمكن أخرت العين إلى اليأس من الحجة عنه؛ لأنها كالتطوع، وفيه احتمال، لما في التأخير من التغرير.

فرع: في «فتاوى القفال» إنه لو قال: أخرجوا من مالي مائة دينار للحج، وكان يوجد بها حجيج، وجب أن يصرف إلى حجيج، ويفرق ما لو قال: أحجوا عني فلان بمائة دينار؛ لأن الزيادة له عن أجرته وصية له، وكذا لو قال: أخرجوا من مالي مائة للعتق يشتري ما يوجد، ولو قال: اشتروا بمائة دينار عبد فلان، أشتري بجميعها وما زاد على قيمته وصية، انتهى. والظاهر أن ما ذكره في حج التطوع خاصة.

قال: (**وَلِلْأَجْنَبِيِّ أَنْ يَحُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: الحج

....

الواجب عليه بغير إذنه في الأصح، كقضاء دينه، والثاني: المنع؛ لافتقاره إلى النية، فلا بدَّ من استنابته، والظاهر أن الخلاف قولان، لا وجهان.

إشارات: قوله: بغير إذنه ظاهره إذن الميت قبل وفاته وهو ظاهر، إذا كان إذنه في حالة جواز الاستنابة، وشرح شارح كلامه، فقال: أي: بغير إذن الوارث كما صورها في «الروضة» وغيرها وهو صحيح أيضًا، فإن أذن الوارث صح قطعًا، وحينئذٍ ينبغي أن يقال: بغير إذن يشمل إذنه وإذن الوارث والحاكم؛ حيث لا وارث، أو كان الوارث الخاص طفلًا، ونحوه، وقوله: «وللأجنبي» يفهم أن للقريب الحج عنه جزمًا، وإن يكن وارثًا وقد يؤيده إطلاق الحديث في حج أخي شبرمة عنه، ويؤيده أيضًا ما سبق في الصوم عنه؛ لكن الذي ذكر هنا إنما هو الوارث، وظاهره أن غير الوارث هنا كالأجنبي، ويجوز أن يكون هذا صدر ممن اعتبر هناك الإرث، وإلا فما الفرق؟ وقيل: إنما احترز بالأجنبي عن الوارث، وفيه ما أشرنا إليه، وهل المراد مطلق الورثة حتى يدخل الولي وعصبته أم لا بدَّ من نوع ولاية وقرابة؟ وهل يكفي إذن بعض الورثة؟ لم أر فيه نقلًا، والأول: بعيد، والثاني: قريب، ولا معنى لاعتبار إذن الجميع، هذا كله في الحج الواجب، أما حج التطوع، فقال العراقيون: إن لم يوص به، لم يصح عنه.

ونقل المصنف في «شرح المهذب» هناك الاتفاق عليه.

قال الرافعي هنا وفي «آمالي» السرخسي: أن للوارث الاستنابة وأن الأجنبي لا يستقل به في الأصح، قال: وفي هذا الكلام تجويز الاستنابة للوارث وتجويز فعله بنفسه، وإن لم يوص الميت، انتهى.

وذكر شارح هناك في الاستنابة في التطوع من المغصوب عن نفسه ومن الوارث عن الميت قولين: أظهرهما عند الأكثرين: الجواز، هكذا أطلقه الرافعي والمصنف في «الروضة» ونقل في «شرح المهذب» أن الشيخ أبا حامد والقاضي أبا الطيب وآخرين نقلوا اتفاق الأصحاب على أنه لا يجوز عن

وَيُؤَدِّي الْوَارِثُ عَنْهُ الْوَاجِبَ الْمَالِيَّ فِي كَفَّارَةٍ مُرَتَّبَةٍ، وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو فِي الْمُخَيَّرَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْتِقُ أَيْضًا، وَأَنَّ لَهُ الْأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَرِكَةٌ، ....

الميت الذي لم يوص به، والقولان في ميت أوصى به أو مغصوب استأجر من يحج عنه ولو لم يكن على الميت حج ولا وجب عليه لعدم الاستطاعة، ففي جواز الحج عنه طريقان:

أحدهما: طرد القولين، **والثاني**: القطع بالجواز، قال: وفي «كفاية ابن الرفعة» القولان في حج الوارث والأجنبي عمن مات ولم يجب عليه الحج فليحمل ذلك على ما إذا كان بالوصية، انتهى.

فروع: يجوز أن يكون أخبر بالتطوع عبدًا أو صبيًا بخلاف حجة الإسلام، وفي الْمَنْذُورَةِ خِلَافٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَسْلُكُ بِهَا مَسْلَكَ الْوَاجِبَاتِ أَمْ لَا، واستشكله الروياني فإن العبد يؤدي للنذر عن نفسه السيد.

قلت: وفي جواز استئجار العبد والوصي عن الميت الموصي بحج التطوع نظر؛ بل لا ينبغي أن يستأجر عنه إلا كامل ولا سيما إذا قلنا: إن التطوع يقع فرض كفاية كما سبق، وإن لم يجوز الاستئجار للتطوع وقع حجه عنه، ولم يستحق شيئًا بحال إن علم فساد الإجارة، وإن جهله ففي الحج عن الميت لا يستحق شيئًا على الوارث، ولا الوصي ولا في التركة، وفي حجه عن المغصوب قولان: أظهرهما يستحق وهو مشكل جدًا وربما سبق إذا جازت النيابة في التطوع جاز حجتان وثلاث وأكثر عن الميت والمغصوب، ذكره العمراني وغيره.

قال: (**وَيُؤَدِّي الْوَارِثُ عَنْهُ**) أي: من التركة.

(**الْوَاجِبَ الْمَالِيَّ فِي كَفَّارَةٍ مُرَتَّبَةٍ**) أي: ويكون الولاء للميت، إذا أعتق.

(**وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو فِي الْمُخَيَّرَةِ**) أي: الوارث.

(**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُعْتِقُ أَيْضًا**) أي: في المخيرة؛ لأنه نائبه شرعًا، فإعتاقه كإعتاقه، والثاني: لا؛ إذ لا ضرورة إليه.

قال: (**وَأَنَّ لَهُ الْأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَرِكَةٌ**) كقضاء الدين.

وَأَنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ، لَا إِعْتَاقٍ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني(١): لبُعد العبادة عن النيابة، **والثالث**: يمنع الإعتاق فقط، **والرابع**: يجوز إعتاقه في المرتبة دون المخيرة.

قال: (**وَأَنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ**) كقضاء دينه، **والثاني**: لا؛ لبُعد العبادة عن النيابة.

(**لَا إِعْتَاقٍ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لاجتماع عدم النيابة وبُعد إثبات الولاء للميت، **والثاني**: يقع عنه كالوارث.

تنبيهات: المراد بالأجنبي عن الوارث، وإن كان قريبًا له، وأطلق في «البيان» أن الوصي كالوارث في العتق وغيره، فإن أراد الوصي في ذلك فظاهر، أو في قضاء ديونه فكذلك، أو في أمر أطفاله فبعدهم، ظاهر عبارة «الشرحين» ترجيح طريقة القطع بمنع العتق لا طريقة الوجهين، ثم محل الخلاف في الكفارة المخيرة كما صرحا به في كتاب الأيمان، أما المرتبة فصححنا هناك صحته من الأجنبي بناءً على إحدى العلتين في المخيرة وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق، ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب وابن الصباغ في باب كفارة الظهار الجزم بأنه ليس للأجنبي الإعتاق عن الميت من غير وصية، وأما الوارث فإن كان العتق معينًا كما لو اقتضى حاله وجوب العتق عن ظهار، أو قيل: أو وقاع في رمضان، كان له أب يعتق عنه لا يملك أن يلحق به شيئًا، فكذلك الولاء، وإن كان العتق على التخيير ككفارة النهي، فوجهان.

وقال الماوردي في العتق الواجب: يجوز أن يتطوع عنه به الوارث والأجنبي بأمره وعن أمره كقضاء الدين، وكلام الجرجاني والشافعي يقتضي جوازه للوارث والأجنبي إن كان له مال ولا يجب الإعتاق منه؛ لأنه قضاء دين الغير فلم يفتقر إلى إذنه، وإن لم يكن له مال جاز ذلك من الوارث يقوم مقام بينة فيكون كالنيابة حصلت في ملكه لا غير، انتهى.

وقال الماوردي في الكفارة المخيرة: إن كان له مال وكان العتق أقل الثلاثة

---

(١) في نسخة: (لا؛ لبعد العبادة).

وَتَنْفَعُ الْمَيِّتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ.

قيمة جاز، أو أكثر قيمة لم يصح؛ لأنه يصير بنقصانه واجبًا، وبنقصانه تطوعًا، وإن كان من مال المعتق ففي جوازه وجهان، وصحح الجرجاني بالجواز إذا لم يكن على الميت عتق، فالمشهور أنه لا يتطوع عنه سواء الوارث أو غيره.

قال الشافعي: وأرجو أن يوصل الله تعالى للميت خيرًا لعتق ولا ينقص حق الحي، وفي «الحاوي» في باب كفارة اليمين: إن تطوع عنه بعض الورثة لم يجز، أو جميعهم، فوجهان.

قال: (وَتَنْفَعُ الْمَيِّتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ) أي: بالإجماع كما ذكره المصنف وغيره، ونقل القرطبي المالكي في تفسير سورة النجم عن مالك أنه لم يجز التصدق عن الميت وضعَّفه، وغالب ظني أن ابن عبد البر ممن نقل الإجماع على خلافه، وفي «الأوضح» للقنطري النيسابوري الحنفي في باب الحج عن العمرة أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله أجرة صلاة كانت أو صوم، أو صدقة، وفي «شرح المختار» لمؤلفه: مذهب أهل السنة والجماعة، أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره ويصل، وقرره تقريرًا حسنًا؛ ولكن كونه مذهب أهل السنة قاطبةً ممنوع، وقال المحب الطبري في «شرح التنبيه» قبيل باب التعزية: المختار أنه يصل إلى الميت ثواب كل عبادة تفعل عنه واجبةً كانت أو تطوع بها متطوع، انتهى.

تنبيه: كلام الشافعي والجمهور ملوحٌ ومصرح بأن ثواب الصدقة يكون للميت.

قال الشافعي: وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضًا، قَالَ أَصْحَابُنَا يُسَنُّ لَهُ نِيَّةُ الصَّدَقَةِ عَنْ أَبَوَيْهِ مَثَلًا فَإِنَّهُ تَعَالَى يُثِيبُهُمَا وَلَا يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ شَيْئًا، وأما قول ابن عمر والمصعبي في شرحه لـ«مختصر الجويني»: اعلم أن بركة الدعاء تلحق بالميت فيرجى له الثواب والمغفرة، وإن تصدق عنه تطوعًا فمن أصحابنا من قال: إن التصدق ملحق بالميت فيصير كأنه تصدق، وصار معظم الأصحاب إلى أن التصدق لا يلحق بالميت؛ بل التصدق يقع عن المتصدق، وفي الثواب له إلا أنه لا يبعد أن تلحقه بركة الصدقة فغريب، كما تلحقه بركة

قال المصنف: وَأَمَّا ثَوَابُ الْقِرَاءَةِ إِلَى سَيِّدِنَا رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَمَنَعَ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ مِنْهُ وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ عَلَى الْجَنَابِ الرَّفِيعِ إِلَّا بِمَا أَذِنَ فِيهِ، وَلَمْ يَأْذَنْ إِلَّا فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ....

الدعاء، وكأنه انعكس عليه النقل، ونقل الإمام عن الأئمة في «الطرق» أنهم أطلقوا أن من يتصدق عن ميت بصدقة وقعت عنه، سواء كان لوارث وغيره، ثم قال: ووجدت في بعض المصنفات أن الصدقة يرجو إلحاق بركتها للميت، فأما وقوعها عنه وصدورها من غير وارث وهو متطوع فبعيد عن القياس، وقد ذكر الصيدلاني وغيره أنها تقع عنه وتلتحق بأعماله، وكيف يفرض هذا ولم يعمله ولم يأمر به؟ نعم إن قصد التصدق لشخص كان ذلك في معنى الدعاء، قال: تقع عبادة عن الداعي وينال بركته الميت، وليس ببعيد عندي أن الأصحاب الأولين أرادوا هذا؛ ولكن صرح المتأخرون بوقوعها عنه، انتهى.

وقال عز الدين بن عبد السلام: ظاهر السُنة وقوع الصدقة عن الميت، وللمتصدق ثواب بره للميت بخلاف الدعاء، فإن شفاعة أجرها للشافع ومقصودها للمشفوع له.

فرع: ذكر في «العدة» أنه لو أنبط عينًا، أو حفر بئرًا، أو غرس شجرةً، أو وقف مصحفًا عن غيره لحق الثواب بالميت، قال الرافعي: ولا يختص بوقف المصحف لم يلحق به كل وقف، وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عنه، وأطلق العبادي القول بجواز التضحية عن الغير؛ لكن في «التهذيب» أنه لا يجوز التضحية عن الغير بغير أمره.

قلت: حكي الفوراني في التضحية عن الميت بغير أمره وجهين، ورأيتهما في «فتاوى» شيخه القفال، إن جوزنا لم يجز للمضحي ولا لأحد الأكل منها؛ لأن من وقعت عنه لا يحل تناولها إلا بإذنه، وهو متعذر، فيجب التصدق بها.

قال المصنف: [(وَأَمَّا ثَوَابُ الْقِرَاءَةِ إِلَى سَيِّدِنَا رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَمَنَعَ الشَّيْخُ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ مِنْهُ وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ عَلَى الْجَنَابِ الرَّفِيعِ إِلَّا بِمَا أَذِنَ فِيهِ، وَلَمْ يَأْذَنْ إِلَّا فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

وَسُؤَالِ الْوَسِيلَةِ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلِهَذَا اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ الدُّعَاءِ لَهُ بِالرَّحْمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ بِمَعْنَى الصَّلَاةِ لِمَا فِي الصَّلَاةِ مِنْ مَعْنَى التَّعْظِيمِ بِخِلَافِ الرَّحْمَةِ الْمُجَرَّدَةِ، وَجَوَّزَهُ بَعْضُهُمْ وَاخْتَارَهُ السُّبْكِيُّ وَاحْتَجَّ بِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا كَانَ يَعْتَمِرُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ عُمْرَةً بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ. وَحَكَى الْغَزَالِيُّ فِي الْإِحْيَاءِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْمُوَفَّقِ وَكَانَ مِنْ طَبَقَةِ الْجُنَيْدِ أَنَّهُ حَجَّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ حِجَجًا، وَعَدَّهَا الْفُقَّاعِيُّ سِتِّينَ حَجَّةً، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ السَّرَّاجِ النَّيْسَابُورِيِّ أَنَّهُ خَتَمَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَكْثَرَ مِنْ عَشَرَةِ آلَافِ خَتْمَةٍ وَضَحَّى عَنْهُ مِثْلَ ذَلِكَ. وَلَكِنَّ هَؤُلَاءِ أَئِمَّةٌ مُجْتَهِدُونَ فَإِنَّ مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ التَّضْحِيَةَ عَنِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا تَجُوزُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي باب الْأُضْحِيَّةِ، وَعِبَارَتُهُ هُنَاكَ: وَلَا تَضْحِيَةَ عَنِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَا عَنِ الْمَيِّتِ إِذَا لَمْ يُوصِ بِهَا.

وَسُؤَالِ الْوَسِيلَةِ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلِهَذَا اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ الدُّعَاءِ لَهُ بِالرَّحْمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ بِمَعْنَى الصَّلَاةِ لِمَا فِي الصَّلَاةِ مِنْ مَعْنَى التَّعْظِيمِ بِخِلَافِ الرَّحْمَةِ الْمُجَرَّدَةِ، وَجَوَّزَهُ بَعْضُهُمْ وَاخْتَارَهُ السُّبْكِيُّ وَاحْتَجَّ بِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا كَانَ يَعْتَمِرُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ عُمْرَةً بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ. وَحَكَى الْغَزَالِيُّ فِي الْإِحْيَاءِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْمُوَفَّقِ وَكَانَ مِنْ طَبَقَةِ الْجُنَيْدِ أَنَّهُ حَجَّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ حِجَجًا، وَعَدَّهَا الْفُقَّاعِيُّ سِتِّينَ حَجَّةً، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ السَّرَّاجِ النَّيْسَابُورِيِّ أَنَّهُ خَتَمَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَسَلَّمَ أَكْثَرَ مِنْ عَشَرَةِ آلَافِ خَتْمَةٍ وَضَحَّى عَنْهُ مِثْلَ ذَلِكَ. وَلَكِنَّ هَؤُلَاءِ أَئِمَّةٌ مُجْتَهِدُونَ فَإِنَّ مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ التَّضْحِيَةَ عَنِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا تَجُوزُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي باب الْأُضْحِيَّةِ، وَعِبَارَتُهُ هُنَاكَ: وَلَا تَضْحِيَةَ عَنِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَا عَنِ الْمَيِّتِ إِذَا لَمْ يُوصِ بِهَا)].

قال الشارح:

فرع: المشهور أنه لا يصل ثواب قراءة القرآن للميت، ونقله المصنف في شرح «مسلم» و«الفتاوى» عن الشافعي والأكثرين، وقاله: أبو بكر الشالوسي بالشين المعجمة في أوله، كما قاله الشيخ ابن السمعاني لا بالمهملة، كما قاله الشيخ في «تهذيبه»: إن نوى بها أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه وإن قرأ وجعل

....

ما حصل له من الأجر له فهذا دعاء بحصول الأجر للميت فينفعه، وحكى الشيخ في باب النهي عن الرواية عن الضعفاء في شرح «مسلم» وفي «فتاويه» وجهين: أن ثوابها يصل إليه، قال ابن الرفعة: والذي ذكر عليه الخبر بالاستنباط أن بعض القرآن إذا قصد به نفع للميت، وتخفيف ما هو فيه نفعه؛ إذ ثبت أن الفاتحة إذا قصد بها القارئ نفع الملدوغ نفعته، وأقر النبي ﷺ ذلك بقوله: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ»(١) وإذا نفعت الحي بالقصد كان نفع الميت بها أولى؛ لأنه يقع عنه من العبادات بغير إذنه ما لا يقع عن الحي، نعم يبقى النظر في أن ما عدا الفاتحة من القرآن الكريم إذا قرأ وقصد به ذلك هل يلتحق بها أم لا؟ انتهى.

وفي هذا الاستثناء نظر! وما سبق عن المحب الطبري بعيد عن المذهب، وأحسن بعض المتأخرين حيث قال: إن نوى القراءة عن الميت، فالذي نوى أنها لا تصل إليه؛ لأنها عبادة بدنية لا تقبل النيابة، وفي «الحاوي» ما ينازع في ذلك ويفهم خلافه، قال: وإن قرأ ثم سأل الله تعالى ثواب تلك القراءة للميت، فينبغي ألا يكون فيه خلاف؛ لأنه إذا كان له أن يسأل الله أن يعطيه ما ليس له في هذا أولى، أما لو قال: أهديت ثواب قراءتي لم يصح، انتهى.

وفي «حلية الروياني»: ويقول زائر القبور: اللهم اغفر لهم، وإن سافر أو جعل ثوابه لهم، وذكر في «البحر» نحوه، وشدد ابن عبد السلام في بعض فتاويه فقال: لا يجوز ذلك؛ لأنه تصرف في الثواب من غير إذن من الشرع فيه.

وحكى القرطبي في «التذكرة» عنه أنه رؤي بعد وفاته في النوم فسئل عن ذلك، فقال: كنت أقول ذلك في الدنيا، والآن بان لي أن ثواب القراءة يصل للميت، أو هذا معناه، وبالجملة، فالمشهور ما تقدم أول الفرع، ومع ذلك فقد نص الشافعي على أنه يستحب أن يقرأ ما تيسر ويدعوا للميت عقبه، وله فوائد منها: أن الدعاء عقب القراءة أقرب إلى الإجابة، ومنها: أن تناله بركة القراءة

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١٠، رقم ١١٠٨٥) والبخاري (٢/ ٧٩٥، رقم ٢١٥٦)، ومسلم (٤/ ١٧٢٧، رقم ٢٢٠١)، وأبو داود (٤/ ١٤ رقم ٣٩٠٠)، والترمذي (٤/ ٣٩٨ رقم ٢٠٦٣) وقال: حسن. والنسائي في الكبرى (٦/ ٢٥٥، رقم ١٠٨٦٨) وابن ماجه (٢/ ٧٢٩، رقم ٢١٥٦).

....

كالحاضر الحي، وغير ذلك.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُهِمَّةٍ نَخْتِمُ بِهَا الْبَابَ

الْأُولَى: رَأَيْت بِخَطِّ الْكَمَالِ إِسْحَاقَ نَقْلًا عَنْ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَعْطُوا زَيْدًا مَا يَبْقَى مِنْ ثُلُثِي، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ أَوْصَى بِشَيْءٍ يُعْطَى الثُّلُثَ كَامِلًا، انْتَهَى وَفِي النَّفْسِ مِنْهُ شَيْءٌ.

الثانية: إذا أوصى بثلثه، ولم يذكر مصرفًا، قال الشيخ أبو حامد وأتباعه: يكون للفقراء والمساكين، وجنح المصنف إلى موافقتهم، وسبق الكلام على ذلك في كتاب الوقف، ولم يذكروا صيغة الوصية، وكان المراد أن يقول: أوصيت بثلثي، أو أخرجوا ثلث مالي ونحو ذلك.

الثالثة: قال الصَّيْمَرِيّ: يصح أن يقول: أوصيت لزيد بما يراه فلان أو يختاره، وأن يقول: لمن يراه فلان؛ لكن لا يجوز أن يرى عند الميت، ولا وارثه، ولا نفسه، ولا عنده.

قلت: وكان المنع في وارث الموصي مفرع على بطلان الوصية للوارث أما إذا صححناها ووقفناها على الإجازة فيتجه إلى الصحة هنا كما لو باشر الموصي ذلك بنفسه، ويشبه أن يلحق بعبد الموصي ونفسه في المنع، كل من يلزمه نفقته من أصل، وفرع، وزوجة، ويحتمل غيره.

الرَّابِعَةُ: قَالَ الصَّيْمَرِيُّ: لَوْ قَالَ: إِنْ رُزِقْتُ وَلَدًا أَوْ سَلِمْت مِنْ سَفَرِي هَذَا أَوْ مَاتَ فُلَانٌ أَوْ وَجَدْتُ كَذَا فَقَدْ أَوْصَيْت بِثُلُثِ مَالِي جَازَ ذَلِكَ وَعُمِلَ بِالشَّرْطِ.

قُلْت: وَهَذَا نَذْرٌ فِي الْمَعْنَى فَيُنْظَرُ فِي قَوْلِهِ أَوْ مَاتَ فُلَانٌ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ الْقَصْدِ الصَّالِحِ بِذَلِكَ وَغَيْرِهِ.

الخامسة: لو قال: إن مت من هذا فلـ«زيد» كذا ثم مات، فقال: مات منه، وكذبه الوارث صدق الوارث بيمينه، ولو تبرع في مرضه بشيء وأقبضه، ثم مات، ثم اختلفا، هل مات منه؟ فإن اتفقا على أنه كان مجنونًا، فالقول قول الوارث بيمينه، وإلا قول المتهب.

....

قلت: ويشبه أن يقال في الصورة الأولى: إن اتفقا على أنه كان مجنونًا إذا أقام الموصى له بذلك بينة أن يكون هو المصدق أو يجري في التصديق خلاف من يعارض الأصل والظاهر.

السَّادِسَةُ: إِذَا ادَّعَى الْوَصِيُّ صَرْفَ الثُّلُثِ إِلَى الْفُقَرَاءِ صُدِّقَ سَوَاءٌ صَدَّقَهُ الْفُقَرَاءُ أَمْ لَا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: تَصَدَّقْت بِهِ عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَفُلَانٍ فَكَذَّبُوهُ وَيُفَارِقُ مَا لَوْ أَوْصَى لِفُلَانٍ الْفَقِيرِ وَفُلَانٍ بِكَذَا لَمْ يُصَدَّقْ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ هَاهُنَا لِمُعَيَّنٍ وَهُنَاكَ لِغَيْرِهِ، فَالْوَصِيُّ نَائِبٌ عَنْ الْمَسَاكِينِ، قَالَهُ الْقَفَّالُ وَقَدْ يَخْرُجُ مِنْهُ أَنَّ فُقَرَاءَ الْبَلَدِ الْمَحْصُورِينَ كَالْمُعَيَّنِينَ.

السَّابِعَةُ: قَالَ الْقَفَّالُ: وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ أَبَاكُمْ أَوْصَى لِي بِأَلْفٍ لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى مَا لَمْ يَقُلْ وَقَبِلْت الْوَصِيَّةَ، وَهَذَا مُشْكِلٌ، انْتَهَى.

وَرَأَيْت فِي «أَدَبِ الْقَضَاءِ» لِلَدبيليِّ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَنَّ أَبَاهُ أَوْصَى بِشَيْءٍ لَا قَوَامَ عَلَى يَدِهِ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي لِنَفْسِهِ وَلَوْ ادَّعَى قَوْمٌ أَنَّ أَبَاهُ أَوْصَى لَهُمْ بِمَالٍ حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ أَبَاهُ أَوْصَى لَهُمْ بِذَلِكَ فَإِنْ نَكَلَ وَالْقَوْمُ مُعَيَّنُونَ حَلَفُوا وَاسْتَحَقُّوا، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مُعَيَّنِينَ، قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: عَلَى وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا يُحْكَمُ عَلَى الْوَارِثِ، وَالثَّانِي: يُحْبَسُ حَتَّى يَحْلِفَ، انْتَهَى.

وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِاشْتِرَاطِ الْقَبُولِ فِي صِحَّةِ الدَّعْوَى؛ وَلَكِنَّهُ أَيْ: الِاشْتِرَاطَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ مِنْ شُرُوطِ الدَّعْوَى كَوْنُهَا مُلْزِمَةً، وَلَيْسَتْ قَبْلَ الْقَبُولِ مُلْزِمَةً.

نعم، إن قلنا: تملك بالموت فواضح، وقد يقال: إن الدعوى والمطلب يقتضي القبول، وفيه وقفة.

الثَّامِنَةُ: لَوْ أَوْصَى أَنْ يُبْنَى عَلَى قَبْرِهِ مَسْجِدٌ أَوْ قُبَّةٌ أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ لَغَتْ وَصِيَّتُهُ كَمَا سَبَقَ فِي الْجَنَائِزِ، ثُمَّ شَنَّعَ عَلَى مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ وَمَنْ يُنَفِّذُهُ مِنْ الْقُضَاةِ، وقد كثرت الوصايا في هذه الأزمان بذلك من ذوي الحماقات، وقد يكون يحمل من الألوف وينفذ ذلك كثير من القضاة ويلزمون الورثة والأوصياء به ظانين أن ذلك قربة لازمة التنفيذ ولا نقل عندهم في ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله.

فَصْلٌ

لَهُ الرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ وَعَنْ بَعْضِهَا بِقَوْلِهِ:
نَقَضْتُ الْوَصِيَّةَ أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ رَجَعْتُ فِيهَا أَوْ فَسَخْتُهَا أَوْ هَذَا لِوَارِثِي.

التاسعة: قال الجيلي في «إعجازه»: لا يدخل الموصى به في ملك الموصى له، إلا بقوله واختياره، إلا في أربعة مواضع، إذا أوصى بعتق من تخرج من ثلثه أعتق من شاء أو أبى، وإذا أوصى بقضاء دينه قضي عنه شاء الدائن أو أبى، وكذا لو أوصى بفداء أسير، وإذا أوصى بإبراء زيد من دينه فأبرئ منه وإن أبى، انتهى.

وفيما عدده نظر وأصح منه أنه لو أوصى لسفيه ونحوه بشيء قبله له وليه بشرطه شاء أو أبى، وإنه إذا أوصى لعبد بشيء فقبله بغير إذن سيده، فإنه يدخل في ملك السيد؛ لكن في رده لذلك قبل القبض خلاف سبق، وألحق بهذا ما يطرقه مما في معناه، وبالله التوفيق والإعانة.

قال: (**فَصْلٌ: لَهُ الرُّجُوعُ عَنْ الْوَصِيَّةِ**) أي: لبقاء ملكه كالهبة قبل القبض، وذكر البيهقي تعليقًا عن عمر ﷺ ورواه عن عائشة بإسنادٍ صحيح: «**يغير الرجل من وصيته ما شاء**»(١) والظاهر أنها لا بقوله: إلا عن توقيف.

قال: (**وَعَنْ بَعْضِهَا**) كمن أوصى بعين ثم رجع في نصفها مثلًا لما ذكرناه، قال في «الروضة»: وكذا حكم كل تبرع معلق بالموت، كأعطوا فلانًا كذا، أو ادفعوا، أو أعتقوا عبدي، أو فهو وقف، ولا يصح الرجوع عن تبرع نجز في مرض الموت وتم إلا فيما للولد كالهبة في الصحة.

قال: (**بِقَوْلِهِ: نَقَضْتُ الْوَصِيَّةَ أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ رَجَعْتُ فِيهَا أَوْ فَسَخْتُهَا**) أي: وكذا أزلتها ورددتها ورفعتها ونحوها من الصرائح.

قال: (**أَوْ هَذَا لِوَارِثِي**) أي: بعد موتي، كذا قيده بعضهم، وغيره أطلق، فظاهر الإطلاق الإقرار للوارث به، قال الرافعي في «الشرحين»: وكان يجوز

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٢٨١).

وَبِبَيْعٍ وَإِعْتَاقٍ وَإِصْدَاقٍ ....

أن يقال: هل تبطل الوصية في النصف حملًا على التشريك، كما هو الأصح فيما إذا أوصي بشيء لزيد، ثم أوصي به لعمرو؟ وقال ابن الرفعة: وقد يتخيل بينهما فرق، ولو قال: هو تركتي فليس برجوع على الأصح.

فروع: سئل عن الوصية فأنكر، قال في «الروضة»: فهو رجوع، وعبارة الرافعي فهو رجوع على ما مر في الوكالة، فافهم جريان الخلاف، والفرق بين أن يكون له غرض أو لا، ونقل الإمام في باب التدبير تردد الأصحاب في أن الإنكار، هل يبطل الوصية؟ وصححنا هناك أنه لا يكون رجوعًا، وفي قضية كلام البندنيجي حيث حكى وجهين، فيما لو ادعى عبد أن سيده دَبَّرَهُ فأنكر، وقلنا: إنه وصية.

قال: والمذهب أن إنكاره ليس برجوع، ولو قال: لا أدري فليس يرجع، ولو قال: هو حرام على الموصى له يرجع على المشهور وكذا حرمته عليه، ولو قال: بسبب الايصاء به فهل يقول تبطل الوصية ظاهرًا وباطنًا فقط؟ فيه احتمال للإمام وقضية هذا بطلانها ظاهرًا جزمًا، وفيه نظر، والإنكار أولى بالبطلان من دعوى النسيان فيما يظهر، ولو أوصى بعين لزيد، ثم لعمرو فالصحيح المنصوص أنه ليس برجوع فتشترك بينهما، فلو رد أحدهما فللآخر الجميع، ولو أوصى بها لأحدهما ثم بنصفها للآخر، قال الرافعي والمصنف وغيرهما: فإن قبلاه فللأول ثلثاه، وثلثه للثاني، وإن رد الأول فنصفه للثاني، وإن رد الثاني فكله للأول، انتهى.

ورأيت في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو أوصى لزيد بعبد، ولآخر بنصفه، فلزيد النصف والباقي بينهما نصفان، وهذا كله فيما إذا أطلق، أما لو قال: ما أوصيت به لزيد أوصيت به لعمرو، وإن قال: أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد برجوع، وقيل: كما سبق قال الأصحاب: ولو أوصى لهما فردَّ أحدهما فللآخر نصفه فقط.

قال: (**وَبِبَيْعٍ وَإِعْتَاقٍ وَإِصْدَاقٍ**) أي: ونحوها من التصرف الناجز اللازم في الحياة؛ لأنه تصرف في الحال مصادف للملك فتنعقد الوصية، كما لو هلك الموصى به.

وَكَذَا هِبَةٌ أَوْ رَهْنٌ مَعَ قَبْضٍ وَكَذَا دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِوَصِيَّةٍ بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ، وَكَذَا تَوْكِيلٌ فِي بَيْعِهِ وَعَرْضُهُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَكَذَا هِبَةٌ أَوْ رَهْنٌ مَعَ قَبْضٍ)** لما ذكرناه.

قال: **(وَكَذَا دُونَهُ فِي الْأَصَحِّ)** أما في الهبة فلظهور الإعراض عن الوصية، وأما في الرهن فكذلك؛ ولأنه عرض للبيع.

والثاني: لأنهما لبقاء ملكه، والرهن كالاستخدام، لو أوجب له الهبة فلم يقبل فعن الأصحاب أنه رجوع، ذكره القاضي الحسين وفي «الحاوي» في الهبة الفاسدة أوجه: ثالثها: إن قبض كان رجوعًا وإلا فلا، وكلامهم يفهم طردهما في الرهن الفاسد أيضًا، قاله: ابن الرفعة ونصه ما ذكره القاضي الحسين أي: أن ذلك رجوع مطلقًا، والكتابة رجوع على المشهور، وكذا التدبير على المنصوص.

قال: **(وَبِوَصِيَّةٍ بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ)** أي: فإنه رجوع لما مر فإن في «الروضة» على الصحيح المنصوص، وقيل: هو كما أوصى به لزيد، ثم لعمرو؛ لأنَّ كلاهما وصية.

قلت: ويجب القطع بأن الإيصاء بالهبة رجوع، وذكر العراقيون الإيصاء لهذه الأمور خلا الهبة فلم أرهم ذكروا الإيصاء بها والإطلاق عن الغير كالهبة منه.

قال: **(وَكَذَا تَوْكِيلٌ فِي بَيْعِهِ وَعَرْضُهُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لأنه طريق إلى الرجوع ومأذون له، والثاني: لا؛ لأنه قد يؤخذ، وكذلك الغرض على الرهن والهبة، ويجري الخلاف في مجرد الإيجاب في البيع والرهن والهبة، وسبق نقل القاضي عن الأصحاب في إعانة الهبة.

إشارة: ما سبق في «الروضة» بمعنى: فإذا أوصى بثلث ماله، ثم تصرف فيما يملكه ببيع، أو إعتاق أو غيرهما لم يكن رجوعًا، ولو هلك جميع ماله لم تبطل الوصية؛ لأن الثلث مطلقًا لا يختص بما عنده حال الوصية؛ بل العبرة بما يملكه عند الموت زاد أم نقص، أم تبدل على المذهب.

وَخَلْطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ.

وَلَوْ وَصَّى بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ فَخَلَطَهَا بِأَجْوَدَ مِنْهَا فَرُجُوعٌ أَوْ بِمِثْلِهَا، فَلَا، وَكَذَا بِأَرْدَأَ فِي الْأَصَحِّ.

وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّى بِهَا وَبَذْرُهَا وَعَجْنُ دَقِيقٍ وَغَزْلُ قُطْنٍ وَنَسْجُ غَزْلٍ وَقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصًا وَبِنَاءٌ وَغِرَاسٌ فِي عَرْصَةٍ رُجُوعٌ.

قال: **(وَخَلْطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ)** أي: على الصحيح المنصوص؛ لأنه أخرجه عن إمكان التسليم، وقيل: إن خلط بأجود فرجوع، وإلا، فلا.

فائدة: والأحسن أن يقال: «وخلط حنطة» كما في «الروضة» وهو مراده، أما لو خلطه غيره بغير أمره فلا يكون رجوعًا.

قال: **(وَلَوْ وَصَّى بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ فَخَلَطَهَا بِأَجْوَدَ مِنْهَا فَرُجُوعٌ)** أي: على الأصح أنه أحدث بالخلط زيادة لم يوص بتسليمها.

قال: **(أَوْ بِمِثْلِهَا فَلَا)** إذ الموصى به كان مخلوطًا مشاعًا فلا يضره زيادة الخلط.

(وَكَذَا بِأَرْدَأَ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن التغير فيه بالنقصان فأشبه بغيبة الموصى به، أو إتلاف بعضه هكذا رجحاه بلا شبه، والثاني: رجوع؛ لأنه غيره فأشبه الخلط بالأجود، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب ونسبه إلى عامة الأصحاب، واختاره الإمام، وقال: يحتمل أن يكون رجوعًا في الأحوال الثلاث، وهو قضية إطلاق الفوراني القول بأن خلط الحنطة بصاع منها يكون رجوعًا.

قال: **(وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّى بِهَا وَبَذْرُهَا وَعَجْنُ دَقِيقٍ وَغَزْلُ قُطْنٍ وَنَسْجُ غَزْلٍ وَقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصًا وَبِنَاءٌ وَغِرَاسٌ فِي عَرْصَةٍ رُجُوعٌ)** أي: سواء فعل ذلك بنفسه أم فعله غيره بأمره لمعنيين: زوال الاسم، وإشعاره بإعراضه، ونسب الأول إلى الشافعي، والثاني إلى أبي إسحاق فلو فعل ذلك بغير إذن فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي يلحق به، هذا حاصل «الروضة».

وكنت أود لو فَصَل بين أن يقطّع الثوب قميصًا يلائم الموصى له فلا يكون

....

رجوعًا إذ الظاهر أنه قصد إصلاحه له، وإلا فيكون رجوعًا، قالا: وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أوصى بشاةٍ فذبحها أو عجين فخبزه؛ لكن خبز العجين ينبغي ألا يلحق بعجين الدقيق فإن العجين يفسد لو تركه فلعله قصد إصلاحه، وحفظه على الموصى له، انتهى.

وقد يقال: مثله فيما لو مرضت الشاة ونحوها، وخيف موتها فذبحها خشية موتها، ولو أوصى برطب فتمره، أو بلحم فقدَّده، وكان يعرض للفساد فأشبه الوجهين، أنه ليس برجوع قالا: وشوي اللحم رجوع قطعًا.

قلت: فيه أوجه، قال في «البحر» و«الحاوي»: ولو حشا بالقطن فراشًا أو جبة للموصى به بالقطن فلا؛ لأن الظاهر أنه قصد إصلاحها له، وأما البناء والغراس في العَرصة فرجوع على الأصح، قال في «الحاوي»: فعلى هذا إن كان البناء والغراس في جميعها فراجع في الجميع أو في البعض فراجع فيه فقط، وعلى الوجه الآخر في قرار الغراس، وأساس البناء وجهان.

فروع: تزويجه الموصى به وإجارته، وختانه، وتعليمه، وإعارته، واستخدامه وركوب الدابة، ولبس الثوب ليس برجوع هكذا أورداه، ويظهر أنه لو قال: أعطوا زيدًا هذه الأَمَة؛ ليشتري بها ثم زوجها كان راجعًا، وأنه لو أجر العين مدةً طويلةً لا يعيش إليها الموصى له غالبًا كان راجعًا، وأما لبس الثوب فقال القفال: يحتمل أن يكون رجوعًا، قال الروياني: وهو المذهب عندي لو أوصى بدار ثم هدمها حتى يبطل اسم الدار فراجع في الآلات، وكذا في العرصة على الأصح.

قال الشيخ: ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح؛ لزوال اسم الدار، ويبقى في العرصة على الصحيح؛ لأنه لم يؤخذ منه فعل.

قلت: في «تجربة» الروياني: إنها لو انهدمت في حياته حتى لا يقع عليها اسم الدار بطلت الوصية، وإن بقيت العرصة نص عليه - يعني الشافعي - وقد قال في أول الكتاب: لأنه لا قول، ولا وجه لسوى ما يذكره فيه، وما نقله هو

فَصْلٌ

يُسَنُّ الْإِيصَاءُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، ....

الأصح في «الحاوي»، والمذهب في تعليق البندنيجي، وقال في «البحر»: إن القول ببقائها في العرصة غلط؛ لأن الشافعي نص عليه أنه إذا أوصى بدار فذهب السيل بها بطلت الوصية؛ لأنها لا تسمى دارًا، وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحالة، وفي المتفضل وجهان أرسلاهما، والذي نص عليه الشافعي، وبه قال الجمهور: إنها خارجة عن الوصية؛ لأنه لا تسمى دارًا، ذكره ابن الرفعة، وفي الانهدام بعد موته كلام يطول ذكره يراجع في المبسوطات، أوصى له بمائة معينة فله المائتان، وهكذا وإن أطلق إحداهما حملت المطلقة على المعينة، ولو أطلقهما لم يكن له إلَّا مائة.

قلت: فلو قال: بمائة صحاح ثم قال: بمائة مكسرة أو بالعكس أو خالف بين المسألتين، ونحو ذلك، ولم أر فيه شيئًا، وهو محتملٌ، ولو أوصى بخمسين ثم بمائة فله مائة، ولو أوصى بمائة ثم بخمسين فليس له إلا خمسون، وقيل: له مائة وخمسون.

قال:

(فَصْلٌ

يُسَنُّ الْإِيصَاءُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ) لأنه إذا شرع أن يوصي في حق غيره فخاصة نفسه أولى، وعبارة الرافعي هنا الوصايا مستحبة في رد المظالم، وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال زاد المصنف: قلت: هي في رد المظالم، وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة، انتهى.

وقد قال الرافعي أول الباب: ومن عنده وديعة، في ذمته حقٌّ لله تعالى؛ كزكاة أو حج ودين آدمي يجب عليه أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره، قال الشيخ قلت: المراد إذا لم يعلم به من يثبت بقوله، انتهى.

وينبغي أن يراد، ولا يخشى منه كتمانه كبعض الورثة، والموصى لهم من غيرهم، والرافعي فيما عبَّر به أول الباب، وهنا يتابع البغوي وغيره، وكان

وَتَنْفِيذِ الْوَصَايَا، وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ.

الأحسن بيانه هاهنا، وإنما تركه؛ لوضوحه، وقد نقل الإجماع على وجوب الإيصاء بهذه الأمور ونحوها مما يجب عليه الخروج منه، ولو لم يوص به لفات.

قال: **(وَتَنْفِيذِ الْوَصَايَا)** أي: يستحب أن يوصي بتنفيذ وصاياه المنذور بها وغيرها إن كان قد أوصى بشيء، وإن تبادر إلى ذلك ما أمكن.

قال: **(وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ)** أي: ليس إيصاءً، فَرَوَى سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ هِشَامِ ابْنِ عُرْوَةَ قَالَ: **«أَوْصَى إِلَى الزُّبَيْرِ تِسْعَةٌ مِنَ الصَّحَابَةِ مِنْهُمْ عُثْمَانُ وَالْمِقْدَادُ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، فَكَانَ يَحْفَظُ أَمْوَالَهُمْ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُمْ مُخَالِفٌ»**(١).

تتمات وفروع:

منها: عبارة «المحرر»(٢) وغيره يستحب كذا، والمصنف عبَّر بقوله: يسنُّ ولا أحفظ من نص السنة شيئًا في هذه الجزئيات، وإنما هي مأخوذة من الأمر بالوصية، والحث عليها، وفعل الصحابة - ﷺ -.

ومنها: يظهر أنه يجب الإيصاء في أمر الأطفال إلى ثقة مأمون وجيه إذا وجده وغلب على ظنه أن تركه يؤدي إلى استيلاء خائن من قاضٍ وغيره على أموالهم كما هو مشاهد في أكثر البلاد.

ومنها: قوله: الأطفال يوهم القصر عليهم، ولا شك أن المجانين في حكمهم، وأما السفهاء في حجره فصرح في «الذخائر» بأنه يوصي في أمرهم كالأطفال، وقول الرافعي: والمعتبر أن يكون له ولاية على من يوصي في حقه فيقتضيه؛ ولقولهم: لا يجوز أن يوصى على البالغين؛ لأنه لا يلي أمرهم، وربما زادت في كلام بعضهم نقل وجهين على السفيه، وأصله خلافٌ أشرت إليه في الحجر، والمذهب الصحة خلافًا لابن سريج.

---

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٣/ ١٦٠) والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٨٢)، وذكره الحافظ في «فتح الباري» (٦/ ٢٣٠) وعزاه للزبير بن بكار.

(٢) نصه: تستحب الوصاية في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال. [المحرر ص٢٧٦].

وَشَرْطُ الْوَصِيِّ تَكْلِيفٌ وَحُرِّيَّةٌ ....

ومنها: يصح الإيصاء على الحمل كما اقتضاه كلام الروياني، وغيره في كتاب «الشفعة»، ولينظر فيما لو أوصى في أمور أولاده، وأطلق ولم يعين أحدًا، وله أطفال ثم حدث له بعد ذلك حمل وأولاد، هل يدخلون في الوصية تبعًا أم تكون مقصورة على الموجودين حالة الإيصاء فقط؟ المتبادر الثاني.

ومنها: قال القاضي الحسين: ونصيب الوصي في استقصاء الديون جائز، وإن لم يعين المتقاضي حتى لو قال: استوفوا ديوني وكان وارثًا غائبًا، وأقام القاضي مَنْ يستوفيها(١)، وإن لم يكن للقاضي ذلك.

قلت: هذا وجه، والذي قاله شيخه القفال: أنه يجب على القاضي ذلك إذا طالت الغيبة، وخيف ضياعها، وفي المسألة خبط أوضحته في أقضية «الغنية»، والمختار تفصيل ذكرته هناك.

ومنها: إذا لم يوص بالأمور السابقة إذا نصَّب القاضي من يقوم بها من الأكْفَاء، أو قام هو بها إن تفرغ لها، وقيل: إذا كان في الورثة رشيدٌ قام بهذه الأمور، وإن لم ينصبه الحاكم، وهو ظاهر في رد المظالم؛ بل يجوز ذلك لمن قدر عليه من الآحاد على قول مشهور محكي في الغصب، وربما سبق في باب الحجر ما أشاروا إليه في كتاب الفرائض من قيام بعض صلحاء القرية من الأجانب بذلك في أمر الأطفال وغيرهم، وهو حسنٌ في هذا الزمان إذا خيف من وقع الأمر إلى قضاة السوء وغيرهم، وإن لم يقتضيه القياس، والله يعلم المفسد من المصلح.

قال: (**وَشَرْطُ الْوَصِيِّ تَكْلِيفٌ**) إذ لا غيره مولًى عليه، فكيف يلي أمر غيره؟! وحُكي الإجماع في اعتبار البلوغ والجنون أسوأ من الصبي.

قال: (**وَحُرِّيَّةٌ**) أي: فلا تصح الوصاية إلى رقيق؛ لأنها تستدعي فراغًا وهو مشغول بسيده، وسواء عنده أو عند غيره، أذن له سيده في ذلك أم لا، والمكاتب، وأم الولد والمدبر كالقن وفي مدبرته ومولدته خلافٌ مبني على أن

---

(١) في نسخة: (من يستوفيها ويحفظها).

وَعَدَالَةٌ وَهِدَايَةٌ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمُوصَى بِهِ وَإِسْلَامٌ لَكِنَّ الْأَصَحَّ جَوَازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ.

صفات الوصي متى تعتبر، وسيأتي بيانه.

قال: (وَعَدَالَةٌ) أي: فلا تجوز الوصاية إلى فاسق؛ لأنها ولاية وائتمانٌ، وظاهر كلام المصنف وغيره اشتراطها في كل وصي، وسيأتي ما فيه.

قال: (وَهِدَايَةٌ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمُوصَى بِهِ) أي: فلا يصح إلى من لا يهدي إليه كسفهٍ أو مرضٍ أو هرم أو تغفل أو غيرها أن يعجز عنه؛ إذ لا مصلحة في تولية من هذه حالته، وكان الأحسن أن يقول: وكفاءة؛ لأنها كلمة جامعة قال الرافعي: وربما دل كلام بعض الأصحاب على إلغاء هذا الشرط، انتهى.

وادعى صاحب «التعجيز» أن جمهور النقلة لم يشترطوا الهدية إلى المصلحة، وقالوا: تصح الوصايا إليه، وتضم إليه لبينة كما لو ضعف نظره في الدوام، انتهى. ولم أر ذلك إلا في كلام الماوردي، والصواب غيره.

قال: (وَإِسْلَامٌ) أي: فلا يصح وصاية مسلم إلى كافر؛ لتهمته قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ ٱلْبَغْضَآءُ مِنْ أَفْوَٰهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ ٱلْءَايَٰتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ ۝﴾ [آل عمران: ١١٨] وإنما ذكر فيه الإسلام بعد العدالة؛ لأن الكافر قد يكون عدلًا في دينه فيزوج ابنته، خلافًا للحليمي؛ فإنه نفى العدالة عنه مطلقًا، ومنعه التزويج؛ لأن الكفر أكبر الفسوق.

قال: (لَكِنَّ الْأَصَحَّ جَوَازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ) أي: بشرط كونه عدلًا في دينه كما يجوز أن يكون وليًا لأولاده، والثاني: المنع كشهادته.

قال ابن الرفعة: ويمكن أن يكون أصل الخلاف أن الكافر هل يلي مال ولده أم لا؟ وقال الماوردي والروياني: إن لم يترافعوا إلينا أقررناهم على أموال أطفالهم، وإن ترافعوا إلينا لم يجز ائتمانهم عليها، وينظر فيها وليُّ المسلمين، وعبارة الإمام: ولو نصَّب كافرٌ كافرًا أو صبيًّا رفعت إلينا، فهل ننفذها ويقضى بها؟ على وجهين، قال: وهذا إذا كانت الوصايا لا تتعلق

....

بحقوق المسلمين مثل إن نصَّبه على أطفاله الكفار، فأما إذا أوصى للمسلمين بوصايا، ونصَّب من ينفذها فبعيدٌ صحتها.

قلت: ليس ببعيد؛ بل هو كما لو أعطاه في الحياة ما يتصدق به على فقراء المسلمين أو وكَّله في قضاء ديونه، ونحوها وليس ذلك بولاية على المسلمين كنظر وقف وصدقة دائمة، نعم، إن رأى الحاكم أن يضم إليه عدلًا احتياطيًا فذاك، والظاهر أن وصية المعاهد والمستأمن إلى مثله وإلى ذمي، وبالعكس كوصية ذمي إلى ذمي، فلا يحمل كلام المصنف على التقييد بالذمة.

تنبيهات:

منها: ظاهر كلام «الكتاب» أنه لا يشترك في الوصي غير ما ذكره، قالا: وأراد الروياني وآخرون شرطًا آخر، وهو ألا يكون الوصي عدوًّا للمولَّى عليه، انتهى.

وبهذا جزم القاضي أبو الطيب في «المجرد» قال: والحاصل أن يكون بحيث تقبل شهادته على المولى عليه.

قلت: واشتراط ذلك فيما إذا كان المولَّى عليه سفيهًا ظاهرًا، أمَّا الطفل ومن بلغ مجنونًا ففي تصور العداوة معه بعد إلَّا أن يراد بذلك عداوة الأب الموصي كما يقال: عداوة الآباء عداوة مع الأبناء.

ومنها: أصح الوجوه أنَّ الشروط تعتبر حالة الموت، والثاني: عند الوصاية والموت، والثالث: في الحالتين وما بينهما، وصححه الماوردي⁽¹⁾ بولاية على المسلمين.

وفي «مجرد» أبي الطيب، وغيره أنه ظاهر قول الشافعي، وفي «البحر» أنه المذهب الصحيح؛ لأنه نص في «الأم» أنه لو أوصى إلى أم ولده لا يجوز.

قلت: وهو المتبادر من كلام «المنهاج» ونقل ابن الرفعة عن القاضي

---

(١) في نسخة: (صححه الروياني).

....

الحسين: أنه لو أوصى عبد غيره على أطفاله جاز، قال في «المطلب»: ولعله سقيم في النسخة، ونقل عن أبي داود تفصيلًا وهو أنه إن كان يوم الوصاية غير عدلٍ ثم صار عدلًا يوم الموت فإن كان الموصي عالمًا بحاله يوم الوصية لم يصح، وإن كان جاهلًا فوجهان، قال: ويظهر أثر الخلاف فيما لو طرأ فسق الوصي قبل موت الموصي، وفيما إذا أوصى إلى مدبرة، ومستولدة.

قلت: وفي عبد الغير المعلق عتقه بموت الموصي فيما يظهر.

ومنها: قضية إطلاق المصنف، وغيره أن الشروط المذكورة معتبرة في كل وصاية، وقال الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية»: لو أوصى إلى عبد، أو مدبر، أو مكاتب في تفرقة شيء من ماله جاز، أو بالولاية على أولاده لم يجز؛ لأنها ولايةٌ لهؤلاء، وصرح الماوردي، وغيره أنه لو أوصى إلى فاسق وكافر فيصرفه فيما يتعلق بعقد واجتهاد مردود، وما يعين من قضاء دين، ووصيته لمعين بمعين يدفعها إليه بعد تصرفه وما أشبه هذا، وقال الديبلي: لو أوصى إلى فاسق بالقيام في مال ابنه ففعل من غير تعدٍّ ولا خيانة ضمن في أرجح الوجهين؛ لأن يده يد عدوان، انتهى.

والوجه الجزم بالضمان؛ لأن الوصاية ما انعقدت فهو متعدٍّ بمجرد وضع يده.

ومنها: قضية كلام المصنف الجزم بثبوت ولاية الكافر على مال ولده، وهو أصح الوجهين في «البسيط»، والمذهب في «النهاية» وغيرها، وفي «الحاوي» وغيره ما تقدم في الترافع إلينا، وعدمه.

ومنها: قال الروياني وغيره: قبول الوصايا ممن علم من نفسه الأمانة والقدوة مستحبٌّ، فإن لم يعلم من نفسه ذلك فنختار له ألا يقبل.

قلت: وإن علم منها الخيانة أو التصنع فالوجه تحريم القبول، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الوديعة كلام يأتي مثله هاهنا، وذكر ابن القطان أنه لو أوصى إليه، وهو لا يعلم به غير أمين ثم بان أنه غير أمين، وقد تلفت السلعة

وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ، وَأُمُّ الْأَطْفَالِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا.

أنه يجيء فيه وجهان بناءً على ما لو حكم بشاهدين ثم بان فسقهما، انتهى.

وفي «مناقب الشافعي» للبيهقي عن الربيع عنه أنه قال: «لا يدخل في الوصية إلا أحمق أو لص»(١) وهو يفهم إخبار(٢) عدم قبولها مطلقًا، وليس بمراد؛ بل قد يتعين قبولها في حال كما في الوديعة أو يتأكد استحبابه، وغرض الشافعي التحذير منها لغالب الناس لعظم خطرها، وقد قبل الوصاية خلائق من أكابر الصحابة وأخيار الأمَّة، وقد أوصى الشافعي إلى صاحبه الحميدي في صغار أولاده، كما هو منصوص في «الأم».

قال: (**وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ**) لأنه من أهل الشهادة كالبصير، والثاني: يضر، لعجزه عن البيع والشراء بنفسه؛ فلا يفوض إليه أو أمر غيره، ورجحه القاضي الحسين، والقلب إليه أميل؛ لنقصه مع وجود بصير كافٍ، فإن لم يجد أهلًا سواه وتنقدح الصحة؛ للحاجة وهذا توسط خطر لي.

قال: (**وَلَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ**) «لأن عمر ﵁ أوصى على حفصة - ﵂ -»(٣) رواه أبو داود، وقيل: يشترط تفريعًا على أن الأم لا تلي المال، واستغربه الرافعي؛ لأن الوصايا ولاية.

قلت: ويؤيده عموم الحديث الصحيح: «**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**»(٤).

قال: (**وَأُمُّ الْأَطْفَالِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا**) لأنها أوفر شفقة وأكثر حنوًا، وهذا إن أراد بقوله «من غيرها» من النساء فواضح، وإن أراد مطلقًا وهي مساواتها

---

(١) قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: لَا يَضْمَنُ دَرَكَ الْمَبِيعِ إِلَّا أَحْمَقُ، وَهُوَ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ: لَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ إِلَّا أَحْمَقُ أَوْ لِصٌّ، وَأَرَادَ بِهِ الْغَالِبَ فِي النَّاسِ. انظر: مغني المحتاج (٨/ ٢٠٥).

(٢) في نسخة: (وهو يفهم عدم اختيار قبولها).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧١).

(٤) أخرجه أحمد (٥/ ٥١، رقم ٢٠٥٣٦)، والبخاري (٦/ ٢٦٠٠، رقم ٦٦٨٦)، والترمذي (٤/ ٥٢٧، رقم ٢٢٦٢)، وقال: حسن صحيح. وأخرجه النسائي (٨/ ٢٢٧، رقم ٥٣٨٨).

وَيَنْعَزِلُ الْوَصِيُّ بِالْفِسْقِ.

وَكَذَا الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ لَا الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ.

للرجل في الكفاية والاسترباح ونحوها فظاهر، وإلا ففيه نظر، وكم من محبٍّ مشفق لا يقدر على تحصيل الأرباح والمصالح العامة لمن يلي أمره.

قال: (**وَيَنْعَزِلُ الْوَصِيُّ بِالْفِسْقِ**) أي: بمجرده من غير عزل الحاكم؛ لزوال الشرط، وقيل: الأجنبي يعزله الحاكم، وفي معنى الوصي قيم الحاكم، وتخصيص المصنف الوصي بالانعزال قد يفهم منه أن الأب أو الجد لا يتأثر بذلك، وليس بمراد؛ بل إذا فسق انتزع الحاكم المال منه، جزم به الرافعي وغيره، وحكى الإمام وغيره في باب العارية في انعزاله بالفسق، ونقلهما القاضي الحسين قولين كما في ولاية النكاح، فعلى الأصح لو عاد إلى الصلاح عاد وليًّا، وقيل: لا؛ ما لم ينظر الحاكم في أمره، وجمع ابن الرفعة في «المطلب» أربعة طرق في الأب والجد، أحدها: القطع بانعزالها عن الحفظ والتصرف، وثانيها: عكسه، وثالثها: نقل القولين، ورابعها: انعزالها عن الحفظ، وفي التصرف وجهان.

قال: (**وَكَذَا الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ**) لزوال الشرط أيضًا، والثاني: لا، كالإمام الأعظم وهذا فقه مروزي، ورأيت في مجموع المحاملي في «أدب القضاء» فإن وُلي وهو عدل ثم فسق زالت ولايته، وكذلك الإمام، وهو إجماع إلا شيء يحكى عن الأصم وأصحاب الحديث أنه لا تزول ولايته وهذا يعتد به؛ لأن ولاية القضاء والإمامة تتضمن الأمانة وحفظ الأموال فيأباها الفسق، انتهى.

والظاهر أن هذه طريقة العراقيين والجمهور خلافًا للقفال ومن تبعه، ولا معنى لعدم انعزال القاضي بالفسق؛ بل الوجه الجزم بانعزاله، نعم إذا قلنا: بما انفرد به الغزالي ومن تبعه أنه لو ولَّى ذو الشوكة فاسقًا بعد قضائه، فهل يقدح فيه الفسق الطارئ؟ فيه نظر! وقد أوضحت المسألة هناك في «الغنية» فإن فسح الله في الأجل أوضحتها هناك أيضًا.

قال: (**لَا الْإِمَامُ الْأَعْظَمُ**) لتعلق المصالح الكلية بولايته، وحكى القاضي

....

عياض المالكي الإجماع عليه، وما ذكره المحاملي بتنازع فيه، وقال ابن الرفعة: إن القبول بعدم انعزاله رأي الأصوليين.

وقال الإمام: لو قلت: إنه الظاهر لكان مستقيمًا، وعلى ذلك جرى الرافعي فجعله الراجح، وحكى خلافه حكاية الوجوه، وبه جزم الماوردي، والقاضي الحسين.

قلت: وممن جزم به القاضي أبو الطيب، وغيره، وصححه القاضي الحسين مرةً، وسبق عن الإمام المحاملي نقل الإجماع إلا من شذَّ، وقضية كلام الرافعي في أوائل [المساقاة] القطع؛ بأنه ينعزل بالفسق إذا لم يخف من الاستدلال به الفتنة، ونقل شارح «التعجيز» فيه أوجهًا، ثالثها: هذا، قال: والسلطان كالحاكم، وقيل: إن أمكن استتابته ترك، وإلا خلع، ذكره العمراني عن الجويني.

قلت: ولم أر من فرَّق بين فسق وفسق مع ظهور الفرق، قال الإمام في «الفتاوى»: ولا شك أنه ينعزل بالردة، ولا تعود إمامته بإسلامه، قال البغوي: لو جُنَّ أو أغمى عليه، فهو باقٍ على تولية فإن أفاق بعد تولية غيره فالولاية للثاني إلا أن يخاف فتنة فهي للأول، انتهى.

وفي هذا خروج عن القياس، ونظر إلى المصالح الكلية، وقال الماوردي: لو جُن مطبقًا أو غيره، وزمن الإفاقة أقل انعزل، أو أكثر فوجهان.

فروع: تعود ولاية الأب والجد بعود الأهلية على الصحيح، لا الوصي والقيم على الصحيح، والقاضي كالوصي، وإذا فسق الولي بعد البيع وقبل لزومه ففي بطلانه وجهان.

قال الماوردي: وليس للحاكم الكشف عن الآباء والأجداد في ولايتهم على أولادهم، وتصرفاتهم حتى يثبت عنده الفسق والخيانة، فيعزله ويولي غيره، وكذا لا يجز الاستكشاف على أمناء الحاكم إلا أن يثبت قادح، وأما الموصي ففي جواز الاستكشاف عنه وجهان أصحهما عندي أن على الحاكم استكشاف حاله .

فَصْلٌ

وَيَصِحُّ الْإِيصَاءُ فِي قَضَاءِ الدُّيُونِ، وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ.

قال ابن الرفعة: وهو ما أورده الجمهور، وقال: إنه يكشف عن حال القيم أيضًا.

قلت: هذا إنما ذكروه في ابتداء ولاية القاضي، ولا شك فيه، وأما لو أراد في دوام ولايته أن يكشف ثانيًا عن حال الأوصياء بلا سبب فلم أر فيه نصًا، والأقرب إن بعد العهد بمالهم أو شك فيهم ورأى الكشف ثانيًا كذلك، أو لرتبة عرضت له، فله ذلك، كما له أن يستزكي من زُكي عنده إذا طال العهد بذلك، وأما لغير معنى فلا، ثم رأيت من شرح بعض «الكتاب» قد قال في آخر المساقاة: هل للقاضي أن يضم إلى الوصي بمجرد الرتبة التي تظهر من كلام الأصحاب المنع وفساد الزمان؟ يقتضي الجواز والله يعلم المفسد من المصلح.

وقد يقال: إنه يتخرج على جواز الحكم مع الرتبة، وفيه وجهان، هذا في الابتداء، أما في الدوام فلا يرفع يده بالرتبة، وأما ضم آخر إليه فأرى جوازه ابتداءً ودوامًا؛ لأنه إذا جاز عند أمانته وضعفه ضم آخر إليه، فعند الرتبة أولى، انتهى.

وهذا محتمل فيما إذا كان المضموم متبرعًا، أما لو كان بجعل فلا، إذ لا يجوز بذل مال اليتيم ونحوه بمجرد التوهم إن غلب على ظنه بقرائن ظاهرة ذلك جاز، وإن لم تقم بينة.

فصل:

قال: (وَيَصِحُّ الْإِيصَاءُ فِي قَضَاءِ الدُّيُونِ، وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ) لما سبق، وضبط - رحمه الله - بخطه «وتنفذ» بضم الفاء، والذال، والذي في «المحرر»: «وتنفيذ» بياء قبل الذال، وهو أحسن إذ المعنى: «ويصح الإيصاء بقضاء الدين وبتنفيذ الوصية من كل مكلف حر» بخلاف أمر الأطفال ونحوهم، وكلام «الروضة» واضح بين ذلك، وقال شارح: قوله: «وتنفيذ» أي: بياء قبل الذال، كذا اقتصر - عليه الرافعي، وظاهره يقتضي - صحتها من السفيه في

وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ مَعَ هَذَا أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِمْ، وَلَيْسَ لِوَصِيٍّ إِيصَاءٌ فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ جَازَ لَهُ فِي الْأَظْهَرِ.

قضاء ديونه وتفرقة وصيته على القول بصحتها في المال، وينبغي إضافة الرشيد إليهما، كما نبه عليه ابن الرفعة.

قلت: لا شك في صحة إيصائه بتنفيذ وصيته، إذا صححناها كما هو المذهب؛ بل هو إجماع كما سبق، وإذا صحت لزم القول بصحتها في التفرقة، وإذا كانت لا تحتاج إلى إيصاء وكذا القول في ديونه الثابتة وأما غير الثابتة إلا بقوله، ففيه نظر! ويظهر جريان خلاف في ذلك مما أسلفناه في أول الباب في تبرعاته المنجزة في مرض موته فتأمله!

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ**) قلت: والمجانين والسفهاء كما قدمناه.

(**مَعَ هَذَا**) أي: مع الحرية والتكليف في الموصي.

(**أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِمْ**) أي: بالشرع فيخرج القاضي والوصي والقيم والأب والجد إذا نصبهم الحاكم في مال مَن طرأ سفهه؛ لأن ولاية الحاكم دونهم على الأصح، والظاهر أنه لا يصح أيضًا الفاسق فيما يتركه ولده الطفل ونحوه، من المال أيضًا إذا أسلبناه الولاية، كما هو المذهب، وتخرج أيضًا الأم على المذهب خلافًا للإصطخري.

قال: (**وَلَيْسَ لِوَصِيٍّ إِيصَاءٌ**) أي: استقلالًا قطعًا إذا الولي لم يرض بتصرف الثاني وقياسًا على الوكيل.

قال: (**فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ جَازَ لَهُ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنه استنابه في ذلك، والثاني: لا؛ لبطلان إذنه بالموت، والثالث: إن كان الثاني معينًا صح كما لو قال: أوص بعدك إلى فلان وإن لم يعين كقوله: أوص إلى من شئت فلا، هذا حاصل ثلاثة طرق أحدها: قولان كما ذكره كثيرون، وثانيها: تصح قطعًا، وثالثها: إن عيَّن جاز قطعًا ورجحها جماعة وجزم بها الماوردي وغيره وهي أقوى من طريقة القولين.

فروع: لو قال: أوصيت إليك فإذا احتضرت فقد أوصيت إلى من أوصيت

وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى بُلُوغِ ابْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ الْوَصِيُّ جَازَ. وَلَا يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيٍّ وَالْجَدُّ حَيٌّ بِصِفَةِ الْوِلَايَةِ.

إليه أو فوصيك وصيٌّ فباطلة على الأظهر، وقيل: قطعًا، وقيل: عكسه، ولو قال: أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان، قال في «الروضة»: فالمذهب صحتها وحكى فيه خلاف كتعليق الوكالة، وبالمنع أجاب الروياني.

قلت: وفي «فروع ابن القطان» أنه إذا أوصى إلى زيد سنة ثم بعدها إلى عمرو سنة ثم بعدها إلى بكر سنة، فقيل: يجوز جزمًا، وقيل: فيه قولان: أحدهما: الصحة في الكل، والثاني: البطلان في غير الأول، قال الصيمري: ويجوز أن يقول: أوصيت إلى فلان فإذا مرض أو سافر أو خرج بوصي فلا.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى بُلُوغِ ابْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ الْوَصِيُّ جَازَ) لأن الأب هو الوصي إليهما ولا يضر التعليق إذ الوصية تحتمل الأخطار والجهالات، هكذا قالوه، وبقي ما لَوْ قَدِمَ زَيْدٌ وَهُوَ غَيْرُ أَهْلٍ فَهَلْ تَبْقَى وِلَايَةُ الْوَصِيِّ وَيَكُونُ الْمُرَادُ إِنْ قَدِمَ أَهْلًا لِذَلِكَ أَوْ لَا وَتَكُونُ وِلَايَتُهُ مُغَيَّاةً بِذَلِكَ فَتَنْتَقِلُ إِلَى الْحَاكِمِ؟ لَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا، انْتَهَى.

وَالظَّاهِرُ الثَّانِي، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْجَاهِلِ بِالْوَصِيَّةِ إِلَى غَيْرِ الْمُتَأَهِّلِ لَهَا وَغَيْرِهِ.

قال: (وَلَا يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيٍّ) أي: في أمر الأطفال ونحوهم.

(وَالْجَدُّ حَيٌّ بِصِفَةِ الْوِلَايَةِ) أي: على الصحيح؛ لأن ولايته شرعًا كولاية التزويج، وقيل: يجوز لأنه أولى فكذا نائبه، زاد عن الشيخ أبي محمد في «كتاب النكاح» من مختصره أنه الصحيح، وتبعه بعضهم عليه، والمشهور المنع، نعم لو كان حالة الإيصاء غير أهل لرق أو فسق أو كفر ثم تأهل عند الموت ولده هل يتبين فساد الوصية جزمًا أو يجيء فيه خلاف؟ فيه احتمال، وكذا لو تأهل للولاية بعد موت ولده الموصي هل ينعزل الوصي؟ القياس نعم، ويحتمل أن يجيء فيه خلاف أيضًا وأولى من التي قبلها، وحكى ابن القطان أنه لو مات الجد الأهل قبل موت الموصي هل تبقى صحة الوصاية؟ فيه وجهان

وَلَا الْإِيصَاءُ بِتَزْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ. وَلَفْظُهُ أَوْصَيْتُ إِلَيْك أَوْ فَوَّضْتُ وَنَحْوهُمَا،

بناءً على ما لو أوصى إلى فاسق فصار عند الموت عدلًا وقضية البناء ترجح تبين الصحة، وفيه نظر! .

فروع: لا خفاء أنه لو أوصى إلى أجنبي بقضاء الدين وتنفيذ الوصايا مع وجود أبيه الأهل جاز، فإن لم يوص بها، قال البغوي وغيره: فأبوه أولى بقضاء الدين، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا، سبق أنه إذا لم يوص نصب الحاكم فيها، وقيل: إن كان في الورثة رشيد قام بهذه الأمور، واستغرب ذلك، وسبق قول ابن الرفعة: إنه ظاهر في ردِّ المظالم إلى آخره، والمراد ما علمه الراد، وهل يقوم مقام علمه بذلك إخبار عَدْلَين؟ فيه نظر، وموضع الاستغراب عندي إذا كان هناك قاضٍ عدل أمين يتولى ذلك، فإن لم يكن كذلك فالرد في المظالم والأمانات بشرطه هو المختار؛ للضرورة، وله شواهد في المذهب.

قال: (**وَلَا الْإِيصَاءُ بِتَزْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ**) أي: بحال مع وجود الجد وعدمه وعدم الأولياء مطلقًا؛ لأن غير الأب والجد لا يزوج الصغير، وأما البالغ والبالغة؛ فلِأَنَّ **الْوَصِيَّ لَا يَتَغَيَّرُ بِدُخُولِ الدَّنِيِّ فِي نَسَبِهِ**، فاللائق تفويض الأمر إلى من يُعنى بالنسب من الأولياء أو يختص بقوة النظر والاجتهاد وهو الحاكم، نعم إذا بلغ الصبي استمر نظر الوصي، واعتبر إذنه في نكاحه كما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال الروياني في «الحلية»: يزوجه بإذن الحاكم، قال الرافعي: واعتبار إذن الحاكم لا معنى له.

قلت: بل له معنى؛ لأنه محل نظر واجتهاد للسفيه لا يدركه غالب الأوصياء، ولا سيما العامي ونحوه ألا ترى ناظر الوقف ونحوه لا يستدين للعمارة إلا بإذن الحاكم لما أشرنا إليه.

قال: (**وَلَفْظُهُ أَوْصَيْتُ إِلَيْك أَوْ فَوَّضْتُ وَنَحْوهُمَا**) أي: كمثل أقمتك مقامي أو أنزلتك منزلتي في أمر أولادي بعد موتي، وفي الانعقاد بلفظ الوصاية، انتهى.

وَيَجُوزُ فِيهِ التَّوْقِيتُ وَالتَّعْلِيقُ.

وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصِي فِيهِ فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى أَوْصَيْتُ إِلَيْك لَغَا.

ويجوز أن يكون مراد «المنهاج» ولفظ الإيصاء وهذا في الناطق، أما الأخرس فتكفي إشارته المفهمة وكتابته، وكذلك الناطق إذا سكت فأشار بالوصية برأسه أو بقوله: نعم؛ لقراءة كتاب الوصية عليه عندنا خلافًا لأبي حنيفة وأحمد لنا، أنه عاجز كالأخرس، وذكرت بحثًا في انعقادها بكتابة الناطق كبيعه.

قال: (وَيَجُوزُ فِيهِ) أي: في الإيصاء.

(التَّوْقِيتُ) كأوصيت إليك سنةً أو إلى بلوغ ابني أو إلى أن يتزوج كما سبق.

قال: (وَالتَّعْلِيقُ) أي: إذا مت فقد أوصيت إليك، ونحو ذلك؛ لاعتقاد الجهالات والأخطار فيها.

قال: (وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصِي فِيهِ) أي: كقوله: في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياي والتصرف لأطفالي فلو اقتصر على قوله: أوصيت إليك أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ولم يذكر التصرف، فأوجه: أصحها: له التصرف أيضًا، وهو المذهب في «التتمة»، وثانيها: الحفظ فقط، قال: الإمام فِي «كِتَابِ الْحَجْرِ» وَقَيِّمُ الْحَاكِمِ، والغزالي طرد الأوجه فيه هنا، والفرق إمكان مراجعته الحاكم، ثالثها: لا تصح الوصاية؛ حتى يتبين ما فوضه إليه، وهو المتبادر من لفظ الكتاب.

قال: (فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى أَوْصَيْتُ إِلَيْك لَغَا) قال في «الروضة»: قطعًا كما لو قال: وكلتك ولم يبين ما وكله فيه، وقال الرافعي: إنه لا خلاف فيه، ورأيت في «فتاوى القفال» أنه لو أوصى بوصايا، أما إذا قال: جعلتك وصي، ولم يكن أوصى، قيل: بعد وفاته؛ ليستفيد تجهيزه بكفن مثله، ودفنه، وقضاء ديونه بمطلق هذا، انتهى لفظه.

ورأيت في «أدب القضاء» للزبيلي في باب التوكيل وتسوية الخصوم: ولو قال فلان وصيٌّ صحت وصيته، أي: بخلاف التوكيل فإنه لا يصح حتى يتبين ما وكله فيه، انتهى.

وَالْقَبُولُ وَلَا يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ وَصَّى اثْنَيْنِ لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا ....

قال: (**وَالْقَبُولُ**) أي: ويشترط أيضًا القبول لفظًا على المذهب؛ لأنها عقد تصرف، فانتهت الوكالة وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله؟ أرسلا فيه وجهين، وقال القفال في «الفتاوى»: لا بدَّ من القبول بما يتصرف فإن تصرف، قيل: القبول بعد تصرفه، انتهى.

وقبول الأخرس المفهم إن صحت الوصاية إليه بالإشارة والأقرب منعها ولم أرَ فيه نصًّا.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي الْأَصَحِّ**) كالوصية له بالمال هذا ما رجحه الغزالي، والبغوي، والإمام، وقال: إنه لا يعرف المراوزة غيره، وقال: إن الأول: ليس بشيء، والثاني: يصح وبه جزم الماوردي والمحاملي في «المقنع» وسليم في «إشارته» وصححه في «مجرده» وتبعهم الشيخان والجرجاني في «تحريره»، وحكى بعض الأصحاب الأول عن ابن سريج ثم قال: وخالفه الباقون كالوكالة وفرقوا بين الوصاية إليه والوصية له، فإن الوصاية عقد، فكان قوله: في حياة العاقد أولى، وتلك عطية تقبل في زمن التمليك، ولم تؤخذ فلم يصح قبولها مثله، فعلى الثاني وهو المختار يصح الرد في حياة الموصي وبه جزم القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وعلى الأول لا أثر للرد في حياته أيضًا.

فرع: قال الماوردي: وقبولها على التراخي ما لم يتعين بتنفيذ الوصايا.

قلت: وعن «البحر» رواية وجه: إن شرطنا القبول بعد الموت يكون على الفور، وينبغي أن يكون على إن كان هناك ما يجب المبادرة إليه من تجهيز ونفقة طفل، وبيع ما يخاف تلفه ونحو ذلك، وإلا فعلى التراخي حيث لا يتأخر بذلك حق تجب المبادرة إلى أدائه، ولا يفوت بذلك مال، وهذا واضح.

قال: (**وَلَوْ وَصَّى اثْنَيْنِ لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا**) أي: سواء صرح باجتماعهما أو أطلق تنزيلًا على الأخذ بالأقل، والأحوط وهو الاجتماع، **وَلَوْ جَعَلَ الْمُوصِي**

إِلَّا إِنْ صَرَّحَ بِهِ.

عَلَى الْوَصِيَّيْنِ مُشْرِفًا لَمْ يَتَصَرَّفَا إِلَّا بِمُرَاجَعَتِهِ، هكذا أطلق **وَمَحِلُّهُ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَظَرٍ، لَا كَشِرَاءِ الْخُبْزِ وَالْبَقْلِ** ونحوهما.

قال: **(إِلَّا إِنْ صَرَّحَ بِهِ)** أي: فيجوز الانفراد؛ عملًا بالإذن، وحكى الشيخان عن السرخسي أنه لو قال: إنما أوصاني بكذا، فلكل منهما الاستقلال، وأقراه عليه، وفيه نظر، ولفظ «الكتاب» وغيره يأباه، وما يتخيل من فرق بين قوله: أوصيت إليكما وبينه، ولا تظهر قوته، ولو أوصى إلى زيد، ثم قال: ضممت إليك عمرًا، أو قال لعمرو: وضممتك إلى زيد، وقبلا.

قال الغزالي: هما شريكان في أمور أطفاله، ثم قال لرجل: ضممتك إليه، يجوز للأول أن ينفرد بالتصرف دون الثاني، وينظره بمسألة فيها نظر ذكرتها في «الغنية»، وما ذكره غير مقابلة الغزالي وبحث الرافعي وانفراد الأول، ولو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو واجتمعا على التصرف وفاقًا للمتولي وخلافًا للبغوي، ولو قيل: أحدهما فقط استقل، ولو قال: لعمرو أوصيت إليك بما أوصيت به إلى زيد فرجوع.

فرع: إذا أوجب اجتماعهما فمباح فيه، وإن أوكل الانفراد منعا، فإن أضر نصب الحاكم غيرهما، وإن أراد أحدهما الانفراد دون صاحبه نصب مع المنقاد آخر، ثم المراد من اجتماعهما وصدور التصرف عن رأيهما، ثم يعقد العقد أحدهما أو غيره بإذنهما، وهذا فيما يفتقر إلى نظر واجتهاد، فلو كان عنده ودائع أو عليه ديون وعنده من جنسها فلأحدهما السداد بالإيصاء والرد، هكذا قاله جماعة، وفي أصل «الروضة» إذا أوصى إلى الاثنين إن كانت في رد الودائع، أو المغصوب، أو العواري في تنفيذ الوصية المعينة وقضاء دين في التركة من جنسه للكل منهما الانفراد به؛ لأن صاحب الحق يستقل في هذه الصورة بالأخذ.

قال البغوي وغيره: وهذا أحد المواضع التي صرحوا فيها بجريان الوصايا في رد المغصوب والودائع خلافًا لما قالته: الطائفة ثم وقوع المدفوع موقعه، وعدم الرد والنقص عند انفراد أحدهما بيِّن؛ لكن تجويز الانفراد ليس ببيِّن فإن تصرفها في هذه الأموال مستفاد بالوصاية، فليكن بجنسها وتجيء فيه الأحوال

وَلِلْمُوصِي وَالْوَصِيِّ الْعَزْلُ مَتَى شَاءَ.

الآتية في سائر التصرفات، وسنجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته، انتهى.

فرع: قال القاضي الحسين: إذا أراد الوصي أن يشتري من مال الطفل دفع الأدنى إلى الحاكم حتى يبيع منه، أي: بنفسه، أو بمنصوبه، وهذا إذا لم يكن معه وصي مستقل بالتصرف بنص الموصي فإن كان فلكلٍ الشراء من الآخر استقلالًا هكذا أفتيت به وهو ظاهر نصًا.

قال: (**وَلِلْمُوصِي وَالْوَصِيِّ الْعَزْلُ مَتَى شَاءَ**) أي: كالوكالة، قال الشيخ: إلا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره.

قلت: وما قاله الشيخان ابن الصلاح وابن عبد السلام ولا يصح عزله، انتهى.

وسكتوا عن التفصيل في عزل الوصي للموصي ويظهر أن يقال: إنه إذا غلب على ظنه إن عزله للوصي الأهل مضيع للحقوق التي عليها ولأموال أطفاله باستيلاء ظالم، أو فاسق، أو خلو الناحية عن حاكم أمين أنه لا يجوز له ذلك؛ لكن في عدم نفوذه منه بعد مع بقاء أهليته ونفوذ تصرفه إلا أن يقال: تبين عدم صحة عزله، ثم إنما يكون للوصي عزل نفسه حتى لم تكن إجارة لازمة، فإن كانت قال الأصحاب: لزمه القيام بها، قال الماوردي: وإن ضعف عنها استؤجر عليه من ماله من يقوم مقامه فيما ضعف عنه وله الأجرة المسماة، انتهى.

وفيه نظر! أو هي إجارة عين، فكيف يستوفي من غيرها؟ ولِمَ لا يقال هذا عيب حدث في العين المستأجرة؟ فإن رأى الحاكم المصلحة في الضم إليه أو الاستدلال به فعلى الأصلح.

فرع: حكى الإمام في «كتاب الحج» عن والده: وصرف الموصي على أطفاله قدرًا هو أجرة مثله ووجد الوالي متبرعًا بالنظر لم تجز إقامته، وصرف الوصي بالجعل، قال الإمام: وهذا لا أراه كذلك، نعم إن كان الوصي كافيًا، وكان ما قدر له بقي به الثلث، فالأمر كذلك، وأما إذا سمي له أكثر من الثلث

……………………………………………………………

ووجد الإمام متبرعًا، عندي القطع بصرف ذلك الغرم عن الأطفال، فإن وصى الوصي به دونه فلا استبدال وإن أبى أن يعمل أقام الوالي ناظرًا، انتهى.

وقال الصَّيْمَرِي في «شرح الكفاية»: وكل من جعل للموصى له جعلًا أو لمشرف عليه فذلك من الثلث إلا أن يكون وارثًا فلا يجوز ذلك إلا أن يجيز الورثة، انتهى.

وهذا ما قبله فيما إذا جعل له شيئًا من أصل التركة، أما لو جعل له كل شهر أو سنة شيئًا معلومًا أو جزءًا معلومًا من كسب أموالهم وغلات أملاكهم فهذا لا يمكن اعتباره من الثلث في الحال، فإن جاز مثل هذا فإن كان أجرة مثل عمله أو دونه جاز، وإلا فلا، ويقال له: إن وصيت بأجرة مثلك إذا لم تجد متبرعًا أو من يعمل بدونها وإلا استبدل به، اللهم إلا أن يكون الزائد يوفر عليهم أضعافه بحسن تصرفه وحذقه وكسبه وجاهه، ولا نجد من هو كذلك ليرضى بما دونه من أجرة المثل، وهذا قد يأتي فيما قاله: الإمام من الزائد على أجرة المثل.

فروع مهمة:

منها: قالا: هنا يجوز للوصي أن يوكِّل فيما لم تجز العادة بمباشرته، وهو يفهم أنه ليس له التوكيل في غيره، وهو وجه ذكره جماعة؛ ولكن المذهب كما قاله في «البيان» وغيره: الجواز، وهو قضية كلام الرافعي في «كتاب النكاح»، وكلامه على توكيل الولي في التزويج كما سيأتي؛ لأنه يتصرف بالولاية كالأب والجد والحاكم بخلاف الوكيل وهو قضية ما في «الحاوي» وغيره، وبه جزم المحاملي وقال: إنه يجوز أن يوكل عن نفسه وعن الموصى عليه، وقد ذكر الشيخان قبل هذا تبعًا للإمام فيما إذا أوصى إلى اثنين واعتبرنا اجتماعهما على التصرف أن المراد صدوره عن رأيهما، فإذا عقده أحدهما أو غيرهما بإذنه ففي هذه الصورة لا يجوز تفويض الأمر جملةً إلى الوكيل، انتهى.

ورأيت الدارمي قال في باب ما على القاضي في الخصومة في كلامه على

……

استخلافه: إن أذن له فيه جاز استخلافه فيما لا ينطق وفيما ينطق فإن أقر له الاستخلاف، أو قال: عليَّ استخلاف فإن يعجز فعلى ذلك، ومتى ترك استخلافًا فإن كان بينهم لم يحسن أن يخلعه وإن كان لا يفهم استخلفها مما عجز عنه، وإن أراد في الكل فوجهان، ولو نهاه فإن فهم به، صح ولم يستخلفه وإن كان لا ينطق فباطل، وكذلك الوصية والوكالة والمضاربة، انتهى لفظه.

والظاهر أن مراده أن هذا التفصيل لا قصره على الصورة الأخيرة -والله أعلم- وقد اتفق الأصحاب على أن للوصي أن يقارض بمال اليتيم، فهل يجوز للوصيين أن يقارضا واحدًا أم لا بدَّ من عاملين يجتمعان على التصرف؟ إن جوزنا ففيه نظر.

ومنها: لو قال: أوصيت إلى الله تعالى وإلى زيد، فقياس ما سبق فيما إذا أوصى لله تعالى ولزيد يجيء وجهان: **أحدهما**: أن الوصاية إلى زيد، **والثاني**: إلى زيد والحاكم.

قلت: الأول هو الوجه فإنه المفهوم عرفًا من إطلاق هذا اللفظ وإنما يذكر اسمه تعالى تبركًا وتوكلًا واستعطافًا للموصي وإشارة إلى التفويض إليه سبحانه لا التشريك في الوصاية، فلا معنى للتخريج، وأما قوله: جعلت هذا أو أوصيت بهذا لله تعالى ولزيد فيقصد عادةً ويراد به الوصية لجهات البر مع الوصية لزيد؛ ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بهذا لله كانت وصيته صحيحة وصرفت إلى الفقراء ونحوهم، ولو قال: أوصيت إلى الله تعالى في أمور أطفال لم يستفد أحد بذلك ولايةً؛ بل معناه فوضت أمورهم إليه واتكلت في شؤونهم عليه.

وفي «التهذيب» هنا أن عبد الله ابن مسعود ﷺ لم يرد إلى ما أشرت إليه وأنه أوصى إلى الزبير دليلًا على جواز الوصاية، ولا شك أن ابن مسعود ﷺ لم يرد إلا ما أشرت إليه أنه أوصى إلى الزبير ابن العوام ﷺ بمفرده في الكل، ويقول المودع: هذه وديعة الله تعالى ووديعتك ونحو هذا.

ومنها: قال أبو عاصم العبادي: إذا خاف الوصي أن يستولي غاصب على

المال فأدى شيئًا تخلصًا من الغاصب جاز إذا أبقى بقية، والله يعلم المفسد من المصلح.

قلت: ومثله لو خاف أنه لو لم يبذل شيئًا لبعض قضاة السوء لانتزع المال من يده ويسلمه إلى بعض خونته واستؤصل، وهذا ظاهر عند أغلب ظنه أنه لو لم يبذل لانتزعه منه ويجب أن يتحرى في أقل ما يمكن أن يرضى به الظالم ولا يجاوزه، وفي الفرع زيادة ذكرتها في «الغنية».

ومنها: في «فتاوى القفال» أنه لو أوصى ببيع داره والتصدق بثمنها، فقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى تثبت وصيتك عند الحاكم، فله ذلك، وأنه لو اشترى من قيم الصبي ضيعةً، وسلمه الثمن، ثم بلغ الصبي، وأنكر كون التبايع فيما له واسترجع الضيعة من المشتري، ثم اشتراها هذا المشتري من الصبي بعد رشده، ليس له أن يرجع، فالثمن الذي دفعه إلى القيم عليه؛ لأنه كان صدقه على الولاية الشرعية، كما لو اشترى من كيل رجل ودفع إليه الثمن، ثم قال الرجل: أنا ما وكلتك واسترجع المبيع من المشتري، ثم اشتراه منه لا يرجع على الوكيل بالثمن المدفوع، إذا كان قد صدقه على الوكالة فلزمه في حق نفسه حكم تصديقه، وأنه لو أوصى بثلثيه للفقراء فقاسم الوصي الورثة، فتلف المال بيده، أي: لا تفريط، فتلفه في حق المساكين، ويده يدهم، وذكر في موضع آخر أن الوصي إذا أخرج الثلث؛ لأن تلفه في يده لا يجعل كوصوله إلى المساكين، انتهى.

فحصل وجهان، ويحتمل أن يكون الثاني فيما إذا كان وصيان في التركة كلها وعلى الورثة بخلاف الأول، والظاهر أن قيم الحاكم لو فعل ذلك كان تالفًا على المساكين؛ لإنابتهم(١).

ومنها: قال الدارمي: إذا قال: فرق ثلثي، لم يعط نفسه، ولا من لا يقبل منها دية، ولا من يخاف منه، أو يستصلحه، ويستحب أن يبدأ بفقراء قرابات

---

(١) في نسخة: (لأنه نائبهم).

الميت أي: غير الورثة كما صرح به غيره، ثم جيرانه ومواليه الأعلين والأسفلين، وفي «مجرد القاضي أبي الطيب» أنه لو قال: ضع ثلثي حيثما شئت لم يجز الأخذ لنفسه، ويجوز أن يصرف إلى أبويه وأولاده، وحكى غيره وجهين في جواز أخذه لنفسه عند فقره، وقال الجرجاني: لا يجوز إلا أن يكون بقوله: ضعه في نفسك إن شئت فيجوز في أحد الوجهين.

ومنها: في «روضة شريح الروياني» أنه إذا كان في يد رجل مال لميت، فقال: أوصى إليَّ أن أصرفه في كذا، فهل يقبل قوله؟ وجهان: **أحدهما**: يقبل إن كان عدلًا؛ لأن المال في يده أمانةً كالمودع، **والثاني**: لا يقبل وهو الأقيس، وإن لم يقل: أوصى إليَّ؛ بل قال: أنفقه في مستحقه، أو على الوصي، فوجهان.

قلت: والقياس: المنع أيضًا.

ومنها: في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو كان له في يد رجل مال فقال في مرض موته: ادفعه إلى فلان وفلان وأخذ من ورثته، فإن دفع قبل موته فذاك، وإن لم يدفع حتى مات لم يجز الدفع إليه؛ لأنه صار لجميع الورثة، والمورث لم يقل: هو ملك فلان، وإنه لو قال في مرضه: ثلث مالي للفقراء، ثم برئ من مرضه، ثم مرض ثانيًا أو مات لم يصرف إلى الفقراء، ولا يحمل على الإقرار به؛ بل هو هبة؛ والهبة لا تلزم إلا بالقبض، قال: وليس ذلك وصية؛ لأنه لم يعلقه بالموت، وأنه لو قال في مرض موته: اقضوا ديني من دنانيري هذه، وادفعوا ثلث مالي للفقراء، ثم ظهر له مال آخر، لا خلاف أن الثلث يدفع من ذلك المال، ولا يخرج من الثلث الذي ظهر، فأما الدين يجوز أداؤه من الكل، انتهى.

كذا رأيته فيما لا يحصي من نسخ «الفتاوى»، والظاهر أنه وقع فيها بعض لفظه، هذا بعد قوله: ثلث مالي، وأما قوله: إن الدين يقضى من الكل، فلعله فيما إذا لم تفِ الدنانير بجميع الدين، فإن وفت به يعتبر إخراجها فيه؛ لكن في «فتاوى» صاحبه البغوي في كتاب «الأيمان» أنه لو قال: اقضوا ديني من هذه

وَإِذَا بَلَغَ الطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ صَدَقَ الْوَصِيُّ، ....

الدار يقضي الوارث من موضع آخر، جاز.

ومنها: لو قال: أعطوا ثلث مالي إلا شيئًا[١] فللوارث أن يعطيه أقل ما يتمول[٢].

وعن الأستاذ أبي منصور أن هذه وصية بنصف الثلث ديني، وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلًا، والمشهور الأول، قال: وليس بالواضح، وأما الثانية: فيقيد فيها إجراء أقل متمول، ويشبه أن يقال فيها: يعطى الثلث إلا أكثر ما يسمى قليلًا بالإضافة إليه، وفيه احتمال، والله أعلم[٣].

قال: (**وَإِذَا بَلَغَ الطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ صَدَقَ الْوَصِيُّ**) أي: بيمينه، وقيل: لا يقبل إلا ببينة وفي تحليف الأب والجد وجهان، وإذا قلنا: يحلفان فهل هذا مستحب أم واجب؟ وجهان في «الذخائر».

إشارة: قوله: «الإنفاق عليه» قد يفهم منه قصر ذلك على نفقة نفسه خاصةً، والظاهر أن دعواه الإنفاق على كل من يلزمه نفقته، وبذلك صرح شريح الروياني في نفقة رقيقه، وقال: إنه لو ادَّعى أنه وفر في جعل من ردّ أنصبة أربعين درهمًا صدق في أصح الوجهين.

قلت: ويشبه أن يجريان في تنازعهما في مدة الإنفاق عليه وأنه لو قال: أديت خراج أرضك كل سنة كذا ثلاث سنين، فقال: ما مات أبي إلا من سنتين وما أديت إلا سنتين فالقول: قول الوارث في أصح الوجهين، وقيم الحاكم كالوصي فيما ذكرناه، والمجنون بعد إفاقته والسفيه بعد رشده كالصبي حتى يبلغ فيما ذكرناه والمجنون بعد إفاقته.

---

(١) أي: قُبِلَ التَّفْسِيرُ مِنْ وَارِثِهِ.

(٢) انظر: أسنى المطالب (٧/١٤).

(٣) قال النووي: أوصى بثلث ماله إلا شيئًا قبل التفسير وتنزيله على أقل مال وحمله الشيء المستثنى على مال كثير، وقال الاستاذ أبو منصور: يعطى زيادة على السدس قال: وكذا لو قال أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً، ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً جاز أن يعطيه أقل من السدس، والصحيح المعروف هو الأول. روضة الطالبين (٢ / ٣٨٠).

أَوْ فِي دَفْعٍ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ صُدِّقَ الْوَلَدُ].

واعلم أن قضية إطلاقه أن بمجرد بلوغه وإفاقته تسمع دعواه، والظاهر أن المراد ما إذا بلغ إذا أفاق رشيدًا؛ كذا نقضت مدة الولاية عنه، ولو قال: أسرفت في الإنفاق، فإن عيَّن قدرًا صدق من يقتضي الحال بتصديقه، وإلا صدق الوصي، وقيل: فيه وجهان، وقال القاضي الحسين في باب تجارة الوصي: إن الأب مصدق قطعًا، وفي الوصي والقيم وجهان.

قال: (**أَوْ فِي دَفْعٍ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ**) أي: الرشد.

(**صُدِّقَ الْوَلَدُ**) أي: على الصحيح؛ لأنه لا يعتبر إقامة البينة على دفع ماله إليه بعد كماله، وسبقت المسألة في آخر الوكالة، وأفهم كلام الشيخين أن هذا في حق الوصي والقيم؛ لا الأب والجد، وصرح غيرهما بأنهما كالوصي في ذلك، وممن صرَّح به الإمام في باب الوديعة وفي الوكالة من «الوسيط» أن قول الولي في الرد مقبول، وقال هنا: إن الولي والوصي إذا ادعيا برد المال على الطفل بعد البلوغ، لم يقبل، وفي الولي وجه: أنه يقبل، قال ابن الرفعة: وأجراه الرافعي والماوردي في الوصي والقيم، وجزم الماوردي في «كتاب الوكالة» بقبول قول الأب والجد فيه، قال: وظاهر المذهب عدم القبول في الجميع، انتهى.

وقول المصنف (صدق الولد) قد يفهم ذلك صدر كلامه في الوصي، وبالله التوفيق.

كتاب الوديعة في أول الجزء السادس الذي يليه وبالله التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل، والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم والتابعين.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الْوَقْفِ ٣

كِتَابُ الْهِبَةِ ١٠٢

كِتَابُ اللُّقَطَةِ ١٤١

كِتَابُ اللَّقِيطِ ١٨٣

كِتَابُ الْجَعَالَةِ ٢١٧

كِتَابُ الْفَرَائِضِ ٢٣٤

كِتَابُ الْوَصَايَا ٣٥١

قوت المحتاج
في
شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الخامس

الوديعة - قسم الفيء والغنيمة -
قسم الصدقات - النكاح

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق: عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437 H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon	لبنان	بلد الطباعة
Edition : 1st	الأولى	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

قال الشارح: هي ما يستحفظه مستحقه أو نائبه من الأعيان للغير، مأخوذة مِنْ وَدَعَ الشَّيْءَ يَدَعُ: إِذَا سَكَنَ، فكأنها ساكنة عنده، وقيل: من قولهم: «فُلَانٌ فِي دَعَةٍ» أي: في خفض من العيش، وبما قدَّمناه يخرج العين في يد الملتقط، وما تطيره الريح إلى داره ونحو ذلك، فأدخلت بقولي توصلي إلى المال(١) وغيره من النجاسات المنتفع بها وعبارة كثيرين: هي اسم لعين يضعها المالك، وهي تفهم إخراج النجاسات، ولا أظنه عن قصد.

وَالْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ۝٥٨﴾ [النساء: ٥٨] وقوله: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وقول النبي ﷺ: «**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»(٢) رواه

---

(١) في نسخة: (قولي من المال).

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٣٦٠) وأبو داود (٣/ ٢٩٠، رقم ٣٥٣٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٤، رقم ١٢٦٤) وقال: حسن غريب، والحاكم (٢/ ٥٣، رقم ٢٢٩٦) وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٢).
حديث أنس: أخرجه الطبراني في الكبير (١/ ٢٦١، رقم ٧٦٠) وفي الصغير (١/ ٢٨٨ رقم ٤٧٥) قال الهيثمي (٤/ ١٤٥): أخرجه الطبراني في الكبير والصغير، ورجال الكبير ثقات.
والدارقطني (٣/ ٣٥) وأبو نعيم في الحلية (٦/ ١٣٢)، والحاكم (٢/ ٥٣، رقم ٢٢٩٧) وقال: =

قال المصنف: [مَنْ عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا، وَمَنْ قَدَرَ وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ، ....]

أبو داود والترمذي وحسَّنه؛ وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ ضَرُورَةً إِلَيْهَا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا عَقْدٌ، وَقِيلَ: إِذْنٌ مُجَرَّدٌ.

وقال الإمام: ولا فائدة فقهية لهذا الاختلاف، وردَّ بأنه خرج عليه أشياء منها؛ أن وَلَدَ الْوَدِيعَةِ وَدِيعَةٌ، وأنه إذا شرط فيها شرطًا فاسدًا؛ هل يلغو؟ وغير ذلك مما سيأتي إنْ شاء الله تعالى.

قال: (مَنْ عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا)؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلتَّلَفِ، وهذا واضحٌ إذا جهل المالك الدافع حاله، لا ما إذا علم به، فلو أخذها؛ فهل تكون مضمونة بمجرد الأخذ أو لا؟ فيه نظرٌ، والأقرب المنع؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ، نعم، لو أودعه وكيل أو ولي حيث يجوز له الإيداع، ضمن بمجرد الأخذ، فله دفعها، ثم رأيت في «محيط ابن يونس»: التحريم على الفاجر بما إذا ظنَّ المالك به القدرة، ولله المنة.

قال: (وَمَنْ قَدَرَ، وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ) وعبارة «المحرر»: فلا ينبغي أن يقبلها⁽¹⁾.

وقالا: في «الروضة» و«الشرح»: وإنْ كان قادرًا لكن لا يثق بأمانة نفسه؛ فهل يحرم قبولها أو يكره؟ فيه وجهان.

قلت: وَبِالتَّحْرِيمِ أَجَابَ أصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«الذخائر»

= على شرط مسلم، ووافقه الذهبي. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٣)، والضياء (٧/ ٢٨١، رقم ٢٧٣٨).

حديث أبي أمامة: أخرجه الطبراني (٨/ ١٢٧، رقم ٧٥٨٠)، قال الهيثمي (٤/ ١٤٥): فيه يحيى بن عثمان بن صالح المصري، قال ابن أبي حاتم: تكلموا فيه. والبيهقي (١٠/ ٢٧١، رقم ٢١٠٩٢) وقال: ضعيف.

حديث أبي بن كعب: أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٥).

حديث رجل من الصحابة: أخرجه أحمد (٣/ ٤١٤، رقم ١٥٤٦٢)، وأبو داود (٣/ ٢٩٠، رقم ٣٥٣٤).

(١) انظر: المحرر للرافعي (ص٢٧٨).

فَإِنْ وَثِقَ اُسْتُحِبَّ.

و«المحيط» والرُّويَانِي في «الحلية» وليكن الخلاف فيمن أودع ماله كما سبق، وَإِلَّا فَيَحْرُمُ قَبُولُهَا مِنْهُ قطعًا، وَيَتَّجِهُ أَنْ يُقَالَ: إن غلب على ظنه الخيانة أو علمها من نفسه وعادته حرم، وإن غلب على ظنه الحفظ وأداء الأمانة فلا، وإن تردد على السَّواء؛ فوجهان.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن للخلاف التفات على الخلاف، فيما إذا خاف الخيانة؛ هل يجوز الالتقاط؟ وقد ترتبت طرق خوف الخيانة فوق عدم الوثوق بالأمانة.

قال: ويظهر أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير إطلاق المالك على الحال؛ بأن أطلقه فرضي بذلك؛ فَلَا تَحْرِيمَ وَلَا كَرَاهَةَ، وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول، فإن تعين فقد يقول عند الخوف به أيضًا، كما في ولاية القضاء، انتهى.

وهذا كله في المتردد، ولا ترجيح عنده كما أشرت إليه.

قال: (فَإِنْ وَثِقَ) أي: بأمانة نفسه عليها، وقدرته على حفظها.

(اُسْتُحِبَّ) في صحيح مسلم: «وَاللهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»(١) ولأنه من الإحسان المأمور به في السنة والقرآن.

قال أصحابنا: فإن لم يكن هناك غيره، وخاف تلفها لو تركها؛ لزمه القبول.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا بَيَّنَهُ السَّرَخْسِيُّ، وهو أَنَّهُ يَجِبُ أَصْلُ الْقَبُولِ دُونَ أَنْ يُتْلِفَ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ، وَحِرْزِهِ فِي الْحِفْظِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، انتهى.

وقال ابن أبي عصرون في «مرشده»: لا يجوز له في هذه الحالة أخذ الأجرة على الحفظ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَاجِبًا عَلَيْهِ، ويجوز له أخذ أجرة مكانها، وجزم في تنبيهه بأنه لا يجوز أخذ الجعل عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: وللخلاف التفات على الخلاف فيما إذا تعين عليه إنقاذ

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢، رقم ٧٤٢١)، ومسلم (٤/ ٢٠٧٤، رقم ٢٦٩٩)، وأبو داود (٤/ ٢٨٧، رقم ٤٩٤٦)، والترمذي (٥/ ١٩٥، رقم ٢٩٤٥)، وابن ماجه (١/ ٨٢، رقم ٢٢٥)، وابن حبان (٢/ ٢٩٢، رقم ٥٣٤).

وَشَرْطُهُمَا شَرْطُ مُوَكِّلٍ وَوَكِيلٍ.

وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ الْمُودِعِ كَاسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا أَوِ اسْتَحْفَظْتُكَ أَوْ أَنَبْتُكَ فِي حِفْظِهِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا وَيَكْفِي الْقَبْضُ.

غريق، فشرط عليه أجرة، هل يستحقها أو تعين عليه تعليم الفاتحة، فأصدقها تعليمها؛ هل يصح؟ والصحيح فيهما: نعم.

تنبيهات: لو أبى قبولها عند نفسه فهلكت أثم، ولم يضمن؛ هَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا مِنَ الذِّمِّيِّ كَالْمُسْلِمِ؟ الْأَشْبَهُ: نَعَمْ، وَهَلْ يُلْحَقُ بِهِ الْمُعَاهَدُ وَالْمُسْتَأْمَنُ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وقضية قولهم: يتعين على الواجد قبول أن يكون قبولها في هذه الحالة فرض كفاية على الجماعة المفروضة على كل فرد منهم، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف في نَظِيرِهِ مِنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَغَيْرِهَا؛ لِئَلَّا يُؤَدِّيَ التَّوَاكُلُ إِلَى تَلَفِهَا.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا**) أي: شرط الْمُودِعِ.

(**شَرْطُ مُوَكِّلٍ وَوَكِيلٍ**)؛ لِأَنَّهَا اسْتِنَابَةٌ فِي الْحِفْظِ.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ الْمُودِعِ كَاسْتَوْدَعْتُكَ هَذَا أَوْ اسْتَحْفَظْتُكَ أَوْ أَنَبْتُكَ فِي حِفْظِهِ**) أي: ونحوها من الألفاظ الدالة على الاستحفاظ، وهذا في الناطق الحاضر، وتكفي إشارة الأخرس المفهمة، وكذا كنايته، وكناية الغائب فيما أراه، وكذلك الحاضر بالبلد على الأصحِّ كالبيع؛ فأولى⁽¹⁾.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا، وَيَكْفِي الْقَبْضُ**) كما في «الوكالة» وادَّعى الإمام الاتفاق عليه.

والثاني: يشترط بناءً على أنها عقد.

والثالث: يفرق بين صيغة الأمر كـ «احفظه» والعقد كـ «أودعتك»، كما في الوكالة.

---

(١) أَرْكَانُ الْوَدِيعَةِ بِمَعْنَى الْإِيدَاعِ أَرْبَعَةٌ: وَدِيعَةٌ بِمَعْنَى الْعَيْنِ الْمُودَعَةِ، وَمُودِعٌ، وَوَدِيعٌ، وَصِيغَةٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَى شَرْطِ الرُّكْنِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْوَدِيعَةُ، ثُمَّ شَرَعَ فِي شَرْطِ الرُّكْنِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَهُمَا الْعَاقِدَانِ؛ فَمَنْ صَحَّتْ وَكَالَتُهُ صَحَّ إِيدَاعُهُ، وَمَنْ صَحَّ تَوْكِيلُهُ صَحَّ دَفْعُ الْوَدِيعَةِ إِلَيْهِ، فَخَرَجَ اسْتِيدَاعُ مُحْرِمٍ صَيْدًا أَوْ كَافِرٍ مُصْحَفًا وَنَحْوُهُ، انظر: مغني المحتاج (٣/ ٧٩).

وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالًا لَمْ يَقْبَلْهُ فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: الخلاف يلتفت على أن النظر في العقود إلى اللفظ والمعنى، وهذا في الناطق، أما الأخرس؛ فكما سبق.

إشارات: قوله: «**وَيَكْفِي الْقَبْضُ**» قد يفهم أَنَّهُ لَا بُدَّ فِي الْمَنْقُولِ مِنَ النَّقْلِ، والذي في «التهذيب» وغيره: أنه لو جاءه، فقال: هَذَا وَدِيعَتِي أَوْ احْفَظْهُ، فَقَالَ: قَبِلْتُ أَوْ قال: ضَعْهُ؛ كَانَ إيدَاعًا، وقال الْمُتَوَلِّي: لا يكون إيداعًا ما لم يقبضه.

وفي «فتاوى الْغَزَالِيّ»: أنه إن كان الموضع في يده، فقال: ضعه دخل المال في يده، وإن لم يكن، فإن قال: انظر إلى متاعي في دكاني فقال: نعم، لم يكن وديعة، فلا يضمن بتركها، انتهى.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو رقد في المسجد، ووضع متاعه بين يديه، وقال لرجل: احفظها، فقال: نعم، فقام الحافظ فسرقت ضمن؛ لأنه ضيَّعها بقيامه، كما لو ترك باب البيت مفتوحًا، ثم قال لآخر: احفظ البيت فضيع؛ ضمن.

قال **الْقَفَّالُ**: ولو كان قاعدًا في المسجد، فجاء رجل ووضع متاعًا، وقال: انظر إليه، فجاء إنسان ودفعه، فإن أمكن الحافظ دفعه، فلم يفعل، نُظِرَ، إنْ قال: احفظ ضمن، وإنْ سكت؛ فلا، وهذا أصحُّ من تفصيل الْغَزَالِيّ.

وقَضِيَّةُ كَلَام الشَّيْخَيْنِ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ لَفْظِ ائْتِمَانٍ مِنْ الْمُودِعِ النَّاطِقِ، ويشبه أَنْ يُقَالَ: الشَّرْطُ وُجُودُ اللَّفْظِ مِنْ أَحَدِهِما، وَالْفِعْلِ مِنَ الْآخَرِ بِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، فَلَوْ قَالَ: أعطني هذا لأحفظه لك، أَوْدِعْنِيهِ لئلا يضيع، ونحو هذا، فَدَفَعَهُ إليه كَفَى، ومن جوَّز المعاطاة في البيع يكتفي هنا بالإعطاء والأخذ مع القرينة الدالة على الاستحفاظ بلا شك.

قال: (**وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالًا لَمْ يَقْبَلْهُ**) لأن إيداعهما كالعدم.

(**فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ**) لا ممنوعًا من قبضه منه، لكن لو خاف هلاكه، فأخذه على وجه الحِسبة؛ صونًا لم يضمنه على الأصح، كذا أطلقه في «الروضة».

وقال الدارميُّ: لو أودع مراهق رجلًا وديعة لغيره، ضمنها المودع، وإن

وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَالًا فَتَلِفَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ.

كانت للصبي فأخذها ليحفظها ضمن، وإن أخذها ليعطيها الحاكم أو وليّه فوجهان، وإن ردَّها إليه ضمن جزمًا، والظاهر أنه لو علم أنها لغيره، وأنه استولى عليها بغير إذنه، فأخذها منه للردِّ، على المالك أن يجري فيها الخلاف في الأخذ من الغاصب للردِّ، والأصحُّ المنع، وإذا جوَّزنا الأخذ للردِّ، فادَّعى ذلك، ونازعه الولي أو المالك، وقال: بل أخذتها منه للحفظ، هل يصدق؟ فيه نظرٌ!

وهذا التنازع إنما يجيء عند التلف أو النقص أو في طلب الأجرة، إذا مَضَى زَمَنٌ لِمِثْلِهِ أُجْرَةٌ.

فرع: لَوْ أَتْلَفَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةَ نَفْسِهِ من غير تَسْلِيطٍ مِنْ أمينه، برئ أمينه منها؛ لتعذر إحباط فعل الصبي، وَتَضْمِينُهُ مَالَ نَفْسِهِ، ذكره الرَّافِعِيُّ فِي «كتاب الْجِرَاحِ»، وأبداه ابن الرِّفْعَة بحثًا.

قال: (**وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيًّا مَالًا فَتَلِفَ عِنْدَهُ**) أي: بتفريط أو غيره.

(**لَمْ يَضْمَنْ**)؛ إذ ليس عليه حفظه.

(**وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لم يسلطه على إتلافه، فأشبه ما لو أذن له في دخول بيته؛ لنقل شيء فأتلف غيره.

والثاني: لَا، كَمَا لَوْ بَاعَهُ شَيْئًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ، والفرق أنه هنا تَسَلَّطَ عَلَى التَّصَرُّفِ.

تنبيهات: قالا في «الروضة» و«الشرح»: فيه قولان، ويقال: وجهان.

قلت: وكذا نقلهما العراقيون، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا فِيمَا إِذَا أَوْدَعَهُ الْمُطْلَقُ التَّصَرُّفِ مَالَهُ، فَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِهِ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِهِ بِالِاسْتِيلَاءِ بِمُجَرَّدِهِ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ سَفِيهٌ مَحْجُورٌ أَوْ غَاصِبٌ أَوْ نَحْوُهُ، ولا شكَّ في ضمانه بالإتلاف، والحالة هذه، وخصص بعضهم الخلاف صورة الكتاب بغير القتل، أما لو كان عبدًا فقتله ضمنه قطعًا.

قلت: إن صحَّ هذا جاز مثله في البغل والحمار، وكل ما لا يؤكل من

وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ.

الحيوان، وسيأتي أنا إذا قلنا: إنَّ الوديعة عقد لم يضمن الصبي، أو مجرد ائتمان ضمن، وذكر الشيخان أن الموافق لإطلاق الأكثرين أنها عقد، وقضية ترجيح عدم الضمان هنا عكس ما رجحه.

قال: (**وَالْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ**) أي: وفي جميع ما سبق في إيداعه، والأخذ منه حسبةً، والإيداع عنده، وَتَضْمِينِهِ بِإِتْلَافِهِ أيضًا، كما صرَّح به الْمَاوَرْدِيُّ لما سبق من التوجيه.

إشارة: قوله: «**وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ**» أي: حِسًّا أَوْ حُكْمًا كما سبق بيانه، وَلَوْ طَرَأَ سَفَهُ رَشِيدٍ، وَلَمْ يَتَّصِلْ بِهِ حَجْرُ حَاكِمٍ؛ فَهَلْ يُبْنَى إِيدَاعُهُ وَالْإِيدَاعُ مِنْهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ؟ أَوْ أَنَّهُ كَالْمَحْجُورِ أَوْ كَالرَّشِيدِ؟ لَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا.

فرع: إيداع العبد بإذن سيده إيداع لسيده، قاله القاضي الحسين، وفيه شيءٌ، وإنْ أودع العبد مالًا لسيده بغير إذن ضمنه أخذه، وإنْ جهل عدم إذنه.

قال الجرجاني وغيره: ولا يبرأ إلا بالردِّ على السيد، وبه أفتى الْبَغَوِيُّ، وجزم في «الذخائر» ببراءته بالردِّ عليه أيضًا؛ لأن يده كيد سيده.

وأطلق الرَّافِعِي أنه إذا أتلف عنده ما أودعه لم يضمنه، وقال الجرجاني وغيره: إِلَّا أَنْ يُفَرِّطَ، قال: ولا يفارق الصَّبِيَّ إِلَّا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ؛ فَإِنَّ الصَّبِيَّ لَا يَضْمَنُ، وَلَوْ فَرَّطَ، انتهى.

ويشبه أن يكون هذا في العبد الرشيد، وإلا فلا يزيد على الحر السفيه المحجور عليه، وإن أتلف العبد ما استودعه تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِرَقَبَتِهِ -وفي قول: بذمته- ويجيء ما ذكرته وغيره من التفصيل.

فائدة: سبق الوعد بها نقلا أن الأصحاب استنبطوا من الخلاف في الصبي والعبد أصلًا، وهو أن الوديعة عقد برأسه أم إذن مجرد؟ إنْ قلنا: عقد، لم يضمن الصبي -أي: والسفيه- ولم يتعلق برقبة العبد، وإن قلنا: إذن فبالعكس، وخرَّجوا عليه، وأن الحيوان المودع، فإن قلنا: عقد، فالولد وديعة كأمه، وإلا

وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ الْمُودِعِ أَوْ الْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ، وَلَهُمَا الِاسْتِرْدَادُ وَالرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ، وَأَصْلُهَا الْأَمَانَةُ.

فأمانة شرعيّة، ثم قالا: والموافق لإطلاق الجمهور كون الوديعة عقدًا.

قلت: وقضية هذا ترجيح عدم التضمين في إتلاف الصبي والسفيه، وأنه لا يتعلق الضمان برقبة العبد، لكن هذا الأصل ذكره القاضي الحسين وأتباعه، وفي «البسيط» بعد ذكره عن القاضي: والأظهر عندي أن هذه المسائل تفرد بتعليلها، انتهى.

وما قاله هو الموجود للأصحاب غير من ذكرنا، وللخلاف فوائد أُخر:

منها: لو أودع وشرط شرطًا فاسدًا، إن قلنا: عقدًا أفسدها، ولا بدَّ من ائتمان جديد، وإلا فكما لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره، وإنْ قلنا: ائتمان فالشرط لاغٍ، قاله الإمام.

ومنها: فيما يظهر، ولم أره نقلا أنه لو أمره بإيداعها وأطلق، إنْ قلنا: عقد فكما مرَّ في الوكالة، أو إذن خرج من البين والتسليم.

قال: (وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ الْمُودِعِ أَوْ الْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ) لأنها وكالة في الحفظ، وهذا حكم الوكالة.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يأتي في الحيوان، والإغماء ما سلف في الوكالة، وهو كما قال فيه الجرجاني: الإغماء بإغماء المرض، وترتفع أيضًا بِالْجُحُودِ الْمُضَمِّنِ، وَبِالْإِقْرَارِ بِهَا لِآخَرَ، وَبِنَقْلِ الْمَالِكِ الْمِلْكَ فِيهَا بِبَيْعٍ وَنَحْوِهِ، وبالحجر على أحدهما بالسفه، وكذا بعزله نفسه على الأصح، فيصير كَثَوْبٍ أَلْقَتْهُ الرِّيحُ إليه.

قال: (وَلَهُمَا الِاسْتِرْدَادُ وَالرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ) أما الْمُودِع؛ فلأنه المالك أو خليفته، وأما المودَع؛ فَلِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِالْحِفْظِ.

قلت: ويظهر أنه إذا تعيَّن عليه الحفظ كما سبق، ولا ضرر عليه في بقائها عنده؛ أنه ليس له الرد عند طلب المالك ونحوه، وكذلك لو ردَّها لزمه قبولها.

قال: (وَأَصْلُهَا الْأَمَانَةُ) أي: بالإجماع، وما صححه ابن حزم من أن

وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ: مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ. وَقِيلَ: إِنْ أَوْدَعَ الْقَاضِيَ لَمْ يَضْمَنْ، ....

عمر رضي الله عنه ضمَّن الوديعة(١) فحمله البيهقيُّ وغيره على حالة التعدي(٢).

قال: (**وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ**) أي: عشرة، كما قاله بعض الشارحين، وهي في الكتاب(٣) وسأبيِّن ذلك بما فيه.

قال: (**مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ**)؛ لِأَنَّ الْمُودِعَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ وَلَا بيدِهِ، وسواء في ذلك الغير عبده وزوجته وابنه والأجنبي، وعند أبي حنيفة وأحمد: إذا أودعها من عليه نفقته من ولدٍ وعبدٍ وزوجةٍ لم يضمن، ووافقهما مالك في الزوجة.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ أَوْدَعَ الْقَاضِيَ**) أي: العدل الأمين.

(**لَمْ يَضْمَنْ**)، ولا خفاء أن إرادة السفر، والخوف عليها، والمرض أعذار، ولا فرق بين سفر الضرورة وغيره على الصحيح، نعم، ينبغي أن يكون مباحًا.

وأشار في «الذخائر» إلى أن ثقل الحفظ عليه ويستأمنه من الأعذار.

إذا عرفت هذا؛ فقد أجرى الرَّافِعِي والمصنف هذا الخلاف مع حضور المالك أو نائبه، وهو ضعيف، ونقل القاضي أبو الطيب في «المجرد» اتفاق الأصحاب على تضمنه في هذه الحالة، وهو قضية كلام الجمهور من الفريقين،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٨٢).

(٢) اي أَنَّ الْأَمَانَةَ مَقْصُودَةٌ مِنْهَا بِحَسَبِ وَضْعِهَا الْأَصْلِيِّ، وَلَيْسَتْ بِتَابِعَةٍ كَمَا فِي الرَّهْنِ، وَمَالِ الْقِرَاضِ، وَأَشْجَارِ الْمُسَاقَاةِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، بَلْ هِيَ مَقْصُودَةٌ فِيهَا، سَوَاءٌ أَكَانَتْ بِجُعْلٍ أَمْ لَا كَالْوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ الْمُودَعَ يَحْفَظُهَا لِلْمَالِكِ فَيَدُهُ كَيَدِهِ، وَلَوْ ضَمِنَ لَرَغِبَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ، انظر: تحفة المحتاج (٢٨/ ٢٩٠).

(٣) قد نَظَمَهَا العلامة النِّمِيرِيُّ؛ فَقَالَ:

عَوَارِضُ التَّضْمِينِ عَشْرٌ وَدْعُهَا   وَسَفَرٌ وَنَقْلُهَا وَجَحْدُهَا
وَتَرْكُ إِيصَاءٍ وَدَفْعُ مُهْلِكِ   وَمَنْعُ رَدِّهَا وَتَضْيِيعٌ حُكِيَ
وَالِانْتِفَاعُ وَكَذَا الْمُخَالَفَهْ   فِي حِفْظِهَا إِنْ لَمْ يَزِدْ مَا خَالَفَهْ

انظر: إعانة الطالبين (٣/ ٢٨٥).

……

ويفهم تخصيص الخلاف غيبة المالك أو وكيله وعللوا هذا الوجه؛ بأن القاضي نائب الغائبين، فإن ثبت الخلاف حصل ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له تسليمها إلى القاضي مطلقًا؛ لأن أمانته أظهر.

والثاني: رجحاه عكسه؛ لأنه مع حضور المالك أو وكيله لا ولاية للقاضي عليه، ومع غيبتهما فلا ضرورة بالمودع إليه، ولم يرض المالك بيد غيره.

والثالث: أنه إنْ كان المالك حاضرًا أو نائبه ضمن، وإلا فلا، وبه جزم جماعة منهم ابن الصباغ.

وكلام «الذخائر» يقتضي ترجيحه، وهو قضية ما في «البسيط» وغيره، والأصح عندي، فإن ألزمناه فضامن حفظها، ولا سيما مع طول غيبة ربها، وتوقع المهلكات بعيد مفضٍ إلى الامتناع من قبول الأمانات، وأيضًا فالحاكم الثقة نائب الغائب بخلاف الحاضر، فأشبه النائب الحاضر، وإذا كان له فسخ الوديعة، وعزل نفسه بقيت أمانة شرعيّة، فيردها عند غيبة ربها ووكيله إلى الحاكم الأمين، وأما غيره فيدفعها إليه مضمن مطلقًا.

واعلم أنهم هنا ذكروا ما سبق، ونقل القاضي أبو الطّيب وابن الصَّباغ، وغيرهما في الرهن أن العدل إذَا أَرَادَ دَفْعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ أَمِينُهُ عِنْدَ غَيْبَةِ الرَّاهِنِ مِنْ غَيْرِ أن يريد سفر أو لا ضرورة أَنَّهُ يُنْظَرُ، فَإِنْ كَانَتْ غَيْبَتهما طَوِيلَةً، وَهِيَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَقْبِضُهُ عَنْهُمَا، وَلَا يُلْجِئُهُ إِلَى حِفْظِهِ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمًا أَوْدَعَهُ أَمِينًا، وَإِنْ قَصُرَتْ الْمَسَافَةِ، فَكَمَا لَوْ كَانَا حَاضِرِينَ، وكذا نقل الإمام هناك، ثم قال: ولا يبعد عندنا اعتبار مسافة العدوى حتى يقال: إنْ كانا على مسافة العدوى، فلا بدَّ من مراجعتها، وإن كانا فوقها؛ ففيه تردد، انتهى.

وقال الدَّارميُّ والْمَاوَرْدِيُّ هناك: وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْذُورٍ، وكَانَ سَفَرُهُمَا طَوِيلًا؛ رَفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ليعدله، وإنْ كان دون مسافة القصر أَمَرَهُ الْحَاكِمُ بِتَرْكِهِ فِي يَدِهِ، وَأَنفَذَ إليهما لِيَخْتَارَا عَدْلًا، يُوضَعُ بيَدِهِ، فَإِنِ اخْتَارَا فذاك، وإلا اخْتَارَ الْحَاكِمُ عَدْلًا، وَأَمَرَهُ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ.

وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتِ الِاسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ.

قال ابن الرِّفْعَة بعد نقله ما قدمته: وَهَذَا بِعَيْنِهِ يَتَّجِهُ جَرَيَانُهُ هُنَا، إِذْ لَا يَظْهَرُ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، كما حكيناه عن رواية الإمام من قبل عن الأصحاب عند إرادة المودع سفر الحاجة، ولهذا أحال الرَّافِعِي الكلام في مسألة الرهن على إيداع الوديعة.

قلت: والرَّافِعِيُّ متبعٌ في ذلك الغزالي، وما ذكره ظاهر إذا كانا قد استقلا بالتعديل من غير دخول الحاكم فيه، أما لو عدله الحاكم عند تنازعهما فلا، وقد قال الجوري هناك: لو أراد العدل السفر فأودع ضمن، بخلاف المودع إذا أراد السفر مع القدرة على الحاكم فأودع لا يضمن؛ لأن لِلْحَاكِمِ مَدْخَلًا فِي الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْوَدِيعَةِ، انتهى.

وهذا يصلح أن يكون فارقًا بين البابين؛ لكن بالنسبة إلى الحاكم خاصةً، فقد صرَّح من ذكرناه بالإيداع من غيره عند فقده، ثم إن كلام الجوري يفهم أن أمر الرهن أضيق من الوديعة، وقضيته أن كل ما جاز للعدل، كان للمودع أجوز، والله أعلم.

فرع: لو أكره على حفظ الوديعة فأخذها؛ لزمه حفظها، وإن تركها ضمن، فإن لم يرد حفظها سلَّمها إلى الحاكم؛ ليبرأ من الحفظ والضمان إذا كان المالك ممتنعًا من أخذها، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، ويجب الجزم هنا بجواز دفعها إلى الحاكم الأمين عند غيبة المالك وتواريه، ولا يجيء فيه الخلاف فيما إذا لم يكن للمودع عذر من سفر أو غيره، وما ذكره يأتي فيما لو استودع مختارًا، ثم ردَّها على مالكها، فأبى قبولها وسافر، نعم، لو كان قد تعين عليه حفظها وأخذها في صورة الإكراه، فقد يقال: هو كالإكراه بحق، فيكون كالأخذ اختيارًا، وهذا ظاهر إذا أكرهه الحاكم، أما لو أكرهه المالك ونحوه، ففيه نظر؛ فتأمله.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتِ الِاسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ**) أي: بين المعين والمودع؛ لأن العادة جرت بذلك، قالوا: ولأنه ما أخرجها من يده، ولا فوَّض أمرها إلى غيره، وفي كونه لم

وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا فَلْيَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي فَإِنْ فَقَدَهُ فَأَمِينٌ.

يخرجها من يده نظر، إذا لم يكن يد المستعان به كيده، وكان من حقِّ المصنف أن يقول: أنه إذا لم تزل يده عنها، ولا نظره عنها، كما صرَّحا وغيرهما به، وأصله قول ابن سُرَيْج: أنه إذا استعان بزوجته أو خادمه في حفظ الوديعة، ولم يغب عن بصره جاز، وتابعوه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليق القاضي الحسين: أنه إذا فعل ذلك من غير ضرورة ضمن، ولعله محمول على ما إذا فعله، وترك الملاحظة، فإن الإمام حكى في هذه الحالة ترددًا، فإنَّ الفورانيَّ صرَّح بالمنع، وأن الذي يشعر به فحوى كلام الأئمة الجواز، أما مع الملاحظة؛ فلا وجه للمنع.

قال الإمام: ولو كان الموضع خارجًا عنه، وكان لا يلاحظها أصلًا، وفوَّض إلى متصل به كخادمه؛ فالظاهر تضمينه، انتهى.

وقد يقال: مع الملاحظة إذا لم يكن يد المعين كيده، فيه تعريض للتضييع؛ لأنه لو نازعه المعين فيها، قضينا له بحكم اليد، ثم مقتضى كلام المصنف غيره، وفي «فتاوى الْقَفَّالِ» ما يشعر بأن ذلك في الشيء الثقيل الذي لا يمكنه حمله بنفسه وغيره، وأظن ما سبق عن القاضي من كلام شيخه هذا، ولا يكون مراده ما ذكره ابن الرِّفْعَة، ويحتمل أن يفرق بين من يعتاد حمل الشيء بنفسه وبين غيره، وإنْ كان حقيقًا عملا بالعرف.

قال: (وَإِذَا أَرَادَ سَفَرًا) وإن قصر، أي: لضرورة أو غيرها على الصحيح.

قال: (فَلْيَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ) أي: في قبضها بخصوص أو عموم، وفي حكمه ولي من حجر عليه لِجُنُونٍ أَوْ طَرَأَ سَفَهٍ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ.

(فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي) لا غير الأمين، أما غيره فكالعدم، وصرَّح به الأصحاب، ويلزم الحاكم قبولها، وَيَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ عَلَى نَفْسِهِ بِقَبْضِهَا، قاله الْمَاوَرْدِيُّ. وقيل: لا يلزمه قبولها إذا لم يكن السفر لحاجة، ولا خفاء أنه لو أمره بدفعها إلى أمين كفى، ولا يتعين عليه أن يسلِّمها بنفسه.

قال: (فَإِنْ فَقَدَهُ، فَأَمِينٌ) أي: فقد الحاكم الأمين، أي: يأتمنه المودع،

....

وكذا غيره في الأصح؛ لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ بِتَأْخِيرِ السَّفَرِ، وهل يجب عليه الإشهاد على الأمين فيه وجهان.

تنبيهات: قال في «الروضة»: فإن ترك هذا الترتيب، فدفعها إلى الحاكم أو أمين، مع إمكان الدفع إلى الحاكم أو وكيله؛ ضمن، ويجيء في الحاكم الخلاف السابق، وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم؛ ضمن على المذهب. وعبارة الرَّافِعِي: فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن خيران والإصطخري يضمن.

والثاني: لا يضمن، وبه قال أبو إسحاق، وذكر الرُّويَانِيُّ أنه ظاهر المذهب؛ لكن الشيخ أبا حامد رجح الأول، وبه قال الْبَغَوِيُّ وغيره، ثم حكى طريقين متقابلين.

قلت: وما نسبه إلى ترجيح أبي حامد نظر، فإن في «الشامل» عنه أنه صحح في «التعليق» عدم الضمان، وفي «البيان» أنه اختيار الشيخ أبي حامد، وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب، وصححه المحامليُّ في «المقنع»، وظاهر كلام سليم في «المجرد» وغيره ترجيحه، وهؤلاء الثلاثة أجل أصحابه، وقلَّ أن يخالفوه في ترجيح، وإنْ فعلوا ذلك نبَّهوا عليه.

وبعدم الضمان أجاب الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر»، ورجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وهو ظاهر نص «الأم» أو قضيته، حيث قال: فإن كان غائبًا، فأودعها ممن يودعه ماله، ممن يكون أمينًا على ذلك؛ فهلكت لم يضمن.

وقال أبو إسحاق في «الشرح»: هو الظاهر من كلام الشَّافِعِي هاهنا، يعنى: قوله في «المختصر»: وإن لم يكن صاحبها حاضرًا؛ فأودعها أمينًا لم يضمن، وقال أبو إسحاق: وهو مؤتمن على حفظها إذا كان حاضرًا أو على اختيار من يكون عنده، إذا كان غائبًا، هكذا نقله أبو الطيب في «المجرد» عنه بلا مخالفة.

فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ ضَمِنَ فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ.

وقال الشَّافِعِي في «البويطي»: وإذا استودع وديعة فأراد سفرًا، وكان صاحبها غائبًا، فأودعه ممن يودع متاعه فهلكت؛ لم يضمن، انتهى.

وبما سقناه عن الأئمة والنصوص يتبيَّن لك أن المذهب عدم الضمان.

قال صاحب «المعتبر»: وَهَذَا الخلاف فِي غَيْرِ زَمَانِنَا، أَمَّا فِيهِ فَلَا يَضْمَنُ - يعني: بالإيداع - من ثِقَةٍ مَعَ وُجُودِ الْحَاكِمِ وجهًا واحدًا؛ لِمَا ظَهَرَ مِنْ فَسَادِ الْحُكَّامِ، قاله الْغَزَالِيُّ.

قلت: محل الخلاف إنما هو القاضي الثقة الأمين بلا شك، ولو كان المالك بالبلد ولكنه محبوس لا يصل إليه، فهو كالغائب، ذكره القاضي أبو الطيب وغيره.

قال في «الكافي» بعد الترتيب الذي في الكتاب: وإن لم يكن حاكم فعلى أمين، فإن لم يكن، وَسَلَّمَهَا إِلَى فَاسِقٍ لَا يَصِيرُ ضَامِنًا فِي الْأَصَحِّ، وهو غريب؛ ولعل لفظه غلط من ناقل، نعم، لو اضطر إلى السفر، ولم يجد حاكمًا أهلًا ولا عدلًا أمينًا، وخاف عليها النهب، هل له أن يودعها مَسْتُورًا؟ هذا محل نظر، وإذا أودعها أمينًا يجوز له الإيداع، فهل يلزمه الإشهاد عليه بدفعها إليه فيه وجهان، فإن أوجبناه فتركه ضمن، وإلا فلا، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

وقال في «المغني» بعد أن حكى أن الأصح أنه لا يضمن بإيداعه ثقة مع وجود الحاكم: هذا إذا أشهد وإلا ضمن وجهًا واحدًا.

قال: (فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ ضَمِنَ)؛ لأنه عرَّضها للأخذ، وهذا لا شكَّ فيه مع قدرته على من يأتمنه عليها، (فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِينًا يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ) أي: وَهُوَ حِرْزُ مِثْلِهَا.

(لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ)؛ لِأَنَّ مَا فِي الْمَوْضِعِ فِي يَدِ سَاكِنِهِ، وهذا عند فَقْدِ الْقَاضِي الْأَمِينِ، إذا قدمناه في المسألة، وجعل جاعلون الخلاف مع وجود الأمين، واقتضى كلامهم أنها مسألة واحدة في المعنى، وإن الأصح عدم

....

الضمان فيهما، وهذا حَسَنٌ إذا جعلناه إيداعًا.

وقال الدَّارميُّ: وإن أَعْلَمَ بها أمينًا حيث يجوز الإيداع عنده، ومكَّنه من تحويلها إنْ احتاج؛ لم يضمن، وإنْ أعلمه فحسب؛ فعلى وجهين، انتهى.

قال الرَّافِعِيُّ: ونقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين في أن هذا الإعلام سبيل الإشهاد أم الائتمان أصحهما الثاني؛ فعلى الأول لا بدَّ من رجلين أو رجل وامرأتين، انتهى.

وهو مقتضب من «الحاوي» وعبارته: فعلى الأول لا بدَّ من عدلين أو عدل وامرأتين، ويرى الشاهدان الوديعة عند دفنها ليصح التحمل؛ فإذا فعل ذلك خرج من التعدي، ولا يلزمه أن يأذن للشاهدين في نقلها عند الخوف.

وإن قلنا: بالثاني: كفى إعلام ثقة واحد رجلًا كان أو امرأة، ويجوز ألا يراها، وهل يلزمه أن يأذن له في نقلها إن حدث بمكانها خوف أم لا فيه وجهان، فإن أوجبناه فتركه ضمن، وإن لم يوجبه بنقلها المؤتمن عند الخوف؛ ففي ضمانه وجهان من اختلافهم على هذا الوجه في أن إعلامه بها على هذا الوجه يجري مجرى الخبر أو الأمانة.

وجهان؛ فعلى الأول لا يجوز له نقلها، فإن فعل ضمن، ولا يجوز أن يكون عبدًا، ولا أن يبعد عنها، وتكون يده عليها، انتهى.

وزعم شارح أن محل الخلاف فيما إذا فعل ذلك مع القدرة على الدفن بمسكن الحاكم كما سبق في التسليم إليه لا مطلقًا، وهذا استنباط سَمِجٌ(١).

تنبيه: قال الرَّافِعِي: وَجَعَلَ الْإِمَامُ فِي مَعْنَى السُّكْنَى أَنْ يَرْقُبَهَا مِنَ الْجَوَانِبِ أَوْ مِنْ فَوْقِ مُرَاقَبَةِ الْحَارِسِ.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَالَّذِي رَأَيْتُهُ فِي النِّهَايَةِ أَنَّ بَعْضَ الْأَئِمَّةِ أَطْلَقَ الِاكْتِفَاءَ بِاطِّلَاعِ الْأَمِينِ مَعْ كَوْنِ الْمَوْضِعِ حِرْزًا، وَحَكَى عَنْ أَئِمَّةِ الْعِرَاقِ اعْتِبَارَ سُكْنَى

---

(١) أي: لَا مَلَاحَةَ له.

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا ضَمِنَ ....

الدَّارِ وَاسْتَحْسَنَهُ، ثُمَّ قَالَ: وَلَسْتُ أَرَى ذَلِكَ خِلَافًا بَيْنَ الطُّرُقِ، وَالِاطِّلَاعُ الَّذِي ذَكَرَهُ غَيْرُ الْعِرَاقِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ غَيْرُ الْعِرَاقِيِّينَ، وَلَكِنَّهُمْ بَيَّنُوهُ وَفَصَّلُوهُ، وَإِنْ كَانَتِ الدَّارُ خَالِيَةً، وَالْمُطَّلِعُ لَا يَدْخُلُهَا، وَلَكِنَّهُ يَرْعَاهَا مِنْ فَوْقِ رِعَايَةِ الْحَارِسِ أَوْ مِنَ الْجَوَانِبِ؛ فَلَا يَكَادُ يَصِلُ إِلَى الْغَرَضِ، وَإِنْ أَحَاطَتْ بِالدَّارِ حِيَاطَتُهُ، وَعَمَّهَا مِنَ الْجَوَانِبِ رِعَايَتُهُ؛ فَهَذِهِ الْيَدُ الَّتِي تَلِيقُ الْوَدِيعَةِ، وَهِيَ الَّتِي عَنَاهَا الْعِرَاقِيُّونَ، انتهى.

وما نقله صحيح؛ ولكن الرَّافِعِي - رحمه الله تعالى - ذلَّ نظره من سطر إلى سطر أو سقط من أصله سطر كما رأيته في بعض نسخ «النهاية»، فجاء الكلام كما نقله - رحمه الله تعالى - ويؤيد كلام الإمام قول سليم وغيره من العراقيين، وعليه جرى ابن أبي عصرون أن الشرط أن تكون يده على ذلك الموضع، ومن صرَّح بالسكنى وقف مع قول الشَّافِعِي في «الأم»: فإن دفنها ولم يُخلف في منزله أحدًا يحفظه فهلكت؛ ضمن، انتهى.

قال: (وَلَوْ سَافَرَ بِهَا ضَمِنَ) لِأَنَّ حِرْزَ السَّفَرِ دُونَ حِرْزِ الْحَضَرِ، الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلَتٍ أَيْ: هَلَاكٍ إِلَّا مَا وَقَى اللهُ، والغرض أن لا ضرورة به إلى السفر، ولا حاجة، ولا يمكن ردُّها لغيبة المالك ووكيله، وقيل: لا يضمن إذا كان الطريق أمينًا، أو سافر في البحر، والغالب فيه السلامة، وكان هذا في السفر القصير، ولا سبيل إلى القول بإطلاقه.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو نقلها من قرية إلى أخرى جزيرة، والطريق آمن، ولا مؤنة لحملها جاز؛ لأنه لو دفعها إليه هناك لزمه قبولها، فإن كان لنقلها مؤنة لم يجز ويضمن، انتهى.

وهو محمول على ما إذا قربت المسافة أيضًا، ولا ضرر على المالك في ذلك عند حاجته إليها كانتقال من محلة بالمصر إلى أخرى، ولا يقول أحد: أنه يسافر بها من المغرب إلى المشرق مثلًا، نعم، هذا كله في الحاضر المقيم، فلو أودع مسافرًا يعلم حاله أو منتجعًا فانتجع بها؛ فلا ضمان.

إِلَّا إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجَزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ، ....

وفي «الذخائر» تبعًا للبسيط، وأصل «النهاية»: وإنْ أودع، وهو مسافر؛ فله استصحابها في سفره، وحين تردده، فإن أقام في أثناء ذلك ثم أنشأ سفرًا؛ فله المسافرة بها لوقوع الرضا بذلك ابتداءً.

قال: ولو كان عِنْدَ الْإِيدَاعِ قَدْ قَارَبَ بَلَدَهُ، وَدَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ إِحْرَازُ الوديعة في بلده، فأراد السفر بعد إقامته ببلده؛ لم يجز أن يسافر بها، انتهى.

وهذا صحيح؛ بل لو لم يقم، وظنَّ المودع أنه يقيم، وأن سفره قد انتهى؛ فينبغي ألَّا يجوز له السفر بها من غير ضرورة كالمقيم، وفي «شَرْحِ التَّعْجِيزِ»: إن أودعه في السفر؛ فله إتمامه، وفي ابتداء غيره تردد للإمام، وَلَوْ أَوْدَعَ فِي الْبَلَدِ بَدْوِيًّا؛ فَلَهُ المسافرة بِهَا؛ لأنها عادته، انتهى.

قال: (**إِلَّا إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ، وَعَجَزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ**) فإنه لا يضمن؛ لقيام العذر، وفي حكم ذلك ما لو جلا أهل البلد عنه، قال الرَّافِعِي: ويلزمه السفر بها في هذه الأحوال، وَإِلَّا فَهُوَ مُضَيِّعٌ.

قلت: هذا ما نقله الرُّويَانِيُّ عن القاضي الطبري، وقال: إنه صحيح عندي إن أمكنه نقلها، والرَّافِعِي أخذه من «الحلية»، لكن الْقَفَّال صرَّح في «الفتاوى»: بأنه حسن غير واجب، ولا يضمن بتركه، وهذا أصح، وبه أجاب صاحب «الكافي».

ونقلا عن العباديِّ ما يوافقه وأقراه، وكلام الإمام والغزالي وغيرهما يقتضيه حيث قالوا بالمسافرة، والحالة هذه سائغة.

وعبارة «تجربة الرُّويَانِيِّ»: لو اضطر إلى المسافرة بها، فإن انجلى أهل بلده، ولم يجد بُدًّا من الخروج معهم، أو كانوا غرباء، فانتجعوا إلى ماء آخر، فسافر بها في هذه الحالة؛ لم يضمن، ذكره أصحابنا، انتهى، وظاهرها التجويز لا الوجوب.

فروع: الأول: لو أراد السفر والوقت سالم، وعجز عمن يدفعها إليه كما سبق

وَالْحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ وَإِشْرَافُ الْحِرْزِ عَلَى الْخَرَابِ ....

بيانه، فسافر بها؛ **لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الْأَصَحِّ** عند الجمهور؛ **لِئَلَّا يَنْقَطِعَ عَنْ مَصَالِحِهِ**، **وَيَنفر النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ**، وشرطُ الجوازِ أمنُ الطريقِ، وإلا فيضمن.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر في مسألتنا، أما عند الحريق ونحوه؛ فيجوز أن يقال: إن كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر؛ فله السفر بها.

قلت: ويؤيده قول الدارميِّ: وإن تحول من موضع إلى موضع قريب لغرض، وكان المتحول إليه والطريق آمنًا؛ لم يضمن، وإنْ كان لغير غرض أو كان الطريق أو الموضع المتحول إليه مخوفًا؛ ضمن، إلا أن نقلها على خطر أحرز من تركها، فلا يضمن، انتهى.

الثاني: إذا سافر لها للضرورة؛ فهل يفرق الحال بين أن يكون مقصده بعيدًا أم لا؟ وبين أن يكون عازمًا إلى العود أم لا؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويفيد تجويز نقله لها من المشرق إلى المغرب مثلًا، فإنه مؤدٍّ إلى استهلاكها أو هلاكها، وحينئذٍ هل يقال: يلزمه إيداعها عند قاضي أقرب البلاد إلى بلده، أو عند أمين ثقة هناك؟ ويشهد بذلك، ثم القاضي يكاتب بذلك، ويظهر أمرها ليأتيها مالكها؛ هذا يحتمل.

الثالث: قال صاحب «الرقم»: ولو سافر بها والطريق آمن، فحدث خوف أقام، ولو هجم القُطَّاع، فألقى المال في مضيعة؛ إخفاءً له فضاع؛ ضمن، انتهى.

وفي «فتاوى أبي بكر الشَّاشِي»: أنه لو دفنه؛ خوفًا من القُطَّاع عند إقبالهم، ثم لما انكشفوا أضل موضعه ضمن، انتهى.

وكأن وجهه أنها ضاعت بفعله، وأنه مقصر بإضلال مكانها، وقد تدخل هذه الصورة في قولهم: إن من أسباب الضمان أن يضعها في غير حرز مثلها بلا إذن، وفيه نظر، نعم، أصحُّ الوجهين أنها لو ضاعت بنسيان؛ ضمنها، وجزم الْبَغَوِيُّ وغيره بأنه لو دفنها بحرز ثم نسيه ضمن؛ لتقصيره، خلافًا للعباديِّ.

قال: (**وَالْحَرِيقُ وَالْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ، وَإِشْرَافُ الْحِرْزِ عَلَى الْخَرَابِ**) أي: وإن لم يجد هناك حرزًا آخر ينقلها إليه.

أَعْذَارٌ كَالسَّفَرِ. وَإِذَا مَرِضَ مَرَضًا مَخُوفًا فَلْيَرُدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ، وَإِلَّا فَالْحَاكِمِ أَوْ إِلَى أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا، ....

(أَعْذَارٌ كَالسَّفَرِ) أي: في جواز الإيداع كما سبق لظهور العذر.

قال: **(وَإِذَا مَرِضَ مَرَضًا مَخُوفًا؛ فَلْيَرُدَّهَا إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ)** أي: في قبضها لخصوص أو عموم، ولا ترتيب بينهما.

(وَإِلَّا) أي: وإن لم يمكنه ردَّها إلى أحدهما.

(فَالْحَاكِمِ أَوْ إِلَى أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا) أي: كما لو أراد سفرًا.

تنبيهات: أحدها: وَالظَّاهِرُ أَنَّ كُلَّ حَالَةٍ تُعْتَبَرُ فِيهَا الْوَصِيَّةُ مِنَ الثُّلُثِ كَمَا سَبَقَ كَالْمَرَضِ الْمَخُوفِ هَاهُنَا، فمن ذلك: الطَّلْقِ، وَالْأَسْرِ، وَالطَّاعُونِ، وهيجان البحر كما سبق بيانه.

ثانيها: قوله: «مَخُوفًا» يقتضي أن غير المخوف لا عبرة فيه، ويظهر أنه إذا كان يشغله المدعي حفظها أن يلزمه ردَّها إلى المالك أو وكيله، لما في تركها عنده من تعريضها للتلف، فإنْ فقدا فالحاكم أو أمين، وفي معنى ذلك ما لو حبس ظلمًا أو بحقٍّ خاف عليها.

ثالثها: ظاهر عبارة الكتاب التخيير بين الأمور الثلاثة، وهو صحيح على قولنا: أنه لا ترتيب بين الحاكم والأمين، والمرجح عندهما خلافه، ولذلك قال في «الروضة»: وإذا مرض مرضًا مخوفًا أو حبس للقتل؛ لزمه أن يوصي بها، فإن ترك ضمن، والمراد بالوصية الإعلام والأمر بالردِّ.

ثم يشترط في الوصية بها أمور:

أحدها: أن يعجز عن الردِّ إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ يودع الحاكم أو يوصي إليه، فإن عجز فيودع أمينًا أو يوصي إليه، كذا رتب الجمهور كإرادته السفر، وفي «التهذيب»: أنه يَكْفِيهِ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ أَمْكَنَهُ الرَّدُّ لِلْمَالِكِ.

الثاني: أن يوصي إلى أمين.

الثالث: أن يبيِّن الوديعة وتمييزها من غيرها، بإشارة إليها أو ببيان جنسها وصفتها، فإن اقتصر على قوله: «عندي وديعة»، فكما لو لم يوص، انتهى.

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ، ....

وفي «التعجيز» لمؤلفه: قال جُمْهُورُ النَّقَلَةِ: من حضره الموت كمن حضره السفر، فليرد على المالك؛ فإن عجز فأمين، فإن عجز؛ فليوصِ، انتهى.

ويجوز تنزيل عبارة الكتاب على هذا، وفي نسبته إلى الجمهور نظر يعرف فما سبق، فإن فقدوا أو خاف معاجلة الموت أوصى حينئذٍ، وهذا ما رأيته لكثيرين منهم الدارمي، ولفظه: «فإن حضرته الوفاة، فكمن أراد السفر إلا أن يخاف الموت، فيجوز حينئذ أن يوصي، وإن كان صاحبها أو وكيله أو الحاكم حاضرًا»، انتهى.

رابعها: كلام المصنف يقتضي أنه يكفي مجرد الوصية بها إلى أمين، وكذا إيداعه حيث يجوز الإيداع، وينبغي أن يجيء الإشهاد على ذلك ما سبق في إشهاد مريد السفر، وأولى إذا أمكنه ذلك؛ ولهذا شبَّهوه بمريد السفر، بل هو أولى منه بذلك.

خامسها: لو ذكر في الإيصاء الجنس فقط، فلم توجد بترِكَتِهِ؛ ضَمِنَ على الأصحِّ، فيضارب به الغرماء كما سنوضِّحه قريبًا .

قال: (فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ؛ ضَمِنَ) أي: شَيْئًا مِمَّا ذُكِرَ فِي مَحِلِّهِ بشرطه ضمن؛ لأنه عَرَّضَهَا لِلْفَوَاتِ؛ إذ الْوَارِثُ يَعْتَمِدُ يَدَهُ وَيَدَعُهَا لِنَفْسِهِ، ثم التضمين عند التمكن من الوصية فيما إذا تلفت بعد الموت، فإن تلفت قبله في المرض بلا تفريط؛ لم يضمن في الأصحِّ، قال قائل: ويحتمل أن يضمن أخذًا من انعطاف التعصبية بترك الحجج على ما مضى.

فرع: قال الرَّافِعِي في كلامه على الإيصاء بالوديعة: لو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان ولم يصفه، نُظِرَ إنْ لَمْ يوجد في تركته جنس الثوب، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن فيضارب رب الوديعة الغرماء؛ لِتَقْصِيرِهِ بترك الْبَيَانِ.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق لا يضمن؛ لأنه ربما تلف قبل الموت، والوديعة أمانة فلا يضمن بالشكِّ، وهذا ما أورده الْغَزَالِيُّ، والأول ظاهر المذهب عند عامة الأصحاب، وإنْ وجد جنس الثوب، فإما أن يوجد أثواب

....

أو ثوب واحد، إنْ وجد أثواب ضمن؛ لأنه إذا لم يميز، فكأنه خلط الوديعة بغيرها، وإنْ وجد ثوب واحد.

ففي «التهذيب» و«التتمة»: أنه يترك كلامه عليه، ويدفع إلى الذي ذكره، ومنهم من أطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب يضمن، ولا يدفع إليه عين الموجود، أما الضمان؛ فللتقصير بترك البيان، وأما أنه لا يدفع إليه عين الموجود؛ فلاحتمال أن الوديعة تلفت والموجود غيرها، وهذا أحسن، وفي المسألة وجه آخر؛ إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان، وذكر معه ما يقتضي الضمان، فأما إذا اقتصر عليه فلا ضمان، انتهى لفظه - رَحِمَهُ اللهُ تعالى- وما ذكر أنه أحسن صححه في أصل «الروضة»، ولم يرجح الرَّافِعِي في شرحه «الصغير» شيئًا، وفي «البسيط»: وإنْ لم يوجد إلا ثوب واحد؛ فالظاهر أنه لا يضمن، وقيل: يضمن بتقصيره بترك الوصف، وهذه العبارة محتملة للوجه الثاني والثالث.

وقال الدارمي: إذا قال عند موته: «عندي وديعة لزيد مائة دينار»، ولم يوجد في ماله دنانير؛ فأسوة الغرماء، وإن قال ذلك في صحته ثم مات، ولم يجدها، ولم يعلم سبب ذهابها؛ فلا ضمان، قالهما المروزيُّ، وإنْ أودع في ظرف مالًا، فوجد بعد موته فيه بعضه؛ فهل يضمن التالف إذا لم يعلم سببه؟ على وجهين، ولو أودع دنانير، فوجد بعد موته أكثر من جنسها، فإنا نقدِّم الوديعة، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: قال الإمام: إذا لم يوصِ بها، فادعى ربُّ الوديعة تقصيره، وَقَالَ الْوَارِثُ: لَعَلَّهَا تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى تَقْصِيرٍ، فالظاهر براءة الذمة، انتهى.

هكذا أورده في فرع بعد الفرع قبله، وتبعه المصنف، والذي رأيته في النهاية: أنه لو مات ولم يوص؛ فَادَّعَى الْمُودِعُ التقصير بترك الإيصاء فيها، فقال الورثة: لعله لم يوص لتلف الوديعة على حكم الأمانة، فاعترفوا بأصل الإيداع، وادعوا ما ذكرنا؛ فهذه المسألة مترددة في الضمان، وإذا كان أبو إسحاق يرى نفي الضمان؛ حيث لم يضارب الوديعة في التركة بعد الإقرار

إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً.

وَمِنْهَا إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحِرْزِ ضَمِنَ وَإِلَّا فَلَا.

بها، والإيصاء لا شكَّ أنه ينفي الضمان في صورة ادعاء التلف، وحمل ترك الإيصاء عليه، ومن أوجب الضمان، وخالف أبا إسحاق فقد أوجب الضمان في هذه الصورة، ونفي الضمان في هذا أولى.

ثم إن ادَّعى الورثة التلف؛ فالأمر على ما ذكرناه، وإن قالوا: عرفنا الإيداع ولكن لا ندري كيف كان الأمر، ونحن نجوِّز أَنَّهَا تَلِفَتْ عَلَى حُكْمِ الْأَمَانَةِ؛ فَلَمْ يُوصِ بِهَا، ولا يثبت في ذلك قولًا، فإن ضمناهم حيث يجزمون دعوى التلف، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ أصحهما يجب الضمان؛ لأنهم لم يذكروا مُسْقِطًا أو لم يدعوه، انتهى، وبين ما ذكره وما حكاه الرَّافِعِي عنه بون كبير، وسيأتي أن الوجه أنهم إذا جزموا دعوى التلف في يده لا ضمان، خلافًا للمتولي.

قال: (**إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً**) أي: أَوْ قُتِلَ غِيلَةً، كما قاله في «المحرر» وغيره؛ لانتفاء التقصير، ولا خفاء أن تقدُّم للتمكن أمثلة كثيرة، لا يخفى على الفطن صورها.

قال: (**وَمِنْهَا**[1]: **إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الْحِرْزِ؛ ضَمِنَ**) لأنه نوع تفريط، وتعريض للتلف.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: إن تساويا أو كان المنقول إليه أحرز، فلا ضمان؛ لعدم التفريط، قالا: هذا عند الإطلاق، أما إذا عين حرز؛ فسيأتي.

قلت: والإمام جعل هذا فيما إذا عين له بيتًا، ولم يصرِّح بالنهي عن النقل عنه.

قال: ولا يخفى أن النقل من بيت إلى بيت، ومن دار إلى دار، ومن محلة إلى محلة في بلد واحد جائز، وليس كالمسافر، قال: وهذا متفقٌ عليه.

إذا عرفت هذا ما ذكراه، في حالة الإطلاق طريقة أجاب بها جماعة منهم

---

[1] أَيْ: مِنْ عَوَارِضِ الضَّمَانِ.

....

صاحبا «المقنع» و«الشامل» وجزم جماعة من العراقيين وغيرهم بأن له نقلها إلى حرز مثلها، وإنْ كان دون الأول.

قال سليم في «المجرد»: إذا أحرزه في بيته ثم نقله إلى حانوته، أو بالعكس، أو في داره ثم نقله إلى أخرى دونها في الحرز، إلا أنها حرز مثله، فلا ضمان عليه، وعلى هذا جرى الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وادَّعى ابن الرِّفْعَة [الوفاق عليه، فقال: ولا نزاع في أن له أن ينقلها من الموضع الذي أحرزها به إلى] غيره، سواء كان مثله أو فوقه أو دونه، إذا كان حرز مثلها، سواء نقله مع ماله أو دونه [وأشار الماورديُّ إلى تخريج وجه آخر أنه إذا أحرزها مع غير ماله أو نقلها دونه] أنه يضمن، انتهى.

وعمدته في نفي النزاع دعوى الإمام الاتفاق عليه، لكن على الجملة الصحيح خلاف ما جزم به الرَّافِعِي والمصنف تبعًا لجماعة؛ إذ عليه عند الإطلاق حفظها في حرز مثلها لا غير، والغرض أنه لم تدع ضرورة ولا حاجة إلى النقل، وكان إخراجها إلى الحرز الثاني لا عذر فيه، فإنْ دعت حاجة إلى النقل؛ فلا حرج.

فرع: القريتان المتصلتي العمارة كالمحلتين، وإنْ كان بينهما فضاء، لا يسمَّى سفرًا فوجهان؛ صححنا أن الحكم كذلك، وصحح الْمَاوَرْدِيُّ المنع، قال: لأنه تعذير من غير ضرورة، وهو قضية كلام الدارميِّ، والقاضي أبي الطيب في «المجرد».

قال الرَّافِعِي: وحيث منعنا من قرية إلى أخرى ونحو ذلك، فحيث لا ضرورة، فإنْ كانت فكما سبق في المسافرة، فإن أراد الانتقال فلا ضرورة فكما سبق عند إرادته السفر، ثم حكي عن «التهذيب»: أن النقل من بيت إلى بيت في دار واحدة أو خان واحد غير مضمن، إذا كان الثاني حرزًا، وإنْ كان الأول أحرز، انتهى.

وعن هذا احترز المصنف بقوله: «مِنْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى»، والمحرر بقول

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا ضَمِنَ، ....

«التهذيب» غالبًا، وما أحسن قول صاحب «التعجيز» في شرحه: الداران كالبيتين، والمحلتان كالقريتين عند الْبَغَوِيِّ، وكالبيتين عند الإمام، وسبق نقل وجهه في جواز السفر بها عند الأمن، وسبق تفصيل الْقَفَّالِ في النقل من قرية إلى أخرى، فيحصل في ذلك وجوه، ثم ختم الرَّافِعِي كلامه بأن جميع كلام الفصل فيما إذا أطلق الإيداع، وقد بينا ما فيه.

قال: (**وَمِنْهَا: أَلَّا يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا**) أي: مع الْمُكْنَةِ؛ لأنه يجب عليه دفعها على المعتاد؛ لأنه من أصول حفظها، ونقلا آخر الباب عن «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو وقع في خزانته حريق، فبادر إلى نقل أمتعته، فاحترقت الوديعة؛ لم يضمن، كما لو لم يكن إلا ودائع فأخذ في نقلها، فاحترق ما تأخر نقله.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو جلي إذا كان ما نقله أولًا هو الذي يمكن الابتداء به، أما إذا كان يمكن الابتداء بغيره، فيما إذا كان عنده ودائع؛ فيخرج على ما لو قال: اقتلْ أحد الرجلين، أو طلقْ إحدى الزوجتين؛ لأن تقديم أحدهما ترجيح مع إمكان الآخر، وأما في مال نفسه والوديعة؛ فالبدأة بالنفس، انتهى.

لكن لو كانت الوديعة في رأس الصندوق ونحوه فنحاها، وأخرج قماشه أولًا فاحترقت الوديعة بتأخيرها؛ ففي عدم التضمين نظر!.

قال: (**فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا**) أي: بإسكان اللام مدة يموت مثلها، بتركه فيها.

(**ضَمِنَ**) أي: سواء كان أمر بعلفها أم سكت عنه، وسواء هلكت أم بقيت وهلكت بغيره؛ لدخولها في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات، وإن ماتت قبل مضيها؛ فلا ضمان، إنْ لم يكن بِهَا جُوعٌ أَوْ عَطَشٌ سَابِقٌ، فإنْ كان، وهو يعلم به؛ ضمن، وإلا فلا على الأصحِّ، قاله الْمُتَوَلِّي، وجعلهما كالوجهين فيمن حبس من هذه حاله، ولا يعلم بها، وبناهما أبو محمد في «السلسلة» على ما ذكره الْمُتَوَلِّي، ثم قال: ولم أسمع أحدًا من أصحابنا اشتغل بالتوزيع في هذه المسألة، وفيها احتمال.

فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عَلَفًا عَلَفَهَا مِنْهُ، وَإِلَّا فَيُرَاجِعُهُ أَوْ وَكِيلَهُ، فَإِنْ فُقِدَا فَالْحَاكِمُ، ....

وقال القاضي الحسين: إنْ قلنا: لا يضمن الآدمي؛ فالدابة أولى، وإلا فوجهان؛ فإن ضمناه فيضمن الجميع، أو بالقسط وجهان، كما لو استأجر دابة فحملها أكثر مما شرط.

قال ابن الرِّفْعَة: وأطلق الشَّافِعِي القول في المسألة بأن لا ضمان، وفصل الأصحاب.

قال: (**فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ**[1] **فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: وقول الجمهور كما لو أذن في الإتلاف، وَالثَّانِي: يَضْمَنُ؛ إذْ لَا حُكْمَ لِنَهْيِهِ عَمَّا أَوْجَبَهُ الشَّرْعُ، قاله الإصطخري وابن أبي هريرة، وصححه الْمَاوَرْدِيُّ، وضعَّفه الإمام، بِأَنَّهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ، فيما لو قال: أُقْتُلْ عَبْدِي أَوْ أَحْرِقْ ثَوْبِي، وَهُوَ خَرْقٌ لِلْإِجْمَاعِ، وعن ابن أبي هريرة طرده في العبد، والدَّيبلي في الثوب، ولا أحسب نفي الضمان محل إجماع.

قال الدارميُّ: فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ لِيُجْبِرَ مالكها عَلَى عَلْفِهَا إنْ كَانَ حَاضِرًا، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ غَائِبًا.

فرعان: إذَا نَهَاهُ لِعِلَّةٍ تقتضيه كَقُولَنْج فعلفها قَبْلَ زَوَالِ الْعِلَّةِ فماتت؛ ضمن إذا أمره بعلفها، فهل تحتاج إلى تقدير أو يحمل على العرف؟ وجهان: الأقرب إلى إطلاق المعظم الثاني.

قال: (**وَإِنْ أَعْطَاهُ الْمَالِكُ عَلَفًا**)، وهو بفتح اللام.

(**عَلَفَهَا مِنْهُ، وَإِلَّا فَيُرَاجِعُهُ أَوْ وَكِيلَهُ، فَإِنْ فُقِدَا فَالْحَاكِمُ**) أي: ليقترض عليه أو يبيع جزءًا منها أو كلها، أو يؤجِّرها حيثما تظهر له المصلحة فيه، فإن فقده،

---

(١) أَيْ: عَنِ الطَّعَامِ أَوِ الشَّرَابِ فَمَاتَ بِسَبَبِ تَرْكِ ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْمَتْنِ فِي التَّضْمِينِ وَعَدَمِهِ كَمَا ذُكِرَ، أَمَّا التَّأْثِيمُ فَلَا خِلَافَ فِيهِ لِحُرْمَةِ الرُّوحِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ لِيُجْبِرَ الْمَالِكَ عَلَى عَلْفِهَا وَسَقْيِهَا إنْ كَانَ حَاضِرًا، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ فِي النَّفَقَةِ لِيَرْجِعَ عَلَيْهِ إنْ كَانَ غَائِبًا، هذا إذَا نَهَاهُ لَا لِعِلَّةٍ، فَإِنْ كَانَ كَقُولَنْجٍ أَوْ تُخْمَةٍ لَزِمَهُ امْتِثَالُ نَهْيِهِ، فَلَوْ خَالَفَ وَفَعَلَ قَبْلَ زَوَالِ الْعِلَّةِ؛ ضَمِنَ، انظر: مغني المحتاج للخطيب (٣١٨/١١).

وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ.

قال الدارمي وغيره: فعل ذلك بنفسه وأشهد، وليس له ذلك مع وجود الحاكم على الأصحِّ، وتفاريع المسألة تعرف من مسألة هرب الجمال ونفقة الضالة واللقطة.

إشارة: مَا ذَكَرُوهُ فِي الْعَلْفِ والتقصير فيه يَجِبُ أن يكون محله فِي الْحَضَرِ حَيْثُ يُعْتَادُ، أَمَّا أَهْلُ الْبَادِيَةِ وَنَحْوُهُمْ الذين لا يعرفون سِوَى الرَّعْيِ؛ فَهُوَ فِي حَقِّهِمْ كَالْعَلْفِ فِي حَقِّ الحضر لا غَيْر، نَعَمْ لَوْ فُقِدَ الْكَلَأُ أَوِ الْمَاءُ بِمَكَانِهِ، وَعَجَزَ عَنْ رَدِّهَا إِلَى مَنْ يستودع ردها إليه؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّ عَلَيْهِ النُّجْعَةَ بِهَا لِحُرْمَةِ الرُّوحِ[1].

قال: (**وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا**) أي: حيث يجوز إخراجها للسقي، وهو أمين.

(**لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ**) للعادة به، وهو استعانة لا إيداع، والثاني: يضمن؛ لإخراجها من حرزها على يد من لم يأتمنه المالك.

قال في «البسيط» و«الوسيط»: والوجهان فيمن يتولى ذلك بنفسه في العادة، أما غيره فلا يضمن قطعًا.

وهو منتزع من قول إمامه: إذا أخرجها للسقي مع عبد أو أجير؛ فلا بأس، وذلك مع الأمن، واطراد الحال، فإن طرأت حالة في البلدة يقتضي ألّا يسلِّم الدابة إلى مملوك أو سائس، فيجب على المودع أن يرعى في كلِّ حالةٍ ما يليق بالعرف فيها، والتعويل في التفاضل على العرف، انتهى.

وكلامه يشعر بأنه لو سلَّمها لأجنبي لسقي ورعي، وجعلها في حرز يضمن، وأن الجواز مقصور على متصليه من عبد أو أجير وولد ونحوهم، وهذا كله إذا أخرجها لذلك من غير حاجة، أما لو أخرجها لخوف أو حاجة لاتخاذ الموضع لغير الدواب إلى حرز آخر لم يضمن قطعًا، قاله الدارميُّ وغيره.

وعبارة «الروضة»: إن علفها وسقاها في داره أو إصطبله؛ حيث تعلف أو

---

(١) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٨ / ٣٢٠).

وَعَلَى الْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ لِلرِّيحِ كَيْ لَا يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لِبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا.

تسقى دوابه، فقد وفّى بالحفظ، وإنْ أخرجها من الموضع، فإنْ كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره؛ فلا ضمان، وإنْ كان ليسقي دوابه فيه، فقد قال الشَّافِعِي ﷺ في «المختصر»: وإن أخرجهما إلى غير داره، وهو يسقي في داره؛ ضمن، وقال الإصطخري بظاهره، وأطلق وجوب الضمان.

وقالت طائفة: هذا إذا كان الموضع أحرز، فإن تساويا؛ فلا ضمان.

وقال أبو إسحاق وآخرون: هذا إذا كان في الإخراج خوف، فإن لم يكن لم يضمن؛ لاطراد العادة، وهذا هو الأصح، ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه، أو أمر به صاحبه وغلامه، وهو حاضر لم تزل يده، فذاك وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيها، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده، فإنْ لم يكن صاحبه أمينًا؛ ضمن، وإلا فلا على الأصحِّ للعادة.

فرع: قالا: العبد المودع كالبهيمة في الأحوال المذكورة، أي: وهي أمره بالعلف، ونهيه عنه وسكوته، ولو أودعه نخيلًا فوجهان؛ أحدهما: سقيها كالدابة، والثاني: لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به، انتهى، ويشبه أن يكون الثاني أرجح.

قال: (**وَعَلَى الْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ**) أي: وما في معناه من شَعْرٍ وَوَبَرٍ وَخَزٍّ.

(**لِلرِّيحِ كَيْ لَا يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لِبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا**) أي: إذا تعيَّن طريقًا لدفع الدُّودِ بسبب عبق ريح الآدَمِيِّ بها، فإن قلت: لو لم يمكنه لبسها لضيق أو كونها لا تليق به.

قلت: **يَلْبَسُهُ مَنْ يَلِيقُ بِهِ بِهَذَا الْقَصْدِ قَدْرَ الْحَاجَةِ**، ويراعيه بنظره، كما سبق في إحراز الوديعة، ورأيت في تعليق لي أن كلام **الْقَفَّالِ** في «الفتاوى» ينازع في وجوب ما سبق، وصرَّح به غيره، وهو قريب مما سبق في السفر بها عند الضرورة.

....

قالا : فإنْ لم يفعل ما أمكنه من ذلك ضمن، سواء أمره أو سكت عنه، فإنْ نهاه عنه فتركها ففسدت كره، ولا يضمن.

قالا : وأشار في «التتمة» إلى أنه يجيء وجه الإصطخري أي: ونهيه عن علف البهيمة، وكلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، فيما إذا قال: لا يخرجها، وإن خفت عليها؛ يفهم أنه لغيره، فإنه نقل أن المذهب؛ أنه لا يضمن.

والثاني: إنْ كان حيوانًا ضمن، وإلا فلا، قاله الإصطخري.

والثالث: عن غيره وجوب الضمان في النوعين لبطلان النهي، فكأنه لم يكن، انتهى.

تتمات وفروع:

منها: لم يتعرضوا للفرق بين كون ذلك مالكًا للدافع أو لغيره، كما لو أودع الولي أو الوصي مال محجوره لضرورة؛ ويشبه أن يكون نهي غير المالك كالعدم جزمًا، وكلامهم **مُصَرِّحٌ بِالتَّصْوِيرِ فِي** المالك، وما ذكرته ظاهر إذا علم المودع بأنه لغير الدافع، أما لو جهل ذلك وظنه له؛ فلا يظهر تضمينه بالترك.

ومنها: الرهن على يد العدل إن أمراه بذلك أو سكتا أو نهياه عنه فذاك، وإنْ أمره به المالك، ونهاه المرتهن، أو بالعكس، فما الحكم؟ فيه احتمال، وقد يقال: يراجع الحاكم، ويفعل ما يأمره به، ولم أر في ذلك شيئًا.

ومنها: **تَمْشِيَةُ الدَّابَّةِ عِنْدَ الْخَوْفِ عَلَيْهَا مِنْ الزَّمَانَةِ لِكثرةِ وُقُوفِهَا**، كَنَشْرِ الثوب فيما ذكرناه.

قال [الديبليُّ]: لو بسط كساء الصوف أو البساط ضمن؛ فإن أمره به لئلا يفسدهما الدود؛ لم يضمن.

قال: ولو أودعه صوفًا مشدودًا أو كساء مطويًا، ويعلم في الغالب؛ أنه لو لم يفتح ويطرح في الشمس ضربه السوس، فإنْ كان صاحبه حاضرًا عرفه ذلك؛ ليبرأ من عينه، وإن كان غائبًا لم يلزم المودع فتحها وتشميسها؛ إذ ليس عليه حفظها مما يتولد من باطنها، انتهى.

وَمِنْهَا أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ فَيَضْمَنُ، فَلَوْ قَالَ: لَا تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوقِ فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ ضَمِنَ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

وهذا منه يفهم؛ أنه لا يلزمه ذلك عند إطلاق الإيداع، والذي قاله المراوزة ما سبق خلاف ما قدمته عن «فتاوى الْقَفَّالِ»، ولم أره الآن فيها، ولم أر للمسألة ذكرًا في كتب أصحابنا العراقيين.

ومنها: قال الْبَغَوِيُّ: لو كان الثوب في صندوق مقفل، ففتح القفل؛ ليخرجه وينشره؛ لم يضمن على الأصحِّ وأقراه، وفيه نظر؛ لأنه هتك حرز بغير إذنه؛ لا سيما إذا لم يعلمه بما فيه.

قالا عقب ما سبق: هذا كله إذا علم المودع؛ فإن لم يعلم، بأن كان الثوب في صندوق أو كيس مشدود، ولم يعلمه المالك بذلك؛ فلا ضمان.

ومنها: قال الديبليُّ: لو كانت الوديعة حِنْطَةً -أي: مثلًا- فوقع فيها القُمَّل أو تمرًا خاف وقوع الدود فيه، وصاحبها غائب، عرَّف الحاكم؛ ليأمره بصلاحها على ما يراه، لئلا يفسد كما قلنا في الحيوان، غير أن على الحاكم الإنفاق على الحيوان من مال المودع، وليس كذلك الطعام.

قلت: فيه نظر، بل ينبغي أن يلزم الحاكم حفظ مال الغائب عند الإمكان حيوانًا كان أو غيره، ولم يذكر أن هذا الرفع إلى الحاكم على الوجوب أو الندب، وهو محتمل، ولا أنه يضمن بتركه أم لا؟ والظاهر أن مراده الندب، وفيه نظر!

قال: (**وَمِنْهَا أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الْحِفْظِ الْمَأْمُورِ، وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ؛ فَيَضْمَنُ**)؛ لأن التلف حصل من جهة المخالفة.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: لَا تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوقِ فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ؛ ضَمِنَ**) للمخالفة.

قال: (**وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ، فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لِأَنَّهُ زَادَ خَيْرًا، وَلَمْ يَأْتِ التَّلَفُ مِمَّا جَاءَ بِهِ، وهذا إِذَا كَانَ فِي بَيْتٍ مُحْرَزٍ ونحوه، وَأَخَذَهُ لص، أو أخذ من

وَكَذَا لَوْ قَالَ: لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا.

وَلَوْ قَالَ: ارْبِطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّك فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ فَتَلِفَتْ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ ضَمِنَ ؛ أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا ؛ ....

أعلاه، وأمَّا لَوْ كان بصَّحْرَاء، أو أخذ مِنْ جَانِبِ الصُّنْدُوقِ؛ ضمن على الأصحِّ.

قالا: وإنما يظهر هذا إذا سرقت أو أخذت من جانب، لو لَمْ يَرْقُدْ عَلَيْهِ لرقد هناك، وقد يعترض هذا القيد متعرضون.

قلت: ووجه غيرهما ذلك، بأنه لو لم يرقد عليه؛ فربما نام من الجانب الذي يتأتى منه الأخذ، فافهم أن الاكتفاء باحتمال وقوع النوم من تلك الجهة لو لم يرقد عليه، والثاني: المقابل لما في الكتاب يضمن؛ لِأَنَّ رُقُودَهُ عَلَيْهِ يُوهِمُ السَّارِقَ نَفَاسَةَ مَا فِيهِ فَيَقْصِدُهُ.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ: لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا**) لأنه زاد احتياطًا، ووجه التضمين إغراء السارق كما سبق.

قال بعض اليمانيين: فِي بَلَدٍ لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُمْ بِذَلِكَ؛ فإنْ كان ذلك عادتهم؛ فلا ضمان قطعًا.

قال صاحب «المعتبر»: فهم من كلام الأصحاب، وأجرى الخلاف فيما لو قال: لا تغلق الباب أو لا تضع عليه قماشًا، أو تستر الصندوق بشيء، أو قال: لا تقفل عليه فأقفل، وهو مثال «المحرر» والخلاف جارٍ في المثالين وأشباههما.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: ارْبِطْ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّك فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ، فَتَلِفَتْ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ؛ ضَمِنَ**) إذ لو امتثل لم يضع بهذا السبب؛ فالتلف حصل بالمخالفة.

قال: (**أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا**) هذا نصُّه في «عيون المسائل» ونقل الْمُزَنِيُّ: أن لا ضمان مطلقًا، والربيع عكسه، وأصحُّ الطرق ما ذكره المصنف.

وثانيها: إطلاق قولين في الضمان مطلقًا.

وثالثها: إن اقتصر على مسكها باليد؛ ضمن، وإن أمسك باليد بعد الربط؛

....

لم يضمن، ثم المسألة مصورة بما إذا كان الإيداع خارج منزله، ونصُّ «الأم» يقتضيه.

تنبيه: إذا امتثل فربطها بكمه، نُظِرَ إنْ حصل الربط خارج الكم فطرت ضمن؛ فإن ضاعت باسترسال وانحلال العقدة مع إتقان الربط لم يضمن؛ وإنْ جعل الخيط داخل الكم انعكس الحكم؛ فإن طرت لم يضمن؛ وإنْ ضاعت باسترسال؛ ضمن.

قال الرَّافِعِيُّ - تعالى -: هكذا قاله الأصحاب، وهو مشكل؛ لأن المأمور به مطلق الربط؛ فإذا أتى به وجب ألا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور إلى غيره، فحصل التلف، انتهى.

وما ذكره ظاهر الحسن، ولو نظر إلى العُرف [في الربط] بالكم، وحمل الإطلاق عليه حتى إذا عدل إلى ما دونه ضمن مطلقًا، أو إلى ما فوقه، وتلفت من جهة مخالفته العادة؛ ضمن، وإلا فلا لكان متجهًا، ويؤيده قول القاضي الحسين في «الفتاوى»: لو أودعه بالسوق فوضعها عند كمه، فسرقت، إنْ كان سوقيًا، لا يضمن؛ لأنها عادتهم، وإنْ كان دهقانًا(١)؛ ضمن، فاعتبر العادة عند الإطلاق.

وقال صاحب «التعجيز» في شرحه بعد ذكره ما تقدم: واعلم أن هذا من تصرف الأصحاب، وإلا قيض الشَّافِعِي أنه يضمن بإخراج الخيط دون إدخاله فِي الطَّرِّ والوقوع، وهو الأصح عندي؛ لأن المأمور به الربط، فينزل على الربط من داخل؛ لأن إخراجه إغراء لِلطَّرَّارِ.

قلت: وما صححه محكي في «البسيط» عن بعض الأصحاب؛ وأنهم جروا على ظاهر النص، وأن بعضهم فصَّل كما سبق، وعلى ظاهر النص جرى في «الخلاصة»، والجويني في «مختصره» وغيرهما، وذكر في «الفروق» أن أصحابنا اختلفوا في قول الشَّافِعِيِّ، فربطها خارجًا صار ضامنًا أو داخلًا، فلا

---

(١) الدِّهْقَانُ عِنْدَ الْعَرَبِ الْكَبِيرُ مِنْ كُفَّارِ الْعَجَمِ.

وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ، وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنُ. وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ لَمْ يَضْمَنْ، ....

يفهم من قال: معنى الداخل أن يجعلها ما بين يده وجيبه، ومعنى الخارج بين يديه والفضاء، ومنهم من قال: وذكر ما تقدم، انتهى.

والأول هو المذكور في «الأم»، وكذا ذكره العراقيون، ولفظ النصّ: «بَيْنَ عَضُدِهِ وَجَنْبِهِ»، وفيه إشارة إلى منع ربطها في أوائل الكم.

قال: (**وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلًا عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ**) **عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ أَحْرَزُ إِلَّا إِذَا كَانَ وَاسِعًا غَيْرَ مَزْرُورٍ، وَقِيلَ: يَضْمَنُ لِمُطْلَقِ الْمُخَالَفَةِ.**

قال: (**وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنُ**) قال في «الروضة»: قطعًا؛ لأن الجيب أحرز، واعلم أن الشَّافِعِي قال في «الأم»: «لو استودعه إياها خارج منزله على أن يحرزها في منزله، وعلى ألا يربطها في كمه؛ فربطها في كمه؛ فضاعت، فإن كان ربطها في كمه فيما بين عضده وجنبه؛ لم يضمن، وإن كان ربطها ظاهرة على عضده ضمن؛ لأنه لا يجد في ثيابه شيئًا أحرز من ذلك الموضع، وقد يجد من ثيابه ما هو أحرز من إظهارها على عضده» هذا نصه بحروفه، وهو يوجب التفريق فيما ذكره بين هاتين الصورتين، ويعضد قول من جرى فيما سبق على ظاهر نص «المختصر» بلا تفصيل.

قال: (**وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ الْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ**) أي: وهو ضعيف أو مزرور.

(**لَمْ يَضْمَنْ**)؛ **لِأَنَّهُ** قد **بَالَغَ فِي الْحِفْظِ**، وإن كان **الْجَيْبُ وَاسِعًا غَيْرَ مَزْرُورٍ** ضمن؛ **لِسُهُولَةِ أَخْذِهَا مِنْهُ بِالْيَدِ**؛ كذا نقلاه، وأطلق **الْمَاوَرْدِيُّ**: أنه لو تركها في جيبه، ولَمْ يَزُرَّهُ؛ ضمنها، قال: لَوْ كَانَ الْجَيْبُ مَثْقُوبًا، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَسَقَطَتْ أَوْ حَصَلَتْ بَيْنَ ثَوْبَيْهِ، وَلَمْ يَشْعُرْ بِهَا فَسَقَطَتْ؛ ضَمِنَهَا.

تنبيهات: قوله: «وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ» يُفهم أنه قيد في نفي الضمان، وليس كذلك، قال: في «المجرد» وغيره: إنه النهاية في الحفظ، ويدل على عدم

وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ.

اشتراطه إطلاق النص السابق.

قال الرَّافِعِيُّ: فإنْ ربطها، ولم يمسكها بيده؛ فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا لم يشترط عليه وضعها في كمه ولا غيره؛ فربطها في كمه كان حرزًا، سواء ربطها داخله أو خارجه، انتهى، وينازعه ما سبق عن النصّ.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: ولو تركها في كمه ولم يربطها؛ فإن كانت خفيفةً بحيث تسقط، ولا يعلم؛ ضمن، وإن كانت ثقيلة، لا يخفى سقوطها؛ لم يضمن.

ونقل الرَّافِعِي هذا عن «المهذب»، قال: وقياس هذا يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها، انتهى، ويجيء قول القاضي بين السوقي وغيره.

وقال في «التعليق»: إنْ كان المودع تاجرًا لم يضمن؛ لأن عادة التجار حفظ صرة المال في الكم، فَلَوْ نَفَضَ كُمَّهُ فَسَقَطَتْ؛ ضَمِنَ، وإنْ كان سهوًا، قال: وَلَوْ وَضَعَهَا فِي كَوْرِ عِمَامَتِهِ، وَلَمْ يَشُدَّهَا؛ ضَمِنَ، وإن رَبَطَهَا فِي التِّكَّةِ؛ فلا.

قال: (**وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ**) أي: من غير ربط في شيء.

(**لَمْ يَضْمَنْ، إنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ، وَيَضْمَنُ إنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ**)؛ لأنه حصل بسبب من جهته بخلاف أخذ الغاصب منه، وسيأتي الكلام علَى ما إذا سلَّمها هو إلى الظالم.

وأطلق الفوراني نفي الضمان؛ إذا جعلها في جيبه أو يده، وفصَّل الْمَاوَرْدِيُّ، فقال: إذا تركها في يده؛ فإنْ كان منزله قريبًا فيده حِرز، وإنْ كان بعيدًا، فَإِنْ كَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَأْمَنُ السَّهْوَ عَنْهَا؛ ضَمِنَ، أو ثَقِيلَةً يَأْمَنُ السَّهْوَ فِيهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ.

قال: وإذا جعلها في كمه أو في جيبه أو يده إلى منزله؛ فعليه إحرازها فيه، ولا يكون ما ذكرنا حرزًا لها حينئذ؛ لأن منزله أحرز، فلو خرج بها في كمه أو جيبه أو يده؛ ضمن.

وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ، فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ ضَمِنَ.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ؛ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ**) أي: في الحال، (**وَيُحْرِزْهَا فِيهِ**) أي: عقب وصوله؛ (**فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ؛ ضَمِنَ**) أي: لِتَفْرِيطِهِ؛ هذا ما ذكروه.

وفصَّل القاضي أبو علي الفارقي بعضها، وتابعه صاحبه ابن أبي عصرون وغيره، فقالوا: إِنْ كَانَ مِمَّنْ عَادَتُهُ الْقُعُودُ بِالسُّوقِ إِلَى وَقْتٍ مَعْلُوم؛ لِاشْتِغَالِهِ بِتِجَارَةٍ وَغَيْرِهَا، فَأَخَّرَهَا إِلَى ذَلِكَ الْوَقْتِ؛ لَمْ يَضْمَنْ، فَإِنْ لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُ بِالْقُعُودِ، وَلَا لَهُ وَقْتٌ مَعْلُومٌ فِي الْمُضِيِّ إِلَى الْبَيْتِ فَأَخَّرَهَا؛ ضَمِنَ، هَذَا عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: أَحْرِزْهَا الْآنَ فِي الْبَيْتِ فَقَبِلَ وَأَخَّرَهَا؛ ضَمِنَ مُطْلَقًا، انتهى.

وَهو مُتَّجِهٌ مِنْ جِهَةِ الْعُرْفِ، لَكِنَّ المحكي عن النصِّ فِي «الشَّامِلِ» و«الحِلْيَةِ» وَغَيْرِهِمَا، بلا مُخَالَفَةٍ يَرُدُّهُ، قَالُوا: لَوْ قَالَ لَهُ، وَهُوَ فِي حَانُوتِهِ: احْمِلْهَا إِلَى بَيْتِكَ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقُومَ فِي الْحَالِ، وَيَحْمِلَهَا إِلَيْهِ، فَلَوْ تَرَكَهَا، وَلَمْ يَحْمِلْهَا إِلَى الْبَيْتِ مَعَ الْإِمْكَانِ؛ ضَمِنَ.

وَقَالَ سَلِيمٌ فِي «الْمُجَرَّدِ»: إِنْ حَمَلَهَا مِنْ سَاعَتِهِ، فَهَلَكَتْ فِي الطَّرِيقِ؛ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ تَشَاغَلَ عَنْهَا، وَلَمْ يَحْمِلْهَا مِنْ سَاعَتِهِ ثُمَّ حَمَلَهَا، فَهَلَكَتْ فِي طَرِيقِهِ؛ ضَمِنَ، وإن شدها على باطن عضده ليحملها إلى البيت؛ لم يضمن، أو ظاهر عضده؛ ضمن، وهذا ما سبق عن نصِّ «الأم».

فرع: قال في أصل «الروضة»: وإن أودعه في البيت، وقال: احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها؛ صارت مضمونة عليه، وكذا لو لم يخرج، وربطها في الكم مع إمكان إحرازها في الصندوق، ونحوه، وإنْ كان ذلك لقفل تعذر فتحه ونحوه؛ لم يضمن.

قال في «المعتمد»: إنْ شدَّها في عضده وخرج بها، فإنْ كان الشدُّ مما يلي الأضلاع لم يضمن؛ لأنه أحرز من البيت، وإنْ كان من الجانب الآخر ضمن؛ لأن البيت أحرز منه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي تَقْيِيدِهِمْ الصُّورَةَ - بِمَا إِذَا قَالَ: احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ -

……

إِشْعَارٌ بِأَنَّهُ لَوْ أودعه في البيت، ولم يَقُلْ شيئًا، يجوز لَهُ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ إِلَى الْعَادَةِ، انتهى.

وما ذكراه عن «المعتمد» من عدم التضمين بالخروج يجب أن يكون محله بما إذا حصل التلف في زمن الخروج لا من جهة المخالفة، فإنْ كان من جهتها؛ ضمن، وأما قوله: «فِي تَقْيِيدِهِمْ. . . إلى آخره» ينازعه قول الْمَاوَرْدِيِّ في ذكره صور، ما إذا لم يتعرض لمكان الحفظ أنه لو أودعها، وهو في دكانه، فحملها إلى منزله، وكان الدكان حرزًا لها؛ ضمن، وإلا فلا، ولو كان بالعكس فحملها إلى دكانه، فإن كان منزله حرزًا لها؛ ضمن.

ثم رأيت الصورتين في «الأم»، قال الشَّافِعِي ﷺ: «ولو أودعه ذهبًا أو فضةً في منزله. . . إلى آخره»، نعم، في انطباق بعض ما تقدَّم على النص، نظر للمتأمل.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَوْ أَوْدَعَ، وَهُوَ فِي حانوته، فَوَضَعَهَا بَيْنَ يَدَيْهِ فَسُرِقَتْ، فَإِنْ كَانَ وَضَعَهَا لِيَرْتَادَ لَهَا مكانًا، يُحْرِزُهَا فِيهِ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِعَدَمِ تَفْرِيطِهِ، وَإِنْ كَانَ اسْتِرْسَالًا وَإِمْهَالًا ضَمِنَ.

قلت: في عدم الضمان في القسم الأول إذا أمكنه وضعها خلفه ونحو ذلك إلى نهيه الحرز، نظرٌ! ولا بدَّ من النظر إلى جنس الوديعة أيضًا.

فرع: عدَّ من صور هذا السبب، وهو العدول عن الحفظ المأمور أنه لو عين له المالك بيتًا للحفظ، ولم ترد على ذلك، فنقلها إلى مثل الأول، وهو حرز مثلها، لم يضمن، إلا أن يتلف بسبب النقل، كانهدام الثاني، وكذا السرقة منه على الأصحِّ، وإنْ نهاه عن نقلها فنقلها بلا ضرورة؛ ضمن، فإن كان الثاني أحرز أو مساويًا على الصحيح، وإنْ نقل لضرورةٍ وغارةٍ ونحوها؛ لم يضمن، فإن كان الثاني حرزًا لها، ولا يضر كونه دون الأول إذا لم يجد غيره، قالا: فلو ترك النقل والحالة هذه؛ ضمن على الأصحِّ.

قالا: ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المعينة

للمودع، فإن كانت للمالك فليس له إخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة، انتهى.

وكلام ابن يونس في شرح «تعجيزه»، يفهم أن هذا وجهًا، الراجح خلافه، فإنه أطلق الكلام، ثم قال: وقال الْمُتَوَلِّي وابن الصباغ: وذكر الفرق بين ملكه وملك المالك، والخلاف في ذلك موجود في «الحاوي»، لكنه في بعض الصور.

وحاصل «الحاوي» أنه إذا عيَّن له حرزًا أحرزها فيه، وإن لم يكن حرزًا لها؛ لأنه بالتعيين قطع اجتهاده، ثم إن لم ينهه عن إخراجها منه، فأخرجها للضرورة، كالحريق أو غارة؛ لم يضمن، إنْ كان الطريق في إخراجها آمنًا، فإنْ تركها مع هذه الصورة؛ ضمن، وإن نقلها من العين، بلا ضرورة، لم يكن المعين غير حرز، والآخر حرزًا؛ لم يضمن، وإنْ انعكس، أو كانا غير حرزين؛ ضمن، وإن كانا حرزين، فإنْ لم يكن المعين ملكًا لربها؛ جاز ولا ضمان؛ لأن حقه في الإحراز دون الحرز، وإنْ كان ملكًا له، فوجهان، اعتبار الحكم الحفظ والتعيين، وإنْ نهاه عن نقلها منه، وهو ملكه، لزمه امتثاله، وليس له نقلها، بلا ضرورة أصلًا، وإن كان للمستودع؛ ففي لزوم هذا الشرط، وجهان، إنْ قلنا: يلزم، وأخرجها منه لغير ضرورة، ضمن، وإن قلنا: لا يلزم، فإخراجها إلى حرز، لم يضمن؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْحِرْزَ، وَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ إِلَّا الْحِفْظَ.

ثم إن نهى عن إخراجها وأطلق، وجب مع الضرورة المتجددة إخراجها، فإنْ تركها حتى تلفت؛ ضمن، وإنْ نصَّ على ترك الإخراج، وإن غشيت نارًا أو غارةً، فإنْ كان حيوانًا يخاف إحراقه كان الشرط باطلًا، ولزم إخراجه، ولا ضمان به، وإنْ تركه ففي ضمانه وجهان، وإنْ لم يكن حيوانًا؛ ففي لزوم الشرط وجهان، اعتبارًا بأنه نصٌّ قاطع للاجتهاد أو مبالغة في الاحتياط، فإن ألزمناه الشرط، فأخرجها ضمن، وإنْ تركها فلا، وإنْ لم يلزمه بالشرط فأخرجها؛ لم يضمن، وإنْ تركها؛ ففي ضمانه وجهان، وأَمَّا مُؤْنَةُ إِخْرَاجِهَا وَنَقْلِهَا، فَإِنْ مُنِعَ مِنْهُ كَانَ مُتَطَوِّعًا بِهِ، وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ كَانَ كَعَلْفِ البهيمة، انتهى.

وَمِنْهَا أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا، أَوْ يَدُلُّ عَلَيْهَا سَارِقًا ....

قال: (**وَمِنْهَا: أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا**) أي: بلا إذن من المالك المطلق التصرف فيها، وإنْ قصد بذلك إخفاءَها، كما سبق عن الشَّاشِيِّ وغيره، أو يؤخر إخراجها مع التمكن منه، أو يضيِّع بالنسيان على الأصحِّ، ويدفنها بحرز ثم ينساه، كما جزم به الْبَغَوِيُّ وغيره.

وقال العباديُّ في «الزيادات»: لا يضمن، واستدل به أنه لو دفع إلى وكيله قُمْقُمَةً(١)؛ ليدفعها إلى من يصلحها فدفع، ثم نسي؛ لا ضمان، قال: لَوْ قَعَدَ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ قَامَ وَنَسِيَ الْوَدِيعَةَ؛ يضمن، قال: وفي قلبي من المسألة الأولى شيء، انتهى، والأصحُّ في الجميع الضمان؛ لتقصيره.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: لو قال له آخر: ضعْ هذا الكِرْبَاسَ(٢) على رأس أمتعتك إلى القرية، ففعل ثم سقطت الأمتعة والكِرْبَاسُ عن الحمار في الطريق، فحمل الأمتعة على الحمار وترك الكِرْبَاسَ.

قال الْقَفَّالُ: إن رأى الكِرْبَاسَ على الأرض، ثم نسيه ضمن؛ لتفريطه بالنسيان، انتهى، وينبغي أن يضمن مطلقًا رآه على الأرض أم لا، ولا سيما إذا كان ذلك نهارًا؛ للتقصير.

قال: (**أَوْ يَدُلُّ عَلَيْهَا سَارِقًا**) قيل: هل يدخل في ضمانه بمجرد الدلالة؟ وإنْ سرقت ضمنها، وإلا فلا.

قلت: كلام المصنف إلى الأول أقرب، والنقل مختلف.

قال في «الروضة»: ولو أعلم اللصوص بها فسرقوها، إن عين الموضع؛ ضمن، وإلا فلا، كذا فصَّل الْبَغَوِيُّ، انتهى.

وفِي «الذَّخَائِرِ»: إذَا دَلَّ عَلَيها سَارِقًا؛ ضَمِنَ إذَا أَخَذَهَا السَّارِقُ؛ فَإِنْ ضَاعَتْ بِغَيْرِ السَّرِقَةِ، قَالَ أَصْحَابُنَا: تَكُونُ الدَّلَالَةُ كَنِيَّةِ الْخِيَانَةِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ.

وقال الْغَزَالِيُّ: الأظهر عندي أنه عدوان يوجب الضمان بكلِّ حالٍ، انتهى.

---

(١) الْقُمْقُمُ: آنِيَةُ الْعَطَّارِ، وهي آنِيَةٌ مِنْ نُحَاسٍ يُسَخَّنُ فِيهِ الْمَاءُ.

(٢) الكِرْبَاسُ: ثَوْبٌ من القُطْنِ الأبيضِ.

أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكَ.

وعبارة «البسيط»: ودلالة السارق بمجردها عدوان مضمن، ويحتمل أن يقال: إنْ ضاع لا بجهة السرقة تكون الدلالة كنية الخيانة، والأظهر أنه عدوان يوجب الضمان، كيفما كان.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو دلَّ المودع السارق على الوديعة حتى أخبره بموضع الرف والخزانة، أو قال للطراز: ضعها في كمي صار خائنًا متعديًا؛ حتى لو تلفت من وجه آخر ضمن، بخلاف ما لو دلَّ إنسانًا صالحًا فسرق؛ فلا ضمان عليه، انتهى.

وعدَّ الْمَاوَرْدِيُّ من التعدي المضمِّن أن يخبر بها من أهله مَن لا يُؤمَن، قال: فهذا ونحوه تفريط مضمِّن.

وفي «الروضة»: وأصلها عن العبادي: أنه لَوْ سَأَلَهُ رَجُلٌ: هَلْ عِنْدَكَ لِفُلَانٍ وَدِيعَةٌ؟ فَأَخْبَرَهُ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ كَتَمَهَا مِنْ حِفْظِهَا، هكذا أطلق وأقراه عليه.

وذكر القاضي أبو الطيب عند كلامه على مسألة الفعلين: أنه لو قال: عندي وديعة، وحالها كذا، وقبضها كذا، فسمعه لص فسرقها؛ لمن يضمن؟ انتهى، فظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يقول ذلك ابتداءً أو جوابًا بالمستخبر.

قال: (أَوْ مَنْ يُصَادِرُ الْمَالِكَ) ففيه ما سبق، من أنه هل يضمن بمجرد الدلالة، أو لا يضمن إلا بأخذ المُصادر خاصة.

وقضية إطلاقه، أنه لا فرق بين أن يدلَّ عليها طوعًا أو كرهًا؛ لكن في «الحاوي» في آخر مسألة الإكراه: الأشبه أنه لو لم يدفعها بنفسه؛ بل دلَّ عليها فأخذت، أن مذهب الشَّافِعِي أنه لا ضمان عليه؛ لأنه سبب مباشر وَالْأَخْذَ مُبَاشَرَةٌ، وفيه وجه لبعض البصريين: أنه يضمن، وإنْ كان معذورًا، وفهم بعض المصنفين من أول تعليله أنه لا فرق بين أن يدل عليها طوعًا أو كرهًا، والصواب أنه أراد المكره، لقوله آخرًا: وإن كان معذورًا.

فرع: قالا: لو قَالَ: لَا تُخْبِرْ بِهَا، فَخَالَفَ فَسَرَقَهَا مَنْ أَخْبَرَهُ أَوْ مَنْ أَخْبَرَ مَنْ أَخْبَرَهُ؛ ضَمِنَ، وَلَوْ تَلِفَتْ بِسَبَبٍ آخَر؛ لَمْ يَضْمَنْ، انتهى.

فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الْأَصَحِّ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ.

وهو مخالف لكلام العباديِّ السابق، وأطلق بعضهم أنها لو سرقت ضمن، كما لو سرقها زيد، وكذا لو سرقها من أخبره السامع، وما أشبه ذلك.

فرع: في «الحاوي»: أودعها فِي مَنْزِلِهِ فَأَحْرَزَهَا فِيهِ، فسرقت، فإن دخل سارقها بغير إذنه لم يضمن، أو بِإِذْنِهِ ضَمِنَ إِذَا نَالَتْهَا يَدُهُ، وَلَوْ سَرَقَهَا أَهْلُ مَنْزِلِهِ كَزَوْجَةٍ أَوْ خَادِمٍ أَوْ وَلَدٍ، فَإِنْ كَانَ مَشْهُورًا بِالسَّرِقَةِ ضَمِنَ بتفريطه بتركه في موضع هذا فيه، وَإِنْ لم يكن مَشْهُورًا بِذَلِكَ نُظِرَ، فَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ وَرَاءِ حِرْزٍ كَبَابٍ وَقُفْلٍ؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ وإِنْ كَانَتْ بَارِزَةً تنالها يَدُهُ، فَإِنْ كَانَتِ دَرَاهِمَ أَوْ حُلِيًّا أَوْ ثِيَابًا جَرَتِ الْعَادَةُ أَنْ يَكُونَ حِرْزُهَا فِي الْمَنَازِلِ مُفْرَدًا؛ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانت شيئًا خَافِيًا يُحْرَزُ مِثْلَهُ فِي ظَوَاهِرِ الْمَنَازِلِ؛ لَمْ يَضْمَنْ.

قلت: والظاهر أن المراد بالمشهور بالسرقة أن المودع يعلم منه ذلك، وإنْ لم يعلمه غيره.

قال: (**فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ؛ فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لِتَسْلِيمِهِ، وَالضَّمَانُ يَسْتَوِي فِيهِ الِاخْتِيَارُ وَالِاضْطِرَارُ.

(**ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ**)؛ إذ ليس له أن يقي نفسه بمال غيره.

والثاني: المنع؛ لأنه ملجأ، كما لو أخذها الغاصب بنفسه، ولَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَقِيَ مَالَ غَيْرِهِ بِنَفْسِهِ، كَمَا لَوْ صَالَ عَلَيْهِ فَحلٌ فَغَلَبَهُ.

واعلم أن جماعة نقلوا الخلاف وجهين، ونقله كثيرون؛ منهم: سليم الرازي، وابن الصباغ، والجرجاني، وتبعهم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» قولين، شبههما الأكثرون بما لو أكره الصائم على الأكل فأكل، والتشبيه يشهد لترجيح الرَّافِعِي الإفطار، والمصنف خالفه فيه، ووافقه هنا على التضمين، وبناها جماعة منهم القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، كما لو أكرهه على فعل الصفة ففعل؛ هل يحنث؟

وقضيته ترجيح عدم الضمان، وكذلك نسب ترجيحه إلى «الشامل»، وتعليق

وَمِنْهَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً، ....

الشيخ أبي حامد، وصححه الجوينيُّ في «فروقه»، والفارقيُّ، والأصحُّ الضمان.

واحترز بقوله: (سَلَّمَهَا) عما لو أخذها منه قهرًا؛ فلا ضمان عليه قطعًا، وسبق كلام الحاوي فيما لو سلَّمها، بل دلَّه على نفي ما لو أمكنه دفع الضمان على آخذها، فلم يفعل⁽¹⁾. والظاهر أنه إنْ أمن على نفسه لزمه، فإن لم يفعل كان مضيعًا، وإنْ لم يأمن على نفسه؛ فلا شيء عليه، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ هُنَا بتهديده بأخذ مال نفسه قطعًا، وإنْ عُدَّ إكراهًا في مواضع، كما سيأتي.

فرع: لو أنكر الوديعة من الظالم فحلفه؛ فله أن يحلف لمصلحة الحفظ، وينبغي أَنْ يُوَرِّي إن أمكنه، وإلا حلف كاذبًا، ويجب أن يحلف لو كَانَتْ الْوَدِيعَةُ رَقِيقًا، وَالظَّالِمُ يُرِيدُ قَتْلَهُ أو الْفُجُورَ بِهِ، كما أشار إليه الْغَزَالِيُّ في صورة القتل، وَأَطْلَقَ في «البسيط»: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَلِفُ كَاذِبًا بأنه ليس عنده وديعة؛ قال: لِأَنَّ الحلف الْكَذِبَ لَيْسَ مُحَرَّمًا لِعَيْنِهِ، ثم إنْ حلف بالله تعالى لزمته الكفارة، أو بالطلاق وقع، قاله: القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ، ورجحه الرَّافِعِيُّ، وجعله في «الروضة» المذهب؛ لأنه يجيز الحلف على الاعتراف، ولم يكره على الحلف عينًا.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن ضمناه بدفعها قيمته يكن مكره، لا يحنث بها، وإلا حنث، وبنى الْمُتَوَلِّي الحنث على ما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه.

وقال الدارمي: إنْ استحلف حلف، وكان غير حانث؛ لإكراهه، والصحيح ما سبق؛ لأنه فدى الوديعة بيمينه وزوجته، وقد ذكرت في طلاق «الغنية» فوائد نفيسة، تضارع مسألتنا.

قال: (وَمِنْهَا: أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً)؛ لِتَعَدِّيهِ بها.

واحترز بقوله: «خِيَانَةً» عما لو لبس لدفع الدود، أو ركب خشية زمانة الدابة من طول الوقوف، أو حال إخراجها للسقي للحاجة إليه، وكانت لا تقاد

---

(١) في نسخة: (فيما لو لم يسلِّمها، بل دلَّ عليها بقي كما لو أمكنه دفع الظالم عن أخذها؛ فلم يفعل).

لجماحها إلا بالركوب، ويشبه أنه لو طرأت غارة أو أراد ظالم نزعها، ولو ركب الفرس وهرب بها سلمت إليه أنه يلزمه ذلك.

فرع: لو انتفع بالْوَدِيعَةِ ظَانًّا أَنَّهَا مِلْكُهُ؛ ضمن، قاله الإمام في أوائل «الغصب»، ونقله الرَّافِعِي عنه هناك، وقد ترد هذه على لفظ الكتاب؛ إذ لا خيانة، وذكر الإمام هنا أنه: لو جحد الوديعة كاذبًا، وهي باقية بيده صار غاصبًا، وإن جحدها غلطًا ثم تذكر واعترف؛ فهو ضامن في الظاهر، وإنْ صدقه المالك في دعوى الغلط.

قال: فالذي نراه أن الضمان لا يجب، وقد ذكرنا أن الانتفاع بالوديعة مضمن، فلو لبس ثوبًا ظانًّا أنه ثوبه، ثم استبان الكف؛ فالذي نراه القطع بأنه لا يضمن، ولو انتفع وادَّعى الغلط لم يصدق فيه، فإن ظاهر الانتفاع مضمن، انتهى.

فرع: أودعه خاتمًا، ولم يقل شيئًا، فجعله في غير الخنصر؛ لم يضمن، إلا أن غير الخنصر من المرأة كالخنصر، وإنْ جعله في الخنصر؛ فاحتمالان للقاضي الحسين وغيره:

أحدهما: يضمن؛ لأنه استعمال.

والثاني: إنْ قصد الحفظ؛ لم يضمن، أو الاستعمال؛ ضمن.

وفي «الرقم»: أنه إنْ جعل فصَّه إلى ظهر الكف؛ ضمن، وإلا فلا.

قال الرَّافِعِيُّ: وكأنه استدل بجعله إلى ظهر الكف على قصد الاستعمال، لكن من أدب التَّخَتُّم أن يجعل الفصَّ إلى بطن الكف؛ فإنه يقدح في الاستدلال، زاد الشيخُ، والمختار أنه يضمن مطلقًا بلا استثناء؛ إذ لم يدل على لبسه لفظ، ولا عرف مطرد.

قلت: وبه جزم الديبليُّ، وهو قضية إطلاق كلام الجمهور: أن اللبس مضمن إلا ما سبق استثناؤه؛ لأنه استعمال بلا ضرورة، وهذا عندي مقطوع به، فيما يخشى عليه التلف باللبس كالعقيق، وغيره من الجواهر، مما يعرضه اللبس للتلف.

أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا فَيَضْمَنُ. وَلَوْ نَوَى الْأَخْذَ ....

والظاهر أنا إذا جوَّزنا له لبسه للحفظ فضاع أنه يصدق في قصد حفظه بيمينه، وإنْ قال للمالك: إنما لبسته للاستعمال، ولو أمره فجعله في الخنصر، فجعله في البنصر؛ فهو أحرز، فلو انكسر لغلظها، قالا: أو جعله في الأنملة الوسطى منها؛ لم يضمن، والذي أورده القاضي أبو الطيب وغيره الضمان.

قالا: ولو قال اجعله في البنصر فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فما فعله أحرز فلا ضمان، وإنْ كان ينتهي إليه ضمن.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ: أنه يجوز له لبسه في الخنصر وغيره للحفظ، قال: ولو لبسه في إحدى يديه ثم نقله إلى الأخرى، فإنْ كان ذلك لعمل أراده بتلك اليد؛ لم يضمن، وإنْ كان لا عن سبب؛ ضمن، انتهى.

وقال الدارميُّ: إنْ وضعه في الإصبع المأمور بها من اليد الأخرى لغرض؛ لم يضمن، وإنْ كان لغير غرض؛ [ضمن].

ورأيتُ بخط العجليّ في «شرحه»: ورأيت في بعض تعاليق المذهب عن بعض الأئمة: أنه إذا قال: احفظ هذا الخاتم في يمينك، فجعله في شماله؛ ضمن، وإن قاله بعكس ذلك [ففعل] ضد ما أمر به، لا يضمن؛ لأن اليمين أحرز؛ لأنها تستعمل أكثر في الغالب، انتهى.

وقضية هذا لَوْ كَانَ أَعْسَرَ انْعَكَسَ الْحُكْمُ، فيكون يمينه كيسار غيره، وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ يَعْمَلُ بِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ كَانَا سَوَاءً، ثم ظاهر كلامهم هنا أنه يجوز للرجل لبس الخاتم في البنصر، وهو وجه الأصح خلافه للنهي عنه.

قال: (**أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا؛ فَيَضْمَنُ**) أي: وما أشبهها من الْقُصُودِ الفاسدة المقترنة بالأخذ، سواء قصد استهلاكها أم لا، اتصل الفعل بالأخذ أم لا، ومثله إخراج الدابة؛ ليركبها خيانة، وقيل: إذا أخذها بنية الخيانة، ولم يجز لا يضمن، وهو شاذٌّ، وفي ثبوته نظرٌ.

قال: (**وَلَوْ نَوَى الْأَخْذَ**) أي: بعد أن أخذها أمانة ثم نوى الخيانة.

وَلَمْ يَأْخُذ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ.

(**وَلَمْ يَأْخُذ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص، وقول الجمهور: لأنه لم يحدث فعلًا.

قال ابن سُرَيْج: يضمن بالنية المستقرة، كما لو أخذها ابتداء بنية الخيانة؛ فإنه يضمن قطعًا أو على الصحيح.

قال الرَّافِعِي: والوجهان جاريان فيما إذا نوى ألّا يرد الوديعة بعد طلب المالك، وعن القاضيين أبي حامد والْمَاوَرْدِيِّ: أنه يضمن هاهنا قطعًا، ولا يضمن فيما إذا نوى الأخذ، ولم يأخذ.

وفي «البسيط»: وحكي عن بعض الأصحاب أنه: إن نوى ألّا يرد على المالك ضمن؛ لأنه صار ممسكًا لنفسه، وإن نوى الانتفاع فقط لم يضمن ما لم يحقق تصرفًا في الثوب، والذي رأيته في «الحاوي» بعد ذكر الوجهين في نية الخيانة والتعدي: وَقَالَ أَبُو حَامِدٍ الْمَرْوَرُوذِيُّ: إنه إِنْ نَوَى حَبْسَهَا لِنَفْسِه، وألّا يردها؛ ضمنها، وإنْ نوى إخراجها من حرزها إخراج عدوان؛ لم يضمنها، وهذا أصح؛ لأنه بنية عدم الرد أمسكها لنفسه فضمنها، وبنية إخراجها أمسكها لربها، فلم يضمنها، انتهى.

ونقله في «المعين» عن عامة الأصحاب، وليس كما قال، وأجرى الوجهان فيما لو كانت في صندوق غير مقفل، فرفع رأسه لأخذها، ثم تركه.

إشارة: قال الإمام: ثم النيّة التي ذكرناها تجريد القصد، فأما ما يخطر بالبال، وداعية الدين يدفعه فلا حكم له، وإن تردد الرأي ولم يجزم قصدًا؛ فالظاهر عندنا أن هذا لا حكم له؛ حتى تجرد قصده في العدوان، انتهى.

وقال الديبليُّ: لا عبرة بالخطرة، وإنما هي النية التي تصير همة، بأن يدوم ذلك مدة بعيدة على قصد الخيانة؛ ولهذا قيدت الوجه الثاني بالمستقرة.

فرع: لو كان الصندوق مقفلًا ففتح القفل؛ لأخذها، قال الْمَاوَرْدِيُّ: ضمن قطعًا، وقال غيره: على الأصحِّ، ولو فضَّ الخاتم، وحلَّ شداد الصرة؛ ضمن المظروف على الأصحِّ، فعلى هذا في ضمان الظرف وجهان.

وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ، وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: والخرق تحت موضع الختم كفضه، ولو خرق فوقه؛ لم يضمن إلا نقصان الكيس، وكذا رأيته في كتب العراقيين، ومحل هذا إذا لم يرفعها من الأرض، فإن رفع الكيس ونحوه من الأرض بنية الخيانة؛ ضمن بذلك، ولزمه أرش نقص الكيس. قال ابن الرِّفْعَة: وما قاله الرَّافِعِي فيه نظر؛ فإنه حكى من بعد فيما إذا تلف بعض الوديعة، وكان له اتصال بالباقي، كقطع الثوب، وطرف العبد، إنا ننظر إنْ كان عامدًا؛ فهو جانٍ على الكلِّ فيضمن، وإنْ كان مخطئًا؛ ضمن المتلف، وفي الباقي وجهان، أصحهما المنع، وما ذكره يتحتم أن يجري في تخريق الكيس، انتهى.

فرع: قال القاضي الحسين: لو دفع إليه ثوبًا، وقال له: خرِّقه، أو ألقه في البحر فاستعمله، ثم فعل ما أمره به احتمل وجهين:

أحدهما: أنه دخل في ضمانه بالاستعمال، والإلقاء في البحر لا يخرجه عن ضمانه.

والثاني: لا.

قلت: والأول أقيس، ولا شكَّ في ضمانه أجرة استعماله.

قال: (**وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ**)؛ لأنه لم يرضَ به، وكأن الصورة فيما إذا فعله عمدًا لا بقصد الخيانة، أما لو قصد به الخيانة؛ ضمن قطعًا، وإنْ كان سهوًا فلا.

قال: (**وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ؛ ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لتعديه، والثاني: لا؛ لأنه كله لمالك واحد، ولو كانا دراهم ودنانير؛ فلا ضمان، وإن خلط ذلك بمال نفسه أيضًا، وعنه احترز بقوله أو لا.

«**وَلَمْ تَتَمَيَّزْ**» أي: بِسِكَّةٍ أَوْ عِتْقٍ، وحِدة وتكسر، ونحوها(١)، والظاهر إنْ

---

(١) لِأَنَّ الْمُودِعَ لَمْ يَرْضَ بِذَلِكَ، فَإِنْ تَمَيَّزَتْ بِسِكَّةٍ أَوْ عِتْقٍ، أَوْ حَدَاثَةٍ، أَوْ كَانَتْ دَرَاهِمَ فَخَلَطَهَا بِدَنَانِيرَ لَمْ يَضْمَنْ، نَعَمْ إِنْ حَدَثَ بِالْخَلْطِ نَقْصٌ ضَمِنَهُ. انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٤٤).

وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِئْمَانًا بَرِئَ فِي الْأَصَحِّ.

خلط الحنطة بالشعير [مثلًا] عدوان مضمن، وكذا حكم كل ما عسر تمييزه.

قال: (وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ) كما لو جحدها، ثم اعترف بها.

(فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِئْمَانًا بَرِئَ فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه أسقط حقه، والثاني: لا يبرأ، حتى يردها إليه أو إلى وكيله؛ لحديث: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه»(١).

والاستئمان المحدد: اسْتَأْمَنْتُكَ عَلَيْهَا، أو أودعتكها، أو أذنت لك في حفظها ثانيًا، أَوْ أَبْرَأْتُكَ مِنْ ضَمَانِهَا.

قال ابن يونس في «محيطه»: وعندي أن بإحداث الإيداع يعود أمينًا، وبالإبراء من الضمان لا يصح؛ لأن الإبراء عما لم يجب بخلاف الإيداع، وهو حسن فقيه.

تنبيه: قال الرَّافِعِي عن الأصح: إنه ظاهر نصه في باب العارية، وفي «مجرد» أبي الطيب: أنه نصه هناك ومذهبه، قال: وقد قال الشَّافِعِي: إنَّ الغاصب لا يبرأ من الضمان، حتى يردَّ على صاحبه، أو يبرئه من ضمان الغصب.

قال الرَّافِعِي: وروى بعضهم الإجزاء عن نصه في «الأم»، فعلى هذا يجوز التعبير عن الخلاف بالقولين.

قلت: ونصُّه في «الأم» مصرح به في مواضع، فالوجه أن المسألة على

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٨)، والدارمي (٢/ ٣٤٢، رقم ٢٥٩٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦، رقم ١٢٦٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، رقم ٢٤٠٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٨، رقم ٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٢) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٩٠، رقم ١١٢٦٢) وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٣)، وابن الجارود (ص ٢٥٦، رقم ١٠٢٤)، والروياني (٢/ ٤١، رقم ٧٨٤).

وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ لَزِمَهُ الرَّدُّ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ ضَمِنَ

قولين، ولولا إطباق الجمهور على ترجيح الأول لقلت: مذهبه الثاني، فإن ما ذكره في باب العارية من «الأم» و«المختصر» محتمل، وغيره صريح في أنه لا يبرأ إلا بالردِّ.

وكذلك قال في «البيان»: إن المذهب لا يبرأ، ولا خفاء أن هذا الائتمان إنما هو للمالك خاصةً، لا للولي والوكيل ونحوهما، بل لا يجوز لهم ذلك، ولو فعلوه لم يعد أمينًا قطعًا فيما أحسبه، والعلم عند الله تعالى.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو قال في الابتداء: أَوْدَعْتُكَ، فَإِنْ خُنْت ثُمَّ تَرَكْتَ الْخِيَانَةَ عُدْتَ أَمِينًا فَخَانَ؛ ضمن، ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ، قال في «التتمة»: لَا يَعود أَمِينًا، بلا خلاف.

قلت: وقاله القاضي الحسين، ونقل في «البسيط»: قطع القاضي بهذا، ثم قال: وينبغي أن يفصل؛ فإنْ قال: فإذا خنت فأنت أميني في تلك الحالة؛ فهذا في صورته متناقض، ومعناه شرط انتفاء الضمان عن الغاصب والمستعير، وإنْ قال: إذا تركت الخيانة، وعدت إلى الحفظ؛ فأنت أميني فهذا أيضًا، هي ابتداء استئمان، إلا أنه تعلق، فهذا إيداع معلق، فلا يبعد أن يكون كإنشائه عند وقوعه، انتهى.

قال: (وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ) أي: غير المحجور عليه فيها لرهن، أو سفه، أو فلس طرأ، فلا يلزمه الرد إليه، بل لا يجوز، ولا يخفى حكم ذلك.

(لَزِمَهُ الرَّدُّ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا) أي: دون مباشرة ردها بنفسه، وحملها إليه.

قال: (فَإِنْ أَخَّرَ بَلَا عُذْرٍ؛ ضَمِنَ) أي: لتعديه أو تعذر فلا، ومن الأعذار أن يطلبها له، وهي بخزانة لا يتأتى فتحها ذلك الوقت، أو يكون مشغولًا بصلاة، أو قضاء حاجة، أو طهارة، أو حمام، أو على طعام، فيؤخر حتى يفرغ، أو يكون ملازمًا لغريم يخاف هربه، أو كان ثم مطر فأخَّر حتى يقلع، وما أشبه هذا، ولا نزاع في الجواز، ولكن هل يضمن؟

……

قال في كتاب «الوكالة» من «البسيط» و«الوسيط» عن قول الأصحاب: إنْ كان التأخير بسبب تعذر الوصول إليها كما في جنح الليل؛ لم يضمن، وإنْ كان بسبب كونه في الحمام أو عِلى طعام؛ ضمن، وإنْ لم يفضِ بالتأخير، وجزم بذلك هاهنا.

ثم قال في «الوسيط» هناك: وهذا مُنْقَدِحٌ إذَا كَانَ التَّلَفُ بِسَبَبِ التَّأْخِيرِ، ويقيد إذا لم يكن التأخير سببًا فيه، ولفظ «البسيط»: لو كان تأخيره بهذه الأعذار سببًا في التلف، أطلق الأصحاب القول بالضمان، ثم حكى عن الإمام التفصيل المذكور.

قال ابن الرفعة: وما ذكره هنا إنما هُوَ احْتِمَالٌ لِلْإِمَامِ، والمنقول عن الأصحاب أنه لا يضمن في الجميع، كما صرَّح به القضاة أبو الحسين، وأبو الطيب، والْمَاوَرْدِيُّ، وابن الصباغ، وغيرهم في الوكيل إذا أخَّر الرد بهذا العذر، وطردوه في كلِّ أمانة كالمودع وغيره، وهو ما حكاه الْمُتَوَلِّي، فإيراد الْبَغَوِيِّ يقتضيه، انتهى، والأمر كما قال ابن الرِّفْعَة.

وقال في «الروضة»: إنه الراجح، وبه صرَّح كثيرون، وأحسن ابن يونس في «محيطه»، فقال هناك: الصحيح أنه لا ضمان لو تلفت، وقيل: إن كان التلف بسبب التأخير؛ ضمن، وإنما جاز بشرط سلامة العاقبة، والمذهب المحقق ما نقله ابن الرِّفْعَة عن الأصحاب.

تنبيهات: منها: لو كان العذر مما يطول زمنه؛ كاعتكاف شهر مثلًا نذره، وقد دخل فيه، أو إحرام يطول زمنه، فالقول ببقاء الوديعة عنده إلى فراغه من نسكه مضرٌّ بالمالك، فينبغي أن يقال: إنْ تمكن من توكيل أمين متبرع يخلي بينها وبين ربها لزمه ذلك، فإن أخَّر؛ ضمن، وإنْ لم يكن ذلك، فليرفع المودع الأمر إلى الحاكم؛ ليبعث إليه بعد ثبوت الإيداع عنده، أما أن يبعث إليه من يخلي بينه وبينها؛ فإن أبى بعث الحاكم معه أمينًا يسلمها إليه بشرطه، كما لو كان المودع غائبًا.

ومنها: قيدنا كلام المصنف ببقاء أهلية المالك للقبض وعدم مرتهن عدلها

معه، فلو كان عدل رهن لم يردها إلى مالكها بغير إذن المرتهن أو الحاكم بشرطه، ولو حجر على المودع بسفه طرأ لم يجز ردها إليه، بل إلى وليه من حاكم أو منصوبه، أو بفلس، وعلم به المستودع؛ فالظاهر أنه ليس له دفعها إليه إلا بإذن الحاكم، ولا نقل عندي في هذا وما قبله.

ومنها: ليس له أن يقول للمودع: لا أردها إلا بالإشهاد، وقيل: إنْ لم يفضِ إلى تأخير فله، وقيل: إنْ كان قد أشهد عليه؛ فله ذلك، وإلا فلا، ولعل الخلاف فيما إذا كانت أمانته مستمرة عليها، أما لو كانت قد دخلت في ضمانه بعدوان أو تقصير، فيشبه أن له ذلك، ويحتمل غيره، ولو أمره بالردِّ على وكيله، فله التأخير؛ ليشهد على الوكيل بالقبض، وفي وجوب ذلك على المودع وجهان، صحح الْبَغَوِيُّ وجوبه، والْغَزَالِيُّ عدمه.

ثم إنْ لم يتمكن من الردِّ على وكيله؛ لم يضمن، وإلا فوجهان؛ لأنه عزله بأمره بذلك فيصير أمانة شرعية، وفيها وجهان:

أحدهما: يمتد الرد إلى المطالبة، وأصحهما: تنتهي بالتمكين من الردِّ.

وفي «أساليب الإمام»: أنه لو قال: ردها على مَنْ قَدَرْتَ عَلَيْهِ مِنْ وُكَلَائِي، ولا تؤخر، فقدر على الردِّ على واحد منهم، فأخَّر ليرد على غيره؛ عصى وضمن، فإن لم يقل: ولا تؤخر؛ ضمن بالتأخير، وفي عصيانه وجهان(1) [ولو قال: على مَنْ شئت منهم، فلم يرد على واحد ليرد على الآخر؛ لا يعصي، وفي الضمان وجهان].

قلت: الأرجح عدمه.

ومنها: لو ادَّعى أن وكيله أو مودعه ضيَّع بلا عذر، صدق أمينه في نفي الغرم، [ولو وافقه على وقوع التأخير، ثم ادَّعى المالك انتفاء العذر، والأمين وجوده؛ صدق أيضًا بيمينه] لأنا نصدِّقه في دعوى الردِّ والتلف، والأصل عدمهما؛ فكذا في ادعاء العذر في التأخير لا محالة، قاله الإمام في كتاب «الوكالة».

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/٤٣٦).

وَإِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا خَفِيًّا كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِرًا كَحَرِيقٍ فَإِنْ عُرِفَ الْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ صُدِّقَ بَلَا يَمِينٍ، وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ.

ومنها: في «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو قال: وضعتها بين أمتعتي، ولا أجدها الآن؛ لم يضمن، وأنه لو أبضع تاجرًا بضاعةً، ثم كتب إليه: أنفذها إليَّ مع ثقةٍ، ففعل فتلفت بيد الثقة، أو قال الثقة: قد تلفت بيدي.

قال الْقَفَّالُ: إنْ كان التاجر أشهد عليه الثقة بالتسليم؛ لا ضمان، وإلا ضمن [أي] على الأصحِّ، كما قاله الْبَغَوِيُّ في «الفتاوى» فلو اختلفا في الإشهاد؛ فقال: أشهدت، فماتوا أو غابوا صدق بيمينه، وأنه لو أودع المستعير العارية من غير ضرورة؛ صار متعديًا.

قال: (**وَإِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَبًا خَفِيًّا كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) **لِأَنَّهُ ائْتَمَنَهُ فَلْيُصَدِّقْهُ.**

(**وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِرًا كَحَرِيقٍ، فَإِنْ عُرِفَ الْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ؛ صُدِّقَ بَلَا يَمِينٍ**)؛ **لِاحْتِمَالِ مَا ادَّعَاهُ.**

(**وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ**)؛ لاحتمال أنه لم يتلفه.

تنبيهات: منها: لو أطلق دعوى التلف، لم يكلف بيان السبب، وإذا نَكِلَ عَن الْيَمِينِ عن ذكر السبب الخفي حَلَفَ الْمَالِكُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَقِيلَ: عَلَى الجزم، ذكره الإمام.

ومنها: عدَّ المتولي موت الحيوان، والغصب من الأسباب الظاهرة، وألحق الْبَغَوِيُّ الغصب بالسرقة، قال الرَّافِعِي: وهو الأقرب.

قلت: وينبغي أنه إن ادَّعى موت الحيوان بقربه، أو رفقة سفر، فكما قال الْمُتَوَلِّي، أو يبرئه حال انفراده، وكالسرقة، وكذا يقال في الغصب: إن ادَّعَى وُقُوعَهُ فِي مَجْمَعٍ كرفقة أو سوق؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا.

ومنها: إذا جوَّزنا نقل الوديعة للضرورة، فاختلفا في وقوعها.

قال: (**وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) ويحتاج أن يحلف أنه

وَإِنِ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، ....

أخرجها لذلك السبب، وقيل: لا يحتاج، وإنْ لم يعرف ذلك؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، فإن فقدها صَدَّق المالك بيمينه، وقيل: بلا يمين، هكذا قاله الرَّافِعِي، وفي كلام الإمام ما ينازع في عدم تصديقه عند إمكان صدقه، وعزاه إلى المراوزة في طيئ.

قال: (وَإِنْ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) هذا الكلام يشمل الردَّ على المالك وغيره ممن له الإيداع من مالك، وولي، ووصي، وقيم، وحاكم؛ لأنه ائتمنه كالمالك.

وقال شارح إثر قول «المنهاج»: «مَنْ ائْتَمَنَهُ» أي: وهو المالك، فافهم قصر ذلك عليه، وهو غلط، نعم، قال الرَّافِعِي: إنه لو أودعها الأمين لعذر، ثم ادَّعى أمينه الرد عليه صدق، قاله الْمُتَوَلِّيُّ والْغَزَالِيُّ.

قال الرَّافِعِي: وهو ذهاب إلى أنه إذا عاد من سفره يستردها، وبه صرَّح العباديُّ وغيره، وعن كلام الإمام أن اللائق بمذهب الشَّافِعِي منعه، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه؛ لأنه من الحفظ المأمور به.

قلت: ولفظ «النهاية»: وهذا بعيد عن أصل الشَّافِعِي، ثم ذكر فيه احتمالًا، ثم قال: وهذا يشبه تردد الأصحاب في أن وكيل الوكيل وكيله أو وكيل [الموكل المودع]، ثم قال: ومن تمام البيان، أنا إذا جوَّزنا له أن يستحفظ زوجته، أو عبده في ساعات من الليل أو النهار، أو على العموم، ثم أراد صرف زوجته وولده، ورد الوديعة إلى يده على حكم الاسترداد؛ فهذا متنوع بلا خلاف، فإن هؤلاء وقعوا اتباعًا، وكانت يده باقية، وإنْ قام بالحفظ غيره.

تنبيهات: ما ذكرته وما سبق، إنما يقبل قوله في الردِّ على من ائتمنه، إذا كان للمردود عليه أهلية القبض، وولايته حالة الردِّ، فيخرج من هذا صور كثيرة، ولو تبرم المودع بها، أو خاف عليها أودعها أمينًا؛ حيث يجوز له ذلك، أو عند إرادته السفر، وقصد بذاك الخروج من عهدتها، والانسلاخ من حكم استيداعها، خرج بذلك من البين؛ فلا قبض له بعد ذلك، ولا استرداد،

أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ أَوِ ادَّعَى وَارِثُ الْمُودِعِ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا فَادَّعَى الْأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ مُضَمِّنٌ].

فلو ادَّعى من ائتمنه الردَّ عليه؛ لم يقبل، وكذا لو انعزل الولي المودع بفسق أو غيره، ثم ادَّعى أمينه الردَّ عليه بعد انعزاله؛ لم [يصدق](١) فيما يظهر، وقس بهذا نظائره من طرأ سفه المودع، واتصال الحجر عليه به؛ لأنه رد على غير من له أهلية الاسترداد حين الرد، والعبارة الوافية بالغرض أن يقال: وإن ادَّعى الردَّ على من ائتمنه، وهما أهل للردِّ، والاسترداد حالة الرد صدق بيمينه.

قال: **(أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ، أَوِ ادَّعَى وَارِثُ الْمُودِعِ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ، أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِينًا، فَادَّعَى الْأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى الْمَالِكِ؛ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ)** لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الرَّدِّ، وَلَمْ يَأْتَمِنْهُ، وما جزم به من أن دعوى وارث المودع الرد غير مقبولة إلا ببينة هو المجزوم به في كتب الرَّافِعِي وغيره، والجواب في «فتاوى الْقَفَّالِ» القبول، كما لو ادَّعى أَنَّ مُوَرِّثَهُ رَدَّهَا، أو أنها تَلِفَتْ فِي يَدِ مُوَرِّثِهِ، قال: جاء معها، هكذا ذكر يعني شيخه الْقَفَّال، وسمعته بخلاف ذلك، أي: سمع نقلًا عن المذهب بخلافه، وكأنه يشير إلى ما حكى الرَّافِعِي عن «التتمة» أنهما لو تنازعا؛ فقال: وارثه رد عليك موكلك أو تلفت في يده، لا يقبل إلا ببينة.

وقال الْبَغَوِيُّ: يصدق بيمينه، وهو الوجه؛ لأن الأصل عدم دخولها في يده.

فرع: في «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لو قال المودع للوارث: دفعتها إليك، أو تلفت في يدي بعد موت أبيك مطلقًا لا يقبل قوله، وإنْ قال: تلفت في يدي حال موت أبيك، أو رددتها حين مات أبوك، يقبل قوله؛ لأن الوديعة في تلك الحالة تكون أمانة في يديه، كالريح تلقي ثوبًا في حجرته، انتهى، وسكت الْبَغَوِيُّ جامعها على هذا التفصيل، وهو حسنٌ غريب.

قال: **(وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ الْمَالِكِ مُضَمِّنٌ)**؛ لخيانته.

قال في «الروضة»: وإن لم يطلبها المالك بل قال: لي عندك وديعة،

---

(١) في نسخة: (يقبل).

……

وسكت لم يضمن، وكذا إنْ أنكر في الأصحِّ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، بخلاف ما بعد الطلب، فلو جحد ثم قال: كنت غلطت، أو نسيت لم يبرأ إلا أن يصدقه المالك، انتهى.

وقد يكون في الجحود بعد الطلب غرض صحيح للمالك، كمُصادر يدعي العدم، فيقم عليه الوديعة، فيقول له الظالم: لك وديعة عند فلان فاطلبها منه، فيطالبها منه كرهًا، وقرائن حاله تدل على إرادته جحوده أو طلبها ليدفعها إلى من يريد غصبها بلا مصادرة، أو يخشاه على منصبه ونحو ذلك، وحاله ما وصفنا؛ فالظاهر أن الجحود(١) هاهنا إحسان غير مضمن.

نعم لو قال المالك بعد تلفها: إنما طلبتها منك؛ لأفدي بها نفسي أو عرضي، أو منصبي، ولم أرد منك جحودها، وقال المودع: بل أردت ذلك مني؛ فالظاهر تصديق المالك، وأطلق شُرَيْح الرُّويَانِيّ في «روضته»: أنه لو جحد الوديعة لما ظلمه ظالم، لم يضمن في أحد الوجهين؛ لأنه غير متعد؛ بل حافظ، فإن قلنا: لا يضمن، فهل يحتاج أن ينوي عند الجحود أنه يقصد بجحوده إحرازها على مالكها، ومنع الظالم؟ حكى جدي وجهين، ولو سأل رجل المودع: هل عندك وديعة لفلان؟ فقال: لا، فهل يصير ضامنًا لها؟ وجهان حكاهما جدي، ولو نسي المودع كون الوديعة عنده فأنكرها ثم تذكرها، حكى جدي في وجوب الضمان وجهين.

فصل في فروع مبددة [مفيدة](٢):

في «فتاوى الْقَفَّالِ»: أنه لو قال: أودعت عند أبيك كذا فأنكر، ثم قال: غلطت والآن بان لي أنه أودعه إلا أن الوديعة هلكت في يد أبي؛ قبل منه، ولو قال: علمت أنه أودعه إلا أني كذبت في إنكاري إيداعه، ولكنه كان قد تلفت

---

(١) في الأصل (المجحود).

(٢) قَوْلُهُ: مُبَدَّدَةٌ، أَيْ: مُتَفَرِّقَةٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْبَابِ، وَالْفَطِنُ يَرُدُّ كُلَّ مَسْأَلَةٍ مِنْهَا إلَى مَا يُنَاسِبُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا جَمَعَهَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَرَّقَهَا لَاحْتَاجَ إلَى أَنْ يَقُولَ فِي أَوَّلِ كُلٍّ مِنْهَا: قُلْت، وَفِي آخِرِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، انظر: تحفة المحتاج (١١/٣٠٦).

....

في يد أبي؛ يضمن في التركة، فإنْ لم يترك شيئًا لم يلزمه شيء، ولو قال: لم يودعه شيئًا، ثم قال: غلطت، وكان في تركته شيء بهذه الصفة، ولم أعلم أنه وديعة، وقد تلفت في يدي، وقد بان لي أنه ذلك؛ لم يضمنه، فلو قال: في هذه الصورة كذبت وعلمت أنه وديعة إلا أنه هلكت بعد ذلك في يدي؛ ضمنه في ماله دون تركة أبيه.

وإنا إذا قلنا بظاهر المذهب أن ترك الإيصاء بها مضمن، سواء كان في التركة من جنسها أم لا ، فاختلف الوارث والمودع، فقال الوارث: أوصي بها إلا أنها هلكت، وقال المودع: لم يوص؛ صدق إلا أن يقيم الوارث بينة بالوصاية، وأنه لو قال: ردها عليّ، فقال: الآن لا تصل يدي إليها، ثم جاء فقال: تلفت في يدي؛ صدق، ولو قال: بلى أردها، أو أنا أردها ثم جاء بعد، وقال: كانت قد غصبت مني قبل أن يطالبني بالردِّ؛ صدق ولا ضمان، إذ ربما نرجو إخلاصها، وكذا لو قال: بلى أرد، وهي في البيت، فلما ذهب إليه كانت قد هلكت، فادَّعى ذلك؛ قبل منه، بخلاف ما لو قال: كانت قد سرقت مني حين قلت: هي في البيت؛ فإنه يضمن إذا لم يدع أمرًا محتملًا؛ وأنه لو دخل داره رجل معه متاع فوضعه بين يديه، ولم يقل له: احفظْ، ولا تسلَّمه رب الدار، ثم أخبر بأنه حصل بالقرية نهب، فنقله مع أمتعته من داره فسرق؛ لم يضمن، وكذا في الحريق، ولو أخبر بالغارة، وبعد لم يدخلوا القرية فنقله، قال: لا يكون متعديًا بنقله إذا كان المخبر صادقًا؛ لأن الخوف كذا يكون، وأنه لو أودعه مفتاح حانوته؛ فجاء شريك صاحب المفتاح؛ فدفعه إليه فذهب فأخذ جميع ما في الحانوت؛ فعلى المودع قيمة المفتاح لا غير؛ لأنه لم يودعه غيره.

قال **الْقَفَّالُ**: ولو كانت المسألة بحالها فدفع المفتاح إلى أجنبي، وقال له: اذهب واسرق ما في الحانوت؛ لم يضمن إلا المفتاح، نعم! لو استحفظه ما في الحانوت، ثم سلَّم المفتاح إلى أجنبي، ضمن ما في الحانوت؛ لأنه ضيَّع الوديعة بذلك.

ومن «فتاوى» صاحبه القاضي الحسين: أن المودع لو قال للمودع:

....

غصبتَ مني الوديعة، صار ضامنًا؛ لأن الغالب أن الاغتصاب لا يكون إلا بعد الامتناع من الردِّ.

قلت: وفيه وقفة، إذ قد يريد أخذها بغير رضاي، وكنت أرى المصلحة في بقائها عندي؛ لأنه أحرز لها، وهذا يطلق عادةً على ما يفعله الإنسان طوعًا، وهو كارهٌ بقلبه، فيقول القائل: فعلته غصبًا، وأخذه مني غصبًا وبعته، ورهنته، وأعرته غصبًا، ولا يريد به حقيقة الغصب الذي تبعه امتناع، وأعقبه أخذ كُرهًا، وأنه لو قال للمودع: إنك رفعت الوديعة من صندوقي وحرزي؛ الأظهر أنه لا يقبل قوله، بخلاف دعوى الردِّ، والفرق أنه هنا يدعي فعل المودع، وهو الرَّفع؛ فلم يقبل، وهناك يدعي فعل نفسه، وهو الرد؛ فقبل.

قال: ويحتمل أن يقال: يقبل كما لو ادَّعى أنها سرقت أو غصبت، وأنه لو أقرَّ المودع بالوديعة لآخر، ثم تلفت بعد ذلك في يد المودع، فهو كما لو مات المودع؛ لأنه قد انعزل بإقراره للغير؛ فإن تمكن من ردِّها على المقر له، فلم يرد؛ ضمن، وقيل: التمكن لا يضمن.

ومن «فتاوى» صاحب «الْبَغَوِي»: أنه لو أودعه شيئًا، فذهبت به الغَارة، فليس للمودع حفر داره، إلا أن يكون متعديًا في وضعه فيحفر؛ كالدينار يقع في المحبرة.

قلت: ويصدق في ذلك كالسرقة، وأنه لو أبضعه بضاعةً، فقال: نمتُ وضاعتْ، إنْ نام بعيدًا من رحله، وقد تفرَّق أهل الرفقة؛ ضمن، وإنْ لم يكن بهذه الصفة؛ لم يضمن.

وأنه لو أودعه عبدًا فأبق، فلم يخبر المالك إلا بعد أيام، لا يصير ضامنًا بذلك، كما لو مرض العبد، فلم يخبره بمرضه حتى مات.

وأنه لو ظفر بغير جنس حقه من غريمه المماطل؛ فوضعه أمانةً عند رجل ليستوفي منه حقه فردَّه أمينه على مالكه؛ لم يضمن لذي الحق شيئًا، بخلاف ما لو كان من جنس حقه، فأخذه متملكًا؛ فيضمن الراد لصاحب الحق.

وأنه لو أودعه شاةً، فَجَرَّهَا أو وسمها أو قطع أذنها؛ ضمنها، أو حلبها ضمن اللبن فقط.

وأنه لو أودع كيسًا مختومًا، فيه دراهم، فبقي عنده عشر سنين، ثم استرده صاحبه، وادَّعى فض الختم والخيانة، فأنكر المودع ذلك، مع اعترافه بأن الوديعة بيده من عشر سنين؛ ففتح الكيس فإذا فيه دَرَاهِمَ مِنْ ضَرب خمس سنين، صدق بيمينه، ولا ضمان عليه لاحتمال؛ أنه ضُرِبَ هكذا، أو أن غيره فعله.

وأنه لو أودعه عبدٌ شيئًا، ولم يعلم رقه؛ كان ضامنًا، إذا تلف عنده، قال: ويحتمل أن يكون كالغاصب يودع، فيتلف عند المودع لا يتقرر الضمان عند المودع، وهل يكون طريقًا؟ فيه وجهان.

ومن «زيادات العبادي»: أنه لو سرقت الوديعة فجاء المودع يطلبها، فقال: أردها، ولم يخبره، ثم طالبه فأخبره، هل يضمن؟ في الحكم نظر، إن كان يرجو وجودها فلا ضمان، وإنْ كان آيسًا منه؛ ضمن، قال: ويجب ألا يضمن بكل حال.

وسُئِلَ الشَّيْخُ ابن عبد السلام عَمنْ عنده وَدِيعَةٌ، مَضَتْ عَلَيْهَا مُدَّةٌ طَوِيلَةٌ، وَلَمْ يَعْرِفْ ربها، وَأَيِسَ مِنْ مَعْرِفَتِهِ؟

فَقَالَ: إذا يأس مِنْ مَعْرِفَتِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ التَّامِّ؛ قد يَصْرِفُهَا فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ، وَيُقَدِّمُ أَهْلَ الضَّرُورَةِ، وَمَسِيسِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَبْنِي بِهَا مَسْجِدًا، وَلَا يَصْرِفُهَا إِلَّا فِيمَا يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ الْعَادِلِ صَرْفُهَا فِيهِ، وَإِنْ جَهِلَهُ؛ فَلْيَسْأَلْ أَوْرَعَ الْعُلَمَاءِ، وأعرفهم بِالْمَصَالِحِ الْوَاجِبَةِ التَّقْدِيمِ، انتهى.

وكلام غيره يقتضي؛ أنه يدفعها إلى القاضي الأمين، ولعله إنما قال ذلك لفساد الزمان، وينبغي أن يقال: يعرِّفها كاللقيط؛ فلعل صاحبها موجود، ولكنه نسيها أو نسي مَنْ هي عنده، فإنْ لم يظهر؛ صرفها فيما ذكر.

فائدة: رأيت لبعض أصحابنا أن الأمين على البهيمة المأكولة كالمودع والراعي ونحوهما، لو رآها وقعت في مهلكة فذبحها؛ جاز، وإن تركها حتى

....

ماتت؛ فلا ضمان.

قلت: وفي عدم الضمان إذا أمكنه تخليصها، بلا كلفة نظر، والظاهر أن المالك لو نازعه في ذبحها لما ادَّعاه أنه لا يصدق إلا ببينة.

خاتمة

تضمن كلام «الروضة»: أنه لَو ادَّعَى عَلَيْهِ وَدِيعَةً؛ فقال: لَا يَلْزَمُنِي تسليم شيء إليك، أنه يَكْفيه هذا الْجَوَاب، وذكر قبيل دعوى النسب، أنه لا يكفي منه به؛ لأنه إِنَّمَا عليه التَّخْلِيَةُ لا التسليم، قال: ويتعين تأويل المذكور في الوديعة، وبالله التوفيق ونسأله حسن الخاتمة.

كِتَابُ قَسْمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ

قال المصنف: [الْفَيْءُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلَا قِتَالٍ وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفًا وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ وَذِمِّيٍّ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ

قال الشارح: (الْقَسْمُ): بفتح القاف مصدر قسمت الشيء.

و(الْفَيْءُ): مصدر فاء يفيء: إذا رجع(١).

و(الْغَنِيمَةُ): فعلية من الغنم والربح، وقيل: الفائدة الحاصلة بلا بذل، وكانت تترك قديمًا، فتنزل نارٌ فتحرقها، ثم أحلت لهذه الأمة.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧]، وقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١].

قال: (**الْفَيْءُ**(٢): **مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلَا قِتَالٍ، وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ، كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ، وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفًا، وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ، وَذِمِّيٍّ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ**) أورد على هذا التعريف ما لو دخل دار الحرب مُتَلَصِّصًا، وسرق شيئًا؛ فإنه يكون غنيمة مخمسة على الصحيح، وسيأتي بيانه، وما أهدوه والحرب قائمة؛ فإنه غنيمة كما سيأتي قوله، وما جلوا عنه خوفًا، زاد في «الروضة» و«الشرحين»: مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وليس بقيد كما ظنه شارح، فقيد به إطلاق [كلام] المنهاج، ولو حذفت لفظة الخوف جاز، فإنما جلوا عنه لضُرٍّ نالهم أو غيره كذلك.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/ ٤٣٦).

(٢) قَالَ الْقَفَّالُ فِي «محاسن الشريعة»: سُمِّيَ الْفَيْءُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى خَلَقَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا لِلِاسْتِعَانَةِ عَلَى طَاعَتِهِ، فَمَنْ خَالَفَهُ فَقَدْ عَصَاهُ، وَسَبِيلُهُ الرَّدُّ إِلَى مَنْ يُطِيعُهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَشْمَلُ الْغَنِيمَةَ أَيْضًا؛ فَلِذَلِكَ قِيلَ: اسْمُ الْفَيْءِ يَشْمَلُهَا دُونَ الْعَكْسِ، وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: يُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الْفَيْءِ، وَقِيلَ: اسْمُ كُلٍّ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ، فَإِنْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا افْتَرَقَا كَالْفَقِيرِ وَالْمِسْكِينِ، وَالْمَشْهُورُ تَغَايُرُهُمَا، انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٥٩).

فَيُخَمَّسُ. وَخُمْسُهُ لِخَمْسَةٍ: ....

إشارة: (الإيجاف): الإعمال، وقيل: الإسراع.

و(الْوَجِيفُ): ضربٌ مِنْ سَيْرِ الْخَيْلِ والإبل.

و(الرِّكَابُ): الإبلُ، وَاحِدَةُ رَاحِلَة، مِنْ غير لَفْظِهَا.

[ثُمَّ ذَكَرَ أَنْوَاعًا سِتَّةً مِنَ الْفَيْءِ أَشَارَ لَهَا بِقَوْلِهِ: (كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ) مِنْ كُفَّارٍ شُرِطَتْ عَلَيْهِمْ إِذَا دَخَلُوا دَارَنَا، وَخَرَاجٍ ضُرِبَ عَلَيْهِمْ عَلَى اسْمِ جِزْيَةٍ.

(وَمَا جَلَوْا) أَيْ: تَفَرَّقُوا.

(عَنْهُ خَوْفًا) مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ غَيْرِهِمْ.

(وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ) عَلَى الرِّدَّةِ.

(وَذِمِّيٍّ) أَوْ نَحْوِهِ.

(مَاتَ بَلَا وَارِثٍ) أَوْ تَرَكَ وَارِثًا غَيْرَ حَائِزٍ](١).

قال: (فَيُخَمَّسُ) أي: لإطلاق قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧].

قال ابن المنذر: هذا شيء انفرد به الشَّافِعِي، ولا نعلم أحدًا قبله، قال: إن الفيء يخمس، وعن القديم: إن مال المرتد لا يخمَّس، فقيل: يختص هذا القول بالمرتد، ويخمَّس ما سواه قطعًا، وقيل: ما تركوه خوفًا يخمَّس، وفيما سواه القولان، وبهذا قال الجمهور، وقيل: في جميع أموال الفيء قولان، الجديد: يخمس كالغنيمة، والقديم: المنع.

قال: (وَخُمْسُهُ لِخَمْسَةٍ) واعلم أن مال الفيء يقسم خمسة أقسام متساوية، وبه يؤخذ منها سهم، فيقسم خمسة أسهم متساوية، فتكون القسمة من خمسة وعشرين سهمًا، كذا كان يقسمه النبي ﷺ، وكان له أربعة أخماس الفيء، وخمس الخمس الباقي، فله من الخمسة والعشرين أحد وعشرون سهمًا، ينفق منها على نفسه الكريمة وعياله، ويدخر مؤنة سنة، ويصرف الباقي في

---

(١) ما بين المعكوفتين سقط شرحه، والمثبت من «مغني المحتاج» (١١/٣٥٩).

أَحَدُهَا مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ يُقَدَّمُ الْأَهَمُّ، ....

المصالح، كذا قاله أكثر أصحابنا.

وقال الْغَزَالِيُّ وغيره: كان الفيء جميعه له ﷺ إلى أن توفي، وإنما تخمَّس بعد موته.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: اختصاصه ﷺ بجميع الفيء كان في أول حياته.

قال: (**أَحَدُهَا: مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ**(١) **وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ**)(٢) هذا هو السهم المضاف إلى الله تعالى ورسوله في قوله تعالى: ﴿فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٧] وهو سهمٌ واحدٌ، ولو كان غير سهم رسوله ﷺ لكانا سهمين، وكان سدسًا، وإنما أضيف إليه سبحانه وتعالى عَلَى جِهَةِ التَّبَرُّكِ، والابتداء باسمه تعالى، وإشارةً إلى أن مصرفه للقرب، لا قضاء الشهوات، كما فعله ملوك الجاهلية، أو ذكر اسمه تعالى مع اسم رسوله؛ تشريفًا وتعظيمًا.

ثم هذا السهم بعده ﷺ مصروف إلى مصالح المسلمين؛ كسدِّ الثغور بالرجال، والعدد وغيرها، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد، وأرزاق القضاة، والعلماء المتعطل عن الكسب بالاشتغال بعلوم الشرع.

ولنا قول أو وجه: أن سهمه ﷺ سقط بعد وفاته، وبقيت القسمة على الأسهم الأربعة الباقية، وقيل: يصرف إلى خليفة الزمان، وهو شاذٌّ.

قال: (**يُقَدَّمُ الْأَهَمُّ**) أي: وجوبًا، وهو سدُّ الثغور؛ لأنه تتعلق به مصلحة عامة، كما قاله في «التنبيه» لأن به حفظ المسلمين.

فرع: لو لم يدفع السلطان إلى من ذكرنا حقهم من بيت المال عدوانًا؛

---

(١) الثُّغُورِ: هِيَ مَوَاضِعُ الْخَوْفِ مِنْ أَطْرَافِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ الَّتِي تَلِيهَا بِلَادُ الْمُشْرِكِينَ فَيَخَافُ أَهْلُهَا مِنْهُمْ.

(٢) نَبَّهَ الْمُصَنِّفُ -رَحِمَهُ الله تَعَالَى- بِالْعُلَمَاءِ عَلَى كُلِّ مَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ عَامَّةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كَالْأَئِمَّةِ وَمُعَلِّمِي الْقُرْآنِ وَالْمُؤَذِّنِينَ؛ لِأَنَّ الثُّغُورَ حِفْظُ الْمُسْلِمِينَ وَلِئَلَّا يَتَعَطَّلَ مَنْ ذُكِرَ بِالْاِكْتِسَابِ عَنِ الِاشْتِغَالِ بِهَذِهِ الْعُلُومِ وَعَنْ تَنْفِيذِ الْأَحْكَامِ، وَعَنِ التَّعْلِيمِ وَالتَّعَلُّم، فَيُرْزَقُونَ مَا يَكْفِيهِمْ لِيَتَفَرَّغُوا لِذَلِكَ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ نَقْلاً عَنِ الْغَزَالِيِّ: تُعْطَى الْعُلَمَاءُ وَالْقُضَاةُ مَعَ الْغِنَى وَقَدْرُ الْمُعْطَى إِلَى رَأْيِ السُّلْطَانِ بِالْمَصْلَحَةِ، وَيَخْتَلِفُ بِضِيقِ الْمَالِ وَسَعَتِهِ، انظر: مغني المحتاج (١١/ ٣٦٤).

وَالثَّانِي بَنُو هَاشِمٍ وَالْمُطَّلِبِ يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ....

فهل لأحدهم أخذ شيء منه؟ فيه أربعة مذاهب للناس محكية في «الإحياء»:

أحدها: لا؛ لأنه مشترك، ولا يدري نصيبه منه حبةً أو دانقًا أو غيرهما، قال **الْغَزَالِيُّ**: وهذا غلوٌّ.

وثانيها: يأخذ كلَّ يومٍ قوت يومه [نفسه] فقط.

وثالثها: كفاية سنة.

ورابعها: يأخذ ما يعطى، وهو حقه، والباقي مظلومون، قال: وهو القياس؛ لأن المال ليس مشتركًا كالميراث، وكذلك إذا مات لا يصرف إلى ورثته.

وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليه، وسكت الشيخ في شرح «المهذب» على ذلك، فعلى هذا لو لم يعط شيئًا؛ فهل له أن يأخذ خفيةً، ذلك إذا أمكنه، كالظافر بمال الغريم؟ الظاهر نعم، وأولى بالجواز.

قال: (**وَالثَّانِي: بَنُو هَاشِمٍ وَالْمُطَّلِبِ**)؛ لقوله تعالى: ﴿**وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ**﴾ [الأنفال: ٤١] وهم من ذكره المصنف دون بني عبد شمس ونوفل، وهُمَا ابْنَا عَبْدِ مَنَافٍ أيضًا؛ لأنه ﷺ وضع سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب، وترك الآخرين، وقال حين سُئِلَ عن تركهم: «**نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ**»⁽¹⁾ رواه البخاري.

قال: (**يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ**)؛ للاشتراك في العلة، ولإطلاق الآية الكريمة، وكان العباس رضي الله عنه يأخذ منه، وهو من أيسر قريش، وقيل: يختص بفقرائهم، وكذلك يشترك فيه الحاضر في موضع الفيء، والغائب عنه على الصحيح.

قال الإمام: ولو كان الحاصل من الفيء قدرًا، لو وزِّع عليهم، لم يسد مسدًا، فيقدَّم الْأَحْوَجُ فَالْأَحْوَجُ، وَلَا يَسْتَوْعِبُ لِلضَّرُورَةِ [وَتَصِيرُ الْحَاجَةُ مُرَجِّحَةً، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُعْتَبَرَةً فِي اسْتِحْقَاقِ هذا السَّهْمَ] هكذا نقلاه عنه،

---

(١) أخرجه البخاري (٣٥٠٢).

وَالنِّسَاءُ وَيُفَضَّلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ، ....

وأقراه، ولم أره لغيره، وأهمله الْغَزَالِيُّ، وظاهر كلام «بسيطه» يقتضي خلافه.

قال: (وَالنِّسَاءُ)؛ لإطلاق الآية به؛ لأن الزبير ﷺ كان يأخذ منه سهم أمه صفية عمة رسول الله ﷺ ورضي عنها- وفي «كتاب النسائي»: أنه ﷺ أسهم لها يوم حنين⁽¹⁾.

قال: (وَيُفَضَّلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ) أي: على المشهور؛ لأنه مال يستحق بقرابة الأب، وكانت الأنثى فيه على النصف، وقال الْمُزَنِيُّ وأبو ثور: يسوى بينهما.

قال القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ: وهو الأقيس كالوصية.

وقال منصور التميمي في كتابه «المستعمل»: أخبرني بذلك جُنَيْد عَن الزَّعْفَرَانِيِّ عن الشَّافِعِي: أن الذكر والأنثى منهم في ذلك سواء، انتهى.

ونقل ابن المنذر، والتفصيل عن الشَّافِعِي، قال: وخالفه أصحابه، فقالوا: الذكر والأنثى فيهم سواء، قال: وهذا أصحُّ؛ لأنهم أعطوا بأسهم القرابة كالوصية، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب، وأن ابن الابن يأخذ مع الابن وكلُّ هذا يدلُّ على أنه ليس كالتوريث، انتهى، وهذا أقوى.

تنبيهات: منها: نبَّه المصنف بقوله: «كَالْإِرْثِ» على إعطاء الصغير كالكبير، وأنه لا يفضل ذكر على ذكر، ولا أنثى على أنثى، وهل يسوي بين من يدلي بجهتين أو يدلي بجهة الصحيح؟ نعم، خلافًا للقاضي الحسين ﷺ.

وسكتوا عن سهم الخنثى، والظاهر أنه يعطى سهم أنثى، ولا يوقف شيئًا، ولا حق فيه لأولاد البنات؛ لفقد النسب.

ومنها: من استفاض نسبه أنه منهم؛ اكتفى بذلك، وإلا لزمه إقامة البينة، إذا طلب سهمه، قاله الإمام.

وفي «الحاوي» في كتاب «العاقلة»: أن أبا إِسْحَاق، وَابن أَبِي هُرَيْرَةَ، وَأَكْثَرِ أَصْحَابِنَا، قالوا: إن ادَّعى الرَّجُلُ أَنَّهُ مِنْ قُرَيْشٍ، وَقُرَيْشٌ تَسْمَعُ قولَه،

---

(1) أخرجه النسائي (٦/ ٢٢٨).

وَالثَّالِثُ الْيَتَامَى، وَهُوَ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ، وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَالرَّابِعُ وَالْخَامِسُ الْمَسَاكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ، ....

وَلَا تُنْكِرُهُ، أَوْ ادَّعى أَنَّهُ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ، وَبَنُو هَاشِمٍ يَسْمَعُونَه، وَلَا يُنْكِرُونَهُ؛ أن يُحْكَمَ بِنَسَبِهِ منهم بِإِقْرَارِهِمْ له عَلَىَّ ذلك، وَبِمِثْلِ هَذَا تَثْبُتُ أَكْثَرُ الْأَنْسَابِ الْعَامَّةِ، وسيأتي ما ينازع فيما قاله، ويشبه أن محل ما ذكره فيمن نشأ فيهم ونحوه، أما لو قدم غريب، وادَّعى ذلك، وسكتوا فلا.

وقال صاحب «التلخيص»: لا يقبل اليتيم والقرابة إلا ببينة، وأقره في رواية «الروضة».

ومنها: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليهم.

قال: (وَالثَّالِثُ: الْيَتَامَى)؛ للآية.

قال: (وَهُوَ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ) أي: سواء كان له جد أم لا، من أولاد المرتزقة أم من غيرهم، قتل أبوه في الجهاد أم لا، على الصحيح فيهن.

إشارة: قال قائل: قضية تفسيره اليتيم أن ولد الزنا واللقيط يعطيان، وأبداه عصري تَفَقُّهًا، قال: وقد يمنع اللقيط؛ لأنه غني بنفقته من بيت المال، وولد الزنا لَا أَبَ لَهُ شَرْعًا؛ فَلَا يُوصَفُ بِالْيُتْمِ.

قلت: ولا بدَّ من ثبوت الْيُتْمِ، وَهُوَ كَالْمُتَعَذِّرِ فِي اللَّقِيطِ؛ فَإِنْ ثَبَتَ يُتْمُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ، وخرج على كونه لقيطًا، ثم المراد يتامى المسلمين دون أيتام الكفار، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

قال: (وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ) لأن لفظ اليتيم يشعر بالضعف والحاجة؛ ولأنه إذا استغنى بمال أبيه، وامتنع استحقاقه، فبِمَالِ نفسه أَوْلَى أن يمنع، والثاني: لا يشترط؛ لشمول الآية، وكذوي القربى.

قال القاضي الحسين: هذا مذهبنا، ومذهب عامة أصحابنا، انتهى.

فكان الأجود أن يعتبر المصنف بالأظهر؛ لأن الثاني مشهور أيضًا، وَلَا خَفَاءَ أَنَّ مَسْكَنَةَ الْيَتِيمِ كَفَقْرِهِ.

قال: (وَالرَّابِعُ وَالْخَامِسُ: الْمَسَاكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ)؛ للآية، وسيأتي بيانها

وَيَعُمُّ الْأَصْنَافَ الْأَرْبَعَةَ الْمُتَأَخِّرَةَ، وَقِيلَ يُخَصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ،

في الباب بعده، ويدخل في حكم المساكين الفقراء وأسهمهم على الصحيح، كما صرَّح به القاضي أبو الطيب وغيره. وفي لفظ نصِّ «البويطي» إشكالٌ، قال: وخمس الخمس لليتامى، وهم كل يتيم وفقير، وليس للأيتام الأغنياء من ذلك شيء، والخمس للفقراء، وهم المتعففون الذين لا حرفة ولا مال، وخمس الخمس للمساكين، وهم الذين لهم النسب، لا يقوم ذلك بمؤنتهم، فيدخل في ذلك الطوافون، انتهى، ولعل ذلك للخلل في النسخة.

قال: (وَيَعُمُّ الْأَصْنَافَ الْأَرْبَعَةَ الْمُتَأَخِّرَةَ) أي: لظاهر الآية، وكالإرث.

(وَقِيلَ: يُخَصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ) كالزكاة ولمشقة النقل، وهو قول أبي إسحاق وزيفوه؛ فعلى المذهب لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى، ولا من المساكين، ولا من أبناء السبيل، كالزكاة يفرقها الإمام، هذا ما نقلاه.

قلت: وذكرا قبله أنه يجوز أن يفاوت بين اليتامى، وكذا في المساكين، وأبناء السبيل؛ لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة، فتراعى حاجاتهم، بخلاف ذوي القربى؛ فإنهم يستحقون بالقرابة، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إذا شرطنا الفقر في اليتامى جاز الصرف إلى بعض دون بعض، ويجوز أن يجتهد الإمام بينهم في التسوية والتفضيل.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: سواء من مات أبوه أو قتل، وإن قلنا: لا يشترط الفقر؛ اختص به مَنْ قتل أبوه في الجهاد فقط، ولا يختص به بعضهم، ثم على قول الشَّافِعِيِّ يفرق في أيتام جميع الأقاليم، وعلى قول أبي إسحاق، ما في كل إقليم في يتاماه، ويسوى فيه بين الذكر والأنثى، كالوقف، وكلام ابن الصباغ يقتضي أن قول أبي إسحاق ومقابله تجريان على القول الأول أيضًا، انتهى نقل ابن الرِّفْعَة.

وأما سهم المساكين؛ فقال الْمَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا فيمن يستحقه، على وجهين:

أحدهما: جميع مساكين المسلمين.

والثاني: مساكين أهل الجهاد الذين عجزوا عنه بالمسكنةِ والزَّمانةِ.

فعلى هذا يجب تفريقه في جميع الأقاليم، خلافًا لأبي إسحاق، ويجب أن يسوى بينهم من غير تفضيل بين كبير وصغير، وذكر وأنثى، ولا يجوز أن يجمع لهم بين سهم من الخمس، وسهم من الزكاة، ويجوز الدفع إليهم من الكفارات، وإنْ فرعنا على أن الأول؛ جاز أن يختص به البعض، وأن يفضل، وأن يجمع بين سهم من الخمس، وسهم من الزكاة.

تتمات: إذا جمع واحد صفتي اليتم والمسكنة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: أُعْطِيَ بِالْيُتْمِ؛ لأنها صفة لازمة، والمسكنة صفة زائلة، ونقل في ابن السبيل الوجهين السابقين في المساكين، وفرَّع عليهما الخلاف في الأمور السابقة؛ إذا فقد بعض الأصناف وزِّع على الباقين، إلا سهم رسول الله ﷺ؛ فإنه للمصالح.

قال صاحب «التلخيص»: لو ادَّعَى أَنَّهُ مِسْكِينٌ، أَوْ ابْنُ سَبِيلٍ؛ قُبِلَ بِلَا بَيِّنَةٍ، ولا يقبل اليتم والقرابة إلا ببينة، وسكت عليه في «زوائد الروضة»، ويظهر أن يأتي في المسكين وابن السبيل ما سيأتي في قسم الصدقات، شرط الأخذ من الفيء من هذه الأصناف الأربعة الإسلام، وألا يكون من الصدقات المثبتين المتصلين في ديوانه، قالوا: فلا حق لأهل الصدقات في الفيء، ولا لأهل الفيء في الصدقات، ولو احتجنا إلى من يكفينا شر الكفار، ولا مال لبيت المال لم يجز إعطاء المرتزقة من الزكاة على الأصحِّ، بل يجب على أغنيائنا إعانتهم، وفي النفس من هذه الأحكام شيء، ويحتاج إلى دليل واضح، ما سبق أنه يجب(١) تعميم ذوي القربى، وما قاله الإمام عند الضيق من تقديم الْأَحْوَجِ، وَلَا يَسْتَوْعِبُ لِلضَّرُورَةِ، وَتَصِيرُ الْحَاجَةُ مُرَجِّحَةً، قال: ولا يسقط سهم ذوي القربى؛ بإعراضهم على الأظهر، وينبغي أن يطرد ما ذكره أولًا في غيرهم.

قال: (وَأَمَّا الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ) أي: التي كانت لرسول الله ﷺ في حياته.

---

(١) في نسخة: (سوى أنه يجب).

فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ، وَهُمُ الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ، فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيوَانًا، وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا ....

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ، وَهُمُ الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ**) أي: لعمل السلف الصالح.

والثاني: أنها للمصالح خمس الخمس، واختاره ابن أبي عصرون.

والثالث: يقسم كما يقسم الخمس، ونسب إلى القديم؛ فعليه يقسم الفيء كله خمسة أقسام، وهذا غريبٌ.

قال في «الروضة»: فعلى الثاني يبدأ بالأهم فالأهم، وأهمها تعهد المرتزقة، وكذا حكم خمس الخمس، فالقولان الأولان متفقان، على أن المصرف المرتزقة؛ وإنما يختلفان فيما فضل عنهم، انتهى.

قلت: قال الْمَاوَرْدِيُّ: الفرق بين القولين؛ أنهم على قولنا: إنها للمصالح لا يزادون على أرزاقهم عند اتساع المال، وعلى الآخر يزادون، وأنهم على قولنا: للمصالح إِذَا ضَاقَ الْمَالُ يَقْضُونَ بَقِيَّةَ أَرْزَاقِهِمْ، وَعَلَى الآخر لَا يَقْضُونَ.

قال: (**فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيوَانًا**) قال ابن الصباغ، وشيخه في «المجرد»: وهو الدفتر الذي تكتب [وتثبت] فيه الأسماء، فيحصي المرتزقة وأسماءهم، ويثبت فيه قَدْرُ أرزاقهم.

قال: (**وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفًا**) أي: ليعرض عليه أحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة.

إشارات: يطلق الديوان على الموضع الذي يجلس فيه للكتابة، وفي «الحاوي» ما يدل على أنه المراد هنا، والوجه الأول، وأول من وضعه في الإسلام عمر ﷺ زاد المصنف في «الروضة».

قلت: نصب العريف مستحب؛ فافهم أن وضع الديوان واجب، وبه يشعر كلام غيره، وظاهر كلام «مجرد» أبي الطيب: أنه مستحب، حيث قال: لأنه أخف في القسمة، وأشهد على الإمام، والظاهر الوجوب؛ لئلا يقع في الحيط والغلط، وعبارة «البسيط»: ويفتقر الإمام إلى أن يضع ديوانًا، وبه يشعر كلام الْمَاوَرْدِيِّ.

وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ ....

قال الجوهري: [العريف]: النقيب.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: وينبغي أن ينصب عرفاء ونقباء، فَأَمَّا الْعُرَفَاءُ؛ فَهُوَ أَنْ يُضَمَّ إِلَى كُلِّ جَمَاعَةٍ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، يَكُونُ عَرِيفًا عَلَيْهِمْ، وَقَيِّمًا بِهِمْ، يَرْجِعُونَ إِلَيْهِ فِي عَوَارِضِهِمْ، وَيَرْجِعُ الْإِمَامُ إِلَيْهِ فِي تَعَرُّفِ أَحْوَالِهِمْ، وَيُضِيفُهُمْ إِلَيْهِ إِذَا أَغْزَاهُمْ.

قال: وَقَدْ سُمِّيَ الْعُرَفَاءُ فِي وَقْتِنَا هَذَا قُوَّادًا، وَأَمَّا النُّقَبَاءُ؛ فَجَعَلَ عَلَى كُلِّ جَمَاعَةٍ مِنَ الْعُرَفَاءِ نَقِيبًا؛ لِيَكُونَ لَهُمْ مُرَاعِيًا، وَلِأَحْوَالِ أَصْحَابِهِمْ مُنْهِيًا، وَلَهُمْ إِذَا طلبوا مُسْتَدْعِيًا.

قال: **(وَيَبْحَثُ)** أي: الإمام وجوبًا.

(عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ، وَمَا يَكْفِيهِمْ فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ) أي: من نفقة، وكسوة، وسائر مؤنهم الشرعية؛ ليتفرغ للجهاد، ويراعي الزمان والمكان، والرخص والغلاء، وحاله مروءةً وَضِدَّهَا، وعادة البلد في المطاعم، والمراد بعياله: مَنْ يلزمه نفقته.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته، أطفالًا كانوا أو كبارًا، أو كلما زادت الحاجة بالكبير؛ زاد في حصته، وقيل: لا يعطى للأولاد شيئًا؛ لأنهم لا يقاتلون، وليس شيء.

وعبارة الْبَغَوِيِّ وغيره: يعطي نفقة الأقارب، الذين مَنْ يلزمهم نفقتهم، وهي أشمل، وأما الزوجات فيعطي مؤنتهن، وإنْ كن أربع، وأما العبيد فما يحتاج إليه منهم للغزو، ولسياسة الدواب وغيرها، فيعطى لأجله ما يحتاج إليه؛ لخدمته.

قال: الْغَزَالي، وتبعه الرَّافِعِي: إنه لا يعطي إلا لواحد.

قال المصنف: وهذا إذا حصلت الكفاية به؛ فأما من لا يكتفي إلا بجماعة؛ فيعطي لمن يحتاج إليه، وتختلف باختلاف الأشخاص، ولا يعطي للعبيد الزمني، ونحوهم، ولا لعبيد الزينة والتجارة.

والظاهر أن أمهات الأولاد كالزوجات، وفي الإعطاء لما زاد على واحدة

وَيُقَدَّمُ فِي إِثْبَاتِ الاِسْمِ وَالْإِعْطَاءِ قُرَيْشًا، وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ، وَيُقَدَّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ ....

منهن، ومن الزوجات من غير حاجة للزيادة نظرٌ، ولا يفضل أحد منهم لشرف نسب أو سبق في الإسلام، أو هجرة، وغيرها من الْخِصَالِ الْمَرْضِيَّةِ، بل يسوون كالإرث والغنيمة، وقيل: يفضل إذا اتَّسَعَ الْمَالُ.

قال: (**وَيُقَدَّمُ فِي إِثْبَاتِ الاِسْمِ وَالْإِعْطَاءِ قُرَيْشًا**) أي: استحبابًا لحديث: «**قَدِّمُوا قُرَيْشًا، وَلَا تَقَدَّمُوهَا**»(١) رواه الشَّافِعِي، وغيره.

قال: (**وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ**) أي: ابنُ مُدْرِكَةَ بنِ إِلْيَاسَ بْنِ مُضَرَ بْنِ نِزَارِ بْنِ مَعْدِ ابْنِ عَدْنَانَ.

قال الأستاذ أبو منصور: هذا قول أكثر النسَّابين، وبه قال الشَّافِعِيُّ وأصحابه. وقيل: هم ولد إلياس. وقيل: ولد مضر. وقيل: ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة، هذا ما في «الروضة» وقال غيره: فهو لقب له، واسمه، ونسبه البيهقيُّ إلى أكثر أهل العلم.

وقيل: هو قصي بن كلاب، وفي تسميتهم قريشًا أقوال للناس، عدَّها بعضهم عشرين قولًا(٢).

قال: (**وَيُقَدَّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ**) لأنه ﷺ منهم، وهاشم لقب؛ لأنه هشم

---

(١) أخرجه الشافعى (١/ ٢٧٨). وابن أبي عاصم (٢/ ٦٣٧، رقم ١٥١٩) قال المناوي (٤/ ٥١٢): فيه أبو معشر قالوا ضعيف. وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/ ٦٤).

(٢) فائدة مهمة: عِنْدَ أَئِمَّةِ النَّسَبِ كُلُّ مَنْ لَمْ يَلِدْهُ فِهْرٌ، فَلَيْسَ بِقُرَشِيٍّ؛ لتَجَمُّعِهِمْ في الحَرَمِ مِنْ حَوَالَيْ مَكَّةَ بَعْدَ تَفَرُّقِهِم في البِلَادِ حينَ غَلَبَ عليها قُصَيُّ بنُ كِلَابٍ، ويُقَال تَقَرَّشَ القَوْمُ: إذا اجْتَمَعُوا، وبِه سُمِّيَ قُصَيٌّ مُجَمِّعًا، وقِيلَ: إِنَّمَا لُقِّبَ قُصَيٌّ مُجَمِّعًا لِجَمْعِه قبائل قُرَيْشٍ بالرِّحْلَتَيْنِ، ولِكَوْنِه أَوَّلَ مَنْ جَمَّعَ يومَ الجُمُعَةِ، فخَطَب، أو لأَنَّهُمْ كَانُوا يَتَقَرَّشُونَ البِيَاعَاتِ فَيشْتَرُونَهَا، أَوْ لأَنَّ النَّضْرَ بنَ كِنَانَةَ اجْتَمَعَ فِي ثَوْبِه يَوْمًا، فقالوا: تَقَرَّشَ فغَلَبَ عليه اللَّقَبُ، أَوْ لأَنه جاءَ إِلى قَوْمِه يَوْمًا، فقالُوا: كأَنَّهُ جَمَلٌ قَرِيشٌ، أَيْ: شَدِيدٌ؛ فلُقِّبَ به، أَوْ لأَنَّ قُصَيًّا كان يُقَالُ له: القُرَشِيُّ، وهُوَ الَّذِي سَمّاهم بِهذا الاسْم، أَوْ لأَنَّهُمْ كَانُوا يُفَتِّشُونَ الحاجَ -بالتَّخْفِيفِ جَمْعُ: حاجَةٍ- فيَسُدُّونَ خَلَّتَها فمَنْ كان مُحْتَاجًا أَغْنَوْهُ، ومَنْ كان عارِيًا كَسَوْه، ومَنْ كان مُعْدِمًا وَاسَوْهُ، ومَنْ كانَ طَرِيدًا آوَوْه، ومَنْ كان خائِفًا حَمَوْه، ومَنْ كان ضالاً هَدَوْهُ، أَوْ-

وَالْمُطَّلِبِ ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ ثُمَّ نَوْفَلٍ ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ....

الثريد لقومه وغيرهم جودًا، واسمه عمرو.

وقال الشاعر:

عَمرو الَّذي هَشَمَ الثَّريدَ لِقَومِهِ ... وَرِجالُ مَكَّةَ مِسنِتونَ عِجافُ[1]

قال: (**وَالْمُطَّلِبِ**)؛ لِتَسْوِيَتِهِ ﷺ بَيْنَهم، كما سبق.

قال: (**ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ**) أي: ثم بني عبد شمس؛ لِأَنَّهُ أَخو هَاشِمٍ لِأَبَوَيْهِ.

قال: (**ثُمَّ نَوْفَلٍ**) أي: نوفل؛ لِأَنَّهُ أَخو هَاشِمٍ لِأَبِيهِ.

قال: (**ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى**)؛ لأنهم أصهارُه ﷺ فإنَّ خديجة - رضي الله عنها - بِنْتُ خُوَيْلِدِ بْنِ أَسَدِ بْنِ عَبْدِ الْعُزَّى.

قال: (**ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ الْأَقْرَبَ فَالْأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ الله ﷺ**) أي: فَيُقَدَّمُ بعد بَنِي عَبْدِ الْعُزَّى بَنِي عَبْدِ الدَّارِ؛ لأنه وعبد العُزَّى ابني قُصَيٍّ.

قالا: ثُمَّ بَنِي زُهْرَةَ بْنِ كِلَابٍ أخي قُصَيٍّ، ثُمَّ بَنِي تَمِيمٍ[2]، ثُمَّ بَنِي مَخْزُومٍ.

قالا: وتَميم ومَخْزُوم أخوي كِلَابٍ، وقُدِّمت تميم؛ لمكان الصديق وابنته عائشة - رضي الله عنها - من رسول الله ﷺ.

= سُمِّيَتْ بِمُصَغَّرِ القِرْشِ، وهِيَ دَابَّةٌ بَحْرِيَّةٌ تَخافُهَا دَوَابُّ البَحْرِ كُلُّها، وقِيلَ: إنَّهَا سَيِّدَةُ الدّوابِّ إذا دَنَتْ وَقَفَت الدَّوابُّ، وإذا مَشَتْ مَشَتْ، وكَذلِكَ قُرَيْشٌ ساداتُ النّاسِ جاهِلِيَّةً وإِسْلَامًا، أو سُمِّيَتْ بقُرَيْشِ بنِ مَخْلَدِ بنِ غالِبِ بنِ فِهْرٍ، وكانَ صاحِبَ عِيرِهم، فكانُوا يَقُولُون: قَدِمَتْ عِيرُ قُرَيْشٍ، وخَرَجَتْ عِيرُ قُرَيْشٍ؛ فَلَقَّبُوا بِذلِكَ، وقال السُّهَيْلِيُّ: هُوَ أبو بَدْرٍ وهُوَ ابنُ قُرَيْشِ بنِ الحَارِثِ بن يَخْلُدَ بنِ النَّضرِ، وكَانَ قُرَيْشٌ أَبُوهُ دَلِيلاً بَينَ فِهْرِ بنِ مالكٍ في الجاهلية، فكانت عِيرُهم إذا وَرَدَتْ بَدْرًا، يقال: قد جاءَت عِيرُ قُرَيْشٍ يُضِيفُونَهَا إلى الرَّجُلِ حَتَّى ماتَ، وبَقِيَ الِاسْمُ؛ أو سُمِّيَتْ بِذلِكَ لِتَبَحُّرِهَا وتَكَسُّبِهَا وضَرْبِهَا في البِلادِ تَبْتَغِي الرِّزْقَ، وقِيلَ: لأَنَّهُم كانُوا أَهْلَ تِجَارَةٍ، ولَمْ يَكُونوا أَصْحَابَ ضَرْعٍ وزَرْعٍ من قَوْلهم: فلانٌ يَتَقَرَّشُ المالَ أَيْ: يَجْمَعُه، انظر: معجم البلدان (١/ ٤٤)، وتاج العروس (قرش).

(١) البيت من الكامل، وهو لعبد الله بن الزبعري كما في «الحماسة البصرية» (٣٨٩).

(٢) في نسخة: (تَيم).

ثُمَّ الأَنْصَارَ، ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ، ثُمَّ الْعَجَمَ ....

ثُمَّ بَنِي جُمَحٍ وَبَنِي سَهْمٍ، وهما من ولد هَصِيصِ بْنِ كَعْبٍ، وهَصِيصُ أخو مُرَّةَ بْنِ كَعْبٍ، وقدم عمر رضي الله عنه من هذه القبائل الثلاث بَنِي جُمَحٍ، وسوَّى بين بَنِي عَدِيٍّ، كما سوَّى بين بني هاشم وبني المطلب.

قال الشَّافِعِي: وقدَّم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عَدِيٍّ على بني جُمَحٍ وبني سَهْمٍ[1]؛ لمكان عمر رضي الله عنه، والذي فعله عمر كان تواضعًا منه.

ثم يقدَّم بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ، وهو أخو كَعْب، ثُمَّ بَنِي الْحَارِثِ بْنِ فِهْرٍ، وهو أخو غَالِب، هكذا قال الرَّافِعِيُّ - رحمه الله تعالى- وتبعه المصنف.

وقوله: «إن مخزوم أخو كلاب»، قال البيهقي: ليس مخزوم أخاه، وَإِنَّمَا هُوَ مَخْزُومُ بْنُ يَقْظَةَ بْنِ مُرَّةَ، إِلَّا أَنَّ الْقَبِيلَةَ اشْتُهِرَتْ بِمَخْزُوم؛ فَنُسِبَتْ إِلَيْهِ[2].

وقوله: «ثُمَّ بَنِي جُمَحٍ، وهما ولد هَصِيصِ بْنِ كَعْبٍ»، قال البيهقي: هما ولد عَمْرِو بْنِ هُصَيْصِ بْنِ كَعْبٍ، إِلَّا أَنَّ الْقَبِيلَةَ اشْتُهِرَتْ بِهِمَا؛ فَنُسِبَتْ إِلَيْهِمَا[3].

قال: (**ثُمَّ الْأَنْصَارَ**) أي: بعد قريش؛ لِآثَارِهِمْ الْحَمِيدَةِ فِي الْإِسْلَامِ، وهما الحيان: الأوس والخزرج، هكذا رتب الأصحاب، وهو ظاهرُ النصِّ.

وقال السَّرخسيُّ: إنَّ هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار؛ فيقدَّمون عليهم.

قال: (**ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ، ثُمَّ الْعَجَمَ**)؛ لأن العرب أقرب إلى رسول الله ﷺ منهم وأشرف.

وقضية كلام الشيخين وغيرهما: أنه لا ترتيب بعد الأنصار في العرب، ولكن في «الحاوي»: ثم يقدَّم بعد قريش الأنصار، ثم من بعدهم مُضَر، ثم

---

[1] في نسخة: (بني هاشم).

[2] قال البيهقيُّ: وَإِنَّمَا قَدَّمَ بَنِي تَيْمٍ عَلَى بَنِي مَخْزُومٍ؛ لأَنَّهُمْ كَانُوا مِنْ حِلْفِ الْفُضُولِ وَالْمُطَيَّبِينَ، وَقِيلَ: ذَكَرَ سَابِقَةً يُرِيدُ سَابِقَةَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي الله عنه فَإِنَّهُ أَبُو بَكْرٍ: عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُثْمَانَ بْنِ عَامِرِ بْنِ عَمْرِو بْنِ كَعْبِ ابْنِ سَعْدِ بْنِ تَيْمِ بْنِ مُرَّةَ بْنِ كَعْبِ بْنِ لُؤَيِّ بْنِ غَالِبِ بْنِ فِهْرٍ، انظر سنن البيهقي الكبرى (٢/ ٢١٥).

[3] انظر: سنن البيهقي الكبرى (٢/ ٢٢٣).

ربيعة، ثم جميع ولد عدنان، ثم قحطان، فيرتبهم على السابقة كقريش، وهكذا أحسن.

تتمات: منها: قال الرَّافِعِي: ومتى اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الْقُرْبِ قُدِّمَ أسنهما، فإن استويا في السن؛ فأقدمهما إسلامًا وهجرةً، انتهى.

وَعَكَسَ الْمَاوَرْدِيُّ هذا في «أحكامه»؛ فَقَالَ: يُقَدَّمُ بالسابقة في الْإِسْلَامِ؛ فإن تقاربا فيه قدم بالشَّجاعة، فإن تقاربا فيها؛ فَوَلِيُّ الْأَمْرِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يرتبهم بالقرعة، أَوْ بِرَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ، انتهى.

وقال في «الحاوي»: فَأَمَّا تَرْتِيبُ الْقَبِيلَةِ الْوَاحِدَةِ في الديوان مِنْ قُرَيْشٍ أَوْ غَيْرِهِمْ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ مِنْهُمْ ذُو السَّابِقَةِ، ثُمَّ ذُو السِّنِّ، ثُمَّ ذُو الشَّجَاعَةِ.

قال ابن الرِّفْعَة: ونصَّ في «الأم» و«المختصر» على التقديم بالسابقة عند التساوي بالنَّسبِ.

قلت: وهو الوجه.

ومنها: قضية كلام الكتاب: التسوية بين جميع العجم.

قال الرَّافِعِي بعد أن أطلق أيضًا: وفي «المهذب» و«التهذيب»: أن التقديم فيهم بالسِّن والفضائل، ولا يقدَّم بعضهم على بعض بالنَّسبِ، وفيه كلامان:

أحدهما: أنه قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضًا.

الثاني: أنا إذا قدَّمنا في صفة الأئمة في الصلاة، عن الإمام: أن الظاهر رعاية كل نسب يعتبر في كفاءة النكاح، وسنذكر أن كلَّ نسب مرعي في الكفاءة على خلاف فيه؛ فليكن كذلك هنا.

قال الشيخ: وقد أشار في «الحاوي» إلى اعْتِبَارِ نَسَبِ الْعَجَمِ؛ فَقَالَ: إذا لم يَجْتَمِعُوا عَلَى نَسَبٍ جَمَعَهُمْ بِالْأَجْنَاسِ، كَالتُّرْكِ وَالْهِنْدِ وَبِالْبُلْدَانِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُمْ سَابِقَةٌ فِي الْإِسْلَامِ تَرَتَّبُوا عَلَيْهَا، وَإِلَّا فَبِالْقُرْبِ مِنْ وَلِيِّ الْأَمْرِ؛ فَإِنْ تَسَاوَوْا فَبِالسَّبْقِ إِلَى طَاعَتِهِ، انتهى، وهذا حسنٌ.

وَلَا يُثْبِتُ فِي الدِّيوَانِ أَعْمَى وَلَا زَمِنًا وَلَا مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ، وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ، فَإِنْ لَمْ يُرْجَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَى، ....

ومنها: نقل الرَّافِعِيُّ، وتبعه المصنف عن الأئمة: أن هذا الترتيب المذكور في هذه الوظيفة مُسْتَحَبٌّ لَا مُسْتَحَقٌّ، كما فسرنا به كلام «المنهاج»، وصرح به في «التنقيح».

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وفيه نظر؛ فإن فائدته الترتيب في الإعطاء [إذا إعطاء] الكل دفعةً لا يمكن، وترجيح بعض على بعض بلا نسب لا يمكن؛ لما فيه مما لا يخفى، وظاهر فعل عمر رضي الله عنه يدل على الاستحقاق، انتهى.

وما قاله حسن محتمل، نعم، لو غاب الفاضل عن مجلس الإعطاء والتفرقة ونحوه؛ فلا بأس بإعطاء من دونه، وأما مع حضوره فلا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ الْإِزْرَاءِ به والهضم، وربما أورث حِقْدًا وَعَدَاوَةً لمن أخَّره مع فضله وشرفه، ولا سيما إذا طال زمن التأخير، وهذا واضح عندي.

قال: (**وَلَا يُثْبِتُ فِي الدِّيوَانِ أَعْمَى، وَلَا زَمِنًا، وَلَا مَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ**) إذ لا كفاية فيهم، وإنما يثبت فيه من جمع الحرية، والذكورة، والبلوغ، والعقل، والإسلام، والنفي من العمى، والزَّمانة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ في «أحكامه»: وأن يكون فيهم إقدام على القتال، ومعرفة به، قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج، إنْ كان فارسًا لا راجلًا، ويجوز إثبات الأخرس والأصم، ودخل في قوله: «مَنْ لَا يَصْلُحُ» الجبان وَالْمُخَذِّلِ، ومَنْ لا يبصر نهارًا وغيرهم.

قال: (**وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ**)، وإنْ طال مرضه سواء المخوف وغيره؛ لئلا يرغب الناس عن الجهاد، ويقبلوا على الكسب لهذه العوارض.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُرْجَ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَى**)؛ لما ذكرناه، والثاني: لا؛ لما سيأتي.

ونقل المصنف في «التنقيح» عن الجمهور: إنه إذا لم يُرْجَ لا يُعْطَى، ثم

وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ ....

قال في «الشامل»: فيه قولان؛ كالقولين في ذريته إذا مات، قال: وهذا ظاهرٌ حسنٌ؛ لأنا إذا أبقيناه على الذُّرية فعليه لنفسه أولى.

فإن قيل: مراد الأصحاب بقولهم: «سقط اسمه» أنه لا يثبت في المقابلة، ولم يبينوا إعطاءه، فلا مخالفة بينهم، وبين صاحب «الشامل».

والجواب: إن هذا غلط، وخيال فاسد من قائله؛ فإنهم مصرحون بسقوط حقه، وعطائه، إذا لم يرج زواله، والتصريح بذلك موجود في كتبهم المشهورة، حتى في «المهذب»، انتهى.

وما قاله في «الشامل» هو المذكور في «الحاوي»، وتعليق القاضي الحسين وغيرهما، وعليه اقتصرا في «الشرحين» و«الروضة».

وقال في أصل «الروضة»: إذا لم يرج زواله أسقط اسمه، وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته، وأولى بالإعطاء، وبه تبيَّن أن في نسبه المنع إلى الجمهور نظر، والإعطاء هنا أولى مما سيأتي في زوجته وأولاده كما قاله الرَّافِعِيُّ والمصنف.

قال: (وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ) وجه الإعطاء ترغيب الناس في الجهاد؛ ولئلا يعرضوا عنه إذا عَلِمُوا ضَيَاعَ [عِيَالِهِمْ] ووجه المنع زوال المتبوع، والخلاف قولان، وقيل: وجهان، ونقل ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» عن الرَّافِعِيِّ: أنه رجح المنع، وهو وهمٌ منه.

تنبيهات: المراد بأولاده الذين تلزمهم نفقتهم في حياته، ويلتحق بهم فيما يظهر من تلزمه نفقته من أصوله، كما دلَّ عليه كلام الْبَغَوِيِّ وغيره فيما سبق، وزعم زاعم أنهم صرَّحوا بإعطاء الأولاد خاصةً، ولم أره، ونسبه إلى «المنهاج» وغيره، واعترض على قول «التنبيه»: [دفع إلى ورثته وزوجته الكفاية، وكأنه أخذ ذلك من اقتصارهم على ذكر الأولاد، وفيه نظرٌ، ومراد «التنبيه»] ورثته الَّذِينَ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُمْ فِي الحياة، والله أعلم.

والظاهر أنه لو كان المنفق عليهم من أصول وفروع كفار لا يعطون بعده،

فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تُنْكَحَ وَالْأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا.

ولم أر فيه نقلًا، وهل تعطى الزوجة الناشز حال موته أم لا كحال الحياة؟ لم أر فيه شيئًا، وكذلك الزوجة الذمية، وقيل: إن كان في الذُّرية من يرجى أن يكون من أهل الفيء إذا بلغ أعطى، وإلا فلا، وحمل قائله القولين على هذين الحالين.

وقوله: «وَزَوْجَتُهُ» المراد الخمس لا الواحدة، والظاهر أنها إنما تعطى مع الحاجة كالذُّرية، ونقل الدارميُّ: إنْ يشاء المقابلة لا يعطي، إلا أن يكن من أولاد المجاهدين، ثم قال: وعندي تعطى، في قول من أعطى الذُّرية، انتهى.

هل أَسْر المرتزق كمرضه أو كموته؟ لم أر فيه شيئًا، ويحتمل أن يفرق بين منقطع الخبر [وغيره، ويبعد إعطاء ذرية منقطع الخبر] مع طول الزَّمان.

قال: (**فَتُعْطَى الزَّوْجَةُ حَتَّى تُنْكَحَ**) أي: لتستغني بزوجها، ومنه يؤخذ ما أشرت إليه قريبًا، وحينئذٍ ينبغي أن يزاد أو يستغنى بكسب أو إرثٍ أو غيره، وهذا في الزوجة الحرة، أما الأمة؛ فكفايتها على سيدها.

قال: (**وَالْأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا**) أما الذكور فيعطون، إلى أن يبلغوا على صفة يقدرون على الكسب أو القتال معها، فتثبت أسماؤهم في الديوان، فإن بلغوا عاجزين استمروا على الرزق، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ فيمن بلغ من أولاد المرتزقة وأولاد المولى منهم عاجزًا لعمى أو زمانة، أوجهًا؛ ثالثها: إنْ كانوا من أولاد الأحياء بقوا تبعًا، وإلا فلا؛ لفقد المتبوع.

قال: والأصحُّ عندي أنه إنْ كان ما أقعدهم موجبًا لنفقاتهم على الآباء بعد بلوغهم كهي قبله، كجنون وزمانة؛ بقوا على حكم الذُّرية في مال الفيء، ولم يعدل بهم إلى الصدقات، سواء كانوا ذرية حي أو ميت، وإنْ كان عجزهم عن القتال غير موجب لنفقاتهم؛ لقدرتهم على الكسب مع عجزهم عن الاكتساب؛ خرجوا عن حكم الذرية في مال الفيء، سواء كانوا ذرية حي أو ميت، وعدل بهم إلى الصدقات، إنْ كانوا من أهلها؛ لأن سقوط نفقتهم بالبلوغ يخرجهم عن حكم الذُّرية، انتهى.

……

وأما الإناث؛ قال الرَّافِعِي: فنصه ما في «الوسيط»: أنهن يرزقن حتى ينكحن.

قلت: وفي «البيان»: إنْ كانت الذُّرية إناثًا؛ أعطين الكفاية إلى أن يبلغن ويتزوجن، أو يكون لهن كسب يستعن به، والخنثى بعد البلوغ كالأنثى على الأصحِّ.

إشارة: عبارة «المحرر»: «حتى يبلغوا»، وقول «المنهاج»: «يَسْتَقِلُّوا» أحسن، وقد يكون الاستقلال بكسبٍ يكفيه قبل البلوغ أو بإرثٍ أو وصيةٍ أو هبةٍ أو غَلَّةِ وَقْفٍ ترجع إليه، والأنثى في هذا كالذَّكر، وقولهم: «حتى يبلغوا» خرج عن الغالب، فيما أظنه.

فائدة: أفتى بعض أكابر عصرنا في الفقيه إذا عرض له مرض أو موت بإعطاء زوجته وأولاده من المال الذي كان يقوم بهم من المدارس ونحوها؛ ترغيبًا للناس في الاشتغال بالعلم، قياسًا على المرتزقة؛ فإن قيل: فيه تَعْطِيلٌ لِشَرْطِ الْوَاقِفِ إِذَا اشْتَرَطَ مُدَرِّسًا بِصِفَةٍ؛ فَإِنَّهَا غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ.

قُلْنَا: قَدْ حَصَلَتْ تِلْكَ الصِّفَةُ مُدَّةً مِنْ أَبِيهِمْ وَالصَّرْفُ لِهَؤُلَاءِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَمُدَّتُهُمْ مُغْتَفِرَةٌ فِيمَا مَضَى كَزَمَنِ الْبِطَالَةِ.

قَالَ: وَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ بشرط الواقف تَقْرِيرُ مَنْ لَيْسَ بِأَهْلٍ للابتداء وتقرير اسمه في الوظيفة، كما يمتنع إثبات اسم مَنْ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْجِهَادِ فِي الدِّيوَانِ أَوْ إِثْبَاتِ اسْمِ الزَّوْجَةِ وَالْأَوْلَادِ، قَالَ: ولو زاد معلوم المدرس على كفاية أولاده، وأمكن إعطاء الباقي لمن يقوم بالوظيفة؛ فلا بأس، انتهى.

وفيما قاله نظرٌ! ولا يخفى الفرق بين مال بيت المال، والأوقاف الخاصة على متصفين بصفات مشروطة، والله أعلم.

فرع: قال في «الروضة»: تفرق الأرزاق في كلِّ عام مرةً، ويجعل له وقتًا معلومًا لا يختلف، وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرةً ونحوها؛ فعل، وإذا اقتصر في السنة على مرةٍ؛ فيشبه أن يقال: يجتهد فيها، فما اقتضاه الحال،

……

وتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة أو آخرها؛ فعله، وعلى هذا ينزل قوله في «الوجيز»: يفرق في أول كل سنة، وقول آخر: في آخر كل سنة، انتهى.

وقال شارح: يفرق الإمام الفيء متى شاء، وقيل: لا يفرق في السنة إلا مرة، وغلَّطه الْمَاوَرْدِيُّ، انتهى.

والقياس: أنه متى اجتمع عنده ما يمكن تفريقه على الكلِّ؛ وجب تفريقه على الفور عند المكنة؛ كالزكاة لظهور حاجات المستحقين، وطلبهم بلسان الحال.

ثم رأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ قال: إذا جعلنا مال الفيء لِلْجَيْشِ خَاصَّةً؛ فَوَقْتُ الْعَطَاءِ متى تكامل حُصُولُ الْمَالِ، تَعَجَّلَ أَوْ تَأَجَّلَ، وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ تأخيره عَنْهُمْ إِذَا حُصِّلَ، وَلَا لَهُمْ مُطَالَبَتُهُ بِهِ إِنْ تَأَخَّرَ، إِلَّا أَنْ يُؤَخِّرَ جِبَايَتَهُ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ؛ فَلَهُمْ أَنْ مطالبته باسْتِخْلَاصِهِ، وإنْ جعلنا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ الْفَيْءِ لِلْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ الَّتِي مِنْهَا عَطَاءُ الْجَيْشِ؛ وَجَبَ بَيَانُ وَقْتِ الْعَطَاءِ، وَجِنْسِ الْمَالِ الْمُعْطَى.

فَأَمَّا الْوَقْتُ فَمُعْتَبَرٌ بِمَالِ الْفَيْءِ، فَإِنِ استحق دُفْعَةً؛ جُعِلَ وَقْتُ الْعَطَاءِ دُفْعَةً مِنَ السَّنَةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْوَقْتُ مِنَ السَّنَةِ مَعْلُومًا عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ الْفَيْءِ، وَيُخْتَارُ أَنْ يَكُونَ الْمُحَرَّمَ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ السَّنَةِ الْعَرَبِيَّةِ، فَإِذَا حَلَّ وَفَّاهُمْ عَطَاءَ السَّنَةِ بِأَسْرِهَا.

وَإِذَا كَانَ مَالُ الْفَيْءِ يستحقُّ فِي أَوْقَاتٍ شَتَّى مِنَ السَّنَةِ؛ جَعَلَ لِلْعَطَاءِ وَقْتَيْنِ وَقَسَمَهُ نِصْفَيْنِ، وَأَعْطَاهُمْ بَعْدَ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ نِصْفَهُ، وَلَا يَجِبُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْعَطَاءِ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ وَقْتَيْنِ، وَلَا أَنْ يَجْعَلَهُ مُشَاهَرَةً؛ لِئَلَّا يشتغل الْجَيْشُ فِي كُلِّ السَّنَةِ بِالْقَبْضِ وَالطَّلَبِ، ولئلا يَنْقَطِعوا عَنِ الْجِهَادِ تَوَقُّعًا لِحُلُولِ الشُّهُورِ أَوْ تَتَأَخَّرُ عَنْهُمْ إِنْ خَرَجُوا.

فَإِنْ قِيلَ: أَفَيَكُونُ الْعَطَاءُ لِمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ، أَوْ لِمَا يُسْتَقْبَلُ مِنْهَا؟ قِيلَ: هو لَيْسَ هُوَ لِمَا مَضَى، وَلَا لِمَا يُسْتَقْبَلُ؛ لِأَنَّ أَرْزَاقَ الْمُقَاتِلَةِ تَجْرِي مَجْرَى الْجُعَالَةِ؛ فَالْوُجُوبُ مُتَعَلِّقٌ بِحُصُولِ الْمَالِ، وَالْأَدَاءُ مُتَعَلِّقٌ بِحُلُولِ الْوَقْتِ، وَعَلَى الْقَوْلِ

فَإِنْ فَضَلَتْ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ الْمُرْتَزِقَةِ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ ....

الْأَوَّلِ يَكُونُ الْوُجُوبُ وَالْأَدَاءُ مَعًا مُتَعَلِّقَيْنِ بِحُصُولِ الْمَالِ، انتهى⁽¹⁾.

وفيه فوائد: إذا مات مرتزقٌ بعد جمع المال [وقبل انقضاء تمام] الحول صرف [نصيبه] إلى ورثته قسط ما مضى على الأظهر كالأجرة، والثاني: لا كالجعل قبل تمام العمل، وإنْ مات بعد الحول، وقبل جمع المال؛ فظاهر النص أنه لا شيء لورثته.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إنه مذهب الشَّافِعِيِّ، وقضية ما في «الروضة» وأصلها ترجيحه، خلافًا للشيخ أبي حامد، وإنْ مات بعد جمع المال، وقبل انقضاء الحول؛ فإن قلنا: إذا مات بعد الحول لا يستحق؛ فهنا أولى، وإلا ففي قسط ما مضى الخلاف في موته قبل الحول، وبعد جمع المال، هذا كله إذا كان العطاء مرةً في السنة؛ فإنْ رأى الإعطاء في السنة مرتين فصاعد، أما الاعتبار بمضي المدة المصروفة، هذا ما أورداه، ولا يتضح النظر في ذلك إلى ضرب المدة، وترتيب الإعطاء، والحرمان على ذلك.

قال: (**فَإِنْ فَضَلَتْ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ الْمُرْتَزِقَةِ**) أي: والتفريع على الأظهر؛ أنها لهم خاصةً.

(**وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ**) أي: كالمقرر لهم، فإذا كان الواحد نصف ما للآخر والآخر ثلثه، وهكذا أعطاهم بالنسبة، هذا ما نقله ابن الرِّفْعَة عن النصّ، وجمهور المصنفين، وعن الإمام أنه قال: يوزع على قدر رُءُوسِهِمْ بِالسَّوِيَّةِ، قال: لأن المؤن قد زالت بالكلية؛ فكأنها غير معتبرة، والفيء مضاف إليهم، وهذا على القول الأظهر؛ فإن قلنا بأنها للمصالح، فيظهر رجوع ذلك إلى رأي الإمام، على قولنا يصرف إليهم إعانةً، فإن قلنا: يصرف إليهم تعجيلًا عن العام الآتي؛ فالإعطاء على قدر الكفاية بلا نزاع فيما يظهر، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ**) أي: بعض هذا الفاضل عن

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ١١٢٤).

فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ وَالسِّلَاحِ وَالْكُرَاعِ، هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ. فَأَمَّا عَقَارُهُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفًا، وَتُقَسَّمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ.

حاجاتهم، والتفريع على الأظهر.

(**فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ، وَالسِّلَاحِ، وَالْكُرَاعِ**) أي: وهو الخيل؛ ليكون عدة لهم.

قال في «الشامل»: ولا يقدح فيه كونها لهم؛ لأن ذلك يعود نفعه عليهم.

والثاني: المنع، بل يُوزَّع عليهم، وصححه ابن الرِّفْعَة في شرح «التنبيه».

قال: (**هَذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ، فَأَمَّا عَقَارُهُ**) أي: من دور وأرض.

(**فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفًا، وَتُقَسَّمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ**) أي: في كلِّ عامٍ أبدًا؛ لأنه أنفع لهم.

وحاصلُ «الروضة»: قال الشَّافِعِي: هي وقف للمسلمين تستغل، وتقسَّم غلتها في كلِّ عام، كذلك أبدا هذا نصه: فأما أربعة أخماس الفيء؛ فقيل: إنه مفرعٌ على أنها لَلمصالح، فإن جعلناها للمرتزقة؛ فتقسَّم بينهم كالمنقول وكالغنيمة، والأصحُّ أن ذلك على القولين جميعًا، فإنْ قلنا بالوقف؛ فالأصحُّ أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة لا التوقف على قسمة الرقبة؛ فعلى هذا وجهان:

أحدهما: يصير وقفًا بالحصول، كرق النساء، والصبيان بالأسر، وأصحهما لا، لكن الإمام يقفها، فإن رأى قسمتها أو بيعها، وقسمة ثمنها؛ فله ذلك، وقول الشَّافِعِيِّ: هي وقف، أي: تجعل وقفًا، وأما خمسه فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته، بل يوقف، وتصرف غلته في المصالح، أو يباع ويصرف ثمنه إليها، والوقف أولى، ويجيء الوجه السابق؛ أنه [يصير وقفًا](١) بنفس الحصول، وسهم ذوي القربى فيه الخلاف في الأخماس الأربعة، تفريعًا على أنها للمرتزقة، وسهم اليتامى والمساكين يرتب على سهم ذوي القربى، إن قلنا: إنه وقف؛ فهنا أولى، وإلا فالأصح أنه وقف، وقيل: لا، وإذا تأملت هذه

---

(١) في نسخة: (يصرفها).

فَصْلٌ

الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ، ....

الاختلافات علمت أن المذهب أن الجميع وقف، وهو الموافق للنصِّ، انتهى.

إشارات: منها: كلام «المنهاج» يقتضي تحتم وقف العقار على الإمام، وقالا: أن له وقفه، وإن رأى قسمته أو بيعه، وقسم ثمنه فله ذلك، وقد يقال: لا اختلاف بينهما، بل مذهبنا ما في «المنهاج»، فإن رأى الإمام المجتهد غيره؛ فلا اعتراض عليه، وللمسألة نظائر، وفيه نظرٌ، وإنما تخيير الْإِمَامِ وجه آخر حكاه الإمام.

ومنها: سبق أن العقار يقسَّم على وجه كالمنقول، إلا ما جعل للمصالح، ذكر ابن الرِّفْعَة أن «المصنف» اختاره، وانتقد عليه، وذكر نصه في «الأم» في موضع آخر، يقتضي أنها لا تكون وقفًا، بل ملكًا لأهلها، انتهى، ولعله أراد بما نسبه إلى «المصنف» ما في «الروضة»، من تخيير الإمام كما سبق.

ومنها: ما رجَّحناه من أنه لا بدَّ من إنشاء الوقف، ذكره الْمَاوَرْدِي عن بعض البصريين، وقال: إنه خطأ، وقاله غيره، قالوا: لأنه وجب بالشَّرع، كرق النساء، وهو ظاهر للنصِّ السابق.

قال: **(فَصْلٌ: الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ)** أورد على هذا التعريف أشياء:

منها: أن ما حصل بِقِتَالِ الرَّجَّالَةِ، وأصحاب السفن غنيمة مخمسة، وليس فيه إيجاف.

ومنها: أن القتال ليس شرطًا في اسمها؛ فإنه لو تقاتل صفان فولوا من غير شهر سلاح؛ فما تركوه غنيمة، صرَّح به الإمام.

ومنها: ذكر المصنف في «السير»: أن المال المأخوذ من أهل الحرب قهرًا غنيمةٌ، فاعتبر القهر فقط، وقال: وكذا ما أخذه جمع أو واحد من دار الحرب سرقةً، أو وجد كهبة اللقطة على الأصحِّ.

ومنها: ما أهدوه لنا، والحرب قائمةٌ؛ فإنه غنيمةٌ مخمسةٌ، وسيأتي بيانه

……

هناك، وفي إيراد هذه الصور أو أكثرها نظرٌ، وكان الأحسن أن يقول المصنف: أو إيجاف.

ومنها: دخل في كلامه المال المأخوذ من المرتدين، وهو فيءٌ لا غنيمة؛ فينبغي أن يقال: من كفار أصليين.

تنبيهات: منها: قيل: الحد الصحيح قولُ الْغَزَالِيِّ: الغنيمة كلُّ مال أخذته الفئة المجاهدة على سبيل الغلبة دون ما يختلس ويسرق؛ فإنه لأخذه خاصة، وهذا وجه والمذهب خلافه، وقد اضطرب كلامه فيما يأخذه المختلس، ونحوه، هل يختص به أم لا؟

نقل الإمام عند الكلام في «البسيط» إجماع الأصحاب، أنه يختص به، وعليه ينطبق إيراد جماعة، وحكى في موضع آخر وجهًا: أنه غنيمة، وضعَّفه.

وقال الرَّافِعِيُّ: إنه الموافق لما أورده أكثرهم، وفي كلام القاضيين الحسين والْمَاوَرْدِيِّ ما يوافقه، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ في موضع آخر عن أبي إسحاق: أن المختلس فيءٌ، وهو ما أورده في كتاب «السرقة»، وأبدا تخميسه احتمالًا.

وقال القاضي أبو الطيب: ما أتوا به عَلَى وَجْهِ التَّلَصُّصِ يُخمَّس، وقال في كلامه على السَّلب: أنه مال خاطر عليه بنفسه، فلم يجب تخميسه، كما لو تلصص على الكفار في دار الحرب، انتهى.

وهل قوله: «في دار الحرب» قيد حتى لو دخلوا دارنا، فاختلس منهم مختلس شيئًا، يختلف الحكم الظاهر؟ لا، وقد اضطربت «الروضة» في المسألة في مواضع، أوضحتها في سير «الغنية»(١)، والمذهب أن ذلك غنيمةٌ مخمسةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: الوجه أن يجعل محل القول بأن المختلس والسارق يختص بما أخذه، إذا دخل الواحد أو النفر اليسير دار الحرب، وأخذوا مالًا، أما ما أخذه بعض الجند الداخلين سرقةً أو اختلاسًا؛ فيشبه أن يكون غلولًا، انتهى، وفي هذا كلامٌ ذكرته في سير «الغنية».

---

(١) في نسخة: (الغنيمة).

……

ومنها: يخرج من كلام المصنف وغيره، مَنْ لم تبلغه الدعوة؛ فإنه لا يجوز أن يغتنم ماله، صرَّح به الْمَاوَرْدِيُّ فِي قَسْمِ الصَّدَقَاتِ، وهو كذلك، فيمن هو متمسك بِدِينٍ حَقٍّ، وَلَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةُ النَّبِيِّ ﷺ، أَوْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةٌ أَصْلًا، أَمَّا لَوْ كَانَ مُتَمَسِّكًا بِدِينٍ بَاطِلٍ فَلَا، بَلْ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْكُفَّارِ، وإنْ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَة نبينا محمد ﷺ.

ومنها: أخرج المصنف بقوله: «مال» النجاسات المنتفع بها كجلد الميتة والسِّرْقِينِ، والكلاب المنتفع بها؛ فإنها ليست بغنيمةٍ -أعني: الكلاب- نصَّ عليه في «الأم» ونقله الإمام عن العراقيين، قال شارح: وهو في كتبهم، وقالوا مع ذلك: إنْ كان في الغانمين مَنْ يحلُّ له اقتناؤها؛ أُعْطِيَهَا، وإلا دفعت إلى مَنْ يحلُّ له ذلك من أهل الخمس.

وقال الشَّافِعِي في «سير الواقديّ» من «الأم»: ما أصيب من الكلاب؛ فهو مغنم إنْ أراده أحد لصيد، أو ماشية، أو زرع إلى آخره كما سيأتي في «السير».

وقال الرَّافِعِيُّ: الذي نجده في كتب العراقيين: إنْ أراده بعض الغانمين، أو بعض أهل الخمس، ولم ينازع فيه؛ يسلَّم إليه؛ فإن وجدنا كلابًا، وأمكنت القسمة عددًا؛ قسمت، وإلا أقرع بينهم، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: ما حكاه الرَّافِعِي عنهم لم يجده في شيء من كتبهم، إلا في «الشامل»؛ فإنه ذكره احتمالًا لنفسه، انتهى، وقد تكلمتُ على المسألة في سير «الغنية» بكلامٍ كافٍ شافٍ.

ومنها: أبدى ابن الرِّفْعَة احتمالين في جلد الميتة؛ أحدهما: أنه كالكلب، والثاني: إلحاقه بالمال؛ لأن كلَّ أخذٍ يغتنمه، ويمكن تطهيره، وسكت عن السِّرْقِينِ، ونحوه من السماد، والظاهر أنه كالكلب، وأولى منه بإلحاقه بالغنيمة.

ومنها: دخل في لفظ «المال» النساء والصبيان، وكل مَنْ يرق بنفس الأسر، وقوله: «حصل» كان ينبغي أن يقول: «حصلناه» فإن ما يأخذه الذميون من أهل الحرب لا يخمَّس، كما جزم به الرَّافِعِيُّ في كلامه على الرَّضْخِ؛ لأن

فَيُقَدَّمُ مِنْهُ السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ، ....

الخمس حقٌّ يجب على المسلمين كالزكاة، وفيه وجه رواه ابن الرِّفْعَة، ثم حكى وجهين عن الإمام مما غنمه مسلم وذمي، هَلْ يُخَمَّسُ الْجَمِيعُ أَوْ نَصِيبُ الْمُسْلِمِ.

ومنها: ظاهر كلام المصنف والْغَزَالِيِّ وغيرهما أن ما يأخذه المسلمون غنيمةً مخمسةً، أنه لو غزت طائفة من الصبيان منفردين، أو العبيد أو النساء وغنموا أن ذلك غنيمةٌ.

وقال في «البيان»: إذا دخل العبيد أو النساء أو الصبيان دار الحرب منفردين، وغنموا؛ ففيه ستة أوجه:

أحدها: يخمَّس، ويقسِّم الإمام الباقي بينهم على ما يراه كالرَّضخ.

والثاني: يخمَّس، ويقسَّم بينهم، كما لو غنمت الرَّجالة من الرِّجال الأحرار.

والثالث: يرضخ لهم منه، ويرد الباقي لبيت المال.

والرابع: يخمسه، ثم يرضخ لهم الباقي، ثم يرد الفاضل لبيت المال.

والخامس: يخمَّس، ويقسَّم بينهم؛ للفارس ثلاثة [أسهم] وللرَّاجل منهم كالكاملين.

والسادس: أنه لا يحكم لهذا المال بحكم الغنيمة، بل حكمه حكم المسروق؛ فيكون كله لهم، وقتالهم كلا قتال انتهى.

وفي «الشامل»: قال القاضي أبو الطيب: الأول أصحُّ، وكذا نقله الرَّافِعِيُّ عنه، ونقل معه الوجه الثالث والخامس لا غير، وجزم به في أصل «الروضة» بتصحيح الأول، ولو صحبهم كامل رَضَخَ لَهُمْ، وخمَّس الباقي، والفاضل له.

ومنها: مراد المصنف وغيره بالمال لهم، الذي يملكونه عندنا؛ فإن كان ما أخذناه منهم للمسلمين، والذميين استولوا عليه، وجب رده إلى أصحابه، وليس بغنيمة، وبقيت فوائد نفيسة ذكرناها في «الغنية» هناك.

قال: (فَيُقَدَّمُ مِنْهُ السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ) أي: سواء شرطه له الإمام أم لا؛

وَهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ وَالْخُفُّ وَالرَّانُ وَآلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ وَسِلَاحٍ وَمَرْكُوبٍ وَسَرْجٍ وَلِجَامٍ.

لقوله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا، لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ؛ فَلَهُ سَلَبُهُ أجمع» متفق عليه(١).

إشارات: سيأتي بيان ما هو في معنى القاتل في استحقاقه السَّلب، ولا شكَّ أن مَن استحق السَّهم استحق السَّلب مع تمام سهمه.

وفي «الحاوي» وجهٌ: أنه إنما يستحق تتمة السهم إن نقص السلب عنه، وهو شاذٌّ، ويستحق السلب: المرأة، والصبي، والعبد، المسلمين على المذهب، لا الذمي على المذهب، إذا حضر بإذن الإمام، وإلا فلا قطعًا، كالْمُخَذِّلُ وَالْمُرْجِفُ [والخائن](٢) وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ لَا سَهْمَ لَهُ وَلَا رَضْخَ.

قلت: أَطْلَقُوا اسْتِحْقَاقَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ السَّلَبَ، وَيَجِبُ تَقْيِيدُهُ بِكَوْنِهِ لِمُسْلِمٍ(٣) عَلَى الْمَذْهَبِ.

فرع: لَوْ أَعْرَضَ مُسْتَحِقُّ السَّلَبِ عَنْهُ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنْهُ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَيِّنٌ لَهُ [وقد ذكره المصنف في كتاب «السير»] ولا أثر لإعراض العبد قطعًا.

قال: (**وَهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ**) أي: التي عليه.

(**وَالْخُفُّ وَالرَّانُ**) هو براء مهملة ثم ألف ثم نون كالخفِّ، لكن لا قدم له، وهو أطول من الخفِّ، قاله في «مُحَرَّمَاتِ الْإِحْرَامِ» من شرح «المهذب».

(**وَآلَاتُ الْحَرْبِ كَدِرْعٍ، وَسِلَاحٍ(٤)، وَمَرْكُوبٍ، وَسَرْجٍ، وَلِجَامٍ**) أي: ورحل وَمِقْوَد ونحوها؛ لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى ذَلِكَ حِسًّا، وسواء كان راكبًا، أو مقاتل راجلًا، وعنان فرسه بيده.

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (١٧٥١).

(٢) في النسختين: [والمعين للمعدود] والمثبت من «مغني المحتاج» (٣/ ٩٩) قوله: «والمخذل والمرجف والخائن ونحوهم ممن لا سهم له ولا رضخ. قال الأذرعي: وأطلقوا استحقاق العبد المسلم السلب ويجب تقييده بكونه لمسلم على المذهب».

(٣) قال الشيخ زكريا تعقيبًا على كلام الأذرعي: «وَمَا قَالَهُ وَاضِحٌ» [أسنى المطالب (١٤/ ١٩٩)].

(٤) قَضِيَّةُ عَطْفِهِ السِّلَاحَ عَلَى الدِّرْعِ أَنَّ الدِّرْعَ غَيْرُ سِلَاحٍ، وَهُوَ كَذَلِكَ، وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَيْهِ.

وَكَذَا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (وَكَذَا سِوَارٌ، وَمِنْطَقَةٌ⁽¹⁾، وَخَاتَمٌ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ، وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي الْأَظْهَرِ) أي: كغيرها مما سبق؛ لأنها مسلوبة من يده، وطمع المقاتل يمتد إليها، والحسيسة معدة لركوبه، كمن أمسك بعنان فرسه، وقاتل راجلًا.

والثاني: أنها ليست من سلبه كأمتعته وثيابه التي في خيمته.

تنبيهات: قال: أجرى المصنف وغيره القولين في الْمِنْطَقَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وربما استقر إيراد بعضهم بإخراجها من الخلاف.

قلت: عدَّها القاضي أبو الطيب، والدارميُّ، وأبو محمد الجويني، والفورانيُّ وجماعة، من السَّلب قطعًا، ورجَّحه الإمام، قالوا: لأنها تعلق بها الرأيين، بخلاف السِّوار والخاتم في الهميان⁽²⁾ ونحوها، وجزم الفوراني بذلك في الخاتم أيضًا.

قوله: «وَنَفَقَةٌ مَعَهُ» أي: بحملها في هميان أو غيره، أما لو كانت في الحقيبة؛ فحكمها حكم ما في الحقيبة، كما سيأتي.

قوله: «وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ» أحسن من قول «المحرر» والشرحين و«الروضة» وغيرها: «تُقَادُ بَيْنَ يَدَيْهِ»؛ ففهم بعض شارحي «الحاوي» من ذلك التقييد، وليس كذلك، نعم، هل يشترط أن يكون هو قائدها أم لا.

ظاهر عبارة الرَّافِعِيِّ و«الروضة»: لا فرق، بل قولهم: «بَيْنَ يَدَيْهِ» مصرَّح بذلك، وعبارة جماعة منهم ابن الصباغ، والعمراني والرُّويَانِي في «الحلية» و[«البحر»]: يفهم الأول، وبه صرَّح صاحب «التعجيز» في شرحه، فقال: والجنيبة إن كان ممسكها؛ فعلى وجهين، فإنْ لم يكن ممسكها لم يكنْ سلبًا، كسائر ماله الذي ليس معه بيده، وعبارة «المنهاج» محتملة للأمرين، والظاهر أنه أراد الثاني، وإلا لقال: يقودها.

---

(١) هُوَ مَا يُشَدُّ بِهَا الْوَسَطُ.

(٢) الْهِمْيَانُ: مَا يُجْعَلُ فِيهِ الدَّرَاهِمُ، وَيُشَدُّ عَلَى الْحِقْوِ.

....

والحاصل أن الجنيبة على ضربين:

أحدهما: أن يقودها هو، وتقاد على غيرها، فقيل: سلب قطعًا، وقيل: قولان.

الثاني: أن تقاد معه بيد غلامه، وفيها طريقان أظهرهما، وبه جزم الجمهور أنها ليست من السَّلب، والثانية على قولين أو وجهين، أرجحهما عندهما أنها سلب، واعتمد الرَّافِعِيُّ في الترجيح أن الرُّويَانِيَّ وغيره عدوا الجنيبة من السَّلب.

قلت: ولفظ الرُّويَانِيِّ في الجنيبة التي يمسكها في أصحِّ القولين، والذي رأيته في الطريقتين ما قدَّمته، والرَّافِعِي منفرد بالترجيح في التي يقودها غيره، وحاصل الضربين ثلاثة أوجه، أصحها التفضيل، ويجب أن يكون محل الخلاف في المقادة بيد غيره، ما إذا كان، قد أعدها هو لحاجته إليها، أما لو كان قد تبعه بها غلامه، وهو لا يشعر؛ فلا معنى للخلاف فيها، وللدارميِّ ما يوافقه، وكذا ما تقاد وراءه فخرًا، وحشمة لو قاد جنائب⁽¹⁾.

قال السَّرخسيُّ: لا تستحق إلا لواحدة.

قال الرَّافِعِيُّ: فعلى هذا يبقى النظر في أنه يَرْجِعُ إِلَى تَعْيِينِ الْإِمَامِ، أَوْ يُقْرِعُ؟

قال في «الروضة» تفقهًا: تخصيصُ السَّرخسيِّ بجنيبه فيه نظرٌ، وإذا قيل به؛ فينبغي أن يختار القاتل واحدة، فهذا هو المختار بل الصواب، بخلاف ما أبداه الرَّافِعِيُّ. **قلت**: أما التقييد بواحدة؛ فقد صرَّح به الأصحاب ممن صرَّح به شيخهم الشيخ أبو حامد، والإمام، وغيرهما، وأبدى الإمام لنفسه في تعيين الإمام والقرعة احتمالين، ثم قال: وقد يخطر للفقيه تخيير القاتل؛ فإن استحقاقه السلب؛ لما أبلى من البلاء، وأبداه من العناء؛ فلا يبعد أن يستحق التعيين، انتهى.

واعلم أنه إنْ كان يقود الجميع غيره، وهو الغالب فقد بيَّناه، وإنْ كان هو

---

(١) هو ما كان فوق الفرسين فهو جنائب.

لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

يقود الجميع، وهو بعيد عادةً؛ ففيه الاحتمالات، وظاهر كلام الإمام أن الثالث أبعدها، وإنْ كان القتيل يقود واحدةً، وغلامه الباقي؛ فالوجه تعيين التي هي بيده على المذهب، كمركوبه.

فرع: لو كان لمركوبه مهر يتبعه، قال ابن القطان: فلا ينبغي أن يدخل في السلب؛ لِأَنَّهُ مُنْفَصِلٌ.

قال: (لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: التي هو راكبها، تكون فيها أقمشته ونفقته وغيرها، والحقيبة ما تشد خلف الراكب، وجمعها حقائب.

قال: «عَلَى الْمَذْهَبِ»؛ لَيسَتْ مِنْ لِبَاسِهِ، وَلَا مِنْ حِلْيَتِهِ، وَلَا حِلْيَةِ فَرَسِهِ، هذا ما حكاه الإمام عن الأصحاب، وقيل: يطرد الخلاف فيها.

وقال الْغَزَالِي: إنها القياس كَالْجَنِيبَةِ.

واعلم أني لم أر بعد الكشف والتعين مَنْ قطع، ولا مَنْ رجَّح مِنْ أن الحقيبة ليست بسلب مع ترجيحه، بأن الْجَنِيبَةَ المقودة بين يديه من السَّلب، بل الحقيبة أولى بكونها سلبًا من جَنِيبَة بيد خادم؛ ولهذا رجَّح مرجحون جعلها سلبًا دون الْجَنِيبَة، وجزم الجرجاني وغيره بعدم دخول الحقيبة، ورجَّح دخول الحقيبة، لا يقال: الْجَنِيبَة معدة للقتال كمركوبه؛ لأن الحقيبة قد تعتد كذلك، بأن يضمها آلة قتال، قد يحتاج إليها من أوتار قسي ونحوها.

ويشبه أن موضع الخلاف فيها ما إذا لم يجَعَلَهَا وِقَايَةً لِظَهْرِهِ، فإنْ قصد ذلك كانت كَالْمِغْفَرِ وَالتُّرْسِ.

وقال: أشار الإمام إلى نحو هذا بقوله: إن الطوق لا بدَّ أن يكون واقيًا لما يستره، وأثره في الوقاية بيِّن لا حاجة إلى تقريره، أي: بخلاف الخاتم وغيره مما يراد للزينة، وأخذ بعضهم من كلامه أنه: إنْ أراد بالطوق الوقاية؛ فسلب قطعًا، فيقال: مثله في الحقيبة.

فرع: قَالَ الْإِمَامُ: لَوْ كَانَ غُلَامُهُ حَامِلًا لِسِلَاحِهِ، يُعْطِيهِ مَتَى شَاءَ؛ فَيَجُوزُ

وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ فِي حَالِ الْحَرْبِ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِمًا أَوْ أَسِيرًا أَوْ قَتَلَهُ وَقَدِ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ فَلَا سَلَبَ،

أَنْ يَكُونَ السِّلَاحُ كَالْفَرَسِ الْمَجْنُوبِ، أي: مَعَ الْغُلَامِ، قال: ويجوز أن يقال: لا، قال: والزائد على السلاح الذي معه، إذا كانَ زائدًا عَلَى الْعَادَةِ؛ فَهُوَ مَحْمُولٌ لَا سِلَاحٌ [ومستعمل، ويقرب من الهميان][1] انتهى.

فإنْ أراد بالزائد ما مع الفارس نفسه؛ فبعيد، بل الظاهر أنه لو تقلَّد سيفين، أو حمل قوسين، أو ظَاهَرَ بَيْنَ دِرْعَيْنِ ونحوهما، أن الجميع سلب قطعًا، وإنْ أراد كون ذلك مع الغلام؛ فهو كالْجَنِيبَةِ مع الغلام، وقد سبق بيان حكمها واضحًا.

قال: (وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ) يعني: السَّلب المذكور.

(بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ) أي: أصلي.

(فِي حَالِ الْحَرْبِ)؛ هَذِهِ قُيُودٌ ثَلَاثَةٌ بيَّنها من بعد بقَوْلِهِ: (فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِمًا أَوْ أَسِيرًا أَوْ قَتَلَهُ، وَقَدْ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ؛ فَلَا سَلَبَ) أي: لِأَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ ارتكاب الْخَطَرِ وَالتَّغْرِيرِ بِالنَّفْسِ في القتل ونحوه، وَهُوَ مُنْتَفٍ هَاهُنَا.

تنبيهات: منها: قوله: «نَائِمًا» ينبه على المغمى عليه دون السكران الطافح الذي لم يبق في صاحبه دفاع، وكذلك الزمن ونحوه، ممن لا قتال فيه ولا رأي.

ومنها: قوله: «أَوْ أَسِيرًا» مطلق، وقال السَّرخسيُّ: لو أمسكه واحد، وقتله آخر؛ فالسَّلب بينهما لاندفاع شره بهما.

قال الرَّافِعِي: وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب، فلم يضبطه، فأما الإمساك الضابط؛ فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السَّلب.

قلت: فصَّل الْمَاوَرْدِيُّ؛ فقال: لو أسره ولم يقتله، وقلنا: لا يستحق به السلب، فقتله بعد أسره نظر، إنْ قتله، والحرب قائمة؛ فله سَلبه، أو بعد

---

(١) في نسخة (لا سلاح مستعمل ويفرق من المهمات).

وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ.

انقضائها؛ فوجهان اعتبارًا لحالة الأسر، أم بحالة القتل، انتهى.

وكأن المعنى فيه: أن الأسر لم يستقر مع قيام الحرب، يوضحه قول الإمام في توجيه الأظهر أن المدرك يشارك فيما خير قبل وصوله، أن تلك الأيدي لا حكم لها، وهي مع قيام المطاردة عرضة للاسترجاع، انتهى.

وتجويز أن يكون المراد ما إذا أمسكه؛ ليقتله صاحبه، وأن الإمساك ضابطًا، ولم يقصد به أسره، أو يقال: التصوير فيما إذا أمسكه، ولم يضبطه به، بل كان ينازعه، ويروم التفلت منه، ولا ينقاد له، فأعاقه بذلك حتى قتله صاحبه.

ومنها: قوله: «وَقَدْ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ» مطلق، وينبغي أن يكون ذلك فيما إذا تمت الهزيمة، أما لو كروا عن قرب أو كان ذلك خديعة، أو بأن يحيزهم إلى فئة قريبة، فحكم القتال والمطاردة باقٍ، وليست هزيمة حقيقة.

ومنها: في «تعليق القاضي الحسين»: أن مَن أَغْرَى كَلْبًا عَقُورًا على مشرك، فَقَتَلَهُ، اسْتَحَقَّ سَلَبَهُ؛ لِأَنَّهُ خَاطَرَ بِرُوحِهِ حَيْثُ صَبَرَ فِي مُقَابَلَتِهِ حَتَّى عَقَرَهُ الْكَلْبُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يجوز أن يتخيل مثله، فيما إذا رماه من الصف، على أن ما قاله القاضي الحسين قد يخالف فيه، انتهى.

والظاهر أن القاضي أراد أنه خاطر بروحه في مقابلته من يده، وعن قرب، وجعل الكلب آلة له في الإعانة على قتله، ويرشد إليه قوله: «خَاطَرَ بِرُوحِهِ حَيْثُ صَبَرَ فِي مُقَابَلَتِهِ»، وحينئذٍ الفرق بين هذا، والرامي من الصنف واضح، وبعيد أن يريد القاضي أنه أغرى الكلب به من بعد أو من الصف، كما فهمه ابن الرِّفْعَة، وقول القاضي في مقاتلته هو فيما أحسب بالتاء المثناة المكررة لا بالباء الموحدة قبل اللام، من الصف ونحوه.

قال: **(وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ)** عبارة «الروضة» وغيرها: بأن يعميه، وهي أحسن؛ فإنه يدخل فيها مَنْ يبصر بعين واحدة فأعماها، ومن ضرب رأسه فأذهب بالضَّرب ضوء عينيه من غير فقء.

وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن الأسر أبلغ من القتل، أما القطع: فكما لو فقأ عينه، والثاني: لا؛ لأن شره كله لا يندفع بأسره، وأما في القطع؛ فلأنه قد يقاتل راكبًا بعد قطع الرجلين بيديه، وبعد قطع اليدين قد يهرب، ويجمع القوم.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: الصحيح من القولين إنه إذا أسره، استحق سلبه؛ لأنه كفى المسلمين في الحال شره، ولو قطع يديه دون رجليه أو بالعكس أو إحدى اليدين، وإحدى الرجلين؛ فالذي نصَّ عليه في «الأم»: أنه لا يستحق سلبه؛ لأنه إذا بقيت له يدان أمكنه أن يحارب ويرمي، وباقي الرجلين يقدر على العدو والمشي، ويمتنع بنفسه، وربما يكون قويًّا، فيرفس ضعيفًا فيقتله، انتهى، وهذا منه اختيار للفرق بين القطع والأسر، وهو محتمل، والفرق منقدح.

وفي «الروضة»: أنه قطع جماعة في الثانية فالمرجح فيها، وعبارة الرَّافِعِي: أنه الذي أورده الْمُزَنِي، وأجاب به جماعة من الأصحاب منهم الرُّويَانِي، انتهى.

والذي رواه القاضي أبو الطيب عن الأصحاب تصحيح الثاني منها، وصححه ابن داود، واختاره ابن أبي عصرون؛ فشمل في الصورتين مما سقناه أربعة آراء؛ ثالثها: يستحق سلب الأسير دون المقطوع يديه أو رجليه، أو يده ورجله.

رابعها: عكسه، وصحح الإمام طريقه، وقال: لا يجوز غيرها، وهي تنزيل النصين على حالين بحيث قال له: أراد ما إذا أزمنه، بحيث لم يبق فيه قتال، أو حيث قال: ليس له، أراد إذا لم يسقط قتاله به؛ لأن الإزمان يختلف باختلاف الأشخاص.

وذكر الْمَاوَرْدِي: الاستحقاق بالسَّلب شرطان:

أحدهما: أَنْ يَنَالَهُ مِنَ ألم الْجِرَاحِ مَا يَعْجِزُ مَعَهُ عَنِ الْقِتَالِ، سَوَاءٌ قَطَعَ أَطْرَافَهُ الْأَرْبَعَةَ أَوْ بَعْضَهَا، أَوْ كَانَ الْجِرَاحُ فِي غَيْرِ أَطْرَافِهِ، ثم ذكر رواية

وَلَا يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

الْمُزَنِيِّ، ورواية الربيع.

[ثم قال: وَلَيْسَ ذَلِكَ باخْتِلَافِ قَوْلٍ، كَمَا وَهِمَ فِيهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، وَإِنَّمَا الِاعْتِبَارُ فِيهِ بِأَنْ يَصِيرَ بِالْجِرَاحِ عَاجِزًا عَنِ الْقِتَالِ صَرِيعًا، كما قال].

وَالشَّرْطُ الثَّانِي: أَلَّا تَطُولَ بِهِ مُدَّةُ الْحَيَاةِ بَعْدَ الْجِرَاحِ، فَيُكْفَى شَرَّ رَأْيِهِ وَتَدْبِيرِهِ، فَيَصِيرُ بِاجْتِمَاعِ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ يستحق الجارح سَلَبَهُ دُونَ قاتله، ولو جَرَحَهُ جِرَاحَةً لَا تَطُولُ مُدَّةُ الْحَيَاةِ بَعْدَهَا، لَكِنَّهُ قَدْ يُقَابِلُ مَعَهُ؛ فَلَا سَلَبَ لِجَارِحِهِ، بل لِقَاتِلِهِ، وهذا يضارع ما قاله الإمام.

ثم قال: وَلَوْ نَالَهُ بِالْجِرَاحِ مَا كَفَّهُ عَنِ الْقِتَالِ أَبَدًا، لَكِنْ طَالَتْ حياته بَعْدَهُ؛ فَفِي سَلَبِهِ قَوْلَانِ مِنْ قَتْلِ الشُّيُوخِ:

أَحَدُهُمَا: هو لِجَارِحِهِ دُونَ قَاتِلِهِ، إِذَا قلنا: لَا يُقْتَلُونَ.

وَالثَّانِي: لِقَاتِلِهِ دُونَ جَارِحِهِ، إِذَا قلنا: يُقْتَلُونَ، انتهى.

إذا تصفحت الكتب علمت أن الراجح عند جمهور الأئمة استحقاقه سلب أسيره دون من قطع يديه أو رجليه، وفيه بقية؛ منعه مع ذلك.

فروع: لو اشترك [جمعٌ][1] في قتله أو إثخانه؛ فالسلب لهم، قال في «الروضة»: ولو أثخنه فقتله آخر؛ فالسلب للمثخن، انتهى.

وهذا إذا كفي شره بالخيانة، قال: ولو جرحه، ولم يثخنه فقتله آخر؛ فالسلب للثاني، انتهى.

ورأيت في «البيان»: وإنْ أثخنه رجل، ولم يكف المسلمين شره، لو بقي ثم قتله آخر؛ لم يستحق أحدهما سلبه، انتهى.

ولو قاتل صبي أو امرأة؛ استحق قاتلهما سلبهما على الأصحِّ، والعبد البالغ كالصبي، وقيل: كالرجل الحرِّ قطعًا.

قال: (**وَلَا يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) لأنه ﷺ قضى به للقاتل، ولم

---

(١) في نسخة: (جماعة).

وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا. ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي ....

يخمِّسه، رواه أبو داود، وصححه ابن حبان، وفي «صحيح مسلم» معناه(١).

والثاني: يخمَّس كغيره من الغنيمة؛ فيدفع خمسه إلى أهل الخمس، والباقي للقاتل.

قال: (**وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا**) أي: مِنَ الْمُؤَنِ اللَّازِمَةِ كَأُجْرَةِ حَمَّالٍ وَرَاعٍ ونحوها؛ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا.

قال: (**ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي**) أي: فيُجعل خَمْسَةَ أَخْمَاسٍ مُتَسَاوِيَةٍ، وَيُؤْخَذُ خَمْسُ رِقَاعٍ، وَيُكْتَبُ عَلَى وَاحِدَةٍ لِله، أَوْ لِلْمَصَالِحِ، وَعَلَى أَرْبَعٍ لِلْغَانِمِينَ، ثُمَّ تُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُتَسَاوِيَةٍ، من شمع أو طين، ويُجففُ وَيُخْرَجُ لِكُلِّ سهم رُقْعَةٌ، فَمَا خَرَجَ للهِ؛ جُعِلَ بَيْنَ أَهْلِ الْخُمْسِ عَلَى خُمْسِهِ، ومنه يكون النقل على الأصحِّ، ويُقسمُ الباقي على الغانمين كما سيأتي، وتقدَّم القسمة بينهم على قِسْمَةِ الْخُمُسِ؛ لِأَنَّهُمْ حَاضِرُونَ وَمَحْصُورُونَ، ولا يكره قسمة الغنيمة عندنا بدار الحرب، بل يستحب.

وفي «المهذب» وغيره: وأنه أجاب في كتاب «الزكاة»: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر.

قلت: ويظهر أنه إذا حُقت حاجة الغانمين إليها هناك أن تجب القسمة هناك؛ حيث لا عذر، وإنْ حُقت حاجتهم إلى بعضها كالظَّهر مثلًا، فقط وجبت قسمته، وما يتوصل به إلى تحصيله، وما أشبه هذا.

ثم رأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ - ﷺ تعالى - قال في كتاب «الزكاة»: أنه لا يجوز للإمام تأخير القسمة بينهم إلا بعذر مانع، من دوامِ حربٍ، أو رجعةِ عدوٍّ، فأما تأخير قسمتها من غير عذر، فغير جائز؛ لما فيه من الإضرار بالغانمين.

وكلامه كالمصرح بالوجوب، وهو ظَاهِرٌ لَا شَكَّ فِيهِ، إِذَا طَلَبَهَا الْغَانِمُونَ، بِلِسَانِ الْقَالِ أَوْ الْحَالِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧١١)، وابن حبان (٤٨٠٥) ومسلم (١٧٥٤) بنحوه.

فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ النَّفَلَ يَكُونُ مِنْ خُمُسِ الْخُمُسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ الْمَصَالِحِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ، وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الْإِمَامُ أَوِ الْأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةَ الْكُفَّارِ ....

قال: (**فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ**) أي: في قَسم الفيء، وهو أنه يُقَسَّمُ على خمسة أسهم كما بيَّناه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**): أي: المنصوص في «الأم» و«المختصر».

(**أَنَّ النَّفَلَ**) أي: بالتحريك.

(**يَكُونُ مِنْ خُمُسِ الْخُمُسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ**)؛ لِرِوَايَةِ الشَّافِعِيِّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ: أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ ﷺ يَقُولُ: كَانَ النَّاسُ يُعْطَوْنَ النَّفَلَ مِنَ الْخُمُسِ، أي: من خمس الخمس.

والثاني: وحكى عن القديم أنه من أصل الغنيمة، كأجرة الكيال ونحوه.

والثالث: وحكى قولًا أيضًا أنه من الأخماس الأربعة.

قال: (**إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هَذَا الْقِتَالِ**)، هذا موضع الخلاف المذكور وفاءً بالشَّرط أو الوعد.

(**وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ الْمَصَالِحِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ**) بَلْ يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى مِمَّا يَتَجَدَّدُ فِيهِ(١).

(**وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الْإِمَامُ أَوِ الْأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةَ الْكُفَّارِ**) أي: ونحو ذلك كتوقع ظفر بهم، أو دفع شر، كَالتَّقَدُّمِ عَلَى طَلِيعَةٍ، أو التَّهَجُّمِ عَلَى قَلْعَةٍ، أو الدَّلَالَةِ عَلَيْهَا، وَكَحِفْظِ مَكْمَنٍ، وتحسس حال ونحوها، هكذا قالاه، وإنما يفعل ذلك إذا مست الحاجة إِلَيهِ؛ لِكَثْرَةِ الْعَدُوِّ وقلتنا -والعياذ بالله تعالى- وَاقْتَضَى الْحَالُ بَعْثَ السَّرَايَا، وَحِفْظَ الْمَكَامِنِ ونحوها، وَكَذَلِكَ فَعَلَ ﷺ فِي بَعْضِ الْغَزَوَاتِ دُونَ بَعْضٍ.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١١/٣٩٩).

وَيَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ، وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ.

وَهُمْ مَنْ حَضَرَ الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ.

قال: (**وَيَجْتَهِدُ**) أي: الإمام أو الأمير.

(**فِي قَدْرِهِ**) أي: بِحَسَبِ قِلَّةِ الْعَمَلِ وَكَثْرَتِهِ وخطره وضده، ومَنْ أتى المالين يكون بحسب المصلحة، ثم إن كان من مال المصالح المرصد عنده؛ اشترط كونه معلومًا، وإنْ كان مما سيغنم في هذا القتال أو المعركة؛ ذكر جزءًا كعشر أو ثمن وغيرهما، ويحتمل الجهالة للجهالة، ويجوز أن يكون لمعينٍ، كأن فعلت كذا؛ فلك كذا، ولمجهولٍ كقوله: مَنْ فعل كذا؛ فله كذا، وصحَّ في «كتاب الترمذي» وغيره: «**أنه ﷺ كَانَ يُنَفِّلُ فِي الْبَدْأَةِ الرُّبُعَ، وَفِي الرَّجْعَةِ الثُّلُثَ**» ولفظ الترمذي: «**القفولُ - بَدَلَ - الرَّجْعَةِ**»(١). وفي المراد بهما، ومم يكون الربع والثلث كلامٌ طويلٌ في «الروضة» وغيرها(٢).

فرع: لو قال الأمير: مَن أخذ شيئًا، فهو له؛ لم يصح شرطه على الأظهر، وممن ظهر منه في الحرب حسن إقدام، وأَثَرٌ مَحْمُودٌ؛ زِيدَ عَلَى سَهْمِهِ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ مَا يَلِيقُ بِالْحَالِ.

قال: (**وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ**) أي: الباقي منها بعد تقدِيم ما يجب تقديمه من المؤن كما سبق للغانمين؛ لإطلاق الآية الكريمة، والأخبار.

منها ما رواه البيهقيُّ: أن رجلًا سأله ﷺ عَنِ الْغَنِيمَةِ؛ فَقَالَ: «**لِلهِ خُمُسُهَا، وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلْجَيْشِ؛ فَمَا أَحَدٌ أَوْلَى بِهِ مِنْ أَحَدٍ؛ قَالَ: «لَا، وَلَا السَّهْمُ تَسْتَخْرِجُهُ مِنْ جَنْبِك، أَنْتَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ أَخِيك الْمُسْلِمِ**»(٣) رواه البيهقيُّ، بإسنادٍ صحيحٍ.

وقال: (**وَهُمْ مَنْ حَضَرَ الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ، وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ**) لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦١) وابن أبي شيبة (٧/ ٣٩١، رقم ٣٦٨٦٨).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١١/ ٤٠٣).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/ ٣٢٤).

وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ الْمَالِ وَجْهٌ.

وَعُمَرَ - ﷺ -: «إِنَّمَا الْغَنِيمَةُ لِمَنْ يَشْهَدُ الْوَقْعَةَ»(١) وأسند الشَّافِعِيُّ أثر عمر عن الثقة، ثم قال: وبهذا نقول: قال: وقد روى النبي ﷺ شيئًا يثبت ما روي عنهما.

قال البيهقيُّ: أراد -والله أعلم- حديث أبي هريرة في قصة إبان بن سعيد بن العاص، حين قدم مع أصحابه على رسول الله ﷺ بخيبر بعد أن افتتحها؛ فلم يسهم لهم(٢).

إشارة: أطلق قوله: «بِنِيَّةِ الْقِتَالِ».

وفي «الذخائر»: قال أصحابنا: والضابط فيه أنه لمن شهد الوقعة مع القصد لنصرة المسلمين، [وهو من أهل القتال.

وعبارة «البسيط»: والضبط شهود الواقعة مع تجريد القصة لنصرة المسلمين].

قال: (**وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ**)؛ للخبر، والأثر.

(**وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ الْمَالِ وَجْهٌ**) أي: أنه يستحق؛ لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء، وحكى قولًا، وقيل: إن خيف رجعة الكفار استحق، وإلا فلا.

تنبيهات: منها: عبارة «الروضة»: وإن حضر بعد انقضائه، وقَبْلَ حِيَازَةٍ؛ فقولان، وقيل: وجهان.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: منهم ومنهم، ولم يرجِّح أن الخلاف قولين، وأما الوجه الثالث؛ فرواه ابن كَجٍّ.

وعبارة الدارميِّ: فإن جاءوا بعد الحرب وإحراز الغنيمة؛ فإنْ كان المشركون مأموني الكرة لقتلهم أو لقتل كثير منهم؛ لم يسهم لهم، وإنْ كانوا غير مأموني الرَّجعة؛ فعلى وجهين.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٧/ ٣٤١)، والبيهقي (٩/ ٥٠، رقم ١٧٧٣١).

(٢) انظر: سنن البيهقي الكبرى (٦/ ٣٣٤).

....

ومنها: ذكر في «النهاية» و«البسيط»: أنه لو حضر مددٌ في القتال، شارك فيما حِيز بعد حضوره جزمًا، وفي «المحرر» قِبله القولان.

وقال القاضي الحسين: إنه مرتب على الصورة الأولى، وأولى بالمشاركة، وصحح الإمام، والْغَزَالِي المشاركة هنا، وهذا التفصيل مذكور في «الإبانة» وغيرها.

ومنها: عن الْبَغَوِيِّ: أنه لو انهزم أحد في أثناء القتال، ثم عاد قبل انقضائه؛ استحق من المحوز بعد عوده دون ما قبله.

قال الرَّافِعِيُّ: وقياسه أن يقال: فيمن حضر انقضاء القتال، لا حق له في المحوز قبل حضوره، وكذا نقل السَّرخسيُّ عن بعضهم.

[قال المصنف: وما نقله السَّرخسيُّ متعين، وكلام من أطلق محمول عليه، انتهى].

وقد علمت ما فيه، وحكى ابن كَجٍّ هذا التفصيل عن بعض الأصحاب.

ومنها: لَوْ دَخَلَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ دَارَ الْحَرْبِ بِجَيْشٍ، فَبَعَثَ سَرِيَّةً فِي نَاحِيَةٍ فَغَنِمَتْ؛ شَارَكَهَا الْجَيْشُ، وَبِالْعَكْسِ لِاسْتِظْهَارِ كُلٍّ بِالأخرى، وَلَوْ بَعَثَ سَرِيَّتَيْنِ إِلَى جِهَةٍ؛ اشْتَرَكَ الْجَمِيعُ فِيمَا تَغْنَمُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ بَعَثَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ، وَإِنْ تَبَاعَدَتَا عَلَى الْأَصَحِّ فيهما، ولم يدخل الإمام دارهم، بل بعث بسريتين إلى جهة واحدة فإن مرَّ عليهما أميرًا واحدًا؛ صحَّ على الأصحِّ، أو تقاربتا بحيث تكون كل واحدة عونًا للأخرى اشتركتا، وإلا فلا، ولو بعث جاسوسًا؛ يغنم الجيش قبل رجوعه شاركهم على الأصحِّ(١) ولو اختار الأمير في العسكر مَنْ يحرسه مِنْ هجوم العدو، أو أفرد من الجيش كمينًا؛ أسهم لهم ولخيلهم، وإنْ لم يشهدوا الوقعة، ذكره الْمَاوَرْدِيُّ وغيره، وهو واضحٌ.

وهذه الصورة ترد على قول المصنف: وهم من حضر الوقعة، وكان من حقِّه أن يزيد: ومَنْ في حكمهم، أو مَنْ ألحق بهم، ونحو ذلك [ولو ولى

---

(١) ذلك لِأَنَّهُ فَارَقَهُمْ لِمَصْلَحَتِهِمْ، وَخَاطَرَ بِمَا هُوَ أَعْظَمُ مِنْ شُهُودِ الْوَقْعَةِ.

وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالْحِيَازَةِ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ وَكَذَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فِي الْأَصَحِّ.

مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا؛ ففيه تفصيلٌ ذكروه في «السير».

قال الْغَزَالِيُّ: ويصدق بيمينه؛ فإن حلف استحق من الجميع، وإلا فهو المحوز بعد عوده].

ومنها: قوله: «بِنِيَّةِ الْقِتَالِ» قال شارح: أخرج به التاجر، والمحترف، والأجير للسياسة وغيرهما، إذا لم ينووا القتال، انتهى، وليس بجيد لما سيأتي.

وقال إثر قول المصنف: «وإن لم يقاتل» أي: وهو من أهل الكمال، ثم زعم أنه احترز بقيد الكمال عن الصبي والمرأة ونحوهما؛ فإنهم يستحقون الرَّضخ دون السهم، انتهى.

وهذا صَلَفٌ؛ لأنه لم يخص ذلك لمن يستحق السهم، وهؤلاء من مستحقي الغنيمة، وإنْ كان حقهم الرَّضخ لا السهم.

ومنها: لو أفلت من أسر من جيش، ولحق بجيش آخر، وشهد الوقعة وقاتل؛ استحق على المذهب، وإنْ لم يقاتل؛ فهل يستحق لشهوده الوقعة أم لا؛ لعدم قصده الجهاد؟ قولان، ذكره في «الروضة»، وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ القول: باستحقاقه قاتل أم لا؟ وجزم سليم وغيره من العراقيين: أن لحوق الأسير كلحوق المدد من غير فرق بين أسير وأسير، وهو المفهوم من إيراد المصنف.

قال: (وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالْحِيَازَةِ؛ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ) أي: كسائر الحقوق، كذا أطلقاه.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يقال على قولنا: أنهم لا يملكون الغنيمة بالانقضاء والحيازة، بل ملكوا بهما إنْ تملكوا أن ينتقل إلى الورثة حق التمليك؛ كالأخذ بالشفعة دون الملك، انتهى، وكلامهم محمول على هذا، وعبارة «المنهاج» ظاهرة فيه.

قال: (وَكَذَا بَعْدَ الِانْقِضَاءِ، وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ فِي الْأَصَحِّ) الخلاف مبني على أنه تُمْلَكُ، إنْ قلنا: بانقضاء الحرب؛ فنعم، أو به وبالحيازة؛ فلا، وأجري

وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ.

الخلاف، فيما لو مات فرسه في هذه الحالة، هل يستحق سهم الفرس لحضوره القتال فارسًا؟ وهما قولان في هذه الصورة في «الشامل» وغيره، مبنيان على القولين في تملك الغنيمة، والظاهر الجزم باستحقاق سهم الفارس.

قال: (وَلَوْ مَاتَ فِي الْقِتَالِ) أي: في أثنائه.

(فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ) أي: بخلاف موت الفرس في مثالنا، فإنه يستحق سهم الفرس؛ لأنه تابع والفارس متبوع؛ فإذا مات فَاتَ الْأَصْلُ، هذا ما نص عليه فيهما، وهو أصحُّ الطرقِ.

وقيل: فيهما قولان، مسارهما أن النظر إلى الابتداء أو الانتهاء، وقيل: إنْ حصلت الحيازة بذلك القتال السابق منه؛ ثبت الاستحقاق، أو بقتال جديد فلا.

وينقدح أن يقال: له حق فيما حيز [قبل موته دون ما حيز] بعده، ونقل الإمام عن الأصحاب القطع بالمنع بموته، وفي موت الفرس أقوال.

ثالثها: إنْ اتفق(١) قبل حيازة المغنم؛ فلا سهم له، أو بعد الحيازة، وقبل انجلاء الحرب؛ استحق صاحبه سهمه.

فرع: لَوْ مَرِضَ فِي أَثْنَاءِ القتالِ مَرَضًا، يُرْجَى زَوَالُهُ بقي حقه، وَكَذَا إنْ لَمْ يُرْجَ كَزَمَانَةٍ وَفَالِجٍ عَلَى الْأَظْهَرِ، أو الأصح فِي «الرَّوْضَةِ»، وفي «البسيط» غير طريقة العراق القطع بالمنع، قال: وهو القياس كالموت، وذكر الفوراني: فيه قولين.

وقال المحامليُّ في «المقنع»: يسقط سهمه، ويصير بمنزلة ورثة(٢) مَنْ مات مِن المجاهدين، انتهى.

وهذا واضحٌ، وقد يغفل عنه، ولو خرج في الحرب؛ استحق على المذهب، وما سبق في الزمانة بالآفة المساوية.

قال الرَّافِعِي: ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه، وحكى

---

(١) في الأصل (يقف). (٢) في الأصل (ذرية).

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَحِفْظِ الْأَمْتِعَةِ، وَالتَّاجِرَ وَالْمُحْتَرِفَ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا.

بعض أصحاب الإمام: أن المعتبر رجاء الزوال قبل انقضاء القتال.

قلت: هذا مصرحٌ به في «النهاية».

قال ابن القطان: **لَوِ ارْتَدَّ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ، وَقَبْلَ الْحِيَازَةِ؛ فَلَا سَهْمَ لَهُ وَجْهًا وَاحِدًا، وَإِنِ ارْتَدَّ بَعْدَ الْحِيَازَةِ؛ فَفِي بُطْلَانِ سَهْمِهِ وَجْهَانِ.**

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ، وَحِفْظِ الْأَمْتِعَةِ، وَالتَّاجِرَ، وَالْمُحْتَرِفَ؛ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا**) أي: لشهودهم الوقعة.

تنبيهات: أولها: احترز بقوله: «لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ»، ونحوه عن الأجير للجهاد، وسنذكره، وعما إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة؛ كخياطة ونحوها، من غير تعيين مدة.

قال الرَّافِعِيُّ: يستحق بلا خلاف، وإنْ تعلقت بمدة معينة، وحضر القتال في تلك المدة؛ فالأقوال الآتية، وأما الأجير للجهاد، فإنْ صححنا الإجارة؛ فلا سهم له، ولا رضخ، قال الرَّافِعِيُّ: وينبغي طرد الأقوال فيه.

قلت: حكاه الإمام، والقاضي الحسين طريقةً، وإنْ لم يصحح الإجارة، وهو الصحيح؛ ففي استحقاقه السهم وجهان، وبالمنع جزم صاحب «المهذب»، و«الكافي»: قاتل أم لا؟ وبترجيحه صرَّح في «الشرح الصغير»، وبيَّن الشيخ أبو محمد في «السلسلة» الوجهين على القولين، فيما إذا صرف أجير الحج بالنية إلى نفسه، هل يستحق أجرة؟ وكنت أود أن لو قيل: إنْ قصد الأجير بخروجه للجهاد، وإنما أجر نفسه؛ ليستعين بذلك على الوصول؛ أسهم له بالحضور، وإنْ كان إنما أجر لنفسه؛ لأجل الأجرة فقط؛ فلا، ويكون كمَنْ خرج للتجارة فقط، وسيأتي ما يؤكده.

وفي «الصحيحين» عن سلمة بن الأكوع في حديثه الطويل في يوم قرد(١) أنه «**كان تَبِيعًا لِطَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ، أَسْقِي فَرَسَهُ، وَأَحُسُّهُ، وَآكُلُ مِنْ طَعَامِهِ،**

---

(١) أي: غزوة ذي قرد، انظر: عيون الأثر لابن سيد الناس (٢/ ٦٩).

……

إلى أن قال: فَأَعْطَانِي رَسُولُ اللهِ ﷺ سَهْمَيْنِ؛ سَهْمُ الْفَارِسِ، وَسَهْمُ الرَّاجِلِ؛ فَجَمَعَهُمَا لِي جَمِيعًا»(١).

وفيه دلالة على أنه يسهم للأجير المحتسب بقتاله الأجر.

فإنْ لم يكن محتسبًا؛ فعن يَعْلَى بْنِ مُنْيَةَ، قَالَ: «أَذَّنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِالْغَزْوِ، وَأَنَا شَيْخٌ كَبِيرٌ، لَيْسَ لِي خَادِمٌ؛ فَالْتَمَسْتُ أَجِيرًا يَكْفِينِي، وَأُجْرِي لَهُ سَهْمَهُ، فَوَجَدْتُ رَجُلًا، فَلَمَّا دَنَا الرَّحِيلُ أَتَانِي، فَقَالَ: مَا أَدْرِي مَا السُّهْمَانُ، وَمَا يَبْلُغُ سَهْمِي؛ فَسَمِّ لِي شَيْئًا كَانَ السَّهْمُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَسَمَّيْتُ لَهُ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ؛ فَجِئْتُ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرْتُ لَهُ أَمْرَهُ، فَقَالَ: **«مَا أَجِدُ لَهُ فِي غَزْوَتِهِ هَذِهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ إِلَّا دَنَانِيرَهُ الَّتِي سَمَّى»**(٢).

رواه أبو داود وأخرجه الحاكم في «مستدركه» وقال: على شرط البخاريِّ ومسلم، وأقرَّه شيخنا الذهبي في «تلخيصه» [على ذلك، والله أعلم](٣).

ثانيها: ترجيحه أنه إنما يسهم للأجير إذا قاتل، طريقة القاضي الحسين وأتباعه، ونقلها في «الشرحين» عن الْبَغَوِيِّ والْغَزَالِيِّ: أنه إن لم يقاتل؛ فلا سهم له، وإنْ قاتل؛ فثلاثة أقوال، قال: وأطلق المسعوديُّ وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل أو لا، وكذلك أطلقها الشَّافِعِيُّ في «المختصر»: أظهرها: له السهم بحضور الوقعة، وتبعه في «الروضة».

وثانيها: المنع؛ لأن منفعته مستحقة للغير كالعبد شهد الوقعة، وعلى القولين يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة.

وثالثها: يخيَّر بين الأجرة وسهم الغنيمة قبل القتال وبعده، فإن اختار الأجرة؛ فلا سهم له أو السهم فلا.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٧٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧، رقم ٢٥٢٧)، والحاكم (٢/ ١٢٣، رقم ٢٥٣٠) وقال: صحيح على شرطهما.

(٣) في نسخة: (الآتية إن شاء الله تعالى).

……

وفي محل هذا القول كلام يطول ذكره، وهذه طريقة العراقيين، وصرَّح القاضي أبو الطيب في «المجرد»، والْمَاوَرْدِيُّ وغيرهما: بأنه يسهم له قاتل أم لا؟

نعم، في كلام الْمَاوَرْدِيِّ فوائد ملخصها:

إنْ كانت إجارة عين، فإن لم يتعلق بزمن معين؛ استحق السهم أو بمعين، فَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً لَا يَمكنه فَسْخَها؛ فَفِي اسْتِحْقَاقِهِ لِلسَّهْمِ؛ قَوْلَانِ، إنْ قلنا: يستحقه، وَإِنْ كَانَ حُضُورُ الْوَقْعَةِ يَمْنَعُ مِنْ مَنَافِعِ [إِجَارَتِهِ كمن يخدم حاضر الوقعة؛ فله الأجرة والسهم؛ فإن كان يمنعه، فإنْ دعاه المستأجر إلى] خدمته فأبى، وغلبه عَلَى مَنَافِعِ نَفْسِهِ، يَرُدُّ مِنَ الْأُجْرَةِ، [مَا قَابَلَ مُدَّةَ حُضُورِهِ، واستحق السهم، وإنْ لم يدعه إلى خدمته؛ ففي استحقاقه الأجرة] وجهان، وإنْ كان يقدر على فسخ الإجارة؛ فثلاثة أقوال: فإن قلنا: يُسْهَمُ لَهُ؛ فَسَوَاءٌ قَاتَلَ أَوْ لا، كَغَيْرِهِ مِنَ الْجَيْشِ، ولو قلنا: لا يُسْهَمُ لَهُ؛ فهو إذا لَمْ يُقَاتِلْ، فإنْ قاتل استحق السهم، وهو ظاهر قول أبي إسحاق، والأصح عندي: لا؛ لِأَنَّ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ بِالْحُضُورِ؛ لا يَسْتَحِقُّهُ إذا قَاتَلَ، كَأَهْلِ الرَّضْخِ، انتهى.

ثالثها: أطلق نقل الخلاف في التاجر، وليس كذلك، فنقول: قال الأصحاب: إذا حضر الوقعة تاجر أو نحوه، نُظِرَ إنْ كان قصد الجهاد إلا أن معه بضاعة؛ فكسائر المجاهدين، وإنْ كان إنما تبع العسكر للتجارة، والحرفة، والمعاملة ونحوها، لا للغزو، ولكنهم حضروا الوقعة؛ ففي استحقاقهم السهم طرق، المذهب في أصل «الروضة»، فيها: أنهم إنْ قاتلوا استحقوا، وإلا فلا، والذي في «الشرحين»: أن فيهم قولان، وإن أظهر الطرق أن محلها إذا قاتلوا، فإنْ لم يقاتلوا؛ لم يستحقوا، قولًا واحدًا، قال: وهذا ظاهر لفظ «المختصر» وقضية نظم «الوجيز».

والثاني: وبه قال القاضي أبو حامد: إن القولين فيما إذا لم يقاتلوا؛ فإنْ قاتلوا استحقوا، بلا خلاف.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق، وابن القطان: طردهما في الحالين، وبهذا أجاب الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، وقال: أصحُّ القولين، إنَّه يسهم للتاجر؛ لتكثيره

وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ.

سواد المسلمين. هذا ما في «الشرح الكبير»، وفي «الصغير» نحوه، خلا ذكر الترجيح في الطريقين الآخرين، فخرَّج من كلام «الروضة» وأصلها؛ استحقاق الأجير السهم بالحضور فقط، وأن التاجر ونحوه، إنما يستحقه إذا قاتل، وهو بعيدٌ جدًا، بل التاجر أولى بالاستحقاق؛ [لاشتغاله][1].

ولهذا حكى الإمام قولًا: إنه يستحق السهم دون الأجير، وحكى ابن الرِّفْعَة طريقًا آخر: أنه إنْ قصد التاجر بخروجه الجهاد، وجعل التجارة تبعًا؛ استحق، وإنْ لم يقاتل، وإنْ قصد التجارة؛ فإنْ تخلف في العسكر؛ لم يستحق، وإنْ حضر الوقعة وقاتل؛ استحق، وإنْ لم يقاتل؛ فقولان.

قال القاضي الحسين: وذكر الرَّافِعِي أصل الخلاف في التُّجَّارِ وَالْأُجَرَاءِ أن العزم على القتال، هل هو شرط في استحقاق السهم؟ فيه جوابان.

قلت: وظاهر إطلاق الشَّافِعِي والجمهور: إنه ليس بشرط، والله أعلم، والذي أراه المختار الأقوى أن كلَّ مَنْ حضر الوقعة من الكاملين من الْأُجَرَاءِ، والتُّجَّارِ، والْمُحْتَرِفَةِ؛ يستحق السَّهم قاتل أم لا؟

والنظر إلى المقصود في هذا الباب بالنسبة إلى السَّهم يجرُّ خبطًا، وإنما ينظر إليها في الثَّواب، ووفره ونقصه، ويجيء على النظر إلى القصد؛ أنه لو قصد بخروجه الكسب من الحربيين لا غير، وإثبات شجاعته[2]، ونحو ذلك من المقاصد، أن يقال: لا يسهم له أو يجيء في ذلك خلافًا، ولم أر مَنْ قاله، ولا جرى عنه تنقيب من الأولين، وإنْ أشعر به ما سبق عن «البسيط» وغيره، والله أعلم.

قال: (وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وَلِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ) لأنه ﷺ «قسَّم يَوْمَ خَيْبَرَ لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا»، متفقٌ عليه[3] ولأبي داود: «لِرَجُلٍ وَلِفَرَسِهِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ؛ سَهْمًا لَهُ، وَسَهْمَيْنِ لِفَرَسِهِ»[4].

---

[1] في نسخة: (لاستقلاله).

[2] في نسخة: (أو لبيان شجاعته).

[3] تقدم تخريجه.

[4] أخرجه أبو داود (٢٧٣٥).

....

والمراد بالفارس هنا مَنْ حضر الوقعة، ونحوه ممن سبق ذكره، وهو من أهل فرض القتال بفرس مهيأ للقتال، يصلح لذلك، قاتل عليه أم لا؛ لعدم الحاجة إليه، حتى لو قاتل على حصار حصن، أو في البحر أسهم لفرسه؛ إذ ربما انتقل إلى البر، فقاتل عليه. كذا نصَّ عليه في «الأم»، وحمله ابن كَجٍّ على ما إذا كانوا بقرب السَّاحل، واحتمل أن يخرج ويركب، فإنْ لم يحتمل الحال الركوب؛ فلا معنى لإعطاء سهم الفرس، وأقراه.

قال ابن الرِّفْعَة: وقريب منه ما أورده الإمام، فيما إذا نزلوا عن الخيل، حيث قال: فإنْ لم يبعدوا عن الخيل أسهم لها، وإنْ بعدوا عنها؛ ففي استحقاق سهامها وجهان، وألحق الْمَاوَرْدِيُّ بنصِّ «الأم»: ما إذا استخلف أمير الجيش قومًا في العسكر لحفظه، أو أفرد كمينًا؛ لِيَظْفَرَ مِنَ الْعَدُوِّ بِفَرِّهِ؛ فيسهم لهم ولأفراسهم.

قال الدارميُّ: إذا كانت دابته مع حافظ فضله فحضر راجلًا، لم يسهم لدابته، وإذا جاء راجلًا، ومعه دابة، فإن أراد تدبيرًا في الحرب أسهم له، وإلا فلا، وإذا حضر بدابة فلم يحتج إليه فقاتل في ماء أو نحوه أسهم له، وإن جاءه غلامه بدابة بغير أمره لم يسهم له إذا لم يحارب عليها، انتهى.

فجرى على نصِّ «الأم»، ولم يوافق ابن كج كعاداته، ويحتمل أن يقال: إن علم قبل الحضور إلى موضع القتال أنه لا يحتاج فيه إلى فرس بحال لم يسهم له، وإن ظن الحاجة إليها فاتفق عدم الحاجة؛ أسهم له لالتزامه مؤنة، وإحضاره للجهاد.

وفي «زوائد الروضة»: ولو كان معه فرس، ولم يركبه، ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف، قال: وإن علم به، ولم يركبه فلا سهم له، قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه، ولم يحتج إليه، انتهى.

والظاهر أن هذه هي الصورة التي ذكرها الدارمي في إحضاره غلامه فرسًا بغير أمره.

وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ.

قال: (**وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ**) «لأنه ﷺ لم يعط الزبير إلا لفرس واحد، وقد حضر يوم حنين بأفراس»(١) رواه الشَّافِعِي، وفي قول: يعطى لفرسين فقط، ولعل محله إذا احتيج إليهما لدوام القتال، وعدم الاكتفاء بالفرس الواحد، ويجوز أن يكون هذا مقالة ثالثة متوسطة بين الإطلاقين(٢).

قال: (**عَرَبِيًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ**) وغير العربي البرذون، والهجين، والمقرف [فالبرذون]: ما أبواه عجميان، و«الهجين»: ما أبوه عربي دون أمه، و«المقرف» عكسه؛ لأن الكر والفر يقع منها كلها فلا يضر تفاوتها كالرجال، وفي قول: لا يسهم للبرذون، ولفظ نصه في «البويطي»: ولا يسهم لبغل، ولا حمار، ولا بعير، والهجين والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي له، وقال في موضع منه بعد قوله: إنه لا يسهم إلا لفرس واحد، وكان يقال: البراذين، والهجين إذا لحقت لحوق الخيل يسهم لها سهم فرس؛ لأن أسهم الخيل تجمعها، ففصَّل في هذين النصين ولم يطلق.

قال: (**لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ**) أي: كالفيل، والبغل، والحمار، قال في «البيان»: وهو إجماع؛ لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل، ولا يتأتى بها الكر والفر، وبهما تحصل النصرة غالبًا، واستأنسوا بقوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] فخصها بالذكر، والفيل يفر من الهر، نعم نعطي راكب هذه الدوابّ سهمه، ويرضخ لها، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار، ولا يبلغ رضخها سهم فرس، هكذا جزما به. وفي «النهاية»: أنه لا يستحق إلا ما يستحقه الراجل وهو قضية كلام كثيرين أو الأكثرين.

فائدة: سبق نقل العمراني الإجماع، وفي نسخه: وهو إجماع من الصحابة، وهو الصواب أنه لا يسهم لغير الخيل، وفي «الشامل» وغيره عن البصري أنه قال: يسهم للإبل؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦].

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٤/ ١٥٢). (٢) انظر «الأم» (٤/ ١٥٢).

وَلَا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ، وَفِي قَوْلٍ يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الْأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ.

وقال الدارمي: وقال قوم يسهم لهم، والحمير، والإبل(١).

قال: (**وَلَا يُعْطَى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ**) أي: مهزول.

(**وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ**)؛ لعدم فائدته؛ بل هو كَلٌّ، والغَنَاء بالفتح والمد، ولا يدخل دار الحرب حَطِمًا: وهو الكسير، ولا قَحْمًا: وهو الهَرِم، ولا ضَرَعًا: وهو الضعيف الصغير، ولا أعجف رَازِحًا أي: بيِّن الهُزال.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يُعْطَى إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الْأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ**) كالشيخ الهرم الضعيف يحضر، وفرق بأنه ينتفع برأيه، ودعائه، وقيل: وإليه ذهب أبو إسحاق إن أمكن القتال عليه أسهم، وإلا فلا، ونزَّل النصين على ذلك، واختاره ابن أبي عصرون، وأجرى القولين، فإن لم ينه الأمير أيضًا، ويتجه جريانهما، وإن أذن، ويشبه أن يفرق بين مَنْ علم نهي الشرع عن ذلك وغيره، وهو أولى بالاعتبار من العلم بنهي الأمير.

إشارات: إذا علم نهي الأمير عن إحضاره لم يسهم له قطعًا، وكذا أقول: إذا علم نهي الشرع عنه، **وَيَنْبَغِي أَنْ يَلْحَقَ بِالْأَعْجَفِ الْحَرُونُ الْجَمُوحُ، وَإِنْ كَانَ شَدِيدًا قَوِيًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُرُّ وَلَا يَفِرُّ عِنْدَ الْحَاجَةِ بَلْ يُهْلِكُ رَاكِبَهُ**، ويمكن تحميله لقوله: «**وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ**»، وقوله: «**لا يعطى لفرس أعجف**» إطلاقه يفهم أنه لا فرق بين أن يحضره كذلك، وبين أن يطرأ عجفه بعد إحضاره(٢) وهذا أولى بالاستحقاق.

فروع: يسهم للفرس المملوك والمستأجر والمستعار وهو للمستعير وقيل: للمعير، وسهم المغصوب للغاصب، وقيل: للمالك، وقيل: لا سهم له أصلًا، وهذا في مالك لم يشهد الوقعة؛ فإن شاهدها المسلم الكامل فسهما

---

(١) في نسخة: (يسهم لكل راكب سواء: الخيل والبغال والحمير والإبل).

(٢) في نسخة: (بعد إحضاره وقبل انقضاء الحرب، ولما فيه يحتمل أن يجري فيه خلاف مرتب على موت الفرس بعد إحضاره).

فرسه له لا للغاصب، ولا لمن وجده ضائعًا، أو عابرًا فجاهد عليه، هكذا أطلق ويجب كونه في فرسه التي يجاهد عليه، ولم يركب سواها ويسهم لها، وكذا لو كانت حبيسة، وهذا يفهمه قولهم: ولا يسهم لفرس واحد، ولو ركب اثنان فرسًا وشهدا الوقعة، فهل له ستة أسهم أم أربعة فقط أم سهمان؛ لأنهما كالراجلين؛ لتعذر الكرِّ والفر، أم إن كان فيه قوة الكر والفر سهمًا فأربعة أسهم وإلا فسهمان؟ أربعة أوجه، قال الدارمي: إذا قاتل رجلان على دابة معاقبةً، فقيل: لا سهم للدابة، وقيل: سهمان لكل واحد سهم مع سهمه، وقيل: لها ستة أسهم كفارسين، انتهى.

وهي أحسن من عبارة «الروضة»، وجنح إلى ترجيح المناصفة بينهما، فقال: لعله أصح، وعبارته حضر اثنان بفرسٍ مشترك بينهما المسألة، والظاهر أن المراد ما إذا كانت بينهما مناصفةً لا كيفَ كان؟، ويحتمل أن يكون على الرؤوس، ولا نظر إلى النصيب منها قلةً وكثرةً، ويحتمل أن يقال: إنهما إذا تهايآ ركوبها فسهمها لمن حصلت الغنيمة، وحيازتها في نوبته دون صاحبه، والله أعلم.

قال: (**وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذِّمِّيُّ إِذَا حَضَرُوا؛ فَلَهُمْ الرَّضْخُ**)(١) صحح ابن حبان، والترمذي، وغيرهما «أنه ﷺ أعطى العبد»(٢).

وقال الأوزاعي: «أسهم رسول الله ﷺ للصبيان والنساء بخيبر»(٣) وأخذ بذلك المسلمون بعده، وكذا رواه البيهقي عن مكحول، وخالد بن معدان مرسلًا، وحمل جمهور العلماء الأسهم هنا على الرضخ إلا هؤلاء الثلاثة.

وفي «صحيح مسلم»: «أنهن **يُحْذَيْنَ مِنَ الْغَنِيمَةِ**»(٤).

وفي «سنن أبي داود»: «أنه كان يرضخ لهن»(٥).

---

(١) الرَّضْخُ: العَطِيَّة القَليلة.

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٧٨).

(٣) أخرجه البيهقي (٩/ ٥٣).

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٤٤).

(٥) أخرجه أبو داود (٢٧٢٨).

....

ومنهم من قاس الصبي على المرأة؛ لأنه يكثر السواد، ويعين كالمرأة، وأما الذمي فرواه الشَّافِعِي عن فعله ﷺ أسهم؛ لكنه ضعفه، وفي كتابي الترمذي، وأبي داود وغيره عن الزهري: «أنه ﷺ أسهم لقومٍ من اليهود قاتلوا معه»(١) وهذا إن صح محمول على الرضخ أيضًا.

تنبيهات وتتمات:

منها: هذا الرضخ مستحق، وفي قول: مستحب.

ومنها: يرضخ للمذكورين بإذن السيد والولي، والزوج لهم في الحضور، وينبغي أنه إذا كان نهى الأمير عن إحضار النساء والصبيان خوفًا عليهم فحضروا مع العلم بنهيه؛ ألا يرضخ لهم، وينقدح الفرق بين المرأة المكلفة العالمة بنهيه المختارة الحضور، وبين الصبي، فلا يسقط حقه بمخالفة وليِّه.

ومنها: ألحق الْمَاوَرْدِيُّ المجنون في الرضخ بالصبي، وادَّعى أنه ﷺ رضخ له، وعن «النهاية» أنه لا يرضخ له وفاقًا، وحكى ترددًا للأصحاب في الصبي والمرأة إذا لم يكن فيهما منفعة، قيل: لا يرضخ لهما، وهو ظاهر القياس، وقيل: يرضخ بحضورهما الوقعة، وبه صرح الدارمي، ولفظ الرضخ للصبيان والنساء والعبيد أينتفع بهم أم لا ؟ وإطلاق المصنف وغيره يوافقه؛ ولكن لفظ نص «البويطي»: ولا يسهم لصبي، ولا لامرأة، ولا لعبد إلا أن يكون فيهم منفعة، فيرضخ لهم من خمس الخمس، ولا يبلغ بواحد منهم سهم رجل، انتهى.

وقيد في «البسيط» الصبيان المراهقين، وهو يقتضي الجزم بالوجه الأول في كلام إمامه، ولا معنى للرضخ للرضيع، والفطيم ونحوهما، ويخرج ما ذكره الإمام من التردد في المجنون أيضًا، ولعل موضع الوفاق الذي ذكره فيما إذا لم يكن له تمييز، أما لو كان فقد يكون أجرأ وأشد قتالًا من كثير من العقلاء.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٥٣)، والترمذي (٦/ ٢٤٣).

وَهُوَ دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي قَدْرِهِ. وَمَحِلُّهُ الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: الذمية في الرضخ كالذمي، وقيل: لا يرضخ لها؛ لأنه لا قتال فيها، ولا بركة لحضورها بخلاف المسلمات فإنه يتبرك بدعائهن إذا حضرن.

واعلم أن ظاهره عبارة الشيخين، أن غير الذمي من الكفار الحاضرين بإذن الإمام لا يرضخ لهم، وفيه نظر، وعبارة «التنبيه» وغيره: الكافر، وعبارة آخرين: المشرك، والظاهر أن الذمي، والمعاهد، والمستأمن، والحربي إذا حضروا بإذن الإمام حيث يجوز له الاستعانة بهم استحقوا الرضخ كالذمي سواء، وقال الدارمي: والكافر إن لم ينتفع به، قال الشَّافِعِي: يرضخ له، قال المروزي: لا يرضخ سهم إلا لمن قاتل على حسب قتاله، انتهى.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وَيُفَاوِتُ بَيْنَ أَهْلِهِ بِحَسَبِ نَفْعِهِمْ فَيُرَجِّحُ الْمُقَاتِلُ وَمَنْ قِتَالُهُ أَكْثَرُ عَلَى غَيْرِهِ، وَالْفَارِسُ عَلَى الرَّاجِلِ، ومداوية الجرحى على غيرهم، ويرضخ للأعمى، والزمن، ومقطوع الأربعة، ولا سهم لهم، وقيل: قولان، وقال الدارمي: إذا قاتل مَنْ يرضخ له راكبًا لم يبلغ بالرضخ له سهم راجل، ولا يرضخ لفرسه، وعندي يرضخ لفرسه، ويرضخ له، ولا يبلغ السهم، ويجوز أن يجتمع من الرضخين سهم راجل، انتهى.

وحيث لا يسهم للأجير والتاجر والمحترف يرضخ لهم على نزاع فيه.

قال: (وَهُوَ: دُونَ سَهْمٍ) أي: سهم راجل.

(يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي قَدْرِهِ) لأنه لم يرد فيه توقيف في قدره فرجع إلى رأي الإمام، وإنما لا يبلغ به سهم راجل إذا كان المرضوخ له راجلًا، فإن كان فارسًا فوجهان: أحدهما: لا فرق، وبه أجاب الْمَاوَرْدِيُّ هنا، وصححه في «السير» وقضية كلام الدارمي السابق أنه المنقول، وهو الأصح.

قال: (وَمَحِلُّهُ: الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه سهم من الغنيمة مستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص، والثاني: أنه من أصل الغنيمة كالمؤن، والثالث: من خمس الخمس سهم المصالح؛ لأنهم ليسوا من أهل الأربعة الأخماس، ولا على صفة الغانمين؛ فليعطوا من المصالح، والأصح طرد

قُلْتُ: إِنَّمَا يَرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بِلَا أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالله أَعْلَمُ].

الأقوال في كل من يستحق الرضخ، وقيل: هي في المسلم، أما الذمي في خمس الخمس قطعًا؛ لأنهم يعطون بالمصلحة، وغيرهم بحضور الوقعة، وقيل: الثالث مخصوص بالذمي.

قلت: ورأيت في كتاب «الودائع» لأبي العباس ابن سُرَيْج أن اليهود والعبيد والمرضى والضعفاء إذا حضروا العسكر يرضخ لهم، ولا يبلغ بهم سهم، والذي يعطون منه يكون من الغنيمة، ويرضى المسلمون به، فإن لم يكن ذلك عن رضا المسلمين فمن خمس الخمس، انتهى.

واشتراط الرضا حسن غريب، ولعله من تفريع القول باستحباب الرضخ، وقد يكثر أهل الرضخ وتقل الغنيمة فيؤدي الرضخ منها إلى الإضرار بالمجاهدين إذا لم يكن برضاهم، وقد يتخيل الفرق بين المجاهدين المحصورين لقلتهم، وبين الجيش العظيم وإن انحصروا.

قال: (**قُلْتُ: إِنَّمَا يَرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بِلَا أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالله أَعْلَمُ**) أي: فإن حضر بأجرة فهي له فقط.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر نبأ ذلك على الخلاف في الأجير المسلم فإن قلنا: يسهم له رضخ له، وإلا فلا.

تنبيهات: سبق أنهما قصرا الكلام على الذمي[1] والظاهر أنه ليس بعيد يؤيده قول أبي الطيب في «مجرده» وينظر في المشرك، والذمي، فإن حضر القتال بغير إذن المسلمين لم يستحق الرضخ، وعزره الإمام إن رأى ذلك، انتهى.

ولعله سقط لفظ أمير بين «إذن، والمسلمين» على ناقل، وأما إذن الآحاد في ذلك فلا، وفي «سير الحاوي» أنهم إن قاتلوا رضخ لهم، وإلا فلا، وسبق قول الدارمي، قال الشَّافِعِي: والكافر إن لم ينتفع به؛ قال الشَّافِعِي: يرضخ

---

[1] في نسخة: (على المنفعة).

....

له، وقال المروزي- يعني أبا إسحاق -: لا يرضخ منهم إلا لمن قاتل، انتهى.

وددت لو قيل: إن حضر قتال عن أهل ملته رضخ له أو قتالهم فلا؛ للتهمة، والحاصل فيما إذا حضر الكافر بالإذن بلا أجرة أوجه: أصحها: ما ذكره، وثانيها: إن قاتل استحق، وإلا فلا، وفي الحاضر بلا إذن أوجه:

أصحها: ما ذكره، وثانيهما: يستحق وينبغي تقييده بما إذا لم يظهر منه خيانة، وثالثها: إن قاتل استحق، وإلا فلا، ويجب الجزم بأنه إذا نهاه فحضر لم يستحق شيئًا بلا خلاف.

فرع: إذا زال نقصان أهل الرضخ قبل انقضاء الحرب بإسلام، أو بلوغ، أو إفاقة، أو عتق، أو وضوح ذكورة مشكل أسهم لهم أو بعد تقضيها، فقد أطلق الْمَاوَرْدِيُّ أنه ليس لهم إلا الرضخ، قال الرَّافِعِي: وينبغي أن يجري في الزوال بعد انقضاء الحرب، وقبل حيازة المال الخلاف فيمن حضر هذا الوقت، انتهى.

وينبغي أن يفرق بين ما حيز قبل كمالهم، وما حيز بعده كما قُبل مثله في القادم، وينبغي أن الخنثى يستحق السهم قطعًا إن بانت رجولته بعلامة قطعية، أو ظنية، وإن بانت بقوله ففيه احتمال، ويجري خلاف سبقت الإشارة إليه، ويأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قال الحاضر الحر المحتمل البلوغ، وعدمه: كنت حال القتال بالغًا؛ فإن حلف استحق، وإلا فلا، وقيل: يصدق بلا يمين، ذكروه في كتاب «الأقضية»، وينبغي جريان الوجهين في دعوى الإسلام، والعتق، وغيرهما إذا صدقه السيد، ومحتمل أن يفرق.

فرع: جزما بأن الخنثى يرضخ له، ولم يتعرضا لوقف شيء، ويوافقه قول الْبَنْدَنِيجِي: إنه لو بان رجلًا أسهم له من حين بانت رجولته، وقال الدارمي: إن قلنا: الرضخ من أربعة أخماسها أعطي رضخ امرأة ووقف له كمال نصيب رجل، ثم ذكر في موضع آخر فيه كلامًا طويلًا إلى أن قال: فجعل خمسة أوجه

....

من الأقوال، من أين يكون الرضخ؟ وفي الموضع سقم من النسخة لم يتحرز في نقلها، ولا ضرورة إليها.

فرع: إذا أراد الحضور مُخْذِل، أَوْ مُرْجِف، أو مَن يعاون المشركين بمكاتبة، أو حمل أخبارنا إليهم؛ منع، فإن حضر ولم يكن قد منع فلا سهم له، ولا رضخ، قال الشيخ: قطع الجمهور بأن المُخْذِل لا يرضخ له، وقال الجرجاني في «التحرير»: إن حضر بإذن الإمام رضخ له، ونقل الرَّافِعِي في «السير» وجهين: أحدهما: يرضخ له، والثاني: أنه إنما يحرم إذا نهاه الإمام فلم ينته، أما إذا لم ينهه فيسهم له، والمذهب الأول، وكنت أود لو قيل: إن الجبان المفرط يمنع الحضور، وإن لم يعلم منه تخذيل، ولا إرجاف؛ لأنه بطبعه أول مولٍّ فيقتدي به مقتدون، فيؤدي ذلك إلى وهن الجيش وطمع العدو، وبالله التوفيق.

كِتَابُ قَسْمِ الصَّدَقَاتِ

قال المصنف: [الْفَقِيرُ مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ، ....

قال الشارح: الصدقات تطلق على الواجبة والتطوع، والمراد هنا الأولى، والتطوع يأتي في فصل مفرد، وجمع الصدقات؛ لاختلاف أنواعها من ماشية، وحَبٍّ، وثمر، ونقد، وغيرها، ويسمى الكل صدقة، وزكاة، والأصل في الباب الكتاب، والسنة، والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَـٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] والسنن طَافِحَةٌ بِذَلِكَ قولًا، وفعلًا.

قال: (الْفَقِيرُ: مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ) هكذا نص عليه الشَّافِعِي ﷺ.

قال أصحابنا: والمعتبر: في قولنا: «يقع موقعًا من كفايته» المطعم، والملبس، والمسكن، وسائر ما لا بدَّ منه على ما يليق بحاله لنفسه، ولمن في نفقته من غير إسراف، ولا تقصير⁽¹⁾، واختلاف عبارتهم في مقدار ما لا يقع موقعًا من كفايته فمثله المحاملي: بأن يحتاج إلى عشرة، ولا يجد إلا درهمين، أو ثلاثة، قال القاضي الحسين: أو أربعة، وهو ضعيف، وكأنه قاله على ما اختاره من أن الفقير أمثل حالًا من المسكين كما سيأتي؛ لأن ذلك يقع موقعًا، ومثل الْبَنْدَنِيجِي، وسليم، وغيرهما بأن يجد من العشرة درهمين.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن عدم أكثر العشرة كان فقيرًا، أو أقلها كان مسكينًا.

وقال في «الإقناع»: الفقراء: هم الذين لا شيء لهم، انتهى.

وهذا ما يأتي عن«الأم».

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: يكون كفايته خمسة، وكسبه نصف

---

(١) في نسخة: (إسراف ولا تقتير).

درهم، وقال الجرجاني: هو من لا يملك(١) بضاعةً، ولا عقارًا وينقص دخله عن كفايته، أو يكون صانعًا ينقصه كسبه عن كفايته، ومنه قول الجويني في «مختصره»: هو الذي لا يفي دخله بخرجه، أو لا دخل له، وتابعه الْغَزَالِيُّ في «الخلاصة» وهي أبعد العبارات.

وقال الْغَزَالِيُّ في «الإحياء»: الفقير من ليس له مال، ولا قدرة على الكسب؛ فإن كان معه قوت يوم، وكسوة حاله فليس بفقر، وإن كان له نصف قوت يومه، فهو فقير، وإن كان معه قوت وقميص، وليس معه منديل، ولا خف، ولا سراويل، ولم تكن قيمة القميص بحيث تفي جميع ذلك كما يليق بالفقراء فهو فقير، انتهى.

وقال الإمام: شرطه ألا يكون مكتسبًا؛ فإن كان مكتسبًا كسبًا يرد بعض قوته فليس فقيرًا، وتبعه الْغَزَالِيُّ وغيره، وقال صاحب «التعجيز» في شرحه: الفقير من لا يملك شيئًا، ولا يطيق كسب مثله.

وقال الإمام: لا يطيق كسبًا أصلًا كما في الملك انتهى، ويخرج مما ذكرناه وجوه.

قال: (وَلَا يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنُهُ) أي: اللائق به.

(وَثِيَابُهُ) أي: ملبوسه اللائق به، وكذلك ثوبه الذي يلبسه متجملًا به، وما سبق عن «الإحياء» قد ينازع فيه.

قال الرَّافِعِي: ولم يتعرضوا لعبده الذي يحتاج إليه لخدمته، وهو في سائر الأصول ملحق بالمسكن، قال الشيخ: صرح ابن كج بأنه كالمسكن، وهو متعين.

قلت: ينازعه قول الإمام: الفقير هو الذي لا يملك لبدًا، ولا تليدًا، ولا طارفًا ولا حُلة.

قال الْغَزَالِي: الفقير من لا يملك شيئًا أصلًا، ويدفع قول الرَّافِعِي: إنه

---

(١) في نسخة: (يملك شيئًا، أو يملك بضاعة).

وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ ....

ليس معمولًا بظاهره؛ بل المعنى فيه ما ذكرناه من قول الإمام: إن المسكن، والخادم لا يمنع من استحقاقه من سهم المسكنة، وأما الفقير فلا يحمل حاله شيئًا من ذلك، لا ملك المسكن، ولا ملك العبد، وذكر ابن الرِّفْعَة في كلامه على ما يعطاه الفقير، والمسكين: أنه لو كان الواحد منهم لا يستقل بنفسه ما لم يخدم، قال الشيخ أبو محمد: إنه لا يجب عليه إذا لم يكن نفيسًا.

وقال الإمام: إنه ظاهر في خادم يحتاجه؛ لضعف بدنه أو بصره، لا لكونه مخدومًا لمروءته ومرتبته، بحيث لو خدم نفسه لانخرقت مروءته، ففيه بعض النظر، انتهى.

قلت: بل فيه نظر مما يذكره في قدرته على الكسب.

قال: (**وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ**) هكذا ذكره الْبَغَوِي في «فتاويه» في موضعين منها.

قال الرَّافِعِي: وقد يتردد الناظر في اشتراط مسافة القصر، وما قاله في المال الغائب في «تعليق» شيخه القاضي الحسين مخرج من نص الشَّافِعِي ﷺ أن من ماله غائب يدفع إليه من سهم ابن السبيل إلى أن يصل إليه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «البحر» عن أبي إسحاق أن هذا يعطى من سهم ابن السبيل، ولا يعطى من سهم الفقراء، وهو ما أفهمه كلام الْبَنْدَنِيجِي، قال: وما حكيناه عن نصه في «الجديد» يخرج من ماله غائب عن أسهم الفقراء، وكذا مَنْ له دين مؤجل، إن قلنا: الدين مملوك، وهو المذهب، وإذا كان كذلك فلا ينبغي أن يصرف إليهما من سهم الفقراء، ولم أره لأحد من الأصحاب، انتهى.

واعلم أني لم أر مَنْ صرح بأن صاحب المال الغائب يعطى من سهم الفقراء إلا الْبَغَوِي، ومَنْ تبعه؛ بل قيل: يعطى من الزكاة إلى أن يصل إلى ماله، والظاهر أن المراد سهم ابن السبيل كما قاله أبو إسحاق وغيره، ونص عليه، ورأيت في «فتاوى الْقَفَّالِ» أنه لو كان ماله غائبًا عنه، ولا يجد من يقرضه؛ فله الأخذ من سهم الفقراء، انتهى.

وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ.

فقيَّد ولم يطلق ورأيت في كتاب «البويطي» عن النص، وخمس الخمس لابن السبيل، وهم المجتازون من بلد إلى بلد ممن لا يكون معه ما يتحمل به، ويدخل فيهم الغني في بلده، والمجهول في الموضع الذي قطع به لا يجد من يسلفه ولا يعرفه، فإن وجد من يسلفه أو يعرفه فليس منهم، انتهى.

وقياسه أنه لو كان له وقف ينظر عليه أو رزق من بيت المال، ونحو ذلك لا يعطى عند إمكان الإقراض، وهو الصحيح، وما قاله الْبَغَوِي ضعيفٌ نقلًا ودليلًا، أما النقل فقد ذكرناه، وأما الدليل؛ فلأنه غني شرعًا وعرفًا، فكيف يعطى من سهم الفقراء ويصدق عليه اسم الفقر؟! والله أعلم.

فإن قلتَ: قد لا يمكنه التوصل إلى ماله، ولا يجد من يقرضه، ولا يجد كسبًا، ولا سبيل إلى إعطائه من سهم ابن السبيل مع إقامته بوطنه، ولا إلى تركه يهلك، فكيف الحال!

قلتُ: هذا موضع تأمل يجوز أن يقال: يقرضه الإمام من بيت المال كما قيل بمثله في نفقة اللقيط، أو ينفق عليه منه مجانًا، وأما الإعطاء باسم الفقير فبعيد، والعلم عند الله تعالى.

قال: **(وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ)** أي: بحاكم ومروءته، أما الكسب مطلقًا؛ لأنه إذا اكتسب أذهب مروءته كأولاد الدهاقنة، وذوي المراتب كما قاله القاضي الحسين. قال: والأفضل له الاكتساب، وأما كونه ما يليق به، واللائق به يمنع؛ لأن القدرة بالكسب المباح اللائق بمثابة المال في حصول الكفاية، وأطلق كثيرون أو الأكثرون اشتراط العجز عن الكسب، وهو محمول على اللائق، وأفتى الْغَزَالِيُّ بأن أرباب البيوتات الذين لم تجر عادتهم بالكسب الدني كترزي وغيره كالوراقة، والخياطة ونحوها إنما لا يفعلها ذوي المراتب؛ لأنهم لا يتعاطون الكسب، وإن أسرف وتركه ضرب من الترفع والاستغناء عنه بالغنى، فأما عند الحاجة إليه والقدرة عليه فتركه ضرب من الحماقة، ورعونات النفوس فلا وجه للترفع عنه، وأخذ أوساخ الناس؛ بل أخذها أذهبُ للمروءة من التكسب بالنسخ والخياطة ونحوهما في منزله، وإطلاق الأحاديث بمنع

وَلَوْ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ. وَلَوْ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلَا.

الكسب محمول على ما ذكرته إن لم يجر على إطلاقها، وقد أطلق في «البسيط» بأن الكسب بالوراقة وهي النسخ إذا كان لا يمنع للنفقة من تفقهه، لم يجز الصرف إليه. قال: (**وَلَوْ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ**) أي: شرعي.

(**وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ**)؛ لأن تحصله من فروض الكفايات الدينية، هذا هو المشهور، وحكى الدارمي أوجه ثالثها: إن كان يرجى تفقهه، ونفع المسلمين به استحق، وإلا فلا، وهذا أقوى، ويظهر أن موضع الخلاف فيما هو كفاية لا فرض عين، وأطلق العبادي في «الزيادات» أنه لو كان له كتب علم، وهو عالم جاز دفع سهم الفقراء إليه، انتهى.

وفي «الإحياء»(١) أنه لو كان له كتب فقه لم يخرجه عن أسهم المسكنة.

قال المصنف: والفقير ليس كما قال؛ بل مراده قصر ذلك على المسلمين خاصةً، وكلامه السابق دال على ذلك، وكذا كلام «الإحياء».

قال: (**وَلَوْ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلَا**) لأن نفعها قاصر عليه، بخلاف تحصيل العلم، قاله القاضي الحسين، وتبعه الإمام، والْغَزَالِيُّ، والْبَغَوِي، والرَّافِعِي.

وادّعى المصنف في «شرح المهذب» الاتفاق عليه، وليس كذلك ففي «فتاوى» الْقَفَّالِ أن المستغرق للوقت بالعبادة، والصلاة آناء الليل والنهار تحل له الزكاة كالمشتغل بالفقه، وإن كان قويًا، أما غيره فلا. وإن كان صوفيًا، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» الإمام جمال الإسلام ابن البرزي أنه لو نذر صوم

---

(١) قَالَ الحجة الْغَزَالِيُّ فِي «الْإِحْيَاءِ»: لَوْ كَانَ لَهُ كُتُبُ فِقْهٍ لَمْ تُخْرِجْهُ عَنْ الْمَسْكَنَةِ وَلَا تَلْزَمُهُ زَكَاةُ الْفِطْرِ كَأَثَاثِ الْبَيْتِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إلَيْهَا وَالْكِتَابُ يُطْلَبُ إمَّا لِلتَّفَرُّجِ بِالْمُطَالَعَةِ كَكُتُبِ الشِّعْرِ وَالتَّوَارِيخِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لَا يَنْفَعُ فِي الدَّارَيْنِ فَهَذَا يَمْنَعُ الْمَسْكَنَةَ، وَإِمَّا لِلتَّعْلِيمِ لِلتَّكَسُّبِ كَالْمُؤَدِّبِ وَالْمُدَرِّسِ بِأُجْرَةٍ أَوْ لِلْقِيَامِ بِفَرْضٍ فَلَا يَمْنَعُ الْمَسْكَنَةَ، وَإِمَّا لِلِاسْتِفَادَةِ كَطِبٍّ يُعَالِجُ بِهِ نَفْسَهُ، أَوْ وَعْظٍ يَتَّعِظُ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِالْبَلَدِ طَبِيبٌ وَوَاعِظٌ فَكَذَلِكَ وَإِلَّا فَمُسْتَغْنٍ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْ كِتَابٍ نُسْخَتَانِ فَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنْ إحْدَاهُمَا فَإِنْ كَانَتْ إحْدَاهُمَا أَصَحُّ وَالْأُخْرَى أَحْسَنُ؛ بَاعَ الْأَحْسَنَ، وَإِنْ كَانَتَا مِنْ عِلْمٍ وَإِحْدَاهُمَا وَجِيزَةٌ فَإِنْ كَانَ مَقْصُودُهُ الِاسْتِفَادَةَ فَلْيَكْتَفِ بِالْبَسِيطَةِ أَوْ التَّدْرِيسِ احْتَاجَ إلَيْهِمَا. «شرح البهجة الوردية» (١٤/ ٧٢).

وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الزَّمَانَةُ وَلَا التَّعَفُّفُ عَنِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْجَدِيدِ.
وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا فِي الْأَصَحِّ.

الدهر، وكان لا يمكنه أن يكسب مع الصوم كفايته، أن له أخذ الزكاة، وأنه لو كان يكتسب كفايته من مطعم، وملبس؛ ولكنه يحتاج إلى النكاح فله أخذها لينكح بها؛ لأنه من تمام كفايته، انتهى.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ**) أي: في الفقير.

(**الزَّمَانَةُ وَلَا التَّعَفُّفُ عَنِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْجَدِيدِ**) «لأنه ﷺ أعطى من سأل الصدقة، ولم يكن زمنًا»(١) ولوجود الحاجة أيضًا، و«القديم» الاشتراط؛ لأنه إذا لم يكن زمنًا تمكن من نوع اكتساب، وإذا سُئل أُعطي فيكون مسكينًا لا فقيرًا.

واعلم أن طريقة القولين ضعيفة عندهما، وكذلك قال في «شرح المهذب»: الذي قطع به المفسرون من العراقيين وغيرهم أنه لا يشترط، وأوَّلوا «القديم»، وقيل: قولان: وحُكي في «البحر» طريقة ثالثة أنه هل يشترط التعفف عن السؤال؟ قولان، فإن اشترط ففي اشتراطه الزمانة قولان، قال الإمام: فإن شرطت ففي اشتراط العمى وجهان، وهذا شاذ.

قال: (**وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيرًا**) أي: ولا مسكينًا.

(**فِي الْأَصَحِّ**) أي: فلا يعطيان من سهم الفقراء، ولا من سهم المساكين؛ لاستغنائهما بما يستحقانه، والثاني: نعم؛ لاحتياجهما إلى غيرهما، والخلاف في القريب إذا أعطاه غير قريبه المنفق من سهم الفقراء أو المساكين، ويجوز أن يعطيه من غيرهما قطعًا، وأما المنفق وليس له إعطاؤه؛ لأجل نفسه من سهم الفقراء أو المساكين قطعًا، وله إعطاؤه من غيرهما بشرطه إلا أنه لا يعطي ابن السبيل إلا ما رد بسبب السفر، وأما الزوجة الحرة فالوجهان جاريان في إعطاء الزوج وغيره؛ لأنه لا يدفع به نفعها عن نفسه بخلاف قريبه فإن منعنا كانت ناشزًا لم تعط على الأصح؛ لقدرتها على النفقة بالطاعة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٥٧).

وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ وَلَا يَكْفِيه.

وفي «الحاوي» أنها لو سافرت وحدها بغير إذنه لا نفقة لها لنشوزها، ويجوز أن يعطيها من سهم الفقراء، والمساكين بخلاف المقيمة الناشزة، والفرق أن المقيمة قادرة على النفقة بالمطاوعة عاجلًا، قال: ولا يجوز أن يعطيها من سهم ابن السبيل؛ لأنه سفر يقضيه.

قلت: والوجه أيضًا أن إعطاءه لها من سهم الفقراء والمسكنة إذا كان ذلك عونًا لها على السفر؛ لأنه إعانة على المعصية أيضًا، وللزوج إعطاء الزوجة من سهم المكاتب والغارم، وكذا المؤلفة على الأصح.

فروع: لو كانت الزوجة لا تكتفي بما تأخذه من نفقتها بأن كان لها مَن يلزمها نفقته أي: من رقيق أو كانت مريضة، وقلنا: لا يلزمه مداواتها، أو كانت كثيرة الأكل لا يكفيها ما يجب لها، قال الْقَفَّالُ: فلها أخذ الزكاة، قال الإمام: ويكون من سهم المساكين.

قلت: يشبه أن يقال: إن كان ما يجب لها يقع موقعًا من كفايتها، ونحوها مما ذكر فالأمر كما قاله الإمام، وإلا فتعطى من سهم الفقراء، أو يوفي رب المال، ثم صرف الإمام زكاته، قال القاضي الحسين: لا يجوز أن يعطي قريبه الذي كان يلزمه نفقته من سهم الفقراء، قال الرُّويَانِيّ: ويحتمل أن يجوز؛ لزوال سبب استحقاق النفقة، وقال الْقَفَّالُ: يجوز صرفها على زوجته بعد موته، وما أبداه الرُّويَانِيّ هو ما يفهمه كلام الكتاب وغيره، ويجوز للمرأة **إِعْطَاءُ زَوْجِهَا الْحُرِّ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ، بَلْ يُسَن**، قال الْمَاوَرْدِيُّ: يستحب، وقيل: لا يجوز، ذكره القاضي الحسين؛ لأنها تأخذه منه في نفقتها، وصار طريقًا إلى ذلك، وليس بشيء الحامل المبتوتة المنفق عليها كالتي في العصمة، سواء قلنا: النفقة لها أم للحمل لم أر فيه شيئًا.

وقلت في «الغنية» تفقهًا: الظاهر نعم.

قال: (**وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ**) أي: وكفاية مَنْ تلزمه نفقته. (**وَلَا يَكْفِيهِ**) أي: أن يحتاج إلى عشرة وعنده سبعة أو

ثمانية، والمعتبر في كل ذلك ما يليق بالحال بلا إسراف ولا تقتير، وسواء كان المملوك نصابًا أو أقل أو أكثر.

وقال الْغَزَالِيُّ في «الإحياء»: المسكين: هو الذي لا يفي دخله مخرجه بعد تملك ألف درهم، وهو مسكين، وقد لا يملك إلا فأسًا، وحبلًا، وهو غني.

وذكر في «البسيط» كعبارة «المنهاج» ثم قال: ويدخل فيه كل من له كسب ودخل لا يفي دخله مخرجه، قال في «الإحياء»: والدُّوَيْرَة التي يسكنها، والثوب الذي يستره على قدر حاله لا يسلبه اسم المسكنة، وكذا أثاث البيت مما يحتاج إليه ويليق به، وكذا كتب الفقيه لا تخرجه عن المسكنة، وبسط القول في بيان حكم الكتب، وفصَّل تفصيلًا طويلًا، فراجعه، وقد لخصه في «الروضة»، وخالفه في بعضه.

تنبيهات وفروع:

الظاهر أن من ارتفع حاله عما ذكر في الفقير على اختلاف العبارات السابقة يلتحق بالمسكين عند بعض قائليها لا يعتبر في المسكين السؤال على المذهب لو كان له عقار ينقص دخله عن تمام كفايته أُعطي بما فيها، ولا يكلف بيعها هكذا أطلق، ويحتمل أن يقال: لو كان نفيسًا، ودخله قليل، ولو استبدل به غيره لكفاه دخله أنه لا يعطى مع تمكنه من ذلك بخلاف ما لو كان تاجرًا، ولو باعه، واتجر في ثمنه لكفاه ربحه؛ لأنه لا يوثق به، وفيه تعريض؛ لذهابه جملةً لو لم يجد الكسوب من يستكسبه حلت له الزكاة، أو وجده وماله حرام كما قاله الْبَغَوِي، أو مرض يومًا مثلًا، كما قاله القاضي الحسين.

قال الرَّافِعِي: لو كان عليه دين فيمكن أن يقال: القدر الذي يؤدي به الدين لا عبرة به كما في نفقة القريب، وكذا في الفطرة.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي» أنه لا يعطى من سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده إلى الدين.

قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وما قاله الْبَغَوِي هو الحق، وقد نصَّ عليه

وَالْعَامِلُ سَاعٍ وَكَاتِبٌ وَقَاسِمٌ وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي الْأَمْوَالِ، لَا الْقَاضِي وَالْوَالِي.

في «الأم» بناءً على أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة، انتهى.

قيل: وكلام الرَّافِعِي هذا يقتضي أن صفة القريب لا تجب والحالة هذه، وهذا يشبه أن يكون غلطًا صدر عن سهوٍ، ولا نعلم خلافًا فيه، وهو والأصحاب قد ذكروا في التفليس وجوب نفقة القريب مع الديون، فكيف يقول هنا ذلك! وإنما عرض له ذلك في ذهنه أن نفقة القريب إنما تجب على مُوسر، وإن المديون غير موسر ونسي ما سبق في التفليس، انتهى.

يضمن كلام المصنف أن الفقير أشد حالًا من المسكين، وهو المذهب، وعكس أبو إسحاق، والقاضي الحسين ذلك، ولعل اختلاف العبارات السابقة في ضبط الفقير أو بعضها تولد من هذا الخلاف، ولا يظهر له فائدة فقهية هنا، ويظهر فيما لو أوصى أو وقف أو نذر للفقراء دون المساكين أو بالعكس، وفيما إذا حضر أحد الصنفين بزيادة، ومن الفوائد ألا يجوز في الوقف، والوصية حرمان الصنف المذكور بخلاف الآخر.

قال: (**وَالْعَامِلُ: سَاعٍ، وَكَاتِبٌ، وَقَاسِمٌ، وَحَاشِرٌ: يَجْمَعُ ذَوِي الْأَمْوَالِ**) أي: وحاسب وحافظ وعريف، ومن يجمع ذوي السهمين، فالحاشر اثنان من ذكره، وهذا، وكذا من يجبي ونحوهم، فإن احتيج إلى عدد زيد فبقدر الحاجة، هذا فيمن نصبه الإمام ليأخذ العمالة من الصدقات، أما لو استأجره من بيت المال وجعل له جعلًا منه فلا حق له في الصدقات، قاله الْبَنْدَنِيجِي والْمُتَوَلِّي وغيرهما.

وقال الإمام: الظاهر جوازه، ولا يعدم الطالب من فحوى كلام الأصحاب ما يدل على أن حرمان العامل من الصدقة بالكلية لا يجوز.

قال: (**لَا الْقَاضِي وَالْوَالِي**)أي: والي الإقليم والناحية إذا قاموا بذلك؛ بل إذا لم يتطوعوا فرزقهم من [خمس الخمس المرصد للمصالح؛ لأن عملهم عام كالإمام إذا قام بذلك، قال القاضي أبو الطيب] في «المجرد» بعد ذكره أن الإمام أو عامل إقليم: إذا ولي أحدهما بنفسه لم يجز له أخذ السهم منها،

وَالْمُؤَلَّفَةُ مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامُ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ.

وسمعت أبا الحسن الماسرجسي ـ رحمه الله تعالى ـ يقول: وكذلك القضاة إذا أخذوا أجورهم – يعني: أرزاقهم- لم يكن لهم أن يدخلوا أيديهم مع كل متولٍّ في كل وقف ووصية، انتهى.

وهو يفهم أنهم لو لم يأخذوا رزقًا على الحكم؛ لتعذره جاز أن يعطوه من سهم العاملين قدر أجرة عملهم في الزكاة.

قال ابن الرِّفْعَة: والأشبه تخريجه على الخلاف في صرف سهم الغزاة إلى المرتزقة عند عدم الفيء إذا نهضوا للقتال، انتهى.

قال: (**وَالْمُؤَلَّفَةُ: مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ، أَوْ لَهُ شَرَفٌ**) أي: ونيته في الإسلام حسنة؛ ولكن: (**يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامُ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ**) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠]

واعلم أن هنا أبحاث:

منها: أنا على القول بالإعطاء إنما يعطيهم الإمام إذا فرقها بنفسه أو نائبه.

ومنها: قوله: «والمذهب» منتقد بأنه ليس لنا طريقة قاطعة بإعطائهما.

ومنها: احترز بقوله: «من أسلم» عن مؤلفة الكفار فإنهم لا يعطون من الزكاة بلا خلاف، ولا من غيرها على الأظهر، وقيل: إذا نزل ـ والعياذ بالله تعالى ـ بالمسلمين نازلة أعطوا قطعًا.

ومنها: حصر المؤلفة في هذين الصنفين، ولم يصرح «المحرر» بذلك، وهو خلاف الصحيح عنده في غير «المنهاج»، إذا علمت هذا فالمؤلفة من المسلمين أربعة أصناف: هذان.

والثالث: يقاتل من يليه من الكفار.

والرابع: مَنْ يقاتل من يليه من مانعي الزكاة، ويجبيها، ويحملها إلى الإمام.

....

وقد حكى الرَّافِعِي فيهم أقوالًا ، وقال: إن الأكثرين أرسلوا الخلاف من غير ترجيح، وإن الشيخ أبا حامد، وشرذمة قالوا: الأصح من القولين في الصنفين الأولين المنع، وقياس هذا ألا يعطي الصنفين شيئًا، وحينئذٍ يسقط سهم المؤلفة بالكلية، وقد صار إليه الرُّويَانِيّ وجماعة إلا أن الموافق لظاهر الآية، ثم لسياق الشَّافِعِي والأصحاب إثبات سهم المؤلفة، وأنه يستحقه الصنفان الأولان، وأنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضًا، وبه أجاب الْمَاوَرْدِيُّ في «الأحكام السلطانية» انتهى.

ولهذا قال المصنف في «شرح المهذب»: إن ما صححه الرَّافِعِي هو الصحيح، وهو الصرف إلى الأصناف الأربعة من سهم المؤلفة، انتهى.

وعليك أن تتأمل قول الرَّافِعِي: إن الأكثرين أرسلوا الخلاف من غير ترجيح مع قوله: إن الموافق لسياق الشَّافِعِي والأصحاب، فإنه يفهم نقل الترجيح عن الأصحاب كما فهمه المصنف، وقوله: فإنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضًا فإنه يشعر بأنه لا يجب؛ بل كأنه إلى رأي الإمام، وقوله من قبل، وقياس هذا ألا يعطي الصنفين الآخرين شيئًا إلى آخره، ينازعه قول القاضي أبي الطيب في «المجرد» بعد إرساله في الصنفين الأولين ثلاثة أقوال: المنع مطلقًا، الإعطاء من سهم المؤلفة إن احتيج إليهم، الإعطاء من سهم المصالح، ولا يختلف المذهب أن الدفع إلى الصنفين الآخرين واجب، ومن أين يعطون؟ على أربعة أقوال:

أحدها: من مال الصدقات من سهم المؤلفة.

والثاني: من سهم سبيل الله تعالى.

والثالث: من سهم المصالح.

والرابع: قال الشَّافِعِي: يجمع الإمام لهم من سهم المؤلفة، وسهم سبيل الله تعالى، ولعله أراد: يعطي قوم من سهم المؤلفة، وقوم من سهم سبيل الله تعالى، انتهى.

……

وجزم الصيمري بوجوب إعطاء الصنفين الآخرين، ورجح أنه يكون من سهم المؤلفة، وممن أرسل الخلاف في الصنفين الأولين بلا ترجيح الْمَاوَرْدِيّ في «الحاوي»، ثم قال في الصنفين الآخرين: لا يختلف قول الشَّافِعِي في جواز تألفهم، ومن أين يعطون؟ ثلاثة أقوال ورابع معلول بذكر الثلاثة الأول، كما ذكرها أبو الطيب، ثم قال: والرابع المعلول من سهم المؤلفة، وسهم سبيل الله تعالى. وقد اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي هَذَا الْقَوْلِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ هَذَا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي جَوَّزَ الشَّافِعِيُّ فِيهِ إِعْطَاءَ الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مِنَ الزَّكَاةِ الْوَاحِدَةِ بِسَبَبَيْنِ مِنْ سَهْمَيْنِ إِذَا كَانَا فِيهِ مَوْجُودَيْنِ، فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي مَنَعَ فِيهِ مِنْ ذَلِكَ فَلَا يُعْطَوْنَ إِلَّا مِنْ أَحَدِ السَّهْمَيْنِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِهِ فِي إِعْطَائِهِمْ مِنَ السَّهْمَيْنِ مَعًا عَلَى الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا لِوُجُودِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَبَيْنِ فِيهِمْ مَعَ الْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ إِعْطَائِهِ بِالسَّبَبَيْنِ لِمَنْ كَانَتْ حَاجَتُهُ إِلَيْنَا.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ مُخْتَلِفٌ بِاخْتِلَافِ الْحَالِ فِيمَنْ قَاتَلَ مِنْهُمْ مَانِعِي الزَّكَاةِ أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ، وَمَنْ قَاتَلَ مِنْهُمُ الْمُشْرِكِينَ أُعْطِيَ مِنْ سَهْمِ الْغُزَاةِ.

وَالْأَصَحُّ عِنْدِي فِي هَذَا الْقَوْلِ الرَّابِعِ غَيْرُ هَذِهِ الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ: أَنَّهُ يُجْمَعُ لِهَذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا بَيْنَ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ وَبَيْنَ سَهْم سَبِيلِ اللَّهِ فِي الْجُمْلَةِ إِلَّا أَنْ يُصْبِحَ الشَّخْصُ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى مِنَ السَّهْمَيْنِ؛ لَكِنْ يُعْطَى بَعْضُهُمْ مِنْ سَهْمِ الْمُؤَلَّفَةِ وَلَا يُعْطَى مِنْ سَهْم سَبِيلِ اللَّهِ، وَيُعْطَى بَعْضُهُمْ مِنْ سَهْم سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يُعْطَى مِنْ سَهْم الْمُؤَلَّفَةِ، فَيَكُونُ الْجَمْعُ بَيْنَ السَّهْمَيْنِ لِلْجِنْسِ الْعَامِّ، وَالْمَنْعُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا لِلشَّخْصِ الْوَاحِدِ، وَهَذَا أَصَحُّ مَا يُحْمَلُ عَلَيْهِ تَخْرِيجُ هَذَا الْقَوْلِ الرَّابِعِ، وَالله أَعْلَمُ، انتهى.

وعلى ما أورده أبو الطيب في «المجرد» جرى الخوارزمي في «الكافي»، وصاحب «الشامل»، ثم حكى اختلاف الأصحاب في تأويل القول الرابع، وجزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه» بأن من يكف الكفار يعطى من سهم الغزاة،

وَالرِّقَابُ الْمُكَاتَبُونَ.

ومَنْ سواه من سهم المؤلفة، وإذا أحطت بما ذكرناه علمًا، وراجعت كلام الأئمة بان لك أن ما ذكره الرَّافِعِي على ما فيه من الغلو محل نظر، وأنه كالمستند بالترجيح في الصنفين الأولين في إعطاء الآخرين من سهم المؤلفة، على أن الصنفين الأولين كما قال الصيمري: قد عدموا في هذا الزمان ـ يعني زمانه ـ وأما زماننا فقد عدمت الأصناف الأربعة فيما نعلم، وقد زيف الإمام القول بالصرف من سهم المؤلفة إلى الصنف الرابع، وقال: إنه في نهاية البعد، وليس له اتجاه، وأما الثالث: فقد يتجه فيهم الإعطاء من سهم الغزاة المطوعة، انتهى.

بل هو المختار الأقوى؛ لأنهم من الغزاة، وعلى ذلك ينطبق قول الْمَاوَرْدِيّ في «الإقناع» ﴿وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] وهم الذين في تألفهم بها قوة المسلمين، وإضعاف المشركين إلى آخره.

إشارات: يعطى المؤلفة مع الغنى والفقر، وسبق أن للزوج إعطاء زوجته من سهم المؤلفة على الأصح، قال في «الروضة»: وقال الشيخ أبو حامد: لا تكون المرأة من المؤلفة، وهو ضعيف، ثم قال آخر الباب: إنه لو بان المدفوع إليه عبدًا أو ذا قربى لم يجزه على الصحيح.

قلت: لو دفع سهم المؤلفة، والغازي فبان المدفوع إليه امرأة، كما لو بان عبدًا، انتهى.

وهذا من تفريع طريقة أبي حامد التي ضعفها من قبل، والوجه على القول بالإعطاء أنها إذا كانت من الصنف الأول، وهو مَنْ أسلم ونيته ضعيفة في الإسلام، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى والخنثى، وهل يكون من الصنف الثاني؟

فيه احتمال؛ لأنها قد تكون شريفة في قومها، ويتبعها غيرها من النساء بخلاف الصنفين الآخرين فلا يكون سهمًا قطعًا.

قال: (وَالرِّقَابُ: الْمُكَاتَبُونَ) أي: كتابة صحيحة كما سيأتي؛ لأن قوله

وَالْغَارِمُ إن اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ، وَٱلله أَعْلَمُ.

وَالْأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ ....

تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] كقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] وهناك من يدفع إلى المجاهدين، فليدفع هنا إلى الرقاب وهم المكاتبون أو غيرهم من الأرقاء، لا يملكون ولا يشتري بذلك عبيدًا أو يعتقون خلافًا لمالك وأحمد، وإنما يعطى المكاتب بشرط ألا يكون معه مَا يَفِي بِالنَّجْمِ وإن كان كسوبًا على الأصح، ويجوز الدفع إليه قبل حلول النجم في الأصح، وليس له صرف زكاته إلى مكاتبه خلافًا لابن خيران، وفي «طبقات العبادي» أن ابن خيران حكاه عن بعض أصحابنا، قال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: ويجوز الدفع إلى سيده بأمره وبغير أمره.

قال: (وَالْغَارِمُ: إن اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِيَ) للآية الشريفة، وقوله: «فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ» يشمل الطاعة والمباح كما صرحوا به، لا كما أوهمه كلام شارح من قصره على الأول.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ، وَالله أَعْلَمُ) أي: نظر إلى الحال فإن التوبة تجب ما قبلها، والثاني: لا؛ لأنه ربما اتخذ إظهار التوبة ذريعةً ثم يعود.

قال الرَّافِعِي: وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا هُنَا لِاسْتِبْرَاءِ حَالِهِ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ بعدها يَظْهَرُ فِيهَا صلاح حَالُهُ، إِلَّا أَنَّ الرُّويَانِيَّ قَالَ: يُعْطَى عَلَى أصح الْوَجْهَيْنِ إِذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ فِي تَوْبَتِهِ فَيُمْكِنُ حَمْلُ إِطْلَاقِهِمْ عَلَيْهِ.

قال المصنف في «شرح المهذب»: والظاهر ما قاله الرُّويَانِيّ: إنه إذا غلب على الظن صدقه في توبته أعطي وإن قصرت المدة.

قال: (وَالْأَظْهَرُ: اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ) أي: فلو وجد ما يقضي به الدين من نقد وغيره لم يعط من الزكاة؛ لأنه يأخذ لحاجته إلينا كالمكاتب وابن السبيل هذا هو «الجديد» والمنصوص في أكثر كتبه.

قال الْمَاوَرْدِي: و«القديم» وحكي عنه في «الأم» أنها لا تشترط لعموم

....

الآية، وكالغارم لذات البين، ونقله في «شرح المهذب» عن نصه في «الأم»، وصححه سليم في «المجرد» والجرجاني في «التحرير».

قال الْمَاوَرْدِي: ومحل القولين إذا كان غناه بغير النقدين، فإن غني بأحدهما فقط لم يعط قولًا واحدًا، وصرح الرَّافِعِي بجريان القولين في الحالين، والمختار ما قاله الْمَاوَرْدِيُّ، ثم راجعت «الحاوي» فوجدته قال: إن كان ماله ناصبًا، أو عرض تجارة لم يجز الدفع إليه قولًا واحدًا، وإن كان ماله عقارًا من دور وضياع يفي أثمانها بدينه، فقولان، ثم ذكرهما كما سبق، وينبغي أن يكون يساره بجنس الدين الذي عليه كيساره بالنقد، ولا يمنع من إعطائه قدرته على كسب ما يقضي به دينه على الأصح بخلاف الفقير والمسكين؛ لأن حاجتهما تتحقق يومًا فيومًا، والكسوب تحصل في كل يوم ما تكفيه، والحالة هنا حاصلة في الحال؛ لثبوت الدين في ذمته، وإنما يقدر على اكتساب مايقضيه به بالتدريج.

قال الرَّافِعِي: ومن المهم البحث عن مغني لحاجته إلى قضاء ذلك الدين، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيرًا لا يملك شيئًا وربما صرحوا به.

قلت: والتصريح به منسوب في «النهاية» إلى المراوزة وأنهم قطعوا به، وقالا: إنهم قالوا: يشترط في وفاء ما يستلزم بسبب حاجة نفسه، الفقر عن كل ما يتصور وصرفه إلى الدين، انتهى.

ثم قال الرَّافِعِي في بعض شروح «المفتاح»: إنه لا يعتبر المسكن، والملبس، والفرش، والآنية، وكذا الخادم والمركوب إن اقتضاهما حاله؛ بل يقضي دينه وإن ملكها، ويقرب منه بعض المتأخرين أنا لا نعتبر الفقر والمسكنة هاهنا؛ بل لو ملك قدر كفايته ولو قضى دينه؛ لنقص ماله عما يكفيه فيقضي من دينه قدر ما ينقص عن الكفاية، والمقصود أنه يترك معه ما يكفيه ولا يدخل في الاعتبار وهذا أقرب، هذا كلام الرَّافِعِي، ويقرب منه قول ابن خيران في «اللطيف» فإن كان عرض له غنى؛ لم يعط، وما جعله أقرب وجه في «النهاية»، وقد رجحه أيضًا في «الشرح الصغير» خلافًا للجمهور.

دُونَ حُلُولِ الدَّيْنِ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ، والله أَعْلَمُ.

فرع: نقل السرخسي أن ما استدانه لعمارة المسجد، وقري الضيف حكم ما استدانه لمصلحة نفسه، وفي «حلية» الرُّويَانِيّ عن بعض أصحابنا أنه يعطى لهذا مع الغنى بالعقار لا يعني الغنى بالنقد، قال: وهو القياس والاختيار وسكتا عليه وهو قول الْمَاوَرْدِيُّ: إنه إن استدان لعمارة مسجد، أو جامع، أو بناء حصن، أو قنطرة، أو فك أسير ونحو ذلك من المصالح العامة جاز إعطاؤه مع الغنى بالعقار لا مع غنى بالنقد، وعليه جرى جماعة بعده ولم يورد في «شرح التعجيز» غيره.

قال: (**دُونَ حُلُولِ الدَّيْنِ**) أي: فلا يشترط؛ لأنه مدين في الحال وهو يتجر فيه فيربح ما يوفي به جميع دينه في محله.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) أي: فلا يعطى قبل محله لعدم حاجته إليه الآن، والخلاف كالخلاف في النجوم المؤجلة، فيرجحه هنا اشتراط حلول الدين مع موافقته في عدم اشتراط حلول النجم، غريب لم أره لغيره.

والذي قاله الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: إن الدين المؤجل على الوجهين في النجوم، زاد في «الكبير»: وقد ترتب الخلاف في الغارم على الخلاف في المكاتب، ثم تارةً يجعل الغارم أولى بأن يعطى لأن ما عليه مستقر، وما على المكاتب متزلزل، وتارةً يجعل المكاتب أولى بأن يعطى؛ لأن له التعجيل؛ لغرض الحرية.

قلت: وكذا المديون؛ لغرض براءة الذمة كما هو مبين في آخر السلم، قال: وفصَّل بعضهم فقال: إن كان الأجل يحل في تلك السنة أعطي، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة، انتهى.

وجمع الدارمي فيها أربعةَ أوجه، ثالثها: يعطى المكاتب لا الغارم. رابعها: عكسه⁽¹⁾.

---

(١) انظر: «المجموع» (٦/ ٢٠٩).

....

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه إن كانت النجوم والدين مؤجلين يطلب الغارم سهمه ليتجر فيه إلى حلول دينه، ولم يختلف أصحابنا أنه يدفع إليه، فأما إن أراد بدفع إلى رب المال والسيد فاختلفوا على أوجه:

أحدها: المنع فيهما، ثانيهما: عكسه، ثالثها: يجوز الدفع للسيد دون الدين، رابعها: عكسه، انتهى.

وقد قال الأصحاب: له الاتجار فيما يأخذه إذا لم يف بالدين؛ ليبلغ قدره بالتنمية، وبذلك تبين أن الأصح خلاف ما صححه المصنف، وفي «البسيط» أنه إن كانت له ضيعة وقفت بدخل قدر الدين عند حلول الأجل فلا يستحق، وإن لم يكن فوجهان.

فرع: للعمراني وجهان في قضاء دين من مات معسرًا من سهم الغارمين، قال في «الروضة»: الأصح الأشهر أنه لا يقضى منه، ولم يرجح في «شرح المهذب» شيئًا، وقال ابن كج: عندنا لا تدفع إليه الزكاة، ثم قال بعده بقليل: إذا استدان لإصلاح ذات البين ثم مات دفع ما تفك به تركته، انتهى.

فيحتمل الوجهان في هذه إلا في الغارم؛ لمصلحة نفسه، ويحتمل أنهما في الصنفين، ويحتمل أن هذا وجه ثالث، وهو قضية كلام ابن كج، ولا خفاء أنه لو مات بعد وجوب الزكاة وهو من المستحقين المحصورين هناك؛ لأنه يقضي دينه من ذلك ويورث عنه من سهمه.

تنبيهات: يتعلق بالاستدانة في المعصية إذا استدان في معصية لم يعط من سهم الغارمين مادام مصرًّا، على الصحيح المشهور، وفيه وجه غريب، رواه الحناطي، ولعل محله إذا علم أو ظن أنه يقضي به الدين، أو بقول قائله: إنه يدفع إلى رب الدين بإذنه، أما دفعه إليه مع جواز صرفه في المعصية دون الوفاء فلا يقوله أحد، وعدا هنا من صور الاستدانة للمعصية الإسراف في النفقة، وذلك في باب الحجر ما يخالفه، وأصل الاضطراب قول الإمام هنا نقلًا عن الصيدلاني: إن من اقترض في جهة المعصية والإسرف الخروج عن المعتاد فيما

لا يكسب جهدًا ولا أجرًا كما قدرناه في الحجر، فوافقاه هنا، وخالفاه هناك، فجعلا الإسراف في النفقة من «المنهاج» وليس بتدبير على أن الإمام لم يصرح هناك أن ذلك معصية كما صنعا؛ بل قال: كالقرض في جهة كذا وقد يزيد بالنسبة إلى منع الإعطاء لا إلى العصيان، ويؤيد الفرق قول الْمَاوَرْدِيّ: فإن كان دينه فِي تَبْذِيرٍ كَرَجُلٍ بَذَّرَ فِي الشَّهَوَاتِ وَاللَّذَّاتِ، وَأَسْرَفَ فِي الصِّلَاتِ وَالْهِبَاتِ لَا فِي بِرٍّ وَلَا تَقْوَى؛ فَهَذَا لَا يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ وَلَهُ مَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْهُ مِنْ نَاضٍّ أَوْ عَقَارٍ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّبْذِيرِ، فَلِأَنْ يَعُودَ تَبْذِيرُهُ عَلَى مَالِهِ أَوْلَى مِنْ أَنْ يَعُودَ عَلَى مَالِ الصَّدَقَاتِ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْ نَاضٍّ وَلَا عَقَارٍ جَازَ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ فِي الْغُرْمِ وَالْحَاجَةِ.

وإن كانَ قَدْ أَدَانَ فِي مَعْصِيَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَتُبْ مِنْهَا وَكَانَ مُصِرًّا عَلَى تِلْكَ الْمَعْصِيَةِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَعْصِيَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَانَ عَلَيْهَا بِتَحَمُّلِ الْغُرْمِ فِيهَا، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَابَ مِنْهَا وَأَقْلَعَ عَنْهَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الْغَارِمِينَ مَعَ الْغِنَى بِمَالٍ نَاضٍّ أَوْ عَقَارٍ؛ لِأَنَّ مَالَهُ فِي غُرْمِ الْمَعَاصِي أَوْلَى مِنْ مَالِ الصَّدَقَاتِ، وَفِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ مَعَ الْفَقْرِ وَجْهَانِ.

قال الإمام: والاستدانة في المعصية هو أن يبغي بها المستدين التوصل إلى جهات الفساد، فلو استدان عن مضمر فساد ثم بدا له فصرفه على جهات الفساد، فحق هذا الدين أن يقضى من سهم الغارمين؛ ولكن إذا رأيناه استدان وصرفه إلى جهات الفساد فلا نصدقه في أنه ما كان ينوي الفساد، ولو اقترض على قصد الصرف إلى الفساد ثم عصم، فأنفقه في طاعة قضي عنه، فإن النية إنما تؤثر إذا حققت بالعمل، وعلى هذا لا يمتنع أن يقال إذا اقترض على قصد الطاعة ثم أنفق صرفه إلى المعصية فلا يقضى، فإن نيته موقوفة على عمله، انتهى.

وقوله في أن النية إنما تؤثر، يفهم بأنه لو اقترض واستدان على قصد المعصية، ثم سرق منه أن يقضى عنه، وهو بعيد مع إصراره أنه لو بقي لصرفه إلى جهة قصده الخبيث المفهوم من عبارة «الكتاب» وغيره، أن الكلام فيما إذا استدان لأجل المعصية به، أما لو استدان لمباح أو طاعة، ثم عنَّ له صرفها

أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ فَلَا.

إلى المعصية لا يكون حكمه كذلك؛ لأنه استدان في معصية، وعبارة «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا استدان لنفسه وعصى بذلك المال، مثل أن أخذه فشرب به الخمر فهل يدفع إليه من السهم أم لا؟

على وجهين، وظاهر كلام الشيخ في «شرح المهذب» أن إتلاف مال الغير عمدًا كاستدانة في المعصية.

قال: (أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْطِيَ مَعَ الْغِنَى) أي: بالعقار والنقد وغيرهما؛ لأن الغرض إطفاء الثائرة ولا تسكن بتحمل الفقير، ولو شرط الفقر في الإعطاء لامتنع الناس من هذه المكرمة.

قال: (وَقِيلَ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا بِنَقْدٍ فَلَا) إذ ليس في صرفه إلى الدين ما يهتك المروءة، والأصح: أنه لا فرق لعموم الآية، والغنى بالْعَرَضِ كهو بِالْعَقَارِ على المذهب، وقيل: كالنقد ولو تحمل قيمة متلف، فإن كَانَ الشَّرُّ مُتَوَقَّعًا فِي مَالٍ فَتَحْمَلُ قِيمَةُ الْمُتْلِفِ؛ قضي دينه مع الغنى على الأصح، ووجه المنع أن فتنة الدم أشد.

تنبيهات: فسَّر «إصلاح ذات البين» بأن يخاف فتنةً بين شخصين أو قبيلتين فيستدين طالبًا للإصلاح، ثم إن كان في دم تنازع فيه قبيلتان، ولم يظهر القاتل فتحمل الدية، قضي دينه من سهم الغارمين إلى آخر ما قدمته.

وفي «الحاوي»: إن استدان في تحمل دية نفس أو طرف وكف بها فتنة، وقطع بها حربًا، أعطي مع الفقر والغنى بالناض وغيره، وإن كان للإصلاح في غرم مال كف به فتنةً ومنع حربًا، أعطي مع الفقر ومع الغنى بالعقار، وفي جواز إعطائه مع الغنى بالناضِّ وجهان.

وفي «البيان» عن الصيمري أنه لو ضمن دية قاتل مجهول أُعطي مع الفقر والغنى، أو عن قاتل معروف أعطي مع الفقر دون الغنى، قال المصنف: وهذا ضعيف، ولا تأثير لمعرفته وعدمها، قال: وحكى الدارمي في الضمان عن قاتل معروف وجهين، انتهى.

……

وكأنهما حيث لا رجوع أو يأتي فيه ما نذكره من فروع ضمان الدين، ثم رأيت الدارمي قال: لو قامت بينة على الجاني، أو إقرار، أو يمين فتحمل متحمل عنه لم يعط، انتهى.

فهذا هو المراد من كلام الصيمري وغيره في «كفاية ابن الرِّفْعَة»، وأحسبه من كلام الإمام ولو ضمن دية مقتول عن قاتل معين، فالقياس أن يترتب على ضمان مال المعاملة، وهنا أولى بأن يقضى مع الغنى.

قال الدارمي: ولو كانت دعوى الدم بين من لا يخشى فتنتهم فتحملها؛ فوجهان.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: إذا علم الغارم أن أحد الفريقين ظالم فغرم ذلك؛ ففي إعطائه وجهان.

فرع: جعل في «الروضة» تبعًا للمراوزة الغارمين ثلاثة أضرب، ثالثها: ما التزمه بضمان، قال في «شرح المهذب»: من ثمن مبيع ونحوه، وله أربعة أحوال:

أحدها: أن يكونا معسرين، فيعطى ما يقضي به ما ضمنه.

قال الْمُتَوَلِّي: وصرفه إلى الأصيل أولى؛ لأن الضامن إذا قضى به الدين، ثم رجع على الأصيل احتاج الإمام أن يعطيه ثانيًا.

قال تبعًا للرافعي: وما قاله ممنوع ولا رجوع له، وإنما يرجع الضامن إذا غرم من عنده.

قال في «شرح المهذب»: وما قاله الرَّافِعِي فيه نظر، وما قاله الْمُتَوَلِّي محتمل أيضًا.

ثانيها: أن يكونا موسرين، فلا يعطى؛ لأنه إذا غرم رجع إلى الأصيل، وإن ضمن بغير إذنه فوجهان.

قال في «شرح المهذب»: إن قلنا: لا يرجع وهو الأصح أعطي، وإلا فلا، انتهى. وفيما قاله نظر.

....

ثالثها: أن يوسر الأصيل وحده، فإن ضمن بإذنه لم يعط؛ لأنه يرجع، وإن ضمن بغير إذنه أعطي في الأصح.

رابعها: عكس الثالث يجوز إعطاء الأصيل جزمًا لا الكفيل في الأصح، انتهى.

فروع ثلاثة من «الحاوي»:

أحدها: لا يجوز أن يزاد الغارم على قدر دينه، ويقبضه هو ويدفعه إلى غرمائه.

قلت: ينبغي أن يستثنى ما إذا كان قد حجر عليه بالسفه، فيكون الدفع إلى الحاكم أو إلى رب الدين بإذن الحاكم، قال: فإن دفع رب المال أو العامل حقه إلى غرمائه بإذنه؛ جاز وإلا فلا يجاب المكاتب؛ لأنه محجور عليه في حق سيده فجاز الدفع إلى سيده بغير إذنه، نعم إن حجر على الغارم بالفلس فدفع إلى غرمائه بالحصص؛ جاز وإن كان بغير إذنه؛ لأنه بالحجر يصير كالمكاتب.

قلت: إن كان هذا فيما إذا كان الدَّافع الإمام ونحوه فذاك، وإن كان من الآحاد فبعيد.

ثانيها: عليه صرف ما أخذه من سهمه في دينه وله دفعه إلى أي غرمائه شاء، إلا أن يكون غارمًا في دية تحملها، أعطي فيها من الصدقات مع غنائه، ويكون عليه دين معاملة أيضًا، فعليه صرف المأخوذ في دين الحمالة دون المعاملة، ولو كان قد أخذ مع الفقر في دين المعاملة فله صرفه إلى ما شاء من دين المعاملة والحمالة، ولو أراد الغارم صرف ما أخذه في ثمن دينه؛ لم يجز إلا أن يعدم قوت يومه، فيجوز أخذه منه وحده؛ لأنه غير مستحق في دينه كالمفلس يقسم ماله بين غرمائه إلا قوت يومه.

ثالثها: إذا أخذ الغارم سهمه فلم يصرفه في دينه حتى أثري منه أو قضي عنه أو قضاه من غير ما أخذه؛ استرجع منه إلا أن يقضيه من قرض يقترضه، فلا يسترجع؛ لأنه لم يسقط عنه دينه، وإنما صار لمستحق آخر كالحوالة، فلو

وَسَبِيلُ اللَّهِ تَعَالَى غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى.

ابْنُ السَّبِيلِ مُنْشِئُ سَفَرٍ أَوْ مُجْتَازٌ، ....

أبرئ منه أو قضاه من غير قرض فلم يسترجع منه ما أخذه حتى لزمه دين صار به غارمًا؛ فوجهان: أحدهما: لا يسترجع منه؛ لأنه يجوز دفعه إليه، والثاني: يسترجع؛ لأنه صار كالمسلف له قبل غرمه.

قال: (**وَسَبِيلُ الله تَعَالَى: غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى**) لعموم الآية، وإنما فسرنا السبيل بالغزاة؛ لأنه متى أطلق حمل عليهم وهؤلاء هم المتطوعة الذين لا سهم لهم في ديوان الإمام، أما من له حق في الفيء كما أشار إليه المصنف فلا يصرف إليهم من الصدقات شيء، كما لا يصرف شيء من الفيء إلى المتطوعة، نعم لو عدم الفيء فهل يعطون؟ فيه قولان أو وجهان، أظهرهما: لا؛ بل يجب إعانتهم على أغنياء المسلمين.

وعن الصيدلاني وجه ثالث: أنه يجوز الصرف إليهم من سهم سبيل الله إذا احتاجوا إلى قتال مانعي الزكاة فيعطون مما يأخذون من الممتنعين، وأطنب الإمام **فِي تَزْيِيفِهِ**، وجزم به **الْغَزَالِيُّ** في «البسيط» وزاد عليه فقال: وأما أهل الفيء فلا يصرف لهم شيء من الصدقات إلا إذا قاتلوا مانعي الزكاة جاز أن يصرف إليهم، وكان قتالهم على تحصيل الزكاة، انتهى.

وقال الإمام في قسم الفيء: إذا لم يكن في يد الإمام مال للفيء والمرتزقة مستظهرين بأموالهم، ولم يكونوا على الصفات التي يشترطها في استحقاقهم سهم سبيل الله من الصدقات لم يجز صرف ذلك السهم إليهم إن كانوا غير مستظهرين، ولو لم يكفهم لضاعوا، ورأى الإمام والحالة هذه أن يصرف سهم سبيل الله تعالى من الصدقات إليهم، ورأى **أَنَّ انْتِهَاضَهُمْ لِلْقِتَالِ** وهم المعدون المستبعدون **أَقْرَبُ مِنْ انْتِهَاضِ الْمُتَطَوِّعَةِ** فلا معترض على الإمام في ذلك، انتهى. وهذا حسن صحيح غريب.

قال: (**وَابْنُ السَّبِيلِ: مُنْشِئُ سَفَرٍ**) أي: من بلده أو موضع إقامته (**أَوْ مُجْتَازٌ**) أي: بموضع أداء الزكاة للآية، وهو حقيقة في هذا مجاز في الأول؛

وَشَرْطُهُ الْحَاجَةُ وَعَدَمُ الْمَعْصِيَةِ، ....

ولذلك خالف مالك وأبو حنيفة فيه، وأصحابنا قاسوه على الثاني؛ لأنه مريد للسفر محتاج إلى أسبابه، وقيل: إن جوزنا نقل الصدقة جاز الصرف إلى الثاني، وإلَّا فلا.

قال: (**وَشَرْطُهُ: الْحَاجَةُ**) أي: الناجزة: وهي ألا يجد ما ينفقه، وإن كان له مال في مقصده أو غيره، فإن وجد هذا مَن يقرضه إلى بلد ماله؛ قال ابن كجٍّ: لم يلزمه الاقتراض، وأقره المصنف في «شرح المهذب» ورده في «البويطي» حيث قال في الفيء: وخمس الخمس لابن السبيل، وهم المجتازون من بلد إلى بلد ممن لا يكون معه ما يتحمل به، ويدخل فيهم الغني في بلده، والمجهول في الموضع الذي قطع به الذي لا يجد من يسلفه، ولا يعرفه، فإن وجد من يسلفه أو يعرفه فليس منهم، انتهى.

وسبق في «فتاوى الْقَفَّالِ» أن الحاضر المقيم إذا كان غائبًا عنه، ولا يجد من يقرضه فله الأخذ من سهم الفقراء، وهو موافق لهذا النص.

قال: (**وَعَدَمُ الْمَعْصِيَةِ**) أي: بألا يكون عاصيًا بسفره إذ القصد إعانته، ولا يجوز الإعانة على المعصية فيعطى المسافر لطاعة قطعًا، وجعل الْمَاوَرْدِيُّ في حكمه السفر أَنْ يَكُونَ لِحَاجَةٍ مَاسَّةٍ كَالسَّفَرِ فِي طَلَبِ غَرِيمٍ هَرَبَ، أَوْ عَبْدٍ أَبَقَ، أَوْ بعيرٍ شَرَدَ، وكذا من سافر معدمًا لتجارة ونحوها ببلَد آخر على الأصح، وعلى هذا في سفر النزهة وجهان صححا الإعطاء، وفي شرحه «المهذب» طريقة قاطعة بالمنع، وبها أجاب الْمَاوَرْدِيُّ قال: وإن أتيحت له الرخص؛ إذ الصدقات لذوي الحاجات، وليس هذا منهم؛ لكن لو سافر للنزهة ثم انقطعت النفقة لعوده؛ جاز إعطاؤه يعني: نفقة عودة لضرورته، وهذا ما ذكره أبو إسحاق المروزي في «الشرح»، وتبعه القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وهو الأصح أوالصحيح، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لا يجوز صرف سهم ابن السبيل إلى الصوفية؛ لأن سفرهم لا غرض فيه؛ لأنهم يسافرون للكدية، وألحق الإمام بسفر المعصية السفر لا بقصد صحيح كالهائم.

إشارات: منها: قال الْمَاوَرْدِيُّ: فَإِنْ كَانَ ابن السبيل مُنْشِئًا لِسَفَرِهِ لَمْ يَجُزْ

أَنْ يُعْطَى إِلَّا مَعَ الْفَقْرِ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَمِنْ سَهْمِ ابْنِ السَّبِيلِ، وَإِنْ كَانَ مُجْتَازًا فِي سَفَرِهِ جَازَ أَنْ يَأْخُذَ مَعَ الْعَدَمِ فِي سَفَرِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فِي بَلَدِهِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مِنْ سَهْمِ بَنِي السَّبِيلِ لا غير، وَلَا يَأْخُذُ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ؛ لِمُرَاعَاةِ الْجِوَارِ فِي الْفَقْرِ، وَلَيْسَ الْمُجْتَازُ جَارًا، انتهى.

وهذا غريبٌ، وسيأتي عن «الأم» ما يقرب من هذا، والظاهر أن المنشئ إذا كان له مال بالبلد الذي يقصده، ولا يجد عند الإنشاء شيئًا، ولايجد من يقرضه؛ جاز إعطاؤه مع الغنى كالفقير المنشئ.

ومنها: لو كان المنشئ أو المجتاز كسوبًا يمكنه أن يكتسب في طريقه ما يكفيه، هل يكون كالموسر كمن يصحب الجيوش والركوب العظام فإن المحترف فيها كالمحترف في البلد أم يعطى؟ لم أر فيه نصًا، وهو محتمل، ويحتمل أن يفرق بين طول المسافة وقصرها، وبين أن يكتسب في يوم كفاية أيام أو لا؛ لأنه قد يبعد، وعليه الكسب في بعض الأيام فيتضرر، ثم رأيتني ذكرت في «الغنية» أن المصنف قال في شرح «المهذب»: قال أصحابنا: ويعطى وإن كان قادرًا على الكسب، انتهى.

ثم قلت: وفي هذا الإطلاق نظر، وقد يظهر في سفر الطاعة أو لضرورة دون ما إذا سافر للتكسب والتمول من غير حاجة، ولا سيما إذا كان يكتسب في يوم كفاية أيام، أو كفاية سفره، وأما المسافر للنزهة فإن قلنا: لا يعطى فلا كلام.

وإن قلنا: يعطى فينبغي استثناء هذه الصورة أيضًا إما جزمًا أو على الأصح.

ومنها: أطلقوا القول بأن العاصي بسفره لا يعطى.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: قال أبو إسحاق في «الشرح»: لا يعطى إلا ما يسد رمقه في الحال إلا ما يسافر به، انتهى.

وقد يجيء فيه وجه أنه لا يعطى حتى يتوب، كما قيل في المضطر إلى

فَصْلٌ

وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الْإِسْلَامُ وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيًّا وَلَا مُطَّلِبِيًّا وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الْأَصَحِّ.

الميتة، يقال له: تب وكل؛ فإذا تاب التحق في بقية سفره بالمسافر سفرًا مباحًا، ويخرج مما يجيء فيه أنه لو كان الفقير أو المسكين غاصبًا بإقامته أنه لا يعطى من سهمه حتى يتوب.

فصل

قال: (**وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ: الْإِسْلَامُ**) أي: فلا يجوز صرفها إلى كافر؛ لما في الصحيحين في حديث بعث معاذ بن جبل ﷺ إلى اليمن: «**تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم**»(١)لو كان الكيّال والوزّان والراعي ونحوهم كفارًا يجوز استئجارهم من سهم العامل؛ لأن ذلك أجرة لا زكاة.

قال: (**وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيًّا**) لما في صحيح مسلم: «أن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس، وأنها لا تحل لمحمد، ولا لآل محمد»(٢).

قال: (**وَلَا مُطَّلِبِيًّا**) لقوله: ﷺ «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد»(٣) رواه البخاري.

(**وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الْأَصَحِّ**) وقيل: الأظهر؛ لقوله: ﷺ «مولى القوم منهم»(٤) صححه ابن حبان، والترمذي وغيرهما، والثاني: لا؛ لأن المنع

---

(١) أخرجه البخاري (٤٠٩٠)، ومسلم (١٩).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٦٦، رقم ١٧٥٥٤)، ومسلم (٢/ ٧٥٢، رقم ١٠٧٢) والبيهقي (٧/ ٣١، رقم ١٣٠١٨).

(٣) أخرجه البخاري (٣٣١١).

(٤) حديث أنس بن مالك: أخرجه أحمد (٣/ ١١٩، رقم ١٢٢٠٨)، والدارمي (٢/ ٣١٧، رقم ٢٥٢٧) كلاهما أن النبي ﷺ قاله لنعمان بن مقرن. والبخاري (٣/ ١٢٩٤، رقم ٣٣٢٧)، ومسلم (٢/ ٧٣٥، رقم ١٠٥٩)، والترمذي (٥/ ٧١٢، رقم ٣٩٠١)، وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي (٥/ ١٠٦، رقم ٢٦١١)، وابن حبان (١٦/ ٢٥٧، رقم ٧٢٦٨).

……

للشرف في ذوي القربى، وهو مفقود في مواليهم.

تنبيهات وفروع:

أحدها: كان الأحسن أن يقول: ومن شرط أخذ الزكاة كما تفهمه عبارة «المحرر»: فإن من الشروط غير ما سبق الحرية فيما عدا المكاتب، ولا يضر كون سيده كافرًا، ولا هاشميًا، ولا يجوز دفع الزكاة إلى الْمُبَعَّضِ في توبة نفسه خلافًا لابن الْقَطَّان، ومثَّل الرُّويَانِيّ إليه، ومن شرط الأخذ من الزكاة أيضًا ألا يكون له سهم في ديوان الفيء كما سبق بما فيه، وأن يكون من بلد مال الزكاة على ما يأتي بيانه، وألا يكون مكفيًا بنفقةِ الغير أو الكسب كما سبق.

ثانيها: لا فرق في تحريمها على ذوي القربى من سهم العامل وغيره، وقيل: يجوز العمالة لأنها أجرة، وقيل: يجوز إن منعوا حقهم من خمس الخمس، والمذهب المنع مطلقًا.

ثالثها: خص الْمَاوَرْدِيُّ الخلاف السابق في الموالي بما يؤخذ باسم

= حديث جبير بن مطعم: أخرجه الطبراني (٢/ ١٣٦، رقم ١٥٧٦). قال الهيثمي (١/ ١٩٦): رجاله رجال الصحيح.

حديث أبي مالك الأشعري: أخرجه عبد الرزاق (٢/ ٦٣، رقم ٢٤٩٩)، والطبراني (٣/ ٢٨٠، رقم ٣٤١١).

حديث أبي موسى الأشعري: أخرجه أحمد (٤/ ٣٩٦، رقم ١٩٥٥٩)، وأبو داود (٤/ ٣٣٢، رقم ٥١٢٢). والبزار (٨/ ٧٣، رقم ٣٠٦٩). قال المنذري (٣/ ١١٩)، والهيثمي (٥/ ١٩٣) رجال أحمد ثقات.

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١٢/ ١٧٠، رقم ١٢٧٨٨) وفي الأوسط (٨/ ٢٢٦، رقم ٨٤٧٤) قال الهيثمي (١٠/ ٣١): فيه محمد بن جابر السحيمي وهو ضعيف وقد وثق.

حديث عتبة بن غزوان: أخرجه الحاكم (٣/ ٢٩٣، رقم ٥١٤٠)، وقال: ذكر عتبة بن غزوان فى هذا الحديث غريب جدًا. وقال الذهبي: إسناده مظلم. قال الهيثمي (١/ ١٩٦): أخرجه الطبراني فى الكبير، وهو من رواية عتبة بن إبراهيم بن عتبة بن غزوان عن أبيه عن عتبة، ولم أر من ذكر عتبة، ولا إبراهيم.

حديث عائشة: أخرجه البزار كما في كشف الأستار (١/ ١١٩ رقم ٢٢٠). قال الهيثمي (١/ ١٩٥): فيه غياث بن حرب، ضعفه الفلاس، وذكره ابن حبان في الثقات.

……………………………………………………

الصدقة، قال: ويجوز أن يكون مولاهم عاملًا أي: بلا خلاف، وحكى القاضي الحسين فيهم وجهين، وادعى أن المذهب الجواز لما سبق من فقد الشرف فيهم، والصحيح المنصوص وقول الجمهور المنع كالسادات؛ لقوله ﷺ لأبي رافع لما التمس منه العمالة: «إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وإنا لا تحل لنا الصدقة» (١) قال الترمذي حسن صحيح.

رابعها: ما ذكرناه في الهاشمي، والمطلبي، ومواليهم هو فيمن تضمنه الإمام عاملًا أو عونًا له؛ ليأخذ من سهم العمالة، وأما لو استؤجر؛ للنقل والحفظ، والرعي، والكيل، والوزن ونحوها جاز كما في العبد والكافر يعملان فيها بالأجرة.

خامسها: لموالي ذوي القربى أخذ صدقة التطوع على المشهور، ويشهد للمنع حديث «أبي رافع» وحمل على المفروضة، ولم أر للأصحاب كلامًا في جواز دفع النذور إليهم، وإلى ساداتهم فيحتمل أن يقال: إنها كصدقة التطوع؛ لأنه متطوع بالنذور، ويحتمل أن يخرَّج على أنه يسلك بالنذر ما إذا قلنا: مسلك واجب الشرع التحق بالزكاة، وإلا فلا.

فوائد:

منها: قال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: لو صرف الصدقة إلى عبد فقير يحتاج إلى خدمته جاز، وصار كالدفع إلى سيده، ولو صرفها إلى عبد غني لم يجز، وإن كان العبد محتاجًا؛ لأنه لا يملك، ولا تحل لسيده.

ومنها: في «فتاوى ابن البزري»: لو كان الفقير فاسقًا جاز الدفع إليه، فإن كان المدفوع إليه يعينه على فسق، ويقويه على معصية فمعونة على معصية، ومسارعة إلى محرم، انتهى.

وهذا صوابٌ لا ما سبق عن «الحاوي» في الكلام على المكفي بنفقة قريب، أو زوج إلا أن يزيد على هذا فراجعه.

---

(١) تقدم في سابقه.

فَصْلٌ

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الْإِمَامُ اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ، ....

ومنها: في «فوائد ابن الصلاح» عن كتاب «العماد» لعبد الله بن عبد الرحمن المروزي من أصحابنا: أنه لا يجوز قبض الزكوات من أعمى، ولا دفعها له؛ بل يوكل فيهما على أصل الشَّافِعِي؛ لأن التمليك شرط فيها، قال ابن الصلاح: وفساد هذا ظاهر، وهو كما قال.

ومنها: سُئل المصنف عن صرف الزكاة إلى تارك الصلاة كسلًا؟ فقال: إن بلغ تاركًا للصلاة واستمر؛ لم يجز دفعها إليه لسفهه، ويجوز دفعها لوليه ليقبضها له، وإن بلغ مصليًّا رشيدًا، ثم طرأ ترك الصلاة، ولم يحجر عليه القاضي؛ جاز دفعها إليه، ويصح قبضه بنفسه انتهى.

وفي «الذخائر» أن تارك الصلاة إذا قلنا: لا يكفر؛ تدفع إليه الزكاة، وفي وجه: لا تدفع إليه إلا نفقة مدة الاستتابة، انتهى.

قال:

(فَصْلٌ:

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الْإِمَامُ) أي: **أَوْ مَنْصُوبُهُ لِتَفْرِقَتِهَا**، أو القاضي، أو والي الإقليم.

قال: **(اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ)** قال الإمام الرَّافِعِي: ولم يخرجوه على القضاء بالعلم، وللتهمة محال هنا أيضًا، وفرق الشيخ في «شرح المهذب» **بِأَنَّ الزَّكَاةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الرِّفْقِ وَالْمُسَاهَلَةِ، وَلَيْسَ فِيهَا إِضْرَارًا بِالْغَيْرِ بِخِلَافِ الْقَضَاءِ بِالْعِلْمِ**. انتهى.

ويحتمل أن يفرق بين ما إذا انحصر المستحقون في البلد وعكسه، وقال ابن الرِّفْعَة: لعل سببه أن ذلك ليس بحكم، حتى ينحى به نحو الأحكام؛ إذ لو كان كذلك لم يجز للمالك الصرف إلا بعد ثبوت الاستحقاق، انتهى.

وقد تعرض لذلك الإمام في بعض الأصناف فقال: من ادعى حالة يعلم صدقه بالتواتر فللمالك الدفع إليه وكذا للحاكم، إن قلنا: يقضي بعلمه وإن

وَإِلَّا فَإِنِ ادَّعَى فَقْرًا أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً، ....

منعناه ففي العلم المستند إلى التواتر قولان؛ إذ لا تهمة فيه، وفي «الإحياء» أن الفقير والمسكين يعطى بقوله؛ [بل يجوز اعتماد قوله إذ لا يعلم كذبه، وأما الغزو والسفر فأمر مستقل؛ فيعطى بقوله] فإن لم يف به استرد، وأما بقية الأصناف فلا بدَّ فيها من البينة، انتهى.

وهذا الإطلاق يفهم أنه لا بدَّ من البينة، وهو محمول على ما إذا جهل حاله.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعلم استحقاقه ولا عدمه فينظر.

(**فَإِنِ ادَّعَى فَقْرًا أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً**) أي: لعسرها، قال الإمام حكايةً عن الأصحاب: وكذا لو ادعى أنه غير كسوب يقبل قوله، وإن كانت نيته مخالفة لدعواه؛ لأن كثيرًا من الناس أصحاب كسب ولا يتأتى منهم عمل يرد عليهم أقواتهم، ثم إن شهد ظاهر حالهما بصدقهما لم يحلفا، وكذا إن اتهما لقوة ونحوها على الأصح، وقيل: يحلفان ندبًا وهو الأحوط، وقيل: وجوبًا، وعبارة «البسيط»: والحاصل ثلاثة أوجه: لا يجوز التحليف، يجب التحليف، يستحب التحليف، انتهى.

وغلط من زعم أن صاحب «الحاوي الصغير» جزم بالوجوب، ولفظه: وحلف ندبًا إن اتهم، وكنت أود لو قيل: يحلفه الإمام ونحوه ولي المحجور دون من يفرق زكاة نفسه؛ بل في إعطاء الولي زكاة محجوره لمن ظاهر حاله عدم الفقر بدعواه، نظر.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا كان ظاهر حاله مخالفًا لمسألته بأن كان قوي البدن حسن الهيئة فينبغي أن يقول له على طريق الوعظ، والإخبار بحال من تحل له الصدقة ما قاله النبي ﷺ للذين سألاه: «**إِنْ شِئْتُمَا أَعْطَيْتُكُمَا، وَلَا حَظَّ فِيهَا لِغَنِيٍّ، وَلَا لِذِي قُوَّةٍ مُكْتَسِبٍ**»(١) فإن أقام على سؤاله ودعواه الاستحقاق؛ أعطاه لقوله ﷺ: «إن شئتما» وهل يحلف؟ وجهان فإن نكل وأوجبنا اليمين؛ لم يعط، وإلا أعطي.

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٥١٣) وأحمد في «المسند» (٣٩/ ٥٥).

فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَهُ كُلِّفَ، وَكَذَا إِن ادَّعَى عِيَالًا فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَهُ كُلِّفَ)** أي: بالبينة؛ إذ الأصل بقاؤه، قال الرَّافِعِي: ولم يفرقوا بين دعوى الهلاك بسبب خفي كسرقة، أو ظاهر كحريق، كصنيعهم في الوديعة ونحوها، قال المحب الطبري: والظاهر التفريق كالوديعة، وفرق ابن الرِّفْعَة بأن الأصل هناك عدم الضمان، وهنا عدم الاستحقاق.

تنبيهات: الأول: المراد بالمال الذي يكره أن يكون مما يمتنع الصرف إليه معه، أما لو كان قدرًا لا يعينه لم يطالب ببينة إلا على تلف ذلك المقدار، ويعطى تمام كفايته؛ فلا بينة ولا يمين كما سبق، حتى لو لم يقم ببينة أعطى تمام كفايته قطعًا، وما أحسن قول «التنبيه»: وإن عُرف رجل بالغنى، ثم ادعى الفقر والمسألة، وقدمت في التفليس كلامًا شافيًا في المطالبة بالبينة، وحيث لزمه الدين في مقابلة مال وادعى تلفه وذكرت تفصيلًا متعينًا، ويأتي مثله هنا، وبل أولى.

الثاني: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا قامت بينة بتلف ماله الذي عهدناه كفى شاهدان، أو شاهد وامرأتان، ولا يشترط كونهما من أهل الخبرة الباطنة، وإن شهدت بفقره وجب أن تكون من أهل الخبرة الباطنة ويكفي اثنان، وقيل: ثلاثة، وهو الجواب في «الإبانة» و«التتمة» وزيفه الإمام، وربما نذكر في «التنبيه» زيادة كلام من بعد، وودت لو اكتفى هنا بواحد سلوكًا بذلك مسلك الخير، ثم رأيت الْمَاوَرْدِيَّ قال: واختلف أصحابنا في الثلاثة، هل يكون شرطًا في بينة من ادعى فقره بعد غناه؟ على وجهين: فإن قلنا: نعم، فهل يكون شهادةً أو خبرًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: شهادة يراعى فيها عدالة الشهود.

والثاني: أنه خبر يراعى فيه صدق المخبرين لا عدالة الشهود.

قال: **(وَكَذَا إِن ادَّعَى عِيَالًا فِي الْأَصَحِّ)**؛ لإمكان البينة، والثاني: يصدق بلا بينة، كما يصدق في فقره، نعم لا بدَّ من حلفه وجهًا واحدًا، ويحتمل أن

وَيُعْطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا اُسْتُرِدَّ، ....

يفرق في تكليفه البينة بين الغريب الوارد الذي لا يعرف عياله، وبين غيره، والمراد بالعيال مَن يلزمه نفقته، وفيه بحث لابن الرِّفْعَة.

قال: (**وَيُعْطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا**) أي: بلَا يَمِين عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لِأَمْرٍ مُسْتَقْبَلٍ، فَإِنْ لَمْ يَفِيَا اُسْتُرِدَّ، وفي «البحر» في تحليفهما معًا وجهين، وفي «الحاوي» عن أبي إسحاق يحلف؛ إذ ربما يكون كاذبًا، ويتلف ما يأخذه ولا يجد مرجعًا، ونقله الإمام فيهما عن تخريج أبي علي قال: ويجيء الخلاف في أن التحليف إيجاب أم استحباب، قال ابن الرِّفْعَة: ويجوز أن يقال: إن الخلاف في ابن السبيل من أهل البلد، أما المجتاز فلا يحلف لشهادة ظاهر حاله بذلك، وفي الغازي بما إذا لم يعينه الإمام للغزو، فإن عينه فلا يحلف قطعًا.

قلت: وسبق عن نص «البويطي» عبارة مشكلة، وهي قوله: الذي لا يجد من يسلفه ولا يعرفه إلى آخره، وقد يؤخذ منها أنه إذا لم يجد من يعرفه أنه لا يقبل قوله في الحاجة، أو أنه ابن السبيل والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا اُسْتُرِدَّ**) أي: ما أخذاه؛ لانتفاء صفة الاستحقاق، ثم قيل: ويحتمل تأخير الخروج يومين وثلاثة، ولا يحتمل الزيادة.

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: ويشبه أن يجعل هذا على التقريب وأن يعتبر ترصده للخروج، وكون التأخير لانتظار الرفقة، وإعداد الأهبة ونحوها.

قلت: ويلتحق بهذا ما لو حبسه ثلج، أو مطر شديد، أو خوف طريق، نعم لو خيف إتلاف ما أخذه في مدة انتظار الخروج فهذا محل نظر.

وقال الْبَغَوِي: الصرف إليه حالة ما يريد الخروج، واشتغل بأسبابه، وكذلك قال الرَّافِعِي: إنما يعطى الغازي إذا حان وقت خروجه لتتهيأ به أسباب الخروج إلى آخره، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا لم يخرج فإن كان عام الزكاة باقيًا خيِّر بين الرد والغزو وإن كان منقضيًا طولب بالرد عينًا؛ لِأَنَّ زَكَاةَ كُلِّ عَامٍ مُسْتَحَقَّةٌ لِأَهْلِهَا فِي ذَلِكَ الْعَامِ لَا فِي غَيْرِهِ، قال: فَإِنْ لَمْ يَسْتَرْجِعْ مِنْهُ حَتَّى سَافَرَ

وَغَزَا فِي الْعَامِ الثَّانِي نَظَرَ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَذَ فِي الْعَامِ الثَّانِي مِنْ زَكَاةٍ ثَانِيَةٍ اسْتَرْجَعَ مِنْهُ مَا أَخَذَهُ فِي الْعَامِ الْأَوَّلِ، وإلا فلا.

تنبيه: كلامه يفهم بأنهما إذا خرجا لذلك لا يسترد شيء، وليس على إطلاقه؛ بل إن خرج الغازي وغزا ولم يفضل معه شيءٌ فلا كلام، وإن فضل شيء فأطلق في «الشامل» وغيره القول: بأنه لا يؤخذ منه، فإنا إنما دفعنا إليه الكفاية، فالفاضل من تضييقه على نفسه، وكذلك أطلق الدارمي بأنه لا يسترد منه بلا توجيه.

وقال الرَّافِعِي: وإذا لم يقتر على نفسه، وكان الباقي شيئًا صالحًا فيسترد منه؛ لأنه تبين أن المعطى فوق حاجته، وإن قتر على نفسه، أم لم يقتر، إلا أن الباقي شيء يسير، فلا يسترد، ومثله في ابن السبيل يسترد على المشهور، انتهى.

وقال الدارمي في ابن السبيل: فإن أخذ ففضل عنه؛ لرخص أو تقتير استرجع، وكذلك الفقير، والمسكين، إن أعطيناهم شيئًا، ثم تبينا أن غناهم بأقل استرجعنا الفاضل، ولا يسترجع من الغازي ما فضل عن غزوه، انتهى.

وإن خرج ولم يغز، فقد أطلق الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ وغيرهما القول: باسترداد ما أخذه، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن لم يتصل ببلاد الحرب استرد منه، وكذا إن رجع بعد وصولها وقد قَاتَلَ غَيْرُهُ دُونَهُ، وإن لم يقاتل غيره؛ لِبُعْدِ الْعَدُوِّ منهم فَرَجَعُوا؛ اسْتَحَقَّ ولم يسترجع منه شيء؛ لأن المقصود بغزوهم الاستيلاء على ديارهم، وقد وجد ببعدهم، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: إذا مات في الطريق، أو امتنع من الغزو؛ استرد منه ما بقي، وهو يدل على أنه لا يسترد جميع ما أخذه، وهو مخالف لما سبق، وظاهر في حال موته دون امتناعه، قاله ابن الرِّفْعَة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: لو أخذ ابن السبيل نفقة سفره، ثم أفاد مالًا أخذ منه ما أخذه، وَلَوْ أَخَذَ نَفَقَةَ سَفَرِهِ إِلَى غَايَةٍ قَدْرُهَا مِائَةُ فَرْسَخٍ فَسَافَرَ شَطْرَ الْمَسَافَةِ، ثُمَّ قَطَعَ سَفَرَهُ، نَظَرْنَا فِي نَفَقَتِهِ، فَإِنْ كَانَ أَنْفَقَ فِي شَطْرِ الْمَسَافَةِ جَمِيعَ نَفَقَتِهِ نُظِرَ،

وَيُطَالَبُ عَامِلٌ وَمُكَاتَبٌ وَغَارِمٌ بِبَيِّنَةٍ، وَهِيَ: إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ، وَيُغْنِي عَنْهَا الِاسْتِفَاضَةُ،

فَإِنْ كَانَ قَدْ فَعَلَ ذَلِكَ لِغَلَاءِ سِعْرٍ، أَوْ زِيَادَةِ مُؤْنَةٍ لَمْ يُسْتَرْجَعْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ لِسرْفٍ فِي شَهْوَةٍ وَإِكْثَارٍ اسْتُرْجِعَتْ مِنْهُ نَفَقَةُ الْبَاقِي مِنْ سَفَرِهِ، كَمَا لَوْ لَمْ يُسَافِرْ وَأَنْفَقَ المأخوذ فِي مُقَامِهِ؛ اسْتُرْجِعَ المأخوذ مِنْهُ جَمِيعًا.

قال: (وَيُطَالَبُ عَامِلٌ، وَمُكَاتَبٌ، وَغَارِمٌ، بِبَيِّنَةٍ)؛ لأن إقامتها تسهل عليه غالبًا، (وَهِيَ: إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ) أشار بلفظة: «إخبار» إلى أنه لا يعتبر هنا الدعوى، وسماع القاضي والإنكار، ثم الشهادة بلفظها، وقيل: إذا أخبر واحد معتمد قوله كفى، وهذا ما تمنيته من قبل.

قال الإمام: ورأيت لِلْأَصْحَابِ رَمْزًا إِلَى تَرَدُّدٍ فِي أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ الْوُثُوقُ بِقَوْلِ مَنْ يَدَّعِي الْغُرْمَ وَغَلَبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ هَلْ يَجُوزُ اعْتِمَادُهُ؟

قلت: جواز اعتماده فيمن يتولى دفع زكاة نفسه محتمل؛ لأن من أدى زكاة غيره بولاية عامة، أو خاصة كولي، وصبي، ووكيل إلا أن يكون الكلام فيما تولاها الإمام، أو نائبه؛ لا مطلقًا.

قال: (وَيُغْنِي عَنْهَا) أي: عن البينة.

(الِاسْتِفَاضَةُ) أي: لحصول العلم وغلبة الظن بها.

قال الرَّافِعِي: وكلام «الوسيط» يوهم أن إلحاق الاستفاضة مختص بالمكاتب والغارم؛ ولكن الوجه تعميم ذلك في كل مطالب بالبينة من الأصناف.

قلت: وهو قضية قوله في «البسيط» حيث قال بعد مطالبته المكاتب والغارم بالبينة: وإن انتشر واستفاض كونه مَدْيُونًا أَوْ مُكَاتَبًا، وحصل غلبة الظن؛ فلا بأس.

وقال في «الإحياء»: يقبل قول الآخذ في الفقر، والمسكنة، وإرادة الغزو، والسفر، وأما بقية الأصناف فلا بدَّ فيها من البينة، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: لا يقبل قول المكاتبين فِي دَعْوَى الْكِتَابَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِهَا وَبِالْبَاقِي مِنْهَا.

تنبيهات: منها: قيد ابن الرِّفْعَة مطالبة الغارم بالبينة إذا كان الغرم لمصلحة

……

نفسه، قال: وأما الغارم لإصلاح ذات البين فاشتهاره يغني عن البينة، وأخذه من قول الماوردي: وأما الغارمون فالمستدين لإصلاح ذات البين **فَحَالُهُ فِيهِ أَظْهَرُ مِنْ أَنْ يُكَلَّفَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، فَإِنْ شُكَّ فِي قَضَائِهِ الدَّيْنَ مِنْ مَالِهِ أُحْلِفَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ، وَمَنْ أَدَانَ فِي مَصْلَحَةِ نَفْسِهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**، انتهى.

وفي «البيان» أنه لا بدَّ من البينة، **وَهُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ «الْإِحْيَاءِ»، وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَنْ لَمْ يَسْتَفِضْ غُرْمُهُ لِذَلِكَ**، وقد يفرق بين غارم للدم ونحوه، والغارم للمال، فإن الأول يشتهر غالبًا بخلاف الثاني، **وَيَرْجِعُ الْكَلَامُ إِلَى أَنَّهُ إِنْ اشْتَهَرَ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْبَيِّنَةِ وَإِلَّا احْتَاجَ كَالْغَارِمِ لِمَصْلَحَتِهِ**.

ومنها: مطالبة العامل بالبينة فيه نظر؛ لأنه إن فرق المالك أو نائبه لنفسه لغى سهم العامل، وإن تولاها الإمام وهو يعلم بالأجرة حقيقة الحال لا جرم، قال القاضي الحسين: إن العامل لا يطالب بالبينة؛ لأن الإمام هو الذي استعمله، فإن عمل استحق، وإلا فلا، ونحوه قول غيره: عمله يغنيه عن البينة، إذا أحضر الأموال.

ومنها: يأخذ، نعم لو كان الإمام قد استأجره من خمس الخمس، فادعى قبض الصدقات، وتلفها في مدة بلا تفريط، وطلب الأجرة لم يُصدق إلا ببينة، قاله ابن الرِّفْعَة.

ومنها: ذكروا هنا حديث: «**حتى يقول ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ**»[1] مستدلين به على الاكتفاء بالاستفاضة.

قال القاضي الحسين: وإنما قال ثلاثة؛ ليعلم أن القصد ليس إقامة بينة عادلة، وإنما القصد به السامع حتى لو أخبره رجل واحد بفقره، أو نساء، أو عبيد قبلوا.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٧، رقم ١٥٩٥٧) ومسلم (٢/ ٧٢٢ رقم ١٠٤٤) وأبو داود (٢/ ١٢٠، رقم ١٦٤٠)، والنسائي (٥/ ٨٩، رقم ٢٥٨٠)، وابن حبان (٨/ ١٩٠، رقم ٣٣٩٦).

وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ وَالسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمِسْكِينُ كِفَايَةَ سَنَةٍ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ، وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ كِفَايَةَ الْعُمْرِ الْغَالِبِ ....

قال ابن الرِّفْعَة: والذي دلَّ عليه الخبر إثبات الحاجة والفقر فقط، وأما الدين فلا يثبت بالاستفاضة قطعًا، وقال الشيخ أبو علي في الاستفاضة: إن بلغت حد التواتر اعتمد عليها، وإلا فلا، انتهى.

وإن أراد ابن الرِّفْعَة أن الدين لا يثبت عند الحاكم، ويلزم به الاستفاضة فذاك؛ لكنه أَجْنَبِيٌّ عَمَّا نحن فيه، وإن أراد أن الاستفاضة لا تكفي هنا، فكلام «البسيط» السابق وغيره ينازعه.

قال: (**وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ وَالسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ**) لظهور الحق بالإقرار والتصديق، والثاني: لا، وصححه الجرجاني وغيره، وربما جزم به بعضهم؛ لاحتمال التواطؤ، ويحتمل أن يقال: إن كان السيد ورب الدين ثقتين غير متهمين كفى تصديقهما، وإلا فلا، ولا سيما إذا كانا قد عُرفا بالمكر والحيل.

فرع: لم يذكر المصنف، هل يعطى المؤلَّف بقوله؟

قال الجمهور: إن قال: نيتي في الإسلام ضعيفة قبل؛ لأن قوله يصدقه، وإن قال: أنا شريف مطاع في قومي طولب ببينة، وأطلق جماعة أنه مطالب بالبينة، والظاهر الاكتفاء بالاستفاضة أنه مطاع في قومه، والله أعلم.

قال: (**وَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمِسْكِينُ**) إذا لم يحسنا التكسب بحرفة تليق بهما، ولا تجارة (**كِفَايَةَ سَنَةٍ**)؛ لأن الزكاة تتكرر فيحصل بها الكفاية سنة بعد سنة، وأيِّد بـ«أنه ﷺ كان يدخر قوت سنة لا غير»(١) وهذا ما اختاره ابن القاص، والْبَغَوِي، والْغَزَالِيُّ، ورجحه الإمام.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ**) أي: في «الأم».

(**وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ: كِفَايَةَ الْعُمْرِ الْغَالِبِ**) لأن به تندفع حاجته.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٩٠٤) بنحوه، ومسلم (١٧٥٧) بنحوه.

فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ، وَالله أَعْلَمُ.

قال الإمام: وهذا قد ينبو عنه القلب قليلًا؛ لأنه إن كان ابن خمس عشر سنة؛ أدى إلى أن يجمع له مالًا جمًّا لا يليق بقواعد الكفايات في مطرد العادات، والقريب من الفقه أن يُعطى ما يمكن أن ينصب به غلامًا يحسن التجارة؛ لتحصل به كفايته، فإن عسر هذا؛ فالظاهر أنه لا يزاد على مؤنة سنة، وأشار الْمُتَوَلِّي إلى رفع الخلاف، وتنزيل كلام الفريقين على حالين، وقال: إن أمكن أن يعطى ما يحصل به كفاية العمر أعطي، وإلا أعطي كفاية سنة، قال الرَّافِعِي: وهو غير متجه؛ لأنا وإن لم نقدر على أن نعطيه كفاية سنة، فلا بدَّ أن نعطيه ما دونها، وحينئذٍ لا معنى للضبط بالسنة، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا الرد على الْمُتَوَلِّي لا يكاد يتجه.

قال مفرعًا على المنصوص: **(فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ، وَالله أَعْلَمُ)** لتحصل به كفايته، قال الرَّافِعِي: ومنهم من يشعر كلامه بأنه يعطى ما ينفق عليه مدة حياته، والأولى أقرب، وقال المصنف: إنه الصحيح أو الصواب.

قلت: بل فيه نظر وإشكال بيِّن؛ بل اعتبار كفاية العمر الغالب بعيد لا يشهد له خبر ولا أثر؛ بل ظاهر أحوال السلف تأباه، وأيضًا فمَنْ يُعطى كفاية عمره غالبًا، إِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَمْكَنَ أَنْ يُقَالَ: يَشْتَرِي لَهُ وَلِيُّهُ بِذَلِكَ عَقَارًا يَسْتَغِلُّهُ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ لَهُ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي عَدَمِ الشِّرَاءِ لِجَلَاءِ أَهْلِ النَّاحِيَةِ، أو إِشْرَافِهَا عَلَى الخراب، ويكون النظر له في التجارة بحسب الوقت، وإن كان المستحق رشيدًا فلا بدَّ من الدفع إليه، وحينئذٍ يملكه بالأخذ لا محالة فإن كان المراد أنا نأمره بذلك أمر إرشادٍ وَالْخِيَرَةُ إِلَيْهِ فِيهِ فقريب، ولا يبقى خلاف محقق، وإن أريد أنا نجبره عليه فهذا خروج عن القواعد، وقد تكون المصلحة الظاهرة خلاف الشراء.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد» تفهم أن الإمام يشتري لهم ذلك بخلاف ما اقتضاه كلام المصنف، وهو بعيد، فَإِنَّهُ قَالَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا فرق فِيمَا يُعْطَى الْفَقِيرُ إِلَّا مَا يُخْرِجُهُ مِنْ حَدِّ الْفَقْرِ إِلَى الْغِنَى قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ، فإن يُرِيدُ بِهِ أَنَّ الْغِنَى هُوَ الْكِفَايَةُ عَلَى الدَّوَامِ فَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا يَجْعَلُهُ رَأْسَ مَالٍ

وَيَكْفِيه فَضْلُهُ لِمُؤْنَتِهِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ الَّذِينَ لَا يُحْسِنُونَ التِّجَارَةَ اشْتَرَى لَهُمْ مَا يَغُلُّهُمْ كِفَايَتَهُمْ عَلَى الدَّوَام، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْحِرْفَةِ اشْتَرَى لَهُمْ آلَاتِهِمْ إِلَى آخِرِهِ، وَهَذَا غَايَةٌ فِي الْبُعْد، فَإِن أراد أَنَّهُ يُشْتَرَى لَهُمْ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ، وَقَبْلَ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ أَوْ بَعْدَهُ جَبْرًا لِمُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، ولا شك في بعده.

وقد يكون المستحق من أهل النجعة، والبادية البعيدين عن القرى والاشتغال، ولا شك أنه يصرف إليهم، وإلى غيرهم زكاة الماشية ماشية، وقد يستعينون بدرِّها، ونسلها، وصوفها كعادة أهل البادية وبعض أهل الحاضر، ولا شك أنه لا معترض عليهم في ذلك، ولا يخالف فيه فيما أعلم أحد أصلًا، فتأمل ما ذكرته وتدبره.

وأما إذا كان يحسن الكسب فالذي قاله معتبر، والكفاية على الدوام أن المحترف يعطى ما يشتري به آلة حرفته.

قلت: قيمتها أو كثرت والتاجر يعطى رأس مال ليشتري ما يحسن التجارة فيه ويكون قدر ما يفي ربحه بكفايته غالبًا، وقربوه بالمثال فقالوا: البقلي - بالباء الموحدة - يكتفي بخمسة دراهم، والباقلاني يكتفي بعشرة، والفاكهي بعشرين، والخباز بخمسين، وَالْبَقَّالُ: وهو القاضي في عُرف «الشام» بمائة، والعطار بألف، وَالْبَزَّازُ بألفي درهم، والصيرفي بخمسة آلاف، والجوهري بعشرة آلاف.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: الناس أربعة أصناف: صناع، وتجار، وأرباب عقار، وأرباب مواشي، فالصناع كالفلاح، والملاح، والبحار، والبنَّاء؛ فإن يكتسب بصناعته قدر كفايته على الدوام، وكفاية من تلزمه نفقته حرمت عليه الزكاة، وإلا حل له من الزكاة تمام كفايته، وأما التجار فَإِنْ كَانَتْ بِضَاعَةُ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ تُرْبِحُهُ غَالِبًا قَدْرَ كِفَايَتِهِ كَانَ غَنِيًّا، وَإِنْ لم تُرْبِحُه قَدْرَ كِفَايَتِهِ كَانَ فَقِيرًا، وَحَلَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّكَاةِ مَا إِذَا ضَمَّهُ إِلَى بِضَاعَتِهِ رَبِحَ فيها قَدْرَ كِفَايَتِهِ، وَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي مَتَاجِرِهِم، ثم ساق ما قدمناه في البقلي ومن بعده إلى أن

……………………………………………………

قال: وإن ملك أقل من ذلك حلَّ له أن يأخذ من الزكاة تمام كفايته التي يكتفي بربحها حتى أن البقلي إذا ملك خمسة دراهم هي كفايته كان غنيًا، والجوهري إذا ملك تسعة آلاف درهم دون كفايته كان فقيرًا أو مسكينًا، وكذلك القول في أصحاب العقار، والمواشي إن كان يستقل منه قدر كفايته فغني، والأجل له منها ما يشتري به من العقار والمواشي ما إذا ضمه إلى ماله اكتفى بغلته على الدوام، انتهى ملخصًا وفيه فوائد وإشكال.

وكيف يعطى صاحب الألوف الحاصلة بيده من الزكاة ويعد فقيرًا؟

وقضية كلامه أنه لو كان لا يقوم بكفاية الجوهري وعياله إلا ربح مائة ألف مثلًا، ومعه تسعون ألفًا، أنا ندفع إليه تمام مائة ألف، ولا يخفى بعد هذا، ويجب أن يقيد ما أطلقوه بما إذا كان لا يحسن غير تلك الحرفة، أما لو كان يحسن غيرهما مما يليق به، ومؤنتها أيسر ألا يدفع إليه إلا ما تندفع به حاجته من أدنى الحرفتين آلة ورأس مال، والله أعلم.

فائدة: عجلتها خشية ألا يمتد الأجل إلى محلها، قال في «أصل الروضة» في كفارة اليمين: ومن له أن يأخذ سهم الفقراء أو المساكين من الزكوات أو الكفارات له أن يكفِّر بالصوم؛ لأنه فقير في الأخذ، فكذا في الإعطاء، وكذا من يملك نصابًا ولا يفي دخله بخرجه فيلزمه الزكاة، وله أخذها، انتهى.

وقال في كفارة الظهار: إن من ملك عبدًا أو ثمنه فاضلًا عن حاجته؛ لنفقته، وكسوته، ونفقة عياله وكسوتهم، وعن المسكن، وما لا بدَّ له منه من الأثاث؛ لزمه العتق، ولم يقدر الأصحاب للنفقة والكسوة مدةً، ويجوز أن تعتبر كفاية العمر الغالب، ويجوز أن تعتبر كفاية سنة؛ لأن المؤنات تتكرر فيها، ويؤيده أن الْبَغَوِي قال: يترك له ثوب الشتاء وثوب الصيف.

قال: قلت: هذا الثاني هو الصواب والله أعلم.

وفي «فتاوى ابن الصلاح» في كتاب الزكاة: أن المسكين هو من لا يملك كفاية سنة، وهو في «فتاوى المصنف» بخطه عن المشهور، وهو جري منهما

وَإِلَى الْمُكَاتَبِ وَالْغَارِمِ قَدْرُ دَيْنِهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعِ مَالِهِ،

على القول باعتبار السنة، إذا علمت هذا ففي تصويبه - ﷺ تعالى - نظر من حيث النقل.

قال في «البيان»: وإذا لم يكن معه رقبة، وله مال لا يفضل عن كفايته، وكفاية من تلزمه كفايته على الدوام لا يلزمه شراء الرقبة، وله الانتقال إلى الصوم هذا مذهبنا، ووافقنا عليه أبو حنيفة، وقال في «الشامل»: إن فضل عن كفايته لزمه الإعتاق، ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة، وصرَّح كفارة اليمين باعتبار الكفاية على الدوام، ونقل ابن الرِّفْعَة في كفارة الظهار أن الأصحاب قالوا على ما حكاه المحاملي وغيره في كفارة اليمين: إن الرجل إذا لم يكن له كفايته على الدوام فإنه تحل له الصدقة، والكفارة بسهم الفقراء في كفارة اليمين، ولا يلزمه التكفير بالمال؛ بل فرضية الصيام، ونقل في كفارة اليمين عن صاحب «الحاوي» وجماعة باعتبار كفاية وقته، قال: فحصل خلاف في أن المعتبر كفاية العمر أو الوقت، انتهى.

والمشهور في كتب العراقيين الأول، ورأيت في أوائل الحج من «النهاية» ما لفظه: والمعتبر في الفطرة ما يفضل عن قوت اليوم، وهذا هو المراعى في الكفارات المرتبة إن لم يشترط فيها تخليف رأس المال، انتهى.

فنبَّه على أنا إذ أبقينا له رأس المال كما نقله المصنف عن الجمهور أنه تعتبر كفاية العمر، والحاصل أن مَنْ اعتبر كفاية العمر على الدوام في الزكاة اعتبرها في الكفارة إلا من شذَّ، فيظهر أن اعتبار السنة في الكفَّارات غريب لا كما صوبه المصنف - ﷺ تعالى -.

قال: (**وَإِلَى الْمُكَاتَبِ وَالْغَارِمِ: قَدْرُ دَيْنِهِ**) أي: إن احتمله المال، وإلا فما احتمله منه فإن قدرا على بعضه أعطيا الباقي منه لا حيث يعطى الغارم للإصلاح مع الغنى، فيعطى الجميع في الحالين عند المكنة ولا عبرة بالكفاية الفاسدة على الصحيح المنصوص، وبه جزم المصنف هناك.

قال: (**وَابْنِ السَّبِيلِ: مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعِ مَالِهِ**) أي: إذا كان له في

وَالْغَازِي قَدْرُ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِبًا وَرَاجِعًا وَمُقِيمًا هُنَاكَ ....

الطريق مال، فإن كان معه بعض ما يكفيه أو يمكنه اقتراضه كما سبق بما فيه كمل له كفايته ذهابًا، وكذا رجوعًا إن كان عازمًا على الرجوع، وليس له في القصد، ولا طريقه ما يغنيه عن الزكاة، وقيل: إنما يعطى للرجوع عند العود لا ابتداء، وهو أحوط إذا كان يتيسر إعطاؤه هناك، وقيل: إن عزم على أن يصل الرجوع بالذهاب [أعطي، أو على الإقامة مدةً، فلا فعلى الأول إن لم يزد على مقام المسافر وهو مادون أربعة أيام] أعطي لها وللرجوع، وإلَّا فلا، وقيل: إذا أقام لحاجة يتوقعها أعطي، وإن زادت إقامته على إقامة المسافر فعلى هذا يعطى المدة التي يترخص فيها المسافر هناك على ما فيه من الخلاف، وسبق كلام شافٍ في القادر على الاقتراض، أو على الكسب في طريقه، ويشبه أن يقال: كل من جعلناه مستطيعًا به للحج ألا يعطى هنا شيئًا وأولى، وسيأتي بيان ما يعطاه من مؤناته بما فيه.

قال: (**وَالْغَازِي: قَدْرُ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِبًا وَرَاجِعًا وَمُقِيمًا هُنَاكَ**) أي: لحاجة الغزو من قتال وحصار ورباط ونحوها، وإن طال مقامه؛ لكن في الابتداء لا يعرف مدة مقامه فيحتاج إلى تحرير، وقد يقال: يعطى في الابتداء لِأَقَلِّ مُدَّةٍ يُظَنُّ إِقَامَتُهُ هُنَاكَ، وَإِنْ زَادَتْ الْمُدَّةُ زِيدَ بِحَسَبِهَا؛ لَكِنْ قَدْ يَجُرُّهُ ذَلِكَ إِلَى نَقْلِ الزَّكَاةِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ وَصَرْفِهَا هُنَاكَ، وَقَدْ يُغْتَفَرُ هَذَا لِلْحَاجَةِ، أو يقال: إن النقل إنما يمتنع على غير الإمام كما سيأتي بيانه.

واعلم أن عبارة الصيمري في «شرح الكفاية»: فيعطى الغازي، وإن كان غنيًّا قدر ما يبلغه مغزاه من كسوة، وسلاح، ونفقة، فإن اتسع المال أعطي الخيل، وظاهرها أنه يُعطَى نفقة الرجوع، والإقامة، وهو بعيد.

قال الرافعي وفي بعض شروح «المفتاح»: إنه يُعطَى نفقة عياله ذهابًا ومقامًا ورجوعًا، وسكت المعظم عن نفقة العيال؛ ولكن إعطاؤه إياها ليس بعيدًا.

قلت: وبإعطائه إياها جزم القاضيان الفارقي، وابن أبي عصرون تلميذه، والظاهر أن الفارقي قاله تفقهًا، وصرح الشيخ أبو عمرو الْمُصْعَبِيُّ فِي «شَرْحِ

وَفَرَسًا وَسِلَاحًا، وَيَصِيرُ ذَٰلِكَ مِلْكًا لَهُ، ....

«مُخْتَصَرِ الْجُوَيْنِيِّ» بأنه لا يعطاها، ويوافقه قول الإمام هنا، والضابط أن أهل هذا السهم من المطوعة كأهل الفيء من المرتزقة، غير أنا قد نعطي أولاد المرتزقة ولا نفعل ذلك في المطوعة، وقصر الجمهور الكلام على مؤن نفسه، وترددهم في إعطائه كفاية سفره، أو ما زاد بسبب السفر يشير إلى المنع، ولمَ لا يقال: إن رضي الموسر بالغزو(١) بدون نفقة عياله لم يعطها، وإلا أعطيها إن رأى الإمام ذلك لشجاعته أو غيرها؛ لأنا نعطيه لحاجتنا إليه كالأجير.

وأشار في «الكافي» إلى أن ما يأخذه المطوع كالعوض فلا يسترد منه إذا غزا، وإن كان باقيًا.

قال: (**وَفَرَسًا**) أي: إن كان ممن يقاتل فارسًا، وعبارة بعضهم إن كان من يحسن القتال فارسًا.

(**وَسِلَاحًا**) زاد في «المحرر» يشتريان له، والأحسن حذف ذلك لما يستغرقه.

قال: (**وَيَصِيرُ ذَٰلِكَ مِلْكًا لَهُ**) أي: ما وقع إليه لشراء ذلك لنفسه، أو دفع الإمام إليه ذلك تمليكًا، فإن اشتراه أو كان حاصلًا عنده إذا رأى ذلك، فإنه يتعين دفعها تمليكًا؛ بل الإمام كما قال الرَّافِعِي: بالخيار إن شاء دفع الفرس والسلاح إليه تمليكًا، وإن شاء استأجر له مركوبًا، وإن شاء اشترى خيلًا من هذا السهم ووقفها في سبيل الله فيعيرهم إياها عند الحاجة، فإذا انقضت استردت.

قال: وفيه وجه أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم، انتهى.

وبهذا الوجه جزم كثير من العراقيين أو أكثرهم، وهو الأقوى الأقيس، وقال الرَّافِعِي: إنه قضية ما في «تعليق الشيخ أبي حامد»، والمذكور في «الكافي» و«التهذيب» أنه يدفع إليه ما يشتري به الفرس، وما يقاتل به من السلاح ونحوه.

---

(١) في نسخة: (الموسر بدون الفيء وبدون نفقة عياله).

وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ،

قال في «الكافي»: ولو أعطي ثمن الفرس فاستأجر فرسًا يجوز.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إِنْ كَانَ الْجِهَادُ فِي بَلَدِهِمْ أُعْطُوا النَّفَقَةَ وَالسِّلَاحَ، وإن كان بغيره أعطوا النفقة والسلاح، وَالْحَمُولَةَ الَّتِي تَحْمِلُهُم وَرِحَالَهُمْ، إِمَّا فِي مَاءٍ أَوْ عَلَى ظَهْرٍ، ثُمَّ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونُوا فُرْسَانًا أَوْ رَجَّالَةً، فَإِنْ كَانُوا فُرْسَانًا أُعْطُوا نَفَقَاتِ خَيْلِهِمْ ومُؤْنَتِهِمْ ذهابًا وإيابًا، وَإِنْ كَانُوا رَجَّالَةً لَا خَيْلَ لَهُمْ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُقَاتِلُونَ إِلَّا رَجَّالَةً عَلَى الْأَرْضِ لَمْ يُعْطَوُا [الْخَيْلَ، وَإِنْ كَانُوا يُقَاتِلُونَ فُرْسَانًا أُعْطُوا الْخَيْلَ إِذَا عَدِمُوهَا، ثم إن كان المعطي رب المال أعطاهم أثمان] الخيل والسلاح ليشتروه لأنفسهم، وليس له شراؤه لهم؛ لأنه يبقى إذًا قيمة، وهو لا يجوز، وإن كان دافعها الوالي فهل هو كربِّ المال، أم يجوز أن يتولى شراء ذلك لهم؟ فيه وجهان، والفرق أن له ولايةً عليهم؛ بخلاف رب المال، وبالأول قال ابنَ أبي هريرة، وأبو إسحاق، انتهى، وفيه فوائد.

وقال في «التعجيز»: وللغازي فرس وسلاح، وبه قال في «شرحه» أي: يستعيره، ثم يعطيه أو يشتريه بسهم الغزاة، ولا نفقة، ثم يعيره إياه، فإن إعطاءه إياه ذلك عاريةً غير إعطائه إياه وقفًا، لا كما اعتقده الإمام الرَّافِعِي، انتهى.

وهو ملخص في كلام الإمام، والْغَزَالِي، وعبارة الإمام: وإن كان فارسًا حصل له فرسًا؛ فإن رأى اشترى فرسًا وسيلةً، حتى إذا أنجز الحرب كان عبدًا للغزاة، وإن شاء استأجر له فرسًا، وإن أحب استعاره، وإن رأى أن يملكه الفرس؛ لعلمه بفاقته وغنائه، فعلى ذلك، وذكر في «البسيط» نحوه، وكذا نقله ابن الرِّفْعَة عن المراوزة، وقضيته أنه لا يملك ذلك لكل غازٍ، ولا خفاء أن تخيير الإمام هنا تخيير نظر واجتهاد لاتخيير تَشَهٍّ، وأطلق الرُّويَانِيّ في «البحر» القول بأن الإمام لا يعطيه البهيمة من خيلٍ، ولا بغلٍ، ولا حمارٍ؛ لأنها لا تؤدى في الزكاة، ولا يجوز لنا أن نشتري من مال الصدقات، وإنما نعطيه مالًا يشتري الغازي ذلك لنفسه، انتهى.ولم يذكر سواه والله أعلم.

قال: **(وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا أَوْ كَانَ ضَعِيفًا لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ)** واعلم أن قول «المنهاج» وأصله: «ويهيأ له» أنه يهيأ للغازي

وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ، ....

مركوب غير ما سبق ذكره من إعطائه الفرس، ولم يذكرا ذلك في «الشرح» و«الروضة» بل اقتصرا على ذكر الفرس كما سبق، وذكرا تهيئة المركوب لابن السبيل فقط، واقتصر صاحب «تهذيب المحرر» على لفظ: «ويشترى له الفرس والسلاح» وأضرب عن ذكر تهيئة مركوب، وقد يوجه ما في «المحرر» بتوفير الخيل إلى وقت الحرب؛ إذ لو ركبوها من دارنا إلى دار الحرب ربما كلَّت وعجزت عن الكرِّ والفرِّ حال المطاردة والقتال، ولا سيما إذا بعد المغزي، ولم يحضرني في ذلك تصريح للأصحاب؛ بل قضية كلام كثير منهم أن مركوبه هو الفرس الذي يعطاه، نعم تهيئة المركوب لمن يغزو راجلًا ظاهر إن كان الحال كما وصفناه، وحينئذٍ إن لم يساعد نقل على تهيئة مركوب خارج عن الفرس للفارس؛ تعين التفصيل، والفرق في تهيئة المركوب بينه وبين الراجل، فتأمله.

قال: (**وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ**) أي: لحاجته إليه.

(**إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرًا يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ**)؛ لانتفاء الحاجة، وكما يعطى ابن السبيل نفقته يعطى الكسوة إن احتاج إليها بحسب ما يقتضيه الحال صيفًا وشتاءً، ويهيأ له المركوب إن كان السفر طويلًا أو كان ضعيفًا لا يطيق المشي، أو كان السفر في البحر ونحوه، وأطلق بعضهم: أن القوي على المشي في البر لا يعطى أجرة مركوب، ولم يفرقوا بين من عادته المشي وغيره، ولا بين من نقص منه لمنصبه وغيره.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ أنه يُعطى أجرة مركوب، ونقلا عن السرخسي أنه إن ضاق المال أُعطي كِرَاء مركوب، وإن اتسع اشْتُرِيَ له، فإذا تم سفره ففي استرداده منه وجهان، جواب عامة الأصحاب منهما الاسترداد.

إشارة: نذكر هنا ما سبق فيمن يمكنه الاقتراض إلى وصوله ماله، وفي القادر على الكسب في طريقه، وفرق بين سفر النزهة وغيره، وبعيد عندي بل محال أن يهيأ من الزكاة للمتنزه نفقة، وكسوة، وحمولة زادٍ، وأمتعةٍ، ومركوبٍ، ولو أُشتري كما تضمنه إطلاق كلام «الشرح» و«الروضة»، ولا أحسب أحدًا يسمح بهذا، أن الزكاة تصرف على البطَّالين في رعونات

وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ يُعْطَى إِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الْأَظْهَرِ.

نفوسهم، ولا سيما إذا ضاق المال وكثر المستحقون، فتأمل ترشد.

فرع: لم يذكر المصنف ما يعطاه المؤلف، والعامل، أما المؤلف، قال **الرَّافِعِي**: فيعطى ما يراه الإمام، قال المسعودي: بجعله قدر كفايتهم وكلفتهم.

قلت: وفي هذا إجمال، وكفاية ماذا الوقت أو العام أو العمر، وكفاية العمر بعيد هنا؟

وقال **الْمَاوَرْدِيُّ**: يعطيه ما يتألفه بِهِ فَيُقْلِعُ عَنْ سَيِّء الِاعْتِقَادِ، فَإِذَا صَحَّ اعْتِقَادُهُ وَحَسُنَ إِسْلَامُهُ خَرَجَ مِنْ جُمْلَةِ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ مَا أُعْطِيَ مُنِعَ لِئَلَّا يَكُونَ سَهمه مَصْرُوفًا فِي غَيْرِ نَفْعٍ، وَإِنْ أَثَّرَ تَأْثِيرًا لَمْ يُسْتَكْمَلْ مَعَهُ حُسْنُ الِاعْتِقَادِ أُعْطِيَ مِنْ بَعْدُ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ حُسْنَ إِسْلَامِهِ وَصِحَّةَ اعْتِقَادِهِ، والمراد أنه يزاد من بعد؛ ولكن هذا في بعض الأصناف لا في كلهم، وأما العامل فاستحقاقه بالعمل فقط فإنما يعطى أجرة مثله، أو المسمى إن سُمي له أجرة ولا يزاد على ذلك.

قال: (**وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ**) أي: كالفقير أو الغارم.

(**يُعْطَى إِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأنه سبحانه وتعالى عطف المستحقين بعضهم على بعضٍ، والعطف يقتضي التغاير، والثاني: بهما؛ إذ للفقير سهم، وللغارم سهم، وهذا فقير وغارم، والحاصل طرق أصحها ما ذكره.

ثانيها: القطع بالمنع، وحمل قائلوها - وهم جمهور البصريين - النص الآخر على إعطائه من زكاتين، ووافقهم الفوراني.

وثالثها: إن اختلف السببان كالفقر، والغرم أُعطي بهما، وإن تجانسا كالفقير الغارم لمصلحة نفسه لم يعط بهما، ويشبه القسم الأول بالميراث إذا اختلفت جهته فرضًا وعصوبة، وقال الجوري: لا يجوز إعطاء أحد بصفتين إلا العامل فيُعطَى بأنه عامل، وأنه غارم، وقال غيره: إذا كان العامل فقيرًا، فهل يعطى على القول الأظهر لفقره.

وجهان بناءً على أن ما يأخذه أجرةً أم صدقةٌ، إن قلنا: أجرةً جاز، وإلا

فَصْلٌ

يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ إنْ قَسَّمَ الْإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ، وَإِلَّا فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ، ....

فلا، وإذا قلنا: بالأظهر، قال الشيخ نصر المقدسي: إذا أخذ المستحق بالفقر أو الغرم، فأخذه من غريمه بدينه، وبقي فقيرًا فلا بدَّ من إعطائه من سهم الفقراء، وذكر الْمَاوَرْدِيُّ، وغيره أنه إذا أخذ سهم الغرم أو الفقر فللغريم أخذه منه، وإن لم يزيدوا على ذلك، وما ذكره الشيخ نصر ظاهر، وإن لم أره لغيره.

إشارة: قول البصريين: إن النص محمولٌ على زكاتين، المتبادر منه زكاة العام، فإن كان كذلك كان للإمام أو نائبه أن يعطيه من زكوات أشخاص دون زكاة الواحد، بخلاف ما إذا فرق المالك زكاة نفسه، ويجوز ذلك لاثنين يعطيه هذا لصفة، وهذا لصفة أخرى.

فرع: قَالَ الدَّارِمِيُّ: إذَا أَخَّرَ تَفْرِيقَ الزَّكَاةِ إلَى الْعَامِ الثَّانِي فَمَنْ كَانَ فَقِيرًا أَوْ مِسْكِينًا أَوْ غَارِمًا أَوْ مُكَاتَبًا مِنْ عَامِهِ إلَى الْعَامِ الثَّانِي خُصُّوا بِزَكَاةِ الْمَاضِي، وَشَارَكُوا غَيْرَهُمْ فِي الْعَامِ الثَّانِي، فَيُعْطَوْنَ مِنْ زَكَاةِ الْعَامَيْنِ، وَمَنْ كَانَ غَازِيًا أَوْ ابْنَ سَبِيلٍ أَوْ مُؤَلَّفًا لَمْ يُخَصُّوا بِشَيْءٍ، وقضية إطلاقه أنه لو اختلفت صفة أهل الصرف الأول في العام الثاني، أو اتفقت أُعطُوا من زكاة العامين، فإن سلم هذا جاز أن يقال: ومَنْ فيه صفتا استحقاقٍ يُعطى من زكاة عامين آخرين لا من زكاة عام واحد، وإن كانت زكاة مال رجل واحد.

قال:

(فَصْلٌ)

(يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ إنْ قَسَّمَ الْإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ)؛ لأن الله سبحانه وتعالى أضاف الصدقات إليهم بـ«اللام» وذلك يقتضي التعميم.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن قسم الإمام، ونحوه كما سبق، ولا عامل هناك.

(فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ)؛ لسقوط سهم العامل، كما لو فرّق رب المال ونائبه بنفسه فإنه يسقط سهم العامل لا محالة، وأمَّا سهم المؤلفة فسنذكر ما فيه.

فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ، وَإِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ يَسْتَوْعِبُ مِنَ الزَّكَوَاتِ الْحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ، وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ الْمَالِكُ إِنْ انْحَصَرَ الْمُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمْ الْمَالُ، ....

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ**)؛ إذ المعدوم لا سهم له، فإن لم يوجد وأوقفت الزكاة حتى يُوجَدوا أو يوجد بعضهم، هكذا أطلقه الرَّافِعِي، وهو يفهم أنه إذا لم يوجد إلَّا صنفٌ واحدٌ، أو شخصٌ واحدٌ كفى الصرف إليه، ولا يُؤَخَّرُ شيءٌ لوجدان غيره، ولم أر التصريح بهذا، ثم رأيت في «الأم»: ولو فقد أَهْل السُّهْمَيْنِ كلهم إلا الفقراء والعاملين، قسمت الثمانية عليهم، حتى يوفى الفقراء ما يخرجهم من الفقر، ويعطى العاملون بقدر أجزائهم، انتهى.

قال: (**وَإِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ**) أي: أومَنْ يخلفه.

(**يَسْتَوْعِبُ مِنَ الزَّكَوَاتِ الْحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ**) أي: وجوبًا على المشهور، فلا يجوز أن يقتصر على بعضهم؛ لأن الاستيعاب لا يتعذر عليه، وجعل الفوراني، والْغَزَالِي وغيرهما حكم الإمام حكم المالك، وهو قضية إطلاق صاحب «المهذب» وكثيرين كما قاله الشيخ.

قال في «البسيط»: الأولى استيعاب الآحاد من كل صنفٍ إن أمكن؛ فإن أعطى ثلاثة فصاعدًا جاز؛ لأن الاستيعاب عسر، وحمل الرَّافِعِي كلام الْغَزَالِي على ما إذا فرَّق المالك ظنًّا منه أنه لم يقل بذلك أحدٌ.

قال ابن الرِّفْعَة: ويجب استيعابهم إن جوزنا نقل الصدقة أو منعناها، كما اقتضاه إطلاق الجمهور؛ لكن الإمام طرَدَ فيه قولي منع النقل.

قال: (**وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ الْمَالِكُ**) ومن يقوم مقامه من وليٍّ، ووكيل.

(**إِنْ انْحَصَرَ الْمُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمْ الْمَالُ**) أي: وفَّى بحاجاتهم؛ ليسره، ويجب التسوية بينهم حينئذٍ، هذا ما أطلقه الْمُتَوَلِّي، وذكره الرَّافِعِي عنه، وذكر بعده عنه ما يخالفه، ستراه قريبًا إن شاء الله تعالى.

وفي «التهذيب» أنه يجب إن لم يجوز نقل الصدقة، وإلا فيستحب، ولم

وَإِلَّا فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلَاثَةٍ، ....

يبين هنا ما هي الحاجات بالنسبة إلى الفقراء والمساكين، هل حاجة السنة، أو الوقت، أو العمر؟ واعتباره هنا بعيد، وأما حاجات غيرهم فمعلومة، وسيأتي ما قيل في المؤلفة، وإخراجهم كالعامل.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم ينحصروا، أو لم يف المال بحاجاتهم.

(**فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلَاثَةٍ**) أي: مِنْ كل صنف موجود سوى من يُستثنى؛ لأن الله سبحانه وتعالى ذكرهم بلفظ الجمع، وأقله ثلاثة، وقيل: يجوز الاقتصار على واحدٍ من بني السبيل مع وجودهم.

وقال الدارمي: فإن لم يوجد غير ابن السبيل، وكان يحتاج إلى سهمهم أعطيه، وإن وجدوا وكان إذا نص على ثلاثة لم يكف، فقيل: يقتصر على واحدٍ، وقيل: الثلاثة وإن لم يكف، انتهى. وهذا ظاهر كلام المصنف.

وقيل: ولا يبعد طرد الوجهين السابقين في الغزاة لقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] بغير لفظ الجمع.

تنبيهات: إذا فرَّق المالك أو وليُّه بنفسه سقط سهم العمالة بلا خلاف كما سبق، كما لو تولى الإمام أو القاضي أو والي الإقليم الأخذ والصرف بنفسه.

وفي «الشرحين» و«الروضة»، و«شرح المهذب»، في موضع ما يفهم خلاف ذلك فيجب تأويله، وليس بمراد قطعًا، ولا يقال: يصرف من زكاته لمن جنى مال غيره، أما سهم المؤلفة.

قال الرَّافِعِي: روى الحناطي عن النص إنه إذا قسم المالك بنفسه سقط سهم المؤلفة، وهو كذلك في «فتاوى الْقَفَّال»، والأول يعني: عدم السقوط وهو النقل الظاهر، وأقر في «الروضة» بذلك فزعم أنه المشهور، وليس كذلك نقلًا ودليلًا، أما النقل فالذي ذكره الإمام هنا أنه يسقط على الرأي الظاهر، ويقسم على ستة أسهم، وهذا ما نقله الْمَاوَرْدِيُّ في باب صدقة الفطر عن نصه في «الأم»، وهو ظاهر «المختصر».

وقال صاحب «المستعمل»: قال: ـ يعني الشَّافِعِي ـ إذا تولى الرجل قسم

……

زكاته سقط سهم العاملين، وسهم المؤلفة، وهذا قضية كلام من رجَّح الصرف إليهم، وقضية قول من صحح أنه لا يجوز إليهم إلا أن يقتضيه الاجتهاد يعني: اجتهاد الإمام كما قاله جماعة منهم الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «الخلاصة»، والمصعبي، وغيرهم، وعبارة «فروق أبي محمد»: إلا أن تدعوا الحاجة إليه، ويقتضيه اجتهاد الإمام، انتهى.

وكل من قال بالإعطاء يقول: ويصرف الإمام إليهم ما يراه، وأما المعنى: فلأن التآلف، والاجتهاد في ذلك من وظائف الإمام، ولهذا وكله خلائق إلى رأيه واجتهاده، وهذا ظاهر في الأصناف الثلاثة الأخيرة منهم، أما مَنْ أسلم ونيته ضعيفة فمحتمل، وبالجملة فالأصح ما نص عليه الشَّافِعِي، وقاله تصريحًا وتلويحًا ممن ذكرناه وغيرهم، ولم أر للشافعي نصًا يخالفه، ومَنْ خالفه ربما تمسك بإطلاقه في مواضع فاعلم.

قال الْمَاوَرْدِيُّ، والرُّويَانِيّ: ثم بعد العامل يبدأ بالصرف إلى من حضر أولًا؛ فإن حضروا جميعًا؛ قيل: يبدأ بأمسِّهِمْ حَاجَةً، وَقِيلَ: يَبْدَأُ بِمَنْ إِذَا صرف إليهم سَهْمُهُمْ بَقِيَتْ مِنْهُ بَقِيَّةٌ لِتُقْضَى عَلَى الْبَاقِينَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَلَا يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى اسْتِئْنَافِ قسمة ثانية، وَقِيلَ: يَبْدَأُ بِمَنْ بَدَأَ الله تَعَالَى بِهِ فِي الآية الكريمة على ترتيبهم، ويبدأ في آحاد الأصناف بالأسبق؛ فإن جاءوا معًا بدأ بأمسِّهم حاجةً، وبأي الأصناف بدأ جاز، انتهى.

ولم يذكر الإقراع هنا وهو محتملٌ، قال أصحابنا: بدأ في الآية الكريمة بالفقراء؛ لشدة حاجاتهم.

وقضية كلام الجمهور وبه صرَّح كثيرون منهم الْغَزَالِيُّ في «البسيط»، أن من حضر موضع القسمة من الأصناف استحقَّ مقيمًا كان أو طارئًا مجتازًا، ونقله المصنف عن الأصحاب مطلقًا، قال: لأن الدفع للمستوطنين أفضل؛ لأنهم جيران، انتهى.

وقال الإمام: إذا منعنا نقل الصدقة فكان في البلد غرماء من الفقراء

وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَصْنَافِ لَا بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ، إِلَّا أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الْحَاجَاتِ.

والمساكين وغيرهم، فالذي دلَّ عليه كلام المشايخ أنه لا يجوز الصرف إليهم، فإنَّ حكمة تحريم النقل أن يختص كل فريق بما عنده؛ فإذا علم الغرماء بأن صدقة البلاد تصرف إليهم أتوها فتضيق على القاطنين في وطن المال؛ فيفسد بذلك الغرض، بخلاف ابن السبيل فإن اللفظ يشعر بكونه غريبًا، هذا كلامه ولم يذكر غيره.

وسبق في «الحاوي» ما يوافقه، وقضيته أنه لا فرق بين تفرقة المالك والإمام، وهو غريب، ثم رأيته في «البيان»: قال الشيخ أبو محمد: وإن دخل البلد قبل تفرقة الزكاة في أهله قوم غرباء وخالطوهم، ونزلوا البلد نزول استيطان شاركوا أهل البلد في تلك الزكاة؛ لأنها لم تقسم في الجوار، وقد صاروا هؤلاء في الجوار، انتهى.

وقضية أنهم إن لم يستوطنوا لا يعطون، فتأمله.

قال: (**وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَصْنَافِ**) أي: وإن اشتدت حاجات بعضهم وزادت إلا العامل حيث يستحق فلا يزاد على أجرة المثل كما مرّ، ويجوز أن يكون واحدًا فأكثر بحسب الحاجة.

قال: (**لَا بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ**) أي: سواء استوعبوا، أم اقتصر على بعضهم ما يستحب عند تساوي الحاجات، وفرق بأن الأصناف محصورة فيمكن التسوية بينهم، والعدد من كل صنف غير محصور فيسقط اعتبار التسوية.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَقْسِمَ الْإِمَامُ**) أي: ومن في معناه.

(**فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الْحَاجَاتِ**) لأن عليه التعميم فكذلك التسوية بخلاف المالك؛ فإنه لا تعميم عليه فلا تسوية، هكذا نقله الرَّافِعِي عن «التتمة» حكمًا، وتعليلًا، وهو بإطلاقه مخالف لما سبق عنه قريبًا، وتابعه الشيخان عليه من وجوب الاستيعاب على المالك إذا انحصر المستحقون ووفَّى بهم المال، وممن فصَّل ذلك الْمَاوَرْدِيُّ والْبَنْدَنِيجِي، وابن الصباغ، وغيرهم.

وَالْأَظْهَرُ مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ.

قال في «الروضة»: وهذا التفضيل، وإن كان قويًا فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور، وظاهر كلامه في «شرح المهذب»: وإنَّ المذهب ما أطلقه الجمهور استحباب التسوية، وعن «مطلب ابن الرِّفْعَة» عن ابن داود عن النص استحباب التسوية أيضًا، وإن للإمام حرمان بعض، وتفضيل بعض، وعليه ينطبق قول الغزالي وغيره: إن الإمام في زكاة جميع الناس إذا فرقها كالواحد في زكاة نفسه.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ: مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ**) أي: عن الموضع الذي وجبت فيه وهو به؛ لخبر معاذ السالف عند اعتبار إسلام المستحق؛ ولأن طمع مساكين كل بلدة يمتد إلى زكاة ما فيها من المال، والنقل يوحشهم، والثاني: الجواز؛ لأن الآية مطلقة، وقياسًا على الكفارة، والنذر، والوصية على المذهب فيها، وفيه نظر، ثم أصح الطرق أن القولين في سقوط فرض الزكاة، وأما النقل لغير الإمام فحرام قطعًا.

قال القاضي الحسين: وعليه عامة أصحابنا، وقيل: بالعكس، وقيل: بجريانهما في الأمرين، وقيل: هما في النقل إلى مسافة القصر، ويجوز إلى ما دونها، والحاصل أربعة أقوال: أصحها: لا يجوز ولا يجزئ، والثاني: عكسه، والثالث: يجزئ ولا يجوز، والرابع: يجزئ ويجوز إلى ما دون مسافة القصر، ولا يجزئ، ولا يجوز إليها، ثم ظاهر كلام الْمَاوَرْدِي، وهو قضية إطلاق غيره جريان الخلاف في النقل سواء كان أَهْل السَّهْمَيْنِ محصورين أم لا، وخصَّه صاحب «الشَّافِي»، وغيره بحالة عدم حصرهم، وهو الوجه.

تنبيهات وفروع:

أحدها: هذا الخلاف، وتفريعه فيما إذا فرق المالك زكاته بنفسه، أمَّا إذا فرق الإمام، قال الرَّافِعِي: فربما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه، وربما دلَّ على جواز النقل، والتفرقة كيف شاء، وهذا أشبه، قال الشيخ: قال صاحب «المهذب»: يجب على السَّاعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفرقتها، وهذا نقل، وزاد في «شرح المهذب» إنه الأصح الذي تقتضيه

....

الأحاديث، فالراجح القطع بجواز النقل للإمام والساعي، انتهى.

واعلم أني قلت: في «الغنية»: إنه الصواب الذي دلَّت الأخبار، وسير الخلفاء الراشدين عليه، ومن ذلك حديث: «**أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها**»(١).

وفي صحيح البخاري «**أن معاذًا كان يأخذ من أهل اليمن الحلل، ويقول: هذه أنفع** - أي: من الذرة، والشعير- لأصحاب رسول الله ﷺ بالمدينة»(٢).

وفي «معالم السنن» للخطابي، و«شرح السنة» للبغوي أن أكثر أهل العلم جوزوا نقلها.

قالا: واتفقوا على أنها لو نقلت سقط الغرض إلا عمر بن عبد العزيز؛ فإنه رد صدقةً حُملت إليه من «خراسان»، انتهى.

ويجب حمل ما نقلاه من السقوط على ما إذا نقلها الإمام، أو نقلت إليه بإذنه، وأما رد عمر لها، إما لكونها نقلت إليه بغير إذنه، أو كان هناك من هو أحوج إليها وأحق بها، ثم بعد هذا رأيت الإمام أبا عُبَيْدٍ الْقَاسِمِ بْنُ سَلَّامٍ قال بعد ذكره الأحاديث، والآثار الدالة على النقل: وحديث معاذ، وغيرهً مما يقتضي عدم النقل، والعلماء اليوم مجتمعون على أن أهل كل بلد أو ماء أحقُّ بصدقتهم مادام فيهم من ذوي الحاجة واحدٌ، وإن أتى ذلك على جميع صدقتها حتى يرجع الساعي ولا شيء معه، قال: بذلك جاءت الأحاديث مفسرةً، ونقل عن سعد عامل عمر رضي الله عنه قال: «كنا نخرج فنأخذ الصدقة فما نرجع إلا بسياطنا».

قال: فإن جهل الساعي فحملها وبأهلها فقراء ردَّها الإمام إليهم، قال: إلا أن إبراهيم، والحسن يرخصان في الرجل يُؤثر بها قرابته، وإنما يجوز هذا للإنسان في خاصة ماله، فأما الصدقات العوام التي لا يليها إلا الأئمة، فلا،

---

(١) أخرجه مسلم (٢٤٥١)، وأحمد (٥/ ٦٠).

(٢) أخرجه البخاري (٣١٥٦).

....

وقال في الأحاديث، والآثار الدالة على النقل: إنه ليس لها محملًا إلا أن يكون فضلًا عن حاجاتهم، وبعد استغنائهم عنها، انتهى.

فأورثني ما قاله - رحمه الله تعالى - إحجامًا وتوقفًا في المسألة؛ فإن صح ما ذكره، وفي النفس منه شيءٌ فيترك ما قاله أصحابنا من أن للإمام النقل عما إذا استغنى عنها أهلها، أو لم يكن في موضعها من يستحقها، وهو بعيد من كلامهم.

ثانيها: إذا منعنا المالك النقل، فسواء نَقْل الْبَلَدِيّ إلى قرية قريبة أم بعيدة، صرح به في«البسيط» و«العمد» وغيرهما وقال القاضي الحسين والإمام: إنه ظاهر المذهب، وقال المصنف: إن ظاهر كلام الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ يخالفه، وضبطه الإمام بأنه لا ينتهي إلى موضع يترخص فيه المسافر.

قال: وذكر العراقيون ما ذكرناه وصححوه، وحكوا وجهًا أنه يجوز النقل إلى دون مسافة القصر، وزيفه، وخص الْمَاوَرْدِيُّ هذين الوجهين، على إذا فرق العامل، ثم قال: والأصح عندي أنه ينظر في الخارج عن البلد، فإن كان ممن يلزمه حضور الجمعة فيه استحق من زكاته، وإلا فلا.

قال: وإن قسمها المالك لم يكن ممن خرج عن مصره من مستحقي زكاته وجهًا واحدًا؛ لأنا نراعي في قسمته الجوار، وفي قسمة العامل الناحية، ثم إن صغر البلد فجميعهم جيرانه، وإن كثر فهل يُراعي الجوار الخاص؟ وهو من أضيف إلى مكانه من البلد، وقيل إلى أربعين دارًا من داره حتى لو صرف إلى غيرهم كان ناقلًا للزكاة، أو الجوار العام: وهو البلد جميعه، فيكون الدفع إلى الجار الخاص مستحبًا لا مستحقًا؟ وجهان أصحهما: الاستحباب هذا ملخص كلامه - رحمه الله تعالى -.

ثالثها: ما تقدم هو في المقيم ببلد أو في قرية أو بادية؛ لأنه لا يظعن عنها، أما أهل النجعة عند الحاجة؛ فإن كانت حللهم متفرقة، فيجوز صرف زكاتهم إلى مَنْ كان من بلد المال دون مسافة القصر قطعًا.

قال الشيخ: ولا يجيء فيهم الخلاف السابق بالاتفاق، وإن كانت خيامهم

....

مجتمعة، وكل حلة متميزة عن الأخرى تنفرد عنها في الماء والرعي؛ فوجهان: أحدهما: أنهم كالمتفرقين، وأصحهما: أن كل حلة كقرية والنقل منها كالنقل من القرية، وأما أهل الخيام، والذين لا قرار لهم؛ بل يطوفون البلاد أمدًا فيصرفونها إلى من معهم، فإن لم يكن معهم أحد فإلى مَنْ في أقرب البلاد إليهم عند تمام الحول.

وقال الدارمي: لو أقام أهل البادية أكثر سنتهم على ماء، وربما تفرقوا عنه لحاجة؛ فعلى الماء إلا أن يكون لهم دور في بلدهم لها إلزام فحكمهم حكم تلك البلد، هذا لفظه.

رابعها: العبرة في غير الفطرة ببلد المال لا ببلد المالك، فلو كان ماله عند تمام الحول ببادية ليس فيها أحد؛ وجب صرف زكاته إلى الأصناف في أقرب البلاد إلى المال؛ فإن كان تاجرًا مسافرًا بماله صرفها حيث حال الحول، ولو كان له مال بمواضع متفرقة صرف زكاة كل مال بمكانه حيث لا يحصل بشقص حيوان؛ فإن حصل بأن كان له عشرون شاةً ببلد، وعشرون بآخر، فطريقان، المذهب أنه يخرج شاة في أي البلدين شاء، ولا يجوز العدول عن أحد البلدين؛ فلو كان له مائة شاة ببلد، ومائة بأخرى أخرج بكل بلد شاة على المذهب، قاله المصنف في «الروضة» و«شرح المهذب».

وقال الإمام: إن كان لا يتوطن موضعًا، ولا يقرُّ ماله أيضًا فإنه لا يوجد بمنع النقل، ورقعة الأرض في حقه كالبلدة للمتوطن، وإن كان يتردد في إقليم فسيح لا يعدوه فالرأي الظاهر عندنا أن له النقل في ذلك الإقليم وإن كان لا يخرج منه، وفيه احتمال، ولو وجبت الزكاة، وهو ببعض النواحي فقد قال الأصحاب: الأولى أن يخرج الزكاة في محل وجوبها، ولم يوجب ذلك أحد من الأصحاب، وإنما استحبوه، ويشبه أن حكم الاستيطان غير ثابت المال، ولو كانت الماشية تتردد في قريتين شتاءً وصيفًا لا تتعداهما؛ فإن لم يكن بينهما مسافة القصر فالذي أراه على منع النقل أنه لا يجوز إخراج الزكاة إلى غير القريتين، وإن كان بينهما مسافة القصر، وفيه الاحتمال الذي ذكرناه في التردد

……

في الإقليم، ثم إذا قلنا في المتقاربتين: لا يجوز النقل، ولو اتفق الوجوب والماشية بأحديهما، فالظاهر عندنا أن القرية التي اتفق فيها الوجوب يتعين تفرقة الزكاة فيها، والعلم عند الله تعالى، هذا لفظه - ﷫ تعالى -.

وفي «البسيط» أنه إذا المال طول السنة في بلده، فلا يخفى، وإن كان بعضه في بلدة وبعضه في أخرى؛ فالنظر إلى وقت وجوب الزكاة، وهو تمام الحول، ولا يشترط أن يكون الفقير المصروف إليه بلديًا؛ بل لو كان غريبًا فهو من فقراء البلد إذا كان في الحال فيها، والذي غاب إلى بلدة أخرى، فهو من فقراء البلدة التي سافر إليها لا التي سافر عنها، انتهى.

وما ذكره آخرًا هو المعروف، لا ما سبق عن إمامه، ويأتي عنه لآخر أعرض عن ذكره.

خامسها: سبق أنه لا فرق عند عدم الانحصار بين القاطن وغيره، وعن إيراد الإمام خلافه، وذكر متصلًا به: أنه لو فارق وطن المال طائفة من الأصناف، فنقل المولى أنصباءهم إليهم حيث كانوا فالذي ذهب إليه الأصحاب جوازه تعويلًا على الآخذين دون البقعة.

قال: وهذا جاز على القياس متضح إذا انتقل جملة المستحقين مثلًا، فأما إذا كان في المقيمين في وطن المال مقنع وكفاية فالقياس جواز الإخراج إلى الذين خرجوا، وغال بعض الأصحاب في هذه الصورة على الخصوص فلم يجوز النقل، وهذا فاسدٌ لا أصل له.

قال: ولو غابت طائفة جميع السنة، فهل يجوز إخراج الحصص إليهم؟

من الأصحاب من جوزه؛ لأنهم من أهل البقعة، ومنهم من منع واشترط أن يحضروا المال في سنة الزكاة، ولو شهدوا في بعض السنة، وغابوا قبل انقضائها، فهذا مرتب على ما قبله وأولى بجواز الإخراج إليهم، ثم ذكر تفريعات طويلة، ثم قال: وإن انقضت السنة، واستقر وجوب الصدقة، ثم انتقلوا؛ فَإِنْ لَمْ يكن أهل البقعة مَحْصُورِينَ؛ لِاتِّسَاعِ خُطَّتِهَا فَفِي جَوَازِ الْإِخْرَاجِ

....

إِلَيْهِمْ خِلَافٌ، وَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ، وَإِنْ كَانُوا مَحْصُورِينَ وَقَدْ اسْتَحَقُّوا ثُمَّ غَابُوا فَهُمْ مُعَيَّنُونَ بِتَخْصِيصِهِمْ، انتهى. وهذا فقه غريب.

سادسها: نص الشَّافِعِي - ﷺ تعالى- أنه إنما يستحق أهل السهمين الزكاة يوم القسمة إلا العامل، ونص في موضع أنه يوم الوجوب، وفي آخر أنه لو مات أحدهم بعد وجوب الزكاة كان حقه لوارثه غنيًّا كان أو فقيرًا، وهو بمعنى ما قبله.

قال أصحابنا: وليست على قولين؛ بل محل اعتبار يوم الوجوب إذا مات أحدهم انتقل حقه إلى وارثه ما إذا وجبت لمعينين، فإن لم يكن هناك من كل صنف إلا ثلاثة فيتعين نصيب صنفهم لهم، ولا يتعين بحدوث شيء لانحصارهم، ومن مات بعد الوجوب، أو غاب، أو استغنى فحقه باقٍ بحاله، وإن قدم غريب لم يشاركهم فيه، وموضع اعتبار يوم القسمة ما إذا لم يكونوا معينين بأن كان في البلد من كل صنف أكثر من ثلاثة فإن الزكاة لا تتعين لهم، وإن مات بعضهم بعد الوجوب وقبل القسمة، هذه طريقة العراقيين.

وقال الخراسانيون: موضع اعتبار حال الوجوب إذا لم يكن في البلد إلا ثلاثة أو أقل ومنعنا النقل، والموضع الآخر إذا كان هناك أكثر من ثلاثة وجوزنا النقل هذا حاصل «شرح المهذب».

وهنا كلمات:

الأولى: قضية ما في «المنهاج» وغيره من أنه إذا انحصر المستحقون في البلد ووفًّى بهم المال أنه يجب استيعابهم على المالك أنه لا فرق بين أن يوجد من كل صنف ثلاثة أو أكثر، وحينئذٍ يترتب عليه ما ذكره من الإرث الشرعي وغيره، وذكر الإمام في آخر باب صدقة الغنم من تفريع منع النقل، أنهم إذا انحصروا وأوجبنا اليمين على المالك، فنكل، ففي ردها عليهم وجهان:

قال الجمهور: نعم كرب الدين، وفرَّع عليه سماع دعواهم وانقطاع طلبه، والإمام ذكر مسائل: منها: استيعاب أكثر من ثلاثة والتسوية بينهم، واعتياضهم

……………………………………

عنها، وإبراؤهم منها، وأخذ وارثهم الغني لها وافتقار طائفة غيرهم قبل قبضها، انتهى.

الثانية: وقضية إطلاقهم وشمول كلامهم أنه لو وجبت زكاته لأصناف محصورين وهم ورَّاثه فمات قبل دفعها إليهم أنه لا يلزمهم إخراجها إلى غيرهم، وهل نقول: يلقوا قدرها زكاة حتى لو كان عليه ديون وقدمنا قدر الزكاة فازوا بها دون أرباب الديون؟ لم أرَ فيه شيئًا وهو محتمل.

سابعها: صدقة الفطر كغيرها في منع النقل وجوازه والاستيعاب، فإن سبقت القسمة جمع جماعة فطرتهم وقسموها، وعن الإصطخري يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء، ويروى من الفقراء أو المساكين، ويروى من أي صنف اتفق ذكرها، وعبارة القاضي الحسين في أوائل هذا الباب: وعند الإصطخري أن زكاة الفطر يختص بها الفقراء، واختاره الرُّويَانِيّ في «الحلية» وجواز صرفها إلى ثلاثة، وحُكي اختياره عن جماعة من أصحابنا، وصححه الجرجاني.

قال الجيلي: وهو المُفْتَى به في زماننا، واختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي جواز الصرف إلى واحد، ونقله في «البحر» عن أبي حنيفة، ثم قال: وأنا أفتي به.

قلت: وعليه العمل في الأعصار والأمصار، وهو المختار والأحوط دفعها إلى ثلاثة، والقول يوجب استيعاب الأصناف، وإن كان ظاهر المذهب بعيد؛ لأن الجماعة لا يلزمهم خلط فطرهم، والصاع لا يمكن تفرقته على ثلاثة من كل صنف في العادة، قال المصنف في «شرح المهذب»: وإذا دفعها إلى الساعي أو الإمام لزمه تعميم الأصناف بلا خلاف، هكذا قال.

ثامنها: في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو كان له بستان فيه عنب، فقال لجماعة من الفقراء: يجب لكم عشر هذا، لا خلاف أن العشر لا يسقط لعدم التمليك، ولو قال: ملكتكم عشر هذا، وكان مما لا يترتب سقط عنه العشر، وإلا فلا؛ لأنه يجب إخراج العشر زبيبًا، قال: وعليه الضمان؛ لكن المالك

وَلَوْ عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ، ....

غَارّ فيأتي في قرار الضمان قولان.

قلت: فظاهر كلامه الاكتفاء بالصرف إلى الفقراء خاصةً وبعيد أن يريد بقوله: الفقراء أهل السهمين.

قال الأصحاب: في مواضع لأنه بعيد من لفظه، وعن القاضي الحسين أيضًا أنه لو مات وعليه زكاة، هل للإمام صرفها إلى قريبه الفقير؟ نظر أنه إن كان ممن يجوز صرفها إليه في حال حياته جاز، وإلا فلا، وأبدى الرُّويَانِيّ فيه احتمالًا كما سبق، ورأيت عن رواية الإمام أنه يجوز صرفها إليه وَاحِدٍ إِلَى وَاحِدٍ عند عدم انحصار المستحقين.

قال: (**وَلَوْ عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ**) أي: إلى أقرب البلاد إليه، فإن نقل إلى أبعد فعلى الخلاف في نقل الزكاة، هكذا قالاه، وسبق كلام الإمام في المال الذي لا يستقر بالإقليم الفسيح، فراجعه على غرابته، قال الشيخان: وحيث جاز النقل فعلى رب الدين مؤنته، ويمكن تخريجه على الخلاف المذكور في أجرة الكيَّال.

قلت: ويجب أن يكون هذا فيما إذا كان المالك ونحوه يفرقها، أما لو قبضها منه الساعي ببلده فالوجه: أن مؤنة النقل في مال الزكاة كما لو قبضها المستحقون، وذكر الإمام أن النقل إذا كان يحتاج إلى مؤنة فقد تردد فيه الأئمة، ففي كلام بعضهم ما يدل على أنه يجب تكليفه النقل، وإذا عظمت المؤنة فإن تأدية الزكاة محتومة، وهذا بعيد.

قال: والأصح أن ذاك لا يجب، فيتوقف إلى أن يجد المستحق، وهذا يعضد ما ذكرناه ويفهم أن التردد في المالك، وإذا لم يلزمه ذلك وهو المفرق لها؛ فلأن لا يلزمه بعد دفعها إلى الساعي أولى، وأطلق في «الإحياء» أن أجرة الناقل من سهم العامل.

قال: (**أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ**) **قلت:** وحينئذٍ يجيء الفرق بين الإمام والمالك.

وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ، وَقِيلَ: يُنْقَلُ.

فَصْلٌ

وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرًّا عَدْلًا فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ ....

(وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ) أي: وإن لم يجوزه ردت على الباقين وجوبًا؛ لأن عدم الشيء في موضعه كالعدم المطلق، وهذا إذا بقيت حاجة الباقين وإلا صاحب النقل وجهًا واحدًا.

قال: **(وَقِيلَ: يُنْقَلُ)** لأن استحقاق الأصناف منصوص عليه فيقدم على رعاية المكان الثابت بالاجتهاد، وصححه صاحبا «المهذب» و«البيان» وحكى في «المهذب» الخلاف قولين، وخصص الْمَاوَرْدِيُّ الخلاف بغير الغزاة، وجزم بأن نصيبهم ينقل إلى زكاتهم قولًا واحدًا.

ولفظ نص «البويطي»: فإن لم يكن في جيران المال من يستغرقه نقل إلى أقرب المواضع منهم؛ لأن النبي ﷺ أوصى بالجار في النَّافلة، فمن قرب جواره في الفرض أولى، وإن استغنى أهل السهم وبقيت فضلة من سهمهم ردها على أهل السهمين، فإن لم يوجد أهل سهم وأعوز ذلك في جميع الأرض ردَّ سهمه في البواقي، انتهى.

قال:

(فصل

وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرًّا عَدْلًا)

أي: لأنها ولاية وكانا من شرطها كغيرها من الولايات.

(فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ) أي: فِيمَا تَضَمَّنَتْهُ وِلَايَتُهُ، كما قيده الْمَاوَرْدِيُّ وغيره؛ ليعرف ما يأتي وما يذر، وتضمن قوله: «عدلًا» البلوغ والعقل والإسلام، ولم يقل: وألا يكون هاشميًا ولا مطلبيًا كما قاله بعضهم؛ لأنه لا يتبرع بها، أو استأجره الإمام من سهم المصالح، جاز وإنما الممتنع أخذه من الزكاة، وسكت عن اعتبار الذكورة، وقد قالا فيما سبق والْمَاوَرْدِيُّ أيضًا

فَإِنْ عُيِّنَ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ وَلْيُعَلِّمْ شَهْرًا لِأَخْذِهَا.

هناك: لا تكون المرأة عاملة، وصرح هنا بأن من جميع ما ذكرناه من الشروط جاز أن يكون عاملًا رجلًا كان أو امرأةً، وإن كرهنا تقليد المرأة ذلك، وهو قضية كلام القاضي ابن كج في باب صدقة الفطر، وبه صرح غيرهما؛ لأنها تلي مال اليتيم والصحيح المنع؛ لأن هذه ولاية عامة لا تليق بالمرأة، وصح «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً»(١) وذكر الجيلي أن الحرية إنما تشترط إذا قلنا: إنَّ ما يأخذه يكون زكاةً، فإن قلنا: أجرة فلا، وهو غريب، ولعله أراد بعض من سبق ذكره من معنى العامل بالأجرة؛ لأن الإمام ينصبه عاملًا.

قال: (**فَإِنْ عُيِّنَ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ**) أي: ويشترط ما عداه؛ لأنها سفارة لا ولاية، قال الْمَاوَرْدِيُّ في «أحكامه»: وكذا لا يعتبر الإسلام والحرية، قال في «الروضة»: وفي عدم اشتراط الإسلام نظر.

وفي «شرح المهذب»: المختار اشتراطه، واعلم أن الذي رأيته في «الحاوي» بعد ذكره شروط العامل، وأما أعوانه من كُتَّابِهِ وَحُسَّابِهِ وَمُسْتَوْفِيهِ فلا يلزم اعتبار الحرية والفقه فيهم؛ لأنهم خدم مأمورون، ويلزم فهم اعتبار البلوغ والعقل والإسلام والأمانة، انتهى.

وهو الصواب؛ إذ لا تجوز تولية كافر على شيء من أمور المسلمين كما نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب فليحمل ما في «الأحكام» على أخذ شيء معين وصرفه إلى معين ويجوز ذلك، فيكون استخدامًا محضًا خاصًا لا ولايةً عامةً، كما لو وكَّله شخص في قبض ودفع، فإنه جائز؛ ولهذا جوزوا كون الحمال ونحوه كما سبق هاشميًا وعبدًا وكافرًا؛ لأنه أجير لا أمين.

قال: (**وَلْيُعْلِمْ شَهْرًا**) أي: ندبًا، وقيل: وجوبًا.

(**لِأَخْذِهَا**) ليتهيَّأ أرباب الأموال لدفعها، والمستحقون لأخذها، ويندب أن يكون المحرَّم؛ لأنه أول العام، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، وفي «الشامل الصغير» أن أولى الشهور رمضان؛ لأن الصدقة فيه مضاعفة، وآخره

---

(١) تقدم تخريجه.

……

أولى؛ لأن الصدقة فيه أفضل، قال: وذو الحجة والمحرم؛ لأن كل واحد منهما طرف حول، ذو الحجة آخره والمحرم أوله، وأول كل واحد منهما أفضل من باقيه، وكلامه فيمن يفرق زكاة نفسه وبعضه أو أكثره، أخذه من «الإحياء» للغزالي، وهو غريب، ولا معنى لذلك؛ بل متى تم الحول ووجد المستحق وجب الأداء على الفور حيث لا عذر، لا أعلم فيه خلافًا.

تنبيهان:

أحدهما: ما ذكره المصنف فيما يعتبر فيه العام على أنه لو أسلم أهل ناحية في منتصف الحول، وجرت أموالهم المعتبر زكاتها بالعام في الحول فالإعلام بأخذها يكون في منتصف العام المقبل، لا محله، وهكذا باختلاف الأوقات، وأما ما لا يعتبر بالعام كالزرع والثمار، فإنه يبعث وقت وجوبها، وهو إدراك الثمر، واشتداد الحب، ويشبه ألا يبْعَثَ فِي زَكَاةِ الْحُبُوبِ إِلَّا عِنْدَ تَصْفِيَتِهَا بِخِلَافِ الثِّمَارِ فَإِنَّهَا تُخْرَصُ حِينَئِذٍ، فَإِنْ بَعَثَ خَارِصًا لَمْ يَبْعَثْ السَّاعِي إِلَّا عِنْدَ جَفَافِهَا.

الثاني: جزما في «الشرحين» و«الروضة» بأن بعث الساعي مستحب(١)، وجزم القاضي أبو الطيب بوجوبه ويجب الجزم به إذا غلب على ظن الإمام أنه لو لم يبعث سعاةً لما أخرجت، وأما لو غلب على ظنه أن أرباب الأموال أو بعضهم يؤديها فالأمر بيِّن مما سبق في كتاب الزكاة، ويجوز أن يفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة، ولا وجه لقول من أطلق أن بعث الساعي مستحب.

وعبارة صاحب «الكافي»: وعلى الإمام بعث السعاة؛ لأن مِن أرباب الأموال مَن لا يعلم ما يجب عليه ولمن يجب، وقد يكون مختلًا لا يؤدي صدقته، فعلى الإمام أن يبعث عالمًا إلى آخره، وما قاله حق، فذكر الْبَغَوِي والرَّافِعِي نحوه، والقول بعدم الوجوب مطلقًا لا وجه له ولا سيما في هذا

---

(١) في نسخة: (واجب ويجب الجزم به).

....

الزمان؛ لأنه يؤدي إلى إضاعة كثير منها؛ بل أكثرها؛ ولأنه خلاف سيرة السلف الصالح؛ لكن يشترط ألا يكون كما فعله الظلمة في زماننا، وقد جعله الفجرة كجهات المكوس لا يراعون فيها الشرع بوجه؛ بل تؤخذ على غير وجهها، وتصرف من غير وجهها، ولا قوة إلا بالله.

فروع خمسة نختم بها الباب ختم الله لنا بالحسنى بمنه ولطفه وكرمه:

أحدها: يستحب للساعي والمستحق أن يدعو عند أخذ الزكاة للمزكي، وقيل: لا تستحب لغير الولاة، وقيل: تجب على الجميع، وقيل: تجب على الوالي فقط، وقيل: عكسه، وهو شاذ، وقيل: إن سأل المالك وجب الدعاء له، وإلا فلا.

ثانيها: قال في «شرح المهذب»: إظهار الزكاة أفضل باتفاق العلماء، وخص الْمَاوَرْدِيُّ هذا بالأموال الظاهرة، قال: وأما الباطنة فإخفاء إخراج زكاتها أولى للآية، وأما الإمام فالإظهار له أفضل مطلقًا، وأطلق ابن عبد السلام في «القواعد» أنه إن خاف الرياء على نفسه، أو عرف ذلك من عادته فالإخفاء أفضل وإلا فالإبداء، انتهى.

وهذا التفضيل أو نحوه مجزوم به في «الإحياء» في أداء الزكاة ومنه أخذه، وقال في تفسيره الصدقات: الزكوات، وتخفوا النوافل، وقيل: كلاهما إخفاؤه أفضل، وقيل: كان ذلك على عهده، واليوم إظهاره أفضل؛ ليدفع التهمة، وكذلك النفل؛ ليقتدي به، ونسب الْمَاوَرْدِيُّ في «تفسيره» أن إخفاء الفرض والنفل أفضل إلى يزيد بن أبي حبيب، والحسن، وقتادة.

وقال في «الحاوي»: إن فرقها الإمام فإبداؤها أفضل، سواء كانت زكاة مال ظاهر أو باطن؛ لأنه ثابت منها، وإن فرقها أرباب المال، فإن كانت زكاة مال ظاهر، فالأفضل إظهارها، وإن كانت زكاةً فالأظهر إخفاؤها للآية؛ ولأنه أبعد من الرياء في الأخذ من الأقسى، والمختار التفضيل الذي أورده الْغَزَالِيُّ، وهو أنه إن خاف الرياء والتسميع بأداء الزكاة فالإسرار بها أفضل وإلا فالإظهار

....

أفضل؛ حيث يعلم أن فيه ترغيبًا للناس في الاقتداء.

ثالثها: له دفع زكاته إلى مديونه خلا مكاتبه، فلو قال له عند الدفع: على أن تردها عليَّ من ديني، لم يجز به ولا يصح القضاء، ولو قال المديون: ادفع إليَّ كذا من الزكاة؛ حتى أقضي به دينك؛ ففعل أجزاه عن الزكاة، وهو بالخيار في أداء الدين منه، ولو أعطاه زكاةً وواعده بردها إليه ببيع، أو هبة، أو ليصرفها المزكي في كسوة المسكين ومصالحه ففي كونه قبضًا صحيحًا احتمالان في «البحر»، ولو كان له عند الفقير حنطة وديعة، فقال: كِلْ لنفسك كذا ونوى الزكاة.

قال **القَفَّالُ**: فيه وجهان، وجه المنع: أن المالك لم يكِله، قال: ولو وكَّله يشتري ذلك القدر فاشتراه وقبضه، فقال: خذه لنفسك ونوى الزكاة، أجزأه؛ لأنه لا يحتاج إلى كيله.

رابعها: لو دفع زكاة ماله إلى شخص وأمره بأدائها، فجاء وادعى إخراجها فتردد الموكل في صدقه على السواء، فهل يقال: الأصل شغل ذمته بها وعدم الإخراج فلا يبرئه منها مع ذلك، أو يقال: طريق تحسين الظن بالمسلم تصديق الوكيل فلا يكلف الموكل إخراجها ثانيًا مع الشك؟ لم أرَ فيه نقلًا، ويحتمل أن يقال: إن كان الوكيل ثقةً عدلًا اكتفى بقوله وإلا فهو مقصر.

خامسها: دفعها المستحق ونوى ولم يتكلم بشيء أجزأته النية القلبية، وعن ابن أبي هريرة: لا بدَّ أن يقول بلسانه كالهبة، وزيف، وفي «البحر» لو دفع الزكاة إلى فقير والدافع غير عارف بالمدفوع بأن كان مشدودًا في خرقة ونحوها لا نعلم جنسها وقدرها، وتلف بيد المسكين، ففي سقوط الزكاة احتمالان؛ لأن معرفة القابض لا تشترط، فكذا معرفة الدافع، قال المصنف: والأظهر الإجزاء، انتهى.

وهذا إن كان الدافع وكيلًا والموكل عالم بذلك، فواضح، وإن كان هو المالك، ففي تصوير المسألة إشكال.

فَصْلٌ

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيْءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ، وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ يَحْرُمُ وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيّ وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ لَعْنُ فَاعِلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فصل

قال: (**وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ وَالْفَيْءِ**) للتمييز وليردها واجدها، وليعرفها المتصدق فلا يتملكها بعدُ؛ لأنه مكروه، نص عليه الشَّافِعِي، نعم إن ورثها فلا بأس.

قال: (**فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ**) أي: ويكون صلبًا، وقال القاضي الحسين: يجب ذلكَ - يعني: الوسم- وهو ظاهر إن دعت الحاجة إليه للتمييز، بأن كانت تجمع في مسرح واحد، ومرعى واحد ومراح واحد؛ لأنها تختلط وتشتبه لا سيما عند الكثرة، والأولى وسم الغنم في الأذن، والإبل والخيل والبقر في الفخذ، قال الإمام: وكذا الخيل يعني: خيل الفيء.

قلت: وكذا ما حبس للغزو، ويكون ميسم الغنم ألطف من ميسم البقر، وميسم البقر ألطف من ميسم الإبل. **قال:** (**وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ**) أي: للنهي عنه.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ يَحْرُمُ، وَبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيّ، وَفِي «صَحِيحِ مُسْلِمٍ»: «لَعْنُ فَاعِلِهِ»**(١) **وَاللهُ أَعْلَمُ**) أشار إلى حديث جابر ﷺ: أنه ﷺ مرَّ عليه بحمار وقد وسم في وجهه، فقال: «لعن الله الذي وسمه»(٢) وقد يقال: إنما لعنه لأنه فعله لا لحاجة ولا مصلحة، وقد نص الإمام في «النهاية» على ذلك فقال: والخبر عندنا يقتضي التحريم.

فروع: الكي إن لم تدعُ إليه حاجة حرام سواء كوى نفسه أم غيره من آدمي وغيره، وإن دعت إليه حاجة، يقول أهل الخبرة: جاز.

ويكره إنزاء الحُمر على الخيل؛ لحديث صحيح فيه رواه أبو داود(٣).

---

(١) أخرجه مسلم (٢١١٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/٢٦، رقم ٢٥٦٤).

(٣) حديث رقم: (٨٠٤).

فَصْلٌ

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ: وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ، وَكَافِرٍ.

قال العلماء: بسبب النهي، وإنه يسبب قلة الخيل.

وفي «منهاج الحليمي»: وهذا الحديث في عتاق الخيل، وأما البراذين فلا، وهو حسن، وتوقف العلامة ابن دقيق العيد في جواز إنزاء الخيل على البقر، أو جزم بالمنع؛ لضعفها وتضررها بكبر آلة الخيل.

قال:

(فَصْلٌ)

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ) حث عليها بالكتاب والسنة.

(وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ، وَكَافِرٍ) أي: يجوز دفعها إليهما في الجملة، وفي «الصحيح»: «تُصُدِّقَ عَلَى غَنِيٍّ»(١) البخاري، وفيه لعلة أن يعتبر، فينفق مما أعطاه الله تعالى. وفي الصحيحين: «**فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ**» البخاري، ومسلم، ولابن حبان: «كُلِّ كَبِدٍ حَرَّى»(٢) وهو يشمل الكافر وغيره، أما سؤال الغني بمال أو كسب يليق به، فحرام عليه في الأصح.

وقال في «شرح مسلم»: اتفق العلماء على النهي عن السؤال إذا لم يكن ضرورة، واختلف أصحابنا في مسألة القادر على الكسب على وجهين:

أصحهما: تحريمه لظاهر الأحاديث، والثاني: حلال مع الكراهة بثلاثة شروط: ألا يذل نفسه، ولا يلح في السؤال، ولا يؤذي المسؤول، فإن فقد أحدها حرم بالاتفاق.

قلت: وفي «أمالي» ابن عبد السلام: إن الصحيح من مذهب الشَّافِعِي ﷺ - وبه قال كثيرون - أن السؤال جائز؛ لأنه طلب مباح، فأشبه طلب العارية، وغيرها.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٢١) ومسلم (٢٤٠٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٦٣) ومسلم (٥٩٦٦) وابن حبان (٢/ ٢٩٩، رقم ٥٤٢).

....

قال: والذم في الأخبار محمول على من سأل الزكاة الواجبة وليس من أهلها، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في الشهادات عن النص ما يؤيد كلامه، وفي «فتاوى» ابن الصلاح هو حرام مع التذلل والإلحاح، وإيذاء المسؤول، وإن كان محتاجًا، وقال الإمام: هو مع الإيذاء حرام مطلقًا، ومع الحاجة جائز، والتعفف عنه أولى، ولغير الحاجة مكروه، وواجب عند الضرورة.

تنبيهات: منها: قال أصحابنا: يستحب للغني التنزه عنها، ويكره له التعرض لأخذها، قال العمراني: ولا يحل له أخذها مظهرًا للفاقة، قال الشيخ: وما قاله صحيح.

قلت: وحينئذٍ لا يكون دفعها إليه سُنةً، وإن لم يسأل؛ بل إما مكروهًا أو حرامًا، ومعرضه لها في معنى سواها، وسيأتي ما يؤيد هذا، نعم، إنما يستحب التنزه عن أخذها إذا ابتداء بها إذا لم يحصل بالرد بأذى أو قطيعة رحم ونحوها من المفاسد مع كونها من وجه حلال.

ومنها: وأما الكافر فإن كان له عهد أو ذمة أو قرابة أو يرجى بذلك إسلامه أو كان بأيدينا بأسرٍ ونحوه، فالتصدق عليه قربة، وقد مدح القرآن مطعم الأسير، وإن كان حربيًا ليس فيه شيء مما ذكرناه، ففي جواز التصدق عليه بماله دفع من المال نظر ولا سيما إذا كان يحمله إلى الدراهم.

ومنها: محل صدقة التطوع على الرقيق بغير ما يطعمه في الحال صدقةً على سيده حتى يختلف الحكم بين السيد الغني والمحتاج، لم أرَ فيه شيئًا، والظاهر أنه كذلك ولا سيما بما له وقع من المال.

ومنها: ينبغي تحريم دفعها للقاضي بسفره أو إقامته إذا كان فيه إعانة له على ذلك، وكذا يحرم دفعها إلى الفاسق المستعين بها على المعصية، والقياس: أنا إذا حرمنا السؤال على القادر على الكسب يحرم إسعافه بالإعطاء.

ومنها: استثنى في «الإحياء» من تحريم السؤال على القادر على الكسب المستغرق الوقت بطلب العلم، قال: ومتى أخذ مَن جوزنا له المسألة عالمًا

……

بأن باعث المعطي الحياء منه أو من الحاضرين ولولاه لما أعطاه؛ فهو حرام إجماعًا ويلزمه رده، ولا فرق بين أن يعطى لضربه ظاهر جلده بالسوط أو باطنه بسوط الحياء، فإن استحيا صاحبه استرده فعليه أن يثبته عليه بما يساوي قيمته في معرض الهبة لتحصل المعاملة، فإن لم يقبله فعليه رده إلى ورثته.

ومنها: قال الْغَزَالِيُّ: وسؤال ذي الغنى حرام، وذلك بأن يجد ما يأكله هو، ومن في كفالته يومهم وليلتهم ويسترهم من الناس ما يحتاجون إليه من الآنية، ويكفي كونها خزفية، وهل له السؤال ما يحتاج إليه بعد يومه وليلته؟ ينظر! فإن كان السؤال متيسرًا عند نفاد ذلك، لم يجز، وإلا جاز له أن يطلب ما يحتاج إليه لسنته، انتهى.

وينبغي أن يقال: يجوز طلب ما يحتاج إليه إلى وقت يعلم بالعادة بيسر السؤال والإسعاف فيه ولا يتجاوزه أسبوعًا كان، أو شهرًا، أو سنةً، أو دون ذلك.

ومنها: قال الْغَزَالِيُّ: وقد يعطى الإنسان المال لغيره تبرعًا لحاجته إليه، أو لنسبه، أو لصلاحه ونحو ذلك، فإن علم الآخذ أنه أعطاه لحاجته لم يحل له أخذه إلا أن يكون محتاجًا، أو لشرف نسبه، أو لعلمه، أو لدينه وصلاحه لم يحل له إلا أن يكون صادقًا في نسبه، وأن يكون في العلم كما اعتقده، وألا يكون من ظن دينه فاسقًا، في الباطن فسقًا لو علم به المعطي لما أعطاه.

قلت: وقياس كلامه أن يقال: لا يحل له إلا أن يكون في الدين، والصلاح كما ظنه المعطي، وإن لم يكن عنده فسق أصلًا.

ومنها: ذكر الحليمي في «منهاجه» في كلامه على الكبائر والصغائر ما لفظه: ورد السائل صغيره، فإن اجتمع على منعه، أو كان المنع من واحد إلا أنه زاد على المنع الانتهاز والإغلاظ فذاك كبيرةٌ، قال: وهكذا إن رأى محتاج موسعًا على طعام فتاقت نفسه إليه، وسأله منه فرده، فذاك كبيرة، انتهى.

وفيه إشكال، نعم ينقدح ما ذكره في المضرور، أو المضطر مع العلم بحاله، وأما مجرد رد السائل صغيره فغريب إلا أن يؤول على ما سيأتي في

وَدَفْعُهَا سِرًّا . وَفِي رَمَضَانَ، وَلِقَرِيبٍ وَجَارٍ أَفْضَلُ.

الشهادات إن شاء الله تعالى، وكذا رد الموسع والحكم بأنه كبيرة.

قال: (**وَدَفْعُهَا سِرًّا، وَفِي رَمَضَانَ، وَلِقَرِيبٍ، وَجَارٍ أَفْضَلُ**) فيه مسائل:

الأولى: دفعها سرًّا أفضل؛ لقوله تعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧١] الآية.

ولقوله ﷺ: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَوْمَ لا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ.. وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا تُنْفِقُ يَمِينُهُ»⁽¹⁾ الحديث؛ فإن أظهرها، ولم يقصد رياء، ولا سمعة؛ بل ليقتدي به، وهو ممن يُقتدى به فأظهرها؛ للمقاصد الصالحة حينئذٍ أفضل، وعلى هذا جرى ابن عبد السلام، واختار الْغَزَالِيُّ بشرط ألا يتأذى لأحد بالإظهار؛ فإن تأذى به فالإخفاء أفضل.

الثانية: الصدقة في رمضان، وكل وقت فاضل أفضل منها في غيره، كما أشارت إليه الأحاديث الصحيحة، ولا يفهم من هذا أن من أراد التطوع بصدقة، أو بر في رجب أو شعبان مثلًا أن الأفضل له أن يؤخر ذلك إلى رمضان أو غيره من الأوقات الفاضلة؛ بل المسارعة إلى الصدقة أفضل بلا شك، وإنما المراد أن التصدق في رمضان، وغيره من الأوقات الشريفة أعظم أجرًا مما يقع في غيرها، وقد يشكل [على] ما ذكروه في رمضان الحديث الصحيح: «مَا مِنْ أَيَّامِ الْعَمَلُ فِيهَا أَحَبُّ إِلَى اللهِ مِنْ أَيَّامِ الْعَشْرِ»⁽²⁾ الحديث، يعني: عشر ذي الحجة.

الثالثة: الصدقة على القريب المحتاج أفضل منها على غيره؛ لقوله ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى الْمِسْكِينِ صَدَقَةٌ، وَهِيَ عَلَى ذِي الرَّحِمِ ثِنْتَانِ: صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»⁽³⁾

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٩، رقم ٩٦٦٣)، والبخاري (١/ ٢٣٤، رقم ٦٢٩)، ومسلم (٢/ ٧١٥، رقم ١٠٣١)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٦١، رقم ٥٩٢١)، وابن حبان (١٠/ ٣٣٨، رقم ٤٤٨٦). وابن خزيمة (١/ ١٨٥، رقم ٣٥٨).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٤٦، رقم ٣٢٢٨)، والبخاري (١/ ٣٢٩، رقم ٩٢٦).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢/ ٤١٣، رقم ١٠٥٤١)، وأحمد (٤/ ١٨، رقم ١٦٢٧٨)، والدارمي (١/ ٤٨٨، رقم ١٦٨١)، والترمذي (٣/ ٤٦، رقم ٦٥٨)، وقال: حسن. والنسائي (٥/ ٩٢، رقم=

……

حسَّنه الترمذي، وصححه ابن حبان.

قال في «الروضة»: وكذا الزكاة، والكفارة صرفها إليهم أفضل، إذا كانوا بصفة استحقاقها، والأولى أن يبدأ بذي الرحم المحرم الأقرب فالأقرب، وألحق بهم الزوج، والزوجة، ثم بذي الرحم على المحرم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم المولى من الطرفين، ثم الجار.

قلت: ينبغي أن يقال: ثم الولي من أعلا، ثم المولى من أسفل.

الرابعة: الصدقة على الجار، وبره والإحسان إليه، مجمع عليه والأحاديث الصحيحة مصرحة، وإنما التردد في تقديم الجار الأجنبي على الغريب الذي ليس بجار، قال في «الروضة» إثر قوله: «الجار»: فإن كان القريب بعيد الدار في البلد قُدِّم على الجار الأجنبي، وهو في ذلك متبعٌ للرافعي.

وقال في «شرح المهذب»: أجمعت الأمة على أن الصدقة على الأقارب أفضل من الأجانب، هكذا أطلق، والذي قاله الْمَاوَرْدِيُّ والقاضي أبو الطيب والأزهري وغيرهم أنه لو كان له جيران أجانب، وأقارب أباعد؛ فجيرانه أولى، وذُكر في «الوليمة» خلافًا نحو [هذا][1] وتكلمت عنه في «الغنية» هناك فبطلت منه، وأقرب الجارين بابًا أولى بالترتيب في «صحيح البخاري»، وهو بإطلاقه يقتضي أن أقربهما بابًا أولى من الأبعد بابًا، وإن كان قربه دون الأول.

فروع: يستحب أن يتصدق بما يحبه؛ للآية الكريمة، وأن يتحرى بصدقته أهل الخير والمحتاجين، والأحوج فالأحوج، وألا يمتنع من الصدقة بالقليل احتقارًا له ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧﴾ [الزلزلة: ٧].

= ٢٥٨٢)، وابن ماجه (١/ ٥٩١، رقم ١٨٤٤)، وابن خزيمة (٤/ ٧٧، رقم ٢٣٨٥)، وابن حبان (٨/ ١٣٢، رقم ٣٣٤٤)، والطبراني (٦/ ٢٧٤، رقم ٦٢٠٤)، والحاكم (١/ ٥٦٤، رقم ١٤٧٦)، والبيهقي (٤/ ١٧٤، رقم ٧٥٢٤). وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ٣٦٣، رقم ١١٣٦).

(١) في نسخة: (هكذا).

وَتُسَنُّ الصَّدَقَةُ بِالْمَاءِ، لِخَبَرِ: «أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْمَاءُ» أَيْ فِي الْأَمَاكِنِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ. وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ.

وصحَّ: «اتَّقُوا النَّارَ، وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ»⁽¹⁾ وأن يعطى الصدقة بطيبة نفس وبشاشة وجه، ويحرم المن بها؛ فإنه يبطل ثوابها بنص القرآن، وأن يوسع على عياله في رمضان، قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: لا سيما في العَشْر الآخر منه، وكذا في الأوقات الفاضلة كعشر ذي الحجة، وأيام العيد وعاشوراء.

قلت تفقهًا: ويوم الجمعة؛ لأنه عندنا أهل الإسلام كما جاء في الحديث، وأن يتصدق في الأماكن الشريفة كمكة والمدينة، وأن يُكثر منها أيام الحاجات المهمة، وفي الحج، والغزو، وعند ظهور الآيات كالكسوف والزلازل ونحوهما، وفي السفر والمرض، وعن مريضه، وجاءت أحاديث كثيرة في الحث على الصدقة بالمال.

قال: (**وَتُسَنُّ الصَّدَقَةُ بِالْمَاءِ، لِخَبَرِ: «أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: الْمَاءُ» أَيْ: فِي الْأَمَاكِنِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ**)⁽²⁾ [وَيُكْرَهُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَمَلَّكَ صَدَقَتَهُ، أَوْ زَكَاتَهُ أَوْ كَفَّارَتَهُ، أَوْ نَحْوَهَا مِنَ الَّذِي أَخَذَهَا لِخَبَرِ: «الْعَائِدُ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»⁽³⁾ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَسْتَحِي مِنْهُ فَيُحَابِيهِ، وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا مِنْ غَيْرِ مَنْ مَلَّكَهَا لَهُ وَلَا بِإِرْثٍ مِمَّنْ مَلَّكَهَا لَهُ]⁽⁴⁾. قال: (**وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَلَا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ**) أي: تقديمًا للأهم.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/٢٥٨)، والبخاري (٢/ ٥١٤، رقم ١٣٥١)، ومسلم (٢/ ٧٠٤، رقم ١٠١٦)، والنسائي (٥/ ٧٤، رقم ٢٥٥٢) والطبراني (١٧/ ٨٩، رقم ٢٠٨)، والبغوي في الجعديات (١/ ٨١، رقم ٤٥٤)، والقضاعي (١/ ٣٩٧، رقم ٦٨٢)، والبيهقي في شعب الإيمان (١/ ٤٦٧، رقم ٧٣٣).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٣٠٢) وسعيد بن منصور (١/ ١٤٨، رقم ٤١٩).

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٩١، رقم ٢٦٤٦)، والبخاري (٢/ ٩١٥، رقم ٢٤٤٩)، ومسلم (٣/ ١٢٤١، رقم ١٦٢٢)، وأبو داود (٣/ ٢٩١، رقم ٣٥٣٨)، والنسائي (٦/ ٢٦٥، رقم ٣٦٩١)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٧، رقم ٢٣٨٥).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من «تحفة المحتاج» (٢٩/ ١٤٧).

قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ أَوْ لِدَيْنٍ لَا يَرْجُو لَهُ وَفَاءً، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، أَوْ لِدَيْنٍ لَا يَرْجُو لَهُ وَفَاءً، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لأنه حق واجب فلا يحل تركه سنة، وصح أنه ﷺ قال:

«كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ»(١) رواه أبو داود، والنسائي وصححه الحاكم.

والحاصل في الدين، وغيره ثلاثة أوجه: عدم الاستحباب، والكراهة، والتحريم، هكذا جمعها في «شرح المهذب»، وصحح التحريم بالنسبة إلى نفسه أيضًا، وجعل في «الروضة» وجه التحريم أصح بالنسبة إلى نفقة عياله، ووجه عدم الاستحباب أصح في نفقة نفسه، وهذا أجود مما في «شرح المهذب» كيف! وهو يرى أن المضطر أن يؤثر على نفسه مضطرًا آخر، فكيف يحرم عليه الصدقة بما يحتاج إليه بلا ضرورة.

وقال المحب الطبري في «شرح التنبيه»: في إطلاق التحريم نظر؛ فإن كبار الصحابة كانوا يؤثرون في حال الضرورة ويخرجون من جميع أموالهم، ولا يتركون لعيالهم شيئًا، كقصة الصديق ﷺ وعلل بعضهم عياله من مؤنتهم، وآثر بها ويعترضون ويتصدقون، وكثير من السلف كذلك، والظاهر اختلاف الحكم باختلاف الأحوال، انتهى.

تنبيهات: أحدها: الوجه أنه إذا كان منه صبرٌ، ومن عياله العقلاء البالغين، وأذنوا له في ذلك أن الأفضل له التصدق، ويشمله، وإياهم قوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩] وسبب نزولها مشهور في الصحيح، والجواب عن قصة الصغيرين مشهور أيضًا.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٠، رقم ٦٤٩٥)، وأبو داود (٢/ ١٣٢، رقم ١٦٩٢)، والحاكم (١/ ٥٧٥، رقم ١٥١٥)، والبيهقي (٧/ ٤٦٧، رقم ١٥٤٧٢). والطيالسي (ص ٣٠١، رقم ٢٢٨١)، والبزار (٦/ ٣٩٢، رقم ٢٤١٥)، وابن حبان (١٠/ ٥١، رقم ٤٢٤٠)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٧٤، رقم ٩١٧٧).

....

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: الظاهر أنه لا فرق بين دين الزكاة وغيره؛ لأنها على الفور، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: لا تستحب الصدقة وهي عليه.

قلت: إنما قال هذا؛ لأنه أطلق القول بأنه لا يستحب لمن عليه دين أن يتصدق تطوعًا، وإذا أوجبنا إخراج الزكاة على الفور؛ فالوجه تحريم التطوع بما يلزمه صرفه إليها؛ لأنه كالمنتقل مع ضيق وقت الفريضة، وكذا حكم كل دين يوجب دفعه على الفور بمطالبة رب الدين أو غيرها بأن لزمه من غصب أو إتلاف عدوانًا، أو كان ليتيم ونحو ذلك، ولا مانع من الدفع والكلام في غير هذه الأحوال بلا شك.

ثالثها: قال ابن الرِّفْعَة: هذا في الدين الحال أما المؤجل؛ فينبغي أن يلتحق بما إذا احتاج إليه في نفقة عياله في المستقبل، انتهى.

وقد يفرق لشغل ذمته به الآن بخلاف نفقة العيال في المستقبل؛ ولأنه قد يحل قبل الغد بموت أو غيره، وأيضًا فإن إعساره بنفقة القريب فيما يأتي لا يتعلق بذمته دين بخلاف حلول الدين، وأيضًا فالدين مقدم على نفقة الأهل إلا في يوم واحد، وهذه مما يعاب محتملة، والظاهر أنه إذا كان يرجو وفاء المؤجل عند محله جواز التصدق مما يجده الآن، وكذا لو كان حالًا ولم يوجب قضاءه على الفور، إما لرضا صاحبه؛ أو لأن الشرع جعله متراخيًا كتكفيرٍ لم يعص بسببه، ولو قيل: إن الصدقة حرام أو مكروهة على من عليه دين ما؛ لسد باب التطوع، فإن غالب الناس لا يخلو ذمته عن دين من مهر أو غيره.

رابعها: قول المصنف: «لا يرجو له وفاء» يفهم أنه يكفي في منع التحريم مطلق رجاء الوفاء، وفيه نظر، وينبغي أن يفرق بين الرجاء القريب والبعيد، وبين الدين المتوجه الوفاء في الحال، وغيره كما بيناه، وكذا ما يجب أداؤه على الفور في محله يعتبر أن يكون الرجاء وقت حلوله لا بعده بزمن له دفع.

خامسها: قول الرَّافِعِي وغيره: يستحب ألا يتصدق حتى يؤدي ما عليه ليس على إطلاقه؛ فإنه لا يقول أحد فيما أظن إن من عليه صداق أو غيره أنه

وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهُمَا إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ أُسْتُحِبَّ، وَإِلَّا فَلَا].

إذا تصدق برغيف ونحوه، ما يقطع بأنه لو بقي لم يدفعه إلى جهة الدين، وكذا إذا قلنا: بالتحريم أو الكراهة، وإنما المراد أن المسارعة إلى براءة الذمة أولى، وأحق من التطوع على الجملة، والله أعلم.

سادسها: حيث حرمنا عليه التصدق، وتلك يملك المتصدق عليه ما دفعه إليه، قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يكون على الوجهين فيما إذا وهب الماء الذي يحتاجه بعد دخول الوقت.

قلت: قد يفرق إنه قد تعلق به حق آدمي، وهو المنفَق عليه من قريب، وزوجه، ويوجه عليه صرفه فيه في الحال؛ بخلاف الماء عند اتساع الوقت أو عند ضيقه؛ لأن له بدلًا، وهو التراب.

قال: (**وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا: إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ اسْتُحِبَّ، وَإِلَّا فَلَا**) المراد الفاضل عن دينه ونفقته ونفقة عياله وسائر مؤنتهم، كما قال في «شرح المهذب»: وما صححه هنا أن به قطع الجمهور.

وقوله: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: فلا يستحب، وقال العمراني، والْغَزَالِيُّ: يكره وعلى ذلك تحمل الأحاديث المختلف ظواهرها في الباب.

والوجه الثاني: يحتسب بجميع الفاضل مطلقًا؛ تأسيًا بالصديق ﷺ وقبول النبي ﷺ ذلك منه. رواه أبو داود، وصححه الترمذي، والحاكم.

والثالث: لا يستحب مطلقًا؛ لقوله ﷺ: «**خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى**»(١) رواه أبو داود وصححه ابن حبان، والحاكم، وقال: على شرط مسلم.

قال الْحَلِيمِي: ولا ينبغي لأحد أن يتصدق بجميع ما عنده ويحوج نفسه إلى غيره.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٤٨، رقم ٥٠٤٠)، وأبو داود (٢/ ١٢٩، رقم ١٦٧٦) وابن حبان (٨/ ١٤٩ رقم ٣٣٦٣) وأحمد (٣/ ٤٣٤ رقم ١٥٦١٥)، ومسلم (٢/ ٧١٧ رقم ١٠٣٤)، والنسائي (٥/ ٦٩، رقم ٢٥٤٣) والحاكم (١/ ٥٧٣ رقم ١٥٠٧).

....

واعلم أن محل الأوجه في تصدقه بجميع الفاضل عن حاجته أما التصدق من الفاضل عن كفايته، وما يلزمه بشيء فقد قال به الأصحاب، والعلماء كافَّة، قال في «شرح المهذب»: ودلائله مشهورة في القرآن والسنة والإجماع.

إشارة: أطلق المصنف ذكر الفاضل الذي هو محل الأوجه، والوفاق بالنسبة إلى التصدق بشيء منه، هل المراد به حاجته في الحال أو نفقة اليوم والليلة وما لا بد له منه لنفسه ومَنْ تلزمه نفقته من كسوة، وأثاث في الوقت الحاضر؟ أو المراد به الفاضل عن حاجته في الحال، وما يليه ما لم يتوقع حصول ما يصرفه في حاجاته الواجبة في وقت ثانٍ؟ وقد يقال: يدخر لنفسه وعياله قوت سنة، ويتصدق بالفاضل إذا لم يتوقع حصول شيء قبل مضي العام كمن يأتيه غلة وقف في العام مرة أو معلوم أو رزق من بيت المال، هذا كله يحتاج إلى تحريرٍ [شاف][1].

فروع حسنة:

منها: قال الأئمة: يستحب المنحة شاة كانت أو غيرها، وهو أن يدفع إليه الدابة؛ ليأكل درها مدة، وقد جاء في تأكدها أحاديث، ويحسن إلحاق الاستحباب؛ لأكل الثمار بذلك.

ومنها: سبق أنه يكره التصدق بالرديء إذا وجد غيره، وبما فيه شبهة، ويستحب إعارة الماعون كالدلو، والقدر، والسكين، والفأس، والمكيل، والميزان، ونحوها [وقال صاحب «التعجيز» في شرح كتاب الزكاة: يجب ذلك، وهو غريب.

ومنها: قال في «شرح المهذب»: يجوز للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها للسائل وغيره، وبما أذن فيه صريحًا، وبما لم يأذن فيه، ولم ينه عنه؛ إذا علمت رضاه به، وإن لم تعلم رضاه فهو حرام، صرح به أصحابنا وغيرهم، وهو متعين، وعليه تحمل الأحاديث الواردة في ذلك، وهكذا حُكم المملوك

---

(١) في نسخة: (شاق).

المتصرف في مال سيده في هذا التفصيل.

قلت: ومتى شك في الرضا حرم.

ومنها: وفيه تكرار؛ لكن بفوائد، قال الْحَلِيمِي: لصدقة التطوع شروط، وآداب:

منها: أن يكون من فضل المال، ولا ينبغي لأحد أن يتصدق بجميع ماله ويحوج نفسه إلى غيره، وأن يبدأ بذوي أرحامه، ويبدأ منهم بالكاشح؛ فإن فضل عن قرابته فعلى الجيران؛ فإن فضل عنهم فعلى المتعفف المحتاج.

ومنها: أن يخفيها إذا استطاع، ثم لا يتحدث بها.

ومنها: ألا يمُن على السائل، ولا يؤذيه بالتعبير.

ومنها: أن يحبس أصل المال إذا أراد الصدقة، وسبل المنفعة.

ومنها: أن يتصدق بأحب أمواله إليه.

ومنها: إذا تصدق في وقت دون وقت تحرَّى بصدقته يوم الجمعة، ومن الشهور رمضان، وفي هذا نظر قدمته.

ومنها: أن يتصدق بيده، ولا يكله إلى غيره.

ومنها: أن يَكُون مُقِلًّا فيسمح بالفضل عن ضرورته.

ومنها: أن يتصدق من كسب يده.

ومنها: قال الْحَلِيمِي: إذا كانت الصدقة عن سؤال فلها شروط، وآداب، ولإعطائه مثلها، فمن شروط السؤال: أن يكون عن حاجة، ومن آدابه: ألا يسأل في المسجد، ولا بالقرآن، ولا يلح إذا سأل، وألا يتسخط بما يُعطاه وإن قلَّ، وألا يسأل مقدارًا معلومًا من مال معلوم. **قلت:** ويحتمل أن يكون غير المعلوم كالمعلوم؛ إذا كان المسؤول شخصًا واحدًا.

قال: وألا يسأل بالله ﷻ، وذكر فيه حديثًا، ثم قال: وهذا يدل على أن السؤال بالله تعالى يختلف؛ فإن كان - يعني المسؤول- ممن يعلم السائل أنه

....

إذا سأله بالله تعالى اهتزّ لإعطائه وأغنمه؛ جاز له سؤاله به سبحانه وتعالى، وإن كان ممن يتلوى، ويتضجر، ولا يأمن أن يرده عليه؛ فحرام عليه إن يسأل بالله تعالى، وقرر ذلك ثم قال: والمسؤول ينبغي إذا سئل بوجه الله تعالى، ألا يمتنع، ولا يرد السائل، ولو بِظِلْف محترق، وأن يعطيه طيب النفس منشرح الصدر ناويًا عند إعطائه السائل وغيره التصدق عليه، أو أنه يعطيه لوجه الله تعالى، وإن نوى شكرًا لنعم الله عليه، أو استدفاعًا من الله لبلاءٍ قد أظله جاز، فإن لم يكن عنده شيء فليدع السائل بالرزق وغيره.

قلت: ويوجد مما ذكره في تحريم السؤال بالله تعالى إذا علم السائل أنه يرده، أو تردد فيه أنه يحرم القسم بالله سبحانه وتعالى على من يتردد القسم في أن المقسم عليه يبر قسمه أم لا، وفيه نظر بخلاف ما لو غلب على ظنه أنه لا يبره فيظهر التحريم إجلالًا لاسمه العظيم سبحانه وتعالى عن الابتذال بالرد، وفي بعض ذكره مخالفة لبعض ما قدمناه يدرك بالتأمل!.

فائدة: عن «أمالي ابن عبد السلام» أنه لو كان له دارًا قيمتها ألف درهم، وأجرتها كل شهر دينار، فهل الأولى بيعها بألف، والتصدق بها أو وقفها؟

قال: إطلاق القول فيها خطأ؛ بل نقول ذلك بحسب المصلحة؛ فإن كان الوجه الذي يصرف فيه الثمن مصلحته أعظم من المصلحة الناشئة عن الوقف كان البيع، والصرف أفضل، ولا نظر إلى كثرة الأجرة، وإن كان الوجه الذي يوقف عليه مصلحته أرجح، كان الوقف أفضل، ولا نظر إلى كثرة الثمن، وإن استوت المصلحتان استويا، انتهى.

وما قاله - ﷺ تعالى - حسن؛ لكن الموازنة بين المصالح تخفى على غالب الناس، فلا يتحصل العامِّي على شيء من إجابته، بهذا التفصيل ينبغي للعالم أن يفصح عن الأصلح، ويفتيه بأنه الأفضل له، وسبق عن الْحَلِيمِي إطلاق القول بأنه إذا أراد الصدقة أنه يحبس الأصل أو سبل المنفعة، وسيأتي إن شاء الله تعالى عن القاضي الحسين أو غيره أنه إذا أراد التصدق بشيء نذر المتصدق به، ثم صرفه ليثاب عليه ثواب الواجب، والله أعلم وبه التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ النِّكَاحِ

قال المصنف: [هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ، ....

قال الشارح: أصله لغةً: الوطء، وسمي به العقد؛ لأنه سنة، قاله الأزهري، وقال الزجاجي: هو في كلامهم بمعنى العقد والوطء جميعًا، وأصح الأوجه لأصحابنا: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، كما ورد به القرآن، والأحاديث، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] إنما حمل على الوطء للحديث: «حتى تذوق عسيلته»(١).

وثانيها: عكسه؛ لأنه من الضم.

وثالثها: أنه حقيقة فيهما بالاشتراك، وفائدة الخلاف تظهر بيننا، وبين أبي حنيفة في أن [الوطء بالزنا هل يحرم ما حرمه](٢) النكاح أو لا؟ فعندنا: لا، وعنده: نعم، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، والأصل في مشروعيته من الكتاب آيات منها قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥].

والسنة طافحةٌ به فعلًا، وقولًا، وأجمع أهل الملل على جوازه، واختلف أصحابنا وغيرهم في وجوبه في بعض الأحوال، واستحبابه كما سيأتي بيانه.

قال: (هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ) المراد الحاجة إلى الوقاع؛ فإن كان خصيًّا كما اقتضاه كلام الْغَزَالِيِّ في «الإحياء» قال: حتى أن الممسوح الذي لا يتوقع له ولد، لا ينقطع الاستحباب في حقه، وذكر الشيخان أنه يكره للمجنون النكاح؛ فالممسوح على هذا أولى بالكراهة، وفيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى؛ لما فيه من تحصين الدين، وسواء المقبل على العبادة وغيره،

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٨٣، رقم ٥٤٥٦)، ومسلم (٢/ ١٠٥٦، رقم ١٤٣٣)، والنسائي (٦/ ١٤٦، رقم ٣٤٠٨). وأحمد في المسند (٦/ ١٩٣) وسعيد بن منصور في السنن (٢/ ٤٧).

(٢) زيادة لازمة من: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٧).

……

وقيل: الاشتغال بالعبادة للمقبل عليها أولى؛ لما فيه من الحظر، ولزوم الحقوق، والمذهب الأول؛ لقوله ﷺ: «يا معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»(١) متفق عليه. والوجاء: قطع الشهوة، والباءة بالمد: القدرة على المؤن، وبالقصر: الوطء.

[وفي رواية للنسائي: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَا طَوْلٍ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ»(٢) وهي مبينة للرواية المشهورة].

إشارات: إحداها: عباراتهم يستحب النكاح للتائق الواجد الأهبة، والوجه الجزم بكراهية الترك إذا لم يتسر، ولا سيما شديد التوقان، ضعيف التقوى، ولم يصرحوا بنفي الكراهة فيما ذكرناه.

ولنا وجه: أنه فرض كفاية، ووجه: أنه إن خاف الزنا وجب عليه النكاح، أو التَّسَرِّي، ونسبه القاضي عياض في التزويج إلى الظاهرية، وقال: إنه غير مخالف لمذهب الكافة، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: الذي نطق به مذهب مالك ندبة، وقد يختلف حكمه باختلاف الأحوال فيجب عندنا تارةً في حق من لا يكف عن الزنا إلا به، وقد أوجبه بعض أصحابنا، ومحله ما ذكرناه، وتابعه عياض، وأعجب من المصنف.

وقوله في «شرح مسلم»: إن الأمر بالنكاح لمن استطاعه، وتاق إليه أمر ندب عندنا، وعند الكافة، ولا نعلم أحد أوجبه إلا الظاهرية، ورواية عن أحمد، فقالوا: يلزمه إذا خاف العنت أن يتزوج أو يتسرى، انتهى.

مع وقوفه على كلام الْمَاوَرْدِي، وعياض، ونقل نصه بحروفه، وقال

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٨، رقم ٣٥٩٢)، والبخاري (٥/ ١٩٥٠، رقم ٤٧٧٨)، ومسلم (٢/ ١٠١٨، رقم ١٤٠٠)، وأبو داود (٢/ ٢١٩، رقم ٢٠٤٦)، والترمذي (٣/ ٣٩٢، رقم ١٠٨١)، والنسائي (٤/ ١٧٠، رقم ٢٢٤٢)، وابن ماجه (١/ ٥٩٢، رقم ١٨٤٥)، وابن حبان (٩/ ٣٣٥، رقم ٤٠٢٦).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٥٨، رقم ٤١١) والنسائي في الكبرى (٢/ ٩٦، رقم ٢٥٥١).

……

الجوري: وقال داود: النكاح فرض، وهو قول بعض من تقدم، وقد أشار إليه الشَّافِعِي في بعض المواضع في كتاب «عِشْرة النساء» انتهى.

ورأيته ﷺ في «الأم» قد أشار إلى قولين، فقال: يحتمل أن يكون دلهم على ما فيه رشدهم بالنكاح بقوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢] فإنه سبب للغنى والعفاف، ثم قال: ويحتمل أن يكون الأمر بالنكاح حتمًا، وفي كل الحتم من الله الرشد فيجتمع الحتم والرشد، انتهى لفظه.

وجزم به الشيخ أبو عمرو المصعبي في «شرحه لمختصر الجويني» حيث قال: والنكاح ليس بواجب إلا أن يكون يخاف على نفسه الضرر، ويخاف المعصية إن لم يتزوج، ولا يصبر على ذلك؛ فيكون عليه أن يتزوج، انتهى لفظه.

فجعل هذه الحالة مستثناة جزمًا، والحقُّ أنه إذا تعين طريقًا في دفع الزنا تعين هو أو التسري بشرطه، ولا أحسب أحدًا يخالف في هذا، نعم التسري في هذه الأعصار كالمتعذر على المذهب؛ لما ذكره الشيخ أبو محمد في «التبصرة» أن أصول الكتاب، والسنة، والإجماع مطابقة على تحريم وطء السراري اللاتي يُجلبن اليوم من الروم، والتُّرك، والهند إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الإمام مَنْ يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيفٍ، وظلم، وقرر ذلك تقريرًا واضحًا.

وقال شيخه الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: إذا اشترى اليوم جاريةً لا يحل له وطؤها؛ لأن هؤلاء الأمراء لا يخرجون الخمس منها، وأكثرهم لا يعطون حق الغانمين، فعلى هذا لا يجوز شراء الجواري والعبيد، نعم ما يسبي الكفار بعضهم من بعضٍ، يجوز للمسلم شراؤها، ووطؤها؛ إذ لا خمس على الكافر، انتهى.

والمأخوذ سرقةً ونحوها غنيمة على المذهب كما سبق.

واعلم أيضًا أن ما نقله المصنف عن الإمام أحمد ليس على وجهه في الرواية المذكورة عنه: أنه يجب وإن لم يخف العنت، وهو ظاهر ما نقله الجوري عن الشَّافِعِي، وحكيناه عنه أيضًا، أما إذا كان خائفًا من الْوُقُوع [في

……

الْمَحْذُور] فمذهب الحنابلة وجوبه، قال الشيخ الموفق في «المغني»: إنه قول عامة الفقهاء، فاعلم.

الثانية: في اعتبار الأهبة جرى أكثر المتأخرين، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر» يُفهم استحباب النكاح؛ للتائق مطلقًا.

قال في «الأم» في باب ما جاء في النكاح: وإذا كان الرجل ولي نفسه والمرأة؛ أحببت لكل واحد منهما النكاح إذا كانا ممن يتوق إليه؛ لأن الله تعالى أمر به ورضيه، وندب إليه، ثم ذكر عن عمر ﷺ أنه قال: مَا رَأَيت مِثْلَ مَنْ تَرَكَ النِّكَاحَ بَعْدُ هذه الآية: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

قلت: وصحح ابن حبان وحسَّن الترمذي حديث: «ثلاثة حقٌّ على الله أن يعينهم: الناكح يريد أن يستعف. . . .»(١) الحديث.

ولم يتعرض الشَّافِعِي لاعتبار الأهبة في الاستحباب؛ بل ساق هذا الأثر مشيرًا إلى عدم اعتبارها، وكذلك أطلق خلائق من العراقيين تبعًا للنص منهم أبو الطيب، وسليم في «المجرد».

وصحح الحاكم حديث: «تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال»، فالآية الكريمة، والحديثان على وفقها، وفيها الحث على نكاح الفقراء، ولو لم يكن ذلك محبوبًا لهم لما حثَّ سبحانه على إسعافهم به، ولا يعارض ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٣] ولا حديث: «يا معاشر الشباب»(٢) إذ الجمع بين الجميع ممكن، ولا نزاع أن الجمع بين [الدليلين] أولى من إلغاء أحدهما والله أعلم.

الثالثة: قال ابن الرِّفْعَة في باب القسم من «مطلبه»: أطلق بعضهم أن النكاح

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٧، رقم ٩٦٢٩)، والترمذي (٤/ ١٨٤، رقم ١٦٥٥)، وقال: حسن. والنسائي (٦/ ١٥، رقم ٣١٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٤١، رقم ٢٥١٨)، والحاكم (٢/ ٢٣٦، رقم ٢٨٥٩) وقال: صحيح على شرط مسلم. وابن حبان (٩/ ٣٣٩، رقم ٤٠٣٠)، والبيهقي (٧/ ٧٨، رقم ١٣٢٣٤).

(٢) تقدم تخريجه.

فَإِنْ فَقَدَهَا أُسْتُحِبَّ تَرْكُهُ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الْأُهْبَةَ،

لا يجب إلا في صورة واحدة على أحد الوجهين، وهي إذا نذره حيث كان النكاح مستحبًا، وبعضهم استثنى حالة خوف العنت إذا لم يقدر على التسري، انتهى.

وهذا الاستثناء حقٌّ إذا تعين طريقًا؛ لدفع الزنا كما سبق، وأشار بأحد الوجهين إلى الوجهين في انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداءً، والصحيح الانعقاد.

فرع: يُستحب للمرأة إذا تاقت أن تتزوج، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، والوجوب عليها إذا تعين طريقًا في دفع الزنا ودعيت إليه - أعني: إلى التزوج- أظهر من وجوبه على الرجل، وقد يلزمها من وجهٍ آخر: وهو إذا لم تأمن على نفسها من أهل الفجور، ولو تزوجت لأمنتهم فتأمله.

قال: (**فَإِنْ فَقَدَهَا أُسْتُحِبَّ تَرْكُهُ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ**) للحديث: «معاشر الشباب» وقد قدمنا ما في ذلك، وأجيب عن قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ﴾ [النور: ٣٣] بحملها على مَنْ لم يجد من يزوجه، قيل: أو على غير التائق، وفيه نظر، وإذا لم يكسر شهوته بالصوم، قال جماعة، وتبعهم الشيخان: لا يكسرها بكافور ونحوه؛ بل يتزوج، وعبارة الْبَغَوِي قال في «التهذيب» و«التعليق»: ويُكره أن يحتال لقطع شهوته، قال ابن الرِّفْعَة: لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الِاخْتِصَاءِ، وذكر الْبَغَوِي في «شرح السُّنة» بعد ذكر حديث: «معاشر الشباب»: إن فيه دليل على أن من لا يجد الأهبة يجوز له المعالجة؛ لقطع الباه بالأدوية.

قلت: فيه نظرٌ، وكلام «التهذيب» أصح لخطر الأدوية، ويحتمل أن يحرم استعمال الكافور إلا أن يخاف العنت، ولا يجد ما يغني عنه فيأخذ منه ما يشهد الطِّبُّ بأنه لايضره ضررًا بيِّنًا، وقد استعمله قوم؛ فأورثهم عللًا مزمنة، وأطلق كثيرون بأنه يكسر شهوته بالصوم؛ لظاهر الحديث؛ فإن إدمانه لا تدوم معه الشهوة غالبًا، وإنما تحصل الحدة في أوائله، ثم تنكسر الشهوة، ويحَسُن أن يتجنب كل ما يثير الشهوة من غير حاجة إليه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الْأُهْبَةَ**)؛ لما فيه من التزام ما لا يمكنه

وَإِلَّا فَلَا لَكِنِ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ.

قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فَالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الْأَصَحِّ، ....

القيام به من غير حاجة، وهذا ظاهر إذا لم يحتج إليه بوجه؛ لكن مراد المصنف: ما لم يحتج إليه لغرض الجماع، والأشبه أنه إذا احتاج إليه كغيره من الأغراض الصحيحة، أنه لا يكره كما سنبينه، والتحقيق أن دفع أعظم المفسدين أولى بالمراعاة.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يفقد الأهبة مع حاجته إلى عدم الوقاع لم يكره له(١).

قال: (**لَكِنِ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ**) أي: التخلي لها في هذه الحالة أفضل منه؛ لعدم حاجته إليه، وأشار بعضهم إلى وجهين في هذه الحالة.

إشارة: كان الأحسن أن يقول: لكن التخلي للعبادة أفضل كما عبَّر الجمهور.

قال: (**قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فَالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن البطالة قد تفضي إلى الفواحش، والثاني: تركه أفضل؛ لخطر القيام بواجباته مع الاستغناء عنه، وحكاهما في «البيان» قولين، ويحتمل أن يقال: يكره إذا لم يحتج إليه بوجه؛ لإضاعة المال؛ وللإضرار بها؛ لأنه لا يحصنها، وربما أوقعها في محظور، وقد حرَّم بعض المالكية التزوج عليه في هذه الحالة، فتأمله.

نعم إن تزوج رتقاء أو قرناء أو فاركًا، وهي التي لا تريد الوطء فلا بأس، والله أعلم.

[**قلت**]: واعلم أن هذا التقسيم الخارج من كلام الكتاب ذكره المراوزة، وتبعهم العمراني، والرُّويَانِيّ في «الحلية»(٢) والشيخان في كتبهما، والذي نص عليه في كتبه «الأم» و«المختصر» وغيرهما أن الناس في النكاح ضربان: من يتوق إليه يُستحب له كما سبق بيانه، ومن لا يتوق إليه بأن لم تُخلق فيه شهوة،

---

(١) في نسخة: (وإن يفقد الأهبة مع عدم حاجته إلى الوقاع يكره له).

(٢) في نسخة: في (البحر).

فَإِنْ وَجَدَ الْأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ، وَالله أَعْلَمُ.

أو كان قد كبر وذهبت شهوته فيستحب له تركه، والتخلي لعبادة ربّه، وعلى مقتضاه جرى الشيخ أبو حامد قال: وكنت أرتب قبل هذا ترتيبًا غيره وهو أن الناس في النكاح على أربعة أضرب؛ ولكن رأيت هذا الترتيب منصوصًا للشافعي في «أحكام القرآن» فذكرته، انتهى.

وتبعه على ما ذكره أتباعه كالمحاملي وسليم والْبَنْدَنِيجِي، قال: ولأصحابنا تفصيل غير مرضٍ، وعلى تفصيل النص جرى الجوري والجرجاني وابن الصباغ، وهو قضية إطلاق «التنبيه» وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ استحبابه للتائق إذا كان شديد الشهوة بحيث تنازعه نفسه، وإن لم يحدثها به، فإن كان مصروفها وإذا حدث به نفسه [لا يريده؛ استحب له تركه، وإن كان معتدل الشهوة إن صرف نفسه صبر] وإن حدثها به قدرًا، فإن كان مشتغلًا بطاعة من عبادة أو علم فتشاغله به أفضل وأولى، وإن كان مشتغلًا بدنياه فالنكاح أولى من تركه، انتهى.

[قيل] فيخرج من كلامه أنه إذا لم تطلبه نفسه، وإن حدثها به، أنه لا يستحب له سواء اشتغل بعبادة أم لا، انتهى.

وقول ابن الرفعة: قال الْمَاوَرْدِيُّ: التائق إلى النكاح، وإن لم يجد بأهبة يندب إليه، سهو محرف من قوله: «وإن لم يحدثها به»، انتهى.

وما ذكرته وما سقته من كلام أبي حامد وشيعته مؤكد لما قلته من استحبابه للتائق الفاقد للأهبة، وقضية كلام الفوراني: إن التائق إذا فقد الأهبة، لا يندب له النكاح ولا تركه، وهذه مقالة ثالثة في صورة الكتاب.

قال: (**فَإِنْ وَجَدَ الْأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ، أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ، أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ، وَالله أَعْلَمُ**) هكذا أطلقه غيره معللًا بعدم الحاجة، وينبغي أن يكون محل الكراهة حيث لا حاجة إليه أصلًا، أما لو احتاج الشيخ، والعنين، والمريض ونحوهم إلى مَنْ يخدمه فنكح لذلك من يخدمه، لم يكره، وقد قالوا: إن الْمَجْبُوبَ الذي لا يحتاج إلى الجماع أنه يزوج لحاجة الخدمة؛ بل في كلام «الروضة» أنه يجب تزويجه لهذا المعنى، نعم يتجنب الشابة التائقة لئلا يضر بها، ثم رأيت مَنْ أدركته

وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ بِكْرٌ ....

من فقهاء العصر أنكر الكراهة؛ لأن مقاصد النكاح لا تنحصر في الجماع؛ بل للمريض بقصد من يؤنسه ويخدمه، وكذلك العنين والْمَجْبُوبِ والكبير، وأي نهي ورد حتى يقال: إنه مكروه، وقد نقلا عن «تجربة الرُّويَانِيِّ» أن للمجبوب نكاح الأمة خوف الوقوع في الفعل المأثوم، انتهى.

وفي «الإحياء» أنه يُستحب النكاح للعنين؛ لأن نهضات الشهوة خفية لا يُطلع عليها، ويؤمر به الممسوح الذي لا يتوقع [له ولد] اقتداءً وتشبهًا بالصالحين، انتهى.

وقد تتوق نفس من ذكره للاستمتاع بالتقبيل وغيره من أنواع التلذذ والاستمتاع؛ فهذا يُستحب له النكاح إذا خاف أن يفعله حرامًا، وينبغي أن تُنكح الرتقاء ونحوها، والفارك دون الشابة التائقة، وزاد في أمثلة صورة «الكتاب» المجبوب بالباء، وفيه مخالفة لكلام الرُّويَانِيِّ والْغَزَالِيِّ.

تنبيه: أطلقا أنه يكره للمريض والعنين، وعبارة «الكتاب» كما بيناه، وهي توهم تقييد الدوام بالمرض فقط، والوجه أن يقال: مرضٌ أو عِنَّةٌ دائمان، أما لو كان يُعن في وقت دون وقت فلا؛ بل أطلق الْغَزَالِيُّ القول: بالاستحباب للعنة، ومراده المرجو زوالها.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ**)؛ لقوله ﷺ: «تُنكح المرأة لأربع: لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»[1] متفق عليه.

قال: (**بِكْرٌ**)؛ لما صح من الحث عليه في حديث جابر المتفق عليه وغيره إلا أن تكون مصلحته في نكاح الثيب أرجح؛ لأن جابرًا لما أبدا عذره في العدول عن البكر إلى الثيب في تمشيط أخواته، والقيام عليهن؛ قال له ﷺ: «أصبت»[2] رواه البخاري، وقد يعجز عن افتضاض البكر، وقد يكون الأصلح

---

[1] أخرجه البخاري (١٩٥٨/٥، رقم ٤٨٠٢)، ومسلم (١٠٨٦/٢، رقم ١٤٦٦)، وأبو داود (٢١٩/٢، رقم ٢٠٤٧)، والبيهقي (٧٩/٧، رقم ١٣٢٤٤)، وابن ماجه (٥٩٧/١، رقم ١٨٥٨)، وابن حبان (٣٤٤/٩، رقم ٤٠٣٦).

[2] أخرجه البخاري (٢١٢٨/٥، رقم ٥٢٨٧).

نَسِيبَةٌ لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً، ....

له نكاح الرتقاء ونحوها، كما أشرنا إليه قريبًا.

قال: (نَسِيبَةٌ) أي: طيبة الأصل؛ بل يكره نكاح بنت الزنا، وابنة الفاسق، ويشبه أن يلحق بهما اللقيطة، ومن لا يعرف أبوها، قد جاء في الحديث: «تخيروا لنطفكم»(١) رواه ابن ماجة وغيره، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال ابن الصلاح: له أسانيد فيها مقال، وقال أبو حاتم: لا أصل له مطلقًا.

وحديث: «إياكم وخضراء الدِّمَن»(٢) المشهور تفرد به الواقدي، وهو ضعيف.

قال: (لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً) مراده ما صرح به جماعة، وهو أن القرابة البعيدة أولى من الأجنبية، ولفظه ليس بنص في ذلك، ولو أراد الأجنبية مطلقًا؛ لقال: ليست قرابة وسكت، ونقل جماعة من العراقيين في كتاب الصداق عن الشَّافِعِي أنه قال: إذا تزوج الرجل في عشيرته كان الولد بينهما أحمق، فقد تزوج قوم من عشائرهم فكان أولادهم حمقى، قال أصحابنا: فإن كان الأمر كما حكاه الشَّافِعِي فالأولى أن يعدل عن نساء العشيرة.

وفي «الذخائر» وغيره أن الأجنبية أولى، وأطلق في «الوسيط» الندب إلى الأجنبية، وعبارة «البيان»: والأولى من غير عشيرته، وبه أجاب الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه»، ويؤيده ما رواه الشيخ أبو الحسن الآبري في «مناقب الشَّافِعِي» قال: أخبرني مكحول بن محمد فيما كتب به إلي أنه سمع الْمُزَنِيّ يقول: سمعت الشَّافِعِي يقول: ليس من قوم لا يخرجون نساءهم إلى رجال غيرهم، ورجالهم إلى نساء غيرهم إلا جاء أولادهم حمق، قال: والصواب: حمقى بالياء، انتهى.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٣٣، رقم ١٩٦٨)، والحاكم (٢/ ١٧٦، رقم ٢٦٨٧)، والبيهقي (٧/ ١٣٣، رقم ١٣٥٣٦).

(٢) أخرجه الرامهرمزي في الأمثال (١/ ١٢٠، رقم ٨٤)، والديلمي (١/ ٣٨٢، رقم ١٥٣٧) والقضاعي (٢/ ٩٦، رقم ٩٥٧)، والخطيب فى تلخيص المتشابه (٢/ ٥٠٩، رقم ٣٠٩). وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (ص ٨٢، رقم ٣٠٦).

....

وقول صاحب «الكافي» وغيره: ويختار من الأجانب؛ لقوله ﷺ: «أَغْرُبُوا لَا تَضْوُوا»(١) أي: يكون الولد ضاويًا نحيفًا، فهو حديث غريب ضعيف، نعم علل الزَّنْجَانِيُّ بأن مِنْ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ اشْتِبَاكُ الْقَبَائِلِ؛ لِأَجْلِ التَّعَاضُدِ، والتناصر، وَاجْتِمَاعِ الْكَلِمَةِ وَهُوَ مَفْقُودٌ فِي نِكَاحِ الْقَرِيبَةِ، وهذا حسن.

إشارة: بقي صفات محبوبة ومطلوبة:

منها: كونها ودودًا ولودًا إلا أن تكون المصلحة في غير الولود.

ومنها: ألا يكون لها ولد من غيره، وقيده المصنف حيث لا مصلحة في نكاحها وهو حسن.

ومنها: كونها بالغًا إلا لمصلحة أيضًا.

ومنها: أن يستحسنها كما قاله الْمُتَوَلِّي والعمراني وغيرهما، وهو أحسن من قول بعضهم جميلة، وتقدم ذكر الجمال عن الصحيحين.

ومنها: كونها حسنة الخلق، ذكره في «الإحياء».

وفيه حديث رواه أحمد، وصححه الحاكم، وفيه «وخُذ بذات الدين والخلق»(٢).

وفي لفظ: «وتنكح على خلقها».

وعنه ﷺ: «خير النساء من تسر إذا نظر، وتطيع إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها»(٣) قال الحاكم: صحيح على شرطهما [كذا نقله بعضهم والذي رأيته في «المستخرج» لشيخنا الذهبي قال: على شرط مسلم.

---

(١) ذكره في التلخيص الحبير (٤/٢٥٦).

(٢) أخرجه ابن حبان (١٢٣١) والحاكم (٢/ ١٦١) وابن أبي شيبة في " المصنف " (٧/ ٤٩/ ٢) وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وإنما هو حسن فقط.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥١، رقم ٧٤١٥)، والنسائي (٦/ ٦٨، رقم ٣٢٣١)، والحاكم (٢/ ١٧٥، رقم ٢٦٨٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٧/ ٨٢، رقم ١٣٢٥٥)، والحكيم (٢/ ١٥٠).

……

ومنها: كونها عاقلة، ذكره جماعة؛ لأن معها تدوم الصحبة(١) ويطيب العيش، والمراد العقل عرفًا لا مجرد كونها مكلفة، والغنيَّة أولى، وكذلك الصناعة: وهي المتقنة عرفًا نظرًا للولد وتدبير المنزل، كما أشار إليه جابر في قضيته في الصحيح.

ومنها: كونها خفيفة المهر، ذكره في «الإحياء» وهو مأخوذٌ من كلام الشَّافِعِي في كتاب الصداق؛ لحديث عائشة - ﵂ - برفعها: «أعظم النساء بركة أيسرهن صداقًا»(٢) قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وللبيهقي: «أيسرهن مؤنة»(٣) وفي لفظ له: «يُمن المرأة إن تيسر صداقها»(٤) قال عروة: وأنا أقول من عندي أول شؤمها أن يكثر صداقها، وفي صحيح ابن حبان عن ابن عباس - ﵄ - برفعه: «خيرهن أيسرهن صداقًا»(٥).

ومنها: يتأكد - ولم أره نصًا - ألا ينكح من لها مطلق راغب حنث وندم يريدها، وهي تأباه، أو تريده ويأبى أهلها؛ لما يخشى من تولد الشر منه، وحَسُن أن تُعَد من الصفات المحبوبة، ألا يكون في حلِّها له خلاف بين

---

(١) في نسخة: (تدوم النصيحة).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٤٥، رقم ٢٥١٦٢). قال الهيثمي (٤/ ٢٥٥): رواه أحمد، والبزار وفيه ابن سخبرة يقال: اسمه عيسى بن ميمون، وهو متروك. وأخرجه الحاكم (٢/ ١٩٤، رقم ٢٧٣٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. وابن أبي شيبة (٣/ ٤٩٣، رقم ١٦٣٨٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٤٠٢، رقم ٩٢٧٤)، والبيهقي (٧/ ٢٣٥، رقم ١٤١٣٤)، والقضاعي (١/ ١٠٥، رقم ١٢٣). قال المناوي (٢/ ٦): قال الزين العراقي: إسناده جيد.

(٣) تقدم في سابقه.

(٤) أخرجه الحاكم (٢/ ١٩٧، رقم ٢٧٣٩)، والبيهقي (٧/ ٢٣٥، رقم ١٤١٣٥). وأحمد (٦/ ٧٧، رقم ٢٤٥٢٢).

(٥) أخرجه الطبرانى (١١/ ٧٨، رقم ١١١٠٠) قال الهيثمي (٤/ ٢٨١): رواه الطبراني بإسنادين في أحدهما جابر الجعفي وهو ضعيف وقد وثقه شعبة والثوري وفي الآخر رجاء بن الحارث ضعفه ابن معين وغيره وبقية رجالهما ثقات. والعقيلي (٢/ ٦١، ترجمة ٤٩٩ رجاء بن حارث أبو سلام)، وابن حبان (٩/ ٣٤٢، رقم ٤٠٣٤).

……

العلماء، كمن زنا بها أصله أو فرعه، أو باشرها بشهوة بشبهة، ويتأكد ألا تكون ممن خلفت منه بزنا، أو شك في ذلك، أو في تحريمها عليه برضاع أو صهرية أو قرابة، ونحو ذلك والله أعلم.

فائدة: روي في حديث: «النهي عن اللهيزة، والسهيرة، واللفوتاء».

واللهيزة: الطويلة النحيفة، والسهيرة: الروقاء، واللفوتاء: المتلفتة إلى ولدها من زوج آخر، وصرَّح صاحب «الخصال»(١) من متأخري المراوزة بأنه يستحب ألا تكون واحدة منهن، وزادوا ألا تكون شقراء، وهو غريب.

وروى الحافظ أبو الحسن الآبري في «المناقب» بإسناده عن الربيع، قال: أمرني الشَّافِعِي أن أشتري له غلامًا، فاشتريت له غلامًا أشقر، وجئته به، فقال: لا، يا ربيع اذهب فاردده؛ ما لقيت من أشقر خيرًا، وقصته مع الأشقر الذي أضافه في عوده من اليمن مشهورة.

فروع: يستحب ألا يزيد على واحدة، قال الْمَاوَرْدِيُّ: إلا ألا تعفه، فالأولى الزيادة.

قلت: ولو أعفته؛ لكنها عقيم فيستحب له نكاح ولود، للحديث.

قال أصحابنا: ويستحب أن يكون التزويج والدخول في شوال خلافًا للعوام، قال ابن الصلاح: ويستحب كون العقد في مسجد لحديث: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد»(٢) قال الترمذي: غريب، وذكر الشيخ في تعليق له أنه يستحب عقده في أول النهار للحديث الصحيح: «اللهم بارك لأمتي في بكورها»(٣).

---

(١) في نسخة: صاحب (الترغيب).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٩) وقال: غريب حسن. والديلمي (١/ ١٠١، رقم ٣٣٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٢٧ رقم ١٠٣٤) وقال: ضعيف جدًا. وقال الحافظ في الفتح (٩/ ٢٢٦): سنده ضعيف.

(٣) حديث صخر الغامدي: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٤ رقم ٧٢٧٧) وأحمد (٣/ ٤٣١ رقم ١٥٥٩٥)، والدارمي (٢/ ٢٨٣، رقم ٢٤٣٥)، وأبو داود (٣/ ٣٥، رقم ٢٦٠٦)، والترمذي=

وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ، ....

وقال الحنابلة: يستحب عقده يوم الجمعة بعد العصر تفاؤلًا؛ لأنه حينئذ خلق آدم أو تمَّ خلقة [عيسى ﷺ].

قال: (**وَإِذَا قَصَدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ**) اشتمل كلامه على مشروعية النظر وبيان وقته وصفته ومحله، أما استحبابه، فللأحاديث منها في سنن أبي داود (٢٠٧٥)، وصحيح ابن حبان (٤٠٤٢) عن محمد بن مسلمة أنه ﷺ قال: «إذا ألقى الله في قلب رجل خطبة امرأة فلا بأس من أن ينظر إليها»⁽¹⁾.

قال ابن الْقَطَّان في كتاب «أحكام النظر»: لا يصح، وقال ﷺ للمغيرة

= (٣/ ٥١٧، رقم ١٢١٢) وقال: حسن. وابن حبان (١١/ ٦٢، رقم ٤٧٥٤). والطيالسي (ص ١٧٥، رقم ١٢٤٦)، والبيهقي (٩/ ١٥١، رقم ١٨٢٣٧).
حديث عبد الله بن سلام: أخرجه أبو يعلى (١٣/ ٤٨٨، رقم ٧٥٠٠)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٦١) قال الهيثمي: فيه هشام بن زياد، وهو ضعيف جدًا. وابن عساكر (٢٩/ ٩٨).
حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٢، رقم ٢٢٣٨) والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٧٥، رقم ١٣٣٩٠) وفي الأوسط (٣/ ٣٣٠، رقم ٣٣١٢)، والقضاعي (٢/ ٣٤٢، رقم ١٤٩٠).
قال الهيثمي (٤/ ٦٢): رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن عبد الرحمن الجدعاني، وثقه أحمد وأبو زرعة، وقال النسائي وغيره: متروك.
حديث ابن عباس: أخرجه الطبرانى (١٢/ ٢٢٩، رقم ١٢٩٦٦) قال الهيثمي (٨/ ١٩٤): فيه عمرو بن مساور وهو ضعيف. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ١٤٩، رقم ٧٧٥٠ مكرر)، والقضاعي (٢/ ٣٤١، رقم ١٤٨٩).
حديث أنس: أخرجه ابن عساكر (٥٥/ ٦٣). والخطيب (١٠/ ١٠٢)، وأبو يعلى فى المعجم (١/ ٢٢٤، رقم ٢٧٢).

(١) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ١٣٠، رقم ٥١٩) موقوفا، وأحمد (٤/ ٢٢٥، رقم ١٨٠٠٥)، وابن ماجه (١/ ٥٩٩، رقم ١٨٦٤)، قال البوصيري (٢/ ٩٩): فيه حجاج وهو ابن أرطاة الكوفي ضعيف ومدلس وقد رواه بالعنعنة. والحاكم (٣/ ٤٩٢، رقم ٥٨٣٩) وقال: غريب، وإبراهيم بن صرمة ليس من شرط هذا الكتاب. ووافقه الذهبي. والطبراني (١٩/ ٢٢٤، رقم ٥٠١)، والبيهقي (٧/ ٨٥، رقم ١٣٢٦٩) وقال: هذا الحديث إسناده مختلف فيه ومداره على الحجاج بن أرطاة، وأبو نعيم في المعرفة (١/ ١٩٥، رقم ٦١٤٦١٥). والطيالسي (ص ١٦٤، رقم ١١٨٦)، وابن أبي شيبة (٤/ ٢١، رقم ١٧٣٩٠)، وابن حبان (٩/ ٣٤٩، رقم ٤٠٤٢).

وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ ....

وقد خطب امرأةً: «انظر إليها؛ فإنه أحرى أن يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»(١) حسنه الترمذي، وصححه الحاكم، ورواه النسائي.

قال ابن الْقَطَّان: وهو صحيح، وقوله: «وقد خطب» أي: أراد أن يخطب، وقيل: هذا النظر مباح لا مسنون لوروده بعد الحظر، وأما وقته؛ فالمشهور بعد العزم على نكاحها وقبل الخطبة؛ إذ الإعراض عنها بعده يورث وحشة، وقيل: لا ينظر إلا بعد الإذن في النكاح، وقيل: بعد ركون كل واحدٍ منهما إلى صاحبه وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة، وأما صفته، فسواء أذنت أم لا، وقوله: «وإن لم تأذن» قد يوهم بأنه بإذنها أولى، والذي قاله الأصحاب: إنهما سيان، وعندي الأولى كونه بلا إذن؛ لأمور:

منها: أنه ظاهر الأحاديث، وفي رواية: «من حيث لا تعلم»(٢) وفي إسنادها مقال، وقال البزار: لا تصح.

ومنها: أنه قَدْ يَمْتَنِعُ فَتَحْصُلُ النَّفْرَةُ وَيَفُوتُ الْغَرَضُ، أَوْ تَخْجَلُ عِنْدَ نَظَرِهِ فَتَتَغَيَّرُ الْبَشَرَةُ عَنْ صِفَتِهَا الْخُلُقِيَّةِ؛ فلا يحصل مقصود النظر، أو تكون راغبة فتتزين وتدلس؛ ولأنه قد يعرض عنها فيكون بمثابة تقديم الخطبة، ويحتمل أن يقال: إنه بالإذن أولى؛ لأن مالكًا يحرمه بغير إذنها، وأما محله؛ فالوجه والكفان، كما سيأتي شرحه.

قال: (وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ) [أي: ليتبين هيئتها؛ إذ لا يحصل الغرض غالبًا

---

(١) حديث أنس: أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٩، رقم ١٨٦٥)، قال البوصيري (٢/ ١٠٠): إسناد صحيح رجاله ثقات. وعبد بن حميد (ص ٣٧٥، رقم ١٢٥٤)، وأبو يعلى (٦/ ١٥٨، رقم ٣٤٣٨)، وابن الجارود (ص ١٧٠، رقم ٦٧٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥٣)، وابن حبان (٩/ ٣٥١، رقم ٤٠٤٣)، والحاكم (٢/ ١٧٩، رقم ٢٦٩٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ٨٤، رقم ١٣٢٦٦)، والضياء (٥/ ١٦٩، رقم ١٧٨٩).
حديث المغيرة بن شعبة: أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٤، رقم ١٨١٦٢)، وابن ماجه (١/ ٦٠٠، رقم ١٨٦٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥٢)، والطبراني (٢٠/ ٤٣٣، رقم ١٠٥٢)، والبيهقي (٧/ ٨٤، رقم ١٣٢٦٧). والترمذي (٣/ ٣٩٧، رقم ١٠٨٧) وقال: حسن. والنسائي (٦/ ٦٩، رقم ٣٢٣٥).

(٢) أخرجه البزار (٣٧١٤).

وَلَا يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ، ....

بأول نظرة، قال الإمام وغيره: ويباح له هذا النظر وإن خاف الفتنة] لغرض التزويج، وقال والده في «مختصره» والْغَزَالِيُّ في «خلاصته» وغيرهما: أنه لا يتأمل خائفًا فتنةً، قال في «المعتبر»: فإن التأمل ورد به الخبر؛ ولكن حيث يؤمن الافتتان.

قلت: وهذا إذا تردد في الإجابة ولم يغلب على ظنه إسعافه؛ بل يحتمل ألا يجوز النظر جملةً إلا إذا ظن الإجابة، أو تردد على السواء، وفيه وقفة، أما لو غلب على ظنه الرد، فلا، ولم أرَ فيه نقلًا، ورأيته في كتاب «الدرة»، ويقال: له «التلقين» لأبي الحسن بن سراقة العامري ما لفظه: وإذا أراد أن يتزوج فله أن ينظر إلى وجه المرأة وكفيها دون سائر بدنها بإذنها وبغير إذنها بشهوة أو بغيرها، انتهى. وفي نظره بالشهوة نظر.

قال: (**وَلَا يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ**) لأن غيرهما عورة، وهي أجنبية وزينتها تدل على باقي البدن.

وفي «الشامل» في حديث المغيرة: «**انظر إلى وجهها وكفيها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**»(١) ثم المنظور إليه من الكف ظاهرهما وباطنهما، صرَّح به «المحرر» وغيره، وقيل: إنما ينظر ظاهرها فقط، وقيل: ينظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة، وهما شاذان، وقيل: ينظر مع الكفين إلى مفصل الكف، وهو غريب أيضًا، نعم، لو قيل: ينظر إلى ما يبدو في المهنة من صفحة العنق وبعض الساقين والذراعين لكان حسنًا، ومن تأمل الأحاديث في المسألة بان له منها ما يؤيده، وأيضًا فإنا قررنا أنه ينظر إليها بغير إذنها، والغالب أنها تستر جميع بدنها إلا الوجه والكفين فقط، فقد يؤدي حظر ما عدا ذلك إلى سد باب النظر إليها بغير إذنها إلى سده مطلقًا، قال في «المطلب»: قال ابن داود - يعني: الصيدلاني -: ومحل جواز النظر ما ذكرناه إذا كانت ساترة ما عداه، فلو كانت حاسرة الرأس فلا ينظر، كما قاله الشَّافِعِي، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

أقول: وهذا في الحرة.

تنبيهات: أحدها: أفهم كلام «الوجيز» أنه ينظر وجهها فقط، ولم يقمه الرَّافِعِي وجهًا؛ بل أوَّله، وعبارة «الوسيط»: وينبغي أن يقتصر على النظر إلى الوجه [وعبارة «الوجيز»: فلا ينظر إلا إلى وجهها.

وفي «الخلاصة» ونحوها، وجرى في «البسيط» على المشهور] وعلى النظر إلى الوجه اقتصر الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» والفوراني في «العمد» وذلك مشعر بالاقتصار عليها.

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: تعليلهم جواز النظر إلى الوجه والكفين كونهما ليس بعورة يفهم أنها لو كانت أمة جاز أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها.

قلت: هذا ظاهر على ما رجحه الرَّافِعِي وغيره، فأما من جعلها كالحرة في النظر كالمصنف فلا يفرق بينهما، ومن قال: ينظر الغير منها ما يبدو في المهنة نجوزه لغرض التزويج بلا شك، نعم قيل: إن رأسها ليس بعورة إجماعًا، فيظهر أن يجوز له النظر إليها مكشوفة الرأس بخلاف الحرة.

ثم رأيت الرُّويَانِيّ قال في «البحر» هنا: وإن كان النظر للأمة للشراء أو التزوج فله النظر إلى الرأس والذراعين والساقين، وليس له النظر إلى العورة وفيما بينهما وجهان: ثانيهما: ينظر؛ لأن كل من جاز له النظر إلى رأسها كذلك إلى صدرها وظهرها كذوات المحارم، ثم حكى طريقة الشيخ أبي حامد أن النظر إلى الأمة كالنظر إلى الحرة كما سيأتي بيانه.

ثالثها: قال الصيمري: إذا نظر فلم تعجبه استحب له أن يسكت ولا يقول لا أريدها، وظن ابن الرِّفْعَة أنه قاله في «الروضة»: من عند نفسه واعترض بأنه إذا كان بعد الخطبة والركون منع غيره من الخطبة، وأجيب بأنه إذا طال السكوت أشعر بالإعراض، وجازت الخطبة، وفيه نظر؛ لأن بالتطاول المذكور يحصل الإضرار.

فرع: قال الصيمري: يبعث الرجل المرأة الثقة لتنظر إليها، وجرت العادة

……………………………………………………………………

في وقتنا به وهو خلاف السُّنة، قال في «البيان»: إن صح ما روي أنه ﷺ بعث امرأة؛ بطل قول الصيمري.

قلت: فيه نظر، يجوز أن البعث إن ثبت كان لعدم التمكن من النظر، أو النظر المتجرد، أو لمعنى آخر، ويكون كلام الصيمري في المتمكن من النظر بنفسه ولكنه بعث امرأةً تنوب عنه، قال القاضي الحسين: إذا لم يمكنه النظر بنفسه بعث امرأةً، هكذا رواه ابن الرِّفْعَة عنه، والذي رأيته في «تعليقه»: ولو أنه لم يرد النظر إليها؛ ولكنه بعث امرأة لتنظر إليها ثم تصفها له، يجوز واحتج بحديث: «بعثه ﷺ أم سليم» كما سيأتي، وفي قول الإمام في «النهاية»: أنه بعث أم عطية غريب، وأطلق الْبَغَوِي بعث المرأة من غير تقييد، وكذلك الْبَغَوِي في «تعليقه»، وفي «النهاية»: لو أذن لعجوز أن تنظر إلى متجردة، فلا بأس، وهذا قد يكون مع نظره إلى الوجه والكفين، ولعله في الحديث كان لهذا الغرض، ثم رأيت الحاكم ذكر في «المستدرك» من حديث أنس: «أنه ﷺ أراد أن يتزوج امرأةً فبعث امرأةً؛ لتنظر إليها، فقال لها: شُمِّي عَوَارِضَهَا وَانْظُرِي إِلَى عُرْقُوبِهَا، قَالَ: فَجَاءَتْ إِلَيْهِمْ فَقَالُوا: أَلَا نُغَدِّيكِ يَا أُمَّ فُلَانٍ؟ فَقَالَتْ: لَا آكُلُ إِلَّا مِنْ طَعَامٍ جَاءَتْ بِهِ فُلَانَةُ، قَالَ: فَصَعِدَتْ فِي رَفٍّ لَهُمْ فَنَظَرَتْ إِلَى عُرْقُوبِهَا، ثُمَّ قَالَتْ: أفليني يَا بُنَيَّةُ، قَالَ: فَجَعَلَتْ تفليها وَهِيَ تَشُمُّ عَارِضَهَا، قَالَ: فَجَاءَتْ فَأَخْبَرَتْ»[1] وقال: على شرط مسلم، وأقره على ذلك شيخنا الحافظ الذهبي في «مستخرجه»، والله أعلم، وفيه فوائد.

وذكر ابن أبي شيبة عن إسحاق بن منصور حدثنا عمارة الصيدلاني عن ثابت عن أنس ﵁: **«أن النبي ﷺ أرسل أم سليم تنظر إلى امرأة. . .»**[2] الحديث قال ابن الْقَطَّان في كتاب «أحكام النظر»: والمحدثون يقولون في مثل هذا أنه حسن.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢٦٤٨).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ١١٤) وعبد بن حميد (١٣٨٨).

وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ. ....

قال: **(وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ)** النصوص ناطقة بتحريم ذلك؛ لغير حاجة وضرورة كتخليصها من غرق أو حرق، ولا أعلم فيه خلافًا، إذا عرفت هذا فتنبه لأمور:

أحدها: قوله: «فحل» يفهم أن غيره ليس كذلك وغيره ثلاثة ممسوح وسنذكره، ومجبوب: وهو من قطع ذكره، وبقي أنثياه، وخصي: وهو مَنْ بَقِيَ ذَكَرُهُ دُونَ أُنْثَيَيْهِ.

قال الرَّافِعِي وغيره: وحكمهما حكم الفحل، وكذا العنين، والمخنث المتشبه بالنساء، والشيخ الهرم، كذا أطلق أكثرهم.

وفي «الشامل» أنه إذا كبر الخصي وهرم وذهبت شهوته يجوز له ذلك أي: ما سيأتي بيانه، وقال الْمُتَوَلِّي: إن المجبوب والممسوح إن بقيت فيهما شهوة النساء فكالفحول، وإلا فكالشيوخ المقيدين والمختلين الذين لا تتكامل القوة في أعضائهم ولا تكاملت عقولهم، فهم في النظر كالمحارم، وأطلق الفوراني في «العَمد» أن الخصيان والأطفال دون التمييز كالمحارم بالإجماع وأراد الخصيان الممسوحين، ويتعين حمله على من ذهبت شهوته منهم.

الثاني: قوله: «بالغ» احترز به عن الصبي، وهو مراهق وغيره، أما المراهق فذكره من بعد، وأما غيره فمفهوم كلامه أنه لا يحرم البروز له، وهو كذلك إن لم يبلغ أن يحكي ما يراه، قال الإمام: بحضوره وعدمه سيان عند الأصحاب، وأما إذا بلغ مبلغ الحكاية دون التشوف، قال الإمام: فالذي ذهب إليه نقلة المذهب أن الأطفال منزلون منزلة المحارم، انتهى.

فافهم كلام الرَّافِعِي أن التفصيل في الصبي من صنع الإمام، وأنه أبدله من عند نفسه، ولفظه ما ذكرناه.

الثالث: قوله: «حُرَّةٍ» أخرج به الأمة، وسيأتي كلامه فيها، وأفهم أن المبعضة ليست كالحرة، وهي كالحرة قطعًا، وقيل: على الأصح، وقوله: «كبيرة» احتراز عن الطفلة، وقد ذكرها من بعد، ومراده بالكبيرة من وصلت إلى

وَكَذَا وَجْهُهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ، وَكَذَا عَنْدَ الْأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

حد تُشتهى فيه وإن لم تبلغ ومن فوقها، وإطلاقه يشمل العجوز التي لا تشتهى، وألحقها الْغَزَالِيُّ بالشابة، ورجحه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، وقال الرُّويَانِيّ: إذا بلغت مبلغًا يؤمن معه الافتتان بالنظر إليها جاز النظر إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى: ﴿وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٦٠] انتهى.

والقياس جوازه إلى من وراء ذلك من الساعدين، وصفحة العنق، والقدمين، والإجماع الفعلي عليه من غير نكير.

الرابع: [قوله: (ويحرم نظر فحل بالغ) كان ينبغي أن يزيد: عاقل ليخرج المجنون فإن نظره لا يوصف بتحريم كالبهيمة، وأن يزيد: مختارًا ليخرج المكره، ثم عبارته توهم أن الخنثى المشكل ليس كذلك، والصحيح أن حكمه في النظر حكم الفحل].

قال: (**وَكَذَا وَجْهُهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ**)، وهذا إجماع فيما أعلم، وجهل من أشار إلى خلافٍ في شيء منه، وقول القاضي الحسين: بأن كانت حسناء ذات جمال، يعني به: أن هذه مظنة الفتنة غالبًا، وإلا فمتى خاف الفتنة من النظر إلى قبيحة شَوْهَا أو غيرها حرم النظر بلا شك.

قال: (**وَكَذَا عَنْدَ الْأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ للاتفاق على منعهن من الخروج سافراتِ الوجه؛ بخلاف المرد؛ لأنه يجر فساد، أو كيف السبيل إلى الأمن؟! هذا ما يحكى عن الإصطخري، وأبي علي الطبري، وبه جزم المحاملي في «مجموعه» و«تحريره» والدارمي، [والفوراني في «عمده»].

وقال الإمام: إن إليه ميل العراقيين، واختاره هو ووالده الْغَزَالِيّ، والْبَغَوِي كما سيأتي بيانه، وهو ظاهر النص كما سيأتي، والثاني: لا يحرم، وينسبه الإمام إلى الجمهور، والرَّافِعِي إلى الأكثرين، وقال: لا سيما المتقدمون؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] وفُسر بالوجه واليدين.

إشارات: منها: قصره الكلام على خوف الفتنة، والأمن منها قد يفهم أن

....

النظر بشهوة مع أمن الفتنة ليس كذلك، وليس [المراد][1] بل هو بالشهوة حرام قطعًا، وإن لم يخف منه فتنةً، والمراد من الشهوة قصد التلذذ بالنظر المجرد.

ومنها: أول كلام «التهذيب» يفهم الجواز؛ لكنه في كلامه على النظر إلى فرج الزاني، ولا يجوز أن يعمد النظر إلى وجه الأجنبية لغير غرض، وقيل: يجوز مرة واحدة، ولا يجوز أن يكرر نظره إليها، انتهى.

وقيد الفوراني في «الإبانة» الجواز بما إذا كان من غير تأمل، وهو يجوز كلام «التهذيب» وقول الإمام في أثناء كلامه على النظر؛ للصلاح؛ إذا قلنا: بالجواز، يعني: لا لحاجة صار المعظم إلى الجواز والتدبر؛ إذا لم يخف فتنة غريب، والذي اقتضاه كلام الْقَفَّال في «الفتاوى» المنع، وهو الأصح في الكافي، وهو الصواب إذا كانت محل فتنة، وصح في الحديث المرفوع: «لا يتبع النظرة النظرة»[2]. ونقل القاضي عياض عن العلماء مطلقًا، أن على الرجال غض البصر [عن النساء] للآية.

ومنها: المختار الأقوى نظر استثناء العجوز المسنة كما سبق عن الرُّويَانِيّ، وهذا إذا كانت ممن تتقي النفس منها غالبًا.

ومنها: إذا جوزنا النظر كره، صرح به جماعة، وقيل: تركه أولى، وإذا حرمناه؛ لغير حاجة، فهل يحرم النظر إلى المنتقبة التي لا يبين إلا عينيها ومحاجرها؟ لم أر فيه نصًا، والظاهر أنه لا فرق، ولا سيما إذا كانت جميلة، فكم في المحاجر من خناجر.

ومنها: الحاصل في النظر على وجه الأجنبية وكفيها بلا شهوة.

---

(١) في نسخة: (بمراد).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٧، رقم ٢٣٠٧١)، وأبو داود (٢/ ٢٤٦، رقم ٢١٤٩)، والترمذي (٥/ ١٠١، رقم ٢٧٧٧) وقال: حسن غريب. والروياني (١/ ٦٩، رقم ٢٢)، والحاكم (٢/ ٢١٢، رقم ٢٧٨٨) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٧/ ٩٠، رقم ١٣٢٩٣). وابن أبي شيبة (٤/ ٦، رقم ١٧٢١٨)، والطحاوي (٣/ ١٥).

....

قلت: طرق الجواز قطعًا، والتحريم قطعًا وجهان.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وأما أخمص القدمين، فعلى الخلاف المذكور في ستر العورة في الصلاة.

قلت: حكاه الإمام عن بعضهم، وقال: إن الصحيح التحريم، وإن جوزنا لها كشفه في الصلاة، وهذا منه بناءً على اختياره التحريم إلى الوجه والكفين، ويحتمل غيره، ولنا وجه: أنه يباح النظر إلى الراحة دون ظهر الكف.

ومنها: قال في «الروضة»: ما حرم نظره متصلًا كالذكر، وساعد الحرة، وشعر رأسها، وشعر عانة الرجل، ونحوها حرم النظر إليه منفصلًا على الأصح، زاد على الأصح يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، انتهى.

[قلت]: وهذه مبالغة، والأقرب أنه لا يحرم النظر على الشعر المبان، ولا إلى القلامة مطلقًا، وأيضًا فالتفصيل بين القلامتين، إنما هو على طريقة المجوزين النظر إلى الكفين، وأما مَنْ حرَّمه كالمصنف، فقياسه عدم الفرق، وعجبٌ قول القاضي الحسين: ذم القصد، والحجامة منها عورة، وليت شعري ما تقول في فضلات يديها.

وقال في «الانتصار»: كل جزء حُرِّم النظر إليه حالة الحياة حُرِّم النظر إليه بعد الموت كالمتصل، وحكم الشعر إذا تميز حكم أصله الذي انفصل عنه؛ فإن أشبهه فالأقيس أنه لا يحرم النظر إليه.

وذكر في «البحر» الفرق بين القلامتين عن الخضري، ثم قال: وقياس هذا أن يجوز النظر إلى شعر الأمة دون الحرة اعتبارًا بحالة الاتصال، وفيه بُعد، وفي الكل وجهان، الأقرب: ألا يحرم بعد الانفصال؛ لأن أئمة الورع لا يحترزون عن النظر إلى الشعر الملقى في الطريق مع جواز أن يكون من المرأة، انتهى.

ومنها: صوتها ليس بعورة على المرجح من الوجهين؛ ولكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة، وكذا يحرم الإصغاء إليه؛ للتلذذ به، وإن لم يخف فتنة، ووقع في تحريم رفعها صوتها اضطراب، فأحسن تنبيه في بعض المواضع.

وَلَا يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ، وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ، وَقِيلَ مَا يَبْدُو فِي الْمِهْنَةِ فَقَطْ،

قال: (**وَلَا يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ**)، وهذا [إجماعٌ] فيمن بلغت حدًّا تُشْتهى فيه، وهو المراد.

قال: (**وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ**) ووجه بأن المحرمية معنىً يوجب حرمة المناكحة فكانا، كالرجلين، والمرأتين، ولما فيه من المشقة، وسيأتي عن كلام المصنف ما يفهم نقل الإجماع فيه.

قال: (**وَقِيلَ: مَا يَبْدُو فِي الْمِهْنَةِ فَقَطْ**) واختاره الْقَفَّالُ؛ إذ لا ضرورة إلى ما ورائه، وعليه في الثدي حال الرضاع وجهان، وقيل: ينظر المحرم إلى [نصف الساعد] ونصف الساق، والظاهر: أنه ما في الكتاب لا غيره، وكأنه تفسير لما يبدو في المهنة؛ لكن الإمام قال: إن ما يبدو في المهنة ينتهي إلى المرفقين والركبتين، وبعضهم فسره بطرف الساقين، وكذا من غير تحديد.

وقيل: لا ينظر الصهر والرضيع خاصة إلا ما يبدو في المهنة، والصحيح مذهبًا ما تضمنه إطلاق المصنف من عدم الفرق.

[إشارة:][1] كلامه يقتضي جوازه إلى السرة والركبة [تفريعًا على المرجح] ويشبه أن يجري فيه خلافٌ محكي في ركبة الرجل وسرته، هل هما عورة في الصلاة؟ وفيه وجوه؛ فإن صحَّ التخريج اتجه ترجح التحريم أخذًا بجانب الحظر، وعبارة جماعة: يجوز للمحرم أن ينظر ما فوق السرة وتحت الركبة، ومنهم صاحب «المهذب» و«الْمُعْتَمَد» وابن أبي عصرون في «تنبيهه»، وقضيتها التحريم.

وسيأتي عن «الحاوي» ما يوافقه، والمختار عندي: أنه لا يجوز لكل المحارم النظر إلى ما يزيد على ما يبدو في المهنة من غير حاجة، كما جزم به بعض الأصحاب.

حاشية: لو كان المحرم ممن يرى نكاح ذوات المحارم؛ كبعض المبتدعة والمجوس؛ فيظهر أنه يحرم عليها أن تريه غير الوجه والكفين، وفي كشف الوجه له خوف الفتنة منه نظر، ولم أر في ذلك شيئًا.

---

(١) في نسخة: (فائدة).

وَالْأَصَحُّ حِلُّ النَّظَرِ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى الْأَمَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ: حِلُّ النَّظَرِ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى الْأَمَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ**) لأن ذلك عورتها في الصلاة فأشبهت الرجل، والثاني: يحرم إلا ما يبدو في المهنة فقط إذ لا حاجة إليه، الثالث: أنها كالحرة والأمر بالغض، وللمعنى الظاهر صرح به الشيخ أبو حامد في «تعليقه»، والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، والمحاملي، والجرجاني، والعمراني، وهو المذهب في «الانتصار»، ومقتضى إطلاق كثيرين: والأرجح دليلًا، وعجب قول الرَّافِعِي وغيره: إنه لا يكاد يوجد هكذا لغير الْغَزَالِي، وأنكر بعضهم على الرَّافِعِي إنكاره على «الوسيط» وغيره، وقول الْمُتَوَلِّي: لا خلاف أن وجهها، ورأسها، ويديها، وأطراف ساعديها وقدميها، ليست بعورة، وليس كما قال، نعم رأيت من يحكي الإجماع على أن رأسها ليس بعورة، وقد يريد به بالنسبة إلى الصلاة لا النظر.

واعلم أن ما أشرت إليه من التخريج في السرة والركبة متعين هنا، وفي شروط الصلاة من «الحاوي»، وأما ما بين سرتها ورأسها [وسرتها] من صدرها، وظهرها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وعامة أصحابنا: إنه ليس بعورة، ويجوز نظر الأجانب إليه عند التغليب.

والثاني: وبه قال ابن أبي هريرة: إنه عورة في الصلاة، ومع الأجانب، فليس لهم النظر إليه لحاجة، ولا لغيرها، انتهى.

فقوله: «عند التغليب» يفهم تقييد الوجه المرجح في «المحرر»، ويبعد التجويز المطلق؛ لغير حاجة كل البعد لا سيما إلى الجميلة، فاعلم.

تنبيه: قوله: «بلا شهوة» يشمل ما إذا لم يخش الافتتان، وما إذا خشيه، والوجه أنه متى خشي الفتنة حرم قطعًا، وفي «تعليق الْبَغَوِي» بعد ذكره الوجهين: وإنما يجوز انفتاح النظر إليها لغرض من شراء ونحوه، وأما لغير غرض فلا يجوز، وقيل: لا يجوز أن ينظر إلى أمة الغير بحال، انتهى.

حاشية: [وقد أحسن الفقيه الحافظ أبو الحسن بن القطان المالكي حيث

وَإِلَى صَغِيرَةٍ إِلَّا الْفَرْجِ.

قال بعد ذكره الخلاف: وفي الإماء من هي أحسن من كل حرة يراها فما لاطلاع الرجل على محاسنهن معنى إلا مخالفة المتقرر شرعًا من وجوب صيانة النفس بغض البصر عما غلب إليها هوى، ثم قال: فلو أبحنا للرجل النظر إلى صدر أو عنق من جارية كالبدن؛ فقد خالفنا مقطوعًا به وتعرضنا للفتن أكثر من تعرضنا لها بالنظر إلى ذلك من الحرة الشوهاء الهزيلة التي قد حرم النظر إلى ذلك منها، وهذا النوع من النظر يكاد يكون قطعيًا، انتهى لفظه - ﷺ -].

فرع: المبعضة كالحرة قطعًا تغليبًا للحظر، وقيل: على الأصح.

قال: (**وَإِلَى صَغِيرَةٍ**) أي: لا تشتهى.

(**إِلَّا الْفَرْجِ**) هذا معطوف على ما ذكره في الأَمَة، ونقل «الوسيط» وجهين، ورجح الرَّافِعِي الجواز، وقال: لا فرق بين العورة، وغيرها، وفي «الوسيط»: أنه يحرم النظر إلى وجهها على الوجه الآخر نظرًا إلى حُسن الأنوثة، قال ابن الصلاح: ويكاد أن يكون خرقًا للإجماع، والذي في «البسيط»، وغيره: أنها كالمحارم، ولا شك أنه لا يحرم نظر بنت سنة ونحوها، والذي تحرر في النظر إلى الصغيرة التي لا تُشتهى وجوه:

أحدها: الجواز إلى جميع بدنها.

ثانيها: إليه إلا الفرج.

وثالثها: يجوز إلى ما عدا ما بين السرة والركبة.

رابعها: إلى ما يبدو في المهنة فقط.

خامسها: ولم أره صريحًا إلى فوق السرة ودون الركبة، كما أشرنا إليه، وإن ثبت منقول «الوسيط» كان وجهًا.

سادسها: ولكن لا أصل له، وقول الدارمي: لا يجوز النظر إلى عجوز، ولا صغيرة، محمول على صغيرة قد تُشتهى، نعم يقرب إلحاق بنت خمس سنين ونحوها بالمشتهاة؛ لأنها قد تشتهى للتلذذ بها بالتقبيل وغيره، بخلاف بنت سنة ونحوها، أما تحريم نظر فرجها، فادَّعى الفوراني الاتفاق عليه، وتبعه

وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ، ....

في «العدة» و«التهذيب» وغيرهما، ورجحه الْمُتَوَلِّي، والظاهر أن الدُّبر كالقُبُل، وبه صرح الصيمري، وفي «البحر» قال الْقَفَّالُ: هل يجوز النظر إلى الصغيرة؟ وجهان، ولا خلاف أنه لا يجوز النظر إلى فرجها، والمشهور أن هذا يختلف بأن يكون محل شهوة أو لا، انتهى لفظه.

قال: (**وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ**) فيه مسألتان: الأولى: في نظر العبد إلى سيدته أوجه:

أحدها: أنه كالمحرم عزّاه الرَّافِعِي إلى الأكثرين، وزاد في «الروضة» أنه المنصوص، وظاهر الكتاب والسنة، وإن كان فيه نظر من حيث المعنى.

والثاني: أن ينظر منها ما يبدو في المهنة فقط اعتبارًا بالعرف، ورفعًا للمشقة، وهو قول ابن عباس، وقاله الْمَاوَرْدِيُّ في «تفسيره».

والثالث: أنه كالأجنبي، وحُكى عن أبي إسحاق المروزي، والإصطخري، قال الشيخ أبو حامد في «تعليقه» بعد إيراده عن النص ما يقتضي الجواز: إنه - يعني المنع - أصح عند أصحابنا، وكذا قال المحاملي: الأشبه بكلام الشافعي أنه محرم، والذي اختاره أصحابنا أنه بمنزلة الأجنبي، وكذا قال الْبَغَوِي في «تعليقه».

وعبارة «البحر»: أنه الأظهر عند أكثر أصحابنا، وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: الصحيح أنه بمنزلة الأجنبي سواء كان فحلًا أو خصيًّا أو مخنثًا، ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: إنه بمنزلة المحرم، وهذا غلط؛ لأنه ليس بينهما نسب، ولا زوجية، فكيف صار محرمًا؟! هذا لفظه.

ورأيت بخط المصنف في مسودة «شرح المهذب» قال بعد إيراده كلام الشيخ أبي حامد: وهذا هو الصواب؛ بل لا ينبغي أن يجري فيه خلاف؛ بل يقطع بتحريمه، وكيف نفتح هذا الباب للنسوة الفاسقات مع حسان المماليك الذين الغالب من أحوالهم الفسق؛ بل العدالة فهم في غاية القلة، وكيف يستجيز الإنسان الإفتاء بأن هذا المملوك يبيت ويقيل مع سيدته مكررًا، ذلك

....

مع ما هما عليه من التقصير في الدين، وكل منصف يقطع بأن أصول الشريعة تستقبح هذا، وتحرمه أشد تحريم.

قال: ثم القول بأنه محرم ليس عليه دليل ظاهر، فإن الصواب في الآية أنها في الإماء، وأما الحديث يعني: قوله ﷺ لفاطمة: «إنما هو أبوك وغلامك»⁽¹⁾ فمحمولٌ على ما ذكره الشيخ أبو حامد أنه كان صغيرًا، وهو لفظه - ؒ تعالى -.

وممن رجَّح هذا الوجه من المتأخرين صاحب «الانتصار» وغيره، وهو المختار؛ لكن لا أقول: إنه كالأجنبي مطلقًا لحديث: «إذا كان مع مكاتب إحداكن وفاء فلتحتجب منه»⁽²⁾. قال الترمذي: حسنٌ صحيح، ونقل الْمَاوَرْدِيُّ الاتفاق على أنه لا يلزم العبد الاستئذان إلا في الأوقات الثلاثة، وسببه كثرة الحاجة إلى الدخول والخروج والمخالطة، وإن كان النظر مستغنىً عنه، وأما من جعله كالمحرم مطلقًا فلا، ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» نقل الخلاف قولين بلا ترجيح، وكذا حكاه قولين صاحب «الكافي» الخوارزمي.

ورأيت في كتاب «أحكام النظر» للفقيه الحافظ المتقن أبي الحسن بن الْقَطَّان المالكي في كلامه على المسالة ما لفظه: وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز له ذلك، وأن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [النور: ٣١] الأطفال من العبيد.

ورجح ابن الْقَطَّان هذا، ثم ضعفه، ثم قال: وقال آخرون: لا يجوز، وأن الآية إنما تعني: الإماء، وكان سعيد بن المسيب يقول: لا تغرنكم هذه الآية، إنما يعنى بها: الإماء، ولم يعن بها العبيد، يعني قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [النور: ٣١] قال: وهذا قول الشَّافِعِي، وعطاء، ومجاهد، وإلى نحوه ذهب ابن عبد الحكم، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٦٢، رقم ٤١٠٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٥/ ١٨٦) والطحاوي في المشكل (٢٥٩).

....

تنبيهات: أحدها: قيّد الواحدي في «بسيطه» الجواز بما إذا كانا عفيفين، وقيَّده [الكواكبي] والْبَغَوِي في «تفسيرهما» بما إذا كان العبد عفيفًا وجعلوه محل الخلاف، والثلاثة أئمة شافعيون فيجب تقييد الجواز في كتب الفقه به؛ فإنهم وكلوا في الوصف المقتضى، وهو الرق، ولا يمنع ذلك أن يكون له شرط.

ثانيها: إذا جعلناه كالمحرم فله الخلوة، والمسافرة بها صرح به جماعة.

ثالثها: في «الروضة» عن القاضي الحسين على «التحرير» فإن كاتبته فليس بمحرم، والذي في «تعليقه» إنما هو في المكاتبة أنها مع سيدها كالأجنبية، وعن أبي نصر القشيري أن المكاتب كالقن، وعن «المطلب» أنه يشبه أن يقال: إن قلنا: القن ليس بمحرم، وهو أولى، وإلا فوجهان، وأشار حديث النسائي وغيره عن أم سلمة أن ما معه ما يؤذي تحتجب منه، وهذا في المكتابة الصحيحة، أما غيره فكالقن لا محالة.

رابعها: في شروط الصلاة من «الحاوي» لا يختلف أصحابنا أن من بعضه حر كالأجنبي مع سيده، انتهى.

وفي معناه من بعضه لغيرها، وسواء عند الأب والزوج والأجنبي [بلا خلاف] وفي آخر كتاب السرقة من «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي، وحكم المبعض حكم العبد في [جميع المسائل] إلا في السرقة، والكفارة، والنظر، انتهى.

وقوله: «في السرقة» يعني: لا يقطع سارقه.

خامسها: نقل الْمَاوَرْدِيُّ الاتفاق على ما سبق بعد ذكره الأوجه الثلاثة أنه لا يلزمه الاستئذان في غير الأوقات الثلاثة المذكورة في القرآن، وقضية كلام من جعله كالأجنبي أنه لا فرق ولا يفسر عليه تأويل الآية الكريمة [المسألة].

سادسها: عبارة «البحر»: اختلف أصحابنا في نظر المرأة إلى مملوكها، والمملوك إلى سيدته فحلًا كان، أو خصيًا، أو عنينًا على وجهي المسألة، ولفظ «الانتصار»: ولا يثبت لمملوك المرأة إذا كان فحلًا بالغًا حكم المحارم

وَأَنَّ الْمُرَاهِقَ كَالْبَالِغِ.

في أصح الوجهين، انتهى.

فيحرم في المسألة وجه ثالث مفصل، والله أعلم.

الثانية: جعل الممسوح مع الأجنبية كالمحرم، نسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين، قال: لانتفاء الشهوة في حقه، وقيد الْمُتَوَلِّي جعله كالمحرم بما إذا لم يبق فيه شهوة النساء والميل إليهن، انتهى. فإن كان فكالفحل وهذا حق.

والوجه الثاني: أنه كالأجنبي مطلقًا، وهذا أقوى نظرًا، ورجحه ابن الصلاح وحكى ترجيحه عن الشيخ أبي حامد، وجزم في «الكافي» أنه كالمراهق، وقضية ذلك تحريم البروز له وأولى، قال ابن الصلاح: لأنه رجل يشتهي النساء، وهو كما قال؛ لكن سبق نقل الفوراني الإجماع أنه كالمحرم، فإن ثبت فلا كلام.

إشارة: زعم زاعمٌ تبعًا لابن الرِّفْعَة أن الخلاف فيه إنما هو في جواز النظر كما فرضه المصنف.

قال: ولا خلاف في جواز دخوله عليهن بغير حجاب، كما صرح به القاضي الحسين، قال: واقتضى كلامه أنه يجوز النظر إلى وجهها قطعًا، وأن الخلاف فيه إنما هو فيما يبدو عند المهنة، انتهى.

ولم أرَ هذا في كلام القاضي هنا، وبقي الخلاف في دخوله على المرأة الفردة ممنوع، والوجه: تحريم خلوته بالأجنبية، ولا أحسب في تحريم شعرها خلافًا.

قال: (وَأَنَّ الْمُرَاهِقَ) أي: وهو من قارب الاحتلام.

(كَالْبَالِغِ) أي: لظهوره على العورات، فيلزم المرأة أن تحتجب منه، ويمنعه الوليُ من النظر كما يمنعه سائر المحرمات.

والثاني: لا كالدخول بلا استئذان في غير ما استثنت الآية، هكذا ذكره المصنف وغيره، وفي «الكافي»: ولا يجوز لها التكشف للمراهق، ولا يجوز للمراهق النظر إلى ما يجوز للبالغ النظر إليه على أحد الوجهين، ويجوز له

وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ. وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ.
قُلْتُ: وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ الْمَنْصُوصِ.

الدخول على الأجنبية، ويستأذن في الأوقات الثلاثة التي تضع فيها ثيابها للآية، انتهى.

وأما الطفل فلا يُحتجب منه صرح به «المحرر»، وسبق نقل كلام الأئمة في ذلك، وقال ابن الصلاح: والذي فهمته من كلامه وكلام الْغَزَالِي أن من بلغ حد الحكاية والتشوق أن يظهر منه التشوق فهو كالرجل قطعًا، وإلا فالخلاف.

قال: (**وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ**) أي: بلا شهوة وفاقًا؛ حيث لا مُرُودة أو طعن في السن، ولا يثبت كالطلس من الرجال⁽¹⁾، وسيأتي بيان الأمرد القريب العهد بالصبا.

قال: (**إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ**)؛ لأنه عورة، والظاهر أن المراهق في هذا كالبالغ ناظرًا، أو منظورًا، أو يأتي في السرة والركبة ما سبق، ولا فرق في ذلك بين الأب، والابن، والأخ، والأجنبي، والسيد.

قال: (**وَيَحْرُمُ نَظَرُ أَمْرَدَ بِشَهْوَةٍ**) أي: بالاتفاق ولا يختص ذلك به؛ بل النظر إلى الرجل الملتحي وسائر المحارم بالشهوة، وهو حرام قطعًا.

قال: (**قُلْتُ: وَكَذَا بِغَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ الْمَنْصُوصِ**) أما نظره بالشهوة وهو ما اقتصر عليه الجمهور فلا ريب في تحريمه، وأما بغيرها في الأصح من غير حاجة، فإن خاف الفتنة حرم على الصحيح، وقيل: لا، واختاره الإمام وصححه مصححون، قال ابن الصلاح: وليس معنى خوف الفتنة أن يغلب على الظن وقوعها؛ بل يكفي في تحقق الخوف ألا يكون المخوف نادرًا بعيدًا.

وقال الْغَزَالِيُّ: إن أحس بالفتنة حرم النظر، قال ابن الصلاح: إن غلب على ظنه الوقوع، وحينئذٍ فللنظر على هذا الوجه ثلاث مراتب، وأن يأمن من الفتنة، فيجوز أن يغلب على ظنه وقوعها، فيحرم أن يخاف من غير غلبة ظن، فلا يحرم واختاره الْغَزَالِيُّ، قال ابن الصلاح: والصحيح خلافه.

---

(١) أي: المتساقط شعر جسده كالممحو فأشبه النساء في جلدهن.

....

وقال في «الإحياء»: كل من يتأثر قلبه بجمال صورة الأمرد، بحيث يدرك في نفسه الفرق بينه وبين الملتحي، يعني: من حيث الشهوة، فلا يحل له النظر، وقضية هذا تحريمه على الخائف وعلى بعض من لا يخاف، وأما التحريم مطلقًا فعهدة المصنف فيه أن صاحب «المهذب» وغيره أطلقوه من غير حاجة، وأصله ما حكاه الشيخ [أبو محمد عن الداركي أنه حكى][1] عن نص الشَّافِعِي أنه لا يجوز النظر إلى وجه الأجنبية، ولا إلى وجه الأمرد؛ لأنه يفتن.

قال أبو حامد: ولا أعرف ما ذكره الشَّافِعِي، وفي «شافي» الجرجاني: قال الشَّافِعِي: ولا ينظر إلى وجه الأمرد؛ خوف الافتتان.

وفي «الإفصاح»[2]: قال - يعني الشَّافِعِي-: ولا يجوز أن ينظر إلى وجه من يخاف الافتتان به من ذكور وإناث، وقضية هذين النصين التحريم عند خوف الفتنة لا مطلقًا، وأطلق القاضي الحسين القول بأن الغلام المراهق وغيره إذا كان حسن الوجه نفيس البدن يخشى منه الافتتان.

قال: حينئذٍ يحرم النظر إليه، ولم يفرق بين كون النظر بشهوة أو بغيرها.

ورأيت في كتاب «أحكام النظر» للفقيه الحافظ أبي الحسن بن الْقَطَّان المالكي: هل يجوز النظر إلى الأمرد المدرك وغيره؟ للفقهاء تفصيل؛ وذلك أنه يحرم في موطن بالإجماع، ويجوز في موطن بالإجماع، ويختلف فيه في موطن، فالمحرم بالإجماع أن يقصد بالنظر إليه التلذذ، واتساع حاسة النظر لمحاسنه خشية أن يكون متعرضًا لجلب الهوى من ولوع الشخص الموقع له في الافتتان.

وأما الذي يجوز النظر بالإجماع فهو أن ينظر إليه غير قاصد لذة، وهو مع ذلك يأمن الفتنة، فهذان شرطا عدم قصد الالتذاذ وعدم خوف الافتتان.

وأما المختلف فيه فهو أن يتوفر أحد هذين الشرطين دون الآخر، فينظر لا يقصد الالتذاذ ولكن يخاف الافتتان؛ لاختلاف الهوى، فهو موضع اختلاف، انتهى ملخصًا وهو كلام محرر، والله أعلم.

---

[1] في نسخة: (أبو حامد).

[2] في نسخة: (الإيضاح).

وَالْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ أَنَّ الْأَمَةَ كَالْحُرَّةِ، وَالله أَعْلَمُ.

وَالْمَرْأَةُ مَعَ امْرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ.

إشارات: قيل: المراد من الشهوة هنا أن يقصد بالنظر قضاء وطر فيه، بمعنى أنه يحب النظر إلى الوجه الجميل، أو يلتذ به لا أنه يشتهي منه الوقاع، ومقدماته فإن ذلك ليس بشرط؛ بل زيادة في الفسوق وقصد الفجور، انتهى.

التردد إنما هو في الأمرد الحسن، لا في كل أمرد، وكما يفهمه إطلاق المصنف فإن غير المستحسن لا نزاع فيه؛ حيث لا شهوة، خذ من إطلاق المصنف [أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في نظر الأمرد، ولأن من النساء من يفتتن به إذا كان بالغًا جميلًا فهو محل فتنة لها كالرجل، وإطلاق المصنف] والسيد ونحوهم، ولا أحسب أحدًا يقول ذلك، أغرب الْمَاوَرْدِيُّ بقوله في «الشهادات»: وأما المحبة لاستحباب الصورة، فإن كانت لهوى يفضي إلى ريبة كرهت، وإن كانت لاستحسان صنع الله تعالى وبديع خلقه لم تكره، وكانت بالمستحبة أشبه، انتهى. وهذا فتح بابًا عظيمًا من الشر، والصواب: فيه عدم الاستحباب وفي الأول التحريم، والله أعلم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ عِنْدَ الْمُحَقِّقِينَ: أَنَّ الْأَمَةَ كَالْحُرَّةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) سبق شرح ذلك وبيانه، ولله المنة.

قال: (**وَالْمَرْأَةُ مَعَ امْرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُلٍ**) أي: فيما سبق حظرًا وإباحةً، وقيل: إنها معها كالمحرم، فلا تنظر منها إلا ما يبدو في المهنة، وزيف، نعم، قال الْمُتَوَلِّي: لو كانت تميل إلى النساء أو خافت من النظر إلى الوجه والكفين الفتنة لم يجز لها النظر كما ذكرنا في الرجل مع الرجل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وأما المرأة مع المرأة كالرجل مع الرجل، وأما عند خوف الفتنة فلا يجوز ذلك بحال، انتهى.

قلت: وهذا مما يبتلى به ذوات السحق، ورأيت في «الترغيب» لأبي المفاخر سعد بن أسعد من متأخري الخراسانيين في المائة السادسة: وإن كان سحاقة فكالرجل، وهذا يشمله قولي: حظرًا، فأباحه وأطلق ابن عبد السلام

وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ.

القول [في «تفسيره»] بأن الفواسق كالكوافر، وستتكلم عليه.

قال: (وَالْأَصَحُّ: تَحْرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وليست منهن فيكون نظرها إليها كنظر الرجل الأجنبي، والثاني: أنها كالمسألة، وصححه الْغَزَالِي [فعلى المذهب هي كالرجل الأجنبي، والثاني: أنها معها كالمسألة، وصححه الْغَزَالِي].

وفي «البحر»: أنه الأقيس، قال: وهو المشهور عند أهل العراق أجمع، ولم يذكروا الوجه الأول، انتهى.

فعلى الأول هي كالرجل الأجنبي، وقيل: لا نرى فيها إلا ما يبدو عند المهنة، قال الرَّافِعِي: لا، وهذا أشبه، وهو غريب، ولم أَرَه نصًا؛ بل صرح القاضي الحسين في «شرحه» والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي وغيرهم أنها معها كالرجل الأجنبي، وكذا قالا في «النهاية» و«البسيط»، ولم أرَ الوجهين في كلام أحد، وكأنهما أخذا من الإمامة، وعبارة «الكافي»: الأصح والظاهر أنه أشار إلى الوجه الثاني المشهور أنها معها كالمسألة.

تنبيهات: اعلم أن ما صححه المصنف من التحريم لم يصرح به الرَّافِعِي في شيء من كتبه، نعم، قال في «البحر»: إن أحوط الوجهين إذا قلنا: بالأصح لم تدخل المسلمة معها الحمام، وعلى الثاني: تدخل، قال الْبَغَوِي: رأيت في «تعليق» لي أنَّا إذا قلنا بالأصح حرمنا على المسلمة النظر إليها، ولا أدري من أين نقلته، أما تحريم البروز لها على المسلمة فظاهر، وأما مجرد النظر فلا يتجه سائر الكوافر كالذمية، فلو قال: كافرة لشمل الجميع يستثنى أمتها الكافرة، فإنها تنظر إليها بلا خلاف، وكذا محارمها الكافرات؛ إذ لا يزدن على كفار محارمها، ولم أره نصًا؛ ولكنه ظاهر. وأطلق الشيخ عز الدين بن عبد السلام في «تفسيره» المستقل إلحاق الفاسقات بالكافرات، وكأنه أشار إلى ما ذكره الْمُتَوَلِّي وغيره، وقد يريد أعم من ذلك كالعواهر ونحوهن من ذوات السحق والقيادة؛ لأنهن يفتن العفائف، ويحملهن على هذه الحالة، ويبرزن ربات الحجال، ويفتن بوصفهن قلوب الرجال، فالوجه: تحريم مخالطتهن والبروز لهن، وأما نظرهن

وَجَوَازُ نَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً. قُلْتُ: الْأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا، وَالله أَعْلَمُ. وَنَظَرُهَا إِلَى مَحْرَمِهَا كَعَكْسِهِ.

إلى غيرهن بمجرده ففيه نظر، إلا أن يخفن فتنة أو ينظرن بشهوة.

قال: (وَجَوَازُ نَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيٍّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً) ولا نظرت بشهوة، ووجه بأنه ليس بعورة منه بخلاف المرأة، وهذا ما صححه الْغَزَالِيُّ؛ لأنهما لو استويا؛ لأمر الرجال بالحجاب.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ) هو كما قال، وصححه جماعة وقطع به صاحب «المهذب» وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] ولقوله ﷺ: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا؟! أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ!»(١) صححه الترمذي وغيره، وفي وجه ثالث: أنها تنظر ما يبدو في المهنة دون غيره؛ لعدم الحاجة إليه.

إشارة: الخلاف فيما إذا لم تخف فتنةً، ولا نظرت بشهوة، والظاهر أن بدن عبدها كبدن الأجنبي، وأن نظرها إليه على الخلاف، وبه صرح صاحب «البحر» فيه نظره إليها ويحتمل غير ذلك، ولم أرَ فيه نصًا، فإن من هو في محل الشهوة من الصبيان وهو المراهق كالبالغ، قال في «البحر»: ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه؛ لأنها يعجبها من الرجل ما يعجبه منها، ولعل هذا فيما إذا كان قد خطبها أو عرض بذلك، أما قبل ذلك فلا، ويحتمل أن يجوز قبل ذلك إذا ظنت إجابته لو خطبته.

قال: (وَنَظَرُهَا إِلَى مَحْرَمِهَا كَعَكْسِهِ) هذا منه يفهم نقل وجهين: **أحدهما:**

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٩٦، رقم ٢٦٥٧٩)، وأبو داود (٤/ ٦٣، رقم ٤١١٢)، والترمذي (٥/ ١٠٢، رقم ٢٧٧٨) وقال: حسن صحيح. وإسحاق بن راهويه (١/ ٨٤، رقم ٣٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٩٣، رقم ٩٢٤١) وأبو يعلى (١٢/ ٣٥٣، رقم ٦٩٢٢)، وابن حبان (١٢/ ٣٨٧، رقم ٥٥٧٥)، والبيهقي (٧/ ٩١، رقم ١٣٣٠٣)، قال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٤٨): ليس في إسناده سوى نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق. جميعا عن أُمِّ سَلَمَةَ أنها كانت عند النبي ﷺ وعنده مَيْمُونَةُ فَأَقْبَلَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ، وذلك بعد أن أُمِرْنَا بِالْحِجَابِ، فدخل علينا فقال: احْتَجِبَا. فقلنا: يا رسول الله إنه أَعْمَى لَا يُبْصِرُنَا وَلَا يَعْرِفُنَا... فذكره.

وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ الْمَسُّ . ...

تنظر منه ما خلا ما بين السرة والركبة، والثاني: ما يبدو في المهنة، والرَّافِعِي ذكر مثل ما في الكتاب، ثم قال: قال الإمام: والمحققون على أن ما فوق السرة وتحت الركبة من الرجل كما يبدو عند المهنة من المرأة، وعبارة الإمام: قال بعض أصحابنا: هو بمثابة نظره إلى المرأة المحرم، وقال المحققون: كذا فذكره، وقضية هذا أن يكون الصحيح جواز نظرها إلى ماعدا عورته قطعًا؛ لأن ما يبدو في مهنتها يجوز نظر محرمها إليه قطعًا، ويشبه أن يقال: إن جوزنا لها النظر إلى ماعدا عورة الأجنبي، كما رجحه الرَّافِعِي جاز في المحرم قطعًا، كما اقتضاه كلام المحققين، وإن قلنا باختيار المصنف: إن نظرها إلى الأجنبي كنظره إليها فيجري هنا وجهان في اقتصارها على ما يبدو في المهنة أم لا.

فرع: قال الدارمي وغيره: الخنثى المشكل لا ينظر رجلًا ولا امرأة، ولا حتى أجانب ولا ينظر أحدهم إليه، وجزم المصنف في باب الأحداث من «شرح المهذب» بأنه يحرم على الرجال والنساء إذا كان في سن يحرم [النظر فيه إلى الواضح، وقيل: لا يحرم استصحابًا لحكم الصغير، وبه جزم ابن الْقَطَّان، والمشهور: المنع] تغليبًا للحظر، ولا يجوز أن يخلو به أجنبي ولا أجنبية، ولو كان مملوكًا لامرأة فالقياس أنه معها كعبدها، ويجيء فيه السابق هنا مع [الأجانب][1] وليس بشيء.

قال: (**وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ الْمَسُّ**)؛ لأنه أبلغ في إثارة الشهوة واللذة وأغلظ، وكذلك لو لمس الصائم فأنزل أفطر، ولو أنزل بالنظر لم يفطر، والظاهر أنه لا تجوز ملامسة المرأة عبدها، وإن جعلناه في النظر كالمحرم.

قال الرَّافِعِي: [قد يحرم] المس حيث لا يحرم النظر، فلا يجوز مس وجه الأجنبية، وإن جوزنا النظر إليه ولامس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء؛ بل لا يجوز مس بطن أمة وظهرها ولا أن يغمز ساقها ورجلها، ولا يقبل وجهها، حكاه في «الرَّقْمِ» عن الْقَفَّال.

---

(١) في نسخة: (الأحاديث).

وَمُبَاحَانِ لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ.

قلت: ومعنى قوله: «ولا مس كل» أي: لا يجوز مس جميع ذلك؛ بل يحرم بعضه لمس النظر أو على وجه التغميز، أما مس يد المحرم ورأسها ونحوهما فلم يقتضي كلامه تحريمه، فيكون من باب سلب العموم لا من باب عموم السلب، كما وقع للمصنف حيث قال في أصل «الروضة»: فيحرم مس وجه الأجنبية، ومس كل ما جاز النظر إليه إلى آخره، وقضية تحريم مس شيء من المحرم وهذا محال. وقد قال في «شرح مسلم» في باب فصل الغزو في البحر: جواز ملامسة المحرم في الرأس وغيره مما ليس بعورة مجمع عليه، وفي «حلية» الشَّاشِي عن القاضي الحسين ما يقتضي التسوية بين المحرم والأجنبية في المس.

قال: وهو يعني: المنع صحيح في الأجنبية، وليس بصحيح في المحرم، فإنه يجوز له مسها إذا لم يقصد الشهوة، انتهى.

والتحقيق أن مس بطن الأم وظهرها ينقسم إلى محرم وغيره، وبه جمع جامع بين كلام «الروضة» وإطلاقه في «شرح مسلم» فإن فعل ذلك لحاجة أو شفقة حيث يقتضي الحال ذلك، فجائز قطعًا، ولا سيما إذا كانت عجوزًا همة، وإن فعله على وجه ستر شهوة فحرام قطعًا، وبين الحالتين مراتب، مما قرب من الأول: ظهر جوازه، أو من الثاني: ظهر تحريمه، وكذا غمز الساق والرجل وإن قرب من الثاني؛ لأنه قد يحتاج إليه وإن لم ينبه إلى حد المداواة المبيحة للأجانب، ويبعد أو يقطع بانتفاء قصد آخر من المسلم، فكيف يحرم؟ وكذا التقبيل بشفقة، ففي «صحيح البخاري» وغيره أن الصديق ﵁ دخل على عائشة - ﵂ - وقد أصابتها حمى فقال: «**كَيْفَ أَنْتِ يَا بُنَيَّةُ؟ وَقَبَّلَ خَدَّهَا**»(١) وليس إلا على وجه الكرامة والحنو والشفقة فهذا مقطوع بجوازه.

قال: (**وَمُبَاحَانِ**) أي: النظر والمس من الأجنبي؛ (**لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ**) أي: للحاجة الملجئة إلى ذلك؛ ولأن في التحريم حينئذٍ حرجًا، نعم، يمكن

---

(١) أخرجه البخاري (٣/١٤٢٦، رقم ٣٧٠٤)، وأبو داود (٤/٣٥٦، رقم ٥٢٢٢)، والبيهقي (٧/١٠١، رقم ١٣٣٦٠).

قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ وَشَهَادَةٍ ....

ذلك بحضور محرم، أو زوج، أو سيد، أو امرأة ثقة، إذا جوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين، وفيه كلام طويل يأتي في العدد - إن شاء الله تعالى - ويشترط في تعاطي الأجنبي ذلك عدم امرأة تتعاطاه من المرأة، وبالعكس على الأصح.

قال القاضي الحسين: ولا يكون ذميًّا مع وجود مسلم.

[**قلت**: وقياس ما سبق ألا تكون كافرة أجنبية مع وجود مسلمة على الأصح] نعم، لو لم نجد لمعالجة المرأة إلا كافرةً ومسلمًا، فالظاهر أنَّا نكتفي بالكافرة؛ لأن نظرها ومسها أخف سهمًا من الرجل.

قال في «الكافي»: ولو كان بعورة الرجل أو المرأة عليه، جاز للطبيب الأمين أن ينظر إليهما للمعالجة، كما في الختان فقوله: الأمين قيد بحسب اعتباره فلا يعدل عنه إلى غيره مع وجوده.

واعلم أنه يعتبر في غير الوجه والكفين تأكيد الحاجة، وضبطه الإمام مما يجوز العدول إلى التيمم وفاقًا وخلافًا، والمراد أن ما اختلف فيه هناك يجوز، والتسليط هاهنا يشبه قطعًا، قال الإمام: لأن الحاجة إلى التكشف بسبب الأمراض مما يعم بخلاف التيمم بأنه نادر على أطوار الناس، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال ما يخالف ذلك؛ حيث قال: لا يجوز أن يفصدها رجل إلا عند الضرورة بأن يقول لها طبيب مسلم: لا بدَّ من الفصد وإلا هلكت فيلف على الساعد خرقة، ويكشف ما لا بد منه، وبهذا جزم في «الكافي»، ويعتبر في النظر على السوئتين تأكيد الحاجة.

قال الْغَزَالِيُّ: بحيث لا يعد التكشف لها هتكًا للمروءة، وتعذر فيه عادةً، ويجيء ما قاله الْقَفَّالُ هنا ظاهر، وأولى.

قال: (**قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ**) أي: للرجوع بالعهدة والمطالبة بالثمن وغيرهما، (**وَشَهَادَةٍ**) أي: عند التحمل والأداء للحاجة إلى ذلك؛ بل يجوز النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة والزنا، والثدي للرضاع على الصحيح في الكل، وقيل: عكسه، وقيل: يجوز في الزنا فقط، وقيل: عكسه، وموضع

وَتَعْلِيمِ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَالله أَعْلَمُ.

الخلاف كما قاله الْمَاوَرْدِيُّ في باب شهادة النساء إذا قالوا: تعمدنا النظر؛ لإقامة الشهادة، أما لو قالوا: حَانَتْ منا التفاته بلا تعمد فرأينا، قبلوا: بلا خلاف، وإن قالوا: تعمدنا النظر؛ لغير الشهادة، فسقوا بتعمدهم، وردوا جزمًا، قيل: وينبغي أن يرجح عدم الجواز فيما يثبت بالنساء؛ حيث تيسرن كما رجح في معالجة المرأة انتفاء امرأة تتعاطاها كما سبق.

واعلم أن نص الشَّافِعِي في «الأم» مصرح بأنه لا يجوز للأجانب النظر إلى يديِّ الأجنبية للشهادة على الرضاع، ولفظه: وعندي لا يحل لغير ذي محرم أو زوج أن يعمد أن ينظر إلى ثديها، ولا يمكنه أن يشهد على رضاعها بغير رؤية ثديها، وهذا ينازع في الترجيح السابق، إلا أن يثبت عنه نص يخالفه.

تنبيه: خصص الْمَاوَرْدِيُّ جواز النظر للمعالجة بالوجه فقط وهو [الجواز][1] في «مقنع» المحاملي، و«تجريد» القاضي أبي الطيب و«تحرير» الجرجاني، قال: وللحاكم النظر عند تحليفها، أو الحكم عليها.

قلت: وقياسه جوازه عند الحكم لها أيضًا، ونسب في «البحر» الاقتصار على الوجه إلى الأكثرين، يعني: ممن منع النظر إلى الوجه والكفين من غير حاجة، وحكى وجهًا أنه يجوز إلى الكفين هنا، وحيث أجزنا النظر إلى الوجه؛ لمعاملة، أو شهادة، أو حكم، فهل يستوعبه؟

قال الرُّويَانِيّ: يجوز ذلك عند جمهور الفقهاء، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: الصحيح جوازه إلى ما يعرفها به، فإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يتجاوزه، ولا يزيد على مرة واحدة إلا ألا يتحققها به، وعن الصيمري: أنه لو نظر أكثره وسمع كلامها جاز، وهذا كله إذا لم يخف فتنةً، فإن خاف لم ينظر إلا أن يتعين الشهادة، فينظر بعد ضبط نفسه.

قال: (**وَتَعْلِيمِ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) أما النظر للتعلم والتعليم فيما يحسن تعلمه وتعليمه فظاهر؛ للحاجة، وكذا ينبغي تعلمه في الصنائع

---

(١) في نسخة: (الجواب).

وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا.

المحتاج إليها إذا لم يمكن التعليم من وراء حجاب، ويجري في اعتبار فقد الجنس [وغيره] ما سبق في المعالجة، وأما ما لا يجب تعلمه على الأعيان من القرآن وغيره من العلم الشرعي فإطلاقه هنا يقتضي جواز النظر للتعلم؛ لكن سيأتي فيما إذا أصدقها تعلم قرآن وطلق قبله ما قد يخالف هذا، فتأمله مع هذا.

وقوله: «ونحوها» أي: كالقضاء لها وعليها من التحليف والجلد في حد، أو قطع ونحوه، [أو توكيل غيرها].

قال شارح: أي: كالنظر للشهادة على الولادة إلى فرجها وفرج الزاني، وإلى الثدي للشهادة على الرضاع، انتهى.

وهذه الأمور دخلت في قوله: «وشهادة» إلا أن يريد بذلك النظر إلى الوجه فقط وهذا بعيد، وقوله: «بقدر الحاجة» في القدر المنظور إليه، وحينئذٍ يكون موافقًا لما ذكره الرُّويَانِيّ والماوردي، ولا شك فيما عدا الوجه والكفين؛ إذ لا ضرورة إلى ما وراء الحاجة، وربما أفهم ذلك موافقة الْقَفَّالُ فيما قاله في صورة القصد، ويجوز أن يحمل قوله: «بقدر الحاجة» على جميع ما ذكره من المعاملة والشهادة والتعلم، ويكون المعنى بقدر ما يحتاج إليه من ذكرنا من المعالج والعامل والشاهد، وقدر ما يحتاج إليه المتعلم من العلم والصنعة، ولم أرَ في ذلك تصريحًا.

قال: (**وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا**) لأنه محل استمتاعه، وهذا إذا لم تكن معتدة عن وطء شبهة، [فإن كانت] فلا، قال الهروي: فتكون كالمكاتبة، وجزم به في «الروضة» وقال الْمُتَوَلِّي: يحرم الخلوة بها وأقراه كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي نظره إلى فرجها، وجهان ويحكيان في باطنه فحصل أوجه: أصحها: الحل؛ لكن يكره، ونسبه القاضي الحسين إلى النص؛ لأن الحديث الوارد في النهي، ضعفه أكثرهم، وذكر جماعة أنه موضوع، وذهب الترمذي إلى تحريمه وصاحب «الإفصاح».

قال ابن الْقَطَّان: ولعله أصح؛ لأن فيه مِنْ السُّخْفِ ما لا خفاء به،

....

وصححه الفارقي، وهو المختار؛ خلافًا للجمهور، وصحح الرُّويَانِي في «الحلية» التفصيل فقال: وظاهر فرجها في أصح الوجهين؛ بل افهم الجزم بتحريم نظره إلى باطنه، وأما الحديث فحسنه أبو عمرو بن الصلاح، قال: وقد أورده الحافظ أبو أحمد بن عدي بإسناد جيد عن ابن عباس.

قلت: ولعل من ضعفه بلغه من طريق وضَّاع فحكم بوضعه(١).

وقال الحضرمي في «المعين»: والخلاف في غير حالة الجماع أما فيها فيجوز وجهًا واحدًا، وهذا غريب، والرجل كثير الوهم، كما رأيته، ويشبه أن يقال: لو كان يعلم من نفسه لو رآها حاسرة عما بين السرة والركبة لم يملك نفسه عن غشيانها؛ أنه لا يجوز له النظر إلى ذلك في حال حيضها، أو نفاسها، أو إحرامها، أو صومها [أو إحرامه أو صومه] الواجب فتأمله!.

فروع: قال الدارمي: ولا ينظر الزوج إلى دبر المرأة نفسه، يعني: حلقة الدبر، وخص الوجهين بالقبل، انتهى.

قيل: وإطلاق الشَّافِعِي والأصحاب جواز التلذذ بما بين الإليتين، قد ينازع فيما ذكره، وفيه نظر، وللزوجة النظر إلى كل بدنه، وفي نظرها إلى قبله الخلاف، وقيل: يجوز قطعًا، وأمته [المستأجرة](٢) معه كالزوجة في جميع ما سبق، ونظرها إليه كنظره إليها، فإن حُرمت عليه بتزوج، أو كتابة، [أو بإيلاد، أو بحبس](٣) ونحوها، قال الرَّافِعِي وغيره: فهي كأمة غيره، وعبارة «الروضة»: أنه يحرم نظره إلى ما بين السرة والركبة دون غيره على الصحيح، وفي «تعليق أبي حامد» أنه إذا زوجها صارت بمنزلة المحرم، وتبعه المحاملي والعمراني، فحصل وجهان: أحدهما: جواز النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة، والثاني: إلى ما يبدو في المهنة فقط، وبهما صرح القاضي الحسين،

---

(١) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢/ ٢٢٩).

(٢) في نسخة: (المستباحة).

(٣) في نسخة الأصل: (أو بوثن أو بمحبس).

فَصْلٌ

تَحِلُّ خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ، ....

وينبغي أن يقيد الجواز على الوجهين بما إذا كان بغير شهوة ومن أطلق أنها كأمة الغير أوهم أنه يأتي وجه أنه لا ينظر إلى شيء منها، وهذا لا يقوله أحد فيما أعلم، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ في جواز الوجهين، ثم قال إثر وجه المنع: فعلى هذا لو تجرد في الماء في نهر أو غدير فوجهان:

وجه الجواز: إقامة الماء مقام الثوب في الستر.

والثاني: لا يجوز للنهي أن ينزل الماء بغير مِئْزَرٍ، وأنه ﷺ قال: «إن للماء سُكَّانًا»(١) انتهى.

وفي «طبقات العبادي» أن الشَّافِعِي قال: في قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠] يعني: عن النظر إليها بخلاف حفظ الفرج في بقية المواضع في القرآن.

قال: (فَصْلٌ: تَحِلُّ خِطْبَةُ) أي: بكسر الخاء.

(خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ) أي: وتوابع النكاح تصريحًا وتعريضًا؛ إذ لا علقة عليها لأحد وأحسبه إجماعًا.

وقال الْغَزَالِيّ: هي مستحبة، قيل: والأولى أن يقال: إن حكمها حكم النكاح إن استحب استحبت، وإلا فلا؛ إذ حكم الوسيلة حكم المقصد؛ لكن يلزم منه أن يقال: إذا أوجبنا النكاح كما سبق في حال إيجابها.

[إشارة(٢)]: لفظ الكتاب يقتضي جواز خِطْبَةِ السُّرِّيَّةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ الْمُسْتَفْرَشَةِ وَإِنْ لَمْ يُعْرِضْ السَّيِّدُ عَنْهُمَا، وفيه نظر، ولا يبعد تحريمها إذا علمت رغبة

---

(١) ذكره الشوكاني في نيل الأوطار (١/ ٣٢٠)، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١/ ٢٨٩) بلفظ: «إن في الماء - أو إن للماء - ساكنًا».

(٢) في نسخة: (فروع).

لَا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ، وَلَا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ، وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الْأَظْهَرِ ....

السيد فيها؛ لما فيه من الإيذاء، وربما جرَّ إلى فساد، وهو أشد أذىً من تحريم الخطبة على الخطبة، ولم أرَ فيه شيئًا.

فائدة: قول الْغَزَالِي في «الخلاصة»: إنه كان من خصائصه ﷺ جواز نكاح المعتدة في عدتها غلط، تبع فيه الجويني في «مختصره».

قال ابن الصلاح: [ومنشأه] من تصحيف لكلام الْمُزَنِيّ، وقد نبه على ذلك صاحب «المعتبر» فقال: إنه لا يوجد إلا في «مختصر» الجويني، أو فيما بني عليه.

قال: (**لَا تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ**) أي: من غير الزوج أو رسوله، وهذا إجماع والتصريح ما يقطع بالرغبة في النكاح كأريد نكاحك ونحوها، قال القاضي أبو الطيب: وكل كلام لا يحتمل غير النكاح، وكذا قوله: إذا حللت زوجتك بفلان، انتهى.

قال الشَّافِعِي: وإذا أذن الله تعالى فالتعريض بالخطبة في العدة، فبين أنه حصر التصريح فيها، وخالف بين [حكم] التعريض والتصريح، وبذلك قلنا: قالوا: ولأن في المرأة من غلبة الشهوة والرغبة ما يحملها على انقضاء العدة إذا تحققت الرغبة بالتصريح.

قال: (**وَلَا تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ**)؛ لأنها في معنى الزوجة، والتعريض ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها كربَّ راغبٍ فيكِ، ومن يجد مثلك، وأنا حريص عليك ونحوها.

قال: (**وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ**) أي: ولو كانت بالحمل على الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ووجه المنع في الحامل خشية أن تحملها الرغبة على إسقاطه.

قال: (**وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لانقطاع سلطة الزوج عنها وحصول البينونة، **والثاني**: المنع؛ لأن لذي العدة أن ينكحها، فأشبهت الرجعية، وهذا توجيه قاصر.

....

واعلم أن كلام المصنف يقتضي جريان القولين في كل بائن [ويحاذر منه](١) الخلاف في الجميع وليس كذلك، أما البائن بدون الثلاث أو بفسخ، ففيها القولان، وقيل: إن كان الزوج الفاسخ، جاز التعريض قطعًا، أو هي، فالقولان، كذا نقلهما ابن الرِّفْعَة والقاضي الحسين، [ورأيتها](٢) في «تعليقه» كذلك.

فقال قائل: [وعليهما القول]، وليس كما قال؛ بل هذه طريقة ثالثة صرح بها الْمُتَوَلِّي والرَّافِعِي، ولفظه: وقيل: إن فسخ الزوج فعلى الخلاف، وإن فسخت هي لم يجز التعريض بخطبتها، قولًا واحدًا؛ لأنها رغبت عن صحبته، فلا يؤمن كذبها في انقضاء العدة إذا وجدت راغبًا، انتهى.

وقد اشتمل كلام «المطلب» على نقل هاتين الطريقتين [وعكسهما المتولي، ولعله سهو]. وأما البائن بثلاث أو لعان أو رضاع فالمذهب القطع بالجواز، وقيل: على القولين، ثم لا فرق [في هذه الصور] بين ذات الأقراء والأشهر، وقيل: إن كانت عدتها بالأقراء حرم قطعًا؛ لاحتمال الكذب، ويحل للمعتدة عن وطء الشبهة قطعًا، وقيل: على القولين، قال الْمَاوَرْدِيُّ: والمعتدة بالردة كالرجعية فلا يحل التعريض لها.

قال: ولا يجوز للمطلق ثلاثًا أن يخطبها، أي: لنفسه تصريحًا، ولا تعريضًا، وحكم جوابها تعريضًا وتصريحًا حكم الخطبة، وجميع ما ذكرناه في غير ذي العدة، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فيها فله التصريح، والتعريض.

تنبيه: سبق تفسير التعريض، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: ولو قال: عندي جماع مُرْضٍ، فقد عرض بالخطبة تعريضًا محرمًا، وأنهاه عنه لأنه فحش، قال صاحب «الإفصاح» في «تعليقه» عن ابن أبي هريرة: التعريض بالخطبة ضربان: محظور ومباح، فالمحظور: أن يقول: إني لقادر على جماعك، ولعل الله يرزقك من يجامعك، قاله أبو الطيب في «المجرد»، وقول «الروضة»: قال أصحابنا: يكره التعريض بالجماع للمخطوبة لا ينافي ذلك، فاعلم.

---

(١) في نسخة: (واتحاد رتبة).

(٢) في نسخة: (وأثبتوا).

وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، ....

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ في «الإقناع»: لا يجوز التصريح بخطبة المحرم، ولا محرمة، ويجوز التعريض بهما.

قال: وإذا استعمل الحر نكاح أربع حرم أن يَخطب أو يُخطب، هذا لفظه، وقال في كتاب الحج من «الروضة»: المستحب ترك الخطبة للمحرم، والمحرمة، وتمام المسألة في كتاب النكاح، لم يذكر هنا شيئًا، وظاهر نص «الأم» التحريم له ولغيره، حيث قال: وأكره للمحرم أن يخطب على غيره، كما أكره أن يخطب على نفسه، ولا يفسد بمعصيته بخطبة النكاح الحلال، انتهى.

وهذا ما رواه الرُّويَانِي عن صاحب «التقريب»، وأنه يحرم على المحرم الخطبة، وقوله ﷺ: «ولا يخطب» أن معناه أنه لا يخطب المرأة لنفسه أو لغيره، وقال الفارقي: المراد به الخُطبة بين يدي العقد، وهي: الحمد لله. . . . إلى آخرها، وهذا غلط.

قال: (وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ)؛ لقوله ﷺ: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ»(١) متفق عليه، ولما فيه من الأذى والتقاطع غالبًا، وقد شمل كلام المصنف كل خاطب، وفيه إشكال.

أما [تحريم] الخطبة على خطبة المسلم الجائز الخطبة فلا شك فيه، وأما الخطبة على خطبة الذمي ففيها وجهان: المشهور: التحريم، وقوله في الحديث: «عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» خرج على الغالب، وهل المعاهد والمستأمن كالذمي؟ فيه احتمال الأقرب عندي، نعم كفًا للأذى عنهما، وأما من لا أمان له ولا عهد، فالوجه جواز الخطبة على خطبته، لا ما أفهمه كلام المصنف، وهل المرتد مثله؟ فيه نظرٌ.

تنبيهات: منها: يستثنى من إطلاقه التحريم الحربي، والمرتد كما أبديناه، ومن خطب رجعية في العدة، ومن رجع عن إجابته، أو صرح هو بالإعراض، أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة، أو طال الزمان بعد إجابته

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٦)، ومسلم (٢٥٣٠).

....

بحيث يعد معرضًا، قاله الإمام، ويشبه أن يستثنى الخطبة على خطبة الذمي المسلمة، أو المطلق ثلاثًا لمطلقته، والملاعن لها، ومن تحته أربع على ما اقتضاه كلام «الإقناع» السابق من تحريم الخطبة عليه، فإن صح هذا ألحق به خطبة المرأة على من يحرم الجمع بينهما وبينها، وفي ذلك في تحريم خطبة الخامسة، نظر إذا كان عازمًا على أنه إن أجيب، طلق إحدى الأربع، والأخت مثلًا، ويشبه أيضًا إلا يعتبر خطبة العبد والسفيه بغير إذن السيد والولي، ويقوي ذلك إذا لم نوجب إجابتهما، ومنعهما السيد والولي من الخطبة، وذكر ابن الرِّفْعَة أنه لا فرق في المنع بين الخطبة على خطبة المحرم وغيره، قال: وقيل: يجوز بناءً على أنه لا يجوز له الخطبة، انتهى.

وقد علمت أنه نص «الأم» وإنما قال ابن الرِّفْعَة ما قال بناءً على أنه لا يحرم ذلك على المحرم كما سبق، ولهذا يظهر لك صحة استثناء أكثر الصور التي أبديناها، وحينئذٍ يمكن أن يقال: الضابط من حل له الخطبة، وكان محترمًا بعهد أو ذمة، حرمت الخطبة على خطبته إذا صرح بإجابته إلا بإذنه.

ومنها: استثناء ما إذا أذن له الخاطب، نطقت به السُّنة، وأطلق الفقهاء الجواز، ولا شك إذا ظهر رضاه بذلك، أو خفي علينا حاله بناءً على ظاهر الإذن، أما لو أذن مع ظهور الكراهة عليه كذلك، وإنما حمله على الإذن الحياء أو الخوف من المستأذن، ونحو ذلك، فلا يظهر الجواز، والحديث محمولٌ على القسم الأول.

ومنها: قدمنا أن رجوعهم عن الإجابة يتجه، ويكون بمنزلة الإذن، وينبغي أن يكون ذلك بعد علم الخاطب برجوعهم، أو اشتهاره.

قال الصيمري: ولو خطب خمسًا دفعة؛ فأذن، ثم نكح أربعًا، حلت خطبة الخامسة.

قال: ولو خطب واحدةً، حلت خطبة الخامسة، وفيه نظر، والمختار: المنع؛ إذ قد يرغب في الخامسة.

فَإِنْ لَمْ يُجَبْ وَلَمْ يُرَدَّ، لَمْ تَحْرُمْ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: إنما تكون بالخطبة على خطبة غيره عاصيًا، إذا كان بالنهي عن ذلك عالمًا.

ومنها: قول المصنف: «من صرح بإجابته» يقتضي أنه إذا عرض له بالإجابة لا تحرم الخطبة على خطبته، وفيه نظر، إذا كان التعريض ظاهر في الإجابة، وإن لم يبلغ الصراحة، وسنذكر ما يتجه في ذلك، وقد قال الشَّافِعِي في «البويطي»: وإذا وعد، أي: الولي المخير رجلًا، فلا يخطب على خطبته.

قال في «الروضة»: وصريح الإجابة أن يقول: أجبتك إلى ذلك، أو يأذن لوليها أن يزوجها إياه، وهي معتبرة الإذن.

قال: (فَإِنْ لَمْ يُجَبْ وَلَمْ يُرَدَّ؛ لَمْ تَحْرُمْ فِي الْأَظْهَرِ) إذ ليس فيه إبطال ما تقرر بينهما، وهذا ما نسب إلى «الجديد» ويدل له حديث فاطمة بنت قيس في «الصحيح» والظاهر أنها لم تستعف ولم ترد.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: ودلالته من وجهين:

أحدهما: أن أحد الرجلين خطبها بعد صاحبه.

والثاني: أنه ﷺ خطبها لأسامة بعد خطبتهما، والثاني: وهو المحكي عن «القديم» المنع؛ لإطلاق الحديث، وقد اقتضى إطلاق المصنف بأن القولين سواء وجد ما يشعر بالرضا أم لا، وهو قضية كلام القاضي الحسين والإمام، وقضية كلام «الحاوي» و«الشامل» وغيرهما أن محلهما إذا وجد ما يشعر بالرضا.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: بأن تقدر صداقها أو تشترط شيئًا ولم تأذن في العقد.

قال الرَّافِعِي: وأقام مقيمون ذلك بطريقتين، ويجوز ألا يجعل خلافًا محققًا، ويحمل الأول على سكوت لم تقرر به ما يشعر بالرضا، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن وجد قرينة ظاهرة تشعر بالرضا حرمت الخطبة، وإن وجدت قرينة ظاهرة تؤذن بالرد جازت الخطبة قطعًا، وتخصيص الخلاف بما إذا انتفى الأمران، وحكى الداركي أن الخلاف في سكوت البكر، أما سكوت الثيب فلا يمنع بحال.

وَمَنْ أُسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَرَ مَسَاوِئَهُ بِصِدْقٍ.

قلت: والمذهب التفصيل؛ لأنه قال في أحكام القرآن من «الأم»: إن السُّنة دلت على أنه إنما نُهِي أن يخطب على خطبة أخيه، إذا كانت راضيةً، ورضاها إن كانت ثيبًا، أن تأذن في النكاح بنعم، وإن كانت بكرًا أن تسكت فيكون ذلك إذنها.

وقال في كتاب التعريض من «الأم»: وإذا أذنت المرأة لوليها في نكاح رجل بعينه لم تجز خطبتها في تلك الحال، فإذن الثيب: الكلام، والبكر: الصمت، فهذان النصان صريحان فيما ذكرناه، والمذهب نقل وجمع ابن الرِّفْعَة عند عدم التصريح بالرد، والإجابة أربعة أقوال: أصحها: لا يحرم، وثانيها: يحرم، وثالثها: يحرم عند التعريض بالإجابة لا عند الإمهال للمشاورة، ورابعها: يحرم فيها ولا يحرم في حال السكوت، قال: ويجيء خامس: أن سكوت الثيب لا يمنع بخلاف البكر، انتهى. والمذهب: ما حررناه، وعجب قوله: ويجيء خامس مع ما نقلناه عن «الأم» والله أعلم.

فرع: يجوز خطبة من لم تدرِ أخطبت أم لا؟ ومن ثم لم تدرِ أجيب خاطبها أم لا؟ وفيه احتمال لصاحب «الذخائر» أنه يجب عليه التوقف حتى يعلم الرد، انتهى. وهو قوي إذا كان الخاطب ممن يجاب غالبًا.

فرع: المعتبر في المجبرة رد المجبر وإجابته، وفي غيرها هي، وفي الأمة غير المكاتبة السيد أو وليه، وفي المبعضة والمشتركة هما، قالوا: وفي المجنونة السلطان، وكأنه فيما إذا كان هو الولي، نعم إذا قلنا: تجاب البكر إلى معينها كفى في التحريم إجابتها، وكذا لو دعت إلى كفء ولم يدع الولي إلى غيره فتكفي إجابة أحدهما؛ لأنه يلزمه تزويجها حينئذٍ.

قال: (وَمَنْ أُسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَرَ مَسَاوِئَهُ بِصِدْقٍ) أي: يجوز له ذلك، ولا تكون غيبة محرمة؛ إذا قصد بها النصيحة، وليس المراد الاستغراق؛ بل إنما يذكر منها ما يحتاج إليه، وهو ما يحصل به الغرض، وهاهنا أمران: أحدهما: أنه لا يحل له ذكر المساوئ إذا اندفع المستشير بدون ذلك؛ كقوله: لا حاجة لك

....

به، أو لا خير لك فيه، أو لا يصلح لك ونحوها، وهو ظاهر إذا علم أنه يقنع به، وفيه وقفة من جهة أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس ما قال، ولا شك أنه لو قال لها: لا مصلحة لك فيهما ونحوها لقنعت بذلك ورضيت؛ ولأن مع الاحتمال يبقى في قلب المستشير شيء، وربما ظن خطأ المشير أو عدم نصحه، **الثاني**: عبارة الشيخين يجوز كذا، وينبغي أن يجب ذكرها عند الحاجة، كما يجب إعلام المشتري بالعيب وأولى؛ بل أوجبوا عليه إعلامه بعيب السلعة وإن لم يستشره فيها، وكأنهم أرادوا هنا بيان أن هذا ليس من الغيبة المحرمة، وإذا ارتفع التحريم بقي وجوب النصيحة معلوم من القاعدة، وما يتوهم من الفرق بين البابين خيال؛ بل النصيحة هنا آكد وأوجب، ثم رأيت بعد هذا صاحب «الترغيب» - رحمه الله تعالى - قال بخطه: ويجب ذكر معايب الخاطب ليحذر، وقضية كلامه أنه يجب على من علمها ذكرها نَصِيحَةً كما في البيع، وهو ظاهر إذا علم أنه لا يتهم، ورأيت في «فتاوى» **الْقَفَّال** في كلامه على غيبة الفاسق أنه إذا أراد إنسان مشاركته أو مناكحته فسأل عنه أن على المسؤول أن يبين لأنه استنصح فمن حقه أن ينصح، وممن صرح بوجوب ذكرها نصيحة ابن عبد السلام في «قواعده» وابن الصلاح في «فتاويه» واقتضى كلامه وجوب ذلك ابتداءً من غير استشارة، ولا خفاء أن حكم الاستشارة في المخطوبة كذلك.

ورأيت في «صحيح الحاكم»: «**أَنَّ أَخَا لِبِلَالٍ خَطَبَ امْرَأَةً فَقَالُوا: إِنْ يَحْضُرْ بِلَالٌ زَوَّجْنَاك، فَحَضَرَ، فَقَالَ: أَنَا بِلَالٌ وَهَذَا أَخِي، وَهُوَ امْرُؤٌ سَيِّئُ الْخُلُقِ وَالدِّينِ**» الحديث صححه الحاكم (٣/ ٣٢٠) وأقره شيخنا الذهبي في «تلخيصه».

فائدة: لو استشير في أمر نفسه، فهل يذكر بعض مساوئها جوازًا أو وجوبًا؟ لم أرَ فيه شيئًا، والوجوب مطلقًا لعبد، بل عليه النصح احتمالًا بأن يقول: فيَّ ما لا يلائمكم، ويجوز ذلك، ويقيد جواز مالا يباح له التحدث به من فاحشة ونحوها، ولا حرج في قوله: عندي شح، أو خلقي شديد، ونحوهما، فلو كان عنينًا أو أشل الذكر ينبغي له أن يبين حاله وجوبًا إذا لم يكف القول إجمالًا، كما لو كان به برص ونحوه من العيوب.

وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ قَبْلَ الْخِطْبَةِ وَقَبْلَ الْعَقْدِ، وَلَوْ خَطَبَ الْوَلِيُّ فَقَالَ الزَّوْجُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبِلْتُ صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الصَّحِيحِ، بَلْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ.

قال: **(وَيُسْتَحَبُّ)** أي: للخاطب أو نائبه.

(تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ) أي: بضم الخاء.

و**(قَبْلَ الْخِطْبَةِ)** أي: بكسرها، ويستحب أن يخطب الولي ثم يجيب أيضًا فيقول الخاطب: الحمد لله، والصلاة على رسول الله ﷺ.

قال الرَّافِعِي: ويوصي بتقوى الله، ثم يقول: جئتكم خاطبًا كريمتكم، ثم يخطب الولي، ثم يجيب.

قال: **(وَقَبْلَ الْعَقْدِ)** أي: وأخرى قبل العقد، قال الرَّافِعِي: لحديث: «**كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ...**»⁽¹⁾ الحديث، وقال غيره: لحديث ابن مسعود ﵁ المشهور الذكر هنا حسنه الترمذي، ومتى وجبت الخطبة حصل الاستحباب، وإن كان من أجنبي.

قال: **(وَلَوْ خَطَبَ الْوَلِيُّ)** أي: ثم أوجب.

(فَقَالَ الزَّوْجُ: الْحَمْدُ لِله وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ الله ﷺ قَبِلْتُ؛ صَحَّ النِّكَاحُ عَلَى الصَّحِيحِ) لأنها من مصالح العقد، ولا يدل على إعراض؛ بل التشاغل تشاغل بمقدمات العقد هنا ما نقله الرَّافِعِي عن معظم العراقيين وغيرهم، والثاني: لا يصح؛ لأنه يحلل بينهما ما ليس من العقد، وصححه الْمَاوَرْدِيُّ، وقال: إنه الظاهر من قول أصحابنا كلهم، ونسب الأول إلى ترجيح الشيخ أبي حامد، وحكاه فيه.

قال: **(بَلْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ)** نقله الرَّافِعِي في «الشرحين» عن العراقيين وقالوا للنكاح خطبتان مسنونتان واحدة تتقدم على العقد، وأخرى تتخلله [هكذا] نقل الْمَاوَرْدِي.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٠، رقم ١٨٩٤)، والبيهقي (٣/ ٢٠٨، رقم ٥٥٥٩)، والدارقطني (١/ ٢٢٩).

قُلْتُ: الصَّحِيحُ لَا يُسْتَحَبُّ، وَالله أَعْلَمُ، فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ لَمْ يَصِحَّ.

قال: (**قُلْتُ: الصَّحِيحُ لَا يُسْتَحَبُّ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) هو كما قال إن لم يثبت فيه شيء، والخروج من الخلاف في الإبطال أولى من الاستحباب ما لم يرد، به توقيف، وإن كان ما قاله مخالف لكلام «الشرح» و«الروضة» فإن حاصل عبارتهما وجهان: أحدهما: البطلان، والثاني ونسباه إلى الجمهور: استحباب ذلك فالقول: بأنه لا يستحب، ولا يبطل خارج عن كلامهما، ولم أر من قال: لا يستحب ولا يبطل فضلًا عن ضعف الخلاف، وإنما جعله المعظم كما نقلاه نسبة، ومتى قيل: لا يستحب اتجه البطلان، كما رواه الْمَاوَرْدِيُّ عن الأصحاب؛ لأنه غير مشروع كالكلام الأجنبي، وقد يقال: بأنه غير دالٍّ عن الإعراض بخلاف الكلام الأجنبي، وفيه نظر، فإنه لو قال: متى الدخول أو الزفاف، ونحوهما، فالظاهر: أنه يضر، وإن دل على الرغبة لا الإعراض، وقوله: قبلت، صح يفهم الاكتفاء بها، وليس كذلك، والقصد هنا بيان أن تحلل الخطبة بين لفظيهما لا يضر؛ لإثبات اللفظ الذي ينعقد به النكاح فكذلك يسمح في حكمه بالصحة بقوله: قبلت.

قال: (**فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ**) أي: بين الإيجاب والقبول.

(**لَمْ يَصِحَّ**) أي: العقد بلا خلاف، قال الرَّافِعِي: قال الأئمة: موضع الوجهين ما إذا لم يطل الذكر بينهما؛ فإن طال قطعنا ببطلان العقد، ويجوز أن يقال: إذا كان الذكر من مقدمة القبول وجب ألا تضر إطالته؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

قلت: وعلى هذا البحث ينطبق قول صاحب «الكافي» بعد ذكره: إنه تسن خطبتان، والأولى: أن يأتي برواية ابن مسعود ﷺ: «الحمد لله نحمده ونستعينه» فذكرها بطولها، وضم إليها الآيات المشهور [قراءتها] قبيل العقد [ثم قال: وتحلل هذه الكلمة بين الإيجاب والقبول هل يمنع العقد؟] وجهان، فافهم جريان الوجهين في حالة الإطالة، وإن صح حصل ثلاثة أوجه.

تنبيهات: أحدها: لا يتقيد عدم الإبطال بالخطبة بما ذكره المصنف فقط من قوله: «الحمد لله والصلاة على رسول الله ﷺ»؛ بل لا يضر ضم الوصية

فَصْلٌ إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ، وَهُوَ زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُك، وَقَبُولٌ: بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُ أَوْ نَكَحْتُ أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا، ....

بالتقوى إليه صرَّح به الْبَغَوِي والقائلون بالاستحباب، ويشبه أنهم يغتفر بعد قوله: رسول الله ﷺ، ولا يكون ذلك إطالة عندهم.

ثانيها: حكي عن الْقَفَّالِ أنه ضبط الطول المانع من صحة العقد بأن يكون قدرًا لو كانا ساكنين فيه يخرج الجواب عن كونه جوابًا، يعني أنه يرجع فيه إلى العرف، وقيل: وكلام غيره يخالفه.

ثالثها: لو تخلل كلام يسير لا يتعلق بالعقد، ولا يستحب فيه أبطل على الأصح في أصل «الروضة»، وذكر في كتاب الخلع ما قد يخالف هذا، وسنذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ، ويشبه أنه لو عطس فحمد أو شمت عاطسًا بينهما لم يضر؛ لعدم إشعاره بالإعراض، وهل رد السلام كذلك فيه احتمال، وقد يفرق بين رد الموجب، وتشميته، وبين رد القائل؛ لأنه اشتغل بغير القبول.

قال: (**فَصْلٌ: إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيجَابٍ وَهُوَ: زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُك، وَقَبُولٌ: بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ: تَزَوَّجْتُ، أَوْ نَكَحْتُ، أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا**) أي: ونحوها مما ينصرف منه لفظتي: التزويج والإنكاح، دون غيرهما؛ لما سيأتي، وأما اعتبار أصل الإيجاب، والقبول فبالاتفاق كسائر العقود، وهو أولى.

إشارة: وقد يفهم كلامه اشتراط التخاطب؛ لكنهما قالا: اللفظ «للروضة»: لو قال المتوسط للولي: زوجته بنتك؟ فقال: زوجت، ثم أقبل على الزوج، فقال: قبلت نكاحها؟ فقال: قبلت، صح على الأصح لوجود الإيجاب والقبول مرتبطين، ومنعه الْقَفَّالُ؛ لعدم التخاطب، انتهى.

وقال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: لا يجوز قولًا واحدًا، ويجب أن يحصل اللفظين من الزوج والولي أو ممن يقوم مقامهما من الوكلاء، انتهى.

وعبارة الْبَغَوِي والرَّافِعِي: فقال: قبلت بغيرها، وفي نسخ الرَّافِعِي: قبلت نكاحها، وهو مراده، والْبَغَوِي بقبلت، وأما قول «الروضة»: قبلته فيوهم أن الهاء تقوم مقام قوله: نكاحها، وليس بجيد، وعبارة «الكافي»: فقال: زوجت

وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ، ....

ابنتك من فلان؟ فقال: زوجتها منه؟ ثم قال للمخاطب: وأنت تزوجتها؟ فقال: تزوجتها منه، يصح على الأصح، انتهى.

واعلم أن الموجود في «فتاوى» الْقَفَّال ما حكمنا بأنه الأصح هنا، وفي البيع، وعن القاضي أبي عاصم العامري الحنفي أنه قال: الأقرب إنه لا يجوز، نعم نسب الإمام المنع في البيع إلى الأصحاب، وبه جزم كثيرون. وقال القاضي الحسين في كتاب الوكالة إنه المذهب، والظاهر أن مَنْ منع هناك منع هنا من باب الأولى [تقدم أو تأخر].

تنبيه مهم: [اعلم أن ظاهر كلام المصنف يقتضي أنه يكفي في القبول قول الزوج: تزوجت أو نكحت من غير زيادة، وفيه نظر؛ لأن اللفظة مترددة بين الإخبار والقبول، وقد قال البغوي في «تعليقه»: لو قيل للولي: زوجتها من فلان فقال: زوجتها من فلان، وقيل للخاطب: تزوجت؟ فقال: نعم تزوجت، قال أصحابنا: لا يصح؛ لأنه إخبار لا عقد، وأيضًا فقد قالوا في الرجعة: إنه لا بُدّ من وصل لفظه بما يدل على المرأة من اسمٍ أو ضميرٍ أو إشارةٍ فلو اقتصر على قوله: راجعت كان لغوًا، ولم يفرقوا بين كونه قال ذلك جوابًا لمن التمس منه الرجعة أم لا، وما نحن فيه أولى بالمنع فيما يظهر؛ فتأمله].

قال: (**وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ**) أي: لحصول المقصود تقدم أو تأخر، كما لو قال: تزوجتها أو نكحتها، فقال الولي: زوجتك أو أنكحتك، قال في «الأم»: لو قال: جئتك خاطبًا لفلانة فزوجنيها، فقال: زوجتكها، ثبت النكاح، ولم يحتج إلى القبول.

قلت: ويخرج من لفظ المصنف أنه لو قال الزوج أولًا: قبلت نكاح ابنتك، فقال: زوجتك، أنه يصح كما لو قال ابتداءً: تزوجت ابنتك أو نكحتها، وفيه نظر، ولم تتضمن عبارة «الشرحين» و«الروضة» ما تضمنته عبارة الكتاب كما ذكرته في «الغنية» نعم ذكر فيما بعد تبعًا للبغوي أنه لو قال وكيل الزوج أولًا: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها فلانًا، جاز وليس بمتفق عليه.

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ الْإِنْكَاحِ. وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وصرح في «الكافي» بأنه لو قال الزوج: قبلت نكاحها، ثم قال الولي: أنكحتك منك، يصح، ورأيت من جزم هنا بالمنع، وسبق في البيع ما في ذلك من النزاع، والخبط، فحصل خلاف فيهما إلا أن يتضح فرق بين البابين.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوْ الْإِنْكَاحِ**) أي: دون لفظ الهبة والتمليك ونحوهما؛ لأن النكاح نوع من العبادات، والأحكام في العبادات تتلقى من الشرع والقرآن ورد بهذين اللفظين فقط، فوجب الوقوف معها تقيدًا واحتياطًا.

إشارات: أفهم كلامه أنه لا ينعقد بالمكاتبة، وهو المشهور، وقيل: ينعقد بها مع الغيبة، ونقله الجوري وغيره عن النص، وقيل: ومع الحضور أيضًا هذا في الناطق. وأما الأخرس، فقال في «شرح المهذب»: إنه ينعقد النكاح منه بالكتابة بلا خلاف، وفيه نظر؛ لأن كتابته كتابة في الطلاق على الصحيح عنده، وقيل: صريح فكيف ينعقد نكاحه بها بلا خلاف، والعقود أغلظ من الحلول، وفي كتاب «الحاوي» تفصيل بين الأخرس الخلقي والطارئ يأتي بيانه - إن شاء الله تعالى- وافهم أيضًا أنه لا ينعقد بالإشارة، وهو كذلك في غير الأخرس، وأما الأخرس المفهم فنقل الاتفاق أنه لا ينعقد نكاحه بإشارته، وأنه لو خاطب غالبًا بالتزويج، ثم بلغه ذلك بكتاب وخبر، فقبل النكاح أنه يصح وفي «الروضة» أنه لا يصح على الصحيح، وفي «الشامل» لو قال: زوجت فلانة من فلان، فبلغه، وقبل: لم يصح.

قال: (**وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ اعتبارًا بالمعنى، ووجه المنع التعبد باللفظ كقراءة القرآن، وأصل الخلاف طريقان:

إحداهما: أنه لا ينعقد مع القدرة على العربية، ومع العجز وجهان.

والثانية: عكسها فحصل وجه أوجه.

ثالثها: انعقاده من العاجز دون القادر، وفي «البسيط».

وجه رابع: فارق بين من يمكنه التعلم، وإن عجز في الحال من غيره.

واعلم أنه لا بُدَّ أن يأتي بما يعده أهل ذلك اللسان صريحًا في لغتهم، وأن

لَا بِكِنَايَةٍ قَطْعًا، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ فَقَالَ قَبِلْتُ لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

يكون شاهدا العقد يعرفان ذلك، وأن يفهم كل واحد من المتخاطبين كلام الآخر؛ فإن لم يفهم وأخبره ثقة ففي الصحة وجهان.

قلت: الظاهر المنع، وفي اشتراط التوافق بين اللغتين وجهان، وفي «النهاية»: والأقرب عدم اشتراطه، والظاهر أنه لو تخاطب به عجميان بالعربية وهما لا يعرفانها، أو العربيان بالعجمية وهما لا يعرفانها أنه لا يصح، وهل يجيء هنا ما يذكر في الطلاق؟ فيه نظر، وقول المصنف: «بالعجمية» المراد بها سائر اللغات كما قاله في «المحرر»؛ لأن العجمية ضد العربية.

قال: (لَا بِكِنَايَةٍ قَطْعًا)؛ إذ لا يطلع الشهود على النية.

فروع: لا بدَّ من تعيين كل واحد من الزوجين، وإذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إضراره عليه، وبقاء أهليته إلى أن يتم الشق الآخر، وبقاء أهلية المرأة المعتبرة الإذن إلى أن يتم العقد، وقياسه بقاء بكارة المجبرة إلى تمامه، ولا بد من الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما سبق في البيع، وروى الهروي عن العراقيين الاكتفاء بوجود القبول في مجلس الإيجاب، وردَّ عليه في «الروضة» وحكم بأن الصحيح اعتبار الضرر واعتقاد الفصل اليسير دون الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، انتهى.

قال الْمُتَوَلِّي: ويشترط للصحة علم الزوج أنها تحل، فلو كان لرجل بنتان إحداهما محرمة على رجل برضاع أو مصاهرةٍ، فقال: زوجتك بنتي هذه، أو بنتي فلانة، ولم يعلم الزوج أنها الأخرى لم يصح؛ لأن الحل في النكاح لا يتأخر عن العقد، ولا يمكن القول بالحل مع التردد فيها، ولو قال: زوجتك التي تحل لك، لم يصح؛ لأنها مجهولة.

قال: (وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ، فَقَالَ: قَبِلْتُ) أي: مُقتصِرًا عليه، ولم يقبل نكاحها، أو تزويجها، أو هذا النِّكاح، أو التزويج ونحوها.

(لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ)؛ لأنه لم يوجد منه تصريح بواحد من لفظ النكاح، والتزويج، والنكاح لا ينعقد بالكنايات، ووجه الصحة انصرافه إلى ما

وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ: تَزَوَّجْهَا فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ صَحَّ.

وجّه له، والحاصل طُرُق:

أصحها: فيه قولان عزاهما العمراني إلى الأكثرين، واقتصر عليهما جماعة، أظهرهما: عدم الانعقاد، وغلّط في «الشامل» مَنْ قال بخلافها، وهي قضية عبارة «المحرر».

والثانية: القطع بالفساد.

والثالثة: القطع بالصحة، وهي ما يفهمه كلام الكتاب، ولم أر مَنْ رجحها، ولو قال: قبلتها، قال الإمام ومن تبعه: فالخلاف مرتب، وأولى بالصحة.

قلت: والأصح، عدم الانعقاد أيضًا؛ لعدم اللفظ المعتبر، وكذا لو قال: قبلته، وكلام «الروضة» في مخاطبة المتوسط بينهما يقتضي الصّحة، وليس بصواب.

فرع: لو قال: نعم، بدل قبلت، لم ينعقد قطعًا، وقال الصَّيمريُّ: هو كقبلت، ولو قال: زوجني، فقال: قد فعلتُ ذلك، أو نعم، فأقيس الطريقتين، كما قاله الرَّافِعِي: إنه على الخلاف، وقيل: لا يصح قطعًا، وبه أجاب الْمَاوَرْدِيُّ، وقد قيل عكسه [حكاه الدَّارميُّ في قوله: قد فعلت أو أجبتك، وقد طرد الدارمي الخلاف فيهما، وفي قوله قد ملَّكْتُكَ ما طلبت] والمذهب البطلان في الجميع إذا صحَّحنا بقوله له: قبلت فقط.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: يكون قبولًا للنكاح والمهر معًا، بخلاف قوله: قبلت نكاحها، فإنه لا يثبت إلا مهر المثل؛ لأن القبول المطلق يرجع إلى جميع ما تقدم من النكاح والصداق، بخلاف: قبلت نكاحها، كذا جزم به هنا، وذكر في الخلع أنه أظهر الوجهين، وفرَّق بينه وبين البيع، بأن البيع لا ينعقد إلا بالثمن، ولو قال: الموجب: زوجت لك، أو إليك، صح، والخطأ في الصيغة؛ إذا لم تحل بالمعنى كالخطأ في الإعراب، قاله الْغَزَالِيُّ في «الفتاوى».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ، أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ: تَزَوَّجْهَا، فَقَالَ: تَزَوَّجْتُ، صَحَّ**)؛ لوجود الاستدعاء الجازم، والإسعاف باللفظ المعتبر،

……………………………………………………………………

وقيل: على الخلاف المذكور في البيع، ذكره الرَّافِعِي نقلًا في الأولى، وبحثًا في الثانية، فقال: وقد حكينا عن بعضهم المنع، ويمكن أن يقال بمثله هاهنا.

قلت: وعلى المنع هنا في الثانية، اقتصر الْمَاوَرْدِيُّ، وسليم الرازي في «المجرد»، و[الرُّويَانِي في «البحر»][1] وهو قضية قول مَنْ شرط التخاطب في مسألة «الوسيط»، وقد نقله الإمام، وغيره في البيع عن الأصحاب، وقال القاضي الحسين: إنه المذهب، والمنع هنا هو المختار، وقال الدارمي وغيره: هنا لا يصح قولًا واحدًا؛ بل لا بد أن يوجد اللفظ من الزوج والولي، وسبق أنه حكى الإجماع في قوله: اشترِ عني، والنكاح أولى بمزيد الاحتياط، وقول الولي: «تزوجها» يحتمل العرض والبذل، وقوله: «زوجت» يحتمل القبول، والإخبار بأنه قد تزوج، وحينئذٍ فكيف يمكن الشهادة عليه القبول مع هذا الاحتمال ولهذا عبارة فقال: تزوجها، وقد أطلقوا في الرجعة أنه لا بد من وصل اللفظ بما يدل على المرأة من اسم، أو ضمير، أو إشارةٍ، كقوله: راجعت هذه، أو فلانة، أو راجعتها، ولم يفرقوا بين كون ذلك جواز التماس الرجعة منه أو لا، والنكاح أحق بذلك، وسبق عن «تعليق» الْبَغَوي عن الأصحاب، ما هو صريح في عدم الصحة.

فرع: لو قال الخاطب للولي: قل: زوجتكها، ولم يقل: زوجنيها، فقال: زوجتك، قال الشيخ أبو محمد: لا بدَّ من القبول هنا، قال الإمام: وهو حسنٌ لطيفٌ.

إشارة: ظاهر عبارة المصنف تقتضي أنه لا ينعقد النكاح إلا بالإيجاب والقبول على الوجه الذي ذكره، فعلى هذا لو قال بعد إيجاب معتبرٍ: قبلت النكاح، أو التزويج، لم يصح، وقد حكى الرَّافِعِي في هذه الصورة تبعًا للإمام خلافًا مرتبًا على قوله: «قبلت» وأولى بالصحة، وهو غريب لم أره إلا في «النهاية» وفروعها، والوجه فيهما الجزم بالصحة، وقد نقل الشيخ أبو حامد،

---

(١) في نسخة: (الروياني في الحلية).

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ، وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ فَقَالَ إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طُلِّقَتْ وَاعْتَدَّتْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ ....

والمحاملي في «التجريد» الاتفاق عليه، وعليه جرى العراقيون، والْبَغَوي في «تعليقه»، ونقله الشيخ أبو حامد عن «الأم» فقال: لو قال الولي: زوجتك، فقال الزوج: قبلت، لم ينعقد النكاح؛ حتى يقول: قبلت النكاح أو التزويج، فهذا نص صريح في المسألة، ومثله قوله في «البويطي»: ومتى تزوَّج بغير اسم التزويج، أو النكاح، فلا يجوز إذا قال الولي: قد زوجتك، فقال: قد قبلت، أو قد رضيت، أو ما أشبه هذا، لم يكُن شيئًا حتى يقول: قد قبلت التزويج أو النكاح، انتهى.

فرع: لو قال: زوجتك فلانة فقال: رضيت نكاحها، وحكى الوزير ابن هبيرة الحنبلي في «إشرافه» إجماع الأئمة الأربعة على صحته، ولم أرَ هذا في شيء من كتب المذهب، نعم، صرح به بعضهم في البيع، فإن كان أخذ نصَّ البويطي المذكور قريبًا، ففيه نظر!

فرع: قال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لو قال: زوجتك ابنتي على ألف درهم مؤجلةٍ إلى شهرٍ، فقبل منه قبل فراغه من آخر حرفٍ من هذا الكلام، لا ينعقدُ النكاح كالبيع.

قلت: ويحتمل أن يقال: إذا تمَّ الإيجاب، فقبل بعده، وقبل ذكره المهر أنه يصح، والفرق بين الصداق والثمن ظاهرٌ، وهذا الاحتمال ظاهر على طريقة العراقيين فيما يظهر، لا على طريقة المراوزة.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ**) كقوله: إذا غربت الشمس مثلًا فقد زوجتك؛ لأن البيع وسائر المعارضات لا تقبله، فالنكاح مع اختصاصه بمزيد الاحتياط أولى.

قال: (**وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ: إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طَلُقَتْ وَاعْتَدَّتْ**) أي: ونحو ذلك كقوله لمن تحته أربع نسوة: إن كانت ماتت إحداهن فقد زوجتك ابنتي، أو إن كنت ورثت هذه الجارية.

(**فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا**) ثم بان الأمر كما قال: (**فَالْمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ**) أي: لفساد

....

الصيغة، هذا ما قطع به الجمهور، وقيل: وجهان، كمن باع مورثه ظانًا حياته فبان ميتًا، كذا قال في «الروضة» فصرَّح بطريقتين، وعبارة الرَّافِعِي: فقد تثبت هذه الصور على كذا إن قلنا: لا يصح العقد هناك مع أنه أطلق فهنا أولى، وإن قلنا: يصحُّ، ففي هذه الصور وجهان: أحدهما: يصح؛ لأنه صرَّح بمقتضى العقد، وأصحهما وهو الذي أورده الأكثرين: أنه لا يصح؛ لفساد الصيغة، انتهى.

قيل: قوله: إن قلنا: هناك، لا يصح إلى آخره، فيه نظر؛ لأن مأخذ البطلان [هناك] تلاعبه باعتقاده الحياة، وهنا ليس كذلك، فيمكن أن يقال: بالصحة هنا، وإن قيل: هناك بالبطلان.

إشارة: في تصوير صحة الإذن من المزوجة نظر، وكلام الْبَغَوي في «الفتاوى» و«الروضة» هنا يفهم صحته؛ ولكن المرجح في كتاب الوكالة خلافه، ولم أر في «المحرر» لفظه، واعتدت وحينئذٍ يصور في البكر والمجنونة.

فروع: قال: الْبَغَوي: لو بُشِّر ببنت، فقال: إنْ صدق المخبر [فقد زوجتكها] أنه [لا يصح] ولا يكون معلقًا؛ بل هو تحقيقٌ، وجملة الرَّافِعِي على ما إذا تيقَّن صدق المخبر، قال: وإلا فالصيغة تعليق.

قلت: وإذا كانت كذلك فالشهود لا يعلمون أنه قصد التحقيق إلا بخبره، فتبقى شهادةٌ بإقراره على إنشائه العقد، قال الْبَغَوي: وكذلك لو كان للرجل أربع نسوةٍ فأُخبر بموت إحداهن، فقال الرجل: إن صدق المخبر، فقد نكحت ابنتك، فقال: زوجتكها، يصح، وفيه ما سبق، قال الدارمي: لو قال: زوجني ما ولدت امرأتك، ولم يعلما وقت العقد، هل الولد جارية أم لا؟ لم يصح، وكذا لو علما، ولم تسمها أمها، انتهى.

وهذا عجبٌ، سبق أنه لا بد من تعيين الزوجة، فلو كانت له بنت واحدة، فقال: زوجتك ابنتي فلانة، وسماها [بغيره لم يصح](١)، وقيل: لا، واختاره الدارمي، فلو أشار إليها مع ذلك صح قطعًا، قالا: وقد يمنع هذه الصورة

---

(١) في نسخة: (اسمها).

……

العامل الآخر، والأصح فيها الصحة؛ حتى لو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار على ابنته صح، تعويلًا على الإشارة.

قلت: اقتضى كلامهما أن الصورة الأولى، فيما إذا غلط في اسمها، كذا صرحا به من بعد، وقال الفارقي: إذا قال: زوجتك هذه فاطمة، صح، سواء قصد ذلك أم غلط؛ لأن الإشارة ترفع حكم التسمية، انتهى.

ويشبه أن قوله: بنتي، إشارةٌ، قالا: ولو قال: بنتي الكبرى، وسماها باسم الصغرى، صحّ النكاح على الكبرى على الوصف، ويجيء على قياس المذكور في الواحدة أنه يبطل.

قلت: أبداه الدارمي من عنده، واختاره في الصورتين.

فرع: قال في «الروضة»: ولو قال- وله بنت واحدة اسمها فاطمة: زوجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي، لم يصح؛ لكثرة الفواطم؛ لكن لو نوياها، صح، كذا قطع به العراقيون والْبَغَوي، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرطٌ، والشهود لا يطلعون على النية، وهذا أقوى، ولفظ الرَّافِعِي: وهذا مبين، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات.

اعلم أن ما نقلاه عن العراقيين رأيته في «مجرد سليم» أو «تقريبه» أيضًا، وهو قضية ما في «الحاوي» و«المهذب»، ومنه أخذ الْبَغَوي كعادته، ونسب ابن الصباغ الصحة إلى الشيخ أبي حامد، ثم اعترض بما سبق عنه، قال في «البيان»: ولم أجد في «تعليق أبي حامد»، إلا أنه لا يصح من غير تفصيل، قال بعض شيوخنا: وكذا رأيته في «التعليق» و«التجريد»، وعلله الشيخ أبو حامد بأن هذا الاسم يقع على ابنته، وعلى غيرها، فلا تصير بذلك متميزة عن غيرها.

قال في «الروضة»: ولو كان له بنتان فأكثر اشْترِطَ تمييزًا لمنكوحة باسم، أو صفةٍ، أو هذه، أو الكبرى، قال المكتفون بالنية: لو نوى واحدةً بعينهاً، وإن لم يجر لفظٌ مميزٌ، انتهى.

وعبارة «الكافي»: لم يصح؛ حتى يميز بينهما بإشارة، أو تسمية، أو

....

صفة، أو مكان، أو تواضعا قبل العقد على واحدة منهما، ونوياها حالة العقد، والشهود كانوا عالمين بها، انتهى.

فإن كان ما ذكره من التصوير منقولًا، خفي الإشكال، وأحسبه أنه من تنزيله لكلامهم على ذلك، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد في قوله: في مسألتنا، زوجتك بنتي، إطلاق القول بأنه لا يصح.

قال: لأنه لم يميز المعقود عليها من الأخرى، فربما قال الولي: زوجتك الكبيرة، وقال الزوج: بل تزوجت الصغيرة، أو بالعكس، فيقع بينهما اختلاف لا يمكن فصله؛ لوقوع الجهالة في عين المنكوحة، فأوجب ذلك بطلان العقد.

قال: ولو قال: زوجتك ابنتي عائشة، وهو ينوي الصغيرة، وكان اسمها فاطمة، والكبيرة عائشة، وقبل الزوج النكاح في الصغيرة، صح العقد عليها؛ لاتفاق بينهما، وإسقاط حكم الاسم، فأما إذا قال: زوجتك ابنتي عائشة، وهو يريد الصغيرة، فقبل الزوج النكاح، وهو يريد الكبيرة فالنكاح في الظاهر قد انعقد على الكبيرة؛ لأنه أوجب نكاحها، وقبله، وفي الباطن هو مفسوخ، انتهى.

والعلة التي ذكرها فيما إذا قال: زوجتك بنتي، وله بنتان من وقوع النزاع على وجه لا يمكن فصله، يقتضي ألا يصح، إن قصدا معينة، وكذا إذا أشار إليها فيما إذا قال: زوجتك فلانة، وسمى ابنته، وهذا يخالف ما نقله ابن الصباغ عنه، وكأنه أخذه مما ذكره في المسألة الثانية، فإنه إذا قال: زوجتك ابنتي، وأراد الصغيرة، وسماها باسم الكبيرة فقبل الزوج، وأراد الصغيرة، وحكمنا بالصحة، وألغينا الاسم هنا، صار كأنه قال: زوجتك بنتي فقط، وأراد واحدة، وقبل الزوج، وأراد ما أوجب الولي، فهو أولى؛ لوجود الصارف هنا، وهو التلفظ بغير المنوية.

وقد حكم أبو حامد فيها الصحة، فكذا ينبغي فيما إذا كان له بنتان، وقصد معينة، وكذا في قوله: زوجتك فاطمة، وفرق بعض السلف بينهما بأن العقد في الصورة الثانية وقع معينًا في اللفظ فيمكن إثباته لو وقع نزاع شاهدي العقد مما

……………………………………………………………

تلفظا به، بخلاف المسألة الأولى، فإن المعقود عليه منهم لا يمكن إثباته عند النزاع، وصفته محتملة؛ لوجود إيهام فيها، وبما ذكرناه يخرج الجواب عن إشكال ابن الصباغ للمسائل، ففرق بين الكناية عن العقد، والكناية عن المعقود عليه إذا كانت صيغة العقد غير مخلة، انتهى.

وفي أصل «الروضة»: ولو قال: بنتي الكبرى، وسماها باسم الصغرى، صح النكاح على الكبرى على الوصف، وإذا لم يتعرض للكبرى ولا للصغرى؛ بل قال: زوجتك بنتي فلانة، وذكر اسم الكبيرة، وقصد تزويج الصغرى أو بالعكس، وقصد الزوج التي قصدها الولي، صح النكاح على التي قصداها، ولغت التسمية، وفي الاعتماد على النية في الإشكال السابق، ولو قال الزوج: قصدنا الكبيرة، فالنكاح في الظاهر منعقدٌ على الكبيرة، فإن صدق الولي في أنه قصد الصغيرة، لم يصح لأنه قبل غير ما أوجب، هكذا ذكره العراقيون والْبَغَوي، والمعتبرون النية.

قال الرَّافِعِي: وهذا يخالف مسألة منقولة، وهي أن زيدًا خطب إلى قوم، وعمرو إلى آخرين، [ثم جاء زيد إلى آخرين، وعمرو إلى الأولين، وزوج كل فريق مَنْ جاءه].

قال ابن الْقَطَّان: وقعت في أيام ابن السائب ببغداد، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين، ومعلوم أن كل واحدٍ أوجب لغيره من قبل، قال في «الروضة»: قلت: ليست هذه المسألة مثلها، والفرق أظهر من أن يذكر.

قلت: بل فيه وقفة ظاهرة عند تحقق التصوير، وقد قال: الشَّافِعِي في «البويطي»: وإن خطب رجل امرأةً، فقال: أنا فلان بن فلان الفلاني، وانتسب إلى قوم ليس منهم، فأُنكح على ذلك، فالنكاح ينفسخ؛ لأن النكاح وقع على رجل من ذلك النسب وليس منهم، وهذا الرجل خطب امرأةً وتزوجها على أنه محمد بن عبد الله القرشي، فإذا هو محمد بن عبد الله التميمي، أو إذا هو خالد بن زيد العبسي؛ لأن النكاح وقع على التسمية التي وقع عليها، فلما كانت عليه عدم فسخ النكاح؛ لأن المنسوب إليه هذه التسمية لم ينكح قط،

وَلَا تَوْقِيتُهُ، ....

وليس هذا بمنزلة العبد يعرض نفسه؛ لأن العبد قد نكح بعينه، ولم ينسب إلى غيره، قال البويطي، وأبو محمد - يعني: الربيع-: وإذا نكحت هذا الشخص بعينه، وإن قلب اسمه جاز النكاح، انتهى. فتأمل هذا النص مع ما سبق.

فرع: سبق أنه لا بدَّ من تعيين الزوجة، قال **الْمُتَوَلِّي**: وطريق العلم، إما بالنسب، والاسم، والمعاينة، فلو قال: زوجتك هذه، وهي منتقبة أو وراء ستر، والزوج لا يعرفها بوجهها، ولا ذُكر اسمها، ونسبها، لم يصح؛ لأنها مجهولة، وعلامته أنه لو رآها مع غيرها، لم يمكنه التمييز [بينها وبين غيرها] وأيضًا، فإنه لا يصح، تحمل الشهادة عليها إلا بعد أن يعرفها بالاسم والنسب أو بالمشاهدة، فدلَّ على أن العلم لا يحصل [إلا] بأحد هذين الطريقين، ولو لم تكن منتقبة، فقال الولي: زوجتك هذه، يصح، وإن قال: ابنتي هذه، أو فلانة بنت فلان، كان تأكيدًا.

وفي «فتاوى **الْبَغَوِي**» ما يقرب مما ذكره، وهو أنه لو جاء اثنان إلى القاضي أو ما دونه فقالا: إن فلانة بنت فلان أذنت لك في تزويجها من فلان بن فلان، والقاضي أو ما دونه لا يعرفها، ويعرفها الخاطب والشهود، فزوج، صح بعد ذكر نسبها، قال: ولو جاء فقيه إلى القاضي، وقال: ائذن في تزويج امرأة في محلتي، والقاضي لا يعرفها، فإن ذكر الفقيه اسمها ونسبها، فأذن له جاز، وإن لم يذكر فلا.

واعلم أن الأصحاب أطلقوا أنه إذا أشار إلى حاضرة، وقال: زوجتك هذه، أنه يصح، وقد قيد **الْمُتَوَلِّي** ذلك بما إذا كانت مسافرة، وكلام كثيرين يشعر بأن ما ذكروه مفروض فيما إذا كان المزوج الأب، أو نحوه، وممن يعلم نسبه منها فتصير معلومة النسب عند الزوج فلا يكون مخالفًا لكلام **الْمُتَوَلِّي**، ولنتأمل ما ذكره من البطلان، هل محله إذا لم يعرفها الشهود بعينها، أما لو عرفوها بعينها صح أم لا فرق؟ ومتى لم تتميز للعاقد لا يصح، وإن عرفها الشهود؛ إذ الاعتبار في العقود بمعرفة المتعاقدين.

قال: (وَلَا تَوْقِيتُهُ) أي: بمدة معلومة، أو مجهولة؛ لأنه المتعة المنهي

وَلَا نِكَاحُ الشِّغَارِ وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الْأُخْرَى فَيَقْبَلُ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ الْبُضْعَ صَدَاقًا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ، ....

عنها في الصحيحين، وغيرهما، وكانت جائزة في أول الإسلام، ثم منعت واستقر تحريمها.

قال: (وَلَا نِكَاحُ الشِّغَارِ)؛ للنهي عنه في الصحيحين وغيرهما، ورواه الشَّافِعِي عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الشغار(١)

والشغار: أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق، ويروى: «**وبضع كل واحد مهر الأخرى**»(٢) قال أصحابنا: وهذا التفسير إما مرفوع فيكون نصًا، أو من الصحابي، فيجب الحمل عليه؛ لأنه أعرف بمخرج الخطاب، ومشاهد الحال، وقد جعله أبو داود من كلام نافع قال في «المنتقى»: وهو كذلك في رواية أنه متفق عليه.

قال: (وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ صَدَاقُ الْأُخْرَى فَيَقْبَلُ)، وهذه الصورة متفقٌ على البطلان فيها، للحديث.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ الْبُضْعَ صَدَاقًا) أي: بأن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك.

(فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ)؛ لعدم التشريك في البضع فيصحان، ولكل واحدة مهر مثلها، والثاني: المنع؛ للتعليق والتوقف، وهذا هو المنصوص في «الأم».

قال الشَّافِعِي: فإذا نكح الرجل ابنة الرجل، أو المرأة يلي أمرها مَنْ كانت على أن ينكحه ابنته، أو المرأة يلي أمرها على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، وعلى أن تنكحه الأخرى، ولم يسم لواحدة منهما صداقًا، فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ، فلا يحل النكاح، وهو مفسوخ، ويسوي

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٢٠)، ومسلم (٢٥٣٧).

(٢) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/ ٢٧٤): قَوْلُهُ: وَيُرْوَى: «وَبُضْعُ كُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرُ الْأُخْرَى»، لَمْ أَجِدْ هَذَا فِي الْحَدِيثِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَفْسِيرُ ابْنِ جُرَيْجٍ كَمَا بَيَّنَ ذَلِكَ الْبَيْهَقِيِّ.

وَلَوْ سَمَّيَا مَالًا مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقًا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ، ....

بين الصورتين، وحكم بأنه الشغار المنهي عنه، ولم أر في نصوصه ما يخالفه وقد جمعها البيهقي - رحمه الله تعالى - في «مبسوطه»، وكان وجه الفساد عنده أن المفهوم منه جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى، وعليه ينطبق تفسير ابن عمر السابق، والمذهب البطلان.

قال: (وَلَوْ سَمَّيَا مَالًا مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقًا بَطَلَ فِي الْأَصَحِّ)؛ لبقاء معنى التشريك، والتوقيف، ويحكى عن نص «الإملاء» والثاني: يصح، وهو قضية نصوص الشَّافِعِي في «الأم» و«الإملاء»، وظاهر نص «المختصر» أنه متى جرى ذكر المال فليس بشغار، وقال: في «البويطي»: إذا كان الرجلان وليين، فزوَّج أحدهما الآخر وليته على أن يزوجه الآخر وليته على أن صداق كل واحدة بضع الأخرى، فهذا الشغار، فإن سميًّا الواحدة منهما صداقًا، ولم يسم للأخرى فالنكاح ثابت، ولها مهر مثلها إن وطئها، انتهى.

وهنا صورتان: الأولى: أن يسمِّيا المال من غير تصريح، بأن تضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فنصوصه منطبقة على صحة النكاح.

والثانية: أن يسمِّيا مهرًا مع التصريح بجعل بضع كل واحدة صداق الأخرى، فهذه لم أرَها نصًا صريحًا له؛ لكن ظاهر نصوصه أنه لا فرق، وإن مع تسمية المال يخرج عن كونه شغارًا، ولولا خشية الإطالة كشفت نصوصه في ذلك، ومذهبه فيها الصحة، وسأوضحها أتمَّ إيضاح -إن شاء الله تعالى- [في حواشي «الروضة»] إن فسح الله في الأجل، وإلا فاطلبها من «مبسوط» البيهقي في منصوصاته.

قال: (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ)؛ لحديث عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن يتشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»(١) رواه ابن حبان في

---

(١) أخرجه ابن حبان (٣٨٦/٩، رقم ٤٠٧٥).

وَشَرْطُهُمَا حُرِّيَّةٌ، وَذُكُورَةٌ وَعَدَالَةٌ وَسَمْعٌ ....

«صحيحه» وقال: لا يصح ذكر الشاهدين إلا فيه، وهذا منه يرد قول ابن المنذر، ولا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر، والمعنى في ذلك الاحتياط للإبضاع، وصيانة الأنكحة عن الجحود.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا حُرِّيَّةٌ**) أي: لا ينعقد بحضور عبدين أو عبد وحر؛ لأن العبد ليس من أهل الشهادة، كما سيأتي بيانه -إن شاء الله تعالى- فلا يثبت لو فرض جحوده.

قال: (**وَذُكُورَةٌ**) أي: لا ينعقد بحضور النساء، ولا برجل، وامرأتين؛ لأنه لا يثبت بقولهن. وروى أبو عبيد في كتاب «الأموال» عن الزهري مضت السُّنَّة من رسول الله ﷺ «**أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق**»(١).

فرع: قال الدارمي في باب «وجوب تحمل الشهادة»: إذا ادعى الشاهد أن ليس غيرهما وجبت، فإن كانوا رجلًا وامرأتين، فوجهان: أحدهما: يجب.

والثاني: لا [يجوز، والظاهر أن المراد بقوله: «لا يجوز» لا ينعقد النكاح، فلا تجب الإجابة، وعلى الأول ينعقد فتجب الإجابة، وهو غريب](٢).

قال: (**وَعَدَالَةٌ**) أي: فلا ينعقد بفاسقين للخبر؛ لأنه لا يثبت بهما، فلا ينعقد بحضورهما؛ خلافًا لأبي حنيفة، وحكاه الجيلي قولًا لنا، وهو غريب.

قال: (**وَسَمْعٌ**) أي: فلا ينعقد بحضور مَنْ لا يسمع؛ إذ المشهود عليه [قول](٣) فلا بدَّ من سماعه، وحكى الجيلي فيه وجهًا.

---

(١) قال الحافظ في «التلخيص» (٦ / ٥٤): رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عُقَيْلٍ، عَنْ الزُّهْرِيِّ بِهَذَا، وَلَا يَصِحُّ عَنْ مَالِكٍ، وَرَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الْخَرَاجِ عَنْ الْحَجَّاجِ، عَنْ الزُّهْرِيِّ بِهِ، وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ، عَنْ حَجَّاجٍ بِهِ.

(٢) في نسخة: (يجب. قلت: والأحسن من إطلاق الوجهين أن يقال: إن دعاهما حاكم يرى الاكتفاء بحضور رجل وامرأتين وجبت الإجابة وإلا فلا).

(٣) في نسخة: (لفظ).

وَبَصَرٌ، وَفِي الْأَعْمَى وَجْهٌ ....

(**وَبَصَرٌ**) لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة، والسماع غالبًا، وقولي: «غالبًا» احترزت به عما سيأتي في الشهادات.

قال: (**وَفِي الْأَعْمَى وَجْهٌ**)؛ لأنه عَدْلٌ فاهم، ونسبه الرُّويَانِيّ إلى النص، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: لعله الصحيح.

وقال: القاضي أبو علي الفارقي: إن الأعميين إن كانا يعرفان الزوجين انعقد بهما، وإلا فلا، وهو حسنٌ كما لو حضرا عقد أبويهما، أو ولديهما، ونحوهما، وهذا من تفقهه لا وجهٌ ثالث.

إشارات: كان ينبغي أن يقول: ونطقٌ؛ فإن الأخرس لا تُقبل شهادته على الأصح عند الأكثرين، وبنوا الخلاف هنا على ذلك، وأن يقول: ومعرفة لسان المتعاقدين، قال في «الشامل»: هو مذهب الشَّافِعِي، نعم لو كان يضبط اللفظ فوجهان، رجح القاضي الحسين الانعقاد، وفيه نظر، وأن يقول: ورشد، وضبط؛ إذ المحجور عليه بسفه لا يقبل، وكذا من لا يضبط لغفلةٍ، أو استأذن، وإن كان عَدْلًا قيل: أهمل المصنف ذكر التكليف، و[ذكر][1] «المحرر».

قلت: اكتفى عنه بقوله: وعدالة؛ إذ الصبي والمجنون لا يوصفان بالعدالة كما اكتفى به عن ذكر الإسلام، وكلامه يفهم انعقاده بحضور ذوي الحرف الدنية إذا اتصفوا بالعدالة، وفيهم خلاف، وإخبار المصنف الفرق بين مَنْ اعتادها، وكانت حرفة أبيه وغيره، وممن ذكرهم هنا صاحب «الترغيب»، وأشار إلى أن في انعقاده؛ بحضورهم الخلاف الآتي في انعقاده بعدوي الزوجين.

اقتضى اشتراطه الذكورة عدم انعقاده بحضور خنثيين، وإن بانا من بعد رجلين، وفيه احتمالان لأبي الفتوح، وصحح في «الروضة» منهما الصحة.

قلت: وتجب كذا التصوير في ظن الذكورة، أو الجهل بحالهما عند العقد، أما عند العلم فلا.

ثم رأيت أبا الحسن السلمي قال في كتاب «الخناثى»: إنه لا ينعقد

---

(١) في نسخة: (أهمله).

وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا، ....

بحضورهما، فلو حضر، ولم يعلم حاله، ثم قال بعد ذلك: حضرت العقد وأنا رجل، وقد زال الإشكال قبل حضوري، قُبِلَ منه وحكم بصحة العقد، وهو مفهم أنه لو زال بعد حضوره أنَّا لا نحكم بالصحة، وقضيته ما في «البيان» عن أبي الفتوح ترجيح المنع؛ فإنه شبه ذلك بما لو صلَّى خلف خنثى، ثم تبين أنه رجل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَيِ الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا**) أي: لثبوت النكاح بهما في الجملة، ونص عليه الشَّافِعِي في «الأم» في العدوين، والثاني: المنع؛ لتعذر إثباته بهما، واختاره الْغَزَالِيُّ والفارقي، والثالث: عقدنا بينهما، وعدويه صح؛ لا بابنيه وعدويهما، واختاره العراقيون، وبه جزم الْمَاوَرْدِيُّ وغيره، والرابع: إن كان عدوًا من طرق صحَّ، أو من الطريقين فلا، هذا حاصل طرق مدلسة في ذلك، والانعقاد بالعدو أولى منه بالولد؛ لإمكان زوال العدالة.

قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو حضر أبو الزوج وابنه، وأبو الزوجة وابنها أو أبوها وابنه، والصحيح جوازه، وفيه وجه: أنه لا يجوز بحال؛ لأن شهادة الوالد والولد مردودة، وفيهما وجه ثالث: أنه إذا حضر أبو أحدهما وابن الآخر جاز، وأما مَنْ سبق واحد فلا، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: يجري الخلاف في جده وجدها، وابنه مع ابنها، وأما أبوها فولي عاقد لا يكون شاهدًا كالزوج، ولو دخل لم ينعقد بحضوره أيضًا؛ لأن الوكيل نائبه أيضًا، انتهى.

ويتصور أن يكون الأب شاهدًا؛ لاختلاف دينٍ أو رقٍّ، بأن تكون كافرةً أو رقيقةً وغير ذلك، وممن صرح بالخلاف في الأب غير الصيمري المحاملي في «اللباب» فقال: إن كانا ابني الرجل والمرأة وأبويهما فعلى وجهين في «الروضة»، قال أصحابنا: وينعقد بحضرة ابنيه مع ابنيها، وعدويه مع عدويها بلا خلاف، انتهى.

وحكى الْمُتَوَلِّي في الأولى وجهًا، ويظهر جريان الخلاف في انعقاده بحضور سيدي العبد إذا أذنا له.

وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورِي الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، لَا مَسْتُورِ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ، ....

قال: (**وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورِي الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المشهور المقطوع به في غالب كتب الأصحاب المحكي عن النص؛ لأن العدالة الباطنة تشق معرفتها على الآحاد، وقال: الإصطخري: لا بدَّ من معرفتها باطنًا باستناد إلى تزكية؛ ليمكن الإثبات بهما، وحكاه في «الشافي» قولًا، وقضية إطلاق المصنف أنه لا فرق بين عقد يتعاطاه الحاكم وغيره، وهو الأصح في «التتمة»، وقيل: تعتبر العدالة الباطنة في عقد يتعاطاه الحاكم؛ لسهولة الكشف عليه، وبه أجاب ابن الصلاح، وتبعه المصنف عليه في «نكته على التنبيه» [إن قلنا][1]: اشترطت فيهم العدالة الباطنة، وإلا فلا، وهو الأصح.

تنبيه: ما المراد بالمستور؟ أهو مَنْ عرف إسلامه وحريته فقط أم لا بدَّ أن يعرف ظاهره بالعدالة؟ قضية كلام الْمَاوَرْدِيِّ هنا، والرَّافِعِي، الأول، واختار المصنف الثاني، وقال: إنه الحق، انتهى. وفيه نظر من حيث النقل كما أشرت إليه في «الغنية». وعن القاضي الحسين أن المستور من عرفت عدالته مرة وخبر حاله، ومضى عليه مدة، ولا يعلم بقاؤه عليه أم لا فينعقد بهما؛ لأن الأصل بقاؤهما على العدالة، وأغرب الجيلي فحكى قولين في انعقاده بحضور فاسقين، وقال في «الترغيب»: وينعقد بمستوري الحال في العدالة، وكذا مستوري الفسق على الأصح، ثم قال: وأما مستوري الحال قيل: من لا يعرف حاله في الفسق والعدالة، وقيل: من عرف بالعدالة ثم غاب؛ فإذا عاد لا يعرف، هذا لفظه.

قال: (**لَا مَسْتُورِ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ**) أي: بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار، والأحرار بالأرقاء، ولا غلبة لا ينعقد النكاح بشهادته؛ لأن الوقوف على ذلك سهل، بخلاف العدالة والفسق، وعن الشيخ أبي محمد أنه يكتفي في الحرية والإسلام بظاهر الدار، قال الشيخ أبو محمد: ولو لم يعلم أهما صبيان أم بالغان؟ لم ينعقد؛ لأن الأصل الصبي.

---

(١) في نسخة: (ويشبه أن يبنى هذا على الخلاف في تصرفات الحاكم، هل هي بمنزلة الحكم أو لا؟ إن قلنا: نعم).

وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنَّمَا يَبِينُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ، ....

إشارة: قضية إطلاق المصنف أنه لا ينعقد بمستوري الإسلام والحرية والبلوغ، أنه لا فرق بين أن يبين بعد العقد أنه كان مسلمًا حرًا بالغًا حالة العقد أو لا، وفيه نظر، وهذا أولى بتبيين الانعقاد من ظهور ذكورة الخنثى لأن الخنوثة لا تخفى غالبًا بخلافهما.

قال: (**وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لفوات الشرط كما لو بان كافرًا أو عبدًا، وقيل: قولان: أصحهما: هذا، وثانيهما: الاكتفاء بالستر يومئذٍ، ويشبه أن يجيء طريق ذلك ثالث فارق بين أن يعقد الحاكم أو غيره.

قال: (**وَإِنَّمَا يَبِينُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ**) أي: على أنهما كانا فاسقين ولم يعلما حينئذٍ، أو علما ونسيا، فأما لو قالا: علمنا فسقهما حينئذٍ، فباطلٌ قطعًا، ذكره الإمام قال في «البسيط»: ولو قالا: كنا نعلم فسقهما كما تبينا بهما حالة العقد احتمل تخريجه على الخلاف، واحتمل خلافه.

قلت: الظاهر إن علم الحاكم به إذا قلنا: يقضي بعلمه كقيام بينة به، ثم رأيت في «البيان» وغيره أنه لو جحد أحد الزوجين فجاء المدعي بشاهدي العقد؛ فإن علم الحاكم فسقهما حكم بفساده من غير ترافع، ويشبه أنه إذا علم عقده بفاسقين أن يفرِّق بينهما سواء ترافعا إليه في شيءٍ أم لا، فإن قيل: هذا النكاح يختلف في صحته، فلا يتعرض له ما لم يترافعا فيه كسائر الخلافيات.

قلت: يحتمل ذلك، ويحتمل أن يقال: يفرَّق بينهما؛ فإن لم يترافعا، وقد حكى في التفليس من «الشامل» عن النص أنه لو زوَّج القاضي صغيرةً، قال الشَّافِعِي: فقضيته إلا أن يحكم هو أو غيره بصحته، وإذا كان هذا في عقد تعاطاه الحاكم فما تعاطاه الآحاد بينهم أولى بالنقض، نعم يمكن أن يقال: إن عقداه بفاسقين معتقدين صحته بهما أو لا رأي بهما فيه حكم بفساده، وقد اختلف أصحابنا في البيوع الفاسدة، ونحوها إذا تعاطاها الناس فيما بينهم، فقال ابن أبي هريرة: لا يدعهم، ويفسخ عليهم، فقال أبو إسحاق: إن

....

تحاكموا إلينا فسخنا، وإلا جاز ذلك فيما بينهم، وبين الله تعالى، قال الديلي: إلا أن يتعلق بفرج، انتهى.

ولا شك أن خلاف أبي إسحاق في المختلف فيه؛ ولكنَّا نرى فساده أما المجمع على فساده فيجب إنكاره، ورفعه، وإن لم يجز ترافع فيه، وقد أطلت الكلام في هذا في «الغنية» هنا، فراجعه.

تنبيهات: منها: ينبغي أن يكون تبين فسقهما قبل العقد بزمان لا يتأتى فيه الاستبراء المعتبر كما بينه في «الغنية» في الشهادات كتبيُّنه حالة العقد، وقد يحتمل ذلك اللفظ المصنف، وفيه نظر.

ومنها: قال في «الكافي»: محل تبين البطلان باعترافهما فيما يتعلق بحقهما، أما حق الله تعالى؛ فإن طلقها ثلاثًا، ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره، فلا يجوز أن يوقعا نكاحًا إلا بمحلل، قال: ولو أراد إقامة بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بنيتهما.

قلت: ما ذكره أولًا قاله الْقَفَّالُ، وهو في الحكم الظاهر، وأما في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر، وأما عدم سماع البينة فهو جارٍ فيه على طريقة شيخه الْبَغَوي، وسبق التنبيه على ذلك في باب المرابحة وغيره.

ومنها: قضية الحكم بالبطلان باعترافهما أنه إن كان قبل الدخول فلا مهر، أو بعده وجب مهر المثل، وهذا حيث الشبهة قائمة كالنكاح في الإحرام، أما لو كانت في عدة، ثم وطئت مع علمها بالحكم كانت زانية ولا مهر لها.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: قبول قولهما مطرد في الزوج، وفي الزوجة الرشيدة؛ فلو كانت سفيهة ففائدة إقرارها إنما هو سقوط شطر المهر إذا كان قبل الدخول أو الرجوع إلى مهر المثل إن كان بعده، وإقرارها [في إبطال ما ثبت لها من المال لا يسمع](١) انتهى.

ذلك أن تقول: إذا كان بعد الدخول ومهر المثل دون المسمى فينبغي ألا

---

(١) في نسخة: (وإقرارها فيما ثبت لها من المال لا يسمع، انتهى).

وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ كُنَّا فَاسِقَيْنِ، وَلَوِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِلَّا فَكُلُّهُ.

تبطل الزيادة بقولها، وينبغي ألا يبطل حق السيد من المهر لموافقة الأَمَة على فسقهما.

ومنها: لو اعترفا بوقوعه في عدة أو إحرام أو ردة فكإقرارهما بفسق الشاهدين حالة العقد.

ومنها: الظاهر أن تبين فسق الولي بالبينة إذا جعلناه سالبًا [للولاية] أو باتفاق الزوجين كما سبق في تبين فسق الشاهدين، وهل علم الحاكم بفسقه كعلمه بفسق الشاهدين حتى يجيء فيه البحث السالف؟ فيه نظر، والأقرب المنع، لا سيما في هذا الزمان.

قال: (**وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ: كُنَّا فَاسِقَيْنِ**) ولأنهما مقران على غيرهما، كما لو قالا بعد الحكم بشهادتهما: كنا فاسقين، ولو قامت بينة خشية فسقهما حالة العقد سمعت، وفرِّق بينهما لحق الله تعالى.

إشارة: إن أراد بقوله: «ولا أثر» بالنسبة إلى التفريق بين الزوجين، فذاك، وإن أراد السلب الكلي، ففيه نظر؛ بل يظهر أثره في صور كثيرة كما لو حضرا عقد أختهما ونحوها، ثم قالا ذلك، ثم ماتت قبل الدخول أو بعده، وهما وارثاها إثر قولهما في سقوط المهر قبل الدخول وفي فساد المسمى بعده.

قال: (**وَلَوِ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ**) أي: بفسق الشاهدين.

(**وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا**) أي: عملًا باعترافهما، وهي فرقة فسخ على الصحيح في «الروضة» لا تنقص به عدة الطلاق. وقال جماعة عن القفالين: هي [فرقة طلاق] وتكون طلقة بائنة، فلو نكحها بعد ذلك عادت بطلقتين، قال الرَّافِعِي: ولك أن تبني الوجهين على الخلاف في أن القول قول مدعي الصحة، أو الفساد، فإن قلنا: قول مدعي الصحة كانت طلاقًا.

قال: (**وَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِلَّا فَكُلُّهُ**) أي: وإن كان قد دخل بها فجميعه؛ لأن حكم اعترافه مقصور عليه جزمًا على القاعدة، وقيل:

وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا، ....

يقبل قوله في المهر أيضًا فلا يلزمه أقل الأمرين من المسمى، ومهر المثل.

تنبيهٌ: إذا فرقنا بينهما باعترافه فقط، فهل لها أن تنكح في الحال؛ إذا كان قبل الدخول بعد مضي العدة، وإن كان بعد الدخول لم أرَ فيه نصًا، ويظهر أن يقال: إن قلنا: طلاق، فنعم، أو فسخ، فلا؛ مادامت مصرة على تكذيبه، وقد يقال: وإن قلنا: إنها فرقة طلاق، فمادامت مصرة على تكذيبه لا تزوج، وهذا في الحرة أما الأمَة فلا عبرة بقولها.

فرع: قالت: عقدنا بفاسقين، وكذبها، فالأصح في «الروضة» قبول قوله، فإن مات لم ترثه، أو طلقها قبل الدخول فلا مهر، أو بعده فلها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، وصحح الفارقي أن القول قولها، وينبغي للقاضي أن يفحص عن حقيقة الحال بحسب الإمكان؛ احتياطًا للإبضاع.

تنبيه: قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق في الحكم ببطلانه بتصادقهما على فسق الشاهدين، أو بإقرار الزوج بين أن يسبق منهما إقرار بعدالتهما عند العقد أم لا، حكم بصحة النكاح حاكم أم لا.

وقال **الْمَاوَرْدِيُّ**: إذا أقر عند الحاكم بعقده بولي مرشد وعدلين، حكم عليهما بصحته بإقرارهما؛ فلو تناكراه بعد أو ادعى أحدهما سفه الولي وفسق الشاهدين، ألزمه صحة النكاح سابق إقراره، ولم يؤثر فيه حدوث إنكاره؛ فلو أراد إقامة بينة بذلك لم يسمع؛ لأن إقراره على نفسه أولى من بينةٍ كذبها بإقراره، وقد أفهم كلامه أنه إذا أقر أولًا بصحته، ثم ادعى سفه الولي أو فسق الشاهدين أنه [لم] يلزم بصحة النكاح حتى يقر عليه لو أراده، ويلغوا اعترافه اللاحق؛ لأجل إقراره السابق. والظاهر أن مراده أنه يلزمه بما تضمنه إقراره السابق من حقوق الزوجية من مهر، ونفقة، وغيرها لا أنَّا نقرهما؛ بل يحكم عليه بما يضره باعترافه اللاحق لا بما ينفعه عملًا بإقراره السابق، و**الرَّافِعِي** والمصنف لا يخالفان في ذلك.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا**) أي: احتياطًا

وَلَا يُشْتَرَطُ.

لإدامة النكاح، (وَلَا يُشْتَرَطُ)؛ لأنه ليس من نفس العقد، وإنما هو شرط.

قلت: وينبغي أن يستحب للأب أن يشهد على رضا البكر البالغ أيضًا؛ خروجًا من خلاف مَن يعتبر رضاها كالثيب للعقد من أن يرفعه مَنْ يعتبر إذنها من الحكام [فيبطله] إذا جحد به.

فروع: قال ابن عبد السلام: ليس للحاكم تزويج امرأة حتى يثبت عنده إذنها له فلو أخبره واحد فزوجها معتمدًا عليه لم يصح، وإن ثبت من بعد أنها كانت أذنت له، انتهى.

وهذا قد يخرج على قول من يرى أن تصرفات الحاكم [حكم] وتتضمن الحكم؛ إذ لا بدَّ للحكم من تقديم ما يقتضي الإقدام عليه، والظاهر أنه ـ رحمه الله تعالى ـ قاله تفقهًا، [وفي «فتاوى القفال»][1]: [إن رجلًا لو جاء إلى الحاكم وقال: أذنت لك فلانة في تزويجها مني؛ فإن وقع في نفسه تصديقه جاز تزويجها من قيد ففعل، ثم رجع الشاهدان، وقالا: كذبنا، نظر، إن قالت: أرسلهما، صح النكاح، وإن قالت: ما أذنت صدقت بيمينها عند دعوى الزوج إذنها، وأنه لو أرسلت إلى ابن عمها رجلًا يزوجها من فلان فلم يجيء ذلك الرجل، وجاء رجل آخر كاذبًا، وأخبر ابن عمها بذلك جاز النكاح؛ لأنها كانت أذنت فيه].

قال الْقَفَّالُ: وعلى هذا الأصل لو أخبر بموت أبيه فباع ميراثه، ثم بان كذب المخبر؛ ولكن كان الأب قد مات قبل البيع، صح البيع، كذا هنا بخلاف ما لو باع عبد أبيه، وعنده أنه حي، ثم بان أنه كان ميتًا، لم يجز كذا هاهنا إذا زوجها مِنْ غير أن يسمع بالإذن، ثم بان أنها كانت أذنت لا يجوز.

قلت: وقضية تشبيهه بالبيع أنَّا إذا صححنا البيع، وهو الأصح، أن يصح النكاح؛ إذا بان إذنها قبل العقد، وإن لم يكن بلغه ذلك وفيه بُعْدٌ، وقد يفرق بين الجاهل اعتبار إذنها، فيصح، وبين العالم باشتراطه فلا؛ بناءً على اعتبار عدالة الولي.

---

[1] في نسخة: (وفي فتاوى البغوي).

فَصْلٌ

لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ، ....

[قال في «البحر»: لو قال: زوجني ابنتك الثيب، فقال: رضيت، فقال الأب: زوجتكها، ففيه وجهان: أحدهما: يصح النكاح، والثاني: لا يصح؛ حتى يقول الخاطب بعده: قبلت، انتهى].

قال:

(فَصْلٌ)

لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ) أي: لا تملك المرأة أن تعقد على نفسها بحال، وإن أذن لها الولي فيه، وسواء كانت شريفة أو دنية؛ للحديث المتقدم في اعتبار الشاهدين والولي، وحديث: **«لا نكاح إلا بولي»**.

وحديث ابن عباس وعائشة وأبي موسى(1) قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث **«لا نكاح إلا بولي»** فقالا: صحيح، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه ﷺ: **«لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها؛ فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»**(2) رواه ابن ماجه والدارقطني بإسناده على شرط الصحيح.

---

(1) حديث أبي موسى: أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٤، رقم ٣٦١١٩)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١/ ١٧٤، رقم ٥٢٧)، وأحمد (٤/ ٣٩٤، رقم ١٩٥٣٦)، وأبو داود (٢/ ٢٢٩، رقم ٢٠٨٥)، والترمذي (٣/ ٤٠٧، رقم ١١٠١)، وابن ماجه (١/ ٦٠٥، رقم ١٨٨١)، وابن حبان (٩/ ٣٨٩، رقم ٤٠٧٧)، والحاكم (٢/ ١٨٤، رقم ٢٧١٠)، والبيهقي (٧/ ١٠٨، رقم ١٣٣٩٣). والطيالسي (ص ٧١، رقم ٥٢٣)، والبزار (٨/ ١١١، رقم ٣١١١)، والطحاوي (٣/ ٨)، وابن الجارود (ص ١٧٦، رقم ٧٠٣)، والدارقطني (٣/ ٢٢٠).

حديث ابن عباس وعائشة: أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥، رقم ١٨٨٠) قال البوصيرى (٢/ ١٠٣): هذا إسناد ضعيف.

حديث أبي أمامة: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٩٢، رقم ٨١٢١).

حديث أبي هريرة: أخرجه ابن عساكر (٤٣/ ٦٩) وابن حبان (٩/ ٣٨٧، رقم ٤٠٧٦).

حديث جابر: أخرجه الخطيب (٨/ ٣٧٠).

(2) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٦، رقم ١٨٨٢)، والبيهقي (٧/ ١١٠، رقم ١٣٤١٢) والدارقطني (٣/ ٢٢٧، رقم ٢٥) قال البوصيري (٢/ ١٠٤): هذا إسناد مختلف فيه.

وَلَا غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ وَلَا تَقْبَلُ نِكَاحًا لِأَحَدٍ، ....

قال الشَّافِعِي: وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [النساء:١٩] أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولنا وجه شاذ يأتي بيانه أنها تزوج نفسها عند الضرورة.

إشارة: قال شارحٌ: مراد المصنف بقوله: «**لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا**» إنها لا تأذن لأجنبي في تزويجها، إلا ما سنذكره في حالة التحكيم وحال الضرورة.

قال المحاملي: وإذا زوجت نفسها، أو زوجها أجنبي بإذنها لم يجز إقرارهما عليه بحال اعتقدا تحريمه أو إباحته، هذا لفظه.

تنبيه: عبارة المصنف قلقة موهمة، وكان الأحسن الأخصر الأشمل أن يقول: لا تزوج المرأة نفسها ولا غيرها بحال، فهي تشمل قول «المحرر»: لا تزوج المرأة نفسها بإذن الولي ودونه ولا غيرها بولاية ولا وكالة، فاعلم.

قال: (**وَلَا غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ وَلَا تَقْبَلُ نِكَاحًا لِأَحَدٍ**) كما لا تزوج غيرها بولاية كأمتها ولا بوكالة عن غيرها للحديث السابق «**لا تزوج المرأة المرأة**»(١) ولو قال لها الولي: وكلي رجلًا يزوجك؛ فإن قال: عن نفسك لم يصح أو عني أو أطلق، فوجهان، وبالصحة أجاب في «الشامل» هنا، وقال الْمُتَوَلِّي: إنه المذهب، وعن الإمام ما يقتضي أنه إذا قال: عني صح قطعًا.

فرع: هل للزوجين الانفراد بعقد مختلف فيه؟ قال: الْمَاوَرْدِيُّ: إن كانا من أهل الاجتهاد، وأداهما إلى ذلك، جاز، وإلا فوجهان: أحدهما: نعم، ثانيهما: لا يجوز إلا بإفتاء مفتٍ أو حكم حاكم، ولو عقدا اعتمادًا على الإفتاء، ثم اتفقا على رفعه؛ فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يرتفع، وإلا فهل يرتفع أو يتوقف على حكم حاكم؟ فيه وجهان، اختار ابن سُرَيْج الثاني، وهل يرتفع بفتوى المفتي في حق غير المجتهد أم لا بدَّ من الحاكم؟ وجهان، ولو كان الحاكم متوليه، فلا يرتفع إلا بحكمه، انتهى.

وقال الإمام: إذا نكح رجل امرأةً، ثم استفتيا مفتيًا فأفتاهما بفساد

---

(١) تقدم تخريجه.

النكاح، والمسألة مختلف فيها فهل تَبِيْنُ المرأة بالفتوى؟ فيه أوجه: ثالثها: إن صحح النكاح قاضٍ لم يرفعه الفتوى، وإلا رفعته.

فرع: قال في «الروضة»: روى يونس بن عبد الأعلى أن الشَّافِعِي قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولَّت أمرها رجلًا حتى زوجها جاز، وليس هذا قولًا في صحة النكاح بلا وليٍّ؛ لأن العبادي حكى هذا النص في «الطبقات»، ثم ذكر أن من أصحابنا مَنْ أنكره، ومنهم من قبله، وقال: إنه محكَّم، والمحكم يقام مقام الحكم.

قلت: ذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولاحاكم، ثلاثة أوجه: أحدها: لا تزوج، والثاني: تزوج نفسها؛ للضرورة، والثالث: تولي أمرها رجلًا يزوجها، وحكى الشَّاشِي أن صاحب «المهذب» كان يقول: تُحكِّم فقيهًا مجتهدًا، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيحٌ بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح؛ ولكن شرط المحكَّم أن يكون صالحًا للقضاء، وهذا يعسر في هذا الحال.

فالذي أختاره صحة النكاح إذا ولَّت أمرها عَدْلًا، وإن لم يكن مجتهدًا.

[وهو ظاهر نصّه الذي ذكره يونس، وهو ثقة والله أعلم، هذا لفظه - ﷺ تعالى -]. ورأيت في «مناقب الشَّافِعِي» للشيخ أبي الحسن محمد بن الحسين الأثري السجزي من متقدمينا في أثناء المائة الرابعة ما لفظه: سمعت محمد بن عبد الله بن جعفر الرازي، سمعت أبا القاسم الحسين بن محمد بن مأمون المصري المعدل، وقد لقيته، وكتبت عنه بمصر، سمعت الحسين بن محبوب المعدل المصري.

قال ابن مأمون: وكان مشهورًا من جلة أصحاب الشَّافِعِي، سمعت الْمُزَنِي يقول: سمعت الشافعي يقول: إذا كانت المرأة في جوار قوم ليس لها زوج، ولا هي في عدة من زوج، ولا لها ولي حاضر فولَّت أمرها رجلًا من صالحي جيرانها يزوجها تزويجًا صحيحًا، فالنكاح جائزٌ.

....

قال **الْمُزَنِيّ**: فقلت للشافعي: فإنا نحفظ عنك في كتبك أن النكاح باطل، فقال **الشَّافِعِي**: إن الأمر إذا ضاق اتسع، شاهدان عدلان يشهدان: ألا ولي لها حاضر، ولا لها زوج، ولا هي في عدة من زوج.

قال **الشَّافِعِي**: إذًا تضيع الفرج يعني: ألا يجيز أمرها في تزويجها، هذا نصُّه بحروفه، وفي «الذخائر» بعد نقل ما رواه يونس، وما حُكي عن صاحب «المهذب» والبناء على التحكيم، وقد كان شيخنا يرى ذلك، ويفتي به.

قال أبو المعالي الجويني - يعني: إمام الحرمين-: وهذا البناء لا يصح؛ لأن هناك حكَما فيما يتنازعان فيه من أمر النكاح وغيره، فيصير النظر له فيما حكاه فيه خاصةً، وهذه ولاية ممن لا يستحقها، فافترقا، وما قاله حسن، وإن صرَّح غيره بخلافه، وقول المصنف: وما ذكره في التحكيم صحيح إلى آخره، فيه وقفة؛ لأن المذهب الصحيح فيه جوازه، سواء كان ثَمَّ قاضٍ أم لا، وما اختاره صاحب «المهذب» هو ما رواه العبادي عن بعض أصحابنا، وهو الثالث المنسوب إلى «الحاوي»، قال **الشَّاشِي** في «الحلية» بعد ذكره الوجه القائل بأنها ترد أمرها إلى رجل يزوجها، وهذا لا يجيء على أصلنا، وهو معذور بأنه بعيد من المذهب المشهور، وذكر **الرَّافِعِي** والمصنف في «أدب القضاء»: أما إذا جوَّزنا التحكيم في غير الأموال، فخطب امرأةً، وحكما بالتزويج كان له أن يزوج.

قال **الرُّويَانِيّ**: هذا هو الأصح، واختيار الأستاذ أبي إسحاق، وأبي طاهر الروياني وغيرهما من المشايخ، وإنما يجوز التحكيم إذا لم يكن هناك ولي حاضر من نسب أو معتق فشرط في بعض الشروح ألا يكون هناك قاضٍ، وحكى صاحب «العدة» وجهين في اشتراطه، وأمكن ذلك مبنيًا على الخلاف، وهل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاضٍ أم لا؟ انتهى لفظ «الروضة».

وقضية هذا البناء أن يكون الأصح عدم الاشتراط؛ لأنه الأظهر هناك، وهذا بعيد عن المذهب، والدليل؛ لأن الحاكم ولي حاضر، ويظهر الجزم بمنع الصحة إذا أمكن التزويج من جهته، وما سبق عن رواية **الْمُزَنِيّ** وابن عبد الحكم يؤذن بأن موضع الجواز عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان التزوج من حاكم

وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، ....

أهل حاضر البلد، ونحوه [ألا ترى قول الشَّافِعِي: إذا ضاق الأمر اتسع].

وأما التجويز مطلقًا، فلا معنى له؛ إذ فيه تسليط النساء على تزويج أنفسهن إذا ما تشاء واحدة أن تنكح إلا حكمت عند غيبة وليها، وفي ذلك إبطال بحكمه تفويض التزويج إلى الأولياء.

وفي أقضية «الحاوي» ولو أن امرأةً لا ولي لها خطبها رجل، فحكَّما رجلًا في التزويج، فإن كانا بدار الحرب أو ببادية لا يصلان إلى حاكم، جاز التحكيم في التزويج، فإن كانا في دار الإسلام؛ وحيث يقدر فيه على الحاكم ففي جوازه وجهان، وقال ابن الْقَطَّان: قال الإصطخري: إذا لم يكن في البلد حاكم يجوز للرجل والمرأة أن يحكِّما مسلمًا فينعقد نكاحهما، قال: وهذا ليس بشيء؛ لأن النبي ﷺ قال: «**السلطان ولي من لا ولي له**»(١) ولا خلاف بيننا أن هذا ليس بسلطان، انتهى.

وبالجملة فالمختار دليلًا الموافق للنصين السابقين جواز تفويضها أمرها إلى رجل عدل عند فقد الحاكم، ومَن فوقه مِن الأولياء في البلد، وما يقرب منه إذا دعت حاجتها إلى النكاح، والقطع بالمنع عند وجود حاكم أهل يمكنها التزويج من قبله، أما إذا لم يكن لاشتراطه أشياء يعجز عن الإتيان بها، فيظهر أنه كالمعدوم عند ضرورتها أو حاجتها إلى النكاح، ويجوز ألا يكون هذا مخالفًا لظاهر المذهب، ويكون موضع المنع على المذهب فيما وراء ذلك جمعًا بين نصوصه، والله أعلم.

قال: (وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلَا وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ)؛ لقوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنِ وليها فنكاحها باطل**» قاله ثلاثًا، «**فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن يتشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه، وصححه ابن حبان وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، وقال ابن معين: إنه أصح ما في الباب.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

لَا الْحَدَّ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنْ اسْتَقَلَّ بِالْإِنْشَاءِ، وَإِلَّا فَلَا، ....

تنبيه: [قال: يستحب في][1] إيجاب المهر ما إذا كان الناكح محجورًا عليه بالسفه كما سيأتي بيانه.

قال: (**لَا الْحَدَّ**) أي: بشبهة اختلاف العلماء، وتعارض الأدلة سواءٌ اعتقد التحريم أم لا، وقال: الصيرفي: يجب الحد، وحكي عن الفارسي والإصطخري، ثم المشهور عن الصيرفي حد العالم فقط، وكلام الْغَزَالِي في الحدود يقتضي طرده في الجاهل أيضًا.

وقال القاضي الحسين: ومحل هذا الخلاف إذا حضر هذا العقد شاهدان، فإن لم يحضراه، ولا حصل إعلام، فالحد واجب؛ لانتفاء شبهة اختلاف العلماء، وإن وجد الإعلان خاصةً، فإن لم يكن ولي، وجب، وإلا فلا، ومحل الخلاف أيضًا أن يحكم حاكم يراه بصحته أما بعده فلا يحد قطعًا، ولا ينقض حكمه قطعًا، وقال الإصطخري: ينقض.

فائدة: قال القاضي الحسين هنا: إذا قضى حنفي بصحة بيع النبيذ، ثم رفع إلى حاكم شافعي كان له نقضه.

قال: (**وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنْ اسْتَقَلَّ بِالْإِنْشَاءِ**) أي: حالة إقراره، وإن لم توافقه البالغة العاقلة على الأصح؛ لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار وغالبًا، وقيل: تعتبر مساعدة البالغة كالوكيل إذا ادعى أنه أتى بما وكل فيه، وفي نصِّ «الأم» فيما إذا عقد عليها اثنان، وحمل السابق ما يؤيده.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم تستقل به، إما لعدم إجباره، أو لكون الزوج غير كفء، فلا يقبل؛ لعجزه عن الإنشاء إلا بإذنها المعتبر، والأصل عدمه، فلو أسند الإقرار إلى حاله بملك الإنشاء فيها بأن قال: وهي ثيب كنت زوجتها في حال بكارتها.

[قال الإمام]: فإن الإقرار لا يقبل اعتبار الوقت للإضرار.

قال الرَّافِعِي: ويمكن جعله على الخلاف فيما إذا أقر العبد بدين أسنده إلى

---

(١) في نسخة: (استثنى من).

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ عَلَى الْجَدِيدِ.

ما قبل حجر السيد، والمريض إذا أسند إلى الصحة، ونازعه ابن الرِّفْعَة، وفرق بأن الإشهاد هناك لا يجب، وهنا واجب فلا يصدق مع القدرة على الإثبات.

قال: (**وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ**) أي: الحرة.

(**بِالنِّكَاحِ عَلَى الْجَدِيدِ**) أي: مع تصديق الزوج؛ لأن النكاح حقهما فثبت بقاؤهما كسائر العقود، وكذا مع تصديق من يملك إجباره حالة التصديق، قال **الْبَغَوِي** في «الفتاوى»: سواء أقرت بكفء أم بغيره، وحكى القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» فيه وجهين، وأفتى **الْغَزَالِيُّ** بالمنع مع تكذيب الولي، وهو [الأصح] المختار؛ لأن الأصل عدم رضاه بغير الكفء فكيف يقبل قولها عليه؟! وسواء الرشيدة، والمحجورة، وفيها احتمال للإمام، وسواء كذبها الولي والشاهدان أو الجميع على المرجح عندهما في كتاب «الدعاوى» من قبول إقرارها مطلقًا من غير تفصيل، وهو قضية إطلاق «المنهاج» هنا، ورجحا في «الروضة» و«الشرح» اشتراط التفصيل، وهو الأحوط فتقول: زوجني منه وليٌّ بحضرة شاهدين عدلين، كما سيأتي، ثم لا فرق بين العفيفة، والفاسقة.

قال: **الرَّافِعِي**: وعن القاضي الحسين الفرق بين العفيفة والفاسقة، انتهى.

ونقل القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» عن **الْقَفَّالِ** أنها لو كانت فاجرة يغلب على الظنون كذبها لا يُقبل إقرارها، كما لو طلقها ثلاثًا، فقالت: قد أصابني زوج، ويحتمل كذبها فلا يقبل.

قلت: وهذا شاهد لقول الفوراني: إن مطلقته ثلاثًا إذا أخبرته بذلك، وغلب على ظنه كذبها لا تحل له، وقد غلط فيه، ولا فرق بين الغريبين والبلديين، والقديم إن كانا غريبين ثبت النكاح، وإلا طولبا بالبينة، ومنهم من أطلق نقل القديم كما سيأتي في «الدعاوى» - إن شاء الله تعالى - وكلام «الكتاب» إليه أقرب، وعكس الفوراني فنسب القبول على القديم، ومقابله إلى الجديد، وكذا وقع في «الإبانة»، وهو سبق قلم من ناقل أو غيره؛ ولأنه في «العمد» على الصواب؛ فاعلم.

....

تنبيهان:

الأول: سبق اشتراط تصديق الزوج، والظاهر أن الغرض في تصديق زوج يصح إقراره بالنكاح لا محجور عليه بسفه أو رق إلا أن يصدقه الولي أو السيد على وقوعه بإذنه.

الثاني: المفهوم من كلامهم أنَّا حيث لم نصدقها أنه يجوز تزويجها من آخر، وهو مشكل، ولا سيما إن أصرت على الإقرار.

فرع: أقرت لزوج، والمجبر لآخر عن القبول إقراره، وجهان في «الروضة»، وقال الإمام: تردد الأصحاب في قبول إقرار البكر ومعها مجبر، والتفريع على قبول إقرار المرأة.

قال: ويظهر في وجه القياس ألا يقبل إقرارها؛ للتضاد، ومِن الأصحاب مَن قبله، وفي تفريعه عسر؛ فإنها لو أقرت لشخص، والأب لغيره، فما الوجه؟ يجوز أن يقال: الحكم للإقرار السابق، ويجوز أن يحكم ببطلانهما إذا اجتمعا، ولو رددنا إقرارها تخلصنا من الخبط، انتهى.

فحصل أربعة آراء في المسالة، وخرج من نقله وجهٌ في عدم قبول إقرار المجبرة مع المجبر، وقال: إنه القياس، وإطلاق غيره يقتضي أن المذهب القبول مطلقًا كما سبق، نعم لو أقرا دفعه لاثنين فالوجه بطلانهما؛ إذ ليس دفع أحدهما بأولى من الآخر، أفتى الْغَزَالِيُّ بأنه لو قالت بكر ابتداءً: زوجني من زيد، وصدقها، وُقف إقرارهما؛ فإن كذَّبها الأب وأقر لآخر قبل إقراره، وكان كبينة يقيمها الزوج الثاني بعد إقرارها للأول.

قلت: ولينظر فيما لو أقر، واحتمل وقوع الإقرارين معًا بأن جهل السبق والمعية، هل يكون كما لو علمت المعية احتياطًا؟ والظاهر أنَّا إذا اعتبرنا أسبق الإقرارين فعلم، ونسي أن يأتي هنا ما قيل في عقد الوليين.

فرع: لو قالت: هذا زوجي، ولم يكن منه تصديق ولا تكذيب فماتت ورثها، ولو مات لم ترثه [ولو قال: هذه زوجتي، ولم يكن منها تصديق ولا

وَلِلْأَبِ تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا، ....

تكذيب، فمات ورثته، وإن ماتت لم يرثها] نص عليه في «الإملاء».

ورأيت في «فروع» ابن الْقَطَّان: لو قال: هذه المرأة زوجتي، فأنكرت صُدِّقت بيمينها، فلو مات ورجعت وقالت: كذبت هو زوجي، قال بعض الأصحاب: لا يقبل رجوعها هنا؛ لأنها متهمة، والصحيح قبوله؛ لأنها مقرة بحق عليها، والزوج مات وهو مقيمٌ على المطالبة، انتهى.

وفي النفس منه شيء بالنسبة إلى الإرث لا العدة، وما فيه تغليظ عليها.

قال: (**وَلِلْأَبِ**) أي: والجد وإن علا.

(**تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا**) أي: من كفء بمهر المثل، قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن إنكاح الأب ابنته الصغيرة جائز؛ إذا زوجها من كفء، وتزوج النبي ﷺ عائشة - رضي الله عنها - وهي بنت ستٍ، وأصل الباب قوله ﷺ: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا**» رواه مسلم، وفي رواية: «**وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا**»(١) فلما قُسم النساء قسمين، وأثبت الحق للثيب دل على نفيه في البكر، وأن الأب أحق بها من نفسها، ولفظ الدارقطني: «الثيب أحق من نفسها، والبكر يزوجها أبوها»، وحينئذٍ يكون الأمر بالاستئذان في حق البكر البالغة مستحبًا جمعًا بين الأدلة.

تنبيهات: لنا قول اختاره جماعة: إن الجد يجبر الصغيرة دون الكبيرة، أطلقوا أن إذن البكر صمتها، وقيَّده ابن المنذر، وربما إذا علمت أن إذنها صمتها، وهو حسن غريبٌ، وسنوضح النقل فيه، وإنما ينقدح في غير المجبر؛ لأن رضاها مع الإجبار غير معتبر، قضية إطلاق «المنهاج» أنه لا فرق أن يكون بينهما عداوة أو لا، وفي «الروضة»: أنه لو كان بينهما عداوة ظاهرة ليس له

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧، رقم ١٤٢١)، وأبو داود (٢/ ٢٣٢، رقم ٢٠٩٨، ٢٠٩٩)، والنسائي (٦/ ٨٥، رقم ٣٢٦٤). وأحمد (١/ ٢١٩، رقم ١٨٩٧). وابن حبان (٩/ ٣٩٨، رقم ٤٠٨٨)، والطبراني (١٠/ ٣٠٧، رقم ١٠٧٤٥)، والبيهقي (٧/ ١١٥، رقم ١٣٤٤١).

وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَمْ تُزَوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ، وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ، ....

إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان قال: ويحتمل جوازه، انتهى.

ويمنع الإجبار أجاب ابن الْقَطَّان في «فروعه»؛ لكن قضية ما في «الحاوي»: أن العداوة بينهما لا تمنع الإجبار، وهذا نقل عنه، الجزم به عن الرُّويَانِي أيضًا، وعبارة الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: نعم لو كان بين الأب وابنته عداوة ظاهرة، فقيل: ليس له إجبارها على النكاح فأشار إلى غرابته، المتوجه الجزم بأنه ليس له إجبارها على نكاح معسر، فإن فعل، فهل يصح؟ فيه كلام يأتي من بعد.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا) يعني الكبيرة؛ للحديث، وللخروج من الخلاف، وكذا يستحب استئذانه المراهقة كما صرح به بعضهم.

قال الصيمري: ويستحب استئذان أمها، ومَنْ جرى مجراها؛ للحديث الوارد فيه، وهذا لا فرق فيه بين الصغيرة وغيرها، والمستحب في الاستخبار أن يرسل إليها نسوةً ثقات ينظرن ما في نفسها، والأم بذلك أولى؛ لأنها تطلع على ما لا تطلع عليه غيرها، ولو استأذنها الأب أو الجد بنفسه حصلت السُّنة، قال في «الأم»: وأكره أن يزوجها من تكرهه، وقال في «القديم»: واجب ألا تزوج الصغيرة حتى تبلغ، فتستأذن.

قلت: إلا أن يكون في ذلك مصلحة أو غبطة ظاهرة يُخشى فواتها فيبادر إليها.

قال: (وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ) أي: عاقلة بالغة.

(إِلَّا بِإِذْنِهَا) أي: الصريح للحديث الصحيح السابق، ولا فرق في ذلك بين الأب وغيره؛ (فَإِنْ كَانَتْ) أي: البنت.

(صَغِيرَةً لَمْ تُزَوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ) أي: فتستأمر؛ لأن عبارتها في الصغر ساقطة، نعم لو كانت مجنونة، فسيأتي أنها تزوج على الأصح.

قال: (وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ) أي: أو عدم أهليته كما سيأتي، وألحق

وَسَوَاءٌ زَالَتْ الْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ، وَلَا أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلَا وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

بالأب؛ لأنه في معناه لا لمشاركته في اسم الأبوة على الأصح، وسبق قول: إنه ليس له إجبار كبيرة.

قال: (**وَسَوَاءٌ زَالَتْ الْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ**) أي: على المشهور؛ لأنها ثيب فشملها الخبر، وبدليل أنها لا تدخل في الوصية؛ للإبكار، وعن «القديم» أن المصابة بأنها لها حكم البكر، ولعله فيما إذا أكرهت عليه، وكان الزنا من الواطئ دونها، وحكى ابن الرِّفْعَة عن القاضي أبي حامد: إن التي وطئت مجنونة أو مكرهة أو نائمة كالبكر؛ لدوام الحياء، وظاهر المذهب خلافه، ونحوه، قال الصيمري: والثيب: هي التي زالت بكارتها بوطء الزوج أو زنا، ولا شك أن وطء السيد والشبهة إذا كانت عالمة مطاوعة لذلك، وكذا إن كانت مغلوبة على عقلها بغيره على المذهب، ولو خلقت بلا بكارة قال الصيمري، وصاحبه الْمَاوَرْدِيُّ، وقال الرُّويَانِيّ في «البحر»: لا خلاف فيه، [فهي بكر يعني مجبرة وجهًا واحدًا أو تفريعًا عليه].

إشارة: كان ينبغي أن يقول: بوطء حلال أو حرام أو بشبهة؛ لأنه لا يوصف بحل ولا حرمة على المختار، [ولفظ النص في «الجامع الكبير» أصيبت بنكاحٍ أو شبهة أو زنا وعبارة «المحرر» بالوطء الحلال أو بغيره وهي أحسن](١) وسواءٌ حصل من آدمي أو بهيمة بتمكينها أو غشيها قرد ونحوه، وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها هذا قضية كلامهم؛ لأنها زالت بوطء.

قال: (**وَلَا أَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلَا وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: بل حكمها هنا حكم البكر؛ لأنها لم تمارس الرجال، وهي على غباوتها، وحيائها، والثاني: لا؛ لزوال العذرة، وصدق الثيوبة، وقوله: «كسقطة».

قال: في «الروضة»: أو إصبع أو حدة طمث، أو طول التنفيس، أو وطئت في دبرها على الأصح، وعكس في «شرح مسلم» الترجيح في الجميع، فقال:

---

(١) سقط في النسخة الأصل.

وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لَا يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ، ....

فلها حكم الثيب على الأصح، وقيل: حكم البكر، انتهى.

فروع: الأول: قال الصيمري، والْمَاوَرْدِيُّ: لو قالت للولي المجبر: إنها ثيب، قبل قولها، فإن لم يعلم لها زوج، ولا يسأل عن الوطء الذي صارت به ثيبًا، وأجرى عليها حكم الثيب، قال الشَّاشِي: وكونها لا تسأل نظر؛ لأنه ربما زالت بكارتها بإصبع، فله أن يسألها فإن ذكرت وطئًا حلفها للتهمة في تصديقي إجبارها، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه إن أراد تحليفها بنفسه فلا يلزمها الحلف، وإن أراد أن الحاكم يحلفها له، فلا يخفى ما فيه من الأذى والعار.

الثاني: قال الْمَاوَرْدِيُّ والرُّويَانِيُّ: لو زوجها معتقدًا بكارتها فادعت أنها كانت ثيبًا لم تصدق، في إبطال النكاح؛ إذ الأصل بقاء البكارة، ولو شهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل بجواز إزالتها بإصبع أو ظفر أو خلقةً، انتهى. وفي النفس منه شيء.

الثالث: إذا استؤذنت بكر في غير كفء، فسكتت كان إذنًا إذا اكتفينا بسكوتها، قاله الرَّافِعِي ونقله في موضع عن القاضي الحسين، وحكى غيره في اشتراط التصريح بالإذن وجهين، صحح الْمُتَوَلِّي عدم اشتراطه.

الرابع: قال في «البيان»: إذا استأذنها في أقل من مهر المثل أو في غير نقد البلد فسكتت لم يكن إذنًا؛ لأنه مال فلا يكفي سكوتها كبيع مالها، وفي «فتاوى» الْبَغَوي ما يخالفه حيث قال: لو أذنت في نكاحها بألف، ثم قيل لها عند العقد: بخمسمائة، فسكتت وهي بكر كان سكوتها إذنًا في تزويجها بخمسمائة، والأول أوجه.

الخامس: في «فتاوى» الْبَغَوي لو استؤذنت في النكاح فأقرَّت بالبلوغ، فزوجت، ثم قالت: لم أكن بالغة يوم أقررت بالبلوغ، صدقت بيمينها، وإن قالت: كنت مجنونة، إن عرف لها جنون سابق، قُبل قولها وإلا فلا.

قال: (**وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمٍّ لَا يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ**) أي:

وَتُزَوَّجُ الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ، وَيَكْفِي فِي الْبِكْرِ سُكُوتُهَا فِي الْأَصَحِّ.

بكرًا كانت أو ثيبًا عاقلة أو مجنونة؛ لقوله ﷺ: «**لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح، ومعلوم أنه لا إذن للصغيرة.

قال: (**وَتُزَوَّجُ الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الْإِذْنِ**)؛ للحديث السابق: «**الثيب أحق بنفسها من وليها**»(٢) وفي سنن أبي داود وغيره: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»(٣) وأغرب في «الترغيب» حيث قال: وإذنها بالتصريح على الصحيح.

إشارة: لو كانت الثيب البالغ خرساء، فإذنها الإشارة المفهمة لا محالة، والظاهر أن كتبها بالإذن، كذلك نفي ما لو لم يكن لها إشارة مُفهمة ولا كتابة فهل تكون في معنى المجنونة حتى يزوجها الأب والجد، ثم الحاكم دون غيرها أو لا؛ لأنها عاقلة؟ لم أرَ فيه شيئًا ولعل الأول أوجه.

قال: (**وَيَكْفِي فِي الْبِكْرِ سُكُوتُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ للحديث: «**وإذنها سكوتها**»(٤) ولأن حياءها من غير الأب أكثر فكان الاكتفاء بالسكوت في حقها أولى وسبق تفنيد ابن المنذر [ذلك بما إذا كانت تعلم أن السكوت إذنًا منها، وهو حسن] ولكن الشيخ قال في «شرح مسلم»: إن مذهبنا ومذهب الجمهور أن ذلك لا يشترط، وشرطه بعض المالكية، واتفق أصحاب مالك على استحبابه، وفي النفس من عدم اعتباره شيء، وإن أفهمه إطلاق الخبر وإطلاق الشافعي والأصحاب، والله أعلم.

وقوله: وشرطه بعض المالكية فيه نظر، يعرف بمراجعة «الوسيط»، وظاهر كلام محققيهم أن مذهب مالك أن ذلك لا بد منه، والله أعلم.

والثاني: لا بد من صريح نطقها كالثيب، وقيل: إذا جرى بين يديها فسكتت، كفى، ولا حاجة إلى إذنها حينئذٍ وليس بشيء.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١٨١، رقم ٢٧٠٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ١٢١، رقم ١٣٤٧١)..

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٣٣، رقم ٢١٠٠).

(٤) تقدم بنحوه.

وَالْمُعْتِقُ. وَالسُّلْطَانُ كَالْأَخِ.

تنبيه: إنما يكفي السكوت في حق العصبة، والحاكم، والمحكم على تجويزه في النكاح إذا لم تكن قرينة ظاهرة في المنع، سواء بكت أم لا، فلو بكت مع صياح أو ضرب خد، ونحوهما وكان ما قدمناه في الفرع الرابع والخامس عن «البيان» و«فتاوى البغوي» هنا أشبه.

فروع: لو قال: أزوجك من شخص، كفى، ذكره الرَّافِعِي بحثًا بناءً على الأصح أنه لا يشترط تعيين الزوج في الإذن، وصوَّبه في «الروضة» وعن بعضهم لا يكفي؛ لأن الرضا بالمجهول لا يتصور، لو أذنت ورجعت قبل التزويج لم يصح ولو زوجها بعده، وقبل العلم به، فوجهان؛ كنظيره في الوكالة، في «فتاوى الْبَغَوي»: أنها لو أذنت لوليها وهي في نكاح أو عدة أن يزوجها إذا طلقت وانقضت عدتها أنه ينبغي أن يصح الإذن كما يصح التوكيل هكذا، وفيه وجه: أنه لا يصح، كذا في «الروضة» والمرجح في كتاب الوكالة: المنع، كما أوضحته هناك.

وفي «فتاوى الْبَغَوي» أنها لو قالت: زوجني ممن تختاره أُمي فاختارت الأم زوجًا فأعرض لم يزوجها ممن تختاره الأم إلا بإذن جديد، وأنه لو قيل لها: أرضيت بما تفعله أمك؟ وهي تعلم أنهم يعنون النكاح، فقالت: رضيت، لم يكن إذنًا بخلاف قولها: رضيت بمن تختاره أمي، ولو قالت: رضيت إن رضيت أمي، لم يجز أو إن رضي وليي، وأرادت التعليق، لم يجز، وإن أرادت: رضيت بما تفعله، كان إذنًا.

قال: (**وَالْمُعْتِقُ، وَالسُّلْطَانُ كَالْأَخِ**) أي: في أيهما يزوجان كما سبق في الحواشي؛ لقوله ص: «**الولاء لحمة كلحمة النسب**»(١).

وقال: «**السلطان ولي من لا ولي له**»(٢) [وقد سبق، والمراد أيهما أو

---

(١) أخرجه الشافعي (١/٣٣٨)، وابن حبان (١١/٣٢٦، رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/٣٧٩، رقم ٧٩٩٠).

(٢) تقدم تخريجه.

وَأَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ أَبٌ ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ثُمَّ عَمٌّ ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالْإِرْثِ، وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لِأَبٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

تقول: ثم أخ لأبوين ثم لأب ثم تقول في الآخر، وهو في قول: إن المدعي بأب والمدعى لأبوين سواء][1] متأخرين عن جميع المناسبين، وعبارة «المحرر»: فيزوجان كما يزوج الأخ، وهي أحسن؛ لكن قضيتها أن السلطان لا يزوج البالغة المجنونة، [كالأخ]، وليس كذلك، والمراد بالعتق: مَنْ له الولاء، لا من باشر العتق.

قال: (**وَأَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ أَبٌ**)؛ لأن من عداه يدلي به.

(**ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ**) أي: وهكذا؛ لاختصاصه عن سائر العصبات بالولادة مع مشاركتهم في العصوبة.

(**ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ**)؛ لأنه يدلي بالأب فكان أقرب.

(**ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ**)؛ لأنه أقرب من العم. (**ثُمَّ عَمٌّ**) أي: لغير الأم.

(**ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالْإِرْثِ**)؛ لاتحاد مأخذهما.

قال: (**وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لِأَبٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: في الجديد؛ لزيادة الشفقة، والقرب كالإرث والقديم: أنهما سواء؛ لأن قرابة الأم لا تفيد ولايةً، فلا ترجيح بخلاف الإرث فعلى الجديد يقدم كل مدلٍ بجهتين من بني الأخوة والأعمام [وبنيهم عن][2] المدلي بأحدهما، وليس كل ما لا يفيد لا يرجح بدليل أن العم لأبوين يقدم على العم لأب في الإرث، والعم للأم لا يرث، نعم لو اجتمع ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر للأب؛ لكنه أخوها للأم، فهو أولى أو ابنا [ابن] عم، أحدهما: ابنها، والآخر: أخوها للأم، فالابن أولى.

قال في «الروضة»: [ولو كان ابنا عم أحدهما: معتق فعلى القولين] ولو كان أحدهما خالًا فسواء بلا خلاف، وفيما قاله وقفة للمتأمل، والدارمي نقله

---

[1] في نسخة: (والمراد أيهما يزوجان، كما يزوج الأخ فلا يجبران ويكفي سكوت البكر على الأصح، وليس المراد كالأخ في الرتبة فإنهما).

[2] في نسخة: (على).

وَلَا يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ، فَإِنْ كَانَ ابْنَ ابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقًا أَوْ قَاضِيًا زَوَّجَ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ زَوَّجَ الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالْإِرْثِ، ....

عن ابن الْقَطَّان فقط، فقال: ومولیان أحدهما أخ لأم سواء.

تنبيهات: قوله: «ثم جد ثم أبوه»، يوهم القصر عليهما، فكان الأحسن أن يقول: ثم للجد وإن علا والأقرب فالأقرب، وقوله: «ثم سائر العصبة» يفهم أن المدلي بأبوين منهم يقدم قطعًا كالإرث ولا يغني عنه قوله: «ويقدم أخ لأبوين إلى آخره» وأيضًا فيوهم قصر الخلاف، [يزوجان كما يزوج الأخ فلا] على ذلك، وكان الأوضح الأشمل أن يقول: ويقدم مدلٍ بأبوين على مدلٍ بأب في الأظهر [يخيران، ويكفي سكوت البكر على الأصح، وليس المراد كالأخ في الرتبة، فإنهما سواء]⁽١⁾.

قال: (وَلَا يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ) أي: خلافًا للمزني والأئمة الثلاثة.

لنا: أنه لا نسب بينهما، لكان كالأخ من الأم؛ ولأن الولاية تسليط، واحتكام، وإثبات رتبة، واستعلاء على المولى عليه؛ وذلك لائق بالأصول دون الفروع، والجواب عن حديث عمر بن أبي سلمة مستقصى في المطولات.

قال: (فَإِنْ كَانَ ابْنَ ابْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتِقًا أَوْ قَاضِيًا زَوَّجَ بِهِ) أي: بذلك لا بالبنوة، ولو قال: فإن كان عصبة بنسب، أو ولاء كان أشمل، وكذا لو توالدت قرابة أخرى من أنكحة المجوس، أو وطء بشبهة بأن كان ابنها أخاها، أو ابن أخيها، ونحو ذلك، وكذا لو كان وكيلًا لوليها، والمحكَّم كالقاضي على ما رجحه المصنف، وكذا لو ملكها كما يتصور في المكاتب، ويأذن له سيده، فيزوجها بالملك.

قال: (فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ زَوَّجَ الْمُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالْإِرْثِ) لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»⁽٢⁾ صححه ابن حبان، والحاكم.

---

(١) في نسخة: (ثم أخ لأبوين، ثم أخ لأب، ثم يقول في الآخر: وفي قول أن المدلي لأب والمدلي لأبوين سواء).

(٢) تقدم تخريجه.

وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ الْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتَقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً، وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتِقَةِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِذَا مَاتَتْ زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ، فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ،

قال: (**وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ الْمَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ الْمُعْتَقَةَ مَا دَامَتْ حَيَّةً**) لا السلطان على الصحيح؛ لأن الولاء ثابت للمعتقة؛ ولكنها مسلوبة العبارة، فيزوجها أولياؤها كنفسها فزوجها أب المعتقة، ثم جدها على ما ذكرنا في ترتيب الأولياء، ولا يزوجها ابن المعتقة، وقيل: يزوجها، وقيل: يقدم على الأب.

قال ابن القاص: إنه أحق بالعصوبة، وإلا، وللمسألة التفات على ما سنذكره من أن العصبة المعتق، هل يتم ولاء في حياته؟

إن قلنا: نعم، زوجها الابن؛ لأنه أولى العصبات، ومَنْ له الولاء مسلوبُ العبارة، وإن قلنا: لا ولاء لهم في حياته، فحينئذٍ يتردد النظر في أن أولياءها أولى كما قاله الجمهور أم السلطان كما قاله ابن القاص.

قال: (**وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتِقَةِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ إذ لا ولاية لها ولا [إجبار][1] والثاني: يعتبر؛ لأن عصبتها يزوجون؛ لإدلائهم بها فلا أقل من مراجعتها، ولا خفاء باشتراط رضا المعتقة.

قال: (**فَإِذَا مَاتَتْ**) أي: المعتقة.

(**زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ**) أي: من عصبات المعتقة، وحينئذٍ يزوجها الابن، ثم مَنْ بعده على ترتيب عصبات المعتق، وقيل: يقدم الأب هنا على الابن بعد موتها؛ استدامة لما ثبت له من الولاية في حياتها.

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ**)؛ للحديث السابق «**فالسلطان ولي من لا ولي له**»[2].

قلت: وإنما يزوج القاضي مَنْ هي حاضرة في عمله، فلو أذنت وهي في غير عمله لم يزوجها، وفيه شيء يأتي بيانه، وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِيِّ في باب التقاء القاضيين: ولا يجوز أن يكتب بتزويج امرأة في غير موضع عمله، قال جدي: وغلط من جوزه.

---

[1] في نسخة: (اختيار).

[2] تقدم تخريجه.

....

تنبيه مهم: لا خفاء أن عصبات المعتق يزوجون عند فقده كما سبق؛ فلو وجد ولم يكن بصفة الولاية، فهل يزوج عصباته؟ كما إذا كان الأقرب من النسب كذلك؛ فإنه يزوج الأبعد أم لا يزوج عصبات المعتق إلا بعد فقده، ويخرج من كلام الأصحاب في ذلك خلاف، وكلام الرَّافِعِي هنا يقتضي أنهم يزوجون في حياته؛ فإنه قال: فإن لم يكن إذ لم يكن بصفة الولاية فهل يزوج كذلك فلعصباته، وصرح أيضًا في باب الوصايا: بأنه إذا قتل عبدًا أعتقه ورثه عصبات السيد في حياته، وعلى هذا ينطبق قول «المنهاج» من بعد، ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات فالولاية للأبعد؛ لكن الْبَغَوي نقل في «فتاويه» عن القاضي الحسين أن الكافر إذا أعتق أَمَة مسلمة، وله ابن مسلم أن الابن لا يزوجها؛ بل السلطان، وكذلك نقله عنه فيما لو أعتق الكافر مسلمًا، وله ابن مسلم [فمات](١) العتيق في حياته لا يرثه الابن المسلم، وكذلك لو قتل المعتق عتيقه، وله ابن لا يرثه ابنه.

وصرح القاضي الحسين في باب الولاء بذلك، قال: وهكذا يقول في التزويج، ونص الشَّافِعِي على أن المرأة إذا أعتقت أمة، زوجها أبوها؛ بسبب [عصبة](٢) الولاء، ونص فيما إذا أعتق رجل أمة فمات، وخلف ابنًا صغيرًا، وللابن الصغير جد أمه ليس للجد أن يزوج العتيقة.

قال الْقَفَّالُ: والفرق أن في مسألة المعتقة وقع اليأس من ثبوت الولاية لها فجعلت كالمعدومة فانتقلت الولاية إلى ابنها، وفي تلك المسألة لم يقع اليأس من ولاية الابن الصغير؛ بل هي منتظرة في حقه فافترقا، ونقل الرَّافِعِي في باب العاقلة عن الإمام، والْغَزَالِي أنه لا تضرب الدية على عصبات المعتق في حياته.

[قال الإمام: إنه أحق لهم في الولاء، بالولاء في حياته] فإذا مات انتشر الحق إليهم وصار الولاء لحمة كلحمة النسب.

قال الرَّافِعِي: وفي كلام غيره ما يفهم الارتقاء منه، وهو حي إلى عصباته،

---

(١) في نسخة: (فإن).

(٢) في نسخة: (عصوبة).

……

وبه صرح صاحبا «الشامل» و«التتمة»، وغيرهما.

والملخص أن عند الْقَفَّالِ والقاضي الحسين لا يثبت الولاء لغيره في حياته، وهو قضية كلام الإمام والْغَزَالِيّ في العاقلة، وما ذكره الرَّافِعِي في النكاح، والوصايا، واقتضاه كلام «الشامل» و«التتمة» وغيرهما [في العاقلة] الثبوت إلا أن يقال: يُكتفى في الضرب على العاقلة بإمكان انتقال الولاء؛ وإن لم يكن وليًا في الحال بخلاف ولاية النكاح، وبالجملة فالمذهب المنصوص، والذي يقتضيه النظر أنه لا يزوج الأبعد مع حياة المعتق أو حياة من له الولاء من بعده من عصباته، وذكر العمراني أنه لو أعتق أمة، ومات عن ابن صغير وأخ لأب كبير، أنه لا يعلم فيها نصًا.

قال: والذي يقتضيه [المذهب][1] أن أخا المعتق يزوجها كما في النسب، وهو معذور فإن إطلاقاتهم تفهم ذلك؛ ولكنه خلاف النص، ولم أر له نصًا يخالفه.

فرع: ذكروا أنه لو أعتق أمة، وله منها ابن، وأراد أن ينكحها، فهل يزوجها منه ابنه؟ قال ابن الحداد: نعم، قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: غلط فيه؛ لأن المعتق وليها في هذه الحالة، وعلى مذهب الشَّافِعِي لا تنتقل الولاية إلى الأبعد، والأقرب من أهل الولاية؛ بل يزوجها الحاكم منه، قال: ومن أصحابنا من تعصب لابن الحداد، وصوبه، وقال: المعتق لا ولاية له في هذه الحالة؛ لأنه لا يملك تزويجها من نفسه فصار كما لو زالت ولايته بجنونه أو رقه أو فسقه، انتهى.

وهذا يؤيد كلام الرَّافِعِي، والعمراني والغزالي فيما تقدم، وأما الْقَفَّال فخطأ ابن الحداد معللًا بأن المعتق هو الولي الأقرب، ولا ولاية للابن معه، وإنما يزوجها منه السلطان، انتهى.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: أعتق أَمَة، وأراد أن يتزوجها، فهل يجوز لعصبة

---

(١) في نسخة: (النظر).

وَكَذَا يُزَوِّجُ إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ وَالْمُعْتِقُ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ إِلَى كُفْءٍ وَامْتَنَعَ ....

السيد أن يزوجوها منه؟ قال بعض أصحابنا: يجوز، والصحيح: أنه لا يجوز؛ لأنهم يدلون [إليها] بالسيد، انتهى.

قال: (**وَكَذَا يُزَوِّجُ**) أي: السلطان.

(**إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ**)، والمعتق؛ لأن التزويج حق عليهما؛ فإذا امتنعا [من وفائه] وفاه الحاكم، وهل يزوج الحاكم عند العضل بطريق النيابة عن الولي، أو بالولاية العامة، فيه خلاف، ومن ثمرته أنها لو كانت ببلد، وأذنت لحاكم بلد أخرى في تزويجها، والولي فيه، وقال في «الترغيب»: فائدته إذا زوجها بإذنها من غير كفء إن قلنا: ولاية، صح أو نيابةً لا يصح، انتهى.

إشارة: كان الأحسن أن يقول كما في «تهذيب المحرر»: إذا عضل الولي؛ ليشمل القريب.

(**وَالْمُعْتِقُ**) وعصبته، وكان الأحسن أيضًا أن تجتمع المواضع التي يزوج فيها السلطان، كغيبة الولي، وفسقه، وعدم أهليته جملة، حيث لا ولي بعده إلا الحاكم، وإذا أراد الولي نكاحها، ولا مساوي له في الدرجة، وتزويجه [المجنونة] البالغة عند فقد الأب، والجد؛ لأنه أضبط، وأخصر من تفريقها.

قال: (**وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ إِلَى كُفْءٍ، وَامْتَنَعَ**) العضل عن الكفء حرام على المشهور بناءً على وجوب الإجابة إليه على المنصوص المشهور، ثم قضية [قولهم: إن الحاكم يزوج أمةً غير كبيرة، وإلا لفسق به، وزوج الأبعد على الصحيح، وقضية] إطلاق المصنف أن القاضي يزوج عند العضل مطلقًا، وإن تكرر، وأطلق الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وغيرهما القول: بأن العضل فسق، وأنه لا تنقل الولاية إلى الأبعد، وجعلوه حجة لاختيارهم بأن الفاسق يلي، ولم يذكروا تكراره، وقال الشيخان: إنما يفسق به إذا عضل مرات، فلها فيما حكى بعضهم ثلاثًا، وحينئذٍ تنتقل الولاية إلى الأبعد إذا جعلنا الفسق سالبًا.

....

قلت: فيه نظر، وسيأتي في الشهادات أن المنصوص، وقول الجمهور: إن الفسق إنما يحصل بفعله المعاصي، [وكثرتها][١]، وأن الطاعات إذا كثرت، وغلبت لا تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر، وإن تكررت المعصية مع غلبة الطاعات عليها، والفسق هنا ممن يرى أن الإصرار على نوع واحد من الصغائر [فسق] وهو وجهٌ سبق، الأصح خلافه، وأيضًا فالمعصية إنما تتحقق إذا بان لها أن منعه عن عنادٍ؛ إذ قد يكون عن عذر باطن، واجتهاد، وأغرب الديبلي فقال: وإن دعت إلى كفء فأبى الولي العقد دعاه القاضي، وقال له: اعقد فالحق لك؛ فإن لم يكن له حجة غير منعها عن النكاح، يقول [القاضي] بحضرة شهود: قد عزلته عن عقدها، ثم يعقد عقدها، ويكتب كتابًا، ويسلمه للخاطب بما جرى، ويشهد على ذلك؛ لئلا يدعي الولي بعد ذلك أني لم أعقد هذا العقد، ويريد إبطال النكاح، والغريب قوله: يقول القاضي: قد عزلته عن عقدها.

تنبيهات: [منها:] حصول العضل ذكره المصنف، قاله الرَّافِعِي، وسيأتي أن من خصال الكفاءة، النفي عن العيوب المثبتة للخيار، فعلى هذا لو دعته إلى من به عيب فامتنع لا يكون عاضلًا؛ لأنها لم تدع إلى كفء، وليس كذلك؛ بل إذا دعته إلى عنين أو مجبوب لزمه إجابتها، أو مجذوم أو أبرص أو مجنون فله الامتناع على الأصح، ويشبه أن يكون امتناعه من إجابتها إلى المفلس ليس بعضل، وإن لم يعتبر المال في الكفاءة.

ومنها: قضية كلام الْبَغَوِي في «التهذيب»: أن العضل إنما يتحقق بالامتناع عند [القاضي][٢] بأن تحضر المرأة والزوج فيأمره القاضي فيمتنع أو يسكت، قال الرَّافِعِي: وهذا فيمن تيسر إحضاره عند القاضي، أما لو تعذر لتوارٍ أو عذرٍ فيثبت بالبينة كسائر الحقوق، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، انتهى.

وفي «الحاوي» ما يوافق إطلاق «التهذيب»؛ إذ قال: وعلى الحاكم أن

---

[١] في نسخة: (وعلتها بأن).

[٢] في نسخة: (الحاكم).

وَلَوْ عَيَّنَتْ كُفُؤًا وَأَرَادَ الْأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ.

يحضره، ويسأله عن سبب عضله؛ لكن الْبَغَوي [في «الفتاوى»] قال: إذا تعذر إحضاره بتمرد أو توارٍ، لو غاب يحكم بالعضل بالبينة.

قال: ويحتمل أن يحكم بالعضل بالبينة مع إمكان الإحضار، [والأول أصح يعني أنه لا بد من إحضاره عند تيسره.

ومنها: لو امتنع الولي عن الإجابة إلى] نكاح التحليل، قال بعض المتأخرين: إن امتنع للخروج من الخلاف أو لقوة دليل التحريم عنده فلا إثم؛ بل ربما يثاب على قصده، وأما تزويج الحاكم هنا لعضله ففيه نظر؛ لأنه بامتناعه عن نكاح التحليل لا يعد عاضلًا، ويؤخذ من هذا أنه لو كان الخاطب كفئًا عند الحاكم، غير كفءٍ عند الولي أن الحاكم لا يزوج؛ لعدم العضل، والخروج بالامتناع عن الأهلية ببعضه الحر أمة، قال: لا يجوز تزويجها عبدًا لرقه، فلا يعتبر.

قلت: وسياق كلامه يفهم أن السيد إنما يزوج أمته بالولاية، وقد قال في «التهذيب»: إن الصحيح أنه يزوج بالملك كالبيع والإجارة، وقضية ذلك الصحة هنا.

فرع: سألت كافرة لا ولي لها [القاضي] يزوجها، قال الْمَاورْدِيُّ: إن دعت إلى مسلم وجب أو معاهد يجبر كالحكم أو ذمي، فقولان، وقضية التشبيه بالحكم أنها لو دعت إلى مَنْ هو من غير ملتها أن تجب إجابتها قطعًا عند الجمهور كما سيأتي.

قال: **(وَلَوْ عَيَّنَتْ)** أي: البكر المجبرة.

(كُفُؤًا وَأَرَادَ الْأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ) لأن نظره أكمل، ولو أجابها لصار مجبرًا، والثاني: يلزمه إجابتها إعفافًا لها.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ظاهر نصه في «الأم»، وكأنه يريد قوله ﷺ: فإن رآها تدعو إلى كفاءة لم يكن له منعها، وإن دعاها الولي إلى خير منه، وكذلك قال الرُّويَانِي في «الحلية»: إنه ظاهر المذهب، ويشبه أن يكون محل الخلاف

فَصْلٌ

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ وَصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ ....

ما إذا كان معينه كمعينها، أو أكفأ أما لو كان معينها أكفأ؛ إذ فيه صفات زائدة مطلوبة؛ لأغراض صحيحة، كدين، ومال، وشباب، وعدم زوجة ونحوها، ولم ير الأب عدوله إلى معينة أصلح لها أو مساوٍ فلا معنى لبخس حظها، لا لمعنى معتبر، نعم؛ إن ظهر له أنه أصلح لها من وجه آخر فهذا محتمل، وسيأتي على هذا زيادة تقييد إطلاقه.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوي» أنه لو ملك البعض ببعضه الحر أمة لم يجز له تزويجها؛ لأنه لا ولاية لمن لم تكمل فيه الحرية أصلًا.

قال: ولا يجوز تزويجها أصلًا؛ لأنه بغير إذنه لا يجوز، وباب التزويج منسد عنه لرقه، فلا معنى لإذنه، ولو كان التزويج بإذنه لكونها ملكًا لبعضه لجاز أن يزوجها [قيل: ولو جاز التزويج بإذنه يكون ملكًا لنفقة؛ فجاز أن يزوجها].

قال:

(فَصْلٌ:

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ)؛ لأنه مولى عليه مشغول عن النظر بسيده، وسواء المكاتب والمبعض والقن.

قال: **(وَصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ)** لأنهما لا يليان أمرهما فغيرهما أولى هذا في المجنون المطبق، أما المنقطع، ففيه وجهان الأشبه في «الشرح الصغير» والظاهر في «التذنيب» والأصح في «الكافي» و«التهذيب» وغيرهما، وظاهر نص «الأم» أنه لا يزيل الولاية؛ بل ينتظر إفاقته؛ لأنه يشبه الإغماء من حيث أنه يطرأ، ويزول وأصحهما في أصل «الروضة» من عند نفسه، وبه جزم «الوجيز»، وظاهر المذهب في «البسيط» و«النهاية» أنه يزوج الأبعد في حال جنونه.

إشارات: صوَّب الْبَغَوي وغيره المسألة فيما إذا كان يجن يومًا ويفيق يومًا، وكذلك القاضي الحسين وحكى الخلاف قولين، ولعل هذا ونحوه موضع الخلاف، أما لو كان لا يقع في العام إلا مرةً في يوم أو نحوه، فلا تسلب الولاية

وَمُخْتَلُّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ خَبَلٍ، وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قطعًا؛ بل تنتظر إفاقته؛ وإذا قلنا: لا نزيل الولاية إلحاقًا له بالإغماء.

قال الإمام: فهذا كالغيبة فلنقس مدته بمدتها وفاقًا وخلافًا، وهذا على طريقته في الإغماء، وأما من أطلق فيه الانتظار، وإن طال فقياسه هنا كذلك هذا حكمه في حالة الجنون، وأما حالة الإفاقة فالمشهور، ولم يذكر الجمهور سواه أنه على ولايته، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ فيما إذا كان زمن الجنون أكثر وجهين: أحدهما: أنها لا تعود إليه اعتبارًا بالأغلب، قال: ولو كان وقت الإفاقة قصيرًا جدًا لم يكن حال تقطع، وحكى وجهين فيما إذا بقي آثار من الخبل يحتمل مثلها من غيره على حدة الخلق.

قال: (**وَمُخْتَلُّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ خَبَلٍ**)⁽¹⁾ أي: أصلي أو عارض بعجزه عن الاختيار الأكفأ، وعدم العلم بمواضع الحظ فأشبه المجنون، وهذا يفهم أن المراد الاختلال [إلى] حمله أما لو حصل فيه اختلال يسير ونحوه، فإنه لا يقدح، وعبارة الكتاب محتملة؛ لأن اختلال النظر يصدق على الجميع.

قال: (**وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن الحجر عليه؛ لنقصه فلا يحسن أن يفوض إليه أمر غيره، وقيل: فيه وجهان: أحدهما: هذا، وثانيهما: يلي؛ لأنه كامل النظر في أمر النكاح، وإنما حجر عليه؛ لحفظ ماله، وفي «الحاوي» إن حجر عليه؛ لأنه لا يعرف موضع الحظ لنفسه، فلا ولاية له، وإن حجر عليه؛ لتبذيره ماله مع معرفته الحظ لنفسه، فوجهان، قال ابن سُرَيْج: له الولاية، وخالفه الجمهور، وإن كان السفيه غير محجور عليه، فوجهان قال ابن أبي هريرة: إنه كالمحجور عليه، والثاني: أنه باقٍ على ولايته، قال الشَّاشِي: وليس بصحيح.

[إشارة]⁽²⁾: أخرج بالسفه حجر المريض، وكذا حجر الفلس، وفيه وجه؛ بناءً على أنه حجر سفه في الحكم، وقضية كلامه أن السفيه غير المحجور عليه

---

(1) انظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٩/ ٤٩٦).

(2) في نسخة: (فائدة).

وَمَتَى كَانَ الْأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ فَالْوِلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ، ....

ولي، فأقول: إن كان فاسقًا فحكمه واضح، والأبلغ: مُهملًا محجورًا عليه حكمًا على المذهب، وهو داخل في كلامه، وإن سفه بعد رشده بما لا يفسق به؛ فإن أعدنا الحجر بلا إعادة، فذاك، وإلا ففي إنكاحه قبل إعادة الحجر وجهان، كسائر تصرفاته.

وقال ابن الرِّفْعَة: يحصل في السفه أوجه أصحها السلب مطلقًا وعكسه، وإن اتصل به الحجر سلب، وإلا فلا.

قال: (وَمَتَى كَانَ الْأَقْرَبُ بِبَعْضِ هَذِهِ الصِّفَاتِ فَالْوِلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ) أي: لخروج الأقرب عن الأهلية فأشبه العدم، وهذا في المناسب لا شك فيه، وأما في المعتق وعصبته ففيه ما أسلفناه [واضحًا] عن النص والأصحاب.

فرع: زوج الأبعد لنقص الأقرب ثم اختلفا، فقال الأقرب: زوجت بعد تأهلي، فالنكاح باطل، وقال الأبعد: بل قبله، فالنكاح صحيح، قال الْمَاورْدِي: فلا اعتبار بهما، والرجوع فيه إلى قول الزوجين؛ لأن العقد لهما، فلم يقبل فيه قول غيرهما، وفي« الكافي» أنه لو زوجها الأبعد بعد تأهل الأقرب، ولم يعلم، فوجهان: أصحهما: لا يصح، وبناهما الْبَغَوي على الانعزال قبل العلم بالعزل، وكذلك الْمَاورْدِي في الفاسق؛ لكنه قيد الوجهين بما إذا لم تعلم المرأة ولا الزوج بالحال.

فرع: لا ولاية للخنثى، فلو زوج ثم قال: عقدته بعد زوال إشكال، قال السلمي: صح العقد؛ لأنه غير متهم في إقراره هذا فقبل، انتهى.

ورأيت في مصنف في «الحضانة» للقاضي أبي محمد ابن القاضي أبي حامد المروزي أن الخنثى إذا اتضحت ذكورته أو أنوثته بعلامة، فذاك، وإن لم توجد علامة واختار أحد الأمرين لينكح به ففي اعتباره في حكم الحضانة وجهان لأصحابنا:

أحدهما: لا يعتبر لتعلقه بحق الغير فجرى مجرى ولايته على النكاح التي قد لا يؤثر فيها اختياره لكونه رجلًا، وإن عمل عليه في نكاحه.

وَالْإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لَا يَدُومُ غَالِبًا أُنْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ، وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّامًا أُنْتُظِرَ، وَقِيلَ: لِلْأَبْعَدِ

والثاني: يعتبر ويعمل بقوله فيها سواء اختار ما يسقط الحضانة أو يثبتها، ولو استمر الإشكال، فهل يرجع على الذكر من الأقارب المقدم عليه لو كان أنثى؟ فيه وجهان، انتهى.

فاقتضى كلامه أنه لو كان أخًا واختار الذكورة ومعه عم أن ولاية التزويج للعم، ولم أره لغيره، والمتبادر المفهوم من كلام الأئمة خلافه.

قال: **(وَالْإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لَا يَدُومُ غَالِبًا أُنْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ)** أي: ويكون كالنائم فلا يزوج غيره.

(وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّامًا أُنْتُظِرَ) أي: إفاقته أيضًا؛ لأنه قريب الزوال كالنوم.

(وَقِيلَ): تنتقل الولاية.

(لِلْأَبْعَدِ) أي: كالجنون، وقال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: يزوج الحاكم نيابةً، وقال الإمام: [من عنده] إنَّا نعتبر المدة بالسفر، فإن كانت مدته مدة ينتظر فيها مراجعة الغائب، وقطع المسافة ذهابًا وإيابًا، انتظرت وإن زادت زوجها الحاكم في الحال.

وقال في «الترغيب»: ينتظر المغمى عليه مدة سفر العدوى أوالقصر على وجهين، وأخذه من «البسيط»، واختاره في «الوسيط» من عنده.

وأجاب به في «الوجيز» أن القاضي يزوج بعد ثلاثة أيام، إذا علمت هذا فقول المصنف: وإن كان لا يدوم غالبًا، ومشينا عليه، انتظر لشهر إلى شيء ذكره الإمام وتبعاه في «الشرح» و«الروضة» عليه.

قال الإمام: إن كانت غشيه من هيج الصفراء وكانت مدتها لا تدوم فلا مبالاة بها وسيتجلى عن قرب، ومن جملة ذلك الصرع، وقوله: وإن كان يدوم أيامًا إلى آخره، يقتضي تخصيص الخلاف بما إذا كان يدوم أيامًا فلو دام يومًا أو يومين انتظر قطعًا ولم تنقل الولاية للأبعد جزمًا، وليس كذلك؛ بل متى دام يومًا أو يومين أو أكثر جرى الخلاف، ولم أرَ وجهًا بانتقالها إن كان يدوم أيامًا، وعبارة الإمام: إن كان يدوم يومًا ويومين، وعبارة الرَّافِعِي: يومًا

وَلَا يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ.

ويومين، وأكثر صورها في «البيان» وغيره بما إذا كان يغمى يومًا ويفيق يومًا، وقضية كلام بعضهم ونقل القاضي الحسين عن ابن سُرَيْج أنه كالجنون مطلقًا ولهذا حُكِي في «البسيط» فيها ثلاثة أوجه. وكلام الكتاب يقتضي أن الصحيح انتظاره وإن كان يدوم شهرًا [مثلًا] لصدق أنه دام أيامًا، وهو قضية كلام من أطلق الانتظار بلا تحديد وهو غاية في البعد، ولا أظن من أطلق الانتظار كالبغوي وغيره أراد ذلك أصلًا، ويؤيده تعليل الْبَغَوي وغيره بأنه لا يدوم كالنائم ينتظر انتباهه، وهو قضية كلام الإمام فيتعين تقييد كلام المطلقين بما قاله الإمام؛ لأنه إذا تعذر عليها التزويج بغير الولي يزوج الحاكم مع صحة عبارة الغائب، فمع تعذر ذلك بإغمائه وانسلاب عبارته أولى، وهذا قياس جلي، فينزل الإطلاق عليه إلا أن يقال: طول الإغماء نادر بخلاف الغيبة.

فرع: إذا سكر غالطًا أو أفجر⁽¹⁾ كرهًا أو أكره؛ فكالمغمى عليه، واقتضى كلام الرَّافِعِي هنا أن الخلاف في تصرفات السكران المتعدي جاز في تصرفات غير المتعدي نصًا، وجزم في كتاب الطلاق أنه لا يقع طلاقه وفرض الخلاف في نفوذ تصرفات المتعدي فقط، وهو الوجه.

قال: (**وَلَا يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن السماع يفيد معرفة من فيه الحظ وإنما قدح في شهادته لتعذر التحمل، والثاني: يقدح؛ لأنه نقص يؤثر في الشهادة؛ فأشبه الصغير وأجرى سليم في «مجرده» وجماعة الخلاف في ذوي الحرف الدنية كالكناس ونحوه، قال: ويجري في أخرس له كتابة أو إشارة مفهمة، وقيل: لا يزوج قطعًا، وقضية نقل المصنف السالف أنه يزوج بالإشارة المفهومة بلا خلاف، والمذهب القطع بثبوت ولاية ذوي الحرف الدنية، وإذا جعلنا العمى قادحًا، فعن الإمام تنتقل الولاية إلى الأبعد، وعن «البحر» أنه وكَّل فإن لم يوكِّل زوَّج القاضي عنه، وحكى الْمَاوَرْدِي على هذا خلافًا في صحة وكالتي فيه، وتفقه الفارقي فقال: ينبغي أن يفصل، فيقال: إن رأت المرأة الزوج

---

(1) في نسخة: (أو اؤجر).

وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

ورضيت به جاز وجهًا واحدًا لقصة موسى مع شعيب عليهما السلام، وإن لم تره، ولم ترضه، لم يجز، وعلى هذا لا يزوجها إلا برضاها، انتهى.

وهذا غريب، وأغرب ابن الخفاف في «الخصال» فقال في كتاب البيع: إذا زوج الأعمى ابنته أو أمته، وكان قد شاهدها قبل العمى جاز، وكذا لو أجرها وكان قد شاهدها في صحته، انتهى.

وهذا عجيب، ومنه يخرج وجه ثالث في المسألة، وقياسه أنه لو زوج البصير بوليته قبل أن يراها، لم يصح، وهذا أبدع، نعم، يظهر أنه لو كان قد عرف الخاطب قبل العمى المعرفة التامة، ثم عمي أنه يصح عقده معه جزمًا؛ لانتفاء المعنى المذكور؛ علة لوجه السلب.

قال: (**وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لحديث ابن عباس - ﵄ أنه ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي مرشد**»(١) رواه الشَّافِعِي في مسنده بسندٍ صحيح.

قال الإمام أحمد: إنه أصح شيء في الباب ولاية(٢) يعني يقدح في الشهادة فمنع الولاية كالرق، قال الرَّافِعِي في «شرحه»: وقد تنبه الْمَاوَرْدِي وغيره أنه ظاهر مذهب الشَّافِعِي، وقال الشيخ أبو حامد والْمَاوَرْدِي والعمراني وغيرهم: إنه المشهور من قوله، قال أبو الطيب في «مجرده»: نص عليه في «البويطي»، ولا تعرف هذه المسألة في غيره من الكتب، وقال غيره: إنه ظاهر نص «الإملاء»، وبه قطع معظم العراقيين، ونسبه في «الشامل» إلى الأكثرين، وأما قول إمام الحرمين: ظاهر نصوص الشَّافِعِي في الكتب الجديدة والقديمة أنه يلي، فغريب، وللأصحاب في المسألة طرق منتشرة أشهرها: أن المسألة على قولين: أظهرهما: المنع، وثانيهما: يلي؛ لأن الفسقة لم يمنعوا من التزويج في عصر الأولين، واختاره الْبَغَوِي والرُّويَانِي.

---

(١) أخرجه الشافعي (١٠٠٠) والبيهقي (٧/ ١٢٤، رقم ١٣٤٩١). والطبراني في الأوسط (١/ ١٦٧، رقم ٥٢١)، والضياء (١٠/ ٢١٣، رقم ٢٢٣).

(٢) في نسخة: (ولأنه معنى يقدح).

قال الرَّافِعِي: وبه يقول أكثر المتأخرين في عصر الأولين لا سيما الخراسانيون، وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: لا ولاية لفاسق في أظهر القولين، واختار أصحابنا القول الآخر، وبه يقول مالك وأبو حنيفة وهو الاختيار؛ لأنه لم يخل عصرٌ من الأعصار من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا من الفساق خاصةً من الأعراب في البوادي والأكراد في البراري والترك في الصحاري، والهند في الآفاق، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة والتابعين منعهم من تزويج البنات، مع وجوب الاحتياط في الإرضاع هذا لفظه - رحمه الله تعالى - وجمع جامع في المسألة عشر طرق وزاد غيره ثلاثةً أخرى فيها نظر ولا يطيل بذكرها، والمختار من ذلك جميعه قول الْغَزَالِيّ: إنه لو كان يحنث لو سلبناه الولاية؛ لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه [به] ولي وإلا فلا.

قال في «الروضة»: وهذا حسنٌ، وينبغي أن يكون العمل به وممن أفتى بأن القريب الفاسق يلي مطلقًا شيخ الإسلام ابن عبد السلام قال: لأن الوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي، قال الْغَزَالِيُّ في جواب سؤال طويل أوردته في «الغنية»: وهو القياس الصحيح ولا سبيل إلى الفتوى بغيره؛ إذ الفسق قد عمَّ العباد والبلاد وإلى هذا أشار الشيخ أبو عمر بن الصلاح؛ حيث سئل عن ولي فاسق شارب للخمر هل يزوج؟ فأجاب: لا يتولى ذلك إلا الآمرين الفاسقين؛ فالولي الحاضر أولى، هذا أصح ما يقال في هذا، وللغزالي مسألة في ولاية الفاسق يحتج فيها بأنه لو سلبها وليها المناسب لصار أمرها إلى فاسق أيضًا في هذه الأزمنة، وهذا التخصيص بهذه الحالة يشبه قول من قال من أصحابنا: إن ذوي الأرحام في هذا الزمان يرثون لفساد من يتولى بيت المال، انتهى.

وبصحة تزويج القريب الفاسق أفتى من سنين؛ لما ذكره الْغَزَالِيُّ وابن عبد السلام وغيره ولا يختلج في صدرك سواه، وليس هذا بمخالف للمشهور عن العراقيين والنص والحديث؛ بل ذاك عند وجود الحاكم العدل المرضي العالم الأهل وأما غيره من الجهلة والفساق فكالعدم كما صرح به الأئمة في الوديعة وغيرها.

……

تنبيهات: قال في «البسيط»: تبعًا لإمامه، مستور الحال ولي قطعًا.

قال الإمام: وقد أطبق الخلق على معاملة أولياء الأطفال، وإن لم تظهر عدالتهم عند الحاكم ولم يخرجوه على الخلاف في انعقاده بالمستورين.

وفي «فتاوى ابن الصلاح»: إن الصحيح أن المستور الظاهر العدالة يلي ويصح تزويجه بشرطه، فأشار إلى إثبات خلافه في المستور، وأن محل الوفاق في البارز العدالة، ويشير إلى ذلك قول ابن داود شارح «المختصر».

قال الشَّافِعِي: في رواية «البويطي أراد المرشد في هذا الحديث فعن حديث ابن عباس فالمرشد بالعدل، وهذا يفهم أنه لا بدَّ من ظهور العدالة، وإن لم يكن عند الحاكم؛ لكن الذي رأيته في «مختصر البويطي» لا ولاية إلا لبالغ رشيد، وقال بعده بقليل: ولا يكون الولي إلا مرشدًا، ولم نرد، ولعله ذكره في مواضع أُخَر ونسخ كتاب البويطي تختلف وكذلك يختلف النقل عنه كثيرًا، فاعلم.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان» ما لفظه اعتبار العدالة في الولي أن تقبل شهادة مثله فيما [بينا ولسنا نعتبر قبول الحاكم لها] ساق كلامه كالمصرح باعتبار ظهور العدالة، الثاني: يستثنى من إطلاق المصنف، وغيَّره الإمام الأعظم إذا قلنا: لا يعزل بالفسق ففي تزويجه لبناته وبنات غيره بالولاية العامة، وجهان: أصحهما: يزوج، قاله الشيخان تبعًا للبغوي وقولهم بالولاية العامة متعلق لبناته وبنات غيره بالولاية، فعلى هذا إنما يزوج بنته ونحوها بالولاية العامة إذا لم يكن لها ولي إلا السلطان، وقد بينه الْمُتَوَلِّي بقوله: إن قلنا: لا ولاية لفاسق.

قال أصحابنا: لا يزوج ابنته، أي: بالولاية الخاصة؛ ولكن يزوج الأيامى من المسلمين؛ لأن تزويج البنت بالقرابة والفسق تبقى ولاية القرابة وولاية الأيامى بالسلطنة، والفسق لا ينافي ولاية السلطنة وهو مطابق لكلام الْبَغَوِي والرَّافِعِي، فإنَّ ما نفاه الْمُتَوَلِّي هو تزويجه، فالولاية الخاصة لا العامة كما فهمه ابن الرِّفْعَة في «كفايته» عنه.

وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ.

فائدة: إذا سلبنا الولاية بالفسق ولم يكن بعد إلا المعتق، يزوج(١) السلطان دونه كما اقتضاه كلام المحاملي وغيره، وهو واضح وقد يغفل عنه.

قال: (**وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ**) أي: على الصحيح المنصوص، وهذا إذا كان لا يرتكب محظورًا في دينه فإن ارتكبه فكتزوج المسلم الفاسق بنته، قاله الرَّافِعِي، وعبارة كثيرين: يشترط أن يكون عدلًا في دينه وعن الْحَلِيمِي أن الكافر لا يلي، وأن المسلم إذا أراد نكاح ذمية زوجها منه الحاكم، والمذهب: الأول، نعم، اختلاف الدين يمنع الولاية في الجملة فلا يزوج المسلمة قريبها، ولا معتقها الكافر قطعًا، ولا سيدها على الأصح كما لا يزوج الكافرة قريبها ولا معتقها المسلم؛ بل الأبعد الموافق لها في الدين فإن لم يكن فقاضينا؛ فإن لم يكن هناك قاضٍ فعن إشارة صاحب «التقريب» جواز نكاح الكافرة من قاضيهم، والظاهر: المنع، وبه جزم الشيخ أبو محمد وغيره، والمراد أنه لا يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم كما صرح به في «الترغيب» وأما الكافرة فليس الكلام فيه؛ فإن المذهب: صحة أنكحتهم سواء صدرت من قاضيهم أو من غيره.

إشارة: قد يفهم من لفظ المصنف أن المسلم لا يزوج كافرة بحال، وليس كذلك؛ بل يزوج أمته وأمة موليته، وأمة ولده الصغير ونحوه، ويزوج السلطان مَن لا ولي لها غيره بعموم الولاية، وكذا من عضلها وليها، صرح به في «البيان» في كتاب الصداق.

فرع: هل يزوج اليهودي النصراني وبالعكس أم لا؟ قال الرَّافِعِي: يمكن أن تلحق بالميراث، ويمكن المنع؛ لأن الاختلاف منشئًا للعداوة، وسقوط النظر، انتهى.

والمنقول في «الحاوي» الأول حتى قال: لو كان موافقها ومخالفها في درجة كانا سواء، وبناه الْمُتَوَلِّي وغيره على أن الكفر ملة أو ملل، إن قلنا:

---

(١) في نسخة: (زوج).

وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ، ....

ملة، زوّج، وإلا فلا، وبهذا يظهر لك أن الصحيح أنه لا يمنع، وأن العداوة لا تمنع الإجبار خلافًا لابن الْقَطَّان وغيره كما سبق.

قال: (**وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوْ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ**) أي: سواء كان بحج أو عمرة فرضًا أو نفلًا، ولو كان إحرامًا فاسدًا على الأصح؛ لقوله ﷺ: «**لا يَنْكِحُ المحرم، ولا يُنْكِحُ**»(١) رواه مسلم.

وإذا حصل التحلل الأول من الحج ففي إباحة العقد قولان سبقا، ولا فرق بين محرم ومحرم على الأصح عندهما، وقيل: يستثنى الإمام الأعظم والقاضي، وقيل: الإمام فقط، هكذا روى جماعة ثلاثة أوجه، وبالفرق أجاب جماعة، وادعى ابن كج في كتاب الحج وشيخه ابن الْقَطَّان أن الإمام يزوج في إحرامه بلا خلاف، وخصا التزويج بالقاضي، وهذا في التزويج بالولاية العامة، أما الخاصة فهو فيها كغيره، وفي «الحاوي» أنه لا يزوج المسلمة؛ لأنه وليها، وفي تزويجه الكافرة وجهان؛ لأنه يزوجها بحكم يجري مجرى سائر أحكامه في إحرامه، وهذا الكلام يخرج منه وجه رابع.

تنبيه: كان ينبغي أن يقول المصنف: أو أحد الزوجين؛ فإن الظاهر أنه لو أحرم الصبي بإذن وليه الحلال أو العبد بإذن سيده الحلال فعقد على ابنه أو عبده جبرًا حيث نراه أو بإذن سابق لم يصح، كما ذكره في «الروضة».

فرع: لو أذن المحرم لعبده الحلال في النكاح، قال القاضي أبو الطيب في الحج من «تعليقه»: حكى ابن المرزبان عن ابن الْقَطَّان أن الإذن باطلٌ، قال: قيل لابن الْقَطَّان فالمحرمة إذا أذنت لعبدها فيه، قال: لا يجوز كالمحرم

---

(١) أخرجه مالك (١/ ٣٤٨، رقم ٧٧٢)، والطيالسي (ص ١٣، رقم ٧٤)، والدارمي (٢/ ١٨٩، رقم ٢١٩٨)، ومسلم (٢/ ١٠٣٠، رقم ١٤٠٩)، وأبو داود (٢/ ١٦٩، رقم ١٨٤١)، والنسائي (٦/ ٨٨، رقم ٣٢٧٥)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢، رقم ١٩٦٦)، وابن خزيمة (٤/ ١٨٣، رقم ٢٦٤٩)، وابن الجارود (ص ١١٦، رقم ٤٤٤)، وابن حبان (٩/ ٤٣٤، رقم ٤١٢٥) والشافعي (١/ ١٨٠)، والحميدي (١/ ٢٠، رقم ٣٣)، وأحمد (١/ ٥٧، رقم ٤٠١)، والدارقطني (٢/ ٢٦٧).

وَلَا يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ فِي الْأَصَحِّ، فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لَا الْأَبْعَدُ.

قُلْت: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوْ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الْحَلَالُ لَمْ يَصِحَّ، وَالله أَعْلَمُ.

سواء، قال ابن المرزبان: وفي المسألتين عندي نظر.

قلت: وقياس قول ابن الْقَطَّان أنه لو أذن المحرم للسفيه الحلال في النكاح لم يصح، وكان المأخذ أن المحرم ساقط العبارة في النكاح جملة.

فرع: قال الدارمي: لو زوجها وليها، وعنده أنها قد حلت من غير يقين، فوجهان، أو زوجه الوكيل، ولم يعلم، أو زوجه وهو محرم أو حلال، فوجهًا.

قلت: وينبغي أن يكون الأصح في الأولى المنع، وفي الثانية: الصحة عملًا بالأصل فيهما. وفي «فتاوى القاضي الحسين»: لو وكّل بتزويج ابنته فزوجها الوكيل، ثم بان موت الموكل، ولا ندري أمات بعد العقد أم قبله؟ فخرجها على وجهين؛ بناءً على تقابل أصلين: أحدهما: أن الأصل عدم النكاح، والثاني: الظاهر بقاء الحياة، انتهى.

قلت: والأحوط تحديد العقد؛ للشك في الشرط.

قال: (**وَلَا يَنْقُلُ الْوِلَايَةَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الأكثرين؛ لبقاء الرشد، والنظر، وعلى هذا (**فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لَا الْأَبْعَدُ**) أي: كما لو غاب، والثاني: قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وهو الذي يظهر رجحانه أنه ينقلها إلى الأبعد كالجنون.

قال: (**قُلْت: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوْ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الْحَلَالُ لَمْ يَصِحَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: لعجز الموكل عنه فلا يملكه فرعه، وشذ الْغَزَالِيُّ فحكى في «الوجيز» فيه وجهين، ولم أرَ له ذكرًا في كتب الأصحاب ولا في «الوسيط» ولا «النهاية»، قال ابن الرِّفْعَة: ولم يرد خلافًا محققًا؛ لأن عبارته: وإن كان الأظهر أن الوكيل لا يتعاطى، فيكون مقابل الأظهر احتمالًا وقع في نفسه، وأيّد ذلك بمواضع من كلامه، وقال: إنه وقع في عبارة القاضي الحسين مثل عبارة الْغَزَالِيّ يعني قوله: ظاهر المذهب أنه لا يزوج؛ لكن القاضي ذكر عند الكلام على الأولياء من التعليق أنه لا خلاف أن الوكيل لا يملك التزويج مادام الموكل محرمًا.

وَلَوْ غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ السُّلْطَانُ، وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

فرع: إذا قلنا: إن الإمام لا يزوج في حال إحرامه ففي قضاته المحلين وجهان في «الحاوي»، وقال المحاملي: ذكر بعضهم أن الصحيح عدم الفرق بين الإمام والقاضي، قال: وهو خطأ من قائله على المذهب؛ لأن الإمام إذا امتنع من التزويج لم يجب أن يمتنع خلفاؤه؛ لأنهم منصوبون لمصالح المسلمين، ألا ترى أنهم لا ينعزلون بموته؟!.

قلت: وفيه وجهان يأتيان في الحاصل، في القاضي أوجهًا: منها: التفصيل، وفيه كلام للمحاملي أنه المذهب.

قال: (**وَلَوْ غَابَ الْأَقْرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ**) أي: لا، الأبعد على أصح الأوجه؛ لأن الغائب ولي، وقيل: يزوج كالجنون، وحكى قولًا، وقيل: إن كان من كبراء الناس اشترط مراجعته، وإن كان من التجار، وأوساط الناس فلا.

قلت: ويجيء مما سبق وجه فارق بين أولياء النسب، وأولياء الولاء، فيزوج (**السُّلْطَانُ**) عند غيبة الولي، وإن لم يزوج على رأي عند غيبة المناسب؛ لما سبق.

قال: (**وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه كالحاضر، وحكى عن نصه في «الإملاء»، والثاني: يزوج؛ لأنه قد يفوت الخاطب فيتضرر بذلك، وهو ظاهر «المختصر»، ورجَّحه جماعة من العراقيين كالشيخ أبي حامد، والمحاملي والعمراني، وقال: وإنه المذهب، والتعبير عن هذين بالقولين أشبه؛ إذ الأول نصه في «الإملاء» كما نقله الشيخ أبو حامد، وغيره، والثاني: ظاهر نص «المختصر»، والثالث: أنه إن كان فوق مسافة العدوى لم يراجع، وإلا روجع، ويجيء الوجه الثالث في الصورة الأولى هنا، وأولى؛ بل يقوى القول به؛ لأن ذلك ربما جرّ فسادًا، أو فتنة، وحيث قلنا: يزوج الحاكم، فأحب الشَّافِعِي أن يحضر عصباتها، وذوي الحرم [من أهلها] ويسألهم عن الخاطب، ويستشيرهم فيه، فإن ذكروا كفاه بحث ذلك، وعمل

……

بما يقتضيه النظر، وإن لم يعرفوه نعرف حاله من غيرهم.

قال أبو إسحاق: يستحب أن يرد العقد إلى أقرب عصباتها دون الغائب؛ ليخرج من الخلاف، وهذا أحسن، فإن قلت: لو فقد الأقرب فلم يعلم [إمكانه] ولا حياته، ولا موته.

قلت: يزوج القاضي كالعضل ما لم يحكم بموته فيزوج الأبعد، وفي «البسيط» إذا غاب غيبة منقطعة، وانقطع الخبر، وعسر البحث فلا بد من تزويجها، ويعتمد القاضي قولها: إن الولي لم يزوجها في غيبته بإذن أو غير إذن، وإن أراد تحليفها احتياطًا فله ذلك، وكل تحليف لا يتعلق بدعوى، وإنما هو احتياطًا ففي كونه مستحبًا أو مستحقًا خلاف يأتي في موضعه، انتهى.

ولو علم مكانه، وتعذر الوصول إليه؛ لخوف الطريق أو فتنة ففي الجيلي عن «الحلية»: أنه يزوج القاضي من غير مراجعة في أصح الوجهين، فإن صحَّ النقل والترجيح، وجب تقييد إطلاق «المنهاج» والظاهر أنه لو كان في البلد في سجن السلطان، ولا يمكن الوصول إليه بحال أن القاضي يزوج؛ فإن قلت: لو زوج القاضي للغيبة، ثم قدم الولي بعد العقد بحيث يعلم أنه كان قريبًا من البلد حالة العقد.

قلت: لم يصح النكاح، وبان فساد العقد، قاله الْبَغَوي، وكذا قاله القاضي الحسين إذا قال: كنت في البلد، وأقام بينة بذلك يفرق القاضي بينهما، وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو زوجها الحاكم على ظن ألا ولي لها، ثم بان أن لها وليًا على ثلاث فراسخ لم يصح النكاح.

فرع: الأصح في «الروضة» تصديقها في غيبة الولي، وعدم المانع، ولا يشترط شاهدين خبيرين بالباطن، وفي النفس منه شيء؛ لفساد نسب الزمان، ويجوز أن يفرق بين الغريبة وغيرها، وأوّلوا نص الشَّافِعِي على أنها تقيم البينة على خلوها، وحملوه على الاستحباب والاحتياط. وفي «أدب القضاء» للدبيلي أنه لو جاءت امرأة غريبة إلى القاضي فقالت: كان لي زوج في بلد

وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ،

فطلقني ثلاثًا أو مات فاعتددت منه، فزوجني من هذا الرجل؛ فإنه يقبل قولها، ولا يمين عليها ولا بينة؛ لأنها مالكة لأمرها فلا تمنع من التصرف في نفسها بعقد التزويج، فإن كانت صادقة فذاك، وإن ورد زوجها، وصحح التزويج وحلف أنه لم يطلقها فسخ النكاح وردت عليه بعد العدة إن جرى دخول، وقلنا: صح التزويج؛ لأن إقرارها بعد عقد الثاني عليها لا يسمع.

وكل امرأة قالت: لا ولي لي، يجب قبول قولها، وإن كنا نعلم أن ما تخلو امرأة من ولي في الغالب، فلا يلزم مطالبتها ببينة بموت أبيها أو جدها، وكذا في سائر الأولياء، وكذلك لو قال: هذه الأمة اشتريتها من فلان جاز شراؤها منه، ولم يجز أن يقال: قد اعترفت أنها كانت لفلان فصحح شراءك منه، فكذلك لا يقال للمرأة: صححي طلاق [زوجك][1] أو موته؛ بل يعقد لها، فأما إن كان الزوج في البلد، وليست بغريبة، وتدعي الطلاق أو الموت، فلا يعقد الحاكم [النكاح] حتى يصح ذلك.

قلت: وهذا غير[2] ما أشرت إليه، ولله المنة، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في كل زوج [يكون] بمسافة لا يحكم على الغائب فيها، ولا تسمع الدعوى إلا بعد إعلامه؛ لأنه حاضر حكمًا.

قلت: ونقلا في أواخر الدعاوى عن «فتاوى» الْبَغَوِي بلا مخالفة أنه إذا حضر رجل وامرأة عند القاضي، وطلبت تزويجها منه، وذكرت أنها زوجة فلان، وطلقها[3] أو مات عنها فلا يزوجها القاضي ما لم تثبت عنده حجة على الطلاق أو الموت؛ لأنها أقرت بالنكاح لفلان، وهو بإطلاقه يشمل الغريبة وغيرها.

قال: (وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا) أي: على الصحيح المنصوص في «الأم»؛ لاستقلاله به، وقيل: يحتاج إذنها، وزيف.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ) وقيل: الأصح؛ لأنه يملك

---

[1] في نسخة: (طلاقه).

[2] في نسخة (عين ما أشرت إليه).

[3] في نسخة: (فطلقها).

وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ فَلَا يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ، ....

التعيين فيملك الإطلاق كالبيع، وشفقته تحمله على توكيل من يثق بنظره، والثاني - وصححه الفارقي والجرجاني -: يشترط التعيين؛ لاختلاف الأغراض، وانتفاء شفقة الوكيل الداعية إلى حسن الاختيار.

قلت: وهذا التوجيه يشعر بأنه لو كان الوكيل جدها مثلًا، أنه لا يجب التعيين قطعًا؛ لكمال شفقته كالأب؛ ويجوز أن يجري فيه طريقان مما سيأتي، وكنت أود لو قيل: إن كان الوكيل عالمًا بمواضع الحظ، والمصلحة، عارفًا بما يعتبر في الزوج من خصال الكفاءة، كفى الإطلاق، وإلا فلا؛ بل لو قيل: إن الخلاف في العالم فقط لم يبعد، ولو أذنت من يعتبر إذنها للولي في تزويجها ففي اشتراط التعيين الخلاف، وقيل: لا يشترط التعيين قطعًا؛ لاعتبار الولي بمراعاة الحظ لها.

تنبيهان:

الأول: رأى الإمام تخصيص الخلاف، وإن أطلقوه بما إذا لم ترض بترك الكفاءة، فإن رضيت بتركها، ولم يطلب الحظ، قال: فلا معنى للتعيين.

الثاني: سبق في الوكالة أنه لو وكله أن يزوج له امرأة، ذكرنا قوله في «الروضة»: إن الأصح أو الصحيح اشتراط التعيين، وذكر اضطراب كلامه في ذلك، والذي يظهر أنه إذا اشترط التعيين في توكيله لنفسه أن اشتراطه في التوكيل؛ ليزوج موليته أولى.

قال مفرعًا على الأظهر: (**وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ**) أي: وجوبًا.

(**فَلَا يُزَوِّجُ غَيْرَ كُفْءٍ**) أي: ولأمته، وهناك أكفأ منه، فلو فعل لم يصح على المشهور؛ [لتقصيره] ولأن الطلاق مقيد بالكفء، والأحظ، وقيل: يصح، ولها الخيار، فإن كانت صغيرة فحين تبلغ، واعلم أن من لا يعلم الكفاءة ما هي؟ كيف يحتاط في طلبها؟

وظاهر كلام المصنف والمتبادر منه أنه لو زوج كفئًا مع وجود أكفأ منه أن يصح، وليس كذلك؛ بل الحكم ما ذكرناه.

وَغَيْرُ الْمُجْبِرِ إنْ قَالَتْ لَهُ: وَكِّلْ وَكَّلَ، وَإِنْ نَهَتْهُ فَلَا، وَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا فِي النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ،

قال: **(وَغَيْرُ الْمُجْبِرِ إنْ قَالَتْ لَهُ وَكِّلْ وَكَّلَ)** إذا أذنت له في التزويج والتوكيل، فله كل واحد منهما، وإن قالت: وكِّل، ولم تزد فله التوكيل قطعًا، وله أن يزوج بنفسه على الأصح، وعبارة المصنف تشير[1] بالمنع، ويشبه أن الوجهين فيما إذا لم تدل قرينة ظاهرة على إكرامها له وصيانته عن مباشرة العقد بنفسه.

قال: **(وَإِنْ نَهَتْهُ فَلَا)** أي: إذا أذنت له [في تزويجها][2] ونهته عن التوكيل فيه لم يوكل؛ عملًا بإذنها، قالا في «النهاية» و«التهذيب»: بلا خلاف، ويخرج من كلام «الحاوي»، وغيره، [وفيه وجهٌ يصح] ويلغوا النهي.

قال: **(وَإِنْ قَالَتْ: زَوِّجْنِي فَلَهُ التَّوْكِيلُ فِي الْأَصَحِّ)** لأنه بعد الإذن متصرف بالولاية فأشبه القيم والوصي، والثاني: لا؛ لأنه متصرف بالإذن فأشبه الوكيل.

قال: **(وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا فِي النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ)**؛ لأنه لا يملك العقد بنفسه حينئذٍ فكيف يوكل غيره فيه؟ والثاني: يصح التوكيل؛ لأنه [لا يملك العقد بنفسه حينئذ فكيف يوكل غيره فيه، والثاني يصح التوكيل لأنه] يلي تزويجها بشرط الإذن فله تفويض ماله إلى غيره، فعلى هذا قالا تبعًا «للتهذيب»: يستأذنها الولي أو الوكيل للولي، ولا يجوز أن يستأذن لنفسه، وقضية كلام القاضي الحسين، والْمَاورْدِيّ، والْمُتَولِّي الجواز، وهو[3] الأوجه؛ لأنه قد صح التوكيل من الولي؛ وناب الوكيل منابه، فلم يبق إلا إذنها له، وقال الدارمي: وإذا وكل غير المجبر قبل أن تأذن فعلى وجهين: أحدهما: لا يجوز، نص عليه، والثاني: يجوز، وقيل: لا يصح حتى يستأذن الجميع، وقيل: مَنْ لايجبر لا يوكل إلا بإذنها، وغيرها يجوز، انتهى.

فرع: في تعيين الزوج لوكيل غير المجبر عند إطلاق الإذن، الوجهان في المجبر ولو عينت في إذنها شخصًا للولي فلا بُدَّ من تعيينه للوكيل فلو أطلق

---

(١) في الأصل: (تشعر). (٢) في نسخة: (أن يزوجها). (٣) في نسخة: (هذا).

وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ: زَوَّجْتُك بِنْتَ فُلَانٍ، وَلْيَقُلْ الْوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ: زَوَّجْت بِنْتِي فُلَانًا، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ: قَبِلْت نِكَاحَهَا لَهُ.

فصادقه لم يصح، قال الإمام: على الأظهر عندنا؛ لفساد التفويض.

فرع: إذا لم يكن ولي سوى الحاكم فأمر رجلًا بتزويجها قبل استئذانها، صح إن قلنا: إن استنابته في شغل معين استحلاف، وإلا فلا يصح على الأصح كوكيل الولي، قاله الْبَغَوي في «فتاويه».

قال: (**وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ زَوَّجْتُك بِنْتَ فُلَانٍ، وَلْيَقُلْ الْوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ زَوَّجْت بِنْتِي فُلَانًا، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ قَبِلْت نِكَاحَهَا لَهُ**) للمتعاقدين بالوكالة أحوال: إما أن تكونا وكيل الولي والزوج أو بالعكس أو وكيلين من الطرفين.

الأولى: أن يكون وكيل الولي، والخاطب لنفسه، فيقول الوكيل: زوجتك بنت فلان، أو زوجت بنت فلان منك، فيقبل الزوج القبول المعتبر.

الثانية: أن يكون الولي ووكيل الزوج، فيقول وكيله: قبلت نكاحها، هذا هو المعروف، وفي «البحر» وجهٌ: أنه إذا قال: زوجت بنتي منك [للخاطب] الذي وكلك أنه يصح، وله وجه مع غرابته، ولو لم يقل الوكيل له فعلى الوجهين في ما لو قال الزوج: قبلت، ولم يقل: نكاحها مثلًا، قالاه تبعًا للقاضي الحسين والْبَغَوي.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يرتب عليه، فإن قلنا: لا يصح من الزوج، فمن الوكيل أولى، وإلا فوجهان، ولو اقتصر على قوله: قبلت، فقد بينه الإمام والرُّويَانِيّ على اقتصار الزوج على ذلك إن صححنا ذلك ففي هذا وجهان.

تنبيه: لو قال وكيل الزوج أولًا: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها من فلان، قالا: هنا جاز، ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل من فلان فعلى الخلاف السابق، انتهى.

وسبق غير مرة عن الإمام [وغيره أن القبول ما لا يصح الابتداء به، وربما اقتضى كلامهما في باب الهبة وغيره موافقته] ونسب لذلك ابن الرِّفْعَة الرَّافِعِي في الحكم بالصحة إلى الغرابة.

وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ، لَا صَغِيرَةٍ وَصَغِيرٍ.

وفي «فتاوى الْقَفَّال» ما يوافق رأي الإمام، ونقله ثقةٌ عن كلام أبي الحسن الجوري من متقدمي أئمتنا، فالرافعي مقتفٍ للبغوي.

الثالثة: أن يكونا وكيلين، فيقول وكيل الولي: زوجت بنت فلان من فلان، فيقول وكيل الزوج: قبلت نكاحها له، ولا يصح البيع بهذه الصيغة، ويقول ولي الزوجة في تزويجها من ابن الخاطب: زوجت فلانة من ابنك، فيقول الأب: قبلت النكاح لابني، وهذا كله؛ لأن التزويج مضاف إلى الموكل، والمولى عليه، لا إلى المخاطب، والبيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ**) كان الصواب أن يقول: حاجتهما؛ إذ المراد حاجة كل منهما، لا حاجة المجنون فقط [وعبارة «المحرر» بعد ذكرهما عند ظهور الحاجة فكأنه توهم أنه أراد به المجنون فقط] لاتصال ذلك بذكره، وليس بجيد، ومراد «المحرر» ما ذكرناه كما هو قضية ما في «الشرح» و«الروضة»، وعبارة «الشرح»: يجب على المجبر تزويج كذا وكذا عند مسيس الحاجة إما بظهور أمارات التوقان، أو متوقع الشفاء عند إشارة الأطباء، وعبارة «الروضة»: ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند ظهور الحاجة.. إلى آخره.

قلت: وعدَّ الرَّافِعِي من الحاجات المجوزة لتزويج المجنون احتياجه إلى من يخدمه؛ حيث لا توجد محرم تخدمه، وكانت مؤن النكاح أخف من مؤن شراء أَمَة.

قيل: وينبغي أن يجب ذلك، وهو قضية إطلاق الكتاب بأن الحاجة هنا ظاهرة؛ لكن قد لا تتبرع الزوجة بالخدمة فلا ينهض الوجوب؛ اكتفاءً بظن التبرع، وفيه نظر، بدليل جواز التزويج؛ لأجل الخدمة اعتمادًا على ذلك.

قال: (**لَا صَغِيرَةٍ وَصَغِيرٍ**) أي: لا يجب على الأب ونحوه تزويجهما، وإن التمساه؛ لعدم الحاجة في الحال؛ لكن لو ظهرت الغبطة فيه، ففي الوجوب نظر للإمام كبيع مالهما عند الغبطة، والوجوب في الصغير بعيد، وحكى

وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ فِي الْأَصَحِّ.

الرَّافِعِي عن بعضهم أنها إذا كانت في أول أبكار الشهوة يجب إجابتها، ويحتمل طرده في المراهق، ولا سيما عند الخوف عليهما من الوقوع في المحظور، والوجه: أنها لو كانت المراهقة فقيرةً عاجزةً عن كسب قوتها والأب كذلك، التمست التزويج من خاطب كفء أنه يلزمه تزويجها؛ دفعًا لضرورتها؛ بل المتجه الوجوب وإن لم تلتمسه هي.

قال: (**وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ**) أي: إذا دعت إلى كفء خاطب أو طلقت مع وجود خاطب كفء؛ تحصيناً لها، وقيل: لا يجب إجبار المجبر؛ لأنها مخيرة فليس لها الإجبار، قال الرَّافِعِي: قول الدارمي: إذا دعت المرأة إلى كفء فواجب على الولي تزويجها نصًا، وقيل: مندوب، انتهى. وإطلاقه يشمل المجبر وغيره.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لئلا يؤدي إلى التواكل، والخلاف كالخلاف فيما إذا ادعى بعض الشهود، وللإمام في محل الخلاف في الشهود تفصيل ذكره هناك ويأتي مثله هنا.

إشارات: قوله أولًا: «إن تعين» يشير إلى أنه محل وفاق، بخلاف اجتماع الأولياء في درجة، وكان الأخص حذف قوله: «إن تعين»، ويقال: وفيما إذا لم يتعين وجهٌ ونحو ذلك، على أن الإمام أبدى أن التزويج ليس حقًا على الولي المنفرد إلا عند تعذر السلطان؛ لشغور البقعة منه، وفيه بُعْد؛ لما فيه من إيجابها على رفع الأمر إليه والعار، وقد تخاف سطوة الولي⁽¹⁾ فلا يتمكن من التزويج بالسلطان، وبعيد أن يقال: [يمكنها من التحكيم إذا جوزناه كان في عدم التعيين على الولي عند منعه، ولا خفاء] أن مراده الملتمسة البالغة، وإن أطلق، ويأتي في غيرها ما سبق، أطلق المصنف وجوب الإجابة سواء عينت زوجًا أم لا، وقيدنا كلامه بما تقدم، وقال ابن الرِّفْعَة: إطلاق «الوسيط» يشمل

---

(١) في نسخة: (سطوة الوطء).

وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ اُسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ

ما إذا عينت كفئًا، وما إذا لم تعين، ورجحه، ثم قال: والرَّافِعِي ومن تبعه فرضوا المسألة فيما إذا عينت البكر كفئًا، وطلبت التزويج منه، وهو يفهم أنه لا يجب في الحالة الأخرى، وله وجه بيِّن فإن طلب ذلك معرة في العرف.

قلت: لا شك أن تعيينها ليس بشرط في وجوب تزويجها؛ إذ لا خفاء أنه لو خطبها جماعات لا تعرفهم، وهم أكفاء، فالتمست منه التزويج بلا تعيين، أنه تلزمه الإجابة؛ فإذا سألته، ولا خاطب، ثم خطبها كفء، لزمه تزويجها منه بشرط، وأما وجوبه عليه بالتماسها المطلق بسؤاله من الأكفاء؟ ولا خاطب فبعيدٌ، والظاهر أنه إنما عليه البدل عند طلب الكفء لا غير.

قال: (**وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ**) أي: ورتبة كأخوة أشقاء أو لأب.

(**اُسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ**) أي: في هذا الباب؛ لأنه أعلم بشرائط العقد وغيرها من مقاصده.

(**وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ**)؛ إكرامًا له، ولئلا يتأذى.

وفي حديث القسامة: «**كُبْر كُبْر**»⁽¹⁾ ولأنه أخبر بالأمور، وغالبًا؛ لكثرة تجاربه.

قال الرَّافِعِي: إذا تعارضت الخصال قدم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن، والمفهوم من سياق الكتاب أن الأسن مقدم على الأورع، ولم أرَ؛ لتعارض الخصال ترتيبًا إلا في كلام الرَّافِعِي، ومن تبعه؛ بل قالوا: يزوجها أكبرهم وأفضلهم، وعبارة الْمُتَوَلِّي والقاضي أبو الطيب في «المجرد»: تنازعه؛ حيث قالا: ويتولى العقد أسنهم لحديث القسامة «كُبْر كُبْر»، وعبارة ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: أنه يقدم بالسن، ثم بالفقه، ثم بالورع وأخذه من قول «التنبيه»، فالأولى أن يقدم أسنهما وأعلمهما، فأفضلهما.

[قال: بتقديره أسنهما، فإن استويا فأعلمهما، فإن استويا في العلم قدم أفضلهما] وفي كون هذا معنى كلامه نظر، وأقرب منه إلى ذلك عبارة ابن أبي

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٩)، ومسلم (٣١٦٠).

فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ، ....

عصرون في «تنبيهه»: فإن استويا قدم بالسن أو العلم أو الورع، وعبارة «الحاوي»: فالأولى أن يتولاه أفضلهم نسبًا[1] ودينًا وعلمًا.

وعبارة «الترغيب»: ويستحب تقديم الأسن والأورع والأفضل، وفي محافظتهم على البداءة بالأسن إشعار بأنه المقدم أولًا.

فائدة: هذا كله في المتناسبين، أما لو كانوا معتقين فشرط الصحة أن يجتمعوا على العقد أو يوكلوا فيه وكيلًا، نعم، لو مات المعتق عن بنتين أو أخوة، وكالأقرباء، ولو مات معتقان كلٌّ عن ابنين كفى، موافقة أحد ابني أحدهما أحد ابني الآخر، ولا يشترط موافقة الجميع.

قال: (**فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ**) قطعًا؛ للنزاع كأولياء القود والمشاحة، تعرض على صور:

الأولى: أن يقول كل منهم: أنا أعقده، والخاطب واحد، والظاهر أنها صورة الكتاب متقرعٌ، ثم القارع أولى هكذا جزما به، وغيرهما، ورأيت في «فروع» ابن الْقَطَّان قال بعض أصحابنا: يقرع بينهم، وليس بشيء؛ لأن حق التزويج مشترك بينهم، وكل واحد كامل فيه، ولو أقرعنا فبادر غير القارع وزوج صح فلا فائدة في القرعة، انتهى. والمذهب المنصوص في «الأم» الإقراع، ولم يذكر البيهقي في «المبسوط» غيره.

الثانية: أن يتعدد الخاطب فتزوج ممن ترضاه فإن رضيتهما، وتنازعوا في أحدهما، نظر القاضي في الأصلح، وأمر بتزويجه، قالا: كذا ذكره الْبَغَوي، وغيره في «الحاوي»، وإن قالت: هما عندي سواء فزوجوني بأحدهما، فلا قرعة، ويصير الأولياء عضلة فيزوجها القاضي، وهو ظاهر؛ لأن قولها: زوجوني يقتضي اجتماعهم على الصحيح، إذا اختلفوا أرجع إلى القاضي ما إذا رضيت الخاطبين، وأذنت لكل واحد في تعيينه، فمن سبق وزوج صح، إن أذنت لهما معًا، وإن ترتب إذنها، فيحتمل أن إذنها للثاني رجوع الأول فيتعين

---

(١) في نسخة: (سنًا).

فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، ....

الثاني، ويحتمل خلافه، وهو قضية إطلاق الأكثرين. وحكى القاضي الحسين وجهين فيما لو أذنت لولي في التزويج ثم أذنت لآخر، هل يكون عزلًا للأول، وطردهما في وكيل البيع؟ قال: والأظهر أنه لا يكون عزلًا.

الثالثة: إن تشاحوا في [حال] الاجتماع على العقد، وانفراد أحدهم به، فينظر إن قالت: أذنت لكل واحدٍ أو ما هذا معناه، فسبق واحد وزوج صح، وإن قالت: زوجوني، وما أشبهه مما يدل على الاجتماع وجب اجتماعهم على الأصح، فإن تشاحوا فطالب التفرد عاضل، وأما طالب الاجتماع فلم أر فيه نقلًا، والظاهر أنه بإذن السلطان بعد إذنها له للداعي إلى الاجتماع فيزوجها، ويبعد أن يجعل الداعي إلى الاجتماع عاضلًا أيضًا فيستقل السلطان بالتزويج.

قال: (**فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ**) أي: لا على وجه الاجتماع.

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**) وقال **الْمُتَوَلِّي**: إنه المذهب؛ لأن القرعة ليست سالبة؛ بل لقطع المنازعة، والثاني: لا يصح؛ لتظهر ثمرة القرعة، وأرسل العراقيون والقاضي الحسين الوجهين بلا ترجيح، وعلى الأول اقتصر الإمام، وقال: إنه لا يكره لغيره التزويج إلا عند إقراع الإمام، وفي بعض التصانيف: أنه لا يقيد، وهو بعيد غير معتدٍ به، ولست أدري هذا القائل يخصص قوله: بقرعة ينشئها السلطان أو يطرده في قرعة الأولياء من غير ترافع إلى مجلس الحكم، وعبارة **الرَّافِعِي** في نقل كلامه بدخوله، فإنه قال: وهذا الوجه يختص بما إذا أخرجوا القرعة من غير ارتفاع إلى مجلس الحكم أم يختص بقرعة ينشئها السلطان، فيه تردد للإمام.

فرع: إذا لم يصحح إنكاح المقروع كما رجحه الفارقي، ففوض القارع ذلك إلى أحدهم كان نائبًا عنه، وقيل: لا يكون نائبًا، قاله **الْمَاوَرْدِيُّ**، وتظهر الثمرة فيما لو أذن، وقدر مهرًا، فزوج بدونه، وبه قال: جعلناه نائبًا فوكيل خالف، وفيما لو فسق بعد القرعة إن جعلناه نائبًا صحَّ تزويجه على المشهور، وإلا فلا، على المذهب.

وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْدًا وَآخَرُ عَمْرًا، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ فَهُوَ الصَّحِيحُ، ....

قال: (**وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْدًا وَآخَرُ عَمْرًا، فَإِنْ عُرِفَ السَّابِقُ**) أي: بعينه ببينة أو تصادق معتبر.

(**فَهُوَ الصَّحِيحُ**) أي: سواءٌ دخل بها الثاني أم لا، وبه قال جمهور العلماء.

وقال مالك: إن دخل بها الثاني، ولم يعلم بها الأول فهي زوجته؛ لما روي عن عمر ﵁ «**إذا نكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني**».

لنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، والمراد الزوجات، وقوله ﷺ: «**إذا نكح الوليان فالأول أحق**»[1] قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ومسلم، وفي رواية أبي داود والترمذي والنسائي: «**أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول**»[2].

وما روي عن عمر ﵁ فغير ثابت، وقد خالفه الإمام علي ﵁ في ذلك، والحديث بخلافه فوجب اعتماده.

تنبيهان:

الأول: أطلقوا المسألة، ورأيت في «تحرير» الجرجاني أنه ينظر فإن كانت قد عينت لأحدهما، وأطلقت للآخر صح المعين، وإن كانت أطلقت الإذن لهما صحَّ السابق، انتهى. وقد يتخيل فرق بين أن يتقدم التعيين أو يتأخر.

الثاني: أشار الفوراني في «العمد» إلى خلاف في صحة احتمال الإذن

---

[1] حديث رجل من أصحاب النبي ﷺ: أخرجه الشافعي (١/ ٢٧٦)، والبيهقي (٧/ ١٤٠، رقم ١٣٥٨٠).
حديث سمرة بن جندب: أخرجه الطبراني (٧/ ٢٠٣، رقم ٦٨٤٣)، والحاكم (٢/ ١٩١، رقم ٢٧٢٢).

[2] أخرجه الطيالسي (ص ١٢٢، رقم ٩٠٣)، وأحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٧)، والدارمي (٢/ ١٨٧، رقم ٢١٩٣)، وأبو داود (٢/ ٢٣٠، رقم ٢٠٨٨)، والترمذي (٣/ ٤١٨، رقم ١١١٠)، وقال: حسن والنسائي (٧/ ٣١٤، رقم ٤٦٨٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨، رقم ٢١٩٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٢، رقم ٦٨٣٩)، والحاكم (٢/ ١٩٠، رقم ٢٧٢٠)، والبيهقي (٧/ ١٤١، رقم ١٣٥٨٥) والروياني (٢/ ٤٦، رقم ٨٠٠).

وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ، ....

للولي؛ حيث قال: إذا كان لها أولياء في درجة، فأذنت لكل واحد منهم في تزويجها على وجه يصح، إما بتعين أزواج أو على احتمال في قول مَنْ يصححه، فزوج كل واحد منهما من رجل المسألة، وتبعه الْغَزَالِيُّ في «البسيط»، و«الوسيط» فقال: إذا أذنت لوليين، ولم تعين الزوج، وجوَّزنا ذلك، وعبارة «البسيط»: وصححنا التوكيل كذلك، وهذا الخلاف إنما يعرف في وكيل الولي، هل يشترط التعيين له أم لا؟

ولعل الجرجاني بنى كلامه على أن التعيين مع الإطلاق هو المعتبر تقدم أو تأخر.

قال: (**وَإِنْ وَقَعَا مَعًا أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالْمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ**) أما في المعية فلامتناع الجمع، وعدم أولوية أحدهما كنكاح أختين معًا وأما في حالة الشك فلأنهما إن وقعا معًا تدافعًا أو مرتبًا فلا إطلاع على السابق منهما فبطلا؛ إذ الأصل في الإبضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح.

قال الْمُتَوَلِّي: فعلى هذا يستحب للقاضي أن يقول: إن كان قد سبق أحد النكاحين فقد حكمت ببطلانه؛ ليكون نكاحها بعد ذلك على يقين الصحة، وتثبت للحاكم هذه الولاية هنا للحاجة، ولنا وجه أنه لا بد من إنشاء الفسخ؛ لاحتمال السبق.

وقال الدارمي: وإن لم يؤرخا أو لم يؤرخ أحدهما أو لم يعلم عين السابق فكالمغيبة، ويستحب للحاكم أن يرفق حتى يخالع من عقد عليها بالمهر المسمى كثيرًا، ويكون على بصيرة فإن لم يفعل جاز، انتهى.

وقال في «الكافي»: والاحتياط هاهنا أن يقول الحاكم: فيستحب الأول أو يأمرهما أو أحدهما بالتطليق، ثم يزوجها الآخر، انتهى. وكذا قاله الْبَغَوي في «تعليقه».

فائدة: عدَّ صاحبا «التهذيب»، و«الكافي» وتبعهما الرَّافِعِي في صور وقوع النكاحين معًا أن يقعا من الولي، ووكيله، ولم أره إلا في «التهذيب» وما بعده.

وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال: إن ما أوجبه الولي يصح؛ لأنه قارن إيجابه عزله الضمني بإيجاب الولي؛ لأنه لو وكله في بيع أو نكاح، وفعل الموكل ذلك كان عزلًا للوكيل، ويجوز أن يقال ببطلانهما؛ لأن العزل لا يتم إلا بالقول حتى يقول: لو أوجب الولي الشخص، ولم يقبل، لا يكون عزلًا للوكيل، وحينئذٍ تبقى الوكالة، انتهى.

وكأن وجه الاحتمال الأول أن شروع الولي في الإيجاب متضمن لعزله، وإعراضه عن توكيله.

فرع: اتحد الخاطب، وأوجب كل من الوليين له معًا يصح، وينوي كل من الإيجابين، وقيل: لا يصح، ولو زوج الوليان من وكيلي الزوج كل ومن وكل في حالة واحدة، قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: إن اختلف المهران ألغيا، وحكم لها بمهر المثل، فلو ادَّعت تقدم أكثر العقدين مهرًا، وعكس الزوج، ولا بينة تحالفا، وحُكم بمهر المثل، ولا تقبل شهادة الوكيلين، انتهى.

قال: **(وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى الْمَذْهَبِ)** كاحتمال السبق والمعية؛ لتعذر الإمضاء كما لو سبق موت أحد المتوارثين من غير تعيين، والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: هذا، والثاني: يخرج من نظر المسألة في الجهتين أنه يتوقف.

قال **الْمُتَوَلِّي**: وهو الصحيح من المذهب، والذي اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد، والمحاملي، وابن الصباغ وغيرهم الجزم ببطلانهما ظاهرًا وباطنًا؛ لعدم إمكان العلم، وفرق بعضهم بأن الصلاة إذا صحت لا يلحقها بطلان، والعقود تصح بأسباب، وأعذار.

قال **الرَّافِعِي**: وإذا ألحقنا هذه الصورة بما إذا احتمل للسبق، والمعية فيبطلان أو لا بد من إنشاء فسخ، فيه للخلاف المذكور هناك.

قلت: الذي أورده الجمهور هناك البطلان، ولا حاجة إلى إنشاء فسخ، وأما هاهنا ففيه خلاف قوي ذكره في «الحاوي» مع اقتصاره في تلك [على]

وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَهَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ، فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ، ....

البطلان من غير احتياج إلى فسخ.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَهَ وَجَبَ التَّوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ**) أي: ويمنعان منها، ولا تنكح غيرهما إلا بعد بينونتها منهما بموت أو طلاق؛ لأنَّا علمنا صحة العقد فلا معنى لرفعه أو الحكم بارتفاعه من غير طريق شرعي، ومنهم من أجرى في البطلان هنا قولين.

فرع: حيث توقفنا فمات واحد وقف لها ميراث زوجة، وإن ماتت وقف ميراث زوج حتى يصطلحا أو يتبين الحال في حال الوقف بالنفقة دون المهر، وجهان:

أصحهما عند الإمام والْغَزَالِيّ: لا؛ إذ الأصل البراءة؛ ولعدم التمكين.

والثاني: نعم، وبه أجاب ابن كج، وكلام الرَّافِعِي على ألفاظ «الوجيز» يشعر بترجيحه، وبه جزم الدارمي، وصححه في «الكافي» و«الترغيب» فعلى هذا يوزع عليهما؛ فإذا ظهر السابق، وتعين رجع الآخر عليه، قال الرَّافِعِي: قال الشيخ أبو عاصم: ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا كان قد أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا جزم القاضي ابن كج، انتهى.

وتبعه في «الروضة»، والمتبادر العكس، فيقال: إنما يرجع إذا أنفق بإذن الحاكم، وأما بغير إذنه فلا؛ لأنه متبرع، ونقل ابن الرِّفْعَة كلام ابن كج، وأبي عاصم: أنه يرجع إن أنفق بالإذن فأما أنه ظفر بنتيجةٍ من كتاب الرَّافِعِي على الصواب، أو تبادر إلى فهمه مقتضى الفقه، ولم يتأمل العبارة، والله أعلم.

قال: (**فَإِنِ ادَّعَى كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ**) أي: وإن لم يقبله لم يسمع؛ إذ لا فائدة.

وقوله: «**كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ**» احترز عما لو ادعيا أنها تعلم سبق النكاحين، فإنها لا تسمع على ما جزم به هو والرَّافِعِي تبعًا للقاضي الحسين، والإمام والْبَغَوِي؛ لكن في «التهذيب» بعد هذا قال الشيخ الْقَفَّال: إذا حضر

فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ، ....

الزوجان معًا، وادعيا علمها حلفت لهما يمينًا واحدة أنها لا تعلم سبق أحد النكاحين، وذكر في «تعليقه» أنها لا تسمع الدعوى المجهولة، وهي أن يقول: هي تعلم أسبق النكاحين، إلى أن قال: وكان الْقَفَّالُ يقول: إذا حضرا معًا، وادعيا علمها إلى آخره، وهذا يفهم أن الدعوى منهما وقعت مبهمة أنها تعلم سبق أحد النكاحين، وكذلك قال: يُكتفى بيمين واحدة أنها لا تعلم سبق أحد النكاحين، وكذلك قال أيضًا: إذا نكلت لا يحلفان؛ بل يوقف، ولو كانت الدعوى منه على أنكِ تعلمي بسبقي، ونكلت لكان له الحلف على سبقه، ولما قال: إنه يوقف، وكذلك تفهمه عبارة «الحاوي»؛ حيث قال: وإذا دعيا في الابتداء أنها تعرف أسبقهما نكاحًا، فقالت: لست أعلم أيهما أسبق بالعقد، صدقت بيمينها، فإذا حلفت أنها لا تعلم أيهما أسبق، فالنكاحان باطلان، وبذلك يشعر قول الشَّافِعِي: فإن ادعيا أنها لا تعلم أيهما أول، حلفت ما تعلم، ولا يلزمها نكاح واحد منهما.

قال: وإن كانت خرساء، أو معتوهة، أو صبية، أو خرست بعد التزويج لم يكن عليها يمين، وفسخ النكاح، ولو قال أبوها: إنكاحي أول، لو قال ذلك الوكيل لم يلزمها إقرار واحد منهما، هكذا نقله الجوري، وفيه فوائد جليلة، ولا يبعد سماع الدعوى كذلك؛ لأنه قد لا يعلم واحد سبق نفسه؛ فإن علم أن ثم سابق وهي تعلمه، وهذا يقرب مما لو ادعى على جماعة أن أحدهم قتل مورثه ففي سماعها؛ لذلك[1] وجهان مشهوران.

قال: (فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ) أي: على نفي علمها بالسبق، وهل تكفي لهما يمين واحدة أم تجب يمينان؟ قال الْبَغَوِي: يمينان، وقال الْقَفَّال: إن حضرا وادعيا، حلفت يمينًا، وهو مقتضى كلام ابن كج، وقال الإمام: إن حضرا ورضيا بيمين كفت، وإن حلفها أحدهما، ثم حضر الآخر، فهل له تحليفها؟ وجهان؛ لأن القضية واحدة، ونفي العلم بالسبق يشملهما؛ فإذا حلفت كما

---

(١) في نسخة: (كذلك).

....

ينبغي فقيل: لا تحالف بين الزوجين، وقد أفضى الأمر إلى الإشكال، وضعَّفه الإمام، وقال: إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة فينفي التداعي والتحالف بينهما، والذي أنكرتاه ابتداءً التحالف من غير ربط الدعوى بها، وبهذا قطع الْغَزَالي، هذا لفظ «الروضة».

تنبيهات: منها: رأيت في «تعليق القاضي الحسين» ما لفظه ما إذا لم يكن لواحد منهما بينة، قال أصحابنا: يتحالفان فيحلف كل واحد منهما أن نكاحه سابق على نكاح صاحبه، فإن حلفا جميعًا بقي الأمر على الإشكال، وإن نكلا جميعًا فكذلك، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر قضي به للحالف بينهما، قال القاضي - ﷺ -: وعندي أن هذا خطأ؛ لأن التحالف بين شخصين إنما يثبت إذا كان المتنازع فيه مما تثبت عليها اليد [كالأملاك والمرأة لا تثبت عليها اليد]؛ حتى تسمع دعوى أحدهما على صاحبه، وهذا بالمعنى⁽¹⁾ لو جاء رجل إلى رجل، وقال: امرأتي تحتك؛ لا تسمع الدعوى، عليه المسألة، ومنها يشبه أن الخلاف في الاكتفاء بيمين واحدة لهما إنما جاء مما أشرنا إليه فيما تقدم من أنه هل تكفي الدعوى بأنها تعلم سبق أحدهما في الجملة أم لا بد من دعوى كل واحد من علمها بسبق عقده؟ فإن سمعنا دعوى السبق مجملة كفت بيمين واحدة، ويكون ما نقله الرَّافِعِي عن الْقَفَّال وابن كج من الاكتفاء بها؛ بناءً على ذلك فلا يستقيم نقله عنهما الاكتفاء بها مع قوله: إنه لا بد أن يدعي كلٌ واحد، [أنه السابق عليها، ويكون الحاصل أن من قال: يكفى الدعوى بالعلم بمطلق السبق اكتفى بيمين واحدة] ومن قال: لا يكفى كما جزم به الرَّافِعِي يقول: لا بد من يمينين، ولا سيما إذا ادعيا في المجلسين.

ومنها: قال شارحٌ: محقق حيث قلنا: لا بد أن يدعي عن كل واحد تعينًا⁽²⁾، وقلنا: تكفي يمين واحدة، أو قلنا: إذا حلفت لأحدهما لا تحلف للثاني، ، فمحله إذا حلفت أنها لا تعلم أنه السابق، وأنه لا علم لها بتاريخ

---

(1) في نسخة: (ولهذا المعنى).

(2) في نسخة: (معينًا).

....

العقدين، أما إذا اقتصرت على أنها لا تعلم أنه السابق فلا يغنيها ذلك عن الحلف للثاني، بلا شك، وذلك مفهوم من تقييد «النهاية» الصورة بقوله: وإنه لا علم لها بتاريخ العقدين.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوي على «المختصر» ويدعي كل واحد منهما أنها تعلم أن نكاحي سابق، وتحلف هي بيمينين لكل واحدٍ منهما أنها لا تعلم أن نكاحه سابق، ولا يكون تحليفها لأحدهما مقرةً للآخر بخلاف ما لو قالت لأحدهما: لست الذي سبق نكاحك، فيكون هذا إقرارًا للآخر، وإنما قلنا: تحلف على نفي العلم؛ لأنه إنما يدعي علمها للعلم فيكون اليمين على سبق الدعوى؛ ولأن اليمين توجهت عليها من أمر فعلها⁽¹⁾ غيرها.

وقال الشيخ الْقَفَّالُ: إذا حلفت تحلف أنَّها لا تعلم أيَّ النكاحين كان أسبق، ولا يلزمها نكاحه ولا يجمع بينهما، كما لو أقرَّ له بشيء، ثم فسَّره تحته، فإنه يحلف أن الذي أقر به هذا ولا يلزمه غيره، وكان ﷺ - يعني الْقَفَّال- يقول: إذا حضرا معًا وادعيا علمها حلفت لهما يمينًا واحدةً، فإن نكلت لا ترد اليمين عليها؛ إذ لا معنى له، انتهى.

وفيه فوائد:

منها: إنما تسمع دعواهما عليها بالسبق إذا لم يقرا بأمر يدل على أنها لا تعلم ذلك، قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولو زوجها وليّاها رجلين فشهد الشهود على يوم [واحد] ولم يثبتوا الساعة أو أثبتوها، ولم يكن في إثباتهم دلالة على أي النكاحين كان أولًا، فالنكاح مفسوخ، ولا شيءَ لها على واحد من الزوجين، وسواء [في هذا اعترف الزوجان بالإشكال أو أقرَّا بأمرٍ يدل على]⁽²⁾أنها لا تعلم السابق، أو أقرَّا بأمر يدل على أنها لا تعلم ذلك مثل أن تكون غائبةً عن النكاح ببلد غير البلد الذي زوجت فيه، وما أشبه هذا، انتهى.

---

(1) في نسخة: (فعله).

(2) انظر: «الأم» (٥/١٦).

....

ومنها: لم يفصح المصنف ببيان الحكم بعد حلفها لهما، وقوة كلامه تفهم انقضاء الخصومة وانتهاءها، وذكرا في «الروضة»، و«أصلها» ما سبق عن الإمام والْغَزَالِيّ، وأقرَّاه، وهو غريب، وطريقة الإمام شاذَّة، قال شارح: والذي نص عليه في «الأم»، وبه قال العراقيون والْمَاوَرْدِيُّ، كما أفاده ابن الرِّفْعَة أنها إذا حلفت ببطلانهما، وقال الإمام: إن النكاح لمن حلف أي منهما بعد تحليفها، وتبعه «الحاوي الصغير»، انتهى.

والقول ببطلان النكاح إذا حلفت لهما أو نكلت، وحلفا، قال الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني في «الشافي» وصاحب «البيان»، قال الجرجاني: وكذا لو نكلا، وكلام هؤلاء والْمَاورْدِي يدل على انتهاء الخصومة بحلفها، وهو قضية كلام قول القاضي الحسين في «التعليق» وعلى طريقة المراوزة لا تسمع الدعوى على الزوج، ثم فرَّع عليها، فقال: إذا جاء كل واحد وحلف له تحصلت منهما، وظاهر هذا انفساخ النكاح، وأنه لا تداعي بين الزوجين بعد ذلك، وقال صاحب «الكافي»: من اتباعه وإذا حلفت لهما سقطت دعواهما، وحكم بفساد النكاحين، انتهى.

إذا علمت هذا علمت أن قول «الروضة»: فقيل: لا تحالف بين الزوجين إلى آخره، إنما قالاه تبعًا للإمام، فإنه قال: وفي كلام بعض الأئمة إلى كذا، وهو ذلك عندي فقلداه، وقد عرفت أن مذهب العراقيين وغيرهم والمنصوص ما سبق، وأن مقتضى كلام المراوزة على ما ذكره القاضي الحسين عدم تحالف الزوجين مطلقًا، وأنه لا فرق في ذلك قبل الدخول عليها وبعدها، وكلام العراقيين يقتضي أنهما لا يتحالفان إلا الْمَاورْدِيُّ فإنه قال: يتحالفان إذا اعترفا بعدم علمها بالسبق، وقال: مع ذلك إذا ادّعيا عليها علمها بالسبق، وحلفت لهما، ينفسخ النكاحان، ولم يقل: يتحالفان بعد ذلك، قال بعض شيوخنا: ولم أر في الطريقين مَنْ قال بمقالة الإمام: إنهما يتحالفان بعد الدعوى عليها، وحلفها على عدم العلم، فالمذهب نُقِلَ، كما قاله هو في غير موضع.

والإمام إنما أبدى ذلك من عنده، فقال: الذي يظهر في هذه الصورة أن

وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ثَبَتَ نِكَاحُهُ وَسَمَاعُ دَعْوَى الْآخَرِ، وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ قَالَ: هَذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَنَعَمْ.

يتحالفان على طريقة، وهي تحالفهما بعد حلفها على عدم العلم بسبق أحدهما، يقتضي ذلك إنَّا نحكم له بالزوجية، وتمكينه منها؛ فلذلك قال في «الحاوي الصغير»: فإن حلفت بجهل السابق، فالنكاح لمن حلف، وهذا بعيد، وكيف يسوغ لها التمكين بعد حلفها؟! كما سبق، ونكول أحد الزوجين لا يؤثر في حقها، وإن أمر في حقه، بمعنى قطع منازعته.

وقد صرَّح القاضي الحسين بأنه إذا حلف أحدهما قبل النزاع معها أن خصومة الآخر تنقطع، ويبقى نزاع الحالف معها، وإذا لم تعلم عين الزوج، وحلفت على ذلك فقد حصل الاشتباه في الزوج؛ فلذلك قال العراقيون وغيرهم بالبطلان، وقد سبق عن نص الشَّافِعِي أنهما إذا ادَّعيا [أنها تعلم] أيهما أول، حلفت ما تعلم، ولا يلزمها نكاح واحدٍ منهما، انتهى. فهذا هو المذهب المعروف فخذه، ودع ما سواه، والله أعلم.

قال: (**وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا**) أي: وهي أهلٌ لذلك.

(**ثَبَتَ نِكَاحُهُ**) أي: على «الجديد» وهو قبول إقرارها بالنكاح.

(**وَسَمَاعُ دَعْوَى الْآخَرِ، وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ**) أي: السابقين في كتاب الإقرار.

(**فِيمَنْ قَالَ: هَذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَنَعَمْ**) وعبر الرَّافِعِي تبعًا للبغوي وغيره: بل تسمع الدعوى، وعبارة الجمهور: هل تحلف للثاني؟ فيه قولان، وهذا التعبير أولى؛ لأن الدعوى مسموعة عليهما لغير التحليف كما لو ذكر أن له بينةً يقيمها، وأما إذا ادعى التحليف خاصةً، ففيه القولان:

أحدهما: ونص عليه في «الأم»: أنها لا تحلف؛ لأنها لو أقرَّت لم يسمع منها، وحكم في «الكافي» و«التهذيب» أنه الأصح، وزاد في «التعليق» وهو قوله [في] «الجديد».

....

والثاني: [قاله] في «الإملاء»: أنها تحلف؛ لأن المكذب مدعٍ فلا يرجع بمجرد الإنكار إلا مع اليمين؛ ولأنه قد يتعلق برجوعها، إن لو صدّقته غرم، هكذا وجهه الْمَاوَرْدِي، وقال هو والشيخ أبو حامد وغيرهما: ويشبه أن يكون القولان في التحليف مبنيين على الغرم، [وهذا] البناء ما أشار إليه في الكتاب، وقال صاحب «الكافي»: وهل تسمع دعوى الثاني عليها؟ فيه قولان؛ بناءً على أنها لو أقرت للثاني لا تكون منكوحة للثاني، وهل يغرم؟ له قولان: أصحهما: لا؛ لأن إقرارها للثاني صادق ملك الغير فلا يصح، انتهى.

فإن قلنا: لا تحلف فلا كلام، وإلا حلفت على نفي العلم، فإن حلفت فذاك، وإن اعترفت، قال ابن الصباغ: لزمها مهر المثل، وذكر أبو حامد في وجوب المهر قولين، قال أبو نصر: وقد ذكرنا عن الشَّافِعِي إنما عرض عليها اليمين على القول بأنها لو اعترفت لزمها المهر؛ فإذا عرضنا عليها اليمين فقد فرعنا على هذا القول خاصةً، أي: فلا يحسن بعد ذلك، ذكر قولين في المهر، وإن نكلت [رددنا اليمين عليه، وإن نكل](١) سقطت دعواه، وإن حلف بني على أن اليمين المردودة بمنزلة ماذا؟ إن قلنا: كالبينة، قال جماعة من العراقيين: نزعت في الأول، وسلمت إليه.

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما: [وهذا القول ضعيف جدًّا، ونسبه الإمام إلى «القديم»، وضعف ذلك الصيدلاني والبغوي وغيرهما]: بأنَّا وإن جعلناها كالبينة فذاك في حق المتداعين خاصةً.

وعلى هذا القول قال الإمام وابن الصباغ يتجه تحليفها، وإن قلنا: لا تغرم المهر لو أقرت؛ إذ قد تنكل، فتحلف فيحكم بالنكاح، وهو مقصود الدعوى، وإن قلنا: كالإقرار، فوجهان: أحدهما - وبه قال أبو إسحاق: إنه يندفع النكاحان؛ لتساويهما كما لو أقرت لهما معًا، وأصحهما: استدامته للأول كما لو أقرت لهما مرتبًا فإنه لا أثر للإقرار الثاني.

---

(١) في نسخة: (وإن نكلت سقطت دعواه).

....

وعبارة الرَّافِعِي في ذلك: إن قلنا: يغرم، سمعت دعوى الثاني، وحلفها، وإلا فقولان؛ بناءً على أن اليمين المردودة كالإقرار، وكالبينة إن قلنا: كالإقرار، وهو الأصح لم تسمع دعواه؛ لأن غايتها أن تقر أو تنكل فتحلف، وإن قلنا: كالبينة فله أن يدعي، ويحلفها، ثم فرع عليه ما إذا نكلت فردت اليمين عليه فيحلف، فقال: إنه يبنى على أن اليمين المردودة كالإقرار، أوكالبينة فإن قلنا: كالإقرار، فوجهان، وذكر نحوًا مما قدمناه، وتبعه في «الروضة» وهذا التفريع إن كان على قولنا: إنها كالبينة لا تستقيم، معه أن يقال: وإن قلنا: كالإقرار، والمتبادر أنه مفرع عليه، وحينئذٍ لا تنتظم.

فروع مبددة:

منها: سكت المصنف عن بيان الحكم فيما لو نكلت عن الحلف لهما، وقال في «الروضة»: إنه قوله، وبهذا قطع الْغَزَالِيُّ، وإن نكلت هي، رددنا اليمين عليها، فإن حلفا أو نكلا جاء الإشكال، وإلا يقتضي للحالف، انتهى.

وهذا من بقية فقه الإمام، والذي صرح به الجرجاني، واقتضاه كلام غيره أنهما إذا نكلا أو حلفا حُكم ببطلان النكاحين، وإن حلف أحدهما حكم له.

قال الدارمي: فإن حلفت بطل نكاحهما، وإن نكلت حلفا، فإن حلفا أو نكلا بطلا، وإن حلف أحدهما ثبت نكاحه، انتهى [فاعلمه؛ ولكنه قد سبق قريبًا في تعليل قول أبي إسحاق أنه يندفع النكاحان؛ لتساويهما كما لو أقرت لهما معًا، وأقره الرافعي وغيره] .

ومنها: قال في «البيان»⁽¹⁾: فإن اعترفت لهما في حالة واحدة كان هذا الاعتراف [باطلًا] كعدمه، قال الشيخ أبو حامد: ويحكم بفساد النكاحين، وهذا غير مستقيم، وينبغي أن تكون الدعوى باقية فيطالب بالجواب.

قلت: وهذا ما في «التعليق» قال أبو حامد: لا حكم لهذا الإقرار؛ لاستحالته، فيقال لها إما أن تقري لأحدهما أو تحلفي، وكذا قاله المحاملي

---

(١) في نسخة: (الشامل).

....

في «التجريد» وهو [تجريد التعليق، فلا استدلال] فيما وقع لأيِّ نص غريب.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا أقرت لأحدهما بعد إقرارها للأول لم يقبل، فلو مات الأول صارت بعد موته زوجة الثاني، وتعتدُّ من الأول إن كان لم تصبها عدة الوفاة، وإن كانت [قد] أصابتها اعتدت بأكثر الأمرين منها، ومن ثلاثة أقراء عدة الوطء(١)، وهي محرَّمة على الثاني في زمان عدتها، انتهى.

ومنها: لو قالت لأحدهما: لم يسبق نكاحك، قال الإمام والْبَغَوي: تكون مقرة للآخر بالسبق، قال الرَّافِعِي: وكان المراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وإلا فيجوز ألا يسبق هذا، ولا هذا بأن يقعا معًا، وجزم في «الروضة» بأنه المراد، وما قاله متعين قيل: لكن لا يشترط سبق اعترافها؛ بل متى علمنا أنهما لم يقعا معًا، وقالت ذلك لأحدهما تعين الآخر.

ومنها: لو كانت خرساء أو خرست بعد التزويج فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما لزمها الإقرار، وإلا فلا يمين عليها، والحال حال إشكال حُكي هذا عن نصه، هكذا قالاه في «الروضة» و«أصلها»، وسبق عن رواية الجوري عن النص: وإن كانت خرساء أو معتوهة أو خرست بعد التزويج لم يكن عليها يمين، وفسخ النكاح، انتهى.

وقضية إطلاقه أنه لا يقبل إقرارها، ولا تسمع الدعوى عليها للتحليف إلا أن تحمل على خرس لا إفهام معه.

ومنها: قال الرَّافِعِي في آخر المسألة: هذا كله فيما إذا ادعيا على المرأة، فإن ادعيا على غير مجبر لم تسمع، ولم تحلف أو على مجبر فوجهان(٢)؛ لأنه عاد كالوكيل، والعقد؛ لغيره، وأظهرهما: سماعها عليه؛ لأن إقراره مقبول كما مرَّ، ومَنْ يقبل إقراره تتوجه عليه الدعوى واليمين، فعلى هذا إن كانت بكرًا صغيرةً حلف الأب، وإن كانت بالغةً فوجهان: أحدهما: لا يحلف؛ لأنَّا

---

(١) في الأصل: (الوطئين).

(٢) في نسخة: (أحدهما: لا لأنه عاد كالوكيل).

وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الْآخَرِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ.

نقدر على تحليفها، وأشبههما: نعم، إن حلف الأب كان للمدعي أن يُحلِّف البنت أيضًا، فإن نكل حلف اليمين المردودة، ويثبت النكاح، وفي «التهذيب»: أن المرأة إذا كانت بالغةً بكرًا أو ثيبًا تكون الدعوى عليها، انتهى.

وسبق حكاية الجوري عن نص الشَّافِعِي أنه لو قال أبوها: إنكاحي أول، أو قال ذلك الوكيل، لم يلزمها إقرار واحد منهما، وهو شاهد للوجه الأول في كلام الرَّافِعِي؛ بل هو هو.

قال: (**وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الْآخَرِ**) أي: وهما في حجره [وولايته].

(**صَحَّ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لقوة ولايته كالبيع، والثاني: المنع؛ لأن خطاب المرء لنفسه لغوٌ، ورجحه جماعةٌ، وإنما جاز في البيع؛ لكثرة وقوعه، وقد ورد: «**لا نكاح إلا بأربعة**»[1] وروي: «**كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح**»[2].

ونسب في «المحرر» الأول إلى ترجيح المعتبرين، وقال في «الشرح الصغير»: إنه الأقوى، وممن صححه الجرجاني، واختاره القاضي أبو الطيب، وقال في «المجرد»: قال الماسرجسي في «التدريس»: يجوز.

ورأيت بعض أصحابنا قال: في الجواز قولان منصوصان، انتهى.

فعلى الأصح يجب الإتيان بنفي العقد على الأصح كالبيع، وأولى بالوجوب، وإذا قلنا: لا يتأتى الابتداء بالقبول فحبٌّ أن يوجب أولًا، لم يقبل، ولا يجوز العكس لما سبق من أن القبول يسير عن تقدم بدلٍ، قال ابن معين [الصيدلاني] في كتابه «التنقيب على المهذب»: ولا بد أن يقول: وقبلت نكاحها له، بالواو، فلو ترك الواو لم يصح، انتهى.

وكأنه فهمه من قول صاحب «الشامل»: ويقول: وقبلت نكاحها له؛ لكنه لم يذكر أنه لا بُدَّ من الواو.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٤٢).

(٢) ذكره الشوكاني في «نيل الأوطار» (٦/ ٢٦٧).

وَلَا يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ، فَإِنْ فُقِدَ فَالْقَاضِي، فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي، نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الْوُلَاةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ، ....

قال: (**وَلَا يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ**) أي: على الصحيح؛ لأنه عقد مفاوضة ملكه بالإذن فلا يجوز له تولي طرفيه كالبيع.

قال الشيخ أبو حامد: ولما روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنه ﷺ قال: «**كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح**»(١).

قال: (**بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ**) أي: بأن يكون ابنا عم لأبوين أو لأب فلا يزوج ابن العم؛ لأن من ابن العم لأبوين بخلاف العكس على المذهب.

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ**) أي: حسًا أو حكمًا.

(**فَالْقَاضِي**) أي: للولاية العامة لا البعيد، وقال القاضي أبو الطيب: يجيء على قول ابن الحداد أن البعيد يزوجها منه، وهو ضعيف؛ لأن الولاية لا تنتقل بذلك بخلاف الفسق.

قال: (**فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي، نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الْوُلَاةِ أَوْ خَلِيفَتُهُ**) أي: لا يزوج نفسه على الصحيح؛ لأنه عقد مفاوضة ملكه بالإذن فلا يجوز تولي طرفيه كالبيع، وقيل: للقاضي وابن العم والمعتق أن يزوجها من نفسه إذا نصت عليه، وإلا فلا، على أقوى الوجهين، وقيل: للإمام الأعظم خاصةً تولي الطرفين لنفسه؛ للضرورة؛ لأنه ليس فوقها من يزوجه، وقيل: لا يصح قبول الحاكم من خليفته؛ لأنه فرعه وقول الرَّافِعِي: يزوجه الإمام أو يخرج إلى قاضي بلدة أخرى؛ ليزوجها منه، إنما يستمر إذا كانت الزوجة في عمل ذلك القاضي؛ إذا خرجت إليه مع هذا الخاطب، وإلا فالقاضي لا يزوج من ليست في محل ولايته، كما صرح به القاضي الحسين والْبَغَوي والْغَزَالِيُّ، وإنما يحتاج إلى الخروج إذا لم يكن بالبلد قاضٍ آخر مستقل، إذا جوزنا ذلك، وهو الأصح، وقوله: ويستخلف خليفته؛ ليزوجها منه إذا كان له الاستخلاف يشبه أن يلتفت

---

(١) تقدم تخريجه.

وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي الْأَصَحِّ.

هذا على أن من أذن له الحاكم في أمر خاص هل ينزل منزلة الاستخلاف أو لا؟

إن قلنا: نعم، صح كالخليفة في الأحكام، وإلا فلا؛ لأنه وكيل لا حاكم إلا أن يتضح فرق بين قوله: أذنت لك في تزويجها مني، وبين قوله: استخلفتك فيه، وفيه بعد ثم رأيت في «تعليق» الْبَغَوي أنه يأمر من يزوجها منه، وهذه تولية لا توكيل، حتى لو قال: وكلتك، لا يجوز، وكذا لو قال: زوجها مني، كان توكيلًا، ولم يجز ذلك، انتهى.

هكذا قال فيما إذا أراد الإمام التزويج، ولا فرق بينه في هذا وبين القاضي، وتزويج كل واحد من هؤلاء من ابنه الصغير كالتزويج من نفسه لا يصح على المذهب.

قال: (**وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي الْأَصَحِّ**) لأن فعل الوكيل كفعل الموكل، والثاني: يجوز؛ لانعقاده بأربعة، وقيل: يجوز ذلك للجد دون غيره، وقيل: بالمنع في غير الجد قطعًا؛ وإثبات الوجهين في الجد فقط(١).

فرع: إذا قالت لابن العم أو المعتق: تزوجني، أو زوجني ممن شئت، لم يكن للقاضي تزويجها منه؛ لأن المتبادر التزويج من غيره، ولو قالت: زوجني من نفسك، حكي في «التهذيب» عن بعضهم أنه يجوز للقاضي تزويجها منه بذلك، وجزم به في «تعليقه».

وقال في «التهذيب»: عندي لا يجوز؛ لأنها لم تأذن للقاضي.

قال في «الروضة»: والصواب الجواز؛ لأن معناه فوض إلي من يزوجك إياي، وفيما قاله - رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالى - نظر؛ لأن المرأة قد تجهل امتناع مباشرته؛ بل تعتقد جوازها فلا يكون إذنها له إذنًا للتفويض؛ بل إذنًا في مباشرته ذلك بنفسه، وهو فاسد، وما أبداه الْبَغَوي جزم في «الكافي»، وهو الأشبه.

---

(١) في الأصل: (ولثبات وجهين).

فَصْلٌ

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضَ الْأَوْلِيَاءِ الْمُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ، وَلَوْ زَوَّجَهَا الْأَقْرَبُ بِرِضَاهَا فَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ، ....

قال:

(فَصْلٌ:

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضَ الْأَوْلِيَاءِ الْمُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ)؛ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ حَقٌّ لها وللأولِيَاءِ، وَقَدْ رَضوا بِتَرْكِهَا، وليست بشرط في الصحة «وقد أَمَرَ ﷺ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ - ﵂ - بِنِكَاحِ أُسَامَةَ، فنكحها بأمره»[1]. وفي الصحيحين: «أَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ ﵁ زَوَّجَ سَالِمًا مَوْلَاهُ لِابْنَةِ أَخِيهِ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ»[2] وأَنَّ الْمِقْدَادَ ﵁ تَزَوَّجَ ضُبَاعَةَ بِنْتَ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ».

قال الْمُتَوَلِّي: لكن يكره ذلك، وفي إطلاق الكراهة نظرٌ.

نعم، قال ابن عبد السلام: يكره تزويجها من فاسق برضاها كراهةً شديدةً إلا أن يخاف من فاحشة أو ريبة.

قلت: ولا يبعد التحريم إذا كان ممن عرف بإتيان النساء في أدبارهن أو [بالديانة] لما فيه من الإعانة على المعصية، وتشتد الكراهة إذا كان كسبه حرامًا، وأغرب الْمَاوَرْدِيُّ فقال: لو استأذن الأب فيهم يعني في غير الأكفاء؛ فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأنه عن الإذن كالبنت.

والثاني: لا يجوز؛ لأن ابتداءها لا يجب، فأشبهت الصغيرة، وهذا غريبٌ لم أرَه في كلام غيره.

قال: **(وَلَوْ زَوَّجَهَا الْأَقْرَبُ بِرِضَاهَا؛ فَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ)** لأنه ليس بولي في الحال.

---

[1] أخرجه مسلم (٢٧١٤)، وابن حبان (٤١٢٥).

[2] أخرجه البخاري (٤٦٩٨)، وابن حبان (٤٢٨٨).

وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي تَزْوِيجِ الْأَبِ بِكْرًا صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا فَفِي الْأَظْهَرِ بَاطِلٌ، وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الْخِيَارُ، وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ، ....

قال: (**وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ**) أيْ: أَحَدُ الْمُسْتَوِينَ في الدرجة.

(**بِهِ بِرِضَاهَا دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ**)، ونصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» **لِأَنَّ لَهُمْ حَقَّ الْكَفَاءَةِ**؛ فَاعْتُبِرَ إذنهم كإذنها.

قال الشيخ: (**وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، وَلَهُمُ الْفَسْخُ**) قاله في «الإملاء»؛ إذ **النُّقْصَان يَقْتَضِي الْخِيَارَ لَا الْبُطْلَانَ**، واختلفوا على طرق: أصحها: إثبات القولين، أصحهما: الفساد؛ لتصرفه في حقِّهم بغير إذنهم، ومنهم مَنْ قطع بالبطلان، ومنهم مَنْ عكس، ومنهم كما قال في «الحاوي»: مَنْ حمل النصين على حالين: البطلان على ما **إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ عَالِمًا** بالصحة، **وَثُبُوتِ الْفَسْخِ** على ما إذا كان جاهلًا، قال: **وَهَذَا أَصَحُّ الْمَذْهَبَيْنِ، وَأَوْلَى الطَّرَفَيْنِ**، ولم أرَ القطع بالصحة مطلقًا إلا في كلام الرَّافِعِيِّ.

وقال الدَّارِمِيُّ: إنْ كان غير عالم وقت العقد أنه ليس بكفءٍ، صحَّ قولًا واحدًا، وللباقين الخيار.

قال: (**وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي تَزْوِيجِ الْأَبِ بِكْرًا صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا؛ فَفِي الْأَظْهَرِ بَاطِلٌ**)؛ **لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْغِبْطَةِ**.

(**وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الْخِيَارُ**) أي: **فِي الْحَالِ**، وقيل: لا تتخير، وعليها الرضا بعقد الأب.

(**وَلِلصَّغِيرَةِ إِذَا بَلَغَتْ**)، وفي خيار الولي في صغرها؛ وجهان، وقيل: قولان، وجه المنع تعلقه بالشهوة ثم إذا أثبتناه، فقيل: يختص بحالة جهله، ومنهم مَن أثبته في الحالين؛ لأنه غير عاقد لنفسه، عدنا إلى أول المسألة.

قال الرَّافِعِيُّ: روى ابن كَجٍ طريقةً أخرى، وهي تنزيل القولين على حالين، وذكر ما أسلفناه عن «الحاوي»، وكلام الْمُتَوَلِّي يفهم تخصيص الخلاف بحالة الجهل؛ حيث قال: ولو زوَّجها - يعني: الأب - ممن يعتقد

فيه الكفاءة [وظهر فيه نقص؛ لعدم الكفاءة] فهل يصحُّ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لو باع مال طفلة بثمن معلوم، ثم بان أنه دون ثمن المثل.

والثاني: نعم، كما لو اشترى شيئًا فوجده معيبًا؛ فعلى هذا هل للأب الفسخ؟ وجهان.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد»: فعلى هذا هل يجب عليه الفسخ؟ قولان:

أحدهما: يلزمه أن يفسخه كما لو اشترى سلعةً، فوجد بها عيبًا.

والثاني: يتركه حتى يبلغ، فيفسخ إن شاء، ومِن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يبطلُ.

والثاني: يصحُّ، ويجب عليه الفسخ.

والثالث: يصحُّ، ويؤخر الفسخ، انتهى.

وادَّعى ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» أن كلام العراقيين يفهم أن محل الخلاف في الصحة حالة الجهل، وأخذه من تعليل الْبَنْدَنِيجِيِّ، وغيره يقول: الصحة بالقياس على شراء المعيب، مع العلم بثمن السليم؛ فإنه لا يصح قطعًا.

قال: وقد صرَّح الْمَاوَرْدِيُّ بأنه إذا زوَّج ابنته بمعيبٍ مع العلم؛ لا يصح قولًا واحدًا، وخصَّ الخلاف في ذلك بحالة الجهل، انتهى.

وكلامُ الرَّافِعِيِّ يقتضي طرد الخلاف في الصحة فِي حَالَتَيْ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، وهو قضيته، نسبه الْغَزَالِيُّ إلى العراقيين، ثبوت الخيار فِي حَالَتَيْ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، وقد نسب الرَّافِعِيُّ ذلك إلى ابن كَجٍ وآخرين.

ويعجب ابن الرِّفْعَة من جزم الْغَزَالِيِّ إلى النقل عن العراقيين، بمجرد الخلاف في ثبوت خيار الفسخ للولي، وإنْ كان عالمًا مع تردد إمامه في ذلك؛ حيث قال: يجوز أن يقال بتخصيص التردد بما إذا فعله عن غير علم بالحال، أما

وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

لو إذا قدم عالمًا؛ فلا خيار له، ويجوز أن يقال بالثبوت له مع علمه؛ لأنه لا يتصرف لنفسه، وهذا يؤدي إلى ثبوت نكاحه مع استمرار الخيار فيه، وما عندي أن ذلك يحتمل؛ فالوجه القطع بتخصيص حق التدارك بحالة الجهل، انتهى.

قال: (**وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ، فَفَعَلَ؛ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهُ كالنَّائِبِ النَّاظر لأولياء النَّسبِ، وبهذا قَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ، وأفتى به القاضي الحسين، وادَّعى الْمُتَوَلِّيُّ أنه المذهب.

وَالثَّانِي: **يَصِحُّ** كَالْوَلِيِّ بالنَّسبِ والولاء، وبه قطع الشيخ أبو محمد، قال: لا يرجع على المسلمين فيه عار، وبه جزم الدبيليُّ والعباديُّ في «أدب القضاء» لهما، وصاحب «الترغيب»، وصححه الإمام، وشُرَيْح الرُّويَانِيّ في «روضته».

وقال في «البسيط»: إنه المذهب والقياس، وظاهر كلام الهرويِّ في «الإشراف»: أنه المذهب؛ فإنه قال بعد ذكره: وفيه قول آخر: إنه لا يزوج من غير كفءٍ، وعن «طبقات العباديِّ» عن الإصطخري: أنه نقل الجواز عن النصِّ؛ لحديث فاطمة بنت قيسٍ.

قلت: وهو المختار، والجواب عن حديث فاطمة وغيره، عَسِرٌ.

قال الْمُتَوَلِّيُّ: وأصل المسألة أن السلطان هل يجعل كالوارث المعين؟ حتى إذا قتل مَنْ لا وارث له، هل له العفو عن القصاص أم لا؟ فإن جعلناه كالمعين صحَّ، وإلا فلا، انتهى.

وكنت أود لو قيل: إنْ كَانَتْ كَاسِدَةً؛ لقبح أو فقرٍ وحاجةٍ أو خائفة العنت أو على نفسها زوجها، وإنْ انتفت هذه الأمورُ فلا. وأغرب الدبيليُّ فقال: لو غاب الولي إلى مسافة القصر، فجاءت المالكة لأمرها إلى الحاكم، وعينت رجلًا، وطلبت تزويجها منه؛ فليس له أن يقول: لا أزوِّجك إلا من كفءٍ؛ لأن الحق لها، وقد رضيت بذلك الرجل، فوجب على القاضي العقد؛ فإذا جاء الولي ولم يرضَ؛ فهو بالخيار، إنْ شاء فسخ، وإنْ شاء أمضى.

فَصْلٌ

وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ: سَلَامَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ ....

تنبيهٌ مهمٌّ: كلامُ «الكتاب» يقتضي أن الأب متى زوَّج من كفءٍ صحَّ.

ونقل الجوري في «المرشد» في نقله نصوصِ الشَّافِعِيِّ أنه قال: وإنما يجوز أمر الأب على البكر في النِّكاح إذا كان ذلك حظًّا لها، وغير نقص عليها، ثم قال: في الابن إذا زوَّجه جذماء، أو برصاء، أو مجنونةً، أو رتقاء، أو امرأةً في نكاحها ضرر عليه، أو ليس فيها وطر، مثل عجوز فانية، أو عمياء، أو قطعاء، أو ما أشبه هذا؛ لم يجز. وإذا نصَّ الشَّافِعِي ﷺ [على المنع] في حقِّ الابن؛ ففي البنت أولى، وحينئذٍ ليس له تزويجها من هرم، ولا أعمى، ولا أقطع.

وقال ابْنُ خَيْرَانَ فِي «اللَّطِيفِ»: ولا يجوز أن يزوِّجها من خصي، ولا مجنون.

وقال الصَّيمريُّ: ولا يزوِّج ابنته بشيخٍ هرم، ولا بمقطوع اليدين والرجلين، أو أعمى، أو زمن، أو فقير مُزْمن، وهي غَنيةٌ، فإنْ فعل ذلك فسخ.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنها لو أذنت في تزويجهاهن أعمى صحَّ، وقضيته أنه لا يصح من غير إذن، وبالجملة فظاهر كلام الشَّافِعِيِّ أنه إذا كان النكاح على خلاف الحظِّ لها أنه لا يصح، وهو المذهب المعتمد، وهو ظاهرٌ من حيث المعنى؛ فيجب الوقوف معه، ولا يغتر بما خالفه، والْمَذْهَبَ نُقِلَ، والمعنى يؤيده؛ فتعين اعتماده.

[فصل]

قال: (**وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ**) أي: وهي التَّسَاوِي وَالتَّعَادُلُ، ومنه كفتا الميزان.

(**سَلَامَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ**)، لَمَّا ذكر اعْتَبَار الْكَفَاءَةَ، شَرَعَ فِي بَيَانِ الكفاءة، والأصل في الباب ما روي مرفوعًا: «**لَا تَنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ**»[1].

---

[1] أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٤٤) وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها. والبيهقي (٧/ ١٣٣، رقم ١٣٥٣٨) وقال: ضعيف.

……

وجاء عن عمر ﵁ أنه قال: «لأمنعن تزويج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»(١).

وقال الشَّافِعِيُّ ﵀ في «البويطيِّ»: أصل الكفاءة يستنبط من حديث بَرِيرَةَ، كان زوجها غير كفءٍ لها؛ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ الله ﷺ(٢).

ثم المشهور اعتبار الكفاءة عندنا في خمسة أشياء: السَّلَامَةُ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ، كما سيأتي، والْحُرِّيَّةُ، وَالنَّسَبُ، وَالدِّينُ، وَالصَّلَاحُ، وَالْحِرْفَةُ، وزاد في «الحاوي» وغيره: المال والسِّن، وسيأتي الكلام على ذلك.

ولنا قول رواه ابن المنذر [عن البويطيِّ] عن الشَّافِعِيِّ ﵀ كمذهب مالك ﵀: أنه لا يعتبر إلا الدين، وهو قويٌّ بدليل ما حسَّنه الترمذيُّ: **«إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ»**(٣) وسنعيده من بعد، إذا عرف هذا؛ فأحد الخصال المرعية التَّنَقِّي مِنْ الْعُيُوبِ المثبتة للخيار؛ لما يحصل بها من العيافة، واختلال مقصود النكاح.

واستثنى صاحبا «التهذيب» و«الكافي» الْعُنَّةِ، وسكوتُ الْمَاوَرْدِيِّ عنهما يفهم موافقتهما.

وقال الْبَغَوِيُّ: لا يتحقق؛ فلا نظر إليها في الكفاءة.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» وغيره: التَّسْوِيَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا صريحًا، وَإِطْلَاقُ الْجُمْهُورِ يُوَافِقُهُ؛ فالمعيب لا يكافئ السليم، وكذا لو اختلف عَيْبُهُمَا إلا أن يَكُونَ مَجْبُوبًا -بالباء- وهي رتقاء(٤)، فكالجنس الواحد، وإنْ اتَّحَدَ العيب، وكان عيبه أفحش أو أكثره؛ فَلَيْسَ بِكُفْءٍ، وإنْ انعكس أو تساويا

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ١٣٣، ١٣٥٣٩)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦/ ١٥٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٥/ ٣٧٧)، ومسلم (١٠/ ٣٧) وأبو داود (٢/ ٢٧١، رقم ٢٢٣٦)، والبيهقي (٧/ ٢٢٥، رقم ١٤٠٦١).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٤، رقم ١٠٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢، رقم ١٩٦٧).

(٤) أيْ: التي لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها إلا المبال خاصة.

وَحُرِّيَّةٌ، فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ، وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ أَصِيلَةٍ، ....

فوجهان؛ بناءً على ثبوت الخيار حينئذٍ، ويجريان في المجبوب والرتقاء، وسيأتي بيان ذلك وغيره هناك.

وألحق الرُّويَانِيُّ بالعيوب الخمسة الْعُيُوبَ الْمُنَفِّرَةَ كَالْعَمَى، وَالْقَطْعَ، وَتَشَوُّهِ الصُّورَةِ، وَقَالَ: هِيَ تَمْنَعُ الْكَفَاءَةَ عِنْدِي، وَاخْتَارَهُ الصَّيْمَرِيُّ وجماعة، وما سبق عن نصِّ الشَّافِعِيِّ يؤيده، وأرسل الْمَاوَرْدِيُّ فيها وجهين.

واعلم أن جميع ما يثبت الخيار معتبر في حقِّ المرأة، وأما في حقِّ الأولياء؛ فإنما يعتبر منها ما يلحقهم به العار، فلو زوَّجها بعضهم بعنين أو مجبوب - بالباء- برضاها دون رضاهم؛ صحَّ، كما بيَّنوه هناك، وظاهر كلامهم هنا يقتضي الثبوت إلا أن يؤول كما أشرت إليه في «الغنية».

قال: **(وَحُرِّيَّةٌ؛ فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ)** أي: ولو عتقه؛ لقصة بَرِيرَةَ حين عتقت كما سيأتي؛ لأنها تتعيَّر بافتراشه، وَتَتَضَرَّرُ بإعساره، وليس كفئًا لمن بَعْضُهَا حُرٌّ على الأصحِّ في «الْمُسْتَظْهِرِيِّ» و«الذخائر».

(وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْئًا لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ) أي: لِنَقْصِهِ عَنْهَا، وكذا من مسَّ الرِّقُّ أحد آبائه ليس كفئًا، لمن لم يمس الرِّقُّ أحد آبائها، ولا من مسَّ الرِّقُّ أبًا أقرب في نسبه كفئًا، لمن مسَّ أبًا أبعد في نسبها.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ جريان الرِّقِّ فِي الْأُمَّهَاتِ مُؤَثِّرًا.

قال المصنف: وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ: إنه لا يؤثر، وَبِهِ صَرَّحَ صَاحِبُ «الْبَيَانِ»؛ فَقَالَ: وَمَنْ وَلَدَتْهُ رَقِيقَةٌ كُفءٌ لِمَنْ وَلَدَتْهُ عَرَبِيَّةٌ، هذا ما أورده في هذه الخصلة، وفي «الكافي» للخوارزمي: والاعتبار في النسب بالأب دون جانب الأم.

وفي «الحاوي»(١): الْعَتِيقُ غير كفءٍ لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ، وإنْ لم يجر عليه رق؛ بل كان ابن عتيق؛ فوجهان، والذي يفهمه كلام العراقيين أو أكثرهم: أن الحرية إنما تعتبر في الزوج فقط، ولا نظر إلى الآباء.

---

(١) في نسخة (الكافي).

وَنَسَبٌ، فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ، وَلَا غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً، وَلَا غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا، ....

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: والمرأة إذا كان لها أَبَوَان فِي الْإِسْلَام، والزوج مسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام؛ فإنه كفءٌ لها.

قال: والاعتبار في شرائط الكفاءة بالمتناكحين دون آبائهما؛ وبذلك جزم الرُّويَانِيُّ في «التجربة»، والظاهر أن ما رأيته فيها: «والْمعتَقُ كفءٌ لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ» زللٌ من ناقلٍ[1].

قال: (وَنَسَبٌ) لِأَنَّ الْعَرَبَ تَفْتَخِرُ بِهِ أَتَمَّ الفخرِ، وعدَّ الشَّارح[2] في «الْمطَالَبِ»: الحسب، وهو النَّسب، وإذا طلب في النساء؛ ففي الرجال أولى.

قال: (فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ) لشرف العربية على غيرهم.

(وَلَا غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً) لأن الله تعالى فضَّل قريشًا على غيرها من النَّاس؛ لمكان النبي ﷺ؛ ولحديث: «قَدِّمُوا قُرَيْشًا، وَلَا تَقَدَّمُوهَا»[3].

وفي «صحيح مسلم»: «إِنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ بَنِي إِسْمَاعِيلَ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ»[4].

قال: (وَلَا غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا)، لما سبق عن «صحيح مسلم»؛ لكن الْمُطَّلبيَّ كفءٌ للهاشمية؛ لقوله ﷺ: «نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ»[5] رواه البخاري.

وقيل: قريش كلهم سواء؛ لأنهم أكفاء في الإمامة، وبه قال البصريون من أصحابنا، ووقع في كلام جماعة منهم القاضي الحسين، وسليم الرَّازي: أن غير الهاشمي من قريش لا يكون كفئًا لهاشمي، وهو يفهم أَنَّ الْمُطَّلِبِيَّ غير كُفْءٍ لِلْهَاشِمِيَّةِ، ولا أحسبه وجهًا محققًا، وإنما وقع تَسَمُّحٌ[6] في العبارة.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٢٠٠).

(٢) في نسخة: (الشارع).

(٣) أخرجه الشافعي في «المسند» (١/ ٢٧٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) في نسخة: (تسمح).

وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ فِي الْعَجَمِ كَالْعَرَبِ، ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ فِي الْعَجَمِ كَالْعَرَبِ**) أي: قِيَاسًا عَلَيْهِمْ.

والثاني: لا؛ لأنهم لا يَعْتَنُونَ بِحِفْظِه.

فعلى الأول الْفُرْسُ أَفْضَلُ مِنَ الْقِبْطِ، وَبَنُو إِسْرَائِيلَ أَفْضَلُ مِنَ الْقِبْطِ؛ لِسَلَفِهِمْ وَكَثْرَةِ الْأَنْبِيَاءِ فِيهِمْ، قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

قال الرَّافِعِيُّ: وقضية اعتباره في العجم الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضًا؛ لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء.

واعلم أن قضية كلام «الروضة» أن الأصحَّ اعتبار النسب في العجم، وأنه لا يعتبر في العرب إلا في قريش مع غيرها من العرب، وأن غير قريش من سائر العرب أكفاء، ويمكن تنزيل كلام «المنهاج» عليه؛ إذ لو تفاوت غير قريش من العرب لذكره، ولم أرَ من قال باعتبار النسب في العجم، مع عدم اعتباره في بقية العرب غير قريش، وهذا ومثله إنما يحصل من جمع فقه الطرق المتباينة مع عدم التقصي.

وقد قال الرَّافِعِيُّ: إن مقتضى قول من اعتبر النسب في العجم أن يعتبر ذلك في بقية العرب غير قريش، وما قاله - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - حقٌّ، فكأنه لم يظفر بالنقل فيه؛ بل رأى كلام فريق يدلُّ على أن غير قريش من العرب[1] متكافئون، وهؤلاء عندهم العجم متكافئون، وإذا كانت قضية كلام الأكثرين كما قاله في «الروضة»: إن غير قريش من العرب متكافئون، كانت قضية قولهم: أنه لا يعتبر النسب في العجم، من باب أولى؛ فيكون الصحيحُ عدم اعتباره في العجم.

وقد أوضحت ذلك في «الغنية» أتمَّ إيضاح، وثبت أن المذهب عدم اعتباره في العجم، والمعنى يعضده؛ فهو الصواب نَقْلًا ومعنىً؛ لأن طريقة العراقيين أن العرب غير قريش متكافئون، والعجم عندهم متكافئون، وأما المراوزة، فقال القاضي: العجم كلُّهم متكافئون من حيث النسب، وأما العرب فالعجم لا

---

(١) في نسخة: (غير العرب من قريش).

……

يكافئوهم، والعربي لا يكون كفئًا للكتابي، والكتابي لا يكون كفئًا للقرشيِّ، والقرشيُّ غير الهاشمي، ليس كفئًا للهاشميِّ.

وقال الْمُتَوَلِّيُّ: بين العرب تفاوت، وقريش أفضلهم، وقريش بينهم تفاوت؛ فكلُّ بطنٍ كانوا أقرب إلى رسول الله ﷺ فهم أفضل.

ثم قال: والعجم ما جرت عادتهم بحفظ الأنساب؛ ولكن لهم في الكفاءة عُرْفٌ، وهو أنهم يقدِّمون الأقرب إلى الرؤساء والقضاة والعلماء على السوقة فيعتبر عُرْفهمْ، انتهى.

فحصل في اعتبار النسب في غير قريش من العرب وجهان؛ فإن لم يعتبر في العجم، وإلا فوجهان، وهذا خارج من طريقة القاضي الحسين؛ لأنه قدَّم كنانة على غيرها، وقال: إنه لا يعتبر في العجم، وهو عكس قضية كلام «الروضة»، وهو الصوابُ، أعني: عدم اعتبار النسب في العجم، كما صرَّح به الشيخ أبو حامد، وأتباعه من العراقيين، وغيرهم، وصرح به من المراوزة القاضي، والْمُتَوَلِّي، ونقله الرَّافِعِي عن شيخهم الْقَفَّال، وأبي عاصم، فلم أَرَ من رجَّح اعتباره فيهم إلا الْبَغَوِي، ومَنْ تبعه.

وصرَّح في «الكافي»: بأن المراد به الانتساب إلى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ الذين لا يفنى ذكرهم بعد موتهم، لا إلى الظَّلَمَة من الأمراء والوزراء، انتهى.

وأحسب ذلك مراد الْبَغَوِيِّ، أعني: النسبة إلى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ، لا مطلقًا، ولا شكَّ أنهم يفتخرون بذلك، ويحفظونه، وسنذكرُ عن الإمام والْغَزَالِيِّ نحوه.

تنبيهات: أولها: قال الفارقيُّ: وأمَّا أهل الْحَضَرِ وَالْمُتَوَلِّدَةُ، فَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ مَضْبُوطَ النَّسَبِ، فَكَالْعَرَبِ الْعَرْبَاء؛ فهو كفءٌ لِلْأَعْجَمِي.

ثانيها: قال في «الروضة» في آخر الفصل: فرع: قال الإمام والْغَزَالِيُّ: لَا اعتبارَ بِالِانْتِسَابِ إِلَى عُظَمَاءِ الدُّنْيَا وَالظَّلَمَةِ، الْمُسْتَوْلِينَ عَلَى الرِّقَابِ، وَإِنْ كان الناس قد يتَفَاخرون بهم.

……

وهذا الذي قالاه لا يساعده كلام النقلة، وقد قال الْمُتَوَلِّي: وَلِلْعَجَمِ عُرْفٌ في الكفاءة، فَيُعْتَبَرُ عُرْفهم، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِيِّ: اعلم أن كلام أكثر الأصحاب في النَّسبِ ما قدَّمناه.

وذكر الإمام أن شَرَفُ النَّسَبِ يثبتُ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ:

إِحْدَاهَا: الِانْتِهاءُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ الله ﷺ قال في «البسيط»: ولذلك يرعى القرب والبعد منه.

والثَّانِيَةُ: الِانْتِمَاءُ إِلَى الْعُلَمَاءِ؛ فَإِنَّهُمْ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ، وَبِهِمْ رَبَطَ اللهُ تَعَالَى حِفْظَ الْمِلَّةِ.

وَالثَّالِثَةُ: الِانْتِمَاءُ إِلَى أَهْلِ الصَّلَاحِ وَالتَّقْوَى.

قال في «البسيط» تلخيصًا لكلام شيخه: ويعني به المشهور بالورع والصلاح الذي لا ينسى أمره على تناسخ الدهور؛ فإنه الذي يرفع النسب، ثم ذكر أنه: لَا عِبْرَةَ بِالِانْتِسَابِ إِلَى عُظَمَاءِ الدُّنْيَا وَالظَّلَمَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وفي هذه الطريقة تصريحٌ بأن الانتساب إلى كل واحدة من هذه الجهات يقتضي الفضيلة برأسه، وعلى هذا لا يمكن إطلاق القول بأن العجم أكفاء، وكذلك من سوى قريش من العرب، وكذا بنو هاشم، وما ذكر أن الانتساب إلى عظماء الدنيا لا عبرة به؛ فكلام النقلة لا يساعده، وهذا لأن صاحب «التتمة» يقول: وَلِلْعَجَمِ عُرْفٌ في الكفاءة؛ فيتبعُ عُرفهم، انتهى.

وأحسبُ الْمُتَوَلِّيَ أراد بذلك ما فصَّله الإمام، وقد سبق قول الْمُتَوَلِّيِّ: والعجم ما جرت عادتهم بحفظ الأنساب.

وقال صاحب «الكافي»: والنسب في العرب والعجم من شرائط الكفاءة على الأصحِّ.

ثم قال: والاعتبار في نسب العجم هو الانتساب إلى العلماء الذين هم ورثة الأنبياء، وإلى الصلحاء الذين لا ينسى ذكرهم بعد موتهم، لا إلى الظَّلمة من الأمراء والوزراء.

……………………………………………………………

وذكر في «الترغيب» اعتبار النسب، ثم قال في آخر كلامه: إذا فقد بعضها، كنسب رسول الله ﷺ لَا يَنْجَبِرُ بفضيلة أخرى، أما النَّسب للصُّلحاء والأولياء والعلماء المذكورين على وجهين، انتهى.

وأحسبُ أن المراد بما سبق أولًا من الكلام في النَّسبِ غير مخالفٍ لما قاله الإمام والْغَزَالِيُّ أو ذلك الخلاف في شجرة النَّسبِ، وأعراق الآباء في صفات مكتسبة من علمٍ أو صلاحٍ، وسيأتي في «الحاوي» ما ينازع الإمام فيما ذكره ونحوهما؛ فتأملْ وتدبرْ.

ثالثها: جميع ما سبق؛ بناءً على المشهور، وإلا فقد نقل ابن المنذر عن البويطيِّ عن الشَّافِعِيِّ أن الكفاءة في الدِّين لا غير.

ورأيت ذلك في «كتاب البويطيِّ»، وفي «طبقات العباديِّ» في ترجمة محمد بن عبد الحكم: وسُئِلَ الشَّافِعِي عن نكاح العامة الهاشميات؛ فقال: إنَّه جائزٌ، وورد أنه لا يجوز إلا أني لا أرى فسخه والمنع منه؛ لأني سمعت الله يقول: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ ۝٧﴾ [البينة: ٧].

وحُكي في ترجمة الحارث بن مسكين أنه قال: رادتُّ الشافعيَّ حيث يقول: الكفاءة في الدِّين لا في الحسب، انتهى، [يعني: النَّسب].

وذكر الحافظ أبو الحسن الأثري السجزي في «مناقب الشَّافِعِيِّ» عن الحارث بن مسكين قال: لقد أحببتُ الشَّافِعِيَّ، وقرب من قلبي؛ لما بلغني أنه يقول: الكفءُ في الدين لا في النسب، قال الحارث: فقلت: إنَّه لا يخرجه إلى هذا القول إلا بإذنه على أنه رجل من قريش.

وفي رواية عن الحارث قال: ما زال في نفسي من الشَّافعيِّ حتى بلغني أنه سُئِلَ عن الأكفاء؛ فقال: الأكفاء في الدِّين ليس الأكفاء في الحسب.

قال أبو الحسن: وسألت أبا نعيم عبد الملك بن محمد بن عدي بجرجان عن الكفءِ؛ فقال: سألت الربيع بن سلمان عن الكفءِ، فقلت له: إلى ما كان

وَعِفَّةٌ فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ، ....

يذهب الشَّافِعِيُّ، فلم يجبني، ثم سألته، فلم يجبني، فقلت له: إن في كتاب «المختصر»: أن الشَّافِعِيَّ قال: إن الكفء هو الدِّين، وقلبي يضرب عن هذه المسألة، فأخبرني يا أبا محمد، فقال الربيع: جاء رجلٌ إلى الشَّافعيِّ -يعني: فسأله عن ذلك- فقال: أنا عربي، لا تسألني عنه، فقلت: فالذي كنت ترى أنه كان يذهب إليه أن الكفء هو الدِّين، فقال: أنا أسكت عنه، كما كان هو يسكت عنه، قال لي أبو نعيم: نعم.

هكذا في النسخة، وكان فيها خللٌ، وأراد بالمختصر «مختصر البويطيّ» الذي يرويه الربيع، وهذا القولُ هو المختار الأقوى في غير الرقيق، ولا يدفع؛ لأدلته، ومنها: ما رواه الإمام أحمد: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ عَنْ أَبِي هِلَالٍ عَنْ بَكْرٍ عَنْ أَبِي ذَرٍّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: **«انْظُرْ فَإِنَّكَ لَيْسَ بِخَيْرٍ مِنْ أَحْمَرَ وَلَا أَسْوَدَ إِلَّا أَنْ تَفْضُلَهُ بِتَقْوَى الله»**(١) وهو قضية الآية الكريمة: **﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾** [الحجرات: ١٣].

ولم يصب ابن الرفعة في قوله في «الكفاية»: إن هذا القول ليس بشيءٍ، نعم هو كما قال الرَّافِعِيُّ: خلاف المشهور.

قال: (**وَعِفَّةٌ؛ فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ**) كدلالة الكتاب والسنة عَلَى عَدَمِ الْمُسَاوَاةِ، وذم نكاح الزاني والزانية في سنن أبي داود، وبسندٍ حسنٍ عنه ﷺ: **«لَا يَنْكِحُ الزَّانِي الْمَجْلُودُ إِلَّا مِثْلَهُ»**(٢) وَالْمَسْتُورُ كفءٌ لها، والمبتدع الذي لا يكفره ببدعته أولى بالمنع من الفاسق؛ فلا يكون كفئًا للسُّنِّيَّةِ، قاله الرُّويَانِيُّ، وتابعاه عليه.

وأغرب أبو الحسن الجوري، فاختار في كتابه «الوجيز» أن الزاني والزانية لا يصحُّ نكاحهما إلا بمن هو مثلهما، وإنْ زنى بالوطء من أحد الزوجين

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ١٥٨، رقم ٢١٤٤٥). قال المنذري (٣/ ٣٧٥) والهيثمي (٨/ ٨٤): رواته ثقات مشهورون إلا أن بكر بن عبد الله المزني لم يسمع من أبي ذر.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢١، رقم ٢٠٥٢)، والحاكم (٢/ ١٨٠، رقم ٢٧٠٠) وقال: صحيح الإسناد.

انفسخ النكاح، كذا نقله ابن الصلاح، والمصنف عنه في «الطبقات»، وليس هذا بوجهٍ لنا، وإنْ كان الجوريُّ من أصحاب الوجوه⁽١⁾.

فرع: قال القاضي الحسين: تعتبر العفة فيها دون أبيها، فالعفيفة بنت فاسق لا تزوج بفاسقٍ، فلو كان عفيفًا، وأبوه فاسقٌ، وأبوها عدلٌ، قال الْبَغَوِيُّ في «الفتاوى»: لا يكافئها، ويرده قول القاضي أبي الطيب والرُّويَانِيِّ وجماعةٍ؛ لأن الاعتبار في شرائط الكفاءة بالمتناكحين دون آبائهما.

وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْبَغَوِيِّ ألا يكون مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مِنْ الصَّحَابَةِ كُفُئًا لِبَنَاتِ التَّابِعِينَ، وَهُوَ زَلَلٌ، وهم أفضل الأمَّة، وقول الرَّافِعِيِّ تبعًا له: أن مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ كُفُئًا، لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ فِي الْإِسْلَامِ.

وعن القاضي أبي الطيب وغيره وجهٌ: أنهما كُفآن، واختاره الرُّويَانِيُّ، والظاهرُ الأولُ، مستدركٌ، وقد صرَّح بذلك الْمَاوَرْدِيُّ وجماعةٌ، وبه جزم الرُّويَانِيُّ في «التجربة»، وهو الصَّحيحُ والصَّوابُ.

قال في «الحاوي»: **فَأَمَّا الْمُسْلِمَانِ إِذَا كَانَ [أَبَوَا أَحَدِهِمَا مُسْلِمَيْنِ، وَأَبَوَا الْأَخِيرِ كَافِرَيْنِ؛ فَهما كُفْآن. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تَكَافُؤَ بَيْنَهُمَا؛ لعدم تكافؤ الْآبَاءِ].**

وَهَذَا خَطَأٌ؛ لِأَنَّ فَضْلَ النَّسَبِ يَتَعَدَّى، وَفَضْلَ الدِّينِ لَا يَتَعَدَّى؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْصُلُ لِلْأَبْنَاءِ إِلَّا مِنَ الْآبَاءِ، فَتَعَدَّى فَضْلُهُ إِلَى الْأَبْنَاءِ، وَالدِّينُ قَدْ يَحْصُلُ لِلْأَبْنَاءِ من صغر بِأَنْفُسِهِمْ مِنْ غَيْرِ الْآبَاءِ؛ فَلَمْ يَتَعَدَّ فَضْلُهُ إِلَى الْأَبْنَاءِ.

وعلى هذا اقتصر في «الذخائر»، وذكر في «الإفصاح» الحكم «كالحاوي»، وردَّ على أبي حنيفة بأن قوله يوجب أن سلمان ﷺ لا يكون كفئًا لمن أبواها مسلمان.

واعلم أن ما قدَّمناه عن «فتاوى الْبَغَوِيِّ» أبداه الرَّافِعِيُّ من عنده، فقال: ويشبه أن يكون كما ذكرنا في حقِّ **مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مَعَ التي أَبُوهَا مُسْلِمٌ.**

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٢٠٤).

وَحِرْفَةٌ فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ، فَكَنَّاسٌ وَحَجَّامٌ وَحَارِسٌ وَرَاعٍ وَقَيِّمُ الْحَمَّامِ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ، وَلَا خَيَّاطٌ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ، وَلَا هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ، ....

قَالَ: وَالْحَقُّ أَنْ يَجْعَلَ النَّظَرَ فِي حَالِ الْآبَاءِ دِيْنًا وَسِيرَةً وَحِرْفَةً مِنْ حَيِّزِ النَّسَبِ؛ فَإِنَّ مَفَاخِرَ الْآبَاءِ وَمِثَالَهُمْ هِيَ الَّتِي يَدُورُ عَلَيْهَا أَمْرُ النَّسَبِ.

قَالَ: وهذا يؤكد اعتبار النسب في حقِّ العجم، ويقتضي ألا تطلق الكفاءة في غير قريش من العرب، انتهى.

وكلام الإمام المتقدم يقتضي ذلك؛ حيث عدَّ هو، والْغَزَالِيُّ، وصاحب «الكافي» في الانتساب إلى العلماء والصُّلحاء من تفاضل النَّسبِ، وقضيته ألا يزوج العفيفة بنت العدل من العفيف الذي أبوه فاسقٌ، وبين كلام الرَّافِعِيِّ وما أفهمه كلامه السابق على كلام الإمام تفاوتٌ يظهرُ للمتأمل.

قال: (وَحِرْفَةٌ؛ فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لَيْسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ، فَكَنَّاسٌ، وَحَجَّامٌ، وَحَارِسٌ، وَرَاعٍ، وَقَيِّمُ الْحَمَّامِ؛ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ، وَلَا خَيَّاطٌ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ، وَلَا هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ) واستؤنس كذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعۡضَكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ فِي ٱلرِّزۡقِۚ﴾ [النحل: ٧١].

قيل: معناه في سَبَبِ الرِّزق؛ فَبَعْضُهُمْ يَصِلُ إِلَيْهِ بِعِزٍّ وَدعةٍ، وَبَعْضُهُمْ يصل إليه بِذُلٍّ وَمَشَقَّةٍ، والظاهرُ أن مأخذ هذه الخصلة العُرفُ، وليست من محال الوفاق في المذهب. واعلم أن الحرفة الدنية في الآباء، والاشتهار بالفسق مما يتعير بذلك الولد، ويشبه أن يكون حال قول الشَّافِعِيِّ السَّابق أنَّ الكفاءة في الدِّين تقتضي أنه لا ينظر إلى الحرفة، وسيأتي عن رواية صاحب «الإفصاح» عن النصِّ أيضًا ما يقتضي أنه لا نظر في الحرفة.

قال الرَّافِعِيُّ: [وقد سكت عنها بعض الأصحاب]: مَنْ كَانَ أَبُوهُ صَاحِبَ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لا يكافئ من أبوها ليس كذلك، كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مَعَ التي أَبُوهَا مُسْلِمٌ، والحقُّ كذا، وذكر ما سبق عنه، وكلُّ هذا تفقهٌ منه، بناه على طريقة الْبَغَوِيِّ.

……

وقضيةُ ما قدَّمناه عن القاضي أبي الطيب، وجماعةٍ، وصحَّحناه من أن شرط الكفاءة إنما يعتبر في المتناكحين دون آبائهما، إنه لا ينظر إلى ذلك أيضًا؛ بل قضية كلام الصَّيمريِّ أنه لا نظر إلى الحرفة عندنا؛ حيث قال: اعلم أنه إنما تكون الكفاءة بالحرية والنَّسب، إلى آخر ما سيأتي عنه، ولم يذكر الحرفة.

ثم قال قبيل كلامه الآتي: واعتبر قوم البلدان، وقيل: يُرَاعَى الصناعات والمعائش، حتى أن ابنة جوهري، أو عطار، أَوْ بَزَّاز لا يكافئها فلاح أو ندَّاف.

ثم قال: واعتبر قوم كذا إلى أن قال: وهذا عندي ليس بشرط، وما قبله يحتمل أن يقال: يعني اعتبار الحرفة في الأب.

تنبيهات: في عدِّه الرَّعْيَ مِنَ الْحِرَفِ الدَّنِيَّةِ نظرٌ، يأتي بيانه -إنْ شاء الله تعالى- في «الشَّهادات» وإذا نظرنا إلى حرفة الأب؛ فَقِيَاسُهُ النَّظَرُ إِلَى حِرْفَةِ الْأُمِّ أَيْضًا، فَإِنَّ ابْنَ الْمُغَنِّيَةِ، وَالزَّامِرَةِ، وَالْمَاشِطَةِ، وَالْحَمَّامِيَّةِ، وَنَحْوِهِنَّ، يَنْبَغِي أَلَا يَكُونَ كُفْئًا لِمَنْ أُمُّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ فِي الْعُرْفِ وَعَارٌ، وَمَأْخَذُ هَذِهِ الْخَصْلَةِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، كما قال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره؛ بل العار بالنسبة إلى الأم المذكورة ونحوها أشدُّ من الأب الذي ذلك حرفته، بلا شكٍّ.

قال الْمُتَوَلِّيُّ: ليس النجار والخباز من ذوي الحرف الدنية، وَفِي «الْحِلْيَةِ»: أَنَّهُ تُرَاعَى الْعَادَةُ فِي الْحِرَفِ وَالصَّنَائِعِ، وهو حسنٌ، أو رب حرفة دنية في بلد أو ناحية دون غيرها.

وأصلُه قول الْمَاوَرْدِيِّ: الْمَكَاسِبُ تَكُونُ غالبًا مِنْ أَرْبَعِ جِهَاتٍ: الزِّرَاعَاتِ، وَالتِّجَارَاتِ، وَالصِّنَاعَاتِ، وَالْحِمَايَاتِ، وَكُلٌّ مِنْهَا يُفَضَّلُ عَلَى غَيْرِهِ، بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ وَالْأَزْمَانِ؛ ففي بعضها حُمَاةُ الْأَجْنَادِ أَفْضَلُ، وَفِي بَعْضِهَا التِّجَارَةُ، وَفِي بَعْضِهَا الزِّرَاعَةُ، ولا يُفَضَّلَ بَعْضُهَا على بعض، وَإِنَّمَا يُرَاعَى فِيهَا الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، وَالْأَفْضَلُ فِي الْجُمْلَةِ مَا انْحَفَظَتْ بِهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ، أَلَا تَكُونَ مُتَرَذِّلَ الصِّنَاعَةِ كَالْحَائِكِ، وَلَا مُسْتَخْبَثَ الْكَسْبِ كَالْحَجَّامِ، وَلَا سَاقِطَ الْمُرُوءَةِ كَالْحَمَّالِ، وَلَا مُبْتَذَلًا كَالْأَجِير؛ فَمَنِ انْحَفَظَتْ عَلَيْهِ فِي

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لَا يُعْتَبَرُ، ....

مَكَاسِبِهِ هَذِهِ الشُّرُوطُ الْأَرْبَعَةُ، لَمْ يُكَافِئْهُ مَنْ أَخَلَّ بواحدة منهَا، انتهى.

وقول المصنف: «بِنْتُ عَالِمٍ وَقَاضٍ» يقتضي النظر إلى ذلك في جميع طبقات النَّاس من بني هاشم، وجميع العرب والعجم، وهذا من فقه الإمام الذي نازعه فيه الرَّافِعِيُّ، وتقدَّم قوله بحثًا: والحق كذا، وذكرنا طريقة القاضي أبي الطيب وموافقيه، وهي الصحيحة، وقضيتها أنه لا نظر إلى حال الآباء في ذلك ولا غيره.

وَعَلَى اعْتِبَارِ مَا ذَكَرَهُ فِي «الْكِتَابِ»؛ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْعِبْرَةُ بِالْعَالِمِ الصَّالِحِ أَوْ الْمَسْتُورِ دُونَ الْفَاسِقِ، وكذلك في الْقَاضِي دون الجاهل الجائر، كَمَا هُوَ الغالب فِي قُضَاةِ القرى، وبعض البلدان تجد الواحِدَ مِنْهُمْ كَقَرِيبِ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ، مع عدم الستر، وسوء الطريقة، وشهرة ذلك عنه؛ فهؤلاء من الظَّلَمَةِ الْمُسْتَوْلِينَ عَلَى الرِّقَابِ، وهم أسوأ حالًا من الملوك الظَّلَمَة؛ فلا عبرة بالانتساب إليهم أصلًا.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لَا يُعْتَبَرُ**) لأنه ﷺ لم يختره؛ ولِأَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ، وَلَا يَفْتَخِرُ بِهِ أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ، وهذا ما نسبه القاضي الحسين إلى عامة الأصحاب.

قال القاضي: والناس في زماننا يعدونه من أفضل الخصال، وأعظم الفضائل؛ ولكن عامة الأصحاب لا يعتبرونه، وفي هذه النسبة نظرٌ يأتي بيانه.

وَالثَّانِي: يُعْتَبَرُ؛ وهو أظهر التأويلين في قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي ٱلرِّزْقِ﴾ [النحل: ٧١] وصحح الترمذيُّ أو حسَّن مِنْ حَدِيثِ سَمُرَةَ: «الْحَسَبُ الْمَالُ»⁽¹⁾.

---

(1) أخرجه أحمد (٥/ ١٠، رقم ٢٠١١٤)، والترمذي (٥/ ٣٩٠ رقم ٣٢٧١) وقال: حسن صحيح غريب. وابن ماجه (٢/ ١٤١٠، رقم ٤٢١٩)، والطبراني (٧/ ٢١٩، رقم ٦٩١٢)، والدارقطني (٣/ ٣٠٢)، والحاكم (٢/ ١٧٧، رقم ٢٦٩٠) وقال: صحيح على شرط البخاري والبيهقي (٧/ ١٣٥، رقم ١٣٥٥٤).

....

وقال صاحب «الإفصاح»: قال الشَّافِعِيُّ: والكفاءة في الدِّين، والمال، والنسب.

وقضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد» أنه المذهب الصحيح المعروف؛ حيث جزم باعتباره، ثم قال: ومِن أصحابنا مَنْ قال في المال وجهًا آخرًا: إنه ليس من شرائط الكفاءة، وعلى اعتباره اقتصر الصَّيمريُّ، وصححه سليم الرازي، وهو قضية كلام الْقَفَّالِ، والقاضي الحسين في «الفتاوى»، ورجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، والفارقيُّ في «فوائده».

[وهو قضية قول الدارميِّ الكفءُ فيما يقصده الناس: الدِّين، والنَّسب، والحرية، والمال، والعقل، والصنعة] وتوسط الْمَاوَرْدِيُّ، وتبعه صاحب «الإِسْتِقْصَاءِ» وغيره، فاعتبروه في أَهْلِ الْأَمْصَارِ الَّذِينَ يَتَفَاخَرُونَ بالمال، دون الأنساب جزمًا، وخصُّوا الوجهين بأهل البوادي والقرى [المتفاخرين بالأنساب دون المال] وذلك نزوعٌ منه إلى اعتبار العُرف، وإذن؛ فاعتبار اليسار هو المذهب المنصوص الأرجح دليلًا ونقلًا؛ فإنْ قلت: القاضي الحسين، إنما رواه عن أبي إسحاق المروزي فقط، وعن عامة الأصحاب الأول، وتبعه على ذلك الْمُتَوَلِّيُّ والرُّويَانِيُّ.

قلت: فيه نظرٌ، نعم هو قول أكثر المراوزة، وقد صرَّح شيخهم الْقَفَّالُ باعتباره، وأفتى به، والْمُتَوَلِّيُّ والرُّويَانِيُّ تَبَعًا لِلْقَاضِي في «تعليقه»، ورجَّح في «الحلية» الاعتبار، ومعظم العراقيين أطلقوا الخلاف بلا ترجيح، وممن أطلقه منهم الشيخ أبو حامد، والمحامليُّ، وصاحبا «الشامل» و«البيان»، وكذلك أطلقه الفورانيُّ من المراوزة، وقول إمام الحرمين: إن اعتباره ضعيف؛ لا أصل له، ويردُّه نصُّ الشَّافِعِيِّ [وجزم باعتبار من العراقيين سليم في «الكافي»، وصاحبه نصر المقدسي في كتابيه أيضًا].

وقال القاضي الحسين في «الفتاوى»: إنه لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ البكر بمهر مثلها رجلًا معسرًا، بغير رضاها؛ لم يصح النِّكاح على المذهب؛ لِأَنَّهُ بَخَسَ حَقَّهَا، كَتَزْوِيجِهَا بِغَيْرِ كُفْءٍ، انتهى.

……

وقال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الصغيرة ممن لا يقدر على مهرها؛ بطل النِّكاحُ؛ لأن المال يعتبر في الكفاءة، والأب إذا زوَّجها بغير رضاها، ممن لا يكافئها؛ لم يصح، انتهى.

وحينئذٍ يحمل قول القاضي: «كتزويجها بغير كفءٍ» يعني: في النَّسبِ ونحوه، مما اشتهر في المذهب اعتباره، وحينئذٍ يكون ممن رجَّح اعتباره، بخلاف ما ذكره في «التعليق»، ويأتي عنه ما يؤيد هذا، وبما حرزته يظهر لك أنه إنما رجَّح عدم اعتباره مطلقًا طائفة يسيرة، ولم أَرَ مَنْ رجَّحه من العراقيين إلا الجرجاني.

تنبيهات: منها: قال القاضي الحسين: ومَنْ اعتبر اليسار إنما يريد به القدرة على الصَّداق، والإدرار للنفقة.

وقال الإمام: الصحيح عندنا تنزيل الخلاف في المسكنة، وذلك بلاغ، انتهى. وقال الرَّافِعِيُّ مفرعًا على اعتباره: وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن المعتبر الْيَسَار بِقَدْرِ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ؛ فإذا أيسر به؛ فهو كفءٌ لصاحبة الألوف.

والأظهر: على اعتباره أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بذَلِكَ؛ ولكن النَّاسَ أَصْنَافٌ؛ غَنِيٌّ، وَفَقِيرٌ، وَمُتَوَسِّطٌ، وَكُلُّ صِنْفٍ أَكِفَّاءُ، وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْمَرَاتِب، انتهى، وهذا قضية كلام الْبَنْدَنِيجِيِّ، والْمَاوَرْدِيِّ، وسليم الرازي.

وقال الجرجانيُّ في «الشافي»: يعتبر أن يكون له يسار يخرجه عن حدِّ الاعتبار.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة»: وإذا شرطنا اليسار في الكفاءة يكفي أن يلزمه نفقة الموسرين، انتهى.

ولا شكَّ أنه لا يعتبر التساوي في المال كما صرَّح به صاحبا «التهذيب» و«الكافي» قالا: والناس ثلاثة أصناف كما تقدَّم، وكل طبقة بَعْضُهُمْ أَكِفَّاءُ بَعْضٍ، وهذا ما رجَّحه الرَّافِعِيُّ، وهو الصحيحُ.

....

ومنها: اقتصار المصنف على ما ذكره من الخصال معهم أن غيرها لا يعتبر، وقد حكى الْمَاوَرْدِيُّ وجهين فيما إذا اختلفا في طرفي السن كَالْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ مع الشَّيْخِ وَالْعَجُوزِ -أي: الهرمين- كما قيَّد الرُّويَانِيُّ وجه المنع مأ بينهما مِنَ التَّبَايُنِ وَالتَّنَافِي، وهذا ما صححه الرُّويَانِيُّ، وسبق عن النصِّ وجماعة ما يقتضي أنه المذهب، وبيَّنا أنه الصواب.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: قيل بأن المرأة لا يكون لها الولي، ولو زوج ابنه الصغير جذماء أو برصاء أو مجنونة أو رتقاء؛ لم يجز عليه النكاح، وكذلك لو كان في نكاحها ضرر عليه، وليس لها فيها نظر، مثل عجوز فانية أو قطعاء أو ما أشبه هذا، هذا نصُّه بحروفه، ولا شكَّ أنه ليس له ذلك في جانب الثيب⁽¹⁾ من طريق الأولى؛ فاعلم، ولا أعلم له ما يخالفه.

وقال الدَّارمِيُّ: ولا يجوز للأب والجد في موضع تزويج ابنه أن يزوِّجه بغير كفءٍ، ولا بـمَنْ لَا يُطَاقُ جِمَاعُهَا لِقَرْنٍ أَوْ رَتْقٍ أو كِبَرٍ أو عمياء ولا قطعاء، ونحو ذلك، انتهى.

قال الرُّويَانِيُّ: وَالْجَاهِلُ لَا يَكُونُ كُفْئًا لِلْعَالِمَةِ. وَصَحَّحَ المصنف في «زوائد الروضة» خلاف ما رجَّحه الرُّويَانِيُّ في الصورتين، وأشار إلى ضعف الخلاف بقوله: وَالصَّحِيحُ كَذَا، وليس كما قال فيهما، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩] وأيضًا فالْمُصَنِّفُ يَرَى اعْتِبَارَ الْعِلْمِ فِي الْأَبِ؛ فَاعْتِبَارُهُ فِي نَفْسِ الْمَرْأَةِ أَوْلَى، ولذلك قال ابن الرِّفْعَة: قياس اعْتِبَارَ الْعِلْمِ فِي الأب أن يعتبر في المرأة نفسها بطريق الأولى، وهو كما قال.

وقياسه أن ينظر إلى حرفتها دناءةً وشرفًا؛ فلا يجوز للأب تزويجه بمغنيةٍ، ولا ماشطةٍ، ولا حَمَّامِيَّةٍ، وَنَحْوِهِنَّ؛ لما عليه في ذلك من العار.

ومنها: قال في «زوائد الروضة»: قال أصحابنا: وَلَيْسَ الْبُخْلُ وَالْكَرَمُ، وَالطُّولُ وَالْقِصَرُ مُعْتَبَرًا، انتهى.

---

(١) في نسخة: (البنت).

وَأَنَّ بَعْضَ الْخِصَالِ لَا يُقَابَلُ بِبَعْضٍ، ....

وَفِيمَا إِذَا أَفْرَطَ الْقِصَرُ فِي الرَّجُلِ نَظَرٌ، وَيَنْبَغِي أَلَا يَجُوزَ لِلْأَبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِهِ لمنْ هُوَ كَذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ مِمَّا تَتَعَيَّرُ بِهِ الْمَرْأَةُ عُرفًا، وَقد رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ رَأَى نُغَاشًا(١) فَسَجَدَ»(٢) أي: شُكْرًا للسلامةِ من دمامة الخلقة المفرطة، ورأيتُ مرةً شيخًا نحو العظيم في الطول، والناس يضحكون منه، ويسخرون به.

ومنها: في «زوائد الروضة»: قال الصَّيمريُّ: واعتبر قوم البلدان؛ فقالوا: ساكن مكة والمدينة والكوفة والبصرة؛ ليسوا كفئًا لساكن الجبال، وهذا ليس بشيء، انتهى.

هذه العبارة معكوسة، وعبارة الصَّيمريُّ: واعتبر قوم في المكافأة البلدان، فزعموا أن رجلًا من الجبال، وخورستان لا يكافئ امرأة من أهل مكة أو المدينة أو البصرة أو الكوفة، وهذا عندنا ليس بشرط، وهذا ليس بخلاف لأصحابنا، فلا شكَّ؛ فاعلم.

ومنها: قال الشيخان: ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمال ونقيضه، وكذا قاله الإمامُ، والْغَزَالِيُّ قال في «البسيط»: وَلَا صَائِرَ إلى اعتبار الجمال، وَإِنْ كَانَ مَقْصُودًا، انتهى، وهذا ما يدلُّ عليه سكوت الجمهور.

ورأيتُ في «شرح الكفاية» للصَّيمريِّ ما لفظه: واعلم أن الكفاءة إنما تكون بالحرية، والنسب، والدِّين، والعقل، والمال، والجمال، لا شكَّ في هذه الأوصاف، انتهى.

ولعله أراد بالجمال ما سبق عنه في الشَّيْخِ الْهَرِمِ الزَّمِنِ، ونحو ذلك من الصفات المشوهة، وإلا فافهم من كلامه ما يفهم.

قال: **(وَأَنَّ بَعْضَ الْخِصَالِ لَا يُقَابَلُ بِبَعْضٍ)** أيْ: لَا تُزَوَّجُ عَرَبِيَّةٌ فَاسِقَةٌ بِعَجَمِيٍّ عَفِيفٍ جبرًا، وهذا على ظاهر المذهب، لا على القول المختار عندنا أن الكفاءة في الدِّين، ولا سَلِيمَةٌ دَنِيئَةٌ بِمَعِيبٍ نَسِيبٍ، وَلَا حُرَّةٌ فَاسِقَةٌ من عَبْدٍ

---

(١) أي: النَّاقِصُ الْخَلْقِ.

(٢) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣/ ٣٢).

……

عَفِيفٍ، وَلَا عَفِيفَةٌ رَقِيقَةٌ بِفَاسِقٍ حُرٍّ.

قال في «الروضة»: هذا مقتضى كلام الجمهور، وصرَّح به الْبَغَوِيُّ، والسَّرخسيُّ.

قال: يَكْفِي صِفَةُ النَّقْصِ فِي الْمَنْعِ، وفصَّل الإمام؛ فقال: السَّلَامَةُ مِنَ الْعُيُوبِ لا تقابل بسائر فضائل الزوج، وكذا الحرية، وكذا النسب، وفي انجبار دَنَاءَةَ نَسَبِهِ بِعِفَّتِهِ الظَّاهِرَةِ؛ وجهان: أصحهما: المنع.

قال: وَالتَّنَقِّي مِنَ الْحِرَفِ الدَّنِيئَةِ يُقابله الصَّلَاحُ وِفَاقًا، وَالْيَسَارُ إن اعتبرناه يُقابلُ بِكُلِّ خَصْلَةٍ، والْأَمَةُ الْعَرَبِيَّةُ بالْحُرِّ الْعَجَمِيِّ، انتهى.

وفي «البسيط»: أما العيوب فَلَا تنْجَبِرُ بخصلة، وإنْ عظمت، وكذا الرِّق، وأما الْيَسَار إنْ اعتبرناه ينْجَبِرُ فواته بجميع الخصال التي ذكرناها وفاقًا، وأما خسة الحرفة وشرفها؛ فلا يعارض النَّسب، ويعارض الصلاح، والأمرُ في الحرف قريب، انتهى.

تنبيهات: إطلاق «الكتاب» يفهم جريان وجهين مطلقًا في أن بعض الخصال هي تُقابل ببعض، وسياق كلام «الروضة» و«الشرح» يأبى ذلك، ويقتضي أن الخلاف في انجبار دَنَاءَةَ نَسَبِهِ بِعِفَّتِهِ فقط، كما قاله الإمامُ، والْغَزَالِيُّ، وأما ما ذكره الرَّافِعِيُّ، والمصنف من أنَّ الْأَمَةَ الْعَرَبِيَّةَ مع الْحُرِّ الْعَجَمِيِّ، على هذا الخلاف؛ فقضيته اعتبار الكفاءة في تزويج الأمة، وبه صرَّح الْبَغَوِيُّ، وتابعاه كما سبق أنه لا تُزَوَّجُ عَفِيفَةٌ رَقِيقَةٌ بِفَاسِقٍ حُرٍّ، لكن الْبَغَوِيَّ قد صرَّح بأن الحرَّ كفءٌ لها، وإنْ كان دَنِيءَ النَّسَبِ، وصرَّح جماعات عند الكلام على تزويجه أمته بأن له تزويجها من عبدٍ وغير كفءٍ، ليس به عَيْبٌ يَثْبُتُ الْخِيَارُ.

قال الجرجانيُّ وغيره: فإن أجبرها على نكاح عبدٍ أو فاسقٍ أو ذي حرفةٍ دنيةٍ صحَّ قولًا واحدًا.

وقال الرَّافِعِيُّ والمصنف: له أن يزوِّج أمته برقيقٍ دَنِيءَ النَّسَبِ، لا بمن به عَيْبٌ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، ولا بِمَنْ لَا يُكَافِئُهَا بِسَبَبٍ آخَرَ، فإن خالف؛ فهل يبطلُ

وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً، وَكَذَا مَعِيبَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَجُوزُ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الْخِصَالِ فِي الْأَصَحِّ.

النكاح أم يصحُّ، ولها الخيار فيه مثل الخلاف السابق -يعني: في تزويج البنت؟

وما قدَّمناه يردُّ ذلك، وممن صرَّح بأن له تزويج الأمة من العبد، الْبَنْدَنِيجِيُّ، والفورانيُّ، وغيرهما، ولا تكاد تجد فيه خلافًا محققًا [واعلم].

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً**) لِأَنَّهُ لا يخافُ الْعَنَتَ.

(**وَكَذَا مَعِيبَةٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْغِبْطَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وهو كالخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفءٍ، والأصحُّ أنه لا يصحُّ، ومنهم مَنْ قطع بأنه لا يصح إنكاحه الرَّتقاء، والقرناء؛ لأنه بذل مال في مقابلة بضع لا ينتفع به بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوبٍ.

قلت: وفي تحقق الخلاف في تزويجه بمَجْذُومَةٍ، وَبَرْصَاء، وَمَجْنُونَةٍ، من غير ضرورة بُعدٌ، والذي وقفتُ عليه من نصوص الشَّافِعِيّ قاطعٌ بالمنع؛ بل قاطع بأنه لا [يجوز تسليمه من العيوب المثبتة للخيار، كالعجوز الفانية والعمياء والقطعاء، وغير ذلك، كما] سبق عن نصِّ «الأم»، وغيره، وجرى عليه خلائق من الأئمة، وهو الحقُّ، وقضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، وفيما رواه عن صاحب «الإفصاح» بلا مخالفة أنه لو كان الصغير ممسوحًا أَوْ مَجْبُوبًا -بالباء- أن الأب لا يزوِّجه بقرناء ورتقاء، على الأصحِّ، وهذا إنْ كان فيما إذا كَانَ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى خِدْمَتِهَا، وهي ممن تسمحُ بِهَا عَادَةً، أو رأى الأب المصلحة في ذلك، لأمرٍ آخر؛ فقريب، وإلا فبعيد.

قال: (**وَيَجُوزُ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الْخِصَالِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ لَا يُعَيَّرُ بِافْتِرَاشِ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ.

والثاني: لا، كما في البنت.

وعبارة «المحرر»: من لا تكافئه من سائر الوجوه، وفي كل من التعميم والترجيح نظرٌ. وقضية كلام الشيخ أبي حامد، والمحامليّ، والعمرانيّ، وغيرهم: أنه لا يجوز، فإن فعل؛ فعلى الخلاف، والتفريع السابق فيما إذا

....

زوَّج ابنته من غير كفءٍ.

وعبارة الإمام: إذا زوَّج ابنه مع شرفه خسيسةً؛ فالمذهب الذي جزم به الأئمة أن ذلك جائزٌ، ومراده: خسيسةُ النَّسبِ، كما اقتضاه سياقه من بعد؛ بل صريح كلامه، وعليه تنزيل إطلاق الْغَزَالِيِّ الجواز بمن لا تكافئه.

وكلامه في «البسيط» دالٌّ على أن المراد من حيث النَّسب، وأطلق القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّيُّ الوجهين في النَّسب، كما صوَّره الإمام بلا ترجيحٍ، وطردهما الْمُتَوَلِّيُّ فِي الدَّنِيئَةِ، وسيأتي عن القاضي الحسين اختيار أنه لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بدنيئة النَّسب.

والرَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى- شبَّه الخلاف هنا بالقولين فيما إذا زوج ابنته ممن لا يكافئها، قال: لكن الأشبه هنا الصحة، فإذا صحَّحنا؛ فالتفريع كما مرَّ هناك، وتبعه المصنف، وفيما قالا نظرٌ ظاهرٌ؛ لأن قضية ثبوت الخيار إذا بلغ، وبه صرَّح الرَّافِعِيُّ في أول الخيار.

والظَّاهرُ المتضحُ أنَّا إذا لم نجوِّز له تزويج مَنْ لا تكافئه، فزوج وصحَّحناه؛ فالتفريع كما مرَّ هناك، وإنْ جوَّزنا، فرأى الولي ذلك؛ لعدم العار باستفراشها، وظهور المصلحة لولده في ذلك؛ لجمالها، ودينها، ومالها، ونحوها من الأغراض الصحيحة؛ فلا خيار هنا أصلًا، هذا مقتضى كلام مَنْ قال بذلك كالإمامِ والْغَزَالِيِّ، والرَّافِعِيُّ أخذ تفريع عدم الجواز إذا فعل، وصحَّحناه، ففرعه على رأي القائلين بالجواز، والقائلون بالجواز في هذه الصورة لم يقولوا ذلك؛ فاعلم.

واعلم أيضًا أنهما رجحا الصحة تبعًا للإمام، والإمامُ قاله في النَّسبِ، وهو خلاف اختيار القاضي الحسين كما سيأتي، وكلام العراقيين يخالفه، والقاضي في «التعليق» والْمُتَوَلِّي أرسلا الوجهين، وإطلاق الرَّافِعِيِّ، والمصنف يتضمن إجراء الخلاف في كلِّ مَنْ لا تكافئه من سائر الوجوه، كما صرَّح به في «المحرر» غير ما استثنى من العيب والرق، وحينئذٍ فيجري في الفاسقة،

....

والبغي، ومَنْ حرفتها وحرفة أبيها دنية، ومَنْ مسَّها الرِّقُّ أو أحد آبائها، والعجوز الهرمة، والعمياء، والزَّمِنة، ومقطعة الأطراف، والجدعاء، والجذماء، وغير ذلك من أنواع النَّقص.

قلت: أَوْ خَلَتْ⁽¹⁾ وأصله قول الْبَغَوِيِّ بعد استثناء العيوب والرِّقِّ، ولو قبل له نكاح دنية أو كتابية أو امرأة عمياء أو مقطوعة يد أو رجل أو عجوز؛ فوجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن هذه الخصال لا يثبت بها الخيار، فَلَا يُمْنَعُ الْعَقْدُ.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لَا نَظَرَ لَهُ فِيهِ.

وقال: في تعليقه على «المختصر»: ولو قبل لابنه نكاح عمياء أو كتابية أو مقطوعة يد أو رجل أو عجوزة؛ هل يصحُّ؟ وجهان، وعلله بما سبق عن «التهذيب»، ثم قال: ولو أنه قبل له نكاح دنية لا يصحُّ؛ لأنه لا يتضع نسبه بدناءة نسبها، ولا بخَبلٍ.

وقال القاضي الإمام - رحمه الله تعالى: عندي لا يصحُّ النكاح؛ لأنه يَسْتَنْكِفُ منها.

قال الْبَغَوِيُّ: والاستنكاف في مثل هذا ملغيٌّ، وهو مجرد رعونة، انتهى.

وهذا منه في دنية النَّسبِ خاصةً، ولذلك قال صاحب «الكافي»: ولو قبل له نكاح معيبة بغير العيوب الأربعة، أو دنية، أو فاسقة؛ فوجهان، ولم يرجِّحا شيئًا، والإمام إنما رجَّح الجواز في النَّسبِ خاصةً، وقد سبق عن نصوص الشَّافِعِيِّ [والأصحاب مرات] ما يقتضي منع ذلك، وهو الحقُّ الَّذِي لَا يَنْقَدِحُ غَيْرُهُ؛ فاعتمده.

وكيف يجوز تزويجه بمن لا نظر له في تزويجه بها؛ بل عليه ضررٌ بَيِّن وعار؟! وعَدَم هذا من العجائب، وقول الْبَغَوِيِّ في كتابه: مقطوعة يد أو رجل

---

(١) يعني من مثل هذه العيوب المذكورة.

فَصْلٌ

لَا يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ وَكَذَا كَبِيرٌ إِلَّا لِحَاجَةٍ ....

إنْ أراد به [مثل] الواحدة كان فيه إشارة إلى أنه يجوز[1] تزويجه بمقطوعة عضوين أو الأربعة، وهو الوجه.

فرع: قال في «التهذيب»: ولو قبل الوكيل المطلق نكاح امرأة من هؤلاء، لا يصحُّ؛ لأنه لا ينصرف بالنيابة.

قال:

(فَصْلٌ [فِي تَزْوِيجِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ]

لَا يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ) أي: على المذهب المنصوص، وقول الجمهور؛ لعدم حَاجَته إِلَيْهِ، وَلِالْتِزَامِ مُؤَنٍ، ولَا يَدْرِي أيحتاج إليه إذا بلغ أم لا؟

وحكى الفورانيُّ، والدَّارميُّ، وغيرهما فيه وجهين، وجه الجواز إلحاقه في ذلك بالعاقل الصغير، وعبارة الفورانيِّ والدَّارميِّ: وإنْ كان صَغِيرًا مَجْنُونًا أَوْ مَخْبُولًا لم يزوِّجه أحدٌ، وقيل: يُزَوِّجَهُ الأب والجد.

قال الرَّافِعِيُّ: لَا مَجَالَ لِحَاجَةِ التَعَهُّدِ وَالخِدْمَةِ؛ فَإِنَّ الْأَجْنَبِيَّات يجوز أَنْ يَقُمْنَ بِهَا، انتهى.

وفيه نظرٌ؛ إذ قد لا يجد أجنبية تفعله تبرعًا، أو تكون الأجرة أكثر من مؤن النكاح، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أنه ينبغي أن يجوز تزويجه لذلك، ونقله عن الدَّاوُدِيِّ حيث قال في «شرح المختصر»: الظاهرُ أنه لا يجوز[2] إلا أن يحتاج إليه للخدمة، وإنما يزوِّجه الأب والجد.

قال: **(وَكَذَا كَبِيرٌ)**؛ لما فيه من تحمل الْمُؤَنِ، فَلَا حاجة، وعدم توقع كَمَال.

قال: **(إِلَّا لِحَاجَةٍ)** أي: فيجوز، نصَّ عليه في «الأم»، وغيره، واتفقوا عليه؛ ولكن ما الحاجة؟ لا شكَّ أن التوقان معتبرٌ، وكذا توقع الشفاء بذلك على

---

(١) في نسخة: (لا يجوز).

(٢) في نسخة: (يزوِّج).

فَوَاحِدَةٌ، ....

الظاهر، ولم يتعرض كثيرون لحاجة الخدمة، وعدَّ جماعة منهم الْمَاوَرْدِيُّ والْبَغَوِيُّ منها الخدمة إذا لم يقم بها محرم، وكانت مؤن النِّكَاحِ أَخَفَّ مِنْ ثَمَنِ أَمَةٍ.

وقول الرَّافِعِيِّ: إن الحاجة تكون من وجهين: التوقان والخدمة، وربما يلحق بها توقع الشفاء؛ عجيبٌ، وقد ذكره في كلامه على وجوب تزويجه، وجعله موجبًا، وقد نصَّ الشَّافِعِي على جوازه للخدمة في «الأم»، ونقلوه عن النصِّ، وصرَّح به الإمام، وإطلاق مَنْ لم يذكرها لا ينافي ذلك، واعترض الرَّافِعِيُّ على اعتبار الخدمة بأنها لا يلزمها، وجوابه أن الزوجية داعيةٌ لها طبعًا وعادةً؛ لما خلق بينهما من المودة والرحمة والشفقة.

قال: (**فَوَاحِدَةٌ**) أي: ولا يزاد عليها؛ لأن الحاجة تندفع بِهَا، هكذا علله الرَّافِعِيُّ، وقد لا تعفه الواحدة؛ لِقُوَّةِ شَبَقِهِ [وفي «الإبانة»: هل يزوج ابنه الصغير والمجنون أكثر من واحدة؟ فيه وجهان].

تتمات: ذكر ابن الرِّفْعَة في «المطلب» أنه يتحصل في الحاجة المجوزة أوجه:

أحدها: أنه التوقان فقط.

وثانيها: ذلك أو حاجة الخدمة.

وثالثها: ذلك أو توقع الشفاء بشهادة عدلين.

وقال في «الكفاية»: تتلخص في المجنونة أوجه:

أحدها: توقع الشفاء ليس إلا.

وثانيها: ذلك أو تبين مَخَايِل الشَّهوة.

وثالثها: ذلك أو كفاية النفقة.

إنما يزوِّجه الأب أو الجد، ثم السلطان فقط، وهذا إذا بلغ مجنونًا، فلو بلغ عاقلًا رشيدًا، ثم جُنَّ بني تزويجه على الخلاف، وفي عَوْدِ وِلَايَتِهِ المال، وهل يجوز تزويجه أَمَةً إذا كان معسرًا، وخشي عليه العنت؟ الأصحُّ، وبه جزم جماعةٌ: نعم، خلافًا للقاضي الحسين، هذا في الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ، أما

وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، وَيُزَوِّجُ الْمَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْحَاجَةُ وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ، ....

المنقطع؛ فلا يزوِّج حتى يفيق فيأذن، **وَيُشْتَرَطُ وُقُوعُ الْعَقْدِ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ، فَلَوْ جُنَّ قَبْلَهُ؛ بَطَلَ إِذْنُهُ**، قاله في «الروضة».

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن قلَّ زمن إفاقته زوَّجه الولي في جنونه، وكذا في إفاقته، وله ردّه فيها كالسفيه، فإن قلَّ زمن جنونه؛ لم يزوِّجه الولي، وإن تساويا؛ فوجهان.

وقال في موضع آخر: إنه لا يزوِّجه لا سيما إذا كثر زمن إفاقته.

والمخبول **كَالْمَجْنُونِ الْكَبِيرِ**، والصغير كالكبير، قاله الدَّارميُّ وغيره، قال: المختل هنا كالمجنون، وهو مَنْ في عقله خلل، وفي أعضائه استرخاء، ولا يحتاج إلى الاستمتاع غالبًا.

قال: (**وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ**) أي: إنْ رأى الأب أو الجد ذلك؛ لأن المرعي في تزويجه المصلحة، **وَقَدْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ وَغِبْطَةٌ**، وإنْ كن أربع، وقيل: لا يجوز أكثر من واحدة، وصحَّحه **الْفُورَانِيُّ فِي «الْعَمْدِ»**.

وقال في «الروضة» عن «الإبانة»: إنه قال: الأصح لا يجوز تزويجه أصلًا، وتبعه فيه العمرانيُّ، وإنما قاله في المجنون الصغير، ونُسخ «الإبانة» كثيرة الاختلاف، وقال ذلك في «**الْعَمْدِ**» في الصغير العاقل، والمرجح خلافه كما سبق.

وليس للقاضي تزويج الصَّغير نصَّ عليه، وقطع به الجمهور، وقيل: يجوز للحاكم **وَالْوَصِيِّ**، وليس بشيء، ولك أن تقول: إذا كان تزويجه للمصلحة، وقد ظهرت للحاكم فيه غبطة ظاهرة؛ لأنه قد راهق، ووجد فرصة من النساء يخاف فوتها؛ فلا مانع من جواز ذلك له كالأب، وربما كان نظره أتم، وعلمه بالمصالح أعم.

قال: (**وَيُزَوِّجُ الْمَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْحَاجَةُ، وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ، ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ**).

....

الشرح: المجنونة إنْ كانت صغيرة بكر أو بالغة بِكْر أجزاها قطعًا كالعاقلة، وإنْ كانت ثيبًا صغيرةً، فكذلك على الصَّحيحِ؛ إذ لا غاية لاعتبار إذنها بخلاف العاقلة، وعليه اقتصر جماعةٌ، وقيل: لاَ يُزَوِّجَانِهَا كالعاقلة، وقيل: يزوِّجها الأب دون الجد، ذكره الصَّيمريُّ، ولا يزوِّج الصَّغيرة غيرها بكرًا كانت أو ثيبًا، هذا هو المشهور.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكافي»: على الأصحِّ؛ فأشعر بحكاية خلاف، انتهى.

قلت: صرَّح به الدَّارميُّ حيث قال: ويزوِّجَهَا أَبُوهَا أَوْ جَدُّهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُونا، فليس لأحدٍ تزويجها إلا إذا بلغت، وعلمت منها الحاجة؛ زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ، وقيل: يزوجها صَغِيرَةً أيضًا، انتهى لفظه.

وربما يأتي من بعد وجه ثالث: أن العصبة يزوجونها، وأما الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ؛ ففيها وجهان:

أصحهما: أنهما يستقلان بتزويجها، وبه أجاب الشيخ أبو حامد وشيعته.

والثاني: أنه لا بدَّ من إذن السلطان بدلًا عن إذنها، ولا يشترط في تزويجها الحاجة؛ بل يزوجانها بالمصلحة؛ لأن ذلك يُفِيدُهَا الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ.

وجمع ابن الرِّفْعَة أوجهًا:

أصحها: وهو المنصوص الصحة مطلقًا.

وثانيها: المنع مطلقًا، وقال الإمام: إنه قول محققين.

وثالثها: يزوجان الكبيرة دون الصغيرة.

قال: ويجيء وجه رابع: وهو أنه يزوِّج الكبيرة عند ظهور توقانها دون من عداها، انتهى، وهذا جُنُوحٌ إلى أنه إنما يزوج بالحاجة كالحاكم.

قال الرَّافِعِيُّ: لا فرقَ بين مَنْ بَلَغَتْ مَجْنُونَةً، وَبين مَنْ بَلَغَتْ عَاقِلَةً، ثُمَّ جُنَّتْ بِنَاءً عَلَى الأصحِ، وهو أن وِلَايَةَ المَالِ تكون لِأَبِيهِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لِلسُّلْطَانِ؛ فَكَذَلِك أمر التَّزْوِيجِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا، فَإِنْ بَلَغَتْ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الْأَصَحِّ

قلت: وذكر الإمام أن الذي يظهر أن ولاية التزويج [للمجنونة] تكون للأب، وإن قلنا: الولاية في المال للسلطان؛ لانفراد الأب بتزويج البكر البالغة العاقلة، وإنْ كان ولاية المال إليها؛ لأن نظر السلطان قاضٍ في التزويج، والولاية لا يُفضي إليه إلا عند انقطاع الجهات كلها أو قيام الْحَاجَةِ الحافلة النَّازِلَةِ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ، ولهذا لم يملك تزويج [الصغيرة] البكر، والأب يملكه؛ نظرًا واستصلاحًا، انتهى.

وقال الْغَزَالِيُّ في «البسيط»: إنْ قلنا: يعود إلى الأب ولاية المال عاد ولاية البضع إليه، وإن قلنا: لا يعود؛ ففيه ترددٌ، والظاهر أنه يعود؛ لأن الأب أولى مع كمال الشفقة من السلطان؛ إذ يقبح تكليف الأب رفع الأمر في بنته إلى السلطان، انتهى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ؛ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا**) قطعًا؛ إِذْ لَا إِجْبَارَ لِغَيْرِهِمَا، وَلَا حَاجَةَ لها فِي الْحَالِ، هذا هو المشهور، وفيه الوجه الذي صرَّح الدَّارِمِيُّ بنقله، وهو قضية إطلاق الْمُتَوَلِّيِّ، وأشار بنقله صاحب «الكافي» كما سبق.

وليس ببعيدٍ إذا دعت حاجتها إليه، وقد راهقت، وتشوَّقت إلى الزوج مع فقرها، وحاجتها إلى مَنْ يقوم بمصالحها [أن الحاكم يزوِّجها حينئذٍ] وسيأتي عن ابن الْقَطَّان ما يقتضي تجويز ذلك للسلطان وغيره، إلا أن يؤول.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَتْ؛ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: الْمَنْصُوصُ دون غيره؛ للولاية العامة، وولاية المال.

والثاني: يزوِّجها الولي النسيب من الأخوة والأعمام ونحوهم؛ لأنهم أشفق وأولى.

فعلى هذا لا بدَّ من مراجعة السلطان؛ ليقوم إذنه مَقَامَ إِذْنِهَا؛ إذ لا إجبار لهم، فإن لم يزوِّجوا زوَّج السلطان كتزويجه عِنْدَ الْعَضْلِ، وعلى الأول لا يفتقر السلطان إلى مراجعة الأقارب على المذهب الذي اقتضاه كلام العراقيين؛ بل

لِلْحَاجَةِ، لَا لِمَصْلَحَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

اقتصروا على أن الولاية له دون الأقارب، وعدم وجوب مراجعتهم، ظاهر نصه في «الأم»، وكلام «الكتاب» إليه أقرب.

وفي «روضة شُرَيْح الرُّويَانِيِّ» في «باب ما يختص به الحاكم»: وتزويج الثَّيب البالغة المجنونة المحتاجة إلى النكاح إلى الحاكم دون غيره، وهذا منه يفهم أنه يختص به دون الأب والجد، ولا أحسبه وجهًا محققًا.

وحكى جماعة من المراوزة في وجوب مراجعة السلطان الأقارب، [فيه خلافٌ] ورجَّح الإمام أن الحاكم يستقل به، وأنه يستحب له المراجعة، وزيَّف مقابله، ورجَّح صاحب «التهذيب»، وتبعه في «الكافي»، وجوَّز مراجعتهم، ولم يرجحا في «الشرحين» و«الروضة» شيئًا؛ لعدم استقصائهما النقل.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: ولا يزوِّجها غير الآباء؛ فإنْ لم يكن أب، رفعت إلى السلطان، وعليه أن يعلم الزوج بما اشتهر عنده أنها مَغْلُوبَةٌ عَلَى عَقْلِهَا، فإن قَدِمَ على ذلك زوَّجها منه، وإنما منعت غير الآباء تزويج المغلوبة على عقلها أنه لا يجوز لولي غير الآباء أن يزوِّج امرأة إلا برضاها، فلمَّا كانت ممن لا رضا لها، لم يكن النِّكاح لهم، وإنما أجزت للسلطان أن ينكحها؛ لأنها قد بلغت أو أن الحاجة إلى النكاح، وأن في النكاح لها عفافًا وغناءً، وربما كان لها فيه شفاء، انتهى.

وفيه فوائدُ، فحصل طريقان، المذهب استقلاله، وقيل: فيه وجهان، وأرسلهما الْمُتَوَلِّيُّ بلا ترجيح، وقال: إنْ قلنا بالوجه فيه اختصت المشاورة بمن يكون وليًا، لو كانت عاقلة، وإنْ قلنا بالثاني لم يختص به؛ بل لو لم يكن لها عصبة، استأذن الأخ من الأم، والعم للأم، والخال؛ لأن الاستئذان على هذه الطريقة؛ لعلمهم بمصالحها، وما فيه النظر لها.

قال: (لِلْحَاجَةِ، لَا لِمَصْلَحَةٍ فِي الْأَصَحِّ) أي: إذا قلنا: يزوِّجها السلطان أو الأقارب على رأي؛ فهل تزوج لمجرد المصلحة كتوفير النفقة أو غيرها؟ فيه وجهان:

....

أحدهما: نعم، كما يجوز ذلك للأب والجد.

قال الرَّافِعِيُّ: وأصحهما: المنع؛ بل لا يزوِّج إلا للحاجة بأن تبين مَخَايِلِ الشهوة أو يشير أهل الطب بذلك؛ لِأَنَّ تَزْوِيجَهَا يَقَعُ إِجْبَارًا، وَغَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ لَا يَمْلِكُ الْإِجْبَارَ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ؛ لِلْحَاجَةِ النَّازِلَةِ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ، انتهى.

وفي هذا الترجيح منه نظرٌ ظاهرٌ، وإنما حمله عليه ما فهمه من قوة ما وجهه به الإمام من غير تقصٍّ للنقل.

وإطلاق العراقيين كالشيخ أبي حامد، والمحامليِّ، والْبَنْدَنِيجِيِّ، وسليم الرازي، والْمَاوَرْدِيِّ، والعمرانيِّ يقتضي أن السلطان يزوِّج كما يزوِّج الأب، وهو ظاهرُ نص «الأم» السابق أو الأقرب إليه، ولفظ «مجرد سليم»: وللأب والجد والحاكم أن يزوِّجوا بكرًا كانت أو ثيبًا، وليس لغيرهم ذلك.

وصرَّح القاضي أبو الطيب في «مجرده» بأنه: إذا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَبٌ وَلَا جَدٌّ، أن الحاكم يزوِّجها من طريق الحكم على سبيل المصلحة والنظر؛ هذا لفظه.

وهو قضية ما في «التتمة» و«التهذيب» و«المهذب»، ولفظه: وإنْ كانت كبيرة جاز له تزويجها، إنْ رأى ذلك؛ لأنه قد يكون فيه شفاؤها، ولم أَرَ الخلاف إلا في «النهاية»، وما تفرَّع عنها، ولم يرجح الإمام شيئًا بخلاف ما أفهمه عنه كلام ابن الرِّفْعَةِ، واحتُسب أصل الخلاف قول والده في «مختصره»: وليس لسائر الأولياء تزويج مجنونة إلا السلطان؛ فإنه يزوِّج المجنونة البالغة التائقة إلى النكاح؛ إذا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَبٌ وَلَا جَدٌّ، انتهى.

وليس فيه تصريح بأنها إنما تزوَّج؛ للحاجة فقط، ولما حرَّرناه.

قال ابن الرِّفْعَة: أصحُّ الوجوه الصحة مطلقًا عند وجود الحاجة والمصلحة، وهو المنصوص في «الأم» و«المختصر»، وما قاله هو الحقُّ.

تتمات وفوائد:

منها: رأيتُ في «فروع ابن الْقَطَّانِ» ذكر أن أبا المجنونة وجدها يجبرانها سواء كانت بكرًا أم ثيبًا صغيرةً أو كبيرةً، وكذلك يجوز عندنا للسلطان أن

....

يزوِّجها، كما يجوز للأب والجد، وكذلك يجوز لجميع مَنْ كان عصبةً أن يزوجها على حسب ما يزوِّجها عليه الأب والجد؛ هذا لفظه.

ولو قيل: يزوجها العصبة إذا ظهرت حاجتها؛ حيث لا سلطان لم يبعد، وظاهر كلامه [أن للمعصب تزويجها صغيرةً ثيبًا أو بكرًا، ولم أرَه لغيره، وإنما قيل في السلطان خاصةً، وظاهر إطلاقه] العصبة؛ بأن عصبة الولاء يزوِّجونها عند فقد الأقارب، والأصحاب قصروا الكلام على الأقارب، وقضية ذلك أن الْعَتِيقَةَ التي لا نسب لها لا يزوِّجها إلا السلطان خاصةً قطعًا.

ومنها: إذا أحطت عِلمًا بما ذكرناه من أوَّل المسألة، خرج ذلك منه وجوه كثيرة ستة أو أكثر.

ومنها: إذا زوَّج السلطان المجنونة؛ فهل يشترط مراجعة الأطباء في معرفة استصلاحها به؟

أشار في «الترغيب» إلى جريان الوجهين في مراجعة العصبة في ذلك، وهذا إذا كان تزويجها؛ لتوقع الشفاء، وأصله قول «البسيط»: وإذا زوَّجها غير الأب والجد من سلطان أو قريب؛ فهل يجب عليهم التوقف إلى حكم الأطباء بظهور حاجتها أو إلى ظهور مَخَايِل التوقان عليها؟ وجهان، ومَنْشَأُهُ أن المرعي في حقِّهم الحاجة أم الاستصلاح، انتهى.

وعبارة «الوسيط»: ثم هل يشترط حكم الأطباء بظهور حاجتها إلى الوطء؟ فيه وجهان.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يُفهم أنها لو كانت تائقةً، وظهر عليها ذلك بتتبعها الرجال، والوقوع عليهم أنه لا يسلط على تزويجها؛ لكن الإمام صرَّح بجواز تزويجها بسبب ذلك، وكذا بسبب الشفاء، وإنْ لم تكن تائقةً؛ لكن هذه الحالة إذا انفردت عن التوقان، هل يشترط فيها حكم الأطباء بأن فيه شفاءها، أو لا يشترط، ويكفي رجاؤه؟ فيه الخلاف المذكور، انتهى.

وكلام الْغَزَالِيِّ في «الوسيط» في سياق أنه يشترط الحاجة أم تكفي

....

المصلحة، لا بصدد بيان تفصيل الحاجة، وعنده أن الحاجة إِلَى الْوِقَاعِ، وإلى توقع الشفاء سيان، كما اقتضاه كلام «البسيط».

وأما قول ابن الصباغ المشار إليه؛ فقوله في الثيب: وإنْ كانت معتوهةً زوَّجها الأب والجد خاصةً؛ فإنْ لم يكن لها أب ولا جد، وقال أهل الطب: إنَّ علَّتها تزول بالتزويج، زوَّجها الحاكم في هذا الموضع خاصةً، انتهى.

فقوله: «خاصةً» يتعلق بقوله: «زوَّجها الحاكم»، لا بقوله في هذا الموضع، كما قال قبله: «في الأب والجد خاصةً»، ويدلُّ على أن الْغَزَالِيَّ، وابن الصباغ لم يريدا ما ذكره أيهما، فلا يجوز تزويج المجنون بالتوقان مع ما يلحقه من المؤن، ومع قول الأصحاب: إنَّ الأب أو الجد لا يزوِّجه إلا لحاجةٍ، بخلاف المجنونة؛ فأيهما يزوِّجانها بالمصلحة بالاتفاق، وإذا ساغ تزويج المجنون بذلك؛ فالمجنونة أولى، وإنما [يزوج][1] مثل هذا؛ لوضوحه، نعم، كلام ابن الصباغ مشعرٌ باعتبار [الحاجة، وإن لم يرد التخصيص بتوقع الشفاء، وهو خلاف ما اقتضاه كلام شيخه، وغيره من] العراقيين كما بيَّناه.

ومنها: جميع ما سبق في الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ، أما الثَّيب المنقطع جنونها؛ فلا يزوِّجها الأب والجد وغيرهما، إلا في حال إفاقتها بإذنها كالمجنون، والبكر لا يزوِّجها السلطان، وغيره إلا في حال إفاقتها بإذنها.

ومنها: إذا زوِّجت المطبقة؛ حيث يجوز فأفاقت؛ فلا خيار لها، هكذا أطلقه الأصحابُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وقال ابن داود شارح «المختصر» من أصحابنا: واختاره الْمُزَنِيُّ في غير «المختصر»: أن لها الخيار، ونصَّ الشَّافِعِيُّ في «الأم» على أنه إذا زوَّجها الحاكم، ثم أفاقت، فلا خيار؛ إذ قال تلو كلامه في تزويجه: وكان إنكاحه إياها كَالْحُكْمِ لَهَا وَعَلَيْهَا، وقد يُفهم ذلك التخصيص به، وأطال القول في ذلك.

---

(١) في نسخة: (يترك).

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ لَا يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ،

والظاهر أن المراد بأن ذلك بطريق الحكم لها وعليها، لا حكمًا منه بالصِّحة، وكذلك قال: «لَهَا وَعَلَيْهَا» أي: فلا يُسلَّط على فسخه، كما لو باع مالها؛ فإنه يلزمها تصرفه، لا أن ذلك حكم منه بصحة العقد الذي تعاطاه، والله أعلم.

قال: (**وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ؛ لَا يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ**)؛ لأن النكاح يشتمل على مغارم مالية، ولو استقل به لم يأمن أن يفني ماله في المهور والنفقات، وقدْ تقرر أنه لا يصح منه التصرفات المالية.

تنبيهات: المهملُ محجورٌ عَلَيْهِ حُكْمًا كالمحجور عليه حِسًّا على الصحيح، لا مَنْ بذَّر بعد رشده، ولم يتصل به حجر الحاكم، فتصرفاته على الأصحِّ نافذة إلى أن يحجر عليه، ولا فرق في عدم استقلال المحجور عليه عند حاجته بين أن يمنعه الولي أو لا، على الأصحِّ في «التتمة» و«الشرح الصغير»، وهو قضية إطلاق «الكتاب» وغيره.

قال الرَّافِعِيُّ: وأطلق الأصحاب الوجهين.

وقال الإمام والْغَزَالِيُّ: إذا امتنع الولي راجع السلطان؛ فَإِنْ تَعَذَّرَتْ مُرَاجَعَتُهُ، وخفت الحاجة؛ ففي استقلاله حينئذٍ الوجهان، انتهى، وإطلاقهم محمولٌ على ما ذكره الإمام.

وقال ابن الْقَطَّان: الوجه المجوز ليس بشيء؛ لأنه لما عضله كان يمكنه أن يأتي الحاكم، وصحَّح الفارقيُّ نكاحه، وهو الأقوى عند تعذر مراجعة الحاكم، وخوف العنت، وسبق في البيع ما يؤيده.

قال: (**بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ**) أي: على المذهب المشهور؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ صَحِيحُ الْعِبَارَةِ، وَإِنَّمَا حُجِرَ عَلَيْهِ؛ صونًا لِمَالِهِ، وَادَّعى الإمام الوفاق على ذلك، وفيه وجهٌ: أنه لَا يَصِحُّ مِنْهُ بِإِذْنِ الولي كالصبي، وكبيعه ماله بإذنه على المشهور.

قال: (**أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ**) أي: بِإِذْنِهِ كَمَا سَيَأْتِي، وَهو الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ، إذا كان ولي ماله بأن بَلَغَ سَفِيهًا، وَالْقَاضِي أَوْ مَنْصُوبَهُ إِنْ طَرَأَ سفَهٌ.

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ وَعَيَّنَ امْرَأَةً لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا، وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ أَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ

وقلنا: الصحيح أن الولاية للقاضي دون الأب، وقيل: إنما يزوِّجه القاضي مطلقًا، وهو شاذٌّ، وفي الْقَيِّمِ وَالْوَصِيِّ كلام يأتي من بعد.

قال: (**فَإِنْ أَذِنَ لَهُ، وَعَيَّنَ امْرَأَةً؛ لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا**) اعتبارًا بالإذن، ويبطل إن خالف؛ لحيده عن الإذن، هذا هو المشهور.

ونقل الرَّافِعِيُّ من بعد أنه لو عيَّن امرأةً، فعدل عنها إلى غيرها، ونكحها بقدر مهر الْمُعَيَّنَةِ، وكان مهر مثل المنكوحة أو أقل؛ هل يصحُّ؟ فيه وجهان؛ لأنه لا غرض له في اعتبار الزوجات، ونقل وجهًا أنه لو عيَّن لعبده امرأةً، فنكح غيرها بذلك المهر المعين أو أقل أنه يصحُّ.

قال: (**وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ**) [أي: حيث لم يقدر له قدرًا حملًا للإطلاق عليه].

(**أَوْ أَقَلَّ**) لِأَنَّهُ حَصَّلَ لِنَفْسِهِ خَيْرًا، وإن عيَّن له قدرًا لتزوج فلانة بألف درهم، فإنْ كان الألف أكثر من مهر مثلها؛ فالإذن فاسد، فإذا نكح لم يصح، وإنْ نكحها بمهر مثلها، هكذا أورداه تبعًا «للتهذيب»، ويحتمل أن يصحَّ الإذن، وتلغو التسمية؛ لأن النكاح قائم بنفسه دون العوض، فإذا جرى بإذن استقل الإذن.

وقلت: لا يفسده ما ذكر بعده من مقدار المهر، وليس كما لو عيَّن امرأةً، فنكح سواها؛ فإنه حاد عن مقتضى الإذن بالكلية، وقد سبق فيه نزاع على أني أجوز أن يكون ما ذكره في «التهذيب» من الفساد من فقه الْقَفَّالِ وأتباعه في أن المخالفة في مقدار المهر توجب فساد العقد، وأما على طريقة العراقيين فلا؛ فليتأمل.

وإنْ كان ما عيَّنه الولي قدر مهر المثل، فنكح به أو بما دونه؛ صحَّ، وإنْ زاد صحَّ بمهر المثل، ويأتي في بطلان الزيادة فيما يذكر فيما إذا أطلق فزاد، وهنا أولى؛ لمخالفة صريح الإذن.

قال: (**فَإِنْ زَادَ**) أي: عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى، وَلَوْ قَالَ: انْكِحْ بِأَلْفٍ وَلَمْ يُعَيِّنْ امْرَأَةً نَكَحَ بِالْأَقَلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا، ....

(**فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ**)؛ لِأَنَّ خَلَلَ الصَّدَاقِ لَا يُفْسِدُ النِّكَاحَ.

والثاني: وَهُوَ مُخَرَّجٌ أَنَّهُ بَاطِلٌ لِلْمُخَالَفَةِ.

قال مفرعًا على المشهور: (**بِمَهْرِ الْمِثْلِ مِنَ الْمُسَمَّى**) أي: وتسقط الزيادة، نصَّ عليه في «المختصر» والأصحاب.

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاغِ: الْقِيَاسُ بُطْلَانُ الْمُسَمَّى، وَيثبتُ مَهر الْمِثْلِ فِي ذمَّتِه.

وفيما قاله بحثٌ يطول ذكره، فقد ذكر المصنف في «كتاب الصداق»: أَنَّهُ لَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ بِفَوْقِ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ أَنْكَحَ بِنْتًا لَا رَشِيدَةً أَوْ رَشِيدَةً بِكْرًا، بِلَا إِذْنٍ بِدُونِهِ؛ فَسَدَ الْمُسَمَّى، والأظهر صحة النِّكَاحِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛ فما الفرق بين الموضعين؟ وقد سوَّى صاحب «التنبيه» بينهما هناك، وحكم ببطلان الزَّائد فيهما جميعًا، وأقره عليه المصنف في تصحيحه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: انْكِحْ بِأَلْفٍ، وَلَمْ يُعَيِّنْ امْرَأَةً؛ نَكَحَ بِالْأَقَلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْرِ مِثْلِهَا**) إذ لا تجوز الزيادة على ما سماه الولي، ولا على مثل مهر المنكوحة، واقتضى كلام الشيخين صحة الإذن قطعًا.

وأطلق الْمَاوَرْدِيُّ حكاية وجه أنه لا بدَّ من تعيين [المرأة، ولا يكفي تعيين] القَبِيلَة، وإطلاقه يشتمل ما إذا قدَّر مهرًا أم لا، فإذا نكح بألف، ومهرها كذلك وأزيد صحَّ، وإنْ كان المقدار أكثر من مهر مثلها، ينكحها بالمقدر صحَّ بمهر المثل، وسقطت الزيادة؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ، وتبرعه لاغ، وإنْ نكحها بأكثر من المقدر؛ فإن زاد مهر مثل المنكوحة على المقدر لَمْ يَصِحَّ؛ لأن الصحة بدون مهر مثلها لا يمكن؛ لما فيه من ضررها، ولا يصح بمهرها؛ لزيادته على المأذون فيه، وإنْ تساوى مهرها المقدر أو كان أقل؛ صحَّ النِّكَاحُ بمهر المثل، ويأتي في صحته الخلاف السابق؛ لعقده على غير الوجه المأذون.

وأطلق الْغَزَالِيُّ في كتبه صحة النكاح، فيما إذا زاد على المقدر له من غير تعرض؛ لكون مهرها زائد أو لا، وقال: إذا زاد تسقط الزيادة، وينبغي حمل

وَلَوْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِهِ، ....

إطلاقه على التفصيل المذكور.

فرع: قال في «البسيط»: لو قال للسفيه أو للعبد: انكح بألف ولا تزد، فنكح بألفين، قال الإمام: يقطع هنا بعدم الانعقاد، ثم وَجَّهَهُ، ثم قال: وهذا لا يخلو عن إشكال، فإن التعيين بألف مطلقًا نصٌّ في نفي الزيادة، انتهى.

وعبارة «النهاية»: فالذي يقتضيه الرأي عندي أنه لا يصحُّ.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ**) يعني: من غير تعرض للمهر والمرأة.

(**فَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) كالعبد.

(**وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِهِ**) حملًا للإطلاق على ذلك.

أما الصحة فنصَّ عليها في «الأم»، قال: ولو أذن له أن ينكح امرأةً، وقال: مَنْ شئت، فنكح التي أذن له فيها أو نكح امرأةً مع قوله: انكح مَنْ شئت، وأصدقها أكثر من مهر مثلها لا يزاد عليه.

والثاني: لا يجوز الإطلاق، قال **الْمُتَوَلِّيُّ**: وهو الصحيح.

قال **الرَّافِعِيُّ**: ويُروى عن ابن خيران وأبي علي الطبري والدَّارميِّ، وفي بعض التعاليق طريقة قاطعة به؛ بل لا بدَّ من تعيين المرأة أو القبيلة أو تقدير المهر.

قلت: ويشبه أن يكون تعيين المحلة أو القرية الصغيرة كالقبيلة.

والثالث: أنه لا بدَّ من تعيين المرأة، ذكره **الْمَاوَرْدِيُّ** مع الذي قبله، والمذهب الصحة؛ لأنه إذا صحَّ في قوله: «انكح من شئت»، كما نصَّ عليه؛ صحَّ الإطلاق من باب أولى، وعلة منع الإطلاق كما قاله جماعة احتمال نكاحه شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَالَهُ؛ فعلى المذهب، وهو صحته عند الإطلاق، لو نكح شريفةً يستغرق مهرها ماله؛ فوجهان، حكاهما ابن كَجٍ(١).

قال الإمام: الوجه أنه لا يصح النكاح ما لم يقع موافقًا للمصلحة، وعليه

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١٢/٢١١).

فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اُشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَيَقْبَلُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ.

اقتصر **الْغَزَالِيُّ**، وهو قضية ما في «الكتاب»، وحينئذٍ فهو من فقه الإمام، **والشَّافِعِيِّ** وغيره، ممن صحح الإطلاق وأطلق، وعبارة النصِّ: «من شئت»، وأحسب أن منع الصحة من الأئمة رأى أن تسليطه الكُلي على نكاح من تليق به بعيد عن الصلاح والسداد.

فرع: لو قال: انْكِحْ مَنْ شِئْتَ بِمَا شِئْتَ، قال القاضي الحسين وغيره: لَمْ يَصِحَّ هذا الإذن، وكان لغوًا.

قال: (**فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اُشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ مُكَلَّفٌ؛ فلا بدَّ من إذنه، وسواء في ذلك الحاكم وغيره، هذا ما ذهب إليه المراوزة، وصحَّحه **الْمُتَوَلِّيُّ**، **والرَّافِعِيُّ**، والمصنف.

وَالثَّانِي: لَا يُشْتَرَطُ، وبه أجاب العراقيون، كما يبيع له ويشتري بغير إذنه، وكما لا يعتبر إذنه في سائر مصالحه وحاجاته، وهو الأقربُ إلى ظاهرِ نصِّ «المختصر».

قال: (**وَيَقْبَلُ**) أي: الولي لائقة به.

(**بِمَهْرِ الْمِثْلِ فَأَقَلَّ**) أي: إنْ أمكن نظرًا له كما في الشِّرَاءِ لَهُ.

(**فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ**) أي: سواء كان النكاح بإذنه أو استقل به الولي، وجوَّزناه، وتلغو الزِّيَادَةُ؛ لِتَبَرُّعِهِ بِهَا.

(**وَفِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ**)، كما لو اشترى له بأكثر من مهر المثل.

وكنتُ أود لو قيل: إنْ علم الولي بمنعه من الزيادة انعزل، ولم يصحَّ النكاح، والأصح على الأظهر أو الأصح، والخلاف شبيه بالخلاف، فيما إذا زوَّج موليته بدون مهر المثل؛ لكن إنْ قلنا: يتوقف على إذن السفيه، فيشبه الأخ، وإنْ قلنا: لا يتوقف؛ فيكون كالولي المجبر، ومقتضى كلام بعضهم بطلانه في حقِّ الأخ، ومَنْ في معناه؛ لأنه استعاد العقد بالإذن، فأشبه الوكيل بخلاف الولي المجبر.

……

تنبيهات وتتمات:

منها: إنما يزوج السفيه عند الحاجة، وذلك بظهور إِمَارَاتِ التَّوَقَانِ، وكذا لحاجة الخدمة، نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ، وذكره الشيخ أبو حامد وأتباعه والعمرانيُّ.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إذا كان يَحْتَاجَ إِلَى خَادِمٍ، وَخِدْمَةُ النِّسَاءِ أَرْفَقُ لَهُ، جاز لِوَلِيِّهِ ذلك، وقيَّد الرَّافِعِيُّ بما إذا لم يقم بخدمته محرم، وكانت مؤنة الزوجة أخف من ثمن الجارية ومؤنها، وينبغي أن يراعي الولي مصلحته، ويفعل الأحظ له.

ومنها: هل يرجع في حاجته إلى الاستماع إليه؟ نقلًا عن الأكثرين المنع؛ بل لا بدَّ من ظهور إِمَارَاتِ ذلك.

وقال الإمام والْغَزَالِيّ: يكفي قوله في ذلك، ويحسن أن يقال: إن عُرف بالصدق، وظهرت عليه التقوى، والحياء؛ صدق بلا إمارة، وإلا اعتبرت، وحكى الإمام وجهًا أنه يزوج بالمصلحة.

ومنها: إنما يزوِّجه الأب والجد إذا وليا ماله؛ بأن بلغ سفيهًا في حجرهما، وإنما قلت: في حجرهما؛ احترازًا عما لو بلغ سفيهًا لا في حجرهما، بأن كان بهما مانع رق أو كفر أو فسق، فإنْ ولي ماله وإنكاحه، والحالة هذه للحاكم، فلو تأهلا بعد ذلك؛ فالظاهر عود الولاية فيهما إليهما؛ لزوال المانع، وأما لو سفه بعد رشده، فإنْ قلنا: يعود الحجر بغير الحاكم، وليا أمره أيضًا، وإنْ قلنا بالأصحِّ: إنه لا بدَّ من حجر الحاكم، فولاية ماله وتزويجه إليه دونهما.

وفي ولاية تزويجه بحثٌ مما سبق عن الإمام في تزويج السفيه في هذه الحالة، وهو ضعيفٌ، والفرقُ ظاهرٌ، ولنا وجهٌ شاذٌّ: أنه إذا بلغ سفيهًا انتقلت ولايته إلى الحاكم، وأما الوصي إذا بلغ سفيهًا، واستمر نظره عليه على المذهب.

قال **الرُّويَانِيُّ** في «الحلية» هناك: **زَوَّجَهُ الْوَصِيُّ** بإذن الحاكم.

قال **الرَّافِعِيُّ**: واعتبار إذن الحاكم لا معنى له.

قلت: بل له معنى؛ لأنه محل نظر واجتهاد، ورتبة الوصي منحطةٌ عن رتبة الأب والجد، فيفتقر إلى كمال نظر الحاكم، ولا سيما إذا كان جاهلًا، بما هو الأحظُّ للسفيه في ذلك، ألا ترى أنه لا يبيع ولا يشتري من نفسه بخلافهما؟ وسبق في الحجر عن بعض الأصحاب: أن الوصي لا تعارض له إلا بإذن الحاكم.

وعن «فتاوى **الْقَفَّالِ**»: أنه ليس له التجارة، إلا أن [يجعل إليه، وإما قَيِّم الْحَاكِمِ، وكلام الإمام والقاضي الحسين يقتضي أنه لا يزوِّجه إلا أن] يفوِّض الحاكم إليه ذلك، وقال ابن كَجٍ: يزوِّجه، وهو كما قال ابن الرِّفْعَة، المنصوص في «الأم».

قال **الشَّافِعِيُّ**: وإذا نكح الحر البالغ المحجور عليه بغير إذن وليه؛ فالنكاحُ مفسوخٌ، ووليه ولي ماله، كما يبيع عليه ويشتري.

قال: وهذا النصُّ يقطع كل نزاع، ويفيد أن للوصي تزوِّيجه؛ لأنه ولي المال، ويردُّ قول **الْغَزَالِيِّ** في «الخلاصة»: **إن قَيِّمَ السَّفِيهُ** في ماله، إنْ كان أجنبيًا؛ لم يزوجه، انتهى.

وأصل كلام «الخلاصة»، وقول الجوينيِّ، و«مختصره»: إنْ كان قيِّمه ولي النكاح، كما ولي المال؛ فله تزويجه.

قال في «المعتبر»: أي: كان قيِّمه أبًا أو جدًّا أو منصوبًا من الحاكم، مأذونًا في تزويجه عند الحاجة؛ فله تزويجه، كما في حقِّ المجنون، وإلا فلا.

وهذا نحو ما سبق عن «الحلية»، وقد نصَّ في «المختصر»: أن السَّفيه يزوِّجه وليه، وروى الربيع: أنه لا يزوِّجه.

قال **الرَّافِعِيُّ**: واتفقوا **أَنَّهُ لَيْسَ بِاخْتِلَافِ قولٍ**؛ ولكن حمل بعضهم رواية الربيع على القيِّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج، وبعضهم على ما **إذَا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى النِّكاحِ**، انتهى.

....

وقال القاضي الحسين: اختلف أصحابنا؛ فمنهم مَنْ قال فيه قولان نقلًا وتخريجًا:

أحدهما: تزويجه وليه، كما يلي ماله.

والثاني: يزوِّجه القاضي؛ لأن ولاية النكاح لا تثبتُ للقيِّمِ.

ومنهم: مَنْ قال: هي على حَالَيْنِ، لا عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فحيث قال: «يزوِّجه وليه»؛ أراد إنْ فوَّض إليه القاضي التزويج، وحيث قال: «لا يزوِّجه»؛ أراد إذا لم يفوِّضه إليه.

ومنهم: مَنْ حملها على حالتي الحاجة، وعدمها.

وقال الإمامُ: اتفقوا إنها لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ فحيث قال: «يزوِّج» أراد الأب أو الجد أو القيم، إذا فوَّض إليه القاضي أمر التزويج، وحيث قال: «لا يزوِّج» أراد القيِّمَ الذي لم يفوِّض الحاكم إليه ذلك، ولا يجوز فرض طريقة غير هذه، انتهى.

ويقرب أن يقال: إنْ نصَّبه للنظر في ماله، ولم يعلم(١) سواه؛ لم يزوِّجه إلا بإذنه قطعًا، وإنْ فوَّض إليه النظر في جميع أموره، وأَقَامَهُ فِيهَا مَقَامَ نَفْسِهِ؛ فالأقربُ استقلاله بتزويجه، ويُحتمل افتقاره إلى مراجعته؛ لسهولته، وليجتهد في الأحظِّ له، ويقوى الجزم بهذا، إذا لم يكن القيِّم أهلًا للاجتهاد في ذاك.

ومنها: «لَا يُزَادُ عَلَى وَاحِدَةٍ»، قاله الأصحاب، ونصَّ عليه في «باب ما يجوز أن تصنعه بمال اليتيم»، قاله الْمُتَوَلِّيُّ، وقيل: يُزَادُ عَلَى وَاحِدَةٍ؛ بناءً على أنه يزوِّج بالمصلحة.

قلت: وقد يقال على قولنا: إنَّه إنما يُزَوَّجُ لِلْحَاجَةِ، كما هو المذهب أن الواحدة إذا كانت لَا تُعِفُّهُ؛ لِقُوَّةِ شَبَقِهِ أن يزاد عليها بحسب الحاجة.

وَرَأَيْتُ فِي «وَصَايَا الْأُمِّ»: أَنَّهُ لَا يَجْمَعُ لَهُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ وَلَا جَارِيَتَيْنِ

---

(١) في نسخة: (يذكر له).

وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ، ....

لِلْوَطْءِ، وَإِنِ اتَّسَعَ مَالُهُ، إِلَّا أَنْ تَسْقَمَ أَيَّتُهُمَا كَانَتْ عِنْدَهُ، حَتَّى لَا يَكُونَ فِيهَا مَوْضِعٌ لِلْوَطْءِ؛ فَيَنْكِحَ أَوْ يَتَسَرَّى إِذَا كَانَ مَالُهُ مُحْتَمِلًا لِذَلِكَ، انتهى.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَوْ جُذِمَتْ أَوْ بَرِصَتْ أَوْ جُنَّتْ جُنُونًا، يُخَافُ مِنْهُ عَلَيْهِ، كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ، نَعَمْ هَلْ تُتْرَكُ الزَّوْجَةُ تَحْتَهُ أَوْ يُؤْمَرُ بِفِرَاقِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ مِنْهُ؟ وَلَمْ يُرْجَ شِفَاؤُهَا؟ هَذَا مَوْضِعُ نَظَرٍ، وَأَمَّا الْأَمَةُ إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمَّ وَلَدٍ فَتُبَاعُ، والله أعلم.

ومنها: إذا كان السفيه مطلاقًا سَرَّى بِجَارِيَةٍ، فَإِنْ تَبَرَّمَ مِنْهَا أُبْدِلَتْ، قاله الرَّافِعِيُّ في «الْحَجْرِ»، وكثرة الطلاق عَلَى مَا قَالَهُ الْقَاضِي الحسين أن يزوِّجه بثلاث على التدريج فَيُطَلِّقُهُنَّ.

وقال الْبَنْدَنِيجِيُّ: إذا زوَّجه واحدةً فطلَّقها، ثم أخرى فطلَّقها؛ يُسَرِّيْه.

وحكى في «البحر» وجهين:

أحدهما: إذا طلَّق ثلاث مرات.

والثاني: مرتين.

فإن أراد في زوجات رجع إلى كلام القاضيين، وإلا كان غيرهما، وربما يأتي كلام فيما إذا كان الأب الذي يعفه الابن مطلاقًا، يأتي مثله هاهنا.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ؛ فَبَاطِلٌ**)، كما لو اشترى بلا إذن، وأولى، وعلَّل بأن عبارته ملغاة.

إشارات: ما ذكره من البطلان هو المنصوص المعروف.

قال ابن الرِّفْعَة: رأيتُ في كلام مَنْ يوثق بنقله أن الأصحَّ: أن السفيه إذا تزوَّج بغير إذن وليه أنه لا يصحُّ؛ فافهم أن في ذلك خلافًا، ولم أَرَه كذلك مطلقًا، انتهى.

سبق في باب «الحجر»: أن الدَّارميَّ أطلق نقل وجهين في نكاحه بلا إذن بمهر المثل؛ فهذا خلافٌ محققٌ، ونكح بلا إذن، ودخل في لفظ المصنف ما إذا استأذن الولي، فمنعه فنكح بلا إذن، وقد تقدَّم الكلام فيه هنا، وفي «الحجر»،

فَإِنْ وَطِئَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ، ....

والأصحُّ: المنع إلا إذا خفت حاجته، ولم يمكنه مراجعة الولي والحاكم.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن تكون غيبة الولي كامتناعه؛ حتى يجري فيه الخلاف. قال: فإنْ تعذَّر مراجعة الحاكم والولي معًا؛ فينبغي أن يقال: إنْ لم يخف العنت جرى الوجهان، وإنْ خافه ترتب على الخلاف في المرأة، إذا كانت مع رفقة، وخافت العنت؛ فإن قلنا: يجوز هناك؛ فهنا أولى، وإلا فوجهان: أظهرهما عندي الصحة؛ لِخَوْفِ الْهَلَاكِ دُنْيَا وَأُخْرَى، انتهى.

وينبغي أن يلحق بهذا ما لو نشأ ببادية بعيدة عن الحكام، ولا ولي له، واحتاج إلى النكاح فنكح؛ صحَّ للضرورة، وإنْ كان المهملُ محجورًا عَلَيْهِ حُكْمًا.

وفي «شرح الْجِيلِيِّ»: أن السَّفيه إذا لم يحجر عليه، ولم يكن بموضعه حاكم؛ نفذت تصرفاته، وصحَّ إنكاحه، انتهى.

وهذا غير الوجه المشهور في تصرفات المهمل، وأطلق المصنف بطلان نكاح السَّفيه، والظاهر أنه أراد المحجور عليه، أما مَنْ طَرَأَ سَفَهُهُ؛ فتصرفاته صحيحة، مَا لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ، على الأصحِّ كما سبق.

قال في «الدقائق»: قوله: «بِلَا إِذْنٍ» أولى من قول «المحرر»: «بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ»؛ لأنه لا يدخل في عبارة «الكتاب»: ما إذا اسْتَأْذَنَهُ فَمَنَعَهُ، وأذن الحاكم؛ فإنه يصحُّ قطعًا، مع أن الولي لم يخرج بمنعه عن الولاية؛ لأنه صغير، انتهى.

وكان الأحسنُ أن يقول: بلا إذنٍ صحيحٍ؛ لأن الإذن الفاسد كالعدم، كما سبق فيه.

قال: (فَإِنْ وَطِئَ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ) أي: لا حدَّ ولا مهر، كما لو اشترى شيئًا من مالكه المطلق التصرف فيه وأتلفه؛ لأن المعاقدة معه تسليط على الإتلاف.

(وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ) لأن الوطء إذا خلا عن العقوبة وجب المهر غالبًا، وعلَّله الرَّافِعِيُّ بأن تعرية النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ والحدِّ جميعًا لا سند إليه، ونوقِش

وَقِيلَ: أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ.

في ذلك، وصوَّره في صور في مسائل تأتي في «باب الخيار».

(**وَقِيلَ: أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ**) دعايةً لِحَقِّ السَّفِيهِ، ووفاءً لِحَقِّ السَّيِّدِ(١) ليمتاز عَنْ السِّفَاحِ.

تنبيهات: منها: خَصَّ الْمَاوَرْدِيُّ الْخِلَافَ في «كتاب الصداق» بِالْمُطَاوَعَةِ؛ فَإِنْ كَانَتْ مُكْرَهَةً لَزِمَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَنُقِلَ عَنْ الْبَصْرِيِّينَ تَخْصِيصه أيضًا بِحَالَةِ جَهْلِها بسفهٍ وَحَجْرٍ، فإن كانت عالمةً؛ فَلَا مَهْرَ قَوْلًا وَاحِدًا، وعن البغداديين ذكر خِلَافٌ فِي الْحَالَيْنِ، انتهى.

والأشبهُ أنه إذا كانت بالغةً رشيدةً عالمةً بحجره، وفساد نكاحه، ومكَّنته طائعةً ألا يجب لها مهر قطعًا؛ لأنها زانية، وقيد المصنف اللزوم في «فتاويه» بما إذا كانت رشيدةً، قال: فأما السفيهة فلها المهر قطعًا؛ لأن تسليطها لا أثر له، كما لو تبايع سفيهان.

قلت: وبالأولى ما لو كانت صغيرةً أو مجنونةً، فسلَّمها الولي عالمًا بحاله أو جاهلًا، وفي النَّفس شيءٌ من وجوبه للسفيهة العالمة بفساد النكاح المطاوعة، وَلَيْسَ الْبُضْعُ كالمال؛ بل هي والحالة هذه زانية، فيما يظهر كما قلناه في الرشيدة على أني لم أرَ هذا التقييد لغير المصنف، وأحسبه من تصرفه، وإلحاقه كذلك بمسألة الشراء، والله أعلم.

وربما نذكر - إن شاء الله تعالى - في الكلام على ما لو قال للغير: اقْطَعْ يَدَيْ، ما يوضح ذلك. ثم رأيتُ ابن الرِّفْعَة، قال عقب قول «البسيط»: وأما السَّفه في جانبها؛ فلا يظهر له أنه يجوز أن يقال: مراده أن السفيهة في ذلك كالرشيدة، بخلاف لو أتلف لها مالًا، ويجوز أن يكون مراده كالرشيدة في اشتراط الإذن؛ حيث يشترط، وهو الأشبه، انتهى.

ويرشد إليه قوله في «البسيط» في آخر المسألة: أما السفه من جنبها؛ فَلَا أَثَرَ لَهُ فِي البكر والثيب جميعًا، ووجهُه بيِّن لمن تأمله، انتهى.

---

(١) في الأصل والنسخة: «التعبد»، والمثبت من «حاشيتي قليوبي وعميرة» (٨/ ١١٥).

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ يَصِحُّ نِكَاحُهُ، وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ، لَا فِيمَا مَعَهُ.

ومنها: إطلاقه يُفهم أنه لا يلزمه شيء يقتضي أنه لا يلزمه في الحَجر، ولا بعد الرشد، وهو المشهور، وقيل: يلزمه بعد فكِّ الحجر عنه، وقد يُفهم أيضًا أنه لا يلزمه ظاهرًا ولا باطنًا؛ لكن الذي نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ في «الأم»: أنه يَلْزَمُهُ فِي الْبَاطِنِ، كما سبق في «كتاب الحجر»، وهو المختار.

ومنها: جَمْع ابن الرِّفعة فِي «الْمَطْلَبِ» سِتَّ مَقَالَاتٍ:

قال: أَصَحُّهَا: لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ حَالًا وَلَا مَآلًا، إنْ عَلِمَتْ بحَجْرِهِ أَوْ جَهِلَتْهُ؛ لِتَسْلِيطِهَا عَلَى الْإِتْلَافِ بِالتَّمْكِينِ.

ثَانِيهِمَا: لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ حَالًا وَلَا مَآلًا، إنْ علمتْ وإنْ جهلتْ؛ لزمه بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ مَهْرَ الْمِثْلِ.

ثالثها: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ إِلَّا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ، فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، ومَهْرُ الْمِثْلِ سَوَاءٌ فِي حَالَتِي الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ.

رابعها: لَا يَلْزَمُهُ الحكم، ويلزمه بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ، فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، أقل مَا يُسْتَبَاحُ بِهِ البضع، انتهى.

خامسها: يَلْزَمُهُ في الحال مَهْرُ الْمِثْلِ.

سادسها: يَلْزَمُهُ في الحال أقل مَا يُسْتَبَاحُ بِهِ البضع، انتهى.

والذي اقتضاه نصُّه في «الأم» في «البيوع» ما ذكرناه، وأنه يَلْزَمُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى، وهو المذهب عندي.

قال: (وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ؛ يَصِحُّ نِكَاحُهُ)؛ لِأَنَّهُ عبارته صَحِيحة، وَلَهُ ذِمَّةٌ، هكذا أطلقه الأصحابُ.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا عدَّينا الحجر إلى نفسه حتى لا يصحَّ شِرَاؤُهُ فِي الذِّمَّةِ على وجه، فيشبه ألا يستقل به، وهل يصحُّ منه بإذنٍ؟ فيه نظرٌ، وذلك؛ لضعف أصل تعدي الحجر إلى نفسه.

قال: (وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ، لَا فِيمَا مَعَهُ) أي: لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِهِ؛

فَصْلٌ

وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ، وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ، ....

بل يبقى في ذمته على فك حجره وَيَسَارِهِ.

فصل

قال: (وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ) لقَوْلِهِ ﷺ: «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مولاه؛ فَهُوَ عَاهِرٌ»(١) حَسَّنَهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ ولأبي داود: «فَهُوَ بَاطِلٌ».

وأشار الشَّافِعِيُّ في «الْأُمِّ» إلى الإجماع فيه؛ إذ قَالَ: وَلَا أَعْلَمُ مِنْ أَحَدٍ لَقِيتُهُ، وَلَا حُكِيَ عَنْ أحدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ اخْتِلَافًا فِي ذلك.

لكن وافقه أبو حَنِيفَةَ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ، وَعَنْ مَالِكٍ: يَصِحُّ وَلِلسَّيِّدِ فَسْخُهُ؛ ولذلك علَّل الْمُتَوَلِّيُّ نفي الحدِّ عند علم المرأة بأنه وَطْء شُبْهَة؛ لاختلاف العلماء في انعقاده، والظاهرُ أن الشَّافِعِيَّ لم يرد نفي الخلاف مطلقًا؛ فإن خلاف وَقْفِ الْعُقُودِ مشهورٌ.

تَنْبِيهٌ: يشمل قَوْلُه: «بَاطِلٌ»، مَا لَوْ اسْتَأْذَنَه فَمَنَعَهُ، وهو الصحيح، وفي الممنوع السابق وجه أنه يستقل به، نعم لَوْ اسْتَأْذَنَه فَرَفَعَهُ إِلَى حَاكِمٍ، يَرَى إِجْبَارَ السَّيِّدِ، فَأَمَرَهُ بِهِ فَامْتَنَعَ، فَأَذِنَ لَهُ الْحَاكِمُ أَوْ زَوَّجَهُ، وينبغي أنَّه يصحُّ جزمًا، كما لو عضل الولي السفيه، هل عيَّنه السيد كذلك؟ فيه نظرٌ، وكذلك لَوْ خَافَ الْعَنَتَ، ولا حاكم أو كان ولَمْ يُعِفَّهُ؛ فهل يستقل به للضرورة؟ فيه نظرٌ.

قال: (وَبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ) أي: إذا كَانَ مُعْتَبَرَ الْإِذْنِ، غَيْرُ مُحْرِمٍ؛ لِمَفْهُومِ

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٣٤، رقم ١٦٧٥)، وأحمد (٣/ ٣٠٠، رقم ١٤٢٥٠)، وعبد الرزاق (٧/ ٢٤٣، رقم ١٢٩٧٩)، والدارمي (٢/ ٢٠٣، رقم ٢٢٣٣)، وأبو داود (٢/ ٢٢٨، رقم ٢٠٧٨)، والترمذي (٣/ ٤١٩، رقم ١١١١)، وقال: حسن. والحاكم (٢/ ٢١١، رقم ٢٧٨٧) وقال: صحيح الإسناد. وأبو يعلى (٤/ ٥، رقم ٢٠٠٠)، والبيهقي (٧/ ١٢٧، رقم ١٣٥٠٨). وابن أبي شيبة (٣/ ٥٣٤، رقم ١٦٨٦٢)، والطبراني في الأوسط (٥/ ١٠٢، رقم ٤٧٩٧)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٣٣٣).

وَلَهُ إِطْلَاقُ الْإِذْنِ، وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ

الْحَدِيثِ، ولأنه صحيح العبارة، ومنعه كان لحقِّ سيده، وسواء أذن السيد والسيدة الْمُطْلَقِينَ التَّصَرُّفَ المخلين، وحكى الْمَاورْدِيُّ وجهًا أنه لا بدَّ من إذن ولي المرأة مع إذنها.

فرع: يصحُّ نكاح المكاتب بإذن سيده، وقيل: على الخلاف في تبرعاته.

قال: (**وَلَهُ إِطْلَاقُ الْإِذْنِ**) أي: قطعًا، واستدل به على جواز إطلاق الإذن للسفيه، وفرق المانع هناك بأنه قد ينكح شَرِيفَةً يَسْتَغْرِقُ مَهْرُهَا مَالَهُ، والعبد لا يرغب فيه الأشراف؛ فلذلك صحَّ الإذن له مطلقًا، ويحتمل أن يقال: لا تنكح عند الإطلاق إلا من تثق به، وينزل إطلاق السيد عليها، فلو نكح شريفةً ليستغرق مهرها ومؤنها كسبه الكثير؛ لم يصحَّ، ويجوز أن يقال: ويصحُّ مطلقًا، وهو الظاهرُ؛ إما لأن السيد مقصر بترك التعيين في حقِّ نفسه، أو أنه راضٍ بذلك بخلاف الولي؛ فإن إذنه ورضاه لا يؤثران في حقِّ السفيه.

قال: (**وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ**) مُرَاعَاةً لِلْإِذْنِ الْمُقَيَّدِ، فَإِنْ عَدَلَ عما عين له؛ لم يصحَّ، وقيل: إذا تساوى مهر المعدول إليها مهر المعينة، فنكحها به أو بما دونه؛ صحَّ، نقله عن الرَّافِعِيِّ فيما إذا كان قد نصَّ على مهر المعينة، ولا فرق في جريانه بين أن ينصَّ على ذلك، أو يطلق إذا نكحها بمهر مثلها، ويشبه أنه إذا عيَّن أَمَةً لا يجوز العدول إلى حرة قطعًا، ولا بالعكس؛ لما لا يخفى، ولو عيَّن له مهرًا فزاد؛ فالزيادة في ذمته يتبع بها بعد العتق.

قال الإمام: فلو صرَّح بألا ينكح بأزيد مما سمى له، لرأى أنه لا يصح النكاح، كما ذكرنا في السفيه، ولو نكح عِنْدَ الْإِطْلَاقِ امرأة بأزيد من مهر مثلها؛ فهل يصحُّ النكاح، ويجب المسمى في الحال أو يُتْبَعُ بالزيادة بعد العتق أو يبطل النكاح؟ فيه احتمالات ذكرها الحناطي؛ أظهرها: الأول.

فرع: أذن السيد ثم رجع فنكح جاهلًا برجوعه، فكتصرف الوكيل حينئذٍ، ولو نكح بإذن، ثم طلَّق؛ لم ينكح، ولم يحدد نكاحها إلا بإذن جديد، ولو أذن

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا عَكْسُهُ، ....

وشرط ألا يطلق، أو أن يطأ كل يوم، أو أن يطلق بعد شهر، أو شرط ألا ينفق عليها من كسبه؛ صحَّ الإذن، ولغا الشرط، قاله الْقَفَّالُ في «الفتاوى»، وسيأتي الكلام عليه - إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَلَا عَكْسِهِ**) وأما إجبار السيد العبد البالغ العاقل؛ ففيه قولان:

الجديد الأظهر: المنع؛ لأنه يَمْلِكُ رَفْعَهُ؛ فكيف يجبر عليه، ولأنه يُلْزِمُ ذِمَّتَهُ مَالًا؛ فلا يجبر عليه كَالْكِتَابَةِ.

والقديم: له ذلك كما يجبر أَمَته، وأما الصغير؛ ففيه طرقٌ، صحَّح المصنف وغيره أنه كالكبير.

والثاني: يجبره قطعًا، واختاره ابن كَجٍ، وهو ظاهر نصه، أو نصه في «الأم»، وجرى عليه أكثر العراقيين، ويؤيده قول مَنْصُور التَّمِيمِيِّ فِي «الْمُسْتَعْمَلِ».

قال -يعني: الشَّافِعِيُّ: وإذا زوَّج عبده، وهو كارهٌ لم يجز إلا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا، انتهى، ونصَّ صاحب «المهذب» على الفرق بينهما.

والثالث: لَا يُجْبَرُ قَطْعًا، ذكرها القاضي الحسين، وهو أضعفُ الطرقِ، نعم، رتبه بعضهم على الكبير، وجعل الصغير أولى بالإجبار.

قال في «الروضة»: وَالْمَجْنُونُ الْكَبِيرُ كالصَّغيرِ.

قلت: ويشبه إنه إذا توقع له الشفاء، بقول الأطباء؛ إنه يجبره قطعًا؛ لأنه استصلاح لماله كَالْمُدَاوَاةِ، وقد أوجب الرَّافِعِيُّ تزويج الكبير المجنون الحر؛ لهذا المعنى، فلا يمنع السيد من إصلاح ماله، وإنْ قلنا: لا يجبر الصغير، وإما العكس، وهو أن يجبر السيد على تزويج عبده عند طلبه حالة توقانه؛ فوجه المنع فيه: أَنَّهُ يُشَوِّشُ مَقَاصِدَ الْمِلْكِ وَفَوَائِدَهُ؛ فلا يلزمه، كَتَزْوِيجِ الْأَمَةِ.

وَالثَّانِي: يُجْبَرُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى الْبَيْعِ، كذا حكاه الصَّيمريُّ وغيره.

وقضية إطلاق المصنف وغيره أنه إذا أجبرنا السيد فامتنع؛ يَكُونُ عَاضِلًا،

....

حتى يَأْذَنَ لَهُ الْحَاكِمُ، وليس كذلك، والأحسنُ أن يقال: إما أن يزوِّجه أو يُزِيلَ مِلْكَهُ عَنْهُ. ثم إني راجعتُ المسألة، فرأيتُ الْمَاوَرْدِيَّ وغيره قالوا: لو امتنع السيد زوَّج القاضي، فلو نكح بنفسه، قال الإمام: فهو كما لو نكح السفيه بعد امتناع الولي، وحينئذٍ يجتمع في إجبار السيد ثلاثة أقوال: الأولان متقابلان، وهما ما أورده المصنف وغيره، والثالث ما ذكره الصَّيمريُّ وغيره، واستحسنه ابن الرِّفْعَة، ويشبه أن يحمل الثاني عليه، ويكون الغرض فيما إذا أراد دوام ملكه، أما إذا قال: أنا أبيعه أو أهبه، ونحو ذلك؛ مُكِّن منه، ومتى أجبر السيد أجبره ولي المحجور عليه، ولا فرق فيما ذكرناه بين المكاتب وغيره، وقطع الْمَحَامِلِيُّ فِي «الْمُقْنِعِ» بإجابة المكاتب دون القن، ورتبه غيره على القن والمكاتب أولى لوجوبه الإجابة، ولم يفرقوا بين أن يخشى العبد العنت أو لا، وللفرق وجهٌ.

تتمات: محل القولين في الأولى فِي غَيْرِ الْمُكَاتَبِ وَالْمُبَعَّضِ، أما هما فلا يجبرهما السيد قطعًا، وفي الْمَوْقُوفِ وَالْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ كلامٌ ذكروه في بابهما.

والظَّاهرُ أن القولين في الصورتين في التائق أما لو لم يكن كذلك لَهَرَمٍ أَوْ جبٍّ أَوْ تَعْنِينٍ فلا، ويحتمل أن يقال: يجري الخلاف في الثانية فيه إذا خشي الوقوع في الاستمتاع المحرم غير الوطء، وهو بعيدٌ جدًّا، وإذا قلنا: يجبر العبد؛ فللسيد القبول، وهل له إكراه العبد عليه؟

قال الْبَغَوِيُّ: له ذلك؛ لأنه إكراه بحقٍّ.

وقال الْمُتَوَلِّيُّ: لا يصحُّ قبوله مكرهًا، وقال: كما لو قهر ابنه البالغ حتى قبل النكاح. وهذا يُفهم أنه غير مفرع على الإجبار، لا كما فهمه نقل الرَّافِعِيِّ عنه، وإذا قلنا: للسيد الإجبار، قبل إقراره بالنكاح على عبده جريًا على القاعدة، صرَّح به القاضي الحسين هنا، وتبعه الْمُتَوَلِّيُّ، والْبَغَوِيُّ، والرَّافِعِيُّ بيَّنها في «شرح الكتاب» بقوله إثر قول المصنف: «وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ» أي: الْمُوَافِقُ لَهُ فِي الدِّينِ عَلَى النِّكَاحِ، يروم بذلك الاحتراز، عما ذكره آخر المسألة عن قول الرَّافِعِيِّ.

وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ، فَإِنْ طَلَبَتْ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا، وَقِيلَ: إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لَزِمَهُ، ....

أما إذا كان العبد مسلمًا، والمولى كافرًا؛ فهل له إجباره إذا رأينا للمسلم إجبار العبد؟ فيه الخلاف الآتي، فيما لو كان السيد مسلمًا، وله امرأة كافرة، هل يملك تزويجها؟ وهذا تخيلٌ عجيبٌ، واحترازٌ فاسدٌ؛ لأنه قاله على قول المنع، لا على قول الإجبار؛ فاقتضى احترازه أن له إخبار غير الموافق، إما على الأظهر، أو على القولين، وهذا لا يقوله أحد.

قال: (**وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ**) أي: مِنْ صِغَرٍ وَكِبَرٍ، وَبَكَارَةٍ وَثُيُوبَةٍ، وَعَقْلٍ وَجُنُونٍ [وَتَدْبِيرٍ] وتعليق عتق بصفة ونحوهن، لا كالمكاتبة كتابة صحيحة والمبعَّضة، وله إجبار أم الولد على أظهر الأقوال؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَرِدُ عَلَى الْبُضْعِ، وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ، ولأنه ينتفع بِمَهْرِهَا وَنَفَقَتِهَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ.

إشارات: ليس له إجبارها على نكاح معيب بجذامٍ أو برصٍ أو جنونٍ، نصَّ عليه.

[قال ابن الرِّفْعَة: وفي تعليل الإجبار في «الأم»، ما يفهم خلافه، وفيما يفهمه نظرٌ].

قال في «البسيط»: لم يختلفوا أنه لا يجوز تزويجها من معيب بالعيوب الخمسة، وأنها لو زوِّجت منه بغير رضاها؛ لم يصحَّ، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ الْمَرْهُونَةِ بَعْدَ لُزُومِهِ، فإنْ فعل؛ لم يصحَّ، نعم ينبغي أن يصحَّ لو نكحها المرتهن؛ لاستحباب، ولا يجوز تزويج الْمُتَعَلِّق بِرَقَبَتِهَا مَالًا بِلَا إِذْنٍ، إِنْ كَانَ مُعْسِرًا، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا؛ فالأَصَحُّ فِي «الرَّوْضَةِ» الجواز، والظَّاهرُ أن المحجور عليه بالفلس كالراهن، ويحتمل غيره، وهذا كلُّه في الموافقة في الدين، أما غيرها فسيأتي الكلام فيها.

قال: (**فَإِنْ طَلَبَتْ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا**)؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَنْقِيصِ الْقِيمَةِ، وَتَفْوِيتِ الِاسْتِمْتَاعِ عَلَيْهِ.

(**وَقِيلَ: إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ**) أي: مُؤَبَّدًا؛ (**لَزِمَهُ**) إعفافًا لها؛ لأنها لَا يُتَوَقَّعُ مِنْهُ

وقاعًا، ولا نظر إلى التحريم العارض، كما لو كانت أختها موطوءة له أو زوجة.

واعلم أني قيدت بقولي: «مُؤَبَّدًا» إطلاقه، ويدخل فيه ما لو كانت مجوسية أو وثنية؛ لأنها بصدد أن تسلم، ويحتمل أن يخرج على الوجهين؛ لأن الظاهر استمرارها على دينها، ولم أرَ فيه نصًّا.

إشارات: حكى الإمام هذا الوجه قولًا، وصحَّحه صَاحِبُ «الْمُعَايَاةِ»، ويشبه أن يكون محله في التائقة، ويقوى ممن يخاف زناها، ويجب أن يقال: يلزمه ذلك أو منعها، ويجيء على ما سبق من إطلاق إيجاب التزويج، أنه لو امتنع زوَّج الحاكم عليه، كما قيد في العبد، وبه صرَّح الْغَزَالِيُّ وغيره، وفي إيجاب إجابة الرتقاء والقرناء نظرٌ. والظَّاهرُ أنه لا يجب على ما فيه تفرع، وفي إجباره على تزويج المكاتبة كتابةً صحيحةً؛ وجهان، صحَّح في «الروضة» المنع؛ لأنها قد تعجز فيتضرر السيد بذلك، وصحَّح المحامليُّ في «المقنع»، والفارقيُّ الإجبار؛ لأنها تستعين بالمهر والنفقة على كتابتها.

وقال ابن الْقَطَّان: يحتمل أنه يجب وجهًا واحدًا.

وأما المبعضة؛ فقال الرَّافِعِيُّ: الظاهر أنها لا تجاب، وخرَّجها الْبَغَوِيُّ وغيره على الوجهين، فيمن لا تحلُّ له، وأبداه ابن الصباغ احتمالًا، وأطلق صاحبا «الوسيط» و«الكافي» الوجهين في المسألة من غير تقييد بالمحرمة عليه، وظاهر عبارة «البسيط» عدم الفرق، فإنْ صحَّ إطلاقهما - وهو بعيدٌ - حصل ثلاثة أوجه.

وقال ابن الْقَطَّان: لا خلاف أنه لا يجبر على تزويج من تحلُّ له، وإنْ كَانَتْ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، فكان بعض أصحابنا يخرِّجه على وجهين، ومنهم مَنْ قال: يجب قولًا واحدًا، وهو الصحيحُ، انتهى.

قال: (وَإِذَا زَوَّجَهَا؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ بِالْمِلْكِ لَا بِالْوِلَايَةِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا فِي الْجُمْلَةِ، كما يملك التزويج، وَالتَّصَرُّفَ فِيمَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهُ، وَنَقْلُهُ إِلَى الْغَيْرِ يَكُونُ بِحُكْمِ الْمِلْكِ، كَاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ، وَنَقْلُهَا بِالْإِجَارَةِ.

فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ وَفَاسِقٌ وَمُكَاتَبٌ، وَلَا يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدًا صَبِيًّا ....

وَالثَّانِي: بِالْوِلَايَةِ؛ لأنه عَلَيْهِ النظر، ورِعَايَة الْحَظِّ لها، حَتَّى لَا يجوز تزَوِّجُهَا مِنْ مَعِيبٍ بغير رضاها. قال مفرعًا على الأصحّ: **(فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ)** أي: جَائِزُ التَّصَرُّفِ، **(أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ)** هذا فيه شمولٌ، أما الكتابية؛ فهو المنصوص والمذهب، وأما الوثنية والمجوسية؛ قال في «الروضة»: ففيهما وجهان، صَحَّحَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الجواز، وقطع الْبَغَوِيُّ بالمنع، انتهى.

ولفظ «المنهاج» و«تهذيب المحرر» يقتضي موافقة أبي عليٍّ؛ حيث عبرا بالكافرة، والذي رأيته في «المحرر»: الكتابية، وقضيتها موافقة الْبَغَوِيِّ، ولا خفاء أن المرتدة لا تزوَّج بحال، وتزويج الوثنية مفرع على المذهب، وهو أن الرِّقَّ يَعْصِمُ دمها، خلافًا للحليميّ.

وعلى قولنا: يزوِّج السيد [أمته] بالملك، لَا يُزَوِّجُ الْكَافِرُ أَمَتَهُ الْمُسْلِمَةَ على الأصحّ، وفرَّق القاضي الحسين بينه وبين المسلم؛ حيث يزوِّج أمته الكافرة، بأن المسلم مسلط على بضع الكافرة؛ ولأنه يملك الاستمتاع بها، فيملك تزويجها؛ فعلى التعليل الأول: يزوِّج المسلم أمته الوثنية والمجوسية، وعلى الثاني: لا.

قال: **(وَفَاسِقٌ)** [أي: وإن قلنا: الفسق سالب؛ لأنه يتصرف بالملك كالإجارة].

(وَمُكَاتَبٌ) أي: كِتَابَةً صَحِيحَةً؛ لما قلناه، وقد أطلق ذلك، وقضيته أنه لا يفتقر إلى إذن سيده، وكذا أطلقا في «الروضة» وأصلها، وسبق أنه لا يزوِّج إلا بإذنه، وبيَّنَّا ما فيه.

إشارة: جميع ما سبق، ويأتي في أَمَة لم يتعلق برقبتها حق للغير، فإن تعلق كالمرهونة والموقوفة وَالْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهَا أَبَدًا، وأَمَة الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ والجانية، وأَمَة المحجور المفلس؛ ففيهن كلامٌ، وتفصيل في «المطولات»، أسلفنا بعضه.

قال: **(وَلَا يُزَوِّجُ وَلِيٌّ عَبْدًا صَبِيًّا)** أي: وَمَجْنُونٍ وَسَفِيهٍ على الصَّحيحِ؛ لما

وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي الْأَصَحِّ].

فيه مِنْ انْقِطَاعِ أَكْسَابِهِ، وَفَوَائِدِهِ عَنْهُمْ، وبه جزم في «المحرر»؛ لكنه صوَّرها في الإجبار، وقيل: يجوز تزويجه إذا رآه الولي مصلحةً.

قَالَ فِي «الدَّقَائِقِ»: وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ أَصْوَبُ مِنْ قَوْلِ «الْمُحَرَّرِ»: وَلَا يُجْبِرُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مَعَ عَدَمِ إِجْبَارِهِ مَنْعُ تَزْوِيجِهِ بِرِضَاهُ، وَالصَّحِيحُ مَنْعُهُ، وبه قطع الْبَغَوِيُّ.

والحاصل أنه لا يجبره، ولا يجوز له تزويجه برضاه، ولا يجب إجابته إذا طلب إلا إذا قلنا: يجبر السيد، ويزوج الولي هنا، وفيه ما سلف.

قال: (وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ) أي: وأمة المجنون والسفيه.

(فِي الْأَصَحِّ) أي: إِذَا ظَهَرَتْ الْغِبْطَةُ كَمَا قَيَّدَاهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا اكْتِسَابًا لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ.

والثاني: لا؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَنْقُصُ قِيمَتُهَا، وَقَدْ تَحْبَلُ فَتَهْلِكُ بالولادة.

والثالث: يزوج الصبية دون أَمَة الصَّبِيِّ ونحوه، فقد يحتاج إليها الصبي إذا بلغ، وكذا المجنون إذا أفاق، وقضية هذا التوجيه اختصاص هذا الوجه بمن تحلُّ له، ويجب طرده في أَمَة الصبيِّ والمجنونِ، والمحرَّمة عليه، أو الغني عن الاستمتاع بها.

قال الإمام: يجوز تزويج أَمَة الثيب الصغيرة، وإنْ لم يجز تزويجها.

وقال في «الروضة»: وفيمن يزوج أَمَة الصغير والمجنون؛ وجهان:

أحدهما: ولي ماله نسيبًا كان أو قيمًا أو وصيًا.

وأصحهما: أنه ولي النكاح الذي يلي المال، وعلى هذا غير الأب والجد لا يزوِّج أَمَة الصغير والصغيرة، والأب لا يزوِّج أَمَة الثيب الصغيرة، فإنْ كانت مجنونةً؛ زوَّج، وإنْ كانت لسفيه؛ فلا بدَّ من إذنه، انتهى.

وهذا من الرَّافِعِيِّ اقْتِفَاءٌ للبغويِّ، وإعراض عما قاله الإمام وغيره، وهو الأوجهُ بدليل ما سبق عن نصِّ «الأم»: أن ولي السفيه في نكاحه من يلي ماله، كما يبيع ماله؛ فإذا كان ولي السفيه نفسه ولي ماله، فكذلك ولي أمته؛ لأنه

....

تصرف له في ماله، لا سيما إذا قلنا: يزوِّج الأَمَة بحكم المِلك، وقد بنى **الْمُتَوَلِّيُّ** الخلاف في تزويج أَمَة الطفل على ذلك، إنْ قلنا: التزويج تصرف بحكم الملك؛ زوَّج، أو بحكم الولاية، فلا؛ لأن تصرفه في مال الطفل نيابةً عنه، أما كون ماله يقيده ولاية فلا، وهكذا الحكم في أَمَة المجنون والسفيه، انتهى.

وقضية هذا أن ولي المال يزوِّج مطلقًا من كان، وهو ما يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد في «التعليق»، وعلى ما قاله **الْبَغَوِيُّ** ينبغي ألا يجوز للأب تزويج أمة الصغير المجنون؛ لأنه لا يزوِّجه. وقضية إطلاقهم عدم استثنائهم له، يقتضي جوازه، وهو الظاهرُ كالعاقل، وقياس ما ذكره في الثيب الصغيرة من أن أمتها لا تزوج؛ لأن الولي لا يملك تزويجها، ينبغي ألا يكفي إذن السفيه؛ إلا حيث يكون محتاجًا إلى النِّكاحِ، فلو كان غير محتاج إليه، ثم تملك تزويجه؛ فكذلك لا يزوِّج أمته على هذهَ الطريقة الغريبة.

فإنْ قلت: قال **الدَّارِمِيُّ**: إذا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ سَفِيهَةً، [أو ذكرًا كذلك] فهل يزوِّجها الأب والجد؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، نصٌّ، **والثاني:** قاله أبو حامد، ورتبه ابن **الْقَطَّان** على ولاية المال.

قلت: هذا لفظه، وقوله: «نصٌّ»، يعني: عليه **الشَّافِعِيُّ**، وحينئذٍ يقال: إما أنه قول على ما إذا دعت حاجته إليها، أو كانت المصلحة في الترك، وإما أن يكون له نصٌّ بخلافه، وبالجملة فكلامنا على قولنا: يزوِّج الولي أَمَتَهُمْ.

قال ابن **الرِّفْعَة**: وإذا كان ولي المجنون الحاكم؛ فينبغي ألا يجوز للأب تزويج أمته؛ لأنه لا يلي ماله في هذه الحالة.

فرع: أَمَة الْبَالِغَة الرَّشِيدَة، قال في «البيان»: يزوِّجها وليها تبعًا للولاية عليها، وسواء الولي بالنسب وغيره، هذا هو المشهور من المذهب.

وفي «الفروع» وجهان آخران:

أحدهما: لا يزوجها إلا الحاكم.

....

والثاني: لا يصحُّ تزويجها إلا باجتماع الحاكم وولي المرأة.

وسواءٌ الأَمَة العاقلة والمجنونة والصغيرة والكبيرة، ولا حاجة إلى إذن الأَمَة، ويشترط إِذْنُ السَّيِّدَةِ نُطْقًا[1] وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا؛ إذ لَا تَسْتَحِي منه، وهذا في الناطقة، وإنْ كانت خرساءَ مُفْهِمَةً؛ كفت إشارتها. والظاهر أنه إذا زوَّج أَمَة العاقلة الرشيدة بإذنها على المشهور، فكان له تزويج أمة الصغيرة المجنونة وغيرها بلا إذن؛ لأنه تصرف لها في مالها على وجه النظر لها، كما أسلفناه.

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إِذَا كَانَ للمرأة -أي: المطلقة التصرف- عَبْدٌ صغيرٌ، وأرادت تزويجه؛ ففي تزويجه وجهان:

أحدهما: مَنْ يزوِّجها كالأَمَة.

والثَّاني: مَنْ تَأْذَنُ لَهُ مِنَ النَّاسِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ يُرَاعَى فِي الزَّوْجَةِ دُونَ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ بَالِغًا؛ فَالصَّحِيحُ: أَنَّه يَتَزَوَّجُ بِإِذْنِهَا.

وقيل: لا بدَّ من إذن وليها مع إذنها، وزُيِّف بأن الْعَبْدَ مَمْنُوعٌ مِنَ النِّكَاحِ بِحَقِّ الْمِلْكِ، فَاسْتَوَى إِذْنُ الْمَالِكِ وَالْمَالِكَةِ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، انتهى.

وهذا الفرع مفرعٌ على إجبار العبد الصغير كما سبق بيانه، ووقع في «المطلب» نسبة هذا الفرع إلى الرَّافِعِيِّ، ولعله من سهو الناقل، وإنما هو في «الحاوي»؛ فاعلم.

فائدة: قول المصنف: «وَيُزَوِّجُ أَمَتَهُ فِي الْأَصَحِّ» مطلقٌ، وينبغي تخصيصه بالأَمَة التي يملك السيد تزويجها بالملك لو كان بالغًا، فلو كانت وثنية أو مجوسية، والصغير مسلم، وقلنا: البالغ لا يزوِّجها، فكذلك وليه، وكذا لَوْ كَانَ الصَّغِيرُ كَافِرًا، وَلَهُ أَمَةٌ مُسْلِمَةٌ؛ لا يجوز لِوَلِيِّهِ تَزْوِيجُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ، وهذا واضحٌ، وإنْ سكتوا عنه؛ لأن الغرض هنا بيان مالكية التزويج، لا بيان محله للولي؛ فإنْ ذلك مبينٌ في حقِّ السيدِ؛ ولكن التنبيه عليه هنا حسنٌ؛ إذ قد يغفل عنه.

---

(١) في نسخة: (مطلقًا).

خاتمة نسأل الله تعالى حُسنها

وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْجِيُّ - بِالْجِيم - فِي كِتَابِهِ «الذَّرَائِعِ إِلَى عِلْمِ الشَّرَائِعِ»، وهو مختصرٌ حسنٌ مفيدٌ: لا ينعقد النكاح إلا بستة شروط: الإيجاب، والقبول، وشاهدين، وإذنها إنْ اعتبر، وأن يعقد على زوجين معلومين، وطريق العلم إما بذكر النسب أو المعاينة أو الإشارة كهذه، وإنْ لم يسمها في أصحِّ الوجهين، وإنْ لم يعلم الزوج أنها تحلُّ له، فلو كان له بنتان إحداهما محرَّمة عليه بصهرٍ أو رضاعٍ، فقال: زوجتك [بنتي أو فلانة، وهو لا يعلم أنها المحرَّمة أو الأخرى؛ لا يصحُّ، فلو قال: زوجتك] التي تحلُّ؛ لم يصحَّ أيضًا للجهالة، انتهى.

وهذه الشروط واضحةٌ معلومةٌ من كلام الأصحاب، وأنا أحببتُ ذكرها مجموعةً تبعًا له - ﷺ تعالى -، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

بَاب مَا يَحْرُمُ مِنْ النِّكَاحِ

قال الشارح: قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا (٢٣) ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (٢٤)﴾ [النساء: ٢٣، ٢٤].

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي هَذَا الحكمِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ إِلَى مَاذَا تُوجُّهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أصحهما: وبه قال الْأَكْثَرُون: أَنَّهُ مُتَوَجِّهٌ إِلَى الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ مَعًا.

قال المصنف: [تَحْرُمُ الْأُمَّهَاتُ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْك أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ فَهِيَ أُمُّك،

وَالثَّانِي: إِلَى الْعَقْدِ.

فَأَمَّا الْوَطْءُ؛ فَمُحَرَّمٌ بِالْعَقْلِ، انتهى(١).

وإسناد التحريم إلى العقل؛ بناءً على قاعدة الحسن، وليس بمرضٍ، قيل: ويحتمل أن يقال: إنَّ التحريم متوجه إلى الاستمتاع، وهو ما يفهمه كلام مَنِ ادَّعى عدم الإجمال في الآية الكريمة، وهو المختار في الأصول، ومن تحريمه يلزم تحريم العقد.

قال: (**تَحْرُمُ الْأُمَّهَاتُ**) للنصِّ، والإجماعِ، وبدأ بِهِنَّ اقتداءً بالنصِّ والآية؛ ولِأَنَّهن أَغْلَظُ حُرْمَةً.

(**وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْك أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ**) أي: ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنثَى.

(**فَهِيَ أُمُّك**) فيندرج فيه كل الجدات من قبل الأب والأم.

وهل ثبوت التحريم شمول الاسم لَهنَّ أو للإيجاب؛ لتشاركهن في المعنى، وهو الولادة؟ فيه وجهان يجريان في بنات البنين [وبنات البنات] وَإِنْ سَفَلْنَ، وكذا في بقية المحرمات إذا طلعن درجة أو نزلنها، كعمة الأب أو الأم، وخالة الأب أو الأم، وبنت ولد الأخ أو الأخت، قاله **الْمَاوَرْدِيُّ**؛ فعلى الأول يكون ما يشير به المصنف الأمهات حقيقةً، وعلى الثاني يكون مجازًا.

وقد قال **الشَّافِعِيُّ**: إن كُلًّا تُسَمَّى أُمًّا؛ فيجوز أن يريد الحقيقة فيكون حجة للأول، ويحتمل أن يريد أعم من ذلك؛ فلا يدلُّ ذلك أن يحتمل اللفظ شاملًا لهنَّ على التقديرين؛ بناءً على استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه.

قال ابن الرِّفعة: ويظهر أن الخلاف فيما لو وقف أو أوصى لأمهات، هل يختص بذلك الوالدات بغير واسطة أو تدخل الجدات؟

قيل: وفيما قاله نظرٌ إذا كانت الصيغة: وقفتُ على أمهاتي؛ إذ يتعذر الحمل على الحقيقة عند مَنْ يقصر الأم على الوالدة بلا واسطةٍ؛ بل يشبه ذلك

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٠٧).

وَالْبَنَاتُ، وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا فَبِنْتُك. قُلْت: وَالْمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ، ....

على ما لو وقف على أولاده، وليس له إلا ولد واحد، وله أولاد ابن.

قال: (**وَالْبَنَاتُ**) بالنصِّ والإجماع.

(**وَكُلُّ مَنْ وَلَدَتْهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا؛ فَبِنْتُك**) وَإِنْ شِئْت قُلْت: كُلُّ أُنْثَى يَنْتَهِي إلَيْكَ وِلَادَتها بِوَاسِطَةٍ وَبِغَيْرِهَا، وهل ذلك طريق الحقيقة أو المجاز؟ فيه الخلاف السَّالف، وكذا الخلاف السَّالف فيما توجه إليه التحريم.

قال (**قُلْت: وَالْمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ**) ذكر هذه الزيادة عقب ذكره تحريم البنات؛ لدفع توهم أنها بنته، وليس كذلك شرعًا، وحاصل المذهب فيها ثلاثة أوجه:

الأصحُّ المنصوصُ: الْحِلُّ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وجه الحلِّ أنها أَجْنَبِيَّةٌ عَنْهُ، بدليل انتفاء جميع أحكام النسب.

والثَّاني: المنع، وادَّعى [القاضي ابن كَجٍ][1] أنه مذهب الشَّافِعِيِّ.

قال: وإنما كره نكاح من أرضعته المزني بها، والمذهب المشهور الأول، وبه قال مالك - ﷺ تعالى -.

والثالث: إنْ تيقن أنها من مائه؛ حرمت عليه، وإلا فلا، واختاره الرُّويَانِيُّ، وجماعةٌ.

وَالتَّحَقُّقُ؛ قيل: يكون بحبسها من الحمل إلى الولادة، وقيل: إنما يكون بإخبار الصادق، وهو الظاهرُ، وسواءٌ المطاوعة على الزنا والمكرهة.

واختلف أصحابنا فيما ذكره الشَّافِعِي: له نكاحها، قيل: لاختلاف العلماء فيه، فعلى هذا لو أخبر الصَّادق أنها ليست من مائه؛ حلت له، وقيل: إنما كرهها؛ لاحتمال كونها منه؛ فعلى هذا لو أخبر الصَّادق بذلك؛ لم تحلَّ له، بأن يكون ذلك زمن عيسى ﷺ ويخبر به.

---

(١) في نسخة: (ابْن القاصِّ).

وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَدُهَا مِنْ زِنًا، وَالله أَعْلَمُ، وَالْأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ، وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ فَعَمَّتُك، أَوْ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْك فَخَالَتُك.

واعلم أن هذه الزيادة في كثير من نسخ «المحرر» بلفظ: إلا الْبِنْتَ الْمَخْلُوقَةَ مِنْ مَاءِ الزاني، والظاهر أنها مُقْحَمَةٌ [لأنها ليست في «تهذيبه» ولا فيما قيل: إنها بخطِّه.

فرع: تَحْرُمُ عليه الْمَنْفِيَّةُ بِاللِّعَانِ، وقيل: إنْ لم يدخل بأمها؛ لم يحرم، والظاهر] أنها تباح لَهُ بَاطِنًا، إذا تحقق أنها ليست منه، ولم يجز دخوله بأمها.

قال الْمُتَوَلِّيُّ: وفي قتله بقتلها، وحده بقذفها، وقطعه بسرقة مالها، وقبول شهادته لها وجهان[1].

قال: (**وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَلَدُهَا مِنْ زِنًا، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: للآية الكريمة والإجماع، كما أجمعوا على أنه يرثها، ويتوارث مع ولدها بأخوة الأم، وحينئذٍ فالمسألة داخلة في كلام «المحرر».

قال: (**وَالْأَخَوَاتُ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ**) بنصِّ القرآن والإجماع، وكما تحرم بنات الأخوة، وتحرم بنات أولادهم الذكور والإناث، وَإِنْ سَفَلْنَ، وكذلك بنات الأخوات من جميع الجهات، وبنات أولادهن الذكور والإناث.

قال: (**وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ؛ فَعَمَّتُك، أَوْ أُخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْك؛ فَخَالَتُك**)؛ لدخولهن في الاسم، والعمات أخوات الأب سواء كن لأب أو لأم، وكذلك عمات الأب والأم، وعمات الأجداد والجدات، وهل حرمن بالاسم أو المعنى؟ على الخلاف السالف.

وينظم العمات قولك: العمة أخت ذكر ولدك بواسطة أو بغيرها، كان ينبغي للمصنف أن يذكر الواسطة كما ذكره فيما تقدَّم، ثم حكم خالات الأب والأم وخالات الأجداد والجدات ما سبق، ولم يتعرض للواسطة كما صنع في

---

(١) انظر: حاشية الجمل (١٦/ ٤٩٤).

وَيَحْرُمُ هَؤُلَاءِ السَّبْعُ بِالرَّضَاعِ أَيْضًا، وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَك أَوْ ذَا لَبَنِهَا فَأُمُّ رَضَاعٍ، وَقِسْ الْبَاقِي

العمة، وهل حرمن بالاسم أو المعنى؟ فيه ما سبق، وينظمهن قولك: الخالة أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها، ولا يحرم من عدا هؤلاء من القرابات فيباح بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات قربن أو بعدن، وللأصحاب عبارتان مشهورتان في ضبط المحرمات بالقرابة أحسنهما وأوجزها: تحرم نساء القرابة إلا من دخل في اسم ولد العمومة وولد الخئولة.

قال: (**وَيَحْرُمُ هَؤُلَاءِ السَّبْعُ**) أي: وهن الأمهات والبنات والأخوات.

(**بِالرَّضَاعِ أَيْضًا**)، وبنات الأخوة، وبنات الأخوات، والعمات، والخالات بالرضاع أيضًا؛ للنصِّ والإجماع على الأمهات والأخوات من الرضاعة، وقسنا الباقي عليهما.

وفي «الصحيحين» من رواية عائشة - ﵂ -: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ**»(١) وفي لفظ: «**لهما من النسب**».

وروى الترمذي (٤/ ٣٧٤)، وصحَّحه عن عليٍّ ﵁ أن رسول الله ﷺ قال: «**إِنَّ اللهَ حَرَّمَ مِنَ الرَّضَاعِ مَا حَرَّمَ مِنَ النَّسَبِ**».

وفي «الصحيحين»: «**إن عمًّا لعائشة من الرضاع استأذن عليها بعد أن أنزل الحجاب فأمرها النبي ﷺ أن تأذن له**»(٢).

قال: (**وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْك أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَك أَوْ ذَا لَبَنِهَا**) يعني: الفحل الذي لبن المرضعة منه.

(**فَأُمُّ رَضَاعٍ**) لما سبق.

(**وَقِسِ الْبَاقِي**) أي: باقي الأصناف المتقدمة، فكل امرأة أرضعت بلبنك، أو بلبن من ولدته أو أرضعتها امرأة ولدتها، وكذلك بناتها من النسب والرضاع، فبنتك والأخت كل من أرضعتها أمه أو ارتضعت بلبن ابنتك أو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري: (٤٧١٣)، ومسلم (٢٦١٧).

وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْك مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاك وَنَافِلَتَك، وَلَا أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِك وَبِنْتُهَا وَلَا أُخْتُ أَخِيك: مِنْ نَسَبٍ وَلَا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيك لِأَبِيك لِأُمِّهِ وَعَكْسُهُ، ....

ولدتها المرضعة، والفحل، وأخوات الفحل، والمرضعة، وأخوات من ولدهما من نسب أو رضاع عماتك، وخالاتك، وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو رضعت بلبن [واحد من أجدادك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة، والفحل من النسب، والرضاع بنات أختك وأخيك، وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك أو ارتضعت بلبن] أختك وبناتها وبنات أولادها من الرضاع والنسب، بنات أخيك وأختك، وكذا بنات ذكر أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن ابنتك، وبنات أولاده من النسب والرضاع بنات أختك وبنات كل امرأة أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن ابنتك وبنات أولادها من النسب والرضاع بنات أخيك [هذا بيان] قياس الباقي.

فائدة: قال الْبَغَوِيُّ في «تعليقه»: اختلف أصحابنا في أن تحريم غير الأم والأخت بالكتاب أو بالسُّنة؛ فمنهم من قال بالسُّنة؛ لأن الله تعالى لم ينصَّ إلا على الأم والأخت، ومنهم من قال: إنه تعالى نبَّه على تحريمهن كلهن، وذلك أن جميع من حرم من السبع بالنسب فإنما حرم بمعنيين بالولادة والأخوة، فتحريم الأم والبنت بالولادة، وتحريم سائرهن بالأخوة، إما بأخوته أو بأخوة الأب أو الأم، وتحريم بنات الأخ والأخت بولادة، والأخوة بنص، والرضاع على الأم يثبتها على كل من يحرم بالولادة، ونص على الأخت يثبتها على كل من يحرم بالأخوة، والبيان مرةً يكون واضحًا جليًّا، ومرةً دقيقًا خفيًّا؛ ليظهر به فضل من يحسن الاستنباط، ويستدرك الخفي على من يجهله، انتهى، ولم يحضرني لهذا الخلاف فائدة فقهية.

قال: (**وَلَا يَحْرُمُ عَلَيْك مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاك وَنَافِلَتَك، وَلَا أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِك وَبِنْتُهَا وَلَا أُخْتُ أَخِيك: مِنْ نَسَبٍ وَلَا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيك لِأَبِيك لِأُمِّهِ وَعَكْسُهُ**) هؤلاء النسوة الأربع استثناهن جماعةٌ من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فقالوا: وهؤلاء يحرمن في النسب وفي الرضاع قد لا يحرمن:

إحداهن: أم الأخ والأخت في «البسيط»؛ لأنها أم وزوجة أب، وفي

الرضاع قد لا يكون كذلك بأن ترضع أجنبية أخاك وأختك، فإنها لا تحرم عليك؛ لانتفاء المعنى المفضي للتحريم في النسب.

الثانية: أم نافلتك في النسب وهو ولد الولد، إما بنتك أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما لو أرضعت أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك في النسب، إما أمك أو أم زوجتك، وكلاهما حرام، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كأم أجنبية أرضعت ولدك.

الرابعة: أخت ولدك في النسب، إما بنتك أو بنت زوجتك المدخول بها، وكلاهما حرام، وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كأجنبية أرضعت ولدك فبنتها أخت ولدك، وليست محرمة عليك؛ لأنها أجنبية منك، وزاد بعضهم أم عمه وعمته وأم خاله وأم خالته فإنهن يحرمن بالنسب بخلاف الرضاع، كذا قال **الرَّافِعِي** تبعًا «للتهذيب» وغيره، وعليه مؤاخذات لفظية:

إحداها: قال: أم الأخ من النسب، إما أم أو زوجة أب، وعبارة «المحرر»: إما أم أو موطوءة أب بملك أو بشبهة؛ بل قد تكون أم الأخ في النسب غير موطوءة بأن استدخلت ماءه، فإنه يثبت النسب فتكون أم أخيه، وليست بزوجة، ولا موطوءة له؛ لكنها في النسب حرام، وإن لم تكن موطوءة؛ بناءً على ثبوت المصاهرة باستدخال المني، كما ذكره **الْبَغَوِيُّ**، ولم أرَه لغيره؛ بل إطلاقهم أن الربيبة لا تحرم إلا بالدخول بالأم، يفهم أنه لا أثر لاستدخال الماء.

الثانية: هذه المؤاخذة تأتي في قوله: أم نافلتك، إما بنتك أو زوجة ابنك، ولا ينحصر في ذلك؛ لجواز كونها مملوكة أبيه أو موطوءة بشبهة، وكذلك قوله في الثالثة: جدة ولدك، إما أمك أو أم زوجتك لا تنحصر فيهما؛ لجواز كونها أم موطوءته بملك أو بشبهة.

الثالثة: أنه لا حاجة إلى الاستثناء؛ لأن المذكورات في النسب لم يحرمن من النسب؛ بل يحرمن بالمصاهرة، وكذلك جاء الحديث مطلقًا، ولم يستثن **الشَّافِعِي** والمحققون شيئًا، كذا قاله في «الروضة» في زيادة له استدراكًا،

وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ....

والرَّافِعِي ذكر نحوه في «كتاب الرضاع»؛ لكن بلفظ قد يقال: الحرمة هناك من جهة المصاهرة لا من جهة النسب.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: وهذا في الحقيقة ليس باستثناء، وأما أخت الأخ فلا تحرم بنسب ولا رضاع مثاله في النسب أن ينكح أبوك امرأةً أو يطأها بشبهة فيولدها أبناءً، ولها ابنة من غير أبيك ملك نكاحها، وهي أخت أخيك لأبيك، وهي أخته لأمه، وعكسه لو كان لها ابن من غير أبيك يجوز له أن يتزوج بعض بنات أبيك، وهن أخوات أخيه لأمه من أبيه، ومثاله في الرضاع امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرةً أجنبيةً يجوز لأخيك نكاحها.

قال: (**وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ**) أما زوجة الولد فللآية، وشمل التحريم حلائل الأحفاد، وإن سفلوا؛ لكن هل هو لدخولهن في الاسم أو معنى الاسم؟

قال الْمَاوَرْدِيُّ: على ما مضى من الوجهين، وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] مخرج للتبني؛ إذ لا يحرم على المزوجة من تبناه؛ لأنه ليس بابن له. ورأيتُ في كتاب «الإعجاز» للجيليِّ أن ابن القاص قال في كتاب «الوشائح»: إنه يجوز أن يتزوج زوجة ابن بنته؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] وهو ليس ابنًا له بدليل قول الشاعر:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

قال الجيليُّ: ولم يذكر هذا الحكم غيره، وأما زوجة من ولدك سواء الأب والأجداد من قبل الأم أو الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢].

قال في «الأم»: يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه، فإنه كان أكبر ولد الرجل يخلف على امرأة أبيه، وقوله: «من نسب أو رضاع» أي: تحرم زوجة من ولدت أو ولدك سواء كانوا من نسب أو رضاع، أما النسب فللآية، وأما الرضاع فللحديث المتقدم.

وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِك مِنْهُمَا وَكَذَا بَنَاتُهَا إنْ دَخَلْتَ بِهَا، ....

قال: (**وَأُمَّهَاتُ زَوْجَتِك مِنْهُمَا**) أي: من النسب والرضاع؛ لما سبق، وحرمت أمهات الزوجة للآية: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وأم الزوجة حقيقة هي والدتها، وأما جداتها فهل دخلن بالاسم أو بمعناه على ما مضى؟ (**وَكَذَا بَنَاتُهَا إنْ دَخَلْتَ بِهَا**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] إلى قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وذكر المحجور في الآية خرج على الغالب بلا مفهوم له عند الجمهور، واعتبره داود، ورُوِيَ عن عمرَ وعليٍّ - رضي الله عنهما -.

قال ابن المنذر: وقد أجمع علماء الأمصار على خلافه، والزنا يثبت بنات الزوجة وبناتهن، وإن سفلن، وبنات الربائب منهن كبناتك منك، ومن نسبٍ، أو رضاعٍ، ولا يحرُمْنَ إلا بالدخول بالأم. قيل: وما الفرق من حيث المعنى بين الأمِّ، والبنت في اشتراط الدخول؟ قال الْمُتَوَلِّي: وهو أن الرجل يتسلى في العادة بمكالمة [أم] الزوجة عقب النكاح؛ لأنها ترتب الأمور، فحرمت بالعقد؛ حتى يمكنه الخلوة بها، ويسهل عليه ترتيب أمره بخلاف البنت؛ فإنها لا تقوم بمصالح الأم، فانتفى هذا الغرض، وذكر الْبَغَوِي في «تعليقه» نحوه، ولنا وجهٌ غريب: أن أمهات الزوجة لا يحرمن إلا بالدخول كالربائب.

تنبيه: زوجة الأب والابن وأم الزوجة يحرمن بمجرد العقد الصحيح، أما مجرد العقد الفاسد فلا تتعلق به حرمة المصاهرة كما صرَّح به في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»، وقال في «الدقائق»: قول «المحرر»: ويحرم من جهة المصاهرة بالنكاح الصحيح، والصواب حذف لفظة: «الصحيح»، كما حذفها «المنهاج»، فإن حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح الفاسد، انتهى.

وهذا الإطلاق ليس بصواب.

قال الشيخ برهان الدين: والظاهر أنه غلط من مسألة إلى مسألة؛ فإنه قال في «المحرر»: ويحرم من جهة المصاهرة بالنكاح الصحيح أمهات الزوجة، وزوجة الابن، وزوجة الأب، ثم قال: ويحرم بالدخول في النكاح الصحيح بنات الزوجة.

وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بِمِلْكٍ حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ، وَكَذَا الْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي حَقِّهِ، قِيلَ أَوْ لَا حَقِّهَا، الْمَزْنِيُّ بِهَا، ....

فقوله أولًا: الصحيح لا بُدَّ منه.

وقوله ثانيًا: الصحيح ليس بجيد؛ إذ الدخول محرم في النكاحين، فكأنه أراد أن ينبه على الثاني، فيقول: قوله: ويحرم بالنكاح الصحيح، الصواب حذف لفظة: «الصحيح»، فإن حرمة المصاهرة تثبت مع الدخول في الفاسد، فذكر الأول، انتهى.

وكان ذكر لفظة: «الصحيح» ثانيًا وقع في بعض النسخ، وإلا فالموجود في نسخ «المحرر»، وتهذيبه وإيجازه؛ ذكر الصحيح في الأول فقط، وهو الصواب.

فرع: لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب، ولا زوجة الرَّاب.

قال: (**وَمَنْ وَطِئَ امْرَأَةً بِمِلْكٍ؛ حَرُمَ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ**)؛ لأن الوطء بملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح، وكذلك يحرم الجمع بين وطء الأختين بالملك كالنكاح، وقد نقل الإجماع على أن الوطء في الملك يثبت به تحريم المصاهرة والمحرمية؛ لأنه وطء بسبب مباح فكان كالوطء في النكاح.

قال: (**وَكَذَا الْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ فِي حَقِّهِ، قِيلَ: أَوْ لَا حَقِّهَا الْمَزْنِيِّ بِهَا**) الوطء بالشبهة كالوطء بالنكاح الفاسد والبيع الفاسد، أو ظنها زوجته أو أمته، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن تثبت به حرمة المصاهرة على المشهور.

وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من علماء الأمصار أن مَنْ وطئ امرأةً بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده، وولد ولده، انتهى.

فأشار إلى الإجماع فيه، وليس بإجماع، قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإن كانت الإصابة بنكاح فاسد احتمل أنه يحرم، إلى أن قال: واجب إلى أن يحرم

به من غير أن يكون واضحًا، فلا يحل له عندي أن ينكح أمها ولا ابنتها، ولا ينكحها أبوه ولا ابنه، وقال غيرنا: لا يحرم النكاح الفاسد، وإن كانت فيه إصابة، كما لا يحرم الزنا؛ لأنها ليست من الأزواج ولا يلحقها طلاق ولا كذا؛ فتعليله وعدم تعقيبه بتنكير يشير إلى ميل منه إليه.

وقال في «التحريم»: إنه محتمل، وإن لم يكن واضحًا لا جرم، حكى الفوراني وغيره ذلك قولًا له، فعلى المذهب المشهور، هل ثبتت به المحرمية حتى يجوز له المسافرة بأمها وبنتها ولأصله وفروعه الخلوة بها والمسافرة بها؟ فيه وجهان، ويقال: قولان، المنسوب إلى نص «الإملاء» وعامة الأصحاب، كما قاله الرَّافِعِي: المنع؛ لأنه لا يجوز له الخلوة والمسافرة بالموطوءة؛ فبأمها وبنتها أولى، والثاني: نعم، ومال إليه الإمام، كما يثبت به النسب والعدة، وإيراد أبي الطيب يقتضي ترجيحه ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى القديم؛ إذا تقرر هذا فإن كانت الشبهة من الجانبين فلا شك في اعتبارها في حرمة المصاهرة، وإن لم تشمل الجانبين فيخرج من كلام الإمام والغزالي ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العبرة به، كما أن ثبوت النسب والعدة يختص بما إذا كانت الشبهة من جانبه.

والثاني: تكفي كونها من أحد الجانبين.

والثالث: لا تؤثر ما لم يكن من الجانبين.

وبين هذا الإيراد وإيراد الرَّافِعِي والْمُتَوَلِّي وغيرهما الخلاف تفاوت يطول ذكره، والملخص من كلام الأئمة أن الاعتبار بجانبه، وأنه يعم تحريم المصاهرة حينئذٍ، وأنه إذا كانت الشبهة من جانبها دونه، ففيه ثلاثة أوجه: **المشهور**: أنه لا أثر لذلك أصلًا.

وثانيها: أنه يؤثر في حقها.

وثالثها: يؤثر في حقهما معًا، وفي ثبوته توقف، وإن تضمنه كلام الإمام والرَّافِعِي، وإطلاق الإبانة.

....

تنبيهات وتتمات:

منها: لو كانت الموطوءة بالشبهة ميتة لم يثبت بوطئها حرمة بالمصاهرة، كما لو سقى لبنًا حُلب من ميتة لا يثبت حرمة الرضاع، قاله الْبَغَوِي في «فتاويه» في باب الغسل، وما ذكره في لبن الميتة، هو المذهب، وفيه وجه، يأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

ومنها: ذكر الرَّافِعِي وجماعة من أسباب الشبهة في حقه أن تمكن البالغة مراهقًا أو مجنونًا، زاد الْمُتَوَلِّي: وتستدخل ذكرًا على ما تم، قال ابن الرفعة: وفي جعل وطء المجنون ووطء المراهق وطء الشبهة نظر، وأيده بما لم يتضح.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وتثبت المصاهرة باستدخال الماء؛ إذا كان محترمًا بأن كان ماء زوجها، زاد الْبَغَوِي: سواء أنزل باحتلام، أو استمناء، أو كان ماء أجنبي نزل بشبهة، كما يثبت النسب وتجب العدة، وإذا أنزل الزوج بزنا، ففي «التهذيب»: أنه لا يثبت نسب ولا صهر ولا عدة، ثم قال: من عنده وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطء زوجته على ظن أنه يزني، قال ابن الرِّفْعَة: الظن غير مطلق، فلم يرتب عليه حكمًا؛ نظرًا إلى ما في نفس الأمر، ولا كذلك إنزاله بزنا في أجنبية، فإن الظاهر والباطن في ذلك سواء، وهو زنا، فلم يتعلق به تحريم ولا يثبت به نسب، انتهى.

ومراد الْبَغَوِي: أنه إذا وطئ أجنبية بزنا، ثم نزع فأنزل، فأخذت زوجته من ذلك الماء بعينه واستدخلته، وهذا شيء آخر غير الزنا، ولا يلزم [من كون] الزنا نسب إنزاله بغير حكمه، كما لا يلزم من مقارنة ظن الزنا له في وطء زوجته، وأيضًا فالإنزال إما قبل الإيلاج في المزني بها، أو بعده، وحينئذٍ هو كاستمنائه.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو استدخلت مَني زوجها؛ لكن الزوج أنزله بسبب الزنا فلا نسب، ولا صهر به، ولا عدة، ولا مهر، هكذا قاله الأصحاب؛ لتحقق الحرمة، ولحقها، قال المعلق عنه: قال شيخنا: يثبت؛ لوجود الشبهة الجانبة من العقد، انتهى.

....

وفي «الكافي»: وإن كان الزوج أنزل بالزنا، فإذا استدخلته امرأته هل تثبت هذه الأحكام؟ وجهان، فأخذ بحث الْبَغَوِي مع نقله، وجعلهما وجهين.

ومنها: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو استدخلت ذكرًا أشل فلا نسب ولا صهر به ولا عدة، كما لو استدخلت ذكرًا مبانًا، انتهى.

وفي كلام الرَّافِعِي في «التحليل»: ما يشير إلى ثبوتها بالذكر الأشل؛ حيث حكي عن الشيخ أبي محمد الاكتفاء به؛ لحصول صورة الوطء وأحكامه، قال: والمشهور: المنع؛ لعدم ذوق العسيلة، فافهم تسليم ثبوت الأحكام، وفي «الحاوي» عن الشيخ أبي حامد أنه إذا أدخله غير منتشر بيده أو بيدها لا يبيح ولا تتعلق به أحكام الوطء، ورده كما سيأتي، فيشبه أن يجري هنا في إيلاج الأشل واستدخاله وجهان، وأن يكون محلهما إذا لم يعترف بالإنزال.

ومنها: إذا أتى زوجته أو أمته في دبرها أو فعله في نكاح فاسد، وقلنا: لا حد، أو أتى أجنبية فيه بشبهة ظانًا أنه القبل ثبتت حرمة المصاهرة.

وقال الفوراني: إذا أتى زوجته في دبرها تعلق به هو مغلظ عليه في المهر، ووجوب الحد والعدة والمصاهرة في ظاهر المذهب، وهل تتعلق به حرمة المحرمية؟ فيه وجهان، ولا غيره بإتيان الذكر، وقال الأوزاعي وأحمد: إذا لاط بغلامٍ حرمت عليه أمه وبنته.

ومنها: في آخر نكاح المتعة من «التهذيب»: لو زنا بامرأة، أو نكحها في العدة ووطئها وهو عالم بكونها معتدة، حدَّ ولا عدة عليها، فلو ادعى الجهل بالتحريم، لا يعذر إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام، أو نشأ بموضع بعيد عن دار الإسلام، أو كان مجنونًا فأفاق، وزنا قبل أن يعلم الأحكام فيقبل قوله، ولا حد، وهل يثبت النسب ويجب المهر ويكون الولد حرًّا وإن كانت الموطوءة أمة؟

وجهان: أصحهما: الثبوت كما يسقط الحد، والثاني: لا وإنما يسقط الحد للشبهة، وكذا المجنون إذا زنا هل يثبت النسب؟ وجهان: الأصح ثبوته

وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةٌ بِشَهْوَةٍ كَوَطْءٍ فِي الْأَظْهَرِ ....

ووجوب العدة مبني على ثبوت النسب إن أثبتناه وجبت، وإلا فلا، انتهى.

قال: (**لا الْمَزْنِيِّ بِهَا**) أي: فلا تثبت بالزنا حرمة المصاهرة؛ لأن الله تعالى قرن بين النسب والصهر فقال: ﴿ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤] فلما انتفى عن الزنا حكم النسب انتفى عنه حكم المصاهرة، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: إنه تعالى امتن على عباده بثبوت النسب والصهر بطريق أباحه، وشرعه، ورضي به، وهو النكاح، فلا يجوز أن تكون الحرمة التي امتن بها في شيء أراده، ودعا إليه في الزنا الذي فاعله عاصٍ لله تعالى، وأوجب عليه الحد والعقوبة في النار؛ إلا أن يعفو عنه، انتهى.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» بعد نقله خلاف الناس في المسألة: وقد أجمع هؤلاء الفقهاء - أهل الفتوى بأمصار المسلمين - أنه لا يحرم على الزاني نكاح المرأة التي زنا بها إذا استبرأها، فنكاح أمها وابنتها أحرى.

إشارة: قد يستثنى صورة زنا المجنون، ومن ذكرناه قريبًا عن الْبَغَوِي [من إطلاق المصنف] وغيره، ولننظر فيما لو أكره على الزنا، وقلنا بتصوره هل يكون وطئًا بشبهة يثبت المصاهرة الظاهرة؟ نعم، فإن أكرها معًا ثبت التحريم⁽¹⁾.

قال: (**وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةٌ بِشَهْوَةٍ**)؛ أي: كتقبيل ولمس ومفاخذة ونحوها (**كَوَطْءٍ فِي الْأَظْهَرِ**) هو ما رجحه الإمام وغيره؛ لأنه لا تثبت له أحكام الوطء، والثاني: أنه كالوطء؛ لأنه استمتاع يوجب الفدية على المحرم فكان كالوطء، ورجحه الْبَغَوِي والرُّويَانِي وصاحب «الكافي»، وهو قول أكثر أهل العلم، وقال الرَّافِعِي في أحكام إتيان الدبر: إنه قوي.

إشارات: موضع القولين في مباشرة [بشهوة]⁽²⁾ أو نسب مباح، أما المباشرة المختص بتحريمها فلا تؤثر؛ كالزنا، وقوله: بشهوة، زادها على

---

(1) في نسخة: (من الجانبين وإلا ففيه ما سبق، والظاهر أنه لو أكره على وطء أمته أو زوجته ثبت التحريم).

(2) في نسخة: (بشبهة).

وَلَوْ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةٍ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ، لَا بِمَحْصُورَاتٍ، ....

«المحرر» ولا بد منها عند المعظم، قال الإمام: ومنهم من أرسل [ذكر] الملامسة ولم يقيد بالشهوة؛ فيجوز أن يقال: تكفي صورة الملامسة كما في نقض الطهارة، انتهى.

وإطلاق النص يوافقه، ولا أثر للنظر بالشهوة، وفيه قول ضعيف، ثم خصه بعضهم بالنظر إلى الفرج، وبعضهم لم يفرق، وعبارة الدارمي: إن نظر إلى زوجته وأمته من غير لمس لم تنتشر الحرمة، وإن لمس أو قَبّل فعلى قولين، وكذلك في الوطء دون الفرج، وإن كشف عنها للجماع، ولم يلمسها ولم يطأها فالأصح أنه ينتشر، وفي القديم ينتشر، فإن لمس بغير شهوة.

قال ابن المرزبان: لم ينتشر، خلافًا لأبي حنيفة، انتهى.

ويجوز أن يقال: لا حاجة إلى تقييد محل الخلاف بالمباشرة بغير الزنا كما قيدناه؛ بل نجعلهما كالوطء على قول مطلقًا؛ وإذا كانت كالوطء علم حكمها من حكمه؛ إذا كانت على صفته؛ فإن كانت بسبب فهي كهو بذلك السبب، وإن كانت بلا سبب ولا شبهة؛ فكما لو وطئ كذلك لا يؤثر على هذا القول، واعلم أن إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولم يقيدها ذلك لمن هي محل للاستمتاع، فيخرج منه أن مباشرة ابنة شهر بشهوة مثلًا على قولين، وهو بعيد؛ لأنها ليست محل شهوة.

قال: **(وَلَوْ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةٍ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ، لَا بِمَحْصُورَاتٍ)** فيه صورتان: **الأولى**: إذا اختلطت المحرمة عليه بنسب، أو رضاع، أو صهر، أو لعان، أو بقي بنسوة بلد كبير؛ فالمعروف جواز النكاح منهن؛ لأنَّا لو منعناه؛ لتضرر بالسفر، ويحتمل أن يكون إلى مقصده، فلو منعناه لامتنع من الكل، قال الإمام: وهذا ظاهر إن عمَّ الالتباس، فلو أمكنه نكاح امرأة لا يتمارى فيها، فيحتمل أن يمتنع نكاح من يرتاب فيهن، والظاهر أنه لا حجر.

قلت: الظاهر أن مرادهم ما إذا جوز على كل واحدة منهن أنها المحرمة عليه، أما لو امتازت بصفة كسواد أو قطع أو جذم أو هرم أو صغر وغير ذلك، فلا ريب في نكاحه من ليست بتلك الصفة، وأما المتصفات بها؛ فإن كن

محصورات فكما لو اختلطت بنسوة قرية صغيرة، وإلا فله نكاح واحدة منهن.

تنبيهات: عبارة أكثر الأئمة: لو اختلطت المحرمة، وعن عبارة الشَّافِعِي والجرجاني: ولو اختلطت المحرمة بغيرها منع من التزويج بالجميع؛ للإشكال، ولم يدخل التحري فيها، سواء اختلطت بنسوة قرية قليلة العدد، أو بنساء بلد كبير، انتهى.

فقوله: «المحرمة» دخل فيه جميع المحرمات، وأما منعه من التزويج بالجميع في البلد الكبير فغريب، إلا أن يريد منعه استغراق الكل، وهو بعيد إذا قلنا بالمشهور، فهل له أن ينكح كلهن إلا واحدة أو إلى أن تبقى واحدة أو إلى أن تبقى جملة؟ لو كان الاختلاط بهن [لم] ينكح منهن، وجهان: أقيسهما الثاني، قاله الرُّويَانِي. ووقع في «الروضة» قبيل «باب الأواني» أنه لو اشتبه إناء بأواني بلد فله أخذ بعضها بلا اجتهاد، وبلا خلاف، وإلى أي حد ينتهي؟ وجهان: في «البحر» أصحهما: إلى أن يبقى واحد، والثاني: إلى أن يبقى قدر لو كان الاختلاط ابتداءً، منع الجواز، وهذا الترجيح للمصنف، فإنه نقل الوجهين في شرح «المهذب» عن «البحر» وقال: إنه لم يرجح شيئًا، وأن المختار الأول، والذي رأيته [في «البحر»] بعد ذكره الثاني، وهذا أوضح.

فإن قلت: لو اختلط جماعة كثيرة ممن يحرمن عليه بغير محصورات، فما الحكم؟

قلت: لم أر فيه نصًا، ويشبه أن يقال: لو فرضنا المشتبهات عشرين مثلًا، ولو قسمنا نساء البلدة الحلتين عشرين قسمًا؛ لصار كل قسم محصورًا، حرم النكاح منهن، وإن لم ينحصر فلا، كاختلاط الواحدة بمن لا ينحصر؛ وإن لم يعلم عدد المحرمات، ولا [أمكنه] الأخذ فيهن بالأحوط، فالظاهر الحظر، فتأمله، الثانية: إذا كن محصورات لم يجز أن ينكح واحدةً منهن احتياطًا للإبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن، بخلاف الصورة الأولى، فلو خالف وفعل، لم يصح في الأصح لمنعنا له ذلك، والثاني: يصح؛ لأن سبب المنع فيها مشكوك فيه، وقد وجد النكاح ظاهرًا، فلا يحكم بفساده بالشك، وكلام الإمام والْغَزَالِي يفهم

أنه يجوز أن يعقد ابتداءً على وجه، وصرح به الإمام في «كتاب الرضاع».

إشارات:

منها: قال الإمام: العدد المحصور: هو ما يسهل على الآحاد عده، وغير المحصور: ما يعسر عليهم، وفي «الإحياء»: كل عدد لو اجتمع في صعيد عسر على الناظر عده بمجرد النظر؛ كالألف والألفين فغير محصور، وإن سهل كالعشرة والعشرين فمحصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق أحدهما بالظن، وما وقع فيه الشك؛ فلتستفتِ فيه القلب.

قلت: ينبغي التحريم عند الشك عملًا بالأصل، وسبق [شيء] من الشروط أن تعلم أنها حلال له.

ومنها: قال شارحٌ وهو السبكي - رحمه الله تعالى - بعد كلام «الإحياء»: ولو اختلطت بألفي امرأة، وعلمنا أنها غير خارجة منهن، وحصرن، فتحرير نكاح واحدة منهن صعب مع إمكان نكاح من سواهن بسهولة، فينبغي أن يحرم نكاح منهن، وليس هذا كما قاله الإمام، فإنه فرضه فيما إذا أفرد واحدة لا تتمارى فيها، وغيرها من نساء البلدة محتمل، فقصر إباحة نكاحه على تلك الواحدة صعب، بخلاف ما قلناه؛ فإنه لا يصعب قصر الحال على ما سوى ذلك العدد، انتهى. ولعل الإمام لم يقصد التقييد بالمفردة المعنية.

ومنها: لو اشتبه عليها من يحرم عليها نكاحه برجال بلد، وهو لا يعلم وهي لا تعرفه؛ فينبغي أن يكون الحكم في حقها كهو في حقه؛ بحيث مُنِعَ، مُنِعَت؛ وحيث جاز له التزوج، جاز لها.

ومنها: جزم المصنف تبعًا للمتولي وغيره بأنه لو رأى حيوانًا مذبوحًا، ولم يدر أذبحه مسلم أم مجوسي، حرم تناوله للشك في الإباحة، والأصل عدمها، انتهى.

وفي بيوع «البيان» قال الشيخ أبو حامد: إذا وجد شاةً مذبوحة في موضع يساوي فيه أهل الشرك الإسلام، لم يجز شراؤها، ولا أكلها، وإن وجد في

وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبِّدُ تَحْرِيمٍ عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةِ ابْنِهِ بِشُبْهَةٍ، وَيَحْرُمُ جَمْعُ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ....

بلاد الإسلام في موضع أكثر أهله المسلمون جاز أكلها؛ لأنه يغلب على الظن أنها ذبيحة مسلم، انتهى.

وعبارة أبي حاتم القزويني في «تجريد التجريد» للمحاملي في باب اختلاف المتبايعين: ولو وجد شاةً مذبوحة ببلد به مسلمون ومجوس، لم يحل أكلها ما لم يتيقن الإباحة؛ إلا أن يغلب على الظن الإباحة؛ بأن يكون المسلمون في البلد أكثر فيحل اعتبارًا بالغالب، انتهى.

وقضية ما سبق عن الْمُتَوَلِّي وغيره الحظر فيما إذا اشتبهت المحرمة عليه بنساء البلد ما كان، وقضية كلام أبي حامد فيما يظهر النظر إلى الأغلب، وهو بعيد.

قال: (**وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبِّدُ تَحْرِيمٍ عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةِ ابْنِهِ بِشُبْهَةٍ**)؛ لأنه معنى يوجب تحريمًا مؤبدًا؛ فإذا طرأ على النكاح أبطله؛ كالرضاع، فكل ما منع الإبعاد في الابتداء يرفع النكاح في الدوام، فلو نكح امرأةً وابنُه ابنتها، وزفت كل واحدة إلى غير زوجها، فوطئها [غلط] حرمتا عليهما مؤبدًا، ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها بشبهة، انفسخ نكاح امرأته.

إشارة: كتب الشيخ بخطه على لفظ «ابنه» [و«أبيه»] معًا، يعني: لك أن تقرأها بالنون وبالياء آخر الحروف.

قال: (**وَيَحْرُمُ جَمْعُ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا**) أي: ابتداءً ودوامًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وهو إجماعٌ.

(**أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا**) أي: ابتداءً ودوامًا؛ لقوله ﷺ: «**لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا**»(١) متفق عليه.

والمعتبر فيه: أداؤه إلى قطيعة الرحم، قال في «الأم»: ولا خلاف فيه، ولم يعبأ بخلاف عثمان البتي وغيره، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٢، رقم ١١٠٨)، والبخاري (٥/ ١٩٦٥، رقم ٤٨٢٠)، ومسلم (٢/ ١٠٢٨، رقم ١٤٠٨)، والنسائي (٦/ ٩٦، رقم ٣٢٨٨). والشافعي (١/ ٢٧٣).

مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ ....

ذلك، ولم يخالف فيه إلا من لا يعتد بخلافه من المبتدعة والرافضة.

قال: (مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ)؛ لما سبق، واعلم أنه ليس المراد بالعمة والخالة أخت الأب وأخت الأم فقط؛ بل يحرم الجمع بين المرأة وعمة أبيها، [وجدتها] وعمة أمها، وجدتها، [وبين المرأة وخالة أمها، وجدتها] وخالة أبيها، وأجدادها، وهل يكون ذلك بالاسم أو بالمعنى؟ فيه الخلاف السابق قاله **الْمَاوَرْدِي**.

إشارة: ضبط الأئمة تحريم الجمع بعبارات ذكرها **الرَّافِعِي**: **إحداها**: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع لو كانت إحداهما ذكرًا لم يتناكحا.

الثانية: [بين] كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع يقتضي المحرمية.

الثالثة: [بين] كل امرأتين بينهما قرابة، أو رضاع، لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك، وقصدوا تقييد القرابة والرضاع؛ الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها، أو بين المرأة وزوجة ابنها، أو بين المرأة وبنت زوجها؛ فإن هذا الجمع غير محرم، وإن حرم النكاح؛ لو كانت إحداهما ذكرًا لأن ذلك بسبب المصاهرة، لا بسبب بالقرابة، والمعنى في تحريم الجمع [بالرضاع صح لما فيه من قطيعة الرحم؛ للوحشة والمنافسة بين الضرتين، وليس في المصاهرة رحم حتى يفرض قطيعته.

ثم قال **الرَّافِعِي**: وقد يستغنى عن قيد القرابة والرضاع؛ بأن يقول: يحرم الجمع بين كل امرأتين أيهما قدرت ذكرًا [حرمت عليه الأخرى، فتخرج الصورتان المذكورتان؛ لأن أيهما قدرت ذكرًا] لا تحرم عليه الأخرى؛ لأن أم الزوج وإن كانت تحرم عليها زوجة الابن لو قدرت ذكرًا لا تحرم الأخرى؛ بل تكون أجنبية عنه، قاله في «الشرحين»، قيل: وصواب العبارة؛ لأنه ليس أيتهما قدرت ذكرًا تحرم عليه الأخرى، إذ المراد سلب العموم لا عكسه، كعبارة **الرَّافِعِي**.

فرع: يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته، وبين المرأة وربيبة زوجها من

فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ، أَوْ مُرَتَّبًا فَالثَّانِي ....

غيرها، وبين أخت الرجل من أبيه وأخته من أمه، وبين المرأة وزوجة ابنها وزوجة أبيها، وأبدى الْبَغَوِي في «فتاويه» من عنده أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وزوجة ابنها بالنون، وإن جاز بينها وبين زوجة أبيها، وهو غريب.

قال: (**فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ**)؛ أي: المنهي عنه في الآية والخبر.

(**أَوْ مُرَتَّبًا فَالثَّانِي**)؛ لأن الجمع به حصل هذا لو علمناه، أما لو لم نعلم عينه أصلًا فيبطلان، وإن علمناه ثم اشتبه توقفنا، كما في نكاح الوليين من اثنين، ذكره الْمَاوَرْدِي نقلًا، وابن الرِّفْعَة تفقهًا، قال الشَّافِعِي في «الأم»: لو تزوجهما لا يدري أيتهما أولى أفسدنا إنكاحهما، قال الْمَاوَرْدِي: وهل يقتصر بطلانه إلى فسخ الحاكم أم لا؟ على وجهين: وقد يؤخذ من النص أن له استئناف العقد على أيتهما شاء، وينبغي ألا يعقد على واحدة منهما؛ حتى يتلفظ بطلاق الأخرى؛ لاحتمال سبق عقدها فتكون زوجة باطنًا.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: إذا عقد على امرأة عقدًا فاسدًا، ثم تزوج عليها أختها، فإن علم بفساد الأول، صح الثاني، علم بأخوة الثانية أو لا، وإن لم يعلم بفساد العقد الأول، فإن لم يعلم بأخوة الثانية فالعقد صحيح؛ إذا لم يقترن به منع، وإن علم ذلك فعقد عليها مع اعتقاد صحة الأول فنكاحها باطل أيضًا اعتبارًا باعتقاده ظاهرًا.

قال في «البحر»: عندي أنه ينعقد نكاح الثانية بكل حال غايته أنه هزل بهذا العقد، وهزل النكاح جدٌّ للحديث، وزيف ما أبداه بما يطول ذكره [وفي تزييفه نظر]. وفي «شافي» الجرجاني، وإن تزوج من تحل له نكاحها وعنده أنها محرمة عليه؛ لعدة أو نسب أو لغير ذلك، فبان، أي: بخلاف ما ظنه، انعقد النكاح؛ لاعتقاده، وقد ذكر الْمُتَوَلي وغيره، من شرائط العقد كونه عالمًا بأنها تحل له، والرُّويَانِي في «البحر» يوافق على ذلك كله، وقد قال في الفروع المنثورة قبيل باب الزنا: [لا يحرم، الخلاف، أما لو قلنا:]⁽¹⁾ إن بينهما

---

(١) في نسخة: (أنهما لا يحرم الحلال لو ظنا).

وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ، لَا مِلْكُهُمَا فَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً حَرُمَتْ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُولَى ....

رضاعًا محرمًا، فعقد على ذلك، ثم بان ألا رضاع بينهما صح النكاح على ظاهر المذهب، وفيه وجه آخر أنه لا يصح [النكاح] ويشهد لترجيحه، ومخالفته للْمَاوَرْدِي أنه لو تزوج أمة أبيه ظانًا حياته فبان ميتًا، صح على الأظهر عند الشيخين وغيرهما.

قال: (**وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ**) أي: حرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين؛ لأنه إذا حرم الجمع في النكاح؛ فلأن يحرم الوطء أولى؛ لأنه أقوى؛ لأن التحريم يثبت في فاسد الوطء عن شبهة، كما يثبت في صحيحه، وعقد النكاح بمجرده ليس كذلك، ولأن ذلك يؤدي إلى التباغض والتقاطع، كما يوجد بين الزوجات، قال الْمَاوَرْدِي: وتحريم ذلك يستفيض في الصحابة؛ كالإجماع.

وقال غيره: الآثار عن جمع من الصحابة ظاهرة في ذلك من غير أن يظهر خلاف فصار إجماعًا، وقال الشيخ في «شرح مسلم»: الوطء بملك اليمين كالنكاح حرام عند العلماء كافةً، وعند الشيعة مباح، انتهى.

ونقله في «الحاوي» عن داود، ورواية عن ابن عباس، وربما أضيف إلى عثمان، وعن الإمام أحمد: أنه سُئل عنه، فقال: لا أقول هو حرام؛ ولكن نهى عنه، والمشهور عندهم: التحريم، وروي عن علي التوقف في ذلك.

قال: (**لَا مِلْكُهُمَا**) أي: فيجوز الجمع بينهما في الملك بالإجماع؛ لأن الملك لا يتعين للوطء، ولهذا يجوز أن يشتري أخته ونحوها ممن تحرم عليه مؤبدًا.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً**) أي: في قُبُل أو دُبُر طائعةً أو مكرهةً، أو طائعًا أو مكرهًا، عالمًا أو جاهلًا.

(**حَرُمَتْ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُولَى**) أي: قطعًا، هذا هو المعروف، فلو وطئها فلا حدَّ قطعًا؛ لأن له طريقًا إلى حلِّها، بخلاف [ما لو وطئ] مملوكته

كَبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ، وَكَذَا رَهْنٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

المحرمة [فإنه يحد] على قول، ثم لا يؤثر وطؤها في إباحة الأولى؛ بل تبقى حلالًا كما كانت قبل وطء الثانية، وتحريم الثانية مستمر، هذا هو المذهب المنصوص في «الأم» و«المختصر».

وقال في «البويطي»: إذا كان عند الرجل أمتان أختان فَوَطِئَهُمَا جميعًا، قيل: لا يقربهما حتى يحرم فرج إحداهما، انتهى.

وهذا يقتضي إثبات قوله: إنه بوطء الثانية يحرمان جميعًا.

ولنا وجه مشهور: أنه إذا أحبل الثانية حلت له وحرمت الموطوءة أولًا، وكأن قائله رأى أنهما قد استويا، وترجح بالإحبال جانب الثانية؛ صيانةً للولد؛ لكنه خلاف قول الأصحاب، وصريح نص «الأم»، وجزم الفارقي بأنه إذا ظهر بالثانية حبلٌ حرمت عليه الأولى حتى تضع الثانية، فإذا وضعت عادت إباحة الأولى، وأقره صاحبه ابن أبي عصرون، وهو غريب.

تنبيهات: لو كانت إحداهما مجوسية أو وثنية ونحوهما فوطئهما، أو محرمًا له فوطئها بشبهة، كان له وطء الأخرى؛ لأن الموطوءة محرمة فلا يحتاج إلى تحريمها، ولا خفاء أنه لو ملك أمًّا وبنتها فوطئ إحداهما؛ أن الأخرى تحرم مؤبدًا، وإنما الكلام في الأختين والمرأة وعمتها أو خالتها ونحوهن.

قال: (**كَبَيْعٍ**) لإزالة الملك، ولا شك فيه إذا لزم، أما لو باع بشرط الخيار بحيث قلنا: يجوز وطئها للبائع فلا أثر له؛ لعدم التحريم، وحيث قلنا: لا يجوز له الوطء، فوجهان، وروى الإمام: القطع بالحِلِّ، ويكفي بيع بعضها، وهبة المقبوضة ووقفها.

قال: (**أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ**) أي: صحيحة؛ لأنهما إزالة حل.

(**لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ**) أي: وعدة شبهة وردة؛ لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك والاستحقاق.

[قال:] (**وَكَذَا رَهْنٌ**) أي: مقبوض.

(**فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لا يعد استقلالًا كالكتابة، ولا حلًّا للغير كالتزويج،

وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا أَوْ عَكَسَ حَلَّتِ الْمَنْكُوحَةُ دُونَهَا.

ولا يزيل الحل بدليل [عدم] جوازه بإذن المرتهن، والثاني: الاكتفاء به كالكتابة، والظاهر: أنه إذا أبحنا له وطء المرهونة الصغيرة أو غيرها كما سبق، أنه لا أثر للرهن قطعًا.

واعلم أن الموجود في كتب المذهب المشهورة في الطريقتين أن الرهن لا يكفي، وذكر الإمام: أن الأئمة ترددوا فيه؛ فإن تحقق خلاف فيه، فهو غريب ضعيف، والمشهور الجزم بأنه لا يكتفي به، وقال القاضي أبو حامد: وغلط بعض أصحابنا، فقال: يُكتفى بقوله: حرمتها على نفسي؛ فتحرم عليه وتحل له الأخرى.

قلت: ولو أجَّرها للإرضاع، ومنعناه الوطء مدة الإجارة، فهل تكون كالمرهونة أو أنه يكفي ذلك ولا أثر له؟ لم أرَ فيه شيئًا، ثم إذا زالت هذه الأسباب المكتفى بها؛ فإن كان لم يطأ الأخرى؛ يخير في وطء أيتهما شاء، وإن كان وطئها لم يجز له وطء من زال تحريمها حتى تحرم الأخرى على نفسه؛ لأن الثانية في هذه الحالة كالأولى.

فرع: في اللمس والقُبْلَة والنظر بشهوة ونحوها من المباشرات، مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة، ذكره الرَّافِعِي وغيره.

إشارة: الظاهر أن في حكم تحريم الأولى على نفسه ببيع ونكاح ما لو حرمت عليه أبدًا لا بفعله، كما لو رضعت زوجته الصغيرة مثلًا، أو وطئها أصله أو فرعه بشبهة ونحو ذلك، ووقع في «شرح العيون» للشيخ أبي محمد أنه لا يكتفى بتحريم الرضاع والردة؛ بل لا بدَّ من التحريم بعقد من بيع، أو كتابة، أو تزويج، وما ذكره في الرضاع غريب جدًا، والوجه خلافه.

قال: (**وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا، أَوْ عَكَسَ؛ حَلَّتِ الْمَنْكُوحَةُ دُونَهَا**) أي: سواء كان قد وطئ الأمة قبل النكاح، أم لا، ولا خفاء أن الأخت مثال لمن يحرم الجمع بينهما، وإنما كان الحكم ما ذكره؛ لأن فراش النكاح أقوى، ولذلك يلحقه الولد فيه وإن لم يقر بالوطء بخلاف الأمة، ولَا يُجَامِعُ النِّكَاحَ حلها لغيره إجماعًا، بخلاف الملك فدفع الأقوى الأضعف سواء تقدم أم تأخر.

وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ. وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ، فَإِنْ نَكَحَ خَمْسًا مَعًا بَطَلْنَ ....

قال: (**وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ**) روي ذلك عن عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف ﷺ قال البيهقي(١): ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة.

فرع: في الكتاب وأصله أن المعتق نصفه كالقنِّ، وتخيل جواز ثالثة له فاسد.

قال: (**وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ**)؛ لحديث غيلان أنه أسلم على عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «**أمسك أربعًا وفارق سائرهن**»(٢) صححه ابن حبان، والحاكم.

قال الشَّافِعِي: دلت سُنة رسول الله ﷺ المبينة عن الله تعالى على تحريم أن يجمع أحد غير رسول الله ﷺ أكثر من أربع، وأشار إلى نقل الإجماع فيه جماعة منهم القاضي أبو الطيب قال: لا خلاف بين الأمة إلا ما يحكى عن القاسم بن إبراهيم، ومن يقتدي به من القاسمية، وقال غيره: والزيدية والشيعة، وحكي عن بعض الظاهرية، ولا اعتداد بذلك.

قال: (**فَإِنْ نَكَحَ خَمْسًا مَعًا بَطَلْنَ**) أي: كما لو عقد على أختين، نص عليه، واتفقوا عليه.

وفي «الذخائر» يبطل في واحدة، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، وهذا من غلطاته.

---

(١) في السنن الكبرى (٧/ ١٥٨).

(٢) حديث الحارث بن قيس: أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٢، رقم ٢٢٤١)، والطحاوي (٣/ ٢٥٥)، والبغوي في معجم الصحابة (٢/ ٧٧، رقم ٤٦٠)، وقال: لا أعلم للحارث بن قيس حديثًا غير هذا. وابن قانع (٢/ ٣٥٣) والدارقطني (٣/ ٢٧٠) والبخاري في التاريخ الكبير (٢/ ٢٦٢)، وابن ماجه (١/ ٦٢٨، رقم ١٩٥٢)، وأبو يعلى (١٢/ ٢٩٠، رقم ٦٨٧٢)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/ ٢٠٧، رقم ٢٧٣٧)، والطبراني (١٨/ ٣٥٩، رقم ٩٢٢)، والبيهقي (٧/ ١٤٩، رقم ١٣٦٢٤).

حديث عبد الله بن عمر: أخرجه الطبراني (١٢/ ٣١٥، رقم ١٣٢٢١). وأحمد (٢/ ١٣، رقم ٤٦٠٩)، وأبو يعلى (٩/ ٣٢٥، رقم ٥٤٣٧)، قال الهيثمي (٤/ ٢٢٣): رواه أحمد، والبزار، وأبو يعلى، ورجال أحمد رجال الصحيح. والطبراني في الشاميين (٢/ ٢٣٤، رقم ١٢٤٩) وابن حبان (٩/ ٤٦٣، رقم ٤١٥٦)، والحاكم (٢/ ٢١٠، رقم٢٧٨٠).

أَوْ مُرَتَّبًا فَالْخَامِسَةُ. وَتَحِلُّ الْأُخْتُ، وَالْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ لَا رَجْعِيَّةٍ.

تنبيه: يستثنى من إطلاق المصنف ما لو كان فيهن من يحرم الجمع بينهما كأختين؛ فإنه يبطل فيهما، ويصح في الباقي على الأظهر، وقيل: قطعًا، وفي معنى الأختين ما لو كان فيهن من لا تحل له؛ كمحرم وملاعنة، أو وثنية، أو مجوسية، فالقياس البطلان فيها قطعًا، والصحة في الباقي على الأصح، وكذا الحكم لو كان فيهن أمة وهو لا يخاف العنت، فإن كان ممن يباح له الأمة بطل في الجميع، قاله القاضي أبو الطيب في «المجرد»، ولو نكح سبعًا فيهن أختان بطل في الكل، أو ثلاث أخوات بطل فيهن فقط في الأظهر، ولو نكح أربعًا أختين وأختين ونحو ذلك بطل في الجميع، والثلاث للعبد كالخمس للحر فيما ذكرناه.

قال: (**أَوْ مُرَتَّبًا فَالْخَامِسَةُ**)؛ لزيادتها على العدد الشرعي، فإن وطئها ومثله يجوز أن يجهله؛ فلا حد، وإن علم فوجهان، ووطء إحدى الخمس المعقود عليهن دفعة كوطء الخامسة، قاله الدارمي.

قال: (**وَتَحِلُّ الْأُخْتُ، وَالْخَامِسَةُ فِي عِدَّةِ بَائِنٍ**)؛ لأنها أجنبية بارتفاع النكاح وزوال العصمة.

(**لَا رَجْعِيَّةٍ**) أي: لأنها في حكم الزوجات، وفي معناها المتخلفة عن الإسلام والمرتدة بعد الدخول بهما ما بقيت العدة.

فرع: ادعى أن الرجعية أخبرته بانقضاء عدتها واحتمل ذلك، حل له نكاح أختها، نص عليه في «الإملاء» وتبعه الأكثرون، خلافًا للحليمي، قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: وفي معنى دعواها إخبارها أن يقول: إن علمت ذلك، أو أخبرتني عنها امرأة ثقة، أو من أثق به.

فائدة: نقل الرَّافِعِي مذهب الْحَلِيمِي عن الْقَفَّالُ، ويتعين حمله على الْقَفَّال الشَّاشِي، أما الْقَفَّال المروزي فالذي ذكره ما ذكرته وتوسع في ذلك فقال: لا يحتاج أن يقول إنها أخبرته عندي؛ بل ذلك مذهب أبي حنيفة، أما عندنا ذكر ما قدمته، قال جامع «الفتاوى» في موضع آخر: فقلت للشيخ - يعني الْقَفَّال -: أرأيت لو قال الزوج في اليوم الثاني من طلاقها: أنا رأيتها قد أسقطت سقطًا،

وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ ثَلَاثًا أَوِ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ، وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا، بِشَرْطِ الِانْتِشَارِ، ......

وكذبته واحتمل ما قال؟ قال: يحل له أن ينكح أختها وأربعًا سواها.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ ثَلَاثًا أَوِ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ**) أي: قبل الدخول أو بعده، وهو مزاد في بعض النسخ، تبعًا «للمحرر».

(**لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ**) أي: غيره.

(**وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا**) أي: ومن فاقدها على المذهب، ثم يطلقها وتنقضي عدتها منه، كما صرح به «المحرر»، أما في الحر؛ فلقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، أي: ويطأها كما بينته السُّنة الثابتة في «الصحيحين» وغيرهما من حديث رفاعة من قوله ﷺ للمرأة بعد أن أخبرته أنه بت طلاقها، وتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، وهي معه مثل هدبة الثوب، فقال ﷺ: «**أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك**»(١) والمراد بالعسيلة: الوطء تشبيهًا بالعسل.

وروى الإمام أحمد، والنسائي مرفوعًا، أنه ﷺ قال: «**العسيلة: الجماع**»(٢) واعتبره بعض السلف وهو الحسن البصري: الإنزال، واكتفى سعيد بن المسيب، قيل: وسعيد بن جبير بالاكتفاء بالعقد الصحيح لا يبغى به إحلالًا، وكلاهما شاذ مردود بالسُّنة، وأما في العبد فلأنه استوفى ما يملكه من الخلاف(٣) فأشبه الحر.

قال: (**بِشَرْطِ: الِانْتِشَارِ**) أي: بالفعل، وإن قل لا بالصلاحية، فلو أولج بلا انتشار أصلًا لم تحل على الأصح، وإن كان الذكر سليمًا، هذا ما يعتقد رجحانه مذهبًا ودليلًا، وحكى الإمام عن العراقيين خلافه، وفيه نظر، وقول

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦٠)، ومسلم (١٤٣٣).

(٢) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/ ٢٢٦) وأحمد (٦/ ٦٢، رقم ٢٤٣٧٦)، وأبو يعلى (٨/ ٢٩٠، رقم ٤٨٨١)، قال الهيثمي (٤/ ٣٤١): فيه أبو عبد الملك المكي، ولم أعرفه بغير هذا الحديث، وبقية رجاله رجال الصحيح. والدارقطني (٣/ ٢٥١)، والديلمي (٣/ ٨٤، رقم ٤٢٣٦).

(٣) في نسخة: (الطلاق).

وَصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ لَا طِفْلًا عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ، ....

شارح: إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع، وفي وجه ثالث: يكفي إيلاج الذَّكر الأشل والعنين المأيوس النزو ليس بشيء.

فإن قلت: ذكر الرَّافِعِي وغيره أنها لو استدخلت ذكره وهو نائم كفى.

قلتُ: يحمل على ما إذا كان منتشرًا، أو هو مفرع على عدم اشتراط الانتشار، وإلا فمن اعتبره في حال يقظته ففي حال نومه أولى بلا شك.

قال: **(وَصِحَّةِ النِّكَاحِ)** أي: فلا يحل النكاح الفاسد كما لا يحصل به التحصين؛ ولأن إطلاق النكاح ينصرف إلى الصحيح.

قال: **(وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ)** أي: حرًا كان أو عبدًا، عاقلًا أو مجنونًا، مسلمًا أو غيره.

(لَا طِفْلًا) لعدم العبرة به.

(عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ) أي: في شرط الانتشار وما بعده، وكلامه يفهم أن في كل واحدة من هذه المسائل طريقان أو أكثر، وليس كذلك وكان قضية إصلاحه أن يقول: شرط صحة النكاح على الأظهر أو المذهب، ويشترط الانتشار على الأصح، وكونه ممن يمكن جماعه لا طفلًا على الصحيح، أو على النص.

واعلم أن اقتصاره على ذكر الطفل يفهم أنه لا يشترط في الزوجية؛ بل وطؤها يحلها، وإن كانت طفلة لا يمكن جماعها عادةً؛ ولهذا قال في «الروضة»: إن وطء الصغيرة يحلها قطعًا، وقيل: في التي لا تشتهى وجهان، كتحليل الصبي، وفيما أفهمه «المنهاج» وصرحت به «الروضة» نظر؛ بل المذهب المنصوص في «الأم» أن وطء الطفلة لا يحلها كوطء الطفل، وقضية كلام كثير من العراقيين يقتضي أنه لا بدَّ من كون الصبي مراهقًا، وهو ظاهر النص؛ حيث قال هاهنا: وإن كان غير مراهق لم يحلها جماعة؛ لأنه لا يقع موقع جماع الكبير، ولا يجوز أن يقال غير هذا، وإن كان الزوج صبيًّا فكان جماعه يقع موقع جماع الكبير [بأن يكون مراهقًا] يغيب ذلك منه في ذلك منها أحلها.

قال الشَّافِعِي: وسواء في ذلك كل زوج جائز النكاح وكل زوجة حرة ومملوكة، وذمية؛ إذا كان يجامع مثلها هذا نصه بحروفه في «الأم»، ولم يقل الرَّافِعِي ما في «الروضة»؛ بل حكى عن الإمام أنه قاس وطء الصبي الصغير على وطء الصغيرة، وعن غيره إجراء الوجهين فيهما.

وقال في «شرحه الصغير» بعد ذكر الوجهين في الطفل: وأجريا في وطء الصبية إذا لم تبلغ حد التشهي ولم يزد، وكيف كان فالنص قاطع للنزاع!

وأحسن في «الذخائر» فجزم في الطفلة بالمنع مقتصرًا عليه، وحينئذٍ في تسوية الرَّافِعِي وغيره بين المراهق ومن يتأتى منه الجماع وإن لم يراهق وقفة، وضبط بعضهم الممكن جماعه بابن سبع؛ كأنه يشير إلى أنه يكفي كونه مميزًا ولا يكفي من دونه.

تنبيهات تتعلق بالمسألة ولفظ المصنف، وفيها بعض تكرار:

أحدها: قوله: «حتى تنكح» يعرفك أنها لو كانت أمة فوطئها سيدها بعد استبرائها، لم يحلها للزوج، ولا نعلم فيه خلافًا، إلا ما روي عن الزبير وزيد بن ثابت وابن عباس ﷺ: أنها تحل، وأنه لو اشتراها المطلق لم تحل له خلافًا لعطاء وبعض أصحابنا، وأنها تحل بوطء كل زوج في نكاح صحيح كما سبق، وظن ابن الرِّفْعَة أن قولهم: ذمي قيد، وليس بقيد، وقالا تبعًا للبغوي والفوراني: ويشترط في وطء الذمي أن يقع في وقت لو ترافعوا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح، ولم يتعرض الجمهور لهذا الشرط، وهل إطلاقهم محمول على ذلك أو يجري على إطلاقه؟ فيه نظر! ولا يبعد القول بالإطلاق؛ لأنَّا نحكم بصحة أنكحتهم، مع مقارنة المفسد؛ فيكون الوطء قد حصل في نكاح صحيح فيحلل.

ثانيها: (تغيب بقبلها) احترز عن الوطء في الدبر، فإنه لا أثر له هنا، وقوله: (حشفته) أي: سواء أولج هو وأنزلت عليه في يقظته، أو منامه أو أولج فيها وهي نائمة، وفي النفس منه شيء، فإن من الإحساس له لا يذوق العسيلة،

....

وقد أشار الحديث: إلى اعتبار ذوقها منهما، واعلم أني لم أر مسألة النائم في كلام من اشترط الانتشار، وإذا كان الإيلاج في اليقظة بلا انتشار لا يكفي فأولى ألا يكفي استدخال ذكر النائم ونحوه مع عدم الانتشار، وأما أن ينزل ذلك على ما إذا كان [حالة النوم ونحوه هناك انتشار](١) فيكون الغرض بذكر النوم أنه لا يعتبر الشعور إذا وقع على وجه يكتفي به في اليقظة.

ثالثها: قوله: (أو قدرها) يعني: من فاقدها، قال الإمام: والمعتبر قدر الحشفة التي كانت لهذا العضو المخصوص، وقيل: إن جميع الباقي من مقطوعها كالحشفة لا بدَّ مِنْ تَغْيِيبِهِ، قال القاضي أبو الطيب: وهو ظاهر النص، وفي موضع في «المذهب»: أنه ظاهر المذهب، وإن كان الباقي دون الحشفة لم يحلل وفاقًا.

رابعها: لا فرق عند الجمهور بين البكر والثيب، وقال الْبَغَوِي، وغيره: لا بدَّ من إزالة البكارة بآلته وفي النص شاهد له، قال ابن الرِّفْعَة: لكنه ليس يجري على إطلاقه؛ بل محمول على أن ذلك في الغالب يحصل بتغيب الحشفة.

قلت: وإنما تَغِيبُ الْحَشَفَةُ وَلَا تَزُولُ الْبَكَارَةُ فِي الْغَوْرَاءِ، كما أشرت إليه فيما سبق؛ فيحصل التحليل، وإن لم تزل البكارة بكون عذريتها باطنة؛ بحيث تغيب الحشفة ولا يحصل الافتضاض، وقال في كتاب الطلاق: الذي فهمته من كلام الشَّافِعِي وتعليله أنه لا فرق بين الثيب والبكر، وكذا قاله الأصحاب هنا.

وقال الْمَاوَرْدِي هنا: إن التقاء الختانين شرط في الإباحة، ولا يحصل بدون الافتضاض، انتهى. وهذا في الغالب بخلاف الغوراء.

خامسها: لو لف على ذكره خرقة وأولج حلل على أصح الأوجه، وهو قضية كلام المصنف وغيره، وسيأتي بيانها في الجنايات إن شاء الله تعالى.

سادسها: قوله: (بشرط الانتشار) قد بينا ما فيه، ولا يعتبر بمن يفهم من كلام الرَّافِعِي غير ما ذكرناه، فإن من أحاط بمجموع كلامه علمًا وفهمًا توقف،

---

(١) في نسخة: (حالة النوم منتشرًا).

ولا بقول ابن الرِّفْعَة في «المطلب المشهور»: إن إدخال الذكر السليم غير منتشر يحلل، وإنما الخلاف في الذكر العنين والأشل؛ فليس كما ادعاه، وإن أفهمه إيراد الرَّافِعِي، وأصله قول الإمام: إذا كان يتوقع منه الانتشار؛ ولكن صادف الإدخال والاستدخال فتور أو عنة، فالذي أطلقه الأصحاب أن هذا يحصل به التحليل، وليس كما قال على ما اقتضاه كلام خلائق من العراقيين وصاحب «البيان» و«المهذب» وغيرهم، قال في المذهب: ولو أولج الحشفة من غير انتشار، لم يحل لتعلق الحكم بذوق العسيلة، وذلك لا يحصل من غير انتشار [وقال ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: وأدنى ما يحل به أن تغيب الحشفة في فرجها مع الانتشار].

وقال الرَّافِعِي: ولا فرق بين أن يكون قوي الانتشار أو ضعيفه فاستعان بإصبعه أو إصبعها، أما إذا لم يكن له انتشار أصلًا؛ إما لعنة أو شلل في الذكر، فعن الشيخ أبي محمد وغيره الاكتفاء به لحصول صورة الوطء وأحكامه، والمشهور في كتب الأصحاب المنع لعدم ذوق العسيلة، انتهى.

وكلامه هذا يفهم أنه إذا لم يحصل انتشار أصلًا؛ لعنة عرضت حال الإدخال أو كانت قديمة؛ لا يحصل التحليل لما ذكره من عدم ذوق العسيلة، وحينئذٍ يكون مخالفًا لكلام الإمام؛ فإنه نقل في هذه الحالة عن الأصحاب الاكتفاء بذلك، ويكون موافقًا لاعتبار الانتشار حالة الإيلاج، كما هو قضية كلام الشيخ أبي حامد ومن تابعه، ولعل هذا مراد الرَّافِعِي، وكذلك عبر في «المحرر» بما يقتضي أنه لا بدَّ من الانتشار، وتبعه «المنهاج»، ويرسخ ذلك قوله في «الشرحين» بعد حكمه بأن الأصح أن وطء الصبي الذي لا يتأتى منه الجماع لا يحلها: وهما كالوجهين في اشتراط الانتشار، أو هما هما.

سابعها: نقل في «الروضة» عن الإمام أنه نقل اتفاق الأصحاب على أن وطء الطفل الذي لا يتأتى منه الوطء لا يحلل، وفي أصل كلام الرَّافِعِي أن الإمام قد نقل اتفاق الأئمة أن وطء الصبي يحلل، فحذفه من «الروضة»، ونقل عكسه في زيادة له، والإمام ذكر ذلك في موضعين، فنقل في «باب المتعة»

....

اتفاقهم على الاكتفاء بوطء الصبي، وقال هاهنا: إذا كان صبي لا يتصور من مثله الانتشار كابن أيام فقد أطلقوا أنه لا يفيد، ومراده بما ذكره أولًا من يتأتى منه الجماع، وبالتالي من لا يتصور منه فلا تعارض كما ظنه ظان.

ثامنها: لو وطئها في حال ردته، ثم عاد إلى الإسلام لم يحل، نص عليه، وقطع به الجمهور، بخلاف ما لو وطئها وهي صائمة أو محرمة أو حائض؛ فإنه يحللها عندنا خلافًا لمالك، وكذا لو وطئها أجنبية، نعم لو أصابها في عدة شبهة عرضت من غيره، قال القاضي الحسين: إن قلنا: الوطء في النكاح الفاسد يحلها، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان: ورجح الرَّافِعِي الحل، ولو وطئها في عدة الرجعة، ثم راجعها لم تحل، ويتصور ذلك -أعني: صورة الردة وغيرها- حيث يوجب عليها العدة، باستدخال المني وغيره، كما سيأتي بيانه، وكذا فيما إذا وطئها في الدبر، وقال ابن القاص في المرتدة: إذا جمعهما الإسلام في العدة حلت بالوطء الواقع في الردة، وجرى عليه الْقَفَّال في شرحه.

فرع مهم: لو قالت المطلقة ثلاثًا: نكحت زوجًا آخر ووطئني وفارقني وانقضت عدتي، قبل قولها عند الاحتمال، وإن أنكر الزوج الثاني الوطء، وصدق في أنه يلزمه إلا نصف المهر؛ وذلك لأنها مؤتمنة على انقضاء العدة، والوطء يتعذر إقامة البينة عليه، ثم إن غلب على ظنه صدقها فله نكاحها بلا كراهة، وإن لم يغلب ذلك على ظنه؛ فالأولى ألا ينكحها، وإن كذبها لم يكن له نكاحها، فإن قال بعد ذلك: تبيَّنت صدقها، فله نكاحها، هذا كلام الرَّافِعِي.

قال شارح: وكله صحيح إلا دعواها الفراق، كيف يقبل قولها فيه وقد أقرت بالزوجية؟، ولو كان فرض المسألة فيما إذا أقرت بزوج غير معين، احتمل؛ لأنه لم يثبت عليها حق الغير؛ لكن قول الرَّافِعِي: وإن إنكار الزوج الثاني الذي عينته يدل على أن فرض المسألة في المعين، ولا شك أن الثاني الذي عينته لو قال: لم أطلق، كان القول قوله، وأطال القول في ذلك بما ذكرته في «الغنية»، ومراد الرَّافِعِي بقوله: إن أنكر الزوج الثاني إلى آخره، أي: أنكر الإصابة مع اعترافه بالطلاق، وإنما يسكت عليه لوضوحه، ولفظ نص

....

«البويطي»: فادعت أنه أصابها فأنكر الزوج؛ أحلها ذلك، ولم يؤخذ الذي أنكر إلا بنصف الصداق، وهكذا لو لم يعلم المطلق ثلاثًا أنها نكحت[وذكرت أنها نكحت] نكاحًا صحيحًا وأصيبت وصدقها؛ حلت له لأنها لو جاءت بولدٍ في مدة يمكن ذلك منه لحق بالزوج، انتهى.

قال في «الروضة»: قلت: جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها لم تحل له، وتابعه الْغَزَالِي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام الاتفاق على أنها تحل، وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكنًا، قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عثرات الكتاب، ولعل الرَّافِعِي لم يحك هذا الوجه لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط، انتهى.

وهذه مبالغة منه، ومن الإمام كعاداته، ولم يغلط الفوراني - رحمه الله - وقد نقل ذلك رفيقه القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» عن شيخهما الْقَفَّال، وذكر الْقَفَّال مستدلًا به ولم ينازعه القاضي فيه على أن كتابه هذا موضوع لمباحثة شيخه الْقَفَّال ومحادثته له أطراف الأدلة وتنقيح المسائل [ويعضده] ما ذكره [صاحب] «المستعمل».

قال: يعني الشَّافِعِي رضي الله عنه: وإذا طلقها ثلاثًا وانقضت عدتها منه، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها، ثم طلقها أو مات عنها، وانقضت عدتها منه، ولم يقع في قلبه أنها كاذبة، فله أن يتزوجها، هذا لفظه في آخر كتاب الرجعة، وفي كتاب المسافر أيضًا، وهذا مفهوم قوله في «البويطي»: وصدقها، وليس مراده ــ والله أعلم ــ أنه صدقها باللفظ، هذا من حيث النقل، وأما من حيث المعنى فظاهر إذ معظم الأحكام مبنية على الظنون الراجحة، والأصل في الإبضاع التحريم وعدم وقوع ما ادعته، ولا يعدم الفقيه لهذا نظائر كثيرة، وهل على الزوج البحث عن الحال؟

قال أبو إسحاق المروزي: يستحب، وقال الرُّويَانِي: يجب في هذا الزمان، وفي «الذخائر» احتمال في وجوب إقامة البينة على التزوج عند الإمكان، كما تقدم في «الوديعة» على السبب، وهو حسن، وسبق عن الدبيلي

وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِئَ طَلَّقَ أَوْ بَانَتْ أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَطَلَ، وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ.

وغيره أن البلدية تفتقر في إجابة القاضي لها إلى تزويجها؛ إذا ادعت طلاق زوج بالبلد إلى البينة بخلاف الغريبة، وهو ظاهر، والكلام هنا فيما إذا كان الحال فيما بينهما، وبين الزوج، وعن إبراهيم المروزي: أنه لو كذبها [الزوج] والولي، والشهود -يعني: في التزويج- لم تحل على الأصح، وهو الوجه والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِئَ طَلَّقَ، أَوْ بَانَتْ، أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَطَلَ، وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ**) فيه مسألتين:

الأولى: إذا نكح بشرط أنه إذا وطئ بانت منه، أو على أنه لا نكاح بينهما بعد ذلك، لم يصح النكاح؛ لأنه نكاح معينًا بأجل مجهول، وهو ضرب من نكاح المتعة كما قاله الشَّافِعِي؛ بل أولى بالبطلان منه إذا عينت مدة، أعني: مدة المتعة «**وقد لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له**»[1] قال الترمذي: حسن صحيح، وإذا أجزئ الوطء [في هذا النكاح كان وطئًا في نكاح فاسد، فلا يحلل على الصحيح المنصوص.

الثانية: إذا نكحها بشرط أن يطلقها إذا وطئها، فقولان، قال الرَّافِعِي: أصحهما البطلان، وقال الإمام: إنه ظاهر المذهب، وقال الْمَاوَرْدِي: إنه الجديد الصحيح؛ لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت.

والثاني: يصح، ويفسد الشرط؛ كما لو نكحها بشرط ألا يتزوج عليها أو لا يسافر بها؛ فإن قلنا بالفساد فحكمه ما سبق، وإن صححنا فسد المسمى؛ لفساد الشرط، ووجب مهر المثل، وحصل التحليل بالإصابة فيه.

تتمات وفروع: **أولها**: نسب الْمَاوَرْدِي والشيخ أبو حامد والمحاملي في «التجريد» قول البطلان إلى الجديد، وقال ابن الصباغ: وسليم في «المجرد» قال في سائر كتبه: يصح؛ وقال في القديم: و«الإملاء»: لا يصح، وقال الْمُتَوَلِّي في عامة كتبه: يصح، وفي «القديم»: لا يصح، وجعل الإمام قول

---

[1] أخرجه الترمذي (٣/٤٢٧، رقم ١١١٩).

الصحة غريبًا، وهذا تفاوت فاحش، والأشبه أن الصحيح ما نقله أبو حامد وغيره، وأن ما في «الشامل»، و«مجرد» سليم [و«التتمة»] سهو.

ثانيها: قضية كلام الأئمة أنه لا فرق بين كون شرط الطلاق من جهة الولي أو الزوج، وقال الْمَاوَرْدِي في كتاب الصداق بعد نقله عن الربيع: إنه إذا شرط ألا يدخل عليها؛ يشبه أنه إن كان من جهة الزوج صح النكاح؛ لأن له الامتناع من الدخول بغير شرط، وإن كان من جهتها بطل، وعلى هذا التقدير لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر، فإن كان الشرط من جهة الزوج صح العقد، وإن كان من جهتها بطل، انتهى. وسنعيد المسألة هناك.

ثالثها: اعلم أن قوله: إنه إذا شرط ألا يسافر بها لغا الشرط، وهو المشهور، وفي «جامع الترمذي»: أن عمر ﷺ قال: إذا تزوج الرجل امرأةً، وشرط لها ألا يخرجها من مصرها، فليس له أن يخرجها، قال: وبه يقول الشَّافِعِي وأحمد، انتهى. وهو غريب عن الشَّافِعِي.

وأما إذا شرط ألا يتزوج؛ فالمعروف ما سبق، وقال ابن المنذر في «الإشراف»: قال الشَّافِعِي: إن كان انتقصها بالشرط شيئًا من مهر مثلها فلها مهر مثلها، هذا لفظه، وسيأتي الكلام عليه هناك.

رابعها: قال في «الإفصاح» و«الانتصار»: وإن تزوجها على أن يحلها لزوجها الأول؛ فهو نكاح باطل، وفي «الحاوي»: هذا الشرط مكروه، والعقد معه صحيح؛ لأنه لم يشرط عليه الفرقة؛ بل شرط يقتضي العقد، وإنما يبطل إذا شرط أن يحلها، فإذا أحلها فلا نكاح بينهما، وهكذا صور البطلان في هذه الصورة صاحب «المهذب» وغيره، والظاهر أنه مراد صاحب «الإفصاح»، وفسر ابن أبي هريرة نكاح المحلل؛ فإن تزوج على أن يحلها للأول وطلقها فيه بطل النكاح؛ إذا شرط ذلك في أصل العقد، وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وأما إذا قال: تزوجتك على أني إذا حللتك فلا نكاح بيني وبينك، فهذا لا يصح، قال الشَّافِعِي: وهو ضرب من نكاح المتعة، وقال المحاملي في «المقنع»: إذا شرط فيه أن يتزوجها؛ على أنه إذا أحلها للأول، لم يكن بينهما

فَصْلٌ

لَا يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ نِكَاحُهُ، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ . ...

نكاح؛ فهذا أفسد من نكاح المتعة، انتهى.

وقال الدارمي: إذا قال: على أن أحلل للزوج، فعلى وجهين، والخلاف خارج ما قدمناه وما ذكره الْمَاوَرْدِي أولًا ظاهر من حيث دلالة اللفظ؛ لكن المفهوم من ذلك عرفًا التأقيت، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ هنا عن البصريين ما يقتضي أن الموطئ محلل، فيما إذا نكح على أن يحلها للأول، فإذا أحلها فلا نكاح، وإن قلنا: إن الوطء في النكاح الفاسد لا يحل، تمسكًا بتسميته في الحديث «محللًا»، وهذا غريب ضعيف.

خامسها: قال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: [الشرط] المفسد إذا تقدم العقد ولم يقارنه أو أضمره الزوجان، ولم يذكراه، لم يؤثر؛ ولكنه يكره.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهكذا في البيع، وذكر جماعة هنا قولًا مخرجًا من مسألة السر والعلانية أن الشرط المتقدم كالمقارن، وكلام القاضي الحسين يقتضي اختصاصه بمجلس العقد؛ حيث قال: وفيه [قول] مخرج إنه فاسد، وأن المواطأة [تنزل منزلة الشرط] في العقد، والفساد بالشرط المتقدم وبإضماره، نقله في «الشامل» عن مالك والليث وأحمد وغيرهم، وذكر الشَّافِعِي في «الأم» الكراهة في المواطأة السابقة، ولم يذكرها في الإضمار، فأشعر بالفرق بينهما. قال:

(فصل:

لَا يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ نِكَاحُهُ، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ) ملك أحد الزوجين أو بعضه ينافي النكاح، وفيه صور:

إحداها: ليس له نكاح من يملكها أو بعضها؛ لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح؛ لأنه يملك الرقبة والمنفعة، ولا يملك بالنكاح إلا نوع من

وَلَا الْحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُرُوطٍ: أَلَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلِاسْتِمْتَاعِ، قِيلَ: وَلَا غَيْرُ صَالِحَةٍ، ....

الانتفاع فسقط الأضعف بالأقوى.

الثانية: إذا طرأ الملك على النكاح فسخه، سواء طرأ في كلها أو بعضها، فإذا ملك زوجته أو بعضها انفسخ نكاحه؛ لما تقدم، وكما ليس له نكاح أمته ليس له نكاح أمة ولده ولا مكاتبه؛ حيث جاز له نكاح الأمة؛ لأنه في معنى ملكه، نعم لو طرأ ملك أحدهما على زوجة الأب أو السيد، فسيأتي ذكره.

الثالثة: ليس للمرأة أن تنكح عبدها أو من تملك بعضه؛ لأن أحكام الملك والنكاح تتنافى؛ لأن لها مطالبته بالسفر إلى جهة بحكم الملك، وهو يطالبها إلى جهة غيرها بحكم النكاح؛ وكذلك كلما دعاها إلى فراشه دعته إلى عمل شغل لها فيفوت المقصود، وإذا تعذر الجمع بينهما دفع الأقوى الأضعف، كما تقدم.

قال: (**وَلَا الْحُرُّ أَمَةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُرُوطٍ**) أصل الباب، قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥].

قال: (**أَنْ لَا يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ تَصْلُحُ لِلِاسْتِمْتَاعِ**) أي: ولو كانت على الصحيح، وفسر في «الروضة» غير الصالحة؛ بأن تكون صغيرة، أو هرمة، أو غائبة، أو مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أومضناة لا تحتمل الجماع؛ لأن وجود من لا تصلح كالعدم.

قال: (**قِيلَ: وَلَا غَيْرُ صَالِحَةٍ**)؛ لما رُوي عن الحسن مرسلًا، أنه ﷺ نهى أن تنكح الأمة على الحرة، قال البيهقي (٧/ ١٧٥): هو مرسل؛ لكنه في معنى الكتاب، ومعه قول جماعة من الصحابة؛ ولأنه يمكنه الجماع فيما دون الفرج، وبه تندفع الشهوة فيأمن العنت؛ ولأن نكاح الصغيرة، والغائبة كنكاح البالغة والحاضرة في منع نكاح الأخت فكذا هنا.

تنبيهات: منها: قوله: «**تَحْتَهُ حُرَّةٌ**» هي عبارة «الوسيط»، قال في

وَأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ، قِيلَ: أَوْ لَا تَصْلُحُ، ....

«تنقيحه»: والصواب أن يقال: زوجة ليدخل الحرة والأمة.

ومنها: ترجيحه الجواز، نسبه الْمُتَوَلِّي إلى أصحابنا العراقيين واختيار القاضي الحسين؛ لكنه عكس ما أفهمه قول «المحرر»، والأحوط: المنع، وإن كانت لا تصلح للاستمتاع، وبهذا جزم صاحبا «تهذيب المحرر»، وإيجازه لظهور ترجيحه من كلامه، وفي «التتمة» أنه الذي عليه عامة أصحابنا بخراسان، ولم يصرحا في «الشرحين» و«الروضة» بترجيح؛ ولكن الترجيح في بعض الأمثلة ظاهر دون بعض.

ومنها: اعلم أن العراقيين إنما ذكروا من لا يمكن جماعها؛ لصغرٍ، أو رتقٍ، وقرنٍ، أو غيبةٍ، وتقييدهم بعدم إمكان الجماع يفهم أن الهرمة وكذا المجنونة الممكن جماعها والبرصاء تمنع نكاح الأمة، والقاضي الحسين إنما صور الخلاف فيمن لا يمكن وطؤها لصغرٍ أو قرنٍ، أو رتقٍ، أو جنونٍ، أو نشوز.

ومنها: مفهوم كلام «المنهاج»: أن الغائبة الصالحة للاستمتاع، وكذلك الناشز المحجور عليها، وكذلك الهرمة، والبرصاء؛ لأنهن صالحات للاستمتاع في الجملة، وفصل الرُّويَانِي في «التجربة» فقال: لو تزوج طفلة في المهد، أو كان له امرأة غائبة لا يقدر عليها؛ فله نكاح الأمة بشرطه على الصحيح من المذهب، ولو كان تحته رتقاء لم يجز له نكاح الأمة؛ لأنه مستغنٍ، وكأن الفرق عنده أنه يمكن دفع الشهوة بالوطء فيما دون الفرج بخلاف الطفلة في المهد والغائبة.

قال: (وَأَنْ يَعْجِزَ عَنْ حُرَّةٍ تَصْلُحُ، قِيلَ: أَوْ لَا تَصْلُحُ) الوجهان: هما الوجهان في التي قبلها، واقتضى كلام «المحرر»، «ومختصراته» التسوية بين الصورتين؛ لكن الأصح في «الروضة» و«الشرح الصغير» الجواز، وصورها فيما قدر على حرة رتقاء، أو قرناء، وصورها في «الكبير» منهما، ثم قال: وفي «التتمة»: إن هذا الخلاف مبني على الخلاف فيما إذا كانت قرناء أو رتقاء تحته، إن قلنا: وجودها يمنع نكاح الأمة فكذا القدرة عليها، وإن قلنا: بالقدرة عليها أولى ألا يمنع؛ لكن الجواب في «الوجيز» و«التهذيب»: الجواز هنا، مع

……………………………………………………………………

الجواب بأن وجودها يمنعه، ويجري الخلاف فيما لو قدر على نكاح حرة رضيعة، وأولى بجواز نكاح الأمة؛ لفوات الاستمتاع بتوابعه، ويجري في المجنونة والمجذومة، وأولى بالمنع؛ لإمكان الاستمتاع، انتهى.

تنبيهات: القدرة على نكاح الحرة الكتابية مانع على الأصح، كما لو كانت تحته، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: التساوي.

قال أبو إسحاق في «الدرس»: لا يجوز نكاح الأمة.

فقلت: ذكرت في كتاب «الشرح» عن بعض أصحابنا إنه يجوز، فقال: إذًا قول من حسن، انتهى.

العجز يكون وجوه: ألا يجد مهرها أو يجده ولا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، فلا يلزمه الزيادة على الأصح في «الروضة» خلافًا للفوراني والْبَغَوِي، قال الإمام والْغَزَالِي: إن كانت زيادة يعد بذلها إسرافًا، حلت الأمة، وفرقوا بينه وبين التيمم بأن الحاجة إلى الماء تتكرر؛ وبأن هذا لا يعد مغبونًا، وعلى هذا جرى المصنف في «التنقيح»، وذكر بعض حذاق الشارحين أن مقتضى نص الشَّافِعِي أنه لو وجد أمة وحرة، وكان صداق الأمة التي لا يرضى سيدها بالنكاح إلا به أكثر من مهر مثل الحرة الموجودة فلم ترض الحرة إلا بما سأله سيد الأمة [أنه] لا يجوز له نكاح الأمة في هذه الحالة؛ لقدرته على أن ينكح بصداقها حرة، وإن كان أكثر من مهر الحرة الموجودة فلم ترض، انتهى.

ومن صور العجز: ألا يجد حرة ترضى به نفسه، أو لا يجدها ببلده على المختار، قال شارحًا تبعًا للفوراني وغيره: والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة.

قلت: إن وجد من يقرضه، ففيه نظر سبق بيانه في قسم الصدقات، والمتجه المنع إذا وثق بالقدرة على المال، ووجد مقرضًا للغائب؛ لأنه واجد شرعًا وعرفًا، وسياق ما ذكره يقتضي أنه لو كان له دين مؤجل على ملي، وفي أنه يباح له نكاح الأمة، والقدرة بمال الولد عند وجوب الإعفاف كالقدرة بماله على الأصح.

فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالْأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الْأُولَى، دُونَ الثَّانِيَةِ،

قال: (**فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا، أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالْأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الْأُولَى، دُونَ الثَّانِيَةِ**) أي: مدة قصدها، وإلا فلا، واعلم أنه نسب هذا التفصيل في «الروضة» إلى الأصحاب، والرَّافِعِي في «الشرحين» إلى الأكثرين، وفيه نظر، ولم أر فيما رأيته من كتب المذهب التي عليها مداره تعرضًا لوجوب السفر كذلك إلا في «النهاية» و«التهذيب»، و«إبانة الفوراني» و«عمدة العمراني» وهو أصل كلام «النهاية» و«التهذيب» وأسرف في العمل؛ حيث قال: ويعتبر عدم الحرة في كل بلد يمكنه المسير إليه، وكلام «الشامل» و«الشافي» و«البيان» وغيرهم صريح في اعتبار البلد الذي هو به لا غير، وعليه جرى الْبَغَوِي في «الفتاوى» حيث قال: إنه لو وجد طول حرة ببلد لعادتهن في ترخيص المهور، ولم يجد طول حرة في بلد فله نكاح الأمة، والباقون أطلقوا ولم يتعرضوا للسفر، وكذا فعل القاضي الحسين، وعبارة الشَّافِعِي مطلقة أيضًا، والظاهر أن مراد المطلقين اعتبار البلد؛ إذ لا سبيل إلى حمل كلامهم على إطلاقه فينزل على تقييد «الشامل» وغيره.

تنبيه: إذا قلنا: بما في الكتاب، قال الإمام: المشقة المعتبرة أن ينتسب متحملها في طلب زوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد، وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: إن قرب السفر وجب، وإلا فلا، ولا يضبط بسفر القصر ومسافة العدوى، ثم ذكر كلام إمامه وضبطه، والظاهر أن القرى المتقاربة كمحال البلد الواسع الأقطار، وقد يضبط ببلاغ النداء، وحضور الجمعة، ويكون ما ذكرناه من الخلاف وراء هذا، وإذا أوجبنا السفر فالظاهر أنه فيما إذا كان يجد حرةً تنتقل معه إلى وطنه، أما لو لم تسمح إلا بأن يقيم الخاطب ببلدها فهي كالعدم؛ إذ في تكليفه التغرب أعظم المشقة، وقد يفرق بين المتوطن، وغيره، أو بين من له أهل، وعشيرة، أم لا.

واعلم أنه قال في باب التيمم: إنه لو وجد من يبيعه الماء نسيئة بأجل يمتد

وَأَنْ يَخَافَ زِنًا، ....

إلى وصوله بلد ماله وجب الشراء على الصحيح، ويشبه أنه إذا كان يغلب على ظنه القدرة على المهر عند الحلول كرزق الجندي ونحوه من بيت المال أنه لا يباح له نكاح الأمة ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب المال بتأجيل ثمنه؛ لأن الحاجة إليه تتكرر؛ ولأن الزوجة تمهل غالبًا بالمهر الحال بخلاف رب المال، فتأمله، وأما الثانية: فلأنه قادر على نكاح حرة، ولهذا جعله في «الروضة» المذهب، وقطع به جماعة، وهو ظاهر؛ لأن المهر يتسامح به وليس فيه كثير منه؛ بل لا منة فيه من الكاسدة المحتاجة، كالماء يباع بثمن بخس، وقيل: يجوز لما فيه من المنة، وهو ضعيف.

فرع: لو قدر على حرة تصلح ببيع مسكنه أو خادمه؛ فالأصح في «الروضة» حل الأمة، قال ابن الرِّفْعَة: وغفل النووي عما صححه هنا، فقال: من قرب إذا قلنا بالمذهب، فيما إذا كان يقدر على شراء أمة لا ينكح أمة، فلو كان في ملكه أمة غير مباحة، فإن وفت قيمتها بمهر حرة أو ثمن حرة أو ثمن أمة تشترى بها، لم ينكح الأمة، وإلا فينكحها، قال: وهو كذلك في «التتمة» و«التهذيب» قال: وطريق الجمع بين كلاميه حمل الأخير على ما إذا كان لا يحتاج إلى الأمة للخدمة، كما قاله القاضي الحسين.

قال: (وَأَنْ يَخَافَ زِنًا) لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] والمراد هنا: الزنا كما قاله الشَّافِعِي ونحوه، قال الفراء: الفجور، وأصله: المشقة الشديدة، قال المبرد: الهلاك.

تنبيهات: **أحدها**: قضية اشتراط خوف الزنا منع المجبوب بالباء، وهو الجواب في «الإبانة»، و«العمد» و«النهاية» و«التتمة» و«البيان».

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: يجوز للصبي، والمجبوب نكاح الأمة عند وجود الشرائط؛ لأنه يخاف مواقعة الحرام الذي يأثم به، والعنت: المشقة الشديدة، وأراد بالخصي: الممسوح، وقال ابن عبد السلام في «القواعد»: ينبغي جوازه للممسوح مطلقًا، فإن لم يخف [إثمًا] لانتفاء محذور رق الولد؛ لأنه لا يلحقه ولد، وأما المجنون بالنون فالأصح الوجهين؛ أنه إن كان معتبرًا

....

يخشى عليه العنت زوج أمة، ونقله القاضي الحسين عن الأصحاب، ثم اختار المنع، قال: لأنه ليس بزنا على الحقيقة.

ثانيها: لو قدر على نكاح أمة عجوز عقيم لا تلد، قال في «البحر»: له نكاح أمة شابة؛ لأنها لا تعفه، والنفس تعافها غالبًا.

قلت: فلو كانت عقيمة شابة فقد يقال: لا يجوز له العدول إلى ولود، وقد يعرفه الأطباء، أو يغلب على الظن كونها كذلك بأن ينكحها أزواج أو يتسرى بها سادات يولد لهم من غيرها، ولا تلد هي، والغالب أن من لا تحيض لا تحبل، وفيه نظر، وبعيد أنه يباح للحر العقيم ظاهرًا نكاح الأمة من غير خوف العنت؛ لأنه لا يتحقق، نعم لو أمكنه نكاح أمةٍ تعفه لأحد أصوله الذين يعتق عليهم ولده مع علمهم بالحال، هل يباح له العدول عنها إلى أمة أجنبي؟ فيه نظر.

ثالثها: أطلق الشَّافِعِي والجمهور خوف الزنا، والظاهر ألا يكون احتمال الوقوع فيه نادرًا، قال الْمَاوَرْدِي: وسواء خاف ذلك، وهو ممن يقدم عليه، أو لا فالخوف فيهما شرط، وقال الإمام: ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا؛ بل المراد أن يتوقعه لا على سبيل الندور، فمن غلبت شهوته ورق تقواه فخائف، ومن ضعفت شهوته، ويراه بدعًا لدين، أو مروءة، أو حياء فغير خائف، وإن غلبت شهوته، وقوي تقواه فهذا محل التردد، يجوز أن يقال: لا تحل له الأمة، ويجوز أن يقال: إن كان ترك الوقاع يجر ضررًا أو مرضًا فيسوغ له نكاح الأمة، وإن غلب على ظنه عدم الوقوع في السفاح، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا مخالف لكلام «الوسيط»، فإن هذا يقتضي الجزم بالمنع في حال فقد توقع المرض ونحوه، والتردد في حال توقعه وعليه جرى في «البسيط»، وأما كلامه في «الوسيط» فجازم بالجواز عند توقع المرض، ويتردد في حال فقده، ولفظ «الوسيط»: ومن غلبت شهوته؛ ولكنه راسخ التقوى، فإن كان يفضي به الصبر إلى مرض؛ فلينكح الأمة، وإلا فالصبر أحسن من إرقاق الولد، ولا يبعد أن يرخص له، ولا يكلف المشقة من مصابرة الشهوة.

قال ابن الرِّفْعَة: وكيف كان الاحتمال فليس مأخذه خوف الزنا؛ بل حقيقة

فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ فَلَا خَوْفَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِسْلَامُهَا ....

العنت في اللغة، هو المشقة الشديدة، ويخرج من كلام الْغَزَالِي وإمامه ثلاث احتمالات في جواز نكاح الأمة له؛ لكن الراجح المنع، قال: وغلبة الظن بوقوع الزنا هي المعتبرة في الخوف المبيح لنكاح الأمة، على الأصح، على خلاف ما حرره الإمام والْغَزَالِيُّ، قال: وقولي: على الأصح احتراز من احتمال الإمام.

قلت: وهذا منه قضاء بأن المذهب اعتبار غلبة الظن بالوقوع في الزنا إن لم ينكح الأمة، وفيه نظر من حيث الدليل والنقل.

قال: (**فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ**) أي: بصالحة للاستمتاع بأن تكون في ملكه أو يمكنه شراؤها بثمن مثلها.

(**فَلَا خَوْفَ فِي الْأَصَحِّ**) وقطع به بعضهم؛ لأمنه العنت، ولا ضرورة به إلى إرقاق ولده، وجعله في «الروضة» المذهب، والثاني: له نكاح الأمة؛ لأنه غير مستطيع طول حرة، والثالث: يفرق بين كونها في ملكه أو لا، وهذا خارج من كلام الرَّافِعِي، فإنه أشار إلى الطريقتين في هذه الصورة، ويجيء وجه رابع: [فارق على][1] أن يقدر على أمة مسلمة فلا يحل له نكاح الأمة، أو كتابية، فيحل له نكاح الأمة سواء كانت الكتابية في ملكه أو يمكنه شراؤها.

إشارة: عبارة «المحرر»: لم ينكح أمة في أصح الوجهين، أحسن من عبارة «المنهاج»؛ لأنه لا يحسن فرض الوجهين في الخوف، والتسري مانع من الخوف قطعًا، وصورة المسألة: أن يكون قد خاف العنت ومعه من لا يقدر به على حرة، ويقدر به على أمة فخوف العنت قد حصل، ولكنه يزول بالتسري.

قال: (**وَإِسْلَامُهَا**)؛ لقوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فليس للمسلم نكاح أمة كتابية للآية؛ ولأنه اجتمع فيها نقصان لكل منهما يدخل في منع النكاح وهما: الكفر والرق، فلا يجوز للمسلم نكاحها كالحرة الوثنية، أو المجوسية؛ لاجتماع نقصين فيها: الكفر وعدم الكتاب، وسواء

---

(١) في نسخة: (بين).

وَتَحِلُّ لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

أكانت لمسلم أو كافر، وقيل: إن كانت الأمة الكتابية لمسلم جاز.

إشارة: سكوته عَنِ اعتبار إسلام سيدها يفهم أنه ليس بشرط، وهو الأصح، والثاني: شرط، والثالث: قيل بحثًا: يجوز للعربي دون غيره بناءً على القول: بأن الرق لا يجري على العرب، وفيه نظر، إلا أن يطرد في الأمة المسلمة للمسلم، وصورة المسألة: إذا كانت لا يجب معها في الحال إما لكونها أم ولد لكافر، أو مكاتبة أسلمت، وجوزنا إنكاحها، أو قِنَّة ولم يجد زبونًا، أو وجد ولكن بأقل من ثمن مثلها؛ فإنه لا يجبر على بيعها بدونه.

قال: (**وَتَحِلُّ لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) لتكافئهما في الدين كما ينكح المسلم الأمة المسلمة، والثاني: المنع كما لا يجوز للحر المسلم نكاحها، هذا في الحر، حكى بعضهم الخلاف فيه قولين، وأما العبد الكتابي فالخلاف فيه مرتب على الخلاف في الحر، وأولى بالجواز، والخلاف في العبد ضعيف جدًّا؛ إذ نص في «الأم» و«المختصر» على أن المسلم يلي أَمَته الكافرة، ولو امتنع تزويجها من العبد الكتابي لامتنع مطلقًا، وقال في «الروضة»: ونكاح الحر المجوسي أو الوثني للأَمَةِ المجوسية، أو الوثنية كذلك، وعبارة «مجرد أبي الطيب»: وفي تزويج الأمة المشركة من الكفار، وجهان، وفيها شمول.

تنبيه: قيل: أنكحة الكفار صحيحة على المذهب، فما صورة المنع هنا؟

[قلت]: صورته إذا طلبوا من قاضينا تزويجها منهم.

اعلم أن الوجهين أو القولين في الحر الكتابي؛ إذا كان ممن يخاف العنت، ولا يجد طول حرة كما قلناه في المسلم؛ ولهذا قال **الْمُتَوَلِّي** على التجويز: فصار حكم الذمي معها كالحر المسلم مع الأمة المسلمة، وقياسهم ذلك على نكاح المسلم الأَمَةَ المسلمة يبين ذلك.

فإن قلتَ: فما وجه المنع إذًا؟

قلتُ: كما يمنع المسلم نكاحها، وإن خاف العنت.

وعن الماسرجسي قال: كنت عند ابن أبي هريرة فقال: الأمة الكافرة تحل

لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي الْمَشْهُورِ، وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ. وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ أَوْ نَكَحَ حُرَّةً لَمْ تَنْفَسِخِ الْأَمَةُ، ....

للحر الكافر، فقلت: كيف يتزوجها، وهي لا تحل لمسلم، ومَنْ لا تحل لمسلم للكفر لا تحل للكافر كالمرتدة والوثنية؟ قال: أتستدرك على «المختصر» ما لم يستدركه أحدٌ قبلك؟

قلت: إني أرى من يفعل ذلك عَرَّضَ بِهِ؛ فسكت ثم خرج من الغد، فقال: وجدت الشَّافِعِي إنها لا تحل للكافر، فقلت: كيف الوجه؟ قال: نجعل في المسألة قولين، انتهى. وهذا يحقق أن الخلاف قولان لا وجهان.

قال: (لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي الْمَشْهُورِ) لأن المنع منها لكفرها يستوي فيه الحر، والعبد المسلم كالمرتدة، ووجه الجواز تساويهما في الرق، وإنما تفاوتا في الدين، وهو لا يمنع النكاح؛ بدليل نكاح المسلم الحرة الكتابية، وفي ثبوت هذا القول وقفة، فإنه نسب إلى رواية «الإفصاح» عن «القديم»، وعن ابن أبي هريرة أنه قال: في «الجديد» أشهر.

قال بعض الثقات: ولم أره في «الإفصاح» ولا في «تعليق ابن أبي هريرة»، وحكي في «البيان» الخلاف وجهان عن «الشامل»، وهو [وهم] وإنما حُكي الجواز عن بعض الناس، وكذلك نسبه في «الحاوي» إلى بعض العراقيين، ومراده غير أصحابنا [قطعًا].

قال: (وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ) أي: فلا ينكحها الحر إلا بالشروط، وإطلاقه يفهم أنه لو قدر على مبعضة صالحة جازت له القنة، وفيه تردد للإمام؛ لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله؛ لا سيما إذا قلَّ جزء الرق منها، ويظهر على القول بأن ولد المبعضة ينعقد حرًا؛ الجزم بالمنع، وإنما يظهر التردد على القول بأنه كأمه [والمبعض كالقن في نكاح الأمة، نقل الإمام الاتفاق عليه، وفيه بحث فإن في إلحاق] المبعضة بالقنة تغليظًا، وفي إلحاق المبعض بالقن تخفيفًا.

قال: (وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ أَيْسَرَ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً؛ لَمْ تَنْفَسِخِ الْأَمَةُ)

وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْدٍ بَطَلَتْ الْأَمَةُ، لَا الْحُرَّةُ فِي الْأَظْهَرِ.

ما ذكره نص عليه الشَّافِعِي، ولم يخالفه فيه إلا الْمُزَنِي، فقال: ينفسخ نكاحها إذا وجد الطول، أو نكح حرةً، كمذهب أحمد فيما إذا نكح حرة، أما ما ذكره جماعة من أصحابنا أنه روي عن علي وابن عباس ﷺ: أنهما قالا: إذا تزوج حرةً على أمة لم ينفسخ نكاح الأمة، قالوا: ولا مخالف لهما، وإنما كان كذلك؛ لأن قضية الآية اشتراطه في الابتداء، ولا يلزم من ذلك اشتراطه في الدوام لقوته، ألا ترى أن الإحرام، والعدة، والردة تمنع ابتداء النكاح دون دوامه! ومن القواعد المقررة؛ أنه يغتفر في الدوام غالبًا ما لا يغتفر في الابتداء.

قال: (**وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الأَمَةُ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْد؛ بَطَلَتْ الْأَمَةُ لَا الْحُرَّةُ فِي الْأَظْهَرِ**)، عملًا بتفريق الصفقة كما سبق، وقيل: لا يبطل نكاح الحرة قطعًا، وأفهم كلامه أنه لو جمع بينهما من تحل له الأمة من الاحتراز أن الحكم يختلف، وفيه طرق أظهرها عند الإمام، وغيره: أنه على القولين.

والثاني: وبه قال ابن الحداد وآخرون: إنه يبطل فيهما قطعًا، وهذا منقول «الروضة»، **وثالثها**: ذكره في «الذخائر»، وبه أجاب القاضي أبو الطيب في «المجرد»: بالصحة فيهما.

قال: لأن المانع من نكاح الأمة معدوم، وتابعه الجرجاني عليه في كتبه، وهو غريب.

إشارة: صورة الجمع بأن يزوجه ابنته، وأمته، أو يكون الموجب وكيلًا لوليين، أو وليًّا في واحدة، ووكيلًا في الأخرى، فيقول: زوجتك هذه وهذه بكذا [فيقبل، فلو قال: زوجتك بنتي هذه، وزوجتك أمتي هذه، فقال: قبلت نكاح ابنتك ونكاح أمتك] صح في الحرة قطعًا، ولو اقتصر على قبول نكاح الحرة أو الأمة، وهو ممن يحل له الأمة؛ صح ما قبله قطعًا، ولو فصَّل المزوج، وقال الخاطب: قبلت نكاحهما، فالحكم كما لو فصَّلا جميعًا، أو كما لو جمعا، وفيه خلاف والأصح عند الإمام الأول، قال الرَّافِعِي: والخلاف [جارٍ] فيما لو جمع الموجب، وفصَّل القابل.

فَصْلٌ

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لَا كِتَابَ لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ.

قال:

(فصل)

يَحْرُمُ نِكَاحُ مَنْ لَا كتاب لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ) أي: كما يحرم وطؤها بملك اليمين، وكلام المصنف مصرح بأن المجوس لا كتاب لهم، وقد جعلا أشبه القولين: أنه كان لهم كتاب، وهو المنصوص في اختلاف الحديث من «الأم»، وحُكي مقابله عن «المختصر»، و«الأم» أيضًا، وعبارة «المحرر» سديدة، فإنه قال: لا تحل مناكحة الكفار الذين لا كتاب لهم، ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان، والشمس، والزنادقة، وكذا مناكحة المجوس، فقوله: «وكذا» يقتضي منع مناكحتهم؛ لأنه لا كتاب لهم.

قال الرَّافِعِي: وعلى القولين لا تحل مناكحتهم، أما على الأول فظاهر، وأما على الثاني فلأنه لا كتاب بيدهم، ولا نتيقنه من قبل فنحتاط، وعن أبي إسحاق، وابن حربويه: أنه يحل مناكحتهم على الثاني، وهذا ضعيف عند الأصحاب، وإنما ينقدح على ضعفه إذا قال: مَنْ أثبت لهم كتابًا إنه كان متلوًا أو متضمنًا للأحكام، وإن قنع من قال به بأصل الكتاب؛ لزمه مثله في صحف إبراهيم ﷺ وما في معناها، انتهى.

وما ذكره [في تحريم] المجوسية على القولين هو المشهور المعروف، وقال جماعة: لا ثمرة للقولين إلا حل المناحكة؛ فإنهم يقرون بالجزية على القولين؛ ولعل لأجل ذلك حكي حل نكاحها قولًا للشافعي إذا عرفت هذا، فقد قال الرَّافِعِي في كتاب «الجزية» بعد ترجيحه جواز تقرير المتمسكين بالزبور، وغيره من الصحف بالجزية: وأجرى مجرون الخلاف في حل المناكحة، والذبيحة إلحاقًا لكتبهم بكتب اليهود والنصارى، ويحكي ذلك عن القاضي الطبري، وغيره، وإذا ألحقناهم باليهود، والنصارى؛ فإن تحققنا صدقهم، وعرفنا كتابهم فذاك، وفي معناه ما إذا أسلم منهم اثنان، وشهدا

بذلك، وعن صاحب «الحاوي» أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم، وإن شككنا في أمرهم كانوا كالمجوس، انتهى.

وهذا منه يفهم أن [محل الجزم بتحريم] مناكحتهم، أو ترجيحه؛ إذا لم يعرف ما ادعوه من الكتب إلا منهم، فأما إن ثبت ذلك ببينة؛ حلت مناكحتهم قطعًا، أو على الصحيح، وبه جزم الجوري.

وقال الشيخ أبو حامد في «تعليقه»: إنه مذهب الشَّافِعِي، وصرح الْمَاوَرْدِي، وابن الرِّفْعَة، وغيرهما بذلك هناك، ويأتي بيانه، والذي اقتضاه كلام الأصحاب هنا، ومنهم ابن الرِّفْعَة: أنه لا تحل مناكحتهم على الصحيح من غير تفصيل، وكلام المصنف الآتي يقتضي الجزم به، وأحسن في «الروضة» فقال: هنا لا تحل مناكحتهم على الصحيح، وقال: هناك لا تحل على المذهب.

قال: (وَتَحِلُّ كِتَابِيَّةٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥].

قال: (لَكِنْ تُكْرَهُ حَرْبِيَّةٌ) لما في الميل إليها من خوف الفتنة، ولما في إقامته بها في دارهم من تكثير سوادهم، وقد يسترق وهي حامل منه فلا تصدق في أنها حامل من مسلم، أو لا تقر به، وقد يموت هناك فينشأ أولاده الأطفال على الكفر، هذا هو الصواب المعروف، وحكى الإمام عن الأصحاب ترددًا في إطلاق الكراهة في نكاح الحربية، ونسب الكراهة إلى الأكثرين، ونقل ابن الرِّفْعَة في كتابه عن «حلية الشَّاشِي» وجهًا عن بعض العراقيين؛ أنه لا يصح نكاح المسلم الحربية، وهذا سهو منه - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - وعبارة «الحلية»: وإن تزوج مسلم حرة كتابية صح، وإن كره وأبطل العراقيون نكاحها، ومراده بالعراقيين المخالفين لنا من الحنفية، وغيرهم قطعًا، وكلامه مأخوذ من «الحاوي» ولفظه: وأبطل العراقيون نكاحها في دار الحرب؛ بناءً على أصولهم في أن عقود دار الحرب باطلة، وهي عندنا صحيحة، انتهى.

وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْكِتَابِيَّةُ يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ لَا مُتَمَسِّكَةٌ بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ،

وقد وقع لابن الرِّفْعَة من هذا الطريق مواضع، وإذا قال العراقي من أصحابنا: قال العراقيون، أو ذهب العراقيون؛ فمراده الخصوم، فاعلم.

واعلم أن الشَّافِعِي قال في سير الواقدي من «الأم»: ويكره له لو كانت مسلمة بين ظهراني أهل الحرب أن ينكحها؛ خوفًا على ولده أن يسترقوا ويفتنوا، فأما تحريم ذلك فليس بمحرم، انتهى.

وينقدح في كراهة نكاح المسلمة تفصيل يعرف مما سيأتي -إن شاء الله تعالى- عن «الحاوي» في الكلام على الهجرة من دار الحرب.

قال: (**وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لما يخشى من فتنته أو فتنة ولده، وبإطلاق الكراهة صرح جماعات من العراقيين، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: قال الشَّافِعِي هاهنا: وأكره نكاح الحربيات؛ لئلا يفتتن عن دينه، أو يسترق ولده، ولم يتعرض لنكاح الكتابيات الذميات، وقال في «القديم»: يجوز نكاح اليهودية، والنصرانية، وأكره نكاحهن، ولا يختلف المذهب أن نكاح الذميات يكره، انتهى.

والوجه الثاني: لا يكره؛ لأن الاستفراش إهانة، والكافرة جديرة بذلك؛ ولكنه خلاف الأولى، وزعم صاحب «الكافي»: أن الأكثرين لم يحكوا الكراهة، انتهى.

وحكى الإمام عن الأصحاب عدم الكراهية، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي، وعن شيخه أنه خلاف الأولى، وقال: إن ما ذكره لا يخالف كلام الأصحاب، انتهى.

قال الرُّويَانِي: ولا خلاف أن الكراهة فيها أخف؛ لفقدان بعض المعاني السابقة، وهو كما قال.

قال: (**وَالْكِتَابِيَّةُ: يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ**)؛ للآية المتقدمة.

(**لَا مُتَمَسِّكَةٌ بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ**) أي: كصحف شيث، وإدريس، وإبراهيم - صلوات الله عليهم - فلا يحل مناكحة المتمسكة بها، قال الرَّافِعِي، وغيره: واختلفوا في سببه فقيل: لأنها لم تنزل عليهم بنظم يدرس ويتلى إنما أوحي إليهم معانيها، وقيل:

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً فَالأَظْهَرُ حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ، وَقِيلَ: يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ.

إنها كانت حكمًا، ومواعظ، ولم تتضمن أحكامًا، وشرائعًا، وفيه وجه آخر مذكور في «الجزية» انتهى.

وقد بينا اضطراب كلام الرَّافِعِي في البابين، ويوافق ما ذكره الرَّافِعِي هناك، قول الجوري في «المرشد»: وأما سائر مَنْ يذكر أن له كتابًا، فلسنا على يقين من دعواهم، فلم نبح تزويجهم مع الشك، ولو علم الآن طائفة كان آباؤها على دين حق يقينًا، ثم انتقلوا عنه لكان لهم حكم بني إسرائيل، ولحقتهم فضيلة آبائهم، وحل لنا نكاحهم، وذبائحهم، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكره الجمهور هنا من التعليل، وقضية كلامهم أنه لو تصور علم ذلك، لم تحل مناكحتهم، وإنما الحل مقصور على أهل التوراة، والإنجيل بشرطه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً؛ فَالأَظْهَرُ: حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ، وَقِيلَ: يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ**) اقتضى كلامه أمرين:

أحدهما: حل الإسرائيلية مطلقًا، وقال في «الشرح»، و«الروضة»: إن الدخول في دين أهل الكتاب بعد بعثة نبينا محمد ﷺ لا تفارق الإسرائيلية فيه غيرها، وقضيته القطع بالتحريم في هذه.

الحالة الثانية: إذا لم يعلم دخول آباء غير الإسرائيلية في ذلك الدين قبل نسخه، وتحريفه أنها تحرم مطلقًا، وليس كذلك؛ بل لو علم دخولهم بعد التحريف، وقبل النسخ، وأنهم تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف؛ فكما في صورة الكتاب، والحاصل فيها، طريقان:

إحداهما: الحل وبها أجاب العراقيون؛ لأنهم تمسكوا به حين كان حقًّا.

والثانية: على قولين أظهرهما: الجواز، وكلام الشَّافِعِي إلى ما قاله العراقيون أقرب؛ لكن حُكي في الصيد، والذبائح عن «الأم» ما يقتضي حصر

……

الحل في الإسرائيليات، وأصل الخلاف أن الإسرائيلية تنكح؛ لفضل الدين والنسب معًا، أو لفضيلة الدين فقط؛ إذا عرفت هذا فبسط المسألة أن يقال: إذا لم يعلم دخول الآباء قبل النسخ، والتحريف؛ ففيه أربعة أقسام:

الأول: أن يعلم دخولهم بعد التحريف، وقبل النسخ، والتحريف، فإن تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف؛ فالحكم ما سبق، واقتضى إطلاق «المنهاج» التحريم ممن دخل بعد التحريف، على ما رجحه، وهو مخصص بما إذا لم يعلم المحرف، أو علمه ولم يجتنبه، أما لو اجتنبه فكالداخل قبل التحريف، وإن دخل في المحرف؛ فقيل: في نكاحه قولان أو وجهان: وجه الجواز: على ما قاله **الرَّافِعِي**: إن الصحابة تزوجوا منهن، ولم يتجنبوا، ووجه المنع: لبطلان الفضيلة بالتحريف، وقيل: بالمنع قطعًا، والظاهر المنع ثبت الخلاف أم لا، وهل يقر هؤلاء بالجزية؟ قال **الْبَغَوِي**: لا، وقال غيره، نعم، قال **الرَّافِعِي**: وهو أولى؛ للشبهة.

الثاني: أن يدخلوا بعد النسخ، وقبل التحريف فلا فضيلة لهم؛ لسقوط حكمه بالنسخ، [فلا يتناكحوا ولا يقروا بالجزية.

الثالث: أن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ] فلا تنكح نساؤهم، فمن تهود أو تنصر بعد بعثة نبينا محمد ﷺ لا يناكح، وأفهم كلام القاضي الحسين خلافًا فيه، إذ قال: فأما مَنْ دخل في دين بني إسرائيل بعد بعثة الرسول ﷺ، ففيه قولان مرتبان على ما لو دخل في دينهم قبل بعثة الرسول ﷺ وهاهنا أولى بألا تحل، انتهى.

وينبغي حمل كلامه على مَنْ دخل في دين بقي أهله عليه، وإلا فالداخل في الوثنيين بعد المبعث؛ لا خلاف فيه.

الرابع: وهو مهم إن شك في دخول الآباء، فلم يدر أدخلوا قبل التحريف أو بعده، وقبل النسخ أو بعده؛ فيأخذ بالاحتياط فلا تنكح نساؤهم، ويقرون بالجزية تغليبًا لحقن الدم بذلك حكمت الصحابة ﷺ في نصارى العرب، وهم بهراء، وتنوخ، وتغلب، وذكر المتولي في هذا القسم بعد ذكره، أن نصارى

....

العرب منه أن الحكم في حل الذبيحة، والمناكحة، مثل الحكم في اليهودي يتنصر، أو نصراني يتهود، ومقتضى ما ذكره أن يكون في حل الذبيحة والمناكحة قولين، وفيما قاله نظر ظاهر؛ لأن النصرانية التي تقر اليوم على التهود وعكسها، وتناكح كانت ممن يناكح قبل الانتقال.

أما نصارى العرب، فكانوا وثنيين، فلا يفيدهم الدخول الحل فحرمناهم؛ بل اقتضى النص تحريمهم، وإن عُلم دخولهم قبل التحريف، وكذلك المشكوك في دخول آبائهم على أحد التقديرين حرام، فحرمناهم، والْمُتَوَلِّي لاحظ الدخول الآن إذا كان لا يقتضي التحريم مع تحققه، والمشكوك أولى؛ لكن ليس ذلك مطلقًا؛ بل مخصوص بالداخل المناكح فظهر فساد ما تخيله، قاله بعض محققي شيوخنا.

تنبيه: قال الرَّافِعِي بعد ذكره نحو ما سبق: كذا أطلقه الأصحاب من المتقدمين، والمتأخرين، وتركوه على إطلاقه، وفيه شيء لا بد من معرفته سيأتي، وأشار إلى أنهم حكوا خلافًا في يهودي تنصر اليوم أو بالعكس، هل يقران؟

فإن قلنا: تقر حلَّت مناكحته مع كونه دخل في ذلك الدين بعد نسخه، وتبديله، وبذلك تبين أن قولهم السابق(١) بل جاز على ما أشار إليه؛ حيث قال: من كان من بني إسرائيل أو دخل في دينهم قبل وقوع التبديل، فإن لم يدخل مع المبدلين؛ بل كان مع من لم يبدل فحكمه حكمهم، وإن دخل في دين من بدل منهم لم يقر عليه، إذ لم يثبت له فضيلة بنفسه [ولا بغيره، وإن لم يكن في دين من دخل منهم توقفنا عن دمه بالجزية، وعن نكاحه] وذبائحه.

وأما مَنْ دخل منهم بعد نزول القرآن نُظر فيه، فإن دخل وثني في دين أهل الكتاب لم يقر، وكذلك إن توثن كتابي وإن بدل تهويده بنصرانية، أو بدين أهل

---

(١) في نسخة: (وحرمهم بالمنع مجهول على دخول من لا يقر كالوثنية، وما ذكره متعين، وكلام «الإفصاح» غير مطلق).

....

الكتاب، فهل يقر؟ على قولين، فلم يطلق أبو علي كما أطلقه غيره، وعبارة ابن أبي هريرة في «تعليقه» كعبارة «الإفصاح» سواء، ثم قال: وعني الشَّافِعِيُّ بذكره بني إسرائيل هم ومن في معناهم مثل الروم الذين دخلوا في دينهم قبل التبديل، وهذا لا يختلف قوله فيه، وإياه قصد، انتهى.

وقد سبق أن القطع بذلك طريقة العراقيين.

تنبيه ثانٍ: رأيت أحد الشارحين - ﷺ تعالى - قال: ما ذكرناه فيمن لم يعلم دخول قومها في ذلك الدين قبل نسخه، أولًا ينبغي أن يكون محله إذا علم أصل الدخول ولم يعلم وقته، أو قامت أمارتان متعارضتان حصل منهما شك، وإلا فما من كتابي يجده ونحن لا نعلم أنه من بني إسرائيل إلا ويحتمل فيه ذلك، فلو حرمنا ذبائح هؤلاء ومناكحتهم لم نجد كتابيًّا يحكم بحل ذلك منه، وأين يثبت لنا اليوم في أحد من هؤلاء أنه إسرائيلي وقد سوى الأصحاب بين الذبائح والمناكح. ولو قيل: بأن الذبائح أولى بالحل لاتجه؛ لأنه منصوص على طعامهم غير مختلف فيه، والنكاح اختلف فيه الصحابة، ثم ذكر المجوس، ثم قال: وأما غيرهم من أهل الكتاب، فالذي تبين فيهم الحل، وأما توقف ذلك على العلم بكونهم من بني إسرائيل فلا دليل عليه، وقد أطلق الشَّافِعِي في عدة مواضع حل اليهودية والنصرانية.

قال البيهقي في «المبسوط»: وشرط الشَّافِعِي في مواضع في نكاح الكتابية أن تكون من بني إسرائيل، وهذا من البيهقي صعبٌ، فإن الشرط ينبغي تحققه حتى إذا شك فيه لا يحل، وكل من في الأرض من اليهود والنصارى لا يتحقق أنهم من بني إسرائيل، فالقول بأن حكمهم حكم المجوس يترتب عليه تحريم ذبائحهم ونسائهم، وأنَّ مَنْ أسلم منهم لا تقرُّ امرأته تحته، وهذا ضعيف جدًّا، وقال الْمَاوَرْدِي: غير بني إسرائيل ممن تهود أو تنصر من العرب، والعجم، والروم، وانحرز ثلاثة أصناف:

صنفٌ: دخلوا قبل التبديل والروم دخلوا في النصرانية قبل التبديل فهم كبني إسرائيل في الجزية، والذبيحة، والنكاح؛ لأن النبي ﷺ كتب إلى قيصر:

....

«قل يا أهل الكتاب» فجعلهم أهل كتاب.

وصنف: دخلوا بعد التبديل، فهم كالوثنيين.

وصنف: شك فيهم كنصارى العرب، وذكر ما تقدم، قال: فجعل الْمَاوَرْدِي مورد التقسيم غير بني إسرائيل، والظاهر أن مراده الذي يتحقق منهم ذلك، وكذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف وغيره على ذلك وانظر استدلاله بالآية على ذبائح الروم، ومناكحتهم، وليسوا من بني إسرائيل، وهو استدلال صحيح، وكذلك القول في الحبشة، وهم أبعد من بني إسرائيل بكثير، وقد أسلم منهم النجاشي، والظاهر أنه كان له زوجة أو زوجات، ولم يأمره النبي ﷺ بفراقها، ولو أمره لأطاعه، ولو كان حكمها حكم المجوس؛ لكان قضية قول من يحرمها يأمره بفراقها، فهذه الطوائف لا شك أن حكمهما حكم بني إسرائيل، وإنما التردد في الصنف الثالث: وهم متنصرة العرب فهم الذين يلحقون بالمجوس للشك في أمرهم، وفي هذا يفارقون بني إسرائيل [لأن بني إسرائيل] لا ينظر في آبائهم، هل دخلوا قبل التبديل أو بعده؟ بل يجري عليهم حكم من دخل قبل التبديل، وعلى قياس ذلك الروم والحبشة، وغيرهم حملًا على الظاهر من حالهم، وإن كان يحتمل أن من آبائهم من دخل بعد التبديل، وكما أن هذا الاحتمال لا نظر إليه كذلك، لا نظر إلى احتمال كون هؤلاء الموجودين من النصارى، واليهود من أولاد متنصرة العرب، أو ممن لا يناكحون، أو من غيرهم؛ بل يحمل أمرهم على الظاهر، وما هم متمسكين به من التوراة، والإنجيل، وأنهم بذلك أهل كتاب؛ حتى يثبت خلافه، وأطال القول في ذلك، وفي كثير مما استند إليه النظر، كما أشرت إلى بعضه في «الغنية»، وأوضحته في جزء مفرد، ويأتي الكلام على الذبيحة هناك، ويبقى القليل - إن شاء الله تعالى(١).

ومما نُعَجِّله من النقل قول الدارمي هنا: ومَنْ دخل من غير بني إسرائيل في دينهم، فإن لم نعلم متى دخل [ومع من دخل] أقررناه [بالجزية] ولم يحل

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» للماوردي (١٥/ ٢١١).

وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ، وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَكَذَا جَنَابَةٍ، وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

نكاحه، ولا ذبيحته، والنصارى كاليهود، وفيمن دخل في دينهم، ومن ثبت أنه من الحواريين، أو الطائفة التي قال تعالى: ﴿فَآمَنَت طَّآئِفَةٌ﴾ [الصف: ١٤] فذاك، ومَنْ شككنا أقررنا وأخذنا جزيته، ولم نناكحه ولم يأكل ذبيحته، ومعرفتهم بأن تثبت نسبهم بكتابهم أو بإخبار مَنْ أسلم منهم، أو ثبت أثرهم انتهى. ولا أدري ما معنى: قوله بكتابهم؟

قال: (**وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ**) لاشتراكهما في الزوجية المقتضية لذلك، قال الشافِعِي في «المختصر»: هي كالمسلمة فيما لها، وعليها إلا التوارث، والحد في قذفها التعذير.

قال: (**وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ**) أي: لتوقف حل الوطء والمباشرة فيما تحت الإزار عليه إن أمكن، فإن لم يمكن فالتيمم، وإذا اغتسلت فعل أمره إياها بنية في حقها بخلاف المسلمة، هكذا قاله القاضي الحسين أبو الطيب والماوردي وغيرهما أن الغسل في حقه من غير نية يصح كالمجنونة، قال الشيخ: فإن لم تفعل غسلها ووطء، وإن لم توجد منه نية للضرورة، وقيل: وينوي عنها، وزيف.

قال: (**وَكَذَا جَنَابَةٍ، وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الْأَظْهَرِ**)، أما غسل الجنابة فالمنصوص في «الأم» و«المختصر» وكتبه القديمة والجديدة غير «سنن الواقدي» من «الأم» الإجبار، كما في إزالة النجاسة، والثاني: لا؛ لأنها لا تمنع الاستمتاع، ثم الجمهور أطلقوا القولين، وحمل القفال وغيره الإجبار على إذا ما طالت المدة، وصارت النفس تعافها والمنع على غير هذه الحالة، وهذه مقالة ثالثة إن حصلت عيافة نفسه منها أجبرها وإلا فلا.

قلت: وبعيد أن يقال: إنه لو كان ممن يغشاها في الليلة مرارًا أو اليوم أنه يجبرها على الغسل بعد كل مرة، ولا سيما إذا قرب الزمن لما في ذلك من المشقة، ولا سيما في زمن البرد، وأما المسلمة فقد أطلق البغوي إجبارها على غسل الجنابة.

....

قال في «الروضة»: وليس هذا على إطلاقه بل هو فيما إذا طال وحضر وقت الصلاة، فإذا لم يحضر ففي إجبارها القولان وهما مشهوران حتى في «التنبيه»، والأظهر إجبارها، قال ابن الرفعة: إن كان ولاية من التقييد فليقل إذا حضر وقت الصلاة وضاق، أما إذا لم يضق فالحكم كما قبل دخول الوقت، انتهى.

وهذا إذ أسلم ففي المكلفة أما غيرها فيظهر أنها كالكتابية فيجيء فيها الأوجه الثلاث، والوجه عدم إجبارها مطلقًا على الغسل من الجنابة الواقعة في زمن الحيض أو النفاس، وأما أكل لحم الخنزير، فإن كانت يهودية ترى تحريمه منعها منه كالمسلمة قطعًا، وإن كانت نصرانية تحله أكله فقد منعها الجمهور منه قولًا واحدًا، وقال أبو حامد الإسفراييني: على قولين، وما ذكره من الفرق هو قضية كلام الأصحاب، وتعليلهم منعه باعتقادها الإباحة، ولم يصب مَنْ جعل الفرق بين اليهودية والنصرانية وجهًا ضعيفًا؛ بل الصواب منع اليهودية قطعًا؛ ولهذا جعل بعضهم الخلاف في النصرانية، نعم، قال في «الشامل»: ظاهر كلام الشَّافِعِي أنه إن كان يتقذرها، وتعافه نفسه منعها منه، وإلا فلا لأنها تعتقد إباحته.

قلت: ولفظ نص «الأم»: ويمنعها أكل لحم الخنزير، إذا كان تقذر به، وعبارة «الانتصار»: وله منعها أكل لحم الخنزير على الصحيح؛ إذا كان يعافها إذا أكلته، قال الفوراني: في «العمد»: وله منعها من شرب الخمر وأكل الخنزير؛ فإن كان قليلًا بحيث لا يتأذى به، فوجهان.

إشارات: اعلم أن ما سبق في إجبارها على الغسل عن «الروضة» في دخول وقت الصلاة، وعدمه مشكل؛ لأن سلطانه عليها فيما يتعلق بحق الاستمتاع، لا فيما يتعلق بحق الله تعالى من الصلاة كما سيأتي، وإذا كان كذلك فلا فرق بينها وبين الكتابية، الظاهر إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق بين كون الكتابية رتقاء، أو قرناء، أو سليمة، ولا بين كون الزوج ممسوحًا أو مجبوبًا، ولا بين حالة إحرامه وعدمها، ولا بين المتخيرة، وغيرها، وهذه مواضع تأمل للفقيه، ولا بين كونها معتدة عن شبهة حصلت من أجنبي في دوام

وَتُجْبَرُ هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهَا.

الزوجية وغيرها، وفي إجبارها على الغسل في هذه الحالة بُعْد، كما في المحرم؛ لأنه ممنوع من الاستمتاع بها جملة.

قال القاضي أبو الطيب: ولا أعرف أحدًا من أصحابنا يفرق بين الحنفي، والشَّافِعِي يعني: في إجبارها على الغسل من الحيض، وإن كان أبو حنيفة يبيح وطأها، إذا انقطع دمها من غير غسل، قال: وإنما جاز للحنفي إجبارها؛ لأن له الاحتياط للوطء، انتهى.

فرع: يجري القولان في كل ما يمنع كمال الاستمتاع، وقيد القاضي أبو الطيب في «المجرد» والرَّافِعِي محل الخلاف بما إذا لم يتفاحش شيءٌ من ذلك حتى ينفر التواق، والأصح أن له منعها مسلمة كانت أو كتابية، ويجريان في أكل كل ما يتأذى بريحه كالثوم والكراث، وقيل: له المنع قطعًا، ويجريان في منع الكتابية من شرب القدر الذي يسكر من الخمر، وغيره من المسكرات، وفي منع المسلمة الحنفية من هذا القدر من النبيذ، وقيل: له المنع قطعًا؛ لعدم ضبطه، أما قدر ما يسكر، فله منع الجميع منه بلا خلاف، وله منعها من تناول السموم قطعًا، وكذا من أكل ما يخاف منه حدوث مرض على الأصح.

قال: (**وَتُجْبَرُ هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهَا**) أي: بلا خلاف كما قاله «المحرر» ليتمكن من الاستمتاع بها، كذلك علله الرَّافِعِي، وقضيته: أنه لا يجوز الاستمتاع بالعضو النجس، وفيه نظر؛ حيث لا يتولد منه تنجيس، والْمَاوَرْدِي علل بما يلحق من المشقة بالتنجيس.

إشارة: تخصيصه الأعضاء بالذكر قد يفهم؛ أنه لا يجبرها على غسل ما نجس من ثيابها، ولا شك أن له منعها من الثوب النجس قطعًا، وأما المتنجس فالوجه أنه إذا كانت النجاسة عينية تعاف أو يخاف تنجيسها، أو حكمية ولكن لها ريح كريه، أو تلاقي جسدها فتعرق فيه، أو تلاقي جسده، أو يكون أحدهما رطبًا؛ فله جبرها على غسله كما له منعها من أكل ثوم ونحوه من غير حاجة وتداوٍ، وله منعها من لبس ما له ريح كريه كأكل ما هو كذلك، وقال الْمَاوَرْدِي: له منعها من لبس ما كان نجسًا قولًا واحدًا، وفي منعها من لبس

وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

منتن الرائحة من بَخُورٍ وصَبْغٍ وسَهُوكَةِ طَعَامٍ قولان.

[وقال الماوردي:] وقال في «البحر» وأبو الطيب في «المجرد» قال في «الأم»: ليس له منعها من لبس شيء إلا جلد ميتة، أو جلد له رائحة كريهة ونتن، وعبارة الإمام: أو ثوبًا منتنًا يؤذيه ريحها فيمنعها منه.

قال: (**وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ**) أي: قولًا واحدًا؛ لأن الانتساب إلى الأب، وهو ممن لا يناكح.

(**وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ**) تغليبًا للتحريم، والثاني: يحل؛ لأنها تنتسب إلى الأب، وهو كتابي، وما ذكرنا في الصورتين هو في حال الصغر، أما لو بلغت ودانت بدين الكتابي [من أبويها] فعن الشَّافِعِي ﵁ حل المناكحة والذبيحة.

قال الْبَغَوِي: واختلف الأصحاب، فقيل: بإثباته قولان، لأن فيه شعبة من كل منهما، وغلبنا التحريم؛ حيث كان تبعًا، فإذا استقل، واختار شعبة قويت على الأخرى، ومنهم من حمل ذلك على ما إذا كان أحد أبويه يهوديًا، والآخر نصرانيًا، فبلغ واختار دين أحدهما.

قال: والمذهب عدم إثباته، وعلى هذا يستمر إطلاق الكتاب لا على ما نقله الْبَغَوِي عن النص، ويوافق ما نقله قوله في الصيد، والذبائح من «الأم»، قال الشَّافِعِي في الغلام الذي أحد أبويه نصراني، والآخر مجوسي: يذبح ويصيد لا يؤكل صيده ولا ذبيحته، قال: فإذا بلغ فدان بدين أهل الكتاب، فهو منهم أُكلت ذبيحته، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين كون الأب كتابيًا أو الأم، والرَّافِعِي نقل كلام «التهذيب»، وأن منهم من أثبته قولًا، ومنهم من لم يثبته وتأول، وسكت عن الترجيح، وقال في أوائل الصيد: وحكى الإمام تفريعًا على إلحاق هذا المتولد بالوثني وجهين فيما إذا بلغ ودان بدين أهل الكتاب، هل نحكم له بحكم أهل الكتاب؟ والأصح المنع، انتهى.

وهذا الترجيح خلاف هذا النص، وبه يرد التأويل السابق على ما إذا كان أحدهما نصرانيًا، والآخر يهوديًا.

وَإِنْ خَالَفَتْ السَّامِرَةُ الْيَهُودَ وَالصَّابِئُونَ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ حَرُمْنَ، وَإِلَّا فَلَا.

قال: (**وَإِنْ خَالَفَتِ السَّامِرَةُ الْيَهُودَ، وَالصَّابِئُونَ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ؛ حَرُمْنَ، وَإِلَّا فَلَا**) السامرة: طائفة من اليهود، وهم الذين أضلهم السامري وعبدوا العجل، ينكرون نبوة كل نبي، بعد موسى ﷺ.

ويرون تحريم الخروج عليهم من الأردن، وفلسطين، وبيدهم توراة مخالفة لتوراة اليهود، وذكر ابن حزم من قبائحهم في تبديلهم التوراة شيئًا كثيرًا، والسامرة اليوم يخالفون اليهود وغيرهم في أشياء كثيرة.

وقال ابن معين [الصيدلاني][1] في «التنقيب على المهذب»: السامرة: فرقة من اليهود اعترفوا بنبوة موسى، وهارون، ويوشع بن نون - عليهم الصلاة والسلام - لا غير، وهم فرقتان: فرقة: يعترفون بالثواب والعقاب، وأخرى تقول: الثواب والعقاب في الدنيا فقط، انتهى.

وقد تردد قول الشَّافِعِي فيهم فالجمهور لم يجعلوا ذلك خلافًا؛ بل قالوا: ما ذكره المصنف من التفصيل، وحكوه عن نص «المختصر»، وغيره، قالوا: وحيث توقف إنما توقف؛ ليعرف مقالتهم، وقطع في موضع بحل مناكحتهم، وذبائحهم.

قال أبو إسحاق: إنما قطع بعد أن علم أنهم يوافقون على الأصول، انتهى.

وهذا من أبي إسحاق يدل على أن قطعه بالحل أحد الأمرين منه فيكون مذهبه، والأشبه التحريم إلا أن يثبت ما يقتضي الحل، قال الصيمري في «شرح الكفاية»: وأما الصابئة، والسامرة فلا يجوز مناكحتهم إلا أن يعلم أنهما لا يخالفان اليهود والنصارى في الفروع، ولا في الأصول، انتهى.

وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحة السامرة، قال الإمام: ولا مجال للتردد في الذين يكفرهم اليهود، ويخرجونهم من ملتهم، نعم يمكن التردد في الذين ينزلونهم منزلة المبتدعة فينا، ولا يكفرونهم، قال: وليس هذا

---

(١) في نسخة: (ابن الجوزي).

……

تعريضًا بتحريم نكاح المبتدعة فينا، وإذا شككنا في جماعة أنهم يخالفونهم في أصول الدين، أو فروعه؛ لم نناكحهم، وما ذكره الإمام من القطع في نكاح المبتدعة فينا هو اختياره وغيره، من عدم تكفيرهم، وأما على طريقة أبي حامد، والأستاذ أبي منصور البغدادي، ومن تبعهما فيحرم، ولا شك أن منهم من يقطع بكفره، ومنهم عكسه، ومنهم مَنْ هو محل التردد، ويختلف الترجيح، قاله بعض الشارحين، وهو صحيح، ورأيت في «الناسخ والمنسوخ» لأبي منصور البغدادي، هذا أجمع أصحاب الشَّافِعِي، وأكثر المتكلمين من أصحاب الحديث على تحريم ذبائح أهل الأهواء من المعتزلة، والخوارج، والجهمية، والنجارية، وغلاة الروافض، والمشبهة القائلين فيه تعالى: بصورة وجسد، وفي نسخة منه: أكثر المتكلمين، وأصحابنا من أهل الحديث إلى آخره، وفي «الأسماء والصفات» له أجمع أصحابنا على تكفير المعتزلة، والخوارج، والنجارية، والجهمية، والمشبهة، وأجازوا معاملتهم في المعاوضات دون الأنكحة؛ فأما مناكحتهم وموارثتهم والصلاة عليهم، وأكل ذبائحهم فلا يحل شيء من ذلك، إلا الموارثة ففيها خلافٌ بين أصحابنا، قيل: لأقربائهم من المسلمين، وقيل: لأهل بدعتهم، انتهى.

وأما الصابئون فقسمان:

أحدهما: قوم يعبدون الكواكب، وهؤلاء هم المشهورون لهذا الاسم، وهم أقدم من النصارى بكثير، بُعث إليهم إبراهيم الخليل ﷺ [وهم طوائف ينكرون نبوة أكثر الأنبياء المعروفين، وقيل: إن بعضهم يثبت نبوة إبراهيم ﷺ].

والقسم الثاني: طائفة من النصارى، على ما يقال فنسبتهم إليه كنسبة السامرة إلى اليهود؛ فالكلام فيهم كالكلام في السامرة حرفًا بحرف، وأما القسم الأول فبعيدون من النصارى، وعجبٌ ذكر الأصحاب لهم فيهم، وقالوا: إنهم يقولون: إن الفلك حيٌّ ناطقٌ، وإن الكواكب السبعة هي المدبرة، وإن الخليفة القاهر استفتى الفقهاء فيهم فأفتاه الإصطخري بقتلهم، وإنهم بذلوا للقاهر أموالًا عظيمة فتركهم.

وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ، فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ ....

قال شارح: ويخطر لي أن هؤلاء قوم من الفلاسفة، تظاهروا بالنصرانية، ولا شك أن اعتقاد الفلاسفة كان قبل ذلك بقليل، لمَّا عُربت الكتب القديمة في زمن المأمون، وشغف بها خلق، وكان المتعاطي كذلك من النصارى، فلعلهم اعتقدوا اعتقاد الفلاسفة من قدم العالم، والإيجاب الذاتي وغير ذلك، وهو مخالف لاعتقاد أهل الملل، ولا شك أنهم كفار لا يقرون بجزية؛ بل يقتلون إذا اعترفوا بذلك الاعتقاد إلا أن يسلموا، وفَصْلُ المقال في الصابئة أنهم إن وافقوا النصارى في أصول دينهم، ولم يخالفوهم إلا في الفروع، وإن دخلوا في دينهم قبل التبديل؛ أقروا بالجزية، وحلَّت ذبيحتهم ومناكحتهم، وإلا فلا.

فائدة: قيل: سموا صابئة؛ لأنهم نسبوا إلى صابئ عم نوح عليه السلام وقيل: لخروجهم من دين إلى دين، وكان الكفار يسمون الصحابة ﵃ صابئة؛ لخروجهم عن دينهم إلى الإسلام.

قال: (**وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الْأَظْهَرِ**) لقوله تعالى: **﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾** [آل عمران: ٨٥]، ولأنه أحدث دينًا باطلًا بعد اعترافه ببطلانه، والثاني: يقر بالجزية؛ لتساوي الدينين في التقرير بالجزية، وكل منهما على خلاف الحق، وليس كالمسلم يرتد؛ لأنه ترك الدين الحق، وهذا ما صححه في «الشرح الصغير»، وقال في «الكبير»: أصح عند القاضي أبي حامد، وصاحب «التهذيب»، وكلامه يفهم ترجيحه أيضًا، وكذا فهمه عنه المصنف، ثم خالفه ووافق «المحرر»، وقضية بناء القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي، وغيرهما، الخلاف على أن الكفر ملة أو ملل يقتضي ترجيح الثاني، وبه صرح في «الكافي» إذ المشهور أنه ملة واحدة، والجمهور أطلقوا الخلاف من غير بناءٍ، ولا ترجيح.

قال مفرعًا على الأظهر: (**فَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ**) كالمسلمة ترتد.

(**فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ**) أي: منكوحة المسلم.

فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ دِينُهُ الْأَوَّلُ، ....

(**فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ**) أي: فتتخير الفرقة قبل الدخول، وتوقف بعده على انقضاء العدة.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ**) أي: عينًا؛ لأنه أقر ببطلان المنتقل عنه، وكان مقرًّا ببطلان ما انتقل إليه، والتفريع على أنه لا يقر عليه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: أَوْ دِينُهُ الْأَوَّلُ**) يعني: أنه يقبل منه إما الإسلام، وإما العودة إلى دينه الأول، وليس المراد أنا نأمره على هذا القول بأحد الأمرين؛ بل لا نأمره إلا بالإسلام؛ لكن لو لم يسلم وعاد إلى دينه الأول تركناه؛ إذ الباطل لا يؤمر به، ولا يخير بينه وبين الحق، هذا هو الصحيح، وعن ابن أبي هريرة أنه يجوز أن يدعى إلى الإسلام أو دينه الأول، وليس أمرًا بالكفر؛ بل إجبار على حكم الله تبارك وتعالى كما يدعوه إلى الجزية، وليس ذلك أمرًا بالبقاء على الكفر، ويشبه أن يقال: إنه لو كان يعلم أنه لو عاد إلى دينه قنعنا منه به أمر بالإسلام عينًا؛ فإن رجع إلى دينه كففنا عنه، وإن كان يجهل ذلك فيدعى إلى الإسلام، ويقال له: لو عدت كففنا عنك.

قال الربيع في «الأم»: الذي أحفظ من قول الشَّافِعِي أنه قال: إذا كان نصرانيًّا فخرج إلى دين اليهودية، أنه يقال له: ليس لك أن تحدث دينًا لم تكن عليه قبل نزول القرآن، فإن أسلمت أو رجعت إلى الدين الذي كنا نأخذ منك عليه الجزية؛ تركناك، وإلا أخرجناك من بلاد الإسلام، ومتى قدرنا عليك قتلناك، انتهى.

وفي «النهاية» عن التعبير عن هذا القول، يحتاج إلى تأني، فلا يقال: هو مطالب بالإسلام، أو العود إلى التهود، فإن طلب ذلك كفر؛ ولكن الوجه أن يقال: هو غير مقر على التنصر المنتقل إليه، فيطالب بالإسلام، فإن عاد إلى التهود فهل يكف عنه؟ فيه قولان، وليس للانكفاف عنه إذا عاد إليه، ووجه عندي بأن ذلك الدين زال بتركه إياه، فعوده إليه انتقال منه إليه، ولو كنا نقرر على دين انتقل إليه لقررنا على التنصر، انتهى.

……………………………………………………………………

التفريع: إذا أتى إلى الإسلام على القول الأول، أو أحد الأمرين على الثاني، فقولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: يقتل كالمسلم يرتد، وذكر في «الذخائر» أنه الأصح.

قال الرَّافِعِي: وأشبههما بل يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد إلينا، وهذا ما نص عليه في «الأم».

قال الإمام: إنه الظاهر، ونقله في باب عقد الذمة عن العراقيين.

قال الماوردي والقاضي أبو الطيب: هناك يمكن من قضاء حوائجه، وجمع ماله مدة الهدنة [شهرًا][1] أي: إن احتاج إلى ذلك، وهذان القولان هما المنقولان في الذمي؛ إذا نقض العهد، وعلى الأول إذا كان قد انتقل وهو حربي ثم أتانا طالبًا عقد الذمة، لا نعقدها على قولنا: لا يقر كالمرتد.

وكلام الماوردي يقتضي أن ذلك ليس بنقض للعهد؛ فإنه جزم في كتاب السرقة، أنه يقتل في الحال؛ لأن إبلاغ المأمن يلزم بانتقاض العهد، وليس هذا منه نقضًا للذمة، وهذا أقوى؛ لأن ناقض العهد باقٍ على دينه، فيبلغه مأمنه، وهذا قد بدل دينه، فصار كالمرتد والوثني فلا يقبل منه إلا الإسلام، أو السيف، وما نص عليه الشَّافِعِي قد يكون تفريعًا على القول الآخر، على أنه ينكل؛ لأنه إن كان على أنه يقر، فلِمَ يخرج من بلاد الإسلام!، وإن كان على أنه لا يقر، فلِمَ يبقَ!

وإن كان قولًا ثالثًا: بأنه لا يقر في بلاد الإسلام، ويخرج إلى مأمنه، ويكون ذلك من آثار عقد الذمة، ويبقى على حاله، فهو عجيب لا نظير له، ومرادنا بقولنا: «الإسلام أو السيف»: أنه إذا أبى الإسلام قتل في الحال، ولا يبلغ المأمن، كما يقتضيه كلام «الحاوي» و«الذخائر» والقول بأنه يبلغ المأمن مع القول بأنه لا يقر على ما انتقل إليه، ولا على ما كان عليه، لا أدري كيف هو؟! فإنه إذا جاء وطلب عقد الذمة، إن عقدناها له لزم التقرير، وإن لم

---

[1] في نسخة: (أربعه أشهر).

وَلَوْ تَوَثَّنَ لَمْ يُقَرَّ، وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ، وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ لَمْ يُقَرَّ، وَيَتَعَيَّنُ الْإِسْلَامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ.

وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ، وَلَوِ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ،

نعقدها فهو مقتول لا محالة، [هكذا قاله بعض الشارحين، وفي قوله: «وإن لم نعقدها مقتول لا محالة»] لعله فيما إذا دخل بلا أمان، ولا يجعل دخوله لذلك بمنزلة الأمان.

قال: **(وَلَوْ تَوَثَّنَ)** أي: اليهودي أو النصراني.

(لَمْ يُقَرَّ) أي: بلا خلاف؛ لأن أهله لا يقرون عليه.

(وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ) قلت: وقضيته إن الراجح أنه لا يقبل منه إلا الإسلام، ورجحه الإمام، والعمراني في قول ثالث هنا: إنه يقبل منه العودة إلى ما يقر أهله عليه، وإن لم يكن هو دينه الأول؛ إذا ساوى المنتقل عنه؛ فإن تنصر اليهودي الآن وبالعكس، وهذا القول هو قياس ما رجحه الرَّافِعِي في المسألة الأولى، من التقرير على ما انتقل إليه؛ ولهذا قال في «الشامل»: قال القاضي أبو حامد: هذا أظهر الأقاويل، وادعى في «النهاية»، أنه أضعفها، قال: وهو مفرع على قولنا: إن اليهودي إذا تنصر يقر على تنصره.

قال: **(وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ؛ لَمْ يُقَرَّ)** لأنه كان ممن لا يقر [فلا يستعيد] بدخوله في دين باطل فضيلةً لم تكن، ولذلك الحكم لو تمجس.

قال: **(وَيَتَعَيَّنُ الْإِسْلَامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ)** هذا الكلام يقتضي أنه إن لم يسلم قتلناه كالمرتد، والوجه أن يكون حاله كما قبل الانتقال، حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك، وإن كان حربيًا لا أمان له قبل أن يسلم وهذا واضح.

قال: **(وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ)** أما للمسلم؛ فلأنها كافرة ولا تقر كالوثنية، وأما للكافر؛ لبقاء علقة الإسلام فيها؛ ولأنها أسوأ حالًا من الوثنية؛ لأن الرق يعصم دمها بخلاف المرتدة.

قال: **(وَلَوِ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ)** أي: بالإجماع كما قاله الماوردي، ولا فرق عندنا بين أن يرتدا معًا، أو على

أَوْ بَعْدَهُ وُقِفَتْ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنَ الرِّدَّةِ وَيَحْرُمُ الْوَطْءُ فِي التَّوَقُّفِ وَلَا حَدَّ].

باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

قال المصنف: [أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ دَامَ نِكَاحُهُ أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ

التعاقب، أو أحدهما فقط، وهذا حيث لا عدة أصلًا باستدخال ماء ونحوه، كما سبقت الإشارة إليه؛ إذ لا رابطة بينهما.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ وُقِفَتْ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ فِي الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنَ الرِّدَّةِ**)؛ لأنه اختلاف دين طرأ بعد المسيس، فلم يوجب الفسخ في الحال؛ كإسلام أحد الزوجين الكافرين الأصليين.

واحتج الأئمة على أن ارتدادهما معًا كردة أحدهما، بأنها ردة طرأت على النكاح فتعلق بها الانفساخ، كردة أحدهما ؛ ولأن ردتهما أفحش من ردة أحدهما، فأولى أن يتأثر بها النكاح بخلاف إسلامهما.

قال: (**وَيَحْرُمُ الْوَطْءُ فِي التَّوَقُّفِ وَلَا حَدَّ**) سواء كان هو المرتد أو هي، أما تحريم الوطء، فلتشعث النكاح بذلك، وإما عدم الحد فالشبهة، وهي بقاء أحكام النكاح، ولها مهر المثل بالوطء؛ فإن جمعهما الإسلام في العدة، فالنص هنا السقوط، وفي الرجعة إذا وطئها، ثم راجعها لا يسقط، والراجح تقرير النصين؛ لأن التشعث زال بالإسلام، ورجع النكاح على ما كان عليه بخلاف الرجعة؛ لنقصان عدد الطلاق، وبالله التوفيق.

قال الشارح: وهو: الكافر على أي ملة كان.

باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

قال: (**أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ**) أي: فيجوز للمسلم ابتداء نكاحها على ما بيناه.

(**دَامَ نِكَاحُهُ**)؛ إذ له الآن أن ينكحها فدوامه أولى واحدة كانت، أو أربع.

(**أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ**) أي: وكل من يحرم نكاحها من الكوافر.

فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، أَوْ بَعْدَهُ وَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ إِسْلَامِهِ، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ. وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا دَامَ النِّكَاحُ، ....

(**فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ؛ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ**)؛ إذ لا عدة، (**أَوْ بَعْدَهُ**) أي: وما في معناه مما تجب به العدة، كما مر ويأتي.

(**وَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ**)؛ لما في سنن أبي داود، وصحيح ابن حبان وغيره، عَنِ ابْنِ عَبَّاس -رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا: «**أَنَّ امْرَأَةً أَسْلَمَتْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ فَتَزَوَّجَتْ، فَجَاءَ زَوْجُهَا فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله: إِنِّي كُنْتُ أَسْلَمْتُ وَعَلِمَتْ بِإِسْلَامِي؛ فَانْتَزَعَهَا رَسُولُ الله ﷺ مِنْ زَوْجِهَا الثاني وَرَدَّهَا إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّل**»[1] وأشار ابن عبد البر إلى الإجماع عليه.

قال: (**وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ إِسْلَامِهِ**) أي: وإن لم تسلم؛ بل أصرت حتى انقضت [المدة][2] تبين حصول الفرقة من إسلامه، قال الشَّافِعِي: لا أعلم خلافًا في ذلك إلَّا شيء روي عن النَّخَعِيّ شذ فيه عن جماعة العلماء، ولم يتبعه عليه أحد، زعم أنها ترد إلى زوجها، وإن طالت المدة.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَكَعَكْسِهِ**) يعني: إن كان قبل الدخول تنجزت الفرقة، أو بعده وقفت على انقضاء العدة؛ فإن أصر بأن حصول الفرقة من وقت إسلامها، ولا فرق هنا بين الكتابي وغيره، وفي كتب المذهب أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة الآخر؛ فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما، وفي الآثار والسير ما يؤيده.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَا مَعًا دَامَ النِّكَاحُ**) أي: سواء كان قبل الدخول أو بعده؛ لعدم المانع، وفي «السنن» عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «**أَنَّ رَجُلًا جَاءَ مُسْلِمًا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ جَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله: إِنَّهَا كَانَتْ أَسْلَمَتْ مَعِي فَرُدَّهَا عَلَيَّ؛ فَرَدَّهَا عَلَيْهِ**»[3] صححه الترمذي، وابن حبان. قال

---

[1] أخرجه أبو داود (٢٢٤٠) وابن حبان (٤٢٣٣).

[2] في نسخة: (العدة).

[3] أخرجه أبو داود (٢٢٤٠) والترمذي (١١٧٢) وابن حبان (٤٢٣٣).

وَالْمَعِيَّةُ بِآخِرِ اللَّفْظِ. وَحَيْثُ أَدَمْنَا لَا تَضُرُّ مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الْآنَ، ....

ابن عبد البر وغيره: هو إجماع.

قال: (وَالْمَعِيَّةُ بِآخِرِ اللَّفْظِ)؛ لأن به يحصل الإسلام، لا بأوله، قال الشيخان: ولا نظر إلى أول اللفظ؛ لكن في «التتمة»: وإنما يتصور ذلك يعني: المعية، إذا افتتحا كلمة الإسلام معًا فرغا معًا، وقضيته اعتبار المعية في الطرفين، وهو غريب، ولذلك قال في «شرح التعجيز»: والاعتبار بالمعية في آخر كلمة الإسلام، قال المتولي: وفي افتتاحها أيضًا.

تنبيه: ما ذكر من أول الباب إلى هنا هو في الزوجين البالغين العاقلين فلا عبرة بإسلام الصغيرين استقلالًا على الصحيح، نعم، لو أسلم أبواهما فكإسلام البالغين في المعية، والترتيب سواء.

قال الْبَغَوِي والمتولي وشيخهم القاضي والخوارزمي: ولو أسلم [أبو] الصغير والزوجة البالغة معًا، بطل النكاح؛ لسبق إسلامها إسلام زوجها، ولا يخفى حكم المجنونين مما ذكر، قال الرَّافِعِي: لكن ترتيب إسلام الولد على إسلام الأب لا يقتضي تقدمًا ولا تأخرًا بالزمان، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج.

قال قائل: ينبغي بناؤه على أن العلة الشرعية متقدمة على المعلول، أو مقارنة له، وفيه خلاف، والصحيح عندهم المقارنة، وعليه يتجه بحث الرَّافِعِي، والمختار التقدم، وعليه يتجه ما قاله القاضي الحسين وأتباعه، قال الْبَغَوِي وغيره: وإن أسلمت عقب إسلام الأب يبطل أيضًا؛ لأن إسلام الولد يحصل حكمًا، وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يسبق القولي، فلا تتحقق المعية.

قال: (وَحَيْثُ أَدَمْنَا) أي: وحيث حكمنا بدوام النكاح بينهما بعد الإسلام.

(لَا تَضُرُّ مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ) أي: الواقع في الكفر.

(لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ، وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الْآنَ) أي: بحيث

وَإِنْ بَقِيَ الْمُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ فَيُقَرُّ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُودٍ، وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ، ....

يجوز له الآن ابتداء نكاحها، إذا كانوا يرونه صحيحًا؛ فإن اعتقدوا فساده، فلا، هذا ما أجابا، وحكى الإمام عن شيخه: أنه قال مرة: يقرون على ما يرونه، فهم بمثابة نكاح الشبهة فينا، وإنما لا يقرون على ما يجرونه من قبيل النكاح عندهم.

قال الإمام: والذي أراه إنهم لا يقرون على ما اعترفوا بفساده، إذا كان فاسدًا في ديننا، وقال [العراقي][1] في «شرح المهذب»: إذا أسلموا على نكاح يعتقدونه فاسدًا، تردد فيه الشيخ أبو علي.

وقال الجويني: يقرون عليه إن اعتقدناه صحيحًا في شرعنا، وإن اعتقدناه فاسدًا فلا، انتهى.

وإنما قررناه على ذلك رخصة، و[تحقيقًا][2] وقد أقرَّ ﷺ [من أسلم] من غير بحث، وخير بين الأختين من غير نظر إلى ابتداء نكاحها، وأمر من أسلم على أكثر من أربع بإمساك أربع منهن.

قال: (**وَإِنْ بَقِيَ الْمُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ**) أي: وإن بقي المفسد الذي قارن العقد في الشرك إلى وقت الإسلام؛ بحيث تكون محرمة عليه بنسب أو رضاع أو صهر أو بائن بالثلاث، ولم تنكح غيره أو ملاعنة، أو كانت عدة الغير باقية عند الإسلام، ونحو ذلك بحيث لا يجوز له الآن ابتداء نكاحها، ولا فرق هنا بين كون عدة الغير من نكاح أو وطء بشبهة على الأصح.

قال: (**فَيُقَرُّ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُود**) أي: خلافًا لزفر فقط؛ إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز.

(**وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الْإِسْلَامِ**) كجواز ابتداء نكاحها الآن، بخلاف ما لو كانت باقية، هذا هو المشهور المعروف، وفي «الحاوي» وجه أنهما لا يقران، وهو شاذ.

---

[1] في نسخة: (الْغَزَالِي).

[2] في نسخة: (تحفيظ).

وَمُؤَقَّتٍ، إنْ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ،

قال: (**وَمُؤَقَّتٍ إنْ اعْتَقَدُوهُ**) أي: حالة العقد، (**مُؤَبَّدًا**) [فإن][1] اعتقدوه مؤقتًا فلا، سواء أسلما قبل تمام المدة أو قبلها؛ لأن نكاحها لا نكاح في اعتقادهم، وقبلها يرونه مؤقتًا، ومثله لا يجوز ابتداؤه، ويقر على ما وقع بإجبار غير الأب والجد، أو بإجبار البنت، وعلى من راجعها في القرن الرابع إذا اعتقدوا صحة الرجعة فيه؛ إذ لا مفسد عند الإسلام.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) يعني: أن مقارنة [عقد][2] الشبهة الواقعة في دوام نكاحه للإسلام لا تؤثر على المشهور المنصوص في رواية الربيع، مثاله: أن يسلم الرجل فيطأ المرأة بشبهة ثم تسلم هي، أو تسلم هي أولًا، ثم توطئ بشبهة في زمن التوقف، ثم يسلم هو في العدة، فإن النكاح يستمر، ولا يؤثر فيه ذلك، ويتصور بما إذا تقدمت عدة الشبهة على إسلامهما، ثم أسلما، وهي باقية؛ لأن ذلك لا يؤثر، وقطع نكاح المسلم، فهاهنا أولى، ثم هذا فيما إذا كان وطء الشبهة ممن لا يحرمها عليه، أما لو كان كابنه وأبيه، فالظاهر أنه ينقطع النكاح، ولا يقر عليها كذا ظننته، ولم أره نصًّا هاهنا، ويحتمل أن يقال: ينظر إلى معتقدهم في ذلك، ويرتب عليه حكمه، فإن لم يكن في ذلك اعتقاد فلا شك في عدم التقرير؛ لأنَّا نظرنا إلى اعتقادهم رخصة، وتحقيقًا، وترغيبًا في الإسلام، ببقاء الزوجان على عصمة من أسلم من غير نظر إلى الشروط من قبل.

تنبيه: قوله: على المذهب، قاله في «الروضة» فأفهم نقل طريقين، ولم يقل الرَّافِعِي ذلك، ولا رأيتهما لغيره؛ بل نقل المشهور، ثم قال: وقيل: يندفع كما لا يجوز ابتداء النكاح في العدة، قيل: وجعله المذهب هنا استمرار النكاح يرد على جعله استدامة نكاح الشرك بعد الإسلام؛ كابتداء النكاح، ويعتذر عنه بأنه ليس ابتداء من كل وجه، فروعي معنى استدامة؛ لوجود صورتها، وأشير بهذا السؤال إلى ما رجحاه من أن الاختيار والإمساك، فالعقد

---

[1] في نسخة: (أو).

[2] في نسخة: (عدة).

لَا نِكَاحُ مَحْرَمٍ. وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَهُوَ مُحْرِمٌ أُقِرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ.

الجاري في الكفر جارٍ مجرى الابتداء، لا الاستدامة، ونقلا عن جماعة بناء هذه المسألة على ذلك، وقضيته ترجيح الاندفاع، وقد نتكلم على ذلك فيما بعد.

قال: (**لَا نِكَاحُ مَحْرَمٍ**) أي: فإنه لا يقر عليه؛ إذ لا يجوز نكاح المحارم، ولا ابتداؤه فاندفع بالإسلام، وسواء في ذلك محارم النسب، والرضاع، والصهر.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ**) أي: في العدة.

(**وَهُوَ مُحْرِمٌ؛ أُقِرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في أنكحة المسلمين، واعلم أن المنقول في المسألة طريقان:

إحداهما: القطع بالمنع، قال كثيرون: وهو القياس؛ لأنه لا يجوز ابتداء العقد في الإحرام، وتأول قائلها النص على ما إذا أسلم وأسلمن، ثم أحرم قبل الاختيار، كان له أن يختار في الإحرام؛ لأن حق الاختيار ثبت له.

والثانية: فيه قولان: أحدهما: المنع، وهو القياس، والثاني: التقرير، وله الاختيار على ما نص عليه، ونسبه الرَّافِعِي إلى اختيار الأكثرين؛ توجيهًا بأن عروض الإسلام لا تؤثر كما في أنكحة المسلمين، ولم أر مَنْ نقل طريقة قاطعة بالتقرير كما أفهمه كلام «المنهاج»؛ وكأنه أخذه من قول الرَّافِعِي: إنه اختيار الأكثرين، وفيه نظر على أن قضية كلام القاضي أبي الطيب في «المجرد»، والمحاملي، وابن الصباغ ترجيح المنع، وممن رجحه الأنماطي، وابن سلمة، وصاحب «الإفصاح»، والجرجاني في «الشافي» والقفال من المراوزة.

وقال ابن أبي عصرون [في «الانتصار»]: إنه ظاهر المذهب، ولم أر مَنْ رجَّحَ من العراقيين الجواز إلا الماوردي.

[**فإن قلت**: لو أسلمت ثم أحرمت ثم أسلم في العدة، فما الحكم؟

قلت: لم أر فيه نقلًا، والظاهر أنه كما في صورة الكتاب وأولى].

وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا تَعَيَّنَتِ الْحُرَّةُ وَانْدَفَعَتِ الْأَمَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فإن قلت: هل يفترق الحال في هذه الصورة؟ وصورة مقارنة عدة الشبهة من الغير الإسلام بين كون العقد الواقع في الشرك عليها وقع على ما يصح مثله في الإسلام من عقده بمحضر شهود مسلمين وولي، ولفظه المعتبر أم لا فرق.

قلت: لم أرهم تعرضوا لذلك؛ بل أطلقوا، والظاهر الذي يجب القطع به أنه إذا جرى في الشرك مجتمع الشرائط المعتبرة في الإسلام، لم تؤثر فيه مقارنة الإحرام والعدة؛ لأنهما لا يتنافيان دوام نكاح المسلم فالكافر أولى؛ لما عُلم من الشرع عن المسامحة من أنكحتهم والعفو عنها؛ ترغيبًا في الإسلام، وإن جرى العقد على وجه الفساد كما هو الغالب، ثم زال المفسد وطرأ إحرام أو عدة بشبهة، فهذا محل التردد، وإنما أطلق الأئمة؛ لأن وقوع النكاح في الشرك بالشرائط المعتبرة في الإسلام نادر.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ حُرَّةً وَأَمَةً وَأَسْلَمُوا**) [أي: بلا تفهم].

(**تَعَيَّنَتِ الْحُرَّةُ وَانْدَفَعَتِ الْأَمَةُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: سواء نكحهما معًا أو مرتبًا، وكما يندفع نكاح الأمة بالحرة الطارئة يندفع باليسار الطارئ؛ إذا قارن الإسلام، ولو اقترن اليسار بالعقد الجاري في الشرك، ودام إلى الإسلام بالاندفاع أولى، ولو أسلمت الحرة معه وحدها ثبت نكاحها، واندفع نكاح الأمة، وسيأتي كلام المصنف على المسألة، فيما إذا تقدم إسلام الحرة وبالعكس، والغرض هنا بيان كون الحرة دافعة للأمة، وأنه يعطي حكم الدوام في ذلك حكم الابتداء، بخلاف ما نذكره من مقارنة الإحرام وعدة الشبهة، وفرق الرَّافِعِي بأن نكاح الأمة يعدل إليه عند تعذر نكاح الحرة، والإبدال أضيق حكمًا من الأصول؛ فلذلك غلبنا هنا شائبة الابتداء.

تنبيهات: الأول: أطلق الأئمة اندفاع الأمة سواء أسلموا معًا، أو تقدَّمت الأمَةُ، واجتمعوا على الإسلام في العدة، ويشبه أن محله ما إذا كانت الحرة صالحة للاستمتاع، أما لو لم تكن كذلك، فقلنا: بالأصح فيما سبق أنها لا تمنع نكاح الأمة، وكان الزوج ممَّن له نكاح الأمة حال إسلامهم فاندفاع الأمة بعيدٌ، والظاهر أنها لا تندفع.

وَنِكَاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: فَاسِدٌ، ....

الثاني: اعلم أن الذي نص عليه الشَّافِعِي، وتبعه الأصحاب في الطريقتين، أنهم إذا أسلموا معًا اندفاع الأمة، ولم أر فيه خلافًا، وحكى الرَّافِعِي: أن بعضهم خرج اندفاعها على قولين، قال: وينتسب إلى اختيار القاضي الحسين، انتهى.

والموجود في «تعليقه» موافقة الأصحاب، وعلى إثبات الخلاف جرى في «المنهاج» بقوله: على المذهب، وفي ثبوت الخلاف نظر.

قال: (**وَنِكَاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في مواضع من «الأم» وغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] وقوله: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ۝٤﴾ [المسد: ٤] وروى البيهقي (٢/ ٤٢٠) مرفوعًا «ولدت من نكاح لا من سفاح»(١) وليتهم سكتوا عن هذا الاستدلال؛ ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا، وإذا أسلموا لأقررناهم، والفاسد لا ينقلب صحيحًا، ولا يقرر عليه، والعبارة المحررة: أنها إن وقعت على وفق الشرع قيل: هي صحيحة، وإلا قيل: إنها محكوم لها بالصحة [كما عبر الرافعي، ولا يقال: إنها صحيحة؛ لأن الصحة حكم شرعي ولم يرد به؛ ولكنها محكوم لها بالصحة] رخصةً وعفوًا من الله تعالى.

قال: (**وَقِيلَ: فَاسِدٌ**) أي: لكن لا نفرق بينهم إذا ترافعوا إلينا؛ رعايةً للعهد والذمة، وإذا أسلموا نقرهم تخفيفًا، وعفوًا، وهذا التوجيه يبين أن عدم التفريق هو فيما إذا ترافعوا إلينا في شيءٍ آخر من لوازم [عقد النكاح] غير صحته وفساده، أما لو ترافعوا إلينا في ذلك، ورضوا بحكمنا حكمنا بينهم بما يقتضيه شرعنا لا محالة، وهذا القول؛ قال سليم: إنه ظاهر المذهب.

قال الشَّافِعِي في «سير الواقدي»: فأصل نكاح الكفار كله فاسد؛ سواء كان بشهود أو بغير شهود، وقال في باب «من أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة»: ليس من عقد الجاهلية صحيح؛ لأنه شهادة أهل الشرك؛ لكنه معفو عنه

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٠٣، رقم ١٣٢٧٣) والبيهقي (٧/ ١٩٠، رقم ١٣٨٥٥).

وَقِيلَ: إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ، وَإِلَّا فَلَا.

لهم، كما عفا عما مضى من الزنا.

قال: (وَقِيلَ: إِنْ أَسْلَمَ وَقُرِّرَ؛ تَبَيَّنَّا صِحَّتَهُ، وَإِلَّا فَلَا) وإلى هذا مال ابن الحداد والإمام والغزالي هنا، وليس بعيدًا من كلام الشَّافِعِي؛ لكن القول به في أنكحة الكفار من رأس بعيد، ولا نعرفه الآن إلا في كلام الْغَزَالِي والرافعي؛ لأن الكلام في أنكحتهم سواء اتصل بها إسلام أم لا.

تنبيهات: منها: عبارة «المحرر»: ثلاثة أوجه أو أقوال، و«الشرح الصغير» أقوال وأوجه، و«الكبير» أوردها الغزالي أقوالًا، وأكثر مَنْ أوردها نقل الوجوه.

ومنها: قال الرافعي: في أنكحتهم ثلاث مقالات فذكرها، ثم قال: ومن الأصحاب من يقطع بصحتها، ويبقي الخلاف، انتهى.

قال الماوردي: إذا تناكحوا في الشرك فلا اعتراض عليهم فيها، فإن أسلموا فالمنصوص في أكثر كتبه جواز مناكحتهم، وإقرارهم عليها بعد الإسلام، وقال في بعض كتبه: مناكحتهم باطلة، وقال في موضع آخر: إنها معفو عنها، فغلط بعض أصحابنا، فخرج المنصوص على ثلاثة أقاويل، والذي عليه جمهورهم حملها على أحوال فنص صحة محمول على ما إذا تزوج بولي، وشاهدين، ولفظ النكاح، وليس بينهما نسب يوجب التحريم، ونص البطلان محمولٌ على ما إذا تزوج من تحرم عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة، فهو باطلٌ، وإذا أسلم لا يقر عليه، ونص العفو محمول على ما إذا تزوج من لا تحرم عليه من غير ولي، ولا شهود، ولا لفظ نكاح، ولا تزويج، انتهى.

ومنها: اعلم أن نُسَخ «المحرر» مختلفةٌ، فبعضها موافق «للمنهاج» في الترجيح، وبعضها عبارته: الأنكحة الجارية في الكفر صحيحة كانت أو فاسدة لا يُحكم فيها بصحة ولا فساد، فإذا أسلموا فما يقرون عليه يتبيَّن صحته، وما لا يتبيَّن فساده، أو هي صحيحة أو فاسدة ثلاثة أوجه أو أقوال: أصحها: الأول، ومن هذه النسخ اختصر الْبَاجِيُّ «تحريره» فقال: وأنكحة الكفار لا حكم لها، فإذا أسلموا فالصحيح يتبيَّن صحة ما يقرون عليه، وفساد غيره؛ لكن عبارة

....

«إيجاز المحرر» «كالمنهاج»، وعبارة «تهذيب المحرر» وما أحسبه، فقيل: نحكم بصحة أنكحتهم حتى لو طلقها ثلاثًا، ثم أسلما وجب المحلل، انتهى.

فيجوز أن يكون جنح في «المحرر» إلى ترجيح الوقف؛ لميل من ذكرنا إليه؛ لكن الموافق «للشرحين» و«الروضة» ما اختصر منه المصنف، ومن ذكرناه.

ومنها: كلام المصنف يقتضي جريان الخلاف في أنكحتهم مطلقًا.

وقال في «الروضة»: [الصواب] أن الخلاف مخصوص بالعقود التي نحكم بفساد مثلها في الإسلام أي: كما هو قضية كلام المتولي وغيره، كما قاله الرافعي، لا في كل عقودهم، وهو كما قال: فلو عقدوا عقدًا على وفق الشرع وشروطه المعتبرة؛ فهو صحيح بلا خلافٍ، ومن ظن فيه خلافًا فغالط.

وحكى الرافعي عن «النهاية»: أن من يحكم بالفساد يلزمه ألا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره، والمصير إلى بطلان نكاح عقدوه على وفق الشرائع كلها، مذهب لا يعتقده ذو حاصل، وصوبه الشيخ كما تقدم، وليس في كلام الإمام إثبات نقل، وإنما ألزم إلزامًا لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها؛ حكمنا بالصحة قطعًا، قد يفهم طرد الخلاف مما نقله الماوردي عن بعضهم من [التخريج][1] ولعل القائل بالفساد مطلقًا تعلق بظاهر ما سبق، عن «سير الواقدي» ويتعين حمله على غير هذه الصورة قطعًا.

ومنها: قال بعض الشارحين: قال مالك: أنكحة أهل الشرك باطلة، ولا يتعلق بها شيءٌ من أحكام النكاح الصحيح.

قال في «البيان»: وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولًا للشافعي، ونسبه المتولي إلى «القديم»، والقول بالفساد مطلقًا، وأنه لا تتعلق به أحكام النكاح؛ لا يعرف للشافعي؛ بل نص في كتبه على وقوع الطلاق الثلاث، وحصول التحليل بإصابة الذمي، ولا نزاع عندنا في رجم الذمي المحصن؛ إذا زنا، وقد

---

(١) في نسخة: (من الترجيح).

فَعَلَى الصَّحِيحِ لَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا ثُمَّ أَسْلَمَا لَمْ تَحِلَّ بِمُحَلِّلٍ.

فعله ﷺ(١) وشرط الإحصان الإصابة في نكاح صحيح.

قال الشافعي: وإن أطلق على كل أنكحتهم اسم الفساد [لم يرد به أنه لا تتعلق بها أحكام النكاح كما فرع الرافعي وبعضهم على قول الفساد؛ بل] مراده أنها فاسدة معفو عنها تُعطي حكم الصحيح، فاعلم.

ومنها: أنكر بعض الشيوخ في «شرحه» استدلال الأصحاب بحديث: «**ولدت من نكاح لا من سفاح**»(٢) [وقال: هو] غير مرضٍ لأمرين:

أحدهما: تبرئة نسبه عن ذكره في هذا المقام.

والثاني: أن الأنكحة التي في نسبه ﷺ [كلها مستجمعة شروط الصحة كأنكحة الإسلام] فاعتقد هذا بقلبك وتمسك به ولا تزل عنه؛ فتخسر الدنيا والآخرة، ولم يقع في نسبه ﷺ منه إلى آدم ﷺ إلا نكاح مستجمع لشرائط الصحة كنكاح الإسلام اليوم، انتهى.

قال: (**فَعَلَى الصَّحِيحِ: لَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا ثُمَّ أَسْلَمَا؛ لَمْ تَحِلَّ إلا بِمُحَلِّلٍ**) هذا تفريع صحيح، سواء اعتقدوا هم وقوع الطلاق أم لا، كما يحكى عن الصيدلاني؛ لأننا نعتبر حكم الإسلام.

واعلم أن كلام المصنف هذا يفهم أنه لا يقع الطلاق على الوجهين الآخرين، وهما الفساد والوقف، وفيه نظر، أما إذا فرعنا على فساد أنكحتهم فطلق ثلاثًا، ثم أسلما؛ قال الرافعي: فالطلاق في النكاح الفاسد لا يحوج إلى المحلل، وفي «الإبانة» إنه القياس، وفيه وجه آخر: أنها لا تحل إلا بعد زوج، وهذا ما اختاره الإمام، وأرسل الفوراني الوجهين في «العمد» فقال: وإن قلنا: لا حكم لأنكحتهم، ففيه وجهان، وسبق في التنبيه الخامس ما يفهم إنكار ذلك ورده، ومال ابن الرفعة إلى أنا إذا قلنا: بالفساد إنه يتبع إلى وقوع الطلاق

---

(١) كما في الصحيحين البخاري (٣٦٣٥)، ومسلم (١٦٩٩): «أن النبي ﷺ رجم اليهوديين الزانيين».

(٢) تقدم تخريجه.

وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ.

موجب اعتقادهم، فإن كانوا يرونه واقعًا حكمنا بوقوعه، وإن كانوا يعتقدونه غير واقع، كما يحكى عن النصارى؛ فيجزم على هذا القول بعدم الوقوع نظرًا إلى اعتقادهم، واعتقادنا جميعًا، انتهى.

وأما إذا فرَّعنا على قول الوقف فقد أطال ابن الرفعة الكلام فيه، والظاهر أنه يقع في كل عقد يقر عليه في الإسلام، وذلك موجود في كلام الأصحاب، وحكوا عن ابن الحداد في طلاق إحدى الأختين في الشرك: أنه يختار بعد الإسلام، ويقع على مَنْ يختارها لو لم يقع الطلاق، وقالوا: إنه قال ذلك بناءً على قول الوقف.

فرع: لو طلقها في الشرك ثلاثًا، ثم نكحها في الشرك من غير محلل، ثم أسلما رُدَّ نكاحهما، نص عليه في «الأم».

قال: (**وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ**) اجعل هذا كلامًا مستأنفًا، وإن أفهم عطفه تفريعه على الصحيح كالصورة قبله، فإنه ليس كذلك؛ بل على كل قول من قررنا نكاحها، استحقت المسمى الصحيح، ولا ريب فيه على قول الصحة والوقف، وأما على قول الفساد فموضع نظر يحتمل أن يقال به، وهو ظاهر كلامهم؛ لأنه لا خلاف نعلمه أنه لا يبتدئ عقدًا، فالذي قررناه ثبت له حكم الصحة من حين الإسلام، وإذا كانت قد جرت تسمية صحيحة، فكما ثبتت الصحة للنكاح؛ نثبتها للمسمى، فإن كانت قبضته، وإلا فلها المطالبة به، ويحتمل أن يقال: يعدل إلى مهر المثل، ويكون وجوبه من حين التقرير.

وقد قال العبادي، والهروي، وشريح الروياني وغيرهم، كما سلف في كتاب الإجارة: كل عقد فاسد؛ يسقط فيه المسمى إلا في مسألة وهي: ما إذا عقد الإمام الذمة مع الكفار، على سكنى الحجاز؛ فسكنوا، ووجب المسمى، فقضيته هذا الحصر؛ أنه يجب هنا مهر المثل لا المسمى، وأبدى شارح احتمالًا ثالثًا: أنه لا يجب شيء؛ لأن التقرير قد حصل على استحقاق الوطء، كما يقوله فيما إذا نكحوا نكاح تفويض، وهم يعتقدون ألا مهر؛ فإنه لا يقم دليل على استحقاق وجوب المهر في هذه الصورة، وقام دليل على استمرار

وَأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لَهَا، ....

النكاح فيعمل بالمحقق دون المشكوك فيه، انتهى. وقضية إطلاق الأئمة الاحتمال الأول.

قال: (**وَأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لَهَا**) أي: لانفصال الأمر بينهما، وانقطاع المطالبة قبل الإسلام، وما مضى في الكفر لا يتبع، هذا هو المذهب، وفي قول: لها مهر المثل؛ لفساد القبض الواقع في الشرك.

تنبيه: قضية كلامه، أن الحكم ما أطلقه في كل فاسد قبضته قبل الإسلام، وليس كذلك؛ بل لو أصدقها حرًا مسلمًا، ثم أسلما بعد قبضه أزيلت يدها عنه، ولها مهر المثل، قال الرافعي: هكذا ذكروه، وقياس ما سبق أي: من إراقة الخمر المقبوضة أن يخرج من يدها، ولا يرجع بشيء، انتهى.

وهذا ما يفهمه إطلاق «المنهاج»؛ لكن ما ذكروه نص عليه الشافعي، فقال في «سير الواقدي» من «الأم»: ولو تزوج الحربي حربية على حرام من خمر أو خنزير فقبضته، ثم أسلما؛ لم يكن لها عليه [مهر المثل، ولوّ أسلما ولم يقبضه؛ كان لها عليه] مهر مثلها، ولو تزوجها على حر مسلم أو مكاتب لمسلم، أو عبد لمسلم، ثم أسلما، وقد قبضت أو لم تقبض؛ لم يكن لها سبيل على واحد منهم، وكان الحر ومن بقي مملوكًا لمالكه، والمكاتب مكاتب لمالكه، ولها مهر مثلها في هذا، انتهى.

وكان الفرق أن هذه الأشياء لا يقرون عليها بحال، فلا نظر إلى اعتقادهم فيه مع كون الحق للغير بخلاف الخمر، ونحوه، فإنهم يقرون عليه في حال ويختصون بها؛ فلذلك اعتبر قبضها له، وإلى نحو هذا الفرق، أشار في «الكافي» فقال: لو نكحها على خمر أو خنزير، فأسلما وترافعا إلينا بعد القبض لم يجب شيء آخر، أو قبل القبض وجب مهر المثل، ولو نكحها على حرٍّ مسلم استرقوه، ثم أسلما أو ترافعا إلينا يجب لها مهر المثل بكل حال؛ لأن الفساد في الخمر والخنزير بحق الله تعالى، فجاز أن يعفى عنه، وهاهنا بحق المسلم فلا يجوز فيه العفو، انتهى.

وَإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ.

والظاهر أن ذكر المسلم مثال حتى لو كان المأسور ذميًا من دارنا، أو عبدًا له أو مكاتبًا له فالحكم ما مرَّ، بقي هاهنا شيء لم أرَ فيه نصًا، وهو أنه لو كان قبضها الخمر ونحوه في حال صغرها، أو جنونها، أو سفهها، أو قبضته مكرهة، هل يكون ذلك كالعدم حتى يقضي لها بمهر المثل على المذهب بعد الإسلام، أو عند الترافع إلينا، أو يكون كقبض الكبيرة الرشيدة، أو يقال: إن اعتبروه فلا مهر وإلا وجب؟ هذا موضع تأمل.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تقبضه قبل الإسلام.

(**فَمَهْرُ مِثْلٍ**) أي: على المشهور؛ ولأنها لم ترض إلا بمهر، والمطالبة بالخمر ونحوه في الإسلام ممتنعة، فيرجع إلى مهر المثل؛ كما لو نكح على حر، وفي قولٍ: لا شيء لها؛ لأنها رضيت بالخمر، فلا يطالب بغيره، ولا مطالبة به في الإسلام.

إشارة: قوله: «وألا» يشمل ما إذا لم يكن قبضته في الشرك، وما إذا قبضته بعد الإسلام؛ سواء كان ذلك بعد إسلامها أو إسلام أحدهما؛ كما نصَّ عليه في «الأم»، والظاهر أن قبض وليها لها كقبضها إن كانت محجورةً، أو كان بإذنها، وسواء في ذلك الخمر المعينة، والتي في الذمة عندنا، واعلم أن الخمر المعينة، والتي في الذمة عندنا في ثبوت القول إنه لا شيء لها نظر؛ فإنه عزي إلى «سير الواقدي»، وليس فيها إلا ما ذكرته، وهو الموجود في مشاهير كتب الأصحاب، والظاهر أن قائله جعله مع قوله: ولو تزوجها على حر مسلم، اختلاف نص يرشد إليه قول «البسيط»: إن صاحب «التقريب» حكى عن «سير الواقدي» نصوصًا مضطربة، واستخرج منها طريقين: أحدهما: إن قبضته فلا شيء لها، وإلا فقولان، والثانية: إن لم تقبض فلها المطالبة، وإن قبضت فقولان، انتهى. وقد ذكر الفرق بين الخمر ونحوه، والحر وماله، وعليه الجمهور.

قال: (**وَإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَهَا قِسْطُ مَا بَقِيَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ**) إذا قبضت بعض

……………………………………………………

الفاسد من خمر ونحوه، ثم أسلما أو أحدهما؛ فليس لها قبض الباقي منه، لما ذكرناه في قبض الجميع؛ بل لها قسط الباقي من مهر المثل المتعذر قبضه، واستقر مقابل المقبوض بالقبض في الشرك فلم يرجع، ثم إن كان المقبوض من جنس واحد، لا تعدد فيه كأن أصدقها زق خمر؛ فقبضت نصفه أو ثلثه قسطًا بالنسبة، وإن تعدد كزقي خمر قبضت أحدهما، فإن تساويا قدرًا فذاك، وإن تفاوتا، فهل ينظر إلى العدد أو إلى القدر؟ وجهان: أقيسهما الثاني، وعلى هذا قال الأكثرون، يعتبر الكيل، وقيل: الوزن؛ لأنه أحصر، كذا قال الرافعي، وفي تحقق الخلاف فيه نظر، والظاهر أن المقصود التمثيل، ومعرفة القدر، وكذلك قال الإمام: يعتبر الوزن إن أمكن الوصول إليه، أو الكيل، وفيما إذا أصدقها خنازير، أو كلاب، أو من جنسين، فروع منتشرة، أعرضنا عنها اختصارًا، ولا يغفل هنا عما أسلفناه في قبض كله وعكسه وقياسه هنا.

تنبيهات: الأول: لا فرق في قبضها المهر الفاسد، قبل الإسلام بين كونه بتراضيهما، أو يحكم حاكمهم بقبضه أو إقباضه، وفي قولٍ: لا عبرة بالإقباض الصادر عن الحكم، نعم لو استقلت [بالقبض] من غير إقباض، ولا حكم، احتمل أنه كالحكم، واحتمل خلافه؛ لاعتقادهم صحة الحكم، وقد لا يعتقدون صحة الاستقلال، ويقوى هذا فيما إذا لم يكن معينًا، وقضية إطلاق المصنف الصحة؛ فإنه قال: فإن قبضته، وهو يشمل الأقوال الثلاث، وما أسلفناه في القبض الفاسد عندهم، نعم قد يقال: غير المعين [لا يقال] فيه قبضته؛ لأنه لم يتعين لها.

الثاني: قضية إطلاق «المنهاج» وغيره أنهما إذا أسلما قبل التقابض، أن لها المطالبة بالمسمى الصحيح، وبمهر المثل في المسمى الفاسد من غير فرق بين حالة وحالة، وقال القاضي الحسين عند الكلام فيما إذا قهر حربي حربية وقصد به النكاح: فأما إذا تزوجها، أو اعتقدها عين ماله، وامتنع من تسليمها إليها، ثم أسلما قبل القبض؛ فإن قصد بالمنع التملك، فقد برئت ذمته عنده وإلا فلا، انتهى.

وَمَنْ انْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ إنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ، وَإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ أَوْ قَبْلَهُ ....

وفي «عمد الفوراني»: ولو نكحها بلا صداق، أو أصدقها شيئًا غير أنه منعها إياه وغلبها؛ فإذا أسلما فلا صداق لها، نص عليه، انتهى.

فيجب تقييد إطلاقهم بغير حالة قصد التملك، والغلبة على المهر، وهو في المسمى الصحيح المعنى واضح، وأما لو كان في الذمة، أو كانت التسمية فاسدة، فيحتمل أن يقال: إن قصد تملك المسمى الفاسد قهرًا، فلها طلب مهر المثل؛ لأنه مالها لا ماله، وإن علم الفساد، أو كان في الذمة، وقصد المنع الكلي، والغلبة على ما في ذمته، فهل يكون ذلك كالمعين الصحيح أو لا؟ فيه احتمال ظاهر.

قال: (**وَمَنْ انْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ؛ فَلَهَا الْمُسَمَّى الصَّحِيحُ إنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ**) لاستقراره بالدخول، نعم لو كان قد غلبها عليه في الشرك، وتملكه، فقياس ما سبق عن النص والقاضي أنه لا شيء لها.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يصح نكاحهم، وكان قد سمى فاسدًا كخمر ونحوه.

(**فَمَهْرُ مِثْلٍ**) عملًا بالقاعدة. أما لو نكحها تفويضًا وعندهم لا مهر للمفوضة، ثم أسلما فلا مهر، وإن كان قبل المسيس؛ لأنه سبق استحقاق وطء بلا مهر، وفي «تجربة الروياني» أنه لو نكحها بغير صداق واعتقادهم أنه لا يجب أصلًا، وإن دخل بها فلا صداق لها في الإسلام، نص عليه الشافعي، وقال بعض أصحابنا: إن دخل بها وهو حربي فلا مهر؛ لأن الإتلاف حصل من الحربي، وإن دخل بها في الإسلام لزم المهر، وظاهر النص عدم الفرق، وذكر القفال أنه نص على التسوية، وهو غريب صحيح، انتهى.

إشارة: يأتي هنا الفرق بين حالتي قبضه قبل الإسلام وبعده، وما إذا لم يقبضه أو بعضه كما سبق، فيمن قرر نكاحها، والتفصيل السابق في التسمية الفاسدة.

قال: (**أَوْ قَبْلَهُ**) أي: اندفعت قبل الدخول.

وَصُحِّحَ، فَإِنْ كَانَ الِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا، وَبِإِسْلَامِهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ.

(**وَصُحِّحَ**) أي: وفرعنا على صحة نكاحهم.

(**فَإِنْ كَانَ الِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا**) أي: على المشهور؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها، والثاني: لها نصف مهر؛ لأنها محسنة بالإسلام وكان من حقه موافقتها؛ فإذا امتنع نسب الفراق إلى تخلفه، وفي ثبوت هذا القول نظر؛ فإنه نسب إلى «سير الواقدي»؛ حيث ذكر فيه كلامًا يفهم التردد.

قال البيهقي: هو كلام قاله على غيره، قصد به إبطال مذهبه دون تعليق القول فيه، وهو كما قال، فإنه قال في آخر كلامه: ولا يشبه هذا من العلم شيئًا، نعم حكى وجهًا عن القفال، واعلم أن هذا الحكم ليس من تفاريع قول الصحة، وخاصةً كما هو ظاهر كلامه؛ بل لا شيء لها على كل قول، وكان ينبغي أن يؤخر قوله، ويصححه فيقول: أو قبله؛ فإن كان الاندفاع بإسلامها، فلا شيء لها، أو بإسلامه، وصحح إلى آخره.

قال: (**وَبِإِسْلَامِهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا**) لأن الفرقة جاءت من قبله، وهذا إذا لم يكن غلبها عليه في الشرك كما سبق.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن كان المسمى فاسدًا، كخمر ونحوه.

(**فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ**)؛ عملًا بالقاعدة في التسمية الفاسدة؛ فإن لم يكن مسمى ولا تفويض وجبت منعة؛ فإسلامه هو المحتاج إلى قيد الصحة لا إسلامها، وأما إذا لم نصحح أنكحتهم، فلا شيء لها؛ إذ لا وجوب في الفاسد بلا دخول.

تنبيه: كلامه يقتضي أنه لا فرق بين المندفعة محرمة وغيرها، ونقل الرافعي عن القفال أنه عدَّ من صور الاندفاع ما إذا نكح في الشرك محرمًا، ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على قولين، ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر.

قال: ولا نقول: إن العقد انعقد عليها، ثم اندفع وانفسخ في الإسلام،

....

وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين، وفي الزائدة على الأربع.

قال الرافعي: والموافق لإطلاق «الوجيز» وغيره الأول، وعبارة «الروضة»: والموافق لإطلاق غير الإمام موافقة القفال، وهذا منهما ميل إلى ذلك؛ والمذهب أنه لا يثبت لما زاد على الأربع، ولا لإحدى الأختين؛ إذا كان قبل الدخول كما صرح به ابن الحداد وغيره، وفي مسألة الأم والبنت؛ حيث قلنا: تعين البنت.

فائدة: قال في «سير الروضة»: لو اقترض حربي من حربي، أو التزم بالشراء، ثم أسلما أو قبلا الحرية أو الأمان؛ فالاستحقاق مستمر، وكذا يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن خمرًا ونحوه، ولو سبق المقترض إلى الإسلام، أو الأمان، فالنص أن الدين يستمر كما لو أسلما، ونصَّ أنه لو ماتت زوجة حربي فجاءنا مسلمًا أو مستأمنًا، فجاء ورثتها يطلبون مهرها، لم يكن لهم شيء، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: فيهما قولان: أظهرهما: يبقى الاستحقاق، وعلى هذا تبنى قواعد نكاح المشركات، والثاني: المنع؛ لأنه يبعد أن يمكن الحربي من مطالبة مسلم أو ذمي.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وحمل النص الثاني على من أصدقها خمرًا، وقبضته في الكفر، انتهى.

وفيه شيئان: أحدهما: أن الرافعي لم يصحح شيئًا أصلًا، ولا نقله عن أحد في صورة المهر، والثاني: أن الحمل المذكور بعيد من النص المشار إليه، ولفظه في طلاق الشرك من «الأم»: ولو تزوج امرأةً في الشرك بصداق فلم يدفعه إليها، أو بلا صداق؛ فأصابها في الحالين، ثم ماتت قبل أن تسلم، ثم أسلم زوجها، وطلبت ورثتها صداقها الذي سمي لها، أو صداق مثلها، لم يكن لهم منه شيء؛ لأني لا أقضي لبعضهم على بعض بما فات في الشرك والحرب، انتهى.

وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الْحُكْمُ، أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فأما أن يحمل قوله: فلم يدفعه إليها، على ما إذا كان قد امتنع، وقصد قهرها عليه كما سبق عن النص، وكلام القاضي الحسين يرشد إلى ذلك قوله: لأني لا أقضي لبعضهم على بعض بما فات في الشرك والحرب، أو يحمل على ما إذا طالبه ورثتها به في دار الحرب يمنعهم منه قهرًا، أو تملكه عليهم إن كان عينًا، أو يغلب عليها، أو يحملهم فيما إذا كان دينًا، وأما جملة: على ما إذا سمى لها خمرًا وقبضته في دار الكفر، فلا يستقيم أصلًا؛ فإن كانت الإشارة إلى نص يمكن حمله على ذلك فهذا النص يثبته ويبقى الاحتمال، ويتعين حمله على ما ذكرنا، والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الْحُكْمُ**) أي: بلا خلاف كما قاله «المحرر»، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأمن، فمتى ترافع المسلم، وأخذهم إلينا وجب الحكم بينهم قطعًا، وإذا استعدى أحدهم على المسلم أو العكس وجب الإعداء؛ لأنه يجب دفع الظلم عن المسلم ودفعه عنه؛ ولأن المسلم لا يمكنه المحاكمة إلى حاكمهم، فتعين فصل القضية بحكمنا.

قال: (**أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب على الإمام دفع الظلم عنهم فوجب الحكم بينهم كالمسلمين، قال الرافعي: وهذا القول يحكى عن أبي حنيفة.

قلت: ونقل القاضي الحسين عنه الثاني، ونسب الرافعي ترجيح الوجوب إلى الأكثرين، منهم الإمام والبغوي والروياني، انتهى.

وقال الجوري: إنه المشهور، والماوردي: إنه الجديد، والثاني: لا يجب، قال الماوردي: وهو القديم، ورجحه الشيخ أبو حامد وأتباعه؛ كالمحاملي وسليم، ونسبه الرافعي إلى ابن الصباغ، والذي في «الشامل» هنا إرسال قولين بلا ترجيح كصنيع جماعة، وبهذا القول قال مالك، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] ولأنهما لا [يقران][1] في

---

[1] في نسخة: (يقيمان).

……………………………………………………………………

دارنا حولًا بلا عوض، فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين، ومن أوجب حمل هذه الآية على المعاهدين، ولتكون كل آية محمولة على فائدة أخرى؛ لأنه أولى من حملهما على فائدة واحدة، والفرق بين المعاهد والذمي أن المعاهد لم يلتزم الأحكام، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض، بخلاف الذميين إذا عرفت هذا فتنبه لأمور:

أحدها: أطلق المصنف القولين، ومحلهما عند الجمهور، ما إذا اتحدت ملتهما كيهوديين مثلًا، فإن اختلفت كيهودي ونصراني أو مجوسي، فالمذهب القطع بالوجوب، وقيل: على القولين، وحكي عن «تعليق» القاضي أبي الطيب أنه المشهور، وأن الطريق الأول ليس بشيء، وليس كذلك؛ بل قطع به المعظم، وصححه هو في «المجرد»، وعلله هو والجمهور بأن كل واحد يدعو إلى حاكم ملته، فينفى التنازع بخلاف متفقي الملة، قال ابن الرفعة في باب الجزية تبعًا للإمام: في القطع بذلك نظر؛ إذ يلزم منه القطع بالحكم بين المتفقين؛ إذا لم يكن لهما حاكم هناك، أو كان وامتنع أحدهما؛ إذ يبعد أن يلزمهما حكم الكفر.

قلت: أما إذا لم يكن لهم حاكم، فالظاهر أن الجمهور يلتزمون ذلك، ولا بُعْد فيه، وأما إذا كان لهم هناك حاكم بامتناع أحدهما، صورة نادرة؛ لأن الغالب رضاهم بحاكمهم دوننا، ويعلم الممتنع أنه لا يهمل فينقاد له، بقي لو كان في الملة اختلاف كاليهودي مع [النصراني](1) واليعقوبي مع الملكي، فهل يكونان كاليهودي والنصراني أو لا عبرة بذلك؟ فيه احتمال ظاهر.

ثانيها: إن أوجبنا الحكم وجب الإعداء والحضور، وإلا فلا يختار، هكذا عبر الجمهور، وكلام الغزالي يقتضي اعتبار رضا الخصمين، وهو متقيد، وقال القاضي الحسين: إن لم يوجب الحكم لم يجز للقاضي الإعداء، وما قاله ظاهر، وقد يتوقف فيه إما مطلقًا أو في بعض الصور، وسيأتي عن «الحاوي» في ذلك كلام.

---

(١) في نسخة: (السامري).

……

ثالثها: في محل القولين طرق أصحها: طردها في حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، وثانيها: أنهما في حقوق الله تعالى، أما حق الآدمي فيجب الحكم فيه قطعًا، وثالثها: عكسها، ورابعها: تخصيصهما بحق الآدمي، أما حقوق الله فلا يجب قطعًا، وخامسها: إن كان ما تحاكموا فيه ثبت بغير رضاه كقصاص وغصب، لزمه انتفاؤه، وإن كان يرضى؛ كالدين بالتراض، فقولان، حكاهما الماوردي في كتاب «السرقة»، ولخصَّ ابن الرفعة من اختلاف الطرق ستة أقوال ذكرتها في «الغنية»، وحكى الماوردي في باب حد الذميين في المسألة من أصلها ثلاثة أقوال: ثالثها: يلزمه الحكم بينهم في حقوق الآدميين دون حقوق الله تعالى، ثم ذكر في «التفريع» على قول التخيير، فعلى هذا إن استعدوا فالحاكم مخير بين الإعداء وعدمه، فإن أعدى فالمستعدى عليه مخير بين الحضور والامتناع، إلا أن يشترط عليهم في عقد الذمة أن تجري عليهم أحكامنا، فيلزم الحاكم أن يعد بهم ويحكم بينهم، ويلزم الحضور إليه، والتزام حكمه، وهذا غريب؛ ولهذا قال ابن الرفعة: وهنا أمر غريب، فذكره، ثم قال: وهذا إنما يأتي عند من لا يشترط التصريح بالتزام [أحكام الملة في العقد، يعني: المذهب المعروف هناك اشتراط التصريح في العقد بإلزام] أحكامنا.

رابعها: ذكر الرافعي تفريع قول التخيير؛ أنه يحكم أو يردها إلى حاكمهم، ولا يتركهما يتنازعان، ونحوه قول القاضي الحسين: هو بالخيار بين أن يقضي أو يأمر حاكمهم بأن يحكم بينهم، وفيما قالاه من الرد إلى حاكمهم [نظر ظاهر] ولذلك قال الإمام في توهين طريقة القطع [بالحكم] بين مختلفي الملة، ولو كان لهم حاكم وامتنع أحدهما؛ فيجب أن يقال: يتعين على حاكمنا الحكم؛ إذ يبعد أن يلزمهم حكم حاكمهم، ويكون وزره حتى يعدى من جهته.

وقال ابن أبي هريرة في «تعليقه»: فإن قيل: كيف يجوز أن يردهم إلى حاكمهم؟ قيل: لا يردهم، ولكنا يمنعهم من التظالم في دارنا، انتهى.

فالظاهر أنَّا على هذا القول نعرض عنهما ونمنعهما من التظالم، ثم المتظلم منهما يرفع خصمه إلى حاكمهم من قبل نفسه إن أراد، وكأن المراد

وَنُقِرُّهُمْ عَلَى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لَا نُقِرُّ.

بالسؤال أنكم إذا لم تحكموا بينهم فقد رددتموهم بالمعنى إلى حاكمهم؛ كما دلَّ عليه سياق كلام ابن أبي هريرة، وأما الأمر بذلك فلا وجه لجوازه لا إلزامًا ولا غيره، والأمر كالضلال والإرشاد إليه محظوران قطعًا.

خامسها: لو ترافع معاهدان لم يجب الحكم، وقيل: كالذميين، وزيف؛ لأنهم لم يلتزموا حكمنا، ولا التزمنا دفع بعضهم عن بعض، فسواء اتفقت ملتهما أم اختلفت، هذا قضية إطلاق الجمهور، وقال الإمام: يجب الحكم عند اختلاف ملتهما كالذميين المختلفي الملة.

قال: والمذهب عندي إنه لا يجب الحكم بينهم مطلقًا، ولو ترافع ذمي ومعاهد، فطريقان: أظهرهما: أنهما كالذميين، والثانية: القطع بالوجوب، وفي «الحاوي» أنه إن كان بسبب قصاص وغصب وجب أو بسبب غيرهما، يعني: ما وجب بالرضا فلا، ورأيت في كلام ابن القطان أنه إن كان المستعدي الذمي، فعلى الخلاف، أو المعاهد لم يجب الإعداء، يعني: قطعًا، وهو شاذ.

فرع: قال الإمام في الحدود: لو ارتفع إلى مجلس الحكم من الذميين من شرب الخمر [فرضي بحكم الإسلام] فظاهر المذهب أنه لا يقام عليه الحد، وخرج فيه قول لا يعتد به.

قال: (**وَنُقِرُّهُمْ عَلَى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لَا نُقِرُّ**) هذا ضابط سبق كثير من صوره، فيقر على من نكحت بلا ولي، ولا شهود، وفي عدة انقضت عند الترافع لا على معتدة عدتها باقية، ولا يحكم لها بنفقة، ولا تقر على الجزم في نكاح المجوس؛ بل يبطله عند الترافع، والرضا بحكمنا، وإذا ترافعوا في دوام نكاح فلا يبحث عن كيفية عقده أولًا؛ بل يجعله حالة الترافع كحالة الإسلام، ويحكم بالنفقة ونحوها، فيما يقر من ذلك، والغرض إباحة حكمنا إنا نحكم عليهم الإسلام لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقد نصَّ الشافعي على هذه القاعدة، فقال: وإن تحاكموا بعد النكاح، فإن كان يجوز ابتداء نكاح المرأة حين تحاكم إلينا بحال اخترناه؛ لأن عقدهم قد مضى في الشرك قبل تحاكمهم إلينا، وإن كان لا يجوز بحال

فَصْلٌ

أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ.

أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ لَزِمَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ، وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ تَعَيَّنَ.

فسخناه، انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ، أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ؛ لَزِمَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ، وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ**)؛ لأن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «**أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ**»⁽¹⁾ صححه ابن حبان والحاكم وغيرهما، وفي اتصاله نزاع، والصحيح اتصاله، وفي الباب أحاديث، وسواء أسلمن كلهن مع إسلامه أو بعده أو قبله معًا أو مرتبًا في العدة، وهن مجوسيات أو كتابيات أو وثنيات، أو لم يسلمن أصلًا؛ ولكن كن كتابيات يحل للمسلم نكاحهن، والجمع بينهن، فله في هذه الأحوال اختيار أربع، ويندفع الزائد، ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون نكحهن معًا أو مرتبًا، وإذا رتب فله إمساك الأخيرات ومفارقة الأوليات عندنا؛ لترك الاستفصال في الحديث، ثم اندفاع من زاد من وقت الإسلام لا من وقت الاختيار على الصحيح، والعدة منه أيضًا، وظاهر كلامهم أن الاندفاع بطريق البينونة، وبه صرح ابن الرفعة.

إشارة: قوله: «لزمه اختيار أربع» عبارة موهمة، والغرض أن له اختيار أربع، وأنه يلزمه الاختيار، لا أنه يلزمه إمساك أربع كما توهمه ابن أبي عصرون في «اختصاره النهاية»؛ كما أشرت إليه في «الغنية».

قال: (**وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ فِي الْعِدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ؛ تَعَيَّنَ**) أي: واندفع نكاح الزوائد؛ لتأخير إسلامهن عن إسلامه، قبل الدخول، أو بعده عن العدة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهَا حَرُمَتَا أَبَدًا، أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتْ الْبِنْتُ، وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ، ....

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ، أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ حَرُمَتَا أَبَدًا)** أي: بلا خلاف؛ لأن الدخول بكل واحدة يحرِّم الأخرى، لو كان بشبهة، فكيف بنكاح؟!

قال: **(أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتْ الْبِنْتُ)**؛ لأن عقودهم محكوم بصحتها، والعقد على البنت يحرم الأم [بخلاف][1] العكس، وهذا ما نصَّ عليه في باب التعريض بالخطبة من «الأم»، وفي «حرملة»، واختاره المزني.

(وَفِي قَوْلٍ: يَتَخَيَّرُ) كما لو أسلم وتحته أختان، نصَّ عليه في «المختصر» مع الأول، قال الرافعي: والقولان عند الأئمة مبنيان على الخلاف في صحة أنكحتهم، إن صححناها تعينت البنت، وإلا يخير، وقضية البناء ترجيح التخيير، وإليه ذهب الشيخي[2]، والصيدلاني، والإمام، والغزالي، والبغوي، وغيرهم، ورجح الشيخ أبو حامد وأتباعه وأتباع أتباعه التخيير، فقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: إنه المذهب الصحيح الذي لا يجوز غيره على أصل الشافعي في نكاح المشركات، وما بنى عليه مسائله، وأطنب في تقريره، وجزم به المحاملي في «المقنع»، ووجه أبو حامد ومن تبعه التخيير بأن كل صفة إذا وقعت في الإسلام أبطلت العقد؛ فإذا وقعت في حالة الشرك؛ فإن العقد يكون موقوفًا على اختياره، فإذا اختار تبينا أن المختارة هي التي صح عقدها، فكلام أبي حامد وأتباعه يفهم ترجيح قول الوقف في هذه الصورة وأمثالها.

وفي «التهذيب»: وقيل: أصل القولين: أن أنكحة الشرك هل تُعطى حكم الصحة أم لا؟ الأصح: نعم، والثاني: لا؛ حتى يدركها الإسلام، فيعفى عما مضى.

قال: والمذهب أن القولين لا ينبنيان على أصل، وأنكحة الشرك لها حكم الصحة.

---

(١) في نسخة: (والعكس).

(٢) هو: علاء الدين البغدادي الصوفي، المعروف بالخازن، المتوفى بحلب سنة ٧٤١ هـ.

أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ، أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَدًا، وَفِي قَوْلٍ تَبْقَى الْأُمُّ.

وقال العراقي في شرح «المهذب»: قيل: هما مبنيان على الصحة والفساد.

وقال الغزالي: بل على القولين في الصحة والوقف، وقيل: على القولين في أن اختيار ابتداء نكاح أو استدامه، وأفسده الغزالي.

وقال الصيدلاني: المسألة على قول واحد أنه تتعين البنت، وجعل ما نقله المزني في التخيير إنما حكاه الشافعي عن غيره، وليس بمذهب له.

قال: (**أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ**)؛ لوجود موجب التحريم في الأم، وهو العقد على البنت والدخول بها، فكل منهما مقتضي للتحريم؛ إذا قلنا: تتعين البنت في الحال الثاني، أو الدخول وحده إذا قلنا بالتخيير فيه.

قال: (**أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَدًا، وَفِي قَوْلٍ: تَبْقَى الْأُمُّ**) من قال في الحال الثاني وهو ما إذا لم يدخل بواحدة منهما تتعين البنت، قال هنا بتحريمهما؛ أما الأم فبالعقد على البنت، وأما البنت فبالدخول على الأم، مَنْ خُيِّرَ هناك قال هنا: تتعين الأم وتندفع البنت، وهذا تفريع على قول الوقف والفساد.

فروع: لو شك أدخل بأحديهما[1] وشك في عينها بطل نكاحهما؛ ليتيقن تحريم إحداهما، ذكره الماوردي وغيره.

وقال الدارمي: إذا شك في الوطء، فقيل: كمن لم يطأ، وقيل: لمن وطئها، وإن تيقن وطء أحديهما، ولم يعرف عينها[2] من غير تعيين، وإن وطئ إحداهما وعلم عينها وشك في الأخرى، فمن خرج بالشك حرمها، ومن لم يحرم فالحكم عنده كما لو تيقن أنه لم يطأ المشكوك فيها، انتهى.

وانفساخهما بمجرد الشك في الوطء بعيد، وإذا دخل بالأم فقط وحرمناهما؛ فنقل الرافعي عن البغوي أنه قال: للأم مهر المثل بالدخول، وجزم

---

[1] في نسخة: (أم لا، فكما لو لم يجر دخول، فجرى القولان، والورع أن يحرمهما، ولو علم أنه دخل فواحدة).

[2] في نسخة: (وشك في الأخرى، فمن جعل الشك كوطئهما حرمهما، ومن جعله كلا وطء، كان كما لو تيقن وطء إحداهما).

أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ، وَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ، أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ، وَإِلَّا انْدَفَعْنَ.

به في «الروضة»، بلا نسبة، وقضية طريقة البغوي أن يقال: للأم المسمى، إن كان وقع تسمية صحيحة؛ لأنه يحكم بصحة الأنكحة، وكذلك إذا كان قبل الدخول، أو قلنا: بتعين البنت أوجب للأم نصف المسمى، كما هو طريقة القفال، نعم، ما ذكره جارٍ على طريقة مَن لا يوجب للمحرم المهر؛ إذا كان قبل الدخول، وإذا وجد دخول اتجه إيجاب مهر المثل، فاعلم، والظاهر أنه وقع في نقل كلام «التهذيب» خلل يدرك بمراجعة «التهذيب»، و«التعليق» فإن كلامه فيه يفهم أنَّا إذا قلنا بصحة أنكحتهم فلها المسمى، أو بفسادها فلها مهر المثل.

قال: **(أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ)** أي: الآن؛ تغليبًا لمعنى الابتداء، فإذا كان ممن تحل له الأمة حال اجتماع إسلامهما؛ لعجزه عن الطواف وخوفه العنت، أقر على نكاحها، وإن فقد الشرطان أو أحدهما لم يقر.

قال: **(وَإِنْ تَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتْ الْفُرْقَةُ)**؛ لأنها تتبين بالتخلف كالحرة، وإن كانت الأمة كتابية، أو ليس للمسلم نكاحها بخلاف الحرة الكتابية.

قال: **(أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ)**؛ لأنه لا يجوز له [ابتداء نكاحها؛ لوجود شرط فجاز له اختيارها كالحرة ويتضح] نكاح البواقي على المشهور، وحكى المتولي قولًا أنه يثبت نكاح الأربع؛ بناءً على أن الاختيار يلحق بالاستدامة اعتبارًا بالرجعية، والفرق أن الرجعة سد ثلمة في النكاح، والاختيار إثبات نكاح في امرأة؛ فصار كابتداء العقد.

قال: **(وَإِلَّا انْدَفَعْنَ)**؛ إذ ليس له ابتداء نكاح الأمة، فلا يجوز له اختيارها كالمعتدة عن غيره، ومحرمة، ويجري فيه ما سبق عن رواية المتولي.

أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ، وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ فَكَحَرَائِرَ فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا.

قال: **(أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ؛ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ)**؛ لفوات شرط التقرير على الأَمَة مع وجود الحرة، وفي حكم إسلام الحرة، ما لو كانت كتابية، ولم تسلم، نعم لو كانت الحرة لا تصلح للاستمتاع، وقلنا بأنها لا تمنع نكاح الأَمَة، فالظاهر أن له هنا اختيار واحدة منهن؛ بل أولى.

فرع: لو أسلمت الحرة أولًا، ثم ماتت قبل إسلامه، ثم أسلم في العدة، كانت الحرة كالعدم، ولو جمعهما الإسلام، ثم أسلمت الإماء في العدة، تعينت سواء دامت حياتها إلى إسلامهن، أو ماتت قبل ذلك؛ لأن نكاحهن كان قد انفسخ بإسلامها، قاله أصحابنا العراقيون، الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، وفي «الحاوي» عن الشيخ أبي حامد ما يقتضي خلاف ذلك، وهو غريب.

قال: **(وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً)**؛ لأنه بان أنها بانت باختلاف الدين، فأشبه ما لو بمحض الإماء، وليس له اختيار أَمَة ما توقع إسلامها في العدة، فلو اختار أَمَةً في تخلفها، ثم دام إصرارها إلى انقضاء العدة، أو ماتت قبل أن تسلم، قال الرافعي: فقد نقل المزني ما يشعر بنفوذ الاختيار السابق، وبأنه في الابتداء موقوف إلى ظهور حال الحرة آخرًا، وحكى الإمام أن بعضهم غلطه، والصحيح تصحيح النقل، وحمله على أحد القولين في وقف العقود كما سبق في البيع؛ ومنهم من يجعل الخلاف في المسألة وجهين، انتهى.

ولفظ النص: فإن اختار واحدة ولم تسلم الحرة يثبت، قال الشيخ أبو حامد والماوردي، وغيرهما: من أصحابنا من قال: يثبت باختيار جديد، ومنهم من قال: بالاختيار الأول، قال المحاملي في «المجموع»: والصحيح من المذهب الأول.

قال: **(وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ، ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ؛ فَكَحَرَائِرَ فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا)**؛ لأنهن التحقن بالحرائر الأصليات في العدة، ومثال ذلك: أن تسلم،

……

ثم يعتقن، ثم يسلمن، أو يسلمن أولًا، ثم يعتقن ثم يسلمن فهاهنا لا يندفعن بالحرة؛ بل يختار من الجميع أربعًا كيف شاء، هذا هو المذهب، وقيل: إذا أسلم، ثم عتقن، ثم أسلمن يتعين اختيار الحرة.

فرع: لو كان [تحته][1] أربع إماء فأسلم معه اثنتين، وتخلف اثنتان؛ فعتقت واحدة من المتقدمتين، ثم أسلم المتخلفتان على الرق، قالا في «الروضة» و«أصلها»: اندفعتا؛ لأن تحت زوجها حرة وقت اجتماع إسلامهن، وإسلام الزوج، وهذا ما أورده في «البسيط» و«الوسيط» و«الوجيز».

قال ابن الصلاح: وهو غلط، والصواب: أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين؛ بل يتخير بين الأربع؛ لأن عتقها كان بعد اجتماعهما على الإسلام، والقاعدة أن مثل هذا العتق لا يلحقها بالحرائر؛ بل يبقي حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها، وبيَّن سهو الغزالي في ذلك؛ بأنه لما كان عتق المتقدمة قبل اجتماع الزوج، والمتخلفتين في الإسلام سبق إلى وهمه أنها التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين، وهذا خطأ؛ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها، وهذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها والزوج في الإسلام فإن حكمها حكم الإماء في حقها، وحق غيرها، انتهى.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: والصواب إنه يتخير بين الأربع، وإعتاق أحد المتقدمتين هاهنا لا يلحقها بالحرائر الأصليات في ذلك؛ لكونه واقعًا بعد اجتماعها هي والزوج في الإسلام، والقاعدة أن متى كان العتق بعد الاجتماع في الإسلام، فلا يلحقها بالحرائر، انتهى.

ويشهد لابن الصلاح والمصنف قول الإمام: لو أسلم على إماء فأسلمت معه أَمَة، ثم عتقت، ثم أسلمن الباقيات أنه يجوز له اختيار واحدة منهن، ولا تتعين الأولى، وعلله بما تقدم، وكذلك قال صاحب «الإبانة»[2] وأجاب الغزالي في ذلك بخلاف قول إمامه، ولم يتعرض لكلامه، وما هكذا يكون

---

[1] في نسخة: (معه).

[2] يقصد العلامة الفوراني.

وَالِاخْتِيَارُ اخْتَرْتُكِ أَوْ قَرَّرْتُ نِكَاحَكِ أَوْ أَمْسَكْتُكِ أَوْ ثَبَّتُّكِ، ....

الاختيار، والظاهر كما قال ابن الصلاح: إنه لم يتعهد ذلك، قال بعض شيوخنا: والذي يقوى عندي ما قاله الغزالي، والرافعي، وتوجيهه النظر إلى حال اجتماع إسلامه وإسلامها، ويمكن أن يتمسك له من كلام الشافعي بجعله اليسار الطارئ، فيما إذا أسلم على أمة، وهو معسر ثم أيسر، ثم أسلمت أخرى، وهو موسر أنه يندفع نكاحها، فجعل الشافعي اليسار وإن طرأ بعد اجتماع إسلامه وإسلام الأولى مؤثرًا في حق الثانية، وإن لم يؤثر في حق الأولى نظر إلى حال اجتماع إسلامها وإسلامه، فلذلك ينبغي أن يجعل عتق الأمة، وإن كان بعد اجتماع إسلامه وإسلامها مؤثرًا إلى الأمتين المتخلفتين، وينظر إلى وقت اجتماع إسلامها وإسلامه، وإن كان عتقها غير مؤثر في حقها، وحق صاحبتها، انتهى.

قال: (**وَالِاخْتِيَارُ: اخْتَرْتُكِ، أَوْ قَرَّرْتُ نِكَاحَكِ، أَوْ أَمْسَكْتُكِ، أَوْ ثَبَّتُّكِ**)كلامه هذا يفهم أن جميع هذه الألفاظ صرائح في الاختيار.

وقال في «أصل الروضة»: أما ألفاظه فقوله: اخترت نكاحك، أو حبستك، أو عقدتك، أو اخترتك، أو أمسكتك، أو يثبت نكاحك، أو حبستك على النكاح، وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح؛ لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك أو أمسكتك من غير تعرض للنكاح كفاية، انتهى.

لكن ما ذكره الأئمة موافق لظاهر قوله في «الأم»، والاختيار أن يقول: أمسكت فلانة، أو أمسكت عقد فلانة، أو ثبت عقد فلانة، وما أشبه هذا، وعبارة «مجرد» أبي الطيب: قال الشافعي في «الأم»: إذا قال: اخترت عقدها، أو قال: أمسكتها، أو قال: ثبت نكاحها، كان اختيارًا، انتهى.

وقال في «الحاوي»: والاختيار اخترت نكاحها، أو اخترت إمساكها، أو اخترت حبسها، أو اخترتها، أو أمسكتها؛ فإن قال: قد حبستها، أو قد رددتها، لم يصح، وإن نوى به الاختيار؛ لأن الاختيار يجري مجرى عقد النكاح الذي لا يصح إلا بالصريح دون الكناية، والفسخ يجري مجرى الطلاق، فتصح الكناية، قال ابن الرفعة: وهذا صحيح إن قلنا: الإخبار

وَالطَّلَاقُ اخْتِيَارٌ، ....

ابتداء؛ فإن قلنا: استدامة؛ فيكون فيه الخلاف في حصول الرجعة بالكناية؛ إذا لم يشترط فيها الإشهاد، انتهى.

تنبيهات: منها: أكثر نُسخ «المجرد» ومختصراته «كالمنهاج» وفي بعضها: اخترت، أو قررت نكاحك، وقضية ما ذكر أنه الأقرب يكون في «المجرد»، بالنسبة إلى هذه النسخ لفظين صريحين، ولا يكون في «المنهاج»، والنسخ المشهورة صريحًا إلا واحدة وهي: قررت نكاحك، وهو بعيد من إطلاق الشافعي، والأصحاب، وقد جاء لفظ الإمساك والاختيار في «الحديث»، وتكرر على لسان حملة الشريعة.

ومنها: لو اختار الفسخ فيما زاد على الأربع، تعينت الأربع للنكاح، وإن لم يتلفظ بشيء في حقهن، لا كما أفهمه كلام المصنف، ولو قال لأربع: لا أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال المتولي: يحصل التعيين، قال الرافعي: وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن، انتهى.

ويشبه أن يفرق بين صيغة الماضي في أردتكن والمستقبل، وتكون صيغة الماضي اختيارًا، والثانية: وعدًا وكناية.

ومنها: قال الماوردي: وفسخه قولًا فيستحب نكاحها، أو رفعته، أو أزلته، فكل ذلك صريح، ولو قال: قد صرفتها، أو أبعدتها، كان كناية، والفسخ يجري مجرى الطلاق؛ فيصبح بالكناية، ولو قال: حرمتها، فإن أراد به الفسخ كان أو الطلاق كان اختيارًا، وإن أطلق لم يكن طلاقًا، وفي كونه فسخًا وجهين.

قال: (**وَالطَّلَاقُ اخْتِيَارٌ**) أي: النكاح سواء كان منجزًا أو معلقًا؛ لأنه لا يخاطب به إلا زوجة، وقيل: لا يكون اختيارًا للنكاح لما جاء فيمن أسلم على أختين أنه ﷺ أمره أن يطلق إحداهما، فلو كان الطلاق اختيارًا للنكاح لأمره بتوقف نكاحهما، وأجاب الشيخ أبو حامد وغيره بأنه من الرواة فعبر الرواة عن أمره بالفراق بالطلاق، وقيل: لا يصح تعليقه الطلاق؛ لتضمنه الاختيار، ولا يصح تعليقه، قال في «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: وهو المذهب،

لَا الظِّهَارُ وَالْإِيلَاءُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ اخْتِيَارٍ وَلَا فَسْخٍ.

والصحيح أنه يصح تغليبًا للطلاق، ويفتقر الشيء ضمنًا، وإن لم يصح مقصودًا؛ فحصل ثلاثة أوجه.

قال: (**لَا الظِّهَارُ وَالْإِيلَاءُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الظهار وصف التحريم، والإيلاء حلف على الامتناع من الوطء، وهما بالأجنبية أليق، والثاني: أنهما تعيين النكاح؛ لأنهما تصرفان مختصان بالنكاح فأشبها الطلاق.

إشارة: الظاهر أن قوله: في الأصح راجع إلى الظهار والإيلاء فقط، وجعلته في «الغنية» راجعًا إليهما، وإلى الطلاق، وكان ينبغي أن يقول: على المذهب؛ لقوله في التنقيح: إنه المشهور، وبه قطع الجمهور، وذكر المتولي وجهين، انتهى.

ثم إن اختار من خاطبها بالظهار والإيلاء صح، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من الاختيار، وحينئذٍ يصير عائدًا إن لم يفارقها، هكذا ذكره الرافعي، وفي «تعليق» القاضي الحسين: إذا لم يجعلها اختيارًا، ثم اختار بعد ذلك لا يؤخذ بشيء من حكم الظهار والإيلاء، انتهى. ويشبه أن اختلاف الجوابين يلتفت على أنَّا نجعل الاختيار؛ كالابتداء أو كالاستدامة.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ اخْتِيَارٍ وَلَا فَسْخٍ**)؛ لأن الاختيار إما ينزل منزلة الابتداء، أو الاستدامة، أيهما كان فلا يقبل التعليق؛ لأن النكاح والرجعة [لا يقبلانه] مأثور بالتعيين، والاختيار المعلق ليس بتعيين، وقيل: يجوز تعليق الفسخ تشبهًا له بالطلاق المعلق كما سبق، فلو قال: إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ، إن أراد الطلاق نفذ على الصحيح، والإلغاء على الصحيح، وعلى هذا لو قال: كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح، لم يصح، ولو قال: فقد طلقتها، جاز على الصحيح، ولو قال: قد فسخت نكاحها، فإن أراد الطلاق أعطي حكمه، فإذا أسلمن الأربع وقع طلاقهن، وجعل اختيارهن للنكاح، ويندفع نكاح الباقيات بوقوع الطلاق على الأربع.

تتمات وفروع: عبارة «المحرر»: ولو علق الاختيار للنكاح، أو الفراق

وَلَوْ حَصَرَ الِاخْتِيَارَ فِي خَمْسٍ انْدَفَعَ مَنْ زَادَ، ....

بدخول الدار، ونحوه، لم يصح، فصور المسألة بتعليق الاختيار، وقسمه إلى: اختيار النكاح، واختيار الفراق، وأشار بقوله: «ونحوه» إلى أنه لا فرق بين أن يكون التعليق على وجه اليمين، أو على غيره؛ كالتعليق بطلوع الشمس.

وعبارة «المنهاج» تقيد ذلك؛ لإطلاقه التعليق، ولإطلاقه الاختيار، وتقيد مسألة زائدة، وهي تعليق الفسخ نفسه، وحكمه أنه إن أراد حله بلا طلاق لم يجز؛ لأن تعليق الفسخ على الصحيح، وإن أراد الطلاق جاز، وكان تعيينًا للنكاح، وحكى الإمام وجهًا أن تفسير الفسخ بالطلاق غير جائز، وقوله: هذه للفسخ كقوله: اخترتها للفسخ، ولو قال لواحدة: فارقتك، قال الشيخ أبو حامد ومن تبعه: يكون فسخًا؛ كقوله: اخترت فراقها، ورجحه صاحبا «الشامل» و«التتمة» وغيرهما، وقال القاضي أبو الطيب: هو كقوله: طلقتك؛ لأن الفراق صريح في الطلاق، قال ابن الصباغ: وما ذكره مخالف إن أمضى السُّنة.

قال الشاشي في «المعتمد»: ويحتمل أن يكون صريحًا فيهما، ويرجع في التعيين إلى الزوج، وردَّ صاحب «الذخائر» على ابن الصباغ: أن قوله في الحديث: «وفارق سائرهن»(١) ليس المراد منه الإتيان بلفظ الفراق.

قال شارح: وما ذكر من الاختيار الضمني أطلقه الأصحاب، وفسره ابن الرفعة بأن الطلاق في ضمنه اختيار المطلقة لاستلزام وقوع الزوجية فثبت ضمنه، وأطال الكلام معه بما ذكرته في «الغنية» كون الوطء معينًا للنكاح طريقان: أحدهما: أنه على الخلاف في تعيين المطلقة من الزوجية، والصحيح أنه ليس بتعيين، والثانية: القطع؛ بأنه ليس بتعيين؛ إذ التعيين هنا ملحق بالابتداء، وإذا لم نجعل تعيينًا طالبناه بالوطء؛ فإن عيَّن الموطوءة للفراق وجب لها مهر المثل، وإن جعلناه تعيينًا فوطئ الجميع تعيَّن الأربع التي وطئهن أولًا، ويجب المهر للباقيات.

قال: (وَلَوْ حَصَرَ الِاخْتِيَارَ فِي خَمْسٍ؛ انْدَفَعَ مَنْ زَادَ)؛ لأنه وإن لم يكن

---

(١) تقدم تخريجه.

وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّى يَخْتَارَ، فَإِنْ تَرَكَ الِاخْتِيَارَ فِي النِّكَاحِ حُبِسَ.

تعيينًا تامًا؛ فإنه لحق به الإبهام.

قال: (**وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ**)؛ لأن الاختيار لقوله في الحديث: «اختر» فإذا حصر الاختيار في خمس، أو ست، أو أكثر، عينت المطالبة، والتعيين لحبسه أكثر من العدد المباح على حكم النكاح.

قال: (**وَنَفَقَتُهُنَّ حَتَّى يَخْتَارَ**)؛ لأنهن محبوسات بحكم النكاح.

قال: (**فَإِنْ تَرَكَ الِاخْتِيَارَ فِي النِّكَاحِ حُبِسَ**)؛ لامتناعه من واجب عليه لا يقوم غيره مقامه فيه، قال الدارمي: وقيل يمهل ثلاثًا، وفي «حلية» الروياني: إن استنظر، أنظره الحاكم ثلاثة أيام فقط.

وفي «الحاوي» أنه إذا توقف سأله الحاكم عن توقفه، وأمره بتعجيله، فإن سأل الإبطاء؛ ليتفكر ويرى في الأحظ له، أُنظِر ما قل من الزمان الذي يصح فيه فكره، وهل يجوز أن يبلغ بانتظاره ثلاثة أيام؟ على قولين: كإبطاء المولى والمرتد، انتهى.

فإن لم يرتدع بالحبس أخرجه وضربه، وهكذا حتى يختار، ولا ينوبه الحاكم في الاختيار؛ لأنه خيار شهوة، قال الإمام: وإذا حبس لا يعذَّر على الفور؛ فلعله يؤخر ليتفكر وأقرب معتبر فيه مدة الاستنابة، انتهى.

تنبيهات: ظاهر كلام «المنهاج» أنه لا يزاد على الحبس، وحكى الرافعي عن السرخسي عن ابن أبي هريرة أنه لا يجمع الضرب مع الحبس؛ بل يشدد عليه الحبس، وعبارة تعليق ابن أبي هريرة: فإذا لم يفعل فحبس حتى يختار؛ فإن لم يفعل عذِّر بالكلام على ذلك، انتهى.

وهو خلاف النص، نعم، قال الأصحاب: إذا أصرّ عُذِّرَ ثانيًا وثالثًا، وهكذا بشرط أن تتخلل مدة يبرأ فيها من ألم الضرب الأول، حتى يفضي إلى هلاكه، والنص محتمل لما قالوه لو جُنَّ، أو أغمي عليه في الحبس خلي حتى يفيق، هكذا أطلقوه، وكأنه فيما يمتد زمانه، ولو كان من أثبتنا له الاختيار صغيرًا، وحكمنا بإسلامه تبعًا لأبيه، لم يقم الوالي مقامه فيوقف الأمر إلى

فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ اعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ، وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ.

البلوغ، وعليه نفقتهن لحبسهن سَنَةً، وكذا لو أسلم البالغ، ثم جُنَّ قبل الاختيار.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ**) أي: قبل الاختيار أو قبل التعيين.

(**اعْتَدَّتْ حَامِلٌ بِهِ**) أي: بوضعه كغيرها من المفارقات.

(**وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغَيْرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ**) لاحتمال الزوجية في كل منهن.

(**وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالْأَكْثَرِ مِنَ الْأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ**)؛ لأن كل واحدة يحتمل أن تكون زوجة، فعليها عدة الوفاة، أو مفارقة في الحياة بعد الوطء؛ فعدتها بالأقراء فوجب الاحتياط، ثم الأشهر محسوبة من الموت، وفي الأقراء وجهان: ويقال قولان: أحدهما: من الموت، وأصحهما: أن الاعتبار من وقت إسلامهما، إن أسلما من وقت إسلام السابق بالإسلام إن ترتب؛ لأن الأقراء إنما تجب لاحتمال أنها مفارقة منفسخة النكاح، والانفساخ يحصل من يومئذٍ.

قال: (**وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ**) أي: ولا يوزع بينهن؛ بل يوقف لهن الربع، أو الثمن عائلًا، وغير عائل؛ بل بحسب ما يقتضيه الحال إلى الصلح على ما يقع عليه الاتفاق من تفاضل، أو تساوٍ، وعن ابن سريج: أن ذلك يوزع عليهن؛ لأن الميثاق غير متوقع، وهن معترفات بالإشكال، وأنه لا مرية لبعضهن على بعض، ومال الإمام إلى موافقته، والمشهور الأول ولو كان فيهن صغيرة، أو مجنونة صالح وليها عنها، ثم قيل: لا ينقص عن ربع الوقوف؛ لاحتمال كونه زوَّجه، وقيل: يجوز النقص عنه؛ لكن لا يصالح على أقل من نسبتها من الجميع، فإن كن ثمانيًا لم ينقص عن الثُّمْن، أو ستًّا لم ينقص عن السدس، وهكذا إذا اصطلح الجميع؛ فلو طلب بعضهم شيئًا لم يدفع إليها إلا بتعيين، فلو كن خمسًا وطلبت واحدة لم تعط، وكذا لو طلبت أربع من ثمانٍ، ولو طلب خمس منهن دفع إليهن ربع الموقوف؛ لأن فيهن

....

زوجة، أو ست فالنصف؛ لأن فيهن زوجتين ولهن قسمة ما أخذ به، وهل يشترط في الدفع إليهن أن تبرءن عن الباقي؟

أصحهما عند الرافعي تبعًا للإمام والبغوي والمتولي: لا؛ لأنَّا يتعين أن فيهن من تستحق القدر المدفوع، فكيف يكلفهن بدفع الحق إليهن إسقاط حق آخر إن كان، والثاني: وهو المنصوص في «الأم»، نصًا صريحًا، نعم، وإنما ينجز شيئًا من الموقوف؛ لقطع الخصومة في الحال والمآل، وعلى النص جرى الشيخ أبو حامد وأتباعه، وكذلك الجوري وصاحب «الإفصاح»، ونصر المقدسي، وصاحب «المهذب»، ورجحه الماوردي، ونسبه العمراني إلى الأكثرين، وقال الشيخ أبو محمد في «شرح العيون»: إنه الصحيح من المذهب، وعليه أن بعض الورثة لا يمكن من شيء من التركة حتى يحصل لصاحبه مثله، وإلا فيلزم حرمان بعض، وإعطاء بعض، وأرسل الوجهين بلا ترجيح جماعة منهم: ابن أبي هريرة، والقاضي الحسين، والفوراني، فبان أن الراجح مذهبًا وما عليه الأكثر التوقف، وأحسب من رجح خلافه لم يطلع على النص، وكذلك لم يتعرض له الإمام والبغوي والمتولي.

فائدة: سبق محلها، قال شارح: اعلم أن الأصحاب؛ كالمجتمعين على وجوب الاختيار، والتعيين فيمن أسلم عليهن زائدات؛ حيث يجوز إمساك كل منهن محتجين عليه بحديث: «**أمسك أربعًا وفارق سائرهن**»(١)، حاملين الأمر فيه على الوجوب.

قال: والذي أفهمه منه إن أمسك للإباحة وفارق للوجوب بالنسبة إلى حقهن، وألا يصرن محبوسات، وبالنسبة إلى منع الجمع بينهن وبين الأربع؛ فالحرام الجمع بين أكثر من أربع، والواجب ضده، فالسكوت عن التعيين مع الكف عنهن لا محذور فيه؛ إلا إذا طالبته بإزالة الحبس عنهن؛ فإن لم يطالبن فينبغي ألا يقال بالوجوب أصلًا؛ فإن طالبته تكرر الوجوب لأجلهن فهو كسائر

---

(١) تقدم تخريجه.

فَصْلٌ

أَسْلَمَا مَعًا.. اسْتَمَرَّتْ النَّفَقَةُ.

وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتْ الْعِدَّةُ فَلَا، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ فِي الْجَدِيدِ.

الديون، وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام الأصحاب، انتهى.

وقوله: إن أمسك أربعًا للإباحة، لا ينازع فيه أحد، وإن أوهم كلام الكتاب وغيره، وقوله: إن السكوت مع الكف عنهن لا محذور فيه، موضع توقف؛ لأن السكوت مع التوقف يلزم منه إمساك أكثر من أربع في الإسلام؛ وذلك محظور، فتأمله.

قال: (**فصل: أَسْلَمَا مَعًا اسْتَمَرَّتْ النَّفَقَةُ**)؛ لدوام النكاح والتمكين.

(**وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ**) أي: وهي غير مؤمنة كما قاله في «المحرر».

(**حَتَّى انْقَضَتْ الْعِدَّةُ فَلَا**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأنها بالامتناع عن الإسلام كالناشزة، قال الماوردي: فإن قيل بالمنع من جهته لا من جهتها، فهلا كانت لها النفقة، كما لو حج، قبلت، قد كان أبو علي بن خيران يلتزم لهذا التعليل قولًا آخر، أن لها النفقة إما نقلًا، وإما تخريجًا، وليس بصحيح؛ فإن فرض بضيق الوقت بخلاف الحج، ثم هو متبع لا يقدر على تلافيه، فلم يمنع كونه من جهته أن تسقط به النفقة؛ كالطلاق الثلاث.

قال: (**وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا؛ لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنها بالتخلف كالناشزة، قال الماوردي: وهو بناءٌ على الجديد؛ أن النفقة تجب بالعقد والتمكين، فعلى هذا لو اختلفا، فقال الزوج: أسلمت اليوم، أو من يومين، فقالت: بل من شهر؛ فعليك نفقته صدق بيمينه؛ إذ الأصل عدم إسلامها، وبراءة ذمته، والثاني وهو القديم أنها تستحق؛ لأنه تبين بالأجرة أنها كانت زوجة، وهو مبني على وجوبها بالعقد على القديم، وتستحق بالتمكين، فعلى هذا لو قال الزوج: أسلمت بعد العدة؛ فلا نفقة لك، فقالت: بل فيها فلي بعضها، صدق الزوج بيمينه.

وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلًا فَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ.
وَإِنِ ارْتَدَّتْ فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَإِنِ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ].

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلًا فَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ أَصَرَّ؛ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في «المختصر»، وقول الجمهور؛ لأن إسلامها فرض مضيق، فلا يمنع النفقة؛ كالصوم المفروض؛ ولأن إسلامها المانع من استمتاعه يمكنه تلافيه بإسلامه في عدتها؛ فلم تسقط نفقتها؛ كالرجعية، وبل أولى؛ لأن الإسلام واجب يضيق عليه في عدتها، وهو المقصر بالامتناع؛ فأشبه المرتد، وحكى ابن خيران قولًا: إنه لا نفقة لها، ونقله جماعة وجهًا كما صنع المصنف؛ لأنها منعت نفسها بسبب منها، وإن أطاعت به كالحج، ورد بأن الحج موسع والإسلام مضيق، وبأن تحريمها بالحج لا يمكن تلافيه بخلاف الإسلام، ثم لا فرق بين أن يسلم في العدة أو يستمر حتى تنقضي.

وقيل: إذا استمرت على الكفر تبينا أنها ليست زوجة فلا نفقة لها، ورجحه الإمام والغزالي، ورجح الجمهور الاستحقاق، وعبر في «الروضة» عن الصورة الأولى بالمشهور، وقيل: على الصحيح، وعن الثانية بالأصح عند الجمهور، وهو المنصوص.

ولو اختلفا فقال الزوج: أسلمت أنا أولًا فلا نفقة لك، فادعت العكس، صدقت بيمينها دونه على الأصح؛ لأن الأصل بقاؤهما كما لو ادعى نشوزها، وبه جزم في «الوسيط» إلا إذا اتفقا على أن إسلامه كان أول يوم الاثنين، فقال الرجل: أسلمت بعدي، وقالت: بل قبلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل استمرارها على الكفر، انتهى.

قال: (**وَإِنِ ارْتَدَّتْ فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ**) يعني: لا نفقة لزمن الردة مطلقًا كالناشز وأولى، قال الرافعي: ولا يجيء فيه القول القديم فيما إذا أسلمت بعد إسلامه؛ لأنها أقامت هناك على دينها ولم يحدث شيئًا، وطرد جماعة القول القديم هنا فحصل طريقان.

قال: (**وَإِنِ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ**)؛ لأن المانع من جهته، ولو ارتدا معًا،

بَابُ الْخِيَارِ والإِعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ

قال المصنف: [وَجَدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِالْآخَرِ جُنُونًا أَوْ جُذَامًا أَوْ بَرَصًا، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ.

أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّينًا أَوْ مَجْبُونًا ثَبَتَ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ.

وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلَا.

قال البغوي: لا نفقة، **قال الرافعي**: ويشبه أن يجيء فيه خلاف، كما في شطر المهر بردتها.

فرع: ارتدت فغاب، ثم أسلمت وهو غائب استحقت النفقة من حين إسلامها، ولو نشزت فغاب ثم عادت إلى الطاعة، وهو غائب، فلا نفقة لها حتى يصل الخبر إليه، ويمضي زمان لو سافر فيه؛ لأمكنه استمتاعها، والفرق أن سقوط النفقة بالردة، وزال بالإسلام وسقوطها النشوز للمنع من الاستمتاع والخروج عن قبضه ذلك لا يزول مع الغيبة، ذكره في «التهذيب»، وبالله التوفيق.

بَابُ الْخِيَارِ والإِعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ

قال الشارح: قال: (**وَجَدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِالْآخَرِ جُنُونًا أَوْ جُذَامًا أَوْ بَرَصًا، أَوْ وَجَدَهَا رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ وَجَدَتْهُ عِنِّينًا، أَوْ مَجْبُونًا؛ ثَبَتَ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: إِنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلَا**) ثبوت الخيار لهذه العيوب، قال به جمهور العلماء وجاز به الآثار، وحكى الماوردي: إجماع الصحابة على ثبوته بالجبِّ، والعنة، وقد أجمعوا سلفًا وخلفًا على ثبوت الخيار في البيع بهذه العيوب، وما دونها لفوات مالية يسيرة فإثباته لفوات الجماع الذي هو مقصود النكاح أولى.

أما حديث الغفارية «**أنه ﷺ رأى بكشحها [وضحًا، فقال: فردها إلى أهلها، وقال: دلستم عليّ**» وفي لفظ «**رأي بكشحها] بياضًا، فقال: الحقي بأهلك**»⁽¹⁾ فضعيف، لا تقوم به حجة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢١٣).

....

قال الشافعي في «الأم»: وإذا لم تصل إلى الجماع بحال، فالمرأة في غير معاني النساء، ثم قال: وإنما جعلنا له الخيار، وهذه الأدواء دون غيرها؛ لأنها إن كانت لا تقدر على جماعها بحال، فقد بطل معنى النكاح؛ لأن أكثر ما ينكح له الجماع، وكذلك إذا كان مجبونًا، أو كان بأحدهما فقد يقبل المجبوب منهما صاحبه وولده، وإذا نحينا عنهما الضرر في ألا يجامعها، كان تنحية القُبُل عنها أولى، وكذلك عنه وعن ولده.

وأما الجذام والبرص، فإنه يعدي الزوج ويعدي الولد، وإذا نحينا عنها أصغر من هذا ضررًا، نحينا عنها الأكبر، وكذلك عن الزوج مع الخبر فيه، عن عمر ﷺ يشير إلى ما رواه عنه في ذلك، وقال: في موضع آخر الجذام والبرص، مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدي الزوج كثيرًا، وهو داء مانع للجماع، لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يجامع من هو به، والولد قلما يسلم؛ فإن سلم أدرك نسله.

وأما الجنون والخبل، فيطرح الحدود، ولا يكون منه تأدية حق لزوج ولا زوجة بعقل، ولا امتناع عن محرم، ولا طاعة لزوج بعقل، وقد يقتل أيهما كان به زوجه وولده، ويتعطل الحكم عليه في كثير مما يجب لكل واحدٍ منهما على صاحبه، حتى يطلقها فلا يلزمه الطلاق، ويريد خلعه فلا يجوز الخلع، وأطال ﷺ في تقرير ذلك.

تنبيهات: أحدها: قوله: وجد، يشير إلى أن محل ثبوت [الخلع][1] إذا لم يعلم به أولًا، أما لو علم فلا خيار، وهذا مستمر إلا في العنة؛ فإنها إذا علمت عنته أولًا، ثم نكحته فلها الخيار على المذهب الجديد الصحيح، ولو زال العيب الذي رضي به فلا خيار في الأصح، كذا أطلقاه.

وفي «الحاوي»: لو وجد بها قليل برصٍ أو جذامٍ فرضي به؛ فانتشر وكثر فلا خيار، ولو ظهر بها برص في غير مكان الأولً، فإن كان الثاني أقبح

---

(١) في نسخة: (الخيار).

....

منظرًا؛ بأن كان الأول بفخذها، والثاني في وجهها فله الخيار، نصَّ عليه في «الإملاء» وإن كان مثل الأول في القبح؛ بأن كان في يدها اليمنى، والثاني في اليسرى فوجهان، انتهى.

وإن رضي بعيب فحدث آخر، فخيِّر على الصحيح، وبه قطع الجمهور، ولو علم بالعيب بعد زواله فلا خيار على الأصح، ولو مات أحدهما بعد الاطلاع على عيبه، وقبل الفسخ تعذر الفسخ على الأصح، وتقرر المسمى بالموت.

الثاني: المفهوم من إطلاق المصنف، وغيره أنها متى كانت رتقاء أو قرناء امتنع الجماع، وثبت الخيار، وعبارة «التهذيب»: والرتق والقرن ثبت الخيار فيهما إذا امتنع الجماع؛ فإن لم يمنع فلا خيار، فأبان أنه على ضربين، وقد أوهم إطلاق الكتاب وغيره، ثبوت الخيار فيهما، وليس كذلك، وفي «الأم»: إن كان القرن مانع للجماع بكل حال؛ كما وصفت كان كالرتق، وبه أقول، وإن كان غير مانع للجماع؛ فإنما هو عيب ينقصها فلا أجعل له خيارًا، انتهى.

الثالث: يثبت الخيار بالجنون المطبق والمنقطع والقابل للعلاج وغيره، وقيل: إلا أن يكون زمن الإفاقة أكثر، وقال المتولي: لا فرق بين المطبق وغيره إلا أن يكون جنونًا خفيفًا، نظرًا في بعض الزمان، فلا يصح به النكاح، قال: والإغماء الدائم، أي: الميؤوس من زواله؛ حكمه حكم الجنون، قال الإمام: ولم يتعرضوا لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجو الزوال أم لا؟ ولو قيل به لكان قريبًا، قال البيهقي في «المبسوط»: قال الشافعي: والجنون ضربان: فضرب خنق فله الخيار بقليله وكثيره، وضرب غلبه على عقله من غير حدوث مرض، فله الخيار في الحالين معًا، وهذا أكثر من الذي يخنق ويفيق.

الرابع: قال الماوردي: لا خيار بالبله وهو كونه سليم الصدر ضعيف العزم، وإن أثر في تربية الولد وتدبير المنزل، لحصول كمال الاستمتاع، وقال شيخه الصيمري في «شرح الكفاية»: ولو وجدته مجبوبًا، أو مجنونًا، أو أبله ثبت الخيار، ولم يذكروا البله في عيوبها، ولعل الفارق عنده أنها تتعير به بخلاف العكس، وأفهم كلام الماوردي قصر ما ذكره عن المرأة خاصة،

....

والشافعي ذكر الخبل، وجعله كالجنون.

الخامس: الجذام، ـ نسأل الله تعالى العافية ـ قال الماوردي: هو: عيب في الأطراف والأنف يسري فيها حتى تسقط، وقال الرافعي: هو علة يحمى منها العضو، ثم يسود ثم ينقطع، ويتناثر، قال الشيخ أبو محمد: ولا يثبت الخيار إلا باستحكامه، وكذلك البرص، وفسر استحكام الجذام بالتقطع، وقال الإمام: يجوز أن نكتفي باسوداد العضو، وحكم الطب باستحكام العلة، قال ابن الرفعة: وهذه قضية نص «الأم».

قلت: وقضية كلام «الحاوي»⁽¹⁾ وغيره، إنه متى قال الأطباء: إنه جذام ثبت الخيار، قال ابن السكري في «حواشي الوسيط»: لم يفرق العراقيون في الجذام والبرص بين المستحكم وغيره، وهو كما قال، وقال المحاملي في «المجموع»: فإن كان خفيًا كالزعر في الحاجب، فإن اتفق الزوجان على أنه جذام ثبت به الفسخ، قال الماوردي: والزعر مبادئ الجذام، ويقع في الحاجبين، والأنف، فإن اختلفا فيه روجع طبيبان عدلان؛ فإن قالا: هو جذام ثبت الخيار، وإن قالا: هو زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قول من هو به في نفيه، والحاصل أن المذهب أنه إذا تغير العضو وحكم أهل المعرفة بأنه جذام ثبت الخيار بمجرد ذلك، ونص «الأم»، ولا خيار في الجذام حتى يكون بيِّنًا؛ فأما الزعر في الحاجب أو علامات يرى أنها تكون جذامًا، ولا تكون، فلا خيار فيه؛ لأنه قد لا تكون، انتهى.

السادس: أما البرص، فكلام الغزالي: أن أوائل الوضوح هي مبادئ البرص، نص الجوهري على أنه غيره فضلًا عن أوله، وحدَّ الماوردي وغيره البرص ببياض يكون في الجلد يذهب معه دم الجلد، وما تحته من اللحم، قال جماعة من الأئمة: وعلامته أن يقصر المكان فلا يحمى، ولا خيار بالبهق: هو ما تغير الجلد من غير أن يذهب بدمه ولو اختلفا في بياض، هل هو برص أو بهق؟ روجع الأطباء.

---

(١) في نسخة: (الماوردي).

……

السابع: الرتق: لحم يسد مدخل الذكر، ومنهم من قال: هي مسدودة الفرج، والقرن: لحم يثبت في الفرج، وقيل: عظم، والأول المحكي عن النص في «الانتصار»، وعن المحققين في «البيان»، ولا يمكن علاجه على اليسير، بأنه عظم ويمكن معالجة الرتق، ولا يجبر على منعه، فلو حصلت وأمكن الوطء فلا خيار له، كذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، فيما إذا علم بالعيب بعد زواله.

قلت: صرح الماوردي بالوجهين فيه، وفيما إذا كان بها جذام أو برص؛ فلم يبق الفسخ، حتى زال؛ لكنه حل محل الوجهين فيما إذا علم بالعيب، ثم زال، أما لو زال قبل علمه، قال: فلا خيار وجهًا واحدًا، وعبارة أبي الطيب في «المجرد»: في شق الرتق، وإن فعلت ذلك باختيارها، واندمل قبل الفسخ لم يكن له الخيار، انتهى.

وظاهرها تمكينه من الفسخ قبل الاندمال.

وفي «تنقيب» ابن معين على «المهذب»: ولو قالت: أنا أشق ذلك، وأمكنك من الوطء لم يثبت الخيار، ولعله أراد، وفعلت ذلك قبل الاختيار، وإلا فمجرد قولها وعد لا يمنع الخيار [وفيما أحسب، ويحتمل أن يقال: يمهل ثلاثًا؛ لأنه عذر في التمني للوطء، قال البندنيجي]: ولا يمنع أن تفعل ذلك بنفسها، وهو ظاهر إذا لم تخش منه نزف الدم والهلاك، وينبغي الرجوع فيه إلى أهل الخبرة، ولا يمكن الأَمَة منه قطعًا إلا بإذن السيد.

الثامن: محل ثبوت الخيار بالجب، إذا استوصل الذكر أو بقي منه دون حشفته، فإن بقي قدرها فلا خيار لها على الأصح، فلو تنازعا في إمكان الوطء به، فالقول قوله على الأصح، وقيل: قولها وجهًا واحدًا، قاله المحاملي وغيره، وأنكره ابن الصباغ وقال: ينبغي أن يرى أهل الخبرة، قال المتولي: وهو الصحيح، قال في «الخصال»: وليس للرتقاء، ولا من يصلح جماعها دعوى العنة، وكأن مراده بهذه من لا تطيقه؛ لضيق مفرط، ونحوه كما سيأتي، وقد يريد به المتخيرة، ولو نكح أمة بشرطه، فليس لها دعوى العنة؛ لتضمن

……

دعواها بطلان النكاح.

التاسع: عدَّ جماعة هنا من موجبات الخيار إعساره بالمهر والنفقة، وكونها مستأجرة العين، وما إذا وجدت كسبه حرامًا؛ كالتصوير، لا يمكنه الإنفاق إلا منه، وأما إذا زوجت بغير كفءٍ، وصححناه، وما إذا وجد أحدهما الآخر رقيقًا، وغيرها مما هو مفرق في مواضعه.

العاشر: اقتصاره على ما ذكره من العيوب يعرفك أنه لا خيار عنده كغيرها من العيوب.

قال في «الروضة»: وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور؛ لكنه في كلامه على العنين، قال: وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع معه كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، وظاهر كلامه الموافقة عليه، به جزم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، وينضم إليه العيالة المفرطة.

قال الْغَزَالِي: إذا لم تحتمل الوطء إلا بالإفضاء، وكان بداية الضيق المخالف للعادة والرتق، وإن كان سببه كبر الإلية بخلاف العادة، فلها الخيار كالجب، قال الرَّافِعِي: والمشهور المنع بخلاف الرتق، والجب، قال: ويشبه أن يقال: إن كانت تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ، وإن أفضى وطؤها إلى الإفضاء من أيِّ شخص فرض بذلك كالرتق، وينزل كلام الأصحاب على الأول، وكلام الْغَزَالِي على الثاني، قال في «المطلب»: ويؤيد كلام الْغَزَالِي نصٌّ حكاه الرَّافِعِي في كتاب الإيلاء عن «القديم»، أن المريضة المضناة لا يصح الإيلاء منها؛ لامتناع الجماع بها كما في الرتقاء.

الحادي عشر: [قوله: وقيل]: إن وجدته مثل عيبه فلا يقتضي أنه إذا اختلف الجنس ثبت الخيار قطعًا، وليس ذلك على إطلاقه؛ بل لو كان مجبوبًا ـ بالباء ـ وهي رتقاء فطريقان، قيل: كالجنس، وقيل: لا خيار قطعًا، قال الرَّافِعِي: وقضية إيراد الْبَغَوِي ترجيحها.

قلت: وهو المذهب؛ إذ في «فروع» ابن الْقَطَّان، لو زوجها لمجبوب، وكانت

....

رتقاء فلا خيار لها، نصَّ عليه الشَّافِعِي؛ لأن العلة امتناع الجماع، ولا جماع فيها، قال أبو الحسن: ولو كانت رتقاء، وهو عنين فله الخيار دونها، انتهى.

وبهذا أجاب الدارمي، وقد يفهم قول المصنف: مثل عيبه؛ لكنه لو كان عيب الآخر أكبر، وأفحش ثبوت الخيار لصاحبه قطعًا، كما قاله في «الروضة»، وصرَّح به القاضي الحسين في ثبوت الخيار لصاحب الكبير الوجهان، وجزم في «الكافي»: أنه إذا كان به جب أو عنة، وبها قرن أو رتق أنه لا خيار لهما، وهو ظاهر في عنة، أيسر من زوالها.

إشارة: وأمَّا ما ذكره أشياء في ثبوت الخيار بها كلام ضعَّفه المصنف والرافعي، وغيره، في بعضها؛ للنظر مجال أشرت إليه في «الغنية» فمن ذلك: أن الاستحاضة لا تثبت الخيار خلافًا للقاضي الحسين وغيره، ويشبه أن يكون الكلام في غير المتخيرة، أما هي: فالوجه، أما إذا حرَّمنا وطئها على المشهور، وثبوت الخيار، ولا نظر إلى توقع الشفاء على ندور، وأغرب صاحب «الخصال»: فعدَّ من عيوب الرجل المثبتة للخيار، كونه مشعر الإحليل.

فائدة: زعم شارح: أنه رأى في «نوادر الفقهاء» لابن بنت نعيم بن حماد الجوهري: أن الشَّافِعِي قال: إذا زنت المرأة قبل الدخول، فالزوج بالخيار بين إفساد نكاحها أو قبوله، كما في حدوث العيب [بالمبيع] قبل قبضه، واستقر به، وهذا نقل غلطٌ، ووقفت على هذا المصنف فوجدته قال: وأجمع الفقهاء في العصر الأول، أن زنا المرأة لا يبطل النكاح إلا الحسن البصري، وإبراهيم النخعي؛ فإنهما قالا: إذا زنت المرأة قبل دخول زوجها عليها بطل نكاحها عنه، انتهى.

ولم يذكر الشَّافِعِي، وهذا هو الصواب في النقل عنه، وأصله قول ابن المنذر بعد أن نقل عن الشَّافِعِي، وجمهور العلماء أنه لا يؤثر، وروينا عن عليّ ﷺ أنه فرق بين رجل وامرأته زنا قبل أن يدخل بها، وروي عن جابر بن عبد الله، والحسن البصري، وإبراهيم النخعي أنهم قالوا: يفرق بينهما في البكر؛ إذا زَنَت، وليس لها شيءٌ، انتهى.

وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَى وَاضِحًا فَلَا فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ ....

وكأنه حرَّف الشَّافِعِي بالنخعي، ورأيت الدَّارمي قال: إذا زنت امرأة لم ينفسخ نكاحها، وقيل عن أبي عبيد وغيره: يَبْطُل، انتهى.

وظاهره أنه عن ابن حربويه وغيره من أصحابنا، وهو غريبٌ، ويقرب أنه أراد أبا عبيد القاسم بن سلام وغيره من المخالفين، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَى وَاضِحًا؛ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) إذ ليس فيه إلا زيادة ثقبه فيه، وسلعة فيها، والثاني: نعم؛ لأنه عَيبٌ منفر فاحش ثم في محل القولين طرق:

أصحهما: أنهما فيما إذا اتضح بقوله؛ لأنه قد تبين بخلافه، فإن اتضح بعلامة، فلا.

وثانيها: أنهما فيما اتضح بعلامة مظنونة؛ فإن كانت قطعية كالولادة، فلا.

وثالثها: طردهما، وإن قطع بالعلامة لمعنى النفْرَةِ، والحاصل أربعة ذكره في «الوسيط»: ثالثها: أن يأت بعلامة قطعية فلا خيار.

ورابعها: لا خيار ما لم يثبت بالأقراء.

قلت: ولا يبعد ثبوته للزوجة فقط؛ لأنها تتغير به بخلاف الرجل، لا يتغير بها، وقوله: واضحًا زيادة له، وقال في «الدقائق»: ولا بد منها؛ لبيان المسألة، والبينة على أنَّ نكاح الخنثى المشكل باطلٌ، فإنه لم يذكره في غير هذا الموضع، وأجرى الجوري في كتابه «الموجز» هذين القولين في القطعاء، والعمياء والجذماء، وأشكال ذلك، قال في «الذخائر»: ولم أره لغيره، ولعله أراد بالجذماء: المفضاة، وأجراهما الجرجاني في «التحرير» في الخصي ومسلول الأنثيين، والمؤاجر وهو الممكن من نفسه، ووجه الرد بالعار.

قال: (**وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ**) إذا حدث بالزوج بعد العقد عيبٌ يثبت الخيار، فلها الخيار، وإن كان بعد الدخول؛ لأنها تتضرر بصحته فيتعين ذلك طريقًا للخلاص منه؛ حتى لو جبَّ ذكره فلها الخيار على الأصح بخلاف تعيين المشتري المبيع؛ لأنها بالجب لا تصير قابضةً لحقها كالمستأجر، بخلاف

إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ، أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الْجَدِيدِ.

وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ، وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ، وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ، وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي الْأَصَحِّ.

المشتري، وهذا الفرع يشمله كلام المصنف.

قال: (**إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ**)؛ لأنها وصلت إلى مقصود النكاح من تكميل المهر، وثبوت الحضانة، ولم يبق إلا التلذذ، وهو شهوة لا يجبر الزوج عليها مع عدم اليأس.

قلت: والظاهر أنه لا خيار لها بالعنة قبل الدخول إذا كانت ممن لا يمكن وطؤها؛ لقرن أو رتق أو [شدة خنا] أو كانت متخيرة أيس برؤها، سواء كان ذلك مقارنًا للعقد أو حدث بها أيضًا بعده، وكذا لو جبَّ ذكره قبل الدخول، فحاله ما وصفنا، وإطلاقهم منزل على السليمة يدل عليه التوجيه.

قال: (**أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الْجَدِيدِ**) أي: قبل الدخول وبعده؛ لتضرره بذلك، وليسقط عنه المهر، إن كان قبل الدخول.

قلت: ويجيء فيما إذا كان قد جبَّ، والحادث بها قرن أو رتق أو تجبير، أو [شدة خنا] ما ذكرناه، أما العنة فقد تزول أو يتلذذ بإيلاج معها، والقديم لا خيار له؛ لعدم تدليسها، وقدرته على الطلاق.

قال: (**وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ**) أي: على الصحيح؛ لأن حق الفسخ فيما يحدث مختص بها دونهم، وحقهم إنما يراعى في ابتداء العقد دون دوامه؛ بدليل أنه لو رضيت المعتقة بجب عبد به ليس لهم الفسخ، وإن كان لهم منعها ابتداء من نكاح العبد، وقيل: الأولى إجبارها على الفسخ بعيب له المنع منه ابتداء.

قال: (**وَكَذَا بِمُقَارِنِ جُبٍّ وَعُنَّةٍ**) أي: على الصحيح؛ لاختصاصها بالضرر، ولا عار عليه، وقيل: له الفسخ من غير فرق بين عيب وعيب، فإنه يتعير بكون موليته تحت معيب.

قال: (**وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ**) أي: فإن رضيت به؛ لأنه يعير بذلك.

(**وَكَذَا جُذَامٌ وَبَرَصٌ فِي الْأَصَحِّ**)؛ للعار وخوف العدوى إلى النسل، وهذا

وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، ....

التفصيل يجري في ابتداء التزوج، فبحث إجابتها إلى العنين، والمجبوب ـ بالباء ـ لا إلى المجنون، ولا إلى المجذوم، والأبرص على الأصح، وينبغي أن يكون محلهما في الابتداء والدوام ما إذا كانت سليمة، أما لو كانت مثله ففيه نظر!

إشارة: ظاهر إطلاقهم استواء المناسب، والمولى وعصبته في ثبوت الخيار، والفرق بين القريب وغيره منقدحٌ، ويدل على عدم الفرق، ترجيحهم أن السلطان لا يجيب مَنْ لا ولي لها إلى غير كفءٍ، والمختار خلافه، ولا عار على المولي ولا عصبته في نكاح العتيقة معيبًا.

قال: (**وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ**) خيار الفسخ بهذه العيوب إذا بُيِّنت على الفور، كرد المبيع بالعيب، وقضية النسبة أن يأتي هنا ما ذكروه هناك من المبادرة إلى الحاكم، والإشهاد عليه بالفسخ أو يطلبه، ونحو ذلك ما سبق، وقيل: تأتي هنا الأقوال في عتق الأمة، وفرق بأنه لا يحتاج الأمة إلى النظر والتروي، وهنا النقص محقق فلا يحتاج إلى مهلة، قال **الرَّافِعِي**: وليس الفرق بالواضح.

تنبيه: قال القاضي أبو الطيب وغيره: معنى قولنا: إنه على الفور، أي: في حال الإمكان، ولم يرد أنه على التضييق؛ لأن هذه الفرقة تفتقر إلى الحاكم، فلها المضي إليه، وتثبت عنده العيب، فإن أخرت، أي: بلا عذر بطل حقها، وأوضح ذلك العمراني، فقال: إن جُنَّت قلنا: لأحدهما الفسخ بالعيب على الفور، وهو أنه إذا علم به رفع صاحبه إلى الحاكم، فإن أقرَّ وكان ظاهرًا فسخ الحاكم بينهما، وذكر في «المقنع» نحوه، قال **الْمَاوَرْدِي**: الخيار على الفور إلا أنه لا ينفرد بالفسخ؛ بل يأتي الحاكم فيحكم له بالفسخ.

وقال: إذا مضى أجل العنين فهي على حقها ما لم يرفعه إلى الحاكم، ولا يلزمها بعد السنة تعجيل محاكمته على الفور، وإذا رفعته إلى الحاكم بعد السنة، يعني: زمان خيارها، انتهى.

والحاصل أن الرفع إلى الحاكم على الفور، وأن الفسخ بعد ثبوت الخيار

وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخُولٍ يُسْقِطُ الْمَهْرَ وَبَعْدَهُ الْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ

على الفور إلا ما ذكره الْمَاوَرْدِي في «الغنية» بعد الأجل، ولم أره لغيره.

فرع: فإن علمت عيب صاحبي، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار فأشبه الطريقين في الشرح؛ أنه على القولين في نظيره من جواز العتق، والثاني: القطع بأنه لا تعذر؛ لأن خيار العيب مشهور في جنس العقود بخلاف خيار العتق، ويأتي في دعوى الجهل بالفورية ما سبق في البيع، وهنا أولى بالعذر أو ما ساق في خيار العتق، والظاهر العذر بخفائه فيهما على أكثر الناس.

فرع: إذا وجد الوطء أو التمكين منه قبل الفسخ عن رضا سقط الخيار، نصَّ عليه، فلو قال: المعيب كان عن رضا، وقال الآخر: لم أكن أعلم بالعيب فالقول قوله؛ لأنه الأصل، وقُبِل قول الآخر؛ إذ الأصل دوام النكاح.

قال: (**وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخُولٍ يُسْقِطُ الْمَهْرَ**) أي: سواء كان العيب مقارنًا للعقد أم حدث بعده فسخته، أو فسخه؛ لأنه منها أو بسببها، هذا ما صرَّح به الإمام واقتضاه كلام الجمهور، وقال الْمَاوَرْدِي: فسخ الزوج بعيب حادث يسيطر كالطلاق، وهو شاذٌ، ومثله ما حُكي عن الإصطخري: أنه إذا فسخت بعيبه بعد المدة، هل يشطر المهر أو لا يُنقصُ منه شيءٌ؟

على قولين، وزيَّفه الإمام، وقال أبو علي الفارقي بعد قول «المهذب»: وإن كان الرجل هو الذي فسخ؛ لسببٍ من جهتها، وهو التدليس، فصار كأنها اختارت الفسخ، هذا الذي ذكره لا يصح؛ لأنه إذا جعل فسخه بعينها، كأنه وجد من جهتها حتى أسقط مهرها، [وهذا لا يختص عنه، ولا فرق بينهما، وتكلف أبو نصر فرقًا قريبًا، والصحيح أن يقال: إن فسخت بعيبه لم يسقط](١) مهرها، وإن فسخ بعيبها سقط مهرها عملًا بمقتضى القياس الجاري، انتهى. والمعروف ما سبق.

قال: (**وَبَعْدَهُ**) أي: بعد الدخول.

(**الْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ**)؛ لأن الفسخ؛ لمعنى مقرون

---

(١) في نسخة: (وجب أن يجعل فسخها بعيبه كأنه وجد من جهته حتى لا يسقط).

أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الْوَاطِئُ، وَالْمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ.

وَلَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى.

وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الْجَدِيد.

بالعقد يرفع التسمية من أصلها؛ لأنها وقعت على ظن السلامة، ولم تحصل، فكأن لا تسمية، هذا هو المنصوص، وظاهر المذهب، والثاني حكي قولًا مخرجًا تحت المسمى، وهو مقياسٌ؛ لأن الدخول حصل في عقد صحيح على تسمية صحيحة، وقيل: إن كان الفسخ بعيبه وجب المسمى، وإلا فمهر المثل.

قال: (**أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الْوَاطِئُ**) أي: قالوا مهر المثل أيضًا على الأصح، ويجعل اقترانه بالوطء المقدر للمهر، كاقترانه بالعقد.

(**وَالْمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ**)؛ لأنه استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار، والحاصل أنا إن قلنا في «المقارن»: يجب المسمى، فهنا أولى إلا فثلاثة أوجه:

الصحيح المنصوص، وبه جزم العراقيون: التفصيل الذي ذكره المصنف.

والثاني: يجب مهر المثل مطلقًا؛ لعدم سلامة ما طبع فيه.

والثالث: وجوب المسمى؛ لأن مثبت الفسخ حدث بعد العقد، وعن «الذخائر» وجه رابع: أنه لا يجب شيء، والظاهر أنه من أوهامه، فإن ثبت فليكن في الثيب؛ إذ لا سبيل إلى إهدار البكارة.

قال: (**وَلَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى**) لأن الردة لا تستند على ما تقدم، والوطء قرار المسمى قبل وجودها، وحكى الْغَزَالي فيها قولًا مخرجًا من العيوب، وليس بمعروف، نعم، نقله الإمام وجهًا واستبعده، وقال: أخشى ألا يصح فيه نقل.

قال: (**وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنه شرع في النكاح على أن يقوم عليه الْبضع، فإذا سبق في منفعته تقرر عليه عوضه، كما لو أتلف المبيع المعيب، والقديم الرجوع، وهو الصحيح في «مختصر الجويني»، وقضى بذلك عمر ﷺ.

....

قال في «الأم»: أخبرنا مالك عن سعيد بن المسيب إنه قال: قال عمر بن الخطاب ﷺ: «أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها»، وذلك لزوجها غرم على وليها، وكما يرجع بقيمة الولد المغرور بحرية أمه.

إشارات: لا خفاء أن الخلاف في العيب المقارن؛ إذ لا تغرير في حادثٍ، ثم الخلاف جاز أوجبنا مهر المثل، أو المسمى قاله الْبَغَوِي، وخصصه الْمُتَوَلِّي بقولنا: الواجب مهر المثل، فإن أوجبنا المسمى، وغرمه فلا رجوع به جزمًا، قال الرَّافِعِي: والأشبه الأول، والحاصل في رجوعه بالمغروم مهر المثل، إذًا **أصحهما**: لا.

وثانيها: نعم، سواء كان الولي محرمًا أو غيره، علم العيب أم لا، سواء كان المغروم مهر المثل أو المسمى.

وثالثها: أن الأمر كذلك إن كان محرمًا أو غيره؛ فلا إلا أن يكون عالمًا، والقول قوله في نفي علمه بالغيب.

ورابعها: الأمر كما سلف، إن كان المغروم مهر المثل إلا المستحق.

وخامسها: يفرق بين كون غير المحرم حاكمًا فلا يرجع عليه بحال أو لا من قريب، ومعتق فالحكم كما مرَّ، كذا قاله ابن الرِّفْعَة، وخصص جماعة منهم الدارمي القولين: بغير الحاكم، أما الحاكم فلا رجوع عليه قطعًا، ولم أر من صرح بخلاف ذلك، وإن كان ابن الرِّفْعَة أخذ ذلك من إطلاق مَنْ أطلق إذا قلنا: يرجع على الولي رجع بالكل، وحكى الفوراني فيه الخلاف الآتي في المرأة، وإن كانت هي المعارة فقط، وتصويرها في عقدها بنفسها، وحكم حاكم بصحته واضح، وصوره الْمُتَوَلِّي؛ بأن خطبت إلى نفسها فكتمت العيب، والتمست من الولي تزويجه، وأظهرت له أنها أطلعته على حالها، وفيه نظر، وعلى التقديرين، هل يرجع عليها بجميعه أم يجب بنفيه شيء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فلا يخلو البضع عن يدك.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الْأَصَحِّ، ....

والثاني: يرجع بالكل، صححه في «الروضة»، والمنصوص في «القديم» كما نقله البيهقي والْمَاوَرْدِيُّ والقاضي أبو الطيب، والشيخ أبو حامد الأول؛ فصرح أبو حامد بتضعيف ما نقله، فبان ضعف ترجيح «الروضة»؛ لأنه خلاف النص على ما عليه التفريع.

فائدة: المفسوخ نكاحها بعد دخول، وهي حامل لا نفقة لها ولا كسوة في العدة، وكذا الحامل على الأصح في «الروضة» هنا، وصححا في «المحرر» هناك في الاستحقاق، وتبعه في «الروضة»، ووقع له في المسألة ما سنوضحه هناك.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه فسخ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَ الْفَسْخُ بِالْإِعْسَارِ.

والثاني: في غير العنة لِكُلٍّ مِنْهُمَا الِانْفِرَادُ بِالْفَسْخِ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

قال الْبَغَوِيُّ: وعلى الوجهين لو أخَّر إلى أن يأتي الحاكم، ويفسخ بحضرته يجوز.

تنبيه: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُمَا لَوْ تَرَاضَيَا بِالْفَسْخِ مِمَّا يَجُوزُ الْفَسْخُ بِهِ لَمْ يَصِحَّ؛ وَلِذلك قال فِي «الْمُحَرَّرِ» بعد قوله: «على أقرب الوجهين»: ولا تنفرد الزوجات بالفسخ، وفيه نظر؛ فإن الشَّافِعِي قال في «الأم»: فيما إذا وجدها رتقاء، ولا يلزمها الخيار إلا عند الحاكم، إلا أن يتراضيا بشيء؛ فيجوز تأخير تراضيهما، انتهى.

وقضية جواز انفرادهما بالفسخ بالتراضي، وفي «الحاوي»: أنهما لو اتفقا على الفسخ عن تراضٍ؛ ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن التحاكم عند التنازع.

والثاني: المنع؛ لأَنَّ مَا اشْتَبَهَ حُكْمُهُ لَمْ يَتَعَيَّنْ إِلَّا بِالْحَكَمِ.

إشارة: الْعُنَّةُ هي: الْعَجْزُ عَنِ الْوَطْءِ؛ لِلِينِ الذَّكَرِ، وَعَدَمِ انْتِشَارِهِ، ثم قيل: هي مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْعَنَنِ، وَهُوَ الِاعْتِرَاضُ، وقيل: سُمِّيَ عِنِّينًا؛ لِلِينِ ذَكَرِهِ

وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ، وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وَانْعِطَافِهِ، مَأْخُوذٌ مِنْ عِنَانِ الدَّابَّةِ؛ لِلِينِهِ.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: اشتقاقها من الْعُنَّةِ، وهي: اسم الموضع الذي تحبس فيه الإبل؛ لأنه احتبس عن المباشرة، ومنه سُمِّيَ عنان الدابة عنانًا؛ لأنه يمنعها من مرادها، انتهى.

قال: (**وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ**) أي: لدى الحاكم بعد الدعوى عليه به، وكذا قبلها؛ إذا قلنا: إِنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ فيما يظهر.

(**أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ**)؛ لاعترافه بعجزه، وَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُهَا بِالْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا مُطَّلَعَ لِلشُّهُودِ عَلَيْهَا.

قال صاحب «التعجيز» في «شرحه»: وفيه وجهٌ لابن أبي هريرة.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: وإليه ذهب أكثر أصحابنا، انتهى.

وهذا وهمٌ منه، والذي في «الحاوي»: عن ابن أبي هريرة والأكثرين: أَنَّهَا ثَبَتَتْ بِإِقْرَارِهِ وبِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ وَإِنْكَارُهُ، نعم، يحتمل أن يقال: يرجع في ذلك إلى أهل الطِّب، ويعمل بقولهم كما في سائر الأمراض، إذا ادعوا الإحاطة بعلم ذلك.

(**وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: قول الجمهور؛ لِأَنَّهَا تعلم ذلك بِقَرَائِنِ الأحوال، وطول الممارسة، وإنما يحلف إذا [بان][1] لها ذلك بما ذكرناه.

وَالثَّانِي: لَا يُرَدُّ اليمن عَلَيْهَا؛ لأنه لا اطلاع لها على عجزه؛ أو قد يمتنع مع القدرة، ولذلك قلنا: لا تسمع البينة على نفس العنة.

وعلى هذا قيل: يقضي بنكوله، ويضرب المدة بغير يمينها، وقيل: إذا قلنا: لا يرد اليمين عليها، لا يحلف الزوج أصلًا، ولم يذكروا رده اليمين عليها؛ لوضوحه، فإن حلفت بعد ردِّه اليمين عليها أو بعد نكوله، تثبت العنة، وإلا فلا.

---

(١) في نسخة: (ظهر).

وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً، بِطَلَبِهَا، ....

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً، بِطَلَبِهَا**) أي: لأن عمر ﵁ أجَّله سنةً، كما رواه الشَّافِعِيُّ وغيره⁽¹⁾.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهو لَا يَفْعَلُه إِلَّا عَنْ تَوْقِيفٍ أَوِ اجْتِهَادٍ، وشَاوَرَ فِيهِ الصَّحَابَةَ ﵃ لِأَنَّهُ كَانَ كَثِيرُ الْمَشَاوِرَةِ فِي الْأَحْكَام، فَيَكُونُ مَعَ عَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ إِجْمَاعًا. والمعنى في اعتبار السَّنَة أن العجز العارض يزول بتبدل الفصول، قال البيهقيُّ: وَرويناهُ عَنْ عُمَرَ، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة ﵃ انتهى.

وَقَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى اتِّبَاعِ قَضَاءِ عُمَرَ ﵁ فِي قَاعِدَةِ الْبَابِ.

وعورض بأن الْمَاوَرْدِيَّ حكى عن مالك: أَنَّهُ يُؤَجِّلُ نِصْفَ سَنَةٍ، وَعَنِ الْحَارِثِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ: أَنَّهُ يُؤَجِّلُ عَشَرَةَ أَشْهُرٍ، وَعَنِ ابْنِ الْمُسَيِّبِ: إِنْ كَانَتْ حَدِيثَةَ الْعَهْدِ مَعَهُ؛ يؤجِّل سَنَةً، وَإِلا خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، وردها بما قرره من قضاء عمر ﵁.

قلت: ولعله غير ثابت عنهم، قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: ولم أحفظ عن مفتٍ لقيته خلافًا في أن تؤجَّل امرأة العنين سَنةً؛ فإنْ أصابها، وإلا خُيِّرت في المقام معه وفراقه، انتهى⁽²⁾.

---

(١) أخرجه أيضًا ابن أبي شيبة (٣/ ٥٠٤).

(٢) قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَكُلُّ هَذِهِ الْأَقَاوِيلِ فَاسِدَةٌ، لَا يَرْجِعُ التَّقْدِيرُ فِيهَا إِلَى أَصْلٍ مِنْ جِهَةٍ، وَتَقْدِيرُ أَصْلِهِ بِالسَّنَةِ أَوْلَى مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ؛ لِأَنَّهُ أَجَّلَ الْعِنِّينَ سَنَةً، وَعُمَرُ لَا يَفْعَلُ هَذَا إِلَّا عَنْ تَوْقِيفٍ يَكُونُ نَصًّا أَوْ عَنِ اجْتِهَادٍ شَاوَرَ فِيهِ الصَّحَابَةَ؛ لِأَنَّهُ كَانَ كَثِيرُ الْمَشُورَةِ فِي الْأَحْكَامِ، فَيَكُونُ مَعَ عَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ إِجْمَاعًا، وَإِذَا تَرَدَّدَ بَيْنَ حَالَيْنِ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ لَمْ يَجُزْ بِخِلَافِهِ .وَالثَّانِي: أَنَّ التَّأْجِيلَ إِنَّمَا وُضِعَ لِيُعْلَمَ حَالُهُ، هَلْ هُوَ مِنْ مَرَضٍ طَارِئٍ؛ فَيُرْجَى زَوَالُهُ، أَوْ مِنْ نَقْصٍ فِي أَصْلِ الْخِلْقَةِ؛ فَلَا يُرْجَى زَوَالُهُ، فَكَانَتِ السَّنَةُ الْجَامِعَةُ لِلْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ أَوْلَى أَنْ تَكُونَ أَجَلًا مُعْتَبَرًا؛ لِأَنَّ فَصْلَ الشِّتَاءِ بَارِدٌ رَطْبٌ، وَفَصْلَ الصَّيْفِ حَارٌّ يَابِسٌ، وَفَصْلَ الرَّبِيعِ حَارٌّ رَطْبٌ، وَفَصْلَ الْخَرِيفِ بَارِدٌ يَابِسٌ، فَإِذَا مَرَّ بِالْمَرَضِ مَا يُقَابِلُهُ مِنْ فُصُولِ السَّنَةِ ظَهَرَ، وَكَانَ سَبَبًا لِبُرْئِهِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَرْدٍ فَفَصْلُ الْحَرِّ يُقَابِلُهُ، فَإِنْ كَانَ مِنْ حَرٍّ فَفَصْلُ الْبَرْدِ يُقَابِلُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ رُطُوبَةٍ فَفَصْلُ الْيُبُوسَةِ يُقَابِلُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ يُبُوسَةٍ فَفَصْلُ الرُّطُوبَةِ يُقَابِلُهُ، =

فَإِذَا تَمَّتْ رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ....

تنبيهات: قوله: «سَنَةً» أي: بِالْأَهِلَّةِ من حين ضرب القاضي، لا مِنْ وقت إقراره، وسواء في اعتبار السَّنَةِ الْحُرّ وَالْعَبْد عندنا، وَعند مالك: أن العبد يؤجَّل نِصْفَ سَنَةٍ.

قوله: «بِطَلَبِهَا»؛ لأن الحق لها، وخُذْ منه أنه لا ينوب عنها وليٌّ في ذلك، سواء كانت [عاقلة][1] أو مجنونة.

وخُذْ مِنْ قوله: «وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ [بِإِقْرَارِهِ]» إنه لا تسمع دعواها من امرأة الصبي والمجنون؛ لسقوط قولهما، وحُكِيَ في [الصَّبي][2] المراهق [قولٌ][3] شاذٌّ.

ويكفي في طلبها قَوْلُهَا: إِنِّي طَالِبَةٌ حَقِّي عَلَى مُوجِبِ الشَّرْعِ، وَإِنْ جَهِلَتْ الْحُكْمَ عَلَى التَّفْصِيلِ؛ فَلَوْ سَكَتَتْ لدَهْشَةٍ أَوْ جَهْلٍ؛ فَلَا بَأْسَ بِتَنْبِيهِهَا على الطَّلب للحاجة.

سبق عن «الخصال»: أنه ليس للرتقاء، ولا من يصلح جماعها دعوى العنة، ولو نكح الحرُّ أمة بشرطه؛ فليس لها دعوى العنة؛ لتضمن دعواها بطلان النِّكاح.

قال: (**فَإِذَا تَمَّتْ**) أي: السَّنَة المضروبة عنه.

(**رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ**) أي: ولم يكن لها أن تفسخ بلا رفع ثانٍ على الصحيح، خلافًا للإصطخري؛ لأن الأمر مبني على الإقرار بعدم الإصابة، وما يلحق بذلك من الإنكار والتحليف، فيحتاج إلى نظر الحاكم واجتهاده، وفصله الخصومة، ولم يتعرض لكون هذا الرافع الثاني على الفور أو التراخي، وسبق ما فيه.

= وَإِنْ كَانَ مُرَكَّبًا مِنْ نَوْعَيْنِ فَمَا خَالَفَهُ فِي النَّوْعَيْنِ، هُوَ الْمُقَابِلُ لَهُ، فَإِذَا مَضَتْ عَلَيْهِ الْفُصُولُ الْأَرْبَعَةُ، وَهُوَ بِحَالَةٍ لَمْ يَكُنْ مَرَضًا؛ لِمَا قِيلَ عَنْ عُلَمَاءِ الطِّبِّ: إِنَّهُ لَا يَسْحَرُ الدَّاءُ فِي الْجِسْمِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، وَعُلِمَ حِينَئِذٍ أَنَّهُ نَقْصٌ لَازِمٌ لِأَصْلِ الْخِلْقَةِ، فَصَارَ عَيْبًا يُوجِبُ الْخِيَارَ، انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٩٢٥).

[1] في نسخة: (مملوكة).

[2] في نسخة: (الزوج).

[3] في نسخة: (وجه).

فَإِنْ قَالَ: وَطِئْتُ حَلَفَ، فَإِنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ،

قال: **(فَإِنْ قَالَ: وَطِئْتُ؛ حَلَفَ)** أي: بعد طلبها يمينه؛ إذ الأصل عدمه، فإنْ حلف بقيت معه، وانتهت الخصومة، وهذا إذا كانت ثيبًا، أما لو قالت: أنا بكرٌ كما كنت، وشهد بذلك أربع من عدول النساء، فالقول قولها بيمينها للظاهر، وقيل: لا يمين، وإنْ حلّفناها؛ فهل يتوقف ذلك على طلبه؟ فيه وجهان، لم أرَ فيهما ترجيحًا.

والأشبه التوقف على طلبه؛ لأنه حقه، وهو ظاهر نص «الأم» حيث قال بعد شهادة النسوة ببكارتها: فإن شاء الزوج حلفت هي ما أصابها، ثم فرَّق بينهما، وإذا حلفت؛ لطلبه ودعواه عود البكارة أو دونه؛ حلفت أنه لم يصبها، أو أن بكارتها الأصلية باقية، لم تفسخ إنْ شاءت، كما سيأتي بيانه؛ فإن نكلت؛ حلف هو، وبطل الخيار، فإن نكل؛ فالأصحُّ أن لها الفسخ [ويكون] نكوله(١) كحلفها، هذا في البكر، نعم لَوْ كَانَتْ غَوْرَاءَ، يُمْكِنُ وَطْؤُهَا مَعَ بَقَاءِ الْبَكَارَةِ، كما سبق، وحينئذٍ يكون الْقِيَاسُ تَحْلِيفُهُ أَوَّلًا، كَمَا لَوْ كَانَتْ ثَيِّبًا، ولم أرَ مَنْ تعرَّض لذلك، إذا وجد الشهادة ببقاء البكارة لهذه وعدمها سيان.

قال: **(فَإِنْ نَكَلَ حُلِّفَتْ)** كغيرها، قالا في «الشرح» و«الروضة»: وفيه الخلاف السابق، أي: وهو أوجه:

أصحها: تحلف.

وثانيها: يقضي بنكوله.

وثالثها: لا ردَّ، ولا قضاء بنكوله.

وفيما قالاه غرابةٌ ونظرٌ؛ لأن ما سبق من الخلاف في حلفها على العنة التي تخفى غالبًا، وهنا يحلف على عدم الإصابة، وهي أمر معلوم؛ فمن أين يأتي ذلك الخلاف أو غيره؟ والوجه القطع بردِّ اليمين هنا.

قال: **(فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ)** كما لو ثبت عيب الممتنع بالبينة عند الحاكم.

---

(١) في نسخة: «نكولها».

وَقِيلَ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ، وَلَوْ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ، ....

(**وَقِيلَ: يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ**) يعني: أن الفسخ إليه؛ لأنه في محل النظر والاجتهاد فيتعاطاه، أو يأذن لها فيه، وقيل: هو لا يتولاه إلا الحاكم، ذكره جماعة، وعزاه في «البيان» إلى الشيخ أبي حامد، وهو ضعيفٌ.

واعلم أن قضية كلامه أنها على الأول تستقل بالفسخ، ولا حاجة مع الإقرار أو الحلف إلى شيء آخر، حتى لو يأذن بعد حلفها، أو إقراره بالفسخ؛ انفسخ، لكنه قال في أصل «الروضة»: إنه لا بدَّ مع ذلك من قول القاضي؛ تثبت العنة، أو يثبت حق الفسخ، فاختاري على أصحِّ الوجهين، انتهى، وعبارةُ **الْغَزَالِيِّ**: فإذا قضي عليه بالعنة فسخت. قال ابن **الرِّفْعَة**: وظاهرها أنها لا تسلط على الفسخ، ما لم يقل القاضي: حكمتُ بعنته، أو ما في معناه من تخييرها بالفسخ والبقاء، وهو ظاهرُ نص **الشَّافِعِيِّ**، انتهى.

وقوله: «فاختاري»، ليس بشرط، بل المراد به إعلامها بدخول وقت الاختيار، فلو فسخت بعد قوله: [ثبتت كان] العنة، بعيدٌ؛ ولهذا طرحها **الرَّافِعِيُّ** في «الشرح الصغير»، وكلام غيره يقتضي ذلك، ولم يذكرها **الْغَزَالِيُّ**، وإنما وقعت هذه اللفظة في «النهاية»، ومراده ما ذكرناه، وكلام بعض الشارحين يقتضي أنه لا بدَّ منها، أو من قوله: حكمت، إذا لم يجعل الثبوت حكمًا؛ فإنه قال: والقول بتمكنها من الفسخ قبل قول القاضي ثبت عندي بعيد، وبعد قوله: ثبت عندي، ولا قال: ولا تخيري، ينبغي أن يبنى على الثبوت، حكم أو لا؛ فلا بدَّ من حكم؛ ليرفع الخلاف، فيجب تأويل كلام «المنهاج» على المراد، استقلت بالفسخ بعد حكمه، انتهى.

قال: (**وَلَوْ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ**)؛ لأن أمر المهلة إنما يظهر إذا كان الزوج مخلي معها، فإذا لم يكن مخلي؛ فلا حكم للمدة، كذا علله الإمام.

واقتصار المصنف على ذكر ذلك من جانبها فقط؛ يفهم أن حبسه ومرضه لا يمنع، كما حكاه **الرَّافِعِيُّ** عن «مجموع ابن **الْقَطَّان**»، وجرى عليه

وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا، وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

الشارحون، وفيه نظرٌ ظاهرٌ، وأغفلته «الروضة»، وقد حكى في سفره خلافًا مع كونه باختياره غالبًا، فهذا أولى، والحق أن حبسه أو مرضه الذي يمكنه معه إتيانها يمنع الاحتساب، وهو قضية ما في «النهاية»، و«البسيط»، وتوجيه الإمام كالمصرح به، وفي معنى حبسه سفره كرهًا.

وفي شرح «التعجيز»: أنه لو فرَّق بينهما قهرًا؛ لم يحسب المدة، كعدم تمكنه، لا بتقصير منه، وفي سفره، وكذا مرضه تردد؛ لأنه عُذِرَ شرعًا، انتهى.

فرع: حيضها لا يمنع الاحتساب، وهو قضية إطلاق الأكثرين والشَّافِعِي والأصحاب، وفي النفس منه شيء؛ إذا كان حيضها أكثر الحيض، ويتكرر كل شهرٍ، ولم يذكر النفاس والاستحاضة لا تمنع الوطء، فلو تخيرت لم أرَ فيه نصًّا، والوجه عدم الاحتساب، كالمرض، وأولى.

قال الرَّافِعِيُّ: لو عرض في بعض السَّنَة مانع، ثم زال؛ فالقياس أن تستأنف، أو تنتظر مثل ذلك الفصل من السَّنة الأخرى.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظرٌ؛ لأن ذلك أيضًا يلزم الاستئناف؛ لأن ذلك الفصل إنما يأتي في سنة أخرى، لو مضى الحول فادَّعت عجزه، وادَّعى أنها منعته نفسها في المدة، أو بعضها فكذبته، فإنْ كان لأحدهما بينة فذاك، وإلا صدق بيمينه، فإذا حلف ضربت المدة ثانيًا، وأسكنها في جوار قوم ثقات، يتفقدون حالهما، فإذا مضت المدة اعتمد القاضي الثقات، وجرى على حكمه، ذكره الْمُتَوَلِّي، إذا فسخت بالعنة؛ فلا شيء لها من المهر، وفي قول: كله، وفي قول: نصفه، وهما شاذان.

قال: (**وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا**) كما في سائر العيوب، وقوله: «**بَعْدَهَا**» زيادةٌ لا بدَّ منها؛ فإنها لو رضيت به في المدة، أو قبل ضربها؛ لم يبطل حقها على الجديد الأظهر، ولها الخيار بعد المدة.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: بأن قالت بعد مضي المدة: أجَّلته شهرًا أو أقل أو سنة؛ لأن الخيار على الفور.

فَصْلٌ

وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا، فَأُخْلِفَ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ، ....

والثاني، وبه قال ابن الْقَطَّان وغيره: إنَّ لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه قاله، ثم قال في «درسه» ثانية: إنه يقوى عندي أنه قد بطل خيارها.

قال: (فصل: **وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا، فَأُخْلِفَ؛ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ**)؛ لأن البيع لا يفسد بخلف الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة؛ فَالنِّكَاحُ أَوْلَى.

والثاني: فساده؛ لأنه يعتمد الصفات، فتبدلها كتبدل العين، ثم لا بدَّ لجريان القولين من توفر شروط الصحة، فلو شرط إسلامها، فخرجت كافرة غير كتابية؛ فباطل قطعًا، وإنْ كان عبدًا؛ فلا بدَّ أن يكون نكح بإذن معتبر، أو بانت أمة؛ فلا بدَّ من كونه ممن يباح له الأمة، وإلا فباطل فيهما.

تنبيه: قوله: «**أَوْ غَيْرُهُمَا**» يفهم جريان القولين في كلِّ الصفات، كأن المشروط صفة كمال كالجمال، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها، أو كان مما لا يتعلق به كمال ولا نقصان، وهو ما صرَّح به العراقيون وغيرهم.

وقال القاضي الحسين: عندي أن ما لا يرغب فيه لا يبطل خلفه قولًا واحدًا، وخصَّ القولين بكلِّ صفةٍ مرغوب فيها، وعن شرح «مختصر الجويني»: أنهما في النسب والحرية، وما يؤثر في الكفاءة لا غير.

واعلم أنه قال في «الأم» في باب «العيب في المنكوحة»: ولو تزوَّج امرأة على أنها جميلة، شابة، موسرة، تامة، بكر؛ فوجدها عجوزًا، قبيحةً، معدمةً، قطعاء، ثيبًا، أو عمياء؛ فلا خيار له، وقد ظلم من شرط هذا نفسه، فاقتصر على الصحة في هذه الأشياء، وعلى نفي الخيار فيها، مع ذكره الخلاف في

ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْرًا مِمَّا شُرِطَ فَلَا خِيَارَ، وَإِنْ بَانَ دُونَهُ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ.

الصحة في النسب والحرية، ولعل هذا أصل هذه الطريقة.

قال مفرعًا على الأظهر: (**ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْرًا مِمَّا شُرِطَ؛ فَلَا خِيَارَ**) كما لو شرط ثيبًا فبانت بكرًا أو كتابية فبانت مسلمة، أو أمة فبانت حرة، قال الشَّافِعِي: وليس النكاح كالبيع.

(**وَإِنْ بَانَ دُونَهُ**) أي: دون المشروط.

(**فَلَهَا الْخِيَارُ، وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للخلف.

واعلم أن إطلاقه يقتضي ثبوت الخيار لها في النَّسب مطلقًا، متى بان دون المشروط، والأظهر في «الروضة» و«الشرح الصغير»، وقضية ما في «الكبير»: أنه تناولها في النسب أو زاد عليها؛ فلا خيار لها، وإنْ كان دون المشروط.

قال الرَّافِعِي: وعن القاضي أبي حامد طريقة [قاطعة] بانتفاء الخيار لها وللأولياء؛ لأن الكفاءة حاصلة، انتهى.

ويؤيد هذه الطريقة قوله في «الأم»: ولو غرَّها بنسبٍ فوجد دونه، وهو بالنسب الدون كف ء لها؛ ففيها قولان:

أحدهما: أنه ليس لها، ولا لوليها خيار من قبل الكفاءة لها، وإنما جعل لها ولوليها من قبل التقصير عن الكفاءة، فإذا لم يكن تقصير فلا خيار، وهذا أشبه القولين، وبه أقول، انتهى.

وهو ما رواه الْبُوَيْطِيُّ، قال: والقول الآخر: إن النكاح مفسوخ، أي: باطل، فالذي في «الأم» و«البويطيِّ» على قول الصحة الجزم بأنه لا خيار لها، وقضية نصوصه ﷺ أنه لا خيار لها بخلف الصفات التي لا تشترط في الكفاءة، كالجمال والطول وغيرهما، وهو خلاف ما اقتصر عليه في «الشرح» و«الروضة» وسبق عن نصِّه أنه إذا شرط أمورًا لا تعتبر في الكفاءة أنه لا خيار بخلفها؛ فإن ثبت له نص يخالف ذلك فذاك، وإلا فمذهبه ما ذكرته.

واعلم أن قضية كلام «المنهاج» أيضًا: أنها لو شرطت حريته فبان عبدًا لها

....

الخيار، وإن كانت أمة، والذي في «الروضة»: أنها إنْ كانت حرة فلها ولوليها الخيار، وإنْ كانت أمة؛ فوجهان، وقيل: يثبت قطعًا، فإنْ أثبتناه، قال القاضي الحسين والإمام والْمُتَوَلِّي: هو للسيد دونها، وكلام «الحاوي» يفهم أنه لهما، كما اقتضاه إطلاق «المنهاج»: قال: «وَكَذَا لَهُ فِي الْأَصَحِّ»؛ لِلْغُرُورِ.

والثاني: لا؛ لتمكينه من التخلص بالطلاق.

تنبيهات: **أحدها**: إطلاقه يقتضي أن لها الخيار متى أخلفت، والذي في «الروضة» و«الشرح» أن حكم النسب من جانبها كهو من جانبه، فلا خيار إلا إذا كان نسبها دون نسبه.

ثانيها: إطلاقه يقتضي أن له الخيار إذا شرط حريتها، فخرجت أمة، والذي في أصل «الروضة»: أنه إنْ كان حرًّا؛ فله الخيار على المذهب، أو عبدًا؛ فلا خيار على المذهب.

ثالثها: عبارة «الروضة»: فطريقان؛ **أصحهما**: أنه كهي، فيثبت له الخيار إنْ كانت دون نسبه، وإلا ففيه القولان، **والثاني**: لا خيار قطعًا، وإذن لا معنى لإطلاقه وجهين.

رابعها: قال شارح: ذكر ابن الرِّفْعَة هذا الترتيب الذي ذكره الرَّافِعِيُّ عن طوائف من الأصحاب، وأن الصحيح عند القاضي أبي الطيب ثبوت الخيار، خلافًا للبغويِّ، وأن المزني والربيع أطلقا القولين في ثبوت الخيار بالخلف في النَّسبِ، وأن ذلك يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون نسبه فوق نسبها، أو مثله، أو دونه، وأن الخلاف [في الحرية] مرتب على الخلاف في النَّسب، وأنك إذا اختصرت قلت في ثبوت الخيار: إذا غرر الزوج بالحرية ثلاثة أقوال:

ثالثها: إنْ كان الزوج عبدًا؛ فلا خيار له، وإلا فله الخيار، وقد حكاه الإمام، كذلك رواية العراقيين، وصاحب «التقريب»، كما في «المحرر» و«المنهاج»: يصح ما صححه القاضي أبو الطيب؛ ولكن الرَّافِعِيُّ لم يحله، قال: وأنا أختاره؛ لأنه قد يكون لها غرض، ولولا ذلك لما اشترطه، فلا فرق

....

بين أن يكون فوق نسبها أو لا، وكذلك لو شرطت أن يكون فقيهًا، أو طبيبًا، أو نحوه، انتهى، وليس كما قال لما سبق.

ويأتي خامسها: لو كان المشروط صفةً أخرى كما أشرنا إليه، قال في «الروضة»: فإنْ شرطت في الزوج، فبان دون المشروط؛ فلها الخيار، وإنْ شرطت فيها، ففي ثبوت الخيار قولان؛ لتمكنه من الطلاق، وإنْ قلت: الأظهر الثبوت، انتهى.

وكلام «المنهاج» منطبق على هذا، والْمَاوَرْدِيُّ حكى الخلاف في جانبها أيضًا، وقضية كلام الشيخين: أنها إذا شرطت فيه غير النَّسب والحرية، فبان دونها أن لها الخيار؛ فعلى هذا لو شرطت جمالًا، أو طولًا، أو شبابًا ونحوها، فأخلف؛ ثبت الخيار، وفيه نظرٌ، والوجه عدم ثبوته، وبه أجاب الدارميُّ فيما إذا شرط الزوج، كما نصَّ عليه في «الأم»، وقد قالا: إنها إذا شرطت نسبًا شريفًا، فأخلف؛ ولكنه مساوٍ لها؛ لا خيار على الأظهر، والنَّسب صفة معقودة مهمة، ولم يثبت تخلفها خيار في هذه الحالة؛ لكونها لا مدخل لها في الكفاءة، فكذا يجب أن تكون الصفات التي لا مدخل لها في الكفاءة، كذلك لا خيار ويخلفها، وقد نصَّ في «الأم» على أنه لا خيار بخلف الجمال، والبكارة، وسلامة الأعضاء، كما سبق؛ لكنه ذكره من جانب الزَّوج، والظاهر أنه لا فرق، ولا أثر لقدرته على الطلاق، ولم يعلل بذلك؛ بل إن النكاح مخالف للبيع، وقضيته عدم الفرق بين الزوجين، ويقوي هذا كل القوة، إذا كان مثلها، أو فوقها، أو مقاربًا لها، أما لو كانت في أول شبابها فشرطت شبابه، فبان شيخًا هرمًا، فيظهر ثبوت الخيار؛ لبُعد ما بينهما.

واعلم أن ما قدَّمته إنما يتضح فيما إذا نكح البالغ العاقل، أو البالغة العاقلة بشرطه، أما لو زوَّج الأب الصغير أو الصغيرة، وشرط وصفًا مقصودًا زائدًا على الكفاءة، وفي إخلافه عدم نظر للمولى عليه وضرر؛ أن يثبت الخيار لا محالة، ولا ينقدح في بعض صوره خلاف، وكذا لو زُوِّجَ مِنْ غيره بوكالةٍ،

وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ فَلَا خِيَارَ فِي الْأَظْهَرِ،

وأمره باشتراطه صفة، فشرطها فأخلفت.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِيِّ»: تزوجها بشرط البكارة، فوجدت ثيبًا، وقالت: كنت بكرًا فزالت البكارة عندك، وقالت: كنت ثيبًا، صدقت بيمينها؛ لدفع الفسخ، ولو قالت: كنت بكرًا فافتضني فأنكر، فالقول قولها بيمينها؛ لدفع الفسخ، وقوله بيمينه؛ لدفع كمال المهر؛ يعني: إنْ طلَّق أو فسخ، أو قلنا: النكاح باطل، وكان لم يدخل بها، حتى لا يطالب بالشطر، ولا بالكلِّ.

قال: (**وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً، وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ؛ فَلَا خِيَارَ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأن ظن الكمال لا يثبت الخيار في البيع، كما لو ظن العبد كاتبًا فلم يكن؛ بل النكاح أولى؛ لبعده على الخيار.

والثاني: يثبت الخيار؛ **لِأَنَّ ظَاهِرَ الدَّارِ الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ**.

واعلم أنه نصَّ فيما إذا بانت كتابية على الخيار، وفيما إذا بانت أمة على أنه لا خيار، [فقيل قولان نقلًا وتخريجًا، ورجحها في «الروضة»] وقيل: لا خيار فيهما قطعًا، حكاه الإمام، وقيل: بتقرير النَّصَّيْنِ، وفرَّقوا بوجهين:

أحدهما: أَنَّ وَلِيَّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وللكافر علامة يَتَمَيَّزُ بِها، وَخَفَاءُ أمره إِنَّمَا يَكُونُ بتلبيسِه، وَوَلِيُّ الرقيقة لَا يَتَمَيَّزُ عَنْ وَلِيِّ الْحُرَّةِ؛ فلا تغرير؛ بل الزَّوج هو المقصر.

والثاني: أن الكفر منفر للمسلم، فألحق بالعيوب، والرِّق لا ينفر.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا أشبه، واعترض الفرق الأول؛ لأنه لا حق للولي بعد العقد، والمتضرر بالفسخ الزوجة؛ فكيف يجعل تقريره سببًا لإبطال حقها من الشطر قبل الدخول؟! أو من التفاوت بين المسمى، ومهر المثل بعده.

فرع: لو بانت الحرة مؤجرة، قال الدارميُّ: إن قلنا: لا خيار، إذا بانت أمة فأولى، وإلا فوجهان، والمذكور في «الحاوي»: أن له الخيار إذا جهل؛ لفوات الاستمتاع عليه بالنهار، وأنه لا يسقط خياره برضا المستأجر بالاستمتاع نهارًا؛ لأنه تبرع.

وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْئًا فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ فَلَا خِيَارَ لَهَا .

قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيبًا أَوْ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ، وَالله أَعْلَمُ.

قال: (**وَلَوْ أَذِنَتْ فِي تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفْئًا فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا**) ؛ لتقصيرها ووليها، حَيْثُ لَمْ يَبْحَثَا، هذا هو المذهب، وسيأتي بيانه.

قال: (**قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيبًا أَوْ عَبْدًا؛ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) أما إذا بان معيبًا فواضح، وذكر ذلك تكرار لما سبق أول الباب، وأما إذا بان عبدًا؛ فموضع ثبوت الخيار إنْ أسلم للحرة، أما الأمة؛ فلا خيار لها، وأما ثبوت الخيار للحرة إذا بان عبدًا، فأفتى [ابن الصَّلاح][1] وغيره، وتبعه المصنف، وهو خلافُ النصِّ.

قال في «الأم» في «باب العبد يغر من نفسه»: وإن خطبها، ولم يذكر شيئًا وظنته حرًّا؛ فلا خيار لها، هذا نصُّه بحروفه.

وقال البيهقيُّ في «المبسوط»، وفي «مختصر الربيع» عن الشَّافِعِيِّ: وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ الْمَرْأَةَ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهَا الْحُرِّيَّةَ وَلَا غَيْرَهَا، فَقَالَتْ: قد ظَنَنْتُك حُرًّا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا، وَقِيلَ: لَهَا الْخِيَارُ، انتهى.

وقد قيل: لا يقتضي أن يكون قولًا للشافعيِّ، وإنْ كان فهو قولٌ غريبٌ، نعم، ووقع ذلك في كلام الشيخ أبي حامد، وبه أفتى ابن الصباغ والْمُتَوَلِّي، وَهُوَ شَاذٌّ لَا جَرَمَ.

قال الشيخ أبو إسحاق العراقي في «شرح المهذب»: إذا ظنته حرًّا فبان عبدًا غَيْرِ كُفؤٍ؛ فلا خيار لها، [وحكى بعضهم وجهًا آخر، انتهى.

إذا عرفت هذا مختصرًا؛ فاعرف أن الغزاليَّ قال: إذا ظنته كفؤًا فبان غير كفؤٍ؛ فلا خيار لها].

قال الرَّافِعِيُّ في «الشرحين» معللًا: لأنه لم يخير بشرط، وَالتَّقْصِيرُ مِنْهَا

---

[1] في نسخة: (ابن الصباغ).

……

وَمِنْ الْوَلِيِّ، حَيْثُ لَمْ يَبْحَثَا، وَلَيْسَ هَذَا كَظَنِّ السَّلَامَةِ عن الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الظَّنَّ هناك يُبْنَى عَلَى أن الْغَالِبَ السَّلامة، وَهُنَا لَا يمكن أن يُقَالَ: أن الْغَالِبَ كَفَاءَةُ الْخَاطِبِ.

هكذا أطلق المسألة الْغَزَالِيُّ، وينبغي أن يفصل، فيقال: إنْ كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه، أو حرفته، أو فسقه؛ فالجواب ما ذكرنا، وإنْ كان فواتها لعيب، به يثبت الخيار، وإنْ كان فواتها لرقه؛ فليكن الحكم كما سنذكره فيما إذا نكح امرأة على ظنِّ أنها حرة، فإذا هي رقيقة، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار من جانب الرجل.

قال في «الروضة» إثر هذا: قلت: هذا الذي ذكره الْغَزَالِيُّ ضعيفٌ، وفي «فتاوى» صاحب «الشامل»: لو تزوَّجت حرة برجلٍ مطلقًا، فبان عبدًا؛ فلها الخيار، وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الْغَزَالِيِّ هذه المسألة. وقد ذكر الرَّافِعِيُّ بعد هذا قبيل كتاب «الصَّداق» عن «فتاوي القاضي الحسين»: أنها لو أذنت في تزويجها برجلٍ، ولم تعلم فسقه، فبان فاسقًا؛ صحَّ النِّكاحُ؛ لوجود الإشارة إلى عينه.

قال الْبَغَوِيُّ: لكن لها حق الفسخ، كما لو أذنت في رجلٍ، ثم وجدته معيبًا، وعجب من الإمام الرَّافِعِي، كيف قال هنا ما قال مع نقله عن الْبَغَوِيِّ هذا؟! والله أعلم.

قال شارح: وعجبت منه، كيف وافق في «المنهاج» «المحرر» مع نقله عن الْبَغَوِيِّ هذا. وعجبتُ ممن أنكر على الْغَزَالِيِّ، والْغَزَالِيُّ إنما أطلق، فيحمل إطلاقه على ما إذا بان عدم الكفاءة بفوات الفضيلة من غير عيبٍ، كما إذا ظنته قرشيًّا، فبان غير قرشي، وليس دني النسب أو نحوه، كما أفاده كلام الإمام، انتهى.

ولم يصنع شيئًا، والإنكار على الْغَزَالِيِّ في غير العيوب منكر، وكلام «النهاية» منطبق على بحث الرَّافِعِيِّ، ومراد الْغَزَالِيِّ أنه لا خيار في غير العيوب،

……

وأما خيار العيوب فأمره واضح، وإنما لم يستثنه؛ لوضوحه وبيانه في موضعه.

قال الإمام هنا: ولو كان للمرأة ولي واحد فزوَّجها من مجهول الحال، ثم بان أنه ليس كفؤًا؛ فلا خيار، وباتفاق الأصحاب، وليس كما لو بان الزوج عبدًا، فإن فيه التردد المتقدم، وكلامه يقتضي أن الراجح فيها أنه لا خيار أيضًا؛ لأنه جعله كما لو بانت الزوجة رقيقة، والمرجح فيها أنه لا خيار، وهو منطبقٌ على النصوص السابقة.

قال: والفارق إن رقَّه لا يمتنع أن يكون كالعيب، ومن حكم العيب ثبوت الفسخ، وإن جرى العقد مطلقًا، فإنَّ الرِّقَّ يُعدُّ من النَّقائص، والأصل السَّلامة عنه بالحرية الأصلية، وأما شرف النَّسب ودناءته؛ فإنهما بمثابة المناقب المطلوبة، والغرر عنها، والعقود مطلقة لا يثبت خيارًا في أبوابها عند اختلاف الظنون من غير شرط، انتهى.

وقال في كلامه على خصال الكفاءة: ولو بان المعين ليس كفؤًا في النسب، ولم يثبت به عيب من العيوب؛ فالمذهب الذي عليه الْبَغَوِي: أنه لا يثبت حق الخيار، وفيه شيء سنذكره في باب الغرور، وكأنه أشار إلى التردد فيما إذا بان عبدًا، فإنه لم يذكر غيره، وقد قدَّمنا النصوص فيه، فالمذهب الذي عليه الْبَغَوِي، ودلَّت عليه النصوص، وحققه الإمام ما بيَّناه، نعم كلام جماعة قليلة، يفهم أنه إذا بان فاسقًا أو دنيًّا، أن لها الخيار، وبه أفتى الْبَغَوِيُّ.

وفي «الحاوي»: لو نَكَحَته مُطْلَقًا، مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، لَكِنِ اعْتَقَدَتْ فِيهِ كَمَالَ الْأَحْوَالِ، فَبَانَ بِخِلَافِهَا؛ فإن كان بالنقْصَانِ غَيْر كُفْوٍ، كما لو كانت حُرَّةً وَهُوَ عَبْدٌ، أَوْ هَاشِمِيَّةً وَهُوَ نَبَطِيٌّ، أَوْ غَنِيَّةً وَهُوَ فَقِيرٌ، فَلَهَا الْخِيَارُ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ غَيْرِ الْكُفْءِ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْعلمِ وَرضَا.

وَإن كان مَعَ نُقْصَانِ أَحْوَالِهِ كُفُؤًا لَهَا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا فِي غَيْرِ الرِّقِّ، وَفي خيارها إِذَا وَجَدَتْهُ عَبْدًا؛ وجهان(١).

---

(١) نصه في «الحاوي الكبير» (٩/ ٣٧١): أَحَدُهُمَا: لَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ كُفُؤًا لَهَا يَمْنَعُ مِنْ-

وَمَتَى فُسِخَ بِخُلْفٍ فَحُكْمُ الْمَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ، وَالْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ، ....

فحصل فيما إذا بان نسبه دون نسبها، أو حرفته دنية، أو فاسقًا وجهان: الصحيح المختار: أنه لا خيار، وحصر الشَّافِعِي والجماهير ثبوت الخيار في العيوب الخمسة أول دليل، وأقوى شاهد له مع نصوصه، فيما إذا بان عبدًا، والمذهب نُقِل، والنكاح بعيد عن الخيار، فلا معنى لثبوته بمجرد ظن الكمال من غير شرط، ولا تغرير، وفارقت العيوب هنا غيرها، لما لا يخفى، والله أعلم.

قال: (**وَمَتَى فُسِخَ بِخُلْفٍ؛ فَحُكْمُ الْمَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ**) أي: فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ سقط المهر، أَوْ بَعْدَهُ؛ يجب مهر المثل أو الْمُسَمَّى أو أقلهما؟ أوجهٌ الصحيح المنصوص الأول، وهل يرجع الزوج على من غرَّه؟ فيه الخلاف السابق، هذا ما ذكراه.

وإطلاق الكتاب يقتضي أن الخلاف السالف فيما أحال عليه يجيء كله هاهنا، ولم أره، وبذلك صرَّح شارحٌ، فقال: ما سبق في العيب عند قول المصنف: والفسخ قبل دخول، يسقط المهر إلى قوله: على من غيره في الجديد، وكذا الحكم في النفقة، والكسوة في مدة العدة، والسكن على ما سبق، فكلُّ ما ذكر هناك من خلافٍ وتفصيل في تلك المسائل، كلها عائد هاهنا، وما قاله ظاهر.

قال: (**وَالْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ**) أي: بالنسبة إلى جريان الخلاف في الصحة، وثبوت الخيار بالخلف، وأما التغرير السابق؛ فلا يؤثِّر في صحة العقد، ولا في الخيار على الصحيح، وقيل: يؤثِّر فيهما، وأما بالنسبة إلى الرجوع بالمهر، إذا أوجبناه؛ فالتغرير السابق كالمقارن.

قال الإمام: لكن يشترط اتصاله بالعقد، فلو قال: فلانة حرة في معرض

= دُخُولِ النَّقْصِ وَالْعَارِ عَلَيْهَا، وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَهَا؛ لِأَنَّ نَقْصَ الرِّقِّ مُؤْتَمَرٌ فِي حُقُوقِ النِّكَاحِ بِمَا لِسَيِّدِهِ مِنْ مَنْعِهِ مِنْهَا بِخِدْمَتِهِ وَإِخْرَاجِهِ فِي سَفَرِهِ، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ لَهَا إِلَّا نَفَقَةُ مُعْسِرٍ، فَاقْتَضَى أَنْ يَثْبُتَ لَهَا الْخِيَارُ فِي فَسْخِ نِكَاحِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْمِ حُرٌّ، ....

الترغيب في النِّكاح، ثم زوَّجها على الاتصال بوكالة أو ولاية؛ فهو تغرير.

قال الرَّافِعِيُّ وتبعه المصنف: وَيُشْبِهُ أَلَّا يَعْتَبِرَ الِاتِّصَالَ بِالْعَقْدِ عَلَى مَا أَطْلَقَهُ الْغَزَالِيُّ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الضَّمَانِ أَوْسَعُ بَابًا[1].

قال ابن الرِّفْعَة: ورأيت في «البسيط» ما يشعر بأن الإمام وافق الأصحاب على أن الخلاف في بطلان العقد عند الخلف، محله على المذهب، إذا اقترن الغرور بالعقد، والخيار والرجوع بالمهر، فهو الذي خالفهم فيه.

وكلام الرَّافِعِيِّ يُفهم أن الإمام إنما خالفهم في الرجوع بالمهر فقط، وهو موافق لهم في أن محل الخلاف في بطلان العقد، وإثبات الخيار عند الخلف إذا كان الغرور مقترنًا بالعقد.

وقال في «الكفاية» مستدركًا قول الإمام: إن التغرير بالنسبة إلى الرجوع بالمهر لا تعتبر مقارنته بخلاف التغرير بالنسبة إلى الفساد والخيار، والرجوع بالمهر إنما يكون إذا قلنا بفساد النكاح أو قلنا: بالصحة وثبوت الخيار ففسخ، أما إذا صححنا ولم يفسخ؛ فالواجب المسمى، ولا رجوع به على أحد، وإذا كَانَ التَّصْوِيرُ كذلك، لزم أن يقول: إذا وجد الشرط قبل العقد، وقلنا: بأنه غير مؤثر أن النكاح صحيح ولا خيار، والواجب حينئذٍ المسمى، ولا رجوع على أحدٍ؛ فلا وجه [إذًا] للفرقة بين الرجوع بالمهر وغيره كما ذُكر، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ، وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْمِ حُرٌّ) أي: وإن كان الزوج حرًّا أو عبدًا؛ لِاعْتِقَادِهِ أَنَّهَا حُرَّةٌ، وَوَلَدُ الْحُرَّةِ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا حُرًّا، فَاعْتُبِرَ ظَنُّهُ، كَمَا لَوْ وَطِئَ أَمَةَ الْغَيْرِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْحُرَّةُ.

إشارات: قضية هذا التوجيه أنه لو ظنها زوجته الأمة [أنه يكون رقيقًا، وهو كذلك] أو أنه يفجر بأمة الغير أن الولد يكون رقيقًا؛ تبعًا لظنه، ولم أَرَ مَنْ قاله، لا فرق في انعقاد الولد حرًّا بين أن يحكم بصحة العقد أو فساده، وكلامه

---

[1] قال الخطيب: تَوَهَّمَ بَعْضُهُمْ اتِّحَادَ التَّغْرِيرَيْنِ، فَجَعَلَ الْمُتَّصِلَ بِالْعَقْدِ قَبْلَهُ كَالْمَذْكُورِ فِيهِ فِي أَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي الْفَسْخِ فَاحْذَرْهُ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِذَلِكَ إِظْهَارُ الْحَقِّ، انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٣٩٣).

وَعَلَى الْمَغْرُورِ، قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا ....

يشعر بتخصيص ذلك بقول الصحة؛ لأن عليه الحرية ما ذكرناه من الظنِّ، وسواء أجاز أو فسخ حيث خيَّرناه، وكذلك القول في تغريمه قيمة الولد سواء، وقوله: والولدُ حُرٌّ أي: ينعقد حرًّا، وقيل: ينعقد رقيقًا، ثم يعتق على الفور.

وقال أبو حنيفة: إنْ كان الزوج عبدًا؛ فالأولاد أرقاء.

وقال ابن حزم الظَّاهري: هم أرقاء أي: مطلقًا، ولا شيء عليه.

قال بعض الشارحين: وهو قوي؛ لعدم النص فيه، ولا قياس قوي، والآثار الواردة في ذلك في بعضها انقطاع، وأما الولد الحادث بعد العلم برقها؛ فهو رقيقٌ، ويميز من جملته قبل العلم وبعده بالوضع، فإنْ كان لأقل من ستة أشهر؛ فحرٌّ، ومَنْ وضعته لستة أشهر من وطئه بعد علمه، فرقيقٌ، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، وفيه وقفةٌ، يدركها المتأمل.

قضية إطلاقهم أن كلَّ مَنْ حملت به بعد علمه برقها يكون رقيقًا لسيدها، سواء كان الزوج يعلم أن ولد الحر من الزوجة الرقيقة رقيق، أو يجهل ذلك، أو يظن أنه ينعقد حرًّا، وإذا كان يظن ذلك، فلم يضع ماءه إلا ليكون ولده حرًّا؛ فهلَّا كان حرًّا؛ تبعًا لظنه، وأغرم قيمته؛ لِتَفْوِيتِهِ رِقَّهِ؟ وكأنهم لم يروا ذلك عذرًا، وإلا لزم مثله، فيما لو نكحها عالمًا برقها، ظانًّا حرية الولد؛ تبعًا له، وهو بعيدٌ، نعم، لو [قال]: حصل بعد العلم وطء وعلوق منه، فقال: إنما وطئتها ظانًّا أنها زوجتي الحرة، أو أَمَتِي، هل يقبل منه بالنسبة إلى حرية الولد، وغرم قيمته؟ الظاهر، نعم، كما قيل في أَمَةِ الغير.

قال: (وَعَلَى الْمَغْرُورِ قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا) أي: على المشهور؛ لأن ظنه قطعٌ بتعيينه لها في الرِّقِّ، فجُعِلَ مقويًا، وفي قولٍ: لا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف مالًا، وإنما مُنع المالية؛ فعلى المشهور: لو كان المغرور حرًّا؛ فالقيمة مستقرة في ذمته، وكذا إنْ كان عبدًا في أظهر الأقوال، والثاني: يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهَا، والثالث: بعكسه، والمعتبر قيمته يوم الولادة عندنا.

واعلم أنه يستثنى من غرم القيمة، ما لو كان الزوج عبدًا لسيدها أو كان

وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ، وَالتَّغْرِيرُ بِالْحُرِّيَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا ....

السيد أحد أصول الزوج، كما جزم به سليم الرازي، واقتضاه كلام الْبَغَوِيِّ، ونقله الإمام عن الشيخ أبي عليٍّ، قال: لأن تقدير الرِّقِّ في الولد بما لا ينتفع به الأب، فإنه يُعْتِقَ عَلَيْهِ لا محالة [فإذن لم يفت نسب الغرور، منتفع به].

ثم رأيتُ الْغَزَالِيَّ أرسل فيها وجهين:

أحدهما: هذا، قال الرَّافِعِيُّ: وأصحهما، وبه قال ابن الحداد: إنه يغرم كغيره، ووجهه في «البسيط»: بِأَنَّ الْأَبَ لَمْ يَرْضَ بِأَنْ يُعَرِّضَ وَلَدَ أَمَتِهِ لِلْحُرِّيَّةِ بِظَنِّ ابْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ زَوَّجَهَا مِنْ ابْنِهِ مَعَ الْعِلْمِ، انتهى.

فاقتضى كلامه أن الأب إذا كان هُوَ الْغَارُّ، أَوْ وَكَّلَ فِي تَزْوِيجِهَا، أَنَّهُ لَا غُرْمَ على الابن جَزْمًا، وأن محل الوجهين فيما إذا لم يغر الأب ونحوه الزوج؛ بل وُكِّلَ بتزويجها فغرَّ وكيله، أو هي لبعضِ فروع سيدها، وحينئذٍ يصحُّ الاستثناء في حاله جزمًا، وفي حاله على أحد الوجهين، واستثنى أيضًا ما إذا كانت في العادة، وكانت مكاتبة، كما قاله الدَّارميُّ، ولفظه: فإنْ كان الغار السيد أو المكاتبة، وقلنا: قيمة الولد لها لم يغرم؛ لِأَنَّهُ لَوْ غَرِمَ رَجَعَ به عَلَيْهَا.

قال: (وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ)؛ لأنه لم يدخل في العقد على أن يضمنها، قال الإمام: وهذا إجماع، وعن ابن خيران وغيره رواية قول: إنه لا يرجع بقيمته كما لا يرجع بالمهر، وفرَّق بأنه دخل في العقد على أن يضمن المهر بخلاف الولد، ثم إنما يرجع بعد غرمه لا قبله على الصحيح، كالضَّامن سواء.

قال أبو إسحاق: وللمغرور أن يطالبه بالتخليص، كما يطالب الضامن الأصيل، وقد علمت مما سبق أنه إذا كان الغار هو المستحق للقيمة فلا غرم، ولا رجوع؛ لعدم الفائدة.

قال: (وَالتَّغْرِيرُ بِالْحُرِّيَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا) قالا: لأنه متى قال: زَوَّجْتُك هَذِهِ الْحُرَّةَ أَوْ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ [عتقت] وخُرِّجَت الصورة عن أن يكون نكاح غرور.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يُفهم أن ذلك صريح في إنشاء العتق؛ حتى يحصل

بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا، ....

به، وفيه نظرٌ إذا لم يُقصد به الإنشاء؛ لأن هذه الصيغة ليست إنشاء، وإنما هي صيغة وصف، وقد يكون الوصف صحيحًا إن سبقته الحرية، وقد لا يكون إنْ لم تكن سبقت؛ فكيف يجعل إنشاءً؟

قلت: الظاهر أن مرادهم مؤاخذته؛ لأنه إقرار لا إنشاء، وقد اقتصر ابن الرِّفْعَة في صدر كلامه على قوله: إذا كان من السيد؛ فهو مؤاخذٌ بموجب قوله.

واعلم أن التغرير بحريتها من السيد يُتصور في صور كثيرة، ولا تعتق به، فمن ذلك حيث كَانَ إِقْرَارُهُ بِحُرِّيَّتِهَا أَوْ إِنْشَاؤُهُ عِتْقِهَا لَا يَنْفُذُ بأن تكون مرهونة أو جانية، وهو مفلسٌ، أو كان محجورًا عليه بفلس، وأذن له المرتهن والمجني عليه والغرماء في تزويجها، أو كان مكاتبًا زوجها بإذن السيد، وإذا قلنا: لا يشترط اتصال التغرير بالحرية بالعقد، كما ارتضياه فيما إذا كان محجورًا حال التغرير ثم رشد، أو مكاتبًا ثم عتق وزوج أو سفهًا فغرَّ بحريتها، وعقد وليه أو أذن له -على رأي رجَّحه جماعة- يغرُّ بحريتها في نفس العقد.

قال: (بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا)، ومنهما صوَّر الشَّافِعِي ﷺ الغرور، وهو الحامل لهم على قولهم: إن التغرير بالحرية لا يتصور من سيدها، وقد بيَّنا تصوره منه، ويتصور التغرير منهما جميعًا، وهو داخل في كلام المصنف؛ لأن «أو» لا تمنع الجمع، وَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِ مَنْ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَلَا مَعْقُودٍ عَلَيْهِ.

قال: (فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا) أي: لَا بِكَسْبِهَا قطعًا، وَلا بِرَقَبَتِهَا على الصحيح، وحينئذٍ فلا مطالبة بذلك إلا بعد عتقها، كسائر الديون الاختيارية، وبه قال الدَّارميُّ وغيره، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُكَاتِبَةً فَيَرْجِعَ عَلَيْهَا فِي الحال، وسكت الشيخ عما إذا انفرد الوكيل بالتغرير؛ لوضوحه، نعم لو كان عبدٌ أوضحنا توكيله في ذلك، فالظاهر بقاء ذلك بذمته، إلا بعد العتق كالأمة، ولو غرَّت هي والوكيل جميعًا؛ فوجهان:

أصحهما في «الروضة» وأقربهما في أصلها: أنه يُرجَع بالنصف على الوكيل في الحال، وعليها بعد العتق.

وَلَوْ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا بِلَا جِنَايَةٍ فَلَا شَيْءَ فِيهِ.

وَمَنْ عَتَقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، ....

والثاني: يُرجَع بالكلِّ على مَنْ شاء منهما على الوكيل في الحال، وعليها بعد العتق.

إشارة: الْعُرْفُ مُطَّرِدٌ بأن يقال: فلانة حرة، أو هذه الأمة حرة، يُراد أنها عفيفة، فلو قال الوكيل: إنما أردت بقولي: إنها حُرَّة، أنها عفيفة؛ فظاهر إطلاقهم أنه لا يُقْبَل منه ويغرم، وفي النفس منه شيء؛ لأن صدقه محتمل، والعرف يؤيده، والزوج مقصر حيث لم يبحث أو لم يستفسره، ولا خفاء أنا إذا حكمنا بفساد النِّكَاحِ بِخُلْفِ الشَّرْطِ، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء، وبقيمة الأولاد؛ إذا غرمها على ما ذكره تفريعًا على صحة النكاح.

قال: (**وَلَوْ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا بِلَا جِنَايَةٍ؛ فَلَا شَيْءَ فِيهِ**)؛ إذ المعتبر قِيمَتُهُ يَوْمَ انْفِصَالِهِ حَيًّا، والمنفصل ميتًا بلا جنايةٍ لا قيمة له، وأيضًا فحَيَاتُهُ غَيْرُ مُتَيَقَّنَة(١)، وفيه وجهٌ بعيدٌ. وقد أفهم كلام المصنف أنه إذا انفصل بحياته، أنه يجب له شيء، والحكم فيه أنه إنْ انفصل مضمونًا غُرم له؛ لأنه كما يقوم له يقوم عليه، وتارة تكون الجناية من أجنبي، وتارة من المغرور، أو من عبده، أو من سيدها، وبيان ذلك في المبسوطات، فلا نطيل بذكره، فإن فيه مباحث.

فرع: خِيَارُ الغرور عَلَى الْفَوْرِ، وَقِيلَ: على الأقوال في خِيَارِ الْعِتْقِ.

قَالَ الْبَغَوِيُّ: وَيستقل مَنْ أثبتنا لَهُ الْخِيَار بِالْفَسْخِ، وَلَا يَحتاج إِلَى حَاكِمٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لكنه مختلف فيه، فَلْيَكُنْ كَفسخِ النِّكَاحِ بالعيبِ، انتهى.

وسكوت الكتاب يُشعر بموافقة الْبَغَوِيِّ كما هو دأب «المحرر»، قيل: ولعل رأي البغويِّ في خيار العيب الانفراد.

قلت: لم يرجِّح هنا شيئًا.

قال: (**وَمَنْ عُتِقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ؛ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ**)

---

(١) في نسخة: (وأيضًا فقيمة غيره متيقنة).

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ، ....

أي: بالإجماع، وأصلُه: «**عِتْقُ بَرِيرَةَ تَحْتَ مُغِيثٍ، فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ الْمُفَارَقَةِ وَالْمُقَامِ مَعَهُ**»[1] رواه مسلمٌ وفي البخاريِّ: «**أن زوجها كَانَ عَبْدًا**» وهي أصحُّ من رواية من روى «**أنه كان حرًّا**» كما قاله البخاريُّ وغيره، وإنما تُخيَّر إذا كانت أهلًا، فحين تتأهل كصغيرة تبلغ، أو مجنونة تفيق، ولا ينوب الولي عنهما فيه، وهل له وطؤها قبل البلوغ والعقل؟ وجهان:

أحدهما: الجواز، وبه جزم في «الشامل» وقال في «الذخائر»: إنه المذهب.

والثاني: المنع، وبه أجاب القاضي أبو الطيب في «المجرد».

وقال في «الذخائر»: وهو مبني على أن الطلاق لا يقع.

تنبيه: **يُسْتَثْنَى مَا لَوْ عُتِقَتْ فِي مَرَضِ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَكَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّالِثِ إِلَّا بِمَهْرِهَا؛ فَلَا خِيَارَ لَهَا** [لما يتولد من ذلك الدَّوْرِ]، وخُذ من قوله: «**تَحْتَ رَقِيقٍ**» إنهما لو عتقا معًا] أنه لا خيار لها، وهو صحيح، نعم، إطلاقه **يُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ عَتَقَ الزَّوْجُ بَعْدَهَا، وقَبلَ اخْتِيَارِهَا الْفَسْخَ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ**، وأظهر القولين سقوطه، ونصَّ في «الإملاء» على بقائه، **وَلَوْ فَسَخَتْ بِنَاءً عَلَى بَقَاءِ رِقِّهِ، فَبَانَ** أنه كان قد عتق؛ فالظاهر **بُطْلَانُ الْفَسْخِ**، وبقاء النِّكاح، ولم أرَ فيه نصًّا، ويمثل عتق المبعضة كعتق جميع القنة.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ**) أي: كخيار عيب المبيع [بالعيب] نصَّ عليه في «باب نكاح المشرك»، واختاره جماعة، **وقَالَ الْفُورَانِيُّ فِي «الْعَمْدِ»**: إنه الجديد، وعليه يكون الحكم، كما في خيار عيب المبيع [بالعيب].

وحاصل الخلاف في المسألة خمسة أوجه، حكاها الدارميُّ، وغيره ذكرها أقوالًا، وهو الأشهر على الفور، ما لم يمسها ثلاثة أيام، ما لم يحكم حاكم أبدًا.

وزاد بعضهم قولًا سادسًا: إنها بالخيار إلى أن يسقط حقها، أو يمكن من

---

(١) تقدم تخريجه.

....

الوطء، أو يوجد منها ما يدل على الرضا، مثل: أن يقبِّلها فتسكت.

وفي «الشامل»: إن بعض أصحابنا ذهب إلى أن رضاها مقدرٌ بالمجلس، وحُكي هذا عن أبي حنيفة، ولا وجه له.

إذا عرفت هذا؛ فاعلم أن الأرجح المختار القول الثاني: وهو أن خيارها يمتد مَا لَمْ يَمَسَّهَا مُخْتَارَةً أو تختاره، هذا ما دلَّت عليه السنة والآثار؛ فمنها أن زوج بريرة كان يطوف وراءها ويبكي، ويترضاها، ويتشفع إليها، فلم تختره.

ومن ذلك ما رواه الشَّافِعِيُّ في «الأم» عن مالك عن نافع عن ابن عمر ﷺ: «أنه كان يقول في الأَمَةِ تحت العبد فتعتق: أن لها الخيار ما لم يمسها».

قال: وأخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عروة: أن مولاة لبني عدي يقال لها: زبراء، أخبرته أنها كانت تحت عبدٍ، وهي أَمَةٌ يومئذٍ، فأُعتقت، فأرسلت إلى حفصة - ﵄ - زوج النبي ﷺ، فقالت: إني مخبرتك خبرًا، ولا أحبُّ أن تصنعي شيئًا، إنْ أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، قالت: ففارقته ثلاثًا.

قال الشَّافِعِيُّ: وبهذا نأخذ في تخيير رسول الله ﷺ بريرة، فقد [صحَّ تداعي حفصة واجبها](١).

قال ابن عبد البر: ولا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة، والظاهر أن قول حفصة عن توقيف؛ لقولها: إني مخبرتك، ويؤيده ما في «سنن أبي داود» عن عائشة - ﵄ -: أَنَّ بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ، وَهِيَ عِنْدَ مُغِيثٍ - عَبْدٍ لآلِ أَبِي أَحْمَدَ - فَخَيَّرَهَا رَسُولُ الله ﷺ وَقَالَ لَهَا: «إِنْ قَرِبَكِ؛ فَلَا خِيَارَ لَكِ»(٢).

وقال المحامليُّ في «المجموع»: وهذا القول هو الصحيح.

وقال ابن الصباغ: إنه ظاهر السُّنة.

---

(١) في نسخة: (صحَّ هذا عن حفصة).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧١، رقم ٢٢٣٦)، والبيهقي (٧/ ٢٢٥، رقم ١٤٠٦١).

فَإِنْ قَالَتْ جَهِلْت الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إِنْ أَمْكَنَ: بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِبًا، ....

ومِمن رجحه صاحب «البيان»، وابن أبي عصرون، وجزم به في كتابه «البينة»، وعليه لو صرَّحت بإسقاط الخيار سقط، وإنْ لم يؤخذ وطء، ولو مُكِّن منه فلم يطأ؛ لم يسقط الخيار حتى يطأ، خلافًا للإمام، ولو وطئها كُرهًا، فإنْ أخذ معها، فلم يتمكن من قول: فسخت؛ فخيارها باقٍ، وإنْ لم يأخذ علي فيها؛ فوجهان، وغير معتبرين في هذا القول أنها بالخيار إلى أن يطأها باختيارها، أو يصرِّح بما يطلبه.

فإنْ قلت: علمت أن هذا هو الرَّاجح دليلًا، فما الرَّاجح عند الأصحاب؟

قلت: ميل المراوزة إلى ترجيح قول الفور وبذلك صرَّح القاضي الحسين، والْبَغَوِيُّ، والفورانيُّ في «الإبانة».

وقال في «العمد»: إنه الجديد، وفي «النهاية»: إنه الأظهر عند الأصحاب.

وممن رجَّحه الرُّويَانِيُّ في «الحلية»، ومن العراقيين سليم في «المجرد»، والمحاملي في «المقنع»، ونصر المقدسي في «التهذيب»، وأطلق كثيرون من الطريقتين الأقوال بلا ترجيح، منهم: الشيخ أبو حامد، والْمَاوَرْدِي، والدارمي، وصاحب «الإفصاح»، والجرجاني، وصاحب «المهذب»، والشَّاشِي في «المعتمد»، والمحاملي في «التجريد»، والْمُتَوَلِّي.

قال: (**فَإِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إِنْ أَمْكَنَ بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِبًا**) إذ الأصل عدم علمها بذلك، وظاهر الحال يصدقها، وإنْ كذَّبها ظاهر الحال، بِأَنْ كَانَتْ مَعَهُ فِي بَيْتِهِ، وَيَبْعُدُ خَفَاؤه عَلَيْهَا؛ فَالْمُصَدَّقُ الزَّوْجُ، كذا قاله الرَّافِعِيُّ.

ثم قال: ومنهم مَنْ أطلق في المسألة قولين في أن القول قولها، وحكى ذلك عن أبي إسحاق، والظاهر الأول، فيضمن كلامه نقل طريقتين أجرا قولين، القطع بالتفصيل.

وحكى القاضي أبو الطيب طريقتين: إحداهما: القول قولها قولًا واحدًا،

وَكَذَا إِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

والثانية: على قولين، فحصل ثلاث طرق، وإن كانت بموضع يجوز خفاؤه عليها كبلد آخر، ومحلة أخرى، صُدِّقَت بيمينها، وهذا كلُّه على قول الفور، ومكنت ولم تفسخ، أو قلنا: بالقول الثَّاني(١)، ومُكنت من الوطء ووطئ، ولم تفسخ.

قال الرَّافِعِيُّ: أو بالقول الثالث: وانقضت ثلاثة أيام، ولم يفسخ، وفيه نظرٌ؛ لأنه قدَّم أنَّ احتساب الأيام من حين العلم؛ فكيف تمضي الأيام ولم تعلم؟!

تنبيه: قوله: «إِنْ أَمْكَنَ» فيه نظرٌ؛ لأن الإمكان في الحالين، وعبارة «المحرر»: «إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهَا ظَاهِرُ الْحَالِ» وهي أحسن، فيحتمل كلام «المنهاج» عليها، وأن مراده الإمكان القريب، وفي «المحرر» و«تهذيبه» و«إيجازه» وَذَكَرَ حُكْمَ الطَّرَفَيْنِ حَيْثُ قَالَوا: وَإِلَّا فَالْمُصَدَّقُ الزَّوْجُ، وَذَكَرَ في «المنهاج» أَحَدَهُمَا، وَاكْتَفَى بِمَفْهُومِهِ عَنْ الْآخَرِ، وَذَلِكَ لَا يَكْفِي فِي الِاخْتِصَارِ.

قال: (وَكَذَا إِنْ قَالَتْ: جَهِلْت الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه خفيٌ لا يعلمه إلا الخواص.

والثاني: لا، كما لو ادعاه المشتري، والفرق أن الفسخ بعيب المبيع مشهور متداول؛ لكثرة وقوعه بخلاف مسألتنا على أن خيار عيب المبيع كلامًا وتفصيلًا قدَّمته هناك، وكلُّ ما عددته هناك، فهنا أولى(٢).

تنبيه: سكت المصنف عمَّا إذا اعترفت بالعلم بثبوت الْخِيَارِ، وَادَّعَتْ الْجَهْلَ بِالْفَوْرِيَّة، وقد قال الْغَزَالِيُّ: إنها لَا تُعْذَرُ، وذكر في «البسيط»: إنه مأخوذٌ من كلام إمامه، وحكى الرُّويَانِيُّ وجهين في نظيره من الشفعة من

---

(١) في نسخة: (أو قلنا بالفور).

(٢) قال الخطيب: مَحَلُّ الْخِلَافِ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ فِيمَنْ يُحْتَمَلُ صِدْقُهَا وَكَذِبُهَا، أَمَّا مَنْ عُلِمَ صِدْقُهَا كَالْعَجَمِيَّةِ فَقَوْلُهَا مَقْبُولٌ قَطْعًا أَوْ عُلِمَ كَذِبُهَا بِأَنْ كَانَتْ تُخَالِطُ الْفُقَهَاءَ، وَتَعْرِفُ مِنْهُمْ ذَلِكَ فَقَوْلُهَا غَيْرُ مَقْبُولٍ قَطْعًا، وَلَوْ عَلِمَتْ أَصْلَ الْخِيَارِ، وَادَّعَتْ الْجَهْلَ بِفَوْرِيَّتِهِ؛ هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهَا أَوْ لَا؟ انظر: مغني المحتاج (١٢/ ٣٨٩).

فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ فَلَا مَهْرَ، وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمُسَمَّى، أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ،

الخلاف في جهلها أن خيارها على الفور، هل يبطل حقها أم لا؟

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمْ أَرَ تَعَرضًا لِهَذِهِ الصُّورَةِ فِي سائر كُتُبِ الْأَصْحَابِ، نعم صوَّرها العباديُّ في «الرقم»، وأجاب بأنها إنْ كانت قَدِيمَةَ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَام، أو خالطت أهله؛ لمْ تعذر، وإنْ كانت حديثة العهد، أو لم تخالط أهله، فقولان، انتهى.

وقد صرَّح بأن دعواها الجهل بالفورية، على القولين في دعواها الجهل بأصل الخيار كصاحب «الشامل» في «كتاب اللعان» والجرجاني في «الشافي» هناك، وصرَّح في «التحرير»: بأن الأصحَّ قبول قولها في الأمرين من الجهل بالخيار، وبالفورية.

وهو كما قال: ولا فرق بين قديمة الإسلام، وحديثته؛ لأنه مما يخفى على غالب الناس، ووقوعه نادر، وشدَّد ابن الصلاح النكير على الْغَزَالِيِّ فيما قاله مع حكمه بأن دَعْوَى الشَّفِيعِ الجهل بالفورية يُقبل، ولا شكَّ أن هذه أولى بالقبول.

واعلم أن كلام الرَّافِعِيُّ هنا يقتضي أن المشتري إذا ادَّعى الجهل بالفورية لا يقبل، وهو ما ذكره هناك، كما بيَّناه هناك.

فرع: هذا الفسخ لا يحتاج إلى حاكم؛ لثبوته بالنصِّ والإجماعِ.

قال: (فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ؛ فَلَا مَهْرَ) أي: سواءٌ كان المسمى صحيحًا أم فاسدًا، أو لا مسمى أصلًا، وكذا لا متعة أيضًا؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ جِهَتِهَا كما تقرَّر ذلك في العيوب.

قال: (وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمُسَمَّى)؛ لِاسْتِقْرَارِهِ بِالْوَطْءِ السابق على العتق؛ إذ الصورة [أنه وطئها] ثم عتقت، ثم فسخت.

قال: (أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ) صورتها: أنها لَمْ تَعْلَمْ بِالعِتْقِ، حتى وطئت ففسخت، وهذا ما جعله الْبَغَوِيُّ ظاهر المذهب؛ لأن الفسخ مسندٌ إلى حالة العتق، فَصَارَ كَالْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ.

وَقِيلَ الْمُسَمَّى، وَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ فَلَا خِيَارَ.

فَصْلٌ

يَلْزَمُ الْوَلَدَ إِعْفَافُ الْأَبِ وَالْأَجْدَادِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

(**وَقِيلَ: الْمُسَمَّى**) قاله في «الشرحين» ورجَّحه مرجحون، وجعلوه قولًا.

وعبارة «الروضة»: وجب مَهرِ الْمِثْلِ على المذهب، وقيل: المسمى، والعراقيون والْبَغَوِيُّ جعلوا هذا على الخلاف في الفسخ بالعيب بعد الدخول، وزاد الإمام والْغَزَالِيُّ فقالا: إذا جرى الفسخ بعد الدخول، يجب المسمى، ولا يجيء فيه القول المنصوص في العيب: إنه يجب مهر المثل؛ لأن المهر للسيد لا لها، وسواء أوجب المسمى، أو مهر المثل، فهو للسيد، قاله الرَّافِعِي وغيره، ولابن الرِّفْعَة فيه نظرٌ؛ لأن الفسخ إذا استند إلى وقت العتق فالوطء وقع بعده، وهي حُرَّةٌ، نعم، لو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فهو للسيد لا محالة؛ لأنه وجب بالعقد.

فرع: لو زوَّجها السيد على صورة التفويض، ثم عُتِقت وفُسِخت، فإنْ كان قد وطئ، أو فوَّض لها قبل العتق؛ فالمهر للسيد، وإن عُتِقت ثم وطئ، أو فوَّض؛ فهل المهر لها أو للسيد؟ فيه قولان، بناءً على أن مهر المفوَّضة بما يجب، وسيأتي بيانه ـ إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عَتَقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ، فَلَا خِيَارَ**)، أما في الأولى: فلبقاء الرِّقِّ والنقص، وأما في الثانية: فلكمال الرِّقِّ، وأما في الثالثة: فإنه ليس في معنى النصِّ؛ إذ لا يعتبر بِافْتِرَاشِها، وَيُمْكِنُهُ الخلاص بِالطَّلَاقِ، وفي وجهٍ أو قولٍ له: ذلك تسوية بين الجانبين كالفسخ بالعيب، وخالف الْمُزَنِيُّ في العتق بعضها، وقيل: إنْ زادت أجزاً حريتها على أجزاء حريته، فَخُيِّرَت.

قال: (**فَصْلٌ: يَلْزَمُ الْوَلَدَ**) أي: الحرُّ المسلم، وإنْ كان أنثى وصغيرًا ومجنونًا وكافرًا.

(**إِعْفَافُ الْأَبِ وَالْأَجْدَادِ عَلَى الْمَشْهُورِ**)؛ لِأَنَّ في تركه تعريضًا لِلزِّنَا

....

الْمُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ، وَلَيْسَ مِنَ الْمُصَاحَبَةِ بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا، وَلا من وجوه حاجاته المهمة؛ فلزم الولد القيام به كالنفقة، أو الكسوة.

وَالثَّانِي: لَا يجب، وَهُوَ مُخْرَجٌ، وبه قال الْمُزَنِيُّ، وأبو حنيفة؛ لأنه من قبل الملاذ، فلا يلزم الولد، كما لا يلزم الوالد إعفاف ولده، وكما لا يجب الإعفاف في بيت المال على المسلمين.

تنبيهات وتتمات: إنما يجب إعفاف الأب، وإن علا بشرط الحرية والعصمة، ولا فرق بين الوارث وغيره من قبل [الأب] أو الأم كالنفقة، وقيل: لا يجب إعفاف كافر على ولد مسلم، وحكى قولًا في النفقة أيضًا، ويخرج من كلام الدارميِّ وجهٌ: أنه يجب إعفاف الأب دون الجد حيث قال: ويجب على الابن أن يزوِّج أباه، إذا احتاج.

وقال ابن خيران: لا يجب، وهل يجب ذلك على ابن الابن وابنته وابن الابنة وابنتها في الجد؟ على وجهين، انتهى.

سبيل الإعفاف سبيل النفقة، فيجب للأب المعسر الزَّمِن، وفي المعسر السليم قولان، وقيل: الإعفاف أولى بالوجوب، فإذا قلنا: لا نفقة للأب المعسر؛ ففي الإعفاف قولان، وقيل: الإعفاف أولى بالسقوط من النفقة.

قال الرَّافِعِيُّ: وحيث وجب على الولد، استوى فيه الابن والبنت كالنفقة، وقضية التسوية بينهما فيه ألا يريد⁽¹⁾ الاستواء في أصل الوجوب، يعني أنه يلزم كل واحد إذا انفرد.

وفي «الحاوي»: أن الإعفاف يجب على البنين، ثم من بعدهم على البنات، فيلزم الابن الموسر دون البنت الموسرة، فإنْ أعسر الابن وأيسرت لزمها.

قال: ولو كان له ابن ابن، وبنت [لزم ابن الابن، ولو كان له ابن بنت وبنت؛ ففي اجتماعهما يحتمل الإعفاف ثلاثة أوجه؛ ثالثها: هما سواء] وهذا

---

(١) في نسخة: (إلا أن يريد).

بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ، أَوْ يَقُولَ انْكِحْ وَأُعْطِيكَ الْمَهْرَ، أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ وَيُمْهِرَ أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً أَوْ ثَمَنَهَا ....

منه بناءً على طريقة العراقيين، في اعتبار الذكورة، وبيانه في «النفقات».

خذْ من قول المصنف: «إِعْفَافُ الأَبِ»، أنه لا يلزم الولد إعفاف الأم، ولا الأب إعفاف الابن، وهو المعروف.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكى مَنْ لا يوثق به وجهًا، انتهى.

ونقله في «الأم» الجيلي، وأجاب به [في الابن] صاحب «الشامل الصغير» وليس بشيءٍ.

قال: (بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ) الغرض بالإعفاف أن يُهَيِّئَ لَهُ مُسْتَمْتَعًا، إما بأن يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ، وهل هو أَقَلُّ صَدَاقِ مَنْ تُكَافِئُهُ مِنَ النِّسَاءِ؟ أو مهر مَنْ يَسْتَمْتِعُ بِهَا مِنْ جَمِيعِ النِّسَاءِ؟ فيه وجهان في «الحاوي».

(أَوْ يَقُولَ: انْكِحْ وَأُعْطِيكَ الْمَهْرَ) ليس هذا على إطلاقه، إنما يلزمه دفع مهر المثل على اختلاف الوجهين، فلو زاد عليه؛ فالقياس الواضح أن تكون الزيادة في ذمته، ولا يلزم الولد دفعها.

(أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ، وَيُمْهِرَ أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً) أيْ: تُعِفُّهُ.

(أَوْ ثَمَنَهَا) أي: لتخير الولد المطلق التصرف بين هذه الطرق الخمسة؛ لحصول الإعفاف بكلٍّ منها.

وأما غَيْرِ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ؛ فيجب على وليه ألّا يبذل إلا أقل ما تندفع به الحاجة إلا أن يلزمه الحاكم بغيره، وهل يتوقف بذل الولي على إذن الحاكم أولًا؟ أو يفرق بين ولي وولي فيه؟ ويقرب أنه تعتبر مراجعة الوصي والقيم الحاكم في ذلك، ولو كان الأب أو الجد ولي مال المحجور؛ فهل له الاستبداد بمقدار ما يجب إعفافه به؟ أو يتوقف على إذن الحاكم؟ لم أرَ في ذلك كله نقلًا.

فروع: تكفي حرة كتابية، وقيل: لا؛ للنُّفْرَةِ، ويشبه طردهما في السرية، وَلَيْسَ لِلأَبِ ـ كما سيذكره المصنف ـ أن يعَيِّن النِّكَاحُ دُونَ التَّسَرِّي، وَلَا

……

عَكْسُهُ، نعم، لو دفع إليه مهرًا، أَوْ قَدَّرَهُ؛ نكح به من شاء، وكذا لو ملَّكه ثمن أَمَةٍ؛ فله التزويج به فيما يظهر، وأن يتسرى به، ولا يكفي تمَلِّيكه أو تزوَّجيه عَجُوزًا أو شَوْهَاءَ، كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطْعِمَهُ طَعَامًا فَاسِدًا لَا يَنْسَاغُ.

وعبارة «البسيط»: عَجُوزًا شَوْهَاءَ، لَا تَسُدُّ مَسَدًّا.

وقال الْبَنْدَنِيجِيُّ: شَيْخةً هِمَّةً.

قال الْبَغَوِيُّ: ولا دَنِيَّةً، ولا بدَّ أن تكون ممن تعفه، فلا [تجري] الطفلة، ولا المحرمة عليه.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَا مَعِيبَةً بما يثبت⁽¹⁾ الخيار في النكاح.

قلت: ويشبه ألَّا يقبل من الولد عمياء، ولا جدعاء، ولا ذات قروح سيالة واستحاضة ونحوها، وإنْ لم يثبت الخيار فيهن؛ لأنه ليس من المصاحبة بالمعروف، ولو كان تحته صغيرةٌ، أو عجوزٌ أو رتقاءُ، ولَمْ تَنْدَفِعْ حَاجَتُهُ بها، قال الرَّافِعِي: فالقياس وجوب إعفافه.

فرع: لو اجْتَمَعَ أَصْلَانِ، وأمكنه إعفافهما؛ وجب، وإلا فإن اختلفا في الدرجة؛ فالأقرب أولى إنْ تساويا في العُصُوبَةِ أَوْ عَدِمَهَا، فلو كان للأبعد عصوبة كأب الأب مع أب الأم؛ فالأول أحق، وقيل: سواء، كذا نقلا.

وقال الرُّويَانِيُّ في «التجربة» بعد نقله «وجده» عن بعض أصحابنا: ولا يحتمل غير هذا.

وأما الْمَاوَرْدِيُّ فنقله عن الشيخ أبي حامد، وزيَّفَه [وقال]: الْأَقْرَبُ أَحَقُّ، وَإِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مِنَ الْأَبْعَدِ العصبة، وهذا ما يقتضي كلام الرَّافِعِيِّ في «النفقات» ترجيحه، فإنه رجَّح اعتبار الأقرب، ولو استويا في الدرجة، وأحدهما عصبة فهو أحق، ولو اجتمع عدد منهم يلزمهم الإعفاف، فكما سَيَأْتِي فِي «النَّفَقَاتِ».

---

(١) في نسخة: (يوجب).

ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا، وَلَيْسَ لِلْأَبِ تَعْيِينُ النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي وَلَا رَفِيعَةٍ، وَلَوِ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ فَتَعْيِينُهَا لِلْأَبِ.

قال: (ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا) أيْ: مُؤْنَةُ الأَبِ، وَمن أعَفَّه بهَا مِنْ زوجةٍ أو أمةٍ؛ لأنَّ ذلك مِنْ تَتِمَّةِ الْإِعْفَافِ، وقوله: «عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا» على التَّثْنِيَةِ، كَذَا كتبه بِخطِّه على التَّثْنِيَةِ، وَفي نسخ «مُؤْنَتُهَا» كالْمُحَرَّرِ، وهو أحسن؛ لِأنَّ مُؤْنَةَ الْأَبِ حكمها معروف من غير هذا الموضع، ودخل في مُؤْنتها الإخدام، إذا كانت ممن تخدم، وسبق أنه لو كان تحته مَنْ لَا تُعِفُّهُ؛ لصغرٍ أو رتقٍ وغيرهما؛ أنه يجب إعفافه، ولا يلزم الولد إلا نفقة زوجة واحدة، ومن هنا ذكروا في النفقات أنه يقسِّم.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ هنا تفقهًا: إنه يظهر أن يَتَعَيَّنُ لِلْجَدِيدَةِ؛ لِئَلَّا يثبت لها الخيار، وهو حسن، والظاهر أنه لا يجب إعفافه بِأَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، فإنْ كانت لا تعفه؛ لشدة غلمته، وفيه احتمالٌ، ولم أرَ في ذلك نقلًا.

وحكى الرَّافِعِيُّ في المال وجهًا ضعيفًا: أنه إذا كان تحت الأب زوجتان فأكثر، لم يلزمه النفقة؛ لأن المستحقة لا تتعين، [قال]: وكما يجب على الابن نفقة [زوجة] أبيه يلزمه كسوتها.

قال في «التهذيب»: لَا يجب الْأُدْمُ، وَنَفَقَةُ الْخَادِمِ؛ لِأَنَّ فَقْدَهُمَا لَا يُثْبِتُ الْخِيَار.

وقَالَ الرَّافِعِيُّ: لكن قِيَاسُ ما ذكرنا أن الابن يَحْتَمِلُ مَا وجب على الْأَبَ وُجُوبُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا واجبان على الْأَبَ مَعَ إعْسَارِهِ. وصرَّح الْبَغَوِيُّ في «تعليقه» وصاحب «الكافي» هناك: بأنه لا يجب للقريب الْأُدْم، وذكرا نحو هذا، كما سنذكره هناك.

قال: (وَلَيْسَ لِلْأَبِ تَعْيِينُ النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي) أي: وَلَا عَكْسُهُ لما سبق.

(وَلَا رَفِيعَةٍ) أي: رفيعة المهر، إما لمنصبٍ، أو جمالٍ، أو شرفٍ؛ لأنه قَدْ يُجْحِفُ بِالْوَلَدِ، والمقصود البلاغ، ويحصل بدونها؛ ولهذا لا يلزم الولد مفاخر الأطعمة والملابس.

قال: (وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ؛ فَتَعْيِينُهَا لِلْأَبِ) أي: لأنه مطلق التصرف، لا

وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ، ....

حجر عليه، وبهذا فارق السفيه على رأي؛ لأنه محجور عليه، فيُرجَعُ في التعيين إلى الولي.

واعلم أن هذا التوجيه يفهم أنه لا يجب إعفاف الأب المجنون، وإنْ ظهرت حاجته إلى الاستمتاع، وفيه نظرٌ، والأشبهُ الوجوبُ.

قال: (**وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ**) أي: الأمة أو الزوجة؛ لوجود الحاجة، والمعنى المقتضي لوجوب الإعفاف ابتداءً، وكما لو دفع إليه طعامه، فتلف قبل أكله، وأرسل الْمَاوَرْدِيُّ وجهين، فيما إذا ماتت، ووجه عدم الوجوب بأن النكاح عَقْدٌ يُوضَعُ لِلتَّأْبِيدِ فِي الْأَغْلَبِ، فإذا تحمَّل مؤنة مرة، فقد حافظ على حرمة الأبوة، فقنع منه بذلك، وعلله غيره بأن القول بتكرر وجوبه سبق، ويخرج عن حدِّ المواساة⁽¹⁾.

قال: (**أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ**) أي: مِنْ أيهما وقعت، وفي رِدَّتِهِ نظرٌ، وهي أولى بالخلاف من موتها، ويشبه أن تكون رِدَّتُه كما لو طلَّق بِغَيْرِ عُذْرٍ وأولى.

قال: (**أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ**) كان الأحسن أن يقول: أو فسخ بعيب لشمل الطرفين كالرِّدَّةِ، وقال شارحٌ إثر قول «المنهاج»: «أَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ، أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ»: أي: على الأصحِّ كما لو ماتت، والجامع أنه معذور فيهما.

قال في «المطلب»: وهو ظاهر في الرِّدَّةِ دون فسخه بالعيب؛ لأنه نوع اختيار في الفراق، انتهى.

وقضيته قصر الكلام على رِدَّتها، وفسخه بعيبها، ولا شكَّ أن فسخها بعيبه أولى بالإعفاف، أما انفساخه بردَّته؛ فلا وجه له، فإنْ كان ما اقتضاه هذا الكلام نقلًا؛ فهو الوجه على أني لم أَرَ التصريح بردَّته إلا في كلام بعض المتأخرين، ولعله أخذه من إطلاق الرَّافِعِيِّ وغيره: أو انفسخ برده، ويتعين تنزيله على رِدَّتها فقط، وقد قالوا: لا يجب التجديد إذا طلَّق بلا عذر؛ لتقصيره بالتَّفْوِيتِ.

---

(١) في نسخة: (المساواة).

وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الْأَصَحِّ. وَإِنَّمَا يَجِبُ إِعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ ....

قال: (**وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الْأَصَحِّ**)، كَمَا فِي الْمَوْتِ، والعذر شِقَاق أَوْ نشوز أَوْ رِيبَة، وغيرها، وحكم الخلع حكم الطلاق، وعدَّ في «الروضة» من صور الوجهين عتق الأمة بعذرٍ، كذا قاله: الرَّافِعِيُّ في «الشرحين» وفيه نظرٌ، مع إمكان بيعها واستبداله بغيرها، نعم، إنْ كانت أم ولد، صحَّ إلحاقها بالزوجة في التفصيل المذكور.

قال: وإذا وجب التجديد، فإنْ كَانَتْ بَائِنَةً؛ لزم التجديد في الحال، وإلا فبعد انقضاء العدة، وفي هذا وقفةٌ، إذا كان العذر مما يبعد معه المراجعة؛ لشدة النَّفْرَةِ كفاحشة صدرت منها، ونحوها، وأما إذا طلَّق بغير عذرٍ لم يجب التجديد؛ لأنه المقصر والمفوت على نفسه، واكتفى في «المنهاج» بمفهوم قوله: «بعذرٍ»، عن تصريح «المحرر» بالمسألة، وفيها وجهٌ أيضًا، وأطلق ابن القطان القول: بأنه إذا طلَّق أعفَّه، قال: فإنْ أكثر الطلاق حتى خرج عن العرف؛ فوجهان:

أحدهما: يعفه أبدًا، والصحيح: أنه ليس عليه ذلك، ولكن يُسَرِّيه بجارية، انتهى.

وكلامه يشعر بأن [الأب] لو طلب التزويج ابتداءً، ولم يختر التسري أنه يجب إجابته إليه.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: إذا طلَّقها ثلاثًا؛ لزمه أن يزوجه ثانيًا، وثالثًا؛ فإن كان مِطْلَاقًا لم يزوجه بعد ذلك؛ بَلْ يُسَرِّيهِ، وَيَسْأَلُ الحاكم الْحَجْرَ عَلَيْهِ فِي الْإِعْتَاقِ، وهكذا نقله في «المطلب» عن «التتمة»، وفي «الكفاية» و«الروضة».

وحكى الْمُتَوَلِّي وجهًا: فيما إذا طَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ... إلى آخره، وهذا ما رأيته في «التتمة»، نعم قال: فإن أعتق الثالثة يسأل الحاكم الحجر عليه؛ فَلَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ بعد ذلك.

قال: (**وَإِنَّمَا يَجِبُ إِعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ**) أي: فالقادر على إعفاف نفسه بماله، عينًا كان، أو عرضًا مُسْتَغْنٍ عنه، وكذا بكسبه؛ لا يجب إعفافه، جزم به

مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ بِلَا يَمِينٍ.

الرَّافِعِيُّ في «شرحه الصغير»، فِي الْكَسُوبِ، ونقله في «الكبير» عن الشيخ أبي عليٍّ، ثم قال: وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور فِي النَّفَقَةِ، انتهى.

والمفهوم من عبارة «الكتاب»: وجوب إعفافه؛ لأنه فاقد الآن حسًّا وعرفًا، وتقييده بفقدان المهر يفهم أنه لو وجد النفقة فقط؛ لزم إعفافه، وهو الأصحُّ، نعم، لو فقد المهر، وأمكنها التسري؛ لكثرة الإماء ورخصهن؛ لم يلزم إعفافه، وبهذا تبيَّن أن المعتبر فقد ما يتمكن به من الاستمتاع، لا فقدان المهر، وخُذ من قوله: «فَاقِدِ مَهْرٍ» أنه لو قدر على مهر أمة، وخاف العنت أنه لا يلزم الولد إعفافه، وأن لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ وَلَدِهِ كالأجنبية.

قال: (**مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ**) أي: للشهوة لا للخدمة؛ إذ الواجب القيام بخدمته، لا التزويج ونحوه لها، وفيه بحثٌ لابن الرِّفْعَة وغيره، ذكرته في «الغنية».

قال: (**وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ بِلَا يَمِينٍ**) أي: إِلَى الْوَطْءِ، ولا يحلف لما فيه من الإهانة والتكذيب، ويلزمه الصدق في دعوى الحاجة، فلا يحل له طلبه إلا عند صدق الشهوة، ولا ريب أن خَوْفِ الْعَنَتِ مبيح للطلب، فلو شقَّ عليه الصبر، وأضرَّ به التَّعَزُّبُ، ولم يخف العنت؛ ففيه ترددٌ للإمام، قال: والأظهر أنه يتوقف على الانتهاء إلى خوف العنت، وبه أجاب في «الروضة».

قال ابن الرِّفْعَة: لكن تعليل الأصحاب الوجوب بأنه يخاف منه العقوبة في الدنيا والآخرة، يُفهم اعتبار خوف العنت، انتهى.

وفيه نظرٌ، ومرادهم تجويز وقوعه منه، إذا لم يعف، ولو على بعد؛ لانتهائه إلى خوف العنت، يؤيده تعليلهم إيجاب النفقة؛ لخوف ضياعه، ونحو ذلك، ومعلوم أنه لا يعتبر في إطعامه الانتهاء إلى حالة المضطر قطعًا.

تنبيه: وعبَّر هنا، وفي «الروضة»: «ظَهَرَتْ الْحَاجَةُ»؛ فافهم أنه لا بدَّ من ظهورها لنا، وأنه لا يكفي دعواه الحاجة، وعبارة «المحرر» و«الشرحين»: «إذا أظهر الحاجة»، وبينهما تفاوت، فإنَّ ظُهُورَهَا لَنَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَرَائِنَ تَظْهَرُ

وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ، وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لَا حَدٌّ، ....

لَنَا، وَإِظْهَارُهَا يَكْفِي فِيهِ قَوْلُهُ: «وَإِنْ لَمْ يَتَرَجَّحْ لَنَا صِدْقُهُ»، نعم، لَوْ كَانَ ظَاهِرُ حَالِهِ يُكَذِّبُهُ، كَذِي فَالِجٍ شَدِيدٍ وَاسْتِرْخَاءٍ وغيره؛ فَفِيهِ نَظَرٌ، وَيُشْبِهُ أَلَا تَجِبَ إِجَابَتُهُ، أَوْ يُقَالُ: يَحْلِفُ هُنَا؛ لِمُخَالَفَةِ حَالِهِ دَعْوَاهُ.

فائدة: لَوْ كَانَ الْأَبُ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِمْتَاعٍ بِغَيْرِ الْوَطْءِ؛ لِعَنَتِهِ أَوْ جَبِّهِ، وَيَخْشَى إِنْ لم يعف بمن يتمتع بها بغير الوطءِ أن يفعله حَرَامًا؛ فَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْوَلَدَ ذلك، وَفِيهِ احْتِمَالٌ، وسبق في جواز نكاح الأمة لمثله كلام، فلا يبعد أن يجيء مثله هنا.

قال: (**وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ**) أي: إجماعًا؛ إذ لا زوجته، ولا ملك يمين، فهو عادٍ بنصِّ القرآن؛ وَلِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ لابنه، وَالْفَرْجُ الْوَاحِدُ لَا يُبَاحُ لِاثْنَيْنِ فِي وقتٍ وَاحِدٍ.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لَا حَدٌّ**) أما درء الحد؛ فللشبهة في مال ولده، ولهذا لا يُقطع بسرقة ماله، ولا يقتل به، وفي حدِّه قولٌ شاذٌّ مخرَّجٌ، وهذا إذا لم تكن مَوْطُوءَةً لِلِابْنِ، أو مُسْتَوْلَدَةً؛ فإنْ كانت، فسنذكر ما قيل فيه.

[قيل]: وأما وجوب المهر؛ فعلى المشهور، فهو وَطْءُ شُبْهَةٍ، فَوجب بِهِ الْمَهْرُ للمالك كَأَمَةِ الْأَجْنَبِيِّ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا أُخِذَ مِنْهُ فِي الْحَالِ، وَإِلَّا بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى يَسَارِهِ، على الأصحِّ.

والثاني: لا يثبت في ذمته، وعلى المخرج هو كالزنا بأمة أجنبي، إنْ أكرهها وجب المهر، وإنْ طاوعته، وهي ممن تُعتبر مطاوعتها؛ فوجهان.

واعلم أن موضع التردد في الحدِّ إذا كان ممن لا يخفى عليه تحريم وطئها، فإن كان؛ فلا حدَّ بلا خلافٍ.

تنبيهات: منها: كلام «الكتاب» يُفهم أنَّ في كلٍّ من المسألتين طريقين، أو طُرُقًا، ولم أرَه، وكان قضية اصطلاحه فلا حدَّ على المشهور؛ بل مهر على الصحيح، وقد ذكر نحو هذا في «الروضة»، وحاصلها: إن قلنا: لا حدَّ وجب المهر.

……

فإن قُلْنَا: يُحَدُّ فأكرهها وجب، وإنْ طاوعته؛ فوجهان.

وقال في «التنقيح» مفرعًا على أنه لا حدَّ.

قال الإمام: قطع المحققون بوجوب المهر، وفصَّل العراقيون، فقالوا: إنْ أكرهها وجب، وإنْ طاوعت؛ فوجهان، وهذا غلطٌ صريح؛ فإنهم قطعوا أقوالهم بانتفاء الحدِّ، فلا معنى مع ذلك للتفصيل المذكور، انتهى.

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره، أنه لا فرق في عدم الحدِّ بين موطوءة الابن ومستولدته وغيرهما، وسياق كلامه يشير إلى ذلك، ونقل الرُّويَانِيُّ في «التجربة» عن الأصحاب وجوبه في المستولدة قطعًا؛ لأنه لا يمكن أن يملكها الأب، بخلاف أمته الموطوءة، وسكتا في «الشرح» و«الروضة» عليه، فأفهما الرضا به.

لكن في «الشرح الصغير»: لو وطئ موطوءة الابن عالمًا، فأصحُّ القولين: لا حدَّ للشبهة، ومنهم مَنْ خصَّص القولين بغير المستولدة، وقطع فيها بالوجوب، انتهى.

فاقتضى أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها، وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره، وكذلك حكى بعضهم في حدِّه ثلاثة أقوال: أصحها: لا حدَّ، وثانيها: التفصيل بين موطوءة الولد وغيرها.

وجمع أبو حامد في «التعليق» بين المستولدة، [والموطوءة بالاستيلاد، وحكى فيهما وجهين، وقد يخرج من عبارة «التجربة» مقالة رابعة بين المستولدة] وغيرها.

ومنها: ما أطلقوه من وجوب المهر فيما إذا أَحْبلَ؛ محمولٌ على ما إذَا تَأَخَّرَ الْإِنْزَالُ عَنْ تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ، فإنْ حصل الإنزال مع تغييبها؛ فَقَدْ اقْتَرَنَ مُوجِبُ الْمَهْرِ بِالْعُلُوقِ، فَيَنْبَغِي أَنْ ينزل منزلة قِيمَةِ الْوَلَدِ، قاله الإمام، ولفظه على نقله في «التنقيح» بعد تقريره أنه يحصل الْعُلُوق، ونقل الملك معًا، وأن الإمام قال: إنه الَّذِي يَجِبُ الْقَطْعُ بِهِ، وأنه مما يتعلق بذلك، أما إذا فرضنا

فَإِنْ أَحْبَلَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلْأَبِ، وَإِلَّا فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ، ....

نزول الماء مع تَغْيِيبِ الْحَشَفَةِ؛ فهاهنا يتصوَّر العُلُوق مقترنًا بمُوجِبُ الْمَهْرِ.

وقد ذكرنا أن الصحيح أن المِلْكَ ينتقل مع العُلُوق، وهذا لم يتعرَّض له الأصحاب؛ بل أطلقوا القول بوجوب المهر، ولم يتعرضوا لهذا التفصيل، والأظهر عندي أنهم بنوا الأمر على الاعتياد، والغالب أن الإنزال يحصل بعد وجوب المهر، ولو صور الأئمةُ ما ذكرناه؛ لنزَّلوا المهر منزلة قيمة الولد، هذا ما نراه، والله أعلم.

ومنها: في «تعليق القاضي الحسين»: إذا أوجبنا المهر، فوطئها الأب في مجالس مكررة، لَمْ يَتَدَاخَلْ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ آدَمِيٍّ، ولا خلاف أنه لا يتكرر بتكرر الإيلاجات في الوطأة الواحدة⁽¹⁾، ولو وطئها في مجلس مرارًا؛ فوجهان في التكرر، ويجوز أن يُفَرَّق بين المجلس الواحد، والمجالس في غرامات الأشياء، وذكر كذلك نظائر ذكرتها في «الغنية» هناك، وسيأتي في كتاب «الصَّداق» كلامٌ في بعض هذه الأحكام؛ حيث ذكر الشيخ المسألة، وجعل ما ذكره القاضي وجهًا مرجوحًا.

قال: (**فَإِنْ أَحْبَلَ؛ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ**) كما لو أولد أمة الغير بوطء شبهة.

قال ابن الرِّفْعَة: ولا شكَّ في إجراء خلاف فيه أنه لو انعقد حرًّا أو رقيقًا، انتهى، وهذا إذا قلنا: لا حدَّ، وإلا فالولد رقيق غير نسيب.

إشارة: قضية إطلاقه أنه لا فرق فيما ذُكِر بين الأب الحرِّ والرقيق، وفي ولد الرقيق وجهان، أفتى الْقَفَّالُ، منهما الحرية، وفي «تعليق القاضي الحسين»: أن الصحيح من المذهب المنع.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ؛ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلْأَبِ**) أي: قطعًا؛ لأنها لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ. قال: (**وَإِلَّا**) أيْ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَوْلَدَةً لِلِابْنِ.

(**فَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ**)، واختاره الرَّبِيعُ والجمهور؛ لأنا نزَّلنا شُبْهَةَ الملك

---

(١) في نسخة: (يتكرر المهر بإيجاف في الوطأة الواحدة).

وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ، لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الْأَصَحِّ.

كالملك في ثبوت النسب، وانتفاء الحدِّ، فكذلك فِي الِاسْتِيلَادِ.

والثاني: لا، واختاره الْمُزَنِيُّ؛ لأنه استولدها بِحُرٍّ في غير مِلْكِه، فأشبه المغرور، وفي محلها طُرق للأصحاب، يخرج منها أربعة أقوال، هذان المنصوصان.

وثالثها: إن كَانَ مُوسِرًا نَفَذَ، وإلا فلا.

ورابعها: عكسه، وأصله قول الدارميّ، وقيل: إن كَانَ مُوسِرًا؛ فَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ، وإن كان معسرًا؛ فَعَلَى قَوْلَيْنِ، ووجهه لائح؛ لكنه شاذٌّ.

إشارة: الكلام الماضي والآتي في استيلاد الأب [الْحُرِّ].

قال: (**وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ**) كالشَّريك يستولد، يلزمه نصف القيمة مع نصف المهر، فلو اختلفا في القيمة، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَبِ؛ لأنه غارمٌ، وقيل: على قولين، كما لو اختلفا في قيمة الْعَبْدِ التَّالِفِ عند ظهور العيب، وبالباقي، وإنما لزمه المهر مع القيمة عندنا؛ لأنهما وجبا بشيئين مختلفين، فالمهر وجب بتغييب الحشفة، والقيمة وجبت باستيلاد، وذلك بالعلوق، ولا تغفل عما سبق من استدراك الإمام، فيما إذا حصل الإنزال مع تغييب الحشفة، وكلام القاضي في تكرر المهر.

قال: (**لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لِأَنَّهُ الْتَزَمَ قِيمَتَهَا، وَالْوَلَدُ جُزْءٌ مِنْهَا، فاندرج؛ ولأن القيمة إنما تجب بعد انفصاله، وذلك واقعٌ في ملكه؛ لثبوت الاستيلاد.

والثاني: تَجِبُ كَوَطْءِ الشُّبْهَةِ، وَبنى الماورديُّ على ذلك: أنا نحكم بالاستيلاد بِالْعُلُوقِ، أو أداء القيمة، إنْ قلنا: بالعلوق لم تجب، وإنْ قلنا: بدفع القيمة، ودفعها قبل الوضع، فكذلك أو بعده، وقلنا: لا يحصل إلا بدفع القيمة، وجبت قيمته، انتهى.

والحاصل أنه هل تنتقل الأَمَةُ إلى مِلْكِه قُبَيْلَ العلوق أو معه أو عند الولادة أو عند أداء القيمة بعد الولادة؟ وجوهٌ، جزم الْبَغَوِيُّ بالأول، واختار الإمام

....

الثاني، وقال: يجب القطع به، وصححه الْغَزَالِيُّ، وتابعه المصنف في «التنقيح».

واعلم أن قوله عطفًا على «الْأَظْهَرِ»: «وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا»، أن وجوب القيمة والمهر على قولين أيضًا، ولم يذكر الرَّافِعِيُّ قولًا آخر، أنه لا تجب القيمة، ولا المهر؛ بل قال: إذا أثبتنا الاستيلاد؛ فالحكم ما ذكرته، وإنْ لم نثبته لم يجز للابن بيعها، ما لم تضع؛ لأنها حاملٌ بِحُرٍّ، وعلى الأب قيمتها في الحال؛ للحيلولة، وهل يُسترد عند الوضع؟ وجهان: أصحهما: المنع، والشيخان متبعان في هذا الترجيح للغزاليِّ والْبَغَوِيِّ، وعزا ابن الصَّباغ مقابله إلى الأصحاب، وجزم به هو، والشيخ أبو حامد، وشيخه، وغيرهم، وزيَّفه الْمَاوَرْدِيُّ.

فرع: في «فتاوى الْقَفَّالِ»: إذا كانت أَمَته، ثم استولدها أبوه، صارت أم ولد، وهل يقوم في الحال أم يتأتى بها إلى العجز؟ قولان، ونقلا في صيرورتها أم ولد وجهين: أصحهما: عند الْبَغَوِيِّ: نعم، وبالمنع جزم الهرويُّ، قال: وليس كاستيلاده ومكاتبته؛ لأنه لا نقل، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة؛ [بل يجتمع الاستيلاد والكتابة، ولا منافاة، وهذا أقوى، وإطلاق «الكتاب»] قد يوافق الأول.

قالا: ولو كان الأب الْمُحَبِّل مكاتبًا، فوجهان؛ بناءً على القولين في استيلاد جارية نفسه.

قلت: وَقَضِيَّةُ الْبِنَاءِ تَرْجِيحُ المنعِ، فَاسْتَثْنَاهَا من إطلاق «المنهاج».

فرع: في «فتاوى الْقَفَّالِ»: لو استعار من ابنه جارية، فَرَهَنَهَا، ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الأب، لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال عَقْدٍ عَقَدَهُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رُهِنَ أَمَةً، فَاسْتَوْلَدَهَا أَبُو الراهن، صارت أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى إبطال عَقْدٍ عَقَدَهُ هو بنفسه، وبحث معه المعلق عنه في ذلك بما ذكرته في «الغنية».

وَيَحْرُمُ نِكَاحُهَا، ....

قال الْقَفَّالُ: والنكتة إنْ كان ما يؤدي إلى إبطال عقدٍ عقده هو؛ فإنه لا يجوز، انتهى، فاستثنى هذه الصورة من إطلاق «المنهاج» أيضًا.

فرع: إذا وطئ أَمَة ولده مدة أشهر، وكان كل ساعة يطؤها في هذه المدة، ثم ظهر الحبل، ولا يدري متى علقت به، وقيمتها في هذه المدة مختلفة، ففي أي وقتٍ تعتبر قيمتها؟

قَالَ الْقَفَّالُ: تعتبرُ فِي آخِرِ الزَّمَانِ الذي يُمْكِنُ عُلُوقُهَا بِهِ فِيهِ، وَذَلِكَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ الولادة؛ لِأَنَّ الْعُلُوقَ في ذَلِكَ يَقِينٌ، وَمَا قَبْلَهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، فيؤخذ باليقين، ويطرح الشك.

قَالَ: وَلَا يُؤْخَذُ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِ الْقَوَابِلِ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمَبْتُوتَةِ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ وَاجِبَةً، أي: من قبل ذلك، والله أعلم.

فائدة: إذا لم يحبلها الأب بالوطء؛ فلا قيمة عليه عندنا بلا خلاف، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ عن العراقيين أنه يلزمه قيمتها؛ لتفويت الحَبْلَ على الابن، فوهم غير واحد، فنقل القاضي عن رواية الشاشيِّ(١) عنه ظانًّا أنه أراد العراقيين من أصحابنا، وإنما أراد الخصوم ابن أبي ليلى، ونحوه، والحنفية، ونبَّه عليه المصنف في «التنقيح»؛ تحذيرًا من الوهم، ووقع لابن الرِّفْعَة وغيره مواهم من هذا الظنِّ(٢).

قال: (**وَيَحْرُمُ نِكَاحُهَا**) أي: يحرم على الحرِّ نكاح أَمَة ولده، وإن سفل قطعًا، وهذا معطوفٌ على قوله: «ويحرم عليه وطء أمة ولده»، ووجه منع نكاحها أن له فيها شبهةً تسقط حَدَّ وطئها، فأشبهت المشتركة بينه وبين غيره، وقيل: فيه ثلاثة أقوال:

أظهرها: المنع.

وثانيها: الجواز مطلقًا.

---

(١) في نسخة: (فنقل ذلك عن رواية القاضي).

(٢) في نسخة: (مواضع من هذا الطَّور).

فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ، فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ.

وثالثها: لا يجب إعفافه، ولم يجعلها أم ولد له بإحباله جاز، وإلا فلا، وهذا كله في الأب الحرِّ، أما الرَّقيق فله نكاح أمة ولده، وإذا أولدها لم تَصِر أم ولد له، كما سبق.

قال: (**فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ؛ لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن للدَّوَامِ من القوة ما ليس لِلِابْتِدَاءِ.

وَالثَّانِي: يَنْفَسِخُ كَمَا يمتنع نكاح أمة نفسه، وكما لَوْ مَلَكَ زوجته، وقوله الذي وصف للوالد، والمراد بالأمة: الأمة المعهودة أي: الوالد الذي لا تحلُّ له أمة ولده، وإنما قيد ذلك بهذا القيد؛ لأنه محل الخلاف، أما لو كان الوالد ممن يحلُّ له نكاح أَمَة ولده؛ لكون الأب عبدًا، أو لكون الولد معسرًا لا يلزمه إعفافه، ولو اشترى زوجة الأب، والولد يحتاج إليها، أو كان الولد مكاتبًا، وأذن له سيده في تزويجها. وقلنا: يجوز للأب في هذه الحالة ابتداءً نكاح هذه الأمَة، فطريان ملك الولد لا ينفسخ به نكاحها وجهًا واحدًا؛ لأنه لم يطرأ ما ينافي النكاح على هذا التقدير.

وعبارة «الكتاب»: فلقلة مَنْ يفهم المراد منها، وكان الأحسن أن يقول: ولو ملك زوجة والده الذي لا يحل له نكاح أمة ولده، لم ينفسخ النكاح في الأصحِّ، أو نحو هذا(١).

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ مُكَاتَبِهِ**) أي: قطعًا؛ لقوة الشبهة في رقبة المكاتب؛ لأنه ملكه، ولو أولدها؛ صارت أم ولد له.

قال: (**فَإِنْ مَلَكَ مُكَاتَبٌ**) أي: كِتَابَةً صَحِيحَةً.

(**زَوْجَةَ سَيِّدِهِ؛ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الْأَصَحِّ**) بخلاف مسألة الابن؛ لأن تَعَلُّقَ السَّيِّدِ بِمَالِ الْمُكَاتَبِ، فوق تَعَلُّقِ الْأَبِ بِمَالِ الِابْنِ، فأشبه حدوث ملك نفسه.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢١٥).

فَصْلٌ

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْرًا وَنَفَقَةً فِي الْجَدِيدِ، وَهُمَا فِي كَسْبِهِ

والثاني: لا، كما سبق في ولده.

قال:

(فَصْلٌ)

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْرًا وَنَفَقَةً فِي الْجَدِيدِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْهَا تَصْرِيحًا، وَلَا تَعْرِيضًا، بَلْ لَوْ أَذِنَ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا؛ لعدم الوجوب عند الإذن، وللجهالة، وَالْقَدِيمُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يَقْتَضِي الِالْتِزَامَ، وليس فيه تخصيص بالكسب، ولا فرق بين مال ومال.

والحاصل في المسألة، أقوال:

أصحها: أنه لا يطالب السيد بشيء في ذمته، مكتسبًا كان العبد، أو غير مكتسب.

والثاني: يطالب في الحالين بهما.

والثالث: يطالب بالمهر دون النفقة.

والرابع: يطالب إنْ كان العبد غير مكتسب، لا إنْ كان مكتسبًا، وإذا كان له كسب، [لا يفي فحكم التكملة حكم عدم الكسب؛ فعلى الأول ليس على السيد إلا تمكين الكسوب] من الاكتساب، ولا فرق بين أن يعلم السيد أن العبد كسوبٌ أو لا [وله بين أن يصرِّح بالضمان أو له مكاتبة ضمان ما لم يجب] ولو كان العبد كسوبًا، ثم طرأ له زِمَانَةٌ بعد العقد لم يأت فيه إلا قول الضمان وعدمه فقط، قاله الإمام.

قال: **(وَهُمَا فِي كَسْبِهِ)** لأنهما من لوازم النكاح، فأولى ما تعلقا به كسبه، والإذن له في النكاح إذنٌ في صرف كسبه الطارئ إليهما.

والظاهر أن هذا متفقٌ عليه، ويحتمل أن يكون مفرعًا على الجديد، يرشد إليه قول بعضهم معللًا: لَا يُمْكِنُ إيجَابُهما عَلَى السيد؛ لِأَنَّهُ ليس بضامن، وَلَا

بَعْدَ النِّكَاحِ الْمُعْتَادِ وَالنَّادِرِ، ....

فِي رَقَبَةِ العبد؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِرِضَا الْمُسْتَحِقِّ، وَلَا البقاء فِي ذمَّته إلى عتقه؛ للإِضْرَارِ بِالْمَرْأَةِ، انتهى.

وكلام «الكتاب» يُشعر بعدم التعلق بذمته أيضًا؛ لكن الإمام وغيره صرَّحوا به في العبد المأذون، وفي كلام غيره ما يقتضي خلافًا فيه، ويجيء فيه أوجه:

أحدها: يتعلقان بالكسب فقط.

والثاني: به، وبذمة العبد، وهو الأصحُّ.

والثالث: به، وبذمة العبد والسيد جميعًا.

قال شارحٌ: ويحتمل أن يجيء فيه وجهٌ رابعٌ: أنه يتعلق بذمة العبد، وذمة السيد، من غير تعلق بالكسب.

وخامس: وهو للتعلق بذمة السيد فقط، وهو بعيدٌ.

قال: (بَعْدَ النِّكَاحِ الْمُعْتَادِ وَالنَّادِرِ) أي: أن النفقة والمهر إنما يتعلقان بكسبه الحادث بعد عقد نكاحه، سواء كان الكسب معتاد كالحرفة، أو نادر كالهبة والوصية، وفي النادر وجهٌ مبني على أنه لا تَدْخُلُ فِي الْمُهَايَأَةِ، وقيل: بناءً على أنه لا يقبل ذلك إلا بإذن السيد.

إشارة: متعلق المهر الكسب الطارئ بعد العقد لا محالة، أما النفقة؛ فمتعلقها إنما هو الكسب الْحَاصِلِ بَعْدَ التَّمْكِينِ؛ لأنهما يتعلقان بكسب يحصل بعد وجوبهما، حتى لو نكح بمؤجلٍ، لم يتعلق إلا بالكسب الحاصل بعد حلول الأجل، أو بِتَفْوِيضٍ صَحِيحٍ، لَمْ يَتعلق إِلَّا بالكسب الْحَاصِلِ بَعْدَ الْوَطْءِ، أَوْ الْفَرْضِ الصَّحِيحِ.

وقياس ما ذكروه في المؤجل أنه لو نكح صغيرةً، وقلنا: لا يجب تسليم المهر في حال الصِّغر؛ إذ لا يتعلق إلا بالكسب الحاصل بعد وجوب التسليم، وفيه وقفةٌ، ولا يخفى حكم النفقة، ويجب استثناء ما أشرنا إليه من إطلاق «الكتاب».

تنبيه: قال الرَّافِعِيُّ: وطريق الصَّرف إلى المهر والنفقة أن يُنْظر في

فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي تِجَارَةٍ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي الْأَصَحِّ،

الحاصل كلَّ يوم، فيؤدي منه النفقة، إنْ وفَّى بها، فإن فضل شيءٌ صُرِفَ إلى المهر حتى يتمَّ، فإذا تمَّ صُرِفَ الفاضل عن النفقة إلى السيد، ولا يُدخر للنفقة.

قلت: ولا ينبغي تعيين ذلك طريقًا؛ إذ هما [دين] في كسبه، فيصرفه عما شاء من المهر [والنفقة] وكان المقصود تبيين حكم الفاضل، إذا صُرِفَ كسبه إلى النفقة، وَفِي «الْوَسِيطِ»: يجب عليه ترك الاستخدام، وتمكينه حتى يكتسب بقدر المهر أو لا، ثم يكتسب للنفقة، وظاهره يخالف كلام الرَّافِعِيِّ.

وَجَمَعَ ابْنُ الرِّفْعَةِ بَيْنَهُمَا بِحَمْلِ كَلَامِ الْغَزَالِيِّ عَلَى مَا إِذَا مَنَعَتْ نَفْسَهَا مِنَ التَّسْلِيمِ حَتَّى تَقْبِضَ الْمَهْرَ؛ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ، وَكَلَامُ غيره عَلَى مَا إِذَا بَذَلَتْ نَفْسَهَا، فَتُقَدَّمُ النَّفَقَةُ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا نَاجِزَةٌ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ، وَفِي النَّفْسِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا الْجَمْعِ، وقول الرَّافِعِي: إن الفاضل عن النفقة يُصرف للسيد، ولا يُدخر، مستمرٌ على الأصحِّ، من أن المعتبر نفقة ذلك اليوم، أما لو قلنا: نفقة العمر؛ فلا يصرف إليه، إلا ما فضل عن ذلك.

قال: (**فَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي تِجَارَةٍ؛ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ، وَكَذَا رَأْسُ مَالٍ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرَّافِعِيُّ: يُعطى مما في يده، واختلفوا في مراده بذلك على أوجهٍ:

أحدها: يُعطى من الرِّبح المستفاد بعد الوجوب، فالمهر من المستفاد بعد العقد على ما بيَّناه، والنفقة من المستفاد بعد التمكين.

والثاني: أنه من كسب المال مطلقًا، سواء الحادث قبل الدخول وبعده؛ لأن كسبَ العمل حادث في كلِّ يومٍ، بخلاف كسب التجارة.

والثالث: من جمع ما في يده من رأس مال وربح، ورجَّحاه؛ لِأَنَّهُ دينٌ لَزِمَهُ بِعَقْدٍ مَأْذُونٍ فِيهِ؛ فَكَانَ كَدَيْنِ التِّجَارَةِ.

تنبيه: لو كان المأذون مكتسبًا يقتضي كلام «المنهاج» و«المحرر» أنهما يتعلقان بكسبه أيضًا، وقد يحتاج إليه بألا يفي مال التجارة وربحه بهما، وسكت الرَّافِعِيُّ في «الشرح» عن ذلك، وهذا كلُّه في مهر يتناوله الإذن، فلو

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا وَلَا مَأْذُونًا لَهُ فَفِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ.

وَلَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ، ....

قدَّر السيد مهرًا، فزاد العبد، فالزيادة في ذمته فقط، لا تتعلق بكسبٍ ولا بربحٍ، وفيه احتمالٌ للإمام، والنصُّ في «الْبُوَيْطِيِّ»، وجرى عليه الأئمة أن إطلاق الإذن يُحْمَلُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ[1] فإن زاد عليه فالزيادة في ذمته فقط.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِبًا وَلَا مَأْذُونًا لَهُ) أي: رضيت بالمقام معه على ذلك؛ لأنه دَيْنٌ لزم بِرِضَا مُسْتَحِقِّهِ، وعدم الكسب إما لزمانةٍ ونحوها، أو لِأَنَّهُ مُجَازِفٌ محرومٌ.

قال الْمَاوَرْدِي: فهما سواء.

قال: (فَفِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ)؛ لقرينة العجز؛ لِأَنَّ إِذْنَه لِهَذَا الْتِزَامٌ لِلْمُؤَنِ، وفي قولٍ ثالثٍ: يتعلق ذلك برقبته؛ إلحاقًا بأَرْشِ الجناية، وطرده القاضي أبو حامد المروزي في الكسوب.

قال: (وَلَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ)؛ لِأَنَّهُ مَالِكُ الرَّقَبَةِ، فَيُقَدَّمُ حَقُّهُ، كَمَا له المسافرة بِأَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ.

قال الشَّافِعِيُّ في «الأم»: وإذا أذن له بالنكاح؛ فَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ، ويرسله حيث شاء، أي: له أن يسفره في أشغاله، وإن أقام السيد.

وعبارة المصنف توهم أمرين:

أحدهما: أن له المسافرة به، وإن لم يتكفل بالمهر والنفقة؛ لأنه إنما شرط التكفيل في استخدامه بها، إذا لم يسافر به، والحكم في الحالين سواءٌ، صرَّح به الأصحاب.

الثاني: قوله: «وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ» يفهم أنه ليس للعبد استصحابها، والمنقول أن له ذلك.

قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَعَلَيْهِ تَخْلِيَتُهُ حِينَئِذٍ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ.

---

(١) في نسخة: (يحمل على غير مهر المثل).

وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ.

قلت: والأسفار مختلفة، فقد يكون السير في بعضها ليلًا، والسكون نهارًا، فيراعى في كلِّ سفرٍ ما تقتضيه عادته.

قال الْبَغَوِيُّ: يَكُونُ الْكِرَاءُ فِي كَسْبِهِ، فَإِنْ امْتَنَعَتْ، أو كَانَتْ رَقِيقَةً، فمنعها سيدها؛ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا، وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهَا الزَّوْجُ بِالسَّفَرِ، فَالنَّفَقَةُ بِحَالِهَا، وإذا مكن من استصحابها؛ فلا تفويت، وهو المفوت على نفسه كالحرِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: والسيد يتكفل بها؛ فإنْ لم يفعل، ففيما يغرمه الخلاف؛ يعني: فيما إذا استخدمه حضرًا، وسنذكره، قال: هذا هو المنقول، ورواه الْمُزَنِيُّ.

وحكى الإمام عن العراقيين: أنه ليس للسيد استخدامه في الحضر، ولا أن يسافر به، ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النِّكاح، وجعل المسألة خلافية بين الأصحاب، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف، انتهى.

قال شارح: هذا كما قاله العراقيون وغيرهم، متفقون على ذلك، يصرِّحون بأن السيد لم يضمن ذلك، ويتسلط على استخدامه في الحضر، واستصحابه في السفر، فيجب تأويل ما نقله الإمام على ما إذا كَانَ السَّيِّدُ مُعْسِرًا عاجزًا عن بذل ما يجب للزوجة، انتهى.

وقال شارح: اعلم أن إنكار الرَّافِعِيِّ على الإمام ثبوت الخلاف في المسألة، إنْ أراد به أنه لا يشترط الدفع، وأنه لا بدَّ من الضمان والالتزام قبل السفر، والاستخدام بلا نزاع، فكلام جماعة من المراوزة ينازعه، ويقتضي أنه لا حاجة إلى ضمان والتزام، كما نقله الإمام، وهو ظاهر كلام القاضي الحسين والفورانيِّ، فإنْ أراد أنه لا حاجة به إلى الضمان، ولا الالتزام أولًا، وأن المراد بالضمان التزام السيد ذلك عند السفر والاستخدام؛ فكلام العراقيين صريحٌ أو كالصريحِ، إنه لا بدَّ من الضمان أولًا، كما قاله الإمام عنهم، انتهى.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ؛ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ**)؛ لأنه وقته لمثله.

وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَارًا إِنْ تَكَفَّلَ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ وَإِلَّا فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا ....

قال الشيخ أبو حامد وأتباعه: إلا أن تكون الزوجة في منزل السيد، فلا يلزمه أن يخليه بالليل كذلك؛ لِأَنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي مَنْزِلِهِ.

وتابعهم الْمَاوَرْدِيُّ، وخصَّص ذلك بما إذا كان استخدام السيد بالنهار، فإن كان استخدامه بالليل؛ كالزجَّاج والحداد، صار الليل زمان استخدامه لعبده، والنهار زمان إرساله للاستمتاع، وما قالوه ظاهرٌ، فيما إذا كان يخدم سيده نهارًا في منزله، بحيث يلج على زوجته كل وقت بلا حائل، أَمَّا لَوْ كَانَ يَسْتَخْدِمُهُ فِي سُوقِهِ أَوْ زَرْعِهِ أَوْ محله أَوْ رَعْيِهِ مثلًا، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهَا مَنْزِلَ السَّيِّدِ أَوْ غَيْره.

إشارة: لا يلزمه بجانبه من أول الليل، كما يُفهمه كلام المصنف وغيره؛ بل وقت النوم على العادة عند الفراغ من خدمته أول الليل، كما سيأتي في الأمّة.

ونصُّ «الأم»: وليس له إذا كان معه بالمصر أن يمنعه امرأته في الحين الذي لا خدمة له عليه فيه، وله أن يمنعه إياها في الحين [الذي له عليه فيه الخدمة، انتهى، وسيأتي ما يقتضي ذلك أيضًا.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «المجرد»] ليس له منعه من الاستمتاع بها في أوقات لا خدمة له عليه من الليل؛ لأن منعه منها في هذا الوقت للإضرار دون حق الاستخدام، فلم يجز له، انتهى.

قال: (وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهَارًا إِنْ تَكَفَّلَ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ، وَإِلَّا فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا) أي: وإن يتكفلهما؛ فعليه تخليته لكسبهما لحقِّ الزوجية، والمراد بتكفلهما: الالتزام بهما وأداؤهما، وليس على حقيقة ضمان الديون والمتَّجه عند إعساره أن التزامه لا يفيد؛ لأن فيه تفويت حقها عليها من غير بدل، وحينئذٍ فالمتَّجه ألا يجوز له استخدامه وتسفيره، إلا بعد أداء ما وجب لها، وهذا ظاهرٌ في المعسر.

وأما الموسر؛ فقد يقال: حقها يتعلق بأمر متوقع، قد لا يقع، وبالتزامه

وَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ بِلَا تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الْأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ.

صار الحق مستقرًا كفداء الجاني، وكذا السفر إن كان الصداق باقيًا حالًا، والنفقة واجبة، اتجه المنع إلى الدفع والالتزام، نعم لو كان المهر قد أدي، أو كان مؤجلًا، ولم تكن نفقةً واجبةً، فإن سافر به، أو سفَّره ليلًا أو نهارًا، وقد أدى وظيفة يومه، فالمتَّجه هنا جواز السفر من غير تقديم دفع، ولا التزام؛ لأنه لا دين الآن، وإنما يتحدد؛ لأن الدين الثابت المؤجل لا يمنع السفر، وإن قرب محله فالنفقة التي لم تجب بعد أولى.

قال: **(وَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ)** أي: أو حبسه ولم يستخدمه، كما قاله **الْمَاوَرْدِيُّ** **(بِلَا تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الْأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ)** كما لو باع الجاني، وصححناه يلزمه الفداء بأقل الأمرين، وما نحن فيه أولى؛ لأنه بإذنه في النكاح كالملتزم للمؤن في كسبه، فإذا فوته طولب بها من سائر أمواله.

(وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ) أي: ما كانا؛ لأنه ربما كسب ذلك اليوم اتفاقًا، ما بقي بالجميع، وعلى الوجهين المراد نفقة مدة الاستخدام ونحوه فقط، وقيل: نفقة مدة النكاح.

إشارة: قال شارح في بعض نسخ «المحرر»: نقل الخلاف قولين، وهو وهمٌ.

قلت: ليس بوهم؛ بل نقله قولين القاضي أبو الطيب والفوراني، **والْغَزَالِي** في «بسيطه» و«وسيطه» أعرض هذا الشارح على **الرَّافِعِيِّ** في نقله كلام «الوجيز»، وترجيحه لزم الأقل، وزعم أنه لم يذكر في «الوجيز»، وليس كما قال، أوضحته في «الغنية»، وكلام **الرَّافِعِي** مطابق لكلام **الْغَزَالِي**، وذكر أنه يجتمع في المسألة خمسة أوجه، جميع ما سبق في الكسوب، أما العاجز عن الكسب؛ فالظاهر أن للسيد السفر به، واستخدامه حصرًا من غير التزام شيء، أو لا معنى لتعطيله بلا فائدة، ولم أرَ فيه تصريحًا، لو قال السيد: أنا أمنعه الكسب وأكفيه أمر النفقة والمهر.

قال ابن **الْقَطَّان**: فله ذلك، فإن أمنعه وأعطيه أجرة المثل، نُظِرَ إن كانت

وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَوَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ فِي رَقَبَتِهِ.

تكفيه جاز، وإن لم تكفه، فهل يقبل ذلك منه؟ فيه وجهان.

قال: (وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَوَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ فِي رَقَبَتِهِ) قضية إطلاقه أن الحكم ما ذكره، سواء كان النكاح بإذن سيده أم بغير إذنه، فإن ذلك لا يتعلق بكسبه بحال، فيقول: إذا نكح بلا إذن نكاحًا فاسدًا لشرط فاسد يشرطه، ووطئ، لزمه مهر المثل في ذمته على «الجديد»، كما لو اشترى أو استقرض مستقلًا.

والثاني: وهو مخرَّج أو قديم، إنه متعلق برقبته؛ لأنه إتلاف قيدٌ له في رقبته، كديون الإتلافات، ومنهم من لم يثبت هذا القول، ولو نكح أَمَةً بغير إذن سيده، ولا سيدها، وهي بالغة عاقلة ووطئها فطريقان، القطع بتعليقه برقبته، وبها قال ابن الحداد، وهي أشبه؛ لأن المهر للسيد، ولم يرض بذلك، وقيل: على القولين في الكتاب، ونسبها الفوراني إلى عامة الأصحاب، وارتضاها الْقَفَّالُ وزيف الأولى؛ لأن لفعلها تأثير في المهر، وإن كان للسيد، والخلاف قريب من سقوطه بمطاوعتها زانية، قال الْقَفَّالُ: ولو أذن له السيد في النكاح، فنكح فاسدًا ودخل، فأقوال:

أحدها: أن المهر فيما في يديه من المال، فإن لم يكن مال ففي كسبه، فإن لم يكن له كسب ففي ذمته، يتبع به إذا عتق.

والثاني: أنه في رقبته كالجناية.

والثالث: وهو مخرَّج أنه في ذمته، انتهى.

وهذا الثالث هو الصحيح؛ لأن الإذن إنما يتناول النكاح الصحيح على المشهور، وإن جعلنا الفاسد داخلًا في [إذنه تعلق بالكسب كما في الصحيح، ولو صرَّح السيد له بالإذن في الفاسد.

قال الرافعيُّ وغيره: فالقياس تعلقه بالكسب وينبغي أن يكون] المراد كالمهر في النكاح الصحيح، لا أنه يختص بالكسب؛ حتى لا يتعداه؛ بل يتعلق بما في يد المأذون بالذمة وغيرها، كما سبق، وأبدى ابن الرِّفْعَة نظرًا في ذلك.

وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَارًا وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلًا، ....

تتمات:

منها: ما ذكره من التعلق بذمته، على القول المشهور المنسوب إلى «الجديد» محله في كبيرة عاقلة سلمت نفسها مختارةً، أما لو كانت حرةً طفلةً، أو كانت مجنونةً، أو مستكرهةً، فالوجه التعليق برقبته؛ لأنه جناية محضة، وإن كانت رقيقةً وسلمها سيدها، فموضع تأمل.

ومنها: يظهر أنه لو كانت بكرًا.

وقلنا: لا يندرج أرش البكارة في المهر أنه يتعلق برقبته قطعًا، وهذا واضحٌ.

ومنها: ادَّعى العبد إذن سيده فأنكر، قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: الوجه أن تدعي المرأة على السيد، إن كسب هذا القيد مستحق لمهري، ونفقتي؛ ليتبع القاضي البينة.

قال ابن الرِّفْعَة: أو يدعي العبد أنه يلزمه تخليته؛ ليتكسب المهر والنفقة؛ بناءً على الجديد وأحد الوجهين على القديم؛ لأن العبد يكون مشغول الذمة بذلك.

قال: (**وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَارًا وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلًا**) المراد أنه يلزمه تسليمها إلا بالليل، وأن له استخدامها نهارًا.

قال الرَّافِعِيُّ معللًا: لأنه يملك منفعتي الاستخدام والوطء، فإذا زالت إحداهما بقيت الأخرى، فيستوفيها في وقتها، وهو النهار، وهذا كما أنه لو أخرها سلمها للمستأجر نهارًا، ويسلمها؛ لاستيفاء المنفعة الأخرى ليلًا، انتهى.

وفيه نظرٌ، لأن عدم تسليمها للمستأجر ليلًا ليس لما ذكر؛ بل لأن العرف لا يشمل ذلك، وإن كان السيد لا يملك الاستمتاع بها له إمساكها ليلًا، وأيضًا فلا خفاء أنه لو أجرها للإرضاع لزمه تسليمها ليلًا ونهارًا، وأنه لا فرق في مسألتنا بين المحرمة عليه وغيرها.

……………………………………………………………………………………

قال في «أصل الروضة»: فلو أراد السيد أن يسلمها نهارًا بدلًا عن الليل لم يكن له، انتهى.

وسبق عن الْمَاوَرْدِيِّ في العبد: أنه لو كان وقت خدمته للسيد بالليل، أن له استخدامه ليلًا، وإرساله نهارًا، وقد يأتي مثله هنا.

وقال ابن الرِّفْعَة: قد لا يأتي فيما يجيء فيه، إذا كانت حرفة الزوج نهارًا، انتهى.

ويتجه أنه لو كانت حرفة الزوج والسيد ليلًا جواز ذلك للسيد جزمًا؛ لأن نهار الزوج وقت سكنه، ولهذا جعلوه عماد القسم في حقه، ولو كان الزوج وحده كذلك، ورضي السيد بتسليمها نهارًا، فذاك، وإلا فليس له طلبها نهارًا، وتعطيل خدمتها على السيد.

تنبيهان:

أحدهما: مقتضى كلام المصنف وغيره أن جميع الليل محل للتسليم، حتى يجب من غروب الشمس، والوجه حمل كلامهم على أنه يلزمه تسليمها ليلًا على الوجه المعتاد، لا من أوله؛ بل له استخدامه في أوله على العادة، وبه صرَّح القاضي أبو الطيب في «كتاب النفقات».

وعبارة «الشامل»: وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ كان عليه إرسالها إلى زوجها حين يفرغ من استخدامها بحكم العادة، ونقل ابن الرِّفْعَة وغيره عن «مختصر الْبُوَيْطِيِّ»: أن التسليم في الليل يكون وقت الفراغ من الخدمة، وذلك بعد ثلث الليل الأول.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أرَ ذلك في غيره، نعم.

قال ابن الصباغ: وذكر ما قدمته وهذا من الشَّافِعِي ﷺ على سبيل التقريب، ولعله أراد ليل الشتاء لا مطلقًا، ولفظه: ولا بُدَّ من المملوكة من وقت تترك فيه عند القيلولة في الصيف، وبعد ثلث الليل الأول، وليس للمملوكة أول الليل ولا آخر الليل، ولا أول النهار ولا آخره؛ لأنه يحتاج

وَلَا نَفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

إليها، ولا بد للمملوك أن يجعل له هذا الوقت، انتهى.

ذكره في آخر النفقات، والظاهر أنه أراد به غير المزوجة، لا كما فهمه ابن الرِّفْعَة وغيره، ولهذا قال: ولا آخر الليل، وهذا إنما يكون فيمن هي عبدة، نعم، يشبه أن يختلف الحال في المزوجة باختلاف الحال في البلاد، والأزمان، والساعات، والعادات.

الثاني: ما سبق في غير المكاتبة كتابةً صحيحةً، أما هي فمستقلة، وقد يقال له: منعها منه نهارًا، إذا كانت يفوت منه تحصيل النجوم، ثم رأيت من قال: هل تسلم إليه ليلًا ونهارًا؟

قال الْمَاوَرْدِيُّ: نعم، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، وربما سبق في اعتكافها كلام ينبغي مراجعته، وأما المبعَّضة فإن كان ثَمَّ مهايأة فالقياس أنها في نوبتها كالحرة، وفي نوبة سيدها كالقنة، وإن لم يكن مهايأة فهذا موضع تأمل، ولم أرَ فيه نصًا، ولينظر فيما لو كانت قنة لا كسب لها، ولا خدمة فيها لزمانة، أو جنون، أو خبل وغيرها، هل يقال: على السيد تسليمها ليلًا ونهارًا؛ إذ لا وجه لحبسها نهارًا عنده بلا فائدة، أم لا فرق؟ لم أر فيه نقلًا.

قال: (**وَلَا نَفَقَةَ عَلَى الزَّوْجِ حِينَئِذٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لعدم التمكين التام، والثاني: يستحق بالقسط، قاله ابن أبي هريرة، وغلطه الشيخ أبو حامد فيه، فعليه قال القاضي أبو الطيب بعدد الساعات، ويكون لها من النفقة بقدر ذلك الحساب.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: يجب عليه عشاؤها؛ لأنه يراد لزمان الليل، وعلى السيد غداؤها؛ لأنه لزمان النهار، وعليه من الكسوة، ما يُتَدَثَّرُ به ليلًا، وعلى السيد ما تلبسه نهارًا.

واعلم أن ظاهر نصه في «الْبُوَيْطِيِّ» قد يُعَضِّد هذا الوجه أو الوجه الثالث الآتي لفظه، وكل وقتٍ حجب سيدُ الأَمَةِ الأَمَةَ عن الزوج بلا حاجة إليها، فلا نفقة عليه، وكلما أباحها فعليه، ثم قال: وإذا حجب الأَمَة عن الزوج في

وَلَوْ أَخْلَى فِي دَارِهِ بَيْتًا وَقَالَ لِلزَّوْجِ تَخْلُو بِهَا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْأَصَحِّ، وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا ....

أوقات، لم يحتاجوا إليها، وحبسوها عمدًا، فالنفقة على السيد، انتهى.

والوجه الثالث: ويُحكى عن الشيخ أبي محمد، و«منثور» الْمُزَنِي: أنها تستحق تمام النفقة بحصول التسليم الواجب شرعًا، ونص «الْبُوَيْطِيِّ» إلى هذا أقرب.

قال: (**وَلَوْ أَخْلَى فِي دَارِهِ بَيْتًا، وَقَالَ لِلزَّوْجِ: تَخْلُو بِهَا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الحياء والمروءة يمنعانه من ذلك، وعلى هذا فلا نفقة عليه جزمًا.

والثاني: يجاب السيد جمعًا بين حقها من إدامة يد السيد، وتمكين الزوج؛ فعلى الأصحِّ لو كانت محترفة، فقال الزوج: دعوها تحترف عندي للسيد، ولم يجب على الأصحِّ، خلافًا لأبي إسحاق والرافعي قال: وللسيد أخذها عنده؛ لأنه قد تبدو له في الحرفة، ويريد استخدامها، انتهى.

وقال في «شرح التعجيز»: لا يلزمه ذلك؛ لأنه نقص من جانبه، وقال الإمام الرَّافِعِي: لأنه قد يريد استخدامها، وهذا ضعيف؛ إذ قد قال الإمام: إنه إن أراد ذلك لم يمنع وجهًا واحدًا، انتهى.

وهذا التضعيف ضعيف؛ [لأنه قد يريد استخدامها في أمر آخر، لا يحتمل التأخير إلى إحضارها من منزل الزوج]⁽¹⁾.

تنبيهات: نقلا الخلاف في صورة الكتاب في «الروضة» و«الشرحين» قولين: لو كان زوجها ولد سيدها، وكان لأبيه ولاية إسكانه؛ لسفهه أو مرودته يخشى عليه من انفراده، فيشبه أن للسيد ذلك على القولين أو الوجهين، وقد عللوا الراجح بأن الحياء والمرودة يمنعانه من دخول دار السيد، وهذا المعنى منتفٍ في حق ولده مع ضمِّه عدم الاستقلال، فتأمله.

قال: (**وَلِلسَّيِّدِ السَّفَرُ بِهَا**)؛ لأنه مالك [رقبتها] ⁽²⁾ فيقدم جانبه على جانب

---

(١) في نسخة: (وقد لايجد من يحضرها له في ذلك الوقت ولا سيما مع بعد منزل الزوج).

(٢) في نسخة: (ومنفعتها).

وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقَطَ مَهْرُهَا، وَأَنَّ الْحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أَوْ قَتَلَ الْأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلَا، كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ.

مالك المنفعة، هكذا وجهه الرَّافِعِي، وبعض المتأخرين، وعلله الشيخ أبو حامد وغيره بأنه يملك رقبتها ومنفعتها.

قلت: ويستثنى من إطلاق المصنف المستأجرة، والمرهونة، والمكاتبة كتابةً صحيحة، فإن ذلك يتوقف على رضا المكتري، والمرتهن، والمكاتبة، والظاهر أن الجانية المتعلق برقبتها مال كالمرهونة، إلا أنه يلزم السيد الفداء.

قال: (**وَلِلزَّوْجِ صُحْبَتُهَا**) أي: ليستمتع بها في وقته، فإن لم تسافر، لم يلزمه نفقتها، وأما المهر، فإن كان بعد الدخول، فقد استقر، وعليه تسليمه، وإلا لم يلزمه تسليمه، وله استرداده إن كان قد سلمه.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقَطَ مَهْرُهَا، وَأَنَّ الْحُرَّةَ لَوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا، أَوْ قَتَلَ الْأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلَا، كَمَا لَوْ هَلَكَتَا بَعْدَ دُخُولٍ**) قال الشَّافِعِيُّ في «المختصر»: لو قتل أمته، أو قتلت نفسها؛ فلا مهر لها، ونص أن الحرة لو قتلت نفسها لها المهر، واختلف الأصحاب على طريقتين، وذهب ابن سُرَيْج إلى تخرِّيجهما على قولين:

أحدهما: لا مهر مطلقًا؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، فأسقط المهر كالردة، والرضاع.

والثاني: يجب؛ لأنها فرقة وقعت بالقتل كالموت، وخالفت الرضاع، والردة للتهمة باختيار الفرقة بخلاف القتل، وقرر جماعة النصين، وقيل: إن قتْل الأَمَة نفسها ملحق بقتْل الأجنبي؛ لأن المهر ليس لها، وفرقوا بوجوه:

أحدها: أن الحرة في حكم المقبوضة، بخلاف الأَمَة، فإنها في قبضة السيد.

والثاني: لأن المقصود من نكاح الحرة للألفة والمواصلة دون الوطء، وذلك حاصل قبل الدخول، والمقصود من نكاح الأَمَة الوطء؛ لأنه لا يجوز

وَلَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالْمَهْرُ لِلْبَائِعِ ....

أن يتزوجها إلا من خوف العنت، وذلك حاصل قبل الدخول.

والثالث: أنه قد استفاد بميراث الحرة، فجاز أن يغرم مهرها، بخلاف الأَمَة، وأما إذا قتل الأَمَة أجنبي، أو ماتت؛ فالمذهب، وبه قال جمهور الأصحاب: عدم السقوط كالحرة، ولو قتلها.

وقال **الإصطخريُّ** بالسقوط في الحالين؛ لأنها ليست في قبضته، فلا يستقر بموتها وقتلها، بخلاف الحرة، ولو قتلها الزوج.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: استقر مهرها باتفاق الأصحاب.

وقال **الرَّافِعِيُّ**: لو قتلها الزوج فالحكم ببقاء المهر أظهر، وفيه وجه: أنه يسقط أيضًا.

فائدة: قال **الرَّافِعِيُّ** في أثناء الكلام: والظاهر في قتل السيد الأَمَة سقوط المهر، وفي سائر الصور وجوبه، وإطلاقه يقتضي أن يكون الراجح فيما إذا قتلت الأَمَة نفسها الوجوب، وهو مخالف لما في الكتاب، ولما سبق عن النصِّ، وليس مراده ذلك، فإن حكم قتلها نفسها حكم قتل السيد، على ما صرَّح به من قبل، وإن كان بعضهم فرَّق بينهما؛ فاعلم.

فرعان: إذا قتل الأَمَة أجنبي، وقلنا: يستقر المهر على المذهب، ففي «شرح الجيليّ» عن عبد الجبار البصري أنه حكى في «شرح المختصر»: أن الزوج يرجع به عليه، قال: وهو غريب لم يذكره غيره، إذا قلنا: يسقط المهر بقتل السيد، فتزوج رجل أَمَة والده، ثم وطئها الأب قبل الدخول.

قال **الْبَغَوِيُّ**: وجب أن يسقط المهر؛ لأن قطع النكاح جاء من مستحق المهر قبل الدخول.

قال: (**لَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالْمَهْرُ لِلْبَائِعِ**) أي: سواء كان المسمى صحيحًا أم فاسدًا جرى الدخول قبل البيع، أم بعده؛ لأنه لزم بالعقد، والعقد كان في ملكه، نعم! يستثنى ما لو فوضها، ثم جرى الفوض أو الدخول بعد البيع، فالمفروض أو مهر المثل للمشتري على الأصح؛ لوجوبه في ملكه، قالا: ولو

فَإِنْ طَلَّقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ.

وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ].

مات أحد الزوجين بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، وحكمنا بوجوب المهر، ففي من له المهر هذا الخلاف ولو طلقها بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، فالمتعة للمشتري، ولو أعتقها فالمهر على التفصيل في البيع، إن جعلناه للمشتري فهو للعتيقة، وهذا كله، وما قبله في النكاح الصحيح، فلو نكحها فاسدًا، ثم باعها، ثم وطئها الزوج فمهر المثل للمشتري؛ لأنه وجب بوطء وقع في ملكه، وإن وطئ قبل البيع فهو للبائع؛ لما ذكرناه.

قال: (**فَإِنْ طَلَّقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ**) لأن السيد لا يجب له على عبده دين بدليل جنايته عليه، وإتلافه، هذا هو المذهب المشهور، وقيل: يجب، ثم يسقط، ولو أعتقها السيد أو أحدهما فلا مهر بحال، وإن جرى الدخول بعد العتق؛ لأن المهر لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعده.

قال الشيخ أبو علي: ويجوز أن يقال: إذا أعتقها، أو أعتقه، ثم دخل بها يجب المهر، وإن لم يجب ابتداءً كما في المفوضة، ولا يأتي هذا الاحتمال، إذا قلنا: إنه وجب ثم سقط، كما لو أبرأت عنه، ثم دخل.

فرع: يستثنى مما أطلقه المكاتب كتابةً إلى بعضه؛ الحر كالحر يجب قسطه، ولم أر فيه نقلًا، وبالله التوفيق.

يتلوه كتاب الصداق في الحُر والذي يليه، وحسبنا الله ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد ﷺ.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ ٣

كِتَابُ قَسْمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ ٥٩

كِتَابُ قَسْمِ الصَّدَقَاتِ ١١٢

كِتَابُ النِّكَاحِ ١٨٧

بَاب مَا يَحْرُمُ مِنْ النِّكَاحِ ٣٧٤

باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ ٤٣٧

بَابُ الْخِيَارِ والإعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ ٤٧٤

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣ هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء السادس

الصداق - القسم والنشوز - الخلع -
الطلاق - الرجعة - الإيلاء

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي(ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلميـــة - بيـــروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280	**عدد الصفحات** (12 مجلداً)
Size	17×24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2015 A.D - 1437H.	**سنة الطباعة**
Printed In : Lebanon		**بلد الطباعة** لبنـــان
Edition : 1st		**الطبعة** . الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الصَّدَاقِ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الصَّدَاقِ

قال الشارح: ويفتتحه بأشياء:

أحدها: هو مشتق من الصَّدْقِ، بفتح الصاد وإسكان الدَّال، وهو الشيء الشديد الصلب، فكأنه أشبه الأعراض لزومًا، ولهذا جاء: «**إِنَّ أَحَقَّ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**»(١) وما هذا معناه.

ثانيها: فيه سبع لغات صداق بفتح الصاد، وهي أفصح عند ثعلب، ويكسرها قال ابن الأنباري: قال الفراء والأخفش: هي أجود من الفتح، ولا نطيل بذكر غيرهما.

ثالثها: هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو بوطء الشبهة، وكذلك المهر، قاله في «الكافي» وأطلق الْبَغَوِيُّ والرَّافِعِيُّ ذكر الوطء فقالا بالنكاح أو بالوطء.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ وغيره: هو المستحق في عقد النكاح.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٠، رقم ١٧٤٠٠)، والبخاري (٢/ ٩٧٠، رقم ٢٥٧٢)، ومسلم (٢/ ١٠٣٥، رقم ١٤١٨)، وأبو داود (٢/ ٢٤٤، رقم ٢١٣٩)، والترمذي (٣/ ٤٣٤، رقم ١١٢٧) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ٩٢، رقم ٣٢٨١)، وابن ماجه (١/ ٦٢٨، رقم ١٩٥٤) وابن حبان (٩/ ٤٠٢، رقم ٤٠٩٢)، والروياني (١/ ١٥٦، رقم ١٧٥)، والطبراني (١٧/ ٢٧٤، رقم ٧٥٢).

وقال **الْعِمْرَانِي**: ما يستحقه بذلًا في النكاح.

وقال **الْمُتَوَلِّي** وغيره: اسم لمال يسميه الرجل لامرأته في عقد النكاح، وفي الحديث ما يشهد لتعريف **الْبَغَوِي**، وكان ينبغي أن يقال: هو اسم المال الواجب بعقد النكاح للمرأة أو سيدها.

رابعها: له أسماء في القرآن: الصداق والنحلة والفريضة والأجر، وورد في السنة: المهر، وكذلك العليقة بإسناد ضعيف، وعن عمر ﷺ تسميته بالعقد، وهذه السبعة مشهورة، وله اسم ثامن وهو: الحباء، وقد نظمت في بيت:

صَدَاقٌ وَمَهْرٌ نَحْلَةٌ وَفَرِيضَةٌ حِبَاءٌ وَأَجْرٌ ثُمَّ عَقْدٌ عَلَائِق

خامسها: الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠].

وأما السنّة، فقوله ﷺ لملتمس التزوج: «الْتَمِسْ، وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»[1] متفقٌ عليه، وغيره مما سيأتي إنْ شاء الله. وأما الإجماع، فمنعقد عليه في الجملة.

قال: (**يُسَنُّ تَسْمِيَتُهُ فِي الْعَقْدِ**) أي: اقتداءً به ﷺ فإنه لم يعقد نكاحًا إلا وسمى فيه صداقًا، ولأنه أقطع للنزاع، وقال جماعة منهم **الْمَاوَرْدِيُّ** و**الْمُتَوَلِّي**: يكره إخلاؤه منه.

إشارة: دخل في كلامه ما إذا زوج أَمَته بعبده القنّ، فنقل **الْبَغَوِيُّ** وغيره استحباب تسميته في العقد، وهو نصه في «الإملاء» ونقله **الْمُتَوَلِّي** عن الأصحاب هنا، وقال في «باب نكاح العبد»: قال في «القديم»: يستحب لأنه من سنة النكاح.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٣٦، رقم ٢٢٩٠١)، والبخاري (٥/ ١٩٧٣، رقم ٤٨٤٢)، ومسلم (٢/ ١٠٤٠، رقم ١٤٢٥)، وأبو داود (٢/ ٢٣٦، رقم ٢١١١)، ومالك (٢/ ٥٢٦، رقم ١٠٩٦)، والشافعي (١/ ٢٣١)، والنسائي (٦/ ١٢٣، رقم ٣٣٥٩)، والبيهقي (٧/ ٢٣٦، رقم ١٤١٣٦).

وَيَجُوزُ إِخْلَاؤُهُ مِنْهُ.

وقال في «الجديد»: إن شاء ذكره، وإن شاء لم يذكره؛ لأنه لا فائدة في ذكره.

قال في «البيان»: وهذا هو الجديد الأصح، ونقل الشيخ أبو حامد وأتباعه والرُّويَانِيّ استحبابها عن القديم، وأن الجديد يقتضي عدمه.

قال في «الشامل»: وهو الأصحُّ، وكذا نقله ابن الرِّفْعَة في شرحيه «المطلب» و«الكفاية».

قال: (وَيَجُوزُ إِخْلَاؤُهُ مِنْه)؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]، ولِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَظْهَرَ إنما هو الِاسْتِمْتَاعُ، فَكَانَ رُكْنُهُ الزَّوْجَانِ دُونَ الصَّدَاقِ، وليس كالثمن في البيع.

فروع: يستحب تخفيفه، وأطلق سليم الرازي وغيره القول بأن كلما قلَّ هو أفضل.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: الأولى أن يعدل الزوجان عن التناهي في الزيادة التي يظهر العجز عنها، ومن التناهي في النقصان الذي لا وقع له في النفوس وخير الأمور أوساطها، ولا يكفي للاستحباب مطلق التسمية؛ بل يستحب ألا ينقص عن عشرة دراهم خالصة للخروج عن خلاف أبي حنيفة.

وقد حكى عن النخعي أن أقله أربعون درهمًا، وعن شعبة بن جبير: أن أقله خمسون درهمًا يستحب ألا ينقص عن خمسين درهمًا خروجًا من خلاف الجميع، ويستحب ألا يزاد على صداق أزواجه ﷺ وهو خمسمائة درهمٍ، وكذا ثبت في صحيح مسلم(١) وروي غير ذلك.

قال في «الاستقصاء»، وسليم في «المجرد»: ويستحب أن يكون المسمى

---

(١) روى مسلم في «صحيحه» (٣٥٥٥) ما نصه: عن أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ قَالَ: سَأَلْتُ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ: كَمْ كَانَ صَدَاقُ رَسُولِ اللهِ ﷺ؟ قَالَتْ: كَانَ صَدَاقُهُ لأَزْوَاجِهِ ثِنْتَي عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشًا، قَالَتْ: أَتَدْرِي مَا النَّشُّ؟ قَالَ: قُلْتُ: لَا، قَالَتْ: نِصْفُ أُوقِيَّةٍ، فَتِلْكَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ؛ فَهَذَا صَدَاقُ رَسُولِ الله ﷺ لأَزْوَاجِهِ.

وَمَا صَحَّ مَبِيعًا صَحَّ صَدَاقًا.

من الفضة، وكأنه لهذا الحديث.

قال الإمام: وإنما يخاطب بالتأسي المذكور، والمرأة المالكة لأمر نفسها، والسيد في تزويج أمته. فأما الأب في تزويج الصغيرة ونحوها؛ فليس له أن ينزل عن مهر مثلها.

فائدة: قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: أجمع علماء المسلمين من أنه لا يجوز وطء بغير صداق مسمى دَيْنًا أو نقدًا، وأن المفوض إليه لا يدخل حتى يسمي صداقًا، فإن وقع الدخول قبل ذلك؛ لزم فيه صداق المثل، انتهى.

وظاهر هذا أنه لا يجوز وطء المفوضة إجماعًا قبل أن يسمي لها مسمى، وليس كذلك فإنه لا خلاف عندنا في حلِّ الوطء من غير تقدم تسمية، والله أعلم، فلعل مراده الوطء بغير رضاها بالمسيس قبل التسمية.

قال: (**وَمَا صَحَّ مَبِيعًا صَحَّ صَدَاقًا**) أي: قلَّ أو كثر، فلا يتعذر عندنا بشيء، وضابطه ما جاز أن يكون ثمنًا وأجرة جاز أن يكون صداقًا.

قال التميميُّ في «المستعمل»: قال - يعني الشَّافِعِي: وإذا كانت المرأة مالكة لأمرها ببلوغ ورشد فما رضيت به من صداق لم يكن لها غيره، ولو كان فلسًا، أو عملًا لا يساوي عمل عامله إلا فلسًا، انتهى.

قال أصحابنا: ما خرج بالعلة عن حدِّ المالية كحبة حنطة ونحوها؛ لا يصحُّ جعله صداقًا، وبمذهبنا قال جماهير العلماء، وذكر بعضهم تقديرات لا أصل لها، وأجمعوا أنه لا حدَّ لأكثره.

قلنا قوله تعالى ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] ولم يقدره وما في الصحيحين: «الْتَمِسْ، وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»(١) وتَزَوَّجَتْ امرأة مِنْ فَزَارَةَ عَلَى نَعْلَيْنِ؛ فَقَالَ لها النبيُّ ﷺ: «رَضِيتِ مِنْ نَفْسِك وَمَالِك بِنَعْلَيْنِ»، قَالَتْ: نَعَمْ، فَأَجَازَهُ، قال الترمذي: حسنٌ صحيحٌ(٢).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي (٤/٤١٣).

ونكح عبد الرحمن بن عوف ﷺ امرأة على خمسة دراهم، وحديثه في الصحيحين، وأحاديث غيرها وآثار.

إشارات: منها: عبارة «المحرر»: ما يجوز أن يكون عوضًا في البيع ثَمَنًا أَوْ مُثَمَّنًا أو في الشرح، وأجرة يجوز أن يكون صداقًا.

وعبارة «التنبيه»: ما جاز أن يكون ثمنًا، وهي أحسن من عبارة «المنهاج» أيضًا؛ لأن الصداق بالثمن أشبه.

وعبارة الشافعيِّ في «الأم»: وأقل ما يجوز في المهر أقل ما يتمول الناس بينهم، والغرض أن كلَّ ما صحَّ أن يكون عوضًا أو معوضًا عينًا أو دينًا يصحُّ بيعه، كما سيأتي؛ صحَّ أن يكون صداقًا.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: هذا الضابط ليس على إطلاقه؛ بل يستثنى منه جعل رقبة العبد صداقًا للمرأة، وجعل أم ابنه صداقًا عن أبيه، وجعل أحد أبوي الصغيرة صداقًا لها.

قلت: لا معنى لذلك؛ فإن ما ذكره يجوز جعله صداقًا، والقصد بيان ما يصحُّ إصداقه، ولم يقولوا: مَنْ جاز البيع منه جاز الإصداق منه، أو بيع شيء منه جاز إصداقه منه، ولو صحَّ ما ذكره لورد صور كثيرة، وقريب مما ذكر قول بعض تلامذته.

قال الشيخ أبو حامد: كما لا يجوز السلم في الجواهر لا يجوز أن يكون صداقًا، وكذلك القسي، انتهى.

ومعلوم أن كل ما لا يثبت في الذمة لا يصح جعله صداقًا في الذمة، ويصح إصداق عينه بشرطه، فالضابط منطبق عليه.

ومنها: قال صاحب «الخصال»: اعلم أنه لا يكون مهر حتى يجتمع فيه ثمان خصال: أن يكون شيئًا له قيمة، ويجوز أن يكون ثمنًا لشيء، ويكون حلالًا، ويكون له نصف صحيح، ويصح المطالبة به، ولا يشترط فيه شرط يبطله، ولا أجل يفسده، وأهلية المتعاقدين، وسواءً قل أو كثر إذا كان له

وَإِذَا أَصْدَقَ عَيْنًا فَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَهَا ضَمَانَ عَقْدٍ، وَفِي قَوْلٍ ضَمَانَ يَدٍ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ، ....

نصف صحيح. انتهى.

وهذا الشرط الأخير غريب وغير واضح.

ومنها: الدَّين الذي في ذمة غيره لا يجوز جعله صداقًا، والظاهر مجيء الخلاف السابق لمنعه لغيرهن عليه هنا، فحينئذٍ يختلف الترجيح بين الشيخين كما سبق بيانه، وإن كان الدين في ذمتها له جاز وتبرأ ذمتها منه، ويجب أن يكون موضع هذا فيما يصح الاعتياض عنه لا كدين السلم، ولو أصدقها دينًا في ذمته؛ فهل من شرط صحته أن يكون مما يصح السلم فيه حتى لا يصح إصداقها في ذمته ما يعز وجوده فيه وجهان؛ مأخذهما أن الصداق مضمون ضمان عقد أو ضمان يد.

قال: (**وَإِذَا أَصْدَقَ عَيْنًا فَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَهَا ضَمَانَ عَقْدٍ**)، لأن الصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان في يده كالمبيع في يد البائع.

(**وَفِي قَوْلٍ ضَمَانَ يَدٍ**) كَالْمُسْتَام؛ إذ لا ينفسخ النكاح بتلفه، وهذا ما رجَّحه جماعة، لكن قال الربيع في «الأم»: إن الشافعي رجع عنه إلى الأول، وأنه آخر قول الشافعي؛ فهو المذهب؛ فالأول جديد، والثاني قديم، وإنما اقتضى الكلام في العين؛ لأن أكثر ما يظهر أثر الخلاف فيها، وإن كان الخلاف في كون الصداق مضمونًا ضمان عقد أو ضمان يد لا يختص بالعين.

وقال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ**) أي: لا منه ولا من غيره كالمبيع أي: وعلى الثاني يجوز كما قالاه من الشرحين، و«الروضة».

وعبارة «المحرر»: فليس لها منعه قبل القبض من غير تعرض لتفريع.

ولعله أراد على القولين، وذلك طريقة جرى عليها جماعة منهم الْمَاوَرْدِيُّ وسليم الرازي، وهي ظاهر كلام «التنبيه» في «كتاب البيع»، ونقلها العمراني من العراقيين، وفيه إشعار بأنه يلاحظ فيه مع القول بضمان اليد سابقة العقد؛ لأنه يتبرأ به، ولهذا قال الجمهور: إذا حدث به عيب في يده لها ردُّه به على

وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهِ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ. وَإِنْ أَتْلَفَتْهُ فَقَابِضَةٌ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ فَسَخَت الصَّدَاقَ ....

القولين، ولعله في «المحرر» وافقهم، لا أنه قاله بـ«الفاء» فحرفه ناقل كما أشار إليه في «الدقائق»؛ فإنه قيل: إنه بخط الرَّافِعِي بـ«الواو»، وإن وقع في «تهذيب المحرر» بـ«الواو».

قال: (وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهِ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ)؛ لبقاء النكاح والبضع كالتالف، فيرجع على بَدَلِهُ، وهو مهر المثل، كما لو ردَّ المبيع بعيب، وقد تلف العوض بيد البائع فلزمه بدله.

قال الرَّافِعِيُّ: لو طالبها الزوج بالقبض فامتنعت؛ فالأصحُّ أنه لا يخرج من الضمان كالمبيع.

قال ابن الرفعة: وفي إطلاق الخلاف نظر؛ لأنه إن كان مفرعًا على ضمان العقد لزمه طرده في البيع، أو على مقابله لزمه طرده كما في المستعار والمستأمن، وإن كان الخلاف على القولين فما أظنهم يضمون بذلك، انتهى، وأحسب أنه مبني على القولين، ولا مانع منه.

قال: (وَإِنْ أَتْلَفَتْهُ فَقَابِضَةٌ) أي: وبرئ الزوج؛ لأنها أتلفت حقها.

قال الرَّافِعِيُّ: وفي مثله في البيع وجه، وقياسه هنا كذلك.

قلت: نقله الدارميُّ هنا فقال: وإن كانت هي كذلك، فقال المروزي فيها وفي المشتري يتلف المبيع قبل القبض: لا شيء لهما.

وقال ابن أبي هريرة: عليهما القيمة للزوج، وترجع عليه على القولين، ولذلك يجعل على المشتري في القيمة، ويرجع بالثمن.

إشارة: قضية إطلاق المصنف هنا أنه لا فرق بين المكلفة وغيرها، والمعزورة بأنه ضيافة وغيرها، ولا بين الحُرّة والأمَة، ولا بين أن تبلغه دفعًا وغيره. والظاهر مجيء كل ما تقدم في إتلاف المشترى المبيع قبل القبض هنا على ما عليه التفريع.

قال: (وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ فَإِنْ فَسَخَتْ الصَّدَاقَ

أَخَذَتْ مِنَ الزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ وَإِلَّا غَرَّمَتْ الْمُتْلِفَ، ....

أَخَذَتْ مِنَ الزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ وَإِلَّا غَرَّمَتْ الْمُتْلِفَ) المسألة مبنية على إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض.

قالا في «الشرح» و«الروضة»: وإنْ أتلفه أجنبي، فإن قلنا: إتلافه المبيع كالآفة، فالحكم كما مرَّ، وإن خيرنا المشتري - وهو الأصح- فلها الخيار؛ فإن فسخت الصداق أخذت من الزوج مهر المثل، إن قلنا بضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد والزوج يغرم المتلف، وإن لم تفسخ أخذت المتلف بالمثل أو القيمة، ولها مطالبة الزوج بضمان العقد، وليس لها مطالبة الزوج، هكذا رتب الإمام والبَغَوي وغيرهما، فأثبتوا لها الخيار على قول ضمان العقد واليد، ثم فرعوا عليهما، وكان يجوز أن يقال: إنما ثبت لها الخيار على قول ضمان العقد، وأما على قول ضمان العبد فلا خيار، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: لها الخيار على القولين معًا لفوات وصف السلامة، ثم قال: ويجيء فيه وجه فيما أظنه، انتهى.

وأخذه من قول القاضي الحسين: وعلى القولين يثبت لها خيار الرد إذا تعيب في يده أو خرج معيبًا؛ لأنا وإن جعلناه مضمونًا باليد فهو مملوك بعقد معاوضة.

ثم نقل الرَّافِعِيُّ عن «الوسيط» أن ابن الوكيل قال: لا خيار بحدوث العيب على قول ضمان الغصب، وهو مؤيد لبحثه هذا، وفي «المحرر».

فرع: إثبات الخيار على قول ضمان العقد كما أبداه بحثًا في الشرح، وهو ظاهر، والمنقول خلافه.

وعبارة «المحرر»: وإن أتلفه أجنبي فعلى الأصح للمرأة الخيار، والظاهر أن مراده بالأصح قول ضمان العقد؛ فإنه قال قبيل هذا: إنه أصح القولين، ويحتمل أن يريد بقوله: فعلى الأصح الإشارة إلى قولهم: إن الأصح إتلاف الأجنبي يقتضي تخيير المشتري، وليس كالآفة السماوية، وهو بعيدٌ.

وَإِنْ أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فَكَتَلَفِهِ وَقِيلَ: كَأَجْنَبِيٍّ، وَلَوْ أَصْدَقَ عَبْدَيْنِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ انْفَسَخَ فِيهِ لَا فِي الْبَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَهَا الْخِيَارُ، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَإِلَّا فَحِصَّةُ التَّالِفِ مِنْهُ.

قال: (**وَإِنْ أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فَكَتَلَفِهِ**) أي: بالآفة السماوية.

(**وَقِيلَ: كَأَجْنَبِيٍّ**)، وصححه في «الشرح الصغير» على خلاف الكبير و«المحرر» والظاهر أنه لم يقع قصدًا، والخلاف مبني على أن إتلاف البائع كالآفة أو كإتلاف الأجنبي، والمذهب أنه كالآفة.

قال: (**وَلَوْ أَصْدَقَ عَبْدَيْنِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ انْفَسَخَ فِيهِ لَا فِي الْبَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ**)، وهو الخلاف في تفريق الصفقة في الدوام، وقد سبق شرحه هناك.

(**وَلَهَا الْخِيَارُ**) لعدم سلامة المعقود عليه.

(**فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ**) أي: على قول ضمان العقد، وعلى الآخر بأخذ قيمة العبدين. (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تفسخ، بل أجازت.

(**فَحِصَّةُ التَّالِفِ مِنْهُ**) أي: فترجع إلى حصة التالف من مهر المثل تفريعًا على ضمان العقد؛ لأن الانفساخ حاصل في التالف فقط، فيرجع إلى مقابله من المهر، وعلى القول الآخر يرجع إلى قيمة التالف، وهذا إذا أتلف أحد العبدين مثلًا؛ فإن أتلف فإن كانت هي المتلفة جعلت قابضة له، وإن أتلفه أجنبي، فإن جعل إتلافه كالآفة كان كما لو أتلف أحدهما وإلا تخيرت على قول ضمان العقد وإليه، ويجيء وجه أنها لا تتخير على قول ضمان اليد، فإن فسخت.

قال الرَّافِعِيُّ في «الشرحين»: أخذت الباقي، وقسط قيمة التالف من مهر المثل، إنْ قلنا بضمان العقد، وقيمته إن قلنا بضمان اليد، وإنْ أجازت أخذت من الأجنبي الضمان، انتهى.

وتبعه في «الروضة»، وفيه نظرٌ ظاهرٌ، فإنَّه جعل الخيار مقصورًا على التالف، والوجه أن يقال: إنْ فسخت رجعت إلى مهر المثل، كما لو تعيب أحد العبدين قبل القبض، فإنْ كان المشتري يتخير فيهما، وليس له رد المعيب

وَلَوْ تَغَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

وحده على الأظهر كما سبق وتكون مطالبتها عند الفسخ للزوج وعند الإجازة للأجنبي، إن قلنا بضمان العقد وإلا فتطالب من شاءت منهما، وإن أتلفه الزوج فكما لو أتلف بالآفة على الأصح.

فائدة: سبقت تنبيهات مهمة في تلف المبيع قبل القبض، أوضحتها في «الغنية» هناك، ينبغي مراجعتها والنظر فيما يأتي منها هاهنا على قول ضمان العقد.

منها: محل التخيير إذا أتلفه الأجنبي بغير حقٍّ بأن أتلفه بحق كالقصاص فكالآفة قطعًا، وكذا ينبغي في إتلاف الإمام له قصاصًا أو لحرابة أو ردة أو قتل دفعًا لصيالة، ويشمله قولهم إتلافه بحق كالآفة.

ومنها: إذا أجاز ثم اختار الفسخ.

قال الْقَفَّالُ في «الفتاوى»: له ذلك، وناظر عليه.

وقال القاضي الحسين وغيره: لا، لأنه رضي بذمة الأجنبي، فأشبه الحوالة.

قال: (**وَلَوْ تَغَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ**) قال شارح: يعني على القولين، كما صرَّح به الْغَزَالِيُّ وغيره، وهو يدلُّ على أن القائل بضمان اليد لا بقوله من كل وجه بل فيه شائبة العقد، وعن ابن الوكيل أنه لا خيار على قول ضمان الغصب.

قال الرَّافِعِيُّ: والظاهر ثبوت الخيار لها على القولين.

وفي «الروضة»: المذهب كذا ووقع في نسخ من الشرح، وأكثر نسخ «الروضة» بدل لفظه الغصب العقد، وهو سبق قلم، نعم، لفظ «الوسيط» اليد لا الغصب، كما نقله الرَّافِعِيُّ.

تنبيهان: الأول: قبل قوله: على المذهب حشو؛ فإنه يفرع على قول ضمان العقد، ولم ينقلا منه خلاف ذلك، ولا يصح أن يقال فرع على القولين؛ فإنه قال بعده: فإن فسخت المسألة، وذلك يختص بضمان العقد.

الثاني: المراد بالتعيب ما يكون بآفة أو من الزوج أو أجنبي، أما لو عيبته هي لا للدفع فهو كالآفة، وقد سبق.

فائدة: وقع في «الروضة» تبعًا لأصل سقيم بالشرح خلل وتفريع ضمان اليد، فقال: إن لم يكن للجناية أرش مقدر، أو كان وكان أرش النقصان أكثر رجعت على من شاءت منهما والقرار على الجاني، وإن كان المقدر أقل رجعت بالمقدر على من شاءت منهما، والقرار على الجاني، وأخذت قسمة الأرش من الزوج، انتهى.

وهو فاسد نظمًا ومعنى، أما النظم فرجوع القسمين إلى قسم واحد، وأما المعنى فقوله: رجعت على من شاءت، والغرض أن المقدار أقل وحسنه، فلا يرجع على الجاني إلا به على المذهب، وهو أنه لا يضمن إلا المقدر، وقوله: وقيمة الأرش ضموا به تتمة الأرش من التمام.

قال: (**فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ وَإِلَّا**) أي: وإن لم تفسخ بل أجازت.

(**فَلَا شَيْءَ لها**) أي: بل تأخذه معيبًا ولا شيء لها سواه، كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وهذا كله تفريع على الجديد، وعلى قول ضمان اليد إن أجازت رجعت بالأرش، وإن فسخت يرجع إلى البدل من مثل إن كان مثليًا، أو قيمة إن كان متقومًا، هذا هو المشهور على هذا القول.

وقال في «الثلاث» يتخير بين أخذ بدل، وبين أن تأخذه ناقصًا مع أرش نقص، وحكى الإمام عن شيخه وجهًا غريبًا أنها ترجع إلى مهر المثل؛ لأن الرد بالعيب فسخ للصداق بكل حال، وبهذا أجاب الفوراني في «الإبانة» فقال بالرجوع إلى مهر المثل عند الفسخ على قول ضمان اليد، قال في «العمد»: وكيف ترجع بالقيمة، ولا حق لها فيه؛ لأن حقها قد سقط بالفسخ، وحكى خلافًا في الرجوع بالأرش مع الإجازة، وسياقه يفهم أنه على قول ضمان اليد، وهو بعيدٌ.

فرع: لو علمت بعيب قديم، فتفريع ضمان العقد ظاهر، فسخت أو أجازت، وأما ضمان اليد فإن فسخت رجعتإلى بدل العين سالمة، وإن أجازت

وَالْمَنَافِعُ الْفَائِتَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ لَا يَضْمَنُهَا، وَإِنْ طَلَبَت التَّسْلِيمَ فَامْتَنَعَ ضَمِنَ ضَمَانَ الْعَقْدِ، وَكَذَا الَّتِي اسْتَوْفَاهَا بِرُكُوبٍ وَنَحْوِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

ففي تغريمه الأرش تردد القاضي الحسين، والظاهر التغريم.

قال: **(وَالْمَنَافِعُ الْفَائِتَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ لَا يَضْمَنُهَا، وَإِنْ طَلَبَتْ التَّسْلِيمَ فَامْتَنَعَ ضَمِنَ ضَمَانَ الْعَقْدِ)** أي: كما لو اتفق ذلك من البائع، ذكره الرَّافِعِي، وزاد: وفيما إذا طالبته بالسليم فامتنع ثم تلفت العين أن ذلك ينزل منزلة إتلافه حتى يجري فيه الخلاف في أن إتلافه كالآفة أو كإتلاف الأجنبي، وقياس ذلك أن يكون فوات المنافع بعد اتساعه كتفويتها، فيجئ فيها الخلاف فيما لو استوفاها على هذا القول.

قال الرَّافِعِي: وإن قلنا بضمان اليد فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع، وهذا منه يفهم أنه لا يضمن المنافع، قيل: على قول ضمان اليد، والذي قاله الإمام: أنَّا إذا قلنا يضمن ضمان المغصوب أنه يضمن المنافع، وإنْ لم يطالبه كالغاصب.

قال: **(وَكَذَا الَّتِي اسْتَوْفَاهَا بِرُكُوبٍ وَنَحْوِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أشار بهذا البناء على أن جنايته كالآفة أو كجناية الأجنبي إن قلنا كالآفة، وهو المذهب فلا يضمنها، وإن قلنا كجناية الأجنبي فأجرة المثل، كذا ذكره، وفيه نظر؛ لأن جناية البائع إنما جعلت كالآفة لئلا يتوالى على العين ضمانات، والمنافع ليست جزءًا من المبيع، وإنما حدثت على ملك المشتري ثم تلف الأجزاء والعين مضمونة على البائع، فتلف العين يوجب الفسخ، وتلف الأجزاء يقتضي الخيار.

وأما المنافع إذا أتلفها فعلى ما قالوه يذهب على المشتري مجانًا على قول ضمان العقد، وما الدليل على هذا ولا سيما إذا استوفاه بعد امتناعه من التسليم، وأما على قول ضمان اليد فيضمنها في الحالين.

فرع: قال الرَّافِعِيُّ: الزوائد إن كانت متصلة فهي تابعة للأصل كالسمن وتعلم الصنعة، أو منفصلة كالثمرة والولد وكسب الرقيق.

قال في «التتمة»: إنْ قلنا ضمان اليد؛ فهي للمرأة أو ضمان عقد فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض، والأصح أنها للمشتري هناك، ولها

وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِتَقْبِضَ الْمَهْرَ الْمُعَيَّنَ وَالْحَالَّ ....

هنا، وفي «التهذيب» وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين بما إذا هلك الأصل في يده، وتعيب الزوائد أو ردت الأصل معيبًا ما إذا لم يهلك الأصل وقبضه، فالزوائد بها، زاد في «الروضة»: قطعًا.

قلت: وهذا ما لا يجوز غيره، وهو المنقول، ولا نعرف خلافًا أن زوائد المبيع للمشتري إذا تم البيع بل هي له بلا خلاف، ولم أر في «التتمة» ما ذكره، بل قال: إن قلنا بضمان اليد فالزوائد تسلم لها، أو بضمان العقد فالحكم فيها كالحكم في زوائد المبيع قبل القبض، وهكذا لو ردت الصداق بعيب بعد حصول الزيادة، فعلى ضمان اليد الزوائد بها، وعلى ضمان العقد فكما لو وجد بالمبيع عيبًا ردَّه، وقد ذكرناه، انتهى.

قال: (**وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِتَقْبِضَ الْمَهْرَ الْمُعَيَّنَ وَالْحَالَّ**) كما ثبت للبائع حق الحبس، وإن كان بعضه حالًا فقط؛ فلها الحبس لقبض الحال منه، ولا فرق بين أن يكون امتناعه بعذر أو لا.

إشارات: منها: قد يوهم كلامه أن المفوضة ليس لها حبس نفسها قبل الفرض والقبض، وليس كذلك، وسيأتي بيانه.

ومنها: قوله: الحال يشمل ما إذا كان دينًا مع تسمية صحيحة أو فاسدة، وبما إذا كان عينًا وتلف في يده أو أتلف، وألزمناه بدله.

ومنها: ما سبق في البالغة العاقلة، فلو كانت صغيرة أو مجنونة فلو لها حبسها حتى تقبض الصداق، زاد في أصل «الروضة»: الحال؛ فأفهم أن له تزويجها بمؤجل، ولم أره لغيره، وهو محتمل إذا رأى الحظ فيه، قالا: فلو رأى المصلحة في التسليم فله ذلك، وفيه نظر إذا خشي فوات البضع لفلس أو غيره، وقد أطلقوا المنع في بيع مالها.

وأطلق الشيخ إبراهيم المروزي في «كتاب النفقات» أن الولي إنما يسلمها بعد استيفاء الصداق، انتهى.

ومنها: سكوتهم عن المحجورة لسفهٍ بما يفهم أنه ليس لوليها اعتراض

لَا الْمُؤَجَّلَ، فَلَوْ حَلَّ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَلَا حَبْسَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ: كُلٌّ لَا أُسَلِّمُ حَتَّى تُسَلِّمَ فَفِي قَوْلٍ يُجْبَرُ هُوَ ....

عليها في تسليم نفسها قبل قبضه المهر، وهو بعيد إذا كانت المصلحة لها بخلافه، وقد سبق عن النص وغيره في مقدار المهر ما يؤيد أن له الاعتراض والمنع بما في تمكينها من التسليم عن تعريض مالها للضياع.

ومنها: وأما حق الحبس في الأمة فللسيد ولوليه، وإن كانت مبعضة بالنسبة إلى حصة البعض الرقيق، وأما المكاتبة كتابة صحيحة فلنسبة أن تجري في منع سيدها خلاف من الخلاف في تبرعاتها، ويحتمل أن تكون لها ذلك، وإن أبى السيد قطعًا ولا يخفى الفرق.

قال: (**لَا الْمُؤَجَّلَ**) للرضا بالتأخير كالأثمان.

(**فَلَوْ حَلَّ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَلَا حَبْسَ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه استحق التسليم أولًا فلا يرتفع بالحلول، وهذا ما أورده الْمَاوَرْدِيُّ والدارمي والشيخ أبو حامد وأتباعه والجرجاني ونصر المقدسي والْبَغَوِي والْمُتَوَلِّي وأحمد.

قال الرَّافِعِي: وعليه جرى أكثر الأئمة، والثاني لها ذلك كما لو كان حالًا ابتداء، ورجحه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» وممن حكم بأنه الصحيح الماسرجسي والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، وغلط من قال بخلافه، وذكره الْمُزَنِيّ فِي «الْمَنْثُورِ»، واختاره الحناطي والرُّويَانِيّ في «الحلية»، وإليه رجع ابن أبي هريرة، وأشار إليه أبو إسحاق في «الشرح»، ونص الشَّافِعِي في نظيرها من المبيع أن له حق الحبس، لكن ادَّعى الرُّويَانِيُّ أن ظاهر المذهب خلافه.

قلت: ولعل هذا في التنازع في مجرد الابتداء، أما لو خاف فوت الثمن، أو خاف فوت البضع فلا كما قالوه في الثمن الحال.

قال: (**وَلَوْ قَالَ كُلٌّ لَا أُسَلِّمُ حَتَّى تُسَلِّمَ؛ فَفِي قَوْلٍ يُجْبَرُ هُوَ**) لأنه يأمن فوات المهر بخلافها لم يأت قول بإجبارها بخلاف البائع، وامتنع جماعة من إثبات هذا القول هنا، واقتصروا على القولين بعده، ونسب صاحب «البيان» ذلك إلى العراقيين.

وَفِي قَوْلٍ لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، وَالْأَظْهَرُ يُجْبَرَانِ فَيُؤْمَرُ بِوَضْعِهِ عِنْدَ عَدْلٍ، وَتُؤْمَرُ بِالتَّمْكِينِ فَإِذَا سَلَّمَتْ أَعْطَاهَا الْعَدْلُ الْمَهْرَ.

(**وَفِي قَوْلٍ لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ**) لأن لكل واحد التمسك بما عليه حتى يصل إلى مقابله، فمن أراد استيفاء حقه سلم ما عليه.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ يُجْبَرَانِ فَيُؤْمَرُ بِوَضْعِهِ عِنْدَ عَدْلٍ، وَتُؤْمَرُ بِالتَّمْكِينِ فَإِذَا سَلَّمَتْ أَعْطَاهَا الْعَدْلُ الْمَهْرَ**) لما فيه من فصل الخصومة، ولأن كل واحد منهما مأمور بالتسليم فاحترز اعتراض ابن الرِّفْعَة بأنه إما أن يكون العدل نائبًا عن المرأة في القبض شرعًا أو لا فإن كان كما قاله الجيلي رجعت حقيقة هذا القول إلى إجباره، فإذا سلم أجبرت ثانيًا، وهذه حقيقة القول الأول في «المنهاج» إذ التسليم إلى ثانيها كهو إليها، وإن لم يكن نائبًا عنها فقد أجبرت هي على التسليم أولًا، وهو وراؤها، كقوله الرابع في البيع الذي لم يجز هنا، انتهى.

وأجيب بأنَّا نقول: هو نائب عن الحاكم، والحاكم نائب عنها في السؤال إن حَسُن عليه.

قال الإمام: ولو سلّمت نفسها فلم يأتها؛ فالذي أراه أن العدل يدفعه إليها.

قال: ولو سلّم إليها فهم الزوج بوطئها فامتنعت، فالوجه استرداد الصداق منها.

قلت: وجزم الشيخان في «كتاب البيوع» بأن لها قبض الصداق بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها.

تتمات: قال الرَّافِعِيُّ: وإذا أثبتنا القول الأول فشرطه أن تكون الزوجة مهيأة للاستمتاع، فلو كانت محبوسة أو ممتنعة لمرضٍ فلا يلزمه التسليم، انتهى.

وليس هذا مختصًا به، بل محل الأقوال إذا كان الاستمتاع ممكنًا وتنازعا في مجرد الابتداء لو بذلت نفسها وكان بها مانع من إحرام أو غيره لم يطالب بالمهر، صرَّح به بعضهم، وهو واضح، وكذا لو كانت طفلة لا تحتمل الوقاع على الأظهر، كما في النفقة.

وَلَوْ بَادَرَتْ فَمَكَّنَتْ طَالَبَتْهُ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ امْتَنَعَتْ حَتَّى يُسَلِّمَ، وَإِنْ وَطِئَ فَلَا.

قلت: والظاهر أن الأقوال إذا تنازعا في مجرد الابتداء، أما لو خاف كل واحد منهما فوت حقه تعين القول الثالث قطعًا كما سبق في البيع.

قال: (**وَلَوْ بَادَرَتْ فَمَكَّنَتْ؛ طَالَبَتْهُ**) أي: على كل قول حيث لا مانع من الوطء، ولها قبض الصداق بغير إذنه كما سبق.

(**فَإِنْ لَمْ يَطَأْ امْتَنَعَتْ حَتَّى يُسَلِّمَ**)؛ لأن القبض في النكاح بالوطء دون التسليم، ويصير بامتناعه كمن لم يسلم.

قال: (**وَإِنْ وَطِئَ فَلَا**) أي: على الصحيح، كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع، هذا إذا وطئها طائعة، فإن أكرهها، فلها الامتناع بعد على الأصح، ويجري الوجهان فيما لو سلم الولي الصغيرةَ أو المجنونة قبل قبض المهر، فامتنعت أو أفاقت بعد الوطء، وإن كملت قبل الوطء؛ فلها الامتناع، هكذا أطلقاه، وحمله ابن الرِّفْعَة على أن الولي سلم حيث لم تكن المصلحة فيه، أما لو سلمها حيث رآه مصلحة.

قال: فيجب القطع بأنه كتسليم البالغة نفسها، وهذا حسنٌ، ويؤيده نقل الديبليُّ أنه لو سلم الصغيرة أبوها قبل قبض الصداق فلها الامتناع أيضًا، وإن كانت قد وطئت؛ لأن الذي فعله أبوها لم يكن احتياطًا، انتهى.

فدلَّ على أن مرادهم ما إذا وقع ذلك لا على وجه النظر لها والمصلحة، ويحتمل أن ينظر إلى ما انتهى إليه الحال، ويعمل على مقتضاه، ويبين بذلك خطؤه، وصوابه.

فرع: ولو سلمت البالغة العاقلة نفسها ثم جنت أو أغمي عليها أو سكرت أو نامت فوطئها في تلك الحال ثم أفاقت وصحت واستيقظت، فهل يكون الحكم كما لو وطئت طائعة أو كما لو وطئت مكرهة.

فيه نظر، وظاهر كلامهم أن تسلم السفيهة المحجورة نفسها كتسليم الرشيدة، وفيه وقفة.

فرع: سُئل القاضي الحسين عن غريب زوج ابنته ببلد، ولم يستوف

وَلَوْ بَادَرَ فَسَلَّمَ فَلْتُمَكِّنْ، فَإِنِ امْتَنَعَتْ بِلَا عُذْرٍ اسْتَرَدَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يُجْبَرُ.
وَلَوْ اُسْتُمْهِلَتْ لِتَنَظُّفٍ وَنَحْوِهِ أُمْهِلَتْ ....

مهرها، وأراد الرجوع بها إلى وطنه، فقال: له ذلك حتى يستوفيه، وفي هذا الإطلاق وقفة.

فرع: الظاهر أن بذل القرناء والرتقاء ونحوهما نفسها للاستمتاع بغير الوطء كبذل السليمة للوطء حتى لو لم يستمتع بها بما دون الوطء في الفرج كان لها الامتناع، وإن استمتع بذلك، وهي مختارة فلا.

قال: (**وَلَوْ بَادَرَ فَسَلَّمَ فَلْتُمَكِّنْ**) لأنه فعل ما يمكنه.

(**فَإِنِ امْتَنَعَتْ بِلَا عُذْرٍ اسْتَرَدَّ إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ يُجْبَرَ**) أي: على التسليم أولًا لأنه لم يتبرع، وإلا فوجهان:

أصحهما: لا يسترد لتبرعه، والثاني: يسترد؛ لأنه إنما سلم طمعًا في العوض.

واعلم أن قضية كلام الشيخين وغيرهما أنَّا متى قلنا يجبر فتبرع وسلم أن له الاسترداد، وفيه نظر، والوجه أنه إن سلم مجبرًا أو معتقدًا أنه يلزمه التسليم أولًا استرد، وإن سلم متبرعًا غير معتقد؛ لذلك ينبغي ألا يجيء خلاف في الاسترداد، وإنْ ألزمناه البداءة عند التنازع لتعذر التبرع بل تجبر على تسليم نفسها.

فرع: أرسل الرَّافِعِي نقل وجهين فيما لو سلم مهر صغيرة لا تحتمل الجماع عالمًا بحالها أو جاهلًا، وقلنا: بالأظهر أنه يجب تسليم مهرها هل له الاسترداد؟ انتهى.

وحكى الشيخ إبراهيم المروزي في كتابه «النفقات» ثلاثة أوجه: ثالثها: أنه إن ظن وقت الدفع أنها تحتمل الوقاع فبان خلافه استرد، وإن علم أنها لا تحتمل فلا يسترد؛ لأنه رضي بتعجيل حقها، وقال هنا: إنه الأصح.

قال: (**وَلَوْ اُسْتُمْهِلَتْ لِتَنَظُّفٍ وَنَحْوِهِ أُمْهِلَتْ**) أي: على الأظهر، وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه والْمَاوَرْدِيُّ: يجب إمهالها قولًا واحدًا، وحملوا نص «الإملاء» على أنها لا تجب أكثر من ثلاث كما نصَّ عليه في «الأم» و«المختصر».

مَا يَرَاهُ قَاضٍ، وَلَا يُجَاوِزُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ.

قال: (مَا يَرَاهُ قَاضٍ) أي: من يوم أو من يومين أو أقل.

(وَلَا يُجَاوِزُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ)؛ لأن غرض التنظيف ونحوه يحصل فيها، واعتبرها الشرع في مواضعٍ، فظاهر كلام «الوسيط» إثبات خلاف في أن المهلة تقدير ما تتهيأ أو بعد ثلاثة أيام، فالمذهب خلافه، قاله الرَّافِعِي، وأصله قول إمامه. ذكر الأصحاب أن منتهى المهل ثلاثة أيام، وما ذكروه تقريب ولا سبيل إلى التقادير من غير توقيف. ثم أشار إلى أن الإمهال يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، وأن المعنى بالاستعداد أن تهيِّئ بدنها بتنظيف، لا يكاد يخفى، وما عداه لا اكتراث به، وهذا من الإمام يفهم أنه لا يتقدر بالثلاث؛ بل قدر ما يُتَهَيَّأ به [فيه] إنْ أمكن التهيُّؤ فيما دون الثلاث، وهو الغالب؛ وجب الزفاف قطعًا، إنْ لم يمكن على ندوره؛ فهو محل نزاعه مع الأصحاب، فكلامهم يقتضي إنما لا تزاد على ذلك، وكلامه يقتضي إمهالها، وإنْ جاوزت الثلاثة، فإنْ أراده الْغَزَالِيُّ فهو قول إمامه، وإنْ أراد التقدير بالثلاثة مطلقًا، وأنها يهملها، وإنْ تهيَّأت قبلها فلا قائل به، والله أعلم.

ثم هذا الإمهال واجب لا يستحب على المشهور أو الصحيح، ولك أن تقول: لو فرض أنها كانت على غاية التهيُّؤ من التنظيف وغيره أنه لا يجب الإمهال [قطعًا] بل يحرم عليها المطل؛ لأن «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»(١) فإنْ سمح بإمهال فذاك، وإلا وجب البدار إلى الزفاف(٢).

قال: (لَا لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ) أي: أَوْ نِفَاسٌ؛ بل التسليم لسائر الاستمتاعات

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (٤٠٨٥).

(٢) الْمَدَارُ هُنَا عَلَى الْعُرْفِ، وَلَمْ يُتَعَارَفْ تَسْلِيمُ هَؤُلَاءِ مَعَ أَنَّ فَرْطَ الشَّهْوَةِ قَدْ يَحْمِلُهُ عَلَى الْوَطْءِ الْمُضِرِّ، وَيَحْرُمُ وَطْؤُهَا مَا دَامَتْ لَمْ تَحْتَمِلْهُ، وَيَرْجِعُ فِيهِ لِشَهَادَةِ نَحْوِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، نَعَمْ، لَوْ طَلَبَ ثِقَةٌ تَسْلِيمَ مَرِيضَةٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ رَجَّحَ ابْنُ الْمُقْرِي الْوُجُوبَ، وَالزَّرْكَشِيُّ عَدَمَهُ، وَلَوْ قِيلَ: إنْ دَلَّتْ قَرِينَةُ حَالِهِ عَلَى قُوَّةِ شَبَقِهِ لَمْ يَجِبْ، وَإِلَّا وَجَبَ لَمْ يَبْعُدْ، وَتُسَلَّمُ لَهُ نَحِيفَةٌ لَا بِمَرَضٍ عَارِضٍ، وَإِنْ لَمْ تَحْتَمِلْ الْجِمَاعَ؛ إذْ لَا غَايَةَ تُنْتَظَرُ وَتُمَكِّنُهُ مِمَّا عَدَا وَطْءٍ لَا مِنْهُ إنْ خَشِيَتْ إفْضَاءَهَا، وَلَهُ الِامْتِنَاعُ مِنْ تَسَلُّمِ صَغِيرَةٍ لَا مَرِيضَةٍ، انظر: تحفة المحتاج (٣١/ ١٧٢).

وَلَا تُسَلَّمُ صَغِيرَةٌ وَلَا مَرِيضَةٌ حَتَّى يَزُولَ مَانِعُ وَطْءٍ.

كالرَّتْقَاءِ وَالْقَرْنَاءِ، ولا إمهال لتهيئة جِهازٍ، وانتظار سمن، ونحوه من الأعراض، نعم، لو عرفت الحائض أَنَّهُ يَغْشَاهَا، ولا يراقب الله تعالى، [فهل لها أن تمتنع؟ فيه ترددٌ للإمام، قال: ولا يبعد تجويز ذلك لها أو إيجابه عليها، والعلم عند الله تعالى، وجزم به]، في «الترغيب» كان لها ذلك] والنفساء كالحائض، ويبعد مجيء هذا التردد في الْمُتَحَيِّرَةِ؛ بل يظهر أن عليها تسليم نفسها، وتمنعه الوطء ما أمكنها. واعلم أن عبارة «البسيط» و«الوسيط» تفهم أن التردد في الامتناع من المضاجعة، إذا خشيت أنه يغشاها، أما التسليم فيجب بلا خلاف، وكأنه فهم ذلك عن إمامه، والظاهر من كلامه ما ذكرناه.

قال: (**وَلَا تُسَلَّمُ صَغِيرَةٌ، وَلَا مَرِيضَةٌ حَتَّى يَزُولَ مَانِعُ وَطْءٍ**) إنما يجب تسليم الزوجة بعد دفع الصَّدَاقِ الْحَالِّ؛ حيث لا مانع من صغر أو مرض لا يحتمل معه الوقاع، فلو قال الزوج: أتسلمها [ولا] أطأها؛ لم تجب على الأصحِّ، وإنْ كان ثقةً، وبه أجاب الإمام والْغَزَالِيُّ والْمُتَوَلِّيُّ، وهو مقتضى كلام العراقيين، ونصُّ «المختصر» خلافًا للبغويِّ، ولصاحبه الخوارزمي في المريضة.

قال ابن الرِّفْعَة [وكذا][1] ابن داود: إلا أنه قيَّد ذلك بما إذا كان أمينًا، انتهى.

نعم، لو كانت نِضْوَةَ الْخَلْقِ، وجب تسليمها؛ إذ لا غاية له، ثم إنْ خيف من وطئها ضرر العبالة لم يلزمها تمكينه، بل يستمتع بغير الوطء، أو يطلق، ولا خيار له، وفيه ما سبق عن الْغَزَالِيِّ والرافعيِّ؛ وحيث لا يجب تسليم الصغيرة لا يلزمه تسليمها، وكذا الكبيرة المريضة إذا لم يكن فيها استمتاع، قاله الدَّارميُّ، وغيره.

[فرع]: لو نازع الزوج ولي الصغيرة في تأهلها للوطء، فقيل: القول قول النافي للأصل، والأصحُّ أنها ترى أربع نسوة أو رجلين من المحارم، ممن يجيز ذلك.

---

(١) في نسخة: (وكذلك قال).

وَيَسْتَقِرُّ الْمَهْرُ بِوَطْءٍ، وَإِنْ حَرُمَ كَحَائِضٍ. وَبِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ....

[فرع]: ولو اختلفت المهيأة والزوج.

قال الْغَزَالِيُّ في «النفقات»: ترى النسوة، وفي الاكتفاء بواحدة وجهان؛ قال في «البسيط»: فأحدهما: أنه يسلك به مسلك الأخيار؛ حتى يقبل ممن يوثق به.

قلت: والظاهر أنه لا بدَّ من أربع.

[فرع]: قالا: ولو قال الزوج: زوجتي حيّة، فسلمها، فقال: بل ماتت؛ فالقول قول الزوج، انتهى.

وكان هذا بالنسبة إلى تسليمه المهر لا تسليمه الزوجة، ويحتمل أن يراد الثاني، ويكون على الأب(١) إقامة البينة بذلك، فإن أبى حبس حتى يتبين، وهو بعيدٌ، والوجه تصديقه بيمينه.

قال: (**وَيَسْتَقِرُّ الْمَهْرُ بِوَطْءٍ، وَإِنْ حَرُمَ كَحَائِضٍ**) أي: ونفساء، ومتحيرة، ومحرمة، وصائمة فرض؛ لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداءً، ففي النكاح أولى أن نقرر المهر الواجب، ويكفي المرة الواحدة للتقرير بلا خلاف، وإنْ قيل: إنَّ المهر على رأي في مقابلة جميع الوطئات؛ إذ لا يمكن التوزيع، فأقيمت الأولى مقام الجميع، وإطلاقه يشمل الوطء في الدبر، وهو المذهب، وفيه وجهٌ أنه لا يقرر.

إشارة: خذ من قوله: «بوطء» أنه لا يقرره استدخالها ماءه، وهو الأصحُّ، وإن لزمت العدة ثبتت المصاهرة، وأنه لا يقرره الوطء فيما [لا وطء] دون الفرج، وهو الصحيح أو الصواب.

قال: (**وَبِمَوْتِ أَحَدِهِمَا**) أي: بلا جناية عليها، فإن ماتت [بها] فقد سبق بيانه، وإنما لزم كمال المهر؛ لأن الموت لا يبطل النكاح؛ بدليل التوارث وغيره، فكأن الموت نهايته، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه، وسواء في

---

(١) في نسخة: (يكون المراد الثاني، وأن على الأب).

لَا بِخَلْوَةٍ فِي الْجَدِيدِ.

استقراره بالموت المفوضة وغيرها كما سيأتي، وقيل: إذا ماتت الأمَة سقط مهرها؛ بناءً على أن السيد زوجها بالملك، وهو شاذٌ.

قال: (**لَا بِخَلْوَةٍ فِي الْجَدِيدِ**) لقوله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ**﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والمراد بالمسِّ الجماع فلو طلق بعد خلوة تامة أو خلوات، ولا وطء [المرأة الموطوءة] لم يجب إلا شطر المهر؛ لظاهر القرآن، وكما أن الخلوة لا تقرر المهر(١) على الجديد، لا تكون مرجحة لدعواها الوطء؛ بل القول قوله في نفيه، والقديم يتقرر بها، وإنْ لم تدع المرأة الوطء.

رُوِيَ ذلك عن عمر وعلي وزيد بن ثابت ﷺ وروى الإمام أحمد بإسناده زُرَارَةَ بْنِ أَبِي أَوْفَى أَنَّهُ قَالَ: «**قَضَى الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ الْمَهْدِيُّونَ أَنَّ مَنْ أَغْلَقَ بَابًا وَأَرْخَى سِتْرًا؛ فَقَدْ وَجَبَ الْمَهْرُ، وَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ**»(٢) ولأنه قد وجد التسليم المستحق، فيستقر كما لو وطئها أو أجرت دارها أو باعتها أو سلَّمتها لنا ما سلف، وهو قول ابن عباس وابن مسعود ﷺ وحديث زرارة منقطعٌ؛ لأنه لم يذكرهم، ثم أثر الخلوة على القديم تقرير المهر ووجوب العدة، وقيل: إنما تؤثر في تصديقها إذا ادَّعت الإصابة، كما هو مذهب مالك، وإذا جعلناها مقررةً للمهر موجبةً للعدة؛ فله الرجعة فيها على الأصحِّ، وهل يشترط في تقريرها المهر انتفاء الموانع الشرعية من حيض وصوم وإحرام؟

قال الْمُتَوَلِّي: لا يشترط على القديم، وقال بعضهم باشتراطه، ونسبه الْغَزَالِيُّ إلى المحققين، والقاضي أبو الطيب إلى أصحابنا(٣).

---

(١) في نسخة: (لا تكون مقررة للمهر).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣/ ٣٥١)، وسعيد بن منصور (١/ ٢٣٣، رقم ٧٦١)، والبيهقي (٧/ ٢٥٥، رقم ١٤٢٦٠) والدارقطني (٣/ ٣٠٧).

(٣) قال الماورديُّ: الْقِيَاسِ أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ التَّمْكِينُ مِنَ الْمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ اسْتِيفَائِهَا فِي اسْتِقْرَارِ بَدَلِهَا كَالْإِجَارَةِ، وَلِأَنَّ التَّسْلِيمَ الْمُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ قَدْ وُجِدَ مِنْ جِهَتِهَا فَوَجَبَ أَنْ يَسْتَقِرَّ الْعِوَضُ لَهَا، أَصْلُهُ: إِذَا وَطِئَهَا، وَلِأَنَّ الْمَهْرَ فِي مُقَابَلَةِ الْإِصَابَةِ كَمَا أَنَّ النَّفَقَةَ فِي مُقَابَلَةِ الِاسْتِمْتَاعِ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْكِينَ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ شَرْطٌ بِمَنْزِلَةِ الِاسْتِمْتَاعِ فِي اسْتِقْرَارِ النَّفَقَةِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ التَّمْكِينُ مِنَ الْإِصَابَةِ بِمَنْزِلَةِ الْإِصَابَةِ فِي اسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ، =

……

تنبيهات: منها: سبق أن الخلوة لا تقرر المهر، ولا ترجح جانب مدعي الإصابة على الجديد، وهو المشهور في كتبه الجديدة، وفي «الحاوي» عن «الإملاء»: أنها ترجح جانب مدعي الإصابة، و«الإملاء» من الجديد، فيكون القولان في الخلوة في الجديد، وانتقد ذلك على الماوَرْدِيِّ بأن نصَّ «الإملاء» يصرح بخلاف ذلك.

قال في «الإملاء»: وإذا نكح امرأةً، ودخل بها في بيتها، أو بيته، أو أغلق بابًا، أو أرخى سترًا، أو استمتع بها، طال ذلك أو قصر، ثم فارقها، وقال: لم أمسها، وصدقته، أو كذبته، فالقول قوله، وعليه اليمين، ثم لها نصف المهر، ولا عدة عليها، انتهى.

هذا نصُّ «الإملاء»، ونقله البيهقيُّ في «المبسوط»، ولم يحك عن «الإملاء» مع نقضه، المنصوص غيره، فيحمل نقل «الحاوي» على «الأمالي» القديمة لا «الإملاء» المعدود من الكتب الجديدة على الصحيح أو الصواب.

ومنها: ما سبق من أن القول قوله في نفي الإصابة على الجديد بيمينه، بلا خلاف، محله، إذا لم يحدث ولد لاحق به، فإن حدث فقد حكي فيه اختلاف نص، فقيل: قولان، وقيل: يلزمه كمال المهر قطعًا، وقيل: هما على حالين، فإن اختلفا قبل ظهور الولد، وحكمنا بالنصف بعد حلفه، لم يتغير الحكم

= وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْخَلْوَةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حُكْمٌ فِي كَمَالِ مَهْرٍ، وَلَا وُجُوبِ عِدَّةٍ، وَلَا بَدْءٍ فِي دَعْوَى: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وَالْمَسِيسُ عِبَارَةٌ عَنِ الْوَطْءِ؛ لِثَلَاثَةِ مَعَانٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ مَرْوِيٌّ فِي التَّفْسِيرِ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَسِيسَ كِنَايَةٌ لِمَا يُسْتَقْبَحُ صَرِيحُهُ، وَلَيْسَتِ الْخَلْوَةُ مُسْتَقْبَحَةَ التَّصْرِيحِ فَيُكَنَّى عَنْهَا، وَالْوَطْءُ مُسْتَقْبَحٌ فَكُنِّيَ بِالْمَسِيسِ عَنْهُ، وَالثَّالِثُ: أَنَّ الْمَسِيسَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ عَلَى الْمَذْهَبَيْنِ كَمَالُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ خَلَا بِهَا مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ كَمَلَ عِنْدَهُمُ الْمَهْرُ، وَلَوْ وَطِئَهَا مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ كَمَلَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ، وَلَوْ مَسَّهَا مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ وَلَا وَطْءٍ لَمْ يَكْمُلِ الْمَهْرُ، فَكَانَ حَمْلُ الْمَسِيسِ عَلَى الْوَطْءِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ، الْحُكْمُ أَوْلَى مِنْ حَمْلِهِ عَلَى غَيْرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ جَعَلَ الطَّلَاقَ قَبْلَ الْمَسِيسِ الَّذِي هُوَ الْوَطْءُ مُوجِبًا لِاسْتِحْقَاقِ نِصْفِ الْمَهْرِ، انظر: «الحاوي الكبير» (٩/ ١٢٨٩).

فَصْلٌ

نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ مَغْصُوبٍ وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ. وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُ ....

بالولد، وإن اختلفا بعد ظهوره، ومات الزوج قبل الحلف، أوجبنا جميع المهر.

قال الرَّافِعِيُّ: والمذهب الوجوب، وهو المنصوص، وفي رواية الْمُزَنِيِّ وغيره، وكلام «الشامل» هنا يفهم أنه لا يجعل الولد مثبتًا للوطء؛ لكنه يدل على العلوق منه، فيجري الوجهان في استكمال المهر باستدخال المني.

وعبارة الدارميِّ في «العدد»: لو أتت المطلقة قبل الدخول بولد لأقل من أربع سنين من الطلاق لحق، وفي تكميل المهر قيل: قولان، وقيل: إن حلفت أنه أصابها وإلا النصف، انتهى.

وقال الرُّويَانِيُّ في «الحلية»: ظاهر مذهب الشَّافِعِيِّ أن يلزمه كمال المهر؛ لظاهر الحال أن الولد من الإصابة.

وقال الربيع: فيه قول آخر: إنه لا يلزمه كمال المهر بعد يمينه، أنه لم يطأها، وهذا أقيس؛ لأن الأصل براءة الذمة، وهو الاختيار، ذكره في «العدد».

ومنها: لو أقامت الزوجة بينةً على إقراره بالوطء، سُمعت بشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين؛ لأنها لإثبات مال، ولو أقام بينةً بإقرارها بالوطء؛ ليثبت العدة والرجعة، لم يُسمع إلا من شاهدين؛ لأن المطلوب منها ليس بمال، فلو كانت أخذت المهر كاملًا في هذه الحالة لم يسترد النصف؛ لاعترافه لها به، وإنْ كانت لم تقبضه، فليس لها إلا طلب النصف؛ لأنه مقتضى قولها أنه لم يصبها.

قال: (**فَصْلٌ: نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ مَغْصُوبٍ وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ**)؛ لفساد التسمية، وبقاء النكاح، لمن اشترى بعوض فاسد، وفات رد المبيع.

(**وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُ**) أي: بتقدير الرقّ في الحُرّ، والعصير في الخمر [والملك في المغصوب] وفي تقدير الخمر عصيرًا أو خلًا، أو قيمتها بحالها عند من يرى بها قيمة خبط، حاصله أنه ذكر في «الروضة» هنا تقديره عصيرًا، وفي

أَوْ بِمَمْلُوكٍ وَمَغْصُوبٍ بَطَلَ فِيهِ، وَصَحَّ فِي الْمَمْلُوكِ فِي الْأَظْهَرِ وَتَتَخَيَّرُ، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُمَا، ....

نكاح المشرك تعتبر قيمتها، وأصحُّ الأوجه قيمتها عند أهلها، وصحح في تفريق الصفقة أنه يقدر الخمر خلًا، وبه جزم الدارميُّ والْبَغَوِيُّ وآخرون.

تنبيهات: منها: أنكر الرَّافِعِيُّ على الْغَزَالِيِّ التعبير بالقيمة، فقال: أطلق في الصور وجوب القيمة على هذا القول؛ لكنها لا تعم؛ بل يقدر الخمر عصيرًا، ويجب مثله.

ومنها: قول «المنهاج»: «أو مغصوب» يشمل المتقوم والمثلي، ولا شكَّ أن الواجب في المثلي على هذا القول المثل لا القيمة، فلو قال: وفي قول: بدله لكان أسلم.

ومنها: محل القولين في الحُرّ؛ إذ قال: أصدقتك هذا العبد، أما لو قال: هذا الحُرّ، فالعبارة فاسدة، ويجب مهر المثلي قولًا واحدًا عند الجمهور، وقيل: بجريانها في الحالين.

قال الدَّارميُّ: وهو غلطٌ، وهل قوله: هذا الخمر كقوله: هذا الحر؟ فيه بحثٌ للإمام الأقرب، نعم؛ لفساد العبارة، وهذا كلُّه تفريع على المذهب، والمعروف المنصوص في الجديد والقديم أن النكاح لا يفسد بفساد الصداق، وقيل: فيه قول قديم أو مخرج، وهو الأقرب؛ أعني أنه مخرج لا قديم؛ لأن نصَّه في القديم بخلافه.

قال: (**أَوْ بِمَمْلُوكٍ وَمَغْصُوبٍ بَطَلَ فِيهِ**) يعني: في المغصوب.

(**وَصَحَّ فِي الْمَمْلُوكِ فِي الْأَظْهَرِ**) هما قولا تفريق الصفقة، وسبق شرحهما، وما في «الترجيح»، وقول الربيع: إن الفساد آخر قول الشَّافِعِيِّ.

قال: (**وَتَتَخَيَّرُ**)؛ لأن المسمى لم يسلم لها جميعه.

(**فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُمَا**) هما القولان السابقان بتوجيههما، وسبق بيان إنكار الرَّافِعِيِّ على الْغَزَالِيِّ إطلاق اعتبار القيمة؛ لاقتضائه التسوية بين المتقوم والمثلي.

وَإِنْ أَجَازَتْ فَلَهَا مَعَ الْمَمْلُوكِ حِصَّةُ الْمَغْصُوبِ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ بِحَسَبِ قِيمَتِهِمَا، وَفِي قَوْلٍ تَقْنَعُ بِهِ.

وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي وَبِعْتُكَ ثَوْبَهَا بِهَذَا الْعَبْدِ صَحَّ النِّكَاحُ وَكَذَا الْمَهْرُ وَالْبَيْعُ فِي الْأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْعَبْدُ عَلَى الثَّوْبِ وَمَهْرِ مِثْلٍ.

قال: (**وَإِنْ أَجَازَتْ، فَلَهَا مَعَ الْمَمْلُوكِ حِصَّةُ الْمَغْصُوبِ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ بِحَسَبِ قِيمَتِهِمَا**) هذا هو الجديد عملًا بالتوزيع، وعلى القديم يرجع بقيمته.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ تَقْنَعُ بِهِ**)؛ أي: بالمملوك، ولا شيء لها غيره؛ بناءً على أن المشتري يجيز بكلِّ الثمن، فيما إذا خرج بعض المبيع مستحقًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، وَبِعْتُكَ ثَوْبَهَا بِهَذَا الْعَبْدِ؛ صَحَّ النِّكَاحُ، وَكَذَا الْمَهْرُ وَالْبَيْعُ فِي الْأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْعَبْدُ عَلَى الثَّوْبِ وَمَهْرِ مِثْلٍ**) إذا بذل الزوج عينًا من ماله أو دينًا في مقابلة بضعها، وشيء معين من مالها، وكان الأب ولي مالها، أو أذنت له البالغة الرشيدة، فهذا من صور تفريق الصفقة في الحكم؛ لأنه جمع بين البيع والصداق؛ لأن بعض العبد مبيع، وهو ما يقابل الثوب، وبعضه صداق، وهو ما يقابل البضع.

والمرجح الصحة فيهما على ما بُيِّن هناك، وإنْ كان الربيع حكى أنه رجع عنه، وقال بالفساد، وعلى هذا الفاسد البيع والصداق دون النكاح.

وحكى الفورانيُّ طرد الخلاف والنكاح؛ وهو بناء على القول المخرج: إنه يفسد بفساد الصداق، وهو شاذٌّ، وإذا صحَّحنا وزعنا العبد على مهر مثلها، وقيمة الثوب، فما يقابل المهر يجري عليه حكم الصداق حتى يرجع [إلى نصفه] عند الطلاق، وإلى جميعه عند ردتها قبل الدخول، وحكم تلفه قبل القبض حكم الصداق.

إشارات: قوله: (ثَوْبَهَا) أي: هذا الثوب المعين كالعبد، إنما صور المسألة في ثوبها؛ ليكون ملك الصداق، وما معه لشخص واحد.

ومثله: زوجتك أَمَتي هذه، أو فلانة، وبعتك ثوبي هذا بهذا العبد، مثلًا، أما لو قال: زوجتك بنتي، وبعتك ثوبي بهذا العبد، كان في معنى بيع عند

وَلَوْ نَكَحَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لِأَبِيهَا أَوْ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفًا فَالْمَذْهَبُ فَسَادُ الصَّدَاقِ وَوُجُوبُ مَهْرِ الْمِثْلِ.

الجمع بثمن واحد، والأظهر الفساد؛ لجهالة كل ما يخص كل واحد من المالكين، ولو قال: إني زوجتك بنتي وملكتك هذه المائة من مالها بهاتين المائتين لك، فالبيع والصداق باطلان، قاله في «الأم»؛ لأنه من قاعدة مدعجوة، وإنْ كان في أحد الجانبين دنانير، كان جمعًا بين الصداق والصرف، فيأتي فيه ما سلف هناك، **فَإِنْ قُلْت: كَيْفَ يُزَوِّجُهَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ؟**

قُلْت: **نُصَوِّرُهُ فِي رَشِيدَةٍ أَذِنَتْ** له **فِي ذَلِكَ أَوْ مَحْجُورَةٍ** له، **وَرَأَى حَظَّها فِي ذَلِكَ، كَمَا** صوره **الْبَغَوِيُّ وَالْعِمْرَانِيُّ**.

فرع: في «فتاوى **الْقَفَّالِ**» لو قال: زوجتك ابنتي على أن تعتق عبدك [عني] فقال: قبلت نكاحها وأعتقت، نظر إنْ دلت الحال بينهما على كون إعتاقه صداقًا، فأصح ووقع(١) عتقه صداقًا، وإنْ دلت على أنه يلزمه ذمته إعتاق العبد، فقال: زوجتك أمتي بشرط أن تعتق عبدك عني، فقال: قبلت نكاحها على هذا الشَّرط، انعقد النكاح بمهر المثل، والشرط لا يلزم.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لِأَبِيهَا أَوْ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفًا؛ فَالْمَذْهَبُ فَسَادُ الصَّدَاقِ وَوُجُوبُ مَهْرِ الْمِثْلِ**) نقل المزنيُّ في الصورة الأولى: فساد الصداق، وفي الثانية: جوازه، وللأصحاب طرق:

أحدها: الأخذ بظاهر النصين، والفرق أن قوله: «**عَلَى أَنَّ لِأَبِيهَا أَلْفًا**» ظاهر في استحقاقه الألف، فإن لم يكن من الصداق، فهو شرط عقد في عقد، كبعتك بكذا على أن تهب لزيد كذا، وإن كان منه فهو اشتراط بعض المهر لغير الزوجة، فهو كشرط بعض الثمن لغير البائع، وفي الصورة الثانية: المشروط الإعطاء معطوف على الألف، فيشعر بأن الصداق ألفان، والزوج نائب عنها في دفع أحدهما إلى الأب، والأب نائب عنها في القبض.

والطريق الثاني: لا فرق، ويفسد الصداق [بشرط الإعطاء] كما يفسد

---

(١) في نسخة: (فالأصح وقوع).

وَلَوْ شَرَطَ خِيَارًا فِي النِّكَاحِ بَطَلَ النِّكَاحُ، أَوْ فِي الْمَهْرِ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ لَا الْمَهْرِ، ....

بشرط الاستحقاق؛ لأن لفظ الإعطاء يقتضي الاستحقاق والتمليك أيضًا، ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذا على أن تعطيني عشرة، صحَّ البيعُ.

والثالث: أن الصورتين على قولين، ووجه الفساد ما بيَّنا، ووجه الصحة أن الألفين ملتزمان في مقابلة البضع، وهي مالكته فيستحقها، وتلغو الإضافة إلى الأب، ثم قيل: هما بالنقل والتخريج، وقيل: منصوصان، وقيل: إنْ شرط الزوج ذلك؛ فسد، وإنْ شرطته؛ فلا.

قال الرَّافِعِيُّ: والظاهر من الخلاف -يعني: في الصورتين في «الكتاب»- القول بالفساد ووجوب مهر المثل، وإذا صحَّحنا؛ فالمهر ألفان.

فائدة: كما صور «المصنف» الصورة الثانية بلا «واو»، صورها الشيخ أبو حامد وأتباعه وابن الصباغ والْغَزَالِي، وقال الرَّافِعِي: إن أكثر نسخ «المختصر» بـ«الواو»؛ يعني: ولو نكح بألف، وعلى أن يعطي أباها ألفًا، ورأيت بعضهم جوَّز الأولى بـ«الواو»، وهذا يدل على أنهم لم يروا ذلك مؤثرًا في المعنى، وكذلك اختلفوا في قوله: (**عَلَى أَنْ يُعْطِيَ**) هل هي بالياء أو بالتاء.

قال: (**وَلَوْ شَرَطَ خِيَارًا فِي النِّكَاحِ؛ بَطَلَ النِّكَاحُ**) أي: سواء كان الشرط منها أو منه، وساعده الآخر؛ لأنه عقد مفاوضة، لا مدخل للخيار فيه، فيفسده باشتراطه كالصرف.

قال: (**أَوْ فِي الْمَهْرِ؛ فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ لَا الْمَهْرِ**)، اعلم أن المذهب المشهور المنصوص في «الأم» و«المختصر» صحة النكاح، وفساد الصداق، ونقله أبو حامد وجماعة عن «الإملاء» أن النكاح باطلٌ، واختلف الأصحاب على طريقين:

إحداهما: أن المسألة على قولين: أصحهما: صحة النكاح؛ لأن بطلان الصداق لا يؤثر في صحة النكاح.

والثاني: أنه باطلٌ؛ لبطلان الصداق، ولم يحك عن الشَّافِعِيِّ أنه أبطل

وَسَائِرُ الشُّرُوطِ إِنْ وَافَقَ مُقْتَضَى النِّكَاحِ أَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ لَغَا، وَصَحَّ النِّكَاحُ وَالْمَهْرُ.

النكاح لبطلان الصداق إلا في هذا الموضع، فخرَّج بعضهم من هذا قولًا في فساد النكاح بفساد المهر، ومنهم من امتنع من التخريج، وقال: إنما أبطل⁽¹⁾ هنا؛ لأن دخول الخيار في البدل كدخوله في المبدل، فيصير كأنه شرط الخيار في النكاح.

والثانية: ونسبها الماوَرْدِيُّ إلى سائر الأصحاب عن أبي هريرة أن النصين على حالين، فموضع البطلان أراد ما إذا كان الخيار مشروطًا في النكاح، والموضع الآخر: أراد ما إذا كان الخيار مشروطًا في الصداق دون النكاح.

قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: سمعت أبا الحسن الماسرجسي يقول: سمعت أبا علي بن أبي هريرة يقول في المسألة ثلاثة أقاويل منصوصة، انتهى.

وكذا قال في «البحر»:

أحدها: بطلان النكاح والصداق.

والثاني: بطلان الصداق فقط.

والثالث: بطلان الخيار وصحتهما، انتهى .

والأقوال في «تعليقه» وجعل الثالث قديمًا.

قال: (**وَسَائِرُ الشُّرُوطِ إِنْ وَافَقَ مُقْتَضَى النِّكَاحِ**) أي: كشرط القسم والنفقة، أو يتسرَّى أو يتزوج إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه ونحوها.

(**أَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ لَغَا، وَصَحَّ النِّكَاحُ وَالْمَهْرُ**) قيل: ومثَّل الإمام في كتاب «النكاح» ما لا يتعلق به غرض بما إذا قال: زوجتك بشرط أن تهب من فلان كذا؛ فإنه لا يعلق الهبة بالتزويج، فصار كقوله: بعتك هذا العبد بشرط

---

(١) في نسخة: (أفسد).

وَإِنْ خَالَفَ وَلَمْ يُخِلَّ بِمَقْصُودِهِ الْأَصْلِيِّ كَشَرْطِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا صَحَّ النِّكَاحُ وَفَسَدَ الشَّرْطُ، وَالْمَهْرُ.

ألا تلبس إلا الحرير، قال: ففيه نظرٌ!

قلت: وهل يجيء ما سبق هناك فيما لو شرط ألا يطعمها أو لا يكسوها إلا كذا أو يكون هذا لغوًا قطعًا؟ [فيه احتمالٌ، والأول أقرب] ولا شكَّ أن قوله: بشرط ألا تأكل أنت أو لا تلبس إلا كذا، لغوٌ، بخلاف العكس، فهو محل نظر.

إشارات: إحداهما: ذكر في «البسيط» من أمثلة القسم الأول: ما لو نكحها على أن يجامعها، وقد يقال: إنه مخالف؛ لمقتضى العقد؛ إذ لا يجب عليه، وأحسب بأن مراده على أن يملك جماعها، أو يجامعها إذا شاء.

وقال المصنف في «التنقيح»: إنه كقوله: بعتك بشرط أن تنتفع به، فإنه يصحُّ، ويكون هذا تثبيتًا لمقتضى النكاح.

الثانية: سمي الموافق لمقتضى النكاح لغوًا؛ من جهة أنه لا تأثير له؛ ولكنه ليس بباطل؛ بل مؤكد لمقتضى العقد، كما قاله ابن الرِّفْعَة.

قال: (**وَإِنْ خَالَفَ**) أي: وإنْ خالف الشرط مقتضى النكاح.

(**وَلَمْ يُخِلَّ بِمَقْصُودِهِ الْأَصْلِيِّ كَشَرْطِ أَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا صَحَّ النِّكَاحُ**) أي: على المشهور أو الصحيح؛ لأنه لا يمنع مقصود النكاح، وهو الوطء، والنكاح لا يفسد بفساد العوض، فلئلا يفسد بفساد الشرط أولى.

قال: (**وَفَسَدَ الشَّرْطُ وَالْمَهْرُ**) أي: سواء كان الشرط لها كشرط عدم التزوج، أو التسري عليها، أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو لا يطلق ضرتها، أو تخرج متى شاءت، أو كان علمها بأن الشرط ألا يقسم عليها، أو يجمع بينها وبين ضرتها في منزل، أو لا ينفق ولا يكسو، ونحو ذلك.

وعند الماورديِّ من هذا القسم، ما إذا شرط عليها ألا تكلم أخاها، أو أباها، وجعله مؤثرًا في فساد المهر، وفيه نظرٌ، ويشبه أن يكون لغوًا.

ووجه فساد هذه الشروط قوله ﷺ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله؛ فَهُوَ**

……

بَاطِلٌ»(١) متفقٌ عليه.

وما روي: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أو حَرَّمَ حَلَالًا**»(٢).

وهذه الشروط كذلك، هذا هو المعروف، وفي «جامع الترمذي»: أن عمر ﵁ قال: «وإذا تزوَّج الرجل المرأة، وشرط لها ألا يخرجها من مصرها، فليس له أن يخرجها»(٣).

قال: وبه يقول الشَّافِعِيُّ، وأحمد، وإسحاق، انتهى.

وهذا غريب عن الشَّافِعِيِّ، فإن صحَّ عنه، فقد يطرد في نظائره، والله أعلم.

وأما فساد المهر، فهو الصحيح؛ لأن الشرط إنْ كان لها فلم ترض بالمسمى وحده، وإن كان عليها، فلم يرض الزوج ببذل المسمى إلا عند سلامة ما شرطه، ووجه صحة إلحاقه بالنكاح، فعلى الصحيح يجب مهر المثل، زاد المسمى أو نقص.

وقيل: إن زاد والشرط لها؛ فالواجب المسمى.

[وقيل: إنْ نقص والشرط لها كشرط عدم الشراء؛ فالواجب المسمى].

وقيل: الواجب أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل.

وقال ابن المنذر في «الإشراف»: فيما إذا شرط ألا يتزوج عليها.

قال الشَّافِعِيُّ: إنْ كان أنقصها بالشرط شيئًا من مهر مثلها؛ فلها مهر مثلها، هذا لفظه، ولم يذكر عن الشَّافِعِيِّ غيره.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٥٥)، ومسلم (٣٨٥٢) وأحمد (٦/ ١٨٣، رقم ٢٥٥٤٣)، وابن راهويه (٢/ ٢٣٦، رقم ٧٤٣)، والطبراني في الصغير (١/ ٢٩٧، رقم ٤٩٣).

(٢) أخرجه البخاري (١٤)، والدارقطني (٣/ ٢٨)، والحاكم (٢/ ٥٧، عقب رقم ٢٣١٠)، والبيهقي (٧/ ٢٤٩، عقب رقم ١٤٢١٣).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٥٠)، والحاكم في «المستدرك» (٥/ ٤١٦).

وَإِنْ أَخَلَّ كَأَنْ لَا يَطَأَ أَوْ يُطَلِّقَ بَطَلَ النِّكَاحُ.

قال: (وَإِنْ أَخَلَّ) أي: الشرط بمقصود النكاح.

(كَأَنْ لَا يَطَأَ أَوْ يُطَلِّقَ بَطَلَ النِّكَاحُ)(١) عند الْمَاوَرْدِيِّ من الأمثلة ما لو نكحها على أنها طالق رأس الشهر، أو إذا قدم زيد أو علي أن الطلاق بيدها تطلق نفسها متى شاءت، فالنكاح بهذه الشروط باطلٌ، سواء كان اشتراط ذلك من جهتها أو من جهته؛ لأنها دافعة لمقصود العقد من البقاء والاستدامة، والنكاح فيها مقدر بمدة مجهولة، فكان أولى من نكاح المتعة بالبطلان، وأما المصنف فعدَّ من هذا القسم ما إذا شرط ألّا يطأها، أو أن يطلقها، أما شرط ترك الوطء، ففيه اختلاف نص.

فقيل: قولان: البطلان؛ لمنافاته مقصود العقد والصحة، كشرط ألا يتزوج عليها ونحوه، والمذهب حملها على حالين: كالبطلان إذا شرطته، والصحة إذا شرط الزوج؛ لأن الوطء حقه، فله تركه، ولا فرق بين اشتراطه مطلقًا، أو ليلًا فقط، أو نهارًا فقط، أو مرةً، هذا ما رجَّحاه في «الروضة» و«أصلها»، ونُسب إلى الجمهور تبعًا للربيع.

وقال الرافعيُّ في «شرحه الصغير»: الأشبه من القولين، أو الوجهين بطلان النكاح، ثم حكى طريقة التفصيل بصيغة التمريض، والصحيح التفصيل.

واعلم أن محل بطلان النكاح بشرط ترك الوطء؛ إذا قلنا به إذا كانت محتملة للوطء، أما لو أنس من احتمالها الجماع، فلا يفسد العقد بالشرط.

قال الْبَغَوِيُّ في «الفتاوى»: ولو شرط ألا يطأها إلى مدة كذا، فهو في الإفساد كشرط الطلاق، إنْ كانت ممن تحتمل الوقاع، وإن كانت ممن لا تحتمله في الحال، وستصبر إلى احتماله بعد تلك المدة، صحَّ النكاح، انتهى.

ولننظر فيما لو كانت متحيرةً، وحرَّمنا وطئها، فشرطت تركه، فيحتمل أن يقال بفساد النكاح؛ لأن الشِّفاء متوقعٌ، ويحتمل خلافه؛ لأن الظاهر أن العلة المزمنة إذا طالت دامت.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٢/ ٤٩١).

والظاهر أنه لو علم أنها رتقاء، أو قرناء وشرطت عليه ذلك، أنه لا يضر قطعًا، وأما إذا نكحها بشرط أن يطلقها، فقد جزم المصنف هنا بالفساد؛ لما سبق، وسبق منه نقل قولين؛ أظهرهما: البطلان، ووقع في نسبة كل واحد منهما اضطراب فاحش، أشرنا إليه فيما سبق، ونقل عن الربيع أنه إذا شرط ألا يدخل عليها سنةً، فإنْ كان من جهته [صحَّ النكاح؛ لأن له الإشباع منه بغير شرط، وإنْ كان من جهتها بطل].

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا بَعْدَ شَهْرٍ، فَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ؛ صَحَّ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جِهَتها، بَطَلَ الْعَقْدُ، وَلَوْ شرط أن يُخَالِعَهَا بَعْدَ شَهْرٍ، فَإِنْ شرطته بَطَلَ الْعَقْدُ، وَإِنْ شرطه [الزوج] فَوَجْهَانِ(١) ولو شرط ترك القسم من جهتها صحَّ النكاح أو من جهته بطل النكاح، إنْ كان معها غيرها، وصحَّ إن انفردت، انتهى.

وفيما ذكره في شرط القسم نظرٌ، والمشهور صحة النكاح، وإنْ كان من جهته، ومعه غيرها، وقد ذكره الماورديُّ من قبل كذلك كالأصحاب.

وقال ابن الرِّفْعَة: مراده هنا إنْ شرط ألا يبيت عند ضرتها دونها، وهذا لا يملكه إلا برضاها، فإذا شرطه فقد شرط ترك ما يجب لها من مقصود النكاح فبطل، بخلاف ما إذا كانت هي المبتدئة بالشرط.

فرع: لو نكحها بشرط ألا تحل له، قال الإمام: بحيث أن يلحق بشرط ترك الوطء.

وقال الْغَزَالِيُّ: ينبغي أن يفسد؛ للتناقص.

قال في «الروضة»: قول الْغَزَالِيِّ أصحُّ، وهو كذلك؛ بل يجب القطع به.

وفي «فتاوى الْقَفَّالِ»: إنه لو شرط ألا يملك الاستمتاع ببضعها، فكشرط

---

(١) أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْجَبَ عَلَيْهَا بِالْخُلْعِ بَذْلَ مَا لَا يَلْزَمُهَا. وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ مَقْصُودِ الْعَقْدِ، فَصَارَ عَائِدًا إِلَى الصَّدَاقِ، فَبَطَلَ بِهِ الصَّدَاقُ، وَكَانَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٢٢١).

....

ألا يطأ، أو بشرط ألا يملك بضعها، فإنْ أراد الاستمتاع فكذلك، وإنْ أراد ملك الغير لم يضر، انتهى.

وجعله بشرط عدم ملك الاستمتاع، كشرط ترك الوطء، مثل قول الإمام، فهو ضعيفٌ؛ لمناقضته مقتضى العقد.

فرع: لو نكحها على ألا ترث منه، أو بالعكس، أو على ألا يتوارثا، أو على أن النفقة على غير الزوج.

حكى الرَّافِعِيُّ عن رواية الحناطيِّ أنه يبطل النكاح، قال: وفيه قول: إنه يصحُّ النكاح، ويبطل الشرط.

قلت: وهذا القول هو الأصحُّ المختارُ، ولا سيما إذا شرط النفقة على غير الزوج؛ لأنه لو شرط عدم النفقة أصلًا لم يبطل على المشهور، وأنه لو شرط المهر لأبيها فسد الصداق، وصحَّ النكاح، فكذا يجب أن يكون الحكم هنا كذلك.

فرع: تزوجها على ألف على أنه إن جاء بالألف في يوم كذا، وإلا فلا نكاح بينهما، فالنكاح باطلٌ، ذكره في «الحاوي» ونصَّ عليه في «الإملاء»؛ فقال: من تزوَّج امرأةً، فعقد النكاح على صداق مسمى، وعلى أنه إنْ لم يأت به إلى وقت كذا، فهي طالقٌ، أو أمرها بيدها، فلا نكاح بينهما، ولا توارث.

فرع: زوج أمته بعبد غيره، بشرط كون الأولاد بين السيدين، صحَّ النكاح، وبطل الشرط، ذكره في «الإملاء» وفي قول: يبطل النكاح، والأول أظهر، ولم يحك البيهقيُّ في «المبسوط» غيره.

وقال في آخر النصِّ: ولا يفسد النكاح إلا بشرط في المرأة نفسها يحرمها، فأما الشرط في غيرها من صداق أو ولد، فلا يفسد.

قال: وإذا تزوج الرجل الأَمَةَ، على أن ما ولدت منه، فهو حرٌّ؛ فالنكاح ثابتٌ.

قال: وإذا تزوَّج بامرأة، وشرط على أبيها نفقتها ونفقة خادمها، فالنكاح

وَلَوْ نَكَحَ نِسْوَةً بِمَهْرٍ؛ فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الْمَهْرِ، وَلِكُلٍّ مَهْرُ مِثْلٍ.

وَلَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ ....

ثابت، والشرط باطل، وهذا النصُّ مصرح بأن شرط النفقة على غير الزوج لا تبطل النكاح، ولم يحكِ البيهقيُّ خلافه.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ نِسْوَةً بِمَهْرٍ؛ فَالْأَظْهَرُ فَسَادُ الْمَهْرِ، وَلِكُلٍّ مَهْرُ مِثْلٍ**)؛ لأن مهر [كل واحدة] حالة العقد مجهول، فلم يصح، وكما لو اشترى منهن أَرْبَعَةَ أَعْبُدٍ بِأَلْفٍ.

والثاني: يصحُّ، ويوزع المسمى على مهور أمثالهن، كما لو اشترى أَرْبَعَةَ أَعْبُدٍ صفقةً، أو كبعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، وقيل: يفسد الصداق قطعًا، التفريع إن صححنا وزع المسمى على مهور أمثالهن على المذهب، وقيل: على الرءوس، وإن أفسدناه فأظهر القولين: لكلٍّ واحدة مهر مثلها.

وثانيها: يوزع المسمى على مهور أمثالهن، ولكلٍّ واحدة منهن ما يقتضيه التوزيع من مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان متقومًا، كما لو خرج مستحقًّا، فالحاصل لهن على هذا القول كالحاصل لهن على القول بصحة المسمى.

فروع: لو زوَّج أمتيه من عبد بمهر، صحَّ المسمى بلا خلاف كالبيع، فيستثني هذه الصورة من إطلاقه الفساد، ولو زوج بناته الأربع، من أربعة أبناء لرجل بعقد واحد بمهر واحد قبله لهم أبوهم بأن قال: زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان، وفلانة من فلان، إلى آخرهن بألف، فقيل على القولين، وقيل: باطل قطعًا؛ لأن تعدد العقد هذا أظهر؛ لتعدد من وقع العقد له من الجانبين.

قلت: وفي النفس من صحة النكاح شيءٌ؛ لتراخي القبول في الأولى والثانية، يتخلل الإيجاب في الثالثة والرابعة من غير حاجة إليه، ولا هو من مصالح العقد الأول والثاني، فلِمَ لا يكون كالكلام الأجنبي المتخلل بين الإيجاب والقبول؟ لو نكح مزوجة وخلية بألف، وصحَّحناه في «الحلية»، ففيما يستحقه الخلاف السابق.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ**) أي: ومجنون أو سفيه.

بِفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ أَوْ أَنْكَحَ بِنْتًا لَا رَشِيدَةً أَوْ رَشِيدَةً بِكْرًا بِلَا إِذْنٍ بِدُونِهِ فَسَدَ الْمُسَمَّى، وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ مِثْلٍ.

(بِفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ أَوْ أَنْكَحَ بِنْتًا لَا رَشِيدَةً أَوْ رَشِيدَةً بِكْرًا بِلَا إِذْنٍ بِدُونِهِ فَسَدَ الْمُسَمَّى) لأنه على خلاف النظر بالزيادة في الأولى والنقص في الثانية، وللإمام احتمال في السفيه، إذا حقت حاجته، ولم يجد إلا امرأةً واحدةً، لا ترضى إلا بزيادة أنه يجوز، وله شواهد.

إشارات: قوله: «بِنْتًا» أوله باء موحدة، وتصحف بالمثلثة، وقوله: «لَا رَشِيدَةً» يشمل الصغيرة والمجنونة والبالغة الغافلة السفيهة، وفيه نظرٌ من حيث اللفظ والمعنى، والمقصود ما إذا زوّج الولي الْمُجْبَرَةَ بدون مهر المثل.

وحكى الإمام قولًا في أول كتاب «الصداق» أنه إذا زوج الصغيرة بدون مهر المثل، أنه يصحُّ الصداق؛ لأن الأب لا يتهم في حقِّ طفله، ومن وجوه الرأي إذا كان الخاطب كفئًا مرغوبًا فيه احتمال لو كسبه في المهر.

قال: وهذا يخرج على قول الشَّافِعِيِّ: إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، ثم ادَّعى في «باب المفوضة»: أنه لَمْ يَصِرْ أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إلى انعقاد النكاح بالمسمى، ولم يستحضر ما أسلفه.

وحكي الْمَاوَرْدِيُّ في «كتاب(١) الرضاع» وجهين في صحة صداقها، دون مهر المثل، وإنْ قلنا: من بيده عقدة النكاح هو الولي، وقال: أصحهما: المنع.

قال: **(وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ مِثْلٍ)** كما في سائر الأسباب المفسرة للصداق.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنه على خلاف المصلحة، فلم يصح، كتزويجها من غير كفءٍ، هذه طريقة المراوزة، وطريقة العراق القطع بالصحة، وإذا صحَّحنا، فالتسمية فاسدة، والرجوع إلى مهر المثل.

تنبيه: إذا أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل، من مال يقسمه، أورد الإمام

---

(١) في نسخة: (باب).

وَلَوْ تَوَافَقُوا عَلَى مَهْرٍ كَانَ سِرًّا وَأَعْلَنُوا زِيَادَةً فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَا عُقِدَ بِهِ.

فيه احتمالين:

أحدهما: الفساد، كما اقتضاه كلام «الكتاب» لأنه يدخل في ملك الابن، فلا يجوز التبرع به، وهذا ما رجَّحه الْمُتَوَلِّيُّ والسَّرخسيُّ.

والثاني: الصحة، وبه أجاب الْغَزَالِيُّ، والْبَغَوِيُّ، وصاحب «الترغيب» والْمَاوَرْدِيُّ في «باب الاختلاف في المهر»، وهو المختار؛ لأن في إفساده إضرارًا بالابن، وإلزامًا له بكمال المهر في ماله.

قال: **(وَلَوْ تَوَافَقُوا عَلَى مَهْرٍ كَانَ سِرًّا، وَأَعْلَنُوا زِيَادَةً)** أي: بأن يوافق الولي والزوج على ألف سرًّا، ثم أعلنوا ألفين مثلًا.

(فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ مَا عُقِدَ بِهِ) أي: اعتبارًا بالعقد، سواء كان العقد سرًّا بالأقل، وجهرًا ثانيًا بالأكثر، أو عقد جهرًا بالأكثر، من غير تقدم عقد سرًّا؛ بل بوطء مجرد، وسواء قالوا: يعتبر بالألفين عن ألف، أو يعقد بألفين، ويكون المهر ألفًا على ما توافقنا عليه سرًّا. وأصل المسألة أنه نصَّ أَنَّ الْمَهْرَ مَهْرُ السِّرِّ، وَفِي موضع آخَرَ أَنَّ المهر مَهْرُ الْعَلَانِيَةِ، فقيل: قولان، والمذهب تنزيلهما على حالين؛ فحيث قال: مهر السر، أراد ما إذا عقد في السر بألف، ثم أتوا بلفظ العقد علانية بألفين تجملًا مع بقاء العقد الأول؛ وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفًا، ولم يعقدوا في السرّ، ثم عقدوا جهرًا بألفين، فهما المهر؛ لأنه العقد، وحكي نص ثالث أنه يجب مهر المثل، ويفسد المسمى، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين، على أن يكتفى بألف، أو على ألا يلزمه إلا أداء ألف، ورأيت في اختلاف العراقيين من «الأم».

قال الشَّافِعِيُّ: «وإذا تزوج الرجل امرأةً بمهر علانيةً، وأسرَّ مهرًا دون ذلك أقل منه؛ فالمهر مهر العلانية، وعليه ووقعت منه عقدة النكاح، إلا أن يقول شهود المهر: أنهم أسروا مهرًا، وقعت عقدة النكاح عليه، وأعلنا الخطبة بمهر غيره، أو شهدوا بأن المرأة بعد العقد أقرت بأن ما شهد لها به منه سمعة لا مهر»، هذا لفظه بحروفه، وهو منطبقٌ على ما ذكروه، وإنما ذكرته؛ لأجل

وَلَوْ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَنَقَصَ عَنْهُ بَطَلَ النِّكَاحُ، فَلَوْ أَطْلَقَتْ فَنَقَصَ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ بَطَلَ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ بِمَهْرِ مِثْلٍ. قُلْت: الْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ فِي الصُّورَتَيْنِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، والله أعلم.

الزيادة الأخيرة، وفي إقرار المرأة، فلم أرها في كلامهم، وليست «بالحلية».

قال: (**وَلَوْ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا: زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَنَقَصَ عَنْهُ بَطَلَ النِّكَاحُ فَلَوْ أَطْلَقَتْ فَنَقَصَ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ بَطَلَ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ بِمَهْرِ مِثْلٍ، قُلْت: الْأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ فِي الصُّورَتَيْنِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، والله أعلم**) هنا مسألتان:

الأولى: إذا عيَّنت للولي قدرًا، فزوجها أو وكيله بما دونه، وألحق الْبَغَوِيُّ بذلك، ما إذا زوجها بلا مهر، أو زوجها مطلقًا، والحكم في جميع ذلك عند الرَّافِعِيِّ أنه يصحُّ.

الثانية: إذا أذنت للولي مطلقًا، فزوجت بدون مهر المثل، قال الرَّافِعِي: فيفسد النكاح أو يصحُّ بمهر المثل، فيه قولان كما سبق، يشير إلى أن الخلاف في المجبر، كما صرَّح به في «الروضة»، وقال: أظهرهما الصحة، وكذا لو زوَّجها بلا مهرٍ، وفيه طريق آخر أنه يقطع بالفساد، كما في الوكيل، وهذه الطريقة رجَّحها الإمام؛ لأنه منصرف بالإذن، فأشبه الوكيل.

وهذا الكلام يقتضي أنها لو أطلقت الإذن، لا يكون تفويضًا، وفيه ما سيأتي، وحاصل كلام الرَّافِعِيِّ والإمام أن مخالفة الوكيل عند تعيين المسمى مفسدة للنكاح، وكذلك عند الإطلاق، إذا نقص عن مهر المثل، وإن كان في هذه الحالة خلاف، وأما الولي فعند نقصه عن المسمى يبطل أيضًا؛ للمخالفة كالوكيل، ونقل الرَّافِعِيُّ فيه خلافًا منسوبًا إلى الإمام، والإمام في «باب التفويض» اقتصر على البطلان، ونقصه عن مهر المثل حالة الإطلاق، كذلك ما رجَّحه الإمام إلحاقًا له بالوكيل.

قال في «الروضة»: هذا المذكور جميعه طريقة الخراسانيين، وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كلِّ هذه المسائل.

قال صاحب «البيان»: إذا أذنت في التزويج، فزوَّجها الولي بلا مهرٍ أو

……

بدون مهرِ المثل، أو دون ما أذنت فيه، أو بغير جنسه، أو زوَّج [الأب] البكر الصغيرة، أو الكبيرة بلا مهرٍ، أو بأقل من مهر مثلها.

قال أصحابنا البغداديون: يصحُّ في كلِّ الصور بمهر المثل، وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك.

واعلم أنه إنما حكى القولين بعض المروازة، وتبعهم الرَّافِعِيُّ، وقضية كلام «البيان» أن مخالفة الوكيل للمسمى لا تفسد النكاح عند العراقيين، يصرِّح بالصحة عند الكلام على التوكيل بالنكاح.

وقال في «البيان» بعد ذكره طريقة خراسان والعراق: ومن أصحابنا من قال: لا ينعقد النكاح من الوكيل قولًا واحدًا، وأصحُّ الطرق الأول؛ يعني الصحة جزمًا من غير فرق بين الوكيل والولي، وهذه الطريقة الثانية هي طريقة الْقَفَّالِ.

قال في «الفتاوى»: إذا وكله في أن يزوج ابنته بمائة، فزوجها بخمسين، أو بدين، أو بغرض لم ينعقد النكاح، بخلاف الولي؛ فإنَّه يصحُّ النكاح بمهر المثل، كما لو زوَّج الصغيرة بدون مهر المثل؛ فإنه ينعقد النكاح، انتهى.

وقضية كلامه أن الفساد إنما جاء من جهة المخالفة، حتى لو وكل، ولم يسم مهرًا، فزوَّجها، كذلك أنه يصحُّ، وفي «البحر» عن الْقَفال أنه لو وكل رجلًا بقبول نكاح امرأة بألفٍ، فقبل بأكثر أن ظاهر مذهب الشَّافِعِيِّ الصحة، وأما مهر المثل فنص الشَّافِعِي في الرجل زوج ابنته البكر بدون مهر مثلها أن النكاح يصحُّ، ويبلغ به مهر مثلها.

وقال الشيخ أبو زيد: فيه قول آخر: أن النكاح باطلٌ، وهذا لم يقله غيره، ولم يوجد للشافعيِّ في شيء من كتبه، إلا أن بعض أصحابنا قال: ذلك في الوكيل، والفرق [بينهما] أن الوكيل يزوج بالنيابة، فإذا خالف خرج عن النيابة والوكالة، فلم ينعقد النكاح، والصحيح التسوية بينهما، انتهى.

يعني في الصحة، وهذا النقل عن الْقَفالِ هو في «شَرْحِ الْعُيُونِ» لِلشَّيْخِ أَبِي

....

مُحَمَّدٍ، وصاحب «البحر» ينسبه إلى الْقَفالِ، فمن هذا حصل اللبس في النسبة، وطريقة الْقَفال ما سبق عن «فتاويه» بالجملة، فقد نصَّ الشَّافِعِيُّ في مواضع كثيرة من «الأم» على ما يوافق طريقة العراقيين؛ فهي المذهب لا محالة.

قال في «الأم» في «كتاب الشغار»: إذا وكله أن يزوجه امرأةً بصداق، فزادها عليه، أو أصدق عليه غير الذي أمره، أو أمرت المرأة الولي أن يزوجها بصداق، فنقص من صداقها أو زوجها بغرض؛ فلا خيار في واحد من هذين للمرأة، ولا للرجل، ولا يرد النكاح من قبل تعدي الوكيل في الصداق، وللمرأة على الزوج في كلِّ حال من هذه الأحوال مهر مثلها، وإنْ كان وكيل الرجل ضمن المرأة ما زادها، فعلى الوكيل الزيادة على مهر مثلها، انتهى.

وقال في موضع آخر: «ولو وكله أن يزوجه امرأةً بمائة، فزوَّجها إياها بخمسين جاز، ولها الخمسون، ولو زوَّجه إياها بعبد، أو دراهم، أو طعام أو غيره، كان لها صداق مثلها إلى أن يصدقه الزوج أنه أمره أن يعمل برأيه أن يزوجه بما زوَّجه، وهكذا المرأة إذا أذنت لوليها أن يزوِّجها، فتعدى في صداقها»، هذا لفظه بحروفه، وهو يردُّ تفصيل الْقَفال في «الفتاوى».

فرع: نقل في «أصل الروضة» بعدما تقدم عنها في «فتاوى الْبَغَوِيِّ»: أنه لو قال للوكيل: زوجها بألف وجارية، فزوجها بألف، لم يصح، ولو قال: زوجها بخمر، أو خنزير، أو مجهول، فزوجها بألف درهم، فإنْ كان ذلك نقد البلد، وقدر المهر المثل، أو أكثر، صحَّ النكاح والمسمى، وإلا فلا، وسكت عليه؛ فافهم الموافقة، وهذا على طريقة المراوزة، وأما على طريقة العراق يصحُّ النكاح في الحالين بمهر المثل.

فرع: في «فتاوى الْقَفالِ»: لو قالت لوليها: زوجني من فلان، إنْ ردَّ عليَّ ثيابي، فإنه يصحُّ للولي أن يزوجها منه، إنْ ردَّ عليها ثيابها، وإلا لم يصح، قال: وكذا لو قالت: زوجني من فلان، إنْ كان يتزوجني على ألف درهم، جاز للولي أن يزوجها منه على ذلك، فإنْ لم يتزوجها على ألف درهم لم يصح النكاح.

فَصْلٌ

قَالَتْ رَشِيدَةٌ: زَوِّجْنِي بِلَا مَهْرٍ، فَزَوَّجَ وَنَفَى الْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَهُوَ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ

فرع: قالت للولي أو لوكيله: زوجني بما شاء الخاطب، فقال له: زوجتكها بما شئت، فإنْ لم يعرف ما شاء الخاطب، فقد زوجها لمجهول، فيجب مهر المثل، وإنْ عرف ما شاء؛ فأظهر الوجهين: صحة الصداق خلافًا للقاضي الحسين. قال **الرَّافِعِيُّ**: ويجوز أن يرد الخلاف إلى أن العبرة باللفظ أو المعنى.

فرع: لو قال الولي لوكيله: زوجها ممن شاءت بكم شاءت، فزوجها برضاها من غير كفء بأقل من مهر المثل يجوز، ولو قال: زوجها بألف، فزوجها بخمسمائة برضاها.

قال **الْمُتَوَلِّيُّ**: المذهب الصحة؛ لأن الصداق محض حقها، وفيه وجهٌ أنه لا يصحُّ النكاح؛ لأن ما وكله فيه غير ما باشره.

فرع: قال في «البحر»: إذا خطب الصغيرة من أبيها كفآن، أحدهما بمهر المثل، والثاني بأزيد، فزوجها للأول؛ فهل يصحُّ النكاح؟ على قولنا أنه لا يصحُّ، إذا زوَّجها بدون مهر المثل، وفيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ؛ لوقوعه بمهر المثل.

والثاني: المنع؛ لأن النكاح على هذا القول معتبر بالبيع، وهذا أظهر، انتهى.

والوجه ما ذكره الإمام أنه إذا زوَّجها بمهر المثل، مع بذل غيره أكثر أنه لا معترض عليه؛ إذا رأى ذلك مصلحة تربو على مصلحة الزيادة المبذولة.

قال:

(فَصْلٌ)

(**قَالَتْ رَشِيدَةٌ: زَوِّجْنِي بِلَا مَهْرٍ فَزَوَّجَ وَنَفَى الْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ**) أي: عن ذكر المهر.

(**فَهُوَ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ**) أي: وسيأتي حكمه، والتفويض هو إخلاء النكاح

……

عن المهر، وقوله: «رَشِيدَةٌ» احترز به عن السفيهة؛ لكن من طرأ سفهه بعد رشده، تصرفه نافذ، ما لم يعد حجره على الأصحِّ، وكان الأحسن أن يقال: قالت مطلقة التصرف؛ ليشملها، وأيضًا بالصبي قد وصفه بالرشد في «كتاب الصيام» ولا غيره بتفويض الصبية، ولو قالت: زوجني، وسكتت عن المهر؛ فالظاهر في «الشرح الصغير»: أنه ليس تفويضًا، فإنَّ النكاح يعقد بالمهر غالبًا، فيحمل الإذن عليه، وقيل: هو تفويض، وعلله بما سيأتي عنه.

قلت: ونقل الإمام الاتفاق عليه(١) كما لو أذن في متاعه.

قال الرَّافِعِيُّ: وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضًا؛ لأن اللفظ لم يتعرض إلا للنكاح، وأنه ينعقد بمهر وبغير مهر، بخلاف الثمن في البيع، وقواه بما إذا سكت السيد عن ذكر المهر، وتوقف شارح في ثبوت هذا النقل عن العراقيين، وتصريح ابن الرِّفْعَة بتصريح صاحب «المهذب» بذلك فيه نظرٌ، وهو محتملٌ للتأويل، انتهى.

ويحقق ثبوت [الخلاف] قول القاضي أبي الطيب في «المجرد»: التفويض على ضربين: تفويض مطلق؛ وهو أن يتزوج بها من غير [ذكر المهر؛ لأنها إذا أهملت ذكر المهر سُمِّيت مفوضة من قولهم:

لَا يُصْلِحُ النَّاسَ فَوْضَى...(٢)

أو تزوَّج بها على] أن لا صداق لها؛ فالنكاح صحيح قولًا واحدًا، وأما التفويض المقيد؛ فهو تفويض المهر، مثل أن يتزوجها على ما شاء من المهر، أو إن شاءت فهذا مهر مجهول، فيجب لها مهر مثلها، انتهى.

ولو أذنت في التزويج على أن لا مهر لها في الحال، ولا عند الدخول فزوجها كذلك، وقلنا بظاهر المذهب، وهو وجوب المهر عند الدخول، فأشبه

---

(١) في نسخة: (على الأول).

(٢) من بيت للأفوه الأودي، كما في ديوانه (٤٣) وهو من بحر من البسيط وتمامه:

لَا يُصْلِحُ النَّاسَ فَوْضَى لَا سَرَاةَ لَهُمْ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

وَكَذَا لَوْ قَالَ: سَيِّدُ أَمَةٍ زَوَّجْتُكَهَا بِلَا مَهْرٍ، وَلَا يَصِحُّ تَفْوِيضُ غَيْرِ رَشِيدَةٍ.

الوجهين في «الشرحين» صحة النكاح، ونصَّ عليه الشَّافِعِيُّ في «المبسوط» بلفظ: فالنكاح ثابتٌ، والشرط باطلٌ، فعلى هذا يكون تفويضًا صحيحًا، أو فاسدًا حتى يجب مهر المثل بالعقد؟ فيه وجهان، أرسلهما الرَّافِعِيُّ، والذي يقتضيه: إيراد جمهور العراقيين الأول، وينسب إلى أبي إسحاق.

قال: (وَكَذَا لَوْ قَالَ سَيِّدُ أَمَةٍ: زَوَّجْتُكَهَا بِلَا مَهْرٍ) أي: فهو تفويض صحيح. قال الرَّافِعِيُّ: وأطلقوا به ما إذا سكت عن ذكر المهر، انتهى.

وهذا في غير المكاتبة، وأما المكاتبة كتابةً صحيحة؛ فالظاهر أنها معه في التفويض كالحرة.

قال: (وَلَا يَصِحُّ تَفْوِيضُ غَيْرِ رَشِيدَةٍ) أي: غير بالغة، عاقلة، مطلقة التصرف، فأما المحجورة لجنون أو سفه، أو صبى، فتفويضها لاغٍ؛ إذ ليس لأحد إسقاط مهورهن، ولا عبرة بقولهن، نعم؛ يستفيد الولي من السفيهة بذلك الإذن في التزويج، وإذا زوَّج الولي السفيهة، أو الصبية، أو البالغة، ولم تأذن في التفويض؛ فالحكم كما لو نقص الولي عن مهر المثل، فيأتي جميع ما سبق من التفصيل والخلاف.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: وقال أبو إسحاق: لا فرق بين أن نقول: الذي بيده عقدة النكاح هو الأب أو الزوج.

وقال ابن أبي هريرة: إذا قلنا: إنه الأب، صحَّ تفويضه، كما يصحُّ عفوه عن نصف المهر، انتهى.

فروع: لو نكح على أن لا مهر ولا نفقة، أو يعطي الزوج ألفًا، فهو أبلغ من التفويض.

وقال الشَّافِعِيُّ في «الأم» بعد تفسيره التفويض: وإنه إنْ لم يصبها حتى طلقها، فلها متعة، ولا نصف مهر، وكذلك أن يقول: أتزوجك ولك [عليَّ مائة دينار مهر](١) فيكون هذا تفويضًا، وأكثر من التفويض، ولا يلزمه المائة،

---

(١) في نسخة: (أتزوجك على مائة دينار).

وَإِذَا جَرَى تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

وإن أخذتها منه كان عليها ردُّها بكلِّ حالٍ، انتهى.

فظاهره مشكلٌ، ويتعين تأويله على أنه حصلت مواطأة قبل العقد، ثم عقد على صورة التفويض بإذنها، أو أطلق الولي، ولم يذكر كما هو، وجه سبق(١)، وفيه نظرٌ.

ولو قالت الرشيدة: زوجني بلا مهر، فزوَّجها بالمهر، وهو مهر المثل ونقد البلد، صحَّ المسمى، وإنْ زوَّجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد، لغا المسمى.

قال الرَّافِعِيُّ تبعًا للبغويِّ: وكان كما لو نكحها على صورة التفويض، وهو غريب؛ إذ العقد وقع على تسمية فاسدة، فينبغي أن يجب مهر المثل بالعقد، وقد يقال: قضية طريقة المراوزة فساد النكاح؛ لأنه زوَّجها بدون مهر المثل.

قال: (**وَإِذَا جَرَى تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ**) العبارة المحررة أن يقال: لا يجب مهر بنفس العقد، ووجهه أنها رضيت بالعقد بلا مهر؛ ولأنه لو وجب به لتتصف بالطلاق، وقد دلَّ القرآن على أنها لا تستحق إلا المتعة، وبهذا القول أجاب العراقيون.

والثاني: يجب به، وإلا لما استقر بالموت، واختلفوا في هذا القول، فقيل: منصوص في «الإملاء» وقيل: مخرَّج قبل من وجوبه بالموت، وقيل: من قوله: أنه لا بدَّ من العلم بمهر المثل.

وعبارة القاضي [أبي الطيب] في «المجرد» بعد ذكره المذهب: وقد قيل فيه وجه آخر: إن المهر ثبت لها بالعقد، ويتقدر بالفرض، انتهى.

وستأتي حكاية هذا قولًا قديمًا، فعلى الأول أي: مهر ملكته، أن تملكه قولان، حكاهما العراقيون: الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والْمَاوَرْدِي الجديد أنها ملكت بالعقد، أن تملك مهر المثل، والقديم أنها ملكت أن تملك مهرًا يتقدر بالفرض.

---

(١) في نسخة: (فأوجه سبق).

فَإِنْ وَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ. وَيُعْتَبَرُ بِحَالِ الْعَقْدِ فِي الْأَصَحِّ، ....

إشارة: قال شارح: القول بوجوب [مهر المثل](١) بنفس العقد لا دليل عليه، ويبطله أنه مانع من الفرض بعده، والقول بأن العقد لا أثر له بالكلية، لا وجه له؛ فالوجه أن يقال: العقد سبب لوجوب أحد أمرين [المهر] أو ما يتراضيان به، وذلك الواجب يتعين إما بتراضيهما، وإما بالوطء، وإما بموت [أحدهما الثلاثة شرط والعقد](٢) سبب، والواجب مبهم على القول الأظهر، وعلى القول الآخر، العقد وحده موجب، فالواجب معين، وهو مهر المثل لا يتأخر، انتهى.

قال مفرعًا على الأظهر: (**فَإِنْ وَطِئَ فَمَهْرُ مِثْلٍ**) أي: على الصحيح المعروف؛ لأن البضع فيه حق الله تعالى، لا يباح بالإباحة، وقيل: لا يجب به شيء، خرَّجه القاضي الحسين من وطء المرتهن المرهونة بإذن الراهن، وليس بشيء نعم، حكي قول: إن الواجب مسمى مهر.

قال: (**وَيُعْتَبَرُ**) أي: مهر المثل.

(**بِحَالِ الْعَقْدِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن العقد هو الذي اقتضى الوجوب عند الوطء.

والثاني: بحالة الوطء؛ لأنه وقت الوجوب، وخصَّ في «الإبانة» الوجهين بقولنا: إنه لا يجب بالعقد كما هو ظاهر كلام «الكتاب»، فإنْ أوجبناه بالعقد اعتبر بحاله.

واعلم أن ظاهر عبارة «المنهاج» النظر إلى حالة العقد ما كانت لا غير، وعبارة «الروضة»: وهل تعتبر حالة الوطء أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء؟ فيه وجهان أو قولان: أظهرهما الثاني، وهذا ما حكاه الرَّافِعِيُّ عن المعتبرين، فعلى هذا لو كانت حالة أكثر من ذلك لو كان يوم الوطء أكثر، كان الاعتبار بذلك؛ لأن البضع دخل في ضمانه [فإذا اقترن به إتلاف] وجب

---

(١) في نسخة: (بوجوب المهر).

(٢) في نسخة: (فأحد الثلاثة).

وَلَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ بِأَنْ يَفْرِضَ مَهْرًا، وَحَبْسُ نَفْسِهَا لِيَفْرِضَ، وَكَذَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ فِي الْأَصَحِّ، ....

الأقصى كالمقبوض بالبيع الفاسد، وعلى هذا فالعبارة المحررة أن يقال: يجب الأقصى من يوم العقد إلى الوطء، وكذا رواه **الْعِمْرَانِيُّ** عن القاضي أبي الطيب، بعد أن حكي عن «الشامل» حالة العقد.

وقال **الْمُتَوَلِّيُّ**: إنْ قلنا: يجب يوم العقد، اعتبر يوم العقد بلا خلاف، وإن قلنا: يجب الوطء؛ فالمنصوص أنه يعتبر يوم العقد، وحكى القاضي [الحسين] طريقةً أخرى أنه يعتبر يوم الوطء؛ لأنه وقت الوجوب، ويخالف الأموال المضمونة، تضمن بأكثر ما يكون قيمة؛ لأن اليد تثبت عليها، وأما البضع؛ فلا يثبت عليه اليد، فاعتبر يوم الإتلاف، انتهى.

إشارة: سبق إنه لو نكحها مفوَّضة، ثم أسلما، واعتقادهم أن لا مهر للمفوضة بحالٍ، ثم وطئ، فلا شيء لها؛ لأنه استحق وطئًا بلا مهر، ونظيره ما لو زوَّج أَمَتَه من عبده، ثم أعتقهما، أو أحدهما قبل الدخول، لم يجب لها مهر؛ لما ذكر من التعليل، قاله ابن الرِّفْعَة؛ فتأمله، وسبق عن ابن عبد البر نقل الإجماع: أنَّه يجوز الوطء قبل الفرض، وليس بمذهب لنا، وأشرنا إلى تأويله.

قال مفرعًا على الأظهر أيضًا: **(وَلَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ بِأَنْ يَفْرِضَ مَهْرًا)** أي: لتكون على ثَبْت من تسليم نفسها، ويعْرف علام يسلم.

واعلم أن كلامه هذا يفهم أنها إنما ملكت العقد، إن يملك مهر إلَّا مهر المثل، وقد سبق أنه قول قديم، وأنَّ الجديد: أنها ملكت أن تطالبه بمهر المثل، وعبارة **الرَّافِعِيِّ** كـ«الكتاب»، وعلى ذلك يدلُّ كلام الإمام **والْغَزَالِيِّ** حينئذٍ؛ فهو تفريع على القديم. قال: **(وَحَبْسُ نَفْسِهَا؛ لِيَفْرِضَ)** لما قدَّمناه.

(وَكَذَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ فِي الْأَصَحِّ) كما لها ذلك في المسمى في العقد.

وقال **الرويَانِيُّ**: إنَّه ظاهر المذهب.

والثاني: لا، ورواه الإمام عن الأصحاب؛ لأنها وطئت بغير مهر، فلا يليق بها المضايقة في التقديم والتأخير، ويشبه أن يكون الخلاف فيما إذا أمنت

وَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا بِمَا يَفْرِضُهُ الزَّوْجُ.

فوق البضع، وتنازعا في مجرد الابتداء بالتسليم، أما لو خالفت فوقه، فلا بدَّ لها ذلك حتى تسلمه قطعًا.

قال: (وَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا بِمَا يَفْرِضُهُ الزَّوْجُ) أي: فإنْ لم يفرض به، كان كمن لم يفرض، واعلم أنَّ في هذا الإطلاق نظرٌ، وإنْ جَزَمَا به وغيرهما.

ثم قالا: وفيما علَّق عن الإمام أنه لا يشترط القبول منها؛ بل يكفي طلبها وإسعافه، قالا: وأمكن هذا فيما إذا طلبت عينًا أو مقدارًا، فأجابها، أما إذا أطلقت الطلب، فلا يلزم أن تكون راضية بما تعينه، أو تقدره، انتهى.

والذي رأيته في «النِّهاية»: أن الزَّوج لو أراد أن يفرض لها مِنْ غير أن يطلب الفرض، فإنْ فرض لها أقل من مهر المثل، لم يثبت، وإنْ فرض لها مهر مثلٍ من غير طلبها، أو يقرضها؛ فهذا محتملٌ، يجوز أن يُقال: يثبت، فإنْ الفرض ليس عقدًا، أو ظهر أن يقال: لا يثبت، ما لم يطلب، فإنْ طلبها ينزل منزلة القبول في العقود، انتهى.

وهذا منه يُفْهِمُ أنه إذا فَرَضَ لها مهر المثل، من نقد البلد بعد طلبها الفرض أنه يثبت، وأنه لا يفتقر إلى رضاها من بعد، واقتضى كلامه احتمالين عند فرضه مهر المثل، حالها[1] من غير طلبها، وذكرهما ابن يحيى في «المحيط»، ووجه الصِّحة بأنه اقتضى حقها.

قَالَ الْقَمُولِيُّ بعد ذكره الاحتمالين: وكلام الشَّافِعِيِّ في موضعين يحتمل الأمرين وأكثر.

قال أصحابنا: لا امتناع بها، فإن غاية ما يملكها أن يرفع الأمر إلى القاضي، فيفرض لها مهر المثل، وينبغي أن يستقر دون رضاها؛ حتى يَتَشَطَّرَ بِالطَّلَاقِ.

وحكى صاحب «التقريب» قولًا: أنه إن فرض لها مهرًا، أو لم ترض به، وجب لها مهر المثل، ثم إن قال: إنْ صحَّ، وكأنه جعل الفرض كالمُسَمَّى تسميةً فاسدةً.

---

[1] في نسخة: (حالًا).

……………………………………………………………………………………

وقال ابن داود: بل الصورة أنه فرض لها مهر المثل أو أكثر، فيستقر لها من غير رضاها، وليس هذا إلَّا قولًا آخر، فإما أن يقال: متى فرض لها شيئًا فلم ترض به استقر لها مهر المثل؛ فهذا يبعدُ، والمشهور مِنْ النصِّ أنه لا يستقر الفرض إلا برضاها، أو يكون المفروض بمهر المثل، هذا كلام القموليِّ، ونقله.

قال شارحٌ: والذي رأيته في كلام الأصحاب أنه لا بدَّ مِنْ رضاها بالمفروض، وكذلك نصَّ عليه الشَّافِعِيُّ في مواضع، وظاهرُ نصِّ «الإملاء» يقتضي أنه لا يُشترط رضاها بمهر المثل حيث قال: ومَنْ فوَّض إليه ففرض صداقًا، فقبلوه، فذلك جائزٌ، وإنْ سخطوه فسموا شيئًا، فرضيه الزَّوج؛ فذلك جائزٌ، وإنْ كرهه فأعطاها صَدَاق مثلها، كان ذلك لهم لازمًا، انتهى.

إذا علمت هذا؛ فالقياس الواضح الذي لا ينقدح غيره، أنه إذا فَرَض لها مهر مثلها حالًا من نقدِ البلد، وبذَّله لها، وصدقت على أنه مهر مثلها، أنه لا يعتبر رضاها به قطعًا؛ لأنه عيبٌ وتعنُّتٌ، حتى لو علم الحاكم بذلك، لم يعدَّها، ولم يطلبه للمفرض، كسائر مَنْ يبذل ما عليه من الحق من بدل سلف أو مضمون وغيره، ويحمل كلام الأصحاب، وكلام الشَّافِعِيِّ في مواضع على غير هذه الصورة، فإنْ ثبت في ذلك خلاف، فينبغي أن يكون الصحيح ما ذكرناه، ويجوز أن يلتفت ذلك على ما قدَّمناه عن «الجديد» و«القديم»، إنْ قلنا بالجديد أنها ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل، كان الجواب ما ذكرناه، وإنْ قلنا بالقديم أنها ملكت إنْ تملك مهرًا يتقدَّر بالفرض، اعْتُبِر رضاها بالمفروض ما كان، وفيه وقفةٌ.

ولعلَّ مَنْ اعتبر رضاها فرع على ذلك، وكذلك كلام الشَّافِعِيِّ في غير «الإملاء» يجوز أن يكون أصله ذلك، وقد جرى على تفصيل(١) الرَّافِعِيِّ، والإمام والْغَزَالِيِّ وغيرهم، فيما سبق كما أشرنا إليه؛ فتأمله.

---

(١) في نسخة: (مقتضاه).

لَا عِلْمُهُمَا بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الإمام: ولو وقع التراضي على أكثر من مهر المثل، يظهر أن يثبت، ويحتمل ألا يثبت الزائد، إنْ كان من جنس النقد الذي إليه الرجوع، انتهى.

قال: (لَا عِلْمُهُمَا بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْأَظْهَرِ) اكتفاءً بالتراضي، وهذا ما بيَّنا ترجيحه إلى الجمهور، وحُكِي عن «الإملاء» و«القديم» وعن «الأم»: أنه لا يصحُّ، ورجَّحه الرُّويَانيُّ.

قلت: وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إنه الجديد، وقضية كلامه أنه المذهب، وعليه اقتصر المحامليُّ في «المقنع» وحكي الدارميُّ طريقةً قاطعةً به، وهو المنصوص في «الأم» و«المختصر» و«الْبُوَيْطِي» وبه جزم الجوينيُّ في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر»، وغيرهم.

وقال الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والْمَاوَرْدِيُّ، والفورانيُّ: هما مثبتان، على أن المفوَّضة تملك بالعقد أن تملك مهر المثل، أو تملك مهرًا، إنْ قلنا الأول، وهو الجديد، فلا بدَّ من العلم به، وإلا فلا حاجة إليه، وقضية البناء أن يكون المذهب اشتراط علمهما، وعبارة «الحاوي»: إن فرضناه مع جهلهما بمهر المثل فقولان:

الجديد: لا يجوز، ويكون باطلًا؛ لأنه في معنى الإبراء عن المجهول.

والقديم: إنَّه يجوز، ويصحُّ ما ذكر بنائهما على القولين المشار إليهما، ولفظ نص «الأم»: ولا يلزمها، ما فُرِض لها بحال؛ حتى يعلماكم مهر مثلها؛ [لأن مهر مثلها] بالعقد، ما لم ينتقص بطلاق، فإذا فرض وهما لا يعلمان مهر مثلها، كان كالمشتري، وهي كالبائع، يعلم، ولا يعلم أحدهما، ونصُّ الْبُوَيْطِيِّ: لا يجوز أن يجتمعا على الرِّضا؛ حتى يعلماكم مهر مثلها، فإذا فرض، وهما لا يعلمان لم يجز؛ لأنه مجهول، انتهى.

وقيل في البناء غير ما سبق، وإذا أمعنت النظر في النصوص، وما بنى الأئمة عليه الخلاف، ظهر لك أن المذهب اعتبار علمهما بالمفروض، وأن في نسبة خلافه إلى جمهور الفريقين نظرٌ.

وَيَجُوزُ فَرْضٌ مُؤَجَّلٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ، وَقِيلَ لَا إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ.

قال: (**وَيَجُوزُ فَرْضٌ مُؤَجَّلٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: بالتراضي، ونسبه الإمام إلَى الْمُعَظَّمِ، وأن في بعض التصانيف وجهين، وهذا منه إشارة إلى طريقين: أصحهما القطع بالجواز، كما يجوز تأجيل المسمى ابتداءً، ثمَّ ظاهر كلام الجمهور يقتضي جواز فَرْض المؤجَّل، والزيادة على مهر المثل، وأطلقوا ذلك، ولم يبنوه على أن المهر هل وجب بالعقد أم لا؟

واقتضى كلام الإمام هنا أنا إذا قلنا: يجب المهر بالعقد أنه لا تجوز الزيادة، إذا كانت من الجنس، ثم صرَّح بذلك فيما بعد، وعليه ينطبق قول الْمُتَوَلِّي: إن أوجبناه بالعقد راعينا في المفروض شرائط الاعتياض، كما لو كان لها مُسمى فاسدًا، وأرادت الصلح عنه، وصرَّح الغزالي بحكاية الخلاف في دخول الأجل، والزيادة من الجنس، وكلام الشَّافِعِي مصرح بجواز الزيادة مطلقًا مع قوله بأنه يُشْترط العلم [بقدر] مهر المثل [وكذا قاله جمع من العراقيين العاملين بأن الجديد اشتراط علمها بقدر مهر المثل].

قال الإمام: والتحقيق أن يقال: إنْ فرَّعنا على أنها لا تستحق بالعقد، فالوجه ثبوته؛ لأن الفروض واجب ابتداءً، أو يحتمل أن يُقَال: لا يثبت؛ لأنه ليس عقدًا تامًّا، وأشبه شيء به الفرض، والأجل لا يثبت فيه، وإنْ قلنا: إنها تستحق المهر بالعقد، فالأجل على هذا القول بعيد، وفيه احتمال؛ لأنا جوزنا على هذا القول الاقتصار على مهر المثل، والعدول عن جنسه.

قال: (**وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ**) أي: سواء كان من جنسه أم لا؛ لأنه ليس ببدل، (**وَقِيلَ: لَا إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ**)؛ لأن مهر المثل هو الأصل، فلا يزاد عليه، والظاهر أن هذا الوجه هو احتمال الإمام السابق.

قال الرَّافِعِيُّ: وقطع بعضهم بالأول؛ ولأجله قال في «الروضة»: على المذهب، وسبق ما في ذلك.

قال الرَّافِعِيُّ: والخلاف فيما إذا كان المفروض من غير جنس مهر المثل،

وَلَوْ امْتَنَعَ مِنْ الْفَرْضِ أَوْ تَنَازَعَا فِيهِ فَرَضَ الْقَاضِي نَقْدَ الْبَلَدِ حَالًا. قُلْت: وَيُفْرَضُ مَهْرُ مِثْلٍ وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِهِ والله أعلم.

فإما تعيين عرض يزيد قيمته على مهر المثل، فلا خلاف في جوازه؛ لأن القيمة ترتفع وتنخفض، فلا تتحقق الزيادة، انتهى.

وقال الإمام في كلامه على القول بأن المهر يجب بالعقد: وكنت [أود] لو كان الفرض على هذا القول اعتياضًا عن المهر، ثم كان يترتب عليه بما يليق به، ومن أوائله الإيجاب والقبول؛ قياسًا على الاعتياض عن جميع الأعواض، وكان يخرج على الاعتياض [عن] الثمن في الذمة؛ ولكن اتفقوا على إجرائه على نسق واحد على القولين، انتهى.

قال: (**وَلَوْ امْتَنَعَ مِنْ الْفَرْضِ أَوْ تَنَازَعَا فِيهِ فَرَضَ الْقَاضِي نَقْدَ الْبَلَدِ حَالًا**) لأنه منصوب؛ لفصل الخصومات، واعتبر النقد والحلول كقيم المتلفات.

قال: (**قُلْت: وَيُفْرَضُ مَهْرُ مِثْلٍ**) أي: بلا زيادة ولا نقص؛ لأنه قيمة البضع، (**وَيُشْتَرَطُ عِلْمُهُ بِهِ، والله أعلم**) أي: بلا خلاف؛ حتى لا يزيد ولا ينقص، فإذا فرضه صار كالمسمى، وإن لم يرضيا به حتى يتشطر بالطلاق، ولو رضيت المرأة بالتأجيل لم يؤجله، وتؤخر هي إن شاءت.

تتمات: منها: قوله: «نقد البلد»[1] يقتضي أنه لا يجوز غيره، فلو كانوا لا

---

[1] أَيْ: بَلَدِ الْفَرْضِ فِيمَا يَظْهَرُ، وَعَلَيْهِ فَهَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْعَقْدِ أَوْ الْفَرْضِ؟ كُلٌّ مُحْتَمَلٌ لَكِنَّ قِيَاسَ مَا مَرَّ مِنْ اعْتِبَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ هُنَا بِيَوْمِ الْعَقْدِ اعْتِبَارُ نَقْدِ بَلَدِ الْفَرْضِ يَوْمَ الْعَقْدِ بَلْ لَوْ اُعْتُبِرَ مَحَلُّ الْعَقْدِ يَوْمَهُ لَمْ يَبْعُدْ؟ وَلَا يُنَافِي قَوْلَنَا: بَلَدِ الْفَرْضِ مَنْ عَبَّرَ بِبَلَدِ الْمَرْأَةِ لِاسْتِلْزَامِ الْفَرْضِ حُضُورَهَا أَوْ حُضُورَ وَكِيلِهَا فَالتَّعْبِيرُ بِبَلَدِ الْفَرْضِ لِتَدْخُلَ هَذِهِ الصُّورَةُ أَوْلَى، وَإِذَا اُعْتُبِرَ بَلَدُ الْفَرْضِ أَوْ بَلَدُهَا فَقَدْ ذَكَرُوا فِي اعْتِبَارِ قَدْرِهِ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ بَلَدُهَا إلَّا إنْ كَانَ بِهَا نِسَاءُ قَرَابَاتِهَا أَوْ بَعْضُهُنَّ، وَإِلَّا اُعْتُبِرَ بَلَدُهُنَّ إنْ جَمَعَهُنَّ بَلَدٌ، وَإِلَّا اُعْتُبِرَ أَقْرَبُهُنَّ لِبَلَدِهَا، فَإِنْ تَعَذَّرَتْ مَعْرِفَتُهُنَّ اُعْتُبِرَتْ أَجْنَبِيَّاتُ بَلَدِهَا كَمَا يَأْتِي، فَقِيَاسُهُ أَنَّ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ فِي صِفَتِهِ أَيْضًا، كَمَا جَزَمَ بِهِ بَعْضُهُمْ بَلْ هَذَا لَازِمٌ لِذَاكَ، وَإِلَّا لَتَعَذَّرَتْ مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ مِنْ أَصْلِهِ؛ إذْ لَا فَائِدَةَ لِمَعْرِفَةِ عَشَرَةٍ مَثَلًا مِنْ غَيْرِ أَنْ تُعْرَفَ مِنْ أَيِّ نَقْدٍ هِيَ حَالًا، وَإِنْ رَضِيَتْ بِغَيْرِهِمَا أَوْ اُعْتِيدَ ذَلِكَ لِمَا مَرَّ أَنَّ فِي الْبُضْعِ حَقًّا لله تَعَالَى، بَلْ لَوْ اعْتَادَ نِسَاؤُهَا التَّأْجِيلَ لَمْ يُؤَجَّلْ عَلَى الْمُعْتَمَدِ بَلْ يُفْرَضُ مَهْرُ مِثْلِهَا، انظر: تحفة المحتاج (٣١/ ٢٣٧).

يتعاملون بالنقد كبعض النواحي، هل نقول: يعتبر نقد أقرب بلد إلى موضع العقد؟ لم أرَ فيه شيئًا.

وَعَنْ الصَّيْمَرِيِّ: أنه لَوْ جَرَتْ عَادَتهم فِي نَاحِيَةٍ بِفَرْضِ الثِّيَابِ وَغَيْرِ ذلك قَضى لَهَا به، [انتهى].

ولم يتعرض لكونهم لا نقد لهم، وأهل البوادي جرت عادتهم [بتسمية] النعم أهل الوتر الإبل، وأهل الغنم، الغنم.

ومنها: نسب الإمام اشتراط الحلول إلى المحققين، فأشعر الخلاف فيه، وعبارة «البسيط»: فلو رضيت المرأة مؤجلًا، فهل للقاضي ذلك؟ قطع المحققون بمنع ذلك، انتهى.

ورأيت عن «البحر» أن القاضي إذا أراد أن يفرض لها مؤجلًا، وعادة نسائها الحلول، يزيد بمكان الأجل، وقد يفهم جوازه برضاها أو مطلقًا، إذا كان عادة نسائها التأجيل.

ومنها: كونه لا يزيد ولا ينقص كقيم المتلفات، قالاه تبعًا للبغوي وغيره؛ لكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد لا اعتبار به.

واعلم أن قضيته كلام «التهذيب» و«الكافي» وغيرهما، وعليه جرى الشيخان عدم جواز الزيادة من القاضي، وإن رضي الزوج، والنقص وإن رضيت به المرأة؛ بل كلام «التهذيب» و«الكافي» يصرح بذلك، والذي في «الحاوي» و«مجرد القاضي أبي الطيب» جواز ذلك، وحُكي عن داود، وهو الظاهر المختار كما لو تراضيا من غير قاضٍ.

ومنها: هل يعتبر مهر المثل وقت العقد أو الفرض؟ وجهان في «الحاوي» وغيره.

قال الرُّويَانِيُّ في «الحلية»: يعتبر مهر المثل بصفتها وقت العقد لا وقت الوطء في أصح القولين؛ لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد، والظاهر أن الخلاف هو الخلاف السابق، أو أن هذا مفرع عليه، ويجوز أن يأتي هنا ما

وَلَا يَصِحُّ فَرْضُ أَجْنَبِيٍّ مِنْ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ.

سبق من اعتبار الأقصى.

ومنها: لينظر في أشياء: منها: لو كان العقد ببلد، وكانا حالة طلب الفرض بغيره، ونقد البلدين مختلف، أو كان نقد البلد عند العقد نوعًا وعند الفرض غيره، أو جنسًا آخر.

ومنها: لو لم يكن بالبلد نقد غالب؛ بل [هي نقود] مختلفة من غير غلبة، فماذا يفرض القاضي؟ أهو ما يسمى منها لنسائها، أو ما يراه منها، أو يراجعها ليتفقا على نقد منها؟ فإن تنازعا قدر باجتهاده، لم أرَ فيه نصًا، ولعل الأشبه الأول.

قال: **(وَلَا يَصِحُّ فَرْضُ أَجْنَبِيٍّ مِنْ مَالِهِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: وإنْ رضيت الزوجة؛ لأنه تعيين لما يقتضيه العقد وتصرف فيه، فلا يثبت لغير المتعاقدين إلا بوكالة أو نيابة، والثاني: يصح، كما يصح أداؤه الصداق عنه بغير إذنه، وعلى هذا تطالبه بالمفروض، ويسقط طلب الفرض عن الزوج، ولا بدَّ من رضاها بالمفروض، هكذا أطلق، ويشبه أنه لو كان الأجنبي سيد الزوج القن أن يصحَّ الفرض من ماله، ولا سيما إذا كان العبد مأذونًا له في التجارة، وكذا لو كان فرعًا لحر يلزمه إعفافه، وقد أذن له [فيه] ليمهر عنه، فإن صحَّ هذا جاء في اعتبار رضاها ما سبق في فرض الزوج.

تنبيهات: **منها**: كلام المصنف والْغَزَالي وغيرهما بإطلاقه يفهم جريان الخلاف في فرضه الدين والعين، قال ابن الرِّفْعَة وتبعه القمولي: وكلام العراقيين يقتضي تخصيصه بالعين، وهو أقيس؛ لأن الدين لا يقبل أن يدخله في ملك الزوج حتى يقع عنه بخلاف العين، انتهى. ونوزع فيما ذكره نقلًا ودليلًا.

ومنها: لم يذكر الْمَاوَرْدِيُّ فرض الأجنبي، إلا بعد موت الزوج بناءً على أن موت الزوج يقرر المهر، فقال: فإنْ أوجبنا المهر فهو مهر المثل، ولا يقدره إلا الحاكم وحده، فإن قدره مع الباقي منهما أجنبي علم قدره؛ ليؤديه من ماله، جاز كقضائه دين ميت، أو عن حي لورثة ميت، وإنْ فعله؛ ليؤخذ من

وَالْفَرْضُ الصَّحِيحُ كَمُسَمًّى فَيَتَشَطَّرُ بِطَلَاقٍ قَبْلَ وَطْءٍ، وَلَوْ طَلَّقَ قَبْلَ فَرْضٍ وَوَطْءٍ فَلَا شَطْرَ. وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَهُمَا لَمْ يَجِبْ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَظْهَرِ .

قُلْتُ: الْأَظْهَرُ وُجُوبُهُ، والله أعلم.

مال الزوج، إذا تراضى به الباقي وورثة الميت، فقولان من قولي: التحكيم هل يلزم بالتراضي؟

ومنها: ذكر الْمَاوَرْدِيُّ تقدير المهر بعد الدخول، وأن الحاكم يقدره، وأن حكمه هنا مقصور على تقديره دون إيجابه؛ لأنه وجب بالدخول، وإنْ قدره الزوجان لم يصح تقديرهما إلا مع علمهما بقدره قولًا واحدًا؛ لأنه هنا قيمة مستهلكة، واعتبار علمهما بقدره بعد الدخول هو المشهور.

وحكى الدارميُّ طريقين فقال: فإن دخل بها، أو كان مسمى فاسدًا، فمهر المثل، فإن فرض غيره مع العلم صحَّ، وإنْ كان مع الجهل فقيل كمفوضة قبل الدخول. وقال المروزيُّ: لا يصح قولًا واحدًا، انتهى.

قال: (**وَالْفَرْضُ الصَّحِيحُ كَمُسَمًّى فَيَتَشَطَّرُ بِطَلَاقٍ قَبْلَ وَطْءٍ**) أي: سواء كان الفرض من الحاكم أو من الزوجين؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه مفروض بالتراضي، فصار كالمسمى في العقد، واحترز بقوله: «الصحيح» عما لو [فرض لها](١) فاسدًا، فإنه يكون لغوًا، ولا يتشطر بخلاف ما لو سمى في العقد مسمى فاسدًا، فإنه يجب مهر المثل، ويتشطر بالطلاق؛ لما سيأتي.

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ قَبْلَ فَرْضٍ وَوَطْءٍ فَلَا شَطْرَ**) ولها المتعة كما سيأتي، وسواء قلنا بوجوبه بالعقد أو لا، وقيل: إن أوجبناه بالعقد حكمنا بتشطيره بالطلاق، قال الإمام: ولا يعتد به، ولا يعَدّ من المذهب.

قال: (**وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَهُمَا**) أي: قبل الفرض والدخول.

(**لَمْ يَجِبْ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَظْهَرِ، قُلْتُ: الْأَظْهَرُ وُجُوبُهُ، والله أعلم**) أي:

---

(١) في نسخة: (فرضًا).

……

لأنه ﷺ «قَضَى فِي بِرْوَعَ بِنْتَ وَاشِقٍ، وقد نُكِحَتْ من غير مَهْر فَمَاتَ زَوْجُهَا، بِمَهْرِ نِسَائِهَا وَبِالْمِيرَاثِ»(١) صححه الترمذي، ومن بعده كابن حبان، والحاكم، والبيهقي، وغيرهم.

فهذا هو الحقُّ الذي لا يعدل عنه، وبه قطع جماعة، وقيل: إن الشَّافِعِي ﵁ رجع إليه، وعليه اقتصر في «الْبُوَيْطِيّ» للحديث، وإنما منع منه في غيره؛ لعدم ثبوت الحديث عنده؛ إذ ذاك.

وحاصل كلام الرَّافِعِيّ نقل أربع طرق في المسألة:

أحدها: إن ثبت الحديث وجب المهر، وإلا فقولان.

والثاني: إن لم يثبت لم يجب وإلا فقولين.

والثالث: إن ثبت الحديث وجب، وإلا فلا، وهو ظاهر لفظ «المختصر»، وأشبههما إطلاق قولين في المسألة، وبه قال العراقيون والْحَلِيمِيُّ، ثم ذكر اختلاف الترجيح، وأشار إلى أن الجمهور على ترجيح عدم الوجوب، فإن أوجبنا، فيجب مهر مثل باعتبار يوم العقد أو يوم الموت أو أقصى مهر، حكى الحناطيُّ فيه ثلاثة أوجه، انتهى.

ولفظ الشَّافِعِيّ في «الأم»: وإن مات قبل أن يسمي لها مهرًا، أو ماتت فسواء، وقَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ - بِأَبِي هُوَ وَأُمِّي: «أَنَّهُ قَضَى فِي بَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ...» ثم ذكر الحديث، ثم قال: فَإِنْ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ؛ فَهُوَ أَوْلَى الأُمُورِ بِنَا، وَلَا حُجَّةَ لأحد دون قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ، وَإِنْ كَثُرُوا، وَلَا فِي قِيَاسٍ، وَلَا شَيْءَ فِي قَوْلِهِ إِلَّا طَاعَةُ الله بِالتَّسْلِيم لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ [أَنْ يُروِي عَنْهُ] مَا لَمْ يَثْبُتْ، وَلا أَحْفَظُهُ بَعْدُ مِنْ وَجْهٍ يَثْبُتُ مِثْلُهُ، وهُوَ مَرَّةً يُقَالُ: عَنْ مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ، وَمَرَّةً عَنْ مَعْقِلِ بْنِ سِنَانٍ، وَمَرَّةً عَنْ بَعْضِ أَشْجَعَ لَا يُسَمَّى، وإنْ لم يثبت، فإذَا مَاتَتْ أو مات؛ فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَلَها الميراثُ مِنْه، ويرثها إن ماتت، انتهى.

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٧٦) وابن حبان (٤١٠٠) والحاكم (٦/ ٣٥٢) والبيهقي (١٤١٨٨).

فَصْلٌ

مَهْرُ الْمِثْلِ مَا يُرْغَبُ بِهِ فِي مِثْلِهَا، وَرُكْنُهُ الْأَعْظَمُ نَسَبٌ فَيُرَاعَى أَقْرَبُ مَنْ تُنْسَبُ إِلَى مَنْ تُنْسَبُ إِلَيْهِ وَأَقْرَبُهُنَّ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لِأَبٍ ثُمَّ بَنَاتُ أَخٍ ثُمَّ عَمَّاتٌ كَذَلِكَ، ....

فقطع ﷺ العذر، واقتضى كلامه بطلان الطرق الثلاثة، وأن الطريقة الصحيحة أنه إن ثبت الحديث وجب، وإلا فلا، وهذا هو الصواب الذي لا مرية فيه، وقد بسطت القول في ذلك في «الغنية» وعلى الحديث بما يشفي العليل، ويوضح السبيل على اختصار، وبالله التوفيق.

قال: (**فَصْلٌ: مَهْرُ الْمِثْلِ مَا يُرْغَبُ بِهِ فِي مِثْلِهَا، وَرُكْنُهُ الْأَعْظَمُ نَسَبٌ**) لأن به تقع المفاخرة، فكان كالكفاءة في النكاح، ثم النسب معتبر في العرب قطعًا، وأما في العجم فقد يلحق ذلك بالكفاءة، وسبق ثبات ما قيل فيها، فقد يقال بمجيئه هنا، وقد يفرق بين البابين، وهو ظاهر كلامهم هنا، فإن الرغبات تختلف بالنسب مطلقًا.

قال ابن الرِّفْعَة: قضية تعليلهم هناك أنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب عدم اعتباره هنا، وكلامه في «الإملاء» يشير إليه، انتهى.

قال: (**فَيُرَاعَى أَقْرَبُ مَنْ تُنْسَبُ إِلَى مَنْ تُنْسَبُ إِلَيْهِ**) أي: لحديث: «**بروع ولها مهر نسائها**» هكذا الرواية في كتب الحديث، وفي كتب أصحابنا: «**ولها مهر نساء قومها**» وهو أوضح في الدلالة، والمعنى يشير إليه.

قال: (**وَأَقْرَبُهُنَّ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لِأَبٍ ثُمَّ بَنَاتُ أَخٍ ثُمَّ عَمَّاتٌ كَذَلِكَ**) اعلَمْ أن كلام الشيخين اقتضى أن بعد بنات الأخ ينتقل إلى العمات؛ لأنهما ربَّما العمات على بنات الأخ؛ ولعلهما لم يقصدا ذلك؛ بل المراد ترتيب جهة العمومة على جهة الأخوة، كما صرح به الْمَاوَرْدِي، فقال بعد ذكر الأخوات: ثم بنات الأخوة، وبيَّنهم، ثم العمات دون بناتهن، ثم بنات الأعمام، وبيَّنهم، ثم عمات الأب، دون بناتهن، ثم بنات أعمام الأب، وبيَّنهم، ثم كذا أبدًا في نساء العصبات، انتهى.

وهذا هو القياس، والظاهر أنه متفق عليه، والظاهر أن المدلية بأبوين تقدم

فَإِنْ فُقِدَ نِسَاءُ الْعَصَبَةِ أَوْ لَمْ يُنْكَحْنَ أَوْ جُهِلَ مَهْرُهُنَّ فَأَرْحَامٌ كَجَدَّاتٍ وَخَالَاتٍ،

في الاعتبار على المدلية بأب في الجميع، كما أشار إليه المصنف؛ بناءً على المشهور أن الأخت بأبوين تقدم، وحكى الْمَاوَرْدِي في ذلك وجهين: أحدهما: أنهما سواء؛ لأنه لا عبرة بقرابة الأم، وهو شاذٌ في شرح ابن داود.

قال أصحابنا: نساء العصبة في ذلك سواء، إلا ابنة الابن، وفي الأخ لأب وجهان.

وقال ابن الرِّفْعَة: وكله غريب.

قال: (**فَإِنْ فُقِدَ نِسَاءُ الْعَصَبَةِ**) أي: من الأصل، أما لو مُتن اعتبرن كالحياة.

(**أَوْ لَمْ يُنْكَحْنَ أَوْ جُهِلَ مَهْرُهُنَّ فَأَرْحَامٌ كَجَدَّاتٍ وَخَالَاتٍ**) لأنهن أولى بالاعتبار من الأجانب، فإن تعذر الاعتبار بهن اعتبر نساء بلدها، فإن عدمن فأقرب البلاد، ثم أقرب النساء بها [شبهًا] لأنه الممكن.

تنبيهات: منها: قضية كلام المصنف والجمهور أنه لا نظر بعد نساء العَصَبَاتِ إلى نساء المولى المعتق، وحكى [الْمَاوَرْدِي] في ذلك وجهين: أحدهما: يعتبر؛ لأنه عصبة.

ومنها: لو كان بعض عصباتها ببلدها، وبعضهن بغيره، فلا عبرة بالغائبات؛ لأن عادات البلاد في المهور مختلفة، وإن كان كلهن ببلدة أخرى، فالاعتبار بهن أولى من الاعتبار بالأجنبيات في البلد، وقضية كلام «الشامل» أنه لا عبرة بهن أيضًا؛ لأنه قال: ويعتبر أن يكنَّ في مثل حالها بأن لم يكنَّ من أهل بلدها، فإن كنَّ من غيره لم يعتبر بهن، وكذا قال المحاملي في «المجموع» والدارمي والجرجاني.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا ثبت أن الاعتبار بالعصبات.

قال الشَّافِعِي: أعني نساء بلدها، دون من كان في غيره، انتهى.

وهو نصه في «الأم» و«الإملاء» و«الْبُوَيْطِي» و«القديم»، فهو المذهب، والرَّافِعِي متبع فيما ذكره الْبَغَوِي، وهو شاذ، نعم.

كلام صاحب «البيان» يقتضي أن مهور تلك الناحية التي بها عصباتها، إذا

....

لم تختلف مع بلدها فكالحاضرات، وهو ظاهر.

ومنها: إذا تعذر الاعتبار بالعصبات، اعتبر بذوي الأرحام كما سبق، فتقدم القربى من الجهات، وكذلك القربى من جهة واحدة، فيبدأ بالأم، ثم بالأخوات للأم، ثم بالجدة للأم، فإن أم أب، وأم أم، فأوجه في «الحاوي» ثالثها بالتسوية، ثم بعد الجدات الخالات، ثم بنات الأخوات.

ومنها: إذا اعتبر بنساء البلد عند الحاجة، اعتبر مهر العربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، وينظر إلى شرف السيد ونسبه، ومهر العتيقة بمثلها [وقيل: ثبت المولي كما سبق].

ومنها: ما ذكرناه من اعتبار ذوات الأرحام بعد العصبات، هو المشهور من كلام كثيرين، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي أنهن كالأجنبيات، فإنه قال: يعتبر بنساء عصباتها لا بالأم والجدة وقرره، ثم قال: فإذا لم يكن في عصباتها امرأة، فيعتبر بامرأة من نساء بلدها، ثم رأيت الدارمي قال بعد ترتيبه نساء العصبات: فإن لم يكن، وكان موالٍ أو ذوو رحمٍ، فهل هن أولى من الأجانب؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر عصبة مواليها من فوق أو ذوي رحمها.

والثاني: سواء، وبما ذكره الْمُتَوَلِّي، جزم الشيخ أبو محمد في«مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو قضية كلام الفوراني، والأقرب إلى ظاهر نصه في «الأم» كما سيأتي.

ومنها: عبارة كثيرين تفهم أنه إذا لم يكن في نساء عصباتها من هي في صفتها، كما سيأتي، كن كالعدم، وترجع إلى غيرهن، وفي نصوص الشَّافِعِي إشارة إليه، وبه صرح ابن أبي عصرون في «فوائد المهذب» فقال بعد قول «المهذب»: وتعتبر الأقرب فالأقرب، يريد أنه إذا وجد في الأقرب من نسائها من هي في صفاتها، اعتبر مهرها بها، ولا يعتبر بغيرها، وكان في الأبعد من هي على صفاتها، ولم يكن في الأقارب، اعتبر بالأبعد، وهي على هذا في

وَيُعْتَبَرُ سِنٌّ وَعَقْلٌ وَيَسَارٌ وَبَكَارَةٌ وَثُيُوبَةٌ وَمَا اخْتَلَفَ بِهِ غَرَضٌ، ....

غير العصبات، ونساء البلد، ونساء العالم إنما يعتبر بمن كان في صفتها، وإذا لم توجد من هي على صفتها من قبل، صار كالعدم، انتهى.

ونحوه قول صاحب «البيان»: وإن كان له نساء عصبة، ولم يوجد فيهن مثلها، اعتبرت بأقرب النساء إليها من ذوي أرحامها، فإن لم يكن لها من يشبهها فيهن، اعتبرت بنساء بلدها، ثم بنساء أقرب بلد إليها، انتهى.

قال: (**وَيُعْتَبَرُ سِنٌّ وَعَقْلٌ وَيَسَارٌ وَبَكَارَةٌ وَثُيُوبَةٌ وَمَا اخْتَلَفَ بِهِ غَرَضٌ**) لأن المهور والأغراض تختلف باختلاف الصفات.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: ومتى قلت: لها مهر نسائها، فإنما أعني أخواتها وعماتها وبنات أعمامها، نساء عصبتها، وليس أمها من نسائها، وأعني منهن نساء بلدها؛ لأن مهور البلدان تختلف، وأعني مهر من هو في مثل شبابها وعقلها وأدبها، وأعني مهر من هو في مثل يسرها وجمالها وصراحتها؛ لأن المهر يختلف بالصراحة والهجنة، وبكرًا كانت أو ثيبًا، وإن كانت لا نساء لها، فأقرب النساء منها شبهًا بها فيما وصفت والنسب، فإن المهور تختلف بالنسب، انتهى.

وكذلك قال في «الإملاء»: نساء العصبات اللاتي مثلها في الجمال [والمال] والشباب والأدب والبلد، والثيب والبكر، وإذا لم يكن لها من يشبهها من أخواتها وعماتها في جمالها ومالها، أو في عشيرتها وقبحها، فأقرب الناس بها نسبها، انتهى.

وذكر في «القديم» نحوه، وذكر في اختلاف العراقيين من «الأم» أيضًا مثل ما سبق؛ وعلله بأن المهر يختلف باختلاف هذه الحالات(١).

---

(١) قال الخطيب: إِنَّ الْمُهُورَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الصِّفَاتِ، وَإِنَّمَا لَمْ يُعْتَبَرْ الْجَمَالُ، وَكَذَا الْمَالُ فِي الْكَفَاءَةِ؛ لِأَنَّ مَدَارَهَا عَلَى دَفْعِ الْعَارِ، وَمَدَارَ الْمَهْرِ عَلَى الرَّغَبَاتِ، وَهَذَا مِنْ عَطْفِ الْعَامِّ عَلَى الْخَاصِّ فَيُعْتَبَرُ مَهْرُ نِسْوَةٍ شَارَكْتهُنَّ الْمَطْلُوبُ مَهْرُهَا فِي شَيْءٍ ذُكِرَ. قَالَ الْفَارِقِيُّ: بَعْدَ ذِكْرِ مَا يُعْتَبَرُ فِيهَا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ حَالُ الزَّوْجِ أَيْضًا مِنْ يَسَارٍ وَعِلْمٍ وَعِفَّةٍ وَنَحْوِهَا، قَالَ: فَلَوْ وُجِدَ

فَإِنِ اخْتَصَّتْ بِفَضْلٍ أَوْ نَقْصٍ زِيدَ أَوْ نُقِصَ لَائِقٌ فِي الْحَالِ، ....

تنبيهات: منها: ذكر **الْمَاوَرْدِي** وغيره عشرة أشياء، فذكروا مع ما صرح به «المصنف» الجمال والقبح، والإسلام والكفر، والعفة والفجور، والحرية والرق، والأدب والبذاء، وصراحة النسب والهجنة، والهجين مَنْ أبوه شريف دون أمّه، والصراحة كونها عربية الأبوين، وقيل: الفصاحة، وخذ هذه الأمور وغيرها من قوله: وما اختلف به غرض، والتصريح بها أحسن، وإذ قد يغفل أو يجهل بعضها.

ومنها: حكى **الرَّافِعِي** فيما علق عن الإمام أنه نظر إلى البكارة والثيوبة مع التساوي في النسب، وحكاية وجه؛ أنه لا اعتبار باليسار، والذي في «النهاية» [أنه] دعوى اتفاق الأئمة على اعتبار اليسار، وكذلك كلامه يقتضي اعتبار البكارة والثيوبة، وإن لم يصرح به، وعلى [اعتبار][1] الأمرين تنطبق النصوص وكلام الأصحاب.

ومنها: [ما] سبق بيان أنه إذا لم يكن في نساء عصباتها من هي في مثل صفاتها، كن كالعدم.

قال: (**فَإِنِ اخْتَصَّتْ بِفَضْلٍ أَوْ نَقْصٍ زِيدَ أَوْ نُقِصَ لَائِقٌ فِي الْحَالِ**) أي: بحسب ما يراه الحاكم، فالرأي في ذلك منوط به، هكذا ذكر، وكأنه إذا لم يحصل اتفاق على شيء وتصادق؛ بل تنازعا، فيقدر الحاكم ذلك باختياره صعودًا وهبوطًا.

قلت: وهذا مع ظهوره يحتاج إلى معرفة وفطنة، فمن يقدر ذلك، ويرجع

= فِي نِسَاءِ الْعَصَبَةِ بِصِفَتِهَا وَزَوَّجَهَا مِثْلَ زَوْجِهَا فِيمَا ذُكِرَ مِنَ الصِّفَاتِ اُعْتُبِرَ بِهَا وَإِلَّا فَلَا؛ فَإِنِ اخْتَصَّتْ -أَيْ: انْفَرَدَتْ- وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ بِفَضْلٍ -أَيْ: صِفَةِ كَمَالٍ مِمَّا ذُكِرَ- أَوْ نَقْصٍ عَنْهُ؛ زِيدَ فِي مَهْرِهَا فِي صُورَةِ الْفَضْلِ، أَوْ نُقِصَ مِنْهُ فِي صُورَةِ النَّقْصِ لَائِقٌ بِالْحَالِ أَيْ: حَالِ الْمَرْأَةِ الْمَطْلُوبِ مَهْرُهَا- بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ، فَالرَّأْيُ فِي ذَلِكَ مَنُوطٌ بِهِ فَيُقَدِّرُهُ بِاجْتِهَادِهِ صُعُودًا وَهُبُوطًا، وَهَذَا كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ: إِذَا لَمْ يَحْصُلِ الِاتِّفَاقُ عَلَيْهِ وَحَصَلَ تَنَازُعٌ، وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ؛ لَمْ تَجِبْ عَلَى الْبَاقِيَاتِ مُوَافَقَتُهَا اعْتِبَارًا بِالْغَالِبِ. انظر: مغني المحتاج (١٣/ ٢٠).

(١) في نسخة: (اتفاق).

وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ لَمْ تَجِبْ مُوَافَقَتُهَا، وَلَوْ خَفَضْنَ لِلْعَشِيرَةِ فَقَطْ اُعْتُبِرَ.

إليه فيه، وغالب الناس يجهل ما سبق، ويعتقد أن الاعتبار بالقرابة، أو العادة في البلد لا غير، من غير نظر للصفات أصلًا، والعجب أن قضاة العصر يقبلون شهادة العوام وأهل القرى وغيرهم بمهر المثل، ويحكمون به، مع العلم بأنهم لا علم عندهم بشيء مما سبق، فلا قوة إلا بالله تعالى.

ويجب على من يخشى الله ويتقيه أن يستفسر الشاهد بذلك ويستوضحه، فإن ذكر صوابًا قبله، وإلا أعرض عنه.

قال: (**وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ لَمْ تَجِبْ مُوَافَقَتُهَا**) كما لو سمح شخص ببيع سلعة بدون قيمتها، لا يجعل ذلك قيمة يرجع إليها.

قالا: إلا أن تكون المسامحة لنقص دخل في النسب، وفترت الرغبات، قال الإمام: ولو عم ذلك في نساء العشيرة بعد أن لم يكن، حمل ذلك على انحطاط السعر، اعتبر سعر الآن، انتهى.

والظاهر أن الواحدة مثال للقلة والندرة لا قيد.

قال: (**وَلَوْ خَفَضْنَ لِلْعَشِيرَةِ فَقَطْ اُعْتُبِرَ**) أي: في حق العشيرة دون غيرهم، نص عليه الشَّافِعِي، وجرى عليه الأصحاب اعتبارًا بعادتهن، وحكى الإمام عن والده أنه لا يعتبر ذلك؛ لأن قيم المتلفات لا تختلف باختلاف الأشخاص، ولو كن تخففن للشريف خفف له فقط، وفيه خلاف لأبي محمد، وكذا لو خففن على الشباب دون الشيوخ روعي ذلك، قاله الْمَاوَرْدِي، وقس على هذا اليسار وغيره.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: لو كان يختلف بالعشيرة والكفء وغير الكفء يراعى ذلك في مهر المثل، نص عليه الشَّافِعِي، وقال الفارقي بعد ذكره ما يعتبر فيها: ويعتبر بحال الزوج أيضًا من اليسار والعلم والعفة والنسب، فإنه يخفف على من هو من قبيلهما في المهر، ويثقل على غيره، ويخفف على الموسر؛ رغبةً فيه، ويثقل على الفقير والمتوسط؛ استظهارًا لها، ويخفف عن العالم والعفيف؛ رغبةً فيه، ويثقل على غيره، فعلى هذا إذا وجد في النساء [من هي]

....

بصفتها، وزوجها مثل زوجها فيما ذكرناه من الصفات اعتبر بها، وإلا فلا يعتبر بها، انتهى.

تتمات: نقل بعضهم عن أبي داود أثر نصه: «وإذا خفضن للعشيرة دون غيرهم» اعتبر ذلك أنه قال: أراد إذا تزوج أو وطئ بشبهة، وقال آخرون: أراد إذا تزوج، انتهى.

وهذا الثاني هو المتبادر، وقال الإمام من عنده بعد ذكره ما سبق عن والده: إن كان مهر المثل المعتبر في نكاح، فتلك الحطيطة مرغبة ووجهه، وإن كان المهر [من][1] وطء شبهة وجب ألا يفرق بين القريب والبعيد؛ لأن الحطيطة إنما كانت رغبة في نكاح مَنْ هو مِن العشيرة؛ للمواصلة، وعلى الفقيه ألا يقطع نظره عن قصد المواصلات، وألا يظن أن الإبضاع يجري مجرى الأموال من كل وجه، واستحسن الرُّويَانِي في «البحر» هذا التفصيل، وكلام «الحاوي» مشير إليه؛ لأنه أورد أنا خالفنا ذلك في قيم المتلفات، وأجاب بأن كل واحد من الزوجين مقصود في العقد بالنكاح، فجاز أن يعتبر بالتالف والمتلف، انتهى.

مهر المثل يجب حالًا من نقد البلد كما سبق، وإن كان المعتبر بهن ينكحن بمؤجل، أو بمؤجل وحال، لم يؤجل الحاكم؛ لكن ينقص بما يليق بالحال، فلو كان مهر المعتبر بهن عبيدًا، أو ثيابًا قومت بنقد البلد.

وقال الصَّيمريُّ: إذا جرت عادة ناحية بثياب ونحوها قضي لها به، وهو خلاف نص «الأم»، ويشبه أن هذا حيث لا يتعاملان بنقد كما أشرنا إليه، ثم ما ذكرناه من عدم دخول الأجل في مهر المثل، فيما إذا كان قد وجب، أما لو احتيج إلى معرفته؛ ليعقد به لمولى عليه من ذكر أو أنثى، فالظاهر جوازه، كما يبيع ويشتري له كذلك، حيث اقتضاه النظر.

قال شارح: لو كان عادة نساء العصبة ينكحن بمؤجل، وغير نقد البلد ففي

---

(١) في نسخة: (في).

وَفِي وَطْءِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ يَوْمَ الْوَطْءِ، فَإِنْ تَكَرَّرَ فَمَهْرٌ فِي أَعْلَى الْأَحْوَالِ .

المتلفات لا يمكن إلا الحلول، أو نقد البلد، وأما في ابتداء العقود إذا أراد أن يزوج الصغير أو الصغيرة فيجوز الجري على عادة عشيرتها، وإن كان مؤجلًا وعرضًا ومن غير نقد البلد فيما يظهر، انتهى.

وصرَّح الْعِمْرَانِي بذلك تفقهًا كما ذكرته في «الغنية».

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: إنه لو زوج ابنته البكر الصغيرة بعرض جاز كبيع مالها عند النظر، فإن كانت بالغة لم يصح على أصح القولين، وعلى «القديم» الذي يجوز العفو عن الصداق، يجوز، انتهى.

[قال]: (**وَفِي وَطْءِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ يَوْمَ الْوَطْءِ**)؛ أي: بحالة الوطء؛ لأنه وقت الإتلاف، ولا يجب بحالة العقد لأنه فاسد لا حرمة له، والبضع لا يدخل تحت اليد.

قال: (**فَإِنْ تَكَرَّرَ فَمَهْرٌ فِي أَعْلَى الْأَحْوَالِ**) لأن حكم الفاسد حكم الصحيح في الضمان، والشبهة واحدة شاملة للجميع، وأشار الإمام في كتاب الكتابة إلى دعوى الإجماع فيه، وحكم الوطء بالشبهة الواحدة، كذلك بأن ظنها زوجته أو أمته، وظنته زوجها أو سيدها، وإنما اعتبر أعلى الأحوال؛ لأنه لو لم توجد إلا تلك الوطأة لوجب ذلك المهر العالي، فالوطآت الباقيات إذا لم توجب زيادةً، لا توجب نقصانًا، ولم يفرقوا بين العاقلة والمجنونة، والصغيرة وغيرها، ويظهر أنها لو كانت صغيرة أو مجنونة، وقلنا: لا عمل لها أن تتكرر؛ لأنه لا عبرة بتسليطها، وتسليط الولي لا يؤثر، إلا حيث جوزه الشرع.

فائدة: قيل في كلام الفوراني ما يقتضي جريان خلاف مع اتحاد الشبهة؛ لأنه حكى وجهين في تعدد المهر، فيما إذا وطئ المشتري من الغاصب مرارًا جاهلًا بالحال، وأبدى الإمام الجزم بالتعدد تفقهًا كما هو أحد الوجهين.

وقال بعضهم: لم أر خلافًا في اتحاد المهر عند تكرر الوطء في النكاح الفاسد، إلا في «التوسط» لأبي إسحاق المروزي، فإنه نقل عن الْمُزَنِي أنه قال: القياس أن عليه لكل وطء مهرًا، وردَّ عليه بالحديث: «**فإن مسها فلها**

قُلْت: وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ فَمَهْرٌ، فَإِنْ تَعَدَّدَ جِنْسُهَا تَعَدَّدَ الْمَهْرُ.
وَلَوْ كَرَّرَ وَطْءَ مَغْصُوبَةٍ أَوْ مُكْرَهَةٍ عَلَى زِنًا تَكَرَّرَ الْمَهْرُ.

المهر بما استحل من فرجها»[1] ولم يفرق بين وطء مرةً ومرارًا، وسقت كلامهما في «الغنية»، وسيأتي عن «الحاوي» الفرق بين ما إذا أدى المهر بعد الوطء، وما إذا لم يؤد.

قال: (**قُلْت: وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ فَمَهْرٌ**) أي: لشمول الشبهة، هكذا أطلقاه وغيرهما.

وفي «الحاوي» في كتاب الكتابة فيما إذا كرر وطء المكاتبة أنه إن أدى المهر قبل الوطء الثاني، وجب مهر جديد، وإلا فلا، قال: وكذا الحكم في الوطء في النكاح الفاسد، انتهى.

وما قاله حسن صحيح، وكذا قاله أصحابنا العراقيون، وسبق في وطء الأب جارية الابن، عن القاضي الحسين أنه يتعدد إذا تعدد المجلس؛ لأن حق الآدمي لا يتداخل، وهل يتعدد بتعدد الوطآت في المجلس الواحد؟ وجهان [فيه] وفي وطء المشتركة والمكاتبة، وإن في النكاح الفاسد في المجلس والمجالس لا يلزم به إلا مهر واحد.

قال: (**فَإِنْ تَعَدَّدَ جِنْسُهَا تَعَدَّدَ الْمَهر**) المراد: أنه لو تعددت الشبهة بأن ظنها زوجته أو أمته، ثم انكشف الحال، ثم ظنها زوجته، أو أمته ثانيًا، ووطئها، تعدد المهر؛ لتعدد سببه، وفي دخول ظن الزوجية في الكرتين في [لفظ] الكتاب بُعْد؛ لأن جنس الشبهة هنا واحد، والمهر يتعدد، وأناط هو التعدد بتعدد الجنس، فلو قال: فإن تعددت الشبهة بعد المهر، كما اقتضته عبارة «الروضة» كان أولى من ذكر الجنس؛ لما ذكرناه والأشبه، ولم أره نصًّا أنه لو وطئ في نكاح فاسد ظانًّا صحته، ثم علم فساده، فوطئ ثانيًا، وهي جاهلة، أو صغيرة، أو مكرهة، أنه يتعدد المهر.

قال: (**وَلَوْ كَرَّرَ وَطْءَ مَغْصُوبَةٍ أَوْ مُكْرَهَةٍ عَلَى زِنًا تَكَرَّرَ الْمَهْرُ**) أي: فيجب

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٣/ ٤٠٧)، والبيهقي (٧/ ٢١٥، رقم ١٤٠٠٧).

بكل وطء مهر؛ لأن الوجوب هنا بإتلاف، وقد تعدد.

واعلم أن كلام المصنف يفهم أن الحكم في المغصوبة فيما إذا لم تكن مكرهةً على زنا، وليس بجيد؛ لأنها إذا لم تكره دخل تحته المطاوعة على الزنا، وما إذا كان الوطء بشبهة؛ بأن جهل الغصب، أو ظن إباحتها، وهو ممن يقبل ذلك منه؛ لخفائه عليه لقرب عهده بالإسلام ونحوه، وعلى هذين التقديرين لا يتعدد المهر، أما في الأولى فعلى المذهب؛ لأنها بغي؛ اللهم إلا أن تكون ممن يخفى عليها كذلك [تحت أمير] ورؤية طاعة كل آمر، كما سيأتي في الجنايات أنه لا عبرة بجناية المأمور، الذي هذه صفته؛ بل الحكم منوط بأمره من كان.

وأما الثاني فيتحد المهر؛ لاتحاد الشبهة، فتعين الحمل على ما إذا أكره المغصوبة على الزنا، نعم، لو طاوعت؛ ولكن اختصت الشبهة بها دونه، فهنا يظهر التعدد في حقه؛ لأنه إتلاف محض من جهته بلا شبهة، وعن «التوسط» لأبي إسحاق المروزي أن من أصحابنا من يقول في المغصوبة عليه مهر واحد، كثر الوطء أم قل؛ لأنه سبب واحد؛ لكن لو غصبها فوطئها، ثم أرسلها، ثم غصبها ثانيًا فوطئها، كان عليه في كل مرة مهر؛ لأن السبب الأول غير الثاني.

قال أبو إسحاق: والوجهان محتملان، وثانيهما قيل مما تقدم عن الْمُزَنِي ساقط؛ لاتحاد السبب، انتهى.

تنبيه: ما جزم به المصنف في وطء المغصوبة من التعدد هو الصحيح، وحكى الإمام عن أبيه تردد في التعدد، فيما إذا أكرهها أو طاوعته، وقبل بالمهر.

قال: ولا معنى للتردد، والوجه القطع بالتعدد؛ لأن موجب المهر إتلاف منفعة البضع، لا شبهة تطرد، وهذا المعنى متعدد، ثم تنشأ مما ذكرته لطيفة تقضي الفقيه العجب منها، وهي أن الغاصب أو المشتري منه إذا وطئ على شبهة، وظن في التحليل، فيظهر تعدد المهر إذ عددناه مع العلم بالتحريم؛ إذ موجبه الإتلاف، ولا حاجة إلى إحالته على الشبهة، وهذا واضح لا خفاء به، انتهى.

وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءُ الْأَبِ وَالشَّرِيكِ وَسَيِّدٍ مُكَاتَبَةً فَمَهْرٌ، وَقِيلَ مُهُورٌ، وَقِيلَ إِنْ اتَّحَدَ الْمَجْلِسُ فَمَهْرٌ، وَإِلَّا فَمُهُورٌ والله أعلم.

وقد سبق عن الفوراني نقل وجهين فيما إذا وطئ المشتري من الغاصب جاهلًا بالحال؛ أحدهما موافق لما أبداه الإمام، وإذا جرى خلاف في التعدد، فيما إذا أكره الأَمَة المغصوبة، وليجز في إكراهه الحرة مرارًا، ووجه الاتحاد ساقط.

قال: **(وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءُ الْأَبِ وَالشَّرِيكِ وَسَيِّدٍ مُكَاتَبَةً فَمَهْرٌ)** لشمول الشبهة فيهن فتعم الوطآت.

(وَقِيلَ: مُهُورٌ)؛ لتعدد الإتلاف في ملك الغير مع العلم بالحال.

(وَقِيلَ: إِنْ اتَّحَدَ الْمَجْلِسُ فَمَهْرٌ، وَإِلَّا فَمُهُورٌ، والله أعلم) قاله الْبَغَوِي وغيره، وخصصوا الوجهين بما إذا اتحد المجلس، وسبق كلام القاضي الحسين في ذلك، والقلب إلى ما قاله أميل، وهو المختار الأقوى؛ لأن الظن والعقد مسوغان [الإقدام] وشبهة الإعفاف ليست مسوغة للإقدام، فإذا نهضت لدفع الجد، لم تنهض لدفع تكرر المهر، كما لم تنهض في دفع أصل المهر، وكذلك وطء الشريك والمكاتب.

ويبعد كل البعد إن قال: لو وطئ أَمَة ولده، ثم أغفل زمنًا طويلًا، ثم وطئها ثانيًا، إنه لا يجب عليه المهر، ولا سيما إذا كان قد تحلل غرامة المهر، كما جزم به الْمَاوَرْدِي وغيره.

وقال الإمام بن يحيى في «المحيط»: فإن وطئ الأب جارية الابن مرارًا، وجب مهور، فإنه عالم بالحال لا شبهة له في الحل، وفيه وجه آخر أن شبهة الأبوة متحدة مستمرة، فرجح التعدد.

تنبيه: متى قلنا: باتحاد المهر عند تعدد الوطآت راعينا أقصى الأحوال كما سبق، وقيد الْغَزَالِي وطء الأب بالنسبة إلى تعدد المهر، بما إذا لم يحصل بالأول إحبال وهو ظاهر؛ لأنها إذا أحبلها، وقلنا تصير أم ولد، فالوطء بعد ذلك يصادق ملكه.

فَصْلٌ

الْفُرْقَةُ قَبْلَ وَطْءٍ مِنْهَا، أَوْ بِسَبَبِهَا كَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا تُسْقِطُ الْمَهْرَ، وَمَا لَا كَطَلَاقٍ وَإِسْلَامِهِ وَرِدَّتِهِ وَلِعَانِهِ وَإِرْضَاعِ أُمِّهِ أَوْ أُمِّهَا يُشَطِّرُهُ.

قال: (**فَصْلٌ: الْفُرْقَةُ قَبْلَ وَطْءٍ مِنْهَا**) أي: كفسخها بعيبه، وأعتقها أقر باعتبار المهر، كذلك ردتها، وتخلفها عن الإسلام، أو إسلامه، وفيه شيء سبق في نكاح المشرك.

(**أَوْ بِسَبَبِهَا كَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَا تُسْقِطُ الْمَهْرَ**)؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة، أو هو وكأنها الفاسخة، وحكى الإمام قولًا ووهاه إن فسخها بالعنة لا يسقط شيئًا من المهر.

واعلم أن قضية كلام الجمهور أنه لا فرق في فسخه بعيبها بين المقارن للعقد، والحادث بعده، وذكر **الْمَاوَرْدِيُّ** في «باب المتعة» أن المقارن يسقط المهر بخلاف الحادث، وإن انفسخ بالحادث كالطلاق، وحيث قال في الفرقة [الصادرة من جهة الزوج]: الخامس الفسخ بالعيوب، فإن كان ذلك دفعًا للعقد؛ لتقدمه فلا متعة؛ لأن ما أسقط المهر كان إسقاطه للمتعة أولى، وإن كان قطعًا للعقد لحدوثه بعده [فهو في وجوب المتعة] كالطلاق؛ لأنه لما لم [يسقط به المهر] لم تسقط به المتعة، انتهى. والمعروف عدم الفرق.

قال: (**وَمَا لَا**) أي: وما لا يكون منها، ولا بسببها.

(**كَطَلَاقٍ وَإِسْلَامِهِ وَرِدَّتِهِ وَلِعَانِهِ وَإِرْضَاعِ أُمِّهِ أَوْ أُمِّهَا يُشَطِّرُهُ**) أما في الطلاق فلقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي: فلكم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] وأما الباقي فقياسًا.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه لا فرق في التشطير عندنا بين المسمى في العقد والمفروض بعده، ومهر المثل الواجب بالتسمية الفاسدة، أو بوطء المفوضة.

وقوله: (**كَطَلَاقٍ**) يدخل فيه البائن، والرجعي، والخلع؛ لأنه إن كان مع غيرها فواضح، أو معها فالمغلب فيه جانبه؛ لأنه يستقل بمقصوده الأصلي وهو الفراق، وسواء جعلنا الخلع طلاقًا، أو فسخًا.

ثُمَّ قِيلَ: مَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنَّ لَهُ خِيَارَ الرُّجُوعِ، وَالصَّحِيحُ عَوْدُهُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ، ......

قال الإمام في «باب المتعة»: ومن أصحابنا من يتماري في التشطير إذا جعلناه فسخًا، وسواء الطلاق الواقع باختيارها؛ بأن فوضه إليها، فطلقت نفسها، أو علقه في فعلها ففعلت غيره، واختلف كلام الْمَاوَرْدِيِّ، وكلامه في باب المتعة يقتضي ذلك، وذكر في باب عتق الأَمَة أنه إذا علق الطلاق بمشيئتها، أنه يسقط المهر، وهو غريب، وقياسه طرده في كل فعل من جهتها علق به الطلاق، كالدخول وغيره، فيفعله عن قصد.

وقوله: (وإسلامه) أي: أسلم بنفسه، أم حكم بإسلامه؛ تبعًا لابنه، وعن الشيخ أبي علي نقل وجهين في الثانية: أحدهما: سقوط المهر؛ لأنه اختيار له في الفرقة، وأجريا في إسلامها؛ تبعًا لأحد أصولها.

فروع وتتمات: وقوله: (وردته) أي: وكذا ردتهما على الأصح، وقال الفارقي: الصحيح سقوط جميع المهر؛ لأن جانبها هو المغلب في المهر، لو دَبَّتْ زوجته الصغيرة فارتضعت من أمّه رضاعًا حرمها لم تستحق الشطر على الأصح؛ لانفساخه بفعلها، وقيل: تستحقه؛ لأنه لا عبرة بفعلها.

وحكى الْغَزَالِيُّ عن الأصحاب التشيطر فيما إذا طيرت الريح نقطة لبن من الخامسة إلى فيها، فابتلعتها، ولو زوج أَمَته بعبده ثم أعتقها أو أحدهما ثم طلق قبل الدخول، فلا تشطير؛ إذ لا مهر على الزوج، وسبق في نكاح المشرك أنه لو نكحها على مسمى صحيح، ثم منعها إياه قهرًا، أو بملكها، ثم أسلما، فلا شيء لها، وحينئذٍ لو طلق في الإسلام قبل دخول بها فلا شطر؛ إذ لا مهر.

واعلم أنه لا يرد على المصنف قتل الزوجة نفسها، أو الزوج نفسه، وما أشبه ذلك؛ لأن المراد هنا ارتفاع النكاح مع بقائهما.

قال: (**ثُمَّ قِيلَ: مَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنَّ لَهُ خِيَارَ الرُّجُوعِ، وَالصَّحِيحُ عَوْدُهُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ**) أي: للآية المتقدمة، وهذا هو المشهور، ونقله الشيخ أبو حامد عن نصِّ الشَّافِعِي، وبالأول قال أبو إسحاق، وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي أنه قول للشافعي، وأن أبا إسحاق اختاره، ويوافقه قول القاضي أبي الطيب في

فَلَوْ زَادَ بَعْدَهُ فَلَهُ.

«المجرد» حيث قال: ومتى يملكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملكه بالطلاق.

والثاني: يملكه بالاختيار.

وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي، وإليه ذهب أبو إسحاق في «الشرح»، ثم نقل عنه أنه قال في «الشرح»: لو دبرت العبد ثم طلقها قبل الدخول أن فيه ثلاثة أوجه لأصحابنا، إلى أن قال: والثالث لا يرجع على القولين جميعًا؛ لأن الطلاق لا يزيل ملكها عنه على الظاهر من مذهب الشَّافِعِي، انتهى.

وزيفه الإمام، وفي لفظ «المختصر» ما يوهم مقالة ثالثة، وهي ألا تملكه إلا بقضاء القاضي، ونقل الرَّافِعِي عن بعضهم أنه حكاه قولًا قديمًا، ومنهم من حكاه وجهًا.

قال: وامتنع [الجمهور][1] من إثباته قولًا ووجهًا، وقال الإمام بعد ذكره ذلك عن رواية شيخه، وهذا وإن كان يقصد بظاهر النص، فهو وهم وغلط لا شك فيه، ولا يليق بمذهب الشَّافِعِي ألبتة، ونقل القاضي أبو الطيب في «المجرد» اتفاق الأصحاب على أنه لا يفتقر إلى حكم الحاكم، وأنهم تناولوا النص، فذكرها مما يطول ذكره.

قال مفرعًا على الصحيح: (**فَلَوْ زَادَ بَعْدَهُ**) أي: بعد الطلاق.

(**فَلَهُ**) أي: بينهما سواء كانت الزيادة منفصلة أو متصلة؛ لأنها حدثت من الملك المشترك، وعلى هذا قال الْمَاوَرْدِي: في ضمان الزيادة عليها وجهان مخرجان من القولين في ضمان الولد الحادث في يد الزوج قبل القبض، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: الذي نصَّ عليه الشَّافِعِي أنه مضمون عليها، سواء طالبها بالتسليم أو لا، وسمعت بعض أصحابنا يقول: فيه وجه آخر أنه أمانة، إلا أن يمتنع من التسليم إليه بعد المطالبة به، وعلى هذا لو تلف الكل في يدها، فلا ضمان عليها، انتهى.

---

(١) في نسخة: (المعظم).

وَإِنْ طَلَّقَ وَالْمَهْرُ تَالِفٌ فَنِصْفُ بَدَلِهِ مِنْ مِثْلٍ أَوْ قِيمَةٍ.

وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهَا، فَإِنْ قَنِعَ بِهِ وَإِلَّا فَنِصْفُ قِيمَتِهِ سَلِيمًا، ....

تنبيه: وقضية كلام المصنف أن الشطر يرجع إلى الزوج، سواء كان هو المصدق أو أصدق أبوه عنه من مال نفسه، أو أدى عنه في صغره، أو كبره، أو أداه عنه أجنبي، وهو المذهب الذي أورده أكثر العراقيين وغيرهم، ونصَّ عليه في «الإملاء» نصًا صريحًا، فلا يعتبر بترجيح الإمام، ولا بتفصيل غيره، والله أعلم.

قال: (**وَإِنْ طَلَّقَ وَالْمَهْرُ تَالِفٌ**) أي: حسًا أو حكمًا.

(**فَنِصْفُ بَدَلِهِ مِنْ مِثْلٍ**) أي: إن كان مثليًا.

(**أَوْ قِيمَةٍ**) إن كان متقومًا؛ لأنه لو كان باقيًا لأخذ نصفه، فإذا فات رجع بنصف بدله كرد المبيع بعيب وغيره، هذا ما نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

وفي «بيوع الحاوي» ما يقتضي أن المثل إنما يضمن بمثله في الغصب لا في البيع ونحوه، فقياسه أن يضمن هنا بالقيمة مطلقًا.

قال: (**وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهَا، فَإِنْ قَنِعَ بِهِ**) أي: فلا كلام ولا أرش له، وفيه شيء يأتي، (**وَإِلَّا فَنِصْفُ قِيمَتِهِ سَلِيمًا**) لأنه لا يلزمه الرضا بالعيب، فله العدول إلى بدله، وقوله: «وإلا فنصف قيمته» يشمل المثل والمتقوم، والقياس أنه يرجع في المثلي إلى نصف مثله، فالظاهر أنهم إنما اقتصروا على ذكر القيمة؛ حيث مثلوا المسألة بالمتقوم، فقالوا: كعمى العبد ونسيانه الحرفة ونحو ذلك، وهنا كلمتان:

الأولى: قال أصحابنا: وليس له الرجوع فيه معيبًا، أو يغرمها أَرْشَ البعض، كما لو تعيب المبيع في يد البائع، فإنه يتخير بين الإجارة بلا أرش، والفسخ واسترداد الثمن، وأبدى الإمام احتمالًا في وجوب الأرش هنا، جعله الْغَزَالِي وجهًا في المسألة، وسيأتي نقله له رواية عن سماعه عن الإمام، وأيد بعموم قول الشيخ أبي علي: إن كل موضع لو تلفت العين، كانت مضمونة بالقيمة، إذا تلف البعض، كان مضمونًا، إلا في الزكاة، قد يشير إلى الخلاف قول القاضي أبي الطيب في «المجرد»: فإن رجع في نصفه ناقصًا، فهل له

أرش النقصان؟ المذهب الذي نصَّ عليه الشَّافِعِي أنه لا أرش له، إلا أن يحدث النقص بعد رجوعه في النصف، هذا لفظه.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن طلب بدل حقه منه، أجيب إليه، وإن طلب أخذه ناقصًا، فوجهان كالوجهين فيما إذا بدلته زائدًا زيادةً متصلة، هل يلزمه قبوله؟ وهذا غريب، وإذا ضم هذا الوجه إلى ما سبق، خرج في المسألة ثلاث مقالات.

واعلم أن المسألة المستشهد بها من البيع، قال في «الروضة» تبعًا للرافعي في [فصل] موانع الرد إذا كان الثمن بعد رد المبيع ناقصًا، لم يغرم الأرش على الأصح، كما لو زاد زيادةً متصلة بأخذها مجانًا.

قلت: وفي الصداق من «البسيط» أن مقابله هو الظاهر من المذهب، ثم ذكر في زيادة له آخر الباب، قال الْقَفَّال والصيدلاني وآخرون: لو اشترى ثوبًا وقبضه، وسلم الثمن، ثم وجد بالثوب عيبًا قديمًا، فرده فوجد الثمن معيبًا ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع، فأخذه ناقصًا، ولا شيء له بسبب النقص، وفيه احتمال لإمام الحرمين، ذكره في باب تعجيل الزكاة، انتهى.

وهذا السياق في الموضعين يفهم انحصار حقه في أخذه بلا أرش، فإنه ليس له تركه، وطلب بدله سليمًا [وادعى بعض مصنفي المتأخرين] أنه المذهب في مسألة البيع، وفي إثباته وجهٌ نُظِر، والوَجْهُ حَمْلُ ذلك على أنه يأخذه ناقصًا، إن أراد أخذه، وأما إن لو أراد تركه، وطلب بدله فله ذلك قطعًا، وعلى التخيير اقتصر الْغَزَالِي في أواخر الغصب، وعبارة الإمام في أواخر «النهاية» عن الوجهين عن الشيخ أبي علي:

أحدهما: أنه يتخير بين أن يأخذ بدله، أو يأخذه ناقصًا، ولا شيء له.

والثاني: أن له أخذه مع الأرش، ومال إليه وعضده بما ذكروه في التحالف من غرامة الأرش بعد الانفساخ.

وقال في «البسيط»: وسمعت الإمام في التدريس يقول: مِنْ أصحابنا مَنْ

....

ذكر وجهًا في الصداق في مسألة الفسخ أنه يطالب بالأرش، ومن الصداق في الفسخ وجهًا أنه لا مطالبة، والظاهر الفرق، ولست واثقًا بهذا النقل، فإني لم أصادفه في مجموعه، يعني: «النهاية»، وإذا جريت على ما أفهمه كلام «الروضة» و«أصلها» من انحصار الحق في المبيع فيه اتجه جريان مثله في الصداق، وبل أولى؛ لأن عدم الضمان في الصداق أظهر، وكذلك اختلفوا في كونه أمانة بعد الطلاق، بخلاف البيع بعد الفسخ، وإذا ضم ذلك إلى المقالات الثلاث السابقة، صارت أربعة.

الثانية: قول المصنف: «وإلا فنصف قيمته سليمًا» عبارة الْغَزَالِي: قيمة النصف، قال الرَّافِعِي: العبارة القوية أن يقال: نصف قيمة السليم، وفرق بين نصف قيمة الكل، وقيمة نصف الكل، فإذا قومنا النصف، نظرنا إلى جزء من الجملة، وذلك ما يوجب النقصان، فإن التنقيص عيب، انتهى.

وهذا الفرق بين القيمة وقيمة النصف صحيح بلا شك؛ لكن الواجب له بالطلاق نصف الصداق، وقد تعذر أخذه، فيأخذ قيمته، وهو قيمة النصف، لا نصف القيمة، والظاهر أن عبارة الْغَزَالِي أقوم؛ بل هي الوجه، لا كما ظنه الإمام الرَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ تعالى - وقال في «أصل الروضة»: إذا امتنع الرجوع إلى نصف الصداق، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص، ولا يقال: يرجع بقيمة النصف، ووقع في كلام الْغَزَالِي، وهو تساهل في العبارة، والصواب ما ذكرناه، انتهى.

ولم يصنع شيئًا، وكلامهما كلام من لم ينقب على المسألة، ولا يتبع كلام الشَّافِعِي وأصحابه فيها، قال الإمام في «النهاية»: تساهل الأصحاب في إطلاقهم أنه تجب نصف القيمة، مرادهم إيجاب قيمة النصف، وهو أقل من نصف القيمة في أكثر الأحوال؛ لأجل التنقيص، انتهى.

وقد تتبعت المسألة فوجدت الشَّافِعِي والأصحاب تارةً يعتبرون بقيمة النصف، وتارةً بنصف القيمة، قال الشَّافِعِي في «الأم» في باب من دفع الصداق وطلق قبل الدخول ما لفظه: وكل ما قلت يرجع بمثل نصف قيمته، فإنما هو يوم

وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهَا فَلَهُ نِصْفُهُ نَاقِصًا بِلَا خِيَارٍ، فَإِنْ عَابَ بِجِنَايَةٍ وَأَخَذَتْ أَرْشَهَا فَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نِصْفَ الْأَرْشِ.

يدفعه، ولا ينظر إلى نقصانه بعد ولا زيادته؛ لأنها كانت مالكةً يوم وقع العقد، رضا منه يوم وقع القبض [وإن طلقها] فنصفه قائمًا أو قيمة نصفه مستهلكًا، وعبر في كتاب الرضاع من «الأم» بقيمة النصف في موضعين، هكذا رأيته في المواضع الثلاثة من «الأم» في أصل معتمد، ونقله القمولي وغيره عن نصه في «الأم»، وأما الأصحاب فعبر بقيمة النصف صاحب «المهذب»، والمحامليُّ في «المقنع»، ولفظه في المعيب: وإن شاء رجع إلى قيمة نصفه.

وكذا عبَّر القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وسليم الرازي في «مجرده» في موضعين، وصاحب «الشامل» و«التتمة» في آخر فصل التشطير، والْقَفَّال في موضع من «الفتاوى»، والْعِمْرَانِي في كتاب الخلع وغيرهم، والشَّافِعِي في مواضع كثيرة عبر بنصف القيمة، وكذلك الْغَزَالِي والإمام، وهو كما حقق الإمام يسمح، والحق ما حققه الإمام والْغَزَالِي مع ظهوره، ألا [ترى] أن الشريك المعتق يغرم لشريكه قيمة النصف لا غير، والعجب أن المصنف في وصايا «الروضة» أنكر على الرَّافِعِي ما جعله هو هنا الصواب، فقال: قد كرر الإمام الرَّافِعِي نصف القيمة في هذه المسألة، والقياس: أن تجب قيمة النصف، وهي أقل؛ لأنه إنما أتلف نصفًا، انتهى.

وهذا هو الصواب، ونقل المصنف كلام الإمام في «النهاية» في كلامه على هبة نصف الصداق في «التنقيح»، ولم يذكر سواه، وهو الحق كما قال الإمام، وهذه المسألة مما تعم به البلوى في أبواب كثيرة، فلذلك أمعنا في تحريره.

قال: (**وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهَا**) أي: بآفة سماوية.

(**فَلَهُ نِصْفُهُ نَاقِصًا**) أي: و(**بِلَا خِيَارٍ**) له، ولا أرش، سواء كان في يده، أو يدها؛ لأنه حالة نقصه كان من ضمانه دونها.

قال: (**فَإِنْ عَابَ بِجِنَايَةٍ وَأَخَذَتْ أَرْشَهَا فَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نِصْفَ الْأَرْشِ**) لأنه

وَلَهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ، ....

بدل الفائت، فقام مقامه، والثاني: لا، كزيادة منفصلة، هذا في حياته الأجنبي، أما لو كانت بجناية الزوج، أو بجنايتها، فلا يخفى حكمه مما سبق في إتلاف جميعه، وتَعَيُّبَ المبيع قبل القبض.

فرع: لو كان النقصان نقص حر، بأن أصدقها إناءين، فانكسر أحدهما، قال في «الأم»: ففيه قولان: **أحدهما**: أنه يرجع بنصف قيمتها، إلا أن يشاء أن يكون شريكًا لها في الباقي، ويضمنها نصف قيمة المستهلك.

والآخر: أنه شريك في الثاني، ويضمنها نصف قيمة المستهلك، لا شيء له غير ذلك، وهذا أصح القولين، انتهى.

وفي قولٍ ثالث: إنه يأخذ الباقي بحقه، إن تساوت قيمتهما، وخصَّ **الْمَاوَرْدِي** الأقوال بما إذا كان الصداق غير متماثل الأجزاء، واقتصر المتماثل على أنه أخذ النصف من الباقي، وهذا القسم يفهمه ما يأتي آخر الفصل من قوله: ولو وهبته النصف.

قال: (**وَلَهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ**) أي: كثمرة، ولبن، وكنسب، وأجرة، وولد، سواء حدثت في يده، أو يدها؛ لأنها جرت في ملكها، فلا تتبع الأصل، كما في رد المبيع بالعيب، ويرجع بنصف الأصل.

نعم، يستثني من ذلك ما إذا كانت ولد أمه طفل، فليس له ذلك، بل يرجع بقيمة النصف، نصَّ عليه في «الأم» وبه صرح **الْبَنْدَنِيجِي**، وأبو الحسن الماسرجسي، وأصحاب «الشامل»، و«التتمة» و«البيان» وغيرهم، قالوا: فإن رضيت الزوجة [برجوعه] بنصف الأم، فكالتفريق بالبيع.

قال **الْعِمْرَانِيُّ**: وحكى الشيخ أبو حامد أن «**الْبُوَيْطِي**» قال: وفيه قول آخر، أنهما [تباعان] ويكون لها ثمن الولد، ونصف ثمن الأم، و[الزوجة نصفه، والأول][1] هو المشهور، انتهى.

ولفظه في «الأم»: لأن ولد الأمة، إن كانوا معها صغارًا، يرجع بنصف

---

(١) في نسخة: (للزوج نصفه).

وَلَهَا خِيَارٌ فِي مُتَّصِلَةٍ، فَإِنْ شَحَّتْ فَنِصْفُ قِيمَةٍ بِلَا زِيَادَةٍ، ....

قيمتها؛ لئلا يفرق بينها وبين ولدها في اليوم الذي يستخدمها فيه، قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»، ومن أصحابنا، من قال: يجوز ذلك [استحقاقًا بالشرع](١) وليس بعقد، وإنما يجوز التفريق بينهما بعقد مبتدأ، فإن لم يكن هناك مرضعة.

[قال أصحابنا]: يكون الرجوع في نصف القيمة، فإن لم يكن لها مال، ودفع إليه نصف قيمة الأم، فإن قال الزوج: أنا آخذ نصف [الأم] بشرط ألا أفرق بين الأم والولد، كان له ذلك، هذا كلام «المجرد» في كون ذلك له نظر، إلا أن يقال: يلزمه بالوفاء بشرطه، ويجبره عليه، وفيه بُعد.

قال: (**وَلَهَا خِيَارٌ فِي مُتَّصِلَةٍ**) أي: كالسمن، وتعلم قرآن، وحرفة، ونحوها.

(**فَإِنْ شَحَّتْ فَنِصْفُ قِيمَةٍ بِلَا زِيَادَةٍ**)؛ لأن الزيادة غير مفروضة، ولا يمكن الرد دونها، فجعل المفروض كالهالك.

إشارات: قوله: «فنصف قيمة» فيه ما سبق، [والجهد فقيمة النصف] وهنا ذكر [الْغَزَالِي، و] الرَّافِعِي ما قدمناه وحررناه جزمًا هنا، بأن يعلم القرآن، والحرفة زيادة متصلة، وسبق عنهما في الفلس اضطراب في ذلك، فراجعه، نعم، الصداق فارق غيره، فإن الزيادة المتصلة لا تمنع الرجوع في [جميع](٢) الأبواب، إلا في الصداق خاصة، وفرقوا بفروق في بعضها نظر! منها: أن الفسخ [إن قلنا] يرفع العقد من أصله فواضح، أو من حينه، فالفسوخ يحكي العقود، ومحمولة عليها، والتشطر بالطلاق ليس بفسخ، بل ابتداء ملك ثبت، فما فرض صداقًا، وليست الزيادة مما فرض، فلا يعود إليه شيء منها.

وفرق أبو إسحاق المروزي بين مسألتنا والمفلس، فإنا لو منعنا غريمه، لم يسلم له الثمن؛ لمزاحمة الغرماء، وهاهنا تسلم له القيمة بتمامها، وليس في

---

(١) في نسخة: (لأن ذلك استحقاق ورد بالشرع).

(٢) في نسخة: (سائر).

وَإِنْ سَمَحَتْ لَزِمَهُ الْقَبُولُ.

وَإِنْ زَادَ وَنَقَصَ كَكِبَرِ عَبْدٍ وَطُولِ نَخْلَةٍ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ مَعَ بَرَصٍ، فَإِنِ اتَّفَقَا بِنِصْفِ الْعَيْنِ، وَإِلَّا فَنِصْفُ قِيمَةٍ، ....

العدول عن العين إلى القيمة كثير ضرر، واعتمد الجمهور الفرق الأول، وذكر الأصحاب فروقًا أُخر، لا نطيل بذكرها.

وحكى الْمَاوَرْدِيُّ فرق أبي إسحاق عنه، وعن ابن سُرَيْج، قال أبو إسحاق تفريعًا على فرقه، ووافقه القاضي الحسين: لو كانت مفلسة رجع في الأصل مع الزيادة المتصلة من غير رضاها، وقال الجمهور: لا رجوع له إلا برضاها، ورضا الغرماء.

وحكى الإمام وجهًا أن كونها محجورة يمنع الرجوع في التشطير، وإن كان باقيًا بحالة بلا زيادة، لتعلق حق الغرماء [فيه](١) قبل الطلاق، وقال: إنه ظاهر كلام الأصحاب.

قال الرَّافِعِيُّ: وحكم الفرقة المقتضية للتشطير بالنسبة إلى الرواية حكم الطلاق. قال: (وَإِنْ سَمَحَتْ) أي: بالزيادة.

(لَزِمَهُ الْقَبُولُ) أي: على الصحيح؛ لأنه حقه مع زيادة لا تتميز، والثاني: لا للمنة، ولم يفرقوا بين زيادة وزيادة، واغتفار كون السمن، وكِبَر الطفل والشجر زيادة ونحوها واضح، فأما تعلم الكتابة، والقرآن، والصنعة النفسية، كالمنة فيه عظيمة، ثم إن كانت محجورة بفلس، فلا بدَّ من رضا الغرماء معها أيضًا.

قال: (وَإِنْ زَادَ وَنَقَصَ كَكِبَرِ عَبْدٍ وَطُولِ نَخْلَةٍ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ مَعَ بَرَصٍ، فَإِنِ اتَّفَقَا بِنِصْفِ الْعَيْنِ) أي: في الرجوع بنصف العين، فذاكَ إذ الحق لا يعدوهما، ولا شيء لأحدهما على الآخر، وإن لم يتفقا على ذلك.

(وَإِلَّا فَنِصْفُ قِيمَةٍ) أي: ولا إجبار على الرضا بالعين هي لأجل الزيادة، وهو لأجل النقصان.

---

(١) في نسخة: (به).

وَزِرَاعَةُ الْأَرْضِ نَقْصٌ، وَحَرْثُهَا زِيَادَةٌ، ....

إشارات: قوله: (ككبر عبد) أطلق، وقد يكون كبره زيادة محضة؛ بأن يكون ابن سنة مثلًا صار ابن خمس، أو سبع، ومراده الكبر المنقص من وجه بأن يبلغ، فلا يصلح للدخول على الْحَرِيم، وإن زاد من جهة قوته على العمل والسفر، وقد يكون شابًا فيهرم، وهذا نقص محض كما إن ترعرع الرضيع ونحوه زيادة محضة، وقوله: (وطول نخلةٍ) عبارة عن قول «المحرر» وإن قلت الشجرة - وهي الجيد - فإن طولها قد يكون زيادة؛ بل الغالب أن الطول يكون زيادة؛ لأنه يكون قبل الهرم، وعبارة الشيخ أبي محمد وغيره، فاستعلاء الشجر زيادة، ما لم يصر قَحَامًا، وعبر في «الروضة» بكبرها، والمراد بكبرها: قوّتها من الهرم؛ لأنه يقل حملها، ويكسر خطئها، قوله: (فنصف قيمة) [فيه] ما تقدم مرات.

واعلم أنه ليس الاعتبار بزيادة القيمة؛ بل كل ما حدث، وفيه فائدة ومنفعة مقصورة، فهو زيادة من ذلك الوجه، وإن انتقصت القيمة من ذلك الوجه، كما في كبر العبد.

قال: (وَزِرَاعَةُ الْأَرْضِ نَقْصٌ) أي: محض؛ لأنها تستوفي في قوة الأرض غالبًا، ويبقى زرعها إلى الحصاد، فيصرف المدة إلى الزرع، وعن «الأم»: أن الزراعة [تارة] تكون زيادة، وتارة تكون نقصًا.

وحكى الْمَاوَرْدِيُّ في كونه نقصًا وجهين، وسيأتي في كلام القاضي أبي الطيب ما يقتضي أنه قد لا يكون نقصًا إذا لم تنقص به القيمة.

قال: (وَحَرْثُهَا زِيَادَةٌ) أي: إذا كانت معدّة للزراعة، كما قيده في «المحرر» و«الشرحين» وعبارة «الروضة»: إن كانت معه للزراعة فزيادة محضة، أو للبناء فنقص محض، وصوبنا في «الغنية» على إطلاق «المنهاج»، ويجوز حمله على ذلك، ويكون الضمير في قوله: وحرثها عائد إلى الأرض المعدة للزراعة؛ لدلالة [وقد] تقدم ذكر الزراعة.

واعلم أن حرث الأرض المعدّة للزراعة قد يكون نقصًا كفعله في غير أوانه، كما يقوله الأكثرون، فلا يصح إطلاق القول بأنه زيادة؛ بل هو خارج

على الغالب، إذا عرفت هذا، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف الأرض، وترك الزرع إلى حصاده، فذاك، قال الإمام: وعليه إبقاؤه بلا أجرة؛ لأنها زرعت ملكها الخالص، وإن رغب فيها الزوج، وامتنعت، أجرت عليه، وإن رغبت هي في دفع نصف الأرض وحده فله الامتناع، وطلب قيمة نصف الأرض، فلو بذلت الزرع معه، فقيل: إنه على الخلاف الآتي في الثمن، وقيل: لا يجبر قطعًا، والمرجح هنا عدم الإجبار.

وقال الْعِمْرَانِي: قال الشيخ أبو حامد: يجبر على المذهب، كما قلنا: [تجبر] في بذلها نصف الثمرة، انتهى.

ولو طلق بعد الحصاد، وبقي في الأرض أثر العمارة، وكانت تصلح لما لا يصلح له قبل الزراعة، فهي زيادة محضة، فلا يرجع إلا برضاها، وحكم الغرس حكم الزرع؛ لكن لو أراد الرجوع في نصف الأرض وترك الغراس.

قالا: ففي وجهٍ: لا يجاب إليه؛ لأنه للتأبيد، وإبقاؤه في ملك الغير ضرر، ولو ابتدرت إلى قلعها بعد الطلاق، فإن بقي في الأرض نقص كما هو الغالب، ففي خياره، وإن لم يبق نقص انحصر حقه في الأرض، هذا ما أورده الرَّافِعِي تبعًا لجماعة من المراوزة، وفي كلام العراقيين ما يخالفه.

قال الشيخ أبو حامد والمحاملي وآخرون: ينظر إن لم تكن الأرض نقصت بالزرع والغراس، بأن كانت قيمتها قبلهما بمائة وبعدها مائة مفردة عنهما، فهذا صداق زائد لا نقص فيه، فإن بذلت له نصف الأرض مع الزرع، أجبر على قبوله، وإن نقصت قيمتها بأن صارت تساوي منفردة عنهما تسعين، فهذا صداق ناقص من وجه؛ لحصولهما فيه، فإن تراضيا على الرجوع في نصفه جاز، وأيهما امتنع لم يجبر.

وقضية هذه الطريقة أنه ليس له الرجوع في نصف الأرض لغير رضاها، وعلى هذه الطريقة ينطبق كلام ابن أبي هريرة، وصاحب «الإيضاح»، والقاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، والجرجاني، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» شاهد لهذه

....

الطريقة، وكلامهم يدل على أن اتصال الزرع بالأرض، كاتصال الثمرة بالشجرة، حتى يأتي في الرجوع في الأرض دون الزرع جميع الأقسام المذكورة في الرجوع في الشجر دون الطلع سواء بسواء، نعم بذل الزرع هنا مع الأرض يخالف بذل الثمرة مع الشجرة، إذا كان منقصًا للأرض، وإن كان غير منقص، فكذلك عند ابن الصباغ لا يجبر على قبوله هنا، وإن أجبر على قبول نصف الثمرة مع النخل؛ لأن الثمرة حادثة من غير الصداق، ومتولدة منه، بخلاف الزرع، فإنه ملكها أودعته الأرض.

وسوى ابن أبي هريرة بينهما، وحكى في قبول الثمرة والزرع وجهين، وسبق عن أبي حامد أنه يجبر على المذهب، وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: حكم الزرع والغراس واحد، فإن كانا قد نقصا قيمة الأرض، فهما نقص من وجه وزيادة من وجه، وإن لم ينقصاها، وكانت قيمتهما معهما كما كانت، فيكون فيها التفاصيل التي ذكرناها في الطلع، فإن بذلت له نصف الأرض مع نصف الغراس، أو مع نصف الزرع، فإن كانت قيمة الأرض قد نقصت، لم يجبر على قبوله، وإلا فوجهان كما ذكرنا في الثمر، انتهى.

وقضية تصحيح الإجبار كما قاله في الثمر، وسلك الْمَاوَرْدِي طريقًا فيها بعض المخالفة لكلام العراقيين، لا نطيل بذكرها.

فرع: اعلم أن ظاهر كلام الرَّافِعِي و«الروضة» أن الراجح أن له الرجوع في الأرض، في مسألة الغراس بغير رضاها، ونقلا وجهًا أنه لا رجوع كما سبق، وهما متبعان الْبَغَوِي في ذلك، وقضية كلام العراقيين أبي حامد، ومن تبعه الجرجاني في «الشَّامِل» والْمَاوَرْدِي، وآخرين، أنه ليس له الرجوع في الأرض بغير رضاها، فإن حقه في القيمة، ووافق الْمزَنِي هنا على ذلك، ولم يذكروا وجه الرجوع في الأرض المغروسة أصلًا، وممن وافقهم على ذلك: الْمُتَوَلي، والشيخ أبو محمد في «شرح العيون» وكلام الشَّافِعِي في «الأم» في الزرع، يدلُّ على ذلك فهو المذهب، لما عليها في ذلك من الضرر، يكون شجرها في ملكه، وتختلف الأيدي عليها، وقد يدعي على تطاول الزمان

وَحَمْلُ أَمَةٍ وَبَهِيمَةٍ زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ. وَقِيلَ: الْبَهِيمَةُ زِيَادَةٌ، ....

نصف الشجر فيصدق، لكون الأرض بينهما، والله أعلم.

ولا عليك من إيراد القاضي الحسين، والإمام أن له الرجوع في نصف الأرض المغروسة، كما اقتصر عليه في الأرض المزروعة، مع هذا النقل وظهور الفرق.

قال: (**وَحَمْلُ أَمَةٍ وَبَهِيمَةٍ زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ**)، أما الزيادة فتوقع الولد، وأما النقص فمن جهة حصول الضعف في الحال، وقلة العمل [والحمل] وخشية الموت بالولادة، وأطلق الْغَزَالِي في «الخلاصة» إنه نقصان، والمشهور الأول، ولا فرق بين الأمة والبهيمة على المذهب المنصوص.

قال: (**وَقِيلَ: الْبَهِيمَةُ زِيَادَةٌ**) أي: محضة؛ لأنه لا يهلك غالبًا، بخلاف الإماء، واختاره الْغَزَالِي، أنه زيادة محضة فيما لا يوكل غير الإماء.

وحكى في «البسيط» عن الإمام: إنه نقصان في المأكولة، فإن لم تكن مأكولة فالمرأة الواحدة لا يظهر أثرها في القوة فإذا تكرر أثر، انتهى.

وكنت أودّ لو فصَّل [بين] ما يقصد منه النسل من الخيل العناق، والنجب والنفيسة، فيكون الحمل زيادة [نظر إلى المقصود الأعظم منه] وما يكون المقصود الأعظم منه العمل، والحمل [فالخيل فيه نقض متأخر، وكذلك الأمة التي لا تراد إلا للتسري] فيها نقص بحكم العادة بخلاف غيرها، فهو زيادة ونقص.

وحكي قول: إنه لا حكم للحمل؛ بناء على أنه لا يعرف، فيجبر على قبول نصفها إذا رضيت برجوعه فيها، وقضية إجبارها أيضًا إذا رغب فيها.

فرع: حملت الأمة في يده، ثم طلق، فلها الخيار بين إعطائه نصفها حاملًا، وبين إعطائه قيمة نصفها حاملًا، وبين فسخ الصداق، والرجوع بنصف مهر المثل على الجديد، وإلى قيمة نصف الأمة على القديم، ولو حملت في يده، ثم وضعت في يدها، وحصل نقص بالولادة، فهل يحال النقص على الحمل حتى تضمنه؟ أو على الولادة؟ فيكون من ضمانها وجهان.

وَإِطْلَاعُ نَخْلٍ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ. وَإِنْ طَلَّقَ وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ لَمْ يَلْزَمْهَا قَطْفُهُ، فَإِنْ قَطَفَتْ تَعَيَّنَ نِصْفُ النَّخْلِ، وَلَوْ رَضِيَ بِنِصْفِ النَّخْلِ وَتَبْقِيَةِ الثَّمَرِ إِلَى جِدَادِهِ أُجْبِرَتْ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِيرُ النَّخْلُ فِي يَدِهَا، ....

قال: (**وَإِطْلَاعُ نَخْلٍ**)؛ أي: ونحوه بعد الإصداق.

(**زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ**) أي: فيمنع الرجوع القهري؛ لأنها زيادة حصلت في ملكها، لا حق له فيها، ثم إن كان الطلع لم يؤبر فزيادة غير متميزة على المذهب، فيجبر على قبول الطلع والنخل، إذا رضيت بذلك على المذهب؛ كالسمن، ومنهم من جعل الطلع كالثمرة المؤبرة، كما سيأتي.

قال: (**وَإِنْ طَلَّقَ وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ**)؛ أي: حدث طلعه بعد الإصداق.

(**لَمْ يَلْزَمْهَا قَطْفُهُ**)؛ أي: ليرجع إلى نصف الشجر، بل يستحق بقاؤه إلى الجذاذ، نعم، لو طلقها، وقد استجد لزمها جذاذه؛ ليأخذ نصف الشجر، ولينظر فيما لو جرت العادة بقطعه، أخضر كالحصرم، هل [تكلفا][(١)] قطعه لذلك؟ أم لها تأخيره إلى الجذاذ؟ إطلاقهم يفهم الثاني، وفيه احتمال ظاهر.

قال: (**فَإِنْ قَطَفَتْ**)؛ أي: قطع.

(**تَعَيَّنَ نِصْفُ النَّخْلِ**)؛ أي: لتفريعه وزوال المانع.

قيل: وهذا إذا لم يمتد زمن القطع، ولم يحدث فيه نقص؛ ليكسر الأغصان، والسعف والعبارة المحررة أن يقال: لو بادرت إلى القطع، أو [قطف][(٢)] غيرها تعين نصف النخل إلا أن يطول زمن إذا لم يحصل فيه نقص، ولو قالت: أنا أنقله ليرجع تعين نصف النخل، إلا أن يطول زمن القطع، أو يحصل به نقص.

قال: (**وَلَوْ رَضِيَ بِنِصْفِ النَّخْلِ وَتَبْقِيَةِ الثَّمَرِ إِلَى جِدَادِهِ أُجْبِرَتْ فِي الْأَصَحِّ، وَيَصِيرُ النَّخْلُ فِي يَدِهَا**).

---

(١) في نسخة: (يكلفها).

(٢) في نسخة: (قطعه).

....

اعلم أن للمسألة أحوال:

أحدها: أن يقول: أنا أرضى بنصف النخل، وأؤخر الرجوع إلى بعد الجذاذ، فلا يجاب إليه؛ لما فيه من إضرارها، وكذا لو زاد فقال: ويكون نصيبي في يدها عارية.

الثانية: أن يقول: أنا أرجع في نصف النخل في الحال، ولا أقبضه إلا بعد الجذاذ، ولم يجب أيضًا؛ قطعًا للأضرار.

الثالثة: أن يقول: أرجع في نصفه في الحال، وأتركه بيدها وديعة، وأبرئها من ضمانه، فوجهان:

أحدهما: في «مجرد» أبي الطيب إجبارها، ووجه المنع، وهو الأقوى أن الوديعة يلزمها حفظها [ولأنه] كلما أراد إخراجه من يدها يمكن، فيؤدي إلى اشتراك الأيدي، وذلك يضر بها، ولما يلزم من تنمية ملك الغير بالسقي؛ لأجل الثمن، ولم يصرح الشيخان في هذه الصورة بترجيح، بل قالا للوجهين التفات إلى إبراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده.

الرابعة: أن يقول: أنا أرجع في نصف النخل، وأقبضه أي: شائعًا بحيث يبرأ من ضمانه فوجهان، وهذه مسألة «الكتاب».

قال في «الروضة»: أصحهما عند الجمهور منهم العراقيون، وبه قطع الْبَغَوِي: إجبارها؛ لأن الأشجار في يدها كسائر الأشجار المشتركة، انتهى.

وعلله غيره بأنه لا ضرر عليها فيه.

والثاني: المنع؛ لأنه يؤدي إلى اشتراك الأيدي في النخل؛ لأنها قد لا تأمنه على المثمرة، ويتسلط عليها، وسواء المشاركة تضر، ولأنه قد يمنعها السقي، إذا أرادته لتنمية الثمر عند إضراره بالشجر، وغير ذلك، وهذا هو الأصح أو الصحيح، وهو قضية نصه في «الأم»، وقضية كلام القاضي الحسين، والفوراني، ورجحه الْمُتَوَلِّي، وأشار الإمام، والْغَزَالِي، وغيرهما إلى ترجيحه، وإنما رجح الأول طائفة يسيرة من العراقيين، وممن أرسل

وَلَوْ رَضِيَتْ بِهِ فَلَهُ الِامْتِنَاعُ وَالْقِيمَةُ.

الوجهين منهم بلا ترجيح الْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، والدارمي، والجرجاني، والْعِمْرَانِي، وصاحب «المهذب»، وسليم في «المجرد»، وقبلهم ابن أبي هريرة، وأبو علي الطبري.

والذي تضمنه نص الشَّافِعِي: أن اتصال الثمرة بالشجرة مانع من الرجوع إلا برضاها، وقد جرت عادة كثيرين أنه إذا رأى ترجيحًا لمصنف وينسب الترجيح إلى أهل تلك الطريقة قاطبة، وفيه تساهل ظاهر، وغالب ما يؤتى المؤلف في النقل من التقليد فيه، ونحن واقعون في ذلك، والله المستعان.

قال: **(وَلَوْ رَضِيَتْ بِهِ)** أي: برجوعه في نصف الشجر، وترك غيرها إلى الجذاذ.

(فَلَهُ الِامْتِنَاعُ وَالْقِيمَةُ) أي: وطلب القيمة في الحال لثماره، هذا هو المعروف، وحكى الدارمي وجهًا: أنها تحلف، وعبارة جماعة: ولو طلبت ألا ترجع عليها بشيء، حتى يجد الثمار، فيأخذ النصف بعد ذلك، لم يجب؛ لأن فيه تأخير حقه، وإذا أخر الرجوع إلى بعد الجذاذ لم يكن له ذلك، وعلله الشَّافِعِي في «الأم» بأن الشجر يزيد إلى الجذاذ، ولأنه لما طلقها وهي زائدة كان حقه في القيمة، انتهى.

وحينئذٍ لا فرق بين أن يقول: أرجع في الحال، وأترك الثمرة إلى الجذاذ، أو أخّر رجوعك إلى ما بعد الجذاذ، نعم، لو كان الثمر قد استجد فله جذاذه، وتسليمه نصف الشجر إذا لم يطل زمن الجذاذ، ولم يحصل به نقص، قاله الأصحاب، ومثله ما لو قالت: أقطعه بلحًا، أو حَصْرمًا في الحال.

فرع: لو وهبته نصف الثمار؛ ليشتركا في الثمار والشجر، فهل يجبر على القبول؛ لأن الثمر متصل كالسِّمن أم لا؛ لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة؟ وجهان، قال في «أصل الروضة»: أصحهما الثاني، ونقله الرَّافِعِي عن ترجيح الْبَغَوِي وغيره، وقال المحاملي، والْبَنْدَنِيجِي: إنه ليس له بشيء، وإن المنصوص الإجبار.

وَمَتَى ثَبَتَ خِيَارٌ لَهُ أَوْ لَهَا لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذُو الِاخْتِيَارِ.

وقال في «البيان»، وسليم في «المجرد»، والشيخ أبو حامد: إنه المذهب، وفي «الشامل»: إنه ظاهر المذهب.

وقال أبو الطيب في «المجرد»: إنه الصحيح، ومن أصحابنا من خرج وجهًا آخر: إنه لا يجبر؛ لأنه بمنزلة المتميزة.

قال: وهذا غلط، ولم يرجح الْمُتَوَلِّي والإمام والْغَزَالِي شيئًا.

وقال الْمَاوَرْدِي: في إجباره ثلاثة طرق:

أصحها: أن إجباره معتبر بحكم الثمرة، وإن قلنا: إنها غير متميزة أجبر، وإلا فلا، كالولد.

قلت: والمذهب الإجبار؛ حيث لم يحصل في الشجر نقص، قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإن شاءت أن يدفع إليه نصفها مطلعة، فليس له إلا ذلك؛ لما وصفت من خلاف النخل النتاج، والحمل في أن ليس في الطلع إلا زائدًا وليس معبرًا.

[قال]: وإن كان النخل قد أثمر، وبدا صلاحه، فهكذا وكذا كل شجر أصدقها إياه، وأثمر، فشاءت أن تسلم له نصفه ونصف الثمرة، فلا يكون له إلا ذلك، ما لم يتغير الشجر بأن يرقل، أو يصير فحامًا، أو نقص يعيب دخله، لم يكن عليه أن يأخذه بذلك الحال، هذا نصه بحروفه - ﷺ تعالى -.

[قال]: (وَمَتَى ثَبَتَ خِيَارٌ لَهُ أَوْ لَهَا لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذُو الِاخْتِيَارِ) هذه قاعدة إذا أثبتنا لها الخيار؛ لزيادة أوله؛ لنقص أولهما؛ لاجتماع العيبين، فلا يملك الزوج الشطر قبل أن يختار ذو الاختيار إن كان لأحدهما، وقيل: يوافقهما إن كان لهما، وإن قلنا: إن الطلاق شطر الصداق بنفسه، لتوقف ما نحن فيه على رضا من له الخيار، وليس هذا الخيار فَوْرِيًا، بل هو كخيار الواهب، لكن إذا توجهت طلبه الزوج، لا يمكنها من التأخير، بل يكلف اختيار أحدهما، والزوج لا يعين في الطلب العين أو القيمة؛ لأنه يناقض تفويض الأمر إلى رأيها، ولكن يطالبها بحقه عندها، فإن امتنعت، قال الإمام: لا يقضي القاضي بحبسها؛ لبذل العين أو القيمة، بل يحبس عين الصداق

....

عنها، إذا كانت حاضرة، ويمنعها التصرف فيها، فإذا أصرت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة دون نصف العين للزيادة الحادثة، فيبيع ما يفي بالواجب من القيمة، فإن لم يرغب في شراء البعض، باع الكل ودفع الفاضل عن الواجب إليها، وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة، ولم تؤثر الزيادة في القيمة، فأظهر احتمالي الإمام.

قال في «الروضة»: وبه قطع الْغَزَالِي إنه يسلم نصف العين إليه، فإذا سلم أفاد قضاه ثبوت الملك له، والثاني لا يسلم العين إليه، بل يبيعه؛ لعل من يشتريه بزيادة، انتهى.

وتابعاه على ذلك، وجرى عليه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، ونقل في «البسيط» هذين الاحتمالين خلافًا للأصحاب، وقال: إن الأظهر التسليم إليه، [وعليه اقتصر][1] في الاستقصاء، وجرى على ما قاله الإمام في المطالبة [والتعليق بالعين].

قيل: وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن ظاهر ما في «الأم» يدل على أن له نصف القيمة، ولها أن تعطي بدله نصف العين، وقد يجب الشيء ويسقط ما علا منه، كبنت اللبون تجزئ عن بنت المحاض، والقمح عن الشعير [في الفطرة] وعلى هذا لا يكون إثبات الخيرة مانعًا من طلب أحدهما؛ لأن ذلك إنما يتم عند استوائهما، أما إذا كان أصلًا، والآخر بدلًا فلا، وهذا كما قاله الْمُتَوَلِّي، وغيره أن [امرأة المولي تطالبه][2] بالفيئة؛ لأنها الأصل، وإن خير بينها، وبين الطلاق، لكن الإمام قال هناك كقوله أنها تطالب بأحد الأمرين.

الثاني: أنه علل بأن تعلق حق الزوج بالغير يزيد على تعلق حق الغرماء والمرتهن، وهذا ممنوع، فإن حقه إنما تعلق بالذمة فقط، بدليل أنها لو ماتت،

---

(١) في نسخة: (وجرى عليه).
(٢) في نسخة: (المرأة تطالب).

وَمَتَى رَجَعَ بِقِيمَةٍ اُعْتُبِرَ الْأَقَلُّ مِنْ يَوْمَيْ الْإِصْدَاقِ وَالْقَبْضِ.

وليس لها وارث معين، لم يكن له إلا نصف [القيمة][١] وكذا لو أفلست عند الجمهور يضارب الغرماء، ولو تعلق حقه بنصف لقدم عند الإفلاس والموت، [وإن][٢] استمر ما ذكره على رأي أبي إسحاق. انتهى [وهذا قديم].

قال: (**وَمَتَى رَجَعَ بِقِيمَةٍ اُعْتُبِرَ الْأَقَلُّ مِنْ يَوْمَيْ الْإِصْدَاقِ وَالْقَبْضِ**) الغرض بيان معرفة، أي: حالة بنظر إلى القيمة عند الحاجة إلى الرجوع بها، وذلك عند تلف الصداق، أو خروجه عن ملكها، أو بتغيره بزيادة أو نقص، والذي قاله الأصحاب: إنه يعتبر أقل قيمة من يوم الإصداق إلى القبض؛ لأن قيمة يوم الإصداق إن كانت أكثر، فالنقصان بعده إلى الإقباض من ضمان الزوج، فلا يرجع عليها بما هو من ضمانه، وإن كانت قيمة يوم الإقباض أكثر فالزيادة حدثت على ملكها، لا تعلق للزوج بها، فلا يضمنها له.

[قال الإمام]: ويحتمل أن يقال: إن كان المانع هو الزيادة، والعين باقية أنا نعتبر قيمة يوم الطلاق، لا يوم الإصداق، ولا يوم الإقباض؛ لأنه يوم رجوعه إلى ملكه، لكن قدرت الزيادة كالمفوتة للرجوع، هذا ما ذكره الأصحاب، وهو ظاهر، والذي في «الأم» في مواضع أنه يعتبر قيمة يوم الإقباض، كرره في مواضع من الباب، في صور خاصة، وذكره قاعدة عامة، لكن ساقه، والذي جعله مقابل ذلك أنه لا ينظر إلى النقص الحاصل بعد القبض.

تنبيهات: أحدها: عبارة المصنف تقتضي قصر النظر على يومي الإصداق والقبض، دون ما بينهما، ومراده ما ذكره الأئمة، وإن أوهمت عبارته خلافه، وقال شارح عقب قول المصنف: اعتبر الأقل من يومي الإصداق والقبض؛ أي: ولا يعتبر الحالة المتوسطة التي بينهما، حتى لو كان يوم العقد مائة، ثم رجعت قيمته قبل القبض إلى خمسين [ثم قبضته] وقيمته تسعون، فيجب تسعون، انتهى. وهذا غلط وكلامهم لا يفهم.

---

(١) في نسخة: (العين).

(٢) في نسخة: (إنما).

وَلَوْ أَصْدَقَ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ وَطَلَّقَ قَبْلَهُ، فَالأَصَحُّ تَعَذُّرُ تَعْلِيمِهِ.

الثاني: ما تقدم هو فيما إذا كانت القيمة بدلًا عن النصف في الرجوع، أما لو عاد إليه النصف بالطلاق، ثم تلف في يدها، وقلنا بالمذهب أنه مضمون عليها، فيعتبر قيمة يوم التلف؛ لأن الرجوع وقع إلى عين الصداق، ثم تلف تحت ضمانه.

قيل: ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف في البيع الفاسد، وعلى المرجح عند المراوزة، لا ضمان كالوديعة، نعم، إن كان طالبها به فيمنعه ضمنته ضمان المغصوب من حين المطالبة.

فائدة: ذكر الرَّافِعِي في كتاب «الزكاة» أن المعجل إذا كان تالفًا، أن العبرة بقيمته يوم القبض، وقد نقلنا ذلك عن الإمام هاهنا، وهو مخالف لما قاله الشيخان هاهنا، فتأمله.

قال: (**وَلَوْ أَصْدَقَ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ**) أي: بنفسه.

(**وَطَلَّقَ قَبْلَهُ**) أي: قبل التعليم.

(**فَالأَصَحُّ تَعَذُّرُ تَعْلِيمِهِ**) الخلاف كما أشرنا إليه، إذا التزم تعليمها بنفسه، أما لو التزمه في ذمته، فله تحصيله بمحرم لها، أو امرأة، ولا تعذر، كما صرح به بعضهم، واقتضاه كلام غيره، وفيه شيء يأتي، ولو لم يجد أحدًا يعلمها غيره، جاء الكلام في التزامه تعلمها بنفسه، وله حالات:.

أحدهما: ألا يقدر على تعليمها، إلا مع خلوته بها؛ لعدم محرم لها وغيره، ممن يقوم مقامه، فقد تعذر التعليم [بلا خلاف] كما اقتضاه كلام الأصحاب، وصرح به مصرحون.

الثاني: أن يمكنه من وراء ستر، وحضور محرم، أو امرأة ثقة، ففي التعذر وجهان.

أصحهما عند الْمَاوَرْدِي، والجرجاني، والرَّافِعِي: التعذر؛ لخوف التهمة، والخلوة المحرمة.

والثاني: وبه جزم الدارمي، والْمُتَولي، وصححه صاحب «الفروع» وقضية

....

كلام «التهذيب»، وشيخه القاضي الحسين: إنه المذهب، فإنهما جزما به، ثم قالا: وقيل: لا يجوز؛ لخوف الفتنة.

قال القاضي الحسين: ولعله بني على أن صوتها عورة، وقضية كلام «بسيط» الْغَزَالِي، و«عمد» الفوراني ترجيح الجواز، حيث قالا: فيه وجهان مبنيان على أن صورتها عورة، أم لا، والأصح، إنه ليس بعورة، فالأصح المختار عدم التعذر، وقد جوزوا وفاقًا فيما أعلم بعلمها من الأجنبي من وراء ستر بحضور محرم، وجزم المصنف أنه يجوز النظر؛ لحاجة التعليم، وهذا عند التشطير، إذا كان يتم الكلام على ما يصح الوقوف عليه، كما سيأتي عن «فتاوى» الْبَغَوِي، اللهم إلا إن تبرع هو بإتمام ما يصح الوقوف عليه، فيشبه أن يجاب إلى ذلك؛ لينجو من غرامة المهر، والحظ له فلا منة.

فإن قلت: قال الرَّافِعِي وغيره: إن المنصوص في «المختصر» التعذر.

قلت: فيه نظر، ولفظه: وإن لم يعلمها، رجعت عليه بنصف مهر المثل؛ لأنه ليس له أن يخلو بها بعلمها، انتهى.

فظاهره أن التعذر؛ إنما جاء من الخلوة، ويؤيده أنني لم أر فيما رأيته في شروح «المختصر» نسبة التعذر إلى النص في صورة الوجهين، وقد أرسلهما أكثر العراقيين، ومنهم القاضي أبو الطيب، وسليم في «مجرديهما»، وابن الصباغ، والشَّاشِي، والْعِمْرَانِي.

نعم، علل الْغَزَالِي وكثيرون التعذر، بتعسر التشطير، و[عورض][(١)] بما إذا كان الطلاق بعد الدخول، وقد أصدقها قدرًا معيّنًا من صورة، أو صورة كاملة، وأشار الْمَاوَرْدِي وجهين في تعذر التشطير.

وقد يقال: ينظر في المسمى، فإن كان سهل التشطير فذاك وإلا تعذر، ثم رأيت الإمام قد نقل عن الأئمة أن التعذر [تعسير][(٢)] التصنيف، والتفاوت في

---

(١) في نسخة: (عوض).

(٢) في نسخة: (التعذر).

....

العسر واليسر، وإنه لو فرض تعلم سورة سهلة المأخذ من المفصل، كسورة الرحمن وغيرها، فقد يقرب درك التصنيف، ولم يتعرض الأصحاب لذلك، والوجه عندنا حمل كلامهم على الغالب.

ثم قال: وإذا [تقرر](١) المسمى بالمسيس، وكان لا يتأتى التعليم، إلا مع التعرض للفتنة، حصل التعذر، ولو أمكن التعلم من وراء حجاب من غير تعرض للفتنة، فالتسليم ممكن، فيقع القول في الشطر على هذا النحو، انتهى.

وهذا منه يقتضي الجزم بأنه إذا تيسر التصنيف، أو كان بعد الدخول، وأمكن التعليم بلا خلوة، وأنه لا تعذر(٢).

تتمات: منها: ضعفنا في «الغنية» أول الكلام التعليل بتعسر التشطير، وأنه مخالف لما علل به الشَّافِعِي والأصحاب، ومنتقض بما إذا كان الطلاق بعد الدخول.

ثم رأيت الشَّافِعِي، قال في «الْبُوَيْطِي»: ولو كان قرانًا فطلقها قبل أن يدخل بها، رجعت عليه بنصف صداق المثل؛ لأن تعليم النصف لا يوقف على حده، كما يوقف على حد جميعه، فإن كان يوقف على حد يجعل امرأة ثقة تعلمها نصفها، انتهى.

وقوله: (يجعل) فإن كان المراد به الزوج، فلعلمه فيما إذا التزم التعليم في ذمته، إلا أن يكون المراد جواز ذلك بالتراضي، وإن كان قد التزم تعليمها بنفسه، وفيه تعذر، ولكن سبق عن الشيخ أبي محمد في «الإجازة» ما يقتضي جواز ذلك بالتراضي، ونقل ثقة عن «تعليق» ابن أبي هريرة ترددًا في جواز إقامته محرمًا لها مقامه، ويحتمل أن يقرأ [تجعل] بالتاء؛ أي: تجعل هي امرأةً مكانها تعلمها، فيكون من باب إبدال المستوفى به لا منه، وفيه بعد؛ لقوله: امرأة ثقة.

---

(١) في نسخة: (تعذر).

(٢) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (١٢/ ١١١).

ومنها: قال الدارمي: ولو كان بعد الدخول، وقدر على تعليمها من غير خلوة، أو كان قريبًا فعل، وإن لا، فعلى القولين المهر، والثاني: الأجر.

وقوله: أو كان قريبًا أي: لها تحضر التعليم ويتصور أن يصير الزوج محرمًا، ولا يحرم الخلوة ولا النظر، وذلك بأن يطلق قبل الدخول، ثم ينكح بنتها [مثلًا] فيصير محرمًا، ولا يتعذر التعليم عند من جعل [العلة] الخلوة والتهمة، وخوف [الفتنة] لا تعذر التصنيف، وهو الرَّافِعِي وغيره؛ بل نسب إلى المعظم، وعلى هذه الطريقة لا فرق بين أن يكون الصداق تعليم قرآن أو غيره من حديث أو فقه أو شعر مباح، وغيرها من علوم الشرع.

ومنها: قيل: من [جملة] أسباب التعذر أن يصدقها تعليم [جميع] القرآن؛ إذ معرفة الشطر، وإن أمكن من حيث الحروف، لكنه يختلف بالسهولة والصعوبة، فتعذر الوقوف على شطره الذي يرجع إليه بالطلاق.

قلت: وقد يتنازعان، فيقول المطلق: إنما أعلّمك النصف الأول من القرآن، أو بالعكس، وتعاكسه هي في الأمرين، وليست إجابة أحدهما بأولى من [إجابة] الآخر، وفي الأخذ بالقرعة هنا بعد.

واعلم أن عبارة نص «المختصر» و«الْبُوَيْطِي»: تعليم قرآن كالمنهاج، وهي سالمة من هذا الاعتراض، بخلاف تعبير «المحرر» و«الشرح»، وغيرهما القرآن، لكن يرد على التنكير شيء آخر، وهو أنه إذا كان الصداق آيات يسيرة، يمكن تعلمها في حضورِ مجلس واحد ونحوه، بحضور محرم من وراء حجاب، فالحكم بالتعذر في هذه الحالة [مشكل وكلام «النهاية» السابق يقتضي أنه: لا يحكم بالتعذر في هذه الحالة] فيحمل كلام الأصحاب على خلافها، وهو الصواب الذي يجب اعتماده، فيما إذا وجب تعليم الكل بعد الدخول، وأما وجب الشطر؛ لعدم الدخول، وأمكن التشطير، ولم يحصل نزاع في أول السورة ولا آخرها، فالحكم كذلك، وإن لم يمكن التشطير ففيه ما سبق.

ومنها: إذا تأملت ما ذكرناه، أولًا وآخرًا حصل لك توقف في ترجيح

....

القول بالتعذر، وترجيح القول بعدم التعذر مطلقًا، أو بان لك أن الوجه فيما إذا كان التشطير متيسرًا، أو كان الطلاق بعد الدخول أنه لا تعذر عند وجود المحرم، والمرأة الثقة.

وقد قالا في «العدد»: إن الحكاية عن الأصحاب جواز خلوة الرجل بالمرأتين، فإذا قال الزوج: أنا أحضر امرأة ثقة، أو نسوة ثقات، وأعلّمها بحضرتهن من وراء حجاب، ولا ترهقوني إلى المهر أو تشطره بالقياس الظاهر إجابته، ولننظر في حالة تعسر التشطير، لو قال: أنا أكمل لها الآية الناقصة، أو [الكلمة] هل يجاب؟ و[هل] يكون ذلك مانعًا من التعذر عند التعليل بذلك؟ هذا محل نظر، ولا يخفى حسن الفرق بين أن يكون المفروض تعليم جميع القرآن، أو سورة قصيرة، أو آيات يسيرة، ولا بين تعليم مسألة، أو مسائل يسيرة، وبين تحفيظ جميع كتاب فقه كـ«المنهاج»؛ لما يخشى من الفتنة [والتهمة] والخلوة المحرمة عند طول الزمان، وتكرر الاجتماع بخلاف اليسير من ذلك ينقضي أمره في مجلس أو مجالس يسيرة، والله أعلم.

فرع: في «فتاوى» الْبَغَوِي: إنه لو تزوجها على أن يعلمها آية معلومة جاز، أو نصف آية بنصف الحروف، فإن كان عند التصنيف تتم الكلمة يصح، وإن كان يتم في أثناء الكلمة، أو على تمامها، ولكن لا يجوز الوقف عليها لم يصح، ويجب مهر المثل، انتهى.

وسبق عن صاحب «الخصال» أن من شروط صحة الصداق أن يكون له نصف صحيح] ولعل هذا من أمثلة بالمنع، وما ذكره من الصحة محله، فيما إذا كان لتعليم الآية أجرة؛ لطولها، ويلحقه [الكلفة](١) في تعليمها إياها، وقد قال لشيخه القاضي الحسين في «الفتاوى»، ولم يخالفه الْبَغَوِي، وهي من جمعه، إنما يصح الاستئجار على تعليم الفاتحة، إذا كان لا يتعلمها إلا في نصف يوم، أما لو كان يتعلمها من مرة أو مرتين فلا، وقوله: نصف يوم مثال

---

(١) في نسخة: (المشقة).

وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ بَعْدَ وَطْءٍ، وَنِصْفُهُ قَبْلَهُ.

لأخذ، ويصح إصداقها تعليم الفاتحة وغيرها، وإن [تعسر][١] عليه تعليمها على الأصح، ولينظر لو لم يكن هناك من تعلمها غير ما أصدقها إياه، وتعلمه عليها فرض [عليه][٢] لتوقف الصلاة عليه من الفاتحة، والتشهد، وغيرهما، وطلق قبل الدخول أو بعده، وحاجتها ماسة إلى تعلم ذلك، فيجب القطع بأنه إذا أمكن تعلمها إياه يحضر محرم، أو امرأة ثقة، إلا يقال بالتعذر قطعًا؛ لمسيس الحاجة وقصر المدة، وأمن الخلوة، و[الفتنة][٣] وقد يعلمها ذلك في المسجد، وقد قال الْقَفَّال: لو دخلت امرأة المسجد على رجل، ليس فيه غيره، لا يكون ذلك خلوة محرمة، وهو ظاهر في المسجد الطاهر المطروق.

قال مفرعًا على تعذر التعليم: (**وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ بَعْدَ وَطْءٍ، وَنِصْفُهُ قَبْلَهُ**) أي: جزمًا على القاعدة، فيرجع إلى مهر المثل بعد الدخول، وإلى نصفه قبله، على القول الجديد، وإلى أجرة التعليم، أو نصفها على الثاني.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف يعين مهر المثل بعد وطء، ونصفه قبله، فلو أنها أحضرت صبيًا أو غيره، وأحلته محل نفسها أنه [لا يصح][٤] ولا يلزمه تعليمه.

وقد قال الإمام والْغَزَالِي: إنه إذا تعذر تعليمها، فجاءت بمن يعلمه، فعلى ما سبق في «الإجارة» أن ما يستوفي به المنفعة، هل يبدل؟ وقضية هذا في أن الأصح إلزامه ذلك إذا طلبته منه، كما صححه المصنف هناك، وسبق نص «الْبُوَيْطِي» في ذلك على ما فيه، فظاهر أن له أن يأتي هو بامرأة ثقة تعلمها عنه، وتكلمنا عليه، وعلى ما ذكره الإمام وغيره، وتكون المطلقة مخيرة بين طلب المهر، أو نصفه، على اختلاف الحالين، وبين إحضار من يعلمه، ما وجب لها، ولا يأتي فيما ذكروه هنا من منع الإبدال من دوام الزوجية؛ لظهور الفرق

---

(١) في نسخة: (تعين).

(٢) في نسخة: (عين).

(٣) في نسخة: (التهمة).

(٤) في نسخة: (يصلح).

لَوْ طَلَّقَ وَقَدْ زَالَ مِلْكُهَا عَنْهُ فَنِصْفُ بَدَلِهِ.

في الاستمتاع بها، والتلذذ بصوتها وغيره، وسبق في استبدال المستوفى به كلام في كتاب «الإجارة» ينبغي الوقوف عليه.

واعلم أن المذهب المشهور أنه ليس له إقامة محرم لها مقامه في التعليم؛ لما يقرر أن المستوفى منه لا يبدل وجهًا واحدًا، وفيه ما حكي من التردد عن تعليق ابن أبي هريرة، وإطلاق نص «الْبُوَيْطِي»، وفي «فروق الجويني» في إجارة العين: لا يجوز أن يعمل ذلك العمل أحد غير الأجير على جهة الاستنابة، إلا بإذن المستأجر، وهذا منه مصرح بجوازه بالتراضي كما أشرنا إليه مرات.

فرع: لو طلقها بعد التعليم وقبل الدخول، فقد استوفت جميع الصداق، وهو التعليم، وهو كالفائت في يدها؛ لتعذر الرجوع، فيرجع إلى نصف أجرة المثل، كما يرجع إلى نصف قيمة العين عند فواتها، هذا هو المشهور، وفي «تحرير» الجرجاني: إنه يلزمها رد نصف مهر المثل؛ لأن رد عين ما تعلمته غير ممكن، انتهى.

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ**) أي: قبل دخول.

(**وَقَدْ زَالَ مِلْكُهَا عَنْهُ فَنِصْفُ بَدَلِهِ**) أي: وهو نصف المثل، إن كان مثليًا [أو قيمة النصف، لا نصف القيمة، إن كان متقوّمًا؛ لأنه إذا تعذر الرجوع المستحق، رجع إلى بدله، من مثل، أو] قيمة كالمتلف، وقضية كلامه أنه لا فرق بين أن يمكنها استرجاعه [كما لو وهبته لولدها، أو أفلس مشتريه، وهو باقٍ بعينه، أو لا يمكنها الرجوع] وهو ظاهر، نعم، لو كانت محجورة لصغر، أو سفه، وقد أفلس مشتريه، وكان الحظ لها في الرجوع فيه [بل يلزم الولي](١) استرجاعه، ورد نصفه على الزوج، [أخذ بالأحط](٢) لها في الموضعين(٣).

واعلم أن كلامه يفهم أنه لو لم يزل ملكها عنه، أن الحكم ليس كذلك،

---

(١) في نسخة: (أنه يلزم الولد).

(٢) في نسخة: (أخذًا بالأحوط).

(٣) انظر: مغني المحتاج (١٣/ ٥٥).

....

وهو كذلك، إذا لم يحصل فيه زيادة ونحوها، مما يمنع الرجوع قهرًا [ولم يتعلق به] حق للغير [أما لو حصل فيه زيادة فقد سبق حكمها، وإن تعلق به حق للغير] ففيه صور:

أحدها: أن يكون لازمًا كرهنه وإقباضه، فليس له الرجوع في نصفه، والظاهر أن تعلق الجناية برقبته كرهنه، وظاهر كلاميهما أنه لا يلزمها فكاك الرهن جزمًا، ورأيت في حواشي «الوسيط»: لا من السكرى أن الإمام ذكر في ذلك وجهين، واختار وجوب فكه كما لو استعار فرهن، فإنه يطالب بفك⁽¹⁾ الرهن، انتهى.

ولم أر ما ذكره هنا في «النهاية» وسيأتي عنهما ما يخالفه، وإن أجرته فقد نقص، فإن شاء رجع بقيمة نصفه في الحال، وإن شاء رجع إلى نصفه مسلوب المنفعة مدة الإجارة، ولو قال: أنا أصبر إلى انفكاك الرهن، وانقضاء الإجارة، فإن قال: أتسلمه، ثم أسلمه إلى المرتهن، أو المستأجر، فليس لها الامتناع، ولعله إذا رضي بذلك صاحب الحق، وإلا فإجبارها على التسليم إليه بعيد.

وإن قال: لا أسلمه، وأصبر، فلهما الامتناع، وتعطيه بدل نصفه هذا الإبراء، هذا إذا جعلنا يدها بعد الطلاق يد ضمان، وهو الأصح.

وإن قلنا: لا ضمان، أو أبرئها عن الضمان، وصححنا هذا الإبراء، فهل يلزمها إجابته؟ وجهان.

قال في «البسيط»: والوجه أن يقال: لا يلزمها الإجابة، هذا ما ذكره الإمام، فإن لم يوجب الإجابة، أو لم يطالبها حتى انفك الرهن، أو أنقصت مدة الإجازة، فهل يتعلق بالعين أو يتعين القيمة؟

وجهان: أصحهما في «النهاية»: الثاني، قاله ابن الرِّفْعَة في صورة الرهن، وبه أجاب الدارمي فيها.

وقال في «البسيط»: [ضعيف]⁽²⁾ بعيد؛ لأنه لو عجز عن المثل في مثلي

---

(١) في نسخة: (بنقل). (٢) في نسخة: (أنه).

……………………………………………………………………

أتلفه عليه، كان له عليه القيمة، فلو لم تتفق المطالبة حتى وجد المثل، كان له المطالبة به، إلا أن وجه التردد أن يعلق الزوج بالعين ضعيف، ولا خفاء أن عروض الرهن والإجارة، وزوالهما قبل الطلاق غير مؤثر جزمًا، وتزويج جارية الصداق أو كإجارته، قاله الرَّافِعِي.

قال: والوجه أنه كالغيب الحادث بالعين المصدقة، فإن رضي بنصفها لا يمنع منه، وإلا تعلق حقه في القيمة، ولا غاية هنا بتوقع زوالها؛ لأن النكاح يراد للدوام، وهذا بحث صحيح، ويظهر أن يجب على ولي المحجورة فك الرهن والتسليم، إذا كان أحظ لها.

الثانية: أن يتعلق به حق غير لازم، فإن أوصيت به، أو وهبته، أو رهنته ولم يقبضه، فله الرجوع في نصفه، وفي «الشامل» وغيره نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب، وإن لم يقبض؛ لئلا يبطل تصرفها في ملكها، قاله الرَّافِعِي والمصنف: وحقه الطرد في الرهن، أو الوصية.

قلت: صرح في «الذخائر» بطرده في الوصية.

الثالثة: لو دبرت العبد، ثم طلق قبل الدخول؛ فالمذهب أنه لا يرجع، وهو نص «المختصر» وهو ظاهر نص «الأم» سواء جعل التدبير وصيةً، أم تعليقًا بصفه؛ لأنه قربة [لا] يتعلق به عرض [لا تتباعد][1] عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة، وقيل في الرجوع قولان، إن قلنا: وصية رجع، وإلا فلا، وقيل: يرجع قطعًا وزيف، وفي «الكافي»: إنه القياس، لكنه خلاف النص، ثم قال أبو إسحاق وغيره: الخلاف فيما إذا كانت موسرة فيمكن من أداء القيمة، فإن لم يكن رجع إلى نصفه قطعًا، هذا كلام «الروضة»، والطرق الثلاثة أجمع الأصحاب على نقلها، وذكرها أبو الطيب في «المجرد» عن رواية أبي إسحاق في «الشرح».

وقال: الثاني: لا رجوع على القولين جميعًا، وإنما حقه في القيمة أن

---

[1] في نسخة: (لانتفاعه).

....

الطلاق لا يزيل ملكها عنه على الظاهر من مذهب الشَّافِعِي، ولا تجبر المرأة على الرجوع عنه، ألا ترى أنها لو رهنته لم يكن له مطالبتها بفكه، انتهى.

وهذا يفهم أن ما ذكره تفريعًا على اختياره، لا على المرجح أن الشطر يعود إليه بنفس الطلاق، وزاد القاضي فيما حكاه عن أبي إسحاق فيما إذا كانت معسرة لا مال لها سواه، لزمها نقض التدبير، ورد نصفه على الزوج، فإن نقضته، والإمام الحاكم مقامها على نقضه، ورد نصفه عليه، انتهى.

الرابعة: قال في «الروضة»: لو علقت عنقه بنصفه، فهل يمتنع الرجوع.

قيل: إن قلنا: التدبير يمنع، فالتعليق أولى، وإلا فوجهان؛ لقوة التعليق.

وقيل: إن لم يمنع التدبير؛ فالتعليق أولى، وإلا فوجهان؛ لأن التدبير قربة محضة، [والتعليق] تراد به؛ حيث أوضع.

وبهذا قال الشيخ أبو محمد، وبالأول قطع الْبَغَوِي، وقال: المذهب منع الرجوع، وعليه جرى ابن الرِّفْعَة.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، بعد ذكره الطريقين: والظاهر أنه يمنع أيضًا، ولو أوصت للعبد بعتقه، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع؟ وجهان: أصحهما: لا، انتهى.

ووجه بأن الإيصاء ليس عقد قربة، بخلاف التدبير، وفيه نظر.

الخامسة: طلقها بعد أن كاتبت العبد، فالمنقول أنه لا يرجع، قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه أن يكون في رجوعه قولان، كما في رجوع الأب [فيه] إذا كاتبه الابن الموهوب له، وهما في الهبة مبنيان على جواز بيعه، وإذا جوزنا الرجوع فكالكتابة، لا تبطل على الأصح، ثم أشار إلى فارق بين الهبة ومسألتنا، ذكرته في «الغنية».

السادسة: لو أصدق الذمي ذمية عبدًا، ثم طلقها قبل الدخول، وقد أسلم العبد، فالظاهر أن نصفه يرجع إليه، إذا قلنا بملك الشطر بنفس الطلاق، وإن وافقناه على اختياره فلا؛ كالشراء.

فَإِنْ كَانَ زَالَ وَعَادَ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ.

ولم أر في المسألة نقلًا، وهي قريبة مما لو أصدقها صيدًا، ثم طلق قبل الدخول، وقد أحرم، وفيها كلام منتشر، سأذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ في «الوسيط»، وربما سبق كلام فيما لو طلقها بعد أن حجر عليها بالفلس، وتعلق حق الغرماء بالعين.

السابعة: لو طلقها، وقد حجر عليها بالفلس، فقضية كلام الرَّافِعِي عند كلام في الزيادة المتصلة ترجيح أن للزوج الرجوع في النصف، ويقدم على الغرماء، وحكي عن الإمام وجهًا: إنه لا يرجع في النصف.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: إذا طلقت قبل المسيس، وبعد الحجر، فالظاهر أن الزوج لا يرجع؛ لأن حقه تحدد بعد الحجر بخلاف البائع، فإن حقه يستند إلى العقد، وهو متقدم على الحجر، انتهى.

وما رجحه هو الظاهر كما قال؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت بالعين تعلقًا لازمًا، سابقًا على حقه الثابت بالطلاق، فأشبه ما لو صادف الطلاق العين مرهونة.

الثامنة: لو باعته، ثم طلق في زمن الخيار، ففي رجوعه في نصف العين، وجهان في «الحاوي».

وقال القاضي أبو حامد: هو على القولين في الهبة التي لم تقبض، وبنى الْمُتَوَلِّي وغيره الرجوع على أقوال الملك، فإن جعلناه كالبائع، كان كالهبة التي لم تقبض، أو للمشتري لم يرجع؛ لزوال الملك.

قال: (**فَإِنْ كَانَ زَالَ وَعَادَ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الأكثرين، ولم يورد كثيرون سواه، كالذي لم يزل، والثاني: لا؛ لأن الملك المستفاد من غير جهته.

وقضية إطلاق المصنف: أنه لا فرق بين زواله بلا عوض، وعوده كذلك، أو بعوض، أو زواله بعوض، وعوده بعوض، وهو كذلك، وسبق عليه في نظير المسألة من الفلس، ما يخالف هذا وبينا ما فيه، ويجيء هنا مثل الخلاف

وَلَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ نِصْفَ بَدَلِهِ، ....

المذكور [فيما لو باعه] ثم اشتراه، ثم أفلس، وتنازع العين البائعان [أو أكثر] وبيناه في «الغنية» هناك، ولو عاد الملك هنا قبل [لزوم البيع][1]، فخلاف مرتب، وأولى بالرجوع، وعجز المكاتب كالعود بعد البيع عند القاضي الحسين، ورأى الإمام ترتيبه على زوال الملك؛ لأنه على ما بقي عليه درهم، وسبق في الهبة: أن ابن الرِّفْعَة ألحق عوده بالإقالة بالعودة بغيرها، وفيه وقفة؛ لأن الأصح أنها فسخ، فلا يكون العائد ملكًا جديدًا، بل العائد [الملك] الأول.

فرع: لو صادق الطلاق تدبير العبد المصدق، وقلنا: إنه مانع من الرجوع، فرجعت فيه قبل أخذ الزوج القيمة، إما بالقول، أو بالفعل، إن باعته، ثم اشترته، فهل له الرجوع الآن في نصفه؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد: أحدهما: نعم؛ لزوال المانع، والثاني: [لا] لأن حقه ثبت في القيمة، ونقل في «الشامل» امتناع الرجوع عن نصه في «الأم» فقال في مسائل النخل: ما دل على أن له الرجوع؛ لأنه قال: ولو طلقها وقد أثمرت، فلم يرجع في [القيمة] حتى جذت كان حقه في نصف النخل، وتبعه الْعِمْرَانِي على ذلك.

قال الرَّافِعِي: ويجري الوجهان فيما إذا طلق، والصداق ناقص، ثم زاد النقص قبل أخذ القيمة.

قال: **(وَلَوْ وَهَبَتْهُ لَهُ ثُمَّ طَلَّقَ فَالأَظْهَرُ)** أي: عند الجمهور.

(أَنَّ لَهُ نِصْفَ بَدَلِهِ) أي: من [مهر] مثل أو قيمته؛ لأنه عاد إليه قبل الطلاق بملك جديد، فلا يمنع الرجوع، كما لو ابتاعه [فيها] أو اتهبه من أجنبي، وكما لو وهب المشتري المبيع من البائع، ثم أفلس بالثمن، ضارب البائع مع الغرماء على المذهب.

والثاني: لا يرجع؛ لأنها عجلت له ما يستحقه بالطلاق، فأشبه تعجيل الزكاة قبل الحول، والدين قبل حلوله، ورجحه الْبَغَوِي.

---

(١) في نسخة: (المبيع).

وَعَلَى هَذَا لَوْ وَهَبَتْهُ النِّصْفَ فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي وَرُبُعُ بَدَلِ كُلِّهِ، ....

وفي «الكافي»: إنه المذهب، وبه قال عامة العلماء.

قلت: ومنهم مالك، وأبو حنيفة، وأحمد في روايةٍ، واختاره الْمُزَنِي، فعلى هذا لو كان قد أثابها.

فإن قلنا: الهبة تقتضي الثواب رجع، وإلا فلا، ولو وهبته منه على أنه إن طلقها كان ذلك عما يستحقه بالطلاق، فهل نقيد الهبة ويرجع في نصفه؟ أو يصح ولا يرجع؛ كتعجيل الزكاة نصًّا؟ فيه وجهان.

قال الرَّافِعِي: وليكونا بناء على أن الهبة المطلقة، هل يمنع الرجوع؟

إن قلنا: نعم، فما ذكره تصريح بمقتضاها، فيصح، ولا رجوع، وإن قلنا لا يمتنع، فسدت بالشرط الفاسد.

تنبيه: العبارة الجيدة أن يقال بدل نصفه، وهنا ذكر الْغَزَالِي ما سبق، ونقله الشيخ عن تحقيق الإمام، وأقره، وهو الحق.

فرع: لو وهبته منه، والعين بعد بيده، التفت صحة هبتها على هبة المشترى [المباع][1] قبل قبضه من البائع؛ بناء على أن المذهب أن الصداق بيده مضمون ضمان عقد، والنص في «الأم» هنا صحة [هذه] الهبة، وفيما يلزم به هبة العين لمن هي بيده خلاف مشهور، ومتى حكمنا بصحتها ولزومها جرى القولان، كما هو قضية إطلاق المصنف.

وقيل: لا يرجع قطعًا؛ لأنها لم تقبضه، فأشبه البراءة من الدَّين كما سيأتي.

قال: (**وَعَلَى هَذَا**) يعني: على الأظهر.

(**لَوْ وَهَبَتْهُ النِّصْفَ فَلَهُ نِصْفُ الْبَاقِي وَرُبُعُ بَدَلِ كُلِّهِ**)؛ لأن الهبة وردت على مطلق الجملة، فتشيع [فترجع] في نصف الباقي، وبذل نصف التالف، والعبارة الجيدة أن يقال: وبذل ربع كله.

---

(١) في نسخة: (المبيع).

وَفِي قَوْلٍ النِّصْفُ الْبَاقِي وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَدَلِ نِصْفِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِ الْبَاقِي وَرُبُعِ بَدَلِ كُلِّهِ، وَلَوْ كَانَ دَيْنًا فَأَبْرَأَتْهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا عَلَى الْمَذْهَبِ.

(**وَفِي قَوْلٍ النِّصْفُ الْبَاقِي**) لأنه استحق النصف بالطلاق، وقد وجده، فيتعين الرجوع فيه، وتنحصر هبتها في نصيبها، وفي قولٍ يتخير بين بذل نصف كله [أو نصف الباقي] أو نصف الباقي، أو ربع بذل كله؛ إذ لا بد من الإشاعة، وهي تقضي إلى تنقيص حقه، فيتخير، كما لو وجده معيبًا.

تنبيهات: أحدها: قوله: أو نصف الباقي، كذا وقع في أصل المصنف، والصواب إسقاط الألف؛ لأن بين إنما تكون بين شيئين، ويقع هذا في كلام الفقهاء، لا عن قصد.

الثاني: الوجه على ما قررنا أن يقال: (**وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَدَلِ نِصْفِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِ الْبَاقِي وَرُبُعِ بَدَلِ كُلِّهِ**).

الثالث: قوله: يتخير بين بذل نصف كله، كذا في «المحرر» و«الروضة»، وهو موافق لقولنا: إن العبارة السديدة قيمة النصف، لا نصف القيمة، وعبارة «الشرحين» هنا نصف بدل الجملة، وهي قضية ما ارتضاه من أن العبارة القويمة أن يقال: نصف القيمة، لا قيمة النصف.

قال: (**وَلَوْ كَانَ دَيْنًا فَأَبْرَأَتْهُ**) أي: قبل الطلاق.

(**لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قطعًا؛ لأنه لم يعزم شيئًا، وقيل: على القولين في هبة العين، ورجح قائلها هنا عدم الرجوع، والفرق أنها لم تأخذ شيئًا، والإبراء إسقاط محض.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: إن قلنا في العين لا يرجع، فهاهنا أولى، وإلا ففي الدَّين قولان: أصحهما: لا يرجع، وبنى الْمُتَوَلِّي الطريقين على أنه إسقاط أو تمليك، إن قلنا: إسقاط لم يرجع، وإلا كان كهبة العين، وإليه يومئ بناء الإمام ذلك على الخلاف في الاحتياج إلى القبول، ولو أبرأته بلفظ الهبة، فقالت: وهبتك الصداق الذي في ذمتك، فهذه الصورة أولى بالرجوع من صورة الإبراء؛ مراعاة للفظ الهبة، والظاهر اعتبار الحقيقة، وأن

وَلَيْسَ لِوَلِيٍّ عَفْوٌ عَنْ صَدَاقٍ عَلَى الْجَدِيدِ.

الحكم كما في لفظ الإبراء، ولو كان الصداق دينًا فاستوفيته، ثم وهبته منه، فخلاف مرتب على ما إذا استعملت لفظ الهبة من الدَّين، وهنا أولى بالرجوع لجريان الهبة على عين.

قال **الْمُتَوَلِّي**: هذا إذا قلنا: [لو طلقها] والحالة هذه تعين حقه في المقبوض.

فإن قلنا: لا يتعين، لا رجع قولًا واحدًا.

فرع: مهرها في ذمته، فقالت: أبرأتك منه إن شئت.

فقال: شئت، وهي تعلمه.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: لا يصح الإبراء، وإن كان عينًا، فقالت: وهبتكها إن شئت.

فقال: قبلت وشئت، صحت الهبة، وفرق بأن الإبراء إسقاط، لا يراعى فيه المشيئة [والهبة تمليك يراعى فيه المشيئة] كالقبول.

ولو قالت: أبرأتك من مهري، معتقده أنها قبضته، ثم بان أنه باقٍ عليه.

قال الإصطخري: تبرأ، وقال الأكثرون: لا تبرأ؛ لأنها لم تعتقد صحة الإبراء، بل أوردته لغوًا، وأصل الوجهين ما لو باع مال ابنه ظانًّا حياته، ثم بان أنه كان وارثًا وقت بيعه، ففي صحته وجهان، هكذا في «الحاوي»، وأورد شارح الفرعين على خلل بين، والله أعلم.

قال: (**وَلَيْسَ لِوَلِيٍّ عَفْوٌ عَنْ صَدَاقٍ عَلَى الْجَدِيدِ**)، المراد بالولي هنا الأب أو الجد لا غير، وأصل المسألة قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

واختلف العلماء في المراد بذلك، فذهب **الشَّافِعِي** في «الجديد» إلى أنه الزوج، ووافقه جماعة من السلف.

وفي «القديم»: إنه الولي، وهو الأب، أو الجد، وقال بذلك جماعة من السلف، قالوا: لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح؛ لأنها

……

خرجت عن يد الزوج، ولأنه تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن، فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه؛ ليكون العفو [عنه] في الموضعين واحدًا، ولأنه تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة فقال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ ثم قال تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فلو أراد الأزواج لقال: (إلا أن يعفون أو تعفوا) أو قيل غير ذلك.

واستدل للجديد في «الإملاء» بالقياس، فقال: وإذا لم يكن للأب أن يهب عبدًا لابنته ثمنه خمسة دنانير، لم يكن له أن يضع لزوجها خمسمائة دينار، وهو نصف صداقها؛ لأن كلاهما مال، فإذا منع من أحدهما، منع من الآخر، وإذا امتنع من الأقل منع من الأكثر، وكان بيّنا في الآية، فيكتفى به [عن](١) التفسير أنه إنما يعفو المال من يملك المال، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يعني: النساء ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يعني: الزوج، تعفو المرأة نصف المهر، ولا تطلبه، أو ترده إن قبضته؛ لأنه لم ينل منها شيئًا، أو يعفو الرجل بنصف المهر الذي له أن يرجع به إن قبض منه المهر كله، فيأخذه، أو نصف المهر الذي سقط عند الطلاق، فيعطيها الصداق كاملًا، انتهى.

ذكر [الإمام](٢) نحوه، وقال: وحض الله على العفو والفضل، يشير - والله أعلم - إلى أنه لا يحض على العفو، ويخاطب به، إلا صاحب الحق، وليس عفو الولي عن مالها أقرب للتقوى، وقد ذكروا وجوهًا من الآية، وغيرها من الطرفين يطول ذكرها، وذكر أجوبتها.

[التفسير]: إن قلنا بالجديد فلا كلام، أو بالقديم فله خمسة شروط: أن يكون الولي أبًا أو جدًّا [يلي نصفها ومالها] وأن تكون بكرًا يصح إجبارها [وأن تكون صغيرة، فإن كانت كبيرة تملك النظر في مالها لم يصح، وأن يكون العفو

---

(١) في نسخة: (في).

(٢) في نسخة: (في «الأم»).

……………………………………………………………………

بعد الطلاق لا قبله] وأن يكون الطلاق قبل الدخول، هكذا أوردها العراقيون أو أكثرهم، وذكر جماعة من المراوزة؛ كالقاضي والْمُتَوَلِّي أنه لا بدَّ أن يكون الصداق دينًا، فإن كان عينًا لم يصح عفوه عنه، ونسبه الإمام إلى معظم أئمة المذهب، وحكى عن شيخه أنه كان يرى أن للولي على هذا القول هبة العين؛ اعتبارًا بإبرائه عن الدَّين.

قال: والصحيح ما صار إليه الجماهير، وما نسبه إلى أبيه، هو قضية إطلاق العراقيين، بل وكلام الشَّافِعِي في «الجديد»، ولم يتعرض في «القديم» لاشتراط كونه دينًا، والمعنى المجوز للعفو هو الترغيب في نكاحها يقتضي عدم الفرق بين العين والدَّين، ومما اعتبره المراوزة، كما نقله الإمام العقد، وأفهم كلامه أن العراقيين لم يعتبروا ذلك، بل حكمها [جاء عندهم] حكم الصغيرة العاقلة، وكذا قاله القاضي الحسين، ونقل عن المراوزة اعتبار العقل، واختاره ورجحه الرَّافِعِي؛ لأنه لا يرغب في المجنونة و[التجويز](١) وأفهم كلامه أن العراقيين لم يعتبروا ذلك، بل حكمها حكم الصغيرة العاقلة، وكذا قاله القاضي الحسين، ونقل عن المراوزة اعتبار العقد للترغيب فيها ثم قضية كلام العراقيين جواز عفوه عن مهر المجنونة [سواء كانت صغيرة أو كبيرة] وبه صرح المحاملي وسليم الرازي، وجماعة حتى في «التنبيه» ولكن في «مجرد» أبي الطيب و[«البحر»] أنه قال في «القديم»: هو الأب والجد إذا كانت البنت صغيرة، أو كبيرة مجنونة، انتهى.

وقضيته أنه لا فرق بين كونها بكرًا، أو ثيِّبًا، وقضية كلام «الوسيط» تخصيص الخلاف بالمجنونة الصغيرة، والظاهر جريانه مطلقًا؛ صغيرةً كانت أو كبيرة، بكرًا أو ثيبًا، إذا قلنا: يخيرها.

واعلم أن قضية التعليل بأنه لا يرغب في نكاحها، أنه لو كانت الصغيرة العاقلة جذماء أو برصاء أو رتقاء أو عمياء ونحوهن؛ أنه لا يجوز له العفو.

---

(١) في نسخة: (التزويج).

وقد ذكر الْمُتَوَلِّي أنه لا يجوز عن مهر الكبيرة السفيهة؛ لأنه لا يرغب في نكاحها كالمجنونة، انتهى.

وهؤلاء أولى بالمنع، ثم قضية كلام العراقيين أنه ليس له [العفو] عن مهر البالغة الرشيدة جزمًا، وحكي فيه وجه.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: لو مات الزوج قبل الدخول، هل للأب العفو؟

قلنا: للولي العفو، فيه وجهان مبنيان على أن الموت هل يقرر الصداق؟ إن قلنا: [نعم] لم يصح، والأصح عفوه، وفيما قاله نظر!

قال: (**فَصْلٌ: لِمُطَلَّقَةٍ قَبْلَ وَطْءٍ مُتْعَةٌ إنْ لَمْ يَجِبْ شَطْرُ مَهْرٍ**) قال الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقال أيضًا: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢٤١)﴾ [البقرة: ٢٤١] وقال تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] إلى قوله: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

إشارات: عبارة «المجرد»: المطلقة قبل الدخول، إن كان قد وجب لها مهر بتسمية صحيحة، أو فاسدة في العقد، أو تقرر من(١) بعد العقد يكفيها(٢) شطر المهر، ولا متعة لها مع ذلك؛ أي: على المشهور، وإن لم يجب لها شيء من المهر، فلها المتعة بالطلاق، فاقتصر في «المنهاج» على المسألة الثانية، وحذف الأولى، ورأى الاكتفاء بمفهوم الثانية، وليس بجيد، ولا يكتفي به في «التصانيف» لا خفاء أنه لو زوّج أمته بعبده، ثم طلقها قبل الدخول، أو بعده، وهما في ملكه، فلا متعة، كما لا صداق.

المتعةُ واجبةٌ عندنا، وحكى الإمام الإجماع فيه، وليس كذلك؛ بل ما قال مالك والليث، وابن أبي ليلى، وحكي عن الفقهاء السبعة، وعن «القديم»:

---

(١) في نسخة: (يفرض زيادة).

(٢) في نسخة: (بلغها).

وَكَذَا لِمَوْطُوءَةٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

إنها مستحبة؛ لقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فدل على أنها على سبيل الإحسان [ولا يجب الإحسان] ولو وجبت لم يحصر بها على المحسنين دون غيرهم.

قال: (**وَكَذَا لِمَوْطُوءَةٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: وهو الجديد، وسواء في ذلك المفروض لها وغيرها لا طلاق، وللمطلقات متاع بالمعروف، ولقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] قاله الرَّافِعِي، ولأن المهر في مقابلة الوطء، فيبقى الإبدال بالعقد خالٍ عن البدل، فوجبت المتعة كما قبل الفرض والمسيس.

والثاني وهو القديم: لا لاستحقاقها المهر، وفيه غنية عن المتعة.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: قال الشَّافِعِي في «الجديد»: لكل مطلقة متعة إلا لواحدة، وهي التي فرض لها وطلقت قبل الدخول.

[وقال في «القديم»: لا متعة إلا لمطلقة واحدة، وهي التي لم يفرض لها المهر، وطلقت قبل الدخول].

قال أصحابنا: قوله القديم أصح في هذه المسألة، هذا لفظه.

وقال الفارقي: إنه الصحيح، وحمل الآية على الندبية، وبذلك جزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه».

تنبيهات: **منها**: المشهور المعروف، أن المطلقة قبل الدخول إذا وجب لها نصف المهر كفاها، ولا متعة لها.

قال الرَّافِعِيُّ: وعن ابن سرَيْج وغيره إثبات قول آخر أن لها المتعة، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ﴾ [البقرة: ٢٤١] وادعى القاضي الحسين أنه مخرج، ونسبه بعضهم إلى صاحب «التقريب» نفسه.

قلت: صرَّح الفورانيُّ في «العمد»، و«الإبانة»، بأن الشَّافِعِي نص في باب التعريض [بالخطبة] على وجوب المتعة لكل مطلقة، وحكاه غيره بلفظ: إنها تجب لجميع المطلقات.

وَفُرْقَةٌ لَا بِسَبَبِهَا كَطَلَاقٍ.

ونقل ابن الرِّفْعَة وغيره أن لفظه في «الأم» يقتضيه، وهو مروي عن عليِّ بن أبي طالب، وهو قوي جدًّا.

وآيات المتعة في القرآن خمس: ثلاث في «البقرة»، واثنتان في «الأحزاب»، وظاهرها يقتضي الوجوب في الجميع، كقول علي ﵁ ولكن الجمهور على خلافه أخذًا بما رواه مالك في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر -﵄- قال: **«لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مُتْعَةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلَّقُ، وَقَدْ فُرِضَ لَهَا الصَّدَاقُ، وَلَمْ تُمَسَّ، فَحَسْبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا»**.

اعلم أن الجمهور على أن «الجديد» في صورة «الكتاب» الوجوب، و«القديم» مقابله، وعكس بن داود، كما قاله ابن الرفعة [الشبه] والحاصل فيمن تجب لها المتعة من المطلقات، خمس مقالات:

إحداها: لا تجب مطلقًا.

ثانيها: عكسه.

ثالثها: لا تجب لمن فازت بالشطر، وتجب لغيرها.

رابعها: لا تجب لمن فازت بكل المهر أو شطره، وتجب لغيرها.

خامسها: لا تجب لمن فازت بالمسمى في العقد كله، أو شطره، وتجب لمن عداها.

قال: (**وَفُرْقَةٌ لَا بِسَبَبِهَا كَطَلَاقٍ**) أي: في إيجاب المتعة، وعبارة «المجرد»: وكل فراق يحصل من جهة الزوج لا بسبب من جهة المرأة، أو يحصل من جهة أجنبي، فهو كالطلاق في اقتضائه المتعة.

وقال في «الروضة»: وكل فرقة من الزوج، لا تسبب فيها، أو من أجنبي فكالطلاق، مثل إن ارتد، أو أسلم، أو لاعن، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة، وفارق بعضهن، أو وطأ أبوه أو ابنه زوجته بشبهة، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة.

قلت: والمذكور في «مجرد» القاضي أبي الطيب أنه إذا وطئها أبوه أو ابنه

……………………………………

بشبهة لا متعة لها.

قال: لأنه لم يكن من الزوج صنع، بل من جهتها حيث مكنت؛ فتسقط المتعة ونصف المهر.

وقال الدارمي: إن وقع رضاع من غيرها، قيل: من جهة الزوج، وعندي من جهة المرضع من جهته، فإن لم يكن من جهة الزوج، وإن وطأ الأب امرأة ابنه بشبهة فوجهان، وإذا أنكح الوليان، ففسخت فلا متعة، انتهى لفظه.

قال في «الروضة»: ولو ارتدا معًا، فلا متعة على الأصح، ولو اشترى زوجته، فلا متعة على الأظهر.

وقيل: إن استدعاه الزوج وجبت، أو السيد فلا، انتهى.

قلت: وزاد في «البيان» طريقًا ثالثًا تجب قطعًا.

ورابعها: عكسه.

قال: ولو اشترى زوجها، فينبغي ألا تجب المتعة قولًا واحدًا، انتهى.

وهو الجواب في «المجرد»، و«البحر»، قال أبو الطيب: [ولو سميا] فالذي يقتضيه مذهب الشَّافِعِي أنه فراق من جهتها؛ لأنها تملك بالحيازة، والزوج لا يملك إلا بالاختيار، فإن كان الزوج صغيرًا، فيحتمل عندي أن لها المتعة، انتهى.

والخلع كالطلاق على الصحيح، في وجوب المتعة.

فائدة: قيل إذا أرضعت أمه أو أخته زوجته الصغيرة، انفسخ النكاح، واستحقت الزوجة شطر المهر، وحينئذٍ لا متعة على المشهور وقد جزم في «الروضة» بوجوبها، وأجيب بتصوير المسألة في الأمة الصغيرة يزوجها سيدها على صورة التفويض، وفي الحرة إذا قلنا: [بتفويض الحرة على وجه بعيد، وعلى من تجب لها المتعة على الزوج، ويرجع بها على المرضعة، ابتدأ فيه كلام مذكور هناك، وأما الفرقة التي بسببها كما أشار إليه، فقال في «الروضة»: فكل فرقة منها، أو بسبب فيها، فلا متعة فيها] كردتها، وإسلامها، وفسخها

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا تَنْقُصَ عَنْ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، ....

بإعساره، أو عتقها أو تغريرها، وعيبه، أو فسخه بعيبها، انتهى.

وفصَّل الْمَاوَرْدِي فقال: وأما الفسخ [بعيبها] فإن كان ذلك رفعًا للعقد؛ لتقدم العيب عليه، فلا متعة فيه، وإن كان ذلك قطعًا للعقد؛ لحدوثه بعده فكالطلاق، وإطلاق الأصحاب بخلاف ما ذكره.

إشارة: يستوي في المتعة؛ حيث يجب المسلم، والحر، والمسلمة، والأَمَة، وإصداقهم، وهي في كسب العبد ونحوه، كالمهر ولسيد الأمة[1].

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا تَنْقُصَ عَنْ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا**) أي: أو ما يساويهما، قال الرَّافِعِي: قال في «المختصر»: أستحسن قدر ثلاثين، وفي «القديم»: إنه يمتعها بقدر ثلاثين، وفي بعض الشروح حكاية نص أنه يمتعها بخادم إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا فبمقنعة، وإن كان متوسطًا فبقدر ثلاثين، وليس ذلك باختلاف قول، بل نزلها الأصحاب على اختلاف درجات الاستحباب.

وقالوا: أقل القدر المستحب ثلاثون، والمقنعة في أحد النصين على ما إذا كانت قيمتها أكثر من ثلاثين، وفي النص الذي في بعض الشروح، إذا كان أقل من ثلاثين، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي، والأصحاب، تقتضي أنه نص في «المختصر» على قدر ثلاثين، وكلامه يقتضي نقله ذلك عن «القديم»، وهو كذلك.

قال في «القديم»: ولا وقت فيها، واستحسن بيان ثبت بقدر ثلاثين درهمًا، وما رأى الوالي مما أشبه هذا بقدر الزوجين، وقال فيه أيضًا: ولا أعرف في المتعة شيئًا، إلا أن استحسن ثلاثين درهمًا؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما -.

قال الأصحاب: وليس هذا كاستحسان الحنفية المخالف للقياس، وإنما هذا اجتهاد وفي التفرقة بين القليل والكثير.

---

[1] انظر: «نهاية المحتاج» (٢١/ ٣٣٠).

……………………………………………

قلت: ذكرنا فيه أنه قاله في «القديم» رواية فيه أن قول الصحابي حجة، فكان قولًا بالدليل.

وقال في «الإملاء»: يجبره السلطان على المتعة، ولا يجبر منها على شيء معلوم إلا أقل ما يقع عليه اسم المتعة، وأحب أن يكون أقله ما يجري فيه الصلاة.

وقال في «الْبُوَيْطِي»: والمتعة أعلاه خادم، وأوسطه ثوب، وأقله أقل الأشياء مما له ثمن، انتهى.

قيل: وهذان النصان يوجبان التوقف في التقدير بثلاثين في «الجديد»، وفي «حلية» الرُّويَانِي: المستحب أن يفرض على الموسر خادمًا، وعلى المقتر وفاته، أو مقنعة أو نحوها، وعلى المتوسط، قال الشَّافِعِي: استحب ثلاثين درهمًا، وهذا الكلام يقتضي أن التقدير بعدم النقص عن ثلاثين، ليس في حق كل واحد، وفي «مجرد» سليم، والمستحب ألا ينقص عن خادم، فإن لم يفعل فمقنعة، فإن لم يفعل، بثلاثين درهمًا.

وقال الجرجاني: أكثر ما يستحب خادم، وأقله ثلاثون أو ثياب بقدرها، انتهى.

واعلم أن استحباب عدم نقصها عن ثلاثين في حق الفقير المدفع وفقه، فإنها تحجب، وهي عنده كالألوف الكثيرة عند الغني، فينبغي ألا يأمره الحاكم بها، إلا أن تنزله، إن ذلك لا يلزمه شرعًا، وجرت عادة حكام العصر، أم الفقير بعشرة دراهم، ولا بأس به، ولا دليل عليه أيضًا.

تنبيه: قال الرَّافِعِي: وأما الواجب، فإن تراضيا على شيء فذاك، وحكى الحناطي وجهًا أنه ينبغي أن يحلل حل واحد منهما صاحبه، فإن لم يفعلا، لم تبرأ ذمة الزوج، ولها رفع الأمر إلى الحاكم؛ لتقرر منعه، والظاهر الأول، وتبعه في «الروضة».

وقال في «المعين»: وإذا تراضيا عليها، وحلل كل واحد منهما صاحبه،

فَإِنْ تَنَازَعَا قَدَّرَهُ الْقَاضِي بِنَظَرِهِ مُعْتَبِرًا حَالَهُمَا، وَقِيلَ: حَالُهُ، وَقِيلَ: حَالَهَا، وَقِيلَ: أَقَلُّ مَالٍ.

فلا يفتقر إلى الحاكم وجهًا واحدًا، وهل تحليل كل واحد منهما صاحبه؟ وأجيب، فيه خلاف سيذكره، ثم قال: وإذا تراضيا على قدرها، فلا يجب أن يحلل كل منهما صاحبه، في الظاهر من الوجهين، قاله في «العزيز»، والكل كلام مظلم، ولا أدري ما معناه ذلك، مع فرض المسألة في التراضي، ولولا قوله: والظاهر لحمل قوله: فإن لم يفعلا أي: لم يتراضيا.

قال: **(فَإِنْ تَنَازَعَا قَدَّرَهُ الْقَاضِي بِنَظَرِهِ)** أي: [يجتهد في][(١)] قدرها، وبقدر ما يراه؛ لإبقاء بالحال؛ لإشارة الآية الكريمة إلى التفاوت بين الموسر [وغيره] وهذا هو المذهب، ولا وجه للاكتفاء بأقل ما يتمول.

قال: **(مُعْتَبِرًا حَالَهُمَا)** صححه **الْغَزَالِيُّ** وغيره، وتبعهم **الرَّافِعِي**، قال: وهو ظاهر نصه في «المختصر»، فعلى هذا قال الإمام، فقال: مثل هذا أقل ما يمتع به مثل هذه، وحكى **الْمَاوَرْدِي** [وجهين][(٢)] فيما يعتبر من حالهما، إذا اعتبرنا حالهما جميعًا وجهين.

أحدهما: يعتبر سنها ونسبها وجمالها، كما في مهر المثل.

والثاني: يعتبر قماشها، وجهازها قلةً وكثرة، وزيفه.

قال: **(وَقِيلَ: حَالُهُ)** وقال **الْمُتَوَلِّي**: إنه الصحيح، وجزم به في [«الكافي»][(٣)] وغيره؛ لظاهر الآية، والقلب إليه أميل.

قال: **(وَقِيلَ، وَقِيلَ حَالَهَا)** لأنها بدل من المهر، وهو معتبر بها.

قال الإمام: وهو مخالف لظاهر القرآن، وصححه الفارقي، واعتل بأنها وجبت خيرًا لها، فيعتبر بحالها، وهو شاذٌّ.

[قال: **(وَقِيلَ أَقَلُّ مَالٍ)** كما يجوز جعله مهرًا، وليس يسمى؛ لأن المهر بالتراضي].

---

(١) في نسخة: (مجتهدًا).

(٢) في نسخة: (عن الأصحاب).

(٣) في نسخة: (الكتاب).

فَصْلٌ

اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ أَوْ صِفَتِهِ تَحَالَفَا، وَيَتَحَالَفُ وَارِثَاهُمَا أَوْ وَارِثُ وَاحِدٍ، وَالْآخَرُ

إشارة: خذ من إطلاق قوله: بنظره، أنه لا فرق بين أن يبلغ شطر المهر، أو يزيد عليه، وهو الأصح.

وقيل: لا يزيد على شطره؛ لأنها بدل عنه.

وقيل: لا يبلغ الشطر أيضًا؛ بل ينقص عنه.

قال في «النهاية»: واتفق المحققون على أن القاضي لا يبلغها نصف المهر.

قال الْقَفَّال: كما لا يبلغ التعزير الحد، والرضخ السهم، والحكومة الدية.

ثم قال: ومما أجريناه نصف المهر، وهو المعتمد الفقيه، فإن لم يكن هناك مسمى، [فالمعتبر نصف المهر، وإن كان فيه مسمى] وقلنا للمدخول بها المتعة، فشطر في المتعة ونصف مهر المثل، أو في المتعة ونصف المسمى، [هذا محتمل، والأصل للذي لا يتعلق بالتراضي هو مهر المثل، بخلاف المسمى] فيكون رضاها بأقل من مهر المثل عن مسامحة، هذا هو الأشبه، والعلم عند الله تعالى؛ أي: إنَّا ننظر إلى نصف مهر المثل، لا إلى نصف المسمى، والله أعلم.

قال:

(فَصْلٌ)

(اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ أَوْ صِفَتِهِ تَحَالَفَا) أي: لا بينة لأحدهما، أو تعارضت بينتاهما، إذا اختلفا في قدره، فقال: عقدت بمائة، فقالت: بل بمائتين، أو في جنسه، فقال: بدراهم، فقالت: بل بدنانير، أو في عينه، فقال: بهذا العبد، فقالت: بل بهذا، أو في صفته من حلول، [أو تأجيل] وطول أجل وقصره، وصحته وتكسره؛ تحالفًا كالبيع، ولا فرق بين كون ذلك قبل الدخول، أو بعده، مع بقاء الزوجية أو زوالها.

قال: **(وَيَتَحَالَفُ وَارِثَاهُمَا أَوْ وَارِثُ وَاحِدٍ وَالْآخَرُ)** كالبيع.

ثُمَّ يُفْسَخُ الْمَهْرُ، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ.

قال أصحابنا: فإن اختلف الزوجان، فالمهر في طرفي النفي والإثبات على البت، والوارث يحلف على نفي العلم في النفي، وعلى البت في الإثبات.

قال الرافعي: وأحسن بعض الشارحين فقال: عندي يحلف على البَتّ في النفي والإثبات جميعًا، لأن القاطع أن النكاح جرى بمائة، قاطع بأنه ما جرى بألف، فإذا بَتَّ أنه نكحها بمائة فلا معنى لقوله: لا أعلم أنه نكحها بألف، فظاهر كلامه أنه رضيه، وعبر عنه في «الروضة»، فقيل: وعبارة «الشرح الصغير» تشهد «للروضة» فإنه جزم بالمشهور.

ثم قال: وقال بعض الأصحاب كذا، ولم يردوا نصًا يجوز أنه جرى عقدان، وذلك يمنعه من القطع بالنفي بخلاف العاقد بنفسه، فإنه يعلم ذلك بانتقاء ذلك منه.

إشارة: قضية كلام القاضي الحسين، والإمام والْبَغَوِي، وغيرهم، فيما إذا اختلف الزوج، وأبو الصبية، وقلنا: لا يحلف الولي، ووقفنا الأمر إلى بلوغها، أنها تحلف على نفي العلم بتزويجها بالقدر المدعى به.

وهذا يقتضي تخصيص إطلاقهم، أن [يمين](١) الزوجين على البت، وهو ظاهر؛ لأنها تحلف على نفي فعل غيرها، وهو الولي، ولا يشبهه الحال، ولا يستأذن، ويجيء هذا فيما لو نكل الولي، وأخرنا المهر إلى بلوغها، كما رجحه الإمام، وفيما لو جن بعد النكاح، ودام جنونه، أو غاب، أو مات، أو انقطع خبره، أو تأخر النزاع، وبلغت قبل التحالف، فإنها تحلف.

قال الْبَغَوِيُّ: بالاتفاق، ونسبه الْعِمْرَاني إلى عامة الأصحاب، خلافًا للقاضي أبي الطيب، وصاحب«المهذب» ويشبه أن يجيء مثله في البالغة، العاقلة، الغائبة، المخيرة، إذا حضرت وتنازعا، أنها تحلف كذلك.

قال: (**ثُمَّ يُفْسَخُ الْمَهْرُ، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ**) أي: وإن كان أزيد مما ادعته

---

(١) في نسخة: (يمهل).

....

على الصحيح، فإن قلت: من يفسخه؟ قلت: [يفسخه] من يفسخ البيع بعد التحالف، قال الشيخان: وسبق في البيع وجه أنه ينفسخ بنفس التحالف، فليجيء هنا مثله.

قلت: صرح بذلك في «البيان»، و«الحاوي».

قال الْعِمْرَانِي: وهل ينفسخ بنفس التحالف أو بالفسخ على مضى في البيع؟ وجزم القاضي الحسين هاهنا بالانفساخ بنفس التحالف، ثم كيفية اليمين، ومن يبدأ به، على مر في البيع والمنصوص هنا البداءة بالزوج، وإذا فسخ، فهل ينفسخ ظاهرًا وباطنًا أو ظاهرًا فقط؟ فيه الخلاف المشهور في البيع.

فإن قلت: ما تقدم في الاختلاف في المسمى، فلو وجب مهر المثل؛ لفساد التسمية أو [لعدمها][١]، وغير ذلك، واختلفا في مقداره ونحوه، ولا بينة أصلًا، فكيف الحال؟

قلت: نصدق الزوج بيمينه؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمته عما زاد، وهذا ظاهر إذا ذكر قدرًا محتملًا للصدق [أما لو ذكر ما يخالف الظاهر الغالب، ففي تصديقه نظر، إلى أن يذكر قدرًا محتملًا] فإن نكل عن ذلك، حلفت وقضي لها بما ادعته حينئذٍ، وهذا لا يخالف ما في «الروضة» عن الْقَفَّال، والقاضي الحسين، والْمُتَوَلِي، وقال: إنه الصواب، أنه لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفًا.

قال الإمام: وهو قدر مهر مثلها.

فقال الوارث: لا أعلم كم سمى، لم يتحالفا؛ بل يحلف الوارث على نفي العلم، فإذا حلف، قضي لها بمهر المثل.

واستشكله الإمام، وقال: القياس أن يحكم بانقطاع الخصومة، يحلف الوارث، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول، والعلم عند الله تعالى.

---

(١) في نسخة: (أحدثها).

وَلَوْ ادَّعَتْ تَسْمِيَةً فَأَنْكَرَهَا تَحَالَفَا فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَتْ تَسْمِيَةً فَأَنْكَرَهَا تَحَالَفَا فِي الْأَصَحِّ**) صورتها أن تقول: نكحتني بألف درهم مثلًا فينكر أصل التسمية، ويقول: تزوجتها من غير تعرض للمهر، ولم يدع تفويضًا.

فقضية قوله: أن عليه مهر المثل، فيصدق بيمينه على وجه؛ لأن الأصل عدم التسمية، والأصح يتحالفان؛ لأن اختلافهما اختلاف في قدر الصداق، وفي نصه في صور الاختلاف في الخلع ما يشهد بهذا.

قال الإمام، والْغَزَالِي، والرَّافِعِي: وإنما يحسن وضع المسألة، إذا كان ما يدعيه من المسمى زائدًا على مهر المثل، وما قالوه ظاهر عند إيجاد نوع ما يدعيه مهر المثل في الذمة، أما لو ادعت عينًا معينة، أو نوعًا غير نوع مهر المثل، فيحسن وضع المسألة مطلقًا، وإن كان مثله أو دونه؛ لتعلق الغرض بالعين والنوع، ولو ادعى التسمية فأنكرتها.

قال الرَّافِعِي: القياس مجيء الوجهين، ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر تسمية مهر مثل، فإن أوجبنا المهر للمفوضة بالعقد كان كالصورة المتقدمة، وإن لم نوجبه، وهو المذهب.

قال الرَّافِعِي: فالأصل عدم التسمية من جانب، وعدم التفويض من جانب، انتهى. وفيه احتمال.

والظاهر أن مراده أنه يصدق كل منهما، وفي نفي ما ذكره صاحبه ثم قد تكون هي المدعية للتسمية، وهو التفويض، وقد يكون بالعكس، وتحرير ذلك وبيان حكمه يحتاج إلى تطويل ممل؛ لعل الله أن ييسر إيضاحه في «التوسيط»، حواشي «الروضة».

ولو ادَّعى أحدهما التفويض، والآخر أنه لم يجز المهر تعرض، قال الرَّافِعِي: فيشبه أن يكون القول قول الثاني، انتهى.

وهو ظاهر إذا ادعى التفويض، وهي السكوت، أما لو ادعى هو السكوت، وهي التفويض فيكون حقيقة قوله اعترافه لها بمهر المثل، وهي

وَلَوْ ادَّعَتْ نِكَاحًا وَمَهْرَ مِثْلٍ فَأَقَرَّ بِالنِّكَاحِ وَأَنْكَرَ الْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَالْأَصَحُّ تَكْلِيفُهُ الْبَيَانَ، فَإِنْ ذَكَرَ قَدْرًا وَزَادَتْ تَحَالَفَا، وَإِنْ أَصَرَّ مُنْكِرًا حَلَفَتْ وَقَضَى لَهَا.

تكذبه، وتقول: لا استحق شيئًا في الحال، إذا قلنا: بالمذهب أنه لا يجب المهر بالعقد، وجريان النزاع على هذا الوجه بعيد؛ لأنه إذا اعترف بما يوجب مهر المثل، فلا عرض لها في دعوى التفويض حينئذٍ، ولا يخفى أن التصوير في هذه والتي قبلها فيما إذا كان ذلك قبل الدخول، أما لو كان بعده فقضية قول مدعي [التفويض](١) استحقاق مهر المثل، فيكون اختلافًا في قدر المهر، والله أعلم(٢).

قال: (وَلَوِ ادَّعَتْ نِكَاحًا، وَمَهْرَ مِثْلٍ، فَأَقَرَّ بِالنِّكَاحِ، وَأَنْكَرَ المهْرَ، أَو سَكَتَ فَالْأَصَحُّ تَكْلِيفُهُ الْبَيَانَ، فَإِنْ ذَكَرَ قَدْرًا وَزَادَتْ تَحالَفَا، وَإِنْ أَصَرَّ مُنْكِرًا حَلَفَتْ، وقُضِيَ لَهَا).

إذا ادعت النكاح، ومهر المثل، فاعترف بالنكاح، وأنكر المهر، أو سكت ولم يدَّعِ التفويض، ولا إخلاء العقد عن ذكر المهر، فذكر في «الوجيز» وجهين:

أحدهما: إنه يثبت لها المهر إذا حلفت؛ لأن الظاهر معها.

وأصحهما في «الوجيز»: إنهما يتحالفان، ولا يثبت مهر المثل بيمينها؛ لأنه قد ينكحها بأقل متمول، وأما التحالف فلأن إنكار أصل المهر أبلغ من إنكار بعضه، وذلك يوجب التحالف.

[قال في «الروضة» تبعًا للرافعي: وما فرضه لا يكاد يتصور، فإن التحالف] أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه، [ونفى ما يزعمه] صاحبه، والمفروض من جهة الزوج إنكار مطلق، فأي معنى للتحالف، ولم يذكر الرُّويَانِي الخلاف هكذا، ولكن قال مشايخ طبرستان: إن القول قول الزوج، وعليها البينة، والحق إنه لا يسمع إنكاره؛ لاعترافه بما يقتضي المهر،

---

(١) في نسخة: (الصحة).

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٣١/ ٣٥١).

……………………………………………………………………

ولكن تكلف البيان، فإن ذكر قدرًا، وادعت زيادة تحالفا، وإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها، وقضي لها.

قال الرُّويَانِي: ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا، وهو القويم، انتهى.

و(القويم) بالواو من الاستقامة، ويقع في نسخ من «الروضة» وأصلها وهو «القديم» بالدال، وهو من النساخ، وادعى اليماني صاحب «المعين» أن تصديق الزوج هو الصواب، وأن به أفتى صاحب «البيان» واختاره.

واعلم أنه سبق في «الإقرار» أنه إذا أقر بمجمل، إما بشيء أو غيره، وطالبناه بالتفسير فامتنع، أيهما نقل أربعة أوجه:

أصحها: أنه يحبس كالممتنع من أداء الحق؛ لأن التفسير واجب عليه.

والثاني: أن ذلك إن كان في جواب دعوى، وامتنع من التفسير، جعل منكرًا، ويعرض اليمين عليه، فإن أصر جعل ناكلًا، وحلف المدعي إلى آخره، وذكرنا هناك في «الغنية» أن كلام الرُّويَانِي يقتضي أنه المذهب المشهور، وبين الموضعين تفاوت يحوج إلى تأمل.

قال الرَّافِعِي: ولو ادعت زوجته، ومهرًا مسمى يساوى مهر المثل، وقال الزوج: لا أدري، أو سكت.

قال الإمام: ظاهر ما ذكره القاضي أن القول قولها؛ لما مر أن النكاح يقتضي مهر المثل.

[قال الرَّافِعِي]: ذلك أن تقول: هب أن النكاح يقتضي مهر المثل، إذا لم يكن تسمية، لكنه لا يقتضي شيئًا يساوي مهر المثل، فلا يلزم تصديقها فيه.

قال الإمام: والذي يقتضي قياس المذهب أن دعواها متوجهة بذلك المقدار، فلا يسمع منه التردد، بل يحلف على نفي ما يدعيه، وإن نكل ردت اليمين عليها، وقضى بيمينها، وهذا مثل ما سبق في دعوى مهر المثل، انتهى كلام الرَّافِعِي.

وَلَوْ اخْتَلَفَ فِي قَدْرِهِ زَوْجٌ وَوَلِيُّ صَغِيرَةٍ أَوَمَجْنُونَةٍ تَحَالَفَا فِي الْأَصَحِّ.

قال بعض محققي الشراح: واعلم أن القول بالتحالف في المسألة لا يوجد إلا في «الوجيز»، ولم يذكره الإمام، ولا الْغَزَالِي في بقية كتبه، وفي «الوسيط» ما يوهمه، وعندي أنه لم يرد بالتحالف في «الوجيز»، التحالف المعهود الجامع بين النفي والإثبات، وإنما أراد أنها لا تصدق في دعواها؛ بل يحلف كل واحد منهما عند توجه اليمين عليه، على قياس الخصومات، وهو مأخوذ من كلام إمامه، وإنما لم ينبه عليه؛ لوضوح استحالة التحالف [المعهود] من جمع كل بين النفي والإثبات؛ لأن الزوج لا يدعي شيئًا، وسياق كلام «النهاية» يظهر أن مراد الْغَزَالِي ذلك؛ لأنه مأخوذ منه، ثم إيراد الرَّافِعِي يفهم أن الصورة الثانية التي يجب فيها مع القاضي مغايرة للصورة الأولى؛ لأن كلامه يفهم أن الزوجة ادعت مهرًا مسمى يساوي مهر المثل، إما عينًا يساويه، أو جنسًا آخر في الذمة، ولا شك أن منع الرَّافِعِي متوجه على هذا التقدير، مع تسليم أخذ القاضي.

قال: وعندي أن كلام الإمام لا يقتضي جريان الدعوى على ما فهمه الرَّافِعِي؛ بل إنما صور الإمام ذلك، فيما إذا ادعت أن النكاح جرى بألف مثلًا في الذمة، وكان مهر مثلها ألفًا فمهر مثلها حينئذٍ مثل المسمى الذي ادعته، وهذه إحدى صور المسألة الأولى، وكذلك حكى الإمام فيها، وسياق كلام الإمام بين المراد، ولا يهم الغرض في المسألة إلا بذكر كلام القاضي والإمام فيها، ثم ساق كلامهما، وتكلم عليه في عدة أوراق، وحقق، ولا يحتمل كتابنا إيراد ذلك.

قال: **(وَلَوِ اخْتَلَفَ فِي قَدْرِهِ زَوْجٌ وَوَلِيُّ صَغِيرَةٍ أو مَجْنُونَةٍ تحَالفَا فِي الأصح)** أي: عند الأكثرين كما قاله في «البيان» وغيره، وهو المنصوص في «الأم» [وظاهر نص «المختصر»] لأنه باشر العقد وتولاه، فإذا حلف كان حالفًا على فعل نفسه، فجاز له ذلك، كما لو اختلف المشتري ووكيل البائع في الثمن، فإنهما يتحالفان، قال أبو العباس بن سرَيْج: ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق، فسمعت يمينه فيه، كالمنكوحة.

والثاني: [لا يحالف] ولا يحلف الولي بحال؛ لأنه يثبت بيمينه حقًّا لغيره، والنيابة لا تدخل في اليمين، فعلى هذا يوقف اليمين إلى تأهلها لها ويتحالفان، ويجوز أن يحلف الزوج ويوقف يمينها إلى تأهلها له، ويتحالفان [ويجوز أن يحلف الزوج ويوقف يمينها إلى تأهلها له] ووقع في «كفاية» [ابن الرفعة]: أن ابن سرَيْج وأبا إسحاق، قالا به، وهو وهم، وإنما قالا بالأول.

تنبيهات وتتمات:

منها: ترجيحه هنا حلف الولي، مخالف لما ذكره في الدعاوى، أنه لو ادعى ولي صبي دينًا له، فأنكر ونكل لم يحلف الولي، وقيل: يحلف، وقيل: إن ادعى مباشرة شبه حلف، وإلا فلا، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: قال في «الروضة»: ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف، حلفت هي، ولا يحلف، وادعى الْبَغَوي الاتفاق عليه، ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها، فالصحيح أنها هي التي تحلف، وقيل: يحلف الولي؛ لأنه العاقد، قاله القاضي أبو الطيب، وغيره، ومن قال بهذا لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها، انتهى.

وفي «البيان»: فلو بلغت أو أفاقت قبل التحالف، قال عامة الأصحاب: لا يحلف الولي، وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق: يحلف الولي، انتهى.

والذي رأيته في «المهذب» الأول، وفي «الحاوي» أنها إذا كانت وقت التحالف بالغة، وقلنا للأب الحلف في صغرها، فوجهان:

أحدهما: يحلف لمباشرته العقد، قال: وعلى الوجهين، لو امتنع الأب حلفت، وإنما الخلاف في جواز حلفه مع بلوغها، وهذا صحيح.

ومنها: إذا حلفت بعد البلوغ والإفاقة، حلفت فيما يبقي على نفي العلم كما سبق؛ لكن قال الإمام: إن يمين العلم إنما يتوجه إذا ادعى علمها، وصيغة اليمين: والله لا أعلم أن الولي زوجني بألف، ولقد زوجني بألفين، ونحو هذا.

……

ومنها: الخلاف في صورة «الكتاب» يجري فيما لو اختلفت المرأة وولي الصغير أو المجنون، قالا: وفيما لو اختلف وليا الصغيرين، والمجنونين، وفي الوكيل في النكاح.

قال في «البسيط»: ويجري في الوصي، والقيم، والوكيل، قبل أن ينصرفوا عن الولاية، وما ذكره الشيخان في تحالف وليي الصغيرين، قاله غيرهما. وفي «الحاوي» إنه هل يحلف الزوج، وولي الصغيرة؟ وجهان:

ثانيهما: وهو قول أبي العباس، وأبي إسحاق، والظاهر من نص الشَّافِعِي، التحالف.

ثم قال: ولو اختلف في المهر، أو الزوجين الصغيرين، فإن حكم بالصداق في مال الزوج، إما ليساره، أو على أحد القولين في حال إعساره، فلا تحالف بينهما؛ لأنه [يجوز][1] أن يزوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل، ولا لأب الصغيرة تزويجها بدون مهر المثل، فبطل التحالف، ووجب مهر المثل، وإن حكم بالصداق على أب الزوج، جاز التحالف عليه؛ لأنه يجوز أن يبذل من ماله عن أبيه أكثر من مهر المثل، فعلى هذا لأب الزوج أن يحلف مع صغر ابنه، ومع كبره، وهل للأب الصغير أن يحلف مع صغرها؟ ذكرنا فيه وجهين، انتهى.

وما قاله حسن صحيح، نعم، في صحة إصداقه من ماله عن طفله أكثر من مهر المثل كلام، لا يخفى حكم تفريع قول المانع هاهنا.

ومنها: إذا أحلفنا الولي، فنكل عن اليمين، فهل نقضي بيمين الآخر أم يوقف الأمر إلى البلوغ والإفاقة؟ فيه وجهان: أصحهما عند الإمام الثاني.

ومنها: أطلق «المصنف» القول بالتحالف، ومحل ذلك إذا كان الاختلاف بينهما فيما زاد على مهر المثل، بأن ادعى الولي الزيادة، والزوج معترف بمهر المثل، مثاله: مهر مثلها ألف، فقال: نكحتها بألف، وقال الولي: بألفين.

---

(١) في نسخة: (لا يجوز).

وَلَوْ قَالَتْ: نَكَحَنِي يَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ، وَيَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ وَثَبَتَ الْعَقْدَانِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ لَزِمَهُ أَلْفَانِ، ....

أما لو ادعى الزوج النكاح بدون مهر المثل، قال الرَّافِعِي: فلا حاجة إلى التحالف؛ لأنه يثبت مهر المثل، وإن نقص الولي، وما ذكره ظاهر، فيما إذا ادعى الولي قدرًا، والزوج دونه، والقدران دون مهر المثل، أو ادعى الولي قدر مهر المثل، والزوج دونه، أما لو ادعى الولي أزيد من مهر المثل، وادعى الزوج أنه دون مهر المثل، فحقيقة قول الزوج أن الواجب مهر المثل، فهو كما لو ادعى الولي أزيد من مهر المثل، وقال الزوج: بل بمهر المثل، سواء بسواء، على أن ما ذكره الرَّافِعِي، وما ذكرناه، فيما إذا ادعى [كل] أنقص من مهر المثل، نظر على طريقته، فأيهما إذا اتفقا على تسمية دون مهر المثل [أو ادعاه الزوج، تضمن ذلك اعترافها أو اعترافه بفساد النكاح؛ لوقوعه بدون مهر المثل].

ومنها: لو ذكر الزوج أزيد من مهر المثل، وذكر الولي أكثر من ذلك، فلا تحالف أيضًا؛ كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل، فيأخذ الولي ما قاله الزوج.

قال الشيخان: لكن لا بد من حلف الزوج على نفي الزيادة التي ادعاها الولي، قالا: ولو ذكر الولي مهر المثل، أو أكثر، فذكر الزوج أكثر من ذلك، فهل يتحالفان؟ أم يؤخذ بما قاله الزوج؟ وجهان، انتهى.

والتحالف هنا بعيد، لما ذكر في الصورة قبلها، وفي الحقيقة المسألة مكررة.

قال: (وَلَوْ قَالَتْ نَكَحَنِي يَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ، وَيَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ وَثَبَتَ الْعَقْدَانِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ لَزِمَهُ أَلْفَانِ) أي: بأن قالت: نكحني يوم الخميس، أو يوم [الجمعة مثلًا][1] بكذا، فيسمع دعواها ومطالبتها بالقدرين، سواء اتفقا أو اختلفا؛ لإمكان ثبوت المهرين بأن يطأها في النكاح الأول، ثم يخلعها [ثم ينكحها] في اليوم الثاني، فإن ثبت جريان عقدين بإقراره، أو ببينة، أو بعلم القاضي، إذا قلنا يقضي بعلمه، أو يحلفها بعد نكوله، لزمه المهران، ولا

---

(١) في نسخة: (السبت).

فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَطَأْ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَسَقَطَ الشَّطْرُ، وَإِنْ قَالَ: كَانَ الثَّانِي تَجْدِيدَ لَفْظٍ لَا عَقْدًا لَمْ يُقْبَلْ.

يحتاج إلى التعرض بحصول فرقة، فإن جريان العقد الثاني يدل على ذلك، ولا إلى التعرض للوطء، فلأن المسمى في كل عقد يجب بالعقد، والأصل بقاؤه، حتى يدعي الخصم سقطًا، فيرتب على ذلك حكمه.

قال: (**فَإِنْ قَالَ لَمْ أَطَأْ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**)؛ لأن الأصل عدم الوطء، (**وَسَقَطَ الشَّطْرُ**) لأن ذلك ثمرة تصديقه، والغرض بيان أنه إذا ادعى عدم الوطء[وأنه طلق قبل الدخول، صدق بيمينه، ولم يطالب من المهر الأول إلا بنصفه، وكذلك الحكم في الثاني، إذا ادعى عدم الوطء] الثاني: وإنه طلق قبل الدخول، أو طلق قبل الدخول فيهما، ولو ادعى أنها ارتدت في النكاح الأول [فسقط مهره] وأنكرته، صدق بيمينها؛ إذ الأصل بقاؤها على دينها.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: كَانَ الثَّانِي تَجْدِيدَ لَفْظٍ لَا عَقْدًا لَمْ يُقْبَلْ**) إذا ادعى أن العقد الأول كان باقيًا بحاله، إنما جعلنا الثاني تجديدًا وإشهارًا، لم يقبل منه، كما لو قال لغيره: بعني هذا العبد مثلًا بألف، ثم ادعى أنه ملكه، لم يقبل، وكان استدعاؤه إقرارًا، ولا يصدق في قوله طلبت صورة البيع، لا حقيقته، وله تحليفها على نفي ما ادعاه على الصحيح لإمكانه⁽¹⁾.

فائدة: في «مطلب» ابن الرِّفْعَة، وذكر غيره عن صاحب «الذخائر» عن الْمُزَنِي أنه قال: لا يسمع دعواه أنه طلقها في النكاح الأول قبل الدخول، وعليه ألفان، وأن الفوراني قال: وهو صحيح، ووجهه - يعني: صاحب «الذخائر» - بأن الأصل وجوب المهر، وهو يدعي سقوط بعضه، فعليه إقامة البينة، وإلا فاليمين عليها، انتهى.

وهذا وهم من صاحب «الذخائر» عن الْمُزَنِي، والفوراني، والذي في

---

(١) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ مِنْ صِحَّةِ الْعُقُودِ الْمُتَشَوِّفِ إِلَيْهَا الشَّارِعُ نَظِيرَ مَا مَرَّ فِي تَصْدِيقِ مُدَّعِي الصِّحَّةِ وَاحْتِمَالِ كَوْنِ الطَّلَاقِ رَجْعِيًّا وَأَنَّ الزَّوْجَ اسْتَعْمَلَ لَفْظَ الْعَقْدِ مَعَ الْوَلِيِّ فِي الرَّجْعَةِ نَادِرٌ جِدًّا فَلَمْ يَلْتَفِتُوا إِلَيْهِ فَانْدَفَعَ مَا لِلْبُلْقِينِيِّ هُنَا وَلَهُ تَحْلِيفُهَا عَلَى نَفْيِ مَا ادَّعَاهُ لِإِمْكَانِهِ. انظر: تحفة المحتاج (٣١/ ٣٦٥).

فَصْلٌ

وَلِيمَةُ الْعُرْسِ سُنَّةٌ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ وَاجِبَةٌ.

«الإبانة» أنه إذا ادعى ذلك، لزمه مهر ونصف، ولفظ الْمُزَنِي في «المختصر» صريح في ذلك، وكان الوهم أصله أنه في بعض نسخ «عمد» الفوراني، فلو ادعى الزوج أنه فارقها في الأول قبل الدخول، فليس عليه إلا النصف، ليسمع منه، وعليها اليمين، كذا قاله الْمُزَنِي، انتهى.

وصوابه: وعليه اليمين، يفهم من قوله: يسمع منه؛ أي: من دعواه، وعليها هي اليمين في نفي ما ذكره، والظاهر أن مراده بـ(يسمع منه) أي: يصدق بيمينه، وإنما حرف ناقلٌ عليها بعليه، والله أعلم.

خاتمة

نسأل الله حُسنها

ذكرت هنا في «الغنية» مسائل مهمة، فيما يبعثه الخاطب إلى بنت المخطوبة، وما يدفعه إلى وليها، أو إليها قبل العقد، أو بعده، ثم يريد أن يجعله من الصداق، أو يدعي أنه إنما دفعه ليكون منه، وفي ذلك خبط كثير، والبلوى قد عمت بدعوى الأزواج، ووارثيهم ذلك، وطلب حسابه من المهر، ذكرت فيه ما وصل إليه علمي نقلًا وبحثًا، فاطلبه منها، وربما أشرت إلى طرف منه في كتاب «الهبة»، وذكرت عن «فتاوى» البغوي هنا شيئًا، فيما إذا أهدى أبو الزوج شيئًا قبل العقد، ثم مات، ثم عقد بعد موته، ونازعته فيه، فراجعه إن شئت.

قال: (**فَصْلٌ: وَلِيمَةُ الْعُرْسِ سُنَّةٌ**) أي: لورود السنن الصحيحة به قولًا وفعلًا.

(**وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ: وَاجِبَةٌ**) لقوله ﷺ [لعبد الرحمن بن عوف]: «**أَوْلِمْ ولو بِشَاةٍ**»(١) متفق عليه، ولم يتركها ﷺ حضرًا ولا سفرًا، والحاصل في المسألة طرق:

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٢٢، رقم ١٩٤٣).

....

أحدها: القطع بالندب، وبها أجاب الروياني في «الحلية» والجوري في «المرشد»، ونسبها الإمام إلى المحققين، ومنهم القفال، وحملوا الأمر والفعل على الندب، واستدل له بما في «الصحيح» [في الزكاة]: «هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا؟ قَالَ: لَا، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ»⁽¹⁾.

وبحديث ضعيف: «لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ»⁽²⁾.

الثانية: القطع بالوجوب، وبها أجاب في «الخصال»، وسليم في «الإشارة» للأمر الصحيح الصريح.

الثالثة: على قولين، كما قاله أبو حامد في «التعليق»، وقاله غيره، وعلى وجهين على ما قاله أكثرهم.

أصحهما: عندهم الندب، كما سبق، كالأضحية، وسائر الولائم.

وثانيهما: إنها واجبة على الأعيان؛ لحديث عبد الرحمن، قال سليم في«المجرد»، وغيره: وهو المذهب، وهو ظاهر نص «الأم» و«المختصر»، وكذلك قال في «المهذب»: إنه المنصوص لظاهر الأمر، ولهذا وجبت الإجابة إليها، وقيل: هي فرض كفاية إذا أظهرها الواحد في عشيرته، أو قبيلته ظهورًا منتشرًا سقط الفرض عن الباقين، وزيفوه، وبه أجاب الصيمري، وقيل: رواه عن غيره.

إشارات: **أولها**: الوليمة لغةً: الطعام المتخذ للعرس، قاله ثعلب وغيره، وقال ابن عبد البر: قال أهل اللغة: الوليمة هي طعام للعرس والإملاك.

وقال صاحب «العين»: الوليمة: طعام العرس.

وقال الشَّافِعِي: اسم الوليمة يصدق على كل دعوة تتخذ؛ لحادث سرور، والمتبادر عند الإطلاق وليمة العرس، وكذلك قال الْمَاوَرْدِي وغيره: إنها لا تطلق على غير وليمة العرس إلا بقرينة.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٦)، ومسلم (١٠٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٧٠، رقم ١٧٨٩).

……

قال الأزهري: واشتقاقها من الولم، وهو الجمع، وأصلها من اجتماع الشيء والتئامه، يقال: أولم الغلام، إذا اجتمع عقله وخلقه؛ لأن الزوجين يجتمعان.

ثانيها: قال الْبَغَوِي: الوليمة إذا أُطلِقت هي طعام الإملاك.

وقال صاحب «التقريب»: هي طعام العرس، والمراد بالعرس: الابتناء.

وقيل: يطلق عليهما، والحق أن وليمة الإملاك، غير وليمة العرس، ولهذا لما عددوا أنواع الولائم عدوا وليمة الإملاك، ووليمة العرس.

ثالثها: قال ابن الصباغ والْمُتَوَلي والرَّافِعِي: أقل الوليمة للمتمكن شاة، فإن لم يتمكن فما قدر عليه، وعبارة «تنبيه» ابن أبي عصرون [ومرشده]: وأقلها للمكثر شاة، وللمقل ما تيسر، وهذان الكلامان يقتضيان أنه لو أولم الموسر المتمكن من الشاة بدون الشاة لم يحصل السنّة أو الواجب، وفيه نظر، وكلام «تنبيه» أبي إسحاق يفهم أن أكملها شاة، والظاهر أنه بأي شيء أولم من الطعام جاز، كما دلت عليه السنة.

رابعها: قال الْمَاوَرْدِي: الوليمة إصلاح الطعام، واستدعاء الناس إليه، هذا هو المعروف وفي آخر الحج من «تحرير» الجرجاني: وليمة العرس شاة، سليمة من العيوب، ينزع عظمها من اللحم، ولا [يكسر](١) ويفرق على الفقراء، أو يطبخ منه، ويطعم، انتهى. وهو غريب.

خامسها: صح أنه لما أَوْلَمَ النبي ﷺ على صفِيّةَ أنهم قالوا: إن لم يحجبها فهي أم ولد، وإن حجبها فهي امرأته، وفيه دليل على اتخاذ الوليمة للتسري؛ إذ لو اختصت بالزوجات لما ترددوا في أنها زوجة.

سادسها: الطعام المتخذ؛ لإطعام الناس ثمانية أنواع، أو أكثر:

الوَلِيمَةُ: للعرس، أو للإملاك.

---

(١) في نسخة: (يطرق).

....

والإعْذَارُ: للختان، والظاهر أن استحبابها مختص بختان الذكور دون الإناث، فإنه يخفى، ويستحيا من إظهاره، ويحتمل أن يستحب للنساء، فيما بينهن خاصة.

والنَّقِيعَةُ: لقدوم المسافر، وسيأتي بيان من يصنعها، مأخوذة من النقع، وهو الغبار.

والخُرْسُ: بضم الخاء المعجمة، والسين المهملة؛ [لما يتخذ عند الولادة.

والعَقِيقَةُ: لما يتخذ يوم سابع الولادة، ونحوه على ما فيه كما سيأتي.

والوَكِيرَةُ] : لما يتخذ للبناء.

والوَضِيمَةُ: بفتح الواو، وكسر الضاد المعجمة؛ لما يتخذ عند المصيبة.

والحِذَاقُ: بكسر الحاء المهملة، ما يتخذ عند حذق الصبي بالقرآن، أو عند ختمه له، ويقال: اليوم ختمه القرآن، هذا يوم إحذاقه.

والمَأْدُبَةُ: بضم الدال وفتحها، اسم الطعام المتخذ ضيافةً بلا سبب، هكذا قاله [الرافعي] والقاضي الحسين، وقال الأزهري: كل طعام صنع [لدعوةٍ] فهو مأدبة، وكذا قال أبو الطيب في «المجرد»، ولفظه: والمأدبة تقع على كل طعام يصنع، ويدعى عليها الأصدقاء.

سابعها: قال في «الروضة» قول الأصحاب: النقيعة لقدوم المسافر، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدوم عليه؟ وفيه خلاف لأهل اللغة، فنقل الأزهري عن الفراء: إنه القادم، وقال صاحب «المحكم»: وهو طعام يصنع للقادم، وهو الأظهر، انتهى.

والصواب الأول، قال الإمام الحليمي في أواخر الحج من «منهاجه»: ويستحب للمسافر إذا رجع واستقر في منزله أن يطعم الناس، فعله الصالحون من سلف هذه الأمة، ثم ذكر عن ابن عمر - ﵄ - وجماعة من التابعين، ويشهد له ما في البخاري: **«عن جابر أنه ﷺ لَمَّا قَدِمَ الْمَدِينَةَ نَحَرَ جَزُورًا أَوْ**

……

بَقَرَةٍ»[1] فقال البخاري: وكان ابن عمر يصنع لمن يغشاه.

وعبارة «الحاوي»: والنقيعة وليمة القادم من سفره، فأضافها إليه، وأيضًا تخريج بعضهم قولًا بإيجاب وليمة غير العرس، يقتضي ذلك؛ إذ يبعد أن يقال: يجب على الغير اتخاذ وليمة لقدوم الغير، ويكفي تصريح الْحَلِيمِي بذلك، وليس في كلام الأصحاب ما يخالفه.

ثامنها: أطلقوا استحباب الوليمة؛ للقدوم من السفر، وقضيته أنه لا فرق بين طويلة وقصيرة، فالظاهر أن المراد بذلك، أو بتأكده من طال سفره [القفول][2] من حج أو غزو أو غيبة بعيدة، والعرف قاضٍ بذلك، وأما من غاب يومًا أو أيامًا يسيرة، إلى بعض نواحي البلد والقرى القريبة، فهو كالحاضر، فلا يتأكد له، ولا يصنع له في العادة، فإن فعل فلا حرج.

تاسعها: قال في «الروضة» بعد كلامه على وليمة العرس: وأما سائر الولائم فمستحبة على المذهب، وبه قال الجمهور.

وقال الْمُتَوَلِّي: و[صرح][3] بعضهم في وجوب سائر الولائم قولًا أن الشَّافِعِي قال بعد ذكرها: ولا أرخص في تركها، انتهى.

وقال في «البيان»: غير وليمة العرس لا يجب بالإجماع، انتهى.

والتخريج غلط، وأصله قوله في «الأم»: إثبات دعوة الوليمة حق، والوليمة التي تعرف وليمة العرس، وكل دعوة على إملاك، أو نفاس، أو ختان، أو حادث سرور دعي إليها باسم الوليمة يقع عليها، فلا أرخص لأحد في تركها، ولو تركها لم يتبين لي أنه عاصٍ في تركها كما يبين في وليمة العرس، فظن المخرج أنه أراد بتركها ترك اتخاذها، والصواب أنه إنما أراد

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٥٩) وأحمد (٣/ ٨١، رقم ١١٧٨٦) قال الهيثمي (٢/ ١٧٧): رجاله ثقات. والطحاوي (٤/ ١٨٠).

(٢) في نسخة: (لمقصود).

(٣) في نسخة: (خرج).

....

ترك الإجابة إلى وليمة العرس، أو إلى سائر الولائم [كما سيأتي بيانه].

عاشرها: قال القاضي عياض وغيره: الأصح عند مالك وغيره أنه يستحب فعل وليمة العرس بعد الدخول، وعند جماعةٍ منهم يستحب عند العقد، وعند ابن حبيب منهم عند [العقد، وعند] الدخول [وعند جماعة منهم، واستحسنها بعض شيوخنا قبل البناء]، انتهى.

وأصل هذا الاختلاف أن وليمة العرس هي وليمة الإملاك، أو غيرها، والظاهر أنها غيرها، وإليها يشير ما قدمته من كلام الشَّافِعِي [قريبًا] وعلى ذلك ينطبق قول ابن حبيب، وهو الصحيح، وظاهر قوله في «المختصر» والوليمة التي تعرف وليمة العرس، وكل دعوة على إملاك إلى آخره.

ولعل المراد بما يتخذ للإملاك، ما أشار إليه الْمُتَوَلِّي بقوله: والمستحب ألا يخلى عقد النكاح عن شيء حلو من سكر ولوز، عما جرت به العادة، إلا أن الأولى أن يقدم إلى كل واحد من الحاضرين شيئًا من ذلك، ولا ينثر، وأما النثار فمكروه عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا يكره، انتهى.

ولم أر لأصحابنا تصريحًا بوقت وليمة العرس ابتداءً أو انتهاءً، وفي «إقناع الْمَاوَرْدِيِّ»: يستحب عند الدخول، انتهى.

ويحتمل أن يقال: لا يؤخر عن مدة حتى الزفاف للبكر، والأقرب الرجوع في ذلك إلى العرف، وبوَّب البيهقي في «سننه»: «باب وقت الوليمة» ثم أسند عن أنس ﷺ أنه قال: «**بَنَى رَسُولُ الله ﷺ بِامْرَأَةٍ، فَأَرْسَلَنِي فَدَعَوْتُ قَوْمًا إِلَى الطَّعَامِ**»(١).

وظاهره أنها تكون بعد الدخول؛ لأن البناء عبارة عنه، وعليه يحمل كلام «الإقناع»، والله أعلم.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٧/ ٢٦٠).

وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا فَرْضُ عَيْنٍ، وَقِيلَ: كِفَايَةٍ، وَقِيلَ: سُنَّةٌ.

قال: **(وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا)** أي: إلى وليمة العرس.

(فَرْضُ عَيْنٍ) أي: بشروطه الآتي ذكرها، وسواء كان المدعو صائمًا، أو مفطرًا؛ لما في «الصحيحين» [مرفوعًا]: «**إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةِ عُرْسٍ فَلْيُجِبْ**»(١).

وفي لفظ لمسلم: «**إِذَا دَعَا أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيُجِبْ عُرْسًا كَانَ أَوْ نَحْوَه**»(٢).

ولهما: «**إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا**»(٣).

ولهما: «**وَمَنْ لَمْ يُجِبْ الدَّعْوَةَ؛ فَقَدْ عَصَى الله وَرَسُولَه**»(٤) ووقفه البخاري على أبي هريرة رواية.

ونقل القاضي عياض وتابعه المصنف في شرح «مسلم» اتفاق العلماء على وجوب الإجابة إليها.

[قال]: واختلفوا فيما سواها، انتهى.

ونقل بعض أصحابنا عن مالك وأحمد أن الإجابة سنة، والموجود في كتب المالكية، والحنابلة عنهما الوجوب.

قال ابن عبد البر: ولا أعلم فيه خلافًا.

تنبيه: يستثنى من وجوب الإجابة القاضي، فإنها لا تلزمه على الصحيح، ويشبه أن في معناه كل ذي ولاية عامة بالنسبة إلى رعيته.

قال: **(وَقِيلَ: كِفَايَةٍ)**؛ لأن المقصود ظهور الحال واشتهاره، وتميزه عن السفاح، وذلك حاصل بحضور البعض، ورجحه الحناطي.

قال: **(وَقِيلَ: سُنَّةٌ)**؛ لأن الإجابة للأكل [وإيجابه] بعيد، فيحمل الأحاديث

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٨٩)، ومسلم (٣٥٨٤).

(٢) أخرجه مسلم (٣٥٨٦).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٤٦، رقم ٦٣٣٧)، ومسلم (٢/ ١٠٥٣، رقم ١٤٢٩)، وأبو داود (٣/ ٣٤٠، رقم ٣٧٣٨). وأبو عوانة (٣/ ٦١، رقم ٤١٩٢)، والبيهقي (٧/ ٢٦٢، رقم ١٤٣٠٢).

(٤) أخرجه مسلم (٣٥٩٨)، وابن حبان (١٢/ ١٠٥).

....

على الندب، وتأكده، قال الْمَاوَرْدِي: ولأن الزكاة تجب على الأعيان، ولا يلزم المدفوع إليه تملكها، فكان غيرها أولى، وبهذا قطع بعضهم.

وقال المحاملي في «المقنع»: إنه ليس بشيء، ونقله في «الشامل» [وغيره] عن مالك وأحمد: منكر، ولم يتعرضوا على هذا الوجه [إلى] أنها سُنّة على الكفاية، أو على الأعيان، والظاهر الثاني.

فرع: لو نكح أربعًا في عقد، أو عقود، فهل يستحب أو يجب؟ على رأي أن يعمل لكل واحدة وليمة، أو تكفيه [وليمة] واحدة للكل، وقع فيه بحث، أو يفترق الحال بين العقد الواحد والعقود، والمتجه أنه إن كان قصد بما اتخذه من الطعام الوليمة عن الكل كفى إن كان ما صنعه لو قسم فحصل به الوليمة عن كل واحدة، وكذا إن كان لا يكفي لو قسم، فالأشبه أنه يكفي أيضًا، نظر إلى أنها وليمة واحدة، وعلى ما أشرنا إليه بشيء ما سنذكره فيما لو أفرد كل واحدة بالوليمة من وجوب الإجابة ثانيًا وثالثًا.

تنبيهات: **منها**: أشار الرَّافِعِي تبعًا للمتولي إلى تخصيص الخلاف، بقولنا: لا تجب الوليمة، فإن قلنا: تجب، وجبت الإجابة وجهًا واحدًا، وهو قضية ما في «الترغيب» وبه جزم في «الروضة» فقال: تجب الإجابة إن أوجبناها، وكذلك إن لم يوجبها على الأظهر.

وقيل: الأصح.

ومنها: في وجوب الأكل؛ حيث لا عدد أوجه في «الحاوي».

أصحها: لا يجب.

وثانيها: يجب، ولو لقمه، واختاره المصنف في «تصحيحه»، ونقلها الْمُتَوَلِي في مطلق الضيافة.

وثالثها: أنه فرض كفاية، وهو حسن غريب.

ومنها: إذا دعي إلى وليمتين، أجاب السابق، فإن جاءا معًا، أجاب الأقرب رحمًا، ثم الأقرب دارًا، كما في الصدقة، وكذا قالاه، ونقله الْعِمْرَانِي

عن «المهذب» وعن المحاملي، وابن الصباغ، أنهما أطلقا أنه يجيب أقربهما دارًا، للحديث الوارد فيه.

قال: وإذا ثبت فهو المعتمد، وأطلق سليم في «مجرده» والرُويَاني [في «تحريره»] أنه يجيب أقربهما بابًا، كلفظ الحديث.

وقال الْمَاوَرْدِي: يجيب أقربهما جوارًا، فإن فأقربهما رحمًا للحديث الوارد: **«إِذَا اجْتَمَعَ الدَّاعِيَانِ فَأَجِبْ أَقْرَبَهُمَا بَابًا؛ فَإِنَّ أَقْرَبَهُمَا بَابًا أَقْرَبَهُمَا جِوَارًا»**(١) رواه أبو داود وغيره، في سنده أبو خالد الدلاني وثَّقَه جماعة، وضعَّفه ابن حبان.

لكن يؤيده ما في «صحيح» البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - يرفعه: **«إِنَّ لِي جَارَيْنِ، فَإِلَى أَيِّهِمَا أُهْدِي؟ قَالَ ﷺ: إِلَى أَقْرَبِهِمَا مِنْكِ بَابًا»**(٢) فالصحيح ما قاله الماوَرْدِيُّ.

ومنها: قال في «الروضة»: والمذهب أن الإجابة إلى غير وليمة العرس، مستحبة.

وقيل: يطرد الخلاف؛ أي: السابق في وجوب الإجابة إلى وليمة العُرس.

قلت: وبهذا الطريق قال الشيخ أبو حامد، وصاحباه الْبَنْدَنِيجِي وسليم الرازي، ونصر المقدسي، والجرجاني، فصرحوا بوجوب الإجابة إليها.

قال في «البيان»: وهو الأظهر، وهو كما قال؛ للأحاديث السابقة وغيرها، والمعنى، وأما قول القاضي أبي الطيب في «المجرد» عن شيخه أبي الحسن الماسرجسي أنه لا تجب الإجابة إليها بإجماع المسلمين، فممنوع؛ بل الخلاف فيها محقق للسلف، وللأصحاب.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٠٨، رقم ٢٣٥١٣)، وأبو داود (٣/ ٣٤٤، رقم ٣٧٥٦)، والبيهقي (٧/ ٢٧٥، رقم ١٤٣٨٠) وأبو نعيم في المعرفة (٤/ ١٦٨٠، رقم ٤٦٨٣) قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٩٦): إسناده ضعيف.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٥٩).

وَإِنَّمَا تَجِبُ أَوْ تُسَنُّ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَخُصَّ الْأَغْنِيَاءَ ....

ومنها: قال في «الإحياء»: ينبغي أن يقصد بالإجابة الاقتداء بالسنة؛ ليكون من أمور الآخرة، ولا يقصد قضاء الشهوة، فيكون من أمور الدنيا، ويقصد الحذر من المعصية المشار إليها في الحديث، ويقصد إكرام أخيه المؤمن بذلك، ويقصد زيارته؛ ليكون من المتحابين المتوادين في الله، وصيانة نفسه عن أن يظن به الامتناع لتكبر، أو سوء ظن، أو استخفاف بمسلم، ونحو ذلك.

قال: (**وَإِنَّمَا تَجِبُ**) أي: الإجابة.

(**أَوْ تُسَنُّ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَخُصَّ الْأَغْنِيَاءَ**)، لما جاء أنه شر طعام، وهذا إذا خصهم لغناهم، وأما إذا كانوا من أهل حرفته، فخص أهل حرفته، أو فقيهًا فخص الفقهاء.

قال القاضي الحسين وغيره: فلا بأس؛ لأن له غرضًا فيه.

وعبارة «المجرد»: ولوجوب الإجابة، أو استحبابها بشروط منها: أن يدعو صاحب الدعوة جميع عشيرته، وجيرانه، أغنيائهم، وفقرائهم، دون ألا يخص الأغنياء.

قلت: وهذا ظاهر إذا أمكن، أما لو كثروا، وخرجوا عن الضبط، أو عسر ذلك، أو كان فقيرًا، لا يمكنه استيعابهم، فالوجه أنه لا يشترط ذلك، بل ألا يظهر منه قصد التخصيص، وفي حديث عائشة -رضي الله عنها- أنه ﷺ «**أَوْلَمَ عَلَى بَعْضِ نِسَائِهِ بِمُدَّيْنِ مِنْ شَعِيرٍ**»(١) وصح أنه: «**أولم بسَوِيقٍ وتمر**»(٢).

وبعيد الاستيعاب مع ذلك، وينبغي حمل كلام الأئمة على عشيرته الأقربين، وجيرانه، أيضًا لا أهل كل دار من الجوانب الأربعة؛ حتى يستوعب أربعين دارًا، كما قيل في «الوصية»، وكذا يقال في أهل حرفته، أي: أهل سوقه منهم إن أمكنه استيعابهم، وإلا فمعارفه وخلطاه منهم، على أن في

---

(١) أخرجه البخاري (٥١٧٢)، وأحمد في «المسند» (٢٥٥٦٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٧٤٦)، والترمذي (١١١٨).

وَأَنْ يَدْعُوَهُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ أَوْلَمَ ثَلَاثَةً لَمْ تَجِبْ فِي الثَّانِي، وَتُكْرَهُ فِي الثَّالِثِ،

النفس من كون تخصيص الأغنياء عذرًا في الامتناع شيء، فظاهر الحديث يأباه، ولم أره في كلام الشَّافِعِيّ.

قال: (وَأَنْ يَدْعُوَهُ) أي: يعنيه كما سيأتي بيانه (فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ) هذا شرط ثالث.

قال: (فَإِنْ أَوْلَمَ ثَلَاثَةً لَمْ تَجِبْ فِي الثَّانِي، وَتُكْرَهُ فِي الثَّالِثِ) أصل المسألة ما رواه أبو داود والترمذي والشَّاشِي، وابن ماجه مرفوعًا: «الْوَلِيمَةُ في اليوم الأولِ حَقٌّ، وَالثاني مَعْرُوفٌ، وَفِي الثَّالِث سُمْعَةٌ وَرِيَاءٌ»⁽¹⁾ وأُعِلَّ.

وروى أبو بكر بن أبي خيثمة في ترجمة زهير بن عثمان الصحابي فقال: حدثنا أبي: حدثنا حبان: حدثنا همام عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن عثمان الثقفي عن رجل من ثقيف يقال له زهير بن عثمان أن النبي ﷺ قال: «الْوَلِيمَةُ حَقٌّ، وَالْيَوْمُ الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَالْيَوْمُ الثَّالِثُ سُمْعَةٌ وَرِيَاءٌ»⁽²⁾.

قال المصنف في «حواشي مهذبه» بخطه: وهذا إسناد صحيح، انتهى.

وذكره ابن عبد البر في ترجمة زهير هذا عن الحسين بن عبد الله بن عثمان الثقفي عنه، ثم قال: وفي إسناده نظر، ويقال: إنه مرسل، إذا علمت هذا فقد أطبق الأصحاب على استحباب الإجابة في الثاني، وصرحا في «المجرد» و«الروضة»، وأصلهما، وغيرهما بأنه لا خلاف فيه، والجمهور على كراهتها

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٢٩، رقم ١٨٠٤٠)، وأبو داود (٤/ ٢٧٠، رقم ٤٨٨١)، وأبو يعلى (١٢/ ٢٦٤، رقم ٦٨٥٨)، والطبراني (٢٠/ ٣٠٩، رقم ٧٣٥)، والحاكم (٤/ ١٤٢، رقم ٧١٦٦) وقال: صحيح الإسناد.

(٢) حديث زهير بن عثمان: أخرجه أحمد (٥/ ٢٨، رقم ٢٠٣٤٠)، والدارمي (٢/ ١٤٣، رقم ٢٠٦٥)، وأبو داود (٣/ ٣٤١، رقم ٣٧٤٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٣٧، رقم ٦٥٩٦)، والطبراني (٥/ ٢٧٢، رقم ٥٣٠٦)، والبيهقي (٧/ ٢٦٠، رقم ١٤٢٨٦).
حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٧، رقم ١٩١٥). قال البوصيري (٢/ ١٠٩): هذا إسناد فيه عبد الملك بن حسين، وهو ضعيف. والطبراني في الأوسط (٢/ ٣٢٦، رقم ٢١١٦).
حديث الحسن: أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٦٣، رقم ٣٥٩١٤).
حديث ابن مسعود: أخرجه الطبراني (٩/ ١٩٧، رقم ٨٩٦٧).

....

في الثالث، وبه جزم في «المهذب».

وقال في «التنبيه»: وفي الثالث خلاف الأولى، وأغرب صاحب «التعجيز» فقال: في وجوب الإجابة يومين قولان، وقيل: وجهان.

قال في «شرحه»: أصحهما الوجوب، وبه قطع الجرجاني.

وقال سائر النقلة: الإجابة في اليوم الثاني مكروهة كالثالث، والأول أصح عندي، وهذا النقل عن سائر النقلة غلط بلا شك، ولم يذكر الجرجاني الوجوب في الثاني في «تحريره»، ولا معاناته، ولا أحسبه في «شافيه».

وادَّعى أن الْبَغَوِي ذكر الخلاف في وجوب الإجابة في الثاني، ولم يصرح بذلك، وإن أوهمه، وأفهمه سياقه، وقد بقيت على ذلك، فلم أجد له أصلًا، نعم، ينقدح القول بوجوب الإجابة في اليوم الثاني، على من لم يدع في الأول؛ لعذر دون من دعي في الأول، وأجاب؛ لأنه الأول في حقه، وكذا لو كان للمدعو في الأول عذر فيه دون الثاني، يتجه أن يلزمه الإجابة في الثاني؛ لزوال العذر، وقد لا يمكن المولم استيعاب الناس في الأول؛ لكثرتهم، أو صغر منزله، أو قلة دخله، وغيرها من الأعذار، ويكون ذلك في الحقيقة وليمة واحدة، دعي الناس إليها أفواجًا، كما اتفق ذلك في اليوم الواحد.

فإن قلت: لو نكح في اليوم واحدة، فأولم ثم غدا ثانية، فأولم، ثم في الثالث ثالثة فألوم لها، هل [يجب][1] الإجابة [في الثلاثة؟].

قلت: الظاهر نعم؛ لأن كل وليمة لا تعلق لها بالتي قبلها، كما لو تطاول الفصل، ويقرب من هذا ما لو نكح اليوم واحدة وأولم، ثم طلقها، ثم نكحها غدًا وأولم، ثم طلقها، ثم جدد نكاحها في الثالث وأولم [وقد يتوقف في وجوب الإجابة][2] ثانيةً على من أجاب أولًا، أما لو نكح ثلاثًا في عقد واحد، وأولم عن كل واحدة في يوم من الثلاثة، فهل يتعدد وجوب الإجابة أو

---

[1] في نسخة: (يلزمه).

[2] في نسخة: (ولم يتوقف في وجوب الكفاية).

وَأَنْ لَا يُحْضِرَهُ لِخَوْفٍ أَوْ طَمَعٍ فِي جَاهِهِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَنْ يَتَأَذَّى بِهِ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ مُجَالَسَتُهُ وَلَا مُنْكَرٌ، فَإِنْ كَانَ يَزُولُ بِحُضُورِهِ فَلْيَحْضُرْ.

لا؟ وكذا لو نكحهن مرتبًا، ولم يتخلل الوليمة، فهل يتعدد وجوب الإجابة في الأيام الثلاثة؛ نظرًا إلى تعدد الزوجات؟

أولًا: نظر إلى المعنى وحصول الغرض بالوليمة الواحدة، واتخاذ العقد في الأولة فيه نظر، ولم أر فيه نقلًا، ولعل الثاني أقرب.

قال: (**وَأَنْ لَا يُحْضِرَهُ لِخَوْفٍ**) أي: منه.

(**أَوْ طَمَعٍ فِي جَاهِهِ**) أي: لتفاوته على باطل، وإنما يجب الإجابة، أو يستحب، إذا كان للقرب والتودد المطلوب من المسلمين عمومًا، ولو كان إحضاره لورعه أو صلاحه أو علمه تأكد له الحضور.

قال: (**وَأَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَنْ يَتَأَذَّى بِهِ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ مُجَالَسَتُهُ**) لما فيه من الضرر في الأولى، والغضاضة في الثانية.

وفي «النهاية» وغيرها تردد للأصحاب فيما إذا دعا شريفًا مع طائفة من السفل، والأرذال.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: ولا أثر لكون بينه وبين الداعي عداوة، أو كان في الوليمة عدو له، وكأنه حيث لا يتأذى به.

قال: (**وَلَا مُنْكَرٌ**) أي: كالخمر، والملاهي [المحرمة].

وحسَّن الترمذيُّ حديث: «**مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يَقْعُدْ عَلَى مَائِدَةٍ يُشْرَبُ عَلَيْهَا الْخَمْرُ**»(١) وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

قال: (**فَإِنْ كَانَ يَزُولُ بِحُضُورِهِ فَلْيَحْضُرْ**) أي: وجوبًا متأكدًا، أو يكون بحضوره سيان الإجابة والسعي لإزالة المنكر، وقد يتعين عليه ذلك إذا لم يكن ثم من يزيله غيره، وقد يتوقف في الوجوب لأجل الدعوة كما سيأتي في إجابة الفاسق [فإن علم أنه لو حضر فإن علم أنه لو حضر] فلم يزل بحضوره، فأصح

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٣١) والحاكم (٧١٧١).

....

الوجهين، ويتعين القطع به تحريم الحضور.

فعلى هذا لو لم يعلم بالمنكر حتى حضر نهاهم، فإن لم ينتهوا فليخرج، والأصح بل الصواب تحريم العقود، فإن لم يمكنه الخروج؛ لخوف في ليل أو غيره قعد كارهًا، ولا يسمع ولا يجلس معهم، ويظهر أنه لو خاف على نفسه من سطوة صاحب الدعوة؛ لسلطانه أن يكون المكث عند، كما لو خشي الخروج في الليل.

وعدَّ في «الإحياء» من الشروط: ألا يكون هناك مبتدع يدعو إلى بدعته، ولا يقدر المدعو على رده، وألا يكون فيها من يضحك بالكذب، والفحش، ولا يمزح، ولا يكذب فيه، ولا فحش، فأدخلهما في قول «المنهاج»: ولا منكر.

وعدَّ في «شرح» مسلم من الأعذار: أن يكون هناك آنية ذهب أو فضة، فإن أراد أنها استعملت في طعام الدعوة وشرائها فظاهر، وإن أراد وجودها، وإن لم يستعمل؛ لتحريم اقتنائها على الأصح، فقياسه أن كلَّ ما حرم اقتناؤه كان وجوده هناك عذرًا في عدم الإجابة، ويشبه أن يفرق بين من يرى من الداعين تحريم إمساك الآنية وغيرها بغير الاستعمال، وبين من يبيح ذلك نظر إلى معتقده.

واعلم أن ظاهر كلام «المنهاج» يقتضي أن الداعي إذا لم يخص الأغنياء، وكانت الدعوة في اليوم الأول، ولم يكن هناك منكر، ولا غيره، مما ذكره أن الإجابة تجب، ولم يقل «المحرر» ذلك، وإنما تجب الإجابة، أو تستحب بشروط منها كذا وكذا، ومما يعتبر في وجوب الإجابة أن يخصه بالدعوة، إما بنفسه، أو برسوله، وإن كان صبيًا، كما قاله الْمَاوَرْدِي أو برفقته، وقد نزلنا قوله، وأن يدعوه على ذلك.

أما لو قال لغيره: ادْع من شئت، فدعاه أو دعا معينًا، وقال له: أحضر معك من شئت، فلا تجب الإجابة على مدعوهما، بل ولا يستحب له، فقال الْمَاوَرْدِي: وصريحه: أسألك الحضور، أو أحب أن تحضر، أو أريد أن تجملني بالحضور، ولو قال: إن شئت أن تحضر فافعل، لم يلزمه الإجابة.

....

قال **الشَّافِعِيُّ**: وما أحب له أن يجيب، وكأن هذا فيما إذا دل الحال على استواء الأمرين عند الداعي، وأن حضور المدعو وعدمه عنده سواء، أما لو دلت الحال على أنه إنما قاله تأذيًا واستعطاء ما للمدعو مع ظهور الرغبة في حضوره، فلا يكون النص، فيما إذا لم يدل الحال على ذلك.

ومنها: أن يدعوه مسلم، فلا تجب إجابة الذمي على المذهب.

وقيل: يكره، وهو المختار؛ لما فيه من موادتهم المنهي عنها، إلا أن يرجو بذلك إسلامه، أو تقترن بذلك نوع حرمة من قرابة، أو جوار كما سبق في العيادة، بل يستحب الإجابة عند رجاء الإسلام، وعلى ذلك [يحمل] ما رواه الإمام أحمد في «المسند»: **«أَنَّ يَهُودِيًّا دَعَا رَسُولَ اللهِ ﷺ إِلَى خُبْزِ شَعِيرٍ وَإِهَالَةٍ سَنِخَةٍ»**(١) لو دعا مسلم ذميًّا لم يلزمه الإجابة قطعًا، قاله **الْمَاوَرْدِيُّ**.

قال: فإن كانا ذميين، رضيا بحكمنا أجبرناهما بلزوم الإجابة، وفي إجبار المدعو قولان، وقضية هذا إجبار المسلم إذا دعاه، وهو غريب.

ومنها: ألا يكون المدعو مريضًا، أو ممرضًا، ولا مشغولًا بحفظ مال ونحو ذلك، وشدة الحر والبرد إن منع من تصرف غيره، كان عذرًا، وإلا فلا، والمطر الذي يبل الثوب عذرًا، لا كثرة الزحام.

قال في «البيان»: وما كان عذرًا في حضور الجماعة، [وفي صلاة الجمعة، ففي هذا أولى](٢) وفي هذا الإطلاق وقفة.

وقال **الْمَاوَرْدِيُّ**: لو كان المدعو عبدًا لزمه الإجابة إن أذن سيده، وإلا فلا، أو مكاتبًا لزمه الحضور، إن لم يضر بكسبه، وإن أضر فلا، إلا أن يأذن السيد، ففي لزومها بإذنه وجهان، قال: والمحجور عليه بسفه في الإجابة كالرشيد.

قلت: إلا أن يكون أمرد يخاف ريبة، أو تهمة، أو قاله فلا يلزمه الإجابة، فإن أذن الولي والرشيد فيما أبديته، كالمحجور عليه.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (١٣٥٤٥).

(٢) في نسخة: (كان عذرًا الوليمة).

ومنها: [ألا يكون الحر أجيرًا إجارة عين على عمل شرع فيه، إلا أن يأذن له المستأجر.

ومنها]: إلا أن يكون في الطعام شبهة، فإن علم أن شبهة حرام، حرم الحضور والأكل، وإن كان الغالب الحرام أو الشبهة كره الحضور، وإن غلب الحلال لم يتأكد الإجابة، وإن حضر لم يكره، وفي هذا الأخير نظر؛ لإدانة إلى القول بسقوط الإجابة في هذه الإعصار.

ومنها: ألا يكون الداعي ظالمًا، أو فاسقًا، أو شريرًا، أو متكلفًا طالبًا للمباهاة والفخر، قاله في «الإحياء».

وفي «الرعاية الصغرى» للحنابلة: إنما يجب إجابة المسلم إذا كان [لا] يحرم هجرانه، وهو حسن، وينبغي اعتبار ذلك عندنا، فمن أذن الشرع في هجرانه مطلقًا؛ لمعنى فيه من فسق ظاهر، أو بدعة قبيحة ونحوهما، مما يجوز الهجران مطلقًا، وإن كان طعامه لا شبهة فيه، وقد نقل المصنف في السلام على المبتدع والفاسق المجاهر، ومن ارتكب ذنبًا عظيمًا، ولم يتب منه وجهين: أصحهما: لا يستحب، بل يستحب ألا يسلم عليه، وقال في «أذكاره»: ينبغي ألا يسلم عليهم، ولا يرد عليهم السلام.

وقضيته ألا يجب إجابة دعوة هؤلاء، وإن قبل دعوة هؤلاء، وإن قبل بإجابة الذمي على وجه زجرًا لهم وردعًا، فإن المسلم يتأثر بذلك، ويتغير بخلاف الذمي، ومن ثم استحب [إظهار سجود التلاوة](١) للمسلم المجاهر بعصيانه.

ومنها: إطلاق تصرف المولم، فلا يجب إجابة المحجور عليه بسفه، وإن أذن وليه، نعم، لو اتخذها الولي من مال نفسه، وهو أب أو جد، فيظهر وجوب الحضور، ولو أولم العبد بإذن السيد ألحق بالحر، قاله الْمَاوَرْدِيُّ؛ فلينظر فيما لو كان الداعي حرًّا، رشيدًا، ولكن عليه دين، لا يرجو له وفاء من

---

(١) في نسخة: (الجهار وسجود الشكر).

....

وجه آخر، أو كان يتعين عليه صرف ذلك في دينه، أو نفقة من تلزمه نفقته، والظاهر أنه لا يجب إجابته.

ومنها: ألا يكون المدعو قاضيًا للبلد ونحوه، فإن كان لا يحضر وليمة أحد الخصمين في زمن خصومتهما، ولا وليمتهما، وفي وليمة غيرهما أوجه: أحدها: يحرم الإجابة؛ لأنه أجير المسلمين، ولا يدري متى يتحاكم إليه، وقيَّده الْمَاوَرْدِيُّ [بمرتزقي] وتعليل الرَّافِعِي يُشير إلى ذلك.

والثاني: أنه كغيره من الإيجاد، وأصحهما لا يحرم، ولا يجب، بل يستحب له بشرط التعميم، فإن كثرت، وقطعه عن الحكم، تركها مطلقًا، ولا يخص بعضها بالإجابة، نعم، لو كان يخص قومًا بإجابة قبل الولاية، فحكى ابن كج عن النص أنه لا بأس بالاستمرار.

وعن الْمَاوَرْدِيِّ قال: يأتي الأول في زمننا ألا يجيب أحد الخبث السرائر، ويظهر استثناء إجابة الأصول والفروع ونحوهم، ويشبه أن تجب عليه إجابتهم.

ومنها: ذكرت في دعوة المرأة للنساء وللرجال فرعًا حسنًا في «الغنية»، ينبغي مراجعته، والذي يجب القطع به تحريم دعوة الأجنبية الشابة للأجنبي، ودخول بيتها، وإن لم يكن خلوة؛ لخوف الفتنة والريبة، والقالة، لا كما قاله الرَّافِعِي: إنه تجب الإجابة، إذا لم تكن خلوة محرمة.

ومنها: إنما تتعين الإجابة إذا لم يرض الداعي إلا بالحضور، أما لو اعتذر المدعو إليه، فرضي بتخلفه زال الوجوب.

قال في «الروضة»: وارتفعت كراهة التخلف، انتهى.

وفي «البسيط»: لو علم بقرينة الحال أنه لا يعز على الداعي امتناعه ففيه تردد.

فرع: قال شارح: مجالسة الفاسق على فسقه حرام، وإذا كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته.

قال ابن كج، والرَّافِعِي، والنووي: لم ينكره؛ لأنه مجتهد فيه، والصواب

وَمِنَ الْمُنْكَرِ فِرَاشُ حَرِيرٍ ....

عندي أنه ينكر؛ لضعف دليله، ويدل عليه قول الشَّافِعِيِّ: إنه يحد شاربه، وما هو إلا لضعف مدركه، وأي إنكار أعظم من الحد، وهذا إذا كان الحاضرون ممن يرى إباحته، فإن كانوا [ممن يرى تحريمه، فكالمنكر المجمع على تحريمه، وقيل: لا، وزيفه، واعلم أن عبارة الرافعي: وإن كانوا] يشربون النَّبيذ المختلف في حله، فلا ينكر.

قال ابن كج: لأنه موضع اجتهاد، والأولى أن يكون الحضور في حق من يعتقد التحريم، كما في المنكر المجمع على تحريمه، وقيل بخلافه، ففرض الكلام في الإنكار، في الحضور.

[وعبارة «الروضة»: وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته لم ينكره فرض الكلام في الإنكار لا في أصل الحضور] وفي مطابقته لكلام الرَّافِعِيِّ تطويل، بل هو مسألة أخرى، وإن كان بينهما تلازم وتقارب، ويحتمل أن يقال: إن كان المدعو هو القاضي، ومن يقيم الحد أنكر؛ لأنه لا معنى أن يدعه يفعل ثم يحده، وإن كان غيره من الآحاد فلا.

قال: (وَمِنَ الْمُنْكَرِ فِرَاشُ حَرِيرٍ) أي: في دعوة اتخذت للرجال للنهي الصحيح عن الجلوس عليه، ولنا وجه شاذٌ في جوازه، وأما دعوة النساء خاصة فيبنى على افتراشهن الحرير، فإن منعناه، فلا فرق، وإن جوَّزناه لهن، وهو الأصحُّ، فلا منكر، وافتراش جلود النمور الباقي، وستر الجلد بالحرير حرام على النوعين، فيكون وجود ذلك عذرًا.

وعبارة الْغَزَالِيِّ: والبساط غير حلال، وهي أحسن؛ لشمولها الحرير، وجلود النمور، والمسروق، والمغصوب وغيرها، وممن صرَّح بتحريم افتراش جلود النمور الْحَلِيمِي في «منهاجه» للنهي عنه.

إشارة: لا يكفي الرجل أن يحضر، ولا يجلس على الحرير؛ لأن فرشه هناك إعداد للاستعمال المحرم، فيجب إنكاره، وفيه شيء وهو أنه مختلف فيه، فإن أبا حنيفة، وبعض أصحابنا يحله، فمن يقول: لا ينكر في مواضع

وَصُورَةُ حَيَوَانٍ عَلَى سَقْفٍ أَوْ جِدَارٍ أَوْ وِسَادَةٍ أَوْ سِتْرٍ أَوْ ثَوْبٍ مَلْبُوسٍ، ....

الخلاف؛ يلزمه ألا يقول: هذا من المنكر الذي يجب إنكاره، إلا أن يقال: أنه منكر يمنع من يعتقد بحرية الحضور لأجله، ويكون عذرًا في تخلفه، لا أنه ينكره على غيره، وهذا مراد الأصحاب، وأما إنكار الافتراش فمتوجه للنص الصحيح في النهي عن الجلوس عليه، فلا عبرة بخلاف صادم للنص، وسيأتي شيء من هذا في «السِّير» وأنه يتجه إنكاره وهو أولى من إنكار النبيذ المختلف فيه.

وسبق عن نقل «المصنف» أنه لو بسط على فراش الحرير شيئًا؛ جاز الجلوس عليه كالحشو، فقد يقال: هنا يحضر ويفرش فوقه شيئًا ويجلس، وهو بعيد، وقد قدمنا «آخر صلاة الخوف» عن الْقَفَّال المنع، وهو المختار.

قال: (**وَصُورَةُ حَيَوَانٍ عَلَى سَقْفٍ أَوْ جِدَارٍ أَوْ وِسَادَةٍ أَوْ سِتْرٍ أَوْ ثَوْبٍ مَلْبُوسٍ**) ومن المنكرات أن يكون في مكان الدعوة شيء من صور الحيوانات على الجدران، أو السقوف، أو الستور المعلقة، أو الثياب الملبوسة، أو الوسائد الكبيرة المنصوبة، هكذا قيده «المحرر» و«الروضة» وغيرهما، وسواء علق الستر لزينة أو لمنفعة، هذا ظاهر كلامهم، وفي «الحاوي» عن الشيخ أبي حامد تخصيص المنع بما إذا استعملت للزينة، فإن كانت لمنفعة كستر باب أو لتقى من حرّ أو برد؛ جاز ولم يحرم؛ لأن العدول عن الزينة إلى المنفعة يخرجها عن حكم الصيانة إلى البذلة.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وهذا ليس بصحيح؛ لأن الانتفاع بالشيء لا يخرجه عن كونه مصانًا معظمًا، انتهى.

وما نقله عن أبي حامد لم أره في كلامه؛ إلا في كلام أصحابه، إذا عرفت هذا فسواء كان الحيوان كبيرًا أو صغيرًا مما عهد مثله أم لا؛ كإنسان له جناح طائر، وطائر له وجه إنسان بناء على تحريم تصوير ذلك، وإن له حكم التصوير، وهو الصحيح، لا حكم التزويق، وقد امتنع ﷺ من الدخول على عائشة من أجل النمرقة التي عليها التصوير، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، أَتُوبُ إِلَى الله وَإِلَى رَسُولِهِ ﷺ مَاذَا أَذْنَبْتُ؟! فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «**مَا بَالُ هَذِهِ النُّمْرُقَةِ؟**»

....

قُلْتُ: اشْتَرَيْتُهَا لَكَ لِتَقْعُدَ عَلَيْهَا وَتَوَسَّدَهَا، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «إِنَّ أَصْحَابَ هَٰذِهِ الصُّوَرِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُعَذَّبُونَ، فَيُقَالُ لَهُمْ: أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ» وَقَالَ: «إِنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِيهِ الصُّوَرُ لَا تَدْخُلُهُ الْمَلَائِكَةُ» متفق عليه. ولمسلم عنها أنه ﷺ «قدم من سفر، وقد سترت على صفة لي سترًا فيه الخيل ذوات الأجنحة، فأمر بنزعها».

وفي رواية لمسلم: «قطعناه وسادة أو وسادتين فكان ﷺ يرتفق بهما»⁽¹⁾.

ولأبي داود عن أبي هريرة قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «أَتَانِي جِبْرِيلُ ﵇ فَقَالَ لِي: أَتَيْتُكَ الْبَارِحَةَ فَلَمْ يَمْنَعْنِي أَنْ أَكُونَ دَخَلْتُ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ عَلَى الْبَابِ تَمَاثِيلُ، وَكَانَ فِي الْبَيْتِ قِرَامُ سِتْرٍ فِيهِ تَمَاثِيلُ، وَكَانَ فِي الْبَيْتِ كَلْبٌ، فَمُرْ بِرَأْسِ التِّمْثَالِ الَّذِي فِي الْبَيْتِ يُقْطَعُ فَيَصِيرُ كَهَيْئَةِ الشَّجَرَةِ، وَمُرْ بِالسِّتْرِ فَلْيُقْطَعْ فَلْيُجْعَلْ مِنْهُ وِسَادَتَيْنِ مَنْبُوذَتَيْنِ تُوطَآنِ، وَمُرْ بِالْكَلْبِ فَلْيُخْرَجْ، فَفَعَلَ ذلك رسول الله ﷺ»⁽²⁾. والأحاديث كثيرة مشهورة في تحريم التصوير، ولَعْن فاعله.

إشارات: قوله: «ثوب ملبوس» سواء كان ملبوسًا يكون منكرًا في حالة كونه ملبوسًا، ويجوز أن يكون المراد ما يراد للبس، سواء كان ملبوسًا في تلك الساعة، أو معلقًا، أو موضوعًا على الأرض، قيل: المراد أن يكون ما ذكره بالبيت والمكان الذي دُعي إليه، حتى لو كان ببيت آخر أو مكان آخر من الدار لا ينسب إلى موضع الجلوس لا عبرة به قضية كلام كثيرين ومنهم الشيخان أنه

---

(١) حديث عائشة: أخرجه مالك (٢/ ٩٦٦، رقم ١٧٣٦) وأحمد (٦/ ٧٠، رقم ٢٤٤٦٢) والبخاري (٥/ ٢٢٢١، رقم ٥٦١٢) ومسلم (٣/ ١٦٦٩، رقم ٢١٠٧) والنسائي (٨/ ٢١٥، رقم ٥٣٦٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٢٨، رقم ٢١٥١) وأبو عوانة (١/ ٤٠٦، رقم ١٤٩٨) وابن حبان (١٣/ ١٥٥، رقم ٥٨٤٥).
حديث ابن عمر: أخرجه أحمد (٢/ ١٠١، رقم ٥٧٦٧)، ومسلم (٣/ ١٦٦٩، رقم ٢١٠٨)، والنسائي (٨/ ٢١٥، رقم ٥٣٦١).
حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٢/ ٣٨٠، رقم ٨٩٢٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٣٠٥، رقم ٨٠٣٢)، وأبو داود (٤/ ٧٤، رقم ٤١٥٨)، والترمذي (٥/ ١١٥، رقم ٢٨٠٦) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٨/ ٢١٦ رقم ٥٣٦٥)، والبيهقي (٧/ ٢٧٠، رقم ١٤٣٥٣).

....

لا يضر، وأطلق ابن الصباغ، وغيره ذكر الدار وهو يشمل الجميع، وهو محتمل؛ لأن في دار الدعوة منكرًا، [بخلاف الجار][1] فإن صح هذا مع ظهوره في بعض الصور؛ اقتضى أنه لو كان في الدار في مكان آخر معازف وخمر ونحوهما؛ أنه لا يجب الإجابة؛ بل لا يجوز، وهو المختار على ما سبق بيانه، وعلى قضيه كلام الأولين يجب الإجابة، وفيه نظر؛ لما فيه من سوء ظن الناس بالمدعو، وخوف القالة والتقرير على المنكر، وقد يفرق بين الخمر والعزف، وأما الصور، وفرش الحرير ونحوها في مكان آخر، منفرد غير موضع الجلوس فبعيد، ولا سيما إذا كانت في بيت مغلق، أو غير مرئية للحاضرين، وإن شملها اسم المنكر.

قال الرَّافِعِي: وفيما عُلِّق عن الإمام الإشارة إلى وجه بتخصيص المنع بالسقوف، والجدران، وترخص فيما عدا الستور والوسائد المنصوبة، والظاهر الأول، واختلف أصحابنا في دخول البيت ونحوه، مما فيه صور محرمة غير ممتهنة بالفرش، وغيرها، هل هو حرام أم مكروه على وجهين.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: وإلى الكراهة، مال الأكثرون، وكلام «شرحه الكبير» يفهم ذلك وفيه نظر؛ إذ في «البيان» أن عامة الأصحاب قالوا: إنه لا يجوز، ونسبه في «الذخائر» إلى الأكثرين.

وفي «الشامل» إلى أصحابنا مطلقًا، ورجحه الشيخ أبو محمد، وهو ظاهر النص.

قال في «البسيط»: والمقصود بما ذكرناه أنه متى ثبت التحريم أو الكراهة انتهض ذلك عذرًا، في حق الممتنع من الإجابة، وحكى القمولي عن الْمَاوَرْدِي: أنَّا إذا قلنا بالكراهة لم يسقط بذلك فرض الإجابة، ولم أر هذا في كلامه، وإنما قاله فيما إذا كانت الصور غير معظمة، فاعلمه.

ذكر الْمُتَوَلِّي وغيره أنه لو كانت الصور في الممر دون موضع الجلوس لم

---

(١) في نسخة: (بخلاف الدار).

وَيَجُوزُ مَا عَلَى أَرْضٍ وَبِسَاطٍ وَمِخَدَّةٍ. وَمَقْطُوعُ الرَّأْسِ وَصُورَةُ شَجَرٍ. وَيَحْرُمُ تَصْوِيرُ حَيَوَانٍ.

يترك الإجابة لذلك، وإطلاق «الشامل» وغيره ينازع فيه، ولفظ «الشامل» إذا كان في الدار صور حيوان على الستور، أو ما كان غير موطوء، قال أصحابنا: لا يجوز الدخول إليها، انتهى.

ويعضده ما سبق في الحديث من ذكر التماثيل على الباب، ويستثنى من ذلك ومما سنذكره من تحريم التصوير ما في «صحيح مسلم»: «أن عائشة - ﵂ - كانت تلعب بالبنات عند رسول الله ﷺ»[1].

قال المصنف: قال القاضي عياض: فيه جواز اللعب بهن، وهن مخصوصات من الصور المنهي عنها لهذا الحديث، ولما فيه من تدريب النساء من صغرهن لأمر أنفسهن، وبيوتهن، وأولادهن.

قال: وقد أجاز العلماء بيعهن وشرائهن، هذا مذهب الجمهور العلماء، وقال طائفة: وهو منسوخ، وأقره المصنف، وقضية كلامه جواز عملهن، واستحقاق الصانع الأجرة المسماة، وأطلق الرَّافِعِي وغيره [أن الصور لا تستحق أجرة، وحمله بعض فقهاء العصر على المسمى، قال: كما صرح به الْمَاوَرْدِي] وقال: إنه لا بدَّ أن يستحق لتفويته عمله أجرًا، انتهى.

وهذا ضعيف أو غلط في غير الثياب، وقد أجمع الأصحاب فيما أعلم أنا إذا حرمنا أواني الذهب والفضة أنه لا أجرة لصانعها، ولا أَرْش على كاسرها، نعم من لا يحرم التصوير كالإصطخري قد يقول باستحقاق المسمى، والمذهب التحريم.

قال: (**وَيَجُوزُ مَا عَلَى أَرْضٍ وَبِسَاطٍ وَمِخَدَّةٍ، وَمَقْطُوعُ الرَّأْسِ، وَصُورَةُ شَجَرٍ، وَيَحْرُمُ تَصْوِيرُ حَيَوَانٍ**) هذه العبارة قلقة غير مطابقة لعبارة «المحرر» كما سيأتي بحث، والغرض أن كل ما يمتهن من أرض وبساط وحصير ومخدة وفراش، ونحوها؛ الإجابة مع وجود الصور عليها، بخلاف ما لا يمتهن؛ لأنه

---

(١) أخرجه مسلم (٦٤٤٠).

....

يشبه الأصنام، وسبق في الأحاديث ما يقتضي الفرق بين النوعين، وبه قال جمهور العلماء.

وعبارة «المحرر»: ولا بأس بما على الأرض والبساط والمخاد التي يُتكأ عليها، ولا بمقطوعة الرأس، ولا بصور الأشجار أي: والثمار، وغيرها، مما لا روح له، ويحرم على المصور تصوير الحيوان على الحيطان ونحوها، انتهى.

فمراد «المحرر»: أنه لا بأس بالتصوير على الأرض، والبساط ونحوها، وأنه حرام على الحيطان، ونحوها، والمصنف أراد أنه يجوز استعمال هذه الأشياء الممتهنة، ويجب الإجابة مع وجودها، وتحريم تصوير الحيوان مطلقًا سواء كان على أرض أو بساط أو سقف أو جدار أو غيرهما، وقد اضطرب كلامه في المسألة فقال في «تنقيح الوسيط»: قال الْبَغَوِي: فأما صور الحيوان فلا يعفى عنها إلا على الفراش، وما تحت الأقدام هذا هو الصحيح، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز تصوير الحيوان على الأرض، والفراش، ذكره في «النهاية»، وقال في «الروضة»: إن الصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها، انتهى.

وهو الصواب؛ لإطلاق الأحاديث بلعن المصورين، ووعيدهم العذاب الشديد من غير فرق، ولحديث النمرقة السابق: وهي وسادة صغيرة، وقد قالت إنها اشترتها له ﷺ ليقعد عليها، ويتوسدها، وليس لمن جوز ذلك شبهة تعتمد.

وقال الإمام بعد نقله عن أبيه ما يقتضي التجويز فيما يمتهن: وعندي أن متعاطي التصوير [يبوء] بالإثم بكل حال، انتهى.

تتمات وفروع: يجوز تصوير الشجر، والشمس والقمر وغيرها ما لا روح له؛ إذ في الصحيحين عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال لمصور قال: لا أعرف صنعة غيرها: «إن لم يكن بد فصور الأشجار، وما لا نفس له»(١) وقيل: يكره

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢٥)، ومسلم (٥٦٦٢).

....

تصوير الشجر؛ لأن منهم مَنْ يعبدها، قال: أراد قائله كراهة التحريم فبعيد، أو التنزيه فيحتمل؛ بل ظاهر لما يتضمنه من مضاهاة خلق الرحمن أو التشبه بهم.

قال الْمُتَوَلِّي: تصوير الحيوانات على السقوف والحيطان غير جائز سواء عمل لها رأسًا أو لم يعمل، وعن أبي حنيفة جوازه إذا لم يعمل لها رأسًا، انتهى.

وهذا هو المشهور عندنا لما أشار إليه الحديث، وقطع رأسها، وأرسل الإمام نقل وجهين، ووجه المنع بأن سائر الأعضاء تشعر بالحياة، حُكي في «شرح مسلم» عن الزهري أن النهي في الصور على العموم، وكذلك استعمال ما هي فيه ودخول بيت هي فيه سواء كانت رقمًا في ثوب أو غير رقم في حائط أو ثوب أو بساط ممتهن، أو غير ممتهن عملًا بظواهر الأحاديث، ولا سيما حديث النمرقة، وهذا مذهبٌ قوي.

قلت: وهو كما قال، ويجاب عن قطع الستر وسادتين، بأنه ذهب مع ذلك الصور بالقطع، ومن حيث المعنى أن تجويز استعمالها فيما يمتهن إسكات للمصورين على إصرارهم عليه؛ إذ لو منع استعمالها مطلقًا؛ لكسدت، وانسد الباب فيكون في ذلك فطمًا لهم عنه، قال في «شرح مسلم»: أجمعوا على منع ما كان له ظل، ووجوب تغييره.

قلت: في «الحاوي» وغيره عن الإصطخري: أن تحريم التصوير إنما كان في عهده ﷺ لقرب العهد بالأصنام، وزيفه الْمَاوَرْدِيُّ، قال: ولو شاع هذا في صور غير مجسمة لشاع في الصور المجسمة، وما أحد يقول هذا، فأفهم أن الإصطخري لا يخالف في الصور المجسمة لا كما ظنه بعضهم، وإنما خالف فيما لا ظل له كما قاله بعض السلف، لا خفاء أن تصوير الحيوان كبيرة؛ للوعيد الشديد واللعن، وأنه أشد الناس عذابًا، وإن مَنْ فعلها لتعبّد كافر، وكذا مَن قصد مضاهاة خلق الله تعالى، وهذا لا يختص بالحيوان، أعني: قصد المضاهاة.

وَلَا تَسْقُطُ إِجَابَةٌ بِصَوْمٍ، ....

في «فتاوى الحناطي»: أنه إذا كان على الإزار قصًا، ويكره اتخاذه ولا يأثم به، وكذا لو كان في بيته مجمرة أو منارة مصورة ينبغي أن يزيلها عن ملكه، ولا إثم بإمساكها، انتهى.

وفيه نظر، وقياسه أنه يجب الإجابة، وسكتوا عما أنه لو كان في بيته كلب لا يجوز اقتناؤه، أنه هل يكون ذلك عذرًا في وجوب الإجابة أم لا؟ ظاهر كلام «البسيط» السابق وغيره: أنه عذر، وفي «الصحيحين»: **«لَا تَدْخُلُ الْمَلَائِكَةُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ وَلَا صُورَةٌ»**(١) وحديث امتناع جبريل ﷺ يدل عليه.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإن كانت المنازل مستترة فلا بأس أن يدخلها، وليس في الستر شيء أكرهه سوى السرف، يريد أن يستر الجدر بالثياب لغير حاجة مكروهة، وروي فيه ما لا يثبت، واقتصر الأصحاب على الكراهة، ومنهم الشيخ نصر المقدسي في «تهذيبه»، وحكي في «شرح مسلم» عنه التحريم.

وقال في «شرح المهذب» في باب ما يكره لبسه: قال نصر المقدسي في «تهذيبه»: يحرم تنجيد البيوت بالثياب المصورة وغيرها سواء الحرير وغيره للنهي عن ستر الجدران، قال: وإطلاقه التحريم في غير المصورة من غير الحرير ضعيف، والمختار أو الصواب أنه يكره، انتهى.

فلعله رآه في موضع آخر من «التهذيب»، على أن لفظ الْمَاوَرْدِيّ يفهم التحريم، قال: ولا يسقط بها فرض الإجابة؛ لأن خطرها للسرف في الاستعمال، لا للمعصية في المشاهدة، وقال: قيل: هذا أنه إذا فعل لغير حاجة من حر أو برد كان مسرفًا محظورًا، انتهى.

قال: (**وَلَا تَسْقُطُ إِجَابَةٌ بِصَوْمٍ**) ليس الصوم بعذر في ترك الإجابة لقوله ﷺ: **«إذا دعي أحدكم وهو صائم فليُجِبْ، فإن كان مفطرًا فليُطعم، وإن كان صائمًا**

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٨، رقم ١٦٣٩١)، والبخاري (٣/ ١١٧٩، رقم ٣٠٥٣)، ومسلم (٣/ ١٦٦٥، رقم ٢١٠٦)، والترمذي (٥/ ١١٤، رقم ٢٨٠٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٥/ ٥٠٠، رقم ٩٧٧١)، وابن ماجه (٢/ ١٢٠٣، رقم ٣٦٤٩).

فَإِنْ شَقَّ عَلَى الدَّاعِي صَوْمُ نَفْلٍ فَالْفِطْرُ أَفْضَلُ.

فَلْيُصَلِّ»(١) رواه مسلم.

ومعنى يصل: يدعُ، وقيل: الصلاة الشرعية، ورد بأنه في رواية: **«فإن كان صائمًا فليدع بالبركة»**(٢) فإن قيل: روى مسلم: **«إذا دعي أحدكم للطعام، وهو صائم، فليقل: إني صائم»**(٣) قيل: يحمل على الدعاء في الأكل بعد الحضور جمعًا بين الحديثين.

فرع: هل يجب على المفطر أن يأكل؟ فيه ثلاثة أوجه في «الحاوي» ثالثها: أنه فرض كفاية، فإن أكل بعض الحاضرين سقط الفرض، وإلا يخرج الجمع، وهذا الوجه حسن صحيح غريب، ووجه ظاهر، ولم أره إلا في «الحاوي»، ومأخذه منه، والمرجح في كتب المراوزة و«البحر» من الوجهين الأولين: عدم الوجوب، واختلف تصحيح المصنف فصحح في «الروضة» هنا، وفي «شرح مسلم» أنه لا يجب، وفي كتاب الصيام منه الوجوب، واختاره في تصحيح «التنبيه»، وهو قوي؛ ولكني لم أر له سلفًا في ترجيحه.

قال: (**فَإِنْ شَقَّ عَلَى الدَّاعِي صَوْمُ نَفْلٍ؛ فَالْفِطْرُ أَفْضَلُ**) الشرح: وإن كان الصوم فرضًا ينطبق، وفيه لم يجز الخروج منه، وكذا إن لم ينطبق على المذهب بناء على منع الخروج منه، فإن جوزناه، كان كالنفل على المشهور،

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٥٠٧، رقم ١٠٥٩٣)، ومسلم (٢/ ١٠٥٤، رقم ١٤٣١)، وأبو داود (٢/ ٣٣١، رقم ٢٤٦٠)، والترمذي (٣/ ١٥٠، رقم ٧٨٠)، وابن حبان (١٢/ ١١٨، رقم ٥٣٠٦) والنسائي في الكبرى (٤/ ١٤١، رقم ٦٦١١) وأبو يعلى (١٠/ ٤٢٤، رقم ٦٠٣٦) وأبو عوانة (٣/ ٦٠، رقم ٤١٨٧) والبيهقي (٧/ ٢٦٣، رقم ١٤٣٠٩).

(٢) أخرجه الطبراني (١٠/ ٢٣١، رقم ١٠٥٦٣) قال الهيثمي (٤/ ٥٢): رجاله ثقات. وابن السني (ص ١٨٣ رقم ٤٩٠).

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ٨٠٥، رقم ١١٥٠)، وأبو داود (٢/ ٣٣١، رقم ٢٤٦١)، والترمذي (٣/ ١٥٠ رقم ٧٨١) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (١/ ٥٥٦ رقم ١٧٥٠). وأحمد (٢/ ٢٤٢ رقم ٧٣٠٢)، وابن أبي شيبة (٢/ ٣١٧، رقم ٩٤٣٨)، والحميدي (٢/ ٤٤٢ رقم ١٠١٢)، والدارمي (٢/ ٢٨ رقم ١٧٣٧) والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٤٣ رقم ٣٢٦٩)، وأبو يعلى (١١/ ١٦٨، رقم ٦٢٨٠)، وأبو عوانة (٣/ ٦٥، رقم ٤٢١١).

وَيَأْكُلُ الضَّيْفُ مِمَّا قُدِّمَ لَهُ بِلَا لَفْظٍ، ....

وقيل: يكره لبقاء شغل ذمته، وإن كان الصوم نفلًا فقد قال جماعة من المراوزة وتبعهم الشيخان: إن شق على الداعي ترك الأكل فالأولى له أن يفطر، وإلا فلا لما روي أنه أمسك بعض من حضر معه ﷺ فقد أمسك، وقال: أني صائم، فقال ﷺ: «تكلف أخوك المسلم، وتقول: إني صائم!! أفطر واقض يومًا مكانه»(١).

قال البيهقي: في «الخلافيات» إسناده مظلم.

وقال الشيخ أبو محمد في«مختصره» والْغَزَالِيّ في «خلاصته» وغيرهما من المراوزة: وإن كان الفطر أحب إلى الداعي أفطر.

وقال في «الإحياء»: أن تحقق سرور الداعي بالفطر؛ فهو أفضل، وينوي بفطره إدخال السرور علي قلب الداعي ويصدقه بالظاهر من حاله، نعم، إن تحقق، أنه متكلف، فليتعلل، وهذا حسن.

والذي قاله الشَّافِعِي في «الأم» وجرى عليه العراقيون: إن الفطر أفضل من غير تفصيل، ويحتمل تخصيص التفصيل بين المتأكد كصوم يوم عرفة وعاشوراء وغيرهما، وعن رواية الجرجاني وجه أنه يجب الفطر، وأبداه في «الذخائر» احتمالًا بناء على وجوب الأكل على المفطر، وسبق الخلاف في وجوبه؛ حيث لا عذر، وفي «تحرير» الجرجاني يستحب ألا يخرج من صوم النفل، إلا أن يحلف عليه صديق؛ فيستحب له ذلك، فإن أراد بالحلف [القسم] فذاك، وإن أراد الدعوة؛ فموافق للعراقيين.

قال: (وَيَأْكُلُ الضَّيْفُ مِمَّا قُدِّمَ لَهُ بِلَا لَفْظٍ) أي: سواء سبقت دعوته أم لا، اكتفاءً بقرينة التقديم، إلا إذا كان ينتظر غيره فلا يجوز الأكل حتى يحضر، أو يأذن له رب الطعام لفظًا، وقيل: لا بد من الإذن لفظًا مطلقًا، وقيل: إن سبقت دعوته كفى التقديم وإلا اشترط اللفظ، والصحيح الأول.

قال ابن الرِّفْعَة: وللخلاف التفات على أن ذلك هل يقتضي تملكًا؟ إن

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢/ ١٧٧)، والبيهقي (٤/ ٢٢٦).

وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ إِلَّا بِالْأَكْلِ.

قلنا: لا حاجة إلى اللفظ، أو نعم فهو محل الخلاف، فمنهم من ينظر إلى أن التمليك لا بد له من لفظ، ومنهم من يقول: الملك غير مقصود فلا يحتفل به.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي وصاحب «الخصال» من المتقدمين وغيرهم: تحرم الزيارة في الأكل على الشبع لما فيه من المضرة، ومخالفة العادة، قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي: فإن زاد على الشبع لم يضمن.

وقال الرُّويَانِي في موضع آخر: قال أصحابنا: يكره أن يزيد على قدر الشبع، ولا يحرم، ولعله فيما إذا علم الرضا به أو كان الأكل من طعامه، وتعليل غيره [يقتضي التحريم مطلقًا، وقال في «الخصال» في كتاب الأطعمة: لا يحل له أن يأكل من ماله أو من غيره] فوق الشبع ولا أن يشرب.

وقال ابن عبد السلام: وإنما حرم؛ لكونه مؤذٍ لمزاجه، وللتضييع بلا فائدة، وقال في «قواعده»: ولو كان الضيف يأكل كأكل عشرة والمضيف جاهل بحاله؛ لم يجز له أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار؛ لِانْتِفَاءِ الْإِذْنِ اللَّفْظِيِّ وَالْعُرْفِيِّ فِيمَا وَرَاءَهُ.

قال: وكذلك لو كان الطعام قليلًا فأكل لقمًا كبارًا مسرعًا مضغها أو ابتلعها حتى يأكل أكثر الطعام، ويحرم أصحابه؛ لم يجز له ذلك، وللنهي عن القرآن وهذا نحوه.

قال: (**وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ إِلَّا بِالْأَكْلِ**) أي: على ما قيدناه من قبل؛ لأنه المأذون فيه عرفًا، فلا يتصرف فيه لا ببيع، ولا بهبة، ولا غيرهما، وسيأتي عن «الروضة» ما يقيد إطلاق الكتاب، وقيل: إن قلنا: يملكه بالتناول جاز، والصحيح المنع، وهل يملك الضيف ما يأكله؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا، بل هو إباحة، وإليه ذهب الْقَفَّالُ والشيخ أبو محمد واختاره ابن الصباغ.

وقال الرَّافِعِي في كتاب «الهبة»: إنه الصحيح، وصححه في كتاب«الأيمان» وجزم به في موضع آخر منه.

وقال الإمام: في آخر «الغصب»: إنه ظاهر المذهب، وقبل باب الإجارة:

وَلَهُ أَخْذُ مَا يَعْلَمُ رِضَاهُ بِهِ.

إنه الأصح، وبه جزم في «الوجيز».

وقال أبو حامد اليماني في «مرشده»: وهو قول المحققين من أصحابنا، وهو كما قال، ووجهه ظاهر.

والثاني: أنه يملكه، وعزاه الرَّافِعِي والمصنف هنا إلى الأكثرين مع جعله في «الروضة» وجهًا ضعيفًا في كتاب «الأيمان»، وعلى هذا فهل يملكه بالوضع بين يديه، أو بتناوله بيده، أو يضعه في فيه، أو بالمضغ، أو بالازدراد؟ وجوه رجح الْمُتَوَلِّي الأخير، والقاضي الحسين الثالث، وأضعفها الأول، بل هو غلط، ولم أره في طريقة العراق، ولا يجوز حمله على إطلاقه في كل ما يوضع قلَّ أو جل، والعجب دعوى الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» أنه المرجح، ولم يذكر غير هذا، هكذا رأيته فيما لا أحصي من نسخه منه، وما نقل عنه أنه رجح فيه الثالث سهو.

تنبيه: أطلق أنه لا يتصرف فيه إلا بالأكل، والمراد أنه لا يطعم السائل، ولا الهِرّ، ولا يأخذ لنفسه شيئًا، قال في «الروضة»: ويجوز أن يلقم الأضياف بعضهم بعضًا، إلا إذا فاوت بينهم في الطعام؛ فليس لمن خصوا بشيء أن يطعموا منه غيرهم.

قلت: وكلام الأصحاب يقتضي تخصيص المنع بمن خص بالنوع العالي فقط، وهو ظاهر، ويحتمل إطلاق المنع من الجانبين، والأشبه أن هذا الكلام وهو أنه لا يتصرف فيه إلا بأكل فقط، من تفاريع وجه الإباحة، وأما من يقول أنه يملكه، فمتى حكم له بالملك بالوضع، أو بالتناول، أو غيره؛ قياسه أن يقول: له التصرف في ذلك بما أزاد؛ لأنه ملكه وفي ذلك خبط كثير للأصحاب يطول ذكره، والمختار بل الصحيح: أنه لا يملك كما سبق.

قال: (وَلَهُ أَخْذُ مَا يَعْلَمُ رِضَاهُ بِهِ) ما ذكرناه من منع إطعام السائل والهر وغيرهما، وكذا أخذ شيء منه إلى بيته، ونحوه ما إذا لم يعلم رضاه به، فإن علم رضاه بذلك جاز لحصول التراضي، قال الرَّافِعِي: ولو تردد في قدر المأخوذ هل

وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكَّرٍ وَغَيْرُهُ فِي الْإِمْلَاكِ، ....

يقع في محل المسامحة؛ فقد أشاروا فيه إلى وجهين، والظاهر التحريم.

قلت: والحق الجزم بالتحريم ولا ذكر للمسألة في غير كتب الْغَزَالِيّ وفروعها فيما أعلم، وأشار في «الوسيط» إلى خلاف فيه، والظاهر التحريم، وأحسبه عده الرَّافِعِي في نقل الوجهين، وقد أفصح في «البسيط» بعدم النقل، فقال: الزلة المعتادة للصوفية لم أرها مسطورة؛ لكن ينبغي أن يقطع بتحريمها إذا دلت القرينة على كراهة المالك ذلك، ويقطع بإباحتها إذا دلت القرينة القطعية على رضا المضيف بها، فإن تعارضت القرائن؛ فالظاهر التحريم، وزاد في«الإحياء» فقال: إذا علم بالرضا فيه فينبغي مراعاة العدل والنصفة مع الرفقة، فلا ينبغي أن يأخذ إلا ما يخصه، أو ما يرضى به رفقته طوعًا لا حياءً.

فرع: التطفل حرام إلا أن يعلم رضا رب الطعام، لما بينهما من مودة وصداقة، قال في «الإحياء»: وإذا دخل على قوم وهم يأكلون فإن لم يؤذن له في الأكل، لم يأكل، وإن أذنوا له، فإن علم أنه عن طيب نفس أكل، وإن علم أنه حياء منه، فينبغي ألا يأكل، والوجه أنه إذا دلت القرينة، أنهم إنما أذنوا له تجملًا لا حقيقةً، أنه لا يجوز له الأكل، والظاهر أن ما ذكره من جواز الأخذ مفرع على وجه الإباحة.

فائدة: قال الإمام في «أوائل السير»: روي أن جماعة من الأصدقاء حضروا دار سفيان بن عيينة وكان غائبًا، والباب مغلق، ففتحوا الباب ودخلوا، ووضعوا السفرة، وجلسوا، فدخل سفيان عليهم، فأخذ يبكي، فقيل له: ما يبكيك؟ فقال: ذكرتموني صحبة أقوام مضوا، أو عاملتموني معاملة الصالحين، ولست منهم.

قال: (**وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكَّرٍ وَغَيْرُهُ فِي الْإِمْلَاكِ**) أي: من مأكول، وغيره دراهم ودنانير، قاله المسعودي والْعِمْرَانِي، وذكر الْمَاوَرْدِي الدراهم فقط، وسكت الجمهور والشَّافِعِي عنهما، والذي يعتاده الناس نثر تمر وجوز وزبيب ولوز ونحوها، وفي حل نثر الدراهم والدنانير مطلقًا عمومًا نظر ولا سيما للسفلة والرعاع؛ لما يحصل في ذلك من الأذى الشديد والتزاحم والتكالب، وربما

وَلَا يُكْرَهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

أدى إلى فتن، ولما فيه من السرف والإضاعة، عند عموم الدعوة والنثار على الكافة(١).

قال: (**وَلَا يُكْرَهُ فِي الْأَصَحِّ**) حاصل كلام الأصحاب أربعة أوجه: **أحدها**: هذا ورجحه جماعة وتبعهم الشيخان، لما يروى من حديث معاذ ﵁ أنه ﷺ شهد إملاكًا، فجاءت الجواري معهن الأطباق عليها اللوز والسكر، فأمسك القوم أيديهم، فقال: «**ألا تنهبون؟ فقالوا: إنك نهيت عن النهبى، فقال: تلك نهبة العساكر، وأما العرسان فلا، قال: فرأيت رسول الله ﷺ يجاذبهم ويجاذبونه**»(٢).

ويروى: «**فجاذبنا وجاذبناه**»(٣) وهو حديث واهٍ وإسناده منقطع، وفيه رجلان ضعيفان، قال البيهقي: والأحاديث المروية في الرخصة في ذلك كلها ضعيفة، انتهى. وأحسب هذا الحديث موضوعًا ولا أحسب أنه ﷺ رأى السُّكر قط.

والثاني: أنه مباح فعله وتركه سواء، حكاه الْمَاوَرْدِي، واختاره الرُّويَانِي في «الحلية».

والثالث: أنه مستحب، قاله الصيمري وعمدته حديث مكذوب فيه، أو في نحوه، أنه ﷺ نثر لما زوج ابنته فاطمة ﵂.

والرابع: وهو المذهب أنه مكروه، كما نص عليه الشَّافِعِي، وأطبق عليه جماهير الأصحاب.

قال منصور التميمي في «المستعمل»: قال: يعني: الشَّافِعِي- وأكره النثر؛ لأن أخذه يشبه النهبة، وبالكراهة قطع الشيخ أبو حامد وأتباعه وأتباعهم، وخلائق لا يحصون.

وقال الْمَاوَرْدِي: هو قول سائر الأصحاب، والظاهر من مذهب الشَّافِعِي

---

(١) انظر «المجموع» (١٦/ ٣٩٥).

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٢/ ١٠٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٥٠).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (١١٨) وأبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٤٠).

وَيَحِلُّ الْتِقَاطُهُ، وَتَرْكُهُ أَوْلَى].

خلافًا لبعض أصحابنا، وقال الفوراني في «الإبانة» والْمُتَوَلِّي، والرُّويَانِي في «الحلية»: إنه مذهب الشَّافِعِي، وبه قال مالك وأحمد في الأصح عنه، وإليه ذهبت خلائق من السلف، ولم يثبت في جوازه شيء، والحديث السابق واهٍ جدًّا، وقال الْمُتَوَلِّي: لا يثبت عند [أهل الحديث](١) وفي «صحيح البخاري» «النهي عن النُّهْبَى»(٢).

وفي «مسند أحمد» مرفوعًا «**إِنَّ لِلْمُنَافِقِينَ عَلَامَاتٍ يُعْرَفُونَ بِهَا: تَحِيَّتُهُمْ لَعْنَةٌ وَطَعَامُهُمْ نُهْبَةٌ**»(٣) ولا معارض لهما.

قال: (**وَيَحِلُّ الْتِقَاطُهُ، وَتَرْكُهُ أَوْلَى**) الحاصل في التقاطه وجوه، المذهب منها أنه مكروه، نقله البيهقي في «المبسوط» عن نص الشافعي ولم يذكر سواه، ورأيته في «الأم» في آخر «الشهادات»، ولفظ الشَّافِعِي: ويزعم كثير أنه مباح، وأما أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل، أنه لا يأخذه إلا بغلبة لمن حضره، إما بفضل قوة، وإما يفضل قلة حياء والمالك لم يقصد قصده، وإنما قصد به قصد الجماعة، فأكرهه لأخذه؛ لأنه لا يعرف حظه من حظ من قصد به بلا إذنه، وأنه خسة وسخف، انتهى.

ونقل في «الروضة» هذا النص عن الشامل هناك وتبعه عليه، وجزم به الجماهير لا سيما العراقيون، وليس في «الإبانة» و«التتمة» سواه وجعلوه مذهب الشَّافِعِي، ونصوصه منطبقة عليه حيث لم يبق إلا التحريم، وأنه يؤخذ خلسةً ونهبةً، ويأخذه من غيره، أحب إلى صاحبه، ثم يقول: ولا يتبين لي أنه حرام، وقضية كلام «النهاية» نسبته إلى الشَّافِعِي والأصحاب، فإنه قال: بعد كلام «المختصر» أراد الشَّافِعِي كراهة الالتقاط؛ لأنه أخذ خلسة، ونهبة، وفيه

---

(١) في نسخة: (أهل الحق).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٧٤).

(٣) أخرجه أحمد (٢/٢٩٣، رقم ٧٩١٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٣/٨٧، رقم ٢٩٦٣) قال الهيثمي (١/١٠٧): رواه أحمد، والبزار، وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي، وثقه يحيى بن معين وغيره، وضعفه الدارقطني وغيره.

خروج عن المروءة، إلى أن قال: ولا يبعد ما قاله الأصحاب على النثر أيضًا، فإنه سبب الالتقاط، وعندي أن الأمر لا ينتهي إلى الكراهة، لجعل المذهب المنقول الكراهة.

والثاني: أنه مباح إذا التقطه مدعو.

والثالث: أنه فرض كفاية؛ لما في تركه من الأذى، حكاها الْمَاوَرْدِي.

والرابع: أنه مستحب إذا علم أن غيره ليس أحب إلى الناثر، بأن يعلم المساواة، أو كونه أحب إليه، قاله ابن داود.

والخامس: أنه خلاف الأولى، وهو الجواب في «المنهاج» و«الروضة» وأصلها، قالا: إن يعرف أن الناثر يؤثر بعضهم على بعض، ولم يقدح الالتقاط من مروءته.

السادس: أنه إن علم أن غيره أحب إليه كره، وإلا فلا، قاله القاضي الحسين، والمذهب الأول بلا شك، وإما أخذه من الْهُوِيِّ قَبْلَ وُصُولِهِ الأرض، فمكروه وفاقًا.

فرع: حاصل «الروضة» من التقط شيئًا [من النثر] لم يؤخذ منه، ويملكه على الأصح، وعلى هذا فهل يخرج عن ملك الناثر بالنثر، أم بأخذ الملتقط، أم بإتلافه؟ أوجه، زاد الأصح أنه يملكه بالأخذ كسائر المباحات، انتهى.

وفي «تجربة الرُّويَانِي»: إن ظاهر المذهب أنه لا يملكه؛ لأنه لم يؤخذ لفظ تمليك، ولا اعتبار بالعادة، وعن عبادة بن داود: ومتى تملكه الأخذ، فيه أوجه:

أحدها: بالأخذ.

والثاني: به وباختيار التملك.

والثالث: بالأخذ والتصرف، قال: ولو التقط من الناثر صبي ملكه [أو عبد ملكه] سيده، والخيار في هذا كالأملاك، انتهى.

وما ذكره في النثار العام، أما لو كانت الدعوة خاصة، أو نثر على قوم مخصوصين، فالظاهر أنه يحرم على غيرهم أخذه، فإن أخذه لم يملكه؛ لأنها

....

إباحة خاصة، وإن قلنا: يزول ملكه بالنثر، ثم رأيت من قال: ما وقع على الأرض فالحاضرون فيه سواء، إذا حضروا بالإذن، فلو حضر بعضهم بغير إذن، فهو متطفل؛ لا يشركهم فيه، إلا أن يعلم صاحب الدعوى بحضوره، ويرضى به، فيكون كالمدعو، انتهى.

قال الْمُتَوَلِّي: أصل الخلاف في الملك، الخلاف في انعقاد البيع بالمعاطاة، وهذا يوافق ترجيح «التجربة» لا «الروضة» وبما قاله الرُّويَانِي جزم به الدارمي، وعليه قيل: للناثر استرجاعه مطلقًا، وقيل: ما لم يخرج الملتقط به من الدار، ويلزمه غرمه، إن كان أتلفه، وهو بعيد، قال الإمام: ومن قال لا بد من لفظ في إباحة الطعام يشترط من الناثر أيضًا لفظًا، ثم لا يشترط تمليكًا، وإيجابًا وقبولًا؛ بل يكفي أن يقول خذوا ونحوه، انتهى.

وقول «الروضة»: إن من التقط شيئًا من النثر؛ لم يؤخذ منه إن كان المراد به ليس لأحد من حاضري الدعوة العامة، أخذه منه، فظاهر، وأما لو قال صاحب النثر: إنما قصدت النثر على غيرك ممن حولك؛ كزيد وعمرو وبكر مثلًا؛ فالظاهر قبول قوله وإن له أخذه منه [وعبارة الدارمي: والنثر مكروه، وقال قوم: مستحب استرجاعه ممن أخذه، انتهى .

والظاهر أن قوله: «وله استرجاعه» من فقه المذهب، لا من تتمة نقل مذهب الغير، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْقَسْمِ وَالنُّشُوزِ

قال المصنف: [يَخْتَصُّ الْقَسْمُ بِزَوْجَاتٍ.

وَمَنْ بَاتَ عِنْدَ بَعْضِ نِسْوَتِهِ لَزِمَهُ عِنْدَ مَنْ بَقِيَ.

قال الشارح: في «القَسم» بفتح القاف: مصدر قسمت الشيء أقسمه قسمًا، والقِسم بالكسر: [الحظ] والنصيب، «والنشوز» بالزاي: وسمي بذلك؛ لما فيه من الارتفاع عن أداء الحق، والانقياد الواجب، والنشز: المكان المرتفع من الأرض.

قال: (يَخْتَصُّ الْقَسْمُ بِزَوْجَاتٍ) أي: لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣] فشعر بأنه لا يجب في ملك اليمين، سواء في ذلك أم الولد، وَالسُّرِّيَّة، وغيرهما، فإن كان له زوجة، أو زوجات يبيت عندها، أو عندهن، أو لا، والاستحباب لا يخفى حكمه.

قال: (وَمَنْ بَاتَ عِنْدَ بَعْضِ نِسْوَتِهِ؛ لَزِمَهُ عِنْدَ مَنْ بَقِيَ) أي: فإن خصص عصى لعدم العدل، وقال ﷺ: **«إذا كانت عند الرجل امرأتان، فلم يعدل بينهما؛ جاء يوم القيامة وشقه مائل أو ساقط»**(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وصحّحه ابن حبان والحاكم.

وكان ﷺ يقسم بين نسائه، ويطاف به عليهن في مرضه، حتى رضين بتمريضه ﷺ في بيت عائشة رضي الله عنها، وكان يقول: **«اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك»**(٢).

تنبيهات: أحدها: كلامه يوهم أنه إنما يجب القسم إذا بات عندها، وليس كذلك بل يجب عند إرادته ذلك، فلا يجوز له تخصيص واحدة بالبداءة بها إلا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٢٦)، والترمذي (١١٤١)، والنسائي (٧/ ٦٣)، وابن ماجة (١٩٦٩)، وابن حبان (٤٢٠٧)، والحاكم (٢/ ١٨٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٢٧)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي (٧/ ٦٣)، وابن ماجة (٣٩٤٣).

وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ أَوْ عَنِ الْوَاحِدَةِ لَمْ يَأْثَمْ.

بالقرعة على الأصح كما سيأتي، فإن بات عند واحدة بغير ذلك؛ كان غاصبًا، آثمًا إلا أن يرضين بذلك.

ثانيها: قوله: «ومن بات» يقتضي أنه لو كان يقسم عندها نهارًا دائمًا ولا يبيت عندها ولا عند غيرها، ولا يدخل إلى سواها؛ أنه يجوز لِعَدَمِ الْبَيْتُوتَةِ، وهو بعيد لعدم العدل، ولا شك في منعه إذا كان النهار وقت سكونه كالحارس ونحوه، كما سيأتي.

ثالثها: ذكر في آخر الباب أنه لو سافر وحده، ثم نكح في الطريق؛ فلا قضاء للمتخلفات في مدة السفر، فإن نوى الإقامة بموضع، وأقام أيامًا قضى ما وراء أيام الزفاف، وفي مدة الرجوع وجهان، انتهى.

وهذا بإطلاقه يفهم أنه لا فرق بين من كان يبيت عند المتخلفات، وغيره، والظاهر أن التصوير فيمن كان يقسم، وسنعيده إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ، أَوْ عَنِ الْوَاحِدَةِ؛ لَمْ يَأْثَمْ**) قال الأصحاب: للزوج أن ينفرد عن الواحدة، حتى لو لم يدخل عليها أصلًا، ووفاها حقها من نفقة، وكسوة، وسكنى، ونحوها؛ كان له ذلك، صرح به القاضي الحسين، والإمام، وغيرهما، وله الإعراض عن الزوجات، كالواحدة على المشهور، قالوا: لأن المبيت حقه فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة؛ وَلِأَنَّ فِي دَاعِيَةِ الطَّبْعِ مَا يُغْنِي عَنْ إِيجَابِهِ، وقيل: ليس له الإعراض عنهن، قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة، انتهى.

وما ذكره مشكل، وليس من المعاشرة بالمعروف في شيء، ولا سيما إذا كانت له سرية يبيت عندها، أو سرارٍ، وداعية الطبع هنا مفقودة عند جمال السرية دون الزوجة.

قال البيهقي في «المبسوط» في«منصوصات الشَّافِعِي»: قال الربيع: قال الشَّافِعِي في «الجديد»: وينبغي أن يتحرى العدل فيهما، وهكذا لو كانت فرده، أو مع أمة له يطأها؛ أمر بتقوى الله تعالى، وألا يضر بها في الجماع، ولم يفرض

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُعَطِّلَهُنَّ.

عليه منه شيء بعينه، إنما يفرض عليه ما لا صلاح لها إلا به من نفقة، وسكن، وكسوة، وأن يأوي إليها، فأما الجماع فموضع تلذذ، ولا يجبر عليه، انتهى.

فهذا نصٌ صريح في أنه يجب عليه أن يأوي إليها، وقد رأيته في «الأم» كما ذكره، ولم أجد في نصوصه تصريحًا بأنه لا يجب القسم للزوجات ابتداءً؛ بل ظاهر كلامه في «أحكام القرآن» من «الأم» وجوبه مطلقًا حيث قال: ودلت سنة رسول الله ﷺ وما عليه عوام علماء المسلمين أن على الرجل أن يقسم لنسائه بعدد الأيام، والليالي، وأن عليه أن يعدل في كل ذلك، انتهى.

ولعل من هذا النص أخذ الوجه السابق، وكأن الجمهور حملوه على ما إذا قسم لبعضهن، وفيه نظر، إذ ليس في النص ما يدل عليه؛ بل فيه ما يدل على خلافه، وهو قوله: «**وما عليه عوام علماء المسلمين**».

ومن المعلوم أن خلائق من الأئمة الماضين أو جبوا الإيواء والنصفة في هذا الباب من غير تقييد، بأن يكون قد قسم لبعضهن، وإن تنازعوا في إيجاب الجماع.

قال ابن المنذر: وقال الشَّافِعِي في الجماع: ولا يفرض عليه منه شيء بعينه، إنما يفرض عليه نفقة، وسكنى، وكسوة، وأن يأوي إليها، انتهى.

فحصل أن مذهب الشَّافِعِي وجوب الإيواء، والظاهر أنه لا فرق بين الواحدة والجماعة والله أعلم.

فرع: قال أصحابنا: **وَيَجُوزُ أَنْ يُؤْثِرَ بَعْضَ نِسَائِهِ بِالتَّبَرُّعِ دُونَ بَعْضٍ وَإِنْ اسْتَوْحَشَ بِذَلِكَ**، وفيه وجه ذكره ابن الرِّفْعَة عن حكاية ابن داود.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُعَطِّلَهُنَّ**) لأنه يضر بهن، وقد يفضي إلى فجورهن، قال الإمام: ولست أبعد إطلاق لفظ الكراهة في التعطيل، وقال الْمُتَوَلِّي: يكره له ذلك، وعبر عنه في حق الواحدة بأنه خلاف الأولى، والمختار كراهة التعطيل من غير عذر؛ لأنه ليس من المعاشرة بالمعروف المأمور بها بالنص، وما وجِّه به الندب ظاهر في الكراهة، أو التحريم، ولا سيما عند الرغبة عنهن

وَتَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ مَرِيضَةٌ وَرَتْقَاءُ وَحَائِضٌ وَنُفَسَاءُ، لَا نَاشِزَةٌ.

إلى السراري بمرأى ومسمع منهن.

قال: (**وَتَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ مَرِيضَةٌ وَرَتْقَاءُ وَحَائِضٌ وَنُفَسَاءُ**) المراد أنه يستحق القسم كل زوجة حتى المولى عنها، والمظاهر عنها، والمحرمة، والمراهقة، والمجنونة التي لا يُخاف منها، والجذماء، والبرصاء، والمريضة، وغيرها، إلا ما يُستثنى؛ لأن المقصود في القسم السكن، والأنس، والتحرز عن التخصيص الموحش، وقد يستمتع بغير الوطء.

قال: (**لَا نَاشِزَةٌ**) أي: فلا قَسْم لها كالنفقة، كما لو خرجت من المسكن، وأغلقت الباب دونه وادّعت طلاقه.

قال الرُّويَانِيّ في «التجربة»: ولو ظهر زناها حل له منع قسمها، وحقوقها؛ لتفتدي منه، نص عليه في «الأم»، وهو أصح القولين، ويستثنى المجنونة التي يخاف منها، أو يمتنع، كما قاله الدارمي [والرافعي].

قال في «الكافي»: وسيأتي بيانه في الأمة إذا لم يبوئها السيد معه بيتًا، كما لا نفقة، وكذا المسافرة بإذنه لحاجتها، وذكره من بعد، ويستثنى المعتدة عن شبهة؛ لأنه لا يجوز له الخلوة بها؛ لأنه يحرم وطؤها قطعًا، وكذا غيره من الاستمتاع على المشهور، قال الرَّافِعِي: ويُقْسَم للمراهقة، فأفهم أنه لا يجب لمن دونها، وينبغي ضبطه بمن يحتمل الوقاع كالنفقة، ومن لا يحتمله فقد يجري في وجوبه لها؛ إذا سلمت إليه الخلاف في نفقتها، نعم الطفلة التي لا تتصور للزواج ولا تأنس به لا معنى للقسم لها.

فرع: يجب القسم على المجنون، والعنين، والمريض، والشيخ الهرم، كغيرهم، وأما المحبوس فأطلق المحاملي في المجموع عن«الأم» أن عليه القسم، وأن من امتنعت من إتيانه سقط حقها من القسم، وقال الْعِمْرَانِي: إن أمكن أن تأوين معه فيه فهن على حقهن، وذلك بأن تصلح للسكنى.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن لم يمكنهن لكثرة من معه من الرجال هناك، أو لأنه ممنوع من النساء؛ سقط القسم، وفي وجوب طواف الولي بالمجنون تفصيل

فَإِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِمَسْكَنٍ دَارَ عَلَيْهِنَّ فِي بُيُوتِهِنَّ، وَإِنْ انْفَرَدَ فَالْأَفْضَلُ الْمُضِيُّ إِلَيْهِنَّ، وَلَهُ دُعَاؤُهُنَّ، وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ ذَهَابِهِ إِلَى بَعْضٍ وَدُعَاءِ بَعْضٍ، ....

مشهور، ولم يذكروا المراهق العاقل، ويشبه أن يلزم الولي أمره بذلك إذا أراد القسم لهن.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِمَسْكَنٍ دَارَ عَلَيْهِنَّ فِي بُيُوتِهِنَّ) أي: وجوبًا وليس له أن يأوي إلى بيت واحدة، ويدعو غيرها إليه.

(وَإِنْ انْفَرَدَ فَالْأَفْضَلُ الْمُضِيُّ إِلَيْهِنَّ) أي: اقتداء برسول الله ﷺ [هكذا قاله في أصل «الروضة» وصيانة لهن عن الخروج.

(وَلَهُ دُعَاؤُهُنَّ) أي: وعليهن الإجابة له، حق له] فمن امتنعت فناشزة، هكذا أطلقه الشَّافِعِي، والجمهور، وقال الْمَاوَرْدِي: إذا كانت المرأة ذات منصب وحشمة، لم تجز عادتها بالبروز؛ صينت عن الخروج، ولم يلزمها إجابته، ولزم القسم لها في منزلها، وهذا حسن، وإن استغربه الرُّويَانِي، ولا سيما مع بعد منزلها عنه دون غيرها.

تنبيه: محل كون منع الامتناع نشوزًا حيث لا عذر، فإن كان لعذر كمرض، ونحوه؛ عذرت، وبقيت على حقها، قاله الْمَاوَرْدِيُّ، وقال ابن كج: إن منعها مرض؛ عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه، ويجوز أن يجمع بين الكلامين، بحمل الأول: على المرض الشديد المعجز عن الركوب، والثاني: على الخفيف، ويحتمل أن تكون المسألة على وجهين يجريان في الزمنة المقعدة، ومقطوعة الرجل، وهل المطر والوحل الشديدان ونحوهما عذر؟ فيه نظر، نعم لو بعث لها مركوبًا، ووقاية من المطر فلا، وقد يختلف هذا باختلاف طبقات الناس وعاداتهم.

قال: (وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ ذَهَابِهِ إِلَى بَعْضٍ وَدُعَاءِ بَعْضٍ) لما فيه من الوحشة والتخصيص، والثاني: لا، وهو ما أورده العراقيون، ومال إليه الإمام، كما له المسافرة ببعضهن دون بعض، وهذا ما نص عليه في «الإملاء» حكمًا وتعليلاً، وبه جزم الرُّويَانِي في «الحلية» ونقله في «التجربة» عن النص، قال: وغلط من

إِلَّا لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَى إِلَيْهَا أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهَا.

وَيَحْرُمُ أَنْ يُقِيمَ بِمَسْكَنٍ وَاحِدَةٍ وَيَدْعُوهُنَّ إِلَيْهِ.

وَأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ إِلَّا بِرِضَاهُمَا.

قال غيره، ومن أخلف ذلك منهن فناشزة، وهذا هو المذكور في «العدة» و«البيان» وهما ممن ينقل فقه الطريقين، وظاهر كلام المصنف في «تنقيحه» يرجحه، فإنه حكى الأول عن «التهذيب» فقط، والثاني عن أبي حامد وجماعة، وأجاب من قال بالأول، وهم الأقلون عن القياس على المسافرة، بأنها تكون بالقرعة، وهي تدفع الوحشة، فإن أقرع ليدعو القارعة إليه.

قال الرَّافِعِي: وجب أن يجوز، وفي «الروضة»: ينبغي القطع بالجواز، واعترض بأن السفر عذر، فإن كان هناك حيث ثَمَّ عذر؛ صح إلحاق هذه الحالة به، وإلا فلا.

قلت: ويخرج من تفصيل «الحاوي» وجه ثالث فارق بين الشريفة المحررة، وغيرها، وحكى بعضهم الوجهين قولين.

قال: (**إِلَّا لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَى إِلَيْهَا، أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهَا**) أي: ونحوهما؛ لأن ذلك قرينة تصرف الميل عنه، والأذى عنها، وعد صور الغرض الخارجة عن الخلاف، دعاؤه العجوز دون الشابة، وكذلك ذهابه إلى المريضة، والزمنة، والمجنونة، والضابط ألا يظهر منه ميل بالتفضيل والتخصيص، وقد يقال: لو كان الغرض ذهابه إلى بعيدة المنزل للخوف عليها من الخروج، ودعاؤه قريبة المنزل للأمن عليه من مغرة الخروج، اعتبر عكس ما في الكتاب.

قال: (**وَيَحْرُمُ أَنْ يُقِيمَ بِمَسْكَنٍ وَاحِدَةٍ وَيَدْعُوهُنَّ إِلَيْهِ**) أي: لما فيه من المشقة عليهن، والغضاضة، ولا يلزمهن الإجابة، نعم لو رضين ورضيت ربة المسكن بذلك؛ جاز، فلو رضين دونها؛ كان لها الامتناع، وإن كان المسكن ملكه؛ لأن حق السكنى فيه لها.

قال: (**وَأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ إِلَّا بِرِضَاهُمَا**)؛ لما بينهما من

وَلَهُ أَنْ يُرَتِّبَ الْقَسْمَ عَلَى لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا.

وَالْأَصْلُ اللَّيْلُ، ....

شدة التباغض، والتحاسد والضرر البين، والمراد بالمسكن: البيت الواحد، ونحوه، أما لو جمعهن في دار واسعة ذات بيوت، ومرافق منفردة، فلا مانع منه، فلو رضيا حيث جزمنا إلا برضاهما، ثم أرادا الرجوع كان لهما، نص عليه الشَّافِعِي ﷺ وإذا رضيا [بالبيت] الواحد، ونحوه.

قال الشيخان: كره أن يطأ إحداهما بحضرة الأخرى، فظاهره كراهة التنزيه، وبه صرح المصنف في «تعليقه على التنبيه».

والذي ذكره المحاملي في« المجموع»: أنه ليس له ذلك، لأن فيه سفهًا، ودناءة، وذكر الشيخ أبو حامد في تعليله النص على منع جواز إسكانها في البيت الواحد، وهو قضية كلام «الحاوي» وغيره، وقضية نصه في «الأم»، وهو الصواب؛ لما فيه من سوء العشرة، وطرح جلباب الحياء والأذى الشديد، ولا سيما للمستحيات الخفرات، ولا شك أنها لو منعته من هذه الحالة؛ جاز لها ولا تكون به ناشزًا.

قال الْمَاوَرْدِي: وكذا لا يجوز الجمع في المسكن بين زوجة وسرية، وله جمع إمائه في مسكن، وتابعه الرُّويَاني.

قال الشيخ أبو حامد: قال الشَّافِعِي: وطء الزوجة بحضرة الأخرى، أو الأمة بحضرة أمة أخرى، ليس من الستر، ولا الأخلاق المحمودة، ولا العشرة بالمعروف، فسوى في ذمّه بين الزوجات، والسراري، وهو ظاهر.

قال: (وَلَهُ أَنْ يُرَتِّبَ الْقَسْمَ عَلَى لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا) أي: هو مخير في ذلك، وظاهر كلام المصنف التسوية بينهما، وهو فى الجواز كذلك؛ لكن الأولى تقديم الليلة على اليوم، كما صرح به العراقيون، وعليه التواريخ، فإن أول الشهر الليل، وقد يؤخذ من قوله: «وَالْأَصْلُ اللَّيْلُ، وَالنَّهَارُ تَبَعٌ» وفيه نظر! قال الْمَاوَرْدِي: والأولى الاتفاق عليه.

قال: (وَالْأَصْلُ اللَّيْلُ) لأن الله جعله سكنًا.

وَالنَّهَارُ تَبَعٌ، فَإِنْ عَمِلَ لَيْلًا وَسَكَنَ نَهَارًا كَحَارِسٍ فَعَكْسُهُ.

(**وَالنَّهَارُ تَبَعٌ**) لأنه وقت الانتشار في طلب الرزق والمعاش [لأن الليل زمان الدعة والإيواء، والنهار زمان المعايش] والتصرف في حق غالب الخلق.

قال: (**فَإِنْ عَمِلَ لَيْلًا وَسَكَنَ نَهَارًا كَحَارِسٍ فَعَكْسُهُ**) أي: فيكون النهار في حقه أصلًا، والليل تبعًا، إذ نهاره كليل غيره، ولو كان يعمل تارةً ليلًا، وتارة نهارًا فليس له أن يقسم لواحدة ليلة تابعة، ونهارًا متبوعًا، وللأخرى بالعكس، على الأصح؛ لتفاوت العرض.

قال الْبَغَوِي وغيره: وعماد القسم في حق المسافر وقت نزوله ليلًا كان أو نهارًا، قليلًا كان أو كثيرًا؛ لأن السكون والخلوة حينئذٍ يتباينان.

قلت: لو كانت الخلوة لا تحصل إلا حالة السير [بأن يركب معها في هودج، أو محفة، وحالة النزول يجمع الكل في خيمة، أو خان، فيشبه أن عماد القسم في حقه حالة السير] فيلزمه التسوية في ذلك.

فرع: لا يجب الدخول على صاحبة النوبة من غروب الشمس، والوجه الرجوع فيه إلى العرف، والغالب أن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس من ذوي الأسباب، وغيرهم.

قال في «البحر»: وكان الماسرجسي يقول: يدخل إذا غربت الشمس ويخرج إذا طلعت، فقيل له: هلا اعتبرت طلوع الفجر؟ قال: لأن مراعاته تشق، وينبغي اختلاف ذلك باختلاف أحوال الناس في معايشهم ومصالحهم، دينًا ودنيا، ولا خفاء أن كثيرين معظم أسبابهم من بعد الغروب إلى جانب الليل.

واعلم أن قضية ما في «الشامل» عن الأصحاب، أن من عماده الليل لا يجوز له الخروج فيه إلى الجماعة، وإجابة الدعوة [والجنازة] وهو بعيد مخالف للسنة، وفعل الأمة، والذي اقتضاه كلام الرَّافِعِي، وغيره: أن ذلك إنما هو في ليالي الزفاف فقط، وسيأتي ما فيه أيضًا، وأن المذهب خلافه، وقضية منقول «الشامل» أن من عماده النهار كالحارس وَالْأَتُونِيِّ لا يجوز له الخروج نهارًا لذلك، ولا أرى أحدًا يقوله، والله أعلم.

وَلَيْسَ لِلْأَوَّلِ دُخُولٌ فِي نَوْبَةٍ عَلَى أُخْرَى لَيْلًا إِلَّا لِضَرُورَةٍ كَمَرَضِهَا الْمَخُوفِ، وَحِينَئِذٍ إِنْ طَالَ مُكْثُهُ قَضَى وَإِلَّا فَلَا.

قال: **(وَلَيْسَ لِلْأَوَّلِ)** وهو من عماد قسمه الليل.

(دُخُولٌ فِي نَوْبَةٍ عَلَى أُخْرَى لَيْلًا) أي: وإن كان الحاجة كعبادة على المذهب، والمنصوص في «الأم» لما فيه من إبطال حق صاحبة النوبة، احترز بالأول عمن عماده النهار، فإن له الدخول ليلًا لوضع متاع ونحوه، كما يفعل الأول نهارًا، وكان الأحسن أن يقول: وما جعلناه أصلًا لا يجوز الدخول فيه على غير صاحبة النوبة، إلا لحاجة لشموله الأول، والثاني وغيرهما.

قال: **(إِلَّا لِضَرُورَةٍ كَمَرَضِهَا الْمَخُوفِ)** قال شارح: ولو ظنًا على الأصح.

وقال غيره: ولو احتمل كون المرض مخوفًا، فأراد أن يدخل ليتبين حاله، فالأصح أنه يجوز، وهذا أجود كما أوضحته في «الغنية»، وتمثيله الضرورة بالمرض المخوف تبع فيه الْغَزَالِي، وفي إطلاقه نظر، ومثل في «الشامل» الضرورة بأن يكون منزولًا بها، أو تموت، فيحتاج إلى تجهيزها، ومثَّل الشيخ أبو حامد وغيره، بالمرض الشديد، والجرجاني بخوف نهب، أو حريق، أو كونها منزولًا بها. وقال الشيخ أبو حامد في موضع آخر: بأن تكون حاملًا يخشى عليها الموت، أو عليلة، قد آيس منها.

قال: فإنه يعودها في الليل ويقيم عندها، وهذا كله يدل على أن كل مرض مخوف، لا يجوز ذلك، وذلك كالأمراض المخوفة الممتدة، ويبين أن الأصح أنه لا يجوز الدخول لتبين حال المرض، كما أبداه الإمام وقدمناه.

وعبارة الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: ومثلت الضرورة بأن يكون منزولًا بها، أو تموت فيحتاج إلى تجهيزها، ومنهم من عدَّ المرض الشديد من الضرورة، ويقرب منه قوله في «الكتاب»: إلا لمرض مخوف، انتهى. وفيه إشارة إلى المرض الأول.

قال: **(وَحِينَئِذٍ إِنْ طَالَ مُكْثُهُ قَضَى)** لأن السكن يحصل به.

(وَإِلَّا فَلَا) أي: لقلته، ويعصي به، ومثَّل الرَّافِعِي طول المكث بساعة

....

طويلة، فيقضيها من نوبة المريضة.

قال: ويجوز من أي جزء شاء من الليل، لكن الأولى أن يكون في مثل تلك الساعة، وكلام الْمَاوَرْدِي [يقتضي تعين مثل ذلك الوقت، وأنه لا يتخير؛ بل صرح به وسيأتي، وكلام الكافي] يقتضي وجوب القضاء، وإن قل مكثه حيث قال: ولا يجوز لعيادة، ولا غيرها، فإن فعل قضى من نوبة المدخول عليها؛ لذلك العذر.

وكلام الْمَاوَرْدِي يفهم أنه لا عبرة بما دون الليلة حيث قال: وليس له الدخول في ليلة على غير صاحبتها، فإن فعل ولم يكمله؛ عصى ولم يقض، وإن أكمله عصى وقضى.

وحكى الإمام عن القاضي الحسين تقدير ذلك بثلث الليل وربعه، ورأى ضبطه بأن يكون له نسبة من الليل بالجزئية، ثم قال: ويحتمل على بعد أن يقضي تلك الخرجة، وإن قل في زمانها، وعبارة تعليق القاضي على ما رأيته، فإن احتاج إلى المقام عندها فأقام ثلث ليلة، أو نصفها قضاها، والظاهر أن مراده التمثيل، لا التحديد، والحاصل وجوه: **أصحها**: أنه لا تقدير، وأنه يقضي الزمن الطويل دون اليسير، ويشبه أن يرجع فيه إلى العرف، نعم لو كان منزلها بعيدًا يقضي في ذهابه إليه وعوده زمان طويل؛ وجب القضاء، وإن لم يطل مكثه عندها؛ بل ولا مكث أصلًا، ولو جامع المدخول إليها، لم يقضه على الأصح، والثاني: يقضي جميع الليلة.

فروع: ظاهر إطلاق المصنف: أنه يقضي ما فوته بالمقام عند المريضة وغيرها سواء أبرأت، أم ماتت، ويخرج من كلام الأصحاب فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقضي وإن ماتت؛ لأنه فوت ذلك الوقت على صاحبة النوبة، فلا بدَّ من جبره، وهو قضية إطلاق الْمَاوَرْدِي: فإن ماتت؛ قضى صاحبه القسم ما فوته عليها من ليلتها، وقيل: إنه قضية ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر».

وَلَهُ الدُّخُولُ نَهَارًا لِوَضْعِ مَتَاعٍ وَنَحْوِهِ ....

والثاني: لا يجب القضاء إذا ماتت؛ لأنه إنما يجب من نوبتها، وقد سقطت فلا قضاء، وهذا قضية كلام الشيخ أبي حامد هنا ومن تبعه، وعليه جرى الرَّافِعِي حيث قال: فيما إذا ظلم واحدة إنما يمكن القضاء؛ إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه، وصرح القاضي الحسين بأنها إذا ماتت لم يتصور القضاء، وهو قضية كلام الْبَغَوِي وغيره، وقول القمولي: إن الفوراني حكى فيما إذا ماتت، في سقوط القضاء وجهين، كأنه تبع ابن الرِّفْعَة، والذي في «العمدة» و«الإبانة» ذكرهما، فيما إذا أبرأت لا فيما إذا ماتت، والمشهور القطع بخلافه، فاعلم.

تنبيه: ليس من شروط القضاء كون خروجه إلى ضرة؛ بل يجب وإن لم يصرفه إليها، ولو أخرجه السلطان ففي القضاء وجهان في «الحاوي»، وصرح بأنه إذا خرج في النصف الأول [أقام عندها][1] قضاء واحد من النصفين في الآخر؛ بل يتعين عليه ذلك الوقت، فإذا فوت النصف الأول؛ أقام عندها، ثم خرج إلى مسجد ونحوه لا إلى ضرة، ثم يدور.

وفي «البيان» عن «الشامل» عن بعض الأصحاب: أنه لو خاف العسس، أو اللصوص، أقام عندها باقي الليل، ولا يقضي للباقيات، ولم أر في «الشامل» تعرضًا للقضاء ولا لعدمه.

قال: (وَلَهُ الدُّخُولُ نَهَارًا لِوَضْعِ مَتَاعٍ وَنَحْوِهِ) أي: من أخذ متاع [وَتَعْرِيفِ خَبَرٍ][2] وتَسْلِيم نَفَقَةٍ، وعيادة؛ لِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا: «كَانَ رَسُولُ الله ﷺ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعًا فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتَ عِنْدَهَا»[3] رَوَاهُ أَبُو دَاوُد، وَقَالَ الْحَاكِمُ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ.

---

(١) نسخة: (أو الثاني لم يجز قضاء).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣٧) والحاكم (٢/ ٢٠٣) وصححه.

(٣) في نسخة: (وتعرف صبي).

وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطُولَ مُكْثُهُ ....

إشارات: لا خفاء أنه لا يلزم من عماد قسمه الليل الملازمة نهارًا، نعم لو كان يخرج في نهار واحدة، ويلازم في نهار أخرى؛ فإن انفق عن شغل، فلا مضايقة، وإن كان عن قصد، قال الإمام: ففيه احتمال ظاهر مأخوذ من كلامهم.

قال: وأما الدخول على غير صاحبة النوبة فأجمع الأصحاب أنه لا يجوز الدخول عليها ويجامعها، ولو أراد الدخول من غير جماع أي: لغير حاجة؛ ففي كلام العراقيين ما يدل على جوازه وزيفه.

وقال قائلون: لا يدخل إلا لحاجة ومهم، ولفظ «المختصر» يدل عليه، وفي كلام صاحب «التقريب» ما يدل على تنزيل النهار منزلة الليل.

قال الإمام: والذي أراه مقطوعًا به أنه كما يحرم الجماع في النهار، يحرم الدخول على وجه يغلب فيه جريان الجماع؛ فإن الذي بداخل صاحبة النوبة من ظهور جريان الجماع، يدل إلى جريانه، انتهى.

وكأنه رأى كلام العراقيين على قول الشَّافِعِي، وعماد القسم الليل؛ فإنهم أطلقوا هناك جواز الدخول نهارًا؛ لكنهم لما تكلموا على قوله: «ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار في حاجة» صرحوا بأنه لا يجوز الدخول لغير حاجة، وهو قيد لذلك الإطلاق، فاعلم، وحينئذ لا قائل بالجواز مطلقًا، وقد يدل على جوازه حديث عائشة -رضي الله عنها- السابق، وحكى الرَّافِعِي وجهًا: أنه لا حجر بالنهار؛ لأنه تابع، والظاهر أنه مأخوذ من نقل الإمام، وقد عرفناك ما فيه، وأما جعل النهار كالليل فشاذ.

قال: (**وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطُولَ مُكْثُهُ**) هذا يفهم أنه إذا دخل لحاجة أنه يجوز له إطالة المكث؛ ولكن الأولى ألا يطيله.

وعبارة الرَّافِعِي نحو ذلك حيث قال: وينبغي ألا يطيل المقام، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات، ولا في نوبة واحدة على غيرها، انتهى.

والذي صرح به الشيخ أبو حامد في «التعليق»: أنه لا يجوز إطالة المكث، وهو مقتضى كلام المحاملي، والْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ، وذكر الْمُتَوَلِّي

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي إِذَا دَخَلَ لِحَاجَةٍ ....

نحوه، وقدمنا أنه لا يتحقق القول بجواز الدخول لغير حاجة، وإذن لا وجه لجواز الإقامة، وإطالة المكث، والقضاء كما سيأتي، هذا مقتضى كلام الأصحاب تصريحًا وتلويحًا، وقد أنكر ابن الرِّفْعَة ذلك فقال: مقتضى كلام الرَّافِعِي أنه إذا فعله لا يأثم فيه، ولا قضاء، وفي «المهذب»: أنه يجب القضاء إذا طال المكث، قال في «المطلب»: ونص عليه في «الأم» أيضًا.

قلت: ونقل البيهقي في «المبسوط» عن النص: ولا يكون له أن يدخل في الليل على التي لا يقسم لها، [فلا بأس أن يدخل نهارًا للحاجة لا ليأوي، وإن أراد أن يأوي إلى منزله أوى إلى منزل التي يقسم].

وقال في «الإملاء»: وإن كان له حاجة في منزلها في غير يومها فذهب ببدنه فأخذها فلا بأس، فإن أرسل رسولًا كان أحب إليَّ، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي إِذَا دَخَلَ لِحَاجَةٍ**) هذا هو الظاهر في «المحرر» و«الشرحين»، قال: وحكي الْغَزَالِيُّ وجهين آخرين:

أحدهما: أن النهار كالليل، ويقتضي هذا الإطلاق أنه لا يدخل إلا لضرورة، وأنه يقضي إذا دخل متعديًا، وحكى ابن كج: أن أبا إسحاق حكى وجوب القضاء قولًا.

والثاني: لا حجر بالنهار، ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء بلا قضاء، هذا كلامه في «الشرح الكبير» وتبعه في «الروضة» وقال في «شرحه الصغير»: وإذا دخل من غير حاجة؛ وجب القضاء، أو لها فلا قضاء، هذا هو الظاهر، وفي وجه النهار كالليل فلا يدخل إلا لضرورة، وفي وجه لا حجر بالنهار؛ لأنه تابع، انتهى.

وأصل هذا كله كلام الإمام السابق، والذي اقتضاه كلام الأصحاب؛ أنه إن كان زمن الدخول يسيرًا لم يقضه، وإلا فوجهان: قال الْمُتَوَلِّي: المذهب وجوب القضاء، وعليه اقتصر الجرجاني وغيره، وهو المنصوص في «الأم»، وقول الدارمي: ويجوز في النهار الدخول إلى غير صاحبته، فإن أقام جميعه

……

قضى، وقضيته أنه إذا أقام غالب اليوم لا يقضي، وهو غريب ضعيف، وذكر نحوه في دخوله ليلًا كما سبق.

تنبيهات: نقل الرَّافِعِي عن «تجريد المحاملي» عن نص «الإملاء»: أنه إذا دخل لغير حاجة أنه يجب القضاء، وكذلك أطلق في «شرحه الصغير» وجوب القضاء، وقضيته وجوب القضاء وإن قل زمن مكثه، ويشكل عليه قولهم: إنه إذا تعدى ليلًا بزمن يسير لا يقضي، وليس فيه نزاع، إلا احتمال بعيد للإمام، وما تضمنه إطلاق «الكافي»؛ لكن عبارة «تجريد المحاملي»: فإن دخل على غيرها فأقام عندها يومًا، أو بعضه؛ لزمه قضاء ذلك، نص عليه في «الإملاء»، فقوله: «يومًا أو بعضه» يشير إلى تطويل لا كما أفهمه نقل الرَّافِعِي عنه.

وعبارة الشَّافِعِي في رواية البيهقي: فإن أقام عندها في نهارها وفاها ذلك من يوم التي أقام عندها، ولفظ الإقامة يشعر بالتطويل ومن هذا فهم الدارمي وغيره ما سبق عنه، ولفظ نص «الأم» فيما رأيته: ولا أكره في النهار شيئًا إلا أثره غيرها من أزواجه فيه بمقام، أو جماع، فإن أقام عند غيرها في نهارها، أوفاها ذلك من يوم التي أقام عندها.

ما سبق في قضاء زمن الإقامة هو فيما إذا خلا عن الوطء، فإن دخل ليلًا ووطئ فهل يقضي كل الليلة، أو الجماع في نوبة المجامعة، أو من نوبتها مثل المدة بلا جماع؟ أوجه سبقت، رجحا الثالث، فعليه لو فرض الجماع في لحظة يسيرة؛ فلا قضاء، والوجهان الأولان بحالهما، وأما الوطء نهارًا ففي «الوسيط» و«البسيط»: أنه يحتمل البعضية فقط، ويحتمل أن يجعل كالليل، انتهى.

وقضية الأول: ألا قضاء وإن طال الزمن، وهذا إنما يجيء إذا قلنا لا يجب القضاء حيث لا وطء، وقضية الثاني: جريان الأوجه التي في الليل، وقال الإمام: إذا قلنا لا أثر للوطء ليلًا إذا جرى في زمن قصير، فكذا في النهار إن قلنا الوطء يفسده - يعني: يفسد الليلة -، فهذا فيه احتمال يجوز أن يكون النهار كالليل، ويجوز أن يقطع بالاقتصار على البعضية، انتهى.

وَأَنَّ لَهُ مَا سِوَى وَطْءٍ مِنْ اسْتِمْتَاعٍ، وَأَنَّهُ يَقْضِي إِنْ دَخَلَ بِلَا سَبَبٍ.

والذي في «مجرد سليم» و«المهذب» وغيرهما إطلاق وجهين في وجوب قضاء الجماع نهارًا، وبالمنع جزم الدارمي وهو الأصح، قال الفارقي: وإنما لم يأت هنا الوجه الثالث، وهو قضاء يوم كامل كالليلة؛ لأن عماد القسم الليل وهو الأصل فيه؛ فإذا فات معظم المقصود جعل كفوات جميعه في النهار، وليس بأصل في القسم، ولا الوطء فيه أصل، فلذلك لم يستوف من عماد القسم في حقه النهار كالحارس والأتوني والطحان ونحوهم فنهارهم كليل غيرهم في جميع ما ذكرناه.

قال: (**وَأَنَّ لَهُ مَا سِوَى وَطْءٍ مِنْ اسْتِمْتَاعٍ**)؛ لظاهر حديث عائشة السابق، والثاني: المنع كالوطء، وأفهم كلام المصنِّف: [تحريم الوطء] قطعًا، وليس كذلك؛ بل هو الصحيح، وعن القاضي الحسين أنه خالف مقتضى الوجهين في الاستمتاع بغير وطء، وقال: إنه لا يجوز له عند الدخول للحاجة أن يخلو بها؛ لما في ذلك من الإضرار بصاحبه النوبة، والبخس لحقها، قال ابن الرِّفْعَة: ولو وجه بأن ذلك يفضي إلى الوطء، وهو ممنوع منه وليس ثَمَّ من يستحي منه كان أولى، انتهى.

وكنت أقول لعل القاضي كنى بالخلوة عن الوطء، ثم رأيت في «تعليقه» ذلك نصًا، فقال: ولا يدخل على غيرها بالنهار في نوبتها إلا لحاجة، ولا يجامع غيرها نهار ليلتها أيضًا؛ لما فيه من الإضرار، والبخس لحقها، انتهى.

ونقل ثقة عن شيخه: ولا يخلو بها، ومنها نقل ابن الرِّفْعَة، ورأيت في نسخه لا يحل مع غيرها، وكلامهما تحريف «ولا يجامع» يدل عليه قوله أيضًا: والذي قدمه ذكر الجماع كالخلوة، وسبق قول الإمام: والذي أراه مقطوعًا به إلى آخره، ويحتمل أن يفرق بين داخل وداخل؛ فإن المتقي وضعيف الشهوة ليس كضده، وكذا يفرق فيما عدا الاستمتاع بغير الوطء، بين من يملك نفسه عن الوقاع وغيره، كما سبق في قبلة الصائم.

قال: (**وَأَنَّهُ يَقْضِي إِنْ دَخَلَ بِلَا سَبَبٍ**) أي: يقضي زمن الإقامة، وقد بيناه فيما سبق بما فيه، لا أنه يقضي الاستمتاع كما قد بيناه، ومن كلامه: وهل

وَلَا تَجِبُ تَسْوِيَةٌ فِي الْإِقَامَةِ نَهَارًا.

وَأَقَلُّ نُوَبِ الْقَسْمِ لَيْلَةٌ وَهُوَ أَفْضَلُ، وَيَجُوزُ ثَلَاثًا، ....

يجيء في قضاء الاستمتاع بلا وطء ما قيل في الوطء، أم لا؟ لم أر فيه شيئًا.

قال: (**وَلَا تَجِبُ تَسْوِيَةٌ فِي الْإِقَامَةِ نَهَارًا**)؛ لأنه زمن التردد والانتشار، وقد يقل في يوم ويكثر في غيره، والضبط فيه عسر بخلاف الليل، وهذا فيمن عماد قسمته الليل كما سبق، وقضية إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق في عدم الوجوب بين أن يكون ذلك بقصد منه، أو لا، وفيه ما سلف عن الإمام - رحمه الله تعالى - ولا شك أن تخصيص إحداهن بالمقام عندها نهارًا على الدوام والانتشار في يوم غيرها، يورث حقدًا وضررًا، وعداوةً، وإظهار ميل وتخصيص.

فرع: قال الدارمي: وإذا كان مريضًا لا يدخل على واحدة منهن، ولا يدخلن عليه إلا مساويًا؛ فإن أراد أن يكون عند إحداهن، أو تكون عنده؛ فأحللنه جاز، وإن لم يحللنه قيل له: إما أن تقسم، أو تترك، أو تطلق.

قال: (**وَأَقَلُّ نُوَبِ الْقَسْمِ لَيْلَةٌ**) أي: ولا يجوز تبعيضها على الصحيح؛ لما فيه من تنغيص العيش وعسر الضبط، والثاني: يجوز، أطلقه ابن كج وغيره، وقيده بعضهم بالتراضي، ورآه ابن الرِّفْعَة أشبه من الإطلاق، والظاهر عندي الجواز بالتراضي جزمًا؛ إذ الحق لا يعدوهم، وعبارة الدارمي: فإن أراد القسم بالساعات؛ لم يجز، وفي نصف ليلة وجهان، انتهى.

والثالث: أن بعض ليلة مع ليلة كاملة جاز، أو دونها فلا، وذكر ابن الرِّفْعَة أنه رأى في «الأم» ما يقتضي جواز التبعيض.

قال: (**وَهُوَ أَفْضَلُ**) تأسيًا بالنبي ﷺ، وليقترب عهده بهن، ولو كان عماد قسمه النهار كالحارس، فظاهر كلامهم أن تنصيفه لهم كتنصيف الليلة ممن يقسم ليلًا، ويحتمل أن يجوز، بهذا جزما؛ لسهولة [الضبط وعدم] التبعيض، والأقرب أن يرتب الخلاف، وهذا أولى بالجواز، وإذا جمعت بينهما جاء ثلاثة أوجه: ثالثها: يجوز للنهاري دون الليلي، والفرق ما أشرنا إليه.

قال: (**وَيَجُوزُ ثَلَاثًا**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأنها مدة قريبة،

وَلَا زِيَادَةَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وقيل: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن، والمذهب المشهور الأول.

قال: (وَلَا زِيَادَةَ عَلَى الْمَذْهَبِ) اعلم أنه نص في «الإملاء» على جوازه مياومة، ومشاهرة ومسانهة، وفي «التتمة» و«البحر» تبعًا «للشامل» أنه قال في «الأم»: أمنعه مجاوزة الثلاث، ولفظ نص «المختصر»: وأكره مجاوزة الثلاث، وحاصل كلام الأصحاب ثلاثة أوجه، اقتصر جمهورهم على منع الزيادة على الثلاث، وحملوا نص «الإملاء» على التراضي.

وقال في «الروضة» و«التنقيح»: إنه المذهب الصحيح، وقيل قولان أو وجهان، وحمل الجمهور نص «المختصر» على المنع والحظر، وحكي عن الْبَنْدَنِيجِي أنه قال: صرح في «الأم» بالتحريم؛ لأن تجويز الزيادة مطلقًا يؤدي إلى مهاجرة وإيحاش للبواقي بطول المقام عند الضرة، وربما أَلِفَها ومال إليها، فأعرض عنهن، وقد يموت في المدة الطويلة فيفوت حقهن بخلاف الثلاث.

والثاني: تجوز الزيادة مطلقًا عملًا بظاهر نص «الإملاء» والقرعة بدفع غرض التخصيص.

والثالث: تجوز إلى سبع فقط، وحكى الرَّافِعِي عن الشيخ أبي حامد وغيره: جوازه مدة، وإلا فلا، وفي ثبوته نظر، فإن الإمام قال: يمكن النظر إلى مدة الإيلاء؛ لكن لم يقله أحد، واعلم أن في النفس مما ذكر الجمهور أنه المذهب حسكة؛ لأن الذي نقله البيهقي في «المبسوط» عن «الأم»: وأكره مجاوزة الثلاث من العدد من غير أن أحرمه، وذكر معه نص «الإملاء» لا غير، وهما متفقان على جواز الزيادة، وذلك يوجب التوقف فيما ذكروه، ويمنع حمل نص «المختصر» على كراهة التحريم، إلا أن يثبت أنه نص في «الأم» على المنع في موضع أخر، وقد طلبت ذلك في مظانه من «الأم» مع التقصي فلم أره، ورأيته قال قبيل باب الخلاف في القسم للبكر والثيب: أخبرنا مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك ﷺ قال: للبكر [سبع] وللثيب ثلاث.

قال الشَّافِعِي: وبهذا نأخذ، وإن قسم أيامًا لكل امرأة بعد مضي سبع

وَالصَّحِيحُ وُجُوبُ قُرْعَةٍ لِلِابْتِدَاءِ، وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ.

للبكر، وثلاث للثيب فجائز إذًا، وفي كل واحدة عدد الأيام التي أقام عند غيرها، هذا لفظه بحروفه، وظاهره يقتضي جواز الزيادة على الثلاث، [وممن جزم بأن الزيادة على الثلاث مكروه] لا غير الدارمي والرُّويَانِي في «الحلية»، وعبارة الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»: ولا ينبغي مجاوزة الثلاث، وقال ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: وله أن يقسم ما شاء من الليالي، وهو معذور في التحديد ولا توقف بعيد، وما ذكرته يدلك على أن مذهب الشَّافِعِي ﷺ: أن مجاوزة الثلاث مكروهة كراهة تنزيه لا غير، وإن كان الجمهور على خلافه.

قال: (**وَالصَّحِيحُ وُجُوبُ قُرْعَةٍ لِلِابْتِدَاءِ**) أي: لا يبدأ القسم إذا أراده، ولم يرضين بالبدأة بمن شاء؛ لأن في ذلك ميل إليها وتفضيل لها، وعلى هذا اقتصر الجمهور.

(**وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ**) أي: فيجوز أن يبدأ بمن شاء بلا قرعة؛ لأن له الإعراض عنهن، وما لم يبت عند واحدة لا يلزمه القسم، فعلى المذهب إن كان له زوجتان أقرع مرة، أو ثلاث أقرع مرتين، أو أربع أقرع ثلاث مرات، مرة بين الأربع، وثانية بين الثلاث، وثالثة بين الباقين، ولو بدأ بإحداهن بلا قرعة فقد ظلم، ويقرع بين الباقيات، فإذا تمت النوبة لا يبدأ بالتي بدأ بها ظلمًا؛ بل يقرع وكأنه الآن ابتداء القَسْم، كذا قال بعضهم.

قيل: وينبغي أن يقال القرعة بين الثلاث وقعت معتبرة، واقتضت ترتيبهن على ما أخرجته، فلا ينبغي إعادتها بينهن؛ بل يقرع بينهن وبين من بدأ بها ظلمًا، فإن خرجت لها بدأ بها، وجرى على ما أخرجته القرعة في حق الثلاث أولًا، وإلا أخرها عنهن، انتهى.

قلت: فيه نظر؛ لأنه إذا أقرع بينها وبينهن مرة لا غير فهو ضرر عليها بخلاف ما إذا وفى الثلاث، ثم ابتدأ القرعة بين الجميع؛ لأنها إذا قرعت أولًا ربما تقرع ثانيًا أو ثالثًا، فإن صح ما ذكره هذا القائل، فيحتمل أن يكتفي بالإقراع بينها وبين الآخرة من الثلاث المظلومات فقط.

وَلَا يُفَضِّلُ فِي قَدْرِ نَوْبَةٍ لَكِنْ لِحُرَّةٍ مِثْلَا أَمَةٍ، ....

فرع: قال شارح: قولهم إن البدأة بواحدة بلا قرعة ظلم، يقتضي أن قولنا: «إن القَسْم لا يجب ابتداء» معناه: جواز الإعراض عنهن كلهن، وعدم تخصيص واحدة منهن بمبيت ليلة، أما دون ليلة أو الطواف عليهن في ساعة واحدة، ومن ضرورته البدأة بواحدة فهل يجوز لأنه ليس هناك قسم، أو لا يجوز لما فيه من التخصيص بالبدأة، فيمتنع كما يمتنع البدأة بمبيت ليلة من غير قرعة؟ لم أقف فيه على نقل، انتهى.

وقال [الدارمي]: وإن كان له زوجة أو أكثر فاختار ألا يقم عندها، أو عندهن، أو أن يقطع زمانه عندهن من غير قسم، وغير أن يخص إحداهن بما لا يكون للأخرى من كثرة المقام على جري العادة؛ فله، فإن أقام عند إحداهن ليلة كاملة أجبر على مثل ذلك لغيرها، فإذا فعله ثم أراد ألا يقسم بعد؛ فله، وإن أقام فأخرج عن الغرف، ولم يبلغ ليلة فهل يجب عليه مثله لغيرها؟

فعلى وجهين، انتهى. والعبد كالحر في القسم، ذكره في «العدة».

قال: (وَلَا يُفَضِّلُ فِي قَدْرِ نَوْبَةٍ) أي: لا يجوز له ذلك، وإن اختصت واحدة أو أكثر بصفات شريفة كإسلام ونسب، ودين، وجمال ونحوها؛ إذ القسم شرع للعدل، واجتناب التفضيل المولد للوحشة، والشريفة مستوية مع غيرها في مقاصد النكاح وأحكامه، إلا ما يستثنى.

قال: (لَكِنْ لِحُرَّةٍ مِثْلَا أَمَةٍ) أي: بأن يجعل للحرة ليلتين، وللأمة ليلة، رواه الحسن البصري مرسلًا، وعضده الماوردي بأنه روي عن الإمام علي ﷺ قال: ولا يعرف له مخالف فكان إجماعًا، انتهى.

وهذا الأثر مداره على ابن أبي ليلى الفقيه، وهو ضعيف في الحديث، قال البيهقي: وهو قول سعيد بن المسيب، وسلمان بن يسار، وقال سلمان: من السنّة أن الحرة إذا أقامت على ضرائر فلها يومان وللأَمَة يوم، وأيضًا فإن ما كان ذا عدد نقصت الأمة عن الحرة كالحدود، والعدة والطلاق.

تتمات: تصوير المسألة في العبد ظاهر، ويتصور في الحر بأن ينكح أمة

وَتَخْتَصُّ بِكْرٌ جَدِيدَةٌ عِنْدَ زِفَافٍ بِسَبْعٍ بِلَا قَضَاءٍ، وَثَيِّبٌ بِثَلَاثٍ، ....

بشرطه، ثم ينكح عليها حرة، أو يكون تحته حرة لا تصلح للاستمتاع، وجوزنا له نكاح أمة عليها كما سبق.

ظاهر كلام الجمهور أنه ينحصر القسم في حقها كذلك لامتناع الزيادة عندهم على ثلاث، وقيل: يجوز أن يقسم للحرة ثلاثًا، وللأمة ليلة ونصف، وقيل: يجوز أن يقسم للأمة ثلاثًا وحينئذ يقسم للحرة ستًا، ولعله قائله يرى التسوية بينهما، أو يرى جواز الزيادة على الثلاث، إنما تستحق الأمة القسم إذا استحقت النفقة بأن سلمت إليه ليلًا ونهارًا، أو ليلًا، وقلنا باستحقاقها وإن شرطناه، وكلام **الْمَاوَرْدِي** يقتضي أنها تستحق القسم بالليل خاصة، وبه صرح **الْبَنْدَنِيجِي**، ونقل **الرُّويَانِي** عن أصحابنا: أنها لا تستحق وهو المشهور، والمبعضة كالقنة، ويحتمل أنه لو كان نصفها حرًا أن تستحق من قسم الثلاث ليلتين.

قال: **(وَتَخْتَصُّ)** أي: وجوبًا على الأظهر إذا أراد القسم، ولو أمة في الأصح.

(بِكْرٌ جَدِيدَةٌ عِنْدَ زِفَافٍ بِسَبْعٍ بِلَا قَضَاءٍ، وَثَيِّبٌ بِثَلَاثٍ) أي: بلا قضاء أيضًا، والبكر هنا هي البكر في الاستنطاق بالإذن على ما مر من خلاف ووفاق، وحينئذٍ يقدم بذلك بلا قرعة؛ لأنه حق العقد، وأصل الباب ما رواه البيهقي وغيره، وصححه ابن حبان قال: قال رسول الله ﷺ **«سبع للبكر، وثلاث للثيب»**⁽¹⁾ وهو في «الصحيحين» عن أنس من قوله.

وفي «البخاري» عن أبي قلابة عن أنس أنه قال: **«من السنّة إذا تزوج الرجلُ البكرَ على الثيّبِ أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثًا ثم قسم»**⁽²⁾ قال أبو قلابة: ولو شئت لقلت إنّ أنسًا رفعه إلى

---

(1) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٧، رقم ١٩١٦)، والدارمي (٢/ ١٩٤، رقم ٢٢٠٩)، وابن الجارود (ص ١٨١، رقم ٧٢٤)، والطحاوي (٣/ ٢٧)، وابن حبان (١٠/ ٨، رقم ٤٢٠٨). وأصله عند البخاري (٥٢١٣)، ومسلم (١٤٦١).

(2) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٠٠، رقم ٤٩١٥)، ومسلم (٢/ ١٠٨٤، رقم ١٤٦١)، وأبو داود (٢/ ٢٤٠، رقم ٢١٢٤).

وَيُسَنُّ تَخْيِيرُهَا بَيْنَ ثَلَاثٍ بِلَا قَضَاءٍ، وَسَبْعٍ بِقَضَاءٍ.

النبي ﷺ هذا لفظ البخاري، وقول الصحابي من السنّة في حكم المرفوع.

تنبيهات: أشرنا إلى أن الأظهر وجوب حق الزفاف، وفي قول مستحب، وإنما يجب على ما قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: إذا كان تحته زوجة غيرها، وكان يبيت عندها فإن لم يكن في نكاحه غيرها، أو كانت وكان لا يبيت عندها؛ لم يجب عليه ذلك كالقسم، وحكى المصنف القول باختصاصه بمن له زوجة غيرها عن طائفة في «شرح مسلم»، وكلام الأصحاب في أول الباب يوافقه.

وقال ابن عبد البر: جمهور العلماء على أن ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف، سواء كان عنده زوجة أم لا؛ لعموم الأحاديث، قال المصنف: وهذا أقوى وهو المختار، وهو كما قال وإطلاق الشَّافِعِي في «الأم» في مواضع يعضده، والدليل يؤيده فيجب اعتماده.

لو كانت الجديدة أمة، قالا: ولا يتصور ذلك إلا في حق العبد، فإن له إدخال الأمة على الحرة.

قلت: ويتصور في حق الحر أيضًا، إذا كان تحته حرة لا تصلح للاستمتاع، كما رجحه المصنف وصور بما إذا نكح أمة بشرطه، ثم أيسر فنكح حرة، ثم زُفّتا إليه أو زفّت الحرة أولًا، وفيما تستحقه الأمَة وجهان أشرنا إليهما أصحهما: أنها كالحرة في التسبيع والتثليث، والثاني: التشطير، ثم قيل عليه يكمل المنكسر، والأشبه المنع لإمكان التنصيف، والعبرة بحال الزفاف فيمن عتقت قبله فلها حق الحرة، أو بعده فلا، قال الْبَغَوِي: ويُحْتمَل أن يقال: له حق الحرة فيما بقي من المدة أي: التي عتقت في أثنائها.

قال: (**وَيُسَنُّ تَخْيِيرُهَا**) أي: الثيب.

(**بَيْنَ ثَلَاثٍ بِلَا قَضَاءٍ، وَسَبْعٍ بِقَضَاءٍ**) أي: اقتداءً به ﷺ في تخييره أم سلمة، كذلك رواه مسلم وغيره، ثم إن اختارت السبع قضاها جميعها على الصحيح، وإن أقامها بغير اختيارها لم يقض إلا الأربعة الزائدة على المذهب، وبه قطع الأصحاب.

....

وحكى في «المهذب» أنه إذا أقام سبعًا وجهين في أنه يقضي السبع أم أربعًا، وزعم الْعِمْرَانِي أن المشهور الثاني.

وحكى في «الذخائر» أوجهًا: **أحدها**: قضاء الكل مطلقًا، **ثانيها**: قضاء الزيادة مطلقًا، **ثالثها**: إن كان سواء لها فالكل، وإلا فالزيادة، واعلم أن ما ذكره المصنف من سنية تخييرها هو المشهور.

وفي «الحلية» للرُّوياني: أنه يلزم أن يخيرها بين الثلاث بلا قضاء، وبين السبع بشرط القضاء كذا رأيته، وفي «مُخْتَصَرِ الْبَحْرِ» للكَمَال سَلَّار - شيخ المصنف: وعليه في المثبت أن يخيرها، وكلام «الحاوي» يفهم أنه لا يجوز أن يقيم عند الثيب سبعًا إلا برضا الزوجات، وهو وما قبله غريبان، ولو التمست الثيب إقامة ما دون السبع كخمس، أو ست لم يقض إلا الزائد، قال الرُّويَانِيّ: لا نص فيها، وفيه احتمال، والظاهر أن الأول على طريقة من يقول لا يقضي في السبع إلا الزائد.

فرع: يكره أن يتأخر أيام الزفاف عن صلاة الجماعة، وعيادة المرضى، وتشييع الجنائز، [وسائر] أعمال البر التي كان يفعلها، نص عليه، وقال في «الأم»: ولا يجوز له أن يتخلف عن إجابة دعوة.

قال القاضي الحسين: وإنما نص الشَّافِعِي على ذلك؛ لأن عادة أهل «الحجاز» أنهم لا يخرجون من البيت في أيام الزفاف لصلاة، ولا لزيارة ولا عيادة، ويعيرون [بالخروج] أهل المرأة، وكان الشيخ - يعني: الْقَفَّالُ - يحكي عن الشيخ أبي يزيد -رحمهما الله تعالى- أنه قال: تزوجت امرأة بـ«مكة» فأردت الخروج إلى الصلاة فتعلقوا بذيلي، وقالوا: لا تخرج من هذا البيت، هذا الأسبوع وألحوا علي، فقلت: لتخلّوني أو لأطلّقها، فإني لزمت هذه البلدة أقاسي فيها البؤس، والضيق لفعل الصلاة في المسجد الحرام، حتى خلّوني، انتهى.

وفي أصل «الروضة»: ينبغي ألا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعة،

……

وكذا ما قدمناه، هذا نهارًا وأما في الليل فقالوا يعني: الأصحاب: لا يخرج؛ لأنها مندوبات، والمقام عندها واجب، قالوا: وفي دوام القسم يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات، وأعمال البر؛ بأن يخرج في ليلة الجميع أولا يخرج أصلًا، فإن خرج في ليلة بعضهن فحرام، انتهى.

وما ذكرناه في الليل، فكذا نقله عن الأصحاب صاحب «الشامل» وصرح به تبعًا له الجرجاني وغيره، وهو طريقة شاذة لبعض العراقيين، وإطلاق النصوص في «الأم» و«المختصر»، و«الإملاء» يقتضي أنه لا فرق بين الليل والنهار، وكذا إطلاق القاضي الحسين والْبَغَوِي، وغيرهما يقتضي أنه لا يختلف عن شيء من ذلك.

وممن صرح به من المراوزة الشيخ أبو محمد في «مختصره»، والْغَزَالِيّ في «خلاصته»، حيث قالا: وللبكر سبع ليال خالصة بلا قضاء، وللثيب ثلاث، ولا يتخلف فيها عن جماعات وخير، وجنازة وعيادة، كانت له من الطاعات، ونص «الأم»: ولا أحب في مقامه عند بكر ولا ثيب أن يتخلف عن صلاة، ولا بر كان يفعله قبل العرس، ولا شهود جنازة،ولا يجوز أن يتخلف عن إجابة دعوة، ونحوه مما في «المختصر» و«الإملاء».

نَعَمْ الْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِزِيَادَةِ الْإِقَامَةِ فِي مُدَّةِ الزِّفَافِ عَلَى أَيَّامِ الْقَسْمِ فَيُرَاعَى ذَلِكَ، وَقَوْلُهُمْ: الْإِقَامَةُ لَيْلًا وَاجِبَةٌ فَلَا تُتْرَكُ لِلْمَنْدُوبِ، جَوَابُهُ: أن الواجب الإقامة عَلَى الْوَجْهِ الْمُعْتَادِ لَا عَلَى مَا ذَكَرْتُمْ، والخروج كذلك، والعود لا ينافي حصول الإقامة التي دلت عليها السنة، وَمِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّهُ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ لَيْلًا وَكَانَ يَسْمُرُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ فِي أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهَا، وَكَذَلِكَ الصَّحَابَةُ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ لَيَالِي الزِّفَافِ وَغَيْرِهَا، وَلَا أَحْفَظُ عَنْهُمْ أَمْرًا بِمُلَازَمَةِ [العروس] تِلْكَ اللَّيَالِي، ولعلك لا تجد خلافًا محققًا بين الناس في ذلك، وأما القول به في ليالي دوام القسم فلا شك في منعه وبعده، ومخالفته للظواهر، نعم عليه العدل فيهن للخروج، كذلك إذا لم يظهر منه تخصيص فلا حرج، كما لو منعه الخروج في بعض الليالي مطر أو وحل، ونحوهما دون بعض، والله أعلم.

وَمَنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَنَاشِزَةٌ، وَبِإِذْنِهِ لِغَرَضِهِ يَقْضِي لَهَا، وَلِغَرَضِهَا لَا فِي الْجَدِيدِ. وَمَنْ سَافَرَ لِنُقْلَةٍ حَرُمَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ.

قال: (**وَمَنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَنَاشِزَةٌ**) أي: فلا قسم لها، كالنفقة لتحريم ذلك عليها، وهو ظاهر حيث لا ضرورة، أما لو اضطرت إليه كما لو خربت البلدة، وارتحل أهلها أو ارتحل أهل الخيام، ولم يمكنها الإقامة والزوج غائب عنها، فلا ينبغي أن تكون بهذا ناشزة؛ إذا لم يجاوز سفرها قدر الضرورة.

وذكر **الْمُتَوَلِّي**: أنه لو بات عند الحرة ليلتين، ثم سافر السيد بالأَمَة لم يسقط حقها من القَسْم، على الزوج قضاء ما فات عند التمكن؛ لأن الفوات حصل بغير اختيارها، وقد يأتي مثله في الحرة تكره على الخروج، أو تضطر إلى السفر كما ذكرنا، وفيه وقفة وغايته أن يكون كسفرها بإذنه لحاجتها إلا أن يتضح فرق.

قال: (**وَبِإِذْنِهِ لِغَرَضِهِ؛ يَقْضِي لَهَا**) للإذن، وغرضه كما لو أرسلها في شغل له، فهي كمن عنده في قبضته.

(**وَلِغَرَضِهَا**)؛ أي: كحج وعمرة، وزيارة، وتجارة.

(**لَا فِي الْجَدِيدِ**)؛ لأنها خارجة من قبضته، صارفة للزمن إلى غرضها فأثر إذنه سقوط الإثم عنها لا وجوب القضاء لها، وبهذا قطع بعضهم، و«القديم» نعم لأنه بإذنه فصار كما لو كان لحاجته أو معه.

قال: (**وَمَنْ سَافَرَ لِنُقْلَةٍ حَرُمَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ**) أي: لا بقرعة ولا بغيرها، كما لا يجوز ذلك حضرًا، هذا هو الصحيح، وفي «المختصر» نص يشعر بالجواز وتأولوه، فعلى الصحيح يقضي للمخلفات، ولو فعل بعضهن بنفسه، وبعضهن بوكيله قضي لهن، ويجوز فعل ذلك بالقرعة، والأصح وجوب القضاء؛ لاشتراكهن في السفر، وهل يقضي كل المدة أو مدة مقامه مع المستصحبة؟ في محل النقلة وجهان: صحح سليم الرازي الأول، وهو قضيه إطلاق «التهذيب»، والأصح إذا دعاهن الزوج إلى السفر لزمهن الإجابة بشرط أمن الطريق، والبلد المنتقل إليه، قال الديبلي: إلا أن يكون دار كفر.

قلت: أو لا يكون صالحًا لسكنى مثلها كالمنزل بالبلد، والظاهر أنه يلزمهن ركوب البحر عند غلبة السلامة قطعًا؛ إذا كان في طريقه [خوف] ويحتمل أن يخرج على الخلاف في ركوبه للحج، ومن امتنعت من السفر فناشزة إلا أن تكون معذورة بمرض يعجزها عن السفر، فلا تعصى بالامتناع، ولها النفقة لا القسم؛ لأن الامتناع من جهتها، وإن عذرت فيه، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

قال: ولو كان سفر معصية فامتنعن لأجل المعصية؛ لم يكن ذلك عذرًا لهن في التأخير إذا أمن؛ لأنه لم يدعهن إلى المعصية؛ بل إلى استيفاء حقه، فإذا امتنعن سقط قسمهن ونفقتهن لنشوزهن، انتهى.

وكلامه يفهم أن الغرض في سفر الحاجة، ولا فرق بين السفرين فلهذا قدمناه.

فرع: كلام المصنف يقتضي أن له أن يدع الكل، وفي «الوجيز»: أنه لا يجوز له تركهن، وصرح في «الوسيط» بالتحريم؛ لما فيه من قطع أطماعهن من الوقاع، قال الرَّافِعِي: وفيما علق عن الإمام أن ذلك أدب وليس بلازم.

قلت: والذي في «النهاية» أنه لا يحرم، وقد يخطر للفقيه أنهن يتضررن باختبائهن عمرهن، وإذا انتقل وخلفهن فهذا ضرر بيِّن، وليس ينتهي الأمر فيه إلى التحريم، وفي «الوسيط»: ولا يجوز له أن يخلفهن؛ لما يضمن ذلك من حصول الناس عن التحصين، وتشتد الكراهة فيه، وقال الإمام: لا ينتهي الأمر إلى التحريم، وقد أطلق الأصحاب القول بأنه لا يجوز له ذلك، ولا خفاء بوجوب القضاء مطلقًا، انتهى.

وكلام القاضي الحسين يفهم الجواز، وبه صرح الْمُتَوَلِّي.

وقال الفوراني في «الإنابة»: ولو أراد سفر نقلة كان عليه أن يحملهن كلهن.

وقال في «العمد» عليه إخراج كلهن، وهذا موافق لكلام الْغَزَالِيِّ؛ لكن لم أر من صرح بالتحريم غيره، وهو قوي لما فيه من الإهمال، والإضرار وامتداد الأطماع إليهن، ولا سيما مع بعد الدار، فإن تحقق خلاف فالأصح ما قاله

وَفِي سَائِرِ الْأَسْفَارِ الطَّوِيلَةِ وَكَذَا الْقَصِيرَةُ فِي الْأَصَحِّ يَسْتَصْحِبُ بَعْضَهُنَّ بِقُرْعَةٍ،

الْغَزَالِيُّ، وإلا فهو المختار، وينبغي القطع بالتحريم عند تباعد الأقطار، وانقطاع الأخبار كخراسان ينتقل إلى «اليمن» مثلًا، وأما مع قرب المسافة وإمكان العود إليهن عن قرب، وطمعهن في النقلة إليه كل وقت، فهو محل التردد والنظر، والظاهر أن القرى المتقاربة كالمحال في البلد الواسع الأقطار، وينظر في مسافة العدوى وما دون مسافة القصر.

وقال شارح: قالوا: يعني: الأصحاب: لا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه؛ بل ينقلهن بنفسه، أو بوكيله أو يطلقهن، ثم حكى مقالة الإمام.

قال: (**وَفِي سَائِرِ الْأَسْفَارِ الطَّوِيلَةِ، وَكَذَا الْقَصِيرَةُ فِي الْأَصَحِّ يَسْتَصْحِبُ بَعْضَهُنَّ بِقُرْعَةٍ**) لما في «الصحيحين» عن عائشة- ﵂ -: «**أنه ﷺ كان إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها؛ خرج بها معه**»(١).

قال الشَّافِعِي في «الإملاء»: وسواء كان ذلك يومها أو يوم غيرها.

قال الشَّافِعِي والأصحاب: وليس له الخروج بغيرها وله تركها، ولا يجب قضاء مدة السفر، قال الشَّافِعِي: وسواء قصر سفره أو طال، انتهى.

وهذا هو المذهب، وإطلاق الحديث يشمله، وقيل: لا يجوز أن يستصحب بعضهن في السفر القصير بقرعة، فإن فعل عصى وقضى؛ لأنه في حكم الإقامة، وليس للمقيم أن يخصص بعضهن بالقرعة [فعلى المذهب لو سافر بواحدة أو أكثر من غير قرعة عصى وقضى، نعم لو رضين بالخروج بواحدة بلا قرعة] جاز وسقط القضاء، ولهن الرجوع قبل سفرها.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: وكذا بعده ما لم يجاوز مسافة القصر، قال: ولو أراد الزوج رد من خرجت بالرضا، أو بالقرعة بعد الشروع في السفر جاز؛ لأن له اعتزالها في السفر فجاز له ردها، وكما يجوز السفر بواحدة بقرعة يجوز بأكثر، وفي «صحيح البخاري»: «**أن القرعة خرجت لعائشة، وحفصة - ﵄ -**»(٢).

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٤)، ومسلم (٢٧٧٠)

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٥١).

....

إشارات: منها: قوله: «يستصحب بعضهن بقرعة» يشعر بأنه لا يجوز بغيرها، ورضاهن كافٍ في ذلك، نعم لو كان فيهن من لا عبرة برضاها لجنون وصبى فهل يتعين القرعة؟ الظاهر، نعم.

ومنها: إطلاق الأصحاب يقتضي أنه يدخل في القرعة العاجزة عن السفر لمرض شديد، أو زمانة، أو فالج، ونحوها بحيث تعظم المؤنة في حملها، أو لا تستطيع الركوب جملة، وفيه نظر؛ لأن العجز من قبلها فيحتمل ألا يقرع لها، وبه صرح بعض المالكية فيمن يعظم مؤنة حملها فتأمله.

ومنها: قضيه كلام المصنف وغيره أن سفر النزهة كغيره وبه صرح الفوراني، قال الشيخ في «التنقيح»: وفيه إشكال، قال الإمام في موضعين: وهو غير موثوق فيما ينفرد به.

قلت: رحم الله الإمام، فإنه كثير الحيف على الفوراني فيما لا يوافق رأيه، فقد يكون ما زيفه من كلامه هو المذهب، وهو ثقة أمين جليل القدر، عالمًا ودينًا، واسعَ الباع في دراية المذهب وعمده محشوة من النصوص ملخصة، وهو صاحب وجه في المذهب، ومناقبه جمة، و«النهاية» محشوة من «الإبانة» بلفظها من غير عزو، والله يغفر للجميع.

ولم أر في كتب المذهب خلاف قول الفوراني، ولا إشكال فيما قاله؛ لأنه سفر مباح على الصحيح المشهور، بل صرح الْمَاوَرْدِيُّ: أن له أن يستصحبهن، أو بعضهن في سفر المعصية كما سبق، وهو قضية إطلاق الكتاب وغيره، وقول ابن الرِّفْعَة أن مقتضى كلام «الوسيط»: أن الخارج بواحدة للتفرج، ورؤية البلاد؛ يقتضي قطعًا فيه نظر إن أراد به قوله هنا، فأما السفر القصير فهو بالتفرج أشبه فلا يسقط القضاء؛ إذ مراد الْغَزَالِيِّ التفرج من غير سفر، والظاهر أنه أراد قوله في باب صلاة المسافر.

قال الشيخ أبو محمد: ومن الأغراض الفاسدة طوف الصوفي إذا لم يكن له غرض سوى رؤية البلاد، انتهى. وبينا هناك أن الراجح الجواز.

....

ومنها: إذا خرج بغير قرعة قضى كالحاضر بحضر، وأصح الأوجه: أنه يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن، وإذا خرج ببعضهن فلسقوط القضاء شروط:

أحدها: القرعة، أو الرضا كما سبق.

الثاني: ألا يخرج عن حكم السفر، فإن خرج عنه، فإن عزم على الإقامة أربعة أيام لما وصل المقصد، وكان عزمه أولًا إقامتها، أو أكثر؛ قضى مدة إقامته، وفي هذا الشرط كلام نذكره إن شاء الله تعالى في التوسط.

الثالث: طول السفر على وجه سبق، والصحيح المنصوص في «الأم»: أن القصير كالطويل، كذا أورد الشيخان، وغيرهما الخلاف.

وعبارة «البيان» تفهم جواز السفر بالقرعة جزمًا، وإنما الخلاف في القضاء وعدمه، وهذا ما يفهمه كلام «الانتصار» وحكى الخلاف قولين.

الرابع: اعتبر في «الوجيز» أن يكون السفر طويلًا مرخصًا.

قال الرَّافِعِي: وذلك يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية، انتهى.

وحذف صاحب «التعجيز» قوله: «مرخصًا» قال في «شرحه»: إنما حذفتها؛ لأن فائدة ترك القضاء ترجع إلى الزوجة المسافرة، ولم تعص بسفرها وإنما العاصي الزوج، ومن ثم قال الْمَاوَرْدِيُّ: ليس للمرأة ألا تسافر معه في سفر المعصية، قال: ويؤيد ما ذكرته أن هذا الشرط لا يكاد يوجد في غير «الوسيط».

قلت: صرح في «الوسيط»: أن سقوط القضاء من رخص السفر، وفي «النهاية» ما يفهمه، وأشار الشَّافِعِي في «أحكام القرآن» إلى أن ذلك شرع رفقًا بالمسافر استغنى ببعضهن ولتخف مؤنة حمل الجميع، وإهمال ما ذكره الْغَزَالِيُّ في لكتب المشهورة شاهد لابن يونس، ودال على اعتراض المصنف على الفوراني.

ومنها: هل اشتراط القرعة محله إذا كان يقسم أو مطلق؟ فيه خلاف أشار إليه الحناطي، قال الرَّافِعِي: والظاهر الإطلاق.

وَلَا يَقْضِي مُدَّةَ سَفَرِهِ.

قال: (**وَلَا يَقْضِي مُدَّةَ سَفَرِهِ**) أي: بالشروط السابقة على ما بيناه، وإنما لا يقضي؛ لأنه لم يذكر في حديث عائشة -رضي الله عنها- ولو قضى لأشبه أن ينقل، وقيل: أنه جاء في رواية ما يدل على عدم القضاء، ولم أرها في كتب الحديث، وقال الإمام: إنه بطريق الاستفاضة، أنه ﷺ كان إذا رجع يجري على النوب في القسم.

وقال الشَّافِعِي في «القديم»: ولو كان المسافر يقسم لمن خلف لما كان القرعة معنى إنما معناها أن يصير لمن خرج سهمها هذه الأيام خالصة دون غيرها؛ لأنه موضع ضرورة، وذكر معناه في «الجديد» أيضًا، قال أصحابنا: والمعنى في سقوط القضاء أن المستصحبة وإن فازت بصحبته فقد لحقها من تعب السفر، ومشقته ما يقابل ذلك، والمقيمة وإن فاتها حظها من الزوج، فقد ترفهت بالدعة والإقامة فيقابل الأمران فاستويا؛ ولأن الأنس والسكن لا يكاد يكمل في السفر، فلو قضى للمقيمات لوقع في حال الدعة والرفاهية، وذلك بعيد عن العدل والتسوية.

تنبيه: أطلق أنه لا يقضي مدة سفره يعني: ذهابه، وهو كذلك لكن لو أقام بمقصده وانقطع برخصه، ثم أنشأ سفرًا منه إلى إيابه، قال الإمام: إن قلنا: أيام إيابه إلى وطنه مقضية فكذا هذه الأيام.

[وإن قلنا: لا، فينظر إن بدا له هذا السفر الآن ولم يكن نواه في خروجه الأول قضى هذه الأيام،] وإن كان نواه أولًا فهذا محمول على قولنا أيام الرجوع غير مقضية، والأوجه هاهنا وجوب القضاء، ويجوز أن يفصل بين أن ينقطع فيه السفر، ثم يبدو له فيعود، وبين استدامة نية السفر الأقصى؛ ولكن لو نوى إقامة [أربعة] أيام في نفقة فتنتظم أوجه وجهان عامان في النفي والإثبات، ووجه مفصل، ولو نوى مقام المسافرين فهو مسافر لا يتغير من الحكم الذي ذكرناه في القسم شيء، ومراده بمقام المسافرين المدة التي يكون لهم الرخص فيها؛ لأنها في حكم السفر فاعلم.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو نوى الإقامة في بلد قبل أن يصل إلى مقصده

فَإِنْ وَصَلَ الْمَقْصِدَ وَصَارَ مُقِيمًا قَضَى مُدَّةَ الْإِقَامَةِ، ....

يقضي مدة مقامه في ذلك البلد، وهل يقضي مدة ذهابه إلى مقصده بعد ذلك؟ يحتمل وجهان كمدّة الرجوع، ويحتمل أن يقال يقضي جزمًا.

قال: **(فَإِنْ وَصَلَ الْمَقْصِدَ وَصَارَ مُقِيمًا قَضَى مُدَّةَ الْإِقَامَةِ)** أي: لخروجه على حكم السفر، والمراد بصيرورته مقيمًا أن يخرج عن حكم المسافرين؛ بأن يعزم على إقامة أربعة أيام فأكثر عند وصوله المقصد، أو كان عزمه أولًا الإقامة به هذه المدة، وقيل: لا يقضي، وجعله الفوراني المذهب، وعلله الْمَاوَرْدِيُّ: بأنه وإن كان مقيمًا فهو غير مستوطن، وإن لم يعزم على إقامة المدة المذكورة؛ ولكن وجدت صورة الإقامة لشغل يتوقع إنجازه، فحاصل طريقة القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي بناء حكم القضاء على القصر، وغيره من رخص السفر، فحيث حكمنا بانقطاع الترخص قضى وإلا فلا، ونقلاه عن الْمُتَوَلِّي وأقراه.

وأجاب الشيخ أبو حامد ومن تبعه: بأنه إذا أقام أكثر من أربعة أيام وجب قضاء ما زاد على الأربع، وإن لم ينو الإقامة أولًا، والظاهر أنه بناء منهم على أن نقيس الإقامة بكيفيتها، وأنه ينقطع الترخص بذلك، وهو وجه مشهور هناك.

فرع: استصحب واحدة بقرعة، ثم عزم على الإقامة ببلد وكتب إلى الباقيات يستحضرهن، ففي وجوب القضاء من وقت كتباته وجهان في«الروضة» عن نقل الْبَغَوِي مع ما سبق عن «فتاويه» ولم يزد عليه؛ لكن الشَّافِعِي قال في «الأم»: ولو سافر بقرعة، ثم أزمع المقام لنقلة، كان التي سافر بها بالقرعة ما مضى قبل إزماعه المقام على النقلة؛ وجب عليه مقامه معها بعد النقلة، فأوفى البواقي حقوقهن فيها.

قال: ولو سافر بواحدة بالقرعة، ثم أراد سفرًا قبل رجوعه من ذلك السفر، كان ذلك كالسفر الواحد ما لم يرجع، وهذا الإطلاق ينازع فيما سبق عن الإمام والْبَغَوِي، ويمكن تأويله، وعبارة الشيخ أبي حامد، وأتباعه.

قال في «الأم»: إذا عزم على السفر إلى بلد، فلما بلغ بدا له السفر إلى بلد أبعد منه فخرج، أو نوى قبل أن يبلغ الموضع الذي عزم عليه أن يمر إلى بلد

لَا الرُّجُوعِ فِي الْأَصَحِّ.

وَمَنْ وَهَبَتْ حَقَّهَا لَمْ يَلْزَمْ الزَّوْجَ الرِّضَا، فَإِنْ رَضِيَ وَوَهَبَتْ لِمُعَيَّنَةٍ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْهِمَا، وَقِيلَ يُوَالِيهِمَا، ....

آخر، فإذا رجع لا يقضي؛ لأنه صار الكل سفرًا واحدًا.

قال: (**لَا الرُّجُوعِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه خرج بالقرعة،أو بالإذن كما سلف، وهو يستعقب الرجوع فكما لا يقتضي مدة الذهاب لا يقضي مدة الإياب، والثاني: يقضيها؛ لأن سفره الأول انقطع بالإقامة والرجوع في معنى سفر جديد بلا قرعة، وبأن ذلك محل الوجهين ما إذا كان قد صار في حكم المقيمين، أما لو لم يضر بأن عاد من فوره، ولم يقم؛ فلا قضاء على الوجهين.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: حكى الحناطي وجهين فيما إذا كان تحته زوجات، وله إماء، هل له أن يسافر بأمَة أم لا بغير قرعة؟ ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، وبهذا النقل عنه منكر، وليس في «تعليقه» إلا أن الإماء لا قسم لهن، ولا قسم بينهن وبين الحرائر، وهذا هو المعروف.

قال: (**وَمَنْ وَهَبَتْ حَقَّهَا لَمْ يَلْزَمْ الزَّوْجَ الرِّضَا**) أي: سواء رضيت بإسقاطه، أو وهبته لمعينة؛ لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع.

قال: (**فَإِنْ رَضِيَ وَوَهَبَتْ لِمُعَيَّنَةٍ؛ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْهِمَا**) أي: كما كان.

(**وَقِيلَ: يُوَالِيهِمَا**)؛ أي: له ذلك؛ لأنه أسهل عليه، والمقدار لا يختلف، وهذا إذا لم يكونا متواليتين، فإن كانا كذلك جاز بلا خلاف، والصحيح حيث لا يتوالى المنع، فلا تعتبر ليلة الواهبة؛ لما فيه من تأخير حق من بين الليلتين، ثم لو كانت ليلة الواهبة متقدمة، وأراد أن يؤخرها ليجمع بين الليلتين.

قال ابن الرِّفْعَة: فيتجه القطع بالجواز، ولا يشترط قبول الموهوبة ولا رضاها، وقيل: يشترط رضاها للمنة عليها، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي، وأصل المسألة «**أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة** - رضي الله عنها - تبغي بذلك رضا رسول الله ﷺ **لما همَّ بطلاقها**»[1] متفق عليه.

---

[1] أخرجه البخاري (٥٢١٢)، ومسلم (١٤٦٣).

أَوْ لَهُنَّ سَوَّى أَوْ لَهُ فَلَهُ التَّخْصِيصُ، وَقِيلَ يُسَوِّي.

فَصْلٌ

ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ نُشُوزِهَا ....

قال: (**أَوْ لَهُنَّ سَوَّى**) أي: بلا خلاف كما قاله «المحرر»، وتصير الواهبة كالمعدومة، ومثله: أسقطت حقي من القسم.

قال: (**أَوْ لَهُ فَلَهُ التَّخْصِيصُ**)؛ لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء، فعلى هذا ينظر في نوبة الواهبة، ونوبة من يريد تخصيصها، يتكون كما مر في هبتها لمعينة، قال الرَّافِعِي: وإلى هذا ميل الأكثرين، وبه قطع العراقيون، والرُّويَانِيّ وغيره.

(**وَقِيلَ: يُسَوِّي**) لأن التخصيص يورث الوحشة والحقد فيجعل الواهبة كالمعدومة، وجعله الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» الأشبه، وبه قطع الصيدلاني وغيره. واعلم أن كلام «النهاية» و«الوسيط» يقتضي القطع بعدم التخصيص فيما إذا اقتصرت على هبتها له مطْلَقًا، وأن محل الخلاف فيما إذا قالت: وهبتك فضعها حيث شئت، أو فخصص بها من تشاء، وأشير إلى ترتيب بين الصيغتين، وهذا أولى بالتخصيص.

فرع: لها الرجوع في وهبتها متى شاءت، فلو رجعت في أثناء الليلة خرج من عند الأخرى، وما مضى هدر، وأغرب الفارقي فقال: لو رجعت في نصف الليلة، أو اليوم لم يصح الرجوع؛ لأن الليلة واليوم في حكم الشيء الواحد، فإذا صرفها إلى الأخرى صار كأنه قضاها عندها، واتصل القبض بجميعها، وأقره تلميذه في «فوائد المهذب»؛ لكنه في «الانتصار» وافق الأصحاب، ولو رجعت ولم يعلمه فلا قضاء على المذهب، وفي وجه أو قول: يقضي تخريجًا من انفراد الوكيل قبل علمه. وفي الفرع زيادات مهمة ذكرتها في «الغنية» قال:

(فَصْلٌ)

(**ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ نُشُوزِهَا**) أي: في قول أو فعل، كخشونة جواب بعد لينه،

وَعَظَهَا بِلَا هَجْرٍ، فَإِنْ تَحَقَّقَ نُشُوزٌ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ وَعَظَ وَهَجَرَ فِي الْمَضْجَعِ، وَلَا يَضْرِبُ فِي الْأَظْهَرِ. قُلْتُ: الْأَظْهَرُ يَضْرِبُ، والله أعلم.

أو إعراض أو تعبس بعد إقبال، وطلاقة وجه ونحوها.

(وَعَظَهَا) أي: يقول: اتّقي الله في حقي عليك، واحذري العقوبة، وبيّن لها أن النشوز يسقط النفقة والكسوة والسكنى، وتبوأ بالإثم لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[النساء: ٣٤].

قال: (بِلَا هَجْرٍ) أي: ولا ضرب على الصحيح؛ لجواز ألا يكون نشوزًا، فلعلها تبدي عذرًا أو تتوب، وظاهر كلامهم أن الهجران في هذه المرتبة محرم، وإنما يكون كذلك؛ إذا كان مفوّتًا لحق واجب لها [بسبب قَسْم ونحوه]، أما بغيره وبغير الهجران المنهي عنه، فكيف يحرم؟! أو يكون المراد أن الهجران المأمور به في القرآن ليس هذا محله، وروى الْمَاوَرْدِيُّ وجهين في جواز هجرانها في هذه الحالة، وصرح الْمُتَوَلِّي بأنه يستحب له أن يبرّها، ويستميل قلبها بما يتيسر له.

قال: (فَإِنْ تَحَقَّقَ نُشُوزٌ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ) كامتناع من الفراش لا دلالًا، وخرج من المنزل، وغيرهما، وليس منه الشتم وبذاءة اللسان، وله تأديبها عليه على الأصح؛ لتأكد الوحشة بالرفع إلى الحاكم.

قال: (وَعَظَ وَهَجَرَ فِي الْمَضْجَعِ) أي: لظاهر الآية الكريمة.

(وَلَا يَضْرِبُ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأن الخيانة لم تتأكد بالتكرار، وقد يكون ذلك لعارض قريب الزوال، فلا يحتاج إلى التأديب بالإيلام، وهذا ما رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي، وغيره من أتباعه وغيرهم، وعلى ترجيحه جرى الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر» وهو المختار، وإليه سعى الشَّافِعِي.

قال: (قُلْتُ: الْأَظْهَرُ يَضْرِبُ، والله أعلم) أي: كما لو أصرت عليه لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] وهذا ما جعله في «التنقيح الصحيح»، وفي «الروضة» المختار

فَإِنْ تَكَرَّرَ ضَرَبَ.

لظاهر القرآن، وفيه نظر؛ لأن ظاهر القرآن إباحته في الرتبة الأولى، وهو وجه لم يقل به الجمهور، وحملوا [الخلاف على ظاهره لا على العلم، وجعلوا الثلاثة المنصوصة](١) في «الجديد»: أن العقوبات مرتبة على أحوالها الثلاث، فيكون معنى الآية: إن خاف نشوزها وعظها، فإن أبدت النشوز هجرها، فإن أصرت ضربها، بهذا أجاب في «الإقناع»، وقال في تفسير: إنه الأظهر من قولي الشَّافِعِي، وقد وافق المصنف الأكثرين في معنى الخوف فخالف الظاهر، ثم وافق الظاهر في المأمور به، وعدم الترتيب فيه، وفيه نظر.

والأصل تحريم الضرب حتى يتعين سببه، فالمختار المنع، والموعظة الحسنة في جميع الأحوال، والهجران فيه أذى، فيحتمل عند تحقق النشوز؛ لأنه معصية فلعلها به تطيع، والضرب عقوبة أعظم من الهجران، وهو إما تعذير عن معصية سابقة، وليس ذلك إلى الزوج، وإما رد إلى الطاعة التي فيها حق الزوج، فيحتاج إلى أن يكون مضرة، فتجويزه له بمجرد تحقق النشوز من غير تكرار ولا إضرار بعيد، وربما كان المدار إليه داعية إلى الإضرار، وهذا يصلح أن يكون دليلًا للترتيب.

تنبيه: كلام المصنف يفهم أنه لا يهجرها بالكلام، كما أطلقه الْبَغَوِي وغيره، وليس كذلك، وقد ذكرت في «الغنية» في ذلك كلامًا شافيًا، يتعين على طالب التحقيق الوقوف عليه في حق الزوجة وغيرها، فإنه مما تعم به البلوى ليعرف المباح منه من المحظور.

قال: (فَإِنْ تَكَرَّرَ ضَرَبَ) يعني: أنه إذا تكرر نشوزها وبان إصرارها عليه، وهذه المرتبة الثالثة فله الهجر في المضجع، والضرب غير المبرح بلا خلاف، وله الهجران أيضًا في الكلام ثلاثة أيام على الصواب، وفيما بعدها إذا ضرب على المعصية إذا رأى فيه استصلاحها وصلاح دينه، ويحمل ما ذكره الشَّافِعِي،

---

(١) في نسخة: (وحملوا المأمور بها مرتبة على خلاف الظاهر، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: المنصوص في «الجديد»).

……………………………………………………………………………

والأصحاب من منع الزيادة على الثلاث على ما إذا قصد حظ نفسه، أما إذا قصد هجرانها؛ لإقدامها على المعصية وإصرارها، وجعله ردعًا لها، وإصلاحًا لدينها بها فتجوز الزيادة، ويستفاد ذلك هنا من خلقه ﷺ ألا يدخل على نسائه شهرًا، فإنه كان لا ينتقم لنفسه الكريمة.

فإن قلتَ: الاعتزال لا يستلزم ترك الكلام.

قلتُ: صحيح؛ لكن ظاهر القضية، وانفراده ﷺ في التسرية يدل على ترك الكلام، وعلى ما ذكرناه يحمل هجران كعب بن مالك وصاحبيه، ونهى الصحابة عن كلامهم، وهجران السلف بعضهم بعضًا فوق الثلاث، كله لإصلاح دين المهجور وتقويمه.

إشارة: أطلق المصنف جواز الضرب عند وجود النشوز، وعند تكرره.

وقال الإمام: بعد تشبيهه لتأديبها بدفع الصائل، ويجوز أن يقال: ليس ضرب الناشز في معنى الدفع، وإنما هو في معنى إصلاحها فيما يستقبل، وإذا كانت تنزجر في كل نوبة من النشوز، نقول: فقد يغني ذلك فلا يمتنع أن يقال إذا نشزت، وظن الزوج أن الوعظ يصلحها أو الهجر فيقتصر، وإن ظن أنها تستمر ويستنفذ حقه منها ضربها؛ لتصلح له في المستقبل، وهذا هو الحق لا غير، وعليه يجري تأديب الأب ابنه، ثم المتبع في ذلك الظن.

فإن ظهر له سوء خلقها بنشوز واحد ضربها، وإن قدر النشوز الواحد نادرة لم يضربها، ويختلف هذا باختلاف الأحوال والأشخاص، ولا يطلب في ذلك يقينًا، ولا يجوز الإقدام على الضرب من غير ظن أنه يصلحها، وإن كانت لا تكف إلا بالضرب المبرح، فليس له أن يبرح بها، انتهى.

أي: ولا يضربها غيره؛ لعدم فائدته كما نقله الإمام عن المحققين عند الكلام في التعذير، حيث قال: قالوا: إذا كان التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح، فلا يجوز الضرب الذي لا يبرح أيضًا؛ لأنه تعدي عن الفائدة، ووراء هذا زيادات، وفروع مفيدة ذكرتها في «الغنية» فراجعها.

فَلَوْ مَنَعَهَا حَقًّا كَقَسْمٍ وَنَفَقَةٍ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي تَوْفِيَتَهُ، فَإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وَآذَاهَا بِلَا سَبَبٍ نَهَاهُ، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَهُ.

قال: (**فَلَوْ مَنَعَهَا حَقًّا كَقَسْمٍ وَنَفَقَةٍ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي تَوْفِيَتَهُ**) أي: لعجزها عنه بخلاف نشوزها، فإن له إجبارها على إيفاء حقه، لقوله: فإن لم يكن الزوج مكلفًا أو محجورًا ألزم وليه بالنفقة، وغيرها من ماله بشرطه.

قال: (**فَإِنْ أَسَاءَ خُلُقَهُ وَآذَاهَا بِلَا سَبَبٍ؛ نَهَاهُ، فَإِنْ عَادَ؛ عَزَّرَهُ**) وهذا الترتيب ذكره **الْمُتَوَلِّي**، وقضية أنه يقتصر أولًا على النهي، ولا يعزره إلا بعد العود مع أن الإيذاء بلا سبب معصية، والقياس أنه يعزره بطلبها؛ بل وإن عفت إذا رآه على الأصح، ولعل ذلك أن إساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزيز عليها يورث وحشة بينهما، فيقتصر أولًا على النهي عسى أن يلتئم الحال بينهما، فإن عاد عزره إذا طلب، ولا يتحتم التعزيز على الأصح، كما سيأتي بيانه، بخلاف ما يفهمه كلام المصنف وغيره هنا، وهذا مما يؤيد القول المختار بعدم الضرب عند عدم تكرار النشوز كما سبق بيانه، وكلام الإمام يفهم أنه يعزره عند تحقق الإيذاء أولًا، والقياس رد الأمرين إلى اجتهاد الحاكم العالم.

تنبيه: قال **الْغَزَالِيُّ** في «الوسيط»: وإذا لم يمكن إزالة التعدي إلا بالحيلولة بينهما، حال القاضي بينهما، وقال الرافعي: إنهم لم يتعرضوا للحيلولة، وليس كما قال؛ بل قال الإمام: إذا تحقق إضراره بها منعناه، واستوفينا ما يمنع منه من الحقوق، فإن كان جسورًا لا يؤمن أن يضربها ضربًا مبرحًا حلنا بينه وبينها، فإنا لو لم نحل بينهما واقتصرنا على تعزيزه على ذلك، فقد يضمر لذاك حنقًا ويبلغ منها مبلغًا لا يستدرك، ثم إذا استشعر الحاكم ذلك وحال بينهما فلا يردها إليه بقوله؛ بل حتى يلين ويتبين عاطفته بأن يختبره، ويوكل به في السر من يبحث عن مكنون ضميره فيها، فإذا غلب على ظنه أنه مأمون في حقها؛ ردت إليه، وهذا أيضًا في البحث عن الإعسار وغيره من الأمور الباطنة، وإن لم يتحقق إيذاؤه إياها؛ بل ظنناه ظنًّا، فالوجه أن يأمر الحاكم من يراقبهما في السر والعلن، ولا يشترط أن يتحقق ذلك، ولا يحول القاضي بينهما بمجرد الظن إذا لم يبدر منه بادرة، فإذا بدرت فقد يديم الحيلولة إلى ظهور الظن بالأمن، وإذا تحقق الإضرار

وَإِنْ قَالَ كُلٌّ: إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدٍّ تَعَرَّفَ الْقَاضِي الْحَالَ بِثِقَةٍ يُخْبِرُهُمَا وَمَنَعَ الظَّالِمَ، فَإِنْ اشْتَدَّ الشِّقَاقُ بَيْنَهُما بَعَثَ الْقَاضِي حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، ....

بها فليس إلا الحيلولة، فأما إلزام الطلاق فلا، انتهى.

وزعم شارح: أن الرُّويَانِيّ صرح بالمنع من الحيلولة، فإن صح فيشبه أن محله ما إذا أمكن إزالة التعدي بغيرها، وكلام الإمام إذا تعينت طريقًا لدفع التعدي، وعلى ما في «الوسيط» و«النهاية» اقتصر المصنف في «التنقيح» والظاهر أنا نلزمه الإنفاق في هذه المدة، لأن الحيلولة منه.

قال: (**وَإِنْ قَالَ كُلٌّ: إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدٍّ؛ تَعَرَّفَ الْقَاضِي الْحَالَ بِثِقَةٍ يُخْبِرُهُمَا وَمَنَعَ الظَّالِمَ**) أي: عن ظلمه، وطريقته في الزوج ما سلف، وفيها بالزجر والتأديب كغيرها، وهذا إذا كان في جوار ثقة، فإن لم يكن أسكنهما بقرب ثقة يتفقد حالهما ويُنهيه إليه، فإذا تبين له الظالم منعه من ذلك، قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقوه، وظاهره الاكتفاء بقول عدل واحد، ولا يصفو ذلك عن الشبهة.

قلت: كأنهم نزلوه منزلة الخبر؛ لما في إقامة البينة على ذلك من العسر، أو جعلوه استبانة خاصة لإشهاده، ولهذا لم يذكروا اعتبار صيغة الشهادة، ولا غيرها من حضور الخصم وغير ذلك.

قال: (**فَإِنْ اشْتَدَّ الشِّقَاقُ بَيْنَهُما**) أي: بأن داما على التظالم، والسباب الفاحش والعدوان، فلا فائدة حينئذٍ من الحيلولة، ولا طريق إلا ما أمر الله تعالى به من بعث الحكمين.

قال: (**بَعَثَ الْقَاضِي حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا**)؛ للآية والخطاب لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ**﴾ [النساء:٣٥] والخطاب في الآية للحكام عند الجمهور، وقيل: للأولياء.

قال الرَّافِعِي: ظاهر عبارة «التهذيب» وجوب البعث.

وقال الرُّويَانِيّ في «الحلية»: إنه مستحب، وبه أجاب القاضي الحسين، واختاره المصنف الوجوب، وبه صرح الْمَاوَرْدِيُّ وهو ظاهر النص، حيث قال: فحق عليه أن يبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، انتهى.

وَهُمَا وَكِيلَانِ لَهُمَا، وَفِي قَوْلٍ مُوَلَّيَانِ مِنَ الْحَاكِمِ، ....

وعبارة «الكافي»: فعلى الحاكم.

وعبارة «الشرح الصغير» ظاهرة في ترجيح الاستحباب، حيث قال: قال القاضي الرُّويَانِيّ: هو مستحب، ومنهم من يشعر لفظه بالوجوب، انتهى.

وأما كونهما من أهلهما فيستحب غير مستحق إجماعًا كما قاله الإمام، وهو الموجود في كتب الأصحاب، ولم ينص الشَّافِعِي على شيء فيه، وربما دل قوله: فحق عليه على الوجوب، ولم أر من قال به إلا ما حكى الرَّافِعِي من اشتراط ذلك عن حكاية بعض المعلقين عن الإمام، وفي ثبوته عنه [فيه] نظر، لنقله الإجماع على خلافه.

قال: (**وَهُمَا وَكِيلَانِ لَهُمَا**) أي: على المنصوص في عامة كتبه «الأم»، و«الإملاء»، و«المختصر»، و«أحكام القرآن»، ورجحه الجمهور لقوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ [النساء: ٣٥] فدلَّ على أن المردود إليهما الإصلاح دون الفرقة؛ ولأن البضع حقها والمال حقه، وهما رشيدان فلا يولى عليهما، ولأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية إلا في المولي، وهو خارج عن القياس.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: مُوَلَّيَانِ مِنَ الْحَاكِمِ**)؛ لأن الله تعالى سماهما حكمين، والحكم من يحكم، ولا امتناع أن تثبت على الرشيد الولاية عند الحاجة كالمفلس، قال الرَّافِعِي: ويحكى هذا القول عن «الإملاء».

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه نص عليه في كتاب الطلاق من «أحكام القرآن»، واختار هذا القول ابن المنذر ورجحه في «المهذب» وقال في «البيان»: إنه أشبه، والمذهب الأول.

قال الشَّافِعِي: حدثنا الثقفي عن ابن سيرين عن عبيدة - يعني: السلماني - قال: «جاء رجل وامرأة إلى علي ﷺ ومع كل واحدٍ منهما فئام من الناس، فأمرهم أن يبعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، ثم قال: للحكمين تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا، قالت المرأة:

فَعَلَى الْأَوَّلِ يُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا فَيُوَكِّلُ حَكَمَهُ بِطَلَاقٍ وَقَبُولِ عِوَضِ خُلْعٍ، وَتُوَكِّلُ حَكَمَهَا بِبَذْلِ عِوَضٍ وَقَبُولِ طَلَاقٍ بِهِ].

رضيت بكتاب الله تعالى بما عليَّ فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به»[1].

قال الشَّافِعِي: حديث علي ثابت عندنا، وفيه دلالة على ما قلنا أنهما وكيلان؛ لأنه قال لهم: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، وهما حاضران فإنما خاطب بذلك الزوجين، أو من أغرب عنهما بحضرتهما بوكالة الزوجين، أو رضاهما بما قاله؛ ولأنه قال للرجل: لا والله حتى تقر بما أقرت به، فاعتبر صدور الإذن منه في ذلك، فلو جاز للحاكم بعث الحكمين بفرقة بلا وكالة؛ لما احتاج علي ﷺ أن يقول لهما ابعثوا، ولبعث هو، انتهى.

قال الرَّافِعِي: واحتج بهذا الأثر للقول الأول بأنه اعتبر رضاهما، وإقرارهما، وللثاني بأنه جعل الجمع والتفريق إلى الحكمين، انتهى.

قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ: يُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا فَيُوَكِّلُ حَكَمَهُ بِطَلَاقٍ وَقَبُولِ عِوَضِ خُلْعٍ، وَتُوَكِّلُ حَكَمَهَا بِبَذْلِ عِوَضٍ وَقَبُولِ طَلَاقٍ بِهِ**) أي: ولا يجوز بعثها وتصرفهما إلا برضاهما، ويتصرفان على وفق الإذن كسائر الوكلاء، وإن لم يرضيا ولم يتفقا أدب القاضي الظالم استوفى حق المظلوم، وإن غاب أحد الزوجين أو سكت تصرفا بالوكالة.

وإذا قلنا بالثاني لم يعتبر رضاهما في بعث الحكمين، وإذا رأى حكم الزوج الطلاق بلا عوض مصلحة طلق مستبدًا به، ولا يزيد على طلقة، فإن راجعها الزوج واستمرا على الشقاق؛ زاد حتى يستوفي الثلاث، وإن رأى الخلع ووافقه حكم المرأة تخالعا، وبذل حكمها المال ويلزمها، وإن لم يرض الزوجان، وإن غاب أحد الزوجين أو سكت فأصح الوجهين، وبه قطع الجمهور، وأورده العراقيون المنع؛ أنه لا يعرف بقاء السبب؛ ولأن كلًّا منهما محكوم له وعليه والقضاء للغائب غير جائز، والثاني: يجوز اتباعًا للصواب الذي رأياه.

---

[1] أخرجه النسائي (٤٦٦١)، والدارقطني (٣/ ٢٩٥)، والبيهقي (٧/ ٣٠٥).

……………………………………………………

تنبيهات: **الأول**: ما قدمناه هو الطريقة المشهورة، ووراؤها طريقان:

أحدهما: عن ابن سريج وغيره: القطع بأن الفرقة لا تنفذ إلا برضا الزوجين، والقولان في توقف بعث الحكمين على رضاهما خاصة، ونصوص الشَّافِعِي شاهدة لها، فقد صرح في مواضع بأنه لا بد من رضاهما، وصرح به في «أحكام القرآن»، نعم حكى فيه التردد في توقف بعثهما على رضا الزوجين.
والثانية: عن أبي إسحاق: القطع بأن بعثهما لا يتوقف على رضا الزوجين، وإنما القولان في نفوذ الفرقة بغير إذنهما.

الثاني: لو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من النفقة والكسوة، والقسم، أو يترك الزوج التسري عليها، أو التزوج؛ لم يلزم ذلك بلا خلاف.

الثالث: قضية كلام الشيخ أبي حامد، والمحاملي، والْمَاوَرْدِيُّ، وابن الصباغ، والْعِمْرَانِي وآخرين: أنه لا بد من كون الحكمين عدلين، مسلمين، حرّين، ذكرين، على القولين، وهذا قضية إطلاق الجمهور لكون ذلك شرطًا ينظر الحاكم باختياره، وعن ابن كج: أنه لا تشترط العدالة على القول الأظهر، وبه يشعر كلام «الوجيز»، ولا بد من الاهتداء إلى المقصود من بعثهما، قال الرَّافِعِي: ويجري هذا الخلاف، والحرية والإسلام.

وقال الحناطي: على قول التوكيل لا يشترط [الذكورة في حكم المرأة، وفي حكم الرجل وجهان بناء على توكيلها في الخلع.

قال الرافعي: ولا يشترط] فيهما الاجتهاد، وإن جعلناه تحكيمًا، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: وإذا قلنا: إنهما حكمان فلا بد أن يكونا من أهل الاجتهاد؛ لأنه حكم فلا ينفذ إلا من مجتهد.

وعبارة «المهذب»: ولا بد أن يكونا فقيهين، والظاهر أن كلامهم متفق على اعتبار علمهما بهذا الباب، ولعله مراد الْمَاوَرْدِيُّ، وكلام الرَّافِعِي صريح في أن الذي نفاه الاجتهاد المطلق، ولذلك قلت في «الغنية»: ويشترط فقههما بما فوض إليهما، والله أعلم.

……………………………………………………………

الرابع: قضية كلام الجمهور: أنه لا بد من العدد، وحكى الرَّافِعِي فيه وجهين، وجواب ابن كج المنع -يعني: منع الاكتفاء بواحد- ثم قال: ويشبه أن يقال: إن جعلناه تحكيمًا فلا يشترط العدد، وإن جعلناه توكيلًا فكذلك إلا في الخلع، فيكون على الخلاف في تولي واحد طرفي العقد، وهذا ميل من الرَّافِعِي إلى أنه لا يشترط العدد على القولين، وفي كلام الإمام إشعار ظاهر بما أبداه؛ بل هو ظاهر كلامه، وعبارة أصل «الروضة»: ولا يجوز الاقتصار على واحد على الأصح، وبه قطع ابن كج، انتهى.

الخامس: ينبغي أن يخلو كل واحد من الحكمين بصاحبه، ويتعرف ما عنده، ثم يجتمعان فيطلع كل واحد منهما صاحبه على ما ظهر له، فيفعلا ما فيه المصلحة لهما، فإن اختلف رأى الحكمين بعث إليهما آخر حتى يجتمعا على شيء واحد، كذا حكاه الرَّافِعِي عن الحناطي، وعبارة بعضهم: أنه يبعث حكمًا واحدًا، فإنه لا بد أن يوافق رأيه رأي أحد الأولين، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

قال الشارح: [هو مشتق من الخلع وهو: النزع، ومنه نزع ثوبه، وسمي خلعًا؛ لأنه ينزع لباس المرأة منه، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧].

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: هو لغةً: الانتزاع على مهلة، وشرعًا: افتراق الزوجين على عوض مقصود يأخذه الزوج، واحترز «بالمقصود» عن الدم ونحوه، ويسمى هذا العقد افتداء.

قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والأصل في الخلع الكتاب والسنّة، والإجماع، والمعنى، أما الكتاب: فهذه الآية، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾ [النساء: ٤].

وأما السنّة: فما رواه البخاري وغيره: «أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتُبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ؛ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»(١)، وهذا أول خلع وقع في الإسلام.

وأما الإجماع: فمنعقد على جوازه إلا ما حكي عن بكر بن عبد الله الْمُزَنِيّ من منعه، وأنه منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾﴾ [النساء: ٢٠].

وأجيب: بأن الآية منعت من أخذ ما لم تطب به نفسًا دون غيره، وقد روي عن عمر، وعثمان - رضي الله عنهما - قضية في الخلع، ولم يخالفهما أحد من الصحابة، وأما المعنى: فلأنه لما جاز [له] أن يملك الانتفاع بالبضع بعوض،

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٢١ رقم ٤٩٧١)، والنسائي (٦/ ١٦٩ رقم ٣٤٦٣).

قال المصنف: هُوَ فُرْقَةٌ بِعِوَضٍ بِلَفْظِ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ.

شَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ، فَلَوْ خَالَعَ عَبْدٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ صَحَّ، وَوَجَبَ دَفْعُ الْعِوَضِ إِلَى مَوْلَاهُ وَوَلِيِّهِ.

جاز إزالته ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع؛ فعقد النكاح كالشراء، والخلع كالبيع.

قال: (**هُوَ فُرْقَةٌ بِعِوَضٍ**) أي: ببذل للزوج.

(**بِلَفْظِ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ**) أي: وما يؤدي معناهما.

قال: (**شَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ**) أي: فلا يصح خلع [صبي] ومجنون، ولا خلع الأب عن ابنه الصغير خلافًا لمالك، ولا طلاقه عنه خلافًا لأحمد، وعبارة «المحرر» هنا أصوب كما أشرت إليه في «الغنية».

قال: (**فَلَوْ خَالَعَ عَبْدٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ؛ صَحَّ**) أي: بإذن ودونه، وإن قَلّ العوض؛ إذ له أن يطلّق مجانًا فبعوض أولى.

قال: (**وَوَجَبَ دَفْعُ الْعِوَضِ إِلَى مَوْلَاهُ وَوَلِيِّهِ**) يعني: إلى مولى العبد كأكسابه، وإلى ولي السفيه كسائر أمواله.

تنبيهات: منها: يستثنى من العبد المكاتب، والمبعض المهايئ؛ إذا قلنا: بدخول الكسب النادر في المهايأة، وخالع في نوبة نفسه، وإن لم يقل به، أو لم يكن مهايأة؛ جاز أن يدفع إليه ما يخص حريته.

ومنها: لو كان مأذونًا في التجارة فهل له قبض عوض الخلع؟ فيه وجهان في «الحاوي»، ولو كان السيد أذن لعبده في قبض حقوقه وديونه استنفاذ ذلك، ويصح الدفع إليه بإذن سيده لا إلى السفيه بإذن الولي على الأصح، وبه جزم ابن الْقَطَّان [وسبق في الحجر ما ينازع فيه، وهو قضية نص «الأم» أعني للجواز] وأغرب الدارمي فقال: ولو دفعه إلى السفيه والعبد بإذن الولي والسيد فكالدفع بغير إذنه.

ومنها: أطلق وجوب الدفع إلى الولي، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن كان على طلاق ناجز بعوض في الذمة دفع إلى الولي، وإن كان على طلاق مقيد فالدفع

وَشَرْطُ قَابِلِهِ إِطْلَاقُ تَصَرُّفِهِ فِي الْمَالِ، ....

إليه؛ كإن دفعت إليَّ ألف درهم، وهذا العبد؛ فأنت طالق فيجوز لها أن تدفعه إليه، ولا تدفعه إلى وليه، والفرق أن ما في الذمة ملكه قبل الدفع، وهنا لا يملك إلا به، ولو دفعته إلى وليه لم تطلق، وما في الذمة تقدمه وقوع الطلاق فافترقا، فعلى هذا لو دفعته إليه لم يضمن؛ لأنه ما تعلق بذمتها، ولا ملكه إلا بأخذه منها، وعلى الولي المبادرة إلى أخذه منه، فإن لم يأخذه منه حتى تلف فلا غرم فيه، ولا رجوع ببدله، انتهى.

وقضية ما ذكره طرده في أعطتني، ونحوها مما يقتضي التسليم إليه، وأطال ابن الرِّفْعَة الكلام معه فيما ذكره.

ومنها: أغرب في «الخصال» فقال: لا يكون خلع صحيح إلا عند وجود سبع خصال، وعد منها: أن يكون من حائز الأمر إلى حائز الأمر، وأن يكون عند وجود خوف الشقاق، واعتباره جواز الأمر من الطرفين يقتضي فساد خلع العبد والسفيه، والرجوع إلى مهر المثل، إلا أن يريد بجواز الأمر في الطلاق خاصة، لا التصرف التام في المال، وأما اعتباره خوف الشقاق فليس من المذهب، نعم اختار ابن المنذر اختصاصه بما له الشقاق كما هو قول جماعة من السلف.

قال: (**وَشَرْطُ قَابِلِهِ: إِطْلَاقُ تَصَرُّفِهِ فِي الْمَالِ**) لأنه المقصود فيه؛ ولأنه تبرع.

إشارة: دخل في كلامه: من سفهه بعد رشده، ولم يحجر عليه تعدٌّ كما هو الأصح، ثم للخلع أركان:

الأول: الزوج وسماه شرطًا.

والثاني: باذل المال في مقابلة البضع.

الثالث: المعوض وهو البضع.

الرابع: العوض.

الخامس: الصيغة، وما قام مقامها.

فَإِنْ اخْتَلَعَتْ أَمَةٌ بِلَا إِذْنِ سَيِّدٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنِ مَالِهِ بَانَتْ، وَلِلزَّوْجِ فِي ذِمَّتِهَا مَهْرُ مِثْلٍ فِي صُورَةِ الْعَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهَا، ....

قال: (**فَإِنْ اخْتَلَعَتْ أَمَةٌ بِلَا إِذْنِ سَيِّدٍ**) كالخلع.

(**بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنِ مَالِهِ بَانَتْ**) أي: لوقوعه على عوض فاسد على خمر، ولا حاجة إلى قوله: «ماله»؛ إذ لا فرق بين كون العين له أولها تمليك على قول، أو لأجنبي، أو غير مملوكة كالخمر ونحوه، وعن «الإملاء»: أنه يقع رجعيًّا، وهو في «الإملاء» تصريحًا.

وعلله الرَّافِعِي: بأنه إذا علم أن المال للسيد، وأنه لا إذن منه؛ لم يكن طامعًا في شيء، وكان كما لو خالع السفيهة، وهذا التعليل يفهم اختصاص ذلك، بما إذا علم أن السيد لم يأذن، والظاهر أنه لا فرق بين أن يعلم أو يجهل، أو يظن ملكها كذلك، وأنها تملك ويصح التزامها في الذمة، على أن في «الأم» نص يوافق «الإملاء»؛ حيث قرنها بالسفيهة، والمحجور عليها، وأولى منهما؛ لأنها لا تملك شيئًا بحال؛ لكنه صرح في باب خلع المرأتين بوقوع الطلاق بائنًا، وهو المشهور.

تنبيه: سواء قلنا يقع بائنًا أو رجعيًّا، فمحله إذا نجز الطلاق، فإن قيده بتمليك تلك العين فهو غير واقع منه، علله الْمَاوَرْدِيُّ، وهو ظاهر.

قال: (**وَلِلزَّوْجِ فِي ذِمَّتِهَا: مَهْرُ مِثْلٍ فِي صُورَةِ الْعَيْنِ**)؛ لأنه المراد حينئذٍ.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهَا**) [أي: إن كانت متقومة وإلا مثلها، والعبارة المحررة أن يقال: وفي قول بدلها] كما صرَّح به الرَّافِعِي، وغيره، وكذا قاله الْمَاوَرْدِيُّ هنا، وذكر في موضع آخر: أنه لا يضمن بالمثل إلا المغصوب، والمشهور خلافه، وما أجمع قول الدارمي: وعليها إذا عتقت على القولين المهر أو مثله، أو قيمته، وقال ابن المرزبان: إن علم الزوج أنها لا تتصرف في مال السيد فلا بدل، انتهى.

تتمات: أحدها: قوله: «في ذمتها» يعني: يتبع به بعد العتق، ولا مطالبة له الآن لا في صورة العين، ولا دين.

وَفِي صُورَةِ الدَّيْنِ الْمُسَمَّى، وَفِي قَوْلٍ مَهْرُ مِثْلٍ، ....

ثانيها: قيل: إنما أوقعنا البينونة؛ لأن الزوج رضي بمعاملتها بذلك في الصورتين مع علمه بحالها، وقضية هذا: أنه لو لم يعلم بحالها كما لو اعتقدها حرة، بأن كان قد عرف بحريتها، أو أخبرته بعتقها فخالعها ظانًا أنها حرة ألا يكون الحكم كذلك، ولم أر فيه نصًا، والظاهر عدم الفرق، ويحتمل أن يقع الطلاق رجعيًا.

ثالثها: إذا خالعت المبعضة على ما تملكه بنصفها الحر؛ جاز وكانت كالحرة، وإن خالعت على ما يملكه السيد؛ لم يجز وكانت فيه كالأمة، وإن خالعت على الأمرين؛ صارت الصفقة جامعة لأمرين حكمهما على ما يوجبه تفريق الصفقة بعد جمعهما، قاله الْمَاوَرْدِيُّ.

رابعها: قضية إطلاقه أن خلع المكاتبة كخلع العبد، وسنذكر ما وقع في ذلك قريبًا إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَفِي صُورَةِ الدَّيْنِ الْمُسَمَّى، وَفِي قَوْلٍ: مَهْرُ مِثْلٍ**) **قلت**: كذا صيغ في أصل «الروضة» وهو عجيب، فإن المجزوم بترجيحه في «المحرر» الثاني، فقال: إنه الأظهر، وفي «الشرح الصغير»: إنه الأرجح، وقال في «الكبير»: فيه وجهان، أو قولان مشبهان بالخلاف وفي صحة شرائه وضمانه بغير إذن السيد، والذي أجاب به العراقيون ثبوت المسمى، ويحكى عن اختيار الْقَفَّالُ والشيخ أبي علي؛ لكن نظم الكتاب يقتضي ترجيح أن المستحق مهر المثل وهو المذكور في «التهذيب» والموافق لما مر في الشراء والضمان فإنا بينا أن الأصح فيها البطلان، انتهى.

وهذا منه ظاهر في ترجيح لزوم مهر المثل لا المسمى، وكذلك فهمه عنه صاحب «الحاوي الصغير» وهو قياس واضح؛ إذ لزوم المسمى مع الحكم بفساد العقد خارج عن القياس، وترجيح لزوم المسمى يلزم منه مناقضة المسائل الثلاث وهي: الشراء، والضمان، ونكاح العبد؛ إذ لا فرق بينها في المعنى، والعراقيون مشوا على نمط واحد كما سبق في باب العبد المأذون.

وَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ عَيْنًا لَهُ أَوْ قَدَّرَ دَيْنًا فَامْتَثَلَتْ تُعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَبِكَسْبِهَا فِي الدَّيْنِ، ....

قال في «البسيط»: المشهور من المذهب وقوع البينونة وفساد المسمى؛ لأنها ليست من أهل الالتزام؛ ولكن ثبت مهر المثل، ومأخذ لزوم المسمى [يصحح التزام الرقيق بطريق الضمان. واعلم أن ترجيح «المنهاج» لزوم المسمى] لم يقع عن قصد، فإنه عكس ما في أصله، وأما في «الروضة» فما رآه من قطع العراقيين به وترجيح الْقَفَّالُ وغيره، واختاره بعض الشارحين موافقة «المنهاج» في الترجيح، وإن لم يقصده.

قال: القولان يلتقيان على القولين في صحة شراء العبد، وضمانه بلا إذن، والأصح بطلانهما، وكان قياس ذلك أن يقول بفساد الخلع، ويظهر في الفرق أن الشراء لا يمكن يصححه للسيد؛ لأنه لم يأذن فيه ولا للعبد؛ لأنه لا يملك، والضمان لم يحصل به منفعة للعبد ولا للسيد، واختلاع الأمة نفسها حصل لها به بضعها، والخلاص من الزوج، ولا ضرر فيه على السيد؛ بل يقيده حل بضعها له، وثبوت المال في ذمتها يطالب به بعد العتق ضرر يسير في مقابلة ما حصل لها من الخلاص، فكذلك صححنا الخلع ووجوب المسمى، وأنه أرجح من القول بفساد الخلع ووجوب مهر المثل، وقد نص الشَّافِعِي على صحة خلع المفلس، ويطالب به عند اليسار، انتهى.

فقد يقال: إنما صححنا الخلع؛ لأنها قد تحتاج إليه، ولا يقدم عليه عند الضرورة، فلو لم يجوزه لها لما أقدم الزوج على الفرقة فيدوم ضررها، فراعينا جانبها، وصححنا التزامها بخلاف الضمان، فإنه لا ضرورة إليه، ولا مصلحة لها ولا للسيد فيه، وقد يكون المسمى دون مهر المثل ففي إفساده وإلزام ذمتها مهر المثل إضرار بها فلا يقع بعود إلى السيد.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ عَيْنًا لَهُ أَوْ قَدَّرَ دَيْنًا فَامْتَثَلَتْ؛ تُعَلَّقُ بِالْعَيْنِ وَبِكَسْبِهَا فِي الدَّيْنِ**)؛ إذا أذن السيد الحر المطلق التصرف في ماله، وعين عينًا من ماله؛ لم يتعلق بها حق يمنع تصرفه فيها بإزالة الملك كالرهن ففعلت؛ صح ولا إشكال، وكذا إن قدر دينًا وامتثلت، ويتعلق بكسبها وبما في يدها للتجارة إن كانت مأذونة، فإن لم تكن مكتسبة ولا مأذونة بقي العوض في ذمتها إلى عتقها

....

ويسارها، وفي الضمان السيد لذلك بالإذن الخلاف المذكور في المهر في نكاح العبد، والمذهب أنه لا ضمان، وقد أسلفنا وجوهًا في كيفية تعلق المهر والنفقة بما في يد المأذون، وغيره، ويظهر جريان ذلك هنا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم يفرق الأصحاب بين كونها رشيدة أو سفيهة، وهو مقتضى كلام الإمام، انتهى.

يعني: قوله: لا يجوز خلعها رشيدة كانت أو سفيهة، ثم استثني ما إذا أذن السيد وكان وجهه أن الثمرة للسيد، فكأنها سفيرة في العبارة، وقد قيد صاحب «التنبيه»، والجرجاني صحة إذنه لعبده في التجارة بالرشد في العبد، فيحتمل أن يجيء مثله هنا، ويمكن الفرق إن سلم الحكم.

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: لا يجوز عند إذنه في الذمة أن تخالع على عين في يدها بخلاف العكس، وإذا أذن في الذمة فخالعت على عين، فإن كان طلاق الزوج مقيدًا ببدل العين لم يقع، وإن كان ما جرى وقع في الواجب عليها بعد العتق قولان: مهر مثلها، والثاني: بدل العين من مثل مثلي، أو قيمة متقوم.

فرع: قال في أصل «الروضة»: اختلاع المكاتبة بغير إذن سيدها كاختلاع الأمة بغير إذنه، فإن اختلعت بإذنه فالمذهب والمنصوص أنه كاختلاعها بغير إذنه، وقيل: كاختلاع الأمة بالإذن، انتهى. وما ذكره لا يطابق الأصل.

قال الرَّافِعِي: وإن اختلعت بإذنه فطريقان: أظهرهما أنه على القولين في هبة المكاتب، وتبرعاته بإذن السيد.

فإن قلنا: إنه لا يصح، وهو المنصوص هاهنا فهو بالإذن كهو بغير الإذن، والطريق الثاني: القطع بالبطلان بخلاف سائر التبرعات، انتهى.

وكان الشيخ لما رأى هذه الطريقة، وقوله: إن قول المنع هو المنصوص هاهنا، فهم أن الراجح ما ذكره، والرَّافِعِي لم يرد ذلك؛ بل عنده أن الأصح الصحة كتبرعاته، وقد وافقه الشيخ هناك على أن في خلعها بإذنه قولان عند الجمهور: أظهرهما: الصحة، ثم نقلا طريقين بالصحة وعكسها.

وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ اقْتَضَى مَهْرَ الْمِثْلِ مِنْ كَسْبِهَا.

ويحتمل أن يقال: إن كان حظها ظاهرًا في ذلك بأن يكون المبذول يسيرًا، ويتفرغ بالفرقة من الزوج للكسب، وتحصيل النجوم؛ صح الخلع قطعًا؛ بل في توقفه على إذن السيد، والحالة هذه وقفة، وإن كان [الحال] بالعكس، فهو في موضع التردد والاحتمال.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِذْنَ اقْتَضَى مَهْرَ الْمِثْلِ**) أي: فما دونه.

(**مِنْ كَسْبِهَا**) أي: مطلقًا، ومما في يدها إن كانت مأذونه؛ لأنه قضية الإذن، فلو خالعته على عين بيدها والحالة هذه، قال الْمَاوَرْدِيُّ: إن كان قد أذن لها في التصرف فيها صح خلعها عليها إن كانت بقدر مهر المثل، وإن لم يكن مأذونًا لها في التصرف فيها لم يصح خلعها بها، وفيما يرجع به قولان: أحدهما: مهر مثلها، والثاني: بدل العين من مثل أو قيمة، ولها أداؤه من كسبها بإذن السيد لها، انتهى.

ولا بدَّ من تقيد هذا بما إذا كان بدلها قدر مهر المثل فأقل، وإلا فلا يتعلق الزائد من قيمة العين بكسبها هذا كله إذا وافقت أمره، فلو خالفت فزادت عند إطلاقه على مهر المثل، أو على المعين في صورة التعيين؛ فقد أطلق الجمهور: أن الزيادة في الصورتين تتعلق بذمتها، ووراءه شيئان:

أحدهما: قال الْمُتَوَلِّي: إذا زادت على مهر المثل؛ فحكم الزيادة يبنى على ما لو قبلت الخلع بدون إذن السيد، فإن قلنا: يلزمها المسمى طولبت هنا بعد العتق بالزيادة. وإن قلنا: يلزمها مهر المثل، فليس له المطالبة بالزيادة.

الثاني: ينبغي إذا زادت على ما سمي أن يقال بفساد التسمية، ويرجع عليها بمهر المثل بناءً على أنها لو خالعت بلا إذن لا تصح التسمية، ويرجع عليها بعد العتق بمهر المثل، فعلى هذا لو كان قد سمى لها مائة درهم فزادت عليها، ولم يبلغ مهر المثل؛ فينبغي أن يستحق عليها مهر المثل، ويتعلق قدر المسمى بكسبها، والباقي يبقى في ذمتها إلى حين عتقها(١).

---

(١) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (١٢/ ٢٣٥).

وَإِنْ خَالَعَ سَفِيهَةً أَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ رَجْعِيًّا.
فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَمْ تَطْلُقْ.

فرع: لو قال لها السيد: اختلعي بما شئت؛ اختلعت بمهر المثل، وبما زاد إن شاءت، قال **الْبَغَوِي**: ويتعلق الكل بكسبها، وأشار **الرَّافِعِي**: إلى أنه لا ينبغي أن يتعلق بما زاد بكسبها؛ لما ذكره في الوكالة من أنه إذا قال: بعه بما شئت؛ ليس له بيعه بالغبن، وبحثه هنا صحيح على تسليم ما ذكره هناك؛ لكن صرح جماعة بخلافه كما سبق، وكذلك كلام **الرَّافِعِي** عند كلامه على إذن المرأة في النكاح يخالفه أيضًا.

قال: **(وَإِنْ خَالَعَ سَفِيهَةً، أَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ؛ طَلُقَتْ رَجْعِيًّا)** أي: أذن لها الولي فيه أم لا، ولا يلزمها شيء؛ لأنها ليست من أهل التزام المال، ولا للولي صرف مالها في ذلك.

(فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَمْ تَطْلُقْ)؛ لأن الصيغة تقتضي القبول كالطلاق المعلق على صفة، ولا بد من حصولها.

تنبيهات: أحدها: يدخل في إطلاقه من سفهت بعد رشدها، ولم يعد الحجر عليها، والأصح صحة تصرفها في مالها إلى أن يحجر عليها، فعلى هذا هي في ذلك كالرشيدة، والعبارة الوافية: وإن خالع سفيهة محجورة حرة.

ثانيها: أطلقا، وغيرهما أنه لا يلزمها المال، ويقع رجعيًا كما ذكرنا.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: الحكم كذلك إذا جرى بلفظ الطلاق، أو بلفظ الخلع، وجعلناه طلاقًا، وإن جعلناه فسخًا لم يصح، ولم تقع الفرقة كما لو اشترت شيئًا قبل الحجر، وأرادت الإقالة بعده.

ثالثها: قالا: كما سبق لا يقع الطلاق إلا بقبولها لما قدمناه، وقال الإمام: إنه وجد الطرق متفقة عليه، انتهى.

ويحتمل أن يقال: لا يعتد بقبولها، فلا تطلق به؛ تغليبًا لشائبة المعاوضة، وعبارتها فيها ملغاة كما لا يعتد بقبول الصبية المميزة، ويقوى هذا الاحتمال فيما إذا جهل سفهها؛ لأنه إنما طلق على أن يفوز بالمال وأكثر الناس يجهل

وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ الْمَرِيضَةِ مَرَضَ الْمَوْتِ، ....

أن خلع السفيهة المحجورة [وطلاقها على عوض ببدله] غير صحيح.

رابعها: لو قال لها: أنت طالق على ألف إن شئت، فقالت: على الاتصال شئت؛ وقع رجعيًّا، وكذا لو قالت: [طلقني على كذا، وطلقها على عوض ببذله] فأجابها؛ لكن في «تعليق القاضي الحسين»: أنه ينبغي أن لا يطلق إذا سألته، فقالت: طلقني على ألف، فقال: أنت طالق [على ألف؛ لأن سؤالها بالبدل لا حكم له، فصار مبديًا بأنت طالق على كذا، حتى لو قال: أنت طالق] ولم يذكر الألف؛ وقع رجعيًّا.

خامسها: مما عمت به البلوى أن يحلف العامي بالطلاق الثلاث على امتناعه من شيء مثلًا ثم يعن له أن يفعله، فيرشده كما شاهدنا أكثر من يفتي أو يقضي إلى أن يخالع زوجته، ثم يفعل المحلوف عليه، ثم يجدد نكاحها من غير بحث عن رشدها مع ندرة الرشد في نساء العصر؛ بل الغالب البلوغ على السفه، والاستمرار عليه؛ فيوقع الجاهل مثله في ظلمات بعضها فوق بعض.

[فرع]: لو قال لصغيرة مميزة: أنت طالق على كذا، قال الإمام: المذهب الذي عليه التعويل: أنه لا يقع الطلاق بقبولها لسلب عبارتها، وقيل: يخرج على ما لو قال لها: أنت طالق إن شئت، فإن أوقعناه بمشيئتها وقع هنا رجعيًّا.

قال: (**وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ الْمَرِيضَةِ مَرَضَ الْمَوْتِ**)؛ لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها، بخلاف السفيهة، كما للمريض أن ينكح أبكارًا بمهور أمثالهن، وهو مستغنٍ عنهن.

إشارات: لا خفاء أن كل حالة يعتبر فيها التبرع من الثلث، كما مر في الوصايا حكمها حكم مرض الموت، قيل: لم يتعرض في «المحرر» ولا في «الشرح» للفظة الصحة؛ بل ذكر حكم نفوذه، والمصنف صرح بأنه يصح إحالة على ما تبين بالآخرة، ومن جملة ذلك أنه يجب في بعض الصور مهر المثل، وحينئذٍ لا يكون الخلع صحيحًا؛ إذ لو صح لوجب المسمى ولو كان باطلًا؛ لم يترتب عليه إبراء أصلًا؛ لكن كلام الْمَاوَرْدِيّ يشير إلى أنه إنما يصف بالفساد

وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا زَائِدٌ عَلَى مَهْرِ مِثْلٍ. وَرَجْعِيَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ، لَا بَائِنٍ.

العوض، وحينئذٍ يصح قول المصنف: «يصح».

قال: (وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا زَائِدٌ عَلَى مَهْرِ مِثْلٍ)، لأن الزائد تبرع كالوصية له، ولا يكون كالوصية للوارث؛ لخروجه بالخلع عن الإرث خلافًا لأبي حنيفة، نعم لو كان وارثًا بجهة أخرى كابن عم، أو معتق فالزائد وصية لوارث.

إشارة: ذكر الشيخان وغيرهما جعل الزائد على الثلث في الزوج الأجنبي وصية يضارب بها أرباب الوصايا، نص عليه الشَّافِعِي، واستشكل بأنه تبرع ناجز في الحياة، وهو مقدم على الوصايا كما سبق، فكيف يقال هنا بمحاصصة الوصايا؟

وأجيب بحمل ذلك على تصرفات نجزتها في حياتها معه في الحياة، وإنما وقع في العبارة تسمح، وقد أورد القاضي الحسين هذا السؤال، وأجاب عنه بما أشرنا إليه.

قال: (وَرَجْعِيَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ) لأنها زوجة في أكثر الأحكام، والثاني: عن «الإملاء» ونسبه الإمام إلى «القديم»؛ لأنه ظن أن «الإملاء» فيه لا يصح؛ لفقدان الملك، وزوال الحاجة إلى الافتداء؛ لجريانها إلى البينونة، وعلى هذا يقع الطلاق رجعيًّا إذا قبلت كما في خلع السفيهة.

واعلم أن قضية كلام جماعة منهم: المحاملي [في «المجموع»] وسليم في «المجرد»: تخصيص الخلاف بغير الطلقة الثالثة، فإن كان الخلع بها صح قولًا واحدًا، ذكروا ذلك عند قوله في «المختصر»: وإن قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا.

وجعله الرَّافِعِي والمصنف وجهًا مرجوحًا وفي ذلك نظر، ولم يبقيا على المسألة، ولم أر من صرح بخلافه، وأحسب الحامل لهما على ذلك [إطلاق] قولهم في الرجعية قولان.

قال: (لَا بَائِنٍ) أي: بخلع أو غيره؛ لأنه لا يملك بضعها حتى يزيله، قال

وَيَصِحُّ عِوَضُهُ قَلِيلًا وَكَثِيرًا دَيْنًا وَعَيْنًا وَمَنْفَعَةً، وَلَوْ خَالَعَ بِمَجْهُولٍ أَوْ خَمْرٍ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ بِبَدَلِ الْخَمْرِ.

الْمَاوَرْدِيُّ: وهو إجماع الصحابة، وسيأتي تقرير أن الطلاق لا يلحق المختلعة - إن شاء الله تعالى - سواء كان في مجلس الخلع أو بعده.

قال: (**وَيَصِحُّ عِوَضُهُ قَلِيلًا وَكَثِيرًا دَيْنًا وَعَيْنًا وَمَنْفَعَةً**) أي: كالصداق، فما جاز صداقًا جاز عوضًا في الخلع، ولا بد أن يكون متمولًا معلومًا مع سائر شروط الأعواض من القدرة على التسليم، واستقرار الملك وغيرهما، وقضية هذا الإطلاق أنه يصح اختلاعها على أن تعلمه شيئًا من القرآن، أو غيره، وينبغي أن يكون على الخلاف السابق إذا طلقها قبل التعليم هل يتعذر أم لا؟ ومتى فقد بعد الشروط فسد العوض، وبانت بمهر المثل على المذهب.

قال: (**وَلَوْ خَالَعَ بِمَجْهُولٍ**) أي: كعوض غير معين، ولا موصوف.

(**أَوْ خَمْرٍ**) أي: ونحوه.

(**بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ**)؛ لأنه عقد على منفعة بضع، فلا يفسد بفساد العوض؛ بل يلزم مهر المثل كالنكاح.

(**وَفِي قَوْلٍ: بِبَدَلِ الْخَمْرِ**)؛ إذا خالعها على ما لا يملكه؛ إما لعدم قابليته للملك كالخمر، وسائر النجاسات غير الدم، أو لكونه لغيرها كمغصوب بانت، وفيما يرجع به القولان كما في الصداق الجديد الصحيح الأول، والثاني ببدل العين كما ذكره، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، وحكى القاضي الحسين وجهًا يوافقه، وألحق بذلك الخلع بالمغصوب، وعلل بأن المذكور ليس بمال فلا يظهر طمعه في شيء، وهذا يفهم: أن محل الوجه إذا صرح بذلك في الخلع، أو عرف ذلك دون ما إذا أشير إلى غير ذلك، والزوج مجهول الحال.

تنبيهات: **أحدها**: محل البينونة ووقوع الطلاق في الخلع بالمجهول إذا كان بغير تعليق، أو معلقًا بإعطاء المجهول ونحوه مما يتحقق إعطاؤه مع الجهالة، أما إذا قال مثلًا: إن أبرأتني عن صداقك أو دينك ونحو ذلك، فأنت طالق، فأبرأته، وهي جاهلة به لم يقع الطلاق؛ لأن الإبراء من المجهول لا

يصح، فلم يحصل الإبراء، ولم يوجد ما علق عليه الطلاق؛ فلا يقع لعدم حصول شرطه.

ثانيها: هل يفترق الحال في جريان الخلاف فيما يرجع من مهر مثل، أو بدل بين أن يصرح بالمخالعة على الخمر، ونحوه، أو المغصوب، أو الحر، فنقول: على هذا الحر مثلًا، وبين أن نقول: على هذا العبد فتبين حرًا؛ فيه طريقان:

أحداهما: ألا يجري القولان في الحالين، وأظهرهما: تخصيص الخلاف بالحالة الثانية، والقطع بوجوب مهر المثل في الأولى؛ لفساد الصيغة.

ثالثها: ظاهر كلامه: أن محل ما ذكره فيما إذا جرى الخلع منجزًا على الخمر، ونحوه كخالعتك على كذا، وهل يفترق الحال بين أن يجري كذلك وبين أن يجري على صيغة التعليق؟ قضية النص أنه لا فرق، وأنه إذا جرى بصيغة التعليق فلا فرق بين تعليقه بإعطاء عين معينة، أو مطلقًا.

وقال **الْمَاوَرْدِيُّ**: إن علق بغير معين كإن أعطيتني خمرًا فأنت طالق، فأعطته بانت بمهر المثل، وإن كانت الخمر معينة، ولم يجز تعليق كانت طالق على إن تعطيني هذا الخمر [طلقت] وهل تستحق مهر المثل كالأولى أو يقع رجعيًا ؟ وجهان، وإن علق كإن أعطيتني هذا الخمر [فأنت طالق] فأعطته إياه؛ ففي وقوع الطلاق وجهان مبنيان على الوجهين قبلهما، إن أوقعناه بائنًا بمهر المثل وقع هنا، أو رجعيًا لم يقع هنا؛ لأن التعليق بالإعطاء في المعين يقتضي التمليك بخلاف المطلق، والفرق أن المقصود بالتعيين التمليك، وبالإطلاق الصفة.

رابعها: لو اختلعت على دم وقع الطلاق رجعيًا ؛ لأن الدم لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء وطلق بلا عوض.

قال **الرَّافِعِي**: وقد يتوقف فيه، فإن الدم قد يقصد لأغراض، ثم قضيته أن يقال: إذا أصدقها دمًا يجب مهر المثل لا محالة، فيكون ذكر الدم كالسكوت عن المهر.

قال **ابن الرِّفْعَة**: وهذا المقتضى صحيح بناءً على ما لو زوج وسكت عن

وَلَهُمَا التَّوْكِيلُ، فَلَوْ قَالَ: لِوَكِيلِهِ خَالِعْهَا بِمِائَةٍ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا، ....

المهر وجب مهر المثل أي: وهو المشهور، قال: وأما ما أبداه من التوقف، وقوله: «إن الدم قد يقصد لأغرض» صحيح لكنها أغراض تافهة، فلم يلحق بالأغراض المحتفل بها؛ لأن الحية تقصد لأغراض، ولا يصح بيعها على المذهب، انتهى.

وفيما قاله نظر؛ إذ ليس المراد غرضًا معتبرًا شرعًا حتى يعترض بالحية؛ بل المراد أغراض من الغرض كالخمر؛ بل قد يقال: الدم أولى؛ لأنه يقصد للتداوي، ويجوز التداوي به، وقد أكثر الأطباء من ذكر منافع أنواع الدماء، وخواصها، وأيضًا فقد يقصد للأكل في المجاعة، وقد وجهوا الخلع على الميتة بأنها تقصد لإطعام الجوارح والارتفاق بها وقت الضرورة، فليكن الدم كذلك أيضًا.

خامسها: حيث وقع التعليق في هذه الأشياء بالإعطاء، اشترط وقوعه في مجلس التواجب، كما لو علق على إعطاء شيء بملك، صرح به القاضي الحسين، واعلم: أن الخلع على ما لم يتم الملك عليه كالمبيع قبل القبض كالخلع على الخمر فيتبين، وفيما يرجع به القولان ويجريان فيما لو تلف العوض [المعين في الخلع] قبل القبض، أو رده بعيب، ولو علق بإعطاء عين موصوفة بصفات السلم فأعطته إياها طلقت، وفيما يرجع إليه إذا ردها بعيب القولان، بخلاف الموصوف في الذمة فإنه إذا ردَّها رجع بعين سليمة بالصفات المشروطة.

قال: (**وَلَهُمَا التَّوْكِيلُ**) كما يجوز في البيع والشراء، والطلاق، والنكاح، وغيرها، والغرض هنا بيان مخالفة الوكيل.

قال: (**فَلَوْ قَالَ لِوَكِيلِهِ: خَالِعْهَا بِمِائَةٍ**) أي: درهم مثلًا من نقد معلوم.

(**لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا**)؛ لأنه دون المأذون فيه، وأفهم أنه لو زاد عليها جاز، وهو كذلك إن كانت الزيادة من جنسها: كمائة وعشرة قطعًا، وكذا إن لم يكن من جنسها: كمائة وثوب على الأصح.

قال في «التنقيح»: وكان ينبغي ألّا يصح كبِعْه من زيد بألْف؛ لأنه قد يقصد

وَإِنْ أَطْلَقَ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ، ....

مسامحته لا نعلم فيه خلافًا في البيع [فإن قيل: لو أراد مسامحتها لطلق مجانًا؟ قلنا: وكذا يقال في البيع] فإن قيل: قد لا تقبل الهبة للمنة، والطلاق يقع بغير رضاها ولا منة فيه، فهذا جواب حسن، وفرق أيضًا بأن الخلع ليس المقصود الأعظم منه المالية؛ بل الفراق وقد حصل، فإذا أراد الوكيل فلا يعد مخالفًا، فلم يضر بخلاف البيع فإن مقصوده المالية فإذا خالف عدَّ مخالفًا فلا يصح، انتهى.

ورسخ ما ذكره بأن الخلع غالبًا إنما يقع عند شقاق ظاهر، أو باطن، ومع ذلك فيبعد قصد المحاباة.

قلت: وفي إطلاق منع صحة البيع نظر ربما أسلفته في الوكالة، ويجب أن يكون محله إذا دلت قرينة على تخصيصه للمعين، أو محاباته، أو لم يظهر شيء، أما لو دلت الحالة على طلب الغنى مثل الربح الكثير، وأمثلته واضحة؛ فالوجه صحة البيع بالزيادة، وكذلك أقول في الخلع إن دلت القرينة على قصده، والرحمة لفقرها، أو الإبقاء عليها، رجاء الرضا والصلح، فينبغي ألا يصح بأكثر من المسمى، وإلا فيصح، وقد يلتزم بأيمان ألا يطلقها مجانًا، ومن القرائن الظاهرة رغبته فيها، وزهدها فيه.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ**) كما لو أطلق الإذن في البيع، وصورة الإطلاق أن يقول: خالعها بمال، ويجوز ذلك، وكذا لو لم يذكر المال، وقلنا: مطلق الخلع يقتضي المال وإلا اشترط ذكر المال، كذا قاله **الرَّافِعِي**، وتبعه المصنف، وفيه نظر، والذي يفهمه كلام غيره أنه إذا قال له: خالعها، وأطلق؛ لا يجوز له المخالعة بلا مال، وقد يفرق بأنه إذا لم يذكره هو أشعر برغبته عنه بخلاف إذنه للوكيل، فيحمل إطلاقه على الإذن المعتاد عرفًا وهو الخلع بالمال، ويؤيده أنها لو أذنت لوليها في التزويج لا يفوض بضعها على المشهور، ولو سكت الولي عن المهر لم يكن تفويضًا بخلاف ما لو زوج أمته وسكت عن ذكر المهر.

فرع: لو خالع وكيله عند الإطلاق بمهر المثل وزيادة عليه من جنسه؛ صح وجهًا واحدًا، قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: وكذا إن كانت من غير جنسه، وفيه نظر.

فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا لَمْ تَطْلُقْ، وَفِي قَوْلٍ يَقَعُ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَلَوْ قَالَتْ: لِوَكِيلِهَا اخْتَلِعْ بِأَلْفٍ فَامْتَثَلَ نَفَذَ، ....

قال: (**فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا**) أي: في صورة التقدير عما عينه له، وفي صورة الإطلاق عن مهر المثل، (**لَمْ تَطْلُقْ**) أي: لمخالفته كما لا ينفذ بيعه في مثل هذا للمخالفة.

(**وَفِي قَوْلٍ: يَقَعُ بِمَهْرِ مِثْلٍ**)؛ لأن الخلل في العوض لا يمنع وقوع الطلاق، ويوجب مهر المثل، كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد.

اعلم أن المنصوص في صورة التقدير عدم الوقوع فاتفقوا على ترجيحه، والمنصوص في صورة الإطلاق الوقوع ولهم في النصين طريقان تقريرهما: والفرق بأن المخالفة في حالة التقدير صريحة، فلا يكون المأتي به مأذونًا فيه بخلاف النقصان حالة الإطلاق فإنه لا يخالف صريح قوله، واللفظ مطلق ليشمل مهر المثل وغيره، وللطلاق قوة وغلبة فعموم اللفظ يقتضي وقوعه، وأثر المخالفة يظهر في العوض.

والثانية: إثبات قولين في الصورتين، وفي كلام القاضيين الْمَاوَرْدِيُّ، والحسين، والْبَغَوِي ما يقتضي **طريقة ثالثة**: وهي القطع بأنه لا يقع في حالة التقدير، وحكاية قولين فيما إذا طلق فيقص عن مهر المثل، وهي حسنة، وترجيحه في «المنهاج» عدم الوقوع في حالة الإطلاق، تبع فيه «المحرر»، وكلام الرَّافِعِي في «الشرح الكبير» يميل إليه، وكذلك قال: وكأنه الأقوى توجيهًا، وصرح في «شرحه الصغير»: بأنه الأقوى، وممن رجحه الجويني في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وأصحاب «التهذيب»، و«الكافي»، و«الذخائر».

وقال في «الشامل»: إنه أقيس، وهو كما قال، وذكر في أصل «الروضة» و«التصحيح»: إن الأظهر الوقوع بمهر المثل، وحمله على ذلك نسبه الرَّافِعِي والوقوع إلى العراقيين، والقاضي الرُّويَانِيّ، وغيرهم، وهو معذور لما عهد من صنيع الرَّافِعِي.

قال: (**وَلَوْ قَالَتْ لِوَكِيلِهَا: اخْتَلِعْ بِأَلْفٍ فَامْتَثَلَ؛ نَفَذَ**) أي: لوقوعه كما

وَإِنْ زَادَ فَقَالَ اخْتَلَعْتُهَا بِأَلْفَيْنِ مِنْ مَالِهَا بِوَكَالَتِهَا بَانَتْ، وَيَلْزَمُهَا مَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ الْأَكْثَرُ مِنْهُ وَمِمَّا سَمَّتْهُ، ....

أمرته، قاله في «المحرر» وكذا بما دونها، وحذفه «المنهاج»، وليس بمستحسن وإن فهم من باب أولى، ولو خالع بألف مؤجلًا نفذ؛ لأنه إذا كان حالًا، فالمؤجل أجوز؛ لأن لها تعجيل المؤجل، كذا قاله الْمَاوَرْدِيُّ، ولا يخلوا إطلاقه من نظر، وهل يطالب الوكيل هنا؟ قضية كلام الرَّافِعِي: أنه إن [لم] يصرح بالسفارة طولب، وإلا فلا.

قال: ويمكن أن يجري في المطالبة عند عدم التصريح بالسفارة الخلاف المذكور في الوكالة، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إن صرح بكون المال في ذمتها، ففي مطالبته بالاستيفاء منها وجهان: ظاهر مذهب الشَّافِعِي المنع خلافًا لابن سريج، فعلى المذهب لو جحدت الوكالة لم يغرم الوكيل، وللزوج إحلافها دونه، ويقع بائنًا إن كذبها الزوج، وإن صدقها وقع رجعيًا، وعلى قول ابن سريج: يضمن الوكيل ذلك للزوج بجحودها، وللوكيل إحلافها، ويقع الطلاق بائنًا كذبها الزوج، أو صدقها؛ لأنه يصل إلى المال من جهة الوكيل.

قال: (**وَإِنْ زَادَ فَقَالَ: اخْتَلَعْتُهَا بِأَلْفَيْنِ مِنْ مَالِهَا بِوَكَالَتِهَا؛ بَانَتْ**) أي: على المشهور (**وَيَلْزَمُهَا مَهْرُ مِثْلٍ**) أي: سواء كان زائدًا على ما سمت للوكيل، أم ناقصًا؛ لأن مهر المثل هو المرجوع إليه عند فساد العوض.

(**وَفِي قَوْلٍ: الْأَكْثَرُ مِنْهُ**) أي: من مهر المثل.

(**وَمِمَّا سَمَّتْهُ**) وهكذا أورده في «المحرر»، وليس هذا قولًا في المسألة مطلقًا، وإن حكي عن عبارة الجمهور: بل الذي في «الروضة»، وغيرها أنه نص في «الأم»: أنه يلزمها أكثر الأمرين من مسماها، ومهر مثلها إلا أن يزيد مهر مثلها على ما سماه الوكيل، والمثال واضح.

قال الرَّافِعِي: العبارة الوافية بمقصود هذا القول أن يقال: الواجب عليها أكثر الأمرين مما سمت هي، ومن أقل الأمرين من مهر المثل وما سماه الوكيل، ولو قال: يجب الأكثر مما سمته، ومهر مثلها إلا أن يكون زائدًا على

……

ما سماه الوكيل، فيجب ما سماه فقط كان أخصر وأوضح، وقال الْغَزَالِيُّ: يلزمها ما سمت وزيادة الوكيل [إلا ما جاوز من زيادته مهر المثل.

قال الرافعي: وأهمل ما إذا كان مهر المثل أكثر، انتهى] ولم يبين إهماله كذلك.

وحكي قول ثالث عن «الأم» أيضًا: أنها بالخيار بين إجازة الخلع بما سماه الوكيل، وبين أن ترده، ويعطى مهر المثل، وحكى الحناطي قولًا رابعًا: أنه يقع رجعيًّا، ولا مال بحال.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يختص ذلك بما إذا علم الزوج بصورة الوكيل؛ لأنه حينئذٍ يكون كالموقع له مجانًا، وقال الْمُزَنِيّ: لا يقع الطلاق للمخالفة كما لو خالف وكيل الزوج، فنقص عن المقدر، وخالفه الأصحاب، وفرقوا بين الوكيلين بأن الزوج هو مالك الطلاق، فإذا خالفه وكيله لم ينفذ، والمرأة لا تملك الطلاق، وإنما إليها قبول المال، فمخالفة وكيلها تؤثر في المال، والبينونة لا تندفع بفساد المال المجعول عوضًا، وبأن الخلع في جانبه نازع إلى التعليق، فكأنه علق الطلاق بالمقدر بخلاف جانبها.

وحكى الرَّافِعِي عما علق عن الإمام: أن ما قاله الْمُزَنِيّ قول مخرج على أصل الشَّافِعِي، ورأى كل اختيار له تخريجًا، فإنه لا يخالف أصول الشَّافِعِي كما يفعل صاحبا أبي حنيفة، انتهى.

قلت: أشار في «النهاية» [إلى تجاه قوله من حيث القياس؛ لأن الوكيل لم يضف الاختلاع إلى نفسه؛ بل إليها] وهي لم تلتزم المسمى، ولم تأذن له في التزامه؛ فاقتضى القياس إلغاء هذا القبول، وجعله كالعدم، وإذا انتفى القبول مع تعلق الإيجاب به لغا كما لو أوجب الرجل فسكت، هذا وجه ما ذكره.

قال: ولم أر أحدًا من الأصحاب يرى مذهبه مخرجًا في المذهب على اتجاهه، والذي أراه أن يلحق مذهبه في جميع المسائل بالمذهب؛ لأنه لا يفارق الشَّافِعِي، ثم اعتذر الإمام عن الأصحاب في عدم إلحاقهم ما ذكره هنا

وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْخُلْعَ إِلَى نَفْسِهِ فَخُلْعُ أَجْنَبِيٍّ وَالْمَالُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّتْ وَعَلَيْهِ الزِّيَادَةُ.

بالمذهب، بأن صيغة تخريجه أن يقول: قياس مذهبه كذا، وإذا انفرد بمذهب استعمل لفظة تشعر باختياره، وقد قال في هذه المسألة لما حكي النص: ليس هذا عندي بشيء، واندفع في توجيه ما رآه، انتهى.

وفيما ذكره من العذر نظر؛ لأن في كلام الْمُزَنِيّ ما يشعر بالتخريج على أصول الشَّافِعِي ألا تراه قال: وهو عنده كالبيع في أكثر معانيه، ثم استشهد بمخالفة وكيل الزوج، فالظاهر أن هذا تخريج منه، فهو قول خامس في المسألة، نعم تفردات الْمُزَنِيّ لا تعد من المذهب، كما ذكره [الرافعي] في باب الوضوء في الكلام على تخليل اللحية الكثة إذا لم يخرجها على أصل الشَّافِعِي - ﷀ تعالى -.

قال: (**وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْخُلْعَ إِلَى نَفْسِهِ فَخُلْعُ أَجْنَبِيٍّ وَالْمَالُ عَلَيْهِ**) أي: ولا شيء عليها منه؛ لأن اختلاع الأجنبي لنفسه صحيح فإضافته إلى نفسه إعراض عن التوكيل، واستبداد بالخلع مع الزوج.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي فلم يضفه إليها، ولا إلى نفسه.

(**فَالْأَظْهَرُ: أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّتْ**) لأنها لم ترض بأكثر منه.

(**وَعَلَيْهِ الزِّيَادَةُ**)؛ لأن اللفظ مطلق والصرف إليه ممكن، فكأنه افتداها بما سمته وزيادة من عند نفسه، والثاني: عليها أكثر الأمرين من مهر المثل، وما سمت؛ لأنه عقد لها فأشبه ما لو أضاف إليها، فإن بقي شيء مما سماه الوكيل فعليه، وإن زاد مهر المثل على مسماه لم يجب ملك الزيادة؛ لرضا الزوج بما سماه الوكيل.

إشارة: في عبارة المصنف إيهام، ولا خلاف أن الوكيل مطالب بالزائد على مسماها، ويتخير الزوج بالمطالبة بمسماها بينها وبين الوكيل، ثم يرجع الوكيل إن غرمه عليها بمسماها فقط بناء على المشهور في تعلق العهدة بالوكيل، وإن لم يعلقها به لم تطالبه إن صدقه في الوكالة، ثم إطلاقه الذي

وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ ذِمِّيًّا. وَعَبْدًا وَمَحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفَهٍ، ....

كلامنا فيه هو ما إذا أطلق الالتزام ولم يضفه؛ ولكن نواها، فأما إذا أطلق، ولم ينوها نزل الخلع عليه، وصار خلعًا أجنبيًّا وانقطعت المطالبة عن المرأة.

قال الإمام: وهذا بيّن لا إشكال فيه، وهو كما قال، وقال **الْغَزَالِيُّ**: يقع عنها كما لو نواها، وحاول ابن الرِّفْعَة إثبات خلاف فيما قاله **الْغَزَالِيّ**؛ وكأنه لم يقف على كلام الإمام، وعجب جزم **الْغَزَالِيُّ** [بخلاف] ما نقله إمامه من غير تعرض له، وما كذا يكون الاختيار، وإطلاق «المنهاج» يوافق ما قاله **الْغَزَالِيُّ**.

فرع: لو أضاف وكيلها ما سمّته إليها، والزيادة إلى نفسه؛ ثبت المال، كذلك لو قالت لوكيلها: اختلعني بما استوصيت، فاختلعها على مال في ذمتها، أو صداقها في ذمة الزوج؛ جاز، أو بغبن من مالها لم يجز كنظيرها من المشتري، لو اختلعها وكيلها بخمر، ونحوه؛ بانت ولزمها مهر المثل أطلقت التوكيل، أو سمّت له ذلك، قضية إطلاقها الإذن باختلاعها بمهر المثل حالًا من نقد البلد، فإن نقص عن ذلك، أو ذكر فيه أجلًا فقد زادها [فيه] خيرًا، وإن زاد على مهر المثل.

قال **الرَّافِعِي**: فكما لو قدرت وزاد على المقدر، وقد سبق الكلام فيه، وفي الفرع بحث ليس هذا موضعه.

قال: (**وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ ذِمِّيًّا**)؛ لأنه يطلق المسلمة، ويخالعها بأن تسلم بعد الدخول ويصبر، ثم يخالع أو يطلق في العدة، ثم يسلم فيها؛ فإنا نحكم بصحة طلاقه وخلعه، وكذا نظيرها في المرتد، وليس قوله: «ذميًّا» بقيد، فلو قال: ويجوز توكيلهما للكافر لدخل الحربي، والذمي، والمرتد، ووكيلهما، وكذلك أطلق **الْمَاوَرْدِيُّ**: أن وكيلهما يجوز أن يكونا كافرين، وقد أرسلا في «الروضة» وجهين في توكيل الكافر في طلاق مسلمة، قالا: لأنه يملك طلاق مسلمة؛ بل يملك طلاقًا في الجملة، والصحيح الصحة كما هو قضية كلامهما هاهنا.

قال: (**وَعَبْدًا وَمَحْجُورًا عَلَيْهِ بِسَفَهٍ**) أي: وإن لم يأذن السيد والولي؛ إذ لا يتعلق بوكيل الزوج في الخلع عهدة، وفي توكيلهما للمرأة فيه تفصيل،

وَلَا يَجُوزُ تَوْكِيلُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي قَبْضِ الْعِوَضِ.
وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِهِ امْرَأَةً بِخُلْعِ زَوْجَتِهِ أَوْ طَلَاقِهَا.

واختلاف للأصحاب في بعض الصور، ويطول ذكره، وكلام الشَّافِعِي في «الأم» هاهنا يقتضي الجواز.

وقال: **(وَلَا يَجُوزُ)** أي لا يصح.

(تَوْكِيلُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ) أي: بسفه.

(فِي قَبْضِ الْعِوَضِ) وقد نقلا في اختلاعه لنفسه أنه: هل يصح قبضه العوض بإذن الولي؟ وجهين، رجح الحناطي الصحة.

قلت: ونصه في «الأم» يفهم ذلك، وحينئذٍ يظهر أن الصحة هنا أولى، قال الْمُتَوَلِّي تفريعًا على ما جزمنا به هنا: فإن فعل كان مضيعًا لماله، ويبرأ باذل المال بالدفع، هكذا أطلقه وتبعاه، وهو أقسام:

أحدها: أن يكون العوض عينًا معينة، فهو كما قال، على أن في «فتاوى شيخه القاضي الحسين»: أنه لو أمر المشتري البائع بدفعه المبيع إلى صبي لم يبرأ البائع بالدفع إليه، وكان باقيًا في ضمانه، وقبض السفيه كقبض الصبي فقياسه ألا يصح القبض هنا.

الثاني: أن يكون غير معين؛ ولكن علق الطلاق بدفعه، قال شارح: فكذلك أيضًا؛ لأنه علق به الطلاق، ويملكه الزوج بالقبض؛ لجريانه في ضمن تعليق فتلفه بغير عذر مضمون؛ لأنه مضيع له.

الثالث: أن يوكله في الخلع على مال في ذمتها، ثم يأذن له في قبضه، فينبغي ألا يصح القبض؛ إذ ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، فإذا تلف يكون تلفه عليها، ويبقى حق الزوج في ذمتها، وفي تسليط وكيل الخلع على قبض العوض الخلاف في قبض وكيل البائع الثمن.

قال: **(وَالْأَصَحُّ)** أي: المنصوص.

(صِحَّةُ تَوْكِيلِهِ امْرَأَةً بِخُلْعِ زَوْجَتِهِ أَوْ طَلَاقِهَا) لأنه يجوز أن يفوض طلاق زوجته إليها، فإن كان توكيلًا فهو المدعي، أو تمليكًا فمن جاز أن

وَلَوْ وَكَّلَا رَجُلًا تَوَلَّى طَرَفًا، وَقِيلَ: الطَّرَفَيْنِ.

فَصْلٌ

الْفُرْقَةُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ طَلَاقٌ، ....

يتملك الشيء جاز توكيله فيه، ووجه المنع أنها لا تستقل بالطلاق فلا توكل فيه، وبنى القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي الخلاف على الخلاف في التفويض إن قلنا: إنه تمليك لم يجز هنا، وقضية ذلك ترجيح المنع.

إشارة: يستثني ما لو أسلم على أكثر من أربع، ثم وكل امرأة في طلاق بعضهن، فإنه لا يصح على الأصح لتضمنه الاختيار للنكاح، ولا يصح توكيلها في الاختيار للنكاح، وكذا في الاختيار للفراق على الأصح، كما قاله المصنف، ولو وكلت امرأة امرأةً حرّةً باختلاعها؛ جاز بلا خلاف.

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَا**) أي: معًا.

(**رَجُلًا؛ تَوَلَّى طَرَفًا**) أي: أي الطرفين شاء كالبيع، وسائر العقود.

(**وَقِيلَ: الطَّرَفَيْنِ**)؛ لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب [والإعطاء من جانب] في قوله: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق، فأعطته، ونسب القاضي الحسين ذلك إلى النص، وعلى هذا ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف، كما في تولي الأب البيع من نفسه، وبالعكس، والمذهب الأول، والنص محمول على جواز وكالته عن كل منهما على الانفراد، وفرض الإمام الخلاف فيما إذا قدر كل واحد منهما ما يخالع به الوكيل [وقد] فرضها القاضي في حالة الإطلاق، وحالة التقييد أولى بالصحة؛ بناءً على أن مأخذ المنع وجوب رعاية الاحتياط من الجانبين، ولا خفاء أن الخلاف هنا مفرع على المذهب في منع ذلك في البيع، والنكاح، وغيرهما، فإن جوزنا فيها فهنا أولى.

قال:

(فَصْلٌ)

(**الْفُرْقَةُ بِلَفْظِ الْخُلْعِ طَلَاقٌ**) أي: تنقص العدد كلفظ الطلاق، هذا ظاهر

وَفِي قَوْلٍ فَسْخٌ لَا يُنْقِصُ عَدَدًا، ....

المذهب، والمنصوص في أكثر الكتب الجديدة، والقديمة، وبه قال أكثر أصحابنا، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد في رواية، وعليه الفتوى في المذاهب خلا مذهب أحمد، واحتج له بأن الله سبحانه وتعالى لما ذكره بين طلاقين في قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ﴾ [البقرة: ٢٢٩] علم أنه ملحق بهما؛ ولأنه لفظ لا يملكه غير الزوج، فوجب أن يكون طلاقًا كالطلاق؛ ولأنه لو كان فسخًا لما جاز على غير الصداق؛ لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل، كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن الأول.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: فَسْخٌ لَا يُنْقِصُ عَدَدًا**) ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر، وهذا ما نسب إلى «القديم»، وذكره في «أحكام القرآن» أيضًا مع الأول، واختاره كثيرون، وعددتهم في «الغنية» منهم: أبو حامد الشيخ، والقاضي، واستدل له ابن عباس- ﷺ - بالآية الكريمة، فقال: ذكر الله تعالى الطلاق في أول [الآية] وآخرها، والخلع بين ذلك فليس هو بطلاق وبسطه، أنه ذكر فقال: الافتداء بعد طلاقها مرتين، ثم قال: فإن طلقها، فلو كان الافتداء طلاقًا لوجب أن يكون الطلاق أربعًا، وفيه نظر، وليس في الآية ما يقتضي وقوع الثالثة بعد الافتداء المسبوق بطلقتين، ومما احتج به من اختاره: أنه فرقه حصلت بمعاوضة، وكان فسخًا كشرائه زوجته؛ ولأنه بمنزلة الإقالة في البيع؛ ولأن الطلاق ينفرد به الزوج، والخُلع لا يتم إلا بهما، فدل على أنه ليس بطلاق.

تنبيهات: احترز المصنف بقوله: «بلفظ الخلع» عما لو كانت الفرقة بصرائح الطلاق، أو كناياته، فإنها طلاق قطعًا، قضية كلام العراقيين، أو أكثرهم أن محل الخلاف إذا لم يقصد بالخلع الطلاق، فإن قصده كان طلاقًا بلا خلاف، صرح به الشيخ أبو حامد، وأتباعه، وآخرون، وحكى الإمام، وغيره من المراوزة خلافًا في انصراف الخلع إلى الطلاق بالنية على جعلنا الخلع فسخًا.

قال الإمام: وقطع المحققون أنه لا يصير طلاقًا بالنية؛ لأنه صريح في بابه وجد نفاذًا فلا يتصرف بالنية، قال: وهو المذهب، ونسبه إلى اختيار القاضي

فَعَلَى الْأَوَّلِ لَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ. وَالْمُفَادَاةُ كَخُلْعٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَفْظُ الْخُلْعِ صَرِيحٌ،

الحسين، وبه أجاب الْغَزَالِيُّ، والْمُتَوَلِّي، وإيراد الْبَغَوِي يشعر بترجيح الانصراف، وهو مقتضى كلام الشيخ أبي محمد في «مختصره»، والْغَزَالِيُّ في «خلاصته»، وعبارة «الكافي».

وقال في «القديم»: هو فسخ فلا ينقص به العدد إلا إن نويا به الطلاق، وترجيح الانصراف بالنية هو ما نقله القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» عن الْقَفَّال، وسكت عليه، وغلط في «البحر» من قال خلافه.

قال: لأنه إذا نوى الطلاق، فقد عدل إلى ما هو أغلظ حكمًا من الفسخ، فقيل بخلاف ما إذا نوى بالطلاق الفسخ، واعتذر من صرفه بالنية، وإن كان صريحًا في الفسخ بتقارب ما بينهما، فإنهما نوعان داخلان تحت جنس البينونة بخلاف الطلاق، والظهار.

في «فتاوى القاضي الحسين»: إذا خالع العامي امرأته ثلاث مرات يحكم بوقوع ثلاث طلقات؛ لأنهم يعرفونه طلاقًا، فأما العالم فإن نوى الطلاق يكون طلاقًا، وإلا فلا، قال: وهذا على صحيح المذهب يخرَّج، انتهى.

ومأخذه جعل الشيوع على لسان العامة صريحًا في حقهم، وأن الخلع كناية في حق غيرهم، وفيما ذكره كلام سيأتي في أوائل «كتاب الطلاق» إن شاء الله تعالى.

قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ: لَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ**) لأنه ليس من صرائح الطلاق، فإذا قال: فسخت نكاحك بألف مثلًا فقبلت؛ كان كناية، كما لو لم يذكر المال.

قال: (**وَالْمُفَادَاةُ كَخُلْعٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيكون على الخلاف الآتي في لفظ الخلع؛ لورود لفظ المفاداة في القرآن، والثاني: أنه كناية؛ لأنه لم يتكرر في القرآن، ولم يشتهر على ألسنة حملة الشرع اشتهار لفظ الخلع [وبهذا قطع بعضهم.

قال: (**وَلَفْظُ الْخُلْعِ صَرِيحٌ**) أي: لا يفتقر إلى نية، ذكره في «الإملاء»، ووجه بأنه] تكرر على لسان حملة الشريعة؛ لإرادة الفراق فالتحق بالمتكرر في

وَفِي قَوْلٍ كِنَايَةٌ، ....

القرآن، وقيل: مأخذه إن ذكر المال انتهضت قرينة في إلحاق الكناية بالصريح، فقام ذكره مقام النية.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: كِنَايَةٌ**) أي: يفتقر إلى النية صرح به في مواضع من «الأم»، ونص عليه في «الْبُوَيْطِي»، ولفظه: وإذا خالع الرجل امرأته بشيء يأخذ منها لم يكن ذلك طلاقًا إلا أن ينوي بالخلع الطلاق؛ لأنه كلام يشبه الطلاق، فلا يستقل إلا بالنية، فإذا لم يكن له نية رد ما أخذه منها، وكانت امرأته بحالها، فهذا هو المذهب كما سنوضحه.

ولفظ «الإملاء»: وإذا خالعها فلم يسم طلاقًا، فالخلع تطليقة وإطلاقه يفهم أنه تطليقة وإذا لم ينو، ويمكن تأويله على إذا ما وقعت الفرقة بلفظ [الخلع] بشروطها، أو أراد بيان كونه غير فسخ لا أنه لا يحتاج إلى نية؛ ولهذا قال نصر المقدسي: ذكر القاضي أبو الطيب: أنه كناية، وأخبر أنه مذهب الشَّافِعِي، وخطأ من قال فيه قولان، والحاصل: أنه إذا جرى من غير ذكر الطلاق، ولا نيته ثلاثة أقوال: «القديم»: أنه فسخ، وعن «الإملاء»: أنه طلاق، والثالث: أنه لا شيء، وهو نصه في «الأم»، و«الْبُوَيْطِي»، و«أحكام القرآن»، ولهذا قال القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ في «البسيط»: ظاهر المذهب أنه كناية، وقال في «البحر»: إنه المشهور من مذهب الشَّافِعِي، وعليه فرع، وهو الصحيح عند كثيرين من أصحابنا، وعليه الفتوى واختاره الْمُزَنِيّ، انتهى.

وحكم في «الحلية» بأنه الأصح، ونقل الرَّافِعِي عن الإمام، والْغَزَالِيُّ، والْبَغَوِي اختيار الصراحة منتقد؛ بل الذي في «النهاية»، و«البسيط» ما ذكرته، نعم كلام «الوسيط» يميل إليه، وأما الْبَغَوِي فقال: إنه الأولى للعادة الجارية به.

فإن قلت: قال الْمَاوَرْدِيُّ: إنه الأصح، والمنصوص في سائر كتبه خلا «الأم».

قلت: فيه نظر ظاهر؛ بل أكثر نصوصه كما قاله غيره يدل على أنه كناية، كما سبق عن «الْبُوَيْطِي» ومواضع من «الأم» ونقله الشيخ أبو حامد عن «أحكام

……

القرآن»، والبيهقي عن «الأم» و«مختصر الْبُوَيْطِي» والربيع، ورواه ابن الجارود، ولم ينص على خلافه فيما نعلم إلا ما سبق عن «الإملاء»، ونقله الإمام عنه لا غير، وأطلق كثيرون ذكر القولين من غير ترجيح، وكيف كان، فظاهر المذهب أنه كناية هذا من حيث النقل، وأما من حيث المعنى فلأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هذا منها.

قال القاضي الحسين: إذ من أصلنا انحصارها في ثلاث، وأقوى ما حُدَّ في صراحته اشتهاره، واستعماله في القرآن، كما سبق سيأتي أن الإشهار غير مقتض للصراحة، كما رجحه المصنف، ونسبه إلى العراقيين؛ بل قد يمنع اشتهار ذلك لإرادة الطلاق.

ونقل الإمام عن الأئمة مأخذ من القولين قال: فذهب المعظم إلى أن الخلاف مأخوذ من أن اللفظ إذا شاع استعماله على قصد الطلاق، هل يلحقه الشيوع بالصريح؟ فيه خلاف، وظاهر المذهب أن الصرائح منحصرة في الطلاق، والفراق، والسراح، ومعانيها بكل لسان، وفي المسألة قول: إن الخلع ملحق بها لشيوعه، وهذا المسلك - يعني: النظر إلى الشيوع، هو الصحيح.

وذهب بعض الأصحاب إلى أن سبب اختلاف القول ذكر المال [وهذا يمسك بالقرينة، ومذهب الشَّافِعِي أن الكنايات لا تلحق بالصرائح بقرائن الأموال، انتهى.

والذي يفهمه كلام جماعة من العراقيين التعليل بذكر المال]، لأن الإشهار عندهم لا يجعل اللفظ صريحًا، وقضية من علل بذكر المال أن يطرده في جميع كنايات الطلاق إذا اقترن بها ذكر المال، ولفظ سليم في «المجرد» يقتضي ذلك، فإنه قال: وكنايات الطلاق كثيرة كقوله: خلعتك وخليتك وابنتك، فإذا أتى ببعض هذه الألفاظ مقرونًا بذكر العوض، فعلى قوله في «الإملاء» يكون صريحًا في الطلاق، فلا يحتاجون إلى نية أيضًا، وكذا قال شيخهم أبو حامد، والمحاملي، ونصر المقدسي، وابن الصباغ عند الكلام على قول «المختصر» في باب سؤال المرأة الطلاق: ولو قالت: اخلعني أو ابني.

فَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ جَرَى بِغَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَصَحِّ.

وقول ابن الرِّفْعَة: إنه لا قائل بذلك في كتاب الطلاق، وجعل ذلك دليلًا على ضعف التعليل بذكر المال لا يصحوا لما نقلناه، نعم اقتصر جماعة على أنه إن جرى بكناية طلاق مع ذكر المال لا يقع إلا بالنية، وتبعهم الشيخان، وعليك أن تفهم ما ذكرته ما مع ما ذكره المصنف في «التفريع».

قال: **(فَعَلَى الْأَوَّلِ: لَوْ جَرَى بِغَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ؛ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَصَحِّ)** هذا الكلام ينظم حكمين:

أحدهما: وقوع الطلاق في هذه الحالة لا محالة، وأشار الإمام إلى بنائه على مأخذ الصراحة، إن قلنا: ذكر المال فلا مال هنا، فيكون كناية لا بد فيه من النية، وإن قلنا: إنه الشيوع وقع الطلاق بلا نية، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه في حالة عدم ذكر المال يكون كناية قولًا واحدًا، وإن قول «الإملاء»: لا يأتي في هذه الحالة؛ بل هو مخصوص بحالة ذكر العوض، فإن استعمال لفظ الخلع من غير ذكر العوض غير معهود، وعلل قول «الإملاء» عند ذكر المال: بأن العرف جارٍ باستعماله في قطع النكاح، ورفعه، وهذا منهم يفهم التعليل بالاشتهار لا بقرينة المال، ومع ذلك جعله حالة الإطلاق كناية فاقتضى أن اللفظ المشتهر للفرقة هو المقترن بذكر المال لا اللفظ مطلقًا، واقتصر الفوراني، والْعِمْرَانِي على كونه كناية عند عدم ذكر المال، وقال في «أصل الروضة»: إذا قلنا لفظ الخلع صريح، فذلك عند ذكر المال، فإن لم يذكر فكناية في الأصح، وقيل: على القولين، انتهى.

الثاني: وجوب مهر المثل على الأصح؛ للعرف المطرد بجريان الخلع على المال؛ ولأنه لو جرى على خمر، ونحوه أوجب المال، فإذا جرى مطلقًا أوجبه كالنكاح.

والثاني: لا؛ لأنه لم يجز له ذكر والتزام فيقع رجعيًّا، وعليه اقتصر الْبَغَوِي، وكلام الْمُتَوَلِّي مثله؛ لأنه صرح بأنه لا بد من نية الطلاق على قولنا: إن الخلع طلاق.

وَيَصِحُّ بِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ النِّيَّةِ وَبِالْعَجَمِيَّةِ.

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكِ نَفْسَك بِكَذَا، فَقَالَتْ: اشْتَرَيْت، فَكِنَايَةُ خُلْعٍ، وَإِذَا بَدَأَ بِصِيغَةِ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَّقْتُكِ أَوْ خَالَعْتُكِ بِكَذَا، وَقُلْنَا: الْخُلْعُ ....

قال: (وَيَصِحُّ) أي: الخلع.

(بِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ النِّيَّةِ) أي: على القولين، وقيل: لا يصح بالكناية على قول الفسخ؛ لأن الفسخ لما لم يقبل التعليق بالصفات لم تدخله الكناية بخلاف الطلاق، والمذهب الأول، وعليه لا بد من نية الزوجين معًا، فإن لم ينويا، أو أحدهما لم يقع.

قال: (وَبِالْعَجَمِيَّةِ) أي: ولا يجيء الخلاف [السابق] في النكاح؛ لانتفاء اللفظ المتعبد به، والغرض أن ترجمة الخلع بسائر اللغات كلفظ الخلع سواء جعلناه طلاقًا أو فسخًا قطعًا.

قال: (وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكِ نَفْسَك بِكَذَا، فَقَالَتْ: اشْتَرَيْت؛ فَكِنَايَةُ خُلْعٍ) أي: سواء جعلناه فسخًا أو طلاقًا، وحكى القاضي الحسين في «التعليق» في لفظ الابتياع وجهين على قول الفسخ: أحدهما: أنه صريح، وذلك بأن يقول: بعتك نفسك بكذا، فتقول: اشتريت، أو قبلت.

قال الرَّافِعِي: ولفظ الإقالة كناية فيه أيضًا أي: على القولين، كما صرح به الْمُتَوَلِّي، وكلام القاضي في «الأسرار» يقتضي كونه صريحًا على قول الفسخ، قال الرَّافِعِي: وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر [بالطلاق] من جهة الزوجة يعبر بهما عن الخلع فيكونان كنايتين، كما لو قال: بعتك نفسك، وفي «الزيادات»: أن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح.

ورأى إسماعيل البوشنجي أن ينزل قوله: بعتك طلاقك بكذا منزلة قوله: ملكتك طلاقك بكذا، حتى لو طلقت في المجلس؛ لزم المال، ووقع الطلاق، قال: فإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع الطلاق منهما، ومن نية الطلاق منه؛ فهذا التصرف فاسد، والنكاح باقٍ بحاله، انتهى.

قال: (وَإِذَا بَدَأَ بِصِيغَةِ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَّقْتُكِ، أَوْ خَالَعْتُكِ بِكَذَا، وَقُلْنَا: الْخُلْعُ

طَلَاقٌ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيقٍ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا.

وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهَا بِلَفْظٍ غَيْرِ مُنْفَصِلٍ.

طَلَاقٌ؛ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيقٍ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا)، أما كونه معاوضة؛ فلأنه يأخذ مالًا في مقابلة ما يخرجه من ملكه، وأما شوب التعليق؛ فلأن وقوع الطلاق يترتب على قبول المال، أو بدله، كما يترتب الطلاق المعلق بالشرط عليه، وأما جواز رجوعه قبل قبولها فهو الصحيح خلافًا للعبادي؛ لأن هذا شأن المعاوضات.

قال: **(وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهَا بِلَفْظٍ غَيْرِ مُنْفَصِلٍ)** أي: كالبيع وغيره، فتقول: قبلت، أو اختلعت، أو ضمنت لك كذا، ونحوه.

وقال ابن الرِّفْعَة: هذا على منع المعاطاة في البيع، فإن جوزناها، فقد يقال: يكفي أن تأتي بما يدل على القبول والرضا، وقد يقال: لا يكفي؛ لأن قوله: «طلقتك على ألف» يقتضي إثبات ألف في الذمة، والمعاطاة إنما هي موضوعة للأعيان، فالمبذول حينئذٍ عين ما تعلق به الطلاق، فلا يقع.

قال: **وبالجملة** فالذي أورده الرَّافِعِي موجود فيما إذا قال: أنت طالق على ألف، فأعطته ألفًا على الفور، وقد قال ابن الصباغ، والْمُتَوَلِّي: إنه يقع الطلاق، وكلام ابن داود يقتضي أن ذلك نص عليه الشَّافِعِي.

قلت: وبه أجاب الرُّويَانِيّ في «التجربة»، وقال في «البحر»: إن قول الْمَاوَرْدِيُّ: إن الصيغة تقتضي الضمان خاصة، فلا يقع بالإعطاء غريب أي: بل المذهب أنه يقتضي الضمان أو الإعطاء، فأيهما فعلت في زمن الخيار طلقت، هذا لفظه، ومثله في «التجربة» قال: ولو قال إن ضمنت لي، فأعطته بلا ضمان؛ لم يقع؛ لأن الشرط لم يوجد، انتهى.

وقول المصنف: يلفظ هذا في الناطقة، وأما الخرساء فإشارتها المفهمة كنطق غيرها، والأشبه أن مخالعة الناطقة بالمكاتبة صحيحة على المذهب كالبيع، وكالطلاق، وقوله غير منفصل أي: كالبيع ونحوه كما سبق.

قال الجرجاني في «الشافي»: وحكى ابن القاص قولًا: أنه يتعلق

فَلَوْ اخْتَلَفَ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ كَطَلَّقْتُكِ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ بِأَلْفَيْنِ وَعَكْسُهُ أَوْ طَلَّقْتُك ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِثُلُثِ أَلْفٍ فَلَغْوٌ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقْتُك ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَالْأَصَحُّ وُقُوعُ الثَّلَاثِ وَوُجُوبُ أَلْفٍ.

بالمجلس، وأنكروه عليه، وادعى الإمام الاتفاق على أنه لا يكتفي بالقبول في المجلس؛ إذا أطال الفصل.

قال: ولو وجد الإيجاب، ففارق المخاطب المجلس مفارقة ينقطع بها خيار المجلس؛ ولكن قرب الزمان فأجاب؛ انعقد على الأصح تعويلًا على الزمان، والثاني: لا؛ لإشعار المفارقة بالإعراض، وأما يخلل الكلام اليسير فسيأتي.

قال: (**فَلَوْ اخْتَلَفَ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ كَطَلَّقْتُكِ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ بِأَلْفَيْنِ وَعَكْسُهُ، أَوْ طَلَّقْتُك ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِثُلُثِ أَلْفٍ؛ فَلَغْوٌ**) أما في الصورة الثانية والثالثة فلا نزاع فيه كالبيع، وأما في الأولى: فالجواب في «التهذيب»، وغيره ما ذكره، قال الرَّافِعِي: وهو الظاهر كالبيع، وفي «الشامل»: إنه لو قال: أنت طالق بألف، فقبلت بألفين صح، ولا يلزمها إلا ألف؛ لأنه لم يوجب إلا ألفًا.

قال بعض الشارحين: ولم أر فيه التصريح بأنه لا يقع إلا في «التهذيب»، وما في «الشامل» هو الجواب في «التتمة»، قال: لأن القبول بألفين يتضمن قبول الألف، وكلام القاضي أبي الطيب يقتضيه؛ بل مقتضى كلامه هنا الصحة في البيع.

قلت: وقدمت اختلاف جواب الْقَفَّالُ في ذلك في البيع، وصور الْمُتَوَلِّي المسألة فيما لو قال: طلقتك طلقة بألف، فقال: قبلت بألفين، وذكر قبل هذا أنه إذا قال: خالعتك على ألف، فقالت: قبلت على ألف وخمسمائة، أنه لا تقع الفرقة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ طَلَّقْتُك ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، فَالْأَصَحُّ وُقُوعُ الثَّلَاثِ وَوُجُوبُ أَلْفٍ**) لأن الزوج مستقل بالطلاق، وإنما اعتبر القبول من جهتها لأجل المال، فإذا [قبلت المال، وأكثر منه اعتبر في الطلاق جانب الزوج.

وَإِنْ بَدَأَ بِصِيغَةِ تَعْلِيقٍ كَمَتَى أَوْ مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي فَتَعْلِيقٌ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا وَلَا الْإِعْطَاءُ فِي الْمَجْلِسِ، ....

والثاني: يقع واحدة بألف فإنها المقبولة، وقد زادته خيرًا.

والثالث: لا يقع شيء، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي؛ لاختلاف الإيجاب والقبول، كما في البيع إذا باعه ثلاثة أعبد بألف، فقبل أحدهم بألف.

والرابع: عن ابن سريج: تقع الثلاث، ويستحق مهر المثل؛ لأن الاختلاف وإن لم يؤثر في الطلاق ينبغي أن يؤثر في العوض، قال الشيخ أبو علي: وهذا الوجه على قولنا: لا تقع الثلاث أظهر منه على قولنا: بوقوعها.

قال: (وَإِنْ بَدَأَ بِصِيغَةِ تَعْلِيقٍ كَمَتَى، أَوْ مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي) أي: كذا ومثله أي وقت، أو أي حين، أو أي زمان ونحوها.

(فَتَعْلِيقٌ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظًا وَلَا الْإِعْطَاءُ فِي الْمَجْلِسِ) أي: بل حكم ذلك حكم التعليق على الصفة، فلا يقع الطلاق من غير تحقق الصفة، ولا يكتفي بالقبول اللفظي، ولا يجوز الرجوع قبل الإعطاء، ولا يشترط الإعطاء في المجلس؛ لدلالة اللفظ على الزمان، وعمومه لسائر الأزمان، ولا تصلح قرينة المعاوضة؛ لأنها رافعة لمقتضاه، فمتى وجد الإعطاء طلقت، ويوفر على هذه الصيغ حكم التعليق المحض، ولو علق بإعطاء ألف، فأعطته ألفين؛ وقع بلا خلاف.

وحكى الْمَاوَرْدِيُّ عن بعض فقهاء العراق: أنه لا يقع إذا كانت الزيادة غير متميزة، فوهم بعض شراح «التنبيه» وهو ابن يونس فنقله وجهًا لنا، ومراد الْمَاوَرْدِيُّ الخصوم من الحنفية، وغيرهم، ولو أعطته ألفًا جبرًا في الصفة من نقد البلد الذي حمل الإطلاق عليه، قال ابن داود من أئمتنا: وقع الطلاق، وهل لها استرداده وإعطاؤه من نقد البلد؟ فيه وجهان.

فرع: قال الْمَاوَرْدِيُّ: لو قال: متى لم تعطني ألفًا فأنت طالق؛ اقتضى الفور، فمتى جاء زمان يمكنها دفع الألف فيه فلم تعطه؛ طلقت - يعني: رجعيًا- فإن «متى» تقتضي الفور في النفي، والتراخي في الإثبات.

وَإِنْ قَالَ إِنْ أَوْ إِذَا أَعْطَيْتِنِي فَكَذَلِكَ لَكِنْ يُشْتَرَطُ إِعْطَاءٌ عَلَى الْفَوْرِ.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَوْ إِذَا أَعْطَيْتِنِي؛ فَكَذَلِكَ**) أي: فلا يحتاج إلى القبول لفظًا، ولا رجوع له إلحاقًا له بمتى في هذين الحكمين، وقيل: له الرجوع قبل الإعطاء.

قال: (**لَكِنْ يُشْتَرَطُ إِعْطَاءٌ عَلَى الْفَوْرِ**) أي: على الصحيح؛ لأن قرينة المعاوضة تقتضي الفور، فعملت عملها، وإنما تركت في متى، ونحوها من الصيغ؛ لأنها صريحة في جواز التأخير شاملة لجميع الأزمان، و«إن» و«إذا» بخلافها، وقيل: لا يشترط الإعطاء في المجلس.

قال في «المهذب»: كذا ذكره جماعة من أصحابنا، وعندي أن «إذا» حكمها حكم «متى»، و«أي وقت»؛ لأنها تقيد ما تقيده متى، وأي وقت، ولهذا إذا قال: متى ألقاك؟ جاز أن يقول: إذا شئت، كما يجوز أن يقول: متى شئت، وأي وقت شئت، بخلاف «إن» فإنه لو متى ألقاك؟ لم يجز أن يقول: إن شئت، انتهى.

وما ذكره من دلالة إذا على الزمان صحيح، لكن بينها وبين متى فرق؛ لأن متى عامة تقتضي الدلالة على كل زمن بخلاف إذا.

تنبيهات: خصص القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي، وصاحب «الكافي»: اشتراط التعجيل بالزوجة الحرة؛ بل يقع الطلاق متى أعطته، وإن امتد الزمان، قال القاضي، والْمُتَوَلِّي: ولو أعطته ألفًا من كسبها حصلت البينونة؛ لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى السيد، ويطالبها بمهر المثل إذا عتقت، وهذا لفظ الْمُتَوَلِّي، قال ابن الرِّفْعَة: لا وجه لما قاله، والذي يظهر أنه لا فرق بين أن تعطيه الألف من كسبها، أو من غيره إذا كان للسيد، واقتضى بحثه معه أنه لا فرق بين الأمة والحرة.

والظاهر: أن الْمُتَوَلِّي أراد التمثيل بقوله: من كسبها، لا التخصيص، قيل: وموافقته على البينونة إذا أعطته من كسبها، لا يرد عليه، ذكر الشيخان عقب الكلام على ما إذا علق بإعطاء عبد عن الْبَغَوِي: أنه لو قال لزوجته

وَإِنْ بَدَأَتْ بِطَلَبِ طَلَاقٍ فَأَجَابَ فَمُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ جَعَالَةٍ فَلَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ، ....

الأمة: إن أعطيتني ثوبًا فأنت طالق، فأعطته لم يطلق؛ لأنها لا تملكه، انتهى.

وأقراه، وهو يخالف كلام القاضي، والْمُتَوَلِّي هنا، لو كانت مكاتبة، أو مأذونة في التجارة وأذن لها السيد في الافتداء، فيشبه أن تكون كالحرة اعتبار الفور، مراد القاضي، والْمُتَوَلِّي بالمجلس مجلس التواجب، وهو الصحيح، وبه جزم في «المحرر».

وجزم الْمَاوَرْدِيُّ بأنه يكفي الإعطاء في المجلس إذا لم يطل الفصل كثيرًا، وقيل: يكفي الإعطاء في المجلس، وعبر في «المنهاج» بالفور عن قول «المحرر»؛ لكن يشترط الإعطاء في المجلس، والمراد من المجلس مجلس التواجب، وهو ما يرتبط به القبول بالإيجاب دون مكان العقد، انتهى.

فظن شارح أن المصنف أهمل ذلك، فأنكر عليه إهماله، نعم عبارة «المحرر» أوضح، وقد يظهر بينهما تفاوت للتماثل.

قال: **(وَإِنْ بَدَأَتْ بِطَلَبِ طَلَاقٍ فَأَجَابَ؛ فَمُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ جَعَالَةٍ فَلَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ)** أي: سواء بدأت بالمعاوضة، أم بالتعليق؛ لأن ذلك حكم المعاوضات والجعالات جميعًا، ولا فرق بين أن تقول: إن طلقتني فلك كذا، أو متى طلقتني، أو طلقتني على كذا، فهو معاوضة في الصيغ الثلاث، واحتمل التعليق هنا لشوب الجعالة بخلاف البيع.

إشارة: ما قاله من أن لها الرجوع قبل جوابه، قاله القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِيُّ، وغيرهم من المراوزة، وهو ظاهر، قال ابن الرِّفْعَة: ورأيت في «الأم» ما ينازع فيه؛ إذ قال الشَّافِعِي- ﷺ -: وإذا كان للرجل امرأتان، فقالتا له: طلقنا بألف، فطلقهما في ذلك المجلس لزمهما الطلاق، وهو بائن، وساق الكلام إلى أن قال: وإن أرادنا الرجوع فيما جعلنا له في وقت الخيار لم يكن لهما، وكذلك لو قال هو لهما: إن أعطيتماني ألفًا فأنتما طالقان، ثم أراد أن يرجع؛ لم يكن له ذلك في وقت الخيار، انتهى.

وَيُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوَابِهِ، وَلَوْ طَلَبَتْ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ طَلْقَةً بِثُلُثِهِ فَوَاحِدَةٌ بِثُلُثِهِ.

وقد رأيت هذا النص في «الأم» كما ذكرته بحروفه، ونقله البيهقي في «المبسوط» بمعناه، ولم يذكر سواه، وهو كما تراه ظاهر في عدم جواز الرجوع، وهو مشكل، ولم أقف على كلام العراقيين في ذلك.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوَابِهِ**) أي: بأن تبع في مجلس التواجب، كما سبق، كما هو قاعدة المعاوضات في الصيغ الثلاث، فلو طلقها بعد زمن طويل حمل على الابتداء على الصحيح، فيكون رجعيًّا إن كان دون الثلاث، ولا يستحق عليها عوضًا، وإن طلق في المجلس ففيه نزاع سبقت الإشارة إليه، وقد يؤيد ظاهر نص «الأم» في النفي بتطليقه فيه.

قال: (**وَلَوْ طَلَبَتْ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ طَلْقَةً بِثُلُثِهِ؛ فَوَاحِدَةٌ بِثُلُثِهِ**)؛ إذا سألت ثلاثًا بألف فطلق واحدة، وسكت، أو قال: على ثلثه أو بثلثه وقعت استحق ثلث الألف، كما لو قال: إن رددت عبيدي الثلاثة، فلك ألف، فرد واحدًا استحق ثلث الألف، هذا هو المشهور، وقوله: «فطلق طلقة بثلثه» تبع «المحرر» في قوله: ولا حاجة] إليه، بل لو قال: أنت طالق واحدة وسكت، فالحكم [كذلك] كما قدمناه.

وقيل: إذا سألت الثلاث فطلق واحدة لم يقع شيء، وقيل: تقع واحدة بمهر مثل، وقيل: واحدة بثلث مهر المثل، وقيل: إنه إذا لم يبعد ذكر المال يقع الطلاق رجعيًّا، وهذا قد يفهمه عبارة الكتاب، ويجوز أن يفرق بين المخيرة وغيرها، ولا يخفى وجهه، فعلى المشهور لو طلقها ثنتين استحق ثلثي الألف، فلو طلق طلقة، ونصفها فهل يستحق ثلثي الألف أو نصفه؟ وجهان: أرجحهما الثاني، وصور المسألة فيمن يملك الثلاث، فإن لم يملك إلا واحدة فسيأتي.

إشارة: لو أجابها بانت طالقًا، ولم يذكر عددًا، ولا نواه، فهل يحمل على الثلاث أو يكون كقوله واحدة؟ فيه احتمال، ولم يحضرني فيه نقل، والظاهر الحمل على الواحدة، وتصدق في دعواها.

وَإِذَا خَالَعَ أَوْ طَلَّقَ بِعِوَضٍ فَلَا رَجْعَةَ، فَإِنْ شَرَطَهَا فَرَجْعِيٌّ وَلَا مَالَ، وَفِي قَوْلٍ بَائِنٌ بِمَهْرِ مِثْلٍ.

قال: (**وَإِذَا خَالَعَ أَوْ طَلَّقَ بِعِوَضٍ فَلَا رَجْعَةَ**) أي: سواء كان العوض صحيحًا، أم فاسدًا جعلناه فسخًا، أو طلاقًا؛ لأنها بذلت المال لتملك بضعها، فلا تملك؛ ولاية الرجوع فيه كما أنه لما ملك البضع ببذل الصداق لم يكن لها ولاية الرجوع فيه، وقد جعله تعالى فدية، والفدية خلاص النفس من السلطنة.

قال: (**فَإِنْ شَرَطَهَا**) أي: بأن قال: خالعتك، أو طلقتك بكذا على أن لي الرجعة.

قال: (**فَرَجْعِيٌّ وَلَا مَالَ**) هذا هو المنصوص في رواية **الْمُزَنِيِّ**، والربيع؛ لأن شرط المال، والرجعة متنافيان فيسقطان، ويبقى مجرد الطلاق، وقضية ثبوت الرجعة.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: بَائِنٌ بِمَهْرِ مِثْلٍ**) كما لو طلق حاملًا بشرط ألا عدة عليها، ولا نفقة لها، فإنه يفسد الشرط، وتبين بمهر المثل؛ ولأن دفع الرجعة أسهل من دفع البينونة، هذا اختيار **الْمُزَنِيِّ**، والإمام، و**الْغَزَالِيُّ**، و**الْبَغَوِي**، وأورده الفوراني إيراد المذهب، وجعل الأول وجهًا.

تنبيهان: أحدها: هذا القول الثاني خرجه الربيع، كما قاله الشيخ أبو حامد وخلائق، وحكاه **الرَّافِعِي**، وغيره عن رواية الربيع، وتخريج **الْمُزَنِيِّ**، والظاهر أن الربيع خرجه.

الثاني: في المسألة طريقة قاطعة بالقول الأول.

قال في «الشرح الكبير»: ورجحها معظم النقلة، وفي «الصغير»: أكثرهم.

قلت: وبها قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وغيرهما، وجعلوا ما ذكره الربيع من تخريجه، وممن نسبها إلى الأكثرين صاحبا «الحاوي»، و«البيان» وكان قضية اصطلاح المصنف أن يقول: فرجعي المذهب، ولا حاجة إلى قوله: ولا مال.

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي بِكَذَا وَارْتَدَّتْ فَأَجَابَ إِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ بَعْدَهُ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بَانَتْ بِالرِّدَّةِ، وَلَا مَالَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا طَلُقَتْ بِالْمَالِ، وَلَا يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلَامٍ يَسِيرٍ بَيْنَ إِيجَابٍ وَقَبُولٍ.

قال: (**وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي بِكَذَا وَارْتَدَّتْ، فَأَجَابَ: إِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ بَعْدَهُ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ؛ بَانَتْ بِالرِّدَّةِ، وَلَا مَالَ**) أي: لانقطاع النكاح بالردة في الحالين.

(**وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا**) أي: في العدة بأن كان ذلك بعد الدخول.

(**طَلُقَتْ بِالْمَالِ**) أي: لأنا تبينا صحة الخلع فيقع الطلاق، ويلزم المال، وتجب العدة من حين الطلاق، وأما إذا أصرت إلى انقضاء العدة؛ بانت من حين الردة، كما قبل الدخول، وبات أن الطلاق لم يصادف محلًا، وكذلك الحكم لو ماتت، أو قتلت في العدة قبل أن تسلم، نص عليه في «الأم»(١).

قال: (**وَلَا يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلَامٍ يَسِيرٍ بَيْنَ إِيجَابٍ وَقَبُولٍ**) أي: على الصحيح، كما قاله في «الروضة»، والإمام الرَّافِعِي نسب الترجيح إلى الإمام وأقره، وكلامه فيما إذا ارتدت المختلعة يقتضي موافقته، وكذلك الْمُتَوَلِّي، والْبَغَوِي، وسواء كان الكلام منه، أو منها؛ لأنه لا يعد في العرف معرضًا عما هو فيه.

إذا علمت هذا فقد قال في أول الباب الأول: إنه إذا أتى بصيغة معاوضة كخالعتك على كذا، غلب معنى المعاوضة، إلى أن قال: ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع، وسائر العقود، فلو تخلل زمن طويل، أو اشتغلت بكلام آخر، ثم قبلت؛ لم ينفذ، انتهى.

وهذا الإطلاق يخالف ما سبق، ويوافق قوله في النكاح، ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق بالعقد، ولا يستحب فيه بطل العقد على الأصح، وقضية كلامه في «كتاب البيع»: إن تخلل الكلام الأجنبي يضر وإن قبل، فإن حملنا إطلاقه في الموضعين على الكلام الكثير احتجنا إلى الفرق بين النكاح، وغيره، والكلام اليسير بين الاستحباب، والإيجاب، كما بين الإيجاب والقبول.

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٣/٢٢).

فَصْلٌ

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَيْك أَوْ وَلِي عَلَيْك كَذَا، وَلَمْ يَسْبِقْ طَلَبُهَا بِمَالٍ وَقَعَ رَجْعِيًّا قَبِلَتْ أَمْ لَا وَلَا مَالَ.

فَإِنْ قَالَ: أَرَدْت مَا يُرَادُ بِطَلَّقْتُك بِكَذَا وَصَدَّقَتْهُ فَكَهُوَ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال:

(فَصْلٌ)

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَيْك أَوْ وَلِي عَلَيْك كَذَا، وَلَمْ يَسْبِقْ طَلَبُهَا بِمَالٍ؛ وَقَعَ رَجْعِيًّا قَبِلَتْ أَمْ لَا، وَلَا مَالَ) لأن الصيغة صيغة إخبار لا صيغة إلزام، وحينئذٍ يكون قد أوقعه مجانًا، ثم استأنف الإخبار عن إيجاب العوض من غير طلاق، وشبهه الشَّافِعِي بما إذا قال: أنت طالق وعليك حجة، وأطلق الأصحاب ذلك، وقيده الْمُتَوَلِّي بما إذا لم يشتهر استعمال ذلك في الإلزام عرفًا، فإن اشتهر كان إيجابًا صحيحًا، وما ذكره ملتفت إلى استفادة الصراحة من الاشتهار، وفيه خلاف يأتي إيضاحه إن شاء الله تعالى.

وقول المصنف: «ولم يسبق طلبها بمال» يفهم أنه متى سبق الطلب بمال أن الصيغة تكون مقتضية للإلزام، سواء كان ما طلبت به معينًا أم لا، كقولها: طلقني بمال، فقال: أنت طالق، وعليك ألف؛ كان ابتداءً إيجاب صحيح، فيعتبر قبولها بعد ذلك، وبه صرح الْمُتَوَلِّي، والظاهر أن المال ليس بقيد؛ بل كل ما يعاوض به إذا سألت به كان كالمال، ولو سبق طلبها بمال معتبر كطلقني بألف، أو على ألف، أو ولك ألف، فقال: أنت طالق وعليك ألف؛ بانت بالمذكور؛ لأنه لو اقتصر على طلقت كفى وبانت.

قال: **(فَإِنْ قَالَ: أَرَدْت مَا يُرَادُ بِطَلَّقْتُك بِكَذَا وَصَدَّقَتْهُ؛ فَكَهُوَ فِي الْأَصَحِّ)** أي: فهو في حكم [قوله:] طلقتك على كذا، فتبين بذلك المسمى؛ لأن ذلك لا ينحط عن الكنايات في اقتضاء العوض، ويكون المعنى: ولي عليك ألف عوضًا عنه، أو نحو ذلك، والثاني: أن توافقها في ذلك لا يؤثر؛ لأن اللفظ لا يصلح للالتزام.

وَإِنْ سَبَقَ بَانَتْ بِالْمَذْكُورِ، ....

إشارات: منها: قوله: «فكهو» ضعيف من جهة العربية، ولو قال: فمثله كان صحيحًا.

ومنها: إذا لم تصدقه لم يقبل قولها قطعًا، وهو ظاهر بالنسبة إلى عدم إلزامها بالمال إذا لم تقبل، أما لو قبلت فقد يقال: قبولها كالتصديق؛ إذ لا معنى له إذا لم ترد المال، والأصحاب سووا بين الحالتين.

ومنها: جزمهم بوقوع الطلاق مع دعواه إرادة ذلك مشكل؛ لأن قوله محتمل؛ لأن الجملة المذكورة تصح أن تكون معطوفة، كما قالوه، وتصح أن تكون حالية، ويكون المعنى: أنت طالق في حال كون لي عليك كذا، وهو يعني: المعاوضة، والحال مقيدة كالشرط، فإذا لم يجعل تلك الحال لا يقع الطلاق، فيشبه أن يقبل لاحتماله بالنسبة إلى الطلاق خاصة لا المال ويتجه القطع بالتدين، وتقوى القول بالقبول ظاهرًا إذا اشتهر استعمال ذلك في الإلزام، وإن لم نقل إن الصراحة تستفاد من الشهرة للعرف الدال على صدقه، وكذلك لو دلت قرينة حالية على إرادة الخلع.

ومنها: إذا قلنا بالأصح فكذبته، فله تحليفها على نفي العلم بإرادته ذلك، فإن حلفت فذاك، وإن نكلت أوردت اليمين عليه؛ فلا يخفى الحكم.

قال: (**وَإِنْ سَبَقَ**) أي: منها طلب ذلك بمال حمل كلامه عليه كما أسلفناه.

وقوله: (**بَانَتْ بِالْمَذْكُورِ**) أي: إذا كان معينًا كطلقني على ألف درهم مثلًا، أو ذلك علي ألف، فأجابها وقع بما سألته، وإن لم يكن معينًا بانت بمهر المثل. وبسطه: أنها إذا قالت: طلقني بالبدل، فإن عيّنه في الجواب، فقال: طلقتك وعليك ألف، فتقدم الطلب، والاستيجاب منها بمنزلة ما لو أتى بصيغة المعاوضة: كطلقتك على ألف، فإن قبلت بانت، وإلا لم يقع الطلاق، وإن أبهم الجواب فقال: طلقتك بالبدل، أو قال: طلقتك؛ بانت بمهر المثل، وإن عينت البدل في الاستيجاب فقالت: طلقني على ألف، فقال: طلقتك وعليك ألف؛ بانت بالألف؛ لأنه لو قال: طلقتك فقط بانت بالألف، نعم لو قال: لم

....

أقصد جوابها، وإنما طلقتها ابتداء، يروم به الرجعة.

قال الإمام: فالوجه تصديقه، وقرره إلى أن قال: فيحصل مما ذكرناه أنه متى زعم أنه قصد الإسعاف، والجواب صح الخلع.

وإن قال: قصدت ابتداء التطليق وصدق، فإن أبهم حلف، وإن أطلق من غير قصد في الربط، وفي تصوره عسر، فالظاهر: أنه محمول على الابتداء، وتبعه على قبول دعواه الابتداء الْغَزَالِيُّ، والرُّويَانِيّ، والرَّافِعِي، ومن بعده، وفيه تعدٍّ؛ لأن دعواه ذلك بعد التماسها، وإجابتها على الفور خلاف الظاهر، ولا سيما إذا تراخت دعواه ذلك، فإنه يكون بعد جريان البينونة ظاهرًا، وظاهر الحال أنه من تصرفه. ثم رأيت له على قول «المختصر»: ولو أخذ منها ألفًا على أن يطلقها إلى شهر ما يخالف كلامه هنا، فإنه قال: على قول «المختصر»: فيما إذا قالت: طلقني غدًا بألف، ولو أنشأ الزوج الطلاق في الوقت المعين، وقصد أن يكون ذلك ابتداء إيقاع الطلاق منه من غير تقدير وفاءً فيقع الطلاق رجعيًا. وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق على الاتصال، وقصد ابتداء الطلاق لا إيقاعه جوابًا؛ فالطلاق يقع رجعيًا؛ ولكن بينه وبين الله تعالى، ولا يصدق في دعواه الانفراد، والاستبداد مع اتصال لفظه بلفظها، وهذا بخلاف ما إذا انفصل الطلاق، ووقع في الوقت المستدعى كالإجابة في الغد فيما إذا قالت: طلقني غدًا بألف، فأجابها فيه، ثم زعم أنه قصد ابتداء، فالظاهر عندنا أنه يصدق ظاهرًا، وتنفصل هذه المسألة عن الجواب المتصل في الأمر الظاهر، انتهى.

وما ذكره هنا هو الوجه، والتحقيق بخلاف كلامه الأول، ولا يعتبر بمتابعة من ذكرنا له عليه، فإنهم لم يظفروا بما حققه من بعد.

فرعان: قالت: طلقني، وأضمن لك ألفًا، فكطلقني ولك ألف، ولو قالت: وأعطيتك ألفًا، قال الْمُتَوَلِّي: فالأظهر أنه إذا طلقها وقع، ولا مال، والفرق أن لفظ الضمان موضوع للالتزام، ولفظ الإعطاء للهبة، انتهى. وفيه نظر.

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكِ كَذَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَطَلَّقْتُكِ بِكَذَا، فَإِذَا قَبِلَتْ بَانَتْ وَوَجَبَ الْمَالُ.

لو تنازعا في سبق الاستدعاء بالمال، فأنكرته وقالت: أنت ابتدأت بقولك: أنت طالق، وعليك ألف؛ صدقت بيمينها في نفي العوض، ولا رجعة له مؤاخذة بقوله.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكِ كَذَا، فَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ كَطَلَّقْتُكِ بِكَذَا، فَإِذَا قَبِلَتْ؛ بَانَتْ وَوَجَبَ الْمَالُ**)، لأن «على» للشروط، فجعل كونه عليها شرطًا، فإذا ضمنت ذلك في الحال؛ طلقت، هذا هو المعروف المنصوص الذي أورده العراقيون، وغيرهم، وإن لم يقبل؛ فلا طلاق، ولا مال، وشرط القبول الفورية في مجلس التواجب، قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: ولا يراعى في وقوع الطلاق دفع المال كما وهم [فيه] بعض أصحابنا، وإنما يراعى فيه ضمانه، وكذلك لو قال: أنت طالق على ألف، كان وقوع طلاقها معلقًا بضمان الألف، وهذا منه يقتضي أن قولها: ضمنت، يقوم مقام قولها: قبلت.

وفي كلام الشيخ أبي حامد، وغيره لفظ الضمان، وحكوه عن نص «الأم»، ولفظ «الأم» كما رأيته فيه: وإن قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفًا، فإن أقرت بالألف كانت طالقًا، وإن لم تضمنها لم تكن طالقًا، فهذا مثل قوله لها: أنت طالق إن ضمنت لي ألفًا، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وضمانها يكون بقبولها، ومن صيغه: ضمنت لك ذلك.

تنبيه: قوله: «فالمذهب» قال شارح: لم نرْ فيه خلافًا إلا للغزالي، فإنه قال: يقع رجعيًّا، ولا يثبت المال.

قلت: غره قول «المحرر»: فالظاهر، ولم يرد نقل خلافه، بل أراد أنه المنقول، كما دل عليه كلامه في مواضع، وأشار إلى مقالة **الْغَزَالِيِّ**، وحكى الإمام عن صاحب «التقريب» أنه يسأل عما أراد، فإن قال: أردت اشتراط ضمان الألف عليها؛ قبل منه، وإن قال: إنما أردت التعليق بالتزامها الناجز وقبولها؛ لم يقبل منه، وفي كلام غيره ما يدل على أن ما ذكره مقبول، فانتظم منه أنه لو فسره بتعليق الطلاق بضمان المال قبل منه، ولو فسره بتعليق الطلاق

وَإِنْ قَالَ: إِنْ ضَمِنْت لِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَضَمِنَتْ فِي الْفَوْرِ بَانَتْ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ.

وَإِنْ قَالَ: مَتَى ضَمِنْت فَمَتَى ضَمِنَتْ طَلُقَتْ، وَإِنْ ضَمِنَتْ دُونَ الْأَلْفِ لَمْ تَطْلُقْ، وَلَوْ ضَمِنَتْ أَلْفَيْنِ طَلُقَتْ، ....

بقبول المال في الحال، ففيه خلاف بين صاحب «التقريب»، وغيره، وسكت الإمام عن حالة الإطلاق، وفيها ما سبق عن الْغَزَالِيُّ، وفي المسألة زيادات تذكر في «التوسط» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: إِنْ ضَمِنْت لِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَضَمِنَتْ فِي الْفَوْرِ؛ بَانَتْ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ**) المراد بالفور: مجلس التواجب، كما هي عبارة «المحرر» ولا بُدَّ أن تقول: ضمنت، كما اقتضاه كلام الإمام، والْغَزَالِيَّ؛ لأنه الشرط المعلق عليه، فإن قالت بدله: قبلت؛ لم يحصل المقصود، ولم يقع الطلاق، ولا يلزمها شيء، صرح به ابن الرِّفْعَة، وناقش به الرَّافِعِي اقتضاء كلامه أنه يكفي، والرَّافِعِي لم يصرح بأنها إذا قالت: قبلت يكفي؛ لكن قال: القبول، ومراده الالتزام بلفظ الضمان، فسماه قبولًا، ولو لم يقل ضمنت، ولا قبلت؛ بل أعطت ألفًا لم يقم مقامه على ما ذكره في «الشامل»، هكذا قاله شارح هنا.

ومحل كلام ابن الرِّفْعَة في المسألة الآتية، وهي قوله: وإن قال: طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفًا، وسنذكره وما فيه، والحكم في الصورتين في ذلك واحدًا، وتعين لفظة الضمان بعيد.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: مَتَى ضَمِنْت، فَمَتَى ضَمِنَتْ؛ طَلُقَتْ**) أي: ولم يختص بمجلس التواجب؛ لأن اللفظ صريح في التراخي، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان، ولو قالت: متى طلقتني فلك علي ألف؛ اختص الجواب بمجلس التواجب؛ لأن المعلن على جانبه التعليق، وعلى جانبها المعاوضة.

قال: (**وَإِنْ ضَمِنَتْ دُونَ الْأَلْفِ؛ لَمْ تَطْلُقْ**) أي: لعدم وجود الصفة المعلق عليها.

قال: (**وَلَوْ ضَمِنَتْ أَلْفَيْنِ؛ طَلُقَتْ**)؛ لوجود الصفة المعلق عليها، مع زيادة، بخلاف قوله: طلقتك على ألف، فقبلت بألفين؛ لأنها صيغة معاوضة،

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَك إنْ ضَمِنْت لِي أَلْفًا فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ أَوْ عَكْسَهُ بَانَتْ بِأَلْفٍ، ....

فاعتبر فيها توافق الإيجاب والقبول، ولو أعطته الألف، ولم تقل: ضمنت، أو قالت: شئت، بدل ضمنت؛ لم يقع لأن التعليق بالضمان.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي نَفْسَك إنْ ضَمِنْت لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ أَوْ عَكْسَهُ؛ بَانَتْ بِأَلْفٍ**) هكذا قاله القاضي الحسين، والإمام، وسليم الرازي، والدارمي، وابن الصباغ، والْعِمْرَانِي، والرَّافِعِي، ونسب إلى الأكثرين ما ذكره من أنه: لا يشترط ترتيب بين اللفظين، وقال الْمَاوَرْدِيُّ: إنه لا بد أن يقدم الضمان باللفظ على الطلاق؛ لأنه جعل الضمان شرطًا في الطلاق، فلزم تقديمه عليه؛ لأن الشرط مقدم على المشروط.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو يوافق قوله: إن أحببت فراقي فأمرك بيدك، فلا بد أن تقول: أحببت فراقك، ثم تطلق نفسها، فلو طلقت نفسها قبل ذلك لم ينفذ، انتهى.

وقاس الرَّافِعِي المسألة على ما لو قال الزوج: طلقتك إن ضمنت لي ألفًا، فقالت: ضمنت؛ يقع الطلاق، ويثبت المال متساوقين، وإن كان اللفظان متعاقبين، قيل: والفرق واضح؛ لأن الضمان والطلاق فيما اشتهر به وقع بكلمة واحدة، وهو قولها: ضمنت، بخلاف قولها: طلقت [وضمنت] ولكن وجه ذلك أن: قولها: طلقت لا يقع به شيء، حتى يوجد الضمان، وكذا إذا قدم الضمان لا يلزم به شيء حتى تطلق فلا يقعان إلا في وقت واحد، فلذلك قلنا تقدم أيهما شاءت.

إشارات: منها: خطر لي أما إن قلنا: التفويض إليها توكيل يعين ما قاله الْمَاوَرْدِيُّ، كما لو قال لآخر: طلقها إن ضمنت لي ألفًا، وإن قلنا تمليك، ففيه احتمال، وتردد.

ومنها: رأيت عن قضية كلام القاضي، والإمام أن اشتراط الضمان على الفور يبنى على تفويض الطلاق من غير ذكر مال، إن قلنا: إنه توكيل، ولا تشترط الفورية، ففي اشتراطها [هنا وجهان، وإن قلنا:] إنه تمليك فالفورية هنا

....

أولى؛ لذكر المال.

ومنها: اقتضى كلام القاضي الحسين، والإمام أنه لا فرق بين الضمان والتطليق، وأنه لا بد من كونها على الولاء، أما على الفور، أو التراخي إن جوزناه، وحكى الرَّافِعِي كلامًا في اشتراط التطليق في المجلس، قال: والظاهر اشتراطه، وعن ابن كج أن عدم اشتراط التعليق في المجلس قول أبي حامد، وأنه المذهب.

قال الرَّافِعِي: ولم يختلفوا في اشتراط كون الضمان في المجلس، وذلك يقتضي اشتراط التطليق أيضًا، وإلا فالضمان مجرد وعد، وليس فيه إلزام محقق، قال: والمراد بالمجلس: مجلس التواجب على الأصح، وقيل: المجلس الذي جرى فيه الخطاب، ورجحه القاضي أبو الطيب، وذكر أن «الْبُوَيْطِي» صرح به في تفسير لفظ الشَّافِعِي، انتهى.

ومنها: قال القاضي الحسين: يقع الطلاق إذا قالت: طلقت وضمنت، أو ضمنت وطلقت، أو قالت: طلقت على ألف، وهذا منه يقتضي الاكتفاء بقولها: طلقت على ألف، لا سيما على معنى اللفظين، وهو الطلاق، وضمان المال، والمفهوم من كلام غيره: أنه لا بد من الإتيان بلفظ الضمان، والجمع بين الضمان والتعليق.

ومنها: قال الرَّافِعِي: المراد هنا بالضمان القبول، والالتزام دون الضمان المفتقر إلى الأصالة.

[قال ابن الرفعة:] كونه لا يراد به الضمان المفتقر إلى الأصالة صحيح، وأما الأول وفيه نظر، وذكر ما سبق، ولعل مراد الرَّافِعِي: القبول المعنوي الحاصل في ضمن الضمان لا قولها: قبلت.

وقول ابن الرِّفْعَة: إنه لا بد من إثباتها بلفظ الضمان؛ فيه نظر، وإن أفهمه كلام غيره لما تقدم عن القاضي من الاكتفاء بقولها: طلقت على ألف؛ لاشتماله على معنى اللفظين، وهو الطلاق، وضمان المال، وذلك يقتضي أن

فَإِنْ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلَا، ....

لفظة ضمنت غير معنية، وإن اللفظ الدال على الالتزام في معناها، وقيل: يعضده ما سنذكره عن نص «الأم».

قال: (**فَإِنْ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا؛ فَلَا**) أي: بأن ضمنت، ولم يطلق، أو طلقت ولم تضمن؛ لأنه فوض إليها التطليق، وجعل له شرطًا، فلا بد من التطليق، والشرط، إذا علمت هذا فاعلم أن ظاهر لفظ «المختصر» يفهم الاكتفاء بضمانها في وقت الخيار من غير تطليق، واتفقوا على أنه لا يكفي، واختلفوا في نقل الْمُزَنِيّ، فقال بعضهم: سقط بعض الكلام، ومنهم من قال: قصد بيان حكم الضمان، وأغفل ذكر الطلاق إما اكتفاء بما قدمه من شرطه، أو استغناء بما قدمه من بيانه، قال ابن الرِّفْعَة: والذي رأيته في «الأم» يوافق ما نقله الْمُزَنِيّ.

قلت: ولفظ «الأم» على ما وقفت عليه في أصل معتمد: ولو قال لها: أنت طالق إن ضمنت لي ألف درهم، أو أمرك بيدك تطلقين نفسك إن ضمنت لي ألف درهم، أو قد جعلت طلاقك إليك إن ضمنت لي ألف درهم؛ فضمنتها في هذه المسائل في وقت الخيار كانت طالقًا، وكان عليها ألف درهم، وإن ضمنتها بعد وقت الخيار لم تكن طالقًا، ولم يكن عليها شيء.

قال: وجماع هذا إذا كان الشيء تم بها وبه لم يجز إلى مدة، ولم يجز إلا في وقت الخيار، كما لا يجوز ما جعل إليها من أمرها إلا في وقت الخيار؛ لأنه تم بها وبه، هذا لفظ «الأم» بحروفه.

وقوله: «كما لا يجوز ما جعل إليها من أمرها» يشعر بالتأويل السابق، وأنه أراد بيان حكم الضمان، وإن تطليقها نفسها لا بد منه، وقد يؤخذ منه أنه لا فرق بين أن تقدم لفظ الضمان على التطليق، أو تؤخره؛ لكن ظاهر كلامه أنه لا فرق فيما ذكره بين الصورتين: الأولى: وهي أنت طالق إن ضمنت لي ألفًا، وبين ما بعدها، ووقوع الطلاق فيها بمجرد الضمان وحده ظاهر؛ لوجود الشرط، ولعل ذلك هو الحامل لابن الرِّفْعَة على ما ذكره من موافقة نص «الأم» [لما نقله الْمُزَنِيّ].

وَإِذَا عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ مَالٍ فَوَضَعَتْهُ بَيْنَ يَدَيْهِ طَلُقَتْ، وَالْأَصَحُّ دُخُولُهُ فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَقْبَضْتِنِي فَقِيلَ: كَالْإِعْطَاءِ، وَالْأَصَحُّ كَسَائِرِ التَّعْلِيقِ فَلَا يَمْلِكُهُ، ....

قال: (**وَإِذَا عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ مَالٍ فَوَضَعَتْهُ**) أي: أو أزيد منه.

(**بَيْنَ يَدَيْهِ طَلُقَتْ**) أي: على الصحيح؛ لأنه إعطاء عرفًا، وقيل: لا بد من التسليم والتسلم، فعلى الأول يشترط أن يكون متمكنًا من أخذه لو أراده، فلو تعذر عليه ذلك لحبس، أو جنون، أو أعطت وهو غائب؛ لم تطلق، وينبغي أن يعتبر علمه بوضعه بين يديه، ولا يقع بإعطاء وكيلها إن كان التعليق بصيغة «متى»، وبغيبته على يده، إذ المعلق عليه إعطاؤها، وكذا لو عوضه عن الألف شيئًا، أو كان لها عليه مثله، فجعلته قصاصًا، ولو حضرت هي وقالت لوكيلها الحافظ لمالها: سلمه إليه؛ وقع الطلاق، وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء، قاله **الْمُتَوَلِّي**، ويشترط الإعطاء على الفور في غير «متى» ونحوها.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: دُخُولُهُ فِي مِلْكِهِ**)؛ لأن التعليق يقتضي الوقوع عند الإعطاء، ولا يمكن إيقاعه مجانًا؛ لقصده حصول المال المعطى، فإذا ملكت العوض بوقوع الطلاق اقتضت الضرورة دخول العوض في ملك الزوج؛ لأن ملك العوضين متقارنان، هذا هو المذهب المشهور، وقيل: لا يملك المال لعدم اللفظ المملك من جهتها، فيرد المعطى ويرجع إلى مهر المثل، وحكى **الْمَاوَرْدِيُّ** فيما إذا وضعته بين يديه وجهين:

أحدهما: يكون إقباضًا كما سبق، وإن لم يأخذه بعد.

والثاني: أنها بالخيار بين أن تدفعه، أو تدفع إليه ألفًا آخر مثله؛ لأن المال إنما يتعين بالعقد، أو القبض، ولم يوجد واحد منهما.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: إِنْ أَقْبَضْتِنِي؛ فَقِيلَ: كَالْإِعْطَاءِ**) أي: فيكون الحكم كما سبق في الإعطاء.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: كَسَائِرِ التَّعْلِيقِ فَلَا يَمْلِكُهُ**) أي: هو صفة محضة؛ وبهذا أجاب **الْمُتَوَلِّي**، وادعى الإمام: أنه ظاهر المذهب، والثاني: أنه كالإعطاء؛ لأن ذكره يشعر بقصد تخليصه، فعلى هذا حكمه حكم الإعطاء، كما قاله

……

المصنف، وسيأتي عن «الشامل» الجزم بما يوافقه، وكلام «الحاوي» و«المهذب» يقتضي أن قوله: «إن دفعت إلي كذا» مقتضاه التمليك، ويؤيده قول الشَّافِعِي في «الأم»: إذا قال لها: إن دفعت إلي ألفًا فأنت طالق، فدفعت إليه شيئًا رهنًا قيمته أكثر من ألف لم تطلق، ولا تطلق إلا بأن تدفع ألفًا، فقوله: «رهنًا» يشعر بأن المقصود منه التمليك، ولو كان تعليقًا محضًا بصفة محضة؛ لما حسن ذكر الرهن، وفي «الحاوي»: لو قالت: طلقني ثلاثًا على أن أدفع إليك ألفًا، وطلقها ثلاثًا استحقه.

تنبيهات: منها: قيد الْمُتَوَلِّي قولنا: إن الإقباض لا يقتضي التمليك بما إذا لم يسبق منها كلام، فدل على الاعتياض، فإن سبق كطلقني بألف، فقال: إن قبضت منك ألفًا، فأنت طالق، فهو كقوله: إن أعطيتني، وكذا لو قال: إن أقبضتني لأصرفه في حاجتي، ونحو ذلك، وما قاله متعين.

ومنها: قال الرَّافِعِي: والأداء، والدفع، والتسليم كالإقباض أي: فيما سبق ويأتي، واعلم أنه قال بعد كلامه على مسألة الإعطاء، والصيغ، والمقتضية للفور والتراخي: وكل ذلك جاز فيما إذا قال: إن أقبضتني، أو أديته إلي، وهو يقتضي موافقة الوجه الثاني هنا، ومخالفة المرجح، ويشبه أن يكون ما ذكره هنا في الإقباض، والأداء، والدفع [ما إذا لم يطرد العرف بإطلاقها لإرادة التمليك، فإذا اطرد عرفهم بذلك كان كأعطيني، ويصدق بيمينه في إرادته التمليك، وقد اطرد عرف عامة المصريين]⁽¹⁾ بالتعبير بـ «ادِّني كذا» عن أعطيني كذا، لا يريد به غير الإعطاء، ولا يفهمون منه سواه، وقضية كلام «الشامل» في «كتاب الكناية» أن ذلك يقتضي التمليك عندنا، حيث قال مستدلًا: ولو قال: إذا أديت إليَّ عبدًا فأنت طالق، فأدت عبدًا مغصوبًا؛ لم تطلق.

ومنها: صرح الرَّافِعِي هنا تبعًا للغزالي بأنه لا يكفي الوضع بين يديه في صيغة: إن أقبضتني، وتبعهما المتولي والمصنف، وكلام الإمام مصرح بخلافه.

---

(١) في نسخة: (بيمينه في إيرادته التمليك وقد اطرد عرف عليه المصريين).

وَلَا يُشْتَرَطُ لِلْإِقْبَاضِ مَجْلِسٌ .

قُلْت: وَيَقَعُ رَجْعِيًّا، وَيُشْتَرَطُ لِتَحَقُّقِ الصِّفَةِ أَخْذٌ بِيَدِهِ مِنهَا، وَلَوْ مُكْرَهَةً، والله أعلم.

وقال ابن الرِّفْعَة: لم أر اشتراط القبض لغير الْغَزَالِيُّ في «الوسيط» و«الوجيز»، وقد ذكر ذلك في «تعليق القاضي حسين»، و«الإبانة»، و«البسيط»؛ لكن في صيغة: إن قبضت منك، وبين الصيغتين فرق ظاهر.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ لِلْإِقْبَاضِ مَجْلِسٌ**) أي: لأنه لا يقتضي التمليك عندها على ما رجحاه؛ بل هو صفة محضة، كما سبق بما فيه من الاضطراب.

قال: (**قُلْت: وَيَقَعُ رَجْعِيًّا**) أي: كإن دخلت الدار، ونحوها من الصفات، ومنه يعلم أنه لا يجب مال أصلًا لا مسمى، ولا غيره.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِتَحَقُّقِ الصِّفَةِ أَخْذٌ بِيَدِهِ مِنْهَا، وَلَوْ مُكْرَهَةً، والله أعلم**) هذا الكلام لم يصدر منه - ﷫ تعالى - [عن رَوِيّة] وكأنه أراد بقوله: «أخذ بيده منها» الإشارة إلى أنه لا يكتفي الوضع بين يديه، ولا البعث مع الوكيل؛ لكن هذا في صيغة: إن قبضت منك، كما سنوضحه، وأما: إذا أقبضتني، فلا يصح ما ذكره قطعًا، وسبق كلام ابن الرِّفْعَة، ونقله في الإقباض.

وحاصل «النهاية» وقوله: إن أقبضتني محمول على التعليق، فإذا أكرهها فأقبضته مكرهة؛ فعلى القولين في الصفة إذا وجدت كرهًا هل تطلق؟ وسيأتي، ثم إذا قال: إن أقبضتني، فجاءت به، وأوقعته بين يديه، فهذا إقباض، ولا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبضه بالتراحم، ولو قال: إن قبضت من مالك ألفًا، فقبضته، فهذا لها وقع قولًا واحدًا، فإنه قبض مختارًا، ولو أكره فقبض مكرهًا فقولان، انتهى.

فما زاده المصنف فيه نظر من وجهين:

أحدهما: اشتراطه الأخذ باليد، وقد بان ما فيه.

والثاني: حكمه بالوقوع فيما إذا أخذه منها مكرهة، وهو سهو، وإنما يأتي

……………………………………………………………………

على وجه مرجوح إذا دفعته بنفسها كرهًا، وكلام «الشرح» و«الروضة» موافق لكلام الإمام، وغيره، وقولهما: ولو قبض منها مكرهًا [طلقت] عائد إلى قوله: إن قبضت منك، وكذا قولهما: ويعتبر في القبض الأخذ باليد؛ لأنهما ذكرا الحكمين بعدها، والصواب تخصيص الوقوع بأخذه منها كرهًا بصورة قوله: إن قبضت منك، لا إن أقبضتني.

وليته قال: ويشترط لتحقق الصفة إقباضها، ولو مكرهة؛ لأنه صفة محضة عنده لا تختلف بإكراه، ولا عدمه، ولا يقصد به حنث، ولا منع كغروب الشمس.

ثم رأيت شارحًا أنكر ما أنكرته، وساق كلام الرَّافِعِي في صيغة: إن قبضت منك، وأنه يعتبر فيه الأخذ باليد، ولا يكفي الوضع بين يديه، ولا البعث مع الوكيل، ولو قبض منها مكرهة طلقت؛ لوجود الصفة، وهذا صحيح في مسألة القبض، أما إذا كان التعليق على الإقباض، وأكرهت عليه، فلم يذكرها الرَّافِعِي، فإن فرض الإكراه من أجنبي فلا شك أنه لا يقع الطلاق؛ لأن الإقباض الاختياري لم يوجد منها، والإقباض بالإكراه الملغى شرعًا لا اعتبار به، فذكره في «المنهاج»، وعلى هذا التقدير سهو، وإن فرض الإكراه من الزوج على الإقباض المعلق عليه، فالحق أيضًا عدم وقوع الطلاق، ويحتمل أن يقال: لما كان هو المالك للطلاق لم يكن إكراهه دافعًا لوقوعه، وهذا الاحتمال ضعيف، وعلى كل تقدير قول «المنهاج»: «ولو مكرهة» سهو لم أجد له مخرجًا؛ إذ الكلام على المشهور: أن الإكراه يرفع حكم الحنث، وما قاله صواب.

ثم قال: وأما اشتراط الأخذ بيده فلم يتعرض له الرَّافِعِي في الإقباض، وذكر ما نقلته عنه في «الغنية»، واقتضى كلامه تصحيح كلام «المنهاج» في أنه: لا يكفي الوضع بين يديه، والظاهر: أنه لم ير كلام الإمام، ولا ابن الرِّفْعَة، فلذلك قال ما قال، وقد بينا ذلك، [ولله الحمد والمنة].

وقد مشى بعض شارحي «المنهاج» على ظاهر لفظه، وكلامه كلام من لم يتصور ما قاله، ولا تأمل كلام الرَّافِعِي، و«الروضة» أو فهم عنهما أنهما أرادا

وَلَوْ عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ عَبْدٍ وَوَصَفَهُ بِصِفَةِ سَلَمٍ فَأَعْطَتْهُ لَا بِالصِّفَةِ لَمْ تَطْلُقْ أَوْ بِهَا مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَمَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُ سَلِيمًا. وَلَوْ قَالَ: عَبْدًا طَلُقَتْ بِعَبْدٍ ....

بما تقدم صورة: إن أقبضتني، وهو غلط وقبح.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ عَبْدٍ وَوَصَفَهُ بِصِفَةِ سَلَمٍ فَأَعْطَتْهُ لَا بِالصِّفَةِ؛ لَمْ تَطْلُقْ**) أي: لعدم وجود المعلق عليه، ولم يملكه.

قال: (**أَوْ بِهَا**) أي: بالصفة.

(**مَعِيبًا؛ فَلَهُ رَدُّهُ**)؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة [فإذا اطلع على العيب تخير فإن شاء أمسكه ولا شيء له، وإن شاء رده.

(**وَمَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: قِيمَتُهُ سَلِيمًا**) والخلاف مبني على أن بدل الخلع] في يدها مضمون ضمان عقد، أو ضمان يد، قاله ابن الرِّفْعَة، وحكي الرَّافِعِي وجهًا: أنه لا يرده؛ بل يأخذ الأرش، وظاهره: أنه ليس له الرد، وحكى الْمَاوَرْدِيُّ وجهًا على القول الثاني: أن له إمساكه، وأخذ الأرش؛ لأنه أقرب من الرجوع بجميع القيمة، وهو يفهم أنه غير ما نقله الرَّافِعِي⁽¹⁾.

إشارات: لا خفاء أن العبد مثال، وأنه لو أعطته الموصوف بالصفات المذكورة سليمًا طلقت، وملكه، وأنه لو أخذه عالمًا بعيبه؛ فلا رد ولا أرش، وأنه ليس له المطالبة عند اطلاعه على العيب، بعبد بتلك الصفات بحال، بخلاف ما لو خالعها على عبد موصوف وقبلت، وأحضرت له عبدًا بالصفات المذكورة، فقبضته، ثم اطلع على عيبه، فإن له رده، والمطالبة بعبد سليم بتلك الصفات؛ لثبوته في الذمة بتلك الصفات، وهنا إنما تعين بالتسليم، فصار كالمعين بالعقد.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: عَبْدًا**) أي: ولو علق بإعطاء عبد مطلقًا من غير وصف، ولا تعيين (**طَلُقَتْ بِعَبْدٍ**) أي: من صغير، أو كبير، ومعيب، وسليم، ومسلم، وكافر، ومدبر، ومعلق بصفة مما هو جاز في ملكها، إلا بما سنذكره؛ لوجود الصفة المعلق عليها، ولا تطلق بإعطاء خنثى مشكل؛ لاحتمال كونه أنثى،

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٢٢٩).

إِلَّا مَغْصُوبًا فِي الْأَصَحِّ وَلَهُ مَهْرُ مِثْلٍ.

هكذا أطلق، وكان الغرض فيما إذا دام إشكاله، أما لو وضحت ذكورته، فالظاهر أن يحكم بوقوع الطلاق يقينًا.

قال: (**إِلَّا مَغْصُوبًا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن الإعطاء يقتضي التمليك، فلا يصدق بدفع ما لا يمكن تملكه، والثاني: يطلق؛ لأنه لا يملك المعطى، فلا فرق بين المغصوب وغيره، وأحسبه ظاهر نص «الأم» حيث قال: ولو قال: إن أعطيتني عبدًا، فأنت طالق، فأعطته عبدًا أي: عبد كان فهي طالق، ولا يملك العبد، وله عليها صداق مثلها، ثم ذكر صورًا، ثم قال: لأن هذا كقوله: إن دخلت الدار، وإنما قلت: إنه ظاهر النص؛ لأنه لم يضفه إلى ملكها، بل جعله كدخول الدار.

إشارات: ويستثنى أيضًا عبدها المكاتب، والمرهون، والمأجور من غيره على الصحيح، والمأجور ذكره الرَّافِعِي، ولعله بناه على منع بيعه، فإن جوزناه فينبغي أن تطلق بدفعه قطعًا، وقد نبه عليه في «الروضة»، والجاني المتعلق برقبته مال كالمرهون، والموقوف، والمشترك كالمغصوب.

قال الشيخ أبو حامد: ولو كان لها عبد مغصوب، فأعطته إياه؛ لم يقع لأنه لا يصح أن تملك بالعقد كالمكاتب، قال الْمَاوَرْدِيُّ: الذي أراه أنها تطلق بدفعه؛ لأنه تجوز المعاوضة من الغاصب، وبالدفع خرج عن كونه مغصوبًا، انتهى.

وأبو حامد لا ينازع فيما إذا خرج بالدفع حكم الغصب؛ بل كلامه محمول على ما إذا أعطته إياه على وجه لا يستقر معه في يده، بل سلطان الغاصب باقٍ على حاله، فيصير كالمكاتب.

قال: (**وَلَهُ مَهْرُ مِثْلٍ**) أي: لأنه لم يطلق مجانًا، ولا يملك الرجوع هنا إلى قيمة المجهول، وقيل: يقع الطلاق رجعيًا، ولا يرجع بشيء إلا إذا ابتدأت، وسألت الطلاق بعوض، فأجاب: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق، فأعطته؛ رجع إلى مهر المثل، وقوله: «وله مهر مثل» أي: في غير المغصوب ونحوه، أما لمغصوب ونحوه ممن استثناه فلا يقع بدفعه الطلاق على الأصح، ولا يستحق شيئًا.

……

تنبيه: قالا: ولا يخفى أن الإعطاء في جميع صور القبض ينبغي أن يقع في المجلس أي: وإن كان المعطي لا يملك للجهالة أو غيرها، ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد؛ طلقت بإعطاء المغصوب على الأصح.

وقال المحاملي: إنه المذهب خلافًا لابن أبي هريرة، وأجاب الْمَاوَرْدِيُّ: بعدم الوقوع، وحكى الخلاف في عبدها المغصوب، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، وقال هنا: إنه إذا لم يعين العبد؛ طلقت بعبدها المغصوب وجهًا واحدًا، وفرق بأن العبد المطلق لا يملك بالدفع؛ فغلب فيه [حكم التعليق بالصفة، والمعين يملك بالدفع؛ فغلب فيه] حكم المعاوضة، وهذا الفرق يقتضي أن المعين أولى بأن يقع على العكس مما سبق، ويحتمل أن يفرق في قوله: «هذا العبد» بين أن يعلم أنه مغصوب، أو يجهل، أو يظنه ملكها.

فروع في مسائل منثورة تعم بها البلوى:

أحدها: لو قال: إن أبرأتني من صداقك فأنت طالق فأبرأته، وهي تعلمه، وهي جائزة التصرف في مالها.

ففي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه يقع رجعيًا، وهو تعليق بصفة وهو الإبراء، وقال: في آخر الخلع من «تعليقه» يقع بائنًا، كما لو قال: إن أعطيتني كذا فأنت طالق.

وبهذا صرح الإمام في آخر «باب خلع المشركين» ونحوه قول الْقَفَّال في «الفتاوى»: إن أبرأتني من الدين الذي لك عليَّ، وحكى في «الكافي» وجهين ولفظه: فأبرأته في مجلس التواجب وقع بائنًا على الأصح، بخلاف قوله: إن أبرأت فلانًا من دينك، فأبرأته يقع رجعيًا؛ لأنه تعليق محض، وفي الأول معنى المعاوضة.

وأطنب ابن أبي الدمّ البحث في: إن أبرأتني من صداقك، وقال: إنه لم يعثر فيها على وقوعه بائنًا، وإن كان هو الحق، ووافق ابن الرِّفْعَة، وغيره على أن الحق وقوعه بائنًا، واقتضى ما يتوهم في توجيه المنع؛ لأن الإبراء إسقاط

....

فلا تتحقق العوضية فيه، وليس بشيء؛ لأنه في معناه.

الثانية: قال في «الكافي»: لو قال: إن أبرأتني عند الصداق، ونفقة العدة فأنت طالق؛ فأبرأته عنهما.

قال الْقَفَّالُ: لا يقع شيء؛ لأنه علق الطلاق بصفتين [بإبراء عن الصداق ونفقة العدة وهي غير واجبة فلا يصح الإبراء عنهما، ومتى فاتت إحدى الصفتين] لا يقع شيء.

الثالثة: لو قالت: إن طلقتني فأنت بريء من صداقي، أو فقد أبرأتك من صداقي؛ فقال: طلقتك.

قالا في «الروضة» و«الشرحين»: يقع رجعيًا(١)، ولم يبرأ من الصداق؛ لأن الإبراء لا يصح تعليقه على «الجديد» الأظهر، وكان لا يبعد أن يقال: طلق طمعًا في عوض، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة، فاسدًا كالخمر، ثم ذكرا في الفروع المنثورة قبيل كتاب «الطلاق» عن «فتاوى القاضي الحسين»: أنها لو قالت: إن طلقتني أبرأتك عن الصداق، أو فأنت بريء منه، فطلق لا يحصل الإبراء؛ لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل؛ لأنه لم يطلق مجانًا، انتهى.

وبه أجاب في «الكافي»، [وهو منطبق على بحث الرافعي؛ لكن المشهور في «تعليق القاضي حسين» أنها لو قالت: أبرأتك بشرط أن تطلقني؛ فباطل لأن الإبراء لا يقبل التعليق فإن طلق فرجعي والمال في ذمته، والحاصل وجهان في «الكافي»] وكأنه أخذهما من جوابي القاضي حسين، وصحح ابن الصلاح ما ذكره القاضي في «الفتاوى».

وقال في «التعليق»: في هذا الثالث معاوضة صحيحة، وهذا هو المعتمد المختار.

الرابعة: لو قالت: أبرأتك من صداقي فطلقني، أو قال: إن أبرأتني عن صداقك طلقتك، فقالت: أبرأتك؛ برأ ثم هو بالخيار فإن طلق وقع رجعيًا،

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٦/ ٨٠).

قاله القاضي الحسين في «الفتاوى»، وقال في «الكافي»: يكون رجعيًا على الأصح، وقال الرَّافِعِي إثر كلام القاضي: ويمكن أن يقال: إنما قصدت جعل الإبراء عوضًا عن الطلاق ولذلك رتب سؤال الطلاق عليه، فليكن كما لو قالت: طلقني وأنت بريء من صداقي، انتهى.

الخامسة: قال في «الكافي»: لو قالت: إن طلقت ضرتي فأنت بريء من صداقي، فطلقها؛ لا يبرأ، وتقع البينونة على مهر مثل ضرتها، ولو قالت: أبرأتك من صداقي وعليك الطلاق، أو بشرط الطلاق، أو على أن تطلقني، أو بالصك وأرادت به الصداق، وطلقها في مجلس التواجب؛ بانت وبرأ عن الصداق، ولو قالت: قبلت تقع البينونة؛ لأنها أبرأته في مقابلة الطلاق، فقبول البراءة التزام الطلاق، انتهى. وفي هذا نظر، وهذا إن صح كان محله بما إذا نوى بقلبه التطليق على المبذول، وفيه ما فيه.

السادسة: سُئِلْتُ فِي فُتْيَا عَمَّنْ خَالَعَ زَوْجَتَهُ عَلَى صَدَاقِهَا عَلَيْهِ فَادَّعَى أَبُوهَا أَنَّهَا تَحتَ حَجْرِهِ وَحَكَمَ الْحَاكِمُ لَهُ بِذَلِكَ، هَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا أَمْ بَائِنًا؟ فَأَجَبْت يَقَعُ رَجْعِيًّا لَهُ الرَّجْعَةُ بِشَرْطِهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَارَضَ الْأَبُ فِي دَعْوَاهُ بَقَاءَ الْحِجْرِ وَادَّعَى أَنَّهَا كَانَتْ رَشِيدَةً حِينَ خَالَعَتْهُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِصِحَّةِ الْخُلْعِ وَالْبَيْنُونَةِ، وأما في الباطن فحكمه مبني على حقيقة الحال.

السابعة: ذكر في «الروضة» عن «فتاوى الْقَفَّالُ» أنه لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه فإن جهلت الحال فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى؟ فيه قولان وإن علمت نظر إن جرى لفظ الطلاق كطلقتك على صداقك فهل يقع بائنًا ويعود الخلاف فيما يلزم، أم يقع رجعيًا؟ وجهان، وإن جرى لفظ الخلع [فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق فهنا أولى وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع] هل يقتضي ثبوت مال، انتهى.

وفي «الكافي» أنه لو قال: خالعتك بمالك عليَّ من الصداق أو بما بقي لك من الصداق فقالت: قبلت، ثم تبين أنه لم يكن لها عليه شيء من الصداق؛ تقع

……

البينونة، وعليها مهر المثل؛ لأنه ما طلق مجانًا؛ بل شيء ظن أن يحصل له، ولو كان عالمًا ألا شيء عليه من صداقها؛ وقع رجعيًا، ولا شيء عليها، انتهى.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنها لو خلعت نفسها بما بقي لها من الصداق، وخالعها الزوج عليه، ولم يكن بقي لها عليه شيء بانت، وعليها مهر المثل، كما لو تخالعا، ولم يسم مالًا، وفيه وجه آخر.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر؛ لأنه إن كان في حال جهلها بالبراءة من الصداق فيتجه [القطع بالحصول ويبقى النظر في الرجوع إلي مهر المثل أو مقدار ما ظناه باقيًا من الصداق] وإن كان في حال علمها بالبراءة فذلك هزل، وبدل الخلع شبيه بالثمن، وبيع الهازل في صحته خلاف، فيجوز أن يقال: إن قلنا مطلق الخلع يوجب المال ففي وجوبه هنا خلاف؛ لأجل الهزل، وقد يعكس، والأقرب [إن ما ذكره مفروض في حالة العلم، وحينئذٍ فالمسألة شبيهة بما لو خلعها على ما في كمها ولا شي فيه] انتهى.

وذكر الرَّافِعِي والْمُتَوَلي: أن خلع الهازلين ينعقد إذا قلنا: الخلع طلاق، وعلى قول الفسخ يكون على الخلاف في البيع، وفي تشبيهه بالهازل نظر؛ لأن الهازل يأتي باللفظ على ألا يترتب عليه مقتضاه، وهنا لم يتهازلا بلفظ الخلع؛ بل أتيا في حالة العلم بما يقرب من الهزل بالنسبة إلى العوض، والعوض ليس ركنًا حتى يستلزم الهزل في الطرف الآخر؛ بل يقتضي أثر الهزل على العوضين، ويجعل كأنهما تخالعا من غير ذكر عوض، ولا التزامه، فيكون كما لو تخالعا من غير ذكر مال.

ويحتمل أن يقال: لا يجب المال، وإن وجب حالة الإطلاق؛ لأنه لما أوقع الخلع على شيء معدوم دل على عدم رغبته في المال أصلًا، وأما مسألة إذا طلقها على ما في كفها، أو كمها، ولم يكن فيه شيء، ففي «الوسيط»: أنه يقع الطلاق رجعيًا.

قال الرَّافِعِي: والذي نقله غيره وقوعه بائنًا بمهر المثل، ويشبه أن يكون

....

الأول: فيما إذا كان عالمًا بالحال، والثاني: فيما إذا ظن في كفها شيئًا.

قال في «الروضة»: قلت: المعروف الذي أطلقه الجمهور كأصحاب «الشامل» «والبيان» «والتتمة» «والمستظهري» وغيرهم وقوعه بائنًا بمهر المثل، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين، انتهى.

والظاهر حمل كلامهم على ما إذا ظن فيه شيئًا، والله أعلم.

الثامنة: قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، وقع بأي نوع أعطته من النقد الخالص، جيدًا أو رديئًا؛ لكن إذا كان في البلد نقد غالب فعن العراقيين أنه لا يقع إلا به، وفي «الحاوي» وجهان: في وقوعه بغير الغالب، يعني: حيث كان نقودًا وأحدها غالب، أما إذا لم يغلب أحدها طلقت بواحدة منها جزمًا، وإذا كان فيها غالب وغيره فأتت بغي الغالب؛ فالعراقيون أو بعضهم قالوا: لا يقع، والخراسانيون والرَّافِعِي قالوا: يقع وتطالب بالغالب، فلو أتته بدراهم مغشوشة، وهي النقد الغالب في البلد.

أطلق الْغَزَالِيُّ: أنه لا ينزل اللفظ عليها فلا يطلق إلا إذا أعطته الخالصة، وقطع الْبَغَوِي والْمُتَوَلِّي بأن اللفظ ينزل على المغشوشة، ويقع الطلاق بها، وهل تسلم له الدراهم بذلك؟ قال الْمُتَوَلِّي: يبنى على التعامل بها إن لم يجوزه ردها وله مهر المثل، وإلا سلمت له الدراهم، قال في أصل «الروضة» وفي «الشرح الصغير» أيضًا: ويشبه أن يكون ما ذكره الْغَزَالِيُّ أصح.

قلت: والمختار ما قاله الْمُتَوَلِّي، وهو ما يقصد في هذه الأزمان وعليه العمل، ولا يعرفون التعامل في هذه الأمصار بغيرها؛ فينزل الإطلاق عليه.

قال في «الكافي»: وهو الأصح في طريقتنا، انتهى. نعم، لو كان بناحية يتعاملون فيها بالخالصة، وهي غالبة عندهم تعينت.

التاسعة: لو أوقع الطلاق على تقسيط صداقها الحال عليه، قال العماد بن يونس: يقع بائنًا، ويجب مهر المثل، ولا يتقسط الصداق، وكأن وجهه أنه جعل التقسيط عوضًا، ولا يصلح؛ لكن يحتمل ألا يقال: إذا علق على

....

التقسيط [عوضًا] فوفت له بذلك، كما ذكره كان تعليقًا محضًا فيقع رجعيًا، والله أعلم.

العاشرة: قال ابن الصلاح: لو قال: إن وهبتني مهرك طلقتك، فقالت: إن الله قد وهبك فطلق؛ طلقت، وبرأ منه إن كانت أرادت بلفظها المذكور ذلك، وإن لم ترده لم يبرأ، فإن انضم إلى عدم إرادتها إرادته إيقاع الطلاق في مقابلته؛ لم يقع، وإن أرادت: إني أبرأتك إن طلقتني، ففيه الخلاف المذكور أي: في تعليق الإبراء على الطلاق، فعلى الأصح يكون خلعًا صحيحًا، ويبرأ من الصداق بناء على أن هبة الصداق وإن كان دينًا صحيحًا، وإن لم ترد الهبة أو أرادتها؛ ولكن أرادت غير ما أراد الزوج من المهر؛ لم يبرأ منه، وينظر في الطلاق؛ فإن كان أوقعه مجانًا، فهو واقع، وإن أوقعه على ما لم ترد هي في الصورتين معًا، لم يقع؛ لأنه لم يوقعه إلا على ذلك ولم تقبل.

الحادية عشرة: قال ابن الصلاح لو قال: إن أبرأتني من صداقك، وأخرت علي دينك إلى رأس السنة فأنت طالق، فقالت: أبرأتك، وأخرتك؛ كان طلاقًا وخلعًا، ويبرأ من صداقها إذا علمته ولم تكن محجورة إلا أن يكون المراد بتأخيرها للدين، تأخيرًا يصير به مؤجلًا؛ فيكون عوضًا فاسدًا، فيفسد الخلع، وله مهر مثلها، ويبقى صداقها دينًا كما كان، انتهى.

وتشبه ألا يكتفي بقولها: «أخرتك» في وقوع الطلاق؛ بل لا بد من وجود التأخير، وهو الصبر به إلى آخر السنة؛ لأن المعلق عليه وجود التأخير، لا بلفظها أخرتك؛ فلا يطلق ما لم تمض المدة بلا مطالبة، ويكون قد علق الطلاق بشيئين بالإبراء، وبالصبر بالدين؛ فإذا وجد أوقع الطلاق، وإلا فلا، وإن أراد بتأخير الدين صيرورته مؤجلًا؛ فينبغي ألا يقع الطلاق أصلًا؛ لأن إحدى الصفتين مستحيلة شرعًا.

قال بعض الفضلاء: وأما البراءة من الصداق المعلوم من الرشيدة فينبغي نفوذه مطلقًا، وإن كانت إنما أبرأته بناء على كونه صفة لوقوع الطلاق، هذا مقتضى القواعد، انتهى.

وَلَوْ مَلَكَ طَلْقَةً فَقَطْ فَقَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ الطَّلْقَةَ فَلَهُ أَلْفٌ، وَقِيلَ: ثُلُثُهُ، وَقِيلَ: إِنْ عَلِمَتْ الْحَالَ فَأَلْفٌ وَإِلَّا فَثُلُثُهُ.

وفي «فتاوى تلميذ ابن الصلاح الإمام العلامة تقي الدين ابن رزين قاضي مصر»: لو قال لها: إن أمهلتني بحقك ثلاثة أشهر فأنت طالق، وأراد الوقوع في الحال، فقالت: أمهلتك خمسة أشهر؛ أنه إن قصد التعليق على القول أو الرضا وقع، وإن قصد التعليق [على الصبر] لم يقع، ومن رضي بخمسة رضي بثلاثة، انتهى.

ولعله أراد بقوله: «لم يقع» أي: في الحال لا أنه لا يقع وإن أمهلته المدة التي ذكرها ويرشد إليه قوله: ومن رضي بخمسة رضي بثلاثة، والظاهر أنه وقع في نسخة «الفتاوى»، نقص، والله أعلم.

قال المصنف - رحمه الله تعالى-: (**وَلَوْ مَلَكَ طَلْقَةً فَقَطْ فَقَالَتْ: طَلِّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ الطَّلْقَةَ؛ فَلَهُ أَلْفٌ، وَقِيلَ: ثُلُثُهُ، وَقِيلَ: إِنْ عَلِمَتْ الْحَالَ فَأَلْفٌ، وَإِلَّا فَثُلُثُهُ**).

والأول: نصه في «المختصر» وهو الأظهر على ما ذكره الْقَفَّال، وأبو علي السِّنْجِي، والقاضي أبو الطيب، وأكابر الأئمة؛ سواء [أ] علمت بالحال أم لا؛ لأن الواحدة والحالة هذه كالثلاث إذا كانت مملوكة.

والثاني: خرجه الْمُزَنِيّ ووافقه جماعة.

والثالث: توسط لابن سريج، وأبي إسحاق وآخرين، فقالوا: إن علمت فهو مراد النص؛ وإلا فيوزع كما قاله الْمُزَنِيّ واختاره الرُّويَانِي.

وقال في «التجربة»: قال أكثر أصحابنا: معنى النص إذا علمت ذلك، وهي تريد به الواحدة الباقية؛ فإن لم تعلم كان له ثلث الألف، قال: وعلى هذا لو اختلفا فقال الزوج: كنت تعلمين ذلك، وأنكرت؛ تحالفا فإذا حلفا لزمها مهر المثل، انتهى.

ونقل الحناطي وجهًا رابعًا: أنه يبطل المسمى، ويرجع إلى مهر المثل.

وخامسًا: أنه لا شيء له؛ لأنه لم يوقع الطلاق المسئول، ولو قال: أنت

وَلَوْ طَلَبَتْ طَلْقَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بِمِائَةٍ وَقَعَ بِمِائَةٍ، وَقِيلَ: بِأَلْفٍ، وَقِيلَ: لَا تَقَعُ، ......

طالق ثلاثًا فالمسألة بحالها على وفق سؤالها، فعن «التلخيص»: أنه يثبت مهر المثل.

قال الإمام: ولم يتعرض لهذا فيما تقدم؛ بل أطلق ثبوت المسمى كما أطلقه الأصحاب، واتفق المعظم على تغليطه في إثبات مهر المثل.

قال الشيخ أبو علي: وجدت نسخًا من «التلخيص» أصلح فيها ذكر مهر المثل، وحذف، وقيل: يلزمها هنا ثلث الألف؛ لأنه أوقع الثلاث بالألف، فلا يقابل الواحدة إلا بثلاثة، ولو سألت الثلاث بألف، وهو لا يملك الاثنين فطلقها واحدة؛ فله ثلث الألف على النص.

وتخريج الْمُزَنِي: وكذا على وجه التفصيل إن جهلت، وإن علمت فله نصفه، وإن طلقها الطلقتين فالألف على النص في «المختصر» و«الأم»، وثلثاه على التخريج، وعلى التفصيل الجميع إن علمت، والثلثان إن جهلت، وزاد الحناطي رابعًا: وهو مهر المثل، وخامسًا: وهو ثلثا مهر المثل.

وسادسًا: هو أنه لا شيء له.

قال: (**وَلَوْ طَلَبَتْ طَلْقَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بِمِائَةٍ؛ وَقَعَ بِمِائَةٍ**)؛ لأنه رضي بها ولم يوقعه إلا عليها، (**وَقِيلَ: بِأَلْفٍ**)؛ لأن الزوج لا يحتاج إلى قبول المبذول؛ بل يكفي في استحقاقه أن يطلقها؛ إذ لو اقتصر على «طلقت» استحقه، فيعمل بذلك، ويلغى قوله: «بمائة» (**وَقِيلَ: لَا تَقَعُ**) أي: لمخالفة الجواب السؤال، كما لو خالفته في قبولها، وعليه اقتصر الإمام في موضع.

فرع: في النسخ الصحيحة «بالمحرر» هنا: لو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثًا [وقع الثلاث واستحق الألف، ولو أعاد ذكر الألف فقال: أنت طالق ثلاثًا] بألف، فكذا على الأظهر، هذا لفظه(١).

ونقل نسخه المصنف واختصره كذلك صاحب «تهذيب المحرر» وغيره، وسقط ذلك من نسخ كثيرة ومنها اختصر المصنف ومراد «المحرر» بالأظهر

---

(١) انظر: «المحرر» (ص٣٢٥).

وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَدًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ غَدًا أَوْ قَبْلَهُ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَقِيلَ: فِي قَوْلٍ بِالْمُسَمَّى.

الأصح من أوجه أربعة.

ثانيها: تقع الثلاث، وله ثلث الألف.

ثالثها: لا يقع شيء.

رابعها: تقع واحدة بثلث الألف.

قال الرَّافِعِي: وحق هذه الوجوه أن تطرد فيما إذا لم يعد ذكر الألف.

قلت: وهي في «البيان» خلا الرابع مطلقة لم يقيدها بإعادته، وفي «البحر» نحو «البيان»؛ لكنه في «البيان» أشار إلى نقلها عن «الإبانة»، ولم يطلق في «الإبانة»، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَدًا بِأَلْفٍ، فَطَلَّقَ غَدًا أَوْ قَبْلَهُ؛ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ**) لأنه إن طلق في الغد فقد حصل مقصودها، أو قبله فكذلك وزيادة، فأشبه لو طلبت واحدة بألف فطلق ثلاثة بألف، وللإمام احتمال في استحقاقه العوض في هذه الصورة، من جهة أنه من وجه خلاف غرضها.

(**وَقِيلَ: فِي قَوْلٍ: بِالْمُسَمَّى**) [اعلم أنه أشار إلي طريقتين: المذهب القطع بوقوعه بمهر المثل، والثانية: على قولين: ثانيهما: يقع بالمسمى] هكذا عبر الرَّافِعِي، وفيه نظر؛ لأنا متى حكمنا بالمسمى لم نحكم بفساد الخلع، والتفريع هنا إنما هو على الفساد، وعبارة العراقيين سديدة، وهي: وفي القول الثاني بمثل الألف، واعتذر عنه بجواز أن يكون فرضها فيما إذا كان الألف في الذمة، والعراقيون فيما إذا كان معينًا، وفيه نظر؛ لأنه مثل في «الشرحين» بصورة الذمة والعين.

قلت: ذَكَرُوا فِي الْكَفَّارَاتِ عَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي غَدًا بِأَلْفٍ ففعل؛ فَقَدْ اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ، وَقَضِيَّتُهُ اسْتِحْقَاقُ الْمُسَمَّى هَاهُنَا إِلَّا أَنْ يُقَالَ: لِحَاظُ الْمُعَاوَضَةِ هُنَا أَقْوَى، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الْعِتْقَ يَصِحُّ الْتِزَامُهُ لِلْغَيْرِ فِي الذِّمَّةِ لِتَشَوُّفِ الشَّارِعِ إِلَيْهِ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ.

……………………………………………………………………

إشارات: لا خفاء أنه إذا طلق بعد الغد يقع رجعيًا، وفيه بحث مأخوذ من قول الدارمي، لو قال لوكيلها: طلقها يوم الخميس فطلقها يوم الجمعة نفذ، فهل يفرق بين أن يطلقها عالمًا بفساد ما جرى، أو جاهلًا؟ قال القاضي الحسين والْمُتَوَلِي والْبَغَوِي، وصاحب «الكافي»: يفرق فلا يلزمها شيء إذا طلقها عالمًا؛ بل يقع رجعيًا.

قال في «الروضة»: وضعفه الإمام بالخلع على الخمر ونحوه؛ فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل، انتهى.

وعدم الفرق وهو مقتضى كلام الجمهور؛ بل صرَّح الإمام بذلك عنهم وأضرب في «الشرح الصغير» عن ذكر مقالة القاضي، وأتباعه، وأطلق «كالمحرر» و«المنهاج»، وهو يفهمك أن المذهب عنده عدم الفرق.

قال ابن الرِّفْعَة: لو قصد بطلاقه في الغد الابتداء؛ وقع رجعيًّا بلا خلاف فإن اتهمته حلف؛ لأنها لو سألته إيقاع الطلاق ناجزًا بعوض فطلقها، ثم قال: لم أرد جوابها؛ بل الابتداء صدق بيمينه، فهاهنا أولى، انتهى.

[وما قاله أولًا واضح وما استشهد به تبع الْغَزَالِي والرَّافِعِي] فإن الإمام أبداه كما سبق تفقهًا من عنده؛ ولكنه في مسألتنا صرح بعدم القبول فيه كما ذكرته من قبل، وملخصه: ولو أنشأ الطلاق في الوقت المعين، وقصد ابتداء الطلاق لا إيقاعه جوابًا نفذ رجعيًا، ولو سألته واحدة بألف، فقال: أنت طالق على الاتصال، قصد ابتداء الطلاق لا إيقاعه جوابًا؛ وقع رجعيًا فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدق ظاهرًا مع اتصال لفظه بلفظها، وإذا انفصل الطلاق ووقع في الوقت المستدعى - يعني: مسألة الكتاب - ثم زعم أنه قصد ابتداء فالظاهر عندنا أنه يصدق ظاهرًا، وتنفصل هذه المسألة عن الجواب المتصل في الأمر الظاهر، انتهى⁽¹⁾.

---

(١) قال الخطيب: التَّوْرِيَةُ فِي الْأَيْمَانِ نَافِعَةٌ، وَالْعِبْرَةُ فِيهَا بِنِيَّةِ الْحَالِفِ إِلَّا إِذَا اسْتَحْلَفَهُ الْقَاضِي بِغَيْرِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى فِي الدَّعَاوَى، وَهِيَ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْنَثُ بِهَا لَا يَجُوزُ فِعْلُهَا حَيْثُ يَبْطُلُ بِهَا حَقُّ الْمُسْتَحِقِّ بِالْإِجْمَاعِ، فَمِنْ التَّوْرِيَةِ أَنْ يَنْوِيَ بِاللِّبَاسِ اللَّيْلَ-

وَإِنْ قَالَ: إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَدَخَلَتْ طَلُقَتْ عَلَى الصَّحِيحِ ....

وما قاله هنا هو الصحيح الجاري على القواعد؛ فلا يغرك ما جرى على الْغَزَالِي والرَّافِعِي، والرُّويَانِيِّ؛ فإنه أخذه من كلام الإمام بنحو لفظه، وجرى عليه في «الحاوي الصغير» وغيره، وكلهم جروا على كلام الإمام الأول، ولا يخفى عدوله عن القياس الظاهر، وعجب من ابن الرِّفْعَة فإنه نقل من أطراف كلام الإمام هنا ما يقتضي أنه وقف عليه، ولم يذكر ذلك، وكأنه لم يتأمل المسألة من أولها إلى آخرها، ثم شذ عنه.

ثم رأيت الدارمي قال: ولو قالت: طلقني على ألف درهم، فقال: على ألف، ينوي عبدًا أو دنانير، أو جوابًا لا عن كلامها؛ وقع الطلاق، وله الرجعة، وقوله: «على ألف» أي: قال: أنت طالق على ألف، وهذا يقتضي ثبوت خلاف من غير كلام الإمام فيما ذكرناه؛ فيحصل في تصديقه ظاهرًا في صورة اتصال كلامه بكلامها وجهان: **أحدهما**: يصدق ظاهرًا.

والثاني: تدينًا، وهو الأرجح المختار.

فائدة: إذا أوقع طلاقًا معلقًا على مالٍ؛ فقبلت ثم أرادت الرجوع قبل وقوع الطلاق، قال الإمام: لا سبيل إليه، فإن الأمر استقل بالتعليق والقبول سواء حكمنا بصحة المسمى أم بفساده؛ لتعلق الطلاق بالمال تعلقًا لا يستدرك، وليس كما استدعت منه أن يطلقها غدًا فإنها تملك الرجوع حتى لو رجعت وطلقها إسعافًا لها، ولم يشعر بالرجوع نفذ رجعيًا، وقد ينقدح فيه اشتراط بلوغ الخبر كالتوكيل، والعزل، والأظهر أنا لا نشترط ذلك؛ لأنه في حكم الرجوع عن أحد شقي العقد قبل صدور الشق الثاني من الآخر.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ، فَقَبِلَتْ وَدَخَلَتْ؛ طَلُقَتْ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: لوجود المعلق عليه، والثاني: لا تطلق؛ لأن

وَبِالْفِرَاشِ وَالْبِسَاطِ الْأَرْضَ، وَبِالْأَوْتَادِ الْجِبَالَ، وَبِالسَّقْفِ وَالْبِنَاءِ السَّمَاءَ، وَبِالْآخِرَةِ آخِرَةَ الْإِسْلَامِ. انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٨/ ٢٨٤).

بِالْمُسَمَّى، وَفِي وَجْهٍ، أَوْ قَوْلٍ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ أَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ كَرِهَتْ الزَّوْجَةُ ....

المعاوضات لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال، وإذا لم يثبت؛ لم تطلق؛ لارتباطه بالمال، فعلى الأول يشترط القبول على الاتصال، وإليه أشار بقوله: «فقبلت» بفاء التعقيب، وعن الْقَفَّالُ: احتمال وجه آخر: أنها بالخيار بين أن تقبل في الحال، أو عند وجود الصفة، والمذهب الأول.

قال: (بِالْمُسَمَّى) هذا ما مال إلى ترجيحه الجمهور تجويزًا للاعتياض عن الطلاق المعلق كالمنجز، (وَفِي وَجْهٍ، أَوْ قَوْلٍ: بِمَهْرِ الْمِثْلِ)؛ لأن المعاوضات لا يجوز تعليقها فيفسد العوض دون الطلاق؛ لقوته وقبوله التعليق، وإذا فسد العوض؛ وجب مهر المثل، وهذا ما نسب إلى رواية الربيع فدل على أنه قول لا وجه، ورجحه جماعة منهم الْمَاوَرْدِي.

قال الرَّافِعِي: ويجري الخلاف فيما إذا قالت: إذا جاء رأس الشهر فطلقني فلك ألف، فطلقها حينئذٍ إجابة لها، وإذا ثبت المسمى، فمتى يلزم تسليمه؟ وجهان:

أحدهما: عند وجود المعلق عليه، **وثانيهما**: في الحال، واختاره في «الشامل»، وظاهر الوجهين اتفاقهما على ملك العوض في الحال؛ وإنما الخلاف في لزوم التسليم، وادعى الإمام نفي الخلاف في أنه لا يملك في الحال؛ لأنه في مقابلة ملكها لنفسها بالطلاق، فإذا لم يقع لم يملك مقابلة قياسًا على عقود المعاوضات، ومن ذلك تنتظم ثلاثة أوجه.

قال ابن الرِّفْعَة: واتفق الأصحاب على أنها لا تقدر على الرجوع بعد تعليقه الطلاق، وتقدم سؤالها، وكذا بعد تقدم تعليقه وقبولها، انتهى. وسبق كلام الإمام في ذلك قريبًا.

قال: (وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ أَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ كَرِهَتْ الزَّوْجَةُ) وبه قال جمهور العلماء، خلافًا لأبي ثور؛ لأن الطلاق مما يستقل به الزوج، والأجنبي مستقل بالتزام المال، وله بذل المال والتزامه فداء؛ لأن الله سبحانه وتعالى سمى

....

الخلع فداء كفداء الأسير، وكما يبذل المال في عتق عبده لسيده؛ تخليصًا له من الرق، وافتداءً، وبدل المال كخلاص من بالسفينة من الغرق، وقد يكون له فيه غرض شرعي، أو دنيوي، كما سيأتي.

قال الرَّافِعِي: وذكر الأئمة: أن صحة الخلع مع الأجنبي مفرع على أن الخلع طلاق، وأن الطلاق يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مال، أما إذا قلنا: إنه فسخ فالفسخ من غير علة لا ينفرد به الرجل، فلا يصح طلبه منه، ولا يجيء هذا الخلاف فيما إذا سأله بلفظ الطلاق فأجابه؛ لأن الفرقة الحاصلة عند استعمال لفظ الطلاق، طلاق لا ينفرد به لا محالة، وإنما الخلاف في لفظ الخلع، انتهى.

ولم أر لأصحابنا ما يخالفه ورأيت بعض أئمة العصر من غيرنا، قال: في مصنف له في المسألة: وفي مذهب الشَّافِعِي، وأحمد وجه إذا قيل: إنه فسخ لم يصح مع الأجنبي، قالوا: لأنه حينئذٍ يكون إقالة، وهي لا تصح مع الأجنبي، وهو ما ذكره أبو المعالي، وغيره من الخراسانيين، والصحيح في المذهبين أنه على القول بأنه فسخ هو فسخ، وإن كان مع الأجنبي كما صرح بذلك من فقهاء المذهبين، وإن كان صاحب «شرح الوجيز» لم يذكره - يعنى الرَّافِعِي - فقد ذكره أئمة العراقيين كأبي إسحاق الشيرازي في خلافه وغيره، انتهى.

وهذا غريب جدًا، ولم أره في كتب العراقيين في غير «نكت أبي إسحاق» فإن كلامه فيها يفهمه، ولم يصرح به، ولا نقله عن المذهب، فاعلم، وأغرب صاحب «الذخائر» فحكى وجهًا: أنه لا يصح [مع الأجنبي وإن جعله طلاقًا، ولعله قول أبي ثور ولم يعدوه وجهًا، ثم قال: وينبغي أن يفصل فيصح] فيما للأجنبي فيه غرض كالخلع عند الشقاق، وخوف ألا يقيما الحدود، ويبطل في غيره.

إشارة: قد يكون خلع الأجنبي قربة بأن يراهما لا يقيما حدود الله، أو يجتمعا على محرم والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك ففعله طلبًا للثواب، وقد يكون مباحًا لغرض مباح، قال الْمَاوَرْدِي: وقد يكون لرغبته في نكاحها، وهذا قد يستنكر، ولعله فيما إذا علم رضا الزوج بذلك، وأنه لا يكرهه.

وَهُوَ كَاخْتِلَاعِهَا لَفْظًا وَحُكْمًا. وَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَخْتَلِعَ لَهُ، ....

قال: (**وَهُوَ كَاخْتِلَاعِهَا لَفْظًا**) أي: في ألفاظ الالتزام والصيغ فيأتي فيه جمع ما ذكر في جانبها، (**وَحُكْمًا**) يعني: أن حكم الأجنبي حكم الزوجة؛ فيكون من جانب الأجنبي معاوضة فيها شوب جعالة، وإذا قال: حر رشيد طلقها ولك عليَّ ألف، ففعل؛ وقع بائنًا ولزمه المال، ولو اختلعها عبد كان المال في ذمته، أو محجور بسفه وقع رجعيًا، كما لو كانت سفيهة أو من بذر بعد رشده ولم يحجر عليه فكالرشيد على الأصح.

ولو قال الأجنبي: طلقها ولك ألف، ولم يقل: عليَّ.

فإن قلنا: لا شيء على الزوجة، فهنا أولى وإلا فوجهان، فعلى هذا الوجه تستثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف، ويرد على إطلاق قوله: (وحكمًا): أنه لو قال الأجنبي: طلقها على هذا المغصوب، أو على هذا الخمر أو على عبد زيد هذا، وطلق؛ وقع رجعيًا بخلاف ما إذا الْتمست المرأة، ذلك، هكذا قاله الْبَغَوِي، وتابعه الشيخان عليه.

قال: (**وَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَخْتَلِعَ لَهُ**) أي: سواء صرح بنفسه أو نواها، وإن صرح بالوكالة أو نواها؛ فلها، وإن لم ينوها، ولا نفسه، ففي «البسيط» و«الوسيط» أنه يقع لها، قال الرافعي: وقياس الوكالة أن يقع له، وقدمنا أن كلام الْغَزَالِي مخالف لكلام إمامه، وأنه عند الإطلاق ينصرف إليه، وهو قضية ما في «التتمة».

وحكى عن «البيان»: قال ابن الرِّفْعَة: وشاهد ما قاله الْغَزَالِي من كلام الشَّافِعِي، وأصحابه اتفاقهم على أن الوكيل إذا خالع على أكثر مما أذنت به، ولم يضف العقد إليها، ولا إلى نفسه؛ بل أطلقه أن المرأة لا تسلم عن الغرم، وإن اختلفت في مقداره، ولولا انصراف العقد إلى جهة الوكالة؛ لكانت لا تغرم شيئًا، انتهى.

وفيما قاله نظر، ومراد الشَّافِعِي، والأصحاب بالإطلاق: أنه لم يضف المال إليها، ولا إلى نفسه؛ لإطلاق الخلع من غير نية، وقد صرح الإمام بانصرافه إليه إذا أطلق المخالعة، ولم ينو الوكالة مع نقله اتفاق الأصحاب؛ أنه لا ينصرف إليه عند الإطلاق، يعني: إطلاق ذكر المسمى، ولو رأى ابن

وَلِلْأَجْنَبِيِّ تَوْكِيلُهَا فَتَتَخَيَّرُ هِيَ، وَلَوِ اخْتَلَعَ رَجُلٌ وَصَرَّحَ بِوَكَالَتِهَا كَاذِبًا لَمْ تَطْلُقْ

الرِّفْعَة كلام الإمام لما قال ذلك.

[قال ابن الرِّفْعَة:] وكلام ابن الصباغ يقتضي انصرافه إليه عند الإطلاق من غير نية أي: كما قاله الإمام، وغيره، قال: لأنه قاسه على الوكيل بالشراء، وكلام الْمَاوَرْدِي يدل على ذلك، ثم قال: وبالجملة فلا يبعد إثبات خلاف في المسألة، انتهى.

فبان بما ذكرناه أن في دعواه الشهادة لما قاله الْغَزَالِي من كلامهم نظر ظاهر، وعجب مخالفة الْغَزَالِي لإمامة من غير تعرض لكلامه، وأحسبه سبق قلم وقع في «البسيط» وجرى عليه في «الوسيط» من غير تأمل؛ فإن الاختيارات لا تكون هكذا.

قال: (وَلِلْأَجْنَبِيِّ تَوْكِيلُهَا) أي: في اختلاع نفسها.

(فَتَتَخَيَّرُ هِيَ) أي: بين أن تخالع عن نفسها، أو عنه بوكالته، فلو أطلقت فالظاهر وقوعه عنها قطعًا، وهذا كله إذا كانت مطلقة التصرف، فإن كانت محجورة بسفه، فلا يخفى حكمه مما سبق في أول الباب.

فروع: قولها لأجنبي: سل زوجي طلاقي على كذا؛ توكيل سواء قالت: عليَّ أم لا، بخلاف قول الأجنبي لها: سلي زوجك أن يطلقك على كذا؛ فإنه لا يكون توكيلًا حتى يقول عليَّ أولًا، وقول أجنبي لمثله: سل فلانًا طلاق زوجته على كذا، كقوله ذلك للزوجة، فيفرق بين أن يقول عليَّ أو لا، قاله الْبَغَوِي.

قال الإمام: لو قال لأجنبي: طلق زوجتك عني بألف، فالوجه أنه يستحق الألف؛ ثم أشار إلى احتمال في الفساد؛ لقوله: عني، والرجوع إلى مهر المثل.

قال: (وَلَوِ اخْتَلَعَ رَجُلٌ وَصَرَّحَ بِوَكَالَتِهَا كَاذِبًا؛ لَمْ تَطْلُقْ) لأنه مربوط بالمال، ولا مال، وهذا إذا لم يكن في دعوى الزوج ما يقتضي وقوع الطلاق، فإن كان بأن اعترف بالوكالة وادعاها؛ بانت بمقتضى قوله، ولا شيء له⁽¹⁾.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٣/ ٢٤٥).

وَأَبُوهَا كَأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بِمَالِهِ، فَإِنِ اخْتَلَعَ بِمَالِهَا وَصَرَّحَ بِوَكَالَةٍ أَوْ وِلَايَةٍ لَمْ تَطْلُقْ، أَوْ بِاسْتِقْلَالٍ فَخُلْعٌ بِمَغْصُوبٍ.

قال: (**وَأَبُوهَا كَأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بِمَالِهِ**) أي: حكمه حكم الأجنبي في ذلك [صغيرة كانت أو كبيرة] كالأجنبي.

(**فَإِنِ اخْتَلَعَ بِمَالِهَا وَصَرَّحَ بِوَكَالَةٍ**) أي: كاذبًا.

(**أَوْ وِلَايَةٍ؛ لَمْ تَطْلُقْ**) أي: وكان ذلك كاختلاع الأجنبي بالوكالة؛ إذا صرح بها كاذبًا؛ لأن الطلاق مربوط بلزوم المال عليها، وهي لم تقبل، ولم تأذن؛ فلا ولاية له فيما فعل، ولا وكالة.

(**أَوْ بِاسْتِقْلَالٍ فَخُلْعٌ بِمَغْصُوبٍ**) أي: فتبين ويرد ذلك عليها ويرجع الزوج عليه بمهر مثل على الأظهر؛ لفساد العوض، وببدل المبذول على الثاني، ولو اختلع بعبد أو بغيره وذكر أنه من مالها، ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال، قال الإمام: فالذي أطلقه الأصحاب: أن الطلاق يقع رجعيًا؛ ثم بحث معهم في ذلك وأثبت ترددًا في الوقوع.

تنبيهات: أحدها: أطلق القاضي الحسين أن الأب إذا خالع على عبدها، وهي صغيرة بأن قال: طلقها على عبدها؛ أن الطلاق يقع رجعيًا، [ولم يفرق بين أن يصرح بالولاية أم لا، كذا أطلق الفوراني في «العمد» أنه متى نسبه إليها بأن قال: عبدها أو يومها يقع رجعيًا].

قال الْمَاوَرْدِي ما حاصله: أنه إذا اختلعها على مالها بأن قال له: طلقها بألف عليها، أو على عبدها، ولم يأذن له؛ فالخلع باطل، سواء فيه الرشيدة، وغيرها، ثم ينظر فإن طلق ناجزًا؛ وقع رجعيًا ولا شيء له أصلًا، وإن قيد كطلقتها على العبد الذي لها؛ لم يقع، انتهى.

ومن إطلاق هؤلاء الأئمة يظهر أن ما فضله الشيخان تبعًا للغزالي فيما إذا خالع من مالها، وتفريقه بين أن يصرح بالنيابة أم لا، فيه نظر، ولم أر هذا التفصيل للأصحاب، وإنما ذكره الْغَزَالِي ومن تبعه، والإمام متردد فيه، والذي اقتضاه كلام الأصحاب: أن الخلع يقع رجعيًا، ولا يقع الطلاق في بعض

....

الصور، كما فصله الْمَاوَرْدِي لا جزمًا.

قال ابن الرِّفْعَة: إن ما ذكره الرَّافِعِي تبعًا للغزالي اتبعا فيه فقه الإمام؛ لكن الإمام من بعد أبدى ترددًا فيه.

ثم قال: ونص الشَّافِعِي في «الأم» بإطلاقه يقتضي وقوع الطلاق في كل الصور، وإذا قيل به؛ فالظاهر أنه رجعي، ويحتمل أن يقال: إنه بائن أي: فيلزمه مهر المثل على الأظهر.

الثاني: إذا خالع الأب أو أجنبي بعبد أو غيره من مالها، ولم يذكر أنه من مالها، فإن لم يعلم الزوج أنه لها؛ فكالخلع بالمغصوب كما تقدم، وإن كان عالمًا، فوجهان: أحدهما: أن المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا، وأصحهما: وهو المذكور في «الكافي» وغيره: أن الحكم كما لو يعلم؛ لأنه لم يبطل التبرع بإضافة المال إلى الزوجة، وقد يظن الزوج انتقال الملك إلى المختلع.

الثالث: ما تقدم في غير الصداق، أما لو اختلعها الأب بالصداق، أو على أن الزوج بريء من الصداق، أو قال له: طلقها وأنت بريء من الصداق، أو على أنك بريء من صداقها؛ قيل: نص في «المختصر» على وقوع الطلاق رجعيًا، وعلى عدم براءة الزوج، وأنه لا شيء على الأب، هذا مقتضى إيراد الرَّافِعِي: أنه يقع في جميع الصيغ المذكورة، وأن النص شامل لجميعها، والذي نص عليه الشَّافِعِي إنما هو فيما إذا قال: طلقها وأنت بريء من صداقها، وسيأتي عن رواية الرُّويَانِي في هذه الصورة خلاف ذلك.

وقد فصَّل الْمَاوَرْدِي بين صيغ الأب فقال: إذا قال الأب: طلقها وأنت بريء من صداقها، فطلقها؛ وقع رجعيًا ولا شيء على الأب، وإن قال الأب: طلقها على أنك بريء من صداقها، فطلق على هذا لم يقع طلاقه، وإن قال: طلقها على صداقها على أنني ضامن لك فطلقها على ذلك؛ فينظر إن كان الصداق عينًا لم تطلق؛ لأنه مقيد بتملك تلك العين، وهي لا تملك [بضمان] الأب، وإن كان في الذمة وقع، ولا يلزم الأب بضمان الصداق، ويكون قد

....

خالع على شيء فاسد؛ فيلزم الأب البدل، وفي كونه مهر المثل أو بدل المسمى فيه الخلاف المشهور، انتهى. وفي كلام غيره من العراقيين ما يوافقه في هذه التفاصيل.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو قال أب الصغيرة: طلقها وأنت بريء من صداقها؛ يصح الخلع، ويرجع على الأب بمهر مثلها في قوله «الجديد»، وبمثل مهرها المسمى في قوله «القديم» ولا يبرأ الزوج.

وقال الْقَفَّال - ﷺ تعالى -: لا يلزمه شيء؛ لأن ضمان البراءة لا يجوز، وهذا حسن؛ ولكن خلاف النص، انتهى.

الرابع: قال الرَّافِعِي: لو اختلعها بالبراءة من الصداق، وضمن الدرك، فالذي أطلقه أكثر الأئمة من العراقيين، وغيرهم: أنه لا يبرأ، وهل على الأب مهر المثل أو بدل الصداق؟ فيه القولان المشهوران: وكذا الحكم في قوله: طلقها على عبدها هذا وعلى ضمانه، وفيما يلزمه القولان، وهذه الصورة في «الشامل» عن نصه [في «الأم»].

وحكى الأمام وجهًا: أن الضمان لا أثر له، ويقع رجعيًّا، ووجهًا فارقًا بين أن يقول: وأنا ضامن من براءتك عن الصداق، وبين أن يصرح بالمقصود فيقول: وأنا ضامن للصداق إن طولبت به أديته عنك، وهذا ما اختاره الإمام، وجرى عليه الْغَزَالِي.

قلت: لم يصرح الإمام باختياره، وإنما قال: إذا خالعها، وقد ضمنت لك برأتها عن مهرها.

[قال الأصحاب][1]: المذهب وقوع الطلاق؛ ثم هل يجب على الأب مال؟ على وجهين، ثم قال: وذكر بعض المصنفين وجهًا مفصلًا وحسنًا، فقال: نراجعه في معنى الضمان، فإن قال: أردت ضمان البراءة في عينها من غير مزيد؛ لغا ضمانه، وإن قال: أردت أنك إذا غرمت أو طولبت أديت عنك

---

[1] في نسخة: (قال أبو إسحاق).

فهذا التزام مالية، فيجوز أن يضمن ضمانًا، انتهى.

وفي «البحر» قال الْقَفَّال: إذا قال: وما يلحقك من الدرك فعليَّ ضمانه، أو قال: وأنا ضامن؛ لم يلزمه شيء؛ لأن ضمان البراءة لا يصح، وكما لو قال: ضمنت لك أن تبرأ فلا معنى له، فكذلك لا معنى لقول القائل لمن عليه الحق: إن طالبك صاحب الحق بحقه فأنا أضمن لك ما يؤدى، قال: ويخالف هذا ما لو قال: طلقها على هذا العبد، والعبد لها، ولم يعلم الزوج فعليه العوض؛ لأنه سأل الطلاق على غير مال فلا بد من تسليمه، أو تسليم بدله، وهاهنا لم يلتزم مالًا، ولا تسليم عين مال، وهذا أحسن؛ ولكن الظاهر ما ذكرناه يعني: الضمان.

الخامس: وهو تتمة ما قبله، ادعى الْغَزَالِي: أن الأب إذا قال: طلقها وأنا ضامن براءتك، أن القياس وقوعه رجعيًا، ولا يلزمه شيء؛ لأن ضمان عين البراءة محال، فيغلوا ويصح القبول، ولا شك أن الكلام إذا أخذ على حقيقته، وهو ضمان البراءة كان غير ممكن؛ ولكن هذه الصيغة دالة على الالتزام، وقد طلق على ذلك.

وقد نص الشَّافِعِي في «الأم» كما قاله الفارسي في «العيون»: على أنه إذا تخالع أبو الصبية أو ولي المحجور عليها بأن ترك صداقها، وهو يعرفه على أنه ضامن لما أدركه فيه؛ كان الصداق لها على الزوج، ويرجع به على من ضمنه أبًا كان أو وليًّا أو أجنبيًا، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وإذا صح في هذا مع أن لفظه ينصرف إلى ضمان الدرك فيما وقع الخلع به باطلًا، فلأن يصح في الصورة الأولى، واللفظ يشعر بالالتزام ابتداء من غير تعلق بضمان العبد أولى وأحرى، ولذلك نص في «الأم» على ما إذا خالع على عبد من مالها على أن يضمن ما أدركه أنه يرجع على الضامن.

وقال في «البحر»: وساق ما قدمناه عنه عن الْقَفَّال.

فَصْلٌ

ادَّعَتْ خُلْعًا فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

[قال في «الكافي»]: ولو قال الأجنبي: طلقها على مهرها وأنا أضمن لها؛ يقع بائنًا، وعليه مهر المثل.

فائدة: أشار الإمام والغزالي والماسرجسي: إلى أن براءة الزوج من الصداق فيما أسلفناه من هذه المسائل يخرج علي صحة عفو الأب عن الصداق، والعراقيون رووه عن ابن أبي هريرة، وزيفوه بأن محل ذلك إذا كان بعد الطلاق، ومال الرَّافِعِي إلى أن العرض الذي اشترط له تأخر العفو تأخر حاصل؛ إذا كان مع الطلاق، وإنما المحذور إذا تقدم.

قال:

(فَصْلٌ،

ادَّعَتْ خُلْعًا فَأَنْكَرَهُ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) إذ الأصل بقاء النكاح، وعدم الخلع، فإن أقامت بينة فلا بد من عدلين ذكرين، ولا مطالبة له بالمال؛ لأنه ينكره، وفي «البيان»: إذا ادعت أنه خالعها بألف فأنكر وأقامت بينة، قال الشيخ أبو حامد: يستحق عليها الألف، فإن شاء أخذها، وإن شاء تركها، انتهى.

ولو سلم الطلاق وأنكر العوض صدق بيمينه، ولا تنقطع رجعته بدعواها الخلع.

فروع: ذكرا هنا عن «فتاوى الْبَغَوِي» أنها لو قالت: اختلعت نفسي بصداقي، وأنكر وحلف؛ أنه لا رجوع لها عليه، ولو كان له على رجل دين فقال: اشتريت منك دارك له، فأنكر الرجل وحلف؛ فله المطالبة بالدين، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق، وسقوطه بالكلية؛ لأن ذمته إذا برئت منه لا يتصور شغلها به، وفي البيع لا يحصل اليأس عن الدين؛ لاحتمال تلف الدار قبل القبض، أو خروجها مستحقة، أو ردها بعيب، وتبعه صاحب «الكافي» على الفرق، وأقره الشيخان.

قيل: وأوضح من فرقه من حيث المعنى: أن الدار بمقتضى قوله له منعه

منها ظلمًا، فيرجع إلى بدلها، وهو الثمن؛ لكن بطريق الفسخ لتعذر العوض، أو الانفساخ؛ لأن إنكاره كإتلافه قبل القبض أو يأخذ القيمة؛ للحيلولة، في مثاله خلاف ويظهر أثره فيما لو كان الدين أكثر من قيمة الدار لا يتمكن من أخذ الجميع على الثالث.

واعلمْ أن الْبَغَوِي أجاب في موضع آخر من «الفتاوى» في المسألة بعينها: بأن لها المطالبة بالصداق، وإن أقرت بالاختلاع عليه؛ لأنه إذا لم يسلم لها ما ادعت لا يلزمها العوض، ثم قاسها على مسألة الدار المذكورة، وكأنه لم يرفض الفرق، وأفتى بهذا، ثم أفتى بالفرق، ومسألة التسوية بين المسألتين ثابتة في أكثر نسخ «الفتاوى» وساقطة من بعضها؛ ورأيت نسخ «الفتاوى» مختصرة مقتضبة، ومنها ينقل الرَّافِعِي، وبعضها مطولة، وفاته منها أشياء.

قال: **(وَإِنْ قَالَ: طَلَّقْتُك بِكَذَا، فَقَالَتْ: مَجَّانًا؛ بَانَتْ وَلَا عِوَضَ)** أما بينونتها؛ فباعترافه، وأما عدم العوض؛ فلأن القول قولها فيه، والأصل عدمه، ولو أقام شاهدًا واحدًا وحلف معه، أو شاهدًا وامرأتين؛ ثبت المال، قاله في «البيان» ولا خفاء أنه لا يرثها، وأن عليه النفقة، والسكنى إلى انقضاء العدة، وسكتا عن إرثها منه لو مات في العدة، والظاهر توريثها؛ عملًا بتصديقها.

فروع: في «مختصر الْبُوَيْطِي»: وإذا أقر الزوج بالخلع، وأنكرت المرأة؛ فإن كان الرجل أقر أنه خالعها على تعجيل شيء لا يتم الخلع إلا بقبضه؛ لم يلزمه شيء إلا بدفعه، وإن أقر بالخلع بشيء يقنعها به، فأنكرت؛ طلقت ولزمه الخلع، وكانت ظالمة له، انتهى.

وإطلاق المصنف وغيره محمول على القسم الثاني ونحوه لو اتفقا على جريان صورة الخلع؛ ولكن ادعى أحدهما أن أحد شقي العقد لم يؤخذ على الفور؛ بل إنما قبلت بعد مضي زمان خيار القبول، أو ادعت أنه ما أجاب سؤالها إلا بعد ذلك، وأنكر الآخر بالقول قول مدعي التأخير عن وقت القبول، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عِوَضِهِ، أَوْ قَدْرِهِ وَلَا بَيِّنَةَ تَحَالَفَا وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ، وَلَوْ خَالَعَ بِأَلْفٍ وَنَوَيَا نَوْعًا لَزِمَ.

لو قال الزوج: خالعتك أمس فلم تقبلي، فقالت: بل قبلت، فمن المصدق؟ فيه خلاف ذكره الرَّافِعِي في «الإقرار»، ومادته قولا تبعيض الإقرار، قال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» هنا: إن القول قوله؛ لأن لا يقر أنها بانت منه بالطلاق، فلا يلزمه إلا بإقراره أو بينة لها عليه، انتهى.

لو قال: خالعتك فقبلت، فقالت: نعم قبلت مكرهة.

قال الْمَاوَرْدِي والفوراني: القول قولها.

قلت: نص الشَّافِعِي على القبول في باب الإقرار بالحكم الظاهر من «الأم»؛ لكن المذهب المشهور: أنه لا يصدق مدعي الإكراه لمجرد دعواه، ورأى ابن الرِّفْعَة، وغيره، تخريج الفرع على قولي: تعقيب الإقرار بما يرفعه.

قال: (**وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عِوَضِهِ، أَوْ قَدْرِهِ وَلَا بَيِّنَةَ؛ تَحَالَفَا وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ**) إذا اختلفا في جنس العوض، فادعى أنه مائة دينار، فقالت: بل مائة درهم، أو قدره، فقال: بمائة فقالت: بل بخمسين، أو في صفته كالصحة، والتكسير، والحلول، والتأجيل، ونحوها، أو في عينه فقال: على هذه الأمة، فقالت: بل على هذا العبد؛ فيتحالفان إذا لم تكن بينة، فإن أقام أحدهما بينة فقط قضي له، وإن أقاما بينتين تساقطتا على الصحيح.

وقيل: يفرع وعلى التقديرين، هل يحلف؟ وجهان: وعن ابن سريج ترجيح أزيد البينتين، وكيفية الإيمان، ومن يبدأ بتحليفه، سبق في اختلاف المتبايعين، فإذا تحالفا لم يؤثر ذلك في البينونة؛ وإنما يؤثر في العوض، والقول في انفساخ التسمية أو فسخها إن أصرا على النزاع كما مر في البيع والمرجع إليه هو مهر المثل؛ لأنه تعذر رد البضع إليه فرجع إلى بدله، وهو مهر المثل، وقيل: إن كان ما يدعيه أقل من مهر المثل؛ فليس له غيره، وقيل: يرجع بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى.

قال: (**وَلَوْ خَالَعَ بِأَلْفٍ وَنَوَيَا نَوْعًا؛ لَزِمَ**) أي: بخلاف البيع؛ [لأنه يحتمل

وَقِيل: مَهْرُ مِثْلٍ، ....

في الخلع ما لا يحتمل في البيع، ولهذا يملك العوض فيه بالإعطاء بخلاف البيع].

وقول الغزالي في «الوسيط»: لا يحتمل هذا الإبهام بلا خلاف، ونسبه في «البسيط» إلى العراقيين، وناقشه الرَّافِعِي، وغيره بما أوضحته في «الغنية»، نعم ما نسبه إلى العراقيين قاله إمامه إلا أن كلامه دل على أنه أخذه من فرضهم الكلام عن ذكر الجنس.

قال: (**وَقِيلَ: مَهْرُ مِثْلٍ**) وتفسد التسمية كما يفسد البيع، وهذا قول الغزالي، ونسب الإمام الأول في أثناء كلامه إلى المعظم، وللشافعي في «الأم» ما يدل عليه، وعن الشيخ أبي محمد: أن النية إنما تؤثر في مسألتنا، إذا كانا قد توافقا قبل العقد على ما يقصدان، فإن لم يسبق توافق فلا أثر لتوافق النية.

قال الرَّافِعِي: وأعرض معرضون عن اعتبار ذلك، وراعوا مجرد التوافق.

قال في «الروضة»: وهو أصح، وقول أبي محمد ضعيف، انتهى.

ثم أشار الإمام إلى خروج الخلع عن قياس الأبواب؛ لحصول الملك فيه بالإعطاء، ثم قال: فإن كان في المسألة فقه فلا يعدوا وجهين: **أحدهما**: الرجوع إلى مهر المثل، وهذا هو القياس الجلي؛ ولكني لم أر هذا لأحد من الأصحاب حتى اسند إليه مذهبًا، **والثاني**: ما ذكرته في فصل الكتابة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا ذكرا ألفًا مطلقًا، وكان تقرر بينهما جنس وصفة قبل العقد حمل عليه؛ لأنه معلوم عندهما، وإن لم يشيرا إلى شيء من الأجناس؛ فهو خلع فاسد، ويقع بمهر المثل، وهذا قريب من كلام أبي محمد؛ لكنه قال في آخر هذا القسم: إنهما لو اختلفا فقال أحدهما: أردنا جنسًا بقلوبنا، وقال الآخر: لم نرده، أو قال: أردنا الدراهم، وقال الآخر: بل الدنانير؛ ففي تخالفهما وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن ضمائر القلوب لا تعلم إلا بالقول.

والثاني: يجوز إن تخالفا] لأنه قد يكون بينهما من أمارات الأحوال ما

وَلَوْ قَالَ: أَرَدْنَا دَنَانِيرَ، فَقَالَتْ: بَلْ دَرَاهِمَ أَوْ فُلُوسًا، تَحَالَفَا عَلَى الْأَوَّلِ، وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ بِلَا تَحَالُفٍ فِي الثَّانِي. والله أعلم.

يدل على ضمائر القلوب كالأقوال، وهذا ما يدل على الاكتفاء بالنية، وإن ما ذكره أولًا من الفساد محمول على ما إذا لم ينويا نوعًا، فعلى هذا يحصل التعيين عنده بشيئين بمواطأتهما قبل العقد، وباتفاقهما على نية شيء، وبه يظهر أن كلامه مخالف لكلام أبي محمد، وصرح الْمَاوَرْدِي بعدم الحمل على غالب نقد البلد عند ذكر الألف من غير تعرض للجنس.

فرع: قال في «البيان»: قال الشيخ أبو إسحاق: إذا قال: إذا دفعت إليَّ ألف درهم فأنت طالق، ونويا صنفًا من الدراهم؛ صح الخلع وحمل ما نويا، قال: والذي يقتضيه المذهب أن نيتهما إنما تؤثر في الخلع المنجز على ما مضى، وأما هذا فهو طلاق معلق على صفة، وأي صنف من الدراهم أعطته وقع به الطلاق، ولا تأثير للنية.

وقيل: وفيما قاله نظر؛ لأنه إن أراد أنه لا تأثير للنية بحال؛ فهو بخلاف المعروف، وإن أراد أنه لا يقبل ذلك ظاهرًا فله وجه، وفي مثله خلاف.

قلت: ولعل صاحب «المهذب» يرى إن دفعت مثل إن أعطيتني يقتضي التمليك؛ فتؤثر نيتهما لقصد العوضية، والْعِمْرَانِي بنى اعتراضه على أنه تعليق بصفة لا غير، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَرَدْنَا) أي: بالألف التي أطلقناها.

(دَنَانِيرَ، فَقَالَتْ: بَلْ دَرَاهِمَ أَوْ فُلُوسًا؛ تَحَالَفَا عَلَى الْأَوَّلِ) أي: كما لو اختلفا في الملفوظ، (وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ بِلَا تَحَالُفٍ فِي الثَّانِي، والله أعلم) هذه الصورة مفرعة على أن الخلع هل يقبل الإبهام في لفظ الألف؟ والأظهر نعم، ويقتضي كلام «المنهاج» أنه على الأول لا يجري خلاف في التحالف حيث صرح بالبناء، وعبارة «المحرر»: أصح الوجهين أنهما يتحالفان.

والثاني: يجب مهر المثل، ولا تحالف، والصورة مفرعة على أن الخلع، هل يقبل الإبهام في لفظ الألف؟ وهو الأظهر، وهذه العبارة تحتمل ما ذكره

....

في «المنهاج» على بعد، ويحتمل وهو الأظهر الترتيب لا البناء، ويكون المقصود: إنا إذا قلنا عند التوافق على النية بمهر المثل فلا محل للتحالف هنا، وإن قلنا هناك بالمسمى فهاهنا وجهان:

أصحهما: يتحالفان.

والثاني: يجب مهر المثل من غير تحالف؛ لأن النزاع في النية لا مطلع عليها، وعلى هذا ينبغي حمل كلام «المحرر» لا على ما قاله «المنهاج».

فائدة: قال في «الروضة»: تخالعا، ثم قال هو: كنت مكرهًا على الرجعة فأنكرت الإكراه؛ لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال؛ لاعترافه، ولو ادعت الإكراه فأنكر صدق بيمينه، ولزمها المال، فلو أقامت بينة بالإكراه لزمه رد المال، ولا رجعة؛ لاعترافه بالبينونة، فلو لم يصرح بالإنكار، وسكت أو كانت الخصومة مع وكيله؛ فله الرجعة إذا قامت البينة.

قلت: وفي إلزامه برد المال في الصورة الأولى مع إصرارها على تكذيبه نظر؛ إذ قضية اعترافها بأنه له، وأنها لا تستحقه، ويحتمل أن يجري فيه الخلاف المذكور في الإقرار فيمن أقر لغيره بشيء فكذبه، والرَّافِعِي حكى الصورتين عن «التهذيب» وسكت مع نقلهما جميعًا عن «فتاويه» أنها لو قالت: اختلعت نفسي منك بالصداق الذي في ذمتك، فأنكر، وحلف؛ أنه لا رجوع لها به عليه، وتكلمنا عليه، وقولهما في الصورة الثانية: ولو ادعت الإكراه، وهو لفظ «التهذيب» [وظاهره أنها ادعت أنها أكرهت.

وعبارة «الكافي»: وهو في الحقيقة مقتضب من «التهذيب»] وفيها: اختلعت نفسي منك؛ ولكن كنت مكرهًا، فأنكر الزوج أنه كان مكرهًا فالقول قوله، انتهى.

والحكم لا يختلف؛ لكن الظاهر أنها إذا ادعت إكراهه، فالقول قوله في نفيه بلا خلاف، وإذا ادعت أنها أكرهت، ففي تصديقها خلاف، كما سبق حكايته عن النص، والفوراني والْمَاوَرْدِي.

……………………………………………………………

خاتمة مهمة: ذكر في «التنبيه» أنه يكره الخلع إلا في حالتين:

أحدهما: أن يخافا أو أحدهما ألا يقيما حدود الله، وهذا واضح، **والثانية:** أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لا بد منه، يعني: ليتخلص من الحنث فلا يكره؛ لأجل التخلص من الحنث، وفي عبارته إشكال ومعناها: أن يحلف ألا يفعل هو أو هي شيئًا، ويكون ذلك الشيء لا بد له أو لها منه⁽¹⁾.

قال شارح: دَخَلْت عَلَى ابْنِ الرِّفْعَةِ يومًا فَقَالَ لِي: جاءتني فتيا في رجل حَلَفَ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ لَا بُدَّ أَنْ يَفْعَلَ كَذَا فِي هَذَا الشَّهْرِ، ثم خالع قبل فراغ فِي الشَّهْرِ؛ فَأَفْتَيْتُ بِتَخَلُّصِهِ [مِنَ الْحِنْثِ] ثُمَّ ظَهَرَ لِي أَنَّهُ خَطَأٌ ودخل الْبَكْرِيُّ ووافق عَلَى التَّخَلُّصِ، فَبَيَّنْت لَهُ أَنَّهُ خَطَأٌ.

وربما قال: ودخل عليٌّ القمولي فوافق على التخلص فبينت له أنه خطأ، وأخذت أنا أبحث معه في ذلك، وأجنح إلى التخلص، وهو لا يلوي عن كونه خطأ، وأن الصواب: أنه ينظر فإن لم يفعل حتى انقضى الشهر تبين وقوع الطلاق المحلوف به، وهو الثلاث قبل الخلع، وبطلان الخلع، قَالَ: ثُمَّ سَأَلْت الْبَاجِيَّ وَلَمْ أَذْكُرْ لَهُ كَلَامَ ابْنِ الرِّفْعَةِ، فقال: يحنث ولا يخلصه الخلع؛ لأنه تمكن من فعل المحلوف عليه، ولم يفعله.

قَالَ: ثُمَّ رَأَيْت الرَّافِعِيَّ ذكر في فروع نقلها فِي آخِرِ الطَّلَاقِ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: إنْ لَمْ تَخْرُجِي فِي هَذِهِ اللَّيْلَةِ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَخَالَعَ مَعَ أَجْنَبِيٍّ مِنْ اللَّيْلِ وَجَدَّدَ النِّكَاحَ وَلَمْ تَخْرُجْ؛ لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ كُلَّهُ مَحَلُّ الْيَمِينِ وَلَمْ يَمْضِ اللَّيْلُ وَهِيَ زَوْجَةٌ لَهُ حَتَّى يَقَعَ الطَّلَاقُ، وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ بَيْنَ يَدَيْهِ تُفَّاحَتَانِ فَقَالَ لِزَوْجَتِهِ: إنْ لَمْ تَأْكُلِي هَذِهِ التُّفَّاحَةَ الْيَوْمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلِأَمَتِهِ إنْ لَمْ تَأْكُلِي هَذِهِ الْأُخْرَى الْيَوْمَ فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فَاشْتَبَهَتْ تُفَّاحَةُ الطَّلَاقِ وَتُفَّاحَةُ الْعِتْقِ، فَذَكَرَ طَرِيقَيْنِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ فِي الْخَلَاصِ، ثُمَّ قَالَ: فَلَوْ خَالَعَ زَوْجَتَهُ ذَلِكَ الْيَوْمَ وَبَاعَ الْأَمَةَ ثُمَّ جَدَّدَ النِّكَاحَ وَاشْتَرَى الْأَمَةَ؛ خَلَصَ.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٣/ ١٧٧).

……

وَظَاهِرُ هَذَيْنِ الْفَرْعَيْنِ مُخَالِفٌ لِمَا قَالَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَالْبَاجِيّ، ومخالف للقول بالحنث، فيما إذا حلف لتأكلن هذا الرغيف غدًا فتلف في الغد بعد التمكن من أكله أو أكله، وخطر لي في الاعتذار أن الفرق بين: إن لم تفعلي، ولأفعلن، فإن لم تفعلي: تعليق على العدم ولا يتحقق إلا بالآخر، فإذا صادقها الآخر، وهي بائن؛ لم تطلق، كما ذكر في الفرعين المذكورين، وليس لليمين فيها إلا جهة حيث فقط تعلق بالسلب الكلي، وهو العدم في جميع الوقت، وبالوجود لا نقول حصل البر؛ بل لم يحصل الحنث؛ لعدم شرطه.

وأما قوله: لأفعلن: فالْفِعْلَ مَقْصُودٌ مِنْهُ، وَهُوَ إِثْبَاتٌ جُزْئِيٌّ وَلِلْيَمِينِ جِهَةُ بِرٍّ هِيَ فِعْلُهُ، وَجِهَةُ حِنْثٍ بِالسَّلْبِ الْكُلِّيِّ الَّذِي هُوَ نَقِيضُهُ [وَالْحِنْثُ يَتَحَقَّقُ بِمُنَاقَضَةِ الْيَمِينِ وَتَفْوِيتِ الْبِرِّ، فَإِذَا الْتَزَمَ ذَلِكَ بِالطَّلَاقِ وَفَوَّتَهُ بِخُلْعٍ مِنْ جِهَتِهِ] حَنِثَ لِتَفْوِيتِهِ الْبِرَّ بِاخْتِيَارِهِ، هذا نهاية ما خطر لي، ولم أجد له مسندًا من كلام الناس، فإن صح تكون الصيغ ثلاث: صيغتان: يعتد فيهما الخلع، وهما: الحلف على النفي، والحلف على الإثبات، بصيغة: إن لم تفعلي وصيغة: لا يعتد الخلع فيها وهي الثالثة: التي بصيغة: لأفعلن.

وقياس هذا: أنه إذا كان التعليق في أكل الرغيف بالصيغة المذكورة بأن قال: إن لم تأكلي هذا الرغيف غدًا فأنت طالق، فأتلفه، أو تلف بعد التمكن من أكله في الغد قبيل فراغ النهار، ولا يحنث، وما أظن الأصحاب يسمحون بذلك، انتهى لفظه [- رحمه الله - وإيانا، وبالله التوفيق].

كِتَابُ الطَّلَاقِ

قال المصنف: [يُشْتَرَطُ لِنُفُوذِهِ التَّكْلِيفُ ....

قال الشارح: [هو لغةً: حل القيد والإطلاق، وتفاوت معنى الطلاق من قولهم: يطلق الظبي أي: من لا يلوي على شيء، وأطلق الأسير أي: حل، وحبس فلان طلقًا أي: قيد، وبعير طلق، وناقة طالق أي: بغير قيد، ورجل طلق اليدين أي: سمح وأطلق يده بالخير.

وشرعًا: اسم لحل قيد النكاح فقط، قصرًا له على بعض موضوعه، وهو لفظ جاهلي. قال الإمام: هو لفظ جاهلي، وجاء الشرع باستعماله وتقريره، والأصل في جوازه الكتاب والسنّة، والإجماع، وهو أقسام: وواجب، ومندوب، ومحظور، ومكروه.

فالواجب: طلاق المولى كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

والمندوب: ألا يمكنه القيام بحقوق النكاح، أو تكون غير عفيفة.

والحرام: الطلاق البدعي، وسيأتي بيانه.

والمكروه: إن طلق حالة السلامة بلا سبب؛ لحديث: «**أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق**»(١).

قال: (**يُشْتَرَطُ لِنُفُوذِهِ التَّكْلِيفُ**) أي: لا يقع طلاق صبي، ولا مجنون، سواء الصبي المهين، والمراهق، وغيره؛ سواء منجزًا أو معلقًا، ولا فرق بين التعليق بالبلوغ، والإفاقة وغيرهما؛ لفساد عبارتهما، ولحديث: «**رُفع القلم**»(٢).

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٧١)، والحاكم (٢/ ١٩٦).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٤٤، رقم ٢٥١٥٧)، وأبو داود (٤/ ١٣٩، رقم ٤٣٩٨) والنسائي (٦/ ١٥٦، رقم ٣٤٣٢)، وابن ماجه (١/ ٦٥٨، رقم ٢٠٤١)، والحاكم (٢/ ٦٧، رقم ٢٣٥٠) وقال: صحيح على شرط مسلم. وإسحاق بن راهويه (٣/ ٩٨٨، رقم ١٧١٣)، والدارمي (٢/ ٢٢٥، رقم ٢٢٩٦)، وابن الجارود (ص ٤٦، رقم ١٤٨)، وابن حبان (١/ ٣٥٥، رقم ١٤٢).

إِلَّا السَّكْرَانَ.

وأما حديث «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله»⁽¹⁾ رواه الترمذي، وهو ضعيف جدًّا.

إشارات: منها: من الشروط تبع التكليف الزوجة لا يقع طلاق غير الزوج أو وكيله فيه، إلا ما سيأتي في المقال من يطلق له الحاكم، ولا يجوز للولي أن يطلق زوجة ابنه الصغير، والمجنون، ولا السيد زوجة عبده، وإن كانت أمته بلا خلاف عندنا.

ومنها: الاختيار قيل: ولم لا، قال: التكليف والاختيار؛ ليخرج المكره، وأجيب بأنه لا يخص في التكليف؛ بل اقتضى كلامه أن التكليف شرط، ولا ينافي ذلك أن يكون لنفوذه شرط آخر يذكر من بعد.

ومنها: يستثنى من اعتبار التكليف ما سيأتي؛ أنه لو تولد الجنون من السكر المتعدى به يطلق في جنونه ويقع.

قال: (**إِلَّا السَّكْرَانَ**) قال في «الدقائق»: إن قول «المنهاج»: «إلا السكران» زيادة لا يلزمها؛ لأنه ليس بمكلف، والمذهب وقوع طلاقه، اعلم أن كلامه - ﷺ تعالى - مركب من قول الأصحاب: أنه مؤاخذ بتصرفاته، ومن قول بعضهم في «الأصول» لفخر الدين الرازي وغيره: أنه غير مكلف، والوجه: جاءت هذه الزيادة؛ لأن كل من قال إنه ليس مكلف فقضية قوله: أنه لا يتعلق بفعله أحكام التكليف، ومن آخذه بتصرفاته فهو عنده مكلف، وهذا مذهب الشَّافِعِي، ومنصوصه من «الأم» وعليه جرى من أئمة المراوزة القاضي الشيخ، والشيخ أبي محمد، وصرح شيخهم الْقَفَّال: أنه مخاطب كالصاحي، وصرح بذلك من العراقيين شيخهم أبي حامد والمحاملي والْمَاوَرْدِي وابن الصباغ ونصر المقدسي والْعِمْرَانِي، وغيرهم.

ونقل الْمَاوَرْدِي: أن جمهور الأصحاب جعله علة وقوع طلاقه إسقاط

---

(1) أخرجه الترمذي (٣/٤٩٦، رقم ١١٩١)، وقال: لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف.

وَيَقَعُ بِصَرِيحِهِ بِلَا نِيَّةٍ، وَبِكِنَايَةٍ بِنِيَّةٍ، فَصَرِيحُهُ الطَّلَاقُ وَكَذَا الْفِرَاقُ وَالسَّرَاحُ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

حكم مكره بتكليفه، وأنه كالصاحي في كتاب الردة، وإجماع الصحابة ﷺ عليه، وكذلك اعتبرنا أقواله وأفعاله، وآثمناه بفعل المحرمات، وحكمنا بردته إذا ارتد، وبإسلامه إذا أسلم، ولا معنى للتكليف إلا هذا، فالوجه طرح هذا الاستثناء، وقد ذكره في مواضع، وأهمله في مواضع، ولا خفاء أن الكلام في المتعدي الإثم بسكره كما سيأتي.

قال: (**وَيَقَعُ بِصَرِيحِهِ بِلَا نِيَّةٍ**) أي: كالعتق، قال الْمَاوَرْدِي: ولم يخالف فيه إلا داود الظاهري، ويشترط مع ذلك القصد بحروفه الطلاق؛ ليخرج سبق اللسان.

(**وَبِكِنَايَةٍ بِنِيَّةٍ**) أي: بالإجماع، قاله الرَّافِعِي، وعن «مطلب ابن الرِّفْعَة»: أنه لا يقع بكناية السكران إذا نوى، وفيه على تقدير تصوير النية منه، ولا أثر للنية المجردة عن اللفظ ونحوه عندنا، وعند الجمهور خلافًا لأشهر الروايتين عن مالك.

قال: (**فَصَرِيحُهُ: الطَّلَاقُ**)؛ لتكرره في القرآن، واشتهاره في معناه، وعليه أطبق معظم الخلق جاهليةً وإسلامًا، وأجمع العلماء عليه.

(**وَكَذَا الْفِرَاقُ وَالسَّرَاحُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) وساق فيها بعض الآيات التي ذكر فيها الألفاظ الثلاثة، ومنه يستفاد أن مأخذ الصراحة عنده فيها ورود اللفظ في القرآن.

وفي مراسيل أبي داود: «أنه ﷺ سئل عن قوله تعالى: ﴿الطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] قيل: أين الثالثة يا رسول الله؟ قال: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]»⁽¹⁾.

والثاني: وهو القديم أنهما كنايتان لاستعمالهما فيه، وفي غيره كالبائن والحرام.

تنبيهات: **أحدها**: قال الدارمي: قال ابن خيران: من لم يعرف إلا

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٢٠).

كَطَلَّقْتُك وَأَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَيَا طَالِقُ، ....

الطلاق فهو صريحة حسب أي: والفراق والسراح كناية له قطعًا، ونحوه قول الرُّويَانِيّ في «الحلية» لو قال عربي: فارقتك، ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه فلا يكون صريحًا، وما قالاه ظاهر لا يتجه غيره إذا علم أن ذلك ممكن يخفى عليه، ولا شك أن أكثر العوام يجهل ذلك.

ثانيها: قضية إطلاق المصنف وغيره والمتبادر من كلامهم؛ أنه لا فرق بين المسلم، والكافر فيما تقدم، وقال الْمَاوَرْدِي في نكاح المشرك: إن كل ما كان عندهم صريحًا في الطلاق جرى عليه حكم الصريح، سواء كان عندنا صريحًا أم كناية، وكل ما كان عندهم كناية جرى عليه حكم الكناية، وإن كان صريحًا عندنا؛ لأنا نعتبر عقودهم في شركهم كمعتقدهم فكذلك طلاقهم، انتهى.

ولم أر لغيره التصريح بخلافه، ولا وفاقه، والمتبادر من كلام الأصحاب أنهم إن ترافعا إلينا حكمنا في الصريح، والكناية بينهم بما نحكم به بيننا، نعم لا يتعرض إليهم من غير ترافع.

ثالثها: حصر المصنف الصرائح في الألفاظ الثلاثة مخالف لترجيحها؛ أن لفظ الخلع صريح لكنايتنا، وأن المذهب أنه كناية، وقد تعرض «المحرر» ذلك فقال: وفي الخلع ما مر في بابه فحرمة إحلال ظاهر في «الاختصار».

قال: (**كَطَلَّقْتُك، وَأَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ**) أي: بتشديد اللام.

(**وَيَا طَالِقُ**)، وهذه أمثلة أربعة مأخوذة من لفظ الطلاق، وصراحة طلقتك، وأنت طالق لا نزاع فيهما، وأما أنت مطلقة ويا طالق؛ فكذلك على الصحيح كطلقتك، وقيل: قوله: أنت مطلقة كناية، وحكيته في «الغنية» تبعًا لبعض الشارحين في قوله: يا طالق، وفي ثبوته نظر، وقد يذكر ما يؤيده، وإذا قلنا بالمشهور في صراحة الفراق والسراح؛ فقال: أنت مفارقة أو مسرحة، فكقوله: أنت مطلقة، وقيل: وجهان، وعن الْقَفَّال: أنهما ليسا بصريح؛ لأن الوارد في القرآن منهما الفعل دون الاسم بخلاف الطلاق.

وقال الشيخ أبو محمد في «مختصره»: ولو قال: فارقتك أو سرحتك

فصريح، أو أنت مفارقة أو مسرحة، فخلاف بين أصحابنا، والصحيح أن ذلك صريح، وكذا قال الغزالي في «خلاصته»، وقد تعرض «المحرر» للمسألة؛ ولكنه ذكره بالعجمية فقال: ومعنى قوله: سرحتك، وطرحه «المنهاج»؛ لأن الخارج عن لغته لحن.

تنبيهات: أحدها: قوله: «يا طالق» لمن اسمها طالق كناية، كما جزم به المصنف، وغيره، وفي «الكافي»: أنه إذا قال لها: يا طالق؛ لا يقع، أو أنت طالق؛ طلقت، فلو قال: أردت به النداء، هل يصدق في الظاهر؟

فيه وجهان، وكأنه يريد بالنداء الاستخبار، ويشبه أنه لو رآها في ظلمه، ولم يعرفها، فقال: أنت طالق، وقال: قصدت الاستخبار؛ إنما هي أو غيرها، أنه يصدق ظاهرًا.

ثانيها: لو قال لامرأته: أنت طالق يا مطلّقة بتشديد اللام.

قال الْمَاوَرْدِي: فهذا يحتمل لزيادة طلاق آخر، ولنداء من وقع عليها الطلاق فيرجع إلى إرادته، هل أراد بقوله: يا مطلقة الطلاق أو النداء؟

بهذا أجاب ابن سريج في كتابه «الودائع»، وأجاب الْمُتَوَلِّي بوقوع طلقتين، والأول أوجه، وحكى الرَّافِعِي عن أبي العباس الرُّويَانِي: أنه لو قَالَ لِمُطَلَّقَتِهِ: يَا مُطَلَّقَةُ أَنْت طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت تِلْكَ الطَّلْقَةَ، فَهَلْ يُقْبَلُ مِنْهُ أَوْ تقَعُ طَلْقَة أُخرَى؟ وَجْهَانِ.

ثالثها: أغرب شريح الرُّويَانِي، فقال في «باب الإقرار» من قصته عن رواية جده أبي العباس الرُّويَانِي: هذا وجه أنه يقع الطلاق بقوله: أنت طالق بمجرده؛ بل لا بد أن يقول من زوجتي، انتهى.

رابعها: وقع في نسخ بـ«الشرح»: حكى العبادي خلافًا في قوله: أنت طالق نصف طلقة، والصواب ما في بعضها، و«الروضة» وغيرهما، أنت نصف طلقة؛ والجواب في «الكافي»: أنه كناية، وحكى جماعة الوجهين في قوله: أنت طلاق مني.

لَا أَنْتِ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

خامسها: لو قال: وضعت عليك الطلاق، قال **الرَّافِعِي**: ففي كونه صريحًا وجهان، وقال قبل هذا بقائمة: قوله: أوقعت عليك طلاقي؛ صريح، كذا قاله القاضي **الرُّويَانِي**.

وجمع في «الروضة» بين الموضعين فقال: فرع قوله: أوقعت عليك طلاقي صريح، ذكره **الرُّويَانِي**، ولو قال: طلقة أو وضعت عليك طلقة فوجهان، وليس في كلام **الرَّافِعِي** تصريح بنقل الوجهين فيما اعلم في قوله: لك طلقة، وكأنه أخذ ذلك البوشنجي بما سيأتي بيانه.

قال: (**لَا أَنْتِ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: بل هما كنايتان؛ لأن المصادر غير موضوعة، ويستعمل فيها على سبيل التوسع، وهذا ما رجحه الإمام والغزالي، وتبعاهما، وجزم به «الكافي» و«التهذيب»، و«التعليق» في قوله: أنت طلقة، وأنت مطلقة، وفي «تعليق **الْبَغَوِي**»: أن الصحيح من المذهب أن قوله: «أنت الطلاق» كناية.

والثاني: أنهما صريحان كيا طالق، وأرسل جمهور العراقيين الوجهين، ورجح في «الأمصار» الثاني، ويؤيده أن البيهقي نقل في «المبسوط» في نصوص ذكرها، عن «أحكام القرآن» من جملة الصرائح: قوله: أنت سراح، وقد سرحتك، وذكره أيضًا في نص آخر حكاه عن «القديم»: وإذا كان قوله أنت سراح صريحًا، كان قوله أنت طالق صريحًا، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وأجرى الوجهين في قوله: أنت طلقة أو نصف طلقة، وأجراهما **الْمُتَوَلي** في قوله: لك الطلاق، أو تمليك الطلاق، وأجراهما في أصل «الروضة» في قوله: لك طلقة، والذي ذكره **الرَّافِعِي** هنا أنه صريح؛ لكنه عند التطليق بالعجمية، قال: نقلنا أنه صريح.

وقال البوشنجي: لا أراه طلاقًا واقعًا؛ لأنه لم يتضمن إيقاعًا، وقول القائل: لك هذا الثوب؛ يحتمل الإخبار عن الملك، ويحتمل الهبة، وروى ما رواه عن محمد الماجوني، والأول عن أبي المظفر السمعاني.

وَتَرْجَمَةُ الطَّلَاقِ بِالْعَجَمِيَّةِ صَرِيحٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وروى عن أبي سعد الاستراباذي؛ أنه لا يقع وإن نوى، انتهى.

فائدة: وقع في «الروضة»، قال الْبَغَوِي: ولو قال: أنت كل طلقة، أو نصف طلقة صريح، والذي في «التهذيب» و«تعليقه» و«الشرح» عنه لكن طلقه بتقديم اللام فما في «الروضة» سبق قلم إلى تقديم الكتاب، ولا ذكر لقوله: أنت كل طلقة في كلامهم، وينقدح جريان الوجهين فيها، ويكون كناية على الأصح عندهما؛ فإن قيل: صريح فتكون واحدة أو ثلاثًا، فيه نظر.

قال: (**وَتَرْجَمَةُ الطَّلَاقِ بِالْعَجَمِيَّةِ صَرِيحٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) قال الرَّافِعِي في ترجمة الطلاق بالعجمية: وسائر اللغات وجهان: أصحهما: ولم يورد أكثرهم غيره أنها صريحة لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغة شهرة العربية عند أهلها.

والثاني: أنها ليست صريحة؛ لأن اللفظ بالعربية هو الوارد في القرآن، والمتكرر على لسان أهل الشرع، وأشار في «المنهاج» إلى طريقين كـ«الروضة» والمذهب ما ذكره.

قال: وقيل: وجهان:

ثانيهما: أنه كناية، قال - ﷺ تعالى -: لفظ الإيراد بالطريقة على عادته مع إنكار الرَّافِعِي ذلك، وقوله: قرب بين الإيراد والخلع.

تنبيه: في كلامه نقص عن «المحرر» فإنه قال: وترجمة الطلاق كسائر اللغات صريحة، ثم ذكرا الفراق والسراح، وقال: ترجمهما كترجمته.

وقال في أصل «الروضة»: الأصح أنه كناية، ولم يقله الرَّافِعِي، وإنما نقله عن الإمام والرُّويَانِي، وعبارة الإمام هنا: الظاهر أنه ليس بصريح، وهي مشعرة بأنه قاله اختيارًا لا نقلًا.

وأما الرُّويَانِي فقال في «الحلية»: لا يكون صريحًا عندي، ولم ينقله عن أحد، وجزم الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وغيرهما؛ بأن ترجمة الطلاق والفراق، والسراح صريح في كل لغة.

وَأَطْلَقْتُك وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ كِنَايَةٌ، وَلَوْ اشْتَهَرَ لَفْظٌ لِلطَّلَاقِ كَالْحَلَالِ أَوْ حَلَالُ الله عَلَيَّ حَرَامٌ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْت: الْأَصَحُّ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، والله أعلم.

وقال الإمام في كلامه على لفظ الخلع: إذ ظاهر المذهب أن الصرائح منحصرة في الطلاق، والفراق، والسراح، ومعانيها في كل لسان، وهو الجواب في «التهذيب»، و«الكافي» فإذن المذهب ما في «المحرر» لا ما في «الروضة».

وفي «الشرح الصغير» أن في ترجمة السراح والفراق الوجهان في ترجمة الطلاق بالترتيب، وهي أولى بألا تجعل صريحة؛ لأنها بعيدة عن الاستعمال في الطلاق، وذكر الإمام وغيره أنه الأظهر، انتهى. فأفهم موافقة «الروضة» و«التحرير» في النقل، وما ذكرناه هذا هو المذهب.

قال: (**وَأَطْلَقْتُك، وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ**) ما سبق من لفظ الإطلاق كانت مطلقة بسكون الطاء، أو يا مطلقة، (**كِنَايَةٌ**)؛ لعدم الاشتهار، وقيل: صريح، وحكى القاضي أبو الطيب الوجهين في أنت الطلاق في قوله: أطلقتك، وقضيته إجراء الوجهين فيما صرف من الإطلاق؛ لأن الإطلاق، والتطليق متقاربين كالإكرام، والتكريم.

قال: (**وَلَوْ اشْتَهَرَ لَفْظٌ لِلطَّلَاقِ كَالْحَلَالِ أَوْ حَلَالُ الله عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرَّافِعِي: وهو المذكور في «التهذيب» وعليه تنطبق «فتاوى الْقَفَّال» والقاضي الحسين، والمتأخرين؛ لغلبة الاستعمال، وحصول التفاهم.

وقال صاحب «الكافي»: كل لفظ يفهم منه الطلاق لغلبة الاستعمال يلحق بالصريح على أصح الوجهين، وعد الرَّافِعِي من الأمثلة: أنت عليَّ حرام، والحل عليَّ حرام.

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، والله أعلم**) وزاد في «الروضة»: وبه قطع العراقيون والمتقدمون، انتهى.

وفي «التتمة» و«البحر» أنه ظاهر المذهب؛ لأن الصرائح تؤخذ من ورود القرآن بها وتكررها على لسان حملة الشريعة، وإلا فلا فرق إذا نظرنا إلى مجرد

....

اللغة، والاستعمال بين الفراق، والبينونة، وهذا قضية ما سبق قريبًا عن الإمام، وقال القاضي الحسين: حلال الله عليّ حرام؛ كناية عند الشَّافِعِي.

قلت: هو كما قال، فإنه ذكر في «الأم» الألفاظ الثلاثة، وقررها؛ ثم قال: وما تكلم به يشبه الطلاق سوى هذه الكلمات فليس بطلاق حتى يقول: كان يخرج كلامي على أني نويت به طلاقًا.

وقال في «الأم» أيضًا: إذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام؛ لم يقع به طلاق، ولهذا قال بعضهم: إن كونه كناية هو نص «الأم»، ونحوه قوله في «الْبُوَيْطِي» بعد نقله الإجماع: على أن اذهبي أو اجري أو تقنعي، ونحوها كنايات، ولذلك كل كلام يعلم به مثل قوله: أنت عليَّ حرام، أو بائن أو خلية إلى أن قال: وغير ذلك مما يشبه الطلاق لا معنى له إلا أن يريد بذلك طلاقًا، انتهى.

وفي المسألة وجه ثالث: أنه إن لم ينو شيئًا فإن كان فقيهًا، يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية؛ لم يقع، وإن كان عاميًّا سألناه ما يفهم منه إذا سمعه من غيره، فإن قال: سبق إلى فهمي منه الطلاق حمل على ما يفهمه.

قال الرَّافِعِي: والذي حكاه الْمُتَوَلِّي عن الْقَفَّال: أنه إن نوى غير الزوجة فذاك، وإلا فيقع الطلاق للعرف، انتهى.

والذي في «تعليق القاضي الحسين» عن الْقَفَّال الأول، وقال الرُّويَانِي: كان الْقَفَّال عند الاستيفاء يقول للمتكلم به: إذا سمعت غيرك قال لامرأته هذا ما كنت تفهم منه، فإن فهمت منه الصريح فهو صريح لك، قال الرُّويَانِي: وهو اختيار الأستاذ أبو إسحاق، وكثير من مشايخ خراسان، انتهى.

تنبيهات: منها: الخلاف في بلاد اشتهر فيها ذلك الطلاق، وما أشار إليه المصنف أن ما في غيرها فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف، قاله في «الروضة»، والظاهر أن الغريب إذا تلفظ به جرى عليه عرف بلده لا عرف موضع الحلف، ويحتمل أن يفرق بين من طال مقامه في بلد شهرته، وعرف عرفهم فيه، وبين غيره.

وَكِنَايَتُهُ كَأَنْتِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَتَّةٌ ....

ومنها: حكى الرَّافِعِي وجهين فيمن قال: قلت لامرأتي: أنت عليَّ حرام، فإني أريد به الطلاق، ثم قال لها بعد مدة: أنت عليَّ حرام، أخذها الحمل على الطلاق لكلامه السابق، **والثاني**: أنه كما لو ابتدأ به؛ لاحتمال أن نيته تغيرت، وصححه في «الروضة»، والوجهان على قولنا: إنه كناية، أو قال ذلك من لم يشتهر عندهم لإرادة الطلاق.

ومنها: لم يشتهر من الصيغ الثلاث التي ذكرها الرَّافِعِي لإرادة الطلاق في «الشام» إلا قوله: الحل عليَّ حرام، واستعماله قليل، والمشهور فيه الغالب على ألسنتهم: عليَّ الحرام، والحرام بديني، وسيأتي نزاع في قول القائل: عليَّ الطلاق، والطلاق يلزمني، هل ذلك صريح أو كناية؟

ومنها: يقول بعض العامة: الحرام يلزمني، أعني به: الطلاق، لم أر فيه كلامًا، والظاهر أنه يؤاخذ به لا محالة؛ لاعترافه بأنه يعني به الطلاق، ويحتمل أن يقال: إن لم تكن تلك النية قارنت قوله الحرام يلزمني، المقارنة المعتبرة كما سيأتي لا يتعين الحكم بالزيادة المذكورة؛ لكن تصديقه في الظاهر بعيد، وإنما يدين بما ذكرناه على قولنا أن ذلك كناية.

ومنها: سيأتي نزاع فيما لو قال في موضع اشتهر فيه: «حلال الله عليَّ حرام» لإرادة الطلاق «لا فعلت كذا» ثم فعله، وله زوجتان أو أكثر، هل يُطلقن جميعًا، لعموم لفظه أو واحدة؛ لأنه اليقين ويؤمر بالتعيين؟ وإن المرجح الثاني؛ إذا لم ينوهما أو ينوهن، ولو قال: نويت واحدة؛ قبل منه قطعًا، صرح به الْبَغَوِي.

ومنها: سبق قريبًا عن الْمَاوَرْدِي: أن العبرة بالصرائح، والكنايات عند الكفار بما عندهم لا بما عندنا.

قال: (**وَكِنَايَتُهُ كَأَنْتِ خَلِيَّةٌ**) أي: من الزوج.

(**بَرِيَّةٌ**) أي: منه أيضًا فاعل من البراءة، وتجوز بالهمز وتركه.

(**بَتَّةٌ**) أي: مقطوعة الوصلة.

بَتْلَةٌ بَائِنٌ اعْتَدِّي اسْتَبْرِئِي رَحِمَك الْحَقِي بِأَهْلِك، حَبْلُك عَلَى غَارِبِك، لَا أَنْدَهُ سَرْبَكِ، أَعْزُبِي أَغْرُبِي دَعِينِي وَدِّعِينِي وَنَحْوِهَا، ....

(بَتْلَةٌ) أي: متروكة النكاح، وفي الصحيح النهي عن التبتل.

(بَائِنٌ) أي: مفارقة من البين وهو الفراق.

(اعْتَدِّي، اسْتَبْرِئِي رَحِمَك) أي: لأني طلقتك.

(الْحَقِي بِأَهْلِك) أي: لأني طلقتك أيضًا، وقيل: إن قوله: «اعتدي واستبرئي رحمك»؛ لا يقع به طلاق، وإن نوى إذا لم يكن مدخولًا بها.

(حَبْلُك عَلَى غَارِبِك) أي: خليت سبيلك بالطلاق كما يخلى البعير في الصحراء بإلقاء زمامه على غاربه، وهو ما تقدم من الظهر، وارتفع من العنق.

(لَا أَنْدَهُ سَرْبَكِ) أي: تركتك فلا أهتم بشأنك؛ لأني طلقتك «أنده» أزجر.

قال الجوهري: «والسرب» بفتح السين: الإبل، وما رعي من المال، ومنه قولهم: اذهب فلا أنده سَربك أي: لا أريد إبلك تذهب حيث شاءت أي: لا حاجة لي فيك، وكانوا في الجاهلية يقولون في الطلاق: اذهبي فلا أنده سربك؛ فيطلق بهذه الكلمة، انتهى.

وقوله: سربك هو بفتح السين وإسكان الراء.

(أَعْزُبِي أَغْرُبِي) الأولى: بعين مهملة وزاي أي: ابعدي؛ والثانية: بمعجمة وراء مهملة أي: صيري غريبة أجنبية مني.

(دَعِينِي، وَدِّعِينِي) أي: لأني طلقتك.

قال: **(وَنَحْوِهَا)** أي: مما يحتمل الفراق ولم يسع استعماله فيه شرعًا، ولا عرفًا، قال في «المحرر»: ولا يكاد ينحصر.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: الكنايات كل لفظ دل على المباعدة، وقال في «الكافي» و«المهذب» كل لفظ يبنى على المفارقة بوجه ما، وإن دق، ومن الكنايات: اخرجي، اذهبي، وسافري، وتجنبي وتجردي، وتقنعي، وتستري، وتزودي، والزمي الطريق، وبيني، وابعدي.

قال في «الأم»: وخلوت مني، وبرئت منك، والزمي أهلك، انتهى.

ومنها: لا حاجة لي فيك أنت وشأنك، وتجرعي وذوقي، وفي «الحاوي»: تَجَرَّعِي وَتَفَصَّصِي كناية، وفي جَرِّعِينِي وَغَصِّصِينِي وجهان.

قال في «البحر»: ومنها أفلحي واستتري، وكذا استفلحي نص عليه، ورفعت يدي عنك، وحرمتك وانصرفت عنك، وأبرأتك، وعفوت عنك، وعدّ الصيمري منها: شاوري نفسك، واجمعي ثيابك وحليتك، وسيبتك وأهملتك، انتهى.

وفي «شاوري نفسك» نظر وأولي منها لومي نفسك، ومنها ترجلي واخلي منزلي، واعتزلي، وواعتزليني، وأنت مقطوعة، ومنقطعة وأنت طلقى، أنفقي على نفسك من مالك، وسكت في «الفتاوى» عمن قال: أقيليني نفسك، أو قال: أقلت منك، وأحببت إن أقلت منك كناية، وتوقفت في الأولى، ورأيت عن الرُّويَانِي: أنه لو قال: أقيليني نفسك، فقالت: قبلت فكناية، وعن جده أنه لو قال: أوقعت الطلاق في قميصك أو ثوبك، أو أوقعت عندك، أو في دارك، أو دار أبيك طلاقًا؛ فهو كناية، انتهى.

واختلفت في ألفاظ منها اشربي، والأصح المنصوص في «الأم»: أنه كناية خلافًا لأبي إسحاق، قال الرَّافِعِي: والأظهر أن كلي معي واشربي، فيه نظر، وقطع الشيخ أبو محمد بالمنع؛ لكن في «طبقات العبادي» عن ابن عبد الحكم أنه قال: سمعت الشَّافِعِي يقول: إذا قال لامرأته: اشربي أو كلي أو قال: ذوقي ونوى الطلاق؛ فهو طلاق.

وفي «الكافي» أن اشربي كناية، وكذا كلي واطعمي على الأصح، ولو قال: أغناك الله واقعدي، أو قومي، قيل: كنايات، والأصح المنع، وفي اقعدي نظر إذ يؤيده صيري من القواعد كطلاقك، واختاره والد الرُّويَانِي.

ولو قال: أفقرك الله، قال ابن الْقَطَّان: يحتمل أنه كناية وجهًا واحدًا.

ولو قال: تزوجي وأحللتك؛ فكنايتان على الأصح في «الإشراف»، وغيره، وقوله: بارك الله فيك، ليس بكناية، بخلاف قوله: بارك الله لكِ، قاله الْمَاوَرْدِي، وحكى وجهًا في قوله: أحسن الله جزاءك وجزم غيره بأنه ليس

وَالْإِعْتَاقُ كِنَايَةُ طَلَاقٍ وَعَكْسُهُ.

بكناية، وعن ابن الصلاح أن قوله: سلام عليكم؛ كناية خلا أنده سربك؛ لأنها يستعمل عند الفرق.

إشارات: إنما أوردت هذه الأمثلة؛ لأنه قد يقع منها شيء فيظن ظان أن ما ليس بكناية كناية، أو بالعكس ولا أثر للألفاظ التي لا تحمل الطلاق إلا بتقدير فيه تعسف كقوله: بارك الله فيك، وما أحسن وجهك، واقربي أعزك، وتعالي، والظاهر: أن تعالي أمتعك كناية، ولم أره نصًا، ولو انضم إلى كناية من اللفظ ما يدل على أن المراد بها الطلاق كقوله: أنت بائن بينونة لا تحلي لي أبدًا، ونحو ذلك؛ لم يخرج بذلك عن الكناية، صرح به الإمام والغزالي.

مع قوله في «بيوع الوسيط»: وعندي أنه إذا انضمت القرائن إلى الكناية حتى أفادت العلم؛ خرجت عن كونها كناية، وأحسب أن في «النهاية» هناك نحوه، وقد يقوى ذلك إذا سبقه التماس الطلاق، كقولها: طلقني، أو قول أبيها أو أمها: طلق بنتي، فيقول: هي بائن بينونة لا تحل لي أبدًا، أو يقول: أرجأتها إلى ذلك فهي بائن إلى آخره، ولم ينظر الأصحاب إلى هذا ونحوه، لا خفاء أن كثيرًا من العامة يحمل كثيرًا مما قدمناه من الكنايات، ولا يشعر بمدلول ذلك أصلًا فحبلك على غاربك، ولا أنده سربك، وغيرهما؛ فإذا قاله واعترف بنية الطلاق معه؛ ولكنه قال: لا ادري ما مدلوله؛ ولكن أردت به الطلاق؛ لم أر في ذلك كلامًا، وقد يقال: إنه كالعجمي، يقول: أنت طالق، كما سيأتي بيانه.

قال: (**وَالْإِعْتَاقُ كِنَايَةُ طَلَاقٍ وَعَكْسُهُ**) أي: كل واحد منهما كناية في الآخر، ونقل **الْمَاوَرْدِي** الإجماع على صريح العتق كناية في الطلاق؛ وإنما كان كذلك؛ لتقارب الملكين، ودلالة كل لفظ منهما على الإزالة، فإذا قال لزوجته: أنت حرة، ولأمته: أنت طالق، ونوى طلقت وعتقت، نص عليه **الشَّافِعِي**؛ لنيته بذلك على أن صرائح كل واحدٍ منهما كناية في الآخر، وكما أن صريح كل منهما كأنه في الآخر، فكذلك كنايات كل واحدٍ منهما كناية في الآخر؛ لدلالة اللفظ على إزالة الملك؛ لكن قوله للعبد: اعتدي واستبرئي

وَلَيْسَ الطَّلَاقُ كِنَايَةَ ظِهَارٍ وَعَكْسُهُ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ أَوْ حَرَّمْتُك وَنَوَى طَلَاقًا أَوْ ظِهَارًا حَصَلَ، أَوْ نَوَاهُمَا، تَخَيَّرَ وَثَبَتَ مَا اخْتَارَهُ، وَقِيلَ: طَلَاقٌ، ....

رحمك؛ لغو، ولو قاله لأمته: فوجهان أو رجحهما: أنه كناية، قاله الإمام، وينبغي تخصيصها بأمة لم يطأها؛ أما الموطوءة فلا، أما الاستبراء فواضح، وأما اعتدي فالعدة يعبر بها عن الاستبراء.

تنبيه: لو قال لعبده أو أمته: أنا منك حر، أو أعتقت نفسي، ونوى العتق؛ لم يعتق على الأصح بخلاف الزوجة؛ لأن الزوجية تشمل الجانبين، والرق مختص بالرقيق فقط، وإذا تأملت كما ذكروه في كتاب «العتق» من كناياته توقفت في كون كثير منها كناية في الطلاق؛ كقوله: أنت لله ويا مولاي، أو مولاتي أو يا سيدتي على ما ارتضاه الإمام، وهو قضية ما في «التهذيب» خلافًا للقاضي الحسين، والغزالي في «الوجيز»، وإذن يتعين حمل ما أطلقوه هنا على إرادة الغالب؛ لأن كل كناية هناك كناية هنا.

قال: (**وَلَيْسَ الطَّلَاقُ كِنَايَةَ ظِهَارٍ وَعَكْسُهُ**) أي: ليس أحدهما كناية في الآخر، وإن اشتركا في إفادة التحريم؛ لأن القاعدة: أن ما كان صريحًا في بابه ووجد نفاذًا في موضوعه، لا يكون كناية في غيره، وهذا أعرف من القاعدة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، أَوْ حَرَّمْتُك وَنَوَى طَلَاقًا أَوْ ظِهَارًا؛ حَصَلَ**) أي: ما نواه منهما؛ لأن التحريم ينشأ عن الطلاق، وعن الظهار بعد العود؛ فصحت الكناية به عنهما هذا هو المذهب، والمنصوص، وقيل: لا يكون طلاقًا بناء على القول الصحيح أنه صريح في إيجاب الكفارة عند الإطلاق، وحكاه الرَّافِعِي في كتاب «الظهار»: في كونه ظهارًا، وهو شاذ.

قال: (**أَوْ نَوَاهُمَا**) أي: معًا، كما في «المحرر».

(**تَخَيَّرَ وَثَبَتَ مَا اخْتَارَهُ**) أي: منهما جميعًا؛ لأن الطلاق يريد النكاح، والظهار يستدعي بقاءه، وهو قول الجمهور.

(**وَقِيلَ: طَلَاقٌ**)؛ لقوته لأنه يزيل الملك.

وَقِيلَ: ظِهَارٌ، أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا لَمْ تَحْرُمْ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نِيَّةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَالثَّانِي لَغْوٌ وَإِنْ قَالَهُ: لِأَمَتِهِ وَنَوَى عِتْقًا ثَبَتَ، أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا أَوْ لَا نِيَّةَ فَكَالزَّوْجَةِ.

(وَقِيلَ: ظِهَارٌ) أي: استصحابًا لدوام النكاح.

(أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا) أي: أو نوى تحريم عينها، وكذا فرجها، أو وطئها.

(لَمْ تَحْرُمْ)؛ لأنه كاذب، كما رواه النسائي(1) عن ابن عباس - رضي الله عنهما -.

(وَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) أي: سواء خاطب به أمته أو زوجته؛ لنص السنة الصحيحة الواردة في الأمة في سبب نزول قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] وقاس الشَّافِعِي تحريم الزوجة على تحريم الأمة.

(وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نِيَّةٌ فِي الْأَظْهَرِ) أي: المنصوص في «الأم» و«الإملاء» لأن لفظة التحريم صريحة فيه، فلا معنى لاعتبار النية.

(وَالثَّانِي: لَغْوٌ) أي: لا شيء عليه فيه، ويكون هذا اللفظ كناية في الكفارة، وهذا القول مأخوذ من قوله في «الإملاء» بعد أن نص على الأول: ولو قال: لا شيء عليه كان مذهبًا.

قال في «الشامل»: فخرجوا ذلك على قولين، وعندي أنه لا فرق بين أن ينوي تحريم عينها، وبين أن يقول لم أنو؛ لأن لفظة التحريم صريحة فيه فلا معنى لاعتبار النية، وهذا منه إشارة إلى القطع بإيجاب الكفارة حالة الإطلاق، وفي «الحاوي» لو قال: أنت عليَّ حرام طالق، ولا نية له؛ طلقت، ولا كفارة، وصار ما يعقب الحرام من التطليق تفسيرًا له.

.قال: (وَإِنْ قَالَهُ لِأَمَتِهِ وَنَوَى عِتْقًا؛ ثَبَتَ) أي: بلا خلاف؛ لأنه كناية فيه، ولا مجال للطلاق، والظهار فيها كما قاله في «المحرر».

(أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا) أي: أو فرجها أو وطئها، وهي ممن يحل له.

(أَوْ لَا نِيَّةَ؛ فَكَالزَّوْجَةِ) أي: فلا تحرم، وعليه كفارة يمين في الأولى،

---

(1) أخرجه النسائي (٣٤٣٣).

....

وكذا في الثانية على الأظهر، وقيل: قطعًا للنص فيها بخلاف الزوجة.

تنبيهات وتتمات تتعلق بالفصل:

أحدها: ما ذكره من إيجاب الكفارة في تحريم الزوجة والأمة محله وفاقًا إذا كان فرجها حلالًا له حالة القول؛ كأن كان حرامًا فينظر في الأمة إن حرمت أبدًا بسبب، أو نسب فلا كفارة، نوى تحريم عينها أو أطلق، وإن حرمت بسبب يرفع الزوال بحيض ونفاس، وصوم فكالعدم.

وقيل: وجهان، وإن كان لغيره كردة وتمجس وتزوج، وكناية فوجهان، وأما الزوجة فإن كانت معتدة عن شبهة أو محرمة فعلى الوجهين أو رجعية فلا، وقيل: على الوجهين، ولا أثر لحيض وصوم، وهذا حاصل كلام الرَّافِعِي، وجزم القاضي الحسين في المعتدة عن الشبهة، والمرتدة والمجوسية؛ بأنه لا شيء عليه وحكى الوجهين في المحرمة، إذا نوى بقوله: تحريم عينها.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا قال لزوجته ذلك وهي محرمة أو حائض أو معتدة بعدة رجعية أو في ظهار لم يكفر عنه، فإن أراد تحريم وطئها لم يلزمه شيء، وكذا لو قاله لأمته وهي متزوجة أو مكاتبة، وإن قاله لها على الحالات المذكورة، ولم يرد تحريم الوطء، فإن جعلنا اللفظ صريحًا في إيجاب الكفارة؛ لزمته، وإلا فلا.

ثانيها: الصحيح المشهور لزوم الكفارة في الحال، وإن لم يطأ؛ لأن الله تعالى فرضها دون شرط الإصابة.

وقال في «الإملاء»: وإن نوى الإصابة؛ قلنا له: أصب وكفر.

قال القاضي الحسين: فغلط بعض أصحابنا، فقال: هو يمين والكفارة تجب بالوطء، ومراد الشَّافِعِي بيان جواز الإصابة قبل التكفير بخلاف الظهار، وفرق بين هذا الوجه القائل بأن ذلك يمين لا تجب الكفارة فيه إلا بالوطء مروي عن صاحب «التقريب»، وغيره، وهو بعيد؛ لأن اليمين لا ينعقد إلا بالله تعالى أو بصفة له سبحانه وتعالى، وعليه يصير موليًا.

....

وقال في أصل «الروضة»: قوله في «الوسيط»: إنه يكون يمينًا؛ غلط والصواب: أنه ليس بيمين؛ لكن فيه كفارة يمين.

ثالثها: الظاهر أن قوله للزوجة أو الأمة: أنت عليَّ حرام؛ إذا لم يرد به طلاقًا، ولا فسخًا حرام لما فيه من الإيذاء والكذب.

ورأيت شارح قال: اللفظ وإن كان موجبًا للكفارة لا يتوقف حل الوطء على إخراجها؛ كما يتوقف الوطء في الظهار على التكفير، والفرق غلظ حرمة الظهار، فإن النطق به حرام، وهو معدود من الكبائر، وأما النطق بالتحريم فليس بحرام، انتهى، وفيه دلائل.

رابعها: ما ذكره المصنف من التفصيل هنا في قوله: أنت عليَّ حرام؛ ظاهر فيما إذا لم يشتهر هناك في الطلاق أو اشتهر، وجعلناه كناية كما رجحه، وهو المذهب، أما إذا جعلناه صريحًا؛ فقد قال الرَّافِعِي: قضية ما في «التهذيب» أنه يتعين للطلاق، ولا يفصَّل، انتهى.

وكذا قال في «الكافي» وفي «مختصر الجويني» و«الخلاصة» و«المعتبر»: أنه إذا لم ينو شيئًا فعليه كفارة يمين إلا أن يصير ذلك بغلبة الاستعمال طلاقًا أي: فتطلق ولا كفارة.

قال الرَّافِعِي: وقضية كلام الإمام أن ذلك لا يمنع صرف النية إلى التحريم الموجب للكفارة، كما أنَّا نصرفه إلى الطلاق بالنية وإن جعلناه صريحًا في إيجاب الكفارة.

خامسها: قال الْبَغَوِي: لو قال: «أنت حرام»، ولم يقل: «عليَّ»؛ كان كناية قولًا واحدًا، ولو قال: أنت كالميتة أو الدم أو الخمر، أو الخنزير، وقال: أردت الطلاق أو الظهار؛ فهو كما نوى، وإن قال: أردت التحريم فعليه الكفارة.

وإن أطلق فظاهر نصه في «المختصر»: أنه كالحرام إذا قال: كالميتة والدم فهو كالحرام، على ذلك جرى الإمام، قال: ويجوز ألا يجعل هذه الألفاظ

وَلَوْ قَالَ: هَذَا الثَّوْبُ أَوْ الطَّعَامُ أَوْ الْعَبْدُ حَرَامٌ عَلَيَّ فَلَغْوٌ.

وَشَرْطُ نِيَّةِ الْكِنَايَةِ اقْتِرَانُهَا بِكُلِّ اللَّفْظِ، وَقِيلَ: يَكْفِي بِأَوَّلِهِ.

صرائح، وتخصيص الحرام بكونه صريحًا لورود القرآن به، وما أبداه من الاحتمال هو ما أورده الْبَغَوِي، وقضية كلام جمهور العراقيين، وأشار الحناطي إلى ترتيب إطلاق هنا حالة الإطلاق على الخلاف السابق، وأولى بألا يجعل هنا صريحًا، وحكى هنا قولًا: أنه لا تجب الكفارة، وإن أراد التحريم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: هَذَا الثَّوْبُ أَوْ الطَّعَامُ أَوْ الْعَبْدُ**) أي: ونحوها من أقواله.

(**حَرَامٌ عَلَيَّ؛ فَلَغْوٌ**) أي: على المشهور لا تتعلق به كفارة، لأنه غير قادر على تحريم ذلك على نفسه بخلاف الزوجة، والأمة فإنه يمكنه تحريم بإطلاق، وعتق، وحكى الرَّافِعِي والحناطي وجهًا: أنه يكفر للمال فيما إذا قال: كل ما أملكه عليَّ حرام، وله زوجات وإماء، ومال، قال: وربما يحله على ضعفه؛ إذا وصف المال وحده بالتحريم.

قلت: حكى ابن الصباغ عن أبي عبيد بن حربويه: أنه اختار وجوب الكفارة في تحريم غير الإبضاع، وفي آخر الإيمان من «الحاوي»: إذا قال: إن دخلت الدار فمالي حرام، فإن قلنا: إنما حرم ﷺ على نفسه مارية، لم يلزمه شيء، وإن قلنا: إنه حرم العسل، والمغافير؛ كان عليه كفارة يمين، انتهى. وجرى هنا على المشهور.

قال: (**وَشَرْطُ نِيَّةِ الْكِنَايَةِ: اقْتِرَانُهَا بِكُلِّ اللَّفْظِ، وَقِيلَ: يَكْفِي بِأَوَّلِهِ**) واعلم أنه إن تقدمت النية على اللفظ، وتأخرت عنه؛ لم يؤثر وفاقًا، وإن قارنت جميعه؛ وقع الطلاق وفاقًا، وإن قارنت بعضه إما أوله أو آخره؛ فقد وقع فيه خبط للمصنف - رحمه الله تعالى - فرجح في «المنهاج» ما ذكره كقول «المحرر»: أنه المرجح.

وقال في أصل «الروضة»: لو اقترنت بأول اللفظ دون آخره، أو عكسه؛ طلقت على الأصح، ولم يقل الرَّافِعِي ذلك؛ بل قال: فيما إذا اقترنت بأوله أن أظهر الوجهين ما ذكره الإمام والغزالي الوقوع.

……………………………………………………………

ثم قال: ولو اقترنت بآخر اللفظ وخلا أوله عنها؛ فوجهان أيضًا ووجههما، ثم قال: وسكت الإمام والغزالي عن الترجيح فيهما، وذلك يشعر بأنهما رأيا الأظهر هنا البطلان.

وقال في «الشرح الصغير»: إن اقترنت بأوله فالأظهر الوقوع، أو بآخره فوجهان، وميل الإمام إلى ترجيح المنع، انتهى.

وإنما أوقع المصنف في ترجيح الاكتفاء باقترانها بآخره تقريب حكاه الرَّافِعِي عن الْمُتَوَلِّي، ومراد الرَّافِعِي- رحمه الله تعالى - تضعيفه بما يلزم منه لا اختياره؛ كما توهمه المصنف.

والحاصل: أنها إن اقترنت بأول اللفظ فقط فظاهر المذهب الوقوع كما قاله القاضي الحسين، وكذلك الْمُتَوَلِّي في «كتاب الصلاة» ورجحه الْمَاوَرْدِي والمحاملي في «التجريد»، والإمام والغزالي والْبَغَوِي في «تعليقه» وخلائق والرَّافِعِي في «الشرح الصغير»، وهو ظاهر نص «المختصر»، وإن اقترنت بآخره فقط؛ فوجهان أرسلهما كثيرون بلا ترجيح، ورجح الْمَاوَرْدِي، والجرجاني في «الشَّافي» و«التحرير»: عدم الوقوع، وقضية كلام الإمام والغزالي وصاحب «الكافي».

وقال في «التقريب» في تعليقه: لا شكَّ أنه الصحيح من الذهب، وهو ظاهر قوله في «المختصر»: لم يكن طلاقًا حتى يبتدئ به، وبنية الطلاق.

وأجاب ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: أنه الذي يقتضيه نصه في «الأم» فهذا هو المذهب، والفرق أن النية إذا وجدت في صدر الكلام استصحب حكمها في باقيه، فكأنها قارنت جميعه بخلاف ما إذا وجدت في آخره، فإن الانعطاف بعيد، وحسن قول صاحب «التعجيز في شرحه»: وخلو آخرها أولى بالمنع؛ لبعد الانعطاف على ما سبق بخلاف استصحاب ما وجد.

فإن قلت: فمن صرح بترجيح اشتراط مقارنتها بكل اللفظ كما أشار إليه «المحرر» بقوله، رجح منهما الثاني.

……

قلت: صححه المحاملي في «المقنع» وصاحب «الانتصار»، وجزم به في «تنبيهه»، وهو قضية كلام الرُّويَانِي في «الحلية»، وإليه يميل كلام الإمام في موضع.

فإن قلتَ: لو قارنت «أنت» لفظة الكناية دون أولها ودون آخرها.

قلتُ: كلام جماعة يفهم أنه على الوجهين، ولم أره نصًّا وهو بعيد.

تنبيهات: **أحدها**: فالمراد بأول اللفظ وآخره هنا مثله الْمَاوَرْدِي بما أقرنت النية بأول: «يا من بائن» دون «ئن» فقوله: «ئن» دون «با»، والْبَنْدَنِيجِي: بما إذا نوى مع خاء «خلية» ثم عزبت نيته أو «ليه» دون الخاء، وابن الصباغ والرَّافِعِي مثلًا: بما إذا نوى عند قوله: «أنت» ثم عزبت نيته، ويظهر ألا يكفي اقترانها بلفظ أنت قطعًا؛ لأن النية جعلت لصرف اللفظ إلى أحد محملاته، وأنت دالة على الخطاب لا غير؛ وإنما الاحتمال في الكناية، ويحتمل أن يكتفي بمقارنة أنت بائن؛ لأنها جملة واحدة، فإذا نوى الإيقاع في أولها كفى، وإلا وجه ما قاله الْمَاوَرْدِي.

ثانيها: قال في «الكافي»: لو قال لامرأته: اذهبي فبتعي هذا الثوب، أو قال اخرجي فأتني بطعام، ونوى بقوله اذهبي، وبقوله اخرجي الطلاق؛ لا يقع؛ لأنه عيَّن بقوله اذهبي جهة فينصرف إليها فيبقى مجرد النية؛ فلا يقع بها شيء، وهذا فرع غريب فإن صح حكمه خرج منه أنه إذا وصل بالكناية لفظًا بصرفها إلى غير الطلاق؛ لا يقع، وإن نوى إيقاعه مع الكناية.

وفي «الروضة» عن «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: اذهبي إلى بيت أبوي، ونوى الطلاق بأبويه بقوله: اذهبي؛ وقع، وإن نواه لمجموع اللفظين؛ لم يقع؛ لأن قوله إلى بيت أبوي لا يحتمل الطلاق؛ بل هذا استدلال مقتضى قوله: اذهبي.

ثالثها: زعم شارح وغيره: أنه وقع هنا في «شرح الرَّافِعِي» التصريح بترجيح أن النية إذا قارنت أول التكبيرة في الصلاة الانعقاد، وليس بصحيح؛

وَإِشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَغْوٌ، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ، وَيُعْتَدُّ بِإِشَارَةِ أَخْرَسَ فِي الْعُقُودِ وَالْحُلُولِ، فَإِنْ فَهِمَ طَلَاقَهُ بِهَا كُلُّ أَحَدٍ فَصَرِيحَةٌ، وَإِنِ اخْتَصَّ بِفَهْمِهِ فَطِنُونَ فَكِنَايَةٌ.

وإنما قال: «عدم الانعقاد» فسقطت لفظة «عدم» من بعض الأصول، وهي ثابتة في الأصول المعتمدة؛ كما رأيته، وسياق كلامه دال عليه.

قال: **(وَإِشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَغْوٌ، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ)** لا خلاف في أنها غير صريحة، وإن بالغ فيها؛ لأن عدوله إليها مع القدرة يوهم عدم إرادة الطلاق، وهل يجعل كناية؟ قضية كلام المحاملي والجرجاني وابن الصباغ، وغيرهم من العراقيين، والْمُتَوَلِّي المنع.

وقال الْعِمْرَانِي: إنه المشهور، وذكر في «الزوائد»: أن الطبري حكاه عن الأصحاب.

وقال في «الإفصاح»: إذا قلنا: الكتابة كناية ففي الإشارة وجهان: وجه الترتيب أن استعمال الإشارة في التفهيم ليس عامًّا؛ بل نادر بخلاف الكناية، ونسب الرَّافِعِي ترجيح كونها كناية إلى صاحب «التلخيص» والْقَفَّال، وكلام «النهاية» يفهم أن الْقَفَّال رتب ذلك على الكناية وجعله أولى بكونه ليس بكناية، وفي «الزوائد» عن الشيخ أبي علي بن الشيخ أبي زيد قال: إنها لو قالت: طلقني، فأشار بيده أي: اذهبي، ونوى؛ وقع، وإلا فلا.

قال أبو علي: والظاهر خلافه، وهذا وجه ثالث، ولو قال: أنت طالق، وهذه وأشار إلى الأخرى؛ طلقت على أصح الوجهين.

قال: **(وَيُعْتَدُّ بِإِشَارَةِ أَخْرَسَ فِي الْعُقُودِ وَالْحُلُولِ)** أي: وإن أمكنه الكتابة على الأصح، وفيه ما سيأتي، وقدمنا الكلام على إشارته بالعقود في البيع، والنكاح.

قال: **(فَإِنْ فَهِمَ طَلَاقَهُ بِهَا كُلُّ أَحَدٍ؛ فَصَرِيحَةٌ، وَإِنِ اخْتَصَّ بِفَهْمِهِ فَطِنُونَ؛ فَكِنَايَةٌ)** كذا قاله الإمام والغزالي.

قال الرَّافِعِي: وظني أني سمعت ورأيت بعضهم تفسير الكناية بالتي يختص بفهمها من خالطه واختبر أحواله وإشارته، والصريح ما يفهمه الجميع، ومنهم

....

من أطلق القول بالوقوع بإشارته المفهمة؛ كما أجاب به في «البيان».

قال الرَّافِعِي: ومنهم من أراد الحكم على إشارته المفهومة، وحكم بوقوع الطلاق فيها نوى أو لم ينو، كذلك ذكره الْبَغَوِي.

قلت: وهو قضية كلام الْمُتَوَلِّي، واقتضى كلام المصنف في بيوع «شرح المهذب» نقل الاتفاق على أن إشارته المفهومة كعبارة الناطق إلا في شهادته، وإشارته بلا كلام في الصلاح، وسبق الكلام على ذلك.

إشارة: قال الْمُتَوَلِّي: إنما تعتبر إشارته عند عجزه عن الكتابة فإن أحسنها؛ فكإشارة الناطق، قال: ولا بد أن يكتب مع لفظ الطلاق أن يصدق الطلاق، انتهى.

وما ذكره ظاهر؛ بل متعين في ذي الإشارة الخفية، وإلا فيحتاج إلى أن يشير أنه نوى وإلى أن النية قارنت ما يعتبر مقارنتها له، وفيه بعد وإيقاع الطلاق بما لا يتحقق ومستبعد؛ بل النسيان في إدراك هذه الأمور منه، ولا سيما إذا ولد أخرس إذا كانت إشارته صحيحة، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق وأفهم ذلك.

قال الإمام: الذي يظهر عندي أن يلحق بالقسم المتوسط بين الصريح والكناية حتى يتردد في قبوله قصدت غير الطلاق، وليس كلفظ الناطق بالطلاق، وهذا غامض فليتأمل.

وبينه الغزالي فقال في «البسيط»: إنه يلحق بما أخذ كونه صريحًا من الشيوع، فإن الإشارة اعتمادها علي الفهم لا على التوقف، وقال في «الوسيط»: إذا أتى بالصريح لا يقبل منه دعوى التأويل كالناطق.

قال ابن الرِّفْعَة: والنص في كتاب «اللعان» يقتضي ذلك، والمراد عدم قبوله ظاهرًا، وأما في الباطن فتدبر، انتهى.

وكأنه يشير إلى قوله هناك في «الأم»: ولو طلق فألزمناه الطلاق، ثم أفاق - يعني: نطلق- فقال: ما طلقت؛ لم يردها إليه، ووسعه فيما بينه، وبين الله تعالى القيام عليهما، انتهى لفظه.

لَوْ كَتَبَ نَاطِقٌ طَلَاقًا، وَلَمْ يَنْوِهِ فَلَغْوٌ، وَإِنْ نَوَاهُ فَالْأَظْهَرُ وُقُوعُهُ. فَإِنْ كَتَبَ إِذَا بَلَغَكَ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّمَا تَطْلُقُ بِبُلُوغِهِ.

قال: (**لَوْ كَتَبَ نَاطِقٌ طَلَاقًا، وَلَمْ يَنْوِهِ؛ فَلَغْوٌ**) أي: على الصحيح؛ إذ لا لفظ، ولا نية ويحتمل تجربة العلم، والمداد وغيرهما، وقيل: تطلق ويكون ذلك صريحًا؛ لأنها أحد الخطابين، ويقال العلم أحد اللسانين؛ لأنه يعبر لها عما في النفس كاللسان. قال: (**وَإِنْ نَوَاهُ**) أي: وإن لم يتلفظ بما كتبه.

(**فَالْأَظْهَرُ وُقُوعُهُ**) نص عليه في «الأم» و«المختصر»، وحكاه جماعة عن «الإملاء»؛ لأن الكتابة أحد الخطاب فكانت كناية، والثاني: لا؛ لأنها فعل من قادر على القول فلم يقع بها طلاقه كإشارته، وسائر أفعاله.

تنبيهات: هذا القول مأخوذ من نصه: أن الرجعة لا تحصل بالوطء، قال: لأنه ما لم يكن نكاحًا، ولا طلاقًا فكذلك الرجعة، وبه قال أبو إسحاق المروزي، وامتنعت طائفة من بيان الخلاف وقطعوا بالوقوع، لا فرق على المذهب بين كتابة الحاضر، والغائب، كما أطلقه في صورة النية، وقيل: كتابة من الغائب قطعًا. وقيل: ليس بكتابة من الحاضر قطعًا، فلو قرأ ما كتبه غير ناوٍ للطلاق، ثم قال: إنما قصدت قراءة ما كتبته، وحكاية ما فيه؛ ففي تصديقه ظاهرًا وجهان كالوجهين فيمن حل وثاقها، وقال: أنت طالق، ثم قال: أردت من الوثاق كلامه، يفهم أن كتابة الأخرس ليس ككتابة الناطق، وهو وجه أن كتابته صريحة؛ لكن الصحيح أنها كناية فعلى هذا لو كتب، ولم ينوه؛ كان لغوًا على الصحيح كالناطق، وحينئذٍ لا فرق بين كتابته وكتابه الناطق.

فرع: قال القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي: ولو أمر إنسانًا بأن يكتب بطلاق زوجته، ونوى الزوج حالة الكتابة؛ لم يقع؛ لأن النية والمنوي يجب أن يتحقق من شخص واحد، ولهذا لو أمر إثباتًا أن يخاطب زوجته بكناية ونوى الزوج الطلاق؛ لم يقع إذا لم يوجد منه إلا مجرد النية، ولا يقع لمجردها الطلاق.

قال: (**فَإِنْ كَتَبَ إِذَا بَلَغَكَ كِتَابِي**) أو جاءك أو وصلك ونحوها.

(**فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ فَإِنَّمَا تَطْلُقُ بِبُلُوغِهِ**) أي: مراعاةً للشرط، ولا شك فيه إذا

....

وصل بحاله أو انمحى، ففي أثر يمكن قراءته، وإن لم يمكن قراءته؛ لم تطلق على الصحيح، وإن وصلها بعضه؛ فإن كان الذاهب منه موضع الطلاق، أو انمحى موضع الطلاق؛ لم تطلق في أصح الأوجه .والثالث: إن قال: إذا جاءك كتابي هذا أو الكتاب؛ لم يقع، وإن قال: كتابي وقع، وإن ذهب منه موضع سائر مقاصده بتحرق أو انمحى مع سلامة موضع الطلاق، وغيره، فعلى الأوجه وأولى بالوقوع ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين، وإن ذهبت السوابق واللواحق، والمقاصد باقية؛ فأصحها: الوقوع، وإن ذهب البياض من أوله وآخره طلقت. وقيل: يطرد الخلاف، هذا تلخيص كلام الرَّافِعِي في «شرحه»، إلا أنه طرح من «الصغير» قوله: ويحسن الاعتماد إلى آخره، وجرى العراقيون، والْمُتَوَلِّي بأنه إذا انمحى موضع الطلاق؛ لا يقع، وإن ذهبت غير محل الكتابة؛ وقع، وإن ذهب غير ذلك؛ قال المحاملي: فوجهان، وذكر الوقوع والتفصيل، وخصهما سليم الرازي: بكتابي هذا، فإن قال: كتابي؛ وقع قطعًا، وتبعه نصر المقدسي في «تهذيبه».

وقال الْمَاوَرْدِي: إن ذهب موضع الطلاق؛ لم يقع، وإن بقي موضعه وذهب غيره فأوجه: ثالثها: إن كان الذاهب من غير المكتوب؛ وقع، وإلا فلا، ورابعها: إن وصل أكثره؛ طلقت، وإلا فلا، وهذا ما تمناه الإمام رحمهما الله تعالى.

فروع: لو كتب أما بعد: فأنت طالق؛ طلقت في الحال، وإن ضاع الكتاب قبل وصوله إليها، وإن كتب: إذا أتاك طلاقي أو بلغك طلاقي فأنت طالق، فبلغ موضع الطلاق؛ وقع بلا تفصيل، وإن بلغ ما سواه وبطل موضعه؛ لم يقع، قال الرَّافِعِي: إذا كتب كتابه ونوى فككتب الصريح.

قلت: ورأيت في «الذخائر»: أنا إذا أوقعنا بالكتابة فلا بد أن يكون بصرائح ألفاظ الطلاق؛ لأن الكتابة كناية فلا يصح بكناية إذ لا يكون للكتابة كناية، وحكى ابن الرِّفْعَة هذا عن الرَّافِعِي، وهو سهو، وقال أيضًا: إنه الموافق لما حكي عن الشيخ أبي حامد، انتهى.

وَإِنْ كَتَبَ إِذَا قَرَأْت كِتَابِي وَهِيَ قَارِئَةٌ فَقَرَأَتْهُ طَلُقَتْ، وَإِنْ قُرِئَ عَلَيْهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَارِئَةً فَقُرِئَ عَلَيْهَا طَلُقَتْ.

وما ذكره الرَّافِعِي قاله القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي، وهو الصحيح؛ لأنا إذا اعتبرنا الكتابة قدرنا أنه تلفظ بالمكتوب.

قال: (**وَإِنْ كَتَبَ: إِذَا قَرَأْت كِتَابِي - وَهِيَ قَارِئَةٌ- فَقَرَأَتْهُ؛ طَلُقَتْ**)؛ لوجود المعلق عليه، وظاهر هذا أنها لا تطلق إلا بقراءة جميعه، وسوابقه، ولواحقه، وهذا موضع تأمل ويشبه أن تكتفي بقراءة مقاصده.

قال الإمام: والمعتبر أن تطلع على ما فيه، واتفق علماؤنا على أنها إذا طالعته وفهمت ما فيه؛ طلقت وإن لم تتلفظ بشيء.

قال: (**وَإِنْ قُرِئَ عَلَيْهَا؛ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) قلت: ولم يورد جماعة سواه؛ لأنها أهل للقراءة ولم تقرأ، والثاني: تطلق؛ لاطلاعها على ما فيه، وهو المقصود.

قال: (**وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَارِئَةً فَقُرِئَ عَلَيْهَا؛ طَلُقَتْ**) أي: على الصحيح، وعليه اقتصر الجمهور؛ لأن القراءة في حق الأمية محمولة على الوقوف على ما فيه والاطلاع، وقيل: لا؛ لأن حقيقة الوصف لم توجد وزيف، قال الرَّافِعِي تبعًا للإمام: ومن ذهب إليه جعل التعليق بذلك؛ كالتعليق بالأمور المستحيلة، انتهى. وفيه نظر إلى حقيقة اللفظ، ويجوز أن ينعقد على الفهم والاطلاع، والأقرب.

قلت: وقضية هذا أنه لا يقع بقراءة غيرها عليها في هذه الصورة، وأوردت على إطلاق «المنهاج» وغيره، والقلب إلى الاحتمال الثاني أميل؛ لأن القراءة فيهن نادرة؛ فإذا جهل حالها فيها، فالظاهر أن إطلاقه محمول على الإطلاع.

فائدة: قوله: «فقرئ عليها» يقتضي أنه لا بد أن يقرأ عليها حتى لو طالعه، وفهمه إنسان أو قرأه خاليًا ثم أخبرها بذلك؛ لم تطلق، ولم أره نصًا، ويحتمل أن يكتفي بذلك إذ الغرض الاطلاع على ما فيه، بقي ما لو علق بقراءتها، وكانت قارئة، وهو يعلم، ثم نسيت القراءة أو عميت؛ ثم جاء الكتاب، هل تطلق بقراءة غيرها؟ إذا قلنا في القارئة لا تطلق به، ولو علق بقراءتها عالمًا أنها غير قارئة؛ ثم

....

تعلمتها ثم وصلها كتابه، هل يكفي قراءة غيرها؟ الظاهر الاكتفاء نظرًا إلى حالة التعليق، ولا يكفي في الأولى كذلك، ولا نقل عندي فيهما.

فرع: لو حرك لسانه بكلمة الطلاق، لم يرفع صوته قدرًا يسمع نفسه، لم تطلق على الأظهر في «الروضة».

فرع: عن «الزيادات»: لو قال: طلقك الله، أو لأمة أعتقك الله؛ طلقت، وعتقت، فأشعر بصراحتهما، ورأى إسماعيل البوشنجي أنهما كنايتان.

قلت: وبه أفتى الغزالي، وهو الأرجح المختار، وفي «فتاوى القاضي الحسين»: أنه لو قال لعبده: أعتقك الله؛ لا يعتق؛ لأنه دعاء، وإن قال: الله أعتقك يعتق، قال: لإخبارها، وهو الْبَغَوِي، وعندي لا يعتق في الموضعين، وقال الشيخ العبادي: يعتق فيهما، فاقتضى كلام القاضي والْبَغَوِي والغزالي، والبوشنجي أن «طلقك الله» كناية، وكذا قوله للمدين: أبرأك الله وأباعك وأقالك الله، ونحوها كنايات، ويشبه أن يخرج فيها خلاف من الخلاف السابق في أن الشيوع هل يلحق الكنايات بالصرائح؟

فرع: في «زيادات العبادي»: لو قال: بعتك طلاقك، فقالت: اشتريت، ولم يذكرا عوضًا؛ لا تحصل فرقة إذا لم تكن نية، وقيل: إنها طلقة رجعية، وقيل: تقع طلقة بمهر المثل، وأغفلا الوجه الثاني، وأنه لو قال: لم يبق بيني وبينك شيء، ونوى الطلاق؛ لم تطلق، قال الرَّافِعِي: وهذا موقف زاده الشيخ.

قلت: الصواب الجزم بالطلاق؛ لأنه لفظ صالح مع نية والله أعلم.

وأنه لو قال: برئت من نكاحك ونوى طلقت، وأنه لو قال: برئت من طلاقك، ونوى؛ لم تطلق.

قلت: ويحتمل إذ يريد به: برئت من عيب طلاقك؛ لأنه سبب دينك، ونحو ذلك، والناس يطلقون هذا اللفظ كثيرًا ويريدون به التبرؤ من العيب بصدور ما أوجب إيقاعهم الطلاق منها، وأنه لو قال: برئت إليك من طلاقك، قال إسماعيل البوشنجي: هو كناية أي: تبرأت منك بواسطة إيقاع الطلاق

فَصْلٌ

لَهُ تَفْوِيضُ طَلَاقِهَا إِلَيْهَا، وَهُوَ تَمْلِيكٌ، فِي الْجَدِيدِ فَيُشْتَرَطُ لِوُقُوعِهِ تَطْلِيقُهَا عَلَى الْفَوْرِ.

تمليك، ولو قال: أبرأتك أو عفوت عنك؛ فكناية.

قال:

(فَصْلٌ)

(لَهُ تَفْوِيضُ طَلَاقِهَا إِلَيْهَا) استدل له الجمهور بتخييره ﷺ نساءه، وفيه نظر؛ لأن ظاهر الآية أنه لا يقع باختيارهن، وإنما يقع بإيقاعه الطلاق بعد ذلك على الأصح لا لمجرد اختيارها الدنيا؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وهو عندهم محمول على الطلاق، وهو ما استدلوا به على أن السراح صريح؛ لكن لا نعلم خلافًا في صحة التفويض(١).

قال: **(وَهُوَ تَمْلِيكٌ فِي الْجَدِيدِ)**؛ لأنه يتعلق بغرضها، وفائدتها، وهو كشأن التمليك؛ وكأنه يقول: ملكتك بضعك، فتملكيه بتطليقك نفسك.

قال: **(فَيُشْتَرَطُ لِوُقُوعِهِ تَطْلِيقُهَا عَلَى الْفَوْرِ)** أي: لأن التمليك يقتضي ذلك فلو أجرت بقدر ما يقطع القول على الإيجاب، ثم طلقت؛ لم يقع، قاله أبو إسحاق والجمهور اعتبارًا بسائر التملكات من الهبة، والبيع وغيرهما، وقال جماعة منهم ابن القاص والحصري: متى طلقت نفسها في المجلس قبل الشاغل بغير ذلك؛ وقع، وسبق عن القاضي أبي الطيب أنه صححه وشبهه في «المهذب» إلى النص، وكلامه يميل إليه، ورجحه الجرجاني في «التحرير»، وهو ظاهر نص «الإملاء».

وقال البيهقي في «المبسوط» في كتاب «الخلع»: قال الربيع والْبُوَيْطِي: وقت الخيار عند الشَّافِعِي ما لم يتفرقا، أو تأخذ المرأة في عمل يدل على ترك الخيار، انتهى.

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٢/ ١١١).

وَإِنْ قَالَ: طَلِّقِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقَتْ بَانَتْ وَلَزِمَهَا أَلْفٌ، وَقِيلَ: قَوْلٌ تَوْكِيلٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فَوْرٌ فِي الْأَصَحِّ.

وقول شارح: وقال ابن المنذر: لها أن تطلق متى شاءت، ولا يختص بالمجلس، ويفهم أن ذلك من المذهب، وأنه مفرع على هذا القول، وليس كذلك؛ بل اختاره لقول الحسن، والزهري وقتادة، وهو قول في مجلس الناس من رأس.

تنبيه: ويشترط أيضًا في الصحة التفويض، فإن كانت صغيرة أو مجنونة لم يصح، ويشترط ألا يتخلل بين تفويضه، وإيقاعها كلام أجنبي كسائر العقود، قال الْقَفَّال: لو قال: طلقي نفسك، فقالت: كيف يكون تطليقي لنفسي؟ ثم قالت: طلقت؛ وقع، قال الرَّافِعِي: وهو مبني على أن تخلل الكلام اليسير لا يضر، انتهى.

وسبق بيان ما فيه من الاضطراب ويحتمل ألا يضر هذا إذا قصد حقيقة الاستفهام، وإن ضر غيره.

قال: **(وَإِنْ قَالَ: طَلِّقِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقَتْ)** أي: فوريًا على المشهور.

(بَانَتْ وَلَزِمَهَا أَلْفٌ) أي: وهو تمليك بعوض كالبيع، ويشترط مع ما سبق من اعتبار صحة عبارتها ألا تكون جائزة التصرف كما مر في الخلع.

قال: **(وَقِيلَ: قَوْلٌ تَوْكِيلٌ)** كتفويضه إلى أجنبي، وفي «البحر» عن الدبيري: أنه يجوز أن يوكل صبيًا أو مجنونًا في طلاق زوجته، وغلطاه، ووجهه أن التفويض يجري مجرى الطلاق بالصفات، فبقياسه أنه يصح التفويض إلى الصغيرة مجانًا، ويقع بإيقاعها.

قال مفرعًا: **(فَلَا يُشْتَرَطُ فَوْرٌ فِي الْأَصَحِّ)** أي: كما في توكيل الأجنبي وهذان الوجهان أخذهما الرَّافِعِي من كلام الغزالي والإمام فإنه نقل أن الأصحاب قالوا: لا يشترط ذلك، وعن القاضي أبدى احتمال فيه سواء إلى تلفظ التفويض، أو التوكيل؛ لأنه تشوبه شائبة التمليك، قال الإمام: وما ذكره فِّيه حسن؛ لكنه منفرد به من بين الأصحاب.

وَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهَا خِلَافُ الْوَكِيلِ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا، ....

قلت: والذي في «تعليقه» موافقة للأصحاب، وقال في موضع آخر: إذا جعلناه توكيلًا لا يختص بالمجلس بلا خلاف، انتهى. وهذا يوجب التوقف في ثبوت الخلاف، والاعتراض على تعبير المصنف بالأصح.

قال: (**وَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهَا خِلَافُ الْوَكِيلِ**) أي: السالف في الوكالة، واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي والمصنف أنه يكتفي بقولها طلقت على قولنا التمليك بلا خلاف، وفيه نظر، فإن كل قول في التوكيل بلا خلاف، وفيه نظر؛ فإن كل قول اكتفينا به في التوكيل ينبغي أن نكتفي به على قول التمليك أيضًا.

فائدة: كلام المصنف، وغيره، على قول التمليك؛ يفهم: أنه لا يغني عن لفظ التطليق قولها قبلت وإن نوته به، وعبارة «البسيط»: وإنما القبول هنا، بأن يقول: طلقت نفسي؛ لكن فيما حكاه البيهقي عن تفويض «الإملاء» ما يفهم الاكتفاء به، حيث قال: وإذا قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، ثم عاد فقال، فقالت: قد قبلت، ثم عاد فقال، فقالت: قد قبلت، وأرادت بهذا كله الطلاق؛ لم يكن هذا طلاقًا إلا أن يكون الزوج أراد في كل مرة أن يملكها طلاقًا، وعلم أن قولها قد قبلت طلاقًا ثم عاد فملكها إياه، انتهى.

وذكر قبله ما يقتضي ذلك، وهو أنها إذا قصدت فقبلت التطليق طلقت، وقد يشعر به قول الرَّافِعِي: إن قلنا: إنه تمليك فتطليقها نفسها متضمن للقبول؛ لكن نقل البيهقي عن «الجامع الكبير»: أن الشَّافِعِي قال: ولو قالت اخترت، أو قبلت؛ لم يكن طلاقًا حتى توقعه قبل تفرقهما من المجلس، في قول من قال: ليس لها الخيار إلا ما دامت في محلها، انتهى.

وهذا نص أنه يكفي قولها قبلت، لكن لم يحك هنا صيغة التفويض، وهذا النص ظاهر في امتداد الخيار ماداما في المجلس.

قال: (**وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا**)؛ لأنه إما توكيل أو تمليك لم يتصل به قبول، هذا هو المشهور والمنصوص، وعن ابن خيران: أنه ليس له الرجوع على قول التمليك سواه، ووجهه بأنه تمليك يتضمن تعليقًا، ومعناه:

وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فَطَلِّقِي لَغَا عَلَى التَّمْلِيكِ.

إن طلقت نفسك في هذا المجلس فطلاقك طلاق بأمري، ثم قال: **والثاني**: أنه توكيل فمتى شاءت طلقت، وإنما ينبغي على هذا الأصل أنه لو قال لها بعد مخاطبتها: عزلتك؛ ثم طلقت نفسها، فوجهان:

أحدهما: لا يقع بناء على أنه يجري مجرى التوكيل المحض.

والثاني: يقع بناء على أنه يجري مجرى التعليق فلا يقع، ولا يقطع الحكم، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: رجعت وفسخت، لم ينفعه ذلك في رد الطلاق.

فرع: إذا صح رجوعه، ثم طلقت نفسها عالمة به لم تطلق، وإن لم يعلم فوجهان من التوكيل إذا لم يعلم بالعفو حتى انقضى، ذكره الْمَاوَرْدِي، وهو واضح على قول التوكيل، دون قول التمليك الذي لم يرد هو وغيره عن العراقيين سواه.

فرع: قال: طلقي نفسك متى شئت، قال الرَّافِعِي وغيره: لم يشترط التطليق على الفور، وفيه نظر على قولنا: إن التفويض تمليك، وإلا فإنما ذكر هذا على قول التوكيل، ورأيت عن «الاستقصاء» في كلامه على قوله التمليك، عن ابن سريج أن لها أن تطلق نفسها متى شاءت في هذه الصيغة، ما لم يرجع الزوج كالوكالة، قال في «الإيضاح»: وهذا غلط؛ لأنه نوع تمليك فاقتضى القبول على الفور كسائر التملكات بخلاف الوكالة، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فَطَلِّقِي؛ لَغَا عَلَى التَّمْلِيكِ**) أي: لأنه لا يصح تعليقه وسط المسألة؛ أنه إذا علق التفويض فقال: إذا جاء رمضان فطلقي، وإن ضربتك، وإن قدم زيد أو تزوجت عليك، ونحو ذلك فأمرك بيدك؛ ففيه قولان مبنيان على القولين السابقين إن قلنا: تمليك؛ لغا كما لو علق التمليك بهذه الصفات، وإن قلنا: توكيل؛ فيجوز كما لو وكل أجنبيين بتطليقها بعد شهر، كذا قاله الرَّافِعِي.

وحكى القاضي الحسين في «التعليق» في صحة التفويض حالة التعليق،

وَلَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَك فَقَالَتْ: أَبَنْت وَنَوَيَا وَقَعَ وَإِلَّا فَلَا، ....

وسوَّى بين الزوجة، والأجنبي في جريانهما، ثم قال: فإن قلنا: يجوز وجاء رأس الشهر، فإن كان التفويض إلى المرأة فعليها أن تطلق نفسها في المجلس.

قال: وإذا قلنا: الوكالة فاسدة فطلق في الحال؛ لم يقع على أظهر الوجهين؛ لأن الوكالة فاسدة فصرح بالقولين في الأجنبي، وظاهر ذلك أنه لا ينقض طلاقه على قول مع أنه وكيل قطعًا.

وقال في المرأة: إذا قلنا بالصحة فعليها أن تطلق نفسها في المجلس، وليس ذلك شأن الوكالة؛ بل جعله تمليكًا معلقًا، وحكى في «الاستقصاء» الخلاف في صحة تعليق تفويض طلاقها إليها؛ ثم قال: وقال في «الإيضاح»: وينبغي على قول الصحة إذا قدم زيد أن يكون لها الطلاق في المجلس خاصة، فإن فارقته لم تملكه، وهذا ما مر عن القاضي، وهو يفهم أن الخلاف جارٍ على قول التمليك؛ إذ ليس على حقيقة التمليك.

وسلك **الْمَاوَرْدِي** طريقًا آخر فقال: إذا قال: إذا مضت سَنَةٌ، أو إذا قدم زيد فأمرك بيدك؛ لم يجز لأنه تمليك منتظر، فإن طلقت بعد وجود الصفة لم تطلق، ولو قال: أمرك بيدك فطلقي نفسك بعد سنة، وإذا قدم زيد؛ فقولان: نص في «الإملاء»: أنه جائز لفعلها بحكم الصفة، و«الجديد» والأصح: أنه لا يجوز تعليقًا بحكم التمليك؛ فإن طلقت نفسها عند وجود الصفة لم تطلق، وحاصل طريقه: أنه لا يجوز تعليق التفويض، فإن نحوه وعلق التصرف فهو محل القولين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَبِينِي نَفْسَك، فَقَالَتْ: أَبَنْت وَنَوَيا؛ وَقَعَ**) أي: نوى هو التفويض إليها، ونوت هي تطليق نفسها بذلك؛ لأن لفظ الإنابة كناية، والكناية مع النية تقوم مقام التصريح.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم ينويا أو لم ينو أحدهما فلا تطليق؛ لأنه إن لم ينو الزوج فلا تفويض، وإن لم تنو هي فلا تطليق؛ إذ الطلاق بهذا اللفظ وحده.

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي فَقَالَتْ: أَبَنْت وَنَوَتْ، أَوْ أَبِينِي وَنَوَى فَقَالَتْ: طَلَّقْت وَقَعَ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي، فَقَالَتْ أَبَنْت وَنَوَتْ، أَوْ أَبِينِي**) أي: نفسك.

(**وَنَوَى، فَقَالَتْ: طَلَّقْت؛ وَقَعَ**) أي: على الصحيح فيهما، ولا يشترط توافق اللفظين؛ بل متى فرض تصريح فكتب ونوت وقع، وكذلك حكم العكس؛ لأنها أمرت بالطلاق، وقد فعلته في الحالين.

وقال ابن خيران وابن حربويه: لا بد من توافق اللفظين؛ فإذا أمرها بالصريح فكتب أو بالعكس؛ لم يقع، ومنهم من يشعر كلامه تخصيص هذا الوجه بما إذا أمرها بالصريح فكتب دون العكس، وذلك مقتضى كلام جماعة من العراقيين.

وقال القاضي الحسين: إذا قال: اختاري ونوى تفويض الطلاق إليها، فقالت: طلقت نفسي؛ وقع قولًا واحدًا، ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: سرحت نفسي، ولم يحكوا فيه خلافًا.

تنبيه: عبارة «المحرر» في الصورة **الأولى**: ولو قال: طلقي نفسك.

وفي **الثانية**: ولو قال: أبيني نفسك، وكذا عبارة غيره، وذلك بشعر باعتبار قوله: «نفسك» فيهما، والمصنف حذف لفظة نفسك فيهما؛ فأفهم أنه ليس بشرط.

وعبارة «المحرر»: فقالت: أبنت نفسي، وفي «تعليق القاضي الحسين»: أنه إذا قال: طلقي نفسك، فقالت: طلقت نفسي؛ فذاك، وإن قالت: طلقت فقط؛ فوجهان:

أصحهما: ونص عليه في «المختصر» يقع؛ لأن تقديره: طلقت نفسي.

وثانيهما: لا يقع، ولعله أراد أنه لا يكون صريحًا.

وأما إذا قال الزوج: طلقي؛ فيشبه أنه لا بد أن يقول: «نفسك» أو ينوي ذلك، وقد نقلا عن «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: طلقت، ولم ترد عليه لا يقع الطلاق، وإن نوى؛ لأنه لم يجد للمرأة ذكر ولا دلالة، انتهى.

وأقراه، وقد يوجد منه أنه لا يكفي قوله ابتداءً من غير التماس طلاق منها

وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَنَوَى ثَلَاثًا فَقَالَتْ: طَلَّقْت وَنَوَتْهُنَّ فَثَلَاثٌ وَإِلَّا فَوَاحِدَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

«طلقي»، وإن نوى؛ بل لا بد من أن يقول: نفسك، ونعم فيما إذا قال: طلقت ونوى نظر ربما يذكره من بعد.

فروع: حكى الإمام عن القاضي الحسين: أن الخلاف جارٍ في مخالفة الأجنبي لو نص عليه الإتيان بالصيغة، فقال: طلقي بصريح أو كناية، فخالفت؛ لم يقع، ولو قال: طلقي نفسك؛ فقالت: طلقتك، قال الشَّافِعِي في «المختصر»: وسواء قالت: طلقتك أو طلقت نفسي؛ إذا أرادت طلاقًا، قال الشارحون: قوله: «إذا أردت طلاقًا» يرجع إلى قولها: طلقتك دون قولها: طلقت نفسي؛ لأنه صريح، وإن قالت: طلقتك كان كناية تفتقر إلى النية.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: طَلِّقِي وَنَوَى ثَلَاثًا، فَقَالَتْ: طَلَّقْت وَنَوَتْهُنَّ؛ فَثَلَاثٌ)** لأن اللفظ يحتمل العدد، وقد نوياه.

(وَإِلَّا) أي: وإن لم تنو هي عددًا.

(فَوَاحِدَةٌ فِي الْأَصَحِّ) وقال الإمام: إنه المذهب الذي عليه الْبَغَوِي؛ لأن الواحدة هي الموقعة، ولم يأت بما يقتضي عددًا، والثاني: تقع الثلاث، وتغني نيته في العدد عن نيتها.

إشارات: استثناؤه بإطلاقه يشمل ما إذا لم ينويا شيئًا من العدد، كما هو قضية كلام «المحرر» ومراد «المنهاج» ما إذا نوت واحدة، وما إذا نوت اثنتين، وليس بمراد؛ بل إذا نوت واحدة أو اثنتين؛ وقع ما نوته فقط بلا خلاف، كما لو تلفظت بذلك، وقد يقال: إذا ملَّكها الثلاث فقد فوض إليها البينونة الكبرى، والواحدة ليست بعضها فلا يقع، وقد حكى الْمَاوَرْدِي وجهًا: فيما لو وكله أن يطلقها ثلاثًا فطلق واحدة لا يقع لما ذكرناه، فقياسه هنا المنع، ولا سيما إذا جعلنا التفويض وكالة.

وعبارة «المحرر»: لو قال: طلقي نفسك، ونوى الثلاث، والشيخ أغفل قوله: «نفسك» وفيه ما سبق من النظر؛ لكن هنا قوة الكلام تفهم أنه قصد طلقي

وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا فَوَحَّدَتْ أَوْ عَكْسَهُ فَوَاحِدَةٌ.

فَصْلٌ

مَرَّ بِلِسَانِ نَائِمٍ طَلَاقٌ لَغَا ....

نفسك؛ ولهذا لم نقل في «تهذيب المحرر» في هذه «نفسك» بخلاف قوله ابتداء: «طلقي». قال: (وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا) أي: طلقي نفسك.

(فَوَحَّدَتْ) أي: فقالت: طلقت نفسي واحدة.

(أَوْ عَكْسَهُ؛ فَوَاحِدَةٌ) أي: وإن قال: طلقي واحدة، فطلقت ثلاثًا؛ وقعت الواحدة؛ لأنها أوقعت ما تملكه، وما لا تملكه فأشبه ما لو ملك طلقة فطلق ثلاثًا، ووجه وقوع الواحدة في الأولى من ملك إيقاع الثلاث ملك إيقاع ما دونها كالزوج، ولو طلقت فيها طلقتين وقعتا، صرح به في «المحرر».

وحكى الْمَاوَرْدِي في «الوكيل» في هاتين الصورتين وجهين، ولو قال: طلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقت نفسي أو طلقت، ولم تذكر عددًا، ولا نوته، قال القاضي الحسين، والْبَغَوِي: تقع الثلاث؛ لأن قولها ذلك جواب له فيكون كلامه كالمعاد في جوابها، بخلاف ما إذا لم يتلفظ بالثلاث؛ بل نوها، فإنا لا نقدر المنوي؛ لأن التخاطب باللفظ لا بالنية.

فائدة: قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة يقع، فلو راجعها، ثم طلقت نفسها، ثانيًا وثالثًا وقع؛ لأنه لا فرق بين أن تطلق نفسها ثلاثًا دفعةً واحدة، وبين قولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة، ولا يقدح محلل الرجعة، وأقراه عليه وظاهره أنه لا فرق بين أن يقول التفويض توكيل أو تمليك، وهو على التمليك مشكل لتخلل الفصل بين الإيجاب، والقبول بالرجعة، إما لأن الرجعة تدل على رجوعه عن تمليك الثانية والثالثة، أو لطول فصل بين قبولها في الأولى والثانية، ويشبه أنه بناه على عود اليمين، وهذا إنما يجيء على التوكيل، فتأمل.

قال: (فَصْلٌ:

مَرَّ بِلِسَانِ نَائِمٍ طَلَاقٌ؛ لَغَا)؛ للحديث: «رُفع القلم عن ثلاث - منها -

وَلَوْ سَبَقَ لِسَانٌ بِطَلَاقٍ بِلَا قَصْدٍ لَغَا، وَلَا يُصَدَّقُ ظَاهِرًا إِلَّا بِقَرِينَةٍ.

النائم حتى يستيقظ»(١) وفي حُكمه المغمى عليه، وكل من زال عقله؛ بسبب لم يعص به، فلو تلفظ بالطلاق؛ ثم قال: كنت حينئذٍ صبيًا أو نائمًا.

قال أبو العباس الرُّويَاني: يصدق بيمينه، ولو طلق في المرض ثم ادعى أنه كان مغشيًا عليه؛ لم يقبل قوله إلا ببينة على زوال عقله حينئذٍ، قال في «الروضة»: وفي تصديق النائم نظر، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: ما ملخصه: ولو اختلفا فقالت: كنت وقت طَلَاقِي عَاقِلًا، وَإِنَّمَا تَجَانَنْتَ أَوْ تَغَاشَيْتَ أو تغاميت أَوْ تَنَاوَمْتَ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بَلْ كُنْتُ مَغْلُوبَ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ وَالْإِغْمَاءِ وَالنَّوْمِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، ولو من يجن ويفيق قال: طلقتك حال الجنون؛ فقالت: بل مفيقًا، ففي المصدق منهما وجهان، وعلى تصديقه جزم سليم في «المجرد» وفي النص ما يقتضيه(٢). وقد نص في «اللعان»: على أنه لو قذف وادعى صدوره في جنونه، وقد عرف له الحالان، صدق، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي فيما إذا ادعى صدور القتل في حال جنونه، ولو قال: كنت مجنونًا؛ فقالت: ما جن قط؛ صدقت بيمينها، ولزمه الطلاق.

قال: (**وَلَوْ سَبَقَ لِسَانُه بِطَلَاقٍ بِلَا قَصْدٍ؛ لَغَا**) يشترط لوقوع الطلاق قصد لفظه فإن مرَّ بلسانه في مجاوزة، وكان قصده التلفظ بغيره؛ لم يقع؛ لعدم التلفظ به كالنائم، ونحوه كاليمين بالله تعالى، وككلمة الردة.

قال: (**وَلَا يُصَدَّقُ ظَاهِرًا إِلَّا بِقَرِينَةٍ**) أي: كما لو كان اسمها «طارق» فقال: يا طالق، وذكر أنه التف بلسانه اللام بلا قصد.

وفي «البيان»: لو خاطبها بصريح؛ ثم قال: لم أقصد الطلاق، وإنما سبق

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) الوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا:
أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَا طَلَاقَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَأَلَا طَلَاقَ عَلَيْهِ.
وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالطَّلَاقُ لَهُ لَازِمٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْإِفَاقَةُ، وَالْتِزَامُ أَحْكَامِ الطَّلَاقِ إِلَّا عَلَى صِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ.
انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/٥٦٩).

وَلَوْ كَانَ اسْمُهَا طَالِقًا فَقَالَ: يَا طَالِقُ وَقَصَدَ النِّدَاءَ لَمْ تَطْلُقْ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ.

لساني إليه. قال الصيمري: فقد قيل: إن كان هناك حال يدل على صدقه بأن كان في حال جرت العادة فيها بالدهش قبل منه، وقيل: لا يلتفت إليه وهو المشهور؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، ويدين، انتهى.

ولو قال: طلقتك ثم قال: إنما أردت أن أقول: طلبتك فسبق لساني.

قال الشَّافِعِي: لا يسع امرأته قبولها منه.

وحكى الرُّويَانِي عن الماوردي وغيره: أن هذا من المتهم، أما لو علمت صدقه أو ظنته بأمارة؛ فلها قبول قوله وعدم المخاصمة، ومن سمع ذلك منه فله سماع قوله وعدم الشهادة عليه، قال: وهذا هو الاجتباء، انتهى.

وسنعيد - إن شاء الله تعالى - فرعًا في التدبير، ونذكر كلام الْمَاوَرْدِي، وغيره عن نص ما ينازع في الاكتفاء بظنها صدقه.

فروع: لو قصد لفظ الطلاق؛ ولكن قصد استعماله في غير معناه؛ لم يقع، مثل أن حكى لفظ غيره أو تلفظ به الفقيه في درسه أو تكراره كقوله: أنت طالق أو زوجتي طالق ونحوه، ما لو قالت له زوجته: ما تقول لو سألتك الطلاق، قال: أقول طلقتك، ولو قال لها: الآن طالق، وقال: إنما أردت أن أقول: أنت الآن طاهر؛ لم يقبل، ويشبه أن يقال: لو سبق منه سؤال: أنت الآن طاهر من حيضك أو نفاسك؛ فقالت: لم أطهر بعد، ثم قال لها: من الغد أنت الآن طالق، وقال: أردت أن أقول: طاهر أنه يصدق للقرينة السابقة، وفيه نظر؛ لعبد طاهر من طالق، ولو قال: من جرى على لسانه لفظ الطلاق في نومه بعد تغطية أجريت الطلاق أوقعته، وخالف أبو حنيفة في «أوقعته» لنا أنه لفظ غير معتد به فلا يصير معتدًا به لقوله أوقعته.

قال: (وَلَوْ كَانَ اسْمُهَا طَالِقًا، فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَقَصَدَ النِّدَاءَ؛ لَمْ تَطْلُقْ) أي: ويصدق فيه وفي عدم قصده الطلاق قطعًا.

(وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ) أي: حملًا على النداء؛ ولأنه لم يقصد

وَإِنْ كَانَ اسْمُهَا طَارِقًا أَوْ طَالِبًا فَقَالَ: يَا طَالِقُ وَقَالَ: أَرَدْت النِّدَاءَ فَالْتَفَّ الْحَرْفُ صُدِّقَ.

وَلَوْ خَاطَبَهَا بِطَلَاقٍ هَازِلًا أَوْ لَاعِبًا أَوْ وَهُوَ يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ أَوْ أَنْكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ وَقَعَ.

الطلاق واللفظ هنا مشترك والأصل دوام النكاح، والثاني: تطلق لصراحة اللفظ، وبالأول جزم جماعة، هذا كله إذا أتى بلفظ النداء، أما لو قال لها: أنت طالق وقال: أردت به اسمها لا الطلاق فوجهان في «التتمة»:

أحدهما: لا يصدق إذا لم تجر العادة أن يقول لزوجته أنت فلانة.

والثاني: لا يصدق إن كانت بالقرب، وهو يعرف أنها زوجته، وإن كانت بعيدة فجهلها أو أحس في الظلمة بإنسان، فقال: ذلك مستفهمًا؛ قُبل منه؛ لأن ظاهر الحال يدل على قصده التعرف، انتهى.

وهذا الوجه حسن ويحسن أن يحمل عليه إطلاق الوجه الأول، وقال القاضي الحسين: إذا قال ذلك: وقع، فلو قال: لم أرد الطلاق إنما أردت تسميتها باسمها، ففي قبوله وجهان، وحكم براء العبد إذا كان اسمه حرًّا حكم براء الزوجة، ويأتي فيه التفصيل السابق.

قال: (**وَإِنْ كَانَ اسْمُهَا طَارِقًا أَوْ طَالِبًا فَقَالَ: يَا طَالِقُ، وَقَالَ: أَرَدْت النِّدَاءَ فَالْتَفَّ الْحَرْفُ؛ صُدِّقَ**) أي: ظاهرًا؛ لقوة القرينة وظهورها، ولا أعرف فيه خلافًا بخلاف ما لو قال: أنت طالق وهو يحل وثاقها، وقال: أردت به الإطلاق؛ ففيه وجهان، وفرق الإمام بأن التلفظ بكلمة الطلاق مستنكر في حالة النكاح، فيبعد قبول تأويله، وفي شرح العراقي «للمهذب»: في القبول ظاهرًا في مسألة الكتاب وجهان، وأحسبه سبق قلم.

قال: (**وَلَوْ خَاطَبَهَا بِطَلَاقٍ هَازِلًا أَوْ لَاعِبًا، أَوْ وَهُوَ يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً؛ بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ، أَوْ أَنْكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ؛ وَقَعَ**) فيه صورتان:

الأولى: أن يخاطبها به لاعبًا هازلًا بأن تقول له في معرض الدلال والاستهزاء: طلقني، فيقول لاعبًا أو مستهزئًا: أنت طالق أو طلقتك؛ فيقع

……

لقوله ﷺ: «ثلاثة جدّهن جَدٌّ، وهزلهن جدّ: الطلاق والنكاح والرجعة»(١) حسنه الترمذي.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن جدّ الطلاق، وهزله سواء، انتهى.

ومن حيث المعنى: أنه قصد اللفظ مختارًا؛ ولكنه لم يرضَ بحكمه، وذلك لا ينفعه كما لو قال: أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك، أو طلق بشرط الخيار؛ نفذ ولغا الشرط.

تنبيهات: أحدها: قوله: «هازلًا أو لاعبًا» يفهم المغايرة، وأنهما صورتان، وليس كذلك، وعبارة «المحرر»: لا يندفع الوقوع بأن يخاطبها بالطلاق على سبيل الهزل واللعب، وعبارة «تهذيبه»: ولو خاطبها بالطلاق ملاعبةً وهزلًا، فلم يذكرا في «الروضة» و«الشرحين» إلا لفظ الهزل فقط، وإنما جمع «المحرر» بين اللفظين؛ لأنهم صوروا المسألة فيما إذا لاعبها بالطلاق هازلًا.

ثم رأيت في «شرح الفروع» للشيخ أبي علي السِّنْجِي في كلامه في «الكافية» على قوله: ولو نادى إحدى زوجتيه؛ فأجابته الأخرى باللفظة، واختلف أصحابنا في الهازل بالطلاق، هل يقع فيما بينه وبين الله، أم لا؟ منهم من قال: يقع؛ لأنه قصد إلى اللفظ، والثاني: لا يقع؛ لأنه لم يقصد الإيقاع، فيأتي الحكم مواقع، انتهى.

ثانيها: يقع هنا الطلاق ظاهرًا وباطنًا بلا خلاف، وحكى القمولي عن الْمُتَوَلِّي، أن كلامه يفهم المنع باطنًا حيث قال: يقع ظاهرًا، والموجود في «التتمة» التصريح بالوقوع ظاهرًا وباطنًا.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/٢٥٩، رقم ٢١٩٤)، والترمذي (٣/٤٩٠، رقم ١١٨٤)، وقال: حسن غريب. وابن ماجه (١/٦٥٨، رقم ٢٠٣٩)، والحاكم (٢/٢١٦، رقم ٢٨٠٠) وقال: صحيح الإسناد.

……………………………………………………

ثالثها: في صحة سائر التصرفات من الهازل، وجهان: أصحهما: الصحة؛ لصدور اللفظ من أهله في محله، وثانيهما: لا؛ لمفهوم الحديث وإجراؤه الخلاف في «النكاح»، والحديث مصرح بانعقاده، وقول «الوسيط» و«الوجيز»: ولم يحكم الشَّافِعِي بانعقاد نكاح الهازل، وهو خلاف ظاهر الخبر غريب، لم يذكر في «البسيط» ولا «النهاية»، واستثناء «الحاوي الصغير» النكاح منتقد، والمذهب الانعقاد في الصورة الثانية، إذا خاطبها بالطلاق جاهلًا بأنها زوجته ظانًّا أنها أجنبية، بأن كانت في ظلمة، أو من وراء حجاب، أو نكحها له وليه وهو صغير أو مجنون، أو وكيله، ولم يعلم فيما إذا نادى زينب؛ فأجابته حفصة، وسيأتي الإشارة إلى نقل خلاف في بعض ما مثلناه به.

قال في «الروضة»: وفي نفوذه باطنًا وجهان بناهما الْمُتَوَلِّي على الإبراء من المجهول، إن قلنا: لا يصح؛ لم تطلق باطنًا، انتهى.

وقضية البناء ترجيح المنع، وقضية كلام الرُّويَانِيّ: أن المذهب الوقوع باطنًا، وهو ما يفهمه نقل الإمام والغزالي، وحذف في «الشرح الصغير» ذكر البناء وكأنه لم يرضه.

فرع: لو نسي أن له زوجة فطلقها فالمشهور عن النص الوقوع، وقال في «البحر»: قال في «الإملاء»: لو قال: كل امرأة لي طالق، وكان ناسيًا أن له زوجة؛ يلزمه الطلاق، وقيل: لا يقع باطنًا على وجه، وقيل: لا يقع إن لم يعلم أصلًا، وإن علم ثم نسي وقع، والظاهر أن صورة ما إذا لم يعلم أصلًا، ما لو زوَّجه وليه في صغره أو جنونه، ثم بلغ أو أفاق ثم طلق، ومثله السفيه إذا استقل الولي بتزويجه على رأي، وهل صورة الوكالة كذلك؟ أو يقال: إنه مفتقر، فيه نظر.

فرع: في «الوسيط»: أن واعظًا الْتمس ممن حضره شيئًا فلم يعطوه، فقال: طلقتكم ثلاثًا، وكانت زوجته فيهم وهو لا يدري؛ فأفتى الإمام بوقوع الطلاق، قال الغزالي: وفي القلب منه شيء، وقال الرَّافِعِي: ينبغي ألا يقع هنا، وإن وقع فيما إذا خاطب زوجته بذلك جاهلًا، واعترضهما المصنف بما

وَلَوْ لَفَظَ أَعْجَمِيٌّ بِهِ بِالْعَرَبِيَّةِ وَلَمْ يَعْرِفْ مَعْنَاهُ لَمْ يَقَعْ، وَقِيلَ: إِنْ نَوَى مَعْنَاهَا وَقَعَ.

هو مسطور في «الروضة» وفي بعضه نظر؛ إذ ليس هذا موضع بيانه فإن فسح الله في الأجل نبينه في «التوسط»⁽¹⁾.

ورأيت في «كفاية الجاجرمي»: ولو قال بجمع لا يدري أن فيهم زوجته، أو نسي أن له زوجة: طلقتكم مُتَضَجِّرًا مِنْهُمْ؛ طلقت في وجه، كما لو باع ابنه على ظن أنه حي في قول وأحسبه أحد جواب الإمام مع توقف الغزالي فأقامها وجهين، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ لَفَظَ أَعْجَمِيٌّ بِهِ بِالْعَرَبِيَّةِ وَلَمْ يَعْرِفْ مَعْنَاهُ؛ لَمْ يَقَعْ**) قالا: كما لو لقن الكفر فتكلم بها غير عارف معناها فتكلم بها؛ لا يحكم بكفره؛ ثم إن كان مخالطًا لأهل اللسان بحيث يبعد خفاء ذلك عليه؛ لم يقبل ظاهرًا وإلا قبل، وكان في حق المصنف أن يفصل.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ نَوَى مَعْنَاهَا؛ وَقَعَ**) يعني: أنه قصد باللفظ معناه عند أهله، وهو غير متصور للمعنى، ووجه عدم الوقوع، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومن تبعه، والْمُتَوَلِي: أنه إذا لم يتصور المعنى لا يصح قصد له، وهذا ما حكاه في «الحاوي» عن أبي حامد عن أصحابنا، ثم اختار من عند نفسه الوقوع؛ لأنه قصد الطلاق بلفظ، والمذهب الأول.

قال الإمام في «باب الطلاق»: قال الإمام: بالخيار ولا خلاف أن الأعجمي إذا نطق بالطلاق بلغة العرب ونوى معناه عند أهله، ولم يفهمه عند إطلاق اللفظ، ثم وضح معناه؛ لم يقع باتفاق الأصحاب، انتهى.

ولو قال: لم أعلم أن معناها قطع النكاح؛ ولكن نويت بها الطلاق، وقطع النكاح؛ لم يقع كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها، أو لا تدل على الطلاق وأراد بها ذلك، كذا ذكره الْمُتَوَلِّي وأجاب به الرَّافِعِي، وكان الفرق بينهما وبين صورة الكتاب: أنه هناك قصد معنى الكلمة عند أهلها بخلاف هذه؛ فإن صح هذا وإلا جاء الوجه السابق في هذه أيضًا.

---

(1) انظر: «أسنى المطالب» (١٦/٢١٥).

وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مُكْرَهٍ، ……………………………………

وفي «الكافي»: إذا قال الأعجمي لامرأته: أنت طالق، ولا يعلم معناه ولا موجبه؛ لم يقع، وإن كان يعلم أن له موجبًا ولا يعلمه عينًا؛ فإن لم يرد به موجبه لا يقع، وإن أراده فوجهان.

فروع: لو قال عربي اللسان: تلفظت به، ولا أعلم أنه يوجب قطع النكاح؛ فإن كان حديث عهد بإسلام وقد نشأ بين قوم لا يعتقدون الطلاق؛ صدق ظاهرًا، وإلا فلا، قاله الْمُتَوَلِّي، ولو كان قد نشأ بين من يعتقد وقوعه؛ لكن يرون الصريح كناية كما سبق، وقال: لم أنو به الطلاق، ومعتقدي أنه: كناية؛ فالقياس قبوله ظاهرًا؛ إذا علمنا أن ذلك معتقدهم.

قال الْمَاوَرْدِي: إذا طلق العربي بصريح العجمي، وهو لا يعرف معناها؛ فكالعجمي مما سبق، ولو ادعت ووجه كل واحد منهما أنه يعرف معنى ذلك اللسان الذي ادعى جهله؛ صدق بيمينه، ولم يفرق بين الناسي بين أهله وغيره، وهو متجه.

قال في «الشامل»: ولو قال لها - يعني: عربي اللسان-: حبلك على غاربك، ولا أعلم معناه، وإنما قصدت موجبه عند أهل اللسان؛ لم يقع.

قلت: ويجيء مثله في الكنايات العربية، التي يحملها أكثر الناس كما سبق بحثًا، وعن «الحلية»: لو قال العربي: فارقتك، ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه لا يكون صريحًا، وفي «الكافي» إثر ما سبق عنه في الأعجمي: امرأة اشتكت إلى زوجها صداع رأسها، فقال لها: بماذا أعالجك، فقالت: بالرقية، فقال: لا اعلم الرقية، فقالت: ضع يدك على رأسي وقل: اللهم أنت طالق ثلاثًا، قل ذلك ثلاث مرات؛ ففعل، إن كان لا يعلم ما يقول؛ لا يقع شيء، انتهى لفظه.

فإن كان من فروع مسألة الأعجمي فذاك، وإن كان فرعًا مستقلًا في العربي المتباهي في العبارة ففيه وقفة.

قال: (وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ مُكْرَهٍ) أي: على المشهور المعروف إلا ما يستثنى كما سيأتي، واستدل الشَّافِعِي ﷺ بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ

……

بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]، ووجه الدلالة: أنه لما سقطت أحكام الكفر بالإكراه مع غلظها، كان سقوط ما هو أخف أولى، واحتج الأصحاب بحديث: «**لا طلاق في إغلاق**»(١) رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم على شرط مسلم، وفسّر الشَّافِعِي والخطابي وأبو عُبيد، والقتبي وغيرهم: الإغلاق: بالإكراه.

وقال أبو عبد الله محمد بن أحمد البصري من أصحابنا المتقدمين: الإمام في اللغة في كابة المتقدمين تفسيره بالغصب؛ غلط بين؛ وإنما هو الإكراه، قال: وأكثر الطلاق إنما يكون عن الغصب، وما رخص للعصيان في شيء نبه عليه، هذا لفظه، وبحديث: «**إِنَّ الله وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»(٢) رواه ابن ماجه وغيره.

وأفتى بذلك خمسة من الصحابة ﷺ عمر وعلي وابن عباس وابن عمر، وزيد بن ثابت - ﷺ أجمعين -، قال البيهقي: ولا مخالف لهم من الصحابة، فصار إجماعًا.

تنبيهات: **أحدها**: أغرب القاضي الحسين حيث قال: إذا طلق مكرهًا لم يقع على أصح القولين، وقال صاحبه المتولي: نص الشَّافِعِي أنه لا يقع، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق: قيل: الإكراه يمنع طلاق على الإطلاق حتى لا يقع، وإن قصده وقد يكون الصريح هنا بمنزلة الكناية، وقيل: وهو اختيار الْقَفَّال إن نوى الطلاق وقع، وإن أطلق وقع، وإن ادعى طلاقًا عن وثاق أو طلاق أجنبية باسم زوجته، أو قال في نفسه: إن شاء الله ذلك؛ قبل، انتهى.

ولعل القاضي أشار بالخلاف إلى قول شيخه الْقَفَّال: فإنه يرفع طلاقه إلا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٧) وابن ماجه (٢٠٤٦)، والحاكم (٢/ ١٩٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٥٩، رقم ٢٠٤٥)، وقال البوصيري (٢/ ١٢٦): هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع. والبيهقي (٧/ ٣٥٦، رقم ١٤٨٧١)، وقال: جود إسناده بشر بن بكر وهو من الثقات، ورواه الوليد بن مسلم عن الأوزاعي فلم يذكر في إسناده عبيد ابن عمير.

فَإِنْ ظَهَرَتْ قَرِينَةُ اخْتِيَارٍ بِأَنْ أُكْرِهَ عَلَى ثَلَاثٍ، فَوَحَّدَ، أَوْ صَرِيحٍ أَوْ تَعْلِيقٍ فَكَنَّى أَوْ نَجَزَ أَوْ عَلَى طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ أَوْ بِالْعُكُوسِ وَقَعَ، ....

أن ينوي، إلا فلا يعرف للباء في قول بالرجوع.

ثانيها: يستثنى من عدم الوقوع ما إذا نوى الإيقاع؛ فيقع على الأصح، وما لو أكرهه على طلاق زوجته نفسه؛ فيقع على الأصح، وبه أجاب القاضي الحسين؛ لأنه إذن وزيادة، وطلاق المولى إذا أكرهه الحاكم على طلقة، وقلنا: لا يطلق عليه؛ لأنه إكراه بحق، والظاهر أنه لو وكل المولى في الطلاق؛ أكره الحاكم وكيله عليه.

ثالثها: جعل الْمَاوَرْدِيُّ المكره ثلاثة أحوال: أحدها: أن يتكلم به غير قاصد للفظه، وغير مريد لإيقاعه؛ فلا يقع، والثاني: عكسه فيقع، والثالث: أن يقصد لفظ الطلاق ولا يريد إيقاعه، وفي وقوعه وجهان: أحدهما: لا يقع لعقد إلا بإرادة، والثاني: يقع لقصده لفظ الطلاق، هكذا عبر، ولعله الوجه الذي يفسر التورية.

رابعها: يشبه أن محل الوجهين، فيما إذا نوى المكره إيقاعه؛ إذا كان لا يعلم أن النية تمنع الإكراه، ويجعله مختارًا فيه.

خامسها: كما يمنع الإكراه وقوع الطلاق، التأخير يمنع صحة تعليقه، والظاهر أن هذا فيما إذا أتى به على الوجه الذي أكره عليه، أما أمره بصفة، فأتى بغيرها، أو بمدة فزاد أو نقص؛ فلا، ويأتي في بعض الأمثلة الاحتمال الآتي عند الإمام، فيما إذا أُكْرِهَ عَلَى ثَلَاثٍ فَوَحَّدَ.

قال: (**فَإِنْ ظَهَرَتْ قَرِينَةُ اخْتِيَارٍ؛ بِأَنْ أُكْرِهَ عَلَى ثَلَاثٍ، فَوَحَّدَ، أَوْ صَرِيحٍ أَوْ تَعْلِيقٍ فَكَنَّى**) أي: ونوى.

(**أَوْ نَجَزَ، أَوْ عَلَى طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ، أَوْ بِالْعُكُوسِ؛ وَقَعَ**)؛ لأن مخالفته له تشعر باختياره فيما أتى به، وللإمام احتمال حسن فيما إذا أكره على ثلاث فوحد، لأنه يقصد دفع إكراهه بإجابته إلى بعض مطلوبه لا إيقاع الواحدة.

فرع: لو أكره على طلاق زوجة فطلقها مع أخرى بكلمة واحدة طلقتا، أو

وَشَرْطُ الْإِكْرَاهِ قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ بِوِلَايَةٍ أَوْ تَغَلُّبٍ، وَعَجْزُ الْمُكْرَهِ عَنْ دَفْعِهِ بِهَرَبٍ وَغَيْرِهِ وَظَنِّهِ أَنَّهُ إِنِ امْتَنَعَ حَقَّقَهُ، وَيَحْصُلُ بِتَخْوِيفٍ بِضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلَافِ مَالٍ وَنَحْوِهَا، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ قَتْلٌ، وَقِيلَ: قَتْلٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ ضَرْبٌ مَخُوفٌ.

كل واحدة بلفظ منفصل طلقت الأخرى فقط، هكذا فصَّل جماعة، قال الرَّافِعِي: ولم يفصل الإمام بين العبارتين وأطلق عن الأصحاب الحكم بطلاقهما.

قلت: عبارة الإمام موهمة فيها ما يوهم المراد؛ إذ قال في أول كلامه: وقالوا: لو على أن يطلق غيرها فضمنها إلى ضرتها فطلقهما؛ حكم بوقوعه، بقوله: «فضمنها إلى ضرتها» يعني: في اللفظ وأبدى احتمالًا أنه: لا يقع على غيرها؛ لمكره على طلاقها، وقال: إنه بيِّن ظاهر؛ لأنه أتى بما استدعاه المخبر، وضم إليه ما في نفسه اختياره، وقد أكثر المراوزة الكلام في فروع هذه المسألة، ولم أر لها ذكر في كتب العراقيين.

قال: (**وَشَرْطُ الْإِكْرَاهِ**) أي: حصوله.

(**قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ**) أي: عاجلًا.

(**بِوِلَايَةٍ أَوْ تَغَلُّبٍ**) زاد في «المحرر»: وهجوم.

(**وَعَجْزُ الْمُكْرَهِ عَنْ دَفْعِهِ بِهَرَبٍ وَغَيْرِهِ**) إلى من استعان به أو بحصن أو دفع.

(**وَظَنِّهِ**) أي: عليه ظنه، كما صرح به «المحرر».

(**أَنَّهُ إِنِ امْتَنَعَ؛ حَقَّقَهُ**) أي: فعل به ما خوفه به، ويكفي عليه ظنه في ذلك، وقيل: لا بد أن يتحقق ذلك، وليس بشيء لاستحالته، ومن الشروط أيضًا ألا يكون المخوف به مستحقًا عليه، كما لو قال: مستحق القصاص طلقها، وإلا اقتصصت منك، وقياسه قول الإمام للمحتم بمكة حرابة: طلقها وإلا قتلتك غدًا مثلًا؛ ليس بإكراه.

قال: (**وَيَحْصُلُ**) أي: الإكراه.

(**بِتَخْوِيفٍ بِضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلَافِ مَالٍ وَنَحْوِهَا، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ قَتْلٌ، وَقِيلَ: قَتْلٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ ضَرْبٌ مَخُوفٌ**) هذا اختصره من قول

……………………………………………………………………

«المحرر»، وأما الذي يكون في التخويف به إكراه قيل: القتل، وألحق بعضهم به القطع والضرب المخوف، وآخرون بهما الضرب الشديد والحبس وإتلاف المال، وهذا ما اختاره الأكثرون، انتهى.

وكل من العبارتين غير وافٍ بالمقصود، وقول «المنهاج»: «إتلاف» قال: ليس بجيد؛ لما استغرقه، وكذلك اعتبارهما الضرب الشديد مطلقًا، ومطلق الحبس، وعبارة «تهذيب المحرر»: وإتلاف مال جليًّا وليس على إطلاق، ويصح الغرض بذكر أمور:

أحدها: تهديده بقتله إكراه بلا خلاف، وكذا بقتل والده، وإن علا، وولده، وإن سفل على الصحيح في «الروضة» وبه جزم الدارمي والْمَاوَرْدِي، وأطلقوا في قتل ذي الرحم المحرم غير الوالد والولد وجهين، ولم يذكروا قطع عضوهما وينبغي أن يكون كقطع عضوه؛ ثم التخويف بالقتل بشرطه ألا يكون مستحقًّا.

قال الدارمي: ولو قال: إن طلقت لم اقبض فوجهان، ولو قال: طلقها وإلا قتلت نفسي، فليس بإكراه، وكذا أطلقوه، ويشبه أنه: لو كان ممن هدد بقتله يكون مكرهًا ألا يقع كما لو كان المهدد غيره.

ثانيها: أطلقا اعتبر الضرب الشديد.

وقال الدارمي وغيره: الضرب اليسير في أهل المروءة إكراه، وهو قضية كلام جماعات من العراقيين، حتى قال الشَّاشِي في «المعتمد»: أن الاستحقاق في حق الزوجة إكراه، وقاله صاحب، قال: وتبعه ابن الصباغ وجرى عليه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»، ونسبه إلى أكثر الأئمة، وهو قضية نص الشَّافِعِي المذكور في «الشامل»، فإنه مصرح بأن الشتم إكراه حمل على من يغَضُّ منه دون غيره من السفلة، ونحوهم كما صرح به القاضي أبو الطيب.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا أثر للسب والاستخفاف بمن لا يبالي به، ولا يغَضُّ منه من السفلة وعامة الناس، وإن كان من أهل الصِّيَانَاتِ والمراتب فوَجْهَان(١)

---

(١) أَحَدُهُمَا: يَكُونُ ذَلِكَ إِكْرَاهًا فِي أَمْثَالِهِمْ، لِمَا يَلْحَقُهُمْ مِنْ وَهَنِ الْجَاهِ وَأَلَمِ الْغَلَبِ، وَالْوَجْهُ ـ

……

وَالْأَصَحُّ عِنْدِي مِنْ إِطْلَاقِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ: أَنْ يُنْظَرَ حَالُ الْإِنْسَانِ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الدُّنْيَا وَطَالِبِي الرُّتَبِ فِيهَا؛ كَانَ ذَلِكَ إِكْرَاهًا فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ يُنْقِصُ ذَلِكَ مِنْ جَاهِهِ بَيْنَ نُظَرَائِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْآخِرَةِ وَذَوِي الزَّهَادَةِ فِي الدُّنْيَا؛ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ جَاهِهِ بَيْنَ نُظَرَائِهِ؛ بَلْ رُبَّمَا كَانَ إِعْلَاءً لِذِكْرِهِ مَعَ كَثْرَةِ صَوَابِهِ، انتهى.

وفي «الروضة»: أن تخويف ذوي المروءة بالصفع في الملأ، وَتَسْوِيدِ الْوَجْهِ وَالطَّوَافِ فِي السُّوقِ؛ إكراه على الأصح، انتهى.

والظاهر أن الصفع في الملأ بمجرده إكراه، وكذلك الطواف به والنداء عليه بمفرده، قال الْمَاوَرْدِي: الضَّرْبُ، فَيَكُونُ إِكْرَاهًا لِأَلَمِهِ وَضَرَرِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الشَّطَارَةِ وَالصَّعْلَكَةِ الَّذِينَ يَتَبَاهَوْنَ فِي احْتِمَالِ الضَّرْبِ، وَيَتَفَاخَرُونَ فِي الصَّبْرِ عَلَيْهِ، وهو أحسن، وهو غير قول أبي اسحاق المروزي، ومن تبعه: الضرب ليس بإكراه؛ لأنه خلاف المذهب والمنصوص.

ثالثها: أطلقا أن الحبس إكراه، وليس بجيد؛ بل هو مقيد بالحبس الطويل كما نقله في «الشامل» عن النص، وقال هو وغيره: إنه المذهب، وكذا قيده في «الروضة» على الوجه الذي صححه؛ ثم ينبغي أن يفرق في الحبس اليسير بين الوجيه وغيره.

وفي «الحاوي»: الْحَبْسُ: لَا يَخْلُو أَمْرُهُ فِيهِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يُهَدِّدَهُ بِطُولِ الْحَبْسِ فَيَكُونَ إِكْرَاهًا؛ لِدُخُولِ الضَّرَرِ بِهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ قَصِيرَ الزَّمَانِ كَالْيَوْمِ وَنَحْوِهِ؛ فَلَا يَكُونَ إِكْرَاهًا لِقُرْبِهِ وَقِلَّةِ ضَرَرِهِ.

وَالثَّالِثُ: أَلَا يُعْلَمَ طُولُهُ وَلَا قِصَرُهُ؛ فَيَكُونَ إِكْرَاهًا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِي الْمَحْبُوسِ عَلَى شَيْءٍ أَنَّهُ لَا يُطِيقُ إِلَّا بَعْدَ فِعْلِهِ.

- الثَّانِي: لَا يَكُونُ إِكْرَاهًا، لِأَنَّ النَّاسَ قَدْ عَلِمُوا أَنَّهُمْ مَظْلُومُونَ بِهِ. انظر: «الحاوي الكبير للماوردي» (١٠/ ٥٦٥).

……

وأما النفي عن بلده فينظر إن كان دون أهل وولد، ومال لا يمكنه نقلهم معه كان إكراهًا، وإن قدر عليه، وتمكن منه فوجهان.

وفي «الكافي»: أنه لو خوف بالنفي عن البلد أو الإخراج من الولاية، إن كان فيه تفريق بينه وبين أهله؛ فإكراه، وإلا فوجهان، وجزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه»: بأن النفي إكراه من غير تفصيل، ولا شك فيه إن نفي إلى موضع معين بخلاف مطلق النفي؛ فللتردد والتفصيل فيه محال، ويجوز أن يفرق بين المنفي وبين المستوطن، وغيره، ومسافة، وناحية وناحية.

رابعها: أطلق بأن التخويف بإتلاف مال إكراه، وعبارة «المحرر»: المال وهي أصلح، وعبارة «تهذيبه»: مال جليل، وادعى في «الروضة» على الوجه الذي صححه: أن الأصح: أن التخويف بإتلاف المال ليس إكراهًا والمذهب والمنصوص أنه إكراه؛ لكن قيده كثيرون.

وقال الشَّاشِي في «المعتمد» وصاحب «البيان»: أن التخويف بأخذ المال القليل ممن لا يطيق عليه؛ ليس بإكراه، وفي «حلية الرُّويَانِي»: لو قال: وإلا أخذت منك خمسة دراهم؛ لا يكون إكراهًا، ذكره الماسرجسي، وهو الاختيار.

وقال الْمَاوَرْدِي: لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ كَثِيرًا يُؤَثِّرُ أَخْذُهُ فِي حَالِهِ؛ فَيَكُونَ إِكْرَاهًا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي حَالِهِ؛ فَلَا يَكُونَ إِكْرَاهًا.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ كَثِيرًا إِلَّا أَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي حَالِهِ لِسِعَةِ مَالِهِ؛ فَفِي كَوْنِهِ مُكْرَهًا بِأَخْذِهِ وَجْهَانِ(١) انتهى.

وكيف كان فالمختار التفصيل، والصواب: أن تهديد ذي المروءة والسعة بأخذ عزه، أو ما به من ماله ليس بإكراه؛ لا سيما واسع النفس.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير للماوردي» (١٠/ ٥٦٣).

....

خامسها: حاصل المنقول فيما يحصل به الإكراه سبعة أوجه ذكرها ابن الرِّفْعَة، وغيره:

أحدها: - وهو ما صححه المصنف: وقد بينا ما فيه.

وثانيها: التهديد بالقتل.

وثالثها: ما يحدث به بقطع طرف أو ضرب مخوف.

ورابعها: - ورجحه الإمام - لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك ولا يبالي.

وخامسها: - واختاره القاضي الحسين - اشتراط عقوبة بدنية يتعلق بها قود.

وسادسها: تشترط عقوبة شديدة تتعلق ببدنه، فيدخل فيه الحبس الطويل، وكذا النفي على الأشبه.

وسابعها: - وهو الأصح عند المصنف في «الروضة»- وذكر تفصيلًا طويلًا، وقال: إن في بعضه نظر، ويعرف بالمراجعة مع تأمل ما أسلفناه، وعد الأوجه سبعة أيضًا؛ لكن بين عبارته فيها وما سقناه تفاوت، ويخرج من كلام الأصحاب ما يزيد على ذلك.

فرع: قال الدارمي: لو قال: طلقها وإلا زنيت لها أو بغيرها؛ لم يكن إكراهًا، انتهى. وفيه نظر.

وقال القاضي الحسين: لو قال رجل لامرأته: [إن] لم تفعلي كذا زنيت بك، أو قال لغلام بالغ: لأن لم تفعل كذا لألوطن بك، قال المراوزة: لا يكون إكراهًا، وعلى طريقة العراقيين إن قصد بذلك تشنيعها، وظهور الزنا عليها؛ يكون إكراهًا.

قلت: هو أولى بكونه إكراهًا من أخذ المال لا سيما عند أهل الدين والعفة والوجه تهديد الأمرد وغيره باللواط به؛ إكراه على الطلاق، لو أخذ بسبب غيره، وطولب بالشخص أو بماله؛ فقال: لا أعلم أين هو؟ ولا مال له

وَلَا تُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِيَ غَيْرَهَا، ....

عندي، فلم يخله السلطان، ونحوه، حتى حلف بالطلاق على ذلك فحلف كاذبًا وقع، نقله الرَّافِعِي عن الْقَفَّال وغيره.

وهو الصحيح خلافًا لفقهاء «هراة»؛ لأنه لم يكره على الحلف، وإنما جعله وصلة إلى قطع المطالبة، بخلاف ما لو أخذه اللصوص، وقالوا: لا نطلقك حتى تحلف أنك لا تذكر ما جرى، فحلف، ثم ذكره؛ لم يقع طلاقه؛ لأنه مكره على الحلف.

قال في «البحر»: غلط أهل «هراة» في صورة المكره، وكنت بها وفدت على رئيسها وأقمت عنده، فكان يأتي بقوم من الهرويين، فيتهمهم بودائع المتصرف فينكرون، ويحلفون بالطلاق ويدعهم، فسئلت فأفتيت بالوقوع فنازعني أهل «هراة»، وقالوا: يجب ألا يقع؛ لأنها يمين مكره، فقالت: لا وإنما افتدى المال بالطلاق فوقع؛ لأنه لم يكره عليه، انتهى.

وسبق في الوديعة كلام يلائم هذا الموضع، فاطلبه منه، ومما وقع في «الفتاوى»: أن الْمَكَسَةَ وأعوانهم يمسكون التاجر فيقولون لَهُ: بِعْتَ بِضَاعَةً بِلَا مَكْسٍ، أَوْ حَدَثَ عَنْ الطَّرِيقِ لِأَجَلِ الْمَكْسِ فينكر، فيقولون لَهُ: احْلِفْ بِالطَّلَاقِ أَنَّكَ لَمْ تَفْعَلْ ذَلِكَ فَحَلَفَ بِهِ خَوْفًا مِنْهُمْ؛ لأنه لو اعترف فربما لا يرضون منه بالمكس؛ بل يضربونه، وربما أخذوا ماله، فهل هذه كمسألة الوديعة السالفة، وكمسألة اللصوص، والظاهر أنها كالوديعة، فإنه لا غرض للمكسة في حلفه أصلًا، ولم يكرهوه عليه عينًا قطعًا؛ بل غرضهم إقراره بما نسبوه إليه، ومن أفتى فيها بعدم الحنث غير مصيب، والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَلَا تُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِيَ غَيْرَهَا**) أي: بأن يريد بقوله: طلقت فاطمة مثلًا غير زوجته، وغير ذلك من أنواع التورية؛ لأنه مخبر عن اللفظ، ولا نية تشعر باختياره، قال في «المحرر»: أو يقول عقب اللفظ «إن شاء الله تعالى سرًّا»، وسبق في كلام بعضهم: أن الاستثناء بقلبه، يكفي هنا هذا هو الصحيح، ونقله القاضي الحسين عن الأصحاب.

وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَهَا بِلَا عُذْرٍ وَقَعَ.

وَمَنْ أَثِمَ بِمُزِيلِ عَقْلِهِ مِنْ شَرَابٍ أَوْ دَوَاءٍ نَفَذَ طَلَاقُهُ وَتَصَرُّفُهُ لَهُ وَعَلَيْهِ قَوْلًا وَفِعْلًا عَلَى الْمَذْهَبِ، وَفِي قَوْلٍ لَا، وَقِيلَ: عَلَيْهِ.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَهَا بِلَا عُذْرٍ؛ وَقَعَ**) أي: لإشعاره بالاختيار، واعلم أن من ذكر الخلاف نقل وجهين مطلقًا، قال الإمام: وفي المسألة مزيد تفصيل عندي، وهو أن يقال: إن كان المكره غبيًا لا يفهم التورية؛ فلا ينبغي أن يتردد في انتفاء طلاقه، وإن كان فقيهًا عالمًا بالمسألة وذكرها حالة الإكراه؛ فالأظهر عندنا أن الطلاق يقع؛ لأن الاحتمال محال بيِّن إذا لم يقصد ولم يجبر، وهذه الحالة هي محل الوجهين، لو كان عالمًا؛ لكن إن ترك التورية لدهشة الوعيد ورهبته من السيف المسلول الْتحق بالغنى، وعلى ما نقّحه الإمام عن محل الخلاف جرى الرَّافِعِي والمصنف في كتبهما، وخالفاه في الترجيح.

وعبارة «المحرر»: وإن ترك التورية لعبادة أو دهشة أصابته لم تؤثر، واندفع الطلاق بالإكراه، وإن تركها بلا عذر فوجهان.

قال: (**وَمَنْ أَثِمَ بِمُزِيلِ عَقْلِهِ مِنْ شَرَابٍ أَوْ دَوَاءٍ؛ نَفَذَ طَلَاقُهُ وَتَصَرُّفُهُ لَهُ وَعَلَيْهِ قَوْلًا وَفِعْلًا عَلَى الْمَذْهَبِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا، وَقِيلَ: عَلَيْهِ**) أي: فقط لاحتماله، وعبارة «المحرر»: إذا تعدى بشرب الخمر فسكر؛ فالأصح أنه يقع الطلاق، وكذا لو شَرِبَ دواءً مُجنِّنًا، والقولان في نفوذ طلاق السكران يجريان في سائر تصرفاته القولية، والفعلية، وفرق مفرقون بين ما له، فجعلوه على القولين، وقطعوا بنفوذ ما عليه، انتهى.

وبين العبارتين تفاوت نبينه من بعد، والغرض يتضح بأمور:

أحدها: سبق أن من شرط نفوذ الطلاق التكليف، والاختيار، فلا يقع طلاق صبي ولا مجنون ولا مكره، ولا من جرى على لسانه حال نومه وفي معنى المجنون: المغمى عليه وكل من زال عقله بسبب لم يتعد به؛ كما لو أوجر الخمر أو شربها مكرهًا، أو لم يعلم بأن ما يشربه من جنس المسكر، ولو علمه من جنسه، واعتقد أن ذلك القدر لا يسكر لم يتعد.

……

وقال الرَّافِعِي: وعد من هذا القبيل ما إذا شرب دواء يزيل العقل على قصد التداوي، ثم بحث بما تيسر إليه، ونذكره بما فيه من بعد إن شاء الله تعالى.

الثاني: إذا تعدى بشرب الخمر فسكر؛ فالمنصوص في كتبه الجديدة وقوع طلاقه، وفي «الوسيط»: أنه المنصوص قديمًا، وجديدًا، وقال الإمام: لا يلغي الشَّافِعِي نص سواه، وحكى الْمُزَنِي عن القديم قولين، واختلفوا فذهب الشيخ أبو حامد، وأتباعه، وغيرهم إلى وقوعه قولًا واحدًا، وأنكروا رواية الْمُزَنِي، وقالوا: لا يعرف عدم وقوعه للشافعي في قديم، ولا جديد، ورواة القديم أعرف به من الْمُزَنِي، ولم يحكوه ولعله رآه حكاية عن الغير، ونسب الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي، والْعِمْرَانِي هذه الطريقة إلى الأكثرين ورجحها الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» وقال: إن عامة أصحابنا أنكروا ما رواه الْمُزَنِي، وعلى هذه الطريقة ينطبق إيراد «المنهاج».

والثانية: إتيان قولين في طلاقه وظهاره عملًا برواية الْمُزَنِيّ؛ لأنه ثقة ضابط؛ فلعله سمع ذلك منه ورجحها الرَّافِعِي ونسبها إلى الأكثرين، وكيف كان؟ فظاهر المذهب الوقوع، واستدل إليه بما أشار إليه الشَّافِعِي من أنه مكلف بالفرائض كلها من الصلاة والصوم، وغيرهما، والقلم غير مرفوع عنه، وقال الشيخ أبو حامد وأتباعه والْمَاوَرْدِي: أما في الاستدلال طريقان:

أحدهما: إثبات كونه مخاطبًا مكلفًا في هذه الحالة إذا ثبت ذلك ثبت الوقوع.

والثاني: الدلالة على المسألة مخصوصة، وذلك من وجوه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] النهي فيها في حال سكرهم عن قربانها، ولا نهي للمخاطب المكلف، قالوا: ولأنه إجماع الصحابة؛ كما دل عليه حديث: مشاورة عمر ﷺ لهم في حد الخمر، والقصة مشهورة في الصحيح، وذكروا ما يطول ذكره من العموميات، وغيرها، واحتج لعدم وقوع طلاقه،

واختاره جماعة. ثم جاء في قصة ماعز من قوله ﷺ: «أَبِكَ جُنُونٌ؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فَقَالَ: أَشَرِبْتَ الْخَمْرَ؟ فَقَالَ: لَا، فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ فَلَمْ يَجِدْ منه رِيحَ خَمْرٍ»⁽¹⁾، وجه الدلالة: أنه قصد إسقاط إقراره بالسكر؛ كما قصد إسقاط إقراره بالجنون، وقياسًا على المجنون والنائم يجيء مع أنه لا يعقل ما يقول، وليس له قصد صحيح، وأجيب عن قصة ماعز بأن ذلك في حدود الله تعالى التي تدرأ بالشبهات، وقد يجاب بأن شارب الخمر له حالات لا يؤاخذ فيها بلا خلاف، فسأل عن الخمر وأصل الشرب؛ لأن بعض وجوهه تقتضي إلغاء قوله، والفرق بينه وبين المجنون والنائم؛ التكليف بخلافهما؛ ولأنه متهم في إخباره بالسكر تغليظًا به، ولا يعرف إلا من جهته؛ ولأنه ترك إلى المؤاخذة ذهاب العقل رخصة ولا يليق بالقاضي.

الثالث: قال الْمَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا في علة وقوع طلاقه عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أحدها: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سُرَيْجٍ: الْعِلَّةُ فِي وُقُوعِ طَلَاقِهِ أَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ، وَأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ سُكْرُهُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَعَلَى هَذَا يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ وَجَمِيعُ الْأَحْكَامِ الْمُغَلَّظَةِ وَالْمُخَفَّفَةِ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ، وَيَكُونُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالَى فِيهَا مَدِينًا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الْعِلَّةَ فِي وُقُوعِ طَلَاقِهِ بِأَنَّ الْمَعْصِيَةَ مُغَلَّظَةٌ عَلَيْهِ، فَعَلَى هَذَا يَلْزَمُهُ كُلُّ مَا كَانَ مُغَلَّظًا مِنَ الطَّلَاقِ، وَالظِّهَارِ وَالْعِتْقِ وَالرِّدَّةِ وَالْحُدُودِ، وَلَا يَصِحُّ مِنْهُ مَا كَانَ تَخْفِيفًا كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ، وَقَبُولِ الْهِبَاتِ وَالْوَصَايَا.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْعِلَّةَ فِي وُقُوعِ طَلَاقِهِ إِسْقَاطُ حُكْمِ سُكْرِهِ بِتَكْلِيفِهِ، وَأَنَّهُ كَالصَّاحِي فَعَلَى هَذَا يَصِحُّ مِنْهُ جَمِيعُ مَا كَانَ تَغْلِيظًا وَتَخْفِيفًا، ظَاهِرًا وَبَاطِنًا.

قَالَ القاضي أَبُو حَامِدٍ الْمَرْوَزِيّ: كُنْتُ أَذْهَبُ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي حَتَّى

---

(١) أخرجه مسلم (٤٥٢٧).

……

وَجَدْتُ نَصًّا لِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُ يَصِحُّ رَجْعَتُهُ وَإِسْلَامُهُ مِنَ الرِّدَّةِ فَرَجَعْتُ إِلَى هَذَا الْوَجْهِ. انتهى.

ونص «الأم» صريح في الثالث، قال في كتاب «الرجعة»: ويجوز طلاق السكران، وعتقه ويلزمه ما صنع، وكذلك نصه في مواضع كثيرة يدل على ذلك، وما نسبه الْمَاوَرْدِي إلى ابن سريج من الوجه الأول غريب عنه.

قال المحاملي وسليم وغيرهما: قالوا في كتاب «الظهار»: وإن كان السكر قد غلب عليه، وفيه بعض التمييز فهو كالصاحي في الأحكام كلها، وإن لم يبق له تمييز بحال؛ قال أبو العباس، وأبو إسحاق: يلزمه الأحكام ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه ليس من أهل التخفيف، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمه، قال: ذلك في الباطن إذا لم يكن له اختيار، وقصد؛ لكن لا يقبل قوله في ذلك؛ لأنه فسق بشربه المسكر، قال المحاملي: فإن أخبرنا صادق، بأنه لم يكن له قصد؛ لم يكن يقع طلاقه، ولم يصح ظهاره كالمجنون، انتهى.

ورأيت في «ودائع ابن سريج»: وطلاق السكران، والمجنون إذا كانا مغلوبين على عقولهما؛ فليس بطلاق، هذا لفظه، ويجوز أن يكون له فيه ثلاثة أجوبة مختلفة، وحاصل ما أورده الرَّافِعِي أربعة طرق:

أحدها: أن القبول في أقواله كلها أما أفعاله كالقتل، والقطع وغيرهما، كأفعال الصاحي بلا خلاف لقوة الأفعال، وكلام جماعة يفهم ذلك حيث قاسوا وقوع طلاقه على قتله قودًا وقطعه بالسرقة.

والثانية: أن الخلاف في الطلاق والعتاق، والجناية؛ أما بيعه وشراؤه فلا يصح بلا خلاف؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه، والعلم شرط في المعاملات.

والثالثة: أن القولين فيما له كالنكاح، أما ما عليه كالإقرار والطلاق، والضمان، فينفذ قطعًا تغليظًا، وعلى هذا لو كان له زوجة، وعليه من وجه كالبيع، والإجارة؛ نفذ تغليبًا كطرق التغليظ.

والرابعة: أن الخلاف في الأقوال والأفعال كلها، وعجب جعل الرَّافِعِي

……

النكاح مما له، والبيع، والإجارة مما له وعليه، ولا يظهر فرق بين النكاح والبيع، وقد سوَّى في «التهذيب» بينهما.

الوجه الرابع: قوله: «ومن أثم بمزيل عقله من شراب» أحسن من قصر «المحرر» وغيره ذلك على الخمر؛ إذ النبيذ المسكر كالخمر في ذلك، نص عليه الشَّافِعِي، والأصحاب، ويخرج من كلامه أنا لا نوقع طلاق مَنْ شرب النبيذ ما لم يسكر، فإن سكر إذا كان يعتقد إباحته مذهبًا أو تقليدًا؛ لم يأثم بذلك.

وقوله: «أو دواء» يقتضي أنه لا فرق بين الخمر ونحوه، والدواء إذا كان مزيلًا للعقل، فهو كذلك إذا استعمله عينًا، والظاهر أنه مراده، بدليل أنه قال في «الروضة»: إنه إذا زال عقله بشرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك؛ لم يقع طلاقه، ولو تعدى بشرب الخمر فسكر أو شرب دواء مجنن، بغير غرض صحيح فزال عقله فطلق؛ وقع على المذهب، انتهى.

وما فصله في الدواء هو المنقول وعليه ينطبق كلام الشيخ أبي حامد، وأتباعه والْمَاوَرْدِي، وغيرهم، فقالوا: إذا استعمل الدواء المزيل للعقل على وجه التداوي فزال به عقله فكالمجنون، وإن قصد به ذهاب العقل والسكر فكالسكران، وحكى الْمَاوَرْدِي في هذا القسم وجهين، حكاهما الجوري قولين.

وقال الشَّافِعِي في الرجعة من «الأم»: ومن شرب بنجًا أو حريفًا أو مرقدًا ليتعالج به من مرض فأذهب عقله فطلق؛ لم يلزمه الطلاق من قبل أنه ليس في شيء من هذا أن نضربهم على شربه في كتاب ولا سنة ولا إجماع، انتهى.

وظاهر كلام إمام الحرمين واختياره: أن طلاقه لا يقع في القسمين جميعًا، وأما الرافعي فإنه أبدى في «الشرحين» ترددًا في أن الخلاف في التداوي بالخمر، هل يجري في التداوي بهذه الأشياء؟ وإن جواز استعمالها هل يختص بالقدر الذي لا يزيل العقل، أو يجوز مطلقًا؟ ومن هؤلاء الشيخ أبو حامد وأتباعه والْمَاوَرْدِي، والإمام، وهو الأقرب إلى ظاهر النص السابق، وقول «المنهاج» في آخر المسألة على المذهب: ترجيح منه لطريقة القطع

……………………………………………………

بالوقوع كما سبق؛ لكن في «الروضة» و«الشرحين»: أن الأكثرين إثبات قولين، وبها أجاب في «المحرر»، فكأن قضية اصطلاحه وقعت على «الجديد»، وقيل: قطعًا.

فإن قلت: هل في قوله: «من شراب أو دواء» احترازًا عما لو زال إلا بهذا النوع، كما لو ألقى نفسه من سطح عالٍ عبثًا؛ فزال عقله؟ فإن الظاهر أن هذا لا يقع طلاقه، وإن عصى بهذا الفعل الذي أزال عقله.

قلت: الظاهر أنه تحرز عنه؛ وإنما أراد التصوير، والذي يظهر ما ذكره في السؤال أنه لا يقع طلاقه جزمًا، ويحتمل أن يقال بالوقوع، كما لو ألقى نفسه من شاهق عبثًا؛ فزال عقله فإنه يجب عليه القضاء، كما لو شرب دواء لغير حاجة، وعلم أنه يزيل العقل؛ فإنه يلزمه قضاء الصلاة، والظاهر الأول، ولم أر فيه نقلًا.

الوجه الخامس: اختلفت عبارات الأصحاب في حد السكران، فعن الشَّافِعِي: أنه الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم، وعن الْمُزَنِي: أنه من لا يفرق بين شيء وشيء، وقيل: هو من يظهر ما يحتشم منه، وقيل: من يتمايل ماشيًا ويهذي متكلمًا، وقيل: من يجهل ما يقول.

وعن ابن سريج: قال الرَّافِعِي: وهو الأقرب الرجوع إلى العرف، ولم يرضَ الإمام هذه العبارات، وجعل له ثلاثة أحوال، وذلك تصرفه - رحمه الله تعالى -، فقال: من لم يستول عليه الخمر بعد؛ كالصاحي قطعًا، ومن صار طافحًا ويسقط كالمغمى عليه؛ فالصحيح أنه لا ينفذ طلاقه، وإنما الخلاف بين الحالتين.

قال الرَّافِعِي: والأوفق لإطلاق أكثرهم في الثاني أنه على الخلاف، انتهى.

وقال المحاملي وسليم الرازي، وابن الصباغ في كتاب «الظهار»: إذا غلب السكر عليه، وبقي له بعض تمييز فهو كالصاحي في الأحكام كلها، وإن كان قد أطبق عليه، ولم يبق له تمييز بحال؛ فقال أبو العباس وأبو إسحاق: تلزمه الأحكام ظاهرًا وباطنًا، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمه باطنًا؛ إذا لم

....

يكن له اختيار ولا قصد، ولكن لا يقبل قوله في ذلك فلو أخبر بأنه الصادق؛ لم يحكم بوقوع الطلاق، وهذا منهم تصريح بالوقوع، وإن لم يبق له تمييز أصلًا بخلاف ما رآه الإمام، وما نقلناه من التصريح شاهد لقول الرَّافِعِي: والأوفق لإطلاق أكثرهم كذا.

وقال في «الذخائر»: اختلف أصحابنا في موضع القولين؛ فقال علماء المذهب في كل سكران، ومنهم من قال: هما في المتوسط، وهو المغلوب على عقله مع ثبوت ضرب من التمييز، وأما المتناهي في السكر فلا يقع طلاقه قولًا واحدًا، ولم أر هذا لأحد من أصحابنا، انتهى. وأشار بقوله: «ومنهم» إلى الإمام، وأشار إلى انفراده بذلك.

فروع: لو طلق سكران، ثم قال: أكرهت على السكر، أو لم أعلم أنه مسكر، صدق بيمينه، هذا رأيته منقولًا، وينبغي أن يستفسر، فإن ذكر إكراهًا معتبرًا فذاك، فإن أكثر الناس يظن ما ليس بإكراه إكراهًا، على أن تصديقه مطلقًا رفضه، ولا سيما إذا كان نهمًا، وممن عرف بها، وقد سئلت عمن حلف بالطلاق لا يشرب الخمر، فأكره عليه؛ فشرب فاستفسرته؛ فقيل: حلف عليه بعض أصحابه ليشربن معه، وبعضهم يقول: حكم عليه أصحابه، وبعضهم يقول: إن لم تفعل لا أكلمك أبدًا، ونحو ذلك من الخرافات فتعين الاستفسار، فإن امتنع منه فالاحتياط ألا يفتي بشيء.

صرح في «البحر»: بأن من سكر - يعني: عاصيًا به- ثم جن، وكان الجنون متولدًا من سكره؛ أن حكمه حكم السكران، وهذا مقتضى إطلاق المصنف، وغيره، وقضية قول «المحرر»، وكذا لو شرب دواءً مجننًا فجن منه؛ ثم طلق، ويشبه أن يكون مراد الرُّويَانِي، وغيره ما إذا طلق وآثار السكر باقية أما لو زال أثره بالكلية؛ ثم طلق بعد مدة وهو مجنون فلا، ولا ريب له لو قال: السكر وآثار شرب البنج ونحوه، واستمر جنونه فزوجه وليه، فطلق؛ أنه لا يقع طلاقه، ولا يظهر فرق بين الزوجة القديمة وهذه؛ فيتعين حمل كلامهم على ما إذا طلق في حال جنونه مع بقاء سكره وآثاره.

وَلَوْ قَالَ: رُبْعُك أَوْ بَعْضُك أَوْ جُزْؤُك أَوْ كَبِدُكِ أَوْ شَعْرُك أَوْ ظُفْرُك طَالِقٌ وَقَعَ، وَكَذَا دَمُك عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

ذكر الْبَنْدَنِيجِي في «جامعه» في «كتاب الصلاة»: أن من شرب دواء فيه سم من هذه السمومات فذهب عقله؛ فقد اختلف قول الشَّافِعِي في جواز شربه على قولين:

أحدهما: له ذلك إذا غلبت السلامة.

والثاني: لا يجوز أصلًا، فعلى هذا عليه القضاء، وإن قلنا: يجوز فلا قضاء عليه؛ لأنه معذور، انتهى.

ولا يخفى قياس ما ذكره في وقوع طلاقه، ومنعه ألا يفرق بين البابين، وبعيد أنه لو ألقى نفسه من شاهق عبثًا فزال عقله فطلق؛ أنه يقع طلاقه، كما أشرنا إليه من قبل.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: رُبْعُك أَوْ بَعْضُك أَوْ جُزْؤُك أَوْ كَبِدُكِ أَوْ شَعْرُك أَوْ ظُفْرُك طَالِقٌ؛ وَقَعَ**) أما الإضافة إلى الجزء والمقدار كربعك وبعضك، وكبدك، أو إلى المبهم كبعضك وجزئك، ونحوهما، فموضع إجماع، وكالعتق؛ ولأن الطلاق لا يتبعض، فكأن إضافته إلى الجزء، تكفى عن الكل، كالعفو عن القصاص، وكذلك الإضافة إلى عضو معين موجود عندنا؛ كيدك أو رجلك أو عينك أو إصبعك، وغيرها سواء العضو الأصلي، والزائد والظاهر، والباطن؛ كالكبد والطحال، وغيرهما؛ لما ذكرنا، وكذا الإضافة إلى ما ينفصل في حال الحياة؛ كالشعر والظفر، والسن على المشهور⁽¹⁾.

فرع: قال ابن الْقَطَّان: لو قال: أوقعت في يدك طلق؛ وقع، ومثله أوقعت فيك.

قال: (**وَكَذَا دَمُك عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأنه به قوام البدن، وفي قوله: «على المذهب» مناقشة، لا تقتضي أن المذهب القطع بالوقوع، والقطع بذلك طريقة غريبة نقلها الإمام والرَّافِعِي عنه، فلم أر من رجحها، ولا حكاها غيره، ومن

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٣١٥).

لَا فَضْلَةٌ كَرِيقٍ وَعَرَقٍ، وَكَذَا مَنِيٌّ وَلَبَنٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

أخذ منه، والذي أورده معظم العراقيين المنع كالدمع والعرق، وإنما قلت: معظمهم؛ لأني رأيت الدارمي نقل فيه وجهين، وحكى القاضي الحسين وجهين، ورجح الوقوع وتبعه أصحاب «التهذيب» و«الكافي» و«التتمة»، والرَّافِعِي في كتبه وألحق في «التتمة» بالدم قوله: وزوجه بذلك طالق.

قال: (**لَا فَضْلَةٌ كَرِيقٍ وَعَرَقٍ**) أي: ودمع ومخاط، وبول قطعًا، وقيل: على الصحيح؛ لأنها غير متصلة اتصال خلقة فلا يلحقها حل، ولا تحريم، وقيل: يقع كالدم، ولو قال: الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق؛ لم يقع قطعًا، وقيل: فيه وجه، قال: والإضافة إلى الأخلاط المتسلكة في البدن كَالْبَلْغَمِ وَالْمِرْتَيْنِ كالإضافة إلى الفضلات.

قال: (**وَكَذَا مَنِيٌّ وَلَبَنٌ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنهما متهيئان للخروج كالفضلات، وقيل: هما كالدم؛ لأنه أصلهما، وقوة كلام الرَّافِعِي تعطي أن الوجهين فيمن لها مني ولبن، أما لو كانت صغيرة لا مني لها، ولا لبن، أو كبيرة لا لبن لها؛ فلا يقع جزمًا، وقد يخرج على ما ولو قال لمقطوعة يمين: يمينك طالق، لا أثر لإيقاعه، ولا على نفَسها بفتح الفاء، ولا على أفعالها؛ كأكلها وشربها وقيامها، وقعودها، ولا على حواسها كالسمع والبصر والذوق والشم، واللمس؛ إلا أن يريد جوارح هذه الحواس.

ولو قال: بياضك أو سوادك أو لونك طالق؛ فوجهان بنيا على أن اللون جسم أو عرض، وبالثاني أجاب القاضي الحسين، وغيره، ونقلهما الدارمي في قوله: حسنك أو قبحك أو كلامك أو فرحك أو حزنك، أو ضربك طالق، قال القاضي الحسين، والْبَغَوِي: ولو قال: اسمك طالق؛ لم يقع؛ لأن الاسم غير المسمى.

قال الْمُتَوَلِّي: إلا أن يريد بالاسم وجودها وذاتها؛ فيقع، ولو قال: جنونك طالق، ففي تعليق القاضي الحسين؛ الأصح أنه لا يقع، وفي «التهذيب» يقع؛ إذا أراد به الزوجة، فأفهم أنه إذا أطلق أو أراد المعنى القائم بالحي؛ لا يقع، ومال الإمام والغزالي إلى الوقوع، قال الإمام: لا يتكلم

وَلَوْ قَالَ: لِمَقْطُوعَةِ يَمِينٍ يَمِينُك طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمَذْهَبِ.

الفقيه في الفرق بين الروح، والحياة؛ فيقع فيما لا يعنيه.

ولو قال: روحك طالق، ففي تعليق القاضي، و«التهذيب» و«التتمة» و«النهاية»: أنه يقع، وحكى السرخسي فيه خلافًا مبنيًا على أن الروح جسم أو عرض، قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يقال: الظاهر في الحياة المنع، وفي الروح الوقوع، لو قال: يمينك طالق؛ وقع، وبه جزم القاضي والإمام والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي والغزالي، وصاحب «الذخائر»، والرَّافِعِي في «شرحيه»، وفي «الكافي»: لو قال: يمينك طالق؛ يقع إن أراد به الأجزاء، ولم أر الصورة في كتب العراقيين.

وأجاب في أصل «الروضة»: بعدم الوقوع تبعًا للشيخ نقحه بالشرح، وجرى عليه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»، والقونوي في «شرح الحاوي»، وهو سهو والصواب الأول.

قال في «الروضة»: ولو أضاف إلى الشحم؛ طلقت على الأصح.

وقال الرَّافِعِي: فيه تردد للإمام، ومثله إلى المنع، والأقرب الوقوع؛ لأنه جزء من البدن، وبه قوامه، انتهى.

وعبارة الإمام: لا فقد وهو كالشيء الجامد على الثوب لا التحام له، ولا روح فيه، وإذا اندلعت حشوة إنسان انبثق الشحم ولم يألم به، وفيه ضرب من التردد، انتهى.

وكلام الرَّافِعِي يفهم أنه فهم الشحم على غير الوجه الذي أراده الإمام، وفي «البسيط»: وكونه يقصد سمنها، وقع؛ لأنه جزء وأولى من الشحم ففيه تردد، فإنه إذا الحيوان كان منفصلًا لا سيما البدن منه، وليس فيه حياة، وإذن في ترجيح الوقوع نظر، ويكون الشحم كالجنس، ولا يقع الطلاق بالإضافة إليه على المذهب، نعم ينبغي أن يستفسر، فأكثر الناس يعبر بالشحم عن السِّمن، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ: يَمِينٍ يَمِينُك طَالِقٌ؛ لَمْ يَقَعْ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قطعًا؛ لأنا وإن جعلنا البعض عبارة عن الكل فشرطه وجود المضاف إليه

وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْك طَالِقٌ وَنَوَى تَطْلِيقَهَا طَلُقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقًا فَلَا، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَنْوِ إِضَافَتَهُ إِلَيْهَا فِي الْأَصَحِّ ....

لتنتظم الإضافة، وإلا لغت؛ كما لو قال لها: لحيتك أو ذكرك طالق، **والطريق الثاني**: تخريج ذلك على الخلاف في كيفية التعبير بالبعض، وحكى البيهقي عن الشَّافِعِي: أنه لو كان العضو مقطوعًا فأوقع عليه الطلاق؛ لم يقع؛ لأن هذا العضو فارق الجسد، انتهى.

والظاهر أنها لو كانت خنثى وصحت أنوثته، فأضاف إلى ذكرها أو صفة فيها، وقع، وقال الدارمي: لو قال: يدك أو عضو غيرها طالق، فقيل: إن ما قصده قطع؛ لم يقع، فإن كان أخبره وقطعها معًا، لم يقع.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْك طَالِقٌ وَنَوَى تَطْلِيقَهَا؛ طَلُقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقًا؛ فَلَا، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَنْوِ إِضَافَتَهُ إِلَيْهَا فِي الْأَصَحِّ**) هنا أربع صور:

إحداها: أن ينوي بذلك تطليقها؛ فيقع وفاقًا لإضافته إلى محله.

الثانية: ألا ينوي طلاقًا فلا يقع.

الثالثة: أن ينوي الطلاق من غير إضافة، فالذي رجحاه عدم الوقوع؛ لأن الإمام قال: إنه قول الجمهور، ثم قال: وذهبت طوائف من المحققين إلى أنه تكفي نية الطلاق وإن لم يضفه، واختاره القاضي، وهو القياس تحقيقًا، فإن الطلاق نقض العقد، وإذا ارتفع العقد فلا حاجة إلى التنصيص على المحل نطقًا، أو نيةً وقصدًا.

قلت: وفي نسبة الأول إلى الجمهور نظر؛ إلا أن يريد جمهور المراوزة، وإلا فالعراقيون على أن نية الطلاق من غير إضافة كافية، ولذلك سوُّوا بين: أنا منك طالق، وأنا منك بائن، في الاكتفاء، بنية الطلاق فقط. وقد عزاه الإمام إلى طوائف من المحققين، واختيار القاضي، وقال: إنه القياس تحقيقًا، فبان أنه الراجح، وقول الجمهور، ولذلك لم يتعرض العراقيون للإضافة إليها، وعد في «الحاوي» في الكنايات قوله: أنا طالق منك، وأنا بائن منك، وأنا حرام عليك.

الصورة الرابعة: أن ينوي بذلك تطليق نفسه، فالذي يفهمه كلام

وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْك بَائِنٌ اُشْتُرِطَ نِيَّةُ الطَّلَاقِ، وَفِي الْإِضَافَةِ الْوَجْهَانِ.

العراقيين، وتعاليلهم الوقوع، ومن ذلك قول القاضي أبي الطيب: أن العقد يتناولهما، بدليل أن أختها تحرم عليه، ويسمى زوجًا؛ كما تسمى زوجة، فيصح إضافته إليها؛ كما تصح إليه.

ونحوه قول المحاملي: الطلاق إبطال الزوجية، وحكى فقال: الزوجان مشتركان في الزوجية، فاشتركا في إضافة حكمه إلى كل منهما، ونحوه كلام القاضي الحسين، فإنه قال: أنا في الطلاق لا نقول: أن الرجل ينوي الطلاق على نفسه، ولكنه ينوي انحلال العقدة، وليس الطلاق؛ لقول الشَّافِعِي: وسواء قال: طلقتك أو طلقت نفسي، فكقوله: أنا منك طالق، وعندي أنه إذا نوى انطلاقه عن نكاحها، ولم ينو وقوع الطلاق عليها؛ وقع لما قاله الشَّافِعِي، انتهى.

كلامه في «التعليق»، وكلام الْبَغَوِي يفهم: أنه لو نوى نفسه لم يقع، وصرح به صاحب «الكافي»، ونسبه الْمُتَوَلِّي إلى أصحابنا؛ ثم ذكر كلام القاضي، وقال الإمام: أنه إذا نوى تطليق نفسه؛ فالوجه عندنا: أنه لا يقع، ثم حكى عن بعض الخلافيين: أنه يقع، وقال: إنه لا احتفال به.

قلت: ونص الشَّافِعِي في «الأم» على أن قوله: أنا منك طالق؛ يشعر بأنه لو قال: أنا طالق، ولم يقل: «منك» أنه لا يقع وإن نوى، وسبق عن القاضي أن قوله: طلقت نفسي فوقع، وقضية الوقوع بقولنا: يا طالق، وبه صرح الدارمي فقال: وقول الزوج: أنا طالق؛ كناية.

ونقل الرَّافِعِي: أنه لو قال: طلقي نفسك، فقالت: طلقتك، أو أنت طالق، فهو كقوله لها: أنا منك طالق، وحكى عن ترجيح الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي: أنه يقع بقوله: أنا مُسْتَبْرِئ رحمي، وإن لم يقل منك.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْك بَائِنٌ) ونحوها من الكنايات.

(اُشْتُرِطَ نِيَّةُ الطَّلَاقِ) كسائر الكنايات.

(وَفِي الْإِضَافَةِ الْوَجْهَانِ) أي: في قوله: أنا منك طالق، وقد بيناهما بما فيهما.

وَلَوْ قَالَ: اسْتَبْرِئِي رَحِمِي مِنْك فَلَغْوٌ، وَقِيلَ: إنْ نَوَى طَلَاقَهَا وَقَعَ.

فَصْلٌ

خِطَابُ الْأَجْنَبِيَّةِ بِطَلَاقٍ وَتَعْلِيقُهُ بِنِكَاحٍ وَغَيْرِهِ لَغْوٌ ....

قال: **(وَلَوْ قَالَ: اسْتَبْرِئِي)** أي: بالمهر ولفظ الخبر.

(رَحِمِي مِنْك؛ فَلَغْوٌ)؛ لأنه لا رحم له، واللفظ غير منتظم في نفسه.

(وَقِيلَ: إنْ نَوَى طَلَاقَهَا؛ وَقَعَ) أي: والمعنى استبرئي الرحم التي كانت لي، ولو قال: استبرئي رحمي منك على الأمر، ونوى الإيقاع عليها، وأراد فرجها، وأضافه إليه لسبق سلطانه عليه؛ فيشبه أن يجزم بأنه كناية كما لو قال استبرئي فقط، وهو الظاهر أيضًا في الصورة قبلها، وحينئذٍ يظهر أن يقال له أحوال:

إحداها: أن يقصد فرج نفسه وينوي الطلاق؛ فلغو.

الثانية: أن ينوي الإيقاع؛ فالظاهر أنه يقع، وعدوا من الكنايات ما هو أبعد من هذا.

والثالثة: أن يطلق اللفظ، وينوي به تطليقها؛ فهذا محل التردد، والأصح في «التهذيب» و«الكافي»: التنزيل على رحمها، فيقع؛ لأنه محل استبراء، ويجري الوجهان في: أنا معتد منك، أو مستبرئ رحمي، ولم يقل: «منك»، وشاهد الْمُتَوَلِّي الْبَغَوِي على ترجيح الوقوع.

قال:

(فَصْلٌ)

خِطَابُ الْأَجْنَبِيَّةِ بِطَلَاقٍ وَتَعْلِيقُهُ بِنِكَاحٍ وَغَيْرِهِ؛ لَغْوٌ) أما المنجز فلغو إجماعًا، وأما المعلق ففيه للعلماء ثلاثة مذاهب، ومذهبنا المعروف للشافعي في كتبه: أنه لغو سواء عمم أو خصص، أو عين في امرأة أضاف ذلك إلى النكاح أم لا؛ لأحاديث كثيرة: منها «قوله ﷺ: **لا طلاق إلا بعد نكاح**»[١]، قال الترمذي: حسن صحيح، وقال الحاكم: هو أصح شيء ورد في الباب، ولابن ماجه من

---

[١] أخرجه الترمذي (١١٨١) والحاكم (٢/ ٤١٩).

وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَعْلِيقِ الْعَبْدِ ثَالِثَةً كَقَوْلِهِ: إِنْ عَتَقْت أَوْ إِنْ دَخَلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَيَقَعْنَ إِذَا عَتَقَ أَوْ دَخَلَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ.

رواية المسور بن مخرمة: «**لَا طَلاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ، وَلَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ**»(١).

وأغرب الحناطي والسرخسي فنقلا أن من الأصحاب من أثبت قولين للشافعي في المسألة، ولعل سببه أنه ذكر في «أماليه القديمة» كلام الناس فيها، قال الربيع: قلت له: فما تقول أنت؟ قال: أنا واقف في ذلك، ثم وضح له الحكم فصار إليه، نص عليه في عامة كتبه.

قال الْمَاوَرْدِي: وليس ذلك بقول آخر له في المسألة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: صِحَّةُ تَعْلِيقِ الْعَبْدِ ثَالِثَةً كَقَوْلِهِ: إِنْ عَتَقْت أَوْ إِنْ دَخَلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَيَقَعْنَ إِذَا عَتَقَ أَوْ دَخَلَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ**) اختلفت عباراتهم في توجيهه، فقال القاضي الحسين: لأنه ملك أصل الطلاق فاستتبع الصفة؛ كما يعلق في حالة الحيض الطلاق السني، وفي الطهر البدعي، وفي هذا التشبيه نظر، ووجهه القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع»: بأنه بالعتق يملك ثلاث طلقات بالنكاح السابق، ووجهه الغزالي: بأنه وجد النكاح المبيح للطلاق الثلاث عند العتق، فأقام ملك الأصل مقام ملك الفرع، ووجهه الرَّافِعِي: بأنه ملك أصل النكاح مقيد بملك الطلقات الثلاث بشرط الحرمة.

والثاني: لا يصح؛ لأنه لا يملك الثالثة، فهو كتعليق الطلاق قبل النكاح، قال الإمام: وهذا أقيس وجعله أولى بعدم الوقوع من عتق ولد الأَمَة كما سنذكره، قال الرَّافِعِي: ويجري الوجهان في قوله لأمته الحامل: إذا ولدت فولدك حر.

قلت: ورجح الشيخ أبو حامد، وغيره فيها عدم العتق، ففي مسألتنا أولى على ما ذكره الإمام: أنه لا يقع.

وفي بعض «شروح الفروع»: أن الذي يليق بالمذهب عدم الوقوع، ولم أر ترجيح الصحة إلا للرافعي لاقتصار الْبَغَوِي عليه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٢٦).

وَيَلْحَقُ رَجْعِيَّةً لَا مُخْتَلِعَةً، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِدُخُولٍ فَبَانَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخَلَتْ لَمْ يَقَعْ إِنْ دَخَلَتْ فِي الْبَيْنُونَةِ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَدْخُلْ فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (وَيَلْحَقُ) أي: الطلاق.

(رَجْعِيَّةً) أي: لأنها في حكم الزوجات، قال الشَّافِعِي: الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، نعم؛ لو قال: زوجاتي طوالق؛ قيل: لا تدخل الرجعية، والمذهب المنصوص الدخول.

قال: (لَا مُخْتَلِعَةً) أي: وإن كانت في العدة سواء كان ذلك تصريح أو كناية؛ لأنها ليست زوجة، ولا في معناها بحال، وما يرويه الخصم مرفوعًا: «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة»(١).

قال أبو الفرج بن الجوزي في «التحقيق»: هو حديث موضوع لا أصل له.

قال: (وَلَوْ عَلَّقَهُ بِدُخُولٍ) أي: بصفة أخرى.

(فَبَانَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخَلَتْ؛ لَمْ يَقَعْ إِنْ دَخَلَتْ فِي الْبَيْنُونَةِ) أي: لأن اليمين انحلت بذلك؛ لأنها معلقة بالدخول، وقد وجد في حالة لا يقع فيها طلاقه، ويمينه معلقة بمسمى الدخول، ولا بتناول الأول دخلة.

وقيل: لا ينحل اليمين، ويقع الطلاق بالصفة الموجودة بعد النكاح، كما لو قال: إن دخلت وأنت في نكاحي، فأنت طالق، قال الرَّافِعِي: هكذا أطلق الحكاية بعضهم، والأحسن في حكاية هذا الوجه أن يقال: وقوع الطلاق بعد النكاح على الخلاف، فيما إذا لم توجد الصفة إلا بعد النكاح، وظاهر المذهب ما سبق، نعم لو قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق، ثم أبانها، فدخلت الدار، ثم نكحها فدخلت؛ ففي وقوع الطلاق الخلاف الآتي.

قال: (وَكَذَا إِنْ لَمْ تَدْخُلْ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لامتناع أن يريد النكاح الثاني؛ لأنه يكون تعليق طلاق قبل نكاح، فيتعين أن يريد الأول، والأول قد ارتفع، والثاني يقع؛ لقيام النكاح في حالتي التعليق، والصفة، وتخلل البينونة لا يؤثر؛ لأنه في غير وقت الإيقاع، وغير وقت الوقوع.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «السنن» (١٤٦٧).

وَفِي ثَالِثٍ يَقَعُ إِنْ بَانَتْ بِدُونِ ثَلَاثٍ.

وَلَوْ طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَرَاجَعَ أَوْ جَدَّدَ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الثَّلَاثِ، ....

قال: (**وَفِي ثَالِثٍ: يَقَعُ إِنْ بَانَتْ بِدُونِ ثَلَاثٍ**) لأن العائد ما بقي من الطلقات، فتعود بصفتها، وهي: التعليق بالفعل المعلق عليه، بخلاف ما لو بانت بالثلاث؛ لأنه استوفى ما علق من الطلاق، وهذه الطلقات جديدة.

وقال القاضي الحسين والْبَغَوِي: إنه ظاهر المذهب، واعلم أنه ذهب إلى ترجيح كل قول من الثلاثة، طائفة من الأصحاب ورجح الشيخ أبو حامد والمحاملي، وخلائق من أتباعه، وأتباعهم الثاني، وذهب إلى ترجيح الأول الْمُزَنِيّ، وأبو إسحاق.

وقال الرَّافِعِي في «الشرحين» و«المحرر»: إنه الأقوى توجيهًا، واختاره مختارون، هذا لفظ «المحرر» قال في «الشرح»: واختاره الإمام وابن الصباغ وغيرهما، انتهى.

والذي رأيته في «النهاية» هنا إرسال الخلاف، وأما ابن الصباغ فلم يصرح بترجيح، وتضعيفه القول بالوقوع يشير إلى اختياره.

وقال في «البسيط»: إنه اللائق بالمذهب، ورجحه الرُّويَانِيّ في «الحلية»، وأطلق جماعة الأقوال من غير ترجيح، وأكثر أهل العلم على عدم الوقوع؛ إذا بانت بالثلاث، وأشار ابن المنذر إلى الإجماع عليه حيث قال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه، إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثًا؛ إن دخلت الدار فطلقها ثلاثًا؛ ثم نكحت غيره؛ ثم نكحها الحالف؛ ثم دخلت الدار؛ أنه لا يقع عليها الطلاق.

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَرَاجَعَ أَوْ جَدَّدَ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ؛ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الثَّلَاثِ**).

قلت: ولا أعلم فيه خلافًا بين الناس، إلا فيما إذا نكحت زوجًا آخر، ودخل بها، ثم طلقها، ثم نكحها الأول؛ فمذهبنا وبه قال الجمهور من الصحابة والتابعين ومن بعدهم: أنها تعود إليه بما بقي من العدد.

وَإِنْ ثَلَّثَ عَادَتْ بِثَلَاثٍ. وَلِلْعَبْدِ طَلْقَتَانِ فَقَطْ، وَلِلْحُرِّ ثَلَاثٌ. وَيَقَعُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ،

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه يملك عليها الطلقات الثلاث، ويهدم الزوج الثاني الطلقة، والطلقتين كما يهدم الثلاث.

[وأشار المصنف بقوله: «وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ» إلى أنه موضع خلاف؛ لكن كان ينبغي أن يقول: «وإصابة» كما عبر به في «المحرر»][1] والقول: إصابة ليست بشرط في الإباحة، فلم تؤثر كإصابة السيد أمته المطلقة ثلاثًا، وكالإصابة في النكاح الفاسد، وقياسًا على ما لو طلقها الثاني قبل الوطء.

قال: (وَإِنْ ثَلَّثَ عَادَتْ بِثَلَاثٍ)؛ لأن دخول الثاني بها فأدخل النكاح للأول، ولا يمكن بناؤه على العقد الأول، فيثبت نكاح مستقل بأحكامه، وسبق نقل ابن المنذر في ذلك.

قال: (وَلِلْعَبْدِ طَلْقَتَانِ فَقَطْ) أي: على الحرة والأمة، قاله عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما -، ولا نعلم لهما مخالفًا، رواه الشَّافِعِي عن مالك بإسناده الصحيح عنهم، ويروى عن عائشة رضي الله عنها، وغيرها مرفوعًا ولا يصح.

قال: (وَلِلْحُرِّ ثَلَاثٌ) أي: حرة كانت أو أمة؛ لقوله ﷺ: «وقد سئل عن قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأين الثالثة؟ قال: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]»[2] رواه أبو داود وصححه ابن الْقَطَّان، وعمومها يشمل الأمة، هذا هو المشهور، وعليه اقتصر الجمهور، ورأيت في كتاب «الودائع» لأبي العباس بن سريج ما لفظه: والأمة طلاقها طلقتان من الحر والعبد، وهو غريب.

قال: (وَيَقَعُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ)؛ كما يقع في صحته بائنًا كان أو رجعيًا، وحكي فيه الإجماع. وفي «الحاوي» عن الشعبي: أنه لا يقع.

والظاهر أن مرض الموت مثال لكل ما في حكمه.

ثم رأيت الفوراني قال في «العمد»: كل حاله يعتبر التبرع فيها من الثلث،

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٥١٤).

[2] أخرجه أبو داود (٢٢٠).

وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ لَا بَائِنٍ، وَفِي الْقَدِيمِ تَرِثُهُ.

وعدد أمثلة إذا طلق فيها كان على القولين.

قال: (**وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ**) لبقاء آثار الزوجية في أكثر الأحكام، فإن انقضت العدة ثم مات؛ فالمشهور أنها لا ترثه قولًا واحدًا كعكسه، وحكى **الْمُتَوَلِّي** عن الأصحاب: أنه يجعل كما لو طلقها طلقة ثانية، وانقضت عدتها، وهو شاذ.

قال: (**لَا بَائِنٍ**) أي: لانقطاع الزوجية، وكما لا يرثها لو ماتت قبله بالاتفاق.

قال: (**وَفِي الْقَدِيمِ: تَرِثُهُ**) قال القاضي أبو الطيب: إنه الأشهر، وبه قال الأئمة الثلاثة: مالكٌ وأبو حنيفة وأحمد.

قال ابن المنذر: وهو قول أهل «المدينة» وأهل «الحجاز» وأهل «الكوفة» وأهل «الشام» وأهل «مصر» وغير ذلك، وقضى به عثمان ﷺ كما رواه مالك في «الموطأ»(١) وقضى به علي ﷺ لأنه قد يقصد به حرمانها، فعومل بنقيض قصده، كحرمان القاتل، فظاهر المذهب المنع، وهو ما استقر اختيار **الشَّافِعِي** له، كما قاله الربيع، وصرح به في «الإملاء».

تنبيهات: أحدها: ينسب التوريث إلى «القديم»، قاله القاضي الحسين وتابعه **الْبَغَوِي** والإمام الغزالي و**الْعِمْرَانِي** والجرجاني و**الرَّافِعِي**، والمصنف، واقتضى إيراد العراقيين: أنه في «الجديد»، صرح به القاضي أبو الطيب والمحاملي وسليم الرازي، و**الْمَاوَرْدِيُّ**، وقال: إنه نص عليه في الرجعة والعدة و«الإملاء»، وهذا صحيح، قال: وليس له في «القديم» فيها نص، انتهى.

ورد بأن البيهقي حكاه عن «القديم»، ولعل القاضي ومن تابعه رأوا التوريث قديمًا، وإن كان منصوصًا عليه في «الأم» في المواضع الثلاثة، وكم من قول قديم مذكور في «الأم».

ثانيها: للتوريث شروط: أن تكون وارثة حال التطليق، ولو أسلمت أو

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٧١).

فَصْلٌ

قَالَ طَلَّقْتُكِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ، ....

عتقت بعده فلا، وإن يقع بعدم اختيارها، فلو اختلعت أو سألته الطلاق؛ فلا في الأصح، وأن يبتها في مرض مخوف ويموت منه، كما أشار إليه المصنف، فإن برئ منه؛ فلا جزمًا، وإن مات بسبب آخر فتردد، وحكاه الرُّويَانِي قولين.

ونقل الْمَاوَرْدِي: منع التوريث عن أصحابنا مطلقًا، وأن تكون الفرقة بطلاق لا بلعان، وفسخ في الأصح، وأن يكون منشأ لتخرج ما إذا أقربه، وأن يكون منجزًا، ذكره في «الروضة»، وفي إطلاقه نظر.

ثالثها: إذا ورثته فهو إلى انقضاء العدة وأبدوا في أن تنكح أقوال لم أر فيها ترجيحًا، قيل: أنفسها الأول، ونقله في «الشامل» عن «الأم»، وعن البيهقي: أنه روي عن الشَّافِعِي ترجيح الثاني، قال الْبَغَوِي في «شرح المختصر»: وهو القياس.

فرع: أبانها في المرض ثم ارتدت وأسلمت؛ قالا: تبعًا للقاضي الحسين والإمام، والغزالي: إنه فارٌّ، وهو خلاف النص، قال الشَّافِعِي: لو طلقها ثلاثًا وهو مريض؛ ثم ارتدت ثم أسلمت ثم مات، ولم يصح؛ لم ترثه؛ لأنها أخرجت نفسها من الميراث، وجرى عليه الشيخ أبو حامد وأتباعه، وأتباعهم.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا ترثه قولًا واحدًا؛ لأنها صارت بالردة إلى حال لو مات فيها لم ترثه، وحكى جماعة في المسألة وجهين، والمنصوص المنع.

فرع: قال ابن الْقَطَّان: لو طلقها في مرض غير مخوف، ثم تطاول به ذلك المرض حتى مات فيه؛ فالمذهب عندنا أنها لا ترث على القولين، وقال: قال الشَّافِعِي في «الإملاء»: إذا اعترف بأنه طلقها ثلاثًا، ثم قال: كذبت لم أكن طلقتها، ثم مات؛ ورثته، قال أبو الحسين: وهذا لا يجيء على المذهب؛ لأنا قد حكمنا بالبينونة، انتهى. وفيما قاله وقفة للمتأمل.

قال: (**فَصْلٌ**:

قَالَ: طَلَّقْتُكِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ) أي: ونحو ذلك مما هو صريح.

وَنَوَى عَدَدًا وَقَعَ، وَكَذَا الْكِنَايَةُ وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنَوَى عَدَدًا فَوَاحِدَةٌ، وَقِيلَ الْمَنْوِيُّ .

(وَنَوَى عَدَدًا؛ وَقَعَ) لأن اللفظ يحتمل العدد؛ بدليل أنه يجوز أن يفسر به، وما احتمله إذا نواه وقع كالطلاق بالكناية.

قال: **(وَكَذَا الْكِنَايَةُ)** أي: إذا نوى بها عددًا؛ فإنه يقع؛ لحديث: «رُكَانَةَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ الْبَتَّةَ فَأَخْبَرَ النَّبِي ﷺ بِذَلِكَ وَقَالَ: وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «وَالله مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً؟» فَقَالَ رُكَانَةُ: وَالله مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً، فَرَدَّهَا إِلَيْهِ رَسُولُ اللهِ ﷺ»(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه ابن حبان، والحاكم.

ووجه الدلالة: إنه لو أراد الزيادة على الواحدة؛ لوقعت الزيادة.

قال الْمُتَوَلِّي: ويشترط في نية العدد أن تقترن باللفظ، فإن نوى العدد في أثناء الكلمة، فعلى ما مر في أصل نية الطلاق، وسنوضح هذا من بعد.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً)** أي: بالنصب.

(وَنَوَى عَدَدًا؛ فَوَاحِدَةٌ) لأن الملفوظ يناقض المنوي؛ فلا يصح أن يقصد به ما يناقضه.

قال: **(وَقِيلَ: الْمَنْوِيُّ)**؛ لأنه قد يراد بالواحدة التوحد عنه بثلاث تطليقات، وقد يريد طَلْقَةً مُلَفَّقَةً مِنْ أَجْزَاءِ ثَلَاثِ طَلْقَاتٍ؛ فيقعن، ذكرهما القاضي الحسين وصحح هذا الوجه في أصل «الروضة»؛ لأنه في «الشرحين» نسب ترجيحه إلى الْبَغَوِي، وغيره، والأول إلى الغزالي فقط.

وحكى القاضي الحسين وجهًا ثالثًا: أنه إن نوى الثلاث بقوله: «أنت طالق» وقعن، وإن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ لم يقعن، ونسب إلى اختيار الْقَفَّال، كذا في «الشرحين» و«الروضة»، والإمام حكى الوجهين أولًا فيما إذا بسط النية على جميع اللفظ؛ ثم ذكر ما نسب إلى الْقَفَّال، واقتضى كلامه القطع

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٠٨) والترمذي (٥/ ٣١) وابن ماجه (٦/ ٣١٢) وابن حبان (١٨/ ٤١)، والحاكم (٣/ ٢).

قُلْت: وَلَوْ قَالَ أَنْتِ وَاحِدَةٌ وَنَوَى عَدَدًا فَالْمَنْوِيُّ، وَقِيلَ وَاحِدَةٌ، والله أعلم.

به، إذا قلنا بالصحيح، وادعى الفارسي الإجماع فيه، أنه إذا تلفظ بالاستثناء متصلًا باليمين، ولم يتفوه من قبل أنه لا يؤثر وأنه لا أثر لقوله: «واحدة» بعد قوله: «أنت طالق» وقصد به إيقاع الثلاث، وإن قلنا: يصح الاستثناء على وجه جرى هنا، والوجهان في بسط النية، وإذا ضممنا هذه الصورة إلى الأولى جاء فيهما ثلاثة أوجه، وهذا حاصل كلامه، وأشار إليه الغزالي في «البسيط» و«الوسيط»، وحينئذٍ إنما يجتمع الأوجه الثلاثة على وجه شاذ. وإذا نظرنا إلى ما ذكره الرَّافِعِي من نقل الأوجه وإلى ما رجحه المصنف من أنه لا تقع إلا واحدة؛ خرج منه أن الأصح أنه لا تقع إلا واحدة، وإن نوى ذلك بقوله: «أنت طالق فقط»، وكلام «الوجيز» مصرح به حيث قال: لا تقع إلا واحدة على الأصح من الأوجه، وقد عزوت ما فيه، ولو زعم: أنه أراد طلقة واحدة ملفقة من ثلاث وقعن كما سبق عن القاضي، وقاله الإمام، ثم حكى فيه وجهًا.

قال: (**قُلْت: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةٌ**) أي: بالرفع.

(**وَنَوَى عَدَدًا؛ فَالْمَنْوِيُّ**)؛ اعتبارًا بالنية إذ قد يريد واحدة مع واحد وواحدة، أو مع اثنين، أو أنك تتوحدين مني بالعدد الذي أوقعته عليك، وهذا ما رجحه الْبَغَوِي، كما رجحه في الأول.

وقال الإمام: إنه الذي قطع به الأئمة هنا، وصححه القاضي، ثم قال الإمام: إن خطر له التوحد، والتفرد عليه بالعدد المنوي؛ وجب القطع بوقوع المنوي وانتقاء الخلاف، وإن نوى الثلاث ولم يخطر له حمل الواحدة عليها، فهذا فيه احتمال، وقد يعترض في صورتي الرفع والنصب الفرق بين العرف وغيره.

وجرى الغزالي في «البسيط» على ما حرره الإمام، وجزم به في «الوسيط»، فقال: إذا قال: أنت واحدة، ونوى توحدها بالطلاق الثلاث؛ وقع الثلاث، وإن لم يخطر بباله معنى التوحد؛ ولكن نوى الثلاث؛ ففيه تردد واحتمال، انتهى.

قال: (**وَقِيلَ: وَاحِدَةٌ، والله أعلم**)؛ لأن لفظ الواحدة لا يحتمل ما زاد

وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَاتَتْ قَبْلَ تَمَامِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ ....

عليها بإيقاع الزيادة إيقاع بالنية دون اللفظ، وهذا ما صححه صاحب «الشافي» و«الانتصار»، وجزم به في «تنبيهه» وإيراد «تنبيه أبي إسحاق» يقتضي ترجيحه، ولم يذكر العراقيون الصورة الأولى فيما اعلم ويشبه أن الراجح عندهم فيها كذلك.

فروع: قال الإمام: ولو قال: «أنت طالق» بالرفع بني على ما لو قال: «أنت واحدة»، والحاصل أن الخلاف جارٍ في الصورتين، قال: ثم الكلام في انفراد الواحدة بالذكر ما ذكرناه، وحكى الرُّويَانِي الوجه الثالث في صورة النصب عن القفال أيضًا: لو قال: «أنت واحدة» بالخفض أو بالسكون على الوقف، فعن «المطلب»: أنه لا يبعد جريان الخلاف أيضًا.

قال القاضي الحسين: ولو قال: «أنت منّي بواحدة»، ونوى الثلاث فوجهان، ولو قال: «منّي بثلاث» ونوى الطلاق؛ وقع الثلاث، وإن نوى واحدة فوجهان: وجه: وقوع الثلاث؛ لأنه صريح في العدد، وقضية كلام الْمُتَوَلِّي الجزم به.

والثاني: يقبل وكأنه قال: أنت بثلاثة أثلاث طلقة، وتبعه في «التهذيب» وفي «الكافي»: لو قال: «أنت ثلاثًا» ولم ينو شيئًا فلغو، وإن نوى أصل الطلاق دون العدد، أو الثلاث؛ يقع الثلاث، وإن نوى واحدة فوجهان.

وفي «البحر»، لو قال: أنت الثلاث، ونوى الطلاق لا يكون شيئًا؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، وسمعت بعض أصحابنا، يقول: يقع الطلاق، ثم اختلفوا فقيل: تقع الثلاث وإن لم ينو؛ لأنه صرح بها، وقيل: واحدة، والأظهر أنه لا يقع شيء، انتهى.

وفرق الْمُتَوَلِّي بين قوله: «أنت ثلاث» فلا يقع به شيء، وبين قوله: «أنت ثلاثًا» فيقع به إذا نواه، قال: لأن حذف بعض الكلام سائغ لغةً؛ إذا كان في اللفظ ما يدل عليه، وتقديره: «أنت طالق ثلاثًا»، ويظهر الفرق وغيره.

قال: **(وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَاتَتْ قَبْلَ تَمَامِ طَالِقٌ؛ لَمْ يَقَعْ)**

أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ ثَلَاثًا فَثَلَاثٌ، وَقِيلَ وَاحِدَةٌ، وَقِيلَ لَا شَيْءَ.

أي: بلا خلاف بخروجها عن تخلية الطلاق قبل تمامه.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ ثَلَاث ؛ فَثَلَاثٌ**)؛ لأنه كان قاصدًا لها عند قوله: «أنت طالق»، وهذه اللفظة مع قصد الثلاث تقتضي وقوع الثلاث، ولأن قوله: «ثلاثًا» مبين لقوله: أنت طالق، والموقع لفظ الطلاق، (**وَقِيلَ: وَاحِدَةٌ**) أي: بقوله: «أنت طالق»، ولا تقع الثلاث؛ لوقوع اللفظ بها بعد خروجها من تخلية الطلاق، وهذا ما رجحه القاضي الحسين، وصاحب «العدة»، ونسبه العبادي إلى أبي علي، ونسب ترجيحه إلى الرُّويَاني.

قال: (**وَقِيلَ: لَا شَيْءَ**)؛ لأنه كلام واحد فلا يفصل بعضه عن بعض، وكذلك لا يقع به واحدة في غير المدخول بها.

واعلم أنه قال في أصل «الروضة»: قال الْبَغَوِي: أصحها الأول وهو اختيار الْمُزَنِيّ.

وقال البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى أنه إن نوى الثلاث بقوله: «أنت طالق»، وكان قصده أن يحققه باللفظ؛ وقع الثلاث، وإلا واحدة، وهكذا قال الْمُتَوَلِّي في تعبيره عن الوجه الأول، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن المتولي قال: والثاني إن كان قد عزم أن يوقع الثلاث تقع الثلاث؛ لأنه لو قال لها: أنت طالق، ونوى الثلاث تقع الثلاث، وقد حصلت هذه الكلمة في حياتها مع نية الثلاث، وإن لم يكن عزم في الابتداء على التلفظ بالثلاث تقع طلقة واحدة، انتهى.

وهذا عند التأمل غير كلام البوشنجي، فإن كان التصوير كما ذكره البوشنجي فلا شك في رجحان ما قاله؛ لكن الظاهر أن الذي أراده الأصحاب، والْمُتَوَلِّي: أنه قصد أولًا الطلاق الثلاث بمجموع قوله: أنت طالق ثلاثًا، فهذا محل الأوجه، وحينئذٍ يقوى وقوع طلقة؛ كما رجحه جماعة؛ لأن الثلاث في الحالة هذه إنما تقع بمجموع اللفظ، نعم بلفظ الإبانة، قال ابن سريج: تقع الثلاث؛ لأنه قصد الثلاث بقوله: «أنت طالق».

....

قال الْمَاوَرْدِي: إن أراد الثلاث بقوله: أنت طالق؛ طلقت ثلاثًا، وإن لم يردها بعد؛ لكنه أراد أن يتلفظ بها، فأمسك على فيه، أو ماتت؛ طلقت طلقة واحدة باللفظ، انتهى. وكشف الغطاء، وصرح بما تفقه به البوشنجي.

وردتها وإسلامها إذا لم يكن مدخولًا بها كموتها قبل قوله: ثلاثًا، قال الرَّافِعِي: وكذا لو أخذ أحد على فيه ومنعه من أن يقول: ثلاثًا، وهذا قد صرح به الْمَاوَرْدِي كما سبق.

وقال القاضي الحسين في صورة الردة: ولو قال: أنت طالق، ثم ارتدت قبل قوله: ثلاثًا؛ فوجهان: أحدهما: تقع واحدة، والثاني: إن نوى الثلاث في ابتداء اللفظ وقعن، وإن لم ينو الثلاث في الابتداء؛ تقع واحدة، انتهى.

فرع: لو قال: «أنت طالق» على عزم الاقتصار على ذلك «وأنت» فقال: ثلاثًا؛ لم تقع إلا واحدة، وحكى الرَّافِعِي عن الإمام: أنه يجيء على الوجه الضعيف، أن الاستثناء يعمل إذا عزمه بعد الفراغ، ألا يقع هنا شيء؛ كما هو أحد الوجوه فيما إذا عزم على قوله ثلاثًا، انتهى.

والذي رأيته في «النهاية»، ونقل عنها: أنه يبعد القول بذلك على هذا الوجه، قال الإمام: ولو قال: إن شاء الله بعد موتها، والتفريع على الوجه الضعيف؛ فيجب القطع بأن الاستثناء لا يعمل، ولو كان قصد أن يقول: إن شاء الله، فإن قال: إن شاء الله مع موتها فهذا محتمل المصادفة والاستثناء حالة الموت، انتهى.

وفيه نظر، وعليه أن يكون كما لو استثنى بقلبه، ولا يبعد ظاهرًا ولا باطنًا على الصحيح المنصوص مع بقاء المحل، ولفظه هنا لم يصادف محلًا، والله أعلم.

فرع: قال: أنت طالق مثل الدنيا أو السماء والأرض؛ وقع واحدة، قال في «النهاية»: فإن قال: ملء هذه البيوت الثلاثة، أو ملء السماوات؛ وقع الثلاث، وتبعه الغزالي، والعراقي في شرح «المهذب» والمحل فرق بأنه

....

يحتمل في الصورة الأولى بأن يكون المراد طلقة ينتشر ذكرها في البيوت الثلاث، أو ينتشر ذكرها في السماوات، وإذا لم يحتمل هذا تعين اللفظ على الأكثر، هذا لفظه، ومن قصده بقلبه ولا يخفى ما فيه، ثم رأيت عن «الاستقصاء» أنها تطلق واحدة، وقيل ثلاثًا، انتهى. والأول هو المختار.

وفي «الكافي»: لو قال ملء الدنيا والآخرة؛ تقع طلقة، وفي «البيان»: لو قال: ملء «مكة» و«المدينة»؛ تقع طلقة.

فرع: لا يقع بقوله: أكبر - بالباء الموحدة - أو أكمل وأتم الطلاق إلا واحدة، وفي «أكمل» احتمال لصاحب «الفروع»: أنه تقع الثلاث، وقول صاحب «الانتصار»: أنه ذكر في «المهذب»: أنه تقع الثلاث ولم يحك سواه سهو، والذي في «المهذب»: كل إلا «أكمل».

وإن قال: أوسط الطلاق، وأراد في العدد وقع اثنتان، وإلا فواحدة، ولو قال: جميع الطلاق، أوكله، أو الطلاق كله، وكل تطليقة؛ وقع الثلاث، ولو قال: أكثر الطلاق؛ فثلاث، نص عليه في «الأم» وقال: فهي ثلاث في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن هذا ظاهر في الثلاث، انتهى.

وتبعه الأصحاب، وفيه إشكال؛ لأن أكثر الشيء مغاير لكله، وفي «طبقات العبادي» في ترجمة القاضي أبي حامد: أنه تقع واحدة، قال: لأن الطلاق اسم ولا يتكثر إلا بما سيأتي، وإن قال: أكثر عدد الطلاق؛ طلقت طلقتين، وقال غيره: تقع الثلاث، انتهى.

ورأيت في «إعجاز الجيلي»: أنه لا يقع في قوله: أكثر الطلاق إلا طلقتين، ولو قال: أزيد الطلاق؛ فثلاث، أو واحدة، فيه احتمالات للصيمري في «شرح الكفاية»، وفي «الكافي»: لو قال: عدد الطلاق؛ فطلقه، ولو قال: لا قليله، ولا كثيره، فقياس مذهبنا أن يقع طلقتان، انتهى.

فرع: لو قال: يا مائة طالق، أو أنت مائة طالق، قال العراقيون: وقع الثلاث، وصرح به المراوزة، القاضي الْبَغَوِي والْمُتَوَلِّي، والخوارزمي.

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَخَلَّلَ فَصْلٌ فَثَلَاثٌ، ....

ولو قال: أنت طالق كمائة؛ قال في «الروضة»: فوجهان، وقال في «الشامل»: تقع الثلاث عندي، ورجح الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد» وقوع واحدة، وهو المختار، وبه أفتى أبو العباس الجرجاني، ومال إليه في «الذخائر» ونقله العبادي عن أبي علي الثقفي.

ولو قال: أنت طالق طلقة واحدة ألف مرة، ولا نية؛ فواحدة، قاله الْمُتَوَلِّي، وفيه احتمال ظاهر، ولو قال: عدد التراب، قال الإمام تبعًا للقاضي الحسين: تقع واحدة، وحكى الْبَغَوِي وجهين: وقال: الأصح عندي وقوع الثلاث، وهو الأصح في «الكافي»، ونقله العبادي عن مذهبنا خلافًا للحنفية، وهو الأصح ولا يقتضي العرف غيره.

وفي «طبقات العبادي» عن بعض أصحابنا: أنه لو قال: أنت طالق مثل ألف؛ تطلق ثلاثًا؛ لأنه تشبيه عدد مثل نجوم السماء، وإن قال: مثل الألف؛ فواحدة إذا لم ينو شيئًا؛ لأنه تشبيه تعظيم، كقوله: مثل الجبل.

وفي «الكافي»: أنه لو قال: أنت كألف طالق؛ تقع الثلاث؛ لأن التشبيه بالعدد؛ فلأنه فيه اعتبار العدد، انتهى.

وكأن الصورة أنه أراد أو قال: أنت طالق كألف طالق، لا مجرد التشبيه.

فرع: ذكر البوشنجي أنه لو قالت: طلقني ثلاثًا؛ فقال: طلقتك أو أنت طالق، فإن نوى عددًا وقع، وإلا فواحدة، وأنه لو طلقها رجعية، ثم قال: جعلتها ثلاثًا؛ لم يقع به شيء، وأنه لو قال: أنت طالق بعدد شعر إبليس، فإن قياس مذهبنا أنه لا يقع شيء، وعن بعض الحنفية أنه تقع واحدة، قال في «الروضة»: إنه القياس.

قلت: وبه جزم العبادي في «الزيادات» وصاحب «الكافي»، وهو الصواب، قال في «الكافي»: ولو قال: بعدد ما في هذا الحوض من السمك، ولم يعلم ما فيه أو يعلم أنه ليس فيه شيء؛ تقع طلقة.

قال: (وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَخَلَّلَ فَصْلٌ؛ فَثَلَاثٌ)

وَإِلَّا فَإِنْ قَصَدَ تَأْكِيدًا فَوَاحِدَةٌ أَوْ اسْتِئْنَافًا فَثَلَاثٌ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا وَبِالثَّالِثَةِ اسْتِئْنَافًا أَوْ عَكَسَ فَثِنْتَانِ ....

أي: ولا يقصد بدعواه التأكيد ظاهرًا؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لأن كل لفظ منها موقع للطلاق، نعم يدين فيه، والمراد بالفصل: ما فوق سكتة التنفس، ويشبه أن ينقل ظاهرًا ممن عرف عنه، وعدم قدرته على توالي الكلمات للقرينة الدالة على صدقه إلا أن يفحش الفصل(١).

قال الإمام: والتأكيد كالاستثناء في الاتصال لا كالإيجاب والقبول، فإنه كلام شخص واحد.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يتحلل فصل.

(**فَإِنْ قَصَدَ تَأْكِيدًا؛ فَوَاحِدَةٌ**) أي: قصد تأكيد الأولى بالأخيرين؛ لأن التأكيد معهود في جميع اللغات، وأعلى مراتبه إعادة اللفظ الأول.

قال: (**أَوْ اسْتِئْنَافًا؛ فَثَلَاثٌ**)؛ لتكرر اللفظة بالنية.

(**وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لم يقصد واحدًا من الأمرين، وهذا نصه في «الأم»؛ لأن حمله على الإفادة أولى منه على النادر والإعادة، **والثاني**: وهو نصه في «الإملاء»: لا تقع إلا واحدة؛ لاحتماله التأكيد والاستئناف محمول على الأقل.

قال: (**وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا وَبِالثَّالِثَةِ اسْتِئْنَافًا أَوْ عَكَسَ**) أي: فقصد بالثانية الاستئناف، وبالثالثة تأكيد الثانية.

(**فَثِنْتَانِ**) أي: عملًا بقصده فيهما فلا يقع في الصورة الأولى بالثانية شيء،

---

(١) الْمُرَادُ بِالْفَصْلِ أَنْ يَسْكُتَ فَوْقَ سَكْتَةِ التَّنَفُّسِ، وقَالَ الْإِمَامُ: وَهُوَ كَالِاسْتِثْنَاءِ فِي الِاتِّصَالِ لَا كَالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ فَإِنَّهُ كَلَامُ شَخْصٍ وَاحِدٍ، وَهَذَا فِي الطَّلَاقِ الْمُنَجَّزِ، أَمَّا الْمُعَلَّقُ: كَإِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، إنْ دَخَلْت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَتَعَدَّدُ إلَّا إنْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ، فَإِنْ نَوَاهُ تَعَدَّدَ، بِخِلَافِ مَا لَوْ نَوَى الِاسْتِئْنَافَ فِي نَظِيرِهِ مِنْ الْأَيْمَانِ لَا تَتَعَدَّدُ الْكَفَّارَةُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَحْصُور، فَقَصْدُ الِاسْتِئْنَافِ يَقْتَضِي اسْتِيفَاءَهُ، بِخِلَافِ الْكَفَّارَةِ؛ وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ تُشْبِهُ الْحُدُودَ الْمُتَّحِدَةَ الْجِنْسِ فَتَتَدَاخَلُ بِخِلَافِ الطَّلَاق. انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٣٤٠).

وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ بَعْدَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ فِي مَوْطُوءَةٍ، وَطَلْقَةٌ فِي غَيْرِهَا، وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً بَعْدَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

لا يقع إلا واحدة، وحكاه جماعة عن الْمُزَنِي في «المنثور»: لأن قوله: «معها طلقة» استئناف لا إيقاع.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ بَعْدَهَا طَلْقَةٌ؛ فَثِنْتَانِ فِي مَوْطُوءَةٍ**)؛ إذ مقتضاه إيقاع طلقتين؛ أحدهما تقع في الحال، وتعقبها الأخرى فيقعان كذلك، (**وَطَلْقَةٌ فِي غَيْرِهَا**)؛ لأنها تبين بالأولى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً بَعْدَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ؛ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيقع الثنتان في موطوءة وواحدة في غيرها، أما الواحدة في غيرها فواضح، وأما الثنتان في الموطوءة؛ فلأنه وصف الطلقة التي أوقعها بأنها بعد طلقة، أو بأن قبلها طلقة، ومضمون ذلك إيقاع طلقة تسبقها طلقة فيقعان متعاقبين على المذهب.

وفي كتاب ابن كج: أنه لا يقع عليها إلا طلقة؛ لجواز أن يكون المعنى قبلها طلقة مملوكة، أو ثابتة، قال: وهذا عند الإطلاق، فلو قال: أردت ذلك؛ صدق بيمينه لا محالة، ذكره الرَّافِعِي، وأقره، وتبعه في «الروضة».

وفي «التتمة»: أنه إذا قال: قبلها أخرى، وقال: أردت إن طلقتها قبل ذلك، أو طلقها زوج قبل ذلك؛ فالحكم كما لو قال: أنت طالق في الشهر الماضي.

قال الْمَاوَرْدِي: إذا قال: أردت بقولي: «بعدها واحده» أنني استأنف إيقاعها بلفظ جديد، ولم أرد إيقاعها الآن بهذا اللفظ، قيل: إن صدقته الزوجة ظاهرًا، وباطنًا، وإلا لم يقبل في الظاهر، ودين فيه، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم» في إباحة الطلاق: ولو قال لها: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، أو واحدة بعدها واحدة؛ كانت طالقًا اثنتين، فإن قال: أردت واحدة ولم أرد بالتي قبلها أو بعدها طلاقًا؛ لم يدين في الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى، ولو طلقها واحدة ثم راجعها ثم قال: أنت طالق

وَلَوْ قَالَ لِمَوْطُوءَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ، وَكَذَا غَيْرُ مَوْطُوءَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن قصد التأكيد؛ لم يقع بالدخول إلا طلقة، وإن قصد الاستئناف وقع الثلاث.

وإن أطلق ففي «التتمة»: أنه يحمل على التأكيد، إذا لم يقع فصل أو وقع؛ ولكن الحد المجلس، وإن اختلفت على التأكيد، أو الاستئناف ففيه وجهان، وإذا حمل على التأكيد، فهل يقع عند الدخول طلقة أو طلقتان؟

فيه وجهان بناء على ما لو حنث بفعل واحد في يمينين يلزمه كفارة أم كفارتين، ولم يفصل صاحب «التهذيب» هذا التفصيل؛ ولكن قال: إذا أطلق؛ فقولان بناء على ما لو حنث بفعل واحد وأيمان، هل يلزمه كفارة أم كفارتين؟ هذا لفظه وتبعه في «الروضة».

وما ذكره عن «التتمة» إلى قوله: فيحمل على التأكيد أو الاستئناف فيه وجهان، فمشهور لفظ «التتمة»: كل موضع قلنا عند تكرر اللفظ اليمين الواحدة؛ فعند الدخول تقع طلقة، وكل موضع حكمنا بتعدد اليمين؛ فعند دخول الدار تقع طلقة، أو طلقتان فيه وجهان مبنيان إلى آخره، فاقتضى كلامه أنَّ إذا حكمنا على التأكيد؛ لا تقع إلا طلقة قطعًا؛ وإنما الخلاف إذا حملنا على الاستئناف، وهذا هو الصواب نقلًا ومعنى، وفي «الفروع» زيادة على كلام الْبَغَوِي ذكرتها في «الغنية»، وحيث قلنا: يقع أكثر من واحدة فلا فرق هنا بين المدخول بها وغيرها، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ قَالَ لِمَوْطُوءَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ؛ فَثِنْتَانِ)؛ لوجود المحل، وهل يقعان معًا بتمام الكلام أو مرتبان لترتيب اللفظين؟ وجهان: أصحهما الأول.

قال: (وَكَذَا غَيْرُ مَوْطُوءَةٍ فِي الْأَصَحِّ) أي: بناء على المعية في الأولى؛ لأنها تقتضي الضم والمفارقة، فصار كقوله: أنت طالق طلقتين، وعلى الثاني

أَوْ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى فَثَلَاثٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ صَحَّ قَصْدُ تَأْكِيدِ الثَّانِي بِالثَّالِثِ، لَا الْأَوَّلِ بِالثَّانِي، وَهَذِهِ الصُّوَرُ فِي مَوْطُوءَةٍ، فَلَوْ قَالَهُنَّ لِغَيْرِهَا فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ قَالَ لِهَذِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَدَخَلَتْ فَثِنْتَانِ فِي الْأَصَحِّ.

ويقع بالثالثة طلقة أخرى، ويقع في الثانية بالأوليين ثنتان، ولا يقع بالثالثة شيء؛ لأنها مؤكدة للثانية.

قال: (**أَوْ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى؛ فَثَلَاثٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لوجود الفصل بين المؤكِد والمؤكَد، والثاني: يقبل ويحتمل الفصل اليسير.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ؛ صَحَّ قَصْدُ تَأْكِيدِ الثَّانِي بِالثَّالِثِ**) لتساويهما (**لَا الْأَوَّلِ بِالثَّانِي**) أي: لاختصاص الثاني بواو العطف وهي موجبة للتغاير؛ وإنما صح تأكيد الثاني بالثالث؛ لإيجاد صيغتهما، ويجري في حالة الإطلاق القولان فلا يقع عن نص «الإملاء» إلا طلقتان، وكما يمنع التأكيد عند خلو إحدى الصيغتين من حرف العطف، ووجوده في الأخرى، كذلك فيمتنع عند تغاير حرف العطف بـ«الواو» و«ثم» و«بل».

ولو قال: أنت مطلقة، أنت مسرحة، أنت مفارقة، فقيل: كتكريره أنت طالق، وقيل: يقع لكل لفظه طلقة مستأنفة؛ لتغاير الألفاظ، ذكرهما **الْمَاوَرْدِي**.

قال: (**وَهَذِهِ الصُّوَرُ فِي مَوْطُوءَةٍ، فَلَوْ قَالَهُنَّ لِغَيْرِهَا؛ فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ**) أي: لأنها تبين بالأولى فلا يقع ما بعدها، وفي وجه أو قول قديم: أنه كما لو قال ذلك للمدخول بها؛ لأن الكلام الواحد لا ينفصل بعضه عن بعض، فأشبه ما لو قال: أنت طالق ثلاثًا، قال **الرَّافِعِي**: لكن قوله: «ثلاثًا» منعطف على الأول وبيان له، بخلاف هذه الألفاظ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِهَذِهِ**) أي: لغير المدخول بها.

(**إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَدَخَلَتْ؛ فَثِنْتَانِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنهما معلقتان بالدخول ولا ترتيب بينهما، والثاني: لا تقع إلا واحدة كما لو قال

....

لها: أنت طالق وطالق تنجيزًا، وعن القاضي أبي الطيب أن قائل هذا بناه على أن «الواو» تقتضي الترتيب، قال القاضي الحسين: ولا فرق عندنا بين تقديم الشرط وتأخيره.

وقال أبو حنيفة: إذا قدم الصفة على الطلاق؛ وقع طلقة، وإن عكس بأن قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، وقع طلقتان، وحكى الرَّافِعِي في هذه الصيغة طريقة قاطعة بالوقوع، وقال: إن كلام «التهذيب» يقتضيها، وهو خلاف كلام شيخه القاضي.

فرع: قال في «الروضة» إثر مسألة الكتاب في الدخول بها: ولو قال: أنت طالق طالق، قال القاضي الحسين: يقع عند الإطلاق طلقة قطعًا، وقال الجمهور: لا فرق بين اللفظتين، انتهى.

وهذا العزو إلى القاضي والجمهور تبع فيه الرَّافِعِي الْمُتَوَلِّي، والظاهر أنه انعكس النقل عن الْمُتَوَلِّي، فإن الذي في «تعليق القاضي» على ما رأيته فيه، ونقل عنه أيضًا التسوية بين المسألتين لا غير، وتبعه الإمام ومن أخذ من الإمام على ذلك، وهو قضية كلام والده، والذي في كلام العراقيين هو المنسوب إلى القاضي لا غير.

وقد جزم الرَّافِعِي، والمصنف من بعد بأنه لو قال: أنت طالق وطالق؛ لم تقع إلا واحدة، وجعلاه دليلًا لقوله: أنت طالق ثلث طلقة، ربع طلقة، سدس طلقة، وفرق العراقيون بين دخول حرف العطف بين الأجزاء وعدمه: بأنه إذا لم يدخل حرف العطف فالكلام واحد؛ وكأنه لم تقع إلا طلقة واحدة، وإذا دخل حرف العطف كان لكل واحد حكم على الانفراد، فيقع كل حرف ويكمل، هكذا قال الشيخ أبو حامد في «التعليق»، ثم قال: والذي يبين الفرق بينهما: أنه إذا قال: أنت طالق طالق لا تقع إلا طلقة، بخلاف أنت طالق وطالق.

وقال الدارمي: لو قال: أنت طالق طالق؛ تقع الأولى، وإن نوى بما عدها طلاقًا وقع، وإلا لم يقع، وكذلك أنت طالق؛ ثم يأتي فكأني أو أنت طالق طلاقًا، انتهى لفظه.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَةٍ وَأَرَادَ مَعَ فَطَلْقَتَانِ أَوْ الظَّرْفَ أَوْ الْحِسَابَ أَوْ أَطْلَقَ فَطَلْقَةٌ، وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ طَلْقَةٍ فِي نِصْفِ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ، ....

واحدة قبلها واحدة، فقال: أردت أني كنت قد طلقتها قبلها واحدة؛ أحلف ودين في الحكم، ولو قال: أنت طالق بعدها واحدة؛ ثم سكت، ثم قال: أردت بعدها واحدة أوقعها عليك بعد وقت، أو لا أوقعها عليك إلا بعلة؛ لم يدين في الحكم، ودين فيما بينه وبين الله تعالى، انتهى.

وظاهر النص يخالف ما قاله ابن كج، وإطلاقه يخالف كلام الْمَاوَرْدِي أيضًا، وكلام الْمُتَوَلِّي فيما ذكره موافق للنص، وكذلك قال جماعة من العراقيين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَةٍ وَأَرَادَ مَعَ؛ فَطَلْقَتَانِ**)؛ لقصده وصلاحية اللفظ؛ لأن «في» تستعمل بمعنى «مع» كقوله تعالى: ﴿قَالَ ٱدۡخُلُواْ فِيٓ أُمَمٖ﴾ [الأعراف: ٣٨]، وقال: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩]، أي: مع عبادي.

قال: (**أَوْ الظَّرْفَ أَوْ الْحِسَابَ أَوْ أَطْلَقَ؛ فَطَلْقَةٌ**) أما في الظرف وصور الحساب؛ فلأنه مقتضاهما، وأما عند الإطلاق فلظهور اللفظ، والظرفية.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ طَلْقَةٍ فِي نِصْفِ طَلْقَةٍ؛ فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ**) أي: سواء نوى المعية، أو الظرف، أو الحساب، أو أطلق، ووجهه فيما إذا نوى الظرف، أو الحساب، أو أطلق ظاهرًا، وأما إذا نوى المعية؛ فلأنه في معنى نصفي طلقة.

ولو قال: ذلك لم تقع إلا طلقة، نعم إذا قلنا بم قاله الْمُزَنِيّ في «المنثور» في قوله: «طلقة مع طلقة» أنه تقع الثانية بعد الأولى وأنه ينبغي وقوع طلقتين هنا؛ لأنه يجعل لكل لفظه موقعًا فيقع نصف لكل، ثم يقع النصف الثاني بعد ذلك.

فائدة: وقع في نسخ بالكتاب: ولو قال نصف طلقة في طلقة؛ فطلقة، وهو كذلك في نسخة المصنف بخطه، وهو سبق قلم، ويصلح على الصواب؛ لأنه إذا أراد المعية وقع طلقتان.

وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَتَيْنِ وَقَصَدَ مَعِيَّةً فَثَلَاثٌ أَوْ ظَرْفًا فَوَاحِدَةٌ، أَوْ حِسَابًا وَعَرَفَهُ فَثِنْتَانِ، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَصَدَ مَعْنَاهُ فَطَلْقَةٌ، وَقِيلَ ثِنْتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَطَلْقَةٌ، وَفِي قَوْلٍ ثِنْتَانِ إِنْ عَرَفَ حِسَابًا. وَلَوْ قَالَ: بَعْضَ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ، ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةً فِي طَلْقَتَيْنِ وَقَصَدَ مَعِيَّةً؛ فَثَلَاثٌ**)؛ لما سبق.

(**أَوْ ظَرْفًا فَوَاحِدَةٌ**) لأنه الموقعة، قال القاضي الحسين: كما لو قال: أنت طالق في الدارين والاصطبلين.

قال: (**أَوْ حِسَابًا وَعَرَفَهُ؛ فَثِنْتَانِ**)؛ لأنه موجبه عندهم.

(**وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَصَدَ مَعْنَاهُ**) أي: عند أهل الحساب.

(**فَطَلْقَةٌ**) أي: على الصحيح؛ لأن ما لا يعلم لا تصح إرادته، كما مر في مسألة العجمي.

(**وَقِيلَ: ثِنْتَانِ**)؛ لأنه موجبه في الحساب وقد قصده، قاله الصرفي خلافًا للجمهور.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا؛ فَطَلْقَةٌ**) أي: سواء عرف الحساب أم لا؛ عملًا بالمتيقن؛ لأنه يحتمل الحساب والظرف.

(**وَفِي قَوْلٍ: ثِنْتَانِ إِنْ عَرَفَ حِسَابًا**) لأنه الاستعمال المشهور في الأعداد عندهم، وهو منهم، وهذا حكاه العراقيون عن أبي إسحاق قولًا، والرَّافِعِي حكاه قولًا، وحكى قولًا ثالثًا: أنه تقع الثلاث لتلفظه بها، ويجيء فيمن لا يعرف الحساب؛ إذا لم ينو شيئًا، وهو شاذ، ولا يخفى على التبعية مما سبق قياس أجزاء هذه المسائل.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: بَعْضَ طَلْقَةٍ؛ فَطَلْقَةٌ**) أي: سواء أبهمه أو عينه كنصف طلقة مثلًا؛ لأن الطلاق لا يتبعض، قال الشيخ أبو حامد: قاله جميع الفقهاء إلا داود، فقال: لا يقع به شيء؛ ورد عليه بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾﴾ [البقرة: ٢٣٠] وهذا قد طلق وبان التحليل، والتحريم، إذا اجتمعا غلب التحريم؛ ولأن قوله: «نصف طلقة» إما

أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ كُلَّ نِصْفٍ مِنْ طَلْقَةٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ، وَثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ أَوْ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ طَلْقَتَانِ، ....

أن يستعمل أو يلغى، فإذا استعمل دل إلى ما قلناه، وإن ألغي؛ وقع الطلاق بقوله: «أنت طالق».

قال: (**أَوْ نِصْفَيْ طَلْقَةٍ؛ فَطَلْقَةٌ**) أي: على الصحيح؛ لأن ذلك طلقة.

(**إِلَّا أَنْ يُرِيدَ كُلَّ نِصْفٍ مِنْ طَلْقَةٍ**) أي: فتقع طلقتان عملًا بقصده.

إشارة: قول: على الصحيح كذا، كلام «الوسيط»، والمنصوص المعروف الجزم بأنه لا يقع إلا طلقة، قال الرَّافِعِي: والكتب ساكتة عن هذا الخلاف؛ لكنه جارٍ على قياس ما حكيناه عن الحناطي؛ أنه تقع الثلاث في قوله: «ثلاث أنصاف طلقة» فإنه إذًا قوله: «ثلاثة أنصاف طلقة» على أن كل نصف من طلقة، فكذلك قوله: نصفي طلقة، انتهى.

وفيه نظر! إذ يقال: حمل ذلك هناك لزيادة الأجزاء على الطلقة المضاف إليها بخلاف مسألتنا؛ لكن الشيخ في «التنقيح» ذكر أنه وجه مذكور في «شرح المفتاح» فلا إنكار على الغزالي في قوله: على الصحيح، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: أَنَّ قَوْلَهُ: نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ**) لأنها نصف طلقتين، وحمل اللفظ عليه صحيح ظاهر فلا يوقع زيادة عليها من غير يقين ولا ظهور، والثاني: تقع طلقتان؛ لأنه أضاف النصف إلى طلقتين فيقع من كل طلقة نصفها ويكمل، كما لو قال: لزيد نصف هذين العبدين؛ يكون نفرًا بنصف كل منهما، ولو قال: نصفي طلقتين؛ فطلقتان على الوجهين، وفي «الحاوي»: أنها تطلق ثلاثًا على الثاني، ولو قال: «ثلاثة أنصاف طلقتين»؛ طلقت ثلاثًا على الوجهين.

قال: (**وَثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ، أَوْ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ؛ طَلْقَتَانِ**) هنا صورتان:

الأولى: قوله: أنت طالق بثلاثة أنصاف طلقة أو نصف طلقة، أو ثلث طلقة، أو خمسة أرباع طلقة، ونحو ذلك بما يريد فيه مجموع الأجزاء على الطلقة، وأصح الوجوه فيها: ما ذكره المصنف؛ لأن الأجزاء متى زادت على

وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ.

طلقة حسب من طلقة أخرى، ويلغى ما أضاف إليه، ويتعلق الحكم بالأجزاء المذكورة، كما لو قال: طلقة ونصف، أو ثلث، أو ربع مثلًا. والثاني: لا تقع إلا طلقة؛ لأنه لم يوقع إلا طلقة فتلغو الزيادة. والثالث: وهو شاذ تقع الثلاث.

الثانية: أن يقول: أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة؛ فالمعروف فيها للأصحاب أنه تقع طلقتان، ولو زاد فقال: وسدس طلقة؛ وقع الثلاث، ووقع في «البسيط»: والصحيح أنه لا تقع ثلاثة، ومنهم من حمله على التأكيد، وهو ضعيف مع تغاير الألفاظ، فأرسل الوجهين في «الوسيط» بلا ترجيح.

وقال في «الوجيز»: فهي طلقة، وقيل: هي ثلاث طلقات، وانتقد عليه الرَّافِعِي، والمصنف ذلك في «التنقيح» وغيرهما كما بينته في «الغنية» وأبدوا غيرها، ولا شك أنه سهو، نعم قال الإمام: إن من أصحابنا من قال: نوى صرف الآخر إلى طلقة واحدة قبل ذلك منه، انتهى. والمشهور المعروف خلافه.

إذا علمت هذا؛ علمت أن: إطلاق «المحرر» و«المنهاج» نقلا وجهين في صورة الكتاب وليس بصواب، والعجب عطف المصنف ذلك على قوله: «والأصح» فأفهم أن ذلك خلافًا قويًّا مقابلًا، وليس كذلك؛ بل الوجه المذكور في قبول التفسير غريب جدًّا؛ ثم رأيت في «النهاية» ما يشهد لنقل العراقي كما سيأتي.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ؛ فَطَلْقَةٌ**) أي: بلا خلاف؛ لأنه وإن عطف الأجزاء، فلما لم يذكر الطلقة إثر كل جزء؟ فدل على أن المراد إجراء طلقة واحدة، نعم قياس الوجه الغريب السابق عن «شرح المفتاح» في قوله: «نصفي طلقة» أنه يقع هنا بذكر كل جزء طلقة؛ لكنه شاذٌ بالمرة.

فرع: لو قال: أنت طالق نصف طلقة ومثله، فهل تقع واحدة أو ثنتان؟ فيه وجهان في «الحاوي»، ولو قال: نصف طلقة، ومثليه؛ فعلى الأول: طلقتين، وعلى الثاني: ثلاثًا، ولو قال: نصف طلقة، وضعفها؛ فثنتان قطعًا، وفرق بأن المثل نظير، والضعف تكرير.

وَلَوْ قَالَ: لِأَرْبَعٍ أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ أَوْ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا وَقَعَ عَلَى كُلٍّ طَلْقَةٌ، فَإِنْ قَصَدَ تَوْزِيعَ كُلِّ طَلْقَةٍ عَلَيْهِنَّ وَقَعَ فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ، وَفِي ثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ثَلَاثٌ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِبَيْنَكُنَّ بَعْضَهُنَّ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ: أَوْقَعْت عَلَيْكُنَّ أَوْ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا؛ وَقَعَ عَلَى كُلٍّ طَلْقَةٌ**) لأنه إذا وزع ذلك عليهن؛ أصاب كل واحدة طلقة أو بعض طلقة فتكمل.

وفي «الذخائر» وجه وغيره، فيما زاد على قوله: طلقة، أنه يقسم كل طلقة على الجميع، وهو شاذ، نعم لو نواه عمل به؛ لأن ظاهر اللفظ يقتضي الشركة.

قال: (**فَإِنْ قَصَدَ تَوْزِيعَ كُلِّ طَلْقَةٍ عَلَيْهِنَّ؛ وَقَعَ فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ، وَفِي ثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ثَلَاثٌ**) أي: عملًا بقصده، وعند الإطلاق لا يحمل اللفظ على ذلك؛ لبعده عن الفهم، ألا ترى أنه لو قال: اقسم هذين الدرهمين على هؤلاء الأربعة، لا يفهم منه قسمة كل درهم على الأربعة، هذا نص عليه الشَّافِعِي في كتبه، وأورده الجمهور.

وقال أبو علي الصيمري: يحمل على التوزيع، وإن لم ينوه، كذا في «الروضة»، وهو الوجه السابق، ولم يجزم به أبو علي؛ بل قال في «الإفصاح»: فيما إذا قال: طلقتين، وكان القياس على مذهبه أن يقول في ذلك ثنتان، إلا أنه جعل الظاهر قسم الجملة لا قسم التفصيل؛ لأن ذلك محتمل فلم يقع الطلاق بالشك، وقد يمكن أن تخرج المسألة على وجهين، هذا كلامه(١).

قال: (**فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ بِبَيْنَكُنَّ بَعْضَهُنَّ؛ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم»، ولم يورد العراقيون سواه، قال الشيخ أبو حامد: وهو

---

(١) حَاصِلُ مَا ذُكِرَ فِي أَجْزَاءِ الطَّلْقَةِ أَنَّهُ إِنْ كَرَّرَ لَفْظَ طَلْقَةٍ مَعَ الْعَاطِفِ وَلَمْ تَزِدْ الْأَجْزَاءُ عَلَى طَلْقَةٍ كَأَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ؛ كَانَ كُلُّ جُزْءٍ طَلْقَةً، وَإِنْ أَسْقَطَ لَفْظَ طَلْقَةٍ كَأَنْتِ طَالِقٌ رُبُعَ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ، أَوْ أَسْقَطَ الْعَاطِفَ كَأَنْتِ طَالِقٌ ثُلُثَ طَلْقَةٍ رُبُعَ طَلْقَةٍ كَانَ الْكُلُّ طَلْقَةً، فَإِنْ زَادَتْ الْأَجْزَاءُ كَنِصْفِ وَثُلُثِ وَرُبُعِ طَلْقَةٍ؛ كَمُلَ الزَّائِدُ مِنْ طَلْقَةٍ أُخْرَى وَوَقَعَ بِهِ طَلْقَةٌ، وَلَوْ قَالَ: نِصْفَ طَلْقَةٍ وَنِصْفَهَا وَنِصْفَهَا؛ فَثَلَاثٌ إِلَّا إِنْ أَرَادَ بِالنِّصْفِ الثَّالِثِ تَأْكِيدَ الثَّانِي فَطَلْقَتَانِ.
انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٣٥٤).

قول جميع الأصحاب، إلا ابن الوكيل؛ لأن ظاهر اللفظ الشركة.

وحكى القاضي الحسين وأتباعه في ذلك وجهين كالكتاب: وجه القبول: أن مثل هذا اللفظ يطلق، ويراد به الحصر في الجملة لا التشريك، كما نقول: من أبهم واحدًا من جميع السرقة بين هؤلاء، يريد الحصر لا التشريك، والوجهان في قوله: «بينكن» أم «عليكن»، ولا يقبل وجهًا واحدًا، نعم يأتي فيها وجه ابن الوكيل.

قال القاضي: الوجهان جاريان سواء قال: أردت واحدة معينة، أو مبهمة، أو أردت اثنين.

وفي «التتمة» فيما إذا قال: أردت واحدة وجهين في القبول، واقتصر على أنه لا يقبل في الحكم يعني: وجهًا واحدًا؛ لأنها ليست محلًا لأربع طلقات، وعلى هذا تستثنى هذه الصورة من إطلاق «المنهاج» للوجهين.

قال القاضي: ولو قال والحالة هذه: أردت امرأتين؛ جرى الوجهان، ولو لم يخرج بعضهن عن الطلاق؛ بل ادعى تفضيل بعضهن على بعض؛ بأن قال في «أوقعت بينكن ثلاث طلقات»: أردت إيقاع اثنتين على واحدة، وقسمة الأخرى على الباقيات؛ فإن قلنا: قوله: في إخراج بعضهن فهنا أولى، وإلا فوجهان: قال الرَّافِعِي: **أظهرهما**: ونسبه ابن كج لنصه: أن يقبل؛ لأنه لم يخرج واحدة منهن، والعدد المذكور يصدق عليه أنه بينهن، وإن تفاوتن فيما يلحقهن، **والثاني**: ونسبه إلى رواية ابن القَطَّان: أنه لا يقبل.

قلت: وبه أجاب الْمَاوَرْدِي، وهو المنصوص في «الأم» صريحًا، وإن قلنا: فحمله إذا لم يتعطل شيء من الطلاق، فإن تعطل كما إذا قال: أوقعت بينكن أربع طلقات؛ ثم خصصها جميعًا بواحدة منهن؛ فوجهان:

أقربهما: المنع، هكذا أورد الرَّافِعِي هذا الخلاف، وفيه نظر؛ لأنه إذا أوقع أربعًا، وأراد تخصيصها بواحدة؛ كان ذلك من مسائل الحالة الأولى، وهي ما إذا قصد إخراج بعضهن، وكلامه هنا فيما إذا لم يخرج بعضهن عن

وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ: لِلْأُخْرَى أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا أَوْ أَنْتِ كَهِيَ، فَإِنْ ....

الطلاق؛ بل ادعى ما يقتضي تفضيل بعضهن على بعض، وهذه الصورة ليست من هذا القسم؛ بل من القسم الأول كما سبق عن القاضي، وذكر أنه لا يقبل وجهًا واحدًا، أو بالجملة فذكرها هاهنا غفلة، وإذا لم تقبل دعوى التفاوت، فهو في حق من دام تبعيضها عما يقتضيه الإطلاق، أما من أضاف إليها الزيادة أخذ به لا محالة؛ لاعترافه بما يوجب تغليظًا عليه.

فرع: قال: أوقعت عليكن، أو بينكن بعض طلقة، فكما لو قال: طلقة، ولو قال: نصف طلقة، وثلث طلقة، وسدس طلقة، قال الشيخ أبو حامد ومن تبعه من العراقيين: ثم قال: وما ذكروه بني أولًا على ما لو قال لواحدة: أنت طالق نصف طلقة، وثلث طلقة، وسدس طلقة، وقد قدمنا المسألة، إن قلنا الواحدة لا تطلق، قلنا: إذا أطلق الزوج هذه الألفاظ؛ فهذا في القسمة أولى، انتهى.

وهذا منه يقتضي نقل خلاف في ذلك في مخاطبة الواحدة به كما سبق عن الغزالي، وقد أنكر الرَّافِعِي والمصنف عليه، وقالا: إنه ليس في «النهاية» وتبعاهما.

قال الإمام: وإن أوقعنا الثلاث على الواحدة فهذه المسألة محتملة، يجوز أن يقال: هو كقوله: أوقعت بينكن ثلاث طلقات؛ فتقع طلقة، ويجوز أن يقال: لما أفرد كل جزء من طلقة ظهر منه قصد توزيع كل طلقة على الجميع، والتقدير: فسخت عليكن طلقة، ثم أخرى، ثم أخرى، ولو قال: على الطريقة التي ارتضاها العراقيون «أوقعت بينكن طلقة، وطلقة، وطلقة»؛ فهذا محتمل على قياسهم، يجوز أن يقال: تطلق كل واحدة ثلاثًا؛ لما في لفظه من التفصيل.

ويجوز أن يقال: إنه كقوله: أوقعت ثلاث طلقات، ويجوز أن يقدر فرق بين قوله: «ثلث طلقة، وسدس طلقة، ونصف طلقة»؛ فإن تغاير الأجزاء يزيد دلالة على تفضيل بعضها عن البعض في القسمة، وليس في عطف الطلقة على الطلقة هذا، انتهى كلام الإمام - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى - وإيانا.

قال: (وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى: أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا، أَوْ أَنْتِ كَهِيَ، فَإِنْ

نَوَى طَلُقَتْ، وَإِلَّا فَلَا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: آخَرُ ذَلِكَ لِامْرَأَتِهِ.

نَوَى؛ طَلُقَتْ، وَإِلَّا فَلَا)؛ لأن ذلك كناية، وكذلك الحكم لو قال: جعلتك شريكتها، أو مثلها(١).

قال: **(وَكَذَا لَوْ قَالَ آخَرُ ذَلِكَ لِامْرَأَتِهِ)** أي: قاله الأجنبي لامرأته بعد طلاق غيره امرأته، فالحكم ما سبق إن نوى وقع، وإلا فلا.

فرع: قال لإحدى امرأتيه: أنت طالق ثلاثًا؛ ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ولم ينو العدد؛ أفتى أبو بكر الشَّاشِي: بأنها تطلق واحدة، وتوقف البوشنجي فيه، وقال: أوقع على الأولى ثلاثًا، والتشريك يقتضي أن يكون لها مثل ذلك.

قال الرَّافِعِي: وهذا التردد قريب من التردد فيما إذا طلق ثلاثًا، وقال للرابعة: أشركتك معهن، ولم ينو العدد، انتهى.

قال بعض الشارحين: القياس أن يجمع الطلقات الثلاث ويوقع عليها نصفها، كما بلغنا ذلك في النسوة، وعلى هذا فيقع عليها طلقتان، وبه صرح الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» وفي «البحر».

قال الْمُزَنِيّ في «المنثور»: ولو قال لها: أنت طالق ثلاثًا؛ ثم قال لأخرى: أنت شريكتها في هذا الطلاق، ثم قال لأخرى: وأنت شريكتها في هذا الطلاق.

قال الشَّافِعِي: يطلق الأولى ثلاثًا، والثانية اثنتين، والثالثة واحدة، قال الْمُزَنِيّ: وعندي يطلق كل واحدة منهن ثلاثًا، وكذا ذكرها القاضي أبو الطيب؛ فحصل أن المذهب: أنها تطلق طلقتين.

فرع: له زوجات، فقال: زوجتي وامرأتي طالق، ولم ينو عددًا ولا محلًا؛ وقع الطلاق على إحداهن وتعين، خلافًا لأحمد فإنه قال: يقع على جميعهن لو قال: عليَّ الطلاق أو الطلاق لازم لي، أو يلزمني، وحكمنا بصراحة ذلك، وهو المرجح إذا نوى، وأفتى المتأخرون منهم ابن عبد

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٦/ ٢٧١).

……………………………………………………

السلام، وابن الصلاح، والعماد بن يونس، والْكَمَالُ سَلَّارٌ شيخ المصنف، والمصنف صرح به في «الذخائر» في قوله: عليَّ الطلاق، أنها كالتي قبلها.

وفي «فتاوى ابن عبد السلام»: أنه سئل عمن حلف بالطلاق الثلاث، وحنث، وله أربع زوجات؛ فأجاب: يلزمه ثلاث طلقات يعينها في واحدة منهن، ولا يجوز أن يوقع على كل واحدة منهن طلقة حتى تكمل الثلاث؛ لأن المفهوم من ذلك ما أفاد الفرقة الموجبة للبينونة الكبرى، انتهى.

ورأيت في «شرح المنهاج» ولم يكمله، قال: يوقعها لو حلف بالطلاق الثلاث، وحنث وله زوجات، وأراد أن يعين على كل واحدة طلقة ليراجعهن، أو يعين في بعضهن دون بعض فقد يكون فيهن من لم تبق إلا بواحدة، ويريد بقاءها؛ الظاهر أن له ذلك، انتهى.

ولم يقف على كلام ابن عبد السلام - رحمهما الله تعالى - وربما يأتي كلام في هذا في «فتاوى القاضي الحسين» أنه لو كان له زوجتان فقال: حلال الله عليَّ حرام إن فعلت كذا، وحنث؛ أنهما تطلقان، وتابعه الْبَغَوِي في موضع، وتردد في موضع آخر، ومال إلى أنه لا يقع إلا على واحدة.

وكان الفرق بين هذا وما تقدم: أن الصيغة هنا عامة فلذلك أوقع الطلاق عليهما، واعترض بأن هذه الصيغة نقلها العرف عن تداولها، وصار معناها: الطلاق، فيصير كقوله: الطلاق يلزمني ونحوه، وأجيب: بأن المنقول لفظ الحرام؛ فيبقى العموم في المحكوم عليه على مقتضاه.

وقال في «الروضة»: الظاهر المختار الجاري على القواعد أنه إذا لم ينوهما؛ لم يطلق إلا أحديهما أو إحداهن؛ لأن الاسم يصدق عليه فلا يلزمه الزيادة، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين، وهذا إذا نوى بـ«حلال الله عليَّ حرام» الطلاق، أو جعلناه صريحًا، انتهى.

ومحل التردد في كلام الْبَغَوِي إنما هو عند الإطلاق كما دل عليه كلامه، أما إذا نوى بعضهن، قيل: قوله كما صرح به.

فَصْلٌ

يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ بِشَرْطِ اتِّصَالِهِ، ....

قال: (**فَصْلٌ**):

(**يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ**)؛ لأنه في الكتاب والسنة موجود، وفي كلام العرب معهود، وهو نوعان: الإخراج بإلا وأخواتها، وسمته الحنفية «استثناء التعطيل».

قال: صاحب «الدراية في شرح الهداية»: وفي «المحيط» الأمر لا يرفعه الاستثناء.

وفي «الجوامع» ما يدل على رفعه، وفي «الذخيرة»: لو قال مريض: اعتقوا عبدي فلانًا بعد موتي إن شاء الله تعالى؛ صح الإيقاف، وبطل الاستثناء، قال: والحاصل: أن الاستثناء في الأمر باطل، فلو قال لغيره: بع عبدي إن شاء الله؛ فللغير بيعه، انتهى.

ولم يحضرني لأصحابنا في هذا شيء، ثم المشهور المعروف أن التعليق بمشيئة الله تعالى معين في الطلاق والعتق تعليقًا، وتنجيزًا، وفي النذور والأيمان وسائر التصرفات.

وحكي عن «القديم» أن تعليق الظهار بالمشيئة لا يصح، وطرده بعضهم في سائر العقود، والحلول كالطلاق والعتق وغيرهما، وأطلق الرَّافِعِي نقله قولًا من غير مشيئة، قال: وعن رواية صاحب «التقريب»، والشيخ أبي علي قوله: إنه يقع الطلاق ولا يؤثر الاستثناء(١).

قال: (**بِشَرْطِ اتِّصَالِهِ**) أي: عرفًا بحيث يعد كلامًا، ونقل عن إجماع أهل

---

(١) يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ؛ لِوُقُوعِهِ فِي الْقُرْآنِ وَالسُّنَّةِ وَكَلَامِ الْعَرَبِ، وَهُوَ الْإِخْرَاجُ بِإِلَّا أَوْ إِحْدَى أَخَوَاتِهَا تَحْقِيقًا أَوْ تَقْدِيرًا، وَالْأَوَّلُ: الْمُتَّصِلُ كَقَامَ الْقَوْمُ إِلَّا زَيْدًا، وَالثَّانِي: الْمُنْقَطِعُ كَعِنْدِي ثَوْبٌ إِلَّا دِرْهَمًا، وَلَيْسَ مُرَادًا هُنَا وَإِطْلَاقُ الِاسْتِثْنَاءِ عَلَيْهِ مَجَازٌ، ثُمَّ الِاسْتِثْنَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: ضَرْبٌ يَرْفَعُ الْعَدَدَ لَا أَصْلَ الطَّلَاقِ كَالِاسْتِثْنَاءِ بِإِلَّا أَوْ إِحْدَى أَخَوَاتِهَا، وَضَرْبٌ يَرْفَعُ أَصْلَ الطَّلَاقِ كَالتَّعْلِيقِ بِالْمَشِيئَةِ، وَهَذَا يُسَمَّى اسْتِثْنَاءً شَرْعِيًّا؛ لِاشْتِهَارِهِ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ، قَالَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ: وَسُمِّيَتْ كَلِمَةُ الْمَشِيئَةِ اسْتِثْنَاءً لِصَرْفِهَا الْكَلَامَ عَنْ الْجَزَاءِ وَالثُّبُوتِ حَالًا مِنْ حَيْثُ التَّعْلِيقُ بِمَا لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا اللهُ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٣٦٢).

وَلَا يَضُرُّ سَكْتَةُ تَنَفُّسٍ وَعِيٍّ.

اللغة، قال الشَّافِعِي في كتاب الأيمان من «المختصر»: **وَالْوَصْلُ أَنْ يَكُونَ الْكَلَامُ نَسَقًا، وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُ سَكْتَةٌ كَسَكْتَةِ الرَّجُلِ لِلتَّذَكُّرِ أَوِ الْعِيِّ أَوِ التَّنَفُّسِ أَوِ انْقِطَاعِ الصَّوْتِ فَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ، وَالْقَطْعُ أَنْ يَأْخُذَ فِي كَلَامٍ لَيْسَ مِنَ الْيَمِينِ مِنْ أَمْرٍ أَوْ نَهْيٍ، أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ يَسْكُتَ السُّكُوتَ الَّذِي يُبَيِّنُ أَنَّهُ قَطَعَ**، انتهى.

وضبط الشارحون الاتصال بالعرف؛ إذ لا حد له لغةً ولا شرعًا، وقال الإمام: الاتصال المعتبر هنا أبلغ من اتصال القبول بالإيجاب؛ لأنه يحتمل بين كلام الاثنين ما لا يحتمل بين كلام الواحد، وكذلك لا ينقطع الإيجاب، والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح كما سبق عنه، وينقطع الاستثناء بالكلام اليسير على الصحيح، قاله في «الروضة»، ويشير إلى وجه الرَّافِعِي عن ابن كج أن الكلام اليسير الأجنبي لا يقدح في الاستثناء.

قلت: وكأن المراد ما يعد به معارضًا عما هو فيه، وإلا فقد قال الأصحاب في الطريقين: لو قال: أنت طالق ثلاثًا يا زانية إن شاء الله؛ صح الاستثناء، ومثله: أنت طالق يا زينب إن شاء الله، وفي «الشامل» و«التتمة»: أنه لو قال: ثلاثًا، أو ثلاثًا إن شاء الله، أو ثلاثًا وواحدة إن شاء الله، أن الذي يقتضيه المذهب أنه لا يقع شيءٌ، ونازعه الرَّافِعِي فيه.

وقال المراوزة: لو قال: أنتِ طالق ثلاثًا يا طالق إن شاء الله؛ أنه يصح الاستثناء، وأبدى الإمام احتمالًا في إلغاء الاستثناء؛ لأن قوله: «يا طالق» يعد حشوًا في الكلام بخلاف ندائها باسمها فإنه يجري على سداد الكلام، وحسن النظم، انتهى.

ونقله الرَّافِعِي، والأصحاب، وبالجملة فيجب تقييد إطلاق القول بأن الكلام اليسير يقدح في الاستثناء.

قال: (**وَلَا يَضُرُّ سَكْتَةُ تَنَفُّسٍ وَعِيٍّ**)؛ لأنه لا يشعر بالانفصال، ويعد في العادة متصلًا، وذكر الْمَاوَرْدِيُّ بعد النص السابق عن «المختصر»: أنه إذا قطعه بتنحنح أو كتذكر كلام؛ لم يضر.

قُلْت: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ الِاسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ الْيَمِينِ فِي الْأَصَحِّ، والله أعلم.

وفي «الشافي» أن السكوت لما تقدم في كلام الشَّافِعِي لا يضر، وفي «الإفصاح» أن القطع للمعاني المذكورة أي: في نص لا يعد قطعًا خلاف القطع لغيرها، والأخذ في كلام آخر، انتهى.

ويوافق هذا قول الرَّافِعِي في «كتاب الإقرار» فإن سكت طويلًا أو تكلم كلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى؛ لم ينقطع الاستثناء.

قال: (**قُلْت: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ الِاسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ الْيَمِينِ فِي الْأَصَحِّ، والله أعلم**) الكلام في النية في أشياء:

أحدها: في أصلها، ولا بد منها فيشترط أن ينوي بقوله: «إن شاء الله» رفع حكم اليمين فلو قصد به أمثال الأمر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىۡءٍ إِنِّي فَاعِلٞ ذَٰلِكَ غَدًا ۝٢٣﴾ [الكهف: ٢٣] أو أراد أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى، أو سبق لسانه إلى المشيئة بلا قصد لها، أو جرت على لسانه كعادته عقب كل كلام؛ لم يكن مستثنيًا.

قال ابن المنذر: لا خلاف بين فقهاء «الحجاز» و«الكوفة» و«الشام» و«مصر» أنه إذا لم ينو باستثناء رفع اليمين؛ لا يكون مستثنيًا؛ ولهذا نقل بعض أصحابنا إيقاف الفقهاء على ذلك.

والذي رأيته في كلام الحنفية يخالف ذلك حتى قالوا: لو قال: «أنت طالق»، فجرى على لسانه «إن شاء الله تعالى» من غير قصد، وقصده إيقاع الطلاق؛ لا يقع؛ لوجود الاستثناء حقيقةً، كما لو قال: «أنت طالق» فجرى على لسانه «إن شاء الله، أو غير طالق»؛ لا يقع، انتهى. ولعله من كلام مشايخهم لا عن نص أبي حنيفة وصاحبيه والله أعلم.

الثاني: في وقتها وله ثلاثة أحوال: أن يقترن بأول لفظ اليمين، ويستمر إلى آخره فهذه معتبرة بلا خلاف.

الثاني: أن يعرف منها لفظ اليمين؛ فالمشهور الصحيح أنه لا يصح، قال الشيخ أبو حامد: لا يختلف المذهب فيه.

……

ونقل الفارسي الاتفاق عليه، وعبارة جماعة الإجماع، وفيه وجه عُزي إلى الأستاذ أبي إسحاق وغيره، وظاهر كلام الْمَاوَرْدِي هنا وابن الصباغ في «الأيمان»: أنه المذهب، ولأجل ذلك قال الرُّويَانِي في «الحلية»: فلو لم يقصد حتى فرغ من لفظ الطلاق، ثم ندم فذكر موصولاً ؛ قال أصحابنا: يصح الاستثناء؛ لأن الكلام واحد، وآخره منوط بأوله، وقال بعض أصحابنا: لا يصح؛ لأنه يريد أن يرفع بعد الوقوع، انتهى.

الثالث: أن يعزو بعد لفظ الطلاق عن النية فتارة مقترن بأوله، ولا يدوم إلى آخره؛ فالمشهور الصحة، وأفهم كلام الشيخ أبي حامد وغيره نفي الخلاف فيه، واقتضى إيراد جماعة نقل وجهين فيه كنية الكناية، وتارة يعزو أول اللفظ عنها، ويقترن بآخره؛ فوجهان مشهوران:

أحدهما: لا يكفي، ورجحه جماعة منهم ابن الْقَطَّان، وابن كج، والفوراني، والْبَغَوِي، والجرجاني في «التحرير»؛ لأن نية الاستثناء لم تصادق جملة اليمين، وما بقي منها ليس بيمين.

والثاني: ورجحه الداركي والقاضي أبو الطيب والرُّويَانِي وصاحب «الانتصار»، وتبعهم المصنف: أنه يكفي؛ لأن اليمين إنما تنعقد بتمامها، فإذا نوى الاستثناء قبل تمام لفظ الطلاق؛ امتنع نفوذه، كما لو نوى ذلك في ابتداء اليمين؛ ولأنه لو قطع قبل الفراغ لم يؤثر فكذلك إذا رفعه بالاستثناء، ويجتمع في الصورتين ثلاثة أوجه: الصحيح: الصحة فيهما، والثاني: المنع فيهما، والثالث: إن فارقت أول اللفظ كفى، وإلا فلا.

وعجبٌ قول ابن الرِّفْعَة في «المطلب» مع كثرة إطلاعه، ولم أر من حكى الخلاف فيما إذا اقترن في القصد بابتداء التلفظ فقط، وكان لا يبعد طرده كما قيل في نظيره من كناية الطلاق، قال: ثم رأيته في «شرح المفتاح»، انتهى.

وهو قضية كلام جماعة منهم الجرجاني والْعِمْرَانِي والدارمي، ولفظه في كلامه على نفيه الكناية والنية متى اقترنت بجميع اللفظ، وإن عزبت عن جميعه؛

وَيُشْتَرَطُ عَدَمُ اسْتِغْرَاقِهِ.

لم يقع، وإن اقترنت ببعضه فوجهان، وكذلك نية الاستثناء والصفة، انتهى.

إشارات: بقي شرط آخر: وهو التلفظ بالاستثناء بحيث يسمع نفسه، ولو نواه بقلبه؛ لم يؤثر ظاهرًا قطعًا، ولم يدين على المشهور، بخلاف ما لو علق بمشيئة زيد، وبدخول الدار؛ يدين، وستتكلم عليه حيث ذكره المصنف، وقول المصنف: «قبل فراغ اليمين» يفهم الاكتفاء بالنية في أولها فقط، وفي آخرها، ولم أر الاكتفاء به في أثنائها فقط، وقد يوجد من قول بعضهم: وإن اقترنت ببعض اليمين، فوجهان.

قال ابن الرِّفْعَة: حنث سليمان ﷺ حيث قال: «**لأُطُوفَنَّ اللَّيْلَةَ بِمِائَةِ امْرَأَةٍ، تَلِدُ كُلُّ امْرَأَةٍ غُلَامًا، يُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ الله، فَقَالَ لَهُ الْمَلَكُ: قُلْ: إِنْ شَاءَ الله، فَلَمْ يَقُلْ وَنَسِي، فَأَطَافَ بِهِنَّ وَلَمْ تَلِدْ مِنْهُنَّ إِلَّا امْرَأَةٌ نِصْفَ إِنْسَانٍ**» فقالَ النَّبِي ﷺ: «**لَوْ قَالَ: إِنْ شَاءَ الله لَمْ يَحْنَثْ، وَكَانَ أَرْجَى لِحَاجَتِهِ**»[1] فدلَّ على أن إيصال الاستثناء بالحلف يؤثر فيه، وإن لم يقصده قبل فراغ اليمين، وفيه دلالة على أن قوله: «اليمين إن شاء الله» يسمى استثناءً.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ عَدَمُ اسْتِغْرَاقِهِ**) هذا في إلا أو إحدى أخوتها فالمستغرق باطل إجماعًا؛ **لِإِفْضَائِهِ إِلَى اللَّغْوِ**، وممن حكى الإجماع الإمام فخر الدين، والآمدي، وأتباعهما، وعن القرافي أنه نقل عن بعضهم رواية قول في صحته، وهو إن ثبت شاذ، فإذا قال: ثلاثًا إلا ثلاثًا؛ لم يصح؛ لأنه عقب اللفظ بما ينفيه على وجه لا يعد منتظمًا، كقوله: أنت طالق طلقة لا تقع عليك، والتعليق بالمشيئة، وإن رجع حكم اللفظ المتقدم جميعه؛ **فَالْكَلَامُ مُنْتَظَمٌ مَعَهُ؛ إِذْ هُوَ تَعْلِيقٌ بِصِفَةٍ صِيغَتُهَا التَّرَدُّدُ؛ إِذْ الْمَشِيئَةُ غَيْبٌ لَا يُطَّلَعُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ مَبْنَى الْكَلَامِ عَلَى التَّنَاقُضِ وَحَكَمْنَا بِانْتِفَاءِ الطَّلَاقِ؛ لِأَمْرٍ اقْتَضَاهُ لَا لِاخْتِلَالِ الْكَلَامِ فِي نَفْسِهِ.**

وصور في «المحرر» التفصيل بقوله: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا

---

[1] أخرجه أحمد (٢/ ٢٢٩، رقم ٧١٣٧)، والبخاري (٥/ ٢٠٠٧، رقم ٤٩٤٤)، ومسلم (٣/ ١٢٧٥، رقم ١٦٥٤)، والنسائي (٧/ ٣١، رقم ٣٨٥٦).

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ، وَقِيلَ ثَلَاثٌ، أَوْ اثْنَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً فَثَلَاثٌ، وَقِيلَ ثِنْتَانِ ....

واحدة، وقعت طلقتان، ولو قال: ثلاثًا إلا اثنتين وقعت واحدة، وحذف المصنف ذلك؛ لأنه مفهوم من القاعدة، والتصريح أحسن.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً؛ فَوَاحِدَةٌ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ، أَوْ اثْنَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً؛ فَثَلَاثٌ، وَقِيلَ: ثِنْتَانِ**) الخلاف في الصورتين مشهور، والطريقتين، ويعتبر بأنا هل نجمع العدد المعطوف بعضه على بعض في المستثنى منه، ويجعل كأنه تلفظ به دفعة، أو نفرد كلًّا منهم بحكم؟ فيه وجهان.

والمذهب المنصوص في «الأم» و«الْبُوَيْطِي»: عدم الجمع وأن الجملتين المعطوفتين تفردان بالحكم، وإن كانت الواو للجمع، وكذلك لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق لا تقع إلا واحدة، ولا يكون كقوله: أنت طالق طلقتين، **والثاني**: أنه يجمع بينهما؛ لأنه لو قال: له عليَّ درهم، ودرهم؛ يلزمه درهمين كما لو قال له: عليَّ درهمان، وحكاه القاضي أبو الطيب قولًا مخرجًا، وقال: إنه ليس بشيء.

وذكر الْقَفَّال في «شرح التلخيص» أنه لا يجمع في جانب الإيقاع بلا خلاف، وعلى هذه الطريقة اقتصر أبو محمد في «شرح العيون» وخص الخلاف بطرق الاستثناء فعليها لو قال: ثلاثًا إلا اثنتين وواحدة إلا واحدة؛ وقع الثلاث قطعًا.

ولو قال: ثلاثًا إلا اثنتين وواحدة؛ فوجهان: **أحدهما**: تقع الثلاث لأن الجمع هنا فيه تغليظ عليه فيأخذ في الطرفين بما يقتضي التغليظ عليه، ولنذكر صورًا يظهر فيها أثر الخلاف:

لو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة؛ فإن جمعنا كان كاستثناء ثلاث من ثلاث فيكون مستغرقًا، وإن لم نجمع اختص البطلان بالأخيرة فتقع طلقة.

ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة؛ فثلاث على المذهب، وإن جمعنا فثنتان، ولو قال: واحدة؛ بل واحدة، ثم واحدة وواحدة

وَهُوَ مِنْ نَفْيٍ إِثْبَاتٌ وَعَكْسُهُ، فَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ إِلَّا طَلْقَةً فَثِنْتَانِ، أَوْ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ فَثِنْتَانِ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ، وَقِيلَ طَلْقَةٌ، أَوْ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا فَثِنْتَانِ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ أَوْ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ فَثَلَاثٌ عَلَى الصَّحِيحِ.

وواحدة إلا واحدة وواحدة؛ فثلاث على الوجهين أما على الجمع فواضح، وأما على عدمه؛ فلأنه استثنى كل واحدة، وذلك لا يصح.

قال: (**وَهُوَ مِنْ نَفْيٍ إِثْبَاتٌ وَعَكْسُهُ**) لا مستثنى من النفي، وهو الصَّرْفُ، وَالصَّرْفُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْإِثْبَاتِ إِلَى النَّفْيِ وَبِالْعَكْسِ.

(**فَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ إِلَّا طَلْقَةً؛ فَثِنْتَانِ**) لأن المعنى ثلاثًا تقع إلا ثنتين لا تقعان إلا واحدة تقع إلا ثنتين، فيضم هذه إلى الباقية من الثلاث، وتقعان، وأبدى الحناطي وجهًا آخر على سبيل الاحتمال: أن الاستثناء الثاني ينصرف إلى أول اللفظ أيضًا، وعلى هذا يكون الحكم كما لو قال: إلا اثنتين وواحدة، زاد في «الروضة»: والصواب الأول.

قال: (**أَوْ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ؛ فَثِنْتَانِ**) لأنه لما عقب الاستثناء بالاستثناء؛ خرج الأول عن كونه مستغرقًا، وقد استثنى الثلاثة ثلاثًا إلا اثنتين، وثلاث إلا اثنتين واحدة، وكأنه قال: ثلاثًا إلا واحدة؛ فقع اثنتان.

(**وَقِيلَ: ثَلَاثٌ**) لأن الاستثناء الأول مستغرق فكان باطلًا، والثاني مرتب عليه فكان لغوًا أيضًا.

(**وَقِيلَ: طَلْقَةٌ**)؛ لأن الاستثناء الأول فاسد؛ لاستغراقه فينصرف الثاني أول الكلام، ويصير كأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين.

قال: (**أَوْ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا؛ فَثِنْتَانِ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ**) والوجهان مشهوران ومأخذهما، والاستثناء يرجع إلى الملفوظ به؛ لأنه لفظي فيتبع فيه موجب اللفظ أم إلى المملوك؛ لأن الزيادة عليه لغو فلا عبرة بذكرها؟ فيه وجهان، المذهب منهما كما قال القاضي أبو الطيب وغيره، وهو المنصوص في «**الْبُوَيْطِي**»: الأول، وقس بهذه الصورة أخواتها.

قال: (**أَوْ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ؛ فَثَلَاثٌ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لأنه إذا استثنى

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ إِنْ لَمْ يَشَأْ اللَّهُ وَقَصَدَ التَّعْلِيقَ لَمْ يَقَعْ، ....

بعض الطلقة بقي بعضها، ومتى بقي بعض الطلقة كملت، وإلى هذا ذهب الجمهور، وهو قضيه نص «الأم».

والثاني: تقع ثنتان ويجعل استثناء بعض الطلقة كاستثناء كلها، والمذهب الأول؛ لأن التكميل إنما يكون في طرق الإيقاع تغليبًا للتحريم، فلو قال: ثلاثًا إلا واحدة ونصف، كما لو استثنى واحدة على الصحيح، وعلى الثاني كما لو استثنى طلقتين.

فرع: قال في «أصل الروضة»: لو قال: واحدة ونصفًا إلا واحدة، نقل الحناطي وقوع طلقة، قال: ويحتمل وقوع طلقتين، انتهى.

قال الرَّافِعِي: والوجهان مبنيان على الاستثناء، فينصرف إلى المذكورين جميعًا أو إلى الثاني، وعلى التقدير الثاني يكون الاستثناء مستغرقًا فيبطل، وتقع طلقتان، انتهى.

وقياسه كالتصريح بأن الصحيح ما ابتدآه فتقع طلقتان، كما لو قال: واحدة وواحدة إلا واحدة وفي المعاياة: لو قال: طلقتين ونصفًا إلا طلقة؛ طلقت ثلاثًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ الله، أَوْ إِنْ لَمْ يَشَأْ الله وَقَصَدَ التَّعْلِيقَ؛ لَمْ يَقَعْ**) أما في الأولى: فلرواية ابن عمر: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ الله فَقَدِ اسْتَثْنَى**»(١) قال الترمذي: حسنٌ، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وهو تمامٌ في الإطلاق والأيمان وقياسًا على التعليق بالشروط والصفات؛ ولأن هذا يقتضي مشيئة جديدة، كما لو قال: إن شاء الله ومشيئته تعالى قديمة، وإذا لم يتصور الصفة لا يقع الطلاق، ولأن المشيئة لا تتحقق، والأصل بقاء النكاح، وسبق ذكر قولٍ غريب قديم: أنه لا يقع الطلاق، ولا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٢٥، رقم ٣٢٦١)، والترمذي (١٦١٦) والنسائي (٧/ ٢٥، رقم ٣٨٢٨)، والحاكم (٤/ ٣٣٦، رقم ٧٨٣٢) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٠/ ٤٦، رقم ١٩٦٩٩).

....

يؤثر الاستثناء كالاستثناء المستغرق، وسبق الفرق بين النوعين، وأما في الثانية: فلأن عدم المشيئة غير معلوم كما أن المشيئة غير معلومة.

تنبيهات وتتمات:

منها: في معنى قوله: «إن لم يشأ الله» قوله: «ما لم يشأ، أو إذا لم يشأ الله»، وما ذكره المصنف من عدم الوقوع هو المذهب المشهور، وفي «التلخيص» حكاية قول: إنه يقع الطلاق، ومأخذه قريب من الوقوع في التعليق بالمستحيل.

ومنها: في معنى قوله: «إن شاء الله»، إن أراد الله، أو أحب أو اختار أو بمشيئة الله أو بإرادته أو بمحبته أو متى شاء، قاله الْمَاوَرْدِي في كتاب «الأيمان»، وذكر العبادي بعضه قال: ولو قال: كمشيئة الله أو لإرادته وقع، ولو قال: بأمر الله أو بقدرته أو بحكمه أو بعلمه؛ وقع ولو قال: في مشيئة الله أو في حكمه أو في رضاه؛ لم يقع بخلاف قوله: «في علم الله» فإنه يقع، ولو قال: في علم زيد أو في رضاه أو في حكمه أو في أمره؛ لم يقع هذا كلام العبادي، وما قاله في رضاه مشكل؛ لأن المتبادر منه لرضاه، وينبغي أن يستفسر في هذا وأشباهه، والله أعلم.

ومنها: قال في «التلخيص»: لو قال: أنتِ طالق إن شاء الله أو لم يشأ؛ طلقت، قال أبو عاصم العبادي: لو قال: أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله فإن لم يشأ فثنتين فلم يطلقها حتى مضى اليوم؛ طلقت طلقتين؛ لأن الله لو شاء واحدة؛ لأجراها على لسانه، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قال: أنتِ طالق إن شاء الله، وطالق لا شيء، ولو قال: أنت طالق إن شاء الله أنت طالق، وقع الإجراء بالطلاق.

ومنها: قال القاضي أبو الطيب: لو قال: إن شاء الله إن طلق، وعبدي حر؛ لم تطلق ولم يعتق، وكذا لو قال: عبدي حر من غير «واو»؛ لأن حرف العطف قد يحذف كقولنا: التحيات المباركات، ورأى الرَّافِعِي حمل ذلك على

وَكَذَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ تَعْلِيقٍ وَعِتْقٍ وَيَمِينٍ وَنَذْرٍ وَكُلِّ تَصَرُّفٍ.

وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ.

ما إذا قصرها بالاستثناء؛ فإن أطلق فيشبه أن يجري خلاف في عوده إليهما، والاختصاص بالأخيرة، وكذا الحكم لو تأخر عنهما، قال المصنف: إنه يرجع إليهما في الصورتين.

قلت: يشهد للرافعي قول ابن الصباغ بعد نقله ذلك عن القاضي: وهذا وإن كان مجازًا فإذا قصده صح، والاستثناء لا يكون إلا بالقصد، وكذا روى الْمُتَوَلِّي الفرع عن الأصحاب ووجهه، ثم قال: وإن كان على سبيل المجاز - يعني: العطف بغير واو - إلا أنه لما اتصل بالقصد به صار معتبرًا في الحكم، وكلهم ذكروا الفرع في كتاب «الأيمان».

ولو قال: عبدي حر إن شاء الله، وامرأتي طالق، ونوى صرف الاستثناء إليهما جميعًا؛ صح، قاله ابن كج، وكما يجوز متقدمًا ومتأخرًا يجوز متوسطًا⁽¹⁾. قال: (**وَكَذَا يَمْنَعُ**) أي: الاستثناء.

(**انْعِقَادَ تَعْلِيقٍ وَعِتْقٍ وَيَمِينٍ وَنَذْرٍ وَكُلِّ تَصَرُّفٍ**) أي: كالبيع، وصحة العفو عن القصاص، وسائر التصرفات؛ لما تقدم، وسبق عن الحقيقة أنه يؤثر في الأمر كالإيصاء بعتق عبده، وأمره يتبعه، فظاهر كلام الأئمة هنا يخالفه، ولم أر فيه تصريحًا وصورة التعليق أن يقول: أنتِ طالق إن دخلت الدار إن شاء الله، أو إذا شاء الله، ونحو ذلك، والظاهر أن العتق كذلك تنجيزًا وتعليقًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ الله؛ وَقَعَ فِي الْأَصَحِّ**)، لأن الاستثناء

---

(١) إِذَا وَصَلَ طَلَاقَهُ بِمَشِيئَةِ الله تَعَالَى غَيْرَ مُرِيدٍ بِأَوَّلِ كَلَام الِاسْتِثْنَاءِ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى؛ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ لِأَنَّ الْكَلَامَ الْمُتَّصِلَ يُعْتَبَرُ حُكْمُ أَوَّلِهُ بِآخِرِهِ، وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: لَا حُكْمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ حَتَّى يَنْوِيَهُ عِنْدَ تَلَفُّظِهِ بِالطَّلَاقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ أَوَّلِ كَلَامِهِ بَطَلَ وَهَذَا فَاسِدٌ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ شَاءَ الله بِالْفَتْحِ طُلِّقَتْ بِخِلَافِ إِنِ الْمَكْسُورَةِ؛ لِأَنَّهَا بِالْكَسْرِ شَرْطٌ، وَبِالْفَتْحِ تَعْلِيلٌ، وَهَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذْ شَاءَ الله طُلِّقَتْ بِخِلَافِ قَوْلِهِ: إِذَا شَاءَ الله؛ لِأَنَّ إِذْ لِلْمَاضِي، فَلَمْ تَكُنْ شَرْطًا، وَإِذَا لِلْمُسْتَقْبَلِ فَكَانَتْ شَرْطًا وَاللَّهُ أَعْلَمُ. انظر: «الحاوي الكبير للماوردي» (١٠/ ٦٣٨).

أَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

إنما يعتاد، ويعمل في الأفعال دون الأسماء، فلا يحسن قولك: يا أسود إن شاء الله، وأيضًا فقوله بالداء يقتضي حصول ذلك الاسم أو الصفة حال النداء، ولا يقال للحاصل إن شاء الله.

والثاني: يقع؛ لأنه إنشاء في المعنى كقوله: طلقتك أو أنت طالق، ويتفرع على الخلاف قوله: يا طالق أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله، فعلى الصحيح تقع طلقة بقوله: يا طالق، ويختص الاستثناء بقوله ثلاثًا: يا طالق؛ لأن قوله هنا: يا طالق، يشعر ببنائه على الثلاث الموقعة؛ فإذا لغت بالاستثناء لغا الوصف المبني عليها.

قال الرَّافِعِي: ووراء ذلك وجهان: أحدهما: وهو المذكور في «التتمة»: أنه تقع عليها طلقة بقوله: «يا طالق» كالتي قبلها.

قلت: وهذا ما أورده العراقيون، ومنهم الشيخ أبو حامد وأتباعه، والْمَاوَرْدِي وغيرهم، وكان الإمام رواه في كلام القاضي وغيره من المراوزة دون غيره فعزاه إلى الأصحاب مطلقًا، ثم أبدى الإمام احتمالًا أنه لا تقع الثلاث، وجعله الرَّافِعِي وجهًا ثالثًا.

قال: (**أَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الله تَعَالَى؛ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) لأن هذه الصيغة تعليق بعدم المشيئة؛ لأنها توجب حصر الوقوع في حال عدم المشيئة، وإلى هذا الوجه ذهب الْقَفَّال، وعزاه إلى النص، ورجحه الإمام، والغزالي، ومن تبعهما، وقال الرَّافِعِي في «الشرحين» و«المحرر»: إنه الأقوى، ولم يزد.

والثاني: يقع؛ لأنه أوقعه، وجعل الخلاص والمخرج عنه بالمشيئة، وأنها غير معلومة فلا يحصل الخلاص، كما لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد، ولم يعلم مشيئته فإنه يقع الطلاق، وهذا ما أورده العراقيون، ورجحه الْبَغَوِي، هذا كلام الرَّافِعِي.

واعلم أن جماعة من العراقيين اقتصروا على الوقوع، وجماعة حكوا

....

الخلاف، وجعلوا المذهب المشهور الوقوع، ورجحه القاضيان الْمَاوَرْدِي والحسين، والْبَغَوِي، وقال صاحب «الكافي»: إنه المذهب، وكذا قال الرُّويَانِي في «التجربة»: قال: وغلَّط من قال غيره.

وقال الشيخ أبو حامد: وغلط بعض أصحابنا، فقال: لا يقع، وقال القاضي الحسين في «التعليق» بعد نقله عن العراقيين الوقوع: القياس الوقوع، وإن كان الْقَفَّال يزعم أن المنصوص خلافه، وهو مشكل؛ لأنه أوقع الطلاق، وعلق منع وقوعه بمشيئة من لم تتحقق مشيئته؛ فينبغي أن يقع.

وهذه إشارة منه إلى استحواذ النص المذكور وبالجملة، فالجمهور على الوقوع وذكر الإمام أن الذي حكاه الصيدلاني المنع، وحكى قولًا آخر: أنه يقع، وهذا يفهم أن المسألة على قولين لا وجهين، والخلاف فيما يظهر إذا لم يذكر المعلق شيئًا، فإن ذكر أنه أراد شيئًا اعتمد قوله.

فرع: قال في «التلخيص»: لو قال: أنتِ طالق ما شاء الله؛ طلقت طلقة تخريجًا، وجرى عليه الْقَفَّال في «شرحه» وعلله بأنه أوقع الطلاق ثم علل، وعلى ذلك جرى ابن الصباغ والجرجاني والْمُتَوَلِّي.

وعلله في «الشافي»: بأن ذلك للزمان الماضي كقوله: إن شاء الله أو إذ شاء الله، ثم قال: ويحتمل ألا يقع؛ لأنه يستعمل في المستقبل، كقول القائل: عليك سلامٌ ابن عاصم ورحمته ما شاء أن يترحما، فكون تقديره «أي الطلاق شاء الله، وأي عدد شاء الله»، ولم يعلم مشيئة الطلاق على صفة ولا عدد الطلاق؛ فلا يقع، كما لو قال: أنت طالق مهما شاء الله، فالمجزوم به في «تعليق القاضي الحسين» أنه لا يقع، ولم يذكر سواه على وفق احتمال الجرجاني.

وحكى الْبَغَوِي في «التعليق» احتمال المنع عن الشيخ أبي علي السِّنْجِي قال: لأن قوله ما شاء الله يصح للماضي والمستقبل فيكون في معنى قوله: إن شاء الله، وإذا احتمل الإقرار فالأصل عدم المشيئة.

……

فرع: فِي «فَتَاوَى الْقَاضِي حُسَيْنٍ»: طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ: قُلْت إِنْ شَاءَ الله، فَقَالَتْ: لَمْ تَقُلْ، فَمَنْ الْمُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ؟ يَنْبَنِي عَلَى تَبْعِيضِ الْإِقْرَارِ، فَإِنْ قُلْنَا لَا يَتَبَعَّضُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَإِلَّا صُدِّقَتْ فَتَحْلِفُ بِاَللَّهِ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ إِنْ شَاءَ الله، وَسيأتي عَمَّنْ أُدُّعِيَ عَلَيْهِ أَنَّهُ طَلَّقَ ثَلَاثًا فَأَنْكَرَ فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ بِتَلَفُّظِهِ بِذَلِكَ، فَقَالَ: اسْتَثْنَيْت عَقِبَهُ، فَقَالَتْ الْبَيِّنَةُ لِلْحَاكِمِ وَقَدْ سَأَلَهَا عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَتَلَفَّظْ عَقِبَهُ، فَاسْتَخَرْت اللَّهَ تَعَالَى وَأَفْتَيْت بِالْوُقُوعِ وَعَدَمِ قَبُولِ قَوْلِهِ؛ لِأَنَّهُ نَفْيٌ يُحِيطُ بِهِ الْعِلْمُ.

فرع: في «الكافي»: طلقها ثلاثًا بحضور شاهدين، فشهدا له أنك قلت عقبه إن شاء الله، وهو لا يذكر إن كان قاله حالة غضب أم لا؛ فله اعتماد قولهما وإلا فواحدة بعلمه ولا يلتفت إلى قولهما، انتهى.

وهذا مشكل فإنه لا يلزم من تلفظ بالمشيئة حصول الاستثناء المعتبر عندنا كما سبق بيانه، والله أعلم.

فرع: قال الْبَغَوِي: لو قال: أنتِ طالق إِلَّا أَنْ أَشَاءَ أَوْ يَبْدُوَ لِي؛ طَلُقَتْ فِي الْحَالِ، وتبعه في «الروضة»، قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يقال: هو كقوله: إلا أن يشاء الله، أو يشأ فلان، وحذفه من «الروضة» وكأنه استضعفه.

وقال الْمُتَوَلِّي: لو قال: إلا أن أشاء؛ صار عدم الوقوع تعليقًا بمشيئته، فمتى قال: شئت عدم الوقوع بان أن الطلاق غير واقع، انتهى.

وقال البيهقي في «المبسوط» في كتاب النذور: قال الشَّافِعِي - يعني في «الأم»- كما رأيته فيه بهذا اللفظ هناك: وإذا قال الرجل: غلامي حر إلا أن يبدو لي في ساعتي هذه أو في يومي هذا، أو أشاء أو يشاء فلان ألا يكون حرًّا، أو امرأته طالق إلا أن أشاء ألا تكون طالقًا في يومي هذا، أو يشاء فلان، فشاء أو شاء الذي استثنى مشيئته؛ لم يكن العبد حرًّا ولا المرأة طالقًا، هذا لفظه.

وقال الصيمري في «كتاب الأيمان» من «شرح الكفاية» عقب التعليق بمشيئة الله: ولو قال: والله لأفعلن كذا إلا أن يبدو لي، أو قال إلا أن يغير

فَصْلٌ

شَكَّ فِي طَلَاقٍ فَلَا، أَوْ فِي عَدَدٍ فَالْأَقَلُّ، وَلَا يَخْفَى الْوَرَعُ ....

الله ما في قلبي؛ فإذا تغير رأيه فلا كفارة عليه، فبان أن المذهب خلاف ما قاله الْبَغَوِي، وأفتى ابن الصلاح فيمن قَالَ: عَلَيَّ الطَّلَاقُ لَا أَفْعَلُ كَذَا وَكَذَا إِلَّا أَنْ يَسْبِقَنِي الْقَضَاءُ وَالْقَدَرُ، ثُمَّ فَعَلَهُ وَقَالَ: أَرَدْتُ إِخْرَاجَ مَا يُقَدَّرُ مِنْهُ عَنِ الْيَمِينِ؛ أنه يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنْهُ وَلَا تَطْلُقُ زوجته.

فرع: لو قال: أنت طالق إلا أن يجيء الغد، قال القاضي الحسين: لا يصح الاستثناء ويقع الطلاق؛ لأن الغد يجيء لا محالة، فلا يكون استثناءً صحيحًا، كما لو قال لها: أنت طالق لا تطلقين، وفيما قاله نظر!!

قال: (**فَصْلٌ**):

(**شَكَّ فِي طَلَاقٍ؛ فَلَا**) أي: هل طلق أم لا؟ فلا طلاق إجماعًا، قاله المحاملي؛ ولأن الأصل عدمه.

قال: (**أَوْ فِي عَدَدٍ؛ فَالْأَقَلُّ**)، (**وَلَا يَخْفَى الْوَرَعُ**) أي: وهو الأخذ بأسوأ التقديرين، قال ﷺ: «**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**»(1) صححه الترمذي، فإذا شك هل طلقها واحدة أم لا؛ فالورع إن تعذر وقوعها ثم يراجع إن كانت ممن تراجع عند تيقن الطلاق.

وقد يأتي أن الرجعة لا تصح على رأي للشك في وجود شرطهما، وإن زهد فيها طلقها واحدةً؛ لتحل لغيره يقينًا، ولو شك في الثلاث.

قال الْمَاوَرْدِي: فَالْوَرَعُ إن لم يرد الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا أَنْ يَعْتَزِلَهَا وَيَلْتَزِمَ نَفَقَتَهَا، وَإِنْ أَرَادَ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا لِتَسْتَبِيحَ نِكَاحَ غَيْرِهِ بِيَقِينٍ، وتبعه في

---

(1) أخرجه الطيالسي (ص ١٦٣، رقم ١١٧٨)، والترمذي (٤/ ٦٦٨، رقم ٢٥١٨) وقال: حسن صحيح. والدارمي (٢/ ٣١٩، رقم ٢٥٣٢)، وأبو يعلى (١٢/ ١٣٢، رقم ٦٧٦٢)، وابن حبان (٢/ ٤٩٨، رقم ٧٢٢)، والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٥٢، رقم ٥٧٤٧)، والنسائي (٨/ ٣٢٧، رقم ٥٧١١). وابن خزيمة (٤/ ٥٩، رقم ٢٣٤٨)، والحاكم (٢/ ١٥، رقم ٢١٦٩) وقال: صحيح الإسناد.

وَلَوْ قَالَ: إنْ كَانَ ذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: آخَرُ إنْ لَمْ يَكُنْهُ فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَجُهِلَ لَمْ يُحْكَمْ بِطَلَاقِ أَحَدٍ، فَإِنْ قَالَهُمَا رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ طَلُقَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَزِمَهُ الْبَحْثُ وَالْبَيَانُ، ....

«المهذب».

وقال أبو علي الفارقي: هذا الكلام باطلٌ؛ لأن حلها للغير بيقين لا يتوقف على الثلاث؛ إذ لو طلقها واحدة وانقضت عدتها حلت للغير بيقين، وإنما التعليل الصحيح أن يقال: يلتزم الثلاث حتى لو عاد وتزوجها ملك عليها الثلاث.

وقال الرَّافِعِي: إذا شك هل أوقع ثلاثًا أو اثنتين؛ فالاحتياط ألا ينكحها حتى تنكح زوجًا غيره، وإن شك في أنه وقع الثلاث أو لم يوقع شيئًا؛ طلقها ثلاثًا لتحل لغيره يقينًا، انتهى. وفيه كلام الفارقي في: «إذا لو أوقع واحدة حلت لغيره يقينًا».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إنْ كَانَ ذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ آخَرُ: إنْ لَمْ يَكُنْهُ فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَجُهِلَ؛ لَمْ يُحْكَمْ بِطَلَاقِ واحَدٍ**) أي: كما لو انفرد بالتعليق، والأصل بقاء النكاح وتعليق الآخر ولا يغير حكمه.

قال: (**فَإِنْ قَالَهُمَا رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ؛ طَلُقَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَزِمَهُ الْبَحْثُ وَالْبَيَانُ**) أي: ويجب عليه اعتزالهما ويحال بينه وبينهما إلى أن يتيقن الحال؛ لأن إحداهما طلقت لا محالة، ولا خفاء أنه إنما يلزمه البيان إذا كان عالمًا، فإن جهل بأن طار، ولم يعلم حاله؛ لم يلزمه البيان، ويقبل قوله في ذلك، وقد أطلقا هنا لزوم البحث والبيان، ونقلا خلافًا فيما إذا طلق إحداهما طلاقًا رجعيًا وذكرا أنه لا يلزمه بيان ولا يتعين على المرجح.

ولو قال: إن كان غرابًا فحفصة طالق، وإن كان حمامًا فعمرة طالق، فطار ولم يعلم حاله؛ لم تطلق واحدة منهما؛ لاحتمال كونه غيرهما فلا يقع الطلاق بالشك.

فرع: قال دون زوجتين هذه أو هذه طالق، قال أبو عبد الله: الختن لا يطلق واحدة منهما، وفي «تعليق القاضي الحسين» وغيره: أنه يؤمر بالتعيين

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا ثُمَّ جَهِلَهَا وُقِفَ حَتَّى يَذَّكَّرَ، وَلَا يُطَالَبُ بِبَيَانٍ إِنْ صَدَّقَتَاهُ فِي الْجَهْلِ.

وهو الوجه.

فرع: وفي الإقرار من «الروضة» و«الشرح»: أنه لو قال: أنت طالق أولًا على سبيل الإقرار؛ لم يلزمه شيء، وإن ذكره في معرض الأشياء طلقت، كما لو قال: أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك، وفي «الفروع» زيادة ذكرتها في «الغنية»، والمجزوم به في كتب كثيرين أو الأكثرين هنا أن الطلاق لا يقع.

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا ثُمَّ جَهِلَهَا**) أي: بنسيان ونحوه.

(**وُقِفَ حَتَّى يَذَّكَّرَ**) أي: يجب الوقوف عنهما والحيلولة بينهما وبينه؛ لأن إحداهما مطلقة وقد اشتبهت بالأخرى، فيحرمان عليه، كما لو اشتبهت محرمة بأجنبية.

قال: (**وَلَا يُطَالَبُ بِبَيَانٍ إِنْ صَدَّقَتَاهُ فِي الْجَهْلِ**) أي: أو النسيان، وإن كذبتاه وبادرت [إحداهما فقالت: أنا المطلقة؛ لم يُقنع منه بقوله: نسيت أو لا أدري](١) بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها، فإن نكل؛ حلفت وقضي لها باليمين المردودة، وهذا واضح على قياس «الدعاوى».

وأطلق الرَّافِعِي بعد هذا أنه لا يقبل قوله بسبب الغيبة فيما إذا قال: إحداكما طالق وقصد معينة، وكأنه محمول على ما إذا لم يقصده هناك بدليل ما ذكره هنا، أو يكون ذلك فيما إذا قال هذا اللفظ وعرف في الحال أنه قصد معينةً، ولو ادعتا أو إحداهما أنه يعلم التي عناها بالطلاق، وسألت يمينه على أنه لا يعلم ذلك فلم يقل في الدعاوى أنها المطلقة؛ فالوجه قبول هذه الدعوى وتحليفه على ذلك، فإذا حلف دام الوقف والإشكال ويرشد إلى تحليفه.

كذلك قول الشَّافِعِي في «الأم»: ولو قال لامرأتين له: إحداكما طالق، يريد واحدة بعينها ثم نسيها، فقال: والله ما أدري أيتهما عنيت، وقف عنهما، واختير له أن يطلقهما ولم نجبره على ذلك، فقوله: «والله ما أدري» يشبه أن

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٥٤٢).

وَلَوْ قَالَ لَهَا وَلِأَجْنَبِيَّةٍ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَقَالَ: قَصَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ.

يكون هذا في جواب دعوى أنه يعلم المعينة فيدل على سماع الدعوى كذلك، وإن فرض ذلك في جواب إحداهما أنها المطلقة دل على الاكتفاء بهذا الجواب، والذي ذكره الرَّافِعِي وغيره أنه لا يكفي جهل حلفه كذلك في غير جواب دعوى ومطالبة بيمين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهَا وَلِأَجْنَبِيَّةٍ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَقَالَ: قَصَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ؛ قُبِلَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم» و«الإملاء» وبه قال الجمهور؛ لأن اللفظ موضعه متردد بينهما محتمل لكل منهما، ولا ظهور له في إحداهما وضعًا، فقبل قوله في ذلك بيمينه، كما لو قال للأجنبية: أنت طالق.

والثاني: لا؛ لأنه أرسل الطلاق بين محله وغيره فينصرف - أي: محله- لقوته وسرعة نفوذه، هكذا وجه الرَّافِعِي في «الشرحين»، وزاد في «الكبير»: وهو كما لو أوصى بطبل من طبوله وله طبل حرب وطبل لهو؛ نزلت الوصية على طبل الحرب؛ تصحيحًا لها، والطلاق أقوى وأولى بالنفوذ من الوصية، انتهى.

وهذا الوجه وتوجيهه أخذه من كلام الإمام، وفيه نظر من حيث النقل والتوجيه: أما النقل: فالمذكور في كتب الطريقتين الأَوَّل كما نص عليه، ولم أر الخلاف إلا في «النهاية» وفروعها.

وأما التوجيه: فإنما يصلح لحمله على الزوجة حالة الإطلاق، وفيه إبهام انصرافه إلى زوجته باطنًا، وإن قصد الأجنبية، ولم يوجهه الغزالي في «البسيط»، ووجهه في «الوسيط»: فإنها ليست محلًا لطلاقه أي: فلا يقبل قوله أنه أرادها، ويحسن أن يوجه بأن خطاب الأجنبية به خلاف الظاهر، فدعواه إرادتها لا تسمع؛ ولأنه ادعى ما يقتضي أن يكون كلامه لغوًا، وإعمال لفظ العاقل أولى من العامة.

إشارة: قد يؤخذ من قوله «وقال: قصدت الأجنبية» أنه عند الإطلاق يحمل على زوجته تنزيلًا له على محله، كما صرح به الْبَغَوِي في «الفتاوى» وهو قضيه كلام الْمَاوَرْدِي إذا قال: «إحداكما طالق» وكان نكاح إحداهما

وَلَوْ قَالَ: زَيْنَبُ طَالِقٌ، وَقَالَ: قَصَدْتُ أَجْنَبِيَّةً فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، ....

فاسدًا، وأطلق ولم يعين؛ وقع على المنكوحة نكاحًا صحيحًا.

ويخرج من كلام الرَّافِعِي ما أشرت إليه في «الغنية»: أنه لا يقع على زوجته إلا أن يقصدها، وفيه نظر، واعلم أنه سبق على النص وغيره أنه يحلف أنه قصد الأجنبية، والظاهر أن محل التحليف ما إذا ادَّعت الزوجة أنه أرادها، أما لو لم تدعه؛ فلا، وقد يرشد إلى ذلك قول الْعِمْرَانِي: أنه يسأل، فإن قال: أردت الأجنبية، وقالت زوجته: بل أرادني؛ فالقول قوله بيمينه أنه ما أرادها وأنه أراد الأجنبية، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن القاضي يحلفه بنفسه، ولعله أقرب إلى ظاهر النص لما فيه من حق الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: زَيْنَبُ طَالِقٌ، وَقَالَ: قَصَدْتُ أَجْنَبِيَّةً؛ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ إذ أنه قصد زينب الأجنبية دون زوجته زينت، قاله ابن سريج، وعليه اقتصر الشيخ أبو حامد وأصحابه وأتباعهم والقاضي الحسين والفوراني والْبَغَوِي، ونسبه الإمام وغيره إلى الأكثرين؛ لأن قوله: «زينب طالق» تصريح باسم زوجته، والظاهر أنه أراد زوجته لا غيرها؛ فتطلق ظاهرًا ويدين [باطنًا].

وفرق بين هذه الصورة والتي قبلها: بأن قوله: «إحداكما» يتناولهما تناولًا واحدًا ولم يؤخذ منه تصريح باسم زوجته، ولا وصف لها ولا إشارة بالطلاق، وهنا تصريح باسمها، والظاهر أنه أرادها، وفرق الْمَاوَرْدِي بأن الاسم أقوى حكمًا من الكناية فاختص الاسم لقوته بالزوجة دون الكناية لضعفها.

والثاني: حكاه الإمام أنه يقبل؛ لأن اللفظ محتمل والأصل دوام النكاح، وحكى عن اختيار القاضيين أبي الطيب والحسين، والذي في «تعليقهما» الأول، قاله في «الروضة».

والثالث: قاله إسماعيل البوشنجي: إن قال: زينب طالق، ثم قال: أردت الأجنبية؛ قبل، وإن قال: طلقت زينب؛ لم يقبل، وهذا ضعيف، انتهى.

ولم يحك الرَّافِعِي هذا وجهًا، وإسماعيل مفاخرًا إدراك الرَّافِعِي من

……

إدراكه، وهو ليس بصاحب وجه قطعًا، ولا شك أن قوله: «طلقت زينب» أولى بالوقوع من «زينب طالق».

ونقل الرَّافِعِي من قبل عن «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو قالت له زوجته واسمهما فاطمة: طلقني، فقال: طلقت فاطمة، ثم قال: أردت فاطمة أخرى؛ طلقت، ولا يقبل قوله؛ لدلالة الحال، بخلاف ما لو قال: ابتداءً طلقت فاطمةً، ثم قال: نويت فاطمة أخرى.

قالا: وقد يشكل هذا بما سبق أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح، وهذا يفهم موافقة الْقَفَّال على صورة الابتداء، ونقلا في آخر الشرط في الطلاق عن الْقَفَّال: أنه لو قال لأم امرأته: ابنتك طالق، ثم قال: أردت ابنتك التي ليست بزوجتي؛ صدق في إقراره.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: يقبل على قياس قوله في «الإملاء»، يعني: السابق في قوله لزوجته وأجنبية: «إحداكما طالق»، وقال: قصدت الأجنبية، وجزم الْمَاوَرْدِي بخلافه وهو قياس الصحيح في مسألتنا.

تنبيه: قضيه إطلاقهم أنه إذا ذكر الاسم وقع أنه لا فرق بين أجنبية وأجنبية؛ لكن الْمَاوَرْدِي في كلامه على تطليقه إحدى زوجتيه قال: إذا كانت إحداهما منكوحةً نكاحًا فاسدًا أنه يقبل قوله أنه أرادها، خلافًا لأبي حنيفة مع جزمه في مسألة الكتاب بموافقة الجمهور، ويتجه أن يقال: جهل فساد النكاح؛ لخفاء مدركه والحال يصدقه في جهله صدقًا ظاهرًا، سواء أسند الطلاق إلى الاسم، أو إلى قوله: «إحداكما»، وإن كان عالمًا بفساد النكاح، وأنه لا يقع الطلاق فيه بدعوى إرادتها حينئذٍ كدعوى إرادة الأجنبية، ويشبه أن يكون محل ما أطلقوه من عدم تصديقه ما إذا لم تظهر قرينة بصدقه.

أما لو قال: أردت بنتي أو أختي أو جارتي زينب؛ طلقها، وفيه زوجها اليوم أو أمس بحضوري، فأخبرت بذلك، وبان الأمر كما قال: إنه يصدق، ومن هذا أن يكون قد طلق زوجة له قبل ذلك، لم يسمها كذلك، ثم يقول:

وَلَوْ قَالَ: لِزَوْجَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَقَصَدَ مُعَيَّنَةً طَلُقَتْ، وَإِلَّا فَإِحْدَاهُمَا، وَيَلْزَمُهُ الْبَيَانُ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى، وَالتَّعْيِينُ فِي الثَّانِيَةِ، وَيُعْزَلَانِ عَنْهُ إِلَى الْبَيَانِ أَوِ التَّعْيِينِ،

أردت الإخبار عنها، وأوضح من هذا أن يقول: أردت زينب زوجة زيد، وكلني في طلاقها، وتبين صدقه في ذلك.

تنبيه آخر: يتعلق بهذه الصورة والتي قبلها نقلًا عن أبي العباس الرُّويَاني: وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد يا زيد فقال: امرأة زيد طالق؛ أن امرأته تطلق.

وقيل: لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر.

قال الرَّافِعِي: وليجيء هذا الوجه فيما إذا قال: فاطمة طالق، واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته، وإذا قال الرَّافِعِي هذا فيما إذا صرح باسمها؛ فيلزمه أن يقوله: من قوله: «إحداكما طالق» من باب أولى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لِزَوْجَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَقَصَدَ مُعَيَّنَةً؛ طَلُقَتْ**) لأن اللفظ صالح لكل منهما، فإذا صرفه بالنية إليها انصرف.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يقصد واحدةً معينةً؛ بل أرسل اللفظ.

(**فَإِحْدَاهُمَا**)؛ لعدم النية المميزة.

إشارة: قوله: «وإلا فإحداهما» يشمل ما إذا نوى إحداهما لا بعينها، وما إذا أطلق أو نواهما معًا، كما صرح به الإمام وأبو الحسن والعبادي في «الفتاوى»، قال: لأنا لو أوقعناه على الأخرى لكان تطليقًا بمجرد النية، وليس في «المحرر» إلا ما نزلنا عليه كلام المصنف، وهو مراده، وإن شمل لفظه.

قال: (**وَيَلْزَمُهُ الْبَيَانُ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى**) أي: على الفور؛ لتعلم المطلقة فيرتب عليه أحكام الفراق.

(**وَالتَّعْيِينُ فِي الثَّانِيَةِ**) أي: على الفور قياسًا على الاختيار فيما إذا أسلم على أكثر من أربع، وإذًا لزمه المبادرة إلى تعيين محل الطلاق؛ ليترتب عليه مقتضاه فيتبين محله أولى.

قال: (**وَيُعْزَلَانِ عَنْهُ إِلَى الْبَيَانِ أَوِ التَّعْيِينِ**)؛ لاشتباه المستباحة بالمحرمة.

وَعَلَيْهِ الْبِدَارُ بِهِمَا، وَنَفَقَتُهُمَا فِي الْحَالِ.

(**وَعَلَيْهِ الْبِدَارُ بِهِمَا**)؛ لما سبق، ولِرَفْعِ حَبْسَه عَمَّنْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهَا، فَلَوْ أَخَّرَ بِلَا عُذْرٍ.

قال الرَّافِعِي: ولا يقنع منه بقوله: نسيت المعينة، ومراده إذا ادعت إحداهما علمه بذلك.

وقال الإمام: إذا تبين فسكت؛ فسكتت الأخرى؛ ألزم القاضي، وقد تعينت الطلقة، وقد خاصمته؛ أمر بالكف عنها حتى تنفصل خصومتها، ولو لم تخاصمه فقد يخطر للفطن أن القاضي يقول له: قد أبهمت الطلاق، فاحلف بالله أنك عينت به من نسيتها، قال: ولست أرى له ذلك، وإنما يثبت التحليف لذات حظ، وهي المرأة.

قلت: ولا يبعد أنها لو كانت صغيره، أو مجنونة، أو جاهلة، أن القاضي يحكم في ذلك، ويكون من أدب القضاء، واحتياطًا للإيقاع، ولا نقدم له نظائر، ثم قال الإمام: فإن ادعت الأخرى أنه عناها، فإن حلف فذاك، وإن نكل ردت اليمين عليها، فإن حلفت؛ حكمنا بطلاقها ظاهرًا ليمينها، والأخرى مطلقة بإقراره، وإن نكلت عن اليمين كان نكولها بمنزلة حلفه، انتهى(١).

قال: (**وَنَفَقَتُهُمَا فِي الْحَالِ**) أي: سواء كان مقصرًا في تأخير ذلك، أم مقصر بأن كان جاهلًا أو ناسيًا؛ لأنه ورط نفسه في ذلك؛ ولأنهما محبوستان عنده حبس الزوجات؛ ثم لا يسترد المصروف على المطلقة.

إشارة: أطلق وجوب البيان، والتعيين، والبدار إليهما، وقال في أصل «الروضة»: هذا كله في الطلاق البائن، فلو أبهم فطلقة رجعية بينهما، فهل يلزمه تبيين أو تعيين في الحال؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأن الرجعية زوجة، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: وقال الإمام: إنه أصح؛ لكنه جزم بترجيحه في «الشرح الصغير» «كالروضة»، وقد يؤيد تصوير الشَّافِعِي المسألة بما إذا قال: إحداكما

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٣٨٥).

وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ، فَعِنْدَ التَّعْيِينِ، وَالْوَطْءُ لَيْسَ بَيَانًا وَلَا تَعْيِينًا، وَقِيلَ: تَعْيِينٌ، ....

طالق ثلاثًا، ولم أر الوجهين إلا في «النهاية»، ولا ذكر لهما في الكتب المشهورة، وسياق «المنهاج» وغيره: يأتي ذلك بدليل ذكرهم التوارث.

قال: (**وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ**) لا خلاف فيه إذا قصد معينة، وتكون عدتها من حينئذٍ، وقيل: من وقت البيان، وليس بشيء.

(**وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ**) أي: بل أرسل الطلاق، ولم يقصد محلًا معينًا.

(**فَعِنْدَ التَّعْيِينِ**) لأن لفظ الإيقاع، وإن وجد بالطلاق لا يقع في غير محل، فينزل ذلك منزلة تعليق الطلاق بالتعيين؛ فإذا عيَّن وقع حينئذٍ، وكذا وجهه الْمُتَوَلِّي.

ونسب في «البيان» هذا الوجه إلى أبي حنيفة، وأصحابه، ووجه الوقوع من حين اللفظ؛ لأن لفظ الإيقاع قد وجد منجزًا فلا بد من الحكم بالوقوع، لكن محله عن تعين، فإذا عينه عمل لفظ الإيقاع من حينئذٍ، ألا ترى أنه لا يحتاج وقت التعيين إلى لفظ إيقاع، فلو لم يكن واقعًا لما وقع من غير إيقاع جديد، وقياسًا على ما لو أعتق رقيقه في مرضه فمات، وأقرعنا بينهم؛ يتبين بخروج القرعة أنهم كانوا أحرارًا يوم العتق، وكذلك هنا ثم مات أوقعنا الطلاق من حين التعيين، والعدة منه لا محالة، أو من حين اللفظ؛ والذي قاله ابن أبي هريرة وغيره: إنها من حين التعيين أيضًا.

وقضية كلام الشيخ أبي حامد وأتباعه وغيرهم ترجيح احتساب العدة من حين الوقوع، وهو اللفظ بالطلاق، ونسب الرَّافِعِي في «الشرحين» الأول إلى الأكثرين، قال: قالوا ويجوز أن تجب العدة من وقت التفريق، انتهى.

وكلام أئمة الطريقين لا يساعد على ذلك، فاعلم.

قال: (**وَالْوَطْءُ لَيْسَ بَيَانًا وَلَا تَعْيِينًا، وَقِيلَ: تَعْيِينٌ**) أما كونه ليس بيانًا للمعينة فبالاتفاق؛ لأن الطلاق وقع على معينة، والتعيين ليس إلى اختياره؛ بل هو إخباره عما قصده أولًا، والوطء لدلالته على ذلك، فيطالب بالبيان بعده،

....

فإن بين الموطوءة؛ لزمه الحد؛ إن كان الطلاق بائنًا، وأما كون الوطء تعيينًا فيه وجهان:

أحدهما: أنه تعيين؛ إذ التعيين إلى خبرته، فإقدامه على وطئها؛ اختيارًا لإدامة نكاحها، كما أن وطء الأمة المبيعة في زمن الخيار يجعل فسخًا، وإلى هذا الوجه ذهب الْمُزَنِي، وأبو إسحاق، ورجحه ابن كج، وقاله الرَّافِعِي في «الشرح الكبير»، ولم يرجح في «الصغير» شيئًا، وممن رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي في «المقنع» و«المجموع»، ونسبه إلى الْمُزَنِي، وإلى أبي إسحاق، وسائر أصحابنا سوى ابن أبي هريرة.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية» و«البحر»: إنه المذهب الصحيح، وفي «الحاوي» و«المهذب»: إنه ظاهر مذهب الشَّافِعِي، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الأكثرين، ورجحه الشَّاشِي في «المعتمد»، والجرجاني والْبَغَوِي، وقضية ما حكاه القاضي الحسين عن الْقَفَّال ترجيحه.

والثاني: أنه ليس بتعيين، ونسبوه إلى ابن أبي هريرة، والذي في «تعليقه» يخالفه، نعم نسبه الْمَاوَرْدِي في «البيوع» إلى الإصطخري، وفرق بينه وبين وطء البائع: بأن ملك النكاح لا يحصل بالفعل ابتداءً فلا يتدارك بالفعل، بخلاف ملك اليمين، وقال في «الشامل» وتبعه الْمُتَوَلِّي: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي؛ لأنه نص على منعه بينهما، ومن يجعله متعينًا، لا يمنعه بينهما، انتهى.

وهذا دليل قوي من كلام الشَّافِعِي؛ لكن إذا تأملت كلامه، وتفاريعه علمت أن مراده يمنعه بينهما ما إذا قصد معينة، وعليه أنه عموم، ولم نر له نصًّا على منعه بينهما حالة إرسال الطلاق من غير تعيين، وقد بان لك أن الأكثرين على أنه تعيين.

ونقل في «الكافي» كلام «الشامل»، ثم قال: ونقل أصحابنا المراوزة فيه قولين: أصحهما: يكون تعيينًا، وعلى هذا بقي إلحاق سائر الاستمتاعات به، ووجهان في «التتمة»: أصلهما القولان في تحريم المصاهرة بذلك التفريع إن

وَلَوْ قَالَ مُشِيرًا إِلَى وَاحِدَةٍ: هَذِهِ الْمُطَلَّقَةُ فَبَيَانٌ، أَوْ أَرَدْت هَذِهِ وَهَذِهِ أَوْ هَذِهِ بَلْ هَذِهِ حُكِمَ بِطَلَاقِهِمَا، ....

جعلناه تعيينًا تعينت الأخرى للطلاق، وإن جعلناه ليس بتعيين بقيت المطالبة بالتعيين.

ثم هل يبقى على خبرته في التعيين أم يلزمه أن يعين الموطوءة للزوجية؛ لئلا يكون وطؤه واقعًا في غير زوجة؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وإيراد غيره من الأصحاب يفهم الأول، فإن عيَّن الطلاق في غير الموطوءة؛ وقع عليها، وتعينت الموطوءة للزوجية، وإن عينها للطلاق طلقت ولا حد، وفي المهر وجهان يبنيان على أن الطلاق باللفظ أو بالتعيين، إن قلنا بالتعيين لم يجب، وإلا وجب.

قال: (**وَلَوْ قَالَ مُشِيرًا إِلَى وَاحِدَةٍ: هَذِهِ الْمُطَلَّقَةُ فَبَيَانٌ، أَوْ أَرَدْت هَذِهِ وَهَذِهِ أَوْ هَذِهِ بَلْ هَذِهِ؛ حُكِمَ بِطَلَاقِهِمَا**)⁽¹⁾ لما تقدم أنه لا بد من البيان أو التعيين، وشرع في بيان ألفاظه: واعلم أن «البيان»: إخبار عن الإرادة السابقة المتعلقة بمحل معين، و«التعيين»: إنشاء وتخصيص للفظ الصالح لكل منهما بمحل معين، وإذا طولب بالبيان فأشار إلى واحدة، قال: «هذه المطلقة» فقد أخبر بطلاقها.

ولو قال: الزوجة هذه، أو لم أطلقها؛ فقد أخبر بطلاق صاحبتها، ولو قال: هذه وهذه فقد أخبر بطلاقهما، فيؤخذ به ظاهرًا، وكذا لو قال: وهذه وهذه، وأشار بكل لفظه إلى واحدة منهما، ولو قال: هذه؛ بل هذه؛ حكم بطلاقهما، ولا يسمع منه الإضراب عن الأولى فقط؛ لتعيينها بلفظه أيضًا.

ولو قال: أردت هذه ثم هذه؛ قال القاضي الحسين: يطلق الأولى فقط؛ لتعيينها بلفظه الأول، و«ثم» للتراخي لا للإضراب، وتبعه الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي،

---

(١) تَنْبِيهٌ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ: «حُكِمَ بِطَلَاقِهِمَا» أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّ هَذَا فِي ظَاهِرِ الْحُكْم، أَمَّا فِي الْبَاطِنِ فَتَطْلُقُ الْمَنْوِيَّةُ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ أَيْضًا وَهَذَا فِي الطَّلَاقِ الْمُعَيَّنِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ أَيْضًا وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ فَبَيَانٌ، أَمَّا الطَّلَاقُ الْمُبْهَمُ فَالْمُطَلَّقَةُ هِيَ الْأُولَى، سَوَاءٌ أَعَطَفَ بِالْوَاوِ أَمْ بِغَيْرِهَا؛ لِأَنَّهُ إنْشَاءُ اخْتِيَارٍ وَلَيْسَ بِإِخْبَارٍ وَلَيْسَ لَهُ إلَّا اخْتِيَارُ وَاحِدَةٍ فَيَلْغُو ذِكْرُ اخْتِيَارِ غَيْرِهَا. انظر: «مغني المحتاج» (١٣/ ٣٩٠).

وَلَوْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ بَيَانٍ وَتَعْيِينٍ بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ لِبَيَانِ الْإِرْثِ، ....

قالوا: وكذا لو قال: هذه فهذه؛ لأن «الفاء» للتعقيب.

وقال الإمام: إن ما ذكره القاضي مختل، فإنه اعترف بطلاق الثانية أيضًا، فليست وليفسد ما جاء به من اقتضائه التأخير أو الترتيب، والدليل عليه أنه لو قال: أردت هذه وهذه؛ حكمنا بوقوع الطلاق عليهما، وإن لم يكن لفظه مما يوجب الطلاق عليهما؛ فإنه لو نواهما بقوله: «إحداكما طالق»؛ لم يقع عليهما جميعًا.

قال الرَّافِعِي: والحق هو الاعتراض.

قال في «الروضة»: قلت: قول القاضي أظهر، والله أعلم، وما ذكره القاضي متجه إن جعلنا المخبر عنه مرتبًا كما هو ظاهره، فيكون المعنى أنه أخبر أنه أراد باللفظ الأول هذه، ثم أراد الثانية بعد ذلك، وهو لا يقتضي الوقوع على الثانية؛ لكن استشهاد الإمام بصورة: «أردت هذه وهذه» فيه وجهان:

أقربهما: أن الأولى تطلق فقط، أو يؤمر بالبيان.

ثانيًا: قال العبادي: ولو قال لامرأتيه: «إحداكما طالق»، ونوى بقلبه كلاهما؛ قال العبادي: لا يقع إلا على واحدة؛ لأنه تلفظ بأحديهما ونوى الثانية، فلو أوقعنا عليها؛ لكان تطليقًا بمجرد النية، انتهى. وقوله: «مبينًا هذه وهذه»، ينحل إلى قوله: أردت بقول: «إحداكما» إيقاع الطلاق عليهما.

قال: (وَلَوْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ بَيَانٍ وَتَعْيِينٍ) أي: فالطلاق بائن.

(بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ لِبَيَانِ الْإِرْثِ) لا خلاف أنه إذا كان قد أراد معينة في صحة بيانه بعد الموت، وقوله منه سواء كانت حية أو ميتة؛ فإن بين الميتة، فلا إرث له؛ لأنه أخبر بأنها بينة منه بطلاقه قبل الموت.

وإن قال: إنما أردت بالطلاق الباقية منهما؛ قبل منه وورثناه من الميتة، فإن ادعى ورثتها أنها المعينة بالطلاق أحلف لهم؛ فإن حلف فذاك، وإن نكل حلفوا ولا إرث له، وأما إذا كان الطلاق مرسلًا مثل «فأنت إحداهما»؛ فالمذهب المشهور أن المطالبة باقية سواء قلنا يقع الطلاق باللفظ أو التعيين؛

وَلَوْ مَاتَ فَالْأَظْهَرُ قَبُولُ بَيَانِ وَارِثِهِ لَا تَعْيِينِهِ.

لكن لا يمكن القول بالوقوع هنا عند التعيين؛ لانقطاع النكاح بالموت، فلا بد من إسناده إلى حالة الحياة، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن نرجع إلى موجب القول الأول، ونسنده إلى حالة اللفظ، فنقول القولين على هذا؛ إذا وقع التعيين بعد الموت.

والثاني: أنا نسنده إلى قبيل الموت؛ لأنه آخر حالات إنكار التعيين، ومقابل المذهب المشهور طريقة ذهب إليها الشيخ أبو محمد: أنه يمتنع التعيين في الميتة تفريعًا على وقوع الطلاق بالتعيين، فعلى هذا يتعين المحل الأخير للطلاق وإن لم يعينه.

ولم يذكر الرَّافِعِي في «كتاب العتق» تفريعًا على وقوعه بالتعيين غيرها: إن ما قاله شيخي ليس ملتحقًا بمذهب الشَّافِعِي، وعلى هذا إذا ماتتا قبل التعيين فقد ماتتا على الزوجية فيرثهما، ويأخذ من تركة كل واحدة ميراث زوج كامل.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ**) أي: قبل البيان أو التعيين.

(**فَالْأَظْهَرُ: قَبُولُ بَيَانِ وَارِثِهِ لَا تَعْيِينِهِ**)؛ لأن البيان إخبار، وقد نقف على مراد مورثه منه أو من غيره، والتعيين اختيار شهوه فلم نلحقه به كما لو أسلم على عشر، ومات قبل الإخبار.

والثاني: يقوم مقامه فيهما مطلقًا كما في الرد بالعيب، وحق الشفعة، واستحقاق النسب.

والثالث: المنع مطلقًا؛ لأن حقوق النكاح لا تورث؛ ولأن إسقاط إرث كنفي النسب باللعان.

قال شارح: هذا أشهر الطريقين أن المسألة ذات أقوال ثلاثة، والثانية ورجحها الغزالي: أنه إن مات الزوج وهما حيتان لا يقوم مقامه مطلقًا؛ إذ لا غرض له فيه، وإن ماتت إحداهما ثم الزوج، ثم الأخرى، وعين الوارث الأولى للطلاق؛ قبل قوله قطعًا؛ لأنه يضر بنفسه، وإن عين الأولى للنكاح أو مات الزوج، وقد بانتا؛ ففيه الأقوال، انتهى.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ غُرَابًا فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَإِلَّا فَعَبْدِي حُرٌّ وَجُهِلَ مُنِعَ مِنْهُمَا إِلَى الْبَيَانِ، ....

وهو تلخص كذلك من كلام الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»؛ لكنه لم يصرح بنقل ثلاثة أقوال، كما سيأتي ذكره، فإن خرج ذلك من اختلاف طرق ذكرها.

واعلم أن عبارة «المحرر»: فلو مات الزوج قبل البيان أو التعيين؛ ففي قيام الوارث مقامه قولان، وقيامه مقامه في البيان أظهر منه في التعيين، وهذا الكلام يفهم بأنه يقوم مقامه فيهما؛ لكنه في البيان أظهر منه في التعيين، وكذلك قال صاحب «تهذيب المحرر»: وإن مات الزوج؛ قام الوارث مقامه في البيان والتعيين، وهو قضية ما في إيجاز «المحرر».

وحاصل «الروضة» و«الشرحين»: نقل طريقين: **أشهرهما**: أن فيه قولين، وفي محلها طرق: **إحداها**: أنهما إذا كان قد نوى معينة، فإن لم ينو فليس للوارث التعيين بلا خلاف أي: وهي ما حكي عن الأصحاب غير أبي إسحاق، **والثاني**: له البيان بلا خلاف، والقولان في التعيين، **والثالث**: طرد الخلاف فيهما جميعًا، والطريق الثاني في الأصل، وبها قال الْقَفَّال، وذكر ما سبق عن اختيار الغزالي.

ثم قال الرَّافِعِي: وحيث اتفق الطريقان على إثبات الخلاف؛ فالأظهر قيام الوارث قيام المورث، وحيث اختلفا؛ فالأظهر المنع، ولفظ «الروضة»: والأظهر يثبت قولان أنه يقوم، وحيث اختلف في إثبات القولين المنع.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ غُرَابًا فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَإِلَّا فَعَبْدِي حُرٌّ وَجُهِلَ؛ مُنِعَ مِنْهُمَا إِلَى الْبَيَانِ**) أي: من الاستمتاع بها، ومن استخدام العبد والتصرف فيه؛ لأنه زال ملكه عن أحدهما؛ كطلاقه إحدى زوجتيه، وقيل: يقرع بينهما وزيف؛ لأن البيان متوقع مادام حيًّا، وعليه نفقتها **إِلَى الْبَيَانِ**، وكذا نفقة العبد على الأصح، وقيل: يؤجره الحاكم، وينفق عليه من أجرته، فإن فضل شيء حفظه إلى ظهور الحال، هكذا أوردا ذلك.

وصورها الْمَاوَرْدِي في زوجات وإماء، وقال: إنه يحرم عليه وطء

……

الجميع، ويسقط حق قَسْم الزوجات، ويلزمه الإنفاق على الجميع، ويوقف كسب الإماء إلى تبين الحال، ويمنع السيد والإماء من التصرف فيه، فلو أراد استخدامهن، وينفق عليهن، وأردن أن يكتسبن، وينفقن من كسبهن فمن يجاب؟ وجهان، ثم إذا ادَّعى ظهور الحال له عمل بقوله؛ لأنه مقبول في أصل الطلاق والعتق، فكذا في صفة الموقعة، فإن تبين في النساء طلقن؛ ثم إن صدقه الإماء استمر رقهن، وإن كذبنه حلف لهن، فإن نكلن حلفن وحكم بعتقهن، ولو كذبنه ولم يطلقن بيمينه؛ ففي تحليفه وجهان: **أحدهما**: لا ؛ لعدم طلبهن، **والثاني**: نعم لحق الله تعالى في العتق.

وحكى الحناطي وجهًا: أنه يحلف، وإن صدقه الإمام؛ مراعاةً لحق الله تعالى، وإن بين في «الإملاء» عتقهن؛ ثم إن صدقه النساء؛ فلا يمين عليه، وفيه وجه للحناطي، وإن كذبنه أحلف لهن، واستمرت الزوجية، فإن نكل ردت اليمين عليهن، فإن حلفن؛ طلقن باليمين، والإماء بإقراره، وإن أمسك عن البيان مع علمه بالحال؛ حبس، وإن جهله فلا يوقف الجميع على التحريم إلى موته.

ولو ادّعى الإمساك للجهل، وادعين علمه بالحال؛ قال **الْمَاوَرْدِي**: حلف لهن، ولم يحبس فإن نكل ردت اليمين عليهن، وحبس لهن ورجع إلى بيانهن إن كان عندهن علم بجواز رد اليمين عليهن إذا نكل عن اليمين لهن، فإن اتفق الفريقان على الحنث في النساء؛ حلفن دون الإماء، وطلقن النساء، ولم يرق الإماء؛ لشك السيد في عتقهن، **وَإِنِ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْحِنْثَ كَانَ بِعِتْقِ الْإِمَاءِ؛ حَلَفْنَ دُونَ النِّسَاءِ، وَعَتَقْنَ بِأَيْمَانِهِنَّ، وَلَمْ يُحِلَّ النِّسَاءَ؛ لِشَكِّ الزَّوْجِ فِي طَلَاقِهِنّ**، انتهى.

وفي «التتمة»: إذا قال: لا أعلم في أي اليمينين حنثت؛ قال **الْقَفَّال**: يقال له: هذا إنكار فنطالبك بالبيان ثانيًا فإن ثبت، وإلا جعلناك ناكلًا، ويحلف من يدعي الحنث في اليمين المعلقة، ونحكم بما يدعيه.

ومن أصحابنا من قال: إذا قال: لا أعلم؛ فإن صدقوه ترك الأمر موقوفًا، أو طولب بنفقة الجميع، وإن كذب صدق بيمينه، أنه لا يعلم فإذا حلف توقف

فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُقْبَلْ بَيَانُ الْوَارِثِ عَلَى الْمَذْهَبِ، بَلْ يُقْرِعُ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ، ....

الأمر، وإن نكل حلف المدعي، وقضي بما يدعيه.

وفي «مجموع المحاملي»: فإن أراد العبيد أو النساء أو هما أن يحلفوه على أنه لا يعلم من الذي حنث به منهما؛ كان لهم ذلك، ولو ادّعى أحد الفريقين الحنث في يمينه، فقال في جوابه: لا أدري؛ لم يكن إقرارًا بالحنث في حق الفريق الآخر، فإن عرض عليه اليمين، وحلف على نفي ما يدعيه؛ كان مقرًّا بالحنث في حق الفريق الآخر، وإن نكل عن اليمين للنساء ورددنا باليمين عليهن فحلف بعضهن دون بعض؛ حكمنا بطلاق من حلف منهن، ولو ادعت واحدة منهن فنكل عن اليمين لها؛ ثم ادعت أخرى منهن؛ كان له أن يحلف في جواب دعواها، ولا يجعل نكوله عن اليمين للأولى موجبًا لنكوله في المدعية بعدها؛ بل تعطى كل خصومة حكمها.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ؛ لَمْ يُقْبَلْ بَيَانُ الْوَارِثِ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأنه متهم في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد، ويسقط إرث الزوجة، ولنا هنا طريق إلى فصل الأمر بالقرعة، ولها مدخل في العتق؛ ولأنهم يأخذون البيان عنه، فإذا لم يكن عنده بيان فهم أولى بذلك؛ ولأنه لا يقع منهم الطلاق فلم يرجع إليهم في بيانه، والطريق الثاني: أن في الرجوع إليهم بخلاف السابق.

قال الرَّافِعِي: والذي نص الفحول على ترجيحه: أنه لا يقوم الوارث مقامه في البيان، وإن ثبتنا الخلاف، وجزم بهذا الترجيح في «شرحه الصغير».

قال السرخسي وغيره: ومحل الخلاف إذا قال الوارث: حنث في الزوجة، فإن قال: حنث في العبد؛ قبل قطعًا؛ لأنه يضر بنفسه.

قال الرَّافِعِي: وهذا حسن موافق لما تقدم في الطلاق المبهم، وزاد في «الروضة»: إنه متعين، فإنما يظهر حسنه وتعينه؛ إذا كان ما تناله الزوجة من الإرث أكثر من قيمة العبد، فإن كان دون قيمته ففيه حد يقع، ولعل لأجل هذا أضرب في «الشرح الصغير» عن ذلك.

قال: مفرعًا على المذهب: (**بَلْ يُقْرِعُ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ**) أي: سواء كان

فَإِنْ قَرَعَ عَتَقَ، أَوْ قَرَعَتْ لَمْ تَطْلُقْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرِقُّ.

عندهم علم أم لا، وكذلك الحكم إذا قلنا: يرجع إليهم فقالوا: علم لا عندنا، وإنما أقرعنا رجاء خروج القرعة على العبد فإنها مؤثرة في العتق؛ كما يصغى إلى شهادة رجل وامرأتين في السرقة لتأثيرهما في الضمان دون القطع.

قال: (**فَإِنْ قَرَعَ عَتَقَ**) أي: من رأس لمال إن كان التعليق في الصحة، وإلا فمن الثلث إذ هو فائدة القرعة، ويحكم للزوجة بالإرث؛ لأنه يستحق قبل الشك فلا يسقط به كالنفقة، هذا إذا لم تكن ادعت الحنث، فإن ادعته والطلاق بائن؛ لم ترث مؤاخذة لها بإقرارها.

قال: (**أَوْ قَرَعَتْ؛ لَمْ تَطْلُقْ**) أي: خلافًا لأبي ثور؛ لأن القرعة لا مدخل لها في ترك الميراث.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرِقُّ**) أي: بل يبقى الإشكال بحالة كما كان، والحاصل أنه: هل للورثة التصرف في العبد؟ فيه طريقتان:

إحداهما: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري والشيخ أبو حامد وسليم في «المجرد» وابن الصباغ والْمَاوَرْدِي والجرجاني، وآخرون: أن لهم ذلك وفرق هؤلاء بين الورثة والمورث؛ بأن التحريم تحقق في ملكه، وإن شككنا في محله، وأما الوارث فالموت بانت الزوجة، والعبد كان على ملك مورثهم، والأصل دوامه، وانتقاله إليهم، ولم يتحقق في حقهم أحد الأمرين؛ بل حصل شك في عتقه، والشك لا يزول به الملك.

ثم حكوا وجهين: في أن القرعة هل تؤثر في زوال الشك؟ إن قلنا: تؤثر؛ جاز التصرف بالبيع وغيره من وطء الإماء بلا كراهة، وإن قلنا: لا تؤثر فالورع ترك ذلك، وعبر بعضهم بالكراهة.

وعبارة الْمَاوَرْدِي: وعلى هذا لا يجوز للورثة الاستمتاع بالإماء ويجوز لهم التوصل إلى أخذ أثمانهن، وتملك كسبهن، ولو تورعوا كان أولى، وعلى هذه الطريقة بتفريعها اقتصر الْمُتَوَلِّي.

وقال القاضي الحسين: إن الأصح زوال الشبهة بخروج القرعة.

....

وفي «البحر»: إنه المذهب، وقضية كلام الشيخ أبي حامد، وغيره من أهل هذه الطريقة يقتضي جواز التصرف في العبد قبل خروج القرعة.

والطريقة الثانية: وهي قضية كلام الإمام، وعليها جرى الرَّافِعِي أن جواز التصرف يبنى على تأثير القرعة في رق العبد إذا خرجت على الزوجة؛ إن قلنا: يؤثر جاز التصرف، وإلا فلا، ويبقى الأمر موقوفًا كالابتداء، وبهذا أجاب الْبَغَوِي، ورجحه الإمام، والرافعي، وهو معنى قول «المنهاج»: والأصح: أنه لا يرق كما بيناه، وحكى الفوراني وجهان: أن القرعة تعاد إلى أن تخرج على العبد، وزيفوه. قال الإمام: يجب أن يخرج قائله من أحزاب الفقهاء، وهنا أمور أخرى غريبة تتعلق بالمسألة:

أحدها: حكى الجرجاني في «الشامل» وجهًا: أنه لا يقع بين العبد والمرأة بحال؛ لأنها لا تؤثر في الطلاق، يقرب منه ما حكي عن ابن سريج: أنه إذا تبين يحكم عليه بالطلاق، والعتق، وهو شاذٌ منكر.

ثانيها: مال الإمام في المسألة إلى ترجيح الطريقة الحاكية للخلاف في الرجوع إلى الوارث، فإنه لا أثر لجريان القرعة في العتق، وبالغ في تزييف الطريقة القاطعة؛ لأنه لا يرجع إليه لإمكان القرعة، وقال: إن ذلك من الهذيان الذي لا مبالاة به.

فروع: في «البحر»: أنه لو قال: إذا جاء غد فأنت طالق، أو عبدي حر بعد غد؛ لم تطلق امرأته إذا جاء غد؛ لأنه أوقع الطلاق غدًا أو العتق بعد غد ولم يعين، فإذا جاء بعد غد كان بالخيار بين أن يعين الطلاق في امرأته أو العتق في عبده، وأنه لو قال: أنت طالق اليوم أو غد، فإن اختار وقوع الطلاق في اليوم وقع، وإلا وقع في أول الغد.

قلت: وفي «البيان» عن «المهذب»: نقل وجهين: **أحدهما**: أنها لا تطلق إلا غدًا؛ لأنه تبين، **والثاني**: أنها تطلق اليوم؛ لأنه جعل كل واحد منهما محل للطلاق فتعلق بأولهما، انتهى.

فَصْلٌ

الطَّلَاقُ: سُنِّيٌّ وَبِدْعِيٌّ، وَيَحْرُمُ الْبِدْعِيُّ.

وما في «البحر» مقالة ثالثة.

قال في «البحر»: وكذا لو قال: أنت طالق واحدة أو ثلاثًا، فإن اختار الثلاث وقعن، أو واحدة وقعت، وإن لم يختر ومات؛ وقعت واحدة، وهل يقوم الوارث مقامه في هذا الاختيار؟

يحتمل قولين قياسًا على ما لو طلق إحداهما ولم يعينها، ومات قبل التعيين، ولو قال الزوج: اخترت طلقتين؛ لم تقع إلا واحدة؛ لأنه أثبت الخيار بين ثنتين، فلا يجوز إثبات خيار ثالث لمخالفته اللفظ، ويحتمل أن يقال: تقع طلقتان؛ لأنه إذا صح منه اختيار الواحدة فلأن يصح اختيار الثنتين وفيه ضرر به أولى، انتهى.

فظاهر كلامه أنه لا يقع في الحال شيء حتى يختار، وقيل: ويحتمل أن يقع في الحال واحدة؛ لأنها واقعة على التقدير، ولعل هذا متعين فيمن له زوجتان، فقال: امرأتي طالق، وأشار إلى إحداهما، ثم قال: أردت الأخرى، روي أبو العباس الرُّويَاني وجهين: أحدهما: يصدق فتطلق الأخرى فقط، والثاني: يقضي بطلاقها.

قال:

(فَصْلٌ:

الطَّلَاقُ: سُنِّيٌّ وَبِدْعِيٌّ) وكذا وصفه العلماء قديمًا وحديثًا، وروى الدار قطني عن ابن عباس: ﷺ الطلاق على أربعة أوجه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال: بأن يطلق الرجل امرأته ظاهرًا من غير جماع، أو يطلقها حاملًا مستثنيًا حملها. وأما اللذان هما حرام: بأن يطلقها حائضًا، أو يطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا، وسيأتي حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في ذلك.

قال: (وَيَحْرُمُ الْبِدْعِيُّ) أي: لحصول الضرر به كما سنبينه.

وَهُوَ ضَرْبَانِ: طَلَاقٌ فِي حَيْضِ مَمْسُوسَةٍ، ....

(وَهُوَ ضَرْبَانِ: طَلَاقٌ فِي حَيْضِ مَمْسُوسَةٍ) أي: بالإجماع كما قاله الْمَاوَرْدِي والإمام، وسيأتي ما يستثنى من هذا الإطلاق.

قال الإمام: ومسند الإجماع حديث ابن عمر: وهو أنه طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، فسأل عمر ﷺ رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: **«مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يُجَامِعَ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ الله أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»**(١) رواه مسلم، ورواه البخاري بنحو لفظه، وهو في الصحيحين بألفاظ متقاربة، ولأن الطلاق في الحيض يطول عليها العدة، وأن بقية الحيض لا تحسب من العدة، وفي ذلك إضرار بها.

وذكر الإمام أن في الحديث دلالة على هذا المعنى، إذ قال فيه: **«فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ الله أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»**، ولا بد من عدة صاحب الشرع(٢).

تنبيهات: قوله: **«فِي حَيْضِ مَمْسُوسَةٍ»** أي: مدخول بها، ومن استدخلت ماءه في معناها؛ لوجوب العدة عليها، وكذلك الموطوءة في دبرها؛ إذا ألزمناها العدة، ولا خفاء أن النفاس في معنى الحيض لما أشرنا إليه، ويستثنى غير ما ذكره المصنف من بعد: الحائض الحامل على الأصح لانتفاء المعنى وهو تطويل العدة إذ هي بالوضع، وما إذا طولب الْمُولِي بالطلاق في زمن الحيض فطلق؛ لأن ما بينهما من التباغض يمنع كونه بدعيًا هذا هو المنقول، وما إذا طلق الحاكم على المولي في الحيض، وكذلك الحكمان إذا رأياه في

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥١) والترمذي (٣/ ٤٧٩، رقم ١١٧٦) وأحمد (٢/ ٢٦، رقم ٤٧٨٩)، ومسلم (٢/ ١٠٩٥، رقم ١٤٧١)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٩٥)، والبيهقي (٧/ ٣٢٥، رقم ١٤٦٩٠).

(٢) قَسَّمَ جَمْعٌ الطَّلَاقَ إِلَى وَاجِبٍ كَطَلَاقِ الْمُولِي وَطَلَاقِ الْحَكَمَيْنِ فِي الشِّقَاقِ إِذَا رَأَيَاهُ، وَمَنْدُوبٍ كَطَلَاقِ زَوْجَةٍ غَيْرِ مُسْتَقِيمَةٍ كَمُسِيئَةِ الْخُلُقِ أَوْ كَانَتْ غَيْرَ عَفِيفَةٍ، وَمَكْرُوهٍ كَمُسْتَقِيمَةِ الْحَالِ، وَأَشَارَ الْإِمَامُ إِلَى الْمُبَاحِ بِطَلَاقِ مَنْ لَا يَهْوَاهَا، وَلَا تَسْمَحُ نَفْسُهُ بِمُؤْنَتِهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِمْتَاعٍ بِهَا، وَحَرَام كَطَلَاقِ الْبِدْعِيِّ كَمَا قَالَ وَيَحْرُمُ الْبِدْعِيُّ. انظر: «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٣٣/ ١٨٩).

وَقِيلَ إِنْ سَأَلَتْهُ لَمْ يَحْرُمْ، وَيَجُوزُ خُلْعُهَا فِيهِ ....

الحاجة إلى رفع الشقاق، كذا أطلقوه.

وقال القاضي أبو الطيب: هذا إذا جعلناها حاكمين، وهو واضح، ولو طلقها في الطهور، ثم طلقها أخرى في الحيض؛ بني على الرجعية وتستأنف العدة إذا طلقت أم تبني عليه؟ إذا قلنا تستأنف فبدعي وإلا فوجهان؛ لعدم التطويل، ولو طلقها في الحيض بدعيًا، ثم طلقها أخرى في تلك الحيضة، أو أخرى؛ ففي كون الثانية بدعية الوجهان، ولم يرجحا شيئًا، والظاهر لا؛ لعدم التطويل.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ سَأَلَتْهُ؛ لَمْ يَحْرُمْ**) أي: لرضاها بتطويل العدة، وبه أجاب **الْبَغَوِي** وغيره ورجحا كونه بدعيًا؛ لأنه لم يطلق في قبل العدة، وقد أمر الله تعالى بالطلاق في ذلك بقوله: ﴿**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ [الطلاق: ١] أي: للوقت الذي يشرعن في العدة، ولأن فيه حق الله تعالى فلا يسقط بإسقاطها، وأطلق جماعة أن الطلاق في الحيض بغير غرض بدعي، وهو يشمل ذلك، ونقل في «التتمة» الوجهين في الكراهة، فإن أراد كراهة التنزيه؛ جاء وجه ثالث، ويشبه أن يكون محل وجه الجواز؛ إذا كانت عالمة بأن العدة تطول دون ما إذا جهلت ذلك، كما هو الغالب الظاهر أن الخلاف فيما إذا سألته الطلاق مجانًا، أما لو سألته بعوض فهو خلع، وحكمه ما سنذكره.

قال: (**وَيَجُوزُ خُلْعُهَا فِيهِ**) أي: لإطلاق قوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ**﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولأنه ﷺ أطلق الإذن لثابت بن قيس في ذلك، ولم يستفصل مع تكرر الحيض ووقوعه في كل شهر غالبًا، ولأن الخلع غالبًا إنما يكون عند هذه الصورة، فلو لم يجوزه فيه ربما بدا له بعده فيدوم ضررها، والنفساء كالحائض، وكذلك المختلعة في الطهر صرَّح به الأصحاب والمصنف من بعد.

وأبدى القاضي الحسين بعد نقله عنهم فيه احتمالًا؛ مراعاة لحق الولد، ولو سألته الطلاق في طهر جامعها فيه، قال القاضي: لم يجز؛ لما فيه من حق الولد، ولم يحك فيه الخلاف فيما إذا سألته في الحيض.

لَا أَجْنَبِيٍّ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِك فَسُنِّيٌّ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ مَعَ آخِرِ طُهْرٍ لَمْ يَطَأْهَا فِيهِ فَبِدْعِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**لَا أَجْنَبِيٍّ فِي الْأَصَحِّ**) قاله الْقَفَّال ومن تبعه؛ لأنه لم يصدر برضاها، قال الإمام: وهو متجه حسن، ويجوز أن يقال: الخلع كيف فوض لا يكون بدعيًّا، والظاهر ما ذكره الْقَفَّال فإن المعتمد في إخراج الخلع عن البدعية الحديث وهو وارد في المرأة التي رامت الاختلاع بنفسها، انتهى.

وكذا قال الغزالي في «البسيط»، والظاهر أنه مقابل الأصح هو احتمال الإمام إلا أن يثبت عمن يقدمه، وأشير إلي بناء ذلك أن المعنى رعايتها لئلا تتضرر، فإذا اختلعت بنفسها رضيت بطول الانتظار، أو أن بدل المال؛ يدل على شدة الحاجة في الخلاص، فعلى الأول هو بدعي لعدم رضاها بالتطويل، وعلى الثاني لا للحاجة.

وقال الرَّافِعِي في «الشرحين»: يشبه أن يقال المعنى في جواز خلعها حاجتها إلى الابتداء بالمال لا مطلق الافتداء.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِك؛ فَسُنِّيٌّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنه يستعقب المشروع في العدة، والثاني: أنه بدعي؛ لوقوعه في الحيض، ورجحه الرُّويَانِي بنظر إلى الوصف، وإن انتفى المعنى.

قال: (**أَوْ مَعَ آخِرِ طُهْرٍ لَمْ يَطَأْهَا فِيهِ؛ فَبِدْعِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ**) حاصل «الشرحين» وغيرهما: أنا إن جعلنا الانتقال من الطهر إلى الحيض قرءًا؛ كان الطلاق واقعًا في الطهر ومستعقبًا العدة، فلا معنى للتحريم، وإن نجعله قرءًا وهو الأظهر؛ ففيه الوجهان السابقان؛ وإن نظرنا إلى رمز الإيقاع؛ كان سنيًّا هنا، أو إلى المعنى وهو عدم استعقاب العدة؛ كان بدعيًّا وهو الأصح المنصوص في «الأم».

إشارة: قوله: «في آخر حيضك أو طهرك»؛ كقوله: «معه» عند الجمهور، وجزم الْمُتَوَلِّي بكونه بدعيًّا في الأولى، وسنيًّا في الثانية، وكأنه تخيل أن الظرف أوسع من المظروف، فلا ينطبق الطلاق على آخر جزء؛ وهو خيال لا حاصل له.

وَطَلَاقٌ فِي طُهْرٍ وَطِئَ فِيهِ مَنْ قَدْ تَحْبَلُ وَلَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ فَلَوْ وَطِئَ حَائِضًا فَطَلَّقَهَا فَبِدْعِيٌّ فِي الْأَصَحِّ، وَيَحِلُّ خُلْعُهَا، وَطَلَاقُ مَنْ ظَهَرَ حَمْلُهَا.

قال: (**وَطَلَاقٌ فِي طُهْرٍ وَطِئَ فِيهِ مَنْ قَدْ تَحْبَلُ وَلَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ**) هذا هو الضرب الثاني من البدعي الذي أشار إليه في أول الفصل، واحتج لذلك بقوله ﷺ في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: «ثم إن شاء طلقها قبل أن يمسها»[1] ولأنه قد يندم لو ظهر حمل؛ إذ [الإنسان قد يطلق الحائل ولا][2] يطلق الحامل، وعلل الشَّافِعِي في «الأم»: بأنها لا تدري ولا زوجها عدتها الحمل أو الحيض.

تنبيه: سبق أن استدخالها ماءه في حكم الوطء، ولا بد من علمه بذلك، وإن وطئها في الدبر كهو في القبل على الأصح، وقوله: «ولم يظهر حمل» احترازًا عما لو ظهر وسنذكره.

قال: (**فَلَوْ وَطِئَ حَائِضًا فَطَلَّقَهَا؛ فَبِدْعِيٌّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لاحتمال العلوق في الحيض كحالة الطهر، وكون البقية مما دفعته الطبيعة أولًا وتهيأ للخروج.

والثاني: لا؛ لأن بقية الحيض تدل على عدم العلوق، واعلم أن الجواب في «التتمة» الأول، ونقلاه في «النهاية» و«البسيط» عن الشيخ أبي علي، ثم قالا: وهذا فيه احتمال، وعللا بما ذكرناه، فإن ثبت نقله وجهًا عن تقدم، وإلا فهو احتمال للإمام.

قال: (**وَيَحِلُّ خُلْعُهَا**) أي: على الصحيح كالحائض، ومقابله احتمال للقاضي كما سبق، (**وَطَلَاقُ مَنْ ظَهَرَ حَمْلُهَا**)؛ لما أشار إليه الأثر السابق؛ ولأنه إذا طلقها عالمًا بالحال فقد وطّن نفسه على فراقها مع الجهل.

إشارات: أولها: قد يكون الطلاق بدعيًا إذا لم يستعقب العدة، وإن وقع لا في حيض ولا طهر جامعها فيه، بأن ينكح حاملًا من زنا؛ ثم يدخل بها ثم

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٧/ ٥٥١).

يطلقها فبدعي، قاله ابن الحداد وغيره، ولا تشرع في العدة إلا بعد الوضع، والقياس وكذلك المنكوحة إذا وطئت بشبهة فحبلت منه ثم طلقها طاهرًا كان بدعيًا، وكذا لو لم تحبل، وشرعت في عدة الشبهة، ثم طلقها، وقدمنا عدة الشبهة على الأصح في الصورتين.

ثانيها: لو قسم لزوجته ثم طلق الأخرى قبل أن يوفيها نوبتها؛ أثم.

قال الرَّافِعِي: وهذا سبب آخر به يكون الطلاق بدعيًا.

قال ابن الرِّفْعَة: ويتجه هذا إذا طلقها من غير سؤالها، أما لو كان بسؤالها فيتجه ألا يجزم كما قيل في الطلاق في الحيض على رأي.

قلت: وهذا يقال بأنها بسؤالها مسقطة لحقها من القسم فيجوز هنا قطعًا، ومعنى تطويل العدة، [وَيَظْهَرُ هُنَا الْجَزْمُ بِالْجَوَازِ فِيمَا لَوْ كَانَتْ أَمَةً وَقَالَ لَهَا سَيِّدُهَا: إنْ طَلَّقَك الزَّوْجُ الْيَوْمَ][1] فَأَنت حُرَّةٌ؛ فَسَأَلَتْهُ ذَلِكَ لِأَجَلِ الْعِتْقِ؛ بَلْ يَتَّجِهُ هَذَا فِيمَا لَوْ كَانَتْ حَائِضًا، وَالصُّورَةُ مَا ذَكَرْنَاهُا فَسَأَلَتْهُ لِلْخَلَاصِ مِنْ الرِّقِّ؛ إذْ دَوَامُهُ أَضُرُّ بِهَا مِنْ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ وَقَدْ لَا يَسْمَحُ بِهِ السَّيِّدُ بَعْدَ ذَلِكَ، أَوْ يَمُوتُ فَيَدُومُ أَسْرُهَا بِالرِّقِّ.

وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ: لَوْ أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِهِ فِي الْحَيْضِ لَمْ يَكُنْ بِدْعِيًّا وَإِنْ طَالَ الِاسْتِبْرَاءُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ خَلَاصَهَا مِنْ أَصْلِ الرِّقِّ وَأَنْعَمَ عَلَيْهَا بِالْعِتْقِ.

ثالثها: التعليق بالدخول، وسائر الصفات أي: عن الحيض والنفاس؛ ليس ببدعيّ، وإن كان في الحيض؛ لكن إن وجدت الصفة في الطهر يعد سنيًا، أو في الحيض يعد بدعيًا فيستحب المراجعة، ويمكن أن يقال: إن وجدت الصفة باختياره؛ أثِمَ بإيقاعه في الحيض.

وعن الْقَفَّال أن نفس التعليق بدعة؛ لأنه لا يدري الحال وقت الوقوع، فلتحترز عما يضرها، ولا ضرورة إليه.

---

[1] انظر: «أسنى المطالب» (١٦/١١٥).

……

قلت: قوله أولًا: «وإن وجدت في الحيض نفذ بدعيًّا»، معناه: يسمى بدعيًّا وترتب عليه أحكام البدعي إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق إلا ما حكاه عن القفال، وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال: هذا في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق، والله أعلم. هذا لفظ أصلًا «الروضة» وزيادة.

وقال القاضي الحسين: ظاهر كلام الشَّافِعِي أنه لا بدعة في التعليق، وإنما البدعة في وقوع الطلاق في أحد زماني البدعة، وكان الْقَفَّال يقول: التعليق في أصله بدعة؛ فإن وقع الطلاق المعلق في حال السنّة؛ لأنه متردد بين أن يقع في حال السنّة، وفي حال البدعة، فلما تردد بين المعصية وغيرها؛ كان في نفسه معصية.

ومن أصحابنا من قال: إذا وجدت الصفة في حال البدعة، يقع الطلاق يكون مكروهًا، ولا يأثم به كوطء الشبهة يكون حرامًا ولا يأثم به؛ لأنه لم يقصد ذلك كذا هذا مثله، انتهى لفظه في أصل صحيح.

وقوله في «الروضة»: إن مراد الرَّافِعِي بقوله: بدعيًا إلى آخره؛ فيه نظر على الإمام لم يصرح بأنه إذا وجدت الصفة في الحيض لا يكون عاصيًا، ولم يحك اتفاق الأولين على ذلك، وإنما حكاه في التعليق نفسه؛ بل قضيه إطلاقه أنه إذا وجدت الصفة في حال البدعة أنه يقع بدعيًا، وهو قضيه كلام الْقَفَّال، ولم يضعفه القاضي، وإنما نقل وجهًا أنه لا إثم فيه، ويشهد له أنه لو وجدت الصفة في حال المرض يكون فارًّا على رأي، وإن لم يقصد الطلاق في المرض.

وعبارة «البسيط»: والتعليق بصفة مطلقًا لا يوصف بالبدعة، وإن كان يتوقع وقوعه في حال الحيض؛ لأن الأولين لم يحضروا تعليق الطلاق، نعم! إذا وقع الطلاق فينظر؛ فإن كان في حيض فهو بدعة وإلا فهو سنة، أما وصف التعليق بالبدعة فلا وجه له، وحُكي عن الْقَفَّال أن نفس التعليق المطلق بدعة لتردده؛ وهو ضعيف، انتهى.

وَمَنْ طَلَّقَ بِدْعِيًّا سُنَّ لَهُ الرَّجْعَةُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدَ طُهْرٍ.

ولو كانت الصفة معلقة باختياره، فأوجدها في حال الحيض عالمًا به؛ فالوجه القطع بالمعصية، كإنشائه الطلاق فيه، أبداه وهو ظاهر لا شك فيه، وليس في كلامهم ما يخالفه.

فائدة: لهم في تفسير الطلاق السنّي والبدعي اصطلاحان: **أحدها:** أن البدعي: ما يحرم إيقاعه، والسني: ما لا يحرم إيقاعه، وعلى هذا الأول لا وسط بينهما.

وأشهرهما: إن البدعي: طلاق مدخول بها في حيض، أو في نفاس، أو في طهر جامعها فيه، ولم يبن حملها.

والسّنّي: طلاق مدخول بها لست بحامل، ولا صغيرة، ولا آيسة، فإنه لا سنة فيهن ولا بدعة، وهذا الضابط المشهور مختل فقد يطلق في الحيض ولا يكون بدعيًا كما سبق إذا استعقب العدة، وقد يكون في طهر لم يجامعها فيه ويكون بدعيًا إذا لم يستعقب العدة بأن أوقعه في آخر جزء من الطهر لاحتمال العلوق.

قيل: والعبارة المحررة أن يقال: السني: طلاق مدخول بها ليست آيسة ولا صغيره في حالة يستعقب الطلاق الشروع في العدة إلا أن يجامع في الطهر الذي طلق فيه أو في الحيض قبله، ولم يبن الحمل.

والبدعي: طلاق مدخول بها، إذا لم يستعقب الطلاق العدة، أو كان في طهر جامعها فيه، أو في الحيض قبله، ولم يظهر حمل؛ ثم المراد الطلاق الخالي عن العوض كما سبق.

قال: (**وَمَنْ طَلَّقَ بِدْعِيًّا؛ سُنَّ لَهُ الرَّجْعَةُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ؛ طَلَّقَ بَعْدَ طُهْرٍ**) أي: لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - المتقدم، قوله: «**بَعْدَ طُهْرٍ**» أي: بعد الشروع في الطهر، وليس تنكيره الطهر بمستحسن، نعم إذا أراد إباحة الطلاق في أي طهر شاء من الأول والثاني فذاك، وإن أراد استواء الطرفين، وأنه لا يستحب التأخير إلى الطهر الثاني كان وجهًا، والجمهور على خلافه.

تنبيهات: أحدها: قضية إطلاقهم: أنه لا فرق في ذلك بين العالم بحالها،

……

وبتحريم الطلاق في ذلك الوقت، وغيره، ولم أر فيه تصريحًا، وعلى تقدير التعميم يتأكد الاستحباب للقاضي به دون غيره.

ثانيها: يظهر كراهته تركها من غير عذر العالم القاضي للنص الصحيح في الأمر بها لمن لم يقض بالطلاق، ولدفع الإبراء، وقال الإمام: أجمع أصحابنا على أن ترك الارتجاع غير مكروه، ونسب في «الروضة» القول بعدم الكراهة إلى الإمام، ثم قال: وفيه نظر، وينبغي أن يقال: يكره للحديث الصحيح الوارد فيها، ولدفع الإبراء.

وقال ابن الرِّفْعَة: ما ذكره الإمام من عدم الكراهة بخلاف؛ يشعر به كلامه في موضع آخر من أن المكروه: ما ورد فيه نهي يخصه، انتهى.

ثالثها: لَوْ طَلَّقَهَا لِمَا تَحَقَّقَهُ مِنْ فُجُورِهَا أَوْ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، أَوْ شَاعَ ذَلِكَ عَنْهَا، أَوْ زَنَتْ بَعْدَ طَلَاقِهِ إِيَّاهَا وَنَحْوِهِ؛ فَيَنْبَغِي أَلَا تُسْتَحَبَّ لَهُ مُرَاجَعَتُهَا وَلَا تَبْعُدُ كَرَاهَتُهُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُرَاغَمَةِ الْغَيْرَةِ وَالْمُرُوءَةِ وَجَلْبِ الْوَقِيعَةِ فِيهِ، وَلَا سِيَّمَا إِذَا حَمَلَتْ مِنْ زِنا وَظَهَرَ ذَلِكَ، وَلَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا.

رابعها: قضية إطلاقهم أنه تستحب له الرجعة ما بقيت العدة، وقال الْمَاوَرْدِي: زمان الرجعة مقدر وإن أطلقه الشَّافِعِي، إذا طلقت حائضًا بقدر استحباب المراجعة ببقية الحيضة التي طلقت فيها؛ فإذا طهرت منها يسقط استحباب المراجعة؛ لأنها صارت إلى طهر لا يحرم طلاقها فيه فلم يؤمر بارتجاعها فيه، وإن طلقت في طهر مسها فيه؛ استحب رجعتها في بقية الطهر، والحيضة التي بعده، فإن تركها حتى طهرت منها سقط استحباب الرجعة، انتهى. ولم أر نصًا للأصحاب بموافقته ولا بمخالفته.

خامسها: قال المصنف في «تنقيح الوسيط»: هل يزول التحريم الحاصل بالطلاق بالمراجعة؟

لم يتعرض له الأصحاب، ولا غيرهم، وذكر جماعة من شيوخنا: أنه يزول الإثم الذي كان حصل بالطلاق؛ لأنه حرام وقد جعل صاحب الشرع

وَلَوْ قَالَ لِحَائِضٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، وَقَعَ فِي الْحَالِ أَوْ لِلسُّنَّةِ فَحِينَ تَطْهُرُ، أَوْ لِمَنْ فِي طُهْرٍ لَمْ تُمَسَّ فِيهِ أَنْت طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَإِنْ مُسَّتْ فِيهِ، ....

الرجعة قطعًا له؛ فوجب أن تكون كفارة له، ولأنه رجوع عن المعصية؛ لأنها توبة وهي تجب ما قبلها، والتوبة عن غيره مع أن النص ورد فيه، بخلاف الرجعة في غير هذا الموضع لا تجب؛ لعدم المعنيين المذكورين.

قلت: وفيما قال شيوخه نظر، والْمَاوَرْدِي نقل عن المالكية أنهم عللوا الوجوب بأنه استدراك لمواقعة المحظور، ثم أجاب بأن المحظور وقوع الطلاق وهو لا يستدرك بالرجعة؛ وإنما تقطع الرجعة التحريم الناشئ عنه، وهذا ظاهر في أن الرجعة لا تزيل الإثم الحاصل بالطلاق؛ لأنها لا ترفع الطلاق، وإنما تقطع تحريمه من حينها.

وقال الشيخ أبو حامد: إنها إنما تقطع العدة، والعدة عنه كهي عن غيره من الطلاق عدة ليست محظورة، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِحَائِضٍ**) أي: أو نفساء.

(**أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ؛ وَقَعَ فِي الْحَالِ**)؛ لاتصاف طلاقها بالبدعة، ويجب حمل إطلاقه على الحالة التي يحكم فيها بكونه بدعيًا، أما إذا لم يحكم بذلك كما سبق؛ فالظاهر أنها لا تطلق حتى تستقبل حيضه جديدة.

قال: (**أَوْ لِلسُّنَّةِ فَحِينَ تَطْهُرُ**) أي: وإن لم تغتسل أو تتيمم، أو يمض عليها وقت الصلاة؛ لوجود الصفة قبل ذلك، خلافًا لأبي حنيفة، وقوله: «فحين تطهر» أي: طهر تشرع به في عدته، وإلا فقد تطهر ولا تشرع في عدته، كما سبقت الإشارة إليه في وطء الشبهة الواقع في دوام زوجيته وغير ذلك، وحينئذٍ لا يقع طلاقه فيه؛ لأنه بدعي؛ بل يتأخر وقوعه إلى طهر تشرع به في عدته.

قال: (**أَوْ لِمَنْ فِي طُهْرٍ لَمْ تُمَسَّ فِيهِ: أَنْت طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ؛ وَقَعَ فِي الْحَالِ**) أي: لوجود الصفة، والمراد: لم يمسها هو فيه، وفي حكم وطئه استدخال مائه كما سبق، أما لو مسها أجنبي بشبهة؛ فلا، وحكمه بيِّن كما تقدم.

قال: (**وَإِنْ مُسَّتْ فِيهِ**) أي: وطئها هو.

فَحِينَ تَطْهُرُ بَعْدَ حَيْضٍ، أَوْ لِلْبِدْعَةِ فَفِي الْحَالِ إِنْ مُسَّتْ فِيهِ، وَإِلَّا فَحِينَ تَحِيضُ.

(**فَحِينَ تَطْهُرُ بَعْدَ حَيْضٍ**)؛ لأنها حينئذٍ تشرع في حال الشبهة.

قال: (**أَوْ لِلْبِدْعَةِ؛ فَفِي الْحَالِ إِنْ مُسَّتْ فِيهِ**) أي: إن وطئها فيه، ولم يظهر حملها لوجود الوصف.

(**وَإِلَّا فَحِينَ تَحِيضُ**)؛ أي: وإن لم يكن وطئها في هذا الطهر؛ لم تطلق فيه لأنه زمان السنة، فإذا شرعت في الحيض طلقت؛ لدخولها في زمن البدعة، فإن تبين كونه ليس بحيض بأن انقطع لأقل من مدة الحيض؛ بان أن الطلاق لم يقع.

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يجيء في الحكم بوقوع الطلاق شروعها في الدم، الخلاف المذكور فيما إذا قال: «إن حضت فأنت طالق»، هل تطلق برؤيته أو يتوقف إلى مضي أقله؟.

إشارات: مسائل الفصل فيمن لها حالتي سنة وبدعة، فإن لم تكن كصغيرة أو غير ممسوسة، فقال لها: أنت طالق للسنة أو قال للبدعة؛ وقع في الحال، ويلغى الوصف، أو تحمل «اللام» هنا للتعليل لا للتأقيت؛ لعدم تعاقب الحالين، وقيل: لغو، وقيل: لا تطلق الصغيرة في قوله: «للبدعة» حتى تحيض، ويدخل بغير الممسوسة.

ولو قال لمن لها الحالان، وهي ممسوسة: أنت طالق للسنّة أو للبدعة؛ لم يقع في الحال شيء، وإذا صارت إلى الحالة الثانية وقع؛ لأن «أو» للتشكيك، فإذا صارت إلى الحالة الثانية وحُذف الصفتان وقع، ذكره العبادي.

وهل المنجزة في معنى الصغيرة وغير المدخول بها أم لا؟ لم أر لهم فيه شيئًا، وهل نحكم بمعصية من طلق بدعيًا مع جهله بتحريمه الظاهر؟ لا؛ لأنه مما يخفى على غالب الناس، والظاهر أنه يجري عليه حكم البدعي، وكذا لو كان عالمًا بالحكم؛ ولكن جهل حالها لغيبتها أو غيبته؛ فالظاهر ألا يأثم ويترتب عليه حكمه.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَةً أَوْ أَحْسَنَ الطَّلَاقِ أَوْ أَجْمَلَهُ فَكَالسُّنَّةِ، أَوْ طَلْقَةً قَبِيحَةً أَوْ أَقْبَحَ الطَّلَاقِ أَوْ أَفْحَشَهُ فَكَالْبِدْعَةِ، أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً أَوْ حَسَنَةً قَبِيحَةً وَقَعَ فِي الْحَالِ.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَةً أَوْ أَحْسَنَ الطَّلَاقِ أَوْ أَجْمَلَهُ؛ فَكَالسُّنَّةِ [أَوْ طَلْقَةً قَبِيحَةً أَوْ أَقْبَحَ الطَّلَاقِ أَوْ أَفْحَشَهُ؛ فَكَالْبِدْعَةِ])** أي: لأنه الأولى بهذه الصفات، وإنما كان الحكم ما ذكرنا؛ لأنه المفهوم من وصف الطلاق بالحسن والقبح؛ لما ذكرنا من الوصفين العارضين له بالنسبة إلى كونه سنيًا أو بدعيًا؛ فلذلك حملنا اللفظ عند الإطلاق عليهما، فإذا اقتضى الحمل على ذلك الوقوع في الحال، فادعى أنه قصد ما يقتضي التأخير؛ لم يقبل ظاهرًا على المذهب، ويدين، وبالعكس يقبل؛ لأنه أغلظ عليه أو للسنة.

ومن الضرب الثاني: أنت طالق للحرج، أو طلاق الحرج، وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لا نص فيه، وظاهر المذهب أنه طلاق بدعة فرمز إلى خلاف فيه.

قال: **(أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً، أَوْ حَسَنَةً قَبِيحَةً)** أي: وهي ذات أقراء.

(وَقَعَ فِي الْحَالِ) واختلف من عليه، فعن أبي إسحاق: لأن إحدى الحالتين حاصلة لا محالة فوقع بوجودها.

قال الْمَاوَرْدِي: وهذا هو الظاهر من تعليل الشَّافِعِي - يعني في «الأم» - وقيل: عليه أنه وصفه بصفتين متضادتين فلغيا، وبقي أصل الطلاق، وهذا ما قاله الرَّافِعِي أنه أظهر، ونسبه الشيخ أبو حامد إلى الأصحاب، وقال: إنه أجود.

قال الرَّافِعِي: ولو كانت المرأة غير متعرضة للسنّة، والبدعة؛ فيجوز أن يقال: قضية التعليل الأول ألا يقع لعدم حصول إحدى الحالتين، وقضية الثاني أن يقع، انتهى.

والوجه: الوقوع مطلقًا في الحال، كما لو قال: «أنت طالق للسنة وللبدعة» فإنه يقع في الحال.

تنبيه: قال السرخسي: لو فسر كل كلمة يعني: فقال إذن كونها حسنة من حيث الوقت، وقبيحة من حيث العدد، حتى تقع الثلاث أو بالعكس، قيل:

....

وإن تأخر الوقوع؛ لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخير الوقوع.

فرع: قال في أصل «الروضة»: قال لذات سُنَّة وبدعة، في حال البدعة: أنت طالق طلاقًا سنيًّا، أو في حال السنة: أنت طالق طلاقًا بدعيًّا، ونوى الوقوع في الحال.

قال الْمُتَوَلِّي: لا يقع في الحال؛ لأن النية إنما تعمل فيما يحمله اللفظ لا فيما يخالفه صريحًا، وإذا تنافيا؛ لغت النية، وعمل باللفظ؛ لأنه أقوى، انتهى.

والْمُتَوَلِّي متبع لشيخه القاضي الحسين، وعلله بأنه نوى ما لا لفظ له، ونص الشَّافِعِي في «الأم» ظاهر في خلاف ذلك، فإنه قال: وإذا قال لامرأته التي تحيض، وقد دخل بها: أنت طالق للسنة؛ سألته، فإن قال: أردت أن يقع الطلاق عليها للسنة، أو لم يكن له نية، فذكر حكمه إلى أن قال: وإن قال: أردت أن يقع حين تكلمت به؛ وقع حائضًا كانت أو طاهرةً بإرادته.

وقال الشَّافِعِي: وإذا قال: أحسن الطلاق أو أجمله ونحو ذلك؛ سألته عن نيته فإن قال: لم أنو شيئًا؛ وقع الطلاق للسنة، وكذا لو قال: ما نويت إيقاعه في وقت أعرفه، وكذلك لو قال: ما أعرف حسن الطلاق، ولا قبحه بصفة عين أي: يكون أحسن الطلاق، وما قلت معه؛ أي: يقع حتى تكلمت به لا يكون له مدة عن الوقت الذي تكلمت به فيه؛ فيقع حينئذٍ حين يكلم به، انتهى.

وشبهه القاضي والْمُتَوَلِّي أن قوله: «أنت طالق للسنة» مثلًا مدلوله التعليق بحال السنة، فإذا نوى وقوع الطلاق مُنَجَّزٌ بصيغة تعليق، فقد نوى خلاف قضية اللفظ؛ فلا يقع في الحال، وفيه نظر؛ لأن الصيغة محتملة للتعليق وغيره، فإذا نوى الوقوع في الحال فقد صرف اللفظ عن التعليق إلى الوقوع في الحال، وعلى هذا قد تكون «اللام» للتأقيت، والتعليق، ومتى صرفها عن ذلك، وقصد التعليل؛ فلا شك في الوقوع [ولا تعتبر للشروع] أصلًا، ومتى قصد الوقوع في الحال، ولم يقصد استعمال «اللام» للتعليل؛ بل أتى بها ولم يقصد استعمالها

وَلَا يَحْرُمُ جَمْعُ الطَّلْقَاتِ.

في أحد المعنيين؛ فالوجه هنا أيضًا الوقوع؛ لأنه لما قصد الوقوع في الحال فقد صرفها عن التأقيت والتعليق فتنصرف إلى الوجه الآخر.

ولا خلاف أنه لو قال: أردت الوقوع في الحال، ولم أرد تعليق، وسبق لساني إلى لفظ التعليق؛ أنه يقبل، ويؤاخذه بذلك ويقع في الحال، هكذا ذكر ذلك جميعه بعض الشارحين، فإن كان القاضي، وصاحبه يقولان: لأن لا فرق بين قوله: «للسنة أو للبدعة»، وبين قوله: «طلاقًا سنيًا أو بدعيًا» فيما ذكراه؛ فما ذكره المعترض ظاهر، وإن كانا يفرقان بين الصيغتين وهو الظاهر، فلا يكون ما قاله منافيًا لذلك؛ لأن قوله: طلاقًا سنيًا أو بدعيًا نص صريح في التعليق على الحالة المذكورة، بخلاف قوله: للسنة أو للبدعة فيما أحسب.

قال: **(وَلَا يَحْرُمُ جَمْعُ الطَّلْقَاتِ)** هذه المسألة فيها نزاع طويل للسلف، والخلف، ومذهبنا ما ذكره، واستدل له الشَّافِعِي بأحاديث:

منها: حديث عُوَيْمِر الْعَجْلَانِيِّ وهو في الصحيحين: «لَمَّا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ رَسُولِ الله ﷺ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يأمره بفراقها، وقبل أن يُخْبِرَهُ ﷺ أَنَّهَا تَبِينُ بِاللِّعَانِ»(١) فَلَوْ كَانَ إِيقَاعُ الثَّلَاثِ حَرَامًا؛ لَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ لِيَعْلَمَهُ هُوَ وَجماعة مَنْ حَضَرَهُ.

ومنها: «**أن فَاطِمَة بِنْت قَيْسٍ شَكَتْ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ**»(٢).

قَالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: يَعْنِي. والله أعلم - ثَلَاثًا، وَلَمْ نَعْلَمْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ.

ومنها: «**أن ركانة طلق ألبتة، وهو يحتمل الواحدة، والثلاث، فسأله ﷺ عن نيته، وأحلفه عليها**»(٣) ولم يعلمه نهي عن أن يطلق البتة بها ثلاثًا.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥٩)، ومسلم (١٤٩٢).

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤، رقم ١٤٨٠) وعبد الرزاق (٧/ ٢٤، رقم ١٢٠٢٧)، وأبو عوانة (٣/ ١٧٩، رقم ٤٦٠٠).

(٣) تقدم تخريجه.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا أَوْ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، وَفَسَّرَ بِتَفْرِيقِهَا عَلَى أَقْرَاءٍ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْجَمْعِ، ....

«وطلق عبد الرحمن بن عوف امرأته ثلاثًا، ولم يعب ذلك عليه» ثم روا ها عن طريق مالك. وفيها: «أنه طلقها البتة».

وأسند إلى ابن سيرين: «أنه طلقها ثلاثًا» قال: وهذه الرواية مبينة للبتة في رواية مالك[1] وذكر فتوى جماعة من الصحابة ﷺ بذلك، وأطنب هو والأصحاب في تقريره، والجواب عن حجج الخصوم بما يطول ذكره.

قال: (وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا) أي: ولم يرد.

(أَوْ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ، وَفَسَّرَ) أي: في الصورتين.

(بِتَفْرِيقِهَا عَلَى أَقْرَاءٍ؛ لَمْ يُقْبَلْ) أي: ظاهرًا؛ لأن دعواه تقتضي تأخر الطلاق، ومقتضى لفظه تنجيزه في الصورة الأولى مطلقًا، وفي قوله: «للسنة» وهي في حال السنة كذلك؛ وإلا فوقوعها دفعة واحدة، وإذا صارت إليها، وفي كلام الإمام وغيره وجه: أنه يقبل منه ظاهرًا فيما إذا قال: للسنة.

قال: (إِلَّا مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْجَمْعِ) أي: جمع الثلاث في قرءٍ واحد؛ فتقبل منه دعوى ذلك ظاهرًا؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يقصد ارتكاب محظور في معتقده، وهذا الاستثناء ذكره الْمُتَوَلِّي في الصورة الثانية، وتبعه في «المحرر»، وظاهر كلام «الروضة» و«الشرحين»: أنه مقالة غريبة، فإنهما جزما بأنه لا يقبل ظاهرًا، ثم قالا: وقال في «التتمة»: إلا إذا كان ممن يعتقد تحريم الجمع فيقبل قوله في الظاهر.

وحكى الحناطي وجهًا مطلقًا: أنه يقبل في الظاهر، قال الرَّافِعِي: والمشهور المنصوص الأول، وعبارة «الروضة»: والصحيح المنصوص الأول، فحصل ثلاثة أراء، والمشهور والمنصوص الأول عملًا بإطلاق النص والجمهور.

---

[1] أخرجه مالك في «الموطأ» (١١٩٨) والشافعي (١٤٠٣) والدارقطني (٣٩٦٢).

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُدَيَّنُ، وَيُدَيَّنُ ....

ثم رأيت الْبَغَوِي - رحمه الله تعالى - قال في «تعليقه على المختصر»: إذا قال: أنت طالق ثلاثًا للسنة، وإن كانت في حال السنة تقع الثلاث في الحال، فإن لم يكن فحين يصير إلى حال السنة.

ولو قال: نويت أن يقع في كل قرء طلقة، كما هو مذهب أبي حنيفة؛ فقوله غير مقبول في الظاهر؛ لكن فيما بينه، وبين الله تعالى مقبول، ومن أصحابنا من قال: إن كان حنفيًا ينبغي أن يقبل في الحكم، وليس بشيء، هذا لفظه وبه بان أن ما ذكره الْمُتَوَلِّي وجه غريب.

إشارة: ظاهر عبارة «المنهاج»: القبول ظاهرًا ممن يعتقد تحريم الجمع في الصورتين، والذي ذكره الْمُتَوَلِّي ونقلوه عنه إنما هو في قوله: «ثلاثًا للسنة»، وكذلك ذكره «المحرر» وغيره من مختصراته.

قال: **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُدَيَّنُ)** يعنى: عن معتقد تحريم الجمع في الصورتين، أما معتقده فيدين في الثانية لا محالة؛ إن لم يقبل قوله ظاهرًا، وأما في الأولى فهو كغيره، وأولى بالتديين.

واعلم أن الخلاف المذكور أشار إليه الإمام، واقتضى كلامه: أنه لا فرق في جريان الوجهين بين قوله: «أنت طالق ثلاثًا»، وبين قوله: «ثلاثًا للسنة» والقول بعدم التديين في الثانية بعيد، ولا أظنه يتحقق؛ لأنه تقرر استحباب التفريق، فإذا استعمل لفظ السنة أراد به الاستحباب؛ فلا معنى لإلغائه باطنًا.

وكلام الإمام يقتضي أن عنده تردد في ذلك، فإنه قال في هذه الصورة: فالظاهر إلحاقها بالأولى، ولا يتغير الحكم بتقييد الثلاث بالسنة، إلى أن قال: والوجه عندنا القطع بالتديين في هذه الصيغة لما ذكرناه، انتهى.

ولا أحسب التصريح فيها يوجد إلا في كلام من أخذ من الإمام، والصواب التديين فيها قطعًا، وحكى ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» وجهًا: أنه يفرق الثلاث عليها، وإن لم ينو بناءً على وجه محكي: أن التفريق سنة.

قال: **(وَيُدَيَّنُ)** أي: على الأصح.

مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَقَالَ: أَرَدْت إنْ دَخَلْت أَوْ إنْ شَاءَ زَيْدٌ.

(مَنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت إنْ دَخَلْت، أَوْ إنْ شَاءَ زَيْدٌ) أي: بخلاف قوله: «أردت إن شاء الله» فإنه لا يدين فيه على المذهب كما سنوضحه، وفرق بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة، فلا بد فيه من اللفظ، والتعليق بالدخول ومشيئة زيد تخصصه بحال، ولا يرفعه، وشبه بالنسخ لما كان رفعًا للحكم لم يجز إلا باللفظ، والتخصيص يجوز بالقياس كاللفظ.

تنبيهات: الأول: الخلاف في هذه الصور حكاه الإمام وسبق الكلام على الأولى منها، وهي قوله: ثلاثًا للشبهة، وأما هاتان الصورتان، فالذي ذكره القاضي الحسين، والْبَغَوِي، وغيرهما فيهما التديين لا غير، وإليه ذهب العراقيون فيهما وفيما أشبههما.

ورأى الإمام: الأقيس له لا يدين، قال: لأن التديين يجري إذا كان ما أضمره لإمضاء معاني اللفظ على بعد، وأما إذا لم يكن اللفظ مشعرًا به على قرب ولا بعد؛ فالإضمار فيه بنية مجردة لا يعلق لها بلفظ، والنية المجردة لا أثر لها عند الشَّافِعِي، ثم قال: والوجه الثاني: وهو ظاهر قول الأصحاب: أنه يدين، ومتى علقه بضميره تعلق بينه وبين الله تعالى.

الثاني: قال الْمُتَوَلِّي: إنما ينفعه قصد هذه الأشياء باطنًا إذا عزم على ذلك قبل التلفظ بالطلاق، وإن حدثت له النية بعد الفراغ من الكلمة؛ فلا حكم لها، وإن حدث بها في أثناء الكلمة فوجهان، وسبق عن الدارمي أن نية الكناية، والاستثناء، والصفة إن اقترنت بجميع اللفظ؛ صح، وإن عزبت عن جميعه لم يصح، وإن اقترنت ببعضه فوجهان.

فروع: لو نوى إن شاء الله بقلبه، فقد أجرى الإمام فيه وجهين في مسألتي الكتاب، والمذهب المشهور والمنصوص في «الأم»: أنه لا يدين، وعن الْقَفَّال: أنه يدين، قاله الفوراني: ثم رجع عنه، وقال: لا يدين، ونص في «الأم» على: أنه لو قال: إن كملت زيدًا فأنت طالق، ثم قال: أردت بذلك إن كلمته شهرًا؛ أنه يدين، ولا يحنث بالكلام بعد شهر، قال في «الروضة» هنا:

وَلَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقُ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت بَعْضَهُنَّ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ ظَاهِرًا إِلَّا لِقَرِينَةٍ بِأَنْ خَاصَمَتْهُ وَقَالَتْ تَزَوَّجْت، فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت غَيْرَ الْمُخَاصَمَةِ.

والمراد على ما نقل الغزالي، والْبَغَوِي القبول باطنًا، انتهى.

وقال الإمام: إن للفقيه في النص المذكور أدنى نظر؛ يعني: في التديين، ونازعه الرَّافِعِي، ونقل الرَّافِعِي في «أواخر الأيمان» عن «المبتدأ» للروياني: أنه لو قيل له: كلم زيدًا اليوم؛ فقال: والله لا كلمته؛ انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فإن كان ذلك في طلاق، وقال: أردت اليوم؛ لم يقبل في الحكم، زاد في «الروضة»: قلت: الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتاب الطلاق، انتهى. ولم استحضر ما أشار إليه من النظائر، وربما تعد المسألة هناك ونتكلم عليها إن شاء الله تعالى.

لو قال: أنت طالق لرضا فلان؛ وقع في الحال، فلو قال: أردت التأقيت والشرط دين، وفي القبول ظاهرًا وجهان أرسلهما جماعة، ورجح الرَّافِعِي والمحاملي في «التجريد» عدم القبول، وعليه اقتصر في «التهذيب»، وفي «مجرد سليم الرازي»: أن المذهب قبوله ظاهرًا، ورجحه الشيخ أبو حامد في «التعليق»، والمحاملي في «المجموع»، والجرجاني في «البيان» و«التحرير»، ولعله أرجح بينهما؛ إذا كان القائل عاميًا لا يفرق بين «لام التعليل» و«لام التعليق».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقُ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت بَعْضَهُنَّ؛ فَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ ظَاهِرًا إِلَّا لِقَرِينَةٍ بِأَنْ خَاصَمَتْهُ، وَقَالَتْ: تَزَوَّجْت، فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْت غَيْرَ الْمُخَاصَمَةِ**) الصحيح الذي عليه الجمهور أنه إذا لم تكن قرينة لا يقبل ظاهرًا، وبهذا قطع بعضهم؛ لأن اللفظ عام يتناول جميعهن فلا يتمكن من صرف مقتضاه بالنية، كما لو قال: أنت طالق، وقال: أردت إذا جاء رأس الشهر، وإن كانت قرينة كما ذكره المصنف قبل ظاهرًا للقرينة الدالة على صدقه، والثاني: يقبل مطلقًا؛ لأن استعمال العام والخاص شائع مشهور.

....

وقال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: والخلاف جارٍ سواء كان هناك قرينة تصدقه بأن خاصمته زوجته، وقالت: تزوجت؛ فأنكر فقال في إنكاره: كل امرأة لي طالق، وقال: أردت غير المخاصمة، أو لم تكن قرينة، والأظهر عند أئمتنا الكبار: أنه لا يقبل في الظاهر إذا لم تكن قرينة، وقطع به بعضهم، والقبول إن وجدت قرينة، انتهى.

وهو حاصل «الكبير» وزاد فيه وجهًا رابعًا: أنه إن قال: كل امرأة لي طالق، ثم عزل بعضهن بالنية؛ لا يقبل، وإن قال: نسائي طَوالق، وقال: عزلت واحدة؛ يقبل، وعلى هذا لو عزل ثنتين من أربع؛ ففي القبول وجهان.

تنبيه: قال الشَّافِعِي في «المختصر»: ولو قالت: طلقني، فقال: كل امرأة لي طالق، طلقت امرأته التي سألته؛ إلا أن يكون عزلها بنيته، واختلف الشراح في صورة المسألة، فقال الأكثرون: صورتها أن تسأله الطلاق، فيقول لها: كل امرأة لي طالق، أو نسائي طوالق؛ فيطلق الجميع، وإذا قصد طلاقهن، أو أطلق، أو استثنى السائلة بنيته؛ طلقت ظاهرًا لا باطنًا، وعن ابن الوكيل قبوله ظاهرًا، وزيفوه.

وقال القاضي الحسين والإمام: صورتها أن تخاصمه، وتقول: تزوجت عليَّ، فينكر ويترضاها، فيقول: كل امرأة لي طالق، فإن قال: إلا أنت؛ طلق من عداها إن كان له غيرها، وإن لم يستثنها قولًا ولا نية؛ طلقت هي وإن عزلها بقلبه.

قال القاضي: ظاهر المذهب أنها لا تطلق أي: ظاهرًا كما فهمه الإمام عنه، وبالقول ظاهرًا جزم في «التهذيب» و«الكافي»، ونسبه الرُّويَانِي في «الحلية» إلى الْقَفَّال، ونسب الفوراني في «العمد» و«الإبانة» القبول ظاهرًا إلى الطَّبِيِّ، قال: وسائر أصحابنا قالوا: لا يقبل، وهذا وهو المعرف إلى الْقَفَّال، ويورث الشبهة في مراد القاضي الحسين بالقبول، وقال الرَّافِعِي عن أبي على الطيبي: إن لفظ النص إلا بكون عزلها بنيته، وهي الاستثناء الظاهر، وهذا يفهم أن الطيبي لا يقول بالقبول ظاهرًا.

....

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: قطع الْمُتَوَلِّي بأنه لا يقبل ظاهرًا، وفي «العدة»: أنه قول سائر الأصحاب، وفي «الشامل» و«البيان» نظر؛ فإنهما ممن صور المسألة بالتصوير الأول، والأكثرون هناك على عدم القبول بلا شك، والتصوير الثاني: إنما ذكره المراوزة ونقلهم فيه مختلف.

وقال الدارمي: ولو سألته إحداهن الطلاق، فقال: كل امرأة لي طالق؛ فإن نواها معهن، أو أطلق؛ فجميعهن، وإن نوى عزلها؛ لم يقع عليها نصًا، وقيل: لا يقبل في الحكم كسائر الاستثناء، فإن قبلنا فبيمينه، فإن نكل حلفت ووقع، فإن عزل غيرها لم يصح، وقال ابن المرزبان كقوله بالمخاطبة، انتهى.

وذكر الْمَاوَرْدِي نحوه، وهذا اضطراب كثير في الطريقتين، والظاهر أن الخلاف في التديين، وإن ظاهر المذهب وقول الجمهور: عدم القبول ظاهرًا ولا ريب فيه، حيث لا قرينة، وأما عند القرينة؛ فمحتمل وسبق كلام الرَّافِعِي فيه، وقال المعتبرين قبلوه ظاهرًا.

فرع: قال القاضي الحسين: ولو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة؛ لم يصح الاستثناء، وجزم في «التهذيب» بصحته، وقال في «الكافي»: إنه الأصح، وكلام العراقيين يوافقه، وبه صرح الْمَاوَرْدِي، ورواه الْعِمْرَانِي عن الصيمري فيما إذا قال: أربع زوجاتي طوالق إلا فلانة، وحكى الإمام عن القاضي: وحكى معها أنه لو قال: أربعكن إلا فلانة طوالق؛ صح الاستثناء، قال: والمسألة حسنة محتملة.

فائدة: قال شارح في كتاب «الإقرار»: إذا قال: كل امرأة لي طالق غيرك؛ فلا يقبل، وكثيرًا ما يسأل عنها، والذي استقر رأى عليه فيها: أنه إن قدم غيرك، فقال: «كل امرأة لي غيرك طالق»؛ لم تطلق، وأن أخر فقال: «كل امرأة لي طالق غيرك»، ولا امرأة له غيرها طلقت، وهكذا أقول فيه إلا أنه إذا قال: كل امرأة لي إلا أنت طالق؛ لم تطلق، وإن قال: كل امرأة لي طالق إلا أنت، وليس له غيرها؛ طلقت، انتهى.

……

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه إذا قال: كل امرأة لي غيرك طالق، ولا امرأة له غيرها؛ قال الشيخ الْقَفَّال: إن قال هذا على سبيل الشرط لم تطلق، وإن لم يقل على سبيل الشرط طلقت؛ لأن هذا الاستثناء لا يصح، ويصير كأنه قال: أنت طالق إلا أنت.

قال الْقَفَّال: ولو قال: كل امرأة لي طالق إلا عمرة ولا امرأة له سواها؛ طلقت، انتهى. وهذا فيه مخالفة لما سبق عن القاضي والإمام في تصوير المسألة، والله أعلم.

فِي زَوْجَةِ الْمَدِينِ فِي طَلَاقِهِ، إِذَا أُلْزِمَ الطَّلَاقَ فِي الظَّاهِرِ دُونَ الْبَاطِنِ فَلَا يَخْلُو حَالُهَا مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أحدها: إِمَّا أَنْ تَعْلَمَ صِدْقَهُ فِيمَا دِينَ فِيهِ؛ فَيَسَعُهَا فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الله تَعَالَى أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ وَتُمَكِّنَهُ مِنْ نَفْسِهَا، وَلَا يُكْرَهُ لَهَا، وَيَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ نَفَقَتُهَا، وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا النُّشُوزُ عَنْهُ، فَإِنْ نَشَزَتْ لَمْ يُجْبِرْهَا الْحَاكِمُ، وَإِنْ أَثِمَتْ لِوُقُوعِ طَلَاقِهِ فِي الظَّاهِرِ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْحَاكِمِ إِذَا رَآهُمَا عَلَى الِاجْتِمَاعِ، هَلْ يَلْزَمُهُ التَّفْرِقَةُ بَيْنَهُمَا أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

قلت: صح في «الانتصار»: لزومه سواء رآهما مجتمعين، أو علم به.

قال الْمَاوَرْدِي: فَلَوْ فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا فَفِي تَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ فِي الْبَاطِنِ وَجْهَانِ مِنِ اخْتِلَافِ الْوَجْهَيْنِ فِي وُجُوبِ حُكْمِهِ بِالْفُرْقَةِ.

قلت: الظاهر الجواز.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَعْلَمَ الزَّوْجَةُ كَذِبَهُ فِيمَا دِينَ فِيهِ؛ فَعَلَيْهَا الْهَرَبُ مِنْهُ، وَلَا يَسَعُهَا فِي حُكْمِ الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ أَنْ تُمَكِّنَهُ مِنْ نَفْسِهَا مطلقًا، وَإِنْ كنا نقول له: لك الاستمتاع بها؛ إن كنت صادقًا باطنًا، وَإِنْ سَأَلَت الْحَاكِمَ أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمَا بِالْفُرْقَةِ؛ لَزِمَهُ الْحُكْمُ بِهَا، وَيَجُوزُ لَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ أَنْ تَتَزَوَّجَ بِغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ لِمَنْ خَطَبَتْهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا؛ إِنْ لَمْ يُصَدِّقِ الزَّوْجَ فِيمَا دِينَ فِيهِ، فَإِنْ عَلِمَ صِدْقَهُ؛ لَمْ يَجُزْ له أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِنْ لَمْ يَحْكُمِ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا بِالْفُرْقَةِ، وَفِي جَوَازِ

تَزْوِيجِهِ بِهَا بَعْدَ الْحُكْمِ بِالْفُرْقَةِ وَجْهَانِ.

قلت: المنع أصح إذا غلب على ظنه صدقه.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَلَّا تَعْلَمَ الزَّوْجَةُ صِدْقَهُ فِيمَا دِينَ فِيهِ وَلَا كَذِبَهُ؛ فَيُكْرَهُ لَهَا تَمْكِينُهُ مِنْ نَفْسِهَا لِجَوَازِ كَذِبِهِ، وَفِي تَحْرِيمِهِ فِيمَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الله تَعَالَى وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يحْرُمُ عَلَيْهَا فِي الْبَاطِنِ؛ تَغْلِيبًا لِبَقَاءِ النِّكَاحِ، فَعَلَى هَذَا تَكُونُ فِي حُكْمِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ.

والثَّانِي: يَحْرُمُ عَلَيْهَا فِي الْبَاطِنِ؛ تَغْلِيبًا لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فِي الظَّاهِرِ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ فِي حُكْمِ الْقِسْمِ الثَّانِي.

فَلَوِ ادَّعَى عَلَيْهِ تَصْدِيقَهُ فِيمَا دِينَ فِيهِ وَأَنْكَرَتْهُ؛ فَفِي وُجُوبِ إِحْلَافِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى مَا مَضَى، والله أعلم. انتهى.

وهو مشكل؛ لأنا إن قلنا: يجب التفريق بينهما كما تقدم فواضح، وإن قلنا: لا يجب ففيه نظر أيضًا؛ لأنه إعراض مجرد، وأما التحليف فظاهر الأمر لا يكن مظاهرًا فغريب، وكيف يحلف في دعوى عين تلزمه ظاهرًا؟

والذي قاله الرَّافِعِي: أنا نقول لها: ليس لك مطاوعته؛ إلا إذا علمت صدقه، أو غلب على ظنك قرينة وأمارة، ويقال للرجل: لا نمكن من وطئها، ولك التبليغ فيما بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقًا، قال: هذا هو المراد بما يحكى عن الشَّافِعِي، أنه قال: له الطلب وعليها الهرب.

وحكى الرَّافِعِي فيمن ادعى سبق لسانه إلى لفظ الطلاق، وأنه كان يريد أن يقول غيره، عن نص الشَّافِعِي: أنه لا يسع امرأته أن تقبل ذلك منه، وعن الرُّويَاني ما تقدم هناك.

ولفظ الشَّافِعِي في «الإملاء»: وإذا قال: قد حلفت بالطلاق ألا أفعل كذا وكذا، ففعل؛ لزمه الطلاق في الحكم وكل ما وصفنا أنه يلزمه في الحكم من كلام الطلاق، فإن لم يرد به طلاقًا، أو إقرارًا تجنب الطلاق وهو كاذب؛ فلا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى، ويسعه أن يمسك امرأته، ولا يسعها هي إذا علمت ذلك أن

فَصْلٌ

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ كَذَا أَوْ فِي غُرَّتِهِ أَوْ أَوَّلِهِ وَقَعَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ....

تقيم معه؛ لأنها لا تعلم من صدقه ما يعلم من صدقه نفسه، انتهى.

وهذا ينازع فيما قاله الْمَاوَرْدِي من الكراهة، ويشهد لوجه التحريم، وفيما قاله الرَّافِعِي فيما إذا ظن صدقه بقرينة، إلا أن يؤول النص على غير هذه الحالة، والله أعلم.

قال:

(فَصْلٌ؛

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ كَذَا، أَوْ فِي غُرَّتِهِ أَوْ أَوَّلِهِ؛ وَقَعَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ) تعليق الطلاق بالشرط جائز، كما يجوز تعليق العتق بالتدبير وغيره، وإذا علق فليس له الرجوع عنه، كما لو عقد اليمين على فعل، ولا فرق بين كون الشرط معلوم الحصول أو موهومه، ولا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط، وإن علم وجوده لا محالة، ولا يحرم الوطء وغيره قبل وجود الشرط عندنا، هذا هو المذهب المعروف(١).

وحكى ابن الرِّفْعَة عن «شرح المفتاح»: أنه حكى ابن سريج مثل قول مالك ومن وافقه، من أنه إذا علقه بصفة توجد لا محالة كقدوم الحج، وطلوع الشمس، ومجيء الليل؛ وقع في الحال وهذا غريب، عن ابن سريج ومذهبه في قوله: إن لم أطلقك اليوم؛ فأنت طالق؛ ينافي ذلك إذا عرفت هذا، فقال: أنت طالق في أول شهر، أو نحوها مما ذكره المصنف، ونحوها؛ طلقت مقترنًا بأوله، كما أن الطلاق المعلق بدخول الدار يقع بالحصول في أولها، ولا يعتبر بوسطها، والوصول إلى صدرها.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: لو قال لها: أنت طالق في شهر كذا، أو إلى شهر كذا، أو في غرة هلال شهر كذا، أو في دخول شهر كذا، أو في استقبال

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٤٢٣).

أَوْ فِي نَهَارِهِ أَوْ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْهُ فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ، أَوْ آخِرِهِ فَبِآخِرِ جُزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ،

شهر كذا؛ كانت طالقًا ساعة تغيب الشمس من الليلة التي يرى فيها هلال ذلك الشهر، ولو رؤي هلال ذلك الشهر بعشى؛ لم تطلق إلا بمغيب الشمس؛ لأنه لا يعد الهلال إلا من ليلته لا من نهار يرى فيه لم ير قبل ذلك في ليلته.

وكذا قال فيما إذا قال: أنت طالق إذا دخلت سنة كذا، أو في مدخل سنة كذا، أو في سنة كذا، أو إذا أتت سنة كذا؛ تطلق إذا دخلت السنة.

إشارة: أغرب الحناطي فحكى قولًا: أنه إذا قال: في شهر كذا؛ أنه لا يقع إلا في آخر الشهر، وحكاه الإمام والغزالي عن أبي حنيفة، وإنما نقل العبدري، وأبو نصر بن الصباغ، والْبَنْدَنِيجِي هذا عن أبي ثور فقط، وأفهم كلام العبدري أنه يخالف فيه غيره، ولم أر هذا في كلام الحنفية، نعم قالوا: لو قال: في يوم كذا، ثم قال: أردت آخره؛ أنه يقبل منه ظاهرًا بخلاف قوله: يوم كذا.

فرع: قال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: لو قال: أنت طالق شعبان أو رمضان وقع في الشهر الذي سماه.

قال: (أَوْ فِي نَهَارِهِ أَوْ أَوَّلِ يَوْمٍ مِنْهُ؛ فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ منه)؛ لأن الفجر أول اليوم، وأول النهار، قاله الخليل وغيره من أئمة اللغة، فلو ادعى أنه أراد في هذه المسائل، وما قبلها غير ما حملناه عليه اللفظ من آخر الشهر، أو اليوم؛ لم يقبل ظاهرًا على المذهب، ويدين إلا إذا كان اللفظ يتأتى ذلك كقوله: «في غرته»، ثم ادعى: أنه أراد جزءًا من الثلاث، وإن قال: أردت الثاني أو الثالث دين؛ لأن الغرة تصدق على الثلاث، ولو قال: أردت في آخر النصف الأول منه؛ ففي تديينه وجهان.

وقال الدارمي: وإن قال: شهر كذا، وقال: أردت آخره؛ دين في الباطن، وإن قال: في غرته، وأراد آخره؛ لم يقبل، وإن قال: في أوله قبل، وعندي كالغرة لا يقبل، انتهى.

قال: (أَوْ آخِرِهِ؛ فَبِآخِرِ جُزْءٍ مِنْ الشَّهْرِ) لأنه الآخر المطلق والمفهوم من اللفظ، وهذا ما أورده العراقيون، أو جماهيرهم.

وَقِيلَ: بِأَوَّلِ النِّصْفِ الْآخَرِ.

(**وَقِيلَ: بِأَوَّلِ النِّصْفِ الْآخَرِ**)؛ إذ كله آخر الشهر؛ فيقع في أوله كما يقع في أول الشهر، كما في قوله: أنت طالق في شهر كذا.

قال الرَّافِعِي: وفي «التهذيب» وجه ثالث: أنه يقع في أول الشهر في قوله: في شهر كذا، وقال الرَّافِعِي: وفي «المهذب» وجه ثالث: أنه يقع في أول اليوم الأخير، حملًا للأخير على اليوم الآخر، وإيراده يقتضي ترجيحه.

قلت: جزم به ثم حكى الوجهين في الكتاب، وصرَّح المعلق عنه في «المختصر»: بأنه اختياره، وأغرب في «الكافي» فنسبه إلى الأكثرين.

إشارة: في معنى آخر الشهر قوله: في انسلاخه، أو في انقضائه، أو في خروجه، أو في نفاده أو لمضيه، نص على كثير منها الشَّافِعِي، وألحق الشيخ أبو حامد وغيره الباقي بالمنصوص، ومن المنصوص الذي جرى عليه العراقيون قوله: في انسلاخه.

وفي «تعليق القاضي الحسين» فيه ثلاثة أوجه: قال: الأصح: أنه يقع في أول جزء من ليلة الثامن والعشرين، والثاني: عند مضي جزء من الشهر، وبه قال في «الدرس» الثالث: قال: ويحتمل أن يقع في اليوم الأخير من الشهر.

وفي «تهذيب الْبَغَوِي» و«تعليقه»: ولو قال: في سلخ كل شهر كذا يقع بطلوع الفجر من اليوم الأخير، ولو قال: لانسلاخ شهر كذا، أو عند انسلاخ كذا؛ وقع في آخر جزء من اليوم الأخير، وهذا لفظ «تعليقه»، وعبارة «التهذيب»: أو عند انقضاء شهر كذا.

فرع: قالا: لو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر، قال الجمهور: يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول.

قلت: كذا قاله الشيخ أبو حامد وأتباعه والْمَاوَرْدِي، ونسبه القاضي الحسين إلى الأصحاب، وقال الشَّاشِي في «الحلية» بعد نقله عن «المهذب»: إنه سهو، وقال ابن أبي عصرون: إنه خطأ، وعن ابن سريج: أنه يقع في آخر جزء من الخامس عشر.

وَلَوْ قَالَ: لَيْلًا إِذَا مَضَى يَوْمٌ فَبِغُرُوبِ شَمْسِ غَدِهِ، أَوْ نَهَارًا فَفِي مِثْلِ وَقْتِهِ مِنْ غَدِهِ، أَوْ الْيَوْمُ، فَإِنْ قَالَهُ نَهَارًا فَبِغُرُوبِ شَمْسِهِ وَإِلَّا لَغَا، ....

وقيل: عند طلوع الفجر من اليوم الأول، وبهذا جزم الْمُتَوَلِّي وصدر به القاضي الحسين كلامه، وقال القاضي أبو الطيب: أنه قول سائر أصحابنا غير ابن سريج، ونسبه في «الشامل» إلى الأكثرين، وهو الأقيس في «البيان»، وقال الدارمي: بعد ذكره الخلاف، ونسبه الأول إلى ابن الْقَطَّان، وعندي: أنه في أول جزء منه، وهذا وجه رابع محتمل.

فرع: في «الروضة» عن «التتمة»: لو قال: أنت طالق آخر أول آخر الشهر، وأوله طلوع الفجر، وآخر أوله غروب الشمس، ومن يحمل الأخير على النصف الثاني، فأوله ليلة السادس عشر؛ فتطلق عند انقضاء الشهر على الوجهين، انتهى لفظه.

واختصره من أصل سقيم، وكلامه صحيح إلى قوله: «ومن حمل الأخير على النصف الثاني إلى آخره» فغلط، والذي في كتاب الرَّافِعِي، «والتتمة»: فأوله ليلة السادس يقع عند استهلال الهلال على الوجهين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَيْلًا: إِذَا مَضَى يَوْمٌ؛ فَبِغُرُوبِ شَمْسِ غَدِهِ**) إذ به يتحقق مضي اليوم.

(**أَوْ نَهَارًا؛ فَفِي مِثْلِ وَقْتِهِ مِنْ غَدِهِ**) لما قلناه، قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقوه؛ لكن فيه تلفيق اليوم من النصفين المفترقين، وسبق في الاعتكاف: أنه لو نذر اعتكاف يوم؛ لم يجز تفريق الساعات على الأصح، انتهى.

وليس هذا بتفريق الساعات، نعم، هو نظرٌ ما لو نذر اعتكاف يوم فدخل فيه نهارًا، واستمر إلى مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني، وفي الاكتفاء به خلاف أيضًا، فإن قلنا: لا يكفي فقياسه هنا ألا يقع إلا بغروب شمس اليوم الثاني.

قال: (**أَوْ الْيَوْمُ**) أي: قال: إذا مضى اليوم فأنت طالق.

(**فَإِنْ قَالَهُ نَهَارًا؛ فَبِغُرُوبِ شَمْسِهِ**) أي: حملًا على اليوم المعهود.

(**وَإِلَّا لَغَا**) أي: وإن قاله ليلًا لغا؛ لأنه لا نهار حتى يحمل على المعهود،

وَبِهِ يُقَاسُ شَهْرٌ وَسَنَةٌ.

ولا يمكن الحمل على الجنس، هكذا قاله الرَّافِعِي والْمُتَوَلِّي، وذكر: أنه إن قال ليلاً أنت طالق اليوم؛ وقع في الحال.

ونقل ابن الرِّفْعَة عنه هذا في صورة الكتاب، وحاول تقريره وتصحيحه بما يطول ذكره، على أن ما ذكره الْمُتَوَلِّي في قوله: أنت طالق اليوم؛ كلام شيخه القاضي يخالفه، فإنه حكى وجهين فيما لو قال لها ليلًا أنت طالق في هذا اليوم، ورجح الوقوع تغليبًا للإشارة، وهو يفهم أنه إن كذب لم يقع وجهًا واحدًا، وما ذكره المتولي أوجه.

قال: (وَبِهِ يُقَاسُ شَهْرٌ وَسَنَةٌ) أي: باليوم يقاس شهر وسنة في حالتي التنكير والتعريف، فيقع في قوله: إذا مضى الشهر أو السنة بانقضاء ما هو فيه منهما حملًا على المعهود، وإذا أتى بلفظ منكر فلا بد من مضي شهر كامل أو سنة كاملة في التعليق بها، أو به.

وعبارة الرَّافِعِي: ولو قال: إذا مضى شهر فأنت طالق؛ فلا يقع حتى يمضي شهر كامل، كان اتفق في ابتداء الشهر وقع إذا مضى كاملًا أو ناقصًا، وهو يفهم أنه إذا اتفق قوله في ابتداء الشهر؛ أنه يكتفي به، ومثله قوله في صورة: إذا مضى يوم، أنه انطبق التعليق على أول النهار، طلقت بغروب شمسه، ولعل مراده ما إذا تم التعليق، واستعقبه أول النهار، وإلا فمتى ابتدأ التعليق في أول النهار، فيكون قد مضى جزء يسير، ولا يمنع تمام التعليق؛ فينكسر اليوم، فلا يقع بغروب شمسه.

وفي «الشامل»: ما يقتضي أنه إذا مضى من اليوم جزء يسير لا يمنع من وقوع اسم اليوم عليه، وكلام القاضي الحسين، والإمام يأبى ذلك، ولو شك فيما مضى من شهر التعليق؛ أخذ اليقين، زاد في «الروضة»: ويحل الوطء في مدة الشك على الأصح.

تنبيه: صرح الشيخان وغيرهما: أنه إذا أتى بلفظ منكر؛ فلا بد من مضي شهر كامل كما سبق، وقال الْحَلِيمِي في «منهاجه» في احتجاجه على أن

....

البسملة من الفاتحة: ولو قال لامرأته وقد مضى من الشهر خمسة عشر يومًا: إذا مضى شهر فأنت طالق، فمضى من الشهر الثاني خمسة عشر يومًا؛ طلقت سواء نقص الشهر الأول أو الثاني أو نقصا أو كملا.

فرع: إذا علق بمضي شهور وقع بمضي ثلاثة، أو الشهور.

قال القاضي الحسين: أصح الوجهين حمله على مضي جميع شهور تلك السنة التي هو فيها، والثاني: يطلق بمضي ثلاثة أشهر.

ورأيت في «إعجاز الجيلي»: أنه لو قال: بعدد الشهور فعرفها إن نوى شيئًا، فذاك وإلا فقيل: بعد اثني عشر شهرًا بالأهلة، قال: وكذا قال الإمام: إن نوى شيئًا فذاك، وإن لم ينو، قالوا: وقع بعد سبعة أيام، ولو قال: بعد ساعات ولا نية؛ فثلاث ساعات، أو الساعات فعرفها ولا نية؛ فقيل: بعد أربع وعشرين ساعة؛ لأنها كمال ساعات اليوم والليلة، انتهى.

فرع: في «مختصر الْبُوَيْطِي»: إذا قال: أنت طالق في «مكة» أو في بلد كذا، أوفي مكان كذا؛ طلقت في الحال، وتبعه الجمهور.

وقال الْمَاوَرْدِي: وَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ؛ فَإِنْ أَرَادَ كَوْنَهَا بِمَكَّةَ دُونَهُ؛ رُوعِيَ ذَلِكَ وَطُلِّقَتْ إِنْ حَصَلَتْ بِمَكَّةَ، وَلَمْ تُطَلَّقْ إِنْ لَمْ تَحْصُلْ بِهَا، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ بِمَكَّةَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَإِنْ أَرَادَ كَوْنَهُ بِمَكَّةَ دُونَهَا؛ رُوعِيَ ذَلِكَ، فَإِذَا حَصَلَ الزَّوْجُ بِمَكَّةَ طُلِّقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ بِهَا لَمْ تُطَلَّقْ سَوَاءٌ كَانَتْ بِمَكَّةَ أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ إِرَادَةٌ؛ رُوعِيَ حُصُولُهَا بِمَكَّةَ دُونَهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْأَظْهَرُ مِنَ الْكَلَامِ، فَإِذَا حَصَلَتْ بِمَكَّةَ طُلِّقَتْ، سَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجُ بِهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ.

وقال الْبُوَيْطِيُّ: تُطَلَّقُ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ إِرَادَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِمَكَّةَ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقَةَ بِغَيْرِ مَكَّةَ تَكُونُ مُطَلَّقَةً بِمَكَّةَ، وَهَذَا الْقَوْلُ فِيهِ تَنْفَصْل فَائِدَةُ التَّخْصِيصِ.

وَيُعَبَّرُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ، فَإِنَّهَا لَا تُطَلَّقُ قَبْلَ مَجِيءِ غَدٍ، وَإِنْ كَانَتِ الْمُطَلَّقَةُ فِي الْيَوْمِ مُطَلَّقَةً فِي غَدٍ، وكلامه يفهم أن الْبُوَيْطِي هو قائله، وهو كذلك

أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ، وَقَصَدَ أَنْ يَقَعَ فِي الْحَالِ مُسْتَنِدًا إِلَيْهِ وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَقِيلَ: لَغْوٌ أَوْ قَصَدَ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْسِ، وَهِيَ الْآنَ مُعْتَدَّةٌ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، ....

في «مختصره» كما رأيته فيه، وكلام غيره يفهم أنه قول الشَّافِعِي، وليس بجيد، ويوافق كلام الْمَاوَرْدِي ما نقلاه عن البوشنجي، وأقراه أنه لو قال: أنت طالق في الدار، فمطلق ذلك محمول على التعليق بدخول الدار، انتهى.

وأغرب الْمُتَوَلِّي فقال: عقب قوله: إنه لو أراد حصوله بمكة يقبل، وكذا لو قال: أنت طالق في شهر كذا أو في يوم كذا، وقال: أردت به تعليق الطلاق في مجيء ذلك الوقت؛ يقبل قوله، انتهى.

وقضية ذلك الوقوع في الحال، وقوله: في يوم كذا، أو شهر كذا، وإن كان اليوم، أو الشهر لم يأت بعد إذا لم يذكر إرادة، وأطلق، وهو خلاف كلامه وكلام الأصحاب في فصل التعليق، وخلاف المعروف، فهو سهو، وسبق قلم بلا رؤية.

قال: (**أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسِ، وَقَصَدَ أَنْ يَقَعَ فِي الْحَالِ مُسْتَنِدًا إِلَيْهِ؛ وَقَعَ فِي الْحَالِ**) لأنه أوقعه فيه، وأسنده إلى زمان سابق فيثبت ما يمكن ثبوته، ويلغوا ما لا يمكن.

(**وَقِيلَ: لَغْوٌ**)؛ لأنه إنما أوقع طلاقًا مسندًا، فإذا لم يكن إسناده؛ وجب ألا يقع.

(**أَوْ قَصَدَ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْسِ، وَهِيَ الْآنَ مُعْتَدَّةٌ**) أي: في عدة الرجعة، أو بائن.

(**صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: لقرينة الإضافة إلى أمس.

قال الرَّافِعِي: وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته، وإن كذبته فالعدة من وقت الإقرار، وعن القاضي الحسين: أنها إن صدقته قبل، وإلا فالقول قولها أنه أنشأ الطلاق ويحكم عليه بطلاقين ما أنشأه وما أقر به، انتهى.

والإمام ذكر: أن بعض النقلة نقله عن القاضي، وهو كلام مضطرب لا يجوز نسبة مثله إلى القاضي.

قلت: وكلامه في «تعليقه» صريح في خلافه، وموافق للأصحاب على

أَوْ قَالَ: طَلَّقْت فِي نِكَاحٍ آخَرَ، فَإِنْ عُرِفَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

القبول، وكأن كلامه التلبس على الحاكي عنه فإن فيه إبهام بالنسبة إلى العدة.

قال: (**أَوْ قَالَ: طَلَّقْت فِي نِكَاحٍ آخَرَ، فَإِنْ عُرِفَ**) أي: النكاح السابق بتصديقها، أو قامت عليه بينة.

(**صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: في إرادته الإخبار عن تطليقه في ذلك النكاح الماضي دون هذا.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم ينو له نكاح سابق وطلاق في ذلك النكاح، ولم تقم بينة على ذلك؛ لم يصدق، وحكم بوقوع الطلاق في الحال(١).

تتمات مهمة:

منها: المسألة من منصوصات «المختصر» و«الأم» قال في «الأم»: إذا قال لامرأته: أنت طالق أمس أو طالق عام أو طالق في الشهر الماضي، أو في الجمعة الماضية، ثم مات، أو خرس؛ فهي طالق الساعة، وتعتد من ساعتها، وقوله: طالق في وقت مضي يريد إيقاعه الآن محال، فقال الربيع: وفيه قول آخر للشافعي: أنه إذا قال لها: أنت طالق أمس قد مضى؛ فلا يقع في وقت موجب، قال الشَّافِعِي: إنه إذا قال لها أنت طالق أمس قد مضى؛ فلا يقع في وقت غير موجب.

قال الشَّافِعِي: ولو سئل فقال: قلته بلا نية شيء، أو قال: قلته لأن يقع عليها الطلاق في هذا الوقت؛ وقع عليها الطلاق ساعة تكلم به، انتهى.

وسيأتي سياق النص إلى آخره مفرعًا، وجعل الشيخ أبو حامد وأتباعه وغيرهم للمسألة خمسة أحوال:

أحدها: أن يريد أن يوقع الآن عليها الطلاق في الوقت الماضي فيقع في الحال، بقوله: أنت طالق، ويلغى قوله في الشهر الماضي، وذكر الشيخ أبو حامد عن الأصحاب كلهم أن ما ذكره الربيع من قوله ليس من قول الشَّافِعِي،

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٢/ ٣٣٦).

....

والمسألة على قول واحد إلا ابن خيران، فإنه جعلها على قولين وفيما قاله نظر، وقد حكى البيهقي ما يقتضي موافقة الربيع على نقله القول الثاني.

والثاني: أنه من نقل الربيع لا من تخريجه؛ ولهذا قال: وفيه قول آخر للشافعي ما أضافه إليه، وليس من عادته فيما يخرجه أن يقول: «ذهب»؛ بل يقول: «وفيه قول آخر»، وقد جزم أبو علي ابن أبي هريرة، والطبري بإثبات قولين، ولم يحكيا غير ذلك فلم ينفرد ابن خيران به.

ومنها: **الحالة الثانية للمسألة**: أن يقول: قلت ذلك، ولا نية لي؛ فيقع الطلاق في الحال كما نص عليه.

والثالثة: أن يفوت بيان مراده بموت أو خرس؛ فيقع الطلاق في الحال أيضًا، كما نص عليه، وسكت المصنف عن بيان حكم هاتين الحالتين، وقد يفهم كلامه الأولى، وكلام «المحرر» في إبهامها أظهر، وقد وجه الثانية من كلامهما برمز ذلك لقولهما، وإن قال: «قصدت»، وذكر الأحوال الثلاثة المتقدمة للمسألة، وفيه نظر.

ومنها: قال الشَّافِعِي: ولو قال: كنت طلقتها في هذا الوقت تعينت أنك كنت طالقًا فيه بطلاقي إياكي، أو طلقها زوج في هذا الوقت، فقلت: أنت طالق أي: مطلقة في هذا الوقت، فإن علم أنها كانت مطلقة في هذا الوقت منه أو من غيره ببينة، أو بإقرار منها؛ أحلف ما أراد به إحداث طلاق، وكان القول فيه قوله، وإن نكل حلفت وطلقت، انتهى.واعلم أنه وقع في «الروضة» خلل فاحش في ذكره هذه الحالة.

الحالة الرابعة: قال: أردت أني طلقتها في هذا الشهر الماضي، وبانت ثم جددت نكاحها، أو أن زوجًا آخر طلقها في نكاح سابق؛ قال الأصحاب: ينظر إن عرف نكاح سابق فطلق فيه أو أقام بذلك بينة، وصدقته المرأة في إرادته فذاك، وإن كذبته، وقالت: إنما أردت إنشاء الطلاق الآن؛ حلف، وإن لم يكن نكاح سابق فطلاق في ذلك النكاح، وكان محتملًا فينبغي أن يقبل التفسير به،

....

وإن لم تقم بينة يقع الطلاق، وإن كان كاذبًا؛ ولهذا لو قال ابتداءً: طلقك في الشهر الماضي زوج غيري؛ لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذبته، انتهى.

وكلامه إلى قوله: «وإن لم يعرف نكاح سابق وطلاق في ذلك النكاح»؛ فمستقيم، وأما قوله: «متصلًا به وكان محتملًا»؛ فغير مستقيم اختصره من أصل سقيم، وهو غلط بلا شك فخالف للنص، ولكلام الأصحاب، والصواب قول الرَّافِعِي: وإن لم يعرف نكاح سابق، وطلاق في ذلك النكاح، ولم تقم بينة على ذلك؛ لم يصدق، وحكم بوقوع الطلاق في الحال.

واعترض الإمام بأن كلامه إما أن يكون محتملًا؛ لما فسرته، أو لم يكن، فإن لم يكن محتملًا وجب ألا يصدق، وإن قامت بينة نكاح سابق، فطلاق في ذلك النكاح، وإن كان محتملًا فينبغي أن يقبل التفسير وإن لم تقم بينة، وألا يقع الطلاق، وإن كان كاذبًا إلى آخر كلام «الروضة»، وسقط عن المصنف بعض كلام الأصل وبعض أغراض الإمام؛ فجاء الكلام كما سبق، والمنقول ما سبق، وكذلك طرح الرَّافِعِي اعتراض الإمام من «شرحه الصغير».

ومنها: هل من شرط المسألة أن تكون زوجته في الزمن الماضي المضاف إليه الطلاق، أو يقول إذا لم تكن زوجته أَمْس مثلًا لا يقع الطلاق.

حكى الرَّافِعِي عن الْبَنْدَنِيجِي في آخر الفصل: أنه لو قال: أنت طالق أَمْس، وقد تزوجها اليوم؛ أن حكمه حكم ما لو تزوجها قبل أمس؛ لأن الطلاق لا ينعطف على الماضي، ولا فرق بين أن تكون منكوحة في الماضي أو لا.

وفي «الاستقصاء» ما ينازع في ذلك؛ فإنه قال: في موجبة قول الربيع أنه لا يقع؛ لأنه علقه على شرط الوقت الموجب؛ ولأنه أضافه إلى وقت يستحيل وقوعه فيه، كما لو قال: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم، ونحوه قول العبدري أيضًا، ويؤيده قول الصيمري: إنه لو قال: أنت طالق قبل أن تخلقي؛ تطلق إذا لم تكن له إرادة.

فرع: لو قال: أنت طالق للشهر الماضي، قال ابن أبي هريرة، وأبو علي

وَأَدَوَاتُ التَّعْلِيقِ: مَنْ كَمَنْ دَخَلَتْ، وَإِنْ وَإِذَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا وَكُلَّمَا وَأَيُّ كَأَيِّ وَقْتٍ دَخَلْت، ....

الطبري، والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، ونقله الرَّافِعِي عنه، ثم قال: لكن «اللام» في مثل ذلك تستعمل للتأريخ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة فيما إذا قال: في الشهر الماضي، انتهى.

وعلله ابن أبي هريرة: بأنه أوقعه بمضي الشهر الماضي، كما لو قال: أنت طالق لفلان، أو لرضا فلان، وكأنهم إنما حملوا «اللام» هنا على التعليل؛ لأن الزمان الماضي غير منتظر ولا يتوقع.

قال: (**وَأَدَوَاتُ التَّعْلِيقِ: «مَنْ» كَمَنْ دَخَلَتْ**) أي: الدار مثلًا من نسائي فهي طالق، (**وَ«إِنْ» وَ«إِذَا» وَ«مَتَى» وَ«مَتَى مَا» وَ«كُلَّمَا» وَ«أَيُّ» كَأَيِّ وَقْتٍ دَخَلْت**) أي: الدار فأنت طالق، ولا خفاء في استعمال الأدوات التي ذكرها في التعليق.

«فمن»: اسم متضمن معنى الشرط موضوع لمن يعقل سائغ فيه.

«فإن»: المكسورة المخففة للربط بين جملتي الشرط والجواب، موضوعة للشرط، فيؤخذ بوجوده، ويعدم بعدمه. فإن تدخل على المحتمل غالبًا.

«وإذا»: على المحقق وقوعه غالبًا، وهي ظرف لما يستقبل من الزمان غالبًا، متضمنة معنى الشرط غالبًا جاء، كإذا دخلت الدار فأنت طالق.

«ومتى»: ظرف زمان متضمن معنى الشرط سائغ في الزمن المستقبل، فأي زمن وجد فيه الشرط يعقبه جزاؤه.

«وكلما»: اسم موضوع للعموم متضمن للتكرار، «وما»: ظرفية، مثل: كلما وقت فعلت كذا فأنت طالق؛ فإن حذفت منها «ما» عمت بحيث ما يضاف إليه: ككل امرأة تقوم فهي طالق، وكل يوم أو موضع قعدت فيه فأنت طالق، ويجوز ذلك.

وقوله: «وأي وقت»: «أي» إذا أضيفت إلى اسم الزمان كأي وقت، وأي حين، وأي يوم، وأي ساعة، وأي زمان؛ وقد تستعمل في التعليق من غير إضافة

وَلَا يَقْتَضِينَ فَوْرًا إِنْ عُلِّقَ بِإِثْبَاتٍ فِي غَيْرِ خُلْعٍ إِلَّا أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ، وَلَا تَكْرَارًا إِلَّا كُلَّمَا، ....

إلى اسم الزمان مثل: أي رجل كلمته، ونحو ذلك، وترك من الأدوات «مهما».

قال: (**وَلَا يَقْتَضِينَ فَوْرًا إِنْ عُلِّقَ بِإِثْبَاتٍ**) أي: كإن دخلت الدار، أو إذا، أو متى، أو متى ما، أو كلما ونحوها، وقع بالدخول مطلقًا؛ لأن قصد الكلام التعليق به متى وجد، ولا دلالة لها على فورية ولا تراخٍ.

قال: (**فِي غَيْرِ خُلْعٍ**) أي: فإنه يقتضي الفورية من قرينة العوض، وقد سبق في لخلع، وإنها تفيد الفورية في بعض الصيغ دون بعض.

قال: (**إِلَّا أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ**) أي: فيعتبر الفور في المشيئة؛ لأنه تمليك على الصحيح، واحترز بقوله: «إن علق بإثبات» عما إذا علق بنفي وسنذكره.

قال: (**وَلَا تَكْرَارًا إِلَّا «كُلَّمَا»**) أي: الصيغ المذكورة لا تقتضي التكرار؛ بل متى وجد المعلق عليه فيها انحلت اليمين خلا «كلما»؛ فإنها تقتضي التكرار بالوضع والاستعمال، هذا هو المعروف، وفي «متى» و«متى ما» وجه أنهما كـ«كلما»، وقيل: أن «متى ما» تقتضيه دون «متى»، ويشبه أن يجري الخلاف فيهما.

إشارات: لو كان القائل إن ذلك يقتضي التكرار، هل ينظر إلى ظنه، أو إلى ما عندنا؟ ولينظر فيما لو قصد بذلك التكرار، هل يعتبر ظنه وقصده أم لا؟ ولو قال: كل وقت رحلت فيه؛ قيل: الظاهر فيها تفقهًا التكرار.

ولو قال: أنت طالق كل وقت؛ فيشبه أنه كقوله كل وقت، وقد صحح في «الروضة»: أنه يقتضي التكرار، وقيل لا، والمعنى: أنت طالق أبدًا، ويحسن أن يقال: يراجع وينبني على إرادته؛ فإن أطلق فتردد.

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: لو قال: أنت طالق إن، فوضع إنسان يده على فيه وقطع كلامه، ثم ادعى بعد ذلك: إني أردت أن أعلق بصفة؛ صدق بيمينه، وإنما حلف لجواز أن يعلق بصفة حاصلة، كإن كنت دخلت الدار ونحوها، وكان ذلك قد وجد منها، ثم قدم وادعى صفة في المستقبل، وتبعه الشيخان.

وَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَ أَوْ عَلَّقَ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ فَطَلْقَتَانِ، ....

وعبارة العبادي في «الزيادات»: فلما أطلق تمم كلامه، وذكر الشرط الذي يريده، قال: فأفتى فقهاء «هراة» بوقوع الطلاق، فسئلت فأفتيت بألا يقع، فطلبت فوجدت للسلف كما قلت، ففرحوا، انتهى.

ورأيت الحنيفة قالوا: فلما رفع يده عن فيه إلى آخر كلام العبادي، وكلامه كلامهم يفهم أنه إنما يقع؛ لأنه تمم كلامه وذكر الشرط، وقد يوجه بأن زمن إمساك فيه كان معذورًا فيه فكان كالعدم، كما لو حبس لسانه سعال أو عي ونحوهما؛ لكن لو جهل ذلك فلم يتمم هل يكون عذرًا؟ الأقرب: نعم.

لو قال: أنت طالق إن، وسكت مختارًا؛ فقول الحال؛ لأن الظاهر أنه أضرب عن التعليق وعجل الطلاق، قاله الْمُتَوَلِّي وتبعاه هنا.

ونقلا في باب «تعدد الطلاق» عن البوشنجي: أنه إذا قال: «إن» أو «إن لم» أنه ينظر؛ فإن قصد التعليق، أو الاستثناء فلم يتمه، فلا أدري إن يقع طلاقه ويصدق؛ وإلا قر به، وإن لم يصدق الاستثناء ولا التعليق؛ وقع، وأقراه.

وقضية أنه إذا قصد التعليق لا يقع؛ فإن قطع الكلام مختارًا، والمراد الاستثناء بإلا وأخواتها، إلا بمشيئة الله تعالى؛ لأن قصده بمجرده لا يكفي مطلقًا كما سبق.

وقال العبادي: إذا قال: أنت طالق إن أو لولا، أو قال: إن كان؛ قيل: إنه لا يقع؛ لأنه أراد اليمين فتركه، وقيل: إنه يقع؛ لأنه أراد الاستثناء فتركه.

ورأيت في «فتاوى الحناطي»: أنه يسأل عمن قال: أنت طالق إن، ثم بدل قبل قوله: إن فعلت كذا فسكت، قال: تطلق على أظهر الوجهين.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَ، أَوْ عَلَّقَ**) أي: طلاقًا.

(**بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ؛ فَطَلْقَتَانِ**) أي: واحدة بالتنجيز، وأخرى بالتعليق؛ لأن التعليق مع وجود الصفة تعليق على الأصح، وقد وجدا بعد التعليق الأول، وقد علق طلاقها أولًا بصفة، ثم قال: إذا طلقتك فأنت طالق، فوجدت الصفة؛ لم يقع الطلاق المعلق التطليق؛ لأنه لم يحدث بعد تعليق طلاقها على

أَوْ كُلَّمَا وَقَعَ طَلَاقِي فَطَلَّقَ ....

التطليق شيئًا، أو لا فرق بين وقوع الطلاق المعلق بالتعليق، وبين أن يطلقها بصريح أو كناية.

وأما إذا وكل بطلاقها فلا يقع في قوله: إذا طلقتك، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره؛ لكنه فيما إذا قال: «طلقتك فأنت طالق»، ثم قال: ملكتك نفسك يريد به الطلاق، فطلقت نفسها؛ أنها تطلق طلقتين؛ فكأنه مبني على قولنا: إن التفويض تمليك، وعلى هذا ففيه بحث.

إشارة: الصورة في المدخول بها قيده في «تهذيب المحرر» وغيره، إذ غيرها تبين بأولى، وإطلاق المصنف يوهم ويقوى إيهامه بفصله في التي بعدها في موضع لحوق الطلاق المعلق بالتطليق في المدخول بها أن يكون مجانًا؛ فإن طلق بعوض؛ لم يقع الطلاق المعلق؛ نص عليه الشَّافِعِي، واتفقوا عليه، وحكى وجه شاذ: أنه يقع في غير المدخول بها، وفي الخلع طلقتان.

تنبيه: لو قال: لم أرد بقولي: إذا طلقتك فأنت طالق عقد صفة، وإنما أردت أن إذا طلقتها يقع عليها الطلاق، قال العراقيون وغيرهم: وهو قضية نص «الأم»: لا يقبل ظاهرًا، ويدين فيه؛ إذ قال في «الأم»: ولو قال: إنما أردت فهذا كله أنك إذا طلقتك تكوني طالق بطلاقي؛ لم يدين في القضاء؛ لأن ظاهر قوله غير ما قال، وكان له فيما بينه وبين الله تعالى أن يحسبها، انتهى.

هذه عمدة الجمهور، وقال القاضي الحسين: يحتمل وجهين: ثانيها: القول ظاهرًا؛ لأنه يحتمل ما يدعيه، وتقديره كأنه إذا قال: طلقتك فأنت طالق بتطليقي إياك، وهذا الذي قاله ظاهر نصه في «الْبُوَيْطِي»، فإنه قال: فإن قال: أنت طالق إذا طلقتك، أو ساعة أطلقك؛ فلا شيء عليه حتى يطلقها واحدة؛ فإذا طلقها وقعت الثانية إلا أن يقول: إنما أردت بقولي: «إذا طلقتك فأنت طالق بالطلاق الأول الذي طلقتك»، وإن لم يكن له بينة فهي ثنتين، انتهى. وفي حكمه على التديين بعد، فحصل قولان، والله أعلم.

قال: (**أَوْ كُلَّمَا وَقَعَ طَلَاقِي فَطَلَّقَ**) أي: طلقة.

فَثَلَاثٌ فِي مَمْسُوسَةٍ وَفِي غَيْرِهَا، طَلْقَةٌ.

وَلَوْ قَالَ: وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْدٌ حُرٌّ، وَإِنْ ثِنْتَيْنِ فَعَبْدَانِ، وَإِنْ ثَلَاثًا فَثَلَاثَةٌ، وَإِنْ أَرْبَعًا فَأَرْبَعَةٌ فَطَلَّقَ أَرْبَعًا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا عَتَقَ عَشَرَةٌ، وَلَوْ عَلَّقَ بِكُلَّمَا فَخَمْسَةَ عَشَرَ عَلَى الصَّحِيحِ.

(فَثَلَاثٌ فِي مَمْسُوسَةٍ) لاقتضاء «كلما» التكرار، فتقع أولى بالتنجيز، وثانية بوقوع الأولى، وثالثة بوقوع الثانية.

قال: **(وَفِي غَيْرِهَا طَلْقَةٌ)**؛ لأنها بانت بالأولى فلم يبق محل للطلاق، ولا نغفل عما تقدم أنها إذا استدخلت منيه كانت في حكم الممسوسة.

قال: **(وَلَوْ قَالَ وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ: إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْدٌ حُرٌّ، وَإِنْ ثِنْتَيْنِ فَعَبْدَانِ، وَإِنْ ثَلَاثًا فَثَلَاثَةٌ، وَإِنْ أَرْبَعًا فَأَرْبَعَةٌ، فَطَلَّقَ أَرْبَعًا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا، عَتَقَ عَشَرَةٌ)**؛ لأن بطلاق الأولى يعتق عبد، وبالثانية عبدان، وبالثالثة ثلاثة، وبالرابعة أربعة، ومجموع ذلك عشرة، وأدوات التعليق كلها في ذلك سواء، خلا «كلما» وما يقال: إنه في معناها.

قال: **(وَلَوْ عَلَّقَ «بِكُلَّمَا» فَخَمْسَةَ عَشَرَ عَلَى الصَّحِيحِ)** إذا علّق بـ«كلما» ثم طلق الأربع إما معًا، أو مرتبًا فوجوه: الصحيح، وظاهر المذهب في «المحرر» و«الشرح» وما ذكره؛ لأنه إذا طلق واحدة عتق عبد، وإذا طلق أخرى حصلت صفتان: يطلق واحدة مرة أخرى، وتطليق اثنتين، و«كلما» تقتضي التكرار فعتق ثلاثة إذا طلق ثالثة حصل بتطليق واحدة مرة، وطلاق ثلاث فيعتق أربعة؛ فإذا طلق الرابعة وحصل تطليق واحدة مرة وهي الرابعة، وبطلاق اثنتين عن الأوليتين، وطلاق أربع فيعتق سبعة، والمجموع «خمسة عشر».

وقيل: يعتق عشرة، وقيل: ثلاثة عشر، وقيل: سبعة عشر، وقيل: عشرون، واتفقوا على تضعيفها، والرجوع في تعيين العبيد إليه.

تنبيهات: ما سبق فيما إذا كان المأتي به صيغة «كلما» كل مرة؛ فأما إذا أتى بـ«كلما» في أول مرة، كقوله: «كلما طلقت امرأة فعبد من عبيدي حر، وإن ثنتين فعبدان، وإن ثلاثًا فثلاثة، وإن أربعًا فأربعة أحرار»، قال ابن الرِّفْعَة: فلا

وَلَوْ عَلَّقَ بِنَفْيِ فِعْلٍ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ إِنْ عَلَّقَ بِإِنْ كَإِنْ لَمْ تَدْخُلِي وَقَعَ عِنْدَ الْيَأْسِ مِنَ الدُّخُولِ، أَوْ بِغَيْرِهَا فَعِنْدَ مُضِيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ذَلِكَ الْفِعْلُ.

يوجد في المسألة إلا وجهان: المذهب منهما: أنه يعتق ثلاثة عشر عبدًا، وقيل: عشرة، وعبارة «التنبيه» مستدركة.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَ بِنَفْيِ فِعْلٍ؛ فَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ إِنْ عَلَّقَ بِـ«إِنْ» كَإِنْ لَمْ تَدْخُلِي؛ وَقَعَ عِنْدَ الْيَأْسِ مِنَ الدُّخُولِ، أَوْ بِغَيْرِهَا؛ فَعِنْدَ مُضِيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ذَلِكَ الْفِعْلُ**) إذا استعمل الأدوات المتقدمة في النفي؛ فالمعروف في كتب المذهب أنه في غير «إذ» و«إذا» يقتضي الفورية بلا خلاف، وأشار الحناطي إلى أن طرد الخلاف الآتي فيما إذا قال: متى لم تدخلي الدار فأنت طالق، أو متى ما، أو مهما، أو أي وقت، ونحوها؛ فإذا مضى زمن يمكن فيه الفعل، فلم تفعل طلقت؛ إذ المعلق عليه انتفاء الفعل في زمن ما، فإن انتفى في زمن وقع الطلاق، وهذا واضح في غير«مهما» فإنها دالة على الزمان، ولأن «مهما» من ذكرها من أصحابنا كلامه يفهم أنها دالة على الزمان، وكلام النحاة يأباه.

وأما «إن»، و«إذا» فنص الشَّافِعِي على أن «إذا» تقتضي الفورية؛ فإذا قال: إذا لم تدخلي الدار، وإذا لم أطلقك فأنت طالق؛ لم تطلق حتى يعلم أنه لا يطلقها بموته، أو بموتها، وجرى الجمهور على مقتضى النصين، وفرقوا بأن «إذا» ظرف لما يستقبل من الزمان، وكانت بمنزلة «متى» في الدلالة على الزمان، فمعنى قوله: «إذا لم أطلقك» أي: انتفى طلاقي إياك في زمن، فأنت طالق، بخلاف «إن» فإنه لا دلالة لها على الزمان؛ بل تدل على مجرد الاشتراط، فمعنى قوله: «إن لم أطلقك» إن انتفى تطليقي إياك، وهو لا ينتفي مطلقًا إلا بالموت.

وقيل: فيهما قولان نقلا وتخريجًا، وقيل: إنهما سواء لا يقع الطلاق بهما، سواء حتى يموت أحدهما؛ لأن قوله: «إذا لم أطلقك فأنت طالق»، يحتمل أن يكون معناه: فإذا فاتني طلاقك، ويحتمل قوله: إن أطلقك إن مضى زمان لم أطلقك فيه، فكل واحدة من اللفظتين تحتمل صاحبتها، وإذا كان كذلك لم يقع إن نوع الطلاق بالشك، وهذا يفهم التخريج من أن «إذا» بخلاف

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتِ أَوْ أَنْ لَمْ تَدْخُلِي بِفَتْحِ أَنْ وَقَعَ فِي الْحَالِ.

قُلْت: إِلَّا فِي غَيْرِ نَحْوِيٍّ فَتَعْلِيقٌ فِي الْأَصَحِّ، والله أعلم.

العكس، وهذه الطريقة قوية، وبها قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأن «إذا» تستعمل شرطًا فأشبهت «إن».

تنبيهات: الظاهر أن محل اعتبار اليأس ما إذا أطلق، وقصد ما يقتضيه الإطلاق؛ أما لو قال: أردت أو لم تدخل الآن مثلًا أو اليوم؛ تعلق الحكم بالوقت المنوي فقط، لا خفاء في حصول اليأس بموت أحدهما - أعني: قبيل موته - بحيث لا يبقى زمن يمكنه أن يطلقها فيه.

قال الداركي: ولو استمسك لسانه قبل موته بيوم أو أكثر، ثم مات؛ تبين أن الطلاق وقع في تلك الحالة؛ لأن فيها حصل الفوات والتعذر، ويحسب العدة من ذلك الوقت.

قلت: وكان هذا إذا لم يبق له إشارة مفهمة، ولا كناية حكمية، ومن طرق الفوات: أن يجن ويتصل جنونه بموته فيطلق قبيل جنونه؛ كما يطلق قبيل موته، وذكره القاضي الحسين وغيره، وفيه وجه نقله الرَّافِعِي في «الظهار».

عن رواية الشيخ أبي علي، وأبداه الغزالي احتمالًا؛ لأنه لا يقع إلا قبيل الموت ويجعل توقع الإقامة كتوقع الطلاق في حق التسليم لو انفسخ النكاح بردة أو غيرها؛ ومجرد ذلك أوجب اليأس لاحتمال عود الزوجة، وإيجاد الصفة المطلق عليها لا يختص بالنكاح الأول، فإن اتصلت الفرقة بالموت، ولم يجدد نكاح تحقق الفوات، والقول بوقوع الطلاق هنا قبيل الموت يتعذر لمصادفة حال البينونة؛ فقال الإمام بعد تردد: ويلزم، فيسند ذلك إلى ما قبل الفسخ والانفساخ كما أسندناه إلى ما قبل الجنون، وجرى عليه أتباعه، وفيه بحث يطول استقصاؤه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتِ، أَوْ أَنْ لَمْ تَدْخُلِي بِفَتْحِ «أَنْ» وَقَعَ فِي الْحَالِ**) أي: فعلت أو لم تفعل؛ لأن «أن» المفتوحة للتعليل لا للتعليق.

قال: (**قُلْت: إِلَّا فِي غَيْرِ نَحْوِيٍّ؛ فَتَعْلِيقٌ فِي الْأَصَحِّ، والله أعلم**) لأن

فَصْلٌ

عَلَّقَ بِحَمْلٍ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ وَقَعَ، ....

الظاهر أنه يقصده فيحمل إطلاقه عليه، وهذا ما نسبه في «الروضة» إلى قطع الأكثرين، **والثاني**: يحكم بالوقوع في الحال عملًا بمقتضى اللفظ، فلا يعتبر من غير قصد إلا أن يكون جاهلًا باللغة، وقال: قصدت التعليق فيصدق بيمينه.

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: وهذا أنسبه، وإلى ترجيحه ذهب ابن الصباغ، وهو المذكور في «التتمة»، انتهى.

وبه أجاب القاضي أبو الطيب، وذكر الرَّافِعِي والمصنف في «فصل الاستثناء»: أنه إذا قال: أنت طالق إذ شاء، أو أن شاء الله بالفتح، أو إذ شاء زيد، أو أن شاء زيد يقع في الثاني، سواء كان عارفًا باللغة أم لا على أصح الأوجه، وثانيها: لا، وثالثها: يفرق بين النحوي وغيره، قالا: واختاره الرُّويَانِي، انتهى. لا فرق بين المسألتين وقد جمع بينهما القاضي أبو الطيب، وأجاب فيهما بجواب واحد والله أعلم.

فرع: لو قال: أنت طالق إن طلقتك؛ حكم بوقوع طلقتين؛ واحدة بإقراره، وأخرى بإيقاعه في الحال؛ لأن معناه: أنت طالق؛ لأني طلقتك، وحكم قوله: أنت طالق إذا طلقتك بالفتح.

قال:

(فَصْلٌ)

عَلَّقَ بِحَمْلٍ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ؛ وَقَعَ) أي: في الحال؛ لوجود الشرط، هكذا قالاه تبعًا للبغوي، ولا خفاء أنه على قولنا: الحمل يعلم، والذي يفهمه إيراد غيرهما: أنه لا يقع في الحال، وبه صرح الْمَاوَرْدِي والغزالي في «البسيط» قال: لأنه لم يتيقن الحمل، وهذا مقتضى إطلاق العراقيين.

قال الْمَاوَرْدِي: وتستبرئ بعد التعليق فإن لم تظهر أمارات الحمل ولا استبرأت، فهي **عَلَى الزَّوْجِيَّةِ وَلَهُ وَطْؤُهَا، وَإِنْ ظَهَرَ بِهَا أَمَارَاتُ الْحَمْلِ انْتَظَرَ بِهِ حَالَ الْوَضْعِ**، وهذا مقتضى كلام «الوسيط».

وَإِلَّا فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ التَّعْلِيقِ بَانَ وُقُوعُهُ، أَوْ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ بَيْنَهُمَا وَوُطِئَتْ وَأَمْكَنَ حُدُوثُهُ بِهِ فَلَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ وُقُوعُهُ.

وكذا قال الإمام: إذا علق بالحمل فلا يحكم بوقوع الطلاق في الحال؛ للشك القائم والتردد، والأصل بقاء النكاح، وكلام الباقين إما مصرح كذلك، أو ظاهر فيه ولعل مأخذ الخلاف فيما سبق أن الحمل: هو يعلم أو لا، وكلام الإمام قد يأباه، ويؤيده ما في «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو علق بحملها؛ فقال: أنت حامل، فإن صدقها؛ وقع في الحال، وإن كذبها؛ لم يقع ما لم تلد، فإن شهد بحملها أربع نسوة لم يقع؛ لأنا لا نوقعه بشهادة النساء، وبحث مع الْقَفَّال بعض أصحابنا، وأطالا ولم يرجع الْقَفَّال إليه⁽¹⁾.

وقال الْعِمْرَانِي: الذي يقتضيه المذهب: أنه إذا شهد الأربع بالحمل؛ يقع الطلاق، كما يثبت النسب، وفيما قاله نظر، وقد أجاب عنه الْقَفَّال بأن النسب من ضرورات الولادة بخلاف الطلاق.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن حمل ظاهر.

(**فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ التَّعْلِيقِ؛ بَانَ وُقُوعُهُ**)؛ لأنها كانت حاملًا حينئذٍ.

(**أَوْ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ بَيْنَهُمَا وَوُطِئَتْ وَأَمْكَنَ حُدُوثُهُ بِهِ؛ فَلَا**) أي: لجواز حدوثه من الوطء، مع استصحاب أصل دوام النكاح.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يطأها بعد التعليق، أو وطئت وكان بين الوطء والوضع دون ستة أشهر.

(**فَالْأَصَحُّ: وُقُوعُهُ**) أي: لتبين الحمل بحمل ظاهر، والثاني: لا يقع لتطرق احتمال الحدوث، مع أن الأصل بقاء النكاح.

إشارات: منها: قوله: «فإن ولدت لدون ستة أشهر»؛ يقتضي أن حكم الستة حكم ما فوقها، وكذا قوله: «أو لأكثر من أربع سنين» يقتضي أن حكم الأربع حكم ما دونها، وكذا عبارة «الشرحين» و«الروضة» وفيها تسمح؛ لأنها

---

(1) انظر: «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٣٣٦/٣٣).

متى وضعته لستة أشهر بلا زيادة من الحلف بان كونه حاصلًا في وقت التعليق؛ إذ لا يمكن كونه حادثًا إلا بزيادة عليها.

وعبارة «الإبانة»: فإن ولدت لستة أشهر أو أقل؛ تبين أن الطلاق كان واقعًا، وأما الحالة الأخرى فقد صرح «الوسيط» بأن حكم الأربع سنين حكم ما فوقها، ووجه ذلك بأن أكثر مدة الحمل أربع سنين، فإذا أتت به لأربع سنين من وقت الحلف تبينا أنها لم تكن عند الحلف حاملًا؛ إذ لو كانت حاملًا لزادت مدة الحمل على أربع سنين.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: وفي الحكم يتحقق وجود الحمل بالوضع لدون ستة أشهر نظر من جهته أن كماله ونفخ الروح فيه يكون بعد الشهر الرابع كما شهد به الخبر، والستة أشهر في المعتبرة الحمل الكامل الذي يعيش في الغالب، وإذا كان كذلك فإطلاق القول بالوقوع في هذه الحالة مشكل، وهو كما قال - ﷺ تعالى -.

ومنها: حد من قوله: «وإن وطئت وأمكن حدوثه» أنه لا فرق بين وطء الزوج وغيره ممن يحبل، سواء كان وطء شبهة، أو زنا، أو من الزوج.

ومنها: فيما إذا لم توطأ؛ فالأصح وقوعه الخلاف الذي في «الروضة» و«الشرحين» وغيرهما، قولان أو وجهان وحكاهما حاكون قولين.

ومنها: إذا لم يكن الحمل ظاهرًا فينبغي أن يفرق بينهما، ويمنع الوطء، وهل يحرم للاحتياط أو لا للشك؟ فيه وجهان أصحهما: الثاني، قاله الرَّافِعِي؛ لكن القاضي الحسين نسبه إلى الأصحاب مطلقًا، وكذلك الشيخ أبو حامد، وهو المحكي عن قضية كلام الجمهور؛ لكن قال القاضي: إن الشَّافِعِي نص في «الكبير» على أن الوطء مكروه.

وكذلك حكاه أبو حامد عن نصه في «الإملاء» فيما إذا قال: أعطيها ألفًا على أنها طالق إن كانت حاملًا، ولفظ الشَّافِعِي في هذه المسألة: وأكره له وطؤها، ولا أمنعه منه، وقال الْقَفَّال: إن ترك الوطء مستحب، فأصح الأوجه

وَإِنْ قَالَ إِنْ كُنْت حَامِلًا بِذَكَرٍ فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا وَقَعَ ثَلَاثٌ.

أَوْ إِنْ كَانَ حَمْلُك ذَكَرًا فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ أَوْ إِنْ وَلَدْت فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ مُرَتَّبًا طَلُقَتْ بِالْأَوَّلِ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالثَّانِي.

وهو المنصوص: أنه مكروه.

قلت: وإذا كان الحمل مما يعرفه القوابل، ويثبت بشهادتهن كما ذكره الْقَفَّال وغيره؛ فلم لا يقال هنا يرجع إليهن فإن شهدت به قوي القول بتحريم الوطء؛ بل يتعين، وإن توقعنا وقوع الطلاق، والله أعلم.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: إِنْ كُنْت حَامِلًا بِذَكَرٍ فَطَلْقَةً، أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا؛ وَقَعَ ثَلَاثٌ**) أي: لتحقق الصفتين، وإن ولدت أحدهما وقع المعلق به، وإن ولدت خنثى؛ وقعت طلقة في الحال؛ لأنها محققة، وتوقف طلقة أخرى إلى بيان حاله، ولنا وجه شاذ أن الجنس نوع ثالث فقياسه: أن يقضي لوقوع شيء في الحال ويوقف الأمر إلى أن يتضح.

إشارة: في حكم ما ذكره، وذكرناه قوله: إن كان في بطنك كذا، وتنقضي العدة في جميع هذه الصور بالولادة، ويكون الوقوع عند اللفظ.

قال: (**أَوْ إِنْ كَانَ حَمْلُك**) أي: وما في بطنك.

(**ذَكَرًا فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا؛ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ**) أي: لعدم الصفتين؛ لأن قضية اللفظ كون جميع الحمل ذكرًا أو أنثى، وليس كذلك؛ وإنما هو ذكر وأنثى ولو أتت بذكرين أو أنثيين؛ فأشبه الوجهين في «الشرح» وأصحهما في «الروضة»: الوقوع؛ لأن المفهوم من ذلك التعليق بالجنس الواحد.

وقال الشيخ أبو محمد، ومال إليه الإمام، وجزم به الْمَاوَرْدِي: المنع؛ لاقتضاء التنكير التوحيد، فعلى هذا لو أتت في التعليق بالذكورة بذكر وخنثى؛ لم يصح شيء، وعلى الأول يقع الطلاق؛ إذا بان الخنثى ذكرًا.

قال: (**أَوْ إِنْ وَلَدْت فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ مُرَتَّبًا؛ طَلُقَتْ بِالْأَوَّلِ**) أي: لوجود الصفة.

(**وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالثَّانِي**) والمعتبر انفصال جميع الولد حيًا كان أو ميتًا،

وَإِنْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتِ فَوَلَدَتْ ثَلَاثَةً مِنْ حَمْلٍ وَقَعَ بِالْأَوَّلَيْنِ طَلْقَتَانِ وَانْقَضَتْ بِالثَّالِثِ، وَلَا يَقَعُ بِهِ ثَالِثَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ.

ذكرًا أو أنثى أو خنثى، فلو خرج بعضه، ومات الزوج أو الزوجة؛ لم يقع الطلاق، وتتحقق الصفة بوضع ما يثبت به أمية الولد، وما لا يثبت به فلا، ولا يتكرر الطلاق بتكرر الولادة؛ لعدم اقتضاء اللفظ التكرار، فإن ولدتهما معًا طلقت طلقة، واعتدت بعد ذلك، وإن ولدتهما معًا، وكانا حملًا واحدًا بأن كان بينهما دون ستة أشهر؛ انقضت عدتها بالثاني، كما ذكره.

وإن كانا حملين فانقضاء العدة بالثاني مبني على لحوقه بالزوج، وهذا يلحقه إذا أتت به لأقل من أربع سنين، وهل تحسب المدة من الطلاق أو من انقضاء العدة؟ فيه خلاف يأتي في العدة، كذا أطلقا هنا، وليس الحكم كذلك مطلقًا؛ بل متى كان الطلاق الواقع بولادة الأول بائنًا لم يلحقه الحمل الثاني لعلمنا بحدوثه بعد البينونة، وإن كان رجعيًا؛ فلحوقه مبني على الخلاف في ابتداء المدة، إن قلنا: من حين الطلاق لم يلحقه، أو من انقضاء العدة لحقه.

وإذا أتت به لدون أربع سنين من ولادة الأول؛ قال الرَّافِعِي في «العدة»: وتنقضي العدة بوضعها ولم يلحقه لاحتمال وطء شبهة بعد البينونة، كذا قاله ابن الصباغ، انتهى.

وسكتا عليه في «الشرح» و«الروضة»، وهو مخالف لما ذكراه هنا من وجهين: **أحدهما**: ما أشرنا إليه من التفصيل في اللحوق، **والثاني**: في حكم انقضاء العدة به لم يلحقه.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتِ فَوَلَدَتْ ثَلَاثَةً مِنْ حَمْلٍ؛ وَقَعَ بِالْأَوَّلَيْنِ طَلْقَتَانِ وَانْقَضَتْ بِالثَّالِثِ، وَلَا يَقَعُ بِهِ ثَالِثَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في «الأم» وعامة كتبه؛ لأنه آخر الحمل فتنقضي العدة بوضعه، فتقارن الطلقة التي اقتضاها التعليق انقضاء العدة، وحصول البينونة، والطلاق لا يقع في هذه الحالة؛ كما يقر في قوله لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق، أو قال لها أو لغيرها: أنت طالق مع موتي.

وَلَوْ قَالَ: لِأَرْبَعٍ كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ فَوَلَدْنَ مَعًا طَلُقْنَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا أَوْ مُرَتَّبًا طَلُقَتْ الرَّابِعَةُ ثَلَاثًا، وَكَذَا الْأُولَى إِنْ بَقِيَتْ عِدَّتُهَا، وَالثَّانِيَةُ طَلْقَةً، وَالثَّالِثَةُ طَلْقَتَيْنِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا بِوِلَادَتِهِمَا، وَقِيلَ: لَا تَطْلُقُ الْأُولَى، وَتَطْلُقُ الْبَاقِيَاتُ طَلْقَةً طَلْقَةً، ....

وحكي عن «الإملاء»: أنه يقع بالثالث طلقة ثالثة وتعتد بالأقراء، وقطع الجماهير بالأول ولم ينسبوا هذا قولًا وأولوه، هذا ما في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها.

وأشار البيهقي في «المبسوط»: إلى إنكاره؛ فإنه ساق كلام «الإملاء»، واقتضى كلامه أنه لم يره فيه؛ فإنه ذكر أن الأصحاب نقلوه عن «الإملاء»، ثم قال: وكأنه سقط من نسخنا، وكيف كان؟

فالمسألة ذات طريقين: المذهب القطع بالمنع، وقيل: قولان، وكان الوجه أن يقول المصنف على المذهب، أو على المشهور وفاءً باصطلاحه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ فَوَلَدْنَ مَعًا؛ طَلُقْنَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا**) لأن لكل واحدة ثلاث صواحب، وعدتهن بالأقراء؛ لأن الطلاق وقع بالولادة والعدة عقيب الطلاق.

قال: (**أَوْ مُرَتَّبًا؛ طَلُقَتْ الرَّابِعَةُ ثَلَاثًا**)؛ لأنه يقع عليها بولادة كل واحدة من الثلاث طلقة.

(**وَكَذَا الْأُولَى إِنْ بَقِيَتْ عِدَّتُهَا**) أي: يقع عليها بولادة كل واحدة من الثانية والثالثة والرابعة طلقة طلقة فتطلق ثلاثًا.

(**وَالثَّانِيَةُ طَلْقَةً**) أي: فقط؛ لأنها طلقت بولادة الأولى، وإذا ولدت هي بعد ذلك انقضت عدتها فلا يلحقها بعد ذلك طلاق.

(**وَالثَّالِثَةُ طَلْقَتَيْنِ**) لأنه وقع عليها بولادة الأولى والثانية طلقة طلقة، فلما ولدت انقضت عدتها؛ فلذلك طلقت ثنتين فقط، وقوله: (**وَانْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا بِوِلَادَتِهِمَا**) قد بيناه.

قال: (**وَقِيلَ: لَا تَطْلُقُ الْأُولَى، وَتَطْلُقُ الْبَاقِيَاتُ طَلْقَةً طَلْقَةً**) واعلم أن

……………………………………………………

المسألة على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن الحداد ما صدر به المصنف كلامه وشرحناه: أنه يقع على الرابعة الثلاث، وكذا على الأولى إن بقيت في عدتها، وعلى الثانية طلقة، وعلى الثالثة طلقتين، واختاره الْقَفَّال، واقتصر عليه القاضي الحسين والفوراني والإمام، والغزالي، وصححه الرَّافِعِي والمصنف.

وقال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: إنه أظهر عند الجمهور، ووجهه الرَّافِعِي بما تقدم وسيأتي ما فيه.

والثاني: وهو قول ابن القاص، واختاره القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع» وقال: إن عليه أكثر أصحابنا أنه لا يقع طلاق إلا بولادة الأولى، ولا يقع بولادة غيرها؛ لأنه لما وقع الطلاق بولادة الأولى على غيرها خرجن عن كونهن صواحب الأولى، وكون الأولى صاحبة لهن، فلا يؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها، ولا ولادة بعضهن في حق بعض، هكذا وجهه الرَّافِعِي، وحاصلة ما ذكره المصنف: أنه لا تطلق الأولى وتطلق الباقيات طلقة طلقة، قال: ومن قال بالآخر، قال: إنهن ما دمن في عدة الرجعة لا يخرجن عن كونهن زوجات، وكون كل واحة صاحبة الأخرى؛ فلذلك لو حلف بطلاق نسائه دخلت الرجعية.

تنبيهات: **أحدها**: قال بعض الشارحين: إن ما ذكره الرَّافِعِي من توجيه وجه ابن القاص من كونهن يخرجن بالطلاق عن كونهن زوجات؛ فيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن ابن القاص ومن تبعه لم يوجهوه بذلك؛ بل أن الطلاق يقع بالولادة فتحصل البينونة، فلا تكون صحابة للبواقي؛ لحصول البينونة، ومعلوم أن ما ذكره الرَّافِعِي من الجواب لا يدفع هذا.

والثاني: لوحظ ما ذكره من الجواب بكونها رجعية؛ لكان ينبغي ألا يقع بولادة الرافعة على الأولى طلاق؛ لأنها وقع عليها الطلاق بولادة الأولى

وَإِنْ وَلَدَتْ ثِنْتَانِ مَعًا ثُمَّ ثِنْتَانِ مَعًا طَلُقَتْ الْأُولَيَانِ ثَلَاثًا ثَلَاثًا، وَقِيلَ: طَلْقَةً، وَالْأُخْرَيَانِ طَلْقَتَيْنِ.

والثانية والثالثة، فهي قبل ولادتها مطلقة ثلاثًا، والصواب في توجيه الوجهين غير ما ذكره.

أما وجه قول ابن القاص وقد ذكرناه، وأما وجه قول ابن الحداد وموافقته؛ فهو أنه ليس المراد بقوله: «فصواحبها طوالق» الاتصاف بالصحبة حالة وقوع الطلاق، وإنما المراد الاتصاف بها حالة التعليق؛ بل الوصف ليس مقصودًا أصلًا؛ بل الغرض تعليق طلاق كل واحدة من الثلاث بولادة غيرها، والوصف ذكر للتعريف، ومعنى الكلام: أن من ولدت طلق غيرها بولادتها، وهذا ما أفهمه توجيه الْمَاوَرْدِي له.

الثاني: قال الْمَاوَرْدِي: إنه لم يُسَاعِدْ ابن القاص على مَنْ يُعْتَدُّ بِقَوْلِهِ، وهذه مبالغة فاحشة، قال: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي مِنْ إِطْلَاقِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ: أَنْ يُرْجَعَ إِلَى إِرَادَةِ الزَّوْجِ بِقَوْلِهِ: «كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةٌ مِنكُنَّ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ»؛ فَإِنْ أَرَادَ الشَّرْطَ؛ فَالْجَوَابُ عَلَى مَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاصِّ، وَإِنْ أَرَادَ بِهِ التَّعْرِيفَ دون الشرط؛ فَالْجَوَابُ عَلَى مَا قَالَهُ ابْنُ الْحَدَّادِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِرَادَةٌ، أَوْ فَاتَ الرُّجُوعُ إِلَى إِرَادَتِهِ بِالْمَوْتِ؛ كَانَ مَحْمُولًا عَلَى التَّعْرِيفِ دُونَ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الشُّرُوطَ عُقُودٌ لَا تَثْبُتُ بِالِاحْتِمَالِ وَالْجِوَازِ. انتهى.

قال: (**وَإِنْ وَلَدَتْ ثِنْتَانِ مَعًا ثُمَّ ثِنْتَانِ مَعًا؛ طَلُقَتْ الْأُولَيَانِ ثَلَاثًا ثَلَاثًا**) أي: طلقة بولادة التي ولدت معها، وطلقتين بولادة الأخريين، هذا قول ابن الحداد، ولا يقع على الأخريين شيء آخر، وتنقضي عدتهما بولادتهما على المذهب، وعلى ما حكي عن «الإملاء»: يقع على كل منهما طلقة أخرى ويعدان بالأقراء.

(**وَقِيلَ: طَلْقَةً**) وهذا على قول ابن القاص؛ لما سلف من التوجيه.

(**وَالْأُخْرَيَانِ طَلْقَتَيْنِ**) أي: على هذا الوجه، وتنقضي عدة الأخريين بالولادة، والأوليان تعتدان بالأقراء على الوجهين، والحاصل أن الخلاف في

....

هذه الحالة يبنى على الأول كما صرح به في «المحرر» وغيره.

إشارة: ذكر المصنف من أحوال المسألة ثلاثة وسبق بيانها.

ورابع أحوالها: أن تلد ثلاث معًا، ثم الرابعة، فتطلق كل واحدة من الثلاث طلقتين طلقتين بولادتهن، وتطلق الرابعة ثلاثًا، وهل يقع على الثلاث شيء إذا بقين في العدة بولادة الرابعة؟ فيه الوجهان: فلا يقع، على قول ابن القاص لا يقع على الأوليات إلا طلقتين.

وخامسها: عكس هذه الحالة أن تلد واحدة، ثم ثلاث معًا؛ فعلى قول ابن القاص لا تطلق الأولى، وتطلق كل واحدة من الثلاث طلقة طلقة، وعلى قول ابن الحداد تطلق الأولى ثلاثًا بولادة الثلاث، وتطلق كل واحدة من الثلاث فقط بولادة الأولى، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن ولا يقع عليهن شيء آخر على المذهب، وعن المحكي عن «الإملاء»: يقع على كل واحدة طلقتان أخريان، ويعتددن بالأقراء، فيطلق الجميع على هذا القول ثلاثًا ثلاثًا.

وسادسها: أن تلد ثنتان على الترتيب، ثم ثنتان معًا؛ فتطلق كل واحدة من الباقيات بولادة الأولى طلقة طلقة، ثم على قول ابن القاص: لا يقع غير ذلك، وعلى قول ابن الحداد: إذا ولدت الثانية انقضت عدتها بولادتها، ووقع على كل من الأولى والثالثة والرابعة طلقة طلقة، وإذا ولدت الأخريان انقضت عدتهما بولادتهما ولم يقع على أحديهما شيء بولادة صاحبتها، إلا على قول «الإملاء»: ويقع على الأولى طلقتان أخريان بولادتهما إن بقيت في العدة، فعلى هذا تطلق الأولى ثلاثًا، والثانية طلقة، والأخريان طلقتين طلقتين.

وسابعها: أن تلد ثنتان معًا، ثم ثنتان على الترتيب، فعلى قول ابن الحداد: يقع على كل واحدة من الأوليين بولادتهما طلقة، وعلى كل واحدة من الأخريين طلقتان، وإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها ووقع على كل واحدة من الأخريين بها طلقة أخرى إن بقيتا في العدة؛ فالحاصل أنه تطلق الأوليان والرابعة ثلاثًا ثلاثًا، والثالثة طلقتين، وعلى قول ابن القاص: يطلق الأوليان

وَتُصَدَّقُ بِيَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا إِذَا عَلَّقَهُ بِهِ، لَا فِي وِلَادَتِهَا فِي الْأَصَحِّ.

طلقة طلقة، والأخريات طلقتين طلقتين.

قال: (**وَتُصَدَّقُ بِيَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا إِذَا عَلَّقَهُ بِهِ**) أي: علق طلاقها به؛ لأنها مؤتمنة على ذلك، وإنما حلفت للتهمة؛ لأنها تتخلص به من النكاح، وإنما تحلف إذا كذبها الزوج، فإن صدقها فلا تحليف.

(**لَا فِي وِلَادَتِهَا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لإمكان إقامة البينة عليه بخلاف الحيض فإنه متعسر، وقيل: متعذر، كما سنبينه .والثاني: يصدق؛ لقول تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهي تعم الحبل والحيض، وهذا ما رجحه القاضي أبو حامد وابن الحداد.

والقاضي أبو الطيب في «شرح الفروع»، ثم قال: قال أصحابنا هذا في الطلاق المعلق بالولادة؛ فأما في لحوق الولد به؛ فلا يقبل قوله إلا بتصديقه، أو أربع نسوة عدول يشهدون بذلك، انتهى.

إذا عرفت هذا، فقال لها: إذا حضت فأنت طالق، فظهر بها الدم في زمن الإمكان؛ طلقت في الحال، جزم به الشيخ أبو حامد وأتباعه والجمهور، ونص عليه الشَّافِعِي في «الجامع الكبير»؛ لأن أحكام الحيض تثبت بظهور الدم في زمن إمكانه، وقضيه إطلاقهم أنه لا فرق بين كونه في زمن العادة أم لا، ويكفي إمكان كونه حيضًا؛ فإن ظهر بخلاف ذلك أنه ليس بحيض.

وقال في «الحاوي»: إذا رأته قبل وقت العادة فالظاهر أنه ليس بحيض، وأن الطلاق لم يقع، فإن دام يومًا وليلة؛ بان أنه وقع، وأطلق القاضي الحسين في «تعليقه»: أنه لا يقع الطلاق إلا بعد مضي يوم وليلة؛ لاحتمال الانقطاع قبل ذلك، مع أن الأصل دوام النكاح، ورجحه الإمام، والغزالي؛ فحصل ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كان خلاف العادة اعتبر مضي يوم وليلة وإلا فلا.

تتمات:

فرع الإمام على ما رجحه أنه هل يجب التحرز زمن الاستمتاع بها بأجزاء؟ قال: هو بمثابة ما لو قال: إن لم تكوني حاملًا فأنت طالق، وقد مر حكمه قال

وَلَا تُصَدَّقُ فِيهِ فِي تَعْلِيقِ غَيْرِهَا.

الأصحاب: والتعليق بالحيض يقتضي حدوث حيض مستقبل، فلا تطلق إذا كانت حائضًا إلا بالشروع في حيضة أخرى، كما لو قال لها والثمار مدركة: إذا أدركت الثمار فأنت طالق، كان تعليقًا على الإدراك في العام القابل، صرحوا بذلك في الطريقين.

وقال في «الشامل»: وتبعه أبو النصر الْبَنْدَنِيجِي في «معتمده»: أن الذي يقتضيه المذهب أنها تطلق باستدامة الحيض، ولم يحك غيره، ونسب المنقول عن الأصحاب إلى أبي يوسف وفيه دليل على أنه لا يقبل عنده في المسألة، وهو عجب.

وممن صرح بذلك من العراقيين: الصيمري والْمَاوَرْدِي، والشيخ أبو إسحاق، ومن المراوزة: القاضي الحسين وغيره، وكلام ما في كتب الأصحاب يقتضيه، وأما إذا قال: إذا أحضت حيضة؛ فلا تطلق إلا بالفراغ من الحيضة الآتية، نص عليه الشَّافِعِي وجرى عليه الأصحاب.

قال الرَّافِعِي وغيره: ويقع الطلاق هنا «سنيًّا»، وصحفه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» بقراءة في كلام الرَّافِعِي «تبينًا» وأخذ في استشكاله، ثم ما ذكرناه هو المعروف.

وفي «الإبانة» ما لفظه: ولو قال: إن حضت حيضة؛ فإذا حاضت يومًا وليلة طلقت واحدة، ولفظه في «العمد»: فما لم ينقص يوم وليلة لا تطلق، وبانقضائهما تطلق، وظاهر كلامه أنه تطلق بمضي ذلك، وإن لم ينقطع الدم، وهو غريب منكر.

ولو قال: كلما حضت فأنت طالق؛ طلقت ثلاثًا، في أول ثلاث حيض مستقبلة ويكون بدعيًا، ولو قال: والصيغة هذه طلقت ثلاثًا بمضي ثلاث حيض، كل طلقة بمضي حيضة، ويكون الطلاق سنيًّا.

قال: (وَلَا تُصَدَّقُ فِيهِ) أي: في حيضها.

(فِي تَعْلِيقِ غَيْرِهَا) أي: وإن كذبها الزوج؛ إذ لا سبيل إلى تصديقها بغير

وَلَوْ قَالَ: إنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ فَزَعَمَتَاهُ وَكَذَّبَهُمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلَمْ يَقَعْ،

يمين، ولو حلفناها لكان تحليفًا لغيرها؛ إذ لا تعلق لها بالخصومة، والحكم للإنسان بيمين غيره محال.

وهذا التوجيه ظاهر فيما إذا كان المعلق به طلاق ضرتها وعدوتها ومن تتهم في إرادة طلاقها، أما لو علق أجنبي طلاق زوجته بحيضها ولا تهمة عليها في إخبارها بحصوله؛ ففيه نظر، ولا سيما إذا كانت المعلقة بها ممن يسوؤها طلاقها؛ فينبغي تصديقها فيه، كما لو علق بمشيئة زيد فادعاها، ولا يظهر فرق بين المشيئة والحيض إلا أن يقال بإمكان إقامة البينة عليه بخلاف المشيئة.

والذي قاله الرَّافِعِي والمصنف هنا: أن إقامة البينة عليه متعذرة؛ لكن المنقول في «الشهادات» من كتبهم: الجزم بقبول الشهادة بالحيض، وادعى المصنف في «فتاويه»: أنه لا خلاف فيه، وكلام الرَّافِعِي في «دية الشم» يوافق ما قاله هناك من التعذر، والمشهور خلافه.

قال الدارمي في كتاب «الحجر»: إذا شهد بحيضها أربعة عدول، قيل: ومراده من النساء، وهو يفهم أنه إنما يقبل من النسوة، وصرح بذلك المصنف في «فتاويه» ونقله عن ابن الصباغ والْبَغَوِي، وادعى أنه خلاف وأنه لا يقبل إلا منهن لممارستهن ذلك، والذي ذكراه في «الشهادات»: أنه يقبل فيه شهادة رجلين، وشهادة رجل وامرأتين، وأربع نسوة، والله أعلم(١).

قاعدة: كل ما يمكن إقامة البينة عليه من الأفعال الظاهرة لا يصدق فيه قطعًا، فإن كان مما يخفى ولا يطلع عليه غالبًا كزناها؛ فوجهان:

أصحهما: لا يصدق، ويجري الوجهان في كل فعل خفي كالسرقة ونحوها، وكل ما لا يطلع عليه إلا من جهتها، كإن أضمرت بغضي، وما أشبه ذلك فأنت طالق، فقالت: أضمرت؛ تصدق بيمينها.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ فَزَعَمَتَاهُ وَكَذَّبَهُمَا؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلَمْ يَقَعْ**) أي: طلاق واحدة منهما؛ لأن طلاق كل واحدة منهما معلق

---

(١) قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: اعْلَمْ أَنَّ عَدَمَ تَصْدِيقِهَا لَيْسَ لِكَوْنِهَا مُتَّهَمَةً فِي حَقِّ الضَّرَّةِ؛ بَلْ لِأَنَّا لَا نَقْبَلُ ـ

وَإِنْ كَذَّبَ وَاحِدَةً طَلُقَتْ فَقَطْ.

بشرطين، ولم يثبتا بقولهما، نعم أقامت كل واحدة بينة بحيضها فلا يخفى الحكم مما تقدم، وقد صرح به في «الشامل» فقال: إلا أن تقم البينة على الحيض فيقع عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه وقفة؛ لأن الطلاق لا يثبت بشهادتهن الحيض، فإذا ثبت ترتب عليه وقوع الطلاق، ولهذا نظائر كثيرة، ويشهد لابن الرِّفْعَة قول الرَّافِعِي وغيره: إنه لو علق طلاقها بالولادة فشهد به النسوة؛ لا يقع، وهذا موضع تأمل، وكأن المعنى فيه: إن أقامة البينة لأجل الطلاق ولا خفاء، كما أشار إليه أنه لو صدقهما جميعًا طلقتا.

قال: (وَإِنْ كَذَّبَ وَاحِدَةً؛ طَلُقَتْ فَقَطْ)؛ لثبوت الشرطين في حقها، أما حيض ضرتها فبتصديقه، وأما حيضها فبيمينها، ولا تطلق المصدقة؛ لأن حيضها وإن ثبت فطلاقها متوقف على ثبوت حيض المكذبة.

فرع: لو قال: إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان؛ فوجهان:

أحدهما: لا تطلقان؛ لأنه علق بحيضهما حيضة وذلك مستحيل.

وثانيها: أنه يحمل على حيض كل منهما حيضة؛ لأن حمل اللفظ على ذلك أولى من حمله على مستحيل.

قال المصنف في مسودة «شرح المهذب» بخطه: وهذا أشبه في «تهذيب نصر المقدسي»، والأصح في «البيان»، وقال الشيخ أبو حامد: يقع الطلاق في الحال ولا يتوقف على حيضهما، والمشهور ما ذكره المصنف: يعني أن الصفة لا تنعقد على الوجه الأول، وينعقد على الوجه الثاني.

= قَوْلَهَا فِي حَقِّ غَيْرِهَا حَتَّى لَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ عَلَى حَيْضِ أَجْنَبِيَّةٍ، فَزَعَمَتْهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْإِمَامُ، وَقَالَ: لَا خِلَافَ فِيهِ، وَأَوْرَدَ ابْنُ الرِّفْعَةِ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَيُقْضَى بِذَلِكَ عَلَى غَيْرِهِ، كَمَا فِي التَّعْلِيقِ عَلَى مَشِيئَةِ زَيْدٍ، وَقَالَ: وَلَا نَظَرَ إِلَى إِتْمَامِهَا فِي طَلَاقِ ضَرَّتِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلزَّوْجِ وَقَدْ عَلَّقَهُ بِمَا لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا.
انظر: «حاشيتا قليوبي وعميرة» (١٢/ ٤٨٤).

وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَوْ إِذَا أَوْ مَتَى طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا وَقَعَ الْمُنَجَّزُ فَقَطْ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ.

وقال غيره: حكى الشيخ أبو حامد وأتباعه والْمُتَوَلِّي الوجهين على كيفية أخرى، فقالوا: **أحدهما**: لا يقع، **والثاني**: يلغى قوله حيضة، ويكون كما لو قال: إن حضتما فأنتما طالقتان، وقضيه هذا الوقوع بشروعهما في الحيض؛ فينتظم أربعة أوجه:

أحدها: أنه لغو، **وثانيها**: تطلقان في الحال، **وثالثها**: إذا شرعتا في الحيض، **ورابعها**: إذا حاضت كل واحدة حيضة، وهو الأصح المختار.

ورأيت الْبَغَوِي قال في «تعليقه»: قال صاحب «التلخيص»: يكون لغوًا، ثم حكى الوجه الثاني: وهو الحمل على حيض كل منهما حيضة، ثم قال الشيخ أبو علي: إن كان الرجل ممن لا يميز بين هذا وبين قوله: إن حضتما، أو أقر أنه ينوي شيئًا؛ فإذا حاضتا طلقتا، وإن كان ممن لا يعرف وادعى أنه قصد ألا يقع؛ فيقبل، انتهى. وأقره الغوي، وهذا وجه خامس، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: «إِنْ» أَوْ «إِذَا» أَوْ «مَتَى» طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا فَطَلَّقَهَا؛ وَقَعَ الْمُنَجَّزُ فَقَطْ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ**) هذه المسألة أفردها جماعة بالتصنيف كالغزالي، وإلكيا الهراسي، وأبو بكر الشَّاشِي، واختلف متقدمونا فيها على ثلاثة أوجه:

أحدها: ما صححه المصنف وهو وقوع المنجز فقط، وإليه ذهب أبو زيد المروزي والشريف ناصر العمري، قال الْمَاوَرْدِي: أو به قال ابن أبي هريرة، وابن سريج: ومن حكي عنه خلافه فقد وهم، قال: وهو الصحيح عندي، وإليه رجع الغزالي آخرًا.

قال الرَّافِعِي في «شرحيه»: ويشبه أن تكون الفتوى به أولى؛ لأن وقوع المعلق يمنع وقوع المنجز، إذا لم يقع المنجز؛ بطل شرط المعلق، فيمتنع وقوع المعلق والمنجز لامتناع في إيقاعه فيقع، وقد يتخلف الجزاء عن الشرط بأسباب.

وشبه هذا بما إذا أقر الأخ بابن للميت؛ فإنه يثبت النسب دون الميراث،

……

ولأن الجمع بين المعلق والمنجز ممتنع، ووقوع أحدهما غير ممتنع، والمنجز أولى بأن يقع؛ لأنه أقوى من حيث إن المعلق يفتقر إلى المنجز ولا ينعكس؛ ولأنه جعل الجزاء سابقًا على الشرط، حيث قال: فأنت طالق قبله ثلاثًا، والجزاء لا يتقدم على الشرط فيلغو التعليق، ولأن الطلاق تصرف شرعي، والزوج أهل له وهي محل؛ فيبعد أن يشذ عليه هذا التصرف.

والثاني: أنه تقع ثلاث طلقات إن كان مدخولًا بها وله تقديران: أظهرهما: أنه تقع الطلقة المنجزة، وطلقتان من الثلاث المعلقة، وبه صرَّح في «المحرر»⁽¹⁾ لأنه إذا وقعت المنجزة حصل شرط وقوع الثلاث إلا أن الطلاق لا يزيد عليه ثلاث فيقع من المعلق تمام الثلاث، ويجعل كما لو قال: «إن طلقتك فأنت طالق ثلاثًا»، ويطرح قوله قبله، فإن الاستحالة تجيء منه.

والثاني: أنه تقع الثلاث المعلقة، ويجعل كأنه قال: «متى تلفظت بأنك طالق، وأنت طالق قبله ثلاثًا» وزيفه الإمام.

والثالث: أنه لا يقع شيء؛ لأنه لوقع ثلاث قبله بحكم التعليق، ولو وقع ثلاث قبله لما وقع هذا الواحد، وإذا لم يقع هذا الواحد لم يقع ما قبله؛ لأنه مشروط فلزم من وقوعه عدم وقوعه، ودار على نفسه، ولذلك سميت «مسألة الدور»، وهذا الوجه هو المشهور عند الأكثرين في الطريقتين، ونقلوه عن «الغنية» لابن سريج.

ورأيته صرح به في كتابه «الودائع» وهو المشهور عنه، وخلوه عن «منثور الْمُزَنِيّ» وبه قال الْقَفَّالان، والشيخ أبو حامد وأتباعه، ونسبه في «البحر» إلى جمهور الخراسانيين، واختاره أبو علي السِّنْجِي، وأبو إسحاق الشيرازي، وأبو بكر الشَّاشِي، والجرجاني، والرُّويَانِيّ، والإمام، وعزاه صاحب «الإفصاح»

---

(1) قال فيه (ص٣٣٩): «إذا قال: طلقتك أو إذا أو متى طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا ثم طلقها ففيه وجوه أحدهما: أنه لا يقع عليها الطلاق أصلًا، والثاني أنه يقع المنجز ويتم الثلاث من المعلق، وأولاها أنه يقع المنجز ويلغو التعليق».

……………………………………………………………………

إلى النص والإمام إلى المعظم، والْعِمْرَانِي إلى الأكثرين.

وعبارة الْبَنْدَنِيجِي والمحاملي: قال أصحابنا: لا يقع، و«الملخص»: مسلكان:

أحدهما: تصحيح الدور؛ فلا يقع طلاق أصلًا، وبه قال الجمهور.

والثاني: إبطال الدور قطعًا، وإذا بطل فإذًا يقع فيه الوجهان الأولان، وسواء على الوجه الأول والثالث المدخول بها وغيرها.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: المشهور عن ابن سريج تصحيح الدور، وممن نقله عنه القاضي أبو الطيب في «التعليق».

وقال في «شرح الفروع»: أنه قال في كتاب «الزيادات» في الطلاق إنه يقع المنجز فقط، إذ قال فيها إذا قال للتي لم يدخل بها: إذا طلقتك فأنت طالق أخرى قبل الذي أوقع عليك، ثم قال لها: أنت طالق؛ فإنها تطلق بالتي أوقع، ووقوع الأخرى محال؛ لأنها لو وقعت أبطلت هذه، وفي بطلان هذه وبطلانها قال القاضي أبو الطيب: وهذا يدل على خطأ من نسب إليه تصحيح الدور، وقال الْمَاوَرْدِي: إن نقل ذلك عنه وهم.

قلت: والظاهر أنه اختلف جوابه، ولفظه بالودائع إذا قيل: ماذا يقول في رجل قال لامرأته متى طلقتك طلاقًا تملكي فيه رجعتك، فأنت طالق ثلاثًا أنت طالق واحدة؟ الجواب لا تطلق شيئًا من قبل أنه يشرط مع وقوع ما تملك به الرجعة؛ وقوع ما لا تملك به الرجعة، فكان هذا طلاقًا ساقطًا، وشرطًا متناقضًا، انتهى. وممن صرح باختلاف الرواية عنه صاحب «الكافي».

ثانيها: أشار شارح إلى ترجيح الثالث؛ لنقله عن النص فلا معدل له؛ لكن قال بعض الأئمة: تصفحت كتاب «الطلاق» من «الإفصاح» فلم أره ذكر المسألة، وقال في «الشامل»: أخطأ من لم يوقع الطلاق خطأً ظاهرًا، وليس ذلك بمذهب الشَّافِعِي، وبسط القول في ذلك، ونقل الرَّافِعِي عنه ترجيح وقوع

……

المنجزة فقط كما رجحه المصنف، وليس كذلك، وإنما أفهمه أول كلامه، وآخره يصرح بوقوع المنجز ويقع معه تمام الثلاث كما هو الوجه الثاني في الكتاب، ووافقه على ترجيحه صاحبا «الاستقصاء» و«الانتصار»، وإلكيا الهراسي.

ثالثها: إذا قال: إذا طلقتك ثلاثًا فأنت طالق قبله طلقة، ثم طلقها ثلاثًا، قال الْبَغَوِي: نقل الأول - يعني: عن تصحيح الدور - لا يقع، وتبعاه فقالا: لا يقع شيء، قال شارح: وهذا مشهور؛ لأنه إذا أرسل عليها الثلاث منجزة يقتضيه التعليق أن يقع قبلها واحدة، ووقوع واحدة قبلها لا يقتضي عدم وقوع الطلقتين الأخريين، فالوجه أنا على تصحيح الدور يوقع طلقتين، وأما الثالثة: فيلزم من وقوعها عدم وقوعها، وإذا لم يقع الطلاق المنجز المانع لا يُلغى ما نجزه معه، قال: وحينئذٍ ما قالاه سهو فليحذر.

قلت: والصواب حمل كلام الْبَغَوِي على غير المدخول بها، كما قاله في «الكافي»: وهو تلخيص من «التهذيب» بزيادات مفيدة، ولفظه: ولو قال لها إذا طلقتك ثلاثًا فأنت طالق قبلها واحدة؛ فإن كانت مدخول بها فهو دور، وإن كانت مدخولًا بها فتقع طلقتان إذ لا دور فيهما، وإنما الدور في الثالثة، انتهى.

ورابعها: في «الروضة» وأصلها في فروع المسألة: أنه لو طلقها واحدة أو ثنتين، وقع المنجز بلا خلاف، قالا: ولو قال إذا طلقتك فأنت طالق قبله طلقتين، وهي غير مدخول بها فطلقها لم يقع على الأول شيء ـ يعني: على تصحيح الدور ـ وعلى الثاني يقع المنجز، وإن كان مدخولًا بها وقع طلقتان على الوجهين.

قلت: والصواب في المدخول بها وقوع الثلاث، وما ذكراه سبق قلم.

ومن «التهذيب» نقل الرَّافِعِي الفرع وعبارته: أو قال: إذا طلقتك فأنت طالق قبله طلقتين، فطلقها تقع الثلاث، إن كانت مدخولًا بها، وإن لم تكن مدخولًا بها فعلى الأول لا يقع شيء، وعلى الثاني يقع الموقع، انتهى. والأول

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْك أَوْ آلَيْت أَوْ لَاعَنْت أَوْ فَسَخْت بِعَيْبِك فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وُجِدَ الْمُعَلَّقُ بِهِ فَفِي صِحَّتِهِ الْخِلَافُ.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُك مُبَاحًا فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثُمَّ وَطِئَ لَمْ يَقَعْ قَطْعًا.

من كلامهم هو تصحيح الدور، والثاني هو وقوع المنجز فقط.

خامسها: حكى الإمام ابن دقيق العيد عن بعضهم: أن هذه المسألة إذا انعكست بحل الدور بأن يقول: كلما لم يقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا، فإذا طلقها وجب أن يقع الثلاث؛ لأن الطلاق القبلي قد صار والحالة هذه معلقًا على النقيضين، وهو الوقوع وعدمه، وكل ما كان لازمًا للنقيضين فهو واقع ضرورة.

ويشبه قولهم في «الوكالة»: كلما عزلتك فأنت وكيلي، ونفاذ العزل: أن يقول: كلما عدت وكيلي فأنت معزول، ثم يقول: عزلتك.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْك أَوْ آلَيْت أَوْ لَاعَنْت أَوْ فَسَخْت بِعَيْبِك فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا ثُمَّ وُجِدَ الْمُعَلَّقُ بِهِ**) لم يصح.

(**فَفِي صِحَّتِهِ الْخِلَافُ**) أي: الخلاف السابق في وقوع الطلاق المنجز، إن لم يوقعه تصحيحًا للدور لم يصح منه هذه التصرفات؛ إذ لو صحت لوقع الثلاث قبلها، وذلك يمنع صحتها، وإن أوقعنا المنجز؛ صحت هذه الأمور، ولم يقع الطلاق المعلق بها.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُك مُبَاحًا فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثُمَّ وَطِئَ؛ لَمْ يَقَعْ قَطْعًا**) أي: بلا خلاف؛ لأنها لو طلقت خرج الوطء عن كونه مباحًا، وسواء ذكر الثلاث أم لا، ولا يجيء هنا خلاف؛ لأن محله إذا حسم التعليق بان الطلاق، وانسد باب التصرف فيه، هكذا قاله الرَّافِعِي وغيره، وهذا الكلام وغيره قد يفهم أنا إذا صححنا الدور فوكل في طلاقها الوكيل؛ لم يقع، والمنقول الوقوع لا غير؛ لأنه لم يطلقها الزوج، وإنما وقع عليها طلاقه، والشرط تطليقه ولم يوجد.

قال الرَّافِعِي: وسمعت بعضهم في المباحثة يقول: ينبغي ألا يقع طلاق الوكيل وطرحه في «الروضة».

وَلَوْ عَلَّقَهُ، بِمَشِيئَتِهَا خِطَابًا اُشْتُرِطَتْ عَلَى فَوْرٍ، أَوْ غَيْبَةً، أَوْ بِمَشِيئَةِ أَجْنَبِيٍّ فَلَا فِي الْأَصَحِّ، ....

إشارة: لو وطئها حائضًا أو نفساء هل يختلف الحكم؟ الظاهر لا ؛ لأن المراد هنا المباح يعقد الزوجية فلا يؤثر فيه ذلك، ولذلك لو وطئها في نهار رمضان ونحو ذلك، ويحتمل غيره إن لم يكن له نية، والظاهر أنه لو وطئها في الدبر وقع بخلاف الوطء في القبل في حيض، أو صيام، أو إحرام، أو عدة شبهة عن المعين؛ لأنه حرم بتعارض، ولا نقل عندي في ذلك.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَهُ، بِمَشِيئَتِهَا خِطَابًا**) أي: بأن قال: أنت طالق إن شئت، أو إذا شئت، أو إن شئت فأنت طالق.

(**اُشْتُرِطَتْ** مشيئتها **عَلَى فَوْرٍ**) أي: على المشهور المعروف وربما سبق في الخلع فيه شيء غريب، وسبق في الخلع حكاية الخلاف في المراد بمجلس القبول والمشهور أنه مجلس التواجب، وهو مراد المصنف بقوله على فور، وعللوا اشتراط الفورية بأمرين:

أحدهما: أن هذا التعليق يستدعي جوابًا، فكان جوابه نازلًا منزلة القبول في العقود.

وثانيها: أنه في معنى تفويض الطلاق إليها وهو تمليك كما سبق.

إشارة: اشتراط الفورية محله إذا كان التعليق بـ«إن» أو «إذا»، وأما لو علق بـ«متى» ونحوها مما يقتضي التراخي كمتى شئت فأنت طالق ونحو ذلك، لم يشترط الفور، وأغرب الْمَاوَرْدِي فقال: لو قال: أنت طالق إذا شئت، ولم يكن في خلع فمشيئتها على التراخي، وإن قال: «إن شئت»؛ فعلى الفور، وسيأتي كلامه.

قال: (**أَوْ غَيْبَةً**) أي: كقوله: «زوجتي طالق إن شاءت»، سواء حضرت وسمعت كلامه أم لا، والمراد خطاب المعينة.

(**أَوْ بِمَشِيئَةِ أَجْنَبِيٍّ؛ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: في الصورتين، والخلاف مبني من المعنيين السابقين في التعليق بمشيئتها خطابًا، أما في الزوجة؛ فإن عللنا

وَلَوْ قَالَ الْمُعَلَّقُ بِمَشِيئَتِهِ شِئْتُ كَارِهًا بِقَلْبِهِ وَقَعَ، ....

بأنه خطاب واستدعاه جوابًا؛ فلا فور هنا، وإن عللنا بأنه تمليك اشترط المبادرة إلى المشيئة؛ إذا بلغها الخبر، وأما الأجنبي فإن عللنا الفورية هناك بأنه خطاب واستدعاء جواب؛ اعتبر الفور هنا، وإن عللنا بالتمليك؛ فلا لفقده، ومحل الخلاف في مشيئة الأجنبي إذا وجهه بالخطاب.

أما لو قال: هي طالق إن شاء فلان؛ فلا يشترط الفور، بلا خلاف هذا هو المعروف، وفي «الحاوي» عقب الطلاق السني والبدعي: أنه لو قال: أنت طالق إن رضي فلان؛ اشتراط رضاه على الفور، بخلاف قوله: إذا رضي، فإنه يقع برضاه، وإن تراخى؛ لما ذكرنا من الفرق بين «إن» و«إذا» والتعليق بالمشيئة كالتعليق برضاه، فيجيء في مسألتنا هذا التفصيل.

وأشار الْمَاوَرْدِي بالفرق إلى قوله في كتاب «الخلع»: إنه إذا قال: أنت طالق إذا شئت، ولم تكن في خلع أن مشيئتها تكون على التراخي فمتى شاءت طلقت؛ لأن «إذا» شرط في الوقت، وجميع الأوقات متساوية، بخلاف «إن» فإنها شرط في الفعل، وهو مقصود، فراعى تقديمه فلذلك اعتبر فيها الفور، انتهى.

وهو غريبٌ، ودلَّ كلامه على أنه إذا علق بمشيئة أجنبي لا على وجه الخطاب، وكان التعليق بـ«إن»؛ أنه يشترط الفور، وبه صرح في «البيان» وغيره، وهو شاذٌّ منكر.

فرع: لو علق بمشيئة نفسه فكالأجنبي فلا يشترط الفور، ولو قال لها: إن شئت وشاء زيد؛ فلا بد من فور لمشيئتها، وكذا بمشيئة زيد في وجه أجاب به الشيخ أبو حامد والمحاملي وسليم، وابن الصباغ، والْعِمْرَانِي وغيرهم من العراقيين، ونقله الْقَفَّال عن الأصحاب، وذكر في الكره الثانية أنه لا يختص بالمجلس، وبه أجاب الْبَغَوِي، ورجحه الرَّافِعِي والجمهور على الأول فيما أظن.

قال: (وَلَوْ قَالَ الْمُعَلَّقُ بِمَشِيئَتِهِ: شِئْتُ كَارِهًا بِقَلْبِهِ؛ وَقَعَ) أي: ظاهرًا وباطنًا، قاله الْقَفَّال؛ لأن المعلق عليه ذلك، بدليل أنه لو قال لأجنبية: إن شئت فزوجتي طالق، فقالت: شئت؛ طلقت زوجته وإن كذبها، ولو كان المعلق عليه

وَقِيلَ: لَا يَقَعُ بَاطِنًا.

ما في الباطن لم يصدق عليه، كما لو علق بحيضها، وقال الْبَغَوِي: إنه المذهب، وكلام الشيخ أبي حامد وأتباعه في كتاب «الخلع» يقتضيه.

قال: (**وَقِيلَ: لَا يَقَعُ بَاطِنًا**) كما لو علق بحيضها، فقالت: حضت وهي كاذبة، وفي هذا الوجه قال القاضي الحسين: وقضيه كلام الجرجاني الجزم به، وكلام «الشامل» يفهم ترجيحه؛ فإنه بناه على الخلاف في الوقوع بمشيئة الصبية، وصححه ابن أبي عصرون.

إشارة: الوجه **الأول**: قول الْقَفَّال، **والثاني**: قول أبي يعقوب الْأَبِيوَرْدِيّ، وكلام المصنف وغيره يفهم أن الصورة فيما إذا علق بمشيئتها حيث قال: موجهًا لقول أبي يعقوب؛ لأن تعليق الطلاق بمشيئتها تسوية التمليك، وبمشيئة غيرها محض صفة فيصرف إلى مجرد قوله: «شئت».

وبسط الإمام كلام القاضي هذا إلى أن قال: ومساق كلام القاضي يدل على احتكامه إلى أبي يعقوب؛ فإن الطلاق إذا كان معلقًا على مشيئة زيد فقال: شئت، ولم يرد بقلبه أن الطلاق يقع بحكم محال، وأبو يعقوب فقيه من أن يسلم الفرق بين المسألتين، انتهى.

الغرض من كلامه أعلم أن كلامهم يقتضي الجزم بقبول قول الأجنبي «شئت» مطلقًا، وتصديقه، قال الْقَفَّال محتجًا لقوله: ولو كان المعلق به غير اللفظ؛ لما قبل قول الأجنبي فيه، كما لا يقبل إخبارها عن الحيض إذا علق به طلاق غيرها، انتهى.

ورأيت في «كتاب الأيمان» من «التتمة»: أنه لو علق على مشيئة زيد اليوم مثلًا، فقال زيد بعد غروب الشمس: كنت قد نسيت قبل غروب الشمس أن أفعل ذلك؛ لم يقبل منه، إلا بأن يقيم بينة عليه؛ لأنا حكمنا بوجوب الكفارة لوجود مشيئتها؛ فلا نسقطها بقوله، انتهى.

وقد يقال: قياس هذا أنه لو علق طلاقها بمشيئته في هذا اليوم، أو الشهر، فانقضى ولم يعلم مشيئته فيه، ثم جاء وقال: كنت نسيت فيه؛ أنه لا يقبل منه

وَلَا يَقَعُ بِمَشِيئَةِ صَبِيَّةٍ وَصَبِيٍّ، وَقِيلَ: يَقَعُ بِمُمَيِّزٍ وَلَا رُجُوعَ لَهُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ.

إلا ببينة إلا أن يتضح فرق، والله أعلم.

قال: (وَلَا يَقَعُ بِمَشِيئَةِ صَبِيَّةٍ وَصَبِيٍّ) أي: عند ابن الحداد والأكثرين؛ لأن ذلك خبر عن مشيئتها واختيارها الطلاق، والصغيرة لا يقبل خبرها، ولأنه لو قال لها: طلقي نفسك إن شئت، فطلقت نفسها لم يقع، كذا هاهنا.

(وَقِيلَ: يَقَعُ بمشيئة مُمَيِّزٍ) كما لو قال لها: أنت طالق إن قلت شئت؛ لأن مشيئته معتبرة في اختيار أحد الأبوين، قال الرَّافِعِي تبعًا للإمام: وقد يؤكد بالوجه الأول ما قاله الأَبِيوَرْدِيّ، انتهى[1].

وجعل ابن الصباغ الوقوع فيما إذا كانت كاذبة على هذين الوجهين، وكلام «الإبانة» يقتضي شاهدة على ذلك، وصرح بأن على قول الْقَفَّال يقع بمشيئة الصبية والمجنونة، والمعروف في المجنونة القطع بخلاف ما ذكره الإمام.

وفرع على مذهب الْقَفَّال أنهما لو اختلفا في المشيئة، وكان بعد التفرق؛ فالقول قوله، هكذا قيده في «الإبانة» عن الْقَفَّال، وعلى قول مجنونة؛ إذا اختلفا في المشيئة فالقول قولها.

والرَّافِعِي حكى الاتفاق على أنه لا عبرة بمشيئة الصغير الذي لا يميز، والمجنون، ووجه: بأنا وإن اعتمدنا اللفظ فلا بُدَّ من صدوره ممن يتصور أن يكون لفظه إعرابًا عن مشيئة قبله، وليس للمجنون قصد وإعراب صحيح، وهو متبع للإمام نقلًا وتوجيهًا، وكلام «الإبانة» ينازع في ذلك، وليس في «المحرر» ذكر قيد التمييز.

قال: (وَلَا رُجُوعَ لَهُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ) أي: كسائر التعليقات.

فروع: لو شَاءَ الْمُعَلَّقُ بِمَشِيئَةِ حَالَ سُكْرِهِ الَّذِي أَثِمَ بِهِ كَانَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَصَرُّفِهِ؛ فإنه ولو علق بمشيئة أخرس فشاء بالإشارة المفهمة وقع، أو بمشيئة ناطق حالة التعليق فخرس، ثم أشار؛ فالأصح عند الرَّافِعِي وجماعة الوقوع،

---

[1] انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٤٨٩).

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ طَلْقَةً فَشَاءَ طَلْقَةً لَمْ تَطْلُقْ، وَقِيلَ: تَقَعُ طَلْقَةٌ، ....

كما لو كان عند التعليق أخرس، ثم نطق كانت مشيئته بالنطق.

والثاني: المنع، وهو ظاهر نص «الأم» وبه قال الشيخ أبو حامد والمحاملي، وسليم الرازي، والْبَنْدَنِيجِي والقاضي الحسين، وهل كتابة الأخرس والمصمت المشيئة كإشارته بها؟ لم أر فيه شيئًا، والظاهر أنها لا تكفي من الناطق لو علق بمشيئة جبريل، أو الملائكة عليهم السلام؛ لم يقع، ولو علق بمشيئة بهيمة قال الْمَاوَرْدِي وغيره: فكالتعليق بالمستحيل كصعود السماء.

وفي «مبسوط البيهقي» قال الشَّافِعِي: لو قال: أنت طالق إن شاء فلان، وفلان ميت يوم قال ذلك؛ فلا يكون طلاقًا أبدًا، وهو يفيد أن التعليق بالصفة المستحيلة لا يقع، وسبق عند التعليق بمشيئة الله تعالى كلام فيما لو قال: إلا إن أشاء، أو يبدو لي عن النص وغيره بخلاف ما ذكره الرَّافِعِي، وكان ذكره هنا أليق، فراجعه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ طَلْقَةً فَشَاءَ طَلْقَةً؛ لَمْ تَطْلُقْ**) كما لو قال: أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار، ويدخل، وعلى هذا فلو شاء اثنتين أو ثلاثًا؛ لم يقع شيء أيضًا؛ لأنه شاء واحدة وزيادة.

قال: (**وَقِيلَ: تَقَعُ طَلْقَةٌ**)؛ لأن المفهوم منه إلا أن يشاء زيد فتطلقي واحدة لا ثلاثًا، وحكى القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي وجهان، والثالث: أنه يقع طلقتان، ويجعل الاستثناء من قوله ثلاثًا، ومعناه: إلا أن يشاء زيد ألا يقع منها واحدة؛ فلا تقع تلك الواحدة، والمذهب المشهور الأول فعليه لو قال: أردت ما ذكره صاحب الوجه الثالث؛ قبل ورتب عليه حكمه.

وإذا قلنا بالوجه الثاني أو الثالث؛ فقال: أردت معنى الوجه؛ قبل على الأصح ولو عكست صورة الكتاب فقال: أنت طالق واحدة إلا أن يشأ زيد، أو تشائي ثلاثًا؛ فعلى الصحيح لا يقع شيء لما سبق، فعلى هذا لو سبقت مشيئة الثلاث؛ فإن لم يشأ أصلًا، أو شاء واحدة، أو اثنتين؛ وقعت واحدة.

وَلَوْ عَلَّقَ بِفِعْلِهِ فَفَعَلَ نَاسِيًا لِلتَّعْلِيقِ أَوْ مُكْرَهًا لَمْ تَطْلُقْ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُبَالِي بِتَعْلِيقِهِ وَعَلِمَ بِهِ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَيَقَعُ قَطْعًا.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَ بِفِعْلِهِ**)⁽¹⁾ أي: بفعل نفسه⁽²⁾.

(**فَفَعَلَ نَاسِيًا لِلتَّعْلِيقِ أَوْ مُكْرَهًا؛ لَمْ تَطْلُقْ فِي الْأَظْهَرِ**) لعموم قوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**» رواه ابن ماجه، وصححه ابن حبان، والحاكم على شرط الشيخين، **وَمُقْتَضَاهُ رَفْعُ الْحُكْمِ فَيَعُمُّ كُلَّ حُكْمٍ إِلَّا مَا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى اسْتِثْنَائِهِ كَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ**؛ ولأن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه، فكذلك المكره على الصفة ينبغي أن يكون ما يأتي به كالعدم، ولأن الفعل على وجه النسيان لا يمكن الاحتراز منه، ولأن فعل المكره كالسكوت واختياره فيه، وإن كان موجودًا كالعقود.

والثاني: لا يقع؛ لأنه علقه بوجود الصفة مطلقًا إطلاقًا شاملًا لما إذا وجدت من مختار قاصد للمخالفة وغيره.

قال: (**أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُبَالِي بِتَعْلِيقِهِ وَعَلِمَ بِهِ؛ فَكَذَلِكَ**) أي: فهو على القولين فيما إذا علقه بفعل نفسه ففعل جاهلًا، أو ناسيًا، أو مكرهًا، ولا بد مع ذلك من قصده الحث أو المنع.

قال: (**وَإِلَّا فَيَقَعُ قَطْعًا**) كلامه يشمل ثلاث صور:

الأولى: أن يكون ممن يبالي بتعليقه وعلم به.

والثانية: ألا يعلم به، وقضيه كلام المصنف الوقوع فيهما، وهو كذلك في الجهل والنسيان، وأما الإكراه ففيه طريقان، وكلامه موافق للطريقة التي أوردها في «المحرر»، واقتضى إيراد الشرح ترجيحها، وهو قضيه كلام القاضي أبي الطيب وغيره من العراقيين؛ لكن كلام الإمام مصرح بأن الراجح

---

(١) مِثْلُهُ مَا لَوْ حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَفْعَلُهُ مُخْتَارًا وَلَا مُكْرَهًا فَفَعَلَ مُكْرَهًا قَالَ لِأَرْبَعٍ تَحْتَهُ إِنْ لَمْ أَطَأْ الْيَوْمَ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ فَصَوَاحِبُهَا طَوَالِقُ فَوَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ قَوْلُهُ كَطِفْلٍ لَا يُمَيِّزُ وَمَجْنُونٍ. انظر: «أسنى المطالب» (١٦/ ٥٠٠).

(٢) تقدم تخريجه.

....

عند الأصحاب خلافها، وربما أسلفنا في أول البيع ما يوافقها.

وأبدى شارح احتمالًا: فمن لا يبالي بالتعليق إذا جهل قصد المعلق الحث والمنع في بعض الصور، كما لو نزل أمين معظم ونحوه على بلدة أو قرية فحلف زعيمها أن يبيت عنده الليلة، ونحو ذلك فرفض ولم يبرّه؛ أنه ينبغي تخريجه على القولين، وهو حسن بالغ؛ لأن الظاهر أنه ظن أنه لا يجيبه.

الثالثة: الداخلة في عموم كلامه: إذا كان لا يبالي بتعليقه؛ ولكن لا يعلم به؛ فقضية كلامه القطع فيها بالوقوع، وبه صرح في «المحرر».

لكن الذي صرح به الشيخ أبو حامد والمحاملي، وسليم الرازي، والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والجرجاني والقاضي الحسين، وصاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهم: أنه على القولين المذكورين، وكلامه محمول على ما إذا قصد الحث أو المنع كما تقدم.

ويجوز أن يحمل كلام «المنهاج» وأصله ما إذا لم يقصد إعلامه وجد أو منعه، وحينئذٍ يقع الطلاق في حالتي الجهل والنسيان قطعًا، وفي حالتي الإكراه؛ الطريقان السابقان فيمن لا يبالي، أرجحهما عندهما الوقوع.

وقال الإمام العلامة ابن رزين في آخر كلامه على التعليق بفعل الغير ما لفظه: وتبقى صورة واحدة: وهي ما إذا أطلق التعليق، ولم يقصد تكليفًا، ولا قصد التعليق المحض؛ بل أخرجه مخرج اليمين فهذه الصورة التي أطلق معظم الأصحاب فيها القولين.

واختار صاحبا «المهذب» و«الانتصار»، والرَّافِعِي وغيرهم، فيها عدم الحنث وعدم وقوع الطلاق، ثم حكى عن شيخه أبي عمرو بن الصلاح اختيار الوقوع، ثم قال: والغالب أن الحالف على فعل مستقبل من أفعال من يعلم أنه يرتدع بيمينه أنه يقصد الحث أو المنع؛ فيختار ألا يقع طلاقه بالفعل مع النسيان والجهل؛ إلا أن يصرفه عن الحث والمنع بقصد التعليق على الفعل مطلقًا، فيقع في الصور كلها بوجود الفعل، وأما من حلف على فعل نفسه فلا

……

يمنع وقوع طلاقه بالنسيان والجهل إلا عند قصد الحث والمنع، انتهى.

تتمات ونُكت:

منها: قول المصنف: «لم تطلق في الأظهر» قال في «المحرر»: أنه أشبه، ونقل في «الشرح» أن صاحب «المهذب» والرُّويَاني وغيرهما ذكروا أن الأظهر في «الأيمان» أنه لا يحصل الحنث بفعل الناسي والمكره، ثم قال في «الشرحين»: ويشبه أن يكون الحال في الطلاق مثله، انتهى.

ونسب إثباته بهذه العبارة المنتقدة بتوقف أن الموجود في غالب كتب الأصحاب هنا إرسال القولين بلا ترجيح، وصرح في «الانتصار» هنا بأنه إذا علق بقدوم زيد فقدم مكرهًا بترجيح عدم الحنث، وعجب قول المختار: وكذا إن فعله مكرهًا على الأصح، انتهى.

ويشهد لما قاله في المكره: أن العراقيين أشاروا إلى أن الخلاف هنا في حال الإكراه على الفعل هو الخلاف فيما إذا أكره الصائم حتى أكل، وقضية ذلك ترجيح عدم الحنث؛ لأن الراجح هناك عند الأكثرين عدم الفطر.

ومنها: جعل في «الروضة» الجاهل بالمحلوف عليه كالناسي، وأدرجه في كلام الرَّافِعِي وغيره وبنوا الخلاف فيه في «كتاب الأيمان» على الخلاف في النَّاسي، وجعلوه أولى بالحنث من الناسي.

قال القمولي في «شرح الوسيط»: هذا إذا علق الطلاق على فعل مستقبل، أو حلف عليه، أما لو حلف بالله، أو بالطلاق على نفي شيء وقع جاهلًا به، أو ناسيًا له، كما لو حلف أن زيدًا ليس في الدار، وكان فيها ولم يعلم به، أو علم ونسي؛ كان قصد تحليفه أن الأمر كذلك في ظنه، أو فيما انتهى إليه علمه أي: لم يعلم خلافه ولم يقصد أن الأمر كذلك في الحقيقة ثم يحنث؛ لأنه إنما حلف على معتقده؛ فإن قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر، أو أطلق ففي وقوع الطلاق والحنث قولان مشهوران حدهما: أن النسيان والجهل هل يكونا عذرًا كما في الأوامر والنواهي، أما ليسا عذرين هنا كغرامات المتلفات.

....

قال: ورجح هنا إلحاقها بالإتلاف، قال: وكذا الحالف بصيغة التعليق كقوله: إن لم يكن زيد في الدار، وقد كان فيها، بأنه قد تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق، وهو لم يتعرض إلا للتعليق بكونه فيها ولا أثر للجهل والنسيان بكونه فيها، والحالف بغير صيغة التعليق: كالطلاق يلزمني ليس زيد في الدار وأنت طالق، لقد خرج زيد من الدار، كالحالف بصيغة التعليق؛ وإلا لوقع الطلاق في الحال، انتهى.

وكلامه برمته أخذه من كلام ابن رزين؛ فإنه تكلم على المسألة في «فتاويه» وأحسن، ولا ذكر لهذا القسم الذي ذكره آخرًا في كلامهم.

ويشبه أن يقال: إن قلنا في مسائل التعليق السابقة بعدم الحنث وانحلال اليمين، فينبغي ألا يحنث هنا، وإن قلنا: لا ينحل، كما رجحه الرَّافِعِي والمصنف فقد جعلناه خارجًا من اليمين فيجب هنا؛ لأن إن قلنا: لا ينحل كما رجحه في إخراجه عن اليمين هنا تكلف، ولم يحلف هنا إلا على كونه في الواقع كذلك على ظنه، نعم يشبه ألا يلزمه كفارة؛ لأنه إذا حلف معتقدًا ولا انتهاك، وينبغي وقوع الطلاق إذا قصد تحقيق الخبر بتعليق الطلاق بنقيض الحالة التي أخبر عنها، ولم يكن كذلك.

ومنها: طريقة الْقَفَّال في المسائل السابقة القطع بوقوع الطلاق، ولا تخريج على القولين في حنث الحالف بالله تعالى؛ إذا فعل ناسيًا أو مكرهًا؛ لأن التعويل هناك على تعظيم اسمه تعالى، والحنث هتك حرمته، والناسي والمكره غير هاتك، والطلاق تعليق بصفة فوجدت، والمشهور ما سبق.

قال الْمَاوَرْدِي: إذا قصد الحالف منع زيد من القدوم؛ لأنه ممن يقبل قوله ويمتثل أمره، فهذه يمين محضة، وفي وقوع الطلاق فيها من غير قصد ولا علم قولان: من حيث الناسي في قول البغداديين، وقال البصريون من أصحابنا يحنث قولًا واحدًا؛ لأن القصد إنما يراعى في فعل الحالف لا في فعل المحلوف عليه، انتهى.

……

والتعليق عندهم بفعل الغير صفة محضة، ولهذا قال الصيمري في كتاب «الأيمان» في «شرح الكفاية»: ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، فدخلتها ناسيةً ليمينه ففي حنثه قولان.

ولو علّق طلاقها بدخولها، أو بدخول زيد فدخلت، أو دخل، حنث بكل حال ولم يراعى قصد الداخل قولًا واحدًا، كما لو قال: إذا دخل الحمار الدار فأنت طالق، طلقت بدخوله، وإن كان لا قصد له، وما ذكره في الحمار ونحوه متفق عليه، وكذا إذا علق بفعل صبي أو مجنون حنث؛ لأنه جعله صفة محضة، ولو قال: إذا قدم زيد، وزيد عاقل ثم جن ثم جن فقدم مجنونًا؛ لا يقع، قاله الشيخ أبو حامد وغيره، والظاهر طرد طريقة النص بيِّن فيه.

فروع: لو قال لزوجته: إن أخذت مالك عليّ فأنت طالق، فأخذته مختارة؛ حنث سواء كان مكرهًا أو مختارًا؛ لأن النظر إلى فعلها ولا فعله، ولو أخذته مكرهة جرى القولان؛ لأن الحلف على فعلها لا على فعل المعطي.

ولو قال: لا تأخذي مالك مني فاستلبه؛ قال الإمام: ففي كلام القاضي الحسين ما يقتضي أنه لا يقع؛ لأنه لا يقال أخذ مني إلا إذا أعطى عن طواعية، قال: وما ذكره بعيد، والظاهر عندي أنه يقع، ونقل عن القاضي أنه لو أجبره الحاكم على التسليم فأخذه الحالف كان مبني على اشتراط الاختيار في الإعطاء.

قال الإمام: ويجيء ألا يراه أصلًا، والتعويل على أخذ المحلوف عليه من يد الحالف أعطى أو لم يعطِ، رضي أو كره، وما نسبه إلى القاضي فيما إذا أكرهه السلطان، هو ما أورده الرَّافِعِي، وكلام القاضي في التعليق مخالف لما حكاه الإمام.

ولو وضع ما حلف عليه في صندوقها أو حجرها؛ لم يحنث بمجرد ذلك؛ لأن هذا ليس بأخذ، وإن وقع عليه اسم الإعطاء ولو أخذ منه الحاكم لها، ثم أخذت منه؛ لم يحنث إذا حلف على ألا تأخذ منه؛ بل من الحاكم.

وكذا لو كان قال: لا تأخذين مالك عليّ، فأخذ منه الحاكم، ثم أخذت منه لا يقع؛ لأنه يبرأ بدفعه إلى الحاكم وتملكه، فأخذها من الحاكم أخذ لشيء لها ليس هو عليه.

ولو قال: لا أعطيك حقك؛ يحنث بأخذ الحاكم من ماله وإعطائه، وإن أكرهه حتى دفع إليه؛ فعلى القولين، وإن أعطاه مختارًا؛ حنث، وإن كان القائض مكرهًا، ولو دفع إلى وكيله، أو دفعه وكيل الحالف إلى ربِّ المال؛ لم يحنث، وإن تركه في حجره أو صندوقه حنث؛ لأن العطية حصلت من جهته.

قال الْمَاوَرْدِي: ولو قال: لا تأخذ مالك عليَّ؛ حنث بأخذ المال من وكيله، أو من متطوع عنه بالقضاء؛ إلا أن يقول: لا تأخذ مني، ولو أخذه من وكيل رب المال لم يحنث، ولو أخذ عوضًا عن المال أو احتال به لم يحنث أيضًا؛ لأنه أخذ بدل المال ولم يأخذه.

ولو أخذ السلطان المال فوضعه في حرز صاحبه، أو في جرته فلا حنث أيضًا؛ إلا أن يستأنف المحلوف عليه أخذ ذلك من حرزه، أو حجره فيحنث الحالف حينئذٍ؛ لوجود الأخذ الآن كذا قاله الْمَاوَرْدِي، ونسبه الرَّافِعِي إلى الْبَغَوِي، وكلام الإمام والغزالي يقتضيه؛ لكنها فرضا ذلك فيها إذا كان حقه عينًا.

قال: وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه، وهو كذلك في كلام العراقيين خلا الْمَاوَرْدِي.

وقال الإمام: إذا كان عليه دين فقال: إن أخذت مالك عليّ، فأخذه قهرًا وهو ممتنع لم يقع الطلاق؛ لأنه لا يملك المأخوذ فما أخذه ليس بماله؛ بل مال المدين الذي هو غاصب له، وتابعه الغزالي عليه، وهو ظاهر إذا كان مقرًّا باذلًا، أو عليه بينة فتيسر بها أخذه منه، أما لو كان جاحدًا أو كان له بينة ولم تكلفه مؤنة ذلك، وقلنا: إن من ظفر بجنس حقه فأخذه أنه لا يملكه بالأخذ، كما سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ فيظهر أنه يجب تأمله!

فَصْلٌ

قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ لَمْ يَقَعْ عَدَدٌ إِلَّا بِنِيَّةٍ، فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ هَكَذَا طَلُقَتْ فِي أُصْبُعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ وَفِي ثَلَاثٍ ثَلَاثًا، فَإِنْ قَالَ أَرَدْت بِالْإِشَارَةِ الْمَقْبُوضَتَيْنِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

قال:

(فَصْلٌ)

قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَأَشَارَ بِإِصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ؛ لَمْ يَقَعْ عَدَدٌ إِلَّا بِنِيَّةٍ) لأنها إشارة ناطق ولا عبرة بها فيرجع إلى نيته.

(فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: هَكَذَا؛ طَلُقَتْ فِي إِصْبُعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ، وَفِي ثَلَاثٍ ثَلَاثًا)؛ لأن ظاهر ذلك التشبيه في العدد فيعمل به، ورأى الإمام تخصيص قولهم: أن يقع بعدد الأصابع عند قوله: «هكذا» بما إذا حصلت قرينة أفادت أنه أشار إلى عدد الأصابع كالنظر إليها، وتحريكها، وترديدها، وما أشبه ذلك؛ وإلا فلا وجه للحكم بالثلاث؛ فإن الرجل قد يعتاد الإشارة بأصابعه الثلاث في الكلام، وعبر في «البسيط» عن هذا بقوله: وقع الثلاث؛ إذا كان يفهم القرينة أنه يشير إلى الأصابع ليربط الطلاق بعدد، انتهى.

ولو قال: هكذا، ثم قال: أردت واحدة؛ ففي «التهذيب»: والأصح في «الكافي» و«الروضة» أنه لا يقبل، والإشارة صحيحة في العدد، وعن صاحب «التقريب» القبول، والإشارة كفاية، وكلام الإمام والغزالي أقرب إلى موافقته(١).

قال: **(فَإِنْ قَالَ: أَرَدْت بِالْإِشَارَةِ الْمَقْبُوضَتَيْنِ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ)** أي: على المشهور؛ لأنه يحتمل الإشارة بهما، صرح بذلك الشيخ أبو حامد وجماعات، ونقل ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» عن الشيخ أبي حامد؛ أنه لا يقبل منه في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر، ثم أنكره عليه؛ لكن في «البيان» بعد نقله القبول عن جماعة.

وذكر الشيخ أبو حامد في «التعليق»: أنه لا يقبل قوله في الحكم؛ لأن

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٣/ ٤٩٥).

الظاهر خلاف ما يدعيه ويدين فيها بينه وبين الله تعالى، والظاهر أن جواب أبي حامد اختلف في ذلك وجاء من اختلاف نسخ «التعليق»، ويجوز أن يقال: إن ظهرت قرينة ظاهرة على إرادته الإشارة بالأصابع الثلاث كنظره إليها، وتوجيهها ونحوه، مع قوله: «هكذا»؛ لم يصدق ظاهرًا للقرينة، وإن لم تجر إلا بسره فقط صدق.

ثم رأيت الجرجاني قال في «الشافي»: إنه ينظر؛ فإن كانت الإشارة وقعت على جميع أصابعه قبل؛ لاحتمال ما يدعيه، وإن كان أشار إلى الثلاث إشارة واضحة لم يقبل؛ لعدم الاحتمال، وهذا تفصيل حسن ينبغي اعتماده.

وحكى القاضي أبو الطيب عن الحنيفة: أنه إن واجهها بباطن الكف وقع عليها طلقتان؛ لأنها ترى الكل وهي محتملة للثنتين والثلاث فيقع المحقق، وإن واجهها بظهر الكف وجعل بطنه إليه وقع الثلاث؛ لأنها ترى المبسوطات دون المقبوضات، قال: وهذا لا يعرف عن أحد من أصحابنا حمل الإشارة على المبسوطات؛ لأن ظاهر الإشارة بها، انتهى. وهذا عند عدم القصد، كما صرح الْمَاوَرْدِي وغيره.

فروع: لو قال: أنت هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث قال الْقَفَّال: إن نوى الطلاق طلقت ثلاثًا وإلا فلا، كما لو قال: أنت ثلاثًا ولم ينو بقلبه، وقال غيره: ينبغي ألا تطلق وإن نوى؛ لأن اللفظ لا يشعر بطلاق، ورجحه في «الروضة»، ولعل هذا الخلاف هو الخلاف في قوله: «أنت ثلاثًا»، أو مرتبًا عليه.

ونقل القاضي الحسين عن النص: أنه لو قال: «أنت ثلاث طلقات»؛ لم يقع شيء، وشبهه بما لو قال: أنت طالق طلقة ثلاث طلقات؛ فإنه لا تقع إلا طلقة، ذكره قبل اختلاف الحكام والشهادات، والظاهر أن مراد النص: إذا لم ينو بذلك الطلاق.

قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: «أَنْتِ» وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ مُرِيدًا بِهَا الطَّلَاقَ لَمْ تُطَلَّقْ، لِأَنَّ قَوْلِهِ: «أَنْتِ» [بَدْءٌ] وَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ وَلَا كِنَايَةً،

وَلَوْ قَالَ: عَبْدٌ إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ سَيِّدُهُ: إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ بِهِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ بَلْ لَهُ الرَّجْعَةُ، وَتَجْدِيدٌ قَبْلَ زَوْجٍ.

وَلَوْ نَادَى إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ فَأَجَابَتْهُ الْأُخْرَى فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَهُوَ يَظُنُّهَا الْمُنَادَاةَ لَمْ تَطْلُقْ الْمُنَادَاةُ ....

فَالْإِشَارَةُ بَعْدَ الْبَدْءِ، لَا يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ، وَنِيَّةُ الطَّلَاقِ قَدْ تَجَرَّدَتْ عَنْ لَفْظه فَلَمْ يَقَعْ بذلك طَلَاقٌ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ عَبْدٌ: إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ سَيِّدُهُ: إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ بِهِ**) أي: بموت السيد، والثلث يحتمله، كما صرح به «المحرر» وأشار إليه «المنهاج» بقوله: فعتق به؛ لأنه إذا لم يخرج جميعه من الثلث لا يعتق بذلك، ومتى رق بعضه كان حكمه حكم الرقيق.

قال: (**فَالْأَصَحُّ: أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ بَلْ لَهُ الرَّجْعَةُ، وَتَجْدِيدٌ قَبْلَ زَوْجٍ**) وما رجحه هو قول ابن الحداد، وجزم به جماعة، وقال الإمام: إنه المذهب الذي لا يجوز غيره، وعلله ابن الحداد بأن الطلاق لم يقع إلا بعد حرية الزوج، واعترض بأنه إنما وقع معها.

قال القاضي أبو الطيب: ومراده بأنه وقع في حال الحرية فكان كالواقع بعدها، وأيد بأنه لما فاد العتق الطلاق؛ غلب حكم الحرية، كما لو أوصى لأم ولده أو لمدبرة بشيء؛ صحت الوصية؛ لأن العتق واستحقاق الوصية في وقت واحد، وحكم ذلك حكم ما لو تقدم العتق.

قال الرَّافِعِي: والخلاف جارٍ في كل صفة وقع بها عتق العبد، ووقوع طلقتين كما لو علق الطلاق بمجيء العبد، وعلق السيد عتقه به، ولو قال العبد: إذا عتقت فأنت طالق طلقتين، وقال سيده: إذا جاء الغد فأنت حر، فإذا عتق طلقت، ولا تحرم عليه بلا خلاف، قاله الشيخ أبو علي؛ لأن العتق يتقدم على وقوع الطلاق.

قال: (**وَلَوْ نَادَى إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ فَأَجَابَتْهُ الْأُخْرَى فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَهُوَ يَظُنُّهَا الْمُنَادَاةَ؛ لَمْ تَطْلُقْ الْمُنَادَاةُ**) أي: لأنه خاطب بالطلاق غيرها، ولم

وَتَطْلُقُ الْمُجِيبَةُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ وَعَلَّقَ بِنِصْفٍ؛ ....

يحصل في حقها إلا ظن أنها المخاطبة، وذلك لا يقتضي وقوع طلاقها، كما لو قال: لإحدى زوجتيه من غير خطاب «أنت طالق»، وهو يظنها غيرها؛ طلقت هذه دون المظنونة.

قال: (**وَتَطْلُقُ الْمُجِيبَةُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لخطابها بالطلاق، والثاني: لا؛ لأنه لم يقصدها وإن واجهها، قال الرَّافِعِي: وفي بعض الطرق ما يشير إلى أن هذا الخلاف في الوقوع باطنًا، وأنه لا خلاف أنها تطلق ظاهرًا هذا هو الترتيب المشهور، وهو الذي ذكره ابن الحداد، وقال الإمام: لو قيل تطلق المجيبة ظاهرًا بلا خلاف والمناداة وجهان؛ لأنها المقصودة بالطلاق فكان محتملًا، وهذا ما أورده الغزالي وترك الطريقة المشهورة، انتهى.

واعلم أن الوجهين في الكتاب ذكرهما الإمام، واقتضى كلامه أن ابن الحداد حكاهما، وبه صرح في «الوسيط» وليسا في كلامه الذي في كتب العراقيين كالشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، وأتباعهما وأتباع، أتباعهم الجزم بالوقوع على المجيبة فقط، وهو ما أورده القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي وغيرهم، وذلك يوجب التوقف في ثبوت الخلاف، و«عمد الرَّافِعِي» أيراد الإمام له، فإن ثبت فهو طريقة غريبة.

وأغرب الْمَاوَرْدِي في صورة الكتاب فقال: يقع الطلاق عليهما ظاهرًا لا باطنًا، أما المناداة فتطلق في الظاهر للتسمية مع ظنه أنها المشار إليها، ولا تطلق في الباطن لإرادته بالإشارة غيرها، وأما المجيبة فتطلق ظاهرًا للإشارة إليها وإيراداتها، ولا تطلق في الباطن كندائه وظنه أنها المناداة، انتهى.

وفي المسألة زيادات أشرت إلى بعضها في «الغنية» مشتملة على فوائد، وسقت كلام القاضي أبي الطيب في «شرح الفروع» وكلام الْقَفَّال وغيره من الشارحين، ولم يذكروا خلافًا في الوقوع على المجيبة.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ وَعَلَّقَ بِنِصْفٍ**) أي: بأن قال: إن أكلت رمانة

فَأَكَلَتْ رُمَّانَةً فَطَلْقَتَانِ وَالْحَلِفُ بِالطَّلَاقِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَثٌّ أَوْ مَنْعٌ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ، فَإِذَا قَالَ: إِنْ حَلَفْت بِطَلَاقِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: إِنْ لَمْ تَخْرُجِي أَوْ إِنْ خَرَجْت أَوْ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَمْرُ كَمَا قُلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ الْمُعَلَّقُ بِالْحَلِفِ، وَيَقَعُ الْآخَرُ إِنْ وُجِدَتْ صِفَتُهُ.

وَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَعَتْ الشَّمْسُ أَوْ جَاءَ الْحُجَّاجُ فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ الْمُعَلَّقُ بِالْحَلِفِ.

فأنت طالق، قال أيضًا: إن أكلت نصف رمانة فأنت طالق.

(**فَأَكَلَتْ رُمَّانَةً؛ فَطَلْقَتَانِ**) أي: لوجود الصفتين، هذا إذا علق بغير «كلما»، فإن علق بها طلقت ثلاثًا؛ لأنها أكلت رمانة ونصف رمانة ونصف رمانة مرتين، قاله في «الروضة».

قال: (**وَالْحَلِفُ بِالطَّلَاقِ: مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَثٌّ أَوْ مَنْعٌ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ، فَإِذَا قَالَ: إِنْ حَلَفْت بِطَلَاقٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: إِنْ لَمْ تَخْرُجِي أَوْ إِنْ خَرَجْت أَوْ إِنْ لَمْ يَكُنْ الْأَمْرُ كَمَا قُلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ وَقَعَ الْمُعَلَّقُ بِالْحَلِفِ، وَيَقَعُ الْآخَرُ إِنْ وُجِدَتْ صِفَتُهُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَعَتْ الشَّمْسُ أَوْ جَاءَ الْحُجَّاجُ فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ لَمْ يَقَعْ الْمُعَلَّقُ بِالْحَلِفِ**)، المقصود بيان الفرق بين الحلف بالطلاق وبين التعليق المحض على صفة، فالحلف ما تعلق به حث أو منع لنفسه أو لغيره، أو تحقيق خبر؛ فإذا قال: إن لم تخرجي، أو إن خرجت، أو إن فعلت أنا كذا، أو إن لم أفعله، أو إن دخل زيد الدار.

قال **الْمَاوَرْدِي**: وكان زيد ممن يطيعه ويمتنع من الدخول بقوله؛ فهو يمين بالطلاق، وكذا قال القاضي الحسين، وإن كان زيد سلطانًا وله قدرة لا يطيعه ولا يمتنع من الدخول بقوله؛ فهو طلاق بصفة، وليس بيمين.

وكذا قاله القاضي الحسين وغيره: وتحقيق الخبر قد يتعلق بفعله وقد يتعلق بفعل غيره؛ **فالأول**: كقوله: إن لم يكن الأمر كما قلت، **والثاني**: كقوله: إن لم يكن الأمر كما قال فلان، والتعليق المحض: كقوله إذا طلعت الشمس، أو جاء رأس الشهر، أو قدم الحاج، أو جاء المطر، أو نعق

وَلَوْ قِيلَ: لَهُ اسْتِخْبَارًا أَطَلَّقْتَهَا فَقَالَ: نَعَمْ فَإِقْرَارٌ بِهِ فَإِنْ قَالَ: أَرَدْت مَاضِيًا وَرَاجَعْت فِيهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ قِيلَ: ذَلِكَ الْتِمَاسًا لِإِنْشَاءٍ، فَقَالَ: نَعَمْ فَصَرِيحٌ وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

الغراب، أو إذا حضت، أو ولدت، أو شئت ونحوها، فكل ذلك تعليق بصفة وليس بيمين.

وقول المصنف: «وقع المعلق بالحلف، ويقع الآخر إن وجدت صفته» ولا يخفى أن محل ذلك في المدخول بها، أما غيرها فيتبين وقوع الطلاق المعلق بالحلف ولا بد من بقاء المدخول بها في العدة عند وجود الصفة.

قال: (**وَلَوْ قِيلَ لَهُ اسْتِخْبَارًا: أَطَلَّقْتَهَا، فَقَالَ: نَعَمْ؛ فَإِقْرَارٌ به**) لأنه صريح إقرار، كما لو قال الحاكم: أعليك الألف المدعاة؟ فقال: نعم لزمه، وتقدير الكلام: «نعم طلقتها»؛ فإن كان كاذبًا فهي زوجته باطنًا.

قال: (**فَإِنْ قَالَ: أَرَدْت مَاضِيًا**) أي: طلاقًا ماضيًا.

(**وَرَاجَعْت فِيهِ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: لاحتمال ما يدعيه، وإن قال: أبنتها وجددت النكاح.

قال الرَّافِعِي: فعلى ما ذكرنا فيما إذا قال: أنت طالق أمس، أو الشهر الماضي وفسره بذلك.

قال: (**فَإِنْ قِيلَ ذَلِكَ الْتِمَاسًا لِإِنْشَاءٍ، فَقَالَ: نَعَمْ؛ فَصَرِيحٌ**) أي: في الإيقاع في الحال كما هو صريح في الإقرار.

(**وَقِيلَ: كِنَايَةٌ**)؛ لأن نعم لم تعد من الصرائح.

إشارات: كيف يقال: «أطلقتها» التماسًا لإنشاء؟ والمراد أنه إذا التمس منه الإنشاء فقال: نعم وهو مشكل، أو يحتمل الوعد، أو الإقرار، وأما الإنشاء فبعيد، وقوله: «وقيل كناية» يقع في حكايته وجها «المحرر» و«الشرح الصغير».

والمذكور في «الروضة» وأصلها وغيرهما نقل الخلاف قولين، قال القاضي أبو الطيب: وهذان القولان كالقولين فيما إذا قال: طلقت زوجتك، فقال: قبلت، ولم يزد، قال الرَّافِعِي والإمام: أنهما مبنيان عليهما.

واعلم أن في تحرير تصوير المسألة اضطراب، ففي «الشامل»: أن صح

....

القولين فيما إذا قيل له: طلقت امرأتك، أو امرأتك طالق، فقال: نعم؛ أنه صريح ولم يتعرض لصيغة استخبار، أو طلب إنشاء.

وقال القاضي الحسين: إذا قيل له: طلقت امرأتك؟ فقال: نعم، قال الشَّافِعِي في «الإملاء»: هذا إيقاع للطلاق، قال ابن القاص: نعم لا شي على الفرقة؛ ولكن هكذا حكي عن الشَّافِعِي.

ولو قيل له: طلقتها، فقال: نعم؛ كان إقرارًا منه بالطلاق، وهذا من القاضي يشعر بأنه إذا أتى بحروف الاستفهام كان إقرارًا، أو إن لم يأت بها حمل على الإنشاء، وكلام الرَّافِعِي يفهم أن الصيغ كلها واحدة، وإنما يفترق الحال بالتماس الإنشاء والاستخبار.

قال: وفي كلام بعض النقلة إثبات الخلاف على الإطلاق من غير فرق بين قصد الاستخبار والتماس الإنشاء؛ حتى لا يكون قوله في صورة الاستخبار صريحًا في الإقرار على قول، انتهى.

وتعرض الْمَاوَرْدِي للفرق بين الصيغ كما يشعر به كلام القاضي الحسين؛ وإن كان تفصيله قد لا يوافق ما ذكره القاضي، فقال: إذا قيل له: زوجتك هذه طالق، فقال: نعم كان إيقاعًا صريحًا، وإن قيل له: طلقت امرأتك هذه، فقال: نعم؛ كان إقرارًا، ولو قيل: طلق هذه فقال: نعم كان وعدًا، ولو قيل له: هذه زوجتك، قال: لا؛ كان إنكارًا لا يقع به الطلاق إلا أن ينوي به فيصير كناية، قال: وهذا أصح ما قيل في هذا التفصيل، وإن خبط به أصحابنا خبط عشواء، انتهى.

ومنقول الرَّافِعِي وغيره ينازعه في الصورة الأخيرة، ويقتضي أنه ليس بشيء وإن نوى قال الرَّافِعِي: إذا قيل له: ألك زوجة؟، فقال: لا؛ فعن «الإملاء»: أنه لا يقع به طلاق وإن نوى، وإنما هو كذب محض، هذا ما أورده كثيرون ولم يجعلوه إنشاءً، ولا بأس بين كون السائل مستخبرًا، أو ملتمسًا إنشاء الطلاق كما سبق؛ لأن قدمنا أنه لو قال ابتداء: لست بزوجة

....

لي؛ كان كناية على الظاهر.

وذكروا الوجهين في أنه صريح في الإقرار أو كناية، وأشبههما أنه كناية، وبه أجاب الْبَغَوِي قال: ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها، ولو قال قائل مشيرًا إليها: هذه زوجتك، وقال: لا؛ فهذا أظهر في كونه إقرارًا بالطلاق، انتهى.

وأنكر منكر ما ذكره الْبَغَوِي من التحليف قال: لأن دعوى الإقرار لا تسمع في الأصح، فكيف تسمع إرادته وإن أراد بها تحليفه على إرادة الطلاق، أيبنى على كونه كناية؟ إن جعلناه كناية طلاق حلف لها، وإلا فلا.

قلت: نص الشَّافِعِي: أنه لو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا؛ فشاءت امرأته أن يحلفه ما أراد بها إقرارًا بأنه طلقها؛ أحلفناه، هذا نصه.

ونقل القاضي الحسين عن الْقَفَّال: أن قوله في جواب السائل «لا» ليس بشيء، وكذا قوله لها: «لستِ بزوجتي»؛ كان إقرارًا بالطلاق فيحكم عليه به.

وصرَّح الشيخ أبو حامد: إلا أن يريد أنها بانت مني؛ فيكون مقرًّا بالطلاق، وظاهر كلامهما أنه ليس بصريح في الإقرار.

وفي «فتاوى القاضي الحسين»: إذا قال: «لست لي بزوجة» أنه كذب محض لا يقع به شيء من غير نية، وعندي أنه إن كان بين يدي القاضي يكون مقرًّا بالبينونة فيفرق بينهما، وحكى أبو العباس والرُّويَانِي: أن إنكاره الزوجية هل يكون كالطلاق البائن؟ فيه وجهان.

فروع منثورة:

قال الْقَفَّال: لو قال: لوليها زوجها؛ كان إقرارًا بالطلاق، ولو قال لها: انكحي؛ لم يكن إقرارًا؛ لأنها لا تقدر أن تنكح.

قال الرَّافِعِي: المفهوم منه المفهوم من قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

قال في «الروضة»: الصواب أنه كناية إذا خاطبها بخلاف الولي؛ فإنه صريح فيه.

....

قلت: نزاع الرَّافِعِي في «انكحي» إنما هو في كونه إقرارًا، أو يتضمنه، فقول «الروضة»: الصواب أن إرادته الصريح، والكناية في الطلاق، وهو المتبادر فهو غير طلاق، وكلامي الرَّافِعِي والْقَفَّال: وإن أراد أن قوله للولي: «زوجها» صريح في الإقرار، وقوله لها: «انكحي» كناية فيه فقريب.

وأفتيت قريبًا بأن قول قائل لزوجته: «أنت لست في عصمة نكاحي»؛ إقرار منه بالفراق، فقال أبو النصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: إذا باع زوجته لم تطلق على ما يقتضيه المذهب خلافًا لمالك لنا؛ أنه لم يوجد منه صريح ولا كناية بالطلاق، انتهى.

وقد يقال: بيعه لها يتضمن الاعتراف بعدم الزوجية بينهما فيؤاخذ بذلك، وقد قال القاضي الرُّويَانِي: إنه لو ادعى زوجية امرأة، ثم خطبها بعد ذلك من وليها؛ كان إقرارًا بعدم الزوجية؛ إذ الإنسان لا يخطب زوجته، انتهى.

قال صاحب «الخصال»: لا يلزم الطلاق بالكنايات إلا بحضور النية إلا في خمس مسائل: أن يقال له: طلقت امرأتك، فيقول: نعم، وكذا طلقة، وقد كان كذلك، أو يقول: بلى، أو يقول: كذا كان، انتهى.

وهذه أقارير لا كنايات، ولو قيل له: طلقت امرأتك؟ فقال: أعلم أن الأمر كما تقوله؛ لم يكن إقرارًا بالطلاق على الأصح، ولو قيل له: طلقت زوجتك؟ فقال: قد كان بعض ذلك؛ لم يكن مقرًا بالطلاق؛ لاحتمال التعليق، والوعد بالطلاق، أو خصومة تؤول إليه.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا كان السؤال عن الثلاث؛ لزمه الطلاق، قال الرَّافِعِي: وفيه توقف لا يخفى، قال في «الروضة»: والجواب أنه لا يقع شيء؛ إلا أن يعترف به، سواء سئل عن ثلاث أو مطلقًا، انتهى.

وفي عدم مؤاخذته بشيء إذا كان السؤال عن الثلاث ما بقيت بخبر، فقال: نعم عندك، ثم خبر عنده؛ وقع عليه الطلاق، ثم قال: في المسألة أوجه: ثالثها: إن نوى وقع وإلا فلا، انتهى.

فَصْلٌ

عَلَّقَ بِأَكْلِ رَغِيفٍ أَوْ رُمَّانَةٍ، فَبَقِيَ لُبَابَةٌ أَوْ حَبَّةٌ لَمْ يَقَعْ.

وَلَوْ أَكَلَا تَمْرًا وَخَلَطَا نَوَاهُمَا فَقَالَ: إِنْ لَمْ تُمَيِّزِي نَوَاك فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَجَعَلَتْ كُلَّ نَوَاةٍ وَحْدَهَا لَمْ يَقَعْ إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ تَعْيِينًا ....

قال:

(فَصْلٌ)

عَلَّقَ بِأَكْلِ رَغِيفٍ أَوْ رُمَّانَةٍ فَبَقِيَ لُبَابَةٌ أَوْ حَبَّةٌ؛ لَمْ يَقَعْ) لعدم صدق المحلوف عليه؛ لأنه حلف على الجميع وهو ثابت بفوات جرعة.

وعبارة «المحرر» فأبقت كسرة، وكأنه أشار إلى ما حققه الإمام؛ فإنه حكى عن القاضي الحسين: أنه إذا بقي من الرغيف فتاتة؛ أنها لا تطلق، قال: واعتبرت الفتاتة بحبات الرمانة.

قال الإمام: والقول في هذا التفصيل عندي؛ فإن كان ما سقط قطعه محسوسة وإن صغرت فهي كالحبة من الرمان، وأما ما دق مدركه من الفتاتة؛ فما عندي أنه يؤثر في البر والحنث، وهذا عندي مقطوع به في حكم العرف إن كان على العرف معلول في الأيمان، وسمعت شيخي يقطع بهذا في «الفتاوى»، قالا في «الشرح» و«الروضة»: والوجه تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل، انتهى.

وفي «الكافي» لو قال: إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق، فأكلته إلا فتاتة؛ لا يقع، ولو قال: إن لم تأكلي هذا الرغيف، فأكلته إلا فتاته؛ يقع الطلاق.

قال: **(وَلَوْ أَكَلَا تَمْرًا وَخَلَطَا نَوَاهُمَا فَقَالَ: إِنْ لَمْ تُمَيِّزِي نَوَاك فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَجَعَلَتْ كُلَّ نَوَاةٍ وَحْدَهَا؛ لَمْ يَقَعْ)** أي: أخذًا باللفظ دون العرف.

(إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ تَعْيِينًا) أي: فيقع لتعذره، هكذا صرح به في شرح الكتاب وهو ظاهر كلامه، وعبارة «المحرر» وغيره: فيحصل الخلاص بذلك؛ إلا إذا

وَلَوْ كَانَ بِفَمِهَا تَمْرَةٌ فَعَلَّقَ بِبَلْعِهَا ثُمَّ بِرَمْيِهَا ثُمَّ بِإِمْسَاكِهَا فَبَادَرَتْ مَعَ فَرَاغِهِ بِأَكْلِ بَعْضٍ وَرَمْيِ بَعْضٍ لَمْ يَقَعْ.

قصد التعيين فلا يتخلص بذلك، كما قالاه في «الشرحين» و«الروضة» وغيرهما، وليس في ذلك تصريح بالوقوع؛ بل إن ذلك ليس بمخلص؛ فإن تعذر ذلك كان من صور التعليق بالمستحيل عادة.

قال في «الروضة»: وفي صورة الإطلاق احتمال للإمام، وعبارة الإمام بعد نقله عن الأصحاب التخلص بذلك: ويتساوى الأمر لذلك؛ فإن المتبادر إلى الفهم منه خلاف ذلك، وتبعه الغزالي، وما ذكره قوي جدًا.

بَقِيَ مَا لَوْ قَصَدَ التَّعْيِينَ فَعَيَّنَتْ نَوًى وَمَيَّزَتْهُ، وَقَالَتْ: هَذَا نَوَاكَ، وَلَمْ يَجْرِ مِنْهُ تَكْذِيبٌ وَلَا غَيْرُهُ؛ فَقُوَّةُ كَلَامِهِمْ تُفْهِمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُخَلِّصٍ، وَفِيهِ احْتِمَالٌ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ وَقَدْ تَعَرَّفَ ذَلِكَ، وَيُؤَيِّدُ مَسْأَلَةَ التَّمْرَةِ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِصُبْرَةٍ فَأَكَلَتْهَا إِلَّا تَمْرَةً.

قَالَ فِي «الْكَافِي»: بَعْدَ إِطْلَاقِهِ الْقَوْلَ بِالْخَلَاصِ بِتَفْرِيقِ النَّوَى، وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِنَوَايَ أَوْ إِنْ لَمْ تُشِيرِي إِلَى نَوَايَ فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ فَالطَّرِيقُ أَنْ تَعُدَّ النَّوَى عَلَيْهِ وَاحِدَةً وَاحِدَةً وَتَقُولَ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ هَذِهِ نَوَاتُكَ، انتهى.

قال: (**وَلَوْ كَانَ بِفَمِهَا تَمْرَةٌ فَعَلَّقَ بِبَلْعِهَا ثُمَّ بِرَمْيِهَا ثُمَّ بِإِمْسَاكِهَا فَبَادَرَتْ مَعَ فَرَاغِهِ بِأَكْلِ بَعْضٍ وَرَمْيِ بَعْضٍ لَمْ يَقَعْ**) هذا واضحٌ، والصورة ما رتبه إذا حصل التعليق بالإمساك آخرًا ولم يحصل إمساك بعد الأيمان؛ فإن مكثت بعد الأيمان لحظة، ثم فعلت ذلك فقد حصل الإمساك، ولو علق بالإمساك أولًا، ثم ذكر التعليقين الآخرين، فأكلت النصف بعد تمام الأيمان؛ حنث في يمين الإمساك، وكذا لو توسط التعليق بالإمساك.

ولو قال: إن أكلتيها فأنت طالق، وإن لم تأكليها فأنت طالق، ولم يقل في أكل النصف شيئًا، قال الرَّافِعِي: بل يقع الطلاق العلق على عدم الأكل، وعبارة «الروضة»: فلا خلاص بأكل البعض، فإن فعلته حنث في يمين عدم الأكل، فظاهر عبارتهما: وقوع الطلاق في الحال، والصواب: أنه لا يقع في

وَلَوْ اتَّهَمَهَا بِسَرِقَةٍ فَقَالَ: إنْ لَمْ تَصْدُقِينِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: سَرَقْت مَا سَرَقْت لَمْ تَطْلُقْ.

وَلَوْ قَالَ: إنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِعَدَدِ حَبِّ هَذِهِ الرُّمَّانَةِ قَبْلَ كَسْرِهَا؛ فَالْخَلَاصُ أَنْ تَذْكُرَ عَدَدًا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَنْقُصُ عَنْهُ ثُمَّ تَزِيدَ وَاحِدًا وَاحِدًا حَتَّى تَبْلُغَ مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ، وَالصُّورَتَانِ فِيمَنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْرِيفًا.

الحال؛ بل يعد من اليأس من أكل النصف الأخير، إما بتلفه أو بموتها قبل ذلك، وهذا بناء على المشهور أن التعليق بان في جانب النفي لا يقتضي الفور.

وحكى في «الشامل» عن الشيخ أبي حامد: أنها إذا أكلت النصف لا يحنث، ورده بأنها إذا أكلت نصفها فما أكلتها فيجب أن يحنث.

قال صاحب «البيان»: إنما يتصور الحنث في عدم أكلها إذا ماتت أو تلف باقي الثمرة قبل موتها، ثم أشار إلى إنكار ما نقله عن «الشامل» عن الشيخ أبي حامد، وهو منكر فليس في كلامه ولا في كلام المعلقين عنه.

فرع: لو علق على الأكل فابتلعت؛ لم يحنث على الأصح، ولا يقال: ابتلعت ولم تأكل، كذا قالاه هنا، وفيه نظر يأتي بيانه في «الأيمان» إن شاء الله تعالى.

قال: (ولو **اتَّهَمَهَا بِسَرِقَةٍ فَقَالَ: إنْ لَمْ تَصْدُقِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: سَرَقْت مَا سَرَقْت؛ لَمْ تَطْلُقْ**) أي: لأنها صادقة في أحد الخبرين لا محالة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِعَدَدِ حَبِّ هَذِهِ الرُّمَّانَةِ قَبْلَ كَسْرِهَا؛ فَالْخَلَاصُ: أَنْ تَذْكُرَ عَدَدًا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَنْقُصُ عَنْهُ، ثُمَّ تَزِيدَ وَاحِدًا وَاحِدًا حَتَّى تَبْلُغَ مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ، وَالصُّورَتَانِ فِيمَنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْرِيفًا**) أراد بالصورتين صورة التهمة بالسرقة، وهذه الثانية وقد حكاها الإمام عن الأصحاب، وأنهم خصّوه بما ذكره في الكتاب، ثم ذكر ما حاصله: أن الحمل ما ذكره عند الإطلاق بعيد غير مفهوم عرفًا، والفرق يقتضي التنصيص على العدد الخاص.

وإذا ادعى إرادة المعنى الذي ذكروه ففي قبوله تردد، ولا شك أن المتبادر

……

ما قاله الإمام، ومراعاة العرف في ذلك أولى من النظر إلى الحقيقة اللغوية؛ لكن الإمام فرض المسألة فيما إذا ذكر عدد الجوز الذي في البيت، وهذا يمكن أن يخبر بعدده حقيقة؛ إذا لم يقيد كلامه بزمن لا يسع عده، بخلاف صورة الكتاب؛ فإنها على ما رآه الإمام من الجنوح إلي العرف وتبقى قرينة من باب التعليق بالمحال.

قال الإمام: فرض بعضهم المسألة فيما إذا قال: إن لم تخبريني، وبعضهم فيما إذا قال: إن لم تعرفيني؛ فكأنه لا فرق عندهم، وهذا خطأ عندي؛ فإن اللفظ يشعر بأنه تقيده المعرفة، وذكر عدد الجوز على الوجه المذكور لا يقيد ذلك(١).

فرع: من القواعد المقررة أن الخبر لا يشترط فيه الصدق؛ إذا قال: إن أخبرتني بقدوم زيد فأنت طالق، فقالت: قدم زيد؛ طلقت كذبت أم صدقت، قيل: وقضية هذا أنه لا حاجة إلى الطريق المذكور في مسألة الرمانة ونحوها؛ بل يكفي أن يقول عدد حبها كذا وكذا، وأجيب بأن المفهوم من الإخبار بالعدد التلفظ بذكر العدد الذي اشتملت عليه الرمانة، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكروه؛ وكأنه متى كان المخبر عنه لفظًا فلا بد من ذكر ذلك اللفظ.

ومثل ذلك: أن يقول: لم تخبري بما قال لك، فإنه فلا بد من ذكر اللفظ المقول لها، ولا يكفي قوله: كاذبة، قال لي: كذا، ثم قضية كلام الجمهور؛ أنه لا فرق بين قوله: إن أخبرتني بقدوم زيد، أو فإن زيدًا قدم.

وقال الفوراني: إذا قال بقدومه، فلا بد من الصدق، بخلاف قوله: إن قدم، واستحسنه الإمام فحصل وجهان في اشتراط الصدق في قوله: إن أخبرتني بكذا، وقضية كلام أبي حاتم القزويني في كتاب «الحيل» اشتراطه؛ فإنه قال: إن لم تخبريني بوزن هذا القيد الذي في رجلك، أو بوزن هذا الحمل؛ فطريق الخلاص إن يضع رجلها في القيد في لجة، ثم يعلم ارتفاع الماء، ثم يرفع القيد إلي ساقها، ثم يضع رجلها ويضع معها حديد إلى أن

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٨).

……

يرتفع الماء إلى العلامة، وفي الحمل يضعه في سفينة، ويعلم إلى أين تغوص في الماء، ثم يوضع فيها متاعًا إلى أن يغوص إلى العلامة، ثم يوزن المتاع والحديد فما بلغ فهو الوزن فيهما.

نسب الْمَاوَرْدِي اشتراط الصدق في الشراء إلى ابن سريج وعدمه في الخبر إليه، ثم قال: وفيه نظر، والتسوية بينهما في الصدق أصح، وقضية اشتراط الصدق في الخبر أيضًا، فاجتمع أوجه ثالثها: تفصيل القولين.

فرع: البشارة عند الإطلاق على الخبر الصادق الأول السار على المشهور.

وفي «أيمان الحاوي» حكاية وجه؛ أنها لا يتقيد بكونه سارًا، قال: وَإِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: مَنْ بَشَّرَنِي مِنْكُمْ بِخَبَرِ زَيْدٍ فَهُوَ حُرٌّ، فَإِنْ بَشَّرَهُ أَحَدُهُمْ بِخَبَرٍ سَارٍّ لِزَيْدٍ عُتِقَ، وَإِنْ بَشَّرَهُ بِخَبَرٍ مَكْرُوهٍ لِزَيْدٍ؛ فَفِي حِنْثِهِ وجهان، ثم قال: وَالصَّحِيحُ أَنْ يُنْظَرَ حَالُ الْحَالِفِ مَعَ زَيْد، فَإِنْ كَانَ صَدِيقًا لَهُ لَمْ يُعْتَقْ بِالْخَبَرِ الْمَكْرُوهِ، وَإِنْ كَانَ عَدُوًّا لَهُ عُتِقَ بِالْخَبَرِ الْمَكْرُوهِ؛ لِأَنْ بَشَّرَهُ، فَصَارَ بِشَارَةً عِنْدَهُ، وَلَوْ كَانَ عَدُوًّا، فَبَشَّرَهُ بِخَبَرٍ سَارٍّ عُتِقَ، وَإِنْ سَاءَهُ الْخَبَرُ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ بِشَارَة، انتهى.

وأنكر الحريري في «درة الغواص» تقييد البشارة بالسَّار، وقال: إنها تعم؛ لأنها مشتقة من تغير البشرة؛ وذلك يحصل بالخير والشر.

وفي «التنزيل»: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [آل عمران: ٢١] والمشهور الأول، والآية ونحوها محمول على التهكم.

قال القاضي الحسين: لو كتبت إليه بالبشارة طلقت، ولو بعثت إليه رسولًا بالبشارة لم تطلق؛ لأنها حصلت من الرسول لا منها، وتبعه الشيخان، وهذا فيما إذا قال الرسول: أبشرك بكذا، أو سكت، أو به برسالة فلانة، أما لو قال: فلانة تبشرك بكذا، أو أرسلتني لأخبرك بكذا؛ قال العبادي في «الزيادات»: فالمبشر المرسل لا الرسول، وهذا حسن ظاهر.

ولو رأى هو من علَّق الطلاق بقدومه قد قدم فأتت البشارة بلا خلاف،

وَلَوْ قَالَ لِثَلَاثٍ: مَنْ لَمْ تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ رَكَعَاتِ فَرَائِضِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، فَقَالَتْ وَاحِدَةٌ: سَبْعَ عَشْرَةَ، وَأُخْرَى خَمْسَ عَشْرَةَ: أَيْ يَوْمَ جُمُعَةٍ، وَثَالِثَةٌ إِحْدَى عَشْرَةَ: أَيْ لِمُسَافِرٍ، لَمْ يَقَعْ.

ووقع في «الوسيط» أنه لو قال: إن بشرتماني فأنتما طالقتان؛ فبشرتاه على الترتيب؛ طلقت الأولى دون الثانية.

قال الإمام أبو محمد المقدسي أبو شامة هنا في «حواشي وسيطه» بخطه: هذا غلط؛ لأنه علَّق بشارتهما كلتيهما.

والمذكور في «النهاية»: لفظ من بشرتني، وجواب المسألة على هذا اللفظ صحيح، ولفظ «البسيط»: أيكنّ بشرتني، فما في «الوسيط» وهم، والله أعلم.

قال: ولكن في أصل المسألة نظر من حيث أن إخبار غيرها قبلها لا يخرجها عن كونها مبشرة، انتهى.

وهذا وجه في الإباحة في «الإبانة»: أنه لا يشترط في البشارة الأولية، فعليه ينبغي أن تطلقان مع الترتيب.

وقال: (وَلَوْ قَالَ لِثَلَاثٍ: مَنْ لَمْ تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ رَكَعَاتِ فَرَائِضِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ) أي: فهي طالق، (فَقَالَتْ وَاحِدَةٌ: سَبْعَ عَشْرَةَ، وَأُخْرَى: خَمْسَ عَشْرَةَ - أَيْ يَوْمَ جُمُعَةٍ- وَثَالِثَةٌ: إِحْدَى عَشْرَةَ: -أَيْ لِمُسَافِرٍ- لَمْ يَقَعْ) بيَّن المصنف طريق صدق كل واحدة، وسكت عن الصريح بأن قول الأولى: منزل على الأغلب وهو المقيم في غير يوم الجمعة، وهذا من الأئمة يدل على اعتبار الصدق في هذا الخبر أيضًا، كما تقدمت الإشارة إليه، وعبارة القاضي الحسين في «الفتاوى»: قال أصحابنا: لا تطلق واحدة منهن؛ لأنهن صادقات، ثم قال: وجب أن يقال: لا تطلَّق التي ذكرت عشرة على إحدى الوجهين، وهو قولنا ظهر مقصور، انتهى. وهو يفهم أنَّا إذا قلنا إنها صلاة بحيالها أن الحكم يختلف.

إشارة: قال في «الدقائق»: لا خلاف في المسألة، وقول «المحرر» قيل: لا يقع ويوهم خلافًا ولا خلاف؛ ولكن عادته مثل هذه العبارة فيما يشتهر في الكتب، وهذه تفرد بها القاضي الْمُتَوَلِّي، ومن تبعهما، انتهى.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ بَعْدَ حِينٍ طَلُقَتْ بِمُضِيِّ لَحْظَةٍ.

وقد نقلها القاضي عن الأصحاب، كما سبق، وأبدى في الجمعة ما ذكرناه، وذكر بعض الشارحين: أنه قال: ينبغي أن تطلق التي ذكرت إحدى عشرة، والتي ذكرت خمس عشرة على القول بأن الجمعة ظهر مقصور، وحكاه الرُّويَانِي وجهًا، انتهى. ولا ثقة بهذا النقل، ولفظ «الفتاوى» ما قدمته، والذي في «تعليقه» و«التتمة» و«الكافي» ما في «المنهاج».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ بَعْدَ حِينٍ؛ طَلُقَتْ بِمُضِيِّ لَحْظَةٍ**) أي: لأن الحين والزمان يقعان على المدة الطويلة والقصيرة، قالوا: قوله إلى حين، أو دهر أو عصر، أو وقت، أو آن؛ كقوله: إلى حين، وما ذكروه في «الحقْب» بإسكان القاف، والدهر، والعصر مشكل جدًا، ونسخ كتاب الرَّافِعِي مختلفة في الكلام على ذلك، بعضها اختصر فيه الكلام، وبعضها بسطه، والموجود في كثير منها: ولو قال: إذا مضى حقب، أو عصر فأنت طالق؛ قال الأصحاب: يقع بمضي لحظة، وهذا بعيد، وتوقف أبو حنيفة في هذه المسألة وهو محل توقف؛ ولكن إيقاعه لا وجه له، انتهى.

وفي نسخ بسط الكلام فيها نحو وفائه، فذكر بعض نقله عن الأصحاب؛ أنهم سووا بين قوله: لا أكلم فلانًا حينًا وزمانًا وحقبًا ودهرًا؛ وتوجيهه: قال الإمام وصاحب «الكتاب»: هذا مشكل؛ لأن اسم الدهر والعصر والحقب لا يقع إلى على الزمان الطويل، ثم ساق كلام الإمام في العصر، وأنه رأى: أنه الذي يحوي أممًا؛ فإذا انقرضوا فقد انقرض العصر؛ إذ من قول الناس: انقرض عصر الصحابة.

ومن كلام الأصوليين: هل يشترط في انعقاد الإجماع انقراض العصر؟ وهذا بيِّن في معنى العصر، إلى أن قال الإمام: وليس ينقدح في الدهر معنى إذا طلق وقرن بالمضي إلا الحمل على العصر، ولست واثقًا بهذا.

قال الرَّافِعِي: وهذا الذي رآه في معنى العصر ليس فيه ضبط شاق، وليس للأمم، وكونه حاويًا لهم مفهوم ملخص؛ لكن استبعاد وقوع الطلاق بمضي الزمان اللطيف، وهو معلق بالعصر والدهر، والحقب حق، ويؤيده أن أهل اللغة

وَلَوْ عَلَّقَ بِرُؤْيَةِ زَيْدٍ أَوْ لَمْسِهِ وَقَذْفِهِ تَنَاوَلَهُ حَيًّا وَمَيِّتًا، بِخِلَافِ ضَرْبِهِ.

أوردوا أن الحقب بسكون القاف: ثمانون سنة، وربما زادوا على الثمانين.

قلت: والأول هو المروي في «التفاسير» عن ابن عباس وابن عمر، وأبي هريرة رضي الله عنهم.

قال الرَّافِعِي: والحُقُب بضمين: الدهر، والحِقبة أي: بكسر الحاء: واحدة الحقب، ثم حكى مذاهب الناس، ثم قال: ذكرنا أن أهل اللغة فسروا الحقْب بسكون القاف: ثمانين سنة، وليس في كتب الفقه ما يخالفه، انتهى.

ويسط الأمام القول في الحين في «الأيمان» بما سنذكر ملخصه هناك إن شاء الله تعالى، ثم قال: والمشكل في الطلاق أنه إذا قال: إذا مضى دهر فأنت طالق؛ يقع الطلاق بانقضاء أول وقت، وهذا أمر لا أهتدي إليه، وقد أبديت فيه خبطًا في كتاب «الطلاق».

إشارة: إذا قلنا بالمنقول: فقال الحالف: أردت بالحقب ما قاله أهل اللغة، ولا أعرف غيره، فظاهر كلامهم أنه لا يقبل منه ظاهرًا، وهو بعيد، ولا سيما في عربي الدار واللسان، وينبغي أن يستفسر الحال فيه وهو نظائره، ويعمل بتفسيره المحتمل؛ إذ ليس على ما يخالف تفسيره دليل ظاهر؛ فإن أتهم أحلف.

وقد قال أبو حنيفة: الحقب: ثمانون سنة، وعن أبي يوسف: أنه سنة؛ فإذا قال: الحنفي أردت قول أبي حنيفة، أو قول صاحبه؛ فالوجه قوله: إن بيَّن إطلاقه عليه.

وعن مالك أن الحين: سنة، فيقال في المالكي ما قدمناه، وأغرب العبدري وغيره فجعلوا قوله: لا أكلمك أحقابًا، كقوله: حقبًا، وأنه بين فيهما بالأدنى، وهذا عجب؛ فإن الأحقاب حقب فكيف يجعل حكم المفرد، وهو خروج عن قول أهل اللغة والتفسير فلا دليل، والله أعلم.

قال: **(وَلَوْ علَّقَ بِرُؤْيَةِ زَيْدٍ أَوْ لَمْسِهِ وَقَذْفِهِ تَنَاوَلَهُ حَيًّا وَمَيِّتًا، بِخِلَافِ ضَرْبِهِ)** فيه مسائل:

الأولى: إذا علَّق الطلاق برؤية زيد طلقت برؤيته حيًّا وميتًا، نائمًا

....

ويقظان؛ لوجود الصفة، قال في «الروضة» و«الشرحين»: وإن كان الرائي أو المرئي مجنونًا أو سكران لم يكف رؤية شيء من بدنه، وإن قيل: في وجه المعتبر رؤية الوجه، انتهى.

وقال القاضي الحسين: لو رأت وجهه حنث على ظاهر المذهب، وكذا قفاه وظهره، أو ملفوفًا؛ فالأصح من المذهب أنه لا يحنث، أو في المنام، أو في المرآة، أو في الماء لا يحنث، كما لو رأته ملفوفًا أو منقوشًا على الجدار، انتهى.

وقوله: «في الماء» محمول على رؤية خياله لا ذاته، وقال الإمام: لو رأته في الماء الظاهر عندنا القطع بوقوع الطلاق، وحكى من يعتمد عن القاضي: أنه لا يقع ولا اتجاه له، انتهى.

ولعل الناقل فهم كلام القاضي على إرادة الذات لا الخيال، وهو بعيد، قال في «الكافي» لو رأته في المنام، أو في المرآة، أو شخصه في الماء، وفي نسخة: أو عكسه؛ لم يقع، ولو رأته وراء زجاج، أو في ماء صافٍ يقع؛ لأنها رأت عينه وحقيقته، انتهى.

وهذا هو الصواب نقلًا ومعنى، وكلام «التتمة» يدل على أنه أراد رؤية خياله في الماء، وسياقه وتعليله يفهم أنه أخذه من كلام القاضي.

تنبيهات: لو كانت عمياء؛ قال القاضي: فالأصح من المذهب أنه لا يجري وفيه وجه؛ أنه يحمل على حضور الأعمى معه للعرف، وقوله: يقع برؤية وجهه على ظاهر المذهب، ظاهر، ولم يذكر مقابله، ولعله يريد رؤية الجميع وهو بعيد، وما ذكره في رؤية القفا والظهر يشبه أن يريد ما إذا رآه موليًا، ولم ير شيئًا من بشرته، وصدق الرؤية على ذلك عرفًا ظاهر؛ فإن من رأى شخصًا مارًا موليًا وعرفه وتحققه؛ يصح أن يقول رأيته اليوم؛ لكن كلام الْمُتَوَلِّي يفهم رؤية البشرة، وقوله: والأصح لا يحنث برؤية ملفوفًا؛ لعله يريد ما إذا كان في لحاف ونحوه، ولم ير منه شيئًا أصلًا.

....

وسبق قول «الروضة» و«الشرحين»: أنه يكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل، وأصله قول الْبَغَوِي: فرأت جزءًا من بشرته طلقت، ولو رأته ملفوفًا في ثوب فلا.

واعلم أن إطلاق الاكتفاء برؤية شيء من بدنه، وإن قل؛ مشكل جدًا؛ فإن من رأى إصبع زيد، أو يده فقط وهو مستتر بباب أو جدار ونحوهما؛ لا يصدق عليه أنه رأى، ومن أوقع الطلاق في هذه الحالة فقد أبعد جدًّا، فيجب أن يكون المراد أنه يكفي ذلك مع كونه بارزًا وباقيه مستتر بثيابه.

وقال الْمُتَوَلِّي: يعتبر رؤية بشرته فلو كان متغطيًا بشيء، ولم يقع بصرها عليه لم تطلق؛ لأنها ما رأته وإنما رأت ثوبه، إلا أنه لا يعتبر رؤية جميع بدنه؛ بل إذا رأت بعضه مكشوفًا، وإن كان باقي بدنه مغطى؛ وقع الطلاق، ولا يختص بالوجه حتى لو رأت صدره، أو بطنه، أو ظهره، أو رأسه؛ وقع عليه، انتهى. وهذا يبين مراد الْبَغَوِي والرَّافِعِي برؤية البعض.

الثانية: إذا علَّق بقذفه يحنث بقذفه حيًا وميتًا؛ لأن قذف الميت كقذف الحي حكمًا وإطلاقًا.

الثالثة: إذا علَّق بمس فلان، حصل الحنث بمسه حيًّا وميتًا، حيث لا حائل بين البشرتين؛ فإن كان ثَمَّ حائل فلا، وأما مس الشعر والظفر؛ فقد قال الإمام: الوجه عندنا القطع في اليمين بأن الحنث لا يحصل، وإن تردد ما في نقض الطهارة بذلك.

وقال الرَّافِعِي: الأشبه مجيء التردد.

قلت: والظاهر أنه لا يجيء الخلاف السابق أن لمس الميت هل ينقض أم لا؟ لاختلاف المأخذين.

الرابعة: إذا علَّق بضرب زيد، فضربه حيًا طلقت.

قال الإمام: ثم الذي ذهب إليه معظم الأصحاب: أنَّا نشترط الضرب وإن لم يكن مبرحًا شديدًا، قال: وذهب طوائف من المحققين إلى أن الألم ليس بشرط، والضرب يحصل بصدمة وإن كانت لا تؤلم، انتهى.

وَلَوْ خَاطَبَتْهُ بِمَكْرُوهٍ كَيَا سَفِيهُ أَوْ يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْت كَذَاك فَأَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَرَادَ مُكَافَأَتَهَا بِإِسْمَاعِ مَا تَكْرَهُ طَلُقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَفَهٌ، أَوْ التَّعْلِيقَ اُعْتُبِرَتْ الصِّفَةُ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي الْأَصَحِّ، ....

واعلم أنه وقع في اشتراط الإيلام اضطراب؛ لاختلاف نسخ «شرح الرَّافِعِي» نذكره - إن شاء الله تعالى - في «الأيمان»، حيث ذكره المصنف: ولو ضربته وهو نائم، أو سكران، أو مجنون، ونحوه؛ وقع، قال الْمَاوَرْدِي: **وَلَوْ ضَرَبَت عَلَى ثَوْبِهِ فَأَحَسَّ بِالضَّرْبِ مِنْ تَحْتِ الثَّوْبِ، طُلِّقَتْ سَوَاءٌ آلَمَهُ أَوْ لَمْ يُؤْلِمْهُ، وَإِنْ لَمْ يُحِسَّ بِهِ مِنْ تَحْتِ الثِّيَابِ؛ لِكَثْرَتِهَا وَكَثَافَتِهَا لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِأَنَّهُ ضَرْبُ حَائِلٍ دُونَهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ ضَرَبَ حَائِطًا هُوَ مِنْ وَرَائِهِ**، انتهى.

وأما ضربه ميتًا لم يطلق؛ فإن الضرب في العرف لا يحمل على ضرب الميت، قال في «الشافي»: ولأن اليمين ليس بمحل الضرب، ولأن القصد بالضرب أن يتألم أو يتضرر به المضروب، ثم قال: وهذا عندي مخالف أصليًا لأنًا لا نراعي إلا ظاهر اللفظ في اليمين دون ما يقصد في العادة، وقرره واحتج إلى قوله الرُّويَانِي؛ لكنه في «التجربة» وافق الجمهور، وغلط من قال غيره.

قال: (**وَلَوْ خَاطَبَتْهُ بِمَكْرُوهٍ كَيَا سَفِيهُ أَوْ يَا خَسِيسُ، فَقَالَ: إِنْ كُنْت كَذَاك فَأَنْتِ طَالِقٌ؛ إِنْ أَرَادَ مُكَافَأَتَهَا بِإِسْمَاعِ مَا تَكْرَهُ؛ طَلُقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَفَهٌ**) أي: في الحال، وإن لم يكن به سفه ولا خسة، ومعنى المكافأة مغايظتها بالطلاق كما أغاظته بالشتم والمعنى: أني إذا كنت كذلك في زعمك فأنت طالق.

قال: (**أَوْ التَّعْلِيقَ؛ اُعْتُبِرَتْ الصِّفَةُ**) كما هو سبيل التعليقات، وهنا يحتاج إلى النظر في حقيقة الصفات المعلق عليها؛ فإن شذ في حصولها قال الرَّافِعِي: فالأصل ألا طلاق.

قال: (**وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فلم يقصد مكافأة ولا تعليقًا، وقد أطلق المصنف نقل الوجهين، والذي قالاه وغيرهما: إنه إذا أطلق وإن لم يجر العرف بالمكافأة؛ حملناه على ما يقتضيه اللفظ من التعليق، وإن عم العرف بالمكافأة، قال الرَّافِعِي: على الخلاف الذي سبق في أنه هل يراعى

وَالسَّفَهُ مُنَافِي إِطْلَاقِ التَّصَرُّفِ، وَالْخَسِيسُ.

قِيلَ: مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَاهُ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: ....

وضع اللفظ أو العرف؟

والأصح وهو المذكور في «التتمة»: أنه يراعى اللفظ ولا يكاد يطرد عرف في مثل ذلك، والظاهر أن مراد الرَّافِعِي بالخلاف السابق ما تقدم عن الأصحاب والإمام والغزالي؛ فإن كلام الأصحاب هنا يدل على اعتبار اللغة كما سبق في تمييز النَّوى وأمثاله.

وما ذكره الرَّافِعِي هنا هو مأخوذ من كلام الإمام؛ إذ قال: وأطلق فهو محمول عندي على التعليق؛ إلا أن يعم عرف في المكافأة فيجتمع وضع اللغة والعرف، وقد سبق الكلام فيه.

قال: ورأيت كثيرًا من المشايخ يميلون إلى المكافأة؛ للعجز عن النظر في الصفات، وسبب ذلك أنهم حسبوا كل مذكور كائنًا، ومعظم بدائع الشتائم غير كائنة؛ فلا يقع الطلاق، انتهى.

وكلام القاضي الحسين في «الفتاوى» يفهم الحمل على المكافأة؛ ولكنه يصدق في إرادة التعليق، وذكر في«التعليق» ما يقتضي أنه يحمل عند الإطلاق على المكافأة.

قال: (وَالسَّفَهُ: مُنَافِي إِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ) هذا التفسير قاله الرَّافِعِي تفقهًا، ولفظه: ويمكن أن يحمل السفيه على ما يوجب الحجر؛ وفيه نظر، الْعُرْفُ فِي وَقْتِنَا جَارٍ بِإِطْلَاقِ ذَلِكَ عَلَى بَذِيءِ اللِّسَانِ الْمُتَفَحِّشِ الْمُوَاجِهِ بِمَا يَسْتَحْيِي غَالِبُ النَّاسِ مِنَ الْمُوَاجَهَةِ بِهِ، فَالْوَجْهُ الْحَمْلُ عَلَيْهِ وَلَا سِيَّمَا مِنَ الْعَامِّيِّ لَا الَّذِي يَعْرِفُ السَّفَهَ مِنْ غَيْرِهِ، وَقَدْ تَدُلُّ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى إِرَادَتِهِ ذَلِكَ بِأَنْ خَاطَبَهَا بِفُحْشٍ مِنَ الْقَوْلِ وَالْبَذَاءَةِ فَقَالَتْ لَهُ: يَا سَفِيهُ، مُشِيرَةً إِلَى مَا صَدَرَ مِنْهُ.

قال: (وَالْخَسِيسُ: قِيلَ: مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَاهُ) هذا التفسير ذكره العبادي، قال: وأخس الأخساء من باع دينه بدنيا غيره.

قال: (وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ:) وعبارة «المحرر» و«الشرح الكبير»: «ويمكن أن

هُوَ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ لَائِقٍ بِهِ بُخْلًا].

يقال»، وعبارة «الروضة» و«الشرح الصغير»: «ويشبه أن يقال».

(**هُوَ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ لَائِقٍ بِهِ بُخْلًا**)، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: «لشدة بخله هذا سيء».

قال الرَّافِعِي: جنوحًا إلى العرف، وقوله: «بخلًا» يحترز به عما لو تعاطاه تواضعًا وزهدًا، أو إطراحًا للكلفة، وأكثر النقلة يطلق لفظ الخسيس على البخيل سواء تعاطى ما لا يليق به أم لا، وينبغي أن يعتبر عن فهم في ذلك.

قال: ذكر الأئمة ألفاظًا أخرى: كالقواد، والديوث، والقرطبان، والسفلة، والبخيل، وقليل الحمية، والقلاش وغيرها.

قال الْمُتَوَلِّي: والقواد: من يحمل الرجال إلى أهله ويخلي بينهم، قال الرَّافِعِي: ويشبه ألا يختص بالأهل؛ بل الذي يجمع بين الرجال والنساء في الحرام.

قلت: ويشبه ألا يتقيد بالنساء، والحامل بين الرجال والمراد قواد عرفًا.

وإن القرطبان: من يعرف من يرني بزوجته ويسكت عنه.

وإن الدَيوث: من لا يمنع الناس من الدخول على زوجته، وفي «الرقم للعبادي»: أنه الذي يشتري جارية يعني: للناس.

قلت: ويشبه أن هذا ليس بخلاف محقق، وكل منهما ديوث.

وقد نقل القاضي أبو الطيب في «مصنفه» في السماع عن نص الشَّافِعِي: هو من يشتري أمة كذلك، قال: هو دياثة، ويشبه أن من لا يمنع الأجانب من الدخول على محارمه وجواريه كذلك للعرف، ويعبرون به عن كل من قَلَّت غيرته على أهله، ومن يتعلق به من أولاده ومحارمه وجواريه ولا يقصرون على الزوجة.

وأما السفلة: فقال البوشنجي: هو من يتعاطى الأفعال الدنيئة، ولا يكفي وقوع ذلك منه نادرًا، كما لا يكتفي بفعل ضدها نادمًا في اسم الكريم والسيد.

قلت: والعامة تسمي به من اشتد بخله وشحه.

……………………………………………………………………

وحكى بعض أصحابنا: أن الترمذي سئل، وأحسبه أبو جعفر أحد أئمتنا المتقدمين، أن امرأتي قالت لي يا سفلة، فقلت: إن كنت سفلة فأنت طالق، فقال: ما صناعتك، قال: سماك، فقال: سفلة، والله سفلة، وهذا نسبه يفهم صدق ذلك على ذوي الحرف الدنيئة.

وفي «الكافي»: لو قالت له: يا سفلة، فقال: إن كنت سفلة فأنت طالق، فقد اختلف الناس في هذا اللفظ، فعن أبي حنيفة: أن المسلم لا يكون سفلة؛ بل هو الكافر.

وعن الثوري: السفلة: هم الظلمة والفسقة، وقال أبو يوسف: هو الذي لا يبالي عما قال وعما قيل له، وقال محمد بن الحسن: هو من يقامر ويلعب بالحمام، وقال غيره: هو من يأتي طعام الناس بغير دعوة وتحمل الذلة، قال: وقياس مذهبنا أن كل من وجد وبه واحد من هذه المعاني يقع طلاقه؛ لأن هذا الاسم يقع على كل واحد من هؤلاء، انتهى.

فإن أراد ما قاله أبو يوسف ومن بعده فحسن، وأما قول أبي حنيفة والثوري؛ فبعيد من مذهبنا(١).

قال القاضي الحسين وغيره: والبخيل: من لا يؤدي الزكاة ولا يقري الضيف.

قلت: وكأن المراد اعتبار الأمرين، ويشبه ألا يعتبر اجتماعهما، والعرف أن من أدى الزكاة فقط ولا يقري الضيف، ولا يواسي أصحابه وجيرانه، أو يبرهم، ولا يوسع على عياله بخيل، ولو كان لا يزكي لعدم تقواه؛ ولكنه يفعل ما ذكرناه من الأمور والتكرم فهو غير بخيل عرفًا قطعًا.

وفي «الكافي» وغيره: أن من أدى الزكاة لا يقع طلاقه، ولم يذكروا قري الضيف.

وقليل الحمية: قال الْمُتَوَلِّي: إنه من لا يغار على أهله ومحارمه.

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٦/ ٤٧٩).

....

قلت: ويطلق في العرف على من لا ينتصر لأقاربه وأتباعه، ولا يدفع الضر عنهم مع تمكنه من دفعه.

وإن القلاش: من يذوق الطعام يوهم إرادة الشراء منه.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: لو قيل له: امرأته قد فجرت، فقال: إن كانت فجرت فهي طالق؛ طلقت في الحال، وإن لم تكن فجرت؛ لأنه ليس متعلق؛ بل معناه أنكم إذا اتفقتم على هذا؛ فهي لا تصلح فقد طلقها، وإن لم تفجر.

قلت: وينبغي أن يراجع في إرادته ويعمل بمقتضى قوله، وظاهر اللفظ التعليق.

ثم رأيت في «الكافي»: أنه لو ذكرت عنده امرأته بسوء، فقال: إن كانت كذلك فهي طالق، وإن نوى به أن كل امرأة توصف بهذا فهي طالق؛ وقع، وإن نوى به التعليق؛ فإن كانت كما ذكر وقع، وإلا فلا، ومثل هذا قولهم: لو قيل له: يا زوج القحبة، فقال: إن كانت قحبة فهي طالق؛ إن قصد به التخلص من عارها وقع، كما لو قصد المكافأة، وإلا فهو التعليق، والقحبة: هي البغي، وهي مولدة غير عربية.

وفي «تجربة الرُّويَانِي»: لو قالت: أنت أحمق، فقال: إن كنت أحمق فأنت طالق؛ فإن لم يرد المجازاة نظر في أحواله وأموره في مثل سنة ومكانة من صناعته؛ فإن كان ناقصًا في ذلك عن مراتب أمثاله نقصانًا متباينًا بلا مرض، ولا نسب ممن يذكر وغيره؛ علم أنه أحمق فتطلق وإلا فلا.

قلت: والأحمق: عرفًا المتكبر المرتفع على الناس تيهًا، وحكى المصنف عن الْبَغَوِي والشيخ أبي إسحاق: أنهما فسراه بمن يفعل الشيء في غير موضعه، ويأتي الحسن في موضع القبيح وعكسه، انتهى.

قال في «التجربة»: والغوغاء: من يجتمع مع المفسدين والمنحرفين على العامة في الأسواق يخاصم الناس، ولا يعيه من نفع ولا ضر، وفسره الإمام أحمد: بمن إذا سمع صوت الطبل أو البوق هرع إليه.

....

والرفيع: عرفًا المتكبر، وقال في «الكافي»: قالت له: تغيبت ولم تترك معنا نفقة؛ فيغضب، فقالت: ليس هذا بكلام عظيم حتى تغضب منه، فقال: إن لم أكن عظيمًا فأنت طالق، ونوى به التعليق؛ نظر إن كان الرجل ذا قدر عند الناس يكون هذا إزاءً به؛ فيقع، أي: وإلا فلا؛ لأن هذه الشكاية من الفقير ونحوه غير مستنكرة ولا تجوز به.

فرع: نقلا عن «الوسيط»: أنه وقع في «الفتاوى»: أن رجلًا قال لزوج ابنته في مخاصمتهما: لم تُحَرِّكُ لِحْيَتَكَ فَقَدْ رَأَيْت مِثْلَهَا كَثِيرًا، فَقَالَ: إنْ كُنْت رَأَيْت مِثْلَ هَذِهِ اللِّحْيَةِ كَثِيرًا فَابْنَتُك طَالِق، قال: وليس المراد المماثلة في الشكل في الصورة وعدد الشعرات؛ وإنما يكنى باللحية في هذا الموضع عن الرجولية والفتوة ونحوها؛ فإن حمل اللفظ على المكافأة طلقت، وإلا لم يقع لكثرة الأمثال، انتهى.

وفيه سهو على «الوسيط»، ولفظه بعد كلمة الصورة: وأنه قصد التعليق، فقلت: لا شك أن اللحية ليست من ذوات الأمثال؛ إن نظر إلى شكلها، ولونها، وعدد شعرها، وذلك هو المثل المحقق؛ ولكن ذكر اللحية في مثل هذا الموضع كناية عن الرجولية والجاه، وذلك مما يكثره أمثاله؛ فالجري هنا إلى العرف، ويوقع الطلاق إذا حملناه على العرف وهو الكناية عن الرجولية ونحولها، بخلاف ما إذا حملنا اللفظ عن العُرف نظر، قيل: وشبه ألا يقع إلا إذا اعترف الزوج المطلق أنه رأى مثلها، وهو حسن.

فرع: قال في أصل «الروضة»: لو قال: إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام، ثم قضت حاجة أخرى؛ لم تطلق، وإن خرجت لحاجة أخرى ثم عدلت إلى الحمام طلقت، وإن خرجت إلى الحمام وغيره فوجهان: قال: قلت: الأصح الوقوع وممن صححه الشَّاشِي، انتهى.

والمذهب الذي قطع به الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وغيرهما من العراقيين، وصاحب «الكافي» من المراوزة هنا، وفي «الأيمان»، ونقله في «الشامل» هنا عن نص في «الأم»: أنه لا يقع ولم يذكر سواه.

....

وقال الْبَغَوِي في «التهذيب» هنا: إنه الأصح، وإنما أوقع الشَّاشِي هنا في ترجيح الوقوع.

قال الْمَاوَرْدِي: هناك ولو خرجت جامعة في قصدها الحمام وغيره حنث؛ لأن خروجها إلى غير الحمام موجود، فلم يمنع اقترانه بالخروج إلى الحمام من وقوع الحنث، ووهم أبو حامد الإسفرائيني فقال: لا يحنث تغليبًا لما يوجب الحنث على ما يوجبه وزيفه فيه واضح لما عللناه، ألا تراه لو قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق، فكلمت زيدًا وعمرًا طلقت.

قلت: ورأيت نصه في «الأم»، وهو مصرح بعدم الحنث، ولو رآه الْمَاوَرْدِي لتأدب والمذهب نقل، وقد علله الشَّافِعِي: بأنها لا تخرج لغير عيادة المريض كما صورها فيه، وقد أعاد الرَّافِعِي المسألة هناك، وقال المصنف: إن الصواب الجزم بأنه لا يحنث عكس ما صححه هنا، وبينا ذلك في «الغنية» هناك، وهذه مسألة جليلة نعم، وبأمثالها تعم البلوى، ويتفرع عليها مسائل كثيرة الوقوع.

فرع: نقلًا عن «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو حلف لا تخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل، فعمل له ببعض دينه وقضى الباقي من موضع آخر، ثم خرجت؛ طلقت، فإن قال: أردت ألا تخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه، قبل قوله في الحكم هذا لفظ «الروضة» وأصلها، ولما وقفت عليه أنكرته فتتبعت نسخ «فتاوى الْبَغَوِي» فرأيت في بعضها: قبل في الظاهر، ومن مثلها نقل الرَّافِعِي، ورأيت في أكثرها: قبل في الباطن دون الظاهر، وهذا هو الصواب فاعتمده.

وقد وقعت المسألة في «الفتاوى» مرات، وقد نص في «الأم» على أنه لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي منه حقه، فأخذ منه عوضًا عنه حنث؛ لأنه لم يأخذ حقه بل عوضه، وهذا لم يوفه حقه بالعمل بغيره؛ بل في التديين وقفة فاعلم.

....

فرع: قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو قال: إن لم يكن وجه فلان أحسن من القمر فأنت طالق لم يقع؛ لأنه قد يكون الوجه أحسن من القمر، وقال القاضي الحسين: إن لم يكن مثل القمر فأنت طالق لم يقع، قال: ومراده في الحسن يقال: فلان مثل القمر إذا كان جميلًا، وصورها الرَّافِعِي: في إن لم تكوني أحسن من القمر، وزاد المصنف فنقلها عن نصِّ الشَّافِعِي وقال: إنه متفق عليه، وعن المروزي: أنه لا يقع، وإن كان زنجيًّا أسود، انتهى.

وهذا إعراض عن العرف، والمتبادر من كلام القاضي وشيخه خلاف، ووقع في نسخ الرَّافِعِي: ولو قال: أضوء من القمر، فلا أعلم كلامه وهو تحريف ناسخ، صوابه: فالحكم بخلافه كما رأيته في أصل صحيح -أي: فيقع- وصرح بذلك الْقَفَّال في «الفتاوى» وصاحب «الكافي».

فرع: نقلا عن أبي العباس الرُّويَانِي: أنه لو أشار إلى ذهب وحلف بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان، فشهد شاهدان أنه غيره، وأنه حانث؛ فظاهر المذهب وقوع الطلاق؛ لأنها شهادة على نفي يحيط به العلم، وفي وجه: لا تقبل شهادتهما ولا يقع الطلاق، انتهى.

وقضية الكلام إلى المأخذ بالشهادة على النفي المحصور، وبقي مأخذ آخر يقتضي عدم الحنث، وهو الجهل؛ إذ الظاهر أنه حلف معتقدًا ذلك، ونقلا عنه: أنه لو حلف بالطلاق ألا يفعل كذا، ثم شهد شاهدان عنده أنه فعله وتيقن صدقهما، أو غلب على ظنه؛ لزمه أن يأخذ بالطلاق.

قلت: فيه نظر؛ لأنه أمر راجع إلى علمه فلا يلزمه العمل بإخبار غيره؛ كالقاضي يشهدون عنده أنه حكم بكذا، أو يخبر المصلي بفعل، أو ترك ونحو ذلك، وسبق تفصيل في «الكافي» في الاستثناء يقتضي أنه يرجع إلى علمه؛ إذا لم يكن غضب وحرج، وتقدير الجري على ما قاله ذاكرًا لليمين، وعالمًا بأنه المحلوف عليه؛ بل عدم تذكره لصدوره منه يشعر بأنه إنما صدر منه عن جهل به، أو نسيان الحلف.

....

فرع: حكى البوشنجي: أنه حكي عن أبي حنيفة: أنه سئل عمن قال: إذا بلغ ولدي الختان فلم أختنه فامرأتي طالق، وكان بين يديه أسود قائم، فقال: ما أنا بأعلم من هذا الأسود، قال: ـ يعني: البوشنجي ـ: والذي أراه أنه إذا بلغ حدًّا يحتمل الختان ولم يختنه حنث؛ لأنه لا توقيف في وقته فقيد بوقت الإمكان، كما لو قال: إذا بلغ ولدي التعلم فلم أعلمه تقيد بوقت إمكان التعليم، وأغفل في «الروضة» الفرع ظنًا أن مجموعه عن أبي حنيفة، الظاهر أن القائل: «والذي أراه» هو البوشنجي.

وقال العبادي في «الزيادات»: إذا قال: إذا بلغ ابني وقت الختان فلم أختنه، فأنت طالق، بأن وقت الختان عندنا اليوم السابع من ولادته.

وقال أصحاب أبي حنيفة: إذا بلغ سنتين، انتهى.

ويحمل الرجوع إلى عرف أهل البلد في الوقت الذي يختنون فيه أولادهم غالبًا، فإن لم يطرده عرف شيء؛ فيحتمل أن يقال: يرجع إلى وقت الختان عند الحالف، ويعمل بمقتضاه، فإن لم يكن عنده شيء؛ فهذا موضع النظر.

فرع: نقلا عن الرُّويَانِي: أنه لو قال لنسائه الأربع: من حملت منكن هذه الخشبة فهي طالق، فحملها ثلاث منهن؛ نظر إن كانت ثقيلة لا تستقل بحملها واحدة طلقن، وإن استقلت بها الواحدة فلا على الصحيح، وقيل: يطلقن، انتهى.

ورأيت في «النهاية» و«البسيط» في آخر «الأيمان»: أنه لو حلف لا أحمل خشبة فحملها مع غيره لم يحنث، فإنه شارك ولم يستقل، هكذا أطلقاه، وينقدح في مسألة الرُّويَانِي عدم الوقوع مطلقًا؛ إذ ظاهر اللفظ الاستقلال ومن شارك لم يستقل.

فرع: عن البوشنجي: أنه لو حلف لا يأكل من مال فلان فنثر مأكولًا فالتقطه وأكله حنث، وكذا لو تناهدا فأكل من طعامه؛ قال المصنف: والمختار في مسألة النثار بناؤه على الخلاف في أنه يملكه الآخذ أم لا؟ فإن قلنا:

....

بالأصح إنه يملكه لم يحنث، وإلا فيخرج على الخلاف السابق في الضيف ونحوه أنه هل يملك الطعام المقدم إليه، ومتى يملكه؟.

وأما مسألة المناهدة: وهي خلط المسافرين نفقتهم واشتراكهم في الأكل من المختلط ففيها نظر؛ لأنها في معنى المعاوضة وإلا فيخرج على مسألة الضيف، والله أعلم.

قلت: إنما ينقدح نبأ الأخذ من النثار على الخلاف في مسألة الضيف؛ إذا كان الأخذ ممن قصده المالك بالنثر، فحينئذٍ يكون كالضيف، والمفهوم من العرف المطرد أنه يحنث الضيف؛ لأنهم لا يتمارون في كونه أكلًا، من قال: «فلان» فإجراء الكلام على إطلاقه هو المختار، والصحيح المختار: أن الضيف لا يملك ما يأكله كما سبق.

فرع: نقل الرَّافِعِي عن البوشنجي أنه قال: إن أغضبتك فأنت طالق، فضرب ابنها فغضبت طلقت، وإن ضربه للتأديب، وأسقط المصنف في «الروضة» لفظة: «فغضبت» لسقوطها من بعض الأصول، والصواب إثباتها، وما رأى بعض الفضلاء فيه.

وفي «الكافي» لو قال: إذا أغضبتك فأنت طالق، فضرب صبيًا، فغضبت؛ يحتمل وجهين: أحدهما: يقع الطلاق لوجود الشرط وهو إغضابها مطلقًا، قال: والأصح: أنه ينظر أن ضربه في أمر ينبغي أن يضرب فيه تأديبًا لا يقع؛ لأنه غضب في غير موضعه، انتهى. وهذا بعيد، والظاهر إبداء الوجهين، والترجيح من تفقهه.

إشارة: ذكرت في «الغنية» هنا فروعًا منثورة من فتاوى الأصحاب وكتبهم، نحو كراسة أكثرها مما يحتاج إليه، وتعم به البلوى بوقوعه، والسؤال عنه أضربت عنه هنا اختصارًا، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [النِّكَاحُ بِنَفْسِهِ، ....

قال الشارح: هو بفتح الراء أفصح من كسرها، وأنكر ابن دريد وغيره الكسرة، وادعى في «المطالع» أنه أكثر، وهي لغَةً: المرة من الرجوع، وشرعًا: الرد إلي النكاح بعد طلاق غير بائن على وجه مخصوص.

والأصل فيها الكتاب قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨].

قال الإمام: والرد: الرجعة بإجماع المفسرين، وقوله تعالى: ﴿فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٤٨] أي: في العدة.

ومن السنة: الأحاديث المشهورة في الباب كحديث: «رجعة ابن عمر - رضي الله عنهما -»⁽¹⁾ «ومراجعته ﷺ حفصة»⁽²⁾ والإجماع منعقد على صحتها.

قال: (**شرطُ الـمُرتجعِ: أهليةُ النِّكَاحُ بِنَفْسِهِ**) أخرج بأهلية النكاح المرتد؛ إذ لا يصح نكاحه ولا رجعته، وقوله: «بنفسه» ذكر في «الدقائق»: أنه احترز به عن الصبي والمجنون؛ فإنهما أهل للنكاح بوليهما لا بنفسهما، قال: ويدخل فيه السكران والعبد والسفيه؛ فالسكران: تصح رجعته على المذهب، وتصح رجعة العبد بغير إذن سيده على الصحيح، وتصح رجعة السفيه؛ لأنهما أهل للنكاح بأنفسهما، وإن كان شرطهما إذن الولي والمولى، انتهى.

إشارات: مقتضى لفظ «المنهاج» وأصله: أنه لا تصح رجعة المحرم وهو وجه، والصحيح الصحة، وأطلق صحة رجعة السفيه.

وقال الغزالي في «شرح المهذب»: حيث يصح نكاحه صحت رجعته، وحيث لا يصح النكاح لا تصح رجعته، فيكون الضابط فيه: أن من صح نكاحه صحت رجعته، وكذا قاله في «الذخائر»، وصرح به ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٥٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)، وابن ماجه (٢٠١٦).

وَلَوْ طَلَّقَ فَجُنَّ فَلِلْوَلِيِّ الرَّجْعَةُ عَلَى الصَّحِيحِ حَيْثُ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ.

وَتَحْصُلُ بِرَاجَعْتُكِ وَرَجَعْتُكِ وَارْتَجَعْتُكِ، ....

وكأن المراد اعتبار حاجته إلى النكاح حالة الرجعة لا يوقفها على إذن الولي؛ فإن أرادوا ذلك مع حاجته إلى النكاح عند الرجعة، والأشبه خلافه كالعبد وأولى، وأما اعتبار حاجته إلى النكاح حالة الرجعة، والأشبه عدمها؛ بناء على أن حكم الرجعة حكم الأشبه أمَة، كما تقتضيه أكثر التفاريع.

وقال القاضي الحسين: لو كانت تحت الحر حرة وأمة؛ فطلق الأمة رجعيًّا؛ فإن قلنا الملك باقٍ فله الرجعة.

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه المذهب، وذكره في «الروضة» عن إبراهيم المروزي مقتصرًا عليه، وإيراد ابن الرِّفْعَة في «المطلب» يفهم أن المذهب المنع أخذًا من قول الغزالي: إنه يشترط أهلية الاستحلال والعقد، وهو ليس بأهل للعقد عليها في الحال وفيه نظر، وكلام الغزالي يشعر بأنه إنما قصد بأهلية العقد اعتبار التكليف(١).

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ فَجُنَّ؛ فَلِلْوَلِيِّ الرَّجْعَةُ عَلَى الصَّحِيحِ حَيْثُ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ**) قلت: هذا أبداه الرَّافِعِي تفقهًا، وينبغي أن يجوز لولي المجنون الرجعة إذا طلق زوجته، ثم جن؛ حيث يجوز له ابتداء النكاح على القول، فجواز التوكيل في الرجعة وهو الأظهر، وصرح الجيلي بما أبداه الرَّافِعِي، ولفظه: وللولي أن يراجع زوجة المجنون الذي طرأ جنونه بعد الطلاق، حيث يجوز له ابتداء النكاح لأجله، وأفهم إيراد المصنف نقل وجهين، وانتقد عليه، ولعله رآهما منقولين.

إشارة: قد يقتضي النظر له الرجعة، وإن كان في حال لا يجوز ابتداءً تزويجه فيها؛ لأمور ومصالح أشرت إليها في «الغنية».

قال: (**وَتَحْصُلُ بِرَاجَعْتُكِ وَرَجَعْتُكِ وَارْتَجَعْتُكِ**)؛ لا خفاء في صراحة الألفاظ المشتقة من لفظ الرجعة كهذه الثلاثة، وإنما كانت صريحة لشيوعها

---

(١) انظر: «تحفة المحتاج» (٣٤/ ٣١).

....

وورود الأخبار والآثار بها، ولو قال: ترجعتك صح، ومثله استرجعتك، والظاهر نظر، نقلا أن قوله: أنت مراجعة، أو مرتجعة، أو مسترجعة؛ رجعة إن قصد به الرجعة صحت؛ وإلا فيه احتمال.

ولو قال: راجعتك المحبة، أو بالمحبة، أو للإهانة وأشبه ذلك؛ فإن أراد به التعليل صح، أو الرد إلى ذلك الشيء فلا، فلو تعذرت معرفة قصده لموت، أو طلاق حصلت الرجعة، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، قال الدارمي: ولو قال اخترت، أو شئت رجعتك، أو رجعتها؛ فإن أراد اخترته فأوقعته صح، أو اخترته ولم أ فعلته فلا.

تنبيهات: الأول: لا بد من لفظة تدل على المرأة من اسم، أو ضمير، أو إشارة، أو وصف كراجعتك، وراجعت فلانة، أو هذه، أو زوجتي، ونحوها، فلو اقتصر على قوله: راجعت كان لغوًا، ويحتمل أنه إذا كان في جواب التماس الرجعة منها، أو من غيرها إن صح، قال الْمَاوَرْدِي: ولو قال: ابتداءً من غير إشارة إليها، ولا إجابة لأمر ترجعها راجعتها؛ صح إن قلنا الشهادة بدت، وإلا فلا.

قلت: لو كان له مطلقة رجعة غيرها، فلا بد من تعيين المرتجعة منهما، فلو اتفق الاسم فلا بد من زيادة عليه يميز بها المرتجعة.

الثاني: لا يشترط أن يضيف ذلك إلى تعيينه، ولا إلى الزوجية، أو المنكاح؛ لكن يستحب، فيقول: إلى نكاحي، أو زوجيتي، أو إليَّ، وأوهم لفظ «الإبانة» خلافًا فيه، فقال: يصح بأربعة ألفاظ وهي: رجعت، وارتجعت، وراجعت، وهل يحتاج أن يقول إليّ؟ فعلى وجهين، وفهم الْعِمْرَانِي وابن الرِّفْعَة عود الخلاف على جميع الألفاظ، ولعله إنما أراد عودة إلى الرد فقط؛ بدليل قوله في «العمد»: ثم ألفاظ المراجعة أن يقول: راجعتها، أو ارتجعتها، أو رددتها، وهل يحتاج أن يقول رددتها إليّ، أم لا؟ فيه وجهان، وحينئذٍ لا يتحقق خلاف في ذلك وهو الصواب.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ الرَّدَّ وَالْإِمْسَاكَ صَرِيحَانِ، ....

قال: (**وَالْأَصَحُّ: أَنَّ الرَّدَّ وَالْإِمْسَاكَ صَرِيحَانِ**) أما لفظ الرد فالمذهب المنصوص في «الأم» وبه قطع العراقيون وغيرهم: أنه صريح، وصرح به القاضي الحسين: بأنه لا خلاف فيه، وذكر الْمُتَوَلِّي نحوه، وأشار في «الإبانة» إليه.

وقال الْمَاوَرْدِي: نص عليه في «الأم» عَلَى أَنَّهُ صَرِيحٌ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي «الْقَدِيمِ» وَ«الْإِمْلَاءِ»؛ فَوَهِمَ الرَّبِيعُ فَخَرَّجَ مِنْهُ قَوْلًا آخَرَ أَنَّهُ كِنَايَةٌ لَا تَصِحُّ بِهِ الرَّجْعَةُ، وأنكره الجمهور عليه.

وقد ورد الرد في القرآن كما سبق، والسنة في قوله ﷺ لركانة: «اردِدها»(١)، ووجه المنع بأنه لم يشتهر اشتهار الرجعة، ثم قضية إطلاق المصنف ثبوت الخلاف في لفظ الرد مع قوله إلى النكاح.

وقال الْقَفَّال في «شرح التلخيص»: إن قوله: رددتها إلى النكاح صريح بلا خلاف، قال الرَّافِعِي: وكذلك أورد الإمام في قوله: رددتها إليَّ، وقصر الخلاف على قوله: رددتها، وإيراد الفوراني يوافقهما.

ونقل ابن كج قولًا عن الربيع: أن قوله: رددتها إليَّ؛ ليس بصريح، وأظنه قوله السابق في أصل المسألة.

وأما الإمساك فأصح الأوجه عندهما وعند كثير: أنه صريح لتكرره في القرآن.

وثانيها: أنه كناية؛ لعدم اشتهاره، ولأنه يحتمل الإمساك باليد وفي البيت، ونسب إلى الجمهور، وعن ابن داود: أنه ظاهر المذهب، وعن الرُّويَانِي: أنه الذي نص عليه في عامة كتبه، وإن الأقيس عنده: أنه صريح، والرَّافِعِي نقل عنه ترجيح المنع.

وثالثها: أنه ليس بشيء.

قال في «الرجعة» في «الأم»: والكلام بها أن يقول: قد ارتجعتها أو قد

---

(١) تقدم تخريجه.

وَأَنَّ التَّزْوِيجَ وَالنِّكَاحَ كِنَايَتَانِ، وَلْيَقُلْ رَدَدْتهَا إلَيَّ أَوْ إلَى نِكَاحِي ....

رددتها، فظاهره يقتضي انحصار لفظ الرجعة فيما سبق من الرجعة والرد، وقضية أن الأصح بلفظ الإمساك ولا غيره ولا بكناية، ولم يذكر الشَّافِعِي لفظ الإمساك، كما قال بعض الأئمة في شيء من كتبه «كالأم» و«المختصر» وغيرهما، ولم يحكها البيهقي في منصوصاته مع نقضه لها، قال ابن داود وغيره ما قال، وهو ما نقله الشيخ أبو حامد عن أصحابنا خلا الإصطخري.

قال: (**وَأَنَّ التَّزْوِيجَ وَالنِّكَاحَ كِنَايَتَانِ**) أي: لعدم استعمالهما في الرجعة، واعلم أن عبارة «المحرر»: ليسا بصرحين، ولم يرجح في «الشرح» كونهما كناية؛ بل نقل عن الْبَغَوِي ترجيح عدم صراحتهما، ثم قال: وعلى هذا فوجهان: أحدهما: أنهما كنايتان، ويحكى عن القاضي، ووجه المنع: أنه لا إشعار فيهما بالتدارك وإعادة الحل، انتهى.

وقال الرُّويَانِي: إنه ظاهر المذهب، وفي «التجربة»: إنه الصحيح، وقال أبو محمد الجويني: المذهب أنه رجعة، وهذا غلط، انتهى.

وصرح في أصل «الروضة» بترجيح أنهما كنايتان، ولم يقله الرَّافِعِي، نعم كلامه في «الشرح الصغير» يشعر به؛ فإنه قال مفرعًا على الأصح: إنهما ليسا بصريح، وعلى هذا ففي كونهما كنايتان الخلاف المذكور في الإمساك، أي: إذا قلنا بأنه ليس بصريح، وصرح بترجيح أنه كناية «في الشرحين».

قال: وهذا في قول الزوج: نكحتك وتزوجتك، وحده، لو جرى العقد على صورة الإيجاب والقبول؛ اطرد الخلاف، هذا لفظه في «الشرح الصغير»، فظاهر أن الأصح المنع.

وقال في «الكبير»: لو عقد على الرجعية نكاحًا جديدًا، قال الرُّويَانِي في «التجربة»: قال بعض أصحابنا: يحل له؛ لأن العقد آكد في الإباحة، وقال ابن أبي أحمد: لا يحل، قال- يعني - الرُّويَانِي: والأول أظهر، وسيأتي في المسألة كلام.

قال: (**وَلْيَقُلْ: رَدَدْتهَا إلَيَّ أَوْ إلَى نِكَاحِي**) ظاهر كلامه أنه لا بد منه، كما

……

رجحاه في «الشرحين» و«الروضة»؛ ليكون صريحًا، إذ قد يفهم منه الرد إلى أهلها بسبب الفراق، وعبارة «المحرر»: وينبغي أن يقول كذا، وظاهرها عدم الوجوب، وأن الصراحة غير متوقفة على ذلك، وهو كلام القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي والعراقيين، وشذَّ الْجُرْجَانِي منهم فخالفهم.

والمذهب المشهور: أنه لا يشترط ذلك، ويؤيد الاشتراط ما سبق عن نص «الأم» من قوله: والكلام بها، إلى قوله: رددتها إليَّ، وعبارة «المختصر»: رددتها إليَّ أيضًا، وجرى على لفظه كثيرون؛ لكن العراقيون وغيرهم حملوا قوله إليَّ على الندب.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: رددتك إليَّ؛ صريح، فإن لم يقل «إليَّ».

قال الْقَفَّال: لا يصح في ظاهر المذهب، والأقيس: أنه يصح.

قال الْبَغَوِي في «التعليق»: لأن الظاهر إنما هو الرد إلى الحال الذي كانت عليه؛ كما في الرجعة يكفي أن يقول: راجعتها، في حمل الوجه الآخر ولم يرجح شيئًا.

إشارة: قضية كلام الكتاب: أنه لا يشترط الإضافة إليه في لفظ الإمساك بخلاف الرد، وقالا في «الشرح» و«الروضة»: إن قلنا: إنه صريح فيشبه أنه يجيء في اشتراط الإضافة فيه وجهان كالرد، وجزم الْبَغَوِي بعدم الاشتراط، وأنه مستحب مع حكايته الخلاف في الرد.

فرع: تصح الرجعة بالعجمية مطلقًا، وقيل: لا، وقيل: من العاجز تصح رجعة الأخرس بالإشارة وبالكتابة، وهل يشترط أن تكون الإشارة مفهمة؟ قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يبنى على الإشهاد فيها إن أوجبناه اشترط، وإلا فلا، انتهى.

ولك أن تقول: إذا لم تكن الإشارة مفهمة ولا كتابة، كيف يعلم إطلاقه؟ وإن طلَّق في حال نطقه فكيف يتصور منه الرجعة؟ وكيف يمكنه من الزوجة من غير دلالة على الرجعة؟ فما ذكره من البناء لا يتضح.

وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ ....

فإن قلتَ: أراد إن اختص بفهمها فطنون، كما قالوا في طلاقه؛ لأنه لا يفهم أصلًا.

قلتُ: إن أراد ذلك جاء الخلاف في صحتها بالكتابة، وقال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: وإن مرض رجل فخبل لسانه، أو لم يخبل، أو ضعف عن الكلام فهو كالأخرس، والطلاق إذا كانت له إشارة مفهمة تعرف فإن عقد، ثم قال: لم يكن مني مراجعة، فالقول قوله وتبرأ منه بالطلاق الأول، هذا لفظه.

ولو تزوجها في عدته فالنكاح فاسد، وهل يكون ذلك رجعة؟ رجح الرُّويَانِي في «الحلية» و«التجربة»: الصحة وأقواه، وقال: إنه اختيار الماسرجسي وجماعة، ويظهر أن يقال: إن قلنا: أن لفظ التزويج والنكاح ليسا بصريح ولا كناية؛ لم تصح الرجعة، وهو ما جعله الرُّويَانِي المذهب، وإن قلنا: صريح صحت، أو كناية ونوى وصححنا الرجعة بالكناية فكذلك؛ وإلا فلا.

قال: (وَالْجَدِيدُ: أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] ولا يأمر بإشهاد، يوجب ألا يكون من شرطه الشهادة كسائر العقود، ولأن غيرها إذا لم يفتقر إلى الإشهاد مع افتقاره، وقوله ﷺ لعمر: «مُرْه فليراجعْها»[1] ولم يأمره بالإشهاد، ولأنه عقد لا يفتقر إلى إيجاب وقبول، فما لا يفتقر إلى قبول الولي ينعدم الاشتراط، وأيضًا، فإنها حق له فلا يجب الإشهاد فيها كالطلاق وغيره من حقوق الأزواج، واحتج للوجوب بظاهر قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق:٢]، ولأنها استباحة تقع مقصودة فوجب الإشهاد فيها كالنكاح.

إشارة: قوله: «والجديد» تبعا فيه المراوزة وليس بصواب؛ بل الذي نص عليه في «الأم» و«أحكام القرآن» و«القديم»: الاستحباب.

وفي «الإملاء» وهو من الجديد الاشتراط، هذه كتبه، وكذا ما نقله عنه العراقيون وغيرهم، وكذلك قال الرَّافِعِي مستدركًا على الغزالي: وسمي هذا

---

(١) تقدم تخريجه.

فَتَصِحُّ بِكِنَايَةٍ.

القول جديدًا، وذلك يشعر بأن مقابله قديم، وكذلك حكى جماعة: والأكثرون قالوا: قوله في «القديم» و«الأم» عدم الاشتراط، ونسبوا اشتراطه إلى «الإملاء»، انتهى.

قال الصيمري: ولو أشهد رجلًا وامرأة كان أولى من ألا يشهد عليه أصلًا، واعلم أن طائفة توهمت أن «الإملاء» من القديم، ومن هنا قيل ما قيل.

قال: (**فَتَصِحُّ بِكِنَايَةٍ**) في صحتها بالكناية وجهان عند بعض المراوزة مبنيان على اشتراط الإشهاد وإليه رمز بقوله «فتصح»، ووجه البناء والتفريع: أنَّا إذا لم نشترط الإشهاد جعلناه مستقلًا بها فصحت منه بالكناية كالطلاق والعتق، وإن شرطناه فالشهود لا يطلعون على النية فلا تصح بالكناية، واعلم أن الذي أورده العراقيون ومنهم: الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته»، وصاحب «المعتبر» وغيرهم من المراوزة وهو ظاهر نص «الأم» و«المختصر»: أنها لا تصح بالكناية⁽¹⁾.

وممن صرَّح بذلك الدارمي والْمَاوَرْدِي والْعِمْرَانِي وآخرون، وهو قضية قول من حصر المرجعة فيما ذكره المصنف وهم الجمهور مع حكايتهم الخلاف في الإشهاد، وهو يقدح في البناء المذكور، وبالجملة فالمذهب المنع، وأما صحتها بالكنية من الناطق؛ فالذي اشتملت عليه الطلاق الجزم بالمنع، وأنها لا تصح منه إلا باللفظ.

وحكى القاضي الحسين وأتباعه فيها وجهين بنوهما على اشتراط الإشهاد وتبعهم الشيخان، والمشهور المنع، قال الْمُزَنِي في كتابه «نهاية الاختصار» من قول الشَّافِعِي: ولا رجعة إلا باللفظ إلا الأخرس، انتهى.

فإذا صححنا فينبغي أن يأتي فيما إذا كتب الكناية ما سبق في الطلاق وأولى بالمنع، وأن يفرق بين الحاضر والغائب، ويحتمل أن تبنى صحته بالكلية على الخلاف في صحة النكاح به، وهي أولى بالصحيح؛ لأنها استدامة.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٤/ ٤٢).

وَلَا تَقْبَلُ تَعْلِيقًا، ....

إشارة: إذا صححناها بالكناية فكيف تكون مقارنة النية؟ لم أر فيها شيئًا؛ فيحتمل أن يكون كما قيل في كناية الطلاق، أو كمقارنة النية للتحريم لتشبه الرجعة بالعقد.

قال: (**وَلَا تَقْبَلُ تَعْلِيقًا**) لأنها إما ابتداء عقد؛ فلا تقبله كالنكاح وغيره، وإما استدامة؛ فلا تقبله أيضًا، كاختيار من أسلم على أكثر من أربع نسوة، وسواء علَّق بمدة أو قدوم أو بمشيئة الله تعالى، أو غيره، ولو قال: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت؛ لم تصح، ولا فرق بين أن يعلق بطلاق أو غيره، فلو قال: إذا طلقتك فقد راجعتك؛ لم يصح.

فروع: لو قال: راجعتك أن شئت بفتح الهمزة، أو إذا شئت؛ فالأصح والظاهر أن من قال: لا يقع الطلاق بذلك لعدم الرجعة عنده وأولى، وينبغي أن يفرق بين النحوي وغيره، فيستفسر الجاهل لو علَّق الطلاق بالرجعة فقال للرجعية: إذا راجعتك فأنت طالق، أو لمن في صلب النكاح: إذا طلقتك وراجعتك فأنت طالق، فالمشهور صحة التعليق قطعًا ووقوع الطلاق.

وحكى الإمام عن شرذمة من الأصحاب: أنه لا يصح التعليق؛ إذ مقصود الرجعة الإحلال فلا يصح تعليق يقتضيه به، قال: وهو غير معتد به؛ ولولا أن القاضي ـ يعني الحسين ـ حكاه ما حكيته، انتهى.

والذي في «تعليقه» مقابل المشهور نقل وجه الرجعة لا يصح؛ لأنها لا تعقب الإباحة، وكذا حكى الْمُتَوَلِّي الخلاف في صحة الرجعة وعدمها، وعلى هذا لا يقع الطلاق بعدم وجود الصفة، صرَّح به الْمُتَوَلِّي، وقال: إن عدم صحة الرجعة جارٍ على قولنا: إنها تلحقه بابتداء النكاح فتكون كنكاح قارنه فامتنع مقتضاه.

قال: والمذهب صحتها لا تقبل الرجعة؛ لإبهام فلو طلق أحدهما مبهمًا، أو معينًا ثم حصل الاشتباه، ثم قال راجعت المطلقة؛ لم يصح، وقيل: يصح كالطلاق.

وَلَا تَحْصُلُ بِفِعْلٍ كَوَطْءٍ وَتَخْتَصُّ الرَّجْعَةُ بِمَوْطُوءَةٍ طَلُقَتْ بِلَا عِوَضٍ لَمْ يُسْتَوْفَ عَدَدُ طَلَاقِهَا، بَاقِيَةٌ فِي الْعِدَّةِ، مَحِلٌّ لِحِلٍّ، لَا مُرْتَدَّةٍ.

لو قال: أنت طالق إن قدم زيد، فلم يعلم قدم أم لا، فراجع ثم تبين أنه كان قد قدم، وأن الرجعة حصلت بعد وقوع الطلاق، قال في «البحر»: ففي صحتها وجهان: والأصح: أنها تصح، وأصلها لو باع مال مورثه، ولم يعلم أنه صار له، ثم بان أنه ورثه، وحكى القمولي أنه قال: الأظهر أن الرجعة لا تصح، والنقل الأول أثبت؛ بدليل البناء على الأصل المذكور.

قال: (**وَلَا تَحْصُلُ بِفِعْلٍ كَوَطْءٍ**) أي: ولمس بشهوة ونظر إلى فرجها وقبلة ونحوها؛ لأن الرجعة استباحة بضع مقصود بعينه، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول بالنكاح، ولأن الوطء يوجب العدة فاستحال أن يكون قاطعًا لها؛ لأن القطع ضد الوجوب، والشيء الواحد لا يوجب ضدين وليس كوطء المبيعة؛ لأنه لا يثبت الخيار بحال فجاز أن يقطعه، ولأن الملك يحصل بالفعل كالسبي فالرد إلى الملك مثله.

وسها صاحب «الذخائر» كعاداته فنقل أن الشَّاشِي حكى وجهًا: أن الرجعة تحصل بالوطء والمباشرة بشهوة والقبلة سواء نوى بذلك الرجعة أم لا، والذي في «حلية الشَّاشِي» و«معتمده» الجزم بالمنع، وعمدة «الذخائر» في النقل عن الشَّاشِي «الحلية»، والظاهر وقع له نسخة سقيمة، أو اشتبه عليه فالحكاية عن الغير.

قال: (**وَتَخْتَصُّ الرَّجْعَةُ بِمَوْطُوءَةٍ طَلُقَتْ بِلَا عِوَضٍ لَمْ يُسْتَوْفَ عَدَدُ طَلَاقِهَا، بَاقِيَةٌ فِي الْعِدَّةِ، مَحِلٌّ لِحِلٍّ، لَا مُرْتَدَّةٍ**) إنما اختصت الرجعة بالموطوءة؛ لأن لا عدة على غيرها، والرجعة إنما أثبتها الله تعالى في العدة قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في التربص المفهوم من قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنه لا رجعة بعد العدة، فمن لا عدة عليها أولى.

وشمل قوله: (بموطوءة) المأتية في دبرها وهو كذلك على الأصح، وخرج به من استدخلت ماءه ثم طلقها فلا رجعة له على الأصح، قاله في باب ما يحرم من النكاح من «الروضة» وهو الصحيح، وذكر بعده بقليل ما يقتضي الجزم بثبوت

....

الرجعة، وذكر نحوه في باب «الخيار» وهو مفرع على الوجه الضعيف.

وقوله: «طلقت» يخرج به جميع الفسوخ؛ إذ لا رجعة فيها بحال، وشمل كلامه تطليق الحاكم على المولي وهو صحيح، وفي النفس منه شيء؛ لشبهه بالفسخ.

وقوله: (بلا عوض) يخرج منه المختلعة فلا رجعة عليها كما سبق بيانه في الخلع، وبذل المال إنما كان لقطع سلطة الرجعة.

وقوله: (لم تستوف عدد طلاقها) واضح، وقوله: (باقية في العدة) ظاهره يقتضي أنه لا بد من كونها في حال الرجعة في عدة الطلاق.

وقد ذكر في كتاب «العدد»: أنها إذا اعتدت بالأقراء منه عن طلاق، ثم طرأت عدة حمل منه، وقلنا: بعدم التداخل أن له الرجعة في عدة الحمل على الصحيح، وكذا الحكم لو كان الحمل من غيره في عدته كما سيأتي، وإذا أثبتنا الرجعة في هاتين الصورتين؛ فالعبارة الوافية بالغرض أن يقال: إن لم تنقض عدتها؛ لأنها باقية في العدة.

واعلم أنه يدخل في عبارته ما لو عاشر الرجعية بلا وطء في عدة الأقراء، أو الأشهر؛ فالأصح أن ذلك يمنع انقضاء العدة، وقد ذكر في «العدد»: أنه لا رجعة له بعد الأقراء والأشهر؛ لكن الصحيح خلاف ذلك، وبقاء الرجعة مادامت العدة باقية كما بينته هناك في «الغنية» وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وقوله: (محل لحل) المراد منه؛ أن تكون قابلة للاستحلال، فيخرج به المرتدة كما صرَّح به بقوله: (لا مرتدة) ويخرج به ما لو كانا كافرين فأسلمت دونه فراجعها في كفره؛ لم تصح، وفي معنى ذلك ما لو طلق الكتابية رجعيًا فتوثنت، أو تمجست في العدة، أو تهودت النصرانية، أو بالعكس؛ فقياس المذهب أنه لا يصح رجعتها في مدة الانتقال.

فروع: لو آلى عنها، أو ادعت غيبة؛ فادعى الوطء فكذبته؛ صدق بيمينه، فلو طلقها وهي مصّرة على تكذيبه فلا رجعة على الأصح عند الأكثرين، وقيل:

وَإِذَا ادَّعَتْ انْقِضَاءَ عِدَّةٍ أَشْهُرٍ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ أَوْ وَضْعَ حَمْلٍ لِمُدَّةِ إمْكَانٍ وَهِيَ مِمَّنْ تَحِيضُ لَا آيِسَةٌ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا بِيَمِينٍ ....

الرجعة، وسيأتي عن النص ما يؤيده، لو وضعت أحد توأمين فله الرجعة ما لم تضع الثاني، ولو زاد الحمل على ذلك لم تنقص العدة إلا بفراغ الرحم عن جميع الحمل، وعام اتصاله لا يشترط رضا الزوجة ولا غيرها من ولي وسيد، ويستحب الإعلام.

ويحتمل أنه لو طلق ثم جن أو جذم أو برص، ثم رام الرجعة؛ أن يجيء في رضاها ورضا الولي خلاف من الخلاف في الرجعة، يعطي حكم الابتداء أو الاستدامة، وعليه خرج القاضي الحسين: ما لو كانت تحت الحر حرة وأمة، فطلق الأمة رجعيًّا هل له رجعتها؟ ولو عتقت الرجعيَّة تحت عبد، هل يصح ارتجاعه قبل اختيارها لبقائها تحته، أو يقال تكون الرجعة موقوفة؟ لم يحضرني فيه نقل.

قال: (**وَإِذَا ادَّعَتْ انْقِضَاءَ عِدَّةٍ أَشْهُرٍ وَأَنْكَرَ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) لأن اختلافهما راجع إلى اختلافهما في وقت الطلاق، والقول قوله في أصل الطلاق، فكذا في وقته؛ لأن القاعدة: أن من قيل قوله في شيء قبل في صفته، ولو ادعى انقضاءها فقال: طلقتك في رمضان، فقالت: بل في شوال؛ صدقت بيمينها وعليه البينة؛ لأنه يروم بذلك إسقاط نفقتها ونحوها، والأصل دوامها وعدم الطلاق في الزمن الماضي، ولا رجعة له عملًا بقوله، قاله في «الشامل» وغيره.

قال الْمَاوَرْدِي: القول قولها في بقاء العدة، وفي قبول قولها في استحقاق النفقة وجهان، ولا رجعة له في المدة المختلف فيها.

قال: (**أَوْ وَضْعَ حَمْلٍ لِمُدَّةِ إمْكَانٍ وَهِيَ مِمَّنْ تَحِيضُ لَا آيِسَةٌ؛ فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا بِيَمِينٍ**) إذا ادعى وضعت ما تنقضي به العدة كما سيأتي؛ فالقول قولها؛ لأن النساء مؤتمنات في ذلك قال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلولا قبول قولهن لما حرم الكتمان.

ومثله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولأن إقامة البينة على

وَإِنْ ادَّعَتْ وِلَادَةَ تَامٍّ فَإِمْكَانُهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَلَحْظَتَانِ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ، ....

الولادة قد تتعذر أو تعسر فلو كلفته لشق عليها، هذا هو المذهب والمنصوص.

ولم يذكر العراقيون أو جمهورهم سواه، ووراءه وجوه عبر عنها في «الروضة» بقوله: وقيل: لا تصدق مطلقًا ولا بد من بينة، وقيل: لا تصدق في الولد الميت إذا لم يظهر، وقيل: ولا في الولد الكامل، وقيل: ولا في السقط، والمذهب الأول، انتهى.

إشارات: المراد بالولد الكامل: من بلغ ستة أشهر فأكثر، وبالناقص: من كان دون ذلك، كما اقتضاه كلام القاضي الحسين، واعتبر المصنف لتصديقها شرطين: أن يدعيه في زمن الإمكان وسيأتي بيانه، وأن يكون ممن تحيض فإن كانت آيسة، أو ممن لا تحيض لم تصدق؛ لأن من لا تحيض لا تحبل، كذا قاله الرَّافِعِي وغيره هاهنا.

وحكى الرَّافِعِي في موضع عن بعضهم ما يفهم إمكان الحبل ممن لا تحيض؛ فكأن المراد هنا غالبًا: وحيث صدقناها فكذبها حلفت، فإن نكلت؛ حلف وله الرجعة، وسكت المصنف عن الصغيرة لم يصرح بحكمها؛ لأنه لا يقع الاختلاف معها إذ لا حكم لقولها، وإنما الكلام هنا في العدة.

قال: (**وَإِنْ ادَّعَتْ وِلَادَةَ تَامٍّ**) وعبر الْمَاوَرْدِي: بأن يكون حيًّا كاملًا.

(**فَإِمْكَانُهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وَلَحْظَتَانِ مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ**) أي: من إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح، وقوله: «فإمكانه» أي: فأقل إمكانه كذا، أما الستة الأشهر فلأنها أقل مدة الحمل، وأما اللحظتان فإحداها: لإمكان الوطء والعلوق، والأخرى: للولادة، فلا يقبل قولها في الولد التام في أقل من رجعتها وله رجعتها، واستدل لذلك بقول الإمام علي ﷺ: «إن الله تعالى قال: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤] قال: وإذا كان الفصال للعامين كان الباقي للحمل ستة أشهر»⁽¹⁾، رواه مالك في «الموطأ».

---

(١) أخرجه مالك (١٥١٣).

أَوْ سِقْطٍ مُصَوَّرٍ فَمِائَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ ....

قال الْمَاوَرْدِي: ورجع عثمان ومن حضر إلى قوله فصار إجماعًا، قال البيهقي: وروينا عن ابن عباس - ﵄ - ما يدل على أن أقل الحمل ستة أشهر.

قال: (**أَوْ سِقْطٍ مُصَوَّرٍ؛ فَمِائَةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ**) أي: من وقت النكاح أيضًا، أو إمكان اجتماعهما بعد العقد، واعتبار هذه المدة لرواية ابن مسعود - ﵁ - في «الصحيحين»: **«إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يومًا، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك، فينفخ فيه الروح... الحديث»**⁽¹⁾ وأما اعتبار اللحظتين فلما سبق في الولد التام.

إشارات: عبارة الكتاب هي الصواب التي أوردها من رواية الأصحاب، وهذا الحديث نص في العدد، وأما قوله في أصل «الروضة» فأقل إمكانه أربعة أشهر ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع، فعبارة رديئة موهمة خلاف الصواب.

وعبارة «الشرحين»: فأقل مدة الإمكان مائة وعشرين يومًا وهي أربعة أشهر ولحظتان، وكأنه أراد التنبيه على أنه لا بد من مائة وعشرين يومًا؛ فإن كانت أشهرًا كوامل فذاك، وهي عبارة موهمة فهم في «الروضة» منها الاكتفاء بأربعة أشهر ما كانت، ولم أره لأحد من الأصحاب.

نعم، في «الشامل» و«الحاوي» وهذا لفظه؛ فإن كان سقطًا مصورًا لم يستكمل، فأقل مدته أن يتجاوز ثمانين يومًا.

وكذا قال المحاملي في «المجموع»: إن الولد بعد الثمانين يتخلق ويتصور، وكلام الشيخ أبي حامد والقاضي الطبري وغيرهما من العراقيين نحو ذلك، ومرادهم فيما يظهر من ظهر فيه مبادئ التصوير، ومراد المراوزة في تكامل تصويره، وقد جاءت روايات في «مسلم» وغيره ما يفهم خلاف رواية ابن مسعود، وجمع العلماء بينها بما يطول ذكره، وتعرض لذلك الشيخ الإمام

---

(١) أخرجه البخاري (٣٢٠٨)، ومسلم (٢٦٤٣).

أَوْ مُضْغَةٍ بِلَا صُورَةٍ فَثَمَانُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ

أَوْ انْقِضَاءَ أَقْرَاءٍ، فَإِنْ كَانَتْ، حُرَّةً وَطَلُقَتْ فِي طُهْرٍ فَأَقَلُّ الْإِمْكَانَ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ ....

أبو عمرو بن الصلاح في «الفتاوى» فأحسن.

قال: (**أَوْ مُضْغَةٍ بِلَا صُورَةٍ؛ فَثَمَانُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ**) أي: من إمكان الوطء، وما ذكره هو ما أورده القاضي الحسين والفوراني وغيرهما من المراوزة، وجرى عليه المتأخرون؛ كالشيخين، وابن الرِّفْعَة ولم يحكوا سواه.

وسبق أن العراقيين ذكروا أن التصوير يكون بعد الثمانين، وأن بالانتقال إلى المضغة يقع التصوير، ومرادهم - والله أعلم - مبادئ إمكان التخطيط والتشكيل، فظهر وبعض الأعضاء؛ أما المضغة التي لا صورة فيها ظاهرة ولا حقيقة في انقضاء العدة بها، خلاف مبين في العدد، وإنما تقيد دعوى إسقاط ذلك؛ حيث يحكم بانقضاء العدة به شهادة القوابل أنه أصل آدمي على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**أَوْ انْقِضَاءَ أَقْرَاءٍ، فَإِنْ كَانَتْ، حُرَّةً وَطَلُقَتْ فِي طُهْرٍ؛ فَأَقَلُّ الْإِمْكَانَ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ**) أي: وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر، ثم تطعن في الحيض، وفي قول: لا بد من مضي يوم وليلة، ثم هل هما على هذا، أو اللحظة الأخيرة على المشهور من نفس العدة، أو لاستيقان انقضاء الأقراء؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني وأكثرهما ثبوت الرجعة والإرث في ذلك الوقت، هذا كله في طهر غير المبتدأة، أما لو طلقت قبل أن تحيض ثم حاضت؛ فإن لم يشترط في القَرْء احتواشه بدمين؛ فحكمها في مدة الإمكان كغيرها، وإن شرطناه وهو الأظهر فأقل مدة إمكانها ثمانية وأربعون يومًا ولحظة.

قال صاحب «التعجيز»: وسها في «الوسيط» فقال: ولحظتان، انتهى. وكذا رأيته في «تعليق القاضي الحسين» فلعله وجه، أو سبق قلم من ناقل.

أَوْ فِي حَيْضٍ فَسَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَلَحْظَةٌ، ....

تنبيه: ما ذكرناه مبني على أن أقل الحيض يوم وليلة، وإن أقل الطهر خمسة عشر يومًا كما هو المشهور فيهما.

فإن قلنا: أقل الحيض دون ذلك نقصت المدة المذكورة، وقوله: «في طهر» المراد ما إذا بقي بعد الطلاق لحظة، أما إذا لم يبق منه شيء بأن انطبق آخر لحظة كطلاق المنجز على آخر الطهر، أو قال: أنت طالق مع آخر طهرك، فكما لو طلقها حائضًا؛ فلا يكتفي للإمكان بما ذكره، وإن كان الطلاق واقعًا في الطهر؛ لأن ذلك لا يعتد به قرءًا.

قال الشَّافِعِي في كتاب «العدد»: ولو طلقها فلما أوقع الطلاق حاضت؛ فإن كانت على يقين من أنها كانت طاهرًا، حين تم الطلاق ثم حاضت بعد تمامه بطرفة عين فذلك قرء، وإن علمت أن الحيض وتمام الطلاق كانا معًا استأنفت العدة في طهرها من الحيض ثلاثة قروء، وإن اختلفا فقال الزوج: وقع الطلاق وأنت حائض، وقالت المرأة: بل وقع وأنا طاهر؛ فالقول قولها بيمينها، انتهى.

وإذا جعلنا القرء الانتقال أعتد به قرءًا، وتكون مدة الإمكان على هذا اثنان وثلاثون يومًا ولحظة؛ فإذًا ما ذكره في الكتاب غير مجرى على إطلاقه على التقديرين، واستثنى من إطلاقه ما نبهنا عنه في المبتدأة.

قال: (**أَوْ فِي حَيْضٍ؛ فَسَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ وَلَحْظَةٌ**) أي: وذلك بأن ينطبق الطلاق على آخر الحيض، ويظهر تصويره فيما إذا علَّق طلاقها بالخبر الأخير من الحيض؛ فتحسب من المدة المستقبلية خمسة عشر يومًا طهرًا، وليلة ويومًا حيضًا، كما سبق، ولا يحتاج هنا إلى تقدير لحظة بعد الطلاق أولًا؛ لأن زمن الحيض غير محسوب من العدة، وفي كلام جماعة من العراقيين: أن أقل الإمكان سبعة وأربعون ولحظتان، ومنهم القضاة أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي، والجرجاني في «الشافي»، والصواب ما سبق وليس خلافًا محققًا؛ بل أرادوا الغالب.

قال: ذكرت في عدد «الغنية» أن المنجزة تنقضي عدتها بثلاثة أشهر، وعن

أَوْ أَمَةً وَطَلُقَتْ فِي طُهْرٍ فَسِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ أَوْ فِي حَيْضٍ فَأَحَدٌ وَثَلَاثُونَ وَلَحْظَةٌ، وَتُصَدَّقُ إِنْ لَمْ تُخَالِفْ عَادَةً دَائِرَةً، وَكَذَا إِنْ خَالَفَتْ فِي الْأَصَحِّ.

الدارمي أنه قال: رأيت المحمودي من أصحابنا في كتاب «الحيض»: أنه إذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضي اثنين وثلاثين يومًا وساعتين، ولا يتزوج إلا بعد ثلاثة أشهر احتياطًا للأمرين، وهذا عجيب.

قال: (أَوْ أَمَةً وَطَلُقَتْ فِي طُهْرٍ؛ فَسِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا وَلَحْظَتَانِ) يعني: أقل زمن صدق فيه ذلك، وذلك بأن يطلقها وقد بقي من الطهر لحظة فتعتد بها قرءًا على ما قدم بيانه، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يومًا، ثم تشرع في حيض كما سبق، ولا يخفى ما سبق حكم ما إذا لم يبق بعد الطلاق من الطهر شيء أصلًا، وحينئذٍ يكون أقل الإمكان اثنان وثلاثون يومًا ولحظة، إذا لم يجعل القرء الانتقال، وكذا الحكم لو طلقت المبتدأة في الطهر؛ إذا جعلنا القرء الطهر المحتوش بدمين.

قال: (أَوْ فِي حَيْضٍ؛ فَأَحَدٌ وَثَلَاثُونَ وَلَحْظَةٌ) وذلك بأن يصادف الطلاق آخر جزء من الحيض فتطهر خمسة عشر، ثم تحيض يومًا وليلة، ثم تطهر خمسة عشر، ثم تشرع في الحيض.

قال: (وَتُصَدَّقُ) أي: حرة كانت أو أمة.

(إِنْ لَمْ تُخَالِفْ عَادَةً دَائِرَةً، وَكَذَا إِنْ خَالَفَتْ فِي الْأَصَحِّ) جميع ما سبق؛ إذا لم يكن للمطلقة عادة مستقيمة، أو كانت عادتها مستقيمة على الأقل في الطهر والحيض، إذا لم يكن لها عادة قبل ذلك فيقبل دعواها الانقضاء في زمن الإمكان المذكور؛ فإن كذبها الزوج حلفت؛ فإن نكلت؛ حلف وثبت له الرجعة.

وهذه الأحوال مندرجة في قوله: «إن لم تخالف عادة دائرة»، فإن كان لها عادة مستقيمة دائرة خلاف الأقل في الطهر والحيض، فتصدق فيما لا يخالف عادتها؛ فإن ادَّعت الانقضاء في زمن يمكن الانقضاء فيه؛ لكنه مخالف لعادتها ففي قبول قولها خلاف حكاه القاضي الحسين الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي والإمام، وجهين، كما في «الكتاب» والفوراني في «العمدة»، والجويني في «شرح العيون» قولين، وقال: إن المنصوص في «عيون المسائل»: عدم القبول.

……………………………………………………………………………………

وقال الرُّويَانِي: قال الشيخ أبو محمد: إنه المذهب لمخالفته الظاهر، قال: وهو قول ابن أبي طالب ﷺ وهو الصحيح عندي، وقال في «الحلية»: إنه الاختيار في هذا الزمان، انتهى.

والثاني: تصدق؛ لأن العادة قد تتغير وهي مؤتمنة، ورجحه الإمام والْبَغَوِي وغيرهما، ونسب الرَّافِعِي ترجيحه إلى الأكثرين، وكذا قال الْمَاوَرْدِي في كتاب «العدد»، قال في «البحر»: وعليه عامة أصحابنا بالعراق، انتهى.

وفي عدد «الْبُوَيْطِي» قال الشَّافِعِي: وإن ادَّعت حيضًا غير حيضها الذي يعرف صدقت؛ إذا كان ذلك في النساء ما بينها وبين خمسة عشر يومًا، هذا لفظه.

تنبيهات مفهمة:

نقل الرَّافِعِي «حلية الرُّويَانِي»: أنها إذا قالت: انقضت عدتي فالواجب أن يسألها عن حالها كيف الحيض؟ وكيف الطهر؟ ويحلفها عند التهمة لكثرة الفساد، انتهى.

والذي رأيته في نسخ «الحلية» على كثرتها: والاختيار أن يسأل إلى آخره، ولم يذكر لفظة الوجوب، وظاهر كلامه الاستحباب.

وفي «الحاوي»: هنا إذا ادّعت انقضاء عدتها بالأقراء، وذكرت عادتها حيضًا وطهرًا، سئلت هل طلقت حائضًا أم طاهرًا؟ فإن ذكرت أحدهما سئلت هل دفع أوله أو آخره؟ فإذا ذكرت شيئًا عمل به، ونظر ما يوجبه حساب العادتين في ثلاثة أقراء على ما ذكرته في حيض وطهر، وأول كل منهما وآخره؛ فإن وافق ما ذكرته من انقضاء العدة ما أوجبه الحساب على عادتي الحيض والطهر؛ صدقت بلا يمين، إلا أن يكذبها الزوج في قدر عادتها في الحيض والطهر فيذكر أكثر مما ذكرته فيهما، أو في أحدهما، فله إحلافها لجوز كذبها، وإن لم يوافق ما ذكرته من انقضاء العدة ما أوجبه حساب العادتين؛ لم تصدق في انقضاء العدة، انتهى.

فجزم هنا بعدم تصديقها، وقال القاضي الحسين في كتاب «العدد»: إنه

....

الأظهر، وعليه يدل النص في «الكبير»- يعني «الأم» - قال الشَّافِعِي: ولو كانت عاداتها مختلفة فادَّعت انقضاء العدة لأقل عاداتها، قيل: مفهومه أنها لو ادَّعت لأقل من عاداتها لا يقبل، انتهى.

وقد يقصد بأن الأصل والظاهر يمنعان تصديقها، أما الظاهر فمخالفة العادة، والأصل عدم انقضاء العدة، وذكرت في «الغنية» في ذلك ما يطول ذكره، والمختار عدم تصديقها، ويتعين في زمننا استفسارها والتقصي فيه، وإعادة سؤالها فيه ليتبين كذبها من صدقها، والغالب الواقع بيان كذبها.

وقد يقال: إن ظهر للحاكم نية تفرقها من الزوج، وغصبها عليه، ورغبتها في غيره معاوضة له، كما يُشاهد غالبًا من الفَواجر لم يصدقها؛ بل يستفسرها ويغلظ عليها، وإن لم يكن كذلك، [عاقبه حين صدقها، وإلا لعدم لها نظائر] حيث صدقنا الزوج فلا فرق بين الحرة والأمة، وحيث صدقنا الزوجة الحرة قبل، ففي الأمة القول قول السيد، قاله الْمُتَوَلِّي وأبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»، تبعًا لابن الصباغ حيث قال تفقهًا: إنه الذي يجيء على المذهب فإنهما نقلا كلامه بحروفه.

وفي «التهذيب» و«الكافي»: أن القول قولها ولا أثر لقول السيد، وهو المذكور في «فتاوى الْقَفَّال»، واختيار الشَّاشِي في «العمد» الأول، قال المصنف: وهو قوي.

قلت: والمنصوص في «الأم» وغيره ما ذكره الْقَفَّال والْبَغَوِي، ولفظ النص في «الْبُوَيْطِي»: ولو قال لأمة بعد العدة: قد راجعتك في العدة، وصدقته كانت كالحرة، ولم يكن للمولي أن ينكر ذلك عليها ولا نزاع فيه فيما أعمل إلا بحث ابن الصباغ ومن تبعه من غير عبور على النصوص؛ إذا ادَّعت انقضاء عدتها لدون الإمكان، ثم جاء فيه فإن كذبت نفسها وقالت: غلطت والآن انقضت؛ صدقت بيمينها، وإن أصرت على دعوى الأول فكذا على الأصح المنصوص؛ لتضمن ذلك دعوى الانقضاء الآن.

وَلَوْ وَطِئَ رَجْعِيَّتَهُ وَاسْتَأْنَفَتْ الْأَقْرَاءَ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ رَاجَعَ فِيمَا كَانَ بَقِيَ.

قال الْمَاوَرْدِي: إذا لم تذكر الحرة هل كان طلاقها في الحيض أو الطهر؟ حمل أمرها على أقل الحالين؛ وهو أن يكون الطهر فتنقضي عدتها باثنين وثلاثين ولحظتين، انتهى.

ولم أر هذا لغيره وفيه نظر، وينبغي أن يحمل أمرها على وقوع الطلاق، وفي الحيض احتياطًا لأنَّا نشك في انقضاء العدة بما ذكره، والأصل دوامها والإيقاع يحتاط لها. ثم رأيت بعد هذا نسخة الصيمري قال في «العدد» من شرح «الكفاية»: بعد كلامه عن تطليقها طاهرًا أو حائضًا، وإن لم تدر متى طلقت؛ لم تخرج من عدتها إلا بتيقن، هذا لفظه وهو الصحيح، أو الصواب، وهو متعين في من أرادت التزوج، أما تمكن الزوج من رجعتها فهو موضع تأمل وتردد، وقضية الاحتياط للبضع منعه للشك في بقاء العدة، وهو بعيد جدًّا.

فرع: لو علَّق طلاقها بولادتها وطلقت بها، وقلنا: بالأصح أن ما تراه في الستين يكون حيضًا، فأقل زمن تصدق فيه في انقضاء أقرائها سبعة وأربعون يومًا ولحظة كالمطلقة في الحيض، تقدر أنها ولدت ولم ترد فتعتد بثلاثة أطهار، وثلاث حيض، واللحظة الطعن في الحيضة الرابعة.

قال: (**وَلَوْ وَطِئَ رَجْعِيَّتَهُ**) أي: بشبهة أو غيرها.

(**وَاسْتَأْنَفَتْ الْأَقْرَاءَ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ؛ رَاجَعَ فِيمَا كَانَ بَقِيَ**) الغرض بيان أن الرجعة لا تثبت في عدة غير عدة الطلاق، وإن كانت العدة من الزوج، فإذا مضى بعض أقراء الرجعية، ثم وطئها الزوج؛ استأنفت عدة لهذا الوطء، فإذا وقع بعد مضي قَرْأين؛ فلا بد من ثلاثة أقراء بعد الوطء الأول منها محسوب عن العدتين، والآخر، وتتمحضان بعدة الوطء فلا رجعة به منها، وله الرجعة في القرء الأول؛ لأنه من بقية عدة الطلاق، وإن وقع الوطء بعد مضي قرء، واستأنفت ثلاثة وله الرجعة في الأولين منها دون الثالث.

قال: وقوله: «واستأنفت» عبارة «المحرر»: «استأنفت» بغير واو؛ وكأنه قصد أن ينبِّه على أنها قد تحبل فلا تستأنف، وقد تكون ذات أشهر فلا أقراء،

وَيَحْرُمُ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا، فَإِنْ وَطِئَ فَلَا حَدَّ، وَلَا يُعَزَّرُ إِلَّا مُعْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ، وَكَذَا إِنْ رَاجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فلو أحبلها اعتدت بالوضع عن الوطء، ودخل ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء على الأصح، وعلى هذا فله الرجعة في مدة الحمل على الأصح.

قال: (**وَيَحْرُمُ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا**) أي: ولو بالنظر، ويحرم بها الخلوة كالأجنبية.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ؛ فَلَا حَدَّ**)؛ لاختلاف العلماء في إباحته هذا هو الصواب، قال الإمام: وهدي بعض الناس لإبحاته، ولعله أخذه من قول «القديم» في حده بِمَمْلُوكَتُه الْمُحَرَّمَة عليه برضاع، أو نسب، أو تزوج، وهذا في نهاية البعد، فإن الرجعية زوجة مستحلة عند نظر الأمة.

قال: (**وَلَا يُعَزَّرُ إِلَّا مُعْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ**) أي: لإقدامه على معصيته عنده، وإن كان ممن يعتقد الإباحة لم يعزر، وحكم المرأة حكمه، ولم يستحسن قول «الروضة»: يجب تعزيزه لاتهامه بالمحرم، وهو إلى رأي الحاكم.

وعبارة «المنهاج» وأصله: يقتضي أن الجاهل كالمستحل، وصرح به ابن الرِّفْعَة فحصل الجهل بالتحريم، ثم كمعتقد الحل، ولم أر من صرَّح بذلك، وفيه أدنى توقف إذ قد يقال لا يعزر بالجهل، وكان عليه الأحكام حتى يعلم الحكم.

قال: (**وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ لَمْ يُرَاجِعْ**) أي: بلا خلاف؛ لأنها في تحريم الوطء كالبائن فكذا في المهر.

قال: (**وَكَذَا إِنْ رَاجَعَ عَلَى الْمَذْهَبِ**) نص على وجوب المهر، ونص في المرتدة، ثم أسلمت في العدة على عدمه، فخرجهما الإصطخري على قولين، وحكى ابن كج عن ابن الْقَطَّان أنه قال: وجدتهما منصوصين، وامتنع الجمهور من التخريج وقطعوا بالنص فيهما، وفرقوا بأن أثر الطلاق الرجعي في نقصان العدد لا يرتفع بالرجعة؛ بل يرجع بما بقي من العدد؛ فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق بمثابة كعقدين بخلاف الردة؛ فإن الاجتماع على الإسلام في العدة يوقع أثرها.

وَيَصِحُّ إِيلَاءٌ وَظِهَارٌ وَطَلَاقٌ وَلِعَانٌ وَيَتَوَارَثَانِ.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار»: ولا أعلم أحدًا أوجب عليه مهر المثل غير الشَّافِعِي، قال: وليس قوله بالقوي؛ لأنها في حكم الزوجات وترثه ويرثها، فكيف يجب مهر في وطء امرأة حكمها في أكثر أحكامها حكم الزوجات؟ إلا أن الشبهة في قوله قوية؛ لأنها محرمة عليه إلا برجعة لها، وقد أجمعوا على أن الموطوءة بشبهة يجب لها مهر المثل، وحسبك بهذا، هذا لفظه.

وأغرب صاحب «الكافي» في شيئين حيث قال: فإن راجعها فلا مهر عليه في الأصح، وإن لم يراجعها فعليه المهر في الأصح، وهذا الخلاف غريب؛ فإن ثبت خرج في الحالين ثلاثة آراء.

قال: (**وَيَصِحُّ إِيلَاءٌ وَظِهَارٌ وَطَلَاقٌ وَلِعَانٌ وَيَتَوَارَثَانِ**) أي: بلا خلاف كما صرَّح به الرَّافِعِي وغيره، وللرجعة فيها حكم الزوجين كما هو مبين في مواضعه، وإذا صح الإيلاء لم تضرب المدة إلا بعد الرجعة؛ لأنها تضرب لدفع المضارة بترك الوطء، والرجعية محرمة؛ فإذا راجعها ضربت المدة من حينئذٍ، وفي الظهار لا تجعل عائدة حتى يراجع؛ لأنها قبل ذلك آيلة إلى البينونة.

وأغرب الجيلي عن السند وجهًا: أنه لا يلحقها الطلقة الثانية والثالثة، ووجهًا آخر: أنه لا يصح الظهار والإيلاء، وبناه على عدم وقوع الطلاق، وعزاه إلى تعليق «البسيط»، وإن في «البسيط» إشارة إليه، وليس في «البسيط» شيء مما عزاه إليه.

وفي «البيان» عن المسعودي هنا نقل وجهين في «الإملاء» من الرجعة، وقد أسفر كلامه: أنه يريد بذلك الفوراني، ولم أر ذلك في «عمده» ولا «إبانته» في مظانه، وأحسبه سهو عليه، وإن ثبت الخلاف في الإيلاء اتجه جريانه في الظهار؛ لتقاربهما، وفي صحة خلع الرجعية واندراجها تحت زوجاته، وفي قوله: زوجاتي طوالق، خلاف سبق، ومن اختلاف أحكام الرجعية نشأ التردد في كونها زوجة.

وَإِذَا ادَّعَى وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ رَجْعَةً فِيهَا فَأَنْكَرَتْ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الِانْقِضَاءِ كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَ رَاجَعْت يَوْمَ الْخَمِيسِ، فَقَالَتْ: بَلْ السَّبْتِ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا أَوْ عَلَى وَقْتِ الرَّجْعَةِ كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَتْ: انْقَضَتْ الْخَمِيسَ، وَقَالَ: السَّبْتَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ تَنَازَعَا فِي السَّبْقِ بِلَا اتِّفَاقٍ فَالْأَصَحُّ تَرْجِيحُ سَبْقِ الدَّعْوَى، فَإِنْ ادَّعَتْ الِانْقِضَاءَ ثُمَّ ادَّعَى رَجْعَةً قَبْلَهُ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا أَوْ ادَّعَاهَا قَبْلَ انْقِضَاءٍ فَقَالَتْ: بَعْدَهُ صُدِّقَ

قال: (وَإِذَا ادَّعَى وَالْعِدَّةُ مُنْقَضِيَةٌ رَجْعَةً فِيهَا فَأَنْكَرَتْ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الِانْقِضَاءِ كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَ: رَاجَعْت يَوْمَ الْخَمِيسِ، فَقَالَتْ: بَلْ السَّبْتِ؛ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا) أي: أنها لا تعلم أنه راجع يوم الخميس؛ لأن الحلف على نفي فعل الغير هكذا يكون، وإنما صدقه لها؛ لأن وقت انقضاء العدة متفق عليه، والاختلاف في أنه هل راجع قبله، والأصل أنه ما راجع، قال الرَّافِعِي: هذا هو الظاهر.

وقيل: القول قوله بيمينه؛ لأن الرجعة تتعلق به وهو أعلم بحال نفسه، ولأنه مستبقي النكاح فيصدق كما لو ادَّعَى الْإِصَابَةَ فِي ذمة الْعُنَّةِ، وقيل: إن قالت: أولًا انقضت عدتي يوم الجمعة فصدَّقها، وقال: راجعت يوم الخميس؛ فهي المصدقة، وإن قال: أولًا راجعتك يوم الخميس فهو المصدق، انتهى ملخصًا.

قال: (أَوْ عَلَى وَقْتِ الرَّجْعَةِ كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَتْ: انْقَضَتْ الْخَمِيسَ، وَقَالَ: السَّبْتَ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ)، لأن وقت الرجعة متفق عليه، والأصل أن العدة لم تنقض قبله، قال الرَّافِعِي: وحكى الإمام وجهين آخرين: **أحدهما**: أنها المصدقة بيمينها؛ لأن تصديقه في انقضاء عدتها، وقد ادَّعت انقضاءها قبل أن يراجع، **والثاني**: أن المصدق السابق بالدعوى، فإن قال: أولًا راجعتك يوم الجمعة، فقالت: نعم؛ ولكن انقضت عدتي يوم الخميس، فقال: بل يوم السبت فهي المصدقة، انتهى.

قال: (وَإِنْ تَنَازَعَا فِي السَّبْقِ بِلَا اتِّفَاقٍ؛ فَالْأَصَحُّ: تَرْجِيحُ سَبْقِ الدَّعْوَى، فَإِنْ ادَّعَتْ الِانْقِضَاءَ ثُمَّ ادَّعَى رَجْعَةً قَبْلَهُ؛ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا، أَوْ ادَّعَاهَا قَبْلَ انْقِضَاءٍ فَقَالَتْ: بَعْدَهُ؛ صُدِّقَ)، نقل الرَّافِعِي في ذلك ثلاث طرق:

قُلْت: فَإِنْ ادَّعَيَا مَعًا صُدِّقَتْ، والله أعلم.

أحدها: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه المصدق استبقاءً للنكاح؛ لأن الأصل بقاء الزوجية.

والثاني: تصديقها؛ لأنها تخبر عما لا مطلع عليه من جهتها، وثانيها: وهو الأصح التنزُّل على حالين، والسابق المصدق، وثالثها: أنه يسأل الرجل عن وقت الرجعة؛ فإذا تبين فإن صدقته بعد توافقها على وقت الرجعة، وإن كذبته صدق بيمينه، وتسأل المرأة عن وقت انقضاء العدة، فإذا بينته؛ فإن صدقها فقد توافقا على وقت انقضاء العدة وإلا فتصدق بيمينها، ثم ننظر في وقت الرجعة، ووقت انقضاء العدة بجعل الحكم للسابق منهما.

ويخرج من هذه الطرق عند الاختصار وجوه، أو أقوال: أحدها: تصديقه، والثاني: عكسه، والثالث: تصديق من سبق إلى الدعوى، والرابع: تصديق الزوج في الرجعة، وتصديقها في انقضاء العدة، وتروى هذه الأوجه عن ابن هريرة، وكذا ذكرها الشيخ أبو حامد القزويني، انتهى.

قال: (**قُلْت: فَإِنْ ادَّعَيَا مَعًا**) أي: بأن قال: قد راجعتك، فقالت: في زمن قوله قد انقضت عدتي.

(**صُدِّقَتْ**) أي: بيمينها.

(**والله أعلم**) لأن الرجعة قوليه فجعل قوله: راجعتك كإنشاء الرجعة في الحال، وانقضاء العدة ليس بشيء قولي، فقولها: انقضت عدتي إخبار عن أمر كان من قبل، وكان قوله: راجعتك صادف انقضاء العدة؛ فلا يصح، قال الرَّافِعِي: ويجيء وجه أن القول قوله، وقيل: يقرع بينهما ويقدم القارع.

تنبيهات وفروع:

أحدها: اختلفت النصوص في أصل المسألة، وطرق الأصحاب وقد أشرت إلى جملة صالحة من ذلك في «الغنية» وفيها فوائد مهمة.

ثانيها: قال الفوراني: لو قالا: لا يعلم وجود الأمرين الرجعة؛ فانقضاء العدة على الترتيب، ولا يعلم السابق منهما؛ فالأصل بقاء العدة، وولاية

الرجعة، وتابعه صاحبا «التهذيب» و«الكافي»، والرَّافِعِي، ونسبه في «البحر» إلى الْقَفَّال، قال: وهذا عندي صحيح على قياس قول أبي إسحاق، فأما على ظاهر المذهب؛ فينبغي أن يكون القول قولها؛ لأن الأصل بقاء التحريم، وألا رجعة، انتهى.

وكأنه يريد ينبغي العمل بقولها: انقضت عدتي ولا يكون له رجعة، وإن وافقته على الجهل بالسبق أخذا بجانب الحصر، وعبارته قلقة⁽¹⁾.

ثالثها: قال الدارمي: إن قلنا: القول قولها حلفت وبرئت؛ فإن نكلت حلف وبرئ، وإن نكل حلفت وبرئت، وإن نكلت فعلى الوجهين هذا لفظه.

رابعها: ادَّعت الأمة انقضاء عدتها، وقال الزوج: كنت راجعتها وصدقه المولي، قال في «الشامل»: فكل موضع قلنا في حق الحرة المصدق الزوج صدق هنا، أو الزوجة، فالذي يجيء على المذهب أن القول قول الزوج والسيد، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: القول قولها؛ لأنه مصدقه في انقضاء العدة، ولا طريق إلى معرفتها إلا من جهتها، وتابع ابن الصباغ والْمُتَوَلِّي والرُّويَانِي والشَّاشِي في «المعتمد».

وقال في «التهذيب»: إنه لا أثر لقول السيد؛ لأنه أجنبي من النكاح، وهنا وهو المذهب المنصوص.

قال البيهقي في «المبسوط»: قال الشافعي في «الجديد»: وهكذا لو كانت زوجته أمة فصدقته كانت كالحرة في جميع أمرها، ولو كذبه مولاها؛ لم يقبل

---

(١) مَا ذَكَرَ مِنْ إِطْلَاقِ تَصْدِيقِ الزَّوْجِ فِيمَا إِذَا سَبَقَ هُوَ مَا فِي «الرَّوْضَةِ» كَالشَّرْحِ الصَّغِيرِ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ، وَإِنْ ذَكَرَ فِي «الْكَبِيرِ» عَنِ الْقَفَّالِ وَالْبَغَوِيِّ وَالْمُتَوَلِّي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَرَاخِي كَلَامِهَا عَنْهُ فَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ فَهِيَ الْمُصَدَّقَةُ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ قَوْلِيَّةٌ فَقَوْلُهُ: رَاجَعْتُك كَإِنْشَائِهَا حَالًا، وَانْقِضَاءُ الْعِدَّةِ لَيْسَ بِقَوْلِيٍّ فَقَوْلُهَا: انْقَضَتْ عِدَّتِي؛ إِخْبَارٌ عَمَّا تَقَدَّمَ فَكَأَنَّ قَوْلَهُ: «رَاجَعْتُك» صَادَفَ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ فَلَا يَصِحُّ، وَهَلْ الْمُرَادُ سَبْقُ الدَّعْوَى عِنْدَ حَاكِمٍ أَوْ لَا؟ قَالَ ابْنُ عُجَيْلٍ: نَعَمْ، وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ الْحَضْرَمِيُّ: يَظْهَرُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّهُمْ لَا يُرِيدُونَهُ، وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَتَبِعَهُمْ الْوَلِيُّ الْعِرَاقِيُّ وَغَيْرُهُ. انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٣/ ٢٤).

....

قوله؛ لأن التحليل بالرجعة والتحريم بالطلاق فيها ولها، وكذلك قال في «القديم»: إذا قال: راجعتك في العدة، وقالت: إنه لم يراجعني إلا بعد انقضائها وصدقه المولّي؛ فالقول قولها، لا قول المولي، وإن كان يملكها، أو تملك إجبارها على النكاح فهي أمين على فرجها، ولا علم للمولي بذلك ولا قول فيه، انتهى. وابن الصباغ ومتابعوه لم يطلعوا على النص وما اقتضاه النص هو قضية إطلاق الكتاب والجمهور.

خامسها: لو قال الزوج: قد أعلمتني بانقضاء عدتها، ثم راجعها مكذبًا لها، وصدقته على عدم الانقضاء؛ صحت الرجعة، ولا يجعل قوله أخبرتني بالانقضاء إقرارًا منه بانقضاء العدة، نص عليه الشافعي والأصحاب.

سادسها: قال الربيع: قال الشافعي في «الجديد»: ولو كانت المرأة صبية لم تحض أو معتوهة مغلوبة على عقلها، فقال زوجها بعد انقضاء عدتها: قد راجعتها في العدة؛ لم يصدق إلا ببينة تقوم له، ولو صدقته لأنها ممن لا فرض له عليها، وكذلك لو صدقه وليها أباها كان أو غيره لم أقبل ذلك، ولو كانت صحيحة فعرض لها مرض أذهب عقلها، ثم قال بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة؛ لم تكن زوجته، فإذا أفاقت فصدقته؛ كانت زوجته بالإقرار وكانت الرجعة عليها ثابتة.

سابعها: قال الدارمي في «العدد»: طلّق وقال بعد الولادة، وقالت: قبلها؛ حلف وارتجع، وإن لم يعلمها؛ اعتدت وارتجع وترك في الورع، انتهى.

وقال الْبَغَوِي: هنا بعد ذكره نحو ما سبق من كلام المصنف: وإن كانت حاملًا فوضعت فطلقها واختلفا، فقال: وضعت قبل الطلاق فلي الرجعة، فقالت: بل بعده؛ نظر إن اتفقا على وقت الولادة فالقول قولها بيمينها، وإن لم يتفقا على شيء؛ بل قال: كانت الولادة قبل الطلاق، وادعت العكس؛ فالقول قوله بيمينه، فإن قالا: لا ندري السابق؛ فله مراجعتها، والورع أن يترك، انتهى.

ثامنها: جميع ما سبق فيما إذا كانت خلية بعد، فلو كانت قد نكحت بعد

....

العدة، ثم حضر المطلق وادعى رجعتها في العدة، فإن كان له بينة قضي له بها، دخل بها الثاني أم لا، وإن لم يجر دخول حلت للأول في الحال، وإن دخل بها الثاني وجبت العدة؛ إلا أن يكونا عالمين بالحال، فيهما رأيان، وإن علم الزوج وحده فذاك، ولها مهر المثل كما لو جهلا، وليس للأول استمتاع بها حتى تنقضي عدتها، ولا نفقة لها على واحد منهما، وإن لم تكن له بيِّنة؛ قال أصحابنا العراقيون: تسمع دعواه على الزوجة وعلى الزوج.

وقال الإمام: المذهب أنه لا تصح الدعوى على الزوج؛ لأنه لا بد له على الزوجة، وصححه الرَّافِعِي في «الدعاوى»، وحكي عن الرُّويَاني أنه قال: المنصوص سماع الدعوى على الزوج، ثم عليها، وعبارة القاضي الحسين: لا يدعي على الزوج الثاني التي هي تحته، وقال العراقيون: يدعي أولًا على الزوج، ثم عليها، وليس ما ذكره عنهم على سبيل الوجوب؛ بل على وجه الأولوية كما صرَّح به القاضي أبو الطيب.

وإذا ادَّعى على الثاني فأقر؛ حكم ببطلان نكاحه، وإن أنكر حلف أنه لا يعلم أنه راجعها، فإن أقرت معه فإن نكل حلف الأول أنه رجعها، وحكم بارتفاع نكاح الثاني، ولا تصير المرأة للأول بيمينه سواء جعلنا اليمين كالإقرار أو كالبينة؛ لأنها ليست كالبينة في حق غير المتداعيين، هكذا قاله العراقيون وغيرهم؛ لكن قال الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي أبو الطيب: إذا جعلناها كالبينة في حق الزوجين فسخ نكاح الثاني من أصله حتى لو لم يدخل بها لا شيء عليه، وإن دخل فعليه مهر المثل لها.

وإن قلنا: كالإقرار كان عليه نصف المسمى قبل الدخول، وكله بعده، وفيما قالوه تفريعًا على جعلها كالبينة بالنسبة إلى المهر، وفيه نظر؛ بل الوجه: إنها لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى؛ لأنها كالبينة بالنسبة إلى المتخاصمين فقط، وكذلك لا تسلم إلى الأول بذلك، وهذا ما أبداه في «التهذيب» من عند نفسه، وهو قويم، وقد أنكروا على الفارقي في ذلك على صاحب «المهذب» فقال: وهذا خطأ؛ فإنها إنما تجعل كالبينة في حق المدعى

عليه دون غيره، انتهى.

وكلام ابن الصباغ يقتضي: أنه إذا حلف الأول بعد نكول الثاني أنها تسلم إليه، كما لو أقام بينة، وهذا بعيد، وقال صاحبه الفارقي: إنه خطأ، انتهى.

وهو وجهٌ دائر في كلام الأصحاب: أنها تتعدى إلى غير المتخاصمين، وظاهر المذهب خلافه، ثم بعد انقضاء خصومته مع الزوج، تكون المخاصمة بين الأول وبينها؛ فإن صدقته ردت إليه؛ إذا حكمنا ببطلان نكاح الثاني، وإن كذبته وقالت: لم يراجعني حتى انقضت عدتي؛ صدقت بيمينها، فإن حلفت فذاك، وإن نكلت؛ حلف الزوج وقضي بالنكول وسلمت إليه، وإن خاصمها أولًا فأقرت؛ لم تسمع في حق الثاني، وغرمت للأول مهر المثل؛ لتفويتها البضع عليه بالنكاح.

وقيل: لا تغرم، وإن أنكرت فهل يحلف؟ قولان: بناء على غرمها إذا أقرت، إن قلنا: بغرم حلفت، وإلا فلا، وإن حلفت سقطت دعواه، وإن نكلت حلفت وغرمت مهر المثل، ولا يحكم ببطلان نكاح الثاني، وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة، وفي بطلانها الوجه الشاذ، وإذا فرغ من خصومتها عاد إلى خصومة الزوج، قالوا: والحكم في خصومته بعد خصومتها كالحكم فيها قبل خصومتها.

ويشبه أن يكون المراد ما إذا أقرت له بالزوجية، أو نكلت وحلفت، أما لو أنكرت وحلفت أولًا على نفي الرجعة في العدة؛ فيشبه أن تسقط دعواه لا تسمع على الثاني أنه لو صدقها لم تسلم إليه، وإن حكمنا باندفاع نكاحه بالتصديق، ولا غرم عليه فلا فائدة في الدعوى عليه، إلا بطلان النكاح عند التصديق، وهذا لا يثبت للأول حقًّا، ولا فرق فيه بينه وبين غيره.

قال شارح: وهو ظاهر إذا عرف هذا، فكل موضع اعترفت فيه للأول بالرجعة ولم يقبل قولها لحق الثاني، فإذا بانت منه بطلاق أو غيره؛ جعلناها زوجة للأول بالإقرار السابق.

وَمَتَى ادَّعَاهَا وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ صُدِّقَ، ....

تاسعها: قال الرَّافِعِي: فيما إذا ادَّعى على الزوجة ابتداءَ الرجعة وصدقته لا يقبل إقرارها على الثاني، بخلاف ما إذا ادَّعى على امرأة في حبالة رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجة لك فطلقتني؛ حيث يكون إقرارًا له، وتجعل زوجة له هكذا أطلقه، وتبعه في «الروضة»، ولا يخفى مخالفته القياس، الْحَقُّ أَنَّهَا مَتَى كَانَتْ قَدْ اعْتَرَفَتْ لِمَنْ فِي حُبَالَتِهِ بِالزَّوْجِيَّةِ اعْتِرَافًا صَرِيحًا أَوْ ضِمْنِيًّا كَتَمْكِينِهِ أَوْ إِذْنِهَا فِي نِكَاحِهِ وَنَحْوِهِمَا؛ لَمْ يُسْمَعْ إِقْرَارُهَا.

وقد أوضح الْبَغَوِي المسألة في «فتاويه» فقال: قال أصحابنا: إذا كانت امرأة تحت رجل، فجاء رجل وادَّعى أنها زوجته، فقالت: كنت زوجة لك فطلقتني؛ فهو إقرار بالنكاح، وتكون زوجة المدَّعي، قال الْبَغَوِي: هذا إذا لم يسمع منها إقرار للزوج الذي هي تحته؛ فأما إذا كانت قد أقرت له؛ إذ لا تكون زوجة للأول؛ بل تكون للثاني زوجة لا للأول، وكذا لو زوجت من الثاني برضاها لا يقبل إقرارها للأول في إبطاله حق الثاني، كما إذا زوجت من رجل، ثم ادَّعت رضاها بينهما؛ لا يقبل إن زوجت منه بإذنها، وإن زوجت دون إذنها يقبل، وكما لو باع شيئًا ثم قال: كان ملكًا لفلان؛ لا يقبل إقراره لفلان، انتهى.

وأصل المسألة في «تعليق القاضي الحسين» وفرق بما يفهم الحكم، فقال: بعد قوله: لا يقبل إقرارها بالرجعة، بخلاف ما لو كانت تحت رجل فجاء آخر وادَّعى عليها نكاحًا، فأقرت له بالنكاح؛ فإن قالت: كنت زوجة لك فطلقتني؛ فالحاكم يجعلها زوجة للمدَّعي، والقول قوله بأنه ما طلقها، والفرق أنَّا وجدنا في مسألة الرجعة نكاحًا بولي وشهود فلا يرفعه بقولها، بخلاف تلك المسألة، هذا لفظ «تعليقه» فيما رأيته، وقد أوضحته في «الغنية».

قال: (وَمَتَى ادَّعَاهَا وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ؛ صُدِّقَ) أي: لقدرته على الإنشاء، قاله العراقيون، قال الْمَاوَرْدِي: ثُمَّ يُنْظَرُ فَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ حَقٌّ عَلَى الزَّوْجِ، فَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ لَمَّا جَازَتْ لَهُ بِغَيْرِ عِلْمِهَا صَارَ مُؤْتَمَنًا عَلَيْهَا، فَإِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ لِغَيْرِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْلَافُهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَعَلَّقَ عَلَيْهِ حُقُّ الزَّوْجَةِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ بِالرَّجْعَةِ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ إِقْرَارِهِ بِهَا فَطَالَبَتْهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ؛

....

لِأَجْلِ وَطْئِهِ، فَأَنْكَرَ وُجُوبَ الْمَهْرِ بِمَا أَقَرَّ مِنَ الرَّجْعَةِ قَبْلَ وَطْئِهِ؛ أُحْلِفَ عَلَى رَجْعَتِهِ وَلَمْ يَسْقُطْ دَعْوَاهَا بِإِنْكَارِهِ، وأطلق الإمام أن لها تحليفه على الرجعة المضافة إلى الزمن السابق، وفي تصديقه بالنسبة إلى المهر إذا وطئ، ثم ادَّعى الرجعة قبله، وقفة.

قال الشافعي في «الأم»: وإذا قال الرجل وامرأته في العدة: قد راجعتها اليوم أو أمس أو قبله في العدة وأنكرت؛ فالقول قوله؛ إذا كان له أن يراجعها في العدة، فإن أخبر أن قد فعل بالأمس؛ كان كابتدائه الفعل الآن، انتهى.

وعلى تصديقه اقتصر الجمهور وهو المشهور، وحكى الإمام عن صاحب «التقريب»: أنه المذهب، وحكي عنه وجه: أن القول قول المرأة في نفي الرجعة فيما سبق، فإن الأصل عدمها وبقاء أثر الطلاق، فإذا أراد الزوج تحقيق ما قال فليبتدئ ارتجاعًا.

قال الإمام: وهو بعيد جدًّا، ويلزم على قياس ذلك أن يقال: إذا وكَّل وكيلًا ليبيع شيئًا من ماله فادَّعى الوكيل بيعه وأنكر الموكل، ولم يعزله؛ أن يكون القول قول الموكل؛ لكن لا خلاف في تصديق الوكيل، ولو طرد هذا القائل قوله في الوكيل كَانَ هَاجِمًا عَلَى خَرْقِ الْإِجْمَاعِ، وإن سلمه عسر الفرق بين رجعة الزوج وتصرف الوكيل، وهذا الوجه أراه غلطًا، انتهى.

وهذا هفوة من الإمام صدرت عن غير تثبت، وقد نص الشافعي في مواضع على تصديق الموكل، وأما الوجه السابق فهو المنصوص، ومقتضى كلام الأصحاب.

وعلى التسليم ففرق ابن الرِّفْعَة: بأن الوكيل غير متهم فيما أخبر به إذ لا يجر به إلى نفسه نفعًا، وقد تعسر عليه إنشاء البيع في الحال، وبذلك يبطل حق المشتري الذي تعلق به، فهو نظير ما إذا وقع النزاع وقد نكحت غيره، وقلنا: لو لم تنكح لكان القول قوله؛ وإلا كذلك إنشاء الزوج الرجعة في الحال عليه، وتكرارها ممكن من غير ضرر يلحق بالزوجة، وفي قبول قوله قبول دعواه في

……………………………………………………………

شيء هو حقه من غير ضرورة؛ إذا تقرر أن القول قوله، فإن كان صادقًا في خبره فذاك، وإن كان كاذبًا فهل يجعل ذلك إنشاء؟ حكى الإمام عن والده عن الْقَفَّال: أنه يجعل ذلك إنشاء.

قال الإمام: ولست أرى كذلك وجهًا؛ فإن الإقرار يقتضي الإنشاء فيستحيل أن يعيده ويقوم مقامه، وكان شيخي يطرد هذا الوجه في الطلاق، ويقول: الإقرار بالطلاق طلاق عند هذا القائل، قال الإمام: وهذا خطأ؛ فإن الشافعي وأصحابه نصوا على أن من أقر بالطلاق كاذبًا، فالزوجة قائمة فيما بينه وبين الله تعالى، انتهى.

وقد يؤيد قول الْقَفَّال قوله في «الأم»: إذا أخبر أنه راجع أمس كان كابتداء فعله الآن، وقال الْمَاوَرْدِي: إذا قال: في العدة راجعتك أمس؛ لم تصح الرجعة الآن إلا أن يريد الإقرار بها عن رجعة سابقة كانت منه بالأمس، فيكون إقراره بالرجعة، ولا يكون نفسه رجعة، وظاهر كلامه أنَّا لا نجعل الإقرار بالرجعة إنشاء.

وقال الشافعي في «الأم» أيضًا: وإذا قال لها: في العدة: قد راجعتك أمس، أو يوم كذا كيوم ماضٍ بعد الطلاق؛ كانت رجعة، فيحتمل أن يريد الشافعي بهذا إنشاء الرجعة في الحال في الزمن الماضي، ويحتمل أن يريد الإخبار.

قال شارح: ولعل الأول أشبه بخلاف ما فهمه كثير من الأصحاب، أو كلهم؛ فإنه في هذا الفصل في معرض بيان الألفاظ التي تحصل بها إنشاء الرجعة، وحينئذٍ فيكون مخالفًا لما ذكره الْمَاوَرْدِي، وإن كان مراده الإخبار فيكون ذلك صريحًا، أو كالصريح في جعل الخبر محصلًا للرجعة كالإنشاء، انتهى.

وفيه وقفة؛ إذ لا يجوز أن يرمز بقوله: كانت رجعة قبول خبره وتصديقه في صدور ذلك منه فيما مضى؛ لكن الإمام في باب التحالف في «القراض»

وَمَتَى أَنْكَرَتْهَا وَصَدَّقَتْ ثُمَّ اعْتَرَفَتْ قَبْلَ اعْتِرَافِهَا .

نقل أن الشافعي نص على أن دعوى الرجعة في زمان العدة رجعة، وكأنه أغفل ذلك هنا، وظاهر كلام الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» موافقة الإمام والغزالي على المنع، وأن عليه إذا أراد الرجعة إن ينشئها، والله أعلم.

قال: (**وَمَتَى أَنْكَرَتْهَا وَصَدَّقَتْ ثُمَّ اعْتَرَفَتْ؛ قُبِلَ اعْتِرَافِهَا**) نص عليه في «الأم» والْبُوَيْطِي في «المختصر» وتابعه الأصحاب واستشكله الإمام؛ لأن قولها الأول يقتضي تحريمها عليه، فقبول نقيضه مشكل، وقد قالوا: إذا ادَّعت أخوة الرضاع أو النسب ثُمَّ رَجَعَتْ وَكَذَّبَتْ نَفْسَهَا؛ لَا يُقْبَلُ مِنْهَا بِادِّعَائِهَا هُنَا تَأْبِيدُ الْحُرْمَةِ فَكَانَ أَقْوَى، وَبِأَنَّ الرَّضَاعَ يَتَعَلَّقُ بِهَا وهي أحد ركنيه فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا تُقِرُّ بِهِ إِلَّا عَنْ تَثَبُّتٍ وَتَحَقُّقٍ فلا يقبل الرجوع، بِخِلَافِ الرَّجْعَةِ فَإِنَّهَا قَدْ لَا تَشْعُرُ بِهَا ثُمَّ تَشْعُر، فلا يمتنع أن تنكرها، ثم تذكرها، وضعف الإمام الأول: بثبوت الحرمة في الموضعين، والمطلوب الفرق بين أصل الحرمتين، وبيان تفاوتهما، وضعف الثاني: بأن الرضاع يجري في الصغير والمرتضع لا يشعر به، وإن شعر به في الحال.

والوجه أن يقال: إنها في الرضاع والنسب مخبره عن إثبات، والمخبر عنه إنما يخبر عن بصيرة غالبًا، فلا يقبل رجوعها كسائر الأقارير بخلاف الرجعة؛ فإن صدقها في ذلك يستند إلى النفي، وكذلك تحلف على نفي العلم، ولا امتناع أن يقول الشخص: لا اعلم، ثم يعلم، ولما عوّل الإمام على هذا الفرق قال: ولو ادَّعت أنه طلقها فأنكر، ونكل عن اليمين وحلفت هي، ثم كذبت نفسها بلا معوّل على تكذيبها بعدما ادَّعت الطلاق، وإن كان كذّبها في الأول ممكن؛ ولكن لما استند قولها إلى إثبات؛ لم يقبل رجوعها، انتهى.

ومتى يجاب بأنّا إنما لم نقبل قوله؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار، أو كالبينة، ولو أقر وأقامت بينة بالطلاق ثم رجعا لم يقبل ذلك منها، فكذا هنا لا يقبل هذا إلا لما ذكره، أو يقال: إن قولها هنا يوجه نحو التحريم قصدًا.

ولو نكحت غير المخبرة فقالت: لم أرض؛ صدقت باليمين، فلو رجعت وقالت: تذكرت أني رضيت.

....

قال الإمام: فهذا محتمل عندي؛ فإن قولها هنا وإن اسند إلى نفي؛ لكن مستنده إلي نفي فعلها، وكذلك يحلف على البت في نفي فعلها بخلاف فعل الغير، ويحتمل تصديقها وحمل ذلك على نسيان، أو غيره، وقد حكى الرَّافِعِي: الاحتمالين وجهين، وقال: الأظهر عند الغزالي تصديقها، وإن مقابله حكاه القاضي أبو الطيب عن النص.

قلت: صرَّح بهذا النص جماعة من العراقيين ونسبوه إلى «الإملاء»، ذكروه عند الكلام فيما إذا اعترفت لمطلقها بالرجعة بعدما نكحت، ثم بانت؛ فإنها ترجع إلى الأول بإقرارها، بخلاف مسألة «الإملاء»، وفرقوا بأنها إذا أنكرت الإذن أبطلنا النكاح، وليس هناك نكاح صحيح فيستند إقرارها إليه، وهنا بينها وبين الزوج الأول نكاح صحيح معلوم؛ فإذا أقرت بعد ذلك استند إقرارها إلى النكاح المعلوم فتعود الزوجية.

وعبر القاضي أبو الطيب عن ذلك: بأن القول قولها في نفي الإذن؛ فلهذا لم يعد إليه إلا بنكاح بخلاف مسألتنا؛ لأنها إذا أقرت بالرجعة أنها لم يقبل منها لحق الغير، وإذا زال حق الغير كان إقرارًا مستندًا إلى نكاح صحيح، وقد جعلت الرجعة؛ فلهذا أعادت إليه بغير نكاح، انتهى.

وقد أثبت الهروي في «الإشراف» وشريح الرُّويَاني حكايةً عن العبادي في هاتين المسألتين خلافًا، ولفظ شريح في «أدب القضاء» له: لو زوج أخته، فقالت: زوَّجَني بغير إذني؛ فالقول قولها، فلو رجعت عن الإنكار وصدقت أخاها في تزويجها بإذنها، نص الشافعي على أنه لا يُقبل منها، ونص على أنه: لو اعترفت المرأة بانقضاء عدتها ولم يراجعها، فلو قالت: لم تنقض، قيل: فمن أصحابنا من نقل الجواب وخرج المسألتين على قولين، ومنهم من أجرى المسألتين على ظاهرهما، انتهى.

وفرق في «الإشراف»: بأن شرائط الابتداء أكثر من شرائط الاستدامة، وذكر فرقًا آخر، ثم قال عن نص «الإملاء»: إنه غريب يحتاج إلى دليل من جهة أنها أنكرت النكاح، ثم أقرت به؛ فلا يجوز أن ينظر إلى أن النكاح شريف

وَإِذَا طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَقَالَ: وَطِئْت فَلِي رَجْعَةٌ وَأَنْكَرَتْ صُدِّقَت بِيَمِينٍ ....

الحظ فلا يثبت بالإقرار بعد الإنكار؛ لأنه يبطل بالقتل العمد، وكذلك بالزنا، ولا يجوز أن يقال: أنكرت قولها، ثم أقرت به، فلا يصدق فيه؛ فإنه يبطل بجميع الأقوال وينكسر بانكسار فعل الزنا، ثم بإقرارها تعتد، وكذا في القتل والسرقة وشرب الخمر وسائر الأفعال مع أن الْعُقُوبَات تُدْرَأُ بِالشُّبْهَات، وأطال، ثم قال: في المشهور من مذهب الشافعي أن الزوج منكوح وناكح، وكذلك المرأة، وقد نص عليه في باب الغرور، وكان الزوج أقر لها بملك النكاح على نفسه وكذبته، ثم صدقته فيما أقر به؛ ففي قول بطل حكم الإقرار برد المقر له إياه فلا ينفع التصديق بعد التكذيب والرد.

قال: فأجاب الشافعي في هذا النص- يعني نص «الإملاء» السابق: على أن الإقرار يبطل برد المقر له إياه، انتهى. وفيما ذكره من الاستشهاد بالحدود والمقر له بعد إنكارها نظر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

تنبيه: نص في «الْبُوَيْطِي» على مسألة الكتاب كما سبق، ثم قال: وإن طلقها ثم قال: أعلمتني أن عدتها قد انقضت، ثم ارتجعتها ثبتت الرجعة؛ إذا لم تقر المرأة بانقضاء العدة، وقيل: لا رجعة له؛ لإقراره بانقضاء العدة، ولا تحل لغيره إلا بانقضاء العدة، انتهى.

وعبارة بعضهم عن النص والأصحاب: لو قال: أعلمتني بانقضاء عدتها، ثم راجعتها مكذبًا لها وصدقته على عدم الانقضاء؛ صحت الرجعة، ولا يجعل قوله: «أخبرتني بالانقضاء» إقرار منه بانقضاء العدة، انتهى.

ولم أرَ من حكى قوله، وقد قيل قول آخر، وكأنهم رأوه حكاية عن الغير، وهو بعيد، نعم؛ لو قال: انقضت عدتها ثم ذكر أن مستنده فيه إخبارها، وأنها رجعت عن ذلك وذكرت أنها كذبت فيه، وأن العدة باقية ورام رجعتها؛ ففي تصديقها بُعدٌ، بعد إقرار المطلق بانقضاء عدتها، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا طَلَّقَ دُونَ ثَلَاثٍ وَقَالَ: وَطِئْت فَلِي رَجْعَةٌ وَأَنْكَرَتْ؛ صُدِّقَت بِيَمِينٍ**) أي: ولا رجعة له؛ لأن الأصل عدم الدخول، هذا هو المنصوص في

……………………………………………………………………………

«المختصر» و«الْبُوَيْطِي»، وعليه اقتصر الشيخان والجمهور، ومنهم الجويني في «مختصره»، ونقل في «فروقه» عن نص الشافعي مقتصرًا عليه أن القول قوله، وإن له الرجعة، وأنها لو ادَّعت الإصابة لتشكل المهر أن القول قوله، قال: فجعل في الأولى القول قول من يثبت الوطء، وفي الثانية بالعكس.

والفرق أن الرجل إذا ادَّعى بقاء الزوجية بدعوى الإصابة، فهو يدَّعي استبقاء النكاح وهي تدَّعي انقطاعه، والأصل بقاؤه فجعل القول قوله بيمينه؛ ليستبقي ملكه ويستوفي حقه، ألا ترى أن امرأة العنين إذا خالفته في حصول الإصابة والزوج يدَّعي حصولها فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء نكاحه، وهي تدَّعي رفعه وفسخه، وكذلك أيضًا المولي وامرأته إذا اختلفا في الإصابة فالقول قول الزوج؛ لأن الإصابة حاصلة ويبقى النكاح بينهما.

فأما المسألة الثانية: فإنهما فيها متصرفان على أن النكاح في الحال منقطع بالطلاق، وإنما يتنازعان في المهر وكماله، والأصل عدم الإصابة، والزوج مسلط على إسقاط النصف بالطلاق، فهكذا جعلنا القول قوله بيمينه؛ فإن حلف وأعطيناها نصف المهر ومضى عليها خمسة أشهر فولدت، وكذا ألحقنا الولد به وأكملنا المهر وجعلنا القول قولها حينئذٍ، ولولا الولد لما نقضنا الحكم السابق، انتهى.

وقال الشيخ أبو حامد بعد جزمه بما في الكتاب: فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة المولي والعنين إذا ادَّعيا الإصابة فأنكرناه؟ أن القول قولهما.

قلت: أهما سواء في المعنى؟ وذلك أن هناك لم ينقطع النكاح الذي كان بينهما، والظاهر أنه باقٍ على ما كان، والزوج يدَّعي ما يتضمن بقاءه، والمرأة تدَّعي خلاف ذلك فكان القول قول من يدعي البقاء على وفق الظاهر، وهاهنا الطلاق قد وقع، والظاهر أنها قد بانت منه، ولا إصابة، إذا قال: قد أصبتها؛ فإنه يريد أن يرد النكاح إلى ما كان عليه؛ فلم يكن القول قوله، انتهى.

وهذا فرق واضح، فعلى المشهور لا رجعة، ولا عدة عليها، ولا ينكح

وَهُوَ مُقِرٌّ لَهَا بِالْمَهْرِ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَإِلَّا فَلَا تُطَالِبُهُ إِلَّا بِنِصْفٍ].

أختها، ولا أربعًا سواها في العدة(١).

قال: (**وَهُوَ مُقِرٌّ لَهَا بِالْمَهْرِ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ؛ فَلَا رُجُوعَ لَهُ**) لأنه مقر ألا حق له فيه، وأنها تستحق جميعه، (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تكن قبضته بأن كان في يده، أو ذمته.

(**فَلَا تُطَالِبُهُ إِلَّا بِنِصْفٍ**)؛ لأنها مقرة بأنها لا تستحق غيره، إن قبض وليها لها، وقبض سيد للأمة كقبض الحرة المطلقة التصرف.

تتمات: لو ادَّعت الوطء فأنكر؛ صدق بيمينه سواء كان خلا بها أم لا على المذهب الظاهر، وعليها العدة بقولها، وإذا حلف فلا نفقة لها، ولا سكنى في العدة، ولا رجعة له؛ لاعترافه بنفيها، ولو ادَّعت وكذبت نفسها لم تسقط العدة.

ولو رجع وصدقها في دعوى الإصابة؛ قال ابن الرِّفْعَة: يشبه أن يكون كما مر فيما لو ادَّعت انقضاء العدة، ثم عادت واعترفت؛ لأن ذلك يتضمن حقًّا له وحقًّا عليه، كما هو في دعواها كما سلف؛ فينبغي لأجل حقها أن يرجع إلى اعترافه كما يشير إليه النص في ادعاء انقضاء العدة، ثم الاعتراف ببقائها حين الرجعة، قال: وفيه نظر، انتهى.

والأشبه هنا ألا رجعة له؛ لاعترافه أولًا بوقوع الطلاق بائنًا، وقال الْمَاوَرْدِي: هنا إذا صدقناه فنكل فحلفت على الإصابة؛ استحقت كما في المهر والنفقة ولا رجعة له؛ لأنه بإنكار الإصابة مبطل لرجعته، فجزم ببطلان الرجعة، واليمين المردودة؛ كالإقرار أو كالبينة، إن قلنا: كالإقرار فيصير كأنه قد أقر لها بالوطء بعد إنكاره، ومع ذلك فقد قال: لا رجعة له؛ فكذا إذا رجع وصدق قبل الحلف، وفي هذا نظر أشرت إليه في «الغنية»، وكيف كان؟ فالظاهر هنا: أنه لا يقبل رجوعه بالبينة إلى ثبوت الرجعة؛ لاعترافه بالبينونة، وإنما صدقناها إذا رجعت وصدقت على بقاء العدة لاستناد قولها إلى أصل

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٦٩).

....

سابق، كما أشار إليه العراقيون في الفرق بين إنكارها الإذن في النكاح، ثم اعترافها.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنها لو قالت بعدما طلقها: إنه طلقني ثلاثًا ففي ضمن هذا أنها لا تحل له إلا بزوج، فلو رجعت وقالت: كذبت ما طلقني إلا واحدة أو إلا ثنتين فإن لها أن تنكحه؛ لأن ذلك الشيء يتعاقب ويهلك، وعلى هذا لو طلقها رجعية وانقضت عدتها، فقال الزوج: راجعتك، فقالت: لم تراجعني، ثم رجعت وصدقته فإنه تثبت الزوجية بينهما.

ويخالف هذا ما لو أقر الزوج بأني طلقتها ثلاثًا، ثم رجع وقال: إنما طلقتها واحدة وصدقته المرأة؛ فإنه لا يحل له أن ينكحها في الحكم، ولا لها أن تنكحه في الحكم، بخلاف تلك المسائل، والفرق: أنه لما أقر بالطلاق على نفسه فقد ثبت التحريم حقًا لله تعالى، فهو وإن صدقته لا يحل.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو طلق المجنونة، أو الأمة رجعيًا، ثم جاء بعد انقضاء العدة يدَّعي أنه راجع في العدة فلا عبرة بتصديق الأب والسيد؛ بل تصديق الأمة والحرة، إذا أفاقت [وصدقته؛ قُبل وكانت زوجته][1] وإن كل منهما له التزوج جبرًا؛ لأن الرجعة حق له.

قال الْقَفَّال: وأعجب من هذا أنه لو طلق المجنونة رجعيًا، وانقضت عدتها فزوجها أبوها في حال جنونها فأفاقت، ثم جاء الزوج الأول وادَّعى رجعتها في العدة، وصدقته؛ كانت زوجة له؛ لأنه معقود عليها من غير رضاها، وعلى هذا لو ادَّعى نكاح صغيرة على أبيها فقال: إنما زوجتها من زوج آخر، فبلغت وأقرت للمدَّعي أنها كانت منكوحة له، وإن أدى إلى بطلان نكاح الثاني، وإنما قيل ذلك؛ لأنها لم تكن مباشرة للعقد.

وأصل هذا كله قول ابن الحداد: أنه لو زوجها أبوها جبرًا فقالت: بعد النكاح هو أخي من الرضاع؛ انفسخ النكاح، بخلاف ما لو كان قد زوجها

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٢٢).

بإذنها، وعلى هذا نص الشافعي: لو أن الإمام باع العبد الضال على مالكه، وحفظ ثمنه، ثم ظهر المالك وقال: كنت أعتقته قبل أن تبعه؛ قبل ويبطل البيع، هذا ظاهر مذهبه، وإن ذكر في رواية الربيع قول آخر: أنه لا يبطل البيع، انتهى.

قال الشافعي في «الأم»: وإذا طلق الأخرس امرأته بكتاب، أو إشارة بعقد لزمه ذلك، وكذلك إذا راجعها بكتاب، أو إشارة بعقد لزمه الرجعة، فإذا مرض الرجل فخبل لسانه، فهو كالأخرس في الرجعة والطلاق، وإذا أشار إشارة تعقل، أو كتب كتابًا يعقل كانت رجعة حتى يعقل، فيقول: لم تكن رجعة فتبرأ منه بالطلاق الأول، ولو إن رجلًا طلق امرأته، ثم خبل عقله؛ كجنون أو خبل، أو برسام، أو غيره مما يغلب على العقل غير المسكر، ثم ارتجع امرأته في العدة لم تجز رجعته، ولا يجوز رجعته إلا في الحين الذي لو طلقها فيه جاز طلاقه، وإن كان يجن ويفيق فراجع، واختلفا بعد مضي العدة، فقالت: راجعتني في حال الجنون، وقال: بل راجعتك في حال الإفاقة؛ فالقول قوله؛ لأن الرجعة إليه دونها، انتهى.

وحكى الْمَاوَرْدِي: في هذه الصورة الأخيرة قولين، قال: كما في الطلاق، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الإِيلَاءِ

قال المصنف: [هو حَلِفُ زوج يَصِحُّ طَلَاقُهُ لِيَمْتَنِعَنَّ مِنْ وَطْئِهَا مُطْلَقًا، أَوْ فَوْقَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ.

قال الشارح: هو لغةً: الحلف، فقال: هو مصدر آلى يولي إيلاء، فهو مولٍ، فالإيلاء: مصدر، والأليَّة: الاسم، قال جرير(١):

وَلَا خَيْرَ فِي مَالٍ عَلَيْهِ أَلِيَّةٌ ... وَلَا فِي يَمِينٍ عُقِدَتْ بِالْمَآثِمِ

وَجَمْعُ الْأَلِيَّةِ: أَلَايَا، قَالَ الشَّاعِرُ(٢):

قَلِيلُ الْأَلَايَا حَافِظٌ لِيَمِينِهِ ... وَإِنْ صَدَرَتْ مِنْهُ الأَلِيَّةُ بَرَّتِ

قال: (هو حَلِفُ زوج يَصِحُّ طَلَاقُهُ لِيَمْتَنِعَنَّ مِنْ وَطْئِهَا مُطْلَقًا أَوْ فَوْقَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ) هذا حده شرعًا، هكذا فسره الرَّافِعِي، وفي شموله لما إذا علَّق بالوطء التزام شيء نظر، وأصل الباب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦].

قال الْمَاوَرْدِي: واختلف أصحابنا في الإيلاء، هل عمل بكونه طلاقًا في أول الإسلام أم لا؟ فقال بعضهم: عمل به في صدر الإسلام ثم نسخ، وقال الجمهور: لم يعمل به أصلًا.

تنبيهات: قوله: «حلف زوج» يخرج به السيد والأجنبي، فإنه يمين محضة متى وطئ حنث، [ومن قاله لأجنبية ثم](٣) نكحها بعد ذلك؛ لا يكون موليًا، ولا يضرب له مدة على الصحيح والمشهور، وخرج بقوله: «يصح طلاقه» الصبي والمجنون والمكره ومن في حكمهم كما سبق، ودخل فيه كل زوج مكلف مختار، والمطلق رجعيًّا، والمريض، والعنين، والخصي، والمشلول، ومن بقي

---

(١) أورده المبرد في «الكامل» (ص٦٥٠).

(٢) كثير عزة كما في «ديوانه» (١١).

(٣) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٢٦).

له قدر الحشفة، وكان الأحسن أن يحترز عن الممسوح بمن بقي له دون الحشفة وذي الذكر الأشل، وكأنه اكتفى بما ذكره من بعد، وسواء في صحة الإيلاء العبد والكافر وزوج الأمة وأضدادهم، ولا ينحل الإيلاء بإسلام الكافر.

قال في «الدقائق» قوله: «الإيلاء حلف زوج يصح طلاقه» يدخل فيه السكران على المذهب، ولا يدخل في قول «المحرر»: يشترط فيه التكليف، انتهى. وليس ما قاله بجيد؛ لما سبق أول الطلاق وغيره، والمذهب أنه مكلف.

وقوله: «مطلقًا» يعني: إن يطلق الحلف، أو يؤكده بقوله: «أبدًا» ونحو ذلك، وقال صاحب «الخصال»: اعلم أن كل من حلف بيمين المنع من الجماع ولم يحددها بوقت معلوم؛ فليس بمولٍ حتى يكون يمينه فوق أربعة أشهر، أو يقول: إن من أدى اليمين هذا المقدار وما فوقه الاعتداء في عسر حصوله فمن ذلك أن يقول: والله لا أطؤك حتى يخرج الرجال، أو تموتي، أو تفنى الدنيا، أو تقوم القيامة، أو ينفخ في الصور، أو ينزل عيسى بن مريم ﷺ أو تخرج دابة الأرض وتطلع الشمس من مغربها، أو يخرج يأجوج ومأجوج، أو يفنى هذا العالم كله، انتهى.

وقضية كلامه أنه يكفي الإطلاق؛ بل لا بد من ذكر المدة، أو ما يدل عليه من لفظ، أو نية، وقول المصنف: «أو فوق أربعة أشهر»، قال الإمام: وإذا زادت مدة الامتناع على أربعة أشهر اكتفي بأقل القليل، ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحسب تتأتى المطالبة في مثلها، وإذا كانت الزيادة لحظة لطيفة إثبات المطالبة؛ لأنها إذا مضت تنحلّ اليمين، ولا مطالبة بعد انحلال اليمين، وأمر كونه موليًا، والحالة هذه أن يأثم بإيلائها، هذا لفظ الرَّافِعِي ولخصه في «الروضة» بمعناه، وهل حاصل كلام «النهاية»، ولخصه الغزالي في «البسيط» بقوله: ولو قال: والله لا أجامعك أربعة أشهر ولحظة، ثبت الإيلاء، ولا يتبين فائدته إلا في التأثم بالإيلاء، انتهى.

وذكر ابن الرِّفْعَة: أن المدة الزائدة إذا لم يتأت فيها تغييب الحشفة، أن كلام الشافعي في «الأم» يقتضي أنه لا يصير موليًا في هذه الحالة، ولفظ

وَالْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْحَلِفِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ، بَلْ لَوْ عَلَّقَ بِهِ طَلَاقًا أَوْ عِتْقًا أَوْ قَالَ: إنْ وَطِئْتُك فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمٌ أَوْ حَجٌّ أَوْ عِتْقٌ كَانَ مُولِيًا، ....

«الأم»: ومن أصل معرفة الإيلاء أن ينظر كل يمين منعت الجماع بكل حال أكثر من أربعة أشهر؛ إلا بأن يحنث فهو مولٍ، وكل من كان يجد السبيل إلى الجماع بحال لا يحنث فيها، وإن حنث في غيرها فليس بمولٍ، انتهى.

فرع: يصح إيلاء العربي بالعجمية وعكسه؛ إذا عرف معنى اللفظ، قال الدارمي: المولي بلغة لا يعرفها، ثم قال: لا أعرف معنى ما قلت؛ حلف وبرئ.

قال: (**وَالْجَدِيدُ: أَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالْحَلِفِ بِاللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ، بَلْ لَوْ علَّق بِهِ طَلَاقًا أَوْ عِتْقًا أَوْ قَالَ: إنْ وَطِئْتُك فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمٌ أَوْ حَجٌّ أَوْ عِتْقٌ؛ كَانَ مُولِيًا**)، لأن جميع ذلك يسمى يمينًا فيتناوله إطلاق الآية؛ لأن الإيلاء الحلف، وهو يشمل الحلف بالله تعالى وغيره، وفي الحديث «**لَا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ**»(١).

وقال الشاعر(٢):

وَأَكْذَبُ مَا يَكُونُ أَبُو المعالي إذَا آلَى يَمِينًا بِالطَّلَاقِ

«والقديم»: الاختصاص؛ لأن السياق يفهم أن المقصود بالآية الحلف بالله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ثم قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥].

ثم قال: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وقال بعده: ﴿فَإِنْ فَاءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، والغفران إنما يكون في اليمين به تعالى، وأيضًا فمطلق اليمين محمول عرفًا وشرعًا على اليمين بالله تعالى، فلا يتناوله، ومن قوله: حلف فلان على كذا إلا ذلك، ولا يفهم غيره إلا بقرينة.

وقيل: غير هذا، إذا عرفت هذا فشرط انعقاده على «الجديد» بهذه الالتزامات، ونحوها أن يلزمه شيء لو وطئ بعد أربعة أشهر، فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزة أربعة أشهر؛ لم تنعقد وإذا علَّق بالوطء طلاقًا، أو عتقًا؛

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٣٩٤، رقم ٣٦٢٤)، ومسلم (٣/ ١٢٦٧، رقم ١٦٤٦).

(٢) أورده التنوخي في «القوافي» (٣/ ١٨).

وَلَوْ حَلَفَ أَجْنَبِيٌّ عَلَيْهِ فَيَمِينٌ مَحْضَةٌ، فَإِنْ نَكَحَهَا فَلَا إِيلَاءَ، ....

وقع المعلق عليه عند وجود الوطء، وإن علَّق به التزام شيء فإن كان قربة كـ«إن وطئتك فلله عليَّ صلاة أو صوم، أو حج، أو وقف داري» ونحوها؛ كان موليًا، وإن كان الملتزم غير قربة كـ«إن وطئتك فعليَّ طلاق، أو طلاقك، أو طلاق فلانة كضرتها»؛ لا يكون موليًا، قاله الْمَاوَرْدِي، وهو جارٍ على ظاهر المذهب في أنه لا يلزمه في أمثال هذه الصيغ شيء.

إشارة: إذا علَّق بوطئها التزام صوم بصيغة: «فلله عليَّ صوم» كما ذكره المصنف فمولٍ لا محالة؛ لأنه يلزمه الوطء، أو الملتزم، أو كفارة يمين على ما هو مبين في بابه، والالتزام بهذه الصيغة يمنعه من الوطء أكثر من أربعة أشهر فلو التزم صومًا معينًا، فإن لم يعين، ومنه كقوله: فلله عليَّ صوم أو شهر فكما لو أطلق؛ لأن ذلك يمنع الوطء في المدة، وإن عينه كـ«لله عليَّ صوم هذا الشهر»؛ لم يكن موليًا؛ لأنه يمكنه الوطء قبل المدة بعد انقضاء الشهر بلا ضرر يلحقه، فإن وطئ بعد الشهر فلا شيء عليه، وإن وطئ في أثنائه صار الملتزم بقية الشهر فيأتي به، أو يكفر، أو يتخير على الخلاف المعروف في نذر اللجاج، ولا يلزمه قضاء ما فاته من الشهر.

ولو قال: لله عليَّ صوم الشهر الذي أطأك فيه؛ كان موليًا، واعلم انه لو كان به، أو بها بما يمنعه من الوطء من مرض، فقال: إِنْ وَطِئْتُكِ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَلَاةٌ أَوْ صَوْمٌ أَوْ نَحْوُهُمَا قَاصِدًا بِهِ نَذْرَ الْمُجَازَاةِ لَا الِامْتِنَاعَ مِنَ الْوَطْءِ؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُولِيًا وَلَا آثِمًا وَيُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ كَسَائِرِ نُذُورِ الْمُجَازَاةِ، وَإِنْ أَبَى ذَلِكَ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ وَغَيْرِهِ(١).

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ أَجْنَبِيٌّ عَلَيْهِ**) أي: على ترك الوطء.

(**فَيَمِينٌ مَحْضَةٌ**) أي: فإن وطئها قبل المدة، أو بعدها؛ فعليه الكفارة، والمراد بالأجنبي: غير الزوج.

(**فَإِنْ نَكَحَهَا فَلَا إِيلَاءَ**) أي: المشهور أو الصحيح كما سبق؛ لأن الإيلاء

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٧/ ١٣٠).

وَلَوْ آلَى مِنْ رَتْقَاءَ، أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ آلَى مَجْبُوبٌ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ.

يختص بالنكاح فلا ينعقد بخطاب غير الزوجة كالطلاق، والثاني: رواه صاحب «التقريب» تضرب له المدة إذا نكحها، وبه أجاب القاضي أبو الطيب، ثم قال: ويجيء فيه قول آخر: أنه لا يكون موليًا، وما ذكره غريب.

والمذهب الأول؛ لأنها ليست من نسائه، ولفقد معنى الإضرار بالزوجة، ولو علَّق الحلف بالنكاح لم يكن موليًا كـ«إن تزوجنا فو الله لا وطئتك» ويجيء فيه خلاف من جوز بين المخالفين تعليق الطلاق بالنكاح، ويشبه أن يجيء فهي الوجه المذكور عن رواية صاحب «التقريب»؛ بل هنا أولى.

قال: (**وَلَوْ آلَى مِنْ رَتْقَاءَ، أَوْ قَرْنَاءَ، أَوْ آلَى مَجْبُوبٌ؛ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أما المجبوب فوجه عدم الانعقاد؛ أنه حلف على أمر يستحيل منه فلغا؛ كما لو حلف لا يشرب ماء في الكوز ولا شيء فيه، ووجه الانعقاد عموم الآية؛ ولأن عماد الإيلاء الإبداء باللسان وقد تحقق ذلك منه، وأما حقيقة الخلاف بعبارة «الروضة»: وموجب ذكره لا يصح إيلاؤه على المذهب، ومن آلى ثم جن لم يبطل إيلاؤه على المذهب، ولم يرجح الرَّافِعِي القطع بعدم الصحة؛ بل قال في «شرحه الصغير»: فيه ثلاث طرق: أظهرها: عند عامة الأصحاب أن فيه قولين: أظهرهما: المنع، وبه قطع قاطعون، وآخرون بالتصحيح، وهذا حاصل ما في «الكبير».

وممن اقتصر على طريقة القولين: أبو علي بن أبي هريرة، والطبري، والشيخ أبو حامد وأتباعه، والصيمري، والْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، والجرجاني، والعمراني، وغيرهم من العراقيين، وسووا بين الجب المقارن والطارئ، فقالوا: إذا قلنا: لا ينعقد، فإذا طرأ انفسخ الإيلاء، وممن اقتصر على طريقة القولين من المراوزة: الْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، ولم يسوِّيا بين المقارن والطارئ؛ بل جزم الْبَغَوِي بأنه لا ينفسخ بالطارئ.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن لم يصح إيلاء المجنون ففي الانفساخ الطارئ، وحكى القاضي الحسين طريقة القولين، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: وهو الأصح لا ينعقد إيلاؤه قولًا واحدًا، والقولان فيما إذا آلى ثم جب ذكره، والأظهر

……………………………………………………………………………………………

منهما أنه لا يبطل؛ لأنه عجز حدث بعد الانعقاد. وحكى الإمام مع ما سبق طريقة قاطعة بالمنع، وإذا طرأ الجب انقطع واختارها، وقال: لا يصح على التحقيق غيرها، فإن اليمين ينحل فرض بقائها مع استحالة الحنث، انتهى.

التفريع إن قلنا: يصح الإيلاء فحكمه واضح، وإن صححناه قال الأصحاب: إذا مضت المدة؛ طولب بفيئة المعذور.

وقال القاضي أبو الطيب: بأن يقول: لو قدرت وطأك، وقال الْمَاوَرْدِي: بأن يقول لست أقدر على الوطء ولو أقدرني الله عليه لوطئت.

وقال الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وسليم الرازي: بأن يقول: ندمت على ما فعلت ولو قدرت لوطئت، وقال الْبَغَوِي: بأن يقول: ندمت على ما فعلت، ولا يحتاج أن يقول: إن قدرت فعلت، بخلاف المريض بقوله، ومقتضى ذلك فيه يكفي قوله: ندمت على ما فعلت، وهذا ما صدر به الرَّافِعِي كلامه، ثم قال: وزاد الشيخ أبو حامد: ولو قدرت لفعلت، انتهى.

وقوله: «لو قدرت فعلت»، قاله العراقيون: أبو حامد، والقاضيان أبو الطيب والْمَاوَرْدِي وغيرهم، وإنما زاد أبو حامد، وأتباعه عليهم «ندمت على ما فعلت»، واتفق الأصحاب على ضرب المدة على قول الصحة، وقد يفهم قول الشافعي في «الأم»: فيما إذا طرأ الجب واختارت المقام معه خلاف ذلك، حيث قال: قيل له: إذا طلبت الوقف ففِئ بلسانك؛ لأنه ممن لا يجامع، فقوله: قيل له: إذا طلبت الوقف؛ ظاهر أنه يقال له ذلك عند طلبها ضرب المدة، ووجهه أنه لا معنى هنا لضرب المدة إذ الفيئة بالفعل متعذرة، والمقصود بالفيئة باللسان. وإن أتى بما يدل على رجوعه عما قال من الابتداء؛ فليكن في الحال لتيسره عليه بخلاف الوطء، وأما الإيلاء من الرتقاء فقال الشيخ أبو علي: حكم إيلاء المجنون فيما ذكرناه واقترانًا وطُرآنًا، وكذا نقل القاضي أبو الطيب عن الأصحاب فيهما إثبات قولين كالمجنون.

وقال القاضي وغيره: لكن على قول الصحة لا تضرب المدة قولًا واحدًا

....

أي: بخلاف ما قاله الأصحاب في المجنون؛ فإنه تضرب المدة، ثم يطلب بقية المعدود، وفرق بأن المنع من جهتها كالمريضة فيصح منها الإيلاء، ولا تحسب عليه المدة، ورأى الإمام مطالبة المجنون بالفيئة باللسان في حكم العيب الذي لا يليق بمحاسن الشرع، قال: وضرب المدة أصح من الكل.

إشارة: قضية كلام المصنف صحة الإيلاء من المريضة المعتادة والصغيرة وهو صحيح، وفيهما قول «قديم» نعم لا يحسب زمن المرض والصغر من المدة، هكذا أطلقه كثيرون، وقال الْمُتَوَلِّي: إذا آلى عن امرأته الطفلة فإن أطلق اليمين فالإيلاء منعقد، وإن حلف لا يطلقها مدة لا يتصور وطؤها فيها؛ فالحكم على ما ذكرناه في الرتقاء والقرناء بخلاف المريضة المذففة؛ لأن وطؤها يتصور في الجملة وإن كانت تتضرر به، وهذا التفصيل متعين ويجب حمل إطلاقهم عليه، وكذلك قال صاحب «الترغيب»: وغير الصبية إن قيد بزمان يحتمل من البلوغ انعقد، وإلا فعلى قولين.

قلت: ويظهر أن الطفلة أولى من الرتقاء؛ لعدم التأذي منها بخلاف الرتقاء، ولينظر في المجبرة فإذا حرمنا وطأها هل تكون كالرتقاء؛ إذ الممتنع حسيًّا وكالمريضة وهو أشبه كتوقع الشفاء؟ نعم لا تضرب المدة إلا بعد الشفاء أصل حكمه أحكام الإيلاء ما يظهره الزوج من المضارة بحلفه على ترك الوطء المدة المعتبرة، فلو ظهر أن حلفه لغير مضارة؛ ففيه خلاف للعلماء حكاه القرطبي المالكي في «تفسيره» قولين للشافعي، وذكرهما الخوارزمي منا في «مرشده» فقال: إذا حلف غير مضارة مثل أن حلف لا يطأ امرأته سنين وهي ترضع ولدها، أو يكون بها علة فضرها الجماع؛ فقال في «القديم»: لا يكون موليًا، وهو قول مالك، وأبي حنيفة وأصحابه: أن ذلك من صالحها، والإيلاء هو ما قصد به الإضرار بها.

وقال في «الجديد»: يكون موليًا، أو أعادهما في موضع آخر، وأسند عن علي ﷺ موافقة القديم وهو قوي؛ إذا كان الجماع يضرها وقصد صلاحها وكانت تختار تركه بخلاف المرضع، فعلى الجديد لو سألته المريضة ونحوها

وَلَوْ قَالَ: وَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مِرَارًا فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي ٱلْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ: وَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللَّه لَا وَطِئْتُكِ ....

كالزَّمِنَة في المرض المزمن التي يضرها الجماع أن يولي منها سنة مثلًا، ورغبت إليه فيه ففعل؛ فيحتمل أن يقال: لا يكون موليًا إذ لا ضرار، ويحتمل خلافه وهو ظاهر إطلاقاتهم، ويحتمل أن يخرج فيه خلاف لو سألته الحائض الطلاق، وقد يفرق بأن لها غرض صحيح هنا بخلاف تلك.

وقال في «الروضة»: ولو قال: لا أجامعك حتى تفطمي، وكذلك نقل الْمُزَنِيّ أن الشافعي قال: يكون موليًا قال: وقال في موضع آخر: لا يكون موليًا، واختاره؛ فأوهم أن المسألة على قولين، وبه قال ابن الْقَطَّان، وقال الجمهور: لا خلاف؛ ولكن ينظر إن أراد وقت الفطام فإن بقي أكثر من أربعة أشهر إلى تمام الحولين فمولٍ، وإلا فلا، وإن أراد الفطام فإن كان الصبي لا يحتمله إلا بعد أربعة أشهر لصغر، أو ضعف بنية فمولٍ، وإن كان يحتمل لأربعة أشهر فما دونها؛ فهو كالتعليق بدخول الدار ونحوه، والنصاب محمول على الحالين، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: وَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، وَهَكَذَا مِرَارًا؛ فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي ٱلْأَصَحِّ**) قال الإمام: هذا ما صار إليه الأئمة؛ لأن لكل يمين حكمها، وشبه ذلك كما لو اشترى أوسقًا كثيرة على صورة العرايا في صفقات متعددة.

والثاني: يكون موليًا، حكاه العراقيون والسِّنْجِي؛ لأن ذلك يقطع رجاءها، ويوقفها عن الوطء، وموضع الخلاف؛ إذا وصل اليمين كما مثل به المصنف، فإن حلف لا يجامعها أربعة أشهر، ثم أعاد اليمين بعد مضي تلك المدة، وهكذا مرارًا؛ فإنه لا يكون موليًا بلا خلاف، قال الرَّافِعِي: لأن هذه الأيمان ليست واحدة منها مما يتضمن الإيذاء الإضرار.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: وَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ، فَإِذَا مَضَتْ فَوَٱللَّهِ لَا وَطِئْتُكِ**

سَنَةً فَإِيلَاءَانِ لِكُلٍّ حُكْمُهُ. وَلَوْ قَيَّدَ بِمُسْتَبْعَدِ الْحُصُولِ فِي الْأَرْبَعَةِ كَنُزُولِ عِيسَى - عليه السلام - فَمُولٍ، ....

سَنَةً؛ فَإِيلَاءَانِ لِكُلٍّ حُكْمُهُ) أي: بلا خلاف فلها المطالبة في اليمين الأولى في الشهر الخامس، فإن فاء انحلت اليمين والثانية باقية بحالها، وإن لم تطالبه حتى مضى الشهر الخامس انحلت اليمين بانقضاء المدة المحلوف عليها، ولو طلقها عند المطالبة في المدة خرج عن موجب الإيلاء، وإن كانت اليمين باقية، فإن راجعها في بقية الشهر الخامس؛ لم تضرب المدة لتقضي ما بقي.

وإن وطئها في الشهر الخامس بعد الرجعة حنث، وانحلت اليمين ولزمه الكفارة هنا قطعًا، وإن قلنا لا يلزم المولي إذا فاء؛ لأن الوطء هنا لم يحصل منه بالفيئة؛ لخروجه عن موجب الإيلاء بالطلاق قبله، وإن راجع بعد الشهر الخامس فإن كان بعد انقضاء الثانية بمضي الزمان، فإن راجعها في أثناء السنة فإن كان قد بقي أكثر من أربعة أشهر جعلناه موليًا وضربت المدة، وإلا فلا.

فرع: لو قال: والله لا وطئتك خمسة أشهر، والله لا وطئتك سنة، فهل ذلك إيلاءان كما مر، أو إيلاء واحد ويدخل إحدى اليمينين في الأخرى ويجعل حالفًا على سنة؟ فيه وجهان رواهما القاضي أبو الطيب، وأجاب الجمهور ومنهم الْمَاوَرْدِي بجعل الوجهين فيما لو قال: والله لا وطئتك سنة، والله لا وطئتك خمسة أشهر، ففي دخول الخمسة في السنة هنا وجهان: **أحدهما:** نعم كما لو تقدمت، فعلى هذا يكون إيلاءً واحدًا على سنة بعضها بيمين وبعضها بيمين، **والثاني:** لا تدخل الخمسة هنا بخلاف ما سبق؛ لأن له الزيادة في المدة لا النقصان يحمل على الاستئناف؛ فعلى هذا الوجه هل يكون ذلك إيلاءً واحدًا أو إيلاءين؟ على وجهين: **أحدهما:** إيلاء واحد، **وأصحهما:** أنهما إيلاءان فيضرب لكل منهما.

قال: **(وَلَوْ قَيَّدَ بِمُسْتَبْعَدِ الْحُصُولِ فِي الْأَرْبَعَةِ كَنُزُولِ عِيسَى - عليه السلام -)** أي: ونحوه كخروج الدجال، وطلوع الشمس من مغربها، أو حتى مجيء زيد من بلد كذا، وكانت عادته ألا يقدم إلا بعد أربعة أشهر، وغير ذلك من الأمثلة، **(فَمُولٍ)** أي: لأن الظاهر عدم وجود هذه الأمور إلا بعد مضي أربعة أشهر،

وَإِنْ ظَنَّ حُصُولَهُ قَبْلَهَا فَلَا، وَكَذَا لَوْ شَكَّ فِي الْأَصَحِّ. وَلَفْظُهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ، فَمِنْ صَرِيحِهِ: تَغْيِيبُ ذَكَرٍ بِفَرْجٍ وَوَطْءٌ وَجِمَاعٌ وَافْتِضَاضُ بِكْرٍ، ....

وإن احتمل غير ذلك، وقيل: إن التعليق بنزول عيسى ﷺ وما في معناه لا يقطع بكونه موليًا في الحال؛ ولكن نترقب فإذا مضت أربعة أشهر ولم يوجد المعلق به بينًا كونه موليًا، ومكنًا الزوجة من المطالبة.

قلت: ويقصد هذا الوجه قول الشافعي في «الأم»: ولو قال: والله لا أصيبك إلى يوم القيامة، أو لا أصيبك حتى يخرج الدجال، أو حتى ينزل عيسى بن مريم - عليهما السلام- فإن مضت أربعة أشهر قبل أن يكون شيء مما حلف عليه؛ وقف فإما أن يفيء وإما أن يطلق، انتهى.

وظاهر النص يفهم التسوية بين قيام الساعة ومحل شرائطها، والجمهور قالوا: إن التعليق بمجيء الساعة مما يعلم عدمه في المدة؛ لأن لها علامات تتقدمها تزيد على أكثر من أربعة أشهر.

قال: (**وَإِنْ ظَنَّ حُصُولَهُ قَبْلَهَا؛ فَلَا**) أي: كمجيء الأمطار في وقت غلبة المطر، وقدوم زيد من القرية وعادته المجيء للجمعة، أو مجيء القافلة وعادتها غالبًا المجيء في كل شهر، ونحو ذلك؛ فلا يكون موليًا، وإنما هو علي عقد يمين، وضم في «المحرر» إلي ذلك: ما إذا علم حصوله كذبول البقل، وجفاف الثوب، وتمام الشهر. قال: (**وَكَذَا لَوْ شَكَّ**) أي: على السواء.

(**فِي الْأَصَحِّ**)؛ لاحتمال وجوده في الأربعة وبعدها على السواء، ومثاله: أن يعلق بقدوم زيد من مسافة قريبة، وحالة محتملة للقدوم وعدمه، أو بدخول الدار، أو بمرض نفسه، أو غيره، فإن مضت المدة ولم يوجد المعلق عليه؛ فقيل: يحكم بكونه موليًا، أو تثبت المطالبة في الحال؛ لظهور امتداد المدة، ولخوف الضرر. وقيل: لا يحكم بكونه موليًا؛ لعدم تحقق قصد المضارة أولًا، وهذا هو المذهب، وبه أجاب العراقيون أو جمهورهم.

قال: (**وَلَفْظُهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ، فَمِنْ صَرِيحِهِ: تَغْيِيبُ ذَكَرٍ بِفَرْجٍ وَوَطْءٌ وَجِمَاعٌ وَافْتِضَاضُ بِكْرٍ**) الصريح ضربان: منه ما لا يقبل دعواه إرادة خلاف متناوله لا

ظاهرًا ولا باطنًا، ومنه ما يدين فيه باطنًا، فالأول: كقوله: والله لا أنيكك، والله لا أغيب ذكري، أو حشفتي أو لا أولج، أو لا أدخل ذكري في فرجك، أو لا أجامعك بذكري، أو لليلة أو للبكر لا أفتضك بذكري، كذا قاله الأصحاب؛ لكن ثم تأويلات يحتملها اللفظ فيظهر فتؤول دعواه إرادتها باطنًا تدينًا:

فمنها: إذا ادَّعى تخصيص الحلف عن الامتناع من الوطء في الفرج، فقال: إنما عنيت به الدبر؛ فيقبل منه باطنًا لاحتمال اللفظ له، ولأن اسم الفرج يتناوله حقيقة أو مجازًا؛ بل يجوز أن يأتي في القول ظاهرًا من الخلاف في قبول دعوى التخصيص.

ومنها: أن يقول: أردت بقولي لا أغيب ذكري أي: لا أولج جميعه؛ فالوجه قبوله ظاهرًا وباطنًا؛ إذ هو حقيقة اللفظ ومدلوله؛ ولذلك قال الجيلي: إن الصواب أن يقول: لا أغيب حشفتي في فرجك؛ لأنه إن أراد تغييب جميع الذكر؛ لم يكن موليًا، كما قال: لا أستوفي الإيلاج، وإن أراد أني لا أغيب شيئًا من ذكري يقبل؛ لكن لا يكون صريحًا فيما يتعلق بصحته الإيلاء؛ لأن الذكر عند الإطلاق يحمل على جميعه ويطلق على البعض؛ بدليل: «من مس ذكره فليتوضأ»(١).

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وهو استدراك حسن، وإن كان لفظ الأئمة كما سبق، وقال في «المطلب»: لعل الممكن في جوابه عبّر بالذكر عن الحشفة؛ لِأَنَّهَا الْعُدَّةُ فِي تَرْتِيبِ الْأَحْكَامِ، انْتَهَى.

ويرسخه أن المتبادر من ذلك الحلف على ترك الجماع من غير نظر إلى ما تقتضيه مفردات الألفاظ.

ومنها: ألحق الشيخ أبو حامد بما لا يدين فيه قوله للبكر: لا أفتضك، وإن لم يذكر الفرج، قال: لأن الافتضاض لا يكون إلا بإدخال الذكر في الفرج لا بإزالة البكارة بإصبع ونحوها، وتابعه المحاملي، وسليم، والجرجاني، وفي

---

(١) أخرجه أبو داود (١٨٣)، والحاكم (١/ ١٣٧)، وابن حبان (١١١٢).

……………………………………………………………

«الشامل» عن القاضيين أبي حامد، وأبي الطيب، ورجحه هو والْبَغَوِي، ونقله الْعِمْرَانِي عن أبي علي السِّنْجِي: أنه يدين فيه، وهو الأصح.

وقال ابن الرفعة: وجعل قوله للبكر: لا أفتضك صريحًا ظاهرًا؛ إذا لم يكن المقول لها غوراء بالغين المعجمة: وهي التي بكارتها في صدر الفرج، أما التي كذلك وعلم حالها قبل الحلف فلا ينبغي أن يكون موليًا؛ لأنه يمكنه تغييب الحشفة من غير افتضاض وحقها إنما هو ذلك، فإن أمكن تصوير غيبوبة الحشفة بلا افتضاض فيحمل النص على الغالب إلا أن يقال: الْفَيْئَةُ فِي حَقِّ الْبِكْرِ تُخَالِفُهَا فِي حَقِّ الثَّيِّبِ، كما يفهمه إيراد القاضي، والنص الآتي، انتهى.

واعلم أن كلام «المختصر» يفهم التديين في الألفاظ السابقة، فإنه قال: ولا يلزمه الإيلاء حتى يصرح بأحد أسماء الجماع الذي هو صريح، وذلك قوله: والله لا أنيكك، ولا أغيب ذكري في فرجك، أو لا أدخله في فرجك، أو لا أجامعك، أويقول: إن كانت عذراء والله لا أفتضك، أو ما في هذا المعنى فهو مولٍ في الحكم، وكذلك قضيته في «الأم»: مصرح بالتديين، وقوله: والله لا أطؤك، أو لا أغيب ذكري في فرجك، أو لا أدخله في ذلك، أو لا أجامعك، ويقول للعذراء: والله لا أفتضك، أو ما في هذا المعنى؛ فهو مولٍ في الحكم، وإن قال: لم أرد الجماع نفسه كان مدينًا فيما بينه وبين الله تعالى، انتهى.

ومعظم ألفاظه يدين فيها بلا إشكال، وأما ألفاظ «المختصر» فمنها ما يدين فيه، ومفهوم قوله في الحكم: انه يدين فيها إلا أن يقول مفهومة أنه لا يكون موليًا في جميعها باطنًا، وذلك صادق بالتديين في بعضها؛ فلا ينافي ما ذكره الأصحاب.

الضرب الثاني: ما هو صريح؛ لكنه يدين فيه وهو ثلاثة ألفاظ ذكرها الشيخ أبو حامد، وأتباعه، وكثير من العراقيين، وهي: والله لا أجامعك، أو لا أطؤك، أو لا أصيبك، ورجح هذه الطريقة الشيخ أبو علي، وأبو حاتم القزويني، والْبَغَوِي.

وَالْجَدِيدُ أَنَّ مُلَامَسَةً وَمُبَاضَعَةً وَمُبَاشَرَةً وَإِتْيَانًا وَغَشْيَانًا وَقِرْبَانًا وَنَحْوِهَا كِنَايَاتٌ.

قال الرَّافِعِي وأكثر العراقيين: وجعل ابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب، والْمُتَوَلِّي «لا أصيبك» كناية على الجديد، وحكي ذلك عن القاضي أبي حامد، ونقل الْمَاوَرْدِي فيها طريقتين:

الأولى: ما ذكره القاضي أبو الطيب وغيره أنها كناية على الجديد.

والثانية: أنها كناية قولًا واحدًا.

وحكى الْبَغَوِي طريقة غريبة: أن قوله: لا أطؤك فيه القولان فيكون كناية على الجديد، قال الرَّافِعِي: ويقال أن الشيخ أبا حامد ذهب إليها، وليس كذلك، والذي في «تعليقه» وكلام أتباعه خلافها؛ بل لم يتعرضوا لها فضلًا عن اختيارها، وذكر ابن كج: أن ابن سريج طرد القولين في لفظ الجماع، وهو غريب.

قال القاضي أبو الطيب: غلط بعض أصحابنا فجعل «لا أمسك» مثل «لا أجامعك» فيكون صريحًا، وقال الْمَاوَرْدِي: لو قال: والله لا وطئتك بذكري، ولا جامعتك بفَرْجي، فمن أصحابنا من ألحقه بما لا يدين فيه، ومنهم من دينه فيه ولا يخرجه ذكر الفرج عن الاحتمال؛ فقد يحتمل ألا أطأك بفَرْجي، ولا أجامعك بذكري، فيما دون الفرْج، وإذا احتمل دين، ومثل هذا يأتي «ولا أجامعك بفرجي» أي: فيما دون الفرج، ويقول الفقيه: وإن وطئها فيما دون الفرج؛ فإذا قال: قصدت ذلك؛ صح ودين، فيه ويشبه أن ترجح هذه الطريقة وإن خالفت ما اقتصر عليه الرَّافِعِي وذكرناه أولًا في قوله: «لا أجامعك بذكري».

قال: (**وَالْجَدِيدُ: أَنَّ مُلَامَسَةً وَمُبَاضَعَةً وَمُبَاشَرَةً وَإِتْيَانًا وَغَشْيَانًا وَقِرْبَانًا وَنَحْوِهَا**) أي: كالإفضاء واللمس والمباعلة.

(**كِنَايَاتٌ**) لأن لها حقائق غير الوطء، ولم تشتهر فيه اشتهار الألفاظ السابقة، «والقديم»: أنها صرائح، حكاه الشيخ أبو حامد في الملامسة، والمباشرة، والمباضعة؛ لأنها محتمله إلا أن عرف الشرع ورد، فصارت صرائح، كما صارت الألفاظ المتقدمة صريحة بعرف الاستعمال.

……

وذكر القاضي أبو حامد في الألفاظ التي جعلها الشَّافِعِي صريحة في «القديم»: قوله: لا أفضي إليك، ولا أقربك، ولا آتيك، ولا أفرشك، ولا أغشاك، وذكر في «التتمة» منه: لا أباعلك، ولا أفضي إليك، ولا أدخل بك، وقطع بعضهم بأن الغشيان، والقربان، والإتيان كنايات، ومن الكنايات وفاقًا قوله: لا يجتمع رأسي ورأسك، أو لا يجمعني وإياك بيت، ولا أساقفك؛ أي: لا نجتمع تحت سقف، ومنها قوله: لأبعدن عنك.

قال الرَّافِعِي: وهذا يحتاج إلى نية الجماع والمدة جميعًا.

قال القمولي في «شرح الوسيط»: وفي نية المدة نظر؛ لأنه لفظ مطلق فيعم كالصريح، انتهى. والصواب ما قاله الرَّافِعِي وهو ظاهر.

وقال الْبَغَوِي: ولو قال: لتطولن غيبتي عنك؛ فهو كناية في الجماع وفي المدة فلا يكون موليًا حتى ينوي ترك جماعها أكثر من أربعة أشهر، ولو قال: ليطولن تركي لجماعك؛ كان صريحًا في ترك الجماع، كناية في المدة، حتى لو قال: أردت تركه شهر أو شهرين يقبل، بخلاف ما لو قال: لا أجامعك، ثم قال: أردت شهرًا أو شهرين لا يقبل في الظاهر، ويقبل في الباطن؛ لأن إطلاقه يعم جميع الأزمنة، وإذا قيل: بالطول فيستعمل ذلك في أيام معدودة.

فروع: لو قال: لا أجامعك إلا جماع سوء؛ فإن أراد إلا في الموضع المكروه، أو فيما دون الفرج، أو لا أغيب الحشفة في الفرج فمولٍ، وإن أراد به جماعًا ضعيفًا فلا، ولو قال: لا أجامعك فرجك، أو قبلك؛ كان موليًا، أو لا أجامع بعضك فلا، إلا أن يريد به الفرج، ولو قال: لَأَغِيظَنَّك، أَوْ لَأَسُوأَنَّك.

قال الرَّافِعِي: فهو كِنَايَة فِي الْجِمَاعِ وَالْمُدَّةِ، وذكره الْعِمْرَانِي عن ابن الصباغ، وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنه صريح في المدة، وهو سهو منه، وكلامه في «التعليق» صريح في خلافه.

ولو قال: لا أغتسل عنك، قال الرَّافِعِي: سئل عن إرادته فإن قال: أردت ألا أجامعها فهو مولٍ؛ إذ الامتناع عن الغسل، أو أني لا أمكث إلى أن أنزل،

وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ زَالَ الْإِيلَاءُ، وَلَوْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي وَكَانَ ظَاهَرَ ....

وعندي أن الجماع بلا إنزال لا يوجب الغسل، أو أني أقدم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى؛ لم يكن موليًا.

وقضية هذا أنه إذا قال: أردت ترك الغسل دون ترك الجماع؛ أنه يقبل منه ولا يكون موليًا، وبه صرَّح ابن الصباغ، والْمُتَوَلِّي، والْعِمْرَانِي، وفي «تعليق القاضي أبي الطيب»: أنه تأويل بعيد؛ لأن المسلم لا يريد ذلك ولا يقصد إليه، فإذا كان كذلك جعل موليًا في الحكم لا فيما بينه وبين الله تعالى.

وقد نص في «الأم» على أحوال هذه المسألة، وصرح في هذه الحالة: بأنه لا يقبل قوله في الحكم ويدين، كما قاله القاضي أبو الطيب، ولو قال: «لا أجامعك في الحيض، أو النفاس، أو الدبر»؛ فليس بمولٍ، أو «إلا في الحيض، أو في النفاس» فحكى الرَّافِعِي عن «الشرحين»: أنه غير مولٍ؛ لأنه لو جامع في هذه الحالة حصلت الفيئة، فاستثناؤه يمنع انعقاد الإيلاء.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو قال: والله لا أجامعك إلا في حال حيضك، أو صومك، أو إحرامك، وإلا في المسجد، أو في نهار رمضان؛ فهو مولٍ؛ لأن الوطء محرم في هذه الأحوال، وعليها الامتناع وتضرب المدة، ويطالب بعدها بالفيئة، أو الطلاق، فإن فاء في حالة الحيض، أو في شيء من الأحوال المذكورة ولم يرتفع اليمين؛ ولكن ترتفع المطالبة وتضرب المدة ثانيًا لبقاء اليمين؛ كما لو طلق المولي بعد المدة ثم راجع؛ تضرب المدة ثانيًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ؛ زَالَ الْإِيلَاءُ**) أي: سواء زال بموت، أو عتق، أو وقف، أو بيع، أو هبة؛ لأن الوطء في هذه الحالة لا يترتب عليه شيء، فلو قال: ملك المبيع والموهوب بعد ذلك، قال الرَّافِعِي وغيره: ففي عود الإيلاء قولا عود الحنث، ولا ينحل الإيلاء بالتدبير والكتابة والاستيلاد؛ لأن العتق يحصل لو وطئ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظِهَارِي وَكَانَ ظَاهَرَ**) أي: قبل ذلك؛

فَمُولٍ، وَإِلَّا فَلَا ظِهَارَ وَلَا إِيلَاءَ بَاطِنًا، وَيُحْكَمُ بِهِمَا ظَاهِرًا، وَلَوْ قَالَ: عَنْ ظِهَارِي إِنْ ظَاهَرْت فَلَيْسَ بِمُولٍ حَتَّى يُظَاهِرَ، ....

(**فَمُولٍ**)؛ لأنه رتب على الوطء عتق العبد الذي عينه عن الظهار، والظهار لا يقتضي عبد بخصوصه؛ بل لا يقتضي حول عتق وإنما يقتضي إلزامه عتقًا.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا ظِهَارَ وَلَا إِيلَاءَ بَاطِنًا**)؛ إذ لا ظهار، وحينئذٍ لا إيلاء؛ لأنه علَّق بالوطء عتقًا عن الظهار، والفرض أنه لا ظهار فلا عتق، قيل: ويحتمل أن يقع أصل العتق ويلغى وصف كونه عن الظهار؛ فعلى هذا يكون مظاهرًا، وسيأتي ما يؤيد هذا الاحتمال.

قال: (**وَيُحْكَمُ بِهِمَا ظَاهِرًا**) نص عليه الشَّافِعِي؛ لأنه مقر بظهار سابق، فيحكم عليه به وبإيلاء ظاهرًا.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: عَنْ ظِهَارِي إِنْ ظَاهَرْت؛ فَلَيْسَ بِمُولٍ حَتَّى يُظَاهِرَ**) لأن العتق تعلق بشرطين: بالوطء وبالظهار فلا يعتق بوجود أحدهما، فإن وطئها ولم يظاهر لم يعتق، وإن ظاهر ووطء عتق، فعلى هذا لا يكون موليًا في الحال؛ لأن العتق لا يقع بالوطء لتوقفه على الشرط الأخير، إذا علم هذا فإن وطء أولًا سقط حكم الإيلاء وبقي حكم اليمين، فإذا ظاهر عتق العبد، وإن قدم الظهار قبل الإصابة؛ صار حينئذٍ موليًا لترتب العتق على الوطء، وتضرب المدة من حينئذ، هذا هو المشهور.

وقيل: كونه موليًا في الحال عقب اليمين قولان، قال الرَّافِعِي: ويوافق هذه الطريقة ما ذكره جماعة منهم صاحب «التتمة»: أنه لو وطئ ثم ظاهر؛ عتق العبد، كما لو ظاهر أولًا ثم وطئ لاجتماع الصفتين المعلق عليهما، انتهى.

ومعنى ذلك أنَّا إذا حكمنا بالعتق بالظهار إذا تقدم الوطء، فقد صار الوطء مقرًا بالحنث، وهذا الكلام منه يوهم أن القائلين بالطريقة الراجحة لا يقولون بذلك، وليس كذلك؛ بل الموجود في كلام حصول العتق بالظهار، وإن تقدم الوطء.

فرع: إذا قلنا: المذهب أنه لا يصير موليًا إلا إذا ظاهر فوطئ في مدة

....

الإيلاء، أو بعدها حصل العتق؛ لوجود الظهار، ولا يقع عن الظهار على المذهب، ولمَ لا يقع عنه؟ قال أبو إسحاق: وصححه الأصحاب؛ لأن تعليق العتق سبق الظهار، والعتق لا يقع عن الظهار إلا بلفظ يوجد بعده.

وقال ابن أبي هريرة: إنه لا يقع خالصًا عن الظهار لتأدية حق الحنث به، قال الرَّافِعِي: وبنو على التعليلين الأول: يقع العتق عن الظهار إذا كان ظاهر، وقال: إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري، ثم وطئ؛ فعلى التعليلين الأول: يقع العتق عنه؛ لأن الظهار سابق هنا، وعلى الثاني: لا يقع، وكذا لو قال: إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت، وكان قد ظاهر ونسي؛ فيكون موليًا في الحال، وإذا وطئ؛ عتق العبد عن الظهار على التعليل الأول، انتهى.

وما ذكره في صورة النسيان تبع فيه الْبَغَوِي وفيه وقفة؛ لأنه إذا نسي الظهار فصيغه التعليق إنما هي عن ظهار ينشئه بعد هذا التعليق، فيكون كما لو لم يكن مظاهرًا.

واعلم أن ما قدمناه من أن العتق لا يقع عن الظهار على المذهب، نقل الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والقاضيان أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي وآخرون منهم ابن الصباغ، والْعِمْرَانِي، والرَّافِعِي، والمصنف، الاتفاق عليه بحثًا.

ونقل في «الشامل» و«البيان»، وفي كتاب «الكفارة» قبيل باب الكفارة بالطعام: أنه هل يجزيه عن كفارة الظهار؟ فيه وجهان: أحدهما: يجزيه؛ لأنه أوقعه بنية الكفارة، ونية الكفارة قبل وجود سببها لا يصح الإعتاق عنها قبل وجود سببها، هذا لفظ «الشامل» رواية عن الأصحاب.

قال الْمُتَوَلِّي: لو قال: إن وطئتك فعبدي حر إن ظاهرت منك، ولم يقل عن ظهاري، أو إن كلمت زيدًا كان موليًا في الحال؛ لأنه يلزمه الوطء تعليق العتق بالصفة التي ذكرها من ظهار أو غيره، ويخالف ما لو قال: عن ظهاري؛ لأن هناك بعد الوطء جعل العتق معلقًا بالظهار عن الظهار، لا عن الإيلاء؛ فلم يكن للإيلاء موجب بخلاف ما إذا علقه بالظهار ولم يجعله في مقابلة شيء

أَوْ إِنْ وَطِئْتُك فَضَرَّتُك طَالِقٌ فَمُولٍ، ....

آخر، قال الرَّافِعِي: وهذا كما تقدم أنه لو قال: إن وطئتك فعبدي حُرٌ بعد سَنَة؛ يكون موليًا في الحال، انتهى.

قيل: وفي كلامهما نظر من وجهين، أما الْمُتَوَلِّي فقوله: «لأنه لا موجب للإيلاء فيما إذا علَّق العتق بالظهار عن الظهار فكذلك لا يكون موليًا في الحال» فجوابه: أن موجب الإيلاء في هذه الصورة تعليق عتق هذا العبد بخصوصه بالظهار عن الظهار، ولا نظر إلى صرفه العتق إلى جهة الظهار، ولو صح ذلك في العتق المعلق بالظهار عن الظهار يصح في قوله: إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري؛ لأنه صرف العتق إلى الظهار، فلا فرق في العتق الملتزم عن الظهار بين كون الظهار حاصلًا، أو كون العتق معلقًا على حصوله، وموجب الإيلاء في الموضعين عتق العبد المعين عن الظهار بعد الوطء، إما عن ظهار سابق على الوطء، أو متوقع بعده؛ بل المتوقع لم ينصرف العتق إلى الظهار، وإن صرفه بخلاف الحاصل، وكان الحاصل على هذا المأخذ أولى بألا يكون موليًا، وليس كذلك.

وأما كلام الرَّافِعِي فقوله: «وهذا كما تقدم فيما إذا قال: وطئتك فعبدي حر بعد سنة يكون موليًا»؛ يوهم أن هذا الحكم مفروغًا منه كذلك، والذي قدمه في هذه الصورة الصيغة وأمثالها، نقل ذلك عن «التهذيب»، وأن الإمام حكى عن القاضي القطع به عن الشيخ أبي محمد: أنه على الخلاف فيما إذا قال: إن أصبتك فوالله لا أصبتك؛ أنه لا يلزمه بالوطء شيء في الحال، وإنما يتعلق شبه الطلاق بالدخول، كما يتعلق اليمين بالله تعالى بالوطء، قال الرَّافِعِي: وهذا أوجه، وبه قال الإمام، والظاهر من ذلك الخلاف: أنه لا يكون موليًا في الحال، انتهى.

وعدم الإيلاء في الصور التي أشار إلى الخلاف فيها هو المذهب الجديد، وهل يطرد فيها القديم؟ فيه خلاف.

قال: (**أَوْ إِنْ وَطِئْتُك فَضَرَّتُك طَالِقٌ؛ فَمُولٍ**) أي: تفريعًا على الجديد كما سبق، فتضرب المدة.

فَإِنْ وَطِئَ طَلُقَتْ الضَّرَّةُ وَزَالَ الْإِيلَاءُ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ: وَاللَّهِ لَا أُجَامِعُكُنَّ فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الْحَالِ فَإِنْ جَامَعَ ثَلَاثًا فَمُولٍ مِنَ الرَّابِعَةِ، فَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ قَبْلَ وَطْءٍ زَالَ الْإِيلَاءُ، ....

(فَإِنْ وَطِئَ) أي: في المدة أو بعدها.

(طَلُقَتْ الضَّرَّةُ) أي: لوجود المعلق عليه طلاقها.

(وَزَالَ الْإِيلَاءُ)؛ لأنه لا يترتب عليه شيء بوطئها بعد ذلك، وإن طلقها بعد المدة ولم يطأها خرج عن موجب الإيلاء؛ فإن راجعها عاد الإيلاء وتضرب لها مدة ثانية، ولو بانت فجدد نكاحها بعد البينونة، ففي عود الإيلاء الأقوال في عود الحنث[1].

قال: **(وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ: وَاللَّهِ لَا أُجَامِعُكُنَّ؛ فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الْحَالِ)** هذا ما ذهب إليه الجمهور، وصرح جماعة بأنه قوله «الجديد»؛ لأن الكفارة إنما تجب بوطء الجميع كما لو حلف لا يكلم زيدًا وعمرًا وبكرًا وخالدًا، فهو ممكن من وطء ثلاث منهن بلا ضرر، **والثاني**: نعم، كقوله: لا جامعت واحدة منكن، قال: كان الأحسن أن يقول: والمذهب كذا، فإن أصح الطرق القطع بذلك.

قال: **(فَإِنْ جَامَعَ ثَلَاثًا؛ فَمُولٍ مِنَ الرَّابِعَةِ)**؛ لأنه يحنث بوطئها، وسواء وطئ الثلاث في النكاح، أو بعد البينونة، فينعقد الإيلاء؛ لأن اليمين يشمل الحلال والحرام، ولو وطئها في الدبر كذلك على الأصح في شرح «التعجيز» و«كفاية ابن الرِّفْعَة»، وادَّعى في «الروضة» الاتفاق عليه، وحكى الغزالي في «فتاويه» الخلاف فيه ورجح عدم الحنث.

قال: **(فَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ قَبْلَ وَطْءٍ؛ زَالَ الْإِيلَاءُ)** أي: انحلت اليمين؛ لأنه تحقق امتناع الحنث، ونظر إلى تصوير الإيلاء بعد الموت، فإن اسم الوطء يقع مطلقه على ما في الحياة، وقيل: إن البر والحنث يتعلقان بوطء الميتة، وأشير إلى وجه ثالث فارق بين ما قبل الدفن وبعده.

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٩١).

وَلَوْ قَالَ: لَا أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ فَمُولٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ، ....

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَا أُجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ؛ فَمُولٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ**)؛ قال في «الروضة» قال الأصحاب: يكون موليًا من كل واحدة، ويتعلق بوطء كل واحدة الحنث ولزوم الكفارة، وتضرب المدة في الحال؛ فإذا مضت فلكل واحدة المطالبة بالفيئة أو الطلاق؛ فإن طلقهن سقطت المطالبة، فإن راجعهن ضربت المدة ثانيًا، وإن طلق بعضهن فالباقيات على مطالبتهن، فإن وطئ إحداهن انحلت اليمين في حق الباقيات وارتفع الإيلاء فيهن على الأصح عند الأكثرين.

وقيل: لا ينحل ولا يرتفع وجعلوه هذا الخلاف ما لو قال: والله لا كلمت واحدًا من هذين الرجلين، ونظائره، هذا كلام الأصحاب، وكذلك أن يقول: إن أراد بقوله لا أجامع كل واحدة تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصواحبها؛ الوجه بقاء الإيلاء في الباقيات، وإلا فينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم قوله: والله لا أجامعكن، على ما سبق، انتهى.

وهو حاصل كلام الرَّافِعِي وعمدته في نسبة انحلال اليمين الأكثرين فيما أراه قول الْمُتَوَلِّي: أن عليه عامة الأصحاب، قالوا: حكم ذلك حكم ما لو قال: والله لا وطئت واحدة منكن، وأراد كلهن، انتهى.

والمسألة محتملة، وذهب الشيخ أبو حامد، وسليم الرازي، والْبَنْدَنِيجِي، وصاحب «المهذب» إلى عدم انحلال اليمين ولم يذكروا سواه، وعليه اقتصر قبلهم صاحب «الإفصاح» ورجحه الإمام، والغزالي، وبالغ في تزيف مقابله، ومحل الخلاف ما إذا قصد باليمين الامتناع من وطء كل واحدة كما هو مقتضى لفظه.

وقول الرَّافِعِي والمصنف: وجعلوا على الخلاف ما لو قال: والله لا كلمت واحدًا من هذين الرجلين ونظائره؛ فيه نظر ظاهر، والوجه القطع بانحلال اليمين بكلام واحد في هذه الصيغة، ويخص الخلاف بقوله: لا كلمت كل واحد من هذين، وكذا صور ابن الصباغ المسألة، وهو التنظير الصحيح، وقوله: لا كلمت واحدًا من هذين، كقوله: لا وطئت واحدة منكن، والمعروف في ذلك القطع بانحلال اليمين بوطء واحدة منهن.

وَلَوْ قَالَ: لَا أُجَامِعُ إِلَى سَنَةٍ إِلَّا مَرَّةً فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الْحَالِ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فرع: ترك المصنف صورة ما لو قال: والله لا أجامع واحدة منكن، وكان ينبغي ذكرها مع أختيها، فنقول: إن أراد العموم والامتناع عن كل واحدة فمولٍ منهن، وإن أراد واحدة معينة فمولٍ منها فقط، ويقبل ذلك منه ظاهرًا على الصحيح.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إنه ظاهر، وبه جزم جماعة، وإن أطلق اللفظ ولم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة فوجهان: **أحدهما**: يحمل على التخصيص بواحدة مبهمة كما لو أراد واحدة لا بعينها.

قال **الرَّافِعِي**: وأشبههما الحمل على التعميم، وبه أجاب **الْبَغَوِي** وغيره، وإن قال: أردت واحدة لا بعينها، فيقال له: عيِّن كما في الطلاق، وتتمة المسألة في «المبسوطات».

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لَا أُجَامِعُ إِلَى سَنَةٍ إِلَّا مَرَّةً؛ فَلَيْسَ بِمُولٍ فِي الْحَالِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: الجديد، والمذهب المشهور وأحد قوليه في «القديم»؛ لأنه لا يلزمه بالوطء في الحال؛ لأن الوطأة الأولى وإن لم يتعلق بها حنث فهي مقربة منه، فالمولي: من منع نفسه من الوطء للحوق ضرر، فيطالب بعد مضي المدة، فإن وطئ فلا شيء عليه؛ لأن الوطأة الأولى مستثناة، وتضرب المدة ثانيًا إن بقي من السَّنَة مدة الإيلاء، ويجري الخلاف إذا استثنى وطآت لحصول التقريب بكل وطأة، ولو قال: لا وطئتك في السَّنَة إلا يومًا؛ فكقوله إلا مرة.

فرع: لو قال: والله لا أجامعك في السَّنَة إلا مرة؛ فالتعريف يقتضي السنة العربية التي هو فيها، فإن بقي منها مدة الإيلاء ففيه القولان، كقوله: سنة، وإلا فلا إيلاء قطعًا، قاله في «الروضة» وبقي ما لو خرجت السنة، ولم يجامعها؛ يحنث على قياس قولنا: إن الاستثناء من النفي إثبات إذ تقديره: «إلا مرة أطؤها»، ومن قال: إن الاستثناء من النفي إثباتًا يكون مسكوتًا عن حكم هذه المرة المستثناة؛ فلا يحنث.

ونقل **الرَّافِعِي** عن ابن كج في ذلك وجهين، ووجه عدم الحنث بأن المقصود

فَإِنْ وَطِئَ وَبَقِيَ مِنْهَا أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَمُولٍ

فَصْلٌ

يُمْهَلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ مِنَ الْإِيلَاءِ بِلَا قَاضٍ، وَفِي رَجْعِيَّةٍ مِنَ الرَّجْعَةِ ....

بذلك منع الزيادة، ورجحه في «الروضة» وهو خلاف القاعدة، وقد ذكرت في طلاق «الغنية» ما شابه هذه الصورة في مسألة لاعب الشطرنج وغيره، فيتعين الوقوف على ذلك، وربما نذكره أو نحوه في «الأيمان» إن شاء الله.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ وَبَقِيَ مِنْهَا**) أي: مِنَ السَّنَةِ (**أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ فَمُولٍ**).

قال:

(فَصْلٌ

يُمْهَلُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ) أي: بنص القرآن.

قال الشَّافِعِي - رحمه الله تعالى -: وهذه المدة حق للزوج كالأجل في الدين المؤجل حق للمدين.

قال: (**مِنَ الْإِيلَاءِ**) أي: يكون ابتداء الأشهر من الإيلاء، وهذا في غير الرجعة كما سيأتي بيانه، وما ينضم إليه.

قال: (**بِلَا قَاضٍ**) أي: لا يحتاج هذه المدة إلى قاضٍ ولا غيره؛ لأنها بائنة بالنص والإجماع، بخلاف العنة؛ فإنها مجتهد فيها، والمراد بقوله: «يمهل» أي: تحسب المدة من وقتين حيث لا مانع من حسابها كما سيأتي؛ لأنها تفتقر إلى مهل أصلًا، وسواء في ذلك الحر والعبد، والحرة والأمة عندنا.

قال: (**وَفِي رَجْعِيَّةٍ مِنَ الرَّجْعَةِ**) أي: تحسب المدة في حقها من الرجعة لا من وقت اليمين؛ لأنها جارية إلى البينونة.

فرع: قال الجويني في الفرق: المولي من يلتزم بعد مضي أربعة أشهر أمرًا، إلا في مسألة لا تجعله موليًا إلا بمضي خمسة أشهر من اليمين، ثم يصير موقوفًا مطالبًا بالفيئة أو الطلاق، وهي أن يقول: إذا جامعتك فعبدي حر قبل جماعي إياك بشهر، والفرق أنه لو جامعها عقب الشهر الرابع؛ لم يلتزم

وَلَوْ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ دُخُولٍ فِي الْمُدَّةِ انْقَطَعَتْ، فَإِذَا أَسْلَمَ اُسْتُؤْنِفَتْ.

بالجماع شيئًا يكون لزومه عقب أربعة أشهر؛ بل يكون لزومه عقب ثلاثة أشهر، فإذا تربصا به خمسة أشهر؛ عرفنا أنه لو جامعها الآن التزم عتق عبده عقبه أربعة أشهر، انتهى.

والحاصل أنه إنما يصير موليًا إذا مضي شهر من وقت تلفظه، قال الشيخان: فإذا مضي شهر ولم يطأ ضربت مدة الإيلاء، ويطالب في الشهر الخامس، قالا: وحكى الفوراني، والْمُتَوَلِّي وجهًا: أنه يطالب بعدم تمام أربعة أشهر من وقت التلفظ، انتهى.

وهذا سهو، والذي حكاه الفوراني عن شيخه الْقَفَّال: أنه لا نطالبه إلا بعد مضي الشهر الخامس من ضرب المدة، وهو السادس من وقت اليمين، وكذا نقلاه الْمُتَوَلِّي والْعِمْرَانِي، ونقل ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» كلام الفوراني محرفًا، والصواب ما نقلناه.

وحاصل الخلاف في هذه الصورة: أنه هل يطالب بعد مضي أربعة أشهر مبتدأ بعد شهر من اليمين، أم لا بد من شهر آخر مع ذلك؟ فيه وجهان، وبالثاني قال الْقَفَّال، وبالجملة إذا قلنا: لا ينعقد الإيلاء إلا بعد مضي شهر من اليمين كما هو المشهور، فلا قائل بالمطالبة بعد أربعة أشهر من حين التلفظ، نعم إن قلنا: إن الإيلاء ينعقد من حين اللفظ بناء على أنه إذا وطئ قبل شهر من التلفظ بعتق العبد؛ طالبناه بعد أربعة أشهر من التعليق، وبه يجتمع في وقت المطالبة ثلاثة أوجه.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا**) أي: أو هما جميعًا.

(**بَعْدَ دُخُولٍ فِي الْمُدَّةِ؛ انْقَطَعَتْ**) أي: فلا يحسب زمن الردة منها؛ لأنها تؤثر في قطع النكاح كالطلاق.

(**فَإِذَا أَسْلَمَ**) أي: الزوج.

(**اُسْتُؤْنِفَتْ**) واعلم أن انقطاع المدة بردتها ظاهر؛ لأن المانع منها، وأما ردته فالمشهور أنها كذلك.

....

قال الجوري: وعن الأنماطي أنه قال: لا يستأنف له مدة بعد إسلامه؛ لأن النكاح رجع بحالته الأولى ولم يسلم منه شيء، قال: وما ذكره محتمل قوي، والرَّافِعِي نقل عن كتاب ابن كج: أن الأنماطي أبدى ذلك احتمالًا، وصرح الْمُتَوَلِّي بحكاية وجه هنا كما قيل في الرجعية، قال: وهو هنا أظهر؛ لأن الرجعة لم ترفع أثر الطلاق بالكلية والاجتماع على الإسلام يقطع أثر الارتداد بالكلية، ولذلك سقط مهر وطء المرتدة بالرجوع إلى الإسلام بخلاف الرجعية.

وحكى الرَّافِعِي وجهًا عن رواية السرخسي: أن ردته لا تمنع الاحتساب كمرضه وسائر الأعذار، وزاد الْمُتَوَلِّي فنقل وجهًا فيما إذا أطلق في أثناء المدة أنه يبني في الرجعية المدة على ما مضى ويستأنف.

تنبيهات: قوله: «بعد دخول» يحترز به عما لو أرتد أحدهما قبله، فإن النكاح ينقطع لا محالة، وقوله: «في المدة» يفهم أن الردة لو وقعت بعدها لا تستأنف المدة.

ثانيًا: والذي قالاه: إنه لو ارتد أحدهما بعد مضي المدة عاد إلى الإسلام في العدة، وجب استئناف المدة، وقضية كلام القاضي الحسين فإنه حكى عن النص: أن الطلاق بعد مضي المدة وجب الاستئناف.

قال القاضي: والردة في معناها إذ كل واحد منهما محل بالملك، لا يبين الفرق بينهما في مثل هذا المحل، فأبهم أنه قاله تفقهًا، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أن الردة إذا طرأت في المدة، ثم زالت؛ وجب الاستئناف. ثم قال: فيما إذا ارتد أحدهما بعد المدة، ثم أسلم أنه لا بد من الاستئناف كالطلاق الرجعي، قال: وهذا من «الشامل» أن يحفظ وهو مولٍ انحل إيلاؤه، وضربنا له المدة فلم يطلق ولم يف، ثم تستأنف له المدة ثانية، والقول باستئناف المدة بردتها إذا أسلمت بعد؛ لأنه لم يصد منه شيء تخرج منه عن حكم الإيلاء بخلاف ردته، فإنه صدر منه ما يوجب الشروع في العدة فأشبه الطلاق.

واستشكل الغزالي إلحاق الردة بالطلاق؛ لأن الطلاق بعد المدة فيه إجابة

....

لما طلب منه بخلاف الردة؛ لأنه لا يقصد بها الإبانة، إذا علمت هذا فقد قال بعض المحققين المتأخرين: إن الظاهر أن ما ذكره الإمام والغزالي ومن تبعهما أصله كلام القاضي، وتتبعت المسألة في كلام الأصحاب فلم أر من صرَّح بذلك غير من سميناه، ولا ذكر لها في كتب العراقيين، نعم ذكروا كلهم حكم الردة في المدة، وأنه نص عليها في «المختصر»، والقاضي الحسين أخذ ذلك في تسوية الشَّافِعِي بينها وبين الطلاق في المدة.

وقد صرَّح الْمَاوَرْدِي: بأنه لا يجب الاستئناف إذا ارتد بعد المدة، ثم اسلم بخلاف ما لو طلقها، وفرق أنه قد وفاها حقها بالطلاق، ولم يوفها حقها بالردة، وهذا المعنى هو ما رمز إليه الغزالي، ولا يبعد أن يكون ما ذكره الماوردي هو المذهب، فإنه لم يذكر سواه، وليس في كلام الجمهور ما يخالفه.

وفي كلام «الأم» ما يفهم أن ارتدادها بعد المدة لا يوجب الاستئناء، وحيث قال: ولو أنها طلبت الوقف فوقف لها فأحرمت مكانها بإذنه أو بغير إذنه فلم يأمرها بإحلال؛ لم يكن عليه طلاق حتى تحل ثم يوقف فإما أن يفيء وإما أن يطلق، وهكذا لو ارتدت عن الإسلام لم يكن عليه طلاق حتى ترجع إلى الإسلام في العدة، فإذا رجعت قيل له: فِئْ أو طلِّقْ، وإن لم ترجع حتى تنقضي العدة؛ بانت منه بالردة ومضت العدة.

قال: وإذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضي الأربعة أشهر قبل الوقف أو معه؛ لم يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها ثم يوقف مكانه؛ لأن الأربعة أشهر قد مضت، وإذا كان منع الجماع من قبلها في الأربعة الأشهر بشيء تحدثه غير الحيض الذي خلقه الله عز وجل فيها، ثم أبيح الجماع من قبلها، أحل من يوم أبيح أربعة أشهر كما جعل الله تبارك وتعالى له أربعة أشهر متتابعة، فإذا لم تكمل له حتى يمضي حكمها استؤنفت له متتابعة كما جعلت له أولًا، انتهى.

وفيه فوائد:

إحداها: قوله: «فإذا رجعت» قيل له: فئ أو طلق، فظاهره أنه يقال له

وَمَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ وَلَمْ يُخِلَّ بِنِكَاحٍ إِنْ وُجِدَ فِيهِ لَمْ يَمْنَعِ الْمُدَّةَ كَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ وَمَرَضٍ وَجُنُونٍ، ....

ذلك حين رجوعها من غير ضرب مدة، وعموم قوله بعده، وإذا كان منع الجماع من قبلها إلى آخره؛ يوافق ذلك ويؤكده.

الثانية: فيه تصريح والاستئناف إذا طرأ بها مانع في المدة، ثم زال، وهو المذهب المشهور وقيل: على وجهين.

الثالثة: فيه تصريح بأن الموانع إذا طرأت عليها بعد مضي المدة، ثم زالت تطالب في الحال وهو المشهور؛ لأن المضارة تحقق بمضي المدة متوالية، وقيل: لا بد من الاستئناف، وقد يقال: إذا كانت ردتها بعد المدة لا يوجب الاستئناف مع كون المانع فيها فردته أولى، ولا يشبه ردته الطلاق؛ لما فرق به **الْمَاوَرْدِي**، فهذا هو المذهب إن شاء الله تعالى، انتهى.

ذكر في «الروضة» بعد صورة الردة بعد المدة: وألحق **الْبَغَوِي** العدة عن وطء الشبهة بالطلاق الرجعي، وبالردة منع الاحتساب، ووجوب الاستئناف عند انقضائها، انتهى.

وهذا الكلام يقتضي أنه لا فرق من وجود ذلك في المدة، ولم يتعرض لما إذا طرأت بعدها، والصواب: أن عدة الشبهة إذا طرأت بعد المدة، ثم زالت ويطالب بعدها في الحال ولا استئناف، وعموم كلام **الشَّافِعِي** يقتضي ذلك.

قال: (**وَمَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ وَلَمْ** ينحل **بِنِكَاحٍ إِنْ وُجِدَ فِيهِ**) أي: في الزوج.

(**لَمْ يَمْنَعِ الْمُدَّةَ**) أي: وإن وجد في خلالها لم يقطعها، كما صرَّح به في «المحرر».

(**كَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ وَمَرَضٍ وَجُنُونٍ**) أي: وحبس واعتكاف ولا يستثنى إلا ردته كما سبقَ بيانه؛ لأنه مقصر بالإيلاء، وقصد المضارة ولا مانع من وطئها.

إشارة: احترز بقوله: «ولم ينحل بنكاح» عن الردة، والطلاق الرجعي إذا طرأ في المدة فكل واحد منهما يمنع المدة؛ لأنه مخل بالنكاح، ونقل **الْمُزَنِي**: أن حبسه لا يحسب من المدة، وغلطه الجمهور، إنما قاله **الشَّافِعِي** - ﷺ

أَوْ فِيهَا وَهُوَ حِسِّيٌّ كَصِغَرٍ وَمَرَضٍ مَنَعَ، وَإِنْ حَدَثَ فِي الْمُدَّةِ قَطَعَهَا ....

تعالى - في حبسها، وبه صرَّح في «الأم»، وتأوله بعضهم على ما إذا كانت هي التي حبسته، أو حبسها له كامتناعها، ومنهم من حمله على من حبس ظلمًا، وهو فاسد.

قال الإمام: ولو قال قائل: المعتمد في الإيلاء المضارة ومع قيام المانع لا يظهر قصد المضارة، فلو صدق الْمُزَنِي في النقل وجعل المرض والحبس على قولين بالتخريج؛ لم يكن بعيدًا، أو لم يصرح أحد من الأصحاب بتصديق الْمُزَنِي في النقل، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن ابن الوكيل جعل ما رواه الْمُزَنِي قولًا ثانيًا، كما توهمه الْمُزَنِي ولا يحسب زمانه عليه؛ لأنه غير منسوب إليه، قال: وهذا التعليل فاسد بالمرض، انتهى.

قال: (**أَوْ فِيهَا**) يعني: في الزوجة.

(**وَهُوَ حِسِّيٌّ كَصِغَرٍ وَمَرَضٍ؛ مَنَعَ، وَإِنْ حَدَثَ فِي الْمُدَّةِ؛ قَطَعَهَا**) لأنه لم يكن وطؤها، والحالة هذه فلم يؤخذ الامتناع باليمين المؤدي إلى الضرر، واعلم أن المعروف الذي أورده العراقيون وغيرهم: أن الموانع إذا قامت الزوجة منعت الشروع في المدة إذا قارنت الابتداء، أو إن طرأت في المدة قطعها سواء المانع الحسي: كالصغر والمرض الذي لا يمكن معها الجماع، والنشوز والحبس في موضع لا يمكن الوصول إليها فيه، والجنون الذي يمتنع به الوطء، وأما المانع الشرعي: كالإحرام والصوم والاعتكاف الواجبين، وتقييد الْمُتَوَلِّي والجرجاني الإحرام بالمفروض؛ ضعيف، وأضعف منه ما في «تعليق القاضي الحسين» من الخلاف الإحرام بالحيض من غير فرق.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وكان ينبغي أن يفصل فيقول: إن كانت أحرمت بإذنه فذلك مانع لعدم قدرته على التحليل، أو بغير إذنه بالفرض خرج من القولين في جواز التحليل إن جوزناه صار كصوم التطوع؛ لكن النص يصرح بخلاف ذلك، انتهى.

فَإِذَا زَالَ اسْتُؤْنِفَتْ، وَقِيلَ تُبْنَى، أَوْ شَرْعِيٌّ كَحَيْضٍ وَصَوْمِ نَفْلٍ فَلَا، ....

قال: (فَإِذَا زَالَ) أي: المانع الطارئ في المدة.

(اسْتُؤْنِفَتْ)؛ لأن المطالبة مشروطة بالإضرار أربعة أشهر متوالية ولم توجد.

(وَقِيلَ: تُبْنَى) كما لو وطئت المعتدة وحبلت منه؛ فإنها بعد الوضع؛ تبني على ما قضي من العدة، قال في «الروضة»: والأول هو الصحيح والمنصوص، وبه قطع الجمهور وذكر غيره طريقين القطع بالاستئناف، وعليه اقتصر العراقيون، وقيل: وجهان: أصحهما: الاستئناف.

قال: (أَوْ شَرْعِيٌّ كَحَيْضٍ وَصَوْمِ نَفْلٍ؛ فَلَا) لأن الحيض لو منع لامتنع ضرب المدة غالبًا؛ إذ لا تخلو المدة غالبًا عن الحيض، ولهذا لا يقطع التتابع في الصوم الشهرين، وذكر الرَّافِعِي في «الشرحين»: أنه لا خلاف في ذلك؛ لكن في «الذخائر»: نقل وجه: أنه يمنع الشروع في المدة، وهو شاذ، وأما صوم النفل؛ فلأنه متمكن من وطئها وتخليها منه.

فرع: هل يلحق النفاس بالحيض؟ فيه وجهان: قال الرَّافِعِي: أصحهما: على ما ذكر في «التهذيب»: أنه يلحق به؛ لأنه يشاركه في أكثر الأحكام، انتهى.

وكذا سوَّى بينهما القاضي الحسين، ولم أر من رجحه غير الْبَغَوِي، وتبعه في «الكافي»، وجزم في أصل «الروضة» بتصحيحه، وليس بصواب، والذي رجحه الْمَاوَرْدِي: أن النفاس كغيره من الأعذار؛ لأنه نادر، ومقتضى كلام الشيخ أبي حامد، وأتباعه، وغيرهم: القطع به، وبه صرَّح الْجُرْجَانِي في «شافيه» و«تحريره» والمحاملي في «المقنع» ولم يذكر سواه.

ولم يذكر الْمُتَوَلِّي من المراوزة غيره، وهو مقتضى ما في «عمد الفوراني» و«إبانته» ولفظ «العمد»: وهذا مستمر في جميع الأعذار إلا الحيض.

وقال في «الاستقصاء»: إنه الأشهر فهو المذهب المشهور، وأحسن ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» فجزم به، ثم قال في آخر الفصل: وفيه وجه ادَّعى الْبَغَوِي أنه الأصح.

وَيَمْنَعُ فَرْضٌ فِي الْأَصَحِّ ....

قال: (وَيَمْنَعُ فَرْضٌ فِي الْأَصَحِّ) أي: لعدم تمكنه فيه من الوطء، والثاني: لا؛ لتمكنه ليلًا(١).

إشارات: قول المصنف: «أو شرعي كحيض وصوم نفل فلا، ويمنع فرض في الأصح»؛ فإنه يتبادر منه فإن المانع الشرعي إذا قام بها لا يمنع المدة إلا صوم الفرض على الأصح، فإن الاعتكاف الواجب يمنع بلا شك، وإطلاقه يقتضي التسوية بين فرض الصوم الناجز والنذر والقضاء؛ سواء كان ذلك فوريًا أو متراخيًا.

ويشبه أن يكون التراخي الذي له يحللها منه كصوم النفل، وكذلك الاعتكاف المنذور والتراخي وعدم منع الحيض؛ إنما كان لما سبق لا لكونه مانعًا شرعيًا، وأما صوم النفل فليس من الموانع؛ لأنه يباح له الوطء معه فلا يحسن ذكره مانعًا، وقد انطلقوا أن صوم الفرض مانع كما سبق، وقضيته إن كان المراد به أداء رمضان أنهما لو كانا مسافرين فيه سفرًا طويلًا فصامت فإن المدة لا تحسب؛ لأنه صوم فرض وفيه نظر، ويشبه أن يلحق بالتطوع؛ لأنه له إخراجها منه، ولا سيما إذا كان الفطر لها أفضل.

والظاهر أن تخبر المستحاضة إذا طرأ، أو قارن بمنع الاحتساب، ولم أر من ذكره ويمكن أن يشمله قولهم مرض يمنع الوطء؛ لأنه كذلك على المشهور.

وفي «عمد الفوراني»: في عد الموانع مثل أن تكون مريضة أو صغيرة أو ناسية، هذا لفظه، والظاهر أنه أراد بالناسية المتحيرة؛ لكن أخشى أن يكون قال: «ناشزة» بالزاي فحرفها ناقل، نقل الإمام بعد ما تقدم من الأعذار شيئين:

أحدهما: عن «التقريب» حكاية قول عن رواية «الْبُوَيْطِي»: أنه إذا تمكن من الوطء من ابتداء المدة من طرأ مرضها بعد الإمكان؛ لم يمنع الاحتساب، وإن كانت مريضة مع ابتداء المدة مرضًا مانعًا لم تحسب لمدة حينئذٍ؛ لأنه أنشأ اليمين، والمانع قائم بخلاف ما إذا نشأ اليمين على المضارة والتمكين مقترن،

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٠٠).

فَإِنْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ، وَإِلَّا فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِأَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ ....

قال الإمام: وهذا غريب لا تعويل عليه.

قلت: وقد تصفحت هذا الباب بنفسي بـ«البويطي» فلم أر فيه، ونسخ «مختصر الْبُوَيْطِي» مختلفة.

الثاني: قال الإمام: كان شيخي يقول: صومها لا يمنع الاحتساب، وهذا فيه نظر، والأمر كذلك إذا كان تطوعًا، ثم ذكر ما ملخصه أن صوم النفل ورمضان لا يمنع بلا فطر، وأما تعجيل القضاء ففيه احتمال، ومثله أنه لا يمنع، وتبعه في «البسيط»، ورجح أن القضاء لا يمنع، وتابعهما ابن يحيى في «المحيط».

قال الرَّافِعِي: وما ذكره الإمام في صوم النفل مساعد عليه، وأما في صوم الفرض فالمشهور في كتب الأصحاب: أنه يمنع الاحتساب، فعلى هذا مهما وقع رمضان في المدة أحوج إلى الاستئناف.

قلت: الأصحاب أطلقوا أن صوم الفرض يمنع ومقتضاه الاستئناف، إذا وقع رمضان في المدة، وهو ظاهر إن كان مفطرًا بعذر، أما لو كان ممن لا يباح له الفطر فقال: يقال بالاحتساب عليه، وأشار ابن الرِّفْعَة بحثًا إلى ذلك فقال: ولو قيل: بالتفصيل لكان له وجه في الاحتمال، وقد يرشد إليه قول «البسيط»، فإن كانت صائمة عن فرض رمضان فالزوج أيضًا ممتنع، والثاني بعده، انتهى. وقد أبديت فيه من قبل بحثًا إشارة إلى الفرق بين القضاء والنذر والمتراخين والفوريين.

قال: (**فَإِنْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ**) أي: فإن الإيلاء ينحلّ، ولم يطالب بعد ذلك بشيء.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يطأ.

(**فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِأَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ**) أي: إن لم يفئ للآية الكريمة، فإن سكتت ولم تطالبه ترك، وإن رفعته إلى الحاكم أمره برفع الضرر عنها، إما بالفيئة وهي الوطء، أو بالطلاق، وأما كيفية مطالبتها فقضية كلام الشيخ أبي

وَلَوْ تَرَكَتْ حَقَّهَا فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ.

حامد وأتباعه وغيرهم: أنها تطالبه بأحد الأمرين.

وقال الإمام: الذي عليه بعد المدة أحد أمرين، وهو يفهم أنها لا تطالب إلا بأحدهما، إذ لا يطالب الشخص إلا بما عليه، وقال الْمَاوَرْدِي: مطالبتها بأن تقول: بيِّن أمري، أو تقول: أخرج إليَّ من حقي؛ فإذا طالبته بأحد هذين، قيل: قد خيرك الله تعالى بين الفيئة والطلاق، ويجوز أن يقول له ذلك حاكم وغير حاكم؛ لأن هذا الحكم نص فلم يفتقر إلى الحاكم؛ إلا أن الذي يجبره عليه هو الحاكم، انتهى.

وفي «التتمة»: أنه ليس لها مطالبته بالطلاق ابتداءً؛ لأن حقها ليس في الطلاق، وإنما حقها في الاستمتاع، فتطالب بما هو حقها؛ فإذا لم يوفها حقها؛ أمره الحاكم حينئذٍ بإزالة الضرر عنها، وإزالته بالطلاق لتتوصل إلى الاستمتاع من جهة غيره، وموافقة قول التميمي في «المستعمل».

قال - يعني الشَّافِعِي: وإذا آلى منها أكثر من أربعة أشهر لم يتعرض لهما حتى ترافعه بعد الأربعة الأشهر؛ فيؤمر بالفيئة، والفيئة الجماع، أو يكون له عذر من مرض، أو غيره لا يقدر معه على الجماع، فيقول: متى قدرت جامعتها، فيكون ذلك من قوله فيه العذر، فمتى قدر فلم يفعل؛ أمر بالطلاق، فإن لم يطلق طلق عليه واحدة، هذه لفظه بحروفه.

وفي «الْبُوَيْطِي»: يوقف لها فإن لم يفئ؛ طلق عليه السلطان واحدة، ثم قال بعد ذلك: وإن طلبت الجماع، فقال: أجامع؛ أحل ثلاثًا، وكلام الإمام مخالف لذلك، إذ قال: ليس لها بوجه المطالبة نحو الفيئة وحدها؛ بل يجب أن تكون المطالبة مترددة، وجرى على ما ذكره الشيخان، وهو ظاهر كلام الكتاب وغيره.

قال: (**وَلَوْ تَرَكَتْ حَقَّهَا؛ فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ**) أي: في الحال وبعده؛ لأن الضرر يتجدد فأشبه الرضا بإعساره بالنفقة بخلاف الرضا بالعنة والعيب؛ لأنه في حكم خصلة واحدة، هذا ما نص عليه الشَّافِعِي وأطبقوا عليه، وأشار

وَتَحْصُلُ الْفَيْئَةُ بِتَغْيِيبِ حَشَفَةٍ بِقُبُلٍ، ....

الْمَاوَرْدِي إلى نقل وجه في استئناف المدة، قال: ولا وجه، ثم حق المطالبة بعد المدة مختص بالزوجة فلا يثبت لوليها، وإن كانت صغيرة أو مجنونة؛ بل يوقف الأمر حتى تبلغ، أو تفيق، ثم الخيار لها في الطلب وتركه، ولا طلب السيد الأمة أيضًا؛ إذ الحق في الاستمتاع لها كالحرة.

قال: (**وَتَحْصُلُ الْفَيْئَةُ بِتَغْيِيبِ حَشَفَةٍ**)؛ لأن أحكام الوطء تتعلق بذلك، وسواء البكر والثيب، والوطء المباح والمحرم مع قيام الزوجية، وطوعًا وكرهًا، ويكفي قدر الحشفة من فاقدها على المذهب.

قال: (**بِقُبُلٍ**) أي: فلا يحصل بالتغييب في الدبر، ولا فيما دون الفرج ولا بتغييب بعض الحشفة، واعلم أن مقتضى كلام الأصحاب هنا: أن اليمين لا ينحل بالوطء في الدبر، إذ لو انحلت به لم يبق بعده مطالبة، وهو ظاهر إذا حلف على ترك الجماع في القبل، أما لو قال: لا أطؤك؛ فيشبه أن يكون الحكم كذلك، ويحمل اليمين على الحلف على ترك الجماع الشرعي المعهود.

وحكى الرَّافِعِي عن الإمام: فيما سبق إذ الحنث يحصل به، وزاد في «الروضة»: أنه متفق عليه، صرَّح به جماعات من أصحابنا، وقد نقله صاحب «الحاوي» و«البيان» عن الأصحاب في القاعدة التي سبقت: أن الأصحاب قالوا: الوطء في الدبر كهو في القبل إلا في سبعة أحكام، أو خمسة ليس اليمين منها، انتهى.

وسبق نقل الخلاف في ذلك، والذي رأيته في «الحاوي» في كلامه عن القاعدة المذكورة نقل وجهين عن الأصحاب في حصول الفيئة من غير ترجيح، وأجاب هنا بالمنع، والخلاف في الحنث به قريب من الخلاف فيما لو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل ميتة هل يحنث؟ وقوى المصنف هنا المنع.

إشارات: الاكتفاء بتغييب الحشفة، قاله الجمهور بكرًا كانت أو ثيبًا، قالوا: وتغييب الحشفة يزيل البكارة، قال الإمام: زوال البكارة يحصل بتغييبها لا محالة، انتهى.

....

وقال الشَّافِعِي: وسواء آلى من بكر أو ثيب، ولا فيئة في البكر إلا بذهاب العذرة، ولا في الثيب إلا بتغييب الحشفة، وظاهر النص يفهم المغايرة، ولأنه لا يكتفي في البكر تغييب الحشفة، وهذا قضية كلام الْبَغَوِي، والقاضي الحسين.

قال القاضي: كل حكم يتعلق بالجماع يتعلق بتغييب الحشفة إذا كان سليمًا، وبتغييب ما يعادل الحشفة إذا كان مقطوعًا هذا في حق الثيب، وأما البكر فلا تتخلص عن المطالبة إلا بإذهاب العذرة، وهذا منه يفهم: أن البكارة تبقى مع تغييب الحشفة، وذلك ظاهر في الغوراء، كما بيناه من غير مرة، وعبارة الْبَغَوِي في «شرحه للمختصر»: أقل ما يحصل به الفيئة أن يفتضها بآلة الافتضاض إذا كانت بكرًا، وإن تغيب الحشفة في فرجها إن كانت ثيبًا، انتهى.

كان الأحسن أن يقول المصنف: ولا تحصل الفيئة إلا بتغييب الحشفة في القبل، وإذهاب البكارة بها ليشير إلى ما نبهنا عليه من ذلك، وقوله: «تغييب» يفهم أنه لا فرق بين تغييبها بفعله، أو بفعلها حتى لو نزلت عليه واستدخلت حشفته حصلت، وهو أصح الوجهين، خلافًا للغزالي ومن تبعه.

قال الْمُتَوَلِّي: سواء كان عالمًا به، أو نائمًا، ولا ينحل اليمين بذلك باتفاق الوجهين؛ لأنه لم يطأ، قال الإمام: وفي تعليق شيخي: أنه يخرج في انحلال اليمين الخلاف في وطء المجنون والمكره، وهو غلط؛ لأنه لم يفعل هنا شيئًا.

قضية كلام المصنف أنه لا فرق بين وطؤها طوعًا، أو كرهًا، وحكم ذلك أنَّا إذا حنثنا الناسي والمكره وألزمناهما الكفارة؛ انحلت اليمين وارتفع الإيلاء، وإن لم يوجب الكفارة ففي انحلالها وجهان: أصحهما: لا، فعلى هذا في حصول الفيئة الخلاف السابق فيما لو استدخلت ذكره، ولو آلى ثم جن فوطئها مجنونًا في المدة أو بعدها؛ فالمذهب القطع بعدم الحنث فعليه في حصول الفيئة وجهان: أصحهما: وهو المنصوص الحصول.

وَلَا مُطَالَبَةَ إِنْ كَانَ بِهَا مَانِعُ وَطْءٍ كَحَيْضٍ وَمَرَضٍ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَانِعٌ طَبِيعِيٌّ كَمَرَضٍ طُولِبَ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا قَدَرْت فِئْت: ....

فرع: آلى من معينة، ثم وطئها ظانًّا أنها زوجته الأخرى؛ جعل ذلك فيئة، وفي وجوب الكفارة خلاف حنث الناسي، والظاهر حصول الفيئة لوطئها أجنبية يولي بها.

قال: (**وَلَا مُطَالَبَةَ إِنْ كَانَ بِهَا مَانِعُ وَطْءٍ كَحَيْضٍ وَمَرَضٍ**) إذا انقضت المدة وبالزوجة مانع من الوطء؛ فلا مطالبة لها قبل زوال مانعها، ولا طلاق سواء المانع الحسي والشرعي كالحيض والنفاس والتخير فيما يظاهر، والإحرام والصوم والاعتكاف الواجبين، وكذا المرض والحبس؛ إذا لم يكن معها الوطء؛ لأن المنع من جهتها بخلاف المظاهر، فإنه يطالب بالفيئة، أو الطلاق، وإن كانت محرمة عليه؛ لأنه أوجب على نفسه ذلك.

إشارة: كان ينبغي أن يقول: كحيض، ومرض، وإحرام كالمحمود إذ المانع الشرعي فيها كغيره، ولئلا يوهم الفرق بين الحيض والإحرام.

قال: (**وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَانِعٌ طَبِيعِيٌّ كَمَرَضٍ**) لا يمكن معه الجماع، أو يحصل به ضرر أكبر وزيادة العلة.

(**طُولِبَ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا قَدَرْتُ؛ فِئْت**) لأن بذلك يندفع الأداء الذي حصل منه باللسان، وفي حكم المرض الحبس المانع من الوصول إليها إن كان ظلمًا؛ لأنه معذور، وإن حبس بدين يمكنه أداؤه؛ كان عليه الأداء والفيئة فعلًا، أو الطلاق؛ إذ لا عذر، فاعلم أنهما فسرا فيه المعذور بما ذكره المصنف، قالا: واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك: ندمت على ما فعلت.

قلت: كذا قاله القاضي الحسين، والْبَغَوِي، وصاحب «الكافي» والْبَنْدَنِيجِي، والجرجاني في «الشافي» واقتصر في «التحرير» على قوله: إذا زال عذري وطأت، وقال المحاملي في «المقنع»: المجموع هو أن يقول: ندمت على ما كان مني، ولو كنت قادرًا على الوطء لوطأت، وإذا قدرت وطأت، انتهى.

أَوْ شَرْعِيٌّ كَإِحْرَامٍ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُطَالَبُ بِطَلَاقٍ، فَإِنْ عَصَى بِوَطْءٍ سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ.

وعبارة «التنبيه»: يقول: لو قدرت لفئت.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أره لغيره إلا فيمن لا يرجى وطؤه كالمجبوب، انتهى.

والظاهر أن مراده به الوعد لا الحين.

وقال الْمَاوَرْدِي: هو أن يقول لها: لست أقدر على الوطء، ولو قدرت لفعلت؛ فإذا قدرت عليه فعلته، وقال القاضي أبو الطيب: هو أن يقول لها: إن قدرت عليه الفيئة فئت إليك، وإن أراد يؤكد ذلك فإنه يقول: أنا نادم على ما فعلت، على وجه الندب لا الوجوب، ويشبه أن يكون في ذلك خلاف؛ وإن لم أر من صرَّح بأنه لا يكفي الوعد؛ بل ذكروا الأمرين.

وفهم في «الشامل» أن كلام القاضي أبي الطيب مخالف لكلام أبي حامد، وقال: إن ما ذكره القاضي أقيس، وعكس ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» حكاية عن «الشامل»، ثم أنكر الغزالي عليه، وفي «المستعمل» للتميمي عن النص: أنه إذا كان له عذر من مرض، أو غيره، لا يقدر معه على الجماع، يقول: متى قدرت جامعتها، فيكون ذلك منه فيه للمعذور، انتهى. لكن قال الإمام: يعتذر بالمانع الواقع ويعد بالوطء بعد الزوال، قال: قال الأصحاب: لا بد منهما والاقتصار على أحدهما لا يكفي، والرأي عندنا أنه لو اقتصر على الوعد فقال: إذا ارتفع مرضي أصبتك كفي، قال: التعويل على الوطء عند ارتفاع المانع؛ ولكن الأصحاب ذكروا الأمرين، انتهى.

ولعل مرادهم التأكيد لا إيجاب الأمرين معًا، كما صرَّح به أبو الطيب، ودل عليه النص المذكور وغيره فيما سقناه، وإذا علمت كيفية الفيئة باللسان؛ أمره القاضي عند طلبها أن يفيء بها، أو يطلق؛ فإذا زال عذره؛ أمره بالفيئة بالفعل أو الطلاق.

قال: (**أَوْ شَرْعِيٌّ كَإِحْرَامٍ؛ فَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ يُطَالَبُ بِطَلَاقٍ، فَإِنْ عَصَى بِوَطْءٍ؛ سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ**) إذا كان به مانع شرعي كالإحرام والاعتكاف والصوم

....

الواجبين، والظهار؛ قيل: التكفير.

قال العراقيون: يوقف لتطلق أي: يفيء بالفعل بعد تعرفه ما يترتب عليه، ولا يُكتفى منه بفيئة اللسان.

وكذا قال الإمام: لا يستحب أن يقول له: جامعها، والمطالبة بالطلاق، ولا سبيل إليها، فالوجه أن يقول إن فئت على نفسك بأن جامعتها عصيت وأفسدت العبادة، وارتكبت محرمًا [وإن طلقت؛ ذهبت زوجتك](١) وإن امتنعت؛ طلقنا عليك، وكذا قال القاضي الحسين.

قال الإمام: ولو كان يتحلل عن إحرامه في ثلاثة أيام ورأينا إمهاله ثلاثة أيام؛ فالوجه إسعافه ولا طريق غيره، ثم إذا تحلل بعد الأيام الثلاثة يجوز أن يقال: يترك حتى ينبسط وتنهض شهوته، ويجوز أن يقال: إن لم يبتدر؛ طلقنا عليه، وإن طلبت، وهذا فيه حسن، انتهى.

ثم أعاد المسألة وأطال الكلام فيها بما لخصته في «الغنية» ومنه: أنه إذا قال: أنا أفيء علي ما فيء من المانع فلم يمكنه ففي إخبارها وجهان، ومن أصحابنا من فصل بين كونه مظاهرًا أو صائمًا أو محرمًا، وقال لها: أن تمتنع من الظهار لا إن كان صائمًا أو محرمًا، واختار الشيخ أبو حامد: أنه إن كان محرمًا أو صائمًا فليس لها أن تمنع من التمكين وجهًا واحدًا، وإنما الوجهان في الظهار.

فإن قلنا: يمكنه طولب بالفيئة أو الطلاق فإن رغبت في الفيئة فعليها التمكين، فإن أبت سقط حقها في الحال إلى أن يعود ويمكن، وليس لها منع الوطء وطلب الطلاق، وإن قلنا: لها الامتناع فإن مكنته الوطء انحلت اليمين، وإن امتنع فعليه الطلاق، وإن أبت ولم يمكن وطلبت الطلاق فوجهان، إن قيل: لها ذلك، وقيل: يُكتفى منه بفيئة اللسان كالمانع الحسي.

قال: هذه طريقة «العراق» وهي على نهاية الحسن، وأما المراوزة فلم

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج للدميري» (٨/ ٤٢).

....

يتعرضوا لوجوب التمكين عليها لتحريمه؛ بل اقتصروا على قولهم بقول الزوج: إن وطئت عصيت، وإن لم تطأ طلقنا عليك، وهذا لا يستقل ما لم يفصل المذهب على نحو ما ذكره العراقيون، انتهى.

ولفظ الشَّافِعِي في «الأم»: وإذا آلى الرجل من امرأته ثم أحرم؛ قيل له: إذا مضت أربعة أشهر فإن فئت فسد إحرامك وخرجت من حكم الإيلاء، وان لم تفئ طلق عليك لأنك أحدثت منع الجماع، وإن آلى ثم تظاهر وهو يجد الكفارة فإذا مضت أربعة أشهر؛ وقف فقيل له: أنت أدخلت منع الجماع على نفسك فإن فئت؛ فأنت عاصٍ بالإصابة وأنت متظاهر وليس لك أن تطأ قبل الكفارة، وإن لم تفئ، فطلقْ أو يطلق عليك، وهكذا لو تظاهر ثم آلى؛ لأن ذلك كله جاء منه لا منها ولم تحرم عليه بالظهار حرمة الأجنبية، انتهى.

وذكره في «المختصر» بمعناه، وظاهره يقتضي موافقة المراوزة، وهو قضية كلام جماعة من العراقيين منهم: الْمَاوَرْدِي، والشيخ أبو حامد، قال في «التعليق»: يطالب بالفيئة أو الطلاق بعد أن يقال له: ليس لك أن تطأها، وكذا قال المحاملي في «التحرير» و«المقنع»: يطالب بالفيئة أو الطلاق؛ لكن الذي نفتيه به أنَّا نقول: ليس لك أن تطأها.

وكذا قال سليم في «المجرد» والقاضي أبو الطيب في «التعليق» قال القاضي: وإن أراد الفيئة فهل لها أن تمتنع؟ وجهان.

فإن قلنا: لها ذلك لزمه أن يطلقها ويجبر عليه، وإلا فإذا قال: امتنعت؛ سقط حقها من الطلاق، انتهى.

وعبارة «الشامل»: يقتضي أنه يطالب بالطلاق ابتداء، فإنه لا يقبل منه فيه عذر إلا أنا نقول له: لا يحل لك الوطء فطلق، فإن آلى ووطئ فسد إحرامه وسقط عنه حكم الفيئة، ثم حكى الخلاف في امتناعها، ورجح أن لها ذلك؛ إذ في تمكينه موافقة على معصية فعلى هذا يتعين عليه الطلاق، ونقله في «البحر»: إخبار أن لها الامتناع، عن القاضي أبي الطيب وجماعة وقال: وهو الصحيح

عندي؛ لأنه وطء محرم فعلى هذا يجبر على الطلاق؛ لأنه مخير بين الفيئة والطلاق؛ فإذا تعذرت الفيئة تعين الطلاق.

وقيل: لا يتعين وهي فيه معذور، وهكذا الخلاف إذا أحرم ثم أراد وطأها هل لها أن تمتنع؟ في «مجرد سليم»: على قولنا: لها الامتناع في تعين الطلاق وجهين، والذي أجاب به الشيخ أبو حامد، والْمَاوَرْدِي هنا، والمحاملي في «المجموع»: أنه ليس الامتناع في الظهار والمباحة تعين الطلاق، وينبغي أن يكون هو الواجب عليه.

وإن قلنا: ليس لها الامتناع؛ لأنه ليس له الوطء على الوجهين؛ فإذا منعه الشرع أحد الأمرين تعين عليه الآخر، فالواجب حينئذٍ عليه الطلاق عينًا؛ فإذا وقف وطالبت بإزالة الضرر؛ لزمه أن يطلق، ولو طلب الفيئة بالفعل لم يمكنه لتحريمه عليه، نعم لو بادر ووطء خرج عن حكم الإيلاء ولا يُكتفى منه بفيئة اللسان على المشهور، هذا هو الحكم الثابت في حقه.

وأما ما يطالبه به الحاكم فقضية ما سبق عن النص والجمهور: أنه يطالب بأحد الأمرين، وما ذكرناه يقتضي أنه يتعين مطالبته بالطلاق عينًا، وكلام «الشامل» السابق يفهمه، وهو مقتضى كلام «المنهاج»، وهو ذهاب إلى طريقة بعض العراقيين، وإلى أنه لا يجب عليها التمكين، وكلام هؤلاء يشير إلى أنه لا يطالب بالطلاق عينًا؛ إلا إذ قلنا بذلك.

أما إذا قلنا: يجب عليها التمكين فلا يطالب بالطلاق عينًا، كما أفهمه تفريعهم، وإن أطلقوا أولًا مطالبته بأحد الأمرين، والمتوجه أن القاضي يطالبه بالطلاق عينًا؛ إذا طلبته لعجزه عن الوطء شرعًا.

إشارة: قوله: «فالمذهب أنه يطالب بطلاق» أي: عينًا كما سبق في تعيينه بالمذهب، وفقه من جهة النقل، وإن رجح.

فرع: لو كان عند انقضاء المدة غائبًا بأن آلى ثم غاب، أو آلى وهو غائب، فوكلت من يطالبه فرفعه الوكيل إلى قاضي بلده أمره بالفيئة أو الطلاق،

....

فإن طلق فذاك، وإن اختار الفيئة فلا بد أن يفيء بلسانه في الحال، ويسعى إلى الاجتماع بسفره إليها، أو إحضارها إليه، فإن فعل إحداهما واجتمعا؛ طولب بالوطء، ولو أخذ في القدوم والاستقدام ولم يفئ بلسانه طولب بالطلاق، وكذا لو فاء بلسانه ولم يأخذ في سبب الاجتماع إلا أن يكون معذورًا لخوف الطريق المانع.

قال الْمَاوَرْدِي: أو لمرض معجز فيكفي الفيئة باللسان إلي أن يزول عذره فيوجد بالقدوم أو الاستقدام، فإن لم يفئ باللسان أو فاء به ولم يرجع إليها، ولا حملها إليه حتى مضت مدة الإمكان، ثم قال: ارجع الآن؛ لم يمكن وطولب بالطلاق في الحال، كذا نقلاه ولم يذكرا سواه، ونسبه في «البحر» إلى الْقَفَّال، قال: وكلام أصحابنا يدل على أنه لا تشترط مدة السير، وعليه بعد مضي المدة أن يفيء باللسان في الحال، ثم يأخذ في القدوم، أو في نقلها، انتهى.

وهذا هو الموجود في كلام العراقيين، وكلامهم صريح في أنه: إذا امتنع بعد مضي الأشهر من السفر، أو نقلها إليه؛ أن القاضي يطلق عليه في الحال قبل مضي مدة إمكان السير، أي: إذا طلب وكيلها ذلك، كما صرَّح به بعضهم، وهو قضية كلام الْمُتَوَلِّي، ومقتضى نص «المختصر» نصًا، وإنما ذكر ما تقدم أن الْقَفَّال وأصحابه كالقاضي والإمام ونحوهما، وكلام العراقيين، وظاهر النص يخالفه.

والعجب أن ابن الرِّفْعَة حاول إبداء ذلك تخريجًا بعد أن حكى عن الأصحاب التصريح باعتبار مدة الإمكان، والموجود في كلامهم عدم اعتبار ذلك، ونسبه الرُّويَانِي إليهم، ونسب اعتبار ذلك إلى الْقَفَّال وهو كما قال.

فروع: لو غاب عنها، أو هرب بعد مطالبته بالفيئة أو الطلاق؛ لم يقنع منه بفيئة المعذور، ولم يمهل، كذا نقلاه عن السرخسي.

وفي «فتاوى الْبَغَوِي»: أن القاضي إذا طالب المولي بالفيئة أو الطلاق،

وَإِنْ أَبَى الْفَيْئَةَ وَالطَّلَاقَ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ طَلْقَةً، ....

فامتنع منهما وطلبت المرأة من القاضي أن يطلق عليه؛ لم يشترط حضوره في تطليق القاضي، ولو شهد عدلان أن زيداً آلى ومضت المدة وهو ممتنع من الفيئة أو الطلاق لم يطلق عليه؛ بل لا بد من الامتناع بين يديه كما في العضل، فلو تعذر إحضاره بتمرد أو توارٍ أو غيبة؛ حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود.

قال: ويحتمل أن يقال يحكم بالعضل بشهادة الشهود مع إمكان الإحضار بخلاف امتناع المولي من الفيئة، والفرق أن الواجب على المولي الفيئة وكلامه لا يجري بنية النيابة، وقد يكون له عذر في الامتناع عن الفيئة، فما لم يتعين قصد المضارة للامتناع بين يديه؛ لا يطلق عليه، انتهى.

قال: (**وَإِنْ أَبَى الْفَيْئَةَ وَالطَّلَاقَ**) أي: على اختلاف حاله في الفيئة الفعلية والقولية، حيث تتوجه المطالبة عليه كذلك على التردد، أو طالبناه بالطلاق عينًا، كما سبق.

قال: (**فَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَاضِيَ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ طَلْقَةً**) أي: بسؤالها وسؤال وكيلها هذا هو الجديد المنصوص في «الأم» و«المختصر» وغيرهما، وقال في «القديم»: إنه أحب القولين إليه؛ لأنه حق لمعين تدخله النيابة فينوب الحاكم فيه عن الممتنع، كإيفاء الدين.

والثاني: لا يطلق عليه؛ بل يلجئه بالحبس والتعذير، إلى أن يفيء أو يطلق؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧] فأضافه إلى الأزواج؛ لأنه مخير بين شيئين الفيئة أو الطلاق، فإذا امتنع لم يقم القاضي مقامه كمن أسلم على عشر، وفي سنن ابن ماجه مرفوعًا: «**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**»⁽¹⁾ ومداره على ابن لهيعة، ثم إنما يطلق عليه الحاكم طلقة، وتكون رجعية إن كان له الرجعة كتطليقه بنفسه، فلو زاد الحاكم لم تقع الزيادة، فلو بان بعد طلاق الحاكم أنه فاء قبله بالفعل، أو طلق؛ لغا طلاق الحاكم سواء

---

(1) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٢، رقم٢٠٨١) قال البوصيري (٢/ ١٣١): هذا إسناد ضعيف؛ لضعف عطية بن سعيد العوفي وعمر بن شبيب الكوفي. والديلمي (٢/ ٤٦٣، رقم ٣٩٧٨).

علم بذلك، أم لا، وجزم به ابن كج والْمَاوَرْدِي. وإن طلق ثم طلق الزوج بعده عالمًا بالحال وقع أيضًا، وإن لم يعلم فوجهان في «الحاوي» وعن ابن الْقَطَّان: أنه يقع على الأصح، وإن وقع طلاقهما معًا وقع طلاق الزوج قطعًا، وكذا طلاق الحاكم على الأصح.

فإن قيل: لو باع القاضي مال الغائب وباعه الغائب في ذلك الوقت لآخر؛ قدم بيع المالك، فهلا قلتم هنا كذلك؟

قلنا: تصحيح البيعين لا يمكن فرجحنا بيع المالك؛ لأنه الأصل، والقاضي نائبه، والطلاق وقوعهما ممكن وكل منهما فعل ماله فعله ترفعًا، قاله ابن الرِّفْعَة هنا، وذكر قبل ذلك فيما لو وكل الولي فزوج هو والوكيل معًا كل لشخص؛ أنه لا يصح العقدان أبدًا بحثًا لنفسه في احتمال ترجيح عقد الولي، ويجعل ذلك كالعزل، فقياس قولهم هناك بيع الحاكم والمالك.

وذكر الكمال سلار- شيخ المصنف في «تعليقه»- عن الرُّويَاني عن والده: أنه لو باع القاضي مال الغائب في دينه ثم حضر، وكان قد وفاه قبل البيع، أو برئ منه بطريق أنه لا ينقض بيع القاضي؛ لأنه كان له أن يبيع، وسيأتي -إن شاء الله تعالى- في القضاء على الغائب ما يقتضي أنه أصح القولين، وهذا قد ينازع فيما سبق: أنه لو طلق الزوج، ثم الحاكم أنه يلغو طلاق الحاكم.

تنبيه: إذا قلنا: يطلق الحاكم فكيف يسأله؟ قال ابن الْقَطَّان: إن قال: أوقعت طلقة بين فلان وفلانة، وإن قال: أوقعت على فلانة طلقة عن فلان؛ صح، وإن قال: حكمت على فلان بطلقة في امرأته؛ جاز، وإن قال طلقت فلانة أو حكمت بطلاق فلانة، أو قال لها: أنت طالق لا يصح؛ لأن ذلك حكم منه ولا يجوز أن يقع الحكم بالكناية، ولو قال لها الحاكم: أنت خلية أو بريئة من فلان ونوى به الطلاق؛ وجب أن يصح، هذا لفظه في «فروعه».

وقال الدارمي: إن طلق عليه الحاكم قال: أوقعت على فلانة عن فلان طلقة، كما حكي عن «الإملاء» أو حكمت عليه في زوجته بطلقة ونحوه، فإن

وَأَنَّهُ لَا يُمْهَلُ ثَلَاثَةً، ....

قال: أنت طالق، ولم يقل: عن فلان؛ لم يقع، وإن قال: أنت خلية أو غيره من المعاني ونوى الطلاق، وقال: من فلان؛ قال ابن الْقَطَّان: يصح، انتهى.

وقد يوجد في كلامه أن الوكيل بالطلاق لا بد أن يصفه إلى موكله لفظًا، أو نية سواء طلق بصريح أو كناية، ولا يحضرني فيه شيء.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يُمْهَلُ ثَلَاثَةً**) أي: أيام، اعلم أنه: لا يمهل في الفيئة باللسان حيث يجب المكنة، وأما الفيئة بالفعل وهي المقصودة هنا؛ فإذا طالبناه بعد المدة فلم يظهر امتناعًا؛ ولكنه استمهل أمهل.

قال في «الروضة»: بلا خلاف ومبناها فيه الوطء؛ فإن كان صائمًا فحتى يفطر، وجائعًا فحتى يشبع، أو كسلانًا من الشبع فحتى ينبسط وتنشط شهوته في ذلك ونحوه، بمضي يوم فما دونه، فلو استمهل أكثر من يوم، قال الشَّافِعِي في «المختصر»: لم أؤجله أكثر من يوم ولا يتبين لي أن أؤجله ثلاثًا، ولو قال قائل: كان مذهبًا.

وقال في «الْبُوَيْطِي»: وإن طلبت الجماع، فقال: أجامع، وقالت: لا تجامعني، أجّل ثلاثًا، والحجة في ذلك ما لا أعلم فيه خلافًا بين العلماء من أن الرجل إذا وجب عليه الحق للرجل فيسأل تأجيلًا، أخذ ثلاثًا في بيع ماله، وإذا مات وجب عليه. وحكى الأصحاب في إمهاله قولين: قالا: وأظهرهما: عند الجمهور: لا، وذكر الشيخ في توجيهه: ولأن الحق إذا وجب على الإنسان وحل عليه؛ فإنه لا يجوز أن يؤجل بعد ذلك أجلًا ثانيًا باستمهاله، وإنما يكون عليه الخروج من الحق الواجب عليه على الحد الذي هو العرف في ألا يضيق عليه؛ حتى لا يمكن من دخول البيت وإخراجه وورثه أو وكيله، وإن كان وقت الصلاة فيمكن أن يؤدي الفرض ثم يشتغل به، فكذلك ما نحن فيه، انتهى.

وما سبق عن كتاب «الْبُوَيْطِي» في توجيه القول الثاني؛ لم أر له ذكرًا في كلامهم، ولعله فيما إذا لم يكن معه ما يوفي به في الحال، ولم يتيسر بيع ماله فيما دون ثلاث؛ لعدم قيام ثبوت قبلها، أو غير ذلك، أو كان المبيع في الدين

....

عقارًا يقتضي الحال إشهاره ثلاثًا؛ لئلا يباع بثمن بخس، ويشبه أن التوجيه المذكور للبويطي لا للشافعي؛ فإنه لم ينسبه إليه كما رأيته في «مختصره»، ورأيته فيه بتوجيه من عند نفسه؛ لكنه ناقل وهو الثقة الأمين، والفقه الظاهر ما قاله أبو حامد؛ فيتعين تنزيل ما أطلقه الْبُوَيْطِي على ما ذكرناه ونحوه.

تنبيهات: منها: حكى في «الذخائر» وجهًا، لا إمهال أصلًا، قال قائل: والظاهر أنه غلط منه، وما ذكرٌ له في شيء من كتب المذهب.

قلت: وادَّعى الْمُتَوَلِّي والشيخان نفي الخلاف فيه؛ لكنه لم يغلط؛ لأن الدارمي قال: وهذا يؤجل على قولين:

أحدهما: ثلاثة أيام.

والثاني: يومًا، وقيل: لا يؤجل شيئًا، هذا لفظه، ويحسن أن يقال: إن كان مبهمًا للوطء لا عذر له في تأخيره لم يمهل؛ إذا ظهر ذلك للحاكم في حالة كالمطلي بالحق الحاضر معه، ولا يتوقع الإيفاء من غيره، ويقوى هذا إذا علم الحاكم، أو ظهر له أن يطالبه الإمهال عناد وأذى لا بعذر في التأخير؛ لأن «مَطْلَ الغَنِيِّ ظُلْم».

ومنها: قال الرَّافِعِي في «الشرح الكبير»: وهذا الخلاف قولان، ويقال: وجهان، وقال في «الصغير»: فيه وجهان، ويقال: قولان، انتهى. والصواب: أنه قولان.

ومنها: إذا أمهل ثلاثًا كما صححه الغزالي ومن تبعه، فظاهر كلام الشَّافِعِي والأصحاب على هذا القول إنظاره واجب.

وقال الْمَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا في إنظاره ثلاثًا على هذا القول، هل هو واجب أو مستحب؟ على وجهين: أحدهما: واجب كإنظار المرتد، فعلى هذا ينظر بها سواء استنظر بها، أم لا كالمرتد، وأظهرهما: واختاره الداركي: أنها استحباب إن استنظرها أنظر، وإلا فلا، ويوجه بتعجيل الفيئه أو الطلاق، وفرق: بأن انتظار المرتد في حق الله تعالى، فلم يقف على استنظاره، وإنظار

وَأَنَّهُ إِذَا وَطِئَ بَعْدَ مُطَالَبَةٍ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ].

هذا في حقه فوقف على استنظاره، وما ذكره غريب.

وفي التفريع نظر؛ لأنَّا وإن أوجبناه فلا يلزم إمهاله بلا طلب، كما اقتضاه كلامه، وقد يؤيد ما ذكره الشافعي، ولم يذكر في «الْبُوَيْطِي» استمهاله.

ومنها: إذا أمهله القاضي ثم طلق عليه في مدة الإمهال؛ لم يقع، إن فاء في زمن المهلة، وكذا إن مضت بلا فيئة على الصحيح في «الروضة».

قيل: في ثبوت الخلاف بعد، فإن ما ذكره من «النهاية» والذي فيها: إن فاء؛ لم يقع بلا شك طلاق، إن لم يفئ في المدة؛ فالظاهر أن الطلاق لا ينفذ، وفيه شيء وقد لا يقتضي ثبوت بخلاف فيه، حيث قال: فإن طلق بعد ثلاث؛ وقع، أو قبلها بني على القولين في إنظاره ثلاثًا، إن قلنا: لا وقع، وإن قلنا: يجب تبرعًا؛ لم يقع، وإلا وقع.

قال: وهذا إذا كان الحاكم يرى إنظار الثلاث؛ فإن كان الإمام لا يراها وقع طلاقه وجهًا واحدًا؛ لأنه عن اجتهاد سابق.

ومنها: إذا كان المولي بعد انقضاء الأشهر مظاهرًا، فسأل الإمهال بالوطء حتى يكفر؛ فإن كان الصوم لم يمهل، أو بالعتق وعنده الرقبة، ولم ينظر في عتقها كما لا ينظر في الطلاق؛ لقدرته علي تعجيلها بلا ضرر، وإن لم يكن عنده ينظر لابتياعها يومًا، وقيل: يبلغ بإنظاره ثلاثًا.

قال الْمَاوَرْدِي: فيه اختلاف السابق، وكلام القاضي الحسين، والْبَغَوِي قريب منه حيث قالا: إن كان يكفر بالإطعام والعتق يمهل يومًا، أو نصف يوم حتى يحصل.

[(وَأَنَّهُ إِذَا وَطِئَ بَعْدَ مُطَالَبَةٍ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) [لِحِنْثِهِ وَالثَّانِي لَا يَلْزَمُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] أَيْ: يَغْفِرُ الْحِنْثَ بِأَنْ لَا يُؤَاخِذَ بِكَفَّارَتِهِ لِدَفْعِهِ ضَرَرَ الزَّوْجَةِ، وَلَوْ وَطِئَ فِي الْمُدَّةِ قِيلَ تَجِبُ الْكَفَّارَةُ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ حَنِثَ بِاخْتِيَارِهِ وَقِيلَ: فِيهِ الْخِلَافُ بِأَنَّهُ بَادَرَ إِلَى مَا يُطْلَبُ مِنْهُ][1].

---

[1] ما بين المعكوفتين من «حاشيتي قليوبي وعميرة» إتمامًا لشرح المتن.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الصَّدَاقِ ٣
كِتَابُ الْقَسْمِ والنُّشُوزِ ١٥٧
كِتَابُ الْخُلْعِ ١٩٨
كِتَابُ الطَّلَاقِ ٢٧٥
كِتَابُ الرَّجْعَةِ ٤٩٢
كِتَابُ الإِيلَاءِ ٥٣٠

قوت المحتاج
في
شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء السابع

الظهار - الكفارة - اللعان - العدد -
الاستبراء - النفقات - الرضاع

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي(ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes) 7280 (12 مجلداً) **عدد الصفحات**
Size 17x24 cm **قياس الصفحات**
Year 2015 A.D - 1437H. **سنة الطباعة**
Printed in : Lebanon **بلد الطباعة** لبنان
Edition : 1st **الطبعة .** الأولى

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ +٩٦١
فاكس: ٥ ٨٠٤٨١٣ +٩٦١
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الظهار

قال المصنف: [يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ وَلَوْ ذِمِّيًّا وَخَصِيًّا، وَظِهَارُ سَكْرَانَ كَطَلَاقِهِ،

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الظهار

قال الشارح: قال: (**يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ**) وقال قوم: لا يصح ظهاره، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى مالك، وليس كذلك؛ بل مذهبه: أنه يصح.

قال: (**وَلَوْ ذِمِّيًّا وَخَصِيًّا**) المراد بالذِّمي: الكافر، وليست الذمة بقيد في الصحة. قال الأصحاب مستدلين على الخصم؛ لأنه لفظ يقتضي تحريم الزوجة، فيصح من المسلم والكافر كالطلاق.

وقال الشَّافِعِي: يلزم الظهار بين الأزواج من يلزمه الطلاق، وصرح الرُّويَانِي في «الحلية» بأنه لا فرق فيه بين الذمي والحربي، والمسلم.

وقوله: «وخصي» أي: ممسوح، ومجبوب، وغيرهم، ولا يجيء هنا الخلاف في إيلاء المجبوب، ونحوه.

قال: (**وَظِهَارُ سَكْرَانَ كَطَلَاقِهِ**) أي: وقد سبق حكمه في كتاب الطلاق.

وقال الدارمي هنا: ولا يصح من مغلوب على عقله، ولا نائم، ولا شارب مكره أو معذور، أو نحوه، فإن وجد شربه، فيسأل إن كان مختلفًا في تحريمه؛ فالقولان في الطلاق والظهار وغيرهما، وإن كان خمرًا فقول واحد، وقيل: فيهما القولان.

وَصَرِيحُهُ أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ أَوْ مِنِّي أَوْ مَعِي أَوْ عِنْدِي كَظَهْرِ أُمِّي، وَكَذَا أَنْتِ كَظَهْرِ أُمِّي صَرِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وحكى المروزي عن ابن سُرَيْج: في الباطن على ما يعلم قولًا واحدًا، فإن شرب ما لا يعلم أنه يسكر فوجهان:

أحدهما: حكم من شرب ما علمه.

الثاني: كمن شرب وهو لا يعلم، انتهى.

فرع: يصح من كل زوج حرة أو أمة، مسلمة أو كافرة، كبيرة أو صغيرة، عاقلة أو مجنونة، وسواء الطاهر، والحائض، والنفساء، والصائمة، والمعتكفة، والمحرمة، والسليمة، والمعيبة، والرتقاء، والقرناء، والمدخول بها، وغيرها، وضابطه: كل زوجة يقع طلاقها، فتدخل الرجعية.

قال: (**وَصَرِيحُهُ أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ أَوْ مِنِّي أَوْ مَعِي أَوْ عِنْدِي كَظَهْرِ أُمِّي**) أصل الباب في المعهود في البناء عليه: أنت علي كظهر أمي، وألحق الشَّافِعِي والأصحاب الألفاظ الثلاثة بعدها بها.

قال الشَّافِعِي: وما أشبه ذلك أي: كما قال الجرجاني: أنت إليَّ، أو لدي ونحوهما أي: كقوله: أنت لي كظهر أمي.

وقال الدارمي: لو قال: أنت لي كظهر أمي، أو إلي كظهر أمي، أو أنت، فوجهان مع جزمه بصراحة أنت كظهر أمي.

قال: (**وَكَذَا أَنْتِ كَظَهْرِ أُمِّي؛ صَرِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) كما قوله: أنت طالق صريح، وإن لم يقل: مني، هذا هو المذهب المشهور، وسبق في سورة الطلاق شيء قريب، **والثاني**: ـ وبه قال الداركي -إنه كناية، وبه جزم الْمُتَوَلِّي.

وعن «تعليق أبي الطيب» الجزم به، واختاره أبو حاتم القزويني، وغيره؛ لاحتمال أن يريد أنها على غيره كظهر أمه، فعلى المذهب لو قال أردت به على غيري؛ قال الإمام الْغَزَالِي وغيرهما: لم يقبل، والظاهر أن المراد في الحكم باطنٌ؛ لأن اللفظ يحتمله، ولو صرح به لانتظم مع الكلام، وصرح ابن يحيى في «محيطه»: أنه لا يدين، وهو بعيد.

وَقَوْلُهُ: جِسْمُكِ أَوْ بَدَنُك أَوْ نَفْسُك كَبَدَنِ أُمِّي أَوْ جِسْمِهَا أَوْ جُمْلَتِهَا صَرِيحٌ، ....

وحكى الرَّافِعِي عن ابن كج وجهًا: إنه إذا أتى بصريح الظهار، ثم قال: أردت غيره؛ أنه يقبل ـ أي: ظاهرًا - بخلاف الطلاق؛ لأن الظهار حق الله تعالى، والطلاق حق الآدمي.

وجزم الرُّويَانِي في «التجربة» بأنه لو قال: أنت علي كظهر أمي ثم قال: أردته غيري؛ أنه لا يقبل في الحكم، انتهى.

وقوله: «في الحكم» يفهم أنه يدين، وهو الوجه.

وقال الدارمي: لو قال: أنت علي كظهر أمي، ثم قال: أردت به غيري، ففي قبوله في الحكم وجهان.

فروع: قال ابن الْقَطَّان في «فروعه»: قوله: الظهار لازم في كناية، كقوله: الطلاق لازم في كناية، وجزم الدارمي أن الظهار لازم في كناية بلا شبهة، ويشبه أن يجيء في صراحته ما ذكر من الخلاف في الطلاق، وهو كما أوضحته في «الغنية» والمشهور صراحته.

قال: (**وَقَوْلُهُ: جِسْمُكِ أَوْ بَدَنُك أَوْ نَفْسُك كَبَدَنِ أُمِّي أَوْ جِسْمِهَا أَوْ جُمْلَتِهَا صَرِيحٌ**) أي: لدخول الظهر في ذلك، وظاهر كلامه أن قوله ذلك صريح جزمًا، وإن لم يقل عليّ.

[وقال الرافعي في] «المحرر»(١): ولو قال: جسمك، أو بدنك، أو نفسك عليّ، فهو كقوله: أنت علي كظهر أمي، وقوله: كبدن أمي، أو جسمها، أو جملتها، كقوله: كظهر أمي.

وعبارة «الشرح الكبير» و«الروضة»: وقوله جملتك أو نفسك أو ذاتك أو جسمك، أو بدنك عليَّ كظهر أمي، وقوله: أنت عليَّ، وكذا قوله: أنت علي كبدن أمي، أو جسمها أو ذاتها؛ لدخول الظهر فيها، انتهى.

والظاهر أنه إذا لم يقل: عليَّ؛ لا يكون صريحًا، أو يكون فيه خلاف؛ إذ قوله: كبدن أمي، أو جسمها محتمل لإرادة أنه كمن في الهيئة والشكل، وغير

---

(١) انظر: المحرر للرافعي (ص٣٤٨).

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ قَوْلَهُ كَيَدِهَا أَوْ بَطْنِهَا أَوْ صَدْرِهَا ظِهَارٌ، وَكَذَا كَعَيْنِهَا إِنْ قَصَدَ ظِهَارًا، وَإِنْ قَصَدَ كَرَامَةً فَلَا، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ، ....

ذلك، فإذا لم يقل: عليَّ، بعد اللفظ عن الصراحة، والله أعلم.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ قَوْلَهُ: كَيَدِهَا أَوْ بَطْنِهَا أَوْ صَدْرِهَا؛ ظِهَارٌ**) إذ أشبه بعض أعضاء الأم سوى الظهر وكان مما لا يذْكَرُ فِي مَعْرَضِ الْكَرَامَةِ وَالْإِعْزَازِ كاليد، والرجل، والصدر، والبطن، والفرج، والشعر، في الجديد، واحد قولي القديم: إنه ظهار؛ لأنه تشبيه للزوجة ببعض أجزاء الأم، فكان كالتشبيه بالظهر.

وفي «الكافي» وغيره: أن نصه ورد في كتبه القديمة والجديدة.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس على صورة الظهار المعهود في الجاهلية، ويقال: إنه مُخرّج من قول قديم: أن التشبيه بغير الأم من المحارم ليس بظهار؛ للعلة المذكورة.

وقيل: هو ظهار قطعًا، وخصصها بعضهم بقوله: كفرج أمي.

وقال السرخسي: ما يصح إضافة الطلاق إليه، يصح إضافة الظهار إليه، وإلا فلا استدراك عليه.

قال الرَّافِعِي اتباعًا للمعنى: وعلى القديم يختص اتباعها للمعهود، انتهى.

وقال الدارمي: أنت كرجل، أو عضو غير الظهر من فرج، وغيره، فنص أنه صريح، وقال آخر على القديم: فإن نواه فعلى القديم وجهان؛ بناء على الإيلاء بغير الله تعالى.

وفرَّق ابن أبي هريرة بين رأس أمي وغيره، فقال: هذا كناية، إذا قلنا غيره صريح، انتهى.

قال: (**وَكَذَا كَعَيْنِهَا إِنْ قَصَدَ ظِهَارًا**) أي: وفرعنا على الجديد في الصدر، وغيره.

(**وَإِنْ قَصَدَ كَرَامَةً؛ فَلَا**) أي: فليس بظهار بلا خلاف.

(**وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: حملًا على الكرامة لاحتمالها، ويحكى عن اختيار الْقَفَّال.

وَقَوْلُهُ: رَأْسُك أَوْ ظَهْرُك أَوْ يَدُك عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ظِهَارٌ فِي الْأَظْهَرِ، ....

والثاني: يكون ظهارًا؛ لأن اللفظ صريح في التشبيه.

قال الرَّافِعِي: ونظم «التهذيب» يُشعر بترجيحه وهو اختيار القاضي الحسين، انتهى.

ثم قال آخر الفصل: ويشبه أن يرجح المنع.

وقضية كلام الدارمي، وغيره، أنه المذهب، وبترجيحه جزم الْبَغَوِي في «تعليقه» خلافًا للقفال في «شرح مختصر الجويني» للمصعبي أن نص الشَّافِعِي يدل له؛ لأن اللفظة تستعمل على سبيل الكرامة فتحمل عليه، وجعله في «المحرر» الأشبه وهو المختار الأقوى.

فرع: قال في «الروضة»: ولو قال: كزوج أي: فكقوله: كغرة أمي، كذا قاله جماعة، وعن ابن أبي هريرة: إنه ليس بظهار، ولا كناية، انتهى. وحكى كثيرون وجهًا ثالثًا: أنه صريح.

قال: (**وَقَوْلُهُ: رَأْسُك أَوْ ظَهْرُك أَوْ يَدُك عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ظِهَارٌ فِي الْأَظْهَرِ**)

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: لو شبه بعض زوجته بظهر الأم، كقوله: رأسك، أو يدك، أو ظهرك، أو فرجك، أو جلدك، أو شعرك عليَّ كظهر أمي أي: كان مظاهرًا. وكذا لو ذكر جزءًا شائعًا، كالنصف، والثلث، ويجيء فيه القول المنسوب إلى القديم للعدول عن معهود الجاهلية، ويعود إلى الطريق القاطعة أي: يكون ظهارًا، وقد عرفت حال ذلك القول، وحينئذٍ لا يحسن المتعين من النصف بالأظهر لنفي باصطلاحه.

فروع: كل ما يذكر في معرض الكرامة ففيها التفصيل السابق، ومنه الوجه، وغيره كزوج أمي، وحكى جماعة في الزوج أوجهًا: صريحًا، كناية، ليس بشيء.

وأما التشبيه برأس الأم، فالذي أورده العراقيون أنه كالتشبيه باليد والرجل، وقيل: كالعين قال في «الروضة»: وهو أقوى، وعبارة الرَّافِعِي: وهو الأقرب.

وقال المصنف في «التنقيح»: إن جعله كالعين خلاف المشهور؛ بل جعله الأكثرون كالنظر ونحوه، نص عليه في «الأم» وقطع به جماعة، ونقله أبو عليّ الطبري عن النص. ثم قال: ويحتمل وجهًا آخر: أن يصدق فيما أراد؛ لأنه قد يجري مجرى الكرامة، انتهى.

وبالجملة: فالمختار كما بينته في «الغنية» أن الرأس كالعين، ونقله الرُّويَانِي في «التجربة» عن الأصحاب، مع قوله كعين أمي وزوج أمي، فأراد به الكرامة قُبل في الحكم، ذكره أصحابنا.

قال الرَّافِعِي: ولو قال أنت علي كأمي، أو مثل أمي، فإن أراد الكرامة؛ لم يكن ظهارًا، أو الظهار فظهار، وإن أطلق فوجهان وهما قريبان من الوجهين فيما إذا قال: كعين أمي، أو أطلق، أو هما، هما، ويشبه أن يرجح في هاتين الصورتين المنع، انتهى.

وكلام «الشرح الصغير» يفهم ترجيح أنه ظهار عند الإظهار.

وقال ابن الرِّفْعَة: ليس هما، هما، فإن القاضي الحسين، والْبَغَوِي جزمًا بأنه لا يكون ظهارًا، بخلاف ما ذكراه في العين، وفي «تنقيح المصنف» عن الجمهور: القطع بأنه كناية.

قال: ولا نعلم أحدًا حكى وجهًا أنه صريح إلا الْغَزَالِي، وإمامه، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: أنت عليَّ مثل أمي أو كأمي وما أشبه ذلك من الكلام يشبه الظهار، فليس بظهار إلا أن يريد به الظهار، مثل النية في الطلاق، انتهى.

وأحسبه كذلك في «الأم» وغيره.

قال: (**وَالتَّشْبِيهُ بِالْجَدَّةِ ظِهَارٌ**) وإن بعدت؛ لأنهن أمهات ولدنه، ويشاركن الأم في العتق، وسقوط القود، ووجوب النفقة، وقيل: هي على الخلاف في الأخت ونحوها.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: طَرْدُهُ**) أي: طرد هذا الحكم.

فِي كُلِّ مَحْرَمٍ لَمْ يَطْرَأْ تَحْرِيمُهَا، لَا مُرْضِعَةٍ وَزَوْجَةِ ابْنٍ، وَلَوْ شَبَّهَ بِأَجْنَبِيَّةٍ وَمُطَلَّقَةٍ وَأُخْتِ زَوْجَةٍ وَأَبٍ وَمُلَاعَنَةٍ فَلَغْوٌ.

(**فِي كُلِّ مَحْرَمٍ لَمْ يَطْرَأْ تَحْرِيمُهَا**) أي: كالأخت والخالة والعمة؛ لأنه شبهها بحرمة القرابة أبدًا فأشبهت الأم، وكلامه يفهم أن الجدة كالأم بلا خلاف، وليس كذلك؛ بل هو المشهور، ونصوص الشَّافِعِي في «الجديد» متفقة على أن الظهار لا يختص بالتشبيه بالأم؛ بل التشبيه بالمحارم من النسب والرضاع في مقتضى التشبيه بالأم، ونص في «القديم» على القولين:

أحدهما: اختصاصه بالأم؛ لورود النص.

والثاني: كـ«الجديد» وللأصحاب في ذلك اختلاف كبير حاصله سبعة أقوال، أو أوجه:

أحدها: اقتصار الظهار على التشبيه بالأم فقط.

والثاني: إلحاق الجدات بها فقط.

والثالث: إلحاق محارم النسب.

والرابع: إلحاق محارم الرضاع أيضًا إذا لم يعهدن محللات.

الخامس: إلحاقهن وإن عهدن محللات.

والسادس: إلحاق محارم المصاهرة بالشرط المذكور.

السابع: إلحاقهن بحذف الشرط.

والمذهب منها: إلحاق كل من لم تزل محرمة من نسب، أو رضاع، أو صهر بالأم، دون من طرأ تحريمها برضاع أو صهر. قال: (**لَا مُرْضِعَةٍ وَزَوْجَةِ ابْنٍ**) لنقص مرتبتهما في المحرمة، ولاحتمال إرادة الحالة التي كانت حلالًا له فيها، وعبر بهذا من قول «المحرر»: إلا أن تكون المرأة حلالًا ثم تصير محرمًا كالمرضعة وابنتها المولودة قبل أن ترضع، وكالتي نكحها أبوه بعد ولادته، انتهى.

قال الدارمي: وقيل ظهار إذا نوى.

قال: (**وَلَوْ شَبَّهَ بِأَجْنَبِيَّةٍ وَمُطَلَّقَةٍ وَأُخْتِ زَوْجَةٍ وَأَبٍ وَمُلَاعَنَةٍ فَلَغْوٌ**) أما غير الأب والملاعنة؛ فلأنهن لا يشبهن الأم، وأما الأب؛ فلأنه ليس محللًا

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْ زَوْجَتِي الْأُخْرَى فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَظَاهَرَ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْ فُلَانَةَ وَفُلَانَةُ أَجْنَبِيَّةٌ فَخَاطَبَهَا بِظِهَارٍ لَمْ يَصِرْ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ اللَّفْظَ، فَلَوْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ مِنْهَا لَصَارَ مُظَاهِرًا، وَلَوْ قَالَ مِنْ فُلَانَةَ الْأَجْنَبِيَّةِ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ لَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا، وَإِنْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ.

للاستمتاع، وكان كقوله: كظهر دابتي، وأما الملاعنة فإن تحريمها وإن تأبد فليس المحرمية والوصلة.

قال: (**وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ كَقَوْلِهِ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْ زَوْجَتِي الْأُخْرَى؛ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَظَاهَرَ؛ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا**) لأنه كان طلاقًا في الجاهلية، والطلاق يصح تعليقه على الشروط، ولأنه يشبه الطلاق من حيث تعلق التحريم واليمين في تعلق الكفارة، وكلاهما يقبل التعليق.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْ فُلَانَةَ وَفُلَانَةُ أَجْنَبِيَّةٌ فَخَاطَبَهَا بِظِهَارٍ؛ لَمْ يَصِرْ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ**)؛ أي: لعدم صحة الظهار من الأجنبية.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُرِيدَ اللَّفْظَ**) أي: أن يريد التعليق على الإتيان بهذا اللفظ، فيصير مظاهرًا من زوجته؛ لوجود الصفة المعلق عليها.

قال: (**فَلَوْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ مِنْهَا**) يعني: نكحها، ثم ظاهر منها.

(**صَارَ مُظَاهِرًا**) من زوجته الأولى؛ لوجود الصفة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: مِنْ فُلَانَةَ الْأَجْنَبِيَّةِ؛ فَكَذَلِكَ**) يعني: فحكمه ما سبق من أنه إذا نكحها، ثم ظاهر منها؛ صار مظاهرًا من زوجته الأولى، هذا ما رجحه الرَّافِعِي، قال: وذكر «الأجنبية» في مثل ذلك للتعريف دون الشرط.

قال: (**وَقِيلَ: لَا يَصِيرُ مُظَاهِرًا، وَإِنْ نَكَحَهَا وَظَاهَرَ**) أي: منها؛ لأنه إذا نكحها خرجت من كونها أجنبية، فجعل قائله ذكر الأجنبية شرطًا كقوله: إن ظاهرت منها أجنبية، وهذا الوجه الأصح في «المقنع» و«التحرير» و«الفروع» و«البيان» وغيرها.

تنبيهات: منها: المسألة محتملة، ويشبه أن يقال: يستفسر ويعمل بتفسيره، فإن أطلق فتردد، ويبعد ألا يقبل تفسيره على الأوجه الأولى.

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ فَلَغْوٌ، ....

ومنها: قال الرَّافِعِي: والوجهان كالوجهين، فيما إذا قال: لا أكلم هذا الصبي، وكلمه بعدما صار شيخًا، ونظائره، والذي رجحه في المشبه به عدم الحنث، خلاف ما رجحه هنا، وقد يفرق بأنا لو لم نحمله هنا على التعريف كان تعليقًا بالمحال؛ إذ الظهار من الأجنبية لغو فيبعد الحمل عليه، بخلاف صورة اليمين؛ لكن في «الشامل»: إن الوجهين هنا هما الوجهان هناك، وفي «الحاوي»: إنهما أصل الوجهين هنا.

ومنها: صور الدارمي المسألة فيما لو قال: إن ظاهرت من فلانة الأجنبية، ثم تزوجها فظاهر منها، فهل يقع على الأولى؟ وجهان، وكذلك إن آليت من فلانة الأجنبية، فالوجهان، انتهى.

فإن كانت أجنبية من كلام المظاهر، فالذي اقتضاه كلام الْبَغَوِي في «التعليق» والرَّافِعِي، وغيرهما، أنه لا يصير مظاهرًا من الأولى بعد نكاح الأجنبية بلا خلاف، والظاهر أنه أراد الصورة الآتية في «الكتاب».

قال: (وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْت مِنْهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ؛ فَلَغْوٌ) لأنه شرط وقوع الظهار حال كونها أجنبية وذلك باطل وكان كالتعليق بالمستحيل، فأشبه قوله: إن بعت الحمار فأنت طالق، أو علي كظهر أمي، وأتى بلفظ البيع؛ فلا طلاق ولا ظهار. وحمل الْمُزَنِي اللفظ في مثل هذا على صورة الظهار والبيع ووافقه بعض الأصحاب، وأيضًا ففي تعليق الطلاق بالمستحيلات خلاف مشهور هناك.

فرع: قال: إن دخلت الدار فأنت عليَّ كظهر أمي، فدخلت وهو مجنون أو ناسٍ.

قال ابن الْقَطَّان: ففي حصول العود ولزوم الكفارة خلاف حنث الناسي.

قال ابن كج: وعندي أنها يلزم بلا خلاف، كما لو علق طلاقها بالدخول فدخلت وهو مجنون، وإنما يؤثر النسيان والإكراه في فعل المحلوف على فعله.

قال الرَّافِعِي: وهذا هو الوجه، وفي «الروضة»: إنه الصواب.

وقال ابن الرِّفْعَة: الوجه ما قاله ابن الْقَطَّان في الناسي؛ لأن وزان الطلاق

وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَلَمْ يَنْوِ أَوْ نَوَى الطَّلَاقَ أَوْ الظِّهَارَ أَوْ هُمَا أَوْ الظِّهَارَ بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَالطَّلَاقُ بِكَظَهْرِ أُمِّي طَلُقَتْ وَلَا ظِهَارَ، أَوْ الطَّلَاقَ بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَالظِّهَارَ بِالْبَاقِي طَلُقَتْ وَحَصَلَ الظِّهَارُ إنْ كَانَ طَلَاقَ رَجْعَةٍ].

المعلق الظهار المعلق، وهو حاصل، ولم يخالفه فيه ابن الْقَطَّان، وإنما خالف في حصول العود ولزوم الكفارة، وهو أمر يحدث بعد وجود الظهار، وقد حصل في حالة النسيان؛ فكان كالفعل في تلك الحالة. وقد حكى الرَّافِعِي من بعد أن رأى صاحب «التهذيب» وغيره تخريج المسألة على حنث الناسي، وأن هذا أحسن، وهو ما أورده الْمُتَوَلِّي أيضًا. وأما في المجنون فالوجه القطع بعد الوجوب؛ لما سيأتي أنه إذا جنَّ عقب الظهار لا يكون عائدًا؛ لأنه لم يمسكها بعد الظهار، ولأنه يمكنه أن يطلق فيه، انتهى.

وعنى الرَّافِعِي بقوله: «وهذا أحسن» يعني: مما قيل: إنه المشهور أنه إذا علق على فعل نفسه ونسي الظهار؛ أنه لا يعذر في نسيانه، والوجه تخريج المسألة على حنث الجاهل والناسي، وليس كتعليق الطلاق بدخولها فدخلت وهو مجنون؛ لأن الكلام هنا في العود، والعود إمساكه بعد الظهار، وقد وجد في حالتي الجهل والنسيان؛ بل يظهر أنه لا يكون عائدًا؛ لأن الناسي والجاهل لا يصدق عليه أنه عاد فيما قال، وإنما جعلنا الإمساك عودًا؛ لتضمنه خلاف ما قال؛ لأن من حرم، ثم أمسك بعد حالة فعله، ومن لم يعمل لم يصدر منه مخالفة، فيشبه ألا يجعل عليه، وإن حنثنا الناسي في الطلاق.

قال الدارمي: ويقع الظهار بالصفة، فإذا وجدت فعلم بها وأمسك فعود، وإن كان ناسيًا أو جاهلًا، أو مجنونًا ونحوه؛ فقولان بناء على الطلاق، وكذا إن كان عائدًا، قاله ابن المرزبان وذكر في درسه أولى حتى يعلم قولًا واحدًا، وهو أصح، انتهى.

قال: **(وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَلَمْ يَنْوِ أَوْ نَوَى الطَّلَاقَ أَوْ الظهار، أَوْ هُمَا، أَوْ الظهار بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَالطَّلَاقُ بِكَظَهْرِ أُمِّي؛ طَلُقَتْ وَلَا ظِهَارَ، أَوْ الطَّلَاقَ بِأَنْتِ طَالِقٌ، وَالظِّهَارَ بِالْبَاقِي؛ طَلُقَتْ وَحَصَلَ الظِّهَارُ إنْ كَانَ طَلَاقَ رَجْعَةٍ)** للمسألة أحوال:

....

إحداها: ألا ينوي شيئًا، فتطلق؛ لأنه أتى بلفظه الصريح، ولا ظهار؛ إذ قوله: كظهر أمي لا استقلال له، وقد انقطع من قوله: «أنت» بالفاصل بينهما فخرج عن الصراحة، ولم يقصد به الظهار، هذا هو المشهور.

وحكى الرَّافِعِي من بعد: أنه لو عكس، فقال: أنت كظهر أمي طالق، ولم يعتقد شيئًا؛ صح الظهار، وفي وقوع طلاقه وجهان.

قال: فقياس من أوقع الطلاق هنا أن يجعله في هذه مظاهرًا، قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وفي الجواب عن هذا السؤال عسر، انتهى.

قلت: صرح الدارمي بالخلاف هنا فقال: إن لم يكن له نية طلقت، وفي الظهار وجهان، نص على أنه لا ظهار واستوت الصورتان.

الثانية: أن يريد بمجموع كلامه الطلاق، وحده وقصده أنها تصير محرمة عليه بالطلاق كظهر أمه، وجعل ذلك تفسير الحكم بالطلاق وتأكيدًا له، فتطلق، ولا ظهار، ووجهها ظاهر، قال الْمَاوَرْدِي: ولا يكون آثمًا.

الثالثة: أن يقصد بذلك الظهار وحده.

قال الرَّافِعِي: إن قصد ذلك بجميع اللفظ؛ طلقت ولا ظهار، وعن أبي علي الطبري، وأبي الحسن فيما روى ابن كج: إنه يلزمه الظهار أيضًا بإقراره.

قلت: ويوافقه قول الدارمي: وإن نوى الظهار لزمه، أو الطلاق لزمه، وفي الظهار الوجهان، نعم الذي في «الإفصاح»: ولو قال: أنت طالق كظهر أمي، يريد الظهار فهو طلاق؛ لأنه صرح به اللهم إلا أن يريد الظهار بقوله: كظهر أمي، فيكون مطلقًا مظاهرًا، انتهى لفظه، وفي صحة نسب ذلك إليه وقفة.

الرابعة: أن يقصد الطلاق والظهار معًا.

قال الرَّافِعِي: وغيرهما إن قصدهما بمجموع كلامه طلقت ولا ظهار؛ لأنه لم ينو به الظهار، وإنما نواه بالمجموع، هذا هو الصحيح، وقيل: يلزمه الظهار لإقراره به.

الخامسة: أن يقصد الطلاق بقوله: أنت طالق، والظهار بقوله: كظهر

قال المصنف: [فَصْلٌ عَلَى الْمُظَاهِرِ كَفَّارَةٌ إِذَا عَادَ وَهُوَ أَنْ يُمْسِكَهَا بَعْدَ ظِهَارِهِ زَمَنَ إِمْكَانِ فُرْقَةٍ، ....

أمي؛ فتطلق لا محالة، ويقع الظهار، وإن كان الطلاق رجعيًا؛ لأن الظهار يصح من الرجعة، وقد أتى به مع النية.

وعن الْقَفَّال: المنع، لأنا إذا استعملنا قوله: أنت طالق في إيقاع الطلاق، لم ينو إلا قوله: كظهر أمي، وكذلك بمجرده لا يصلح كناية.

وأطلق القاضي أبو الطيب: أنه يكون مطلقًا مظاهرًا، قال: ويكون تقديره: أنت طالق، وأنت كظهر أمي، والقلب إلى هذا أميل، ومن أطلق أنه إذا أراد الظهار فقط يكون مطلقًا مظاهرًا، فقياسه هنا أن يكون هنا كذلك.

السادسة: - ولم يذكرها المصنف- أن يريد غيرهما، فكالأولى، وفي الظهار وجهان، ولفظ الدارمي: وإن نوى غيرهما لم يقبل في الطلاق، ولا في الظهار، وإن قيل صريح.

قال الشارح:

قال:

(فَصْلٌ)

عَلَى الْمُظَاهِرِ كَفَّارَةٌ إِذَا عَادَ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ٣﴾ [المجادلة: ٣] ولكن هل سبب الوجوب العود فقط، أم الظهار والعود معًا، أم الظهار فقط والعود شرط له؟ فيه أوجه، ولم يرجحا شيئًا.

قال: (**وَهُوَ**) أي: العود. (**أَنْ يُمْسِكَهَا بَعْدَ ظِهَارِهِ زَمَنَ إِمْكَانِ فُرْقَةٍ**)؛ لأن قضية التشبيه بالأم يقتضي ألا يمسكها زوجة، فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال؛ لأن العود للقول مخالفته، يقال: قال قولًا ثم عاد فيه، وعاد له أي: خالفه، ونقضه، هذا التفسير الجديد المشهور، وقول الجمهور(١).

---

(١) وَكَذَا لَوْ قَالَ عَقِبَ الظِّهَارِ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ مَثَلًا فَلَمْ تَقْبَلْ، فَقَالَ عَقِبَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ بِلَا ـ

فَلَوْ اتَّصَلَتْ بِهِ فُرْقَةٌ، بِمَوْتٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَمْ يُرَاجِعْ أَوْ جُنَّ فَلَا عَوْدَ، وَكَذَا لَوْ مَلَكَهَا أَوْ لَاعَنَهَا فِي الْأَصَحِّ، بِشَرْطِ سَبْقِ الْقَذْفِ ظِهَارَهُ فِي الْأَصَحِّ، ......

وعن «القديم»: إن العود هو العزم على الوطء، وحكى الإمام وغيره عن «القديم»: إنه الوطء، وهذا في الظهار المؤبد، والمطلق، وأما المؤقت فقد ذكر من بعد أن العود لا يحصل بالإمساك على الأصح؛ بل بوطء في المدة.

قال: (**فَلَوْ اتَّصَلَتْ بِهِ فُرْقَةٌ، بِمَوْتٍ أَوْ فَسْخٍ، أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَجْعِيٍّ وَلَمْ يُرَاجِعْ أَوْ جُنَّ؛ فَلَا عَوْدَ**) أي: ولا كفارة؛ إذ لم يوجد العود الذي هو سبب الوجود، أو شرطه، وهذه الصورة متفق عليها فيما نعلم، إلا صورة الجنون فالمشهور فيها ما ذكره.

وجزم الْمَاوَرْدِي بكونه عائدًا، قال: لِأَنَّ الْجُنُونَ لَا يُحَرِّمُ بِخِلَافِ الرِّدَّةِ، وَالْقَصْدُ فِي الْعَوْدِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ الْجُنُونُ، والظاهر الأول؛ لأنه يتعذر عليه الفراق عقب اللفظ، فلا يعد عائدًا فيما فعل، فعلى هذا لو أفاق ثم أمسكها كان عائدًا، ولا تكون الإفاقة نفسها عودًا على المشهور، وقيل: على الخلاف في الرجعة، وهو غلط.

إشارة: قوله «بموت أو فسخ» يعني: موته أو موتها، وكذلك الفسخ، أو الانفساخ، كالردة قبل الدخول.

قال: (**وَكَذَا لَوْ مَلَكَهَا أَوْ لَاعَنَهَا فِي الْأَصَحِّ، بِشَرْطِ سَبْقِ الْقَذْفِ ظِهَارَهُ فِي الْأَصَحِّ**) فيه مسألتان: **الأولى**: إذا ظاهر من زوجته الأمة، ثم اشتراها متصلًا بالظهار من غير فصل، انفسخ النكاح، وهل يكون ذلك عودًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه عود، فتجب الكفارة؛ لأنه لم يحرمها على نفسه عقب الظهار.

قال الْمَاوَرْدِي: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي.

= عِوَضٍ فَلَيْسَ بِعَائِدٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: يَا زَانِيَةُ أَنْتِ طَالِقٌ كَقَوْلِهِ: يَا زَيْنَبُ أَنْتِ طَالِقٌ، وَمَا تَقَدَّمَ مِنْ حُصُولِ الْعَوْدِ بِمَا ذُكِرَ مَحِلُّهُ إِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِالظِّهَارِ فُرْقَةٌ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِهَا. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٢٣).

والثاني: وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة ـ المنع، وحملا النص على شراء وقع بعد مضي زمن العود، وأيد بقوله: ثم اشتراها، و«ثم» للتراخي.

وبقوله: لأنها لزمت، وهي زوجة، قال المحاملي وغيره: وهذا أصح، وصورها المحاملي بأن يقول: أنت علي كظهر أمي، ابتعت منك، هذه منك، هذه الجارية.

وفي «الشامل» و«البيان»: بعني إياها بكذا، فقالت: بعتك، قال: أو يقول سيدها: بعتكها بكذا، فتقول: قبلت.

وذكر الْمَاوَرْدِي وجهًا ثالثًا: وهو إِنْ كَانَ الشِّرَاءُ عُقَيْبَ الظِّهَارِ بِأَنِ ابْتَدَأَ الزَّوْجُ بِالطَّلَبِ فَقَالَ لِلْمَالِكِ: بِعْنِي فَقَالَ: قَدْ بِعْتُ، لَمْ يَكُنْ عَائِدًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَعَ عُقَيْبَ ظِهَارِهِ فِيمَا يَرْفَعُ الزَّوْجِيَّةَ فَلَمْ يَكُنْ عَائِدًا كَمَا لَوْ شَرَعَ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنِ ابْتَدَأَ الْمَالِكُ عُقَيْبَ ظِهَارِهِ بِالْبَذْلِ فَقَالَ: قَدْ بِعْتُكَ فَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ قَبِلْتُ صَارَ عَائِدًا ؛ لِأَنَّ بَذْلَ الْمَالِكِ غَيْرُ مَنْسُوبٍ إِلَى فِعْلِ الزَّوْجِ فَصَارَ الزَّوْجُ فِي زَمَانِ الْبَذْلِ مُمْسِكًا عَنْ رَفْعِ الزَّوْجِيَّةِ وَمَا يَعْقُبُ الْبَذْلَ مِنْ قَبُولِهِ الرَّافِعِ لِلزَّوْجِيَّةِ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ زَمَانِ الْعَوْدِ فَلِذَلِكَ صَارَ عَائِدًا وَوَجَبَتْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ فَامْتَنَعَ مِنْهَا حَتَّى يُكَفِّرَ، وَلِهَذَا الْوَجْهِ وَجْهٌ بَيِّنٌ، والله أَعْلَمُ.

قلت: والظاهر أن السيد لو أوجب قبل إتمامه كلمة الظهار، فقبل عقبها متصلًا ؛ لا يكون عائدًا جزمًا، ويؤيده قول الدارمي: لو سألته - يعني: الحرة - الخلع، فظاهر وخلع ؛ سقطت، وإن تظاهر، ثم سألته فخالع ؛ فوجهان.

تنبيهات: **الأول**: الأشبه عند الرَّافِعِي، والأصح في «الروضة» وهو قضية كلام العراقيين: أنه لو اشتغل بأسباب الشراء كالمساومة، وتقرير الثمن، كان عائدًا، وبمقابله أجاب الْبَغَوِي.

واقتضى كلام الرُّويَانِي في «التجربة» أنه المذهب، حيث قال لسيدها: بعنيها، فباعه، انفسخ النكاح، ولا يصير عائدًا ؛ لإبطاله النكاح عقبه، وله وطؤها بملك اليمين.

قال الْقَفَّال: وكذا لو اشتغل بأسباب الشراء في المساومة، والمماكسة، إلى أن تم الشراء، وغالط من قال غيره، انتهى.

قال الإمام: وهذا الخلاف إذا كان الشراء متيسرًا، أما إن كان متعذرًا فالاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي.

الثاني: قول المصنف «وكذا لو ملكها» فيه شمول، والتصوير المنصوص للأصحاب فيما إذا اشتراها متصلًا بالظهار.

وعبارة «المحرر»: فاشتراها على الاتصال، ويرد على لفظه «المنهاج»: ما لو ورثها متصلًا بذلك، فينفسخ النكاح، ولا عود قطعًا؛ لعدم تمكنه من الطلاق، ومثله ما لو أوصى له بها، وملكناه بالموت، وإن قلنا بالقبول فقبل متصلًا؛ فيشبه أن يكون على الوجهين، ويحتمل غيره، نعم لو كان سفيهًا محجورًا، فقبل الوصية له وليه مع تمام لفظه، وكالإرث، ولو اتهمها فيحتمل أن يجعل كالشراء، والأقرب أنه عائد جزمًا؛ إذ لا تملك الهبة إلا بالقبض على المشهور.

والمسألة الثانية: نص في «المختصر»: إنه إذا لاعنها عقب الظهار لا يكون عائدًا، ولفظه في «الأم»: ولو تظاهر منها، ثم لاعنها مكانه بلا فصل؛ نكانت فرقة لهما ويفرق بينهما، ويسقط الظهار.

واختلفوا في نص «المختصر»: فمنهم: من حمله على ما إذا سبق القذف والمرافعة إلى الحاكم، وأتى بما قبل الخامسة من كلمات اللعان، ثم ظاهر، وعقبه بالخامسة، وإلا فعائد، وبه قال ابن الحداد.

ومنهم: من حمله على ما إذا سبق القذف فقط، ولم يشترط تقدم شيء من كلمات اللعان واكتفى بوصلها بالظهار، وبهذا الطريق قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وابن الوكيل، وهو الصحيح، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الأكثرين، واستدل بأنه لا فرق في الكلمات الموجبة للفرقة بين الطول والقصر، بأنه لو قال عقب الظهار: أنت يا فلانة بنت فلان الفلاني طالق، وأطال، وذكر التسمية والنسب؛ فإنه لا يكون عائدًا، ثم المفهوم من إيراد جماعة من أهل

وَلَوْ رَاجَعَ أَوْ ارْتَدَّ، مُتَّصِلًا ثُمَّ أَسْلَمَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ عَائِدٌ بِالرَّجْعَةِ، لَا بِالْإِسْلَامِ، بَلْ بَعْدَهُ،

هذا الطريق أنه يشترط سبق المرافعة، بحيث يشرع في الكلمات عقب الظهار، وبه صرح الإمام، والْبَغَوِي، وكلام القاضي الحسين يقتضيه، وجزما به في «الروضة» و«الشرح الصغير» على هذه الطريقة، ورجحاها، وحينئذٍ يجب تقييد إطلاق «المنهاج» و«المحرر».

وعن ابن داود: أنه لا يشترط تقدم المرافعة على هذه الطريقة، وهو قضية إطلاق «المنهاج» و«المحرر» و«مختصر الجويني» و«خلاصة الْغَزَالِي» وغيرها، ونقله في «التنقيح» عن لفظ الجرجاني، وأكثر الكتب ساكتة عنه.

ومنهم: من لم يشترط سبق القذف؛ بل لو ظاهر، وقذف متصلًا به واشتغل بالمرافعة، وأسباب اللعان لم يكن عائدًا، وبه قال ابن سلمة، وعليه ينطبق قول الْقَفَّال في «شرح الفروع»: لو قال: أنت علي كظهر أمي يا زانية، قومي معي إلى الحاكم؛ لألاعنك، فترافعا إليه، وفارقها باللعان؛ لم يلزمه الكفارة، وإن احتاج إلى الجلوس على باب الحاكم يومين وثلاثة إلى أن يلقاه؛ لأنه اشتغل عقب الظهار بسبب الفرقة، واستلام ذلك السبب إلى أن فارقها، انتهى.

وفي «الشامل» و«التتمة»: إن الْمُزَنِي صرح بذلك في «الجامع الكبير».

قال أبو العباس: لا يعرف هذا للشافعي، فلا وجه له.

وفي «الحاوي»: إن أبا إسحاق أنكر كون ذلك في «الجامع الكبير» وهذه الطريقة ضعيفة، وادعى كثيرون نفي الخلاف في هذه الحالة.

قال: (**وَلَوْ رَاجَعَ أَوْ ارْتَدَّ مُتَّصِلًا**) أي: بالظهار، وهي مدخول بها.

(**ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ عَائِدٌ بِالرَّجْعَةِ، لَا بِالْإِسْلَامِ؛ بَلْ بَعْدَهُ**) إذا ظاهر من رجعته زمنًا يمكنه الطلاق فيه، لزمته الكفارة، وهل يجب بنفس الرجعة حتى لو طلقها عقب الرجعة لم يسقط، أم لا يجب إلا بعد مضي زمن يمكن فيه المفارقة؟ فيه قولان منصوصان:

أظهرهما: وهو نص «المختصر» و«الأم»- الأول؛ لأن العود الإمساك، والرجعة إمساك، هذا أشهر الطريقتين، ولم يذكر العراقيون غيرها.

……………………………………

وقيل: عود قطعًا، وهو ما في «الروضة» و«المنهاج». وأما مسألة الردة فهل يكون عائدًا بنفس الإسلام، أم لا بد من مضي زمن يسع الفرقة؟

مقتضى كلام جماعة من العراقيين أنه على الخلاف في الرجعة، كذا قاله القاضي أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي، وغيرهما.

وقال الفوراني وغيره: نص في رجوع المرتد أنه لا يكون عودًا، ونص أن الرجعة عود، فقيل: قولان، وقيل: بتقريرهما، وفرق بأن مقصود الرجعة الاستباحة، والمقصود من الإسلام الرجوع إلى الحق.

فرع: علقه بصفة فوجدت فأمسكها جاهلًا أو ناسيًا، ففي «العمد» و«الإبانة»: وإن علق بفعل نفسه ففعل ناسيًا للظهار، صار عائدًا؛ لأن النسيان لا يكون عذرًا في إسقاط ما يلزمه، وإن علق بفعل غيره كقدوم زيد ونحوه، إذا وجدت الصفة، صار مظاهرًا، إلا أنه لا يصير عائدًا حتى يشعر به، كما لو ظاهر فأغمي عليه، أو جن قبل إمكان الطلاق، وتابعه الغزالي.

وفي «التتمة»: إن ظاهر المذهب في فعل الغير أنه لا يكون عائدًا، وفيه وجه مخرج من حنث النَّاسي، وأما فعل نفسه ففي كونه موليًا فقولان بناءً على حنث الناسي. وذكر الْبَغَوِي ما سبق عن الفوراني، ثم قال: ويمكن بناء ذلك على حنث الناسي في الصورتين جميعًا.

قال الرَّافِعِي والمصنف: وهذه الطريقة أحسن، بعد أن قال الرَّافِعِي: إن المشهور في فعله أنه يكون عائدًا، وعبَّر في «الروضة» عن هذا، فالمعروف في المذهب أنه عائد، وفيما ذكراه من الشهرة نظر!

ولم أر من قال ذلك إلا الفوراني، وتبعه الْبَغَوِي، والْغَزَالِي، وصرح الْمُتَوَلِّي بالتخريج على حنث الناسي، وهو مقتضى كلام ابن القطان، وابن كج، وجزم به في «الكافي» وسبق كلام الدارمي فيه، وبهذا أن المشهور أن التخريج على حنث الجاهل والناسي، نعم هل يجري ذلك فيمن ظاهر، ثم أمسكها جاهلًا بالحكم؟

وَلَا تَسْقُطُ الْكَفَّارَةُ بَعْدَ الْعَوْدِ بِفُرْقَةٍ وَيَحْرُمُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ وَطْءٌ، وَكَذَا لَمْسٌ وَنَحْوُهُ بِشَهْوَةٍ فِي الْأَظْهَرِ. ....

قال في «المطلب»: قد يقال بذلك، لكن هذه الصورة بمورد الخبر أشبه، فيظهر أن يقطع فيها بحصول العود، فأشار بالخبر إلى حديث أوس بن الصامت في ذلك، هو سبب نزول آية الظهار، كما سبق.

وبهذا تبين أن بين كلام «الروضة» هنا، وبين ما سبق عنه تباين كبير، إذا علق بفعله، أو بفعل غيره، وفعل، صار عنه علمه بالفعل كأنه الآن تلفظ بالظهار، فإن أمسكها بعده فعائد، وإلا فلا.

قال: **(وَلَا تَسْقُطُ الْكَفَّارَةُ بَعْدَ الْعَوْدِ بِفُرْقَةٍ)** أي: كالدين لا يسقط بعد ثبوته، وشمل قوله فرقة الطلاق، وموت أحدهما، وفسخ النكاح، كما صرَّح بذلك في «المحرر».

قال: **(وَيَحْرُمُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ وَطْءٌ)** أي: سواء كان التكفير بالعتق، أو الإطعام، أو الصوم؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] وقال تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ﴾ ولو كفر بالطعام فكذلك، وإن سكت عنه قول تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ [المجادلة: ٤]؛ حملًا للمطلق على المقيد عند اتخاذ الواقعة، وسواء فيه الوطأة الأولى، وما بعدها، كما صرح به «المحرر»؛ لقوله ﷺ: **«فمن ظاهر لا يقربها حتى يكفر»**[1] حسنه الترمذي.

فلو وطئ قبل التكفير عالمًا مختارًا عصى، ولا يلزمه كفارة أخرى وهي التحريم حتى يكفِّر، ولو وجبت الكفارة في الظهار المؤقت لحرم الوطء حتى يكفِّر وتنقضي المدة، فإذا انقضت حل؛ لارتفاع الظهار، وبقيت الكفارة في ذمته.

قال: **(وَكَذَا لَمْسٌ وَنَحْوُهُ بِشَهْوَةٍ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: تغليظًا عليه، وهو حري به، وليكن إلجاءً له على أداء الكفارة، ولأن ذلك قد يدعو إلى الوطء ويفضي

---

[1] أخرجه الترمذي (١١٩٩).

قُلْت: الْأَظْهَرُ الْجَوَازُ وَالله أَعْلَمُ].

إليه، ولأن الظهار لفظ يحرم الوطء، فيحرم سائر الاستمتاعات كالطلاق، وأيضًا فقوله: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣] يشمل الوطء وغيره من الاستمتاع، وهذا ما رجحه القاضي الحسين، والشيخ أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» والإمام، والْمُتَوَلِّي، والمصعبي، وصاحب «المعتبر» والْمُتَوَلِّي، ومحمد بن يحيى في «محيطه» وهؤلاء مراوزة.

ومن صححه من العراقيين: المحاملي في «المجموع» وسليم في «المجرد» وأحسبه اختيار أبي حامد شيخهما، ورجحه الجرجاني في«الشافي» و«التحرير» واختاره الرُّويَانِي في «الحلية».

قال: وبه قال مالك، وأبو حنيفة وأحمد في أصح الروايتين عنه، كما قاله العبدري، وحكى الْمَاوَرْدِي عن أبي حنيفة الجواز ولعلها رواية أخرى وممن صححه صاحب «الانتصار» وجزم به في «تنبيهه».

قال: (**قُلْت: الْأَظْهَرُ الْجَوَازُ، وَالله أَعْلَمُ**) لأن الظهار معنى لا يحل بالملك، فأشبه الصوم والحيض، والآية محمولة على الوطء، وهذا ما جاء ترجيحه في «الروضة» و«الشرحين» إلى الجمهور، وفيه نظر!.

نعم، رجحه جماعة منهم: العمراني، والمحاملي في «المقنع» وهو ظاهر نص «الأم» و«المختصر».

قال الرَّافِعِي: ويؤيده أن التحريم منسوب إلى «القديم» ومقابله إلى «الجديد» وحكى ابن كج طريقة قاطعة به وصححها.

إشارات: في نسبة ترجيح الجواز نظر؛ لما قدمناه من ترجيح المنع، وأطلق جماعة الخلاف بلا ترجيح، ونقله آخرون وجهين، وقيل: المسألة مما يفتى فيه على «القديم» ونسب الرَّافِعِي ترجيح التحريم إلى ابن الصباغ، وانتقد عليه، لِمَ لَا يُفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ تُحَرِّكُ الْقُبْلَةُ وَنَحْوُهَا شَهْوَتَهُ وَغَيْرِهِ كَمَا سَبَقَ فِي الصَّوْمِ، وَيَنْبَغِي الْجَزْمُ بِالتَّحْرِيمِ إِذَا عَلِمَ مِنْ عَادَتِهِ أَنَّهُ لَوْ اسْتَمْتَعَ لِوَطْءِ لِشَبَقِهِ وَرِقَّةِ تَقْوَاهُ.

....

وهل يجري الخلاف فيما عدا الوطء في الفرج، أو فيما فوق السرة ودون الركبة؟

قضيته: قال ابن الرفعة: كلام «التنبيه» و«الشامل» الأول، وبه صرح القاضي الحسين في «التعليق» وإيراد الغزالي يقتضي أنه خاص بالثاني؛ لأنه قال بعده: إن لم يحرم إلا الوطء ففي الاستمتاع بما دون السرة إلى الركبة خلاف مبني على أنَّا إن حرمنا ذلك في الحائض، عللنا بانتشار الأذى، أو لحوق الوقوع في الوقاع، انتهى.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط»: قوله: «وإن لم يحرم إلا الوطء، ففي الاستمتاع بما دون السرة والركبة خلاف» كالمتناقض؛ ولكن معناه وهو مراده: أنَّا إذا قلنا لا يحرم جميع الاستمتاعات فالوطء حرام بلا خلاف، وما فوق السرة وتحت الركبة حلال بلا خلاف، وفيما بين السرة والركبة خلاف، هذا - والله أعلم - مراده، وهو نحوه أو مثل ما قال شيخه في «النهاية» وهذا الخلاف يرد، حكاه في «النهاية».

قال الإمام: فإذا لم يحرم الاستمتاع فلا بأس بالتلذذ وإن أفضى إلى الإنزال، انتهى.

ومراد الغزالي ما ذكره الشيخ بلا شك، كما بينته عبارة «الوسيط» وهذا الاختلاف احتمالان لإمامه كما يدل عليه كلام «الروضة» و«الشرح». والذي يقتضيه كلام الأصحاب ما ذكره القاضي الحسين وغيره، ألا تراهم مثلوا بالقبلة والمعانقة، وحملوها من أمثلة القولين!

وهل يدخل النظر بشهوة في الاستمتاع حتى يجري فيه القولان؟

المفهوم من إيراد الجمهور أنه لا يجزم جزمًا، وعبارة الإمام: فهل يحرم سائر جهات الاستمتاع كالمس، والمعانقة، والقبلة وغيرها من وجوه الاستمتاع؟ وكلام الدارمي ظاهر في أنه ليس في النظر خلاف؛ إذ قال: وفي دون الفرج والقبلة وجهان، ونصه يجوز ويستحب تقديم الكفارة عليه، ويجوز النظر، انتهى.

قال المصنف: [وَيَصِحُّ الظِّهَارُ الْمُؤَقَّتُ مُؤَقَّتًا، وَفِي قَوْلٍ مُؤَبَّدًا، وَفِي قَوْلٍ لَغْوًا،

وكلام ابن أبي هريرة في «تعليقه» يقتضي جريان الخلاف فيه؛ لأنه وجه التحريم، فإن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية فنسخ للكفارة، ومنع في «الْبُوَيْطِي» حتى يكفر، فكانت الكفارة فيه بأداء الرجعة في الطلاق، فلما حرم عليه النظر والقبلة حتى يراجع وجب أن يكون التحريم في جميعها بالظهار حتى يكفر.

وكذا قال محمد ابن يحيى: أقرب أصل إلى الظهار الطلاق الرجعي، فليلتحق به في تحريم الاستمتاعات، ويخرج من كلام شيخه في «بسيطه» تردد فيه، وذلك من قوله في الاستمتاع، والقائل بهذا شبه الظهار بالحيض، والقائل بالثاني شبهه بالطلاق. والمتبادر من كلام الجمهور أنه لا يحرم قطعًا، وتخصيص الخلاف بالمباشرة بالسرة بشهوة وهو الصحيح - إن شاء الله تعالى - ولا يعرف من حرم الخلوة بها كالمطلقة.

قال الشارح: قال: (**وَيَصِحُّ الظِّهَارُ الْمُؤَقَّتُ مُؤَقَّتًا**) لأن سلمة بن صخر ﷺ جعل امرأته على نفسه كظهر أمه إن غشيها حتى يمضي رمضان، فلما مضى نصفه وقع عليها، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «أعتق رقبة»(١) الحديث حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وله شاهد على شرطهما فذكره؛ ولأن قول المنكر والزور موجود فيه تغليبًا لشبه اليمين.

قال القاضي الحسين: وهذا هو الحديث.

قلت: ونص عليه في «الأم».

(**وَفِي قَوْلٍ: مُؤَبَّدًا**) تغليب لشبه الطلاق.

قال القاضي الحسين: وهو قوله القديم، والعود فيه كالعود في الظهار المطلق.

(**وَفِي قَوْلٍ لَغْوًا**) لأنه لم يؤبد التحريم، فأشبه ما لو شبهها بامرأة لا تحرم عليه على التأبيد.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٤٠) والحاكم (٢/ ٢٠٣).

……

قال سليم الرازي وغيره: وهو مخرج للأصحاب، واقتضى كلام بعضهم أنه قول قديم.

وقال الشيخ أبو محمد في «فروقه»: إنه الصحيح، وكلامه يقتضي أنه منصوص، فإنه حكى عن النص تفريعًا عليه، أنه لو وطئ في الوقت المعين للزمه كفارة الظهار، قال: وهذه من مشكلات المذهب، انتهى.

ونقله في «مختصره» هذا التفريع عن النص، وتبعه الغزالي في «خلاصته».

قال المصعبي: وفيه إشكال؛ لأنه إذا لم يصح الظهار كيف يجب عليه كفارة الظهار؟ وقد تصفحت كتبًا فلم أجد فيها هذا القول.

إشارات: عبارة«المحرر» وغيره: في الظهار المؤقت قولان:

أصحهما: الصحة، ويتأبد أو يتأقت قولان: أصحهما التأقيت، فجمع المصنف بينهما، وحكى فيها ثلاثة أقوال، وقيل: الخلاف في الثانية وجهان، وبنى القولين في الأول على أنه يتبع في الظهار المعنى، أو ينظر بقوله: إنه لغو، أنه لا كفارة فيه، وعلى هذا القول أن المنقضية فالظاهر وقوعها كما اقتضاه كلام «الفروق» وعدم لزوم الكفارة هو المشهور.

وقال الجوري: إذا قلنا لا يصح الظهار فلا شيء عليه بوطئها، ولا بإمساكها، ويحتمل أن يلزمه كفارة وإن لم يكن مظاهرًا، إلا أنه أوقع تحريمًا مؤقتًا فلم يجز إلحاقه بالظهار، ولم يجز إسقاطه، فيرد إلى أصل أشبه به، فوجدناه إذا قال: والله لا أطؤك اليوم، ثم وطئها فيه؛ لزمته الكفارة، وإلا فلا، والمظاهر يومًا في معنى ذلك؛ لأنه قصد التحريم مدة، فإذا ألزم أحدها الكفارة، لزمت الآخر.

قال: وهذا ظاهر قول الشافعي، وسبق كلام الجويني وغيره، وعلى هذا يتخذ تفريع قول البطلان، وقول: انعقاده مؤقتًا، ويجوز أن تكون الكفارة على قول البطلان كفارة يمين لا ظهار، وتكون بنفس اللفظ، كما لو أطلق بالتحريم.

وعبارة الدارمي في المسألة: إذا قال: أنت علي كظهر أمي يومًا، فمضى

فَعَلَى الْأَوَّلِ الْأَصَحُّ أَنَّ عَوْدَهُ لَا يَحْصُلُ بِإِمْسَاكٍ بَلْ بِوَطْءٍ فِي الْمُدَّةِ وَيَجِبُ النَّزْعُ بِمُغَيَّبِ الْحَشَفَةِ.

قبل وطئه، قال: لا كفارة. قال المزني وغيره: غلط، وقيل: يظاهرها، وإنه إذا تظاهر فقيده بوقت لم يكن حتى يطأ فيه.

وقال ابن القطان: دخل الإصطخري على المروزي، وقد درسها، فقال له: قل، فقال الإصطخري على القديم: إنها عين، وكأنه قال: وأثابه، فإذا مضى ولم يطأ، لم يجب، وإن قلنا غلط؛ فعليه كفارة ظهار، ولا يمس قبلها، وإن قلنا حتى يطأ، فهل كفارة ظهار أو يمين؟

على وجهين: فإن قلنا يمين؛ ففي الوطء قبلها وجهان، انتهى لفظه.

قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ: الْأَصَحُّ أَنَّ عَوْدَهُ لَا يَحْصُلُ بِإِمْسَاكٍ؛ بَلْ بِوَطْءٍ فِي الْمُدَّةِ**)؛ لأنه ينتظر الحل بعد المدة، فالإمساك يحتمل أن يكون لما بعد لمدة، فلا يكون عائدًا إلا للوطء في المدة.

قال سليم وغيره: وهذا هو المنصوص، ورجحه المتولي، وقال الإمام: إنه ظاهر المذهب.

والوجه الثاني: أن العود فيه كالعود في الظهار المطلق، وبه قال الْمُزَنِي، ورجحه الجرجاني في «التحرير» والْبَغَوِي.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه اختيار أكثر الأصحاب، فعلى المنصوص هل يكون الوطء نفسه عودًا، أو يتبين به حصول العود والإمساك عقب الظهار؟ فيه وجهان: الأشبه عند الرَّافِعِي، والأصح في «الروضة» الأول، وعلى الثاني اقتصر القاضي الحسين، والبغوي، والصيدلاني.

قال الإمام: فعلى هذا يكون الوطء حرامًا؛ لأن العود يحصل قبله، والعود يحرم الوطء، فيشبه ما لو قال: وطئتك فأنت طالق قبله، وعلى الأول يكون كما لو قال: إن وطئتك فأنت طالق، فيجب عليه النزع بعد الوطء، ولا يحرم إنشاء الوطء على المذهب.

قال مفرعًا على الأصح: (**وَيَجِبُ النَّزْعُ بِمُغَيَّبِ الْحَشَفَةِ**) قال في «الروضة»

وَلَوْ قَالَ: لِأَرْبَعٍ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَمُظَاهِرٌ مِنْهُنَّ، فَإِنْ أَمْسَكَهُنَّ فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ، وَفِي الْقَدِيمِ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ فَعَائِدٌ مِنَ الثَّلَاثِ الْأُوَلِ،

كما في قوله: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا، ولم أر في «الشرحين» ولا غيرهما لفظ «ثلاثًا» فهي حشو يوهم التقييد، وعلى الوجهين يحرم عليه الوطء بعد ذلك الوطء حتى يكفر، أو تمضي مدة الظهار، فإذا مضت حل الوطء لارتفاع الظهار، وتبقى الكفارة في ذمته، ولو لم يطأها حتى مضت المدة فلا شيء عليه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: لِأَرْبَعٍ: أَنْتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي؛ فَمُظَاهِرٌ مِنْهُنَّ**) أي: لوجود لفظه الصريح.

(**فَإِنْ أَمْسَكَهُنَّ؛ فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ**)؛ لوجود الظهار والعود في حق كل واحدة منهن، فلو امتنع العود في بعضهن بموت، أو طلاق، وغيرهما؛ وجبت الكفارة بعدد من عاد فيه منهن، وإن امتنع العود في الجميع بموته متصلًا أو بغيره مما سبق؛ فلا شيء كالواحدة.

قال الدارمي: فإن طلقهن واحدة بعد أخرى، فغير عائد في الأولى وفيمن بعدها.

قال ابن الْقَطَّان: عائد، وقال ابن المرزبان: غير عائد.

قال: (**وَفِي الْقَدِيمِ: كَفَّارَةٌ**) صح ذلك عن عمر ﷺ كما رواه البيهقي وصححه[1] ولا كلمة تجب بمخالفتها الكفارة، فإذا تعلقت بجماعة اتحدت الكفارة كاليمين.

قال الإمام: والأول مبني على أن المغلب شَائِبَة الطَّلَاقِ، والثاني على مشابهة اليمين.

قال: (**وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْهُنَّ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ مُتَوَالِيَةٍ؛ فَعَائِدٌ مِنَ الثَّلَاثِ الْأُوَلِ**) لأنه بظهار الثانية عائد في الأولى، وبظهار الثالثة عائد في الثانية، وبظهار الرابعة عائد في الثالثة، فإن فارق الرابعة عقب ظهارها؛ فعليه ثلاث كفارات، وإلا فأربع.

---

[1] السنن الكبرى (٧/ ٣٨٣).

وَلَوْ كَرَّرَ فِي امْرَأَةٍ مُتَّصِلًا وَقَصَدَ تَأْكِيدًا فَظِهَارٌ وَاحِدٌ، أَوْ اسْتِئْنَافًا فَالْأَظْهَرُ التَّعَدُّدُ، وَأَنَّهُ بِالْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ عَائِدٌ فِي الْأُولَى].

قال: (**وَلَوْ كَرَّرَ فِي امْرَأَةٍ مُتَّصِلًا وَقَصَدَ تَأْكِيدًا؛ فَظِهَارٌ وَاحِدٌ**) كالطلاق، فيلزمه كفارة إن أمسكها عقب المرات، لا إن فارقها على الأصح.

قال: (**أَوْ اسْتِئْنَافًا؛ فَالْأَظْهَرُ: التَّعَدُّدُ**) لأنه كلام يتعلق به تحريم، فإذا كرره بقصد استئناف تكرر حكمه كالطلاق، هذا هو الجديد، وقيل: بالتعدد قطعًا، والقديم: تلزمه كفارة واحدة للجميع؛ لأن اللفظ الثاني لم يؤثر في التحريم، فأشبه ظهار الأجنبية، وقاسه الرَّافِعِي على ما إذا كرر اليمين على شيء واحد مرات، هكذا عبر الإمام والرَّافِعِي عن الخلاف.

وعبارة غيرهما: وإن قصد الاستئناف كان مظاهرًا بكل كلمة، وإن حكمنا بالاستئناف، فهل يلزمه بالعود كفارة أو كفارات؟ قولان: «الجديد»: التعدد، وفي «الحاوي» وجه: أن الثاني يكون عودًا لا ظهارًا، وينعقد الثالث، ويكون الرابع عودًا لا ظهارًا، ويشبهه بالتشهد فيما يخرج به من الصلاة لا ينعقد إلا به، وهذا غريب بعيد!

قال: (**وَأَنَّهُ بِالْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ عَائِدٌ فِي الْأُولَى**)؛ لأنه كلام آخر، فاشتغاله به عود، كاشتغاله بغيره.

والثاني: لا يجعل عائدًا؛ لأن الظهارين من جنس واحد، فما لم يفرغ من الجنس لا يجعل عائدًا.

تنبيهات: في هذا الخلاف الأخير وجهان في «الروضة» و«الشرحين» وغيرهما، لا قولان، كما أفهمه عطف «المنهاج» و«المحرر» وقوله أولًا: «متصلًا» يحترز به عما إذا فرق الكلمات، فإن قال: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم سكت زمانًا، ثم أعاده؛ قال العمراني: ينظر، فإن كان كفر عن الأول؛ لزمه للثاني كفارة، وهكذا، وإن أتى بالثاني قبل أن يكفر عن الأول، فهل تتعدد الكفارة؟ كان على القولين، فكما لو أتى به متواليًا ونوى بالثاني الاستئناف، ولا يقبل قوله: إنه أتى بما بعد الأول للتأكيد، هكذا نقل أصحابنا البغداديون.

....

وجزم الْمَاوَرْدِي بأنه يقبل قوله أنه قصد التأكيد، وحكي عن «تعليق أبي الطيب» والصحيح في «الروضة» منع قبوله.

وحكى الدارمي طريقة قاطعة به، وفي المسألة كلام طويل طرحته اختصارًا، وسكت المصنف عما إذا أطلق، ولم يقصد تأكيدًا ولا استئنافًا.

قال القاضيان أبو الطيب والحسين، والْبَغَوِي والعمراني وغيرهم: إن قلنا بـ«القديم» إنه عند الاستئناف لا يلزمه إلا كفارة واحدة، فهنا أولى، وإن قلنا بـ«الجديد» إنها تتعدد، فقولان: **أحدهما**: الحمل على التأكيد، أو الاستئناف، وفيه قولان كما في الطلاق، وقطع جماعة بالحمل على التأكيد، منهم الْمَاوَرْدِي، والمحاملي، وابن الصباغ.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن هذه الطريقة هي المذهب، وقال الرَّافِعِي: الاتحاد هنا أرجح بخلاف نظيرها من الطلاق، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [يُشْتَرَطُ نِيَّتُهَا ....

هي مأخوذة من الكَفْر، وهو السَّتر، ومنه كفرت الشيء إذا غطيته وسترته، وسمي الكافر بذلك؛ لأنه يستر الحق، وسمي الزارع بذلك؛ لأنه يغطي الحب، فالكفارة تكفر الذنب أي: تستره وتغطيه.

قال: (**يُشْتَرَطُ نِيَّتُهَا**)؛ لحديث: «**إنما الأعمال بالنيات**»[1] ولأنها كالزكاة.

وقوله: «**نيتها**» يقتضي أنه لا بد من نية الكفارة، فلا يكفي فيه أداء العتق، أو الإطعام، أو الصوم الواجب عليه، فإن لم يكن عليه سواه، وصرح بأنه لا يكفي نية العتق الواجب عليه، حكى جماعة من العراقيين والشيخان وغيرهما: نعم لو نوى العتق الواجب بالظهار، أو القتل مثلًا لكفى.

وفي «البسيط» عن القاضي الحسين: إنه لو كان عليه عتق كفارة، ونذر فنوى العتق الواجب أجزأه، وبه أجاب المصعبي في «شرح مختصر الجويني» وفيه نظر، فإنه من «النهاية» والذي فيها عنه إنما هو فيما إذا كان عليه رقبة واجبة، ولم يدر أنها عن ظهار، أو قتل، أو وقاع، أو نذرٍ، وكذا قاله القاضي في «تعليقه».

وقال الدارمي: لو كان عليه كفارات، فإن عين أو نوى واجبًا عن كفارة، أو كفارات، صح، وإن نوى واجبًا فحسب، فهل يجزئه؟ على وجهين، وإن كان عليه كفارة، لا يدري موجبها، فأخرج ينوي الواجب بالكفارة صح، فإن عين لم يجزئه، وإن قال: عن كذا، أو كذا؛ لم يجزئه، وإن قال: عن السبب الذي عليَّ؛ أجزأه، وإن شك هل كان عن نذرٍ لم يجزئه أن يقول: عن كفارة، وأجزأه أن يقول: عن الواجب، انتهى.

وكلام «الحاوي» مصرح بأنه عند تردده في السبب لا يجزئه نية العتق

---

[1] أخرجه البخاري (١) ومسلم (١٥٠٥).

لَا تَعْيِينُهَا.

الواجب، وهو قضية كلام جماعة من العراقيين، وقوة كلامهم تفهم أنه إذا تردد بين الكفارة، ونذر التبرر فإنه لا بد من رقبتين.

قال: **(لَا تَعْيِينُهَا)** أي: لا يشترط تعيين سبب الكفارة؛ بل يكفيه نية أصل الكفارة، كما لا يجب تعيين المال المزكّى عنه، فلو كان عليه كفارة قتل وكفارة ظهار، فأعتق رقبتين بنية الكفارة؛ أجزأه عنهما، ولو اجتمع عليه كفارات فأعتق رقبة بنية الكفارة، رفعت عن واحدة منها، اتفق جنسها، أو اختلف، وكذا الصوم والإطعام.

ولو كان عليه كفارة ونسي سببها، فأعتق ونوى ما عليه؛ أجزأه، ولو أضاف العتق في الكفارة إلى سبب وأخطأ؛ لم يجزئه، ولم أر فيه خلافًا، ويحتمل أن يقال: تلغى الإضافة، ويقع عن واجبة، كما سبق فيما إذا علق المتظاهر عن حدث إلى حدثٍ.

وقد قال الإمام هناك: إن فرض الغلط في تعيينه؛ قرنت الشبه بالغلط في أسباب الكفارات، انتهى(١).

فرع: هل يشترط مقارنة النية للتكفير بالعتق أو الإطعام، أم يجوز تقديمها عليه؟

قال الرَّافِعِي: الظاهر في «الروضة» والصحيح: الأول، وكأن الحامل عليه جزم الْبَغَوِي به، لكن الثاني هو المنصوص.

---

(١) الصِّيغَةُ إِنْ احْتَمَلَت نَذْرَ اللَّجَاجِ وَنَذْرَ التَّبَرُّرِ رُجِعَ فِيهَا إِلَى قَصْدِ النَّاذِرِ فَالْمَرْغُوبُ فِيهِ تَبَرُّرٌ، وَالْمَرْغُوبُ عَنْهُ لَجَاجٌ، وَضَبَطُوا ذَلِكَ بِأَنَّ الْفِعْلَ إِمَّا طَاعَةٌ أَوْ مَعْصِيَةٌ أَوْ مُبَاحٌ وَالِالْتِزَامُ فِي كُلٍّ مِنْهَا تَارَةً يَتَعَلَّقُ بِالْإِثْبَاتِ وَتَارَةً بِالنَّفْيِ وَالْإِثْبَاتُ فِي الطَّاعَةِ كَقَوْلِهِ: إنْ صَلَّيْت فَعَلَيَّ كَذَا، يَحْتَمِلُ التَّبَرُّرَ بِأَنْ يُرِيدَ إنْ وَفَّقَنِي الله تَعَالَى لِلصَّلَاةِ فَعَلَيَّ كَذَا، وَاللَّجَاجَ بِأَنْ يُقَالَ لَهُ: صَلِّ، فَيَقُولُ: لَا أُصَلِّي وَإِنْ صَلَّيْت فَعَلَيَّ كَذَا، وَالنَّفْيُ فِي الطَّاعَةِ كَقَوْلِهِ وَقَدْ مُنِعَ مِنْ الصَّلَاةِ: إنْ لَمْ أُصَلِّ فَعَلَيَّ كَذَا لَا يُتَصَوَّرُ إلَّا لَجَاجًا فَإِنَّهُ لَا بِرَّ فِي تَرْكِ الطَّاعَةِ، وَالْإِثْبَاتُ فِي الْمَعْصِيَةِ كَقَوْلِهِ وَقَدْ أُمِرَ بِشُرْبِ الْخَمْرِ فَعَلَيَّ كَذَا يُتَصَوَّرُ لَجَاجًا فَقَط. انظر: «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٤٢/ ٢٤٢).

……

قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولا يجزئه أن يعتق رقبة عن ظهار، ولا واجب عليه إلا بنية يقدمها قبل العتق، أو معه عن الواجب عليه، وكذا نص في أعمال «المختصر» فقال: ولا تجزئ كفارة حتى يقدم قبلها النية أو معها، ودل كلام أصحابنا العراقيين ألا فرق بين الزكاة والكفارة في ذلك، وأن الحكم فيهما واحد، وأحالوا الكلام هنا على الكلام في نية الزكاة.

وكذا صنع العمراني والْمُتَوَلي، وهما ممن ينقل فقه الطريقين، وصرح الجرجاني هنا في «شافيه» و«تحريره» بأن الأصح جواز تقديم النية كما قلنا في الزكاة.

وقال المحاملي في «المقنع» والْبَنْدَنِيجِي في باب كفارة اليمين: إنه المذهب، وجعل القاضي أبو الطيب وغيره المذهب أنه لا يجوز تقديم النية هنا، ولا في الزكاة، وبالجملة فقضية كلام الأصحاب قاطعة بعدم الفرق بين الزكاة والكفارة، وإنما اختلفوا في ترجيح جواز التقديم فيهما وعدمه.

وأما ترجيح التقديم هناك، والمنع هنا، فلم أره إلا للرافعي، وربما العكس أولى؛ لأن شائبة العبادة في الزكاة، أغلب منها في الكفارة، ولهذا لا تجب الزكاة على الكافر الأصلي، بخلاف الكفارة بالعتق والإطعام؛ فإنها تلزمه وتصح منه.

وممن اقتضى كلامه ترجيح العكس صاحب «الخِصَال» حيث قال: ولا يجوز تقديم النية إلا في خصلتين: الصوم والكفارة.

تتمات: قيَّد الْمَاوَرْدِي جواز تقديم النية بهما إذا عيَّن العبد الذي يعتقه، والطعام الذي يطعمه، فأما قبل التعيين، قال: فلا يجوز وجهًا واحدًا.

وعن «تعليق أبي الطيب»: **والوجه الثاني:** يجوز تقديم النية فيهما معًا - يعني: الزكاة والكفارة - بزمان يسير، وإن لم يسحبها إلى الفعل وتقييده بالزمن اليسير يفهم أنه لا يجزئ إذا طال الزمن، ولم أره لغيره؛ بل إيرادهما يفهم عدم الفرق.

وَخِصَالُ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ بِلَا عَيْبٍ يُخِلُّ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ، ....

قال في «المعتبر»: والنية واجبة مع الدفع، أو مستحبة، وجوزها بعض أصحابنا عن المستصحبة، وهو النص بناء على جواز تقديم النية والزكاة، انتهى.

ولعل القاضي أراد أن يكون ذاكرًا أنه إن نوى من قبل ذلك، إنما يكون غالبًا في الزمن اليسير، وهذا محتمل؛ إذ يبعد أنه ينوي أن يعتق رقبة عن كفارته سنة خمسين، ثم أعتق رقبة سنة ستين مثلًا، ولم يتذكر أن عليه كفارة أصلًا أن ذلك يجزئه عنها؛ لأنه تطوع محض.

وإذا علق العتق عن الكفارة بشرط وجب أن تكون النية مقارنة للتعليق إن اعتبرنا المقارنة، وإلا جاز تقديمها على الوجه الآخر، قاله الْمُتَوَلِّي، وغيره، وممن رجح جواز التقديم في الزكاة الفوراني، وأفهمه كلام «عمده» هاهنا.

قال: (**وَخِصَالُ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ**)؛ للآية، وحديث سلمة السابق.

(**مُؤْمِنَةٍ**) لأنه تكفير بعتق فكان من شرطه الإيمان ككفارة القتل، وهذا ما حمل فيه المطلق على المقيد، كما حملنا مطلق قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] على مقيد قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

إشارة: الإيمان شرط في الرقبة في جميع الكفارات، وعبارة المصنف قلقة توهم تفسير الخصال بالعتق الموصوف، فإنه لم يقل: فعلى ذلك الخصلة الثانية، والثالثة، وإنما ذكر العتق وأحكامه، ثم قال: فإن عجز عن العتق صام، وذكر حكم الصوم، ثم قال: فإن عجز عن الصوم كفر بالإطعام، ولا خفاء أن الخصال الثلاثة مرتبة بالنص كما أشار إليه، وقد ذكر الأئمة هنا طرقًا مما يصير الكافر به مسلمًا، وذكرنا منه جملة مفيدة في «الغنية» يتعين الوقوف عليها لمبتغي الفوائد.

قال: (**بِلَا عَيْبٍ يُخِلُّ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ**)؛ لأن المقصود تكميل حاله للتفرغ للعبادة، ووظائف الأحرار، وإنما يحصل ذلك إذا استقل وقام بكفاية نفسه، وإلا فيصير كلًّا على نفسه وغيره، وإطلاقه اعتبار الشفاء من عَيْبٍ يُخِلُّ بِالْعَمَلِ

وَالْكَسْبِ منزل على ما ذكره الشَّافِعِي والأصحاب قاطبة، ويشترط فيه السلامة من كل عيب يضر بالعمل إضرارًا بينًا، وكلامه بعد يشير إليه، وكان التصريح به أحسن على عبارة نص «الْبُوَيْطِي»: وذات العيب ما لم يكن مضرًّا بالعمل، انتهى.

ورأيت في «ودائع» ابن سُرَيْج: ولا يجزئ في الرقاب إلا مؤمنة سليمة من العيوب التي تنقص بها من قيمتها، هذا لفظه وهو غريب!

قال: (**فَيُجْزِئُ صَغِيرٌ**) أي: ولو ابن يوم، قاله الأئمة، ولو أعتقه عقب وضعه بشرط انفصال جميعه، قاله الْقَفَّال في «الفتاوى» وعلله بأن عليه رقبة سليمة، وهو لا يكون سليمًا ما لم يخرج.

وقضية هذا اعتبار العلم سلامته حال عتقه، وإلا لوجب أن يجزئ إذا تم انفصاله، وبان سليمًا، كما هو وجه مرجوح فيما لو أعتق جنينًا فانفصل سليمًا لدون ستة أشهر من حين العتق؛ تبين الإجزاء⁽¹⁾.

ومسألتنا أولى بالإجزاء منه، وفي إجزاء ابن يوم، والطفل حتى يولد وقفة؛ فإنه لا يعرف بطش يديه، ولا مشي رجليه، ولا سلامة بصره، وغيرها، إلا أن يقال: نحكم بالإجزاء بناءً على السلامة، فإن تبين خلافها؛ نقضنا ذلك.

وقد يجاب عن هذا: بأنه يموت قبل الإحاطة بحال سلامته، وضدها، والأصل شغل الذمة، وعدم براءتها، فإن عورض بأن الأصل السلامة، وسلم ذلك؛ أمكن أن يجري فيه الخلاف فيما إذا تعارض أصلان، أو أصل وظاهر.

وزعم شارح أن الْمُتَوَلِّي حكى وجهًا: إنه لا يجزئ دون سبع سنين، ولم أره ذكره هنا، ولا في «الأيمان» فهو غلط عليه، وإنما نقل اعتبارًا بسبع في الغرة، قال: بخلاف الكفارة فيجزئ فيها الطفل.

قال الروياني: يستحب ألا يعتق في الكفارة إلا بالغًا؛ للخروج من خلاف العلماء.

---

(١) انظر: إعانة الطالبين (٣٦٦/٤).

وأَقْرَعُ وأعْرَجُ يُمْكِنُهُ تِبَاعُ المَشْيِ وَأَعْوَرُ وَأَصَمُّ وَأَخْرَسُ ....

قال: **(وأَقْرَعُ)** وهو من لا نبات برأسه.

(وأعْرَجُ يُمْكِنُهُ تِبَاعُ المَشْيِ) كذا نسخة المصنف، والأحسن المشي «كالمحرر» وعليه اصطلحت نسخ «المنهاج».

(وَأَعْوَرُ) أي: إن لم يضعف عوره بصر عينه السليمة، كما قيده في «الروضة».

قال الشَّافِعِي في «الأم»: فإن ضعف بصرها، وأضر بالعمل إضرارًا بينًا؛ لم يجزئه.

قال صاحب «الحاوي»: إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط، وإثبات الوجوه القريبة؛ منع، وإلا فلا.

وذكر المصنف في «التنقيح»: أن هذا ضابط حسن، وفيه وقفة؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الخطوط والقرب، وكان المرجع فيه إلى العرف.

قال: **(وَأَصَمُّ وَأَخْرَسُ)** أي: على المشهور.

قال في «الروضة»: وحكي فيه قول، ومنهم من لم يبينه، وحمل على ما نقله على ما إذا كان لا يسمع مع المبالغة في رفع الصوت، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وهذا يشعر بالجزم بالمنع في هذه الحالة، انتهى.

والذي نص عليه الشَّافِعِي في كتبه، وأورده الجمهور: إجزاء الأصم.

تنبيه: قال في «أصل الروضة»: ويجزئ الأخرس الذي تفهم إشارته، وعن «القديم» منعه، وقيل قولان، والصحيح أنهما على حالين:

- الإجزاء فيمن يفهم الإشارة.
- والمنع فيمن لا يفهمها.

وقيل: الإجزاء إذا لم ينضم إلى الخرس صمم، والمنع إذا انضم، وعن ابن الوكيل: القطع بالمنع إذا انضم، وقولان إذا تجرد الخرس، انتهى.

وقال الدرامي: إن كان أصمًا ناطقًا أجزأه، وقيل: لا يجزئه، وقيل: إن

وَأَخْشَمُ وَفَاقِدُ أَنْفِهِ وَأُذُنَيْهِ وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ ....

كان يسمع، ثم صم جاز؛ لأنه يفهم الإشارة، انتهى.

وفي «إبانة» الفوراني، و«عمده»: أن حكم الأصم حكم الأخرس، وقضيته أن الأصم إذا كان لا يفهم لا يجزئ، ويشبه أن يكون هو المذهب؛ لأنه إذا لم يسمع، ولم يفهم الإشارة لا يتمكن من العمل.

وإطلاق الشَّافِعِي والأصحاب الإجزاء محمول على من يفهم، وممن جزم بأن الأصم الأخرس لا يجزئ الجرجاني، وصاحب «التنبيه» وأحسبه إجماع العراقيين، وحينئذٍ تستثنى هذه الصورة من إطلاق «المنهاج».

قال: (وَأَخْشَمُ) أي: وهو فاقد الشَّم.

(وَفَاقِدُ أَنْفِهِ وَأُذُنَيْهِ)؛ لأن فقد هذه الأشياء لا يضر بالعمل إضرارًا بينًا.

قال: (وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ) هو طريقة الْقَفَّال وأتباعه، وعللت بما سبق، وادَّعى الإمام الاتفاق عليها، وقال في «الروضة»: ويجزئ مقطوع جميع أصابع الرجلين على الصحيح.

وقال ابن أبي هريرة: هو كقطع أصابع اليدين والأشل كالأقطع.

قلت: الذي قاله الرافعي في أصابع الرجلين هو المعروف في طريقة الخراسانيين، وخالفهم صاحب «الحاوي» فجزم بأنه إذا قطع أصبعان من رجل واحدة أو الإبهام وحدها من رجل لم يجزئ، وإلا فيجزئ، والله أعلم.

وزاد في «التنقيح» بعد ذكره كلام «الحاوي»: وقد قال الشَّافِعِي في «الأم» شيئًا يدل على صحة صاحب «الحاوي» فإنه قال بعد ذكره أصابع اليد: ثم اعتبر هذا في الرجلين على نحو هذا المعنى، وكذا قال الدارمي، انتهى.

واستغرب في «البحر» طريقة الْقَفَّال، وقال عن طريقة «الحاوي»: إنها الصحيحة.

وقال في «التجربة»: قال الْقَفَّال: يجوز، وخالفه سائر أصحابنا، فقالوا: لا يجوز؛ لأنه تزول به معظم القوة من المشي، انتهى.

لَا زَمِنٌ وَلَا فَاقِدُ رِجْلٍ أَوْ خِنْصِرٍ وَبِنْصِرٍ مِنْ يَدٍ أَوْ أُنْمُلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا. قُلْت: أَوْ أُنْمُلَةِ إِبْهَامٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

وفي «تعليق ابن أبي هريرة»: إنه لا فرق بين أصابع اليدين، والرجلين، وهو قضية كلام الدارمي، وظاهر نص «الأم» ولم أر للعراقيين ما يخالفه، فهو المذهب الصحيح.

قال: (**لَا زَمِنٌ وَلَا فَاقِدُ رِجْلٍ**)؛ لأنه يضر بالعمل إضرارًا بينًا.

وعبارة «المحرر»[1]: «ومقطوع أحد الأطراف الأربعة». وهي أشمل، والظاهر أن الزمانة أخذ بها لضررها، وصرح الدارمي بأن شلل العضو كذهابه.

قال: (**أَوْ خِنْصِرٍ وَبِنْصِرٍ مِنْ يَدٍ**) لأنه يذهب نصف منفعة الكف، وهو ضرر بيِّن، وعن الرُّويَانِي: إنه يجزئ، واحترز بقوله: «من يد» عما إذا فقدها من يدين، فإنه لا يضر على المشهور، وفيه وجه في «عمد» الفوراني.

قال الشيخ في «تنقيح الوسيط»: قوله: قطع الخنصر أو البنصر لا يمنع، لا فرق فيه بين قطع الخنصر الواحد، أو الخنصرين، وكذلك البنصر والبنصرين، وصرح به الشيخ أبو الفتح، وصاحب «العدة» انتهى.

قال: (**أَوْ أُنْمُلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا**) يعني: من الإبهام والسبابة، أو الوسطى؛ لأن فقدهما يضر، وعبارته توهم أنه لا يضر فقد أنملتين من الخنصر والبنصر من يد، بل المتبادر فيهما فقدهما جملة، وليس كذلك؛ بل كل إصبع ضر فقدها؛ ضر فقد أنملتين منها.

وعبارة «المحرر»: وفقد أنملتين من إصبع، كفقد تلك الإصبع، وصرح الأصحاب بأن فقدهما من الخنصر والبنصر من يد واحدة يضر، كما لو فقد جميع الخنصر والبنصر منها.

قال: (**قُلْت: أَوْ أُنْمُلَةِ إِبْهَامٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) لأن كل منفعتها تعطلت، فأشبه قطعها.

---

[1] انظر: «المحرر» للرافعي (ص٣٥١).

وَلَا هَرِمٌ عَاجِزٌ، وَمَنْ أَكْثَرُ وَقْتِهِ مَجْنُونٌ، ....

قالا: ويجزئ مقطوع أنملة من غيرها، حتى لو قطع أنامله العليا من أصابعه الأربع أجزأه. قال الرَّافِعِي: وتردد فيه الإمام.

قلت: وأطلق الدارمي أن قطع الأنملة كالإصبع، وهو غريب.

قال: (**وَلَا هَرِمٌ عَاجِزٌ**) أي: عن العمل والكسب، وفي «تجربة الروياني»: إن الأصحاب جوزوا إعتاق الشيخ الكبير عن الكفارة، وإن الْقَفَّال منعه إذا كان عاجزًا عن العمل، وهو الأصح.

قال الرَّافِعِي: وهذا إثبات خلاف في تعليق الشيخ، وفيه نظر، إنما يقتضي إثبات خلاف الشيخ العاجز عن العمل، وعبارة «أصل الروضة»: وفي هذا إثبات خلاف في الشيخ العاجز، فلعله رأى نتيجة لذلك.

وعبارة «الشرح الصغير»: ويجزئ الشيخ الكبير إلا أن يكون عاجزًا عن الكسب، وفيه وجه، انتهى.

ويشبه أنه لا خلاف، ويحمل إطلاقهم على تقييد الْقَفَّال.

وفي «الحاوي»: وَأَمَّا عُلُوُّ السِّنِّ فَإِنْ أَفْضَى لِلْهَرَمِ وَذَهَابِ الْبَطْشِ لَمْ يُجْزِهِ، وَإِنْ كَانَ نَاهِضَ الْحَرَكَةِ ظَاهِرَ الْبَطْشِ أَجْزَأَهُ، انتهى.

قال في «البيان»: وأما النحيف، ونِضْوَ الْخِلْقَةِ من أصلها لا لمرض، فإن لم يستطع العمل ولا كثيرًا منه، لم يجزه، وإن استطاع أكثره أجزأه.

وعبارة «الحاوي»: فَإِنْ كَانَ ضَعْفُ بَطْشِهِ قَدْ فَوَّتَ أَكْثَرَ عَمَلِهِ لَمْ يُجْزِهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ فَوَّتَ أَقَلَّهُ أَجْزَأَهُ. وكلام غيرهما من الأصحاب قريب منه، وإطلاق «الروضة» النِّضْوِ(١) الذي يقدر على العمل منزل على ذلك.

قال: (**وَمَنْ أَكْثَرُ وَقْتِهِ مَجْنُونٌ**)، هذا هو المذهب في «الروضة» و«تعليق القاضي أبي الطيب» ونقله عن أبي علي بن أبي هريرة، والطبري، وبه أجاب الجويني، والْغَزَالِي في «خلاصته» والرَّافِعِي.

---

(١) أي: البعير المهزول.

وَمَرِيضٌ لَا يُرْجَى، فَإِنْ برِئَ؛ بَانَ الْإِجْزَاءُ فِي الْأَصَحِّ.

وقال المصنف في «التنقيح»: قطع الشيخ أبو حامد، وصاحبا «الشامل» و«الإبانة» وصاحب «التنبيه» فيه، وصاحب «العدة» وغيرهم: بأنه إذا كان يجن ويفيق؛ أجزأ من غير تفصيل، وعليه نص في «الأم» وممن أطلق الجواز الإمام، والْمُتَوَلِّي، وهو مقتضى كلام القاضي الحسين.

ويشبه أن يحمل إطلاق النص وهؤلاء على التفصيل المذكور؛ إذ الغالب أن من يقطع جنونه يكون زمن إفاقته أكثر، وهو غلط، واختار الْمَاوَرْدِي طريقة حسنة.

وقال: إن كان زمن الجنون أكثر؛ لم يجزئه، وإن كانت الإفاقة أكثر، فإن كان يقدر على العمل في الحال أجزأ، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين؛ لم يجزئ، انتهى. وهذا لا يخالف كلام الجمهور.

تنبيه: احترز المصنف بـ«أكثر» عن المطبق، وأفهم أنه إذا استوى زمن الجنون وزمن الإفاقة أنه يجزئ، وهو أصح الوجهين عندهما، وينبغي أن يفصل فيقال: إن استويا بالنسبة إلى الليل والنهار فهذا محل التردد، وإن كان يجن نهارًا، ويفيق ليلًا؛ لا يجزئ، وإن كان يجن ليلًا، ويفيق نهارًا؛ أجزأ قطعًا، ولا يخفى وجه الحالين.

وبمقابل ما صححناه في الاستواء أجاب الداركي، واقتضاه كلام ابن أبي هريرة، وجزم به الْمَاوَرْدِي، وهذا أقوى، وإطلاق الجمهور النظر إلى الأغلب، وخرج على الأغلب على أقوال: إن كان الأغلب الإفاقة؛ لكونها تكون في النهار حيث لا يمكنه الكسب غالبًا، ويكون جنونه زمن الانتشار والعمل؛ فيظهر عدم الإجزاء من هذه الحالة، والله أعلم.

قال: **(وَمَرِيضٌ لَا يُرْجَى)** أي: برؤه، كمن به السُّل أو اللَّقْوة أو الاستسقاء، أو الفالج؛ لأنه يخل بالغرض.

قال: **(فَإِنْ برِئَ؛ بَانَ الْإِجْزَاءُ فِي الْأَصَحِّ)**؛ لاختلاف الظن، والثاني: لا، لاختلال النية.

……………………………………………………………………………

واعلم أن المرض إن كان مرجو الزوال وزال؛ أجزأ قطعًا، وكذا إن دام إلى الموت على الأصح عندهما، وأما المرجو برؤه، فقال الرَّافِعِي: أظهر الوجهين عند الإمام الإجزاء، انتهى.

والأشبه المنع؛ لاختلال النية وقت العتق، وعليه اقتصر الْمَاوَرْدِي، وأشار الدارمي إلى طريقة قاطعة، وإلى طريقة وجهين.

وذكر المصنف في «التنقيح»: أن الْغَزَالِي ذكر في المسألتين خلافًا، ذكرهما شيخه، ولم يذكر فيهما خلافًا بين الأصحاب؛ بل تردد هو فيهما، ورجح الإجزاء فيهما.

قلت: وكذا صيغتا في «أصل الروضة».

قال: وقال الْمَاوَرْدِي: فإن كان مرجو الزوال أجزأ، وإن مات، وإن كان غير مرجو الزوال لا يجزئ وإن عاش، وهذا أقوى من حيث إنه يجزم بنية مرجو الزوال دون الآخر، والتردد في النية قادح، انتهى.

وهو موافقٌ لما قدمته، ويؤيده إطلاق كثيرين أنه يجزئ مرجو الزوال دون غيره من غير تعرض لما يؤول الحال إليه.

ولفظ نص «الأم»: ويجزئ المريض؛ لأنه قد يرجى أن يصح، والصغير؛ لأنه قد يكبر، وإن لم يكبر ولم يصح، وسواء أي مريض ما لم يكن معضويًا عضبًا لا يعمل معه عملًا تامًّا أو قريبًا من التمام كما وصفت؛ لأن الظن قد يختلف، انتهى.

والذي أطلقه كثيرون، أو الأكثرون أن المريض المرجو يجزئ دون الميئوس، ولم يزيدوا على ذلك، وظاهر النص يوافق الإجزاء فيهما، والتفصيل أقيس.

فروع: قال الدارمي: لو اجتمع من العيوب ما جوزناه على الانفراد، ما كثر وتفاحش؛ لم يجز قبله في إجزاء من عليه قود، وفيه أوجه بينتها في «الغنية»: **ثالثها**: إن قدم للقود لَمْ يُجْزِهِ، وإلا أجزأ.

قال الصيمري: فيمن تحتم قتله في إجزائه نظر، والأشبه أنه لا يجزئ كمريض لا يرجى برؤه، ويجزئ عتق المرهون والجاني حيث ينفذ العتق.

وقيل: لا، وليس بشيء، وإن لم ينفذ عتق المرهون في الحال، فقد ينفذ العتق باللفظ السابق وأجزأ على الكفارة، ولا يجزئ موصٍ بمنفعة على الصحيح، وهذا في المؤبد ظاهر، وكذا في غيره مع بقاء مدة طويلة لها، أما لو بقي من الزمن بعض يوم مثلًا؛ فيشبه أن يجزئ.

قال الْمُتَوَلِّي: وإن أعتق مؤجرًا، وقلنا يرجع بأجرة ما بعد العتق على السيد؛ أجزأ، وإلا فلا، انتهى.

ويظهر الجزم بأنه إذا بقي من زمن الإجارة بعض يوم، أنه يجزئ.

ولو أعتق حاملًا إلا حملها؛ لم يصح الاستثناء، ويعتق الحمل تبعًا، قال الْمُتَوَلِّي: وحكي عن الشَّافِعِي أنه لا تسقط الكفارة، والمشهور من المذهب الإجزاء، وفي عتق الغائب كلام طويل أوضحته في «الغنية».

لو أعتق مغصوبًا؛ قال الْقَفَّال: يجزئ، قال الإمام في بعض التصانيف - يعني «الإبانة» - أن أبا حامد قال: لا يجزئ، قال: وهذا رديء غير معتد به، ولست أراه من المذهب، ولم أطلع عليه في كتب العراقيين، انتهى.

وما في «الإبانة» في «تعليق أبي حامد» وقاله صاحباه - المحاملي وسليم - والقاضي أبو الطيب، وأصحاب «الشامل» و«المهذب» و«الشافي»⁽¹⁾ وغيرهم.

وقال في «الاستقصاء» عن مقابله: إنه ليس بشيء، ونسب العمراني المنع إلى البغداديين، وغيره إلى العراقيين مطلقًا، وهو المشهور في طرقهم، ونقله الْمَاوَرْدِي عن الشيخ أبي حامد، ثم قال: والذي أراه أن الإجزاء معتبر بحال العبد، فإن قدر على الخلاص من غاصبه بالهرب منه؛ أجزأ، سواء أمكنه العود إلى سيده أم لا؛ لأنه قادر على منفعة نفسه، وإن لم يقدر على الخلاص والهرب؛ فالإجزاء موقوف، فإن قدر بعد ذلك بموت الغاصب، أو غيره،

---

(١) إشارة إلى: ابن الصباغ، والشيرازي، والجرجاني.

وَلَا يُجْزِئُ شِرَاءُ قَرِيبٍ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ وَلَا أُمِّ وَلَدٍ، ....

أجزأه حينئذٍ عن الكفارة، وإن لم يقدر على الخلاص حتى مات؛ لم يجزئه، وليس يمتنع وقف إجزائه دون عتقه، كالغائب تعلم حياته بعد عتقه، انتهى.

ورجح الرَّافِعِي إجزاء المغصوب تبعًا للغزالي، فيحتمل ثلاثة أوجه، قال الرَّافِعِي: والآبق كالمغصوب، فأفهم جريان خلاف فيه، وليس كذلك؛ بل صرح الْمَاوَرْدِي، والعراقيون بالجواز، ولم يجعلوه كالمغصوب، والمراد آبق علم حياته، ولا ينقدح فيه خلاف، والحاصل للرافعي على ما ذكره الْبَغَوِي، فإنه أبدى من عند نفسه تخريج الآبق على الخلاف في المغصوب، وأعرض صاحب «الكافي» عن ذلك.

قال في «الروضة»: والصواب أن الآبق يجزئ قطعًا، وأما المغصوب فأكثر العراقيين على أنه لا يجزئ قطعًا؛ لعدم استقلاله كالزمن، وجمهور الخراسانيين على الإجزاء؛ لتمام الملك والمنفعة، وفيه وجه ثالث، ذكره الْمَاوَرْدِي، وذكر ما سبق عنه، ثم قال: وما قاله قوي جدًا، وحيث صححنا عتق الغائب، والآبق، والمغصوب؛ أجزأه عن الكفارة، سواء علم العبد بالعتق، أم لا، هذا كلام «الروضة» وهو جيد، إلا قوله: «وحيث صححنا» فعبارة موهمة أن في صحة عتق هؤلاء خلاف، وهذا لا يقوله أحد؛ بل العتق واقع لا محالة؛ إذا كان العبد حيًا، وإنما الكلام في إجزائه عن الكفارة، والذي أطلقاه هنا، وفي زكاة الفطر: أنه إذا انقطع خبره، لا يجزئه على المنصوص، ومبدأ محل القولين في كتاب «الفرائض» إذا كان ذلك قبل الوقت الذي يحكم فيه بموت المفقود، وقسمة ميراثه، ففي هذه الحالة لا يجزئ عن الكفارة، بلا خلاف.

قال: (**وَلَا يُجْزِئُ شِرَاءُ قَرِيبٍ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ**) لأن عتقه مستحق بجهة القرابة، فأشبه ما لو دفع إليه النفقة الواجبة ونوى الكفارة، هذا هو المذهب، وفيه وجه ضعيف، أوضحت محله في «الغنية».

قال: (**وَلَا أُمِّ وَلَدٍ**) أي: قطعًا إن منعنا بيعها، وإلا جاز عتقها عن الكفارة كالمدبر، قاله الأصحاب، وأفهم كلام ابن الرِّفْعَة المنع مطلقًا؛ حيث قال: ولا تجزئ أم الولد؛ لأنها استحقت العتق بسبب الإيلاد، فلا تجزئ عن غيره، وفي

وَذِي كِتَابَةٍ صَحِيحَةٍ، وَيُجْزِئُ مُدَبَّرٌ، وَمُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ، فَإِنْ أَرَادَ جَعْلَ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً؛ لَمْ يُجْزْ..

«طريقة خراسان» حكاية قول: أنها تجزئ بناء على جواز بيعها، انتهى.

قال: (وَذِي كِتَابَةٍ صَحِيحَةٍ) لأن عتقه يقع بسبب الكتابة.

وقال: في «الروضة»: لا يجزئ، فإن كانت فاسدة أجزأ إعتاقه عن الكفارة على المذهب، ونقل في «التنقيح» هَذَا التَّفْصِيلَ عَنْ الْغَزَالِيِّ وَإِمَامِهِ.

ثُمَّ قَالَ: وَالَّذِي أَطْلَقَهُ جَمِيعُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ عَنْ الْكَفَّارَةِ نَفَذَ الْعِتْقُ وَلَا يُجْزِئُهُ عَنْ الْكَفَّارَةِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ وَالْفَاسِدَةِ، وَكَذَلِكَ النَّصُّ مُطْلَقًا، ولا فرق بين أن يجوز بيعه، أو لا، فلا يجوز على القولين، صرح به الفوراني، وصاحب «العدة» و«البيان» انتهى.

فأفهم ترجيح المنع مطلقًا، وفيه نظر، أما في ذي الكتابة الصحيحة فصحيح، وأما الفاسدة فنقل الدارمي، والإمام، وغيرهما، في إجزائه عن الكفارة وجهين.

قال الرَّافِعِي: والظاهر الإجزاء أي: إنه المذهب الظاهر، وتعليل الشَّافِعِي المنع بأنه ليس له منع المكاتب، ويعضده أدلة منع المكاتب كتابة فاسدة، وهو ما حكاه الشيخ أبو علي عن النص ـ أعني: عتقه عن الكفارة- فجعل أن المذهب الإجزاء، وإطلاق من منع محمول على الكتابة الصحيحة.

قال: (وَيُجْزِئُ مُدَبَّرٌ) أي: لتمام الملك، ونفوذ التصرف، وأغرب الدارمي فحكى فيه وجهين.

قال: (وَمُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ)؛ لما سبق، وهذا إذا نجز عتقه عن الكفارة، أو علقه بصفة أخرى، ووجدت قبل الأولى.

قال: (فَإِنْ أَرَادَ جَعْلَ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً؛ لَمْ يَجُزْ) أشار بهذا إلى أن موضع الإجزاء ما بيناه، أما إذا قصد جعل العتق الواقع بالصفة عن الكفارة فإنه لا يجزئ سواء قصد ذلك بقلبه، أو قال له: إذا وجدت الصفة فأنت حر عن كفارتي، أو علق على عتقه عن الكفارة بالصفة الأولى، بأن كان قال له: إذا

وَلَهُ تَعْلِيقُ عِتْقِ الْكَفَّارَةِ بِصِفَةٍ، وَإِعْتَاقُ عَبْدَيْهِ عَنْ كَفَّارَتَيْهِ عَنْ كُلٍّ نِصْفُ ذَا وَنِصْفُ ذَا.

دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت حر عن كفارتي، فدخلها؛ عتق ولم يجزئه عن الكفارة؛ لأنه مستحق العتق بالتعليق السابق.

قال: (**وَلَهُ تَعْلِيقُ عِتْقِ الْكَفَّارَةِ بِصِفَةٍ**) أي: على المذهب المشهور، وقول الجمهور، وحكى الدارمي فيه وجهين، وحكى غيره المنع عن أبي هريرة.

وعن «إيضاح الصيمري»: إنه لو رأى عبدًا مقبلًا، فقال: إن كان هذا المقبل عبدي سالمًا فهو حر عن كفارتي، وكان سالمًا، أن الظاهر أنه لا يجزئه؛ لأنه عتق بصفة ليس بعتق خالص عن الظهار(١).

قال: (**وَإِعْتَاقُ عَبْدَيْهِ عَنْ كَفَّارَتَيْهِ عَنْ كُلٍّ نِصْفُ ذَا وَنِصْفُ ذَا**) أي: على المذهب المنصوص في «المختصر».

وقول الجمهور: لتخليص الرقبتين عن الرق، وقيل: فيه خلاف، وهو ثابت في كلام الجوري وغيره؛ لكنه شاذ، نعم هل يقع العتق مبعضًا على ما نواه، أو يقع كل عبدٍ عن كفارة؟ فيه وجهان مشهوران:

أحدهما: يقع كما نوى، وهو ظاهر نص «المختصر» وبه قال أبو إسحاق، نسبه في «الشامل» إلى الجمهور.

وثانيهما: تقع كل رقبة عن كفارة، قال الْمَاوَرْدِي: وهو ظاهر نصه في «الأم» وبه قال ابن سُرَيْج، وابن خيران.

وقال الشيخ أبو حامد: إن طريقة ابن سُرَيْج نص عليها الشَّافِعِي في «الأم» وقال المحاملي في «مجموعه» وسليم في «المجرد»: إنها الصحيحة، ولم يصرحا في «الشرح» و«الروضة» بترجيح.

وظاهر كلام «المنهاج» موافقة الأول، وسواء اتفق جنس الكفارتين، أم اختلفت، ولم أر تعرضًا لثمرة هذا الخلاف، وقد تظهر فيما لو ظهر أحدهما

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤٤/١٤).

وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ؛ فَالْأَصَحُّ: الْإِجْزَاءُ إِنْ كَانَ بَاقِيهِمَا حُرًّا. ......

معيبًا، أو مستحقًا، ونحو ذلك.

فإن قلنا بالأول؛ لم يجزئ واحد منهما عن كفارتيه، أو بالثاني؛ بقي عليه كفارة، وبرئ من واحدة.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ؛ فَالْأَصَحُّ: الْإِجْزَاءُ إِنْ كَانَ بَاقِيهِمَا حُرًّا**) لإفادته الاستقلال، وهو المقصود.

والثاني: المنع مطلقًا؛ إذ المأمور به رقبة، ولم يوجد، كما لا يجزئ شقصان في الأضحية.

والثالث: الإجزاء مطلقًا؛ تنزيلًا للأشقاص منزلة الأشخاص.

تنبيهات: كلامه يقتضي بمفهوم الشرط أنه لا يجزئ إذا كان باقيهما رقيقًا، وهو كذلك إذا كان باقيهما لغيره، وهو المراد، أما لو كان باقيهما له وهو نافذ العتق فيه؛ فلا فرق بين أن يكون موسرًا، أو لا، ويجزئ إعتاق نصفهما عن الكفارة؛ لأن العتق يسري إلى باقيهما، ويجري في هذه الصورة الخلاف فيما إذا كان باقيهما حرًا، صرح به الإمام، وهذه الصورة أولى بالإجزاء.

وقول المصنف، وغيره: «إن كان باقيهما حرًا» يقتضي أنه لو كان باقي أحدهما فقط حرًا لا يجزئ، وفيه وقفة.

وذكر ابن أبي هريرة، والطبري: أنه لو أعتق نصفهما، وهو معسر، ثم أفاد مالًا واشترى نصف عبد حر فأعتقه، وكان النصف الباقي حرًّا؛ ففي إجزائه وجهان، وهذا يفهم الإجزاء في هذه الحالة، وإن كان لا يجزئ لو كان فيه رقيق.

وإذن المسائل ثلاث:

الأولى: ما في «الكتاب».

الثانية: أن يكون باقيهما رقيقًا؛ والأصح عدم الإجزاء.

الثالثة: أن يكون باقي أحدهما حرًّا؛ فيظهر الإجزاء؛ لأنه حرر رقبة كاملة.

وَلَوْ أَعْتَقَ بِعِوَضٍ؛ لَمْ يَجُزْ عَنْ كَفَّارَةٍ، ....

وبذلك يكون الوجه الذي ذكره أبو علي هو الوجه القائل بالإجزاء فيما إذا كان باقيهما حرًا، فقضية المسألة في المعسر تقتضي بمفهوم الصفة أن الموسر بخلافه، ولا شك أن حكمه لا يخالف حكم المعسر المنطوق به؛ إذا كان باقيهما حرًا؛ بل يجري الخلاف في إتيان النصفين من الموسر والمعسر، وإنما يفترقان فيما دل عليه مفهوم الشرط في حق المعسر من عدم الإجزاء، فإن العتق هنا يجزئ الموسر؛ لسريانه إلى باقيهما فيحصل القصد؛ بل حصل هنا خلاص رقبتين.

واعلم أن المراد بقولهم: «لا يجزئ إعتاق المعسر النصفين عن الكفارة؛ إذا كان الباقي رقيقًا» أنا لا نكتفي بهذين النصفين؛ لأن كل واحد منهما لا يقع عن جهة الكفارة؛ بل كل منهما يقع عنها، وإن لم يحصل الإجزاء بهما، حتى لو أيسر واشترى النصف الآخر، أو ملكه بوجه آخر، ثم أعتقه عنها؛ أجزأه ذلك عن الكفارة.

وقيل: لا يحتاج إلى تجديد النية ثانيًا، ولا فرق في عتق نصفي عبد في وقت، أو وقتين، صرحوا به، ونص عليه في كتبه الجديدة، والقديمة، ولا فرق في جريان الأوجه الثلاثة في صورة «الكتاب» بين عتقهما دفعة، أو على التعاقب.

فرع: في «فتاوى القاضي الحسين»: إنه لو أعتق عبدين عن كفارة واحدة؛ جاز، فلو استحق أحدهما أجزأ الآخر إن أعتقهما مَعا، وإن أعتقهما مرتبًا فاستحق الآخر إجزاء الأول، والأول لم يجزئه الآخر؛ لاعتقاده أنه متبرع به، نعم لو كان قد نسي أنه أعتق الأول، ثم أعتق الثاني؛ أجزأ هاهنا، وإن استحق الأول، كما لو ترك لمعة في وضوئه، ثم توضأ مرة أخرى، ذاكرًا للوضوء الأول؛ لم يجز، فإن كان غير ذاكر جاز، انتهى. ومراده ما إذا جدد الوضوء ظانًا أن الأول وقع تامًا.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَ بِعِوَضٍ؛ لَمْ يَجُزْ عَنْ كَفَّارَةٍ**) أي: لعدم تجرده للكفارة، وشرط إجزاء العتق عنها، خلوه عن العوض من العبد، أو من غيره، هذا ما نص عليه في كتبه، أورده الجمهور.

……

وقال الدارمي: ولو قال: أعتق عبدك عند ظهارك ولك عليَّ كذا؛ نفذ العتق، ورد العوض، وهل يجزئه؟ نص: لا، وقيل: نعم.

والرَّافِعِي حكى هذا الوجه في التماس العبد ذلك العوض، وقع به، ولم يجزئه عن الكفارة، وضعفوه، ولا فرق في الجواب الواقع عقب الاستدعاء بين أن يصرح فيه بالعتق على المال المبذول، أو يطلق لفظ الإعتاق عن الكفارة فقط؛ لأن ظاهر الحال إعتاقه على الوجه الملتمس منه، فلا يجزئ عن الكفارة كما لو صرح بذلك، هذا ما أورده الجمهور.

وحكى الْمَاوَرْدِي فيه وجهًا: أنه يجزئ عن الظهار؛ لإمساكه عن ذكر العوض، ولا شيء له على الباذل، وقيد محل الوجهين بما إذا أعتقه في الحال، عُقَيْب البذل، فإن تَطَاوُل الزَّمَان وَخُرُوجِه عَنْ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا لِلْبَاذِلِ لِلْبَذْل؛ أجزأ وجهًا واحدًا، انتهى.

والوجه عند قرب الزمان أن يراعي قصده، فإن قصد إنشاء عتقه عن الكفارة؛ لا إجابة الملتمس؛ جاز، وإلا فلا، وهذا لا ينافي الجمهور، فإن محله إذا قصد، أو أطلق، وأما إذا قال: قصدت عتقه عن كفاراتي، والإعراض عن إجابة الملتمس؛ فهو أمين على نفسه، فيقبل قوله. ولو قال عَقِبَ الِالْتِمَاسِ: أَعْتِقْهُ عَنْ كَفَّارَتِي لا على ما بذلت؛ وقع عنها، ولغَا الْمُسْتَدْعِي.

تنبيهات: منها: ما سبق في حكم العتق عن الكفارة، وأما لزوم العوض للملتمس فاقتصر الشيخ أبو حامد وأتباعه، والقضاة: أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي، والجرجاني، وغيرهم من العراقيين على لزومه به، وصوروها في التماس الأجنبي فيقع العتق عن باذل العوض، فينبغي أن تفسد التسمية؛ لبطلان ما شرطاه.

وسبق عن الدارمي الجزم بسقوط العوض، وبه أجاب الصيمري، وألزمه رد العوض إن كان أخذه؛ لأن العتق وقع عن نفسه، وبوقوع العتق عن المالك أجاب القاضي الحسين، والْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، وحكوا مع ذلك في لزوم العوض للباذل وجهين، وطردوهما في كل مستدعي.

وَالْإِعْتَاقُ بِمَالٍ كَطَلَاقٍ بِهِ، ....

وعن شيخه، وصاحب «التقريب»: إن قلنا: لا يلزمه المال؛ فالعتق واقع عن المعتق، وإن قلنا: يلزمه؛ ففي وقوع العتق عنه وجهان.

قال الإمام: والقول بوقوعه عنه مع تصريح العتق بعتقه عن نفسه في غاية الفساد، وعلى طريقة الإمام جرى الشيخان، فقالا: إن قلنا يستحق عوضًا، فعمن يقع العتق؟ وجهان:

أحدهما: عن باذل العوض، وبه قال العراقيون، والشيخ أبو محمد.

وأصحهما: عن المعتق، وبه قطع صاحبا «التهذيب» و«الغنية»؛ لأنه لم يعتقه عن الباذل، ولا هو استدعاه عن نفسه، انتهى.

لفظ «الروضة»: ولا شك في قوة هذا الوجه؛ ولكن المنصوص في «الأم» ما قاله العراقيون، وغيرهم، والمذهب يفهم أنه لا يلزم العبد عوضًا؛ بل يعتق مجانًا.

وقال صاحب «التعجيز» في «شرحه للوجيز»: ينبغي أن تجب عليه القيمة، لا العتق في عوض فاسد.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: وهذا أشبه.

ومنها: جميع ما سبق فيما إذا أعتق عبد نفسه بعوض على غيره، أما لو التمس هو من غيره أن يعتق عبده عن كفارته ففعل، جاز، سواء التمس ذلك بعوض، أم مجانًا.

قال الشَّافِعِي: ويكون كشراء مقبوض أو هبة مقبوضة.

قال: (**وَالْإِعْتَاقُ بِمَالٍ كَطَلَاقٍ بِهِ**) لما تكلموا في التماس العتق عن الكفارة استطرد الكلام في التماس العتق مطلقًا، ومراده بما ذكره ما بيناه في «الروضة» وأصلها من أنه من جانب المالك معاوضة فيها شائبة التعليق، ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة إلى الجعالة، على ما بينوه في الخلع(١).

---

(١) انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٣/ ١٦٠).

فَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ أُمَّ وَلَدِكَ عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقَ نَفَذَ وَلَزِمَهُ الْعِوَضُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَى كَذَا، فَأَعْتَقَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ أُمَّ وَلَدِكَ عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقَ**) أي: متصلًا.

(**نَفَذَ وَلَزِمَهُ الْعِوَضُ**) أي: سواء أطلق، أو قال: أعتقها عنك، وكان ذلك افتداءً من المستدعي نازلًا منزلة خلع الأجنبي.

وحكى في «البسيط» في كتاب العتق وجهًا: أنه إذا قال: أعتق أم ولدك على كذا، ففعل لا يلزمه العوض، بخلاف الزوجة وهو غريب، وما ذكرناه فيما إذا أجابه متصلًا، أما لو طال الفصل، ثم أعتق؛ وقع مجانًا، ولا شيء على المستدعي.

ولو قال: أعتقها عني على كذا، فقال: أعتقتها عنك، أو أطلق؛ وقع عن المعتق، ولا عوض له على المستدعي، وقيل: يستحق، وتلغى الإضافة، ويكون افتداء.

قال الإمام: ولو قال: طلق زوجتك عني على ألف، فطلق؛ فالوجه إثبات العوض، وَيُلْغَى قَوْلُهُ: «عَنِّي» أَوْ يُحْمَلُ عَلَى الصَّرْفِ إِلَى اسْتِدْعَائِهِ، كَأَنَّهُ قَالَ: طَلِّقْهَا لِاسْتِدْعَائِي، ولا يتخيل هنا انتقال بخلاف المستولدة، فقد يتخيله من لا يعرف الحكم.

وحكى في كتاب العتق وجهًا: أنه إذا قال: أعتق أم ولدك عني على كذا، ففعل، لا ينفذ عتقها؛ لأنه إنما أعتقها على عوض، وإذا لم يسلم له لم يعتق.

قال الإمام: وهو خطأ غير معتد به، وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: عندي أنه وجه منقاس.

قلت: ووجه أن العتق عن الغير بعوضٍ بيع ضمني، وبيع أم الولد باطل قطعًا، فلغا ولم يقع عن واحد منهما.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَى كَذَا**) أي: ولم يقل عنك، ولا عني؛ بل أطلق.

(**فَأَعْتَقَ فِي الْأَصَحِّ**)، إذا أطلق كما ذكرنا فوجهان: أحدهما: أنه كما لو

وَإِنْ قَالَ: أَعْتِقْهُ عَنِّي عَلَى كَذَا فَفَعَلَ؛ عَتَقَ عَنِ الطَّالِبِ وَعَلَيْهِ الْعِوَضُ. وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَقِبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ ثُمَّ يَعْتِقُ عَلَيْهِ.

قال: عني؛ لقرينة الاستدعاء، وذكر العوض، خلافًا للحصري؛ لأنه افتداء.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: أَعْتِقْهُ عَنِّي عَلَى كَذَا فَفَعَلَ؛ عَتَقَ عَنِ الطَّالِبِ وَعَلَيْهِ الْعِوَضُ**)؛ لأنه مستتر، قال الإمام في كتاب العتق: ولا فرق بين أن يقول: عتقته عنك بما سألته، أو يقول: أعتقته عنك، ولو قال: ـ والحالة هذه ـ أعتقته، ولم يقل عنك؛ وقع العتق عن المستدعي أيضًا، وثبت العوض؛ لأن السؤال معاد في الجواب. ولو زعم المجيب في هذه الحالة أنه أراد إعتاقه عن نفسه؛ قال الإمام: والذي رواه أن ذلك مقبول، فإن لفظه لا ينافي قصده.

ويخرج من ذلك أنه إذا أطلق؛ حمل على موافقة الخطاب، وإن صرفه إلى نفسه؛ وجب تصديقه فيه، انتهى.

وهذا موافق لأجل كلامه للسابق في الخلع، أما لو قلنا بكلامه الثاني: إنها لو قالت: طلقني بألف، فقال: أنت طالق على الاتصال، وقصد ابتداء الطلاق، لا إيقاعه جوابًا؛ وقع رجعيًا فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يصدق في دعواه الانفراد مع اتصال لفظه بلفظها، انتهى.

وإذا لم يقبل ظاهرًا في دفع البينونة، فيشبه ألا يقبل هنا في دفع وقوعه عن المستدعي، وثبوت الولاء له، إلا أن يتضح فرق.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَقِبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ ثُمَّ يَعْتِقُ عَلَيْهِ**) هذا الخلاف راجع إلى وقت الملك، لا إلى أصله؛ إذ لا بد من تقدير ملكه؛ لأنه لا يمكن وقوع العتق عن الحي في غير ملكه، ونقلا وغيرهما الاتفاق فيه.

وقيل: لا حاجة إلى تقدير الملك، وهو شاذ، نعم في وقت حصول الملك إشكال؛ إذ العتق يقع بقوله: عتقت، وتقديره قبله مشكل؛ لما فيه من تقديم المسبب على سببه؛ لأنه لو لم يعتقه لم يملكه، فالعتق سبب للملك، فكيف يتقدم عليه؟ وتقدير الملك بعد حصول العتق مشكل؛ لأن الملك شرط العتق، فكيف يتقدم المشروط على شرطه؟

....

بل قال الإمام: إن هذا متهافت ولا يمكن تقديره مع العتق أيضًا، فإن العتق إزالة الملك، فكيف يقدر معه بحد دائم؟ وحاصل الخلاف خمسة أوجه:

أحدها: ما صححه، ويعتق عليه بعد إعتاق المالك بلحظة لطيفة.

وثانيها: يملكه بالاستدعاء، ويعتق بالإعتاق، وكذا المراد إذا تبين.

وثالثها: إذا استدعى فشرع في العتق، ملكه بالشروع، ويعتق بتمامه.

ورابعها: يقع الملك والعتق في حالة واحدة عقب لفظ الإعتاق.

وخامسها: يملكه مع آخر اللفظ، ويعتق بعده، كذا نقلها ابن الرِّفْعَة.

إشارات: قال الْبَغَوِي وتبعاه: إنما يقع العتق عن المستدعي، ويلزمه العوض إذا اتصل الجواب بالاستدعاء، وإن طال الفصل وقع العتق عن المالك، ولا شيء له لو أذن له في الإعتاق عنه بغير عوض.

قال شارح: لم يتعرضوا له، والظاهر أنه لا يختص بالمجلس ـ يعني: مجلس التواجب ـ وفيه وقفة؛ لأنه هبة فيشترط فيها الاتصال كغيرها، أو الاستيجاب والإيجاب، ثم إن كان المسمى صحيحًا لزمه، أو فاسدًا كخمر أو مغصوب، وقع العتق عن المستدعي ولزمه قيمة العبد، كما في الخلع، ولا فرق في صورة «الكتاب» بين أن يكون العبد مغصوبًا أو آبقًا، وفي الآبق وجه ذكره القاضي الحسين في «الفتاوى» ويتجه طرده في المغصوب.

لو كان العبد ممن يعتق عن المستدعي، فقال: أعتقه عني على كذا؛ قال القاضي الحسين: لم يعتق عن السائل بخلاف العبد الأجنبي، وقد بينت ما في ذلك في «الغنية».

فرع: ولو قال: أعتق عبدك عني ولك ألف، بشرط أن يكون الولاء لك، قال الْمُتَوَلِّي في باب الخلع: المشهور والمذهب أن هذا الشرط تقييد ويقع العتق عن المستدعي، وعليه القيمة، وفي وجه: يقع عن المالك والولاء له، انتهى.

والصواب الموجود في «التتمة» والمحكي عنها: وعليه الألف، ولفظ: «القيمة» سهو.

وَمَنْ مَلَكَ عَبْدًا أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلًا عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَسُكْنَى وَأَثَاثًا لَا بُدَّ مِنْهُ لَزِمَهُ الْعِتْقُ.

قال: (**وَمَنْ مَلَكَ عَبْدًا أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلًا عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ**) أي: الَّذِينَ تَلْزَمُهُ مُؤْنَتُهُمْ شَرْعًا.

(**نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَسُكْنَى وَأَثَاثًا لَا بُدَّ مِنْهُ**) أي: وَإِخْدَامًا، وغيره، مما يأتي بيانه في النفقات.

(**لَزِمَهُ الْعِتْقُ**) لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ﴾ [المجادلة: ٣، ٤] وهذا واجد.

إشارات: المراد بقوله: «ثمنه» كل ما يتوصل به إلى شرائه سواء كان نقدًا، أو غيره من أصناف المال.

وقوله: «فاضلًا» أي: عنده إلى كل من العبد وثمنه، لا إلى الثمن فقط، يتبادر من لفظه؛ لأنه لو ملك عبدًا، وهو يحتاج إليه لهذه الأمور، أو بعضها، فله صرفه فيها، ويكفر بالصوم بشرطه.

قال الرَّافِعِي: ولم يقدروا النفقة، والكسوة بمدة، ويجوز أن يعتبر كفاية العمر، ويجوز اعتبار سنة؛ لأن المؤونات تتكرر فيها، ويتجدد الإمداد له، ويؤيده أن صاحب «التهذيب» قال: يترك له ثوب الشتاء، وثوب الصيف، زاد في «الروضة» قلت: هذا الثاني هو الصواب، انتهى.

ولا نقل عندهما في المسألة، واعتبار الكفاية على الدوام صرح به في «الشامل» في كتاب «الأيمان» ونقله المحاملي، وغيره هناك عن الأصحاب، وصرح به جماعة، وأحسبه إجماع العراقيين.

وصرح العمراني هنا بذلك في مواضع منها: وإذ لم يكن معه رقبة، وله مال لا يفضل عن كفايته وكفاية من تلزمه نفقته على الدوام؛ لم يلزمه شراء الرقبة، وله أن ينتقل إلى الصوم، هذا مذهبنا، ووافقنا عليه أبو حنيفة، انتهى.
واعتبر الْمَاوَرْدِي كفاية وقته لا غير.

وَلَا يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لَا يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنْ كِفَايَتِهِ، ....

وقضية كلام صاحب «الشامل» وجماعة: أنه يعتبر هنا الكفاية التي يحرم معها أخذه الزكاة، فيخرج من كلامهم وجه في اعتبار كفاية السنة، وبه صرح الْبَغَوِي في «فتاويه» وجعله كالزكاة، وهو قضية ما في «تعليقه» و«تهذيبه» ونصُّ «الْبُوَيْطِي» هنا يقتضي أنه لا يعتبر في النفقة إلا يوم الكفاية.

ولفظه ما رواه البيهقي في «المبسوط»: واليسار أن يكون واجدًا ثمن رقبة عرضًا كان، أو غنيًّا، وقوت يومه، وما يواري عورته مما يكفيه من كسوة الشتاء والصيف، فإن كان لا يجد رقبة بعد هذا؛ فهو غير واجد، انتهى.

وهذا ما رأيته في «الْبُوَيْطِي» بحروفه، وظاهره أنه لا يترك له ضيعة، ولا رأس مال، وفي «النهاية»: والمعتبر في الفطرة، ما يفضل عن نفقة اليوم، وهذا هو المرعي في الكفارات المرتبة، إن لم يشترط فيها تخلية رأس المال، انتهى.

وفيه رمز إلى أنَّا إذا قلنا: تترك له الضيعة، كما عُزِي إلى الجمهور، أنه يعتبر كفاية العمر.

قلت: فتحصلنا على وجوده، ولا يلتئم القول، بانتفاء الضيعة مع القول باعتبار كفاية السنة، فضلًا عن كونه هو الصواب.

وذكر في «أصل الروضة» في كفارة اليمين: أن من له أخذ سهم الفقراء، أو المساكين، من الزكوات، والكفارات له أن يكفر بالصوم؛ لأنه فقير في الأخذ، وكذلك في الإعطاء.

وقال في قسم الصدقات: إن الصواب النظر إلى كفاية العمر الغالب، كما ذكرناه هناك، وهذا اضطراب بيِّن لـ«الشامل».

قال: **(وَلَا يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لَا يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنْ كِفَايَتِهِ)** لأن المصير إلى المسكنة أشد من مفارقة السكن والخادم المألوفين، هذا ما نقل عن إيراد الجمهور، وجوزوا له العدول إلى الصوم، وعن «تعليق المروزي» وهو مأخوذٌ من «تعليق القاضي الحسين»: إن قلنا: لا يباع في الحج، فهنا أولى، وإلا فهاهنا وجهان.

وَلَا مَسْكَنٍ وَعَبْدٍ نَفِيسَيْنِ أَلِفَهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

وفي «البحر» عن ابن أبي هريرة: إنه لو كانت معه ضيعة لا تكفيه، أنه يلزمه كفارة المعسر، وقال بعض الأصحاب: يكفر كفارة الموسر، ولا يجزئه الصوم، والأول الأصح.

وحكى الرَّافِعِي الوجهين عن «مجرد القاضي أبي الطيب» وأغفلتهما «الروضة» ونص «الْبُوَيْطِي» يؤيد الثاني، وفي «الحاوي»: إن الماشية الحلوب كالضيعة.

قلت: وأحسب أن من قال بانتفاء الضيعة، ورأس المال، هو من ينظر إلى كفاية العمر الغالب؛ لكن كلام الْمَاوَرْدِي السابق وهذا ينازع فيه، ومما يسعه أن يصير في رأس ماله عشر آلاف دينار مثلًا؛ يكفر بالصوم⁽¹⁾.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو كان له كسب قدر كفايته فله الصوم، وإن زاد زيادة لا تبلغ قيمة رقبة إِلَّا فِي زَمَانٍ طَوِيلٍ يُنْسَبُ فِيهِ إِلَى تَأْخِيرِ التَّكْفِيرِ عَنْ وَقْتِهِ؛ فله الصوم، وإن كانت لو جمعت في زمن قليل، بلغت القيمة كثلاثة أيام وما دونها؛ ففي وجوب جمعها للعتق وجهان أشبهها: لا يلزمه، وله الصوم، فَعَلَى هَذَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي الصَّوْمِ حَتَّى جَمَعَ فَاضِلَ الْكَسْبِ فَبَلَغَ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ؛ فَفِيهِ الخلاف في اعتبار وقت الوجوب، أو وقت الأداء.

فرع: سبق في التفليس كلام في إبقاء خيل الجندي والمرتزق، وسلاحه عليه، وفي كتاب «الحج» و«قسم الصدقات» كلام في كتب الفقيه، هل تباع في الحج؟ وهل يمنع أخذ الزكاة؟ ولم يذكروا هنا شيئًا، فيجب استثناء كل ما استثني في البابين هاهنا أيضًا وأولى.

قال: **(وَلَا مَسْكَنٍ وَعَبْدٍ نَفِيسَيْنِ أَلِفَهُمَا فِي الْأَصَحِّ)** لمشقة مفارقة المألوف، والثاني: يلزمه البيع والإعتاق، كالثوب النفيس.

وبسط القول في ذلك: أنه إذا ملك عبدًا لا يحتاج إليه، ولا إلى ثمنه؛ لزمه العتق، وإن احتاجه لنفقة ونحوها، أو لزمانة، أو مرض، أو كبر، أو ضخامة

---

(١) انظر: أسنى المطالب (١٧/ ٢٥٧).

....

مانعة من خدمة نفسه؛ فله الصوم، وإن احتاجه لمنصبه بأن كان حاله عرفًا ينافي خدمة نفسه، ومباشرة الأعمال التي يستخدم فيها المماليك، فاستخدم فيه الخادم، فكذلك الحكم عند الجمهور، وحكى الْمَاوَرْدِي فيه الوجهين الآتيين.

وإن كان من أوساط الناس وهو صحيح البدن، وجرت عادته بخدمته نفسه، ومخالطة السوق فيما يحتاجه؛ فوجهان: صحح جماعة أنه يلزمه الإعتاق.

والثاني: أنه من جملة كفايته، وهذا أقرب إلى نصه في«الأم» إذ قال: ومن كان له مسكن، وخادم، وليس له مملوك غيره، ولا ما يشتري به مملوكًا؛ كان له الصوم، ومن كان له مملوك غير خادمه، ومسكن؛ كان عليه أن يعتق، انتهى.

وعبارة الدارمي: فإن كان محتاجًا إليه لزمانة؛ صام، وإن كان جلدًا، أو من أهل المروءة، أو غيرهم؛ ففيه وجهان، ثم ما سبق في العبد المحتاج إليه محله إذا لم يكن نفيسًا، فإن كان بحيث لو بيع وفَّى ثمنه بخادم يخدمه، وثمن رقبة يعتقها، فإن لم يألفه؛ لقرب مدته مثلًا، لم يصم مع وجوده، وإن كان مألوفًا، فكذلك حكمه عند جمهور العراقيين، إذ أطلقوا القول ببيع المسكن، والثياب الفاخرة التي تزيد على ملابس مثله، وقاله في «البحر» في العبد والثياب، وقال في المسكن: ظاهر ما قاله أصحابنا: إنه يلزمه ذلك.

وقال الْقَفَّال: فيه وجهان، وجه المنع مشقة الجلاء عن وطنه، ورجحه القاضي الحسين، فجعل العبد النفيس على الوجهين.

وقال الْبَغَوِي: وظاهر المذهب: أنه لا يباع، ومراده المألوف، وإن أطلق.

وقال في «البيان»: الذي لا يليق به المذهب أنه مكلف ببيعه، وصرف الزيادة إلى الرقبة؛ لأنه نوع إسراف، فأفهم طرد الخلاف فيها، وهو بعيد.

وعبارة «أصل الروضة» في الثوب النفيس: أنه يلزمه الإعتاق على المذهب، وقيل: يطرد الخلاف.

قلت: قطع العراقيون، أو جمهورهم بأنه يلزمه الإعتاق في العبد المألوف.

وَلَا شِرَاءٌ بِغَبْنٍ ....

والذي في «الشامل» و«البحر» عن الأصحاب: أنه إذا أمكن بيع العبد والثياب الفاخرة، التي تزيد على ملابس مثله، أو مسكن، وأمكن مع ذلك وتحصل خادم، ومسكن، وثياب تليق به، ووفَّى بالفاضل له العتق؛ إذ لا ضرورة له في ذلك، ولا وجه للخلاف في «البيان» أصلًا؛ إذ الجماعة لا تبيح الانتقال إلى البدل.

فرعان: لو كان المسكن المألوف واسعًا يكفيه بعضه وتحصل رقبة بباقيه لزمه العتق؛ لأنه لا يفارقه، وهذه الصورة ترد على إطلاق «المنهاج».

قال الدارمي: لو كان له أمة للوطء، وخادم، إن أمكن أن تخدمه الأمة؛ أعتق، وإلا فلا، انتهى.

فاقتضى أن حاجة الوطء مقدمة على الإعتاق، ويخرج أنه لو كان معه ثمن رقبة، ولكنه محتاج إلى النكاح؛ جاز له صرفها إلى التزوج، أو يصبر ويصوم.

قال: (وَلَا شِرَاءٌ بِغَبْنٍ) أي: وإن قل كالماء للطهارة؛ لكن القاضي الحسين، وغيره، يوجب شراء المال بالغبن اليسير، فهاهنا أولى.

ونقل الْبَغَوِي: إنه لا يلزمه شراء الرقبة بالثمن الغالي في الكفارة، ولا يجوز له الصوم، بخلاف المتيمم، والفرق أن التيمم يتكرر، ثم قال: وعندي فيه نظر، فأفهم أن المنقول لزوم الشراء بالثمن الغالي، ولم يستحضر ما ذكره هاهنا.

وقال صاحب «الكافي»: لو وجد الرقبة بأكثر من ثمن المثل، وكان ثمنًا خارجًا عن أوساط الرقاب؛ لا يلزمه الشراء، انتهى.

وأحسب هذا مراد الْبَغَوِي بما ذكره، وهو أنه لا يلزمه شراء رقبة ثمينة، وإن كان ثمن مثلها، وهو واجد له؛ لما فيه من الإجحاف به، كجارية حسناء تباع بألوف كثيرة، لا مما فهمه المصنف عنه، ونقل عن الجمهور، ويبعد حمل كلامه على إطلاقه.

تنبيه: لا يفهم أن وجود الرقبة بالثمن الغالي على الموسر بالرقبة أنه يجوز العدول إلى الصوم مطلقًا؛ بل عليه الصبر إلى وجودها بثمن المثل، صرح به

وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ: اعْتِبَارُ الْيَسَارِ بِوَقْتِ الْأَدَاءِ، ....

الْمَاوَرْدِي في «باب التيمم» واقتضاه كلام غيره.

وفي «أصل الروضة» هنا فرع: كان ماله غائبًا أو حاضرًا؛ لكن لم يجد الرقبة، فلا يجوز له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان؛ بل يصبر حتى يجد الرقبة أو يصل المال؛ لأن الكفارة على التراخي، وبتقدير أن يموت لا يفوت؛ بل تؤدى من تركته بخلاف العاجز عن ثمن الماء فإنه يتيمم؛ لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات، وفي كفارة الظهار وجهان لتضرره بفوات الاستمتاع، وأشار الغزالي والمتولي إلى ترجيح وجوب الصبر، انتهى.

وقال الصِّبغي: إنه الصحيح، وبه جزم الفوراني في كتابيه، ونقله الرُّويَاني في «التجربة» عن أصحابنا مطلقًا.

وما أطلقه الشيخ هنا من أن الكفارة على التراخي، مخالف لقوله في باب صوم التطوع، وأما صوم الكفارة فإن لزمه بسبب محرم؛ فهو كالقضاء الذي على الفور، وصحح أن القضاء على الفور في كتاب الحج.

وحكى ابن كج عن النص: أنه لا يجب على الفور، فلعل ما في «الروضة» هنا مفرع على أن الكفارة على التراخي مطلقًا، كما هو المشهور عن العراقيين في ترك الصلاة، والصوم تهاونًا، وأما إذا قلنا بأن التكفير الذي عصى بسببه فوريٌّ، فيشبه ألا يجوز التأخير؛ لغيبة المال، وفقد الرقبة؛ بل ينتقل إلى الصوم في الحال، ولم أر في ذلك نصًا، لكنه ظاهر، ومثله لو وجد الرقبة بأغلى من قيمتها.

وظاهر كلام الفوراني والْمُتَوَلِّي: أنه لا يجوز له الصوم في الحال، ولعله طريقة الْقَفَّال في أن التكفير الذي عصى بسببه يكون على الفور، وهو الأظهر المختار؛ لكن قول الفوراني، ونقل «التجربة»: أنه إذا وجد الثمن، ولم يجدها؛ فعليه الصبر إلى أن يجدها، يتأتى ذلك إلا أن يكون جوابًا على أن الكفارة على التراخي، فلا يخالف ما ذكرناه.

قال: (**وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ: اعْتِبَارُ الْيَسَارِ بِوَقْتِ الْأَدَاءِ**) لأنها عبادة لها بدل

من غير جنسها؛ فاعتبر فيها حالة الأداء، كالوضوء، والتيمم، والقيام، والقعود في الصلاة.

وثانيها: الاعتبار بحالة الوجوب كالحد؛ لأنه لو زنا، وهو عبد، ثم عتق، أو سكر، ثم صار محصنًا؛ حُدّ حد العبد، والسُكر.

وثالثها: وهو مخرج الاعتبار بأغلظ الحالين في حالتي الأداء والوجوب، ولا ينظر إلى ما بينهما، كذا قال الإمام، وقال: إنه لم ير أحدًا من الأصحاب تعيين ذلك، فإنه كان محتملًا، وتبعه الْغَزَالِي في «البسيط» على نقله، وأضرب عن احتماله.

والموجود في كلام العراقيين، وغيرهم: أنه يعتبر أغلظ الأحوال من الوجوب إلى الأداء، وحينئذٍ تجتمع أربعة أقوال:

الأولان: منصوصا التفريع إن اعتبرنا وقت الأداء وكان وقت الوجوب موسرًا، وعند الأداء معسرًا؛ ففرضه الصوم، أو انعكس الحال؛ لزمه العتق، وإن اعتبرنا وقت الوجوب، وكان فيه موسرًا؛ ففرضه العتق، ولا يسقط عنه بإعسار طرأ؛ بل يبقى في ذمته.

واستحب الشَّافِعِي - ﷺ - إذا أعسر قبل التكفير أن يصوم؛ ليكون آتيًا ببعض أنواع الكفارة إن عاجلته المنية عن أداء الوجوب، وفي صحة صومه ونيته إشكال لم أر من تعرض له، وإن كان معسرًا حالة الوجوب؛ ففرضه الصوم، فلو أيسر قبل الصوم، لم يلزمه عتق، فلو أعتق أجزأه، قاله الجمهور، وصرح به جماعة باستحباب العتق.

وقيل: في إجزاء العتق وجهان، وهذه طريقة شاذة، وعليها جرى في «أصل الروضة» فقال: أجزأه على الصحيح، نعم الوجهان على هذا القول مشهوران في العبد إذا أعتق وأيسر، ففرضه الصوم، ويجزئه الإعتاق على الأصح.

فرع: لو بيعت الرقبة بسببه، وماله غائب، فعلى ما سبق في التيمم.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ عَنْ عِتْقٍ؛ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ**) للآية.

بِالْهِلَالِ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ التَّتَابُعِ فِي الْأَصَحِّ.

(**بِالْهِلَالِ**) لأنها الأشهر شرعًا، وسواء تمًا، أو نقصا أو أحدهما، وصرح به «المحرر».

قال: (**بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ**) أي: لما سبق، وتكون مبيتة كل ليلة؛ لما تقدم في كتاب الصيام، ويتعرض فيها لكونه عن الكفارة، ولا يشترط تعيينها كما سبق[1].

قال (**وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ التَّتَابُعِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ أي اكْتِفَاءً بِالتَّتَابُعِ الْفِعْلِيِّ، وَلِأَنَّ التَّتَابُعَ شَرْطٌ فِي الْعِبَادَةِ فَلَا تَجِبُ نِيَّتُهُ كَسِتْرِ الْعَوْرَةِ فِي الصَّلَاةِ.

وَالثَّانِي: يُشْتَرَطُ كُلَّ لَيْلَةٍ لِيَكُونَ مُتَعَرِّضًا لِخَاصَّةِ هَذَا الصَّوْمِ.

والثالث: يشترط في الليلة الأولى؛ لأن التمييز يحصل به.

قال في «البحر»: قال أصحابنا: وفائدة الخلاف أنه لو صام رمضان، وشوال عن الكفارة، هل يجزئ صوم شوال عن يوم العيد حتى يبنى عليه؟ إن قلنا: لا يشترط نية التتابع جاز، وإلا فلا، وأما الصوم ففاسد بكل حال.

وحكى الرَّافِعِي، وغيره، عن أبي عبيد بن حربويه: أنه يجزئه عن الكفارة، وعن رمضان، إذا نواهما، وغلط فيه، ونقله في «البحر» عنه، وعن الأوزاعي قال: وهو غلط فاحش.

إشارة: لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُكَفِّرِ الصَّوْمُ إِلَّا بِتَحْقِيقِ جَوَازِهِ بِتَعَذُّرِ الْعِتْقِ عَلَيْهِ، فَلَوْ نَوَى مِنَ اللَّيْلِ الصَّوْمَ قَبْلَ طَلَبِ الرَّقَبَةِ ثُمَّ طَلَبَهَا فَلَمْ يَجِدْهَا؛ لَمْ تَصِحَّ النِّيَّةُ الأولى، كما لو تيمم قبل طلب الماء، ثم طلبه، فلم يجده، ولو طلبها قبل وجوبها فلم يجدها، أو حيث نوى وكان ليلًا، ولم يطل الفصل من وقت الطلب لم تصح النية، كما لو طلب الماء قبل وجوب التيمم، فلم يجده وجب التيمم، قال الرُّويَانِي: كذا ذكره والدي، ويحتمل أن يصح لتحقق العدم.

قلت: وهو أشبه.

فرع: صام لإعساره، ثم بان أنه ورث رقبة لا يحتاج إليها، ففي «البحر»:

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٥٧).

فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ؛ حُسِبَ الشَّهْرُ بَعْدَهُ بِالْهِلَالِ وَأَتَمَّ الْأَوَّلَ مِنَ الثَّالِثِ ثَلَاثِينَ، ويزولُ التَّتَابُعُ بِفَوَاتِ يَوْمٍ بِلَا عُذْرٍ وَكَذَا بِمَرَضٍ فِي الْجَدِيدِ، ....

أنه لَمْ يُعْتَدَّ بِصَوْمِهِ، بخلاف ما لو نسي الرقبة في ملكه فصام؛ للفرق بين الناسي والجاهل، هذا عن أصحابنا، ويحتمل أن يقال: لا يجزئه فيهما، انتهى.

وقوله: «رقبة» مثال، والمراد: الرقبة وما يختص بها.

قال: (**فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ؛ حُسِبَ الشَّهْرُ بَعْدَهُ بِالْهِلَالِ وَأَتَمَّ الْأَوَّلَ مِنَ الثَّالِثِ ثَلَاثِينَ**)؛ لتعذر الرجوع فيه إلى الهلال، وقيل: إذا انكسر شهر يحسب الشهران بالعدد.

قال: (**ويزولُ التَّتَابُعُ بِفَوَاتِ يَوْمٍ بِلَا عُذْرٍ**) كفطر عمدًا، ونسيانه النية ليلًا، وعبارته موهمة، وقصد بها الشمولَ، ولفظ «المحرر»: وإذا فسد صوم يوم، أو نسي النية في بعض الليالي انقطع التتابع، انتهى.

فمن الأعذار القاطعة للتابع إما قطعًا، أو على المذهب فطره بعذر السفر، وفطر الحامل، والمرضع؛ خوفًا على الولد، قال في أصل «الروضة» بعد ذكره الصور الثلاث: قيل: ينقطع قطعًا؛ لأنه باختيارهما، وزاد: إنهما لو أفطرتا خوفًا على نفسيهما، قال الأكثرون: هو كالمرض⁽¹⁾.

وفي «تجريد المحاملي»: إنه لا ينقطع قطعًا، ولو غلبه الجوع فأفطر بطل التتابع، وقيل: كالمرض، ذكره الْبَغَوِي، وانتقد ما نقله عن «التجريد» والذي فيه: إن فطرهما خوفًا على أنفسهما يقطعه كالمرض، وحكاية ذلك في خوفهما على الولد، هذا صواب النقل.

قال في «الأم»: ومن أفطر من عذر، أو غيره، فعليه أن يستأنف، وكذلك إن صام الأيام المنهي عنها، وهي خمس: الفطر، والأضحى، وأيام منى.

قال: (**وَكَذَا بِمَرَضٍ فِي الْجَدِيدِ**) لأن المرض لا ينافي الصوم، وقد أفطر باختياره، فأشبه ما لو أجهده الصوم فأفطر، وفي «القديم»: لا ينقطع التتابع.

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/١٥٨).

لَا بِحَيْضٍ، ....

قال: (لَا بِحَيْضٍ) قال الْبُوَيْطِي في كفارة القتل: إذا مرضت استأنفت، وإن حاضت بنت؛ لأنها لا تخلوا عنه غالبًا في الشهرين، والإجماع على الحيض لا يقطع التتابع في كفارة القتل والوقاع في رمضان إذا لزمها كفارته، وهو قضية إطلاق النص، وقيد الْمُتَوَلِّي هنا كونه لا يقطع التتابع بما إذا لم يكن لها عادة تخلو فيها المدة عن الحيض، وإن كانت لها عادة، وشرعت في وقت يتخلل صوم الشهر؛ قطع التتابع، وهذا ما رواه ابن الصباغ عن الأصحاب، وسيأتي عن الْبَغَوِي في النفاس ما يوافقه.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: لو كان عادتها تحيض في كل شهر عشرة أيام، فشرعت في صوم الشهرين من اليوم الثاني في شوال، فأفطرت عشرين يومًا بعذر الحيض في الشهرين يجب الاستئناف؛ لأجل الحيض؛ ولكنه تخلل صومها يوم النحر، وأيام العيد، والاحتراز عنه ممكن بأن تبتدئ الصوم بعد أيام التشريق، انتهى.

وقد أنكر على «المنهاج» ذكره الحيض هاهنا، وكلامه في كفارة الظهار فقط، وهي مختصة بالرجال، وإنما ذكره «المحرر»؛ لأنه أشار في أول الباب إلى كفارة القتل، وغيرها من الكفارات المرتبة، وقد يعذر بأن المصنف ترك ذلك لوضوحه، وقد تصوم المرأة عن قريبها الميت، أو العاجز في كفارة الظهار، كما بيناه في كتاب الصيام على القول المختار.

فرع: قال في «الروضة»: والقياس لا يقطع التتابع على الصحيح كالحيض، وقيل: يقطعه لندرته، قال ابن الرِّفْعَة: ويجب القطع به بناء على ما حكاه ابن الصباغ عن الأصحاب في الحيض فيمن يمتد طهرها، أو يقال: إن الحيض عند من ألحق النفاس به لا يقطع التتابع، كيف كان حالها، وذلك على خلاف ما نقله ابن الصباغ لا نقل فيه، وحكوا خلافًا في أن الحيض هل يقطع التتابع في كفارة اليمين إذا أوجبنا التتابع فيها، مع إمكان الصوم بدونه؟، انتهى. وفيما قاله نظر.

تنبيه: في «الغنية»: وإن كان لا يخلو ما ذكره ابن الصباغ عن خلاف، وظاهر نصوص الشَّافِعِي: أن النفاس يقطع التتابع.

وَكَذَا جُنُونٌ عَلَى الْمَذْهَبِ ....

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: إذا أفطرت بعذر النفاس ينظر إن شرعت في الصوم في وقت تكمل لها تسعة أشهر في حالة الصوم؛ وجب الاستئناف، وإن شرعت في الشهر السادس من زمان الحمل، فولدت قبل تمام التسع لم يجب؛ لأنها معذورة؛ لأن الغالب أن الوضع يكون بعد تسعة أشهر، انتهى.

قال: (**وَكَذَا جُنُونٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لعدم الاختيار، ولمنافاته الصوم كالحيض، قال في «الروضة»: والجنون كالحيض على المذهب، وقيل: كالمريض، والإغماء كالجنون، وقيل: كالمرض، انتهى.

ونقل في «التنقيح» كون الإغماء كالمرض عن المحاملي، والقاضي الحسين، وصاحبي «المهذب» و«النهاية» وعن «تهذيبي» نصر المقدسي، والْبَغَوِي، وأصحاب «الإبانة» و«العدة» و«التتمة» فأشعر بمثله إلى أنه يقطع التتابع، وهو المذهب المنصوص في «الأم» وعلى مقتضى النص جرى خلائق من العراقيين، وألحقوا الإغماء، والجنون بالمرض، فجعلوهما على القولين.

فإن قيل: الفطر بالإغماء بغير اختياره، فكان يجب ألا يبطل قطعًا، والجواب: أن الحيض معتاد، والإغماء نادر، فأشبه من أفطر كرهًا، وإن قلنا يفطر فإنه يقطع التتابع قولًا واحدًا لأنه نادر، قاله القاضي أبو الطيب.

والحاصل أن كلام خلائق من الطريقين مصرح بأن الإغماء كالمرض، فيقطع التتابع على «الجديد»؛ لأنه جزم به الشيخ أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وغيرهم، وقيدوه بما إذا فطرناه، وهو ظاهر، ولا شك أن الجنون كالإغماء على ما اقتضاه كلامه في «الجديد» وجرى عليه خلائق، ونقله الْمُتَوَلِّي عن الأصحاب، فقال: إذا جنَّ في أثناء الشهرين، فأصحابنا قالوا: حكمه حكم المرض.

والصحيح أنه: لا يبطل تتابعه؛ لأن مع الجنون لا يتصور الصوم بخلاف المرض، وإنما يفطر للاتفاق، وما ذكره في الفرق موجود في الإغماء المفطر، ولم يخالف فيه، نعم ينبغي أن يأتي في الجنون المنقطع ما يستوعبه، وعن رواية ابن الصباغ عن الأصحاب في الحيض؛ لأن من الناس من يجن في الأشهر، أو

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ؛ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، أَوْ لَحِقَهُ بِالصَّوْمِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ، أَوْ خَافَ زِيَادَةَ مَرَضٍ؛ كَفَّرَ بِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا أَوْ فَقِيرًا لَا كَافِرًا، وَلَا هَاشِمِيًّا، وَمُطَّلِبِيًّا، سِتِّينَ مُدًّا، مِمَّا يَكُونُ فِطْرَةً].

في العام يومًا، وبالجملة بالمنصوص وما عليه الجماهير من أهل الطريقتين: أن الإغماء كالمرض، وأن الجنون كالإغماء، ويتجه أنا لو وجدنا من لا يخلو صومه الشهرين عن جنون، واعتاد ذلك؛ يكون كالحيض، واتضح إلحاقه بالحائض.

وأحسن صاحب «الذخائر» فقال: إن أطبق جنونه، ولم يرج زواله إلى الموت؛ سقط عنه الفرض، إن لم يكن تمكن من أدائه قبل جنونه، فإن كان قد تمكن فهو كمن عليه صوم فيصوم، وإن كان غير مطبق وكان وقت الإفاقة متسع للشهر، كان الحكم في الاستئناف كالحكم في المرض؛ بل آكد، فإن كان لا يسع لذلك ولا يرجى برؤه؛ فلا يقطع التتابع كالحيض، وإن كان يرجى برؤه انتظر، انتهى.

إشارة: ذكرت هنا في «الغنية» فروعًا حسنة ينبغي الوقوف عليها.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ؛ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، أَوْ لَحِقَهُ بِالصَّوْمِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ، أَوْ خَافَ زِيَادَةَ مَرَضٍ؛ كَفَّرَ بِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا أَوْ فَقِيرًا لَا كَافِرًا، وَلَا هَاشِمِيًّا، وَمُطَّلِبِيًّا، سِتِّينَ مُدًّا، مِمَّا يَكُون فِطْرَةً**)

الخصلة الثالثة: الإطعام عند العجز عن الصيام، والغرض يتضح بأمور:

أحدها: اتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمشقة الشديدة التي تلحقه بالصوم، وإن كان يمكنه الصوم معها؛ لأنه بعده غير مستطيع، وسبق في كفارة وقاعه في رمضان: أن له العدول عن الصوم إلى الإطعام؛ لشدة الغُلْمَة، وسكتا عن التصريح به هاهنا، والظاهر أنه لا فرق، ونقله الرُّويَانِي هنا في «التجربة» عن الأصحاب بلفظ: لو كان به شبق مفرط يقدر على الصوم، له تركه والعدول إلى الإطعام، انتهى.

وقد يؤخذ ذلك في قول المصنف: «أو لحقه بالصوم مشقة شديدة» ولو كان صحيح البدن غير هرم، إلا أنه لا يصبر عن الطعام، والشراب، ويخاف

……

أن لو تكلف الصوم أن يتأذى، وفي «التتمة»: أن له الانتقال إلى الإطعام.

وقال الْبَغَوِي: لا يجوز بغلبة الجوع ترك الشروع في الصوم، وقاله القاضي الحسين، قال: إلا أن الصوم قد يباح الخروج منه؛ لفرط الجوع، ولا يباح؛ لفرط الشبق بحال، انتهى.

واستفيد أن الصحيح بغلبة الجوع عليه، ولا يستطيع معها الصوم، وعلى تقدير فرض ذلك وحصول ضرر وتوقع حصول خطر يبيح الفطر، فالمتجه عدم إلزامه بالشروع، وكلام الشَّافِعِي يقتضي أن لو قدر على صوم ما دون الشهرين أن له الإطعام في الحال، وهكذا لو أمكنه الصيام غير متتابع.

قلت: ولو كان يقدر على الصوم في الشتاء، ونحوه دون الصيف، فيشبه أن يقال: يتعين التأخير ما لم يخش الفوت، ولا يعدل إلى الإطعام، ولم أر فيه نصًا، وهو ظاهر إذا قلنا: التكفير على التراخي، لا إن قلنا: على الفور، وقد يأتي ما ينازع في وجوب التأخير، وإن قلنا بالتراخي.

الثاني: لا شك أن ما لا يرجى برؤه من المرض مبيح للإطعام، لكن في نسبة التقيد به إلى الأكثرين نظر!

قال الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر»: فمن يظاهر، فلم يجد رقبة لم يستطع حين يريد الكفارة عن الظهار صوم شهرين متتابعين لمرض، أو علة ما؛ أجزأه أن يطعم، وظاهره اعتبار العجز حالة الشروع في الصوم، وأنه لا يشترط أن يكون المرض لا يرجى برؤه، وبذلك صرح ابن أبي هريرة في «تعليقه» فقال: يعني بذلك: علة يجوز له معها الإفطار، وإن لم يكن ذلك مما يدوم، ويعتبر حاله في العجز في الوقت الذي لا يقدر على الصيام؛ لتعلق ذلك بحقه في الوطء؛ ولأن تأخير ذلك أيضًا مما يؤدي إلى منع حقها من الجماع؛ فلهذا المعنى يجوز له أن يطعم مع أي عجز كان عن الصيام من المرض، انتهى.

وصرح بذلك الْمَاوَرْدِي، وأطلق القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وأصحاب الشيخ أبي حامد، والدارمي، والجرجاني في «الشافي» وغيرهم من

العراقيين: جواز العدول بالمرض، وكذا أطلقه أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» والرُّويَاني في «الحلية».

ومقتضى كلامهم: عدم الفرق بين مرجو الزوال وغيره، وهو مقتضى كلام القاضي الحسين وقضية ما حكاه عن الْقَفَّال وبه صرَّح الإمام، والمصعبي في «شرح مختصر الجويني».

قال الإمام: وقد أطلق الأصحاب جواز العدول بالمرض، والذي يدور في خلدي: أن ما أطلقوه من المرض ليس على ما أطلقوه، فإن الإنسان قد يطرأ عليه عارض، فيعلم أنه لا يدوم إلا يومًا، أو يومين، ويجوز الإفطار بمثله، ولا يجوز عندي الانتقال بمثله إلى الإطعام، ولو كان المرض بحيث يتوقع استمراره شهرين، فهذا ما يجوز الانتقال به، ثم الظن يكفي به، ولو أطعم، ثم اتفق زوال المرض، وتعجل الشفاء على القرب؛ أجزأه الإطعام، انتهى.

ومما نقله الإمام عن الأصحاب، ونقلناه: يتضح أن الأكثرين لم يشترطوا كون غير مرجو الزوال، كما ظن الرَّافِعِي أنه قضية كلامهم، نعم ذكره في «التهذيب» وتبعه عليه الْبَغَوِي، والشَّاشِي، والجرجاني في «التحرير» فحصلت وجوه:

أحدها: اعتبار كونه غير مرجو الزوال.

ثانيها: أن ذلك لا يشترط، وهو قضية نصوص الشَّافِعِي، وكلام الجمهور.

وثالثها: ما أبداه الإمام من عنده، وتابعه الْغَزَالِي في غير «الخلاصة» وجرى عليه ابن يحيى، وغيره من أتباعه: أنه يعتبر دوام المرض في ظنه مدة شهرين حتى يكون الإطعام؛ للعجز عن الصوم في زمانه المشروع.

قال في «الروضة» في زياداته: والأصح ما قاله الإمام، وقد وافقه عليه آخرون، ويعرف دوام المرض شهرين من العادة الغالبة، أو من قول الأطباء، وجعل الإمام ذلك تقييدًا للمرض الذي أطلق الأصحاب جواز العدول به، وعلى هذا لا فرق بين كفارة الظهار وغيرها، وهو مقتضى إطلاق جواز العدول

……

بالمرض، ومقتضى النص أيضًا، وعند الْمُتَوَلِّي لا يجوز العدول بالمرض الذي يرجى زواله من غير كفارة الظهار، وفي كفارة الظهار وجهان، ويخرج من كلامهم وجه المنع فارق في المرض بين كفارة الظهار، وغيرها، وصرح في كفارة الظهار بجواز العدول، وإن توقع الشفاء عن قرب قبل الشهرين، كما في غيبة المال.

وادعى ابن الرِّفْعَة: أن ما سبق عن نص «الأم» و«المختصر» يشهد لمن قيد المرض بشهرين، وليس كما ادعى، كما بينته في «الغنية».

الثالث: قد يوجد من كلام المصنف: أن السفر المجوز للفطر في رمضان لا يجوز العدول إلى الإطعام، وبه جزم الْبَغَوِي، وقال في «الروضة»: إنه الصحيح.

وعن القاضي الحسين وغيره جوازه، ولم أر للسفر ذكرًا في كتب العراقيين، بل ذكروا العجز بالهرم، والمرض، وقد يؤخذ منه موافقة ترجيح المنع، ولا أحسب أحدًا يسمح بأن سفر النزهة، ونحوه يبيح العدول إلى الإطعام، وفي الخروج به من صوم الكفارة بعد الشروع فيه بعد، ولا سيما إذا أوجبنا التكفير على الفور؛ بل في غير السفر الواجب نظر؛ لأن الصوم مضيق عليه تغليظًا، فكيف يجوز الخروج عنه لغرض مباح من غير ضرورة ولا حاجة؟.

الرابع: التكفير بإطعام ستين مسكينًا ثابت بنص الآية، فلا يجوز الدفع إلى ما دون الستين، وإن راعى العدد في الدفع كما إذا دفعها إلى مسكين واحد في ستين يومًا، قاله في «المحرر» وسكت عنه الشيخ اكتفاء بفهمه من كلامه، والتصريح أحسن.

وقول المصنف: «ستين مسكينًا، أو فقيرًا» قد يفهم منه اشتراط؛ ليخصهم من أحد الصنفين، وليس بمراد؛ بل لو كان بعضهم فقراء، وبعضهم مساكين جاز، نعم ظاهر كلامه التخيير، والتسوية بين الصنفين مطلقًا، والظاهر: أن الصرف إلى الفقراء أولى.

وعبارة «الروضة» و«المحرر» وغيرهما: يجب الصرف إلى ستين مسكينًا،

....

ثم قالوا: ويجوز الصرف إلى الفقراء، وقد يفهم العكس، وإنما قالوا: ذلك؛ لئلا يتوهم تعين المساكين لظاهر الآية، وإلا فالأشد حاجة أولى، وعند جماعة يفهم اختصاص المساكين بها.

قال في «البسيط»: وصفتهم المسكنة بحيث يجوز صرف سهم المساكين في الزكاة إليهم.

الخامس: قوله: «بإطعام» يشعر بأنه لا يحتاج إلى لفظ؛ بل يكفي الإعطاء مع النية، وهو واضح، وعبارة «الروضة» وغيرها: يشترط تمليك المستحقين، وسلطتهم التامة قد يفهم اشتراط لفظ، وهو بعيد.

ثم إني رأيت في «البيان» هاهنا: والدفع المبرئ له هو أن يدفع إلى كل مسكين مدًّا ويقول: خذه أو كله أو ألحقه لك، وان قدم ستين مدًّا إلى ستين مسكينًا، وقال: خذوا أو كلوا أو أبحته لكم؛ لم يجزه ذلك؛ لأن عليه أن يوصل إلى كل واحد منهم مدًّا، وهذا لم يفعل ذلك، وان قال: ملكتكم هذا بينكم بالسوية أو قبضتكم إياه فقبضوه ففيه وجهان، أصحهما: أنه يجزئه، انتهى. وصدر كلامه يقتضي أنه: لا بُدَّ من لفظ.

السادس: لا يجوز دفعها إلى كافر، وإن كان ذميًا كالزكاة، وكما لا يجوز إعتاقه، ولا إلى هاشمي، ولا مطلبي كالزكاة، وعلل بالاستغناء بخمس الخمس.

وعن ابن الصلاح عن «أمالي»: أن في صرف الكفارة والنذر إلى الهاشمي قولين، ويجريان في المطلبي، والظاهر جريان الخلاف السابق في مواليهم في دفع الزكاة هاهنا، والأصح هناك إلحاقهم بهم.

وقد قال الْغَزَالِي، وغيره: الضابط فيمن يجوز الصرف إليه هنا كل مسكين يجوز صرف زكاته إليه أي: فلا يجوز صرفها إلى من تلزمه نفقته، ولا إلى من يلزم غيره نفقته كما سبق، ولا إلى عبده ولا مكاتبه، فإن صرف إلى عبد بإذن سيده المستحق جاز، أو بلا إذن بني على قبوله الوصية بغير إذنه، ولا فرق بين

……………………………………………………………………

أن يكون المسكين، أو الفقير صغيرًا، أو كبيرًا، عاقلًا، أو مجنونًا، نعم يشترط الدفع إلى ولي الصغير، والمجنون.

ونقل الرَّافِعِي عن أبي إسحاق: أنه لو كان رضيعًا لم يصح الصرف؛ لأن طعامه اللبن، قال الدارمي: قاله مرة، ثم رجع عنه، وقال: يجوز، ولو دفعها إلى صغير، فدفعها إلى وليه، ففي الإجزاء وجهان، وفي معناه: ما لو أخذه الولي منه عالمًا بالحال، وسكتوا عن الدفع إلى ولي المحجور بسفه، ويشبه أن الدفع إليه كالدفع إلى ولي الصبي.

السابع: قوله: «ستين مدًّا» قياسًا على كفارة وقاع رمضان، وأجيب عن حديث سلمة هنا: «**حيث أمره النبي ﷺ أن يدفع إلى ستين مسكينًا وسقًا من تمر، وهو ستون صاعًا**»[1] بأنه محمول على الجواز جمعًا بين الخبرين، قاله ابن الصلاح.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر؛ لأن كلامه ﷺ لسلمة كان في معرض بيان الواجب، وكذلك قال الخطابي: إنه حجة لأبي حنيفة في أن خمسة عشر صاعًا لا تجزئ عن كفارة الظهار، وقال: وهو أحوط الأمرين، انتهى. لكن الروايات تنظر في الاعتبار بمده كما سبق بيانه.

الثامن: جنس طعام الكفارة كالفطرة على الصحيح، وقيل: لا يجزئ الأرز، وقيل: لا يجزئ إذا نحيت عنه القشرة العليا؛ لأن ادخاره فيها، كذا نقلاه.

وعبارة الدارمي: وكذلك الأرز قضاء، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز مقشرًا، فهذا إن صح؛ لكان وجهًا آخر، وأخشى أن لفظة «لا» أغفلت، وهنا تتمات كثيرة ذكرتها في «الغنية».

التاسع: يوجد في بعض نسخ «المنهاج» بعد قوله: «مما يكون فطرة»: قلت: فإن دفعها إلى مسكين واحد في ستين يومًا لم يجز، ولا يجزئ دقيق ولا سويق، ولا خبز، ولا غداء، ولا عشاء، والله أعلم، وكأنها خاتمة أدخلت

---

(١) رواه أبو داود (٢٢١٦).

....

في الأصل، وكلامه يفهمها، وما فيها هو المذهب المشهور، وحكى الرَّافِعِي وجهًا في إجزاء الدقيق، والخبز.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: إن به قال الأنماطي، وابن أبي هريرة، والصيرفي، وأحمد، وأبو حنيفة، وهو الاختيار، فيعطى لكل مسكين رطلان بالعراقي، وقال في «البحر»: وبإجزاء الخبز أفتى؛ لأنه مهيأ للاقتيات، وفي «الشرح» عن ابن خيران: إنه يجوز أن يعطى لكل مسكين رطلا خبز، وقليل: أدم.

ورأيت الصيمري قال في كفارة اليمين من «شرح الكفاية»: وأصحابنا يفتون لكل واحد رطلين من خبز؛ للضرورة، وكثرة وقوع ذلك وليس بمذهب للشافعي؛ بل مذهبه الحب، قال الشيخ: ونحن نفتي به في الأيمان برطلي خبز، ولو كان مع ذلك شيء من الأدم كان حسنًا، وكان أبو ثور يفتي بنحو ذلك، انتهى.

وظاهره أنه إنما قاله في كفارة اليمين خاصة؛ لعموم البلوى بها، وأفاد أن الأدم بذور، والله أعلم.

العاشر: لا بد أن يصرف إلى كل واحد من الستين مدًا كاملًا، ولو جمع ستين، ووضع بين أيديهم ستين مدًا، وقال: ملكتكم هذا، أو أطلق، أو قال: بالسوية، فقبلوه؛ أجزأ، خلافًا للإصطخري، كذا نقلاه.

وقال الدارمي: إن أعطى ستين مدًا أو أكثر، ولم يبين نصًا؛ لم يجز، فإن بين لهم لكل واحد مد؛ جاز، وفي «الخصال»: إن من شروط الإجزاء ألا يعطيهم جملة زكاة بيع.

قال الإصطخري: ولو قال: خذوا، ونوى الكفارة فأخذوا بالسوية؛ أجزأه، وإن تفاوتوا لم يجزئه إلا واحد؛ لأنا نتيقن أن أحدهم أخذ مدًا، فإن تيقنا أن عشرة أو عشرين، أو غيرهم أخذ كل واحد منهم مداً فأكثر؛ أجزأه ذلك العدد ولزمه الباقي، ولو صرف ستين مدًا إلى مائة وعشرين مسكينًا بالسوية؛ أجزأه من ذلك ثلاثون مدًا ويصرف ثلاثين مدًا إلى ستين منهم أيهم شاء، والاسترداد من الباقي.

قال في «العدة: » ولا يرجع على الباقين بحال؛ لأنهم أخذوها وكانوا مستحقين لها، وقبضهم صحيح ألا ترى أنه لو أعطاهم الباقي سقط عنه، وقال ابن الصباغ، وتبعه الْمُتَوَلِّي، وابن أبي عصرون، والرَّافِعِي، والمصنف: يرجع عليهم، إذا بين أنها كفارة.

وقال في «البيان»: ولو دفع إلى ثلاثين ستين مدًّا مدين مدين؛ أجزأه ثلاثون مدًّا، وهل يرجع على الأولين بما زاد على المد؟ نظر أن بيَّن أن ذلك عن كفارة واحدة رجع، وإن أطلق فلا؛ لأن ظاهره التطوع، وقد لزم بالقبض.

فرع: في «تجربة الرُّويَاني»: إنه لو دفع الطعام إلى الإمام فتلف في يده قبل التفريق على المساكين؛ فظاهر المذهب أن الفرض لا يسقط عن المكفر بخلاف الزكاة؛ لأن الإمام لا يد له في الكفارة بخلاف الزكاة.

وحكى في «البحر» ما جعله المذهب عن قول والده نفسه، قال: ويحتمل أن يسقط الفرض، وإن لم يكن إلى الإمام كزكاة الأموال الباطنة، قال: وهو الأظهر عندي، انتهى.

والظاهر: أن التردد هنا لو تبرع هو بدفعها إلى الإمام، أما لو رأى الإمام أخذها منه، وتفريقها؛ فيشبه أن يقطع بسقوط الفرض عنه، وفيه وقفة.

فرع: قال الدارمي: إن دفع الطعام إلى سلطان فدفعه إلى غني يظنه فقيرًا أجزأ، وإن كان كافرًا، أو مكاتبًا، أو مبعضًا، وظنه مسلمًا حرًا؛ لم يجز، وكذلك الشريف، وإن كان ممن يلزمه نفقته فكالغني، وسواء قلنا: يعيد، أو لا، فإنه يسترجع المدفوع، أو قيمته إن كان تالفًا، فإن قلنا: يعيد أعاد، وإن دفع بنفسه لم يجز إلا أن يكون إلى غني ظنه فقيرًا فقولان: فإن كان دفعه مطلقًا لم يرجع، وإن عرفه رجع.

وقيل: يرجع النية، ومتى ضمنها الإمام ففي ماله، أو بيت المال على وجهين، هكذا رأيته، وكأن النسخة مختلة.

وقال غيره: إذا دفع إلى من ظنه فقيرًا فبان غنيًا، ففي «الجديد» لا يجزئه،

....

و«القديم» الإجزاء، وخصص الْمَاوَرْدِي الخلاف بما إذا اجتهد عند الدفع، وإن لم يجتهد لم يجزه قولًا واحدًا، ولتقصيره، وإن بان كافرًا أو عبدًا لم يجزه قولًا واحدًا؛ لأن حالهما لا يختفي غالبًا بخلاف الغني، هكذا جزم بهذه الطريقة جماعة من العراقيين، ورجحها القاضي الحسين، وحكى معها طريقة يجزئه للقولين فيهما أيضًا.

فرع: قال الدارمي: لو صام أربعة أشهر متوالية عن كفارتين، ثم علم ترك يوم لا يعلم موضعه أعاد شهرين؛ لأنه أسوأها، وإن ترك يومين يعلم موضعهما، وكذلك اليوم فعليه أي: فعليه ما يقتضيه ذلك العلم.

قال: وإن لم يعلم؛ ولكن علم أنهما متفرقان، أو شك فعليه الأربعة الأشهر أي: أخذًا بالأسوأ، وإن تبعهما مجتمعين إلى شهرين ويوم، انتهى.

وكان هذا فيما إذا علم قبل أن يفطر بعد آخر صيامه بأن علم ذلك في اليوم الأخير من الشهر الرابع، فصام متصلًا به ما ذكره، أما لو كان قد أفطر عقب صيام الأربعة، ثم علم ذلك فعليه صيام الأربعة، فتأمله!

خاتمة

لو عجز عن الخصال الثلاث؛ استقرت الكفارة في ذمته على المرجح، قال الدارمي: ولو قدر على بعض الإطعام فأوجه:

أحدها: يخرجه، والباقي في ذمته.

وثانيها: يخرجه، ولا شيء عليه.

وثالثها: لا شيء عليه، ونقلها الرَّافِعِي.

وتخريج ابن الْقَطَّان فيما إذا قدر على بعض الرقبة، وعجز عن الصوم والإطعام، وحكاها الدارمي في ذلك أيضًا، ومتجه الجزم بالإطعام، ثم إذا أمكنه حكمه، ويتجه وجوب المبادرة إلى ذلك أن أوجبنا التكفير على الفور، وإلا يخير بين إخراج الميسور، وتكميله من بعد، وبين التأخير إلى إخراج الجميع دفعة.

……

نعم، لو انحصر المساكين بالبلد، وطلبوا الكفارة وجب تعجيل الميسور قطعًا على التقدير، وقد لا يتوقف ذلك على طلبهم، وإنما يتجه التأخير على قولنا بالتراخي إذا كانوا غير محصورين.

وقد قال الإمام: إذا عجز عن العتق، والصوم، وقدر على ثلاثين مدًا، أو مدًا واحدًا ؛ لزمه إخراجه بلا خلاف، إذ لا بدل له، وإن وجد بعض مد ؛ ففيه احتمال.

قال في «الروضة»: وينبغي الجزم بوجوب بعض المد للعلة المذكورة، وفيما قاله نظر ؛ لأن بعض المد لا يحصل له به الكفارة، ولم يعهد إيجابه ابتداءً، وهو نظير القدرة على بعض صاع الفطرة، وفي وجوب إخراجه خلاف مشهور.

وذكر الدارمي في «كتاب الصيام»: أنه إذا قدر على بعض الإطعام، وقلنا يسقط عن العاجز عنه، ففي سقوطه على هذا وجهان، وإن قلنا: لا يسقط إخراج الموجود في ثبوت الباقي في ذمته وجهان، انتهى.

ويجب أن يبقى الباقي في ذمته قطعًا على ما عليه التفريع، فإن قيل: إذا اعتبرنا في الكفارة حالة الأداء، فكيف يخرج البعض الآن وقد يتغير حاله، ويصير من أهل الإعتاق أو الصيام، فيخاطب به، ولا يقع الإطعام السابق مُعتدًا به(١)؟

قلنا: من شرع في التكفير بخصلة لا يضره تغير حاله بعد ذلك، ولا يلزمه الانتقال، وإن اعتبرنا وقت الأداء، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

---

(١) إِذَا عَجَزَ مَنْ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ عَنْ جَمِيعِ الْخِصَالِ بَقِيَتْ الْكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا، فَلَا يَطَأُ الْمُظَاهِرُ حَتَّى يُكَفِّرَ، وَلَا تُجْزِئُ كَفَّارَةٌ مُلَفَّقَةٌ مِنْ خَصْلَتَيْنِ كَأَنْ يُعْتِقَ نِصْفَ رَقَبَةٍ وَيَصُومَ شَهْرًا أَوْ يَصُومَ شَهْرًا، وَيُطْعِمَ ثَلَاثِينَ، فَإِنْ وَجَدَ بَعْضَ الرَّقَبَةِ صَامَ؛ لِأَنَّهُ عَادِمٌ لَهَا، بِخِلَافِ مَا إذَا وَجَدَ بَعْضَ الطَّعَامِ فَإِنَّهُ يُخْرِجُهُ وَلَوْ بَعْضَ مُدٍّ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَلَ لَهُ، وَالْمَيْسُورُ لَا يَسْقُطُ بِالْمَعْسُورِ وَيَبْقَى الْبَاقِي فِي ذِمَّتِهِ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ تَرْجِيحُهُ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ أَنَّ الْعَجْزَ عَنْ جَمِيعِ الْخِصَالِ لَا يُسْقِطُ الْكَفَّارَةَ، وَلَا نَظَرَ إلَى تَوَهُّم كَوْنِهِ فَعَلَ شَيْئًا، وَإِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ وَلَمْ يَقْدِرْ إلَّا عَلَى رَقَبَةٍ أَعْتَقَهَا عَنْ إحْدَاهُمَا وَصَامَ عَنْ الْآخَرِ إنْ قَدَرَ وَإِلَّا أَطْعَمَ.
انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٦٣).

كِتَابُ اللِّعَانِ

قال المصنف: [يَسْبِقُهُ قَذْفٌ وَصَرِيحُهُ الزِّنَا كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ: زَنَيْتَ أَوْ زَنَيْتِ أَوْ يَا زَانِي أَوْ يَا زَانِيَةُ، ....

قال الشارح: هو: مصدر لاعن يُلاعن لعانًا، ويقال: تلاعنا، والتعنا، واشتقاقه من اللعن وهو: الطرد والإبعاد؛ لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه، ويحرم النكاح بينهما أبدًا، وسمي لعانًا لقول الزوج: «عليَّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين».

وهو شرعًا: عبارة عن كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخت فراشه، وألحقت العار به، وإنما اختير لفظ اللعان على لفظ الشهادة، وغيرها، وإن وجد ذلك في لعانهما؛ لِأَنَّ اللَّعْنَ كَلِمَةٌ غَرِيبَةٌ فِي تَمَامِ الْحُجَجِ مِنْ الشَّهَادَاتِ وَالْأَيْمَانِ وَالشَّيْءُ يَشْتَهِرُ بِمَا يَقَعُ فِيهِ مِنْ الْغَرِيبِ، قاله الإمام، وهل هو يمين، أو شهادة، أو يمين فيها شوب شهادة، أو عكسه؟ وجوه أصحها الأول.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ [النور: ٦] وقد صحت الأحاديث بوقوع التلاعن في عهد رسول الله ﷺ.

قال: (**يَسْبِقُهُ قَذْفٌ**) هذه العبارة مقلقة موهمة، فإن أراد بها: إن من شرطه أن يسبقه قذف، فقد قال الأصحاب: يشترط في اللعان تقدم القذف، أو نفي الولد، فكان ينبغي أن يذكرهما معًا؛ لئلا يفهم أنه: لا بد من تقدم القذف مطلقًا.

وفي «الحاوي»: إنه لو شهد أربعة عدول بزناها، فله اللعان؛ لنفي النسب، وهل يستغنى بالشهادة التلفظ بالقذف؟ فيه وجهان محتملان، انتهى.

وإن أراد أن سببه قذف يسبقه، فقد قالا: إن سببه القذف، أو نفي الولد، فكان من حقه أن يذكرهما هنا .

قال: (**وَصَرِيحُهُ**)؛ أي: صريح القذف.

(**الزِّنَا كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ: زَنَيْتَ أَوْ زَنَيْتِ أَوْ يَا زَانِي، أَوْ يَا زَانِيَةُ**) لا

وَالرَّمْيُ بِإِيلَاجِ حَشَفَةٍ فِي فَرْجٍ مَعَ وَصْفِهِ بِتَحْرِيمٍ أَوْ دُبُرٍ صَرِيحَانِ، ....

يكون قذفًا، والمذهب خلافه، ولا خفاء أنه لو كان اللفظ اسمًا علمًا للمنادى، لا يكون نداؤه به قذفًا إلا بالنية، كما سبق في صريح الطلاق.

قال: (**وَالرَّمْيُ بِإِيلَاجِ حَشَفَةٍ فِي فَرْجٍ مَعَ وَصْفِهِ بِتَحْرِيمٍ أَوْ دُبُرٍ صَرِيحَانِ**) هذا قاله **الْغَزَالِي**، وتبعاه عليه فقالا: والنيك وإيلاج الحشفة إلى آخره؛ لأنهما لا يقبلان التأويل، ولا يحتملان غير القذف، وفي هذا نظر، فإن الكلام مستوفٍ لبيان القذف الذي يوجب الحد، ويترتب عليه اللعان في الزوجة، وذلك إنما يكون بالرمي بما يوجب الحد، والنيك، وإيلاج الحشفة في الفرج مع الوصف بالتحريم بجامع سقوط الحد كوطء زوجته الحائض، أو النفساء، أو المحرمة، أو الصائمة فرضًا، وأمته المحرمة عليه، والمبعضة، والمشتركة، ووطء الميتة.

وقد قال الأصحاب: إن الرمي بإتيان البهيمة ليس بقذف، إذا لم يوجب به الحد، وكذا القول في الإتيان في الدبر عند من يرى ألا حد فيه، وإمام الحرمين - رحمه الله تعالى - قيد ذلك، حيث قال: قال الأئمة: الألفاظ المستعملة في هذا النوع أقسام: قسم هو صريح: وهو لفظ الزنا مضافًا إلى الجملة أو إلى الفرج، والألفاظ التامة على المعنى: النيك، ولفظ الإيلاج مع التصريح بالتحريم المطلق، وانتفاء الشبهة، انتهى.

وقد يجاب: بأن ذلك قذف، وإن لم يوجب الحد، والكلام في القذف المطلق، لا فيما يُوجب الحد، وفيه نظر؛ لأن القذف شرعًا: هو النسبة إلى الزنا، والزنا هو الموجب للحد.

قال: قالا: لو قال: لطت أو لاط بك فلان؛ فهو قذف سواء خوطب به رجل أو امرأة ولو قال: يا لوطي فهو كناية.

قلت: وقيده صاحب «التهذيب» و«الذخائر» بالاختيار، فقالا: ولو قال: لطت، أو لاط بك فلان باختيارك، ويأتي مثله في نص صور الرمي بالزنا.

وعن «البحر»: إن لطت أو يا لوطي؛ ليس بصريح، وقيل: صريح، وما ذكروه في لطت محتمل؛ إذ يقال لمن يرى أنه يفعل ذلك من غير إيلاج، وأما

....

قوله: يا لوطي، فجزم الْبَغَوِي، وصاحب «الكافي» والرَّافِعِي: بأنه كناية.

وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب، والقاضي الحسين في «الفتاوى» وبه أجاب الصيمري، والْبَنْدَنِيجِي، و«المعتمد».

وقال المصنف في «تصحيح التنبيه»: إنه الصواب، وهو قضية كلام «المهذب» وجزم به في «التنبيه»: بأنه صريح، وتبعه الجرجاني في «تحريره».

وقال صاحب «الكافي» في باب حد القذف: هو كقوله: يا زاني، فلو قال: أردت أنه على دين قوم لوط ﷺ هل يقبل؟ وجهان، انتهى.

وقال في «الروضة»: قد غلب استعمال ذلك في العرف لإرادة الوطء في الدُّبر، ولا يفهم منه إلا هذا، فينبغي أن يقطع بأنه صريح، وإلا فيخرج على الخلاف فيما إذا شاع لفظه في العرف كقوله: «الحلال عليّ حرام» وشبهه هل هو صريح أم كناية؟

وأما احتمال كونه أراد على دين قوم لوط ﷺ فلا يفهمه العوام أصلًا، ولا يسبق على فهم غيرهم، والصواب الجزم، وبه جزم صاحب «التنبيه» وإن كان المعروف في المذهب أنه كناية، انتهى.

فاقتضى تصويبه الأول، ولا شك في بعد فهم الاحتمال المذكور؛ لكن رأينا أهل العرف يطلقون ذلك على من يحب الغلمان، أو يميل طبعه إليهم، أو يعاشرهم، أو يطيل النظر إليهم استحسانًا، ويطلقونه إطلاقًا علنًا من ينال منهم دون الفاحشة العظمى، وحينئذٍ لا يلزم من مطلق النسبة وصفه بالإتيان في الدبر، و«ظهر المؤمن حمى»⁽¹⁾.

والصواب قول الأصحاب: إنه كناية؛ بل لا يثبت نقل صريح عن أحد منهم بصراحته غير ما وقع في «التنبيه» ومن تبعها كالجرجاني، والرُّويَانِي، وصاحب: «الكافي» في باب حد القذف، ومال إليه ابن الصباغ تفقهًا.

---

(١) أخرجه الطبراني (١٧/ ١٨٠، رقم ٤٧٦) قال الهيثمي (٦/ ٢٥٣): فيه الفضل بن المختار، وهو ضعيف.

وَزَنَأْت فِي الْجَبَلِ كِنَايَةٌ، وَكَذَا زَنَأْت فَقَطْ فِي الْأَصَحِّ، وَزَنَيْت فِي الْجَبَلِ صَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ. ....

قال ابن الرِّفْعَة: ونسخ «التنبيه» مختلفة، ففي بعضها يا لوطي، وفي بعضها يا لائط، والظاهر: أن لائط هي الصحيحة، والله أعلم.

قال: (وَزَنَأْتَ) أي: بالهمزة، (فِي الْجَبَلِ كِنَايَةٌ)؛ وهو الصعود فيه، ومثله زنأت في السلم، هذا ما نص عليه في كتبه، وأطبقوا عليه، وعن ابن سلمة: إنه صريح من العامي الذي لا يعرف اللغة.

قال الدارمي: ولو قال: «زنات» بألف بغير همزة، قيل: قاذف، وعندي كناية، ولو قال: زنأت في البيت وهمز، قال القاضي الحسين: الظاهر أنه يكون قذفًا.

وقال الْبَغَوِي: إنه المذهب، وقال غيره: إن لم يكن في البيت درج يصعد إليه منها؛ فقذف قطعًا، وإن كان فوجهان، ونقل هذا الكلام في «التنقيح» عن «بلغة الجرجاني» في صيغة: زنيت في البيت، ولعله تحريف.

قال: (وَكَذَا زَنَأْت فَقَطْ فِي الْأَصَحِّ) إذا همز، ولم يذكر الجبل، ونحوه، وكذا لو قال: يا زانئ بالهمز، والأصح أنه كناية ظاهرة في القذف.

والثاني: صريح لتبادر القذف منه، وبقاء الهمزة مقام الياء.

والثالث: قاله ابن سلمة ـ الفرق بين اللغوي وغيره، وممن رجح أنه كناية: القاضي الحسين، والْبَغَوِي، والفوراني في «العمد» وصاحب «التنبيه» وبه قال الْقَفَّال، والقاضي أبو الطيب، وجريا على ترجيحه في «الروضة» و«الشرحين». وعن الداركي: أن أبا أحمد الجرجاني نقل عن «الجامع الكبير»: أنه صريح.

قال في «التنقيح»: وقال المحاملي في «التجريد» «والمقنع» إنه ظاهر المذهب، وحكى مثله عن صاحب «الفروع» وصححه الجرجاني في «التحرير» ونقله الدارمي عن «الجامع الكبير» مع قول ابن سلمة، ولم يذكر الوجه الأول هذا صواب النقل، ووقع للقمولي في «شرح الوسيط» سهو فيه، أشرت إليه في «الغنية».

قال: (وَزَنَيْت فِي الْجَبَلِ صَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ) هذا ما أورده الدارمي،

وَقَوْلُهُ يَا فَاجِرُ يَا فَاسِقُ، وَلَهَا يَا خَبِيثَةُ، وَأَنْتِ تُحِبِّينَ الْخَلْوَةَ، وَلِقُرَشِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ، وَلِزَوْجَتِهِ لَمْ أَجِدْكِ عَذْرَاءَ كِنَايَةٌ، فَإِنْ أَنْكَرَ إِرَادَةَ قَذْفٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

وصححه الإمام، والْغَزَالِي، والْبَغَوِي، والفوراني، والرَّافِعِي، قال الفوراني: لأنه نص في «الجامع الكبير» أنه لو قال لها: يا زانية في الجبل؛ كان قذفًا، ولا فرق بين ذلك، وبين قوله: زنيت في الجبل، وسوَّى الْبَغَوِي بينهما.

والثاني: إنه كناية، قاله في «التلخيص» لأن الياء قد تقام مقام الهمزة، واقتضى كلام القفال في «شرحه» موافقته، وهو نص «الأم» هنا، ولفظه: ولو قال رجل لامرأته: يا زانية، ثم قال: عنيت زنأت في الجبل حد أو لاعن؛ لأن هذا ظاهر التزنية، ولو وصل الكلام فقال: يا زانية في الجبل؛ أحلف ما أراد إلا الرقي في الجبل ولا حد، فإن لم يحلف حد لها إذا حلفت لقد أراد القذف، انتهى.

فهذا نص صريح، قال المصنف في «التنقيح»: فليعتمد هذا النص، ويترك ما قاله الفوراني، وبالغ في ترتيب نقله، وعلى تقدير ثبوته يكون في المسألة قولان منصوصان.

والثالث: الفرق بين اللغوي وغيره.

قال: (**وَقَوْلُهُ: يَا فَاجِرُ يَا فَاسِقُ، وَلَهَا**) أي: للمرأة.

(**يَا خَبِيثَةُ، وَأَنْتِ تُحِبِّينَ الْخَلْوَةَ، وَلِقُرَشِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ، وَلِزَوْجَتِهِ: لَمْ أَجِدْكِ عَذْرَاءَ؛ كِنَايَةٌ**) لاحتمالها القذف وغيره.

(**فَإِنْ أَنْكَرَ إِرَادَةَ قَذْفٍ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**)؛ لأنه أعرف بكلامه.

تنبيهات وفروع:

الأول: قوله: «ولقرشي: يا نبطي» كذا في «المحرر» و«الروضة» وبعض نسخ «الشرح» والأحسن ما في نسخ «الشرح» الصحيحة: «أو لعربي: يا نبطي» وكذا قاله الشَّافِعِي، وغيره، وهذا أشمل؛ لأنه ربما يوهم قصره على القرشي، وقوله للنبطي: يا قرشي، وللتركي: يا هندي، وبالعكس كذلك.

الثاني: قال الجوري: لو قال لعربي: يا مولى، أو يا عبد؛ ففيها قولان:

……

أحدهما: عليه الحد، والثاني: لا؛ لجواز أن يريد عبد الله، انتهى.

وكان التصوير فيما إذا أخرج ذلك مخرج النسب والتنقيص، وإلا فالمولى يخاطب عادة من يعظم، أو يطلق على نحو من عشرين معنى منها: الملك، والسيد، والناصر، والمحب، والحليف، والسيد، والمنعم، والمنعم عليه، وعلى التقدير الأول: فينبغي أن يكون الأصح القول الثاني كناية.

الثالث: قَالَ الشَّافِعِيُّ في «المختصر»: وَلَوْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ: يَا نَبَطِيُّ، فَإِنْ قَالَ: عَنَيْتُ نَبَطِيَّ الدَّارِ أَوِ اللِّسَانِ؛ أَحْلَفْتَهُ مَا أَرَادَ أَنْ يَنْسُبَهُ إِلَى النَّبَطِ، وَنَهَيْتَهُ أَنْ يَعُودَ، وَأَدَّبْتَهُ عَلَى الْأَذَى، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حَلَفَ الْمَقْذُوفُ: لَقَدْ أَرَادَ نَفْيَهُ، وَحُدَّ لَهُ، فَإِنْ عَفَا فَلَا حَدَّ لَهُ، وَإِنْ قَالَ: عَنَيْتُ بِالْقَذْفِ الْأَبَ الْجَاهِلِيَّ؛ حَلَفَ وَعُزِّرَ عَلَى الْأَذَى، انتهى.

قال جمهور شارحيه: إن أراد غير القذف كنبطي الدار، واللسان؛ صدق بيمينه، ويعزر للأذى، هكذا أطلقوه، وقال الْمَاوَرْدِي: ينظر في مخرج لفظه، فإن لم يرد به النسب، والذم فلا تعزير عليه، وإن أراد به النسب والذم؛ عُزِّرَ للأذى، وفي الكلام على النص وشرحه، وما تضمنه من الإشكال فوائد أشرت إليها في «الغنية» يتعين الوقوف عليها.

الرابع: قال الرَّافِعِي في «التجربة» للروياني: أنه لو قال لعلوي: لست ابن علي بن أبي طالب ﷺ وقال: أردت قذفي، فإن نكل؛ حلف القاذف ويعزر ولا يحد، وقضية هذا ألا يصدق القائل؛ بل أردت إحداث القول له مهما نازعته أمه؛ بل تصدق هي؛ لأن المطلق محمول عليها، والسابق إلى الفهم قذفها، كما أن السابق إلى الفهم من قوله لعلوي: لست ابن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - ما يقوله المقذوف له، فإن نكل حينئذٍ يحلف القائل ويبرئ، انتهى.

وما قاله الرُّويَانِي قاله الفوراني وغيره، وهو قضية نصه في «الأم» كما أوردته في «الغنية» وكذا أورد الشيخ إبراهيم المروزي، ثم قال: وقال القاضي: هو عندي كناية في القذف؛ لأنه يحتمل المعنى الذي ذكره، انتهى. والقاضي هو الحسين.

والخامس: لا خفاء أن الكاذب يصدق بيمينه، وأنه ليس له أن يحلف كاذبًا أنه لم يرد القذف، فإن فعل أثم ولزمه الكفارة، والحد سرًا، قالوا: ويجب عليه إظهاره ليستوفى منه، كما لو قتل نفسه ظلمًا، كذا حكاه الإمام عن الأصحاب.

قال ابن يحيى: وقيل: لا يجب الإظهار؛ لما فيه من إيذاء المقذوف، وإنما حرم القذف لتعيين المقذوف، ولم يتعين بالكناية، فيكف يجب إظهار هذا التعيين وإكماله؟ وهذا ما أبداه الإمام من عنده، نعم لو عرضت عليه اليمين الشرعية، فعليه إظهار النية دفعًا لليمين الغموس عن نفسه.

ومن الأصحاب من قال: لا يحصل القذف بالكناية، وإن نوى فإنه لا يحصل له تمام التعيين مع احتمال معنى آخر.

قال ابن يحيى: ولا بأس به، وعلى هذا لو استحلف على النية لم يلزمه الحلف، ولو استخلفه على القذف؛ حلف أنه لم يقذف، وهو صادق، انتهى.

وفي ثبوت ما قاله بعد، والمعروف: أن القذف يحصل بالكناية مع النية، نعم تردد الإمام، والْغَزَالِي في أنَّا هل نقول وجب بمجرد اللفظ مع النية، أو نقول لا يجب حتى يعترف أنه أراد بالكناية القذف؟ ومقتضى نقل الإمام عن الأصحاب وجوب الإظهار، ووجوب الحد بمجرد الكناية مع النية فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «الذخائر»: وحكى بعض أصحابنا عن بعض العلماء أنه قال: لا قذف بالكناية، وعن الْغَزَالِي بأن كلام «بسيطه» يقتضي أن القول: بأنه لا يجب الحد بالكناية قول بعض العلماء من غيرنا؛ لكن ذكرت في «الغنية» عن النص، وكلام «الخصال» ما يؤيد حكاية ابن يحيى، وذكر القاضي الحسين في كتاب «الأسرار» ما يقتضي إثبات وجهين في إيجاب الحد بالقذف بالكناية.

السادس: سبق أنه ليس له الحلف كاذبًا أنه لم يرد القذف، وهو ظاهر؛ لَكِنْ لَوْ كَانَ صَادِقًا فِي قَذْفِهِ يُعْلَمُ زِنَاهُ يَقِينًا فَهَلْ يَكُونُ عُذْرًا فِي التَّوْرِيَةِ عِنْدَ تَحْلِيفِ الْحَاكِمِ لَهُ لِيَدْرَأَ الْحَدَّ عَنْ نَفْسِهِ، وَتَجُوزُ التَّوْرِيَةُ هنا على خلاف القاعدة

من اعتبار نية القاضي المستحلف، أم لا؟ الْأَقْرَبُ عِنْدِي جَوَازُ التورية هنا على خلاف؛ لما ذكرته، وَلِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ الْمَعَرَّةِ عَنْ الْمَقُولِ لَهُ؛ بَلْ يَقْرَبُ إيجَابُ ذَلِكَ؛ إذَا عُلِمَ أَنَّهُ يُحَدُّ بِذَلِكَ، وَتَبْطُلُ عَدَالَتُهُ وَرِوَايَتُهُ وَمَا تَحَمَّلَهُ مِنْ الشَّهَادَاتِ وَنَحْوَ ذَلِكَ.

السابع: قال ابن الْقَطَّان: لو قال: يا بغيًا؛ لم يكن قذفًا حتى يقول: إنك قد زنيت في الموضع، انتهى.

ويأتي منه ما يذكر في الفرع بعده للعرف، والظاهر أنه لو قال لامرأته: يا بغيًا؛ كان قاذفًا.

الثامن: لو قال للمرأة: يا قحبة، قال ابن الْقَطَّان: لم يكن قذفًا إلا أن ينويه؛ لأنه ليس بصريح، وإنما استعمله بعض العامة، وقضية كلام المصنف في اختلاف «الروضة» أنه صريح فإنه قال: لو قيل له: يا زوج القحبة، فقال: إن كانت امرأتي بهذه الصفة فهي طالق، فإن قصد التخليص من عارها وقع الطلاق، كما لو قصد المكافأة، وإلا فهو تعليق فينظر، هل هي بالصفة المذكورة، أم لا ؟ قال: القحبة: هي البغي، وهي كلمة مولدة ليست عربية، انتهى.

والعُرف جارٍ بذلك، ويشبه أن يكون صريحًا، أو يجري فيها الخلاف في: «حلال الله علي حرام» ونحوها، وقد يطلق ذلك على المتبرجة، ونحوها ممن تركت الحياء، ولزوم المنزل، ولا يراد به حقيقة الزنا، فتقول إنها كناية.

التاسع: لو قال لرجل: يا فاجر، قال القاضي الحسين: هو صريح؛ لجريان العرف بالقذف به، وحكاه في «العمد»: بأن حد القذف عن الْقَفَّال، وقال جماعة: هو كناية، وهو الأصح، ولا عرف لهذا اللفظ في «الشام» وما داناه، ومنهم من جعله صريحًا في العامي فقط.

العاشر: قال الطبري في «شرح الكفاية»: لو قال له: يَا مَأْبُونُ، فهو كناية، وهو الأصح، ويوافق المصنف، وكذا قوله: يا سائب، إن كان يطلق في العرف للنسبة إلى الزنا، ويحتمل أن يجري في صراحته خلاف، والوجه

وَقَوْلُهُ يَا ابْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا فَلَسْت بِزَانٍ، وَنَحْوِهِ تَعْرِيضٌ لَيْسَ بِقَذْفٍ وَإِنْ نَوَاهُ.

الجزم في الأولى بأنه كناية بأنه لم ينسب إلى فعل؛ بل وصفه بالإبنة⁽¹⁾.

ولو قال: يا قواد، فهو كناية في قذف زوجته، وقيل: صريح؛ لجريان العادة بالقذف به، وقيل: صريح في حق العامي، وفي «التهذيب»: أن قوله للمرأة: يا قوادة كناية، وفيه نظر؛ لأن المفهوم منه قذف غيرها؛ لسفارتها في الفاحشة، ولأنه لا إشعار له بقذفها نفسها.

ولو قال له: يا عاهر فصريح، أو كناية، وجهان يأتيان، وأفتى ابن عبد السلام أن قوله: يا مخنث؛ صريح للعرف.

قال: (**وَقَوْلُهُ: يَا ابْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا فَلَسْت بِزَانٍ، وَنَحْوِهِ؛ تَعْرِيضٌ لَيْسَ بِقَذْفٍ وَإِنْ نَوَاهُ**) ووجه بأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي، وهاهنا لا دلالة في اللفظ، ولا احتمال، وما يتخيل ويفهم منه؛ فهو من قرائن الأحوال، وهذه طريقة الْقَفَّال على تفصيل يأتي عنه، وبه قال القاضي الحسين، والفوراني، والْبَغَوِي، والإمام، والْغَزَالِي، ونسبها غير واحد إلى المراوزة، وذهب العراقيون قاطبة أنه كناية صرح به الشيخ أبو حامد، وأتباعه، وخلائق غيرهم.

قال في «التنقيح»: ونقله القاضي الحسين في «تعليقه» حكاية على المذهب، ثم أبدى من عند نفسه أنه لا يكون كناية، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب هو كناية، فإنه لم ينقل ترجيح الأول إلا عن الْبَغَوِي، ونقل الثاني عن خلائق، وطريقة العراقيين أقرب إلى كلام الشَّافِعِي في «الأم» فهي المذهب.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: فلما كان قول الفزاري - يعني: «الرجل الذي جاء إلى النبي ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ»⁽²⁾ تهمة الأغلب منها عند من سمعها أنه أراد قذفها أن جاءت بولد أسود فسمعه النبي ﷺ

---

(1) انظر: نهاية المحتاج (٢٣/ ١٩٧).

(2) أخرجه البخاري (٦٨٤٧)، ومسلم (٣٨٣٩).

....

فلم يره قذفًا يحكم عليه فيه باللعان، أو الحد؛ إذ كان لقوله وجه يحتمل ألا يكون أراد به القذف من التعجب، والمسألة عن ذلك لا قذف امرأته، استدللنا على أنه لا حد في التعريض.

وإن غلب على السامع أن المعرض أراد القذف إن كان له وجه يحتمله، ولا حد إلا في القذف الصريح، وبسط الكلام فيه، ومراده الرد على جعله صريحًا إما مطلقًا، أو في حال القذف، ولم يرد به أنه لا حدّ فيه، وإن نواه؛ بل في كلامه ما يقتضي أنه كناية، وكذلك فهمه الجوري من كلام الشَّافِعِي(١).

ونقل ابن الرِّفْعَة عن القاضي الحسين أنه حكى عن الشَّافِعِي في آخر باب حد القذف، أنه قال: لا حد في التعريض، ولا في الكناية ما لم يرد به القذف.

قال ابن الرِّفْعَة: وظاهره أن النية تؤثر فيه، وقال القاضي الحسين هنا في اللعان: إنه في موضع آخر أن قوله: يا ابن الحلال، أما أمي فليست بزانية؛ كناية، انتهى.

وكلامه في «المطلب»: فهذان نصان: أحدهما: ظاهر، والثاني: صريح أنه كناية على ما نقله ابن الرِّفْعَة؛ لكن قال من يعقبه: أنه لم ير ذلك في «تعليق القاضي» وأن نسخها مختلفة.

وحكى في «الكفاية» عن القاضي عن الْقَفَّال أنه قال في تذكرة ثانية: جملة الألفاظ أربعة أقسام: قسم صريح، وقسم كناية: إن أراد به القذف كان قذفًا، وإلا فلا، كقوله: يا فاسقة، يا فاجرة، يا ابن الحلال، أما أمي فليست بزانية، وقسم ثالث: هل يجعل كناية في القذف إن أراد، وقوله: «أما أنا فلم أزن، وأما أمي فما زنت» وجهان: الأصح أنه يكون قذفًا، وقسم رابع: لا يكون قذفًا بكل حال، كقوله: بارك الله فيك، وما شابهه، انتهى.

قال في «الذخائر»: وطريقة العراقيين هي الصحيحة، وعليها يدل نص الشَّافِعِي، وهو كما قال، ومن تأمل قول أصحابنا العراقيين، وغيرهم: التعريض

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٧/ ٣٢١).

....

ليس بقذف إلا أن يقصد به القذف، واستدلالهم على الخصوم؛ علم أنه مأخوذ من كلام الشَّافِعِي، واستدلاله عليهم، وأن مراده حيث أطلق أنه ليس بقذف عنى به من غير نية، نعم التعريض عند أصحابنا العراقيين، وغيرهم محل ضربين:

أحدهما: أنه كناية، وهو ما سبق التمثيل به، ونحوه مما فيه إشهار ظاهر بأن المخاطب، أو أمه، أو أبوه متصف بما نفاه المعرِّض عن نفسه.

والثاني: ليس بكناية، كقوله: ما أحسن وجهك، وبارك الله عليك، ونحوهما؛ لبعده عن إرادة القذف، وإن نواه؛ فالحق أن مذهب الشَّافِعِي، وجمهور أصحابنا أن التعريض الجلي كناية في القذف، ووجهه بيِّن من حيث المعنى، انظر قول الْمَاوَرْدِي: كِنَايَاتُ الْقَذْفِ وَمَعَارِيضُهُ لَا تَكُونُ قَذْفًا إِلَّا بِالْإِرَادَةِ فِي الْغَضَبِ وَالرِّضَا جَمِيعًا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ، ثم ذكر مذهب مالك، وغيره.

وهذا منه كالصريح بأن مذهب الشَّافِعِي: أن المعاريض من الكنايات، ولا يخفى ما فيه بقرائن الأحوال، وهل هذا من حيث المعنى؟ كقوله للمرأة: يا غلمة، أو يا شبقة، ونحوهما، وكقوله لها: أنت تحبين الجماع، أو تحبين الظلمة، أو الخلوة.

وقد نص الشَّافِعِي في «الأم» وتبعه الأصحاب على أن هذه الألفاظ كنايات، وأيضًا فالإيذاء الذي شرع حد القذف للزجر عنه حاصل التعريض الجلي؛ إذا نوى به القذف كحصوله بغيره من الكنايات؛ بل هو أبلغ في الإيذاء، وأشهر؛ لإرادة القذف من قوله: أنت تحبين الجماع، وغيرها من الكنايات المتفق عليها.

فرع: ذكر أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي أنه لو قال لعبده: لست لأبويك، وأبواه حران مسلمان قذفًا، يأثم ويجب عليه الحد، خلافًا لأبي ثور، كما لو قال لأبيه بعد موت أمه: زنت أمك، وأنه لو قال: أشهدني فلان، أو أخبرني، أو يقول لك: يا زاني، أو أنك زاني؛ لا حد عليه، ولا يلزمه إقامة البينة على هذه الإخبار، خلافًا لمالك.

وَقَوْلُهُ: زَنَيْت بِكَ إِقْرَارٌ بِزِنًا وَقَذْفٍ ....

وفي «فتاوى الحناطي»: أنه لو قال لرجل: يا فاعل بأمه، لم يحد ما لم يصل بالزنا، ويعزر عليه لو قال: يا حرام ابن الحرام، بكناية في قذف أمه.

قال: (**وَقَوْلُهُ: زَنَيْت بِكَ إِقْرَارٌ بِزِنًا وَقَذْفٍ**) أما كونه مقر على نفسه بالزنا فواضح، وفيه شيء يأتي من بعد، وأما كونه قاذفًا للمقول لها زوجة كانت، أو أجنبية، أو قالت المرأة لزوجها، أو غيره: زنيت بك، فقد ذكر الرَّافِعِي: أنه المشهور في المذهب، وأن الإمام رأى ذلك كناية؛ لاحتمال ألا يكون المخاطب زانيًا؛ إذ الزنا يتصور في أحد الطرفين بأن يكون أحدهما مكرهًا، أو نائمًا، أو ظانًّا زوجته.

قال الرَّافِعِي: وهو مبين، ويؤيده ما ذكرناه أنه لو قال: زنيت مع فلان؛ كان قاذفًا لها دون فلان، انتهى.

تنبيهات: أحدها: في دعوى الرَّافِعِي: أن ما ذكره هو المشهور وقفة، فإن الإمام لم ينسبه إلى الأصحاب، وإنما قال: إنه حكي عن القاضي، والصيدلاني، وقال: إنه غير سديد، وإنه صدر عن عقله، فإن القذف نسبة المقذوف إلى صدور الزنا منه، وهذا غير محقق هنا؛ بل في جعله كناية تكلف، وأبدى ابن يحيى في «محيطه» مباحثة مع الإمام تقتضي أنه ينبغي ألا يجعل كناية أيضًا.

وقال شيخه الْغَزَالِيُّ في «بسيطه»: إذا قال لامرأته: زنيت بك، فسياق كلام الأصحاب يدل على أنه إقرار بالزنا، وقذف لها، أما كونه إقرار؛ لأنه قبله هو، وأما كونه قذفًا صريحًا ففيه نظر؛ لأنه لو فسر ذلك بأنها كانت مستكرهة لم يكن قذفًا؛ إذ معنى القذف النسبة إلى الزنا، وقوله: زنيت بك؛ ليس صريحًا في نفي هذه الحالة.

وكذلك إذا قالت المرأة: زنيت بي، وقد صرحوا بذلك، والاحتمال الذي ذكرناه قائم، وقطع الإمام بأن هذا كناية في القذف، انتهى.

وأشار في «الوسيط» إلى جواب عنه بأن الظاهر المتبادر منه قذفها، فلذلك جعل صريحًا.

....

ثانيها: وهو من تتمة ما قبله، قال شارح: الظاهر أن من يجعل قوله: زنيت مع فلان ليس صريحًا في قذف فلان، فجعل قوله: زنيت بفلان كذلك؛ إذ لا فرق بينهما، ولم أر الجمع بين الصيغتين، والفرق بين حكمهما في كلام الأصحاب؛ بل أكثرهم إنما ذكروا مسألة الكتاب، وذكروا أن قولها يحتمل أربعة معانٍ:

منها: أن يريد الإقرار بالزنا دون قذفه، بأن قالت: استدخلت ذكره وهو نائم، أو وجدني بفراشه فوطئني وهو لا يعلم، وأضاف ذلك إلى ما قبل النكاح، وصدقوها هنا.

وقالوا: لا تكون قاذفة؛ لاحتمال اللفظ، وإذا احتمل اللفظ، وصدقوها في نفي القذف؛ اتجه عندهم تصديقها إذا قالت ذلك ابتداءً؛ إذ لا فرق بالنسبة إليه بين قولها ذلك ابتداءً، أو جوابًا لقوله: يا زانية، ثم تدعي ذلك، وإنما يفترق الحال فيما إذا لم يرد إقرارًا، ولا قذفًا بأن يريد أنه لم يطأ إلا هو في حال النكاح، فإن كان زنا منه، فهو زنا منه، فيصدق فيه، وإن لم يقبل قولها ابتداء؛ لأن مثله يعتاد في الجواب.

نعم، ذكر الْبَغَوِي: أنها إذا قالت ذلك لزوجها ابتداءً كانت قاذفة، ولا يصدق أنها لم ترد به القذف، ثم ذكر بعدها ما يفهم أن ذلك ليس بصريح كما قاله الإمام، إذ قال بعد كلامه عن الكنايات: ولو قال: لطت، أو لاط بك فلان باختيارك؛ فهو قذف، فأفهم أنه إذا لم يقل باختيارك لا يكون قذفًا، ومثله قوله: زنى بك فلان، ومثله: زنيت بك بلا فرق، وأبدى ابن الرِّفْعَة مأخذًا آخر يقتضي أنه لا يحد لها، فحكى عن القاضي الحسين أنه قال في باب حد الزنا: إذا قال: زنيت بفلان، أو بفلانة، هل يحد لقذف ذلك؟ فيه خلاف، وجه المنع أن المقصود هو الإقرار بالزنا.

قال: ولفظه في «التعليق»: لو أقر بالزنا، فقال: زنيت بفلانة، ثم رجع عن الإقرار؛ سقط حدها، وإن لم يرجع، وحد للزنا؛ سقط حدها أيضًا.

وقال في اللعان: لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: زنيت بك؛ سقط عنه

....

حد القذف، وعليها حد الزنا وحد القذف؛ لأنها قذفته، فثبت قولان فيما إذا قال: زنيت بفلانة، أو بفلان، هل يحد له، أم لا؟

أحدهما: نعم؛ لأنه قذفه.

والثاني: لا؛ لأن المقصود الإقرار بالزنا، فإن قلنا يحد فرجع؛ سقط ما لزمه من حد الزنا، وهل يسقط حدها؟ وجهان بناء على أن من رجع عن إقراره بسرقة لا يقبل في المال، وفي قبوله في القطع قولان، ووجه الشبه أن المقصود هنا: هو الإقرار بالزنا دون القذف، وفي السرقة المقصود حق الآدمي بالإقرار، فمتى رجع عن المقصود ففي البائع قولان، وكذلك لو أقرت أنها زنت برجل بعينه، فمتى رجعت؛ سقط حده، وهذا نظر ما قلنا: لو قذف امرأته برجل بعينه، فلاعنها، انتهى كلام القاضي.

والذي أورده **الْبَغَوِي** هنا أنه: لو قالت لزوجها ابتداء: زنيت بك؛ أنه لا يسقط حد الزوج برجوعها، وكذا قاله القاضي هاهنا، وهو المذهب المشهور.

وحكى **الْقَفَّال** في «شرح التلخيص»: أن **الشَّافِعِي** قال: لو أن رجلًا أقر أنه زنى بامرأته، وسماها، ثم قال: كذبت فيما قلت؛ سقط عنه حد الزنا، ولا يحد بحد القذف، واختلف أصحابنا: منهم من يجعل المسألتين على قولين يعني: قولها له: زنيت بك، جوابًا لقوله، ومثله قوله: زنيت بفلانة، وأخروا في سقوط حد القذف بالرجوع، وإلا فلا، قال **الْقَفَّال**: وهذا هو الصحيح عندي، انتهى كلام الشارح.

ورأيت في «فروع ابن **الْقَطَّان**»: أنه لو قال: زنى بك فلان، فصريح إن أطلقه، وإن قال: أردت الرجل، أما أنت فمستكرهة؛ صدق بيمينه، وإن أطلق، ولم يكن هناك بيان، فالظاهر من استعمال الناس زناهما، وأطلق الجرجاني أن قوله: زنى بك فلان؛ صريح في قذفهما.

وقال الصيمري: لو قال: زنيت، فقال: بل أنت زنيت بفلانة، فإذا حد الرجل فالصحيح سقوط حد المرأة؛ لأنها غير مقصودة بالقذف، وكذا لو قال

وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ زَنَيْت بِك أَوْ أَنْتِ أَزْنَى مِنِّي فَقَاذِفٌ وَكَانِيَةٌ فَلَوْ قَالَتْ زَنَيْت وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَمُقِرَّةٌ وَقَاذِفَةٌ.

لامرأته: زنى بك فلان كانت هي المقذوفة فالرجل يقع فيه، انتهى.

فيخرج ما سبق، وذكرناه خلافًا وتفصيلًا في مسألة الكتاب، والأرجح ما ذكره الإمام ظاهر قوي، وأن المعروف في المذهب مقابله، انتهى.

وبما أوردناه أنه ليس كذلك، وإنما ذكره جماعة.

ثالثها: سيأتي عن الدارمي ما يقتضي أنه لو قال: زنيت بك، إنه يكون مقرًا بالزنا وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ ذَلِكَ إذَا لَمْ يُعْهَدْ بَيْنَهُمَا زَوْجِيَّةٌ مُسْتَمِرَّةٌ مِنْ صِغَرِهِ إلَى قَوْلِهِ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ، فَلَا، ثم ما أطلقوا من جعله مقرًا بالزنا في قوله كما في الشهادة، وإليه جنح في «الروضة» وإذًا لو خلط اعتبار التفصيل في الإقرار على نفسه، وما سبق من جعله غير قاذف؛ خرج لنا في صورة الكتاب أنه غير مقر بالزنا، وأنه غير قاذف إلا أن يقال: إنما يجعله غير قاذف إذا جعلناه مقرًا، وجعلنا القذف تبعًا، أما إذا لم نجعله مقرًا فَلَا تَبَعِيَّةَ؛ بل يعتبر ما أتى به في قذف الغير.

قال: **(وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةُ، فَقَالَتْ، زَنَيْت بِك أَوْ أَنْتِ أَزْنَى مِنِّي؛ فَقَاذِفٌ وَكَانِيَةٌ، فَلَوْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي؛ فَمُقِرَّةٌ وَقَاذِفَةٌ)** فيه ثلاث صور في القذف عليها، وأن المتبادر من كلام المصنف، وغيره أن قوله لزوجته: «يا زانية» قذف، سواء علم أن القول لها زوجته، أم ظنها أجنبية، أو لم يدر من هي، وفي «فروق الجويني»: أنه إذا قذف امرأته، وهو لا يعرفها حين قذفها؛ لكونها مقنعة بخمار، أو كان ذلك في ظلمة، ثم بان أنها زوجته، قال: فليس ذلك بقذفٍ، ولا لعان، وإن ادعت علمه؛ صدق بيمينه أنه لم يعرفها، ويستعيد كلامه ويستوفى، فإن سلم ما ذكره وجب تقييد إطلاقهم عندنا إلى فقه الكتاب:

الصورة الأولى: إذا قال لها: «يا زانية، فقالت: زنيت بك» فهو قاذف لا محالة، وفيه ما سبق عن الشيخ أبي محمد من الفرق، وأما هي فقد ذكر

……

الشيخ: أنها فانية، ولم يتعرض لحكم إقرارها، وسياق كلامه يقتضي أنها غير مقرة؛ لأنه خص كونها مقرة بالصورة الثالثة، وحاصل كلامهم أن لفظها يحتمل أربعة أشياء:

أحدها: أن تريد النفي لا الإثبات، إما لمعنى: إني لم أفعل كما لم يفعل، وهذا مستعمل عادة، أو ألا وطء بيننا إلا ما اشتركنا فيه بعد النكاح، فإن كان زنا مني فهو زنا منك.

والثالث: أن تريد أنها زنت دونه على ما بيناه.

والرابع: أن تريد أنهما اشتركا فيه قبل النكاح.

وقال الدارمي: بعد التصوير فهو مصرح، وقيل: فإن أرادت أنه زنى، فهي أيضًا قاذفة وتحد ولا يحد؛ لإقرارها، وإن أرادت غير زنا كان قاذفًا يحد إلا أن يلتعن، فإن كذبها حلف، فإن نكلت؛ حلف وحدت بنكولها ويمينه للقذف، ولا يحد للزنا؛ لأنه حق لله تعالى، وإن نكل أيضًا حد.

وإذا قالت: زنى، فكذبها؛ حدت حدين زنا وقذف، ولم يحد، وإن قالت: زنيت بك، ولم يكن زانيًا؛ لنوم منه، ونحوه؛ لزمها حد الزنا فحسب، وعندي أنه علم أنها زوجته من صغرها، فلا يكون لقولها: زنيت بك حقيقة، فإن صدقها في قولها: زنيت بك، وأمكن؛ حُدَّ للزنا، وعزر للرمي بها، وإن ابتدأت قولها: زنيت بك، وأنكر؛ كان صريحًا لا يقبل قولها: لم أرد قذفًا، انتهى لفظه.

وذكر الْمَاوَرْدِي احتمالًا آخر وهو: أن تريد قذفه بالزنا لا إقرارها، فإن قالت: زَنَى بِي قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَنِي وَأَنَا نَائِمَةٌ أَوْ مُسْتَكْرَهَةٌ، فَهُوَ زَانٍ بِي وَأَنَا غَيْرُ زَانِيَةٍ بِهِ، فَهَذَا الْبَيَانُ أَخَفُّ الْأَحْوَالِ فِي حَقِّهَا وَأَغْلَظُهَا فِي حَقِّ الزَّوْجِ، فَعَلَيْهَا حَدُّ قَذْفِهِ، وَعَلَيْهِ حَدُّ قَذْفِهَا، وَلَا قِصَاصَ فِي الْحَدَّيْنِ، وَلَهُ إِسْقَاطُ حَدِّ الْقَذْفِ عَنْ نَفْسِهِ بِاللِّعَانِ، وَلَا يَسْقُطُ عَنْهَا حَدُّ الْقَذْفِ بِلِعَانِهَا، فَإِنْ أَكْذَبَهَا عَلَى أَنَّهَا لَمْ تُرِدِ الْإِقْرَارَ بِالزِّنَا أَحْلَفَهَا أَنَّهَا لَمْ تُرِدْهُ؛ لِمَا يَتَعَلَّقُ مِنْ سُقُوطِ حَدِّ قَذْفِهَا عَنْهُ بِغَيْرِ لِعَانٍ، ثم قال: وإذا ادعت أنها لم ترد إقرارًا ولا قذفًا؛ بل نفي الزنا عنهما، فله أحوال:

....

أحدها: أن يصدقها في الأمرين، فلا يميل عليها ولا حد قذف، ولا زنا ويحد لقذفها، وله إسقاطه باللعان.

الثانية: أن يكذبها في الأمرين، فيقول: أرادت الإقرار بالزنا، وقذفي ليحلفها عليهما، فتحلف ما أرادت الإقرار به لا أني ما زنيت؛ ليكون يمينها لإسقاط حد القذف عنه؛ لأنه حق الله تعالى؛ لأن منكر الزنا لا يلزمه يمين، وأما القذف فيحلف بالله ما أردت قذف، ولا يحلف أنها ما قذفته، وهل يلزمها في الأمرين يمين أو يمينان؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يمين؛ لتعلق الحق بشخص واحد.

والثاني: يمينان لكل واحد منهما حكم يخالف حكم الآخر. فإن حلفت على الأمرين؛ سقط عنها حد الزنا، وحد القذف إلا أن يلاعن، وإن نكلت عن الأمرين؛ أحلف عليهما، فيحلف أنها أرادت الإقرار، وأرادت قذفه، وهل يكتفي بيمين؟ فيه احتمال الوجهين، وإذا حلف سقط عنه حد قذفه، وحدت لقذفه لا للزنا؛ لأن يمينه معتبرة في حق نفسه لا في حق الله تعالى.

الثالثة: أن تصديقها في أنها لم ترد الإقرار، ويكذبها في أنها لم ترد قذفه، فيحلفها أنها لم ترده، فإن حلفت لم تحد لقذف، ولا لزنا، وحد لقذفها إلا أن يلاعن، وإن نكلت حلف، ولزمها حد القذف، وأما عليه حد القذف، وله إسقاطه باللعان.

الرابعة: عكس الثالثة، فله تحليفها أنها لم ترد الإقرار به لإسقاط حد قذفها عنه، فإن حلفت استقر عليه حد قذفها إن لم تلاعن، وإن نكلت فإن حلف؛ سقط عنه حد القذف، ولا حدَّ عليها للزنا، وإن لم يحلف؛ حد للقذف إلا أن يلاعن.

الصورة الثانية: «إذا قال لزوجته: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني» قال المصنف: «فقاذف وغانية» أي: فلا تكون قاذفة بمجرد هذا اللفظ؛ لاحتماله، هذا ما نص عليه في «المختصر» وتبعه الأصحاب؛ لاحتمال أن تريد أنه: ما

....

وطئني غيرك، فإن كنت زانية فأنت أزنى مني؛ لأني ممكنة وأنت فاعل، وإن أرادت أنها زانية وهو أزنى منها، فمقرة وقاذفة.

ولو قالت: أردت أنه الزاني، ولست بزانية فهو أزنى مني، فقاذفة غير مقرة، ويقبل قولها؛ لاحتماله، رواه الإمام عن صاحب «التقريب» عن ابن سُرَيْج، وقال: إن الشيخ أبا علي ذكره.

وقال الجرجاني في «الشافي» والرُّويَانِي، والْمَاوَرْدِي: لو قال: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني لم تكن قاذفة، ولا مقرة بالزنا، أما لو قالت: بل أنت أزنى مني فهي قاذفة؛ لأن بل نفي لقوله، وتحقيق لقولها، وسوَّى الرَّافِعِي بين الصيغتين، وأنها كناية فيهما، وأغفلت «الروضة» الصيغة الثانية.

وصرح الرُّويَانِي: بأنه لا يقبل قولها في «صيغة بل» بأنها أرادت المقابلة.

قال في «التجربة»: لأن هذه اللفظة موضوعة لنفي ما خاطبها به، واستباق حكاية بمثله، فلا يقبل قولها: إني أردت المقابلة، وقد قال في أول «التجربة»: إنه لا قول، ولا وجه سوى ما ذكره فيه، ولو قالت ابتداء: أنت أزنى مني؛ فالمشهور أنه كناية.

وحكى الْمَاوَرْدِي عن الداركي: أنه يكون صريحًا في الابتداء دون الجواب، ولو قالت: أنت أزنى من فلان أو فلانة، وأزنى الناس، أو قالته ابتداءً، أو جوابًا، قال الداركي: فليس بقذف إلا أن يراد به، انتهى.

هكذا أطلق، ونص الشَّافِعِي، والأصحاب: أنه لو قال لها: أنت أزنى من فلانة الزانية، أو كان قد ثبت زناها، وهو عالم بذلك كان قذفًا لها، قاله الْمَاوَرْدِي بعد نقله المسألة عن الشَّافِعِي، والأصحاب، والصحيح عندي: أنه يكون قذفًا صحيحًا لزوجته دون فلانة، فإنه كناية في حقها؛ لأنه قد صرح في زوجته بلفظ الزنا، وأتى بصيغة أفعل مبالغة في زيادة تأكيد القذف، فالمبالغة إن لم تزده شرًا لم تزده خيرًا، انتهى.

والقلب إلى قوله أميل، وإن كان خلاف المذهب، وقيد في «الوسيط»

……

كونه قاذفًا فيما إذا قال: أنت أزنى من فلان، وكان زناه قد ثبت بما إذا كان قد ثبت بالبينة، فأشعر بأنه لو ثبت بالإقرار لم يكن الحكم كذلك، وليس كذلك، ولا فرق بينهما، صرح به القاضي الحسين، والإمام والْبَغَوِي، واقتضاه إطلاق غيرهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيه نظر؛ لجواز كذبه في إقراره، ورجوعه عنه، وليت شعري ما الحكم لو رجع فلان عن إقراره، هل يبطل الحد عن القائل، أم لا؟ والأشبه أن يسقط، انتهى.

وأجيب بأنه لا أثر لاحتمال كذبه كالبينة؛ بل هو في البينة أقوى، وكذا احتمال الرجوع؛ لأن العلة في كونه قاذفًا، وأجبت عن احتمال الرجوع بجواب فيه طول ذكرته في «الغنية».

فرع: نص الشَّافِعِي، والأصحاب: أن قوله: أنت أزنى الناس ليس بصريح.

قال الإمام: ولم أر فيه خلافًا، وقال الْمَاوَرْدِي بعد ذكره عن الشَّافِعِي، والأصحاب: وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ يَكُونُ قَذْفًا صَرِيحًا لِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ لَفْظَ الْمُبَالِغَةِ فِي الصِّفَةِ إِذَا أُضِيفَتْ إِلَى الْجَمَاعَةِ فِيهِمْ مُشَارِكٌ وَفِيهَا مُخَالِفٌ حُمِلَتْ عَلَى الْمُشَارِكِ فِي إِثْبَاتِ الصِّفَةِ، وَلَمْ تُحْمَلْ عَلَى الْمُخَالِفِ فِي نَفْيِهَا، كَمَا لَوْ قُلْنَا: زِيدٌ أَعْلَمُ أَهْلِ الْبَصْرَةِ - وَمَعْلُومٌ أَنَّ بِالْبَصْرَةِ عُلَمَاءَ وَغَيْرَ عُلَمَاءَ - كَانَ مَحْمُولًا عَلَى إِثْبَاتِ عِلْمِهِ فِي التَّشْرِيكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ علمائها، لا على نفيه في التشريك بينه وبين جهالها، فليحمل قوله هنا على التشريك بينه وبين زناة الناس، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَنْتِ أَزْنَى النَّاسِ - وَمَعْلُومٌ أَنَّ فِي النَّاسِ زُنَاةً وَغَيْرَ زُنَاةٍ - فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى مُبَالَغَةِ إِضَافَتِهِ إِلَى الزُّنَاةِ، وَلَيْسَ فِي الْقَذْفِ أَبْلَغُ مِنْ هَذَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا أَزْنَى مِنْ كُلِّ زَانٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّا لَوْ أَخْرَجْنَا هَذَا اللَّفْظَ مِنْ صَرِيحِ الْقَذْفِ لِلتَّعْلِيلِ الَّذِي ذَكَرُوهُ مِنْ تَيَقُّنِ كَذِبِهِ؛ لَخَرَجَ بِهَذَا التَّعْلِيلِ مِنْ كِنَايَةِ الْقَذْفِ، وَلَا يَصِيرُ قَاذِفًا وَإِنْ أَرَادَهُ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ مَا احْتَمَلَ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ، فَأَمَّا مَا قُطِعَ فِيهِ بِالصِّدْقِ أَوْ

....

قُطِعَ فِيهِ بِالْكَذِبِ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ، أَلَا تَرَاهُ لَوْ قَالَ لِبِنْتِ شَهْرٍ: زَنَيْتِ، لَمْ يَكُنْ قَذْفًا لِاسْتِحَالَتِهِ، وَلَوْ قَذَفَ مَنْ ثَبَتَ زِنَاهَا لَمْ يَكُنْ قَذْفًا لِاسْتِحَالَتِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ حُكِيَ عَنِ الْمُزَنِيِّ أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ قَذْفًا وَإِنْ أَرَادَهُ، فَأَخْرَجَهُ عَنْ صَرِيحِ الْقَذْفِ وَكِنَايَتِهِ تَصْحِيحًا لِهَذَا التَّعْلِيلِ؟

قِيلَ: قَدْ خَالَفْتُمُ الْمُزَنِيَّ فِي هَذَا الْجَوَابِ؛ لِأَنَّكُمْ جَعَلْتُمُوهُ كِنَايَةً فِي الْقَذْفِ فَبَطَلَ بِخِلَافِكُمْ لَهُ صِحَّةُ هَذَا التَّعْلِيلِ، عَلَى أَنَّنِي لَمْ أَرَ لِلْمُزَنِيِّ فِي «مُخْتَصَرِهِ» وَلَا فِي «جَامِعِهِ» مَا حَكَيْتُمُوهُ عَنْهُ مِنْ هَذَا الْجَوَابِ، وَمَا حُكِيَ عَنْهُ فِي غَيْرِهَا مَدْخُولٌ عَلَيْهِ، والله أعلَم.، انتهى.

وما ذكره ظاهر الحسن واعتل ابن أبي هريرة للمذهب بأن في الناس زناة، وغيرهم، ولم يضف ذلك إلى جنس، ولم يجز أن يجعله قاذفًا حتى يصرح به، ويقول: إن في الناس زناة، وأنت أزنى منهم، انتهى.

وقضية كلام غيره: أنه لا يكون قاذفًا أيضًا، ونقله الرَّافِعِي عن الأئمة، وهو بعيد، وأورد الإمام سؤالًا يقتضي جعل قوله: أزنى الناس، كقوله: أزنى زناة الناس، وأجاب عنه بأنه لما ذكر الناس، وليسوا بزناة فقد أغنى بالتشبيه بالجنس، ولا يتحقق منه الزنا؛ بل من آحاده، والآحاد من الناس ليسوا كلهم، قال: ومع ذلك فالإشكال قائم.

وحكى الإمام عن القاضي الحسين: أنه تأول قوله: أزنى الناس على: أعلم الناس بالزنا، قال الإمام: وهذا الكلام سخف؛ لأن التعرض للزنا لا يجوز أن يحمل العلم بالزنا، ولو جاز ذلك لجاز أن يقال إذا: قال: فلان زان، وكان قد علمه زان إلا أن يكون قاذفًا حملًا على العلم، فلا تعلق فيما ذكره، والله أعلم.

الصورة الثالثة: «إذا قال لزوجته: يا زانية، فقالت: زنيت، وأنت أزنى مني؛ فمقرة على نفسها بالزنا» قال المصنف: «وقاذفة» وهو المذكور في «الشرح» «والروضة» وغيرهما، ونقل جماعة، والشيخان أنه لو قال: زنى

وَقَوْلُهُ زَنَى فَرْجُك أَوْ ذَكَرُك قَذْفٌ، ....

فلان، وأنت أزنى منه؛ أن المشهور أنه قذف للمخاطب، وعن ابن القطان، وابن سلمة: أنه لا يكون قذفًا له.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه قال في درسه: إنه كناية، وفي «المهذب» التي قبلها قال: هو على وجهين، ولم يبن لي فرق بين الصورتين، فعلى المشهور لو قال: لا أعرف فلانًا؛ قال الجرجاني: قال في «الشافي»: نظر إن صدقه المقذوف فلا كلام، وإن كذب؛ صدق القاذف بيمينه.

قال: (**وَقَوْلُهُ: زَنَى فَرْجُك أَوْ ذَكَرُك؛ قَذْفٌ**) هذا واضح في قوله وأصح، ومثله: زنى قبلك أو دبرك كما قاله في «البيان»: أو دبرك ولا فرق في الإضافة إلى الدبر بين الرجل، والمرأة، والخنثى المشكل زنى فرجك، أو ذكرك، فمقتضي المذهب أن يكون على الخلاف في إضافة الزنا إلى غير الفرج؛ لاحتمال كونه زائدًا.

قال: ولو قال: زنى فرجك وذكرك كان صريحًا في القذف؛ لأن أحدهما أصل، وقد أضاف الزنا إليه، نقله الرَّافِعِي عنه في باب القذف، وزاده في «الروضة» هنا⁽¹⁾.

فرع: لو قال لقرناء أو رتقاء خلقةً: زنى فرجك أو قُبلك، هل يكون قذفًا كقوله للسليمة، أو لا؟ كما لو قاله لطفلة لا يمكن وطؤها والعلم بكذبه؟ فيه احتمال، وسيأتي كلامهما في قذف الرتقاء، والقرناء.

فرع: لو قال لامرأته: زنيت في قبلك فقذف، وإن قاله لرجل فكناية؛ لأن زناه به لا فيه، ذكره الْبَغَوِي.

---

(١) لَوْ قَالَ: وَطِئَك فِي الْقُبُلِ أَوْ الدُّبُرِ اثْنَانِ مَعًا؛ لَمْ يَكُنْ قَذْفًا لِاسْتِحَالَتِهِ فَهُوَ كَذِبٌ مَحْضٌ فَيُعَزَّرُ لِلْإِيذَاءِ، فَإِنْ أَطْلَقَ بِأَنْ لَمْ يُقَيِّدْ بِقُبُلٍ وَلَا دُبُرٍ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَيُحَدُّ لِإِمْكَانِ ذَلِكَ بِوَطْءِ وَاحِدٍ فِي الْقُبُلِ وَالْآخَرِ فِي الدُّبُرِ، وَفِي هَذَا نَظَرٌ لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ يَعْرِفُ النِّسَاءَ، وَكَذَا فِي «الْأَسْنَى» إلَّا قَوْلَهُ وَفِي هَذَا نَظَرٌ إلَخْ، فَأَقَرَّ كَلَامَ الْإِسْنَوِيِّ، وقَوْلُهُ: وَكَذَا زَنَيْتِ فِي قُبُلِك، قِيَاسُهُ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِرَجُلٍ: زَنَيْتَ فِي دُبُرِكَ كَانَ قَذْفًا، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: زَنَيْت بِدُبُرِك كَانَ كِنَايَةً. انظر: «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٣٤/ ٣٥١).

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ قَوْلَهُ يَدُك وَعَيْنُك، وَلِوَلَدِهِ لَسْت مِنِّي أَوْ لَسْت ابْنِي كِنَايَةٌ، وَلِوَلَدِ غَيْرِهِ لَسْت ابْنَ فُلَانٍ صَرِيحٌ إلَّا لِمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: أَنَّ قَوْلَهُ: يَدُك وَعَيْنُك، وَلِوَلَدِهِ: لَسْت مِنِّي أَوْ لَسْت ابْنِي؛ كِنَايَةٌ، وَلِوَلَدِ غَيْرِهِ: لَسْت ابْنَ فُلَانٍ؛ صَرِيحٌ إلَّا لِمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ**) فيه مسائل:

الأولى: إذا ضاف الزنا إلى جزء من البدن غير القُبل والدُّبر، بأن قال: زنت يدك، أو رجلك، أو أذنك، أو عينك، أو شعرك، أو قال: يداك، أو رجلاك؛ فالمذهب وما عليه الجمهور: أنه كناية؛ لأن المفهوم من زنا هذه الأعضاء اللمس، والمشي، والنظر على ما قال ﷺ: «**العينان تزنيان واليدان تزنيان**» الحديث(١).

وقيل: فيه قولان، أو وجهان: **ثانيهما**: أنه قذف صريح كالإضافة إلى الفرج، وقيل: إن قال: يداك، أو عيناك، فكناية قطعًا، يطابقه لفظ الحديث، وإلا فوجهان، وممن حكى الخلاف في الأذن سليم في «المجرد» والشيخ نصر في «التهذيب» وحكاه في العين كثيرون.

وقال الْمَاوَرْدِي، والْقَفَّال في «الفتاوى»: أن الأصحاب لم يختلفوا في أن قوله: زنت عينك أنه كناية، وحكاه في الشعر الجرجاني في «الشافي» قال: ولو قال: زنى نصفك، أو ثلثك، أو جزء من أجزائك، فكقوله: زنت يدك، وفيه قولان.

فرع: لو قال: زنت يدك؛ فطريقتان، قيل: على الخلاف في الأعضاء، وقيل: صريح قطعًا، وليس إضافة إلى الجملة فكان كقوله: زنيت، واختارها الْمُزَنِي في «جامعه» وبها قال ابن سُرَيْج، وجزم بها الدارمي، ورجحها الشيخ نصر، وسليم الرازي، وآخرون.

قال المحاملي: وهو المذهب، الأولى ضعيفة لا وجه لها، وحكى ابن المنذر اختلاف الناس في قوله: جسدك، أو يدك، أو يداك، أو عيناك، أو

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٤١٢، رقم ٣٩١٢)، والطبراني (١٠/ ١٥٥، رقم ١٠٣٠٣) والشاشي (١/ ٣٨١، رقم ٣٧١)، وأبو يعلى (٩/ ٢٤٦، رقم ٥٣٦٤).

....

شعرك، ثم قال: وقال الشَّافِعِي: ذلك كله واحد ما خلا الفرج، انتهى. وهذا يخدش في طريقة القطع المذكورة، والله أعلم.

المسألة الثانية: قال في «الروضة»: إذا قال لابنه اللاحق به ظاهرًا: لست ابني، أو لست مني؛ فالنص أنه ليس قاذفًا إلا أن يريد به القذف، ولو قال لأجنبي: لست ابن فلان؛ فالنص أنه قاذف لأمه، وفيه طرق:

المذهب: تقرير النصين؛ لأن الأب يحتاج إلى تأديبه، وهذا ضرب منه بخلاف الأجنبي. **والثاني**: فيهما قولان: **أحدهما**: صريح فيهما، وأقيسهما: كناية. **والثالث**: قاله أبو إسحاق ليس بصريح فيهما قطعًا.

وقال في «التنقيح»: إن المحكي عن أبي إسحاق في «المجموع» و«التجريد» و«الحاوي» و«الشامل» و«المستظهري» و«البيان»: أن النصين على اختلاف حالتين، فحيث قال: هو كناية، أراد إذا قال ذلك قبل استقرار نسبه بأن يقول له الأب أو الأجنبي حال الوضع، وحيث جعله صريحًا أراد إذا قال ذلك بعد استقرار نسبه؛ إذ لا سبيل إلى نفيه بعد ذلك، ونسب صاحب «المعين» هذه الطريقة إلى «تعليق الشيخ أبي حامد» وقال: هي أشذ الطرق.

قلت: وكون المذهب أنه صريح في قذف أم الأجنبي إشكال؛ إذ لا يلزم من نفيه له عنه أن يكون من زنا؛ إذ يجوز أن يكون من شبهة، أو إكراه، فكيف يحكم بالصراحة؟ وظاهر كلامهم أنه لو فسر كلامه بذلك لا يقبل منه فتأمله!

المسألة الثالثة: إذا قال لمن نفي نسبه بلعان في حال انتفائه: لست ابن فلان ـ يعني: الملاعن ـ فليس بصريح في قذف أمه؛ لاحتمال أرادة لست ابنه شرعًا؛ لانقطاع نسبك بلعانه، ويحتمل أن يريد: أن أمك زنت بك، فيرجع إليه، فإن قال: أردت قذفها حدًّا مطلقًا إن كانت ممن يحد قاذفها، وإلا عزِّر، وإن قال: لم أرد القذف صدق بيمينه، فإن حلف فلا حد، قاله الجمهور.

وزاد الْقَفَّال، والقاضي الحسين، والْبَغَوِي، وغيرهم فقالوا: يعزر، وسبق في النص فيما إذا قال: لم أرد القذف، ما يقتضيه وهو ظاهر، وإن قال: لم

....

يكن لي إرادة، ولا نية؛ فلا حد أيضًا، قاله الْمَاوَرْدِي، وغيره، وحاصله: أن هذا اللفظ هنا كناية.

قال في «التنقيح»: وأما إذا أراد القذف وأقر به؛ لزمه الحد عندنا، هكذا أطلقه الشَّافِعِي، والأصحاب.

وقال الْمَاوَرْدِي بعد ذكره عن النص: وَتَفْصِيلُ هَذَا الْإِطْلَاقِ أَشْبَهُ بِالْحَقِّ عِنْدِي، وَهُوَ أَنْ يُعْتَبَرَ حَالُ الْمُلَاعَنَةِ، فَإِنْ لَاعَنَتْ بَعْدَ لِعَانِ الزَّوْجِ كَانَتْ عَلَى عِفَّتِهَا مَعَ الْأَجَانِبِ فَيُحَدُّ قَاذِفُهَا، وَإِنْ لَمْ تُلَاعِنْ وَحُدَّتْ فِي الزِّنَا؛ ذَهَبَتْ عِفَّتُهَا، وَلَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهَا، انتهى.

وأقره، وكلام القاضي أبي الطيب صريح في مخالفته، قال: فإن قيل: فهلا قلتم لا يحد كما لو قذفها الملاعن؟ قلنا: الفرق بينهما أن إحصانها سقط في حق الملاعن؛ لأن اللعان حجة له يختص بها، فليست محصنة في حقه، وأما الأجنبي فإحصانها في حقه باقٍ؛ فلذلك لزمه الحد، وصرح الدارمي بنقل وجهين فيما إذا امتنعت من اللعان فقذفها أجنبي.

وقال الرَّافِعِي: إن قذفها بزنية غير التي رماها بها الزوج الملاعن فعليه الحد، وكذا إن قذفها بتلك الزنية على الأصح، لأن اللعان حجة تختص بالزوج، وحكي عن بعضهم أنه: طرد الوجهين في المسألة الأولى.

قلت: وهذا قريب من الخلاف أن اليمين المردودة يقتصر حكمها على المتداعيين، أو يتعدى إلى ثالث، والمذهب أنه لا يتعدى.

تنبيهات: منها: المفهوم من حكمه بالصراحة في غير المنفي أنه لا يقبل قوله أنه أراد غير القذف، وهو قضية ما في «الروضة» وأصلها، وأبدى الرَّافِعِي احتمالًا لنفسه في القبول في المستلحق بعد النفي؛ بل يقتضي كلامه أنه: ينبغي أن يكون هذا القول كناية؛ لاحتمال إرادة أنه ليس ابنه في حالة النفي، وقد بسطت الكلام عن ذلك في «الغنية».

وحاصل ذلك أن في قبول دعوى الأجنبي إرادة غير القذف وجهان إذا

حملنا قوله على القذف عند عدم الدعوى، وقد صرح بهما الدارمي، وكلامه يقتضي ترجيح القبول، وجه: صلاحية اللفظ مع قرب الاحتمال المدعى من اللفظ، والتشوق إلى درء الحدود، ووجه: عدم مخالفة دعواه الظاهر، وبالجملة فالراجح قبول دعواه في المستلحق بعد النفي، فاللعان كما أبداه الرَّافِعِي، وصرح به الْمَاوَرْدِي، وغيره، وينبغي أن يكون محل التردد في عدم قبول قوله؛ إذا كان قد علم استلحاقه، أما لو يعلم، وقال: إنما قلت: لست ابن فلان؛ لكونه انتفى عنه بلعانه، ولم أعلم رجوعه واستلحاقه؛ فيقبل قوله في درء الحدود لا محالة.

ومنها: سيأتي في الاستبراء: أنه لو أقر بوطء أمته، ونفى الولد وادعى الاستبراء لم يلحقه على المذهب، فعليه يظهر أنه لو قال: لست ابن فلان، فلا يكون قاذفًا لأمه، فلو استلحقه، ثم نفاه أجنبي عنه؛ فيحتمل أن يكون كما مر، ويحتمل غيره.

وأنا أتعجب من كون ظاهر المذهب: أنه إذا قال لابن غيره الثابت النسب الذي لم ينف أصلًا: لست ابن فلان، أنه قذف لأمه في الظاهر والباطن؛ إذ لا يلزم منه كونها زانية، ولا مرمية بالزنا؛ إذ يجوز أن يريد أنه من وطء شبهة حصل على فراشه: مني، أو من غيري، أو من زوج، أو من سيد، كان قبله، ونحو ذلك، وظاهر كلامهم: أنه لا يصدقه في ذلك.

ومنها: سبق عن نصه: أنه إذا قال لابنه الثابت نسبه: لست ابني، أنه ليس بصريح، قال بعض المطلعين: ولم أره للشافعي فيمن ثبت نسبه، وإنما قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ الله: وَلَوْ وَلَدَتِ امْرَأَتُهُ وَلَدًا فَقَالَ: لَيْسَ مِنِّي، فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ حَتَّى يَقِفَهُ، فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَقْذِفْهَا وَلَمْ تَلِدْهُ أَوْ وَلَدَتْهُ مِنْ زَوْجٍ قَبْلِي، وَقَدْ عُرِفَ نِكَاحُهَا قَبْلَهُ فَلَا يَلْحَقُهُ إِلَّا بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ تَشْهَدُ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ وَهِيَ زَوْجَةٌ لَهُ لِوَقْتٍ يُمْكِنُ أَنْ تَلِدَ مِنْهُ فِيهِ لِأَقَلِّ الْحَمْلِ، وَإِنْ سَأَلَتْ يَمِينَهُ أَحْلَفْنَاهُ وَبَرِئَ، وَإِنْ نَكَلَ أَحْلَفْنَاهَا وَلَحِقَهُ، فَإِنْ لَمْ تَحْلِفْ لَمْ يَلْحَقْهُ.

وقال في كتاب الطلاق من «أحكام القرآن»: فلو أن رجلًا قال لامرأته

....

وهي ترى أنها حبلى: ما هذا الحمل مني، قيل له: أردت أنها زنت؟ فإن قال: لا وليست بزانية؛ ولكني لم أصبها، قيل له: فقد يحتمل أن يخطئ هذا الحبل فتكون صادقًا وتكون غير زانية، فلا حد ولا لعان حتى تضع، فمتى استيقنا أنه حمل قلنا: قد يحتمل أن تأخذ نطفتك فتدخلها فتحمل منك فتكون صادقًا بأنك لم تصبها، وهي صادقة بأنه ولدك، فإن قذفت لاعنت.

فإن نفى ولدها وقال: لا ألاعنها ولا أقذفها، لم يلاعنها ولزمه الولد، وإن قذفها لاعنها؛ لأنه إذا لاعنها بغير قذف فإنما يدعي أنها لم تلده وقد حكت أنها ولدته، وإنما أوجب الله اللعان بالقذف فلا يجب بغيره.

ولو قال: لم تزن به؛ ولكنها عصت؛ لم ينف عنه إلا بلعان، فإذا التعنا وقعت الفرقة، هذا نصه في «المختصر» في ذلك، وفي هذه الجملة مسائل:

أحدها: سئل فقال: لم أرد قذفها، وإنما التقطته واستعارته، ولم تلده على فراشي؛ فعليها البينة بالولادة على فراشه، وهو شاهدان، أو رجل وامرأتان، وأربع نسوة، ولو طلبت يمينه أحلف، فإن حلف فذاك، وإن نكلت أحلفت، قال أبو إسحاق في «شرحه»: فيحلف أنها ولدته على فراشه لا على أنه منه؛ لأن النسب لا يثبت بقولها، ولا ينتفي، وإنما التداعي بينهما في الولادة على الفراش في أنها ولدته، أم لا، وكذا إنما يحلف الزوج على ذلك.

وظاهر هذا أنه يحلف أنها لم تلده على فراشه، وكذا حكاه ابن الصباغ عن «تعليق القاضي أبي الطيب» قال: والذي يقتضيه المذهب أنه يحلف أنه يعلم أنها ولدته يمين على نفي فعل الغير، ولم يذكر ابن داود، والرَّافِعِي غيره.

وقال الفوراني: إن نفى ولادته على فراشه؛ حلف على نفي العلم، وإن قال: ليس هو بولدٍ لي على النسب، ثم إنما يلحقه إذا ألحقته على الولادة بشرط الإمكان، فإن نكلت على اليمين لم يحلفه كما نص عليه؛ لأنه لم يثبت حدوثه على الفراش.

قال أبو إسحاق في «شرحه»: ويمكن أن يقال: إنها إذا لم تحلف، وبلغ

الصبي كان له أن يحلف، وقد صرح الأئمة بنقل خلاف في ذلك، قيل: وجهان، وقيل: قولان، وأرسل الجمهور الخلاف بلا ترجيح، ورجح المحاملي في «المقنع»: أن الصبي يحلف بعد بلوغه، وفي المسألة زيادة كلام ذكرته في «الغنية».

الثانية: إذا قال: لم أرد قذفها؛ بل إنه ليس مني؛ بل من زوج كان قبلي، فإن لم يعرف ذلك، قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، وغيرهما: لحقه الولد، وحكى الرَّافِعِي عن السرخسي: أنه لا يكون قاذفًا أنه يلحقه ولا حد عليه، ولا يطالب ببيان.

وقال الْمَاوَرْدِي، وجماعة من العراقيين: فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهَا زَوْجٌ قَبْلَهُ قِيلَ: هَذَا الْبَيَانُ غَيْرُ مَقْبُولٍ مِنْكَ فَبَيِّنْهُ بِمَا يُمْكِنُ لِيُقْبَلَ، وَإِنْ عُرِفَ لَهَا زَوْجٌ قَبْلَهُ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يُعْرَفَ وَقْتُ طَلَاقِ الْأَوَّلِ وَعَقْدِ الثَّانِي، وَوَقْتُ الْوِلَادَةِ، أَوْ لَا يُعْرَفَ ذَلِكَ كُلُّهُ، فإن عرفنا جميع ذلك، فإن أمكن إلحاقه بأحدهما فقط ألحق به، وإن أمكن أن يلحق بكل منهما عرض على القاذف، وبقية التفاريع معروفة.

وإن جهل وقت طلاق الأول، وعقد الثاني، ووقت الولادة؛ فالقول قول الزوج بيمينه، وفي كيفيتها وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: يحلف أنه ليس منه.

والثاني: يحلف أنها ولدته لزمان يستحيل كونه منه، وعلى الوجهين لا يتعرض لكونه من الزوج الأول، فإذا حلف انتفى عنه بلا لعان، وإن نكل حلفت كما سبق عن نصه، ويأتي فيه الخلاف السابق.

قال الْمَاوَرْدِي: فيحلف بالله أن هذا الولد منه ما هو من غيره وجهًا واحدًا، لأنه في ذلك على يقين، وقياس ما سبق عن أبي إسحاق: أنها تحلف أنها ولدته على فراشه لا على أنه منه؛ بل كلامه يشمل هذه الصورة؛ لأنه ذكر ذلك عقب الكلام عن المسألتين، فإذا حلفت لحق به وله نفيه باللعان، وإن نكلت ففي ردِّ اليمين على الولد بعد بلوغه ما سبق.

وَيُحَدُّ قَاذِفُ مُحْصَنٍ وَيُعَزَّرُ غَيْرُهُ، وَالْمُحْصَنُ مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفِيفٌ عَنْ وَطْءٍ يُحَدُّ بِهِ، وَتَبْطُلُ الْعِفَّةُ بِوَطْءِ مَحْرَمٍ مَمْلُوكَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا زَوْجَتِهِ فِي عِدَّةِ شُبْهَةٍ وَأَمَةِ وَلَدِهِ وَمَنْكُوحَتِهِ بِلَا وَلِيٍّ فِي الْأَصَحِّ.

الثالثة: أن يقول: أردت أنه ليس مني؛ بل من زنا، فيكون قاذفًا ويلحقه إلا أن ينفيه باللعان.

الرابعة: أن يقول: أردت أنه لا يُشْبِهُنِي خَلْقًا وَلا خُلُقًا، فيصدق بيمينه، ولا يكون قاذفًا، فإن صدقته فذاك، وإن ادعت: أنه أراد القذف؛ حلف على نفيه، فإن نكل حلفت ولزمه حد القذف، وله إسقاطه باللعان على الأصح، وليس له نفي الولد؛ لأنه لم يكن يشبهه قاله الْمَاوَرْدِي.

الخامسة: أن يقول: أردت أنه من وطء شبهة، فتارة يجعله منهما، وتارة منها، وتارة منه، وقد بينتهما في «الغنية» بما يطول ذكره، وفيه فوائد، ونختم الكلام بفائدتين:

أحدهما: اقتضى كلام الإمام، والرَّافِعِي هنا أنه: يشترط للعرض على الْقَائِفِ عند نسبة الولد إلى وطء الشبهة موافقة الواطئ، ودعواه الولد، وكلام الرَّافِعِي في آخر «الدعاوى» عند الكلام على الْقَائِفِ صريح في ترجيح أنه: يُعْرَضَ عَلَى الْقَائِفِ، وإن لم يدعه الواطئ وأنكره؛ لأن في ذلك حق للولد فلا يسقط بالسُكوت عن استلحاقه، وإنكاره للنسبة مع وجود النسب المقتضي لإمكان اللحوق به.

الثانية: سيأتي في «الدعاوى» وجهان في أن وطء الشبهة إذا طرأ على النكاح، هل يؤثر في عرض الولد على الْقَائِفِ، أو يلحق بالفراش، ولا عبرة بوطء الشبهة؟ أرجحهما الأول، وفي الفائدة كلام ذكرته في «الغنية».

قال: (**وَيُحَدُّ قَاذِفُ مُحْصَنٍ وَيُعَزَّرُ غَيْرُهُ، وَالْمُحْصَنُ: مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفِيفٌ عَنْ وَطْءٍ يُحَدُّ بِهِ، وَتَبْطُلُ الْعِفَّةُ بِوَطْءِ مَحْرَمٍ مَمْلُوكَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا زَوْجَتِهِ فِي عِدَّةِ شُبْهَةٍ وَأَمَةِ وَلَدِهِ وَمَنْكُوحَتِهِ بِلَا وَلِيٍّ فِي الْأَصَحِّ**) الأصل في الباب الآية الشريفة، ويتضح غرض الفصل بأمور:

……

أحدها: القذف شرعًا: هو الرمي بالزنا فِي مَعْرِضِ التَّعْيِيرِ، احْتَرَزَ بِذَلِكَ عَمَّا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ مَعَ تَمَامِ الْعَدَدِ، وَعَمَّا إِذَا شَهِدَ بِجُرْحِهِ فَاسْتَفْسَرَهُ الْقَاضِي فَأَخْبَرَهُ بِزِنَاهُ، فَإِنَّهُ لَا يُحَدُّ.

قال الشيخ أبو حامد، وغيره: سواء كان بلفظ الشهادة، أو بدونه، وعما لو شهد عليه شاهد بحق، فقال: خصمي يعلم الزنا شاهده فحلفه أنه لا يعلمه، ومثله أخبراني: أنه زانٍ، أو أخبرتني: أنك زنيت، أو أخبرني فلان، أو مخبر بذلك، أو قال له: أقذفني فقذفه على الصحيح، وقول الجمهور: وقد يفهم من التعريف المذكور أنه لو قذف محصنًا حاكيًا، أنه لا يلزمه الحد، وسيأتي في ذلك كلام إن شاء الله تعالى.

الثاني: المحصن: هنا في جمع المزكون، قال ابن الصباغ، وهذا اتفاق فاعتبر البلوغ لنقص الصغر، والعقل لنقص الجنون، والحرية لنقص الرق، والإسلام لنقص الكفر، والعفة لنقص الزنا؛ لأن الإحصان هو الكمال، وقد استعمل في معانٍ مفردة: منها البلوغ، ومنها العقل، ومنها الإسلام، ومنها الحرية، ومنها العفاف، وورد بمعنى التزويج.

قلت: وأجدر أن يفهم من كلام المصنف: أن قاذف السكران لا يحد؛ لقوله في أول الطلاق: إنه غير مكلف، وبينا أنه خلاف المذهب، وقذفه كقذف الصاحي.

الثالث: أطلق بأنه يحد قاذف المحصن، ولا خفاء أنه ليس على عمومه؛ بل لا بد من كونه: مكلفًا، ملتزمًا، مختارًا، مسلمًا كان أو ذميًا، أو مستأمنًا، أو مرتدًا، ولا يحد للقذف والد وإن علا لا يقذف، والولد نفسه، ولا يقذف من الولد استيفاء بعد قذفه، وَلَا حَرْبِيٌّ؛ لِعَدَمِ الْتِزَامِهِ الْأَحْكَامَ، ولا على صبي، ولا مجنون، ولا مغمى عليه؛ لعدم التكليف، ولا على المكره على المذهب؛ لعدم الاختيار، ولا على مَأْبُونٍ؛ للمقدم على الصحيح، وليس الكلام مستوفيًا هنا البيان حد كل قاذف حتى ترد هذه المسائل على لفظ الكتاب، فإنه ذكر ذلك، وسبيله إلى بيان «المختصر» وغيره.

……………………………………………………………………………………

الرابع: اقتضى إطلاقه أن من قذف محصنًا لا وارث له حاضر أنه يحد، وهو أصح الوجهين، سواء قذفه حيًا ثم مات، أو ميتًا، فإن الإمام يحده نيابة عن المسلمين، فإنهم يرثونه ولهم أن يعفوا عنه، وهل يجري ما يأتي من الخلاف في عفو بعض الورثة إذا عفا هنا جماعة من المسلمين، أو لا أثر لعفوهم؟ لم أر فيه شيئًا.

الخامس: إن اتفقا على وجود الصفات المعتبرة من احتمال المقذوف حالة القذف، فذاك وإن نازعه القاذف في بعضها، فإن طعن في حريته وإسلامه إن علمنا حاله فبهما صدق، وإلا ففيه اختلاف نص مذكور في كتاب اللقيط، وغيره، وإن نازعه في الجنون فالقول قول المقذوف إن لم يعهد له جنون، وإن عهد فقول القاذف، وكذا لو نازعه في الصبا عند احتماله؛ لأنه الأصل إلا أن يعلم خلافه، فالقول قول المقذوف.

وعن أبي إسحاق المروزي: أنه يجب على الحاكم البحث عن إحصان المقذوف(١) ليحد قاذفه، كما يلزمه البحث عن عدالة الشهود؛ ليحكم بشهادتهم، وقضية أنه لا يكفي ظاهر الحال في العفة، وأن ذلك من وظائف الحاكم، وإن لم ينازع القاذف فيها، ولم يدع مسقطًا، وعن الجمهور: أنه لا يجب، كذا قاله الرَّافِعِي، وإيراد «المهذب» واختاره ابن أبي عصرون.

قال الفارقي: وقول القائل: إن الإسلام، والحرية، والعقل يعرف بالظاهر يبطل بالشهود؛ إذ لا يكفي ذلك منهم، والجامع أن كل واحد منهم شرط يتوقف الحكم عليه، فوجب السؤال عنه، انتهى.

على ترجيح «المهذب» جرى الشَّاشِي في «الحلية» وفرق الجمهور بفرقين:

أحدهما: أن البحث هنا يؤدي على هتك الستر، وإظهار الفاحشة المأمور بسترها بخلاف البحث عن العدالة، وفي هذا الفرق نظر، فإن ظهر المؤمن حمى، فلا يباح مع الشك في الموجب.

---

(١) انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٣/ ٢٢٠).

....

والثاني: أنه عصى بالقذف فحد بظاهر الإحصان تغليظًا عليه بخلاف الشهود، وفيه وقفة، ولو قيل: إن كان القاذف جاهلًا لا يعرف ذلك؛ وجب على الحاكم البحث، وإلا فلا، ولم يبعد.

السادس: لو أراد تحليفه أنه لم يزن، ففي إجابته قولان، قال الرَّافِعِي: ومثل الأكثرين إلى تمكينه، والذي رجحه القاضي الحسين، والإمام، والْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، وغيرهم: عدم التحليف، قال ابن الرِّفْعَة: وإيراد ابن داود يقتضي القطع به، انتهى.

وذكر الْمُتَوَلِّي: أنه الظاهر من المذهب في أنه المنصوص في «الإملاء» وأن مقابله وجه يخرج، والمختار الأول، وليس من شرط صورة المسألة، ولكن هكذا افترضها الإمام، والْغَزَالِي، وجماعة، ولم يذكر القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي، العجز؛ بل قالا: أطلب يمينه، وإنما فرض الأولون ذلك؛ لأن الغالب أن من له بينة يبينها، فلا يطلب اليمين.

ولو كان المقذوف ميتًا فادعى القاذف أن وارثه يعلم فسقه، وطلب يمينه فأجاب الْغَزَالِي وطائفة من الدعاوى: أنه يحلف، ولم يحكوا فيه خلافًا، وفرق بأن المقذوف مأمور بستر نفسه، ولو أقر لزمه حد الزنا بخلاف الوارث.

وفي رواية «الروضة» قال الْبَغَوِي: نص الشَّافِعِي: أن الوارث يحلف، وفيه الخلاف المذكور إذا حلفنا المقذوف فنكل، وحلف القاذف؛ سقط عنه حد القذف، ولا يحد المقذوف للزنا على المشهور؛ بل الصواب، وفيه وجه مخرج من القطع باليمين المردودة على وجه، وليس بشيء.

السابع: لو نسب القاذف إلى نفسه ما لا يجب الحد معه كالجنون يوم القذف، وأنكر المقذوف وقوعه في الجنون؛ فطريقان حاصلهما ثلاثة أقوال أصحها: إن عهد جنونه صدق وإلا فلا، ولو قال: كنت صبيًا فالصبا كالجنون المعهود. ولو قال: جرى القذف على لساني وأنا نائم لم يقبل؛ لبعده، وسبق في كتاب الطلاق ما يخالف هذا، ويشبه أن يخرج القبول؛ لاحتمال صدقه إلا أن يتضح فرق.

....

الثامن: تعزر قاذف غير المحصن، وظاهر كلامه أنه حق للمقذوف، فإنه تعزير قذف، فلا يستوفى إلا بطلبه، وحينئذٍ هل يجب على الحاكم استيفاؤه عند طلب المقذوف؟ فيه خلاف يأتي في باب حد القذف إن شاء الله تعالى، وقضية إطلاقه أنه يعزر بقذف ولده الذي ليس بمحصن، ويقذف عنده وهو الصحيح، وفيه نظر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال الْمَاوَرْدِي: وإذا قذف صغيرة فإن كانت طفلة كبنت سنة، أو سنتين فهذا رمي مستحيل صدقه، فليس بقذف؛ لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، ويعزر للفحش والخنا تعزير الأذى لا تعزير القذف، ولا يلاعن منه، فإن كانت ممن يجامع مثلها كبنت سبع أو ثمان؛ عزر بقذفها، ويلاعن لإسقاطه، وفرق بين التعزير من وجهين:

أحدهما: أن تعزير الأذى موقوف على مطالبة الإمام دونها وتعزير القذف بالعكس.

والثاني: أنه يلاعن عن تعزير القذف دون تعزير الأذى.

وقال الرُّويَانِي: هل تعزير السب قبل بلوغها؟ وجهان: **أحدهما**: نعم؛ لأنه تعزير أذى، فلا يقف عليه، وعلى هذا هل ينفرد به الإمام أم يتوقف على مطالبة الولي به؟ فيه وجهان: وأما تعزير القذف فيقف على بلوغها، وهل له أن يلتعن ببلوغها لإسقاطه؟ فيه وجهان.

التاسع: قوله: «وتبطل العفة بوطء محرم مملوكة على المذهب» أي: سواء كانت من نسب، أو رضاع، أو صهر؛ إذا علم التحريم؛ لدلالته على قلة مبالاته؛ بل غشيان المحارم أشد من مباشرة الأجنبيات، ومقصود بما ذكره إلى آخر الفصل بيان ما يزيل الإحصان من الوطء المحرم، وما لا يزيله، أما ما يوجب الحد كما هو مبين في بابه، فلا شك في أنه مزيل للإحصان، ويندرج فيه اللواط على المذهب، أما الملوط به، وكذلك الملوطة على المختار الصحيح كما بينته في «الغنية» وأي عفة وحرمة لمكلف يمكن من دبره مختارًا عالمًا بالتحريم.

....

وأما ما لا يوجب الحد، فطرق الأصحاب فيه مختلفة نظم الإمام منها عند الاختصار ستة أوجه:

أحدها: لا يسقط العفة إلا ما يوجب الحد.

وثانيها: هذا ووطء المحرم بالملك وهو المذهب في «المنهاج» والمختار في «الروضة» وقال ابن الرِّفْعَة: إنه المنصوص في «المختصر» و«الأم» وعليه جرى كثيرون.

وثالثها: هذا ووطء الأب والشريك.

ورابعها: ذلك والوطء في النكاح بلا ولي، ونحوه على خلاف المعتقة، وإن أصله بعض العلماء، كذا هو في «النهاية» و«التنقيح» وهو الصواب في نقل كلامه، وعبارة «الروضة» في روايته عن الإمام: والرابع: هذا والوطء في نكاح فاسد، وفيها خلل لم يستغرقه.

وخامسها: ووطء الشبهة من المكلف.

وسادسها: هذا ووطء الصبي أيضًا، كذا قاله الإمام، والْغَزَالِي، وزاد في أصل «الروضة»: والجنون، وفيه وقفة؛ إذ يجوز أن يكون المراد الصبي المميز، فلا يصح إلحاق المجنون به مطلقًا.

قال ابن الرِّفْعَة: **والسابع**: بسقطها ذلك ووطء زوجته أو أمته الحائض، ومن في معناها، وأشار إلى بحثه في «الروضة» قال في «التنقيح»: ولم يقل سبعة أوجه مع ذكره لهذا الوجه؛ لأنه لا يراه معدودًا من المذهب، ولا أثر لمقدمات الزنا: كالقبلة، واللمس، وغيرها، وللشيخ أبي محمد فيها احتمال.

قال في «التنقيح»: وقطع صاحب «البلغة»: بأن فعل مواقع الزنا يسقط الإحصان، وهو بعيد مخالف للمذهب، انتهى.

ويجيء منه وجه ثامن: أنها تبطل بتجميع ما سبق بالمباشرة المحرمة للأجنبية، انتهى .

العاشر: قوله: «لا زوجته في عدة شبهة، وأمة ولده، ومنكوحته بلا ولي في

....

الأصح» ما قدمه في وطء حرم تحريمًا مؤبدًا، وهذا ما حرم غير مؤبد، ووجه الأول: قيام الملك، وعدم تأبد المحرمة، ووجه مقابله تأكد الحرمة، وأما في الثاني: فلأنه وطء يثبت به النسب، ولا يتعلق به الحد فأشبه الوطء الحرام الواقع في الملك، ووجه السقوط وقوعه في غير الملك كالزنا، وهنا كلمات:

الأولى: قيل: لم يخصص وطأه زوجته في عدة الشبهة بالذكر، وعبارة «الروضة» وأصلها تقتضي تعميم الخلاف في وطء كل شبهة.

قلت: الكلام مسوق فيمن حرم وطؤها غير مؤبد، فهو نوعان:

الأول: ما له حظ من الدوام، ومن أمثلته: زوجته المعتدّة عن شبهة غيره، وأمته المعتدة، أو المزوجة، أو المرتدة، أو المجوسية، أو المستبرأة، ولا تبطل الحصانة بوطئهن على الصحيح، ومثل المصنف بالزوجة.

والثاني: ما حرم لعارض سريع الزوال لوطئه أمته، أو زوجته في الحيض، أو في نفاس، أو إحرام، أو صوم، أو اعتكاف، وأختين، والظاهر منها قبل التكفير فلا تبطل الحصانة، وقيل: على الوجهين، وهذا النوع يفهم حكمه من الكتاب بطريق الأول.

وأما الوطء الجاري في غير ملك: كوطء الشبهة، وأمة الابن، وفي النكاح الفاسد كعقد بلا ولي ولا شهود، وفي الإحرام نكاح المتعة، والشغار، ووطء المكاتبة، والرجعية في العدة ففيه وجهان: أصحهما في «الشرح الصغير»: أنه لا يبطل العقد، ونسبا في «الروضة» وأصلها تصحيحه إلى الشيخ أبي حامد.

قال الرَّافِعِي: وهو في وطء الشبهة أظهر، وقد رجحه الْغَزَالِي، قالا: واختيار أبي إسحاق البطلان.

قال الرُّويَانِي: وهو أقرب، وكلام الْبَغَوِي يقتضي ترجيحه في وطء المشتركة وجارية الابن وزوجته الرجعية، ومكاتبته، انتهى.

وينبغي تقييد المكاتبة بالكتابة الصحيحة، وهو المراد، وهذا كله مفرع على أشهر الطرق في أصل المسألة.

....

الثانية: إلقاء القول بترجيح أن وطء أمة ولده لا يبطل حصانته؛ يجب تقييده بغير المستولدة، والموطوءة، ولا شك أنا أذا حددناه به أبطل حصانته، وفيه كلام أوضحته في «الغنية» في الحدود يجب مراجعته، وتقييد هذا الإطلاق منه، والموطوءة بلا استيلاد محرمة على الأب أبدًا، فهي كحليلة الابن، فغلظ تحريمها على أن الأرجح بطلانها بوطء جارية الابن مطلقًا، وهو قضية كلام «التلخيص» و«المهذب» واقتصر عليه الْمَاوَرْدِي، وغيره فيها، وفي المشتركة، ورجحه الْبَغَوِي.

قال الْمَاوَرْدِي، وغيره: وكذا وطء زوجته، وأمته في الدبر.

وظاهر نص «الأم» يشهد له، وعليه جرى الجويني، والْغَزَالِي في «الخلاصة» وأصلها، وغيرهما.

ومقتضى كلام الدارمي، والرُّويَانِي ترجيحه فهو الأصح، ولا نظر إلى ترجيح أبي حامد، وأتباعه خلافه، فإن كلامهم يقتضي عدم السقوط بوطء مملوكته المحرم، وهو خلاف المذهب والمنصوص.

الثالثة: أطلق الكلام في المنكوحة بلا ولي، وقضيته: أنه ولا فرق بين معتقد حله، وغيره، ولا بين الجاهل بتحريمه والعالم به، ونقل في زيادة له في «الروضة» التصريح بهذا الثاني عن الْبَغَوِي، قال: وينبغي أن يكون الجاهل كالواطئ بالشبهة، انتهى.

ومقتضى ذلك جريان الخلاف في النكاح بلا ولي وغيره من الأنكحة الفاسدة عندنا، وإن اعتقد منعها، لكن الإمام، والْغَزَالِي جعلا الخلاف ممن يعتقد التحريم فقط، وكذا قيد في «البحر» النكاح بغير ولي بما إذا صدر من شافعي.

وقال الرَّافِعِي في «الكبير» بعد كلامه على لفظ «الوجيز»: ويجوز أن يجري في الحنفي الخلاف كما في شرب النبيذ، وطرح هذا التجويز من «الشرح الصغير» وأشار إلى الفرق بأن يعتقد الحل، ولا يدل ذلك منه على قلة المبالاة، والتحدث عن المحرمات، وهذا فرق واضح، وقال الشيخ في

……………………………………………………………………

«التنقيح»: إن الأكثرين أطلقوا الوجهين، ولم يفصلوا، انتهى.

والوجه حمل إطلاقهم على هذا التقييد؛ لوضوح الفرق، وممن اقتضى كلامه الفرق بين معتقد الحل وعدمه: **الْقَفَّال**، والشيخ أبو محمد في «شرح العيون» وهو قضية نصه في «الأم» و«المختصر» وكلام من جرى على ذلك من الأصحاب.

وقد نص في «الأم» على أنه: لو وطئ جارية والده ظانًا جهلها له، وكان ممن يختفي عليه تحريمها أنه لا حد عليه، وجعله وطء شبهة، ونقله الأصحاب، وبما ذكرناه يجب أن يفصل في وطء الوالد أمة ولده بين من يعتقد التحريم، ويرى أنه زانٍ كما في أمة الأجنبي، وبين من يعلم أن له شبهة الإعفاف، وأن ذلك لا يوجب، ولا سيما إذا كان في حال يجب فيها إعفافه، أو كان يرى أن له ذلك، أو يملك مال ولده، وقصد ذلك ولينظر فيما لو وطئ زوجته، أو أمته يظنها أجنبية، وأنه زانٍ هل تبطل عفته لجرأته وإقدامه على الزنا في ظنه، أم لا ينظر إلى ما في نفس الأمر؟ فيه احتمال ظاهر، والأقرب الأول.

قال الشيخ أبو محمد: ولو نكحت بغير ولي، أو بغير شهود وهي تعتقد صحة النكاح لم تبطل عفتها، قال: وتعقيب الشيخ- يعني: **الْقَفَّال** - يقول: لو وطئها رجل فتوهمته غير زوجها، ومكنته، وعندها أنها أزنى، فبان أنه زوجها؛ بطلت عفتها، انتهى. وهو شاذ؛ لما أشرنا إليه في الزوج الظانِّ أنه يزني.

فروع وتتمات: قال **الْبَغَوِي**: إذا قرب عهده بالإسلام فغصب امرأة ظانًا، ووطء امرأة ظانًا حلها؛ لا تبطل حصانته، كذا جزم به مع ذكره الخلاف في وطء الشبهة.

قال **الرَّافِعي**: ويشبه أن يجيء فيه الخلاف السابق في وطء الشبهة، زاد في «الروضة»: لا بد من بحثه، انتهى. وفيه نظر!

ثم رأيت ابن **الرِّفْعَة** قال: إن **الْغَزَالِي** تعرض لذلك في الرهن، فقال هناك: إن الراهن إذا وطئ المرهونة جاهلًا بالتحريم؛ لقرب عهده بالإسلام؛

....

فحكمه حكم الوطء بالشبهة، انتهى.

ويجب حمل كلام الْبَغَوِي على من نشأ بدار الحرب، أو ببادية نائية، أما من نشأ بيننا من أهل الذمة فخفاء ذلك عليه بعيد، بل محال.

قال الْبَغَوِي: لو نكح مجوسي أمة فوطئها، ثم أسلم لا تبطل حصانته، زاد في «الروضة» عن الفوراني: أنها تبطل، وفيه نظر، والأقرب حمل كلام «الإبانة» على نقله ذلك عن أبي حنيفة لا عن المذهب، كما أشرت إليه في «الغنية» والوجه عدم السقوط؛ لاعتقادهم الحل.

قيل: وطلاق الإحصان بوطء شبهة لا إثم فيه بعيد جدًا، ووجه الإمام بإشعاره ترك التحفظ، ووجهه في «الإفصاح» بتوجيه حسن، وهي أي: الشبهة لا تعلم إلا منه، وذلك ينفعه في سقوط الحد عنه، أما بالنسبة إلى بقاء حصانته ووجوب الحد بقذفه فلا؛ لأنه يحتمل كونه زنا، ويحتمل غيره، فصدق في درء الحد عنه لا في إثباته له، انتهى.

وعلى هذا يكون وطء الشبهة أولى بإسقاط الإحصان من الصور التي لا يتصور أن يكون الوطء فيها زنا محضًا يوجب الحدّ، وهذا مأخذ من قال: كل وطء إن كان عالمًا بتحريمه يوجب الحد تبطل الحصانة، وما لا يوجبه مع العلم لا يبطلها.

وقد صرَّح القاضي الحسين على هذه الطريقة: بأن وطء الشبهة يسقطها، ولا يسقطها وطء أمة الابن والمشتركة، وغيرهما؛ بل يقتضي ذلك أن يسقط وطء الشبهة، ولا يسقط بوطء مملوكة المحرم، إذا قلنا: لا يحد، ومما ذكرنا من المأخذ يظهر أن وطء الشبهة أولى بالإسقاط من كثير من الصور، ولم يلم الإمام به؛ بل جعل وطء الشبهة آخر المراتب، ولم يجعل بعده إلا وطء الصبي، فإنه رتبه عليه، ووجهه وطء الشبهة بما سبق عنه، وهو توجيه ضعيف.

وإذا تأملت ما ذكرناه في تغليظ وطء الشبهة لم ينتظم إلا وجه الشبه السابق عن استخراج الإمام على الوجه الذي ذكره، وبالله التوفيق.

وَلَوْ زَنَى مَقْذُوفٌ سَقَطَ الْحَدُّ، أَوْ ارْتَدَّ فَلَا.

قال: (**وَلَوْ زَنَى مَقْذُوفٌ؛ سَقَطَ الْحَدُّ**) أي: على المذهب الذي نصَّ عليه في كتبه، وتبعه الجمهور؛ لأن الإحصان لا يستيقن؛ بل يظن، وظهور الزنا بعد القذف يخدش وجه الظن، كشاهدين ظاهرهما العدالة شهدا بشيء، ثم ظهر فسقهما قبل الحكم. وعن «القديم» وهو مذهب الْمُزَنِي: أن الزنا الطارئ لا يؤثر، قال الإمام في باب الشهادة على الشهادة: وهو القياس، وقد صار إليه طوائف من أصحابنا، ونقله الرُّويَانِي في «الحلية» عن ابن سُرَيْج، واختاره.

وقال ابن المنذر: إنه أصح، ووجه بأن المعنى الطارئ بعد وجوب الحد لا يمنع من إقامته كردة المقذوف، ونقص قيمة المسروق، والمذهب الأول.

إشارات: حكم الوطء المحرم المسقط للإحصان كما بيناه؛ إذا طرأ بعد القذف حكم الزنا، حكى الإمام عن شيخه: أنه إذا ظهرت مقدمات الزنا بعد القذف قدحت في عفته وزيفه، وسبق أن الجرجاني جزم بأنها محرمة العفة.

وقال الإمام: قبل هذا وجدت الطرق متفقة أن من رأيناه يراود، ويحرص على طلب الزنا، ولم يثبت صدوره منه؛ فهو محصن في القذف، ولا أثر لذلك، انتهى.

وينبغي أنه إذا ظهرت هذه الأمور على المقذوف بعد قذفه، وتكررت منه وبان حرصه عليها طلبًا للزنا، وإنما عجز عن إدراكه أن يؤثر في سقوط الحد عن القاذف؛ لأنهم وجهوا سقوط حد القذف بالزنا الطارئ أن العفة أمر لا يطلع عليه، وإنما حكمنا به أولًا بظاهر الحال، فلما زنا دل على صدق القاذف، وزال ما توهمناه من العفة ظاهرًا، وأوجب ذلك ما سبق منه، أو الشك في حالة القذف، وإذا شككنا في العفة لم يحد القاذف، ولا شك أن من رأيناه يطلب الزنا، ويحرص على فعله، ويتعاطى أسبابه الموصلة إليه يحصل لنا عليه ظن أنه غير عفيف، فإن القاذف غير مفترٍ؛ لظهور القرائن الدالة على صدقه، ولا سيما إذا جاهر المقذوف بذلك، وطرح خلق الحياء.

قال: (**أَوْ ارْتَدَّ؛ فَلَا**) أي: إذا ارتد المقذوف قبل أن يحد قاذفه؛ لم تؤثر

....

ردته في سقوط الحد، هذا هو المذهب الصحيح المنصوص في «الأم» خلافًا لأبي حنيفة، وخرج القاضي أبو الطيب وجهًا مثله كالزنا، وروي عن ابن أبي هريرة، وفرقوا بوجوه:

أحدها: أن الزنا يكتم ما أمكن، فإذا ظهر؛ فالغالب سبق مثله؛ لأن الله كريم لا يهتك الستر أول مرة على ما قاله عمر ﷺ لزانٍ قدم إليه ليحد، فادعى أنه أول ما ابتلي به⁽¹⁾. والردة عقيدة، والعقائد لا تخفى غالبًا، فإظهارها لا يدل على سبق الإخفاء.

والثاني: أن الزِّنَا يَمْنَعُ مَاضِيهِ الْحَصَانَةَ لِإِنْهَاكِ عِرْضِهِ، ويسقط القذف، فجاز أن يبطل مستقبله الحصانة، ويسقط حد القذف، والكفر لا يؤثر ماضيه، فكذا مستقبله كالجنون.

والثالث: ذكره الإمام: أن الركن الأعظم في الإحصان العفة عن الزنا، وأن الغرض من حد القذف صيانة العرض، فإذا زنا المقذوف أنهتك عرضه، وتعذرت صيانته، وأما الإسلام فيعتبر على سبيل التتمات، فلا يراعى إلا في حالة الخيانة، فعلى المذهب لو قذف زوجته، ثم زنت؛ سقط الحد ولا لعان إلا أن يكون هناك ولد يريد نفيه باللعان.

فرع: لو سرق المقذوف، أو قتل؛ إقامة الحد على القاذف لم يؤثر ذلك، ولم تبطل الحصانة، قال الرَّافِعِي: وفي كتاب ابن كج: أن أبا الحسين حكى فيه وجهين.

قال شارح: وهذا الخلاف عجيب، ولا نعلم خلافًا أنه يشترط في الإحصان احتساب الكبائر؛ بل من قذف سارقًا أو قاتلًا حد قطعًا، وقياس ما ذكره ابن كج ثبوت خلاف في ذلك، ويشبه أن يكون صدر من غير رؤية، انتهى.

والظاهر أنه صدر عن رؤية، ووجه السقوط الشك في عفة، فإن من أقدم على قتل النفس عمدًا عدوانًا لا يتعفف عن الفاحشة غالبًا، وقد جزم الدارمي

---

(1) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٨/ ٢٧٦).

وَمَنْ زَنَى مَرَّةً ثُمَّ صَلَحَ لَمْ يَعُدْ مُحْصَنًا، ....

في باب حد القذف: بأن القاتل عمدًا تسقط حصانته، هذا لفظه، وظاهره عدم الفرق بين أن يتقدم القتل على القذف، أو يتأخر عنه، فإنه ذكر ذلك في مسقطات الحصانة.

قال: (وَمَنْ زَنَى مَرَّةً ثُمَّ صَلَحَ لَمْ يَعُدْ مُحْصَنًا) أي: أبدًا، فلا يحد قاذفه بل يعزر للإيذاء، وهذا هو المنقول، وممن صرح به الجوري، والقاضي الحسين.

قال الإمام: ذكر القاضي: أن من زنى مرة واحدة في عنفوان شبابه، ثم تاب وأناب، وصار من أعف خلق الله تعالى، وأزهد عباده؛ [لأن العرض إذا انثلم(١) لا يسد بالتوبة، فلأجل ذلك](٢) لا يحد قاذفه، وإن تمادى الزمن ونيف على المائة، وهذه دعوى عن نصه، وما أراها تسلم عن الخلاف، ولم أر هذا التصريح على هذا الوجه في شيء من كتبنا، وقد ادعى القاضي فيه الوفاق مع أبي حنيفة.

ثم قال الإمام: إذا صرح بزنا سابق فلا شك أنه ليس بقاذف، وإن قال: زنيت اليوم، وكان قد زنى منذ سنين فهذا موضع النظر، والقاضي قاطع بانتفاء الحد، ويظهر عندنا الحكم بلزومه إذا ظهرت التوبة، وقبلت الشهادة قبل الزنا المذكور في صيغة القذف، وقد ذكرنا قولًا في الزنا بعد القذف، وهو محصور من إيقاع حكم الزنا السابق بالعفة اللاحقة، انتهى.

وكلام الرَّافِعِي كلام من لم يقف على كلام «النهاية» هنا، كما أشرت إليه في «الغنية» هنا مع مباحث حسنة للإمام محمد، وغيره، وما زدته عليها، يتعين تأملها!.

تنبيه: قول المصنف: «ومن زنى» فيه شمول.

وقال الرَّافِعِي: لو زنى كافر أو رقيق، ثم أسلم الكافر، وعتق العبد، وصلح حالهما؛ لم يحد قاذفهما، بخلاف ما لو جرت صورة الزنا في الصبي

---

(١) أي: اختل وانكسر.

(٢) انظر «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٩٦).

وَحَدُّ الْقَذْفِ يُورَثُ وَيَسْقُطُ بِعَفْوٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرِثُهُ كُلُّ الْوَرَثَةِ، ....

والمجنون، حيث قال: يحد قاذفهما بعد البلوغ والإفاقة؛ لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنا؛ لعدم التكليف.

قال: (**وَحَدُّ الْقَذْفِ يُورَثُ**) أي: سواء كان له وارث خاص، أم لا، كما سبق كسائر حقوقه، وكذا تعزير القذف يورث أيضًا، فلو قال: «وموجب قذف يورث»؛ لشمل التعزير⁽¹⁾.

قال: (**وَيَسْقُطُ بِعَفْوٍ**) أي: عن جميعه كغيره، فلو عفا عن بعضه فهل يصح في ذلك القدر، أو يسري إلى جميعه، أو يلغو العفو؟ أوجه.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَرِثُهُ كُلُّ الْوَرَثَةِ**) كالقصاص وغيره، هذا ظاهر النص حيث قال: يأخذه ورثته.

والثاني: يجب لجميع الورثة إلا الزوج والزوجة؛ لارتفاع النكاح بالموت.

والثالث: أنه للعصبة الذكور فقط؛ لأنه لدفع العار فاختص بهم، ولفظ «المختصر» في باب حد القذف يؤيده، حيث قال: ويأخذ حد الميت، وعصبته من كانوا، وبه قال ابن سريج، ورجحه القاضي الحسين، وابن داود.

وقال في «التنقيح»: حكاها الجمهور أوجهًا، ومنهم الْمَاوَرْدِي هنا، وحكاها صاحب «الإفصاح» والمحاملي في «التجريد» والْمَاوَرْدِي في باب حد القذف أقوالًا.

والرابع: على تضمينه كلام الْغَزَالِي، والرَّافِعِي: أنه للعصبة الرجال خلا البنين، وكأنه إذا كان المقذوف أمهم، والتسوية بولاية التزويج يشير إليه، وهو شاذ.

والخامس: أنه لعصبة النسب دون الولي.

فرع: مات رقيق، وقد استحق تعزيرًا على غير سيده، فهل يستوفيه سيده

---

(١) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٨٤).

وَأَنَّهُ لَوْ عَفَا بَعْضُهُمْ فَلِلْبَاقِينَ كُلُّهُ].

أو عصبته الأحرار، أو السلطان، أو يسقط؟ وجوه: أصحها أولها، وبالسقوط قال الْقَفَّال، قال الرُّويَانِي في «التجربة»: وهو أقرب، والأول أقيس، وفي «الوسيط» ذكر وجهين فيما لو قذف السيد عبده، ثم مات العبد هل يستوفيه الإمام، أم لا؟.

قال في «التنقيح»: وهذه غريبة قل من ذكرها، ولم تذكر في «البسيط» ولا في «النهاية» هنا.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ عَفَا بَعْضُهُمْ؛ فَلِلْبَاقِينَ كُلُّهُ**)، إذا عفي بعض الورثة وهو من أهل العفو، فهل يسقط الحد كله كالقود، أو حصته فقط، والشرط المشترك لإمكان التوزيع، أو لا أثر لعفوه، وللباقين استيفاء جميعه؟ أوجه، أصحها ثالثها، وهو المنصوص فعليه هل نقول لكل واحدٍ منهم أن ينفرد بطلبه ويستوفي له، وإن لم يعف غيره أو لا يستوفي إلا بطلب الكل؟ فيه احتمال.

وعبارة الْمَاوَرْدِي هنا: وإذا ورثوه استحقوه على الاجتماع، والانفراد بخلاف القصاص، وليس لحاضر أن يقتص وشريكه غائب، أو عافٍ بخلاف شريك الغائب، والعافي هنا، فأول كلامه يفهم أن لكل واحد الانفراد، وآخره يفهم أنه ينفرد إذا عفا أو غاب.

وأطلق في باب حد القذف أن لكل واحدٍ من الورثة أن يستوفي الحد، وإن لم يعف أحد منهم، ويوافقه قول المحاملي في «المجموع»: والحقوق الموروثة على أربعة أضرب: حق يجب لجماعة الورثة، ولكل واحد منهم الانفراد، وهو حد القذف، وولاية النكاح، لكن الْبَنْدَنِيجِي قرنه بحق الشفعة، فأفهم أنه لا ينفرد بالطلب إلا حال غيبة الباقين، كما يفهمه ما سبق عن «الحاوي» والأول أقرب؛ لأنه لا يسقط بعفوه، ولا يتأخر بتأخره، فينبغي ألا يتوقف على طلبه، ومراجعته مع حضوره كولاية النكاح.

لكن في «تجربة الرُّويَانِي»: لو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية، وأمها ميتة؛ لها المطالبة بحد نفسها وحد أمها مع باقي الورثة، فأشعر بعدم الانفراد، ثم رأيت في «كتاب الْبُوَيْطِي»: وإذا قذف امرأته، ولم تطلب حقها حتى ماتت،

قال المصنف: [فَصْلٌ: لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زِنَاهَا أَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُؤَكَّدًا كَشَيَاعِ زِنَاهَا بِزَيْدٍ مَعَ قَرِينَةٍ بِأَنْ رَآهُمَا فِي خَلْوَةٍ.

كان لورثتها طلبه حتى يلتعن، أو يحد، فإن قام بعض الورثة، ولم يقم البعض الآخر؛ كان الحق لمن قام به دون من لم يقم، وإذا وجب الحد للورثة، ثم عفا بعضهم؛ كان للباقي الذي لم يعف؛ لأنه عار على المقذوف، والعار يلزم الواحد كما يلزم الجميع.

قال الْبُوَيْطِي: ولم يختلف أحد لا الشَّافِعِي، ولا مالك، ولا العراقيون في أن رجلًا إذا قذف بعد موته، كان للورثة أن يقوموا به، فإن عفا البعض؛ كان للباقي أن يقوم به، انتهى.

وقد يوجد في إطلاق هذا النص أن الأب يحد لأولاده بقذف أمهم، وسبق إيراد عكسه.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زِنَاهَا) أي: إن شاهدها تزني.

(أَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُؤَكَّدًا كَشَيَاعِ زِنَاهَا بِزَيْدٍ مَعَ قَرِينَةٍ بِأَنْ رَآهُمَا فِي خَلْوَةٍ) لظنه زناها بطرق:

أحدها: أن يشيع بين الناس زناها مع شخص يروه خارجًا من عندها، أو يشيع زناها مطلقًا، ثم يرى رجلًا خارجًا من عندها، وقيده الْمَاوَرْدِي بما إذا رآه خارجًا في أوقات الريبة، وإليه يشير قول المصنف: «بأن رآهما في خلوة».

وظاهر كلام الدارمي أنه ليس بقيد، حيث قال: فإذا كانت مرمية بالزنا ظاهرًا، ثم رأى رجلًا عندها، ويجوز أن يكون مراده في خلوة من باب أولى، أما لو رآها خارجة من عند من ليس بالدار غيره.

قالا: فلو تجردت الاستفاضة عن القرينة لم يجز اعتمادها، إذ قد يستند إلى خبر كاذب، وعن الداركي: أنها تكفي.

قلت: وبه أجاب القاضي الحسين، ورجحه الْمَاوَرْدِي، وابن أبي عصرون،

....

وغيره، ووجهه الْمَاوَرْدِي: بأنها أقوى من خبر الواحد، وقد جعلت في القسامة لوثًا، ويجوز له الحلف على القتل بها، فيجعل من شواهد القذف، انتهى.

ويقوى هذا إذا دلت قرائن حالها، وأفعالها على موافقة الشيوع، بخلاف ما لو دلت على خلافه، وعن ابن أبي هريرة: أنه يجوز بمجرد القرينة، وهو شاذ إلا إذا تكررت، وانضم إليها ما يذكره عن الإمام - ﷺ تعالى -.

ثانيها: قال الإمام: الذي أراه أن الزَّوْج لو رآهما عَلَى اسْتِخْلَاءٍ مِرَارًا فِي مَوْطِنِ الرِّيبَةِ فَهُوَ بِمَثَابَةِ الِانْضِمَامِ إِلَى الِاسْتِفَاضَةِ مع الرؤية مَرَّةً وَاحِدَةً، ولو رآها معه مرة تحت شعار على العَيب المكروه، ولم يعاين ما يجوز بحمل الشهادة به على الزنا، فهذا أقوى من جميع ما قدمناه، وتابعه عليه الْغَزَالِي، وابن يحيى، وغيرهما، وما ذكره ظاهر، وإن سكت عنه الأصحاب.

ثالثها: أن يخبره بزناها ثقة عن معاينة؛ فله اعتماده؛ لأن خبر الثقة كاليقين، قال الإمام، وغيره: سواء كان من أهل الشهادة، أم لا؛ لأنه رواية، وعبارة «الشامل» و«التتمة»: أو أخبره ثقة يصدقه.

وعبارة «الحاوي»: ثقة يقع في نفسه صدقه، وكأنهم احترزوا عما لو عارض خبره تهمة بينهما عداوة، كما قيده القاضي أبو الطيب بما إذا لم يكن بينهما وبينه عداوة، وقد تكون العداوة بينه وبين الفاعل ليشوهه بذلك.

ومراد الإمام بما ذكره: أنه يكفي كونه مقبول الخبر كالمرأة، والعبد، لا أنه يعتمد الفاسق، نعم لو أخبرته الزوجة بزنا، ووقع في قلبه صدقها؛ لجاز اعتماده، وقذفها، وإن كانت فاسقة؛ لأنه من باب المؤاخذة لا من باب الإخبار، وذلك أبلغ في حصول الظن من خبر العدل؛ لأن من شأنها الكتمان لا سيما من الزوج، قاله ابن الرِّفْعَة.

وأطلق جماعة منهم الْمَاوَرْدِي: أنها متى أقرت عنده بالزنا جاز اعتماد قولها وقذفها، ولم يقيدوه بأن يقع في قلبه صدقها، ويشبه أن يقال: إن فهم منها الكذب، وأنها تريد به التوصل على فراقه؛ لبغضها له، وزهدها فيه؛ لم يجز،

....

ويجب الجزم به إذا ظن كذبها، وإن وقع له صدقها جاز⁽¹⁾ وإن تردد فالأشبه الجواز مؤاخذتها، ولا سيما إذا كانت من يدل قرائن حالها عليه، فإن قيل: كيف ينفي العدالة في المخبر مع نظره إلى فعل الزنا، وقد حكوا خلافًا في جواز نظر الثقات في الشهادة إلى فرجي الزانيين، أما لو كان النظر من واحد فلا.

قلت: بالتصوير فيما إذا وقع بخطره اتفاقًا لا عن قصد، أو كان جاهلًا بالتحريم، ونحو ذلك، ولم يتعرضوا هنا لاستفسار المخبر إذا أطلق أنها زنت، ويشبه أن يعتبر ذلك؛ إذ قد يظن ما ليس بزنا زنا، أو يعتمد القرائن، أو خبرًا كاذبًا.

فإن قلتَ: هل يكفي خبر الصبي الثقة، أو الصبيان الثقات إذا وقع له صدقهم؟.

قلتُ: لم أر فيه شيئًا، غير أنه سبق في إخباره برؤية هلال رمضان كلام.

وأطلق في «الروضة»: أنه يكفي سماعه ممن يثق به، فمن جوز الاعتماد هناك أوجب الصوم يشبه أن يجوز اعتماده هاهنا.

وأغرب الدارمي فقال: إن أخبره رجل يصدقه، أو أتت بولد مخالف بشبهة؛ فوجهان، وإن أخبره اثنان جاز، وعندي أن كل ظن لا يجوز معه القذف، حتى يقع العلم ظاهرًا، هذا لفظه، وقضيته: أنه لا يكفي خبر العدل الواحد على الأصح، وهو شاذ.

تنبيهات: قال ابن الرِّفْعَة: استعمل الْغَزَالِي، وغيره هنا الظن في مطلق التردد من غير نظر إلى الراجح منه، وهو أن اصطلاح المتقدمين: إذا جعل غلبة الظن هي المؤثرة، ولو استعمله بحسب اصطلاح المتأخرين لم يحتج إلى تقييده بالغلبة؛ لأن أول الدرجات يكفي فيه؛ إذ لا ضابط بعدها.

قيل: وفيما حمل عليه كلام الْغَزَالِي في الاكتفاء بمجرد الرجحان نظر؛ بل ظاهر كلامه خلافه، وأنه تعبير أمر زائد على مجرد الرجحان، وكذا فهمه صاحبه

---

(١) انظر: «أسنى المطالب» (١٧/ ٣١٦).

وَلَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ لَزِمَهُ نَفْيُهُ، ....

ابن يحيى عنه، فقال: إذا علم زناها يقينًا، أو غلب على ظنه قريبًا من العلم.

وقول الرَّافِعِي في كتبه: أو ظنه ظنًّا مؤكدًا، يشير إلى ذلك، واعتبارهم الطرق المذكورة تدل على أنه لا يكفي مطلق الظن؛ بل ظن خاص غالب، وهو تبينًا عن هذه الطرق، وهو أمر زائد على مجرد الرجحان، انتهى.

وهو حسن بالغ، ثم ما سبق حيث لا حمل، فيجوز له القذف، والترك، والستر أولى؛ لأنه يتخلص منها بالطلاق، والأولى له أن يطلقها وله إمساكها.

وفي «الروضة» قلت: قال أصحابنا: إذا لم يكن ولد فالأولى لا يلاعن؛ بل يطلقها إن كرهها، انتهى.

وفي هذا الشرط نظر، نعم إذا كان يحبها، ويخاف على نفسه عدم الإعراض عنها؛ فالأولى له إمساكها ويصونها، وإلا فطلاقها أولى به بلا شك، ويتأكد إذا كان يُعيَّر بها، أو يأمره بطلاقها ولد، أو والده.

وفي «تحرير الجرجاني»: أنه إذا علم زناها، ولا ولد لها؛ استحب له قذفها ولعانها، وجاز له تركها والصبر عليها، وكأنه يريد ترجيح القذف واللعان على الإمساك، وإن رجح الطلاق عليهما.

خَطَرَ لِي أَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ الْقَذْفُ حَيْثُ لَا بَيِّنَةَ لَهُ إِذَا عَلِمَ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ إِقْدَامَهُ عَلَى اللِّعَانِ، أَمَّا لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يَفْعَلُهُ حَذَرًا وَجُبْنًا فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْقَذْفُ؛ لما فيه مِنَ الْإِضْرَارِ بِنَفْسِهِ، وَإِبْطَالِ عَدَالَتِهِ وَتَعْرِيضِهِ نَفْسَهُ لِلْحَدِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَطَرِيقُهُ فِي الْخَلَاصِ الطَّلَاقُ.

قال: (وَلَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ؛ لَزِمَهُ نَفْيُهُ)، قال أصحابنا: لو أتت بولد، أو كان حمل يعلم أنه ليس منه مع ثبوت زناها عنده؛ لزمه القذف واللعان؛ لئلا يلحقه نسب ليس منه، هذا هو المذهب، وما أورده الجمهور، وأبدى الإمام في الوجوب احتمالًا حكاه الرُّويَانِي وجهًا عن جماعة من أصحابنا.

قال الرَّافِعِي: ثم في «التهذيب» وغيره: أنه إن تيقن مع تحقق أن الولد ليس منه أنها زنت، فيقذفها ويلاعن، وإلا فلا يقذفها؛ لجواز أن يكون من

وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا لَمْ يَطَأْ أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ،

زوج قبله، أو من وطء شبهة، انتهى.

وعبارة الْبَغَوِي: إن كان شاهدها على الزنا قذفها ولاعنها، وإن لم يشاهدها فلا يقذفها؛ لاحتمال أنه من وطء شبهة، أو زوج قبله، انتهى.

والوجه أنه لا يشترط المشاهدة؛ بل متى وجد طريقة من الطرق التي تجوز قذفها كما سبق، ووجد الحمل الذي يتحقق أنه ليس منه قذفها ولاعن، هذا مقتضى كلام خلائق من الأصحاب، ولعل الْبَغَوِي لم يقصد التخصيص بحالة التحقيق. أما إذا لم يوجد طريق من الطرق المذكورة، وأتت بولد يعلم أنه ليس منه؛ وجب عليه نفيه، واللعان من غير قذف.

إشارة: قوله: «علم أنه ليس منه؛ لزمه نفيه»؛ لأن الظن المؤكد، كالعلم في لزوم النفي كما سنذكره، والحمل المحقق كالولادة.

قال: (**وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا لَمْ يَطَأْ**) أي: أصلًا.

(**أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ**) أي: من وطئه، ثم لعلمه بكون الولد ليس منه طرق، ذكر المصنف منها ثلاثة، اقتضى كلامه حصر التحقق فيما ذكره، وقد ألحق أصحابنا العراقيون، والرُّويَانِي في «التجربة» بتحقق كونه ليس منه، ما إذا طهرت من الحيض، ولم يطأها في ذلك الطهر، ورآها تزني وأتت بولد يمكن كونه من الزاني؛ فقال العراقيون: يجب عليه هاهنا قذفها، ونفي الولد؛ لأن ذلك يجري مجرى اليقين في أنه من الزنا.

وممن قاله منهم: الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والشيخ نصر، والْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وآخرون، ولم يذكروا غيره، ويشبه ألا ينفذ ذلك عندهم بحالة الرؤية فقط؛ بل لو رآه معها في خلوة في الطهر المذكور مع استفاضة زناه بها، ونحو ذلك من الطرق السالفة؛ وجب القذف واللعان، وهذا قضية كلام الإمام في نقل كلامهم.

وصرح الْمُتَوَلِّي: بأنه لا فرق بين رؤية زناها، وغيره من الطرق المذكورة، فإذا وجد شيئًا منها بعد الاستبراء، قال: وجب القذف واللعان، وكلام القاضي

فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَسْتَبْرِئْ بِحَيْضَةٍ حَرُمَ النَّفْيُ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الِاسْتِبْرَاءِ حَلَّ النَّفْيُ فِي الْأَصَحِّ.

أبي الطيب في «تعليقه» صريح في ذلك أيضًا، وبالجملة فيخرج من كلام العراقيين، وكلام المراوزة خلاف في الوجوب، ويظهر الوجوب إذا انضم إلى ذلك شبه من زناها معه، أو استفاض زناه بها، وقد نظم الإمام في المسألة ثلاثة أوجه، وقع فيها خبطه كما بينته في «الغنية» وفي اجتماعها نظر(١).

قال: (**فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا**) أي: لما بين ستة أشهر من وطئه إياها، وأربع سنين منه.

(**وَلَمْ تَسْتَبْرِئْ بِحَيْضَةٍ؛ حَرُمَ النَّفْيُ**) أي: حيث لا يعلم زناها، ولا يظنه بطريق مؤكد، ولا عبرة بريبة يجدها في نفسه، أو شبهة تخيل إليه فسادًا.

وفي سنن النسائي وأبي داود وابن ماجه وصحيح ابن حبان والحاكم، وقال: إنه على شرط مسلم، عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ؛ فَلَيْسَتْ مِنَ الله فِي شَيْءٍ وَلَنْ يُدْخِلَهَا الله جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ؛ احْتَجَبَ الله مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤوس الخلائق يوم القيامة**»(٢).

قال: (**وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الِاسْتِبْرَاءِ؛ حَلَّ النَّفْيُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الاستبراء إمارة ظاهرة في أنه ليس منه، والمستحب ألا ينفيه؛ لأن الحامل قد ترى الدم، وعبارة «الروضة» فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: هذا، وذكر هذا المرجح بتوجيهه.

والثاني: أن من رأى بعد الاستبراء القرينة المبيحة للنفي؛ جاز النفي؛ بل لزمه، فإن لم ير شيئًا لم يجز.

---

(١) انظر: «حاشية الجمل» (١٩/ ٧٣).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٥/ ١٢٦)، وأبو داود (٢/ ٢٧٩، رقم ٢٢٦٣)، والنسائي (٦/ ١٧٩، رقم ٣٤٨١)، وابن ماجه (٢/ ٩١٦، رقم ٢٧٤٣). وابن حبان (٩/ ٤١٨، رقم ٤١٠٨)، والحاكم (٢/ ٢٢٠، رقم ٢٨١٤)، وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٧/ ٤٠٣، رقم ١٥١١٠).

....

والثالث: يجوز النفي سواء وجدت قرينة، أم لا، ولا يجب الاحتمال، وأصح هذه الأوجه الثاني، صححه الْغَزَالِي، وبه قطع العراقيون، وبالأول قطع الْبَغَوِي.

قلت: جعل الرَّافِعِي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء، وكذا فعل القاضي الحسين، والإمام، والْمُتَوَلِّي، والْبَغَوِي، والصحيح ما قاله المحاملي، وصاحب «المهذب» و«العدة» وآخرون: الاعتبار في الستة أشهر من حين يزني الزاني بها؛ لأن مستند اللعان زناه، وإذا ولدت لدون ستة أشهر من حين زنى، ولأكثر من ستة أشهر من الاستبراء أيقنا أنه ليس من ذلك الزنا، فيصير وجوده كعدمه، فلا يجوز النفي، وهذا واضح، والله أعلم.

هذا لفظ «الروضة» وقد أوضحت الكلام عن هذه الزيادة، وما قبلها في «الغنية» وعبارة الرَّافِعِي في نقل الأوجه قبلها:

أحدها: يباح النفي، ووجهه.

والثاني: إن رأى بعد الاستبراء مخيلة الزنا التي تسلط على القذف، أو تيقن الزنا؛ جاز النفي؛ بل وجب.

والثالث: يجوز النفي سواء وجدت مخيلة، أو أمارة، أو لم يوجد، ولا يجب لعان التردد والاحتمال، والأولى من هذه الوجوه هو المذكور في «التهذيب» في الراجح عند صاحب الكتاب؛ لأنه حكم بجواز النفي إذا رأى مخيلة، ولم يتعرض لخلاف فيه، وحكم بأن الأظهر عدم الجواز إذا لم يرها، وكلام أصحابنا العراقيين يوافقه، أو يقرب منه، هذا لفظه بحروفه.

وكذا نقل الأوجه في «شرحه الصغير» ثم قال: والوجه الأول أظهر، وإلى ترجيحه ذهب في الكتاب؛ لأنه جوز النفي إذا رأى مخيلة، ولم يتعرض للخلاف فيه، وحكم بأن الأظهر عن الجواز إذا لم يرها، انتهى.

وهذا عجبٌ، فإن كلام «الوجيز» كما ذكره، وإذا كان كذلك، فكيف

وَلَوْ وَطِئَ وَعَزَلَ حَرُمَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ عَلِمَ زِنَاهَا وَاحْتُمِلَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَمِنْ الزِّنَا حَرُمَ النَّفْيُ، وَكَذَا الْقَذْفُ وَاللِّعَانُ عَلَى الصَّحِيحِ.

يكون الوجه الأول هو المرجع في «الوجيز»؟ ولولا توافق كلام «الشرحين»؛ لقلت: إنه سهو من ناقل لا منه - ﷺ تعالى- وفي اجتماع الأوجه نظر ظاهر أيضًا.

وأما قول الشيخ في أصل «الروضة»: أن الوجه الثاني صححه الْغَزَالِي، وقطع به العراقيون، وبالأول قطع الْبَغَوِي فأعجب، وكأنه - ﷺ تعالى- لما رأى كلام «الشرح» لا يلائم كلام «الوجيز» وأن قضية كلام «الوجيز» توافق الوجه الثاني، وأن الرَّافِعِي جمع موافقة العراقيين إلى ترجيح الْغَزَالِي ظن أن صواب الكلام ما ذكره، وليس كذلك.

والعجب أن كلامه في «الزيادة» يقتضي: أنه وفق كلام العراقيين في المسألة، وتجويز النقل فيها يحوج إلى تطويل مخل نذكره في «التوسط».

قال: (وَلَوْ وَطِئَ وَعَزَلَ حَرُمَ)؛ أي: النفي.

(عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لأن الماء قد يسبق ولا يحس به، ومقابله، قاله الْغَزَالِي في «وسيطه» و«وجيزه» وأقاماه وجهًا آخر، والمنقول التحريم، والصورة فيما إذا لم يكن زنا منها، وربما يعيد المسألة في باب الاستبراء.

قال: (وَلَوْ عَلِمَ زِنَاهَا وَاحْتُمِلَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَمِنْ الزِّنَا؛ حَرُمَ النَّفْيُ) أي: لقيام الاحتمال وكون العلوق من كل منهما، وقد أمرنا بإلحاق الولد بالفراش فلا يجوز الهجوم على سبب الإمكان، هكذا قاله الإمام وتبعاه، وسيأتي عن نص الشَّافِعِي الجزم بخلافه في فرع أفرد به لنصوصه.

قال: (وَكَذَا الْقَذْفُ وَاللِّعَانُ عَلَى الصَّحِيحِ)، هذا وما تقدمه مأخوذ من كلام الإمام، فإنه أطلق أنه لا يجوز نفي الولد ووجهه بما ذكرته، ثم قال: وهذا واضح، لكن ذكر العراقيون، والقاضي: أنه لا يقذف ولا يلاعن، ثم استشكله، وقال: القياس جواز القذف واللعان؛ لأنه يجوز القذف إذا تبين زناها انتقامًا منها، ثم أخذ يتناول كلامهم على أنهم وجهوا الكلام، والنظر

إلى نفي الولد، فأرادوا أنه يقذف ولا يلاعن كذلك، وإن جاز القذف لغيره، وعلى هذا الإشكال، وإن أرادوا أنه إذا ألحق النسب فلا سبيل إلى اللعان، فلست أرى له وجهًا.

وحكى الرَّافِعِي ما نقله الإمام، وما أبداه من الاحتمال، وقال: إنه القياس، قال: فجعل وجهين، فأقام احتمال الإمام وجهًا، وقال: إن المشهور منهما أنه ليس له القذف واللعان، انتهى.

وفيما نقله الإمام عن العراقيين، والقاضي الحسين، وقفة، فنقول: إذا ولدت ولدًا يمكن أن يكون من الزوج، ولم يوجد استبراء، وممكن أن يكون من الزاني، قال القاضي الحسين: إن لم يشبه الزاني لم يجز له النفي، وإن أشبهه فوجهان.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا رأى رجلًا يزني بها، وهو يطأها، ولم يسترها كان مخيرًا في القذف واللعان، وأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه؛ جاز أن ينفيه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه، وإن لم يغلب على ظنه أنه أحد الأمرين جاز أن يغلِّب في نفيه حكم الشبه؛ لأجل ما شاهده من الزنا، وللحديث: **«لولا الأيمان، لكان لي ولها شأن»**⁽¹⁾.

وقال في «المهذب»: إذا غلب على ظنه أنه ليس منه بأن علم أنه كان يعزل عنها، أو رأى فيه شبه الزاني لزمه نفيه، وإن لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه، وتبعه على ذلك شارحا «المهذب» والعراقي في «الاستقصاء» ومثل غلبة الظن بكونه من غيره بما إذا كان يعزل عنها، أو كان عقيمًا لا يولد لمثله.

وكذلك قال الشيخ أبو حامد: يجوز له النفي إذا غلب على ظنه أنه ليس منه، فإن وطئها وعزل، أو كان عقيمًا عادته أنه لا يولد له ولد.

قال أبو الطيب: إذا غلب على ظنه أنه ليس منه، أو قرب شبه الولد إلى الزاني، وقاله ابن أبي هريرة في «تعليقه» في تعليل صحة نفي الولد مع وطئها

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٧)، وأبو داود (٢٢٤٨)، والترمذي (٣١٧٩).

....

في ذلك الطهر، ولأن الرجل قد يعلم من نفسه أحوالًا لا يكون من مائه ولد لرقة مائه، أو لعله، أو لأنه يعزل، أو لا ينزل، أو معنى من هذه المعاني يستدل بها على أن الولد ليس منه، انتهى.

وبهذا يعلم أن المذهب المعروف عند العراقيين جواز النفي إذا غلب على ظنه أن الولد ليس منه، ولم أر للمراوزة ما يخالفه صريحًا، نعم؛ في «الحاوي» في الكلام على نص «المختصر»: إذا أقر أنه أصابها في الطهر الذي رآها تزني فيه؛ اقتضى ثبوت وجهين، حيث قال: فإن قيل: إذا اجتمع في الرحم ماؤه وماء الزاني من الراجح أن الولد من الزنا.

قلنا: قد كان ابن سريج يذهب إلى أنه لا ينفيه مع اختلاط المائين، وهو خلاف نص الشَّافِعِي، وما عليه جمهور أصحابنا، وقد يترجح الحال من وجوه، وذكر منها: شبه الزاني، وعقم الزوج، وغيرهما، فجاز أن يقع الترجيح بها، والعمل عليها إذا تحقق الزنا.

وقال في «الانتصار»: ولو وطئها في الطهر الذي زنت فيه، وأتت بولد غلب على ظنه أنه ليس منه؛ لعزله عنها، أو رأى فيه شبهًا بالزاني؛ لزمه نفيه باللعان، وإن لم يغلب على ظنه لم يجز؛ إذا عرفت هذا عدنا إلى ما نقله الإمام، وبيان ما فيه.

أما القاضي الحسين فإنما قال ذلك، حيث لا قرينة ترجح أن الولد من الزاني، فإن كانت كالشبه به فوجهان في شفاعته، وقد يقال: إنه أجرى الخلاف في هذه القرينة فقط، ويقول باعتماد غيرها جزمًا، كما لو كان يعزل مثلًا، وتحقق العزل، وإن لم يجز اعتماد الشبه على وجه؛ لقوة قرينة العزل، فلا يمنع عنده النفي عند القاضي مطلقًا، فقد عرفت ما فيه، وإن أراد أنه ليس له النفي بمجرد الإمكان عند عدم القرائن إلى حجة، فلا نزاع في ذلك.

وأما النفي عند العراقيين فسبق عنهم، أو عن جمهورهم جوازه عند القرينة المغلبة لكونه من الزاني، وصرح من صرح بلزومه، وليس في كلام أحد منهم فيما رأيناه من كتبهم ما يقتضي أنه لا يجوز، وهذا يقدح في إطلاق الإمام

……………………………………………………………………

المنع عندهم إلا أن يكون المراد النفي بمجرد الإمكان كما أشرنا إليه.

وأما القذف واللعان فقد أطلق القاضي الحسين: بأنه ليس له اللعان، وأما العراقيون فسبق تصريح الْمَاوَرْدِي بجواز القذف واللعان، وأنه مخير فيه.

وفي «الشامل» ما يقتضي جواز القذف، ولم أر للعراقيين ما يقتضي أنه ليس له القذف عند لحوق النسب، فيشبه أن يكون جواز القذف هو المذهب كما صرح به الْمَاوَرْدِي مقتصرًا عليه، وكلام الأصحاب لا يخالفه.

واللعان شرع لأسباب منها: نفي النسب، والانتقام، ومحذور حدوث الولد على فراش ملطخ بإثم، فالوجه القطع بجوازه، والإمام معترف بإلحاقه، وإنما اعتقد أن المنقول خلافه، وكأنه أخذه من إطلاق بعضهم.

ويكون مراده امتناع اللعان لنفي الولد كما هو الاحتمال الأول في كلام الإمام وقد عينه في «الروضة» للاعتراض على نقل الإمام، فقال بعد ذكره، قلت: هذا النقل عن العراقيين مطلقًا غير منقول على الإطلاق، فقد قال: صاحب كذا، وقال صاحب «الحاوي» وساق كلامهما السابق، ثم قال: وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الكتاب، والله أعلم، وسنذكر عن نصوص الشَّافِعِي ما يؤيد ذلك.

إشارات: قول «المنهاج»: «ولو علم زناها» إلى قوله: «حرم النفي» إن أراد حيث لا يرجح كونه من الزاني فذاك، وإن أراد التعميم فقد بينا أنه ليس بصحيح.

وقوله: «وكذا القذف واللعان على الصحيح» بينًا أيضًا أن المذهب، أو الصحيح جوازه، وإنما ذكرا ذلك متابعة لكلام الإمام، وقد أوضحنا ما فيه.

فرع: قال «الْبُوَيْطِي»: قال مالك: لا لعان بين الرجل وامرأته في القذف حتى يقول: رأيتها تزني، وقال مالك: لا يجوز له أن ينفي حمل امرأته بلعان حتى يقول: قد استبرأتها بحيضة، ولم أطأها حتى جاءت بهذا الحمل في أشهرها، فلا سبيل إلى نفي الولد وتلاعنها بالزنا، والشَّافِعِي يقول: له أن ينفيه

……

ليستبرئ لو لم يستبرئ؛ لأن النبي ﷺ لم يسأل الْعَجْلَانِي عن الاستبراء، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي، وغيره: إذا وطئها في طهر، ورماها بالزنا في ذلك الطهر فالولد لاحق به، وله نفيه باللعان عندنا، وبه قال أبو حنيفة، وحكي عن مالك: أنه قال: له أن يلاعن؛ لإسقاط الحد، وأما لنفي الولد فلا، إلا أن يدعي الاستبراء بعد الوطء، وأمكن أن يكون الحبل بعد الاستبراء، انتهى.

ونص الشَّافِعِي على ذلك في «أحكام القرآن» فروى عن شيخه سعيد بن سالم القداح عن ابن جريج أنه قال لعطاء: الرجل يقذف امرأته وهو يقر بأنه قد أصابها في الطهر الذي رأى عليها فيه ما رأى، وقبل أن يرى عليها فيه ما رأى، قال: يلاعنها والولد لها.

قال الشَّافِعِي: وبهذا كله نقول، وهو معنى الكتاب والسنة إلا أن يقر بحملها، فلا يكون له نفيه بعد الإقرار، انتهى.

ولخصه الْمُزَنِي في «المختصر» كما هو مبين فيه.

وقال الشَّافِعِي أيضًا: إذا قذف امرأته عن استبراء، أو لم يدعيه بنفي في ذلك، وكذا كان، أو لم ينفه كان له ذلك سواء، ويلتعن ويخرج من الحد، وينفي عنه الولد، وحملًا إن كان الحمل.

وذكره في «الأحكام» وزاد: وسواء قال: رأيت فلانًا يزني بها، أو لم يسمه إذا قذفها بالزنا، أو ادعى الورثة الزنا، أو لم يدعها، أو قال: استبرأتها قبل أن تحمل حتى علمت أن الولد ليس مني، أو لم يعلمه؛ يلاعن عنها في هذه الحالات كلها، وينفي عنه الولد إذا أنكره فيها كلها إلا في خصلة واحدة وهي: أن تذكر أنها إن زنت في وقت من الأوقات، ولم يرها تزني قبله لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت، فيعلم أنه منه، وأنه لم يدع زنا يمكن أن يكون هذا الحمل منه، إنما ينفي عنه إذا ادعى ما يمكن أن يكون من غيره بوجه من الوجوه، وفي هذا النص فوائد تتعلق بما سبق:

منها: الجزم بعكس ما جزم به في «المنهاج» من تحريم النفي عند احتمال

....

كونه منه، ومن الزاني، فاعلم حكى جمهور العراقيين وجهين فيما لو أتت بولد لا يشبههما بأن يكونا أبيضين، فيأتي الولد أسود، أو بالعكس، قالوا: والصحيح المنع.

قال في «الشامل» وتبعه جماعة: ويخالف هذا قصة هلال بن أمية، فإنه أخبر أنه شاهده يزني بها، والوجهان فيما إذا لم يشاهد ذلك، وهذا منهم يقتضي أنه متى تحقق زناها، وأتت بولد يشبه الزاني جاز له نفيه وجهًا واحدًا، وهذا يقتضي كلام الْمَاوَرْدِي السابق، وكلام «المهذب» ومن شرحه.

وسبق عن القاضي الحسين تخصيص الخلاف بالشبه بما إذا لم يتحقق الزنا، ومقتضى قوله: أنه إذا لم يشبه الزاني لا يجوز النفي يعم حالتي شبه الزوج، وعدم شبهه له، وما نفيه له بالكلية، وكلام طوائف من العراقيين مصرح بجريان الخلاف عند المخالفة الظاهرة في اللون، وإن لم يعلم زناها، ولا حدثت قرينة بذلك عليه.

وعبارة «الانتصار» وغيره: وإن أتت به أبيض وهما أسودان، أو أسود وهما أبيضان، ولم يعلم منها زنا؛ لم يجز له نفيه على أصح الوجهين.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: لا أثر لمخالفة اللون عند عدم الريبة، وبه قال جمهور أصحابنا، وإن علم منها ريبة جاز له أن ينفيه عن نفسه.

وقال في «التجربة»: قال أكثر أصحابنا: لا يجوز، والْعِرْقَ نَزَّاعُ، والأقرب إلى «المهذب» عندي: أنه يجوز له نفيه؛ لأنه يحكم بالشبه شرعًا فجاز النفي بالشبه، انتهى.

وحكى جماعة من العراقيين الوجهين في مخالفة اللون، فيما إذا كانت تزني برجل فأتت بولد شبهه، هذا ما في طريقة العراقيين، وقد اقتضى كلامهم السابق جواز النفي عند غلبة ظنه أنه ليس منه، وبقي من الفرع زيادة ذكرتها في «الغنية».

فرع: لو وطئها فيما دون الفرج، وأنزل هل يباح له النفي؟ فيه وجهان أرسلهما كثيرون.

فَصْلٌ

اللِّعَانُ قَوْلُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْت بِهِ هَذِهِ مِنْ الزِّنَا.

وقال في «البيان»: المذهب جواز النفي.

وقال ابن الصباغ: المذهب أن الأمة لا تصير فراشًا بذلك، وصرح عدم صيروورتها فراشًا به.

قال القاضي الحسين، والإمام، والْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، وغيرهم، وشذَّ الجرجاني فرجح جعلها فراشًا، ولحوق الولد، وقضيته ألا يجوز النفي هاهنا، ولو وطئ في الدبر ففي جواز النفي وجهان أطلقا.

وقال في «الاستقصاء»: المذهب منهما جواز النفي، وصحيح المصنف في أصل «الروضة» جواز النفي فيما إذا وطئ فيما دون الفرج، وما إذا وطئ في الدبر، ولم يفصح الرَّافِعِي في الثانية بترجيح بخلاف الأولى، وقد رجحا جميعًا في باب ما يجوز من الاستمتاع: أن حكم الوطء في الدبر حكمه في القبل في لحوق النسب، وهو خلاف ما صرح به في «الروضة» هنا بتصحيحه، ويشبه أن يكون هو أرجح؛ لأن سبق الماء من الوطء في الدبر مع الإنزال فيه أبعد منه من سبقه عند المباشرة فيما دون الفرج من غير إيلاج. وقد صرح الأصحاب بأن الراجح منه عدم اللحوق بلا جزم، قال في «الانتصار» هنا: إن كان يطأها دون الفرج فالمذهب أنه لا يلحقه الولد، وكذلك إذا كان يطأها في الدبر، وجزم بذلك فيهما في «تنبيهه».

قال:

(فَصْلٌ:

اللِّعَانُ قَوْلُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْت بِهِ هَذِهِ مِنْ الزِّنَا) أي: إن كانت حاضرة، أما اعتبار العدد في لفظ الشهادة؛ فلأنه [لتأكد الأمر، ولأنها أقيمت مقام أربعة شهود من غيره ليقام عليها الحد][1]

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ١٠٣).

فَإِنْ غَابَتْ، سَمَّاهَا وَرَفَعَ نَسَبَهَا بِمَا يُمَيِّزُهَا، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا.

وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفِيهِ ذَكَرَهُ فِي الْكَلِمَاتِ فَقَالَ وَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدَتْهُ أَوْ هَذَا الْوَلَدَ مِنْ زِنًا لَيْسَ مِنِّي.

وأما اعتبار تسمية ما رماها به؛ فلأنه المحلوف عليه[1].

قال: (**فَإِنْ غَابَتْ**) أي: عن البلد أو مجلس اللعان؛ لحيض أو غيره.

(**سَمَّاهَا وَرَفَعَ نَسَبَهَا بِمَا يُمَيِّزُهَا**) أي: عن غيرها دفعًا للاشتباه.

وَالْخَامِسَةُ: أَنَّ لَعْنَةَ الله عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا) للآية الكريمة، ولا يرفع هذا من تعريفها به في حالتي الغيبة والحضور على ما سنوضحه في التنبيهات.

قال: (**وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفِيهِ؛ ذَكَرَهُ فِي الْكَلِمَاتِ فَقَالَ: وَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدَتْهُ، أَوْ هَذَا الْوَلَدَ**) أي: إن كان الولد حاضرًا (**مِنْ زِنًا لَيْسَ مِنِّي**)؛ لأن كل مرة بمنزلة شاهد، ثم الذي أورده الشيخ أبو حامد، وجماعات: أنه لا بد مع الجمع بينهما كما في الكتاب، إذ لو اقتصر على قوله: «ليس مني»؛ احتمل أن يريد خَلقًا وخُلقًا، ولهذا لم يكن صريحًا في القذف، وإن اقتصر على قوله: «من زنا» فقد يظن أن الوطء في نكاح فاسد، ووطء الشبهة زنا. وربما اعتقد مذهب الصيرفي، وغيره في أن النكاح بلا ولي زنا، فكذلك اشترط الجمع بين اللفظين؛ لنزول الاحتمال، وهذا ظاهر نصه، وهو وإن كان معها ولد فنفاه، أو بها حمل فانتفى منه؛ جاز مع كل شهادة، «وأن هذا الولد من زنا ما هو مني» وإن كان بها حمل قال: «وإن كان الحمل من زنا ما هو مني» انتهى.

---

[1] اقْتِصَارُهُ عَلَى قَوْلِهِ: «هَذِهِ» تَبِعَ فِيهِ «الْمُحَرَّرَ» وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «الْمُهَذَّبِ» وَظَاهِرُ عِبَارَةِ «الشَّرْحَيْنِ» وَ«الرَّوْضَةِ»: اعْتِبَارُ زَوْجَتِي هَذِهِ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَهُوَ الْمَنْقُولُ فِي «التَّتِمَّةِ» وَ«تَعْلِيقُ الْبَنْدَنِيجِيِّ»، وَأَفْهَمَ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ مَعَ الْإِشَارَةِ إِلَيْهَا إِلَى تَسْمِيَتِهَا، وَهُوَ الْأَصَحُّ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِيمَنْ حَضَرَتْ، وَقِيلَ: يَجِبُ الْجَمْعُ بَيْنَ الِاسْمِ وَالْإِشَارَةِ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ، وَكَلَامِ الْجُمْهُورِ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ١٩٦).

……

وفي «الحاوي»: لا يكفي قوله: ليس مني، وإن اقتصر على قوله: من زنا؛ فوجهان، وعلى طريقته جرى جماعة، وزاد الْبَغَوِي فرجح الاكتفاء.

وأغرب الْمُتَوَلِّي فقال: إن اقتصر على أنه من زنا لم يكلفه؛ إذ يعتقد أنه ليس من زنا، وإن اقتصر على أنه ليس مني كفى؛ لأنه عليه نفي النسب عن نفسه لا أن يتبين الجهة التي حصل منها. وكلام «الإبانة» مصرح بأنه يكفي قوله: ليس مني، وهو قضية كلام «الإفصاح» وفي أصل «الروضة»: إن اقتصر على قوله: هو من زنا؛ كفى في الأصح.

وعبارة الرَّافِعِي: أجاب كثيرون بأنه لا يكفي، وأصحهما على ما ذكره في «التهذيب» الاكتفاء به، وصرح في «شرحه الصغير»: بأنه الأصح بلا بينة، فحصل وجوه المشهور عند جماهير العلماء تبين الجزم بعدم الاكتفاء، وهو ظاهر النص، وعليه جرى القاضي الحسين، والشيخ أبو محمد في «مختصره» وولده الإمام، والْغَزَالِي، والمصعبي، وأصحاب «المعتبر» و«الكافي» و«الترغيب» والرُّويَانِي في «الحلية» وفي «التجربة» والأكثرون، كما قاله ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» خلافًا لترجيح الْبَغَوِي.

فحصل أن المذهب، وما عليه الجمهور من أهل الطريقين: أنه يأتي بالأمرين جميعًا؛ لما ذكرناه.

والثاني: يكفي قوله: إنه من زنا، ولم أر من رجحه غير الْبَغَوِي، ومن تبعه، وجزم صاحب مُظَفَّر الدِّينِ في «الكافي» بالأول مع موافقة له غالبًا.

والثالث: عكسه كما سبق عن الْمُتَوَلِّي.

تنبيهات: منها: لا خفاء أن ما فسر به المصنف اللعان هو فيما إذا كان قد قذفها بزنا، أما لو التعن لنفي ولد، أو حمل بلا قذف، فإنه لا يأتي بذلك، يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هذه من إصابة غيري لها على فراشي، وأن هذا الولد منه من تلك الإصابة لا مني، ويأتي في كل موضع بما يقتضيه الحال.

ومنها: سيأتي أنه لو قامت عليها بينة بزناها فله اللعان لنفي النسب، وهل يستغنى بالبينة عن القذف؟ وجهان: **أحدهما**: نعم، فعليه أن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين في زناها، ولا يقول: فيما رميتها به من الزنا؛ لأنه لم يرمها.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا ادعت أنه قذفها فسكت، يجعله منكرًا، فإذا قامت بينة وقضى القاضي بها ثبت القذف، فإذا لاعن بقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما أتيت به من قذفي إياها بالزنا.

ومنها: قضية كلام «المنهاج» والاكتفاء بالإشارة إليها عند حصولها، وهو ما جعل الرَّافِعِي أصح الوجهين.

ومنها: أنه لا بد أن يقول: زوجتي هذه؛ لأن اللعان مبني على التغليظ، والاحتياط فيذكر الإشارة بالتسمية، وقد يقال قضية التوجيه: أنه لا يكفي في الحاضرة التسمية، ورفع النسب حتى تنضم إليهما الإشارة، انتهى.

وظاهر نصه في «الأم» و«المختصر»: عدم الاكتفاء بالتسمية؛ إذ قال: اللعان أن يقول الإمام للزوج قل: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة ابنة فلان من الزنا، ويشير إليها إن كانت حاضرة، قاله ابن الرِّفْعَة.

قلت: ظاهر النص أنه لا بد من اجتماع ذكر الزوجية، والاسم، والنسب، والإشارة، وعبارة التميمي في رواية النص قال: واللعان الذي يبرأ به من الحد، والتعزير أن يقول الزوج بمحضر الحاكم أو أمره: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة ابنة فلان من الزنا، ويشير إليها إن كانت حاضرة، انتهى.

وكذلك قال الْمَاوَرْدِي، وهل يحتاج مع الإشارة إلى ذكر الاسم والنسب، أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول ابن سريج: إنه تكفي الإشارة مع ذكر الزوجية، ولا يحتاج إلى ذكر الاسم، والنسب كالشهادة.

والثاني: يحتاج مع ذكر الزوجية، والإشارة إلى شرط ثالث: وهو الاسم

……………………………………………………………………………

دون النسب، فيقول: زوجتي فلانة هذه.

والثالث: وهو قول أبي حامد المروزي، وحكاه في «جامعه» الذي علقه في منصوصات الشَّافِعِي: إنه يحتاج مع ذكر الزوجية، والإشارة، والاسم إلى شرط رابع: وهو النسب، فيقول: زوجتي فلانة بنت فلان هذه؛ لأن اللعان على التأكيد، ونفي الاحتمال، انتهى.

وهذا منه جري على ظاهر النص من كلام «الحاوي» يقتضي أنه لا بد من الإشارة على كل وجه قطعًا، وهو قضية كلام الجمهور.

وفي «تحرير الجرجاني»: إن سماها مع الحضور من غير إشارة ففي جوازه وجهان، واقتصر القاضي أبو الطيب في «تعليقه» على أنه بالخيار في الحاضرة بين أن يشير إليها، وبين أن ينسبها إلى أبيها وجدها، وادعى ابن الرِّفْعَة، وتبعه القمولي أن الْمُتَوَلِّي جزم بجواز الاقتصار على الإشارة، أو الاسم. والذي في «التتمة» نقل الخلاف في ذكر الاسم مع الإشارة، والتصريح على الوجه، الثاني: أنه لا يعتبر مجموع الأمرين؛ بل يكتفي بأحدهما، ولم يرجح شيئًا؛ فحصل فيما يكفي من ذلك في الحاضرة من المجلس وجوه، صحح الرَّافِعِي تبعًا لجماعة قليلة: أنه تكفي الإشارة، ولا خفاء أنه لو كان له زوجة تشاركها في الاسم، أو فيه، وفي النسب أنه لا بد من التمييز، ولا تكفي الإشارة، ولا التسمية قطعًا.

والظاهر: أن محل الاكتفاء بالإشارة أيضًا؛ إذا كانت جالسة وحدها متميزة بحيث لا تظن الإشارة إلى امرأة غيرها، كما لو كان معها امرأة فأكثر.

ومنها: اقتضى كلامه أيضًا: أنه يكفي تسميتها مع رفع نسبها عند غيبتها بأن كانت على باب المسجد؛ لحيض أو نفاس، ونحوهما، أو لقرء، وكون الغيبة لمرض، أو سفر، أو موت، كما قاله الْمَاوَرْدِي، وغيره، أو تخدير كما صرح به الجرجاني في «الشامل» والرُّويَانِي في «التجربة» وابن الرِّفْعَة، وفيه نظر يأتي في «الأقضية» وعبارة جماعة كالمصنف: بما يميزها عن غيرها، وبعضهم يزيد: عن غيرها من النساء.

وَتَقُولُ هِيَ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا، ....

قال الرَّافِعِي: وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: يَرْفَعُ فِي نَسَبِهَا قدر ما تتميز به من سائر زوجاته، إن كان في نكاحه غيرها.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد عرفها الحاكم، أما إذا لم يعرفها فالقياس أنه لا يكفي ذلك قطعًا، كما لا تسمع الدعوى على مجهول عنده لم يميز، ويجوز أن يقال: ينسبها إلى زوجية تعرِّفها، والمقصود في الحكم على الغالب تمييزه، وهو حاصل فيه بعد، فإن هذا تعريف ربما يحتاج إلى التعريف، بخلاف التعريف بما اشتهر من الجلاء ونحوه.

وقال بعض الشارحين الثقات: والذي رأيته في «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنها إذا كانت غائبة بأن تكون على باب المسجد، فلا بد أن يرفع في نسبها حتى يرتقي بها إلى حيث لا يشاركها في ذلك النسب أحد في ذكرها، وهو كذلك في كلام أصحاب أبي حامد الآخذين عنه: كالمحاملي، وسليم الرازي.

والظاهر أن المراد بقولهم: إلى حيث لا يشاركها أي: بالنسبة إلى ما يظهر للقاضي، ويطلع عليه من المشاركة، وإلا فقد يكون في الحضور مشاركات كثيرات فما ينتهي إليه لا يطلع عليهن الحاكم، ولا غيره، والله أعلم.

قال: (**وَتَقُولُ هِيَ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا**) أي: إن كان رماها به، فأما لو التعن لنفي ولد من غير قذف؛ لم تقل ذلك لما يقتضيه الحال كما أشرنا إليه، وسكوت المصنف في مسألة الكتاب عن ذكر الولد في لعانها؛ يفهم أنه لا تحتاج إلى ذكره، وهو المشهور، وعليه اقتصر أبو حامد، وأتباعه، وآخرون، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى البغداديين، قال: لأنه لا يتعلق بذكره في لعانها حكم، فلم تحتج إليه.

وقيل: لا بد من ذكره؛ ليقع لعانها مقابلًا للعان الزوج في نفي ما أثبت من الزنا، أو إثبات ما نفى من الولد، فعلى هذا الوجه تذكر في كل مرة ما ذكر الزوج، ويأتي في الاكتفاء بالإشارة إلى الزوج إذا كان حاضرًا، وفي ذكر الاسم، والنسب جميع ما سبق في جانبها.

وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيهِ وَلَوْ بُدِّلَ لَفْظُ شَهَادَةٍ بِحَلِفٍ وَنَحْوِهِ أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ أَوْ ذُكِرَا ....

قال: (**وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ الله عَلَيْهَا إنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيهِ**) للآية الكريمة، وقول «المنهاج» و«المحرر» فيه يفهم الاكتفاء بقولها فيه، وعبارة «الروضة» و«الشرحين» وغيرهما: فيما رماني به، فظاهرهما أنه لا بد من التصريح بذلك، وعبارة آخرين: فيما رماني به من الزنا، وهو لفظ نص «الأم» قال: فإذا قالت ذلك فقد فرغت⁽¹⁾.

وعبارة «التنبيه»: إن كان من الصادقين، وكذا عبارة ابن أبي عصرون في «تنبيهه» وصاحب «الترغيب» وظاهرها الاكتفاء بذلك كما هو ظاهر الآية، ولم أر في ذلك تصريحًا، نعم ظاهر النص يقتضي أنه لا يُكتفى بذلك منها، حيث قال: والشهادة التي بها تدرأ المرأة عن نفسها العذاب، وهو الحد، قولها عند الحاكم بأمره: أشهد بالله، إلى قوله في آخر الخامسة: إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا.

فرع: أغرب صاحب «الترغيب» من المراوزة بعد الْغَزَالِي حيث قال في صفة التعان الزوج فيقول: «أشهد بالله ثلاثًا» أربع مرات، «إني لمن الصادقين» إلى أن قال: وتقول المرأة: «أشهد بالله ثلاثًا» أربع مرات، «إنه لمن الكاذبين» إلى آخره، هذا لفظه، ومن خطه نقلته، وهو تصنيف حسن يدل على فضل مؤلفه، لكن تكرير قوله: أشهد بالله ثلاثًا، لا أدري من أين قاله.

والظاهر: أنه أراد به يكرر هو والمرأة لفظة: «أشهد بالله» ثلاث مرات، في أول كل مرة من الأربع، وهو خلاف ظاهر كلام الشَّافِعِي، والأصحاب.

قال: (**وَلَوْ بُدِّلَ لَفْظُ شَهَادَةٍ بِحَلِفٍ وَنَحْوِهِ**) أي: كقوله: أقسم بالله، أو أحلف بالله، أَوْ أُولِي، أو آلَيْت بِأَلله.

(**أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ**) أي: بأن يبدل الرجل اللعن بالغضب، أو المرأة الغضب باللعن، (**أَوْ ذُكِرَا**) أي: الغضب واللعن.

---

(١) انظر «الحاوي الكبير» (١١/ ١٦٤).

قَبْلَ تَمَامِ الشَّهَادَاتِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

(قَبْلَ تَمَامِ الشَّهَادَاتِ؛ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ) وجه المنع: فيما إذا بدل أشهد بالله بأحلف، أو أقسم أنه أخل بما أمر به، فلم يعتد به كالشاهد يخل بلفظ الشهادة.

ووجه الصحة: أن هذا يمين، ولفظ أحلف وأقسم صريح في اليمين، ولفظ الشهادة كناية، فكان الصريح أولى.

ووجه المنع: في صورتي الإبدال؛ العدول عن المنصوص عليه، وجزم العراقيون في إبدالها اللعن بالغضب بأنه أبلغ من اللعن.

إشارات: منها: اقتضى إيراد المصنف التسوية بين صورة الخلاف في الصور الثلاث، وليس كذلك كما أوضحته في «الغنية» وكان قضية اصطلاحه ألا يقول: في **الأولى**: على الصحيح، وفي **الثانية**: على المذهب، وفي **الثالثة**: على الأصح.

ومنها: جزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه» أنه لو أبدل لفظ الشهادة بالقسم أو اللعنة، بالإبعاد، أو الغضب بالسخط، أنه يجزيه، وجعله في «الانتصار» أصح الوجهين فيهن، ورجح كثيرون أنه لو أبدل لفظ الغضب باللعن، أنه يجوز؛ لأنه أغلظ من اللعن.

ومنها: إطلاق المصنف وغيره، قد يفهم أن الخلاف فيما إذا أبدلا ذلك، أو قدما اللعن والغضب من عندهما؛ مخالفة لتلقين القاضي، أو أعم من ذلك(١).

وكلام الْمَاوَرْدِي يقتضي أن يحل الخلاف في جميع الصور، فيما إذا عدل بهما الحاكم؛ حيث قال: ولو أبدل الحاكم لفظ الشهادة، وأمرهما أن يقولا: أقسم بالله، أو أحلف بالله، ونحوهما، ففي إجزائه وجهان.

---

(١) قَالَ ابْنُ النَّقِيبِ: عِبَارَةٌ مَقْلُوبَةٌ، وَصَوَابُهُ: «حَلَفَ بِشَهَادَةٍ»؛ لِأَنَّ الْبَاءَ تَدْخُلُ عَلَى الْمَتْرُوكِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ: أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ فَقَرِيبٌ فَإِنَّهُمَا مَسْأَلَتَانِ فِي كُلٍّ مَأْخُوذٍ وَمَتْرُوكٍ، وَقَدْ مَرَّ جَوَابُ ذَلِكَ فِي صِفَةِ الصَّلَاةِ، وَقَوْلُه: «وَعَكْسُهُ» مَزِيدٌ عَلَى الْمُحَرَّرِ، كَمَا قَالَهُ فِي «الدَّقَائِقِ». «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٢٠٢).

وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَمْرُ الْقَاضِي وَيُلَقِّنُ كَلِمَاتِهِ، ....

ولو عدل فيهما عن لفظتي اللعن والغضب، فذكره، ثم قال: ولو خالف بينهما في ترتيب اللفظ فوجهان.

وقضيته أنه لو لقنهما الألفاظ المعهودة، فعدلا إلى غيرها فيما ذكر، وقدما ذكر لفظ اللعن والغضب من تلقائهما؛ أنه لا يجزئ بلا خلاف، وهو ظاهر؛ لكن قد يقال: إن كان عدول الحاكم بهما إلى غير اللفظ الوارد في النص، لا عن اجتهاد، فهو كالوعد، لا بأنفسهما، وإن كان عن نظر سديد، واجتهاد صحيح، وهو من أهله فينبغي أن يصح ذلك، إما قطعًا، وإما على الصحيح.

ومنها: قال القاضي الحسين في «تعليقه»: أصل هذه المسائل كلها: أن المراعى في اللعان اللفظ ونظم التنزيل، أو المراعى فيها المعنى، فعلى وجهين إن راعينا نظم التنزيل فلا يجوز أن يأتي بغيره، وإلا فيجوز، انتهى. ولا شك أن المرأة لو لاعنت، أولًا؛ لم يعتد به.

قال في «الكافي»: الترتيب واجب في لعانهما، وكذلك في كلمات لعان كل واحد منهما على الصحيح، وهو المذهب في «تعليق الْبَغَوِي» قال: كما لو قدم السجود على الركوع في الصلاة لا يصح.

قال: (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ: أَمْرُ الْقَاضِي) أي: أو من في معناه من محكم أو سيد، كما سيأتي بيانه، فلو تلاعنا بأنفسهما، ولا حاكم ونحوه، أو عنده قبل أمره به لغا.

قال: (وَيُلَقِّنُ كَلِمَاتِهِ) قال أصحابنا: لا بدّ في اللعان من حاكم أو نائب له وإمام؛ لأنه عندنا يمين، واليمين لا يقيد بها إلا عند الحاكم بأمره، ويشترط أن يلقن كلماته، فيقول الحاكم، أو نائبه: قل: أشهد بالله في الخمس مرات، وكذلك المرأة؛ لأن كل مرة حلف، ولا يعتد به إلا بأمره.

وعبارة «الشامل»: إن الإمام يبدأ بالزوج، ويقول له: قل أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين.

وقضيتها: أنه لا يشترط الأمر في كل مرة؛ بل يكفي أن يأمره، ويشبه أن

....

يتخير الحاكم بين أمره له في كل مرة، وبين أمره أولًا بقول الكلمات.

تتمات وفروع:

منها: لو حكّما رجلًا؛ فقولان بنيا على أنه: هل يشترط رضاهما بعد حكمه في غير اللعان؟ إن قلنا: نعم؛ لم يجز هذا التحكيم، وإلا جاز، قاله **الْمَاوَرْدِي**.

وقال الداركي: يجوز مع غيبة الحاكم، لا مع وجوده.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن جوزنا التحكيم، ولا ولد هناك؛ جاز في اللعان، وإن كان هناك ولد ينفيه لم يصح اللعان؛ لأن له حقًّا في النسب، فلا يؤثر رضاهما في حقه، فلو قال بالغًا، ورضي به؛ جاز، ونفذ الحكم.

وقال القاضي الحسين: إن جوزنا التحكيم في المال، فهاهنا وجهان، والفرق تعدّى اللعان إلى ثالث، وهو الولد، فإن لم يكن بالبلد حاكم، فقيل: على الوجهين.

وقيل: يجوز وجهًا واحدًا، ولو استخلف القاضي من يتلاعنان بحضوره، وكان قد أذن له الاستخلاف؛ جاز، وإن لم يكن مأذونًا له فيه، فإن **الْقَفَّال** يقول: يجوز للحاكم أن يستنيب في أمر خاص من تحليف، واستماع شهادة بعينها، وإن لم يكن مأذونًا له في الاستخلاف.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه وكيل وليس بقاضٍ، وإنما ينفذ الحكم من القاضي والوالي، فأما غيرهما فلا، انتهى.

ومنها: لو زوج أمته بعبده، قال أصحابنا العراقيون وغيرهم: جاز له أن يلاعن بينهما؛ لأن له أن يحدهما، فصار معهما كالحاكم مع غيرهما.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إذا قذف العبد زوجته، وطلبت الحد، فهل للسيد اللعان؟ يبنى على أنه هل يحد عبده؟ وهل يسمع البينة، أم لا؟ إن قلنا: يسمعها فولي اللعان، وإلا فلا، وهكذا زوج الأمة، إذا قذف، ولاعن، أوجبنا الحد عليها، فهل للسيد أن يتولى اللعان في حقها؟ على هذين الوجهين.

وَأَنْ يَتَأَخَّرَ لِعَانُهَا عَنْ لِعَانِهِ، ....

ومنها: أصح الوجهين في «الروضة» وأشبههما في أصلها، وظاهر المذهب في «البسيط» و«الذخائر»: اشتراط الموالاة في الكلمات الخمس، وفيه نظر، فإن الإمام حكى ترددًا للأصحاب في اشتراط الموالاة هنا، وفي أيمان القسامة، ولم يرجح شيئًا.

والمذكور في «تهذيب» الْبَغَوِي، وفي «تعليقه»: أنها لا تشترط، وهو قضية إطلاق العراقيين في صورة الموت، وإطلاق النص يقتضيه، حيث قال: ولو حلف الأيمان كلها، ونفى الالتعان، أو حلفه ثلاثة أيمان، والتعن، أو نقص من الأيمان والالتعان شيء، كان إيجابهما أيهما مات ورث صاحبه، والولد غير منفي؛ حتى يكمل الالتعان، انتهى.

وإطلاق الآية الكريمة يشمل الحالتين، ولا يخفى أن موضع التردد في الفصل الطويل، قال الْمَاوَرْدِي: لو زَادَ أحدهما عَلَى تحمل الشَّهَادَاتِ الْأَرْبَعِ خَامِسَةً، أَوْ عَلَى اللَّعْنَةِ وَالْغَضَبِ فِي الْخَامِسَةِ سَادِسَةً؛ فَقَدْ أَسَاءَ وَأَجْزَأَ ذلك.

ومنها: سبق أنه إذا كان ولد ينفيه، فلا بدَّ من ذكره في كل مرة.

قال في «الأم»: وإن أخطأ الإمام، فلم يذكر نفي الولد، أو الحمل في الالتعان، قال للزوج: إن أردت نفيه، أعدت اللعان، ولا تعيد المرأة، بعد إعادة الزوج اللعان، إن كانت فرغت منه بعد التعان الزوج، الذي أغفل فيه نفي الولد والحمل، انتهى.

وقد بسطت الكلام عن ذلك في «الغنية» وفيه فوائد، وقوله ﷺ: «إن أردت نفيه» وقول الأصحاب: إن أحببت نفيه، إن كان المراد حيث يجوز له السكوت عن النفي، يحتمل أنه منه، فذاك، وأما إذا تحقق أنه ليس منه؛ بل من زنا أو غيره فلا ينبغي أن يقال له هكذا، فإن فيه إفهام الحامل أنه يجوز له السكوت، والتحاقه به؛ بل يجب أن يبين له الحال، بحيث لا يبقى التباس.

قال: (**وَأَنْ يَتَأَخَّرَ لِعَانُهَا عَنْ لِعَانِهِ**) أي: ويشترط عندنا الاعتداد بلعانها أن يتأخر عن تمام لعان الرجل؛ لأن لعانها لإسقاط الحد، وإنما يجب الحد عليها

وَيُلَاعِنُ أَخْرَسُ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ.

بلعان الزوج، فلا حاجة بها أن تلتعن قبله؛ ولأن اللعان يمين أو شهادة وكل منهما إذا تقدم على وقته لا يعتد به.

قال: (**وَيُلَاعِنُ أَخْرَسُ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ**) إنما يصح لعان الأخرس إذا كانت له إشارة مفهمة، أو كتابة، نص عليه الشَّافِعِي في كتبه، وتابعه الأصحاب.

أما من لا إشارة له معلومة ولا كتابة؛ قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: فهو كالمجنون، فلا يصح قذفه، ولا لعانه، ولا نكاحه، ولا طلاقه، ولا شيء من تصرفاته أي: لعدم الوقوف على ما يريده، ولا نزاع في ذلك، ثم مقتضى كلام الشَّافِعِي والأصحاب وتصريح بعضهم أنه يصح من المفهم بالإشارة وحدها، وبالكتابة وحدها.

وفي «التتمة»: إنه إذا لاعن بالإشارة؛ أشار بكلمة الشهادة أربع مرات، ثم يشير بكلمة اللعن، وإن لاعن بالكتابة؛ كتب كلمة الشهادة مرة واحدة، ويشير إلى المكتوب أربع مرات، ولا يكلف أن يكتب أربع مرات؛ لأنه لا فائدة في تكراره، ثم يكتب كلمة اللعن، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: في هذا الطريق جمع بين الكتابة والإشارة؛ لكن قضية التصحيح بالكتابة المجردة، تكرار كتابة كلمة الشهادة، انتهى.

وهذا منه يفهم أنه فهم عن الْمُتَوَلِّي أنه لا يكتفي بتكرير الكتابة، وليس كذلك؛ بل قضية كلامه أنه لو تكلف ذلك وكتب، كفى.

نعم، ذكر الْمتَوَلِّي: أن الإشارة بالطلاق تعتبر في حق من عجز عن الكتابة، فإن قدر فالكتابة هي المعتبرة؛ لأنها أضبط.

قال: وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق، وقياس ذلك ألا يعتد هنا بالإشارة من المكاتب؛ بل اعتبار ذلك في اللعان أولى، وينبغي أن يقال كل ما قيل أنه لا يُكتفى به في الطلاق فهنا أولى.

قال الإمام: ويخلج في الصدر إشكال في تأدية كلمات اللعان بالإشارة، لا سيما إذا عينا لفظ الشهادة، ولم يعم غيرها مقامها، فكيف ترشد الإشارة

……

إلى تفاصيل الصيغ؟ والذي ينقدح في وجه القياس أن كل مقصود، ولا يتخصص بصيغة من لفظ، فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة، وما يتخصص بصيغة مخصوصة فيغمض إغراب الإشارة عنها. ولو كان من الأصحاب من شرط في الأخرس الكتابة إن كان يحسنها، أو يشترط من ناطق أن ينطق بالصيغة ويشير إليه بها، ويقول: تشهد هكذا، وهو في ذلك يقرره، ويقرب الإشارة جهته، فهذا يقرب بعض القرب، وأما إشارة مجردة تدل على صيغة مخصوصة، وكنت أهتدي إليها، انتهى.

واقتصر الْغَزَالِي في «وجيزه» و«وسيطه» على ما قاله إمامه، وعزاه في «بسيطه» بعد إيراد الإشكال إلى بعض الأصحاب.

قال الرَّافِعِي: وهو كالمنفرد بالقول به، ونقله عن غيره.

قلت: ولعله أراد ببعض الأصحاب إمامه، وقدر رأيته فيه بنقل بحث إمامه عن الأصحاب، وكأنه في «البسيط» توقف فيه، ثم جزم به في «الوسيط» و«الوجيز».

وقد قال الْمُتَوَلِّي في الطلاق: إنه لا تكفي الإشارة ممن يحسن الكتابة، وذكرنا أن اعتبارها هنا أولى، على أن في النفس من الاكتفاء بالكتابة المجردة هنا نظرًا.

وعبارة الدارمي: وإن كان أخرس التعن بالإشارة، ولم يذكر الكتابة، فأفهم أنه لا تكفي الكتابة وتتعين الإشارة.

إشارة: في «فروع ابن الْقَطَّان» ذكرنا أن لعان الزوج الأخرس جائز، وأما المرأة الخرساء؛ فقال الشَّافِعِي: لا تلاعن، والفرق أن بالرجل ضرورة لنفي الولد، ودفع الحد، ورفع الفراش، وليس بالمرأة ضرورة.

قال الشيخ: والأشبه بأصولنا أنها تلاعن، كما جاز أن تنكح، وكما لو ادعي عليها بيع أو شراء، انتهى.

وقد تؤخذ موافقة النص من قولهم أخرس، والمتبادر غيره، وزاد لفظ

....

التذكير، وليس بقيد.

تنبيه: هذا كله فيمن ولد أخرس، وأما من حدث لعلة من مرض.

قال في «الأم»: يتربص حتى يفيق، أو يطول ذلك به فيشير إشارة تعقل، أو يكتب كتابًا، فيصير كمن ولد أخرس، انتهى.

وقال طوائف من الأصحاب: إن قال الأطباء لا يرجى زواله؛ فكالأخرس خلقة، وإن قالوا يرجى؛ قال الْمَاوَرْدِي وغيره: لا يجري على إشارته حكم، وينتظر زواله ـ أي: أبدًا ـ كما نسبه الشيخ أبو حامد إلى أصحابنا مطلقًا.

وقال: إن ظاهر كلام الشَّافِعِي خلافه.

قال المحاملي في «المجموع» وسليم في «المجرد» وما قاله الشَّافِعِي أصح، فإنه ربما ينتظر فيموت، ويبطل الحق، وحكى القاضي أبو الطيب في جواز الملاعنة في الحال مع رجاء الزوال وجهين.

قال في «الشامل»: من منع الانتظار حمل قوله في «الأم»: «أو يطول» على أنه أراد لتعود الإشارة فتتأتى منه، وقد يعضده قوله في «الْبُوَيْطِي»: فإن قذف وهو أخرس فإن كانت قد عرفت إشارته قبل القذف في يمين؛ حلف بها ولاعن، وإن لم يعرف لم يلاعن حتى تعرف، فإن عرفت بعد ذلك لاعن، انتهى.

وفي «الانتصار»: ومن اعتقل لسانه لعلة؛ صح لعانه بالإشارة أو الكتابة، وإن جرى طلاقه وبيانه على ظاهر النص.

وقيل: إن شهد عدلان أن ذلك لا يزول فهو كالأخرس، وإن قالا: يرجى زواله انتظر، وقيل: إن كان يطول زمانه، فكالأخرس، والصحيح هو الأول، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي على طريقته: ولو أشكل على الأطباء حاله؛ وَجَبَ التَّوَقُّفُ عَنْهُ وَتَرْكُ الْحُكْمِ بِإِشَارَتِهِ حَتَّى يَنْتَهِيَ بِتَطَاوُلِ الْمُدَّةِ إِلَى زَمَانٍ تَيْأَسُ فِيهِ مِنْ بُرْئِهِ؛ فَيُحْكَمُ حِينَئِذٍ بِخَرَسِهِ وَاعْتِبَارِ إِشَارَتِهِ، هذا كلام العراقيين، ولم يتعرضوا لبيان المدة؛ إذا جرينا على ظاهر النص في التربص بمدة.

……………………………………………………………………

وقال الإمام: ولو صرح بالقذف ناطقًا، ثم أصمت، واعتقل لسانه، قال الشَّافِعِي: يمهله رجاء أن ينطلق لسانه يومين أو ثلاثة، فإن انطلق، وإلا حكمنا على إشارة الأخرس، ونقل بعض الأصحاب عن الشَّافِعِي: أنه يراجع أهل البصر به، فإن قالوا سينطلق لسانه؛ ولكن بعد مدة؛ انتظروا، وإن امتدت المدة فالمسألة محتملة، وصحح الأئمة أنه لا ينتظر أكثر من ثلاثة أيام، انتهى.

وما ذكره عن النص من التقدير غريب، لم يذكره البيهقي في نصوص الشَّافِعِي مع تقصيه، ولم أره في «الأم» ولا غيرها بعد الكشف التام، ولم أر القول بمراجعة الأطباء عن الشَّافِعِي، إلا في «النهاية» وحاصل كلام الرَّافِعِي إن كان لا يرجى زواله فكالأخرس، وإلا فوجهان: أشبههما: أنه ينتظر زواله، وإلى متى؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينتظر وإن امتدت المدة.

والثاني: لا يزاد على ثلاثة أيام، وهذا حسن.

وذكر الإمام أن الأئمة صححوه، وعليه جرى في «الوجيز» وعلى هذا فالوجه أن يقال: إن كان يتوقع زواله إلى ثلاثة أيام، انتظروا وإن طالت مدته، وأصحهما: ينتظر ثلاثة أيام فقط، ثم ذكر بقية كلام الرَّافِعِي.

وقد علمت ما في ذلك من الغرابة، وما نقله رواة المذهب، وحمله العراقيون.

إذا عرفت هذا فحكمنا بخرسه واعتبار إشارته لو كان أخرس خلقة ترتب على لعانه ما يترتب على لعان الناطق.

ولو نطق بعد خرسه؛ قال الْمَاوَرْدِي: سئل عن إشارته بالقذف واللعان، وفي سؤاله وجهان محتملان:

أحدهما: أنه استظهار.

والثاني: أنه واجب؛ لأن الإشارة محتملة، فيجب الكشف عن حقيقتها، فإذا سئل وعرف أنه أراد القذف واللعان؛ استقر الحكم، وإن أنكرهما؛ قبلنا

وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ، وَفِيمَنْ عَرَفَ الْعَرَبِيَّةَ وَجْهٌ، ....

ذلك فيما له من التخفيف دون ما عليه من التغليظ، فلا يقبل قوله: وإني لم أرد القذف، ولا نفي الفرقة، والتحريم باللعان، ويقبل في عدم نفي الولد، ووجوب الحد عليه، فإن أراد أن يلاعن في الحال لنفي الولد، وإسقاط الحد عنه؛ مكن منه.

قلت: ولا بدَّ في النفي من ملاحظة مالا يسقط على الفورية، وكلام الشَّافِعِي، والجمهور ساكت عن هذا السؤال.

وعبارة الدارمي: فإن كان أخرس التعن بالإشارة، فإن نطق بعد؛ لم يعد، فإن أنكر؛ قبل قوله فيما عليه ولزمه، ولم يقبل فيما مضى، وكذلك من أمسك لسانه فلم يرجع، وإن رجع انتظر به، انتهى.

وإذا قال: لم أرد القذف أصلًا؛ لم يصدق في إسقاط الحد عنه، وهذا ما أجاب به الجمهور، وعبارة بعضهم: قبل قوله فيما عليه، دون ماله، وهي أحسن.

وحكى الفوراني فيما إذا قال: لم أرد القذف واللعان وجهين، نقلهما البيهقي في نصوص الشَّافِعِي قولين، وسقت ما نقله في «الغنية» مع سهو وقع لابن الرِّفْعَة، أو لغيره في النقل، فراجعه.

قال: (**وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ**) أي: مطلقًا؛ لأن اللعان يمين الشهادة، وهما باللغتين سواء، (**وَفِيمَنْ عَرَفَ الْعَرَبِيَّةَ وَجْهٌ**) أنه لا يصح لعانه بغيرها اتباعًا لما ورد به الشرع، وهذا ما أورده جماهير العراقيين: الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيب، وأتباعهما، وآخرون، فقالوا: إن كانا يحسنان العربية؛ لم يجز أن يتلاعنا بغيرها، وإلا تلاعنا بلسانهما للحاجة.

وهذا قضية كلام أبي إسحاق في «شرحه» وأطلق في «المهذب» نقل وجهين، وفصَّل الْمَاوَرْدِي في القادر على العربية، فقال: إن كان عربي اللسان والكلام، وهو يعرف العجمية؛ لم يجز أن يلاعن إلا بالعربية، وإن كان أصل لسانه أعجميًا، وهو يحسن العربية، ففي جواز لعانه بالأعجمية وجهان.

وَيُغَلَّظُ بِزَمَانٍ وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ ....

وأرسل الْبَغَوِي في القادر في «التهذيب» وجهين، وزاد في «تعليقه» أن الصحيح الجواز، وتبعهما صاحب «الانتصار» والرَّافِعِي، وبالمنع جزم صاحب «الكافي» وبما ذكرناه يظهر أنه الراجح عند الجمهور، وهو ظاهر النص، والأشبه في «المطلب» إلحاقًا له بالتكبير؛ لأنه لا يدخله النيابة بخلاف النكاح، وأيضًا فهو لا يكون إلا بأمر الحاكم.

وإذا قال له الحاكم: قل: أشهد بالله، تعين عليه؛ إذ أحسنه أن يأتي به كما قلنا، أو قال له في اليمين: قل: والله، فقال غيره، لا يعتد به.

قال ابن داود: وإذا قال له القاضي: احلف بالعربية وهو يحسنها؛ فعليه أن يحلف بها كما حلفه القاضي.

تنبيه: قال الشَّافِعِي: أي الزوجين كان أعجميًا، التعن بلسانه بشهادة عدلين، وأحب أن لو كانوا أربعة، ويجزئ عدلان يعرفان لسانه، انتهى.

قال أصحابنا: إن عرف الحاكم لسانهما، اكتفى بمعرفته، ويحضر أربعة استحبابًا ممن يعرف لسانهما ليشهدوا اللعان، وإن لم يعرفه؛ فلا بدَّ من مترجم، وهل يكفي عدلان، أم لا بدَّ من أربعة؟ فيه قولان مبنيان على الخلاف في الشهادة بالإقرار بالزنا، وقيل: يكفي اثنان قطعًا، ورجحه كثيرون.

قال ابن الصباغ: لأن اللعان لا يتضمن الإقرار، فإن أقر كان على القولين، هكذا أطلق جماعة نقل الطريقين.

وحكى الْمُتَوَلِّي عن القاضي الحسين: أنه كان يقول: هذا الخلاف في لعان الرجل؛ لأنه يوجب حد الزنا على المرأة عندنا، أما لعانها فيكفي فيه مترجمان؛ لأنه لإسقاط الحد عنها، وعلى هذا جرى الْبَغَوِي والرَّافِعِي، بحصر الطريقين بلعان الرجل فقط، ولا يخفى أنَّا إذا قلنا التغليظ بالجمع واجب، فلا بدَّ من حضور أربعة يعرفون لغتهما، وإن كفى مترجمان.

قال: (وَيُغَلَّظُ بِزَمَانٍ وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ) أي: لأنه روي أن ساعة الإجابة فيه بعد العصر، واعلم أن في إطلاقه نظر ظاهر، وأصله قول الْقَفَّال،

……

وبعض أتباعه، كالقاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِي، قالوا: إذا لم يكن طلب؛ أخّر إلى بعد عصر الجمعة، وعبارة الإمام: وإن لم يظهر ضرر في التأخير، ولم يثبت طلب حيث يمنع منه، أخرناه إلى يوم الجمعة.

وذكر الْغَزَالِي نحوه، والرَّافِعِي، و«الروضة» وعبارة الشَّافِعِي، والجمهور، ومنهم الفوراني في «العمد» والمصنف في «شرح مسلم»: بعد العصر بلا زيادة، وعليها ينطبق الحديث الصحيح في الحلف على المال(١).

تنبيهات: أحدها: تفسيره بما بعد عصر الجمعة ليس بجيد؛ لأنه إنما ذكره من ذكره زيادة في التغليظ، وإلا فما بعد عصر الجمعة إن كان قريبًا.

وعبارة «التهذيب»: وأما الزمان فبعد العصر، ويستحب يوم الجمعة بعد العصر، وقال في «شرحه للمختصر»: ويكون بعد العصر، ولو أخر إلى يوم الجمعة بعد العصر كان أولى.

وقال في «الترغيب»: فيوم الجمعة بعد العصر، أو يومًا آخر شريفًا، وسيحكي المصنف خلافًا في التغليظ، والتغليظ على ما فسره به يشبه ألا يكون فيه خلاف، وإن كانت عبارة «الإبانة» مثل «المنهاج» ثم حكى الخلاف في التغليظ بالزمان. فالظاهر أنه لم يرد تعيين عصر الجمعة، بدليل أنه في «العمد» لم يذكر عصر الجمعة، ولا تلميذه الْمُتَوَلِّي في «التتمة».

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: وابتداء الزمان من بعد صَلَاةِ الْعَصْرِ، وَإِقَامَةِ جَمَاعَتِهَا، وَلَا يَلْتَعِنَانِ بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِهَا وَقَبْلَ إِقَامَتِهَا.

وأغرب الدارمي فقال: بعد العصر، وقيل: بعد الظهر، كذا رأيته في كتابه، وهو منكر.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٨٩٢) من حديث أبي هريرة عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ «ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمُ الله يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ: رَجُلٌ حَلَفَ عَلَى سِلْعَةٍ لَقَدْ أَعْطَى بِهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَى وَهُوَ كَاذِبٌ، وَرَجُلٌ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ كَاذِبَةٍ بَعْدَ الْعَصْرِ لِيَقْتَطِعَ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، وَرَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ فَيَقُولُ الله يَوْمَ الْقِيَامَةِ: الْيَوْمَ أَمْنَعُكَ فَضْلِي، كَمَا مَنَعْتَ فَضْلَ مَا لَمْ تَعْمَلْ يَدَاكَ».

وَمَكَانٌ وَهُوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ، فَبِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَالْمَدِينَةِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ،

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره، في جعله بعد العصر: يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ.

وحكى ابْنُ الرِّفْعَةِ عَنِ الْبَنْدَنِيجِيِّ وَغَيْرِهِ: أَنَّا نُغَلِّظُ عَلَى الْكُفَّارِ بِالزَّمَانِ عِنْدَنَا لَا عِنْدَهُمْ، كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ الْإِطْلَاقِ الْمَذْكُورِ؛ لَكِنْ قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ في «الحاوي» في باب موضع اليمين: إِنَّ الْيَمِينَ تُغَلَّظُ على اليهود والنصارى فِي وَقْتِ أَشْرَفِ صَلَوَاتِهِمْ عِنْدَهُمْ.

وَأَمَّا الْمَجُوسُ فَلَيْسَ لَهُمْ صَلَاةٌ مُؤَقَّتَةٌ وَإِنَّمَا لَهُمْ زَمْزَمَةٌ يَرَوْنَهَا قُرْبَةً، فَإِنْ كَانَتْ مُؤَقَّتَةً عِنْدَهُمْ حَلَفُوا فِي أَعْظَمِ أَوْقَاتِهَا عِنْدَهُمْ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُؤَقَّتَةً سَقَطَ تَغْلِيظُ أَيْمَانِهِمْ بِالزَّمَانِ إِلَّا أَنَّهُمْ يَرَوْنَ النَّهَارَ أَشْرَفَ مِنَ اللَّيْلِ وَيَحْلِفُونَ نَهَارًا لَا لَيْلًا، وَمَا ذَكَرَهُ الْمَاوَرْدِيُّ أَوْجَهُ وَإِلَّا لَمَا حَلَّفْنَاهُمْ فِي الْبِيَعِ وَالْكَنَائِسِ وَنَحْوِهَا.

قال: (**وَمَكَانٌ وَهُوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ**) أي: بلد الالتعان؛ لأن اليمين يكون فيه أغلظ، فحصل المقصود وهو الزجر والردع.

قال: (**فَبِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ**) أي: وهو المسمى بالحطيم، هذا هو المذهب والمنصوص، قال في «الروضة»: بين الركن الأسود والمقام، وقد يقال بين البيت والمقام، وهما متقاربان، انتهى.

وهذا الثاني لفظ نص «الْبُوَيْطِي» حيث قال: وإن لاعن الحاكم بمكة لاعن بين المقام والبيت، انتهى.

وعن الْقَفَّال: إنه يحلف في الحجر، وهو متجه؛ لأنهم عللوا التحليف بين الركن والمقام بأنه أشرف الأماكن هناك، وفيه نظر؛ لأن نفس البيت أشرف منه، والحجر بعض من البيت قطعًا، ومقتضى قولهم: أشرف بلدة، وتعليلهم أن يكون اللعان في الحجر مما يلي البيت منه، أو في البيت أفضل.

وقال الْمَاوَرْدِي في باب موضع اليمن: وَتُصَانُ الْكَعْبَةُ عن ذلك، وَأَمَّا الْحِجْرُ فَقَدْ أَحْلَفَ عُمَرُ ﷺ أَهْلَ الْقَسَامَةِ فِيهِ، وَلَوْ صِينَ عَنْهُ كَانَ أَوْلَى، انتهى.

قال: (**وَالْمَدِينَةِ: عِنْدَ الْمِنْبَرِ**) أي: مما يلي القبر الشريف، كما صرحوا به

....

لقوله ﷺ: «لا يحلف عند منبري عبد ولا أمة يمينًا آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار»(١) رواه ابن ماجه، وقال الحاكم (٤/ ٢٩٧): صحيح على شرط الشيخين.

وقال ﷺ: «من حلف على منبري هذا يمينًا آثمة؛ تبوأ مقعده من النار»(٢) رواه مالك وابن حبان في «صحيحه» عن رواية جابر، وقد اختلف النص، فقال في «الأم» و«المختصر»: «على المنبر».

وفي «الْبُوَيْطِي» و«الإملاء» و«القديم»: «عند المنبر» وللعراقيين فيهما طريقان:

أحدهما: عن أبي إسحٰق، وبه أجاب المحاملي في «المجموع» وسليم في «المجرد» حملهما على حالين، فحيث قال: على المنبر؛ أراد ما إذا كان في الناس كثرة فيصعد المنبر؛ ليروه ويسمعوه، وحيث قال: عند المنبر؛ أرادا إذا كان فيهم قلة.

والثانية: عن ابن أبي هريرة، ورجحها الْمُتَوَلِّي: أنه لا يصعد قولًا واحدًا.

وقول الشَّافِعِي: «على المنبر» أراد عنده، قال الشيخ أبو حامد: وهو ليس بشيء، ويخرج من كلام القاضي الحسين فيمن يصعد المنبر ثلاثة أوجه:

أحدها: الحاكم وهما تحته.

والثاني: عليه، **والثالث**: أن الحاكم والرجل على المنبر، والمرأة تحته.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٥١٨، رقم ١٠٧٢٢)، قال الهيثمي (٤/ ١٧٩): رجاله ثقات. وابن سعد (١/ ٢٥٤)، والحاكم (٤/ ٣٣٠، رقم ٧٨١٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٢٧، رقم ١٤٠٨)، والشافعي (١/ ١٥٣)، وأحمد (٣/ ٣٧٥، رقم ١٥٠٦٦)، وابن سعد (١/ ٢٥٤)، وأبو داود (٣/ ٢٢١، رقم ٣٢٤٦)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٩١، رقم ٦٠١٨)، وابن الجارود (١/ ٢٣٣، رقم ٩٢٧)، وأبو يعلى (٣/ ٣١٧، رقم ١٧٨٢)، وابن حبان (١٠/ ٢١٠، رقم ٤٣٦٨)، والحاكم (٤/ ٣٢٩، رقم ٧٨١٠) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٧/ ٣٩٨، رقم ١٥٠٨٦) وابن ماجه (٢/ ٧٧٩، رقم ٢٣٢٥).

وَبَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ.

وحكى البغوي في كتابه أوجهًا:

أحدها: وصححه، أن المتلاعنين يصعدا المنبر، قال الْمَاوَرْدِي: لأن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته على المنبر.

والثاني: لا يصعد، والخبر محمول على أنه كان عند المنبر، أو كان النبي ﷺ على المنبر.

والثالث: إن كان القوم كثرة؛ فعلى المنبر ليراه الناس، وإلا فعنده.

وقال صاحب «الكافي»: الأصح في طريقتنا أن الملاعن يصعد المنبر بـ«المدينة» وفي سائر المساجد عند منبر الخطيب، ويصعده على الأصح، تهيبًا له، انتهى.

وحكى الْمَاوَرْدِي وجهًا آخر: أن الإمام متخير بين اللعان على المنبر، أو عنده، وقضيته ألا ترجيح، قاله الصيمري.

فظاهر كلامه أن ذلك في الرجل خاصة، وعن الْبَنْدَنِيجِي أنه المذهب، والمحاملي أنه أصح، وعليه اقتصر سليم في «المجرد» والذي ذكره سليم، والمحاملي في «المجموع» ما سبق، واقتصر في «المقنع» على كونه عند المنبر.

قال: (وَبَيْتِ الْمَقْدِسِ: عِنْدَ الصَّخْرَةِ) عبارة الشَّافِعِي في كتبه: في مسجدها، وفي «الْبُوَيْطِي»: في المسجد، ولم يزد على ذلك، وجرى عليه طائفة، وعبارة الجمهور: عند الصخرة؛ لأنه أشرف ما هناك، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الصيمري، وابن الْقَطَّان، ونسب إلى الشيخ أبي حامد وطائفة: أن يكون على المنبر، أو عنده، ولم أر ذلك في كلام أبي حامد، ولا في كلام أتباعه.

والذي ذكره الصيمري في «شرح الكفاية» ما تقدم، من غير فرق بين بلد وبلد، فلعله ذكر في «الإيضاح» ويشبه أن يكون الخلاف الذي ذكره الْمَاوَرْدِي هنا في كون ذلك على المنبر أو عنده، أو عند الصخرة مثل ما سبق عن الْقَفَّال وغيره في عصر الجمعة، وأي موضع التعن من المسجد الأقصى كفى في التغليظ بلا خلاف، وأوجبنا التغليظ، أم لا.

وَغَيْرِهَا عِنْدَ مِنْبَرِ الْجَامِعِ، وَحَائِضٌ بِبَابِ الْمَسْجِدِ، وَذِمِّيٌّ فِي بِيعَةٍ وَكَنِيسَةٍ،

قال: **(وَغَيْرِهَا)** أي: غير المساجد الثلاثة.

(عِنْدَ مِنْبَرِ الْجَامِعِ)، كذا قاله الْبَغَوِي، قال: وهل يصعد المنبر؟ فيه الأوجه الثلاثة.

قلت: ويجيء وجه التخيير، ووجه فارق بين صعود الرجل والمرأة، ولا بأس به.

وقال ابن الصباغ: يكون في جامعها، ولا يختص ذلك بالمنبر؛ لأنه لا مزية لبعضه على بعض بخلاف المدينة.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا قلنا: يصعد الملاعن على المنبر بالمدينة؛ ففي سائر البلاد وجهان:

أحدهما: عند المنبر، ورجحه الشيخان.

والثاني: في أي موضع شاء من المسجد؛ لعدم المزية، وحاصل المنقول إن قلنا: يلتعن بـ«المدينة» على المنبر، أو عنده؛ ففي غيرها وجهان:

أحدهما: - وبه أجاب القاضي الحسين، والإمام، والْمَاوَرْدِي، والْبَغَوِي: أن الحكم كذلك.

والثاني: أنه لا يختص، وبه أجاب ابن الصباغ وغيره، وهو ظاهر النص، وكذلك أطلق جماعة أنه يكون في الجامع.

قال: **(وَحَائِضٌ)** أي: ونحوها.

(بِبَابِ الْمَسْجِدِ)؛ لأنه أقرب إلى الموضع الشريف، ولو قال: بباب المسجد الجامع، كان أولى، قال الْمُتَوَلِّي: وهذا إذا رأى الإمام تعجيل اللعان، فلو رأى تأخيره إلى انقطاع الدم، وغسلها؛ جاز، وفيه نظر إذا طالت مدة الحيض أو النفاس، ولا سيما إذا خشي فوت اللعان، والمنجزة تلاعن بباب المسجد في الحال.

قال: **(وَذِمِّيٌّ فِي بِيعَةٍ وَكَنِيسَةٍ)** والمراد بالكتابي: سواء الذمي، والمستأمن، والمعاهد، إذا ترافعوا إلينا، والبيعة للنصارى، والكنيسة لليهود،

……

وتسمى البيعة كنيسة؛ بل هو العرف اليوم، وقد نص عليه.

قال في «المختصر»: وإن كانت المرأة مشركة التعنت في الكنيسة، حيث تعظم، وإن شاءت الزوجة أن يحضر الزوج في المساجد كلها، حضر بها، إلا أنها لا تدخل المسجد الحرام.

وقال في «الإملاء»: وإذا لاعنا بين نصرانيين، أو أحدهما نصراني، لم يدخل مسجدًا، وأحلفناه، حيث يعظم من كنيسة أو غيرها، وما يعظم من ذكر الله تعالى الذي يعرفه، ولا يحلف بما لا يعرف، وإن زعم هو أنه من أسماء الله تعالى.

وقال في «الأم»: إن كانا مشركين لاعن بينهما معًا في الكنيسة؛ حيث يعظمان، وإن كانا مشركين لا دين لهما تحاكما إلينا؛ لاعنا بينهما في مجلس الحكم، انتهى.

فرع: يلتعن الزوج المسلم في المسجد، والكتابية في الكنيسة ونحوها، وإن قالت: ألاعن في المسجد، ورضي به الزوج؛ جاز ويجوز أن يتلاعن الكتابيان في المسجد إلا المسجد الحرام، وإن كانا جُنُبَين، وإن كانت حائضًا وأمنت التلويث على الأصح، قاله جماعة من العراقيين، والرَّافِعِي، وقضية كلامهم: أنه لا يجوز في المسجد بغير رضا الزوج.

وصرح به جماعة منهم الرُّويَانِي في «التجربة» ونسبه إلى النص- أعني الجواب- ثم قال: وهذا إذا رضي الزوج، فإن لم يرض؛ حملت إلى المكان الأعظم عندها، وتبعهم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»؛ لأن التغليظ عليها حقه.

وقال في «المطلب»: فيما قالوه من اعتبار ورضاه نظر؛ لأنه لا حق له فيه، وكذلك لا يتوقف على طلبه؛ ولأنه يترتب عليه غير سقوط حد الزنا، وهو لله تعالى، وأطال في تقريره بحثًا وتوجيهًا، ورددت عليه بما ذكرته في «الغنية» ومنه: أن لعانها كيمين المدعى عليه، والتغليظ عليها؛ لتعترف فتثبت دعواه ويتحقق صدقه، وتثبت أحكام الزنا، وأيضًا فالكنيسة يحضرها أهل ملتها،

وَكَذَا بَيْتُ نَارِ مَجُوسِيٍّ فِي الْأَصَحِّ، لَا بَيْتُ أَصْنَامِ وَثَنِيٍّ، ....

فلعلها تخافهم فتعترف، بخلاف المسجد.

قال الْمَاوَرْدِي: وَإِنْ دَعَتِ الزَّوْجَةُ زوجها المسلم إِلَى لِعَانِهَا فِي الْكَنِيسَةِ، ودعا الزَّوْجُ إِلَى لِعَانِهَا فِي الْمَسْجِدِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ التَّغْلِيظِ عَلَيْهَا، انتهى.

وكذا قال القاضي أبو الطيب وغيره بعد نقل النص: إنه لا بد من رضاه بالمسجد؛ لأن التغليظ عليها حق له عليها.

قال: (**وَكَذَا بَيْتُ نَارِ مَجُوسِيٍّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وهو ظاهر النص، وبه أجاب معظم العراقيين؛ لأنهم يعظمونه، وَيَجُوزُ مُرَاعَاةُ اعْتِقَادِهِمْ لِشُبْهَةِ الْكِتَابِ، كَمَا رُوعِيَ فِي قَبُولِ الْجِزْيَةِ.

والثاني: لا، وبه قال الْقَفَّال، ورجحه القاضي الحسين، والْبَغَوِي؛ لأنه لم يكن لبيت النار حرمة في شريعة قط، بخلاف البيعة والكنيسة.

قال ابن الرِّفْعَة: ونقله ابن داود عن نصه، وفي ثبوته نظر!

قال: (**لَا بَيْتُ أَصْنَامِ وَثَنِيٍّ**) أي: يلاعن بينهما في مجلس الحكم، كما نص عليه؛ لأنهم - كما قال الْمَاوَرْدِي في باب موضع اليمين - لا يعظمون بيت أصنامهم، وهي مخالفة لكنائس اليهود والنصارى؛ لأن دخولنا بيت أصنامهم معصية بخلاف الكنائس؛ لأنها موضوعة في الابتداء للطاعة بخلاف بيوت الأصنام.

قال ابن الرِّفْعَة: وكيف يلتحق بالكنيسة والبيعة «وقد امتنع ﷺ من دخول بيته حين علق فيه نُمْرُقَة فِيهَا تَصَاوِير، وامتنع من دخول بيت مدراس اليهود من كنيستهم» كما جاء في صحيح البخاري⁽¹⁾ وغيره، فدلَّ على الفرق بينهما في نظر الشرع.

وكذلك قال أصحابنا: دخول بيت الأصنام معصية دون دخول البيع

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٥).

....

والكنائس؛ لكن أصح هذا المأخذ لزم ألا يدخل كنيسة فيها صورة، والكنائس لا تنفك عن ذلك، وما أظن الأصحاب يسلموا بذلك، انتهى.

وينبغي أن يقال: إن قلنا: التغليظ بالمكان يستحب؛ لم يلاعن بينهما في كنيسة فيها صورة؛ لأن دخولها حرام، أو مكروه، ولا وجه لدخول الحاكم وخليفته إليها من غير ضرورة، ولما فيه من الغضاضة عليه، وتوهمهم أن لها اعتبارًا عندنا وحرمة، وإن أوجبنا التغليظ بالمكان بني على أن دخول البيت الذي فيه صور على الجدران ونحوها حرام.

وإن قلنا: نعم ـ وهو ما رواه ابن الصباغ عن أصحابنا، والعمراني عن عامة أصحابنا ـ لاعن بينهما في مجلس الحكم، كما لو وثنيين، وإن قلنا بالكراهة، كما قاله صاحب «التقريب» والصيدلاني ورجحه الإمام والْغَزَالِي؛ لاعنا بينهم في الكنيسة، وانتفت الكراهة للحاجة، هذا ما يقتضيه النظر، ونصوص الشَّافِعِي والأصحاب محمولة على كنائس وبيع ليس فيها صور، جمعًا بين الأدلة وكلام الأصحاب.

فروع: ولو كان دهريًا لا يعتقد شيئًا.

قال الشَّافِعِي والجمهور، ومنهم الفوراني في «العمد»: لاعنا بينهما في مجلس الحكم، وقضيته ألا يغلظ بالزمان أيضًا.

وقال في «الإبانة»: يلاعن في المسجد، وإن لم يعتقده رجاء أن تلحقه توبة، ونقل الإمام والْغَزَالِي في التغليظ عليه بالزمان والمكان وجهين، ورجَّح الْغَزَالِي التغليظ، وهو غريب، وفي حكم الدُّهري: كل من لا يعتقد دينًا كالزنادقة.

قالا: ويستحب أن يقال له في التحليف: قل: بالله الذي خلقك ورزقك؛ لأنه وإن علا في كفره فيجد نفسه تدعوه لخالق مدبر.

قال جماعة: لا تحضر المخدرة المسجد؛ بل يلاعن الزوج فيه، ويبعث الحاكم إليها لتلاعن في بيتها، والظاهر أنه مفرع على أنها تحضر لسماع

وَجَمْعٍ أَقَلُّهُ أَرْبَعَةٌ.

وَالتَّغْلِيظَاتُ سُنَّةٌ لَا فَرْضٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

الدعوى، وفيه خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال الْمَاوَرْدِي: ينبغي أن يلاعن بينهما مجتمعين، ويكون كل منهما بحيث يرى صاحبه، ويسمع كلامه، ويجوز ألا يكونا كذلك؛ لكن إن أمكن ذلك تعين ذكره، وإلا فلا، ومن الأعذار حيضها، فتقف في أقرب أبواب المسجد إلى المنبر الذي يلاعن فيه الزوج عنده.

قال في «التنبيه» وغيره: ولو كان أحدهما جنبًا لاعن بباب المسجد، وينبغي أن يؤخر إلى الاغتسال ليلاعن فيه، ويجبر علينا إن أوجبنا التغليظ، أو ضاق وقت الفريضة مطلقًا.

قال: (وَجَمْعٌ أَقَلُّهُ أَرْبَعَةٌ) أي: من ذوي العدالة العارفين بلغة المتلاعنين، ومن أعيان البلد، وصلحائه، وكلما كثر العدد كان أولى؛ لأنه أبلغ في الهيبة والزجر وظاهر البينة.

قال الدارمي: ولا تشترط الموالاة بين لعانه ولعانها؛ بل يجوز أن يلاعن في يوم، وهي في غد، يعني: في يوم آخر.

قال: (وَالتَّغْلِيظَاتُ سُنَّةٌ لَا فَرْضٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) طريقة القطع بالاستحباب في المكان غريبة، روي عن ابن القاص: والمشهور رواية قولين في المكان، ورجحهما الرَّافِعِي، وهما منصوصان في «الأم».

ورجح الرُّويَانِي في «الحلية» الوجوب، ورجحه الأتباع، وقيس المنع على التغليظ بعديد من أسمائه وصفاته تعالى، وظاهر كلام الدارمي وجوبه في المكان والزمان، فإن تركه فهل يعتد به؟ على قولين.

وأغرب الجيلي، فحكى الإجماع على أنه لا يجب بالزمان والمكان، وأما التغليظ بالزمان والجمع، فقال الشيخ أبو حامد، وأتباعه، والقاضي أبو الطيب والْمَاوَرْدِي هنا، وابن الصباغ، وآخرون: أنه سنة قولًا واحدًا.

ونسب الْمَاوَرْدِي في باب موضع اليمين إلى الجمهور: إن في الزمان

وَيُسَنُّ لِلْقَاضِي وَعْظُهُمَا، ....

والمكان قولين، ومن رجح التسوية في إجرائهما فيهما الإمام، والْبَغَوِي وبه جزم القاضي الحسين والدارمي، وأجرى الإمام، وبعض المراوزة القولين في الجمع والمشهور استحبابه وللدلالة في قوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] لأن المحكي عن معظم المفسرين أن المراد بهم شهود الزنا؛ لعلهم يرجعون إذا عاينوا الحد.

فرع: إذا قلنا: التغليظ بالمكان واجب، قال جماعة في «الدعاوي»: فهل يتوقف على طلب المدعي؟ فيه وجهان.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر مجيئها في لعان الزوج؛ لأنه حق المرأة، وكذا في لعانها على مقتضى ما سبق، من اعتبار رضاه فتركه، أما ما أبديناه فلا، انتهى.

والمفهوم من النصوص، وكلام الأصحاب هنا أنه لا يتوقف على طلب، ويجب الجزم بذلك إذا كان ثَم ولد أو حمل يريد نفيه؛ لتعلق الحق به، وقد لَاعن ﷺ من غير طلب.

تنبيه: سكت المصنف عن التغليظ باللفظ، فظاهر كلام «الروضة» جريان الخلاف فيه، وبيانه في «الدعاوى» و«البيان».

فإن قلتَ: صرَّح جماعة هنا بأن التغليظ باللفظ واجب بلا خلاف.

قلتُ: مرادهم اللفظ السابق الذي لا يتم اللعان إلا به، ومرادنا بما ذكرنا ما زاد على ذلك من التأكيدات، وسبق في «الترغيب» أنهما يقولان لفظ: أشهد بالله ثلاثًا، وهو غريب.

قال: **(وَيُسَنُّ لِلْقَاضِي)** أي: من ينوبه، وكذا السيد والحكم إن جوزناه.

(وَعْظُهُمَا) أي: وهو أن يحذرهما عقوبة الأيمان النَّاجزة فيقول: عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهما: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝٧٧﴾ [آل عمران: ٧٧] ويقول للرجل: إني أخاف عليك أن تستوجب اللعنة، وللمرأة: إني أخاف عليك أن تستوجبي

وَيُبَالِغُ عِنْدَ الْخَامِسَةِ وَأَنْ يَتَلَاعَنَا قَائِمَيْنِ، ....

الغضب، ويقول تأسيًا للنبي ﷺ: **«حسابكما على الله تعالى، الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟»**[١].

قال: **(وَيُبَالِغُ عِنْدَ الْخَامِسَةِ)** أي: في التخويف والتحذير، ويقول: إنها موجبة إن كنت كاذبًا، وإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن رآه مستمرًا على الحلف، أمر رجلًا أن يضع يَدَهُ عَلَى فَمِ الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةُ أن تضع يَدَهَا عَلَى فَمِ الْمَرْأَةِ حينئذٍ، ويعظها كالرجل، فإن أبيا إلا المضي؛ لقنهما الخامسة.

وعبارة الإمام: وما يرعاه في التأكيد إن الرجل يُلاعن قائمًا، فإن، انتهى إلى حكمه اللعن؛ أتاه آتٍ من ورائه وقبض على فيه.

وقال في المرأة: فإن انتهت إلى حكمها الغضب؛ أتتها امرأة من ورائها، وقبضت على فيها، وعبر الْغَزَالِي في «البسيط» عنه بأنه سنة وسكت غيرهما عن إتيانهما من ورائهما، وهو غريب.

قال: **(وَأَنْ يَتَلَاعَنَا قَائِمَيْنِ)** أي: يقوم فيلعن، وهي جالسة، ثم تقوم هي فتلعن؛ لرواية ابن عباس - رضي الله عنهما - في قصة هلال بن أمية رضي الله عنه: **«أنه قام فشهد، ثم قامت فشهدت»**[٢] رواه البخاري ثم هذا القيام يستحب على المشهور؛ لأنه أبلغ في الزجر.

قال الْمَاوَرْدِي: وتركه بغير عذر لم يُعتد به؛ لأنه ﷺ قال لهلال: **«قم واشهد أربع شهادات»**[٣] ولأنه إذا كان قائمًا يشاهده الناس داخلته الهيبة فربما يكون ذلك بسبب رجوع الكاذب منهما إلى الصدق، وتبعه صاحب «الترغيب»؛ لكنه فصَّل فقال: والرجل يلاعن قائمًا، والمرأة قائمة أو جالسة، فإن ترك القيام مع القدرة لا يعتد به، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٣٥، رقم ٥٠٠٦) ومسلم (٢/ ١١٣١، رقم ١٤٩٣) وأبو داود (٢/ ٢٧٨، رقم ٢٢٥٧)، والنسائي (٦/ ١٧٧، رقم ٣٤٧٦)، وأحمد (٢/ ١١، رقم ٤٥٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٤٧).

(٣) أخرجه مسلم (٤٥٢٣).

وَشَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ....

وصرَّح الْمُتَوَلِّي بالتسوية بينهما في وجوبه قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق القاضي الحسين» ما يرشد إليه؛ إذ قال: يؤمر أن يلاعن قائمًا، فإن عجز فقاعدًا، كما في الصلاة، انتهى.

ولعله مأخوذ من قول الشَّافِعِي في «الأم»: ويبدأ فيقوم الرجل قائمًا، والمرأة جالسة، فيلعن، ثم تقوم المرأة قائمة فتلعن، إلا أن يكون بأحدهما علة لا يقدر على القيام معها، فيلتعن جالسًا، أو مضطجعًا إذا لم يقدر على الجلوس، هذا لفظه. والمتبادر منه الوجوب؛ لكنه قال بعده بأوراق: وإن لم يلاعن الإمام بينهما قائمين، ولا على المنبر، أو لم يحضرهما أربع، أو لم يحضر أحدهما وحضر الآخر؛ لم يرد عليهما اللعان، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن التعنا على الأرض في جمع؛ قاما وجوبًا، أو على منبر قاما استحبابًا.

قال: (**وَشَرْطُهُ: زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ**) أي: فغير الزوج لا يصح لعانه؛ لأجل القذف؛ لأن الله تعالى لم يجعل لغير الزوج مخرج في القذف؛ إلا بالبينة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۝٤﴾ [النور: ٤]. ويفارق الزوج بأنه لا حاجة به إلى القذف؛ لأنه لا ضرر عليه في زنا الأجنبية، ولا معرة، وهو مندوب إلى الستر؛ فإن أظهر ذلك غلظ عليه، ولا مخرج له إلا بالبينة، والزوج عليه ضرر في زنا زوجته من لحوق نسب فاسد ومعرة، فيحتاج إلى قذفها؛ فإذا فعل خفف عنه، وجعل له الخروج بالبينة وباللعان.

إشارات: دخل بقوله: «يصح طلاقه»: الحر والعبد، والمسلم والكافر، والرشيد والسفيه، والمحدود في قذف غيره، وخرج الصبي والمجنون، ومن في حكمهما.

واعلم أنه قال في «التنقيح»: إن المراد بالزوج من له عُلْقَة النكاح، وقد قال الأصحاب: لا يلاعن الأجنبي إلا في مسألة واحدة، وذكروا مسألة

وَلَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَهَا وَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ لَاعَنَ وَلَوْ لَاعَنَ ثُمَّ أَسْلَمَ فِيهَا صَحَّ أَوْ أَصَرَّ صَادَفَ بَيْنُونَةً.

البائن، وممن استثناها ابن القاص، والْقَفَّال، وغيرهما، وكذلك في الموطوءة بشبهة يلاعن لنفي النسب، انتهى.

ويصح اللعان بعد البينونة؛ لنفي الولد، وإن عفت عن الحد، وكذا يلاعن لنفي العقوبة الواجبة بالقذف في النكاح بعد البينونة، وكذا يلاعن إذا قذفها بعد البينونة إن كان ولدًا، أو حملًا يلحقه، كما سيأتي في «الكتاب» وكذا من نكح فاسدًا، أو وطأ بشبهة من ظنها زوجته أو أمته، ثم قذفها، وأراد اللعان لنفي النسب.

قال في «الروضة» هنا: إِذَا لَحِقَهُ نَسَبٌ بِمِلْكِ الْيَمِينِ مِنْ مُسْتَوْلَدَةٍ، أَوْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ؛ لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ بِاللِّعَانِ فِي الْأَظْهَرِ، وَقِيلَ: قَطْعًا، وَسَيَأْتِي فِي آخِرِ الِاسْتِبْرَاءِ بَيَانُهُ، ثم قال هناك: سبق في «كتاب اللعان» أن الصحيح جواز اللعان في هذه الصورة، وهو سهو.

وعبارة الرَّافِعِي: فلو أراد نفيه باللعان؛ فقد مرَّ في الصحيح أن نسب ملك اليمين لا ينتفي باللعان، وادعى أبو سعيد الْمُتَوَلِّي أن الصحيح في هذه الصورة: أن له أن يلاعن، انتهى.

وسنوضح المسألة هناك ـ إن شاء الله تعالى ـ ومما يندرج في لفظ المصنف صحة اللعان من الرجعة؛ إذا جعلناها زوجة سواء قذفها قبل الطلاق، أم بعده، واللعان منها في الحالين صحيح، ويترتب عليه أحكامه، ولو بانت بعد أن قذفها قبل الطلاق، أو في العدة؛ كان له اللعان أيضًا؛ لجريان القذف في حال الزوجية.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَهَا وَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ؛ لَاعَنَ، وَلَوْ لَاعَنَ ثُمَّ أَسْلَمَ فِيهَا؛ صَحَّ، أَوْ أَصَرَّ**) أي: إلى انقضاء العدة.

(**صَادَفَ بَيْنُونَةً**) إذا قذف زوجته قبل دخول، ثم ارتد؛ بانت بمجرد الردة، ويكون الحكم كما لو قذفها في صلب النكاح، ثم أبانها وأراد اللعان، وسيأتي، وإن قذفها بعد الدخول، ثم ارتد، ثم أسلم في العدة، ثم أراد اللعان؛ فله ذلك،

وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ فُرْقَةٌ ....

ولا أثر لتخلل الردة، وكذا الحكم. ولو أنشأ القذف في الردة ثم أسلم وأراد اللعان، ولو لاعن في ردته، ثم أسلم في العدة؛ بينا صحة اللعان سواء جرى القذف في الردة، أو قبلها؛ لتبين وقوعه في صلب النكاح، أو أصر إلى انقضاء العدة مع مصادفة اللعان لزمن البينونة، فإن كان القذف قبل الردة؛ صح اللعان، كما لو قذف في حال الزوجية، ثم أبانها، فإن له أن يلاعن لنفي النسب، ولدفع الحد، وإن كان القذف في حال الردة، وهي مسألة الكتاب.

قال: فإن كان هناك ولد نفاه باللعان نفذ وكان اللعان واقعًا موقعه، فينتفي النسب، ويسقط الحد، ويكون كما لو أبانها، فأتت بولد فقذف ولاعن لنفيه، وإن لم يكن ولد يندفع بذلك حد القذف عنه على الأصح.

تنبيه: قال الإمام: أطلق الأصحاب القول بأن المرتد يلاعن، وإن كنا نجوز أن يقر على الردة، ويمكن فرض المسألة فيما إذا التعن ولم يشعر بردته، حتى يقال: لو علمنا أمرناه بالتوقف؛ لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب مع إمكان الاحتمال فيه، انتهى.

ولم يزد الرَّافِعِي، وابن الرِّفْعَة على ذلك.

وفي «البيان»: ومن أصحابنا من قال: لا يصح اللعان؛ لأنه يمين، فلم يصح أن تكون موقوفة؛ لأنه لا يصح تعلقها بشرط فلا يصح وقفها بخلاف الطلاق، قال القاضي أبو الطيب: والأول أصح، انتهى.

وقال القاضي في «شرح الفروع»: إن هذا الوجه خطأ، وقد نقل الأصحاب في القسامة أن الولي لو ارتد فالأفضل تأخير القسامة إلى الإسلام، فإن أقسم في ردته فخلاف، والمذهب الصحة.

قال: (**وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ: فُرْقَةٌ**) أي: سواء كان صادقًا أم كاذبًا؛ لأن في الصحيحين أنه ﷺ فرق بينهما، ثم قال: «**لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا**»(١) وفي «سنن

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٣٥، رقم ٥٠٠٦) ومسلم (٢/ ١١٣١، رقم ١٤٩٣) وأبو داود (٢/ ٢٧٨، رقم ٢٢٥٧)، والنسائي (٦/ ١٧٧، رقم ٣٤٧٦)، وأحمد (٢/ ١١، رقم ٤٥٨٧).

وَحُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ، وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ.

تَنْبِيهٌ: وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ، وَوُجُوبُ حَدِّ زِنَاهَا. وَانْتِفَاءُ نَسَبِ نَفَاهُ بِلِعَانِهِ،

أبي داود» وغيره: «**الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا**»(١) وتحصل الفرقة ظاهرًا وباطنًا، وإن كان كاذبًا على الأصح.

قال: (**وَحُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ**) أي: فلا يحل له نكاحها، ولا وطؤها بملك اليمين لو كانت أمة فاشتراها.

(**وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ**) لأنه ﷺ نفى السبيل عليها.

(**وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ**) أي: حد قذفها للآية، فإنه يدل على إقامة التعانه مقام الشهادة في حق غيره، وكان الأحسن أن يقول: «وسقوط العقوبة عنه» ليشمل حد القذف، وتعزيره.

(**وَوُجُوبُ حَدِّ زِنَاهَا**) أي: وإن لم تلتعن هي؛ إذا كان القذف بزنا أضافه إلى حال الزوجية، وكانت مسلمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَٰذِبِينَ ۝٨﴾ [النور: ٨] فدلَّ على وجوبه عليها بلعانه، وأما لو قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية، سنتكلم عليه إن شاء الله تعالى.

وأما لو كانت كتابية؛ فالنص أنها لا تجبر على اللعان، ولا تحد إذا امتنعت حتى ترضى بحكمنا، فإذا رضيت؛ حكمنا في حقها بما نحكم به في المسلمة.

وأصح الطريقين: تخريج المسألة على القولين في وجوب الحكم علينا عند الرافع، إن أوجبناه حددناها إن لم تلاعن، وإن لم نوجبه لم نحدها حتى ترضى بحكمنا، وسواء على هذا الطريق كان الزوج ذميًا، أو مسلمًا.

والطريق الثاني: لا يجري عليها الحكم حتى ترضى قطعًا.

قال: (**وَانْتِفَاءُ نَسَبِ نَفَاهُ بِلِعَانِهِ**) لحديث ابْنِ عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ: «**أَنَّ رَجُلًا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا؛ فَفَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا،**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٤) والدارقطني (٣/ ٢٧٦) والبيهقي (٧/ ٤٠٩، رقم ١٥١٣١) والديلمي (٤/ ٢٠٢، رقم ٦٦١٧).

……………………………………………………………………

وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ[١] متفق عليه.

قال في «الروضة» بعد ذكره الأمور الخمسة في الكتاب: قلت: ومن الثمرات: سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه، وكذا إن لم يسمه على خلاف فيه.

ومنها: سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: تشطير الصداق قبل الدخول.

ومنها: استباحة نكاح أختها، وأربع سواها في عدتها، والله أعلم، انتهى.

ومن الثمرات: أنه لا نفقة لها، وإن كانت حاملًا؛ إذا نفاه بلعانه، كما جزم به في «الكافي».

ومنها: أنها إذا لم تلاعن بعد لعانه، وحُدت؛ ارتفع فسقه المرتب على القذف، كما لو أقام بينة بزناها، وإن لاعنت فقد أبدى الْمَاوَرْدِي في ارتفاع فسقه احتمال وجهين. وكلام القاضي أبي الطيب في «التعليق» يقتضي القطع بزوال فسقه بلعانه، التعنت بعده أم لا؛ بل هو صريح في ذلك، كما ذكرته بلفظه في «الغنية». ويجوز أن يعد من ثمراته: إذا وقع قبل الدخول اسْتِبَاحَة الرَّبِيبَةِ، ولا يقال: ليس ذلك من خصائص اللعان؛ لأنه يقال: ولا تشطير المهر من خصائصه، وقد ذكره المصنف، ونصَّ عليه الشَّافِعِي في «الإملاء» وغيره، وهو المشهور.

وحاول ابن الرِّفْعَة أن يستنبط من نصِّ «الأم» سقوط جميعه قبل الدخول، ويجب مهر مثل بعده؛ ولكن كلام الشَّافِعِي يشير إلى أن اللعان يرفع العقد من أصله، وما قاله بعيد، والنص ليس [بمبهم أو موهم] ولم يرده الشَّافِعِي، وقد نصَّ في كتبه على وجوب المسمى بعد الدخول، ونصفه قبله.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣١٥)، ومسلم (٣٨٢٥).

....

تنبيهات: أحدها: هذه الفرقة فرقة فسخ عندنا، تحصل بمجرد التعان الزوج، ولا يتوقف على التعانها، ولا قضاء القاضي، وزعم ابن الرِّفْعَة أن كلام الشَّافِعِي في النفقات يشير إلى أنها فرقة طلاق، وإن كلام ابن الصباغ اقتضى خلافًا في ذلك. وحكى الْغَزَالِي خلافًا في ذلك ذكره في «النفقات» على قولنا: إنها فسخ، هل تضاف إليها، أو إليه، انتهى.

وكل ذلك غريب، والمعروف الأول، وقد نصَّ الشَّافِعِي هاهنا بأنها مضافة إلى الزوج، وإن نسب إلى ذلك بزعمه.

ثانيها: سبق أنه تحصل الفرقة ظاهرًا وباطنًا، وإن أكذب نفسه، قال في «الروضة»: سواء صدقت، أم صدق، وقيل: إن صدقت لم تحصل باطنًا والصحيح الأول، وهي فرقة فسخ، وقيل: إن صدقت، وهو الصواب، ولفظ الرَّافِعِي: وحكى أبو الفرج وجهًا: أنها لا تحصل باطنًا إن كانت صادقة، انتهى.

ونصَّ الشَّافِعِي في رواية الربيع أنه لو التعن الأخرس بالإشارة المفهمة، ثم أنطق؛ أنها لا ترد إليه بقوله: لم التعن، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يمسكها.

ثالثها: قوله: «وسقوط الحد عنه...» إلى آخره، قد يفهم تعلق هذه الأحكام الثلاثة بقوله: «وإن كذب نفسه»؛ لزمه الحد، ولحقه النسب، وكذا يسقط عنها الحد بإكذابه نفسه، فلا تُحد، ولا يحتاج إلى لعانها.

رابعها: لو حُدت فهلكت منه بعد أن أكذب نفسه، أو قبله، فهل يضمنها، أم لا لقدرتها على دفعه بلعانها؟ فيه احتمال، والأقرب: نعم، كالمعول عليه إذا لم يدفع عن نفسه مع القدرة وأولى؛ لأنها قد يجوز قولها عن الالتعان على رُءُوسِ الْأَشْهَادِ، ويمنعها الحياء منه.

خامسها: أشرنا إلى بعض الأحكام بعد البينونة أنه قد يتخلف عن لعانه، وكما لو التعن لنفي النسب في نكاح فاسد، أو وطء شبهة، أو جرى اللعان بعد البينونة.

وقول المصنف: «ويتعلق بلعانه...» إلى آخره، خصص الحرمة المؤبدة خاصة في صلب النكاح خاصة، أو بلعان من كان زوجها، وليس كذلك عنده، فيقول: لو اشترى زوجته، ثم لاعنها وانتفى من ولدها، أو نكح فاسدًا، ثم تلاعنا لولد، أو قذفها ثم أبانها، ثم طلبت حقها فلاعن؛ حرمت مؤبدًا على الأصح في أصل «الروضة».

وفي «فروق» الجويني أن الصحيح من المذهب المنع، وإنما يتأبد التحريم بلعان يقع في صلب النكاح، وبه أجاب ابن الحداد لو أبانها قبل اللعان، ووجهه الْقَفَّال بأن الفرقة كانت قد وقعت بغير لعان، وإنما تؤكد باللعان؛ إِذْ إِنَّها طلاق فراش ووقع التحريم به، أما إذا وقع التحريم قبله بمعنى آخر من طلاق، أو خلع، أو غيره؛ فإن التحريم لا يتأبد، ثم قال الْقَفَّال: والصحيح التحريم أبدًا.

قال ابن الحداد: وكذا لو تزوج فاسدًا، فقذفها، ثم لاعنها، ثم انكشف فساد النكاح؛ حلت له بنكاحٍ جديد.

قال الْقَفَّال: إن المسألة لا خلاف فيها؛ لأنه لما بان أن النكاح لم يكن نكاحًا؛ بان أن اللعان لم يكن لعانًا، وإذا لم يوجد بينهما التحريم، ثم حكى صورة وطء الشبهة، وصحح تأبد التحريم فيها، خلافًا لابن الحداد، والله أعلم.

فرع: لو قذفها بمعين، ونسبها إلى الزنا، فهل يلزمه حد، أو حدان؟ فيه طريقتان: إحداهما ورجحه الْبَغَوِي، وتبعاه: أنه على القولين فيما لو قذف جماعة بكلمة واحدة، والجديد التعدد.

والثانية: الاتحاد قطعًا؛ لاتحاد الزنا؛ لأنه قذف واحد، نصَّ عليه في «المختصر» وبه قال أبو إسحٰق، ورجحها القاضي أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي، وقال: إنه المذهب، وبها قال الجمهور، وحصول القولين في الجماعة؛ إذا قذفهم بكلمة واحدة كـ«أَنْتُمْ زُنَاةٌ» فإن أجزنا فلكل منهم المطالبة به، واستيفاؤه كاملًا.

ولو عفا أحدهما نفي حق الآخر، إذا عرف هذا فإن ذكر من رماها به في لعانها؛ سقط عنه حد قذفها، سواء قلنا يجب حد، أو حدان، ولا حد على

الأجنبي بلعانه، وإن لم يذكره في لعانه، ففي سقوط حده قولان منصوصان، رجح المحاملي، والقاضي أبو الطيب، والعمراني، والرُّويَانِي أنه لا يسقط، فلو أراد أن يلاعن لإسقاطه فله ذلك، لا كما لو أفرده بالقذف؛ لأنه لما أشركه في قذفها، شاركها في حكم اللعان.

قال الْمَاوَرْدِي: وكذلك يؤمر في إعادة اللعان من قذفه بإعادة ذكر الزوجة فيه، ولا يفرده بالذكر دونها، وكذا قال الإمام: يعيد اللعان بكامله، ويعيد ذكر المرأة قطعًا.

قلت: وفي النفس من هذا شيء؛ لما يتضمنه من تكرار رمي المرأة وإزائها بعد فراغ لعانها، ولا سيما بعد طول الزمان، فتأمله.

ولو عفت المرأة عن الحد، أو اعترفت بالزنا؛ قال المحاملي، والْمَاوَرْدِي، والْبَغَوِي، وغيرهم: له أن يلاعن للأجنبي، إذا طلب الحد، وفي «أمالي» السرخسي نقل وجهين في لعانه له؛ إذا ابتدأ بطلب حده، ولم تطلب هي، وعن ابن الْقَطَّان أنها إذا عفت فلا حد للأجنبي، ولا لعان، ولو امتنع من اللعان للزوجة فحد لها، ثم حضر الأجنبي، وطالب بالحد؛ فنص في «المختصر» أنه ليس له ذلك؛ لِأَنَّهُ قَذْفٌ وَاحِدٌ حُدَّ فِيهِ مَرَّةً.

قال الْمَاوَرْدِي: ووهم بعض أصحابنا، فخرج قولًا أنه يحد من اختلاف قوليه فيمن قذف جماعة، قال: فإن قلنا يحد، فهل يلاعن لإسقاطه؟ فيه وجهان.

فائدة: قال الْمُزَنِي في «المختصر»: قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي اللِّعَانِ: لَيْسَ لِلْإِمَامِ إِذَا رُمِيَ رَجُلٌ بِزِنًا أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِ فيسأله عَنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ اللهَ يَقُولُ: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢] فَإِنْ شُبِّهَ عَلَى أَحَدٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ أُنَيْسًا إِلَى امْرَأَةِ رَجُلٍ فَقَالَ: «إِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»(١) فَتِلْكَ امْرَأَةٌ ذَكَرَ أَبُو الزَّانِي بِهَا أَنَّهَا

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٨٩، رقم ١٣٣٣)، وأحمد (٤/ ١١٥، رقم ١٧٠٧٩) والبخاري (٢/ ٩٧١، رقم ٢٥٧٥) ومسلم (٣/ ١٣٢٤، رقم ١٦٩٧) والنسائي (٨/ ٢٤١، رقم ٥٤١١) والترمذي (٤/ ٣٩، رقم ١٤٣٣) وابن ماجه (٢/ ٨٥٢، رقم ٢٥٤٩).

وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِ مُمْكِنٍ مِنْهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ طَلَّقَ فِي مَجْلِسِهِ، أَوْ نَكَحَ وَهُوَ بِالْمَشْرِقِ وَهِيَ بِالْمَغْرِبِ لَمْ يَلْحَقْهُ.

زَنَتْ، فَكَانَ يَلْزَمُهُ أَنْ يَسْأَلَ، فَإِنْ أَقَرَّتْ؛ حُدَّتْ وَسَقَطَ الْحَدُّ عَمَّنْ قَذَفَهَا، وَإِنْ أَنْكَرَتْ؛ حُدَّ قَاذِفُهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ قَاذِفُهَا زَوْجَهَا، انتهى.

وظاهر هذا الكلام التناقض، فأوله يقتضي منع النعت، وآخره يقتضي إيجابه، وقد أجاب الشيخ أبو حامد عن ذلك بأجوبة، ذكرتها وغيرها في «الغنية» مع فوائد أخر، فراجعها إن أحببت.

قال: (**وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِ مُمْكِنٍ مِنْهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ، أَوْ طَلَّقَ فِي مَجْلِسِهِ**) أي: وإن لم يسبق منه في الصورتين وطء محترم يلحق به النسب.

(**أَوْ نَكَحَ وَهُوَ بِالْمَشْرِقِ وَهِيَ بِالْمَغْرِبِ**) أي: وإن لم يمض زمن يمكن فيه اجتماع ووطء وحمل في أقل مدة الحمل.

(**لَمْ يَلْحَقْهُ**) أي: لاستحالة كونه منه، ولا حاجة إلى لعان في نفيه، ومن الصور التي ينتفي الولد فيها بلا لعان: ما لو كان الزوج صغيرًا لا يمكن العلوق منه، وفي دخول وقت الإمكان وجهان:

أحدهما: باستكمال تسع سنين، وبه قال أبو حامد، وأتباعه، والقاضي أبو الطيب، ورجحه الْبَغَوِي، والرُّويَانِي.

وثانيهما: لا يدخل إلا باستكمال العاشرة، قال الْمَاوَرْدِي: وهو قول المتقدمين والمتأخرين من أصحابنا، سوى أَبِي حَامِدٍ الْإِسْفَرَايِينِيِّ، وقال صاحب «المهذب» والشَّاشِي، وآخرون: إنه ظاهر النص.

وقال الجوري: أقل الحد عند الشَّافِعِي ما وجد عشر سنين فما فوقها، قال أصحابنا: في هذا الوجه ولم يوجد غلام احتلم قبل العشر، ولو وجد لقلنا به وجعلناه حدًّا، كذا قاله الجوري، والْمَاوَرْدِي، وأيدوه بالحديث: **«وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»**(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٠، رقم ٦٦٨٩)، وابن أبي شيبة (١/ ٣٠٤، رقم ٣٤٨٢) وأبو داود (١/ =

……

وكلام الرَّافِعِي، والمصنف في «الحجر» موافق للوجه الأول، وصرح هنا في «أصل الروضة» بترجيحه، ولم يقبله الرَّافِعِي؛ بل حكى ترجيحه عن جماعة، وقال: إن الثاني ظاهر النص، يعني قوله في «المختصر»: ولو جاءت بحمل، وزوجها دون العشر، لم يلزمه؛ لأن العلم محيط بأنه لا يولد لمثله، وإن كان ابن عشر سنين فأكثر، وكان يمكن أن يولد له كان له حتى يبلغ فينفيه بلعان، أو يموت قبل البلوغ فيكون له، انتهى.

ولفظه في «الإملاء» كما نقله البيهقي في «المبسوط»: وإن جاءت بحملٍ وكان صبيًا دون العشر لم يلزمه الحمل؛ لأن العلم محيط ألا يولد لمثله، وإنْ كان ابن عشر سنين فأكثر وكان يمكن فيما مضى مثله أن يولد له؛ كان له حتى يبلغ فينفيه بلعان، أو يموت قبل البلوغ فيكون ولده، انتهى(١).

وهذا النص أخذ بصيغ الوجه الثاني فهو المذهب كما قاله الجوري وغيره، ولعل القول بإمكان العلوق في التاسعة لا يعرف قبل الشيخ أبي حامد، كما أفهمه كلام الْمَاوَرْدِي وغير ما ذكرناه وجوه ضعيفة سبق ذكرها، أو بعضها في «الحجر».

قال ابن الرِّفْعَة: وحاصل ما ذكر في قدر المدة التي إذا نقص عمر الزوج عنها لا يلحقه النسب: سنة إحدى عشرة سنة وستة أشهر وساعة، عشر سنين وستة أشهر، عشرة سنين، تسع سنين وستة أشهر وساعة، سبع سنين وستة أشهر، تسع سنين، ثم على الوجوه كلها لا يحكم ببلوغه إلا أن يدعيه، ولو أراد أن يلاعن على عدم البلوغ لم يمكن، انتهى.

وسبق عن الدارمي أنه قال هنا: إن اعترف ابن عشر بالإنزال؛ حكم بلحوق الولد، ولا يحكم بغيره من إقرار وغيره، وأشعر بناؤه بما ينتفي الولد

= ١٣٣، رقم ٤٩٥)، وأبو نعيم في الحلية (١٠/ ٢٦)، والحاكم (١/ ٣١١، رقم ٧٠٨)، والبيهقي (٢/ ٢٢٩، رقم ٣٠٥٢).

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٢٢٤).

وَلَهُ نَفْيُهُ مَيِّتًا، وَالنَّفْيُ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْجَدِيدِ ....

فيه بغير لعان على خلاف فيه ولد زوجة المجنون، وسيأتي ذكره في العدد.

قال: (**وَلَهُ نَفْيُهُ مَيِّتًا**) أي: كحال الحياة؛ لأن النسب لا ينقطع بالموت، نعم لو كان أحد توأمين وقد سكت عن الآخر، أو استلحقه كما سيأتي فلا، وكما يصح نفيه بعد موته يصح استلحاقه، فلو نفى ولدًا ثم مات، ثم استلحقه؛ لحقه، وورث ماله ودينه إن قتل، وسواء خلف المنفي ولدًا، أم لا، ولو نفاه بعد الموت، ثم استلحقه؛ لحقه أيضًا على الأصح سواء قسمت تركته، أم لا، ويرثه.

وقيل: لا يصح الاستلحاق، كذا نقل الرَّافِعِي الخلاف في صحة الاستلحاق في هذه الحالة، والصواب: ثبوت النسب، وإنما الخلاف في التوريث خاصة، كما بينته في «الغنية» من كلام الإمام.

قال الفوراني في «العمد» بعد ذكره المسألة: حتى لو أن ذميًّا نفى ولده، ثم أسلم، ثم بلغ الصبي، ثم أقر به؛ تبين أنه كان مسلمًا بإسلام الأب الملاعن، فيجبر على الإسلام في أحد القولين، ولو أسلم الملاعن قبل بلوغه، ثم بلغ الطفل ومات، وقُسِّم ماله بين ورثته الكفار، ثم أقرّ به؛ فإنه ينتزع ماله من ورثته الكفار، انتهى.

قال: (**وَالنَّفْيُ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْجَدِيدِ**) إذا أقر بالنسب مختارًا؛ لم يكن له نفيه، ولو أتت زوجته بولد على فراشه، وعلم به وأراد نفيه باللعان، فهل يتعين كون النفي على الفور، أم له التروي ثلاثة أيام؟ فيه قولان: المنصوص في عامة كتبه، كما قاله القاضي أبو الطيب، وغيره: إنه على الفور، كالرد بالعيب، وخيار الشفعة.

والثاني: يمتد خياره ثلاثة أيام؛ لأن الشرع اعتبرها في مواضع، وقد نسب القاضي الحسين، والإمام، وطائفة من المراوزة هذا القول إلى «القديم» كما أفهمه كلام المصنف، وفيه نص، وقد نصَّ عليه في «المختصر» و«الأم» فقال بعد نص الفورية: ولو قال قائل: يكون له نفيه ثلاثًا إن كان حاضرًا، كان مذهبًا، ثم قال الْمُزَنِي: وقال في «القديم» كذا، فأشعر بأنه قدره في «القديم»

وَيُعْذَرُ لِعُذْرٍ، ....

بيومين في قول ثالث. وحكى ذلك عن ابن سلمة، وقال غيره: المراد يومين أو ثلاثة، وحينئذٍ يتحد «القديم» وما أبداه في «الجديد».

وقضية كلام جماعة من المراوزة أن هذا «القديم» موافق لقول الفورية، والمراد بيومين عند القول الذي لا ينافي الفورية، وفي «النهاية»: أن الشيخ أبا علي حكى قولًا: أن النفي على التراخي لا يبطله إلا الاستلحاق، انتهى. وهذا غريب؛ بل باطل.

قال ابن أبي هريرة في «تعليقه»: لو قيل: له نفيه أبدًا؛ خرج من قول الأئمة، وأدى إلى أن ينفيه متى غضب عليه، وفي هذا من الفساد ما لا يخفى، فأشار إلى تقبل الإجماع؛ لكن في «الحاوي» عن شُرَيْح، والشعبي: أن له نفيه ما لم يقر به، وإن صار شيخًا، ونقل في موضع عن مجاهد، وعطاء: أن النفي على التراخي متى شاء.

ونقل الجوري امتداد النفي ما لم يقر به، وإن صار شيخًا عن مصعب بن الزبير، وسعيد بن جبير ﷺ وفي ثبوت هذا عن هؤلاء الأئمة من التابعين بعد(١).

قال: (**وَيُعْذَرُ**) أي: في تأخير اللعان.

(**لِعُذْرٍ**) وهذا لا يختص بقول الفورية كما أفهمه كلامه؛ بل لو أخر على قول الثلاث لعذر كما سنذكره من الأعذار؛ لم يسقط حقه، قاله الفارقي وغيره.

قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ في «المختصر»: وَأَيُّ مُدَّةٍ قُلْتُ لَهُ نَفْيُهُ فِيهَا فَأَشْهَدَ عَلَى نَفْيِهِ وَهُوَ مَشْغُولٌ بِمَا يَخَافُ فَوْتَهُ أَوْ بِمَرَضٍ لَمْ يَنْقَطِعْ نَفْيُهُ، وإن كان غائبًا فبلغه فأقام وهو يمكنه المسير؛ لم يكن له نفيه إلا بأن يشهد أنه على نفيه ثم يقدم.

قال: وإن قال: قد سمعت بأنها ولدت ولم أصدق فأقمت؛ فالقول قوله، وكذا قاله في «الأم».

---

(١) لِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فَيَأْتِي الْحَاكِمُ وَيُعْلِمُهُ بِانْتِفَائِهِ عَنْهُ وَيُعْذَرُ فِي الْجَهْلِ بِالنَّفْيِ أَوْ الْفَوْرِيَّةِ فَيُصَدَّقُ فِيهِ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ عَامِّيًّا لِخَفَائِهِ عَلَى الْعَوَامّ وَإِنْ خَالَطُوا الْعُلَمَاءَ وَخَرَجَ بِالنَّفْيِ اللِّعَانُ فَلَا يَجِبُ فِيهِ فَوْر. انظر: «تحفة المحتاج» (٢٤/ ٤٢٦).

……

قال أصحابنا: إذا جعلناه على الفور فلسنا نريد أن يفعله في الحال من غير تأخير بوجه؛ بل هو على العرف والعادة في مثله، فإن كان مشغولًا بأكل، أو نوم، أو طهارة، أو كان في جوف الليل، ليشهد على أنه على النفي، وكذا لو كان ماله غير محرز فاشتغل بإحرازه، أو عادته الركوب فاشتغل بإسراج المركوب، هكذا قيده جماعة، بما إذا كان عادته الركوب، ويأكل إن كان جائعًا، أو يصلي إذا حضرت الصلاة، هكذا قاله الأصحاب.

وقضيته أنه لا فرق بين أن يضيق وقتها أو لا، وفي عبارة: وإن كان قد ضاق وقت الصلاة؛ فله أن يؤخر حتى يصلي، وقضيتها أنه إذا لم يضق الوقت؛ لا يكون عذرًا.

تتمات: أحدها: هل يشترط الإشهاد في هذه الأحوال عند إمكانه بلا كلفة؟ قضية كلام القاضي الحسين، والْبَغَوِي والرَّافِعِي، وغيرهم: أنه يشترط، وموافقة ظاهر نص «المختصر» السابق، وقد يقال: إنما يعتبر الإشهاد فيما يطول التأخير بسببه، كالمرض، والغيبة، أما الأمور الخفيفة فلا.

ويعضده ظاهر قول «المهذب»: فإن حضرت الصلاة، أو كان جائعًا، فبدأ بالأكل، وماله غير محرز فاشتغل بإحرازه، أو عادته الركوب فاشتغل بإسراج المركوب، فهو على حقه من النفي؛ لأنه تأخير لعذر، فإن كان محبوسًا، أو مريضًا، أو قائمًا على مريض، أو غائبًا لا يقدر على المسير، وأشهد على النفي فهو على حقه، وإن لم يشهد مع القدرة على الإشهاد سقط حقه، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: وَالشَّرْطُ الثَّانِي: أَلَا يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ قَاطِعٌ عَنْ نَفْيِهِ، وَالْأَعْذَارُ الْقَاطِعَةُ: أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا، أَوْ مَرِيضًا، أَوْ مُقِيمًا عَلَى مَرِيضٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَرْكِهِ، أَوْ مُقِيمًا عَلَى حِفْظِ مَالٍ يَخَافُ مِنْ تَلَفِهِ، أَوْ مُسْتَتِرًا مِنْ ذِي سَطْوَةٍ يَخَافُ ظُلْمَهُ، أَوْ طَالِبًا لِضَالَّةٍ يَخَافُ مَوْتَهَا، أَوْ مُقِيمًا عَلَى إِطْفَاءِ حَرِيقٍ، أَوِ اسْتِنْقَاذِ غَرِيقٍ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَعْذَارِ الَّتِي يَجُوزُ مَعَهَا تَرْكُ الْجُمُعَةِ، فَلَا يَلْزَمُهُ الْحُضُورُ مَعَهَا، ثُمَّ يُنْظَرُ فَإِنْ قَدَرَ مَعَهَا عَلَى مُرَاسَلَةِ الْحَاكِمِ بِحَالِهِ فَعَلَ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْإِشْهَادِ عَلَى نَفْيِهِ فَعَلَ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِمَا أَوْ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلَمْ

يَفْعَلْ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا؛ لَزِمَهُ الْوَلَدُ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَلْزَمْهُ، وَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ.

وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ: الْإِمْكَانُ مِنْ غَيْرِ إِرْهَاقٍ يَخْرُجُ عَنِ الْعُرْفِ، فَإِنْ كَانَ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ، وَإِنْ كَانَ فِي وَقْتِ صَلَاةٍ فَحَتَّى يُصَلِّيَ، وَإِنْ حَضَرَ طَعَامٌ فَحَتَّى يَأْكُلَ، وَإِنْ كَانَ يَلْبَسُ ثِيَابًا بِذْلَةً لَا يَلْقَى الْحَاكِمَ بِهَا فَحَتَّى يَلْبَسَ ثِيَابَ مِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَرْكَبُ فَحَتَّى يُسْرِجَ مَرْكُوبَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ بَارِزٌ فَحَتَّى يُحْرِزَ مَالَهُ، فَهَذَا كُلُّهُ وَمَا شَاكَلَهُ مُعْتَبَرٌ فِي مُكْنَتِهِ، وَلَا يَمْتَنِعُ مِنْ نَفْيِهِ، فَإِذَا تَكَامَلَتْ هَذِهِ الشُّرُوطُ؛ فَقَدْ تَعَيَّنَ الْفَوْرُ وَلَزِمَ تَعْجِيلُ النَّفْيِ، فَإِنْ لَمْ يُبَادِرْ إِلَيْهِ لَزِمَهُ الْوَلَدُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ، انتهى.

وهذا منه قد يشعر بأنه لا يجب الإشهاد عند التشاغل بما ذكره في الشرط الثالث، ويشبه أن يقال: إن إحضاره في هذه الأحوال الخفيفة حاكمًا، أو شهودًا تشهد عليه في الحال، وإلا فله تأخير الإشهاد إلى الفراغ منها.

وقال شارح: يشبه أن يقال: إن كان العذر مما لا يعد التشاغل به تأخيرًا؛ بل يفعله وهو منهي للإثبات كجمع متاعه، ولبس ثيابه، وإسراج دابته، ونحوه، فهذا لا يعد تأخيرًا أصلًا، فلا يشترط الإشهاد، وأن العذر بما يقطع عن المضي في الحال، إما لعدم الإمكان أصلًا، أو لكون ما هو فيه أهم من المبادرة إلى النفي، فالسكوت هنا قد يدل على الرضا؛ فاعتبر الإشهاد.

وهذا التفصيل إنما يتجه إذا قلنا: لو لم يشتغل بشيء أصلًا، وشرع عند علمه في المضي إلى النفي، ولم يشهد في طريقه ما يبطل حقه، كما هو مقتضى كلام الأصحاب، أو أكثرهم هنا، والنص يشير إليه.

أما إذا قلنا: باعتبار الإشهاد في هذه الحالة كما هو المرجح في مثله في الرد بالعيب عند الرَّافِعِي، والمصنف هناك، فيشبه أن يكون الراجح هنا عدم الاشتراط، وإن سكتا عليه هناك.

ثانيها: اقتصر جماعة على الاكتفاء بالإشهاد عند العذر، وفي «الشامل»

……

و«الانتصار» أنه إذا كان يقدر أن يبعث إلى الحاكم له هذا؛ لأنه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط حقه، وإن كان لا يقدر على ذلك أشهد.

وكذا اعتبر الجرجاني في «الشافي» البعث إلى الحاكم قبل الإشهاد؛ ولكنه قال: يبعث من يعرفه أنه على النفي، وهو مقتضى كلام الْمَاوَرْدِي حيث قال في الغائب: ثُمَّ نُظِرَ فَإِنْ قَدَرَ عَلَى إِيفَادِ رَسُولٍ فَعَلَ لِيَكُونَ مُخبرًا بِإِنْكَارِ الْوَلَدِ وَلَا يُفُوتَهُ حَقُّهُ فِي نَفْيِهِ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْإِشْهَادِ فَعَلَ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِمَا فَلَمْ يَفْعَلْهُمَا، أَوْ فَعَلَ أَحَدَهُمَا؛ لَزِمَهُ الْوَلَدُ، وهذا تصريح منه أنه لا بدَّ من البعث والإشهاد إذا قدر عليهما.

ثم قال الجمهور: فإن كان غائبًا وقدر على المسير على الوجه المعتاد مع الرفقة والأمن فأخر؛ بطل أشهد أم لا، صرح به أبو إسحٰق في «شرحه» وابن أبي هريرة في «تعليقه» وغيرهما.

وظاهر نص «الأم» و«المختصر» المتقدم يقتضي أنه لا يبطل عند الإشهاد حيث قال: فإن أقام والمسير يمكنه؛ لم يكن له نفيه إلا أن يشهد على نفسه، ولم أر من قال بظاهره إلا ما اقتضاه كلام «الإبانة» حيث قال: لو كان غائبًا فبلغه ولادتها، فأخر زاعمًا أن يسير إذا أمكنه، أو شهد على النفي، أو وكَّل من يخبر أنه ينفي الولد، فلو لم يفعل شيئًا منه بعدما أمكنه؛ ليس له النفي، انتهى.

وذكر في «العمد» نحوه فقال: فإن كان غائبًا وأمكنه السير أو التوكيل أو الإشهاد، فلم يفعل؛ بطل، انتهى.

ثالثها: لو شرع الغائب عند علمه في السير ولم يشهد، فالذي «في تعليق ابن أبي هريرة» و«الشافي» أنه لا يبطل حقه بترك الإشهاد لشروعه في السير، ونصه السالف يفهمه، وكذا كلام العراقيين.

وحكى الْبَغَوِي وجهين، ورجح بطلان حقه بترك الإشهاد، وبه أجاب شيخه القاضي، وفي «المطلب» عن ابن داود أنه يحتاج عقب الإشهاد أن يقول: قد نفيته، ولا يكفي أن يقول: أريد نفيه، وفي الرد بالعيب يكفيه أن

يقول: لست براضٍ به، وأريد أن أرده، ولا يحتاج أن يقول: فسخت؛ لانتفاء ملك الغير في يده في ضمانه، ولأن النسب لا يكون ثابتًا، ثم ينتفي، والعقد يكون صحيحًا، ثم يفسخ، انتهى.

ولفظ «الشامل»: والإشهاد أنه يشهد على نفسه بأنه نافٍ للولد، وكذا قال غيره: ويشبه أن يُكتفى منه بما يدل على أنه غير راضٍ به، ولا يعتبر أن يصرح بنفيه.

وإن قلنا: يشترط التلفظ بالفسخ في الرد بالعيب؛ لأنه لا ينتفي عنه بذلك، وإنما ينتفي بلعانه عند الحاكم؛ فالمطلوب هنا ألا يوجد منه ما يدل على الرضا.

وقال الْبَغَوِي بعد ذكره حكم الإشهاد: وهل يشترط أن يقول بلسانه: نفيته؛ وجهان.

قلت: الأشبه المنع لا ينتفي بذلك بخلاف قوله: فسخت البيع، فإنه ينفسخ.

قال الجرجاني في «الشافي»: ولا يجوز أن يلاعن مكانه؛ لأنه لا يحتاج إلى تأمل الولد، وإلى القذف، وفي «التهذيب»: إنه إن كان غائبًا نفاه عند قاضي تلك البلد.

وقال الرَّافِعِي: إن نفاه عند قاضي بلد الغيبة فذاك، وإن أراد التأخير إلى أن يرجع إلى بلده، ففي «أمالي» أبي الفرج: المنع من ذلك.

والذي ذكره صاحب «التهذيب» و«التتمة» جوازه؛ لأن له فيه غرضًا ظاهرًا وهو الانتقام منها بإشهار أمرها في قومها وبلدها، وحيث جوزنا التأخير فحكم الإشهاد ما سبق.

قال: (**وَلَهُ نَفْيُ حَمْلٍ وَانْتِظَارُ وَضْعِهِ**) أما نفيه حملًا فرواه البخاري عن قصة هلال بن أمية ﷺ(١).

---

(١) تقدم تخريجه.

……………………………………………………………………………………………………

وأما انتظار وضعه فليلاعن على يقين؛ لأن ذلك قد يكون ريحًا فَيَنْفُشُ، إذا عرفت هذا فجواز نفي الحمل باللعان مع قيام الزوجية واجتماع الأغراض المقصودة باللعان، هو ما نصَّ عليه في كتبه، وجرى عليه العراقيون، وقيل: فيه الخلاف الآتي في اللعان عن الحمل بعد البينونة، وزيفه الإمام.

وقضية كلام «الإبانة» أنه حيث كان نفيه تبعًا فله الملاعنة سواء كان في صلب النكاح، أو بعد البينونة، وحيث كان مقصودًا فيه قولان بناء على أنه: هل يعلم، أم لا؟ وسيأتي عن النص ما يشهد له، وأما اللعان لنفسه بعد البينونة بأن أبانها، ثم قذفها وثَم ولد؛ فله أن يلاعن لنفيه حملًا فقولان:

أحدهما: لا؛ لأنه غير متيقن، واللعان خطر عظيم، وشبهة لا يجوز الإقدام عليها مع الشك، نصَّ عليه في «الجامع الكبير».

وفي «الأم» أيضًا، وأرجحهما على ما قال الرَّافِعِي: الجواز، وهو نص «المختصر».

وقيل: لا يجوز قطعًا، وبه قال أبو إسحٰق، قالا: لأنه صريح في «الأم» بامتناع النفي، وأطلق في «المختصر» فيحمل على ما بعد الانفصال كما قيده في «الأم» ويؤيده قوله في «المختصر» في باب الشهادة على اللعان: ولو قذفها وانتفى من حملها فجاء بأربعة فشهدوا أنها زنت؛ لم يلاعن حتى تلد، فيلتعن إن أراد نفي الولد، وإن لم يلتعن لحقه الولد، انتهى. وهذا فيه وقفة في الترجيح.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف جواز التأخير وإن اعتقد كونه حملًا، وهو قضية كلام الإمام وغيره، قال الإمام: ولم أر فيه خلافًا، ويشبه أن مرادهم أنه لا يبطل حقه من نفي الحمل بمجرد التأخير؛ لاحتمال أنه أخر لتحقق الحمل.

أما لو قال: علمته ولدًا وأخرت لعله يموت؛ فقد قال الشَّافِعِي في «المختصر» في باب الوقت في نفي الولد: وَلَوْ رَآهَا حُبْلَى فَلَمَّا وَلَدَتْ نَفَاهُ، فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَدْرِ لَعَلَّهُ لَيْسَ بِحَمْلٍ لَاعَنَ، وَإِنْ قَالَ: قُلْتُ: لَعَلَّهُ يَمُوتُ فَأَسْتُرَ عَلَيَّ وَعَلَيْهَا؛ لَزِمَهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ.

وَمَنْ أَخَّرَ وَقَالَ جَهِلْت الْوِلَادَةَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ غَائِبًا وَكَذَا الْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ يُمْكِنُ جَهْلُهُ فِيهَا، ....

وعلى مقتضى هذا النص جرى أكثر المعلقين على «المختصر» من أئمتنا العراقيين، فقالوا: إذا قال: لم أنفه لأني قلت لعله يموت أو تموت هي؛ فإنه يسقط خياره كما لو ولدت وأخر النفي، وقال: أخرت لعله يموت، وبهذا جزم القاضي الحسين، والْبَغَوِي، والفوراني، والجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهم، وهو أصح الوجهين عند الرَّافِعِي وغيره، ومقابله مبني على الحمل الذي لا يعلم، قاله الْمُتَوَلِّي، وإليه يشير قول غيره.

والثاني: لا يسقط، ولا أثر لقوله: أعلم رد الحمل؛ لأنه يعلم.

قال: (وَمَنْ أَخَّرَ وَقَالَ: جَهِلْت الْوِلَادَةَ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إنْ كَانَ غَائِبًا) لأن الظاهر ما ادعاه.

قال الرَّافِعِي في «الشامل»: إنه يصدق الغائب في عدم العلم؛ إذا لم يستفض، ويشتهر، والذي رأيته في «الشامل»: إنه يصدق، وإنما ذكر إذا كان غائبًا فبلغه الخبر، وقال: لم أصدقه، كما سيأتي.

قال: (وَكَذَا الْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ يُمْكِنُ جَهْلُهُ فِيهَا) أي: لاحتمال صدقه بأن كانا في محلتين، وجاز الخفاء عليه.

قال الجمهور: ولا يصدق إذا كانا في دار واحدة، ومضت مدة يبعد الخفاء فيها، ومثلها القاضي الحسين بأيام، ويصدق إذا لم تمض إلا ساعة، أو ساعات.

قال الْبَغَوِي: فكذلك بعد نصف يوم؛ لأنه قد يخفى خبر الولد في مثله، وحكى الدارمي فيما إذا كانا في دار واحدة وجهين.

وقال الرَّافِعِي: يقبل قوله في المدة التي يحتمل أن يخفى الأمر فيها دون ما لا يحتمل، ويختلف ذلك بأن يكون في محلة أخرى، أو في محلة المرأة، وبين أن يكونا في دار واحدة أو دارين، وبيت أو بيتين.

قلت: وبين أن يكون حاضرًا في المحلة والدار والبيت، أو غائبًا عنها في

……

سوقه ونحوه، وبين كبر البلد واتساع أقطاره وصغره، وكذلك المحلة والقرية الصغيرة كالمحلة الصغيرة، والكبيرة كالمحلة الكبيرة.

قال الدارمي: وحيث قبلنا قوله في نفي العلم حلف، وله النفي، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَتْ وَلَحِقَهُ الْوَلَدُ، فإن نكلت حلف إذا بلغ، فإن نكل فلا بينة في نفيه، وقيل: إذا نكل لزمه.

وقال الْمَاوَرْدِي: فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ فَفِي الْحُكْمِ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: نعم يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ فِي إِبْطَالِ دَعْوَاهُ وَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ بِالْفِرَاشِ دُونَ النُّكُولِ، وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْأُمِّ وَلَا عَلَى الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُرَاعَى فِيهِ تَصْدِيقُهَا، وَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ تَكْذِيبُهَا.

فرع: إذا علم بالولادة وأخر النفي، ثم اعتذر بجهله أن له النفي إن كان فقيهًا؛ لم يصدق.

وقال الإمام: أو عالمًا بالفقه بحيث لا يخفى عليه مثل هذا، وإن قرب عهده بالإسلام، ونشأ ببادية نائية؛ قُبل قوله، وإن كان من العوام الناشئين ببلاد الإسلام؛ ففيه خلاف حكاه الْمَاوَرْدِي وجماعة، والرَّافِعِي في وجهين، والْبَغَوِي في قولين، وبنيا على نظيرهما في مسألة خيار المعتقة.

ولو قال: علمت أن لي النفي؛ ولكن لم أعلم أنه على الفور؛ فطرد الجرجاني، وغيره من العراقيين فيه التفصيل المذكور، وبنوه على نظيره في مسألة المعتقة أيضًا.

وقضية البناء أن يكون الأصح في الصورتين تصديقه، كما تقدم أنه الأصح هناك نفي ما لو كان مجتهدًا، أو مقلدًا المجتهد، فقال: مذهبي امتداد الخيار ثلاثًا، أو أكثر؛ ولذلك أخرت، هل ينفعه ذلك؟ نُظرَ إلى معتقده، ولم أر فيه شيئًا، والأقرب أنه لا ينفعه ظاهرًا.

فرع: اعترف أنه سمع بالولادة؛ ولكن قال: لم أصدق المخبر، قال في «أصل الروضة»: نظر إن أخبره صبي أو فاسق؛ صدق بيمينه؛ وإن أخبره

وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مُتِّعْت بِوَلَدِك، أَوْ جَعَلَهُ اللَّهُ لَكَ وَلَدًا صَالِحًا فَقَالَ آمِينَ أَوْ نَعَمْ تَعَذَّرَ نَفْيُهُ، وَإِنْ قَالَ جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا، أَوْ بَارَكَ عَلَيْك فَلَا.

عدلان فلا، وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على الأصح؛ لأن روايته مقبولة، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: فَيُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ الْخَبَرُ عَنْ طَرِيقِ الْآحَادِ كَالْوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ؛ قُبِلَ قَوْلُهُ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُخْبِرُ عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُسْتَرَابُ بِالْعَدْلِ، وَيُسْتَوْثَقُ بِالْفَاسِقِ، وَإِنْ كَانَ الْخَبَرُ مُتَوَاتِرًا مُسْتَفِيضًا؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي تَكْذِيبِ الْخَبَرِ لِوُقُوعِ الْعِلْمِ بِهِ، وكذا قاله المحاملي في «المجموع» والجرجاني في «الشافي».

وفي «الشامل» نحوه، ونقله في «البيان» عن الشيخ أبي حامد، قال: إن الواحد والاثنين يجوز عليهما الكذب، وقاله ابن أبي هريرة في «تعليقه» وآخرون.

وإطلاق نص الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر»: إنه إذا قال: لم أصدق المخبر؛ فالقول قوله، وهو موافق لهذه الطريقة وهي المذهب، وما سبق عن «الروضة» فهو طريقة القاضي الحسين ومن تبعه، كالمتولي، والْبَغَوِي، والإمام.

وعبارة الإمام: ولو أخبره عدل واحد، كان يعرفه بالعدالة؛ فهذا فيه تردد، فقيد الإمام ولم يطلق في العدلين والواحد ولا بدَّ منه.

قال: والخلاف في الاكتفاء بالعدل كالخلاف في عدد الراجم، والْخَارِص، وما في معناهما مما يتعلق بأطراف الخصومات، ولا يكون شهادة محضة، ورأى الْمُتَوَلِّي أن طريق ذلك طريق الخبر، كما رجحاه.

قال: (**وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مُتِّعْت بِوَلَدِك، أَوْ جَعَلَهُ اللهُ لَكَ وَلَدًا صَالِحًا، فَقَالَ: آمِينَ، أَوْ نَعَمْ؛ تَعَذَّرَ نَفْيُهُ، وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا، أَوْ بَارَكَ عَلَيْك؛ فَلَا**)، قال أصحابنا: له في جواب التهنئة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأتي بما يدل على الرضا بإقراره، كقوله: نعم، أو استجاب الله دعاءك، أو أرجو أن يكون لنا خلفًا، فيكون مقرًا به، وليس له نفيه بعده.

الثانية: أن يأتي بما يدل على إنكاره كأعوذ بالله، أو يكفيني الله،

وَلَهُ اللِّعَانُ مَعَ إِمْكَانِ بَيِّنَةٍ بِزِنَاهَا، ....

ونحوها، فلا يكون مقرًّا، ويتمكن من نفيه بعده.

الثالثة: أن يأتي بما لا يتضمن إنكارًا، ولا اعترافًا كقوله: أحسن الله جزاءك، أو بارك فيك؛ فليس بمقر عندنا خلافًا لأبي حنيفة؛ لأنه قابل دعاء بدعاء، فلا يكون مقرًّا بالشك، وعد الجمهور من هذا القسم قوله: رزقك الله مثله، وقالوا: لا يكون مقرًّا به، وعده الْمَاوَرْدِي من القسم الأول، وقال: ليس له النفي بعده.

قال: (**وَلَهُ اللِّعَانُ مَعَ إِمْكَانِ بَيِّنَةٍ بِزِنَاهَا**) لأن كلًا منهما حجة، وهو وفاق عندنا؛ بل حكى شارح «مختصر الجويني» الإجماع عليه؛ لكن في «تعليق أبي حامد» وغيره، نقل خلافًا لبعض العلماء، وتمسك قائله بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] وكلام ابن الرِّفْعَة كلام من لم يتبع النقل في المسألة، فإنه حكى عدم الاشتراط عن القاضي الحسين.

وعن «الإملاء» وعن «الخلاصة» ما يفهم الاشتراط.

وقال: إنه لم يرو غير «الخلاصة» ما يقتضي منازعة القاضي والإمام فيما ذكراه، انتهى.

وما ذكره القاضي، والإمام هو المصرح به، وكلام الأصحاب مطلقًا لم يذكروا فيه خلافًا لمذهبنا، وعبارة «الخلاصة» ظاهرة في الاشتراط حيث قال: وأركانه ثلاثة:

الأول: القذف، فلا لعان إلا بعد قذف.

الثاني: الملاعن: وهو كل زوج مكلف.

الثالث: أن يعجز الزوج بعد القذف عن إقامة البينة بزناها، وإسقاط الحد عن نفسه بطريق آخر، انتهى.

وأخذ هذا من «مختصر الجويني» والذي في «الخلاصة» مختصره، فإنه قال: إذا قذف الرجل امرأته قذفًا صريحًا، وعجز عن إقامة البينة وطلبت المرأة الحد؛ وجب عليه اللعان، وتبعه صاحب «المعتبر» فاستدل بالآية.

وَلَهَا لِدَفْعِ حَدِّ الزِّنَا].

وقال الصبغي في «شرحه»: الآية تدل على أن العجز عن إقامة البينة يشترط جواز اللعان، وأجمع العلماء على أنه لا يشترط، فيجوز له اللعان مع القدرة على البينة، وتأويل الآية: فإن لم يرغب في إقامة البينة؛ فليأت باللعان لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] انتهى.

وقد لزم الشيخ أبو محمد هذه العبارة الموهمة، فقال في «فروقه»: ولو قال لزوجته: يا زانية؛ وجب عليه لعانها إذا طالبته وعجز عن إقامة البينة، انتهى.

وكلامه مُؤَوَّلٌ، وعبارة جماعة: إذا قذف زوجته أو غيرها، وعجز عن إقامة البينة بزناها؛ فله تحليفها على الأشهر، ويجوز أنه اختار ذلك كما ذهب إليه غيرنا، وإن لم يقله أحد من أصحابنا، وأفهم كلامه في «الفروق» أنه يجب عليه اللعان، وإن لم يكن ولد يريد نفيه، وهو حسن غريب.

قال: (**وَلَهَا لِدَفْعِ حَدِّ الزِّنَا**) أي: المتوجه عليها بلعانه؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور: ٨] وهذه ثمرة لعانها؛ إذ لو لم تمكن منه لتضررت، قيل: وليس في ذكر المسألة هنا كثير فائدة فقد علم مما سبق؛ لأنه لا يتعلق بلعانها إلا سقوط الحد عنها، وقد يفهم كلام المصنف هذا أنها متى حدت ببينة، أو بلعان الزوج فليس لها اللعان بعد ذلك؛ إذ لا فائدة فيه، وذلك مقتضى كلام الأصحاب تصريحًا، وتلويحًا.

وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، ووجه تمكينها منه؛ لإظهار تصديقها نفسها، وقد يقرب فيما لو حدت بلعانه، ولا سيما إن قالت: جهلت أن لي ذلك، وأنا بريئة مما رماني به، أما بعد حدها بالبينة فلا معنى له، ألا ترى أنها تلتعن بعد لعانه قبل حدها، ولا تلتعن بعد إقامة البينة بزناها؛ لأن اللعان حجة ضعيفة لا تصلح لمعارضة البينة، ولم نر في هذا خلافًا.

وفي نسخة من «تعليق القاضي الحسين» ما يفهم ثبوت خلاف فيه؛ ولكنها سقيمة، ويشبه أن يكون أخذه من الوجه القائل: فإنها تلتعن بعد حدها بالبينة، وليس بجيد.

....

تنبيهات: لو أرادات معارضة بينة بزناها أنها ما زنت لم تسمع؛ لأن البينة لا تسمع على النفي المطلق، نعم، تسمع على النفي المحصور كما هو مبين في موضعه، ولا يخفى مثاله هنا، وقد تقيم بينة بأنها مكنت مكرهة، أو مجنونة، أو أنها عذراء، ويكون لها مع قدرتها على ذلك أن تلاعن بعد لعانه.

فإن قلت: قول المصنف: (ولها) يفهم أنه لا يلزمها ذلك؛ بل إن شاءت التعنت بعد الحد، وإن شاءت تركته، وفيه إشكال إذا كذب عليها، وهي عفيفة في نفس الأمر، ولا سيما إن كان الحد الرجم مع ما فيه من أذى أهلها وتعيرهم بها.

قلتُ: ما ذكرته ظاهر، وفي «الروضة»: واعلم أن الرجل لا يجبر على اللعان بعد القذف؛ بل له الامتناع، وعليه حد القذف كالأجنبي، وكذا المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانه، انتهى.

وعدم الإجبار ظاهر، وأما جواز تركه له مع تحقق زناها والتزامه الحد والتفسيق، وبطلان عدالته، ورد روايته، وهو محق؛ فبعيد، وسبق عن «فروق أبي محمد»: أنه يجب عليه لعانها، وكذلك التزام المرأة حد الزنا جلدًا، أو رجمًا مع علمها ببراءتها أبعد؛ لما فيه من إلزام أهلها عارها، وبطلان حصانتها، وغير ذلك من المفاسد.

والذي يظهر أنه يلزم كل واحد منهما فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان صادقًا أن يدفع ما ذكرناه عن نفسه باللعان؛ إذا تعين طريقًا في دفعه، وعليه يحمل كلام الجويني، وأكاد أقطع بأنه لا يجوز لها أن تدعي ذلك، ويكون من رجمها، وليس ذلك من الاستسلام للقائل في شيء، والله أعلم.

قضية إطلاق المصنف وغيره أن للخرساء المفهمة أن تلاعن لدرء الحد عن نفسها كما يلاعن الأخرس، وسبق عن «فروع ابن الْقَطَّان» أن الشَّافِعِي قال: إن الخرساء لا تلاعن واستشكله، وقال: إن الأشبه بأصولنا أنها تلاعن، وهو كما قال، ولا أدري أين قال الشَّافِعِي هذا.

قال المصنف: [فَصْلٌ لَهُ اللِّعَانُ لِنَفْيِ وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ وَزَالَ النِّكَاحُ، وَلِدَفْعِ حَدِّ الْقَذْفِ وَإِنْ زَالَ النِّكَاحُ، وَلَا وَلَدَ، وَلِتَعْزِيرِهِ، لَا تَعْزِيرَ تَأْدِيبٍ لِكَذِبٍ كَقَذْفِ طِفْلَةٍ لَا تُوطَأُ، ....

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

لَهُ اللِّعَانُ لِنَفْيِ وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ وَزَالَ النِّكَاحُ) أي: بطلاق أو غيره؛ لحاجته إليه، وقوله: (له) قد يفهم منه أنه لا يجب عليه، ولا شك أنه يجب عليه؛ إذا كان هناك ولد علم أنه ليس منه كما سبق بيانه؛ إذ يحرم عليه تحريما غليظًا أن يستلحق أجنبيًا أو يسكت عن نفي من ليس منه(١).

قال: (**وَلِدَفْعِ حَدِّ الْقَذْفِ وَإِنْ زَالَ النِّكَاحُ، وَلَا وَلَدَ**) أي: له اللعان لأجل ذلك، وإن لم يتعلق به دفع فراش، ولا نفي ولد، وفي وجوب ذلك عليه باطنًا ما سبق من البحث بأنه لم يكن مراد الجويني.

قال: (**وَلِتَعْزِيرِهِ**) أي: وله اللعان أيضًا لدفع تعزير القذف، كما لو قذف زوجته الرقيقة، أو الكتابية، أو الصغيرة الممكن جماعها، هذا هو المذهب، وقيل: لا يلاعن لإسقاط التعزير المذكور.

قال: (**لَا تَعْزِيرَ تَأْدِيبٍ لِكَذِبٍ كَقَذْفِ طِفْلَةٍ لَا تُوطَأُ**) أي: لا يمكن وطؤها لصغرها، فإنه لا يلاعن لإسقاطه وإن بلغت وطالبته على الصحيح؛ للعلم بكذبه؛ بل يعزر تأديبًا على الكذب، ومن تعزير التأديب قوله: زنى بك ممسوح، أو ابن شهر مثلًا، أو قال لرتقاء أو قرناء: زنيت؛ فيعزر للأذى، ولا تلاعن له على الصحيح.

ويشبه أن يكون ما ذكر في قرناء ورتقاء خلقت كذلك، أما من طرأ لها ذلك فقد ألحق بها العار بإطلاقه القذف، وقد يقال: إنه ألحق بها العار مطلقًا؛ إذ التمكن في دبرها متصور، فيتجه أن يسأل عند دعواها إرادته ذلك، ويترتب على جوابه حكمه.

---

(١) انظر «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٣٤/ ٤٣٩).

....

إشارات: مقصود هذه الجملة بيان أنه لا يشترط اجتماع ثمرات اللعان؛ بل منها ما يجوز له اللعان وحده، ومنها عكسه، فمن الأول ما صدر به الفصل، وقد يكون اللعان واجبًا عليه كما بيناه اقتصارًا على استيفاء هذا التعزير الأخير فقط، ويقتضي أن لو قذفها بزنا ثبت بالبينة، أو بالإقرار؛ أنه يلاعن لإسقاط تعزيره.

وقد نصَّ في «المختصر»: أنه يعزر إن طلبت ذلك، ولا يلتعن، ونص في «الأم»: أنه يعزر إن طلبت ذلك إن لم يلتعن، وللأصحاب فيها طريقان، قال في «أصل الروضة»: وللأصحاب طرق أشهرها: قولان: أظهرهما: لا يلاعن.

والطريق الثاني: وهو الأصح، لا يلاعن قطعًا.

والثالث: يلاعن قطعًا، وتأول رواية المزني.

والرابع: إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية وأثبته ببينة ثم قذفها به؛ لم يلاعن، وإن قذفها بزنا في الزوجية وأثبته ببينة ثم قذفها به؛ لاعن، وحمل النصين عليهما، ثم ظاهر نصه في الروايتين أنه لا يعزر إلا بطلبها، وهو الصحيح، وبه قال الجمهور.

وقال **الْقَفَّال**: لا يتوقف على طلبها، وزيفه الإمام فقال: ليس هذا موضع الخلاف إنما موضعه: إذا أضاف الزنا إلى حالة لا تحتمل الوطء، بأن قال: زنيت وأنت بنت شهر، انتهى.

وصرح **الْمَاوَرْدِي** بوجهين فيهما:

أَحَدُهُمَا: لَا يُعَزَّرُ حَتَّى تَبْلُغَ فَتُطَالِبَ.

وَالثَّانِي: يُعَزَّرُ قَبْلَ بُلُوغِهَا؛ لِأَنَّ تَعْزِيرَ الْقَذْفِ حَدٌّ مَوْقُوفٌ عَلَى بُلُوغِهَا، وَتَعْزِيرَ السَّبِّ أَدَبٌ يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ قَبْلَ بُلُوغِهَا، فَعَلَى هَذَا فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَوْقُوفُ الِاسْتِيفَاءِ عَلَى الْمُطَالَبَةِ مِنَ الْوَلِيِّ لِقِيَامِهِ بِحُقُوقِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَوْكُولٌ إِلَى الْإِمَامِ فِي اسْتِيفَائِهِ لِقِيَامِهِ بِالْمَصَالِحِ.

ما تقدم من اختلاف روايتي الربيع والْمُزَنِي هو فيما إذا ثبت زناها ببينة،

وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِزِنَاهَا أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلَا وَلَدَ أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الْحَدِّ أَوْ جُنَّتْ بَعْدَ قَذْفِهِ فَلَا لِعَانَ فِي الْأَصَحِّ، ....

أو إقرارها، أما لو ثبت بلعان الزوج بأن التعن، وامتنعت فحدت، ثم قذفها الزوج بالزنا ثانيًا لم يحد لها؛ لأن لعانه كالبينة في حدها، وثبوت صدقه، ويعزر للسب والأذى، وليس له إسقاطه باللعان قولًا واحدًا، قاله الْمَاوَرْدِي، وقاله سليم، والْبَنْدَنِيجِي؛ لكن فرضا المسألة فيما إذا قذفها بالزنا الذي حدت فيه، وعليه اقتصر أبو حامد، وابن الصباغ، وغيرهما.

ووجه أن القذف هنا يقع بعد البينونة، وقال المحاملي في «المجموع»: ليس له إسقاط باللعان على الصحيح من المذهب.

وقال الدارمي: إن لاعنها ثم قذفها ثانية؛ لم تحد ونهي، فإن عاد عزر للأولى، فإن رماها به غيره حُد، وقيل: لا يحد، فإن رماها الزوج بغير ما لاعن عليه، أي: وقد التعنت هي، قال المروزي: يحد، وفي «شرحه»: يعزر إلا أن يلتعن، قيل: إنه افتراء عليه، يقال: اصبروا عليه فهو خطأ، وقال ابن أبي هريرة قولان: أحدهما: الحد، والثاني: لا شيء عليه.

قال: وإن التعن فأتت فحدت، ثم قذفها بآخر لم تحد، فإن قذفها أجنبي؛ قال المروزي كذلك، وقال ابن سُرَيْج، وابن سلمة: تحد، انتهى.

قال: (**وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ، أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِزِنَاهَا، أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلَا وَلَدَ، أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الْحَدِّ، أَوْ جُنَّتْ بَعْدَ قَذْفِهِ؛ فَلَا لِعَانَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: في المسائل الخمس، ووجه المنع: في الأولى؛ لأن اللعان حجة ضرورية وإنما يستعمل لغرض مهم وهو دفع نسب، أو عقوبة القذف، ولا ضرورة هنا.

ووجه المنع: فيما إذا أقام البينة أو صدقته، ولا ولد [فإنما انتفى اللعان فيها على الأصح؛ لبيان صدقه ظاهرًا](١).

ووجه الجواز: بأنه يفيد وقوع الفرقة، وتأبد التحريم، وغيرهما من الثمرات السابقة، فلأن يفيد أحدهما أولى.

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ١١٨).

ووجه المنع: فيما إذا سكت، فهو ليستوفي الأولى.

ووجه الجواز: أن الحد يلزمه في ظاهر الحكم، وأما طلبه متى شاءت فكان له إسقاطه، كمدبر له حجة بالإبراء له إقامتها وإن لم يطالبه رب الدين به، قال الْمُتَوَلِّي: وفيه نظر، وسنتكلم عن الرابعة والخامسة.

تنبيهات: لو قال: (وقد عفت عنه) كان أحصر وأشمل؛ إذ حكم كل تعزير يلاعن عنه حكم ما يوجب الحد، كما سبق.

وما ذكره من الترجيح في المسائل الثلاث الأول، فكما ذكر رجحه العراقيون وغيرهم، ورتب القاضي الحسين مسألة التصديق على مسألة العفو، وجعل صورة التصديق أولى بعدم اللعان.

وقول المصنف: (ولا ولد) إشارة على أنه إن كان ولد أو حمل؛ كان له اللعان قطعًا لاحتياجه إلى نفيه؛ لكن ذكره ذلك عقب المسائل الثلاث الأول؛ يوهم قصر التقييد عليها دون الرابعة والخامسة، وليس بمراد؛ بل حكمها ما سبق، إن كان نسب ينفيه كان له اللعان، وإلا فحكمهما مرتب على المسائل الثلاث الأول إن مكناه فيها من اللعان، فهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لأن الحد فيهما باقٍ، والمطالبة متوقعة.

وكلام الرَّافِعِي يدل على أن مسألة المجنونة أولى بعدم اللعان من مسألة السكوت؛ لأن مطالبة المجنونة إنما تتوقع بعد زوال المانع، ومطالبة الساكتة تتوقع كل وقت، وأما الترجيح في المسألتين، فقال الإمام في مسألة السكوت: المذهب الصحيح أن له اللعان، ورجحه القاضي أبو الطيب في مسالة المجنونة، ونسبه إلى أبي إسحٰق، وعليه أصحابنا؛ لحاجته إلى براءته في الحد كالمديون، ورجحه ابن الصباغ، وقال: إنه ظاهر كلام الشَّافِعِي في المجنونة، وكذا قال سليم فيها، ورجحه الشيخ نصر في «تهذيبه».

وظاهر كلام «المختصر» أول الباب يدل على توقف اللعان على الطلب، وفي كل من رجح اللعان في المجنونة ففي الساكتة أولى؛ لما سبق، وادعى

وَلَوْ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بِزِنًا مُطْلَقٍ أَوْ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ النِّكَاحِ لَاعَنَ إِنْ كَانَ وَلَدٌ يَلْحَقُهُ فَإِنْ أَضَافَ إِلَى مَا قَبْلَ نِكَاحِهِ فَلَا لِعَانَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ....

الرَّافِعِي أن الجمهور على عدم اللعان فيهما.

ونقل القاضي أبو الطيب خلافه عن عامة الأصحاب، وينازعه في ذلك بما ذكرناه أن رتبة الخلاف في المسائل الخمس غير متحدة وهي أولى من بعض، وأن جماعة رجحوا في مسألتي السكوت والمجنونة الجواز، وهو قول الجمهور، كما قاله أبو الطيب، ثم الواجب للمجنونة في مسألتنا الحد، وكذا لو قذفها في جنونها بزنا أضافه إلى إفاقتها. أما لو قذفها بزنا في جنونها؛ فالواجب التعزير، وحكم اللعان للحد كما سبق، ومتى لاعن غير المجنونة، أما عند وجود ولد، أو عند عدمه إن مكناه منه تعلق بلعانه الأحكام المتعلقة بلعان الزوج إلا أنها لا تحد في جنونها؛ بل ينتظر إفاقتها، فإذا أفاقت فإما أن تلتعن، أو تحد، ولا عبرة بطلب ولي المجنونة والصغيرة التي لا توطأ، ولا سيد الأمة؛ لأن الحق لها دون الولي والسيد.

قال: (**وَلَوْ أَبَانَهَا**) أي: بثلاث، أو بخلع، أو غيره، أو فسخ، أو انقضت عدة رجعية، (**أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بِزِنًا مُطْلَقٍ، أَوْ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ النِّكَاحِ؛ لَاعَنَ إِنْ كَانَ وَلَدٌ يَلْحَقُهُ**) أي: لحاجته إلى النفي كما في صلب النكاح، وإلا فلا، أي: وإن لم يكن ولد يلحقه فلا يلاعن؛ إذ لا ضرورة به إلى القذف بعد البينونة.

في «شرح الشيخ أبي علي»: له اللعان؛ إذا كان قد أضاف الزنا إلى حالة النكاح؛ لأنها لطخت فراشه بزعمه، وكان مضطرًا إلى القذف حينئذٍ.

إشارة: كان الأحسن والأشمل أن يقول: (ولو بانت)؛ ليشمل ما إذا فسخت نكاحه بأحد أسبابه.

قال: (**فَإِنْ أَضَافَ إِلَى مَا قَبْلَ نِكَاحِهِ**) أي: بأن قال بعد بينونتها: زنيت قبل أن أتزوجك، والحكم في الحالين سواء.

(**فَلَا لِعَانَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ**) أي: وعليه الحد؛ لأنه قذف غير محتاج إليه، فلا يلاعن له كقذفه الأجنبية.

وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي الْأَصَحِّ لَكِنْ لَهُ إِنْشَاءُ قَذْفٍ وَيُلَاعِنُ، ....

قال: **(وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي الْأَصَحِّ)** هذا ما رجحه الْبَغَوِي وغيره، ونسب إلى أبي إسحٰق.

وقال الشيخ أبو حامد، والْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب، والمحاملي في «المجموع»: إنه الصحيح؛ لأنه يفتقر بترك التأريخ؛ لأنه كان عليه أن يطلق القذف ولا ينسبه إلى ما قبل الزوجية.

والثاني: له اللعان كما لو قذف مطلقًا وقد نوى الولد من ذلك الزنا، وبهذا قال أبو علي بن أبي هريرة، والطبري، ورجحه القاضي أبو الطيب، وقال: إنه جرى على القياس، والإمام والرُّويَاني، والجرجاني في «الشافي».

فعلى هذا إن لاعن سقط عنه الحد، وهل تحل له المرأة؟ وجهان، إن قلنا: لا، فهل لها معارضته باللعان؟ أصح الوجهين في «التهذيب»: لا.

تنبيه: ظاهر كلام الرَّافِعِي في «الشرح الكبير» ترجيح المقابل للأصح في «الكتاب» وقال في «الشرح الصغير»: وجهان:

أحدهما: لا يلاعن؛ لتقصيره بذكر التأريخ، وأظهرهما: عند أكثرهم أن له اللعان، كما لو قذف مطلقًا، وهذا هو المختار خلافًا لترجيح «المحرر» و«المنهاج».

قال مفرعًا على ما رجحه: **(لَكِنْ لَهُ إِنْشَاءُ قَذْفٍ وَيُلَاعِنُ)** أي: لنفي النسب؛ لضرورته إليه، فإن لم يفعل؛ حد.

قلت: ويجب عليه أن يلتعن لنفي النسب عند تحققه أنه ليس منه، كما سبق.

وقال ابن الرِّفْعَة: ومفهوم كلام الرَّافِعِي أنه إن أنشأ قذفًا، ولاعن؛ أنه لا يحد.

لكن قضية كلام القاضي الحسين في «تعليقه»: أنه يحد، فإن قال: ليس له اللعان؛ فعليه الحد، وله أن ينشئ قذفًا، ويلاعن لنفي النسب.

قلت: وعبارة الْبَغَوِي في «تعليقه»: فعليه الحد، وليس له اللعان، اللهم

وَلَا يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدِ تَوْأَمَيْنِ].

إلا إذا كان هناك ولد ففي جواز لعانه لنفي الولد وجهان.

ولفظ «التهذيب»: وعليه الحد، وإن كان ثَمَّ ولد هل له أن يلاعن؟ وجهان: **أحدهما**: له ذلك؛ لأنه نسب يلحقه، فحكم النكاح كما لو قذفها مطلقًا، فعلى هذا إذا لاعن سقط عنه الحد.

والثاني: وهو الأصح، ليس له أن يلاعن؛ ويحد، فعلى هذا له أن ينشئ قذفًا، ويلاعن لنفي النسب، انتهى.

فنصب الخلاف في النفي خاصة، وعبارة «الكافي»: وعليه الحد، وإن كان ثَمَّ قذف يريد نفيه، فهل له أن يلاعن؟

اختلف أصحابنا فيه، والأصح ليس له ذلك؛ لأنه قذفها بزنا لا يتلطخ به فراشه، فلا يتمكن من إثباته باللعان، فلو قذف بعد ذلك مطلقًا فله أن يلاعن؛ لإسقاط الحد، ونفي النسب، انتهى. فصرح بأن له الالتعان؛ لنفي الأمرين، كما أفهمه كلام الرَّافِعِي.

فرع: ولو قذفها، ثم أبانها؛ لاعن لنفي الولد، فإن لم يكن؛ فله أن يلاعن لإسقاط الحد إن طلبت، فإن لم تطلب، أو عفت؛ ففيه الخلاف السابق.

وإذا التعن؛ وجب عليها الحد، ولها إسقاطه باللعان، وفي تأبد الفرقة بلعان جرى بعد البينونة وجهان: **أصحهما**: تتأبد.

قال (**وَلَا يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدِ تَوْأَمَيْنِ**) أي: وفاقًا؛ لأن الله ـ سبحانه وتعالى ـ لم يجر العادة بأن يجتمع في الرحم ولد من ماء رجل، وولد من ماء آخر.

قال الإمام: لأن الرحم إذا اشتمل على المني انسد فمه، فلا يتأتى منه قبول مني آخر، فإن نفى أحدهما واستلحق الآخر؛ لحقاه، وإن نفى ولدًا، ثم أتت بآخر لدون ستة أشهر؛ فهما حمل واحد، فإن نفى الثاني بلعان آخر انتفى، وهذا يحتاج فيه إلى ذكر الولد الأول، وفيه وجهان.

ورجح الفوراني في كتابه: الاحتياج، والرُّويَانِي عدمه، وهو أقوى، ولعله قضية كلام الجمهور، ولا تحتاج المرأة إلى إعادة لعانها على الأصح، فإن

استلحق الثاني، أو سكت مع إمكان النفي كما سبق؛ لحقاه معًا، وحينئذٍ هل يحد بقذفه؟ نظر إن لحقاه باستلحاق الثاني صريحًا؛ حد، كما لو أكذب نفسه، وإن لحقاه بسكوته عن نفي الثاني لا يحد؛ لأنه لم يتناقض قوله. واللحوق بالسكوت بالشرع.

قال في «البيان»: لو أتت بولد فلاعن عنه، ثم مات الزوج، فوضعت آخر لدون ستة أشهر مع وضع الأول؛ لحقاه جميعًا، وللمسألة فروع كثيرة، ذكرت منها طرفًا صالحًا في «الغنية» يشتمل على فوائد.

فروع حسنة: نختم بها الباب ختم الله لنا بالحسنى:

أحدها: قال الرَّافِعِي فيما جمع من «فتاوى الْقَفَّال» وغيره: إن سقوط حد القذف، وعدم حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان، إلا في مسألتين:

أحدهما: إذا أقام القاذف بينة بزنا، وأقامت بينة على أنها عذراء.

الثانية: وإذا أقام شاهدين بإقراره بالزنا، وقلنا: لا يثبت الإقرار به بشاهدين، ففي سقوط حد القذف وجهان، والظاهر السقوط.

قال الرَّافِعِي: وكأن المراد بما سبق صورة التلاعن، فإن الزوجين إذا تلاعنا ارتفع الحدان، ولو أقام بينة بإقرار المقذوف بالزنا؛ سقط الحد، فلو رجع المقذوف عن الإقرار؛ سقط حد القذف، وعدم حد الزنا على المقذوف.

وزاد المصنف: قلت: مراد القفال لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجوب حد الزنا ولا يقبل رجوعه إلا في المسألتين الأوليين فلا يرد عليه الأخريان؛ لأنه وجب فيهما حد الزنا ثم سقط بلعانها أو بالرجوع؛ ولهذا قال: وعدم حد الزنا عن المقذوف، ولم يقل: وسقوط حد الزنا، كما قال: سقوط حد القذف، فالحاصل: أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع وجوب حد الزنا إلا في المسألتين الأوليين، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع مسائل، والمراد السقوط بحكم الشرع لا بعفو ونحوه، والله أعلم، انتهى.

....

وهنا مهمات:

الأولى: لك أن تقول: المسألة الأولى مما استثناه الْقَفَّال وجب الحد فيها بإقامة البينة بزناها، ثم سقط عنها ببينتها، فدل على أنه لم نلحظ هنا ما ذكره المصنف وغيره، بعدم الوجوب عن توجه المطالبة بالحد، إما لعدم وجوبه، أو لسقوطه بعد فعل؛ لذا لو قذف من سقط إحصانه بوَطْءِ مَحْرَمِهِ الْمَمْلُوكَةِ؛ فلا حد على القاذف، ولا عكسه، فقد اجتمع سقوط حد القذف مع عدم الحد على المقذوف. وكذلك حد من سقط إحصانه بغير الزنا، فإن قبل سقوط الحد عن القاضي يقتضي أنه وجب، ثم سقط، وغير المحصن لا يجب الحد بقذفه، فلا يرد هذا.

قلت: قد يقال ذلك؛ لكن لو قذف عفيفًا طاهرًا؛ فإنا نوجب عليه الحد، فلو وجد من المقذوف وطء؛ تسقط الحصانة، فقد اجتمع سقوط حد القذف مع عدم الوجوب على المقذوف، فهذه صورة ثالثة، ترد على حصر الْقَفَّال.

الثانية: ترجيح السقوط في الثانية من مسألتي الْقَفَّال؛ بعيد، والراجح فيها عدم السقوط، وهو قضية كلام الجمهور، وأورد كثيرون سواه، وإنما رجح السقوط الْقَفَّال، وادعى أنه ظاهر النص، وفيه نظر.

قال: الشَّافِعِي نص على أن القاذف لو أقام شاهدين بإقرارها بالزنا؛ أنه لا يجب الحد عليها، ولا عليه، وعدم وجوبه عليها جاز أن يكون؛ لرجوعها عن الإقرار، لا لنقصان بينة الإقرار، وحينئذٍ لا شاهد فيه؛ لما ذكره.

الثالثة: المراد من صورة الرجوع عن الإقرار ما إذا رجع بعد القذف، أما لو رجع قبله، ثم قذفه؛ فالمتجه وجوب الحد، ويحتمل أن يخرج فيه وجه بما حكاه ابن كج من أنه لو أقر بالزنا وهو محصن، ثم رجع عنه، ثم قتله مسلم لا يقتل به؛ على وجه صححه ونسبه إلى أبي إسحٰق.

الفرع الثاني: قال الشيخ أبو محمد في «الفروق»: إِذَا قَذَفَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهَا حِينَ قَذَفَهَا؛ لِكَوْنِهَا مُنْتَقِبَةً بِخِمَارٍ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي ظُلْمَةٍ، ثُمَّ

بَانَ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ؛ فَلَيْسَ ذَٰلِكَ بِقَذْفٍ وَلَا لِعَانٍ، فإن ادعت علمه، فجحده؛ فالقول قوله مع يمينه أنه لم يعرفها.

قال: وَإِنَّمَا فَصَلْنَا بَيْنَ هَٰذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَسَائِرِ مَسَائِلِ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ مَنْ يَقْذِفُ فَظَاهِرُ الْقَذْفِ أَنَّهُ إِخْبَارٌ، فَإِذَا عَجَزَ عَنْ تَصْدِيقِ ذَٰلِكَ الْخَبَرِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ أَوِ اللِّعَانُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْرِفُ الْمَقْذُوفَةَ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يُخْبِرَ عَنْ أَحْوَالِهَا وَارْتِكَابِهَا الزِّنَا، وربما يقصد الرجل أن يتعرض لغيره بالأذى، ولا يتصور بصورة قاذف. ألا ترى لو أن رجلًا أصابه حجر رمي ولم يعلم من الرامي، فقال: من رماني فهو زانٍ، وهو لا يعرفه؛ لم يكن ذلك منه قذفًا، وأما إذا تداعيا، وتنازعا في العلم والجهل؛ فحالة التداعي غير هذه المسألة، والقول قوله مع يمينه، هذا لفظه. وما قاله مشكل، والمتبادر من كلامهم خلافه؛ لأنه وجه القذف إليها بعينها، سواء عرفها، أم جهلها، وقوله: «فَإِذَا عَجَزَ عَنْ تَصْدِيقِ ذَٰلِكَ الْخَبَرِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ أَوِ اللِّعَانُ»؛ مشكل أيضًا.

وفي «فتاوى شيخه الْقَفَّال»: إنه إذا قذف امرأة رجل وهو لا يعرفها؛ لكن يعرف أن له امرأة؛ كان قذفًا، فإن الشَّافِعِي قال: لو قال، أي: بعد أن رمي بحجر، من رماني فهو زانٍ، فلا يكون قذفًا، انتهى.

الثالث: إذا قذفها الزوج، ثم شهد أربعة عدول بزناها؛ فله اللعان لنفي النسب، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَذَفَهَا قَبْلَ الشَّهَادَةِ فَهَلْ يَسْتَغْنِي بِالشَّهَادَةِ عَنِ التَّلَفُّظِ بِقَذْفِهَا، أَمْ لَا؟ قال الْمَاوَرْدِي: عَلَى وَجْهَيْنِ مُحْتَمَلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نعم يَسْتَغْنِي بِهَا عَنِ الْقَذْفِ؛ لِثُبُوتِ الزِّنَا عَلَيْهَا، فَعَلَى هَذَا يَقُولُ فِي لِعَانِهِ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ، إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِي زِنَاهَا، وَلَا يَقُولُ: فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزِّنَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْمِهَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَسْتَغْنِي بِالشَّهَادَةِ عَنِ الْقَذْفِ؛ للآية، فَجَعَلَ رَمْيَهُ شَرْطًا فِي لِعَانِهِ، فَعَلَى هَذَا يَسْتَأْنِفُ الْقَذْفَ، وَيَأْتِي بِاللِّعَانِ عَلَى صِفَتِهِ.

الرابع: قال في «أصل الروضة»: لو قال زنيت وأنت مجنونة، أو كافرة،

……

فأقرت بتلك الحالة، وقال: أردت القذف في الحال، فعن الشيخ أبي حامد أن القول قولها، واستبعده ابن الصلاح وغيره، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو قال لَهَا: زَنَيْتِ وَأَنْتِ نَصْرَانِيَّةٌ أَوْ يَهُودِيَّةٌ، وعلم أَنَّهَا كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً؛ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ بِقَذْفِهَا فِي حَالِ النَّصْرَانِيَّةِ؛ لِعَدَمِ كَمَالِهَا، وَيُعَزَّرُ تَعْزِيرَ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُ قَاذِفٌ، وَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ مِنْهُ، فَلَوِ اخْتَلَفَا فَقَالَتْ: أَرَدْتَ قَذْفِي بَعْدَ إِسْلَامِي فَعَلَيْكَ الْحَدُّ، وَقَالَ: بَلْ أَرَدْتُ قَذْفَكِ قَبْلَ إِسْلَامِكِ فَلَا حَدَّ عَلَيَّ؛ فَالَّذِي قَالَهُ أَبُو الْقَاسِمِ الدَّارَكِيُّ، وَأَبُو حَامِدٍ الْإِسْفَرَايِينِيُّ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَعَلَيْهِ الْحَدُّ إِلَّا أَنْ يُلَاعِنَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: زَنَيْتِ يَقْتَضِي الْقَذْفَ فِي الْحَالِ، وَقَوْلَهُ: وَأَنْتِ نَصْرَانِيَّةٌ يَقْتَضِي الْإِخْبَارَ عَنْ تَقَدُّمِ حَالِهَا، فَصَارَ الظَّاهِرُ مَعَهَا. وَالَّذِي أَرَاهُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا وَصَلَ قَوْلَهُ: زَنَيْتِ، بِقَوْلِهِ: وَأَنْتِ نَصْرَانِيَّةٌ؛ كَانَ أَظْهَرُ احْتِمَالَيْهِ إِضَافَةَ الزِّنَا إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ لِيَكُونَ أَحَدُهُمَا تَعَلَّقَ بِالْآخَرِ، وَلَوِ اسْتَوَى الِاحْتِمَالَانِ لَوَجَبَ أَنْ تُدْرَأَ الْحُدُودُ بِالشُّبُهَاتِ، انتهى.

وهذا هو الوجه؛ لأن الجملة حالية، فهو كما لو قال: زنيت في حال كونك نصرانية، وقد أطلق الشَّافِعِي القول بأنه لو قال لها، وقد كانت نصرانية، أو أمة: زنيت وأنت نصرانية، أو أمة؛ أنه لا حد عليه.

وفي «حلية الشَّاشِي»: ولو قال لزوجته: زنيت، وقال: أردت وأنت نصرانية، فقالت: بل أردت رميي بالزنا بعد الإسلام، ذكر الداركي، والشيخ أبو حامد: إنها تصدق بيمينها.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن القول قوله بيمينه، ولا حد عليه، فإن لم يعرف حالها فمن المصدق بيمينه منهما؟ فيه قولان، وحكم الاختلاف في الرق والحرية كذلك، انتهى.

وقال في «أصل الروضة»: ولو أطلق النسبة إلى الزنا، ثم قال: أردت في الصغر أو الجنون أو الكفر أو الرق؛ لم يقبل منه على المذهب، وبه قطع الجمهور سواء عهد لها ذلك الحال، أم لا، فإن قال: هي تعلم أني أردت

....

هذا؛ حلفت على نفي العلم، وحد لها.

وقال السرخسي: إن عهد تلك الحال قبل فعزر، وإلا فقولان، انتهى.

قيل: وما قاله السرخسي متجه؛ لأن القذف إخبار عن زنا سابق، مسكوت عن رميه، ولا دلالة بلفظ على زمن بخصوصه، ولا ظاهر يقتضي زمنًا معينًا، فإذا أراده زمنًا معهودًا، فقد ادعى أمرًا محتملًا، وأزال ما قد سبق على الفهم من نسبتها إلى الزنا في حال الكمال، وما يلحقها به من المعرة، والحدود تدرأ بالشبهات، فينبغي تصديقه في ذلك، وليس كقوله: أنت طالق، ثم يقول: قصدت إن دخلت الدار؛ لأن الطلاق يقع منجزًا، أو معلقًا، وكلٌّ له صيغة تخصه، والمأتي به صورته التنجيز، فلا يقبل صرفه إلى غير معناه؛ لأنه خلاف الظاهر، بخلاف بيان زمن الزنا الذي نسبه إليها، انتهى. وهذا حسن.

فرع: إذا قذف امرأة رجلٍ، فقال له الرجل: صدقت، قال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: فلا نص فيها للشافعي، والذي يجيء على مذهبه أنه إن نوى بتصديقه القذف؛ كان قاذفًا، وإلا فلا.

وقال أبو ثور: يكون قذفًا، وقال أبو حنيفة: لا يكون قذفًا بكل حال، وبناه على أصله: أن القذف لا يكون إلا بالتصريح دون الكناية.

فرع: قال ابن المنذر: إذا وقعت الفرقة بينهما باللعان، فعلى الحاكم أن يعلمهما ذلك، وإن كانا جاهلين، كما أعلمهما النبي ﷺ: **«ألا سبيل له عليها»**(١).

فرع: النسبة إلى سائر الكبائر غير الزنا، والإيذاء بسائر الوجوه لا يتعلق به حد، ويجب فيه التعزير، ولو قال لها: زنيت بفلانة، أو زنيت بك، ونسبها إلى إتيان المرأة، إن قال: ساحقت، أو أنت تساحقين، هذا هو المعروف، وفي «فتاوى للقاضي الحسين»: لو قال لامرأته: يا مساحقة؛ فليس بتصريح؛ بل كناية، ولها تحليفه ما أراد قذفها، انتهى. وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

---

(١) تقدم تخريجه.

كِتَابُ الْعِدَدِ

قال المصنف: [عِدَّةُ النِّكَاحِ ضَرْبَانِ: الأَوَّلُ: متعلِّقٌ بفُرقةِ حيٍّ بطلاقٍ، أو فَسْخٍ وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَ وَطْءٍ، ....

قال الشارح: قال الأزهري: هو جمع: عِدَّةٍ، وأصلها من العد، وهي شرعًا: اسم لمدة معدودة تتربص بها المرأة؛ لتعرف براءة الرحم، إما بوضع حمل، أو أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُر، كما سيأتي.

والأصل فيها قبل الإجماع الآيات الواردة فيها، والسنن المروية في الباب، والعدة تنقسم إلى ما هو محض تعبد، أو هو عدة الوفاة، وإلى معنى التعبد، والبراءة، فالعدة الواجبة بالفرقة الواقعة بعد الدخول بطلاق، أو ردة، أو فسخ، أو رضاع، ونحوها، ووجوه التعبد فيها أنه لا يعتبر لوجوبها تحقق التنقل، ولا توهمه.

قال: **(عِدَّةُ النِّكَاحِ ضَرْبَانِ: الأَوَّلُ: متعلِّقٌ بفُرقةِ حيٍّ بطلاقٍ، أو فَسْخٍ)** عبارة «المحرر»: كفرقة الطلاق، والفسخ، واللعان، وحذف المصنف قوله: «واللعان»؛ لشمول الفسخ له، وألحق لفظ اللعان بلفظ فسخ النكاح.

قال: **(وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَ وَطْءٍ)** أي: المفهوم من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وإطلاقه الوطء يشمل القبل، والدبر، والمختار، والمكره، والعاقل، والمجنون، والصغير، والكبير، سواء كان ذلك بفعله، أو فعلها، وإن نزلت عليه وهو نائم، أو مغمى عليه، وهو صحيح.

وفي وطء الدبر وجه، وسبق في فصل التحليل أن وَطْء الطِّفْلِ الَّذِي لَا يُحَلِّلُ، وَوَطْءُ طِفْلَةٍ صَغِيرَةٍ كَبِنْتِ شَهْرٍ؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا عِدَّةَ بِذَلِكَ؛ بل هو كالعدم، ولو لف على ذكره خرقة وأولج؛ ففي اتجاه العدة وجه يأتي في

أَوْ اسْتِدْخَالِ مَنِيِّهِ، ....

الحدود إن شاء الله تعالى⁽¹⁾.

قال: (**أَوْ اسْتِدْخَالِ مَنِيِّهِ**) أي: على الصحيح؛ لأنه أقرب إلى العلوق من تغييب الحشفة. ولا عبرة بقول الطب: إن المني إذا ضربه الهواء؛ لا ينعقد منه الولد؛ لأن قوله بالظن لا ينافي الإمكان، ووجه المنع: عدم صورة الوطء.

تنبيهات: أطلق المسألة تبعًا «للمحرر» وغيره، وإنما تجب العدة به إذا خرج بسبب يتعلق به النسب، وقد نقل الرَّافِعِي في باب الغسل عن الأصحاب: أن العدة تجب باستدخال المني؛ إذا كان محترمًا، انتهى.

فلو أولج فأمنى فاستدخلته زوجته؛ فلا عدة، ويشبه أن يكون خروجه بمباشرة أجنبية بقبلة، ومفاخذة وغيرها كخروجه بالزنا، وكذا خروجه باستمنائه، وقد يقال: فيما لو انفصل مني الرجل بزنا فاستدخلته زوجته؛ ينبغي أن تجب به العدة كما لو وطئها ظانًّا أنها أجنبية؛ لكن بينهما فرق، فإن الواقع هناك خلاف ما ظنه، وانفصال الماء بسبب غير محترم ظاهرًا أو باطنًا.

نقل الْمَاوَرْدِي عن الأصحاب: أنه يشترط لوجوب العدة، ولحوق النسب باستدخال مني الزوج أن يوجد إنزال، واستدخال معًا في حال الزوجية؛ فلو أنزل ثم نكحها ثم استدخلت ماءه؛ فلا عدة ولا نسب، انتهى.

وهذا واضح إذا أنزل قبل الزوجية بسبب غير محترم، أما لو أنزل بسبب محترم كإنزاله على زوجته، أو أمته، ثم تزوج امرأة فاستدخلت ذلك الماء؛ ففيه نظر.

فرع: استدخالها مني من ظنته زوجها؛ يوجب العدة كوطء الشبهة إن كان انفصل منه على وجه محترم، وإن علمته ماء أجنبي؛ قيل: يشبه ألا تتعلق به العدة؛ لأن الشبهة في النسب والعدة تتعلق بالزوج، وصرح الْمُتَوَلِّي وغيره: بأن وطء المجنون الذي لا تمييز له في صورة الزنا يلحق النسب، ويوجب العدة كوطء المكلف بالشبهة.

---

(1) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٢٤٥).

وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ، لَا بِخَلْوَةٍ فِي الْجَدِيدِ.

قال: (**وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ**) أي: ليس من شروط وجوب العدة تحقق الرحم، ولا توهمه؛ بل يكفي جريان سبب شغل الرحم احتياطًا وتقييدًا، وما ذكره المصنف اختصره من قول «المحرر»: ولا فرق بعد الدخول بين أن يكون شغل الرحم موهومًا أو لا يكون، حتى لو علق الطلاق على براءة الرحم يقينًا وحصلت الصفة وجبت العدة؛ إذا كانت مدخولًا بها.

قال: (**لَا بِخَلْوَةٍ فِي الْجَدِيدِ**)؛ للآية السالفة؛ ولأن البراءة محققة مع انتفاء مظنتها، وسواء حصلت مباشرة فيما دون الفرج أم لا، وله في «القديم» قولان:

أحدهما: أنها تجب العدة إتباعًا لقول عمر، وعلي - رضي الله عنهما -.

والثاني: أنها ترجح جانب مدعي الوطء، فكل هذا لو اتفقا على عدم الإصابة ففي العدة وجهان، وعلى الأول من «القديم» قال أصحابنا: يشترط ما شرطه أبو حنيفة من عدم العوارض المانعة من الوطء كحيض، أو صوم، أو إحرام، أو معنى يحرم الجماع سوى ذلك.

قال الْمُتَوَلِّي: ولو وطئها فيما دون الفرج، وقلنا: العدة لا تتعلق بالخلوة؛ ففي وجوب العدة وجهان، والأقرب إلى كلام الأصحاب المنع، وبه أجاب في «الشامل» وينبغي أن يقال: إن قلنا: لا يتعلق به النسب فلا عدة؛ وإلا ففي العدة وجهان.

فرع: اخْتَلَفَا فِي الْوَطْءِ وَعَدَمِهِ؛ صُدِّقَ مُنْكِرُهُ، ويثبت حكم العدة في حق مدَّعيه إن ادَّعاه، ولو أن الطلاق رجعي؛ حرم عليه نكاح أختها وأربع سواها، وإن ادَّعته من التزويج مدة العدة، كذا في «التتمة» وهو الصواب، وفي «النهاية» في باب الإقرار بالنسب ذكر وجهين في وجوب العدة عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو قالت: استدخلت ماءه؛ فيشبه أن يقال: عليها العدة جزمًا؛ لأنها لم تنسب إليه فعلًا، وجعل الشرع القول قوله فيه بخلاف الوطء، وما قاله ظاهر؛ إذا سلَّم بالإنزال، أما لو أنكره؛ فيشبه أن يقال: عليها العدة يكون كإنكاره الوطء.

فَصْلٌ

وَعِدَّةُ حُرَّةٍ ذَاتِ أَقْرَاءٍ ثَلَاثَةٌ. وَالْقَرْءُ: الطُّهْرُ، فَإِنْ طَلُقَتْ طَاهِرًا انْقَضَتْ بِالطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ، ....

قال الشارح: قال:

(فصل)

وَعِدَّةُ حُرَّةٍ ذَاتِ أَقْرَاءٍ ثَلَاثَةٌ) قال تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

قال: (**وَالْقَرْءُ: الطُّهْرُ**) قاله زيد بن ثابت، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب فقهاء «المدينة» وروي عن عمر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم. قال الجويني في «السلسلة»: وهو قول أهل «الحجاز» وهو المعروف للشافعي، وحكي عنه مناظرة تُفهم نقل قوله: إنه الحيض، والمذهب الأول لوجوه:

منها: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: في زمن عدتهن كقوله: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي: فيه، وإذا كان المعنى في زمن عدتهن كان الإذن في الطلاق في زمن العدة، ومعلوم: أن الطلاق في الحيض محرم؛ فينصرف الإذن إلى زمن الطهر فيكون هو زمن العدة.

ومنها: أنه تعالى أثبت الهاء في قوله: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والهاء إنما تثبت في جمع المذكر، والأطهار جمع طهر مذكر، والحيض لو قدرت جمع حيضة.

ومنها: أن القرء مشتق من الجمع، يقال: قرأت كذا؛ إذا جمعته فيه، وإذا كان كذلك كان الطهر أحق من الحيض؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم، والحيض خروجه منه، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى ممن يخالفه.

قال: (**فَإِنْ طَلُقَتْ طَاهِرًا**) أي: وقد بقي بعد الطلاق زمن من الطهر وإن قل، سواء كان جامعها في ذلك الطهر أم لا.

(**انْقَضَتْ بِالطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ**)، ولا يستبعد تسميته قرء، وبعض الثالث قرء، قال تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] وهو شهران وبعض

أَوْ حَائِضًا فَفِي رَابِعَةٍ، ....

الثالث، وإنًا لو لم نعتد بقية الطهر قُرُوءًا؛ لكانت عدتها بأكثر من ثلاثة قروء، وإنما أمرت أن تعتد بثلاثة، وأيضًا فالمنع من الطلاق في الحيض؛ لما فيه من تطويل العدة، فلو لم تعتد ببقية الطهر؛ لكان المنع من الطلاق فيه أولى في كثير من الأحوال.

إشارات: حكي عن أبي عبيد القاسم بن سلام: أنه إذا جامعها في الطهر الذي طلقها فيه لا تعتد به قرءًا.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: ووهم بعض الناقلين في المذهب فنسب ذلك إلينا، وصرح في «الكفاية»: بأن الواهم الجيلي، قال: ولم أره لأحد من أصحابنا، نعم خلوه عن أبي عبيد القاسم بن سلام، ولعله اعتقد أنه من أصحابنا فاقتصر على نقل مذهبه، انتهى.

وكنت أودُّ القول: لعله أخذه من إطلاق الجماعة النقل عن أبي عبيد، فظن أنه ابن حربويه من أئمتنا. ثم رأيت الدارمي قال: فقال الفارسي عن ابن حربويه: لا يحتسب به، انتهى.

فيشبه أن أنوي عند توافقنا على القول بذلك فيكون وجهًا محققًا لنا، لو لم يبق بعد الطلاق من الطهر شيء بأن انفق ذلك، أو قال: أنت طالق مع آخر طهرك، أو مع آخر جزء من أجزاء طهرك؛ فالمذهب أن العدة لا تنقضي بالطعن في حيضة ثالثة؛ بل هو كما لو طلقت حائضًا.

وقال ابن سريج: يحتسب بالجزء، والذي وقع فيه الطلاق قرء، وإن أجرى في «الشامل» الوجهين في قوله: أنت طالق في آخر جزء من طهرك، وأعرف عمن حكى عن ابن سريج أنه لو وافق قوله: «أنت» زمن الطهر، وقوله: «طالق» زمن الحيض؛ أنه يحتسب قرءًا، ويكون الطلاق شيئًا، والمحفوظ عنه ما تقدم.

قال: (**أَوْ حَائِضًا؛ فَفِي رَابِعَةٍ**) لأن الظاهر إنما ظهر دم الحيض، ولا تجب العدة إلا بثلاثة قروء.

وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ بَعْدَ الطَّعْنِ، وَهَلْ يُحْسَبُ طُهْرُ مَنْ لَمْ تَحِضْ قَرْءًا ؟ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَرْءَ، انْتِقَالٌ مِنْ طُهْرٍ إِلَى حَيْضٍ، أَمْ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ، وَالثَّانِي أَظْهَرُ.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ بَعْدَ الطَّعْنِ**) أي: في الحيضة الثالثة في صورة الطلاق في الطهر، والرابعة في صورة الطلاق في الحيض؛ لجواز كونه دم فساد فلا تنقضي العدة بالشك.

تنبيهات: اختيار طريقة القولين، وأصلهما أن الربيع روى ما رجحه **الْبُوَيْطِي** وحرملة.

الثاني: قيل: قولان، وقيل: على حالين؛ **فالأول**: على المعتادة، **والثاني**: على المبتدأة، ومن رأت الدم على خلاف العادة، ولم يذكر العراقيون وجميع المراوزة غيرها . وقيل: يكفي الطعن قطعًا والزائد احتياطًا، ثم اللحظة المعتبرة، أو اليوم والليلة من نفس العدة أو لا ، وإنما اعتبر ذلك لتحقق وجودها كما سبق في غسل جزء من الرأس مع الوجه، وإمساك جزء من الليل لاستيعاب اليوم وجهان: أصحهما: الثاني، ويبنى عليها ثبوت الرجعة وهذه المدة، ونكاح أختها أو أربع غيرها وتوارثهما وغير ذلك؛ إذا طلقتا طاهرتين أو حائضين، وإن علمنا ذلك فذاك، وإن لم نعلم وتنازعا رجع إليها، نص عليه، وصرح به أئمة الطريقين؛ فإن ادَّعت أنه طلقها في حيضها صدقت.

قال **الْمَاوَرْدِي**: ولا يلحقها إن أكذبها ما لم يرد به إسقاط نفقتها، وإن ادَّعته في الطهر صدقت وله اختلافها.

وقال الدارمي: إن اختلفا في وقت الطلاق حلفا، وهل كانت حائضًا أو طاهرًا، أو اتفقا على الوقت حلفت.

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: وإن لم تدر متى طلقت؛ لم تخرج من عدتها إلا بيقين، وسبق في «الرجعة»: أنه الصواب، وأن **الْمَاوَرْدِي** قال: يحمل على أنها طلقت في الطهر.

قال: (**وَهَلْ يُحْسَبُ طُهْرُ مَنْ لَمْ تَحِضْ قَرْءًا؟ قَوْلَانِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَرْءَ: انْتِقَالٌ مِنْ طُهْرٍ إِلَى حَيْضٍ، أَمْ طُهْرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ، وَالثَّانِي: أَظْهَرُ**) أي: وهو

....

ما نص عليه في «الأم» وعبر عنه الْغَزَالِي وغيره بالجديد؛ وَلِأَنَّ الْقُرْءَ مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: قَرَأْت الْمَاءَ فِي الْحَوْضِ أَيْ: جَمَعْته فِيهِ فَالطُّهْرُ أَحَقُّ بِاسْمِ الْقُرْءِ؛ لِأَنَّهُ زَمَنُ اجْتِمَاعِ الدَّمِ فِي الرَّحِمِ، وَالْحَيْضُ زَمَنُ خُرُوجِهِ مِنْهُ، وزمن الحيض يجمع شيئًا، ويرسل شيئًا إلى أن يدفع الكل.

قال الرَّافِعِي: وفي هذه يحصل معنى الجمع والضم، والأول نص عليه في كتاب «الرسالة» وهي محسوبة من الجديد أيضًا، من قولهم: قرأ النجم إذا طلع، وقرأ إذا غاب، وقد يقال: قرأ إذا انتقل من برج إلى برج، وقد يقتضي الاشتقاق وقوع الاسم على الانتقال من الحيض إلى الطهر؛ لوقوعه على الانتقال من الطهر إلى الحيض.

قال: وذكر الْبَغَوِي والرُّويَانِي وغيرهما: أن الثاني أصح؛ لكنه يخالف ما حكيناه في الطلاق أن أكثرهم حكموا بوقوع الطلاق في الحال؛ إذا قال للتي لم تحض: أنت طالق في كل قرء طلقة، مع تعلق الصورة بهذا الأصل، ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق لمعنى يختص بتلك الصورة لا لرجحان القول الأول، انتهى.

وهذا التجويز لا يشفي غليلًا، وهذا البناء ذكره بعض المراوزة كالقاضي والفوراني ونقله الإمام ولم يرضه، وقال: لست أحب هذا البناء؛ فإنَّ الْقَائِل بِالِانْتِقَالِ يَشْتَرِطُ الانتقال مِنْ الطُّهْرِ إلَى الْحَيْضِ، وَالَّذِي تَقَدَّمَ لِلصَّبِيَّةِ لَمْ يَكُنْ طُهْرًا.

قَالَ ابْنُ الرِّفْعَة: لِأَنَّهُ مِنْ "طَهُرَتْ" وَذَلِكَ إنَّمَا يَكُونُ حَقِيقَةً بَعْدَ حَيْضٍ، وَلَمْ يُوجَدْ وَمُقْتَضَى ذَلِكَ أَلَا يُعْتَدَّ بِهِ قَرْءًا عَلَى الْقَوْلَيْنِ، انتهى.

والذي ذكره العراقيون: أن في الاعتداد بطهرها وجهان أرسلهما أكثرهم، ورجح المحاملي في «المجموع» وسليم في «المجرد» والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» وصاحب «التنبيه» وأقر ابن الرِّفْعَة الاعتداد به، وبه جزم الشيخ أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته».

وَعِدَّةُ مُسْتَحَاضَةٍ، بِأَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا ....

تنبيهات: قوله: «محتوش بدمين» يشمل النفاسين والحيضين، وما بين الحيض والنفاس، وما بين النفاسين، وبه صرح **الْمُتَوَلِّي**، قال **الرَّافِعِي**: وقولهم: إن القرء: هو الطهر المحتوش بدمين، أو الانتقال من الطهر إلى الحيض؛ لم يعنوا به الطهر بتمامه، كما هو ظاهر اللفظ؛ لأنه لا خلاف أن بعض الطهر يحسب قرءًا، ولكنهم أرادوا: هل يعتبر في الطهر المحتوش شيء، أم يكفي الانتقال؟، انتهى.

وقوله: (لا خلاف) فيه ما تقدم.

قال في «الإبانة»: القولين في أن القرء هو ماذا؟ أربع فوائد:

أحدهما: ما لو قال: أنت طالق في آخر جزء من أجزاء طهرك، إن قلنا: القرء الانتقال حسب ذلك قرءًا، وإلا فلا.

الثانية: إذا طلق الصغيرة ثم حاضت هل يحسب ما مضى قرءًا؟

الثالثة: ما إذا قال: لامرأته الصغيرة: أنت طالق في كل قرء طلقة، إن قلنا: بقول الاحتواش لم يقع في الحال شيء؛ لأنها لو رأت الدم لم يحصل لها قرء، فعلمنا أنها ليست في قرء وإن قلنا: الانتقال يقع في الحال.

الرابعة: ما إذا ادَّعت انقضاء العدة في اثنين وثلاثين يومًا وساعة، إن قلنا: القرء لا يقع في الحال قُبل، وإلا فلا، وذكر هذا في «العمد» مختصرًا، وتبعه **الْغَزَالِي** في «البسيط»؛ إلا أنه قال: في الثانية وهذا البناء ضعيف؛ لأن من يعتبره الانتقال من طهر إلى حيض، والطهر هو النقاء المحتوش بدمين، انتهى. وهو مأخوذ من كلام إمامه السالف.

قال: (**وَعِدَّةُ مُسْتَحَاضَةٍ: بِأَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا**) أي: من تمييز، أو عادة، أو أقل، أو غالب إن كانت مبتدأة، والأظهر: رد المبتدأة إلى الأقل كما مرّ.

قال في أصل «الروضة»: وعلى القولين إذا مضت ثلاثة أشهر انقضت عدتها؛ لاشتمال كل شهر على حيض وطهر غالبًا، وشهرها ثلاثون يومًا، والحساب من أول رؤية الدم هكذا أطلق، ويمكن أن يعتبر بالأهلة كما سنذكره

وَمُتَحَيِّرَةٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي الْحَالِ. ....

إن شاء الله تعالى في الناسية، وقد أشار إليه مشيرون، انتهى.

والحق اعتبار الشهر من أول رؤية الدم؛ لأنه من دمها في الحيض بلا خلاف، والظاهر أنه لا خلاف في ذلك، وما ذكراه من اعتبار الأهلة فكلام «المختصر» وبعض شارحيه يوهمه، وكلام «الحاوي» يقتضي اعتبار الأهلة، ومن اعتبر ذلك فإنما اعتبره لاشتمال الهلال على الطهر والحيض، غالبًا، لا لأنها من ذوات الأشهر.

ويشبه أن يتناول كلام «المختصر» على ما إذا نسيت المبتدأة وقت ابتداء الدم فتكون كالمتحيرة، وإليه يرشد قول سليم في «المجرد»: وإن ابتدأت مستحاضة ولم تعلم الوقت الذي رأت فيه ابتداء الدم، أو كانت معتادة فنسيت وقت عادتها، فقد نقل الْمُزَنِي أنه قال: استقبلنا بها الحيض من أول هلال يأتي عليها بعد وقوع الطلاق، وما أرشده إليه من حمل النص عليه هو الحق إن شاء الله تعالى.

وصرح أبو إسحٰق في «شرحه»: بأن ابتداء الأشهر في حق المبتدأة من رؤية الدم، وفي «الأم»: ما يبين محل نص «المختصر» والتصريح بالتأويل المذكور، وقد سقته في «الغنية» مع زيادات مهمة فراجعه.

قال: (**وَمُتَحَيِّرَةٍ: بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي الْحَالِ**) أي: لئلا تتعطل بقية عمرها، وليس كالاحتياط في العبادات فإن المشقة فيها لا تعظم عظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس، ولأنها مرتابة فدخلت في قوله تعالى: ﴿**إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ**﴾ [الطلاق: ٤].

واعلم أن المتبادر من قوله: «بثلاثة أشهر في الحال» أن الأشهر متأصلة في حقها.

وقد قالا ـ واللفظ - «للروضة»: وإذا قلنا تنقضي عدتها بثلاثة أشهر في الحال فالاعتبار بالأهلة فإن انطبق الطلاق على أول الهلال فذاك، وإن وقع في أثناء الشهر الهلالي فإن كان الباقي أكثر من خمسة عشر يومًا؛ حسب قرءًا

……………………………………………………………………

وتعتد بعده بهلالين، وإن كان خمسة عشر فما دونها فهل يحسب قرءًا؟ وجهان: أصحهما: لا، وعلى هذا فقد ذكر أكثرهم أن ذلك الباقي لا اعتبار به وأنها تدخل في العدة لاستقبال الهلال.

والمفهوم مما قالوا تصريحًا وتلويحًا: أن الأشهر ليست متأصلة في حق الناسية؛ ولكن يحسب كل شهر قرءًا؛ لاشتماله على حيض وطهر غالباً.

وأشار بعضهم إلى أن الأشهر أصل في حقها كما في حق الصغيرة والمجنونة، ومقتضى هذا أن تدخل في العدة من وقت الطلاق، ويكون كما لو طلق ذات الأشهر في أثناء الشهر، انتهى.

قلت: وما ذكراه عن إشارة بعضهم أن الأشهر متأصلة في حقها هو قضية كلام ابن أبي هريرة في «تعليقه» وأدخلها في الآية كما ذكرنا، وبذلك صرح الْمَاوَرْدِي: أن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر من وقت الطلاق؛ سواء طلقها في ابتداء الشهر، أو في انتهائه.

وقال المصنف في كتاب «الحيض» من «شرح المهذب»: قال أصحابنا: لا يؤمر في العدة بالأحوط، والمقصود إلى سنِّ اليأس؛ بل إذا طلقت أو فسخ نكاحها؛ اعتدت بثلاثة أشهر أولها من حين الفرقة؛ فإذا مضت الأشهر ولا حمل انقضت عدتها، ثم قال: حكى الدارمي عن كثير من الأصحاب: أنها تعتد بثلاثة أشهر كما حكينا عن الجمهور.

قال: حتى رأيت الحمودي من أصحابنا قال: إذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضي اثنين وثلاثين يومًا وساعتين، ولا تتزوج إلا بعد ثلاثة أشهر احتياطًا للأمرين، ثم أنكر الدارمي على الأصحاب تعتد بثلاثة أشهر وغلطهم في ذلك، وبالغ في إبطال قولهم وإيضاح الصواب عنده، وذكر نحو كراسة مشتملة على نفائس، وإنا أشرنا إلى مقصودها مختصرًا فذكره، ثم قال: وفيه جمل من النفائس، ومع هذا فالعمل على ما قاله الجمهور: من الاعتداد بثلاثة أشهر؛ إلا أن يعلم من عادتها ما يقتضي زيادة أو نقصانًا، انتهى.

وَقِيلَ بَعْدَ الْيَأْسِ. وَأُمُّ وَلَدٍ وَمُكَاتَبَةٍ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ بِقُرْأَيْنِ، ....

فإن رمت الوقوف على تلخيصه فراجعه، وإنما طرحته لطوله، والظاهر أنه لم يستحضر ما قاله في «الروضة» هنا.

قال: (وَقِيلَ: بَعْدَ الْيَأْسِ)؛ لأنها قبل سن اليأس متوقعة الحيض ما لم تيأس، واعلم أن جميع ما سبق فيمن لم تحفظ دورها.

قال الدارمي: فإن علمت مقدار دورها؛ اعتدت بثلاثة من تلك الأدوار؛ لاشتمالها على ثلاثة أطهار، وهذا ظاهر، ولو شكّت في مقدارها؛ ولكن قالت: أعلم أنها لا تزيد على سنة؛ جعلت السنة دورها، انتهى.

فإن قالت: اعلم أني كنت أحيض في كل شهر حيضة؛ انقضت عدتها بستة أشهر، ولو قالت: في كل ثلاثة أشهر حيضة؛ فبتسعة أشهر، أو في كل أربعة أشهر حيضة؛ فتمضي سنة تجمع أثنى عشر شهرًا بالأهلة، وتعريفات المسألة كثيرة طويلة.

قال: (وَأُمُّ وَلَدٍ وَمُكَاتَبَةٍ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ: بِقُرْأَيْنِ) صح ذلك من قول ابن عمر، وروى ابن ماجة رفعه عنه، وفي إسناده عَطِيَّةُ الْعَوْفِيّ وهو واهٍ، وروي من حديث عائشة مرفوعًا وضعفوه.

قال الْمَاوَرْدِي: وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ أَثْبَتُ؛ لِأَنَّ فِي حَدِيثِ مُظَاهِرِ بْنِ أَسْلَمَ الْتِوَاءَ؛ وَلِأَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، انتهى.

ومظاهر متروك عند الجمهور ولا ثبوت لحديث ابن عمر أيضًا؛ ولأن الأمة على النصف من الحرة في القسم والحد فكذا هاهنا؛ إلا أنه لا يمكن تبعيض القرء فكمل الثاني كما في طلاق العبد، وهذا القياس يعضد قول ابن عمر، وما ذكرناه يخصص عموم الآية(١).

---

(١) سَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنِ الْأَمَةِ الْمُسْتَحَاضَةِ، وَحُكْمُهَا إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُتَحَيِّرَةٍ بِقُرْأَيْنِ مِنْ أَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا كَمَا مَرَّ فِي الْحُرَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَحَيِّرَةً، فَإِنْ طَلُقَتْ أَوَّلَ الشَّهْرِ فَبِشَهْرَيْنِ، أَوْ وَقَدْ بَقِيَ أَكْثَرُهُ فَبِبَاقِيهِ، وَالثَّانِي أَوْ دُونَ أَكْثَرِهِ فَبِشَهْرَيْنِ بَعْدَ تِلْكَ الْبَقِيَّةِ؛ لِمَا مَرَّ فِي الْحُرَّةِ مِنْ أَنَّ الْأَشْهُرَ لَيْسَتْ مُتَأَصِّلَةً فِي حَقِّ الْمُتَحَيِّرَةِ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٥٦/١٤).

وَإِنْ عَتَقَتْ فِي عِدَّةِ رَجْعَةٍ كَمَّلَتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بَيْنُونَةٍ فَأَمَةٍ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَإِنْ عَتَقَتْ فِي عِدَّةِ رَجْعَةٍ؛ كَمَّلَتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: وهو الجديد، وأحد قولي القديم أيضًا، والثاني: تتم عدة أمة.

(**أَوْ بَيْنُونَةٍ؛ فَأَمَةٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: وهو الجديد، وأحد قولي القديم أيضًا، والثاني: تتم عدة الحرائر، كذا قال في «المحرر» ولم ينص على ترجيح فيهما، وإنما أخذ المصنف ذلك من قوله فيهما أنه الجديد.

فنقول: إذا عتقت في أثناء العدة؛ فنص في «الجديد»: أنها إن كانت رجعية؛ كملت عدة حرة، وإن كانت بائنًا فقولان، فحصل ثلاثة أقوال أطلقها جماعة بلا ترجيح، ورجح القاضي الحسين والْبَغَوِي قول التفصيل بين الرجعية والبائن.

وقال في أصل «الروضة»: إنه أظهرها، وهو «الجديد» وعليه إنكار أن الأول قوله وهو الجديد، فإن مقابله في «الجديد»؛ بل قال الإمام: إن مثله في «الجديد» إلى الإكمال يعني: في البائن، والثاني: ترجيحه التفصيل.

وعبارة الرَّافِعِي: إنه أصح فيما ذكره صاحب «التهذيب» وجماعة، وإن القول بأنها تكمل عدة الحرة مطلقًا اختيار الْمُزَنِي، وأبي إسحٰق المروزي، وعلى ذلك جرى المحاملي، وصاحب «المهذب» وغيرهما، انتهى.

وظاهر كلام الإمام ترجيحه، وممن رجحه القاضي أبو الطيب، وسليم في «المجرد» ونصر المقدسي في «التهذيب» وصاحبا «الحليتين» الشَّاشِي والرُّويَانِي، وشارحا «المهذب» العراقي، وصاحب «الاستقصاء» وقال المحاملي في «المقنع»: إنه المذهب، وحكى في «المعتبر» ترجيحه عن الفروع والتوجيه، وتصحيح القولين، وصححه في «الانتصار» وجزم به في «تنبيهه» وهو المختار، ووجهه: إنما اختلفت به العدة المعتبرة فيه إلا أنها كالشهور والأقراء؛ ولأن الاحتياط في العدة أولى منه للمعتدة.

ووجه مقابله: أن الاستبراء في الرق لا يعتبر بحدوث العتق كأم الولد فكذا هنا؛ ولأن ما يتبعض يعتبر فيه حال الوجوب بدليل الحدود.

....

ووجه التفصيل: أن البائن كالأجنبية لقطع الميراث، وسقوط النفقة، والرجعية كالزوجة للتوارث، ووجوب النفقة، فافترقا في العدة لافتراقهما في الزوجية؛ ولأن الرجعة لما انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة دون البائن؛ وجب أن تنتقل من عدة الإماء إلى عدة الحرائر، ولا تنتقل إليها البائن.

تنبيهات وتتمات:

منها: لا خفاء أنها لو عتقت قبل الطلاق اعتدت عدة حرة، أو بعد اعتدادها بقرأين أنه لا أثر لطرآن الحرية في العدة وإن عتقت مع الطلاق.

قال الْمَاوَرْدِي: اعتدت عِدَّةَ حُرَّةٍ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْتَدَّ بِالْعِدَّةِ إِلَّا وَهِيَ حُرَّةٌ، ذكره كذلك صورًا أن يعلق طلاقها بدخول الدار والسيد عتقها به، أو يقول: إذا طلقت فأنت حرة، أو يقول الزوج: إذا عتقت فأنت طالق، فالحكم في الصورة الأولى والثالثة واضح.

وأما الثانية: فقد يقال: إذا قلنا: يترتب الموصوف على صفته فلم يقع العتق إلا في العدة، فيكون كعتقها في أثنائها، إلا أن يقال: إن الحرة هنا قارنت ابتداء الشروع في العدة؛ فلذلك تعتد عدة حرّة قولًا واحدًا.

ومنها: محل الأقوال ما إذا لم تختر الأمة بعد العتق فسخ النكاح؛ إما لعدم اختيارها في عدم الرجعة، أو لعدم تمكنها من ذلك إذا كانت بائنًا، فلو كانت رجعية واختارت الفسخ؛ فكلام الْمُزَنِي يقتضي أنها تكمل عدة حرة بلا خلاف بسبب العدة، وقد وجد في حال الحرية فتعتد عدة حرة قطعًا، ومنهم من طرد الخلاف، والطريقان مبنيان على أنها هل تستأنف العدة بالفسخ، أم تبني؟

إن قلنا: تستأنف اعتدت عدة حرة بلا خلاف وإلا فقولان، ولو لم تفسخ حتى راجعها، ثم فسخت؛ فالمذهب أنها تستأنف عدة حرة.

وقيل: بطرد الخلاف في البناء والاستئناف، فإن قلنا: على هذا بالبناء فهل تكمل عدة حرة أو أمة؟ قولان.

....

ومنها: كلام «النهاية» و«البسيط» يفهم أو يوهم أن الأقوال في التكميل فيما إذا عتقت في أثناء عدتها بالأشهر، حيث قالا - واللفظ «للبسيط»- إثر كلامه في اعتدادها بالأشهر: إذا عتقت في أثناء العدة فانتظمت ثلاثة أقوال في توجيه الإكمال وأن المعتبر إذا طرأ قبل انقضاء العدة، فصار كالحيض إذا طرأ في الأشهر.

ومنها: ذكر الْمُتَوَلِّي وجهين فيما إذا لحقت الحرة الذمية بدار الحرب، ثم استرقت في أثناء العدة هل تكمل عدة حرة؟ كما لو شرع في الصلاة مقيمًا ثم سافر لم يقصر، أو تنتقل إلى عدة الإماء اعتبارًا بالطلاق، فإن الذمي إذا طلقها طلقة، ثم استرقت وتزوج بها فإنما تملك عليه طلقة واحدة.

ومنها: لو عتقت في عدة الوفاة؛ حكى القاضي الحسين عن «القديم»: أنها تكمل عدة الأمة، وعن «الجديد»: قولين.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن «البسيط»: أن هذه تكمل عدة الإماء، ولم أر ذلك فيه، وكأنه بناء على أن البائن في عدة الطلاق لا تنتقل بالعتق إلى عدة الحرة، أما إذا قلنا: تنتقل بائنة كانت أو رجعية؛ فيشبه أن تكمل عدة الحرة.

ومنها: لو وطئ حرة ظانًّا أنها زوجته الأمة اعتدَّت بقرأين؛ نظرًا إلى ظنه، وقيل: بثلاثة، وبه أفتى الْقَفَّال ولو وظنها أمته؛ قطع جماعة بثلاثة أقراء، وقيل: على وجهين، والثاني: بقرء، اعتبارًا بظنه، ولو وطء أمة يظنها أمته فقرء، أو زوجته المملوكة فقرءان، وقيل: قرء، وإن ظنها زوجته الحرة فهل يلزمها قرء، أم أنه اثنان، أم ثلاثة؟ أوجه أصحها: الثالث، قاله في «الروضة» ووراءه شيئان:

أحدهما: قال الْمَاوَرْدِي: لا خلاف أن الحرة تعتد بثلاثة أقراء، ولم يورد الإمام والقاضي الحسين غيره، ولم يحك الرَّافِعِي الخلاف في الحرة إلا عن الْمُتَوَلِّي، وقال: اعتدادها بثلاثة أقراء، وقطع به قاطعون؛ لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة، ومع ذلك قال: إن الأشبه النظر إلى ظنه واعتقاده.

والثاني: سبق أن الأصح: أنه إذا ظن أمة الغير زوجته الحرة؛ أنها تعتد

فَصْلٌ

وَحُرَّةٍ لَمْ تَحِضْ أَوْ يَئِسَتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ طَلُقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ فَبَعْدَهُ هِلَالَانِ وَتُكَمِّلُ الْمُنْكَسِرَ ثَلَاثِينَ، ....

بثلاثة أقراء تبعًا لظنه، وهو وجه نسبه الْمَاوَرْدِي إلى ابن سريج، قال: والثاني: ـ وبه قال جمهور أصحابنا ـ: عدة أمة؛ لأن عدة الزوجة معتبرة بحال الأمة دون الواطئ.

فصل

قال: (وَحُرَّةٍ لَمْ تَحِضْ) أي: صغيرة كانت أو بالغة.

(أَوْ يَئِسَتْ: بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) أي: هلالية لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ﴾ [الطلاق: ٤] وقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ [الطلاق: ٤] أي: لم تعرفوا ما تعتد به من ليست من ذوي الأقراء.

قال في «الدقائق»: قوله: «لم تحض»؛ يدخل فيه الصغيرة والكبيرة، التي لم تحض، ولم تبلغ سن اليأس كبنت ثلاثين سنة، وعدتها بالأشهر بلا خلاف، وقد أهملها «المحرر» وكثيرون، ففي عبارة «المنهاج» ثلاث فوائد: موافقة القرآن، والاختصار، وبيان مسألة مهمة.

قال: (فَإِنْ طَلُقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ؛ فَبَعْدَهُ هِلَالَانِ وَتُكَمِّلُ الْمُنْكَسِرَ ثَلَاثِينَ) أي: سواء كان المنكسر كاملًا أو ناقصًا هذا هو المذهب، وعن ابن بنت الشَّافِعِي: أنه [إذا انكسر شهر][1] انكسر جميع الأشهر، فتعتد بتسعين يومًا، كمذهب أبي حنيفة، وإذا وقع الطلاق في أثناء الليل أو النهار؛ قال ابن الرِّفْعَة: وذكرت في «السلم» عن الإمام وغيره كلامًا فيما إذا وقع العقد في آخر لحظة من الشهر، وجاء بعده شهران ناقصان، ومثله يجيء هاهنا، انتهى.

وقضية ذلك: أنه لو أوقع الطلاق في اليوم الأخير من الشهر أنه ينكسر، ويكمل ثلاثين، وهو ظاهر؛ إذا لم تمض ثلاثة أشهر هلالية، أما لو وقع الشهر

---

(١) انظر «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ١٣١).

....

الرابع من شهر الإيقاع ناقصًا؛ فالوجه الاكتفاء به، ولا نكمل الأول ثلاثين؛ لأنَّا لو كملناه احتجنا إلى جزء من الخامس ويكون قد مضت ثلاثة أشهر هلالية ولم تنقص العدة، والصواب: أنه متى مضى بعد الطلاق ما يصدق عليه ثلاثة أشهر؛ انقضت العدة كاملة كانت الأشهر أو ناقصة.

تنبيهات: الأول: إن اتفق وقوع الطلاق منطبقًا على أول الشهر الهلالي فذاك، وصور في «التعليق» تأخر جزء من الشهر، أو مع آخر جزء من الشهر، وصور الرَّافِعِي بما إذا علق بانسلاخ الشهر، أو بأول الشهر الذي يليه، وفي الثانية وقفة. ويتصور في التخيير بأن تفرغ لفظ الإيقاع مع آخر جزء من الشهر وهذا ظاهر؛ إذا قلنا: يقع مع الفراغ من لفظ الإيقاع، أما إذا قلنا: بتعقبه فلا؛ فإن الطلاق حينئذٍ يقع في جزء من الشهر ولم ينبهوا على ذلك، أما لو شرع في الإيقاع مع أول الشهر؛ فلا يتم لفظه حتى يمضي جزء من الشهر فيحصل الانكسار.

الثاني: قضية كلام المصنف وغيره: أن المجنونة التي ترى الدم لا تعتد بالأشهر؛ بل بالأقراء، فتأمل ذلك!

فرع: لو ولدت ولم تر حيضًا قط ولا نفاسًا؛ ففي عدتها وجهان:

أحدهما: بالأشهر، وفي قضية كلام الكتاب هو ظاهر القرآن، وبه قال الشيخ أبو حامد، قال في «زيادة الروضة»: وهو الصحيح لدخولها في الآية، وقد ذكر الرَّافِعِي في آخر العدد عن «فتاوى الْبَغَوِي»: أن التي لم تحض قط إذا ولدت ونفست؛ تعتد بثلاثة أشهر، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء، فجزم الْبَغَوِي بهذا، ولم يذكر الرَّافِعِي هناك خلافًا، انتهى.

والثاني: أنها من ذوات الأقراء، وصححه الفارقي، فعلى هذا هي كمن انقطع دمها بلا سبب ظاهر.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أنها إذا نفست تعتد بالأقراء، فجعل النفاس كالحيض، ومفهوم كلامه أنها لم تر نفاسًا أنها تعتد بالأشهر، وقد أطلق الرَّافِعِي والمصنف من بعد القول بأن التي تحمل لا تعتد بالأشهر.

فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ، وَأَمَةٍ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ، وَفِي قَوْلٍ شَهْرَانِ، وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثَةٌ، ....

قال: (فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا؛ وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ) أي: لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البدل؛ كالمتيمم يجد الماء في أثناء تيممه؛ ولأن الاعتداد جعل لها بالأشهر؛ إذا كانت من اللائي لم يحضن، ولم تكن كذلك في جميع الأشهر فلم تنقض عدتها.

قال في «الشامل»: وهو إجماع، وهل يحسب ما مضى قرءًا، أو لا؟ أقرب الوجهين إلى النص المنع كذا قالاه، وصححه في «تصحيح التنبيه» عكس ترجيحه.

قال: (وَأَمَةٍ: بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ) هذا هو المذهب المنصوص في «الإملاء» وهو قضية نص «الأم» و«المختصر»؛ لأن الأصل فيما يتبعض بالرق من الأعداد التنصيف، وكما أنها تعتد عن الوفاة بشهرين وخمس ليالٍ.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: شَهْرَانِ) أي: بدلًا عن قرأين، كما جعلت الأشهر الثلاثة في الحرة بدلًا عن الأقراء الثلاثة.

وروي عن عمر ﷺ قال: «تعتد الأمة بحيضين، فإن لم تحض فشهران، أو شهر ونصف» فقيل: إنه شك في الراوي، وقيل: هو يريد قول ابن عمر - ﷺ - وهو ظاهر الرواية.

قال الإمام: وهو شاهد يبين أنه يريد القول ليس مدعيًا، وكلام «الوجيز» و«الاستقصاء» يقتضي ترجيح هذا القول، وهو أحوط.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: ثَلَاثَةٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة:٢٢٨] ولأنه أقل زمن يظهر فيه استبراء الرحم، وما يتعلق بالطبع لا يختلف فيه الحكم برق وحرية، قال الْقَفَّال وأتباعه: هو قول مخرج.

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: إنه قول قديم وهو كذلك، قال في «القديم»: قال بعض أصحابنا: بثلاثة أشهر، وقال غيره: بشهرين ونصف.

قال الشَّافِعِي: هذا أقيس، والأول أحوط، وممن رجحه المحاملي في

وَمَنِ انْقَطَعَ دَمُهَا لِعِلَّةٍ كَرَضَاعٍ وَمَرَضٍ تَصْبِرُ حَتَّى تَحِيضَ أَوْ تَيْأَسَ فَبِالْأَشْهُرِ، أَوْ لَا لِعِلَّةٍ فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ، وَفِي الْقَدِيمِ تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، وَفِي قَوْلٍ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ، فَعَلَى الْجَدِيدِ لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ الْيَأْسِ فِي الْأَشْهُرِ وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ،

كتبه، وسليم في «المجرد» ونصر المقدسي في «تهذيبه»؛ لما ذكرناه من التوجيه آخرًا، قالوا: بخلاف الأقراء؛ لِأَنَّ الْحَيْضَةَ الْوَاحِدَةَ تَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَعَبُّدٌ مَوْضُوعٌ عَلَى التَّفَاضُلِ، فَفَارَقَتْ الْحُرَّةُ فِيهِ الْأَمَةَ، واختاره الرُّويَانِي في «الحلية». قال: (**وَمَنْ انْقَطَعَ دَمُهَا لِعِلَّةٍ**) أي: تعرف.

(**كَرَضَاعٍ وَمَرَضٍ؛ تَصْبِرُ حَتَّى تَحِيضَ**) أي: فتعتد بالأقراء.

(**أَوْ تَيْأَسَ؛ فَبِالْأَشْهُرِ**) أي: ولا تبالي بطول مدة الانتظار؛ لعدم اليأس، وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: وهو كالإجماع من الصحابة ﷺ.

قال: (**أَوْ لَا لِعِلَّةٍ؛ فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ**) أي: أنها تصبر على أن تحيض فتعتد بالأقراء، أو تبلغ سن اليأس فتعتد بالأشهر؛ لأن الاعتداد بالأشهر لم يجعل إلا للتي لم تحض وللآيسة وهذه غيرهما؛ ولأنها مفارقة ترجو عود الدم فلا تعتد بالأشهر قبل سن اليأس، كما لو انقطع دمها لعارض معروف.

قال: (**وَفِي الْقَدِيمِ: تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ**) أي: لتعرف براءة الرحم؛ لأن الحمل لا يبقى في البطن أكثر من ذلك غالبًا، ثم تعتد بثلاثة أشهر، استدل في «القديم» بأن عمر ﷺ قضى به ولم ينكر عليه أحد(١)، فكيف يجوز لنا أن نخالفه!

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ**) اعتبارًا بأكثر مدة الحمل لتعلم براءة الرحم بيقين؛ إذ لو جاز الاقتصار على البراءة ظاهرًا لجاز الاقتصار على حيضة واحدة؛ لدلالتها على ذلك، وفي قول خرج على القديم: أنها تتربص ستة أشهر؛ لأنه تظهر أمارات الحمل فيها؛ فإذا لم تظهر اعتدت بالأشهر، وقيل: رجوعه عما قاله في «القديم» صريحًا يخرج عن أن يكون قولًا له.

قال: (**فَعَلَى الْجَدِيدِ: لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ الْيَأْسِ فِي الْأَشْهُرِ؛ وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ**)؛

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٨٢)، والشافعي في «المسند» (١/ ٢٩٨).

أَوْ بَعْدَهَا فَأَقْوَالٌ أَظْهَرُهَا إِنْ نُكِحَتْ فَلَا شَيْءَ وَإِلَّا فَالْأَقْرَاءُ، وَالْمُعْتَبَرُ يَأْسُ عَشِيرَتِهَا،

لأنه اعتداد بالأشهر مع الإقرار، ويحسب ما مضى قرءًا قطعًا.

قال: (**أَوْ بَعْدَهَا**) أي: بعد تمام الأشهر.

(**فَأَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا: إِنْ نُكِحَتْ؛ فَلَا شَيْءَ**) أي: لتعلق حق الزوج، وكالمتيمم يرى الماء بعد الشروع في الصلاة.

وقال الدارمي بعد نقله الوجهين في الصورة بعدها: وإن كانت تزوجت يرتب على الوجهين، فإن قلنا: تعتد فسخنا النكاح، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تكن نكحت بعد.

(**فَالْأَقْرَاءُ**)؛ لأنه بان أنها ليست آيسة، بخلاف الصغيرة ترى الدم بعد الأشهر، فإنه لا أثر له؛ لصدق القول بأنها لم تحض.

والثاني: تنتقل إلى الأقراء مطلقًا؛ لما ذكرناه.

والثالث: المنع مطلقًا؛ لانقضاء العدة ظاهرًا، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر.

قال: (**وَالْمُعْتَبَرُ: يَأْسُ عَشِيرَتِهَا**) أي: من الأبوين؛ لتقاربهن طبعًا وخلقًا، وهو ما نص عليه في «الأم» واقتصر عليه صاحب «المستعمل» ورجحه الْبَغَوِي، وفي «الكافي»: إنه المذهب، وفي «الانتصار»: إنه ظاهر المذهب، واختاره في «الانتصار» وجزم به في «تنبيهه».

وقيل: الاعتبار بنساء العصبات كمهر المثل، والمنصوص الأول فعليه إذا اختلفت عادة أقاربها؛ قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: اعتبر بأقل عادة امرأة منهن، وقيل: أكثرهن عادة، وهو الأشبه، انتهى.

والمفهوم من كلام الأصحاب تصريحًا وتلويحًا: أن المعتبر أن تبلغ سنًّا لا تحيض إذا بلغته واحدة منهن، وفي «الأم» ما يخالف ظاهر الوجهين السابقين، ويقتضي أن ينظر إلى غالبهن، ولفظه: فإذا كانت تحيض فإنها تصبر إلى الإياس من المحيض بالسن التي بلغتها من نسائها، أو أكثرهن لم تحض، فينقطع عنها الحيض في تلك المدة، انتهى.

وَفِي قَوْلٍ: كُلُّ النِّسَاءِ. قُلْت: ذَا القَوْلُ أَظْهَرُ، وَٱلله أَعْلَمُ].

وقد يتناول على ما إذا لم يعلم من الأول ما يخالف ذلك، والقول بأنه يُكتفى بأقل عادة امرأة منهن؛ لم أره في كلام الأصحاب، وقد رجحه في «الكفاية» والذي ذكره: أنه يعتبر أقصى عادة امرأة من النساء المعتبر أيامهن؛ سواء قلنا: نساء القرابة، أو البلد، أو كل النساء، وهو الصحيح أو الصواب.

فرع: إذا لم يكن لها قرابة، أو تعذر معرفة حالهن؛ قال في «الكافي»: اعتبر يأس نساء العالم وهو اثنان وستون سنة، وقاله الْبَغَوِي: وهو من تفريع ما سيأتي أنه الأشهر.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: كُلُّ النِّسَاءِ**) أي: للاحتياط وطلب اليقين، قال الإمام: ولا يمكن طوف العالم والفحص عن سكان الأقاليم، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف.

قال: (**قُلْت: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) حمله على ذلك قول الرَّافِعِي، أو إيراد الأكثرين يقتضي ترجيحه، وقال في «شرحه الصغير»: إنه أرجحهما عند الأكثرين، وهو - ﷺ - الثقة الأمين، والذي رأيناه لهم إرسال القولين بلا ترجيح.

وعجب قول ابن الرِّفْعَة: إن إيرادهم يقتضي ترجيحه، نعم قال أبو إسحٰق في «شرحه»: لعله أصح القولين، وخرج صاحب «الإفصاح» قولًا ثالثًا، كما قال القاضي أبو الطيب: إنه يعتبر بلوغها السن الذي إذا بلغه غالب النساء لا يحضن، ولا ينظر إلى نساء العشيرة، ولا إلى السن الذي لا تحض المرأة بعده قط، قال: وهذا أخذه من قول الشَّافِعِي في المبتدأة: إنها ترد إلى الغالب من عادات النساء.

تنبيهات: منها: إذا قلنا: بما رجحاه، فهل ينظر إلى نساء زمانها؟ إيراد القاضي الحسين، والفوارني، والْمُتَوَلِّي، والإمام، والْغَزَالِي يقتضي ذلك، وقضية كلام كثيرين أو الأكثرين يقتضي النظر إلى النساء مطلقًا.

والحاصل في المسألة ست مقالات: اعتبار نساء العالم، نساء عالم

....

زمانها، نساء العصبات، نساء أقاربها، نساء بلدها، ويقال: البلد والإقليم؛ لأن الغالب تقارب أمر حيضهن غالب عادات النساء في ذلك.

ومنها: اختلفوا في سنه على هذا القول على مذاهب: **أشهرها**: أنه اثنان وستون سنة، وقيل: ستون، وقيل: خمسون، وقيل: سبعون فما زاد، وقيل: غير العربية لا تحيض بعد الخمسين، والعربية تحيض بعدها، ولا تجاوز الستين إلا قرشية، وقيل: خمس وثمانون سنة، وزيفه الْمَاوَرْدِي.

ومنها: قال الفوراني في «العمد»: قال الشيخ الإمام: ـ يعني والله أعلم شيخه الْقَفَّال ـ لو وجدنا امرأة تحيض وتطهر على الاستقامة، وقد بلغ سنها مائة سنة مثلًا؛ فإنها من ذوات الأقراء بالاتفاق.

ومنها: رؤية الدم بعد الإياس في الأشهر كما سبق في انتقالها إلى الأقراء، فلو لم يعاودها الدم رجعت إلى الأشهر؛ لكن لو كان رؤية الدم والانقطاع الثاني في الأشهر؛ لم تحتج إلى تربص في الأصح عند الرَّافِعِي، وبه أجاب القاضي الحسين والْبَغَوِي؛ لأنها بلغت سن اليأس، وقد زال ما طرأ.

والثاني: تتربص تسعة أشهر، أو أربع سنين، ثم تعتد بالأشهر، كذا نقله الرَّافِعِي، والقول: بتربص تسعة أشهر؛ هو المنصوص في «الأم» وبه أجاب الفوراني، وتبعه الْغَزَالِيُّ في «البسيط».

ونقله الإمام عنه ثم قال: ولست أدري هل يجري قائله على قول الأربع سنين، أم لا؟ والظاهر: أن الرَّافِعِي أخذ ذلك من قول الْغَزَالِي من بعد، وكل ما ذكرناه في «التفريع» في الأشهر التسع يجري على قول المريض بأربع سنين من غير فرق، انتهى.

ثم في «التتمة»: أنها تعتد بشهرين لا عن قرأين؛ لأنه قد مضى لها قرء، في «العمد» قال الشيخ الإمام: لا يختلف أصحابنا أنها لا تبني الشهور على الأقراء، وهذا ما نقله الرَّافِعِي عن تصحيح الأئمة، وحكوه عن الْقَفَّال وغيره، فتعتد بثلاثة أشهر مستأنفة ولا تبني.

قال المصنف: [فَصْلٌ: عِدَّةُ الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِ نِسْبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ وَلَوْ احْتِمَالًا كَمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ ....

ومنها: ما سبق أنها لو رأت الدم بعد الأشهر وقبل النكاح؛ أن الأصح بطلان ما مضى، وتنتقل إلى الأقراء، وإن رأته بعد النكاح فطريقان، والمرجح على القولين: أن النكاح لا يبطل، ورجح الْبَغَوِي بطلانه تفريعًا على الجديد، وتبعه في «الكافي» وحُكي ترجيحه عن الْقَفَّال، وسبق أن الدرامي رتب ما بعد النكاح على ما قبله، وكذا صنع غيره.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

عِدَّةُ الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِ نِسْبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ وَلَوْ احْتِمَالًا كَمَنْفِيٍّ بِلِعَانٍ) لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وإنما تنقضي العدة عندنا بوضع الحمل بشرطين: الأول: أن يكون منسوبًا إلى ذي العدة، إما ظاهرًا وهو ظاهر، وإما احتمالًا، وإن انتفى الولد فقد ذكر له أربع صور:

إحداها: المنفي باللعان؛ تنقضي العدة به قطعًا.

الثانية: لو علق طلاقها بولادتها فأتت بولدين بينهما أكثر من ستة أشهر؛ فالثاني منتفٍ عنه إن كان الطلاق بائنًا، وإن كان رجعيًا؛ ففي انتفائه خلاف، وتنقضي العدة به ألحق به أم لا؛ لاحتمال وطء شبهة، وبهذا أجاب العراقيون، وهو قضية النص، ونقلاه عن ابن الصباغ فقط.

الثالثة: إذا أتت بولدٍ بعد البينونة لأكثر من أربع سنين ولم يحدث لها فراش ولا وطء شبهة؛ فهو منتفٍ عنه، وأما انقضاء العدة؛ فالذي أجاب به المحاملي ونقله الْمَاوَرْدِي عن الجمهور وقال: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي الانقضاء، ثم اختار عدم الانقضاء.

قال بعض الشارحين: والأول هو الصواب؛ لأن عدة الزوج قد انقضت بما وجد من الأقراء، وهذا الولد والأول منتفٍ عنه، والعلوق به بعد الانفصال

....

ممكن فلا يرفع ما حكمنا به من انقضاء العدة.

الرابعة: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من فراق الزوج؛ لكن حدث بعده فراش، أو وطء لا يمكن إحالته عليه؛ فالولد منتفٍ منهما، وهل ينقضي به عدة أحدهما؟ فيه وجهان، قال الإمام: اختيار الشيخ أبي حامد الانقضاء، قال: وهو الصحيح عند أئمة المذهب، انتهى.

والمنقول عن «تعليق أبي حامد» عكسه، وقال الرَّافِعِي: إنه الأشهر، والعمراني: إنه المشهور؛ ولكنهم فرضوا الكلام فيما إذا نكحت في العدة فيها، أما لو انقضت العدة بالأقراء، ثم نكحت، ثم أتت بولد لا يمكن كونه من الثاني كوضعه لدون ستة أشهر من نكاحه، وكفوق أربع سنين من طلاق الأول؛ فالصواب: أن عدة الأول منقضية بما سبق.

وهذا ظاهر إذا ولدت لزمن يمكن حدوثه بعد الزمن الذي ادَّعت فيه انقضاء العدة، أما لو ادعَّت الانقضاء، ثم أتت به لمدة يعلم أن الحمل كان موجودًا في الوقت الذي زعمت أنه آخر العدة؛ فالمتجه هنا: أن دعوى الانقضاء كعدمها، وربما نعود إلى هذا في الكلام عن تداخل العدتين.

فرع: قال الرَّافِعِي في «شرحيه»: إذا كان الحمل من زنا اعتدت للوفاة من يوم الموت، وعدة الطلاق من يوم الطلاق، وتنقضي الأشهر مع الحمل في عدة الوفاة، وفي عدة الحمل إن كانت من ذوات الأشهر، وإن كانت ذات أقراء؛ فإن لم تر الدم، أو قلنا: ما تراه الحامل ليس بحيض فلا يخفى ـ أي: الحكم ـ وهو أنها تعتد بعد الوضع بالأقراء، فإن كانت تراه، وقلنا: إنه حيض؛ ففي انقضاء العدة بأطهارها وهي حامل وجهان:

أظهرهما: الانقضاء؛ لأن حمل الزنا كالمعدوم، وفي إثبات التحريم وإيجاب العدة فلا يمنع العدة، وعلى هذا لو زنت في عدة الطلاق، أو الوفاة وحبلت من الزنا؛ لم يمنع ذلك انقضاء العدة، انتهى.

واختصره في «الروضة» فأفهم خلاف الصواب حيث قال: وإن كان من زنا

اعتدت عدة الوفاة من يوم الموت، أو عدة الطلاق من يوم الطلاق، وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة، وفي عدة الطلاق إذا كانت من ذوات الأشهر، أو كانت من ذوات الأقراء ولم تر دمًا، أو رأته، وقلنا: إن الحامل لا تحيض، وإن رأته وقلنا: إنه حيض، وذكر بقية الكلام؛ فأفهم أن ذات الأقراء تنقضي عدتها بالأشهر مع حمل الزنا في القسمين الأولين، وهذا لا يقوله أحد، وغلط من عد ذلك مناقضًا لإفهامه أن الحكم صحيح.

فرع: قالا: لو كان الحمل مجهول الحال؛ حمل على أنه من زنا، وقاله الرُّويَانِي في «جمع الجوامع».

قلت: وفي «النهاية»: إنها إذا نكحت في العدة، وأتت بولد لا يمكن أن يكون من واحد منهما يقضى بأنه ولد زنا؛ ولكن لا أب له، وطريق تحسين الظن حمل العلوق على أنه من وطء شبهة.

قال ابن الرِّفْعَة: ولو قيل: إن ذلك لا يخالف ما قاله الرُّويَانِي؛ لأن الإمام نفى القضاء بأنه ولد زنا، وكلام الرُّويَانِي لا يأباه؛ لأن مراده أن حكمه حكم الوطء من الزنا لا جعله ولد زنا؛ لكن لو سلم ذلك كان فيما قاله الرُّويَانِي نظر؛ لأجل ما ذكره الإمام من العلة، ولأنه يحتمل أنه من وطء شبهة فلا يحصل انقضاء العدة من الصبي في ذمته، والأصل بقاؤها، انتهى.

وفي «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو اشترى أمة فوجدها حبلى ولم يدَّعه البائع فالظاهر أنه من زنا؛ لأن سَفْح الْمَاءِ متيقن، والنسبة مشكوكة فحكم باليقين دون الشك، وهو مملوك ولا يقع الاستبراء بوضعه؛ فإن حَاضَتْ عَلَى الْحَمْلِ وقلنا: يصح؛ فللسيد أن يطأها، فإن لم يحضرا، وقلنا: لا يصح فوضعت الولد؛ فإن زمان النفاس لا يحسب من الاستبراء؛ بل لا بد أن تطهر عن النفاس، ثم تحيض حيضة فحينئذٍ تحمل، انتهى. وهذا شاهد الرُّويَانِي ولا خفاء أنها لا تحد قطعًا.

فرع: إذا لم يحتمل كون الحمل من صاحب «العدة» كما لو مات صبي لا

وَانْفِصَالِ كُلِّهِ حَتَّى ثَانِي تَوْأَمَيْنِ وَمَتَى تَخَلَّلَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَتَوْأَمَانِ ....

ينزل ولا يجامع عن حائل، أو ظهر الحمل مع موته لم تنقض العدة به، وكذا لو مات ممسوح الذكر والأنثيين؛ لم تنقض عدتها بوضع حملها على المذهب.

ولوجب ذكره فقط اعتدت عن الوفاة بوضع الحمل، ولا يلزمها عدة الطلاق؛ لعدم الدخول، كذا جزما به من غير فرق بين تصور الإنزال منه ودخوله في فرجها أم لا، والوجه أنه إذا ساحقها وأنزل في فرجها أنها تعتد عن طلاقه كما لو استدخلت مني الفحل.

وكذلك الحكم لو مات عن زوجته، أو طلقها وهي حامل بولد لا يمكن أن يكون منه بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين العقد، أو لأكثر؛ ولكن كان بين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة؛ لم تنقض به عدتها؛ للعلم بأنه ليس منه، هذا ما ذكره الأصحاب، وانفرد الْغَزَالِي بوجهين آخرين في «الوجيز» تكلمنا عنهما في «الغنية» مع زيادة فوائد.

قال: (**وَانْفِصَالِ كُلِّهِ حَتَّى ثَانِي تَوْأَمَيْنِ**) هذا هو الشرط الثاني لانقضاء العدة، وهو انفصال كل الحمل فلا تنقضي العدة بخروج بعض الحمل عندنا بحال؛ سواء خرج البعض متصلًا أو منفصلًا؛ لأنه لا تحصل به براءة الرحم.

قالا: وكذلك تبقى سائر أحكام الجنين، ووقع في ذلك بعض اضطراب تعرضت له في غير موضع، وانفصال أحد التوأمين كانفصال بعض الجنين؛ لأنهما حمل أحد فشملتهما الآية.

قال: (**وَمَتَى تَخَلَّلَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ فَتَوْأَمَانِ**) هذا بيان للمدة التي لا يخرج فيها الولد الثاني عن كونه توأمًا، فتستمر الأحكام الثابتة في العدة إلى وضعه، ومتى كان بينهما ستة أشهر فأكثر فإن الثاني حمل مستقل، هذا ما قاله الأصحاب، ومنهم العمراني في «الخلاصة».

وعبارة «الوسيط»: إن الستة حكم ما دونها، ولفظه: وأقصى مدة بين التوأمين ستة أشهر وما جاوز ذلك فهو حمل آخر، وقاله في «الوجيز» وغلطه الرَّافِعِي وقال: الشرط أن يكون المتخلل أقل من ستة أشهر، وتبع الْغَزَالِي على

……

عبارته «صاحب الترغيب» و«الْغَايَةِ الْقُصْوَى».

قال الرَّافِعِي: ولم أره لغير الْغَزَالِي هنا، وقد يقال: إن ما ذكره الْغَزَالِي هو الصحيح؛ لأن كونه حملًا آخر يتوقف على وطء يقع بعد الوضع؛ فإذا أتت به لستة أشهر من الوضع بلا زيادة، فلو جعل حملًا آخر لسقط من المدة زمن يسع إدخال الحشفة فيه في الفرج فيكون الباقي دون ستة أشهر، وما دون ستة أشهر لو نظر فيه تعيين ليس بمدة الحمل فيتعين أن يكون من الحمل الأول وحينئذ يتعين.

وما قاله الأصحاب: يقرب من ذلك، وأنه لا يفصل عن الحمل الأول إلا إذا كان بينهما ما يزيد على ستة أشهر مدة أقل الحمل بمقدار يحصل فيه العلوق.

قال: وقد يقال في دفع ذلك: إنه يلزم منه أن يكون بين التوأمين ستة أشهر كاملات التي هي أقل مدة الحمل، والأصحاب لم يسمحوا بذلك، فإذًا ما قاله الْغَزَالِي والأصحاب عن حل الإشكال؛ إذا كان بينهما ستة أشهر.

وقد يخطر للفقيه في دفع الإشكال عن الأصحاب، أو الْغَزَالِي أن ذلك فرض محال؛ إذا تحقق كل من القاعدتين المذكورتين فلا يحكم عليه بشيء، ويؤيده قول الإمام في «كتاب الطلاق»: إنها إذا أتت بولد، ثم بعده بآخر، وبينه وبين الأول دون ستة أشهر، ثم أتت بولد وبينه وبين الثاني دون ستة أشهر، وبينه وبين الأول أكثر من ستة أشهر؛ أنه لا يتصور وجود ذلك.

وقد زعم الرَّافِعِي ـ أي: تبعًا للبغوي ـ أن الولد الثاني مع الأول توأم دون الثالث، وهذا إن صحَّ يحرم القاعدة المذكورة، ويتعين لأجله أن يصار إلى ما قاله الأصحاب؛ لكنني أقول ما قاله في «الوسيط» على هذا التقدير أولى مما قاله الأصحاب؛ لأن كون أقل مدة الحمل ستة أشهر يثبت الكتاب، وكونه لا يكون بين التوأمين ستة أشهر لم يقم عليه دليل من كتاب ولا سنة؛ بل زعم فيه الاستقراء؛ فإذا دار الأمر بين إبطال ما دلَّ عليه الكتاب وغيره، كان غيره أولى بالإبطال، انتهى كلام ابن الرِّفْعَة.

والذي أكاد أقطع به أن الْغَزَالِي لم يقصد ظاهر كلامه في «الوسيط»

وَتَنْقَضِي بِمَيِّتٍ لَا عَلَقَةٍ، وَبِمُضْغَةٍ فِيهَا صُورَةُ آدَمِيٍّ خَفِيَّةٌ أَخْبَرَ بِهَا الْقَوَابِلُ، ....

و«الوجيز» هنا، فإن الاختيارات ومخالفة الشَّافِعِي والأصحاب لا يكون هكذا، وهو إذا أبدى شيئًا بينه وصرح به، وكلامه في «بسيطه» و«وسيطه» و«وجيزه» في كتاب الطلاق؛ يقتضي موافقة الأصحاب في المسألة.

ولعل ما وقع في الكتابين أخذه من قوله في «البسيط» إذا قال لها: إذا ولدت فأنت طالق، فولدت؛ طلقت وشرعت في العدة؛ فإذا أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت الولادة انقضت العدة به، وإن كان بعد ستة أشهر ففيه ثلاثة أوجه، فحصل الوهم من قوله: «بعد» وعبارة إمامه وغيره: وإن أتت بولد لستة أشهر.

وأورد في «الذخائر» المسألة كما في «البسيط» ولم يقل تعديلًا، قال: وإن كان بينهما ستة أشهر فما زاد، ولا أنكر فقه ما قاله ابن الرِّفْعَة ووجهه، والله أعلم.

قال: (**وَتَنْقَضِي بِمَيِّتٍ**) أي: لإطلاق الآية.

(**لَا عَلَقَةٍ**) أي: على المشهور المقطوع به هاهنا؛ لأن العلقة لا تسمى حملًا، وممن صرح بذلك الْغَزَالِي هاهنا.

قال ابن الرِّفْعَة: وأشار في باب الغرة إلى خلاف فيها وليس على وجهه؛ بل أحلق ما ذكره هاهنا، انتهى.

ولم يهم الْغَزَالِي إذن «تعليق القاضي الحسين» في باب الغرة، وإن ألقت علقة لم تنعقد بعد؛ فلا غرة ولا كفارة، وفي انقضاء العدة قولان لما بيناه من الفرق، فإذن كلام الْغَزَالِي على وجهه، وإن كان المشهور هنا الجزم بخلافه.

وقد قال القاضي الحسين: قلنا: لا تنقضي العدة وجهًا واحدًا؛ نعم يجب أن يكون الكلام في علقة يقضي بها أهل الخبرة؛ لكونها بعض أطوار الحمل.

قال: (**وَبِمُضْغَةٍ**) أي: وتنقضي العدة بوضع مضغة.

(**فِيهَا صُورَةُ آدَمِيٍّ خَفِيَّةٌ أَخْبَرَ بِهَا الْقَوَابِلُ**) أو أظهر من المضغة بشيء من التخطيط كإصبع، أو ظفر، أو شعر، قال القاضي الحسين: تعلقت به أحكام الجنين بلا خلاف، قال: وكذلك إذا لم يكن التخطيط ظاهرًا، وقال القوابل:

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ صُورَةٌ وَقُلْنَ: هِيَ أَصْلُ آدَمِيٍّ انْقَضَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

إنه موجود، ونحن ندركه وإن خفي على غيرنا.

وقد صرح «المحرر» بالحالتين، واقتضى كلام القاضي وغيره نفي الخلاف في الحالة الثانية، وجعلها المحاملي في «المقنع» وغيره على القولين الآتيين في الأحكام الثلاثة.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ صُورَةٌ**) أي: بينة ولا خفية.

(**وَقُلْنَ:**) أي: القوابل.

(**هِيَ أَصْلُ آدَمِيٍّ**) أي: أو قلن: هي لحم واحد.

(**انْقَضَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ**) النص هنا انقضاء العدة به، وفي «الجنايات»: إنه لا غرة فيه.

قال الرَّافِعِي: وأشعر كلامه في أمهات الأولاد بأن الاستيلاد لا يثبت.

قلت: وعبارة القاضيين أبي الطيب والحسين وغيرهما: ونص في أمهات الأولاد على أنها لا تصير به أم ولد، وللأصحاب طرق حكى الرَّافِعِي منها أربعة نصًا، وأشار إلى أخريين: **أحدهما**: إثبات قولين في الجميع، قال: ويشبه أن يرجح، وأن يقال: الأظهر: انقضاء العدة به وعدم الاستيلاد، وكذا ذكره أبو الحسن بن خيران، والرُّويَاني، وإبراهيم المروزي.

والثانية: تقرير النصين والفرق صيانة الذمة والاستيلاد إنما يثبت تبعًا للولد، وأما العدة فلبراءة الرحم وبذلك تحصل.

والثالثة: القطع بأنه لا يتعلق به شيء من هذه الأحكام.

والرابعة: عكسها.

والخامسة: القطع بانقضاء العدة به، وفي ثبوت الغرة والاستيلاد قولان ذكرهما القاضي أبو الطيب وغيره، واقتصر عليهما القاضي الحسين في باب الغرة، ونقلهما الرَّافِعِي فيما علق عن إبراهيم المروزي وهي ساقطة من بعض نسخ «الشرح».

والسادسة: عكس الخامسة ذكرها ابن أبي هريرة في «تعليقه» فقال: ومنهم من قال: في انقضاء العدة خاصة قولان، وهي ساقطة من بعض نسخ «الشرح».

وذكر المصنف في «شرح مسلم» في باب انقضاء العدة بوضع الحمل ما لفظه: قال العلماء من أصحابنا وغيرهم: وسواء كان حملها كامل الخلقة، أو ناقصًا، أو علقة، أو مضغة فتنقضي العدة بوضعه؛ إذا كان فيه صورة خلقة آدمي؛ سواء كان صورة خفية كحيض النساء بمعرفتها، أم جلية يعرفها كل أحد، ودليله حديث سبيعة الأسلمية(١) من غير سؤال عن صفة حملها، انتهى. والصواب حذفه.

قلت: قوله: «أو علقة»؛ لأن العلقة لا يتبين فيها صورة خفية لا جلية، والمذهب ما قدمناه في الخلقة؛ فاعلم.

إشارات: **الأول**: أطلق الرَّافِعِي وغيره الكلام وجعلوا محل الخلاف في المضغة دون العلقة، وجعل الْمَاوَرْدِي المضغة التي لم يتبين فيها الخلقة على حالين:

أحدهما: أن تضعف عن قوة اللحم المتماسك؛ فيكون بالعلقة أشبه؛ فلا يتعلق بها حكم من الثلاثة.

والثاني: أن تكون لحمًا متماسكًا قد تهيأ للانتقال إلى التصوير والتخطيط، فهذا موضع الخلاف، وذكر المحاملي في «المجموع» نحوه، وصرح الْمُتَوَلي بجريان الخلاف فيما إذا ألقت قطعة لحم، أو دمًا متجمدًا، وقلن: إنه أصل آدمي. وصور في «الشامل» كل الخلاف بما إذا ألقت دمًا متجمدًا، وقلن: إنه أصل آدمي، ولم يتبين فيه ولو بقي التصور.

وعبارة «حلية الرُّويَانِي»: ولو ألقت شيئًا لم يتبين فيه خلقة آدمي أصلًا، وقال النساء العدول: هذا لا يكون إلا كخلقة آدمي؛ انقضت به العدة في أصح القولين.

---

(١) أخرجه البخاري (٣٩٩١)، ومسلم (١٤٨٤).

……………………………………………………………………

الثانية: صرح الْمَاوَرْدِي بأن نصه على انقضاء العدة بما تقدم قديم؛ فيكون المرجح قديمًا ولا ينافي كونه قديمًا، ذكر الْمُزَنِي له في «المختصر» فإنه قال في الباب: إنه جمعه من كتب منها «الجامع» و«الرسالة».

قال ابن الرِّفْعَة: و«الجامع» و«الرسالة» يوجد فيهما القديم، وقد رجح صاحبا «التهذيب» و«الكافي» طريقة القطع بعدم ثبوت الأحكام بأول النص على ما إذا كان صورة خفية.

وقضية كلام الْمَاوَرْدِي: إنها المذهب الجديد؛ لأنه جعل نص الانقضاء قديمًا، وذلك مما يوجب التوقف في ترجيح المصنف وغيره؛ إلا أن يثبت أن المسألة مما يفتى فيها على القديم، ولم أره.

الثالثة: سبق عن الرَّافِعِي أن الشَّافِعِي أشار في أمهات الأولاد إلى أنه لا تثبت أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ، وأن جماعة نقلوه عن نصه هناك، وأرادوا كلهم قوله: ولو أقر بوطء أمة وأسقطت ما يأتي فيه عين، أو ظهر، أو إصبع فهي أم ولد؛ فأشعر هذا التقييد باعتبار ظهور التخطيط، وجعلوه نصًّا في ذلك.

قال شارح: وراجعت كلام «المختصر» فرأيته موافقًا لكلامه هنا، ويقتضي ثبوت أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ، ولفظه أول الباب: قال الشَّافِعِي: وإذا وطأ أمته فولدت ما يتبين فيه خلق آدمي من عين، أو ظفر، أو إصبع فهي أم ولد، ولا تختلف المملوكة في أحكامها؛ غير أنها لا تخرج من ملكه في دين ولا غيره، فإذا مات عتقت من رأس المال، وإن لم يتبين فيه خلق آدمي سأل عدول النساء، فإن زعمن أن هذا لا يكون إلا من خلق آدمي؛ كانت به أم ولده، وإن شككن؛ لم تكن به أم ولد، انتهى.

وهو ظاهر في كلام ما ذكروه، فإنه ذكر متصلًا باللفظ الأول ما يمنع من التمسك بظاهرة على اشتراط وجود التخطيط، ويمكن رد نصه في الغرة إلى هذا؛ لأنه لم يتعرض فيه لشهادة النساء، وحينئذٍ يتجه القطع في المسائل كلها بثبوت الأحكام؛ إذا شهد القوابل أنه أصل آدمي.

وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ اعْتَدَّتْ بِوَضْعِهِ، ....

وقد رأيت أبا علي في «الإفصاح» مال إلى ذلك، وذكر نصَّه في «أمهات الأولاد» وفهمه على ما ذكرنا، فقال: وقد قيل: إنه على قول واحدٍ في الجميع؛ إن كان فيه مبتدأ خلق آدمي، وقال أهل البصر من النساء: إنه لا يكون مبتدأ خلقة.

قال الشيخ أبو علي: وهذا هو الأشبه من المذهب، نصَّ عليه الشَّافِعِي في «أمهات الأولاد» فرجح طريقة القطع بثبوت الأحكام، ويشبه أن تكون هي المذهب؛ إذا لم نجد للشافعي نصًا صريحًا.

الرابعة: متى شك القوابل في أن ذلك أصل آدمي، أم لا؟ لم يثبت شيء من الأحكام على المشهور المنصوص في «الأم» ولو اختلف الزوجان فيما وضعته، فادَّعت أنه مما تنقضي به العدة، وخالفها الزوج صدقت بيمينها؛ لأنها مصدقة في أصل السقط، فكذا في صفته، قالها الرَّافِعِي.

وسبق في «الرجعة»: أنهما لو تنازعا في أصل الوضع؛ أن القول قولها على المذهب في نصِّ «الأم» فقال: وإن اختلفت هي وزوجها؛ فقالت: قد وضعت ولدًا، أو سقطًا قد بان خلقه، وقال زوجها: لم تضعي؛ فالقول قولها مع يمينها، وإن لم تحلف ردت اليمين على زوجها، فإن حلف على البت ما وضعت؛ كانت له الرجعة وإن لم يحلف؛ لم يكن له الرجعة، انتهى. وقد يؤخذ منه ما ذكره الرَّافِعِي في اختلافهما في الصفة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ؛ اعْتَدَّتْ بِوَضْعِهِ**) أي: لأنهما يدلان على البراءة ظاهرًا، والحمل يدل عليها قطعًا، فكما يُكتفى بالظاهر بدلًا عن القطع بالمطلوب؛ لتعذر تحصيله، فإذا قدرنا على الأصل بطل البدل.

واعلم أنه ليس الاعتداد بالحمل الظاهر مقصورًا على ظهوره في العدة؛ بل لو ظهر بعدها كان الحكم كذلك، فلا معنى لتقييده بظهوره في العدة.

قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو اعتدَّت صاحبة الأقراء بثلاثة قروء،

وَلَوِ ارْتَابَتْ فِيهَا لَمْ تَنْكِحْ حَتَّى تَزُولَ الرِّيبَةُ، أَوْ بَعْدَهَا وَبَعْدَ نِكَاحٍ اسْتَمَرَّ إِلَّا أَنْ تَلِدَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِهِ أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ نِكَاحٍ فَلْتَصْبِرْ لِتَزُولَ الرِّيبَةُ، ....

ثم ظهر لها حمل؛ اعتدّت بالحمل لا غير، وصرح بذلك غيره، والله أعلم.

قال: (**وَلَوِ ارْتَابَتْ فِيهَا؛ لَمْ تَنْكِحْ**) أي: بعدها.

(**حَتَّى تَزُولَ الرِّيبَةُ**) يعني: ليس لها ذلك كما صرَّح به «المحرر» وغيره، وقالاه في «الشرح» و«الروضة» وصرح القاضي الحسين بتخريجها، قيل: والذي يقتضيه كلام الجمهور، وصرح أبو إسحٰق في «شرحه» بالجواز، انتهى(١).

ويشبه أن هذا على القول بصحة النكاح لا مطلقًا؛ فإن نكحت كان النكاح باطلًا، وإن تبين أنه وقع بعد انقضاء العدة؛ قطع به الجمهور، وحكى الفوارني، والإمام، ومن تبعهما خلافًا في صحته، وهو غريب، وصرح مصرحون ببطلانه بلا خلاف، وإنما حكوا الخلاف فيما إذا ارتابت بعد انقضاء العدة.

قال: (**أَوْ بَعْدَهَا وَبَعْدَ نِكَاحٍ اسْتَمَرَّ إِلَّا أَنْ تَلِدَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِهِ**) [فَيَتَبَيَّنُ بُطْلَانُهُ، وَالْوَلَدُ لِلْأَوَّلِ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ فَالْوَلَدُ لِلثَّانِي](٢).

قال: (**أَوْ بَعْدَهَا وقَبْلَ نِكَاحٍ؛ فَلْتَصْبِرْ لِتَزُولَ الرِّيبَةُ**) أي: فالأولى الصبر إلى زوال الريبة كما صرح به «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» والأصحاب؛ إذ هو الأحوط، وعبارة الكتاب تفهم الوجوب.

وقال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: المعتدة بالأقراء إذا استبرأت بعد فراغها فعليها أن تستبرئ نفسها من الريبة، ونحوها، وقول الدارمي: إن ارتابت؛ لم تنكح.

وعبارة المصعبي: فإن ظهرت أمارات الحمل؛ فعليها الصبر إلى أن تزول الريبة، وأظنه لفظ الجويني، ولفظ الغَزالي في «الخلاصة»: ولو استبرأت في العدة صبرت حتى تنقضي العدة بانتفاء الريبة، ولو انقضت العدة، ثم استبرأت

---

(١) انظر «أسنى المطالب» (١٧/ ٤٠٨).

(٢) متن لم يشرحه المصنف، والاستدراك من حاشيتي قليوبي وعميرة (١٣/ ٣٠٠).

فَإِنْ نَكَحَتْ فَالْمَذْهَبُ عَدَمُ إِبْطَالِهِ فِي الْحَالِ، فَإِنْ عُلِمَ مُقْتَضِيه أَبْطَلْنَاهُ، ....

فكذلك الجواب على أحد القولين، والقول الثاني: أن العدة ماضية، انتهى.

فاقتضى كلامه وجوب الصبر على الأول دون الثاني.

وقال الإمام: إذا ارتابت وكانت تحس في نفسها أنها حامل واستشعرت من نفسها علامة ذلك، فإن بلغت المبلغ الذي يقال فيه إنها حامل، وإن كانت لا تستيقن الحمل في أصل الحبلة؛ فليس لها أن تنكح، وإن ارتابت ووجدت في نفسها علامة ولم تبلغ مبلغ يقال فيه: إنها حامل؛ فهذا محل الكلام، وهو المعنى بما أطلقه الأصحاب من الارتياب، وكذلك إن لم تجد ثقلًا في نفسها؛ فينبغي أن تمتنع من النكاح إلى أن تزول الريبة، انتهى. ومراده الفرق بين ظهور الحمل والريبة المجردة من غير ظهور.

قلت: ولا يبعد أن يقال: إن غلب على ظنها أنها حامل، وإن لم يظهر الحمل؛ لما ألفته من عادتها وعرفته من طبيعتها؛ وجب عليها الصبر، وإلا فلا.

قال: (**فَإِنْ نَكَحَتْ**) أي: ولم تصبر إلى زوال الريبة.

(**فَالْمَذْهَبُ: عَدَمُ إِبْطَالِهِ فِي الْحَالِ**) لأن العدة قد انقضت في الظاهر، وتعلق بها حق الزوج الثاني فلا ينقض الحكم بانقضائها بمجرد الشك.

(**فَإِنْ عُلِمَ مُقْتَضِيه؛ أَبْطَلْنَاهُ**) أي: حكمنا ببطلانه؛ لتبين فساده وهذا أصح الطرق، وهو نصه في «الأم» ونص في مواضع على أنه مفسوخ يدل على ما إذا ارتابت في العدة.

والطريقة الثانية: أنه على القولين، ثم منهم من بناها على قول وقف العقود، إن قلنا: لا يوقف أبطلنا النكاح؛ وإلا كان العقد موقوفًا إلى أن يتبين الحال، ومنهم من بناهما على ما لو باع مال مورثه على ظن حياته فبان ميتًا، وبناهما الْقَفَّال على القولين فيمن شك في عدد الركعات بعد الفراغ، هل يلزمه التدارك، أم لا؟

والثالثة: القطع ببطلان النكاح مع الريبة؛ لأنها لا تدري أحلت للأزواج أم لا.

وَلَوْ أَبَانَهَا فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ لَحِقَهُ، ....

والرابعة: حمل النصين على حالين فالوقف على ما إذا كانت الدلالة على الحمل خفية، والبطلان على ما إذا كانت ظاهرة.

والخامسة: على حالين أخريين:

فالأول: إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر.

والثاني: على ما إذا ولدت لدون ستة أشهر، قال ابن الصباغ: وهي مخالفة للنصين.

فرع: نص الشَّافِعِي: أنه لو راجعها الزوج في حال ارتيابها بعد ثلاث حيض ووقفنا الرجعة؛ فإن بان حمل فالرجعة صحيحة، وإلا فباطلة، وأنه لو راجعها بعد وضع ولد وهي تجد حركة ولد ووقفنا الرجعة، فإن ولدت آخر، أو أسقطت سقطًا تبين فيه خلق آدمي؛ فرجعته ثابتة.

وكذا قال الفوراني: إن الرجعة إذا أخرت حال الريبة بعد العدة ووقفناها، يعني: وإن أبطلنا النكاح على رأي، وقاله الجويني في «شرح العيون» فقال: لا يختلف المذهب أن الرجعة موقوفة، وفي النكاح قولان، وفرق بأن الرجعة تصح مادامت العدة باقية، والأصل بقاؤها لقولنا الرجعة إلى التبين، وهذا منهما يقتضي أن الرجعة أولى بالصحة من العقد؛ لأنها كانت ثابتة أولًا، وكان العقد ممتنعًا.

وذكرت في «الغنية» عن «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنه لا رجعة في حال الريبة؛ لانقضاء العدة ظاهرًا، فالظاهر أن مراده أنها لا تسلط على الوطء، لأنها ملغاة مطلقًا، والظاهر منع الوطء حالة التوقف، ويشبه أن يأتي تفصيل الإمام في الريبة فيباح الوطء في القسم الأول؛ لظهور الحمل دون القسم الثاني.

قال: (وَلَوْ أَبَانَهَا) أي: ولو بانت بخلع، أو بالثلاث، أو فسخ، أو لعان، ولم ينف الحمل.

(فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ) أي: فما دونها من وقت الفرقة.

(لَحِقَهُ) أي: لقيام الإمكان، ودليله الاستقراء.

....

قال مالك - ﷺ تعالى -: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، تحمل كل بطن أربع سنين.

وروى ابن المبارك عن مجاهد قال: مشهورٌ عندنا: كانت امرأة محمد بن عجلان تحمل وتضع في أربع سنين، وروى القتيبي أن هرم بن حيان حملت به أمه أربع سنين. وروي في ذلك غير هذا، واستؤنس له بأن عمر ﷺ أمر امرأة المفقود أن تتربص أربع سنين، ثم تعتد بالأقراء.

قال الرَّافِعِي: وإنما قدر بأربع سنين؛ لأنها نهاية مدة الحمل، ولا فرق عندنا في لحوقه في هذه المدة بين أن تقر المرأة بانقضاء عدتها، ثم تلد، وبين ألا تقر.

وقال أبو حنيفة وأحمد وابن سريج: إذا أقرت بانقضاء العدة، ثم ولدت؛ لم يلحقه إلا أن تلده لما دون سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ.

تنبيه: أطلق الأصحاب والشَّافِعِي المسألة كالمصنف.

قال الرَّافِعِي: واعترض منصور التميمي في «المستعمل» فقال: إذا لحقه الولد الذي أتت به لأربع سنين من وقت الطلاق؛ لزم أن تكون مدة الحمل أكثر من أربع سنين؛ لتقدم العلوق على الطلاق، فينبغي أن يقال: لأربع سنين من وقت إمكان العلوق قبيل الطلاق، وهذا قويم، وفي الإطلاق تساهل.

وقال في «شرحه الصغير»: والحق ما ذكره بعضهم أنه يعتبر من وقت إمكان العلوق قبيل الإبانة بالطلاق وغيره، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» بعد إيراد كلام الرَّافِعِي الأول: وهذا تساهل أيضًا؛ لأن الطلاق قد يقع مع الإنزال إما بالتخيير اتفاقًا، أو بالتعليق، وفي هذه الصورة يصح ما قاله الشَّافِعِي والأصحاب دون ما قاله المعترض، فيظهر حينئذٍ أن ما قاله الشَّافِعِي بحمل صحيح، وكذلك ما قاله المعترض، وهو ماعدا ما فرضناه فلينزل كل من الكلامين المطلقين على ما يقتضي صحته، انتهى.

أَوْ لِأَكْثَرَ فَلَا، وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيًّا حُسِبَتْ الْمُدَّةُ مِنَ الطَّلَاقِ، وَفِي قَوْلٍ مِنَ انْصِرَامِ الْعِدَّةِ ....

قلت: ولفظ «المستعمل»: قال: ـ يعني: الشَّافِعِي ـ: ولو طلقها، أو مات عنها فلم تنكح؛ حتى جاءت بولد بعد طلاقه أو موته لأربع سنين؛ لحقه وانقضت عدتها به.

قال منصور: وإذا كان أكثر الحمل أربع سنين، فهذه المسألة خطأ؛ لأنه قد جعل الحمل أربع سنين، فإن قيل: وأين جعله أكثر من أربع سنين، قيل: في قوله: فجاءت به لأربع سنين منذ طلق، فجعل أول العلوق مع الطلاق، وأسقط المدة التي كان فيها المسيس الذي تلاه الطلاق، وكان اللازم له أن يقول: ثم جاءت به لأربع سنين أولها قبل طلاقه بوقت يمكن فيه مسيس، انتهى.

وإذا تدبرت كلامه لم يخف عليك أن فيما حكاه ابن الرِّفْعَة توقف بالنسبة إلى الرد على منصور، وإن كان حكمه صحيحًا يرشد إليه صورة الموت، واعتراض منصور فيها لا يدفع له.

قال: (**أَوْ لِأَكْثَرَ؛ فَلَا**) أي: لعدم الإمكان؛ لأن الأصل فيما زاد على المدة المقدرة العدم.

قال: (**وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيًّا؛ حُسِبَتْ الْمُدَّةُ مِنَ الطَّلَاقِ**) أي: لأنها كالبائن في تحريم الوطء، فكذا في أمر الولد.

(**وَفِي قَوْلٍ: مِنَ انْصِرَامِ الْعِدَّةِ**)؛ لأنها كالمنكوحة في أكثر الأحكام.

تتمات وفوائد:

منها: قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: وفي الإطلاق على القولين التساهل الذي تبين، أي: والتحقيق ما سبق.

ومنها: قال في «الشرح الكبير»: وهذا الخلاف كالخلاف الذي يذكر في الرجعة هل هي فراش أم لا؟ وهو هو.

ومنها: المفهوم من كلام المصنف أنَّا إذا قلنا: بالقول الثاني: إنها إذا انقضت العدة بالأقراء، أو الأشهر، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين من

انقضائها؛ أنه لا يلحقه، وهو الأصح عند الأكثرين، وقيل: يلحقه متى أتت به من غير تقدير؛ لأن الفراش على هذا القول بانقضاء العدة.

قال الرَّافِعِي بعد ذكره الأصح: لكن هذا إن استمرت في الأقراء فلا تستمر في الأشهر، ولأن المرأة التي تحمل لا تعتد بالأشهر؛ فإذا حملت بان أن العدة لم تنقض بالأشهر، وهذا الخلاف على ما ذكره القاضي الرُّويَانِي فيما إذا أقرت بانقضاء العدة، قال: فإذا لم تقر؛ فالولد الذي تأتي به يلحقه وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ؛ لِأَنَّ الطُّهْرَ قَدْ يَتَبَاعَدُ سِنِينَ فَتَمْتَدُّ الْعِدَّةُ.

وحكى وجهًا ضعيفًا: أنه إذا مضت ثلاثة أشهر، ثم أتت بالولد لأكثر من أربع سنين لم يلحقه؛ لأن الغالب انقضاء العدة في ثلاثة أشهر، هذا كقول «الشرح الصغير».

ومنها: لو ادَّعت الرجعة أنه راجعها والثابت أنه جدد نكاحها، أو أنه وطئها بشبهة، وأنها ولدت على الفراش المجدد، كذا اعتبر الرَّافِعِي.

وعبارة الإمام: وادَّعت أنه راجعها وألم بها بعد المراجعة، وحصل العلوق من بعد الرجعة، والثابت أنه وطئها بعد تجديد النكاح وحصل العلوق منه؛ فإن صدقها فذاك، وإن أنكر؛ صدق بيمينه للأصل.

قال القاضي الحسين: فيحلف على البت إن كان حيًا، والورثة على نفي العلم إن كان ميتًا؛ فإن حلف فذاك، وإن نكل؛ قال القاضي حسين: لم يقل الشَّافِعِي هنا أنها تحلف، وكذا قال الإمام، ولم يتعرض الشَّافِعِي للحلف نفيًا ولا إثباتًا، وقال في «الإبانة»: إنه نصَّ هنا على أنها لا ترد اليمين عليها، انتهى.

قال القاضي: وقال في «اللعان»: إذا أتت بولد في النكاح وادَّعت أنه منه، وقال: لا؛ بل اسْتَعَرْتِهِ، أو التقطِه؛ فالقول قوله بيمينه، فإن حلف فذاك، وإن نكل حلفت هي ولحقه النسب، فمنهم من جعل فيهما قولين نقلًا وتخريجًا، ومنهم من جرى على ظاهرهما، وفرق بأنه في صلب النكاح والفراش قائم فقوي جانبها، فلذلك تحلف هاهنا كمكتسبة.

وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ، ....

قال القاضي: فإن قيل: هلا قلتم: لا تسمع دعواها لهذه العلة، وهي ضعف الفراش هاهنا، قلنا: هي قيمة في أمر ولدها فتدَّعي له كما يكون قيمة في أمره في طلب النفقة والكسوة، غير أن اليمين لا يجري فيها النيابة؛ كالأب يدَّعي طفله فلا يحلف، انتهى.

والذي أورده الرَّافِعِي إيراد المذهب المشهور: أنها تحلف إذا تكلم، ثم قال: ونقل أبو الفرج قولًا: أنه إذا نكل لا ترد اليمين عليها؛ لأنها لو حلفت لثبت النسب، ويبعد أن يكلف الإنسان لفاسدة غيره؛ فإن لم تحلف، أو نكرت، فهل يحلف الولد إذا بلغ؟ فيه خلاف مذكور في نظائره.

والذي أورده العراقيون: أنها تحلف، ورجحه الإمام؛ لأنها قيمة في نفقة الولد كما سبق.

ومنها: لا حاجة إلى دعوى الرجعة والوطء في الطلاق الرجعي؛ بل لو ادَّعت الوطء فيه من غير مراجعة كفى؛ لأنه لو وطئها في عدة الرجعية لحقه النسب بلا خلاف.

قال: (وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ) أي: ويكون الحكم كما مرَّ إن أمكن كونه من الأول لحقه على ما بيناه، ومتى ألحقناه به تبين فساد نكاح الثاني لجريانه في عدته؛ فإن لم يمكن كونه من الأول بأن كان لأكثر من أربع سنين من طلاقه لم يلحقه، ويكون منفيًا عنهما، وقد بان لنا أنه نكحها حاملًا، فهل يحكم بفساد النكاح حملًا على أنه من وطء شبهة، أم حملًا على أنه من زنا، أو احتمال كونه منه؟ فيه نظر، والأقرب: عدم الفساد، أما الحمل المحمول على أنه من زنا كما سبق عن الرُّويَانِي في الحمل المجهول، أو لاحتمال كونه منه فلا يفسده مع ذلك، وقد جرى النكاح في الظاهر على الصحيح.

ثم رأيت عن «المطلب» أنه يستمر نكاح الثاني في هذه الحالة ولم يرد عليه، وربما اقتضى ما سبق عن الإمام من أنه إذا لم يمكن كونه منهما فهو

وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةٍ فَالْوَلَدُ لِلثَّانِي وَلَوْ نَكَحَتْ فِي الْعِدَّةِ فَاسِدًا فَوَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنَ الْأَوَّلِ

منتفٍ عنهما، ولا يقضى بأنه من زنا ويحمل على أنه شبهة، وإنَّا نقضي بفساده إلا أن يقال: يحتمل أن وطء الشبهة منه؛ فلا يكون منافيًا لعقده، وفيه وقفة، والاحتياط للإبضاع يخالف ذلك.

وسبق عن الْمَاوَرْدِي أنه نقل عن المذهب فيما إذا لم تنكح، ولا يمكن إلحاقه بالزوج؛ لأنه ينقضي به عدته دون ما تقدم من الشهور والأقراء. وقضيته أنها تكون حالة الحمل بعيدة عن الأول، وإن لم تلحقه به، فحينئذٍ يتجه بطلان نكاح الثاني؛ لكن سبق الاعتراض على ما نقله، وأن غيره لم يوافقوه.

قال: (**وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةٍ؛ فَالْوَلَدُ لِلثَّانِي**) أي: وإن أمكن كونه من الأول؛ لأن فراش الثاني موجود وهو أقوى، ولأن نكاحه قد صحَّ ظاهرًا، ولو ألحقنا الولد بالأول؛ لأبطلنا ما صحَّ بالاحتمال.

إشارات: لا خفاء أن مجرد كونه لستة أشهر من عقده لا يكفي؛ بل لا بد من إمكان الاجتماع والوطء كما بيناه في «اللعان».

وقد قال منصور التميمي في «المستعمل» إثر اعتراضه السابق: ودخل في هذا رجل تزوج امرأة فجاءت بولد بعد العقد بستة أشهر أنه لاحق به، وإن جاءت به لأقل من ذلك فهو منفي عنه، وإذا كان أقل الحمل ستة أشهر؛ وجب أن يقال... إلى أن قال: وإذا جاءت به بعد العقد بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ إِصَابَتِهِ؛ فإن العقد لم يلحق به، انتهى.

الثانية: الذي اقتضاه كلام الجمهور في مسألتنا: أن الولد للثاني من غير عرض على القائف.

وقال في «المهذب»: إن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول، أو لستة أشهر فصاعدًا من عقد الزوج عرض على القافة؛ لأنه يمكن أن يكون من كل منهما، قال القاضي ابن السُّكَّرِي في «حواشي الوسيط»: انفرد بنقل هذا دون غيره من العراقيين في جميع كتبهم، هذا لفظه.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَتْ فِي الْعِدَّةِ فَاسِدًا فَوَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنَ الْأَوَّلِ**) أي: فقط.

لَحِقَهُ وَانْقَضَتْ عِدَّتها بِوَضْعِهِ، ثُمَّ تَعْتَدُّ لِلثَّانِي أَوْ لِلإِمْكَانِ مِنَ الثَّانِي لَحِقَهُ ....

(لَحِقَهُ وَانْقَضَتْ عِدَّتها) أي: عدة الأول.

(بِوَضْعِهِ، ثُمَّ تَعْتَدُّ لِلثَّانِي) أي: حيث يحصل إصابة بشبهة، فنقول: لا خفاء أنه يجب التفريق بينهما؛ فإن لم تحصل إصابة لغا العقد، وإن جرت إصابة اختيارية فإن علما التحريم فزانيان، وإن جهلاه فوطء شبهة وحكمه واضح، وإن جهله دونها؛ فزانية تحد دونه، ولا مهر لها وعليها العدة، وتنقطع عدة الأول، ويثبت النسب وحرمة المصاهرة، وإن علم وجهلت؛ فهو زانٍ ولها المهر، والجهل بالتحريم من جانبه بنسيان ما جهل كونها معتدة، أو جهل تحريم المعتدة، والأول يعذر فيه كل أحد، والثاني يعذر فيه قريب العهد بالإسلام، ومن نشأ ببادية نائية، وذلك دعواه الجهل بالتحريم.

قال القاضي الحسين: فإن ادَّعت جهل كونها في العدة لم تصدق، وكأن الغرض حيث يقضي الحال بكذبها، أما لو قالت وهو غائب: بلغني طلاقه، وقايةً من شبهة مثلًا؛ فلبثت على ذلك، ثم بان الأمر بخلاف ذلك، قال: ولو كانت نائمة، أو مكرهة؛ فكالجاهلة، وإن كان هو نائمًا فاستدخلت آلته؛ فكما لو كان جاهلًا وهي عالمة.

قال: **(أَوْ للإِمْكَانِ مِنَ الثَّانِي)** أي: فقط.

(لَحِقَهُ) لما تقدم تقريره.

واعلم أن الإمكان هنا يعتبر من وطئه لا من عقده، هذا ظاهر المذهب، والمنصوص في «الأم»؛ إذ لا فراش في النكاح الفاسد ما لم يوجد وطء.

وقال الْقَفَّال والشَّاشِي: ينقطع بنفس النكاح، ثم متى تعود إلى عدة الأول؟ المذهب أنها تعود من وقت التفريق بينهما، وقال الْقَفَّال والشَّاشِي: من آخر الوطء بها، والتفريق أن يفرق القاضي بينهما، أو يتفقا على المفارقة، أو يموت عنها، أو يطلقها على ظن الصحة، ولو غاب عنها على عزم أن يعود إليها؛ لم تحسب مدة الغيبة من العدة، ولو عزم على ألا يعود حسبت منها، قال الإمام: واعتبار العقد في الأول، والأول في الآخر كلام مختلط.

أَوْ مِنْهُمَا عُرِضَ عَلَى قَائِفٍ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا فَكَالْإِمْكَانِ مِنْهُ فَقَطْ].

قال: (**أَوْ مِنْهُمَا؛ عُرِضَ عَلَى قَائِفٍ**) يعني: إذا أمكن كونه من هذا، أو من ذاك عرض على القائف؛ لما سيأتي في موضعه.

(**فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا؛ فَكَالْإِمْكَانِ مِنْهُ فَقَطْ**) أي: وإن ألحقه بهما، أو اشتبه الأمر عليه، أو لم يكن قائفًا؛ فينتظر بلوغه وانتسابه بنفسه كما سيأتي.

قال الْمَاوَرْدِي: والمراد بقولنا: «إِذَا لَمْ يَكُنْ قَافَة» يعني: إذا لم يكن فِي مَوْضِعِ الْوَلَدِ الْمُتَنَازَعِ فِيهِ وَمَا قَارَبَهُ إِلَى مَسَافَةِ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَنِصْفِ لَيْلَةٍ، وَلَمْ يُرِدْ الشافعي إذا لم يَكُونُوا فِي الدُّنْيَا كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَخْلُونَ مِنَ الْحِجَارِ، وَلَا يَلْزَمُ إِذَا بَعُدُوا أَنْ يُحْمَلَ الْوَلَدُ إِلَيْهِمْ، وَلَا أَنْ يُحْمَلُوا إِلَيْهِ كَالشُّهُودِ الَّذِي لَا يَلْزَمُ نَقْلُهُمْ وَلَا الِانْتِقَالُ إِلَيْهِمْ، وَكَالْوَلِيِّ الْغَائِبِ الَّذِي لَا يَلْزَمُ نَقْلُهُ وَلَا الِانْتِقَالُ إِلَيْهِ، وَيَكُونُ خُلُوُّ الْمَوْضِعِ وَمَا قَارَبَهُ مِنَ الْقَافَة كَالعَدَمِ، انتهى.

ورأيت في باب القافة في «الإبانة»: فإن لم توجد القافة في الدنيا وقف إلى أن يبلغ فينسب إلى أحدهما، انتهى.

وإن لم يمكن كونه من أحدهما انتفى عنهما بلا لعان، وهل تنقضي به عدة أحدهما؟ قال الرَّافِعِي: فعن الشيخ أبي حامد لا؛ بل تكمل العدة على الأول، ثم تعتد للثاني.

قال صاحب «الشامل»: وقياس ما ذكرنا فيما إذا علق طلاقها بالولادة فولدت ولدين بينهما ستة أشهر، أن الثاني لا يلحقه وتنقضي به العدة، وأن نقول هاهنا بانقضائها عن أحدهما.

وفي «الحاوي» هنا: أنه لا تنقضي به عدة واحد منهما باتفاق الأصحاب، قال: وهو دليل على صحة ما قبله من قبل أنه إذا لم يلحق المطلق لا تنقضي به عدته، وما ادَّعاه من الوفاق ممنوع؛ بل فيه خلاف محقق نقله هو في باب تداخل العدتين، فقال: فيه وجهان: **أحدهما**: خرجه أبو حامد أنه تَنْقَضِي بِهِ إِحْدَى الْعِدَّتَيْنِ لَا بِعَيْنِهَا.

وقال جمهور أصحابنا: لا تنقضي به عدة واحد منهما، وكذا حكى

……

الْبَنْدَنِيجِي عن شيخه وعن الجمهور، واختار نقل الرَّافِعِي عن أبي حامد فذكر عنه هنا ما سبق، وهو في «الشامل» ونقل عنه في تداخل العدتين: أنها تعتد به بعد الوضع عن أحدهما لا بعينه وهو من «النهاية».

قال الْمَاوَرْدِي: فَعَلَى المذهب يَلْزَمُهَا أَنْ تَسْتَكْمِلَ بَعْدَ دَمِ نِفَاسِهَا مَا بَقِيَ مِنْ عِدَّةِ الْأَوَّلِ، وَهِيَ قُرْآنِ ثُمَّ تَسْتَأْنِفُ بَعْدَهُمَا عِدَّةَ الثَّانِي، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، فَإِنْ رَأَتْ عَلَى الْحَمْلِ دَمًا كيف تقضي عدتها؟ فَإِنْ قِيلَ فِيهِ: إِنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ فكعدمه، وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ حَيْضٌ، وَقِيلَ: إِنَّهَا تَعْتَدُّ بِالْحَمْلِ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ تَعْتَدَّ بِالْحَيْضِ الَّذِي عَلَى الْحَمْلِ؛ لِئَلَا تَتَدَاخَلَ عِدَّتَانِ فِي حَقّ شَخْصَيْنِ، وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهَا لَا تَعْتَدُّ بِالْحَمْلِ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِانْتِفَائِهِ عَنْهُمَا، فَهَلْ تَحْتَسِبُ حَيْضَهَا عَلَيْهِ مِنْ أَقْرَاءِ عِدَّتِهَا، أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا تَحْتَسِبُ بِهِ عِدَّةَ أَقْرَائِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ تَعْتَدَّ بِالْحَمْلِ فَأَوْلَى أَلَا تَعْتَدَّ بِالْأَقْرَاءِ الَّتِي عَلَى الْحَمْلِ، وَيَكُونُ زَمَانُ الْحَمْلِ كُلُّهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي الْعِدَّتَيْنِ عَلَى مَا مَضَى مِنِ اسْتِئْنَافِهَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ، رأت فيه الدم أم لا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهَا تَحْتَسِبُ بِهِ مِنْ عِدَّةِ أَقْرَائِهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَقَطَ حُكْمُ الْحَمْلِ مِنَ الْعِدَّةِ ثَبَتَ فِيهَا حُكْمُ الْأَقْرَاءِ، وَكَمَا تَعْتَدُّ بِهَا مَعًا إِذَا كَانَتِ الْعِدَّتَانِ مَعًا مِنْ صَاحِبِ الْحَمْلِ. وعلى هذا لو كان قد مضى لها أولًا قرء واحد من عدة الزوج، ثم رأت على الحمل خمسة أقراء؛ انقضت العدتان؛ لكن لا يُحكم بالانقضاء ما لم ينفصل الحمل ويُحكم بانتفائه عنهما، ولو لم تستكمل جميع أقراء العدتين على الحمل لم يخف حكمه، انتهى.

وبالوجه الثاني أجاب القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وهو الأصح - إن شاء الله تعالى- وقوة كلام الْمَاوَرْدِي هذا، والقاضي أبي الطيب، وصاحبه تقتضي أن هذا الحمل من زنا، كما سبق عن الرُّويَانِي، وإلا لما صحَّ ما ذكروه من التفريع على الوجه الثاني.

فرع: هل يلحق الولد في النكاح الفاسد بمجرد الإمكان كالصحيح، أم

....

لا بد من الاعتراف، أو بالوطء؛ إذ لا تصير فراشًا له؟ فيه خلاف مخرج على ما سبق، ورتب عليه أنه لو اعترف بالوطء على قولنا يعتبر إقراره، ثم ادَّعى استبراء؛ فالمذهب أن دعواه لاغية، وقيل: يؤثر كما في ملك اليمين، وزيفه.

فرع: وطئت بشبهة بعد العدة من المطلق، فهل ينزل ذلك منزلة النكاح الصحيح في قطع فراش الأول؟ قال الْبَغَوِي: أصح الوجهين: نعم؛ حتى لو أتت بولد لستة أشهر فأكثر من الوطء لحقه، وإن كان لدون أربع سنين من طلاق الأول، وقيل: يعرض على القافة عند الإمكان منهما، وبه أجاب الفوراني، وحكم وطء الشبهة في أثناء العدة حكم النكاح الفاسد فيها.

فرع: نكح معتدة غيره ووطأها؛ فله تزويجها بعد ذلك، علم بعدتها أم لا، وعن عمر ﷺ: أنها تحرم عليه أبدًا إن جهل لا إن علم، وحُكي عن مالك، وذكره الشَّافِعِي في «القديم» فقيل: حكاية عن غيره، وقيل: مذهبًا لهُ، وعليه جرى العراقيون.

قال المحاملي في «المقنع»: وهذا حكم كل وطء يفسد النسب؛ مثل امرأة وأمة تكون فراشًا لرجل فيطأها غيره بشبهة، وأطلق نقل القول «القديم» ولم يفرق بين العالم والجاهل؛ فعلى «القديم» هل يكون تفريق الحاكم بينهما شرطًا في تأبد التحريم؟ وجهان، وقد خالف عمر علي - ﷺ -.

قال الشَّافِعِي في «الجديد»: وهو القياس الصحيح، وأطنب في توجيهه، قال العمراني وغيره :وروي عن عمرﷺ أنه رجع إلى قول علي ﷺ.

قال البيهقي: روينا عنه الوجوه، وفي «الجامع»: عن الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق: أن عمر ﷺ رجع عن ذلك.

فرع: نكحها ظانًّا أنها معتدة فبانت بائنًا، رأى ابن الرِّفْعَة تخريجه على ما لو باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا، قال: ورأيت مثله للماوردي في باب عدة المفقود.

قلت: وسقت كلام «الحاوي» في «الغنية» وبنى جماعة الوجهين على

قال المصنف: [فَصْلٌ: لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِئَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ جَاهِلًا ....

الأصل المذكور، وقوله: وعلى الوجهين يكون نكاح من تزوج امرأة يعتقد أنها أخته فبانت أجنبية؛ لكن كلامهم في مواضع يخالف ذلك. وكلام الْمَاوَرْدِي وغيره على نكاح الأجنبيات؛ يقتضي القطع ببطلان ذلك، وقدمنا أن المرتابة لا يصح نكاحها إن صادف البينونة، وطريقة الخلاف فيه شاذة. وقال أبو إسحٰق في «شرحه»: إن الشَّافِعِي يقول لا يجوز أن ينعقد النكاح موقوفًا على خيار أحد، ولا على أن ينظر هل هي ممن يحل تزويجها أم لا؟ وقد جعلوا الشك في حل المنكوحة من الأسباب التي تمنع اقترانها بالعقد صحة النكاح.

وصرح الجويني في «شرح العيون»: أن النكاح لا ينعقد مع الشك وإن ظهر الحال، كما لو غاب رجل عن امرأته فزوجها وليها من آخر، وظهر أنها حالة العقد بانت من الأول بموته، أو طلاقه، وقد انقضت عدتها منه.

قال: وقد قال الشَّافِعِي نصًّا: لَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، فقال: قبلت نكاحها، وبانت أنثى؛ لا يصح النكاح، انتهى.

لكن سبق أنه لو زوج أمة ابنه، ظانًّا حياته فبان ميتًا؛ أنه يصح على القولين بصحة البيع في الأصل السابق، وهو المرجح(١).

قال:

(فَصْلٌ)

لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ؛ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِئَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ جَاهِلًا) أي: بأن ظنها زوجته الأخرى، أو أمته، أو كان جاهلًا بالتحريم،

---

(١) قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا تُنْكَحُ الْمُرْتَابَةُ وَإِنْ أَوْفَتْ عِدَّتَهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْرِي مَا عِدَّتُهَا فَإِنْ نُكِحَتْ لَمْ يُفْسَخْ وَوَقَّفْنَاهُ، فَإِنْ بَرِئَتْ مِنَ الْحَمْلِ فَهُوَ ثَابِتٌ وَقَدْ أَسَاءَتْ، وَإِنْ وَضَعَتْ بَطَلَ النِّكَاحُ، قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تعالى: جَعَلَ الْحَامِلَ تَحِيضُ وَلَمْ يَجْعَلْ لِحَيْضِهَا مَعْنًى يُعْتَدُّ بِهِ كَمَا تَكُونُ الَّتِي لَمْ تَحِضْ تَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ، فَإِذَا حَدَثَ الْحَيْضُ كَانَتِ الْعِدَّةُ بِالْحَيْضِ وَالشُّهُورِ كَمَا كَانَتْ تَمُرُّ عَلَيْهَا وَلَيْسَتْ بِعِدَّةٍ، وَكَذَلِكَ الْحَيْضُ يَمُرُّ عَلَيْهَا وَلَيْسَ كُلُّ حَيْضٍ عِدَّةً كَمَا لَيْسَ كُلُّ شُهُورٍ عِدَّةً. انظر «الحاوي الكبير للماوردي» (١١/ ٤٥١).

أَوْ عَالِمًا فِي رَجْعِيَّةٍ تَدَاخَلَتَا فَتَبْتَدِئُ عِدَّةً مِنَ الْوَطْءِ وَيَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَمْلًا وَالْأُخْرَى أَقْرَاءً تَدَاخَلَتَا فِي الْأَصَحِّ، ....

وإلا فالعالم به زانٍ.

قال: (**أَوْ عَالِمًا فِي رَجْعِيَّةٍ**) أي: أو جاهلًا أيضًا، وكذا لو وطئها أجنبية فيما يظهر.

(**تَدَاخَلَتَا فَتَبْتَدِئُ عِدَّةً مِنَ الْوَطْءِ، وَيَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ**) إذ لا معنى للتعدد هنا لاتحاد الجنس، وله الرجعة في تلك البقية في الرجعية، وتجديد النكاح في البائن دون الثلاث، وقيل: تسقط بقية عدة الطلاق وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء.

قال الرَّافِعِي: وقياسه ألا تثبت الرجعة في البقية؛ لكن الإجماع صد عنه، وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم، ومنع ابن الرِّفْعَة الإجماع فيه، وقيل: الواجب عليها الاعتداد بقية عدة الطلاق، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء، أو أشهر.

وقيل: تكفي بقية العدة الأولى، وذكره ابن يونس، فعلى المذهب إن كانت ذات أقراء اعتدت بثلاثة أقراء من الوطء، أو ذات أشهر فبثلاثة أشهر منه، ويدخل ما بقي من العدة الأولى في الثانية كما ذكره؛ فإذا كان قد مضى قبل الوطء قروءًا، وكان القرآن، أو الشهران بعد الوطء واقعين عن العدتين، والثالث متمخض عن الثانية؛ فيستمر وجوب النفقة وثبوت رجعة الرجعية إلى آخر القرأين، أو الشهرين بعد الوطء، والسكنى في البائن إلى آخرهما، ولا يثبت شيء منها في القرء والشهر الثالث، ولو وطئها فيه عالمًا بالحال كان زانيًا على المذهب المعروف، فذكر الإمام شيئين شاذين.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَمْلًا وَالْأُخْرَى أَقْرَاءً؛ تَدَاخَلَتَا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنهما من جنس واحد فأشبها المتجانستين، والثاني: لا؛ لأنهما جنسان فلا تداخل كما لو زنت بكرًا ثم ثيبًا، كذا قاسه الجمهور، وهو ميل منهم إلى عدم التداخل، وشبه الْمَاوَرْدِي الخلاف هنا بالخلاف في تداخل الحدين المذكورين.

فَتَنْقَضِيَانِ بِوَضْعِهِ، وَيُرَاجِعُ قَبْلَهُ، وَقِيلَ إِنْ كَانَ الْحَمْلُ مِنَ الْوَطْءِ فَلَا، ....

واعلم أن الجماهير من الطريقين أرسلوا الوجهين، ولم يصرحوا بترجيح.

وقال **الرَّافِعِي** في «شرحيه» و«محرره»: إن الأشبه التداخل، وبه جزم صاحب «الانتصار» في «تنبيهه» وصححه في «الانتصار» وشيخه الفارقي وقبلها الفوراني في «العمد» وقضية إطلاق الجويني في «مختصره» **والْغَزَالِيُّ** في «خلاصته» ومن تبعهما الجزم به، فإنهم أطلقوا القول بالتداخل.

قال: (**فَتَنْقَضِيَانِ بِوَضْعِهِ**)؛ لأنه ثمرة التداخل.

(**وَيُرَاجِعُ قَبْلَهُ**) أي: قبل الوضع إن طرأ الوطء، وهي تعتد بالحمل؛ لأنها في عدة طلاق رجعي، والحمل لا يتبعض.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الْحَمْلُ مِنَ الْوَطْءِ؛ فَلَا**) أي: فلا رجعة له؛ لأن عدة الطلاق قد سقطت، وهي الآن معتدة من الوطء، والأصح: نعم؛ لأنها في عدة الطلاق، وإن لزمها عدة أخرى، هذا كله تفريع في التداخل؛ فإن منعناه وكانت تعتد عن الطلاق بالحمل فهي جارية في عدة الطلاق إلى الوضع، وتستمر الرجعة إلى الوضع فقط إن كان رجعيًا، وتعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء، هكذا قال **الرَّافِعِي**.

وقال **الْمَاوَرْدِي** وغيره بعد النقاش: وإن كان الحمل لعدة الوطء أتمت بعد وضعه بقية عدة الطلاق، وله الرجعة في تلك البقية، وله الرجعة قبل الوضع أيضًا على الأصح، وله تجديد نكاح البائن قبل الوضع وبعده إذا لم يكن الطلاق رجعيًا.

فإن لم يعلم هذا الحمل من عدة الطلاق أم حدث بالوطء؟ قال المتولي: يلزمها الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة بعد الوضع؛ لجواز أن تكون عدة الطلاق بالوضع، وحيث أثبتنا الرجعة فلو مات أحدهما ورثه الآخر، ولو طلقها؛ لحقها الطلاق، ويصح الظهار والإيلاء منها، ولو مات الزوج؛ انتقلت إلى عدة الوفاة بموته.

وحيث قلنا: لا تثبت الرجعة؛ لا يثبت شيء من هذه الأحكام، وجميع ما

أَوْ لِشَخْصَيْنِ بِأَنْ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ، أَوْ شُبْهَةٍ فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطَلُقَتْ، فَلَا تَدَاخُلَ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ.

ذكرناه فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل أو رأته، وقلنا: ليس هو بحيض.

فأما إن جعلناه حيضًا، فهل تنقضي مع الحمل العدة الأخرى بالأقراء؟ وجهان: **أصحهما**: نعم؛ لأن وضعه دالٌّ على البراءة، وإنما أوجبنا العدتين تقيدًا، فعلى هذا لو كان الحمل حادثًا من الوطء فمضت الأقراء قبل الوضع؛ فقد انقضت عدة الطلاق، وليس للزوج الرجعة بعد ذلك، وإن وضعت الحمل قبل تمام الأقراء، فقد انقضت عدة الوطء، وعليه بقية عدة الطلاق، وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام الأقراء بلا خلاف، قاله الْبَغَوِي.

وإن كان الحمل لعدة الطلاق وله الرجعة إلى الوضع؛ فإذا وضعت قبل تمام الأقراء؛ أكملت لعدة الوطء ما بقي من الأقراء، ولا رجعة له فيه.

قال: (**أَوْ لِشَخْصَيْنِ؛ بِأَنْ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ، أَوْ شُبْهَةٍ فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطَلُقَتْ؛ فَلَا تَدَاخُلَ**) أي: على المذهب المعروف، وفي ثبوت خلافه نظر يأتي بيانه. وتعتد عن كل واحدٍ منهما بعدة كاملة خلافًا لأبي حنيفة لنا ما رواه الشَّافِعِي عن مالك عن ابن شهاب عن ابن المسيب، وسليمان بن يسار أن عمر ﵁ قال: «أيما امرأة نكحت في عدتها» إلى أن قال: «وإن كان دخل بها ـ يعني: الثاني ـ فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الآخر»(1) ولأنهما حقان مقصودان لآدميين؛ فلا يتداخلان كالدينين، ولأن العدة دين يستحقه الرجل على المرأة؛ فلا يجوز أن تكون محبوسة لاثنين في وقت واحد كالنكاح.

قال: (**فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ؛ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ**) أي: في كل هذه الصور سواء كان سابقًا أو لاحقًا، كما صرح به «المحرر» لأن عدة الحمل لا تقبل التأخير،

---

(1) أخرجه مالك (٢ / ٥٣٦، رقم ١١١٥)، والشافعي (١ / ٣٠١)، وعبد الرزاق (٦ / ٢١٠، رقم ١٠٥٤٠)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١ / ٢٢٠، رقم ٦٩٨)، والبيهقي (٧ / ٤٤١، رقم ١٥٣١٦).

....

وهذا عند إمكان أنه من أحدهما وإلا فهو كالعدم على الصحيح، فإن كانت حاملًا من الزوج أولًا فعدته بوضع الحمل، وتعتد للثاني بعد أن تطهر من النفاس، كذا قال الْمَاوَرْدِي والرَّافِعِي، وله مراجعتها قبل الوضع.

لكن قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي: لا يراجعها في مدة اجتماع الثاني معها؛ لأنها حينئذٍ خارجة عن عدة الأول وفراش لغيره، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة.

قال الرَّافِعِي: وفي تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائنًا قبل الوضع الوجهان السابقان، ويجريان فيما لو وطئ امرأة بشبهة وأحبلها، ثم وطئها آخر بشبهة وأراد الأول نكاحها قبل الوضع.

وإن حدث الحمل من الوطء الطارئ على عدة الزوج قدمت عدة الحمل، ثم تكمل بعد الوضع بقية عدة الزوج، قال الْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ، والبَغَوِي: بعد النفاس، وللزوج الرجعة في تلك البقية إن كان الطلاق رجعيًا.

وحكى الْمَاوَرْدِي والرَّافِعِي: وجهين في صحة الرجعة في مدة النفاس، ورجحا الصحة، وإذا ثبتت الرجعة لحق الطلاق وتوارثا، وننتقل إلى عدة الوفاة.

قال الرَّافِعِي: وهل له الرجعة قبل الوضع وتجديد نكاح البائن؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لم تنقض عدته بعد، وحكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحٰق، وصححه وهو موافق لما سبق من العدتين المختلفتين من شخص واحد.

والثاني: المنع؛ لأنها في عدة غيره، ورجحه الْبَغَوِي، ويحكى مثله عن الْمَاوَرْدِي، وعلى هذا فالفرق بينه وبين عدتا الشخص: أن الرجعة في أي عدة وقعت لا تصادف عدة غيره بخلاف مسألتنا.

قلت: وما ذكره الرَّافِعِي في تجديد النكاح تبع فيه «التهذيب» وهو مشكل؛ لأنه نكح معتدة من غيره في حال عدته؛ فالوجه القطع بفساده، والذي رأيته في

....

الكتب نقل الخلاف في الرجعة فقط، وكذا ذكره الْمَاوَرْدِي بخلاف ما أفهمه إيراد الرَّافِعِي. وقد أطلق الرُّويَانِي وغيره نقل الإجماع على أنه لا يجوز عقد نكاح على معتدة الغير، والفرق بين الرجعة والنكاح ظاهر؛ لأنها في حكم الدوام وعدة الغير لا تنافي دوام نكاحه بخلاف الابتداء.

والذي أورده القاضي الحسين عدم صحة النكاح، وعبارة الإمام: لا سبيل إلى صحته ويستحيل أن يصح نكاح في عدة غيره، وهو لا يقطعها، فهذا هو الصواب الذي لا يجوز غيره، وما في «التهذيب» سبق قلم لم يصدر عن رَوِيَّة.

تنبيه: سبق أن الحمل تارة يكون من الزوج، وتارة يحدث من الثاني، وكونه من الزوج؛ لأنه قد يظهر الحمل أولًا، ثم يطرأ الوطء، وأما العلم بحدوثه من الواطئ فلا يكاد يتصور في حال كونه حملًا في مسألتنا؛ إذ التصوير فيما إذا نكحت في العدة، ومتى نكحت في العدة وظهر بها حمل احتمل أن يكون من كل منهما فيأتي فيه ما سنذكره، ولا يكون لهذا التقسيم تحقق حالة الحمل؛ بل الحكم يسبقه، وليس هو مضاف على أحدهما فلا يدري حالة الحمل في أي عدة هي، وإنما يتبين الحال بعد الانفصال وظهور اختصاص الإمكان بأحدهما.

نعم، قد يقال: إذا طلقها الزوج وحاضت بعد طلاقه، ثم عرض وطء الشبهة ولم يعاودها الحيض؛ فيظهر في بادئ الرأي أن الحمل من الثاني فيجري عليه حكمه ما لم يتبين خلافه.

وإن لم تحض بعد الطلاق، ثم عرض وطء موجب للعدة، وظهر الحمل بعده في وقت يمكن أن يحال ظهوره على الوطء الحادث؛ فهاهنا الأمر محتمل وإيراد كثيرين لا يساعد عليه، نعم يتصور ذلك فيما إذا ظهر الحمل، واستمر إلى أكثر من أربع سنين من الطلاق؛ فإنه يلحق بالثاني فقط عند الإمكان منه، وكثير من الأئمة جعل مورده التقسيم للولد لا للحمل، وحولوا الأقسام أربعة: الإمكان من الأول فقط وعكسه من كل منهما.

قالوا: وإذا لم يكن كونه من أحدهما؛ ففي انقضاء عدتها بوضعه خلاف

وَإِلَّا فَإِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ أَتَمَّتْ عِدَّتَهُ ثُمَّ اسْتَأْنَفَتْ الْأُخْرَى، وَلَهُ الرَّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ فَإِذَا رَاجَعَ انْقَضَتْ وَشَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، وَلَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا حَتَّى تَقْضِيَهَا، وَإِنْ سَبَقَتْ الشُّبْهَةُ قُدِّمَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ وَقِيلَ الشُّبْهَةِ].

سبق، والأظهر: المنع، وإذا احتمل كونه من كل منهما؛ فتنقضي عدة أحدهما بوضعه، ثم تعتد عن الآخر بثلاثة أقراء، ثم يأتي الكلام في العرض على القائف، والانتساب، وغير ذلك من الأحكام المبينة في المطولات.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن حمل.

(**فَإِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ؛ أَتَمَّتْ عِدَّتَهُ**) أي: لتقدمها وفوتها، وقيل: إن العقد الفاسد يقطع العدة، والمذهب المنصوص في «الأم»: أنها لا تنقطع إلا بالوطء، ولا يعود إليها إلا بالتفريق.

قال: (**ثُمَّ اسْتَأْنَفَتْ الْأُخْرَى**)؛ إذ لا مزاحم لها.

قال: (**وَلَهُ الرَّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ**) أي: على المذهب، وحكى الْمُتَوَلِّي وجهًا في كتاب «الرجعة»: أنها لا تصح، وسبق قول الْمَاوَرْدِي وغيره: إنه لا يراجعها في مدة اجتماع الوطء بها؛ لأنها حينئذٍ خارجة عن عدة الأول وفراش لغيره، فلا تصح الرجعة في هذه الحالة.

قال: (**فَإِذَا رَاجَعَ؛ انْقَضَتْ**) أي: العدة بالرجعة.

(**وَشَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، وَلَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا حَتَّى تَقْضِيَهَا**)؛ أما بالوطء فبلا خلاف، وأما بغيره فهو المذهب، وبه أجاب الرَّافِعِي وغيره هنا، وحكوا وجهًا في حل الاستمتاع بغير الوطء في زوجته المعتدة عن شبهة الغير، وقياسه هنا الجواز، وفي «الجديد»: نكاحه في البائن وجهان: بالجواز أجاب الْقَفَّال والْبَغَوِي، والرُّويَانِي، وقال الفوراني: إنه الأشهر في طريقتهم؛ لأنها في عدته، وبالمنع أجاب العراقيون، أو أكثرهم.

قال: (**وَإِنْ سَبَقَتْ الشُّبْهَةُ**) أي: بأن وطئت بشبهة، ثم طلقت.

(**قُدِّمَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ**)؛ أي: لأن سببها أقوى لتعلقها بالنكاح.

قال: (**وَقِيلَ: الشُّبْهَةِ**) أي: لسبقها، هكذا حكى المراوزة الخلاف، وأما

....

العراقيون فحكوا غير هذا الوجه فقالوا في الاكتفاء بعدة الطلاق وجهان: أصحهما: المنع، وربما دلَّ كلامهم على أنَّا إذا قلنا: بالمنع؛ أنها تكمل عدة شبهة، ثم تعتد للطلاق، وبه صرح الْمَاوَرْدِي، والجرجاني في «التحرير».

فإن قلنا: بتقديم عدة الشبهة؛ فإن شرعت في عدة الزوج بعدها كان له فيها الرجعة بشرطها، وهل له الرجعة في باقي عدة الشبهة؟ فيه الخلاف السابق، قال الرَّافِعِي وغيره: ولا يجوز تجديد نكاحها في عدة الشبهة؛ إذا كان الطلاق بائنًا؛ لأنها في عدة الغير، وما قاله هنا هو الصواب.

والذي قاله الأصحاب بخلاف ما سبق عنه عن الْبَغَوِي فيما إذا كانت حاملًا من نقل خلاف في ذلك، وإن قلنا بتقديم عدة الطلاق فتشرع فيها بعده، ثم ترجع بعد إتمامها إلى إكمال عدة الشبهة، ويراجع الزوج في عدته؛ فإن كان الطلاق بائنًا ففي تجديد النكاح ما سبق.

فرع: ما تقدم من عدة التداخل هو في غير الحربيين؛ فإن كانا بأن نكحت في عدة حربي حربيًا ووطئها، ثم أسلما، أو أحدهما، أو ترافعا إلينا؛ فإما أن نفرق بينهما وتعتد منه ولا يلزمها أن تأتي ببقية عدة الأول، نص عليه في «المختصر» و«الأم» ولفظه: فإن أصابها في العدة؛ أكملت العدة منه، وتدخل فيها العدة من الذي قبله.

وقال القاضي الحسين: إنه كان في رواية الربيع في «عيون المسائل»: عليها عدة واحدة، وسقطت بقية عدتها، واختلف أصحابنا فمنهم من جرى على النص واكتفى بعدة واحدة، وهو ما أورده القاضي الحسين، ووجهه بأن حقوق الحربي وأملاكه معرضة للإبطال، وتزاحم في جميع حقوقه حتى في حقيقة النكاح؛ فإن نكاحه ينفسخ بالاستيلاء على زوجته وقهرها فلما زُحِمَ فِيهِ ففي حقه وهو العدة أولى.

قال: ولا نقول بالتداخل؛ بل بالسقوط، واسند إلى ما نقله عن «العيون» ومنهم من أثبت في المسألة خلافًا، قال جمع من العراقيين: فيه وجهان، وقال

……

الإمام وطائفة: قولان: **أحدهما**: عدم التداخل كالمسلمين.

قال القاضي أبو الطيب: والمشهور من المذهب التداخل، وجزم به كبار، ورجح الإمام والرُّويَانِي: المنع، وبالجملة يقتضى كلام الجمهور الاكتفاء بعدة واحدة، إما بالتداخل، أو بسقوط العدة الأولى، وفرع الْمُتَوَلِّي على المأخذين مسائل ذكرتها في «الغنية» مع فوائد.

واعلم أن ما سبق من التعليل بسقوط حق الحربي بالقهر والغلبة؛ يقتضي أنه لا فرق بين كون صاحب العدة الثانية حربيًا، أو ذميًّا، أو مسلمًا.

واعلم أيضًا أن الرَّافِعِي حكى عن الرُّويَانِي والسرخسي: أن من الأصحاب من خرَّج في عدتي المسلمين قولًا من عدتي الحربيين، ونقله العمراني عن بعض الخراسانيين، وأراد الفوراني ونقله ابن الرِّفْعَة في «الإبانة» ولفظها موهم يفهم ما فهمه العمراني، فإنه قال: لو كانت حربية وطلقها زوجها، ثم نكحت آخر في العدة فوطئها؛ يجب عليها من الثاني عدة أيضًا للوطء بالشبهة.

قال الشَّافِعِي: [هُمَا جِنْسَانِ فلا] يتداخلان؛ ومن أصحابنا من جعل المسألة في الحربية على قولين نقلًا وتخريجًا، وهو قول أبي حامد، وقال مشايخنا: بينهما فضل، وذلك أن عرض الحربي وماله عرضه للإبطال والنهب بخلاف المسلم؛ فيجوز إبطال حق الحربي دون إبطال حق المسلم، انتهى.

ومراده إثبات قولين في مسألة الحربيين:

أحدهما: مخرج من مسألة المسلمين ولم يرد أن في كل من المسألتين قولين، ويبين ذلك أمران:

الأول: عزو ذلك إلى أبي حامد وهو إنما جعل الخلاف في مسألة الحربيين فقط.

والثاني: أنه في «العمد» أوضح ذلك، فقال بعد نقله النص في الحربية قولًا آخر: لا تتداخل عدة الحربيين، خرجه أبو حامد، ولم يحك في مسألة

قال المصنف: [فَصْلٌ: عَاشَرَهَا كَزَوْجٍ بِلَا وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ؛ فَأَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا إِنْ كَانَتْ بَائِنًا انْقَضَتْ وَإِلَّا فَلَا، ....

المسلمة خلافًا؛ فإذًا ما فهمه العمراني، وابن الرِّفْعَة عن «الإبانة» غلط.

وكأن ابن الرِّفْعَة قلَّد صاحب «الذخائر»؛ فإنه نقل ذلك عن «الإبانة» نقلًا صريحًا وغير ألفاظه، وهو كثير السهو مع فقه نفسه.

والظاهر أن الرُّويَانِي، والسرخسي أخذا ذلك من «الإبانة» وليس هذا الخلاف في المسالة أصل في كتب الطريقين.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: قال الشيخ أبو حامد: لا يتداخلان كالمسلمة عليها عدتان من شخصين، والمذهب وعليه عامة الأصحاب: أنهما يتداخلان.

وفرق بأن عدة الحربي أضعف؛ بدليل أنهما لو أسلما بعد انقضاء العدة يقران عليه، والمسلمان لو فعلا ذلك لا يقران عليه، انتهى. وأكاد أقطع بأن أصله ما أوهمه كلام «الإبانة» ولا حقيقة له أصلًا، والله أعلم(١).

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

عَاشَرَهَا) أي: المطلق.

(كَزَوْجٍ بِلَا وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ؛ فَأَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا: إِنْ كَانَتْ بَائِنًا؛ انْقَضَتْ، وَإِلَّا فَلَا) لأن مخالطة البائن محرمة لا شبهة فيها فلا يؤثر في العدة، وفي الرجعية الشبهة قائمة وهو بالمعاشرة والمخالطة مستفرش لها، فلا يحسب زمن الإفراش من العدة وإن دام سنين، كما لو نكحت في العدة زوجًا جاهلًا بالحال؛ لا يحسب زمن استفراشه.

والثاني: لا تحسب المدة من العدة؛ لأنها شبيهة بالزوجات دون المطلقات المهجورات.

والثالث: تحسب مطلقًا؛ لأن هذه المخالطة لا توجب عدة فلا تمنعها،

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٤/ ٢٨٧).

……………………………………………………………………

ونسبه الْغَزَالِي وإمامه إلى المحققين، هذا حاصل «الروضة» وغيرها.

واعلم أن هذه المسألة وتفريعها مما تعم به البلوى، ويقع الغلط فيها؛ بل وقع فلا تمل من التطويل، فنقول قال القاضي الحسين في «تعليقه»: إذا طلقها ولم يتفرقا وكانا يتعاشران معاشرة الأزواج؛ لم يحسب ذلك عن العدة، وإن امتدت وطالت؛ لأن العدة حق لله تعالى فلا تسقط بإسقاطهما، هكذا قاله أصحابنا، ولم يفصلوا بين الرجعية والبائن. وكان القياس أن يحكم بمضي العدة، وإن كانت بائنًا يتعاشران معاشرة الأزواج؛ لأن العدة ليست إلا بمضي زمان ومرور أيام. قال: وينبغي عندي أن يفصل بين الرجعية والبائن، فيقال في الرجعية: لا تنقضي العدة؛ لأن علقة الفراش فيها قائمة، وقد انضمت إليها المعاشرة فيقوى الفراش، ويمنع مضي العدة، وتنقضي عدة البائن؛ لارتفاع الفراش.

ثم أعاد الكلام فقال: وقيل: في المسألة تفصيل آخر وهو أنه إذا أبانها بثلاث، أو خلع وتعاشرا معاشرة الأزواج بالمؤاكلة والمباشرة ذلك إن علما فهما زانيان، ولا تنقطع العدة، وتنقضي عدتها بثلاثة أقراء، وإن جهلا بأن علق طلاقها بموت غائب فمات، ولم يبلغهما الخبر إلا بعد مضي ثلاثة أقراء وهما يتعاشران معاشرة الأزواج، فهل يحكم بانقضاء النكاح، أم لا؟ يحتمل وجهين، ويجب عليها في الحال عدة كاملة؛ لأجل وطء الشبهة.

ولو عاشرها في عدة الرجعة بالمباشرة لا تنقضي عدتها وجهًا واحدًا؛ فإن تعاشرا بلا مباشرة؛ لكن يفاخذها ويقبلها وغير ذلك سوى الوطء فوجهان بناءً على ما إذا نكحت في العدة ووطئها تنقطع عدة الزوج من وقت الوطء، وهل تنقطع من وقت النكاح؟ فيه وجهان.

قلت: يخرج من كلامه في معاشرة الرجعية بلا وطء وجهان مبنيان عنده على أن النكاح الفاسد هل تنقطع العدة بمجرده أو لا بد من الوطء؟ إن قيل بالأول؛ منعت المعاشرة انقضاء العدة، وإن قيل: لا بد من الوطء وهو المذهب؛ فلا، وأما إذا وطئها فلا تنقضي العدة قطعًا.

وأما البائن فكلامه الأول يقتضي أن المنقول عن الأصحاب عدم الانقضاء ولم يفرض فيه الوطء، وربما أشعر قوله: «مباشرة الأزواج» بوجود الوطء وهو المذهب فلا، وأما إذا وطئها فلا تنقضي العدة قطعًا.

واقتضى كلامه الأخير: أنه إن كانت المعاشرة بلا شبهة؛ فلا أثر لها ولا تمنع الانقضاء، وإن كانت بشبهة؛ يحتمل وجهين، وأراد معاشرة معها وطء؛ لأنه أوجب في الحال عدة كاملة لوطء الشبهة.

وقال إمام الحرمين: صحَّ النقل عن الأصحاب أنه إذا طلقها، ثم كان يعاشرها معاشرة الأزواج؛ لا تنقضي العدة، هكذا النقل، قال المحققون: هذا خارج عن القياس؛ فإن العدة انقضاء زمان، وأوضح استبعاد ما أطلقوه، وقال: القياس هو الانقضاء، وإن ما نقل لم يلق منصوصًا للشافعي، ثم قال: ولم يفرق الأصحاب بين البائن والرجعية، وأشار إلى الفرق كما قاله القاضي وقرره، فإن الرجعية زوجة.

قال: ثم ما ذكره الأصحاب في معاشرة الزوج كلام مبهم، ولا شك أنهم لم يشترطوا الغشيان والوطء، ولو أرادوه لصرحوا به؛ بل تكفي الخلوة، ولا يكفي دخول دار هو فيها من غير تحقق الخلوة.

ولو مضى من العدة مدة ثم حصلت خلوة واحدة؛ فالذي مضى لا ينقطع؛ ولكن لا يحسب زمن الخلوة منها، ولو كان يخلو بها ليلًا ويفارقها نهارًا؛ لم تحسب الأوقات المتخللة بين الخلوات من العدة، ولو دخل بها، ثم طال انقطاعه؛ فالمدة الطويلة تحسب ولا ينقدح إلا التلفيق، قال: وهذا تفريع مضطرب جره خروج الأصل عن القياس، انتهى.

وذكر **الْغَزَالِيُّ** في «بسيطه» ما ذكره إمامه بغالب لفظه، وقال **الْبَغَوِي** في «التهذيب»: إذا طلق رجعيًا ولم يتفرقا وجعل يستفرشها ويخالطها مخالطة الأزواج؛ لم تنقض العدة، كما لو نكحت غيره في العدة لا يحسب زمن استفراشه من العدة، أما إذا كانت بائنًا وكان الزوج يخالطها ويباشرها ويطأها لا يمنع انقضاء العدة؛ لأن وطأها زنا.

……………………………………………………………………

وكذا قال الْمُتَوَلِّي: في البائن، وأما الرجعية؛ فإن عاشرها بالوطء فمادام يواظب على وطئها لا يشرع في العدة، وإن ساكنها وعاشرها معاشرة الأزواج بلا وطء؛ فوجهان.

واقتصر الرُّويَانِي في «الحلية» على عدم الانقضاء في الرجعية، وقال: المعلق عن الْبَغَوِي في «تعليقه على المختصر»: قال شيخنا الإمام: لا خلاف أنه إذا طلق زوجته طلاقًا بائنًا بأن خلعها أو طلقها ثلاثًا، ثم كان يدخل عليها ويعاشرها معاشرة الأزواج يؤاكلها ويشاربها ويجامعها أنها تنقضي عدتها؛ لأن الزنا لا يقطع العدة كما لو زنت في خلال العدة، حتى لو مضت عليها ثلاثة أقراء يحكم بانقضاء عدتها.

فإذا كان الطلاق رجعيًا وكان يعاشرها معاشرة الأزواج ويطأها؛ لا تنقضي عدتها، وإن مضت على ذلك عشرون سنة لاستحالة أن يعاشر رجل امرأته معاشرة الأزواج، ثم إنها تخرج فتنكح في الحال، ولو أنه طلقها فلحقها طلاقه، ولو راجعها تصح رجعته، وإن مضت على ذلك سنون كثيرة، هذا هو المذهب.

قال شيخنا الإمام - يعني: الْبَغَوِي - : الاحتياط فيه على طريق الفتوى أن يقال: إنه لو طلقها يقع طلاقه، وإن راجعها لا تصح رجعته، وإن كان القياس خلافه، فأما إذا كان لا يطأها؛ ولكن يقبلها ويمسها ويفاخذها؛ فوجهان: أصحهما: لا تنقضي عدتها.

وأما إذا كان يؤاكلها ويشاربها ويخالطها إلا أنه لا يطأها ولا يقبلها ولا يمسّها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: واختاره القاضي الحسين، لا تنقضي عدتها وهو القياس، وإن مضت على ذلك سنون كثيرة.

الثاني: وهو اختيار شيخنا الإمام - يعني: الْبَغَوِي - أنه تنقضي عدتها، قال: وهذا هو الأصح، انتهى لفظه.

واعلم أن المعول في المسألة عليه كلام القاضي الحسين، وكل من ذكرنا

بعده تلقاها عنه، وقال في كتاب «الطلاق»: وإن كانت بائنًا انقضت العدة مع المعاشرة، حتى لو وطئها كان زنا، وذلك لا يقطع العدة، وإن كان رجعيًا ووطئها الزوج؛ انقطعت العدة بلا خلاف، فإن لم يطأها؛ بل عاشرها معاشرة الزوج مثل: المؤاكلة والمشاربة؛ فالذي عليه عامة أصحابنا وهو المذهب: أن عدتها لا تنقضي.

قال: ويحتمل أن يقال: بانقضائها، وهو القياس، وصرح في كلامه هذا بأن المذهب في الرجعية عدم الانقضاء، واقتصر في البائن على المعاشرة لا يؤثر تعليله، وهذا يفهم أن محله فيما إذا كان عالمًا، وحينئذٍ لا يؤثر قطعًا.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: لو طلق ولم يتفرقا؛ بل كانا يتعاشران معاشرة الأزواج مدة لا يحسب ذلك عن العدة، وإن طالت؛ لأن العدة حق لله تعالى فلا تسقط بإسقاطهما، وفي هذا إسقاط العدة، كذا قال أصحابنا ولم يفصلوا.

وقال القاضي: عندي إن كانت رجعية لا تنقضي العدة، وإن كانت بائنة تنقضي العدة بارتفاع الفراش، انتهى.

وهذا أخذه من كلام القاضي المتقدم، ومال إمام الحرمين إلى حمل إطلاق من أطلق منع الانقضاء في البائن على غير حالة العلم، وكلام القاضي يفهم أن الخلاف في المعاشرة بالوطء، أما الوطء فيمنع الانقضاء في الرجعية قطعًا.

وأما البائن فمع العلم فهو زانٍ، ومع الجهل فكلامه المتقدم يقتضي ثبوت خلاف في ذلك، والحاصل أن معاشرة البائن لا حكم لها كما صرح به في كتاب «الطلاق» وكلامه الأخير في العدة يقتضيه، والمراد العالم بالبينونة.

وصرح الْبَغَوِي في «التعليق»: بأنه لا خلاف فيه؛ فإن كان له شبهة في المعاشرة؛ ففيه احتمال وجهين، وإطلاقه النقل بعدم الانقضاء مع المعاشرة؛ يفهم أنه لا فرق بين الرجعية والبائن، ويؤيده أيضًا التفصيل من عنده كما تقدم.

ونقله عنه المروزي، وأشار الإمام إلى حمل ما أطلقوه على ما إذا كان

....

معاشرها ظانًا بأن النكاح باقٍ فتكون معاشرته إياها على مضارها النكاح الفاسد يطرأ على العدة، وأطال إلى أن قال: وما ذكرته من التقييد في البائن بحالة ظن الحل، لست أرى منه بدًّا، انتهى. وما قاله حق.

إشارات: احترز المصنف بقوله: (بلا وطء) عمَّا إذا وطئ فإنه إن كان الطلاق رجعيًا امتنع المضي في العدة مادام يطأها قطعًا، وإن كانت بائنًا وهو عالم لم يؤثر؛ لأنه زنا، وإن كان شبهة وقد ذكرنا ما فيه.

وقوله: (في عدة أقراء أو أشهر) تخرج المعتدة بالحمل؛ فإن المعاشرة لا تمنع انقضاء العدة بحال، وقد تضمن كلامه نقل ثلاثة أوجه:

أحدها: منع الانقضاء مطلقًا، وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين كون المعاشرة بشبهة وغيرها، والقول في البائن حيث لا شبهة بعيد جدًّا ولا سند له إلا إطلاق القاضي النقل عن المطلقين، ولعلهم لم يقصدوا ذلك.

ويؤيده ما سبق في «تعليق الْبَغَوِي» من الجزم بنفي الخلاف.

وقد سلم الرَّافِعِي وغيره أن وطأه البائن بلا شبهة؛ لا يمنع الاحتساب والمعاشرة دونه؛ فأولى ألا يمنع، نعم إن فرض معاشرة البائن بشبهة يقتضى بناء ذلك على أن الفراش لا يرتفع في النكاح الفاسد؛ إلا من حين التفريق أن يمنع الانقضاء هاهنا؛ لأن مخالطة البائن مستندة إلى وطء في نكاح صحيح، فقد يقال: إنها أولى بالمنع من المخالطة في النكاح الفاسد، والمذهب هناك أنها لا تعود إلى العدة إلا من حين التفريق فهاهنا أولى.

تضمن ما تقدم عن «تعليق الْبَغَوِي» ثلاثة أوجه في معاشرة الرجعية بلا وطء.

ثالثها: الفرق بين المؤاكلة ونحوها، وبين المباشرة بالمس والقبلة والمفاخذة، وسبق كلام الإمام في الخلوة، واقتضى كلامه إلحاق أوقاتها بالمعاشرة.

وعبارة «الكافي» في الرجعية: ولو كان يناكحها ولا يطأها حتى مضت

وَلَا رَجْعَةَ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ قُلْت: وَيَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ عَاشَرَهَا أَجْنَبِيٌّ انْقَضَتْ وَاللهُ أَعْلَمُ.

ثلاثة أقراء اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: لا تنقضي، قاله القاضي في كتبه وهو الأصح، فعرض الخلاف في المساكنة المجردة، واقتضى كلام المصنف وغيره: أنه لو حصل وطء في المعاشرة قطع العدة قطعًا.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال» ما لفظه: طلق امرأته رجعية ومضى لها قرء، ثم وطئها الزوج من القرء الثاني وافترشها إلى أن فرق بينهما في القرء الثالث فهل يحسب زمن الافتراش قرءًا، أم لا؟ قال: الذي يتصور عندي أنه ينظر فيه؛ فإن كان عالمًا بالتحريم فإن العدة لا تنقطع؛ بل يكون ذلك محسوبًا من العدة، وإذا فرق بينهما؛ حسب القرء الثالث من العدتين، ثم تأتي بعده بقرأين لأجل الوطء في العدة؛ لأن عدة الطلاق لم تنقطع، وابتداء عدة الوطء من وقت الوطء فتتداخلان؛ لأنهما عدتا رجل واحد، وإن كان جاهلًا بالتحريم يعتقد إباحة ذلك، لا يحسب القرء، والذي في زمن الافتراش من عدته؛ بل كلما وطئها انقطعت العدة؛ لأن العدة للاستفراغ والوطء شاغل، وهو يعتقد الإباحة فتكون فراشًا، والفراش مع الاستفراغ يتناقضان؛ لأن الاستبراء لا يحصل مع الشغل المناقض؛ ثم إذا فرق بينهما بقرأين عن العدة الأولى، ويكون ذلك محسوبًا عن العدة الثانية أيضًا؛ ثم تأتي بقرء آخر للعدة الثانية؛ فالحكم في هذا يدور على العلم والجهل، فإن كان عالمًا؛ فزمن الافتراش بعد الوطء يكون محسوبًا من العدة، وإن كان جاهلًا؛ فلا يحسب منها، ثم شرع في تقرير الفرق بين العالم والجاهل.

قال: (**وَلَا رَجْعَةَ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ، قُلْت: وَيَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ عَاشَرَهَا أَجْنَبِيٌّ؛ انْقَضَتْ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) فيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: المعروف المنقول أن له الرجعة ما بقيت المعاشرة؛ لبقاء العدة كما يلحقها الطلاق، ولو داما كما ذكر بعض الأصحاب خمسين سنة، سواء انقضت الأقراء أو الأشهر في دوام المعاشرة أم لا، هذا ما اقتضاه كلام الأئمة تصريحًا وتلويحًا، وسبق عن «تعليق الْبَغَوِي» التصريح بأنه تصح

……

الرجعة، وإن مضت على ذلك سنون كثيرة، هذا هو المذهب، هذا لفظه كما سبق، ووقع في «المحرر».

قالوا: وليس له المراجعة إلا في الأقراء أو الأشهر، وإن لم يحكم بانقضاء العدة، وأخذ هذا من تصريحه في «شرحه الصغير» بنقل ذلك عن الأئمة.

ولعل هذا أنه حكى في «شرحه الكبير» أن الْبَغَوِي قال في «فتاويه»: الذي عندي أنه لا رجعة للزوج بعد انقضاء الأقراء والأشهر تنقضي العدة بسبب المعاشرة أخذًا بالاحتياط من الجانبين؛ كما لو وطئ الرجعية بعد مضي قروء من وقت الطلاق عليها؛ أن تعتد بثلاثة أقراء من وقت الوطء، ولا تجوز الرجعة في القرء الثالث منها، قال الرَّافِعِي: في «فتاوى الْقَفَّال» ما يوافق ذلك، انتهى.

وتبعه في «الروضة» ونسب ابن الرِّفْعَة ذلك إلى الْبَغَوِي والْقَفَّال و«حلية الرُّويَانِي» وهو ملخص كذلك من كلام الرَّافِعِي.

إذا عرفت هذا؛ فاعلم أن الذي في «فتاوى الْبَغَوِي» لفظه: إذا كان يعاشر زوجته معاشرة الأزواج، قال أصحابنا: لا يحكم بانقضاء العدة، وإن مضت لها أقراء، وله الرجعة، قال: والذي عندي، وذكر ما نقله الرَّافِعِي عنه، وكذا رأيته فيما لا أحصي من النسخ بـ«الفتاوى» في أزمان متفرقة.

وكذا سبق في «تعليقه» أن المذهب له الرجعة، وأنه أبدى من عند نفسه المنع، وكأنه يسقط عن الرَّافِعِي نقل الْبَغَوِي عن الأصحاب أن له الرجعة، أو زاغ بصره عنه، وإلا لذكره.

وقد صرح شيخه القاضي الحسين بثبوت الرجعة في «فتاويه» والمصعبي في «شرح مختصر الجويني» قال: وإن مضى على المخالطة سنين، وهو قضية إطلاق كلام الأصحاب السابق قريبًا.

وما أجراه الْبَغَوِي من عند نفسه مع مخالفته لكلام الأصحاب ضعيف، وليس كما استشهد به، وأما قول الرَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -: في «فتاوى الْقَفَّال» ما يوافقه؛ فقد رتبت «فتاوى الْقَفَّال» على أبواب الفقه، ووقفت على نسخ منها

……

فلم أر ذلك فيها، نعم صرح بأنه لا رجعة له بعد الأقراء؛ إذا احتسبنا زمن المعاشرة من العدة، وهذا واضح ومفهومه يوافق كلام الأصحاب، ويجوز أن الالتباس حصل من هذا الكلام.

وأما «حلية الرُّويَانِي» فالذي رأيته فيها وقوع الطلاق، ولم يتعرض لمنع الرجعة أصلًا، وبالجملة فالمذهب المنقول الجاري على القياس: ثبوت الرجعة، وأن القول بالمنع احتمال للبغوي ليس وجهًا منقولًا في المذهب، ولم يصح نقله عن أحد ثقة، وقد اعترف أنه بخلاف قول الأصحاب.

ونقل صاحب «الكافي» تلميذه عنه أنه رجح في «تعليقه» انقضاء العدة، وأضرب عما ذكره من اختياره منع المراجعة فلم يذكره، وقد صار حقها الحصر، وقضاته لا يعرفون غيره، ولا يفتى ويحكم إلا به، ولم يبينه ابن الرِّفْعَة في كتابيه كذلك مع كثرة إطلاعه، فاعتمد ما حققته لك، ترشد⁽¹⁾.

المسألة الثانية: تلحق الرجعة الطلاق بعد مضي الأقراء والأشهر ما نفيت المعاشرة، والعدة، صرح بذلك الرُّويَانِي وغيره، وهذا تفريع على المذهب أن المعاشرة تمنع انقضاء العدة، كما سبق وعلله الْبَغَوِي بالاحتياط.

الثالثة: أطلق المصنف: أنه لو عاشرها أجنبي انقضت العدة، ومراده: إذا عاشرها بغير وطء، فإن وطئ عالماً بلا شبهة فذاك، وإن كان شبهة؛ فقد تقدم حكمه، وأنه موجب للعدة.

قال الرَّافِعِي: مخالطة الأجنبي لا تؤثر؛ كما أن وطأه لا يؤثر، فإن كان مخالطته عن شبهة فيجوز أن يمنع الاحتساب، كما مرّ أنها في زمان الوطء بالشبهة خارجة عن العدة، ومخالطة الزوج بعد ظهور الحال، وانجلاء الشبهة

---

(١) قال الخطيب: وَإِنْ لَمْ تَنْقَضِ بِهَا الْعِدَّةُ احْتِيَاطًا، وَهَذَا مَا نَقَلَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» عَنِ الْمُعْتَبِرِينَ، وَفِي «الشَّرْحِ الصَّغِيرِ» عَنْ الْأَئِمَّةِ، وَالَّذِي أَفْتَى بِهِ الْبَغَوِيّ تَبَعًا لِشَيْخِهِ الْقَاضِي حُسَيْنٍ: أَنَّ لَهُ الرَّجْعَةَ، وَقَالَ فِي «الْمُهِمَّاتِ»: إنَّهُ الْمَعْرُوفُ مِنْ الْمَذْهَبِ الْمُفْتَى بِهِ، وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إنَّهُ لَا شَكَّ فِيهِ، قَالَ: وَقَدْ صَارَ فُقَهَاءُ الْعَصْرِ وَقُضَاتُهُ لَا يَعْرِفُونَ غَيْرَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ وَلَا يُفْتَى وَيُحْكَمُ إلَّا بِهِ، فَاعْتَمِدْ مَا حَقَّقْتُهُ لَك تَرْشُدْ إنْ شَاءَ الله. انظر: مغني المحتاج (١٤/ ٢٩٢).

وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ الصِّحَّةِ وَوَطِئَ انْقَطَعَتْ مِنْ حِينِ وَطِئَ.

وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ مِنَ الْعَقْدِ. وَلَوْ رَاجَعَ حَائِلًا ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ.

وَفِي الْقَدِيمِ تَبْنِي إِنْ لَمْ يَطَأْ، ....

كمخالطة الأجانب، انتهى.

وحذفت «الروضة» قوله: ومخالطة الزوج إلى آخره، وليس بجيد، ومما ذكره الرَّافِعِي يظهر لك تفصيلًا في مخالطة الزوج بين كونه بشبهة أو لا، كما أشار إليه في الأجنبي.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ الصِّحَّةِ وَوَطِئَ؛ انْقَطَعَتْ مِنْ حِينِ وَطِئَ**) أي: لا قبله على الأصح، ويقال: الأظهر؛ لأن النكاح الفاسد لا حرمة له فلا تجعل المرأة فراشًا قبل الوطء.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ: مِنَ الْعَقْدِ**) أي: لأنها بعقد النكاح أعرضت عن عدة الأول، وفي وجه ثالث: من حين يخلو بها ويعاشرها، وإن لم يطأ، وفي رابع: من وقت العقد؛ إن اتصل به زفاف، وإلا فلا.

إشارة: قوله: «وفي قول أو وجه» تبع فيه «المحرر» حيث قال: فيه قولان، أو وجهان، وقال في «الشرح الكبير»: فيه وجهان، وقيل: قولان، وقال في «الصغير»: ويقال قولان، ثم حكى الوجهين الثالث، والرابع تفريعًا عن الثاني في الكتاب، وقال: إنه يجتمع من ذلك ثلاثة أوجه، وحكاها في «الروضة» أربعة، وتبعناه.

قال: (**وَلَوْ رَاجَعَ حَائِلًا**) أي: ووطئها.

(**ثُمَّ طَلَّقَ؛ اسْتَأْنَفَتْ**)؛ لأن الوطء يقتضي عدة كاملة لقطعه ما مضى من العدة.

(**وَفِي الْقَدِيمِ: تَبْنِي إِنْ لَمْ يَطَأْ**)؛ لأنها حرمت عليه بالطلاق الأول، ولم يمسها في العقد المستحدث، فصار كما لو أبانها، ثم جدد نكاحها وطلقها قبل أن يمسها؛ فإنها تبني، والجديد كما قاله الرَّافِعِي، وغيره: إنها تستأنف أيضًا لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهذه مطلقة،

....

ولأنها بالرجعة عادت إلى نكاح مست فيه، فالطلاق الثاني طلاق في نكاح وجد فيه المسيس. واعلم أن قول البناء حكاه جماعة عن «القديم» وأطلق جماعة القولين من غير نسبة، وهُما منصوصان في «الأم» و«المختصر» وذلك مشعر بأنهما جديدان كما أشعر به كلام القاضي الحسين؛ بل جعل الجويني في «مختصره» أن أصح القولين: أنها تبني، قال: وإذا لم يراجعها؛ ولكن أتبعها طلاقًا؛ فهي بالبناء أولى، وتبعه الْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» في «شرحه».

ومعنى قوله: «فهي بالبناء أولى» يعني: إن قلنا: بعد الرجعة لا تستأنف العدة فهنا أولى، وإن قلنا: تستأنف فهنا وجهان، قاله المصعبي، ووجه الفرق: أن الرجعة قطعت العدة، والطلاق الثاني لم يقطعها.

تنبيهات: الحاصل فيما إذا عرضت فرقة قبل الرجعة؛ أربع طرق: إثبات قولين، أو وجهين القطع بالبناء؛ إن كان طلاقًا رجعيًا ثبت قطعًا، أو بائنًا؛ فقولان: إن كان فسخًا استأنفت قطعًا، أو طلاقًا فقولان.

قال الإمام: إذا طلق بائنًا من غير مراجعة؛ فالمذهب المرتضى: القطع بأن طرآن الفراق لا يوجب استئناف العدة كيف فرض أي: سواء كان فسخًا، أو طلاقًا.

وعبارة «البسيط»: والمذهب المرتضى: أن الطلاق في العدة لا يوجب الاستئناف، وما ذكره العراقيون أخذوه مما إذا راجعها، ثم جرى فسخ في أنها تبني أو تستأنف، انتهى.

وذكر ابن الرِّفْعَة: أن قول الإمام: والمذهب المرتضى؛ في صورة ما إذا راجع، ثم طلق قبل الوطء، وهو سهو منه على الإمام قطعًا.

الثاني: إذا قلنا بقول البناء، وكان قد راجعها في خلال الطهر، فهل يحسب ما مضى منه قرءًا؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن بعض القرء كالقرء، فعلى هذا إذا كانت الرجعة في خلال الطهر الثالث ثم طلقها؛ فلا شيء عليها على قول البناء لتمام الأقراء بما

أَوْ حَامِلًا فَبِالْوَضْعِ فَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ. وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَطَأْ بَعْدَ الْوَضْعِ فَلَا عِدَّةَ. وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ وَطِئَ ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ وَدَخَلَ فِيهَا الْبَقِيَّةُ].

مضى، **وأصحهما**: لا؛ بل عليها في هذه الصورة قرء ثالث، وإنما يجعل بعض الطهر من آخره قرءًا؛ لاتصاله بالحيض ودلالته على البراءة بخلاف بعض الأول، بهذا الوجه جزم جازمون.

قال إبراهيم المروزي: إذ لو حسب ذلك قرءًا؛ لحكم بانقضاء العدة، ومضى ثلاثة أقراء في طهر واحد، وذلك بأن يراجعها، ثم بعد يوم يطلقها ثلاث مرات في طهر واحد.

قال: (**أَوْ حَامِلًا؛ فَبِالْوَضْعِ**) أي: لو راجع المطلقة وهي حامل، ثم طلقها ثلاثًا قبل وضع الحمل؛ انقضت عدتها بوضعه مسها، أو لم يمسها؛ للآية.

قال: (**فَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَ؛ اسْتَأْنَفَتْ**) إذا راجع الحامل، ثم طلقها بعد الوضع وكان قد مسها قبل الوضع، أو بعده؛ استأنفت العدة بالأقراء؛ لأنه طلق في نكاح وجد فيه المسيس فيوجب العدة، والوضع حصل في صلب النكاح، والعدة لا تنقضي بما يوجد في صلب النكاح.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَطَأْ بَعْدَ الْوَضْعِ؛ فَلَا عِدَّةَ**) أي: يحكم بانقضاء عدتها بالوضع، وإن كانت تحت الزوج، ويجوز أن تنقضي العدة بالحمل في وقت لا تنقضي بالأقراء، والأشهر كما لو أحبل المعتدة واطئ بالشبهة؛ تنقضي عدتها عن الوطء بوضع الحمل، ولم تنقض بالأقراء والأشهر؛ لانشغالها بعدة الزوج.

إشارة: عبارة «الروضة»: وإن لم يطأ استأنفت أيضًا على المذهب، وقيل: وجهان أصحهما هذا، وعبارة الرَّافِعِي: وإن لم يمسّها، فإن قلنا بالجديد تستأنف، فكذا هنا، وإن قلنا هناك بالبناء؛ فيتعذر بناء الإقراء على الحمل، وفيه وجهان: أظهرهما: تستأنف العدة بثلاثة أقراء، ثم ذكر الوجه الثاني في الكتاب.

قال: (**وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا، ثُمَّ وَطِئَ ثُمَّ طَلَّقَ**) أي: أو خالع بائنًا (**اسْتَأْنَفَتْ وَدَخَلَ فِيهَا الْبَقِيَّةُ**) أي: بقية العدة السابقة؛ لأنهما من شخص

فَصْلٌ

قال المصنف: [فَصْلٌ: عِدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لِوَفَاةٍ، وَإِنْ لَمْ تُوطَأْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا، ....

واحد، وعبارة بعضهم: ولو أبانها، وهي أعم، أما لو طلقها قبل وطئها فلا عدة لعدم الوطء، ولزمها إتمام العدة الأولى قطعًا، ولا يلزمها الاستئناف بلا خلاف، قاله القاضي أبو الطيب، والإمام، وعبارة كثيرين قولًا واحدًا.

وأغرب في «التنبيه» فحكى طريقين: البناء وهو المعروف، والثاني: حكاه قولين: ثانيهما: الاستئناف، ولم يذكره في «المهذب» وهو سبق قلم لا يعرف في الكتب، وحاول ابن الرِّفْعَة تخريجه على قول عود الحنث، وليس كذلك.

فرع: في «البيان»: لو طلق امرأته، ثم سألها عن عدتها هل انقضت أم لا؛ وجب عليها إخباره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

قال الصيمري: وكذا لو سألها رسول الزوج، أو من يعلم أنه يخبره، فإن سألها غير هؤلاء الثلاثة، فهل يلزمها إخباره؟ فيه قولان حكاهما الصيمري، انتهى.

وهذا غريب، ومشكل ويجب التفصيل، فإن كان الغير سيدًا يريد الاستمتاع، والتزويج؛ لزمها إخباره قطعًا، وإن كان غيره فينقدح فيه تفصيل آخر يدركه الفقيه، وفي حرية بلزومها إخباره كمن يعلم أنه يخبره ثقة.

قال: (فَصْلٌ: عِدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لِوَفَاةٍ وَإِنْ لَمْ تُوطَأْ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا) أصل الباب قبل الإجماع، قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وحكي عن ابن عباس: أنه خصَّه بالمدخول بها، ويبعد صحته عنه، فكانت عدة الوفاة في ابتداء الإسلام سنة كاملة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ثم نسختها هذه الآية، وسواء في اعتبار الأشهر ذات الأقراء أو غيرها، والصغيرة، والمجنونة،

……

والكافرة، والمدخول بها، وأضدادهن رأت الدم على عادتها، أو لم تره لإطلاق الآية، وعدم التفضيل بين المدخول بها، وغيرها بخلاف الطلاق، وفرقوا بأمور مشهورة.

إذا عرفت هذا فقال في «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: وتعتبر المدة بالهلال ما أمكن، فإن انطبق الموت على أول الهلال؛ حسبت أربعة أشهر بالأهلة، وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس.

وعبارة «كفاية» ابن الرِّفْعَة: فإن كانت الوفاة مع آخر جزء من شهر؛ اعتبرنا أربعة أشهر بالأهلة، وعشرة أيام بعدها، انتهى.

وهذه عبارة جيدة؛ لأن الأول يفهم: أنه لو مات مع أول الهلال حسب شهرًا كاملًا، وفيه نظر، ورأيت في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي» ما لفظه: فإن مات، وقد بقي من الشهر أكثر من عشرة أيام ينكسر الأول لا محالة؛ إذ لا يتصور أن يموت مقارنًا للهلال، فعليها أن تعتد بثلاثة أشهر بالهلال، وتكمل الشهر الذي وقع فيه الممات من الشهر الخامس ثلاثين يومًا، ثم تأتي بعشرة أخرى، انتهى.

فإن لم يكن في النتيجة خلل فظاهر كلامه عدم تصور العلم بمقارنة الموت للهلال فتأمله.

وإن مات في أثناء شهر؛ اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين يومًا من الشهر الرابع، وتضم إلى ذلك عشرة، فإذا بلغت إلى مثل وقت الوفاة فقد تمت العدة، وإن كان قد بقي أقل من عشرة أيام؛ أتت أربعة أشهر بالأهلة، وتكمل باقي العشر من الشهر السادس من شهر الوفاة، وإن بقي عشرة أيام بلا زيادة ولا نقصان فتعتد بها، وتضم إليها أربعة أشهر بالأهلة، هكذا قاله الرَّافِعِي في هذه الصورة، وهو قضية كلام القاضي الحسين، والْمُتَوَلِّي، والْبَغَوِي، وآخرين.

وفي «تعليق ابن أبي هريرة»: إنه لو بقي من الشهر عشرة أيام سواء اعتدت

....

بثلاثة أشهر بالأهلة أم لا ، وينكسر الرابع فتكمل على الشهر ثلاثين منه ، فإن أكملت الأربعة أتت بعشرة أيام ، وبهذا صرح الْمَاوَرْدِي ، وابن الصباغ ، وصاحب «الانتصار» وهو مقتضى إطلاق القاضي أبي الطيب ، وغيره ، فلاحظ هؤلاء أنه لا بد من أربعة أشهر أولًا ، ثم العشرة ، ولم يلحظ الأولون ذلك ، وهو أشبه ، والثاني أحوط ، وقيل : إذا انكسر شهر ؛ انكسر الجميع ، وزيف.

فرع : قال الْمُتَوَلِّي : إن كانت عمياء وليس عندها من يخبرها بالهلال ؛ اعتدت بالأيام ، وصورها غيره في الصغيرة المحبوسة ، وفي معناهما كل من لا يمكنها معرفة الأهلة ، والظاهر الذي يجب القطع به أنه لو أشبه عليها أشهر الوفاة ، أو يومه ؛ أخذت بالأيسر ، ولو علمت موته في شهر ، ولم تعلم وقته منه ؛ ثبتت على أنه آخر جزء منه أخذًا باليقين.

فائدة : ذكروا في الوصايا : أن من قطع بموته لا محالة ؛ صار حكمه حكم الموتى ، فلا تعتبر أفعاله ولا أقواله ، ولا الجناية عليه ، ولا يرث من مات من ورثته في تلك الحالة ، وقضية ذلك : أن زوجته تشرع في العدة من حينئذٍ ، وقد يستبعد.

والمفهوم من كلامهم هنا : أنها لا تشرع فيها ما لم يقض نفسه حتى لو مات فجأة أو صعقة ، أو تردى من شاهق ، وترددت في حياته ، وموته ؛ لا تشرع في العدة ما لم يقض بموته ، كما سبق الإشارة إليه في غسل الميت.

فإن صح ما تضمنه إطلاقهم في الوصايا ؛ قيل في «المعاياة» : دخل فيه الزوج لم تقض زوجته ؛ بل يتكلم ، وتشرع زوجته في عدة الوفاة.

وقد حكى ابن أبي هريرة : أن رجلًا قُدَّ نِصْفَيْنِ فجعل بجانب من قده ، ويقال : إنه إذا وضع نصفه الأعلى على رماد جاز بعث حياته ساعة ، وأكثر ، وكذا من تُرِكَتْ أَحْشَاؤُهُ [فِي النِّصْفِ الْأَعْلَى](١).

تنبيه : إنما قال : على عشرة بلياليها ؛ لأن الأوزاعي والأصم قالا : تعتد

---

(١) انظر : «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٤/ ٢٦٦).

وَأَمَةٍ نِصْفُهَا وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ انْتَقَلَتْ إِلَى وَفَاةٍ أَوْ بَائِنٍ فَلَا، ....

بأربعة أشهر وعشر ليالٍ وتسعة أيام، قالا: لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام. وورد بأن العرب تغلب صيغة التأنيث في العدد خاصة فيقولون: سرنا عشرًا، ويريدون به الليالي والأيام، فلا تنتقل عن العدة إلى الإباحة بالشك.

قال: (**وَأَمَةٍ نِصْفُهَا**) أي: على المشهور؛ لأن العدة أمر ذو عدد يبنى على المفاضلة فوجب أن تكون الأمة فيه على النصف من الحرة كالحد، وحكى جماعة من العراقيين، ومنهم الشيخ أبو حامد: أن عدتها هاهنا كالحرة.

وقضية كلام الدارميّ، وغيره: الجزم به، وهو كالقول السابق في ذات الأشهر: إنها تعتد بثلاثة أشهر كالحرة، ورجحه هناك جماعة، ووجهه هنا مع إطلاق الآية؛ أنا إن لاحظنا معنى التفجع، فهي فيه كالحرة، أو البراءة، وهو أن المدة المقدرة يتم بها خلق الولد، والتعبد المحض فكذلك، والظاهر أن المبعضة هنا كالقنة، ويحتمل أن يجيء فيها خلاف، فعلى المذهب: لو عتقت قبل كمال عدة الأمة؛ نفي انتقالها إلى عدة الحرة؛ للوفاة، ما مرّ من الخلاف قاله جماعة، والظاهر: لو عتقت مع موته اعتدت كالحرة.

قال: (**وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ؛ انْتَقَلَتْ إِلَى وَفَاةٍ**) أي: بالإجماع، ذكره ابن المنذر، فبقيت أحكام عدة الوفاة من إحداد، وغيره، ولغا أحكام الرجعة فتسقط نفقتها، ويظهر أثر ذلك فيما ذكرنا، وفي قصر المدة وطولها، ثم بقية عدة الطلاق هل تسقط أو نقول تدخل في بقية عدة الوفاة؟

قال الرَّافِعِي قبيل القسم الثالث: تسقط بلا خلاف.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكى صاحب «الذخائر» فيها خلافًا عن الأصحاب، وإن منشأه تباين جنس العدتين، انتهى. ولم أر هذا لغيره.

قال: (**أَوْ بَائِنٍ؛ فَلَا**) أي: فلا تنتقل إلى عدة الوفاة أصلًا؛ بل تكمل عدة الطلاق؛ لأنها ليست بزوجة، قال الشيخان هنا: وإن كانت حاملًا استمرت نفقتها، وهي مستحقة؛ لأن النفقة إما للحمل، أو لها بسبب الحمل كالأجرة، وكل منهما لا تجب على الميت.

وَحَامِلٍ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِهِ السَّابِقِ، فَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ عَنْ حَامِلٍ ....

وقالا في النفقات: إن قلنا النفقة للحمل؛ سقطت، وكذا إن قلنا للحمل على ما رجحه الإمام، وبه أجاب ابن الحداد عن الشيخ أبي علي: أنها لا تسقط، وكأن الطلاق أوجب للنفقة في دفعها، انتهى. وهذا ما أجاب أن هنا، وسيأتي بيانه ـ إن شاء الله تعالى ـ وأن المذهب خلافه.

فائدة: قيل: لو شك هل طلاقها بائن أو رجعي ما الحكم؟

قلت: تعتد بأقصى الأجلين.

قال: (وَحَامِلٍ: بِوَضْعِهِ بِشَرْطِهِ السَّابِقِ) أي: وهو انفصال كل الحمل الواحد، وباقي التوأمين، وإمكان نسبته، قاله الْمُتَوَلِّي، ودليله الآية.

وروى الدارقطني وغيره عن أبي بن كعب ﷺ قال: «قلت: يا رسول الله ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] للمطلقة ثلاثًا، أو للمتوفى عنها زوجها؟ قال ﷺ: «لهما»[1].

قال ابن عبد البر: وعلى انقضاء عدتها بالوضع جماعة العلماء بالحجاز، والعراق، والشام، ومصر، والمغرب، والمشرق اليوم، ولا خلاف في ذلك إلا ما روي عن علي، وابن عباس - ﷺ -: أن عدتها أقصى الأجلين، وقد روي عن ابن عباس الرجوع عنهُ، وحديث سبيعة الأسليمة المتفق على صحته نص في المسألة.

وحكى أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد» عن عكرمة، وأبي قلابة: أن عدة الحامل بتوأمين تنقضي بوضع الأول منهما، ويبعد صحة هذا عنهما، وهما من جملة التابعين، وحكي عن الحسن، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي: أنه لا تنقضي عدة الحامل حتى تطهر من النفاس، ورد عليهم بظاهر الآية، وبحديث سبيعة.

قال: (فَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ عَنْ حَامِلٍ) أي: لا يولد لمثله.

---

[1] (١) أخرجه أحمد في المسند (٢١٧٠٥) والدارقطني (٣٨٤٥).

فَبِالْأَشْهُرِ، وَكَذَا مَمْسُوحٌ إِذْ لَا يَلْحَقُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَلْحَقُ مَجْبُوبًا بَقِيَ أُنْثَيَاهُ ....

(**فَبِالْأَشْهُرِ**) أي: لا بالوضع؛ لأنه منفي عنه كما سبق، وإذا لم يجز كون الحمل من الميت، فإن كان من زنا فكالعدم، واعتبرت العدة من الوفاة، أو من وطء شبهة؛ اعتبرت من حين الوضع، وإن جهل حكمه، وقد سبق على ماذا تحمله.

قال: (**وَكَذَا مَمْسُوحٌ**) أي: وهو من قطع أنثياه، وجميع ذكره.

(**إِذْ لَا يَلْحَقُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لأنه لا ينزل، ولم يعهد الولادة لمثله، وقوله: على المذهب؛ نص في نقل طريقين، وكذا عبر بالمذهب في أول الباب من «الروضة» والذي تضمنه «الشرحان» و«الروضة» في اللعان، وأما الباب فعلى قولين لا غير، ظاهر المذهب منهما ما ذكره.

والثاني: ـ ويحكى عن الإصطخري ـ أنه يلحقه؛ لأن معدن الماء الصلب، وأنه ينقل في نفيه إلى الظاهر، والمعدن، والمجرى باقيان.

قال **الرَّافِعِي**: وذكر أن القاضي الحسين، والصيدلاني أخذا بهذا الجواب، ونقله **الْمَاوَرْدِي** عن الصيرفي، وابن حربويه، قال: وحكي أنه قلد القضاء بمصر، فقضى في مثل هذا بلحوق الولد، فحمله الخصي على كتفه، وطاف به الأسواق، وقال: انظروا إلى هذا قاضٍ يلحق أولاد الزنا بالخدام.

قال في «الكفاية»: وإليه ذهب أبو الطيب أيضًا، انتهى.

ويخرج مما ذكرناه طريقة قاطعة باللحوق، وأما بالمنع فلم أرها، ويشبه أن يقال: يرجع في إنزاله إلى أهل البصر، فإن قالوا: إنه ينزل، وإن قوة منيه باقية، وكان يضع نفسه على فم فرجها، وينزل فيه؛ لحقه إذا ثبت ذلك بطريقه من اعتراف، أو يمين مردودة.

قال: (**وَيَلْحَقُ مَجْبُوبًا بَقِيَ أُنْثَيَاهُ**) أي: وجب ذكره فقط؛ لبقاء أوعية المني وما فيه من القوة المحيلة للدم، وإنما الذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج.

قال **الرُّويَانِي** في «التجربة»: لأنه قيد ذلك بالفرج فينزل، وسبق الماء إلى

فَتَعْتَدُّ بِهِ، وَكَذَا مَسْلُولٌ بَقِيَ ذَكَرُهُ بِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأْ اعْتَدَّتَا لِوَفَاةٍ، وَكَذَا إِنْ وَطِئَ وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ أَوْ أَقْرَاءٍ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ فَإِنْ كَانَ بَائِنًا اعْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْأَكْثَرِ مِنْ عِدَّةِ وَفَاةٍ وَثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَائِهَا، ....

فرجها، وإن كان مجبوب الخصيتين لا يلحق به؛ لأن الماء لا يكون إلا من الخصيتين، وغلط من قال غيره، انتهى.

قال: **(فَتَعْتَدُّ بِهِ)** أي: بوضع الحمل منه كالفحل.

قال: **(وَكَذَا مَسْلُولٌ بَقِيَ ذَكَرُهُ بِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ)** لأن آلة الوطء باقية، وقد يبالغ في إيلاجه فيلتذ، وينزل ماؤه رقيقًا، هذا الخلاف أوجه، قال في لعان «الروضة»: يلحقه على الأصح، وقيل: لا، وقيل: إن قال أهل الخبرة لا يولد له؛ لم يلحقه، وإلا فيلحقه.

وقال هنا: ومن سل خصيتاه وبقي ذكره كالفحل في لحوق الولد على المذهب، فتنقضي العدة بوضعه، وفي وجه: لا يلحقه، فلا تنقضي به العدة، وفي آخر: إنه إن كان مسلول الخصية اليمنى؛ لم يلحقه وإن بقيت اليسرى؛ لأنه يقال: إن الماء في الخصية اليمنى، والشعر من اليسرى.

قلت: وسبق تغليط الرُّويَاني فيمن قال باللحوق إلى أهل البصر محتمل.

قال: **(وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأْ)** أي: واحدة منهما، **(اعْتَدَّتَا لِوَفَاةٍ)** أي: لأن كل واحدة منهما يجوز أن تكون مفارقة بالموت كاحتمال أنها المطلقة، فوجب الأخذ بالاحتياط.

قال: **(وَكَذَا إِنْ وَطِئَ)** أي: كلًا منهما.

(وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ، أَوْ أَقْرَاءٍ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ)؛ لما ذكرناه.

(فَإِنْ كَانَ بَائِنًا؛ اعْتَدَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْأَكْثَرِ مِنْ عِدَّةِ وَفَاةٍ وَثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَائِهَا) لأن على كل منهما عدة، واشتبهت عليها بعدة أخرى؛ فوجب أن تأتي بذلك؛ لتخرج عما عليها بيقين، كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين؛ يلزمه قضاءهما، وكذا نظيره في الكفارة كثيرًا بيقين.

وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنَ الْمَوْتِ، وَالْأَقْرَاءُ مِنَ الطَّلَاقِ وَمَنْ غَابَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ لَيْسَ لِزَوْجَتِهِ نِكَاحٌ حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ، ....

قال: (**وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ: مِنَ الْمَوْتِ**) أي: بلا خلاف.

(**وَالْأَقْرَاءُ: مِنَ الطَّلَاقِ**) أي: على الصحيح، وقيل: من حين الموت أيضًا؛ لأنهما يشبهان الزوجين في الموت، والمذهب الأول، لأن إحداهما بانت بالطلاق قطعًا فعليه لو مضى قرء من وقت الطلاق، ثم مات الزوج؛ اعتدت بالأقصى من عدة الوفاة، ومن قرأين من أقرائها.

قال: قوله: «ومات قبل بيان وتعيين»؛ ينبه به على أن الفرض فيما إذا كان الطلاق معينًا في نفس الأمر وجهلنا المعينة، أو منهما؛ لأن البيان يكون لما وقع في نفس الأمر معينًا، والتعيين يكون لما وقع منهما، فإن كان الطلاق مبهمًا؛ بني على أنه هل يقع من حين اللفظ، أو من حين التعيين؟ إن قلنا: من اللفظ؛ فالحكم كما مرّ، وإن قلنا: من حين التعيين؛ فيعتبر ابتداء الأقراء، والأشهر من حين الموت، وقيل: تعتد كل واحدة عدة وفاة لا غير.

تنبيه آخر: لو اختلف حال المرأتين، فكانت أحداهما موطوءة، أو حاملًا، أو ذات أقراء، والأخرى بخلافها؛ علم كل واحدة بمقتضى الاحتياط في حقها كما سبق، والحاصل أن حكم كل واحدة منهما على الانفراد حكمهما إذا اتفقت صفتهما، وقد بيناه.

فرع: عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح، فلو نكح فاسدًا، ومات قبل دخول؛ فلا عدة، أو بعده أو فرق بينهما؛ اعتدت للدخول كما تعتد عن وطء الشبهة.

فرع: في «البيان» عن الصيمري: أنه لو ركب رجل البحر، فبلغ امرأته أنه غرق؛ فلا عدة عليها حتى تعلم موته يقينًا، فإن كان هناك امرأتان لكل زوج ووقفنا أن أحدهما مات، ولم يعلم غيبته؛ فلا يحكم على واحدة منهما بعدة، انتهى.

قال: (**وَمَنْ غَابَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ؛ لَيْسَ لِزَوْجَتِهِ نِكَاحٌ حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ**)، واحتج الرَّافِعِي وكثيرون لذلك بما رواه البيهقي وغيره: أنه ﷺ قال:

وَفِي الْقَدِيمِ تَرَبُّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ لِوَفَاةٍ وَتَنْكِحُ، فَلَوْ حَكَمَ بِالْقَدِيمِ قَاضٍ نُقِضَ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ، ....

«امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه»[1] وهو حديث منكر.

واحتج الشَّافِعِي بما رواه عن علي رضي الله عنه قال: **«امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر، ولا تنكح حتى يأتيها، يعني: موته»**[2].

ثم ذكر حديث الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال ﷺ: **«لا ينصرف حتى يسمع صوتًا، أو يجد ريحًا»**[3].

ثم قال: فيقين الطهارة لا يرتفع إلا بيقين الحدث، فكذلك هذه المرأة لها زوج بيقين، فلا يزيله إلا بيقين الموت، أو الطلاق، انتهى.

ولأنه إذا لم يجر الحكم بموته، وقسم ماله، وعتق أم ولده، فكذا في زوجته، قال الْمَاوَرْدِي: ولأنه لو غابت زوجته حتى خفي خبرها؛ لم يجز أن يحكم بموتها في إباحة أختها، وأربع سواها، فكذا لا يحكم باستباحتها زوجًا غيره.

قال: (**وَفِي «الْقَدِيمِ»: تَرَبُّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُّ لِوَفَاةٍ وَتَنْكِحُ**) أي: عدة الوفاة اتباعًا لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك، رواه الشَّافِعِي، وغيره، واشتهر ولم ينكره الصحابة، ولأن للزوجة الخروج من النكاح بالحر والعبد؛ لفوات الاستمتاع، وبالاعتبار بالنفقة؛ لفوات المال، فلا يجوز هنا وقد اجتمع الصنفان فهو أولى، كذا علله الأصحاب.

قال ابن الرِّفْعَة: وقضيته أنها إذا لم تكن عادمة للنفقة، ولا يتأتى هذا القول، وقد صرح به بعضهم، وطرده بعضهم، وإن وجدتها وسنذكره.

قال الرَّافِعِي: وأنكر بعضهم هذا القديم[4].

قال: (**فَلَوْ حَكَمَ بِالْقَدِيمِ قَاضٍ؛ نُقِضَ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأن

---

(١) أخرجه الشافعي (٥/ ٢٤١)، والبيهقي (٧/ ٤٤٤، رقم ١٥٣٣٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧ / ٩٠، رقم ١٢٣٣٠).

(٣) أخرجه مسلم (١/ ٢٧٦ رقم ٣٦٢).

(٤) انظر: «مغني المحتاج» (١٤/ ٣١٢).

……………………………………………………………………

المجتهد لا يجوز له تقليد الصحابة ﷺ قال ابن الرِّفْعَة، ونقل هذا عن النص.

قلت: نص عليه في مواضع، وصرح في بعضها بنقضه في حال الاشتباه، وإن لم يعد الأول، وكذا نقل الإمام، والقاضي الحسين عن «الجديد» ولم يذكرا غيره، وقال العمراني: إنه المشهور، ولم يذكر أبو حامد سواه، وبهذا يحصل طريقان: المذهب: النقض، ووجهه: أنه مخالف للقياس الجلي، ويقال: إن عمر ﷺرجع عن قوله، ولم يصح عنه الرجوع، والثاني: على وجهين: وجه المنع لشبهة الخلاف.

تنبيهات: منها: قوله: «ومن غاب» الغيبة مثال، فمتى فقد ليلًا، أو نهارًا في بلده، أو بعد مفارقته في بركان في سفره، أو بحرٍ أو في قتال، أو غيره حتى لو انكسرت به السفينة، ولم يتحقق موته؛ فله حكم المفقود.

وفي «البيان»: إن بعض الأصحاب خص محل الخلاف؛ إذا تعذرت النفقة عليها من جهته، فإن كان له مال حاضر؛ فلا فسخ قولًا واحدًا، ومنهم من قال القولين في الجميع وهو المشهور.

وحكى الإمام ترددًا في محل القول القديم من وجه آخر؛ إذا انقطع انقطاعًا يشعر مثله بالموت، ويغلب على الظن، فهو محل الخلاف، فإن أمكن انقطاع الخبر على تنائي الديار، وإيغاله في البعد إلى مكان لا تصل منه الأخبار، وللأصحاب تردد في جريان القول القديم في مثل هذه الحالة، فظاهر الكلام أنه يجري مع احتمال، وتردد.

ومنها: قوله: «وانقطع خبره» بيان لمحل الخلاف، أما لو كان مكانه معروفًا، وأخباره واصلة فلا يجوز لها التزوج بلا خلاف؛ بل إن أرادت حقوقها سلكت فيه ما سلك في القضاء على الغائب، نعم لو أخبرها عدل بموته لم يكن ظاهرًا من الزوج.

قال القَفَّال: ويحل لها باطنًا، وسيأتي في الشهادة على الموت بالشيوع وجه: أنه يكفي الاعتماد فيه على إخبار واحد، فينقدح أنه لو شاع ذلك، ولم

....

ينكر أنه يجوز العمل به ظاهرًا.

ومنها: قوله: «حتى تتيقن موته، أو طلاقه» ليس على ظاهره؛ بل متى ثبت ذلك، ولو بشهادة عدلين كفى، قيل: ومقتضى كلام الشَّافِعِي، والأصحاب هنا: أنه لا بد أن يأتيها يقين موته، أو طلاقه.

قال الإمام: والمراد باليقين أن يكتب سبب الفراق بطريق من الطرق الشرعية، وبينة من البينات، ثم تتوقف إن استبهم الأمر ما عمرت وبقيت، انتهى.

وما فسر به اليقين حق.

وقوله: (ثم تتوقف إن استبهم الأمر ما عمرت وبقيت) فيه نظر! ومادته قول الشَّافِعِي: ولا تنكح أبدًا حتى يأتيها يقين موته.

وقال في موضع: ولا تتزوج إلا بتيقن موت زوجها، وفي موضع: لا تنكح حتى يأتيها يقين موته، انتهى.

لكن دلَّ كلامه، وكلام الأصحاب: إن من العمد في المسألة إلحاق ملك الزوجية بملك المال، وإنا لو قسمنا ماله بين ورثته حكمنا بزوال نكاحه، وقد قال الشَّافِعِي: لا أعلم مخالفًا أنه لا يورث أحدهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، وقاس عليه حكم النكاح، وذكر الْغَزَالِي كلام إمامه في «البسيط» بلفظه السابق، وكلام الرَّافِعِي، وغيره في الفرائض يفهم خلاف ذلك.

قال الرَّافِعِي، والمصنف: وإذا لم تقم بينة بموت منقطع الخبر؛ فوجهان، اختيار الأستاذ أبي إسحٰق بن منصور، وغيره: أنه لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله.

قالا: وأصحهما، وبه قطع الأكثرون: أنه إذا مضت مدة لا يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها؛ قسم ماله، وهذه المدة ليست مقدرة عند الجمهور، وقيل: تقدر بتسعين سنة، فعلى الأول يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها، وقيل: يشترط.

قالا: ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن، ثم إن قسم الحاكم فقسمته

....

تضمن الحكم بالموت، ثم قالا: وإذا مضت المدة المعتبرة، فهل لزوجته أن تتزوج؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة، وتصريحًا أن لها ذلك، وأن المنع على قوله الجديد مخصوص بما قبل هذه الحالة، ألا تراهم ردوا على القديم: بأنه لما لم يحكم بموته بالنسبة إلى قسمة ماله؛ لم يحكم به بالنسبة إلى فراق زوجته، فأشعر ذلك منهم بأنهم رأوا الحكمين مثلًا بيِّن، انتهى.

وقال ابن سراقة في «مناقبه» في الفرائض: واختلف في مدة الوقف، قال الشَّافِعِي: حتى تمضي مدة لا يعيش مثله إليها من حين قطع خبره، ثم يحكم الحاكم بموته من حينئذٍ، ويقسم ماله، انتهى.

وهذا قد يقتضي أنه لا بد من القطع بأنه لا يعيش إلى مثل تلك المدة كما نقلاه وبيناه، وكلام الشَّافِعِي، والأصحاب هنا يقتضي موافقة ما نقلاه عن اختيار أبي منصور، وغيره، وقد جعلاه وجهًا مرجوحًا.

ومنها: قوله: (وفي القديم تتربص أربع سنين إلى آخره)؛ ظاهره أنها تتربص من حين انقطاع خبره، ثم تعتد للوفاة، ثم تنكح من غير توقف ذلك على ضرب الحاكم، ثم قضائه بوفاته.

والذي في أصل «الروضة»: أنها تتربص أربع سنين ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة فتعتد عدة الوفاة، ثم تنكح، وهل تفتقر مدة التربص إلى ضرب القاضي، أم لا، ويحسب من وقت انقطاع الخبر؟ فيه وجهان، ويقال قولان: أصحهما عند كثير من الأئمة: يفتقر ولا تحسب ما مضى قبله، فإذا ضرب القاضي المدة فمضت فهل يكون حكمًا بوفاته، أم لا بد من استئناف حكم؟ فيه وجهان: أصحهما الثاني، انتهى.

وقوله: (ويقال قولان) هو الوجه، وبالافتقار إلى ضرب القاضي أجاب ابن أبي هريرة، ودلَّ كلامه على أنه المنصوص في «القديم» ولم يذكره كثيرون غيره، **والثاني**: من حين غيبته، وانقطاع خبره، قال في «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: وهو المنصوص عليه في «القديم».

....

وقال سليم في «المجرد»: الظاهر من كلام الشَّافِعِي، وأصحابنا: أنه تحسب المدة إذا أذن الحاكم، انتهى.

ولم يذكر أن التربص يفتقر إلى ضرب القاضي، وقد يعطي كلامه أنه لا بد من إذن القاضي في التزويج على القولين.

فرع: إذا حكم الحاكم بالفرقة، فهل ينفذ ظاهرًا وباطنًا، أم ظاهرًا فقط؟ فيه وجهان، أو قولان، زاد في «الروضة»: قلت: أصحهما ونصَّ عليه، والأشبه بالمذهب ترجيح الثاني، إذا علم فعاد قبل أن تنكح، أو بعده؛ فطرق في «الحاوي»:

إحداها: ـ وبها قال جمهور أصحابنا ـ بناء ذلك على القولين المذكورين في نفوذ حكم الحاكم؛ إن قلنا: ينفذ ظاهرًا فقط، فالزوج الأول أحق بها نكحت أم لا، وإن نفذناه ظاهرًا وباطنًا؛ فقد بطل نكاح الأول مطلقًا.

والرابعة: بطلان نكاحه مطلقًا، انتهى. وقد أطال الأئمة التفريع على «القديم» وأضربنا عن ذلك اختصارًا.

فرع: إذا قلنا «بالجديد»: فنكاح الأول باقٍ متى عاد فهي زوجته، كذا قاله الجمهور، ونص عليه، فيفرق بينها وبين الثاني، وتحل للأول في الحال إن لم يكن دخل بها، وإلا فمتى تنقضي عدتها من الثاني، ولا نفقة لها في العدة على واحدة منهما، ولها النفقة على الزوج في السنين الأربع على القولين.

وأما بعدها فنص في «الأم»: على وجوب نفقتها في الأشهر الأربعة، وتبعه الأصحاب، وإطلاقه يقتضي استحقاقها النفقة فيها، وإن حكم الحاكم بالفرقة على مقتضى «القديم» وبه صرح الْمَاوَرْدِي قال: لأن النفقة لم تقع، والحكم بها لم ينفذ، واعتقادها التحريم لإسقاط نفقتها كانت على الحال التي فارقها الزوج، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب: قال الأصحاب: لها النفقة بعد مضي المدة إلى أن تتزوج، فإذا نكحت سقطت النفقة، وكانت ناشزًا، نص عليه.

وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ فَبَانَ مَيِّتًا صَحَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ.

قال إمام الحرمين: وذلك ظاهر؛ إذا طردت من سكن النكاح، فأما إذا جرى العقد، ومضت أيام قبل إيقاف الزفاف والخروج من مسكن النكاح؛ فظاهر كلام الأصحاب: أنها تكون ناشزة، وأبدى فيه احتمالًا.

وقد يؤيده ما نقله البيهقي في «المبسوط» عن نص «الإملاء»: وإن نكحت لم يكن لها في الأيام التي نكحت فيها، ولا اعتدت من النكاح نفقة من مال الزوج المفقود، ولا يكون لها إذا خرجت من ملكه من عند نفسها على أن تنكح غيره نفقة من ماله حتى تعود إلى ملكه، ولها قبل ذلك، وإذا عادت إلى ملكه؛ فلها النفقة في ماله، انتهى.

وهذا النص محتمل لمخالفة ما تقدم عن الأصحاب، ولما أبداه الإمام على بعده، والأقرب أنه مخالف لما سبق عنهم، وإذا لم يعد المفقود، وفرق الحاكم بينهما وبين الثاني، وعادت هي بعد التفريق إلى بيته؛ قال في «الروضة»: ففي عود النفقة قولان.

وعبارة الإمام: فيه القولان في عود الناشزة في غيبة الزوج إلى الطاعة، فأفاد أن الأصح عدم العود، قال في «الروضة»: وقيل: إن نكحت نفسها بغير حاكم؛ عادت النفقة، وإلا فلا.

قال الرُّويَانِي: والأظهر أنها لا تعود، وينبغي أن يقطع به؛ إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة، قال: وهو الذي ذكره الْقَفَّال.

قلت: وحكى القاضي هذا الخلاف ثلاثة أوجه، ويخرج من كلام الْمَاوَرْدِي، وغيره وجه رابع: أن النفقة تعود إذا أعادها الحاكم إلى نكاح الأول، ولا تعود إن عادت هي بنفسها.

قال: (**وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ فَبَانَ مَيِّتًا**) أي: وقت الحكم بالفرقة (**صَحَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ**) أصل الوجهين القولان في ما لو باع مال مورثه ظانًا حياته فبان ميتًا، صرح بذلك في «المحرر» وغيره، وشبه الْمَاوَرْدِي الخلاف هنا بالخلاف في تصرف الوكيل بعد عزل جاهلًا، قال: وعلى هذين

وَيَجِبُ الْإِحْدَادُ عَلَى مُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ، ....

الوجهين يكون نكاح من تزوج امرأة يعتقدها أخته فبانت أجنبية، انتهى.

وسبق منا كلام في صحة هذا النكاح، وقلنا: إن الذي يقتضيه المذهب وكلام الأصحاب في كتاب النكاح عدم الصحة، وإن العلم بالشروط حال العقد شرط في صحته، ثم إنما يتجه التشبيه الذي قالوه؛ إذا كان الزوجان ممن يعتقد تحريم النكاح بعد التربص، أما لو كانا يعتقدان القديم اجتهادًا أو تقليدًا لقائله؛ فقد قال: بصحته جزمًا، وأما إذا اعتقد المنع؛ فقد سبق غير مرة أن النكاح لا ينعقد مع التردد في الحل، وأنه لا يقبل مثل هذا الوقت، وكلام جماعة من العراقيين يقتضي أنه يقبل ذلك، والله أعلم.

إشارة: ذكرت في «الغنية» فرعًا فيما لو تزوجت، ثم بلغها موت الأول، فيه طول فراجعه.

قال: (**وَيَجِبُ الْإِحْدَادُ عَلَى مُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ**)؛ لقوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**»(١) رواه مسلم من حديث عائشة، وحفصة - ﵄ - والبخاري من رواية حبيبة، وزينب - رضي الله عنهن- هكذا استدل به الأصحاب.

وقال صاحب «الذخائر»: لا دلالة فيه على الوجوب؛ بل قضيته الإباحة، وهو معذور.

---

(١) حديث أم حبيبة وزينب بنت جحش: أخرجه مالك (٢/ ٥٩٦، رقم ١٢٤٥، ١٢٤٦)، وعبد الرزاق (٧/ ٤٨، رقم ١٢١٣٠)، وأحمد (٦/ ٣٢٦، رقم ٢٦٨٠٩)، والبخاري (٥/ ٢٠٤٢، رقم ٥٠٢٤)، ومسلم (٢/ ١١٢٣، رقم ١٤٨٦)، (٢/ ١١٢٤، رقم ١٤٨٧)، وأبو داود (٢/ ٢٩٠، رقم ٢٢٩٩)، والترمذي (٣/ ٥٠٠، رقم ١١٩٥)، (٣/ ٥٠١، رقم ١١٩٦)، والنسائي (٦/ ٢٠١، رقم ٣٥٣٣) والشافعي (١/ ٣٠٠).
حديث حفصة: أخرجه مالك (٢/ ٥٩٨، رقم ١٢٤٨) وعبد الرزاق (٧/ ٤٩، رقم ١٢١٣١)، وأحمد (٦/ ٢٨٦، رقم ٢٦٤٩٥)، ومسلم (٢/ ١١٢٦، رقم ١٤٩٠)، والنسائي (٦/ ١٨٩، رقم ٣٥٠٣)، وابن ماجه (١/ ٦٧٤، رقم ٢٠٨٦).
حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (١٠/ ١٣٩، رقم ٤٣٠٣).
حديث أم سلمة: أخرجه النسائي (٦/ ١٨٩، رقم ٣٥٠٤).

لَا رَجْعِيَّةٍ، ....

لكن الرَّافِعِي قال: قال الأئمة قوله: «إلا على زوج» مستثنى من قوله: «لا يحل» وظاهره لا يقتضي إلا الجواز؛ لكن أجمعوا على أنه أراد الوجوب، وأنه استثنى الواجب من الحرام، انتهى.

قال ابن العربي في «الأحوذي»: الإحداد فرض على المتوفى زوجها بإجماع الأئمة، ويؤثر عن الحسن أنه: لا يلزمها الإحداد، ولم يصح، انتهى.

وسواء في ذلك المسلمة، والكتابية، والحرة، والرقيقة، والصغيرة، والكبيرة، والعاقلة، والمجنونة، وعلى الولي أن يجنب الصغيرة، والمجنونة ما يجنب المكلفة، هذا هو المذهب، واختار الرُّويَانِي في «الحلية» مذهب أبي حنيفة: أنه لا إحداد على الصغيرة، والمجنونة، قال: وهو القياس، قال: لأن الإحداد إظهار التفجع، والحزن، وهي لا تشعر بذلك.

وأغرب صاحب «الترغيب» من متأخري المراوزة فقال: ويجب على المعتدة للوفاة حرة، أو أمة، مسلمة، أو ذمية على الأصح، والظاهر أنه أراد نقل الخلاف في الذمية خاصة، والقول بأنه لا يلزمها مذهب أبي حنيفة، نعم قيد جماعة من أصحابنا وجوب الإحداد عليها بما إذا كانت تحت مسلم، أو ذمي.

فرع: سبق نقل قول: إن عدة الأمة للوفاة كالحرة، وبه جزم الدارمي فقال: والحرة، والأمة، والمسلمة، والذمية في عدة الوفاة والإحداد سواء، انتهى.

وقد يريد بذلك أنهما سواء في أصل لا من كل وجه؛ لكن كلامه من قبل يقتضي البينونة مطلقًا.

قال: (لَا رَجْعِيَّةٍ) أي: لبقاء أكثر أحكام النكاح فيها؛ لتوقع الرجعة، وسياق الكتاب يقتضي أنه لا يستحب لها الإحداد، ومن الأصحاب من قال: الأولى أن تتزين وتتجمل بما يدعوه إلى رجعتها، وحكى الصيمري، والْمَاوَرْدِي في استحباب الإحداد لها وجهين:

أحدهما: يستحب إظهار الأسف على الزوج؛ ليرغب في مراجعتها.

وَيُسْتَحَبُّ لِبَائِنٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ، ....

والثَّانِي: لَا يُسْتَحَبُّ لَهَا، وَتُنْدَبُ إِلَى التَّصَنُّعِ لَهُ بِالزِّينَةِ؛ لِيَمِيلَ إِلَيْهَا فَيَرْغَبَ فِي مُرَاجَعَتِهَا.

وفي «مبسوط البيهقي»: قال الشَّافِعِي: أحب أن تجتنب ما تجتنبه المعتدة، وأكره لها الشوق لزوجها، وهي في غيره أشد حالًا، انتهى.

ذكره في نصوص ساقها عن «القديم» ولم نر له في «الجديد» خلافه، وقد قال الأصحاب: إذا نص في «القديم» على شيء، ولم يذكر ما يخالفه في «الجديد»؛ كان ذلك مذهبه.

وقد صرح بذلك المصنف في مقدمة «شرح المهذب» والقول باستحباب التزين ضعيف، وقد يظن بهذا أنها إنما فعلت ذلك إظهارًا للفرح بفراقه، أو غير ذلك من التبرج، وغيره، وينبغي أن يكون محله على ضعفه فيما إذا كانت ترجو مراجعته، وسيأتي ما يشعر بأن الإحداد حرام عليها.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ لِبَائِنٍ**) أي: على «الجديد» كما صرح به «المحرر» وغيره، وهو المذهب، ولا يجب؛ لأنها معتدة عن فراق في الحياة فأشبهت الرجعية، وأيضًا فهي مجفوة بالفراق، فلا يليق بها التفجع بخلاف المتوفى عنها.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ**)، وهو «القديم» كالمتوفى عنها، قال الفارقي: وهو الظاهر؛ لأنها بائن منه، والرجعية زوجة، قال: والسر فيه أنه وجب الإحداد حتى لا تدعو الزينة إلى الفساد، وهذا المعنى يتحقق في حق البائن، فحرم التزين، وهو في الرجعية داع إلى المراجعة والمصالحة، فيحسن أن يكون مندوبًا إليه، أما أن يكون محرمًا فلا، انتهى.

ولم أر من وافقه على هذا الترجيح، وما ذكره في «تنبيهه» التزين للرجعية شاذ.

إشارات: قطع بالجديد قاطعون، وكلام الْمُتَوَلِّي، والجرجاني يشعر بأنه لا يجوز للبائن الإحداد على «الجديد» فإنه قال: والجديد لا إحداد عليها؛ لأنه ﷺ حرم الإحداد إلا عن المتوفى عنها زوجها، زاد الجرجاني فخص به

وَهُوَ تَرْكُ لُبْسِ مَصْبُوغٍ لِزِينَةٍ وَإِنْ خَشُنَ، ....

المتوفى عنها زوجها، ومنع منه غيرها، وهذا كلام الجرجاني، وغالب ظني أن بعضهم صرح به في الرجعية، وأن الإحداد إنما هو للوفاة لا غير، وهذا إن ثبت فهو غريب.

والظاهر أن الْمُتَوَلِّي لم يرد ما أفهمه كلامه، فإن أراده فهو شاذ، وقريب منه قول المصنف في «شرح مسلم» قال: وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلى ثلاثة أيام، وهو تسمح منه - ﷺ تعالى - في التبويب لا غير، فعند بيان تحريمه على كل مفارقة عبر المتوفى عنها لا فرق بين البائن بثلاث، أو طلقة، أو خلع، أو لعان في جريان القول بالقولين، صرح به الْمَاوَرْدِي، وينقدح الجزم بأنه لا يلزم الملاعنة.

ونقلا في المفسوخ نكاحها بعيب طريقين: أشبههما: عندهما تبعًا للبغوي: أنها على القولين، والثانية: القطع بأنه لا إحداد عليها؛ لأن الفسخ إما لمعنى فيها، أو لمباشرتها، فلا يليق بها إظهار التفجع، ونسبها الإمام إلى الأكثرين.

ويوافقه قول الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: ولا إحداد على المفسوخ نكاحها ببعض العلل، ومن أصحابنا من جعلها على القولين كالبينونة، والأصح هو الأول، انتهى.

ونقل العمراني الطريقتين في الملاعنة، والمختلعة، ولا إحداد على المنكوحة فاسدًا، ولا على الموطوءة بشبهة، ولا على أم الولد قطعًا، والظاهر أنه لا يجوز لهن فوق ثلاث قطعًا، وفي جواز الموطوءة بالشبهة، والنكاح الفاسد في الثلاثة نظر؛ لأنها أجنبية.

قال: (وَهُوَ:) أي: الإحداد (تَرْكُ لُبْسِ مَصْبُوغٍ لِزِينَةٍ وَإِنْ خَشُنَ) لقوله ﷺ: «لَا تَحِدُّ امْرَأَةٌ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا إِلَّا ثَوْبَ عَصْبٍ، وَلَا تَكْتَحِلُ وَلَا تَمَسُّ طِيبًا إِلَّا إِذَا طَهُرَتْ نُبْذَةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ»(١) متفق عليه من حديث أم عطية.

---

(١) تقدم تخريجه.

……

وفي سنن النسائي وأبي داود بإسنادٍ حسن عن أم سلمة مرفوعًا، قَالَ: «الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَا تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرَ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا الْمُمَشَّقَةَ وَلَا الْحُلِيَ وَلَا تَخْتَضِبُ وَلَا تَكْتَحِلُ»[1].

وما ذكره في الحُسن هو المشهور، والمنصوص في «الأم» وحكى صاحب «التقريب» فيه قولين.

وقال الشَّافِعِي في «القديم» فيما لا تلبسه: والعصب من الثياب ما يعصب غزلها غليظًا، قال البيهقي في «المبسوط»: وهذا القول أقرب من الحديث - يريد حديث أم عطية السالف - قال: وقال بعضهم في هذا الحديث: ولا ثوب عصب، وليس ذلك محفوظًا.

قال الْمَاوَرْدِي: وما غيِّر عن أصله بالأصباغ الملونة ضربان:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُمْزَجَ لَوْنُهُ بِالنُّقُوشِ كَالْوَشْيِ وَالسَّقْلَاطُونِ، أَوْ بِالتَّخْطِيطِ كَالْعَتَّابِيِّ فَهُوَ إِدْخَالُ زِينَةٍ مَحْضَةٍ عَلَى الثَّوْبِ وَتَسْتَوِي جَمِيعُ الْأَلْوَانِ فِي حَظْرِهِ عَلَى الْحَادِّ مِنْ سَوَادٍ وَغَيْرِ سَوَادٍ، سَوَاءٌ كَانَ نَقْشُهُ نَسْجًا أَوْ تَرْكِيبًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ يُصْبَغَ جَمِيعُهُ لَوْنًا وَاحِدًا فَأَلْوَانُ الْأَصْبَاغِ تَنْقَسِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

منه: مَا كَانَ زِينَةً مَحْضَةً وَهُوَ الْأَحْمَرُ صَافِيهِ وَمُشَبَّعُهُ فهو حرام، كذلك الأصفر، وأما السواد فلا يحرم صَافِيهِ وَلا مُشَبَّعُهُ؛ لأنه من شعار أهل الحداد، قال: وفي وجوب لبسه وجهان: ثانيهما: يستحب، ولا يجب.

قلت: والصواب أنه لا يجب، وفي استحبابه وقفة.

وأما الْخُضْرَةُ وَالزُّرْقَةُ فَإِنْ كَانَا صَافِيَيْنِ مُشْرِقَيْنِ؛ كانا ثوب زينة فيحرمان، أو مشبعين بين بين؛ فلا، وفي «تعليق الْبَغَوِي» آخر هذا، وقيل: الثوب المتخذ

---

[1] أخرجه أحمد (٦/ ٣٠٢، رقم ٢٦٦٢٣)، والنسائي (٦/ ٢٠٣، رقم ٣٥٣٥)، والبيهقي (٧/ ٤٤٠، رقم ١٥٣١٠) وأبو داود (٢/ ٢٩٢، رقم ٢٣٠٤)، وأبو يعلى (١٢/ ٤٤٣، رقم ٧٠١٢)، وابن حبان (١٠/ ١٤٤، رقم ٤٣٠٦).

وَقِيلَ يَحِلُّ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ، وَيُبَاحُ غَيْرُ مَضْبُوغٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَّانٍ، وَكَذَا إِبْرَيْسَمٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

من الإبريسم لا يجوز، إلا الأسود، فظاهر النص يدل على أنه لا يجوز غير الأحمر، والأصفر، والأبيض.

قال: (**وَقِيلَ: يَحِلُّ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ**) **قلت**: قال أبو إسحٰق: قال القاضي أبو الطيب: وهو معذور لما في حديث أم عطية من لبس العصب، والعصوب: نوع من البرود يعصب غزلها، ثم يصبغ، ثم ينسج.

قال القاضي: وأيضًا فإن تكفين الميت في الثياب المصبوغة بعد النسج مكروه لا فيما صبغ غزله، ثم نسج، فلما افترقا في التكفين افترقا في حق المحدة، ثم ضعف قول أبي إسحٰق: بأن الريبة حاصلة في الموضعين.

وقال الخطابي: ما قاله أبو إسحٰق أشبه بالحديث، والمذهب عند الجمهور عدم الفرق، ونقله القاضي أبو الطيب عن نص «الأم».

قال: (**وَيُبَاحُ غَيْرُ مَضْبُوغٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَّانٍ**) قال أصحابنا: لا يحرم جنس القطن، والصوف والوَبَر، والشعر، والكتان، والعصب، والدَّبِيقيّ، ولها لبس المنسوج منها على اختلاف ألوانها الخلقية، وإن كانت نفيسة ناعمة؛ لأن نفاستها من أصل الخلقة لا من زينة دخلت عليها.

قال الْمَاوَرْدِي: فَإِنْ كَانَ عَلَى بَيَاضِ الثِّيَابِ طُرُزٌ، فَإِنْ كَانَتْ أَعْلَامًا كِبَارًا؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ تَلْبَسَهَا؛ لِأَنَّهَا زِينَةٌ ظَاهِرَةٌ قَدْ أُدْخِلَتْ عَلَى الثَّوْبِ، وَإِنْ كَانَتْ صِغَارًا خَفِيَّةً؛ فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُه: ثالثها: أَنَّهَا إِنْ رُكِّبَتْ بَعْدَ النَّسْجِ؛ كَانَتْ زِينَةً مَحْضَةً تَمْنَعُ مِنْ لُبْسِهَا، وَإِنْ كَانَتْ نَسِيجَةً مَعَهَا لَمْ تَمْنَعْ مِنْ لُبْسِهَا؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَزِيدَةٍ فِي الثَّوْبِ.

قال في «البيان» متصلًا بهذا: قال الصيمري: ولا تلبس الثياب المنقوشة، ولا القرقوبي والمقانع، والوقايات؛ لما فيه من النقش.

قال: (**وَكَذَا إِبْرَيْسَمٌ فِي الْأَصَحِّ**) أي: مع بقاء لونه الأصلي، وهذا ما أورده العراقيون، ونسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين، وجعلوه كالكتان، قال

....

الرَّافِعِي: ولم ينقل فيه نص عن الشَّافِعِي.

والثاني: يحرم، وبه قال الْقَفَّال؛ لأن لبسه تزين وهي ممنوعة من التزين، قال الرَّافِعِي: واختاره الإمام، وأورده الْمُتَوَلِّي، والْغَزَالِي.

قلت: وبه أجاب القاضي الحسين في «التعليق» والفوراني في كتابيه، وعبارة الإمام: الذي ذهب إليه أصحابنا: أنها لا تلبس ثياب الإبريسم وتكون وهي محدة بمثابة الرجل في اجتناب الحرير.

وقال العراقيون: لها لبس الحرير؛ إذا لم يكن مصبوغًا، واعتلوا بأن الحرير في حقها بمثابة سائر الثياب في حق الرجل، وإلا ففيه ما ذكره المروازة فإنهن خصصن بلبس الحرير للتزين للرجال، وهن في حق الإحداد ممنوعات من التزين؛ فيرتفع ما خصصن به للزينة، انتهى. وهذا هو المختار؛ إذا كان الثوب جميلًا يعد ثوب زينة وتجمل كما سنذكره.

تنبيهات: **منها**: ظاهر قوله في «الأم»: ولا بأس أن تلبس الحاد كل ثوب، إلى أن قال: وكذلك كل منسوج على وجهه لم يدخل عليه صبغ من خز أو مروي، وكذا شهد للعراقيين.

وقال في «الإملاء»: لا تلبس ثوب زينة إلا أن يكون بياضًا، فأما الصبغ والوشي فلا تلبسه إلا أن يكون صباغ سواد، أو صباغ سدر، فإن هذا ليس صباغ زينة، إنما هو صباغ حزن، واغتفار نسج، والعصب كله رقيقه، وغليظه ثوب زينة فلا تلبسه، انتهى.

ومنها: قضية كلام كثيرين: أن الخلاف في الحرير في كل ما لم يصنع من الحرير على أي لون كان من أصل الخلقة، وفيه وقفة لما سنذكره.

وعبارة آخرين تقتضي أن يوضع الخلاف في الأبيض منه خاصةً، ومنهم صاحب «التهذيب» حيث قال: ولا يجوز لبس الحرير، والديباج، والوشي، ويجوز لها لبس البيض في الثياب من أي شيء كان قطن، أو كتان، أو إبريسم.

وعبارة «الإملاء»: إلا أن يكون بياضًا اللهم إلا أن يريدوا بذلك الباقي في

وَمَصْبُوغٌ لَا يُقْصَدُ لِزِينَةٍ، وَيَحْرُمُ حُلِيُّ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَكَذَا لُؤْلُؤٌ فِي الْأَصَحِّ،

كونه الخلقي، وهو بعيد من اللفظ.

لكن قول الْبَغَوِي في «تعليقه»: وكل ثوب ينسج على أصل خلقته، ولم يصبغ غزله يجوز لها لبسه، وإن كان فاخرًا، إلى أن قال: وكذلك ما اتخذ من الإبريسم على صفته من غير أن يصبغ يجوز لها لبسه كالحرير الأبيض، وأشباهه، ويؤيده التأويل المذكور.

ومنها: أقول: الَّذِي يَقْتَضِيهِ النَّظَرُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُرَادُ بِغَيْرِ الْمَصْبُوغِ مِنَ الْإِبْرَيْسَمِ مَا نُسِجَ عَلَى هَيْئَتِهِ مِنْ غَيْرِ إِحْدَاثِ تَحْسِينٍ فِيهِ أَصْلًا؛ فَالظَّاهِرُ مَذْهَبًا وَدَلِيلًا جَوَازُهُ، وَيَجُوزُ حَمْلُ ظَاهِرِ النَّصِّ، وَكَلَامِ الْعِرَاقِيِّينَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ أَعَمَّ مِنْ ذَلِكَ كَيْفَ صُنِعَ فَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الزِّينَةَ فِيمَا بُيِّضَ مِنْ أَبْيَضِهِ وَحَسُنَ مِنْ أَصْفَرِهِ، وَأَحْمَرِهِ وَصُقِلَ بَعْدَ نَسْجِهِ ظَاهِرَةٌ؛ بَلْ هُوَ أَحْسَنُ، وَأَزْيَنُ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ الْمُصَبَّغَاتِ، وَيَبْعُدُ أَنْ يَحْرُمَ الْمَصْبُوغُ الْبَرَّاقُ مِنَ الْقُطْنِ، وَالصُّوفِ وَالْكَتَّانِ، وَإِنْ خَشُنَ وَلَا يَحْرُمُ الْأَصْفَرُ، وَالْأَحْمَرُ الْخِلْقِيُّ مَعَ صَفَائِهِمَا وَشِدَّةِ بَرِيقِهِمَا وَزِيَادَةِ الزِّينَةِ فِيهِمَا عَلَى الْمَصْبُوغِ مِنْ غَيْرِ الْحَرِيرِ.

وكذا ما يسمى في عصرنا الكمخا الأبيض، فإنه ينسج من أبيضين صافٍ براق وآخر فيه حمرة الوشي فيبقى في غاية الحسن والجمال، والمعنى الذي شرع الإحداد لأجله موجود في هذه الثياب؛ بل هي أحسن، أو من أحسن ثياب الزينة، فيبعد إباحتها لها، والله أعلم.

وما أحسن قول الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» آخر الباب، وعقد الباب: إن كل ما فيه زينة تشوق الرجال به إلى نفسها؛ تمنع منه.

قال: (**وَمَصْبُوغٌ لَا يُقْصَدُ لِزِينَةٍ**) وقال: (**وَيَحْرُمُ حُلِيُّ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ**) لقوله ﷺ في الحديث السابق: «**لا تلبس الحَلْي ولا تكتحل**»(١).

والحَلْي: بفتح الحاء، وإسكان اللام كل ما يتزين به من ذهب، أو فضة، أو جوهر، (**وَكَذَا لُؤْلُؤٌ فِي الْأَصَحِّ**)، واعلم أن التحلي بالجواهر، واللآلئ

---

(١) تقدم تخريجه في سابقه.

....

حرام عليها كما جزم به غير واحد من الأصحاب، وهو الوجه؛ لأنها من أشرف الحلي، وتردد الإمام في اللآلئ، وبالمنع جزم الْغَزَالِي.

وقال في «البسيط»: إنه الظاهر، وليس في المسألة وجهان للأصحاب، كما اقتضاه كلام الكتاب خاصة.

تنبيهات: أنكر على المصنف أشياء:

منها: إطلاقه تحريم الحلي من غير فرق بين الليل والنهار مع قوله في أصل «الروضة»: قال الرُّويَانِي: قال بعض أصحابنا: لو كانت تلبس الحلي ليلًا، وتنزعه نهارًا جاز؛ لكنه يكره لغير حاجة، فلو فعلته لإحراز المال لم يكره، انتهى. وهذا من «الحاوي».

وإبهام الرُّويَانِي قليله بخلاف عادته يحتمل أنه لم يرضه، فإني رأيته يأخذ من «الحاوي» ويقول: قال أصحابنا، وإطلاق الجمهور يقتضي أنه لا فرق بين الليل والنهار، ويحتمل أنه أشار إلى غير آنية، وهو ظاهر في لبسه للحفظ.

وظاهر كلام «الروضة» وأصلها الرضا به، وفي جواز لبسه ليلًا بلا ضرورة بعد، وقد أضرب عنه في «المحرر» و«الشرح الصغير».

ومنها: قوله: «ذهب وفضة» يفهم أنه لا يحرم التحلي بغيرهما، ونقلا في تتمة ما نقله الرُّويَانِي عن «الحاوي»: ولو تحلت برصاص أو نحاس، فإن كان مموهًا بذهب أو فضة، أو مشابهًا لهما بحيث لا يعرف إلا بتأمل، ولم تكن كذلك؛ ولكنها من قوم يتزينون بمثل ذلك؛ فحرام، وإلا فحلال، انتهى.

ولم يذكر الجمهور عن الذهب والفضة، ولم يصرحوا بإباحة ما عداهما، والمختار ما قاله الْمَاوَرْدِي، وقد فسر القاضي أبو الطيب، والجرجاني، وابن الصباغ، وغيرهم: الإحداد بترك الزينة، وعبارة جماعة: عليها أن تجتنب لبس الزينة، فهم مجمعون على اجتناب الزينة، وإنما اقتصر الجمهور على ذكر الذهب والفضة اعتبارًا بالغالب؛ للاحتراز عمَّا عداهما.

قال في «البيان»: قال الصيمري: ويحرم عليها لبس الديباج، والخواتم

وَطِيبٌ فِي بَدَنٍ وَثَوْبٍ وَطَعَامٍ ....

من العاج، والدبل؛ لأن لها زينة، وتمنع من حلق الشعر في أصابعها، انتهى.

وهذا أحق، وينقدح الجزم بتحريم كل ما يعده أهل ناحيتها زينة، وحليًا عندهم كالخرز، والودع، ونحوهما عند السودان، ونحوهم، قال: ذلك زينتهم، والضابط المعروف، ولا شك في تحريم تختمها بالعقيق، ونحوه من الجواهر، بل هي بالمنع من الفضة.

وقول الإمام، والْغَزَالِي: إن لها التختم بالفضة كالرجل؛ هو من مفردات الإمام، وكلام الأصحاب مصرح وملوح بخلافه، وهو المذهب.

فائدة: سبق في زكاة النقد أن المصنف قال: حيث حرمنا استعمال الذهب على الرجل، والمراد به إذا لم يصدأ، فإن صدئ بحيث لا يتبين؛ لا يحرم، ونقل القطع به عن الشيخ أبي حامد، وآخرين، وتكلمنا عليه هناك، فعلى تسليمه يشبه أن يباح للجهاد لبسه؛ إذ لا ريبة فيه، وإطلاق الأصحاب المنع ينازع فيه؛ ولكن تأوله، لكن قضية هذا المأخذ جواز لبس الحلي تحت الثياب، وكذا لو لفت على سوارها، ونحوه خرقة وغيرها مما يستر لونه.

وقد صرح الصيمري بتحريم الدمالج، وهي في العضد لا ترى، ومن غرائب الجيلي ما سبق عنه: أنه يجوز للرجل لبس الحرير؛ إذا اتسخ، كالذهب إذا صدئ، فإن صحَّ هذا جاز للمحدة بطريق الأولى.

قال: (**وَطِيبٌ فِي بَدَنٍ وَثَوْبٍ وَطَعَامٍ**) أي: لما سبق في حديث أم عطية، وقاس الثوب والطعام على البدن.

تنبيهات: أطلق تحريم استعمال الطيب عليها في البدن، وهو صحيح.

وقال ابن الرِّفْعَة بعد قول «التنبيه»: ولا تتطيب، أي: في جميع بدنها إلا في حال طهرها من الحيض، انتهى.

وفي هذه العبارة: تسمح، وقد تكلمنا على ذلك في باب الغسل، وبينا أن الشارع رخص لها في نبذ من قسط، أو أظفار.

وقال الرَّافِعِي: وهما نوعان من البخور، والمعنى: لا تمس إلا إذا طهرت

....

من الحيض تمس شيئًا يسيرًا منهما؛ لقطع الرائحة الكريهة لا للتطيب، انتهى.

وظاهر كلامهما تحريم المسك، ونحوه من الطيب، والظاهر أن من طهرت من نفاس عن ولد لا تنقضي العدة بوضعه كما سبق، كالتي طهرت من الحيض في هذه الرجعة.

الثاني: أطلق تحريم الطيب عليها في الثوب والطعام.

وقال الأصحاب: يحرم عليها من الطيب ما يحرم على المحرمة، وذكروا في ذلك تفصيلًا في الثوب والطعام هناك تعرضنا له ولبعضه، نعم ذكر بعضهم هنا: أنه إذا كان في الحلوى، أو الطعام طيب اجتنبته؛ لأنه يحرك شهوتها، وإن كان غيرها لا يحسن به، وهذا يوافق إطلاق المصنف.

وفي «البيان»: وأما الغالية، فقال الشيخ أبو حامد: إن كان لها ريح؛ لم يجز استعمالها في شيء من بدنها؛ لأنها طيب، وإن لم يبق لها ريح؛ جاز استعمالها في جميع بدنها؛ لأنه لا يحصل به زينة.

وقال ابن الصباغ: لا يجوز استعمالها، وإن لم يبق لها ريح؛ لأنها تسود فهي كالخضاب، انتهى. وهذا حسن إن كان يضعها في موضع الخضاب.

الثالث: إن أوجبنا الإحداد على البائن حرم عليها الطيب، وإلا فلا، حكى الْمَاوَرْدِي، والشيخان في تحريمه عليها في هذه الحالة وجهين:

أحدهما: لا يحرم كغيره.

والثاني: يحرم؛ لاختصاصه بتحريك شهوتها للرجال، وشهوة الرجال لها، وهذا التوجيه يقتضي طرد هذا الوجه في الرجعية.

الرابع: الزينة المتعلقة ببدنها غير الكحل، وهي أنواع منها: الخضاب، وسيذكره المصنف، فحرم عليها الخضاب بالحناء، أو الكتم، وما في معناهما سواء بقي على لونه الأصلي من الحمرة، أو تغير بسواد، أو خضرة؛ لأنه زينة.

وقال الْمَاوَرْدِي: فَإِنِ اسْتَعْمَلَت الخضاب ونحوه فِيمَا خَفِيَ مِنْ جَسَدِهَا وَوَارَتْهُ ثِيَابُهَا لَمْ يَحْرُمْ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَذِنَ لِأُمِّ سَلَمَةَ فِي الصَّبْرِ لَيْلًا

....

وَنَهَاهَا عَنْهُ نَهَارًا؛ لِأَنَّهُ يَخْفَى بِاللَّيْلِ عَنِ الْأَبْصَارِ وَيُرَى فِي النَّهَارِ، فَكَذَٰلِكَ مَا أَخْفَاهُ ثِيَابُهَا وَلَمْ تَرَهُ الْأَبْصَارُ، غَيْرَ أَنَّهَا إِنْ فَعَلَتْهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ كُرِهَ، فَإِنْ كَانَ لِحَاجَةٍ لَمْ يُكْرَهْ.

وحكى الشيخان جواز الخضاب فيما لا يظهر من البدن عن الرُّويَانِي، وسكتا عليه، وهو متبع للماوردي، ويوافقه قول الشَّافِعِي في «الأم»: ولو كان في بدنها شيء لا يرى، فجعلت عليه الصبر بالليل والنهار؛ لم يكن بذلك بأس، انتهى.

لكن يحتمل أنه يريد بقوله: «في بدنها شيء لا يرى» في فرج، ونحوه لا ما خفي من بدنها مع سلامته، وعدم حاجتها إليه، والمذكور في «البيان»: أنه يحرم عليها أن تخضب بالحناء، والورس، والزعفران في شيء من بدنها، وهو ظاهر كلام غيره.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: وكل لون لو طلي به الجسد لحسنه تمنع منه، وفي حديث أم سلمة لما وضعت على عينها صبرًا، فقال ﷺ: «**لا تفعلي فإنه يشب الوجه**»⁽¹⁾ أي: يكسوه رونق الشباب، وحسن الحداثة، ويلتحق بذلك ما يحسن الوجه كالإسْفِيذَاج والورس، والحمرة التي تحمر الوجه، ونقش الوجه واليدين، وتخفيف الحواجب، ونحو ذلك ذكره في «الشامل» وغيره.

ومنها: قال الإمام: وأما تجعيد الأصداغ، وتصفيف الطرة لا أدري ما أقول فيه، ولا يمتنع أن يكون هذا من فن التزين بمثابة استعمال الحلي، وإن لم يكن من الملابس، ولا نص للأصحاب في هذا، والظاهر الاقتصار على المآخذ التي نص عليها الأولون، وفي «البسيط» و«الوسيط»: وأما تصفيف الشعر، وتجعيده ففيه تردد، ولا نقل فيه.

وحكى في «الذخائر» التردد عن الأصحاب، وأراد الْغَزَالِي، وإمامه كعاداته.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٧)، والنسائي (٣٥٣٩).

وَكُحْلٍ، ....

وعبارة «الروضة» عن كلام الإمام: «ولا نقل فيه، ولا يمتنع أن يكون» فإنه لا يشعر بالترجيح، وقد يقال: إنه داخل في قول جماعة: الإحداد هو الامتناع من كل ما إذا فعلته المرأة امتدت العين إليها، واشتهتها الأنفس، كذا في «البيان».

وفي «الشامل»: الإحداد أن تجتنب كل ما يجلب الأبصار إليها، ويدعو إلى مباشرتها من تحسين، وطيب، وزينة، وسبق قول المروزي: وعقد الباب أن كل ما فيه زينة يسوق الرجال إليها تمنع منه.

ومنها: يحرم عليها أن تدهن شعرها بالأدهان، سواء كانت مطيبة كدهن البنفسج، والبان، أو غير مطيبة كزيت، وشيرق، وسمن، ونحوها، قال أصحابنا: لو نبت لها لحية لم يجز أن تدهنها، وكان حكم شعرها حكم الرأس كما في المحرم، ويجوز لها استعمال غير الأدهان في سائر البدن، قال الشَّافِعِي: أما المطيبة، والبخور فلا.

وقال ابن عبد البر: لا أعلم خلافًا في المحدة أن تدهن رأسها بالسدر، والزيت؛ لأنهما ليسا بطيب، وقد جاء عن الشَّافِعِي شيء على جهة الاستحباب: أن تجتنب ما فيه تليين الشعر، انتهى.

قال: (وَكُحْلٍ) أي: لأنه تتزين به، وقد أطلق المصنف، وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وكل كحل كان زينة فلا خير فيه لها مثل الإثمد وغيره مما يحسن موقعه في عينها، فأما الكحل الفارسي وما أشبهه إذا احتاجت إليه فلا بأس؛ لأنه ليس فيه زينة بل هو يزيد العين مرها وقبحها، وما اضطرت إليه مما فيه زينة من الكحل اكتحلت به الليل ومسحته بالنهار، وكذلك الدمام وما أرادت به الدواء، ثم ذكر حديث أم سلمة، ثم قال: الصبر يصفر فيكون زينة وليس بطيب، وأذن لها أن تجعله بالليل حيث لا يراه أحد وتمسحه بالنهار، انتهى.

قال في «الروضة»: ويحرم أن تكتحل بما فيه طيب، وأما ما لا طيب فيه فإن كان أسود وهو الإثمد؛ فحرام على البيضاء قطعًا، وكذا على السوداء على

……………………………………………………………………………………

المشهور، والصحيح لإطلاق الأحاديث فيه، فإن احتاجت إليه لرمد، وغيره؛ اكتحلت به ليلًا، ومسحته نهارًا، فإن دعت ضرورة إلى استعماله نهارًا أيضًا جاز، ويجوز استعماله في غير العين إلا الحاجب، فإنه يزين به فيه.

وأما الكحل الأصفر وهو الصبر، فحرام على السوداء وكذا على البيضاء على الأصح؛ لأنه يحسن العين ويحرم أيضًا أن تطلي به وجهها؛ لأنه يصفر الوجه فهو كالخضاب، وأما الكحل الأبيض كالتوتياء ونحوه فلا يحرم؛ إذ لا زينة فيه، وقيل: يحرم على البيضاء حيث تتزين به والصحيح الأول، انتهى.

واعلم أن نصوص الشَّافِعِي، وجماهير أصحابه مصرحة بالفرق بين ما فيه زينة، وغيره، قالوا: فيحرم ما فيه زينة كالإثمد وهو الأسود، وكذلك الأصفر، وأما مَا لَا زِينَةَ فِيهِ كَالْفَارِسِيِّ وَهُوَ الْأَبْيَضُ مِنَ الْبُرُودِ وَالْعَنْزَرُوتِ وَالتُّوتْيَا؛ فمباح إذ لا ريبة فيه. وقيل: يحرم على البيضاء، وهو شاذ، وقيل: يجوز الاكتحال للسوداء مطلقًا، قال القاضي أبو الطيب: وهو غلط.

قلت: وللقاضي الحسين، والفوراني، والإمام في «المسألة» كلام لا يرضي، وعجب تفسير القاضي الفارسي في كلام الشَّافِعِي بالإثمد، وإنه مباح للسود.

وقال الإمام: نص الشَّافِعِي على تجويز استعمال الإثمد، وأجمع الأصحاب على اختصاص ذلك بالعربيات؛ لأنه يغلب على ألوانهن السواد، ولا يبين الإثمد في أعينهن، وتفسير القاضي مردود.

ونص الشَّافِعِي على أن الإثمد تزين مطلقًا، ولا نعرف له نصًا يخالفه، وإنما نص على جواز الفارسي، وفسره القاضي بالإثمد، وخصصه بالعربيات، ونقله الإمام عن النص، والتخصيص عن إجماع الأصحاب، وليس كذلك، وكلام الفوراني في كتابيه ككلام القاضي.

قال في «العمد»: أما الفارسي وهو الإثمد، وهو التوتياء، كذا قال الشَّافِعِي: فإنما هو في نساء العرب؛ لأنهن سود، وأدم، وعلى عكسه الكحل

وَاكْتِحَالٌ بِإِثْمِدٍ ....

الأصفر مثل الصفر، وغيره، فللسود فيه زينة دون البيض.

وقال في «الإبانة»: قال الشافعي: يجوز أن تكحلها بالإثمد، وهو التوتياء، قال أصحابنا: هذا في نساء العرب، ثم فصل في الأصفر فجعله زينة للسود دون البيض، وتبعه الْمُتَوَلِّي، وحكى في الأسود في السود خلافًا، وكل ما ذكره هؤلاء غير معدود من المذهب، وإن عده الشيخان خلافًا، والمذهب ما قدمناه، وإنما يجوز نهارًا إذا دعت الضرورة إليه.

وقال ابن الرِّفْعَة: ولفظ الْغَزَالِي: فإن احتاجت.

قلت: لفظ «بسيطه»: إذا مست الحاجة نهارًا، وهو أجود.

قال ابن الرِّفْعَة في الاستدلال بحديث أم سلمة: كذلك نظر؛ لأن قاسم بن أصبغ ذكر عن زينب بنت أم سلمة: أن ابنة النحام توفى عنها زوجها، فأتت النبي ﷺ فقالت: **«يا رسول الله، إن ابنتي اشتكت عينها أفتكحُلها؟ فقال ﷺ: لا، قالت: إني أخشى أن تفقأ عينها، قال: «وإن انفقأت»**(١).

قال عبد الحق في «أحكامه الكبرى»: وإسناده صحيح.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو يدل على عدم الجواز مطلقًا، قال: والحديث الأول، قال عبد الحق: ليس له إسناد يعرف، فلا يمكن التخصيص به، انتهى.

قلت: وذكر في «أحكامه الوسطى»: لأنه عن أم حكيم بنت أسيد عن مولى لها عن أم سلمة، انتهى.

وفي «التتمة»: إن حديث ابنة النحام محمول على زمان النهار دون الليل، وهذا منه يفهم أنه لا يجوز نهارًا وإن مست حاجتها إليه.

قال: (**وَاكْتِحَالٌ بِإِثْمِدٍ**) أي: للسود والبيض كما قدمناه، وهو الصواب، وفسر في «الأم» كحل الزينة بالإثمد، وغيره، وقد بينا ذلك وأوضحناه في «الغنية».

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٣٦).

إِلَّا لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ، وَإِسْفِيذَاجٍ وَدُمَامٍ، وَخِضَابِ حِنَّاءٍ، وَنَحْوِهِ، وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ، وَتَنْظِيفٌ بِغَسْلِ نَحْوِ رَأْسٍ وَقَلْمٍ وَإِزَالَةِ وَسَخٍ. قُلْتُ: وَيَحِلُّ امْتِشَاطٌ

قال: (**إِلَّا لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ**) أطلق الاكتفاء بالجواز بحسب الحاجة من غير فرق بين الليل والنهار، وقد بينا ذلك وفصلناه في الأصفر كالأسود على المذهب.

قال: (**وَإِسْفِيذَاجٍ وَدُمَامٍ، وَخِضَابِ حِنَّاءٍ وَنَحْوِهِ**) ويحرم عليها استعمال هذه الأشياء وقد بيناً ذلك فيما تقدم، وأشبعنا القول في الخضاب، وظاهر كلام المصنف منعه في الوجه واليدين فقط؛ لأنها محل للخضاب عادة، وقد سبق ما قيل في ذلك.

تنبيه: الإِسْفِيذَاج: معروف، وأحسبه غير عربي، والدُمَام: بضم الدال المهملة وكسرها، وقد اختلف في تفسيره، فقال في «الدقائق» هو: الحمرة، وأصله كل ما طلي به.

وقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَالدُّمَامُ: هُوَ مَا يُغْشَى بِهِ الْجَسَدُ، أَوْ يُطْلَى عَلَيْهِ حَتَّى يُغَيِّرَ لَوْنَهُ وَيُحَسِّنَهُ كَإِسْفِيذَاجِ الْعَرَائِسِ الَّذِي يُبَيِّضُ اللَّوْنَ، وَكَالْحُمْرَةِ الَّتِي يُوَرَّدُ بِهَا الْخَدُّ وَالْوَجْهُ.

وقال الأزهري: يقال للمرأة إذا طلت حول عينها بعنبر، أو زعفران قد دمت عينها بدمها، وكذلك إذا طلت موضعًا غير العين، وقيل غير هذا.

قال: (**وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ**) أي: لأن الإحداد في البدن لا في الفرش، ونحوها، قال أصحابنا: يجوز للمحدة أن تزين منزلها، وفرشها، وأولادها، وجواريها، وتنام على الفرش والمخاد، ولا تمنع من أكل اللحم، والحلوى، وسائر المآكل المشتهاة الخالية من الطيب، وما اشتهر بين العوام والنساء أنه يلزمها لبس القطن، وغير ذلك من اختراعات النساء لا أصل له.

قال: (**وَتَنْظِيفٌ بِغَسْلِ رَأْسٍ، وَقَلْمٍ وَإِزَالَةِ وَسَخٍ**) أي: بالسدر، ونحوه، وإزالة العانة؛ لأنه ليس من الزينة.

قال: (**قُلْتُ: وَيَحِلُّ امْتِشَاطٌ**) أي: من غير ترجيل بدهن كما سبق.

وَحَمَّامٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ خُرُوجٌ مُحَرَّمٌ، وَلَوْ تَرَكَتِ الْإِحْدَادَ عَصَتْ وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقَتِ الْمَسْكَنَ، وَلَوْ بَلَغَتْهَا الْوَفَاةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ كَانَتْ مُنْقَضِيَةً، وَلَهَا إِحْدَادٌ عَلَى غَيْرِ زَوْجٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَتَحْرُمُ الزِّيَادَةُ، وَاللهُ أَعْلَمُ].

(وَحَمَّامٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ خُرُوجٌ مُحَرَّمٌ) أي: كسائر بيانه، وهذا إن دعت إليه ضرورة، فلا شك في جوازه، وإلا ففي تحريم دخول الحمام على غيرها مطلقًا نزاع، وسبق- ويأتي إن شاء الله تعالى - والمحدة أولى بالمنع، وقال النسائي من حديث أم عطية: **«ولا تمتشط»**(١) وإسناده صحيح، وحمل على الامتشاط بالطيب، أو ترجيل الشعر بالدهن كما هو الغالب.

قال: **(وَلَوْ تَرَكَتِ الْإِحْدَادَ؛ عَصَتْ)** أي: المكلفة العالمة بوجوبه؛ لتركها الواجب، ويعصي ولي الصغيرة، والمجنونة؛ إذا لم يمنعها مما يجب على المكلفة اجتنابه، والظاهر أنه مقيد بالعلم بالحظر أيضًا.

قال: **(وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقَتِ الْمَسْكَنَ)** أي: بلا عذر، فإنها تعصي وتنقضي العدة.

قال: **(وَلَوْ بَلَغَتْهَا الْوَفَاةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ؛ كَانَتْ مُنْقَضِيَةً)** أي: لأنها نص زمان، وقد مضى.

قال: **(وَلَهَا إِحْدَادٌ عَلَى غَيْرِ زَوْجٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ)**؛ للحديث المتقدم أول فصل الإحداد.

(وَتَحْرُمُ الزِّيَادَةُ، وَاللهُ أَعْلَمُ) أي: للحديث المذكور، والأشبه أن المراد بغير الزوج القرابة لا مطلقًا، والظاهر أنه لا يجوز للأجنبية الإحداد على أجنبي أصلًا ولو بعض يوم، ولم أر فيه نصًا، ولا خفاء أن تحريم ما زاد على الثلاث شرطه أن يكون ترك الزينة، ونحوها للحداد، أما لو فعلته بلا قصد لم تأثم بلا خلاف.

وفي «مراسيل أبي داود» عن عمرو بن شعيب ﷺ: **«أن رسول الله ﷺ رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها، وعلى أبيها سبعة أيام، وعلى من سواهما ثلاثة أيام»**(٢) وهو غريب، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل (٤٠٩).

قال المصنف: [فَصْلٌ: تَجِبُ سُكْنَى لِمُعْتَدَّةِ طَلَاقٍ وَلَوْ بَائِنٍ إِلَّا نَاشِزَةً ....

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

تَجِبُ سُكْنَى لِمُعْتَدَّةِ طَلَاقٍ وَلَوْ بَائِنٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق:١] أي: بيوت أزواجهن، وأضاف الضمير للسكنى لا للملك، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦] وسواء بانت بخلع، أو باستيفاء الثلاث حاملًا كانت، أو حائلًا.

قال **الْغَزَالِي** في «البسيط»: لا خلاف في وجوب السكنى للرجعية، والمطلقة البائن، انتهى.

قال شارح: كذا أطلقه **الرَّافِعِي**، حكى **الْمَاوَرْدِي**، والإمام خلافًا في إيجاب السكنى بحيث لا تجب النفقة، قال الإمام: والأظهر الوجوب في السكنى؛ لأنه أولى بالثبوت من النفقة، انتهى.

ولا أثق بنقله في «الروضة»: أن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع إن قلنا: تستحق النفقة استحقت السكنى، وإلا فلا، هذا البناء أنه لا سكنى لها على الأظهر؛ لكن العمراني صحح هنا وجوب السكنى، وهناك عدم النفقة.

قالوا: وأما الأمة فإن سلمت ليلًا أو نهارًا، ورفع السيد يده عنها استحقت السكنى، وإلا فلا على الصحيح؛ لكن للزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة سيدها لتحصينها.

قال: **(إِلَّا نَاشِزَةً)**؛ لأنها لا تستحق النفقة، والسكنى في صلب النكاح فبعد البينونة أولى، هذا ما ذكره القاضي الحسين، **والْمُتَوَلِّي**، وقالا: إذا مات الزوج وهي ناشزة لا تستحق السكنى.

وحكى الإمام هذا عن القاضي، ثم قال: وفيه نظر، والوجه أن يقال: إذا مات زوج الناشزة، أو أبانها؛ فيلزمها أن تلزم سكن النكاح، فإن هذا

وَلِمُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ فِي الْأَظْهَرِ.

بعيد من جهة الشرع، وقد كان لها مسكن مستحق في النكاح، فيلزمها أن تلزمه تعبدًا لله تعالى، ولو لم تكن في مسكن واستمر النشوز، واستعصت على الزوج، وعدم السكون من مسكن بعينه، فبانت بهذه لم يعهد لها مسكن النكاح حتى يقول: يلزمها ملازمته، فهاهنا نظر في إسقاط مسكن النكاح.

ويبقى النظر في أنها لو أقلعت عن النشوز [وطلبت مسكنًا] تعتد فيه، فهل تجاب.

وقد أقلعت عن نشوزها؟ [فهل لها] الرجوع إلى الطاعة بعد البينونة، فهذا محتمل جدًا.

وأما إذا نشزت على زوجها في مسكن النكاح، وكانت لا تطاوعه فنفقتها وسكنتها ساقطان في حال النكاح، فإن أبانها والحالة هذه؛ فيظهر هاهنا أنه يلزمه الإسكان رعايةً للتعبد، والحق الذي لا يسقط بالتراضي، انتهى.

وهذا من تصرفه - رحمه الله تعالى - ونقله الْغَزَالِي في «البسيط» عنه، وأقره بشرط تقييد المصنف الوجوب بالمعتدة عن الطلاق؛ يقتضي أنه لا سكنى للمعتدة عن وطء شبهة، ونكاح فاسد، ولا لأم ولد أعتقها سيدها، أو مات عنها، وهذا ما أطلقه الرَّافِعِي، وغيره.

وقال الإمام: إذا كن حوامل، وقلنا بوجوب النفقة بناء على أنها للحمل فالرأي الظاهر وجوب السكنى؛ لأنها أولى بالثبوت من النفقة، قال: ومن أصحابنا من قال: لا تثبت السكنى، قال: ومن صار إلى إيجاب السكنى تبعًا للنفقة فليس يعين مسكنًا، وإنما بوجوب القيام بمؤنة السكنى، انتهى.

قال: (وَلِمُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ فِي الْأَظْهَرِ) أي: عند الأكثرين؛ لأمره ﷺ فريعة - بالفاء - بنت مالك لما قتل زوجها «أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب

وَفَسْخٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

أجله، فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشرًا» (١) قال الترمذي: حسن صحيح.

والثاني: لا سكنى لها؛ لأنه لا نفقة لها، وهذا ما رجحه التميمي في «المستعمل» والجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهم، وحملوا الحديث على الندب، وحكى الجرجاني، وغيره: أن الرجعية إذا كانت في عدة الوفاة على القولين، وقيل: لها السكنى قولًا واحدًا؛ لأنها تستحقها بالطلاق، فلم تسقط بالموت.

تنبيه: لا فرق بين [البائنة] والمتوفى عنها حاملًا على الأظهر، قال: ولم يذكر أحد هذا القيد سواه، انتهى.

وهو سهو في فهم كلامهم، ولفظهما: ولا [رجعية] وإن كانت حاملًا، فيلزم لها السكنى في الأظهر أي: لا مطلقًا، وعجب سكوت ابن الرِّفْعَة عليه، ثم ما أطلقه المصنف في وجوب السكنى محمول على من تستحقها حال الزوجية، أما لو استحقتها وفاقًا كالناشزة، أو على قول: كالصغيرة والأمة المسلمة ليلًا فقط، فحكمها في استحقاق السكنى كذلك، وسبق بحث الإمام في النَّاشزة قريبًا.

وفي «البيان»: وإن مات عن صغيرة في المهد وجبت لها السكنى كذلك على أصح الوجهين كالبالغة.

قال: (وَفَسْخٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فكانت كالمطلقة، وعبارة «المحرر»: والأظهر أن المعتدة عن سائر أسباب الفراق في الحياة كالمطلقة، ولم يرجح الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» شيئًا، وحكى في «الكبير» خمس طرق:

أحدها: إطلاق قولين.

والثاني: إن كان لها مدخل من ارتفاع النكاح، فإن فسخت بخيار العتق، أو بعيب الزوج، أو فسخ، فهو بعيبها فلا سكنى لها قطعًا، وإن لم

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٠٤).

……

يكن لها مدخل فقولان، ورجح القاضي هذه الطريقة، وقال الإمام: إنه المشهور.

والثالث: في «تعليق إبراهيم المروزي»: التفصيل المذكور في الطريق الثاني مع القطع باستحقاق السكنى في القسم الثاني.

والرابع: وعليه اقتصر الْبَغَوِي، فقال: تستحق الملاعنة السكنى، وأما إذا فسخ أحدهما النكاح بعيب صاحبه، أو بغرور فهي كالموطوءة بالشبهة، وإن كانت الفرقة بسبب رضاع، أو مصاهرة، أو رجاء عتق؛ فقد قيل: هي كالموطوءة، والمذهب أنها كالمطلقة ثلاثًا، وحاصل هذا الطريق أن الفرقة إن استندت إلى سبب مقارن للعقد؛ لم تستحق السكنى على المذهب، وإلا استحقتها.

والخامس: حكاه الفوراني: القطع بوجوب السكنى؛ لما وجهنا به كلام الكتاب، قال في «التتمة»: وهو المذهب، قال الرَّافِعِي: وقد يؤيد ذلك بأن الفسخ كالطلاق في إيجاب العدة، فكذلك في نفقتها وحقوقها، وكذلك قلنا: إن الأشبه التسوية بينهما في الإحداد، انتهى.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: أن المفسوخ نكاحها لا سكنى لها، ثم ذكر أن الملاعنة لها السكنى، وعزاه في «الذخائر» إلى الشيخ أبي حامد، وكذا أكثر أصحابنا العراقيين سألته عن المسألة، ونسبوه أنه لا سكنى للمفسوخ نكاحها عندهم؛ إذا كان الفسخ من جهتها.

يؤيده قول القاضي أبي الطيب في «تعليقه»: والشيخ نص في «تهذيبه» في قياس ما ذكراه في استحقاق البائن السكنى، واللفظ للقاضي، معتدة من فراق لا صنع لها فيه في حال الحياة من نكاح صحيح؛ فوجب أن تستحق السكنى كالمطلقة الرجعية، وكالبائن الحامل، ثم قال، وقلنا: «لا صنع لها»؛ احترازًا من المفسوخة النكاح بالعيب ورده، وقولنا: «في حال الحياة»؛ احترازًا من المتوفى عنها زوجها، فإنه لا سكنى لها في أحد

القولين، والتي يجيء الفسخ من قبلها إما بتدليس منها، أو اختيار الفرقة، انتهى.

وهذا معهما يقتضي عدم استحقاقهما السكنى فيما احترزا عنه كالمفروغ منه، وإذا تأملت ما ذكرناه علمت أن قول المصنف: «وفسخ على المذهب» طريقة الفوراني، وتلميذه الْمُتَوَلِّي لا غير، وقد جنح إليها الرَّافِعِي، وأن الجمهور غير قائلين بهذا التعميم.

قال في «الذخائر»: قال أصحابنا: استحقاق المطلقة البائن السكنى على خلاف القياس فلا يعتبر به غيره، والله أعلم.

واعلم أنهما قالا في باب الخيار في النكاح في «الشرحين» و«الروضة»: إن المفسوخ نكاحها بعد الدخول لا نفقة لها، ولا سكنى إن كانت حائلًا قطعًا، وكذا إن كانت حاملًا على الأصح، وهذا تباين ظاهر، وبالجملة وليس المذهب على الإطلاق ما ادَّعاه المصنف هنا تبعًا لترجيح «المحرر».

فرع: لو ثبتت العدة بقولها فلا سكنى لها، ولا نفقة، وذلك بأن تدَّعي الإصابة، وينكرها الزوج؛ فعليها العدة بإقرارها، ولا نفقة لها، ولا سكنى قطعًا.

فرع: حكى الرَّافِعِي في «فتاوى الْقَفَّال»: أن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج لم يصح الإسقاط؛ لأن السكنى تجب يومًا بيوم، ولا يصح إسقاط ما لم يجب.

فرع: قال في أصل «الروضة»: إذا لم يكن للمتوفى تركة؛ فليس على الوارث إسكانها، فلو تبرع به؛ لزمها الإجابة، وإن لم يتبرع؛ ففي «التهذيب»: أنه يستحب للسلطان أن يسكنها من بيت المال لا سيما إن كانت تتهم بريبة.

ولفظ الرُّويَانِي في «البحر»: إن السلطان لا يلزمه أن يكتري لها إلا

وَتُسْكَنُ فِي مَسْكَنٍ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ الْفُرْقَةِ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا، وَلَا لَهَا خُرُوجٌ.

عند الريبة، فيلزمه، انتهى.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: وإن لم يتبرع الوارث، أو لم يكن له وارث فليس للسلطان أن يتبرع بسكناها من بيت المال إلا أن تتهم بريبة فيخصها من بيت المال، وكذلك إذا خيف الفساد، انتهى.

وقوله ليس له تصريح في عدم الجواز، وفي «فروع ابن القَطَّان»: وإن لم يترك مالًا، ولا ورثة، وقلنا: إن السكنى واجبة؛ فإنه يسكنها من بيت المال، انتهى. وهذا يفهم الوجوب فيجتمع حيث لا ريبة أوجه: يستحب، لا يجوز، يجب.

وقال الإمام في «النهاية»: وإن لم يتبرع الوارث، أو لم يكن له وارث؛ فليس للسلطان أن يتبرع بإسكانها من بيت المال إلا أن تحتاج وتفتقر، ويلزمها الشرع إن لم يلزم مسكن، وهي لا تملك ما يفي بمؤنة مسكن؛ فالسلطان يتداركها حيث تتدارك المحاويج، وإن كانت ترث بريبة فعلى الإمام أن يخصها، ويعين مسكنًا موقوفًا، وهذا من الأسباب الموكلة بجواز بذل مال بيت المال، انتهى.

قال: (**وَتُسْكَنُ فِي مَسْكَنٍ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ الْفُرْقَةِ**) أي: إذا كان لائقًا بها حالة الفرقة، وأمكن بقاؤها فيه لكونه ملكًا للزوج مطلقًا، أو منفعته بإجارة وغيرها، أو مستعارًا لم يرجع معيره فيه للآية، ولحديث فريعة السابق، نعم لو خرجت إليه بغير إذنه، ولم يأذن لها بالاستمرار فيه؛ ثم طلقها، أو مات؛ لزمها العود إلى مسكن النكاح، وتعتد فيه.

قال: (**وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا، وَلَا لَهَا خُرُوجٌ**) أي: وإن رضي به الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق:١]، فلو توافقا على السكنى في غير مسكن الفراق لم يجز بلا عذر، وأجبرها الحاكم على السكنى في مسكن الفراق؛ لما فيه من حق الله تعالى.

قُلْت: وَلَهَا الْخُرُوجُ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ، وَكَذَا بَائِنٌ فِي النَّهَارِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزْلٍ وَنَحْوِهِ، ....

وفي بعض نسخ «البيان»: ولو توافقا على كل جاز، وقيل: لا يجوز، وهو سهو من ناقل والنسخ الصحيحة على الصواب.

وقول صاحب «الغاية القصوى»: ولا تخرج إلا بإذن أو ضرورة؛ كرجوع المعير وانقضاء مدة الإجارة، وعدم لياقة المسكن يقتضي الجزم بجواز الخروج عند التوافق، وهو غريب، وأنه لا يجوز الخروج لشراء حاجة ونحوه؛ إذا كان لها من يكفيها ذلك، وهو محتمل، وسنذكره.

واعلم أن مقتضى كلام الجمهور: أنه لا فرق بين الطلاق البائن والرجعي، وهو مصرح به في «النهاية» وغيره، ونص عليه في «الأم» وفي «الحاوي» و«المهذب»: أن للزوج أن يسكن الرجعية حيث يشاء؛ لأنها في حكم الزوجات، وهو شاذ.

قال: (**قُلْت: وَلَهَا الْخُرُوجُ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ، وَكَذَا بَائِنٌ فِي النَّهَارِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزْلٍ وَنَحْوِهِ**) أي: دفعًا لحاجتها، وتمسكوا في المتوفى عنها بحديث مرسل، رواه مجاهد، وقيست البائن بها واحتج الشَّافِعِي، وجماعة لها بما رواه مسلم عن جابر، قال: طلقت خالتي ثلاثًا فأرادت أن تجذ نخلها، فزجرها رجل أن تخرج، فأتت النبي ﷺ، فقال: «**بلى جذي نخلك، فإنك عسى أن تصدقي، أو تفعلي خيرًا**»(١).

قال الشَّافِعِي: ونخل الأنصار قريب من منازلهم، والجذاذ لا يكون إلا نهارًا، وفي «القديم»: إنه لا يباح للمطلقة الخروج؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١].

تنبيهات: خص الثاني بالجواز لما ذكره؛ لأن الرجعية لا تخرج إلا بإذنه كالزوجة، وعليه القيام بمصالحها.

ما أطلقه من جواز خروج المطلقة البائن في النهار، وما ذكره محله؛

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٣).

....

إذا لم تكن حبلى، فإن كانت، وقلنا: عليه إيصال النفقة إليها في الوقت، كما سيأتي في «النفقات»؛ فلا يتاح لها الخروج إلا لضرورة، فإنها مكفية بنفقة الزوج، قاله الْمُتَوَلِّي.

وما جرى عليه الشيخان ظاهر إطلاق الشَّافِعِي، والأصحاب جواز الخروج للحاجة يفهم: أنه لا فرق بين أن يكون لها من يكفيها ذلك أم لا، ألا تراه قال في «الأم»: لو فعلت هذا ـ يعني: عدم الخروج للحاجة ـ كان أحب إليَّ، وإنما منعنا من إيجاب ذلك عليها مع احتمال الآية حديث جابر، انتهى.

وفي «مقنع المحاملي»: وإن لم تكن ضرورة وأرادت الخروج لحاجة قد يقوم غيرها مقامها فيها كشراء الجبن، وبيع الغزل، وما يشبه ذلك؛ لم يجز أن تخرج لذلك بالليل، وبالنهار إن كانت متوفى عنها جاز، وإن كانت مبتوتة استحب ألا تخرج، فإن فعلت جاز في أصح القولين، ويحرم في الآخر، انتهى.

وبه أقول إذا وجدت من يكفيها هذه الأمور من خادم، وولد وقريب متبرع لعدم الحاجة، ويوافقه قول «الوسيط»: الثالث: ما ينتهي إلى حكم الحاجة الخروج للطعام وللشراب، أو تدارك ما اختزن لأنه أشرف على الضياع، فذلك أيضًا رخصة في الخروج في حق من لا كافل لها، ونحو ذلك.

وفي «الترغيب»: أو احتاجت لطعام وشراب، وليس لها كافل، وكذلك قال صاحب «الغاية»: ولا تخرج إلا لضرورة، ومثله قال الصيمري في «شرح الكفاية» في المتوفى عنها: ولا تخرج إلا للضرورة الماسة، وتخرج نهارًا، وتعود ليلًا، انتهى.

وحديث جابر واقعة حال بجواز أن يكون النبي ﷺ أنه ليس لها أن تقوم بذلك كما ينبغي، أو أنها لا تجد متبرعًا، أو أنها إذا خرجت بنفسها تصدقت،

وَكَذَا لَيْلًا إِلَى دَارِ جَارَةٍ لِغَزْلٍ وَحَدِيثٍ وَنَحْوِهِمَا بِشَرْطِ أَنْ تَرْجِعَ وَتَبِيتَ فِي بَيْتِهَا.

كما أشار إليه الحديث بخلاف الخروج لما ليس فيه هذا المعنى. ورأيت في «فروع ابن القَطَّان»: أن لها التصرف في جميع النهار في تجارتها، وجميع حوائجها؛ ثم تأوي في الليل إلى المسكن، انتهى. وهو غريب.

قال: (**وَكَذَا لَيْلًا إِلَى دَارِ جَارَةٍ لِغَزْلٍ وَحَدِيثٍ وَنَحْوِهِمَا بِشَرْطِ أَنْ تَرْجِعَ وَتَبِيتَ فِي بَيْتِهَا**) استدل له الرَّافِعِي وغيره: بأنه روي عن مجاهد: «أن رجالًا استشهدوا يوم أحد؛ فقالت نساؤهم: يا رسول الله إنَّا نستوحش ببيوتنا بالليل فنبيت عند إحدانا؛ فأذن لهن رسول الله ﷺ أن يتحدثن عند إحداهن، فإذا كان وقت النوم تأوي كل امرأة إلى بيتها» انتهى.

وهذا مرسل لا أدري ما حاله، نعم روى الشَّافِعِي بإسناد رجاله ثقات عن ابن عمر - ﵄ -: أنه قال: «لا يصلح للمرأة أن تبيت ليلة واحدة إذا كانت في عدة وفاة، أو طلاق إلا في بيتها»(١).

قلت: والظاهر أن موضع جواز الخروج لما ذكره؛ إذا لم يكن معها في منزلها من يؤنسها، ويحادثها من أهل وولد كما يشير إليه الخبر؛ لما في الوحدة على الدوام من الوحشة؛ أما لو كان معها في المنزل من يحصل به الغرض، أو كانت في دار جامعة يتسامرن فيها؛ فيظهر أنه لا يجوز لها الخروج لغير ضرورة، والليل في منع الخروج لضيق زمن النهار، ولما يخشى من الريبة، أو الفساد. وقد قال الرَّافِعِي وغيره بعد هذا: إنها لا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون المهمات كالزيارة والعمارة واستنماء المال بالتجارة، وتعجيل حجة الإسلام، وأشباهها.

قلت: ولينظر فيما لو قال أهل الطب: إنها إن لم تحج هذا الوقت عصيت، هل تقدم الحج تقديمًا لحق الرب المحض، وفيما لو كانت قد نذرت قبل التزوج، أو بعده بإذنه أن تحج عام كذا فحصل الفراق فيه

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/ ٢٣٥)، وعبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٦)، والبيهقي (٧/ ٤٣٦).

وَتَنْتَقِلُ مِنَ الْمَسْكَنِ لِخَوْفٍ مِنْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ عَلَى نَفْسِهَا، أَوْ تَأَذَّتْ بِالْجِيرَانِ، أَوْ هُمْ بِهَا أَذًى شَدِيدًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

بموت، أو طلاق.

فرع: لو قال لولي الميت، أو المطلق: لا تخرج نهارًا لما سبق، وأنا أتيها بمن يكفيها ذلك ممن ترضاه، ولا أمكنها من الخروج لذلك، هل تجاب؟ لم أر فيه نقلًا، ويقرب أن تجاب.

فرع: ذكر القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي إثر الكلام على أن الرجعية لا تخرج لشراء طعام، ونحو ذلك مما سبق: أن حكم الأمة المستبرأة والمسبية في زمان الاستبراء كذلك، زاد القاضي: وكذلك المستولدة، انتهى.

فإن كان المراد: أنه لا يجوز، وإن أذن السيد فذاك؛ لكن إلحاقهما لها بالرجعية يقتضي الجواز عند الإذن كما سبق، ولم يتضح لي ذلك؛ إذ ليس للأمة القن وأم الولد أن تخرج إلا بإذن سيدها في زمن الاستبراء، أو بعده، نعم قد يكون القاضي أراد المستولدة التي مات عنها سيدها.

فرع: قال الشيخان: هنا حكم المعتدة عن شبهة، أو نكاح فاسد حكم عدة الوفاة، قال الْمُتَوَلِّي: إلا أن تكون حاملًا، وقلنا لها: النفقة فلا يباح لها الخروج.

فرع: رأيت في «فروع أبي الحسين بن الْقَطَّان»: أنها إذا أجرت نفسها ليلًا ونهارًا، ثم طلقها، قال القاضي أبو إسحٰق: إنها تقيم في بيت المستأجر؛ لأنه صار سكنًا لها؛ فإذا مضت المدة، وقد بقي من العدة شيء اعتدَّت في بيت زوجها، قال: وكان بعض أصحابنا يقول: إن الإجارة تنفسخ؛ لأن السكنى حق لله تعالى.

قال: (**وَتَنْتَقِلُ مِنَ الْمَسْكَنِ لِخَوْفٍ مِنْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ عَلَى نَفْسِهَا، أَوْ تَأَذَّتْ بِالْجِيرَانِ، أَوْ هُمْ بِهَا أَذًى شَدِيدًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ**)، وأشار بما ذكره إلى الأعذار المبيحة للنقلة؛ فإذا خافت على نفسها، أو مالها مما ذكره، أو

……

كانت الدار غير حصينة، أو كانت تخاف اللصوص، أو كانت بين قوم فساق تخاف منهم على نفسها، روى هشام عن أبيه قال: «**لقد عَابَتْ ذلك عَائِشَةُ أَشَدَّ الْعَيْبِ**- يعني: حديث فاطمة بنت قيس - **وَقَالَتْ: إِنَّ فَاطِمَةَ كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَحِشٍ فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَتِهَا؛ فَلِذَلِكَ أَرْخَصَ لَهَا النَّبِي ﷺ**»[1] رواه أبو داود، وعلَّقه البخاري عن أبي الزناد، وسواء في ذلك المتوفى عنها زوجها والمطلقة.

وقول المصنف: «على نفسها» يوهم أن الخوف على مالها يبيح النقلة وليس كذلك؛ بل الخوف عليها فقط يبيح النقلة، والمتبادر من كلامه: أن الخوف على النفس يبيح النقلة لا غير.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن خافت عَلَى نَفْسِهَا إِمَّا مِنْ تَلَفِ مُهْجَةٍ، وَإِمَّا مِنْ إِتْيَانِ فَاحِشَةٍ، فَهَذِهِ تُؤْخَذُ بِالنُّقْلَةِ جَبْرًا لِتَحْصِينِ نَفْسِهَا، وَفَرْجِهَا، وَضَرْبٌ يَجُوزُ لَهَا الِانْتِقَالُ مَعَهُ وَإِنْ لَمْ يَجِبْ وَهُوَ مَا أَدَّى إِلَى الْخَوْفِ عَلَى مَالِهَا مِنْ تَلَصُّصٍ أَوْ أَذِيَّةِ جَارٍ فِي شَتْمٍ أَوْ سَفَهٍ؛ فَتَكُونُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْمُقَامِ وَالنُّقْلَةِ، وَلَا تُجْبَرُ عَلَى أَحَدِهِمَا مَعَ أَمْنِهَا عَلَى النَّفْسِ وَالْفَرْجِ، انتهى.

وإجبارها إذا خافت على النفس فقط إنما يتضح: إذا أوجبنا على المعول عليه الدفع عن نفسها وسيأتي ما فيه، فأما إذا تأذت بالجيران أو هم بها كما ذكره فاستدل له بقول تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١].

وفسره ابن عباس وغيره بالبذاءة على الأحماء، أو غيرهم، وأضاف البيوت إليهن؛ لأنها مساكنهن لا للملك، وحديث فاطمة بنت قيس في المسألة مشهور.

قال الشَّافِعِي: فعائشة ومروان وابن المسيب يعرفون أن حديث فاطمة في أن النبي ﷺ أمرها بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم كما حدثت،

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٢٦)، وأبو داود (٢٢٩٤).

....

ويذهبون إلى أن ذلك إنما كان للشر، ويزيد ابن المسيب: يتبين استطالتها على أحمائها، ويكره لها ابن المسيب وغيره أنها كتمت في حديثها السبب الذي أمرها النبي ﷺ أن تعتد في غير بيت زوجها خوفًا أن يسمع ذلك سامع فيرى أن للمبتوتة أن تعتد حيث شاءت، انتهى.

إشارات: أحدها: قول المصنف: «أو تأذت بالجيران، أو هم بها» مطلق، وقال الْمَاوَرْدِي وغيره: وَلَوْ بَذَأَ عَلَيْهَا أَحْمَاؤُهَا نُقِلَ أَحْمَاؤُهَا عَنْهَا، وَلَمْ تُنْقَلْ هِيَ؛ لِتَكُونَ النُّقْلَةُ عَنْهُ لِمَنْ بَذَأَ أَوِ اسْتَطَالَ، فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ الزَّوْجِ يَضِيقُ عَنْهُ أُقِرَّتْ فِيهِ وَأُخْرِجَ الزَّوْجُ مِنْهُ وَلَمْ تُجْبَرْ إِذَا انْفَرَدَتْ فِيهِ أَنْ تَخْرُجَ مِنْهُ لِاسْتِطَالَةٍ وَلَا بَذَاءَةٍ؛ لِتَفَرُّدِهَا بِهِ.

وقال الرَّافِعِي: موضع النقل بالبذاء ما إذا كانت الأحماء معها في دار تسع جميعهم وإن كانت ضيقة لا تسع جميعهم؛ نقل الزوج والأحماء وترك الدار لها، وإن كان الأحماء في دار أخرى؛ لم ينقل المعتدة بالبذاء عن دارها.

وذكر الْمُتَوَلِّي: أنها تنقل لإيذاء الجيران كما تنقل لإيذاء الأحماء، فعلى هذا إذا كانت في دار والأحماء في دار أخرى؛ فإنها لا تنتقل بالبذاء؛ إذا لم تكن الداران متجاورتين ولو كان البذاء من الأحماء دونها؛ نقلوا دونها، انتهى.

ومقتضى كلام الْمَاوَرْدِي السابق: إنها إذا انفردت بمسكن لأجل البذاءة أنها لا تنقل لأجل الجيران مطلقًا، وهو قضية ما نقله الرَّافِعِي قبل كلام الْمُتَوَلِّي، أنه إذا كان الأحماء في دار أخرى لا تنقل، فإن إطلاقه يشمل ما إذا كانت دار الأحماء مجاورة، أو لم تكن، وهو من «التهذيب». فإذًا كلام الْمَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما يخالف كلام الْمُتَوَلِّي، ويقتضي عدم النقل البذاءة على الجيران، ويشبه أن الضرر لا يعظم فيه عند الانفراد بقدر

الإمكان والاحتراز، بخلاف ما إذا جمعهما مسكن واحد.

ثانيها: إذا كان المسكن لها لم يجز إخراجها منه لاستطالة ولا غيرها، ولا طلب أجرته، قال الْمَاوَرْدِي: فإن لم تطالبه بالأجرة حتى مضت مدة السكنى فوجهان أساسيان، وبما ذكرناه تتوجه الأغراض على إطلاق المصنف، ولو سكن بها الزوج عند أبيها قيدت عليهما، أو بالعكس لم ينقل واحد منهم؛ لأن الوحشة لا تطول بينهم؛ فلو كان الأحماء في دار أبيها أيضًا قيدت عليهم فنقلوا دونها؛ لأنها أحق بدار أبيها.

قلت: كذا قالا، وكأن المراد: إن الأولى نقلهم دونها، وإلا فإذا لم تكن السكنى مستحقة لها؛ فالخيرة في النقل إلى الأبوين، أو المالك منهما كالمعير.

ثالثها: من الأعذار الهجرة من دار الحرب فيلزمها أن تهاجر، وتترك منزل العدة هناك، قال الْمُتَوَلِّي: إلا أن تكون في موضع تأمن فيه على النفس والدين فلا تخرج حتى تعتد، وسيأتي هناك في «الحاوي» ما يؤيده.

ومنها: إحضارها مجلس الحكم حيث يجب بأن كانت برزة فتحضر للتحليف، أو بجواب دعوى؛ حيث يتعين عليها الجواب أولًا كإقامة حد ونحو ذلك، ويبعث إلى المخدرة إن اعتبرنا التخدير من يحدها ويحلفها.

قال الْمَاوَرْدِي: وفي تغريبها قبل انقضاء العدة وجهان، وعبارة «الروضة»: على السلطان تغريبها، ولا يؤخره إلى انقضاء العدة، وقيل: لا تغرب.

زاد الرَّافِعِي: لحق الزوج، فأوهمت «الروضة» سقوط التغريب، وليس بمراد، وسيأتي أن المغرب يمهل يومين وثلاثة للنظر في أموره، فيظهر أن يقال هنا: إذا بقي من العدة أيام قليلة؛ أن التغريب يؤخر إلى انقضائها قطعًا جمعًا بين الحقين.

وَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى مَسْكَنٍ بِإِذْنِ الزَّوْجِ فَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِ اعْتَدَّتْ فِيهِ عَلَى النَّصِّ ....

ومنها: إذا ارتحل قوم البدوية؛ فإنها ترتحل معهم كما سيأتي، ومثل ذلك: إذا خلا أهل القرية، أو البلدة.

ومنها: رجوع المعير وانقضاء مدة الإجارة، وطلبهما النقلة.

فرع: قال في أصل «الروضة» وفي «التهذيب»: إنها إذا بذأت على أحمائها؛ سقطت سكناها، وعليها أن تعتد في بيت أهلها، والذي ذكره العراقيون، والرُّويَاني، والجمهور: أنه ينقلها الزوج إلى مسكن آخر، انتهى.

وبما في «التهذيب» أجاب في «الكافي» قال: كما سقط حقها من النفقة بالنشوز، ورأيت الجزم بسقوط سكناها بالبذاءة لبعض متقدمي العراقيين، وفي بعض طريق حديث فاطمة بنت قيس ما يدل عليه.

قال: (**وَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى مَسْكَنٍ**) أي: في البلد.

(**بِإِذْنِ الزَّوْجِ فَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِ**) أي: بأن مات أو طلق.

(**اعْتَدَّتْ فِيهِ عَلَى النَّصِّ**) أي: في «الأم» قاله في «الروضة» وعبارة الرَّافِعِي: ويحكى عن نصه في «الأم» ونص «الأم» محتمل كذلك، وبحال وصولها عليه وهو محل وفاق، وقد نسب جماعة هذا إلى أبي إسحٰق لا غير.

وليس في «الشرح الصغير» ولا «المحرر» نسبة إلى النص، ووجه: بأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من الأول.

وقيل: تخير بين الأول والثاني.

وقيل: يلزمها الرجوع إلى الأول، وقيل: يعتبر أقرب المنزلين منها فتتعين العدة فيه.

قال الْمَاوَرْدِي: ويشبه أن يكون قول ابن سُرَيْج: [في انتقالها] لو

أَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَفِي الْأَوَّلِ، وَكَذَا لَوْ أَذِنَ ثُمَّ وَجَبَتْ قَبْلَ الْخُرُوجِ، وَلَوْ أَذِنَ فِي الِانْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ فَكَمَسْكَنٍ.

وصلت الثاني، ثم رجعت إلى الأول لنقل بعض المتاع فلزمها العدة فيه، قال الأصحاب: اعتدت في الثاني، ووافقهم الإمام إذا دخلت الثاني دخول منتقلة، غير أنها خرجت وعادت إلى الأول لغرض النقل.

أما إذا لم تتخير قصد الانتقال، ولكن كانت في ترددها قاصرةً حركاتها على نقل المتاع، وصادفها الطلاق في المنزل الأول؛ فيجوز أن يقال: يعتبر مكان المصادفة فإنها لم تتخير قصد الانتقال، ويجوز أن يقال: يعتبر الثاني، فإن ما يتصور تأجيره من قصد الانتقال مكلف، وإذا دخلت ذلك المنزل مرّة لم يبق عليها أمر إلا نقل الأمتعة.

قال: (**أَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ؛ فَفِي الْأَوَّلِ**) أي: سواء حصلت الفرقة قبل وصولها الثاني، أو بعده؛ لعصيانها بذلك، ووجوب عودها إلى الأول إلا أن يعلم بانتقالها ويأذن قبل وجوب العدة فيصير كانتقالها بإذنه.

قال: (**وَكَذَا لَوْ أَذِنَ ثُمَّ وَجَبَتْ**) أي: العدة.

(**قَبْلَ الْخُرُوجِ**) أي: لأنه منزل وجوب العدة، وسواء قدمت متاعها إلى الثاني، أم لا.

قال: (**وَلَوْ أَذِنَ فِي الِانْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ؛ فَكَمَسْكَنٍ**) أي: إذا أذن لها في النقلة على بلد آخر، ثم وجبت العدة؛ فالحكم كما ذكرناه في الانتقال من مسكن إلي مسكن، وبسط ذلك: أنه إن وجبت العدة قبل مفارقة بنيان البلد؛ لزمها العدة في المسكن الأول، وإن كانت قد خرجت منه، ثم وجبت العدة وهي في الطريق فعلى الأوجه السالفة، وحكى وجه خامس: أن عليها الرجوع إلى الأول إذا لم تكن بلغت مسافة القصر، وإن وجبت [بعد الدخول إلى البلد الآخر؛ اعتدت فيه قطعًا](١).

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ١٧٢).

قال المصنف: [أَوْ فِي سَفَرِ حَجٍّ أَوْ تِجَارَةٍ ثُمَّ وَجَبَتْ فِي الطَّرِيقِ فَلَهَا الرُّجُوعُ وَالْمُضِيُّ، فَإِنْ مَضَتْ أَقَامَتْ لِقَضَاءِ حَاجَتِهَا ثُمَّ يَجِبُ الرُّجُوعُ لِتَعْتَدَّ الْبَقِيَّةَ فِي الْمَسْكَنِ وَلَوْ خَرَجَتْ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ فَطَلَّقَ وَقَالَ مَا أَذِنْت فِي الْخُرُوجِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: نَقَلْتَنِي فَقَالَ بَلْ أَذِنْت لِحَاجَةٍ صُدِّقَ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَمَنْزِلُ بَدَوِيَّةٍ وَبَيْتُهَا مِنْ شَعْرٍ كَمَنْزِلِ حَضَرِيَّةٍ، وَإِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا تَعَيَّنَ.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ إِلَّا فِي عِدَّةِ ذَاتِ أَشْهُرٍ فَكَمُسْتَأْجَرٍ، وَقِيلَ بَاطِلٌ، أَوْ مُسْتَعَارٌ لَزِمَتْهَا فِيهِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُعِيرُ وَلَمْ يَرْضَ بِأُجْرَةٍ نُقِلَتْ، وَكَذَا مُسْتَأْجَرٌ انْقَضَتْ مُدَّتُهُ، أَوْ لَهَا اسْتَمَرَّتْ وَطَلَبَتْ الْأُجْرَةَ، فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ النِّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ النَّقْلُ إِلَى لَائِقٍ بِهَا، أَوْ خَسِيسًا، فَلَهَا الِامْتِنَاعُ، وَلَيْسَ لَهُ مُسَاكَنَتُهَا وَلَا مُدَاخَلَتُهَا، فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ مَحْرَمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ أَوْ لَهُ أُنْثَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أَمَةٌ، أَوْ امْرَأَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ جَازَ.

وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ حُجْرَةٌ فَسَكَنَهَا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ الْأُخْرَى فَإِنْ اتَّحَدَتْ الْمَرَافِقُ كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاحٍ اُشْتُرِطَ مَحْرَمٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَنْبَغِي أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ باب، وَأَلَّا يَكُونَ مَمَرُّ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، وَسُفْلٌ وَعُلْوٌ كَدَارٍ وَحُجْرَةٍ](١).

---

(١) ما بين المعقفوتين مقطوع شرحه في المخطوط. وقد شرحه الخطيب الشربيني بقوله: [(أَوْ) أَذِنَ لَهَا (فِي سَفَرِ حَجٍّ أَوْ) عُمْرَةٍ وَ(تِجَارَةٍ) أَوْ اسْتِحْلَالِ مَظْلَمَةٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ كَرَدِّ آبِقٍ وَالسَّفَرِ لِحَاجَتِهَا (ثُمَّ وَجَبَتْ) عَلَيْهَا الْعِدَّةُ (فِي) أَثْنَاءِ (الطَّرِيقِ فَلَهَا الرُّجُوعُ) إِلَى الْأَوَّلِ (وَالْمُضِيُّ) فِي السَّفَرِ؛ لِأَنَّ فِي قَطْعِهَا عَنْ السَّفَرِ مَشَقَّةً، لَا سِيَّمَا إِذَا بَعُدَتْ عَنْ الْبَلَدِ وَخَافَتْ الِانْقِطَاعَ عَنْ الرُّفْقَةِ، وَلَكِنَّ الْأَفْضَلَ الرُّجُوعُ وَالْعَوْدُ إِلَى الْمَنْزِلِ كَمَا نَقَلَاهُ عَنْ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَأَقَرَّاهُ، وَهِيَ فِي سَيْرِهَا مُعْتَدَّةٌ، وَخَرَجَ بِالطَّرِيقِ مَا لَوْ وَجَبَتْ قَبْلَ الْخُرُوجِ مِنْ الْمَنْزِلِ فَلَا تَخْرُجُ قَطْعًا، وَمَا لَوْ وَجَبَتْ فِيهِ وَلَمْ تُفَارِقْ عُمْرَانَ الْبُلْدَانِ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْعَوْدُ فِي الْأَصَحِّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ كَمَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ لِأَنَّهَا لَمْ تَشْرَعْ فِي السَّفَرِ (فَإِنْ) لَمْ تَرْجِعْ فِيمَا إِذَا خُيِّرَتْ وَ(مَضَتْ) لِمَقْصِدِهَا أَوْ بَلَغَتْهُ (أَقَامَتْ) فِيهِ (لِقَضَاءِ حَاجَتِهَا) مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ عَمَلًا بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، وَإِنْ زَادَتْ إِقَامَتُهَا عَلَى مُدَّةِ الْمُسَافِرِينَ كَمَا شَمِلَهُ ـ

……

كَلَامُهُ، وَأَفْهَمَ أَنَّ الْحَاجَةَ إذَا انْقَضَتْ قَبْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لَمْ يَجُزْ لَهَا اسْتِكْمَالُهَا وَهُوَ الْأَصَحُّ كَمَا فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ وَقَطَعَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ، وَإِنْ كَانَ مُقْتَضَى كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ اسْتِكْمَالَهَا **(ثُمَّ يَجِبُ)** عَلَيْهَا بَعْدَ قَضَاءِ حَاجَتِهَا **(الرُّجُوعُ)** فِي الْحَالِ **(لِتَعْتَدَّ الْبَقِيَّةَ)** مِنْ الْعِدَّةِ **(فِي الْمَسْكَنِ)** الَّذِي فَارَقَتْهُ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ تَمْضِ اعْتَدَّتْ الْبَقِيَّةَ فِي مَسْكَنِهَا تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ لِتَعْتَدَّ الْبَقِيَّةَ فِي الْمَسْكَنِ، يُفْهِمُ أَنَّهَا لَوْ لَمْ تَتَوَقَّعْ بُلُوغَ الْمَسْكَنِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بَلْ تَنْقَضِي عِدَّتُهَا فِي الطَّرِيقِ أَنَّهَا لَا يَلْزَمُهَا الْعَوْدُ وَهُوَ وَجْهٌ، وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا يَلْزَمُهَا الْعَوْدُ؛ لِأَنَّ إقَامَتَهَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهَا وَعَوْدَهَا مَأْذُونٌ فِيهِ مِنْ جِهَتِهِ، أَمَّا إذَا سَافَرَتْ لِنُزْهَةٍ أَوْ زِيَارَةٍ أَوْ سَافَرَ بِهَا الزَّوْجُ لِحَاجَتِهِ فَلَا تَزِيدُ عَلَى مُدَّةِ إقَامَةِ الْمُسَافِرِينَ ثُمَّ تَعُودُ، فَإِنْ قَدَّرَ لَهَا مُدَّةً فِي نُقْلَةٍ أَوْ سَفَرِ حَاجَةٍ أَوْ فِي غَيْرِهِ كَاعْتِكَافٍ اسْتَوْفَتْهَا وَعَادَتْ لِتَمَامِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ انْقَضَتْ فِي الطَّرِيقِ كَمَا مَرَّ وَتَعْصِي بِالتَّأْخِيرِ إلَّا لِعُذْرٍ كَخَوْفٍ فِي الطَّرِيقِ وَعَدَمِ رُفْقَةٍ، وَلَوْ جَهِلَ أَمْرَ سَفَرِهَا بِأَنْ أَذِنَ لَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ حَاجَةً وَلَا نُزْهَةً وَلَا أَقِيمِي وَلَا ارْجِعِي حُمِلَ عَلَى سَفَرِ النُّقْلَةِ كَمَا قَالَهُ الرُّويَانِيُّ وَغَيْرُهُ.

فَرْعٌ: لَوْ أَحْرَمَتْ بِحَجٍّ أَوْ قِرَانٍ بِإِذْنِ زَوْجِهَا أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ، فَإِنْ خَافَتْ الْفَوَاتَ كَضِيقِ الْوَقْتِ وَجَبَ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ مُعْتَدَّةً لِتَقَدُّمِ الْإِحْرَامِ، وَإِنْ لَمْ تَخَفْ الْفَوَاتَ لِسَعَةِ الْوَقْتِ جَازَ لَهَا الْخُرُوجُ إلَى ذَلِكَ لِمَا فِي تَعْيِينِ الصَّبْرِ مِنْ مَشَقَّةِ مُصَابَرَةِ الْإِحْرَامِ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بَعْدَ أَنْ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ بِإِذْنٍ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ بِغَيْرِ إذْنٍ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ بِهِمَا امْتَنَعَ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ، سَوَاءٌ أَخَافَتْ الْفَوَاتَ أَمْ لَا لِبُطْلَانِ الْإِذْنِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْمَوْتِ فِي الْأُولَى، وَلِعَدَمِهِ فِي الثَّانِيَةِ، فَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ أَتَمَّتْ عُمْرَتَهَا أَوْ حَجَّهَا إنْ بَقِيَ وَقْتُهُ، وَإِلَّا تَحَلَّلَتْ بِأَفْعَالِ عُمْرَةٍ وَلَزِمَهَا الْقَضَاءُ وَدَمُ الْفَوَاتِ.

(وَلَوْ خَرَجَتْ إلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ فَطَلَّقَ وَقَالَ مَا أَذِنْت فِي الْخُرُوجِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: نَقَلْتَنِي فَقَالَ بَلْ أَذِنْت لِحَاجَةٍ صُدِّقَ عَلَى الْمَذْهَبِ): -

(وَلَوْ خَرَجَتْ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ) لَهَا بِالسُّكْنَى فِيهَا **(فَطَلَّقَ وَقَالَ: مَا أَذِنْتُ)** لَكِ **(فِي الْخُرُوجِ)** وَقَالَتْ: بَلْ أَذِنْتَ لِي **(صُدِّقَ بِيَمِينِهِ)** لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ فَيَجِبُ عَلَيْهَا الرُّجُوعُ حَالًا إِلَى الْمَأْلُوفَةِ، فَإِنْ وَافَقَهَا عَلَى الْإِذْنِ فِي الْخُرُوجِ لَمْ يَجِبِ الرُّجُوعُ حَالًا وَاخْتِلَافُهُمَا فِي إِذْنِهِ فِي الْخُرُوجِ لِغَيْرِ الْبَلْدَةِ الْمَأْلُوفَةِ كَالدَّارِ **(وَلَوْ قَالَتْ)** لَهُ: **(نَقَلْتَنِي)** أَيْ أَذِنْتَ لِي فِي النُّقْلَةِ إِلَى مَوْضِعِ كَذَا فَيَجِبُ عَلَيَّ الْعِدَّةُ فِيهِ **(فَقَالَ)** لَهَا: **(بَلْ أَذِنْتُ)** لَكِ فِي الْخُرُوجِ إِلَيْهِ **(لِحَاجَةٍ)** عَيَّنَهَا فَارْجِعِي فَاعْتَدِّي فِي الْأَوَّلِ **(صُدِّقَ)** بِيَمِينِهِ **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ وَإِرَادَتِهِ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ فِي أَصْلِ الْإِذْنِ فَكَذَا فِي صِفَتِهِ.

(وَمَنْزِلُ بَدَوِيَّةٍ وَبَيْتُهَا مِنْ شَعْرٍ كَمَنْزِلِ حَضَرِيَّةٍ) تَنْبِيهٌ: لَوْ وَقَعَ النِّزَاعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْوَارِثِ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّ كَوْنَهَا فِي الْمَنْزِلِ الثَّانِي يَشْهَدُ بِصِدْقِهَا، وَيُرَجَّحُ جَانِبُهَا عَلَى جَانِبِ الْوَرَثَةِ وَلَا يُرَجَّحُ عَلَى جَانِبِ الزَّوْجِ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِمَا وَالْوَارِثُ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا، وَلِأَنَّهَا أَعْرَفُ بِمَا جَرَى مِنَ الْوَارِثِ بِخِلَافِ الزَّوْجِ **(وَمَنْزِلُ بَدَوِيَّةٍ)** بِفَتْحِ الدَّالِ لِسُكَّانِ الْبَادِيَةِ، وَهُوَ مِنْ شَاذِّ النَّسَبِ كَمَا قَالَهُ سِيبَوَيْهِ **(وَبَيْتُهَا مِنْ)** نَحْوِ **(شَعَرٍ)** كَصُوفٍ **(كَمَنْزِلِ حَضَرِيَّةٍ)** فِي لُزُومِ مُلَازَمَتِهِ فِي الْعِدَّةِ، وَلَوِ ارْتَحَلَ فِي أَثْنَائِهَا كُلُّ الْحَيِّ ارْتَحَلَتْ مَعَهُمْ لِلضَّرُورَةِ، وَإِنِ ارْتَحَلَ بَعْضُ الْحَيِّ نُظِرَ، إِنْ كَانَ أَهْلُهَا مِمَّنْ لَمْ يَرْتَحِلْ وَفِي الْمُقِيمِينَ قُوَّةٌ وَعَدَدٌ لَمْ يَكُنْ لَهَا الِارْتِحَالُ، وَإِنِ ارْتَحَلَ أَهْلُهَا وَفِي الْبَاقِينَ قُوَّةٌ وَعَدَدٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ تُقِيمَ وَبَيْنَ أَنْ تَرْحَلَ؛ لِأَنَّ مُفَارَقَةَ الْأَهْلِ عُسْرَةٌ مُوحِشَةٌ، وَهَذَا مِمَّا تُخَالِفُ فِيهِ الْبَدَوِيَّةُ الْحَضَرِيَّةَ، فَإِنَّ أَهْلَهَا لَوِ ارْتَحَلُوا لَمْ تَرْتَحِلْ مَعَهُمْ مَعَ أَنَّ التَّعْلِيلَ يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَمَحَلُّ التَّخْيِيرِ فِي الْوَفَاةِ وَالطَّلَاقِ الْبَائِنِ، أَمَّا الرَّجْعِيَّةُ إِذَا كَانَ مُطَلِّقُهَا فِي الْمُقِيمِينَ وَاخْتَارَ إِقَامَتَهَا يُسْكِنُهَا مَتَى شَاءَ أَوْ لَا؟ وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهَا كَغَيْرِهَا، وَعَلَيْهِ فَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا وَلَهَا إِذَا ارْتَحَلَتْ مَعَهُمْ أَنْ تُقِيمَ دُونَهُمْ فِي

……

قَرْيَةٍ أَوْ نَحْوِهَا فِي الطَّرِيقِ لِتَعْتَدَّ فَإِنَّهُ أَلْيَقُ بِحَالِ الْمُعْتَدَّةِ مِنْ السَّيْرِ، وَإِنْ هَرَبَ أَهْلُهَا خَوْفًا مِنْ عَدُوٍّ وَأَمِنَتْ لَمْ يَجُزْ أَنْ تَهْرُبَ مَعَهُمْ لِأَنَّهُمْ يَعُودُونَ إذَا أَمِنُوا تَنْبِيهٌ: مُقْتَضَى إلْحَاقِ الْبَدَوِيَّةِ بِالْحَضَرِيَّةِ أَنْ يَأْتِيَ فِيهَا مَا سَبَقَ مِنْ أَنَّهُ لَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الِانْتِقَالِ مِنْ بَيْتٍ فِي الْحِلَّةِ إلَى آخَرَ مِنْهَا فَخَرَجَتْ مِنْهُ وَلَمْ تَصِلْ إلَى الْآخَرِ هَلْ يَجِبُ عَلَيْهَا الْمُضِيُّ أَوْ الرُّجُوعُ؟ أَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الِانْتِقَالِ مِنْ تِلْكَ الْحِلَّةِ إلَى حِلَّةٍ أُخْرَى فَوُجِدَ سَبَبُ الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ بَيْنَ الْحِلَّتَيْنِ أَوْ بَعْدَ خُرُوجِهَا مِنْ مَنْزِلٍ وَقَبْلَ مُفَارَقَةِ حِلَّتِهَا، فَهَلْ تَمْضِي أَوْ تَرْجِعُ عَلَى التَّفْصِيلِ السَّابِقِ فِي الْحَضَرِيَّةِ؟ وَسَكَتَ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ. **(وَإِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا تَعَيَّنَ)** وَلَوْ طَلَّقَهَا مَلَّاحُ سَفِينَةٍ أَوْ مَاتَ وَكَانَ مَسْكَنُهَا السَّفِينَةُ اعْتَدَّتْ فِيهَا إنْ انْفَرَدَتْ عَنْ الزَّوْجِ فِي الْأُولَى بِمَسْكَنٍ فِيهَا بِمَرَافِقِهِ لِاتِّسَاعِهَا مَعَ اشْتِمَالِهَا عَلَى بُيُوتٍ مُتَمَيِّزَةِ الْمَرَافِقِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَالْبَيْتِ فِي الْخَانِ وَإِنْ لَمْ تَنْفَرِدْ بِذَلِكَ، فَإِنْ صَحِبَهَا مَحْرَمٌ لَهَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَقُومَ بِتَسْيِيرِ السَّفِينَةِ خَرَجَ الزَّوْجُ مَعَهَا وَاعْتَدَّتْ هِيَ فِيهَا، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ مَحْرَمًا مَوْصُوفًا بِذَلِكَ خَرَجَتْ إلَى أَقْرَبِ الْقُرَى إلَى الشَّطِّ وَاعْتَدَّتْ فِيهِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ الْخُرُوجُ مِنْهُ تَسَتَّرَتْ وَتَنَحَّتْ عَنْهُ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ **(وَإِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ)** مِلْكًا **(لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا)** بِأَنْ يَسْكُنَ مِثْلُهَا فِي مِثْلِهِ **(تَعَيَّنَ)** اسْتِدَامَتُهَا فِيهِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ إخْرَاجُهَا مِنْهُ بِغَيْرِ عُذْرٍ مِنْ الْأَعْذَارِ السَّابِقَةِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ كَانَ قَدْ رَهَنَ الْمَسْكَنَ بِدَيْنٍ قَبْلَ ذَلِكَ ثُمَّ حَلَّ الدَّيْنُ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَلَمْ يُمْكِنْهُ وَفَاؤُهُ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ جَازَ لَهُ بَيْعُهُ وَتُنْقَلُ مِنْهُ إذَا لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي بِإِقَامَتِهَا فِيهِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ كَمَا بَحَثَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ: يَلِيقُ بِهَا ظَاهِرُهُ اعْتِبَارُ الْمَسْكَنِ بِحَالِهَا لَا بِحَالِ الزَّوْجِ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا فِي حَالِ الزَّوْجِيَّةِ، وَقَوْلُ الْمَاوَرْدِيِّ يُرَاعَى حَالَ الزَّوْجِيَّةِ حَالُ الزَّوْجِ يُخَالِفُهُ هُنَا.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: لَا أَعْرِفُ التَّفْرِقَةَ لِغَيْرِهِ **(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ)** أَيْ مَسْكَنِ الْمُعْتَدَّةِ

مَا لَمْ تَنقَضِ عِدَّتُهَا **(إلَّا فِي عِدَّةِ ذَاتِ أَشْهُرٍ فَكَمُسْتَأْجَرٍ)** بِفَتْحِ الْجِيمِ أَيْ كَبَيْعِهِ، وَمَرَّ فِي الْإِجَارَةِ صِحَّةُ بَيْعِهِ فِي الْأَظْهَرِ فَبَيْعُ مَسْكَنِ الْمُعْتَدَّةِ كَذَلِكَ، وَزَادَ عَلَى الْمُحَرَّرِ قَوْلَهُ **(وَقِيلَ)** بَيْعُ مَسْكَنِهَا **(بَاطِلٌ)** أَيْ قَطْعًا، وَفَرَّقَ بِأَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ يَمْلِكُ الْمَنفَعَةَ وَالْمُعْتَدَّةَ لَا تَمْلِكُهَا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْمُطَلِّقَ بَاعَهُ وَاسْتَثْنَى مَنفَعَتَهُ لِنَفْسِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً وَذَلِكَ بَاطِلٌ تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ حَيْثُ لَمْ تَكُنْ الْمُعْتَدَّةُ هِيَ الْمُشْتَرِيَةَ، فَإِنْ كَانَتْ صَحَّ الْبَيْعُ لَهَا جَزْمًا، أَمَّا عِدَّةُ الْحَمْلِ وَالْأَقْرَاءِ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ فِيهَا لِلْجَهْلِ بِالْمُدَّةِ **(أَوْ)** كَانَ **(مُسْتَعَارًا لَزِمَتْهَا)** الْعِدَّةُ **(فِيهِ)** لِأَنَّ السُّكْنَى ثَابِتَةٌ فِي الْمُسْتَعَارِ ثُبُوتَهَا فِي الْمَمْلُوكِ فَشَمِلَتْهَا الْآيَةُ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ نَقْلُهَا لِتَعَلُّقِ حَقِّ اللهِ تَعَالَى بِذَلِكَ **(فَإِنْ رَجَعَ الْمُعِيرُ)** فِيهِ **(وَلَمْ يَرْضَ بِأُجْرَةٍ)** لِمِثْلِ مَسْكَنِهَا وَطَلَبَ أَكْثَرَ مِنْهَا أَوْ امْتَنَعَ مِنْ الْإِيجَارِ **(نُقِلَتْ)** إلَى أَقْرَبِ مَا يُوجَدُ تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ إذَا رَضِيَ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ امْتَنَعَ النَّقْلُ وَلَزِمَ الزَّوْجَ بَذْلُهَا، وَهُوَ مَا نَقَلَاهُ عَنْ الْمُتَوَلِّي وَأَقَرَّاهُ وَإِنْ تَوَقَّفَ فِيهِ الْأَذْرَعِيُّ فِيمَا إذَا قَدَرَ عَلَى الْمَسْكَنِ مَجَّانًا لِعَارِيَّةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ، وَمِثْلُ رُجُوعِهِ خُرُوجُهُ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّبَرُّعِ بِجُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ زَوَالِ اسْتِحْقَاقٍ بِانْقِضَاءِ إجَارَةٍ أَوْ مَوْتٍ قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ كَوْنِ الْإِعَارَةِ قَبْلَ وُجُوبِ الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا، فَإِنْ كَانَ بَعْدُ وَعُلِمَ بِالْحَالِ فَإِنَّهَا تَلْزَمُ لِمَا فِي الرُّجُوعِ مِنْ إبْطَالِ حَقِّ اللهِ تَعَالَى فِي مُلَازَمَةِ الْمَسْكَنِ كَمَا يَلْزَمُ الْعَارِيَّةُ فِي دَفْنِ الْمَيِّتِ. بَلْ صَرَّحُوا بِذَلِكَ فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ **(وَكَذَا مُسْتَأْجَرٌ انْقَضَتْ مُدَّتُهُ)** وَلَمْ يَرْضَ مَالِكُهُ بِتَجْدِيدِ أُجْرَةِ مِثْلٍ تُنْقَلُ مِنْهُ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»** رَوَاهُ ابْنُ حِبَّانَ فِي صَحِيحِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا رَضِيَ بِذَلِكَ فَلَا تَنْتَقِلُ، وَفِي مَعْنَى الْمُسْتَأْجَرِ الْمُوصَى بِسُكْنَاهَا مُدَّةً وَانْقَضَتْ، وَلَوْ رَضِيَ الْمُعِيرُ أَوْ الْمُؤَجِّرُ بِأُجْرَةِ مِثْلٍ بَعْدَ أَنْ نُقِلَتْ نَظَرْتَ، إنْ كَانَ الْمُنْتَقَلُ إلَيْهِ مُسْتَعَارًا رُدَّتْ إلَى =

……

الْأَوَّلِ لِجَوَازِ رُجُوعِ الْمُعِيرِ، أَوْ مُسْتَأْجَرًا لَمْ تُرَدَّ، فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يَظْهَرُ تَرْجِيحُهُ وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إنَّهُ الْأَقْرَبُ؛ لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا إلَى الْأَوَّلِ إضَاعَةَ مَالٍ أَمَّا إذَا رَضِيَا بِعَوْدِهَا بِعَارِيَّةٍ فَلَا تُرَدُّ؛ لِأَنَّهَا لَا تَأْمَنُ مِنَ الرُّجُوعِ لِجَوَازِ رُجُوعِ الْمُعِيرِ كَمَا مَرَّ **(أَوْ)** مِلْكًا **(لَهَا اسْتَمَرَّتْ)** فِيهِ جَوَازًا **(وَطَلَبَتْ الْأُجْرَةَ)** مِنْ الْمُطَلِّقِ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى عَلَيْهِ فَيَلْزَمُهُ الْأُجْرَةُ أَيْ أُجْرَةُ أَقَلِّ مَا يَسَعُهَا مِنَ الْمَسْكَنِ عَلَى النَّصِّ فِي الْأُمِّ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَمِرَّ فِيهِ، وَهُوَ مَا جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُهَذَّبِ وَالتَّهْذِيبِ، وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ أَنَّهَا إنْ رَضِيَتْ بِالْإِقَامَةِ فِيهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ إعَارَةٍ جَازَ وَهُوَ أَوْلَى، وَإِنْ طَلَبَتْ الِانْتِقَالَ فَلَهَا ذَلِكَ، إذْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا بَذْلُ مَسْكَنِهَا لَا بِإِجَارَةٍ وَلَا بِإِعَارَةٍ وَلَا تَجِبُ الْأُجْرَةُ إلَّا بِطَلَبِهَا، فَإِنْ لَمْ تَطْلُبْهَا وَمَضَتْ مُدَّةٌ فَالْأَصَحُّ الْقَطْعُ بِسُقُوطِهَا، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهَا فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ وَقَدْ وُجِدَ فَلَا تَسْقُطُ بِتَرْكِ الطَّلَبِ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُمْلَكُ لَوْ ثَبَتَ فِي الذِّمَّةِ، وَالْمَسْكَنُ لَا تَمْلِكُهُ الْمَرْأَةُ وَإِنَّمَا تَمْلِكُ الِانْتِفَاعَ بِهِ فِي وَقْتٍ وَقَدْ مَضَى، وَكَذَا لَا تَسْتَحِقُّ أُجْرَةً لَوْ سَكَنَتْ فِي مَنْزِلِهَا مَعَ الزَّوْجِ فِي الْعِصْمَةِ عَلَى النَّصِّ إنْ كَانَتْ أَذِنَتْ لَهُ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ الْمُطْلَقَ الْعَارِيَ عَنْ ذِكْرِ الْعِوَضِ مُنَزَّلٌ عَلَى الْإِعَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ كَمَا فِي فَتَاوَى ابْنِ الصَّلَاحِ: أَيْ إذَا كَانَتْ مُطْلَقَةَ التَّصَرُّفِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ النِّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ النَّقْلُ إلَى لَائِقٍ بِهَا، أَوْ خَسِيسًا، فَلَهَا الِامْتِنَاعُ، وَلَيْسَ لَهُ مُسَاكَنَتُهَا وَلَا مُدَاخَلَتُهَا، فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ مَحْرَمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ أَوْ لَهُ أُنْثَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أَمَةٌ، أَوْ امْرَأَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ جَازَ) **(فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ النِّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ)** أَيْ الزَّوْجِ **(النَّقْلُ إلَى)** أَقْرَبِ مَوْضِعٍ مِنْ مَسْكَنِ النِّكَاحِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ **(لَائِقٍ بِهَا)** لِأَنَّ النَّفِيسَ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَ سَمَحَ بِهِ لِدَوَامِ الصُّحْبَةِ وَقَدْ زَالَتْ، وَهَلْ مُرَاعَاةُ الْأَقْرَبِ وَاجِبَةٌ-

أَوْ مُسْتَحَبَّةٌ فِيهِ تَرَدُّدٌ؟ وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْوُجُوبُ وَهُوَ الظَّاهِرُ كَنَقْلِ الزَّكَاةِ إذَا عُدِمَ الْأَصْنَافُ فِي الْبَلَدِ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْأَقْرَبُ، وَإِنْ رَضِيَ بِبَقَائِهَا فِيهِ لَزِمَهَا **(أَوْ)** كَانَ **(خَسِيسًا)** لَا يَلِيقُ بِهَا **(فَلَهَا الِامْتِنَاعُ)** مِنْ اسْتِمْرَارِهَا فِيهِ وَطَلَبُ النُّقْلَةِ إلَى لَائِقٍ بِهَا إذْ لَيْسَ هُوَ حَقَّهَا، وَإِنَّمَا كَانَتْ سَمَحَتْ بِهِ لِدَوَامِ الصُّحْبَةِ وَقَدْ زَالَتْ **(وَلَيْسَ لَهُ)** أَيْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَلَوْ أَعْمَى **(مُسَاكَنَتُهَا وَلَا مُدَاخَلَتُهَا)** فِي الدَّارِ الَّتِي تَعْتَدُّ فِيهَا، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الْخَلْوَةِ بِهَا وَهِيَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إضْرَارًا بِهَا وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ﴾ [الطَّلَاق: ٦] أَيْ فِي الْمَسْكَنِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَمْ رَجْعِيًّا **(فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ)** الْوَاسِعَةِ الَّتِي زَادَتْ عَلَى سُكْنَى مِثْلِهَا **(مَحْرَمٌ لَهَا)** وَلَوْ بِرَضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ **(مُمَيِّزٌ)** يَسْتَحْيِي مِنْهُ، وَلَوْ غَيْرَ بَالِغٍ أَوْ مُرَاهِقٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي فَتَاوِيهِ حَيْثُ قَالَ: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بَالِغًا عَاقِلًا، أَوْ مُرَاهِقًا، أَوْ مُمَيِّزًا يُسْتَحْيَى مِنْهُ، وَمَا نُقِلَ عَنْ النَّصِّ مِنْ اشْتِرَاطِ الْبُلُوغِ وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ مِنْ الْمُرَاهَقَةِ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَوْلَى، وَقَوْلُهُ **(ذَكَرٌ)** لَيْسَ بِقَيْدٍ بَلْ الْأُنْثَى كَأُخْتِهَا أَوْ خَالَتِهَا أَوْ عَمَّتِهَا كَذَلِكَ إذَا كَانَتْ ثِقَةً، فَقَدْ صَحَّحَ فِي الرَّوْضَةِ أَنَّهُ يَكْفِي حُضُورُ الْمَرْأَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ الثِّقَةِ، فَالْمَحْرَمُ أَوْلَى **(أَوْ)** مَحْرَمٌ **(لَهُ)** مُمَيِّزٌ **(أُنْثَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أَمَةٌ، أَوْ امْرَأَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ جَازَ)** مَا ذُكِرَ لِانْتِفَاءِ الْمَحْذُورِ، لَكِنْ مَعَ الْكَرَاهَةِ لِاحْتِمَالِ النَّظَرِ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْمَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ، وَيُعْتَبَرُ فِي الزَّوْجَةِ وَالْأَمَةِ أَنْ يَكُونَا ثِقَتَيْنِ، وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الزَّوْجَةِ لِمَا عِنْدَهَا مِنْ الْغَيْرَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَحْرَمِ أَنْ يَكُونَ بَصِيرًا كَمَا قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ، فَلَا يَكْفِي الْأَعْمَى، كَمَا لَا يَكْفِي فِي السَّفَرِ بِالْمَرْأَةِ إذَا كَانَ مَحْرَمًا لَهَا وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ حُجْرَةٌ فَسَكَنَهَا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ الْأُخْرَى فَإِنْ اتَّحَدَتْ الْمَرَافِقُ كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاحٍ اُشْتُرِطَ مَحْرَمٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَنْبَغِي أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ بَابٍ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَمَرُّـ

……

إحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، وَسُفْلٌ وَعُلُوٌّ كَدَارٍ وَحُجْرَةٍ) تَنْبِيهٌ: يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْلُوَ بِامْرَأَتَيْنِ أَجْنَبِيَّتَيْنِ ثِقَتَيْنِ فَأَكْثَرَ كَمَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْأَصْحَابِ، وَمَا فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا فِي صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ - مِنْ أَنَّهُ لَا يَخْلُو بِالنِّسَاءِ إلَّا الْمَحْرَمُ - مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الثِّقَاتِ لِيُوَافِقَ الْمَذْكُورَ هُنَا فَإِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ، وَيَحْرُمُ كَمَا فِي الْمَجْمُوعِ خَلْوَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رِجَالٍ بِامْرَأَةٍ وَلَوْ بَعُدَتْ مُوَاطَأَتُهُمْ عَلَى الْفَاحِشَةِ؛ لِأَنَّ اسْتِحْيَاءَ الْمَرْأَةِ مِنْ الْمَرْأَةِ أَكْثَرُ مِنْ اسْتِحْيَاءِ الرَّجُلِ مِنْ الرَّجُلِ **(وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ حُجْرَةٌ)** وَهِيَ كُلُّ بِنَاءٍ مَحُوطٍ أَوْ نَحْوُهَا كَطَبَقَةٍ **(فَسَكَنَهَا أَحَدُهُمَا)** أَيْ الزَّوْجَيْنِ **(وَ)** سَكَنَ **(الْآخَرُ)** الْحُجْرَةَ **(الْأُخْرَى)** مِنْ الدَّارِ **(فَإِنْ اتَّحَدَتْ الْمَرَافِقُ)** لِلدَّارِ وَهِيَ مَا يُرْتَفَقُ بِهِ فِيهَا **(كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاحٍ)** وَمَصَبِّ مَاءٍ وَمَرْقَى سَطْحٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ **(اُشْتُرِطَ مَحْرَمٌ)** حَذَرًا مِنْ الْخَلْوَةِ فِيمَا ذُكِرَ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ تَتَّحِدْ الْمَرَافِقُ، بَلْ اخْتَصَّ كُلٌّ مِنْ الْحُجْرَتَيْنِ بِمَرَافِقَ **(فَلَا)** يُشْتَرَطُ مَحْرَمٌ، وَيَجُوزُ لَهُ مُسَاكَنَتُهَا بِدُونِهِ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ حِينَئِذٍ كَالدَّارَيْنِ الْمُتَجَاوِرَتَيْنِ نَعَمْ لَوْ كَانَتْ الْمَرَافِقُ خَارِجَ الْحُجْرَةِ فِي الدَّارِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْخَلْوَةَ لَا تَمْتَنِعُ مَعَ ذَلِكَ، قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ: **(وَيَنْبَغِي)** أَنْ يُشْتَرَطَ كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ وَنَقَلَهُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَنْ الْبَغَوِيِّ **(أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا)** أَيْ الزَّوْجَيْنِ **(مِنْ بَابٍ)** وَسَدُّهُ أَوْلَى **(وَأَنْ لَا يَكُونَ مَمَرُّ إحْدَاهُمَا)** أَيْ الْحُجْرَتَيْنِ بِحَيْثُ يَمُرُّ فِيهِ **(عَلَى)** الْحُجْرَةِ **(الْأُخْرَى)** مِنْ الدَّارِ كَمَا اشْتَرَطَهُ صَاحِبُ التَّهْذِيبِ وَالتَّتِمَّةِ وَغَيْرُهُمَا حَذَرًا مِنْ الْوُقُوعِ فِي الْخَلْوَةِ **(وَسُفْلٌ)** بِضَمِّ أَوَّلِهِ بِخَطِّهِ، وَيَجُوزُ كَسْرُهُ **(وَعُلُوٌّ)** بِضَمِّ أَوَّلِهِ بِخَطِّهِ، وَيَجُوزُ فَتْحُهُ وَكَسْرُهُ، حُكْمُهُمَا **(كَدَارٍ وَحُجْرَةٍ)** فِيمَا ذُكِرَ قَالَ فِي التَّجْرِيدِ: وَالْأَوْلَى أَنْ يُسْكِنَهَا الْعُلُوَّ حَتَّى لَا يُمْكِنَهُ الِاطِّلَاعُ عَلَيْهَا.

خَاتِمَةٌ: يَكْتَرِي الْحَاكِمُ مِنْ مَالِ مُطَلِّقٍ لَا مَسْكَنَ لَهُ مَسْكَنًا لِمُعْتَدَّتِهِ لِتَعْتَدَّ فِيهِ إنْ فُقِدَ مُتَطَوِّعٌ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اقْتَرَضَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ، فَإِنْ أَذِنَ لَهَا

باب الاستِبْرَاءِ

قال المصنف: [يَجِبُ بِسَبَبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِلْكُ أَمَةٍ بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ رَدٍّ بِعَيْبٍ أَوْ حَالُفٍ أَوْ إِقَالَةٍ وَسَوَاءٌ بِكْرٌ، وَمَنْ اسْتَبْرَأَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَمُنْتَقِلَةٌ مِنْ صَبِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَغَيْرُهَا وَيَجِبُ فِي مُكَاتَبَةٍ عُجِّزَتْ وَكَذَا مُرْتَدَّةٌ فِي الْأَصَحِّ لَا مَنْ خَلَتْ مِنْ صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ وَإِحْرَامٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ وَجْهٌ وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ أُسْتُحِبَّ، وَقِيلَ: يَجِبُ وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لَمْ يَجِبْ، فَإِنْ زَالَا وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ الثَّانِي: زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ بِعِتْقٍ أَوْ مَوْتِ السَّيِّدِ وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ اسْتِبْرَاءٍ عَلَى مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْت: وَلَوْ اسْتَبْرَأَ أَمَةً مَوْطُوءَةً فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجِبْ وَتَتَزَوَّجُ فِي الْحَالِ إِذْ لَا تُشْبِهُ مَنْكُوحَةً، والله أَعْلَمُ(١).

= الْحَاكِمُ أَنْ تَقْتَرِضَ عَلَى زَوْجِهَا أَوْ تَكْتَرِيَ الْمَسْكَنَ مِنْ مَالِهَا جَازَ وَتَرْجِعُ بِهِ، فَإِنْ فَعَلَتْهُ بِقَصْدِ الرُّجُوعِ بِلَا إِذْنِ الْحَاكِمِ نَظَرْتَ، فَإِنْ قَدَرَتْ عَلَى اسْتِئْذَانِهِ أَوْ لَمْ تَقْدِرْ وَلَمْ تُشْهِدْ لَمْ تَرْجِعْ، وَإِنْ قَدَرَتْ وَأَشْهَدَتْ رَجَعَتْ، وَإِنْ مَاتَ زَوْجُ الْمُعْتَدَّةِ فَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي فِي حَيَاتِهِ لَمْ تَسْقُطْ الْعِدَّةُ عَنْهَا وَلَمْ تَرِثْ لِإِقْرَارِهَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهَذَا قَيَّدَهُ الْقَفَّالُ بِالرَّجْعِيَّةِ، فَلَوْ كَانَتْ بَائِنًا سَقَطَتْ عِدَّتُهَا فِيمَا يَظْهَرُ أَخْذًا مِنْ التَّقْيِيدِ بِذَلِكَ قَالَ: فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا أَوْ بَائِنًا؟ فَادَّعَتْ أَنَّهُ كَانَ رَجْعِيًّا وَأَنَّهَا تَرِثُ فَالْأَشْبَهُ نَعَمْ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ. انظر: (مغني المحتاج/ ١٤/ ٣٣٧- ٣٥٧).

(١) هذا الباب مفقود شرحه: قال الخطيب الشربيني: «بَابُ الِاسْتِبْرَاءِ بِالْمَدِّ وَجَعَلَهُ فِي الْمُحَرَّرِ فَصْلًا لِكَوْنِهِ تَابِعًا لِبَابِ الْعِدَّةِ، وَهُوَ لُغَةً طَلَبُ الْبَرَاءَةِ، وَشَرْعًا تَرَبُّصُ الْأَمَةِ مُدَّةً بِسَبَبِ مِلْكِ الْيَمِينِ حُدُوثًا أَوْ زَوَالًا لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ، أَوْ لِلتَّعَبُّدِ، وَاقْتَصَرُوا عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ، وَإِلَّا فَقَدْ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ بِغَيْرِ حُدُوثِ مِلْكٍ أَوْ زَوَالِهِ كَأَنْ وَطِئَ أَمَةَ غَيْرِهِ ظَانًّا أَنَّهَا أَمَتُهُ، =

……

عَلَى أَنَّ حُدُوثَ مِلْكِ الْيَمِينِ لَيسَ بِشَرْطٍ، بَلْ الشَّرْطُ كَمَا سَيَأْتِي حُدُوثُ حِلِّ التَّمَتُّعِ بِهِ لِيُوَافِقَ مَا يَأْتِي فِي الْمُكَاتَبَةِ وَالْمُرْتَدَّةِ وَتَزْوِيجِ مَوْطُوءَتِهِ وَنَحْوِهَا، وَخُصَّ هَذَا بِهَذَا الِاسْمِ؛ لِأَنَّهُ قُدِّرَ بِأَقَلِّ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ بَرَاءَةُ الرَّحِمِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّرٍ وَتَعَدُّدٍ، وَخُصَّ التَّرَبُّصُ بِسَبَبِ النِّكَاحِ بِاسْمِ الْعِدَّةِ اشْتِقَاقًا مِنَ الْعَدَدِ كَمَا مَرَّ أَوَّلَ بَابِهَا لِمَا يَقَعُ فِيهِ مِنَ التَّعَدُّدِ غَالِبًا وَالْأَصْلُ فِي الْبَابِ مَا سَيَأْتِي مِنَ الْأَدِلَّةِ **(يَجِبُ)** الِاسْتِبْرَاءُ لِحِلِّ تَمَتُّعٍ أَوْ تَزْوِيجٍ **(بِسَبَبَيْنِ: أَحَدُهُمَا)** وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالْأَوَّلِ **(مِلْكُ)** حُرٍّ جَمِيعَ **(أَمَةٍ)** لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً لَهُ كَمَا سَيَأْتِي **(بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ)** وَقَوْلُهُ **(أَوْ سَبْيٍ)** أَيْ قِسْمَةٍ عَنْهُ، وَكَانَ الْأَوْلَى أَنْ يُصَرِّحَ بِهِ فَإِنَّ الْغَنِيمَةَ لَا تُمْلَكُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَصَوَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِمَنْ أَخَذَ جَارِيَةً مِنْ دَارِ الْحَرْبِ عَلَى وَجْهِ السَّرِقَةِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَأْتِي عَلَى رَأْيِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ مِنْ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا مِنْ غَيْرِ تَخْمِيسٍ، وَالْجُمْهُورُ عَلَى خِلَافِهِ، وَلِهَذَا قَالَ الْجُوَيْنِيُّ وَالْقَفَّالُ وَغَيْرُهُمَا إِنَّهُ يَحْرُمُ وَطْءُ السَّرَارِيِّ اللَّاتِي يُجْلَبْنَ مِنَ الرُّومِ وَالْهِنْدِ وَالتُّرْكِ إِلَّا أَنْ يَنْصِبَ الْإِمَامُ مَنْ يَقْسِمُ الْغَنَائِمَ مِنْ غَيْرِ ظُلْمٍ **(أَوْ رَدٍّ بِعَيْبٍ، أَوْ تَحَالُفٍ، أَوْ إِقَالَةٍ)** أَوْ قَبُولِ وَصِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا كَفَسْخٍ بِفَلَسٍ، وَرُجُوعٍ فِي هِبَةٍ تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: بِسَبَبَيْنِ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِغَيْرِهِمَا وَلَيْسَ مُرَادًا، فَإِنَّهُ لَوْ وَطِئَ أَمَةَ غَيْرِهِ ظَانًّا أَنَّهَا أَمَتُهُ وَجَبَ اسْتِبْرَاؤُهَا كَمَا مَرَّ بِقَرْءٍ وَاحِدٍ وَلَيْسَ هُنَا حُدُوثُ مِلْكٍ وَلَا زَوَالُهُ، وَمَرَّ الْجَوَابُ عَنْ ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ: مِلْكُ أَمَةٍ، يَقْتَضِي اعْتِبَارَ مِلْكِ جَمِيعِهَا كَمَا قَدَّرْته فِي كَلَامِهِ، فَإِنَّهُ لَوْ مَلَكَ بَعْضَهَا فَإِنَّهَا لَا تُبَاحُ لَهُ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مَا لَوْ كَانَ مَالِكًا لِبَعْضِ أَمَةٍ ثُمَّ اشْتَرَى بَاقِيَهَا فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الِاسْتِبْرَاءُ، وَأَشَارَ بِالْأَمْثِلَةِ الْمَذْكُورَةِ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمِلْكِ الْقَهْرِيِّ وَالِاخْتِيَارِيِّ، وَخَرَجَ الْمُبَعَّضُ وَالْمُكَاتَبُ فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُمَا وَطْءُ الْأَمَةِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَإِنْ أَذِنَ لَهُمَا السَّيِّدُ **(وَسَوَاءٌ بِكْرٌ، وَمَنْ اسْتَبْرَأَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَمُنْتَقِلَةٌ مِنْ صَبِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَغَيْرُهَا)** بِرَفْعِ

……………………………………………………

= الرَّاءِ بِخَطِّهِ: أَيْ غَيْرُ الْمَذْكُورَاتِ مِنْ صَغِيرَةٍ وَآيِسَةٍ لِعُمُومِ قَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ «أَلَا لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً» رَوَاهُ أَبُو دَاوُد وَغَيْرُهُ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَقَاسَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ غَيْرَ الْمَسْبِيَّةِ عَلَيْهَا بِجَامِعِ حُدُوثِ الْمِلْكِ، وَأَخَذَ الْإِطْلَاقَ فِي الْمَسْبِيَّةِ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْبِكْرِ وَغَيْرِهَا، وَأَلْحَقَ مَنْ لَمْ تَحِضْ أَوْ أَيِسَتْ بِمَنْ تَحِيضُ فِي اعْتِبَارِ قَدْرِ الْحَيْضِ وَالطُّهْرِ غَالِبًا، وَهُوَ شَهْرٌ كَمَا سَيَأْتِي.

(وَيَجِبُ) الِاسْتِبْرَاءُ أَيْضًا **(فِي مُكَاتَبَةٍ)** كِتَابَةً صَحِيحَةً فَسَخَتْهَا بِلَا تَعْجِيزٍ أَوْ **(عُجِّزَتْ)** بِضَمِّ أَوَّلِهِ وَتَشْدِيدِ ثَانِيهِ الْمَكْسُورِ بِخَطِّهِ أَيْ بِتَعْجِيزِ السَّيِّدِ لَهَا عِنْدَ عَجْزِهَا عَنْ النُّجُومِ لِعَوْدِ مِلْكِ التَّمَتُّعِ بَعْدَ زَوَالٍ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهَا ثُمَّ اشْتَرَاهَا أَمَّا الْفَاسِدَةُ فَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ فِيهَا كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِهِ.

تَنْبِيهٌ: أَمَةُ الْمُكَاتَبِ وَالْمُكَاتَبَةِ إذَا عُجِّزَا أَوْ فُسِخَتْ كِتَابَتُهُمَا كَالْمُكَاتَبَةِ كَمَا قَالَهُ الْبُلْقِينِيُّ **(وَكَذَا)** أَمَةٌ **(مُرْتَدَّةٌ)** عَادَتْ لِلْإِسْلَامِ يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهَا **(فِي الْأَصَحِّ)** لِزَوَالِ مِلْكِ الِاسْتِمْتَاعِ ثُمَّ إعَادَتِهِ، فَأَشْبَهَ تَعْجِيزَ الْمُكَاتَبَةِ، وَالثَّانِي لَا يَجِبُ، لِأَنَّ الرِّدَّةَ لَا تُنَافِي الْمِلْكَ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ، وَلَوْ ارْتَدَّ السَّيِّدُ ثُمَّ أَسْلَمَ لَزِمَهُ الِاسْتِبْرَاءُ أَيْضًا، وَلَوْ عَبَّرَ بِزَوَالِ رِدَّةٍ لَعَمَّ الْمَسْأَلَتَيْنِ.

فَرْعٌ: لَوْ زَوَّجَ السَّيِّدُ أَمَتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ لِمَا مَرَّ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ فَاعْتَدَّتْ مِنْ الزَّوْجِ لَمْ يَدْخُلْ الِاسْتِبْرَاءُ فِي الْعِدَّةِ، بَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنْهُ.

تَنْبِيهٌ وَقَعَ فِي الرَّوْضَةِ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ فِي جَارِيَةٍ وَقَبَضَهَا فَوَجَدَهَا بِغَيْرِ الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ فَرَدَّهَا لَزِمَ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى ضَعِيفٍ، وَهُوَ أَنَّ الْمِلْكَ فِي هَذِهِ زَالَ ثُمَّ عَادَ بِالرَّدِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَمْ يَزُلْ، وَلِهَذَا حَذَفَهُ ابْنُ الْمُقْرِي **(لَا مَنْ)** أَيْ أَمَةٌ **(خَلَتْ مِنْ)** مَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى إذْنِهِ كَحَيْضٍ وَنِفَاسٍ ـ

وَ**(صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ)** أَوْ يَتَوَقَّفُ وَأَذِنَ فِيهِ كَرَهْنٍ **(وَإِحْرَامٍ)** بَعْدَ حُرْمَتِهَا عَلَى سَيِّدِهَا بِذَلِكَ لَا يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهَا بَعْدَ حِلِّهَا مِمَّا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهَا بِذَلِكَ لَا تَحِلُّ بِالْمِلْكِ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ وَالرِّدَّةِ **(وَفِي الْإِحْرَامِ وَجْهٌ)** أَنَّهُ يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ بَعْدَ الْحِلِّ مِنْهُ كَالرِّدَّةِ، وَرُدَّ هَذَا بِمَا مَرَّ.

تَنْبِيهٌ: قَدْ عُلِمَ مِمَّا تَقَرَّرَ أَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ أَمَّا لَوْ اشْتَرَاهَا مُحْرِمَةً أَوْ صَائِمَةً صَوْمًا وَاجِبًا أَوْ مُعْتَكِفَةً اعْتِكَافًا مَنْذُورًا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا، فَلَا بُدَّ مِنَ الِاسْتِبْرَاءِ، وَهَلْ يَكْفِي مَا وَقَعَ فِي زَمَنِ الْعِبَادَاتِ الثَّلَاثِ أَمْ يَجِبُ اسْتِبْرَاءٌ جَدِيدٌ، قَضِيَّةُ كَلَامِ الْعِرَاقِيِّينَ الْأَوَّلُ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يُتَصَوَّرُ الِاسْتِبْرَاءُ فِي الصَّوْمِ وَالِاعْتِكَافِ؟ أُجِيبَ بِتَصَوُّرِهِ فِي ذَاتِ الْأَشْهُرِ وَالْحَامِلِ .**(وَلَوْ اشْتَرَى)** حُرٌّ **(زَوْجَتَهُ)** الْأَمَةَ **(اُسْتُحِبَّ)** لَهُ الِاسْتِبْرَاءُ لِيَتَمَيَّزَ وَلَدُ الْمِلْكِ مِنْ وَلَدِ النِّكَاحِ، لِأَنَّهُ بِالنِّكَاحِ يَنْعَقِدُ الْوَلَدُ رَقِيقًا ثُمَّ يَعْتِقُ، فَلَا يَكُونُ كُفُوًا لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ وَلَا تَصِيرُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، وَبِمِلْكِ الْيَمِينِ يَنْعَكِسُ الْحُكْمُ **(وَقِيلَ يَجِبُ)** الِاسْتِبْرَاءُ لِتَجَدُّدِ الْمِلْكِ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لِتَجَدُّدِ الْحِلِّ وَلَمْ يَتَجَدَّدْ، لَكِنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لِلتَّرَدُّدِ فِي أَنَّهُ يَطَأُ بِالْمِلْكِ الضَّعِيفِ الَّذِي لَا يُبِيحُ الْوَطْءَ أَوْ بِالزَّوْجِيَّةِ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِغَيْرِهِ وَقَدْ وَطِئَهَا وَهِيَ زَوْجَةٌ اعْتَدَّتْ مِنْهُ بِقُرْأَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُزَوِّجَهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ وَجَبَ أَنْ تَعْتَدَّ مِنْهُ فَلَا تَنْكِحَ غَيْرَهُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا بِذَلِكَ، وَلَوْ مَاتَ عَقِبَ الشِّرَاءِ لَمْ يَلْزَمْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ لِأَنَّهُ مَاتَ وَهِيَ مَمْلُوكَتُهُ، وَتَعْتَدُّ مِنْهُ بِقُرْأَيْنِ، أَمَّا لَوْ مَلَكَ الْمُكَاتَبُ أَوْ الْمُبَعَّضُ زَوْجَتَهُ فَإِنَّ النِّكَاحَ يَنْفَسِخُ، وَلَا يَحِلُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْؤُهَا وَلَوْ بِإِذْنِ سَيِّدِهَا .**(وَلَوْ مَلَكَ)** أَمَةً **(مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً)** مِنْ زَوْجٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ مَعَ عِلْمِهِ بِمَا ذُكِرَ أَوْ جَهْلِهِ وَأَجَازَ الْبَيْعَ **(لَمْ يَجِبْ)** عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا حَالًا لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِحَقِّ غَيْرِهِ **(فَإِنْ زَالَا)** أَيْ الزَّوْجِيَّةُ وَالْعِدَّةُ بِأَنْ ـ

……

طَلُقَتْ الْأَمَةُ الْمُزَوَّجَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ وَانْقَضَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ أَوْ الشُّبْهَةِ **(وَجَبَ)** حِينَئِذٍ الِاسْتِبْرَاءُ **(فِي الْأَظْهَرِ)** لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَوُجُودِ الْمُقْتَضِي، وَالثَّانِي لَا يَجِبُ لَهُ وَطْؤُهَا فِي الْحَالِ اكْتِفَاءً بِالْعِدَّةِ، وَعَلَيْهِ الْعِرَاقِيُّونَ وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: إنَّ مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ وَيَطَؤُهَا فِي الْحَالِ **تَنْبِيهٌ**: مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةً مِنْ غَيْرِهِ أَمَّا لَوْ اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَّةً مِنْهُ وَلَوْ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا وَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِخِلَافِ زَوْجَتِهِ، وَهَذَا مِمَّا اُسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ يُزِيلُ الزَّوْجِيَّةَ، وَكَأَنَّهُمْ ارْتَكَبُوهُ هُنَا لِلِاحْتِيَاطِ.

فُرُوعٌ: يُسَنُّ لِلْمَالِكِ اسْتِبْرَاءُ الْأَمَةِ الْمَوْطُوءَةِ لِلْبَيْعِ قَبْلَ بَيْعِهِ لَهَا لِيَكُونَ عَلَى بَصِيرَةٍ مِنْهَا، وَلَوْ وَطِئَ أَمَةً شَرِيكَانِ فِي حَيْضٍ أَوْ طُهْرٍ ثُمَّ بَاعَهَا أَوْ أَرَادَا تَزْوِيجَهَا أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ أَمَةَ رَجُلٍ كُلٌّ يَظُنُّهَا أَمَتَهُ وَأَرَادَ الرَّجُلُ تَزْوِيجَهَا وَجَبَ اسْتِبْرَاءَانِ كَالْعِدَّتَيْنِ مِنْ شَخْصَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً لَمْ يُقِرَّ بِوَطْئِهَا فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ وَادَّعَاهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي بِيَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُهُ مِنْهُ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ الْبَائِعِ عَلَى الْأَوْجَهِ مِنْ خِلَافٍ فِيهِ، إذْ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي الْمَالِيَّةِ، وَالْقَائِلُ بِخِلَافِهِ عَلَّلَهُ بِأَنَّ ثُبُوتَهُ يَقْطَعُ إرْثَ الْمُشْتَرِي بِالْوَلَاءِ، فَإِنْ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا وَبَاعَهَا نَظَرْتَ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ اسْتَبْرَأَهَا فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ اسْتِبْرَائِهَا مِنْهُ لَحِقَهُ وَبَطَلَ الْبَيْعُ لِثُبُوتِ أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِلْمُشْتَرِي إنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَهَا، وَإِلَّا فَإِنْ أَمْكَنَ كَوْنُهُ مِنْهُ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ مِنْ وَطْئِهِ لَحِقَهُ وَصَارَتْ الْأَمَةُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اسْتَبْرَأَهَا قَبْلَ الْبَيْعِ فَالْوَلَدُ لَهُ إنْ أَمْكَنَ كَوْنُهُ مِنْهُ إلَّا إنْ وَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَأَمْكَنَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ السَّبَبُ **(الثَّانِي: زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ)** بِمِلْكِ الْيَمِينِ غَيْرِ مُسْتَوْلَدَةٍ **(أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ بِعِتْقٍ)** مُنَجَّزٍ **(أَوْ مَوْتِ السَّيِّدِ)** عَنْهَا فَيَجِبُ عَلَيْهَا الِاسْتِبْرَاءُ لِزَوَالِ فِرَاشِهَا كَمَا تَجِبُ الْعِدَّةُ -

وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٍ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ لِئَلَّا يَخْتَلِطَ الْمَاءَانِ وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا اسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ، وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ فَلَا اسْتِبْرَاءَ وَهُوَ بِقَرْءٍ، وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ فِي الْجَدِيدِ وَذَاتُ أَشْهُرٍ بِشَهْرٍ، وَفِي قَوْلٍ بِثَلَاثَةٍ، وَحَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ أَوْ زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ بِوَضْعِهِ، وَإِنْ مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ فَقَدْ سَبَقَ أَنْ لَا اسْتِبْرَاءَ فِي الْحَالِ قُلْت: يَحْصُلُ الِاسْتِبْرَاءُ بِوَضْعِ حَمْلِ زِنًا فِي الْأَصَحِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ(١).

= عَلَى الْمُفَارَقَةِ عَنْ نِكَاحٍ، وَاسْتِبْرَاؤُهَا بِقَرْءٍ ثَبَتَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ الله عَنْهُمَا كَمَا قَالَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ، وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مُخَالِفٌ، وَخَرَجَ بِمَوْطُوءَةٍ مَنْ لَمْ تُوطَأْ فَلَا اسْتِبْرَاءَ بِعِتْقِهَا جَزْمًا كَمَا فِي الرَّوْضَةِ.

وَأَصْلِهَا، وَمَا لَوْ مَاتَ السَّيِّدُ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ لَمْ يُعْتِقْهَا فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ لِلْوَارِثِ، وَعَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا لِحُدُوثِ مِلْكِهِ فَيَكُونُ مِنَ السَّبَبِ الْأَوَّلِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ عَتَقَتْ الْأَمَةُ وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ أَوْ مُعْتَدَّةٌ عَنْ زَوْجٍ لَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا لِلسَّيِّدِ، وَلِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لِحِلِّ التَّمَتُّعِ وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِحَقِّ الزَّوْجِ، بِخِلَافِهَا فِي عِدَّةِ وَطْءِ الشُّبْهَةِ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ بِذَلِكَ فِرَاشًا لِغَيْرِ السَّيِّدِ **(وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ اسْتِبْرَاءٍ عَلَى مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا)** سَيِّدُهَا **(أَوْ مَاتَ)** عَنْهَا وَهِيَ غَيْرُ مُزَوَّجَةٍ **(وَجَبَ)** عَلَيْهَا الِاسْتِبْرَاءُ **(فِي الْأَصَحِّ)** وَلَا تَعْتَدُّ بِمَا مَضَى كَمَا لَا تَعْتَدُّ بِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَقْرَاءِ عَلَى الطَّلَاقِ الثَّانِي: لَا يَجِبُ لِحُصُولِ الْبَرَاءَةِ **(قُلْت)**: كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ **(وَلَوْ اسْتَبْرَأَ)** السَّيِّدُ **(أَمَةً مَوْطُوءَةً)** غَيْرَ مُسْتَوْلَدَةٍ **(فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجِبْ)** عَلَيْهَا الِاسْتِبْرَاءُ **(وَتَتَزَوَّجُ فِي الْحَالِ)** عَقِبَ عِتْقِهَا **(إذْ لَا تُشْبِهُ مَنْكُوحَةً، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِأَنَّ فِرَاشَهَا يَزُولُ بِالِاسْتِبْرَاءِ اتِّفَاقًا بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَهُ بِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْحَقْهُ، بِخِلَافِ الْمُسْتَوْلَدَةِ، فَإِنَّ فِيهَا قَوْلَيْنِ كَمَا حَكَاهُ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْأَئِمَّةِ. انظر: مغني المحتاج (١٤/ ٣٥٨) وما بعدها.

(١) **(وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ)** بِغَيْرِ اسْتِيلَادٍ، سَوَاءٌ وَطِئَهَا الْمَالِكُ أَوْ مَلَكَهَا مِنْ جِهَتِهِ وَلَمْ يَكُنْ اسْتَبْرَأَهَا **(وَمُسْتَوْلَدَةٍ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ لِئَلَّا يَخْتَلِطَ الْمَاءَانِ)**. =

فَإِنْ قِيلَ: قَدْ مَرَّ أَنَّهُ يُسَنُّ لِلْمَالِكِ اسْتِبْرَاءُ الْأَمَةِ الْمَوْطُوءَةِ لِلْبَيْعِ فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّ مَقْصُودَ التَّزْوِيجِ الْوَطْءُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَعْقِبَ الْحِلَّ بِخِلَافِ الْبَيْعِ، نَعَمْ لَوْ زَوَّجَهَا مِمَّنْ وَطِئَهَا لَمْ يَجِبْ اسْتِبْرَاءٌ كَمَا يَجُوزُ لِوَاطِئِ امْرَأَةٍ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهِ.

(وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا اسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ) كَمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ الْمُعْتَدَّةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لِوَاحِدٍ، وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَقْتَضِي الِاسْتِبْرَاءَ فَيَتَوَقَّفُ نِكَاحُهُ عَلَيْهِ كَتَزْوِيجِهَا لِغَيْرِهِ **(وَلَوْ أَعْتَقَهَا)** سَيِّدُهَا **(أَوْ مَاتَ)** عَنْهَا **(وَهِيَ)** فِي الصُّورَتَيْنِ **(مُزَوَّجَةٌ)** أَوْ مُعْتَدَّةٌ **(فَلَا اسْتِبْرَاءَ)** يَجِبُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا لَهُ بَلْ لِلزَّوْجِ فَهِيَ كَغَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ، وَلِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لِحِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ، وَهُمَا مَشْغُولَتَانِ بِحَقِّ الزَّوْجِ بِخِلَافِهِمَا فِي عِدَّةِ وَطْءِ شُبْهَةٍ لِقُصُورِهَا عَنْ دَفْعِ الِاسْتِبْرَاءِ الَّذِي هُوَ مُقْتَضَى الْعِتْقِ وَالْمَوْتِ، وَلِأَنَّهُمَا لَمْ يَصِيرَا بِذَلِكَ فِرَاشًا لِغَيْرِ السَّيِّدِ

(وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا اسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ) كَمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ الْمُعْتَدَّةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لِوَاحِدٍ، وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَقْتَضِي الِاسْتِبْرَاءَ فَيَتَوَقَّفُ نِكَاحُهُ عَلَيْهِ كَتَزْوِيجِهَا لِغَيْرِهِ **(وَلَوْ أَعْتَقَهَا)** سَيِّدُهَا **(أَوْ مَاتَ)** عَنْهَا **(وَهِيَ)** فِي الصُّورَتَيْنِ **(مُزَوَّجَةٌ)** أَوْ مُعْتَدَّةٌ **(فَلَا اسْتِبْرَاءَ)** يَجِبُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا لَهُ بَلْ لِلزَّوْجِ فَهِيَ كَغَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ، وَلِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لِحِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ، وَهُمَا مَشْغُولَتَانِ بِحَقِّ الزَّوْجِ بِخِلَافِهِمَا فِي عِدَّةِ وَطْءِ شُبْهَةٍ لِقُصُورِهَا عَنْ دَفْعِ الِاسْتِبْرَاءِ الَّذِي هُوَ مُقْتَضَى الْعِتْقِ وَالْمَوْتِ، وَلِأَنَّهُمَا لَمْ يَصِيرَا بِذَلِكَ فِرَاشًا لِغَيْرِ السَّيِّدِ

(وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا اسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ) كَمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ الْمُعْتَدَّةَ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لِوَاحِدٍ، وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ يَقْتَضِي الِاسْتِبْرَاءَ فَيَتَوَقَّفُ نِكَاحُهُ عَلَيْهِ كَتَزْوِيجِهَا لِغَيْرِهِ **(وَلَوْ أَعْتَقَهَا)**-

……

سَيِّدُهَا **(أَوْ مَاتَ)** عَنْهَا **(وَهِيَ)** فِي الصُّورَتَيْنِ **(مُزَوَّجَةٌ)** أَوْ مُعْتَدَّةٌ **(فَلَا اسْتِبْرَاءَ)** يَجِبُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا لَهُ بَلْ لِلزَّوْجِ فَهِيَ كَغَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ، وَلِأَنَّ الِاسْتِبْرَاءَ لِحِلِّ الِاسْتِمْتَاعِ، وَهُمَا مَشْغُولَتَانِ بِحَقِّ الزَّوْجِ بِخِلَافِهِمَا فِي عِدَّةِ وَطْءِ شُبْهَةٍ لِقُصُورِهَا عَنْ دَفْعِ الِاسْتِبْرَاءِ الَّذِي هُوَ مُقْتَضَى الْعِتْقِ وَالْمَوْتِ، وَلِأَنَّهُمَا لَمْ يَصِيرَا بِذَلِكَ فِرَاشًا لِغَيْرِ السَّيِّدِ.

فَرْعٌ: لَوْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُسْتَوْلَدَةِ الْمُزَوَّجَةِ ثُمَّ مَاتَ زَوْجُهَا أَوْ مَاتَا مَعًا اعْتَدَّتْ كَالْحُرَّةِ لِتَأَخُّرِ سَبَبِ الْعِدَّةِ فِي الْأُولَى وَاحْتِيَاطًا لَهَا فِي الثَّانِيَةِ وَلَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعُدْ إِلَى فِرَاشِ السَّيِّدِ، وَإِنْ تَقَدَّمَ مَوْتُ الزَّوْجِ مَوْتَ سَيِّدِهَا اعْتَدَّتْ عِدَّةَ أَمَةٍ، وَلَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا إِنْ مَاتَ السَّيِّدُ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ كَمَا مَرَّ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ فَرَاغِ الْعِدَّةِ لَزِمَهَا الِاسْتِبْرَاءُ لِعَوْدِهَا فِرَاشًا لَهُ عَقِبَ الْعِدَّةِ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَوْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ مَاتَا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا نَظَرْتَ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتِهِمَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا فَمَا دُونَهَا لَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ عِنْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ - الَّذِي يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ بِسَبَبِهِ - زَوْجَةً إِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوَّلًا ، أَوْ مُعْتَدَّةً إِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوَّلًا ، وَلَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا فِي الْحَالَيْنِ كَمَا مَرَّ، وَيَلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَّ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مِنْ مَوْتِ الثَّانِي لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَوْتُ السَّيِّدِ أَوَّلًا فَتَكُونَ حُرَّةً عِنْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ جُهِلَ قَدْرُهُ لَزِمَهَا الْأَكْثَرُ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وَمِنْ حَيْضَةٍ لِاحْتِمَالِ تَقَدُّمِ مَوْتِ الزَّوْجِ فَتَكُونُ عِنْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ فِرَاشًا لَهُ فَيَلْزَمُهَا الِاسْتِبْرَاءُ، وَيُحْتَمَلُ تَقَدُّمُ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَتَكُونُ عِنْدَ مَوْتِ الزَّوْجِ حُرَّةً فَيَلْزَمُهَا الْعِدَّةُ فَوَجَبَ أَكْثَرُهُمَا لِتَخْرُجَ عَمَّا عَلَيْهَا بِيَقِينٍ **(وَهُوَ)** أَيْ قَدْرُ الِاسْتِبْرَاءِ يَحْصُلُ لِذَاتِ أَقْرَاءٍ **(بِقُرْءٍ، وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ)** بَعْدَ انْتِقَالِ الْمِلْكِ إِلَيْهِ **(فِي الْجَدِيدِ)** لِلْخَبَرِ السَّابِقِ، فَلَا يَكْفِي بَقِيَّةُ الْحَيْضَةِ الَّتِي وُجِدَ السَّبَبُ فِي أَثْنَائِهَا، وَتَنْتَظِرُ ذَاتُ الْأَقْرَاءِ. الْكَامِلَةِ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ كَالْمُعْتَدَّةِ، وَفِي الْقَدِيمِ

……

=

وَحُكِيَ عَنْ الْإِمْلَاءِ أَيْضًا وَهُوَ مِنَ الْجَدِيدِ أَنَّهُ الطُّهْرُ كَمَا فِي الْعِدَّةِ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْعِدَّةَ تَتَكَرَّرُ فِيهَا الْأَقْرَاءُ كَمَا مَرَّ فَتُعْرَفُ بَرَاءَةُ الرَّحِمِ بِالْحَيْضِ الْمُتَخَلِّلِ بَيْنَهَا، وَهُنَا لَا يَتَكَرَّرُ فَيُعْتَمَدُ الْحَيْضُ الدَّالُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ، وَإِنَّمَا لَمْ يُكْتَفَ بِبَقِيَّةِ الْحَيْضَةِ كَمَا أُكْتُفِيَ بِبَقِيَّةِ الطُّهْرِ فِي الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الطُّهْرِ تَسْتَعْقِبُ الْحَيْضَةَ الدَّالَّةَ عَلَى الْبَرَاءَةِ وَهَذَا يَسْتَعْقِبُ الطُّهْرَ، وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الْبَرَاءَةِ. وَذَاتُ أَشْهُرٍ بِشَهْرٍ، وَفِي قَوْلٍ بِثَلَاثَةٍ، وَحَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ أَوْ زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ بِوَضْعِهِ، وَإِنْ مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ فَقَدْ سَبَقَ أَنْ لَا اسْتِبْرَاءَ فِي الْحَالِ قُلْت: يَحْصُلُ الِاسْتِبْرَاءُ بِوَضْعِ حَمْلِ زِنًا فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وَذَاتُ أَشْهُرٍ) مِنْ صَغِيرَةٍ وَغَيْرِهَا يَحْصُلُ اسْتِبْرَاؤُهَا **(بِشَهْرٍ)** فَقَطْ فَإِنَّهُ كَقُرْءٍ فِي الْحُرَّةِ، فَكَذَا فِي الْأَمَةِ **(وَفِي قَوْلٍ)** يَحْصُلُ اسْتِبْرَاؤُهَا **(بِثَلَاثَةٍ)** مِنْ أَشْهُرٍ نَظَرًا؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لَا يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الرَّحِمِ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَجَرَى عَلَى ذَلِكَ صَاحِبُ التَّنْبِيهِ وَالْمُتَحَيِّرَةُ تُسْتَبْرَأُ بِشَهْرٍ أَيْضًا عَلَى الْأَوَّلِ **(وَ)** أَمَةٌ **(حَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ)** وَهِيَ الَّتِي مُلِكَتْ بِالسَّبْيِ لَا بِالشِّرَاءِ **(أَوْ)** أَمَةٌ حَائِلٌ غَيْرُ مَسْبِيَّةٍ وَلَكِنْ **(زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ)** لَهَا بِعِتْقِهِ لَهَا أَوْ مَوْتِهِ يَحْصُلُ اسْتِبْرَاؤُهَا **(بِوَضْعِهِ)** أَيْ الْحَمْلِ فِي الصُّورَتَيْنِ لِلْخَبَرِ السَّابِقِ **(وَإِنْ مُلِكَتْ)** حَامِلٌ **(بِشِرَاءٍ)** أَوْ نَحْوِهِ وَهِيَ فِي نِكَاحٍ أَوْ عِدَّةٍ **(فَقَدْ سَبَقَ)** عِنْدَ قَوْلِهِ: وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً **(أَنْ لَا اسْتِبْرَاءَ فِي الْحَالِ)** وَأَنَّهُ يَجِبُ بَعْدَ زَوَالِهَا فِي الْأَظْهَرِ فَلَا يَكُونُ الِاسْتِبْرَاءُ هُنَا بِالْوَضْعِ، لِأَنَّهُ إمَّا غَيْرُ وَاجِبٍ أَوْ مُؤَخَّرٌ عَنْ الْوَضْعِ **(قُلْت: يَحْصُلُ الِاسْتِبْرَاءُ بِوَضْعِ حَمْلٍ)** أَمَةٍ مِنْ **(زِنًا فِي الْأَصَحِّ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِعُمُومِ الْحَدِيثِ السَّابِقِ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ وَهِيَ حَاصِلَةٌ بِهِ، وَالثَّانِي: لَا يَحْصُلُ الِاسْتِبْرَاءُ بِهِ كَمَا لَا تَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ.

الْحَادِثِ لَا بِالْمُقَارِنِ، وَاكْتَفَوْا بِالْحَمْلِ الْمُقَارِنِ فَبِالْحَادِثِ أَوْلَى، قَالَ: وَقَدْ يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ أَشْهُرٍ وَحَمَلَتْ مِنْ الزِّنَا لَمْ يَحْصُلْ ـ

وَلَوْ مَضَى زَمَنُ اسْتِبْرَاءٍ بَعْدَ الْمِلْكِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ حُسِبَ إنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ وَكَذَا شِرَاءٍ فِي لْأَصَحِّ، لَا هِبَةٍ وَلَوْ اشْتَرَى مَجُوسِيَّةً فَحَاضَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ يَكْفِ وَيَحْرُمُ الِاسْتِمْتَاعُ بِالْمُسْتَبْرَأَةِ إلَّا مَسْبِيَّةً فَيَحِلُّ غَيْرُ وَطْءٍ وَقيل: لَا وَإِذَا قَالَتْ: حِضْت صُدِّقَتْ، وَلَوْ مَنَعَتْ السَّيِّدَ فَقَالَ: أَخْبَرْتني بِتَمَامِ الِاسْتِبْرَاءِ صُدِّقَ وَلَا تَصِيرُ أَمَةٌ فِرَاشًا إلَّا بِوَطْءٍ، فَإِذَا وَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنْ وَطْئِهِ لَحِقَهُ وَلَوْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ وَنَفَى الْوَلَدَ وَادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَلْحَقْهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ أَنْكَرَتْ الِاسْتِبْرَاءَ حُلِّفَ أَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ، وَقيل: يَجِبُ تَعَرُّضُهُ لِلِاسْتِبْرَاءِ وَلَوْ ادَّعَتْ اسْتِيلَادًا فَأَنْكَرَ أَصْلَ الْوَطْءِ، وَهُنَاكَ وَلَدٌ لَمْ يُحَلَّفْ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ قَالَ: وَطِئْتهَا وَعَزَلْت لَحِقَهُ فِي الْأَصَحِّ](١).

الِاسْتِبْرَاءُ بِمُضِيِّ شَهْرٍ، وَالْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْعُدَّةِ فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَصِحُّ كَلَامُهُ بِأَنَّ الْحَادِثَ كَالْمُقَارِنِ مَعَ قَوْلِهِ: إنَّهُ يَحْصُلُ بِشَهْرٍ مَعَ وُجُودِهِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بِاسْتِمْرَارِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ حَتَّى تَضَعَ فِيهِ، فَإِنَّ الِاسْتِبْرَاءَ إنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ كَمَا سَيَأْتِي عَلَى الْأَثَرِ.

(١) (وَلَوْ مَضَى زَمَنُ اسْتِبْرَاءٍ) عَلَى أَمَةٍ (بَعْدَ الْمِلْكِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ) (حُسِبَ) زَمَنُهُ (إنْ مَلَكَ) هَا (بِإِرْثٍ) لِأَنَّ الْمِلْكَ بِهِ مَقْبُوضٌ حُكْمًا، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ الْقَبْضُ حِسًّا بِدَلِيلِ صِحَّةِ بَيْعِهِ تَنْبِيهٌ: قَوْلُ ابْنِ الرِّفْعَةِ: مَحَلُّهُ أَنْ تَكُونَ مَقْبُوضَةً لِلْمُوَرِّثِ، أَمَّا لَوْ ابْتَاعَهَا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ قَبْضِهَا لَمْ يُعْتَدَّ بِاسْتِبْرَائِهَا إلَّا بَعْدَ أَنْ يَقْبِضَهَا الْوَارِثُ مَبْنِيٌّ عَلَى ضَعِيفٍ كَمَا يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ (وَكَذَا شِرَاءٍ) مُلِكَتْ بِهِ الْأَمَةُ وَنَحْوِهِ مِنْ الْمُعَاوَضَاتِ بَعْدَ لُزُومِهَا فَإِنَّهُ كَمِلْكِ الْأَمَةِ بِإِرْثٍ (فِي الْأَصَحِّ) لِأَنَّ الْمِلْكَ لَازِمٌ فَأَشْبَهَ مَا بَعْدَ الْقَبْضِ وَالثَّانِي: لَا يُحْسَبُ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ، أَمَّا إذَا جَرَى الِاسْتِبْرَاءُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَدُّ بِهِ إنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ، وَكَذَا لِلْمُشْتَرِي عَلَى الْأَصَحِّ لِضَعْفِ الْمِلْكِ، فَلَوْ قَيَّدَ الْمُصَنِّفُ الْمِلْكَ بِالتَّامِّ لَخَرَجَتْ هَذِهِ الصُّورَةُ فَإِنْ قِيلَ: قَدْ سَبَقَ فِي بَابِ الْخِيَارِ: أَنَّ الْخِيَارَ إذَا كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَقَطْ أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا وَيَلْزَمُ مِنْ حِلِّهِ الِاعْتِدَادُ بِالِاسْتِبْرَاءِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ.

……

أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْحِلِّ هُنَاكَ ارْتِفَاعُ التَّحْرِيمِ الْمُسْتَنِدِ لِضَعْفِ الْمِلْكِ وَانْقِطَاعُ سَلْطَنَةِ الْبَائِعِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِحَقِّهِ، وَإِنْ بَقِيَ التَّحْرِيمُ الْمُسْتَنِدُ لِضَعْفِ الْمِلْكِ، وَانْقِطَاعُ التَّحْرِيمِ لِمَعْنًى آخَرَ وَهُوَ الِاسْتِبْرَاءُ، وَقَدْ مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَى ذَلِكَ فِي بَابِ الْخِيَارِ **(لَا هِبَةٍ)** جَرَى الِاسْتِبْرَاءُ بَعْدَ عَقْدِهَا وَقَبْلَ قَبْضِهَا فَلَا يُعْتَدُّ بِهِ لِتَوَقُّفِ الْمِلْكِ فِيهَا عَلَى الْقَبْضِ كَمَا مَرَّ فِي بَابِهَا فَإِنْ قِيلَ: إنَّ عِبَارَةَ الْمُصَنِّفِ تُوهِمُ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ مِنْ صُوَرِ الِاسْتِبْرَاءِ بَعْدَ الْمِلْكِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهَا لَا تُمْلَكُ إلَّا الْقَبْضِ.

أُجِيبَ بِدَفْعِ ذَلِكَ، إذْ شَرْطُ الْعَطْفِ بِلَا أَنْ يَكُونَ مَا بَعْدَهَا غَيْرَ صَادِقٍ عَلَى مَا قَبْلَهَا كَمَا قَالَهُ السُّهَيْلِيُّ، وَتَقَدَّمَتْ الْإِشَارَةُ إلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِ الْمَتْنِ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ وَقِيلَ: طَاهِرٌ لَا طَهُورٌ الْقَبْضِ. أُجِيبَ بِدَفْعِ ذَلِكَ، إذْ شَرْطُ الْعَطْفِ بِلَا أَنْ يَكُونَ مَا بَعْدَهَا غَيْرَ صَادِقٍ عَلَى مَا قَبْلَهَا كَمَا قَالَهُ السُّهَيْلِيُّ، وَتَقَدَّمَتْ الْإِشَارَةُ إلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِ الْمَتْنِ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ وَقِيلَ: طَاهِرٌ لَا طَهُورٌ. **(وَلَوْ اشْتَرَى)** أَمَةً **(مَجُوسِيَّةً)** أَوْ نَحْوَهَا كَمُرْتَدَّةٍ **(فَحَاضَتْ)** أَوْ وُجِدَ مِنْهَا مَا يَحْصُلُ بِهِ الِاسْتِبْرَاءُ مِنْ وَضْعِ حَمْلٍ أَوْ مُضِيِّ شَهْرٍ لِغَيْرِ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ **(ثُمَّ أَسْلَمَتْ)** بَعْدَ انْقِضَاءِ ذَلِكَ أَوْ فِي أَثْنَائِهِ **(لَمْ يَكْفِ)** هَذَا الِاسْتِبْرَاءُ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَعْقِبُ حِلَّ الِاسْتِمْتَاعِ الَّذِي هُوَ الْقَصْدُ فِي الِاسْتِبْرَاءِ وَالثَّانِي يُكْتَفَى بِذَلِكَ لِوُقُوعِهِ فِي الْمِلْكِ الْمُسْتَقِرِّ تَنْبِيهٌ: يَلْتَحِقُ بِشِرَاءِ الْمَجُوسِيَّةِ وَنَحْوِهَا مَا لَوْ اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ جَارِيَةً وَكَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ وَطْؤُهَا وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ الِاسْتِبْرَاءِ، فَإِذَا زَالَ الدَّيْنُ بِقَضَاءٍ أَوْ إبْرَاءٍ لَمْ يَكْفِ مَا حَصَلَ مِنْ الِاسْتِبْرَاءِ قَبْلَهُ فِي الْأَصَحِّ، وَهَلْ يُعْتَدُّ بِاسْتِبْرَاءِ الْمَرْهُونَةِ فَلَا تَجِبُ إعَادَتُهُ بَعْدَ انْفِكَاكِ الرَّهْنِ أَوْ لَا؟ جَرَى ابْنُ الْمُقْرِي عَلَى الْأَوَّلِ تَبَعًا لِلرُّويَانِيِّ، وَجَرَى الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ عَلَى الثَّانِي تَبَعًا لِابْنِ الصَّبَّاغِ، وَهُوَ أَوْجَهُ، إذَا تَعَلَّقَ الْغُرَمَاءُ بِمَا فِي يَدِ الْعَبْدِ إنْ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ تَعَلُّقِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ.

كِتَابُ الرَّضَاعِ

قال المصنف: [بِلَبَنِ امْرَأَةٍ حَيَّةٍ بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ، وَلَوْ حَلَبَتْ فَأُوجِرَ بَعْدَ مَوْتِهَا حَرَّمَ فِي الْأَصَحِّ حَرَّمَ، وَلَوْ خُلِطَ بِمَائِعٍ حَرَّمَ إنْ غَلَبَ فَإِنْ غُلِبَ وَشَرِبَ الْكُلَّ قيل: أَوْ الْبَعْضَ حَرَّمَ فِي وَلَوْ جُبِّنَ أَوْ نُزِعَ مِنْهُ زُبْدٌ الْأَظْهَرِ، وَيُحَرِّمُ إيجَارٌ وَكَذَا إسْعَاطٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا حُقْنَةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَشَرْطُهُ: رَضِيعٌ حَيٌّ لَمْ يَبْلُغْ سَنَتَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: ابْتِدَاءُ الْحَوْلَيْنِ مِنْ تَمَامِ انْفِصَالِ الرَّضِيعِ كَمَا فِي نَظَائِرِهِ، فَإِنْ ارْتَضَعَ قَبْلَ تَمَامِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، وَضَبْطُهُنَّ بِالْعُرْفِ فَلَوْ قَطَعَ إعْرَاضًا تَعَدَّدَ، أَوْ لِلَّهْوِ وَعَادَ فِي الْحَالِ أَوْ تَحَوَّلَ مِنْ ثَدْيٍ إلَى ثَدْيٍ فَلَا. وَلَوْ حَلَبَ مِنْهَا دَفْعَةً وَأَوْجَرَهُ خَمْسًا أَوْ عَكْسُهُ فَرَضْعَةٌ، وَفِي قَوْلٍ خَمْسٌ وَلَوْ شُكَّ هَلْ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي حَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدُ؟ فَلَا تَحْرِيمَ، وَفِي الثَّانِيَة قَوْلٌ، أَوْ وَجْهٌ، وَتَصِيرِ الْمُرْضِعَةُ أُمَّهُ، وَالَّذِي مِنْهُ اللَّبَنُ أَبَاهُ، وَتَسْرِي الْحُرْمَةُ إلَى أَوْلَادِهِ، وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسٌ مُسْتَوْلَدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأُمُّ وَلَدٍ فَرَضَعَ طِفْلٌ مِنْ كُلٍّ رَضْعَةً صَارَ ابْنَهُ فِي الْأَصَحِّ فَيَحْرُمْنَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُنَّ مَوْطُوآتُ أَبِيهِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ بَنَاتٌ أَوْ أَخَوَاتٌ فَلَا حُرْمَةَ فِي الْأَصَحِّ وَآبَاءُ الْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَجْدَادٌ لِلرَّضِيعِ، وَأُمَّهَاتُهَا جَدَّاتُهُ، وَأَوْلَادُهَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ إخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَإِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا أَخْوَالُهُ وَخَالَاتُهُ، وَأَبُو اللَّبَنِ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ وَكَذَا الْبَاقِي، وَاللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إلَيْهِ وَلَدٌ نَزَلَ بِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ لَا زِنًا، وَلَوْ نَفَاهُ بِلِعَانٍ انْتَفَى اللَّبَنُ عَنْهُ وَلَوْ وَطِئَت مَنْكُوحَةٌ بِشُبْهَةٍ، أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ فَاللَّبَنُ لِمَنْ لَحِقَهُ الْوَلَدُ بِقَائِفٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَا تَنْقَطِعُ نِسْبَةُ اللَّبَنِ عَنْ زَوْجٍ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ، وَإِنْ طَالَتْ الْمُدَّةُ أَوْ انْقَطَعَ وَعَادَ فَإِنْ نَكَحَتْ آخَرَ وَوَلَدَتْ مِنْهُ فَاللَّبَنُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ لَهُ وَقَبْلَهَا لِلْأَوَّلِ إنْ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتَ ظُهُورِ لَبَنِ حَمْلِ الثَّانِي، وَكَذَا إنْ دَخَلَ، وَفِي قَوْلٍ لِلثَّانِي وَفِي قَوْلٍ لَهُمَا(١).

---

(١) ثُمَّ شَرَعَ فِي الرُّكْنِ الثَّالِثِ، وَهُوَ الرَّضِيعُ، فَقَالَ (وَشَرْطُهُ) أَيْ رُكْنُهُ۔

=

(رَضِيعٌ) وَلَهُ شُرُوطٌ شَرَعَ فِي ذِكْرِهَا بِقَوْلِهِ (حَيٌّ) حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً فَلَا أَثَرَ لِوُصُولِ اللَّبَنِ إلَى جَوْفِ الْمَيِّتِ بِالِاتِّفَاقِ لِخُرُوجِهِ عَنْ التَّغْذِيَةِ وَنَبَاتِ اللَّحْمِ، وَكَذَا إذَا انْتَهَى إلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ، فَإِنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَيِّتِ تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَشَرْطُهُ حَيَاةُ رَضِيعٍ لَاسْتَغْنَى عَمَّا قَدَّرْته (لَمْ يَبْلُغْ سَنَتَيْنِ) بِالْأَهِلَّةِ، فَإِنْ انْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ ثُمَّ عَدَّهُ ثَلَاثِينَ مِنْ الشَّهْرِ الْخَامِسِ وَالْعِشْرِينَ، فَإِنْ بَلَغَهُمَا لَمْ يُحَرِّمْ ارْتِضَاعُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)** جَعَلَ تَمَامَ الرَّضَاعَةِ فِي الْحَوْلَيْنِ فَأَفْهَمَ بِأَنَّ الْحُكْمَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ بِخِلَافِهِ، وَلِخَبَرِ: «لَا رَضَاعَ إلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ» رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيّ وَغَيْرُهُ. وَمَا فِي مُسْلِمٍ «أَنَّ امْرَأَةَ أَبِي حُذَيْفَةَ قَالَتْ يَا رَسُولَ الله: إنَّ سَالِمًا يَدْخُلُ عَلَيَّ وَهُوَ رَجُلٌ وَفِي نَفْسِ أَبِي حُذَيْفَةَ مِنْهُ شَيْءٌ، فَقَالَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَرْضِعِيهِ أَيْ خَمْسَ رَضَعَاتٍ حَتَّى يَدْخُلَ عَلَيْك» فَهُوَ رُخْصَةٌ خَاصَّةٌ بِسَالِمٍ كَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ، وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: لَيْسَ يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مَنْسُوخًا أَوْ خَاصًّا بِسَالِمٍ كَمَا قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ وَسَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُنَّ بِالْخَاصِّ وَالْعَامِّ، وَالنَّاسِخِ وَالْمَنْسُوخِ أَعْلَمُ.

تَنْبِيهٌ: ابْتِدَاءُ الْحَوْلَيْنِ مِنْ تَمَامِ انْفِصَالِ الرَّضِيعِ كَمَا فِي نَظَائِرِهِ، فَإِنْ ارْتَضَعَ قَبْلَ تَمَامِهِ لَمْ يُؤَثِّرْ، وَقَوْلُ الزَّرْكَشِيّ: وَالْأَشْبَهُ تَرْجِيعُ التَّأْثِيرِ لِوُجُودِ الرَّضَاعِ حَقِيقَةً، وَهُوَ قِيَاسُ مَا صَحَّحَهُ فِيمَنْ انْفَصَلَ بَعْضُهُ فَحَزَّ جَانٍ رَقَبَتَهُ وَهُوَ حَيٌّ مِنْ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِالْقَوَدِ أَوْ الدِّيَةِ، وَعَلَيْهِ تُحْسَبُ الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ ارْتَضَعَ مَمْنُوعٌ لِمَا فِيهِ مِنْ ارْتِكَابِ إحْدَاثِ قَوْلٍ ثَالِثٍ، إذْ الْمَحْكِيُّ فِي ابْتِدَاءِ الْمُدَّةِ وَجْهَانِ: ابْتِدَاءُ الْخُرُوجِ وَانْتِهَاؤُهُ، وَبِذَلِكَ فَارَقَ مَسْأَلَةَ الْحَزِّ مَعَ أَنَّهَا خَارِجَةٌ عَنْ نَظَائِرِهَا عَلَى اضْطِرَابٍ فِيهَا اسْتِصْحَابًا =

لِلضَّمَانِ فِي الْجُمْلَةِ، إِذْ الْجَنِينُ يُضْمَنُ بِالْغُرَّةِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ تَمَّ الْحَوْلَانِ فِي الرَّضْعَةِ الْأَخِيرَةِ لَا تَحْرِيمَ وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ الْأُمِّ وَغَيْرِهِ، وَلَكِنَّ الْمَذْهَبَ كَمَا فِي التَّهْذِيبِ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي أَنَّهُ يُحَرِّمُ لِأَنَّ مَا يَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ فِي كُلِّ رَضْعَةٍ غَيْرُ مُقَدَّرٍ كَمَا قَالُوا لَوْ لَمْ يَحْصُلْ فِي جَوْفِهِ إِلَّا خَمْسُ قَطَرَاتٍ فِي كُلِّ رَضْعَةٍ قَطْرَةٌ حَرَّمَ **(وَخَمْسُ رَضَعَاتٍ)** لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ «عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهَا كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ الله فِي الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ فَنُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ» أَيْ يُتْلَى حُكْمُهُنَّ أَوْ يَقْرَؤُهُنَّ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ النَّسْخُ لِقُرْبِهِ وَقِيلَ: يَكْفِي رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى **(وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ)** وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ السُّنَّةَ تُثْبِتُ كَآيَةِ السَّرِقَةِ، وَلَمْ يَأْخُذْ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ فِي هَذَا بِقَاعِدَتِهِ وَهِيَ الْأَخْذُ بِأَقَلِّ مَا قِيلَ؛ لِأَنَّ شَرْطَ ذَلِكَ عِنْدَهُ.

أَنْ لَا يَجِدَ دَلِيلًا سِوَاهُ، وَالسُّنَّةُ نَاصَّةٌ عَلَى الْخَمْسِ؛ لِأَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْهَا لَمَّا أَخْبَرَتْ أَنَّ التَّحْرِيمَ بِالْعَشَرَةِ مَنْسُوخٌ بِالْخَمْسِ دَلَّ عَلَى ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ بِالْخَمْسِ لَا بِمَا دُونَهَا، وَلَوْ وَقَعَ التَّحْرِيمُ بِأَقَلَّ مِنْهَا بَطَلَ أَنْ يَكُونَ الْخَمْسُ نَاسِخًا وَصَارَ مَنْسُوخًا كَالْعَشْرِ، فَإِنْ قِيلَ: الْقُرْآنُ لَا يَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ فَلَا يُحْتَجُّ بِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يُثْبِتْهُ قُرْآنًا بِخَبَرِ الْوَاحِدِ لَكِنْ ثَبَتَ حُكْمُهُ وَالْعَمَلُ بِهِ، فَالْقِرَاءَةُ الشَّاذَّةُ تُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الْخَبَرِ، وَقِيلَ: يَكْفِي ثَلَاثُ رَضَعَاتٍ لِمَفْهُومِ خَبَرِ مُسْلِمٍ «لَا تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ وَلَا الرَّضْعَتَانِ» وَإِنَّمَا قُدِّمَ مَفْهُومُ الْخَبَرِ الْأَوَّلِ عَلَى هَذَا لِاعْتِضَادِهِ بِالْأَصْلِ، وَهُوَ عَدَمُ التَّحْرِيمِ، وَلَا يُشْتَرَطُ اتِّفَاقُ صِفَاتِ الرَّضَعَاتِ بَلْ لَوْ أُوجِرَ مَرَّةً

وَسُعِطَ وَارْتَضَعَ مَرَّةً وَأَكَلَ مِمَّا صُنِعَ مِنْهُ مَرَّتَيْنِ ثَبَتَ التَّحْرِيمُ قِيلَ: الْحِكْمَةُ فِي كَوْنِ التَّحْرِيمِ بِخَمْسٍ أَنَّ الْحَوَاسَّ الَّتِي هِيَ سَبَبُ الْإِدْرَاكِ خَمْسٌ تَنْبِيهٌ: ضَادُ رَضَعَاتٍ مَفْتُوحَةٌ لِمَا تَقَرَّرَ فِي عِلْمِ النَّحْوِ أَنَّ فَعْلَةً عَلَمًا كَانَتْ أَوْ مَصْدَرًا تُفْتَحُ عَيْنُهَا فِي الْجَمْعِ، نَحْوُ ظَبَيَاتٍ وَحَسَرَاتٍ، وَإِنْ كَانَتْ صِفَةً سُكِّنَتْ عَيْنُهَا كَعَضْبَاتٍ **(وَ)** الْخَمْسُ رَضَعَاتٍ **(ضَبْطُهُنَّ بِالْعُرْفِ)** إِذْ لَا ضَابِطَ لَهَا فِي اللُّغَةِ وَلَا فِي الشَّرْعِ فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ كَالْحِرْزِ فِي السَّرِقَةِ، فَمَا قُضِيَ بِكَوْنِهِ رَضْعَةً أَوْ رَضَعَاتٍ اُعْتُبِرَ وَإِلَّا فَلَا **(فَلَوْ قَطَعَ)** الرَّضِيعُ الِارْتِضَاعَ بَيْنَ كُلٍّ مِنَ الْخَمْسِ **(إِعْرَاضًا)** عَنِ الثَّدْيِ **(تَعَدَّدَ)** عَمَلًا بِالْعُرْفِ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِي الصَّدْرِ حَكَّةٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: لَوْ طَارَتْ قَطْرَةٌ إِلَى فِيهِ وَاخْتَلَطَتْ بِرِيقِهِ وَعَبَرَتْهُ عُدَّ رَضْعَةً، وَمِثْلُهُ إِسْعَاطُ قَطْرَةٍ، وَقَدْ ضَبَطُوا ذَلِكَ بِالْعُرْفِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ لَا يَعُدُّونَ هَذَا رَضْعَةً، وَكَيْفَ هَذَا مَعَ وُرُودِ الْخَبَرِ «أَنَّ الرَّضَاعَ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَرَ الْعَظْمَ» انتهى.

وَهَذَا نَظِيرُ قَوْلِهِمْ فِي بُدُوِّ الصَّلَاحِ: يُكْتَفَى فِيهِ بِثَمَرَةٍ وَاحِدَةٍ، وَفِي اشْتِدَادِ الْحَبِّ بِسُنْبُلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَحَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهَا ضَابِطٌ بِقِلَّةٍ وَلَا بِكَثْرَةٍ اعْتَبَرْنَا أَقَلَّ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ، وَمَا أَجَابَ بِهِ الْغَزِّيُّ مِنْ أَنَّ أَقَلَّ الرَّضْعَةِ لَا حَدَّ لَهُ، وَالضَّبْطُ إِنَّمَا هُوَ لِكَثْرَتِهَا مَمْنُوعٌ تَنْبِيهٌ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ يَقْتَضِي أَنَّهَا لَوْ قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَةُ لِشُغْلٍ وَأَطَالَتْهُ ثُمَّ عَادَ لَمْ يُعْتَدَّ بِذَلِكَ رَضْعَةً، وَهُوَ مَا جَرَى عَلَيْهِ صَاحِبُ التَّنْبِيهِ كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ إِلَّا مَرَّةً فَقَطَعَ عَلَيْهِ إِنْسَانٌ الْأَكْلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ثُمَّ عَادَ وَأَكَلَ بَعْدَ تَمَكُّنِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ أَنَّهُ يُعْتَدُّ بِهِ؛ لِأَنَّ الرَّضَاعَ يُعْتَبَرُ فِيهِ فِعْلُ الْمُرْضِعَةِ وَالرَّضِيعِ عَلَى الِانْفِرَادِ بِدَلِيلِ مَا لَوْ ارْتَضَعَ مِنِ امْرَأَةٍ ـ

نَائِمَةٍ أَوْ أَوْجَرَتْهُ لَبَنًا وَهُوَ نَائِمٌ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يُعْتَدَّ بِقَطْعِهَا كَمَا يُعْتَدُّ بِقَطْعِهِ **(أَوْ)** قَطَعَهُ **(لِلَّهْوِ)** أَوْ نَحْوِهِ كَنَوْمَةٍ خَفِيفَةٍ أَوْ تَنَفُّسٍ أَوْ ازْدِرَادِ مَا جَمَعَهُ مِنَ اللَّبَنِ فِي فَمِهِ **(وَعَادَ فِي الْحَالِ)** فَلَا تَعَدُّدَ بَلْ الْكُلُّ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ طَالَ لَهْوُهُ أَوْ نَوْمُهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّدْيُ، فِي فَمِهِ فَرَضْعَةٌ، وَإِلَّا فَرَضْعَتَانِ، فَتَقْيِيدُ الرَّوْضَةِ مَسْأَلَةَ اللَّهْوِ. بِبَقَاءِ الثَّدْيِ فِي فَمِهِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إذَا لَمْ يُطِلْ، فَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الثَّدْيُ فِي فَمِهِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمُخْتَصَرِ، وَيُفْهِمُهُ إطْلَاقُ الْمَتْنِ **(أَوْ تَحَوَّلَ)** الرَّضِيعُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِتَحْوِيلِ الْمُرْضِعَةِ فِي الْحَالِ **(مِنْ ثَدْيٍ إلَى ثَدْيٍ)** آخَرَ أَوْ قَطَعَتْهُ الْمُرْضِعَةُ لِشُغْلٍ خَفِيفٍ ثُمَّ عَادَتْ **(فَلَا)** تَتَعَدَّدُ حِينَئِذٍ، فَإِنْ لَمْ تَتَحَوَّلْ فِي الْحَالِ تَعَدَّدَ الْإِرْضَاعُ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ مَا ذُكِرَ فِي الْمُرْضِعَةِ الْوَاحِدَةِ أَمَّا إذَا تَحَوَّلَ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ إلَى ثَدْيِ أُخْرَى فِي الْحَالِ فَإِنَّهُ يَتَعَدَّدُ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الرَّضْعَةَ أَنْ يَتْرُكَ الثَّدْيَ وَلَا يَعُودَ إلَيْهِ إلَّا بَعْدَ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ وَقَدْ وُجِدَ فَائِدَةٌ: الثَّدْيُ بِفَتْحِ الثَّاءِ يُذَكَّرُ وَيُؤَنَّثُ، وَالتَّذْكِيرُ أَشْهَرُ، وَيَكُونُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، وَلَكِنَّ اسْتِعْمَالَهُ فِي الْمَرْأَةِ أَكْثَرُ حَتَّى إنَّ بَعْضَهُمْ خَصَّهُ بِهَا .**(وَلَوْ حُلِبَ مِنْهَا)** لَبَنٌ **(دَفْعَةً وَأُوجِرَهُ)** أَيْ وَصَلَ إلَى جَوْفِ الرَّضِيعِ أَوْ دِمَاغِهِ بِإِيجَارٍ أَوْ إسْعَاطٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ **(خَمْسًا)** أَيْ خَمْسَ مَرَّاتٍ **(أَوْ عَكْسُهُ)** بِأَنْ حُلِبَ مِنْهَا خَمْسًا وَأُوجِرَ الرَّضِيعُ دَفْعَةً **(فَرَضْعَةٌ)** وَاحِدَةٌ فِي الصُّورَتَيْنِ اعْتِبَارًا فِي الْأُولَى بِحَالَةِ الِانْفِصَالِ مِنْ الثَّدْيِ، وَفِي الثَّانِيَةِ بِحَالَةِ وُصُولِهِ إلَى جَوْفِهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً **(وَفِي قَوْلٍ خَمْسٌ)** فِيهِمَا تَنْزِيلًا فِي الْأُولَى لِلْإِنَاءِ مَنْزِلَةَ الثَّدْيِ، وَنَظَرًا فِي الثَّانِي إلَى حَالَةِ الِانْفِصَالِ مِنْ الثَّدْيِ أَمَّا لَوْ حُلِبَ مِنْهَا خَمْسَ دَفَعَاتٍ وَأُوجِرَهُ فِي خَمْسِ دَفَعَاتٍ مِنْ غَيْرِ خَلْطٍ فَهُوَ خَمْسٌ

قَطْعًا، وَإِنْ خُلِطَ ثُمَّ فُرِّقَ وَأُوجِرَهُ خَمْسَ دَفَعَاتٍ فَخَمْسٌ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ بِالْخَلْطِ صَارَ كَالْمَحْلُوبِ دَفْعَةً وَلَوْ شُكَّ هَلْ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي حَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدُ؟ فَلَا تَحْرِيمَ، وَفِي الثَّانِيَةِ قَوْلٌ، أَوْ وَجْهٌ، وَتَصِيرُ الْمُرْضِعَةُ أُمَّهُ، وَالَّذِي مِنْهُ اللَّبَنُ أَبَاهُ، وَتَسْرِي الْحُرْمَةُ إِلَى أَوْلَادِهِ، وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسٌ مُسْتَوْلَدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأُمُّ وَلَدٍ فَرَضَعَ طِفْلٌ مِنْ كُلٍّ رَضْعَةً صَارَ ابْنَهُ فِي الْأَصَحِّ فَيَحْرُمْنَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُنَّ مَوْطُوآتُ أَبِيهِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْمُسْتَوْلَدَاتِ بَنَاتٌ أَوْ أَخَوَاتٌ فَلَا حُرْمَةَ فِي الْأَصَحِّ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: مِنْهَا فَرَضَ الْخِلَافَ فِي الْوَاحِدَةِ، فَلَوْ حُلِبَ خَمْسُ نِسْوَةٍ فِي إِنَاءٍ وَأُوجِرَهُ الطِّفْلُ دَفْعَةً وَاحِدَةً حُسِبَ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ رَضْعَةٌ، وَإِنْ أُوجِرَهُ فِي خَمْسِ دَفَعَاتٍ فَكَذَلِكَ عَلَى الْأَصَحِّ وَقِيلَ: خَمْسٌ (وَ) لَا بُدَّ مِنْ تَيَقُّنِ الْخَمْسِ رَضَعَاتٍ وَتَيَقُّنِ كَوْنِ الرَّضِيعِ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ فَعَلَى هَذَا **(لَوْ شُكَّ)** فِي رَضِيعٍ **(هَلْ رَضَعَ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي حَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدُ)** أَيْ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، أَوْ فِي دُخُولِ اللَّبَنِ جَوْفَهُ أَوْ دِمَاغَهُ، أَوْ فِي أَنَّهُ لَبَنُ امْرَأَةٍ أَوْ بَهِيمَةٍ، أَوْ فِي أَنَّهُ حُلِبَ فِي حَيَاتِهَا؟ **(فَلَا تَحْرِيمَ)** لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ذُكِرَ، وَلَا يَخْفَى الْوَرَعُ **(وَفِي)** الْمَسْأَلَةِ **(الثَّانِيَةِ)** فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ **(قَوْلٌ أَوْ وَجْهٌ)** بِالتَّحْرِيمِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْحَوْلَيْنِ، وَرَجَّحَ الشَّرْحُ الصَّغِيرُ أَنَّهُ قَوْلٌ تَنْبِيهٌ: كَلَامُهُ يُشْعِرُ بِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي الْأُولَى وَهُوَ كَذَلِكَ (وَ) اعْلَمْ أَنَّ الْحُرْمَةَ تَسْرِي مِنَ الْمُرْضِعَةِ وَالْفَحْلِ إِلَى أُصُولِهِمَا وَفُرُوعِهِمَا وَحَوَاشِيهِمَا، وَمِنَ الرَّضِيعِ إِلَى فُرُوعِهِ فَقَطْ إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ وَوُجِدَتِ الشُّرُوطُ الْمَذْكُورَةُ فَنَقُولُ **(تَصِيرُ الْمُرْضِعَةُ)** بِذَلِكَ **(أُمَّهُ)** بِنَصِّ الْقُرْآنِ **(وَالَّذِي مِنْهُ اللَّبَنُ)** الْمُحْتَرَمُ وَهُوَ الْفَحْلُ **(أَبَاهُ، وَتَسْرِي)** أَيْ تَنْتَشِرُ **(الْحُرْمَةُ)** مِنَ الرَّضِيعِ **(إِلَى أَوْلَادِهِ)** فَقَطْ كَمَا مَرَّ، -

سَوَاءٌ أَكَانُوا مِنَ النَّسَبِ أَمْ مِنَ الرَّضَاعِ، وَلِذَلِكَ احْتَرَزَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: أَوْلَادِهِ ▪ عَنْ آبَائِهِ وَإِخْوَتِهِ، فَلَا تَسْرِي الْحُرْمَةُ إِلَيْهِمْ، فَلِأَبِيهِ وَأَخِيهِ نِكَاحُ الْمُرْضِعَةِ وَبَنَاتِهَا، وَلِزَوْجِ الْمُرْضِعَةِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِأُمِّ الطِّفْلِ وَأُخْتِهِ قَالَ الْجُرْجَانِيُّ فِي الْمُعَايَاةِ: وَإِنَّمَا كَانَتْ الْحُرْمَةُ الْمُنْتَشِرَةُ مِنْهَا أَيْ الْمُرْضِعَةِ إِلَيْهِ أَيْ الطِّفْلِ أَعَمَّ مِنَ الْحُرْمَةِ الْمُنْتَشِرَةِ.

مِنْهُ إِلَيْهَا؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ بِفِعْلِهَا أَيْ غَالِبًا، فَكَانَ التَّأْثِيرُ أَكْثَرَ، وَلَا صُنْعَ لِلطِّفْلِ فِيهِ: أَيْ غَالِبًا، فَكَانَ تَأْثِيرُ التَّحْرِيمِ فِيهِ أَخَصَّ انتهى.

وَلَمَّا كَانَ اللَّبَنُ لِلْفَحْلِ كَانَ كَالْأُمِّ تَنْبِيهٌ: جَعَلَ الشَّارِحُ ضَمِيرَ أَوْلَادِهِ لِلْفَحْلِ وَالْأَوْلَى عَوْدُهُ لِلرَّضِيعِ كَمَا تَقَرَّرَ، بَلْ قَالَ ابْنُ قَاسِمٍ: إِنَّ مَا فَعَلَهُ الشَّارِحُ سَهْوٌ **(وَ)** اعْلَمْ أَنَّهُ لَا تَلَازُمَ بَيْنَ الْأُبُوَّةِ وَالْأُمُومَةِ فَقَدْ تُوجَدُ الْأُمُومَةُ دُونَ الْأُبُوَّةِ كَبِكْرٍ دَرَّ لَهَا لَبَنٌ أَوْ ثَيِّبٍ لَا زَوْجَ لَهَا، وَقَدْ تُوجَدُ الْأُبُوَّةُ دُونَ الْأُمُومَةِ، إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ فَنَقُولُ **(لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسٌ مُسْتَوْلَدَاتٍ أَوْ)** لَهُ **(أَرْبَعُ نِسْوَةٍ)** دَخَلَ بِهِنَّ **(وَأُمُّ وَلَدٍ فَرَضَعَ طِفْلٌ مِنْ كُلٍّ رَضْعَةً)** وَلَوْ مُتَوَالِيًا **(صَارَ ابْنَهُ فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّ لَبَنَ الْجَمِيعِ مِنْهُ **(فَيَحْرُمْنَ عَلَيْهِ)** أَيْ عَلَى الطِّفْلِ **(لِأَنَّهُنَّ مَوْطُوآتُ أَبِيهِ)** لَا لِكَوْنِهِنَّ أُمَّهَاتٍ لَهُ، وَالثَّانِي لَا يَصِيرُ ابْنَهُ؛ لِأَنَّ الْأُبُوَّةَ تَابِعَةٌ لِلْأُمُومَةِ وَلَمْ تَحْصُلْ **(وَلَوْ كَانَ)** لِلرَّجُلِ **(بَدَلُ الْمُسْتَوْلَدَاتِ بَنَاتٍ أَوْ أَخَوَاتٍ)** فَرَضَعَ طِفْلٌ مِنْ كُلٍّ رَضْعَةً **(فَلَا حُرْمَةَ)** بَيْنَ الرَّجُلِ وَالطِّفْلِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّ الْجُدُودَةَ لِلْأُمِّ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَالْخُؤُولَةَ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ إِنَّمَا يَثْبُتَانِ بِتَوَسُّطِ الْأُمُومَةِ، وَلَا أُمُومَةَ هُنَا، وَالثَّانِي: تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ تَنْزِيلًا لِلْبَنَاتِ أَوْ الْأَخَوَاتِ مَنْزِلَةَ الْوَاحِدَةِ أَيْ مَنْزِلَةَ مَا لَوْ كَانَ لَهُ بِنْتٌ أَوْ أُخْتٌ أَرْضَعَتْ الطِّفْلَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ.

فَرْعٌ: لَوْ ارْتَضَعَتْ صَغِيرَةٌ تَحْتَ رَجُلٍ مِنْ كُلٍّ مِنْ مَوْطُوآتِهِ الْخَمْسِ ـ

……

= رَضْعَةً وَاللَّبَنُ لِغَيْرِهِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ قَالَ ابْنُ الْمُقْرِي لِكَوْنِهَا رَبِيبَتَهُ، وَأَقَرَّهُ شَيْخُنَا عَلَى ذَلِكَ فِي شَرْحِهِ وَقَالَ نَقَلَهُ الْأَصْلُ عَنْ ابْنِ الْقَاصِّ انتهى. وَفِيهِ نَظَرٌ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّ الْأُمُومَةَ لَمْ تَثْبُتْ فَلَا تَكُونُ رَبِيبَةً، وَلَعَلَّ هَذِهِ مَقَالَةٌ لِابْنِ الْقَاصِّ **(وَآبَاءُ الْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَجْدَادٌ لِلرَّضِيعِ)** لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْحُرْمَةَ تَسْرِي إلَى أُصُولِهَا، فَلَوْ كَانَ الرَّضِيعُ أُنْثَى حُرِّمَ عَلَيْهِمْ نِكَاحُهَا **(وَأُمَّهَاتُهَا)** مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ **(جَدَّاتُهُ)** لِمَا مَرَّ، فَلَوْ كَانَ الرَّضِيعُ ذَكَرًا حُرِّمَ عَلَيْهِ نِكَاحُهُنَّ **(وَأَوْلَادُهَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ إخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ)** لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْحُرْمَةَ تَسْرِي إلَى فُرُوعِهَا **(وَإِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا)** مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ **(أَخْوَالُهُ وَخَالَاتُهُ)** لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْحُرْمَةَ تَسْرِي إلَى حَوَاشِيهَا فَيَحْرُمُ التَّنَاكُحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ، وَكَذَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ، بِخِلَافِ أَوْلَادِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُ أَخْوَالِهِ وَخَالَاتِهِ **(وَأَبُو ذِي)** أَيْ صَاحِبِ **(اللَّبَنِ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ)** أَيْ الرَّضِيعِ **(وَكَذَا الْبَاقِي)** مِنْ أَقَارِبِ صَاحِبِ اللَّبَنِ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ فَأُمُّهُ جَدَّتُهُ وَأَوْلَادُهُ إخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَإِخْوَتُهُ أَعْمَامُهُ وَعَمَّاتُهُ لِمَا مَرَّ، أَنَّ الْحُرْمَةَ تَسْرِي إلَى أُصُولِ صَاحِبِ اللَّبَنِ وَفُرُوعِهِ وَحَوَاشِيهِ **(وَاللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إلَيْهِ وَلَدٌ)** أَوْ سِقْطٌ **(نَزَلَ)** أَيْ دَرَّ اللَّبَنُ **(بِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ وَطْءِ شُبْهَةٍ)** كَمَا فِي الْوَلَدِ اتِّبَاعًا لِلرَّضَاعِ بِالنَّسَبِ، وَالنَّسَبُ فِيهِ ثَابِتٌ، فَقَوْلُ ابْنِ الْقَاصِّ: يُشْتَرَطُ فِي حُرْمَةِ الرَّضَاعِ فِي حَقِّ مَنْ يُنْسَبُ إلَيْهِ الْوَلَدُ إقْرَارُهُ بِالْوَطْءِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَحِقَهُ الْوَلَدُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ لَمْ تَثْبُتْ الْحُرْمَةُ مُخَالِفٌ لِمَا ذُكِرَ وَالظَّاهِرُ كَلَامُ الْجُمْهُورِ فَالْمُعْتَمَدُ خِلَافُهُ. تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ لَوْ ثَارَ لِلْمَرْأَةِ لَبَنٌ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا الزَّوْجُ أَوْ بَعْدَ الْإِصَابَةِ وَلَمْ تَحْبَلْ ثُبُوتُ حُرْمَةِ الرَّضَاعِ فِي حَقِّهَا دُونَ الزَّوْجِ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ فِيمَا قَبْلَ=

……………………………………………………………

الْإِصَابَةِ وَقَالَ فِيمَا بَعْدَ الْإِصَابَةِ وَقَبْلَ الْحَمْلِ: الْمَذْهَبُ ثُبُوتُهُ فِي حَقِّهَا دُونَهُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي رِوَايَةِ حَرْمَلَةَ ثَبَتَ فِي حَقِّهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ ثَوَّرَ أَعْضَاءَهَا بِالْوَطْءِ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ انتهى. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَعَلَيْهِ اقْتَصَرَ فِي الْكَافِي، وَنَقَلَهُ الْأَذْرَعِيُّ عَنْ فُرُوعِ ابْنِ الْقَطَّانِ، وَلَمْ يَذْكُرْ كَلَامَ الْقَاضِي وَصَاحِبِ الْكَافِي فَإِنْ قِيلَ: كَانَ يَنْبَغِي لِلْمُصَنِّفِ أَنْ يَقُولَ: أَوْ مِلْكِ يَمِينٍ، فَإِنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ كَالْوَلَدِ بِالنِّكَاحِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ اسْتَغْنَى عَنْهُ بِمَا ذَكَرَهُ قَبْلُ: أَنَّ الْمُسْتَوْلَدَةَ كَالزَّوْجَةِ **(لَا)** بِوَطْءِ **(زِنًا)** فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الزَّانِي نِكَاحُ صَغِيرَةٍ ارْتَضَعَتْ بِلَبَنِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ، لَكِنْ يُكْرَهُ لَهُ نِكَاحُهَا كَنِكَاحِ بِنْتِهِ مِنَ الزِّنَا **(وَلَوْ نَفَاهُ)** أَيْ نَفَى مَنْ نُسِبَ إِلَيْهِ الْوَلَدُ الْوَلَدَ **(بِلِعَانٍ انْتَفَى اللَّبَنُ)** النَّازِلُ بِهِ كَالنَّسَبِ **(عَنْهُ)** فَلَوْ ارْتَضَعَتْ بِهِ صَغِيرَةٌ حَلَّتْ لِلنَّافِي، وَلَوْ عَادَ وَاسْتَلْحَقَ الْوَلَدَ بَعْدَ اللِّعَانِ لَحِقَهُ الرَّضِيعُ أَيْضًا.

(وَلَوْ وُطِئَتْ مَنْكُوحَةٌ) أَيْ وَطِئَهَا وَاحِدٌ **(بِشُبْهَةٍ أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ)** امْرَأَةً **(بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ)** وَلَدًا **(فَاللَّبَنُ)** النَّازِلُ بِهِ **(لِمَنْ لَحِقَهُ الْوَلَدُ)** مِنْهُمَا: إِمَّا **(بِقَائِفٍ)** وَسَيَأْتِي بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى آخِرَ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ إِنْ أَمْكَنَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا **(أَوْ)** لِمَنْ لَحِقَهُ الْوَلَدُ بِسَبَبٍ **(غَيْرِهِ)** بِأَنْ انْحَصَرَ الْإِمْكَانُ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ الْأَمْرُ وَانْتَسَبَ الْوَلَدُ لِأَحَدِهِمَا بَعْدَ بُلُوغِهِ أَوْ بَعْدَ إِفَاقَتِهِ مِنْ جُنُونٍ وَنَحْوِهِ، فَالرَّضِيعُ مِنْ ذَلِكَ اللَّبَنِ وَلَدُ رَضَاعٍ لِمَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ الْوَلَدُ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ تَابِعٌ لِلْوَلَدِ، فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الِانْتِسَابِ وَلَهُ وَلَدٌ قَامَ مَقَامَهُ، أَوْ أَوْلَادٌ وَانْتَسَبَ بَعْضُهُمْ لِهَذَا وَبَعْضُهُمْ لِذَاكَ دَامَ الْإِشْكَالُ، فَإِنْ مَاتُوا قَبْلَ الِانْتِسَابِ أَوْ بَعْدَهُ فِيمَا إِذَا انْتَسَبَ بَعْضُهُمْ لِهَذَا وَبَعْضُهُمْ لِذَاكَ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ وَلَدٍ انْتَسَبَ الرَّضِيعُ حِينَئِذٍ-

أَمَّا قَبْلَ انْقِرَاضِ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ فَلَيْسَ لَهُ الِانْتِسَابُ بَلْ هُوَ تَابِعٌ لِلْوَلَدِ أَوْ وَلَدِهِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الِانْتِسَابِ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ وَأَوْلَادِهِ فَإِنَّهُمْ يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ لِضَرُورَةِ النَّسَبِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ النَّسَبَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقٌ لَهُ وَعَلَيْهِ كَالْمِيرَاثِ وَالنَّفَقَةِ وَالْعِتْقِ بِالْمِلْكِ وَسُقُوطِ الْقَوَدِ وَرَدِّ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الْإِشْكَالِ، وَالْمُتَعَلِّقُ بِالرَّضَاعِ حُرْمَةُ النِّكَاحِ، وَجَوَازُ النَّظَرِ، وَالْخَلْوَةِ، وَعَدَمُ نَقْضِ الطَّهَارَةِ كَمَا مَرَّ، وَالْإِمْسَاكُ عَنْهُ سَهْلٌ فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ الرَّضِيعُ وَلَا يُعْرَضُ أَيْضًا عَلَى الْقَائِفِ، وَيُفَارِقُ وَلَدَ النَّسَبِ بِأَنَّ مُعْظَمَ اعْتِمَادِ الْقَائِفِ عَلَى الْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ دُونَ الْأَخْلَاقِ، وَإِنَّمَا جَازَ.

انْتِسَابُهُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَمِيلُ إِلَى مَنْ ارْتَضَعَ مِنْ لَبَنِهِ **(وَلَا تَنْقَطِعُ نِسْبَةُ اللَّبَنِ عَنْ)** صَاحِبِهِ مِنْ **(زَوْجٍ)** أَوْ غَيْرِهِ **(مَاتَ أَوْ)** زَوْجٍ **(طَلَّقَ)** وَلَهُ اللَّبَنُ **(وَإِنْ طَالَتْ الْمُدَّةُ)** كَعَشْرِ سِنِينَ وَلَهُ لَبَنٌ ارْتَضَعَ مِنْهُ جُمِعَ بِتَرْتِيبٍ **(أَوْ انْقَطَعَ)** اللَّبَنُ **(وَعَادَ)** إِذْ لَمْ يَحْدُثْ مَا يُحَالُ اللَّبَنُ عَلَيْهِ، إِذْ الْكَلَامُ فِي الْخَلِيَّةِ فَاسْتَمَرَّتْ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ.

(فَإِنْ نَكَحَتْ) بَعْدَ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ مَنْ ذُكِرَ زَوْجًا **(آخَرَ)** أَوْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ **(وَوَلَدَتْ مِنْهُ فَاللَّبَنُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ لَهُ)** أَيْ لِلْآخَرِ أَوْ لِلْوَاطِئِ بِشُبْهَةٍ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَتْبَعُ الْوَلَدَ وَالْوَلَدُ لِلثَّانِي فَكَذَلِكَ اللَّبَنُ **(وَقَبْلَهَا)** أَيْ الْوِلَادَةِ يَكُونُ **(لِلْأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ ظُهُورِ لَبَنِ حَمْلِ الثَّانِي)** لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَحْدُثْ مَا يُغَيِّرُهُ، وَسَوَاءٌ أَزَادَ عَلَى مَا كَانَ أَمْ لَا، انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ أَمْ لَا، وَيَرْجِعُ فِي أَوَّلِ مُدَّةٍ يَحْدُثُ فِيهَا لَبَنُ الْحَمْلِ لِلْقَوَابِلِ عَلَى النَّصِّ وَقِيلَ: إِنَّ أَوَّلَ مُدَّتِهِ أَرْبَعُونَ يَوْمًا وَقِيلَ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ **(وَكَذَا إِنْ دَخَلَ)** وَقْتُ ظُهُورِ لَبَنِ حَمْلِ الثَّانِي يَكُونُ اللَّبَنُ أَيْضًا لِلْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ غِذَاءٌ لِلْوَلَدِ لَا لِلْحَمْلِ فَيَتْبَعُ الْمُنْفَصِلَ **(وَفِي قَوْلٍ لِلثَّانِي)** لِأَنَّ الْحَمْلَ نَاسِخٌ فَقَطَعَ حُكْمَ مَا قَبْلَهُ كَالْوِلَادَةِ **(وَفِي قَوْلٍ لَهُمَا)** مَعًا لِأَنَّ احْتِمَالَ الْأَمْرَيْنِ يُوجِبُ تَسَاوِيَهُمَا تَنْبِيهٌ:

فَصْلٌ

تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ أُخْتُهُ أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى انْفَسَخَ نِكَاحُهُ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا، وَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ كُلُّهُ وَلَوْ رَضَعَتْ مِنْ نَائِمَةٍ فَلَا غُرْمَ وَلَا مَهْرَ لِلْمُرْتَضِعَةِ. وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ انْفَسَخَتْ الصَّغِيرَةُ وَكَذَا الْكَبِيرَةُ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَهُ نِكَاحُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَتَغْرِيمُهُ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ، وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً فَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةً وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ صَارَتْ أُمَّ امْرَأَتِهِ، وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَتُهُ صَغِيرًا وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ حَرُمَتْ عَلَى الْمُطَلِّقِ وَالصَّغِيرِ أَبَدًا وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّ وَلَدِهِ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ فَأَرْضَعَتْهُ لَبَنَ السَّيِّدِ حَرُمَتْ عَلَيْهِ وَعَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ الْأَمَةُ صَغِيرَةً تَحْتَهُ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ حَرُمَتَا عَلَيْهِ وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا انْفَسَخَتَا وَحَرُمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلَبَنِهِ، وَإِلَّا فَرَبِيبَةٌ وَلَوْ كَانَ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرَ فَأَرْضَعَتْهُنَّ حَرُمَتْ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغَائِرُ إِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ وَهِيَ مَوْطُوءَةٌ، وَإِلَّا فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ مَعًا بِإِيجَارِهِنَّ الْخَامِسَةَ انْفَسَخْنَ، وَلَا يَحْرُمْنَ مُؤَبَّدًا، أَوْ مُرَتَّبًا لَمْ يَحْرُمْنَ، وَتَنْفَسِخُ الْأُولَى وَالثَّالِثَةُ، وَتَنْفَسِخُ الثَّانِيَةُ بِإِرْضَاعِ الثَّالِثَةِ، وَفِي قَوْلٍ لَا يَنْفَسِخُ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِيمَنْ تَحْتَهُ صَغِيرَتَانِ أَرْضَعَتْهُمَا أَجْنَبِيَّةٌ مُرَتَّبًا أَيَنْفَسِخَانِ أَمْ الثَّانِيَةُ؟⁽¹⁾.

أَطْلَقَ الْقَوْلَ الثَّانِيَ، وَمَحَلُّهُ إِذَا انْقَطَعَ اللَّبَنُ مُدَّةً طَوِيلَةً ثُمَّ عَادَ كَمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ أَوْ انْقَطَعَ مُدَّةً يَسِيرَةً فَلَيْسَ فِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ لِلثَّانِي فَقَطْ بَلْ لِلْأَوَّلِ أَوْ لَهُمَا، أَوْ لِلْأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَزِدْ، وَلَهُمَا إِنْ زَادَ تَتِمَّةٌ: لَوْ حَمَلَتْ مُرْضِعَةٌ مُزَوَّجَةٌ مِنْ زِنًا فَاللَّبَنُ لِلزَّوْجِ مَا لَمْ تَضَعْ، فَإِذَا وَضَعَتْ كَانَ اللَّبَنُ لِلزِّنَا نَظِيرَ مَا لَوْ حَمَلَتْ بِغَيْرِ زِنًا.

(١) قال الخطيب: (فصل) فِي طَرَيَانِ الرَّضَاعِ عَلَى النِّكَاحِ مَعَ الْغُرْمِ بِسَبَبِـ

……

قَطْعِهِ النِّكَاحَ، لَوْ كَانَ **(تَحْتَهُ)** زَوْجَةٌ **(صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا)** الْإِرْضَاعَ الْمُحَرِّمَ **(أُمُّهُ)** أَيْ الزَّوْجِ **(أَوْ أُخْتُهُ)** مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ **(أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى)** لَهُ أَوْ غَيْرُهُنَّ مِمَّنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتُهَا كَزَوْجَةِ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ أَوْ أَخَاهُ بِلَبَنِهِمْ **(انْفَسَخَ نِكَاحُهُ)** مِنَ الصَّغِيرَةِ وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أَبَدًا؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُخْتَهُ، أَوْ بِنْتَ أُخْتِهِ، أَوْ بِنْتَ زَوْجَتِهِ، أَوْ أُخْتَهُ أَيْضًا، أَوْ بِنْتَ ابْنِهِ، أَوْ بِنْتَ أَخِيهِ؛ لِأَنَّ مَا يُوجِبُ الْحُرْمَةَ الْمُؤَبَّدَةَ كَمَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ يَمْنَعُ اسْتِدَامَتَهُ بِدَلِيلِ أَنَّ الِابْنَ إذَا وَطِئَ زَوْجَةَ أَبِيهِ بِشُبْهَةٍ انْفَسَخَ النِّكَاحُ وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ كَطُرُوِّ الرِّدَّةِ وَالْعِدَّةِ لِعَدَمِ إيجَابِهِمَا التَّحْرِيمَ الْمُؤَبَّدَ أَمَّا إذَا كَانَ اللَّبَنُ مِنْ غَيْرِ الْأَبِ وَالِابْنِ وَالْأَخِ فَلَا يُؤَثِّرُ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ أَنْ تَصِيرَ رَبِيبَةَ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ أَوْ أَخِيهِ، وَلَيْسَتْ بِحَرَامٍ عَلَيْهِ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ زَوْجَتِهِ الْأُخْرَى أَيْضًا إذَا كَانَتْ هِيَ الْمُرْضِعَةَ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ زَوْجَتِهِ تَنْبِيهٌ: قَدْ عُلِمَ مِمَّا تَقَرَّرَ أَنَّهُ لَوْ عَبَّرَ بِمَنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ بِنْتِهَا لَكَانَ أَخْصَرَ وَأَشْمَلَ **(وَلِلصَّغِيرَةِ)** عَلَى الزَّوْجِ **(نِصْفُ مَهْرِهَا)** الْمُسَمَّى إنْ كَانَ صَحِيحًا، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلِهَا؛ لِأَنَّهُ فِرَاقٌ حَصَلَ قَبْلَ الدُّخُولِ لَا بِسَبَبِهَا فَشَطَرَ الْمَهْرَ كَالطَّلَاقِ **(وَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ)** عَلَى النَّصِّ أَمَّا الْغُرْمُ فَلِأَنَّهَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ مِلْكَ النِّكَاحِ سَوَاءٌ أَقَصَدَتْ بِإِرْضَاعِهَا فَسْخَ النِّكَاحِ أَمْ لَا، تَعَيَّنَ عَلَيْهَا لِخَوْفِ تَلَفِ الصَّغِيرَةِ أَمْ لَا؛ لِأَنَّ غَرَامَةَ الْمُتْلَفَاتِ لَا تَخْتَلِفُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ وَأَمَّا النِّصْفُ فَلِأَنَّهُ الَّذِي يَغْرَمُهُ فَاعْتُبِرَ مَا يَجِبُ لَهُ بِمَا يَجِبُ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَوْجَرَ الصَّغِيرَةَ أَجْنَبِيٌّ لَبَنَ أُمِّ الزَّوْجِ كَانَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ وَلَوْ أَكْرَهَ أَجْنَبِيٌّ الْأُمَّ عَلَى إرْضَاعِهَا فَأَرْضَعَتْهَا فَالْغُرْمُ عَلَيْهَا طَرِيقًا وَالْقَرَارُ عَلَى الْمُكْرِهِ لِيُوَافِقَ قَاعِدَةَ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْإِتْلَافِ، وَالْفَرْقُ بِأَنَّ الْأَبْضَاعَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ، وَبِأَنَّ الْغُرْمَ هُنَا لِلْحَيْلُولَةِ وَهِيَ مُنْتَفِيَةٌ فِي الْمُكْرِهِ مَرْدُودٌ بِأَنَّ الْحُرَّ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ مَعَ دُخُولِ إتْلَافِهِ فِي الْقَاعِدَةِ، ـ

وَالْقَوْلُ بِأَنَّ الْغُرْمَ هُنَا لِلْحَيْلُولَةِ يَرُدُّهُ مَا سَيَأْتِي عَنْ قُرْبٍ مِنَ الْفَرْقِ، بَيْنَ مَا هُنَا وَشُهُودِ الطَّلَاقِ إِذَا رَجَعُوا **(وَفِي قَوْلٍ)** مُخَرَّجٍ مِنْ رُجُوعِ شُهُودِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ لِلزَّوْجِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْمَهْرُ **(كُلُّهُ)** وَفَرَّقَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ فُرْقَةَ الرَّضَاعِ حَقِيقَةٌ فَلَا تُوجِبُ إِلَّا النِّصْفَ كَالْمُفَارَقَةِ بِالطَّلَاقِ، وَفِي الشَّهَادَةِ النِّكَاحُ بَاقٍ بِزَعْمِ الزَّوْجِ وَالشُّهُودِ، وَلَكِنَّهُمْ بِشَهَادَتِهِمْ حَالُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبُضْعِ فَغَرِمُوا قِيمَتَهُ كَالْغَاصِبِ الْحَائِلِ بَيْنَ الْمَالِكِ وَالْمَغْصُوبِ

تَنْبِيهٌ: مَا أَطْلَقَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ تَغْرِيمِ الْمُرْضِعَةِ مَحَلُّهُ كَمَا قَيَّدَهُ الْمَاوَرْدِيُّ بِمَا إِذَا لَمْ يَأْذَنِ الزَّوْجُ لَهَا فِي الْإِرْضَاعِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهَا فَلَا غُرْمَ، وَإِكْرَاهُهُ لَهَا عَلَى الرَّضَاعِ إِذْنٌ وَزِيَادَةٌ، وَمَا ذُكِرَ مَحَلُّهُ فِي الزَّوْجِ الْحُرِّ، فَلَوْ كَانَ عَبْدًا فَأَرْضَعَتْ أُمُّهُ مَثَلًا زَوْجَتَهُ الصَّغِيرَةَ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ كَسْبِهِ لِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمُسَمَّى إِنْ كَانَ صَحِيحًا، وَإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالْغُرْمُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ لِلسَّيِّدِ كَعِوَضٍ وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ لَمْ يَفُتْ إِلَّا عَلَى الْعَبْدِ وَلَا حَقَّ لِلسَّيِّدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَدَلُ الْبُضْعِ فَكَانَ لِلسَّيِّدِ كَعِوَضِ الْخُلْعِ، وَمَحَلُّهُ أَيْضًا إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُرْضِعَةُ مَمْلُوكَةً لِلزَّوْجِ، فَإِنْ كَانَتْ مَمْلُوكَتَهُ وَلَوْ مُدَبَّرَةً وَمُسْتَوْلَدَةً فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهَا، وَإِنْ كَانَ مُكَاتَبَةً رَجَعَ عَلَيْهَا بِالْغُرْمِ مَا لَمْ تَعْجِزْ، وَسَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنْ مَهْرِ الْكَبِيرَةِ، وَحُكْمُهُ إِنْ كَانَ مَدْخُولًا بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ وَإِلَّا فَلَا.

فَرْعٌ: لَوْ نَكَحَ عَبْدٌ أَمَةً صَغِيرَةً مُفَوَّضَةً بِتَفْوِيضِ سَيِّدِهَا فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ مَثَلًا فَلَهَا الْمُتْعَةُ فِي كَسْبِهِ، وَلَا يُطَالِبُ سَيِّدُهُ الْمُرْضِعَةَ إِلَّا بِنِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنَّمَا صَوَّرُوا ذَلِكَ بِالْأَمَةِ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْحُرَّةِ لِعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ. **(وَلَوْ)** دَبَّتْ صَغِيرَةٌ وَ**(رَضَعَتْ)** خَمْسَ رَضَعَاتٍ **(مِنْ)** كَبِيرَةٍ **(نَائِمَةٍ)** أَوْ مُسْتَيْقِظَةٍ سَاكِتَةٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ **(فَلَا غُرْمَ)** عَلَى مَنْ رَضَعَتْ ـ

مِنْهَا، لِأَنَّهَا لَمْ تَصْنَعْ شَيْئًا **(وَلَا مَهْرَ لِلْمُرْتَضِعَةِ)** لِأَنَّ الِانْفِسَاخَ حَصَلَ بِفِعْلِهَا، وَذَلِكَ يُسْقِطُ الْمَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيَرْجِعُ الزَّوْجُ فِي مَالِهَا بِنِسْبَةِ مَا غَرِمَ لِكَبِيرَةِ؛ لِأَنَّهَا أَتْلَفَتْ عَلَيْهِ بُضْعَ الْكَبِيرَةِ، وَلَا فَرْقَ فِي غُرْمِهِ الْمُتْلَفَاتِ بَيْنَ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَةِ.

فَرْعٌ: لَوْ حَمَلَتْ الرِّيحُ اللَّبَنَ مِنْ الْكَبِيرَةِ إلَى جَوْفِ الصَّغِيرَةِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إذْ لَا صُنْعَ مِنْهُمَا.

وَلَوْ دَبَّتْ الصَّغِيرَةُ فَارْتَضَعَتْ مِنْ أُمِّ الزَّوْجِ أَرْبَعًا ثُمَّ أَرْضَعَتْهَا أُمُّ الزَّوْجِ الْخَامِسَةَ أَوْ عَكْسُهُ اخْتَصَّ التَّغْرِيمُ بِالْخَامِسَةِ .**(وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ)** زَوْجَتَانِ **(كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ انْفَسَخَتْ الصَّغِيرَةُ)** أَيْ نِكَاحُهَا؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُخْتًا لِلْكَبِيرَةِ، وَلَا سَبِيلَ إلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ **(وَكَذَا الْكَبِيرَةُ)** يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا أَيْضًا **(فِي الْأَظْهَرِ)** لِمَا مَرَّ وَالثَّانِي يَخْتَصُّ الِانْفِسَاخُ بِالصَّغِيرَةِ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ حَصَلَ بِإِرْضَاعِهَا، وَنَسَبَهُ الْمَاوَرْدِيُّ لِلْجَدِيدِ وَالْأَوَّلُ لِلْقَدِيمِ **(وَ)** عَلَى الْأَظْهَرِ **(لَهُ نِكَاحُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا)** عَلَى الِانْفِرَادِ، لِأَنَّهُمَا أُخْتَانِ وَالْمُحَرَّمُ عَلَيْهِ جَمْعُهُمَا.

وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَتَغْرِيمُهُ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ، وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً فَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَظْهَرِ.

(وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ) عَلَى الزَّوْجِ **(وَتَغْرِيمِهِ الْمُرْضِعَةَ)** عَلَى **(مَا سَبَقَ)** فِي إرْضَاعِ أُمِّ الزَّوْجِ وَنَحْوِهَا الصَّغِيرَةَ فَعَلَيْهِ لِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمُسَمَّى الصَّحِيحِ أَوْ نِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ، وَلَهُ عَلَى أُمِّهَا الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَقِيلَ: كُلُّهُ **(وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً)** حُكْمُهَا فِي غُرْمِ الزَّوْجِ مَهْرَهَا وَتَغْرِيمِهِ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ فِي الصَّغِيرَةِ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي عَدَمِ الْوَطْءِ، فَلَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَهُ عَلَى أُمِّهَا الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ، وَفِي قَوْلِهِ: كُلُّهُ **(فَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الْأَظْهَرِ)** كَمَا وَجَبَ

……

عَلَيْهَا لِبِنْتِهَا الْمَهْرُ بِكَمَالِهِ وَالثَّانِي: لَا شَيْءَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ بَعْدَ الدُّخُولِ لَا يَتَقَدَّرُ لِلزَّوْجِ، فَإِنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بِالْمَسِيسِ مَا يُقَابِلُ الْمَهْرَ تَنْبِيهٌ: احْتَرَزَ بِأُمِّ الْكَبِيرَةِ عَمَّا لَوْ أَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةُ نَفْسُهَا الصَّغِيرَةَ وَالْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةٌ فَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ عَلَيْهَا بِمَهْرِ مِثْلِهَا كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَنْ الْأَئِمَّةِ لِئَلَّا يَخْلُوَ نِكَاحُهَا عَنْ مَهْرٍ فَتَصِيرُ كَالْمَوْهُوبَةِ، وَذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ النُّبُوَّةِ .**(وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتٌ)** زَوْجَتِهِ **(الْكَبِيرَةِ)** زَوْجَتَهُ **(الصَّغِيرَةَ حَرُمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا)** لِأَنَّهَا جَدَّةُ امْرَأَتِهِ **(وَكَذَا الصَّغِيرَةُ)** حَرُمَتْ أَبَدًا **(إنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةً)** لِأَنَّهَا رَبِيبَتُهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً لَمْ تَحْرُمْ الصَّغِيرَةُ؛ لِأَنَّ الرَّبِيبَةَ لَا تَحْرُمُ إلَّا بِالدُّخُولِ، وَفِي الْغُرْمِ لِلصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ مَا مَرَّ.

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ صَارَتْ أُمَّ امْرَأَتِهِ، وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَتُهُ صَغِيرًا وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ حَرُمَتْ عَلَى الْمُطَلِّقِ وَالصَّغِيرِ أَبَدًا .**(وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ)** زَوْجَةٌ **(صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ صَارَتْ أُمَّ امْرَأَتِهِ)** فَتَحْرُمُ عَلَيْهِ أَبَدًا، وَلَا نَظَرَ إلَى حُصُولِ الْأُمُومَةِ قَبْلَ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَهُ إلْحَاقًا لِلطَّارِئِ بِالْمُقَارِنِ كَمَا هُوَ شَأْنُ التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ **(وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَتُهُ)** الْحُرَّةُ **(صَغِيرًا وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ حَرُمَتْ عَلَى الْمُطَلِّقِ وَالصَّغِيرِ أَبَدًا)** أَمَّا الْمُطَلِّقُ فَلِأَنَّهَا صَارَتْ زَوْجَةَ ابْنِهِ وَأَمَّا الصَّغِيرُ فَلِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَةَ أَبِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ الْمُطَلَّقَةُ أَمَةً لَمْ تَحْرُمْ عَلَى الْمُطَلِّقِ لِبُطْلَانِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَصِحُّ نِكَاحُهُ أَمَةً فَلَمْ تَصِرْ حَلِيلَةَ ابْنِهِ.

فَرْعٌ: لَوْ فَسَخَتْ كَبِيرَةٌ نِكَاحَ صَغِيرٍ بِعَيْبٍ فِيهِ مَثَلًا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ كَبِيرًا فَارْتَضَعَ الصَّغِيرُ بِلَبَنِهِ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا حَرُمَتْ عَلَيْهِمَا أَبَدًا؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ صَارَ ابْنًا لِلْكَبِيرِ، فَهِيَ زَوْجَةُ ابْنِ الْكَبِيرِ وَزَوْجَةُ أَبِي الصَّغِيرِ، بَلْ أُمُّهُ إنْ كَانَ اللَّبَنُ.

(وَلَوْ زَوَّجَ) السَّيِّدُ **(أُمَّ وَلَدِهِ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ فَأَرْضَعَتْهُ لَبَنَ السَّيِّدِ حَرُمَتْ عَلَيْهِ)** أَيْ الْعَبْدِ أَبَدًا؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ وَمَوْطُوءَةُ أَبِيهِ **(وَعَلَى السَّيِّدِ)** كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِهِ تَنْبِيهٌ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ يُجْبِرُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ عَلَى النِّكَاحِ، وَمَرَّ فِي النِّكَاحِ أَنَّ الْأَظْهَرَ أَنَّهُ لَا يُجْبِرُهُ فَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى مَرْجُوحٍ، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِ: لَبَنَ السَّيِّدِ، عَمَّا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ غَيْرِهِ، فَإِنَّ النِّكَاحَ يَنْفَسِخُ لِكَوْنِهَا أُمًّا لَهُ، وَلَا تَحْرُمُ عَلَى السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَمْ يَصِرْ ابْنًا لَهُ فَلَمْ تَكُنْ هِيَ زَوْجَةَ الِابْنِ **(وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ الْأَمَةُ)** زَوْجَةً **(صَغِيرَةً تَحْتَهُ)** أَيْ السَّيِّدِ **(بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ)** بِأَنْ تَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ أَوْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ **(حَرُمَتَا)** أَيْ: الْمَوْطُوءَةُ وَالصَّغِيرَةُ **(عَلَيْهِ)** أَيْ: السَّيِّدِ أَبَدًا لِصَيْرُورَةِ الْأَمَةِ أُمَّ زَوْجَتِهِ وَالصَّغِيرَةِ بِنْتَهُ إنْ رَضَعَتْ لَبَنَهُ، أَوْ بِنْتَ مَوْطُوءَتِهِ إنْ رَضَعَتْ لَبَنَ غَيْرِهِ مِنْهَا.

(وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا) أَيْ: الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ **(انْفَسَخَتَا)** لِصَيْرُورَةِ الصَّغِيرَةِ بِنْتًا لِلْكَبِيرَةِ وَامْتَنَعَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا تَنْبِيهٌ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ تَقَدَّمَتْ أَوَّلَ الْفَصْلِ وَذُكِرَتْ هُنَاكَ لِأَجْلِ الْغُرْمِ وَهُنَا لِتَأْبِيدِ التَّحْرِيمِ وَعَدَمِهِ كَمَا قَالَ **(وَحَرُمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا)** لِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ **(وَكَذَا الصَّغِيرَةُ)** حَرُمَتْ أَبَدًا **(إنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلَبَنِهِ)**؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتَهُ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلَبَنِ غَيْرِهِ **(فَرَبِيبَةٌ)** لَهُ تَحْرُمُ عَلَيْهِ أَبَدًا إنْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ وَإِلَّا فَلَا، وَفِي الْغُرْمِ لِلصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ مَا مَرَّ، فَلَوْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ أَمَةَ غَيْرِهِ تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِرَقَبَتِهَا، أَوْ أَمَتَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا إلَّا إنْ كَانَتْ مُكَاتَبَةً فَعَلَيْهَا الْغُرْمُ، فَإِنْ عَجَزَهَا سَقَطَتْ الْمُطَالَبَةُ بِالْغُرْمِ .**(وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرَ فَأَرْضَعَتْهُنَّ)** مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ **(حَرُمَتْ)** أَيْ الْكَبِيرَةُ **(أَبَدًا)** لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ زَوْجَاتِهِ **(وَكَذَا الصَّغَائِرُ إنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بِلَبَنِهِ)** لِأَنَّهُنَّ صِرْنَ بَنَاتِهِ **(أَوْ لَبَنِ غَيْرِهِ وَهِيَ)** أَيْ الْكَبِيرَةُ **(مَوْطُوءَةٌ)** لَهُ لِأَنَّهُنَّ صِرْنَ بَنَاتِ زَوْجَتِهِ الْمَدْخُولِ بِهَا **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يَكُنْ اللَّبَنُ لَهُ وَلَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً لَهُ **(فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ مَعًا بِإِيجَارِهِنَّ)** الرَّضْعَةَ ـ

……

(الْخَامِسَةَ انْفَسَخْنَ) لِصَيْرُورَتِهِنَّ أَخَوَاتٍ وَلِاجْتِمَاعِهِنَّ مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ تَنْبِيهٌ: فِي مَعْنَى إيجَارِهِنَّ الْخَامِسَةَ أَنْ تُلْقِمَ اثْنَتَيْنِ ثَدْيَيْهَا وَتُوْجِرَ الثَّالِثَةَ لَبَنَهَا الْمَحْلُوبَ **(وَلَا يَحْرُمْنَ)** أَيْ الصَّغَائِرُ **(مُؤَبَّدًا)** لِانْتِفَاءِ الدُّخُولِ بِأُمِّهِنَّ فَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِ مَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ بِلَا جَمْعٍ فِي نِكَاحٍ **(أَوْ)** أَرْضَعَتْهُنَّ **(مُرَتَّبًا لَمْ يَحْرُمْنَ)** مُؤَبَّدًا لِمَا ذُكِرَ **(وَتَنْفَسِخُ الْأُولَى)** أَيْ نِكَاحُهَا بِإِرْضَاعِهَا مَعَ الْكَبِيرَةِ لِاجْتِمَاعِ الْأُمِّ وَبِنْتِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ بِمُجَرَّدِ إرْضَاعِهَا إذْ لَا مُوجِبَ لَهُ **(وَالثَّالِثَةُ)** أَيْ: وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ بِإِرْضَاعِهَا لِصَيْرُورَتِهَا أُخْتًا لِلثَّانِيَةِ الْبَاقِيَةِ فِي نِكَاحِهِ **(وَتَنْفَسِخُ الثَّانِيَةُ بِإِرْضَاعِ الثَّالِثَةِ)** لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ مَعًا فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَرْضَعَتْهُمَا مَعًا **(وَفِي قَوْلٍ لَا يَنْفَسِخُ)** نِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَلْ يَخْتَصُّ الِانْفِسَاخُ بِالثَّالِثَةِ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ إنَّمَا حَصَلَ بِهَا كَمَا لَوْ نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى أُخْتِهَا تَنْبِيهٌ: اقْتَصَرَ الْمُصَنِّفُ فِي التَّرْتِيبِ عَلَى مَا إذَا أَرْضَعَتْهُنَّ مُتَعَاقِبًا، وَبَقِيَ فِي التَّرْتِيبِ حَالَانِ: أَحَدُهُمَا تُرْضِعُ ثِنْتَيْنِ مَعًا ثُمَّ الثَّالِثَةَ فَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأُولَتَيْنِ مَعَ الْكَبِيرَةِ لِثُبُوتِ الْأُخُوَّةِ بَيْنَهُمَا؛ وَلِاجْتِمَاعِهِمَا مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ، وَلَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الثَّالِثَةِ لِانْفِرَادِهَا وَوُقُوعِ إرْضَاعِهَا بَعْدَ انْدِفَاعِ نِكَاحِ أُمِّهَا وَأُخْتَيْهَا، ثَانِيهِمَا إنْ تُرْضِعَ وَاحِدَةً أَوَّلًا ثُمَّ ثِنْتَيْنِ مَعًا فَيَنْفَسِخَ نِكَاحُ الْأَرْبَعِ، أَمَّا الْأُولَى وَالْكَبِيرَةُ فَلِاجْتِمَاعِ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ فِي النِّكَاحِ، وَأَمَّا الْأُخْرَيَانِ فَلِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ مَعًا **(وَيَجْرِي)** هَذَانِ **(الْقَوْلَانِ فِيمَنْ تَحْتَهُ)** زَوْجَتَانِ **(صَغِيرَتَانِ أَرْضَعَتْهُمَا أَجْنَبِيَّةٌ مُرَتَّبًا أَيَنْفَسِخَانِ أَمْ الثَّانِيَةُ)** يَخْتَصُّ الِانْفِسَاخُ بِهَا فَقَطْ، وَالْأَظْهَرُ مِنْهُمَا انْفِسَاخُهُمَا لِمَا ذُكِرَ، وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ مُرَتَّبًا مَا إذَا أَرْضَعَتْهُمَا مَعًا فَإِنَّهُ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُمَا قَوْلًا وَاحِدًا لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ مَعًا، وَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِ الْمُرْضِعَةِ عَلَى التَّأْبِيدِ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ زَوْجَتِهِ.

فَصْلٌ

قَالَ: هِنْدٌ بِنْتِي أَوْ أُخْتِي بِرَضَاعٍ، أَوْ قَالَتْ هُوَ أَخِي حَرُمَ تَنَاكُحُهُمَا، وَلَوْ قَالَ زَوْجَانِ: بَيْنَنَا رَضَاعٌ، مُحَرِّمٌ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَسَقَطَ الْمُسَمَّى وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ وَطِئَ، وَإِنْ ادَّعَى رَضَاعًا فَأَنْكَرَتْ انْفَسَخَ، وَلَهَا الْمُسَمَّى إِنْ وَطِئَ وَإِلَّا فَنِصْفُهُ، وَإِنْ ادَّعَتْهُ فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا وَمَهْرُ مِثْلٍ إِنْ وَطِئَ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهَا وَيُحَلَّفُ مُنْكِرُ رَضَاعٍ عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ، وَمُدَّعِيهِ عَلَى بَتٍّ، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَالْإِقْرَارُ بِهِ شَرْطُهُ رَجُلَانِ.

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ إِنْ لَمْ تَطْلُبْ أُجْرَةً، وَلَا ذَكَرَتْ فِعْلَهَا، وَكَذَا إِنْ ذَكَرَتْ فَقَالَتْ: أَرْضَعْتُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ، بَلْ يَجِبُ ذِكْرُ وَقْتٍ وَعَدَدٍ وَوُصُولِ اللَّبَنِ جَوْفَهُ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِمُشَاهَدَةِ حَلَبٍ وَإِيجَارٍ وَازْدِرَادٍ أَوْ قَرَائِنَ كَالْتِقَامِ ثَدْيٍ وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ حَلْقِهِ بِتَجَرُّعٍ وَازْدِرَادٍ بَعْدَ عِلْمِهِ بِأَنَّهَا لَبُونٌ خَاتِمَةٌ: لَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ بِالرَّضَاعِ وَمَاتَ قَبْلَ تَفْصِيلِ شَهَادَتِهِ تَوَقَّفَ الْقَاضِي وُجُوبًا فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ هُوَ الْمُتَّجَهُ، وَقَالَ شَيْخُنَا: إِنَّهُ الْأَقْرَبُ، وَالْإِقْرَارُ بِالرَّضَاعِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَرُّضُ لِلشُّرُوطِ مِنَ الْفَقِيهِ الْمَوْثُوقِ بِمَعْرِفَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ كَمَا اسْتَحْسَنَهُ الرَّافِعِيُّ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ بِأَنَّ الْمُقِرَّ يَحْتَاطُ لِنَفْسِهِ فَلَا يُقِرُّ إِلَّا عَنْ تَحْقِيقٍ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ اثْنَتَانِ بِالرَّضَاعِ اُسْتُحِبَّ لِلزَّوْجِ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَيُكْرَهُ لَهُ الْمُقَامُ مَعَهَا، وَيُسَنُّ أَنْ يُعْطِيَ الْمُرْضِعَةَ شَيْئًا عِنْدَ الْفِصَالِ وَالْأَوْلَى عِنْدَ أَوَانِهِ، فَإِنْ كَانَتْ مَمْلُوكَةً اُسْتُحِبَّ لِلرَّضِيعِ بَعْدَ كَمَالِهِ أَنْ يُعْتِقَهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا لَهُ، وَلَنْ يُجْزِئَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا بِإِعْتَاقِهِ كَمَا وَرَدَ بِهِ الْخَبَرُ](١).

---

(١) قال الخطيب: فَصْلٌ فِي الْإِقْرَارِ بِالرَّضَاعِ وَالِاخْتِلَافِ فِيهِ وَمَا يُذْكَرُ مَعَهُمَا، إِذَا (قَالَ) رَجُلٌ (هِنْدٌ) بِالصَّرْفِ وَتَرْكِهِ (بِنْتِي أَوْ أُخْتِي بِرَضَاعٍ أَوْ قَالَتْ) امْرَأَةٌ (هُوَ) أَيْ زَيْدٌ مَثَلًا (أَخِي) أَوْ ابْنِي بِرَضَاعٍ وَأَمْكَنَ (حَرُمَ تَنَاكُحُهُمَا) مُؤَاخَذَةً لِكُلٍّ مِنْهُمَا بِإِقْرَارِهِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ بِأَنْ قَالَ: فُلَانَةُ بِنْتِي وَهِيَ أَكْبَرُ سِنًّا مِنْهُ فَهُوَ لَغْوٌ، وَاسْتَغْنَى الْمُصَنِّفُ عَنْ ذِكْرِ هَذَا الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَهُ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ، ثُمَّ إِنْ صُدِّقَا حَرُمَ تَنَاكُحُهُمَا ظَاهِرًا وَبَاطِنًا، وَإِلَّا فَظَاهِرًا فَقَطْ، وَلَوْ-

رَجَعَ الْمُقِرُّ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ، وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَتْ الْمَرْأَةُ رِضَاهَا بِالنِّكَاحِ حَيْثُ شُرِطَ ثُمَّ رَجَعَتْ فَيُجَدَّدُ النِّكَاحُ (**وَلَوْ قَالَ زَوْجَانِ: بَيْنَنَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ**) بِشَرْطِهِ السَّابِقِ (**فُرِّقَ بَيْنَهُمَا**) عَمَلًا بِقَوْلِهِمَا (**وَسَقَطَ الْمُسَمَّى**) إذَا أُضِيفَ الرَّضَاعُ إلَى مَا قَبْلَ الْوَطْءِ لِفَسَادِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلًّا (**وَوَجَبَ**) لَهَا (**مَهْرُ مِثْلٍ إنْ وَطِئَ**) هَا وَهِيَ مَعْذُورَةٌ بِنَوْمٍ أَوْ إكْرَاهٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ أَوْ وَطِئَ بِلَا عُذْرٍ لَهَا لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، أَمَّا إذَا أُضِيفَ الْإِرْضَاعُ إلَى مَا بَعْدَ الْوَطْءِ فَالْوَاجِبُ الْمُسَمَّى، وَاحْتَرَزَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: مُحَرِّمٌ عَمَّا لَوْ قَالَ: بَيْنَنَا رَضَاعٌ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ التَّحْرِيمُ عَلَى بَيَانِ الْعَدَدِ

(**وَإِنْ ادَّعَى**) الزَّوْجُ (**رَضَاعًا**) مُحَرِّمًا (**فَأَنْكَرَتْ**) زَوْجَتُهُ ذَلِكَ (**انْفَسَخَ**) النِّكَاحُ وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ الْمَرْأَةُ الَّتِي نُسِبَ الْإِرْضَاعُ إلَيْهَا مُؤَاخَذَةً لَهُ بِقَوْلِهِ (**وَلَهَا الْمُسَمَّى**) إنْ كَانَ صَحِيحًا، وَإِلَّا فَمَهْرُ الْمِثْلِ (**إنْ وَطِئَ**) لِاسْتِقْرَارِهِ بِالدُّخُولِ (**وَإِلَّا**) أَيْ وَإِنْ لَمْ يَطَأْ (**فَنِصْفُهُ**) لِوُرُودِ الْفُرْقَةِ مِنْهُ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهَا، وَلَهُ تَحْلِيفُهَا قَبْلَ دُخُولٍ، وَكَذَا بَعْدَهُ إنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ نَكَلَتْ حَلَفَ الزَّوْجُ وَلَزِمَهُ مَهْرُ مِثْلٍ فَقَطْ بَعْدُ أَوْ وَطْءٍ لَا شَيْءَ لَهَا عَلَيْهِ قَبْلَهُ، هَذَا فِي غَيْرِ الْمُفَوَّضَةِ؛ أَمَّا فِيهَا فَلَهَا الْمُتْعَةُ وَلَا مَهْرَ لَهَا (**وَإِنْ ادَّعَتْهُ**) أَيْ الزَّوْجَةُ الرَّضَاعَ (**فَأَنْكَرَ**) الزَّوْجُ ذَلِكَ (**صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا**) مِمَّنْ عَرَفَتْهُ بِعَيْنِهِ بِأَنْ عَيَّنَتْهُ فِي إذْنِهَا أَوْ عُيِّنَ لَهَا فَسَكَتَتْ حَيْثُ يَكْفِي سُكُوتُهَا لِتَضَمُّنِ رِضَاهَا بِهِ الْإِقْرَارَ بِحِلِّهَا لَهُ فَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا نَقِيضُهُ، وَإِذَا حَلَفَ الزَّوْجُ عَلَى نَفْيِ الرَّضَاعِ اسْتَمَرَّتْ الزَّوْجِيَّةُ ظَاهِرًا وَعَلَيْهَا مَنْعُ نَفْسِهَا مِنْهُ مَا أَمْكَنَ إنْ كَانَتْ صَادِقَةً، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ النَّفَقَةَ مَعَ إقْرَارِهَا بِأَنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ قَالَ ابْنُ أَبِي الدَّمِ: لَمْ أَرَ فِيهِ نَقْلًا وَالظَّاهِرُ وُجُوبُهَا؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عِنْدَهُ وَهُوَ مُسْتَمْتِعٌ بِهَا وَالنَّفَقَةُ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ ذَلِكَ انتهى.

وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ مَسْأَلَةٌ حَسَنَةٌ وَقَعَتْ فِي إفْتَاءٍ، وَهِيَ أَنَّ شَخْصًا

طَلَبَ زَوْجَتَهُ مَحَلَّ طَاعَتِهِ فَامْتَنَعَتْ ثُمَّ إنَّهُ اسْتَمَرَّ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فِي الْمَحَلِّ الَّذِي امْتَنَعَتْ فِيهِ هَلْ تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ نَفَقَةً أَوْ لَا؟ أَفْتَى بَعْضُهُمْ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَبَعْضُهُمْ بِعَدَمِهِ وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ زُوِّجَتْ بِغَيْرِ رِضَاهَا كَأَنْ زَوَّجَهَا الْمُجْبِرُ لِجُنُونٍ أَوْ بَكَارَةٍ أَوْ أَذِنَتْ مُطْلَقًا وَلَمْ تُعَيِّنْ الزَّوْجَ **(فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا)** بِيَمِينِهَا كَمَا فِي الْمُحَرَّرِ هُنَا وَالرَّوْضَةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ لِاحْتِمَالِ مَا تَدَّعِيهِ وَلَمْ يَسْبِقْ مِنْهَا مَا يُنَاقِضُهُ فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ذَكَرَتْهُ قَبْلَ النِّكَاحِ، وَالثَّانِي: يُصَدَّقُ الزَّوْجُ بِيَمِينِهِ لِاسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ الْجَارِي عَلَى الصِّحَّةِ ظَاهِرًا تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا لَمْ تُمَكِّنْهُ مِنْ وَطْئِهَا مُخْتَارَةً، فَإِنْ مَكَّنَتْهُ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا **(وَ)** لَهَا فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ **(مَهْرُ مِثْلٍ إنْ وَطِئَ)** هَا جَاهِلَةً بِالرَّضَاعِ، ثُمَّ عَلِمَتْ وَادَّعَتْهُ، سَوَاءٌ أَكَانَ مِثْلَ الْمُسَمَّى أَمْ دُونَهُ، وَلَيْسَ لَهَا طَلَبُ الْمُسَمَّى؛ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّهُ بِزَعْمِهَا، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ دَفَعَهُ إلَيْهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَلَبُ رَدِّهِ لِزَعْمِهِ أَنَّهُ لَهَا، فَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِنْ الْمُسَمَّى لَمْ تَطْلُبْ الزَّوْجَةُ الزِّيَادَةَ إنْ صَدَّقْنَا الزَّوْجَ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ، وَالْوَرَعُ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَلْقَةً لِتَحِلَّ لِغَيْرِهِ إنْ كَانَتْ كَاذِبَةً وَقَوْلُهُ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يَكُنْ وَطِئَ **(فَلَا شَيْءَ لَهَا)** وَهَذَا غَيْرُ مُحْتَاجٍ إلَيْهِ؛ وَلِهَذَا حَذَفَهُ الْمُحَرَّرُ وَالرَّوْضَةُ كَأَصْلِهَا تَنْبِيهٌ: دَعْوَى الزَّوْجَةِ الْمُصَاهَرَةَ كَقَوْلِهَا: كُنْت زَوْجَةَ أَبِيهِ كَدَعْوَى الرَّضَاعِ.

فَرْعٌ: يَحْرُمُ عَلَى السَّيِّدِ وَطْءُ أَمَةٍ أَقَرَّتْ بِالْمُرَاضَعَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ كَمَا جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْأَنْوَارِ وَرَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي، وَيُخَالِفُ ذَلِكَ كَمَا قَالَ الْبَغَوِيّ مَا لَوْ أَقَرَّتْ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا أُخُوَّةَ نَسَبٍ حَيْثُ لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ أَصْلٌ يَنْبَنِي عَلَيْهِ أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ بِخِلَافِ التَّحْرِيمِ بِالرَّضَاعِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي كَيْفِيَّةِ يَمِينِ الرَّضَاعِ نَفْيًا وَإِثْبَاتًا فَقَالَ **(وَيَحْلِفُ مُنْكِرُ رَضَاعٍ)** مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ فِي يَمِينٍ **(عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ)** لِأَنَّهُ يَنْفِي فِعْلَ الْغَيْرِ، وَلَا نَظَرَ إلَى فِعْلِهَا فِي الِارْتِضَاعِ لِأَنَّهُ كَانَ صَغِيرًا تَنْبِيهٌ: هَذَا فِي الْيَمِينِ الْأَصْلِيَّةِ، أَمَّا إذَا

نَكَلَ أَحَدُهُمَا وَرُدَّتْ الْيَمِينُ عَلَى الْآخَرِ فَإِنَّهُ يُحَلَّفُ عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّهَا مُثْبِتَةٌ خِلَافًا لِلْقَفَّالِ فِي كَوْنِهِ يُحَلَّفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَتْنِ **(وَ)** يُحَلَّفُ **(مُدَّعِيهِ)** أَيْ الْإِرْضَاعِ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ **(عَلَى بَتٍّ)** لِأَنَّهُ حُلِّفَ عَلَى إثْبَاتِ فِعْلِ الْغَيْرِ، وَخَالَفَ فِي هَذَا الْقَفَّالُ أَيْضًا وَقَالَ: يُحَلَّفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ **(وَيَثْبُتُ)** الرَّضَاعُ **(بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ)** لِأَنَّ كُلَّ مَا يُقْبَلُ فِيهِ النِّسَاءُ الْخُلَّصُ يُقْبَلُ فِيهِ الرِّجَالُ وَالنَّوْعَانِ وَهَذَا يَثْبُتُ بِالنِّسَاءِ الْخُلَّصِ كَمَا قَالَ **(وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ)** لِاخْتِصَاصِ النِّسَاءِ بِالِاطِّلَاعِ عَلَيْهِ غَالِبًا كَالْوِلَادَةِ، وَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ إذْ كُلُّ امْرَأَتَيْنِ بِمَثَابَةِ رَجُلٍ تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ شَهَادَةِ الرِّجَالِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدُوا النَّظَرَ إلَى الثَّدْيِ لِغَيْرِ الشَّهَادَةِ فَإِنْ تَعَمَّدُوا ذَلِكَ قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ لِفِسْقِهِمْ، وَرَدَّهُ فِي الرَّوْضَةِ بِأَنَّ مُجَرَّدَ النَّظَرِ صَغِيرَةٌ لَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مَا لَمْ يُصِرَّ فَاعِلُ ذَلِكَ، وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ إذَا أَصَرَّ لَا تَصِحُّ شَهَادَتُهُ، وَمَحَلُّهُ مَا لَمْ تَغْلِبْ طَاعَتُهُ مَعَاصِيَهُ وَمَحَلُّ قَبُولِ شَهَادَةِ النِّسَاءِ إذَا كَانَ النِّزَاعُ فِي الِارْتِضَاعِ مِنْ الثَّدْيِ، أَمَّا إذَا كَانَ فِي الشُّرْبِ أَوْ الْإِيجَارِ مِنْ ظَرْفٍ فَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ؛ لِأَنَّهُنَّ لَا اخْتِصَاصَ لَهُنَّ بِالِاطِّلَاعِ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ يُقْبَلْنَ فِي أَنَّ لَبَنَ الْإِنَاءِ لَبَنُ فُلَانَةَ؛ لِأَنَّ الرِّجَالَ لَا يَطَّلِعُونَ عَلَى الْحَلْبِ غَالِبًا **(وَالْإِقْرَارُ بِهِ)** أَيْ الرَّضَاعِ **(شَرْطُهُ رَجُلَانِ)** وَلَا يَثْبُتُ بِغَيْرِهِمَا لِاطِّلَاعِ الرِّجَالِ عَلَيْهِ غَالِبًا تَنْبِيهٌ: إنَّمَا ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مَعَ أَنَّهُ ذَكَرَهَا فِي الشَّهَادَاتِ الَّتِي هِيَ مَحَلُّهَا تَتْمِيمًا لِمَا يَثْبُتُ بِهِ الرَّضَاعُ.

(وَتُقْبَلُ) فِي الرَّضَاعِ **(شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ)** مَعَ غَيْرِهَا **(إنْ لَمْ تَطْلُبْ أُجْرَةً)** عَنْ رَضَاعِهَا **(وَلَا ذَكَرَتْ فِعْلَهَا)** بَلْ شَهِدَتْ أَنَّ بَيْنَهُمَا رَضَاعًا مُحَرِّمًا مَعَ بَقِيَّةِ الشُّرُوطِ الْآتِيَةِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجُرُّ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ نَفْعًا وَلَا تَدْفَعُ ضَرَرًا، وَلَا نَظَرَ إلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ ثُبُوتِ الْمَحْرَمِيَّةِ وَجَوَازِ الْخَلْوَةِ وَالْمُسَافَرَةِ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ -

……

=لَا تُرَدُّ بِمِثْلِ هَذِهِ الْأَغْرَاضِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ أَنَّ فُلَانًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ أَوْ أَعْتَقَ أَمَةً تُقْبَلُ وَإِنِ اسْتَفَادَ حِلَّ الْمُنَاكَحَةِ **(وَكَذَا إِنْ ذَكَرَتْهُ)** أَيْ فِعْلَهَا **(فَقَالَتْ أَرْضَعْتُهُ)** مَعَ بَقِيَّةِ الشُّرُوطِ الْآتِيَةِ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِمَا مَرَّ بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَبَتْ الْأُجْرَةَ فَإِنَّهَا لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهَا مُتَّهَمَةٌ، وَالثَّانِي: لَا تُقْبَلُ لِذِكْرِهَا فِعْلَ نَفْسِهَا كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِوِلَادَتِهَا.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْوِلَادَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ النَّفَقَةِ وَالْإِرْثِ وَسُقُوطُ الْقِصَاصِ وَغَيْرُهَا قَبْلُ فَلَمْ تُقْبَلْ لِلتُّهْمَةِ بِخِلَافِ الرَّضَاعِ، وَتُقْبَلُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا شَهَادَةُ أُمِّ الزَّوْجَةِ وَبِنْتِهَا مَعَ غَيْرِهَا حِسْبَةً بِلَا تَقَدُّمِ دَعْوَى؛ لِأَنَّ الرَّضَاعَ تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَبُوهَا وَابْنُهَا أَوْ ابْنَاهَا بِطَلَاقِهَا مِنْ زَوْجِهَا حِسْبَةً، أَمَّا لَوْ ادَّعَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الرَّضَاعَ وَشَهِدَ بِذَلِكَ أُمُّ الزَّوْجَةِ وَبِنْتُهَا أَوْ ابْنَاهَا، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ صَحَّتْ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى الزَّوْجَةِ، أَوْ هِيَ لَمْ تَصِحَّ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لَهَا، فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يُتَصَوَّرُ شَهَادَةٌ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ مَعَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي الشَّهَادَةِ فِي ذَلِكَ الْمُشَاهَدَةُ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا شَهِدَتْ بِأَنَّ الزَّوْجَ ارْتَضَعَ مِنْ أُمِّهَا أَوْ نَحْوِهَا **(وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي)** فِي الشَّهَادَةِ بِالْإِرْضَاعِ أَنْ يُقَالَ **(بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ)** لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ فِي شُرُوطِ التَّحْرِيمِ **(بَلْ يَجِبُ)** مَعَ ذَلِكَ **(ذِكْرُ وَقْتٍ)** وَقَعَ فِيهِ الْإِرْضَاعُ وَهُوَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ فِي الرَّضِيعِ وَبَعْدَ تِسْعِ سِنِينَ فِي الْمُرْضِعَةِ **(وَ)** ذِكْرُ **(عَدَدٍ)** وَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ: مُتَفَرِّقَاتٍ، لِأَنَّ غَالِبَ النَّاسِ كَمَا قَالَ **الْأَذْرَعِيُّ**: يَجْهَلُ أَنَّ الِانْتِقَالَ مِنْ ثَدْيٍ إِلَى ثَدْيٍ، أَوْ قَطْعَ الرَّضِيعِ لِلَهْوٍ وَتَنَفُّسٍ وَنَحْوِهِمَا وَعَوْدَهُ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ **(وَ)** كَذَا يَجِبُ ذِكْرُ **(وُصُولِ اللَّبَنِ جَوْفَهُ)** فِي الْأَصَحِّ فِي كُلِّ رَضْعَةٍ كَمَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ الْإِيلَاجِ فِي شَهَادَةِ الزِّنَا، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشَاهَدُ وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِقَوْلِهِ **(وَيُعْرَفُ ذَلِكَ)** أَيْ وُصُولُ اللَّبَنِ إِلَى جَوْفِهِ **(بِمُشَاهَدَةِ)** أَيْ مُعَايَنَةِ **(حَلَبٍ)** بِفَتْحِ اللَّامِ=

……

بِخَطِّهِ كَمَا قَالَهُ الدَّمِيرِيُّ وَرَأَيْته أَيْضًا وَهُوَ اللَّبَنُ الْمَحْلُوبُ، وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: بِسُكُونِ اللَّامِ قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ: وَهُوَ الْمُتَّجَهُ، وَقَيَّدَ فِي الْأُمِّ الْمُشَاهَدَةَ بِغَيْرِ حَائِلٍ، فَإِنْ رَآهُ مِنْ تَحْتِ الثِّيَابِ لَمْ يَكْفِ (**وَإِيجَارٍ**) لِلَّبَنِ فِي فَمِ الرَّضِيعِ (**وَازْدِرَادٍ**) مَعَ مُعَايَنَةِ ذَلِكَ (**أَوْ قَرَائِنَ**) دَالَّةٍ عَلَى وُصُولِ اللَّبَنِ جَوْفَهُ (**كَالْتِقَامِ**) أَيْ كَمُشَاهَدَةِ الْتِقَامِ (**ثَدْيٍ**) بِلَا حَائِلٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ وَغَيْرُهُ (**وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ حَلْقِهِ**) أَيْ الرَّضِيعِ (**بِتَجَرُّعٍ وَازْدِرَادٍ**) لِلَّبَنِ الَّذِي مَصَّهُ (**بَعْدَ عِلْمِهِ**) أَيْ الشَّاهِدِ (**بِأَنَّهَا**) أَيْ الْمُرْضِعَةَ (**لَبُونٌ**) أَيْ ذَاتُ لَبَنٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ مُشَاهَدَةَ الْقَرَائِنِ قَدْ تُفِيدُ الْيَقِينَ، وَبِتَقْدِيرِهِ أَنْ لَا تُفِيدَهُ فَتُفِيدُ الظَّنَّ الْقَوِيَّ، وَذَلِكَ تَسَلُّطٌ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَأَفْهَمَ أَنَّهُ إذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا ذَاتُ لَبَنٍ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اللَّبَنِ، وَلَا يَكْفِي فِي أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ذِكْرُ الْقَرَائِنِ بَلْ يَعْتَمِدُهَا وَيَجْزِمُ بِالشَّهَادَةِ، وَالْمُرَادُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ فِي ثَدْيِهَا حَالَةَ الْإِرْضَاعِ أَوْ قَبْلَهُ لَبَنًا وَإِلَّا فَقَدْ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَبُونٌ وَلَا يَكُونُ فِي ثَدْيِهَا حِينَئِذٍ لَبَنٌ كَأَنْ حَلَبَتْهُ أَوْ أَرْضَعَتْ غَيْرَهُ، وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ أَنَّهُ يَكْفِي بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ مُحَرِّمٌ.

خَاتِمَةٌ: لَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ بِالرَّضَاعِ وَمَاتَ قَبْلَ تَفْصِيلِ شَهَادَتِهِ تَوَقَّفَ الْقَاضِي وُجُوبًا فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ هُوَ الْمُتَّجَهُ، وَقَالَ شَيْخُنَا: إنَّهُ الْأَقْرَبُ، وَالْإِقْرَارُ بِالرَّضَاعِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَرُّضُ لِلشُّرُوطِ مِنْ الْفَقِيهِ الْمَوْثُوقِ بِمَعْرِفَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ كَمَا اسْتَحْسَنَهُ الرَّافِعِيُّ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ بِأَنَّ الْمُقِرَّ يَحْتَاطُ لِنَفْسِهِ فَلَا يُقِرُّ إلَّا عَنْ تَحْقِيقٍ، وَلَوْ شَهِدَتْ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ اثْنَتَانِ بِالرَّضَاعِ أُسْتُحِبَّ لِلزَّوْجِ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَيُكْرَهُ لَهُ الْمُقَامُ مَعَهَا، وَيُسَنُّ أَنْ يُعْطِيَ الْمُرْضِعَةَ شَيْئًا عِنْدَ الْفِصَالِ وَالْأَوْلَى عِنْدَ أَوَانِهِ، فَإِنْ كَانَتْ مَمْلُوكَةً أُسْتُحِبَّ لِلرَّضِيعِ بَعْدَ كَمَالِهِ أَنْ يُعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا لَهُ، وَلَنْ يُجْزِئَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إلَّا بِإِعْتَاقِهِ كَمَا وَرَدَ بِهِ الْخَبَرُ.

كِتَابُ النَّفَقَاتِ

قال المصنف: [عَلَى مُوسِرٍ لِزَوْجَتِهِ كُلَّ يَوْمٍ مُدَّا طَعَامٍ، وَمُعْسِرٍ مُدٌّ، وَمُتَوَسِّطٍ مُدٌّ وَنِصْفٌ، وَالْمُدُّ مِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ .

قُلْت: الْأَصَحُّ مِائَةٌ وَوَاحِدٌ وَسَبْعُونَ وَثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ، وَاَللهُ أَعْلَمُ .

وَمِسْكِينُ الزَّكَاةِ مُعْسِرٌ، وَمَنْ فَوْقَهُ إنْ كَانَ لَوْ كُلِّفَ مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِينًا فَمُتَوَسِّطٌ، وَإِلَّا فَمُوسِرٌ. وَالْوَاجِبُ غَالِبُ قُوتِ الْبَلَدِ.

قُلْت: فَإِنْ اخْتَلَفَ وَجَبَ لَائِقٌ بِهِ، وَيُعْتَبَرُ الْيَسَارُ وَغَيْرُهُ طُلُوعَ الْفَجْرِ والله أَعْلَمُ، وَعَلَيْهِ تَمْلِيكُهَا حَبًّا، وَكَذَا طَحْنُهُ وَخَبْزُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا بَدَلَ الْحَبِّ لَمْ يُجْبَرْ الْمُمْتَنِعُ، فَإِنْ اعْتَاضَتْ جَازَ فِي الْأَصَحِّ، إلَّا خُبْزًا أَوْ دَقِيقًا عَلَى الْمَذْهَبِ. وَلَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ عَلَى الْعَادَةِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَصَحِّ .

قُلْت: إلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْرَ رَشِيدَةٍ وَلَمْ يَأْذَنْ وَلِيُّهَا، والله أَعْلَمُ.

وَيَجِبُ أُدْمُ غَالِبِ الْبَلَدِ كَزَيْتٍ وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ، وَيَخْتَلِفُ بِالْفُصُولِ، وَيُقَدِّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَيُفَاوِتُ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ، وَلَحْمٌ يَلِيقُ بِيَسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ كَعَادَةِ الْبَلَدِ، وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجَبَ الْأُدْمُ، وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهَا، فَيَجِبُ قَمِيصٌ، وَسَرَاوِيلُ وَخِمَارٌ وَمِكْعَبٌ، وَيَزِيدُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةً، وَجِنْسُهَا قُطْنٌ، فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ لِمِثْلِهِ بِكَتَّانٍ أَوْ حَرِيرٍ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ مَا تَقْعُدُ عَلَيْهِ كَزِلِّيَّةٍ أَوْ لِبْدٍ أَوْ حَصِيرٍ، وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ فِي الْأَصَحِّ، وَمِخَدَّةٌ وَلِحَافٌ فِي الشِّتَاءِ. وَآلَةُ تَنْظِيفٍ كَمُشْطٍ، وَدُهْنٍ، وَمَا تُغْسَلُ بِهِ الرَّأْسُ، وَمَرْتَكٍ وَنَحْوِهِ لِدَفْعِ صُنَانٍ، لَا كُحْلٍ وَخِضَابٍ وَمَا تَزَيَّنُ بِهِ، وَدَوَاءِ مَرَضٍ، وَأُجْرَةِ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ. وَلَهَا طَعَامُ أَيَّامِ الْمَرَضِ وَأُدْمُهَا وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ أُجْرَةِ حَمَّامٍ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، وَثَمَنِ مَاءِ غُسْلِ جِمَاعٍ وَنِفَاسٍ، فِي الْأَصَحِّ لَا حَيْضٍ وَاحْتِلَامٍ فِي الْأَصَحِّ. وَلَهَا

وَآلَاتُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَطَبْخٍ كَقِدْرٍ وَقَصْعَةٍ وَكُوزٍ وَجَرَّةٍ وَنَحْوِهَا .

وَمَسْكَنٌ يَلِيقُ بِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِلْكَهُ. وَعَلَيْهِ لِمَنْ لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا إِخْدَامُهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لَهُ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ، أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ صَحِبَتْهَا مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لِخِدْمَةٍ وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ وَعَبْدٌ، فَإِنْ أَخْدَمَهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأُجْرَةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا أَوْ بِأَمَتِهِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِمَنْ صَحِبَتْهَا لَزِمَهُ نَفَقَتُهَا .

وَجِنْسُ طَعَامِهَا جِنْسُ طَعَامِ الزَّوْجَةِ، وَهُوَ مُدٌّ عَلَى مُعْسِرٍ، وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ فِي الصَّحِيحِ، وَمُوسِرٌ مُدٌّ وَثُلُثٌ وَلَهَا كِسْوَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهَا، وَكَذَا أُدْمٌ عَلَى الصَّحِيحِ، لَا آلَةُ تَنْظِيفٍ فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ وَتَأَذَّتْ بِقَمْلٍ وَجَبَ أَنْ تُرَفَّهَ. وَمَنْ تَخْدُمُ نَفْسَهَا فِي الْعَادَةِ إِنِ احْتَاجَتْ إِلَى خِدْمَةٍ لِمَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ وَجَبَ إِخْدَامُهَا، وَلَا إِخْدَامَ لِرَقِيقَةٍ، وَفِي الْجَمِيلَةِ وَجْهٌ.

وَيَجِبُ فِي الْمَسْكَنِ إِمْتَاعٌ، وَمَا يُسْتَهْلَكُ كَطَعَامٍ تَمْلِيكٌ، وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ فَلَوْ قَتَّرَتْ بِمَا يَضُرُّهَا مَنَعَهَا، وَمَا دَامَ نَفْعُهُ كَكِسْوَةٍ وَظُرُوفِ طَعَامٍ وَمُشْطٍ تَمْلِيكٌ، وَقِيلَ: إِمْتَاعٌ .

وَتُعْطَى الْكِسْوَةَ أَوَّلَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ، فَإِنْ تَلِفَتْ فِيهِ بِلَا تَقْصِيرٍ لَمْ تُبْدَلْ إِنْ قُلْنَا تَمْلِيكٌ، فَإِنْ مَاتَتْ فِيهِ لَمْ تُرَدَّ. وَلَوْ لَمْ يَكْسُ مُدَّةً فَدَيْنٌ(١) .

---

(١) متن مفقود شرحه. وشرحه الخطيب بقوله: وَبَدَأَ الْمُصَنِّفُ بِنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ، وَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ فَهِيَ أَقْوَى مِنْ غَيْرِهَا.
وَالْأَصْلُ فِي وُجُوبِهَا مَعَ مَا يَأْتِي قَوْله تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَخَبَرُ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ الله وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ الله وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» رَوَاهُ مُسْلِمٌ.
وَخَبَرُ: مَا حَقُّ زَوْجَةِ الرَّجُلِ عَلَيْهِ؟ قَالَ: «تُطْعِمُهَا إذَا طَعِمْتَ وَتَكْسُوهَا إذَا اكْتَسَيْتَ» رَوَاهُ أَبُو دَاوُد وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَ إسْنَادَهُ، وَاسْتَنْبَطَ بَعْضُهُمْ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ مِنْ قَوْله تَعَالَى: ﴿فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ ٱلْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰٓ﴾ [طه: ١١٧] وَلَمْ =

يَقُلْ: فَتَشْقَيَانِ فَدَلَّ عَلَى أَنَّ آدَمَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَتْعَبُ لِنَفَقَتِهِ وَنَفَقَتِهَا، وَبَنُوهُمَا عَلَى سُنَّتِهِمَا، وَلَمَّا أَبَاحَ الله تَعَالَى لِلزَّوْجِ أَنْ يَضُرَّ الْمَرْأَةَ بِثَلَاثِ ضَرَائِرَ وَيُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا جَعَلَ لَهَا عَلَيْهِ ثَلَاثَةَ حُقُوقٍ مُؤَكَّدَاتٍ: النَّفَقَةَ، وَالْكِسْوَةَ، وَالْإِسْكَانَ وَهُوَ يَتَكَلَّفُهَا غَالِبًا، فَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا ضِعْفُ مَا لَهَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُقُوقِ لِضَعْفِ عَقْلِهَا، وَالْحُقُوقُ الْوَاجِبَةُ بِالزَّوْجِيَّةِ سَبْعَةٌ: الطَّعَامُ، وَالْإِدَامُ، وَالْكِسْوَةُ، وَآلَةُ التَّنْظِيفِ، وَمَتَاعُ الْبَيْتِ، وَالسُّكْنَى، وَخَادِمٌ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُخْدَمُ، وَرَتَّبَهَا الْمُصَنِّفُ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ: الْوَاجِبُ الْأَوَّلُ الطَّعَامُ، وَلَمَّا كَانَ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ حَالِ الزَّوْجِ بَيَّنَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: يَجِبُ **(عَلَى مُوسِرٍ)** حُرٌّ **(لِزَوْجَتِهِ)** وَلَوْ أَمَةً وَكِتَابِيَّةً **(كُلَّ يَوْمٍ)** بِلَيْلَتِهِ الْمُتَأَخِّرَةِ عَلَيْهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ فِي الْفَسْخِ بِالْإِعْسَارِ **(مُدَّا طَعَامٍ)** وَعَلَى **(مُعْسِرٍ مُدٌّ، وَ)** عَلَى **(مُتَوَسِّطٍ)** حُرٌّ **(مُدٌّ وَنِصْفٌ)** وَاحْتَجُّوا لِأَصْلِ التَّفَاوُتِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] وَاعْتَبَرَ الْأَصْحَابُ النَّفَقَةَ بِالْكَفَّارَةِ بِجَامِعِ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مَالٌ يَجِبُ بِالشَّرْعِ وَيَسْتَقِرُّ فِي الذِّمَّةِ، وَأَكْثَرُ مَا وَجَبَ فِي الْكَفَّارَةِ لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدَّانِ وَذَلِكَ فِي كَفَّارَةِ الْأَذَى فِي الْحَجِّ، وَأَقَلُّ مَا وَجَبَ لَهُ مُدٌّ فِي نَحْوِ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ فَأَوْجَبُوا عَلَى الْمُوسِرِ الْأَكْثَرَ وَهُوَ مُدَّانِ؛ لِأَنَّهُ قَدْرُ الْمُوسِعِ وَعَلَى الْمُعْسِرِ الْأَقَلَّ، وَهُوَ قَوْلَانِ الْمُدُّ الْوَاحِدُ يَكْتَفِي بِهِ الزَّهِيدُ وَيَتَقَنَّعُ بِهِ الرَّغِيبُ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ مَا بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ أُلْزِمَ الْمُدَّيْنِ لَضَرَّهُ، وَلَوْ اُكْتُفِيَ مِنْهُ بِمُدٍّ لَضَرَّهَا فَلَزِمَهُ مُدٌّ وَنِصْفٌ، وَقِيلَ، وَنُسِبَ لِلْقَدِيمِ: أَنَّهَا مَنُوطَةٌ بِالْكِفَايَةِ كَنَفَقَةِ الْقَرِيبِ لِظَاهِرِ قَوْلِهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِهِنْدٍ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي وَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ» قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ: وَهَذَا الْحَدِيثُ يَرُدُّ عَلَى أَصْحَابِنَا تَقْدِيرَهُمْ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ بِالْأَمْدَادِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: لَا أَعْرِفُ لِإِمَامِنَا رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ سَلَفًا فِي التَّقْدِيرِ بِالْأَمْدَادِ، وَلَوْلَا الْأَدَبُ لَقُلْتُ: الصَّوَابُ أَنَّهَا بِالْمَعْرُوفِ تَأَسِّيًا وَاتِّبَاعًا.

……

وَأُجِيبَ مِنْ جِهَةِ الْأَوَّلِ بِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَاهَا بِالْكِفَايَةِ كَنَفَقَةِ الْقَرِيبِ لَسَقَطَتْ نَفَقَةُ الْمَرِيضَةِ وَمَنْ هِيَ مُسْتَغْنِيَةٌ بِالشِّبَعِ فِي بَعْضِ الْأَيَّامِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِذَا بَطَلَتْ الْكِفَايَةُ حَسُنَ تَقْرِيبُهَا مِنْ الْكَفَّارَةِ **(وَالْمُدُّ)** مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَقَالَ الرَّافِعِيُّ **(مِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ)** بِنَاءً عَلَى مَا صَحَّحَهُ فِي الْبَيَانِ مِنْ أَنَّ رِطْلَ بَغْدَادَ مِائَةٌ وَثَلَاثُونَ دِرْهَمًا، وَخَالَفَهُ الْمُصَنِّفُ، فَقَالَ **(قُلْت: الْأَصَحُّ مِائَةٌ وَوَاحِدٌ وَسَبْعُونَ)** دِرْهَمًا **(وَثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** بِنَاءً عَلَى مَا صَحَّحَهُ فِي زَكَاةِ النَّبَاتِ مِنْ أَنَّ رِطْلَ بَغْدَادَ مِائَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا وَأَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ دِرْهَمٍ **(وَمِسْكِينُ الزَّكَاةِ)** وَقَدْ مَرَّ فِي قَسْمِ الصَّدَقَاتِ أَنَّهُ مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ وَكَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ وَلَا يَكْفِيهِ **(مُعْسِرٌ)** لَكِنَّ قُدْرَتَهُ عَلَى الْكَسْبِ لَا تُخْرِجُهُ عَنْ الْإِعْسَارِ عَنْ النَّفَقَةِ وَإِنْ كَانَتْ تُخْرِجُهُ عَنْ اسْتِحْقَاقِ الْمَسَاكِينِ فِي الزَّكَاةِ، وَقَضِيَّةُ ذَلِكَ أَنَّ الْقَادِرَ عَلَى نَفَقَةِ الْمُوسِرِ بِالْكَسْبِ لَا يَلْزَمُهُ كَسْبُهَا، وَهُوَ كَذَلِكَ.

تَنْبِيهٌ: فِي كَلَامِهِ قَلْبٌ، وَكَانَ الْأَوْلَى أَنْ يَقُولَ: وَالْمُعْسِرُ هُنَا مِسْكِينُ الزَّكَاةِ، وَعُلِمَ مِنْهُ أَنَّ فَقِيرَهَا كَذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الْمُحَرَّرِ **(وَمَنْ فَوْقَهُ)** أَيْ الْمِسْكِينِ **(إنْ كَانَ لَوْ كُلِّفَ)** إنْفَاقَ **(مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِينًا فَمُتَوَسِّطٌ، وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يَرْجِعْ مِسْكِينًا **(فَمُوسِرٌ)** وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالرُّخْصِ وَالرَّخَاءِ وَقِلَّةِ الْعِيَالِ وَكَثْرَتِهِمْ.

وَلَوْ ادَّعَتْ الزَّوْجَةُ يَسَارَ الزَّوْجِ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إذَا لَمْ يُعْهَدْ لَهُ مَالٌ وَإِلَّا فَلَا يُصَدَّقُ، فَإِنْ ادَّعَى تَلَفَهُ فَفِيهِ التَّفْصِيلُ الْمَذْكُورُ فِي الْوَدِيعَةِ، أَمَّا مَنْ فِيهِ رِقٌّ وَلَوْ مُكَاتَبًا وَمُبَعَّضًا وَإِنْ كَثُرَ مَالُهُ فَمُعْسِرٌ لِضَعْفِ مِلْكِ الْمُكَاتَبِ وَنَقْصِ حَالِ الْمُبَعَّضِ وَعَدَمِ مِلْكِ غَيْرِهِمَا، فَإِنْ قِيلَ إلْحَاقُ الْمُبَعَّضِ بِالْمُعْسِرِ مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْكَفَّارَةِ مِنْ أَنَّهُ يُكَلَّفُ كَفَّارَةَ الْمُوسِرِ، وَذَكَرُوا فِي نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ نَحْوَهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُمْ لَوْ أَلْحَقُوهُ بِالْمُعْسِرِ لَمَا صَرَفَ شَيْئًا لِلْمَسَاكِينِ وَلَا أَنْفَقَ شَيْئًا لِلْأَقَارِبِ، بِخِلَافِهِ هُنَا فَإِنَّهُ يُنْفِقُ نَفَقَةَ الْمُعْسِرِ.

(وَالْوَاجِبُ) فِي جِنْسِ الطَّعَامِ الْمَذْكُورِ **(غَالِبُ قُوتِ الْبَلَدِ)** أَيْ بَلَدِهِمَا مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ تَمْرٍ أَوْ غَيْرِهَا حَتَّى يَجِبَ الْأَقِطُ وَاللَّحْمُ فِي حَقِّ أَهْلِ الْبَوَادِي الَّذِينَ يَعْتَادُونَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا، وَقِيَاسًا عَلَى الْفِطْرَةِ وَالْكَفَّارَةِ فَالتَّعْبِيرُ بِالْبَلَدِ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ وَلَوْ اخْتَلَفَ قُوتُ بَلَدِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: إنْ نَزَلَتْ عَلَيْهِ فِي بَلَدِهِ اُعْتُبِرَ غَالِبُ قُوتِ بَلَدِهِ، وَإِنْ نَزَلَ عَلَيْهَا فِي بَلَدِهَا اُعْتُبِرَ غَالِبُ قُوتِ بَلَدِهَا، وَإِنْ نَزَلَ بِبَلْدَةٍ وَلَمْ تَأْلَفْ خِلَافَ قُوتِ بَلَدِهَا قِيلَ لَهَا: هَذَا حَقُّكِ فَأَبْدِلِيهِ قُوتَ بَلَدِكِ إنْ شِئْتِ، وَلَوْ انْتَقَلَا عَنْ بَلَدِهِمَا لَزِمَهُ مِنْ غَالِبِ قُوتِ مَا انْتَقَلَا إلَيْهِ دُونَ مَا انْتَقَلَا عَنْهُ، سَوَاءٌ كَانَ أَعْلَى أَمْ أَدْنَى، فَإِنْ كَانَ كُلٌّ وَاحِدٍ بِبَلَدٍ أَوْ نَحْوِهَا اُعْتُبِرَ مَحَلُّهَا كَمَا قَالَ ذَلِكَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ **(قُلْت)** كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ **(فَإِنْ اخْتَلَفَ)** قُوتُ الْبَلَدِ وَلَا غَالِبَ فِيهِ أَوْ اخْتَلَفَ الْغَالِبُ **(وَجَبَ لَائِقٌ بِهِ)** أَيْ الزَّوْجِ لَا بِهَا، فَلَوْ كَانَ يَأْكُلُ فَوْقَ اللَّائِقِ تَكَلُّفًا لَمْ نُكَلِّفْهُ ذَلِكَ أَوْ دُونَهُ، بُخْلًا أَوْ زُهْدًا وَجَبَ اللَّائِقُ بِهِ **(وَيُعْتَبَرُ الْيَسَارُ وَغَيْرُهُ)** مِنْ تَوَسُّطٍ وَإِعْسَارٍ **(طُلُوعَ الْفَجْرِ)** فِي كُلِّ يَوْمٍ **(وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** اعْتِبَارًا بِوَقْتِ الْوُجُوبِ حَتَّى لَوْ أَيْسَرَ بَعْدَهُ أَوْ أَعْسَرَ لَمْ يَتَغَيَّرْ حُكْمُ نَفَقَةِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَإِنَّمَا وَجَبَ لَهَا ذَلِكَ بِفَجْرِ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إلَى طَحْنِهِ وَعَجْنِهِ وَخَبْزِهِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إذَا كَانَتْ تُمَكِّنُهُ طُلُوعَ الْفَجْرِ، أَمَّا الْمُمَكِّنَةُ بَعْدَهُ فَيُعْتَبَرُ الْحَالُ عَقِبَ تَمْكِينِهَا **(وَعَلَيْهِ)** أَيْ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ **(تَمْلِيكُهَا)** الطَّعَامَ **(حَبًّا)** سَلِيمًا لِأَنَّهُ أَكْمَلُ فِي النَّفْعِ مِنْ الْخُبْزِ وَالدَّقِيقِ فَتَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَتْ قِيَاسًا عَلَى الْكَفَّارَةِ وَزَكَاةِ الْفِطْرِ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ تَعْبِيرِهِ بِالتَّمْلِيكِ اعْتِبَارُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ ـ

يَكْفِي أَنْ يُسَلِّمَهُ بِقَصْدِ أَدَاءِ مَا لَزِمَهُ كَسَائِرِ الدُّيُونِ مِنْ غَيْرِ افْتِقَارٍ إِلَى لَفْظٍ، وَيَكْفِي الْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهَا، هَذَا إِذَا كَانَتْ حُرَّةً.

أَمَّا الزَّوْجَةُ الْأَمَةُ فَالدَّافِعُ لِمَالِكِهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُكَاتَبَةً، وَلَوْ قَالَ: وَعَلَيْهِ دَفْعُ الْحَبِّ لَسَلِمَ مِنَ الِاعْتِرَاضَيْنِ **(وَكَذَا)** عَلَى الزَّوْجِ أَيْضًا **(طَحْنُهُ)** وَعَجْنُهُ **(وَخَبْزُهُ فِي الْأَصَحِّ)** أَيْ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ ذَلِكَ بِبَذْلِ مَالٍ أَوْ يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ، وَإِنْ بَاعَتْهُ أَوْ أَكَلَتْهُ حَبًّا كَمَا فِي الْوَسِيطِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْحَبَّ لَا يَتَنَاوَلُ فِي الْعَادَةِ بِدُونِ مَا ذُكِرَ، وَتَكْلِيفُهَا لَهُ لَيْسَ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إِذَا كَانَ الْحَبُّ غَالِبَ قُوتِهِمْ، فَإِنْ غَلَبَ غَيْرُ الْحَبِّ كَتَمْرٍ وَلَحْمٍ وَأَقِطٍ فَهُوَ الْوَاجِبُ لَيْسَ غَيْرُ، لَكِنْ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ اللَّحْمِ وَمَا يُطْبَخُ بِهِ كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ، وَمُقَابِلُ الْأَصَحِّ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ كَالْكَفَّارَاتِ، وَفَرَّقَ الْأَوَّلُ بِأَنَّهَا فِي حَبْسِهِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَكْفِيَهَا مُؤْنَةَ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْكَفَّارَةِ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا شَيْئًا فَقَالَتْ: قَصَدْتَ التَّبَرُّعَ، وَقَالَ: بَلْ قَصَدْتُ أَنْ يَكُونَ عَنِ النَّفَقَةِ، قَالَ فِي الِاسْتِقْصَاءِ: صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا شَيْئًا وَادَّعَتْ أَنَّهُ قَصَدَ بِهِ الْهَدِيَّةَ، وَقَالَ: بَلْ قَصَدْتُ الْمَهْرَ.

(وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا) أَيْ طَلَبَتِ الزَّوْجَةُ **(بَدَلَ الْحَبِّ)** خُبْزًا أَوْ قِيمَةً وَامْتَنَعَ الزَّوْجُ أَوْ طَلَبَ الزَّوْجُ إِعْطَاءَ ذَلِكَ وَامْتَنَعَتْ **(لَمْ يُجْبَرِ الْمُمْتَنِعُ)** مِنْهُمَا لِأَنَّهُ غَيْرُ الْوَاجِبِ، وَالِاعْتِيَاضُ شَرْطُهُ التَّرَاضِي **(فَإِنِ اعْتَاضَتْ)** عَمَّا وَجَبَ لَهَا نَقْدًا أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْعُرُوضِ **(جَازَ)** اعْتِيَاضُهَا **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّهُ طَعَامٌ مُسْتَقِرٌّ فِي الذِّمَّةِ لِمُعَيَّنٍ، فَجَازَ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُ بِالتَّرَاضِي كَالْقَرْضِ، وَالثَّانِي: الْمَنْعُ كَالْمُسْلَمِ فِيهِ وَالْكَفَّارَةِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِمَا.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْمُسْلَمَ فِيهِ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ، وَطَعَامُ الْكَفَّارَةِ لَا يَسْتَقِرُّ لِمُعَيَّنٍ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ إِطْلَاقِهِ أَنَّ الْأَصَحَّ أَنَّهُ يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنِ النَّفَقَةِ؛ وَلَوْ كَانَتْ ـ

……

مُسْتَقْبَلَةً، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الْكِفَايَةِ، وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ مَنْعُ الِاعْتِيَاضِ عَنْ النَّفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ لِأَنَّهَا مُعَرَّضَةٌ لِلسُّقُوطِ بِالنُّشُوزِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحَالِيَةِ وَالْمَاضِيَةِ، وَمَحَلُّ الْخِلَافِ فِي الِاعْتِيَاضِ مِنْ الزَّوْجِ.

أَمَّا مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يَجُوزُ قَطْعًا كَمَا قَالَ فِي الرَّوْضَةِ، أَيْ: فِي النَّفَقَةِ الْحَالِيَةِ فَإِنَّهَا مُعَرَّضَةٌ لِلسُّقُوطِ بِنَحْوِ نُشُوزٍ، أَمَّا الْمَاضِيَةُ فَيَصِحُّ فِيهَا بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِ الدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الِاعْتِيَاضِ عَنْ الْكِسْوَةِ إنْ قُلْنَا: تَمْلِيكٌ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَفِي الِاعْتِيَاضِ عَنْ الصَّدَاقِ كَمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ فِي بَابِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَفِي بَابِ الصَّدَاقِ، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا الِاعْتِيَاضَ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَفْتَرِقَا إلَّا عَنْ قَبْضٍ لِئَلَّا يَصِيرَ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَأَنْ لَا يَكُونَ فِيهِ رِبًا كَمَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ **(إلَّا خُبْزًا أَوْ دَقِيقًا)** وَنَحْوَهُمَا مِنْ الْجِنْسِ، فَلَا يَجُوزُ **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** لِمَا فِيهِ مِنْ الرِّبَا.

وَالثَّانِي: الْجَوَازُ، وَقَطَعَ بِهِ الْبَغَوِيّ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ الْحَبَّ وَالْإِصْلَاحَ، فَإِذَا أَخَذَتْ مَا ذُكِرَ فَقَدْ أَخَذَتْ حَقَّهَا لَا عِوَضَهُ، وَرَجَّحَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَقَالَ: الْأَكْثَرُونَ عَلَى خِلَافِ الْأَوَّلِ وَفْقًا وَمُسَامَحَةً، ثُمَّ قَالَ: وَلَا شَكَّ أَنَّا مَتَى جَعَلْنَاهُ اعْتِيَاضًا فَالْقِيَاسُ الْبُطْلَانُ، وَالْمُخْتَارُ جَعْلُهُ اسْتِيفَاءً، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ قَدِيمًا وَحَدِيثًا.

أَمَّا لَوْ أَخَذَتْ غَيْرَ الْجِنْسِ كَخُبْزِ الشَّعِيرِ عَنْ الْقَمْحِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ كَمَا لَوْ أَخَذَتْ النَّقْدَ.

تَنْبِيهٌ: يَدْخُلُ فِي الطَّعَامِ مَاءُ الشَّرَابِ.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩] فَيَجِبُ لَهَا.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلَا شَكَّ فِي وُجُوبِهِ، وَبِهِ صَرَّحَ الدَّارِمِيُّ، وَقَدْ يُؤْخَذُ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ فِيمَا بَعْدُ: وَيَجِبُ لَهَا آلَةُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ، فَإِذَا وَجَبَ الظَّرْفُ وَجَبَ الْمَظْرُوفُ.

وَأَمَّا تَقْدِيرُهُ فَالظَّاهِرُ فِيهِ الْكِفَايَةُ، وَيَكُونُ إِمْتَاعًا لَا تَمْلِيكًا حَتَّى لَوْ مَضَتْ عَلَيْهِ مُدَّةٌ سَقَطَ انتهى. وَفِي قَوْلِهِ: إِمْتَاعًا نَظَرٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَمْلِيكٌ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا: كُلُّ مَا تَسْتَحِقُّهُ الزَّوْجَةُ تَمْلِيكٌ إِلَّا الْمَسْكَنَ وَالْخَادِمَ. **(وَلَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ)** أَيِ الزَّوْجِ **(عَلَى الْعَادَةِ)** أَيْ مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكٍ وَلَا اعْتِيَاضٍ **(سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَصَحِّ)** قَالَ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِهِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَبَعْدَهُ مِنْ غَيْرِ نِزَاعٍ وَلَا إِنْكَارٍ وَلَا خِلَافٍ، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّ امْرَأَةً طَالَبَتْ بِنَفَقَةٍ بَعْدَهُ، وَلَوْ كَانَ لَا يَسْقُطُ مَعَ عِلْمِ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِإِطْبَاقِهِمْ عَلَيْهِ لَأَعْلَمَهُمْ بِذَلِكَ، وَلَقَضَاهُ مِنْ تَرِكَةِ مَنْ مَاتَ وَلَمْ يُوَفِّهِ، وَهَذَا لَا شَكَّ فِيهِ، وَالثَّانِي: لَا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَدِّ الْوَاجِبَ وَتَطَوَّعَ بِغَيْرِهِ.

تَنْبِيهٌ: التَّصْوِيرُ بِالْأَكْلِ مَعَهُ عَلَى الْعَادَةِ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: يُشْعِرُ بِأَنَّهَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَوْ أَعْطَتْهُ غَيْرَهَا لَمْ تَسْقُطْ، وَبِأَنَّهَا إِذَا أَكَلَتْ مَعَهُ دُونَ الْكِفَايَةِ لَمْ تَسْقُطْ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي النِّهَايَةِ، وَعَلَيْهِ فَهَلْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْكُلِّ أَوْ بِالتَّفَاوُتِ فَقَطْ؟ فِيهِ نَظَرٌ. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَالْأَقْرَبُ الثَّانِي، وَقَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: يَنْبَغِي الْقَطْعُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَكَلَتْهُ غَيْرَ مَعْلُومٍ وَتَنَازَعَا فِي قَدْرِهِ صُدِّقَتْ فِيهِ بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ قَبْضِهَا الزَّائِدَ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ مَعَهُ لَيْسَ بِقَيْدٍ، بَلْ لَوْ أَرْسَلَ إِلَيْهَا الطَّعَامَ أَوْ أَحْضَرَهُ وَأَكَلَتْهُ كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَلَوْ أَضَافَهَا رَجُلٌ فَأَكَلَتْ عِنْدَهُ لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا.

قَالَ الدَّمِيرِيُّ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ إِكْرَامَ الزَّوْجِ فَتَسْقُطَ **(قُلْتُ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ)** الزَّوْجَةُ **(غَيْرَ رَشِيدَةٍ)** كَصَغِيرَةٍ أَوْ سَفِيهَةٍ بَالِغَةٍ **(وَلَمْ يَأْذَنْ)** فِي أَكْلِهَا مَعَهُ **(وَلِيُّهَا)** فَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا جَزْمًا بِأَكْلِهَا مَعَهُ كَمَا قَالَ فِي الرَّوْضَةِ **(وَاللَّهُ أَعْلَمُ)** وَيَكُونُ الزَّوْجُ مُتَطَوِّعًا، وَأَفْتَى الْبُلْقِينِيُّ بِسُقُوطِهَا بِذَلِكَ. قَالَ: وَمَا قَيَّدَهُ النَّوَوِيُّ غَيْرُ مُعْتَمَدٍ وَقَدْ ذَكَرَ الْأَئِمَّةُ فِي الْأَمَةِ مَا يَقْتَضِي ذَلِكَ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى النَّاسُ فِي الْأَعْصَارِ وَالْأَمْصَارِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: ـ

وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَا مَرَّ فِي الْحُرَّةِ.

أَمَّا الْأَمَةُ إِذَا أَوْجَبْنَا نَفَقَتَهَا فَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتَبَرُ رِضَا السَّيِّدِ الْمُطْلَقِ التَّصَرُّفِ بِذَلِكَ دُونَ رِضَاهَا كَالْحُرَّةِ الْمَحْجُورَةِ.

تَنْبِيهٌ: يَرِدُ عَلَى الْمُصَنِّفِ مَا إِذَا طَرَأَ سَفَهُ الزَّوْجَةِ بَعْدَ رُشْدِهَا وَلَمْ يُعِدِ الْحَجْرَ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ السُّقُوطُ بِالْأَكْلِ مَعَ الزَّوْجِ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ عَلَى الْمَذْهَبِ لِنُفُوذِ تَصَرُّفِهَا مَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهَا حَجْرُ الْحَاكِمِ، فَإِنْ قِيلَ: أَكْلُ الصَّغِيرِ قَبْضٌ، وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ وَإِنْ أَذِنَ الْوَلِيُّ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الزَّوْجَ كَالْوَكِيلِ فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَإِنْفَاقِهِ عَلَيْهَا، وَيَشْهَدُ لَهُ مَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا وَعَلَى طَعَامٍ فِي ذِمَّتِهَا وَأَذِنَ فِي إِنْفَاقِهِ عَلَى الصَّغِيرَةِ فَإِنَّهَا تَبْرَأُ عَلَى الْمَذْهَبِ، هَذَا كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ إِذَا كَانَ الْحَظُّ لِلْغَيْرِ فِيهِ.

أَمَّا لَوْ كَانَ الْحَظُّ فِي أَخْذِ الْمُقَدَّرِ فَلَا، وَيَكُونُ وُجُودُ إِذْنِهِ كَعَدَمِهِ لِبَخْسِ حَقِّهَا إِلَّا إِنْ رَأَى الْوَلِيُّ الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ فَيَجُوزُ، فَقَدْ تُؤَدِّي الْمُضَايَقَةُ إِلَى الْمُفَارَقَةِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ الثَّانِي، وَهُوَ الْأُدْمُ، فَقَالَ (**وَيَجِبُ**) لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا الْأُدْمُ، وَجِنْسُهُ (**أُدْمُ غَالِبِ الْبَلَدِ كَزَيْتٍ**) وَشَيْرَجٍ (**وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ**) وَخَلٍّ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وَلَيْسَ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ تَكْلِيفُهَا الصَّبْرَ عَلَى الْخُبْزِ وَحْدَهُ، إِذِ الطَّعَامُ غَالِبًا لَا يُسَاغُ إِلَّا بِالْأُدْمِ.

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الْخُبْزُ وَالزَّيْتُ، وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: الْخُبْزُ وَالسَّمْنُ (**وَيَخْتَلِفُ**) قَدْرُ الْأُدْمِ (**بِالْفُصُولِ**) الْأَرْبَعَةِ فَيَجِبُ لَهَا فِي كُلِّ فَصْلٍ مَا يَعْتَادُهُ النَّاسُ مِنَ الْأُدْمِ، قَالَا: وَقَدْ تَغْلِبُ الْفَاكِهَةُ فِي أَوْقَاتِهَا فَتَجِبُ.

……

وَقَالَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ: يَجِبُ الرَّطْبُ فِي وَقْتِهِ وَالْيَابِسُ فِي وَقْتِهِ.

وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَيَجِبُ أَيْضًا أَنْ يَخْتَلِفَ الْأُدْمُ بِاخْتِلَافِ الْقُوتِ الْوَاجِبِ، فَمَنْ قُوتُهَا التَّمْرُ لَا يُفْرَضُ لَهَا التَّمْرُ أُدْمًا، وَلَا مَا لَا يُؤْكَلُ مَعَ التَّمْرِ عَادَةً كَالْخَلِّ وَمَنْ قُوتُهَا الْأَقِطُ لَا يُفْرَضُ لَهَا الْجُبْنُ وَلَا اللَّبَنُ أُدْمًا، وَقِسْ عَلَى هَذَا، وَقَالَ أَيْضًا: إِنَّمَا يَتَّضِحُ وُجُوبُ الْأُدْمِ حَيْثُ يَكُونُ الْقُوتُ الْوَاجِبُ مَا لَا يَنْسَاغُ عَادَةً إِلَّا بِالْأُدْمِ كَالْخُبْزِ بِأَنْوَاعِهِ، أَمَّا لَوْ كَانَ لَحْمًا أَوْ لَبَنًا أَوْ أَقِطًا فَيُتَّجَهُ الِاكْتِفَاءُ بِهِ إِذَا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالِاقْتِيَاتِ بِهِ وَحْدَهُ انتهى. وَهَذَا لَا يُنَافِي مَا مَرَّ عَنْهُ مِنْ قَوْلِهِ: فَمَنْ قُوتُهَا التَّمْرُ، إلَخْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِذَا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالِاكْتِفَاءِ بِهِ وَحْدَهُ **(وَيُقَدِّرُهُ)** عِنْدَ تَنَازُعِ الزَّوْجَيْنِ فِيهِ **(قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ)** إِذْ لَا تَوْقِيفَ فِيهِ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ **(وَيُفَاوِتُ)** فِي قَدْرِهِ **(بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ)** فَيَنْظُرُ فِي جِنْسِ الْأُدْمِ وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْمُدُّ فَيَفْرِضُهُ عَلَى الْمُعْسِرِ وَيُضَاعِفُهُ لِلْمُوسِرِ وَيُوَسِّطُهُ بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَمَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله عَنْهُ مِنْ مَكِيلَةِ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ، أَيْ: أُوقِيَّةٍ فَتَقْرِيبٌ كَمَا قَالَهُ الْأَصْحَابُ، وَلَوْ سَئِمَتْ مِنْ أُدْمٍ لَمْ يَلْزَمْهُ إِبْدَالُهُ، وَتُبْدِلُهُ هِيَ إِنْ شَاءَتْ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهَا.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَوْ كَانَتْ سَفِيهَةً أَوْ مُمَيِّزَةً وَلَيْسَ لَهَا مَنْ يَقُومُ بِذَلِكَ فَاللَّائِقُ بِالْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ أَنْ يَلْزَمَ الزَّوْجَ إِبْدَالُهُ عِنْدَ إِمْكَانِهِ **(وَ)** يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ **(لَحْمٌ يَلِيقُ بِيَسَارِهِ)** وَتَوَسُّطِهِ **(وَإِعْسَارِهِ كَعَادَةِ الْبَلَدِ)** فَإِنْ أَكَلُوا اللَّحْمَ فِي كُلِّ يَوْمٍ مَرَّةً فَلَهَا كَذَلِكَ، وَلَا يَتَقَدَّرُ بِوَزْنٍ كَرِطْلٍ، بَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِ تَقْدِيرُ الْقَاضِي كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْبَسِيطِ، وَلَوْ أَنَّ الْمُصَنِّفَ أَخَّرَ عَنِ الْأُدْمِ وَاللَّحْمِ قَوْلَهُ: وَيُقَدِّرُهُ..إلَخْ، لَرَجَعَ التَّقْدِيرُ إِلَيْهِمَا، وَمَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله عَنْهُ مِنْ رِطْلِ لَحْمٍ فِي الْأُسْبُوعِ الَّذِي حُمِلَ عَلَى الْمُعْسِرِ، وَجَعَلَ بِاعْتِبَارِ ذَلِكَ عَلَى الْمُوسِرِ رِطْلَانِ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ رِطْلٌ وَنِصْفٌ، وَأَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالتَّوْسِيعِ فِيهِ مَحْمُولٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ عَلَى مَا كَانَ فِي أَيَّامِهِ ـ

بِمِصْرَ مِنْ قِلَّةِ اللَّحْمِ فِيهَا، وَيُزَادُ بَعْدَهَا بِحَسَبِ عَادَةِ الْبَلَدِ. قَالَ الشَّيْخَانِ: وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ لَا يَجِبُ: الْأُدْمُ فِي اللَّحْمِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ، وَيُحْتَمَلُ، أَيْ: وَهُوَ الظَّاهِرُ أَنْ يُقَالَ إِذَا أَوْجَبْنَا عَلَى الْمُوسِرِ اللَّحْمَ كُلَّ يَوْمٍ يَلْزَمُهُ الْأُدْمُ أَيْضًا لِيَكُونَ أَحَدُهُمَا غَدَاءً وَالْآخَرُ عَشَاءً عَلَى الْعَادَةِ، وَيَنْبَغِي عَلَى هَذَا كَمَا قَالَ بَعْضُهُمْ أَنْ يَكُونَ الْأُدْمُ يَوْمَ إِعْطَاءِ اللَّحْمِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ عَادَتِهِ، وَتَجِبُ مُؤْنَةُ اللَّحْمِ وَمَا يُطْبَخُ بِهِ **(وَلَوْ كَانَتْ)** عَادَتُهَا **(تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجَبَ)** لَهَا **(الْأُدْمُ)** وَلَا نَظَرَ لِعَادَتِهَا لِأَنَّهُ حَقُّهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ بَعْضَ الطَّعَامِ فَإِنَّهَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَهُ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ الثَّالِثِ، وَهُوَ الْكِسْوَةُ فَقَالَ **(وَ)** يَجِبُ لَهَا **(كِسْوَةٌ)** بِكَسْرِ الْكَافِ وَضَمِّهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وَلِمَا رَوَى التِّرْمِذِيُّ «أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فِي حَدِيثٍ: وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» قَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الْكِسْوَةُ **(تَكْفِيهَا)** لِلْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَكْفِي مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ، وَتَخْتَلِفُ كِفَايَتُهَا بِطُولِهَا وَقِصَرِهَا وَسِمَنِهَا وَهُزَالِهَا، وَبِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ فِي الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَلَا يَخْتَلِفُ عَدَدُ الْكِسْوَةِ بِاخْتِلَافِ يَسَارِ الزَّوْجِ وَإِعْسَارِهِ وَلَكِنَّهُمَا يُؤَثِّرَانِ فِي الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَدَوِيَّةِ وَالْحَضَرِيَّةِ عَلَى الْمَذْهَبِ وَفِي الْحَاوِي: لَوْ نَكَحَ حَضَرِيٌّ بَدَوِيَّةً وَأَقَامَا فِي بَادِيَةٍ. أَوْ حَاضِرَةٍ وَجَبَ عُرْفُهَا، وَيُقَاسُ عَلَيْهِ عَكْسُهُ. فَإِنْ قِيلَ: لِمَ اعْتَبَرْتُمْ الْكِفَايَةَ فِي الْكِسْوَةِ وَلَمْ تَعْتَبِرُوهَا فِي الطَّعَامِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْكِفَايَةَ فِي الْكِسْوَةِ مُتَحَقِّقَةٌ بِالْمُشَاهَدَةِ، وَكِفَايَةَ الطَّعَامِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَلَمْ يَعْتَبِرُوهَا لِلْجَهْلِ بِهَا **(فَيَجِبُ)** لَهَا عَلَيْهِ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ **(قَمِيصٌ)** وَهُوَ ثَوْبٌ مَخِيطٌ يَسْتُرُ جَمِيعَ الْبَدَنِ، وَفِي ذَلِكَ إِشْعَارٌ بِوُجُوبِ الْخِيَاطَةِ عَلَى الزَّوْجِ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا **(وَسَرَاوِيلُ)** وَهُوَ ثَوْبٌ مَخِيطٌ يَسْتُرُ أَسْفَلَ الْبَدَنِ ـ

وَيَصُونُ الْعَوْرَةَ، وَهُوَ مُعَرَّبٌ مُؤَنَّثٌ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَقِيلَ: مُذَكَّرٌ، وَهُوَ مُفْرَدٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَدُلُّ لَهُ تَعْبِيرُ الْمُصَنِّفِ بِسَرَاوِيلَ إذْ لَا يَجِبُ الْجَمْعُ، وَقِيلَ: هُوَ جَمْعُ سِرْوَالَةٍ، وَمَحَلُّ وُجُوبِهِ كَمَا قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ إذَا اعْتَادَتْ لُبْسَهُ، فَإِنْ اعْتَادَتْ لُبْسَ مِئْزَرٍ أَوْ فُوطَةٍ وَجَبَ، وَمَحَلُّ وُجُوبِهِ فِي الشِّتَاءِ.

أَمَّا فِي الصَّيْفِ فَلَا كَمَا قَالَهُ الْجُوَيْنِيُّ وَإِنْ أَفْهَمَ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ كَغَيْرِهِ خِلَافَهُ **(وَخِمَارٌ)** وَهُوَ مَا يُغَطَّى بِهِ الرَّأْسُ **(وَمُكْعَبٌ)** بِضَمِّ مِيمِهِ فِي الْأَشْهَرِ، وَقِيلَ بِكَسْرِهَا وَإِسْكَانِ الْكَافِ وَفَتْحِ الْعَيْنِ كَمِقْوَدٍ، وَهُوَ مَدَاسُ الرِّجْلِ بِكَسْرِ الرَّاءِ مِنْ نَعْلٍ أَوْ غَيْرِهِ خِلَافَ مَا تُوهِمُهُ عِبَارَةُ الرَّوْضَةِ مِنْ جَمْعِهِ بَيْنَ الْمُكْعَبِ وَالْمَدَاسِ وَالنَّعْلِ. قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَيَجِبُ لَهَا الْقَبْقَابُ إنْ اقْتَضَاهُ الْعُرْفُ. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَوْ جَرَتْ عَادَةُ نِسَاءِ أَهْلِ الْقُرَى أَنْ لَا يَلْبَسْنَ فِي أَرْجُلِهِنَّ شَيْئًا فِي الْبُيُوتِ لَمْ يَجِبْ لِأَرْجُلِهِنَّ شَيْءٌ **(وَيَزِيدُ)** الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ عَلَى ذَلِكَ **(فِي الشِّتَاءِ جُبَّةً)** مَحْشُوَّةً قُطْنًا أَوْ فَرْوَةً بِحَسَبِ الْعَادَةِ لِدَفْعِ الْبَرْدِ، فَإِنْ اشْتَدَّ الْبَرْدُ فَجُبَّتَانِ، أَوْ فَرْوَتَانِ فَأَكْثَرُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَالتَّعْبِيرُ بِالشِّتَاءِ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ، وَإِلَّا فَالْعِبْرَةُ بِالْبِلَادِ الْبَارِدَةِ، وَإِذَا لَمْ تَسْتَغْنِ فِي الْبِلَادِ الْبَارِدَةِ بِالثِّيَابِ عَنْ الْوُقُودِ وَجَبَ لَهَا مِنْ الْحَطَبِ وَالْفَحْمِ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، قَالَهُ السَّرَخْسِيُّ وَأَقَرَّاهُ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَإِذَا كَانَ الْمَنَاطُ الْعَادَةَ فَأَكْثَرُ الْبَوَادِي لَا يُوقِدُونَ إلَّا بِالْبَعْرِ وَنَحْوِهِ فَيَكُونُ هُوَ الْوَاجِبَ انتهى. وَفِيهِ نَظَرٌ، وَيَجِبُ لَهَا أَيْضًا تَوَابِعُ ذَلِكَ مِنْ كُوفِيَّةٍ لِلرَّأْسِ، وَتِكَّةٍ لِلِّبَاسِ وَزِرٍّ لِلْقَمِيصِ وَالْجُبَّةِ وَنَحْوِهَا **(وَجِنْسُهَا)** أَيْ الْكِسْوَةِ **(قُطْنٌ)** أَيْ ثَوْبٌ يُتَّخَذُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لِبَاسُ أَهْلِ الدِّينِ، وَمَا زَادَ عَلَيْهِ تَرَفُّهٌ وَرُعُونَةٌ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِحَالِ الزَّوْجِ مِنْ يَسَارٍ وَإِعْسَارٍ وَتَوَسُّطٍ فَيَجِبُ لِامْرَأَةِ الْأَوَّلِ مِنْ لَيِّنِهِ، وَالثَّانِي مِنْ غَلِيظِهِ، وَالثَّالِثِ مِمَّا بَيْنَهُمَا، هَذَا إنْ اعْتَدْنَهُ **(فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ لِمِثْلِهِ)** أَيْ: الزَّوْجِ، وَهَذَا يَقْتَضِي النَّظَرَ إلَى-

الزَّوْجِ دُونَهَا. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ كَلَامُ الرَّافِعِيِّ وَغَيْرِهِ مُصَرِّحٌ بِأَنَّ اللُّزُومَ عَلَى عَادَةِ الْبَلَدِ الْمُرَادُ لِمِثْلِهَا مِنْ مِثْلِهِ، فَقَدْ نَصَّ فِي الْبُوَيْطِيِّ عَلَى اعْتِبَارِ كِسْوَةِ مِثْلِهَا، وَعَلَّقَ الْمُصَنِّفُ بِجَرَتْ قَوْلَهُ (**بِكَتَّانٍ**) بِفَتْحِ كَافِهِ أَفْصَحُ مِنْ كَسْرِهَا (**أَوْ حَرِيرٍ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ**) مَعَ وُجُوبِ التَّفَاوُتِ فِي مَرَاتِبِ ذَلِكَ الْجِنْسِ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَغَيْرِهِ عَمَلًا بِالْعَادَةِ. وَالثَّانِي: لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بَلْ يَقْتَصِرُ عَلَى الْقُطْنِ لِمَا مَرَّ، وَتُعْتَبَرُ الْعَادَةُ فِي الصَّفَاقَةِ وَنَحْوِهَا. نَعَمْ لَوْ جَرَتْ الْعَادَةُ بِلُبْسِ الثِّيَابِ الرَّفِيعَةِ الَّتِي لَا تَسْتُرُ وَلَا تَصِحُّ فِيهَا الصَّلَاةُ فَإِنَّهُ لَا يُعْطِيهَا مِنْهَا، لَكِنْ مِنْ الصَّفِيقِ الَّذِي يَقْرُبُ مِنْهُ فِي الْجَوْدَةِ.

(**وَيَجِبُ**) لَهَا (**مَا**) أَيْ فِرَاشٌ (**تَقْعُدُ عَلَيْهِ كَزِلِّيَّةٍ**) وَهُوَ بِكَسْرِ الزَّايِ وَتَشْدِيدِ اللَّامِ وَالْيَاءِ: شَيْءٌ مُضَرَّبٌ صَغِيرٌ، وَقِيلَ: بِسَاطٌ صَغِيرٌ، هَذَا لِزَوْجَةِ الْمُتَوَسِّطِ (**أَوْ لِبْدٍ**) بِكَسْرِ اللَّامِ فِي الشِّتَاءِ (**أَوْ حَصِيرٍ**) فِي الصَّيْفِ، وَهَذَا لِزَوْجَةِ الْمُعْسِرِ.

أَمَّا زَوْجَةُ الْمُوسِرِ فَيَجِبُ لَهَا نَطْعٌ - بِفَتْحِ النُّونِ وَكَسْرِهَا مَعَ إِسْكَانِ الطَّاءِ، وَفَتْحِهَا - فِي الصَّيْفِ، وَطِنْفِسَةٌ وَهِيَ - بِكَسْرِ الطَّاءِ وَالْفَاءِ وَبِفَتْحِهِمَا وَبِضَمِّهِمَا وَبِكَسْرِ الطَّاءِ وَفَتْحِ الْفَاءِ - بِسَاطٌ صَغِيرٌ ثَخِينٌ لَهُ وَبَرَةٌ كَبِيرَةٌ، وَقِيلَ: كِسَاءٌ فِي الشِّتَاءِ.

قَالَ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا: وَيُشْبِهُ أَنَّهُمَا بَعْدَ بَسْطِ زِلِّيَّةٍ أَوْ حَصِيرٍ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يُبْسَطَانِ وَحْدَهُمَا، وَأَوْ فِي كَلَامِهِ لِلتَّنْوِيعِ لَا لِلتَّخْيِيرِ (**وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ**) غَيْرُ مَا تَفْرِشُهُ نَهَارًا يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**فِي الْأَصَحِّ**) لِلْعَادَةِ الْغَالِبَةِ بِهِ فَيَجِبُ لَهَا مِضْرَبَةٌ بِقُطْنٍ وَثِيرَةٌ بِالْمُثَلَّثَةِ، أَيْ: لَيِّنَةٌ أَوْ قَطِيفَةٌ (**وَ**) يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**مِخَدَّةٌ**) بِكَسْرِ الْمِيمِ: الْوِسَادَةُ لِلْعُرْفِ (**وَلِحَافٌ**) بِكَسْرِ اللَّامِ أَوْ كِسَاءٌ (**فِي الشِّتَاءِ**) فِي بَلَدٍ بَارِدٍ، وَيَجِبُ لَهَا مِلْحَفَةٌ بَدَلَ اللِّحَافِ أَوْ الْكِسَاءِ فِي الصَّيْفِ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِحَسَبِ الْعَادَةِ حَتَّى قَالَ الرُّويَانِيُّ وَغَيْرُهُ: لَوْ كَانُوا لَا يَعْتَادُونَ فِي-

……………………………………………………………………

= الصَّيْفِ لِنَوْمِهِمْ غِطَاءً غَيْرَ لِبَاسِهِمْ لَمْ يَجِبْ غَيْرُهُ.

تَنْبِيهٌ: الْمُعْتَبَرُ فِي الْفِرَاشِ وَمَا بَعْدَهُ لِامْرَأَةِ الْمُوسِرِ مِنَ الْمُرْتَفِعِ وَالْمُعْسِرِ مِنَ النَّازِلِ وَالْمُتَوَسِّطِ بِمَا بَيْنَهُمَا، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ كُلَّ سَنَةٍ، وَإِنَّمَا يُجَدَّدُ وَقْتَ تَجْدِيدِ عَادَةً.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ الرَّابِعِ: وَهُوَ آلَةُ التَّنْظِيفِ فَقَالَ (وَ) يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**آلَةُ تَنْظِيفٍ**) مِنَ الْأَوْسَاخِ الَّتِي تُؤْذِيهَا، وَذَلِكَ (**كَمُشْطٍ**) وَهُوَ بِضَمِّ الْمِيمِ وَكَسْرِهَا مَعَ إِسْكَانِ الشِّينِ وَضَمِّهَا، اسْمٌ لِلْآلَةِ الْمُسْتَعْمَلَةِ فِي تَرْجِيلِ الشَّعْرِ (**وَدُهْنٍ**) يُسْتَعْمَلُ فِي تَرْجِيلِ شَعْرِهَا وَكَذَا فِي بَدَنِهَا كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ.

أَمَّا دُهْنُ الْأَكْلِ فَتَقَدَّمَ فِي الْأُدْمِ، وَيُتَّبَعُ فِيهِ عُرْفُ بَلَدِهَا، حَتَّى لَوْ اعْتَدْنَ الْمُطَيَّبَ بِالْوَرْدِ أَوْ الْبَنَفْسَجِ وَجَبَ، قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَوَقْتُهُ كُلُّ أُسْبُوعٍ مَرَّةً، وَالْأَوْلَى الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الشَّيْخَانِ عَنْ وُجُوبِ الْأُشْنَانِ وَالصَّابُونِ لِغَسْلِ الثِّيَابِ، وَصَرَّحَ الْقَفَّالُ وَالْبَغَوِيُّ بِوُجُوبِهِ. قَالَ فِي الْكَافِي: وَيَجِبُ فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ أَوْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ، وَفِيهِ الْبَحْثُ الْمَارُّ. قَالَ الْقَفَّالُ: حَتَّى لَوْ كَانَتْ إِذَا أَكَلَتْ احْتَاجَتْ إِلَى الْخِلَالِ فَعَلَى الزَّوْجِ، وَسَكَتُوا عَنْ دُهْنِ السِّرَاجِ وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وُجُوبُهُ وَيُتَّبَعُ فِيهِ الْعُرْفُ حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَى أَهْلِ الْبَوَادِي شَيْءٌ (وَ) يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**مَا تَغْسِلُ بِهِ الرَّأْسَ**) مِنْ سِدْرٍ أَوْ خِطْمِيٍّ عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ، لِاحْتِيَاجِهَا إِلَى ذَلِكَ، وَالرُّجُوعُ فِي قَدْرِهِ إِلَى الْعَادَةِ (**وَمَرْتَكٍ**) وَهُوَ بِفَتْحِ الْمِيمِ وَكَسْرِهَا مُعَرَّبٌ، وَتَشْدِيدُ كَافِهِ خَطَأٌ، أَصْلُهُ مِنَ الرَّصَاصِ يَقْطَعُ رَائِحَةَ الْإِبِطِ؛ لِأَنَّهُ يَحْبِسُ الْعَرَقَ وَإِنْ طُرِحَ فِي الْخَلِّ أَبْدَلَ حُمُوضَتَهُ حَلَاوَةً، قَالَهُ الدَّمِيرِيُّ (**وَنَحْوِهِ**) أَيْ الْمَرْتَكِ (**لِدَفْعِ**) أَيْ لِقَطْعِ رَائِحَةِ (**صُنَانٍ**) إِذَا لَمْ يَنْدَفِعْ بِدُونِهِ، وَتُرَابٍ لِتَأَذِّيهِمَا بِالرَّائِحَةِ الْكَرِيهَةِ، وَ(**لَا**) يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**كُحْلٌ وَ**) لَا يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ (**خِضَابٌ**) وَلَا عِطْرٌ (وَ) لَا =

(مَا تَزَيَّنُ بِهِ) بِفَتْحِ أَوَّلِهِ مِنْ آلَاتِ الْحُلِيِّ لِزِيَادَةِ التَّلَذُّذِ وَكَمَالِ الِاسْتِعْمَالِ، وَذَلِكَ حَقٌّ لَهُ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ، فَإِنْ هَيَّأَهُ لَهَا وَجَبَ عَلَيْهَا اسْتِعْمَالُهُ، وَعَلَيْهِ حُمِلَ مَا قِيلَ: «أَنَّهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَعَنَ السَّلْتَاءَ وَالْمَرْهَاءَ»، وَالْأُولَى هِيَ الَّتِي لَا تَخْتَضِبُ، وَالثَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي لَا تَكْتَحِلُ **(وَ)** لَا **(دَوَاءُ مَرَضٍ وَ)** لَا **(أُجْرَةُ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ)** وَنَحْوِ ذَلِكَ كَفَاصِدٍ وَخَاتِنٍ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِحِفْظِ الْأَصْلِ فَلَا يَجِبُ عَلَى مُسْتَحِقِّ الْمَنْفَعَةِ كَعِمَارَةِ الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ، وَخَالَفَ مُؤْنَةَ التَّنْظِيفِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى كَنْسِ الدَّارِ وَغَسْلِهَا.

(وَ) يَجِبُ **(لَهَا)** عَلَيْهِ **(طَعَامُ أَيَّامِ الْمَرَضِ وَأُدْمُهَا)**؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ، وَلَهَا صَرْفُهُ فِي الدَّوَاءِ وَنَحْوِهِ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ غَيْرَ الطَّعَامِ وَالْأُدْمِ لَا تَسْتَحِقُّهُ، وَلَيْسَ مُرَادًا بَلْ الْكِسْوَةُ وَمَا يُحْتَاجُ إلَيْهِ كَالدُّهْنِ، وَالْمَرْتَكِ وَنَحْوِهِمَا كَذَلِكَ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ **(وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ أُجْرَةِ حَمَّامٍ بِحَسَبِ الْعَادَةِ)** إنْ كَانَتْ عَادَتُهَا دُخُولَهُ لِلْحَاجَةِ إلَيْهِ عَمَلًا بِالْعُرْفِ، وَذَلِكَ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي لِتَخْرُجَ مِنْ دَنَسِ الْحَيْضِ الَّذِي يَكُونُ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً غَالِبًا، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ أَنْ يُنْظَرَ فِي ذَلِكَ لِعَادَةِ مِثْلِهَا، وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ حَرًّا وَبَرْدًا. وَالثَّانِي: لَا تَجِبُ لَهَا الْأُجْرَةُ إلَّا إذَا اشْتَدَّ الْبَرْدُ وَعَسُرَ الْغُسْلُ إلَّا فِي الْحَمَّامِ. أَمَّا لَوْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ لَا يَعْتَادُونَ دُخُولَهُ فَلَا تَجِبُ لَهَا أُجْرَتُهُ **(وَ)** الْأَصَحُّ أَيْضًا وُجُوبُ **(ثَمَنِ مَاءِ غُسْلِ جِمَاعٍ)** مِنْ الزَّوْجِ **(وَنِفَاسٍ)** مِنْهُ وَوُضُوءٍ نَقَضَهُ هُوَ كَأَنْ لَمَسَهَا إنْ احْتَاجَتْ لِشِرَائِهِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّ ذَلِكَ بِسَبَبِهِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ مِنْ مُسْتَحَقٍّ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ حَصَلَ النَّقْضُ بِفِعْلِهِمَا فَقِيَاسُ وُجُوبِ نَفَقَتِهَا عَلَيْهِ فِيمَا لَوْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ لِحَاجَتِهِمَا وُجُوبُهُ عَلَيْهِ، وَكَالنِّفَاسِ فِيمَا ذُكِرَ الْوِلَادَةُ بِلَا بَلَلٍ، وَلَوْ عَبَّرَ-

……

بِالْوِلَادَةِ بَدَلَ النِّفَاسِ لَشَمِلَ ذَلِكَ، وَمَحَلُّ ذَلِكَ مَا إذَا كَانَ الْإِحْبَالُ بِفِعْلِ الزَّوْجِ، فَلَوْ أَدْخَلَتْ ذَكَرَهُ وَهُوَ نَائِمٌ فَحَبِلَتْ، أَوْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ فَلَا يَجِبُ لَهَا ذَلِكَ لِعَدَمِ فِعْلِهِ فِي الْأَوَّلِ، وَلِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ مُعْتَبَرٌ وَهُوَ مَفْقُودٌ فِي الثَّانِي، وَبِذَلِكَ عُلِمَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ نَقَضَ وُضُوءَ أَجْنَبِيَّةٍ ذَلِكَ، وَلَا عَلَيْهَا إذَا نَقَضَتْ وُضُوءَ زَوْجِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إنَّمَا وَجَبَ عَلَى الرَّجُلِ بِفِعْلِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ عَقْدِ النِّكَاحِ، **(وَلَا)** يَجِبُ ثَمَنُ مَاءِ **(حَيْضٍ وَاحْتِلَامٍ فِي الْأَصَحِّ)** إذْ لَا صُنْعَ مِنْهُ. وَالثَّانِي: يَجِبُ لِكَثْرَةِ وُقُوعِ الْحَيْضِ، وَفِي عَدَمِ إيجَابِهِ إجْحَافٌ بِهَا.

تَنْبِيهٌ: الْخِلَافُ فِي الِاحْتِلَامِ تَبِعَ فِيهِ الْمُحَرَّرَ وَلَمْ يَحْكِيَاهُ فِي الشَّرْحَيْنِ وَالرَّوْضَةِ، بَلْ قَطَعَا بِعَدَمِ الْوُجُوبِ. قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ: وَالصَّوَابُ مَا فِي الْمِنْهَاجِ، فَقَدْ جَزَمَ الْقَفَّالُ فِي فَتَاوِيهِ بِوُجُوبِهِ عَلَى الزَّوْجِ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لِحَاجَتِهَا قَالَ بِخِلَافِ مَا لَوْ زَنَتْ أَوْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ انتهى. وَقَدْ مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَالظَّاهِرُ طَرْدُ الْخِلَافِ فِي ثَمَنِ الْمَاءِ الَّذِي تَغْسِلُ بِهِ مَا تَنَجَّسَ مِنْ بَدَنِهَا أَوْ ثِيَابِهَا.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ الْخَامِسِ، وَهُوَ مَتَاعُ الْبَيْتِ فَقَالَ **(وَ)** يَجِبُ لَهَا **(آلَاتُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ)** بِضَمِّ الشِّينِ، وَيَجُوزُ فَتْحُهَا كَمَا قِيلَ بِهِ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيَّامُ مِنًى أَيَّامُ أَكْلٍ وَشَرْبٍ» **(وَ)** آلَاتُ **(طَبْخٍ كَقِدْرٍ)** هُوَ بِكَسْرِ الْقَافِ، مِثَالٌ لِآلَةِ الطَّبْخِ **(وَقَصْعَةٍ)** وَهِيَ بِفَتْحِهَا مِثَالٌ لِآلَةِ الْأَكْلِ **(وَكُوزٍ وَجَرَّةٍ)** وَهُمَا مِثَالَانِ لِآلَةِ الشُّرْبِ **(وَنَحْوِهَا)** مِمَّا لَا غِنَى عَنْهُ كَمِغْرَفَةٍ، وَمَا تَغْسِلُ فِيهِ ثِيَابَهَا؛ لِأَنَّ الْمَعِيشَةَ لَا تَتِمُّ بِدُونِ ذَلِكَ فَكَانَ مِنْ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ.

تَنْبِيهٌ: سَكَتُوا عَنْ مَنَارَةِ السِّرَاجِ وَإِبْرِيقِ الْوُضُوءِ، وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ وُجُوبُهُ لِمَنْ اعْتَادَهُ حَتَّى لَا يَجِبَ لِأَهْلِ الْبَادِيَةِ، وَيَكْفِي كَوْنُ الْآلَاتِ مِنْ

خَشَبٍ أَوْ حَجَرٍ أَوْ خَزَفٍ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ، فَلَا تَجِبُ الْآلَةُ مِنَ النُّحَاسِ وَإِنْ كَانَتْ شَرِيفَةً كَمَا رَجَّحَ ذَلِكَ ابْنُ الْمُقْرِي: لِأَنَّهُ رُعُونَةٌ. قَالَ الْإِمَامُ: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَجِبَ لِلشَّرِيفَةِ الظُّرُوفُ النُّحَاسُ لِلْعَادَةِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَقِيَاسُ الْبَابِ اتِّبَاعُ الْعُرْفِ فِي الْمَاعُونِ، وَأَنْ يُفَرَّقَ فِيهِ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ، وَأَنْ يُفَاوَتَ بَيْنَ مَرَاتِبِ الْوَاجِبِ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ بِاخْتِلَافِ مَرَاتِبِ الزَّوْجَاتِ حَتَّى يَجِبَ لِبَدَوِيَّةٍ قَدَحٌ، وَقِطْعَةٌ مِنْ خَشَبٍ، وَقِدْرٌ مِنْ نُحَاسٍ، وَلِقَرَوِيَّةٍ جَرَّةٌ وَنَحْوُهَا مِنْ خَزَفٍ، وَلِنِسَاءِ الْمُدُنِ وَالْأَمْصَارِ مَا يَعْتَدْنَهُ مِنْ خَزَفٍ عَالٍ، أَوْ مُتَوَسِّطٍ، أَوْ دَنِيءٍ، أَوْ مِنْ نُحَاسٍ كَطَسْتِ الثِّيَابِ، وَطَاسَةِ الْحَمَّامِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ السَّادِسِ، وَهُوَ السُّكْنَى فَقَالَ **(وَ)** يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ **(مَسْكَنٌ)** أَيْ تَهْيِئَتُهُ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقَةَ يَجِبُ لَهَا ذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فَالزَّوْجَةُ أَوْلَى، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَسْكَنُ **(يَلِيقُ بِهَا)** عَادَةً؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الِانْتِقَالَ مِنْهُ، فَرُوعِيَ فِيهِ جَانِبُهَا، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ حَيْثُ رُوعِيَ فِيهِمَا حَالُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ إِبْدَالَهُمَا، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِمَّنْ يَسْكُنُ الْخَانَ أُسْكِنَتْ دَارًا أَوْ حُجْرَةً، وَيُنْظَرُ إِلَى مَا يَلِيقُ بِهَا مِنْ سَعَةٍ أَوْ ضِيقٍ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] **(وَلَا يُشْتَرَطُ)** فِي الْمَسْكَنِ **(كَوْنُهُ مِلْكَهُ)** قَطْعًا، بَلْ يَجُوزُ إِسْكَانُهَا فِي مَوْقُوفٍ وَمُسْتَأْجَرٍ وَمُسْتَعَارٍ. قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ: وَلَوْ سَكَنَتْ هِيَ وَالزَّوْجُ فِي مَنْزِلِهَا مُدَّةً سَقَطَ فِيهَا حَقُّ السُّكْنَى، وَلَا مُطَالَبَةَ لَهَا بِأُجْرَةِ سَكَنِهِ مَعَهَا إِنْ كَانَتْ أَذِنَتْ لَهُ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ الْمُطْلَقَ الْعَرِيَّ عَنْ ذِكْرِ عِوَضٍ يُنَزَّلُ عَلَى الْإِعَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ انتهى. وَمَرَّتِ الْإِشَارَةُ إِلَى ذَلِكَ فِي آخِرِ الْعِدَدِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْوَاجِبِ السَّابِعِ وَهُوَ الْخَادِمُ فَقَالَ **(وَ)** يَجِبُ **(عَلَيْهِ لِمَنْ)** أَيْ لِزَوْجَةٍ حُرَّةٍ **(لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا)** بِأَنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُخْدَمُ فِي بَيْتِ أَبِيهَا -

مَثَلًا، لِكَوْنِهَا لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا فِي عَادَةِ الْبَلَدِ كَمَنْ يَخْدُمُهَا أَهْلُهَا، أَوْ تُخْدَمُ بِأَمَةٍ، أَوْ بِحُرَّةٍ، أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ، لَا بِارْتِفَاعِهَا بِالِانْتِقَالِ إلَى بَيْتِ زَوْجِهَا **(إخْدَامُهَا)** لِأَنَّهُ مِنْ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، وَذَلِكَ إمَّا **(بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لَهُ)** أَوْ لَهَا كَمَا قَالَهُ ابْنُ الْمُقْرِي **(أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ، أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ صَحِبَتْهَا مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لِخِدْمَةٍ)** لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِجَمِيعِ ذَلِكَ.

تَنْبِيهٌ: كَلَامُهُ يَقْتَضِي تَعَيُّنَ الْإِنَاثِ لِلْإِخْدَامِ وَلَيْسَ مُرَادًا، فَيَجُوزُ كَوْنُ الْخَادِمِ صَبِيًّا مُمَيِّزًا مُرَاهِقًا، أَوْ مَحْرَمًا، أَوْ مَمْلُوكًا لَهَا، أَوْ مَمْسُوحًا، وَلَا يَجُوزُ بِكَبِيرٍ وَلَا شَيْخٍ لِتَحْرِيمِ النَّظَرِ، وَلَا بِذِمِّيَّةٍ لِمُسْلِمَةٍ، إذْ لَا تُؤْمَنُ عَدَاوَتُهَا الدِّينِيَّةُ، وَلِتَحْرِيمِ النَّظَرِ، وَالْوَجْهُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ عَدَمُ جَوَازِ عَكْسِهِ أَيْضًا لِمَا فِيهِ مِنْ الْمِهْنَةِ، وَهَذَا فِي الْخِدْمَةِ الْبَاطِنَةِ.

أَمَّا الظَّاهِرَةُ كَقَضَاءِ الْحَوَائِجِ مِنْ السُّوقِ فَيَتَوَلَّاهَا الرِّجَالُ وَغَيْرُهُمْ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِمْ أَنَّ الْمُتَّبَعَ فِي تَعْيِينِ الْخَادِمِ الزَّوْجُ لَا الزَّوْجَةُ، وَهُوَ الْأَصَحُّ فِي الِابْتِدَاءِ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَخْدَمَهَا خَادِمًا وَأَلِفَتْهُ، أَوْ كَانَتْ حَمَلَتْ مَعَهَا خَادِمًا وَأَرَادَ إبْدَالَهُ فَلَا يَجُوزُ لِتَضَرُّرِهَا بِقَطْعِ الْمَأْلُوفِ إلَّا إنْ ظَهَرَتْ رِيبَةٌ أَوْ خِيَانَةٌ فَلَهُ الْإِبْدَالُ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ خَادِمٍ، وَلَوْ أَرَادَتْ زِيَادَةَ خَادِمٍ آخَرَ مِنْ مَالِهَا كَانَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ دُخُولِ دَارِهِ وَمِنْ اسْتِخْدَامِهَا لَهُ، وَلَهُ إخْرَاجُ مَا عَدَا خَادِمِهَا مِنْ مَالٍ وَوَلَدٍ لَهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَلَهُ مَنْعُ أَبَوَيْهَا مِنْ الدُّخُولِ عَلَيْهَا، لَكِنْ مَعَ الْكَرَاهَةِ **(وَسَوَاءٌ فِي هَذَا)** أَيْ وُجُوبِ الْإِخْدَامِ **(مُوسِرٌ)** وَمُتَوَسِّطٌ **(وَمُعْسِرٌ)** وَمُكَاتَبٌ **(وَعَبْدٌ)** كَسَائِرِ الْمُؤَنِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ الْمَأْمُورِ بِهَا.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ قَوْلُهُ * إخْدَامُهَا * أَنَّ الزَّوْجَ لَوْ قَالَ: أَنَا أَخْدُمُهَا بِنَفْسِي لِيَسْقُطَ عَنِّي مُؤْنَةُ الْخَادِمِ لَمْ يَلْزَمْهَا الرِّضَا بِهِ وَلَوْ فِيمَا لَا تَسْتَحِي مِنْهُ كَغَسْلِ ثَوْبٍ، وَاسْتِقَاءِ مَاءٍ، وَطَبْخٍ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَحِي مِنْهُ وَتُعَيَّرُ بِهِ، وَأَنَّهَا لَوْ قَالَتْ: أَنَا أَخْدُمُ

……

نَفْسِي وَآخُذُ أُجْرَةَ الْخَادِمِ أَوْ مَا يَأْخُذُ مِنْ نَفَقَةٍ لَمْ يَلْزَمْهُ الرِّضَا بِهَا؛ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْ حَقَّهَا، وَلَهُ أَنْ لَا يَرْضَى بِهِ لِابْتِذَالِهَا بِذَلِكَ، فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَيْهِ فَكَاعْتِيَاضِهَا عَنِ النَّفَقَةِ حَيْثُ لَا رِبًا، وَقَضِيَّتُهُ الْجَوَازُ يَوْمًا بِيَوْمٍ **(فَإِنْ أَخْدَمَهَا)** الزَّوْجُ **(بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأُجْرَةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا)** أَيِ الْأُجْرَةِ، وَلَوْ أَخْدَمَهَا أَمَةً مُسْتَعَارَةً أَوْ حُرَّةً مُتَبَرِّعَةً بِالْخِدْمَةِ. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: سَقَطَ الْوُجُوبُ عَنْهُ، وَحَمَلَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ عَلَى مَا إِذَا رَضِيَتِ الزَّوْجَةُ بِهِ، فَإِنِ امْتَنَعَتْ فَلَهَا ذَلِكَ لِلْمِنَّةِ **(أَوْ)** أَخْدَمَهَا **(بِأَمَتِهِ)** أَيِ الزَّوْجِ **(أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِالْمِلْكِ، أَوْ)** أَخْدَمَهَا **(بِمَنْ صَحِبَتْهَا)** حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً **(لَزِمَهُ نَفَقَتُهَا)** وَفِطْرَتُهَا كَمَا مَرَّ فِي بَابِهَا، فَإِنْ كَانَتِ الْمَصْحُوبَةُ مَمْلُوكَةً لِلزَّوْجَةِ مَلَكَتْ نَفَقَتَهَا كَمَا تَمْلِكُ نَفَقَةَ نَفْسِهَا، وَإِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَيَجُوزُ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا أَنْ تَمْلِكَ نَفَقَةَ نَفْسِهَا كَمَا تَمْلِكُ الزَّوْجَةُ نَفَقَةَ نَفْسِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: تَمْلِكُهَا الزَّوْجَةُ لِتَدْفَعَهَا إِلَيْهَا، وَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِيهَا وَتَكْفِيَهَا مِنْ مَالِهَا.

فَائِدَةٌ: الْخَادِمُ يُطْلَقُ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَلِذَلِكَ يُذَكِّرُ الْمُصَنِّفُ الضَّمَائِرَ تَارَةً، وَيُؤَنِّثُهَا أُخْرَى كَمَا يُعْلَمُ مِنَ التَّقْدِيرِ فِي كَلَامِهِ، وَيُقَالُ فِي لُغَةٍ قَلِيلَةٍ لِلْأُنْثَى خَادِمَةٌ.

تَنْبِيهٌ: لُزُومُ نَفَقَةِ الْمَصْحُوبَةِ سَبَقَ فِي قَوْلِهِ أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ صَحِبَتْهَا، وَلَعَلَّ ذِكْرَهُ ثَانِيًا لِبَيَانِ جِنْسِ مَا تُعْطَاهُ، وَقَدْرِهِ كَمَا قَالَ **(وَجِنْسُ طَعَامِهَا)** أَيْ خَادِمِ الزَّوْجَةِ **(جِنْسُ طَعَامِ الزَّوْجَةِ)** وَقَدْ مَرَّ، إِذْ مِنَ الْمَعْرُوفِ أَنْ لَا يَتَخَصَّصَ عَنْ خَادِمِهَا.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ عَنِ النَّوْعِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُجْعَلُ نَوْعُ الْمَخْدُومَةِ أَجْوَدَ لِلْعَادَةِ **(وَهُوَ)** أَيْ مِقْدَارُ طَعَامِ الْخَادِمِ **(مُدٌّ عَلَى مُعْسِرٍ)** جَزْمًا، إِذِ النَّفْسُ لَا تَقُومُ بِدُونِهِ غَالِبًا فَلِذَلِكَ سَارَتِ الْمَخْدُومَةُ فِيهِ **(وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ)** عَلَيْهِ مُدٌّ **(فِي الصَّحِيحِ)** قِيَاسًا عَلَى الْمُعْسِرِ، وَالثَّانِي، مُدٌّ وَثُلُثٌ كَالْمُوسِرِ، وَالثَّالِثُ مُدٌّ

……

وَسُدُسٌ لِتَفَاوُتِ الْمَرَاتِبِ بَيْنَ الْخَادِمِ وَالْمَخْدُومَةِ **(وَمُوسِرٌ مُدٌّ وَثُلُثٌ)** عَلَى النَّصِّ. قَالَ الْأَصْحَابُ: وَلَا نَدْرِي مِنْ أَيْنَ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله عَنْهُ هَذَا التَّقْرِيرَ، وَأَقْرَبُ مَا قِيلَ فِي تَوْجِيهِهِ: إنَّ نَفَقَةَ الْخَادِمَةِ عَلَى الْمُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَهُوَ ثُلُثَا نَفَقَةِ الْمَخْدُومَةِ، وَالْمُدُّ وَالثُّلُثُ عَلَى الْمُوسِرِ، وَهُوَ ثُلُثَا نَفَقَةِ الْمَخْدُومَةِ، وَوَجَّهُوا أَيْضًا التَّقْدِيرَ فِي الْمُوسِرِ بِمُدٍّ وَثُلُثٍ، وَفِي الْمُتَوَسِّطِ بِمُدٍّ بِأَنَّ لِلْخَادِمَةِ وَالْمَخْدُومَةِ فِي النَّفَقَةِ حَالَةَ كَمَالٍ وَحَالَةَ نَقْصٍ، وَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ يَسْتَوِيَانِ، فَفِي الْأُولَى يُزَادُ فِي الْمَفْضُولَةِ ثُلُثُ مَا يُزَادُ لِلْفَاضِلَةِ كَمَا أَنَّ لِلْأَبَوَيْنِ فِي الْإِرْثِ حَالَةَ كَمَالٍ وَحَالَةَ نَقْصٍ، وَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ سَوَاءٌ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ ابْنٌ يَسْتَوِيَانِ فِي أَنَّ لِكُلٍّ مِنْهُمْ السُّدُسَ، وَفِي الْأُولَى إذَا انْفَرَدَا يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا فَيُزَادُ لِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا يُزَادُ لِلْأَبِ، وَلِهَذَا أَلْحَقُوا الْمُتَوَسِّطَ بِالْمُعْسِرِ وَلَمْ يُلْحِقُوهُ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ بِهِ **(وَلَهَا)** أَيْضًا **(كِسْوَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهَا)** وَلَوْ عَلَى مُتَوَسِّطٍ وَمُعْسِرٍ مِنْ قَمِيصٍ وَمِقْنَعَةٍ وَخُفٍّ وَرِدَاءٍ لِلْخُرُوجِ صَيْفًا وَشِتَاءً، حُرًّا كَانَ الْخَادِمُ أَوْ رَقِيقًا اعْتَادَ كَشْفَ الرَّأْسِ أَمْ لَا لِاحْتِيَاجِهِ إلَى ذَلِكَ، بِخِلَافِ الْمَخْدُومَةِ فِي الْخُفِّ وَالرِّدَاءِ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْعَهَا مِنْ الْخُرُوجِ، هَذَا هُوَ الْمَنْقُولُ، وَلَكِنَّ الْأَوْجَهَ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا وُجُوبُهُمَا لِلْمَخْدُومَةِ أَيْضًا فَإِنَّهَا قَدْ تَحْتَاجُ إلَى الْخُرُوجِ إلَى الْحَمَّامِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الضَّرُورَاتِ وَإِنْ كَانَ نَادِرًا، وَمَحَلُّ وُجُوبِ الْخُفِّ وَالرِّدَاءِ لِلْخَادِمِ إنْ كَانَ أُنْثَى. أَمَّا الْخَادِمُ الذَّكَرُ فَلَا، لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُ، وَلَا يَجِبُ لِلْخَادِمِ سَرَاوِيلُ عَلَى أَرْجَحِ الْوَجْهَيْنِ فِي الشَّرْحِ الْكَبِيرِ بِخِلَافِ الْمَخْدُومَةِ لِأَنَّهُ لِلزِّينَةِ وَكَمَالِ السَّتْرِ، وَيَجِبُ لِلْخَادِمِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى جُبَّةٌ لِلشِّتَاءِ أَوْ فَرْوَةٌ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، فَإِنْ اشْتَدَّ الْبَرْدُ زِيدَ لَهُ عَلَى الْجُبَّةِ أَوْ الْفَرْوَةِ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، وَيَجِبُ لَهُ مَا يَفْرِشُهُ وَمَا يَتَغَطَّى بِهِ كَقِطْعَةِ لِبْدٍ وَكِسَاءٍ فِي الشِّتَاءِ وَبَارِيَّةٍ فِي الصَّيْفِ ـ

وَمِخَدَّةٍ، وَيَكُونُ ذَلِكَ دُونَ مَا يَجِبُ لِلْمَخْدُومَةِ جِنْسًا وَنَوْعًا، وَيُفَاوِتُ فِيهِ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَغَيْرِهِ (**وَكَذَا**) لِلْخَادِمِ (**أُدْمٌ عَلَى الصَّحِيحِ**)؛ لِأَنَّ الْعَيْشَ لَا يَتِمُّ بِدُونِهِ، وَجِنْسُهُ جِنْسُ أُدْمِ الْمَخْدُومَةِ، وَلَكِنَّ نَوْعَهُ دُونَ نَوْعِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَيُفَاوَتُ فِيهِ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَغَيْرِهِ، وَالثَّانِي: لَا يَجِبُ، وَيُكْتَفَى بِمَا فَضَلَ عَنِ الْمَخْدُومَةِ، وَلَا يَجِبُ اللَّحْمُ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ يُؤْخَذُ تَرْجِيحُهُ مِنْ كَلَامِ الرَّافِعِيِّ وَ(**لَا**) يَجِبُ لِلْخَادِمِ (**آلَةُ تَنْظِيفٍ**) كَمُشْطٍ وَدُهْنٍ؛ لِأَنَّهَا تُرَادُ لِلتَّزْيِينِ، وَالْخَادِمُ لَا يَتَزَيَّنُ، بَلْ اللَّائِقُ بِحَالِهَا عَكْسُ ذَلِكَ لِئَلَّا تَمْتَدَّ إِلَيْهَا الْعَيْنُ (**فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ**) عَلَيْهَا (**وَتَأَذَّتْ بِقَمْلٍ وَجَبَ أَنْ تُرَفَّهَ**) أَيْ تُنَعَّمَ بِأَنْ يُعْطِيَهَا مَا يُزِيلُ ذَلِكَ.

فَائِدَةٌ: الْقَمْلُ مُفْرَدُهُ قَمْلَةٌ. قَالَ الْجَوْهَرِيُّ: وَيَتَوَلَّدُ مِنَ الْعَرَقِ وَالْوَسَخِ. وَقَالَ الْحَافِظُ: رُبَّمَا كَانَ الْإِنْسَانُ قَمِلُ الطِّبَاعِ وَإِنْ تَنَظَّفَ وَتَعَطَّرَ وَبَدَّلَ الثِّيَابَ كَمَا عَرَضَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَالزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا .(**وَمَنْ تَخْدُمُ نَفْسَهَا فِي الْعَادَةِ**) لَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَّخِذَ خَادِمًا وَتُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا، وَنَظَرَ فِيهِ بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، فَـ (**إِنِ احْتَاجَتْ**) حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً (**إِلَى خِدْمَةٍ لِمَرَضٍ**) بِهَا (**أَوْ زَمَانَةٍ وَجَبَ إِخْدَامُهَا**) لِأَنَّهَا لَا تَسْتَغْنِي عَنْهُ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ لَا تَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ أَقْوَى مِمَّا نَقَصَ مِنَ الْمُرُوءَةِ وَإِنْ تَعَدَّدَ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ (**وَلَا إِخْدَامَ**) حَالَ الصِّحَّةِ (**لِرَقِيقَةٍ**) أَيْ زَوْجَةٍ كُلًّا أَوْ بَعْضًا؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ أَنْ تَخْدُمَ نَفْسَهَا جَمِيلَةً كَانَتْ أَمْ لَا (**وَفِي الْجَمِيلَةِ وَجْهٌ**) يُوجِبُ إِخْدَامَهَا لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِهِ .(**وَيَجِبُ فِي الْمَسْكَنِ**) وَالْخَادِمِ (**إِمْتَاعٌ**) لَا تَمْلِيكٌ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُمَا مِلْكَهُ (**وَ**) يَجِبُ فِي (**مَا يُسْتَهْلَكُ**) لِعَدَمِ بَقَاءِ عَيْنِهِ (**كَطَعَامٍ**) وَأُدْمٍ وَدُهْنٍ وَلَحْمٍ

وَزَيْتٍ (**تَمْلِيكٌ**) وَلَوْ بِلَا صِيغَةٍ فَيَكْفِي أَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ، سَوَاءٌ أَعَلِمَتْ نِيَّتَهُ أَمْ لَا كَالْكَفَّارَةِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَى ذَلِكَ (**وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ**) الْحُرَّةُ بِمَا شَاءَتْ مِنْ بَيْعٍ وَغَيْرِهِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهَا. أَمَّا الْأَمَةُ فَإِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فِي ذَلِكَ سَيِّدُهَا.

تَنْبِيهٌ: كَانَ الْأَوْلَى أَنْ يَأْتِيَ بِالْفَاءِ بَدَلَ الْوَاوِ فَإِنَّهُ مُفَرَّعٌ عَلَى مَا قَبْلَهُ (**فَلَوْ قَتَّرَتْ**) بَعْدَ قَبْضِ نَفَقَتِهَا (**بِمَا يَضُرُّهَا**) أَيْ بِأَنْ ضَيَّقَتْ عَلَى نَفْسِهَا (**مَنَعَهَا**) زَوْجُهَا مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ لَمْ يَضُرَّهَا وَلَكِنْ يُنَفِّرُهُ عَنْهَا لِحَقِّ الِاسْتِمْتَاعِ (**وَمَا دَامَ نَفْعُهُ**) مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، (**كَكِسْوَةٍ**) وَفَرْشٍ (**وَظُرُوفِ طَعَامٍ**) وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ وَظُرُوفٍ كَانَ أَخْصَرَ وَأَشْمَلَ لِيَتَنَاوَلَ ظُرُوفَ الْمَاءِ وَآلَةَ التَّنْظِيفِ (**وَمِشْطٍ**) بِالْجَرِّ، وَخَبَرُ مَا قَوْلُهُ (**تَمْلِيكٌ**) فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ كِسْوَةَ الْأَهْلِ أَصْلًا لِلْكِسْوَةِ فِي الْكَفَّارَةِ كَالطَّعَامِ، وَالطَّعَامُ تَمْلِيكٌ فِيهَا بِالِاتِّفَاقِ وَكَذَا الْكِسْوَةُ فَوَجَبَ هُنَا مِثْلُهُ (**وَقِيلَ**) هُوَ (**إمْتَاعٌ**) كَالْمَسْكَنِ وَالْخَادِمِ بِجَامِعِ الِانْتِفَاعِ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ بِخِلَافِ الطَّعَامِ. وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تُدْفَعُ إلَيْهَا وَالْمَسْكَنُ لَا يُدْفَعُ إلَيْهَا، وَإِنَّمَا يُسْكِنُهَا الزَّوْجُ مَعَهُ فَلَا تَسْقُطُ بِمُسْتَأْجَرٍ وَمُسْتَعَارٍ بِخِلَافِ الْمَسْكَنِ، فَلَوْ لَبِسَتْ الْمُسْتَعَارَ وَتَلِفَ بِغَيْرِ الِاسْتِعْمَالِ فَضَمَانُهُ يَلْزَمُ الزَّوْجَ؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَعِيرُ وَهِيَ نَائِبَةٌ عَنْهُ فِي الِاسْتِعْمَالِ.

قَالَ شَيْخُنَا: وَالظَّاهِرُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهَا فِي الْمُسْتَأْجَرِ أُجْرَةَ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا أَعْطَاهَا ذَلِكَ عَنْ كِسْوَتِهَا انتهى. وَالظَّاهِرُ خِلَافُهُ .(**وَتُعْطَى**) الزَّوْجَةُ (**الْكِسْوَةَ أَوَّلَ**) فَصْلِ (**شِتَاءٍ وَ**) أَوَّلَ فَصْلِ (**صَيْفٍ**) لِقَضَاءِ الْعُرْفِ بِذَلِكَ، هَذَا إنْ وَافَقَ النِّكَاحُ أَوَّلَ الْفَصْلِ وَإِلَّا وَجَبَ إعْطَاؤُهَا فِي أَوَّلِ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الْوُجُوبِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ هَذَا فِيمَا لَا يَبْقَى سَنَةً غَالِبًا.

……

أَمَّا مَا يَبْقَى سَنَةً فَأَكْثَرَ كَالْفَرْشِ وَجُبَّةِ الْخَزِّ وَالْإِبْرَيْسَمِ فَيُجَدَّدُ فِي وَقْتِهِ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَجْدِيدِهِ، وَعَلَيْهِ تَطْرِيفُهَا عَلَى الْعَادَةِ **(فَإِنْ)** أَعْطَى الْكِسْوَةَ أَوَّلَ فَصْلٍ مَثَلًا ثُمَّ **(تَلِفَتْ فِيهِ)** أَيْ فِي أَثْنَاءِ ذَلِكَ الْفَصْلِ **(بِلَا تَقْصِيرٍ)** مِنْهَا **(لَمْ تُبْدَلْ إنْ قُلْنَا)** بِالْأَصَحِّ: إنَّهَا **(تَمْلِيكٌ)**؛ لِأَنَّهُ وَفَّاهَا مَا عَلَيْهِ كَالنَّفَقَةِ إذَا تَلِفَتْ فِي يَدِهَا، وَإِنْ قُلْنَا بِمُقَابِلِ الْأَصَحِّ مِنْ أَنَّهَا إمْتَاعٌ أَبْدَلَتْ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ بِلَا تَقْصِيرٍ لَيْسَ شَرْطًا لِعَدَمِ الْإِبْدَالِ فَإِنَّهُ مَعَ التَّقْصِيرِ أَوْلَى، وَلَكِنَّ شَرْطَ الْمَفْهُومِ قَوْلُهُ إنْ قُلْنَا تَمْلِيكٌ فَإِنَّهُ يُفْهِمُ الْإِبْدَالَ إنْ قُلْنَا: إمْتَاعٌ كَمَا تَقَدَّمَ بِشَرْطِ عَدَمِ التَّقْصِيرِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ الْمُرَادُ بِلَا تَقْصِيرٍ مِنْ الزَّوْجِ، فَلَوْ دَفَعَ إلَيْهَا كِسْوَةً سَخِيفَةً فَبَلِيَتْ لِسَخَافَتِهَا وَجَبَ عَلَيْهِ إبْدَالُهَا كَمَا فِي الْكِفَايَةِ لِتَقْصِيرِهِ **(فَإِنْ)** مَاتَ أَوْ أَبَانَهَا بِطَلَاقٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ **(مَاتَتْ فِيهِ)** أَيْ فِي أَثْنَاءِ فَصْلٍ **(لَمْ تُرَدَّ)** عَلَى التَّمْلِيكِ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ كَمَا فِي نَفَقَةِ الْيَوْمِ، فَإِنَّ كِسْوَةَ الْفَصْلِ كَنَفَقَةِ الْيَوْمِ وَتُرَدُّ عَلَى الْإِمْتَاعِ، وَقِيلَ: تُرَدُّ مُطْلَقًا لِأَنَّهَا لِمُدَّةٍ لَمْ تَأْتِ كَنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ أَعْطَاهَا كِسْوَةَ سَنَةٍ أَوْ نَفَقَةَ يَوْمَيْنِ مَثَلًا فَمَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ مِنْهُمَا أَوْ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ مِنْ الْيَوْمَيْنِ اسْتَرَدَّ كِسْوَةَ الْفَصْلِ الثَّانِي، وَنَفَقَةُ الْيَوْمِ الثَّانِي كَالزَّكَاةِ الْمُعَجَّلَةِ، وَلَوْ لَمْ تَقْبِضْ الْكِسْوَةَ حَتَّى مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ فَصْلٍ أَوْ طَلُقَتْ فِيهِ اسْتَحَقَّتْ كِسْوَةَ كُلِّ الْفَصْلِ كَنَفَقَةِ الْيَوْمِ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْمُصَنِّفُ؛ لِأَنَّ الْكِسْوَةَ تُسْتَحَقُّ بِأَوَّلِ الْفَصْلِ. وَقَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: لَمْ أَرَ فِيهِ نَقْلًا، وَالْأَقْرَبُ أَنَّهَا تَجِبُ بِالْقِسْطِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْوُجُوبَ ثَمَّ اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَلَمْ يَقْطَعْهُ مَا طَرَأَ بَعْدَهُ، وَلَا كَذَلِكَ إنْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ **(وَلَوْ لَمْ يَكْسُ)** الزَّوْجُ **(مُدَّةً فَدَيْنٌ)** عَلَيْهِ إنْ قُلْنَا: تَمْلِيكٌ، فَإِنْ قُلْنَا: إمْتَاعٌ، فَلَا.

تَنْبِيهٌ: الْوَاجِبُ فِي الْكِسْوَةِ الثِّيَابُ لَا قِيمَتِهَا وَعَلَيْهِ خِيَاطَتُهَا، وَلَهَا بَيْعُهَا لِأَنَّهَا مِلْكُهَا، وَلَوْ لَبِسَتْ دُونَهَا مَنَعَهَا لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا فِي تَجَمُّلِهَا.

فَصْلٌ:

الْجَدِيدُ أَنَّهَا تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ لَهَا، وَالْمُرَادُ بِالْوُجُوبِ اسْتِحْقَاقُهَا يَوْمًا بِيَوْمٍ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ وَلَوْ حَصَلَ التَّمْكِينُ وَقْتَ الْغُرُوبِ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَالْقِيَاسُ وُجُوبُهَا بِالْغُرُوبِ انتهى. وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَنَّ الْمُرَادَ وُجُوبُهَا بِالْقِسْطِ، فَلَوْ حَصَلَ ذَلِكَ وَقْتَ الظُّهْرِ فَيَنْبَغِي وُجُوبُهَا لِذَلِكَ مِنْ حِينَئِذٍ، وَهَلْ التَّمْكِينُ سَبَبٌ أَوْ شَرْطٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَوْجَهُهُمَا الثَّانِي، وَاسْتُثْنِيَ مِنْ ذَلِكَ صُورَتَانِ: إِحْدَاهُمَا مَا لَوْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا لِتَسْلِيمِ الْمَهْرِ الْمُعَيَّنِ أَوْ الْحَالِّ فَإِنَّ لَهَا النَّفَقَةَ مِنْ حِينَئِذٍ، أَمَّا الْمُؤَجَّلُ فَلَيْسَ لَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لَهُ وَإِنْ حَلَّ خِلَافًا لِلْإِسْنَوِيِّ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: مَا لَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ سَفَرًا طَوِيلًا. قَالَ الْبَغَوِيّ فِي فَتَاوِيهِ: لِامْرَأَتِهِ لَا الْعَقْدِ. فَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ صُدِّقَ، فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ مُدَّةً فَلَا نَفَقَةَ فِيهَا، وَإِنْ عَرَضَتْ وَجَبَتْ مِنْ بُلُوغِ الْخَبَرِ، فَإِنْ غَابَ كَتَبَ الْحَاكِمُ لِحَاكِمِ بَلَدِهِ لِيُعْلِمَهُ فَيَجِيءَ أَوْ يُوَكِّلَ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَمَضَى زَمَنُ وُصُولِهِ فَرَضَهَا الْقَاضِي. وَالْمُعْتَبَرُ فِي مَجْنُونَةٍ وَمُرَاهِقَةٍ عَرْضُ وَلِيٍّ. وَتَسْقُطُ بِنُشُوزٍ وَلَوْ بِمَنْعِ لَمْسٍ بِلَا عُذْرٍ، وَعَبَالَةُ زَوْجٍ، أَوْ مَرَضٌ يَضُرُّ مَعَهُ الْوَطْءُ عُذْرٌ، وَالْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِلَّا أَنْ يُشْرِفَ عَلَى انْهِدَامٍ. وَسَفَرُهَا بِإِذْنِهِ مَعَهُ أَوْ لِحَاجَتِهِ لَا يُسْقِطُ وَلِحَاجَتِهَا يَسْقُطُ فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ نَشَزَتْ فَغَابَ فَأَطَاعَتْ لَمْ تَجِبْ فِي الْأَصَحِّ وَطَرِيقُهَا أَنْ يَكْتُبَ الْحَاكِمُ كَمَا سَبَقَ. وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبَتِهِ لِزِيَارَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ تَسْقُطْ، وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لِصَغِيرَةٍ وَأَنَّهَا تَجِبُ لِكَبِيرَةٍ عَلَى صَغِيرٍ. وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ بِلَا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلَهَا، فَإِنْ مَلَكَ فَلَا حَتَّى تَخْرُجَ فَمُسَافِرَةٌ لِحَاجَتِهَا، أَوْ بِإِذْنٍ فَفِي الْأَصَحِّ لَهَا نَفَقَةٌ مَا لَمْ تَخْرُجْ. وَيَمْنَعُهَا صَوْمَ نَفْلٍ فَإِنْ أَبَتْ فَنَاشِزَةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَضَاءً لَا يَتَضَيَّقُ كَنَفْلٍ فَيَمْنَعُهَا، وَأَنَّهُ لَا مَنْعَ مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ وَقْتٍ، وَسُنَنٍ رَاتِبَةٍ. وَتَجِبُ لِرَجْعِيَّةٍ الْمُؤَنُ إِلَّا مُؤْنَةَ تَنَظُّفٍ. فَلَوْ ظُنَّتْ حَامِلًا فَأَنْفَقَ فَبَانَتْ حَائِلًا اسْتَرْجَعَ مَا دَفَعَ بَعْدَ عِدَّتِهَا. وَالْحَائِلُ الْبَائِنُ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا كِسْوَةَ، وَيَجِبَانِ لِحَامِلٍ لَهَا، وَفِي قَوْلٍ لِلْحَمْلِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا تَجِبُ لِحَامِلٍ عَنْ شُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ. قُلْت: وَلَا نَفَقَةَ لِمُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ. وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: تَجِبُ الْكِفَايَةُ، وَلَا يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ، فَإِذَا ظَهَرَ وَجَبَ يَوْمًا بِيَوْمٍ، وَقِيلَ: حَتَّى تَضَعَ، وَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ⁽١⁾.

---

(١) متن مفقود شرحه، وقال الخطيب: فَصْلٌ فِي مُوجِبِ النَّفَقَةِ وَمَوَانِعِهَا كَنُشُوزٍ-

أَوْ صِغَرٍ، وَبَدَأَ بِالْأَوَّلِ، فَقَالَ (الْجَدِيدُ أَنَّهَا) أَيْ النَّفَقَةَ وَتَوَابِعَهَا (تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ) التَّامِّ لِأَنَّهَا سَلَّمَتْ مَا مَلَكَ عَلَيْهَا فَتَسْتَحِقُّ مَا يُقَابِلُهُ مِنْ الْأُجْرَةِ لَهَا، وَالْمُرَادُ بِالْوُجُوبِ اسْتِحْقَاقُهَا يَوْمًا بِيَوْمٍ كَمَا صَرَّحُوا بِهِ وَلَوْ حَصَلَ التَّمْكِينُ وَقْتَ الْغُرُوبِ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: فَالْقِيَاسُ وُجُوبُهَا بِالْغُرُوبِ انتهى. وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَنَّ الْمُرَادَ وُجُوبُهَا بِالْقِسْطِ، فَلَوْ حَصَلَ ذَلِكَ وَقْتَ الظُّهْرِ فَيَنْبَغِي وُجُوبُهَا لِذَلِكَ مِنْ حِينَئِذٍ، وَهَلْ التَّمْكِينُ سَبَبٌ أَوْ شَرْطٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَوْجَهُهُمَا الثَّانِي، وَاسْتُثْنِيَ مِنْ ذَلِكَ صُورَتَانِ: إحْدَاهُمَا مَا لَوْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا لِتَسْلِيمِ الْمَهْرِ الْمُعَيَّنِ أَوْ الْحَالِّ فَإِنَّ لَهَا النَّفَقَةَ مِنْ حِينَئِذٍ، أَمَّا الْمُؤَجَّلُ فَلَيْسَ لَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لَهُ وَإِنْ حَلَّ خِلَافًا لِلْإِسْنَوِيِّ الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: مَا لَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ سَفَرًا طَوِيلًا. قَالَ الْبَغَوِيّ فِي فَتَاوِيهِ: لِامْرَأَتِهِ الْمُطَالَبَةُ بِنَفَقَةِ مُدَّةِ ذَهَابِهِ وَرُجُوعِهِ كَمَا لَا يَخْرُجُ لِلْحَجِّ حَتَّى يَتْرُكَ لَهَا هَذَا الْمِقْدَارَ، أَيْ: إذَا لَمْ يَسْتَنِبْ مَنْ يَدْفَعُ لَهَا ذَلِكَ يَوْمًا بِيَوْمٍ.

فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ السَّفَرُ لِمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَحِلُّ قَبْلَ رُجُوعِهِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَأْذِنْ غَرِيمَهُ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ مَحْبُوسَةٌ عِنْدَهُ وَتَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ مَنْ لَهُ الدَّيْنُ، وَخَرَجَ بِالتَّامِّ الْمُقَدَّرُ فِي كَلَامِهِ مَا لَوْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِي زَمَنٍ أَوْ مَحَلٍّ دُونَ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا.

تَنْبِيهٌ: لَوْ تَقَدَّمَ الْعَقْدَ مُوجِبُ النَّفَقَةِ كَالْحَامِلِ الْبَائِنِ إذَا عُقِدَ عَلَيْهَا مُطْلَقًا هَلْ تَحْتَاجُ لِلتَّمْكِينِ أَوْ لَا؟ الْأَقْرَبُ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمُوجِبَ سَقَطَ بِالْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ (لَا الْعَقْدِ) فَلَا تَجِبُ بِهِ النَّفَقَةُ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْمَهْرَ، وَهُوَ لَا يُوجِبُ عِوَضَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَلِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ وَالْعَقْدُ لَا يُوجِبُ مَالًا مَجْهُولًا، وَلِأَنَّهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَدَخَلَ بِهَا بَعْدَ سَنَتَيْنِ، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ -

……

أَنْفَقَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَوْ كَانَ حَقًّا لَهَا لَسَاقَهُ إِلَيْهَا، وَلَوْ وَقَعَ لَنُقِلَ، وَالْقَدِيمُ وَحُكِيَ جَدِيدًا أَنَّهَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ وَتَسْتَقِرُّ بِالتَّمْكِينِ، فَلَوْ امْتَنَعَتْ مِنْهُ سَقَطَتْ. ثُمَّ فَرَّعَ الْمُصَنِّفُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ قَوْلَهُ **(فَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِ)** أَيْ التَّمْكِينِ، فَقَالَتْ: مَكَّنْتُ فِي وَقْتِ كَذَا، وَأَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ **(صُدِّقَ)** بِيَمِينِهِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ، وَعَلَى الْقَدِيمِ هِيَ الْمُصَدَّقَةُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا وَجَبَ بِالْعَقْدِ وَهُوَ يَدَّعِي سُقُوطَهُ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى التَّمْكِينِ ثُمَّ ادَّعَى نُشُوزَهَا وَأَنْكَرَتْ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ النُّشُوزِ، وَقِيلَ: هُوَ الْمُصَدَّقُ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ، وَرُجِّحَ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَا وَجَبَ وَهُوَ يَدَّعِي سُقُوطَهُ، وَفَرَّعَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ أَيْضًا قَوْلَهُ **(فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ)** زَوْجَتُهُ **(مُدَّةً)** مَعَ سُكُوتِهِ عَنْ طَلَبِهَا وَلَمْ تَمْتَنِعْ **(فَلَا نَفَقَةَ)** لَهَا **(فِيهَا)** عَلَى الْجَدِيدِ لِعَدَمِ التَّمْكِينِ، وَتَجِبُ عَلَى الْقَدِيمِ **(وَ)** عَلَى الْجَدِيدِ **(إِنْ عَرَضَتْ)** عَلَيْهِ وَهِيَ بَالِغَةٌ عَاقِلَةٌ مَعَ حُضُورِهِ فِي بَلَدِهَا كَأَنْ بَعَثَتْ إِلَيْهِ تُخْبِرُهُ أَنِّي مُسَلِّمَةٌ نَفْسِي إِلَيْكَ فَاخْتَرْ أَنْ آتِيَكَ حَيْثُ شِئْتَ أَوْ تَأْتِيَ إِلَيَّ **(وَجَبَتْ)** نَفَقَتُهَا **(مِنْ)** حِينِ **(بُلُوغِ الْخَبَرِ)** لَهُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ مُقَصِّرٌ **(فَإِنْ غَابَ)** عَنْ بَلَدِهَا قَبْلَ عَرْضِهَا إِلَيْهِ وَرَفَعَتْ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ مُظْهِرَةً لَهُ التَّسْلِيمَ **(كَتَبَ الْحَاكِمُ)** الْمَرْفُوعُ إِلَيْهِ الْأَمْرُ **(لِحَاكِمِ بَلَدِهِ)** أَيْ الزَّوْجِ **(لِيُعْلِمَهُ)** الْحَالَ **(فَيَجِيءَ)** الزَّوْجُ لَهَا يَتَسَلَّمُهَا **(أَوْ يُوَكِّلَ)** مَنْ يَجِيءُ يَتَسَلَّمُهَا لَهُ أَوْ يَحْمِلُهَا إِلَيْهِ، وَتَجِبُ النَّفَقَةُ مِنْ وَقْتِ التَّسْلِيمِ.

تَنْبِيهٌ: مَجِيئُهُ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ حِينَ عِلْمِهِ يَكُونُ عَلَى الْفَوْرِ **(فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ)** شَيْئًا مِنْ الْأَمْرَيْنِ مَعَ إِمْكَانِ الْمَجِيءِ أَوْ التَّوْكِيلِ **(وَمَضَى زَمَنُ)** إِمْكَانِ **(وُصُولِهِ)** إِلَيْهَا **(فَرَضَهَا الْقَاضِي)** فِي مَالِهِ مِنْ حِينِ إِمْكَانِ وُصُولِهِ كَالْمُسْتَلِمِ لَهَا؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْهُ. أَمَّا إِذَا لَمْ يُمْكِنْهُ ذَلِكَ فَلَا يَفْرِضُ عَلَيْهِ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعْرِضٍ ـ

……

قَالَهُ الْعِمْرَانِيُّ وَالْجُرْجَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا كَذَا نَقَلَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَمَنْ تَبِعَهُ، وَقَيَّدُوا بِهِ كَلَامَ الْكِتَابِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إنْ عُلِمَ مَكَانُ الزَّوْجِ، فَإِنْ جُهِلَ كَتَبَ الْحَاكِمُ إلَى الْحُكَّامِ الَّذِينَ تَرِدُ عَلَيْهِمْ الْقَوَافِلُ مِنْ بَلَدِهِ عَادَةً لِيُنَادِيَ بِاسْمِهِ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَعْطَاهَا الْقَاضِي نَفَقَتَهَا مِنْ مَالِهِ الْحَاضِرِ وَأَخَذَ مِنْهَا كَفِيلًا بِمَا يَصْرِفُ إلَيْهَا لِاحْتِمَالِ مَوْتِهِ أَوْ طَلَاقِهِ، أَمَّا إذَا غَابَ بَعْدَ عَرْضِهَا عَلَيْهِ وَامْتِنَاعِهِ مِنْ تَسَلُّمِهَا، فَإِنَّ النَّفَقَةَ تُقَرَّرُ عَلَيْهِ وَلَا تَسْقُطُ بِغَيْبَتِهِ.

(وَالْمُعْتَبَرُ فِي) زَوْجَةٍ **(مَجْنُونَةٍ وَمُرَاهِقَةٍ عَرْضُ وَلِيٍّ)** لَهُمَا عَلَى أَزْوَاجِهِمَا؛ لِأَنَّهُ الْمُخَاطَبُ بِذَلِكَ وَلَا اعْتِبَارَ بِعَرْضِهِمَا، لَكِنْ لَوْ عَرَضَتْ الْمُرَاهِقَةُ نَفْسَهَا عَلَى زَوْجِهَا فَتَسَلَّمَهَا وَلَوْ بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا وَجَبَتْ نَفَقَتُهَا، وَفِي عِبَارَةِ الشَّرْحَيْنِ فَتَسَلَّمَهَا وَصَارَ بِهَا إلَى مَنْزِلِهِ، وَظَاهِرُهَا أَنَّهُ لَوْ تَسَلَّمَهَا وَلَمْ يَصِرْ بِهَا لَا تَسْتَحِقُّ، وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَلِذَلِكَ أَسْقَطَهُ ابْنُ الْمُقْرِي، وَنِعْمَ مَا فَعَلَ، وَتَسَلُّمُ الزَّوْجِ وَالْمُرَاهِقِ زَوْجَتَهُ كَافٍ وَإِنْ كَرِهَ الْوَطْءَ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ تَسَلَّمَ الْمُرَاهِقُ الْمَبِيعَ لَمْ يَكْفِ، فَهَلَّا كَانَ هُنَاكَ كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْقَصْدَ ثَمَّ أَنْ تَصِيرَ الْيَدُ لِلْمُشْتَرِي، وَهِيَ لِلْوَلِيِّ فِيمَا اشْتَرَاهُ لِلْمُرَاهِقِ، لَا لَهُ.

تَنْبِيهٌ: كَانَ الْأَحْسَنُ لِلْمُصَنِّفِ أَنْ يُعَبِّرَ بِالْمُعْصِرِ بَدَلَ الْمُرَاهِقَةِ لِأَنَّهُ يُقَالُ فِي اللُّغَةِ: غُلَامٌ مُرَاهِقٌ وَجَارِيَةٌ مُعْصِرٌ، وَلَا يُقَالُ: مُرَاهِقَةٌ؛ لِأَنَّهَا مِنْ صِفَاتِ الذُّكُورِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي مَوَانِعِ النَّفَقَةِ، فَقَالَ **(وَتَسْقُطُ)** نَفَقَةُ كُلِّ يَوْمٍ **(بِنُشُوزٍ)** أَيْ خُرُوجٍ عَنْ طَاعَةِ الزَّوْجِ بَعْدَ التَّمْكِينِ وَالْعَرْضِ عَلَى الْجَدِيدِ وَقَبْلَهُ عَلَى الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِالتَّسْلِيمِ فَتَسْقُطُ بِالْمَنْعِ، وَالْمُرَادُ بِالسُّقُوطِ عَدَمُ الْوُجُوبِ، وَإِلَّا فَالسُّقُوطُ حَقِيقَةً إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْوُجُوبِ.

تَنْبِيهٌ: نُشُوزُ غَيْرِ الْمُكَلَّفَةِ كَالْمُكَلَّفَةِ لِاسْتِوَاءِ الْفِعْلَيْنِ فِي التَّفْوِيتِ عَلَى الزَّوْجِ، وَسَوَاءٌ أَقَدَرَ الزَّوْجُ عَلَى رَدِّهَا إلَى الطَّاعَةِ قَهْرًا أَمْ لَا؛ لِأَنَّ لَهُ عَلَيْهَا حَقَّ الْحَبْسِ فِي مُقَابَلَةِ وُجُوبِ النَّفَقَةِ، فَإِذَا نَشَزَتْ عَلَيْهِ سَقَطَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ، وَلَوْ نَشَزَتْ نَهَارًا دُونَ اللَّيْلِ أَوْ عَكْسَهُ أَوْ بَعْضَ أَحَدِهِمَا سَقَطَتْ نَفَقَةُ جَمِيعِ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَجَزَّأُ بِدَلِيلِ أَنَّهَا تُسَلَّمُ دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَلَا تُفَرَّقُ غُدْوَةً وَعَشِيَّةً، وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ مَا قَبْلَ النُّشُوزِ مِنْ زَمَنِ الطَّاعَةِ بِالْقِسْطِ، وَقَطَعَ بِهِ السَّرَخْسِيُّ **(وَ)** تَسْقُطُ وَ**(لَوْ)** كَانَ نُشُوزُهَا **(بِمَنْعِ لَمْسٍ)** أَوْ غَيْرِهِ مِنْ مُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ **(بِلَا عُذْرٍ)** بِهَا إلْحَاقًا لِمُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ بِالْوَطْءِ، فَإِنْ كَانَ عُذْرٌ كَمَنْعِ لَمْسٍ مَنْ بِفَرْجِهَا قُرُوحٌ وَعَلِمَتْ أَنَّهُ مَتَى لَمَسَهَا وَاقَعَهَا لَمْ يَكُنْ مَنْعُهَا نُشُوزًا.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهَا لَوْ مَكَّنَتْ مِنْ الْوَطْءِ وَمَنَعَتْ بَقِيَّةَ الِاسْتِمْتَاعَاتِ أَنَّهُ نُشُوزٌ، وَهُوَ الْأَصَحُّ فِي زَوَائِدِ الرَّوْضَةِ فِي بَابِ الْقَسْمِ وَالنُّشُوزِ، وَنَبَّهَ بِاللَّمْسِ عَلَى أَنَّ مَا فَوْقَهُ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى، لَكِنْ لَا يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهَا لَوْ مَنَعَتْهُ النَّظَرَ بِتَغْطِيَةِ وَجْهِهَا أَوْ تَوْلِيَتِهِ يَكُونُ نُشُوزًا، وَالْأَصَحُّ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ أَنَّهُ نُشُوزٌ **(وَعَبَالَةُ زَوْجٍ)** وَهِيَ بِفَتْحِ الْعَيْنِ كِبَرُ آلَتِهِ بِحَيْثُ لَا تَحْتَمِلُهَا الزَّوْجَةُ **(أَوْ مَرَضٌ)** بِهَا **(يَضُرُّ)** هَا **(مَعَهُ الْوَطْءُ عُذْرٌ)** فِي مَنْعِهَا مِنْ وَطْئِهِ فَتَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ مَعَ مَنْعِ الْوَطْءِ لِعُذْرِهَا إذَا كَانَتْ عِنْدَهُ لِحُصُولِ التَّسْلِيمِ الْمُمْكِنِ، وَيُمْكِنُ التَّمَتُّعُ بِهَا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَتَثْبُتُ عَبَالَتُهُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ يَسْقُطُ بِهَا حَقُّ الزَّوْجِ وَلَهُنَّ نَظَرُ ذَكَرِهِ فِي حَالِ الْجِمَاعِ لِلشَّهَادَةِ بِذَلِكَ، وَلَيْسَ لَهَا الِامْتِنَاعُ مِنْ الزِّفَافِ لِعَبَالَتِهِ، وَلَهَا ذَلِكَ بِالْمَرَضِ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَقَّعُ الزَّوَالِ.

فُرُوعٌ: لَا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ عُذْرٌ يَمْنَعُ الْجِمَاعَ عَادَةً كَمَرَضٍ وَرَتَقٍ وَقَرْنٍ وَضَنًى، وَهُوَ بِالْفَتْحِ وَالْقَصْرِ: مَرَضٌ مُدْنِفٌ، وَحَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَجُنُونٍ، وَإِنْ قَارَنَتْ تَسْلِيمَ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّهَا أَعْذَارٌ بَعْضُهَا يَطْرَأُ وَيَزُولُ وَبَعْضُهَا دَائِمٌ وَهِيَ مَعْذُورَةٌ-

فِيهَا وَقَدْ حَصَلَ التَّسْلِيمُ الْمُمْكِنُ، وَيُمْكِنُ التَّمَتُّعُ بِهَا مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ، وَفَارَقَ مَا لَوْ غَصِبَتْ بِخُرُوجِهَا عَنْ قَبْضَةِ الزَّوْجِ وَفَوَاتُ التَّمَتُّعِ بِالْكُلِّيَّةِ وَتَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِحَبْسِهَا وَلَوْ ظُلْمًا كَمَا لَوْ وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ فَاعْتَدَّتْ، وَلَوْ حَبَسَهَا الزَّوْجُ بِدَيْنِهِ هَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا أَوْ لَا؟ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ قِبَلِهِ؟ الْأَقْرَبُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: أَنَّهَا إِنْ مَنَعَتْهُ مِنْهُ عِنَادًا سَقَطَتْ، أَوْ لِإِعْسَارٍ فَلَا، وَلَا أَثَرَ لِزِنَاهَا، وَإِنْ حَبِلَتْ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا **(وَالْخُرُوجُ)** لِلزَّوْجَةِ **(مِنْ بَيْتِهِ)** أَيْ الزَّوْجِ حَاضِرًا كَانَ أَوْ لَا **(بِلَا إِذْنٍ)** مِنْهُ **(نُشُوزٌ)** مِنْهَا سَوَاءٌ كَانَ لِعِبَادَةٍ كَحَجٍّ أَمْ لَا؟ يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا لِمُخَالَفَتِهَا الْوَاجِبَ عَلَيْهَا **(إِلَّا أَنْ يُشْرِفَ)** الْبَيْتُ **(عَلَى انْهِدَامٍ)** فَلَيْسَ بِنُشُوزٍ لِعُذْرِهَا.

تَنْبِيهٌ: قَدْ يُفْهِمُ الِاسْتِثْنَاءُ حَصْرَهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَيْسَ مُرَادًا فَإِنَّهَا تُعْذَرُ فِي صُوَرٍ غَيْرِ ذَلِكَ، مِنْهَا مَا إِذَا أُكْرِهَتْ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهِ ظُلْمًا، وَمِنْهَا مَا إِذَا خَرِبَتْ الْمَحَلَّةُ وَبَقِيَ الْبَيْتُ مُنْفَرِدًا وَخَافَتْ عَلَى نَفْسِهَا، وَمِنْهَا مَا لَوْ كَانَ الْمَنْزِلُ لِغَيْرِ الزَّوْجِ فَأَخْرَجَهَا مِنْهُ صَاحِبُهُ، وَمِنْهَا مَا لَوْ خَرَجَتْ إِلَى الْقَاضِي لِطَلَبِ حَقِّهَا مِنْهُ، وَمِنْهَا مَا إِذَا أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ سَوَاءٌ أَرَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَمْ لَا، وَمِنْهَا مَا لَوْ خَرَجَتْ إِلَى الْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ مِنْ حَوَائِجِهَا الَّتِي يَقْتَضِي الْعُرْفُ خُرُوجَ مِثْلِهَا لَهُ لِتَعُودَ عَنْ قُرْبٍ لِلْعُرْفِ فِي رِضَا مِثْلِهِ بِذَلِكَ، وَمِنْهَا مَا لَوْ خَرَجَتْ لِاسْتِفْتَاءٍ لَمْ يُغْنِهَا الزَّوْجُ عَنْ خُرُوجِهَا لَهُ، وَمِنْهَا مَا لَوْ خَرَجَتْ لِبَيْتِ أَبِيهَا لِزِيَارَةٍ أَوْ عِيَادَةٍ كَمَا سَيَأْتِي، فَلَوْ قَالَ: إِلَّا لِعُذْرٍ لَشَمِلَ ذَلِكَ كُلَّهُ.

(وَسَفَرُهَا بِإِذْنِهِ مَعَهُ) وَلَوْ لِحَاجَتِهَا **(أَوْ)** وَحْدَهَا بِإِذْنِهِ **(لِحَاجَتِهِ لَا يُسْقِطُ)** نَفَقَتَهَا لِأَنَّهَا مُمْكِنَةٌ فِي الْأُولَى، وَفِي غَرَضِهِ فِي الثَّانِيَةِ فَهُوَ الْمُسْقِطُ لِحَقِّهِ.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنْ مَسْأَلَتَيْنِ: الْأُولَى مَا لَوْ خَرَجَتْ وَحْدَهَا بِإِذْنِهِ لِحَاجَتِهِمَا فَمُقْتَضَى الْمُرَجَّحِ فِي الْأَيْمَانِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ خَرَجْتِ لِغَيْرِ الْحَمَّامِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَخَرَجَتْ لَهُ وَلِغَيْرِهِ أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ عَدَمُ السُّقُوطِ هُنَا.-

……

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَهُوَ مَا كَتَبْتُهُ أَوَّلًا، ثُمَّ ظَهَرَ لِي مِنْ نَصِّ الْأُمِّ وَالْمُخْتَصَرِ مَا يَقْتَضِي السُّقُوطَ حَيْثُ قَالَ: وَإِذَا سَافَرَتْ الْحُرَّةُ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَلَا قَسْمَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ إلَّا أَنْ يَكُونَ هُوَ الَّذِي أَشْخَصَهَا فَلَا تَسْقُطُ عَنْهُ نَفَقَتُهَا وَلَا قَسْمُهَا. قَالَ الْوَلِيُّ الْعِرَاقِيُّ: وَعِنْدِي أَنَّ أَخْذَ الْمَسْأَلَةِ مِنْ نَظِيرِهَا الْمُشَارِكِ لَهَا فِي الْمُدْرَكِ أَوْلَى مِنْ التَّمَسُّكِ بِظَاهِرِ لَفْظِ النَّصِّ فِي قَوْلِهِ: هُوَ الَّذِي أَشْخَصَهَا لِإِمْكَانِ تَأْوِيلِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْعِمَادِ: يَنْبَغِي سُقُوطُهَا أَخْذًا مِمَّا رَجَّحُوهُ مِنْ عَدَمِ وُجُوبِ الْمُتْعَةِ فِيمَا إذَا ارْتَدَّا مَعًا قَبْلَ الْوَطْءِ. قَالَ: وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ فِيهِ الْمُقْتَضِي وَالْمَانِعُ فَقُدِّمَ الْمَانِعُ انتهى.

وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ كَمَا قَالَ بَلْ الْأَوَّلُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَوْجَهُ؛ لِأَنَّ مَا احْتَجَّ بِهِ لَا يُنَافِي عَدَمَ سُقُوطِ نَفَقَتِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ وُجُوبِ الْمُتْعَةِ حَتَّى يُوجَدَ الْمُقْتَضِي لِوُجُوبِهَا خَالِيًا مِنْ الْمَانِعِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَالْأَصْلُ هُنَا بَعْدَ التَّمْكِينِ عَدَمُ سُقُوطِ النَّفَقَةِ حَتَّى يُوجَدَ الْمُقْتَضِي لِسُقُوطِهَا خَالِيًا مِنْ الْمَانِعِ وَلَمْ يُوجَدْ، إذْ الْمُقْتَضِي لِسُقُوطِهَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ خُرُوجِهَا لِغَرَضِهَا وَحْدَهُ، وَإِذَا قُلْنَا بِعَدَمِ السُّقُوطِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُسْتَثْنَى مِنْهَا مَا نَقَلَاهُ فِي الصَّدَاقِ عَنْ مُجَرَّدِ الْحَنَّاطِيِّ مِنْ أَنَّهُ لَوْ تَزَوَّجَ بِبَغْدَادَ امْرَأَةً بِالْكُوفَةِ، وَقُلْنَا: اعْتِبَارُ التَّسْلِيمِ بِمَوْضِعِ الْعَقْدِ فَتُسَلِّمُ نَفْسَهَا بِبَغْدَادَ وَلَا نَفَقَةَ لَهَا قَبْلَ أَنْ تَصِلَ بَغْدَادَ مَعَ أَنَّ السَّفَرَ لِبَغْدَادَ لِحَاجَتِهِمَا. الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: مَا إذَا سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِإِذْنِهِ لِحَاجَةِ ثَالِثٍ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَيَظْهَرُ أَنَّهَا كَحَاجَةِ نَفْسِهَا، وَهُوَ كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ ظَاهِرٌ إذَا لَمْ يَكُنْ خُرُوجُهُ بِسُؤَالِ الزَّوْجِ لَهَا فِيهِ، وَإِلَّا فَيَنْبَغِي أَنْ يَلْحَقَ بِخُرُوجِهَا لِحَاجَتِهِ بِإِذْنِهِ.

(وَلَوْ نَشَزَتْ) فِي حُضُورِ الزَّوْجِ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنْ بَيْتِهِ، كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ بِغَيْرِ إذْنِهِ **(فَغَابَ)** عَنْهَا **(فَأَطَاعَتْ)** بَعْدَ غَيْبَتِهِ بِرُجُوعِهَا إلَى بَيْتِهِ **(لَمْ تَجِبْ)** نَفَقَتُهَا زَمَنَ الطَّاعَةِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِانْتِفَاءِ التَّسْلِيمِ، وَالتَّسَلُّمِ إذْ لَا يَحْصُلَانِ مَعَ

الْغَيْبَةِ، وَالثَّانِي يَجِبُ لِعَوْدِهَا إلَى الطَّاعَةِ **(وَ)** عَلَى الْأَوَّلِ **(طَرِيقُهَا)** فِي عَوْدِ اسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ لَهَا بَعْدَ طَاعَتِهَا فِي غَيْبَةِ زَوْجِهَا **(أَنْ يَكْتُبَ الْحَاكِمُ)** بَعْدَ رَفْعِهَا الْأَمْرَ إلَيْهِ **(كَمَا سَبَقَ)** فِي ابْتِدَاءِ التَّسْلِيمِ فَيَكْتُبُ لِحَاكِمِ بَلَدِهِ لِيُعْلِمَهُ بِالْحَالِ، فَإِنْ عَادَ أَوْ وَكِيلُهُ وَاسْتَأْنَفَ تَسَلُّمَهَا عَادَتْ النَّفَقَةُ، وَإِنْ مَضَى زَمَنُ إمْكَانِ الْعَوْدِ وَلَمْ يَعُدْ وَلَا بَعَثَ وَكِيلَهُ عَادَتْ النَّفَقَةُ أَيْضًا عَلَى مَا مَرَّ فِي الْمَقِيسِ عَلَيْهِ، أَمَّا إذَا كَانَ نُشُوزُهَا بِغَيْرِ الْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهَا كَأَنْ ارْتَدَّتْ أَوْ خَالَفَتْهُ مِنْ غَيْرِ خُرُوجٍ مِنْ الْمَنْزِلِ عَادَتْ النَّفَقَةُ بِعَوْدِهَا إلَى الْإِسْلَامِ أَوْ الطَّاعَةِ فِي غَيْبَتِهِ، وَإِنْ أَفْهَمَ كَلَامُ الْمَتْنِ خِلَافَهُ .**(وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبَتِهِ)** لَا عَلَى وَجْهِ النُّشُوزِ بَلْ **(لِزِيَارَةٍ)** لِأَقَارِبِهَا أَوْ جِيرَانِهَا **(وَنَحْوِهَا)** كَعِيَادَتِهِمْ وَتَعْزِيَتِهِمْ **(لَمْ تَسْقُطْ)** نَفَقَتُهَا إذْ لَا يُعَدُّ ذَلِكَ نُشُوزًا عُرْفًا.

تَنْبِيهٌ: فِي بَعْضِ نُسَخِ الْمُحَرَّرِ تَقْيِيدُ الزِّيَارَةِ بِبَيْتِ أَبِيهَا، وَنَقَلَاهُ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا عَنْ الْبَغَوِيِّ. قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ: وَحَذَفَ الْمُصَنِّفُ هَذَا الْقَيْدَ لِيَشْمَلَ غَيْرَ الْأَبِ مِنْ الْمَحَارِمِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَهُوَ ظَاهِرٌ إلَّا أَنَّ الْإِطْلَاقَ يَشْمَلُ الْأَجَانِبَ وَالْمُتَّجَهُ خِلَافُهُ انتهى.

وَالْأَوْجَهُ مَا قَالَهُ الدَّمِيرِيُّ مِنْ أَنَّ الْمُرَادَ خُرُوجُهَا إلَى بَيْتِ أَبِيهَا أَوْ أَقَارِبِهَا أَوْ جِيرَانِهَا لِزِيَارَةٍ أَوْ عِيَادَةٍ أَوْ تَعْزِيَةٍ، وَلِهَذَا تبعته فِي حَلِّ الْمَتْنِ، وَنَقَلَ الزَّرْكَشِيُّ عَنْ الْحَمَوِيِّ شَارِحِ التَّعْجِيزِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا الْخُرُوجُ لِمَوْتِ أَبِيهَا وَلَا شُهُودِ جِنَازَتِهِ وَأَقَرَّهُ، وَالظَّاهِرُ خِلَافُهُ أَخْذًا مِمَّا مَرَّ **(وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا نَفَقَةَ)** وَلَا تَوَابِعَهَا **(لِصَغِيرَةٍ)** لَا تَحْتَمِلُ الْوَطْءَ لِتَعَذُّرِهِ لِمَعْنًى فِيهَا، وَالثَّانِي تَجِبُ كَالرَّتْقَاءِ وَالْقَرْنَاءِ وَالْمَرِيضَةِ كَمَا مَرَّ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلَ بِأَنَّ الْمَرَضَ يَطْرَأُ وَيَزُولُ وَالرَّتَقَ وَالْقَرَنَ مَانِعٌ دَائِمٌ قَدْ رَضِيَ بِهِ وَيَشُقُّ مَعَهُ تَرْكُ النَّفَقَةِ مَعَ أَنَّ التَّمَتُّعَ بِغَيْرِ الْوَطْءِ لَا يَفُوتُ كَمَا=

مَرَّ (وَ) الْأَظْهَرُ (**أَنَّهَا تَجِبُ لِكَبِيرَةٍ**) وَالْمُرَادُ بِهَا مَنْ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا، لَا الْبَالِغَةُ كَمَا قَدْ يُتَوَهَّمُ (**عَلَى**) زَوْجٍ (**صَغِيرٍ**) لَا يُمْكِنُ مِنْهُ جِمَاعٌ إذَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا أَوْ عَرَضَتْهَا عَلَى وَلِيِّهِ، إذْ لَا مَانِعَ مِنْ جِهَتِهَا فَأَشْبَهَ مَا لَوْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا إلَى كَبِيرٍ فَهَرَبَ. (**وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ**) أَوْ مُطْلَقًا (**بِلَا إذْنٍ**) مِنَ الزَّوْجِ (**نُشُوزٌ**) مِنْ وَقْتِ الْإِحْرَامِ (**إنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلَهَا**) مِمَّا أَحْرَمَتْ بِهِ وَهُوَ فِي إحْرَامِهَا بِفَرْضٍ عَلَى قَوْلٍ مَرْجُوحٍ مَرَّ فِي بَابِ الْحَجِّ؛ لِأَنَّهَا مَنَعَتْهُ نَفْسَهَا بِذَلِكَ، فَتَكُونُ نَاشِزَةً مِنْ وَقْتِ الْإِحْرَامِ وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ سَوَاءٌ أَكَانَ الزَّوْجُ مُحْرِمًا أَمْ حَلَالًا (**فَإِنْ مَلَكَ**) تَحْلِيلَهَا بِأَنْ كَانَ مَا أَحْرَمَتْ بِهِ تَطَوُّعًا أَوْ فَرْضًا عَلَى الْأَظْهَرِ كَمَا مَرَّ فِي بَابِ الْإِحْصَارِ (**فَلَا**) يَكُونُ إحْرَامُهَا حِينَئِذٍ نُشُوزًا فَتَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ؛ لِأَنَّهَا فِي قَبْضَتِهِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى التَّحْلِيلِ وَالِاسْتِمْتَاعِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ فَهُوَ الْمُفَوِّتُ عَلَى نَفْسِهِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ أَسْقَطَ قَوْلَهُ: بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ لَكَانَ أَخْصَرَ وَأَعَمَّ؛ لِيَشْمَلَ مَا قَدَّرْته فِي كَلَامِهِ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَحْرُمُ الْإِحْرَامُ بِغَيْرِ إذْنِهِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ نُشُوزًا، وَالْمَذْكُورُ فِي بَابِهِ اسْتِحْبَابُ الِاسْتِئْذَانِ، فَالْمُرَادُ هُنَا بَيَانُ مَا يُسْقِطُ النَّفَقَةَ وَمَا لَا يُسْقِطُهَا، لَا بَيَانُ الْإِبَاحَةِ وَالتَّحْرِيمِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ كَلَامِهِ مَا لَوْ أَفْسَدَ حَجَّهَا الْمَأْذُونَ فِيهِ بِجِمَاعٍ فَإِنَّهَا تَقْضِيهِ عَلَى الْفَوْرِ وَلَهَا الْإِحْرَامُ بِغَيْرِ إذْنٍ، وَعَلَيْهِ الْخُرُوجُ مَعَهَا كَمَا ذَكَرَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَتَجِبُ نَفَقَتُهَا، وَحَيْثُ قِيلَ بِوُجُوبِ نَفَقَتِهَا فَتَسْتَمِرُّ (**حَتَّى تَخْرُجَ**) مِنْ بَيْتِهَا فَإِذَا خَرَجَتْ (**فَمُسَافِرَةٌ لِحَاجَتِهَا**) فَإِنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِإِذْنِهِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ مَعَهُ اُسْتُحِقَّتْ أَوْ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَنَاشِزَةٌ كَمَا مَرَّ (**أَوْ**) أَحْرَمَتْ بِمَا ذُكِرَ (**بِإِذْنٍ**) مِنْ زَوْجِهَا (**فَفِي الْأَصَحِّ لَهَا نَفَقَةٌ مَا لَمْ تَخْرُجْ**) لِأَنَّهَا فِي قَبْضَتِهِ، وَالثَّانِي: لَا تَجِبُ لِفَوَاتِ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا، وَدَفَعَ بِأَنَّ فَوَاتَهُ تَوَلَّدَ مِنْ إذْنِهِ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: مَا لَمْ تَخْرُجْ يَقْتَضِي أَنَّهَا لَوْ خَرَجَتْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا وَهُوَ-

كَذَلِكَ إنْ خَرَجَتْ وَحْدَهَا ، فَإِنْ خَرَجَ مَعَهَا لَمْ تَسْقُطْ كَمَا مَرَّ .**(وَيَمْنَعُهَا)** أَيْ يَجُوزُ لِزَوْجِهَا مَنْعُهَا مِنْ **(صَوْمِ نَفْلٍ)** مُطْلَقٍ، سَوَاءٌ أَمْكَنَهُ جِمَاعُهَا أَوْ امْتَنَعَ عَلَيْهِ لِعُذْرٍ حِسِّيٍّ كَجَبِّهِ أَوْ رَتَقِهَا ، أَوْ شَرْعِيٍّ اكْتَسَبَهُ بِوَاجِبٍ كَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ، وَبَحْثُ الْأَذْرَعِيِّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا كَمُتَحَيِّرَةٍ وَمَنْ لَا تَحْتَمِلُ الْوَطْءَ مَرْدُودٌ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهَا وَلَهُ قَطْعُهُ أَيْضًا إذَا شَرَعَتْ فِيهِ **(فَإِنْ أَبَتْ)** أَيْ امْتَنَعَتْ مِنْ الْفِطْرِ بَعْدَ أَمْرِهِ لَهَا بِهِ **(فَنَاشِزَةٌ فِي الْأَظْهَرِ)** وَفِي الرَّوْضَةِ وَالشَّرْحَيْنِ: الْأَصَحُّ لِامْتِنَاعِهَا مِنَ التَّمْكِينِ وَإِعْرَاضِهَا عَنْهُ بِمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَصَوْمُهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ حَرَامٌ كَمَا فِي زَوَائِدِ الرَّوْضَةِ فِي صَوْمِ التَّطَوُّعِ، وَحَكَى فِي الْمَجْمُوعِ هُنَاكَ وَجْهَيْنِ: أَصَحُّهُمَا هَذَا، وَالثَّانِي: أَنَّهُ مَكْرُوهٌ. قَالَ: فَلَوْ صَامَتْ فَمُقْتَضَى الْمَذْهَبِ فِي نَظَائِرِهِ الْجَزْمُ بِعَدَمِ الثَّوَابِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا كَمَا سَبَقَ فِي الصَّلَاةِ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ فَكَذَا هُنَا، وَالثَّانِي: أَنَّهَا لَا تَكُونُ نَاشِزَةً؛ لِأَنَّهَا فِي قَبْضَتِهِ وَلَهُ إخْرَاجُهَا مِنْهُ مَتَى شَاءَ، أَمَّا النَّفْلُ الرَّاتِبُ كَعَرَفَةَ، وَعَاشُورَاءَ، فَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا مِنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِالِامْتِنَاعِ مِنْ فِطْرِهِ فَهُوَ كَرَوَاتِبِ الصَّلَاةِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ نَكَحَهَا صَائِمَةً تَطَوُّعًا لَمْ يُجْبِرْهَا عَلَى الْفِطْرِ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَنْ الْمَرْوَزِيِّ، وَفِي سُقُوطِ نَفَقَتِهَا وَجْهَانِ، أَوْجَهُهُمَا السُّقُوطُ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ؛ لِأَنَّ الْفِطْرَ أَفْضَلُ عِنْدَ طَلَبِ التَّمَتُّعِ، وَحَيْثُ سَقَطَتْ بِالصَّوْمِ هَلْ سَقَطَ الْكُلُّ أَوْ النِّصْفُ؟ وَجْهَانِ، أَصَحُّهُمَا الْأَوَّلُ **(وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَضَاءَهُ)** مِنْ صَوْمٍ أَوْ صَلَاةٍ **(لَا يَتَضَيَّقُ)** بِأَنْ لَمْ يَجِبْ فَوْرًا كَفِطْرِهَا بِعُذْرٍ فِي رَمَضَانَ وَالْوَقْتُ مُتَّسِعٌ أَوْ نَامَتْ عَنْ الصَّلَاةِ حَتَّى خَرَجَ وَقْتُهَا حُكْمُهُ **(كَنَفْلٍ فَيَمْنَعُهَا)** أَيْ فَيَجُوزُ لَهُ مَنْعُهَا مِنْهُ وَمِنْ إتْمَامِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي وَحَقُّهُ عَلَى الْفَوْرِ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَيْسَ كَالنَّفْلِ فَلَا يَمْنَعُهَا مِنْهُ، وَبِالْأَوَّلِ قَطَعَ

الْأَكْثَرُونَ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ، فَكَانَ الْأَوْلَى التَّعْبِيرَ بِالْمَذْهَبِ، أَمَّا مَا يَتَضَيَّقُ كَالْفِطْرِ تَعَدِّيًا أَوْ بِعُذْرٍ وَلَمْ يَبْقَ مِنْ شَعْبَانَ إلَّا قَدْرُهُ أَوْ أَخَّرَتْ الصَّلَاةَ عَنْ وَقْتِهَا بِلَا عُذْرٍ فَلَيْسَ لَهُ الْمَنْعُ مِنْهُ وَالنَّفَقَةُ فِيهِ وَاجِبَةٌ عَلَى الْأَصَحِّ فِي الرَّوْضَةِ، وَإِنْ أَشْعَرَ كَلَامُ الرَّافِعِيِّ بِتَرْجِيحِ السُّقُوطِ، وَلَهُ مَنْعُهَا مِنْ مَنْذُورٍ مُعَيَّنٍ نَذَرَتْهُ بَعْدَ النِّكَاحِ بِلَا إذْنٍ وَمِنْ صَوْمِ كَفَّارَةٍ إنْ لَمْ تَعْصِ بِسَبَبِهِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي، وَمِنْ مَنْذُورٍ صَوْمٍ أَوْ صَلَاةٍ مُطْلَقٍ، سَوَاءٌ أَنَذَرَتْهُ قَبْلَ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَهُ وَلَوْ بِإِذْنِهِ لِأَنَّهُ مُوسَعٌ **(وَ)** الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ **(أَنَّهُ لَا مَنْعَ)** لَهُ **(مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ وَقْتٍ)** لِحِيَازَةِ فَضِيلَتِهِ، وَقَضِيَّةُ هَذَا التَّعْلِيلِ أَنَّ لَهُ الْمَنْعَ مِنْ التَّعْجِيلِ إذَا لَمْ يُنْدَبْ كَالْإِبْرَادِ وَهُوَ مَا بَحَثَهُ الزَّرْكَشِيُّ، وَالثَّانِي: لَهُ الْمَنْعُ لِاتِّسَاعِ الْوَقْتِ كَالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِقِصَرِ مُدَّةِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ كَانَا مُسَافِرَيْنِ لَمْ يَمْنَعْهَا مِنْ تَعْجِيلِ صَوْمِ رَمَضَانَ فِي السَّفَرِ كَمَا أَفْتَى بِهِ الْفَزَارِيّ وَهُوَ مُتَّجَهٌ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إنْ لَمْ يَكُنْ الْفِطْرُ أَفْضَلَ **(وَ)** لَا مَنْعَ مِنْ **(سُنَنٍ رَاتِبَةٍ)** لِتَأَكُّدِهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ يَمْنَعُهَا مِنْ تَعْجِيلِهَا مَعَ الْمَكْتُوبَةِ أَوَّلَ الْوَقْتِ، وَكَذَا مِنْ تَطْوِيلِهَا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَاوَرْدِيُّ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَمِنْ التَّطْوِيلِ الزَّائِدِ فِي الْفَرَائِضِ، بَلْ تَأْتِي بِالْأَكْمَلِ مِنْ السُّنَنِ وَالْآدَابِ.

تَنْبِيهٌ: تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِالِاعْتِكَافِ إلَّا بِإِذْنٍ مِنْ زَوْجِهَا وَهُوَ مَعَهَا أَوْ بِغَيْرِ إذْنٍ، لَكِنْ إنْ اعْتَكَفَتْ بِنَذْرٍ مُعَيَّنٍ سَابِقٍ لِلنِّكَاحِ فَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا، وَأَوْرَدَ عَلَى تَخْصِيصِ الْمُصَنِّفِ السُّنَنَ بِالرَّوَاتِبِ الْعِيدَيْنِ وَالْكُسُوفَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا مِنْ فِعْلِهِمَا فِي الْمَنْزِلِ، وَلَكِنْ يَمْنَعُهَا مِنْ الْخُرُوجِ لِذَلِكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالرَّاتِبَةِ مَا لَهَا وَقْتٌ مُعَيَّنٌ، سَوَاءٌ تَوَابِعُ الْفَرَائِضِ وَغَيْرُهَا، وَقَدْ ذَكَرَ الرَّافِعِيُّ أَنَّ هَذَا اصْطِلَاحُ الْقُدَمَاءِ، وَحِينَئِذٍ فَيَدْخُلُ الْعِيدُ

……

وَالتَّرَاوِيحُ وَالضُّحَى، وَقَدْ مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَى ذَلِكَ فِي بَابِ صَلَاةِ النَّفْلِ.

فَرْعٌ: لَوْ نَكَحَ مُسْتَأْجَرَةَ الْعَيْنِ لَمْ تَجِبْ نَفَقَتُهَا، وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ: لَهُ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ إنْ جَهِلَ الْحَالَ لِفَوَاتِ التَّمَتُّعِ عَلَيْهِ نَهَارًا مَعَ عُذْرِهِ وَإِنْ رَضِيَ الْمُسْتَأْجِرُ بِتَمْكِينِهِ مِنْهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ وَوَعْدٌ لَا يَلْزَمُ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْجُمْهُورِ عَدَمُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ فِي خِيَارِ النِّكَاحِ، وَبِهِ صَرَّحَ صَاحِبُ الذَّخَائِرِ وَغَيْرُهُ وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إنَّ ثُبُوتَهُ غَرِيبٌ وَلَمْ أَرَهُ لِغَيْرِ الْمَاوَرْدِيُّ، وَاسْتُشْكِلَ عَدَمُ وُجُوبِ نَفَقَتِهَا بِنَذْرِهَا الصَّوْمَ أَوْ الِاعْتِكَافَ الْمُعَيَّنَ قَبْلَ النِّكَاحِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ هُنَا يَدًا حَائِلَةً بِخِلَافِ مَسْأَلَتَيْ الصَّوْمِ وَالِاعْتِكَافِ.

(وَتَجِبُ لِرَجْعِيَّةٍ) حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ حَائِلٍ أَوْ حَامِلٍ **(الْمُؤَنُ)** مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْوَةٍ وَغَيْرِهِمَا لِبَقَاءِ حَبْسِ الزَّوْجِ لَهَا وَسَلْطَنَتِهِ عَلَيْهَا وَقُدْرَتِهِ عَلَى التَّمَتُّعِ بِهَا بِالرَّجْعَةِ، وَلَا يَسْقُطُ مَا وَجَبَ لَهَا إلَّا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ مَا يَجِبُ لِلزَّوْجَةِ، وَيَسْتَمِرُّ وُجُوبُهُ لَهَا حَتَّى تُقِرَّ هِيَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ أَوْ بِغَيْرِهِ فَهِيَ الْمُصَدَّقَةُ فِي اسْتِمْرَارِ النَّفَقَةِ كَمَا تُصَدَّقُ فِي بَقَاءِ الْعِدَّةِ وَثُبُوتِ الرَّجْعَةِ **(إلَّا مُؤْنَةَ تَنَظُّفٍ)** فَلَا تَجِبُ لَهَا لِامْتِنَاعِ الزَّوْجِ عَنْهَا إلَّا إنْ تَأَذَّتْ بِالْهَوَامِّ لِلْوَسَخِ فَيَجِبُ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ مَا تُرَفَّهُ بِهِ كَمَا مَرَّ فِي الْخَادِمِ.

تَنْبِيهٌ: يُسْتَثْنَى مِنْ وُجُوبِ نَفَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ مَا لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَلِيَ الرَّجْعَةُ، وَقَالَتْ بَلْ قَبْلَهَا، وَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي بَقَاءِ الْعِدَّةِ وَثُبُوتِ الرَّجْعَةِ، وَلَا نَفَقَةَ لَهَا لِزَعْمِهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ الرَّافِعِيُّ، وَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَإِنْ رَاجَعَهَا لِإِنْكَارِهَا اسْتِحْقَاقَهَا، وَمِثْلُ هَذَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ وَأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ وَحَلَفَ، قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَهُوَ مَا أَوْرَدَهُ الرَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الْقَسْمِ وَجَعَلَهُ أَصْلًا مَقِيسًا عَلَيْهِ، قَالَ: لَكِنْ ظَاهِرُ نَصِّ الْأُمِّ الْوُجُوبُ انتهى. وَهَذَا أَوْجَهُ؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ لِأَجْلِهِ =

……

كَمَا يُؤْخَذُ مِمَّا مَرَّ فِيمَا إذَا ادَّعَتْ الرَّضَاعَ وَأَنْكَرَ، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُك قَبْلَ الْوَضْعِ وَانْقَضَتْ عِدَّتُك فَلَا نَفَقَةَ لَك الْآنَ، فَقَالَتْ: بَلْ طَلَّقْتَنِي بَعْدَهُ فَلِي النَّفَقَةُ وَجَبَتْ الْعِدَّةُ عَلَيْهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي تَزْعُمُ أَنَّهُ طَلَّقَهَا فِيهِ وَوَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ وَسَقَطَتْ الرَّجْعَةُ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ بِزَعْمِهِ .**(فَلَوْ ظُنَّتْ)** بِضَمِّ أَوَّلِهِ مُطَلَّقَتُهُ الرَّجْعِيَّةُ **(حَامِلًا)** بِوَلَدٍ يَلْحَقُهُ **(فَأَنْفَقَ)** زَوْجُهَا عَلَيْهِ **(فَبَانَتْ)** بَعْدَ إنْفَاقِهِ **(حَائِلًا)** وَأَقَرَّتْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ **(اسْتَرْجَعَ مَا دَفَعَ)** إلَيْهَا مِنْ النَّفَقَةِ **(بَعْدَ)** انْقِضَاءِ **(عِدَّتِهَا)**؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَيْهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّتِهَا بِيَمِينِهَا إنْ كَذَّبَهَا، وَبِدُونِهِ إنْ صَدَّقَهَا، فَإِنْ جَهِلَتْ وَقْتَ انْقِضَائِهَا قُدِّرَتْ بِعَادَتِهَا حَيْضًا وَطُهْرًا إنْ لَمْ تَخْتَلِفْ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ اُعْتُبِرَ بِأَقَلِّهَا فَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بِمَا زَادَ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ وَهِيَ لَا تَدَّعِي زِيَادَةً عَلَيْهِ، فَإِنْ نَسِيَتْهَا اُعْتُبِرَتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فَيَرْجِعُ بِمَا زَادَ عَلَيْهِ أَخْذًا بِغَالِبِ الْعَادَاتِ، وَقِيلَ: يَرْجِعُ بِمَا زَادَ عَلَى أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ انْتَفَى عَنْهُ الْوَلَدُ الَّذِي أَتَتْ بِهِ لِعَدَمِ إمْكَانِ لُحُوقِهِ اسْتَرَدَّ الزَّوْجُ مِنْهَا مَا أَنْفَقَهُ عَلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ وَلَكِنَّهَا تُسْأَلُ عَنْ الْوَلَدِ فَقَدْ تَدَّعِي وَطْءَ شُبْهَةٍ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ وَالْحَمْلُ يَقْطَعُهَا كَالنَّفَقَةِ فَتُتِمُّ الْعِدَّةَ بَعْدَ وَضْعِهِ وَيُنْفِقُ عَلَيْهَا تَتْمِيمَهَا.

(وَ) الْمُعْتَدَّةُ **(الْحَائِلُ الْبَائِنُ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ)** فِي الْحُرِّ وَاثْنَتَيْنِ فِي الْعَبْدِ **(لَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا كِسْوَةَ)** قَطْعًا لِزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ فَأَشْبَهَتْ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا **(وَيَجِبَانِ)** أَيْ النَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ **(لِلْحَامِلِ)** لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَلِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِمَائِهِ فَهُوَ مُسْتَمْتِعٌ بِرَحِمِهَا فَسَارَ كَالِاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي حَالِ الزَّوْجِيَّةِ، إذْ النَّسْلُ مَقْصُودٌ بِالنِّكَاحِ كَمَا أَنَّ الْوَطْءَ مَقْصُودٌ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: اقْتِصَارُهُ عَلَى النَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ قَدْ يُفْهِمُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ غَيْرُهُمَا، وَلَيْسَ=

……

مُرَادًا، بَلْ يَجِبُ لَهَا الْأُدْمُ كَمَا فِي زَوَائِدِ الرَّوْضَةِ وَالسُّكْنَى كَمَا مَرَّ آخِرَ الْعَدَدِ، وَذَكَرَ الْبَغَوِيّ فِي فَتَاوِيهِ أَيْضًا وُجُوبَ الْخَادِمِ لِمَخْدُومَةٍ، وَاحْتُرِزَ بِالْبَيْنُونَةِ بِالْخُلْعِ أَوْ الثَّلَاثِ عَنْ الْبَائِنِ بِالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ وَغَيْرِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إنْ كَانَ بِسَبَبٍ مُقَارِنٍ لِلْعَقْدِ كَالْعَيْبِ وَالْغُرُورِ فَلَا نَفَقَةَ كَمَا ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ الْخِيَارِ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ بِهِ يَرْفَعُ الْعَقْدَ مِنْ أَصْلِهِ، وَلِذَلِكَ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ إنْ لَمْ يَكُنْ دُخُولٌ، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبٍ عَارِضٍ كَالرِّدَّةِ وَالرَّضَاعِ وَاللِّعَانِ إنْ لَمْ يَنْفِ الْوَلَدَ فَيَجِبُ؛ لِأَنَّهُ قُطِعَ لِلنِّكَاحِ كَالطَّلَاقِ، وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الدَّمِيرِيِّ وَالزَّرْكَشِيِّ أَنْ هَذَا التَّفْصِيلَ فِي الْحَائِلِ، وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ إنَّمَا هُوَ فِي الْحَامِلِ كَمَا تَقَرَّرَ، وَالْوَاجِبُ فِيمَا ذُكِرَ **(لَهَا)** بِسَبَبِ الْحَمْلِ عَلَى الصَّحِيحِ أَنَّهَا تَجِبُ مُقَدَّرَةً، وَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَلَوْ كَانَتْ لِلْحَمْلِ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ **(وَفِي قَوْلٍ)** قَدِيمٍ يَجِبُ مَا ذُكِرَ **(لِلْحَمْلِ)** فَقَطْ لِوُجُوبِ مَا ذُكِرَ بِوُجُودِ الْحَمْلِ وَعَدَمِهِ بِعَدَمِ الْحَمْلِ، وَإِنَّمَا صُرِفَ لَهَا لِتُغَذِّيَهُ بِغِذَائِهَا، ثُمَّ فَرَّعَ عَلَى الْخِلَافِ قَوْلَهُ **(فَعَلَى الْأَوَّلِ)** الْأَصَحُّ **(لَا تَجِبُ)** نَفَقَةٌ وَلَا غَيْرُهَا **(لِحَامِلٍ عَنْ)** وَطْءِ **(شُبْهَةٍ)** وَهِيَ غَيْرُ مُزَوَّجَةٍ **(أَوْ)** لِحَامِلٍ عَنْ **(نِكَاحٍ فَاسِدٍ)** لِأَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَهَا فِي حَالِ التَّمْكِينِ فَبَعْدَهُ أَوْلَى.

وَعَلَى الثَّانِي تَجِبُ كَمَا يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ بَعْدَ الِانْفِصَالِ، وَلَوْ كَانَ زَوْجُ الْحَامِلِ الْبَائِنِ رَقِيقًا، إنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَهَا وَجَبَتْ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى الْمُعْسِرِ وَإِلَّا فَلَا. أَمَّا الْمَنْكُوحَةُ إذَا حَبِلَتْ مِنْ الْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا النَّفَقَةَ عَلَى الْوَاطِئِ سَقَطَتْ عَنْ الزَّوْجِ قَطْعًا، وَإِلَّا فَعَلَى الْأَصَحِّ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا كُلُّهُ مَا دَامَ الزَّوْجُ حَيًّا، فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْوَضْعِ فَقَضِيَّةُ كَلَامِ الرَّوْضَةِ هُنَا السُّقُوطُ، وَفِي الشَّرْحَيْنِ وَالرَّوْضَةِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ عَدَمُ السُّقُوطِ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ.

فَإِنْ قِيلَ مُقْتَضَى قَوْلِ الْمُصَنِّفِ (**قُلْت: وَلَا نَفَقَةَ لِمُعْتَدَّةِ وَفَاةٍ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**) تَرْجِيحُ الْأَوَّلِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا ثَمَّ وَجَبَتْ قَبْلَ الْمَوْتِ فَاغْتُفِرَ بَقَاؤُهَا فِي الدَّوَامِ فَإِنَّهُ أَقْوَى مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَلِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْبَائِنَ لَا تَنْتَقِلُ إلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ بِخِلَافِ الرَّجْعِيَّةِ، وَإِنَّمَا سَقَطَتْ هُنَا لِقَوْلِهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا نَفَقَةٌ» رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ: وَلَا أَعْلَمُ مُخَالِفًا فِي ذَلِكَ، وَلِأَنَّهَا إنْ كَانَتْ حَائِلًا فَقَدْ بَانَتْ بِالْمَوْتِ، وَالْحَائِلُ الْبَائِنُ لَا نَفَقَةَ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ سَقَطَتْ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهَا بِسَبَبِهِ فَكَذَلِكَ لِأَنَّهَا كَالْحَاضِنَةِ لِلْوَلَدِ، وَلَا تَجِبُ نَفَقَةُ الْحَاضِنَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

تَنْبِيهٌ: تَسْقُطُ النَّفَقَةُ لَا السُّكْنَى بِنَفْيِ الْحَمْلِ، فَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ رَجَعَتْ عَلَيْهِ بِأُجْرَةِ الرَّضَاعِ وَبِبَدَلِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا قَبْلَ الْوَضْعِ وَعَلَى وَلَدِهَا وَلَوْ كَانَ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ بَعْدَ الرَّضَاعِ. فَإِنْ قِيلَ رُجُوعُهَا بِمَا أَنْفَقَتْهُ عَلَى الْوَلَدِ يُنَافِي إطْلَاقَهُمْ أَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ لَا تَصِيرُ دَيْنًا إلَّا بِقَرْضٍ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الْأَبَ هُنَا تَعَدَّى بِنَفْيِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبٌ فِي ظَاهِرِ الشَّرْعِ، فَلَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ رَجَعَتْ حِينَئِذٍ. (**وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ**) أَيْ كَنَفَقَةِ زَمَنِ (**النِّكَاحِ**) مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَنَقْصٍ؛ لِأَنَّهَا مِنْ تَوَابِعِهِ (**وَقِيلَ**) لَا تُقَدَّرُ بَلْ (**تَجِبُ الْكِفَايَةُ**) فَتَزَادُ وَتَنْقُصُ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، وَلَعَلَّ هَذَا قَوْلُ مَنْ يَقُولُ: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا نَفَقَةُ قَرِيبٍ، وَالرَّاجِحُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا الْقَطْعُ بِالْأَوَّلِ (**وَلَا يَجِبُ**) عَلَى الزَّوْجِ (**دَفْعُهَا**) لِلْحَامِلِ (**قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ**) سَوَاءٌ أَجَعَلْنَاهَا لَهَا أَمْ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّا لَمْ نَتَحَقَّقْ سَبَبَ الْوُجُوبِ

(فَإِذَا ظَهَرَ) حَمْلُهَا بِبَيِّنَةٍ أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ أَوْ تَصْدِيقِهِ لَهَا **(وَجَبَ)** دَفْعُ النَّفَقَةِ لَهَا **(يَوْمًا بِيَوْمٍ)** أَيْ: كُلَّ يَوْمٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وَلِأَنَّهَا لَوْ أُخِّرَتْ إِلَى الْوَضْعِ لَتَضَرَّرَتْ **(وَقِيلَ)** لَا يَجِبُ دَفْعُهَا كَذَلِكَ بَلْ **(حَتَّى تَضَعَ)** فَتُدْفَعَ لَهَا جُمْلَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْبَرَاءَةُ حَتَّى يُتَيَقَّنَ السَّبَبُ، وَالْخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ يُعْلَمُ أَمْ لَا، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْلَمُ، وَعَلَيْهِ لَوْ ادَّعَتْ ظُهُورَهُ فَأَنْكَرَ فَعَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ، وَتَكْفِي فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فَيَثْبُتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ عُدُولٍ، وَلَهُنَّ أَنْ يَشْهَدْنَ بِالْحَمْلِ وَإِنْ كَانَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ إِذَا عَرَفْنَ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ أَنْفَقَ يَظُنُّ الْحَمْلَ فَبَانَ خِلَافُهُ رَجَعَ عَلَيْهَا، وَمَرَّ مِثْلُهُ فِي الرَّجْعِيَّةِ **(وَلَا تَسْقُطُ)** نَفَقَةُ الْعِدَّةِ **(بِمُضِيِّ الزَّمَانِ)** مِنْ غَيْرِ إِنْفَاقٍ **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي تَنْتَفِعُ بِهَا فَتَصِيرُ دَيْنًا عَلَيْهِ. وَالطَّرِيقُ الثَّانِي الْبِنَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ النَّفَقَةَ لَهَا أَوْ لِلْحَمْلِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: بِالْأَوَّلِ لَمْ تَسْقُطْ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ، وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي سَقَطَتْ كَنَفَقَةِ الْقَرِيبِ.

تَنْبِيهٌ: قَالَ الْمُتَوَلِّي: لَوْ أَبْرَأَتْ الزَّوْجَ مِنْ النَّفَقَةِ.

إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لَهَا سَقَطَتْ، وَإِلَّا فَلَا.

تَنْبِيهٌ: لَا نَفَقَةَ لِحَامِلٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ أَعْتَقَهَا بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لِلْحَامِلِ، وَلَا يَلْزَمُ الْجَدَّ نَفَقَةُ زَوْجَةِ ابْنِهِ الْحَامِلِ مِنْهُ بِنَاءً عَلَى مَا ذُكِرَ، وَلَوْ نَشَزَتْ الْحَامِلُ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا وَلَوْ بَائِنًا، وَلَوْ نَكَحَ فَاسِدًا وَاسْتَمْتَعَ بِهَا ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا بَلْ يَجْعَلُ ذَلِكَ فِي مُقَابَلَةِ اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا وَإِتْلَافِهِ مَنَافِعَهَا.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهَذَا التَّوْجِيهُ يُفْهِمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْتَمْتِعْ بِهَا وَكَانَ قَدْ تَسَلَّمَهَا اسْتَرَدَّ، وَلَيْسَ مُرَادًا.

فَصْلٌ

أَعْسَرَ بِهَا فَإِنْ صَبَرَتْ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَهَا الْفَسْخُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا فَسْخَ بِمَنْعِ مُوسِرٍ حَضَرَ أَوْ غَابَ، وَلَوْ حَضَرَ وَغَابَ مَالُهُ، فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ فَلَهَا الْفَسْخُ وَإِلَّا فَلَا، وَيُؤْمَرُ بِالْإِحْضَارِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِهَا لَمْ يَلْزَمْهَا الْقَبُولُ، وَقُدْرَتُهُ عَلَى الْكَسْبِ كَالْمَالِ، وَإِنَّمَا يُفْسَخُ بِعَجْزِهِ عَنْ نَفَقَةِ مُعْسِرٍ. وَالْإِعْسَارُ بِالْكِسْوَةِ كَهُوَ بِالنَّفَقَةِ، وَكَذَا بِالْأُدْمِ، وَالْمَسْكَنِ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْعُ فِي الْأُدْمِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وَفِي إعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا تُفْسَخُ قَبْلَ وَطْءٍ لَا بَعْدَهُ، وَلَا فَسْخَ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَ قَاضٍ إعْسَارُهُ فَيَفْسَخَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهَا فِيهِ ثُمَّ فِي قَوْلٍ يُنَجَّزُ الْفَسْخُ، وَالْأَظْهَرُ إمْهَالُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ إلَّا أَنْ يُسَلِّمَ نَفَقَتَهُ، وَلَوْ مَضَى يَوْمَانِ بِلَا نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ الثَّالِثَ وَعَجَزَ الرَّابِعَ بَنَتْ، وَقِيلَ: تَسْتَأْنِفُ. وَلَهَا الْخُرُوجُ زَمَنَ الْمُهْلَةِ لِتَحْصِيلِ النَّفَقَةِ، وَعَلَيْهَا الرُّجُوعُ لَيْلًا. وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَهُ، وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ فَلَا، وَلَا فَسْخَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ بِإِعْسَارٍ بِمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ. وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجُ أَمَةٍ بِالنَّفَقَةِ فَلَهَا الْفَسْخُ، فَإِنْ رَضِيَتْ فَلَا فَسْخَ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَهُ أَنْ يُلْجِئَهَا إلَيْهِ بِأَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا وَيَقُولَ: افْسَخِي أَوْ جُوعِي(١).

---

(١) متن مفقود شرحه. شرحه الخطيب بقوله: فَصْلٌ فِي حُكْمِ الْإِعْسَارِ بِمُؤْنَةِ الزَّوْجَةِ الْمَانِعِ لَهَا مِنْ وُجُوبِ تَمْكِينِهَا، إذَا (**أَعْسَرَ**) الزَّوْجُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنْ فَرْعٍ أَوْ غَيْرِهِ (**بِهَا**) أَيْ: نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ الْمُسْتَقْبَلَةِ كَتَلَفِ مَالِهِ (**فَإِنْ صَبَرَتْ**) بِهَا وَأَنْفَقَتْ عَلَى نَفْسِهَا مِنْ مَالِهَا أَوْ مِمَّا اقْتَرَضَتْهُ (**صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ**) وَإِنْ لَمْ يُقْرِضْهَا الْقَاضِي كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمُسْتَقِرَّةِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إذَا لَمْ تَمْنَعْ نَفْسَهَا مِنْهُ، فَإِنْ مَنَعَتْ لَمْ تَصِرْ دَيْنًا عَلَيْهِ، قَالَهُ الرَّافِعِيُّ فِي الْكَلَامِ عَلَى الْإِمْهَالِ (**وَإِلَّا**) بِأَنْ لَمْ تَصْبِرْ (**فَلَهَا الْفَسْخُ**) بِالطَّرِيقِ الْآتِي (**عَلَى الْأَظْهَرِ**) وَقَطَعَ بِهِ الْأَكْثَرُونَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ=

تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فَإِذَا عَجَزَ عَنِ الْأَوَّلِ تَعَيَّنَ الثَّانِي، وَلِخَبَرِ الْبَيْهَقِيِّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ: " أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى أَهْلِهِ، فَقَالَ: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، فَقِيلَ لَهُ: سَنَةٌ؟ فَقَالَ: نَعَمْ سَنَةٌ "، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ الله تَعَالَى: وَيُشْبِهُ أَنَّهُ سُنَّةُ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِأَنَّهَا إِذَا فَسَخَتْ بِالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ فَبِالْعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْبَدَنَ لَا يَقُومُ بِدُونِهَا بِخِلَافِ الْوَطْءِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِيِّ لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍۚ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ بِنُشُوزِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ التَّمْكِينِ.

فَكَذَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِعَجْزِهِ عَنْ مُقَابِلِهِ.

أَمَّا لَوْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ مَا مَضَى فَلَا فَسْخَ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَا فَسْخَ لَهَا أَيْضًا بِالْإِعْسَارِ بِنَفَقَةِ الْخَادِمِ، سَوَاءٌ أَخَدَمَتْ نَفْسَهَا أَمِ اسْتَأْجَرَتْ أَمْ أَنْفَقَتْ عَلَى خَادِمِهَا.

نَعَمْ تَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي الْمَخْدُومَةِ لِرُتْبَتِهَا. أَمَّا مَنْ تُخْدَمُ لِمَرَضِهَا وَنَحْوِهِ فَالْوَجْهُ عَدَمُ الثُّبُوتِ كَالْقَرِيبِ.

تَنْبِيهٌ: لَيْسَتْ هَذِهِ الْفُرْقَةُ فُرْقَةَ طَلَاقٍ بَلْ فَسْخٍ كَمَا فُهِمَ مِنَ الْمَتْنِ، وَالرَّجْعِيَّةُ كَالَّتِي فِي الْعِصْمَةِ، قَالَهُ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوَزِيُّ. **(وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا فَسْخَ)** لِلزَّوْجَةِ **(بِمَنْعِ)** أَيِ امْتِنَاعِ **(مُوسِرٍ)** مِنَ الْإِنْفَاقِ بِأَنْ لَمْ يُوَفِّهَا حَقَّهَا مِنْهُ، سَوَاءٌ أَ **(حَضَرَ)** زَوْجُهَا **(أَوْ غَابَ)** عَنْهَا لِتَمَكُّنِهَا مِنْ تَحْصِيلِ حَقِّهَا بِالْحَاكِمِ أَوْ بِيَدِهَا إِنْ قَدَرَتْ وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ يَبْعَثُ الْحَاكِمُ لِحَاكِمِ بَلَدِهِ إِنْ كَانَ مَوْضِعُهُ مَعْلُومًا فَيُلْزِمُهُ بِدَفْعِ نَفَقَتِهَا، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ مَوْضِعُهُ بِأَنِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ، فَهَلْ لَهَا الْفَسْخُ أَوْ لَا؟ نَقَلَ الزَّرْكَشِيُّ عَنْ صَاحِبَيِ الْمُهَذَّبِ وَالْكَافِي وَغَيْرِهِمَا أَنَّ لَهَا -

……

الْفَسْخَ، وَنَقَلَ الرُّويَانِيُّ فِي التَّجْرِبَةِ عَنْ نَصِّ الْأُمِّ أَنَّهُ لَا فَسْخَ مَا دَامَ الزَّوْجُ مُوسِرًا، وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ النَّفَقَةِ مِنْ مَالِهِ انتهى.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَغَالِبُ ظَنِّي الْوُقُوفُ عَلَى هَذَا النَّصِّ فِي الْأُمِّ، فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ نَصٌّ يُخَالِفُهُ فَذَاكَ وَإِلَّا فَمَذْهَبُهُ الْمَنْعُ بِالتَّعَذُّرِ كَمَا رَجَّحَهُ الشَّيْخَانِ انتهى. وَهَذَا أَحْوَطُ، وَالْأَوَّلُ أَيْسَرُ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ: " مُوسِرٍ " لَيْسَ بِقَيْدٍ، فَإِنَّهُ لَوْ غَابَ وَجُهِلَ حَالُهُ فِي الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ فَلَا فَسْخَ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَلَوْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ غَابَ مُعْسِرًا فَلَا فَسْخَ كَمَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ اسْتِصْحَابًا لِدَوَامِ النِّكَاحِ. قَالَ: فَلَوْ شَهِدَتْ بِإِعْسَارِهِ الْآنَ بِنَاءً عَلَى الِاسْتِصْحَابِ جَازَ لَهَا ذَلِكَ إذَا لَمْ تَعْلَمْ زَوَالَهُ وَجَازَ الْفَسْخُ حِينَئِذٍ، فَإِنْ عَادَ الزَّوْجُ وَادَّعَى أَنَّ لَهُ مَالًا بِالْبَلَدِ خَفِيَ عَلَى بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ لَمْ يُؤَثِّرْ إلَّا أَنْ يُثْبِتَ أَنَّهَا تَعْلَمُهُ وَيَقْدِرَ عَلَيْهِ فَيَتَبَيَّنُ بُطْلَانُ الْفَسْخِ، قَالَهُ الْغَزَالِيُّ فِي فَتَاوِيهِ **(وَلَوْ حَضَرَ)** الزَّوْجُ **(وَغَابَ مَالُهُ، فَإِنْ كَانَ)** غَائِبًا **(بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ)** فَأَكْثَرَ **(فَلَهَا الْفَسْخُ)** وَلَا يَلْزَمُهَا الصَّبْرُ لِلضَّرَرِ كَمَا فِي نَظِيرِهِ فِي فَسْخِ الْبَائِعِ عِنْدَ غَيْبَةِ الثَّمَنِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إذَا لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا بِنَحْوِ اسْتِدَانَةٍ وَإِلَّا فَلَا فَسْخَ لَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَنَا أُحْضِرُهُ مُدَّةَ الْإِمْهَالِ، فَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ إجَابَتُهُ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ كَانَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ **(فَلَا)** فَسْخَ لَهَا **(وَيُؤْمَرُ بِالْإِحْضَارِ)** بِسُرْعَةٍ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ كَالْحَاضِرِ فِي الْبَلَدِ **(وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ)** مَثَلًا **(بِهَا)** عَنْ زَوْجٍ مُعْسِرٍ **(لَمْ يَلْزَمْهَا الْقَبُولُ)** بَلْ لَهَا الْفَسْخُ كَمَا لَوْ كَانَ لَهَا دَيْنٌ عَلَى إنْسَانٍ فَتَبَرَّعَ غَيْرُهُ بِقَضَائِهِ لَا يَلْزَمُهُ الْقَبُولُ لِمَا فِيهِ مِنْ الْمِنَّةِ، وَحَكَى ابْنُ كَجٍّ وَجْهًا أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا، وَبِهِ أَفْتَى الْغَزَالِيُّ؛ لِأَنَّ الْمِنَّةَ عَلَى الزَّوْجِ لَا عَلَيْهَا، وَلَوْ سَلَّمَهَا الْمُتَبَرِّعُ لِلزَّوْجِ ثُمَّ سَلَّمَهُ الزَّوْجُ لَهَا لَمْ يُفْسَخْ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْخُوَارِزْمِيُّ، وَلَوْ كَانَ

الْمُتَبَرِّعُ أَبًا أَوْ جَدًّا وَالزَّوْجُ تَحْتَ حَجْرِهِ وَجَبَ عَلَيْهَا الْقَبُولُ كَمَا قَالَهُ الْإِسْنَوِيُّ، وَأَلْحَقَ الْأَذْرَعِيُّ بِهِ وَلَدَ الزَّوْجِ وَسَيِّدَهُ. قَالَ: وَلَا شَكَّ فِيهِ إِذَا أَعْسَرَ الْأَبُ وَتَبَرَّعَ وَلَدُهُ الَّذِي يَلْزَمُهُ إِعْفَافُهُ تَنْبِيهٌ: يَجُوزُ لَهَا إِذَا أَعْسَرَ الزَّوْجُ وَلَهُ دَيْنٌ عَلَى غَيْرِ مُؤَجَّلٍ بِقَدْرِ مُدَّةِ إِحْضَارِ مَالِ الْغَائِبِ مِنْ مَسَافَةِ الْقَصْرِ الْفَسْخُ بِخِلَافِ تَأْجِيلِهِ بِدُونِ ذَلِكَ.

وَلَهَا الْفَسْخُ أَيْضًا لِكَوْنِ مَالِهِ عُرُوضًا لَا يُرْغَبُ فِيهَا وَلِكَوْنِ دَيْنِهِ حَالًّا عَلَى مُعْسِرٍ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا فِي حَالِ الْإِعْسَارِ لَا تَصِلُ إِلَى حَقِّهَا، وَالْمُعْسِرُ يَنْظُرُ بِخِلَافِهَا فِي حَالِ الْيَسَارِ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ دَيْنُهُ عَلَى مُوسِرٍ حَاضِرٍ غَيْرِ مُمَاطِلٍ، وَلَوْ غَابَ الْمَدْيُونُ الْمُوسِرُ وَكَانَ مَالُهُ بِدُونِ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، فَهَلْ لَهَا الْفَسْخُ أَوْ لَا؟ وَجْهَانِ، أَوْجُهُهُمَا الثَّانِي، وَكَلَامُ الرَّافِعِيِّ يَمِيلُ إِلَيْهِ.، فَإِنْ كَانَ الْمَدْيُونُ حَاضِرًا وَمَالُهُ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ كَمَا لَوْ كَانَ مَالُ الزَّوْجِ غَائِبًا، وَلَا يُفْسَخُ بِكَوْنِ الزَّوْجِ مَدْيُونًا وَإِنْ اسْتَغْرَقَتْ الدُّيُونُ مَالَهُ حَتَّى يَصْرِفَهُ إِلَيْهَا، وَلَا تُفْسَخُ بِضَمَانِ غَيْرِهِ لَهُ بِإِذْنِهِ نَفَقَةُ يَوْمٍ بِيَوْمٍ بِأَنْ تَجَدَّدَ ضَمَانُ كُلِّ يَوْمٍ. وَأَمَّا ضَمَانُهَا جُمْلَةً لَا يَصِحُّ فَتُفْسَخُ بِهِ **(وَقُدْرَتُهُ)** أَيْ الزَّوْجِ **(عَلَى الْكَسْبِ كَالْمَالِ)** أَيْ كَالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، فَلَوْ كَانَ يَكْسِبُ كُلَّ يَوْمٍ قَدْرَ النَّفَقَةِ لَمْ يُفْسَخْ؛ لِأَنَّهَا هَكَذَا تَجِبُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَدَّخِرَ لِلْمُسْتَقْبَلِ، فَلَوْ كَانَ يَكْسِبُ فِي يَوْمٍ مَا يَكْفِي لِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَّصِلًا ثُمَّ لَا يَكْسِبُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ يَكْسِبُ فِي يَوْمٍ مَا يَكْفِي لِلْأَيَّامِ الْمَاضِيَةِ فَلَا فَسْخَ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُعْسِرٍ، وَلَا تَشُقُّ الِاسْتِدَانَةُ لِمِثْلِ هَذَا التَّأْخِيرِ الْيَسِيرِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ أَنْ يُصْبِرَهَا هَذِهِ الْمُدَّةَ بِلَا نَفَقَةٍ، بَلْ الْمُرَادُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا أَنَّ هَذَا فِي حُكْمِ الْوَاجِدِ لِنَفَقَتِهَا وَتُنْفِقُ مِمَّا اسْتَدَانَهُ لِإِمْكَانِ الْقَضَاءِ، فَلَوْ كَانَ يَكْسِبُ فِي يَوْمٍ كِفَايَةَ أُسْبُوعٍ فَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ فِيهِ لِعَارِضٍ فَسَخَتْ لِتَضَرُّرِهَا، وَيَكُونُ قُدْرَتُهُ عَلَى الْكَسْبِ بِمَنْزِلَةِ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ لَهُ عَلَى-

غَيْرِهِ بِقَدْرِ مَا مَرَّ فِيهِ، وَلَوْ امْتَنَعَ مِنْ الْكَسْبِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ لَمْ تَفْسَخْ، كَالْمُوسِرِ الْمُمْتَنِعِ.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْكَسْبُ لِلْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا، وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا يَلْزَمُهُ لِنَفَقَةِ نَفْسِهِ وَأَنَّهُ لَوْ قَدَرَ عَلَى تَكَسُّبِ نَفَقَةِ الْمُوسِرِ لَزِمَهُ تَعَاطِيهِ، وَلَكِنَّ الَّذِي فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا أَوَائِلَ هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى كَسْبٍ وَاسِعٍ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ حَدِّ الْإِعْسَارِ وَأَطْلَقَ الشَّيْخَانِ الْكَسْبَ، وَمَحَلُّهُ مَا إذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى كَسْبٍ حَلَالٍ.

أَمَّا إذَا كَانَ الْكَسْبُ بِأَعْيَانٍ مُحَرَّمَةٍ كَبَيْعِ الْخَمْرِ أَوْ كَانَ الْفِعْلُ الْمُوَصِّلُ لِلْكَسْبِ مُحَرَّمًا كَكَسْبِ الْمُنَجِّمِ وَالْكَاهِنِ فَهُوَ كَالْعَدَمِ؛ وَإِنْ خَالَفَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي **(وَإِنَّمَا يُفْسَخُ)** لِلزَّوْجَةِ النِّكَاحُ **(بِعَجْزِهِ)** أَيْ الزَّوْجِ **(عَنْ نَفَقَةِ مُعْسِرٍ)** حَاضِرَةٍ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَتَحَقَّقُ بِذَلِكَ، فَلَوْ عَجَزَ عَنْ نَفَقَةِ مُوسِرٍ أَوْ مُتَوَسِّطٍ لَمْ يَنْفَسِخْ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ الْآنَ نَفَقَةُ مُعْسِرٍ فَلَا يَصِيرُ الزَّائِدُ دَيْنًا عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمُوسِرِ أَوْ الْمُتَوَسِّطِ إذَا أَنْفَقَ مُدًّا فَإِنَّهَا لَا تُفْسَخُ وَيَصِيرُ الْبَاقِي دَيْنًا عَلَيْهِ.

فُرُوعٌ: لَوْ وَجَدَ الزَّوْجُ نِصْفَ الْمُدِّ بُكْرَةَ غَدٍ وَقْتِهِ وَنِصْفَهُ عِشَاءً كَذَلِكَ لَمْ تُفْسَخْ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ وَجَدَ يَوْمًا مُدًّا وَيَوْمًا نِصْفَ مُدٍّ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ، وَلَوْ وَجَدَ كُلَّ يَوْمٍ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ مُدٍّ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ أَيْضًا كَمَا شَمِلَتْهُ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ وَإِنْ زَعَمَ الزَّرْكَشِيُّ خِلَافَهُ.

(وَالْإِعْسَارُ بِالْكِسْوَةِ كَهُوَ) أَيْ كَالْإِعْسَارِ **(بِالنَّفَقَةِ)** عَلَى الصَّحِيحِ إذْ لَا بُدَّ مِنْهَا وَلَا يَبْقَى الْبَدَنُ بِدُونِهَا غَالِبًا، وَقِيلَ: لَا؛ لِأَنَّ الْحَيَاةَ تَبْقَى بِدُونِهَا.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الشَّيْخَانِ عَنْ الْإِعْسَارِ بِبَعْضِ الْكِسْوَةِ، وَأَطْلَقَ الْفَارِقِيُّ أَنَّ لَهَا الْفَسْخَ، وَالتَّحْرِيرَ فِيهَا كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ مَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ، وَهُوَ أَنَّ الْمَعْجُوزَ عَنْهُ إنْ كَانَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ كَالْقَمِيصِ، وَالْخِمَارِ، وَجُبَّةِ الشِّتَاءِ، -

……

فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ مِنْهُ بُدٌّ كَالسَّرَاوِيلِ وَالنَّعْلِ وَبَعْضِ مَا يُفْرَشُ وَالْمِخَدَّةِ فَلَا خِيَارَ وَلَا فَسْخَ بِالْعَجْزِ عَنْ الْأَوَانِي وَنَحْوِهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ ضَرُورِيًا كَالسُّكْنَى وَإِنْ كَانَ يَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ **(وَكَذَا)** الْإِعْسَارُ **(بِالْأُدْمِ وَالْمَسْكَنِ)** كَهُوَ بِالنَّفَقَةِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِلْحَاجَةِ إلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ يُعْسَرُ الصَّبْرُ عَلَى الْخُبْزِ الْبَحْتِ، أَيْ: الَّذِي بِلَا أُدْمٍ، وَلَا بُدَّ لِلْإِنْسَانِ مِنْ مَسْكَنٍ يَقِيهِ مِنْ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ. وَالثَّانِي: لَا فَسْخَ بِذَلِكَ. أَمَّا الْمَسْكَنُ فَلِأَنَّ النَّفْسَ تَقُومُ بِدُونِهِ، فَإِنَّهُ لَا يُعْدَمُ مَسْجِدًا أَوْ مَوْضِعًا مُبَاحًا، وَرُدَّ بِأَنَّ الْحَوَالَةَ عَلَى الْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ كَالْحَوَالَةِ فِي النَّفَقَةِ عَلَى السُّؤَالِ. وَأَمَّا الْأُدْمُ فَلِأَنَّ الْبَدَنَ يَقُومُ بِدُونِهِ، وَلِذَا قَالَ الْمُصَنِّفُ **(قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْعُ)** أَيْ: مَنْعُ فَسْخِهَا **(فِي)** الْإِعْسَارِ بِسَبَبِ **(الْأُدْمِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** بِخِلَافِ الْقُوتِ، وَهَذَا مَا صَحَّحَهُ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ، وَاقْتَضَى كَلَامُ الْكَبِيرِ أَنَّ الْأَكْثَرِينَ عَلَيْهِ، وَتَوَسَّطَ الْمَاوَرْدِيُّ فَقَالَ: إنْ كَانَ الْقُوتُ مِمَّا يَنْسَاغُ دَائِمًا لِلْفُقَرَاءِ بِلَا أُدْمٍ فَلَا فَسْخَ وَإِلَّا فُسِخَتْ، وَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الْإِعْسَارِ بِنَفَقَةِ الْخَادِمِ.

(وَفِي إعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا) عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ **(تَفْسَخُ قَبْلَ وَطْءٍ)** لِلْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ الْعِوَضِ مَعَ بَقَاءِ الْمُعَوَّضِ فَأَشْبَهَ مَا إذَا لَمْ يَقْبِضْ الْبَائِعُ الثَّمَنَ حَتَّى حَجَرَ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْفَلَسِ وَالْمَبِيعُ بَاقٍ بِعَيْنِهِ، وَهَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْفَوْرِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ، وَكَلَامُ التَّتِمَّةِ يَقْتَضِي خِلَافَهُ، وَ**(لَا)** تُفْسَخُ **(بَعْدَهُ)** لِتَلَفِ الْمُعَوَّضِ وَصَيْرُورَةِ الْعِوَضِ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ. وَالثَّانِي: لَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ النَّفْسَ تَقُومُ بِدُونِ الْمَهْرِ. وَالثَّالِثُ: تُفْسَخُ مُطْلَقًا، أَمَّا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَمَّا مَرَّ. وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلِأَنَّ الْبُضْعَ لَا يُتْلَفُ حَقِيقَةً بِالْوَطْءِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ مَا ذُكِرَ مِنْ التَّفْصِيلِ مَا إذَا لَمْ تَقْبِضْ مِنْ الْمَهْرِ شَيْئًا، فَلَوْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ كَمَا هُوَ مُعْتَادٌ وَأَعْسَرَ بِالْبَاقِي أَفْتَى ابْنُ الصَّلَاحِ بِأَنَّهُ لَا فَسْخَ بِعَجْزِهِ عَنْ بَقِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ لَهُ مِنْ الْبُضْعِ بِقِسْطِهِ، فَلَوْ فَسَخَتْ لَعَادَ-

……

لَهَا الْبُضْعُ بِكَمَالِهِ لِتَعَذُّرِ الشَّرِكَةِ فِيهِ فَيُؤَدِّي إلَى الْفَسْخِ فِيمَا اسْتَقَرَّ لِلزَّوْجِ، بِخِلَافِ نَظِيرِهِ مِنْ الْفَسْخِ بِالْفَلَسِ لِإِمْكَانِ الشَّرِكَةِ فِي الْبَيْعِ، وَأَفْتَى الْبَارِزِيُّ بِأَنَّ لَهَا الْفَسْخَ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْمُصَنِّفِ لِصِدْقِ الْعَجْزِ عَنْ الْمَهْرِ بِالْعَجْزِ عَنْ بَعْضِهِ، وَبِهِ صَرَّحَ الْمَاوَرْدِيُّ.

وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: هُوَ الْوَجْهُ نَقْلًا وَمَعْنًى انتهى.

وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ كَمَا اعْتَمَدَهُ السُّبْكِيُّ وَغَيْرُهُ إذْ يَلْزَمُ عَلَى فَتْوَى ابْنِ الصَّلَاحِ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ إجْبَارُ الزَّوْجَةِ عَلَى تَسْلِيمِ نَفْسِهَا بِتَسْلِيمِ بَعْضِ الصَّدَاقِ إذْ لَيْسَ لَهَا مَنْعُ الزَّوْجِ مِمَّا اسْتَقَرَّ لَهُ مِنَ الْبُضْعِ، وَهُوَ مُسْتَبْعَدٌ، وَلَوْ أُجْبِرَتْ لَاتَّخَذَ الْأَزْوَاجُ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إلَى إبْطَالِ حَقِّ الْمَرْأَةِ مِنْ حَبْسِ نَفْسِهَا بِتَسْلِيمِ دِرْهَمٍ وَاحِدٍ مِنْ صَدَاقٍ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَهُوَ فِي غَايَةِ الْبُعْدِ، وَقَوْلُ ابْنِ الصَّلَاحِ: لَوْ جَوَّزْنَا لِلْمَرْأَةِ الْفَسْخَ لَعَادَ إلَيْهَا الْبُضْعُ بِكَمَالِهِ مُعَارَضٌ بِمِثْلِهِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجُزْ لَهَا الْفَسْخُ لَلَزِمَ إجْبَارُهَا عَلَى تَسْلِيمِ الْبُضْعِ بِكَمَالِهِ مَعَ أَنَّهُ لَا مَحْذُورَ فِي رُجُوعِ الْبُضْعِ إلَيْهَا بِكَمَالِهِ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ يُرَدُّ عَلَى الزَّوْجِ بِكَمَالِهِ، إذْ عَلَى تَقْدِيرِ الْفَسْخِ يَجِبُ عَلَيْهَا رَدُّ مَا قَبَضَتْهُ **(وَلَا فَسْخَ)** بِإِعْسَارِ زَوْجٍ بِشَيْءٍ مِمَّا ذُكِرَ **(حَيْثُ يَثْبُتُ عِنْدَ قَاضٍ)** بَعْدَ الرَّفْعِ أَوْ عِنْدَ مُحَكَّمٍ **(إعْسَارُهُ)** بِبَيِّنَةٍ أَوْ إقْرَارِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إلَى الْقَاضِي كَمَا فِي الْعُنَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ اجْتِهَادٍ، وَيَكْفِي عِلْمُ الْقَاضِي إذَا قُلْنَا: يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ وَحِينَئِذٍ **(فَيَفْسَخُهُ)** بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِبِهِ بَعْدَ الثُّبُوتِ **(أَوْ يَأْذَنُ لَهَا فِيهِ)** وَلَيْسَ لَهَا مَعَ عِلْمِهَا بِالْعَجْزِ الْفَسْخُ قَبْلَ الرَّفْعِ إلَى الْقَاضِي وَلَا بَعْدَهُ قَبْلَ الْإِذْنِ فِيهِ، وَلَا حَاجَةَ كَمَا قَالَ الْإِمَامُ إلَى إيقَاعِهِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ إثْبَاتُ حَقِّ الْفَسْخِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إذَا قَدَرَتْ عَلَى الرَّفْعِ إلَى الْقَاضِي، فَإِنْ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ لِعَدَمِ حَاكِمٍ وَمُحَكَّمٍ، أَوْ عَجَزَتْ عَنْ الرَّفْعِ إلَى الْقَاضِي نَفَذَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا-

لِلضَّرُورَةِ، أَمَّا عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَى ذَلِكَ فَلَا يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَكَذَا بَاطِنًا كَمَا رَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي وَصَرَّحَ بِهِ الْإِسْنَوِيُّ أَخْذًا مِنْ نَقْلِ الْإِمَامِ لَهُ عَنْ مُقْتَضَى كَلَامِ الْأَئِمَّةِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ فَيَفْسَخُهُ بِالرَّفْعِ بِخَطِّهِ، وَيَجُوزُ فِيهِ وَفِي يَأْذَنُ النَّصْبُ عَطْفًا عَلَى يَثْبُتَ **(ثُمَّ)** عَلَى ثُبُوتِ الْفَسْخِ بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ بِالنَّفَقَةِ لَا يُمْهَلُ بِهَا **(فِي قَوْلٍ)** وَنُسِبَ لِلْقَدِيمِ بَلْ **(يُنَجَّزُ الْفَسْخُ)** عِنْدَ الْإِعْسَارِ وَقْتَ وُجُوبِ تَسْلِيمِهَا؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ الْإِعْسَارُ وَقَدْ حَصَلَ، وَلَا تَلْزَمُ الْإِمْهَالَ بِالْفَسْخِ **(وَالْأَظْهَرُ إِمْهَالُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ)** وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ الزَّوْجُ الْإِمْهَالَ لِتَحَقُّقِ عَجْزِهِ فَإِنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ لِعَارِضٍ ثُمَّ يَزُولُ، وَهِيَ مُدَّةٌ قَرِيبَةٌ يُتَوَقَّعُ فِيهَا الْقُدْرَةُ بِقَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ **(وَلَهَا)** بَعْدَ الْإِمْهَالِ **(الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ)** بِعَجْزِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ بِلَا مُهْلَةٍ إِلَى بَيَاضِ النَّهَارِ لِتَحَقُّقِ الْإِعْسَارِ **(إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ نَفَقَتَهُ)** أَيْ الرَّابِعِ فَقَطْ فَلَا تُفْسَخُ لِمَا مَضَى حِينَئِذٍ لِتَبَيُّنِ زَوَالِ الْعَارِضِ الَّذِي كَانَ الْفَسْخُ لِأَجْلِهِ، وَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ أَنْ سَلَّمَ نَفَقَةَ الرَّابِعِ عَنْ نَفَقَةِ الْخَامِسِ بَنَتْ عَلَى الْمُدَّةِ وَلَمْ تَسْتَأْنِفْهَا كَمَا يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِهِ **(وَلَوْ مَضَى)** عَلَى زَوْجِهَا **(يَوْمَانِ بِلَا نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ الثَّالِثَ)** بِأَنْ سَلَّمَ زَوْجَتَهُ نَفَقَتَهُ **(وَعَجَزَ الرَّابِعَ)** أَيْ: عَجَزَ فِيهِ عَنْ تَسْلِيمِ نَفَقَتِهِ **(بَنَتْ)** عَلَى الْيَوْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الْخَامِسِ وَفِي الصُّورَتَيْنِ لِتَضَرُّرِهَا بِالِاسْتِئْنَافِ **(وَقِيلَ تَسْتَأْنِفُ)** مُدَّةً كَامِلَةً؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ الْأَوَّلَ قَدْ زَالَ، وَضَعَّفَهُ الْإِمَامُ بِأَنَّهُ قَدْ يَتَّخِذُ ذَلِكَ عَادَةً فَيُؤَدِّي إِلَى ضَرَرٍ عَظِيمٍ.

تَنْبِيهٌ: لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ نَفَقَةَ يَوْمٍ قَدَرَ فِيهِ عَنْ نَفَقَةِ يَوْمٍ قَبْلَهُ عَجَزَ فِيهِ عَنْ نَفَقَتِهِ لِتَفْسَخَ عِنْدَ تَمَامِ الْمُدَّةِ؛ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي الْأَدَاءِ بِقَصْدِ الْمُؤَدِّي، فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَى ذَلِكَ فَفِيهِ احْتِمَالَانِ: أَحَدُهُمَا: لَهَا الْفَسْخُ عِنْدَ تَمَامِ الثَّلَاثِ بِالتَّلْفِيقِ.

وَثَانِيهِمَا: لَا، وَتُجْعَلُ الْقُدْرَةُ عَلَيْهَا مُبْطِلَةً لِلْمُهْلَةِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالْمُتَبَادِرُ تَرْجِيحُ الْأَوَّلِ، وَرَجَّحَ ابْنُ الرِّفْعَةِ الثَّانِي بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا فَسْخَ بِنَفَقَةِ الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ.

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ عَدَمَ فَسْخِهَا بِنَفَقَةِ الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ قَبْلَ أَيَّامِ الْمُهْلَةِ لَا فِيهَا.

(وَلَهَا الْخُرُوجُ) مِنْ بَيْتِهَا **(زَمَنَ الْمُهْلَةِ)** نَهَارًا **(لِتَحْصِيلِ النَّفَقَةِ)** بِكَسْبٍ أَوْ تِجَارَةٍ أَوْ سُؤَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا سَوَاءٌ كَانَتْ فَقِيرَةً أَمْ غَنِيَّةً؛ لِأَنَّ التَّمْكِينَ وَالطَّاعَةَ فِي مُقَابَلَةِ النَّفَقَةِ، فَإِذَا لَمْ يُوَفِّهَا مَا عَلَيْهِ لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهَا حَجْرًا.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَوْ أَمْكَنَهَا الْإِنْفَاقُ مِنْ مَالِهَا أَوْ كَسْبٍ فِي بَيْتِهِ امْتَنَعَ عَلَيْهَا الْخُرُوجُ وَهُوَ وَجْهٌ، وَالصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ الْأَوَّلُ **(وَعَلَيْهَا الرُّجُوعُ)** إِلَى بَيْتِهَا **(لَيْلًا)** لِأَنَّهُ وَقْتُ الْإِيوَاءِ دُونَ الْعَمَلِ وَالِاكْتِسَابِ، وَلَهَا مَنْعُهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا نَهَارًا، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِذَلِكَ فَكَذَا لَيْلًا، لَكِنْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا عَنْ ذِمَّةِ الزَّوْجِ مُدَّةَ مَنْعِهَا، وَظَاهِرُ عِبَارَةِ ابْنِ الْمُقْرِي سُقُوطُهَا حَيْثُ مَنَعَتْهُ، وَالْمُعْتَمَدُ الْأَوَّلُ، فَفِي الْحَاوِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ التَّمَتُّعَ بِهَا لَيْلًا لَا نَهَارًا مِنَ الْمُهْلَةِ، فَإِنْ أَبَتْ نَهَارَهُ فَلَيْسَتْ بِنَاشِزَةٍ، أَوْ لَيْلًا فَنَاشِزَةٌ وَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَتَبِعَهُ فِي الْكِفَايَةِ.

(وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ) الْعَارِضِ **(أَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَهُ)** أَيْ الرِّضَا فِي الصُّورَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَتَجَدَّدُ كُلَّ يَوْمٍ، وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِهَا: رَضِيت بِإِعْسَارِهِ أَبَدًا فَإِنَّهُ وَعْدٌ لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: يُسْتَثْنَى مِنْ إطْلَاقِهِ يَوْمَ الرِّضَا فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا فِيهِ كَمَا قَالَهُ الْبَنْدَنِيجِيُّ وَالْبَغَوِيُّ، وَيَتَجَدَّدُ الْإِمْهَالُ إذَا طَلَبَتْ الْفَسْخَ بَعْدَ الرِّضَا **(وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ فَلَا)** فَسْخَ لَهَا بِذَلِكَ بَعْدَ الرِّضَا؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يَتَجَدَّدُ وَالْحَاصِلُ مَرْضِيٌّ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَمَّا لَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ، بَلْ قَضِيَّتُهُ ثُبُوتُ الْفَسْخِ، لَكِنَّهُمَا رَجَّحَا عَدَمَهُ، كَمَا لَوْ رَضِيَتْ بِهِ فِي النِّكَاحِ ثُمَّ بَدَا لَهَا أَنْ تَفْسَخَ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ.

قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَهَذَا ضَعِيفٌ وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ، فَقَدْ حَكَاهُ الْعِمْرَانِيُّ عَنْ الْجَدِيدِ، وَذَلِكَ عَنْ الْقَدِيمِ، وَقَدْ اغْتَرَّ فِي الرَّوْضَةِ بِمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ مِنْ عِنْدِهِ لَمَّا لَمْ يَقِفْ عَلَى غَيْرِهِ وَزَادَ فَعَبَّرَ بِالْأَصَحِّ. وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَعَلَى الْفَسْخِ اقْتَصَرَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالْجُمْهُورُ انتهى. وَبِالْجُمْلَةِ فَالْمُعْتَمَدُ عَدَمُ الْفَسْخِ لِمَا مَرَّ، وَسَكَتَ أَيْضًا عَمَّا لَوْ نَكَحَتْ ثُمَّ عَلِمَتْ بِإِعْسَارِهِ فَأَمْسَكَتْ عَنْ الْمُحَاكَمَةِ، وَالَّذِي نَقَلَاهُ عَنْ الرُّويَانِيِّ وَأَقَرَّاهُ وَهُوَ فِي الْحَاوِي: أَنَّهُ إذَا كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ طَلَبِهَا الْمَهْرَ كَانَ رِضًا بِالْإِعْسَارِ وَسَقَطَ خِيَارُهَا.

وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ لَمْ يَسْقُطْ، فَقَدْ تُؤَخِّرُ الْمُطَالَبَةَ لِوَقْتِ الْيَسَارِ، وَالْخِيَارُ بَعْدَ الرَّفْعِ إلَى الْقَاضِي عَلَى الْفَوْرِ، فَلَوْ أَخَّرَتْ الْفَسْخَ سَقَطَ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يَتَجَدَّدُ وَقَدْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ وَقَبْلَهُ عَلَى التَّرَاخِي؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُؤَخِّرُ الطَّلَبَ لِتَوَقُّعِ الْيَسَارِ، وَعُلِمَ مِنْ كَوْنِهِ عَلَى الْفَوْرِ بَعْدَ الطَّلَبِ أَنَّهُ لَا يُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَا دُونَهَا، وَبِهِ صَرَّحَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ، بَلْ قَدْ يُقَالُ: إنَّ الْإِمْهَالَ هُنَا أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِتَأْخِيرِ النَّفَقَةِ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ انْتَهَى، وَهُوَ ظَاهِرٌ لَكِنَّ الْمَنْقُولَ خِلَافُهُ (وَ) اعْلَمْ أَنَّ الْفَسْخَ حَقُّ الزَّوْجَةِ وَحِينَئِذٍ **(لَا فَسْخَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ)** وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لَهُمَا **(بِإِعْسَارٍ بِمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ)** كَمَا لَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَتُهُمَا؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَتَعَلَّقُ بِالطَّبْعِ وَالشَّهْوَةِ فَلَا يُفَوَّضُ إلَى غَيْرِ مُسْتَحِقَّةٍ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِمَا مِنْ مَالِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا مَالٌ

أَنْفَقَ عَلَيْهِمَا مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمَا كَنَفَقَةِ الْخَلِيَّةِ وَتَصِيرُ نَفَقَتُهُمَا وَمَهْرُهُمَا دَيْنًا عَلَيْهِ يُطَالَبُ بِهِ إذَا أَيْسَرَ.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّ عَدَمَ فَسْخِ وَلِيِّ الْبَالِغَةِ مِنْ بَابِ أَوْلَى، وَالسَّفِيهَةُ الْبَالِغَةُ هُنَا كَالرَّشِيدَةِ.

(وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجُ أَمَةٍ) أَوْ مَنْ فِيهَا رِقٌّ كَمَا فُهِمَ بِالْأَوْلَى **(بِالنَّفَقَةِ)** أَوْ الْكِسْوَةِ **(فَلَهَا الْفَسْخُ)** بِذَلِكَ وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ مَنْعُهَا مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهَا، فَإِنْ ضَمِنَ لَهَا النَّفَقَةَ بَعْدَ طُلُوعِ فَجْرِ يَوْمِهَا صَحَّ كَضَمَانِ الْأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَضْمَنُ السَّيِّدُ وَهُوَ رَبُّ الدَّيْنِ دَيْنَهُ؟

أُجِيبَ: بِأَنَّ النَّفَقَةَ فِي الْأَصْلِ لَهَا، ثُمَّ يَتَلَقَّاهَا السَّيِّدُ فَصَحَّ ضَمَانُهُ.

تَنْبِيهٌ: اُسْتُثْنِيَ مِنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا مَا لَوْ أَنْفَقَ السَّيِّدُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ فَإِنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا حِينَئِذٍ، وَمَا لَوْ كَانَتْ زَوْجَةَ أَحَدِ أُصُولِ سَيِّدِهَا الْمُوسِرِ الَّذِي يَلْزَمُهُ إعْفَافُهُ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى سَيِّدِهَا، وَحِينَئِذٍ فَلَا فَسْخَ لَهُ وَلَا لَهَا، وَأُلْحِقَ بِهَا نَظَائِرُهَا كَمَا لَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ وَاسْتَخْدَمَهُ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَخْدِمْهُ وَعَجَزَ عَنْ الْكَسْبِ فَيَظْهَرُ أَنَّ لَهَا الْفَسْخَ إنْ لَمْ تَرْضَ بِذِمَّتِهِ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا السَّيِّدُ أَخْذًا مِمَّا مَرَّ **(فَإِنْ رَضِيَتْ)** وَهِيَ مُكَلَّفَةٌ بِإِعْسَارِهِ **(فَلَا فَسْخَ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ)** وَالثَّانِي لَهُ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِي النَّفَقَةِ لَهُ وَضَرَرُ فَوَاتِهَا يَعُودُ إلَيْهِ. وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِمَا مَرَّ فَيَكُونُ الْفَسْخُ لَهَا.

تَنْبِيهٌ: اُحْتُرِزَ بِالنَّفَقَةِ عَنْ الْمَهْرِ فَلَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ لَهَا بِإِعْسَارِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ، بَلْ هُوَ لِلسَّيِّدِ لِأَنَّهُ مَحْضُ حَقِّهِ وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهَا فِي فَوَاتِهِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَلْزَمُ السَّيِّدُ نَفَقَتَهَا إذَا كَانَتْ بَالِغَةً عَاقِلَةً وَلَكِنْ **(لَهُ أَنْ يُلْجِئَهَا إلَيْهِ)** أَيْ الْفَسْخِ **(بِأَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا وَيَقُولَ)** لَهَا **(افْسَخِي أَوْ جُوعِي)** دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ، فَإِذَا فَسَخَتْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا وَاسْتَمْتَعَ بِهَا أَوْ-

زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِهِ كَفَى نَفْسَهُ مُؤْنَتَهَا، أَمَّا الصَّغِيرَةُ وَالْمَجْنُونَةُ فَيَمْتَنِعُ عَلَيْهِ إِلْجَاؤُهُمَا إِذْ لَا يُمْكِنُهُمَا الْفَسْخُ.

فُرُوعٌ: لِلْأَمَةِ مُطَالَبَةُ زَوْجِهَا بِالنَّفَقَةِ كَمَا كَانَتْ تُطَالِبُ السَّيِّدَ، فَإِنْ أَعْطَاهَا لَهَا بَرِئَ مِنْهَا وَمَلَكَهَا السَّيِّدُ دُونَهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَمْلِكُ، لَكِنْ لَهَا قَبْضُهَا وَتَنَاوُلُهَا؛ لِأَنَّهَا كَالْمَأْذُونَةِ فِي الْقَبْضِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ، وَفِي تَنَاوُلِهَا بِحُكْمِ الْعُرْفِ وَتَعَلَّقَتْ الْأَمَةُ بِالنَّفَقَةِ الْمَقْبُوضَةِ فَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا قَبْلَ إِبْدَالِهَا لَهَا بِغَيْرِهَا؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بِحَقِّ الْمِلْكِ، لَكِنْ لَهَا فِيهَا حَقُّ التَّوَثُّقِ، فَإِنْ أَبْدَلَهَا جَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِبَيْعٍ وَغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ لَهَا إِبْرَاءُ زَوْجِهَا مِنْ نَفَقَةِ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّهَا لِلْحَاجَةِ النَّاجِزَةِ فَكَأَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ لِلسَّيِّدِ إِلَّا بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا قَبْلَهُ فَيَتَمَحَّضُ الْحَقُّ لَهَا، وَلَا يَصِحُّ إِبْرَاؤُهَا مِنْ نَفَقَةِ أَمْسِ كَمَا فِي الْمَهْرِ.

وَأَمَّا السَّيِّدُ فَيَصِحُّ إِبْرَاؤُهُ مِنْ نَفَقَةِ الْأَمْسِ لَا نَفَقَةِ الْيَوْمِ، وَلَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ تَسْلِيمَ النَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ أَوْ الْحَاضِرَةِ أَوْ الْمُسْتَقْبَلَةِ فَأَنْكَرَتْ الْأَمَةُ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ صَدَّقَهُ السَّيِّدُ بَرِئَ مِنَ النَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ دُونَ الْمُسْتَقْبَلَةِ وَالْحَاضِرَةِ؛ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ لِلسَّيِّدِ فِي الْمَاضِيَةِ كَالْمَهْرِ دُونَ الْحَاضِرَةِ، وَمَنْ طُولِبَ بِنَفَقَةٍ مَاضِيَةٍ وَادَّعَى الْإِعْسَارَ يَوْمَ وُجُوبِهَا حَتَّى يَلْزَمَهُ نَفَقَةُ الْمُعْسِرِ وَادَّعَتْ هِيَ الْيَسَارَ فِيهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ عَجَزَ الْعَبْدُ عَنِ الْكَسْبِ الَّذِي كَانَ يُنْفِقُ مِنْهُ وَلَمْ تَرْضَ زَوْجَتُهُ بِذِمَّتِهِ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ.

وَإِنْ رَضِيَتْ صَارَتْ نَفَقَتُهَا دَيْنًا عَلَيْهِ، وَلَوْ عَجَزَ السَّيِّدُ عَنْ نَفَقَةِ أُمِّ وَلَدِهِ أُجْبِرَ عَلَى تَخْلِيَتِهَا لِتَكْتَسِبَ وَتُنْفِقَ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ عَلَى إِيجَارِهَا وَلَا يُجْبَرُ عَلَى عِتْقِهَا أَوْ تَزْوِيجِهَا كَمَا لَا يُرْفَعُ مِلْكُ الْيَمِينِ بِالْعَجْزِ عَنِ الِاسْتِمْتَاعِ، فَإِنْ عَجَزَتْ عَنِ الْكَسْبِ فَنَفَقَتُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ.

فَصْلٌ

يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الْوَالِدِ، وَإِنْ عَلَا، وَالْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ، وَإِنِ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا بِشَرْطِ يَسَارِ الْمُنْفِقِ فَاضِلٍ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ عِيَالِهِ فِي يَوْمِهِ، وَيُبَاعُ فِيهَا مَا يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ، وَيَلْزَمُ كَسُوبًا كَسْبُهَا فِي الْأَصَحِّ. وَلَا تَجِبُ لِمَالِكٍ كِفَايَتَهُ وَلَا لِمُكْتَسِبِهَا، وَتَجِبُ لِفَقِيرٍ غَيْرِ مُكْتَسِبٍ إِنْ كَانَ زَمِنًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا وَإِلَّا فَأَقْوَالٌ أَحْسَنُهَا تَجِبُ، وَالثَّالِثُ لِأَصْلٍ، لَا فَرْعٍ. قُلْت: الثَّالِثُ أَظْهَرُ، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَهِيَ الْكِفَايَةُ.

وَتَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا، وَلَا تَصِيرُ دَيْنًا عَلَيْهِ إِلَّا بِفَرْضِ قَاضٍ، أَوْ إِذْنِهِ فِي اقْتِرَاضٍ لِغَيْبَةٍ أَوْ مَنْعٍ. وَعَلَيْهَا إِرْضَاعُ وَلَدِهَا اللِّبَأَ. ثُمَّ بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا هِيَ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ وَجَبَ إِرْضَاعُهُ، وَإِنْ وُجِدَتَا لَمْ تُجْبَرِ الْأُمُّ، فَإِنْ رَغِبَتْ وَهِيَ مَنْكُوحَةُ أَبِيهِ فَلَهُ مَنْعُهَا فِي الْأَصَحِّ.

قُلْت: الْأَصَحُّ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا، وَصَحَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَإِنِ اتَّفَقَا وَطَلَبَتْ أُجْرَةَ مِثْلٍ أُجِيبَتْ، أَوْ فَوْقَهَا فَلَا. وَكَذَا إِنْ تَبَرَّعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ أَوْ رَضِيَتْ بِأَقَلَّ فِي الْأَظْهَرِ. وَمَنِ اسْتَوَى فَرْعَاهُ أَنْفَقَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَقْرَبُهُمَا، فَإِنِ اسْتَوَى فَبِالْإِرْثِ فِي الْأَصَحِّ، وَالثَّانِي بِالْإِرْثِ ثُمَّ الْقُرْبِ، وَالْوَارِثَانِ يَسْتَوِيَانِ، أَمْ يُوَزَّعُ بِحَسَبِهِ؟ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فَعَلَى الْأَبِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ، أَوْ أَجْدَادٌ وَجَدَّاتٌ إِنْ أَدْلَى بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ فَالْأَقْرَبُ، وَإِلَّا فَبِالْقُرْبِ، وَقِيلَ: الْإِرْثُ، وَقِيلَ: بِوِلَايَةِ الْمَالِ، وَمَنْ لَهُ أَصْلٌ وَفَرْعٌ فَفِي الْأَصَحِّ عَلَى الْفَرْعِ، وَإِنْ بَعُدَ أَوْ مُحْتَاجُونَ يُقَدِّمُ زَوْجَتَهُ ثُمَّ الْأَقْرَبَ، وَقِيلَ: الْوَارِثَ، وَقِيلَ: الْوَلِيَّ(١).

---

(١) متن مفقود شرحه وقال الخطيب: فَصْلٌ فِي نَفَقَةِ الْقَرِيبِ، وَالْمُوجِبُ لَهَا قَرَابَةُ الْبَعْضِيَّةِ فَقَطْ **(يَلْزَمُهُ)** أَيِ الشَّخْصَ ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ **(نَفَقَةُ الْوَالِدِ)** الْحُرِّ **(وَإِنْ عَلَا)** مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى **(وَالْوَلَدِ)** الْحُرِّ **(وَإِنْ سَفَلَ)** مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى.

وَالْأَصْلُ فِي الْأَوَّلِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وَمِنَ الْمَعْرُوفِ الْقِيَامُ بِكِفَايَتِهِمَا عِنْدَ حَاجَتِهِمَا، وَخَبَرُ: «أَطْيَبُ مَا يَأْكُلُ

……

الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَسَّنَهُ الْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ.

قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الْوَالِدَيْنِ اللَّذَيْنِ لَا كَسْبَ لَهُمَا وَلَا مَالَ وَاجِبَةٌ فِي مَالِ الْوَلَدِ، وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ مُلْحَقُونَ بِهِمَا إنْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي عُمُومِ ذَلِكَ كَمَا أُلْحِقُوا بِهِمَا فِي الْعِتْقِ وَالْمِلْكِ وَعَدَمِ الْقَوَدِ وَرَدِّ الشَّهَادَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَفِي الثَّانِي قَوْله تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] إذْ إيجَابُ الْأُجْرَةِ لِإِرْضَاعِ الْأَوْلَادِ يَقْتَضِي إيجَابَ مُؤْنَتِهِمْ، وَقَوْلُهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِهِنْدٍ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ» رَوَاهُ الشَّيْخَانِ، وَالْأَحْفَادُ مُلْحَقُونَ بِالْأَوْلَادِ إنْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُمْ إطْلَاقُ مَا تَقَدَّمَ.

تَنْبِيهٌ: أُسْتُنْبِطَ مِنْ حَدِيثِ هِنْدٍ غَيْرُ وُجُوبِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ حُكْمًا، نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ النَّقِيبِ وَذَكَرْتهَا فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ، وَلَا يَضُرُّ فِيمَا ذُكِرَ اخْتِلَافُ الدِّينِ كَمَا قَالَ (**وَإِنْ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا**) فَيَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ مِنْهُمَا نَفَقَةُ الْكَافِرِ الْمَعْصُومِ وَعَكْسُهُ لِعُمُومِ الْأَدِلَّةِ وَلِوُجُودِ الْمُوجِبِ وَهُوَ الْبَعْضِيَّةُ كَالْعِتْقِ وَرَدِّ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ قِيلَ: هَلَّا كَانَ ذَلِكَ كَالْمِيرَاثِ؟ أُجِيبَ: بِأَنَّ الْمِيرَاثَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُنَاصَرَةِ وَهِيَ مَفْقُودَةٌ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدِّينِ، وَخَرَجَ بِالْأُصُولِ وَالْفُرُوعِ غَيْرُهُمَا مِنْ سَائِرِ الْأَقَارِبِ كَالْأَخِ وَالْأُخْتِ وَالْعَمِّ وَالْعَمَّةِ، وَأَوْجَبَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ نَفَقَةَ كُلِّ ذِي مَحْرَمٍ بِشَرْطِ اتِّفَاقِ الدِّينِ فِي غَيْرِ الْأَبْعَاضِ تَمَسُّكًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وَأَجَابَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ مِثْلُ ذَلِكَ فِي نَفْيِ الْمُضَارَّةِ كَمَا قَيَّدَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَهُوَ أَعْلَمُ بِكِتَابِ الله تَعَالَى، وَبِالْحُرِّ الرَّقِيقُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَعَّضًا وَلَا مُكَاتَبًا، فَإِنْ كَانَ مُنْفَقًا عَلَيْهِ فَهِيَ عَلَى سَيِّدِهِ، وَإِنْ كَانَ مُنْفِقًا فَهُوَ أَسْوَأُ حَالًا مِنْ الْمُعْسِرِ، وَالْمُعْسِرُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ قَرِيبِهِ. فَإِنْ قِيلَ: الْعَبْدُ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ فَهَلَّا كَانَ كَذَلِكَ هُنَا؟

أُجِيبَ: بِأَنَّ نَفَقَتَهَا مُعَاوَضَةٌ وَتَلْزَمُ الْمُعْسِرَ، وَالْعَبْدُ مِنْ أَهْلِهَا، وَنَفَقَةُ الْقَرِيبِ مُوَاسَاةٌ، وَلَا تَلْزَمُ الْمُعْسِرَ فَلَمْ تَلْزَمْهُ لِإِعْسَارِهِ، وَأَمَّا الْمُبَعَّضُ فَإِنْ كَانَ مُنْفِقًا فَعَلَيْهِ نَفَقَةٌ تَامَّةٌ لِتَمَامِ مِلْكِهِ فَهُوَ كَحُرِّ الْكُلِّ، وَقِيلَ: بِحَسَبِ حُرِّيَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ مُنْفَقًا عَلَيْهِ فَتُبَعَّضُ نَفَقَتُهُ عَلَى الْقَرِيبِ وَالسَّيِّدِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا فِيهِ مِنْ رِقٍّ وَحُرِّيَّةٍ، وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَإِنْ كَانَ مُنْفِقًا عَلَيْهِ فَلَا يَلْزَمُ قَرِيبَهُ نَفَقَتُهُ عَلَى الْأَصَحِّ كَمَا فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ هُنَا لِبَقَاءِ أَحْكَامِ الرِّقِّ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فِي قَسْمِ الصَّدَقَاتِ أَنَّ عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ، بَلْ نَفَقَتُهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ عَجَزَ نَفْسُهُ فَعَلَى سَيِّدِهِ وَإِنْ كَانَ مُنْفِقًا فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَهْلًا لِلْمُوَاسَاةِ؛ لِأَنَّ مَا مَعَهُ إِمَّا غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ أَوْ مَمْلُوكٌ مُسْتَحَقٌّ فِي كِتَابَتِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَلَدَ مِنْ أَمَتِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ وَإِنْ لَمْ يَجُزْ لَهُ وَطْؤُهَا؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَعْتَقَ فَقَدْ أَنْفَقَ مَالَهُ عَلَى وَلَدِهِ، وَإِنْ رَقَّ رَقَّ الْوَلَدُ أَيْضًا فَيَكُونُ قَدْ أَنْفَقَ مَالَ السَّيِّدِ عَلَى رَقِيقِهِ أَوْ وَلَدٍ مِنْ زَوْجَتِهِ الَّتِي هِيَ أَمَةُ سَيِّدِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ لِأَنَّهُ مِلْكُ السَّيِّدِ، فَإِنْ عَتَقَ فَقَدْ أَنْفَقَ مَالَهُ عَلَى مِلْكِ سَيِّدِهِ، وَإِنْ رَقَّ فَقَدْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَالَ سَيِّدِهِ، بِخِلَافِ وَلَدِهِ مِنْ مُكَاتَبَةِ سَيِّدِهِ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَعْتِقُ فَيَتْبَعُهَا الْوَلَدُ لِكِتَابَتِهِ عَلَيْهَا وَيَعْجِزُ الْمُكَاتَبُ فَيَكُونُ قَدْ فَوَّتَ مَالَ سَيِّدِهِ، وَبِالْمَعْصُومِ غَيْرُهُ مِنْ مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ فَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُ، إِذْ لَا حُرْمَةَ لَهُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقَتْلِهِ. فَإِنْ قِيلَ: تَجِبُ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَعْصُومٍ كَمَا سَيَأْتِي.

أُجِيبَ بِأَنَّ الرَّقِيقَ لَمَّا كَانَ السَّيِّدُ مَالِكًا لِرَقَبَتِهِ وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ خُيِّرَ بَيْنَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ أَوْ يُزِلْ مِلْكَهُ عَنْهُ بِخِلَافِ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ.

تَنْبِيهٌ: كَمَا يَلْزَمُ الْوَلَدَ نَفَقَةُ الْأَبِ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ رَقِيقِهِ الْمُحْتَاجِ لِخِدْمَتِهِ وَكَذَا زَوْجَتُهُ، وَقَدْ ذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ فِي بَابِ الْإِعْفَافِ بِخِلَافِ زَوْجَةِ الِابْنِ عَلَى الْأَصَحِّ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي شَرْطِ وُجُوبِ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ فَقَالَ: (بِشَرْطِ يَسَارِ الْمُنْفِقِ) مِنْ وَالِدِـ

أَوْ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهَا مُوَاسَاةٌ فَاعْتُبِرَ فِيهَا الْيَسَارُ، وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ يَسَارُ الْوَالِدِ فِي نَفَقَةِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ فَيَسْتَقْرِضُ عَلَيْهِ وَيُؤْمَرُ بِوَفَائِهِ إذَا أَيْسَرَ **(بِفَاضِلٍ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ عِيَالِهِ فِي يَوْمِهِ)** وَلَيْلَتِهِ الَّتِي تَلِيهِ سَوَاءٌ أَفَضَلَ ذَلِكَ بِكَسْبٍ أَمْ بِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، لِقَوْلِهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ابْدَأْ بِنَفْسِك فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَلِأَهْلِك، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَهْلِك شَيْءٌ فَلِذِي قَرَابَتِك» رَوَاهُ مُسْلِمٌ.

تَنْبِيهٌ: فِي مَعْنَى الْقُوتِ سَائِرُ الْوَاجِبَاتِ مِنْ مَسْكَنٍ وَمَلْبَسٍ، فَلَوْ عَبَّرَ بَدَلَهُ بِالْحَاجَةِ كَانَ أَوْلَى، وَأَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ الْعِيَالَ وَخَصَّهُ الرَّافِعِيُّ وَغَيْرُهُ بِالزَّوْجَةِ، وَلَوْ عَبَّرَ بِهَا كَانَ أَوْلَى، وَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّ خَادِمَهَا وَأُمَّ وَلَدِهِ فِي حُكْمِهَا وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَاضِلًا عَنْ دَيْنِهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ فِي بَابِ الْفَلَسِ، وَإِنْ أَوْهَمَ كَلَامُ الرَّافِعِيِّ أَوَّلَ قَسْمِ الصَّدَقَاتِ خِلَافَهُ **(وَيُبَاعُ فِيهَا)** أَيْ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ **(مَا يُبَاعُ فِي الدَّيْنِ)** مِنْ عَقَارٍ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى وَفَاءِ الدَّيْنِ، وَإِذَا بِيعَ ذَلِكَ فِي الدَّيْنِ فَفِي الْمُقَدَّمِ عَلَيْهِ أَوْلَى، وَفِي كَيْفِيَّةِ بَيْعِ الْعَقَارِ وَجْهَانِ، أَحَدُهُمَا: يُبَاعُ كُلَّ يَوْمٍ جُزْءٌ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ.

وَالثَّانِي: يَسْتَقْرِضُ إلَى أَنْ يَجْتَمِعَ مَا يَسْهُلُ بَيْعُ الْعَقَارِ لَهُ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَالثَّانِي هُوَ الصَّحِيحُ أَوْ الصَّوَابُ انتهى.

وَقَدْ رَجَّحَ الْمُصَنِّفُ تَصْحِيحَهُ فِي نَظِيرِهِ مِنْ النَّفَقَةِ عَلَى الْعَبْدِ.

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: فَلْيُرَجَّحْ هُنَا، وَلَوْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَشْتَرِي إلَّا الْكُلَّ وَتَعَذَّرَ الْإِقْرَاضُ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: يَبِيعُ الْكُلَّ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ الرَّافِعِيُّ فِي الصَّدَاقِ فِي الْكَلَامِ عَلَى التَّشْطِيرِ **(وَيَلْزَمُ كَسُوبًا)** إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ **(كَسْبُهَا فِي الْأَصَحِّ)** إذَا وَجَدَ مُبَاحًا يَلِيقُ بِهِ لِخَبَرِ: «كَفَى بِالْمَرْءِ إثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ»، وَلِأَنَّ

……

الْقُدْرَةَ بِالْكَسْبِ كَالْقُدْرَةِ بِالْمَالِ، وَلِهَذَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَكَمَا يَلْزَمُهُ إحْيَاءُ نَفْسِهِ بِالْكَسْبِ فَكَذَا بَعْضُهُ، وَالثَّانِي لَا، كَمَا لَا يَلْزَمُهُ الْكَسْبُ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ. وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ النَّفَقَةَ قَدْرُهَا يَسِيرٌ، وَالدَّيْنُ لَا يَنْضَبِطُ قَدْرُهُ، وَلَا يُكَلَّفُ الْقَرِيبُ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ وَلَا أَنْ يَقْبَلَ الْهِبَةَ وَالْوَصِيَّةَ، فَإِنْ فَعَلَ وَصَارَ بِذَلِكَ غَنِيًّا لَزِمَهُ مُؤْنَةُ قَرِيبِهِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ وُجُوبِ الِاكْتِسَابِ لِزَوْجَةِ الْأَبِ إنَّمَا هُوَ فِي نَفَقَةِ الْمُعْسِرِينَ، فَلَوْ قَدَرَ عَلَى اكْتِسَابِ مُتَوَسِّطٍ أَوْ مُوسِرٍ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الزِّيَادَةِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ، وَإِنْ اقْتَضَى كَلَامُ الْمَاوَرْدِيِّ الْإِجْبَارَ. **(وَلَا تَجِبُ)** النَّفَقَةُ **(لِمَالِكِ كِفَايَتِهِ)** وَلَوْ زَمِنًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْهَا **(وَلَا لِمُكْتَسِبِهَا)** بِأَنْ يَقْدِرَ عَلَى كَسْبِ كِفَايَتِهِ مِنْ كَسْبٍ حَلَالٍ يَلِيقُ بِهِ لِانْتِفَاءِ حَاجَتِهِ إلَى غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَكْسِبُ دُونَ كِفَايَتِهِ اسْتَحَقَّ الْقَدْرَ الْمَعْجُوزَ عَنْهُ خَاصَّةً.

تَنْبِيهٌ: لَوْ قَدَرَتْ الْأُمُّ أَوْ الْبِنْتُ عَلَى النِّكَاحِ لَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ الرِّفْعَةِ، فَإِنْ قِيلَ: هَلَّا كَانَ ذَلِكَ كَالْقُدْرَةِ عَلَى الْكَسْبِ؟

أُجِيبَ: بِأَنَّ حَبْسَ النِّكَاحِ لَا نِهَايَةَ لَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَنْوَاعِ الِاكْتِسَابِ، فَلَوْ تَزَوَّجَتْ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِالْعَقْدِ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ مُعْسِرًا إلَى أَنْ يَفْسَخَ لِئَلَّا تَجْمَعَ بَيْنَ نَفَقَتَيْنِ **(وَتَجِبُ لِفَقِيرٍ غَيْرِ مُكْتَسِبٍ إنْ كَانَ زَمِنًا)** وَأَلْحَقَ بِهِ الْبَغَوِيّ الْعَاجِزَ بِمَرَضٍ أَوْ عَمًى، وَجَزَمَ بِهِ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ **(أَوْ)** كَانَ **(صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا)** لِعَجْزِهِ عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ، وَلِلْوَلِيِّ حَمْلُ الصَّغِيرِ عَلَى الِاكْتِسَابِ إذَا قَدَرَ عَلَيْهِ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ، فَلَوْ هَرَبَ أَوْ تَرَكَ الِاكْتِسَابَ فِي بَعْضِ الْأَيَّامِ وَجَبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَى وَلِيِّهِ، وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى كَسْبٍ حَرَامٍ كَالْكَسْبِ بِآلَةِ الْمَلَاهِي فَهُوَ كَالْعَدَمِ، وَكَذَا الْكَسْبُ الَّذِي لَا يَلِيقُ بِهِ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ قَدَرَ عَلَى الْكَسْبِ وَلَمْ يَكْتَسِبْ وَلَمْ يَكُنْ كَمَا ذَكَرَهُ **(فَأَقْوَالٌ أَحْسَنُهَا-**

تَجِبُ) مُطْلَقًا لِلْأَصْلِ وَالْفَرْعِ؛ لِأَنَّهُ يَقْبُحُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يُكَلِّفَ قَرِيبَهُ الْكَسْبَ مَعَ اتِّسَاعِ مَالِهِ، وَالثَّانِي: الْمَنْعُ مُطْلَقًا لِاسْتِغْنَائِهِ بِكَسْبِهِ عَنْ غَيْرِهِ **(وَالثَّالِثُ)** تَجِبُ **(لِأَصْلٍ لَا فَرْعٍ)** ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى لِتَأْكِيدِ حُرْمَةِ الْأَصْلِ **(قُلْتُ: الثَّالِثُ أَظْهَرُ)** لِمَا ذُكِرَ **(وَاللَّهُ أَعْلَمُ)** وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ، وَاقْتَضَاهُ إيرَادُ الشَّرْحَيْنِ، وَإِنْ نَازَعَ فِي ذَلِكَ الْأَذْرَعِيُّ؛ لِأَنَّ الْفَرْعَ مَأْمُورٌ بِمُعَاشَرَةِ أَصْلِهِ بِالْمَعْرُوفِ وَلَيْسَ مِنْهَا تَكْلِيفُهُ الْكَسْبَ مَعَ كِبَرِ السِّنِّ، وَكَمَا يَجِبُ الْإِعْفَافُ، وَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ .**(وَهِيَ)** أَيْ نَفَقَةُ الْقَرِيبِ **(الْكِفَايَةُ)** لِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خُذِي مَا يَكْفِيك وَوَلَدَك بِالْمَعْرُوفِ» وَلِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ لِدَفْعِ الْحَاجَةِ النَّاجِزَةِ، وَيُعْتَبَرُ حَالُهُ فِي سِنِّهِ وَزَهَادَتِهِ وَرَغْبَتِهِ، وَيَجِبُ إشْبَاعُهُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ يُونُسَ، وَقَوْلُ الْغَزَالِيِّ لَا يَجِبُ إشْبَاعُهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمُبَالَغَةِ فِي الشِّبَعِ، وَيَجِبُ لَهُ الْأُدْمُ كَمَا يَجِبُ لَهُ الْقُوتُ، وَيَجِبُ لَهُ مُؤْنَةُ خَادِمٍ إنْ احْتَاجَهُ مَعَ كِسْوَةٍ وَسُكْنَى لَائِقَيْنِ بِهِ وَأُجْرَةِ طَبِيبٍ وَثَمَنِ أَدْوِيَةٍ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ سُلِّمَتْ النَّفَقَةُ إلَى الْقَرِيبِ فَتَلِفَتْ فِي يَدِهِ وَجَبَ إبْدَالُهَا، وَكَذَا لَوْ أَتْلَفَهَا بِنَفْسِهِ، فَإِنْ قِيلَ فِي إبْدَالِهَا إجْحَافٌ بِالدَّافِعِ خُصُوصًا مَعَ تَكْرَارِ الْإِتْلَافِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ الدَّافِعَ مُقَصِّرٌ إذْ يُمْكِنُهُ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ، لَكِنْ مَا أَتْلَفَهُ عَلَيْهِ فِيهِ الضَّمَانُ إذَا أَيْسَرَ كَمَا قَالَاهُ، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ أَنَّ مَحَلَّ الضَّمَانِ فِي الرَّشِيدِ دُونَ غَيْرِهِ لِتَقْصِيرِ الدَّافِعِ بَلْ سَبِيلُهُ أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يُوَكِّلَ مَنْ يُطْعِمُهُ وَلَا يُسَلِّمُ إلَيْهِ شَيْئًا، وَالنَّفَقَةُ وَمَا ذُكِرَ مَعَهَا إمْتَاعٌ، وَلِذَلِكَ قَالَ الْمُصَنِّفُ **(وَتَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا)** بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَإِنْ تَعَدَّى الْمُنْفِقُ بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِدَفْعِ الْحَاجَةِ النَّاجِزَةِ، وَقَدْ زَالَتْ، بِخِلَافِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ فَإِنَّهَا مُعَاوَضَةٌ **(وَ)** حِينَئِذٍ **(لَا تَصِيرُ دَيْنًا)** فِي ذِمَّتِهِ **(إلَّا بِفَرْضٍ)** بِالْفَاءِ بِخَطِّهِ ـ

(قَاضٍ، أَوْ إِذْنِهِ فِي اقْتِرَاضٍ) بِالْقَافِ (لِغَيْبَةٍ أَوْ مَنْعٍ) فَإِنَّهَا تَصِيرُ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ لِتَأَكُّدِ ذَلِكَ بِفَرْضِ الْقَاضِي أَوْ إِذْنِهِ فِيهِ.

تَنْبِيهٌ: تَبِعَ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الِاسْتِثْنَاءِ كَالْمُحَرَّرِ وَالشَّرْحَيْنِ الْغَزَالِيَّ فِي الْوَسِيطِ وَالْوَجِيزِ، وَلَا ذِكْرَ لَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ الطَّرِيقَيْنِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى، وَحُكَّامُ الْعَصْرِ يَحْكُمُونَ بِذَلِكَ ظَانِّينَ أَنَّهُ الْمَذْهَبُ فَيَجِبُ التَّنَبُّهُ لَهَا وَتَحْرِيرُهَا وَبَسْطُ الْكَلَامِ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: وَالْحَقُّ أَنَّ فَرْضَ الْقَاضِي بِمُجَرَّدِهِ لَا يُؤَثِّرُ عِنْدَنَا بِلَا خِلَافٍ، وَمُحَاوَلَةُ إِثْبَاتِ خِلَافٍ مَذْهَبِيٍّ فِيهِ تَكَلُّفٌ مَحْضٌ انتهى.

فَالْمُعْتَمَدُ كَمَا عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَنَّهَا لَا تَصِيرُ دَيْنًا إِلَّا بِاقْتِرَاضِ قَاضٍ بِنَفْسِهِ أَوْ مَأْذُونِهِ، وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْغَزَالِيِّ وَالشَّيْخَيْنِ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ عَلَى مَا إِذَا فَرَضَ الْقَاضِي النَّفَقَةَ، أَيْ: قَدَّرَهَا، وَأَذِنَ الْإِنْسَانَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى الطِّفْلِ مَثَلًا مَا قَدَّرَهُ فِي غَيْبَةِ الْقَرِيبِ أَوْ مَنَعَهُ وَيَرْجِعُ عَلَى قَرِيبِهِ، فَإِذَا أَنْفَقَ صَارَ فِي ذِمَّةِ الْقَرِيبِ، قَالَ: وَهِيَ غَيْرُ مَسْأَلَةِ الِاسْتِقْرَاضِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ أَوْ إِذْنِهِ فِي اقْتِرَاضٍ يَقْتَضِي أَنَّهُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ. قَالَ السُّبْكِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ تَأَخَّرَ الِاسْتِقْرَاضُ بَعْدَ إِذْنِ الْقَاضِي وَمَضَى زَمَنٌ لَمْ يُسْتَقْرَضْ فِيهِ، أَيْ: لَمْ يَجِبْ فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ أَذِنَ فِي الِاسْتِقْرَاضِ فَاسْتَقْرَضَ انتهى. وَهَذَا الْحَمْلُ هُوَ الْمُرَادُ، وَإِلَّا فَيُخَالِفُ مَا عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ، وَيَكُونُ الِاسْتِثْنَاءُ حِينَئِذٍ مِنَ اللَّفْظِ لَا مِنَ الْمَعْنَى؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْقَرِيبِ إِنَّمَا هُوَ وَفَاءُ الدَّيْنِ، وَلَا يُسَمَّى هَذَا الْوَفَاءُ نَفَقَةً، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ الْحَصْرُ فِيمَا ذَكَرَهُ، وَلَيْسَ مُرَادًا فَإِنَّ الْأَبَ لَوْ نَفَى الْوَلَدَ ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ فَإِنَّ الْأُمَّ تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ كَمَا مَرَّ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ حَاكِمٌ وَاسْتَقْرَضَتِ الْأُمُّ عَنْهُ وَأَشْهَدَتْ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ مَا اسْتَقْرَضَتْهُ، أَمَّا إِذَا لَمْ تُشْهِدْ فَلَا رُجُوعَ لَهَا، وَنَفَقَةُ الْحَامِلِ لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَإِنْ جَعَلْنَا

النَّفَقَةَ لَهُ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ لَمَّا كَانَتْ هِيَ الَّتِي تَنْتَفِعُ بِهَا الْتَحَقَتْ بِنَفَقَتِهَا، وَلِلْقَرِيبِ أَخْذُ نَفَقَتِهِ مِنْ مَالِ قَرِيبِهِ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ إنْ وَجَدَ جِنْسَهَا، وَكَذَا إنْ لَمْ يَجِدْهُ فِي الْأَصَحِّ، وَلَهُ الِاسْتِقْرَاضُ إنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا وَعَجَزَ الْقَاضِي، وَيَرْجِعُ إنْ أَشْهَدَ كَجَدِّ الطِّفْلِ الْمُحْتَاجِ وَأَبُوهُ غَائِبٌ مَثَلًا، وَلِلْأَبِ وَالْجَدِّ أَخْذُ * النَّفَقَةِ مِنْ مَالِ فَرْعِهِمَا الصَّغِيرِ أَوْ الْمَجْنُونِ بِحُكْمِ الْوِلَايَةِ، وَلَهُمَا إيجَارُهُ لَهَا لِمَا يُطِيقُهُ مِنْ الْأَعْمَالِ، وَلَا تَأْخُذُهَا الْأُمُّ مِنْ مَالِهِ إذَا وَجَبَتْ نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ، وَلَا الِابْنُ مِنْ مَالِ أَبِيهِ الْمَجْنُونِ إذَا وَجَبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ إلَّا بِالْحَاكِمِ لِعَدَمِ وِلَايَتِهِمَا فَيُؤَدِّي الْقَاضِي الِابْنَ الزَّمِنَ إجَارَةَ أَبِيهِ الْمَجْنُونِ إذَا صَلُحَ لِنَفَقَتِهِ. **(وَعَلَيْهَا)** أَيْ الْأُمِّ **(إرْضَاعُ وَلَدِهَا اللِّبَأَ)** وَهُوَ بِهَمْزٍ وَقَصْرٍ: اللَّبَنُ النَّازِلُ أَوَّلَ الْوِلَادَةِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ غَالِبًا، وَغَيْرُهَا وَلَا يُغْنِي كَمَا قَالَهُ فِي الْكَافِي، وَالْمُرَادُ كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ غَالِبًا أَوْ أَنَّهُ لَا يَقْوَى وَتَشْتَدُّ بِنْيَتُهُ إلَّا بِهِ.

قَالَ: وَإِلَّا فَنُشَاهِدُ مَنْ يَعِيشُ بِلَا لِبَإٍ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأُجْرَةَ إنْ كَانَ لِمِثْلِهِ أُجْرَةٌ، وَلَا يَلْزَمُهَا التَّبَرُّعُ بِإِرْضَاعِهِ كَمَا لَا يَلْزَمُ بَذْلُ الطَّعَامِ لِلْمُضْطَرِّ إلَّا بِالْبَدَلِ.

تَنْبِيهٌ: لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِمُدَّةِ الرَّضَاعِ بِهِ، وَقَالَ الرَّافِعِيُّ: مُدَّتُهُ يَسِيرَةٌ، وَقَالَ فِي الْبَيَانِ: وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْقِيَ اللِّبَأَ حَتَّى يُرْوَى وَظَاهِرُهُ الِاكْتِفَاءُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ الرُّجُوعُ إلَى الْخِبْرَةِ، فَإِنْ قَالُوا تَكْفِيهِ مَرَّةٌ بِلَا ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ كَفَتْ وَإِلَّا عُمِلَ بِقَوْلِهِمْ.

(ثُمَّ بَعْدَهُ) أَيْ بَعْدَ إرْضَاعِ اللِّبَإِ **(إنْ لَمْ يُوجَدْ إلَّا هِيَ)** أَيْ الْأُمُّ **(أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ وَجَبَ)** عَلَى الْمَوْجُودِ مِنْهُمَا **(إرْضَاعُهُ)** إبْقَاءً لِلْوَلَدِ، وَلَهُمَا طَلَبُ الْأُجْرَةِ مِنْ مَالِهِ إنْ كَانَ، وَإِلَّا فَمِمَّنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ **(وَإِنْ وُجِدَتَا)** أَيْ الْأُمُّ وَالْأَجْنَبِيَّةُ **(لَمْ تُجْبَرْ الْأُمُّ)** وَإِنْ كَانَتْ فِي نِكَاحِ أَبِيهِ عَلَى إرْضَاعِهِ لِقَوْلِهِ

تَعَالَى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦] وَإِذَا امْتَنَعَتْ حَصَلَ التَّعَاسُرُ **(فَإِنْ رَغِبَتْ)** فِي إِرْضَاعِهِ **(وَهِيَ مَنْكُوحَةُ أَبِيهِ)** أَيْ الرَّضِيعِ **(فَلَهُ مَنْعُهَا)** مَعَ الْكَرَاهَةِ مِنْ إِرْضَاعِهِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا فِي الْأَوْقَاتِ الْمَصْرُوفَةِ إِلَى الرَّضَاعِ، وَهَذَا أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ فِي الشَّرْحَيْنِ **(قُلْت: الْأَصَحُّ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا)** مَعَ وُجُودِ غَيْرِهَا **(وَصَحَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْوَلَدِ؛ لِأَنَّهَا عَلَيْهِ أَشْفَقُ وَلَبَنُهَا لَهُ أَصْلَحُ، وَلَا تُزَادُ نَفَقَتُهَا لِلْإِرْضَاعِ، وَإِنْ احْتَاجَتْ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ الْغِذَاءِ؛ لِأَنَّ قَدْرَ النَّفَقَةِ لَا يَخْتَلِفُ بِحَالِ الْمَرْأَةِ وَحَاجَتِهَا.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ قَوْلُهُ مَنْكُوحَةُ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بَائِنًا أَنَّ لَهُ الْمَنْعَ جَزْمًا، وَلَيْسَ مُرَادًا بَلْ إِنْ تَبَرَّعَتْ لَمْ يُنْزَعْ الْوَلَدُ مِنْهَا وَإِنْ طَلَبَتْ أُجْرَةً فَهِيَ كَالَّتِي فِي نِكَاحِهِ إِذَا تَوَافَقَا وَطَلَبَتْ الْأُجْرَةَ، وَقَوْلُهُ: مَنْكُوحَة أَبِيهِ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَنْكُوحَةَ غَيْرِ أَبِيهِ أَنَّ لَهُ مَنْعَهَا وَهُوَ كَذَلِكَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُسْتَأْجَرَةً لِلْإِرْضَاعِ قَبْلَ نِكَاحِهِ فَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا كَمَا قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ وَلَا نَفَقَةَ لَهَا، وَهَذَا كُلُّهُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ فِي الزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ الْحُرَّيْنِ، أَمَّا لَوْ كَانَ رَقِيقًا وَالْأُمُّ حُرَّةً فَلَهُ مَنْعُهَا كَمَا لَوْ كَانَ الْوَلَدُ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَتْ رَقِيقَةً وَالْوَلَدُ حُرٌّ أَوْ رَقِيقٌ قَالَ: فَقَدْ يُقَالُ مَنْ وَافَقَهُ السَّيِّدُ مِنْهُمَا فَهُوَ الْمُجَابُ، وَيُحْتَمَلُ غَيْرُهُ انتهى. وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ.

(فَإِنْ اتَّفَقَا) عَلَى أَنَّ الْأُمَّ تُرْضِعُهُ **(وَطَلَبَتْ أُجْرَةَ مِثْلٍ)** لَهُ **(أُجِيبَتْ)** لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وَكَانَتْ أَحَقَّ بِهِ لِمَا مَرَّ، فَاسْتِئْجَارُ الزَّوْجِ لَهَا لِذَلِكَ جَائِزٌ. وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ عَلَيْهَا عَقْدًا آخَرَ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ.

وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الِاسْتِئْجَارَ مِنْهُ رِضًا بِتَرْكِ الِاسْتِمْتَاعِ وَإِذَا أَرْضَعَتْ بِالْأُجْرَةِ، فَإِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ لَا يَمْنَعُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ وَلَا يُنْقِصُهُ فَلَهَا مَعَ-

الْأُجْرَةِ النَّفَقَةُ، وَإِلَّا فَلَا.

تَنْبِيهٌ: ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ حُكْمَ الْمَنْكُوحَةِ وَسَكَتَ عَنْ الْمُفَارَقَةِ، وَصَرَّحَ فِي الْمُحَرَّرِ بِالتَّسْوِيَةِ فَقَالَ: فَإِنْ وَافَقَا عَلَيْهِ أَوْ لَمْ تَكُنْ فِي نِكَاحِهِ وَطَلَبَتْ الْأُجْرَةَ إلَى آخِرِهِ، فَحَذْفُ الْمُصَنِّفِ لَهُ لَا وَجْهَ لَهُ كَمَا قَالَهُ ابْنُ شُهْبَةَ **(أَوْ)** طَلَبَتْ الْأُمُّ **(فَوْقَهَا)** أَيْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ **(فَلَا)** تَلْزَمُهُ الْإِجَابَةُ لِتَضَرُّرِهِ. وَلَهُ اسْتِرْضَاعُ أَجْنَبِيَّةٍ **(وَكَذَا إنْ تَبَرَّعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ)** بِإِرْضَاعِهِ **(أَوْ رَضِيَتْ بِأَقَلَّ)** مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ وَلَوْ بِشَيْءٍ يَسِيرٍ لَا يَلْزَمُهُ إجَابَةُ الْأُمِّ إلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ **(فِي الْأَظْهَرِ)** لِأَنَّ فِي تَكْلِيفِهِ الْأُجْرَةَ مَعَ الْمُتَبَرِّعَةِ أَوْ الزِّيَادَةِ عَلَى مَا رَضِيَتْ بِهِ إضْرَارًا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وَالثَّانِي: تُجَابُ الْأُمُّ لِوُفُورِ شَفَقَتِهَا.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا اسْتَمْرَأَ الْوَلَدُ لَبَنَ الْأَجْنَبِيَّةِ وَإِلَّا أُجِيبَتْ الْأُمُّ إلَى إرْضَاعِهِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ قَطْعًا كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ لِمَا فِي الْعُدُولِ عَنْهَا مِنْ الْإِضْرَارِ بِالرَّضِيعِ، وَعَلَى الْأَظْهَرِ لَوْ ادَّعَى الْأَبُ وُجُودَ مُتَبَرِّعَةٍ أَوْ رَاضِيَةٍ بِأَقَلَّ مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ وَأَنْكَرَتْ الْأُمُّ صُدِّقَ فِي ذَلِكَ بِيَمِينِهِ لِأَنَّهَا تَدَّعِي عَلَيْهِ أُجْرَةً، وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا، وَلِأَنَّهُ يَشُقُّ عَلَيْهِ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَتَجِبُ الْأُجْرَةُ فِي مَالِ الطِّفْلِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَعَلَى مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي اجْتِمَاعِ الْأَقَارِبِ مِنْ جَانِبِ الْمُنْفِقِ وَمِنْ جَانِبِ الْمُحْتَاجِ، وَقَدْ بَدَأَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ فَقَالَ **(وَمَنْ اسْتَوَى فَرْعَاهُ)** فِي قُرْبٍ وَإِرْثٍ أَوْ عَدَمِهِمَا، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الذُّكُورَةِ وَعَدَمِهَا كَابْنَيْنِ أَوْ بِنْتَيْنِ أَوْ ابْنٍ وَبِنْتٍ **(أَنْفَقَا)** عَلَيْهِ وَإِنْ تَفَاوَتَا فِي قَدْرِ الْيَسَارِ أَوْ أَيْسَرَ أَحَدُهُمَا بِالْمَالِ وَالْآخَرُ بِالْكَسْبِ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ إيجَابِ النَّفَقَةِ تَشْمَلُهُمَا، فَإِنْ غَابَ أَحَدُهُمَا أُخِذَ قِسْطُهُ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ اقْتَرَضَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ إنْ أَمْكَنَ، وَإِلَّا أَمَرَ الْحَاكِمُ الْحَاضِرَ بِالْإِنْفَاقِ بِقَصْدِ الرُّجُوعِ عَلَى الْغَائِبِ أَوْ مَالِهِ إذَا وَجَدَهُ.

- هَذَا إذَا كَانَ الْمَأْمُورُ أَهْلًا لِذَلِكَ مُؤْتَمَنًا كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَإِلَّا اقْتَرَضَ مِنْهُ الْحَاكِمُ وَأَمَرَ عَدْلًا بِالصَّرْفِ إلَى الْمُحْتَاجِ يَوْمًا فَيَوْمًا **(وَإِلَّا)** بِأَنْ اخْتَلَفَا فِي الْقُرْبِ **(فَالْأَصَحُّ أَقْرَبُهُمَا)** تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ وَارِثًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى؛ لِأَنَّ الْقُرْبَ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ **(فَإِنْ اسْتَوَى)** قُرْبُهُمَا **(فَبِالْإِرْثِ)** تُعْتَبَرُ النَّفَقَةُ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِقُوَّتِهِ كَابْنٍ وَابْنِ بِنْتٍ فَيَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي لِذَلِكَ، وَالثَّانِي: لَا أَثَرَ لِلْإِرْثِ لِعَدَمِ تَوَقُّفِ النَّفَقَةِ عَلَيْهِ **(وَالثَّانِي)** وَهُوَ مُقَابِلُ قَوْلِهِ: فَالْأَصَحُّ أَقْرَبُهُمَا أَنْ تَعْتَبِرَ أَوَّلًا **(بِالْإِرْثِ ثُمَّ الْقُرْبِ)** بَعْدَهُ فَيُقَدَّمُ الْوَارِثُ الْبَعِيدُ عَلَى غَيْرِ الْقَرِيبِ، فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الْإِرْثِ قُدِّمَ أَقْرَبُهُمَا.

تَنْبِيهٌ: الْخِلَافُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ طَرِيقَانِ: وَالطَّرِيقَةُ الْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ، وَلَمَّا كَانَتْ طُرُقُ الْأَصْحَابِ قَدْ تُسَمَّى وُجُوهًا صَحَّ تَعْبِيرُ الْمُصَنِّفِ عَنْهَا بِالْأَصَحِّ **(وَالْوَارِثَانِ)** عَلَى كُلٍّ مِنْ الطَّرِيقَيْنِ كَمَا فِي الْمُحَرَّرِ إذَا اسْتَوَيَا فِي أَصْلِ الْإِرْثِ دُونَ غَيْرِهِ كَابْنٍ وَبِنْتٍ هَلْ **(يَسْتَوِيَانِ)** فِي قَدْرِ الْإِنْفَاقِ **(أَمْ يُوَزَّعُ)** الْإِنْفَاقُ بَيْنَهُمَا **(بِحَسَبِهِ)** أَيْ الْإِرْثِ **(وَجْهَانِ)** وَجْهُ التَّوْزِيعِ إشْعَارُ زِيَادَةِ الْإِرْثِ بِزِيَادَةِ قُوَّةِ الْقُرْبِ، وَوَجْهُ الِاسْتِوَاءِ اشْتِرَاكُهُمَا فِي الْإِرْثِ، وَرَجَّحَ هَذَا الزَّرْكَشِيُّ وَابْنُ الْمُقْرِي، وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الْأَنْوَارِ، وَهُوَ قِيَاسُ مَا رَجَّحَهُ الْمُصَنِّفُ فِيمَنْ لَهُ أَبَوَانِ، وَقُلْنَا: نَفَقَتُهُ عَلَيْهِمَا كَمَا سَيَأْتِي قَرِيبًا.

وَهَذَا هُوَ الْمَوْضِعُ الثَّانِي فِي الْمِنْهَاجِ بِلَا تَرْجِيحٍ كَمَا مَرَّ التَّنْبِيهُ عَلَيْهِ فِي صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ وَلَا ثَالِثَ لَهُمَا إلَّا مَا كَانَ مُفَرَّعًا عَلَى ضَعِيفٍ **(وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ)** هُوَ مِنْ تَثْنِيَةِ التَّغْلِيبِ: أَيْ أَبٌ وَأُمٌّ **(فَعَلَى الْأَبِ)** نَفَقَتُهُ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا.

أَمَّا الْأُولَى، فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]-

وَأَمَّا الثَّانِي فَاسْتِصْحَابًا لِمَا كَانَ فِي الصِّغَرِ، وَلِعُمُومِ حَدِيثِ هِنْدٍ **(وَقِيلَ)** النَّفَقَةُ **(عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ)** لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْقُرْبِ وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْأَبُ فِي الصِّغَرِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَقَدْ زَالَتْ وَهَلْ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا أَمْ يُجْعَلُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا بِحَسَبِ الْإِرْثِ؟ وَجْهَانِ: رَجَّحَ الْمُصَنِّفُ مِنْهُمَا الثَّانِي.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ فِيمَا إذَا كَانَ الْوَلَدُ الْبَالِغُ غَيْرَ مَعْتُوهٍ، وَإِلَّا فَكَالصَّغِيرِ وَأَبُو الْأَبِ مَعَ الْأُمِّ كَالْأَبِ عَلَى الْأَصَحِّ **(أَوْ)** كَانَ لِلْفَرْعِ **(أَجْدَادٌ وَجَدَّاتٌ إنْ أَدْلَى بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ فَالْأَقْرَبُ)** مِنْهُمْ، فَالْأَقْرَبُ تَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْقُرْبَ أَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يُدْلِ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ **(فَبِالْقُرْبِ)** يُعْتَبَرُ لُزُومُ النَّفَقَةِ **(وَقِيلَ الْإِرْثِ)** عَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ فِي طَرَفِ الْفُرُوعِ **(وَقِيلَ بِوِلَايَةِ الْمَالِ)** لِأَنَّهَا تُشْعِرُ بِتَفْوِيضِ التَّرْبِيَةِ إلَيْهِ.

تَنْبِيهٌ: الْمُرَادُ بِوِلَايَةِ الْمَالِ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ، وَأَصْلِهَا الْجِهَةُ الَّتِي تُفِيدُهَا، لَا نَفْسُ الْوِلَايَةِ الَّتِي قَدْ يَمْنَعُ مِنْهَا مَانِعٌ مَعَ وُجُودِ الْجِهَةِ، وَعَلَى هَذَا فَفِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مُضَافٌ مَحْذُوفٌ **(وَمَنْ لَهُ أَصْلٌ وَفَرْعٌ فَفِي الْأَصَحِّ)** تَجِبُ النَّفَقَةُ **(عَلَى الْفَرْعِ وَإِنْ بَعُدَ)** كَأَبٍ وَابْنِ ابْنٍ لِأَنَّ عُصُوبَتَهُ أَقْوَى، وَهُوَ أَوْلَى بِالْقِيَامِ بِشَأْنِ أَبِيهِ لِعِظَمِ حُرْمَتِهِ، وَالثَّانِي: أَنَّهَا عَلَى الْأَصْلِ اسْتِصْحَابًا لِمَا كَانَ فِي الصِّغَرِ، وَالثَّالِثُ: أَنَّهَا عَلَيْهِمَا لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْبَعْضِيَّةِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ اجْتِمَاعِ الْأَقَارِبِ، فَقَالَ: **(أَوْ)** لَهُ **(مُحْتَاجُونَ)** مِنْ النَّوْعَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا مَعَ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجَاتٍ، فَإِنْ قَدَرَ كِفَايَةَ كُلِّهِمْ فَوَاضِحٌ، أَوْ بَعْضِهِمْ فَإِنَّهُ **(يُقَدِّمُ)** مِنْهُمْ **(زَوْجَتَهُ)** بَعْدَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا آكَدُ لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ كَمَا مَرَّ **(ثُمَّ)** بَعْدَ نَفَقَتِهَا يُقَدِّمُ **(الْأَقْرَبَ)** فَالْأَقْرَبَ، فَيُقَدِّمُ بَعْدَ زَوْجَتِهِ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ لِشِدَّةِ عَجْزِهِ، وَمِثْلُهُ الْبَالِغُ الْمَجْنُونُ.

ثُمَّ الْأُمَّ بِذَلِكَ، وَلِتَأَكُّدِ حَقِّهَا بِالْحَمْلِ وَالْوَضْعِ وَالرَّضَاعِ وَالتَّرْبِيَةِ. ثُمَّ الْأَبَ

ثُمَّ الْوَلَدَ الْكَبِيرَ ثُمَّ الْجَدَّ وَإِنْ عَلَا ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ صَغِيرًا وَالْأَبُ مَجْنُونًا أَوْ زَمِنًا فَهُمَا سَوَاءٌ كَمَا بَحَثَهُ الْبُلْقِينِيُّ، وَتَقَدَّمَ مَا لَهُ تَعَلُّقٌ بِذَلِكَ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ (وَقِيلَ) يُقَدَّمُ (الْوَارِثُ) عَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْأُصُولِ وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ كَانَ الْأَبْعَدُ زَمِنًا قُدِّمَ عَلَى الْأَقْرَبِ لِشِدَّةِ احْتِيَاجِهِ.

وَلَوْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي دَرَجَةٍ كَابْنَيْنِ أَوْ بِنْتَيْنِ أَوْ ابْنٍ وَبِنْتٍ صُرِفَ إلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ، وَتُقَدَّمُ بِنْتُ ابْنٍ عَلَى ابْنِ بِنْتٍ لِضَعْفِهَا وَعُصُوبَةِ أَبِيهَا وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا فِي هَذِهِ الصُّوَرِ الْأَرْبَعِ رَضِيعًا أَوْ مَرِيضًا وَنَحْوَهُ قُدِّمَ لِشِدَّةِ احْتِيَاجِهِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْجَدَّيْنِ الْمُجْتَمِعَيْنِ فِي دَرَجَةٍ عَصَبَةً كَأَبِي الْأَبِ مَعَ أَبِي الْأُمِّ قُدِّمَ مِنْهُمَا الْعَصَبَةُ، فَإِنْ بَعُدَ الْعَصَبَةُ مِنْهُمَا اسْتَوَيَا لِتَعَادُلِ الْقُرْبِ وَالْعُصُوبَةِ، وَلَوْ اخْتَلَفَتْ الدَّرَجَةُ اسْتَوَيَا فِي الْعُصُوبَةِ أَوْ عَدَمِهَا فَالْأَقْرَبُ مُقَدَّمٌ (وَقِيلَ الْوَلِيُّ).

تَنْبِيهٌ: لَوْ كَثُرَ أَهْلُ دَرَجَةٍ بِحَيْثُ لَا يَسُدُّ قِسْطُ كُلٍّ مِنْهُمْ إنْ وُزِعَ الْمَوْجُودُ عَلَيْهِمْ مَسَدًّا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ.

فُرُوعٌ: لَوْ اجْتَمَعَ جَدَّتَانِ فِي دَرَجَةٍ وَزَادَتْ إحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى بِوِلَادَةٍ أُخْرَى قُدِّمَتْ، فَإِنْ قَرُبَتْ الْأُخْرَى دُونَهَا قُدِّمَتْ لِقُرْبِهَا، وَلَوْ عَجَزَ الْأَبُ عَنْ نَفَقَةِ أَحَدِ وَلَدَيْهِ وَلَهُ أَبٌ مُوسِرٌ لَزِمَتْ أَبَاهُ نَفَقَتُهُ، فَإِنْ رَضِيَ كُلٌّ مِنْهُمَا بِأَخْذِ وَلَدٍ لِيُنْفِقَ عَلَيْهِ أَوْ اتَّفَقَا عَلَى الْإِنْفَاقِ بِالشَّرِكَةِ فَذَاكَ ظَاهِرٌ، وَإِنْ تَنَازَعَا أُجِيبَ طَالِبُ الِاشْتِرَاكِ.

وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَلَوْ عَجَزَ الْوَلَدُ عَنْ نَفَقَةِ أَحَدِ وَالِدَيْهِ وَلَهُ ابْنٌ مُوسِرٌ، فَعَلَى الِابْنِ نَفَقَةُ أَبِي أَبِيهِ لِاخْتِصَاصِ الْأُمِّ بِالِابْنِ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّ الْأَصَحَّ تَقْدِيمُ الْأُمِّ عَلَى الْأَبِ، وَلَوْ أَعْسَرَ الْأَقْرَبُ بِالنَّفَقَةِ لَزِمَتْ الْأَبْعَدَ وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ إذَا أَيْسَرَ بِهِ.

فَصْلٌ

الْحَضَانَةُ: حِفْظُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ وَتَرْبِيَتُهُ.

وَالْإِنَاثُ أَلْيَقُ بِهَا، وَأَوْلَاهُنَّ أُمٌّ ثُمَّ أُمَّهَاتٌ يُدْلِينَ بِإِنَاثٍ يُقَدَّمُ أَقْرَبُهُنَّ، وَالْجَدِيدُ تُقَدَّمُ بَعْدَهُنَّ أُمُّ أَبٍ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ ثُمَّ أُمُّ أَبِي أَبٍ كَذَلِكَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي جَدٍّ كَذَلِكَ، اَلْقَدِيمُ الْأَخَوَاتُ](١).

---

(١) متن مفقود شرحه. قال الشربيني: فَصْلٌ فِي حَقِيقَةِ الْحَضَانَةِ وَصِفَاتِ الْحَاضِنِ وَالْمَحْضُونِ **(الْحَضَانَةُ)** بِفَتْحِ الْحَاءِ لُغَةً مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْحِضْنِ بِكَسْرِهَا وَهُوَ الْجَنْبُ.

فَإِنَّ الْحَاضِنَةَ تَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَحْضُونَ وَتَنْتَهِي فِي الصَّغِيرِ بِالتَّمْيِيزِ.

وَأَمَّا بَعْدَهُ إِلَى الْبُلُوغِ فَتُسَمَّى كَفَالَةً. قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ، وَقَالَ غَيْرُهُ: تُسَمَّى حَضَانَةً أَيْضًا، وَشَرْعًا **(حِفْظُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ)** بِأُمُورِ نَفْسِهِ عَمَّا يُؤْذِيهِ لِعَدَمِ تَمْيِيزِهِ كَطِفْلٍ وَكَبِيرٍ مَجْنُونٍ **(وَتَرْبِيَتُهُ)** أَيْ: تَنْمِيَةُ الْمَحْضُونِ بِمَا يُصْلِحُهُ بِتَعَهُّدِهِ بِطَعَامِهِ وَشَرَابِهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ مِنَ الْكِتَابِ تَفْسِيرُ الْحَضَانَةِ بِمَا هُوَ أَعَمُّ مِنْ ذَلِكَ، وَمُؤْنَةُ الْحَضَانَةِ فِي مَالِ الْمَحْضُونِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَعَلَى مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَسْبَابِ الْكِفَايَةِ كَالنَّفَقَةِ، وَلِهَذَا ذُكِرَتْ عَقِبَ النَّفَقَاتِ.

(وَ) الْحَضَانَةُ نَوْعُ وِلَايَةٍ وَسَلْطَنَةٍ، لَكِنَّ **(الْإِنَاثُ أَلْيَقُ بِهَا)** لِأَنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَهْدَى إِلَى التَّرْبِيَةِ وَأَصْبَرُ عَلَى الْقِيَامِ بِهَا وَأَشَدُّ مُلَازَمَةً لِلْأَطْفَالِ. وَاعْلَمْ أَنَّ مُسْتَحِقِّي الْحَضَانَةِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ لِأَنَّهُمْ، إِمَّا إِنَاثٌ فَقَطْ، وَإِمَّا ذُكُورٌ فَقَطْ، وَإِمَّا الْفَرِيقَانِ، وَقَدْ بَدَأَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ، فَقَالَ **(وَأَوْلَاهُنَّ)** أَيْ الْإِنَاثِ عِنْدَ اجْتِمَاعِهِنَّ وَتَنَازُعِهِنَّ فِي طَلَبِهَا **(أُمٌّ)** لِوُفُورِ شَفَقَتِهَا.

وَفِي الْخَبَرِ: «إِنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ ـ

……

وِعَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَزَعَمَ أَنَّهُ يَنْزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَ إِسْنَادَهُ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ تَقْدِيمِ الْأُمِّ مَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَحْضُونِ زَوْجٌ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى وَإِلَّا فَيُقَدَّمُ إنْ كَانَ لَهُ بِهَا أَوْ لَهَا بِهِ اسْتِمْتَاعٌ، وَالْمُرَادُ بِاسْتِمْتَاعِهِ بِهَا جِمَاعُهُ، فَلَا بُدَّ أَنْ تُطِيقَهُ وَإِلَّا فَلَا تُسَلَّمُ إلَيْهِ كَمَا مَرَّ فِي الصَّدَاقِ، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ الصَّلَاحِ هُنَا فِي فَتَاوِيهِ، وَحِينَئِذٍ فَتُسْتَثْنَى هَذِهِ الصُّورَةُ أَيْضًا، وَلَهُ نَزْعُهُ مِنْ أَبِيهِ وَأُمِّهِ الْحُرَّيْنِ بَعْدَ التَّمْيِيزِ وَتَسْلِيمِهِ إلَى غَيْرِهِمَا بِنَاءً عَلَى جَوَازِ التَّفْرِيقِ حِينَئِذٍ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يَشْتَرِكُ سَيِّدُهُ وَقَرِيبُهُ الْمُسْتَحِقُّ لِحَضَانَتِهِ فِي حَضَانَتِهِ بِحَسَبِ مَا فِيهِ مِنْ الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْمُهَايَأَةِ أَوْ عَلَى اسْتِئْجَارِ حَاضِنَتِهِ أَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ فَذَاكَ، وَإِنْ تَمَانَعَا اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ مَنْ تَحْضُنُهُ وَأَلْزَمَهُمَا الْأُجْرَةَ **(ثُمَّ)** بَعْدَ الْأُمِّ **(أُمَّهَاتٌ)** لَهَا **(يُدْلِينَ بِإِنَاثٍ)** وَارِثَاتٍ لِمُشَارَكَتِهِنَّ الْأُمَّ فِي الْإِرْثِ وَالْوِلَادَةِ **(يُقَدَّمُ)** مِنْهُنَّ **(أَقْرَبُهُنَّ)** فَأَقْرَبُهُنَّ لِوُفُورِ الشَّفَقَةِ **(وَالْجَدِيدُ تُقَدَّمُ بَعْدَهُنَّ)** أَيْ أُمَّهَاتُ الْأُمِّ **(أُمُّ أَبٍ)** لِمُشَارَكَتِهَا أُمَّ الْأُمِّ فِي الْمَعْنَى السَّابِقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ أُمَّهَاتُ الْأُمِّ وَإِنْ عَلَوْنَ؛ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ فِيهِنَّ مُحَقَّقَةٌ، وَفِي أُمَّهَاتِ الْأَبِ مَظْنُونَةٌ، وَلِأَنَّهُنَّ أَقْوَى مِيرَاثًا مِنْ أُمَّهَاتِهِ فَإِنَّهُنَّ لَا يَسْقُطْنَ بِالْأَبِ بِخِلَافِ أُمَّهَاتِهِ **(ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ)** وَارِثَاتٍ لِمَا مَرَّ **(ثُمَّ أُمُّ أَبِي أَبٍ كَذَلِكَ)** ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ **(ثُمَّ أُمُّ أَبِي جَدٍّ كَذَلِكَ)** ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ وَارِثَاتٍ وَهَكَذَا؛ لِأَنَّ لَهُنَّ وِلَادَةً وَوِرَاثَةً كَالْأُمِّ وَأُمَّهَاتِهَا، وَتُقَدَّمُ مِنْ كُلٍّ مِنْ الْأُمَّهَاتِ الْمَذْكُورَةِ الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى.

[مغني المحتاج ٣/ ٤٢٣].

قال المصنف: [وَالْقَدِيمُ الْأَخَوَاتُ وَالْخَالَاتُ عَلَيْهِنَّ، وَتُقَدَّمُ أُخْتٌ عَلَى خَالَةٍ وَخَالَةٌ عَلَى بِنْتِ أَخٍ وَأُخْتٍ، وَبِنْتُ أَخٍ وَأُخْتٍ عَلَى عَمَّةٍ، وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ عَلَى أُخْتِ أَحَدِهِمَا، وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ أُخْتٍ مِنْ أَبٍ عَلَى أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ ....

قال الشارح: وأما الخالات، فلقوله ﷺ في قصة بنت حمزة: «**الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ**»[1] رواه البخاري.

(**وَالْقَدِيمُ**) يُقَدَّمُ.

(**الْأَخَوَاتُ وَالْخَالَاتُ عَلَيْهِنَّ**) أَيْ الْمَذْكُورَاتِ مِنْ أُمَّهَاتِ الْأَبِ وَالْجَدِّ.

أَمَّا الْأَخَوَاتُ فَلِأَنَّهُنَّ اجْتَمَعْنَ مَعَهُ فِي الصُّلْبِ وَالْبَطْنِ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا وَشَارَكْنَهُ فِي النَّسَبِ، فَهُنَّ عَلَيْهِ أَشْفَقُ. وأجاب «الجديد»: بأن النظر هنا إلى الشفقة، والجدات غالبًا أشفق فقُدمنَّ.

قال: (**وَتُقَدَّمُ أُخْتٌ عَلَى خَالَةٍ**)؛ أي: من أي جهة كانت لقربها.

(**وَخَالَةٌ عَلَى بِنْتِ أَخٍ وَأُخْتٍ**) أي: على بنت أخت؛ لأنها كالأم.

(**وَبِنْتُ أَخٍ وَأُخْتٍ عَلَى عَمَّةٍ**) أي: كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

(**وَأُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ عَلَى أُخْتِ أَحَدِهِمَا**) لأنها اشتركت في الصلب والرحم، وشفقتها أتم.

(**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص في «الجديد» و«القديم»: (**تَقْدِيمُ أُخْتٍ مِنْ أَبٍ عَلَى أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ**) لقوة إرثها؛ إذ قد تصير عصبة، وقدم الْمُزَنِي وابن سُرَيْج الأخت من الأم؛ لأنها تدلي بالأم فتقدم على مَن تدلي بالأب، كما تقدم أم الأم على أم الأب.

وقال أبو إسحٰق: به مدة ثم رجع عنه، وحكى ابن الْقَطَّان في

---

[1] حديث البراء: أخرجه البخاري (٢/ ٩٦٠، رقم ٢٥٥٢)، والترمذي (٤/ ٣١٣، رقم ١٩٠٤) وقال: صحيح. وابن حبان (١١/ ٢٢٩، رقم ٤٨٧٣) والنسائي في الكبرى (٥/ ١٦٨، رقم ٨٥٧٨)، والبيهقي (٨/ ٥، رقم ١٥٥٤٦).

حديث علي: أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٤، رقم ٢٢٨٠)، والبيهقي (٨/ ٦، رقم ١٥٥٤٨). والنسائي في الكبرى (٥/ ١٢٧، رقم ٨٤٥٦)، وأبو يعلى (١/ ٣٢٥، رقم ٤٠٥).

وَخَالَةٍ وَعَمَّةٍ لِأَبٍ عَلَيْهِمَا لِأُمٍّ، وَسُقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لَا تَرِثُ ....

«فروعه»: أن ابن سُرَيْج زعم أن الأخت للأب والأم إذا اجتمعت مع الأخت يجيء في ذلك قولان: أحدهما: أن الشقيقة أولى.

والثاني: أنهما سواء، انتهى.

وقضية التسوية والإقراع بينهما.

واعلم أن ذكر تقديم الأخت ومن ذكره بعدها عقب قوله: والقديم يوهم أن هذه الصور تفاريعه، وليس كذلك؛ بل هي مفرعة على القولين.

قال: (وَخَالَةٍ وَعَمَّةٍ لِأَبٍ عَلَيْهِمَا لِأُمٍّ) أي: لقوة الجهة، والثاني: تقدم الخالة للأم والعمة للأم عليهما؛ لأن تقديم الأخت للأب على الأخت للأم كان لقوتها؛ لأنها في باب الأم فأشبهت أم الأم، ونصَّ «الأم» بعد ذكره الجدات من الطريقين كما تقدم، ثم الأخت للأب والأم، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم، ثم الخالة، ثم العمة، انتهى.

قال: (وَسُقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لَا تَرِثُ) أي: وهي من تدلى بذكر بين أنثيين كأم أبي الأم؛ لأنها تدلي بمن لا حضانة له، فأشبهت الأجانب.

قال الرَّافِعِي: هذا ظاهر المذهب، ونسبه غيره إلى نص «المختصر» و«الأم» وقول الجمهور، والثاني: لا؛ لولادتهن مشمول أحكام التَّعْصِبَة لهن؛ لكونهن يتأخرن عن جميع المذكور بأن من قبل أضعفهن، والثالث: يتقدمن على الأخوات والخالات؛ لأنهن أصول، ويتأخرن عن الجدات الوارثات، قال الإمام: وهو متجه حسن، وأنه القياس، قالا في «الروضة» و«الشرحين»: وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر ولا يرث كبنت ابن البنت، وبنت العم للأم، وكون بنت العم للأم محرمًا غير معقول.

واعلم أن إلحاق الجدات الساقطات بالأجانب مطلقًا فيه نظر ظاهر، وإنما نقله هكذا الإمام، والْغَزَالي، وتبعهما الرَّافِعِي.

قال الإمام: وهذا وإن كان منصوصًا عليه وهو الذي أثبته أئمة المذهب، واستمروا عليه وطاب لهم مأخذه، فهو في نهاية الإشكال من

دُونَ أُنْثَى غَيْرِ مَحْرَمٍ كَبِنْتِ خَالَةٍ.

جهة أنهن عمود النسب، وهن أصل المولود، وكل حكم نيط بالتَّعْصِبَة فهو متعلق بهن؛ كاستحقاق النفقة، والعتق عند جريان الملك عليهن ورد الشهادة، وإن نظرنا إلى سقوطهن في الإرث؛ كالخالات ساقطات عند من لا يورث بالرحم، ولا خلاف أنهن يستحققن الحضانة، فإن قيل: الخالة ترث للأم؛ فأم أبيها ترثها أيضًا، وكان هذا بالغًا في الإشكال، انتهى.

وذكر الْغَزَالِي في «البسيط» نحوه، وسنفرد ذكرهن، ومن في معناهن بفرع، ونوضح فيه النقل، ونبين أن الراجح خلاف ما سبق إن شاء الله تعالى.

قال: (**دُونَ أُنْثَى غَيْرِ مَحْرَمٍ كَبِنْتِ خَالَةٍ**) أي: وبنت العمة، وبنت الخال، وبنت العم؛ لشفقتهن بالقرابة، والثاني: لا حق لهن كالجدات الساقطات، ولعدم المحرمية، وهذا ما صححه الْغَزَالِي وغيره وهو الصواب، إذا أسقطنا الجدات الفاسدات.

واعلم أنه وقع في هذا الموضع خلل وخبط في الترجيح للشيخين، قاله في «الروضة».

فرع: الأنثى التي ليست بمحرم؛ كبنتي الخالة، والعمة، وبنتي الخال، والعم لهن الحضانة على الأصح؛ فإن كان الولد ذكرًا استمرت حضانتهن حتى يبلغ حدًّا يشتهى مثله، ويقدم بنات الخالات على بنات الأخوال، وبنات الأعمام على بنات العمات، وتتقدم بنات الخؤولة على بنات العمومة، انتهى.

وهذا مباين لقوله قبيل الفرع: وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر لا يرث؛ كبنت ابن البنت، وبنت العم للأم، انتهى.

وكيف يستقيم أن يقال: المحرم المدلي بذكر لا يرث كالجدة الساقطة لا حضانة لها أصلًا، والأنثى التي تدلي بذكر أو أنثى لا يرثان، وهو غير محرم لبنت الخالة وبنت العمة، وبنت الخال لها الحضانة على الأصح، والعكس متجه، وأصل هذا قول الشَّافِعِي في استحقاقهن الحضانة وجهان:

أظهرهما عند الْغَزَالِي: المنع، والأشبه بكلام غيره مقابله، وعليه ينطبق إيراد الفوراني، والْبَغَوِي، والرُّويَانِي، ويفرق بينهن وبين الجدة الساقطة؛ بأنها تدلي بغير وارث بخلاف هؤلاء، انتهى.

وذكر مثله في «شرحه الصغير» وقال في «المحرر»: إن الأظهر سقوط جدات لا إرث لهن، واستحقاق الأنثى التي ليست بمحرم؛ كبنت الخالة، وبنت العمة.

قلت: وعجبت ما فرق به؛ فإنه ليس في هؤلاء من يدلي بوارث غير بنت العم العصب، وأما انطباق إيراد الفوراني على ذلك؛ فلأنه صدر الباب بأن كل من كان قريبًا ثبت له حق الحضانة ذكرًا كان أو أنثى، وارثًا كان أو غير وارث، هذا لفظ: «الإبانة».

وأما الْبَغَوِي فقد قصد البيان في «التهذيب» بأن الحضانة تثبت للمحارم من نساء القرابة سواء كانت ممن ترث أو لا ترث، واقتضى إيراده أن المذهب هو أن الجدة الفاسدة لها حق في الحضانة حيث قال في رجال القرابة الذين لا تعصيب لهم: فإن الأم، والأخ للأم، والأخوال وبنيهم، وبني العمات، وبني الخالات، وبني الأخوة للأم، والأعمام للأم، فاختلف أصحابنا فيهم، منهم من قال: لهم الحق أن لهم رحمًا وقرابة، فهم أولى من الأجانب، ومنهم من قال: لا حق إلا لمن تكون أنثى أو عصبة من الرجال، وهذا هو المذهب؛ لأن الأنثى لها معرفة بالحضانة والعصبة له قوة القرابة بالميراث.

وإن قلنا: لا يثبت؛ لأن الأم فلا يثبت لكل أنثى تدلي به مثل أم أب الأم، ثم ذكر في ترتيب النساء الخلص أن الخالة أولى من بنت الأخت؛ لأنها أشفق، وبنت الأخت أولى من العمة، والعمة أولى من بنت الخالة، وبنت الخالة من بنت العمة، هذا قوله «الجديد» وهو الأصح، هذا ما اشتمل عليه «التهذيب».

……

وقضيته: أن المذهب سقوط الجدات الفاسدات دون بنت العمة، وبنت الخال، وعليه جرى الرَّافِعِي(١) و«المحرر» وقال في «الشرحين» ما سبق على أن كلام «التهذيب» يمكن تأويله على ما سنذكره عنه، وأما الرُّويَانِي فلم أقف على كلامه، ولعله تبع الفوراني.

وقد كشف الإمام - ﷺ تعالى- الغمة كعاداته فقال: قال بعض المصنفين - يعني: الفوراني- وساق كلامه، ثم قال: وهذا اختلاط عندنا إذ كيف يطيب إثبات بنات الخالات، وبنات العمات حاضنات مع إسقاط الجدات الفاسدات؟ فلا محرمية لبنات الخالات، وبنات العمات، والمحرمية، والأمومية، والعصبة ثابتة للجدات الفاسدات لمن أسقطهن لزمه قطعًا إسقاط بنات الخالات، وبنات العمات، انتهى.

وهذا الإلزام صحيح لا شك فيه، ولم أر من صرح بخلافه إلا ما تضمنه كلام الرَّافِعِي، وقضية كلام الفوراني في «العمد» و«الإبانة» أن الجدات الفاسدات حاضنات، وإنما رأى الإمام أنهن ساقطات عند الأئمة على المذهب كما سبق، ورأى الفوراني قد بت القول باستحقاق بنات الخالات وبنات العمات الحضانة، فاعترض عليه هو والْغَزَالِي في «البسيط» وهو اعتراض صحيح في الجملة، والظاهر أن الفوراني أول النص في سقوط الجدات الفاسدات يدل عليه قول صاحبه الْمُتَوَلِّي في «التتمة» وهو كالشرح «للإبانة» كل امرأة من نساء القرابة جامعة لشرائط الحضانة يثبت لها حق الحضانة على الطفل سواء كانت وارثة أو لم تكن، وسواء كانت محرمًا له أو لم تكن محرمًا كبنت العم والخال لوجود الشفقة والهداية إلى

---

(١) قال الخطيب: فَأَجَابَ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْجَدَّةَ السَّاقِطَةَ تُدْلِي بِغَيْرِ وَارِثٍ بِخِلَافِ هَؤُلَاءِ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لَيْسَ فِي هَؤُلَاءِ مَنْ تُدْلِي بِوَارِثٍ غَيْرُ بِنْتِ الْعَمِّ الْعَصَبَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَتَرْجِيحُ اسْتِحْقَاقِ بِنْتِ الْخَالِ الْحَاضِنَةِ لَا يَسْتَقِيمُ مَعَ مَا تَقَدَّمَ لِإِدْلَائِهَا بِذَكَرٍ غَيْرِ وَارِثٍ، وَقَدْ تَقَرَّرَ أَنَّ مَنْ كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَا حَضَانَةَ لَهَا بِخِلَافِ بِنْتِ الْخَالَةِ وَالْعَمَّةِ فَإِنَّهَا يُدْلِي بِأُنْثَى، وَبِخِلَافِ بِنْتِ الْعَمِّ، أَيْ: الْعَصَبَةِ فَإِنَّهَا تُدْلِي بِذَكَرٍ وَارِثٍ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/٩٣).

الحضانة، وما نقله الْمُزَنِي في «المختصر»: ولا ولاية أم أب الأم؛ فالمراد به عند وجود من هي أقرب منها، انتهى.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: من أصحابنا من قال: لا حضانة للجدات الفاسدات بظاهر النص، ومنهم من قال: لهن حق الحضانة؛ لأن المولود بعض من أبعاضها تسقط شهادتها، وترجع فيما وهبته منه ولا تقاد به، ولا تقطع بسرقة ماله، وحمل نص الشَّافِعِي على إسقاط ولايتها في حال الاجتماع مع من سواها من الجدات الوارثات، وكأنه إسقاط ولايتها لقوتهن بالميراث، ومشاركتهن لها في الولادة؛ لا أنه أسقط ولايتها بكل حال، ولا مع من تعصب، وثبتها في الأحكام التي تخص بها الأمهات، واقتضى سياق كلامه وتوجيهه ترجيح هذه الطريقة، ثم قال: ثم من كان قبل الأم يقدم على من كان منهن من قبل الأم؛ لعدم على من كانت من قبل الأب كما ذكرنا في الجدات الوارثات، انتهى.

وهذا الطريق أصح وأقيس، وإنما يتولد الاضطراب من أخذ بعض الكلام من طريقة، وبعضه من طريقة تخالفها، والله أعلم.

فرع: سبقت الإشارة إليه والوعد به: قدمنا كلام الْمُتَوَلِّي والمروزي على تأويل النص في الجدات الفاسدات، ونص الأم قريب إلى التأويل؛ فإنه ذكر ما قدمناه عنه، ثم قال: ولا ولاية لأم أب الأم؛ لأن قرابتها بأب لا بأم، فقرابة الصبي من النساء أولى، انتهى.

فقوله ﷺ: (أولى) يشعر بأن لها حق؛ ولكن قدمه من النساء أولى منها، إذ الأولوية تقتضي المشاركة في أصل الاستحقاق لا نفيه مطلقًا.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: وهل يثبت الجدات الفاسدات مثل: أم أب الأم، وأم أب أم الأب؟ نصَّ على أنه لا حق لها، قال أصحابنا: أما مادام أحد من النساء أو الرجال من له حق الحضانة فلا حق لهن، وإن لم يكن حينئذٍ فيه وجهان: أصحهما: تثبت كالعمة، وحيث قال الشَّافِعِي: لا

حق لها وأراد به ما إذا وجد من الوارثات قبل الأم، أو من قبل الأب، والثاني: لا تثبت؛ لأنها غير وارثة ولا هي مدلية بوارث بخلاف العمة؛ ولكن إن لم يكن حينئذٍ تدفع إليها استحبابًا مؤكدًا، انتهى لفظه.

وعلى ما نقله هنا عن الأصحاب يحمل إطلاقه في «التهذيب» ولم يذكر في «التعليق» ثبوته لبنت الخالة، ولا لبنت العمة؛ بل سكت عنه، وفي شرح «مختصر» الجويني لأبي عمرو الصفتي: لا حضانة لأم أبي الأم كأمها، هذا إذا وجد أحد ممن له حق الحضانة، فقال: لم يجد أحد ممن له حق الحضانة فهل يثبت لها الحق؟ فعلى وجهين: أحدهما: يثبت لها الحق وجوبًا فيدفع الصبي إلى الأقرب، والثاني: يثبت لها استحبابًا، انتهى لفظه.

وعليه ينطبق قول الصميري في شرح «الكفاية» بعد سرده مستحقي الحضانة: ولا حضانة لأب الأم، ولا لأمه، وهناك أحدٌ ممن ذكرنا.

وقال القاضي أبو محمد ابن القاضي أبي حامد المروزي شيخ أصحابنا البصريين، وجد الْمَاوَرْدِي في الفقه في مصنفه في أحكام الحضانة النساء المدليات بذكر إذا انفردت ولم يوجد من مستحقي الحضانة من النساء سواهن كأم أب الأم، وعمة الأم، وبنت الخال، وبنت العم، وبنت ابن الأخت، ومن جرى مجراهن ممن لا حظ له في الحضانة مع النساء سواهن- اختلف أصحابنا في حكمهن.

فقالت طائفة منهم أبو إسحٰق: لا حق لهن في الحضانة أصلًا، وإنما هن أولى بتربية المولود إذا لم يكن غيرهن لقربهن منه، كما يكون في عرق مولود إلا قرابة له أحق بالقيام به، إذا صلح كذلك لا على طريق الولاية واستحقاق الحضانة؛ بل على طريق الأحظ والأصلح للمولود من مراعاة الأقرب إليه والأعرف به؛ احتجاجًا لقول الشَّافِعِي ﷺ: ولا ولاية لأم أب الأم، فنفى ولايتها في ذلك نفيًا مطلقًا.

وقالت طائفة أخرى: المراد لا حق لهن مع غيرهن ممن ينازعهن، فأما إذا انفردت وتنازعن الحق فالحضانة لهن، فعلى هذا يترتبن كما سبق، فمن كان نسبه في الإدلاء إلى مستحقها أقوى كان بها أحق كأم أبي الأم، فقدم على بنت ابن الأخت وبنت الخال، وبنت العم للأم، ويراعى في ذلك ما يراعى في غيرهن.

وعلى المذهب الأول فيهن وجهان: **أحدهما**: يترتبنَّ كذلك؛ لأن هذا الباب إطلاقه يثبت حكمه فيعبر به، وهو حكم النساء من ذوات الحضانة.

والثاني: أنهن سواء، واعتبره بالقرب والبعد فيهن؛ لأنه ليس من أسباب الحضانة، وبالقرابة يثبت لهن ما لا يثبت لغيرهن، فعلى هذا يدفعه الحاكم لمن كانت أحظ للمولود فإن تساوين في الحظ أقرع.

قال: وقد ذكرنا مذهب من حمل نصَّ الشَّافِعِي في ولاية أم أب الأم على حالتها مع الجدات من قبل الأم دون غيرهن، فعلى مذهب ذلك، القائل: هن وغيرهن من النساء سواء في استحقاق الحضانة، وإنما يتقدم بعضهن بعضًا في القوة، وأثبتنا فساد ما ذهب إليه، انتهى.

وكأن هذا القائل يقدمهن على بعض مستحقات الحضانة بحسب ما يقتضيه الترجيح، وإلا فمن أخرهن عن الجميع الحد قوله مع الوجه الثاني المحكي قريبًا، وهو ثبوت الحضانة لهن عند إفرادهن، ولعله حصل في النقل خلل.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن سقط حضانتهما؛ لنقص فلا حضانة لها، وإن انفردن، أو لضعف قرابة؛ كأم أب الأم وبنت الخال، وبنت ابن الأخت، ففي استحقاقهن عند الانفراد وجهان:

أحدهما: نعم، فلا يجوز العدول عنهن إلى الأجانب.

والثاني: يقدمن على الأجانب من طريق الأولوية دون الاستحقاق، كما تقدم المرضع والجارة على غيرهما من طريق الأولى، فعلى هذا إذا

....

أدى اجتهاد الحاكم إلى العدول إلى غيرها من الأجانب جاز، انتهى.

وقال صاحب «الكافي»: وتثبت للمحارم من نساء القرابة سواء كانت ممن ترث عنه أو لا ترث على الأصح، واقتضى سياق كلامه أنه لا حضانة لبنت العم ونحوها ممن لا محرمية لها، وهو أوجه مما في الكتاب وغيره.

وفي «الترغيب» لبعض متأخري المراوزة في المائة السادسة بعد قوله: إنه لا حضانة لكل جدة ساقطة بأسطر: وإذا اجتمع الخالات مع الجدات الساقطات إن قلنا: تتقدم - يعني: الخالة- على الوارثة فهنا أولى أن تقدم الخالة، وإلا فلا، وكذا الجدة الساقطة مع العمة؛ لأن للجدة قوة الولادة، وبنات الخالات مقدمة على بنات العمات على الأصح، هذا لفظه.

وقضيته أن قوله أولًا: لا حضانة لكل جدة ساقطة، ليس المراد السلب الكلي، وقضيته أيضًا: أن الجدة الساقطة مقدمة على بنات الخالات وبنات العمات قطعًا، وهو الوجه، ورأيت في مختصر لطيف نحو «المنهاج» لبعض متقدمي أئمتنا مسمى بـ«تقريب الأحكام» قال بعد ذكره الآباء، والأمهات، ورجال العصبات؛ ثم العم، ثم أولادهن: وإنما يكون لأولادهم حق إذا كانوا ذكورًا، فإن كان أنثى فلا حق؛ لأنها ليست بمحرم، ولم يذكر أن الجدة التي لا ترث لا حق لها.

وبالجملة: فلم أر من صرح بأن الجدة التي لا ترث لا يخص أصلًا، وأن بنت العم، وبنت العمة، وبنت الخال لهن الحضانة غير ما اشتمل عليه كلام الرَّافِعِي، وتبعه المصنف وابن الرِّفْعَة في «الكفاية» على مخالفة له في بعض ما سبق، فإنه قال ما ملخصه: لا حضانة لأم الأم، وفيه وجه، أن له حقًّا ثم حكى جريانه في الحال، وغيره من الأقارب غير العصبات.

ثم قال: وإذا تنازعوا فمن له ولادة مقدم على من لا ولادة له، فإن الأم تقدم على الخال، ثم ذكر أنه لا حضانة لأمهات أب الأم إذا قلنا: لا حق له لإدلائها بمن لا حق له في الحضانة بحال، ولا عصوبة فأشبهت

وَتَثْبُتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مَحْرَمٍ وَارِثٍ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ، وَكَذَا غَيْرُ مَحْرَمٍ كَابْنِ عَمٍّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ مُشْتَهَاةٌ بَلْ إِلَى ثِقَةٍ يُعَيِّنُهَا.

فَإِنْ فُقِدَ الْإِرْثُ وَالْمَحْرَمِيَّةُ أَوْ الْإِرْثُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

الأجانب، ثم حكى الوجهين الأخيرين فيها كما سبق؛ ثم قال: وهذا الخلاف يجري في كل جدة ساقطة، وكل محرم يدلي بذكر لا يرث، وإن شئت قلت: يأتي كما قال الإمام، وذلك مثل: بنت ابن البنت، وبنت العم للأم، وعمات الأم، وبنات ابن الأخ للأم، وبنت الخال، وبنت ابن الأخت، وإذا انفردت وتنازع منهن ابنتان، فإن كان في إحداهما ولادة ليست في الأخرى كأم أبي الأم مع بنت الخال، كانت الأولى أحق، وإن لم يكن فيها ولادة كبنت الخال، وبنت العم، فوجهان: أحدهما: يستويان ويقرع بينهما، والثاني: تقدم من قوي نسب إدلائها، وهو الأشبه، انتهى.

فجعل أم أب الأم على قولنا: لا حق أولى من بنت الخال على قولنا: لها حق، وكلام الرَّافِعِي يخالف هذا[1].

قال: (**وَتَثْبُتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مَحْرَمٍ وَارِثٍ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ، وَكَذَا غَيْرُ مَحْرَمٍ كَابْنِ عَمٍّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ مُشْتَهَاةٌ بَلْ إِلَى ثِقَةٍ يُعَيِّنُهَا؛ فَإِنْ فُقِدَ الْإِرْثُ وَالْمَحْرَمِيَّةُ اوْ الْإِرْثُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) لما سبق فيما إذا تمحض الإناث، والكلام الآن فيما إذا تمحض الذكور، وهم أربعة أصناف:

الصنف الأول: إذا اجتمع الإرث والمحرمية؛ استحق لوفور الشفقة، وقوة القرابة بالإرث، والولاية والمحرمية، وقيل: لا حضانة لغير الأب والجد، وقيل: لا حق لأخ لأم لعدم العصوبة، والمذهب الأول، فعليه بين ثبوت على ترتيب الإرث كما سبق بيانه، وقيل: تقدم أخ لأم على أخ لأب، وقيل: يقدم العم على الأخت لأم؛ لعصوبته، قال في «الروضة» هنا: وفي وجه يتقدم الأعمام على الأخوة من الأم، وقوله: من الأم تبع

---

[1] انظر: «مغني المحتاج» (١٠٩/٣٦).

....

فيه بعض نسخ الشرح، وهو سبق قلم من ناقل، والصواب حذف قوله: لأم، كما في نسخ «الشرح الصغير» والنسخ المعتمدة من «الكبير» وغيرهما، وقد قال الرَّافِعِي قبل نقل هذا الوجه: إنه لا يدخل لبني الأخوة من الأم في هذا القسم؛ لأنهم لا يرثون؛ فاعلم.

الصنف الثاني: وارث بالقرابة ليس بمحرم؛ كابن العم وابنه، وابن عم الأب، وابن عم الجد، فلهم الحضانة على المذهب الظاهر؛ لوجود القرابة والإرث والشفقة، وقيل: لا لفقد المحرمية، ويجيء فيهم الوجه السابق في غير الأب والجد، وقول المصنف: ولا يسلم إليه مشتهاة بل إلى ثقة يعينها، قضيته أنه إن كان له بنت أو أخت غير ثقة؛ أنها كالعدم، وهو الظاهر.

وعبارة «المحرر»: لم تسلم إليه؛ بل إلى بنته أو امرأة ثقة يعينها، وعبارة «الروضة» وأصلها: لم تسلم إليه، لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة، ويعطي أجرتها، فإن كانت له بنت سلمت إليه، كذا قالاه، والوجه ما في «الشامل» وغيره سلمت إلى بنته؛ ولعل قولهما: (إليه) لم يقع عن قصد، وعبارة «المحرر» و«الروضة» وأصلها يشعر بأنه لا تعتبر الثقة في بنته، ونحوها من محارمه، وقد ذكرا فيما سبق أن الحكاية عن الأصحاب جواز خلوة رجل أجنبي بامرأتين من غير تقييد بالثقة فيهما ولا في أحدهما، والظاهر اعتبار الثقة في بنته ونحوها؛ كالأجنبية، وكذلك أطلق في «الشرح الصغير»: أن له طلب تسليمها إلى امرأة ثقة، ولم يرد.

قد يخطر بالبال أن الوصف بالثقة لا يعتبر في تسليمها إلى زوجته؛ لأن ما جلبت عليه من الغيرة يحملها على من أعادتها، وصوبها من خلوته بها وليس بشيء؛ لأن غير النفقة لا يؤمن ولا يؤتمن قولهما، ولا تسلم إليه مشتهاة؛ بل إلى ثقة يعينها ذكره في «التهذيب» وتبعه في «الكافي» وأطلق الْمُتَوَلِّي وغيره أن بنت العم ونحوها؛ إذا بلغت حدًّا تشتهى فلا يثبت له عليها حق الحضانة ولم يرد على هذا، وكذا قاله الفوراني، وهو مقتضى كلام الإمام وغيره، وأظنه المذهب المشهور، وجزم الجرجاني في «الشافي» أنه لا حق للمحرم في

....

حضانة الأنثى مخافة الافتتان بها، وقال إبراهيم المروزي: وهل يثبت لابن العم أم لا؟ إن كان المولود ابنًا ثبت، وإن كان أنثى كبيرة لم تثبت، وإن كانت صغيرة من أصحابنا من قال: تثبت، ومنهم من قال: لا تثبت؛ لأنه ليس بمحرم، انتهى.

ثم صرح بأنه الأصح كما سيأتي في مسألة النقلة، والظاهر أنه أراد بالكبيرة المشتهاة وإن لم تبلغ، ولم أر هذا الاستثناء في «تعليق الْبَغَوِي»؛ بل فيه قيل: لا تثبت لابن العم بحال، وقيل: تثبت؛ ولكن إنما تثبت إذا كان ولد عمه ذكرًا، وإن كان أنثى فلا؛ لأنه غير محرم لها، انتهى.

قالا: وإذا سلمها إلى امرأةٍ ثقةٍ يعطي أجرتها؛ أي: تكون الأجرة عليه كما صرح به في «التهذيب» وعبارة «الكافي»: فإن كانت ممن تشتهى فلا تسلم إليه، فلو استأجر امرأة موثوقًا بها؛ لحضانتها تسلم إليها.

الصنف الثالث: من ليس بمحرم، ولا وارث من الأقارب؛ كابن الخال، وابن الخالة، وابن العمة لا حضانة لهمُ؛ لفقد الإرث والمحرمية.

قال الرَّافِعِي: وفيه وجه ضعيف، والصحيح: الأول، ومنهم من قطع به، وعبارة متن «الروضة»: لا حضانة لهم على المذهب، وقيل: وجهان، وقال الإمام: المذهب الذي يجب القطع أنه لا حق لهم، وفيه شيء يعتد به، انتهى.

ولا يحسن مع ذلك قول المصنف في الأصح؛ لضعف الخلاف.

الصنف الرابع: محرم غير وارث كالخال، وأب الأم، والعم للأم، وابن الأخت، وابن الأخ للأم، ولا حضانة لهم على الأصح؛ لضعف القرابة، وعبارة سليم في «المجرد»: فإن لم يكن له أحد من العصبة، ولا من النساء اللاتي لهن مدخل في الحضانة، وكان له خال، أو جد أبو أم فوجهان، وكان اللائق بنا تقديم هذا الصنف على من قبله؛ كما صنف في «المحرر» و«الروضة» و«الشرحين» وغيرهما؛ لأن الخلاف متماسك لوجود

المحرمية، وسبق ما يقتضي ترجيح حضانة أبي الأم ونحوه إذا لم يوجد غيره؛ ولكنا جرينا على ظاهر نظم الكتاب.

فرع: إذا أثبتنا الحضانة لابن العم ونحوه، فهل تثبت للمعتق؟ وجهان: أصحهما: لا؛ لعدم القرابة، فعلى هذا لو كان للمعتق قرابة، وهناك من هو أقرب منه، فهل يترجح لاجتماع العصوبتين؟ وجهان: مثاله: عم، وعم أب معتق، قال في «الروضة»: أصحهما: لا ترجيح، انتهى.

وبه جزم الْمَاوَرْدِي، وقد يفهم سياق «المنهاج» دخول المعتق في من له حق في الحضانة.

قال: (**وَإِنْ اجْتَمَعَ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ فَالْأُمُّ**) أي: بالاتفاق للحديث السابق، والمعنى فيه مشابهتها الأب في القرب والشفقة، وتختص بالولادة المحققة، وبصلاحية الحاضنة بسبب الأنوثة وغير ذلك.

(**ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا**) أي: اللاتي ذكرناهن لمشاركتهن الأم في الشفقة، والأنوثة، والإرث، والولادة المحققة، فلو نكحت الأم ورضي الأب والزوج بكونه عبدها، قال في أصل «الروضة»: سقط حق الجدة على الأصح، كذا في «التهذيب» و«الكافي» وقيل: لا يسقط حق الجدة برضا الأب، وهذا أقيس والموافق لقول المصنف من بعد: وناكحه غير أبي الطفل، وعبارة الرَّافِعِي: ذكر في «التهذيب»: وجهين، وجعل أصحهما: أولهما.

والظاهر أن الأم إذا نكحت أجنبيًا صارت كالمعدومة، ولفظ نص «الأم»: وإذا نكحت الأم فلا حق لها، وقال: وإذا تزوجت الأم، ولها أم لا زوج لها؛ فالأم تقوم مقامها في الولد لا يخالفها في شيء، وإن كان لها زوج لم يكن لها فيهم حق؛ إلا أن يكون زوجها جدًا للولد فلا يمنع حقه فيهم عند والده، انتهى.

فقوله ﷺ: فلا حق لها يشير إلى ما ذكرناه، واستغرب ابن الرِّفْعَة في

ثُمَّ الأَبُ، وَقِيلَ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ الْخَالَةُ وَالأُخْتُ مِنَ الأُمِّ، وَيُقَدَّمُ الأَصْلُ عَلَى الْحَاشِيَةِ،

«المطلب» ما ذكره الْبَغَوِي مع جريه عليه في «الكفاية» وهو غريب، وأطلق الْبَغَوِي ذكر الجدة، والظاهر أراد به أم الأم وهو كذلك، وفيه بحث ذكرته في «الغنية» فيه نظر.

قال: (**ثُمَّ الأَبُ**)؛ لأن من عداه إن أدلى به فهو مقدم عليه كالإرث، وإن لم يدل به فمن يدلي به مقدم عليه، والمقدم على المقدم يقدم.

قال الرَّافِعِي: وحكى وجه، ويقال قول مخرج أن الجدات من قبل الأب إذا اجتمعن مع الأب يتقدمن عليه؛ لولادتهن، وزيادة صلاحيتهن للحضانة، انتهى.

وهذا بعيد ومحال أن يدلي شخص بشخص يتقدم عليه.

قال: (**وَقِيل: تُقَدَّمُ عَلَيْهِ الْخَالَةُ وَالأُخْتُ مِنَ الأُمِّ**) لأنهما يدليان بالأم فيسقط الأب بهما؛ كالجدة أم الأم.

ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: قال الشَّافِعِي: ولا حق لأحد مع الأب غير الأم، وأمهاتها الخالة أولى من الأب؛ لأنها تدلي بالأم، والصحيح: الأول؛ لاتفاقنا على أن أم الأب أولى من الخالة مع أنها تسقط بالأب، فالأب أولى أن يسقط الخالة، انتهى.

ثم حكى بعد هذا بأسطر أن عند ابن سُرَيْج الخالة أولى من أم الأب ومن الأب، وقال الإصطخري: الخالة أولى من أم الأب إذا كان الأب حيًّا؛ فإن كان ميتًا فأم الأب أولى، والمذهب أن أم الأب أولى، انتهى.

إشارة: لو حذف في المصنف قوله: (من الأم) لكان أخصر وأسهل؛ إذ في كل واحدة من الأخوات الثلاث وجه أنها تقدم على الأب.

قال: (**وَيُقَدَّمُ الأَصْلُ عَلَى الْحَاشِيَةِ**) المراد: أن الأم، وأمهاتها الوارثات، والأب، وآباءه الوارثون، وكذا أمهاتهم الوارثات يتقدمون على الحواشي، وهذا تفريع على ظاهر المذهب، وقيل: تقدم الخالة والأخت على الأب كما سبق، وجزم الْبَغَوِي في «تعليقه» بتقديم الأخت على الجد؛

فَإِنْ فُقِدَ فَالْأَصَحُّ الْأَقْرَبُ، وَإِلَّا فَالْأُنثَى، وَإِلَّا فَيُقْرَعُ.

لاستوائهما والأخت، انتهى.

والمذكور في أصل «الروضة»: أن الأخت مع الجد كمثلها مع الأب[١].

قال: (فَإِنْ فُقِدَ) أي: من ذكرناه من الأصول.

(فَالْأَصَحُّ الْأَقْرَبُ) أي: تقديم الأقرب فالأقرب؛ كالإرث ذكرًا كان أو أنثى.

(وَإِلَّا فَالْأُنثَى) أي: فإن فقد الأقرب، واستوى اثنان، أو جماعة في القرب؛ فالأصح القرب، فالأصح التقديم بالأنوثة لما سبق من أنهن أَصْبَرُ وَأَبْصَرُ.

(وَإِلَّا فَيُقْرَعُ) فإن استووا من كل وجه قطع النزاع بالقرعة، والوجه الثاني: نساء القرابة، وإن بعدن أولى بالحضانة من الذكور، وإن كانوا عصبات؛ لأنهن أصلح لها، وصححه صاحب «الانتصار» والثالث: العصبات أولى منهن؛ لقوة نسبتهم، فكذا قالاه، وهذا لفظ «الروضة».

وإذا لم يوجد مستحق للحضانة من الأجداد والجدات فثلاثة أوجه:

أحدها: نساء القرابة أولى - وإن بعدن- من الذكور، وإن كانوا عصبات فعلى هذا تقدم العمات، والخالات، وبناتهن على الأخوة، والأعمام، وبنيهم.

والثاني: العصبات أولى؛ لقوة نسبتهم وقيامهم بالتأديب.

والثالث: وهو الأصح، قال في «الشرحين» دون «الروضة» على ما ذكره القاضي الرُّويَانِي: لا يرجح واحد من الفريقين على الآخر؛ بل يقدم منهم الأقرب، فإن استوى اثنان قدم الأنوثة، فعلى هذا يقدم بعد الآباء والأمهات الإخوة والأخوات، وتقدم الأخوات على الإخوة؛ ثم بعد

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١٠٠).

الإخوة بنات الأخوات؛ ثم بنو الإخوة، ويقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتبارًا بمن يحضر لا بمن يدلي له، فإن فقدوا كلهم والحضانة للخؤولة؛ ثم للعمومة، ويقدم الخالات على الأخوال، والعمات على الأعمام، فإن فقدوا كلهم فالحضانة لأولادهم على ما ذكرنا في أصولهم؛ ثم لخؤولة الأبوين؛ ثم لعمومتهما على هذا الترتيب، وإذا استوى اثنان؛ كأخوين وخالين وتنازعا أقرعنا، انتهى.

وفيه ما سيأتي، ويحسن أن يأتي هنا وجه: أن الحاكم يجعله عند الأحظ له من المستويين؛ نظرًا له.

قال الرَّافِعِي: وكان يجوز أن يقال: يقدم بما يقدم به الراحمان على اللقيط، وهذا حسن يحتمل لما أشرنا إليه من مراعاة حظ الطفل، قالا: وإذا لم يوجد من نساء القرابة ولا من العصبات وهناك رجال من ذوي الأرحام؛ فحكمهم ما ذكرنا في الصنف الرابع، أي: وهو أنه لا حضانة لهم على الأصح، وصحح صاحب «الانتصار» وشيخه القاضي أبي علي الفارقي مقابله، وهو المختار؛ وإن كان ظاهر النص بخلافه لوجود القرابة والشفقة.

تنبيهات: أولها: اعلم أن ما ذكره الرُّويَانِي في هذه الأوجه الثلاثة، والترجيح أخذه من «الحاوي» بحروفه، وفيه زيادات، وقد صرح الْمَاوَرْدِي من قبل بنقل وجهين في أب الأم والخال ونحوهما بلا ترجيح، فكلامه الأخير ظاهر وصريح في أنه فرع على أن ذوي الأرحام لهم حق الحضانة على خلاف ما رجحه الرَّافِعِي والمصنف، وقد أورد جماعة الأوجه الثلاثة بلا ترجيح أصلًا.

ثانيها: جزم في «الروضة» و«المحرر» و«المنهاج» بتصحيح الوجه الثالث، وإقرار «الشرحين» الرُّويَانِي على ترجيحه مخالف لما صححاه من قبل وجهين: أحدهما: أن فيه تقديم بنات الأخوات والإخوة على الخالات، وقد تقدم أن القولين «الجديد» و«القديم» متفقان عند انفراد

....

النسوة على تقديم جنس الأخوات على الخالات؛ وأن الخالات يتقدمن على بنات الإخوة والأخوات، فكيف يمكن جعله أصح مع مخالفته الجديد والقديم؟

والثاني: أن الرُّويَانِي صحح عند انفراد النسوة تقديم الخالات، والعمات على بنات الأخوات، وبنات الإخوة، وصحح هنا هذا الوجه، وهو مناقض لذلك، وفيه أن ابن الأخت له حق في الحضانة على الجملة، فإنه قال: إذا اجتمع ابن أخت وبنت أخ، كانت بنت الأخ أولى وتابعاه، وقد رجح الرَّافِعِي والمصنف من قبل أن كل ذكر غير وارث لا حضانة له.

ثالثها: قال في «الروضة»: في اجتماع الذكور فقط في الإخوة يقدم الأخ لأبوين؛ ثم الأخ لأب، ثم للأم، ثم بنو الأخوة على هذا الترتيب، واقتضى تقديم ابن الأخ لأبوين؛ ثم للأب، ثم للأم، وليس بجيد فإن ابن الأخ من الأم ليس من هذا القسم؛ لأنه غير وارث، ولا حضانة له على الأصح كما تقدم فضلًا عن تقديمه.

رابعها: قال ابن الرِّفْعَة على قول «الوسيط»: ويرتبون ترتيب العصبة في الولاية، أراد به أن الأب يقدم على من وجد معه من الذكور، وذكر ترتيب الأجداد؛ ثم الأخ من الأبوين، ثم ابنه، ثم ابن ابنه، وهكذا، ثم الأخ، ثم الأب، ثم ابنه، ثم ابن ابنه وهكذا، انتهى.

وهذا الكلام يقتضي تقديم ابن الأخ لأبوين، وأن ينتقل على الأخ للأب، وهو سهو؛ بل جهة الأخوة مقدمة على بني الإخوة، نعم، يتقدم على الأخ للأم على وجه لعصوبته بخلاف الأخ للأم.

خامسها: إذا أثبتنا الحضانة لمن ليست بمحرم من نساء القرابة؛ كبنت العم، وبنت الخال، فليس لها حضانة المجنون البالغ، لا يجوز لها الخلوة به، والمراهق المشتهى في حكم البالغ عاقلًا كان، أو مجنونًا.

[قال ابن كج]: لبنت المجنون حضانته، إذا لم يكن له أبوان.

وَلَا حَضَانَةَ لِرَقِيقٍ ....

قلت: وكأن المراد الأصول المقدمون.

قال الرُّويَانِي تبعًا للماوردي: ولو كان للمحضون زوجة كبيرة، وكان له بها استمتاع فهي أولى بكفالته من جميع الأقارب، وإلا فالأقارب أولى، وكذا لو كان للمحضونة زوج كبير، وهناك استمتاع فهو أولى، وإلا فالأقارب فإن كان لها قرابة، فهل يترجح كالزوجة؟ وجهان هكذا نقله الرَّافِعِي والمصنف، وليس على إطلاقه لما ذكروه في كتاب «الصداق» وحكى الْمَاوَرْدِي الوجهين، فيما لو كان للزوج قرابة، هل يترجح بها كالزوجة؟

قال: (**وَلَا حَضَانَةَ لِرَقِيقٍ**) أي: ولو كان مكاتبًا أو مبعضًا، وأذن السيد؛ لأنها ولاية، وليس الرقيق من أهلها، ثم إن كان الولد حرًّا فالحضانة لمن له الحضانة بعد الأم الحرة من أب، وغيره، وإن كان رقيقًا فحضانته لسيده، فهل له نزعه من الأم وتسليمه إلى غيرها؟ وجهان بناء على التفريق منعه؛ بل يقر في يدها هذا هو الصواب، ووقع في «الروضة» تبعًا لأصل سقيم، وهل له نزعه من الأب وتسليمه إلى غيره؟ وهو سبق قلم.

قالا: ولو كانت الأم حرَّة والولد رقيق، فإن سبي طفل ثم أسلمت أمه، أو قبلت الذمة فحضانته للسيد، وفي الانتزاع منها الوجهان، وهذا إنما يتصور ما لم يكن بيع الثاني في الإسلام؛ أما لو تبعه فلا يسلم إلى أمه الذمية على المذهب، وولد أم الولد الرقيق من زوج، أو زنا حضانته للسيد في حياته، وفي انتزاعه الوجهان، ولا حضانة لها في ولدها من سيدها على الأصح، وقال الشيخ أبو حامد: لها حضانته، وبه جزم صاحب «المعتمد» وأحسنه قول أتباع أبي حامد، وقال الرُّويَانِي: والمصلحة الفتوى بما ذكره، وإن كان الصحيح الأولى، وقال في «الحلية»: إنه الاختيار، وإن كان ظاهر المذهب أنه لا حق للمملوكة.

قلت: والأحاديث الدالة على تحريم التفريق، والتولية بالولد أخذه بصيغ قول أبي حامد، وهو المختار؛ ثم قضية البيان السابق تخصيص

وَمَجْنُونٍ، ....

الخلاف بما بعد التمييز إذ هو محل الخلاف في حل التفريق؛ أما قبله فيحرم قطعًا، وهذا ما تضمنه كلام «الحاوي» حيث ذكر ما قدمناه في كفالة المميز؛ لأن الطفل محضون.

قال: (وَمَجْنُونٍ) لأنه محضون، قالا في «الروضة»: وأصلها إذا كان لا يقع إلا نادرًا؛ كيوم في سنين مثلًا، وعبارة «الشرح الصغير»: كيوم في سنة، وهذا التمثيل أحسن لئلا يظن عدم اعتقاده.

واعلم أن أكثر الكتب التي رأيتها ساكتة عن هذا الاستثناء، والرَّافِعِي - ﷺ تعالى- أخذه من كلام القاضي الرُّويَانِي، والرُّويَانِي أخذه من «الحاوي»؛ لكن كلام «الشرحين» و«الروضة» يقتضي أن هذا الكلام في كل محضون وليس كذلك، وعبارة الْمَاوَرْدِي مصرحة بأن هذا الكلام في الكفالة بعد التمييز، كما سبق عنه: الحضانة اسم لما قبل التمييز، وبعده يسمى: كفالة إذا علمت هذا فقد قال: إذا افترق الأبوان؛ فللولد أربعة أحوال:

أحدها: حال الرضاع.

والثاني: حال الحضانة.

والثالث: حال كفالة.

إلى أن قال: وأما الحالة الثالثة فهي حفظه ومعونته عند تمييزه.

ثم قال بعد ذكره نص «المختصر» في التخيير بعد ذكره الشروط المعتبرة في الولد المخير: وَأَمَّا الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْأَبَوَيْنِ للحضانة فَخَمْسَةٌ يَشْتَرِكُ الْأَبَوَانِ فِيهَا، وَسَادِسٌ تَخْتَصُّ بِهِ الْأُمُّ، وَسَابِعٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فذكر الْحُرِّيَّةَ، ثم قال: الثَّانِي: الْعَقْلُ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الْوِلَايَةُ، وَتَقُومُ مَعَهُ بِالْكَفَالَةِ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَجْنُونًا أَوْ مَعْتُوهًا أَوْ مَخْبُولًا فَلَا كَفَالَةَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ مَكْفُولًا، فَأَمَّا الَّذِي يُجَنُّ زَمَانًا، وَيُفِيقُ زَمَانًا، فَلَا كَفَالَةَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ فِي زَمَانِ الْجُنُونِ زَائِلُ الْوِلَايَةِ، وَفِي زَمَانِ الْإِفَاقَةِ مُخْتَلُّ التَّدْبِيرِ، وَرُبَّمَا طَرَأَ

وَفَاسِقٍ ....

جُنُونُهُ عَلَى عَقْلِهِ لَا يُؤْمَنُ مَعَهُ عَلَى الْوَلَدِ أَنْ يَقِلَّ جُنُونُهُ فِي الْأَحْيَانِ النَّادِرَةِ، وَلَا يُؤَثِّرُ فِي التَّمْيِيزِ بَعْدَ زَوَالِهِ، فَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْكَفَالَةِ، انتهى.

وبين ما اقتضاه كلامه وكلام الرَّافِعِي تفاوت ظاهر، والصواب أن غير المميز، لا يقع ذلك في حقه أصلًا، وسنذكر ما يشهد له عند الكلام في حضانة العمياء.

قال: (وَفَاسِقٍ) لأنه لا يلي، ولا تؤمن خيانته، وتقصيره في الحفظ والتربية، وعبارة «المحرر»: ويشترط: العدالة، وعبارة جماعة: الأمانة، قال الْمَاوَرْدِي فيما ذكره من الشروط السابقة للكفالة: الرَّابِعُ: الْأَمَانَةُ بِوُجُودِ الْعَدَالَةِ، وَعَدَمِ الْفِسْقِ في الحاضن؛ لِأَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوِلَايَةِ فَكَانَتْ شَرْطًا فِي اسْتِحْقَاقِ الْكَفَالَةِ، وَلِأَنَّ الْفَاسِقَ عَادِلٌ عَنْ صَلَاحِ نَفْسِهِ، فَكَانَ بِأَنْ يَعْدِلَ عَنْ صَلَاحِ وَلَدِهِ أَشْبَهَ، وَلِأَنَّهُ رُبَّمَا اقْتَدَى الْوَلَدُ بِفَسَادِهِ لِاقْتِرَانِهِ بِهِ وَنُشُوئِهِ مَعَهُ، وَالْعَدَالَةُ الْمُعْتَبَرَةُ فِيهِ عَدَالَةُ الظَّاهِرِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ، وَلَا يُرَاعَى عَدَالَةُ الْبَاطِنِ الْمُعْتَبَرَةُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ.

قال: فَلَوْ صَارَ بَعْدَ فِسْقِهِ عَدْلًا اسْتَحَقَّ الْكَفَالَةَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْأَبَوَانِ، فَلَوِ ادَّعَى أَحَدُهُمَا فِسْقَ صَاحِبِهِ؛ لِيَنْفَرِدَ بِالْكَفَالَةِ مِنْ غَيْرِ تَخْيِيرٍ فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِحْلَافُهُ عَلَيْهِ، وَكَانَ عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ حَتَّى يُقِيمَ مُدَّعِي الْفِسْقِ بَيِّنَةً عَلَيْهِ؛ فَيَثْبُتَ بِهَا فِسْقُهُ، وَتَسْقُطَ بِهَا كَفَالَتُهُ، انتهى.

وفي عدم إحلافه له نظر، والظاهر أنه جواب على أحد الوجهين في التحليف على ما يقع الحق إلا على نفس الحق، والأصح التحليف كما سيأتي بيانه في مواضعه- إن شاء الله تعالى- وكلامه يصرح باعتبار العدالة في المكفول بعد التمييز، وساكت عن اعتبارها في الطفل، والظاهر أن اعتبارها في حضانته الطفل أولى، وقضية كلام غيره اعتبارها في استحقاق الحضانة، والكفالة جميعًا، ورأيت في «تعليق الْبَغْوِي»: قال بعض أصحابنا: يثبت حق الحضانة للفاسقة والكافرة دون سبع سنين؛ لأن الصغير لا يتعلم في هذا السن شيئًا؛ فإذا جاء وقت الخيار فلا يخير؛ بل

وَكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ....

يكون الأب أولى، قال الْبَغَوِي: ولكن عندي لا يثبت في الحالين معًا، انتهى.

وأفتى المصنف: بأن المطلقة إذا ادعت الأهلية للحضانة احتاجت إلى البينة، ويشبه أن يقال: إن كان الولد عندها قُبل قولها، ولا ينزع عنها بمجرد دعواها، وإن رأت تسليمه احتاجت إلى البينة.

قال: (**وَكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ**) أي: بخلاف العكس على الصحيح؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم؛ ولأنه قد يفتن عن الدين، وينشأ على ما ألفه من كافله.

وقال الإصطخري: يثبت للكافرة حق الحضانة لما روي: **أَنَّهُ ﷺ خَيَّرَ غُلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ الْمُسْلِمِ وَأُمِّهِ الْمُشْرِكَةِ؛ فَمَالَ إِلَى الْأُمِّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِهِ» فَعَدَلَ إِلَى أَبِيهِ**(١).

قال في «الشامل»: هذا الخبر لا يثبت عند أهل النقل.

وقال الرَّافِعِي: هو منسوخ أو هو محمول على أنه ﷺ عرف أن يستجاب دعاءه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصد بالتخيير استحالة.

قلت: الأم، وقال الْمَاوَرْدِي: الخبر ضعيف عند أصحاب الحديث، وجعل في الحديث، انتهى.

قال: ولو صح لكان الجوابُ عنه من أوجه:

أحدها: أن المقصود به ظهور المعجزة باستجابة دعوته.

والثاني: أنه كان فطيمًا، والفطيم لا يخير.

والثالث: أنه دعا بهدايتها إلى مستحق حالتها؛ لثبوت إسلامها بإسلام أبيها، فلو كان للأم حق لأقرها عليه ولما دعا.

---

(١) أخرجه في «مسنده» (٥/٤٤٦)، والنسائي (٣/ ٣٨١) والحاكم (٤/ ٩٩، رقم ٧٠٠٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين.

....

وقيل: الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلي أن يبلغ المولود سبع سنين، يعني: حتى يميز، ثم للأب بعد ذلك، وحكى الرَّافِعِي في كتاب «أمهات الأولاد»: عن أبي إسحٰق: أنه يثبت للكافر ما لم يميز الولد، ويخاف أن يفتن عن دينه، والظاهر أنه ما قبله.

وقال صاحب «الانتصار»: في إسناد الخبر ضعيف، ثم هو منسوخ بإجماع الأمة على أن الصبي المسلم لا يسلم إلى كافر؛ لأنه يخاف أن يفتن عن دينه، وهو أعظم الضرر، انتهى.

قالا: ومن شرطهما كونها مسلمة إن كان الطفل مسلمًا بإسلام أبيه، ثم ذكرا خلاف الإصطخري وغيره كما سبق، والوجه حذف قولهما: بإسلام أبيه، وإن قصد به التمثل؛ بل متى حكمنا بإسلامه نفعًا للثاني، وغير ذلك فلا حضانة، ولا أدري لأي معنى خصّ الأم بالذكر دون الأب، وكأنه لما سبقاه عليه من بعد مما يختص بها الزوج، وعلى المذهب حضانة الطفل المسلم لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب؛ فإن لم يوجد أحد فحضانته على المسلمين والمؤنة من ماله، فإن لم يكن له مال فعلى أمه إن كانت موسرة، وإلا فهو من محاويج المسلمين، وولد الذميين في الحضانة كولد المسلمين، الأم أحق بها بشرطه، ولو وصف صبي مميز منهم الإسلام نزع منهم، ولم يتمكنوا من كفالته صححنا إسلامه، أو لم يصحح احتياطًا للإسلام، هكذا جزم به الرَّافِعِي والمصنف هنا، وظاهر كلامهما هنا وجوب النزع، وقدمنا في اللقيط من «الغنية» وأن الشَّافِعِي قال: يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لئلا يفتنوه، وذكرنا في هذه الحيلولة وجهين:

أحدهما: أنها واجبة، وإيراد الْغَزَالِي يقتضي ترجيحه، وهو ظاهر كلام الدارمي، وقال الإمام في باب الهدنة: إنه مما اجتمع عليه الأصحاب؛ لأن صدور ذلك منه فعلت على الظن تعلق قلبه بالهدى، وظن توقع الإيمان إذا غلب لم يعطل، انتهى.

وهذا هو المختار، وظاهر النص، وفيه نظر للصبي، واحتياط للإسلام

وَنَاكِحَةِ غَيْرِ أَبِي الطِّفْلِ إِلَّا عَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنَ أَخِيهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

وأشبههما في شرح الرَّافِعِي، وأصحهما في متن «الروضة» وبه جزم الْمُتَوَلِّي: أنها مستحقة.

قال: **(وَنَاكِحَةِ غَيْرِ أَبِي الطِّفْلِ)** أي: لحديث: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»⁽¹⁾ وقد سبق، ولأن النكاح يشغلها بحق الزوج، ويمنعها من الكفالة ولا أثر لرضا الزوج الأجنبي؛ كما قاله في «المجرد» إذ قد يرجع فيتضرر الولد⁽²⁾.

قال: **(إِلَّا عَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنَ أَخِيهِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: وضابطه كل من أثبتنا له الحضانة، وعبارة «المنهاج» توهم الحصر فيمن ذكرهم، و«المجرد» سالم من ذلك؛ لأن هؤلاء أصحاب حق في الحضانة والشفقة؛ لحملهم على رعاية الطفل فيتعاونا على كفالته، بخلاف الأجنبي، وعلى هذا فيشترط رضا الزوج، والثاني: لا؛ لإطلاق الخبر فيكون كالأجنبي، ونقل جماعة الوجهين فيما إذا نكحت جد الطفل لأمه، واقتضى كلام آخر من أن حقها يبقى بلا خلاف، كما في «الروضة» وأصلها من هؤلاء الخال، ولا حضانة له على الصحيح المشهور، وأجوز أنه حذف سهوًا من قول بعضهم، أو نكحت أخًا له فأغفلت الألف أول الكلمة، ويحتمل غيره، وأما جده أبو أمه فالمشهور أنه لا حضانة له استقلالًا كما سبق، وفي «شرح الجيلي» عن «الحلية»: والتجويز أنه لا فرق بينه وبين أبي الأب، وأن الفتوى الآن عليه؛ لأنه ليس بأجنبي، وإن لم يكن له حق الحضانة.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وفي كلام القاضي الحسين إشارة إليه، فإنه قال: قال الشَّافِعِي: إذا نكحت الأم بطل حقها، وأمها - وهي الجدة- أولى بحضانته ما لم تتزوج؛ إلا أن يكون زوجها جد الطفل؛ فالجد والد إذا رضي أن يكون عنده؛ لأن له ألا يدخل منزله ابن ابنته، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: «نهاية المحتاج» (٢٤/ ١٥٧).

……

قلت: وليس في «حلية» الشَّاشِي شيء، وفي «حلية» الرُّويَانِي: إطلاق ذكر الجد كما هو نص «الأم» بلا زيادة، وأما نقله عن «التحرير» فصحيح.

والظاهر: أن ما حكاه عن القاضي من كلام القاضي لا من تتمة كلام الشافعي، وليس في «الأم» وغيره إلا قوله: فالجد والد، وهو محتمل، وذكر عن «المطلب» أن القاضي صرح في موضع بخلاف ما اقتضاه كلامه السابق، وقيد الفوراني، وفي «العمد» الجد بأبي الأب، وقضية كلام الرَّافِعِي، والمصنف وغيرهما، ونسب إلى الجمهور: أن أبا الأم هنا كالأجنبي، وبه أفتى المصنف - ﷺ تعالى- وفيه نظر.

وذكر الرَّافِعِي وغيره: أن الوجه الأصح في العم ونحوه، خرجه صاحب «التلخيص» من النص فيما إذا نكحت الجدة جد الطفل لا تبطل حضانتها، وكذا لو كانت في نكاحه يثبت لها حق الحضانة، وفرق الرَّافِعِي وغيره على وجه المنع، بأن العم ليس كالجد؛ فإن الجد ولي قام قائم مقام الأب بخلاف العم، إذا عرفت هذا؛ فاعلم أن المجزوم به في كتب جماعة من العراقيين ما ذكره الجيلي في أبي الأم.

قال سليم في «المجرد»: فإن كانت الأم خالته، أو لها زوج؛ لكن زوجها أبا أم الصغير فهي كالأم إذا كانت خالته من زوج، انتهى.

ونقله ثقة عن تصريح المحاملي في «التجريد» وغيره، وبه أجاب المحاملي في «المقنع» وبه جزم الجرجاني في «التحرير» و«الشافي» ولفظه: فإن كان لها أم خالته من زوجٍ، أو مع زوجٍ هو جد الطفل من قبل الأم إذ هو عم الطفل، قاله ابن القاصّ تخريجًا يعني: خرجه في العم، وجزم الصفتي في «شرح المختصر» الجويني، وهو من أتباع المراوزة: بأنها إذا تزوجت بعم الطفل، أو بجد الطفل من جهة الأم، أو من جهة الأب؛ لا يسقط حقها، هذا لفظه، هذا مع تصريح هؤلاء، أو أكثرهم بأنه لا حضانة لأبي الأم، ولم يستثنوا خاله ولعل وجهه، أنّا وإن لم نثبت له الحضانة استقلالًا أصلًا، أو مع وجود العصبات: أنه إذا رضي بحضانة زوجته لولد أن يكون في هذا المقام؛

……

كالعصبة لقرابته، وولادته وشفقته التي عليها تدار الحضانة؛ بل هو في الغالب أشفق من العم، وابن العم ونحوهما، وبالجملة فهذا هو الأصح، أو المختار بخلاف ما ذكرته في «الغنية» قد لا يثبت الشيء استقلالًا، ويفتقر تبعًا، وعلى هذا قد يصح ما تقدم في الحال، وأحسبه طريقة العراقيين فإني لم أر لهم التصريح بخلاف ما قدمته عن جماعة منهم، وأحسبهم أخذوه من قول الشَّافِعِي في «الأم»: إذا تزوجت المرأة ولها أم لا زوج لها؛ فالأم تقوم مقامها في الولد لا يخالفها في شيء، وإن كان لها زوج لم يكن لها، فهم حق إلا أن يكون زوجها جد الولد فلا يمتنع حقه فيهم عند والد، هذا نصه بحروفه، وهو محتمل جدًّا، وعبارة «التتمة»: وإن كان لها أم خلية من الأزواج، أو كان زوجها أجنبيًا عن الطفل؛ فينتقل الحق إلى الأب، انتهى.

وهو إلى موافقة ما رجحناه أقرب، وقد اقتضى كلام جماعة من المراوزة وغيرهم أن لأبي الأم حق في الحضانة كما سبق، وإن قدموا غيره.

إشارات: أطلق جماعة القول بأنها إذا نكحت سقط حقها، واستثنى آخرون: الجد أبو الأب، وجعلوه محل وفاق، وصرح غيرهم بجريان الوجهين في العم ونحوه فيه، وجعل الإمام والْغَزَالِي المرجح في العم قول معظم، وذكر الإمام أن مقابله غريبًا وليس كذلك؛ بل ظاهر نص «الأم» استثناء الجد فقط.

وقال التميمي في كتابه «المستعمل»: قال يعني الشَّافِعِي ﷺ: وإذا تزوجت أم الطفل وليس لها أم، ولا جدة أخذه أبوه، هذا لفظه، ولم يستثن أحدًا فتحصلنا على وجوه:

أحدها: السقوط مطلقًا.

ثانيها: بأنها تزوجت، يعني: أن حضانة الأب سقطت، وبه جزم صاحب «الانتصار» في التنبيه والإشارة.

ثالثها: إلحاق العصبة بأبي الأب.

رابعها: إلحاق أبي الأم بالعصبة، وعبارة «التتمة»: بمن له حق في

وَإِنْ كَانَ رَضِيعًا اُشْتُرِطَ أَنْ تُرْضِعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

الحضانة في الجملة، وقد يجيء وجه خامس: في الخال ونحوه من المحارم، إذا قلنا: لهم الحضانة.

قال: (**وَإِنْ كَانَ رَضِيعًا اُشْتُرِطَ أَنْ تُرْضِعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) عبارة «المحرر»: وهل يشترط لاستحقاقها الحضانة أن ترضع الولد إذا كان رضيعًا، وكان لها لبن؟ فيه وجهان، أجاب أكثرهم بالاشتراط، انتهى.

وأصل هذا الخلاف قول «المهذب»: فلو جف لبن الأم أو امتنعت من الإرضاع؛ لا يبطل حقها من الحضانة، وعلى الأب أن يستأجر امرأة ترضعه عند الأم، وقيل: إذا امتنعت من الإرضاع بطل حقها من الحضانة، والأول: أصح، وقال في «الكافي»: إنه المذهب فخصصنا الولد بما إذا امتنعت مع وجود اللبن؛ كما اقتضاه كلام «المحرر».

وقضية ذلك أنه لو لم يكن لها لبن لم يسقط حقها قطعًا، وعبارة «الشرحين» و«الروضة» تفهم أنه إذا لم يكن لها لبن، أو كانت ذات لبن وأبت إرضاعه؛ أنه يسقط حقها على الصحيح، وبه صرح ابن الرِّفْعَة تبعًا لهما فعد من الموانع فقد الرضاع منها؛ إما بامتناعها، أو بعدم اللبن فيها، تتبعت المسألة في كتب الطريقتين على كثرتها فلم أرها إلا في «التهذيب» و«الكافي» على النمط الذي ذكرته عنهما، وكلام الطريقتين يقتضي الجزم بعدم اشتراط كونها ذات لبن، ومنهم الْبَغَوِي في «تعليقه» على «المختصر»؛ فإن قلت: كيف؟ قلت: هذا، وعبارة الرَّافِعِي: هل يشترط استحقاقها لحضانة أن ترضع الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ولها الحضانة، وإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت من الإرضاع فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الأم.

والثاني: نعم؛ لعسر استئجار مرضعة تخلي بينها، وتنقل إلى مسكن الأم، الأول: أصح عند صاحب «التهذيب» وأجاب الأكثرون بالثاني، ونسبوا الأول إلى مذهب أبي حنيفة، وكذا صنع في «شرحه الصغير».

……

قلت: فتعيين تأويل كلامه على ما اقتضاه كلام «التهذيب» و«المحرر» وأما أنه إذا لم يكن لبن يبطل حقها من حضانة الرضيع فلم أره هنا في كتاب أصلًا بعد التنقيب والنظر في كلام الفريقين في الكتب المشهورة، ومن نقل ما ذكره الرَّافِعِي تعديه إلى غير الأم من جميع النساء؛ بل هن أولى بالمنع منها، والرَّافِعِي إمام ثقة ضابط؛ ولكن السهو قل من ينجو منه من رأيت من أنكر ما أنكر به، وقال: إذا راجعت كتب المذهب فوقفت في نقل ذلك عن الأكثرين؛ بل في ثبوته على الوجه الذي قاله الرَّافِعِي، فإن الموجود في كتب المذهب ذكر الشروط السابقة والإفاضة، أي: وما سنذكره ولم يتعرضوا للرضاع، وكلامهم يفهم الجزم بما رجحه الْبَغَوِي، وقال في «الكافي»: إنه المذهب بلا زيادة ولا ذكر للمسألة، والخلاف فيها إلا في «التهذيب» على الوجه السابق، قال: وكيف يأخذه منها لفقد اللبن وتسليمه إلى الأب، ومن بعده ولا لبن لهم؟! وإذا لم تكن بد من الإجارة فليستأجره وهو في يدها، نعم لو قال: عندي مرضعة متبرعة وامتنعت من إرضاعه اتجه انتزاعه منها حينئذٍ، انتهى.

تنبيهات: تتعلق بشروط الحاضن، عدَّ الجرجاني في «الشافي» من شروط الحاضن: ألا يكون مغفلًا، وهو حسن متعين في حق غير المميز، وما عده الْمَاوَرْدِي من شروط الكفالة، والرَّافِعِي من شروط الحضانة، وهي أولى باعتبار انتفاء المرض الشاغل عن الكفالة، وتدبير المكفول كالسل، والفالج الشاغلين بالألم، فلو كان تأثيره في نفس الحركة والتصرف، فإن كان الحاضن ممن يباشر الكفالة بنفسه فالحكم كذلك، وإن كان ممن يدبر الأمور ويباشرها غيره؛ فلا يكون مانعًا.

واعلم أن الْمَاوَرْدِي قال بعد فراغه من الكلام على مسألة النَّقْلَة: وَإِذَا أَرَادَ الأَبُ أَنْ يَسْتَنِيبَ فِي كَفَالَةِ وَلَدِهِ جَازَ، وَلَوْ أَرَادَتِ الأُمُّ الِاسْتِنَابَةَ لَمْ يَجُزْ؛ لِاخْتِصَاصِ الأَبِ بِالْمُرَاعَاةِ؛ وَهِيَ تُمَكِّنُهُ مِنَ الِاسْتِنَابَةِ، وَاخْتِصَاصُ الأُمِّ بِمُبَاشَرَةِ التَّرْبِيَةِ؛ وَهِيَ مَعْقُودَةٌ مَعَ الِاسْتِنَابَةِ، انتهى.

فتأمله مع كلامه قبله، سئلت في الفتاوى عن حاضنة أصابها برص، أو

……

جذام- نسأل الله العفو والعافية- هل للولي أخذ الطفل منها؟ فظهر لي أنها إن كانت ترضعه فنعم، وإن كان مميزًا مستقلًا فلا، وفيه نظر، وإن كان يخالطها ويؤاكلها لا يخشى من العدوى؛ وينبغي أن نعد التَّنَقِّيَ من ذلك من شروط الحاضن، ويجب الجزم به في هذه المواضع ونحوها ممن يخالط الطفل في نومه وأكله وشربه(١).

قال ابن الرِّفْعَة: العمى هل يمنع؟ لم أر للأصحاب فيه شيئًا غير أن في كلام الإمام ما يؤخذ منه أنه مانع، فإنه قال: إن حفظ الأم الولد الذي لا يستقل ليس مما يقبل القرائن؛ فإن المولود في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظًا من مراقب لا يسهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك، ومقتضى هذا أن العمى يمنع؛ فإن الملاحظة معه كما وصفت لا تتأتى، وقد يقال فيه ما قيل: في الفالج إذا كان لا يلهي عن الحضانة؛ بل يمنع الحركة، انتهى.

وقد يفرق بأن المفلوج يلاحظ ببصره فيأمر بجلب المصلحة ودفع المضرة؛ حيث يكون له من هو في مرض كذلك بخلاف العمى؛ ولهذا أسلب العمى كثيرًا من الولايات بخلاف الفالج الخفيف، والزمانة.

ورأيت في «فتاوى» العلامة ابْن الْبَرْزِيِّ: أنه سُئل عن حضانة العمياء؛ فقال: لم أر فيها مسطورًا، والذي أراه أنه يختلف باختلاف أحوالها، فإن كانت ناهضة بحفظ الصغير، وتدبيره والنهوض بمصلحته، والقيام بتدبيره، وأن تقيه من الأسواء والمضار فلها الحضانة، وإن كانت عاجزة فلا حضانة، انتهى.

وأفتى قاضي حماة - ﷺ تعالى: بأن العمى ليس بقادح في الحضانة، ولكن شرط الحاضن أن يكون قائمًا بمصالح المحضون؛ أما بنفسه أو بمن يستعين به سواء كان الحاضن أعمى، أو بصيرًا، انتهى.

---

(١) قال الرملي: قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَهُوَ حَسَنٌ مُتَعَيِّنٌ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ، وَمِنْ سَفَهٍ إنْ صَحِبَهُ حَجْرٌ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ، وَمِنْ جُذَامٍ وَبَرَصٍ إنْ خَالَطَهُ لِمَا يُخْشَى عَلَيْهِ مِنَ الْعَدْوَى. انظر: «نهاية المحتاج» (٢٤/ ١٦٠).

....

وينبغي أن يقال لغير العاجزة الحضانة ما لم يدب الطفل يحبو، أو مشي كان حبا ومشى احتاج إلى الملاحظة، والمراقبة فيخرج عن الأهلية، فإذا ميز تمييزًا تامًا عادت كفالتها؛ لأنه حينئذٍ يتجنب المعاطب فيؤمن عليه، ويحتمل أن يقال: لا حضانة لها مطلقًا لنقصها؛ لأن الحضانة ولاية على الغير، وشرطها الكفالة ويجيء فيها خلاف من ولاية الأعمى النكاح، وهي أولى بالمنع، ووجهه ظاهر.

ثم رأيت عن «فتاوى» عبد الملك بن إبراهيم المقدسي الهمداني شارح «المفتاح»: أنه لا حضانة لها، ولعله أشبه، قيل: وهذا الرجل من أقران ابن الصباغ، قال الْمَاوَرْدِي في شروط الكفالة السابع المختلف فيه: أن يوجد في كل من الأبوين شروط الكفالة، ويفضل أحدهما الآخر بزيادةٍ في الدين، أو في المال، أو في المحبة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن هذا شرط معتبر يسقط به التخيير، وتكون الكفالة لأفضلهم مراعاة لحظ الولد.

والثاني: أنهما من الكفالة سواء، انتهى.

وهذا قضية كلام الجمهور [والله أعلم].

قال الجيلي في كتابه «الإعجاز»: الأم أحق بالولد بثمانية شروط: الإسلام، والعفة، والإقامة ببلد الأب، وأن تكون طالبة للحضانة، فإن امتنعت فالأب أولى، والحرية الكاملة، وألا تنكح أجنبيًا منه، وأن يكون الولد غير مميز، فإن ميز خيِّر، وأن تكون معروفة النسب، فإن كانت مجهولة النسب فالأب أولى، ونقله هذا الثامن هكذا غلط، وما قاله أخذه من «اللباب» وأصله «الرونق» حيث قالا: الأم أحق ما لم يميز إلا في ثمان مسائل، وذكر السبعة الأولى؛ ثم قال في الثامنة: إذا كانت الأم مجهولة النسب فأقرب بالرق لإنسان، هذا لفظهما.

فإن قلت: لا معنى لما ذكراه مع ذكرهما أولًا الحرية الكاملة، ولعله الحامل للجيلي على ما قاله.

قلت: لعله أراد أن يجرد إقرارها تخرج عن الأهلية من غير توقف على العمل بإقرارها، والحكم بالرق مؤاخذة لها بقولها؛ إذ فيه تفصيل، وخلاف مذكور في «كتاب اللقيط» [فانظره].

قال القاضي أبو محمد المروزي: إذا نكحت المستحقة للحضانة من سواها من القرابات نظر؛ إن منعها الزوج امتنعت، وإن أذن لها فيه كان لها حضانته؛ لأن في هذه الحالة لا يلزم التاركة من النساء حضانته، فيقدم ما فيه الأحظ للطفل، والأحظ له كونه عند من رغبت فيه دون من زهدت، فإن تزوج جميع نساء قراباته بأجانب منه، فلا يختلف المذهب أن الأزواج إن لم يمنعوهن أنهن على حقهن فيه، فتقدم الأولى منهن على ترتيبهن عند خلوهن من الأزواج، فإن حقهن إنما يسقط لحق الزوج، وقد ارتفع بالإذن، فإن أذن زوج واحدة فقط دون غيره فهي أحق بالحضانة، سواء كان مع عدم الزوج تتقدم به على البواقي في حضانة أم تتأخر، فإن كن أربع فأذن زوجان من الأجانب لزوجتيهما، ومنع اثنان؛ قدم أقرب المأذون لهما، وإن منع الأزواج جميع نسائهم من حضانته، ولا قرابة له سواهن جرى مجرى المتدافعات لحضانته، وسيأتي، فإن اجتمع له خالة متزوجة بعم، وعمة متزوجة بخال، فعلى مذهب من يراعي العصبة فيقدمه، أو يسقط حق المرأة بنكاح نسب غير الأب، الحضانة للعم، وعلى مذهب من يراعي تقديم العصبات في الحضانة، ويسقط حق النساء بنكاح غير الأب، فالحضانة منتقلة إلى من هو الأول أقرب منهم إن وجد، فإن لم يكن فالخالة مقدمة حينئذٍ، انتهى.

والمتبادر من كلامهم أن المتزوجات بالأجانب كالعدم وإن رضي أزواجهن إلا ما سبق عن الْبَغَوِي، وتكلمنا عليه، وأفتيت مرات قبل الوقوف على كلامه في مثل هذا الحال؛ أن الأمر إلى الحاكم فيضع الطفل عند من يراه أحظ له منهن، أو من غيرهن بشرط رضا الأزواج، حسب لما ظهر لي من حيث النظر لا النقل، والله أعلم.

قال: (فَإِنْ كَمُلَتْ نَاقِصَةٌ) أي: وذلك بأن تسلم الكافرة أو تبلغ الصغيرة،

أَوْ طَلُقَتْ مَنْكُوحَةٌ حَضَنَتْ، وَإِنْ غَابَتْ الْأُمُّ أَوْ امْتَنَعَتْ فَلِلْجَدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وينبغي أن يراد رشده لما سيأتي، أو شفيت المجنونة، أو المفلوجة، أو عتقت الرقيقة، أو صلحت الفاسقة.

(**أَوْ طَلُقَتْ مَنْكُوحَةٌ**) أي: ولو رجعيًا.

(**حَضَنَتْ**) أي: لزوال المانع، وتستحق المطلقة الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب، والمنصوص لتأهلها وفراغها، وفي قول مخرج: إحضانه للرجعية حتى تنقضي العدة، وبه قال المزني؛ لأن الرجعية زوجة، وعلى الأول أنها تعود حقها إذا اعتدت في بيت الزوج إذا رضي بأن يدخل الولد بيته؛ فإن لم يرض لم يكن لها أن تدخله بيته، وكذا في البائن، وإذا رضي ثبت حقها، هكذا أورده الشيخان، وسكت عنه ساكتون، وأحسبه من فقه الإمام، وسبق في سكنى المعتدة عن جماعة من العراقيين ما ينازع في ذلك، ويقتضى أنه لا يعتبر رضاه؛ ولكن مشكل [المسألة يكون] في حكم المطلقة التي توفى زوجها، أو فسخ نكاحها، أو انفسخ، وكما تعود حضانتها بمجرد الفرقة يسقط بمجرد العقد عليها، وإن كان الزوج غائبًا.

قال: (**وَإِنْ غَابَتْ الْأُمُّ أَوْ امْتَنَعَتْ فَلِلْجَدَّةِ**) أي: أم الأم.

(**عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: كما لو ماتت أو جنت، والثاني: ينتقل إلى الأخت، والثالث: إلى السلطان لبقاء أهلية الأم؛ كما لو غاب ولي النكاح، أو عضل يزوج السلطان لا الأبعد، فكذا نقل الأوجه في الزوجية، والرَّافِعِي نقل وجهين فيما إذا امتنعت الأم، أو غابت، أصحهما: تنتقل الحضانة إلى الجدة، الثاني: لا، وبه قال ابن الحداد؛ لأن أهليتهما باقية، وذكروا على هذا أن الحضانة تكون للأب، ونزلوه منزلة السلطان عند الغيبة، والعضل وهو بعيد، وحق التشبيه بولاية النكاح أن تكون الحضانة للسلطان، وكذلك حكاه في «التتمة» عن ابن الحداد، والصحيح أنه متى امتنع الأقرب عن الحضانة تكون الحضانة لمن يليه السلطان من فوق، وقوله - ﷀ تعالى -: وحق التشبيه كذا، وكذا حكاه في «التتمة» ليس المراد منه ما فهمه المصنف من إثبات وجه ثالث في مسألتنا؛ فإن الموجود فيها في الكتب، ومنها «التتمة» نقل وجهين

……………………………………………………………………

الأولين فيها لا غير، ولفظ «التتمة»: فالمذهب أن الحضانة تنتقل إلى الجدة كما لو تزوجت، وعن الإصطخري: أنها تنتقل إلى الأب، ثم قال: إذا كانت الحضانة لأب فامتنع؛ فالحاكم يجبره عليها ولا ينتقل الحق إلى غيره، بخلاف جانب الأم، فأما إذا غاب الأب فقد حكي عن ابن الحداد: أن حق الحضانة ينتقل إلى السلطان اعتبارًا بولاية النكاح، والصحيح: أن الحق ينتقل إلى الجد، ثم فرق بنحو ما فرق به الرَّافِعِي، وكلامه شرح مراد الرَّافِعِي، وأن المراد بأن الْمُتَوَلِّي حكاه عن ابن الحداد في غيبة الأب فقط مع وجود الجد ويوضحه قوله: والصحيح أنه متى امتنع الأقرب.. إلى آخره، وفرق بما فرق به الْمُتَوَلِّي فبان بما ذكرناه أن الوجه الثالث في «الروضة» في غيبة الأم، وامتناعها لا وجود له نقلًا.

وأبدى الرَّافِعِي في شرحه، قوله: وحق هذا التشبيه كما سبق، وعبارة «شرحه الصغير» أوضح.

ثم رأيت في تعليق إبراهيم المروزي ما قد شهد «للروضة» حيث قال: فلو قالت الأم: أنا لا أرغب في حضانته، يبطل حقها من الحضانة، ولا ينتقل الحق إلى الجدة؛ لأنها صالحة للحضانة وامتنعت؛ كما لو عضل الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى السلطان لا إلى الأبعد، فلو غابت الأم، والصحيح من المذهب أن حق الحضانة ينتقل إلى الجدة، وقال ابن سُرَيْج: ينتقل إلى الأب؛ لأنها من أهل الحضانة بخلاف الموت، والأصح قول الأصحاب؛ فإن مبنى هذا الحق على العطف، والهداية، والجدة أهدى إلى تربيته من الأب، انتهى.

والظاهر: أنه لم يرد بما ذكره أولًا أن الحضانة تكون للسلطان، ويخرج من كلامه وجه فارق بين حالة الامتناع وحالة الغيبة، ويشبه أنه في حالة الامتناع والحضور يكون الأب أحق به، وفي حالة الغيبة بلا امتناع الجدة أحق بالعلم عند الله تعالى(١).

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٥/١٠٨).

هَذَا كُلُّهُ فِي غَيْرِ مُمَيِّزٍ، وَالْمُمَيِّزُ إِنِ افْتَرَقَ أَبَوَاهُ كَانَ عِنْدَ مَنِ اخْتَارَ مِنْهُمَا، ....

تَنْبِيهٌ: أطلق الشيخان وغيرهما أنه لا تجبر الأم على الحضانة.

قال ابن الرِّفْعَة: هذا إذا لم تجب على الأم المؤن، أو أجبنا بأن لم يكن له ولا مال فيجبر، انتهى.

ويشبه أنه إذا كان الأب مقترًا، وتوجهت المؤن على الأم أنها تجبر، يؤيده قول الفوراني في «العمد».

فرع: كل من جعلنا حق الحضانة له فهل تجبر أم لا؟ ينظر، فإن لم تكن النفقة عليه ولا تجبر؛ مثل: العمة، والخالة، والأخ، والعم، وإن كانت نفقته عليه فإنه يجبر على الحضانة؛ كما يجبر على النفقة مثل الأب، والأم، والجدة، انتهى.

قال: (**هَذَا كُلُّهُ فِي غَيْرِ مُمَيِّزٍ وَالْمُمَيِّزُ إِنِ افْتَرَقَ أَبَوَاهُ**) أي: مع أهليتهما وبقائهما ومقامهما ببلد واحد.

(**كَانَ عِنْدَ مَنِ اخْتَارَ مِنْهُمَا**) أي: لأنه ﷺ خير غلامًا بين أبيه وأمه حسنه الترمذي؛ وسواء الغلام والجارية صرح به «المحرر» إشارة إلى خلاف أبي حنيفة وأحمد حيث فصلا؛ فإن اتفقا على كونه عند أحدهما فذاك، وإن تنازعاه خيره الحاكم بينهما للخير، وسنن التمييز غالبًا سبع سنين، أو ثمان تقريبًا.

قال أصحابنا: وقد يتقدم التمييز على السبع، وقد يتأخر عن الثمان تقريبًا، والحكم مدار عليه لا على السن والأمر فيه موكول إلى نظر القاضي واجتهاده، ولا يتقدم ضبطه بالعرف كغيره، وهل يكفي مطلق التمييز بصدق الاسم؟ فيه احتمال، والظاهر أنه لا يكتفي، وقد قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إذا كثر التردد بين الأبوين ترك عند الأم حتى يتكامل تمييزه، ويؤيده الاحتمال إلي الأولى، قال الجويني ومن تبعه: وإن كان له تمييز خيرناه، وعبارة صاحب «الخصال»: أن يبلغ سبع سنين، أو ثمان فيكون له ضرب من التمييز، فحصل وجهان، والله أعلم(١).

---

(١) انظر: «تحفة المحتاج» (٣٦/ ١٤٢، ١٤٣).

فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ فَالْحَقُّ لِلْآخَرِ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أُمٍّ وَجَدٍّ، وَكَذَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ أَبٌ مَعَ أُخْتٍ أَوْ خَالَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**[فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ فَالْحَقُّ لِلْآخَرِ]**[1] **وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أُمٍّ وَجَدٍّ**)؛ أي: وإن علا عند فقد الأب وعدم أهليته؛ لأنه بمنزلة الأب.

قال (**وَكَذَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ أَبٌ مَعَ أُخْتٍ أَوْ خَالَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) لرواية الشَّافِعِي في «الأم» عن عمارة الجرمي قال: خيرني علي ﷺ بين أمي وعمي وكنت ابن سبع سنين، أو ثمان سنين، والثاني: لا؛ بل الأم وأمهاتها أحق؛ لقربها وولادتها قبل التمييز [وهذا ظاهر].

قال في «الروضة»: وفي ابن العم مع الأم هذان الوجهان إذا كان الولد ذكرًا، فإن كان أنثى فالأم أحق قطعًا، ويجري الخلاف أيضًا بين الأب والأخت والخالة؛ إذا قدمناهما عليه قبل التمييز، انتهى.

وهنا كلمات: **الأولى** محل القطع في ابن العم في الأنثى، إذا لم يكن معه بينة الثقة ونحوها كما سيأتي بيانه، **الثانية**: في التسوية بين العم وابنه في الحكم المذكور والتخيير، ورتبة الخلاف والترجيح نظر، وفي «مجرد» سليم الرازي تفريعًا على الأصح في الكتاب: أنه يخير بينهما وبين الواحد من العصبة، إلا أن يكون الولد جارية فيثبت التخيير مع محرمها؛ كالأخ، وابنه، والعم، ولم يثبت مع غير محارمها؛ كابن العم، وإن كان غلامًا يثبت التخيير

---

(١) قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَيُعْتَبَرُ فِي تَمْيِيزِهِ أَنْ يَكُونَ عَارِفًا بِأَسْبَابِ الِاخْتِيَارِ وَإِلَّا أُخِّرَ إِلَى حُصُولِ ذَلِكَ، وَهُوَ مَوْكُولٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي.
تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ الْوَلَدَ يَتَخَيَّرُ وَلَوْ أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ قَبْلَ التَّخْيِيرِ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ وَالرُّويَانِيُّ: إِنَّ الْآخَرَ كَالْعَدَمِ، وَلَوْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا فَامْتَنَعَ مِنْ كَفَالَتِهِ كَفَلَهُ الْآخَرُ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُمْتَنِعُ أُعِيدَ التَّخْيِيرُ، وَإِنْ امْتَنَعَا وَبَعْدَهُمَا مُسْتَحِقَّانِ لَهَا كَجَدٍّ وَجَدَّةٍ خُيِّرَ بَيْنَهُمَا وَإِلَّا أُجْبِرَ عَلَيْهِمَا مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْكِفَايَةِ أَمَّا إِذَا صَلُحَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ كَمَا نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: (فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا) أَيْ: الْأَبَوَيْنِ (جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ) أَيْ: الْأُنْثَى أَجْنَبِيًّا (فَالْحَقُّ لِلْآخَرِ) فَقَطْ وَلَا تَخْيِيرَ لِوُجُودِ الْمَانِعِ بِهِ، فَإِنْ عَادَ صَلَاحُ الْآخَرِ أَنْشَأَ التَّخْيِيرَ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١١٠).

……

مع جميع العصبات، انتهى.

وقد ذكر إبراهيم المروزي الخلاف في ثبوت الحضانة للأخ والعم، وصحح الثبوت لقضية عمارة الجرمي، ثم قال: فإن قلنا: تثبت، فهل لابن العم أم لا؟ وذكر ما سبق من الفرق بين الذكر والأنثى، ومنهم من قال: تثبت، ومنهم من قال: لا تثبت؛ لأنه ليس بمحرم لها، وكل شخص يثبت له حق الحضانة يثبت له حق التمييز، وأما حق النقل بانتقاله إن كان محرمًا فهو أولى من الأم، وإن لم يكن محرمًا؛ كابن العم المولود ذكرًا فهو أولى، وإن كان أنثى فالأصح: أنه ليس له حق فلا ينقل بانتقاله، انتهى.

الثالثة: قوله: إذا قدمناهما عليه سهو فإن تقديمها عليه رأي ضعيف، وإذا قيل: به فلا يجوز أن يكون لها ما ليس للأم بلا شك فلا خلاف، والذي في «الشرحين» و«النهاية» و«البسيط» وغيرها: إذا قدمناه عليهما قبل التمييز، وكان الأحسن الإطلاق كـ«المنهاج» ورأيت بخط أبي محمد المقدسي على نسخة «بالوسيط» بخطه أيضًا لا معنى لهذا الاشتراط.

وإن قلنا: إنها مقدمة على الأب فلا ترتقي درجتها على درجة الأم، وقد ثبت التخيير بين الأب والأم، فبين الأب والخالة أولى.

قال: وفي «النهاية» مثل ما في «الوسيط»؛ ولعله بما ذكر لمنقطع وهم من يتوهم أنَّا إذا قدمنا الأب في الصغر دام التقديم بعد اليمين فخير، وترك بيان التفريع على قولنا: إن الأخت مقدمة - لوضوحه بالقياس- على الأم، انتهى.

وقوله: لا معنى لهذا الاشتراط فيه نظر، والظاهر ذكر بالبيان محل الوجهين، إنَّا لو قدمناهما عليه كانتا في التخيير كالأم بلا خلاف.

فائدة: ظاهر إطلاق «المنهاج» وأصله «بالروضة» وأصلها جريان التخيير بين الأخت وبين الأب من أي جهة كانت، وهو ظاهر في الشقيقة، وفي الأخت للأم، ولأيهما بالأم، أما في الأخت للأب فلا، وقد يقال: الإشارة على البناء على التقديم يقتضي التخصيص بغيرها، والأشبه: أنه لا يخير بين الأب، وبين

فَإِنِ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ الْآخَرَ حُوِّلَ إِلَيْهِ، ....

الأخت للأب، ولا العمة، وبه صرح الْمَاوَرْدِي فقال: **فَأَمَّا تَخْيِيرُهُ بَيْنَ الْأَبِ وَبَيْنَ غَيْرِ الْأُمِّ وَأُمَّهَاتِهَا مِنْ نِسَاءِ الْحَضَانَةِ، فَإِنْ أَدْلَيْنَ بِالْأَبِ لَمْ يُخَيَّرْ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الْأَبِ، وَإِنْ أَدْلَيْنَ بِالْأُمِّ كَالْخَالَاتِ فَفِي تَخْيِيرِهِ بَيْنَ الْأَبِ وَبَيْنَهُنَّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْوَجْهَيْنِ، فَأَمَّا تَخْيِيرُهُ بَيْنَ سَائِرِ الْعَصَبَاتِ، وَبَيْنَ سَائِرِ النِّسَاءِ سِوَى الْأُمَّهَاتِ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: لَا يُخَيَّرُ، وَتَكُونُ الْعَصَبَاتُ أَحَقَّ.**

وَالثَّانِي: لَا، وَيَكُونُ نِسَاءُ الْقُرَابَاتِ أَحَقَّ.

وَالثَّالِثُ: بَيْنَ عَصَبَاتِهِ وَبَيْنَ نِسَاءِ قِرَابَاتِهِ إِذَا تَسَاوَتْ دَرَجَتُهُمْ، فَإِنْ تَسَاوَى اثْنَانِ فِي عَصَبَتِهِ لِأَخَوَيْنِ أَوِ اثْنَتَانِ مِنْ قِرَابَاتِهِ كَالْأُخْتَيْنِ الأحق بالحضانة، **فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: يُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.**

وَالثَّانِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَلَا يُخَيَّرُ وَيَسْتَحِقُّهُ مِنْ قُرِعَ مِنْهُمَا، انتهى.

قال: (**فَإِنِ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ الْآخَرَ حُوِّلَ إِلَيْهِ**) نصَّ عليه في «الأم» في تخييره بين الأبوين؛ لأنه قد يبدو له أن الأمر على خلاف باطنه؛ ولأن المتبع بشهوته، قال جماعة: وإن تكرر ذلك منهُ اتبع هكذا أطلقوه.

وقال صاحب «المعتمد» من المتقدمين: ومتى اختار أحدهما، ثم بدا له فاختار الآخر وتكرر، وعلم أن فيه مصلحة له حوّل، وإلا لم يعط مراده، وقال الإمام وغيره وتبعهم الرَّافِعِي والمصنف: أجبت إلا أن يكثر التنقل؛ بحيث يظن أن نسبه قله تمييزه ترك عند أمه، وكذا لو نكح وهو على نقصانه وخبله، أو جنونه، أو طرأ عليه ذلك ترك عندها؛ كالطفل إن أمكنها ضبطه، وإلا فلا.

فروع وتتمات:

مبددة منها: إذا بلغ الغلام عاقلًا غير رشيد فقد أطلق جماعة أنه كالصبي لا يفارق الأبوين، وكلام حضانته، وقال ابن كج: إن لم يحسن تدبيره يفسد بالحكم لذلك، وأما إن كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين، والصحيح: أنه يسكن حيث يشاء ولا يخير أن يكون عند الأبوين أو أحدهما، وقيل: تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه، وهذا التفصيل حسن، هذا لفظ

....

«الروضة» وتداوم الحضانة، جزم الْمُتَوَلِّي وغيره، واقتضاه كلام كثيرون ويجب أن يكون محل التفصيل؛ إذا لم يحسن عليه فساداً في نفسه كما سنذكره من بعد، وإذا قلنا: تداوم الحضانة، والظاهر: جريان التخيير إلا أن تكون الأنثى لا تحفظه وتصونه؛ لضعفها وطمعه فيها.

ثم رأيت أن ابن الرِّفْعَة قال بعد ذكره استحسان الرَّافِعِي نظر واستحسانه سواء: هو أن السفه إذا كان في الدين؛ فالعار اللاحق فشبه أشد واعتناء الشارع بدفعه أتم، وإذا كان لهما المنع من الانفراد بسبب تدبير المال فلصيانة الدين أولى، انتهى.

ومنها: سكت المصنف وغيره عن التخيير بين نساء القرابة، وصرح الْبَغَوِي في «الفتاوى» بعدم جريانه بينهن، وهو يقتضي كلام كثيرين وسلوكهم؛ بل الحضانة تبقى كافلة، وكلام «الحاوي» السابق، وكلام «الانتصار» والمذهب يقتضي جريان التخيير بينهن، وفي «فروع» ابن القطان: إذا اجتمع خالتان، أو عمتان، أو أختان فإن تراضين على شيء فذاك؛ وإلا أقرعنا بينهما، وإذا بلغ إلى حد التخيير خيرناه، انتهى.

وقد يوافقه قول المروزي: وكل شخص ثبت له حق الحضانة يثبت له حق التخيير؛ لكنه ذكره في أواخره فصل اجتماع الذكور، فالظاهر أنه أرادهم لا الإناث المحض.

ومنها: ظاهر كلام «الروضة» أن الأم في دوام الزوجية تقدم على الأب في الحضانة، وإذا طلبت أجرتها، حيث قال في أول الباب كما تقدم: ومؤنة الحضانة على الأب، وحكى السرخسي وجهًا: أنه ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام، والصحيح: الأول، انتهى.

وقال الشيخ برهان الدين الفزاري - ﷺ تعالى - في «تعليقه»: أنه يجري فيه خلاف؛ كما في المسألة امتناعها من الإرضاع، وكما في المسألة طلب أجرة المثل للرضاع مع وجود متبرعة، انتهى.

....

وقد ذكر الإمام الحضانة والأجرة فهي بمثابة طلبها الأجرة للرضاع؛ ولكن لو كان يأتي من الوالد أنه يتولى الحضانة بنفسه ولا حاجة إلى الإرضاع؛ فيمكنه من تولي الحضانة فهو ينزل منزلة وجدانه متبرعة بالإرضاع، والأم تطلب الأجرة عليه، فيه تردد بين الأصحاب يجوز أن يقال: إنما نجري القولين في تقديمها مع طلب الأجرة في الإرضاع، أما الحضانة فهي منها ومن غيرها على وتيرة واحدة، ويجوز أن نجعل الحضانة تابعة للإرضاع حتى نجري القولين في أن الأم هل تكون أولى بها أم لا؟ ثم حق الرجل في حضانة الولد، هل يكون كوجدانه حاضنة بأجرة، أم يكون لوجدان متبرعة حتى يجري الترتيب المتقدم؟ هذا فيه احتمال، ولعل الظاهر أن ما يناله من التعب بمثابة الأجرة التي تطلبها الأجنبية، ولا يكون هذا الوجدان متبرعة، والعلم عند الله تعالى، انتهى لفظه؛ لكنه لم يفصح بأن الكلام في دوام الزوجية، أو بعد القرعة؛ فإن كان في دوام الزوجية، فلا يخفى أنها لا تستحق أجرة عند العراقيين، ولا يصح استئجارها من الأب، ولو سمي لها أجرة لم تستحقها على الأصح عند الأكثرين منهم كما سبق.

ثم رأيتني ذكرت في «الغنية» أن ابن الرِّفْعَة قال عقب قول الإمام: فلا يكون كوجود متبرعة، هذا تفريع منه على الظاهر أنها لا تستحق الأجرة بعد انقضاء الرضاع، وفيه وجه حكاه القاضي الحسين، انتهى.

وقلت: إن ظاهر كلام «الروضة» السابق يفهم أن هذا الوجه هو الصحيح.

ومنها: إذا احتاج الولد في الحضانة، أو الكفالة إلى خدمة ومثله يخدم؛ فأم الأم باستئجار خادم أو شرائه على حسب عادة البلد وعرف أمثاله، ولا يلزم الأم استحقاقها أجرة الحضانة أن تقوم بخدمته إذا كان مثلها لا يخدم؛ لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة، وتربية الولد، والنظر في مصالحه، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة، ويستوي في ذلك الغلام والجارية قاله الْمَاوَرْدِي.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: حكى الجيلي أن الصغيرة التي تشتهى إذا حضنتها الأم، أو الجدة وأراد من به حضانة من المحارم نقلها إلى مسكن لخوف عليها

فَإِنْ اخْتَارَ الْأَبَ ذَكَرٌ لَمْ يَمْنَعْهُ زِيَارَةُ أُمِّهِ ....

أو ريبة، وامتنعت الأم أو الجدة من الانتقال معها؛ فله أخذها منها، انتهى.

وكذا رأيته في نسخ الجيلي التي لا تنسى، ولعل لا زائدة إلا أن يريد الريبة في الكفالة؛ لأن الطفلة قد تتعلم منها، وإن لم تكن مشتهاة، قال: فلو امتنعت حيث يجب، أو هربت بالولد، أو سرقته لم تجب على الأب النفقة، ولا يجوز للحاكم أن يفرض عليه نفقته، وحاله هذه وعزاه إلى «الفتاوى» انتهى.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: طلقها ثلاثًا ففرض القاضي لولده الصغير كل شهر ثلاثين درهمًا فغابت المرأة عن البلد خفية؛ فأجاب ينبغي أن يسقط زمان الغيبة، وفيه نظر؛ لأن هذه نفقة القريب بالغيبة، انتهى.

والظاهر: أن القائل، وفيه نظر الْبَغَوِي جامع «الفتاوى» لا القاضي الحسين.

قال: (فَإِنْ اخْتَارَ الْأَبَ ذَكَرٌ لَمْ يَمْنَعْهُ زِيَارَةُ أُمِّهِ) أي: لئلا يكون ساعيًا في العقوق وقطيعة الرحم، وهل ذلك على سبيل الوجوب، أو الندب؟ قال ابن الرِّفْعَة: الذي صرح به الْبَنْدَنِيجِي، ودل عليه كلام الْمَاوَرْدِي: الأول: يعني قوله، وعليه أن ينفذه إلى زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة، وإن كان منزلها قريبًا فلا بأس أن يدخل عليها في كل يوم ليألف بودها، ولا يمنعه منها فيألف العقوق، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: إن اختار أباه؛ لم يكن لأبيه منعه من أن يأتي أمه ويأتيه في الأيام، وإن كان خارجًا لم يمنع أمها من أن يأتيها، ولا أعلم على أبيها إخراجها إليها إلا من مرض فتؤمر بإخراجها عائدة، انتهى.

وعبارة «الكافي» مثله، وعبارة الإمام: وإذا صححنا للمولود إلى الأب عند إحضاره؛ فلا يجوز قطع الأم عنه، واستدل بحديث: «**لا يوله والدة بولدها**»(١) وعبارة «الشامل» و«التتمة»: وإذا اشتاقت الأم إليه أنفذه إليها، وعبارة «البيان»: وإذا أرادت الأم نظرة أرسله إليها، وعبارة سليم الرازي تفهم

---

(١) ذكره أبو إسحٰق الشيرازي في «المهذب» (٢/ ١٢).

وَيَمْنَعُ أُنْثَى، وَلَا يَمْنَعُهَا دُخُولًا عَلَيْهِمَا زَائِرَةً، وَالزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامٍ، فَإِنْ مَرِضَا

أنه مندوب، وبه صرح الجرجاني في «الشامل» و«التحرير» حيث قال: ويستحب له ألا يمنع الأم منه؛ لئلا ينقطع الرحم بينهما، فحصل في الوجوب وجهان للأصحاب.

قال: (**وَيَمْنَعُ أُنْثَى**) أي: الخروج لزيارة أمها؛ لأنه لا يؤمن من خديعتها في الطريق لصغرها ولتألف الصيانة.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُهَا دُخُولًا عَلَيْهِمَا زَائِرَةً**) أي: على الابن والبنت، كما اقتضاه كلام «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» وهو من نسخ «المنهاج» المعتمدة، وفي بعضها: عليهما؛ يعني البنت، ووجهه ما قدمناه، ويجيء في وجوب تمكينه من زيارتهما أو زيارة الأنثى؛ إذا أنفذ الابن إليها ما ذكرناه من الوجهين، ويخرجان من كلام «الشافي» وغيره، وعبارة المروزي: وليس له منع الأم من أن تدخل وتزورها، وصرح الْمَاوَرْدِي بأنه يلزم الأب أن يمكنها من الدخول عليها، ولا يولهما على ولدها للنهي عنه، انتهى.

والظاهر: أن الخنثى هنا كالأنثى، وأفتى ابن الصلاح بأن الأم إن تطلب البنت فتنفذ إليها قدر الزيارة، ويشبه أن يفرق بين الأم الْمَخْدُورَة وغيرها، ومن عادتها الخروج وغيرها تنفذ إلى الْمَخْدُورَة دون غيرها؛ بل تزورها الْبَرْزَة إن شاءت.

قال: (**وَالزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامٍ**) أي: العادة لا في كل يوم ولا تطيل المكث، قال الْمَاوَرْدِي: ثم إن كان الأبُ خارجًا جاز للأم الدخول وحدها، وإن كان مع بنته في داره لم تدخل إلا مع امرأة ثقة؛ لتنتفي عنهما التهمة، وصرح بأنه ليس للأم أن يخرجها إليها، وفرق بأن الخدر على البنت أكثر، وحالها في الصغر أخطر، ويشبه أنه لو كانت الأم مريضة، أو زمنة، أو ممنوعة من الخروج بزوج، أو ولي أنه يلزم الأب أن ينفذها إليه للزيارة مع ثقة عند طلب الأم ذلك، وقد نصَّ عليه في المريضة.

قال: (**فَإِنْ مَرِضَا**) أي: الابن والبنت وكذلك الخنثى.

فَالْأُمُّ أَوْلَى بِتَمْرِيضِهِمَا فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي بَيْتِهِ، وَإِلَّا فَفِي بَيْتِهَا، وَإِنْ اخْتَارَهَا ذَكَرٌ فَعِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَ الْأَبِ نَهَارًا، وَيُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ لِمَكْتَبٍ أَوْ حِرْفَةٍ، ....

(فَالْأُمُّ أَوْلَى بِتَمْرِيضِهِمَا)؛ لأنها أهدى إليه وأصبر عليه فأشبه حضانة الطفل.

(فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي بَيْتِهِ، وَإِلَّا فَفِي بَيْتِهَا) أي: الأب مخير بين الحالتين، ويجب الاحتراز عن الخلوة عند التمريض في بيته، وعند زيارتهما الولد؛ فإن لم يكن هناك ثالث خرج؛ لتدخل الأم كذا أورده، وعبارة «الحاوي»: وليكن بينهما من تفاوت النساء، أو ذوي المحارم من تنتفي به التهمة عنهما، وهي أوضح من إطلاق ثالث، وخصَّ الْمَاوَرْدِي هذا الكلام بتمريض البنت، وسكت عن الابن.

قال: وإذا مرضهما في بيتها فليس لها منع الأب من الدخول لعيادة بنته، وأطلق إبراهيم المروزي أن الأم تلي تمريضها في بيته، ولم يذكر تخيير الأب، وموافقة قول الشَّافِعِي في «الأم»: وإن ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن، ولا يمنع في مرضها من أن تلي تمريضها في بيت أبيها، انتهى.

وقال في «البيان»: وإن مرض الولد عند الأب كانت الأم أحق بتمريضه، قال الشيخ أبو إسحٰق: وتمرضه في بيتها، وقال ابن الصباغ: تجيء إليه لتمرضه، ولا تخلو مع الزوج، انتهى.

ويحسن أن يقال: إن كان في النقل على الولد ضرر، أو مشقة شديدة تعين التمريض في بيت الولد؛ وإلا فهو مخير بين الأمرين، وإذا مات الولد لم تمنع الأم من الحضور عند الغسل والتجهيز إلى أن يدفن.

قال: **(وَإِنْ اخْتَارَهَا ذَكَرٌ فَعِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَ الْأَبِ نَهَارًا، وَيُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ لِمَكْتَبٍ أَوْ حِرْفَةٍ)** أي: ويعلمه أمور الدين، وعبارة «المحرر»: ويسلمه إلى المكتب والحرفة وهي أحسن؛ لدلالتهما على التفريع حسب ما يليق بالولد، وعبارة الْمَاوَرْدِي: ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة، أو في الكتاب، إن كان من أهل العلم، انتهى(١).

---

(١) ظَاهِرُ كَلَامِ الْمَاوَرْدِيِّ أَنَّهُ لَيْسَ لِأَبٍ شَرِيفٍ تَعْلِيمُ ابْنِهِ صَنْعَةً تَزْرِيهِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ رِعَايَةَ حَظِّهِ وَلَا ـ

أَوْ أُنْثَى فَعِنْدَهَا لَيْلًا وَنَهَارًا، ....

ولفظ نص «الأم»: ويخرج الغلام إلى الكتاب والصناعة إن كان من أهلها، والظاهر أن هذا قيد في تعليمه الصنعة؛ فليس للأب الشريف أن يعلم ولده الصنعة إذا كان ذلك يزري به، وكذا ينبغي لمن صنعته شريفة أن يسلم ابنه في صنعة دنيئة؛ بل عليه أن يراعي في ذلك مصلحته، وما فيه النظر والحظ له، ولا شك أن للحرفي أن يعلم ابنه الكتابة والقرآن والعلم [والآداب] واقرأ قول المصنف لمكتب بفتح الميم فهو أحسن من ضمها؛ لأن الأول يشمل الكتابة والتعليم، وهو يأتي في «المحرر» وغيره، قول الشَّافِعِي والأصحاب: في الحرفة والصناعة أنه يكون عنده نهارًا؛ ليعلمه ظاهر فيمن يكون حرفته بالنهار، أما لو كانت ليلًا؛ كالزجاج وغيره، أو أراد أن يسلمه لمن يعلمه ذلك لكونه أحظ له، فهل يكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره حتى يكون عنده ليلًا؛ لأنه وقت التعلم والتعليم، وعندها نهارًا، كما قالوه في القسم بين الزوجات؟ فيه احتمال، ولم أر فيه شيئًا، قال في زيادة «الروضة»: وتأديبه وتعليمه واجب على وليه أبًا كان، أو جدًا، أو وصيًا، أو قيمًا، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي؛ فإن لم يكن فعلى من تلزمه نفقته؟ وقيل: أن أجرة ما لا يلزمه تعلمه بعد البلوغ يكون في مال المولي مع يسار الولد، الأول: أصح، وقد سبق بعض هذا في أول كتاب «الصداق» والله أعلم، انتهى.

وربما قدمت ما ينازع في ترجيحه، وفي وجوب التعليم، ولا ينقدح القول بوجوب تعليم الصبي ما ليس بركن، ولا شرط في صحة الصلاة قبل المراهقة.

قال: (**أَوْ أُنْثَى**) أي: أو خنثى فيما يظهر.

(**فَعِنْدَهَا لَيْلًا وَنَهَارًا**) أي: بخلاف الغلام؛ لاستواء الزمانين في حقها

= يَكِلُهُ إِلَى أُمِّهِ لِعَجْزِ النِّسَاءِ عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ، وَأُجْرَةُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْوَلَدِ إِنْ وُجِدَ وَإِلَّا فَعَلَى مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ، وَأَفْتَى ابْنُ الصَّلَاحِ فِي سَاكِنٍ بِبَلَدٍ، وَمُطَلَّقَتُهُ بِقَرْيَةٍ وَلَهُ مِنْهَا وَلَدٌ مُقِيمٌ عِنْدَهَا فِي مَكْتَبٍ بِأَنَّهُ إِنْ سَقَطَ حَظُّ الْوَلَدِ بِإِقَامَتِهِ عِنْدَهَا فَالْحَضَانَةُ لِلْأَبِ رِعَايَةً لِمَصْلَحَتِهِ، وَإِنْ أَضَرَّ ذَلِكَ بِأُمِّهِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ أَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ بِالْأَوْلَى مَا لَوْ كَانَ فِي إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا رِيبَةٌ قَوِيَّةٌ. انظر: «تحفة المحتاج» (١٤٨/٣٦).

وَيَزُورُهَا الْأَبُ عَلَى الْعَادَةِ، وَإِنِ اخْتَارَهُمَا أُقْرِعَ فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ فَالْأُمُّ أَوْلَى، وَقِيلَ يُقْرَعُ.

فتمنع من الخروج منها لتألف الصيانة.

قال: (**وَيَزُورُهَا الْأَبُ عَلَى الْعَادَةِ**) أي: ويدخل عليها مشاهدًا لها ومعترفًا لخيرها لتألفه ويألفها ولا يطل؛ ولتكن مع الأم عند دخوله لزيارة بيته ذو محرم، أو نساء ثقات قاله الْمَاوَرْدِي، وعبارة غيره ويزورها الأب نهارًا وهي أحسن؛ لأن زيارة الليل تورث تهمة وريبة.

قال: (**وَإِنِ اخْتَارَهُمَا أُقْرِعَ**) أي: قطعًا للنزاع.

(**فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ فَالْأُمُّ أَوْلَى**) أي: استصحابًا لما كان.

(**وَقِيل: يُقْرَعُ**) إذ لا بد من كفالته إلى البلوغ، وبه أجاب الْبَغَوِي، وصاحبا «البيان» و«الكافي» وصاحب «المهذب» وعللوه في الأولى؛ بأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ولا من به؛ لأحدهما على الآخر فوجبت القرعة، والرَّافِعِي في تخصيص الوجهين بالثانية متبع للروياني وللماوردي، ورجحا الأول أيضًا، قال الرَّافِعِي: وهو ما أورده في «البسيط».

قلت: و«الوسيط» وأصله قول الإمام، ولو خيرنا المميز فسكت فهذا غير مستنكر من الكيس المميز، والظاهر عندنا أنه يبقى في حضانة الأم، فإن أصل الحضانة لها ما لم يقطعها اختيار المولود للأب في حالة التمييز، انتهى⁽¹⁾.

وحكى القاضي أبو محمد بن أبي حامد المروزي الوجهين في الحالين، وقال: فإن خيّر فلم يختر واحدًا منهما، واختارهما واختار غيرهما، فقيل: قيل: يقرع، والأصح: بقاء الأم على حقها، انتهى.

ويجوز أن يقال: إن دلَّ اختياره لهما على لبسه وفطنته لمراعاتهما معًا أقرع؛ وإلا ترك مع الأم، ولم يذكر الإمام والْغَزَالِي صورة اختيارهما جميعًا، وكلام الإمام: يفهم استواء الصورتين في بقائه مع الأم لما علل به صورة السكوت.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١١٠).

وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةٍ كَانَ الْوَلَدُ الْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ الْمُقِيمِ حَتَّى يَعُودَ،

قال: **(وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةٍ كَانَ الْوَلَدُ الْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ الْمُقِيمِ حَتَّى يَعُودَ)** أي: لما في السفر من الخطر والضرر، وسواء طالت المدة أم قصرت، وفيما إذا طالت مدة السفر وجه عن الشيخ أبي محمد أطلقه الْغَزَالِي والرَّافِعِي، وعبارة الإمام: وكان شيخي أبو محمد يقول: له المسافرة به، إذا كان يطول أمد السفر على حد يظهر أثره وضرره، انتهى.

وأحسبه أراد بقوله: يظهر أثره وضرره على المولود بطول غيبته عنهُ، وكنت أود لو قيل: بهذا في المميز الذي مصلحته ظاهرة في سفره مع أبيه؛ ليعلمه أمر دينه ودنياه، ويخرجه التاجر في تجارته دون الرضيع ونحوه.

ثم رأيتني قلت في «الغنية»: وأغرب فقال في «البيان»: ذكر الشيخ أبو حامد أن الأب إذا سافر لحاجة خيّر الولد؛ فإن اختار الأب لم يسافر به، وإنما يسلمه إلى من يقوم به، انتهى.

ولم أر هذا في كتب أتباعه، ولعل المراد به ما تقدم عن الْمَاوَرْدِي أن للأب أن يستنيب في الكفالة دون الأم، ثم رأيت من أنكر على العمراني ما نقله عن أبي حامد وقال: إنه لم يره في كلامه، ولا كلام أصحابه، وليس يبعد تمكين الأب من السفر بالابن إذا كان يخشى من إقامته في غيبته عن الأم مفسدة، أو ضياع مصلحة؛ كما لو كان يعلمه القرآن، أو العلم، وهما ببلد لا يقوم غيره مقامه في ذلك، لا سيما إذا كان الصبي مختارًا للأب والسفر معه.

قال: ثم رأيت القاضي أبا محمد ابن الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ الْمَرْوَزِيِّ أحسن فقال: إن سافرت الأم فالأب أولى بالولد مدة سفرها، وليس لها تفويض الحضانة إلى غيرها من النساء المقيمات، وإن كان الأب هو المسافر؛ فإن كانت الحضانة للأم فهي باقية عليها لا ينزع الولد منها، وإن كانت للأب باختيار الولد لم تسقط بذلك حضانته؛ لأن له من الاستنابة في حضانة الولد ما ليس للأمهات، وله من الولاية عليه، وعلى ماله ما يجوز له المسافرة به إذا رأى ذلك من أسباب تعليمه، وحركته، والتدرج في تصرفه، هذا كلام أبي محمد وهو شاهد لما قلناه وهو الصواب -إن شاء الله تعالى، انتهى.

أَوْ سَفَرَ نُقْلَةٍ فَالأَبُ أَوْلَى بِشَرْطِ أَمْنِ طَرِيقِهِ وَالْبَلَدِ الْمَقْصُودِ، ....

وما ذكره حسن، وليس فيه إلا تولية الأم عليه مدة الغيبة، ولم ينظروا إلى ذلك بدليل سفر النقلة مع أنه يمكنها أن تصحبه في السفرين، ويجوز أن يحمل كلام الجمهور في سفر الحاجة بالنسبة على هذه الصورة فيما إذا كان قبل سن التخيير، أو كان المميز قد اختار الأم، ولم يكن في بقائه عندها نقص عليه ولا فوات مصلحته، أما لو كان قد اختار الأب فليس في كلامهم التصريح بأن الأب لا يسافر به، وإن أفهمه إطلاقهم، والله أعلم(١).

قال: (**أَوْ سَفَرَ نُقْلَةٍ فَالأَبُ أَوْلَى**) أي: سواء انتقل الأب أو الأم، أو كل واحد إلى بلد احتياطًا للنسب؛ فإنه يتحفظ بالآباء ولمصلحة التأديب، والتعليم، والصيانة، وسهولة الإنفاق عليه، نعم، لو رافقته أمه في الطريق، أو المقصد دام حقها، ولو عاد من سفر النقلة إلى موضع إقامتها عاد حقها، ولا فرق عندنا بين أن يكون قد نكحها في بلدها، أو في بلد الغربة، وعن أبي حنيفة كما قال الرَّافِعِي ومالك: كما قال إبراهيم المروزي: إنه إن نكحها في بلد الغربة فكذلك، أو بلدها فهي أحق به، ويروى عن أبي حنيفة: إنه إذا كانت الأم تنتقل، والأب مقيم فهو أحق به، إلا إذا كانت تنتقل من بلدة إلى قرية.

واعلم أن قضية إطلاق المصنف وغيره؛ أن للأب أن ينتقل به من قرية إلى بادية، وحكى ابن الرِّفْعَة عن تعليق القاضي الحسين: إنه ليس له التنقل إلى بادية، ولم يرد ذلك في «تعليقه» ولا في كتب أتباعه.

قال: (**بِشَرْطِ أَمْنِ طَرِيقِهِ وَالْبَلَدِ الْمَقْصُودِ**) أي: فليس له أن يسلك به طريقًا مخوفًا، ولا أن يخرجه إلى بلد مخوف، فإن كان أحدهما كذلك أقر عند أمه، وليس له أن يخرجه إلى دار الحرب، كما صرح به القاضي أبو محمد المروزي، وهو ظاهر، وإن كان وقت أمن الطريق، وشرط الْمُتَوَلِّي في البلد المنتقل إليه، أن يكون صالحًا للإقامة به، وهو قريب مما حكاه

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١١٧).

قِيلَ وَمَسَافَةُ قَصْرٍ.

ابن الرِّفْعَة عن «تعليق» القاضي، فإن الصبي إذا كان ممن ينبغي تعليمه العلم والخط، وغيرهما، وليس هناك من يعلمه لكونه ينقله إلى قرية بعيدة أو بادية نائية، ولا يقوم الأب بتعليمه فقد أضر به، ويحسن خطه فتأمله، وألحق ابن الرِّفْعَة بأمن الطريق السفر الحر الشديد، والتردد الشديد.

فرع: في «فتاوى» الْبَغَوِي: إنه لو أراد الأب سفر نقلة بولده الطفل في دوام الزوجية لا يجوز للبادئ، ويجوز في المطلقة إذ هي قادرة على الانتقال أيضًا؛ فالفرقة بحال على تحليفها كذا قال: وكلامه يشعر بأن للزوج الانتقال بنفسه في دوام الزوجية، وترك الزوجة، وفيه كلام ربما أوردته في كتاب «القسم» أو في «الغنية» وفيما أطلقه من قدرة الأم نظر، إذ لا يمكنها ذلك لفقر، أو غيره، وقد تكون رقيقة لا يمكنها السيد من ذلك.

قال: (قيل: وَمَسَافَةُ قَصْرٍ) أي: فلا أثر للانتقال إلى ما دونها، وكانا كالمقيمين في محلتين من بلد متسع الأقطار؛ لإمكان مراعاة الولد، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وأجاب الْمَاوَرْدِي، وسليم الرازي في «المجرد» والمحاملي في «المقنع» وصاحب «المعتمد» و«المهذب» والْبَغَوِي في «تهذيبه» و«تعليقه» وإبراهيم المروزي في «تعليقه» والجرجاني في «شافيه» و«تحريره» قال الإمام: إنه الظاهر الذي مال إليه دون التحقيق، وعدم الفرق هو الأشبه في كتب الرَّافِعِي الثلاثة، واختاره الرُّويَانِي وابن الصباغ، وهو قضية إطلاق نص «الأم» و«المختصر» وعلى إطلاقه جرى الجويني في «مختصر المختصر» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» والفوراني، وغيرهم، ويؤيده قول الشَّافِعِي في «الأم» وغيره في أول الباب.

وإذا افترق الأبوان، وهما في قرية واحدة؛ فالأم أحق بأولادها ما كانوا صغارًا، وهذا هو المختار، وإن كانوا للأكثر على خلافه؛ لأنه في معنى الانتقال إلى مسافة القصر؛ لانقطاع مصلحة التعلم والتأديب، ومراعاة أحواله غالبًا، قال الرَّافِعِي: وقال: الخلاف مبني على المرعي، والانتقال إلى مسافة القصر احتياطًا لحفظ النسب، أو أن يتأدب الولد، ويتعلم، فمن

وَمَحَارِمُ الْعَصَبَةِ فِي هَذَا كَالْأَبِ، ....

قائل بالأول فارق بين الانتقال من باب القوافل والأخبار فيما دون مسافة القصر سواء؛ بل فلا يخشى اندراس النسب، ومن قائل بالثاني سوى بين الانتقالين في فوات التأديب، انتهى.

وتوسط **الْقَفَّال** في شرح «التلخيص»؛ فقال: إذا كانت مسافة تشق معها الزيارة؛ مثل الفرسخين، والثلاثة، فكالبعيدة، وما دون ذلك في حكم الإقامة، انتهى.

وهذا حسن، قال القاضي أبو محمد المروزي بعد اعتباره مسافة القصر كقول الجمهور: إن انتقاله إلى ما دونها لا يسقط حق الأم في الولد الذي لا يميز، ولا في الأنثى المميزة التي اختارتها؛ لأن هذه المسافة في حكم البلد الواحد؛ وإن كان صبيًا مميزًا، واختارها؛ فإن يمكن الأب من تعليمه، وتخريجه أقر معها، وإن لم يتمكن من ذلك، فمصلحته بتأدبه وتعليمه، وتخريجه أولى بالمراعاة من اختياره للمكث عند الأم، انتهى.

وما قاله حسن بالغ، وحاصله أن ما دون مسافة القصر لا ينقطع حق الأم، إلا في الصبي المميز، إذا لم يتأت تعليمه، وتخريجه، إن بقي عندهما، وفي «فتاوى» ابن الصلاح ما يوافقه، ويحصل مما نقلنا، وحق، لكن قول **الشَّافِعِي** في «الأم»: وإذا أراد الرجل أن ينتقل فالأب أحق بالولد مرضعًا كان أو كبيرًا، أو كيف ما كان ينازع في تفصيل أبي محمد المروزي.

قال: (**وَمَحَارِمُ الْعَصَبَةِ فِي هَذَا كَالْأَبِ**) أي: في انتزاع الولد عند الانتقال؛ احتياطًا للنسب، هكذا أطلقه كثيرون، أو الأكثرون، وكذا قال **الشَّافِعِي** في «الأم» متصلًا بما قدمناه، وكذلك قرابة الأب، وإن تعدت، والعصبة إذا افترقت الدار أولى، وفي متن «الروضة» عن **الْمُتَوَلِّي** من غير مخالفة: أنه لو لم يكن أبًا، ولا جدًّا، وأراد الأخ الانتقال، وهناك ابن عم، أو عم مقيمان، فليس للأخ انتزاعه من الأم؛ لنقله بخلاف الأب، والجد؛ لكمال نفقتهما، وعبارة «التتمة»: وهناك عم، أو ابن أخ، وذكر

وَكَذَا ابْنُ عَمٍّ لِذَكَرٍ وَلَا يُعْطَى أُنْثَى، فَإِنْ رَافَقَتْهُ بِنْتُهُ سُلِّمَ إِلَيْهَا.

الْمَاوَرْدِي أن حكم العصبة في النقلة؛ كالأب، فلو انتقل بعضهم نظر، إن انْتَقَلَ أَبَاعِدُهُمْ، وَأَقَامَ أَقَارِبُهُمْ؛ فَالْمُقِيمُونَ أَوْلَى به، وإن كان بالعكس؛ فالمنتقلون أولى به، وإِنْ تَسَاوَوْا فِي الدَّرَجَةِ قُرْبًا وَبُعْدًا؛ فَالْمُقِيمُونَ أَوْلَى بِهِ مِنَ الْمُنْتَقِلِينَ، انتهى(١).

ويشبه أن ينظر في الأحظ للولد، ويعمل عليه، كما لو انتقل بعض المستوين من قرية، أو بادية إلى مصر يتعلم فيه الولد، ويتأدب، ولو ترك بالقرية، أو البادية؛ لضاعت مصلحته في ذلك، وأقل الدرجات: أن يقرع بين المقيم، والظاعن، والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَكَذَا ابْنُ عَمٍّ لِذَكَرٍ**) كما تقدم.

(**وَلَا يُعْطَى أُنْثَى**) أي: لعدم المحرمية.

(**فَإِنْ رَافَقَتْهُ بِنْتُهُ**) أي: البالغة العاقلة الثقة.

(**سُلِّمَ إِلَيْهَا**) أي: لانتفاء الخلوة المحرمية، والبنت مثال، وقوله سلم الأحسن سلمت، ولفظ «المحرر»: فتسلم إليها، وقال في «الروضة» وأصلها: وكذا غير المحارم؛ كابن العم إن كان الولد ذكرًا، فإن كان أنثى لا تسلّم إليه، قال الْمُتَوَلِّي: إلا إذا لم تبلغ حدًّا يشتهى مثلها، وفي «الشامل»: إنه لو كان له بنت توافقه سلمت إلى بنته، انتهى.

واعلم أن ما نقلاه عن الْمُتَوَلِّي، قاله شيخه في «الإبانة» و«العمد» وأما النقل في «الشامل» فهو بلا شك، فإن الذي رأيته فيه فيما لا أحصي من نسخه ذكر ذلك في الحضانة لا غير، ولفظه: وإن لم يكن محرمًا، كابن العم، فإن كانت له بنت سلمت إلى بنته؛ ثم تكلم بعد ذلك في النقلة، ولم

---

(١) تَنْبِيهٌ: لِلْأَبِ نَقْلُهُ عَنِ الْأُمِّ كَمَا مَرَّ، وَإِنْ أَقَامَ الْجَدُّ بِبَلَدِهَا وَلِلْجَدِّ ذَلِكَ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ، وَإِنْ أَقَامَ الْأَخُ بِبَلَدِهَا لَا الْأَخُ مَعَ إِقَامَةِ الْعَمِّ أَوْ ابْنِ الْأَخِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْأَبِ وَالْجَدِّ؛ لِأَنَّهُمَا أَصْلٌ فِي النَّسَبِ فَلَا يَعْتَنِي بِهِ غَيْرُهُمَا كَاعْتِنَائِهِمَا، وَالْحَوَاشِي مُتَقَارِبُونَ، فَالْمُقِيمُ مِنْهُمْ يَعْتَنِي بِحِفْظِهِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١٢٠).

....

يذكر شيئًا، والذي رأيته فيما وقفت عليه من الكتب في الطريقين أنها تبقى مع الأم، ومنهم من يقول: لاحق له، هكذا ذكروه في صور التخيير، وبعضهم في صور الانتقال، وقال الشيخ إبراهيم المروزي بعد ذكر الخلاف في ثبوت الحضانة كما سبق: وكل شخص ثبت له حق الحضانة ثبت له حق التخيير، وأما حق النقل انتقاله إن كان محرمًا فهو أولى من الأم، وإن لم يكن محرمًا؛ كابن العم إن كان المولود ذكرًا فهو أولى، وإن كان أنثى فالأصح أنه ليس له حق في النقل فلا ينقل بانتقاله، والخال ليس له حق النقل؛ لأنه ينسب إليه، وهل يثبت له حق في الحضانة أم لا؟ فيه قولان، انتهى.

ولعل قوله: فالأصح أنه ليس له حق النقل، أشار إلى ما ذكر الفوراني والْمُتَوَلِّي فيمن لم يبلغ حدًّا يشتهى فيه، وأما المشتهاة فلم أر فيها شيئًا في السفر بها لغير المحرم، والصواب: منعه؛ بل صرح ابن أبي الدم بأن المشتهاة لا تخير بين الأم وابن العم؛ بل تكون عند الأم، وصرح بأنه لا حق له في حضانة المشتهاة كما سبق عن الأصحاب، أو جماهيرهم، وعبارة الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: ولا تسلم إليه الأنثى؛ فإن كان له بنت موافقة، فقيل: تسلم إليها، انتهى.

وهي أميل من عبارة «الشرح الكبير» ولم يعرج على تفصيل الْمُتَوَلِّي وشيخه؛ لغرابته، والعجب منه - ﷺ تعالى - كيف جزم بذلك في «المحرر» ولا أصل له؟ وقد يقول: إن المرأة لا تسافر مع غير زوج أو محرم من الرجال إلا ما ذكر في حج الفرض والهجرة؛ فإنها تجمع نسوة ثقات، وفي اشتراط محرم لإحداهن خلاف سبق لا يقال: هذه غير مكلفة؛ لأنَّا نقول: هي أولى بالاحتياط وأقرب إلى الخديعة من البالغة العاقلة.

وقد اقتضى كلام الرَّافِعِي والمصنف وغيرهم أنه لا يكفي امرأة واحدة للخروج معها للحج، وقد يكون قد تضيق عليها، فتأمل ذلك وتدبره.

تنبيهات وفروع: أحدها: احترز المصنف بقوله: ومحارم العصبة عن

....

محرم ليس بعصبة؛ كابن الأم، والخال، والأخ للأم، والعم للأم.

قال الشيخان: فليس له النقل إذا انتقل؛ لأنه لا حق، أو انتقل، وسبق قول المروزي: إنه لا حق للخال في النقل، وهل له حضانة؟ قولان، وهو يشعر بأنه لا حق له في النقل بلا خلاف.

ثانيها: لا خفاء أنه يثبت للأب وغيره من العصبات المحارم حق النقل؛ إذا اجتمع الصفات المعتبرة في الحاضن.

ثالثها: أطلق أن محارم العصبة هاهنا كالأب، ويوافقه قول الْمَاوَرْدِي: فإن تساووا قربًا وبعدًا فالمقيم أولى؛ لكن في «التتمة»: أنه لو كان الجد مقيمًا في بلد الأم، وأراد الأب الانتقال؛ فله أخذ الولد ولا يمنعه إقامة الجد، وكذا لا يمنع الجد عند فقد الأب إقامة العم والأخ، فلو لم يكن أبًا ولا جدًّا وأراد الأخ الانتقال، وهناك ابن أخ أو عم مقيمان؛ فليس للأخ انتزاع الولد من الأم ونقله، والفرق أن كل واحد من الأب والجد أصل في النسب فلا يعتني به غيرهما كعنايتهما، والحواشي يقرب بعضهم من بعض فالمقيم منهم يعتني بحفظه، انتهى.

وسبق كلامه مختصرًا، وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: أنه لو كان للولد أخوات، فأراد الانتقال إلى مسافة القصر كل واحدٍ إلى جهة؛ فإن كانت جهة أحدهما أقرب فهو أولى، وإلا أقرع بينهما، وإن انتقل أحدهما وأقام الآخر مع الأم، أو انتقل إلى دون مسافة القصر؛ كالحاضر وسبق بيانه، وقال القاضي أبو محمد ابن القاضي أبي حامد: وإن سافر بعض عصبته، فإن كان المقيمون أقرب درجة فهم أحق، وليس للمسافرين نقله، وإن كان المسافرون أقرب وأقوى عصوبة فهم أحق، يكن له بالبلد مال تلحقه بالانتقال ضرر، كان لهم نقله معهم وكانوا أحق به، وإن كان له ببلد مال فوجهان:

أحدهما: أنهم أحق بنقله. **والثاني**: أن المقيمين به أحق.

....

قال: والأولى من إطلاقهما الرجوع إلى الأصح له؛ فإن دخل عليه في ماله ووصوله إليه تعينه ضرر كان مع المقيمين من عصبته، وإن لم يخش في ذلك ضرر سلم إلى المقيمين منهم، وإن سافر جميع العصبات فلهم نقله معهم بكل حال ولا ينظر إلى المال؛ لأن مراعاة حفظ نسبه، وشفقة العصبة الحاملين على تعليمه وتخريجه أولى من النظر إلى ضرر المال، انتهى.

رابعهما: لو أرادت الأم الحضانة السفر بالولد للنقلة، وله أب، أو عم فاسق، قال الشيخ برهان الدين في «تعليقه»: أفتى جماعة من العصريين بألا منع وتوقفت فيه، ويحتمل أن يقال له: أن يقول لها: إما أن تقيمي، أو تتركي الولد عند من يكفله بأمر القاضي لئلا يضيع النسب، وكلام الرَّافِعِي وغيره تصريح في أنه ليس له السفر بالولد عند إرادته النقلة، ولم يلاحظوا من للنسب، فلذلك إذا أرادت هي النقلة، قال: وهذا متجه، ثم أيده بما فيه نظر، والأقرب إلى الفقه أنه له الاعتراض عليها ومنعها من نقله، وإن لم تسلمه إليه لنقله؛ لنقصه وعدم أهليته لتسلمه، وكأن الصورة فيما إذا لم يكن له بعده وبعد الأم حاضن من القرابة، فإن كان فليكن كما سبق فيما إذا غابت الأم.

خامسها: إذا كانت الحضانة للأم الأعصبة، وأرادت الانتقال بالولد عن وطنه، قال القاضي أبو محمد المروزي: إن قلنا: أنها تلي ماله، وكان مستغنيًا بماله، أو فقيرًا ونفقته عليها جاز لها ذلك، وإن قلنا: لا ولاية لها، وهو المذهب، وله مال، أو كانت نفقته تلزم بعض أقاربه الحاضرين ممن لا حضانة له؛ فالأمر إلى الحاكم ينقل ما فيه المصلحة من منعها وتمكينها، وقيل: لها نقله، وقيل: ينتقل الحق إلى غيرها ممن يليها في حضانته من الحاضرين.

قال: وإن كانت المسافرة من نساء القرابة غير الأمهات؛ فإن طلبت السفر إلى موضع فيه عصبة للولد أجيب بلا خلاف، أو إلى موضع لا

....

عصبة له فيه، فإن كان له مال يليه الحاكم أو وصي، فقيل: الأمر إلى اجتهاد الحاكم، أو رأي الوصي فيفعل ما فيه المصلحة من نقله معها، أو سلمه إلى من يليها من الحاضرات، وقيل: لها النقلة به، وتتولى هي تربيته، والولي يحفظ المال فإن لم يكن له مال فقيل: المنتقلة أحق بسبقها إلى استحقاق الحضانة، وقيل: المقيمة أولى؛ لرفاهية الوطء، انتهى.

بقي ما لو انتقلت الأم فسكت الأقرب من العصبة، فهل للأبعد منازعتها؟ فيه نظر، ولا يبعد القول به، وأن له أخذه منها، ويكون سكوت الأقرب كتركه الحضانة، وقد قالوا: إنه إذا تركها انتقلت إلى من بعده على الأصح.

فرع: لو أراد كل واحد من الأبوين سفر حاجة، واختلف طريقهما، أو مقصدهما، قال الرَّافِعِي تفقهًا: يشبه أن يدام حق الأم، ويجوز أن يقال: يكون مع الذي مقصده أقرب، أو مدة سفر أقصر، قال في «الروضة»: قلت: المختار أنه يدام مع الأم وهو مقتضى كلام الأصحاب، والله أعلم.

وفي كونه يقتضى كلام الأصحاب وقفة للفقيه؛ بل قضية كلامهم: أنه ليس للأم السفر به، ولا سيما عند بعد المقصد، وطول الغيبة، وفوات مصلحة الصبي، وفوات تعليمه وتأديبه؛ بل ينبغي أن يقال: إما تدفعه إلى الأب ليتولى ذلك، أو تستنيب فيه، ولا تسافر به، أو يسلم إلى من له الحضانة والكفالة بعدهما، كما هو رأي سبق أو نظر، والعلم عند الله تعالى.

فرع: اختلفا فقال: أريد النقلة، فقالت: بل غيرها، صدق بيمينه على الأصح، فإن نكل حلفت وأمسكت الولد، والثاني وبه قال القفال: يصدق هو بلا يمين، وبه أجاب الفوراني في «العمد» وصححه الْبَغَوِي في «تعليقه» قال: لأنه مدّعٍ أمرًا في المستقبل، ولو قالت: تريد النقلة إلى المكان المخوف وأنكرَ صدق يمينه، قال: نكلت حلفت على ما أدعته وأقر معها، فإن قالت: كنت أريد أن أخرجه إلى المكان المخوف، والأب أريد

إخراجه إلى غيره نظر، إن كان ممن يحتمل أن عليه ألا يخرجه على ذلك الموضع اختلف أنه كان يحمل ذلك، وإن اعترفت بعلمه فقد أقر بسقوط أمانته، فلم تكن موضعًا للحضانة، هكذا قاله القاضي أبو محمد، وفي زوال أهليته بمجرد هذا الهم والعزم نظر، ولا سيما إذا كان يرى من تقيه، أو يجوز العز والمنعة في البلد المخوف، أو كثرة عدد وعدة.

فصل: في مسائل منثورة مهمة نختم بها الباب:

أحدها: إذا بلغ الغلام رشيدًا لم يجبر على كونه عند أبويه، أو أحدهما، قالوا: والأولى أن يفارقهما ليخدمها ويبرهما؛ وينبغي أنه إذا شق عليهما انفراده بمسكن، وطلبا أن يكون عندهما إن يكن له فراقهما بلا ضرورة كراهة شديدة، ويحتمل ألا يجوز بلا عذرٍ، وإن بلغ عاقلًا ثم جن فقد سبق كلامهم، وتفصيل ابن كج فيه: وهذا كله إذا أمنا عليه؛ فإن لم يأمنا ففي «العدة» عن الأصحاب: أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة، وانقدحت تهمة منع من مفارقة الأبوين.

قال المصنف: والجد كالأبوين في حق الأمرد، وكذا ينبغي أن يكون الأخ ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى، وما قاله صحيح، ورأيت لبعض أصحابنا ما يوافقه.

الثانية: الأنثى البالغ، إن زوجت فعند زوجها؛ وإلا فإن كانت بكرًا رشيدة فعند أبويها، أو أحدهما إن افترقا، وجاز من شاءت منهما، وفي إجبارها عليه وجهان: أحدهما وبه جزم العراقيون والْمُتَوَلِّي: المنع، وصحح ابن كج، والإمام، والْغَزَالِي: الإجبار.

قلت: وهو قضية قول الْبَغَوِي في «تعليقه» على «المختصر» ولا يجوز مفارقتها؛ لكن الْمَاوَرْدِي قال: قال الشَّافِعِي: وَأَكْرَهُ لِلْجَارِيَةِ أَنْ تَعْتَزِلَ أَبَوَيْهَا حَتَّى تَتَزَوَّجَ لِئَلَّا يَسْبِقَ إِلَيْهَا ظَنٌّ، وَلَا تَتَوَجَّهَ إِلَيْهَا تُهْمَةٌ، وَإِنْ لَمْ تُجْبَرْ عَلَى الْمُقَامِ مَعَهُمَا، ثم حكى الإجبار عن أبي حنيفة، ثم صرح الْغَزَالِي

....

باختصاص هذه الولاية بالمجهر في النكاح، وذكر الْبَغَوِي، وإبراهيم المروزي في ثبوتها للأخ والعم وجهين، ورجح المصنف الثبوت، وعبارة المروزي: وهل لغيرهما - يعني: الأب والجد- في المحارم ضمها إلى نفسه أم لا؟ فيه وجهان، وإن كانت ثيبًا فالأولى: أن يكون عند الأبوين، أو أحدهما ولا تجبر عليه؛ لأنها صاحبة اختيار وممارسة وبعيدة عن الخديعة.

قلت: وهذا فيمن بانت من زوج ونحوها، أو حلفت كذلك فلها حكم البكر هنا كما فهمه كلامهم،وهذا كله حيث لا تهمة ولم تذكر بريبة؛ كالأب والجد، ومن تزوجها من عصبة النسب منعها من الانفراد، ثم المحرم يضمها إليه إن رآه، وغيره فسكنها موضعًا يليق بها وتلاحظ دفعًا للعار، وأثبت الْبَغَوِي للأم الضم إليها عند الريبة؛ كالعصبة، وحكاه ابن الرِّفْعَة عن«الحاوي» ولو فرضت التهمة في حق البكر فهي أولى بالاحتياط.

قال المصنف: فتمنع من الانفراد بلا خلاف.

واعلم أن الضم إلى الأم وتخيير البنت، مساكنة الأب والأم يجب أن يكون في الأم العفيفة التي لا تذكر بريبة؛ فإن كانت متهمة فلا، وإن كانت البنت عفيفة؛ لأن الأم الفاسدة تفسدها لا محالة؛ فتكون كالعدم وشر من العدم.

الثالثة: قال الْمَاوَرْدِي: فيمن بلغت رشيدة لا حجر؛ حيث لا ريبة، فإن توجهت ريبة كأن الأبوين أحدهما مما ينفي الريبة عنها من مقامها عند أحدهما، والأم أولى، أي: إذا كانت مأمونة، أو عند من يوثق به من أهلها، ونساؤهم أولى من رجالهم؛ لأنه أجود وإن طلبت المقام، وإن كان لسقوط مؤنة السكنى لم يجز، وأخذ منهما عليها ويكره لها بضعها؛ فإذا تزوجت فزوجها أحق بها، فإذا قامت فحالها في الانفراد عنهما أذن من حالها قبلها، فَإِنْ ظَهَرَ مِنْهَا بَعْدَ الْأَيْمَةِ رِيبَةٌ تَوَلَّى الْأَبَوَانِ حَسْمَهَا، انتهى.

....

وهذه المسألة هي الثانية، وكررتها للفوائد الزائدة فيها.

الرابعة: إذا ادَّعى الولي ريبة فأنكرت، قال الشيخان: فقد ذُكر احتمالان: أحدهما: لا يقبل قوله؛ لأن الحكم على الحرة العاقلة بمجرد الدعوى بعيد، وأصحهما: يقبل، ويحتاط بلا بينة؛ لِأَنَّ إِسْكَانَهَا فِي مَوْضِعِ الْبَرَاءَةِ أَهْوَنُ مِنَ الْفَضِيحَةِ لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً. وقال ابن أبي الدم في أواخر «أدب القضاء» بعد ذكره التردد: والأولى عندي أن ينظر الحاكم إلى الولي المدَّعي الريبة؛ فإن ظهر له منه عادة تعيب وتكدر وكان من أهل ذلك، ولم تكن المرأة من أهله لم يقبل قوله والكلفة إثباته، وإن ظهر له منه إرادة المصلحة والستر، وكان من أهل العدالة والخير؛ فيظهر قبول قوله وتصديقه، انتهى.

وما قاله حسن، وينبغي أن يكفي في تصديقه ستره عند الحاكم ولم يظهر منه عناد، أو طمع في مالها، وغير ذلك من المقاصد الفاسدة التي تدل القرائن الظاهرة عليها منه، فإن قلت: هل للولي الإبداء بطلب ذلك عند سكوت الأقرب، أو غيبته، أو مرضه الشاغل، أو حبسه؟ قلت: لم أر فيه شيئًا، ويشبه أن له ذلك عند غيبة الأبعد ونحوها من مرضه وحبسه، كما يخص الأبعد عند غيبة الأقرب؛ فأما إذا كان الأقرب حاضرًا لا مانع به، ففي قبول اعتراض الأبعد عند سكوته نظر؛ فإن نازعه وكذبه في دعواه الريبة؛ لغا قول الأبعد، وسكت عن معتَّدة وفاة في مسكن الزوج ادَّعى وليها ريبة، ودام نقلها فلم أجب بشيء، وملت إلى أنها بمجرد دعواه؛ فإن صدقناه ونقلناه في غير هذه الحالة.

الخامسة: سكت عن معتق طلب الإسكان عند ظهور ريبة، أو دعواه إياه، فملت إلى ذلك ولم أفت به؛ لأنه قد يتعين بها، ولا سيما إذا كانت أم ولد وفيه بعد؛ لأن كلام الأئمة هجوم على دفع العار عن النسب؛ ولهذا خصوه بالعصبة.

والظاهر أنه لا يثبت للخال وأبي الأم ونحوهما، وفيه وقفة، وهذا

....

ثبت الْبَغَوِي والْمَاوَرْدِي ذلك الأم، والظاهر أن الجدة كذلك وإن لم يأمنها، ويحتمل أن يخرج فيه وجهان من الوجهين في المعتق، هل له حق في الحضانة؟ فإن قلنا: نعم، فليكن له ولاية الإسكان، وإلا فلا، وهو الأصح.

السادسة: سبق كلام الجيلي في الصغيرة التي لا تشتهى، وقلنا: إن المشتهاة بذلك أولى، فلو خيرناها فاختارت الأم ونحوها، وخاف الأب ونحوه من العصبة المحارم عليها، أو كان في ريبة، فإن انتقلت الكافلة معها إلى موضع يؤمن عليها فيه؛ فذاك، وإلا فله انتزاعها منها، كما سبق، لكن يبعد تصديقه بمجرد قوله لما فيه من إبطال حق الكافلة بلا مستند، فيجب أن يكلف البينة على وقف دعواه.

السابعة: فيما جمع من «فتاوى» الشيخ تاج الدين الفزاري - ﷺ تعالى -: أن امرأة لها أولاد صغار، وهي مقيمة بقرية، وأبوهم بأخرى، وبين القريتين دون ساعة، فأراد الأب نقل الأم إلى قريته، فهل يجاب؟ وهل تسقط حضانتها إن لم تنتقل؟ أجاب النجم الْوَفَاتِيُّ والبرهان المراغي من الشافعية، وجماعة من غيرهم: بأنه ليس له ذلك، ولا يسقط حقها بامتناعها، ودافعهم الشيخ تاج الدين، وخالفهم الكمال رسلان شيخ المصنف، قال الشيخ تاج الدين: ووقع لي أن المقر بالمتقاربة كَمَحَالٍّ في البلد الواسع؛ ثم وجدت ذلك في «الحاوي» مصرحًا به.

قلت: كلام «الحاوي» وغيره؛ إنما هو على دون مرحلتين في حكم الحاضر، وأما من لم يفرق بين المسافتين، وهو المرجح؛ فالجواب جواب سلاف، نعم، يجيء تفصيل الْقَفَّال السابق، وهو حسن.

الثامنة: قال الشيخ تاج الدين: سألت القاضي ابن خلكان عن امرأة تريد سكنى بستان قريب من البلد، وطريقه آمن، هل تمكن منه، ولا يمنعها الزوج من الحضانة؟ فقال: لها، ثم بلغ الشيخ أنه حكم بأنها تسكن حيث يسكنها الزوج، فأمر الشيخ من عرض «الحاوي» على القاضي، وفيه شيء

....

يتعلق بذلك، فلم يرجع فاجتمع به الشيخ، فقال القاضي: إن الشيخ عز الدين عبد السلام أذن للزوج أن يسكن أولاده حيث يختار، فإن أرادت الحضانة سكنت معهم، وأفتى بذلك جميع فقهاء المصريين، فقال الشيخ: هذا مشكل، فهل هو منقول؟ قال: نعم، أظنه في «التهذيب» أو «تعليق» القاضي الحسين، ولم يوجد في «التهذيب» ما يدل على ذلك.

قلت: والظاهر ما أفتى به ابن عبد السلام، وموافقوه، فإن إسكان الأطفال الذين لا مال لهم على الأب، وقد يكون له ما يسكنهم فيه منفردًا عنه، فلا يكلف باستئجار مسكن غيره، وإن لم يكن له فولاية سكناهم إليه كسائر أمورهم، ولا يلزمه قبول تبرع الأمر عليه بإسكانهم معها للمنة، وكذا لو كان للأولاد مال وسكناهم في مالهم؛ لأنه وليهم، نعم، يظهر هنا أنها لو تبرعت بإسكانهم معها في منزل صالح لهم، أنه لا تستأجر لهم من مالهم سكنًا نظرًا لهم، وأفتى القاضي الحسين: بأنه يلزم الولي قبول الهبة، والوصي للطفل، وبالجملة فليس في كلام الأصحاب تعرض لهذا الفرع الخاص في التمسك فيه باطلًا فإنهم نظر، وعلى تقدير تمكنها من السكنى بهم في بستان فينبغي أن يستثنى الصبي المميز إذا اختارها، وكان يقويه بذلك التعلم، وعدم كونه عن الأب نهارًا لما في ذلك من الضرر عليه، وقد أفتى الشيخ تاج الدين وجماعة في مطلقة لها، وقد بلغ سن التعليم، والأب يسكن بمدينة دمشق، والأم ببعض حواضرها، وفي مقام الولد عندها ما يقطعه عن التعليم؛ بأن الأم إذا لم تنتقل من ذلك المسكن تسقط حضانتها.

وهذا إن سلم، ففي معنى خارج السور ما إذا بعدت محلتها عن محلة الأب داخل السور، نعم، هنا شيء ينبغي تأمله، وهو: أن الأب إن يتبرع لها بالسكنى ففيه منة عليها، وإن لم يتبرع ففي إلزامها مفارقة مسكنها، واكتراء مسكن ضرر عليها، فيدور أمرها بين تحمل المنة أو استئجار مسكن، أو ترك حقها من الحضانة، ويشبه أن يكون إلزامها بذلك؛ حيث

عَلَيْهِ كِفَايَةُ رَقِيقِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً، وَإِنْ كَانَ أَعْمَى زَمِنًا وَمُدَبَّرًا وَمُسْتَوْلَدَةً ....

يبيحها السكنى تبعًا لولدها، والعلم عند الله تعالى.

قال: (فصل: **عَلَيْهِ كِفَايَةُ رَقِيقِهِ**) أي: غير المكاتبين وغير المزوجة التي مئونتها على زوجها الموسر بها كما بين في موضعه، ولا تستثنى نفقة العبد المشروط عمله في المساقاة، والقراض، ولا الموصي بمنفعته أبدًا، ولا الآبق على الأصح في الثلاث، وفي صورة الآبق نظر، وإن شكله إطلاقهم، وبالمنع جزم في الاستقصاء، وهو الأقوى والمختار؛ بل الصحيح.

قال: (**نَفَقَةً وَكِسْوَةً**) أي: وسائر مؤنه كما صرح به في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها؛ لقوله ﷺ: «**لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ**»(١) رواه مسلم، وله كفى بالمرء إثمًا أن يحبس عن ملك قوتهم، وقد اتفق العلماء على ذلك في الجملة.

قال: (**وَإِنْ كَانَ أَعْمَى زَمِنًا**) أي: ونحو ذلك من أنواع العجز سواء طرأ عليه ذلك عنده، أو اشتراه كذلك.

(**وَمُدَبَّرًا وَمُسْتَوْلَدَةً**)؛ لبقاء الملك والمنافع، وفي حكم الأعمى الزمن من استحقت منافعه للغير بوصية أو إجارة، وأما الرقيق المكاتب فالسيد مخير بين أخذ كسبه والنفقة عليه من غيره، وبين أن ينفق عليه من كسبه، وبين أن يدعه يكتسب، وينفق على نفسه من كسبه، فإن لم يف بها عملها السيد، وإن زادت فالزيادة للسيد، ولا خفاء أن نفقة المبعض المشترك بالقسط.

تَنْبِيهٌ: قوله: كفاية رقيقة يشير إلى أنها غير مقدرة؛ بل المعتبر الكفاية، قال الْبَغَوِي في «التعليق»: وقال صاحب «التلخيص»: يقدر بمدة، وهذا لا يصح؛ بل هي كنفقة القريب، انتهى.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٩/٤٤٨، رقم ١٧٩٦٧)، وأحمد (٢/٢٤٧، رقم ٧٣٥٩) ومسلم (٣/١٢٨٤، رقم ١٦٦٢).

....

لكن فيما يعتبر به الكفاية؟ أوجه، قال في «الروضة»: أصحها: يعتبر كفايته في نفسه، فَتُرَاعَى رَغْبَتُهُ وَزَهَادَتُهُ؛ وإن زاد على كفاية مثله غالبًا، والثاني: يعتبر ما يكفي مثله، والغالب لا يعتبر نفسه.

قلت: وهو المنقول في «الشامل» عن الأصحاب، وكذلك نسبه في «البيان» إلى الأكثرين، وهو ظاهر نص «الأم» حيث قال: وَذَلِكَ نَفَقَةُ رَقِيقِ بَلَدِهِمَا الشِّبَعُ لِأَوْسَاطِ النَّاسِ الَّذِي تَقُومُ بِهِ أَبْدَانُهُمْ، انتهى.

قيل: ويشبه أن يكون مراد النص ما أبداه ابن الصباغ، وقال ابن داود: إنه مراد النص، وكلام القاضي الحسين، والفوراني، والْبَغَوِي وغيرهم، يفهم موافقة ابن الصباغ فيما أبداه؛ وأنه الواجب، وقال ابن الرِّفْعَة: إنه ظاهر النص مخالف للوجهين؛ لأنه اعتبر شبع أوساط الناس الذي يقوم به أبدانهم، وقد لا يكون هو من أوساطهم؛ بل من أرغبهم في الطعام، فلا يكون اعتباره بنفسه، ولا يمثله موافقًا للنص، وفيه نظر، والأشبه أن المراد: كفايته وما يكفي أوساط الناس، ظاهر الحال أنه يكفيه فهو الواجب، إلا أن يعلم خلافه، انتهى.

والظاهر أنه لو خرجت رغبة عبدٍ أو أمة عن غالب الناس، بأن كان يأكل ما يأكله عشرون إنسانًا مثلًا أنه لا ينظر إلى رغبته قطعًا؛ بل يفتقر الشبع لأوساط الناس بحيث لا يلحقه تقصيره عليه ضرر بخلاف تفاوت الرغبات اليسيرة، كما هو المعهود في غالب الناس، وأما الرغبة الخارجة عن الضبط، والمعهود فلا ينبغي أن ينظر إليها بلا خلاف؛ ثم حكى في «الروضة» الوجه الثالث عن تفصيل الْمَاوَرْدِي، وعبارة الرَّافِعِي: وفيما يعتبر به كفايته وجهان:

أحدهما: ما يكفي مثله في الغالب.

والثاني: يعتبر حاله في نفسه، واختاره صاحب «الشامل» وهو المفهوم من إطلاق الكفاية زاد في شرحه «الصغير»: وهو الأقرب، وعن «الحاوي»

....

أنه إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته، وبدنه لزمت السيد، وإلا فلا، وينبغي أن تجيء هذه الوجوه قويها، أو ضعيفها في نفقة القريب، انتهى.

وسبق عن شرحه «للصغير» الجزم بأنه؛ لا يلزمه إشباع قريبه؛ بل الواجب ما يقوم به بدنه، وهو ظاهر كلام شرحه «الكبير» هناك، وأحال الإمام الكلام هنا على ما ذكره «التقريب»، وهو أنه إن كان رعينًا لزمت كفايته، ولا ينتهي إلى رد النهم والغرم، وحسم الشهوة، ولكن الكفاية المطلقة ما تقل البدن، ويدرأ عنه الضرر في الحال والمآل، انتهى.

وحاصل «الحاوي»: أن المعتبر ما يكفي أمثاله في الغالب فلا عبرة بالزهيد، ولا بالرغيب بالوسط، ويختلف من وجهين:

أحدهما: بالصغر والكبر، فيعطى كلٌّ بحسب حاله.

والثاني: يختلف مقداره بعرف البلاد، فإن أهل الحجاز يكتفون بالقليل، وأهل العراق يتوسطون، والأعاجم وأهل الجبال يكثرون، فلو أعطاه القدر المعتبر في العرف المتوسط، فإن كان يكفيه فقد ملكه، يعني: ملك تناوله، وليس للسيد استرجاعه، وللعبد أكله متى شاء، إذا تاقت نفسه إليه في مرة أو مرتين، أو مرارًا، فإن للسيد إبداله بغيره في وقت أكله لم يجز، وإن كان قبل أكله جاز.

قال: وعندي إن كان إبداله يؤخر أكله لم يجز، وإلا جاز، وإن كان أكثر من كفايته لزهادته أخذ السيد الفاضل، وإن نقص عنها لرغبته، فإن كان اقتصاره على القدر المتوسط غير مؤثر في بدنه، وقوته لم يلزم السيد زيادة عليه، وإلا لزمته؛ لأن عليه حراسة نفسه، انتهى.

وهذا غير مخالف لإطلاق النص، والأصحاب السابق فيجب تنزيل إطلاقهم عليه، وإذا تأملت ما نقلناه توقف في إثبات ثلاثة أوجه لم يبق إلا ما عليه الجمهور، وظاهر النص، وما قاله ابن الصباغ، وغيره كما سبق، ونقله الداودي، وعلى إيراد وجهين اقتصر الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»

مِنْ غَالِبِ قُوتِ رَقِيقِ الْبَلَدِ وَأُدْمِهِمْ ....

وفيما ذكره الْمَاوَرْدِي في منع السيد من الإبدال نقلًا، وبحثًا نظر؛ بل يجب أن يقال: إن مصلحة العبد في إبداله بأن علم السيد أنه يضره أو لا يلائمه فلا حجر عليه في إبداله في الحال، أو بغده بزمن يسير لا يتضرر بتأخيره عنه، وإن لم يكن له في ذلك مصلحة؛ فهذا محتمل لما فيه من الأذى، ولا سيما إذا رام إبداله برديء، والله أعلم.

قال: (**مِنْ غَالِبِ قُوتِ رَقِيقِ الْبَلَدِ وَأُدْمِهِمْ**) أي: يختلف قوت الرقيق، والسادة كما أشار إليه الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر» بقوله: **وَذَلِكَ نَفَقَةُ رَقِيقِ بَلَدِهِمَا الشِّبَعُ لِأَوْسَاطِ النَّاسِ الَّذِي تَقُومُ بِهِ أَبْدَانُهُمْ مِنْ أَيِّ الطَّعَامِ كَانَ قَمْحًا أَوْ شَعِيرًا أَوْ ذُرَةً أَوْ تَمْرًا**، هذا لفظه؛ أما إذا لم يختلف كما هو المعهود في الشام ومصر، وغيرهما من الأمصار الرحبة فقوت الرقيق من قوت السادة، وعليه حمل الحديث: «**وَأَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ**»[1]. ولهذا كان الموجود في أكثر الكتب من غالب البلد من غير ذكر الرقيق، وبعضهم يقول كالفطرة، وعبارة الإمام: ويعتبر الجنس بالعادة، وهو ما يطعم عبده مثله في ملك مثله في ذلك الموضع.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن اقتات السيد من غالب قوت البلد فعليه أن يطعمه منه، فلا يجوز إذا كان قوتهم الحنطة أن يطعمه الشعير، وينبغي حمله على ما سبق، نعم، لو قتَّر السيد على نفسه، فأكل من جنس خسيس بخلاف عادة البلد الغالبة، فقضية كلام الْمَاوَرْدِي أنه لا يقنع منه به؛ لضرره، وجزم به العمراني، وهو أحد وجهين أرسلهما في «التهذيب».

ثانيهما: لا يلزمه قوت ما يأكل هو ويلبس، وهو ضعيف، وقال في «التعليق»: لو كان الرجل يقتر على نفسه، ويأكل دون ما يأكل رقيق مثله

---

[1] أخرجه أحمد (١٦٨/٥، رقم ٢١٥٢١)، وأبو داود (٤/ ٣٤٠، رقم ٥١٥٧)، والبيهقي (٨/ ٧، رقم ١٥٥٥٦) في شعب الإيمان (٦/ ٣٧١، رقم ٨٥٦٠) والبزار (٩/ ٣٥٧، رقم ٣٩٢٣).

وَكِسْوَتِهِمْ، ....

في بلده إما لشحٍ، أو لزهد، فهل له أن يطعم رقيقه منه؟ فوجهان: أصحهما: ليس لهُ ذلك، وإنما عليه أن يطعمه من معروف مثله في بلده، وبه جزم المصنف في «شرح مسلم، وسياق كلامه يفهم أنه إجماع.

قال: إلا أن يرضى بذلك [كما] لو كان أهل بادية قوتهم اللحم أو اللبن أو الأقط وجب إطعام الرقيق منه، وعليه ما في البخاري: «**فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ، وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ**»(١) وفي مسلم: «**أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ، وَأَلْبِسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ**» (٢)فخرج الحديث على عادة العرب، فإن طعامهم حسن ولباسهم حسن ولباس السيد والعبد متقارب لو كان بين قوم لا يتاذمون، أو لا يحتاج قوتهم إلى الأدم؛ كاللحم واللبن فلا أدم له اعتبارًا بالعادة، قال الْمَاوَرْدِي: على السيد أن يدفع إليه طعامه مخبوزًا، أو إدامه مصنوعًا بخلاف الزوجة، انتهى.

وكان محله فيمن يشغله بأمر آخر حتى يحتاج إلى الأكل، أو كان عاجزًا بزمانه ونحوها؛ أما لو لم يكن شيء من ذلك، فلا شك أن له أن يدفع إليه ما يصلحه لنفسه من قوت، وأدم إذا هيأ له أسباب إصلاحه، ولم تشتد حاجته إلى الأكل في الحال.

قال: (**وَكِسْوَتِهِمْ**) أي: من قطن أو كتان، أو صوف، وغيرهما مما يلبسه رقيق الموضع، ويراعى يسار السيد وإعساره، فيجب اللائق بحاله من رفيع الجنس الغالب، ووسطه وخسيسه.

قال الإمام: بشرط ألا يكون مضرًا به؛ كالثوب الخشن الذي تتأثر به البشرة، انتهى.

ويختلف هذا باختلاف الإماء، والعبيد من لطف الأبدان، والأنساب وحدهما.

---

(١) أخرجه البخاري (٣٠) ومسلم (٤٤٠٥).

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ٢٣٠١، رقم ٣٠٠٦)، وابن حبان (١١/ ٤٢٣، رقم ٥٠٤٤) كلاهما مطولًا.

وَلَا يَكْفِي سِتْرُ الْعَوْرَةِ.

قال: (**وَلَا يَكْفِي سِتْرُ الْعَوْرَةِ**) أي: لما فيه من التحقير، والإذلال هكذا قاله الإمام تفقهًا، وتوبع عليه، ولعله المفهوم من إطلاق الجمهور، ولا شك في المواضع التي يعتاده أهلها أما لو بان بناحية يعتاده أهلها كبعض بلاد السودان، وأطراف اليمن والبحرين، وبعض الحجاز؛ فيجب القطع بإجزائه كأحرار منهم، وقد أشار إليه الْغَزَالِي في «الوسيط» و«البسيط» بقوله: ولو اقتصر على ستر العورة في بلادنا فإنه إصرار، وإن لم يتأذ بحر ولا برد، وعبارة «الترغيب»: ولا يقتصر على ستر العورة، لم يجز ذلك في بلادنا، وإطلاق من أطلق يخرج على الغالب، والتوجيه يرشد إليه.

فرع: قال في «الروضة»: يستحب أن يسوي بين عبيده في الطعام والكسوة، وقيل: يفضل النفيس على الخسيس، والصحيح الأول، انتهى.

وفيه نظر من حيث العرف إذ قضيته: أن النفيس يكسى فوق كسوة لسائس الدواب، وبه أجاب الصميري، فقال: ويختلف حالهم باختلاف أقدارهم، ومنازلهم.

قلت: هذا قضية العرف، وبه جزم الْمَاوَرْدِي وغيره، فليس كسوة الراعي، والسائس والطباخ لكسوة من قام بالتجارة، وغيرها من الأمور العلية، فالأشبه ترجيح عدم الكراهة، والاستئجار الولد، كما هو قضية كلام الْمَاوَرْدِي، والجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في خلاصته وغيرهم، والفرق مطرد به.

ثم عبارة الإمام تفهم أن الخلاف في الوجوب، ونسبه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» إلى الجمهور، وفيه نظر، وإن كانت عبارة «الوسيط» وهل يجب تفضيل النفيس على الخسيس في الكسوة؟ بل عبارة الجمهور تفهم أنه في الأولية والاستحباب، وكلام «تجربة الرُّويَانِي» تفهم أنه لا يستحب ذلك، حيث قال: الواجب في كسوة العبد ما يلبسه في تلك البلدة، وسوى بين العبيد، ولا يفضل كثير الثمن على قليل الثمن منها، انتهى.

....

فرع: قال في «الروضة»: وفي الجواري وجهان: أحدهما: يسوي بينهن كالعبيد، وأصحهما: يفضل ذوات الجمال، والفراهة للعادة، وهذا هو المنصوص، وسواء فيه السرية، وغيرها، والمراد بالتسوية: أنه يكره التفضيل، وبالتفضيل: أنه مستحب لا واجب، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: قوله - يعني: في «الوجيز»: ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة في هذا الموضع، ولم يذكر لفظه أكثر في «شرحه الصغير» فرمز إلى تفرد الْغَزَالِي به.

قال: وإنما تكلموا في أولوية السرية، وكراهية التفضيل، وعدمها؛ ثم التفضيل لا يخص بالكسوة؛ بل الطعام كالكسوة، وقوله: على الأصح يعني: من ثلاثة أوجه إذا أخذ مطلق الرقيق، وقيل: يجب ذلك في السرية دون الخادمة، هذا هو الوجه الثالث الفارق بين التفضيل في العبيد، والتفضيل في الجواري، وهذا هو الأصح عند عامة الأصحاب، وهو المنصوص عليه، ولفظ السرية يشعر بتخصيص التفضيل بها، لكن لفظ الشَّافِعِي، وعامة الأصحاب ذات الجمال، والفراهة تفضل، ولم يفرقوا بين السرية وغيرها؛ بل صرح صاحب «التهذيب» بنفي الفرق، انتهى كلام الرَّافِعِي.

واعلم أن الإمام حكى الأوجه في الكسوة خاصة، وظاهر كلامه، أو صريحه: أن الخلاف في الوجوب، وقال في آخره: هذا كلام الأصحاب، وقال ابن الرِّفْعَة: إن ظاهر إطلاق الأئمة في الوجوب؛ لأنهم عللوا بأنه من المعروف، ولفظ الإمام: يجب التفاوت.

قلت: والعرف خاص بأنه لو كسا السرية الجميلة، والنفيسة ما يكسوه للطباخة، ونحوها كان إذلالًا لها، وتحقيرًا، وقول الرَّافِعِي: إن التفضيل لا يختص بالكسوة فيه نظر، إذ الموجود في أكثر الكتب المشهورة تخصيصه بالكسوة، وعبارة «المعتمد» في اتفاق المذهب «المجرد» عن الشَّافِعِي،

....

وسوى بينهم في المطعم، والملبس؛ فإن كن كرامًا كان له التفضيل في الكسوة، وقيل: ليس له فحص التفضيل بالكسوة، وأفهم أن الخلاف في الجواز، وممن خص ذلك باللباس سليمًا في «المجرد» والمحاملي في «المقنع» ولهذا جعل العمراني الطعام أصلًا مقيسًا عليه عدم التفضيل في الكسوة، وهو قضية كلام الْمَاوَرْدِي وغيره من العراقيين؛ بأنهم أطلقوا الكلام في النفقة؛ ثم ذكروا التفضيل في الكسوة، وهو ظاهر نص «المختصر» و«الأم» حيث أطلق ذكر الطعام، ثم قال: والجواري إن كانت لهن فراهة وحال؛ فالمعروف أنهن يكسين أحسن كسوة، واللاتي دونهن، هذا لفظ «الأم» ونحوه في «المختصر» وإنصافًا لعرف شاهد بالفرق، إذ بالتفضيل في الكسوة يحصل التمييز، والتحمل غالبًا، بخلاف الطعام، فإن الغالب فيه التسوية، ولا يظهر به نقص، ولا إذلال؛ بل الغالب الناس يطعمون الرقيق مطلقًا مما يأكلون إلا ما يتنعمون به، ويتفكهون نادرًا، والباب مبني على العرف، نعم، عبارة الدارمي: فإن كانت للجواري فراهة زيد طعامهن، وكسوتهن على العرف، انتهى.

وقوله: ولفظ السرية يشعر بالتخصيص بها هو قضية كلام «الشامل» حيث قال: وإن كان فيهن سرية زادها في كسوتها؛ لأن ذلك حكم العرف؛ لأن غرضه أن يجمل من يريدها للاستمتاع فجوز له ذلك، وكذا صنع المحاملي في «المقنع» وهو قضية كلام «التهذيب» و«التنبيه».

وقال الشَّاشِي في «الحلية»: يستحب أن يسوي بين عبيده وإمائه إلا أن يكون منهم سرية فيفضلها في أصح الوجهين، وهو ما في «حلية» الرُّويَانِي، و«الشافي» و«التحرير» وكلام الصميري، ولفظ الصميري، ولفظ «البيان»: وإن كان له جماعة إماء، فإن لم يتسر بواحدة منهن لم يستحب له أن يفاضل بينهن، وأن يسوي ببعضهن، فهل يستحب أن يفضلها بالكسوة؟ فيه وجهان، وعبارة الْمُتَوَلِّي: ولا بأس أن يفضل السرية، وكلام كثيرين، ونص «الأم» كما ذكره الرَّافِعِي، وقد قدمناه.

وَسُنَّ أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَتَنَعَّمُ بِهِ مِنْ طَعَامٍ وَأُدْمٍ وَكِسْوَةٍ.

والظاهر أنه ليس في المسألة خلاف؛ بل ذوات الجمال والفراهة هن السراري غالبًا، وإن أشعرت عبارة جماعة، واقتضاه كلام «الشافعي» وغيره بالتخصيص، والغرض أن الْغَزَالِي لم يشك بما ذكره؛ بل هو كلام كثيرين، أو الأكثرين.

والظاهر: أنه لا خلاف بينهم في المعنى، وإن اختلفت العبارة، ألا ترى قول الإمام: وأما الجواري التي تكن محل التسري فيجب التفاوت بينهن، هذا كلام الأصحاب، هذا لفظه - ﷺ تعالى -.

قال: (**وَسُنَّ أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَتَنَعَّمُ بِهِ مِنْ طَعَامٍ وَأُدْمٍ وَكِسْوَةٍ**) وقال في «المحرر»: سيما إذا عالج الطعام، وولي الطبخ، يعني لقوله ﷺ: «**إِذَا صَنَعَ لِأَحَدِكُمْ خَادِمه طَعَامه ثُمَّ جَاءَهُ بِهِ، وَقَدْ وَلِيَ حَرّه وَدُخَانه، فَلْيُقْعِدْهُ مَعَهُ**»(١) متفق عليه. ولفظه مسلم.

الأكلة بالضم، وأشار الشَّافِعِي ﷺ إلى ثلاث احتمالات، حكيت أوجهًا، والإمام أقوالًا:

أحدها: يجب المناولة، وإجلاسه معه أفضل.

وثانيها: أن الواجب أحدهما لا تعينه، قال الرَّافِعِي: وأصحهما: لا وجوب الأمر بهما؛ للاستحباب ندبًا إلى التواضع، ومكارم الأخلاق، ومنهم من نفى الخلاف في الوجوب، وذكر قولين في أن الإجلاس أفضل، أو هما متساويان، والظاهر الأول؛ ليتناول القدر الذي يشتهيه، وهذا الاستحباب فيمن عالج الطعام آكد.

وأصل الاستحباب في مناولة الطعام يشمل المعالج وغيره، ورعاية هذا الخلق في حق الحاضرين أهم، وليكن ما يتناوله من اللقمة كبيرة سد مسدًا دون الصغيرة التي تهيج الشهوة، ولا يقضي النهمة، انتهى.

وهو ملخص من كلام الإمام وغيره، ووراءه أمور: أولها: قال الصفي

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٠) ومسلم (٣١٤٢).

....

في «شرح مختصر» الجويني: فأما حديث المقام الخادم، وإجلاسه معه فقد اختلف الأصحاب فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب على هذا الترتيب كما نطق به الحديث، انتهى.

وقضيته: أنه يجب إجلاسه أولًا فإن أتى روَّغ له لقمة؛ أي: روّاها دسمًا، والمعروف ما قدمنا.

ثانيها: قال إبراهيم المروزي: وإنما يسن التوزيع في حق من تولى الطبخ دون غيره، انتهى.

وعبارة كثيرين نحوها، وقال الإمام: قال الشَّافِعِي: هذا أولًا مخصوص بالذين يتولى إصلاح الطعام، وتصادم حرّ النار، ودخانها، انتهى.

ويتعين حمل هذا الكلام منهم على أنه آكد في حق المعالج، وأما أصل الاستحباب فيشمل الاحتمالات السابقة، وجعلها الإمام أقوالًا للشافعي في المعالج فقط قطعًا، ولكن لو التمس غيره الإطعام من سيده فيشبه أن يجيء في وجوب إطعامه ما سبق عن الْحَلِيمِي في صدقة التطوع.

ثالثها: قال المصنف في «شرح مسلم»: الأمر بإطعامهم مما يأكل السيد، وإلباسهم مما يلبس محمول على الاستحباب لا على الإيجاب، وهذا بإجماع المسلمين، واقتضى سياق كلامه أنه لا فرق بين المعالج وغيره؛ وإنما يتأكد في حق من صنعه، أو حمله؛ لأنه ولي حرّه ودخانه، وتعلقت به نفسه، انتهى.

وقول المصنف: وكسوة لم يذكره كثيرون، أو الأكثرون هنا؛ وإنما ذكروه في الكلام على الحديثين السابقين في الطعام، والكسوة؛ فقالوا: إنهما محمولان على الاستحباب، كما تقدم.

فرع: ذكر المصنف أن أصح الوجهين: أنه يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقه.

وَتَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَيَبِيعُ الْقَاضِي فِيهَا مَالَهُ، ....

والثاني: لا؛ لأن له بدلًا، وهو التيمم؛ وبهذا أجاب القاضي الحسين في «الفتاوى» وموضع الوجوب في الطهارة الواجبة، وصور الْبَغَوِي المسألة في السفر، وهو الظاهر، أما الحاضر، أو المسافر في موضع يندر فيه فقد الماء، فإن التيمم لا يغني عنه إذ يجب قضاء الصلاة معه، ويحتمل غير هذا، وألا يلزمه الشراء في الموضع الذي يسقط التيمم القضاء قطعًا، ويحتمل أن يجيء وجه ثانٍ فارق بين الحالتين.

والظاهر أنه يجب عليه أجرة الحمام؛ لإزالة الشعث، كما يجب الدهن والمشط للضرورة، وكذا لو كان لا يمكنه الغسل في البيت لشدة برد أو ضعف سواء وجب الغسل على وطء، أو حيض، أو احتلام.

وهذا داخل في قوله: وسائر مؤنه، ومنها مؤنة غسل ثيابه عند الحاجة بحسب العرف سواء السرية وغيرها، ويلزمه ثمن الدواء والطبيب.

فرع: يلزم السيد تعليم رقيقه المكلف ما يتعين عليه من أمور دينه في الطهارة، والصلاة، أو يحيله ليتعلم، ويلزمه بذلك.

قال القاضي الحسين والْبَغَوِي: يجب عليه، أو يجبه، أو يخلي بينه وبين كسبه ليخير به نفسه، قال القاضي: فإن كان العبد زمنًا فأجرة حياته من بيت المال، قال المصنف: وفيه نظر، وينبغي أن يجب على السيد؛ كالنفقة، وما قاله هو الظاهر، كما في المداواة، وغيرها من مؤنه، ويقرب أن يجب تعليم المراهق ما سبق في تعليم الأولاد؛ لئلا يبلغ جاهلًا بما لا بد له من معرفته.

قال: (**وَتَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ**)؛ كنفقة القريب، وأحسبه إجماع.

(**وَيَبِيعُ الْقَاضِي فِيهَا مَالَهُ**) أي: عند امتناعه، أو غيبته؛ لأنه حق واجب يوجبه عليه كنفقة قريبه، وهذا في مطلق التصرف، أما المحجور عليه فيجب أن يفعل الأحظ له من بيعه، أو بيع غيره من ماله في نفقته، أو اقتراض على فعله، أو إجارته، ويشبه أن يقال في البالغ الرشيد إذا ظهرت

فَإِنْ فُقِدَ الْمَالُ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ أَوْ إِعْتَاقِهِ.

المصلحة في بيعه عند طول غيبته بيع، كما قالوه في الأصول، أو يقترض عليه أو يؤجره، وإذا تعين بيع له في نفقة رقيقة، فهل يبيعه شيئًا فشيئًا، أو يستدين عليه؟ فإذا اجتمع عليه شيء صالح باع لأجله، صحح المصنف الثاني، ولكن الوجهان فيما لا ينافي بيعه شيئًا فشيئًا بقدر الحاجة؛ كالعقار ونحوه، أما المجنون والمائعات، فيتعين الوجه الآخر عند التيسر لا محالة، وكذا يتعين الوجه الأصح عند تعذر بيع جزء من العقار ونحوه، كما أوضحته في نفقة القريب.

وقال الْمَاوَرْدِي هناك: بيع ما سوى العقار من العروض، فإن لم يجد غيره بيع منه بقدر ما وجب عليه منها.

قلت: وهذا مستحيل في نفقة اليوم.

قال ابن الرِّفْعَة هنا بعد ذكره هذين الوجهين: فإن لم يمكن بيع بعضه باع جميعه، صرح به صاحب «الحاوي» انتهى.

ولم أره فيه.

قال: (فَإِنْ فُقِدَ الْمَالُ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ أَوْ إِعْتَاقِهِ) المراد: أنه يأمره بإزالة ملكه عنه دفعًا لضرره بعتقه، أو غيره من بيع، وغيره، قال في متن «الروضة»: فإن لم يجد له مالًا أمره أن يبيعه، أو يؤجره، أو يعتقه، فإن لم يفعل باعه الحاكم، أو أجره، فإن لم يشتره أحد أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال، فهو من محاويج المسلمين، فعليهم القيام به، انتهى.

والذي ذكره الجرجاني، وصاحب «التنبيه» وغيرهما: أنه إذا لم يكن له مال اكترى عليه إن أمكن اكتراؤه، فإن لم يكن يبيع عليه، قال ابن الرِّفْعَة: أي بيع منه بقدر الحاجة، كما تقدم.

قلت: وفيه ما سبق، ويستحيل بيع بعض العبد كل يوم في غدائه أو عشائه، وللحاكم إجباره على البيع، فإن تعذر بيع البعض بيع الكل، فإن

....

تعذر بيع الكل أنفق عليه من بيت المال، انتهى.

وظاهر كلامهم: أنه ينفق عليه من بيت المال، أو ينفق المسلمون عليه مجانًا، وهو ظاهر إن كان السيد فقيرًا، أو محتاجًا إلى خدمته، وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا على سيده، أو يجيء فيه ما سبق في اللقيط، والوجه: أنه إذا ظهر للسيد مال كان حقًّا أن يرجع عليه بما أنفق عليه من بيت المال، أو غيره.

إشارات: الكلام فيما إذا لم يكن للرقيق كسب مباح بقوته، أو لا يجد من يستأجره، ويمكن استكسابه، وموضع البيع؛ إذا لم يكن للرقيق كسب للسيد العاجز عن نفقته محتاجًا إلى خدمته لزمانة، أو مرض، وسبق عن القاضي الحسين أنه ينفق على عبده المجنون من بيت المال بالإجماع؛ ثم إنفاق بيت المال، أو المسلمين ظاهر إذا كان الرقيق مسلمًا، فإن كان كافرًا، فهل ينفق عليه من بيت المال؟ يشبه أن يكون كالحر الذمي، وفيه خلاف ذكرته في كتاب اللقيط من «الغنية» يتعين مراجعته، وقال الجوري: لا يلزم المسلمين القيام بنفقة الكافر.

فروع: أم الولد لا تباع قطعًا، ولا يجبر على عتقها على الصحيح؛ بل تزوج، أو تحرر فإن لم يكن فنفقتها من بيت المال، ويجيء في الكافرة ما سبق.

قال الرُّويَانِي: لو قال الحاكم لعبدٍ غائب: استدن، وأنفق على نفسك جاز، وكان دينًا على السيد، انتهى.

وكان هذا في غير الكسوب؛ أما الكسوب فيسأله أن يؤجره، أو يأمره بالاكتساب، ولا يعطل منافعه على السيد، ويلزمه الدين بلا ضرورة، وكذا المكاتب من أمته ليس له بيعه، وكذا لو ملك أصلًا، أو فرعًا بهبة، أو وصية، ويلزمه نفقته لو عجز المكاتب عن الكسب، ولم يعجز نفسه، ولا عجزه سيده، واحتاج إلى القوت، فهل يقال يجبر هو، أو سيده على

وَيُجْبِرُ أَمَتَهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا، وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَلَ عَنْهُ، ....

التعجيز، أو فقال له: عجز نفسك إن شئت؟ ارجع كما سبق في الأمة المزوجة، أو ينفق عليه من بيت المال لم أر فيه شيئًا، ولا يباع على المذهب مع بقاء الكتابة الصحيحة يجب على السيد الكسب لنفقة الرقيق العاجز عن الكسب، ما لم يزل ملكه عنه كما سبق.

قال: (**وَيُجْبِرُ أَمَتَهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا**) أي: سواء ولده وغيره، ملكًا له أو لغيره، أو حرًا؛ لأن لبنها ومنافعها له، ولو أراد تسليم ولدها إلى غيرها، وأرادت إرضاعه، فوجهان: **أحدهما**: له ذلك؛ لأنها ملكه، وقد يريد الاستمتاع بها، أو استخدامها، وأصحهما في أصل «الروضة»: لا، وبه أجاب في «الوجيز» لما فيه من التفريق بينهما لكن له ضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها، انتهى.

وقال في شروط الحضانة: وهل لأم الولد حضانة ولدها من السيد؟ وجهان:

الصحيح: لا حضانة لنقصها، وقال الشيخ أبو حامد: لها الحضانة إلى سبع سنين، واقتضى «الروضة» هناك أن الأصح: أنه ليس له انتزاع ولدها من غيره بناء على تحريم التفريق، وسوى هنا بين ولدها منه، ومن غيره بناء على الأصل المذكور.

والظاهر أن الخلاف في الصورتين واحد، ولا يهولنك لفظ الحضانة، فقد صرح الْمَاوَرْدِي، وغيره بأن لها حضانة ولدها بتحريم التفريق، وسواء ضمه إليها حضانة.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَلَ عَنْهُ**) أي: عن ذي ولده إما لقلة شربه، أو لكثرة اللبن، أو لاجتزائه بغيره غالب الأوقات، فإن لم يفضل فلا خيار، ولا جواز لوجود الضرر.

قال تعالى: ﴿**لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا**﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأن طعامه اللبن فلا يجوز أن ينقص عن كفايته؛ كالقوت.

وَفَطْمِهِ قَبْلَ حَوْلَيْنِ إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَإِرْضَاعِهِ بَعْدَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهَا.

وَلِلْحُرَّةِ حَقٌّ فِي التَّرْبِيَةِ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَطْمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ وَلَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَلِأَحَدِهِمَا بَعْدَ حَوْلَيْنِ، ....

قال: (**وَفَطْمِهِ قَبْلَ حَوْلَيْنِ إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ**)؛ لأن إليه أمر ولده ورقيقه.

(**وَإِرْضَاعِهِ بَعْدَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهَا**) أي: له إجباره على ذلك إن لم يضرها ولاية، وليس الاستقلال بفطامه، وإن لم يضره الفطام؛ لأنه لا حق لها في نفسها بخلاف الحرة.

وهذا ظاهر عند حضور السيد، أما لو لم يمكن مراجعته لغيبته الطويلة؛ فإما أن يقال ذلك عند كونه مصلحة الطفل، أو يراجع الحاكم فيه لثبوت عن الولد والسيد فيه.

قال: (**وَلِلْحُرَّةِ حَقٌّ فِي التَّرْبِيَةِ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَطْمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ**) لأنها تمام مدة الرضاع، وفيه احتمال للإمام إذا لم يتضرر به الولد، وظاهر كلام الأصحاب: أنهما لو تنازعا أجيب الداعي إلى إكمال الحولين، ويشبه أن يقال: تجب إجابة من دعا إلى ما هو الأصلح للولد؛ إذ يكون الفطام مصلحته، بأن تكون قد حملت، أو يكون بها مرض، أو علة، ولم يجد مرضعًا سواها فيظهر فيتعين الفطام هنا، وليس هذا مخالف لكلامهم؛ بل إطلاقهم محمول على الغالب.

قال: (**[وَلَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ]**[1] **وَلِأَحَدِهِمَا بَعْدَ حَوْلَيْنِ**) أي: إذا اجتزأ بالطعام فإن كان ضعيف الخلقة لا يجتزئ بغير الرضاع، ولم يجز فطامه، وعلى الأب بذل الأجرة حتى يبلغ حدًّا يجتزئ فيه بالطعام، فلو امتنعت الأم من إرضاعه، ولم يجد سواها، خيرها الحاكم عليه، قاله الْمُتَوَلِّي وغيره، وكذا لو تم الحولان في حر، أو برد شديد.

قال الفارقي في باب فطامه فيه: يقتضي إلى ضرره، وذلك لا يجوز

---

(١) (وَلَهُمَا) فَطْمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ (إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ) الْفَطْمُ لِاتِّفَاقِهِمَا وَعَدَمِ الضَّرَرِ بِالطِّفْلِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/١٣٣).

وَلَهُمَا الزِّيَادَةُ. وَلَا يُكَلِّفُ رَقِيقَهُ إِلَّا عَمَلًا يُطِيقُهُ، ....

بخلاف تمامها في فصل معتدل.

قال: (**وَلَهُمَا الزِّيَادَةُ**) أي: إذا كانت تنفعه ولا تضره، فإن ضرته فلا.

قال: (**وَلَا يُكَلِّفُ رَقِيقَهُ إِلَّا عَمَلًا يُطِيقُهُ**) أي: لا يجوز له تكليفه عملًا إلا ما يطيق المداومة عليه.

كما فسر به الشَّافِعِي، والأصحاب الحديث السابق، وقال الشيخ في «شرح مسلم»: أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يكلفه من العمل ما لا يطيقه، فإن كلفه ذلك لزمه إعانته بنفسه، أو بغيره، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: يجوز له أن ينقل عبده، وأمته من صناعة قد اختص بها إلى غيرها من صنائع مثله.

قلت: وهذا منه يفهم أنه لا يجوز له أن ينقل النفيس صاحب الصنعة الشريفة إلى صنعة لا يتعاطاها أمثاله في العادة، والمتبادر من كلام غيره أن له أن يستعمله فيما أراد مما يطيقه نفيسًا كان، أو خسيسًا.

قال: وأما قدر العمل فيعتبر بما يطيق الدوام عليه، أو كان يؤثر في إنهاك بدنه، وإضعاف قوته، فليس له تكليفه إياه في طويل الزمان، ولا قصيره، فإن رضي به العبد في مدة طاقته جاز، وإن كثر مع الإضرار بنفسه، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: ولا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه إلا ما يطيقه، ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات، إلا ما إذا أقام به يومًا، أو يومين عجز وضعف شهرًا، أو شهرين، وقال في «شرحه الصغير»: ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات، انتهى.

وهذا الاستثناء غريب في الكتب المشهورة، وأصله قول الْمُتَوَلِّي: له استخدام مملوكه فيما يطيقه من الأعمال، ويمكنه المداومة عليه؛ فأما الأعمال الشاقة الشديدة، فله أن يأمره بها في بعض الأوقات، ولا يكلفه ذلك دائمًا، انتهى.

وحذف من «الروضة» هذا الاستثناء، فقال: لا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه إلا ما يطيق الدوام عليه، ولا يجوز أن يكلفه عملًا يقدر عليه يومًا، أو يومين، ثم يعجز عنه، انتهى.

وقول الرَّافِعِي: وضعف عنه شهر أو شهرين لم أره في كلام غيره، والوجه عدم استثناء بعض الأوقات من غير ضرورة، أو رضا العبد إذا لم يضره ذلك؛ لقصر مدته كساعة مثلًا.

فرع: أفتى القاضي الحسين: بأنه إذا كلف مملوكه ما لا يطيق يباع عليه، قال ابن الصلاح: وليس ما قاله بعيدًا عن قاعدة المذهب، فقد علم أن العبد المسلم يباع على الكافر صيانةً له عن الذل، وقد قال ﷺ: «لم يلائمكم فبيعوه»(١) واستأنس بالحديث، وبفتوى القاضي؛ فأفتى ببيع جارية معيبة يدوم حملها على الفساد، والقياس أنه إذا كلف مملوكه ما لا يطيق أنه ينهى، ويمنع منه فإن أصر لم يمتنع، فهذا بوضع نظر، ولا يبعد إجباره على بيعه؛ إذا تعين طريقان خلاصة مما لا يطيقه، فإن أبى باعه الحاكم عليه، والله أعلم.

فرع: إذا استعمله نهارًا أراحه ليلًا، وكذا بالعكس، ويريحه في الصيف وقت القيلولة، ويستعمله في الشتاء نهارًا مع طرفي الليل، هذا لفظهما، وعبارة «التهذيب»: ومن أول الليل، وفي السحر، وإن كان له زوجة؛ تركه للاستمتاع الليلي، انتهى.

قالا: ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة، وعلى العبد بذل المجهود، وترك الكسل.

قال: (وَيَجُوزُ مُخَارَجَتُهُ بِشَرْطِ رِضَاهُمَا) أي: فليس لأحدهما إجبار الآخر عليهما، والمخارجة بين السادات والعبيد ثابتة، مشهورة عن أكثر الصحابة ﷺ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٥١٥٩).

وَهِيَ: خَرَاجٌ يُؤَدِّيهِ كُلَّ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ، وَعَلَيْهِ عَلْفُ دَوَابِّهِ، وَسَقْيُهَا، ....

روى البيهقي: «أَنَّهُ كَانَ لِلزُّبَيْرِ أَلْفُ مَمْلُوكٍ تُؤَدِّي إِلَيْهِ الْخَرَاجَ، وَلَا يَدْخُلُ بَيْتَهُ مِنْ خَرَاجِهِمْ شَيْئًا»(١).

قال الإمام في «النهاية»: كان ﷺ يصرف إلى كفايتهم قدر الحاجة، ويتصدق بالباقي، ولا ينال منها درهمًا، ولا ينفق على خاصته درهمًا، انتهى.

وفي الصحيحين: «أنه ﷺ أعطى أبا طيبة صاعين، أو صاعًا من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه»(٢).

قال: (**وَهِيَ**) أي: المخارجة.

(**خَرَاجٌ يُؤَدِّيهِ كُلَّ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ**) أو كل شهر، ونحو ذلك على حسب ما يتفقان عليه، ولا يجبر العبد سيده عليها بلا خلاف، ولا السيد عبده على المشهور.

وفي قول مخرج: له إجباره كما ينقل منافعه قهرًا إلى غيره، وهو شاذ، والمعتبر رضاهما جميعًا، فيقول: اخرج، واكسب، وادفع إليّ، فكل يوم، أو كل ثلاثة، أو كل أسبوع مثلًا قدرًا معلومًا من كذا، ويشترط أن يكون مكتسبًا لقدر خراجه، وإن قصر كسبه عنه لم يصح صرح به وغيره، وإن يكون ذلك الكسب مباحًا تعاطيه، وأن يكون فاضلًا عن نفقته وكسوته إن جعلا في كسبه.

قال الإمام: وبالجملة فلا تعتبر المخارجة حكمًا، ولا يلزم العبد إلا بذل المجهود في الكسب، قال أمير المؤمنين عمر ﷺ: لا تكلفوا الصغير بالكسب فيسرق، والجارية غير ذات الصنعة تكتسب بفرجها، وهذا مما يجب مراعاته، انتهى.

قال: (**وَعَلَيْهِ عَلْفُ دَوَابِّهِ، وَسَقْيُهَا**) أي: لحرمة الروح المحترمة،

---

(١) أخرجه البيهقي (١٦٢٠٥).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٦٠)، ومسلم (٢٩٥٢).

فَإِنْ امْتَنَعَ أُجْبِرَ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلَفٍ أَوْ ذَبْحٍ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلَفٍ

وحديث: «التي عُذبت على هرة»(١) مشهور في الصحيحين وغيرهما، وحديث: «جمل الأنصاري الذي شكا مالكه»(٢) أصله في صحيح مسلم، ورواه الإمام أحمد وغيره مطولًا.

وللبهيمة المحترمة أحوال:

إحداها: أن تكون معلوفة فعليه علفها وسقيها؛ حتى تنتهي إلى أول شبعها وريها دون غايتهما، وليس له أن يعدل بها إلى المرعى إذا لم تألفه.

الثانية: أن يكون راعية فعليه إرسالها لتشبع من الكلأ، وترتوي من الماء، ويعتبر هنا أمران: أن يكون كلأ ثم ماء للشرب، وألا يكون فيه سباع؛ فإن لم يكن كذلك كان كالحال الأول.

والثالثة: أن يجمع بين الأمرين؛ فإن اكتفت بكل واحد منهما يخير، وإن لم تكتف إلا بهما فعليه الجمع بينهما.

قال: (**فَإِنْ امْتَنَعَ أُجْبِرَ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلَفٍ أَوْ ذَبْحٍ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلَفٍ**) أي: بإسكان الأنعام صيانةً لها عن التعذيب أو الهلاك؛ فإن لم يفعل شيئًا من ذلك أنفق عليها المالك من ماله؛ كالرقيق، فإن لم يكن له مال، أو أخفاه باعه عليه، أو جزءًا منها، أو اكتراها إن أمكن، وأنفق عليها من الكري، قاله الْبَغَوِي وغيره.

وكذا يصنع في ذوات الغائب، وسوى كثيرون بين نفقة العبد والبهيمة وقد بيناه.

وليس المراد بالإجبار على البيع بعينه؛ بل المطلوب إزالة ملكه عنها مما يزول به ضررها بيعًا كان أو غيره، نعم يشبه ألا يباع ما يمكن إجارته، وحكى عن مقتضى كلام الشَّافِعِي والجمهور؛ فإن لم يرغب فيها لعمى، أو زمانة أنفق عليها من بيت المال كالرقيق، ولا يجوز ذبح ما لا يؤكل منها

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٨٣٤، رقم ٢٢٣٦)، ومسلم (٤/ ١٧٦٠، رقم ٢٢٤٢).

(٢) أخرجه مسلم (٢٩٩٨) وأحمد (٤/ ٢٩٣).

وَلَا يَحْلِبُ مَا ضَرَّ وَلَدَهَا ....

كالحمار والبغل؛ لأجل جلده، خلافًا لأبي حنيفة لنا النهي عن تعذيب الحيوان لغير مالكه.

قال: (**وَلَا يَحْلِبُ مَا ضَرَّ وَلَدَهَا**) قال أصحابنا: لا يحلب إلا ما فضل عن ري ولدها، وعبارة بعضهم: عن كفاية ولدها.

قال الرُّويَانِي: ويعني بالذي ما يقيمه حتى لا يموت، قال الرَّافِعِي: وقد تتوقف في الاكتفاء، وهذا التوقف هو الصواب الموافق لكلام الشَّافِعِي والأصحاب.

قال الْمَاوَرْدِي: وكذا البهيمة الرضيع في ارتوائه من لبنها؛ كولد الأمة في تمكينه من ريه فلا يجوز أن يحلب منها إلا ما فضل عن ريه؛ حتى تستغني عنه برعي، أو علف، أو ذبحه إن كان مأكولًا؛ فإن عدل به إلى لبن أمه جاز أن يستمر، وإن أباه ولم يقبله كان أحق بلبن أمه.

فرع: منثورة يستحب: إذا حلب ألا يستقصي لحديث: «**دَعْ دَاعِيَ اللَّبَنِ**»⁽¹⁾ فضعف؛ ولكن أخرجه ابن حبان.

يستحب للحالب أن يقص أظفاره لئلا يجرح الضرع، والأمر به حديث رواه الإمام أحمد بإسناد صحيح، ولا يجوز أن يحمل الظهر ما لا يطيق، ولا أن يستعمله ليلًا ونهارًا، وكذا في الحراثة.

وهل يجوز تحميل البقر وركوبها؟ يدلي فيه كلام لا أحصله.

وهل يجوز الحرث على الحمير؟ والظاهر أنه لم يضرها جاز وإلا فلا.

هذا الظاهر أنه يجب أن يلبس الخيل، والبغال، والحمير ما يقيها من

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٧٦، رقم ١٦٧٥٠)، وهناد (٢/ ٤٠٩، رقم ٧٩٥)، والدارمي (٢/ ١٢١، رقم ١٩٩٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٣٣٨)، وابن حبان (١٢/ ٨٩، رقم ٥٢٨٣)، والطبراني (٨/ ٢٩٦، رقم ٨١٣٠)، والحاكم (٣/ ٢٦٤، رقم ٥٠٤١) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٨/ ١٤، رقم ١٥٥٩٩)، والضياء (٨/ ٩١، رقم ٩٤) وقال: إسناده صحيح، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ٢٩٨، رقم ١٠٦٠).

وَمَا لَا رُوحَ لَهُ، كَقَنَاةٍ وَدَارٍ لَا تَجِبُ عِمَارَتُهَا].

الحر والبرد الشديد، إذا كان ذلك يضرها ضررًا بينًا اعتبارًا بكسوة الرقيق، ولم أر فيه نصًا، كل ذي روح محترمة يجب على مالكه القيام بمصلحته.

قال الأصحاب: يجب على صاحب النحل أن يبقي في الكوارة شيئًا من العسل قوتًا له؛ فإن كان في الشتاء وتعذر الخروج بقي له أكثره، فإن قام غير العسل مقامه لم يتعين العسل، وعلى مالك دود القز أن يعلفه ورق التوت، ويباع فيه ماله كالبهيمة؛ فإذا استكمل جاز تجفيفه بالشمس؛ لفائدة كذبح المأكول على مقتني الكلب المباح اقتناؤه، وأن يطعمه، أو يرسله، أو يدفعه لمن له الانتفاع به، ولا يحل حبسه ليهلك جوعًا، وإن جوزنا قتل الكلاب؛ بل لا يجوز حبس الكلب العقور ليهلك جوعًا؛ بل يحسن قتله بحسب المكنة.

فائدة: سكت عن شاة عضها كلب فَكَلِبَتْ، هل يحل أكلها؟ فتوقفت خشية الأعداء.

ثم قلت: ينبغي أن يرجع في ذلك إلى قول طبيبين عدلين، ويعمل عليه، ثم رأيت أبا حيان التوحيدي من أصحابنا قال في كتابه «الإمتاع»: إذا كَلِبَ الحمل نحر ولا يؤكل لحمه، والله أعلم.

قال: (وَمَا لَا رُوحَ لَهُ، كَقَنَاةٍ وَدَارٍ لَا تَجِبُ عِمَارَتُهَا) أي: على مالكها المطلق التصرف، قالا: ما لا روح فيه كالعقار والقنى والزرع والثمار لا يجب القيام بعمارتها، ولا يكره ترك زراعة الأرض، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان لما فيه من إضاعة المال.

قال المتولي: ويكره أيضًا ترك عمارة الدار إلى أن تخرب، هذا لفظ «الروضة».

والتعليل بإضاعة المال يقتضي التحريم إذ إضاعته لا لمعنى محرمة، ولا سيما إذا لم يكن له في سقي الزرع والشجر والثمر كلفة، وتركه يؤدي إلى هلاكه جملة.

واعلم أن الرَّافِعِي أخذ هذه المسألة من «التتمة» وقضية كلامهما: أن الغرض فيما إذا لم يضر ذلك؛ حيث قال: إذا ملك أشجارًا، أو زرعًا فترك سقيها كره له ذلك؛ لأنه من جملة تضييع المال، ولا يجبر على سقيها؛ لأن ذلك من جملة تنمية المال، ولا يجب على الإنسان تملك المال بل يجب عليه تنميته، ويخالف البهائم يجبر على علفها؛ لأن في ترك العلف إضرارًا بها، وليس في ترك السقي إضرار بالزرع والأشجار، انتهى.

وفرق غيره بحرمة الروح، وعلل الْبَغَوِي في «تعليقه» تحريم حلب ما يحتاج إليه الولد؛ بأنه يؤدي إلى هلاكه وانقطاع النسل، وذلك تعريض الإتلاف، والتعريض للشيء يعطي حكم ذلك الشيء؛ فيجب على كل أحد صيانة ماله ولا يجوز ضياعه؛ لأن في تضييع المال إهلاك النفس معنى؛ لأن بالأموال تقوم الأبدان، انتهى.

ولم يرد، وذكر في «تهذيبه» نحو ما سبق من كلام الشيخين.

تنبيهات: ما سبق في مطلق التصرف، أما المحجور عليه فيجب على وليه عمارة داره، وحفظ ثمره وزرعه بالسقي وغيره، ولا خفاء أن على نظار الأوقاف حفظ رقابها ومستغلاتها؛ لو كان المال مرهونًا، فهل يجب على مطلق التصرف عمارته بحق المرتهن؟ أطلق هنا.

ونقلا هناك وجهًا أنه إذا اتفق الراهن والمرتهن على ترك سقي الثمر؛ أنه يجبر عليه كما جبر على علف الحيوان.

وادَّعى الرُّويَانِي أنه الأصح.

والظاهر: أنه إذا لم يوافقه المرتهن، أو كان الرهن لمن لا يعتبر موافقته أجبر لا محالة، لو غاب الرشيد عن ماله غيبة طويلة، ولا نائب له، هل يلزم الحاكم أن ينصب من يعمر عقاره، ويسقي زرعه، وثمره من ماله؟ الظاهر: نعم؛ لأن عليه حفظ مال الغير؛ كالمحجورين.

وكذا لو مات مديون وترك زرعًا وغيره، وتعلقت به ديون مستغرقة، وتعذر بيعه في الحال؛ فالظاهر: أن على الحاكم أن يشرع في حفظه بالسقي وغيره، إلى أن يباع في ديونه؛ حيث لا وارث خاص يقوم بذلك، ولم يحضرني في هذا نقل خاص، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الظهار ٣

كِتَابُ الْكَفَّارَةِ ٢٩

كِتَابُ اللَّعَانِ ٧٢

كِتَابُ الْعِدَدِ ١٩٠

باب الاستِبرَاءِ ٣٠٨

كِتَابُ الرَّضَاعِ ٣١٩

كِتَابُ النَّفَقَاتِ ٣٤٢

قوت المحتاج
في
شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثامن

الجراح - الديات - دعوى الدم والقسامة -
البغاة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamed Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي(ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes) 7280 (12 مجلداً) عدد الصفحات
Size 17x24 cm قياس الصفحات
Year 2015 A.D - 1437H. سنة الطباعة
Printed in : Lebanon بلد الطباعة لبنان
Edition : 1st الطبعة . الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الجراح

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الجراح

قال الشارح: الجراح: جمع جراحه بالكسر، وقال: جرحه جرحًا، والجرح بالضم الاسم، والجمع: جروح، وترجم المصنف هنا بالجراح، وفي «الروضة»: بالجنايات، وهي أشمل؛ لصدقها على الجناية بالجرح وغيره؛ ولكن لما كانت الجراح أغلب طرق القتل حسب الترجمة.

والأصل في الباب الكتاب، والسنة، والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١] وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وشرع من قبلنا يلزمنا العمل به ما لم يرد نسخ.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولم أعلم مخالفًا في أن القصاص في هذه الآية كما حكى الله سبحانه وتعالى أنه حكم به بين أهل التوراة، وقال ﷺ: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ»(١) الحديث، وغيره من الأحاديث الصحيحة المشهورة، والإجماع منعقد على ذلك، وقتل الآدمي المعصوم بغير

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ١٦٧، رقم ١٨٧٠٤)، وأحمد (١/ ٣٨٢، رقم ٣٦٢١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٢١، رقم ٣٦٤٩٢)، والبخاري (٦/ ٢٥٢١، رقم ٦٤٨٤)، ومسلم (٣/ ١٣٠٢، رقم ١٦٧٦)، وأبو داود (٤/ ١٢٦، رقم ٤٣٥٢)، والترمذي (٤/ ١٩ رقم ١٤٠٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٩٠، رقم ٤٠١٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٧، رقم ٢٥٣٤).

[قال المصنف: الْفِعْلُ الْمُزْهِقُ ثَلَاثَةٌ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ.

وَلَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ، ....

حق أكبر الكبائر بعد الشرك بالله تعالى، نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب، وفي الحديث الصحيح ما يقتضيه.

والظاهر أن هذا في المسلم لا في حق كل آدمي معصوم، كما يأتي بيانه في «الشهادات» إن شاء الله تعالى، واقتضاه كلام جماعة هنا، ولا يخرج القتل المؤمن عن الإيمان، وتقبل توبته، ولا يوجب الخلود في النار عند أهل السنة، وقال الخوارج: يوجب الكفر، وقالت المعتزلة: يوجب ذلك الخلود في النار، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا﴾ [النساء: ٩٣].

لنا: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِۦ﴾ [النساء: ١١٦] وقوله تعالى في آخر «الفرقان» بعد ذكره القتل بغير حق: ﴿إِلَّا مَن تَابَ﴾ [الفرقان: ٧٠] بأن مات قبل التوبة كان تحت المشيئة كسائر أصحاب الكبائر.

قال: (الْفِعْلُ الْمُزْهِقُ) أي: للروح.

(ثَلَاثَةٌ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ) دليل الحصر أن الجاني إن لم يقصد عين الشخص؛ فهو الخطأ، وإن قصده بما يقتل غالبًا؛ فهو العمد، وإلا فشبهة.

قال: (وَلَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ) أما وجوبه فيه عند وجود شروطه؛ فالنصوص والإجماع، وأما عدم وجوبه في الخطأ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢] ولم يذكر القصاص.

ولنا: عدم وجوبه في شبه العمد، ولقوله ﷺ: **«ألا إنَّ دِيةَ الخَطأِ شِبْهِ العمد، ما كان بالسَّوْطِ والعصا، مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»**(١) الحديث صححه ابن

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٠٣، رقم ٥٨٠٥) وأبو داود (٤٥٤٩) والنسائي (٤٨٠٨)، وابن ماجه (٢٧٣٠) والبيهقي (٨/ ٦٨، رقم ١٥٨٩٦) والدارقطني (٣/ ١٠٥)، والحميدي (٢/ ٣٠٧، رقم ٧٠٢) وابن حبان (٤٢).

وَهُوَ قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ بِمَا يَقْتُلْ غَالِبًا: جَارِحٌ أَوْ مُثَقَّلٌ، ....

حبان، وغيره، ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه.

قال: (وَهُوَ) أي: العمد (قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ) أي: تعيينه كما سيأتي بما فيه.

(بِمَا يَقْتُلْ غَالِبًا) أي: لمثل المقصود، ولا يشترط مع ذلك قصدًا لإزهاق، خلافًا لصاحب «الخصال».

(جَارِحٌ أَوْ مُثَقَّلٌ) أي: سواء قصد به القتل، أم لم يقصده، علم أنه يقتل مثل المقصود، أم لا، وعبارته تدل على اعتبار الغلبة في كل من المثقل والجارح، وفي «التفريع» ما يخالف ذلك بدليل مسألة الإبرة.

واعلم أن عبارات الأصحاب اختلفت في التمييز بين العمد وشبهه، ويخرج منها وجوه: أحدها: قال في «الروضة» وعليه اقتصر الجمهور: إنه إن ضربه بما يقتل غالبًا فعمد محض، وإن لم يقتل غالبًا فشبه عمد.

والثاني: قال القاضي الحسين: حد العمد المحض، أن يتعمد ضربه بما يغلب على الظن أن حتفه فيه، هكذا نقله عن الشيخ إبراهيم المروزي، وعبارة غيره عنه: أن يضربه بما لو مات، عقبه غلب على الظن أنه مات منه.

والثالث: أنه إذا وجد القصدان، وعلمنا حصول الموت بفعله فهو عمد محض؛ سواء قصد الإهلاك، أم لا، وسواء كان الفعل مهلكًا لا غالبًا، أم نادرًا كقطع الأنملة، وإن شككنا في حصول الموت به؛ فهو شبه عمد، كذا نقلاه، وأحسبه بسط مقالة القاضي.

والرابع: إن ضربه بجارح فالحكم كما مرّ، وإن ضربه بمثقل اعتبر مع ذلك في كونه عمدًا أن يكون مهلكًا غالبًا؛ فإن لم يكن مهلكًا غالبًا؛ فهو شبه عمد، هكذا أورداه، وقال غيرهما: اعتبر بعض أصحابنا قصد الفعل والشخص بما يقتل غالبًا في المثقل، ولم يعتبر الغلبة في الجارح؛ بل يكفي العلم بالعلم بالموت منه، وهذه الطريقة أقرب إلى نصوص «الأم» في مواضع، وكذا «المختصر» وبعضها ظاهر فيها.

إنْ فُقِدَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ، أَوْ رَمَى شَجَرَةً فَأَصَابَهُ فَخَطأٌ، ....

والخامس: قاله ابن الخفاف في «الخصال»: العمد المحض: إن تعمد إلى غيره ليقتله بما الأغلب من مثله القتل، وشبه العمد: أن يرميه بما يقتل مثله ولا يريد قتله، ويريد رميه، وقد قيل: هو أن يريد قتله بما لا يقتل مثله هذا لفظه، وعدَّه أبو إسحاق الشيرازي في أواخر طبقة ابن سُرَيْج - رحمهم الله تعالى- واختار الْغَزَالِي لنفسه ضابطًا أثبته في «الروضة» وجهًا، ونسبه إلى اختيار الْغَزَالِي، وإنما هو من تفقهه ولم يذكره في «بسيطه» أَنَّ لِإِفْضَاءِ الْفِعْلِ إِلَى الْهَلَاكِ ثَلَاثَ مَرَاتِبَ: غَالِبٌ وَكَثِيرٌ وَنَادِرٌ، وَالْكَثِيرُ هُوَ الْمُتَوَسِّطُ بَيْنَ الْغَالِبِ وَالنَّادِرِ، مِثَالُهُ الصِّحَّةُ، وَالْمَرَضُ، وَالْجُذَامُ، فَالصِّحَّةُ هِيَ الْغَالِبَةُ فِي النَّاسِ، وَالْمَرَضُ كَثِيرٌ لَيْسَ بِغَالِبٍ، وَالْجُذَامُ نَادِرٌ، فَإِنْ ضَرَبَهُ بِهِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا جَارِحًا أَوْ مُثَقَّلًا فَعَمْدٌ، وإن كان يَقْتُلُ كَثِيرًا فهو عمد؛ إن كان جارحًا كالسكين الصغير، وإن كان مثقلًا؛ كالسوط أو العصا فشبه عمد، وإن كان يقتل نادرًا فلا قصاص، مثقلًا كان أو جارحًا؛ كغرز إبرة لا يعقبه ألم ولا ورم، والفرق بين الجارح والمثقل أن الجراحة لها أثر في الباطن قد يخفى؛ ولأن الجرح طريق الإهلاك غالبًا بخلاف المثقل، انتهى.

وجزم بهذا في «الحاوي الصغير» وجرى عليه معظم تخريجه، فاعلم.

قال: (إنْ فُقِدَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ، أَوْ رَمَى شَجَرَةً فَأَصَابَهُ) أي: مثلًا **(فَخَطأٌ)** هذا تفسير منه للخطأ، ونوقش في المثال الأول، فإن الواقع لا ينتسب إليه فعل، نعم حكم ذلك حكم الخطأ؛ لقربه منه، وبعده من غيره، وكان الأحسن الأشمل أن يقال في الثاني: أو رمى شيئًا آخر فأصابه، إذ لا فرق بين الشجرة، والحجر، والصيد، وآدمي آخر وغيرها.

تَنْبِيهٌ: قضية كلامهم: أنه لا بد في العمد به من قصد عين الشخص كما فسرنا به كلام المصنف، واقتضاه كلامه هذا، وقال قبيل الديات من «الروضة»: إنه لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان فأصاب واحدًا، ففي القصاص وجهان؛ لأنه لم يقصد عينه، وإذ قلت: الراجح وجوبه، ثم ذكر في موجبات الدية: أنه إذا رمى سهمًا، أو حجرًا،

وَإِنْ قَصَدَهُمَا بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَمِنْهُ الضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصًا.

وعلم أنه يصيب واحدًا لا بعينه، أو جماعة لا بأعيانهم فلا قصاص؛ لأن العمد أن يقصد عين الشخص.

قال: واستدرك الإمام فقال: هذا إذا قصد الرامي إصابة واحد لا بعينه أو جماعة وأصاب الحجر واحدًا منهم، أما إذا انحصروا وعلم الحاذق أن الحجر يصيب جميعهم وحقق قصده فأصابهم، فالذي أراه وجوب القصاص، انتهى.

وعبارة «البسيط»: إذا قصد جمعًا، وحاول قتل جميعهم، وعلم أنه يقدر على قتل جميعهم بكرات؛ بحيث إن يأتي عليهم، فقصد ما علم أنه قادر عليه، وحقق فيظهر هاهنا إيجاب القصاص، وإن لم يرتبط قصده في كل كرة شخص معين، وما ذكره الأصحاب ينزل على ما إذا كان لا يقصد جميعهم، وإنما يقصد واحدًا لا بعينه، هكذا ذكره الإمام، انتهى لفظه، وهو مصرح بأن التصوير بما إذا قصد قتلهم في دفعات، وفي كلام الرَّافِعِي إشارة إليه.

قال: (**وَإِنْ قَصَدَهُمَا**) أي: الفعل والشخص.

(**بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَشِبْهُ عَمْدٍ**)، وقال صاحب «الخصال» من متقدمي أصحابنا: شبه العمد أن يرميه بما يقتل مثله، ولا يريد قتله، ويريد رميه، وقيل: إن يريد قتله بما لا يقتل مثله، هذا لفظه.

قال: (**وَمِنْهُ**) أي: ومن شبه العمد.

(**الضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصًا**) أي: حقيقتين من غير تكرار يقتل مثله؛ فإن ذاك عمد، وكذا لو لم يكرر الضرب؛ ولكنه ضربه في مقتل، أو كان طفلًا، أو نَضْوًا فقتله ذلك، أو في حر أو برد شديدين يموت منه بها في مثله غالبًا فمات وجب القصاص، قاله الجرجاني وغيره.

إشارة: قضية إطلاقهم أَنَّهُ لَوْ مَاتَ عَقِبَ الضَّرْبَةِ الْوَاحِدَةِ الَّتِي لَا يَقْتُلُ مِثْلُهَا غَالِبًا كَانَ شِبْهَ عَمْدٍ، وَاقْتَضَاهُ إِطْلَاقُ الْأَكْثَرِينَ، وَالْمُرَادُ مَا إِذَا احْتَمَلَ مُؤْنَةَ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْ لِكَثْرَةِ الثِّيَابِ وَخِفَّةِ الضَّرْبَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ وَغَيْرُهُ.

فَلَوْ غَرَزَ إِبْرَةً بِمَقْتَلٍ فَعَمْدٌ ....

فرع: في «فروع» ابن الْقَطَّان: إذا ضربه بالسوط متفرقًا؛ مثل أن يضربه ضربة، ثم يعزب عنه، ثم يعود فيضربه أخرى، وعلى هذا حتى يموت؛ فالحكم كالحكم فيمن كرر ضربه بالحجر الخفيف، وفرق ذلك فهو على وجهين: **أحدهما**: فيه القود، **والثاني**: لا؛ لأن السوط الأول حصل خطأ فخرجت الروح عن عمدٍ وخطأ، وهذا الاقتصاص فيه، انتهى.

والوجه: أنه إذا بقي أثر شيء من الأول، وهكذا وجب القود.

قال: (**فَلَوْ غَرَزَ إِبْرَةً بِمَقْتَلٍ**) أي: كالدماغ والعين، وعبارة المروزي: ومآق العين، وأصول الأذنين، والحلق، وثغرة النحر، والصدغ، والقلب، والصدر، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: والبطن، والأخدع وهو عرق في العنق، والخاصرة، والإحليل، والأنثيين، والعجان وهو ما بين الخصية والدبر، وكذا عبارة الرَّافِعِي، وغيره: الإحليل، وعبارة الدارمي: ورأس إحليله وتضمنه، وعدَّ الفوراني في «العمد»: من المقاتل الغرز في الصدغ.

قال: (**فَعَمْدٌ**) أي: لخطر المحل وشدة تأثره؛ فالقليل في هذه المواضع يعمل على الكثير في غيرها.

واعلم أن ظاهر كلام الأصحاب: أن الغرز بمقتل لا يشترط فيه ظهور ورم، وفي «البسيط»: ولو غرز إبرة، قال الأصحاب: إن تورم موضع الغرز وجب القصاص، وإن لم يتورم؛ بل وجد ألمًا شديدًا فوجهان، ومنهم من أطلق وجهين في الإبرة؛ إذا غرزت في اللحم من غير قصد بين الأحوال، وفيه إبهام؛ فالوجه تخريجه على القاعدة، فيقول: الغرز في موضع كثيف لا يعقب ألمًا هدر، ولو تورم المحل بعد الغرز في اللحم، ووجد ألمًا شديدًا إلى الموت، وكان في مقتل؛ فالقصاص واجب، وإن لم يوجد التورم ووجد ألم شديد فوجهان، انتهى.

وهو ملخص له في «النهاية» وفيه نظر، والذي في «تعليق» القاضي الحسين: إذا غرز الإبرة في غير المقتل؛ إن تورم ومات وجب القود، وإن لم

وَكَذَا بِغَيْرِهِ إِنْ تَوَرَّمَ وَتَأَلَّمَ حَتَّى مَاتَ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي الْحَالِ فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَقِيلَ عَمْدٌ، وَقِيلَ لَا شَيْءَ، ....

يتورم بأن غرز في اللحم ودمي فعليه القصاص، وإن لم يدم فعلى وجهين؛ فإن غرز في الجلد، فإن لم يدم فلا قصاص، وإن دمي فوجهان، انتهى.

وهذا الكلام كما تراه مفروض فيما إذا كان الغرز بغير مقتل، كما اقتضاه كلام الكتاب وغيره كما سيأتي.

قال: (**وَكَذَا بِغَيْرِهِ**) أي: بغير المقتل كالفخذ والألية.

(**إِنْ تَوَرَّمَ وَتَأَلَّمَ حَتَّى مَاتَ**) أن العلم يتولد الهلاك منه، وظاهر كلامه أنه لا بد من اجتماع الأمرين، وهذا جرى منهما على كلام الْغَزَالِي، وقضية كلام الأصحاب أن للألم الشديد بمجرده كان إذا دام إلى الموت، وإن لم يحصل ورم فيكفي وجود أحدهما؛ إلا أن الورم لا ينفك عن الألم غالبًا، وعبارة الْبَغَوِي في «تعليقه»: وإن غرز في غير مقتل مثل العقب، أو حيث لا يموت غالبًا نظر إن تورم أو بقي مسالمًا حتى مات يجب القود، واقتصر على ذكر التورم إبراهيم المروزي وغيره.

وقال الرَّافِعِي في كلامه على ألفاظ «الوجيز»: ولو لم يتعرض للألم لم يضر؛ لأن الورم لا يخلو عن الألم بخلاف عكسه، انتهى.

والمذهب ما قاله الأصحاب، وقال المصنف في «تنقيح البسيط»: قوله: ولو أعقب ألمًا دون الورم فوجهان: الأصح: وجوب القصاص، وبه قطع الشيخان: أبو حامد، وأبو إسحاق الشيرازي، انتهى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي الْحَالِ فَشِبْهُ عَمْدٍ**) قاله ابن سُرَيْج والإصطخري؛ لأن الغالب منه السلامة؛ كالضرب بسوط خفيف.

(**وَقِيل: عَمْدٌ**) قاله أبو إسحاق؛ لأنه يؤثر في الباطن كالمسألة.

(**وَقِيل: لَا شَيْءَ**) أي: لا قصاص ولا دية إحالة على الموت فحاله، أو سبب آخر.

وقيل: دية مغلظة دون القود.

وَلَوْ غَرَزَ فِيمَا لَا يُؤْلِمُ كَجَلْدَةِ عَقِبٍ فَلَا شَيْءَ بِحَالٍ.

واعلم أن قوله: ومات في الحال يشير إلى أنه لو لم يمت في الحال مع عدم ظهور أثر الجراحة، ثم مات بعد ذلك فلا ضمان أصلًا، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وغيره في «التتمة»: التسوية بين موته في الحال، وبعد زمان، ويتعين تقييده بزمن يسير وإلا فهو غلط، وقد تبعه عليه من اختصر «التتمة» نعم، لو ظهر بعد زمان تأثر ذلك الموضع به فقريب، ويحسن أن يراجع أهل البصر في ذلك، ويعمل بقولهم إذا أحاطوا بذلك علمًا، قالا: وفي «الرقم» للعبادي: أن الغرز في بدن الصغير، والشيخ الهرم، وَنَضْوِ الخلق يوجب القصاص بكل حال، وأن الفرق بين القتل وغيره في حق الكامل المعتدل الحال والأعضاء، انتهى.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه» بعد نقله الوجهين الأولين: ومن أصحابنا من قال: إذا غرز إبرة في غير مقتل؛ سواء تورم، أو لم يتورم، دمي أو لم يدمي، ففي وجوب القود قولان، وهذا هو الأصح؛ لأن التورم يكون بعده فلا يكمل به قصده، ومنهم من قال: إذا لم يتورم نظر إن لم يدم لا قصاص، وإن دمي فوجهان، انتهى.

وقال إبراهيم المروزي: إن غرز في مقتل كمآق العين، وكذا ومات وجب القود، أو في غير مقتل، أو تورم ومات يجب القود، وإن لم يتورم إن كان غير العقب ودمي يجب القود، وإن لم يدم فوجهان، انتهى.

وفي «تعليق» الحسين: إن غرز في اللحم ودمي وجب القود؛ وإلا فوجهان، وإن غرز في الجلد ولم يدم فلا قود، وإن دمي فوجهان.

قال: (وَلَوْ غَرَزَ فِيمَا لَا يُؤْلِمُ) أي: ولم يتألم به.

(كَجَلْدَةِ عَقِبٍ) أي: ولم يتجاوزها الغرز.

(فَلَا شَيْءَ بِحَالٍ) أو لعلمنا أنه لم يمت به؛ سواء مات في الحال، أو بعده، أو لا يألم ولا أثر فأشبه ما لو ألقي عليه خرقة فمات في الحال.

فاعلم أن هذه الصورة من تصرف الإمام والْغَزَالِي ولم يذكرها العراقيون، وقضية إطلاقهم أن جميع البدن غير المقاتل حكمه ما سبق في الصورة قبلها،

....

وذكر القاضي الحسين وغيره من أمثلة غير المقتل العقب، وجلدة العقب يؤلم الغرز فيها للصغير، والنضو، ونزف البدن لغيرها بلا شك، وعبارة تعليق الْبَغَوِي: وإن غرز في غير المقتل؛ مثل العقب، أو حيث لا يموت غالبًا إن تورم، أو بقي متألمًا حتى مات يجب القود، وإن مات في الحال فوجهان، قال ابن سُرَيْج والإصطخري: هو شبه عمدٍ، وقال أبو إسحاق: يجب القود، ومن أصحابنا من قال: إذا غرز إبرة في غير مقتل؛ سواء تورم، أو لم يتورم دمي، أو لم يدم ففي وجوب القود قولان، وصحح هذه الطريقة كما سبق عنه.

وقضية كلامه التسوية بين جلدة العقب وغيرها، وسبق كلام إبراهيم المروزي وغيره في الغرز في جلدة العقب وغيرها، وادَّعى الإمام أن إبانة فلقة حقيقة من اللحم كغرز الإبرة، ولا أحسب الأصحاب يسمحون بموافقته، وسنذكره.

تَنْبِيهٌ: محل ما ذكره المصنف؛ إذا لم يبالغ في إدخال الإبرة، فإن بالغ وجب القود وجهًا واحدًا صرح به الأصحاب، قال الرَّافِعِي: وقول «الوجيز»: وإن لم يعقب ورمًا ومات عقبه، هكذا صور المسألة، ويشبه أن يفرق الحال بين أن يتألم ويموت في الحال، وبين أن يستمر التألم ويموت بعد مدة؛ بل وجوب القصاص إذا توالت الآلام، أو لتأثيرها في الضعف والشدة، وكان سبب تصويرهما إذا مات في الحال أنه إذا لم يمت والألم دائم؛ فالغالب حدوث التورم، وتبين الألم على البشرة فيكون غير الصورة السابقة، انتهى.

واشتمل كلام الدارمي على طرق حيث قال: وإن غرز في غير مقتل فسرى، قيل: وإن مات عقبه من سرايته، فوجهان، قال أبو حامد: في قتل الأب في حكم المال والسهام، وقيل: إن كان في موضع فيه القتل غالبًا فدية مغلظة، وإن كان في غيره فلا شيء، قال ابن المرزبان: مات قسرًا به أم لا فوجهان في القود، والدية وجهًا، انتهى.

أي: وتجب الدية وجهًا واحدًا، فاعلم.

……

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: فَالْمُثَقَّلُ يَنْقَسِمُ ثَمَانِيَةَ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا : قَتْلُ مِثْلِهِ فِي الْأَغْلَبِ كَالصَّخْرَةِ الثَّقِيلَةِ وَالْخَشَبَةِ الْكَبِيرَةِ القتل بالمثقل، وَيَقْتُلُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ وَقَعَتْ عَلَيْهِ مِنَ الجَسَدِ وَعَلَى مَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ مِنْ جَمِيعِ النَّاسِ، فَالْقَوَدُ وَاجِبٌ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: مَا لَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ فِي الْغَالِبِ كَالْحَصَاةِ القتل بالمثقل مِثْلُ النَّوَاةِ وَالْخَشَبَةِ مِثْلُ الْقَلَمِ لَا يَقْتُلُ فِي أَيِّ مَوْقِعٍ وَقَعَتْ عَلَيْهِ مِنَ الجَسَدِ، وَلَا عَلَى مَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ مِنْ جَمِيعِ النَّاسِ فَلَا قَوَدَ فِيهِ وَلَا دِيَةَ.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ مِثْلُهُ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَقْتُلَ مِثْلُهُ، وَهُوَ مَا تَوَسَّطَ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ القتل بالمثقل فَلَا قَوَدَ، وَفِيهِ الدِّيَةُ مُغَلَّظَةٌ.

وَالْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا يَقْتُلُ إِذَا رُدِّدَ، وَلَا يَقْتُلُ إِذَا أُفْرِدَ كَالسَّوْطِ وَالْعَصَا القتل بالمثقل، فَإِنْ رَدَّدَهُ وَجَبَ فِيهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ لَمْ يُرَدِّدْهُ وَجَبَ فِيهِ الدِّيَةُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَالْقِسْمُ الْخَامِسُ: مَا يَقْتُلُ الصَّغِيرَ وَالْمَرِيضَ وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَقْتُلَ الْكَبِيرَ وَالصَّحِيحَ القتل بالمثقل، فَيُرَاعَى الْمَقْتُولُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا أَوْ مَرِيضًا وَجَبَ فِيهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا صَحِيحًا فَفِيهِ الدِّيَةُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَالْقِسْمُ السَّادِسُ: مَا يَقْتُلُ إِذَا وَقَعَ فِي الْمَوَاضِعِ الْقَاتِلَةِ وَلَا يَقْتُلُ إِذَا وَقَعَ فِي غَيْرِهَا فَيُرَاعَى مَوْضِعُ وُقُوعِهَا القتل بالمثقل، فَإِنْ كَانَ فِي مَقْتَلٍ، وَجَبَ فِيهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ وَجَبَتْ فِيهِ الدِّيَةُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَالْقِسْمُ السَّابِعُ: مَا يَقْتُلُ بِقُوَّةِ الضَّارِبِ وَلَا يَقْتُلُ مَعَ ضَعْفِهِ، فَيُرَاعَى حَالُ الضَّارِبِ القتل بالمثقل، فَإِنْ كَانَ قَوِيًّا وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا وَجَبَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَالْقِسْمُ الثَّامِنُ: مَا يَقْتُلُ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَلَا يَقْتُلُ مَعَ سُكُونِهِمَا، فَيُرَاعَى وَقْتُ الضَّرْبِ القتل بالمثقل، فَإِنْ كَانَ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَجَبَ فِيهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ كَانَ مَعَ سُكُونِهِمَا وَجَبَ فِيهِ الدِّيَةُ دُونَ الْقَوَدِ.

وَجُمْلَتُهُ أَنْ يُرَاعَى حَالُ الضَّارِبِ وَالْمَضْرُوبِ، وَمَا وَقَعَ بِهِ الضَّرْبُ.

وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالطَّلَبَ حَتَّى مَاتَ، ....

فرع: الجرح المسلة، ورأس الحربة، والسهم كهو بالسيف والسكين؛ سواء المقتل وغيره، والجرح الكبير والصغير، قال الإمام: وهذه الجراحات التي بها وقع وتأثير، فأما إبانة فلقة حقيقة من اللحم فهو كغرزه الإبرة، قال الرَّافِعِي: كذا ذكره الإمام، فأشار إلى التوقف فيه، قال الأصحاب: أطلقوا وظاهر إطلاقهم ينازع ما ذكره، وألحق الرُّويَانِي الشرط بالمشرط كغرز الإبرة، فقال: شرط بمشرط في غير موضع الحجامة بغير إذنه وجب القود إن كان في مقتل، وإن كان في موضع الحجامة فوجهان.

قال: ولو فصده بغير إذنه وجب القود قولًا واحدًا، وقال صاحب «الترغيب»: يجب، وقيل: إن تمكن من العصب ولم يعصب لم يلزمه شيء، كما لو ألقاه في ماءٍ قليل فبقي مستلقيًا حتى هلك، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي بعد مسألة الإبرة: ولو فصده أو حجمه بغير إذنه فحكم القصاص على ما ذكرنا، وإن كان بإذنه فلا شيء عليه، ولا يأتي فيه الخلاف في القتل بإذنه؛ لأنه مباح بلا إذن بخلاف القتل، انتهى.

فرع: قال في «الشامل» وتبعه في «البحر»: قال الشيخ أبو حامد في «التعليق»: إذا أوضحه بحجر يوضح مثله غالبًا، ولا يقتل غالبًا يجب القصاص في الموضحة؛ فإن مات لم يجب القصاص.

قال: وفيه نظر؛ لأن من أوضح غيره بحديدة فمات منها وجب القود بلا إشكال، وهذه الآلة إذًا كانت مما يوضح غالبًا كالحديدة، انتهى.

والذي في «تعليق أبي حامد» هاهنا: يقتضي موافقة بحث «الشامل» لا نقله عنه، وذكر بعض الأئمة المتأخرين: أنه ليس في كلام أبي حامد ما نقله عنه، وأن الْمَاوَرْدِي صرّح بخلافه، وأن محل ذلك إذا مات في الحال كما في غرز الإبرة؛ فإن مات بالسراية وجب القود، وهذا واضح.

قال: (وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالطَّلَبَ حَتَّى مَاتَ) أي: جوعًا أو عطشًا.

فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِبًا جوعًا أَوْ عَطَشًا فَعَمْدٌ وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ جُوعٌ وَعَطَشٌ سَابِقٌ فَشِبْهُ عَمْدٍ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ جُوعٍ وَعَطَشٍ، وَعَلِمَ الْحَابِسُ الْحَالَ فَعَمْدٌ،

(**فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِبًا جُوعًا أَوْ عَطَشًا فَعَمْدٌ**) لأنه قصد إهلاكه بما يهلك، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوّة وضعفًا، والزمان حرًّا وبردًا، ففقد الماء في الحر ليس هو في البرد.

قال: احترز بقوله: ومنعه عمّا إذا تركهما عنده، وكان يمكنه تناولهما، أما إذا لم يمكنه؛ لربطه، أو غيره، أو لطفولية لا يهيئ معها إلى التناول فمات وجب القود، وبقوله: والطلب عما لو لم يكن من الطلب، ولو بالسؤال بنفسه، أو بوكيله؛ فلم يعضل حتى مات، فإنه لا قود ولا ضمان على جانبه.

قال الفوراني في «العمد»: وفي حكم ترك الطعام والشراب عنده مع إمكان تناوله، ما لو أمكنه الهرب من غير مخاطرة، انتهى.

ومفهومه: أنه إذا كان فيه مخاطرة يجب القود، وفيه نظر، قال الفوراني: وإن وضع عنده الطعام دون الشراب؛ فإن مات جوعًا فلا ضمان، أو عطشًا وجب القود، وأشار المصنف بقوله: بموت مثله فيها إلى ما سبق من أن المدة تختلف باختلاف حال المحبوس، واختلاف الزمان، وبقوله: أو عطشًا إلى أن فقد كل واحدٍ كاف عند حصول الهلاك بفقده، قال الْمَاوَرْدِي: إِلَّا أَنَّ الصَّبْرَ عَنِ الطَّعَامِ إِذَا وَجَدَ شَرَابًا أَمَدُّ زَمَانًا مِنَ الصَّبْرِ عَنِ الشَّرَابِ إِذَا وَجَدَ الطَّعَامَ، فراعى حكم كل واحدٍ منهما إذا انفرد بالعرف المعهود في الأغلب، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم تمض المدة المذكورة ومات.

(**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ جُوعٌ وَعَطَشٌ سَابِقٌ فَشِبْهُ عَمْدٍ**) أي: لأن هذا لا يقتل غالبًا، والغرض أن المدة يجوز موته فيها بفقد الطعام أو الشراب؛ كاليوم فما دونه، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَإِنْ كَانَ بَعْضُ جُوعٍ وَعَطَشٍ، وَعَلِمَ الْحَابِسُ الْحَالَ فَعَمْدٌ**) أي: لظهور قصد الإهلاك، وكان الأحسن أن يقول: أو عطش وعلم الحابس الحال لم يذكره كثيرون، وقال الفوراني في «العمد» بعد ذكره القولين في القود: ثم

وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

ذكر الفقيه أبو بكر، وأحسبه أراد الصيدلاني، أنه لا فرق بين أن يكون عالمًا بتحريمه أم لا، وذكر الفقيه محمد أن القولين فيما إذا كان عالمًا بجوعه؛ فإن لم يكن فلا قود وفيه الدية، وكم هي؟ إن قلنا: لو كان عالمًا عليه القود وجب هاهنا كمال الدية، وإن قلنا: لا قود، فوجهان: **أحدهما**: كل الدية، **والثاني**: نصفها، وقال في «الإبانة»: اختلف أصحابنا في محل القولين، منهم من قال: هما فيما إذا كان عالمًا بجوعه، ومنهم من قال: قولًا واحدًا لا فرق، انتهى.

وأكثر الشيخ أبو علي السِّنْجِي في «شرح التلخيص» النقل عن محمد هذا، قال الإمام: ولا أدري من هو، وقد أفهم الفوراني أنه من أئمتنا أصحاب الوجوه.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يعلم الحابس.

(فَلَا فِي الْأَظْهَرِ) أي: لأنه لم يقصد إهلاكه، ولا أتى بما هو مهلك، وشبه ذلك بما لو دفع إنسانًا دفعًا خفيفًا فسقط على سكين وراءه هو جاهل فلا قود، والثاني: يجب كما لو ضرب المريض بما يهلكه ولا يهلك، الصحيح وهو جاهل بمرضه، وصححه الشَّاشِي في «الحلية» وقيل: إن جهل فلا قود قطعًا، وإن علم فقولان، قال في «الكافي»: بعد نقله الطريقين، وقيل: هو الأصح لا قصاص قولًا واحدًا؛ لأن الجوع السابق غير موجب، والثاني: موجب فقد مات من موجب وغيره فلا يوجب، انتهى.

وكذا قال الْبَغَوِي في «تعليقه» والصحيح عندي من هذه الطرق أنه لا يجب القود على الحابس جاهلًا كان أو عالمًا، وما وجد منه لم يفرد به لا يجب به القود؛ بل نصف دية مغلظة، ثم إن كان عالمًا بالجوع السابق ففي ماله، وإن كان جاهلًا به فمغلظة على مما قلته.

فرع: لو صنع الطعام فقط، فلم يأكل خوفًا من العطش فمات فلا قود، وفي الدية: وجهان، قيل: ويشبه أن يقال: وإن كان موته لعطش وجب القود قطعًا، وإلا فوجهان؛ لكن بمحض الموت من العطش مع عدم تناول الطعام

……

يبعد تصوره، أو لا يتصور، فلذلك جرى الخلاف مطلقًا، انتهى.

ويمكن أن يرجع إلى أهل البصر فيه إذا أحاطوا به علمًا، وقد يعلم ذلك باندلاع لسانه، وتدور عينيه من العطش؛ كما يشاهد ذلك فيمن اشتد عطشه بمجرده، ولم يكن قد مضى ما يتأثر فيه الجوع.

فائدة: ظاهر كلام «المنهاج» تخصيص الخلاف بالقسم الثاني، وقال في «الروضة»: وإن كان به بعض جوع أو عطش؛ ففي وجوب القصاص ثلاثة أقوال: أظهرها: إن علم الحابس جوعه السابق لزمه القصاص، وإلا فلا، والثاني: يجب القصاص في الحالين، والثالث: عكسه؛ فإذا أوجبنا القصاص وجب دية عمد كاملة إن كان عالمًا؛ وإلا فدية شبه عمد، وإن لم نوجبه فقولان: أحدهما: تجب دية كاملة، وأظهرهما وبه أجاب الأكثرون: تجب نصف دية العمد إن كان عالمًا أو شبه العمد، كذا قالا في «الروضة» و«الشرحين» وكأنهما أرادا أنه يجب نصف دية العمد إن كان عالمًا، أو نصف دية شبه العمد إن كان جاهلًا، والذي ذكره غيرهما أنه تجب نصف دية شبه العمد لا غير، وهو الملائم للتفريع؛ لكن أسلفناه «كالروضة»: أنه يجب الدية المغلظة، وإن لم يوجب الدية، وحكى الإمام في باب الوديعة وجهًا: أنه لا يجب شيء.

فروع: لو حبسه وعزاه حتى مات بردًا، قال القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي: هو كما لو منعه الطعام والشراب، وعليه ينطبق قول الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم» في باب خيانة السلطان؛ أي: بعد ذكره حبس من به جوع وعطش، وكذلك لو حبسه فجرده ومنعه الأدفية في بردٍ أو حرٍ، إن كان البرد أو الحر مما يقتل مثله ضمنه، وإن كان مما لا يقتل غالبًا لم يضمنه من قبل؛ أنه يموت فجأة، ولا يضمنه حتى يكون الأغلب أنه مات بمنعه إياه مدة يموت من صنع مثل ما يعرفها، انتهى.

ولو حبسه في بيت وأوقد فيه نارًا، أو سد المنافذ حتى اشتد الدخان وضاق به النفس فمات وجب القود، قال الدبيلي: أو لم يحبسه؛ ولكن أخذ

وَيَجِبُ الْقِصَاصُ بِالسَّبَبِ، ....

طعامه وشرابه، أو ثيابه في برد شديد، ولم يجد مأكولًا ولا ملبسًا ولا مأوى، أو أخذ سيفًا وحال بينه وبين ما ذكرنا فمات فلا ضمان على المذهب، وقال ابن خيران: هي كالأول يعني: ما إذا حبسه ومنعه الطعام حتى مات، وذكر **الرَّافِعِي** هنا: أنه لو أخذ طعامه، أو شرابه، أو ثيابه في مفازة فمات جوعًا أو عطشًا أو بردًا فلا ضمان؛ لأنه لم يحدث فيه شقًا، وقضية هذا التوجيه: أنه لو أغلق عليه بيتًا هو جالس فيه حتى مات جوعًا لم يضمنه وفيه نظر، نعم إن كان التصوير في مفازة يمكن الخروج منها.

قال: فهذا محتمل، وإن لم يمكنه الخروج منها محال لطولها أو زمانة، وهي مما يطرق غالبًا، أو في ذلك الوقت فالمتجه وجوب القود كالمحبوس، وأشار القاضي الحسين في صورة الفرع إلى خلاف، فقال: لا ضمان على الصحيح.

وقال **الْمَاوَرْدِي** في الأطعمة: فيما إذا منع المضطر الطعام لو قيل: يضمن ديته كان مذهبًا كما لو منعه طعام نفسه؛ فإنه يضمن ديته.

قلت: وأفتى **الْغَزَالِي** بأنه إن قصد فمنعه آخر من شدة حتى مات؛ أنه يجب القود؛ لأنه طريق يقصد به القتل غالبًا.

قال: وإن أنكر هذا من حيث إن الصادر عن دفع الهلكة، رد هذا الإنكار يمنعه عن تناول الطعام الخاص حتى مات جوعًا، هذا لفظه، وقضية وجود القود في منعه الطعام الحاضر، وذكر الدارمي: أنه إذا غص بالطعام فأراد الماء فمنعه فمات فالقود، قاله ابن المرزبان، وقضية إطلاقه: أنه لا فرق بين منعه ماء يقيه، أو ماء الغاص، أو الماء المباح؛ إلا أن يكون التصوير فيما إذا ضبطه ومنعه الشراب، وإلا باعه.

قال: (**وَيَجِبُ الْقِصَاصُ بِالسَّبَبِ**) أي: قياسًا على المباشرة، وكان الأحسن تقديم هذا الكلام، وما تصل به على مثله الحبس والتجويع؛ فإنه سبب أيضًا، والمتبادر أن ما سبق في الفروع المنثورة من السبب؛ فليطلب الفرق البين.

فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا وَقَالَا تَعَمَّدْنَا لَزِمَهُمَا الْقِصَاصُ إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الْوَلِيُّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمَا.

قال: (فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ) أي: فحكم الحاكم بشهادتهما، وقتل بها.

(ثُمَّ رَجَعَا) أي: بان.

(وَقَالَا تَعَمَّدْنَا) الكذب فيقتل بشهادتنا.

(لَزِمَهُمَا الْقِصَاصُ) لتوصلهما إلى قتله بسبب يقتل غالبًا.

قال: (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الْوَلِيُّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمَا) أي: فلا قود عليهما أزلًا أي: حسًا ولا شرعًا، فصار قولهما شرطًا محضًا كالممسك مع القاتل، وعليه إن باشر القتل القود رجعا أم لا، وتتمة صورة للرجوع مذكور في «الشهادات» ولو شهدا بردته، وإحصانه، وسرقته، أو ما يوجب القود فيما دون النفس وجب القود أيضًا، وإن سري القطع إلى النفس قتلا أيضًا، قال الشيخ إبراهيم المروزي: وكذا لو شهدا بزنا بكر فجلد، أو بالشرب فحد فمات، ثم رجعوا عن الشهادة، وقالوا: تعمدنا وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا يلزمهم القود، والحد فيه: أنه كل ما لو باشره، وحصل به التلف وجب القود؛ إذا تلف بشهادته ورجع وجب عليه القود، انتهى.

فرع: أشكلت حادثة على الحاكم فروى إنسان خبرًا فقتل الحاكم به رجلًا، ثم رجع الراوي وقال: كذبت وتعمدت، قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد يرجع.

قال الرَّافِعِي: والذي ذكره الإمام والْقَفَّال أنه لا يتعلق به القصاص بخلاف الشهادة؛ فإنها تتعلق بالواقعة، والخبر لا يتعلق بها خاصة، انتهى.

وربما يعمد الفرع بزيادة كلام، إن يسر الله.

تَنْبِيهٌ: كان الأحسن أن يقال: فلو شهدا بما يقتل به فقتل بشهادتهم؛ ثم رجعوا وقالوا: تعمدنا، وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا؛ لزمهما القود؛ كما قاله في أصل «الروضة» ومقتضاه أنه لا بد من اعترافهما أنه يقتل بشهادتهما، وسكت

وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، ....

عنه «المنهاج» وأصله، فعلى هذا لو قالا: لم نعلم أنه يقتل بشهادتنا، فإن كانوا ممن لا يخفى عليهم ذلك؛ لم تقبل دعواهما، وإلا قبلت، ورأى الإمام أن دعوى ذلك لا تعتد، ويجب القود، وإن لم يعلما كما لو ضرب مريضًا جهل مرضه، وحكاه الرُّويَانِي سماعًا في النظر من بعضهم، ويشبه أن يقبل دعوى الجهل فيما يمكن خفاؤه عليهم إمكانًا ظاهرًا؛ لخفاء حكمه دون غيره؛ كما لو شهدوا بالقتل العمد، فلا يخفى على أحد أنه موجب للقود إلا أن يقولوا: ظننا عدم قولنا لعدم العدالة، أو عدم ظهورها، أو لعداوة ظاهرة، فقبلت.

فرع: مر في شاهد القتل إذا رجع، وقال: تعمدت التزكية مع علمي بمنعهم بمقتل الشهود عليه، قيل: يلزمه القود وجهان: أصحهما في «التهذيب» و«الكافي» هناك: لا، قال الرَّافِعِي: والأوفق لكلام أكثرهم الوجوب.

قلت: قال الرُّويَانِي: إنه ظاهر المذهب، وغلط من قال غيره، قال في «الذخائر»: ويحتمل وجهًا ثالثًا، فإن ما بين كون التزكية قبل الشهادة، فلا ضمان، أو بعدها فيجب؛ كما في مزكي شهود الزنا، وذكر الإمام، وغيره أن الوجهين مفرعان على وجوب الغرم إن قلنا: لا غرم ولا قود قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: فيجتمع في المسألة بقول محكي أربعة أوجه، انتهى.

وهذا عجب محكي عن صاحب «الذخائر» ليس من أصحاب الوجوه قطعًا، ولا قريب من ذلك.

قال: (**وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ**) أي: بسم يقتل غالبًا عالمًا بذلك.

(**صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَمَاتَ**]⁽¹⁾ **وَجَبَ الْقِصَاصُ**) أي: سواء ناوله إياه، وقال: كُل، أو قدمه إليه ضيافةً، وسواء قال له: هو مسموم أم لا، قال الرَّافِعِي والمصنف: وذكروا مثله في الأعجمي الذي يعتقد أنه لا بد من الطاعة في كل ما يشاء، ويمكنه منه لا، ولم يفرقُوا بين الصبي المميز وغيره، ولا

---

(١) (صَبِيًّا) غَيْرَ مُمَيِّزٍ كَمَا قَيَّدَهُ بِهِ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ، وَنَقَلَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ عَنِ النَّصِّ (أَوْ مَجْنُونًا) فَأَكَلَهُ (فَمَاتَ) مِنْهُ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١٦٠).

ينظروا إلى أن عمد الصبي عمد أم خطأ أم لا ، وللنظر من محال.

قلت: وعجب قولهما: لم يفرقوا بين الصبي المميز، وغيره مع أنه قضية كلام الجمهور تصريحًا وتلويحًا، وممن صرح بالفرق بين المميز وغيره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والْمُتَوَلِّي، وسليم في «المجرد» ولفظه: وإن دفع السم الذي يقتل غالبًا لا صبي مميزًا أو أعجمي لا يعقل المسألة، وكذا قال الْبَغَوِي في «التهذيب» والتعليق بلفظ بين يدي صبي لا يعقل، أو مجنون فتناول فمات وجب القود، وعبارة «البيان»: فإن كان صبيًا لا يميز، أو مجنونًا، أو أعجميًا يعتقد وجوب طاعة الآمر ضمن كأنه كالآلة له، وإن كان عاقلًا مميزًا فلا ضمان، وعبارة «الانتصار»: فإن كان طفلًا، أو كبيرًا لا يميز، أو مجنونًا، أو أعجميًا لا يفقه يعتقد طاعة الآمر له وجب عليه القود؛ كما لو أوجزه، وإن كان عاقلًا مميزًا فلا ضمان على أمره؛ لأنه يناوله باختياره، انتهى.

وذكر الجرجاني في «التحرير» و«الشافي» نحوه قال: لأن يميز العاقل والمميز لا اختيار له، وقال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: ولو سقاه معتوهًا أو أعجميًا لا يعقل عنه أو صبيًا فبين له أو لم يبين له فسواء، وكذلك لو أكرهه عليه أو أعطاه إياه فشربه؛ لأن كل هؤلاء لا يعقل عنه، وعليه القود، انتهى.

فبان أن المذهب من غير خلاف الفرق بين المميز وغيره، ومن أطلق الصبي اكتفى لقربه بالمجنون، وأعجمي لا يعقل، ولم يتعرض جماعة للصبي، والمجنون؛ بل نقلوا الخلاف الآتي من غير تعرض لصفة الضيف، من هؤلاء إبراهيم المروزي، والإمام والْغَزَالِي، وبعضهم يقول: فأمر رجلًا كالبينة وغيره، قال ابن الرِّفْعَة: وفيه إصرارهما لو أطعمه صبيًا لا كبير، فإنه يلزمه القود جزمًا، وهذا الحكم لو كان الرجل في معنى الصغير بجنون أو عجمة، واعتقد وجوب طاعة الآمر، انتهى.

وهذا لا خلاف فيه.

قال: (أَوْ بَالِغًا عَاقِلًا) أي: مميزًا.

وَلَمْ يَعْلَمْ حَالَ الطَّعَامِ فَدِيَةٌ، وَفِي قَوْلٍ قِصَاصٌ، وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ، ....

(وَلَمْ يَعْلَمْ) أي: الضيف.

(حَالَ الطَّعَامِ فَدِيَةٌ) أي: بغروره، ولا قود؛ لأنه تناوله باختياره، فإن علم الضيف بالحال فلا شيء على المقدم بحال، وهو المهلك لنفسه.

(وَفِي قَوْلٍ قِصَاصٌ) واحتج له الْمُتَوَلِّي بما روي في قصة اليهودية، وقتله النبي ﷺ لها [بالبراء] بن معرور؛ لأنه أكل منها، وفيما ذكره نزاع، وإن أبا داود رواه مرسلًا، لكن البيهقي (٨/ ٤٦) وغيره أسندوه، ولا ينافيه ما في الصحيح: أنه ﷺ عفي عنها؛ لأن ذلك قبل موت بشر، عفا عن حق نفسه، فلما مات بشر ﷺ بقي عليها القصاص، قاله البيهقي(١).

قال الْمُتَوَلِّي: ولأن القتل بالسم في العادة؛ إنما يكون بهذه الطرق، فلو لم يجب القصاص لجعلوا طريقًا إلى قتل الناس بالسم، وفيه فساد، انتهى.

وقاسه غيره على ما لو أخبره؛ لأنه أجاز عرفًا، وهذا القول رجحه الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم» فهو المذهب، وسأذكر ذلك.

(وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ) أي: تغليبًا للمباشرة، وأنكر جماعة وقالوا: لا يصح، وفي إنكاره تطويل، هو الثاني في «الأم» لما قبله إلا أن يحمل على حكاية مذهب الغير.

تنبيهات: منها: قوله: أو لا فدية محل، وعبارة «المحرر» الذي رجحه المعتبرون من القولين أنه لا قصاص، وعلى هذا فالأقرب: أنه شبه عمد، وقال الْبَغَوِي في «التعليق» بعد إيراد القولين في القود وعدمه: إذا كان الآكل جاهلًا، وكذلك لو قال له المعظم: كُل وفيه سم، ولكن لا يضرك، فحكمه حكم ما إذا كان جاهلًا به، فإذا قلنا: لا يجب القود، ففي الدية قولان: **أحدهما:** لا دية، ولا كفّارة؛ لأنه تناوله مختارًا، **والثاني:** يجب دية شبه العمد؛ لوجود السبب فيه، ولم يرجح شيئًا.

ومنها: نسب ترجيح ألا قود في «المحرر» إلى المعتبرين، وفي «الشرح»

---

(١) «السنن الكبرى» (٨/ ٤٦) (١٦٤٣٤).

……

إلى الإمام وغيره بترجيحه.

وفي «مطلب» ابن الرِّفْعَة أن الشَّافِعِي - رحمه الله تعالى- قال في «الأم»: إنه أشبه القولين، ونسب الرَّافِعِي ترجيح الموجوب إلى الرُّويَانِي وغيره، وهو المرجح في «التهذيب» و«الانتصار» وجزم به في «المرشد» وفي «التنبيه» والإشارة إلى الأحكام المختارة، قال الصيمري في «شرح الوجيز»: إنه الصحيح عندي.

قال: وهذا أحد أضراب القتل، وفي «مجرد» القاضي أبي الطيب أن الشافعي - رحمه الله - قال في «الأم»: إنه أشبه القولين عكس به ابن الرِّفْعَة، فراجعت «الأم» فوجدته قال: ولو لم يكره المسقي، ولكنه جعله له في الطعام، أو حاضر له عسلًا، أو شرابًا غيره، فأطعمه إياه، أو سقاه إياه غير مكره عليه، ففيها قولان:

أحدهما: أن عليه القود إذا لم يعلمه أن فيه سمًّا، وكذلك لو قال: هذا دواء فاشربه، وهذا أشبههما.

والثاني: لا قود عليه، وهو إثم؛ لأن الآخر شربه بنفسه غير مكره عليه، انتهى.

ومنها: قول المصنف: ولم يعلم حال الطعام احترز به عما لو علم؛ كما قدمناه، إما باختيار المقدم أو غيره، قال الماوردي: ولا فرق بين أن يقول: هو سم قاتل أو لا، ونصَّ عليه في «الأم» فقال: لو قال: في هذا سم، ولا يتلف صاحبه، أو يتلفه، وعلى ما يتلف شربه؛ فمات لم يكن عليه عقل ولا قود، انتهى.

وهذا يرد على ما نقله الشيخان والْبَغَوِي، ونقلناه: أنه لو قال: له: فيه سم لا يضر؛ أنه على القولين فيما إذا سكت.

ومنها: قال ابن القطان: إذا ناوله قدحًا فيه سم؛ يقتل غالبًا فشربه فمات، فإن كان قال له: هذا سم، أو عرفه المدفوع إليه فشربه طائعًا، فهدر؛ لأنه قتل

....

نفسه، وإن دفعه إليه، ولم يقل: إنه سم ولم يعرفه بالمشاهدة، ولكنه كان يمكنه أن يعلم ذلك بالنار مرة، وبحديدة يعتبر أنها السم، وبالخبر فلم يعقل حتى شربه فلا قصاص ولا دية، وهو جانٍ على نفسه، وقد كان يمكنه أن يتوقف عن شربه، وقد قيل: إن فيه قول آخر؛ لأنه محمول؛ لأن السبب في ذلك، ولو لم يكن له طريق إلى العلم بذلك فيه ثلاثة أقاويل، فذكر الإهدار والقود، والدية، هذا إن كان المدفوع إليه عاقلًا، فإن كان مجنونًا وجب على الدافع القصاص على الإطلاق، انتهى.

ومنها: لو قدم إليه المسموم في جملة أطعمة، وأمكن أن يكتفي بغيره منها، فتعاطاه، قال الإمام في باب رضخ الحجر: يرتب الضمان على ما إذا قدم إليه طعامًا مسمومًا متحدًا، وهنا أولى بانتفاء الضمان، انتهى.

ويحتمل بين أن يفرق بين أن يكون المسموم أقيسها، أو أحسنها؛ لقوة التغرير الحمل على تناول النفيس بخلاف الخسيس.

ومنها: أُجري القولان في القود فيما لو غطى بئرًا في دهليزه، ودعا إلى داره ضيفًا مثلًا، وكان الغالب أن يمر على ذلك الموضع إذا أتاه، وطردهما الْبَغَوِي؛ كما سبق فيما لو قال: كل وفيه شيء من السم، ولكنه لا يضر، وبيَّنا ما فيه، وفيما لو جعل السم في جرة ماء على الطريق فشرب منها، ومات.

قال الرَّافِعِي: ولتكن الصورة فيما إذا كان على طريق شخص معين، إما مطلقًا، وإما في ذلك الوقت، وإلا فلا تتحقق العمدية.

قلت: كذا صور الْمُتَوَلِّي، فقال: لو أصابه، وقدم إليه الطعام المسموم، أو أهداه إليه، فتناوله أو جعل السم في ماء على طريقه فشرب منه، ومات ففي القصاص قولان، انتهى. ولكن في «تعليق الْبَغَوِي» أنه لو جعل السم في دون الماء على بابه فشرب منه ناس، فماتوا كما لو أضافه، انتهى.

وعجبت ترجيحه في «التهذيب» وجوب القود في هذه الصورة؛ كالضيف وعبارة إبراهيم المروزي في «تعليقه»: ولو جعل السم في دون ماء، ووضعه في

وَلَوْ دَسَّ سُمًّا فِي طَعَامِ شَخْصٍ الْغَالِبُ أَكْلُهُ مِنْهُ ....

الشارع فشرب إنسان منه الماء، ومات لا يجب القود؛ لأن الشارب غير متعين، وفي وجوب الدية قولان، انتهى.

وهذا التصوير أقرب إلى الصواب.

قال: (**وَلَوْ دَسَّ سُمًّا**) أي: موجب.

(**فِي طَعَامِ شَخْصٍ الْغَالِبُ أَكْلُهُ مِنْهُ**) زادها في «المحرر» وذكرها الرَّافِعِي في «الشرحين» وسكت عنها كثيرون، أو الأكثرون، وقيل: لا شيء عليه هاهنا قطعًا إلا ضمان ما أفيده من طعامه، وحكاها صاحب «الكافي» عن عامة الأصحاب خلافًا للشيخ أبي حامد في آخر القولين، وهذه الطريقة تفرد إذا لم يكن الغالب أكله منه، ولعلها صدرت ممن لا يرى ذلك قيدًا؛ كما أشرنا إليه، ونقل ابن الْقَطَّان طريقًا ثالثًا: أن عليه الضمان قولًا واحدًا.

إشارة: السُّم مثلث السين، وبالفتح أصح، ومن حكى الكسر ابن السيد.

فروع: دس السم في طعام نفسه فدخل شخص داره بغير إذنه، فأكله فمات فهدر، فإن كان ممن يدخلها انبساطًا فهنا يجري القولان في القود، أو يقطع بنفسه فيه طريقان لو دفع إليه ثوبًا فيه حية ملفوفة، ولم يخبره، فقتلته، فلا ضمان، وقيل: قولان بناء على مسألة السم، قاله الدبيلي، قال ابن الْقَطَّان: ولو دس السم في طعام أجنبي، فجاء رجل آخر فأكله فمات، كان كما لو خلطه بطعام الأكل، كذا في فروعه، وفيه نظر لو سقاه دواء، أو سمًّا لا يقتل غالبًا لكنه يقتل كثيرًا، فهو كغرز الإبرة في غير مقتل؛ لأن في الباطن لغة رقيقة ينقطع به، وفي إلحاقه بالنقل احتماله.

قال في «الروضة»: إن قال الساقي: إن ما سقته ليس بقاتل في الأغلب، وقد يقتل مثله، قال ابن الْقَطَّان: لا قود عليه، ويكون شبه عمد، وإن قال أهل الخبرة: إنه مما يقتل غالبًا، فقولان: **أحدهما**: يجب القود، **والثاني** لا؛ بل الدية، انتهى.

والمشهور هو الأول.

فَأَكَلَهُ جَاهِلًا فَعَلَى الْأَقْوَالِ. وَلَوْ تَرَكَ الْمَجْرُوحُ عِلَاجَ جُرْحٍ مُهْلِكٍ فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، ....

قال: (**[فَأَكَلَهُ جَاهِلًا فَعَلَى الْأَقْوَالِ]**⁽¹⁾ **وَلَوْ تَرَكَ الْمَجْرُوحُ عِلَاجَ جُرْحٍ مُهْلِكٍ فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ**) لأن البرء غير موثوق به لو عولج، ومجرد الجراحة مهلكة، قال الإمام: وهذا بخلاف ما لو فتح عرق غيره فتركه المجني عليه حتى النزف إلى الموت بمثابة ترك الأكل والطعام عمد، أي: فيكون قاتل نفسه، قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر.

قال: يحبس بنفسه غير قاتل وإن دام، وإنما قتله امتناعه من الطعام، وخروج الدم أبين من فتح العرق الصادر من الجاني، ودوامه هو المهلك، ودوام فتحه غير منسوب إلى المجني عليه؛ إنما ينسب إليه ترك سده، وذلك كالدفع، ونحن نقيد من الصائل وإن قدر المصول عليه على دفعه بأسهل الوجوه فلم يفعل، وكذا يضمن من أتلف مال غيره بحضرته، وإمساكه عن دفعه بلا كلفة، ولم يتعرض الأصحاب لمسألة الفرق، وسبق عن الْمُتَوَلِّي أنه إذا فصد إنسانًا بغير إذنه كان كغرز الإبرة فيتعلق به القود، وأطلق ذلك ولم يتعرض لقدرته على العصب وعدمها، انتهى.

وفي «الحاوي»: أنه لو قدر على دفع من حتفه، فلم يفعل فهو قاتل نفسه فلا قود، وفي الدية: قولان، ثم أورد على ذلك مسألة الصائل، وأجاب بأن سبب القتل في المخنوق موجود، وكان تركه إبراء أو سببه في الصائل غير موجود، فلم يكن في الإمساك قبل حدوث السبب إبراء، انتهى.

والفرق يفهم: أنه متى اتصل السبب بالبدن، وقدر على دفعه فلم يفعل فلا قود، انتهى.

وهو إن سلم يشهد للإمام؛ لكن قال الشَّاشِي بعد كلام «الحاوي»: وعندي أنه لا اعتبار بقدرته على دفعه، والقود واجب؛ سيما إذا قلنا: لا يجب عليه

---

(١) (فَأَكَلَهُ جَاهِلًا) بِالْحَالِ فَمَاتَ (فَعَلَى الْأَقْوَالِ) فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/١٦٥).

وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ لَا يُعَدُّ مُغْرِقًا كَمُنْبَسِطٍ فَمَكَثَ فِيهِ مُضْطَجِعًا حَتَّى هَلَكَ فَهَدَرٌ، أَوْ مُغْرِقٍ لَا يَخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِسِبَاحَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفًا أَوْ زَمِنًا فَعَمْدٌ،

الدفع عن نفسه، انتهى.

وهذا أوجه، قال ابن الرِّفْعَة: الذي يظهر مجيء الخلاف المذكور في مسألتي السباحة والخروج عن النار في مسألة الخنق في القصاص والدية، انتهى.

تَنْبِيهٌ: قوله: خرج مهلك قد يفهم: أنه لو كان لا يهلك غالبًا فهلك منه بشرابه، أو غيرها أنه لا قود، ولم أره، وقد يقال: إنها مهلكة تبينًا بالمهلك، والاحتراز عما يتولد منه الهلاك؛ كالغرز في جلدة العقب كما سبق.

قال: (**وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ لَا يُعَدُّ مُغْرِقًا**)؛ لمسألة.

(**كَمُنْبَسِطٍ**) ظاهر كلامه: أن الانبساط صفة للماء، وعبارة «المحرر»: في موضع منبسط، وعبارة أصل «الروضة»: إن كان الماء راكدًا في موضع منبسط؛ فجعل المنبسط صفة للموضع، وقيد الماء بالراكد.

(**فَمَكَثَ فِيهِ مُضْطَجِعًا حَتَّى هَلَكَ فَهَدَرٌ**) أي: لأنه قتل نفسه، وقوله: مضطجعًا ليس بعيد، فإن المستلقي والمتمكن والجالس كذلك، ولم يفرق في هذا القسم بين المميز وغيره، ولا بين القادر على الحركة وغيره، والظاهر: أن المراد المميز والقادر على الخروج منه، وصرحوا بأنه لو كتفه وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص وجب القود، وعبارة إبراهيم المروزي: وإن ألقاه في ضحضاح من الماء إن كان شد أطرافه لزمه القود، وإن لم يشدها إن كان صغيرًا لا يمكنه الخروج وجب القود، وإن لم يكن وأمكنه الخروج واستلقى على قفاه حتى مات فلا شيء عليه.

قال: (**أَوْ مُغْرِقٍ لَا يَخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِسِبَاحَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفًا أَوْ زَمِنًا**)، قال: أو صبيًا أو ضعيفًا.

(**فَعَمْدٌ**) لأن هذا مهلك لمثله، وأطلقا ذكر الصبي، والمراد: الطفل كما قاله الأصحاب، أما المميز والمراهق فالظاهر: أنه كالبالغ، وإذا كان الماء لا

وَإِنْ مَنَعَ عَارِضٌ كَرِيحٍ وَمَوْجٍ فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَإِنْ أَمْكَنَتْهُ فَتَرَكَهَا فَلَا دِيَةَ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ فِي نَارٍ يُمْكِنُ الْخَلَاصُ مِنْهَا فَمَكَثَ فِيهَا فَفِي الدِّيَةِ الْقَوْلَانِ، وَلَا قِصَاصَ فِي الصُّورَتَيْنِ، وَفِي النَّارِ وَجْهٌ.

يتوقع الخلاص منه كلجة لا ينجى منها بالسباحة، وجب القود، أحسن السباحة أم لا.

قال: (وَإِنْ مَنَعَ) أي: من السباحة وهو يحسنها.

(عَارِضٌ كَرِيحٍ وَمَوْجٍ فَشِبْهُ عَمْدٍ) أي: صحت ديته ولا قود، هكذا أجزما به، واقتصر صاحبا «المعتمد» و«المقنع» على أنه عمد، والظاهر: أنه قول الشيخ أبي حامد وتبعه، ويقرب أن يقال: إن طرأ العارض بعد الإلقاء كما هو ظاهر كلام المصنف، والأشبه: أنه شبه عمدٍ، وإن كان موجودًا حالة الإلقاء فعمد، والسابح معه كغيره لا يمكنه السباحة.

قال: (وَإِنْ أَمْكَنَتْهُ فَتَرَكَهَا) أي: جزمًا أو لجاجًا، ويعرف ذلك بأن يقول: أنا أقدر على التخلص، قال سليم في «المجرد»: أو علم من جهة أخرى.

(فَلَا دِيَةَ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنه معرض عما ينجيه، والثاني: تجب الدية؛ إذ قد يمنعه من السباحة دهشة، أو عارض باطن، وأيضًا فالإلقاء مهلك، والسباحة حيلة دافعة؛ فأشبه امتناعه عن معالجة الجرح، وقيل: تجب الدية قطعًا، وقيل: عكسه، قال في «الروضة»: ولا قصاص على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: تجب إن أوجبنا الدية.

قال: (أَوْ فِي نَارٍ يُمْكِنُ الْخَلَاصُ) أي: لمثله.

(مِنْهَا فَمَكَثَ فِيهَا فَفِي الدِّيَةِ الْقَوْلَانِ) وسبقا بتعليلهما وترجيح المنع.

(وَلَا قِصَاصَ فِي الصُّورَتَيْنِ) أي: صورتي الإلقاء في الماء، وهذه لما سبق.

قال: (وَفِي النَّارِ وَجْهٌ) كما لو جرحه فلم يتداوى حتى مات، ولأن النار تقرح وتؤثر بأول اللمس، وقروحها جراحات قاتلة بخلاف ملاقاة الماء، ونقلا في مسألة الماء وجهًا، أو قولًا بوجوب القود أيضًا كما سبق.

……

وعبارة «الأم» تقتضي أن ما ذكره في النار قول الشَّافِعِي - رحمه الله - إذ فيه: قال الربيع: وأصح القولين: أن لا عقل في النفس ولا قود؛ لأنه هو الذي قتل نفسه، وعلى الطارح أرش ما أحرقت النار منه أول ما طرح قبل أن يمكنه التخلص، انتهى.

وجزم إبراهيم المروزي: بأنه لو ألقاه في نارٍ ومات وجب القود؛ لأنها كما بينه جرحته فصار كمجروح ترك المداواة ومات، ولأن النار تدهش ولم يتخير بالإلقاء فيها لا يجب القود في النفس، وحكى الْبَغَوِي في «تعليقه» عن القاضي الحسين وجوب القود، وإن أمكنه الخروج لما سبق، وزيفه، واحترز المصنف بقوله: يمكن الخلاص عمّا إذا لم يمكن لعظمها، أو كونها في وهدة، أو كونه زمنًا، أو طفلًا، أو مكتوفًا فمات، أو خرج منها متأثرًا بها إلى أن مات فعليه القود.

فروع: لا خفاء أنَّا إذا لم نوجب الدية تضمينه ما تأثر بالنار من أول الملاقاة إلى تقصيره وتقاعده عن الجرح من أرش عضو، أو حكومة ادَّعى الملقي كان يمكنه الخروج مما ألقاه فيه من ماءٍ، أو نارٍ فقصر، وكذبه الولي، فهل المصدق الملقي بيمينه لأصل البراءة، أو الولي؟ الظاهر فيه: وجهان، وقيل: قولان، وكذا نقلهما في «المعتمد» قولين في صورة الطعام المسموم؛ إذا ادَّعى المطعم أنه لم يعلم بالسم ونازعه الولي، ورجح في «زوائد الروضة» في صورة الفرع تصديق الولي، وهو الظاهر، لا سيما في صورة النار - أجارنا الله منها- والمسألة قريبة مما لو قيد مكفوفًا، وزعم موته ونازعه الولي، وسيأتي، ويتجه أن نقطع هنا بوجوب الدية كما سيأتي بيانه هناك.

قالا: لو كتفه وطرحه بالساحل، فزاد الماء فأهلكه إن كان موضع يعلم زيادة الماء فيه؛ كالمد بالبصرة وجب القصاص، وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو شبه عمد، وإن كان بحيث لا يتوقع زيادته فاتفق سيل نادر فخطأ محض، انتهى.

والظاهر: أن المراد بالصورة الأولى: إذا كان الطرح في زمن الزيادة، أما

وَلَوْ أَمْسَكَهُ فَقَتَلَهُ آخَرُ أَوْ حَفَرَ بِئْرًا فَرَدَاهُ فِيهَا آخَرُ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ فَتَلَقَّاهُ آخَرُ فَقَدَّهُ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْمُرْدِي وَالْقَادِّ فَقَطْ، ....

لو كان في غيرها فاتفق إن زاد في غير وقته في العادة فلا قود.

قال: (**وَلَوْ أَمْسَكَهُ فَقَتَلَهُ آخَرُ أَوْ حَفَرَ بِئْرًا فَرَدَاهُ فِيهَا آخَرُ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ فَتَلَقَّاهُ آخَرُ فَقَدَّهُ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْمُرْدِي وَالْقَادِّ فَقَطْ**) أي: دون الممسك والحافر عدوانًا، أو غيره دون القاد؛ سواء عرف الملقي أو لم يعرف، أما في الأولى: فلحديث ابن عمر: «**إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ وَقَتَلَهُ الْآخَرُ يُقْتَلُ الَّذِي قَتَلَ، وَيُحْبَسُ الَّذِي أَمْسَكَ**»[1] أي: تعزيرًا، رواه البيهقي بإسناد على شرط مسلم، ثم صحح إرساله، وصحح ابن الْقَطَّان رفعه، وتقديمًا للمباشرة، وكما لو أمسك امرأة حتى زناها غيره؛ فالحد على الزاني وحده، وسواء عندما أمسك للقتل أم لا خلافًا لمالك، نعم، لو كان الممسك هو أن وصل إلى الماء، وبعد أن وصل إليه، وقبل أن يمضي زمن يموت في مثله، ففيه قولان، وحكى الْمَاوَرْدِي طريقة نافية للخلاف حاكية للقولين على اختلاف حالين:

فالأول: على نيل مصر الذي يغلب فيه التماسيح.

والثاني: على غيره من الأنهار والتي يخلو عنها غالبًا.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: لو ألقاه في الماء فلما أصاب وجه الماء التقمه حوت، أو تنين، أو تمساح، قال الشَّافِعِي - ﷺ -: إن كان ما لا ينجو منه بالسباحة يجب القود، وإن كان ينجيه السباحة لا يجب القود، وقال الربيع: يجب ألا يجب القود في الموضعين؛ كما لو ألقي من شاهق، قال الأصحاب: هذا تخريج فاسد؛ لأن هناك لا يجب الدية على الملقي، وهنا يجب عليه، والفرق أن الإلقاء من شاهق لا يقتل ما لم تقدم الأرض، فإذا اعترض بالسيف قبل إصابة المهلك بسبب الفعل إلى المعترض له، وهاهنا نفس التعريف فيما لا تنجيه السباحة حياته؛ فكأنه التقمه الحوت، وإن ألقاه

---

(١) أخرجه البيهقي من طريق ابن عدي (٨/ ٥٠، رقم ١٥٨٠٨) والدارقطني (٣/ ١٤٠).

وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَالْتَقَمَهُ حُوتٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ غَيْرِ مُغْرِقٍ فَلَا.

فيما ينجو منه بالسباحة فلما أصاب وجه الماء التقمه حوت لا يجب القصاص؛ بل تجب الدية؛ كأنه لم يلقمه الحوت؛ بل تلف بسبب فعل هو فيه مخطئ؛ كما لو دفعه بيده دفعًا خفيفًا فوقع على سكين منصوبة لم يدر بها، تجب الدية دون القود، ولو ألقاه في الماء، فقبل أن أصاب الماء رفع حوت رأسه والتقمه لا يجب القود؛ لأنه قصد قتله بشيء فمات بشيء آخر، وألزم القاضي - ﷺ - يعني الحسين على هذا التعليل لو جرحه بسكين، ثم مات الجارح؛ أنه إن كان مسمومًا ومات المجروح بالسم يجب القود، وكذا لو ألقاه في بئر فوقع على سكين منصوبة فيه لم يعلم الملقي بها، ففي هاتين الصورتين قتل قصد قتله بشيء، ومات بغيره، فلم يجب بجواب شاف، انتهى.

ويخرج مما سقناه وجوه، ومحل الخلاف إذا لم يعلم بالحوت الذي في اللجة فإن علم وجب القود قطعًا، كما لو ألقاه على أسد في الزريبة، نبه عليه صاحب «المعين» وأفهمه كلامهم كما لو ألقمه إياه، يجب القود بلا خلاف.

قال: **[وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَالْتَقَمَهُ حُوتٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ]**⁽¹⁾ **أَوْ غَيْرِ مُغْرِقٍ فَلَا)** أي: فلا قصاص قطعًا، قال الرَّافِعِي: لأنه لم يقصد إهلاكه، ولم يشعر بسبب الهلاك؛ فأشبه ما لو دفع رجلًا دفعًا خفيفًا فألقاه فجرحه بسكين هناك ولم يشعر الدافع لا يلزمه القصاص، ولكن يجب دية شبه العمد في الصورتين، وحكاه ابن كج واستنكره، وقال: ينبغي ألا يتعلق به ضمان، كما لا يتعلق به قصاص، انتهى.

واعلم أن الْبَغَوِي قال في «التهذيب»: ولو ألقاه في ماء فالتقمه حوت نظر إن كان ماء غير مخوف ينجو منه بالسباحة، ففيه قولان، وذكر المنصوص،

---

(١) (وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ) لَا يُمْكِنُهُ الْخَلَاصُ مِنْهُ كَلُجَّةِ الْبَحْرِ (فَالْتَقَمَهُ حُوتٌ) وَلَوْ قَبْلَ الْوُصُولِ إلَى الْمَاءِ وَجَبَ (الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ) لِأَنَّهُ هَلَكَ بِسَبَبِهِ، وَلَا نَظَرَ إلَى جِهَةِ الْهَلَاكِ كَمَا لَوْ أَلْقَاهُ فِي بِئْرٍ مُهْلِكَةٍ فِي أَسْفَلِهَا سِكِّينٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا الْمُلْقِي فَهَلَكَ بِهَا، وَالثَّانِي وَهُوَ مِنْ تَخْرِيجِ الرَّبِيعِ مِنْ صُورَةِ الْإِلْقَاءِ مِنْ شَاهِقٍ تَجِبُ الدِّيَةُ لِأَنَّ الْهَلَاكَ مِنْ غَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي قَصَدَ فَانْتَهَضَ شُبْهَةً فِي نَفْيِ الْقِصَاصِ، وَالْأَصْحَابُ بَيْنَ رَادٍّ لَهُ وَمُضَعِّفٍ. انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ١٧٣).

……

وتخريج الربيع، وتبعه الرَّافِعِي.

ورأيت في «تعليقه» على «المختصر» ما لفظه: ولو ألقاه في ماء فالتقمه الحوت، قال الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ -: إن كان ما لا ينجو منه بالسباحة يجب القود، وإن كان مما ينجو منه بالسباحة فلا يجب على عاقلته دية مخففة، قال الربيع: وقد قيل: لا قود فيهما، وتجب الدية على عاقلته؛ كما لو ألقاه من شاهق فقبل أن يصل بالأرض افترسه سبع، انتهى.

وقوله: وعلى عاقلته دية مخففة يفهم: أنها دية خطأ وهو غريب، وربما أشعر به كلام المروزي السابق؛ لكن لفظ «الأم» بحروفه: وإن ألقاه في ماء لا يتخلص في الأغلب منه، فأخذه حوت فمات فعليه القود، وإن كان الأغلب أنه يتلخص منه مأخذه حوت لا قود عليه، وعليه العقل.

قال أبو محمد: وقد قيل: يتخلص أو لا يتخلص سواء ألا قود عليه، وعليه العقل، انتهى.

فرع: قال الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «الأم»: وإن خنقه فتابع عليه الخنق حتى يقتله ففيه القود، وكذلك إن غمه بثوب أو غيره فتابع عليه الغم حتى يموت ففيه القود، وإن ترك حيًّا، ثم مات بعد فلا قود؛ إلا أن يكون الخنق، أو الغم قد أورثه مما لا يجري معه نفسه فيموت من ذلك ففيه القود، قال الربيع: وقد قيل: يتخلص أو لا يتخلص لا قود عليه وعليه العقل؛ لأنه لم يمت من اليد، انتهى.

قال الأئمة: إذا خنقه بيده، أو بحبل، أو منديل حتى مات وجب القود، وذكر ابن الصباغ أنه إن كان قد فعل ذلك به زمانًا يموت في مثله غالبًا وجب القود؛ وإلا فلا.

قال الشَّاشِي: وذكر القاضي أبو الطيب: مطلقًا وهو الأصح، قال في «الحاوي»: إنه إن كان المقصود يقدر على دفعه من نفسه فسكت حتى خنقه فلا قود، وفي الدية: قولان، ولم يذكر غيره، قال الشيخ الإمام: وعندي لا اعتبار

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلٍ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَكَذَا عَلَى الْمُكْرَهِ فِي الْأَظْهَرِ ....

يقدر به على دفعه، والقود واجب؛ سيما إذا قلنا: لا يجب الدفع عن نفسه.

والظاهر: أن الشيخ الإمام هو الشَّاشِي عبر بذلك المعلق عنه، لا أن الشَّاشِي أراد الإشارة به إلى أبي إسحاق الشيرازي، وأفهم إيراد ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: أراد بإطلاق القاضي أبي الطيب الإطلاق بالنسبة إلى قدرته على الدفع وعدمها، ومراده: إطلاقه بالنسبة إلى ما قدمه عن ابن الصباغ من الفرق بين الزمانين، وكأن ابن الرِّفْعَة قلد ابن يونس في ذلك، وما فهمه الشَّاشِي من إطلاق القاضي وترجيحه: عدم الفرق بين أن تمضي مدة يموت في مثلها غالبًا أو لا شديد، وقد انتقد عليه، وقول ابن الصباغ: هو الصواب، الذي قاله الأصحاب، ومراد القاضي بإطلاقه الرد على أبي حنيفة حيث قال: لا يتعلق بالخنق قود، فأطلق وجوه، وأراد ما إذا وجد عمدًا لشرطه نعم الأوجه وجوب القود كما سبق، وإن قدر المخنوق على دفعه، وليس كذلك الخروج من النار؛ فإن هلاكه تولد من إقامته ومكثه فقطع إبراء الإلقاء، وهنا الموت حصل بفعل الخانق فلزمه القود، وإن قلنا: يلزمه دفع الصائل؛ لأن إحالة الحكم على متعاطيه أولى من إحالته على الساكت، أو ليس السكوت إذنًا، وكلام الإمام والشيخين في مسألة قطع العضو وهو ساكت؛ يدل على ترجيحه للقود كما سيأتي، فيما إذا قال المقتص: أخرج بمسك، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلٍ**) أي: بغير حق.

(**فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ**) على الصحيح أو المشهور؛ لأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك غالبًا؛ كما لو رماه بسهم وفي وجه، أو قول لا قود؛ لأنه متسبب، والمأمور مباشر إثم، والمباشرة مقدمة.

قال: (**وَكَذَا عَلَى الْمُكْرَهِ**) أي: بفتح الراء.

(**فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأنه قتله عمدًا عدوانًا اتقاء لنفسه، فأشبه ما لو قتله المضطر ليأكله، وأولى، والثاني: لا للحديث السابق في رفع الخطأ والنسيان، وما استنكره عليه، ولأنه قتله دفعًا عن نفسه فأشبه قتل الصائل،

وأيضًا فهو كالآلة للمكره فصار كما لو ضربه به، والفرق أن الصائل معتد لا إثم في قتله، وهنا هو مأثوم كالمختار، وبهذا يمتنع كونه آلة القاضي أبو علي الفارقي، والذي أعتقده، وأرى الفتوى به القول الآخر؛ لأن القود إنما وجب لنفي القتل، وذلك يحصل بقتل المكره؛ فإنه إذا علم أنه إذا أكره لزمه القود أتلف من الإكراه فحصل المقصود، وإنما إيجابه على المكره فلا وجه له؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في عدوين، فيكره أحدهما على قتل الآخر توصلًا منه إلى قتلهما، وذلك لا وجه له بحال.

فائدة: سيأتي عن الْبَغَوِي ما يفهم أن وجوب القصاص على المكره، ما إذا كان يعلم أن الإكراه لا يصح له الإقدام، أما لو ظن أنه يتجه فيكون آلة ولا قود عليه جزمًا، ولم أر من صرح بذلك هنا، ولا شك أن ذلك يخفى على كثير من الناس.

تنبيهات: أحدها: لا فرق في جريان القولين بين صدور الإكراه من الإمام، أو نائبه، أو إمام البغاة، أو المتغلب بفتوحه، أو غيرهم، وقيل: هما في السلطان؛ فإذا كان متغلبًا اقتص من المأمور قطعًا، وقيل: إن أكرهه السلطان فلا قصاص قطعًا، ويجب على مكره غيره قطعًا، وترك القولان عليهما، وقيل: إن كان المكرِه - بالكسر- حيًّا اقتص من المأمور قطعًا، ذكرها الإمام في «السير» ويشبه أن يقال بها في إكراه كل من ليس بمحقوق الدم، والزاني المحصن، وتارك الصلاة.

ثانيها: محل الخلاف إذا كان المكرَه - بالفتح - بالغًا مميزًا، أما لو كان مع العقل والبلوغ عجميًا لا يميز في طاعة أمره بين المحظور والمباح، فأمره إنسان من غير إكراه بقتل آخر، فالقود على الآمر فقط؛ لأنه آلة، وسواء كان عبدًا للآمر ولغيره، أو كان حرًّا كما صرح به المحاملي وغيره، وإذا اقتضى كلام الآمر هنا إلى وجوب المال لزم الآمر فقط، قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان عبدًا للآمر لم يتعلق المال برقبته؛ بل يكون كسائر أموال السيد، وحكى في كتاب «الرهن» في ذلك وجهين، وقال: إن ثمرة الخلاف تظهر فيما لو كان

....

مرهونًا، وأجراهما فيما لو كان المأمور حرًّا، وكان الآمر معسرًا هل يطالب والقرار على الآمر أم لا؟ ومن حكى الوجهين هاهنا إبراهيم المروزي، وقال: إنهما مستنبطان من كلام الشَّافِعِي - ﷺ تعالى -.

ثالثها: قال صاحب «الترغيب»: هنا إن قيل: بأخذ الإكراه، إن قلنا: أن يخوفه بعقوبة تناله في يده عاجلًا لا طاقة له بها كما سبق في الطلاق، وذكر فيه سبع مسائل:

الأولى: إن قتلته وإلا قتلتك بالسيف، والسيف مسلول على رأسه فيصير مكرهًا.

قلت: وسله على رأسه ليس بشرط.

الثانية: إن قتلته وإلا قتلتك بالسياط حتى تموت، قيل: يصير مكرهًا، وقيل: إنما يصير مكرهًا إذا كان في يده محبوسًا، وقيل: ما لم يجلده بعض الجلدات لا يصير مكرهًا.

الثالثة: إذا أكره إنسانًا على أن يكره ثالثًا على قتل رابع، فعلى الأول القود، وفيمن بعده قولان، ثم ذكر بقية المسائل السبع، وقال إبراهيم المروزي: لو أكره زيد عَمرًا على أن يكره بكرًا على قتل خالد؛ يجب القود على زيدٍ، وفي وجوبه على بكرٍ قولان، أما عمرو فمن أصحابنا من قال فيه: قولان، ومنهم من قال: يجب قولًا واحدًا؛ لأنه يكره الثالث؛ أي: القاتل، انتهى.

والصحيح الذي مال إليه المعتبرون ورجحوه هنا، ونقله القاضي الحسين عن العراقيين: أن الإكراه على القتل لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل، أو ما يخاف فيه التلف؛ كالقطع، قاله في «الشامل» وألحق الرَّافِعِي بالقطع، والضرب الشديد وفيه نظر، قال صاحب «الانتصار»: والذي أراه أنه لا يكون إلا تفويت النفس خاصة، انتهى.

قال الرُّويَانِي: لو قال اقتل زيدًا وإلا قتلت ولدك؛ فالصحيح عندي: أنه إكراه؛ لأن ولده كنفسه، انتهى.

فَإِنْ وَجَبَتْ الدِّيَةُ وُزِّعَتْ، فَإِنْ كَافَأَهُ أَحَدُهُمَا فَقَطْ فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ. وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ مُرَاهِقًا فَعَلَى الْبَالِغِ الْقِصَاصُ إِنْ قُلْنَا: عَمْدُ الصَّبِيِّ: عَمْدٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

وقد بينًا في كتاب «الطلاق» ما يكون إكراهًا على اضطراب فيه.

قال: (**فَإِنْ وَجَبَتْ الدِّيَةُ وُزِّعَتْ**) أي: عليهما إذا آل الأمر إليهما كالشريك.

(**فَإِنْ كَافَأَهُ أَحَدُهُمَا فَقَطْ فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ**) أي: على المكافئ دون الآخر؛ كشريك الأب، فإذا أكره عبد حرًّا على قتل عبد، أو ذمي مسلمًا على قتل ذمي؛ فالقصاص على الآخر فقط، ولو أكره عبد عبدًا على قتل عبد، أو مسلم ذميًا على قتل ذمي؛ فالقصاص على المأمور، ولو أكره أجنبيًا على قتل ولده، أو أجنبي الأب؛ فالقود على الأجنبي، فهذا كله تفريع على وجوب القصاص عليهما جميعًا.

قال: (**وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ**) أي: عاقل كما قاله «المحرر».

(**مُرَاهِقًا**) أي: على قتل.

(**فَعَلَى الْبَالِغِ الْقِصَاصُ إِنْ قُلْنَا: عَمْدُ الصَّبِيِّ: عَمْدٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ**) أي: لوجود مُقْتَضِيهِ كالعامدين المكلفين، وإنما اندفع عن المراهق؛ لعدم التكليف، وإن قلنا: عمد خطأ فلا قصاص كشريك الخاطئ.

واعلم أنهما أطلقا هنا أن عمد الصبي عمد، وقالا: من تعد في وجوب القصاص على شريك الصبي، والمجنون العامدين: أنه مبني على أن عمدهما عمد أم خطأ؟ إن قلنا: عمد وهو الأظهر وجب، وإلا فلا، كذا أطلقه مطلقون، وعن الْقَفَّال وغيره: أن الخلاف في صبي يعقل عقل مثله، وفي مجنون له نوع تمييز، وأما من لا تمييز له فعمده خطأ، وشريكه شريك مخطئ قطعًا، وعلى هذا جرى الأئمة منهم الْبَغَوِي.

قلت: وإبراهيم المروزي، والإمام، والْغَزَالِي، وغيرهم من المراوزة، وأبو نصر الْبَنْدَنِيجِي من العراقيين في «المعتمد» وصرح به غيره، وعن التوجيه لابن الحل: أنهما إذا عدما التمييز فقتلهما خطأ بلا خلاف، وهو ما يفهمه كلام الجمهور، ولولا تصريح الْمَاوَرْدِي في كتاب «الدّيات»: لأنه لا فرق بين

وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى رَمْيِ شَاخِصٍ عَلِمَ الْمُكْرِهُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ الْمُكْرَهُ صَيْدًا فَالأَصَحُّ وُجُوبُ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُكْرِهِ، ....

المميز وغيره؛ لتعين حمل كلام المطلقين عليه، وقال الْمَاوَرْدِي في باب القصاص: بالسيف وغيره، ولو جعل عمد الصبي عمدًا، أو عمد المجنون خطأ؛ لكان أشبه لصحة عبارات الصبي دون المجنون؛ لكن القول في الجمع بينهما مطلق فأطلقناه مع الفرق الذي أراه، وهذا جنوح منه إلى التفصيل، وإنما منعه منه ظنه أن الإطلاق محل وفاق.

فرع: لو أكره مراهق بالغًا فلا قصاص على المراهق، وفي البالغ: القولان، إن قلنا: عمد الصبي عمد، وإن قلنا: خطأ فلا قصاص قطعًا؛ لأنه شريك مخطئ.

قال: (وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى رَمْيِ شَاخِصٍ عَلِمَ الْمُكْرِهُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ الْمُكْرَهُ صَيْدًا فَالأَصَحُّ وُجُوبُ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُكْرِهِ) هذا ما رجحه في «المحرر» وحكم في أصل «الروضة»: بأنه الصحيح، وفيه نظر، وعبارة الرَّافِعِي: ولو أكره على أن يرمي إلى ظل عرفه المكره إنسانًا، وظنه المكره صيدًا، أو على أن يرمي إلى ستر وراءه إنسان، وعرف المكره ذلك دون المكره، فقد ذكر الإمام، والْغَزَالِي في وجوب القصاص على المكره وجهين؛ كالوجهين فيما إذا أكرهه صبي على القتل، وجعلنا عمد الصبي خطأ، وجه الوجوب أن هذا الخطأ يتجه بطلبه وإكراهه فيجعل عمدًا في حقه، ومال صاحب «التهذيب» إلى القطع به توجيهًا، بأن المكره جاهل بالحال بالفعل، وكان كالآلة للمكره، فأشبه ما إذا أمر صبيًا لا يعقل أو عبدًا أعجميًا لقتل إنسان فقتله يجب القصاص على الآمر، انتهى.

وذكر في «الشرح الصغير» نحوه، وظاهر كلامه: ترجيح المنع، بأنه ذكر كلام الإمام، والْغَزَالِي، ثم قال: ومال فلان إلى ذلك، ولم يوجهه بشيء، وقضية الشبه المذكور أن يكون المذهب ألا قصاص كشريك الخاطئ، وبه أجاب الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» ولفظه: ولو أكره إنسانًا أن يرمي إلى ستر وراءه رجل، والمكرِه عالم بأن وراءه رجل وينفذ السهم إليه، والمكرِه

أَوْ عَلَى رَمْيِ صَيْدٍ فَأَصَابَ رَجُلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَى أَحَدٍ ....

جاهل فأصاب السهم ذلك الشخص ومات، أو أكرَه مسلم مسلمًا على الذمي إلى شخص نفسه في صف الكفار، وعلم المكرِه بأن المرمي إليه مسلم، والمكرَه جاهل بذلك لا قود في الموضعين على أحدٍ؛ لأن المكرِه والمكرَه كالشريكين في الجرح؛ لأنه وجد من المكره العمد من المكره المباشرة، فكمل فعل كل واحد منهما لصاحبه، وعلى التقدير يكون المكره شريك المخطئ فلا قود عليه، انتهى.

والذي في «التهذيب»: نقلا بعد مسألة فالرمي إلى ستر، أو قطع شيئًا تحتها إنسان يعلمه المكره دون المكره؛ يجب نصف الدية في مال المكره، ونصفها على عاقلة المكره.

قال: وهذا صحيح على قولنا المكره واحد بالضمان؛ فإذا قلنا: لا ضمان عليه فيجب كله على المكره، وينبغي أن يقال هاهنا: يجب القود، أو كمال الدية، ولا شيء على المكره، وذكر ما حكاه الرَّافِعِي منه من التوجه، وإيراد «التهذيب» يشعر بأن المنقول أنه لا قود، وإنما شيء أبداه تفقهًا، ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي على «المختصر»: ولو أكرهه أن يرمي إلى ستر وراءه رجل علم المكره فأصابه لا يجب القود على واحدٍ منهما؛ لأن المكره خاطئ والمكره شريكه، وجميع الدية من مال المكره، هل يكون على عاقلة المكره؟ وجهان، انتهى.

وهكذا قال المروزي في الدية حرفًا حرفًا بعد ذكره ما تقدم عنه، نعم الجواب في «التتمة» ما رجحه «المنهاج» وأصله، قال: لأنه اتخذه آلة في قتله، والقصد من الآلة ليس بشرط العقد، وإنما يشترط القصد في المستعمل، انتهى.

والخلاف راجع إلى أنه بمنزلة الآلة وبمنزلة الشريك.

قال: (**أَوْ عَلَى رَمْيِ صَيْدٍ فَأَصَابَ رَجُلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَى أَحَدٍ**) أي: بلا خلاف؛ لأنهما لم يتعمداه، وأما الدية قال الرَّافِعِي تبعًا «للتهذيب»: بجميعها على عاقلة المكره إن لم يضمن المكره، وإن ضمناه فنصفها على عاقلة هذا،

أَوْ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ فَزَلَقَ فَمَاتَ فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَقِيلَ عَمْدٌ، ....

ونصفها على عاقلة ذاك، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: الحكم متعلق بالرامي، ولا شيء على المكره؛ لأنه لم يفعل ما دعاه إليه وهذا أوجه، وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: الدية على عاقلة المكره، وهل يكون عاقلة المكره - أي: بالكسر- طريقًا أم لا؟ فيه وجهان، كما قلنا في المال، انتهى.

قال: **(أَوْ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ)** أي: أو نزول، أو منحدر، أو صعوده.

(فَزَلَقَ فَمَاتَ فَشِبْهُ عَمْدٍ) قاله الفوراني، وتبعه الْبَغَوِي، والخوارزمي، وأشعر به الرُّويَانِي، ورجحه الرَّافِعِي في كتبه، وعلله: بأن الفعل ليس مما يقصد به الهلاك.

(وَقِيل: عَمْدٌ) وبه جزم في «الوجيز» قال في «الوسيط»: ولم يجعل كشريك الخاطئ؛ لأن هذا الخطأ ولده إكراهه بخلاف جهل المكره، وجاء فيه وجهان، هذا لفظه، وذكر نحوه في «البسيط» وتبعه المصنف في «التنقيح» قال: وهذا إذا كانت الشجرة مما يزلق على مثله غالبًا، انتهى.

ولم أر المسألة في «النهاية» قال أبو محمد المقدسي: ينبغي أن يفرق بين أن يكون مثل الأشخاص في القوة على الصعود، والنزول، والضعف، انتهى.

وهذا أحسن، ورأيت في «فروع» ابن الْقَطَّان قبل باب صول الفحل: إذا أكره رجل رجلًا على صعود نخلة فوقع فمات، أو أكرهه على أن ينزل بئرًا فمات فيها فعليه الدية في ماله، وهذا نص الشَّافِعِي ﷺ انتهى.

وفي شرح «الكفاية» للصميري: إذا أكرهه على صعود نخلة، أو نزول في بئر فزلق ومات، فقد زعم أصحابنا: أنه لا ضمان عليه، والصحيح: أنه يضمن ديته على عاقلته، فكان بعضهم يفصل فيقول: إن كان المكره من أهل الصناعة، يعني: صناعة الصعود والنزول فلا ضمان على المكره؛ وإلا فهو ضامن، انتهى.

فيجب [الدية] على وجوه، وقال القاضي ابن السُّكَّرِيّ في حواشي

....

«الوسيط» بعد ذكره اختلاف جواب الْغَزَالِي وغيره: والتحقيق أن للمسألة صورتين:

الأولى: أن يكون صعود تلك الشجرة، أو نزول البئر مما لا يسلم منه في العادة، وفي الغالب يتفق الهلاك منه فيجب القصاص على المكره.

والثانية: أن يكون مما يسلم منه غالبًا فيكون عمد خطأ، وينزل إطلاق كل إمام على صورة خاصة، فإن قيل: إذا كان مما يغلب منه العطب تعاطاه فهو مكره على قتل نفسه، وإكراهه على قتل نفسه غير مقصود؛ فلا قصاص على من سمي مكرهًا.

قلت: المكره لا يتخلص من المكره إلا بقتلها، والمكره على صعود شجرة يتخلص بالطلوع، وقد يغلبه الأمل ويسوقه الأجل فيفعل ويتخلص بخلاف القتل، انتهى.

وتفصيله حسن صحيح، وربما يأتي مما يقصده، ثم رأيت الشَّافِعِي - ﷀ - قال في باب خيانة السلطان من «الأم»: ولو أكره رجل رجلًا أن يرقى نخلة، أو ينزل بئرًا فرقى أو نزل فسقط فمات ضمنه السلطان، وعقله عاقلته، قال: وكذلك لو كلفه بفعل شيء قد يتلف من فعل مثله، ولو كلفه أن يمشي قليلًا في أمر شيء يستعين السلطان في مثله فمشى فمات لم يضمن؛ لأن الأغلب أن هذا يأت من مثله؛ إلا أن يقر السلطان فإنه مات منه فيضمنه في ماله، أو يكون معلومًا، أنه إذا فعل مثل ما كلفه كان الأغلب أن ذلك يبلغه، فإذا كان هذا هكذا ضمنه السلطان، انتهى.

وهذا الكلام إذا تأمله الفقيه، استخرج منه ما ذكره ابن السكري - ﷀ - تعالى.

فرع: في «فتاوى القاضي الحسين»: أنه إن أمر صبيًّا برقي شجرة؛ لاجتناء ثمرة، أو ورق فسقط فمات إن كان الصبي عاقلًا مميزًا؛ فلا شيء على الآمر، وإن كان لا يعقل، ولا يميز؛ فديته على الآمر، انتهى.

أَوْ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ فَلَا قِصَاصَ فِي الْأَظْهَرِ.

ويشبه أن يكون هذا الجواب على طريقة الفوراني، وأما على طريقة الْغَزَالِي فيجب القصاص إذا كان الزلق منها، والسقوط بما يهلك غالبًا؛ لأن أمر من لا يميز لصغر، أو جنون، أو عجمية، واعتقاد وجوب الطاعة كالإكراه، كما مر ويأتي.

وفي «شافي الجرجاني»: لو أمر الإمام رجلًا بصعود نخلة، أو نزول بئر فوقع ومات، ضمنه؛ لأن طاعته واجبة، فكأنه أكرهه على سبب ما حصل منه التلف، بخلاف ما لو أمره غيره فهلك، أو لا يلزمه طاعته، ثم إن كان ذلك لمصلحة الإمام نفسه؛ فالضمان على عاتقه، أو لمصلحة المسلمين؛ فعلى قولين مشهورين.

قال: (**أَوْ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ**) أي: بأن قال: اقتل نفسك وإلا قتلتك، ففعل.

(**فَلَا قِصَاصَ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: المشهور، ولم يذكر كثيرون غيره، وصرح ابن القطان بنقل طريقتين عن الأصحاب: إحداهما: على قولين، والثانية: لا ضمان قولًا واحدًا؛ لأن ما جرى ليس بإكراه حقيقة؛ لأن المكره من يتخلص بما أمر به عما هو أشد عليه، وهنا الأمر بالقتل والتهديد، ولا يتخلص بالقتل من القتل.

والثاني: يجب؛ لأنه بالإكراه على القتل، والإلجاء إليه قاتل له.

قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» بعد هذا: ويشبه أن يقال: لو هدده بقتله؛ يشبه أن يضمن تعذيبًا شديدًا لو لم يقتل نفسه فهو إكراه أي: فيجب القصاص قطعًا(١).

تنبيهات: أحدها: قال الرَّافِعِي تبعًا للبغوي وغيره: ويجري القولان فيما لو أكرهه على شرب سم قاتل، فشربه، وهو عالم به، وإن كان جاهلًا؛ فعلى المكره القصاص، انتهى.

وفي عدم وجوب القصاص في صورة العلم نظر؛ لأن السلامة معه

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ١٨١).

....

ممكنة، وقد أكل جماعة من الصحابة من الشاة المسمومة بخيبر، ولم يمت منهم فيما يعلم، إلا البراء بن معرور ﷺ.

وقد أطلق في «التنبيه» على أنه لو أكرهه على شرب سم؛ وجب القود، وأقرهم المصنف عليه، وحمله ابن الرِّفْعَة على الصورة الثانية، ومن أطلق كـ«التنبيه» صاحب «الشامل»؛ لكن كلامه من بعد يدل على أنه أراد الجاهل.

ثانيها: لو قال: إن لم تقطع يدك قتلتك؛ كان إكراهًا يثبت حكمه؛ لأن قطعها يرجى معه الحياة، فيدفع عنه ما هو أغلظ، قاله الْمُتَوَلِّي، وغيره، وذكر الرَّافِعِي، ثم قال: هكذا ذكره أبو الحسن العبادي، وكأنه توقف فيه، فيما إذا مات القاطع بالنسبة إلى قصاص النفس.

ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: فلو قال: إن قتلت نفسك وإلا قتلتك، أو لأقطعن يدك، أو قال: إن قطعت يدك وإلا قتلتك، ففعل ذلك، أو أكرهه على شرب السم القاتل، هل يجب القود على المكره؟ فيه قولان.

ثالثها: أطلقا أنه لا قصاص في الأظهر، ومحل ذلك إذا كان المكره على قتل نفسه عاقلًا مميزًا، فإن كان مجنونًا، أو صبيًّا لا يميز؛ وجب القود، كما قلنا فيما إذا كان أمره بقتل غيره، ذكره ابن الْقَطَّان، وغيره.

وذكر ابن الرِّفْعَة، وغيره: أنه لو أطعم السم صبيًّا لا مميزًا، أو مجنونًا بالغًا، أو أعجميًا يعتقد وجوب الطاعة؛ أن عليه القود، وأنه لو أمر الأعجمي بقتل نفسه، فقتلها، أنه لا قود جزمًا؛ لأن كل أحد لا يخفى عليه أن قتل نفسه لا يجوز، وكذا ذكره صاحب «البيان» و«الشامل» وغيره.

وأطلق المحاملي في «المقنع»: أنه لو أمر صغيرًا لا يميز عبدًا أو حرًّا، أو أعجميًّا بقتل رجل فقتله؛ فالحكم يتعلق بالآمر، وكذلك إن أمر واحدًا منهم بقتل نفسه، فقتلها؛ فعليه ضمانه بالقصاص والدية، هذا لفظه، وظاهر التسوية بين الأعجمي ومن لا تمييز له.

وفي «الشامل»: إنه لو خلط السم بطعام، وأكرهه على أكله؛ نظر فإن كان

الطعام لم يكسر حدة السم ولا غيره؛ فهو كما لو كان منفردًا أي: فيجب القود، وإن كان كسر حدته وغير طعمه فصار لا يقتل غالبًا؛ وجبت الدية دون القصاص، وأما إذا ناوله فشرب؛ نظر إن كان صبيًّا لا يعقل، أو كبيرًا، مجنونًا، أو أعجميًّا لا يفهم يعتقد وجوب طاعة الآمر، فشربه فقتله فعلى الدافع إليه الضمان؛ لأنه كالآلة له حيث اعتقد طاعته فيه، انتهى.

رابعها: قال الرَّافِعِي بعد نقله القولين في صورة «الكتاب» عن «التهذيب»: إن قلنا: يجب [القصاص فعفا عنه على مال][1] وجب كمال الدية على المكره، وإن قلنا: لا يجب؛ فعليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره، وجميعها إن لم نوجبه.

والظاهر أنه إنما نقل التفريع من «التهذيب» والذي فيه: أنَّا إن لم نوجب القود، فلا دية، وإن أوجبناه، فإذا عفا؛ فعليه كل الدية إن قلنا لا ضمان على المكره، وإن ضمناه، فعليه نصفها، وقطع القاضي الحسين، وغيره، والرَّافِعِي في موضع بأنه لا ضمان، وجعلوه أصلًا بمسألة، ووجهه أن هذا ليس بإكراه.

ووجه الكلام في المسألة من أصلها أن يقال: إن قلنا: إنه ليس بإكراه؛ فلا ضمان، وإلا فينبني على أن المكره يصبح آلة لشريك، أو آلة، إن قلنا: إنه آلة؛ فالقود والدية كلها على المكره، وإن قلنا: شريك، فيخرج وجوب القود على شريك خارج نفسه إن أوجبناه، وهو الأظهر الوجوب، وإلا فلا، وعلى قول الشركة متى آل الأمر إلى الدية سقط النصف.

فرع: قال في «البيان» متصلًا بقوله: إنه لو أمر أعجميًّا، يعتقد طاعة كل آمر: اذبح نفسك، فذبحها؛ لم يجب على الآمر الضمان، علله بما سبق، وإن أمره أن يخرج مقتلًا من نفسه فجرحه ومات؛ فإن الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ما لو أمره بقتل نفسه.

وذكر ابن الصباغ في «الشامل»: أنه يجب على الآمر الضمان؛ لأنه يجوز

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٣٤٤).

وَلَوْ قَالَ: أُقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُك فَقَتَلَهُ فَالْمَذْهَبُ لَا قِصَاصَ، ....

أن يخفى عليه أنه يقتله بخلاف أمره له بقتل نفسه، انتهى.

وهذا إنما نقله ابن الصباغ عن نص «الأم» فقال: قال الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الأم»: ولو أمره أن يفجر قرحة، أو يقطع عرقه، وكان على مقتل ففعل ذلك، فمات؛ كان على الآمر الضمان.

قال ابن الصباغ: وهذا لا يخالف ما ذكرناه؛ لأن هذا يجوز أن يعتقد طاعته فيه؛ لأنه يعلم أنه يقتله بخلاف أمره له بأن يقتل نفسه، انتهى.

وسبق عن المحاملي: إنه إذا أمره بقتل نفسه، فيضمنه بالقصاص والدية، والمشهور خلافه، وأصل المسألة قول الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وإذا أمر الرجل ابنه الصغير أو عبد غيره الأعجمي أن يقتله فقتله فدمه هدر؛ لأني لا أجعل جنايتهما بأمره كجنايته.

ولو أمرهما أن يفعلا بأنفسهما فعلًا لا يعقلانه ففعلاه فقتلهما ذلك الفعل؛ ضمنهما معا كما يضمنهما لو فعله بهما فقتلهما، كأن أمرهما أن يقطعا عرقًا أو يفجرا قرحة على مقتل، أو ما أشبهه، ولو أمرهما أن يذبحا أنفسهما فإن كان الصبي لم يعقل والعبد مغلوب على عقله ففعلا؛ ضمنهما كما يضمنهما لو ذبحهما، وإن كان العبد يعقل أن ذلك يقتله ففعل فمات فهو مسيء آثم وعليه العقوبة ولا يكون كالقاتل، انتهى نصه بحروفه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أُقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُك فَقَتَلَهُ؛ فَالْمَذْهَبُ: لَا قِصَاصَ**)، وهو الصواب، إذا لم يندفع المكره إلا بالقتل، وإنما صرح الرَّافِعِي وغيره بنقل الطريقين في الإذن المجرد من غير إكراه، أشهرهما: المنع، وجعل الإذن شبهة دارئة للحد.

وثانيهما: على قولين: ثانيهما: خرجه الإمام سهل الصعلوكي: يجب؛ لأن القتل لا يباح بالإذن، كما لو أذن في الزنا بأمته، ولأن القود يثبت للورثة ابتداءً.

قال الرَّافِعِي: وأما إذا انضم الإكراه إلى الإذن؛ فسقوط القصاص أوجه

وَالْأَظْهَرُ لَا دِيَةَ، ....

وأقوى، وهاهنا كلام ذلك أن الأئمة قالوا: إن المُكرَه دفع المُكرِه، ولا شيء عليه إذا أتى بذلك للدفع عن نفسه، وعلى هذا فإذا قتله دفعًا فينبغي أن يحكم بأنه لا قصاص، ولا دية عليه بلا تفصيل ولا خلاف.

وقد أشار إلى هذا الشيخ أبو الحسن العبادي، فقال: إذا قال: اقتلني وإلا قتلتك، فإن لم يفعله، فهو استسلام، وإن قتله فهو دفع.

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يقال: إن موضع التفصيل والخلاف ما إذا أمكنه الدفع بغير القتل، وإنما لا يلزمه شيء؛ إذا لم يمكنه الدفع بغيره، والله أعلم، انتهى. فخرج من ذلك أنه إذا لم يندفع إلا بالقتل؛ فلا قود ولا دية بلا خلاف.

فإن قلت: إذا كانت الصورة فيما إذا أمكن دفع المكره بغير القتل، فقد انتفى الإكراه؛ لأن المكره من لا يقدر على الدفع، فينبغي أن يجب القود جزمًا، قيل: الفرض يضمن الإذن بالقتل، ولو تجرد الإذن وحده يجري الخلاف، فكذلك جرى هنا، قاله ابن الرفعة.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ لَا دِيَةَ**)، القولان منقولان في الإذن المجرد، وبنيا على ذلك الدية تجب للورثة ابتداءً أي: للمقتول في آخر جزء من حياته، ثم تنتقل إلى الورثة، فعلى الثاني ـ وهو الأصح ـ لا تجب، وكذلك ينفذ منها وصاياه، وتقضى ديونه، واعترض على هذا القول بأنها إذا ثبتت له، وهي عرضة إلى الانتقال إلى الوارث؛ وجب ألا ينفذ الإسقاط إلا في ثلثها، وأجيب: بأنه لا يسقط ثابتًا في الحال، وإنما يبيح ما يتضمن إتلافه مالًا الإباحة.

ورجح الرُّويَانِي القول بأنها تثبت للورثة ابتداء، وأجيب عن قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا بأن الورثة ملكوا الدية من جهته، وبدلًا عن نفسه، فقدم حقه على حقوقهم.

قال الرَّافِعِي: وأشار ابن الصباغ إلى القطع بنفي الدية، وأشار إلى الإعلام كذلك، وهذا من الرَّافِعِي يقتضي أن ابن الصباغ من أصحاب الوجوه.

قال ابن الصباغ: قال بعد نقله البناء المذكور عن الأصحاب: وعندي في

وَلَوْ قَالَ: أُقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ.

هذا نظر؛ لأن هذا الإذن ليس بإسقاط لما يجب بالجناية، ولو كان إسقاطًا لها لما سقط، كما لا يصح أن يقول: أسقطت عندما بحث لي بالجناية، أو إتلاف المال، وإنما يسقط لوجود الإذن فيه، ولا فرق بين للنفس دية والأطراف؛ ولأن الدية وإن قلنا: تجب للورثة، فإن ديونه تقضى منها، وتنفذ وصاياه، ولا معنى لهذا التفصيل.

قال الْعِمْرَانِي: وهذا يدل على أن الدية تسقط عنه قولًا واحدًا، والعمراني قاطع بإثبات احتمالات ابن الصباغ وجوهًا، وربما رجحها، وكذلك الْمُتَوَلِّي على ما أشعرني من كلامه وإن لم يتمه، لأنه كان معاصرًا له بتعداد وبينهما منافرة.

فرع: لو أمر عبد غيره بقتل عبده؛ فلا ضمان عليه، وكذا لا قود على الصحيح، ولو قال العبد لعبد آخر: اقتلني أو اقطع يدي، ففعل، فهل يجب القود؟ فيه وجهان، فإن قلنا: لا يجب؛ ففي وجوب الدية وجهان بناهما الْمُتَوَلِّي على القولين في مطاوعة الأمة على الزنا، هل يجب المهر أم لا؟

قال: (وَلَوْ قَالَ: أُقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا) أي: وإلا قتلتك.

(فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ) أي: عند عامة الأصحاب خلافًا للقاضي الحسين، كما قاله إبراهيم المروزي، فإذا قتل أحدهما كان مختارًا في تعيينه، والمكرَه هو المحمول على فعل معين لا يجد عنه مخلصًا، ووجه المروزي وغيره قول القاضي بأنه لا يتخلص إلا بذلك فهو ملجأ إليه.

وقال الشَّاشِي في «الحلية» بعد نقله الأول عن الْقَفَّال: وقال القاضي الحسين: هو عندي إكراه، وهذا صحيح، انتهى.

فعلى المشهور يلزمه القصاص، ولا شيء على المكره سوى الإثم، وقد يخطر بالبال أنه لو كان لا يمكنه قتل أحدهما بحال وعلم المكره بذلك؛ أنه يكون مكرهًا على قتل المقدور عليه، بخلاف ما إذا أمكنه قتل كل واحد منهما، فحينئذٍ يصح أن يقال هو مختار في تعيينه.

……

مثاله: اقتل السلطان، أو قريبك، أو ضيفك فلان، وهو لا يمكنه الوصول إلى السلطان بحال.

فرع: قال الرَّافِعِي هنا: لو قال: اقذفني وإلا قتلتك، ففعل؛ قال في «التهذيب»: الصحيح وجوب الحد، بخلاف القصاص؛ لأنه قد يستعين بغيره في قتل نفسه، أو قطعه، ولا يستعان بالغير في القذف، فيجعل القاذف مبتدئًا، قال المصنف: وهذا أعجب، والصواب أنه لا حد، انتهى.

والذي في «التهذيب» و«التعليق» أيضًا: بهذا اللفظ، والتعليل إنما هو في الإذن المجرد في القذف، وكذا صورها الْمُتَوَلِّي في الإذن المجرد بأن الصحيح وجوب الحد، ولما ذكر الْبَغَوِي الفرع متصلًا بكلامه على الإكراه على قتله؛ ظن الرَّافِعِي أن الكلام أيضًا في إكراهه على قذفه، وكيف يقول الْبَغَوِي ذلك؟ وهو وشيخه القاضي الحسين، وإبراهيم المروزي، في تعاليقهم، والمتولي، والقفال جازمان بأنه إذا أكرهه إنسان على قذف؛ جزاؤه لا حد على واحد منهما.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: لا يجب الحد على أحد؛ لأن المكره بعد قذف المكره لم يقذف، قال المروزي: والمكره معذور، نعم نقل الْبَغَوِي في فتاوى شيخه القاضي عن القاضي والقفال: أنه لا حد عليه، سواء أكرهه على قذف غيره، أو قذف نفسه. وعن الزيادي والعبادي وجوب الحد على القاذف كما يلزمه القود، والصحيح الأول، وسنعيد الفرع في حد القذف، والمتجه وجوب التلفظ به؛ إذا كان التهديد بالقتل، والصواب الوجوب؛ إذا أكرهه على قذف نفسه بأن قال: اقذفني وإلا قتلتك، وإن احتمل جريان الخلاف في حق غيره.

فائدة: هل يجب التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه عليها؟ وجهان:

أصحهما: لا، هكذا أطلقا، ويظهر القول بالوجوب في بعض الأحوال؛ إذا كان فيه صيانة الحرم والذرية، وعلم أن الصمت يؤدي إلى استباحتهم، أو استرقاقهم، وقيس بهذا ما في معناه وأعظم منه، ولعل الوجهين فيما إذا لم يتولد من الصمت سوى فوته.

....

قال الرَّافِعِي: وذكر في «الوسيط»: أن شرب الخمر على وجهين مرتبين على الوجهين في كلمة الردة، وهو أولى بعدم الوجوب.

قال: ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار في نهار رمضان، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال يعني: غير الرقيق المعصوم.

وقال الشيخ في أصل «الروضة»: ولا يجب شرب الخمر بالإكراه على الصحيح، ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار في نهار رمضان، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال، انتهى.

وحكمه بأن الصحيح كذا سهو، ويشبه نقل الرَّافِعِي عن «الوسيط»: أنه أولى بعد الوجوب، كذا قال في «الشرحين» وكان يمكن تأويل كلام «الشرح الكبير» بحمل قوله: «وأولى» على التلفظ بالكلمة؛ لكن يدفعه قوله في «الصغير».

وهل يجب شربه عند الإكراه؟ قال في «الوسيط»: فيه وجهان مرتبان على الوجهين في كلمة الردة، وأولى بمنع الوجوب، وأيضًا بقوله: وقد يجيء مثله في الإفطار، بأن ذلك والذي رأيته في نسخ «الوسيط» على كثرتها وأولى بالوجوب، وكذا نقله عنه صاحب «البيان» في كتابه «زوائد الوسيط في البيان» وأورده صاحب «الترغيب».

ويؤيده قول «البسيط»: وهل يجب شرب الخمر بالإكراه؟ فيه تردد، والظاهر وجوب الشرب عندي، مع ترجيحه أنه لا يجب التلفظ بالكلمة، وقوله: «ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار»؛ موهم، أو كقوله عدم الوجوب.

وعبارة «الروضة» موهمة، والمراد مجيء الخلاف، وعبارة «الوسيط»: إذا أكره عليه، وقلنا يفطر به؛ فينبغي أن يكون كشرب الخمر في رمضان، هذا ما تبين لي ولم أعثر فيه على نص، انتهى.

فالتردد فيه للغزالي، والراجح وجوب التلفظ؛ بل هو أولى من شرب الخمر بلا شك؛ لما في الإفطار من الترخيص بدون هذا، بخلاف شرب الخمر.

وقوله: «ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال» أي: لا يجيء

....

الخلاف؛ بل يقطع بالوجوب، كما صرح به الْغَزَالِي في كتبه، وإمامه قال: كما يجب على المضطر أكل طعام غيره.

قال صاحب «الترغيب»: في وجوب الشرب خلاف مرتب على التلفظ، وأولى بالوجوب، وكذا الإفطار في الصوم المفروض، والخروج من الاعتكاف، انتهى.

والظاهر أن هذا التعميم في الصوم الواجب، وإلحاق الاعتكاف به من تصرفه، وليس بجيد، وفي «تعليق الْبَغَوِي على المختصر»: قال الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ: ولو أنه أكرهه حتى أكل لحم الخنزير، ثم أكرهه، بخلاف ما إذا أكرهه على شرب الخمر لرهبة منه؛ لأن الخمر أم الخبائث، وذلك يوقعه في الفواحش بعدما زال عقله، بخلاف لحم الخنزير، واختلف أصحابنا فيه:

منهم من جعل في إباحة شربها وجهين: أحدهما: لا يباح له كالمداواة، وأصحهما: يباح؛ لأنه يتحقق الخلاص ليس بشربها بخلاف المداواة، فصار هذا كمن عض بلقمةٍ، ولم يجد ماءً يشبعها به سوى الخمر، فإنه يباح له للإِسَاغَةِ، فلذلك قلنا لا حدَّ على واحدٍ منهم.

ومنهم من قال: إذا قلنا لا يباح يجب الحد على المكره، قال: ثم قال القاضي في الإكراه: إذا أكره على شرب بولٍ، أو أكل ميتة؛ يجب أن يأكل كما يجب إتلاف المال، وإذا أكره على الزنا، وقلنا: يتصور ـ أي: وهو الصحيح ـ فيباح له كما يباح شرب الخمر، ولا يجب حتى يجوز لهُ أن يستسلم للقتل، فلا يزني، ولا يشرب، ويحتمل أن يقال: يجب، قال الْبَغَوِي: وهذا ليس بشيء، انتهى.

والظاهر أن الاحتمال في الشرب خاصة يدل عليه قول إبراهيم المروزي: ولو أكرهه على شرب الخمر، لا حدّ على أحدٍ، ويباح للمكره الشرب.

وقال القاضي: في الإكراه يجب؛ ليتخلص من القتل، ويعزر المكرِه، ثم ذكر الإكراه على الزنا، ولم يتعرض إلى قول التصوير لإيجاب الفعل.

فَصْلٌ

وُجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعًا فِعْلَانِ مُزْهِقَانِ مُذَفِّفَانِ كَحَزٍّ وَقَدٍّ، أَوْ لَا كَقَطْعِ عُضْوَيْنِ فَقَاتِلَانِ وَإِنْ أَنْهَاهُ رَجُلٌ إِلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ: بِأَنْ لَمْ يَبْقَ إِبْصَارٌ، وَنُطْقٌ وَحَرَكَةُ اخْتِيَارٍ. ثُمَّ جَنَى آخَرُ فَالْأَوَّلُ قَاتِلٌ، وَيُعَزَّرُ الثَّانِي، وَإِنْ جَنَى الثَّانِي قَبْلَ الْإِنْهَاءِ إِلَيْهَا فَإِنْ ذَفَّفَ كَحَزٍّ بَعْدَ جُرْحٍ فَالثَّانِي قَاتِلٌ، وَعَلَى الْأَوَّلِ قِصَاصُ الْعُضْوِ ....

قال: (**فَصْلٌ: وُجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعًا فِعْلَانِ مُزْهِقَانِ مُذَفِّفَانِ كَحَزٍّ وَقَدٍّ، أَوْ لَا كَقَطْعِ عُضْوَيْنِ**) أي: ومات منهما.

(فَقَاتِلَانِ) أي: فعليهما جميعًا القصاص أو الدية؛ لِوُجُودِ السَّبَبِ مِنْهُمَا، ولا خفاء أن الجماعة كالاثنين⁽¹⁾.

قال: (**وَإِنْ أَنْهَاهُ رَجُلٌ إِلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ؛ بِأَنْ لَمْ يَبْقَ إِبْصَارٌ، وَنُطْقٌ وَحَرَكَةُ اخْتِيَارٍ، ثُمَّ جَنَى آخَرُ؛ فَالْأَوَّلُ قَاتِلٌ، وَيُعَزَّرُ الثَّانِي**) أي: لأنه انتهك حرمة ميت حكمًا كما لو قطع عضو ميت، والقاتل هو الأول؛ لأنه صيره إلى حالة اليأس التي لا يصح فيها إسلام، ولا شيء من التصرفات، وينتقل فيها الملك للورثة، ولو مات قريب لمن انتهى إليها؛ لم يورث منه، ولو أسلم له ابن كافر، أو عتق رقيق؛ لم يزاحم ورثته.

قال: (**وَإِنْ جَنَى الثَّانِي قَبْلَ الْإِنْهَاءِ إِلَيْهَا**) أي: إلى حركة المذبوح.

(**فَإِنْ ذَفَّفَ كَحَزٍّ بَعْدَ جُرْحٍ**) أي: الرقبة، أو قدَّ.

(**فَالثَّانِي قَاتِلٌ**) لأن الجراحة إنما تؤثر بالسراية، والحز أبطل أثرها وسريانها، ولا فرق بين أن يتوقع البرء من الجراحة السابقة لو لم يضر الحز ونحوه، وبين أن يتوقع البرء من الجراحة واستيقن الهلاك بعد يوم، أو أيام؛ لأن له في الحال حياة مستقرة، والتصرفات فيها نافذة، وقد أوصى عمر ﷺ في هذه الحالة فعمل بعهده، ووصاياه.

قال: (**وَعَلَى الْأَوَّلِ قِصَاصُ الْعُضْوِ**) أي: على الْعُضْوِ الذي قطعه.

---

(1) انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/١٨٨).

أَوْ مَالٌ بِحَسَبِ الْحَالِ، وَإِلَّا فَقَاتِلَانِ.

(**أَوْ مَالٌ بِحَسَبِ الْحَالِ**) أي: إن اقتضاه الحال، وإلا فالمال.

وعبارة «المحرر» وغيره: على الأول القصاص في العضو المقطوع، أَوْ المَال على ما يقتضيه الْحَالِ، وهي أصح وأوضح.

قال: (**وَإِلَّا فَقَاتِلَانِ**) أي: وإن لم تكن الجراحة الثانية مذففة أيضًا، ومات بسرايتها جميعًا كما لو أجاف الأول، ثم أجاف الثاني، أو قطع الأول يده من الكوع، ثم قطع الثاني الساعد من المرفق، فمات فهما قاتلان؛ لأن القطع الأول قد انتشرت سرايته، فتأثرت به الأعضاء الرئيسية، وانضم إليها الألم الثاني، فأشبه ما إذا أجاف أحدهما جائفة، وجاء آخر ووسعها ومات؛ يجب القصاص عليهما، ولو شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين؛ رجع إلى أهل الخبرة، وعمل بقولهم، هذا كلام الرَّافِعِي، والمراد قول عدلين منهم.

فائدة: قال في «أصل الروضة»: ومن قطع حلقومه ومريئه، أو أبينت حشوته من جوفه فقد انتهى إلى حركة المذبوح، انتهى.

ووقع في كثير من النسخ: «ومن قطع حلقومه أو مريئه» وكذا يقع في كثير من كتب الأصحاب، والموجه حذف الألف، واصل الاضطراب أنه وقع في بعض نسخ «مختصر الْمُزَنِي»: ولو قطع حلقومه أو مريئه، ثم ضرب عنقه آخر، فالأصح الأول قاتل دون الثاني، وجرى على ذلك جارون.

قال الرَّافِعِي: ونسب الْقَفَّال، وغيره إلى الْمُزَنِي الإهلاك، وقالوا: إنما قال الشَّافِعِي - رحمه الله -: حلقومه ومريئه ـ بالواو ـ وقطع أحدهما فقد ينتهي إلى حركة المذبوح في الحال.

قال القاضي الرُّويَانِي: ورأيته في كثير من النسخ بالواو، وعلى الصحة يمكن أن يطلق «أو» بمعنى «الواو» انتهى.

قالا: ولو أصاب الحشوة خرق، أو قطع وتيقن موته بعد يوم أو يومين؛ وجب القصاص على قاتله في تلك الحالة.

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا فِي النَّزْعِ وَعَيْشُهُ عَيْشُ مَذْبُوحٍ وَجَبَ الْقِصَاصُ.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا فِي النَّزْعِ وَعَيْشُهُ عَيْشُ مَذْبُوحٍ؛ وَجَبَ الْقِصَاصُ**) اعلم أن هذه مسألة عظيمة، وقع فيها اضطراب، فأحسن الشيخان، وغيرهما؛ لنقل كل طريقة في باب، فيقول: قال الرَّافِعِي هنا: والمريض المشرف على الوفاة إذا قتل؛ وجب القصاص على قاتله.

قال القاضي، والروياني، وغيره: وإن انتهى إلى حالة النزع، وصار عيشه عيش المذبوحين.

ولفظ الإمام: إن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت وبدت أماراته وتعثرت الأنفاس في الشراسيف لا يحكم له بالموت؛ بل يلزم قاتله القصاص وإن كان يظن أنه في مثل حال المقدود، وفرقوا بينهما بأن إنهاء المريض إلى تلك الحالة غير مقطوع به، وقد يظن به ذلك ثم يشفى بخلاف المقدود؛ ولأن المريض لم يسبق فعل بحال القتل وأحكامه عليه حتى يهدر الفعل الثاني والقد ونحوه بخلافه، هذا لفظ الرَّافِعِي - ﷺ تعالى -.

وتتمة ما قدمه من لفظ الإمام: وكم من مذفف لسبق الجنوب عليه وسد حنكه ثم تعود قوته، ويعود فلا يتصور الحكم بالموت على ثقة، ما لم يجد نقص نفسه، فإذا ضربه ضارب وقتئذٍ وهو يتنفس؛ فنجعله قاتلًا على التحقيق.

وقال في كتاب الديات: ومن أطلق أهل البصرة على وقوعه في الموت، وصار يجزع بريقه، ونحو ذلك بدمائه وأنفاسه في شراسيفه، فحز حاز رقبته؛ التزم القصاص أو الدية، انتهى.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: هنا في كلامه على طرآن المباشرة على المباشرة معنى بحركة المذبوح حياة محققة؛ ولكنها غير مستقرة، ولا ينتظم معها إدراك ونظم كلام.

ثم قال: وأما المريض الذي لم يبق له إلا نفس، وقد يقال: إنه في حركة المذبوح، إذا قتل وجب القصاص؛ لأن ذلك غير موثوق به، وربما تعود إليه قوته رغم قضب الذقن، وحصول البأس، وليس ذلك كمن قطع حلقومه

....

ومريئه، فإنه يعد قتيلًا قطعًا، ميئوسًا منه، انتهى.

وقال في «الوسيط»: ولو قطَع الأول حلقومه، ولم يبق إلا حركة المذبوحين، بخلاف ما لو خرج فيه المريض المشرف على الموت؛ لأن موته مقطوع به، انتهى.

وأصل هذا كله فيما أحسب قول الفوراني في «العمد»: إذا صار المريض إلى النزع وفي عيش المذبوح، فقتله قاتل؛ فعليه القود أو الدية، لأنه لا يتيقن موته؛ بل قد يموت، وقد يبرأ، ولا أحد يحال القتل عليه، انتهى.

وتبعه الرُّويَانِي في «التجربة» على نحو هذه العبارة، وقوله: وحركة المذبوحين، وعبارة «الإبانة»: إذا صيره الأول إلى حالة المذبوح، ولم تكن الحياة مستقرة، فجاء آخر وجزَّ رقبته، فالقاتل هو الأول، بخلاف المريض إذا بلغ أوان النزع، فجاء واحد وجز رقبته، كان قاتلًا، وفرق بالحوالة، وبأنه ربما شفاه الله، ويرجى برؤه، بخلاف مسألتنا فإن هناك من يحال عليه، ولا يرجى برؤه.

وقال الْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق»: بخلاف ما لو قتل مريضًا إلى أدنى الرمق، يجب عليه القود؛ ولأن المريض قد يبرأ، ومن صار بالجرح إلى حالة المذبوح لا يعيش، وتلك الحال حالة البأس، وأعادها في الذبائح بهذا اللفظ، وزاد: وَلَوْ مَرِضَتْ الشَّاةُ وصارت إلى أدنى الرمق أَوْ جُرِحَتْ وَخِيفَ مَوْتُهَا فَذَبَحَهَا خَشْيَةَ مَوْتِهَا وإن لم تكن الحياة مستقرة، انتهى.

وأدنى الرمق: يثبت الروح في الجسد، وما ذكره في الشاة ممنوع، كما سيأتي بيانه هناك إن شاء الله، وعبارة الشيخ إبراهيم المروزي هنا: والمريض الذي وقع في النزع، يلزم قاتله القود، بخلاف من صار إلى عيش المذبوح بجرح جارح؛ لأنا نرى كثيرًا من المرضى الذين يشرفون على الموت يبرأون من ضرر الجرح، وهذا لا برء له بحال، ولا بقاء له إلا ساعة قصيرة، وكذا لو ذبح الشاة المريضة التي أشرفت على الموت، ولم يبق لها إلا رمق، فإن كان فيها أدنى حركة فذبحها تكون حلالًا، انتهى.

فَصْلٌ

قَتَلَ مُسْلِمًا ظَنَّ كُفْرَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَا دِيَةَ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَجَبَا، وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلٌ.

أَوْ مَنْ عَهِدَهُ مُرْتَدًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا أَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلَافُهُ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ الْقِصَاصِ.

[قال: (**فَصْلٌ: قَتَلَ مُسْلِمًا ظَنَّ كُفْرَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ فلَا قِصَاصَ وَكَذَا لَا دِيَةَ فِي الْأَظْهَرِ**) حتى لو قصد قتله لزمه القود، وإذا قصد غيره فأصابه؛ وجب دية مخففة على العاقلة، وإن لم يعرف مكانه، ورمى سهمًا إلى صف الكفار في دارهم سواء علم في الدار مسلمًا أم لا؛ نظر، وإن لم يعيِّن شخصًا، أو عيَّن كافرًا فأخطأ وأصاب مسلمًا؛ فلا قصاص ولا دية.

وكذا لو قتله في نشاب أو غارة ولم يعرف، وإن عيَّن شخصًا فأصابه وكان مسلمًا، لا قود، وفي الدية قولان، ويشبه أن يكونا هما القولان فيما إذا ظنه كافرًا.

قال: (**أَوْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ؛ وَجَبَا**) أما الدية فقطعًا، وأما القصاص فعلى الأظهر؛ لأن ظاهر حال من بدار الإسلام العصمة.

(**وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلٌ**) أي: أنه لا قود كما في دار الحرب، وعلله **الْبَغَوِي** في «**تعليقه**» بأنه هو الذي أبطل حرمته بخروجه على هيئة الكفار وزيهم.

واعلم أني لم أر ترجيح الأول إلا للرافعي، وفيه وقفة؛ لأن من خرج بدارنا على هيئة الكفار الظاهرة لا يرتاب في أنه منهم، والقصاص بدارنا بالشبهة، وعلى القول بالمنع، هل تكون الدية مغلظة، أم مخففة على العاقلة؟ قولان.

قال: (**أَوْ مَنْ عَهِدَهُ مُرْتَدًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا، أَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلَافُهُ؛ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ الْقِصَاصِ**) ما ذكره هو المرجح في الجميع؛ ولكن عليه مناقشته بالنسبة إلى اصطلاحه، فإنه قال في أصل «**الروضة**»: إذا قتل من ظنه مرتدًّا أو حربيًّا فلم يكن؛ فعليه القصاص، فإن عهده مرتدًّا، أو ظن أنه لم يسلم، وكان قد أسلم؛ فالنص وجوب القصاص.

وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جَهِلَ مَرَضَهُ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَقِيلَ لَا.

ونص فيما لو عهده ذميًا أو عبدًا فقتله ظانًا أنه لم يسلم، ولم يعتق فبان خلافه؛ أنه لا قصاص، وقيل: في الجميع قولان، وقيل: بظاهر النصين؛ لأن المرتد يحبس ولا يخلى، فقاتله وهو مخلى مقصر، بخلاف الذمي والعبد.

وقيل: يجب القصاص في الجميع قطعًا؛ لأن ظنه لا يبيح القتل.

والمذهب: وجوب القصاص في الجميع، وإن أثبتنا الخلاف، ولو عهده حربيًا وظن أنه لم يسلم؛ فقيل: كالمرتد، وقيل: لا قصاص قطعًا؛ لأن المرتد لا يخلى، والحربي يخلى بالمهادنة، وبخلاف العبد والذمي فإنه ظن لا يفيد التخلي والإهدار فيه خلاف. ولو ظنه قاتل أبيه، فقتله فبان غيره؛ وجب القصاص على الأظهر؛ لأنه يلزمه التثبت، ولم يعهده قاتلًا حتى يستصحبه، ولو قال: تبينت أن أبي كان حيًا حين قتلته؛ وجب القصاص قطعًا، انتهى.

إشارات: جزم بأنه إذا ظنه حربيًا أو مرتدًا، من غير أن يعهده كذلك بوجوب القصاص، كما أفهمه نظم الكتاب و«الشرحين».

قال الرَّافِعِي: والوجه التسوية بينهما وبين ما إذا ظنه قاتل أبيه، إما في القطع، أو في إثبات القولين؛ إذا لم يوجب القود في هذه الصورة، فقال الولي: عرفت إسلامه أو حريته، وقال القاتل: ظننته كافرًا أو رقيقًا فالقول قوله؛ لأنه أعرف بحاله.

في «الوسيط» نقل طريقين في موضع القولين، فيما إذا ظنه قاتل أبيه:

أحدهما: موضعهما إذا تنازعا، أما إذا صدقه الولي؛ فلا قصاص بلا خلاف.

والثاني: طرد القولين؛ لأنه ظن من غير مستند شرعي.

قال: (**وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جَهِلَ مَرَضَهُ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ**) أي: فمات منه. (**وَجَبَ الْقِصَاصُ**) أي: لوجود القتل بصفة التعدي، وظن الصحة لا يبيح الضرب.

(**وَقِيل: لَا**)؛ لأن ما أتى به ليس بمهلك عنده، فلم يتحقق قصد الإهلاك،

فَصْلٌ

وَيُشْتَرَطُ لِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتِيلِ إِسْلَامٌ أَوْ أَمَانٌ، فَيُهْدَرُ الْحَرْبِيُّ وَالْمُرْتَدُّ، وَمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ كَغَيْرِهِ.

وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ قُتِلَ أَوْ مُسْلِمٌ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

أما لو علم مرضه؛ وجب القود بلا خلاف، وحد من قولنا: «وظن الصحة لا يبيح الضرب»؛ أن الصورة فيمن لا يحل له الضرب، لا فيمن يحل له التأديب، كزوج، وولي، وحاكم.

قال: (**فَصْلٌ: وَيُشْتَرَطُ لِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتِيلِ: إِسْلَامٌ أَوْ أَمَانٌ**) أي: بعقد ذمة أو عهد أو أمان مجرد، صرح بها في «المحرر».

(**فَيُهْدَرُ الْحَرْبِيُّ**)؛ إذ لا أمان ولا إيمان.

(**وَالْمُرْتَدُّ**) أي: إذا قتله مسلم، فإن قتله ذمي أو مرتد فسنذكره بما فيه.

قال: (**وَمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ كَغَيْرِهِ**) أي: فإذا قتله غير المستحق لزمه القصاص؛ لأنه ليس بمباح الدم؛ بل عليه حق قد يترك وقد يستوفى.

قال: (**وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ؛ قُتِلَ**) إذ لا سبيل له على المسلم، ولا حق له في الواجب عليه، ويقتل به المعاهد، والمستأمن على الصواب في «تصحيح المصنف للتنبيه».

ونقل ابن الرفعة عن الزبيلي وجهًا: أنه لا يجب القصاص على الذمي ونحوه بقتله، ثم رأيت في «أدب القضاء» له المظنة، والنصراني إذا قتل مسلمًا محصنًا قد زنى؛ فوجهان: **الثاني**: لا قود عليه؛ لأنه مباح الدم، كما لو قتله مسلم، ولم يرجح شيئًا.

قال: (**أَوْ مُسْلِمٌ؛ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص، وظاهر المذهب، وقول الجمهور، كما قاله الْمَاوَرْدِي؛ لأنه مباح الدم، فأشبه المرتد.

والثاني: يجب القصاص إذ إباحة دمه إنما تثبت إلى الإمام، وأيدي آحاد الناس مكفوفة، فأشبه ما لو قتل من عليه قصاص لغيره.

....

قال الْمَاوَرْدِي: والأصح عندي من إطلاق المذهبين أنه إن وجب رجمه بالبينة؛ فلا قود على قاتله لتحتم قتله، وإن وجب بإقراره اقتص من قاتله؛ لأن قتله غير متحتم لسقوطه برجوعه عن إقراره، وصححه المصنف في «تصحيح التنبيه».

تنبيهات وفروع:

منها: موضع الخلاف إذا قتله قبل أن يأمر الإمام بقتله، فإن كان بعد أمره؛ فلا قصاص قطعًا، قاله أبو الطيب وغيره، وقال في «التنقيح»: بلا خلاف، وفيه نظر، إذا كان زناه بإقراره.

ومنها: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق بين أن يقتل الزاني المحصن عفيف، أو مثله، في هذه الصورة تفريعًا على المذهب وجهان، ظاهر كلامهما أنه يجب القود على الأصح، حيث قالا: لو قتل المرتد مرتداً؛ اقتص منه على الأصح، ويجري الخلاف فيما لو قتل الزاني المحصن مثله.

ومنها: لو أقر بالزنا، ثم رجع، ثم قتله، ثم علم رجوعه؛ قتل به، وإن لم يعلم به فوجهان، والدية عليه، قاله الدارمي في الحدود.

وأطلق الشيخان هناك: أنه لو قتله شخص بعد الرجوع؛ ففي وجوب القود وجهان نقلهما ابن كج، وقال: الأصح لا يجب، ولم يتعرضا لرجوعه، ولا لعدمه، والوجه بترك ذلك على من لم يعلم برجوعه، أما العالم به فيقتص بلا خلاف.

وأطلق ابن القطان شيخ ابن كج في «فروعه» هناك: أنه إذا رجع، ثم قتله إنسان؛ فعليه القصاص قولًا واحدًا، ولم يتعرض لعلمه برجوعه ولا عدمه، وهذا أصح، يشهد له ما سبق من النظائر.

ومنها: إذا قتل الزاني المحصن مرتد؛ قتل به، كما لو قتله ذمي، قاله الْمُتَوَلِّي، وقال القاضي الحسين: فيه جوابان جاريان هما: لو قتل تارك الصلاة عمدًا حتى خرج وقتها، أو كان يؤمر بها، ولا يفعل، فقتله إنسان؛ فلا قصاص.

وَفِي الْقَاتِلِ بُلُوغٌ وَعَقْلٌ، وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُهُ عَلَى السَّكْرَانِ، ....

قال الرَّافِعِي: وليكن جوابًا على الأصح، المنصوص في الزاني المحصن لا شيء عليه في أصح الوجهين، وفي الفرع زيادات ذكرتها في «الغنية».

ومنها: إِذَا جُرِحَ مُقِرٌّ بِالزِّنَا وَهُوَ مُحْصَنٌ فَرَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ ثُمَّ مَاتَ؛ قال الْمَاوَرْدِي: فَفِي ضَمَانِ نَفْسِهِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ:

أَحَدُهُمَا: يهدر كَالْمُرْتَدِّ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يُضْمَنُ دِيَتُهُ وَإِنْ جَرَى عَلَيْهِ حُكْمُ الْإِبَاحَةِ وَقْتَ الْجِنَايَةِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُرْتَدِّ أَنَّ الْمُرْتَدَّ مُبَاحُ الدَّمِ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ مِنْ رِدَّتِهِ، وَالزَّانِي مَحْظُورُ النَّفْسِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ عَلَى إِقْرَارِهِ.

ومنها: في «الحاوي الكبير» و«الصغير»: إن يد السارق معصومة على غير المستحق، والذي أورده الشيخان هناك: إنها غير معصومة مطلقًا؛ لأنها مستحقة الإزالة، ويشبه أن يخرج وجوب القصاص على الخلاف في قتل الزاني المحصن، أو يجيء ما سبق من الفرق بين ثبوته بالبينة والإقرار هنا.

قال: (**وَفِي الْقَاتِلِ: بُلُوغٌ وَعَقْلٌ**) أي: ومن شرط القاتل البلوغ والعقل، فلا قصاص على صبي، ولا مجنون؛ لرفع القلم عنهما، كما في العبادات، وأولى والمتقطع جنونه كالعاقل في حال إفاقته، وكالمطبق في وقت جنونه، وفي معناهما: المغمى عليه، وكل من زال عقله بسبب لم يعص به، كمن أجبر على مسكر، أو أكره عليه، ومن يستعمل دواءً مباحًا فأزال عقله، والأعمى المأمور كما سبق بيانه لأنه آلة للآمر.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: وُجُوبُهُ عَلَى السَّكْرَانِ**) أي: المأثوم بسكره؛ لأنه مكلف على ظاهر المذهب كما بيناه في مواضع، لا كما ظنه المصنف، ولأن ذلك يؤدي إلى ترك القود؛ إذ لا يعجز كل قاتل أن يدعي السكر، أو يسكر ليقتل لئلا يقتص منه، وتوجيه الخلاف وبيانه في كتاب الطلاق، وألحق بالسكران الآثم المتعدي بتناول ما يزيل عقله من دواء، أو بنج، أو حشيشة، ونحوها.

وَلَوْ قَالَ: كُنت يَوْمَ الْقَتْلِ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إنْ أَمْكَنَ الصِّبَا وَعُهِدَ الْجُنُونُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ فَلَا قِصَاصَ وَلَا يُحَلَّفُ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى حَرْبِيٍّ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: كُنت يَوْمَ الْقَتْلِ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إنْ أَمْكَنَ الصِّبَا وَعُهِدَ الْجُنُونُ**)؛ لأن الأصل بقاؤها، وقيل: يصدق الوارث إن كان جنونه متقطعًا، وقيل: يصدق في نفيه مطلقًا؛ لأن الأصل السلامة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ؛ فَلَا قِصَاصَ وَلَا يُحَلَّفُ**) لأن التحليف لإثبات المحلوف عليه، ولو ثبت صباه؛ لبطلت يمينه، هذا هو الصواب الذي أورده الأصحاب، ومنهم صاحب «الحاوي» و«الشامل».

ووقع في باب اختلاف الجاني، وولي الدم من «حلية الشَّاشِي»: أنهما لو اختلفا، فقال الولي: قتلته وأنت بالغ، وقال الجاني: بل قتلته وأنا صبي؛ فالقول قول الجاني من غير يمين، وهذا الذي ذكره القاضي أبو الطيب، وذكر الشيخ أبو نصر: أن القول قوله مع يمينه.

وكذا ذكر «الحاوي» والأول أصح؛ لأن الأصل عدم البلوغ، ويمين غير البالغ لا يصح، قال الشَّاشِي: وعندي أنه ينبغي أن يؤخر يمينه حتى يبلغ، انتهى.

وحكى ابن الرفعة ذلك غير رواية صاحب «الذخائر» ثم قال: وفيه نظر.

قلت: بل هو سهو من الشَّاشِي على شيخه ابن الصباغ والماوردي، وعبارة «الشامل»: إذا اختلفا فقال الجاني: قتلته وأنا غير بالغ، وقال الولي: بل كنت بالغًا؛ فالقول قول الجاني مع يمينه، فأراد الصورة الأولى، وأبو الطيب الثانية، وقول من قال: وقال أبو إسحاق: يوجد غلط، وإنما قاله الشَّاشِي نفسه، وإن المعلقين «للحلية» يقولون عن اختياراته: قال الشيخ الإمام كذا، فيوهم بتوهم أنه أراد بذلك صاحب «المهذب» شيخه، وعبارة الشيخ المعتمدة هنا: قال الشيخ الإمام أبو بكر: وعندي، وساق ما سبق، فاعلم.

قال: (**وَلَا قِصَاصَ عَلَى حَرْبِيٍّ**) أي: على الصحيح كما لا يضمن المال؛ لعدم التزامه، وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفرائيني أن الحربي يضمن النفس والمال، تخريجًا من أنه يخاطب بالفروع، ويعزى هذا إلى الْمُزَنِي في «المنثور»

وَيَجِبُ عَلَى الْمَعْصُومِ وَالْمُرْتَدِّ. وَمُكَافَأَةٌ، فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ، ....

وظاهره إيجاب القصاص على الحربي المحصن، وبهذا أشار الرَّافِعِي إلى الإعلام له ـ بالواو ـ، والمراد كما أشار إليه الدارمي أنه نقل: إذا قدر عليه بإسلام، أو أمان، حيث قال: ولا يقتل الحربي؛ إذا قدر عليه بإسلام أو أمان.

قال: (**وَيَجِبُ عَلَى الْمَعْصُومِ وَالْمُرْتَدِّ**) أي: وهو الممنوع من قتله، قال في «الدقائق»: يدخل فيه الذمي الَّذي ذكره «المحرر» ويدخل فيه من له هدنة، أو أمان.

قلت: وعبارة «الشرحين» كـ«المحرر» وعلله بالتزامه الأحكام، والانقياد لها، فأفهم اختصاصه بالذمي؛ لأن هذه صفته، وهو ظاهر كلام الْغَزَالِي، ويوهم الفرق، وأن المعاهد لا يقطع لمال المسلم على الأظهر عند الجمهور بخلاف الذمي.

وعبارة «الروضة»: ويجب على المعصوم؛ لالتزامه الأحكام، والحكم صحيح دون التعليل، ففي «التهذيب» وغيره: إلحاق المعاهد بالذمي، وجزم الرَّافِعِي به حيث قال: ويقتل الذمي، والمعاهد بالمسلم.

وفي «التتمة» وغيرها: أن المستأمن يقتل بالمسلم، خلافًا لبعض الحنفية، وهو قضية ما في «الشامل» وغيره، وحينئذٍ عبارة المصنف صحيحة ولا شك فيها، وإن سكت عن التصريح بذلك كثيرون.

قال: (**وَمُكَافَأَةٌ**) أي: ويشترط أيضًا مساواة القتيل.

(**فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ**) أي: ولا بمستأمن ومعاهد، وغيرهما من باب أولى؛ لقوله ﷺ: «**ألا لا يقتل مسلم بكافر**»(١) رواه البخاري، وفيما إذا قتل مسلم ذميًّا حرابة قول ضعيف.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: والإجماع على ألا يقتل الرجل بعبده ولا بمستأمن من أهل دار الحرب، هذا لفظه ﷺ وكذلك قال ابن عبد البر: واحتج الشَّافِعِي بأنه لا خلاف أنه لا يقتل المسلم بالحربي المستأمن، فكذلك

---

(١) أخرجه البخاري (١١١).

وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ وَبِذِمِّيٍّ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا، فَلَوْ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ.

الذمي؛ لأنهما في تحريم القتل سواء، انتهى.

ووهم ابن الرفعة فقال: وفي «الحلية» أنه روي عن الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في «الإملاء» أن المسلم يقتل بالمستأمن، انتهى.

وظن أن الضمير في قول الشَّاشِي: (وروي عنه في «الإملاء») راجع إلى الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ وإنما هو راجع إلى أبي يوسف، وكلام شيخه في «الشامل» مصرح بذلك، ولا شك فيه، وغلط من شرح الكتاب كذلك، فقال: ولا يقتل المسلم بالمستأمن في الأظهر.

قال ابن عبد البر: وقد أجمعوا أنه لا يقاد المسلم بالكافر فيما دون النفس من الجراح، فالنفس بذلك أحرى، انتهى.

نعم فيمن تبلغه الدعوى إذا كان متمسكًا بدين حق، وجهان، اختار الْقَفَّال: أنه يقتل به، قال الْمُتَوَلِّي: وسنتكلم في الديات عن غير من لم تبلغه الدعوى، وفي تسميته كافرًا تساهل.

قال: (**وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ**) أي: بالمسلم، وكذلك يقتل به المعاهد والمستأمن، كما بيناه بما فيه من السهو القبيح، وذلك لشرف المسلم عليهم، والقاعدة: أن المفضول يقتل بالفاضل، بخلاف العكس.

قال: (**وَبِذِمِّيٍّ**) أي: ويقتل ذمي بذمي.

(**وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا**) أي: لأن الكفر كله كالملة الواحدة، فيقتل اليهودي بالنصراني وبالمجوسي، ويقتل الذمي أيضًا بالمعاهد والمستأمن، والضابط: أن الذمي يقتل بكل كافر معصوم الدم، قاله الْمُتَوَلِّي وغيره، ويقتل المستأمن بمثله وبالذمي.

[قال: (**لَوْ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ**)] أي: ولا يسقط القود إسلام القاتل.

(**لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ**)؛ لتكافئهما حالة الجناية، والعبرة في العقوبات بحالة الجناية.

قال في «الأم»: وكذا لو أسلم المجروح، أو أسلما معًا، قال في صورة

وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا وَأَسْلَمَ الْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ ....

«الكتاب»: وليس هذا قتل مؤمن بكافر؛ بل قتل كافر بكافر، إلا أن الموت تأخر عن حال القتل، وأشار إلى النظر إلى حالة الجناية، ولا نظر إلى ما يحدث بعدها، ألا ترى أن العبد إذا زنى أو قذف، ثم عتق؛ يحد حد العبيد، هذا هو المذهب المنصوص في «الأم» وغيره، وفيه الوجه الغريب المتقدم.

قال: (**وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا**) أي: أو معاهدًا، أو مستأمنًا، أو بالعكس.

(**وَأَسْلَمَ الْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ**) أي: بالسراية.

(**فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور، وقطع به جماعة؛ للتكافؤ حالة الجرح.

والثاني: يسقط اعتبارًا بحالة الزهوق، وصححه الإمام وغيره؛ إذ القود إنما يجب بسبب الزهوق، وبهذا لو جرح مسلم مسلمًا، ثم ارتد المجروح ومات؛ لا قود. ورأيت فيما علق عن الْبَغَوِي على «المختصر» أنه قال: قوله - يعني الشَّافِعِي - ﷺ -: وإذا قطع ذمي يد ذمي وأسلم الجارح، ثم قطع يده الأخرى ومات؛ فإنه لا قود، وفيه دليل على أن الذمي لو جرح ذميًّا، ثم أسلم الجارح، ومات المجروح بالسراية، لا قود؛ لأن امتناع القود هاهنا إنما كان لأن بعض السراية بجرح سبق الإسلام، وهناك الجرح كله سبق الإسلام، فأولى أنه لا يجب القود، هذا لفظه كله في قصاص النفس، فلو أسلم المجروح ثم مات بالسراية؛ وجب القود قطعًا، ذكره الْمُتَوَلِّي وغيره.

ولو جرح جرحًا يوجب القود كقطع طرف، ثم أسلم القاطع، ثم سرى القطع؛ وجب القصاص في الطرف قطعًا، قاله الْبَغَوِي وغيره والرافعي.

قيل: ويجوز طرد خلاف فيه؛ لأن الطرف يتبع النفس، وقد صارت الجناية نفسًا.

قال: (**وَفِي الصُّورَتَيْنِ**) يعني: طرآن إسلام القاتل والجارح بعد القتل أو الجرح.

إِنَّمَا يَقْتَصُّ الْإِمَامُ بِطَلَبِ الْوَارِثِ، وَالْأَظْهَرُ قَتْلُ مُرْتَدٍّ بِذِمِّيٍّ وَبِمُرْتَدٍّ، لَا ذِمِّيٍّ بِمُرْتَدٍّ.

(**إِنَّمَا يَقْتَصُّ الْإِمَامُ بِطَلَبِ الْوَارِثِ**) أي: حذرًا من تسليط كافر على مسلم، نعم إن أسلم فوضه إليه، وقال إبراهيم المروزي فيما إذا أسلم القاتل، ومن يستوفي القود، وجهان:

أحدهما: الذمي المستحق.

والثاني: جلاد الإمام، فلا ينتقم الكافر منه.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ: قَتْلُ مُرْتَدٍّ بِذِمِّيٍّ**) أي: سواء عاد إلى الإسلام، أو لم يعد، وهو نص «الأم» واختاره الْمُزَنِي؛ لتساويهما في الكفر؛ ولأن المرتد أسوأ حالًا من الذمي [لأنه مهدر الدم][1] ولا تحل ذبيحته، ولا مناكحته، ولا يقر بجزية، وعلم من هذا: أنه يقتل بالمعاهد والمستأمن.

والثاني: لا، واختاره ابن سُرَيْج؛ لأن علقة الإسلام باقية في المرتد، ولأنه يلزمه قضاء الصلاة، ويحرم استرقاقه، ولا يمكَّن ذمي من نكاح مرتدة.

قلت: وسبق أنه لا يباع العبد المرتد للذمي على الأصح؛ لبقاء علقة الإسلام، وعلى الأظهر لو جرح مرتد ذميًّا، وأسلم الجارح، ثم مات المجروح.

قال: (**وَبِمُرْتَدٍّ**) أي: لتساويهما، كما لو قتل ذمي ذميًّا.

والثاني: المنع؛ لأن المقتول مباح الدم، والخلاف في «الروضة» و«الشرحين» وغيرهما، في هذه وجهان، لا قولان، كما اقتضاه عطف المصنف، والحق: أنهما قولان منصوصان في «الأم»: فالصواب ما اقتضاه نظم «الكتاب».

قال الرَّافِعِي: وأجري الخلاف فيما لو قتل الزاني المحصن مثله، أو قتل المرتد زانيًا محصنًا، ولا خلاف أنه لا قصاص على زانٍ محصن قتل ذميًّا، أو مرتدًّا، أو كان مقتولًا؛ لاختصاصه بفضيلة الإسلام، انتهى.

قال: (**لَا ذِمِّيٍّ بِمُرْتَدٍّ**) أي: على الأظهر أو الأصح، وقيل: قطعًا؛ لأنه

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٣٥٩).

وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ.

مهدر كالحربي، وقيل: مهدر لا معصوم ويعتد وجه الوجوب: بأن الذمي يقتله عنادًا لا تدينًا، كقتله المسلم، ولأن استحقاق قتله للمسلمين، فكما لو قتل من عليه قود غير مستحقة. وبنى الْقَفَّال وغيره الخلاف على القولين في المسألة الأولى، إن قلنا: يقتل المرتد بالذمي؛ لأنه أسوأ حالًا منه، فلا يقتل الذمي به للعصمة، وإن قلنا: لا لبقاء علقة الإسلام؛ قتل الذمي به، ونقل الْمُتَوَلِّي في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: لا قود ولا دية؛ إذ لا قيمة لدمه، كما لو قتله مسلم.

والثاني: يجب القود لا الدية عند العفو.

والثالث: يجب القود، فإن عفا فالدية عليه، انتهى. والأوجه الثلاثة مذكورة في «الوسيط» وغيره.

إشارة: الأكثرون حكوا الخلاف في قتل الذمي بالمرتد وجهين، وبالمنع قطع جماعة منهم الْمَاوَرْدِي، والخلاف هنا أضعف منه في الصورتين هذه وما قبلها، فقضية اصطلاحه ونقل «روضته» أن يقال: والأظهر قتل مرتد بذمي لا عكسه على الصحيح، والأصح قتل مرتد بمرتد.

قال: (**وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ**) أي: وإن قل، سواء المكاتب، والمدبر، والمستولدة، لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] ظاهره عدم قتل الحر بالعبد، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه بوفاق الخصم وهو أبو حنيفة، فأولى ألا يقتل به، وسواء كان القاتل مسلمًا أو ذميًا، قاله في «الأم».

فإن قلتَ: حسن الترمذي وصحح الحاكم، حديث الحسن عن سمرة: «**من قتل عبده؛ قتلناه**»(١) وبه قال داود، وغيره.

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٢، رقم ٩٠٥) وابن أبي شيبة (٧/ ٢٩١، رقم ٣٦١٨٠)، وأحمد (٥/ ١٠، رقم ٢٠١١٦)، والدارمي (٢/ ٢٥٠، رقم ٢٣٥٨)، وأبو داود (٤/ ١٧٦، رقم ٤٥١٦)، والترمذي (٤/ ٢٦، رقم ١٤١٤) وقال: حسن غريب. والنسائي (٨/ ٢١، رقم ٤٧٣٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨، رقم ٢٦٦٣) والطبراني (٧/ ١٩٨، رقم ٦٨١٥)، والحاكم (٤/ ٤٠٨، رقم ٨٠٩٨) وقال: صحيح على شرط البخاري. والبيهقي (٨/ ٣٥ رقم ١٥٧٢٣).

……………………………………………………………………………………

قلتُ: الجواب عنه من وجوه:

أحدها: أن الإجماع على أنه لا يقتل به، فقول داود كما صرح به الشَّافِعِي- ﷺ - في «الأم» كما سبق؛ لكن الأصحاب حكوا عن النخعي مثل قول داود.

ثانيها: أن البيهقي قال في «الخلافيات»: هو منسوخ إجماعًا، وقد روى أبو داود عن الحسن، أنه قال ﷺ: «**لَا يُقَادُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ**»(١) وفيه دلالة على نسخ ما رواه عن سمرة، أو ضعف الرواية عنه يعني: عن الحسن.

قال: روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - كانا لا يقتلان الحر بقتل العبد.

ثالثها: قال البيهقي: فأشبه هنا أكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة.

وقال في البيوع: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة، وقال ابن عبد البر: لا تقوم به حجة، ولو كان صحيحًا عن الحسن ما خالفه، وقد كان يفتي أنه لا يقتل الحر إلا بالحر، انتهى.

ونقل القاضي أبو الطيب إجماع الصحابة يدل عليه، فإنه روي عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وزيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم ولا يصح ما يحكى عن ابن مسعود خلاف ذلك.

رابعها: أنه يؤول على ما إذا أعتقه ثم قتله؛ لئلا يظن أن سبق الملك يمنع القود.

خامسها: أنه خرج على سبيل التهديد، لا على سبيل التحقيق، كقوله ﷺ: «**لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد**»(٢) وتحقيق المسألة ما ورد فيها من

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٢٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (١/ ٤٢٠)، والبيهقي (٣/ ٥٧، رقم ٤٧٢٤) والحاكم (١/ ٣٧٣، رقم ٨٩٨).

وَيُقْتَلُ قِنٌّ وَمُدَبَّرٌ وَمُكَاتَبٌ وَأُمُّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ثُمَّ عَتَقَ الْقَاتِلُ، أَوْ عَتَقَ بَيْنَ الْجُرْحِ والموت؛ فَكَحُدُوثِ إِسْلَامٍ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قَتَلَ مِثْلَهُ لَا قِصَاصَ، وَقِيلَ إِنْ لَمْ تَزِدْ حُرِّيَّةُ الْقَاتِلِ وَجَبَ، ....

الآثار الدالة على أن الحر لا يقتل بالعبد يحتاج إلى تطويل لا يسعه هذا المختصر، ولا يثبت في قتل الحر بالعبد خبر ولا أثر، فاعلم.

قال: قالا: لو قتل الحر المسلم شخصًا لا يعلم أنه مسلم، أو كافر، ولا يعلم أنه حر، أو عبد لا قصاص؛ للشبهة، ذكره في «البحر» انتهى. وكأن الصورة فيما إذا لم يكن له ولي خاص يدعي الكفاءة.

وقال البارزي الحموي - رحمه الله -: هذه مثل مسألة اللقيط سواء، والأصح فيها الوجوب، ولا يظهر بينهما فرق، والأوجه الثلاثة مذكورة في «الوسيط» وغيره.

قال: (**وَيُقْتَلُ قِنٌّ وَمُدَبَّرٌ وَمُكَاتَبٌ وَأُمُّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ**) لتساويهم في الملك، وسواء حلف المكاتب وفاءً، أم لا.

فرع: لو قتل عبد مسلم مثله لكافر قتل به؛ لتساوي العبدين، وقيل: لا؛ لئلا يثبت القصاص ابتداء لكافر على مسلم، ولو قتل عبد كافر مثله لمسلم؛ فالأرجح من احتمال القاضي الحسين ثبوته؛ بل هو الوجه، وعجيبٌ قول الشارح: قال في «الروضة»: أرجحهما ثبوته، وفيه نظر.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ثُمَّ عَتَقَ الْقَاتِلُ، أَوْ عَتَقَ بَيْنَ الْجُرْحِ والموت؛ فَكَحُدُوثِ إِسْلَامٍ**) أي: فكما لو قتل ذمي ذميًا، أو جرحه، ثم أسلم الجاني، وقد بينا حكمه فيما سبق، ولو عتق بعد إرسال الحر السهم عليه، وقبل الإصابة؛ فلا قود، وكذا لو أسلم الذمي عقب إرسال السهم، ذكره الرُّويَاني، وغيره.

قال: (**وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قَتَلَ مِثْلَهُ؛ لَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ تَزِدْ حُرِّيَّةُ الْقَاتِلِ؛ وَجَبَ**) قال الإمام الرَّافِعِي: إن كان قدر الحرية في القاتل أكثر؛ فلا قصاص، وإن تساوى القدران، أو كان ما هو حر في المقتول أكثر؛ وجهان:

أشهرهما: عند المتقدمين، وبه قال الشيخ أبو حامد، والْمَاوَرْدِي: أنه

وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ. وَلَا بِقَتْلِ وَلَدٍ وَإِنْ سَفَلَ، ....

يجب القصاص، أما في الصورة الأولى؛ فلتساويهما في الرق والحرية، وأما في الثانية؛ فلأن المفضول يقتل بالفاضل، وأظهرهما عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيب، والْقَفَّال: المنع.

قلت: ونسبه الْبَغَوِي في «تعليقه» إلى عامة الأصحاب، وهو الأصح؛ لأنه لم يقتل ببعضه الحر بعضه الحر، وبالرقيق الرقيق؛ بل يقتل جميعه بجميعه، وهذا لو كان القتل خطأ، أو آل الأمر إلى المال تفريعًا على وجوب القصاص وأوجبنا الدية، ونصف القيمة مثلًا، ولا نقول: نصف الدية في مال القاتل، ونصف القيمة تتعلق برقبته، ويفديه السيد إن شاء؛ بل يجب ربع الدية، وربع القيمة في ماله، ويتعلق ربع الدية وربع القيمة برقبته، وإذا وقع الاستيفاء شائعًا؛ لزم قتل البعض الحر والرقيق معًا.

قال: (وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ) أي: فإذا قتل عبد مسلم حرًّا ذميًّا، أو عكسه فلا قصاص؛ لأن المسلم لا يقتل بالكافر، والحر ـ وإن كان ذميًّا ـ لا يقتل بالعبد، فلو قتل الكافر الكافر أشبه المسلم، أو بالعكس فلا قود؛ لاختصاص القاتل لأنه يمنع القود.

قال: (وَلَا بِقَتْلِ وَلَدٍ)؛ للحديث المرفوع من رواية عمر ﷺ: «لا يقاد الرجل من ابنه»(١) قال البيهقي في الغرم، وقال: إسناده صحيح، ورواه شيخه الحاكم.

وقال الشَّافِعِي- ﷺ - في باب قتل الحر بالعبد: والإجماع على ألا يقتل المرء بابنه إذا قتله.

قال: (وَإِنْ سَفَلَ) أي: قياسًا على الأب، قال ابن عبد البر في باب ميراث الجد من «الاستذكار»: وأجمعوا على أنه كالأب في الشهادة لابن ابنه، وكالأب فيمن يعتق عليه، وأنه لا يقتص له من جده، كما لا يقتص له من أبيه، انتهى لفظه.

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٣٨) والحاكم (٤/ ٣٦٩).

……

والأم كالأب، وكذلك الأجداد والجدات، لا يقتلون بالأحفاد، سواء قربوا أم بعدوا، من قبل الأب أو من قبل الأم.

وعن ابن القاص، وابن سلمة نقل قول في الأجداد والجدات، قال الإمام: وهذا لا يقبله الأصحاب منصوصًا، ولا مخرجًا، ولعله خرج من قوله: إن الرجوع في الهبة يختص بالأبوين، هكذا نقل ذلك الرَّافِعِي عن الإمام.

وقال المصنف في «التنقيح»: صرح به الإمام في «النهاية»؛ لأنه لا خلاف أن الأم بمثابة الأب، وذكر صاحب «التلخيص» قولًا: أن اندفاع القصاص يختص بالأبوين، وما ذكره عنه خلاف ما في «التلخيص» والذي فيه أن القول الضعيف في الأم والأجداد والجدات، وأن الأم كالجدات في هذا، وكذا ذكره الْقَفَّال في «شرحه» وصاحبا «العدة» و«البيان»، ثم اتفق أصحابنا على رد على هذا القول، وتغليطه وإنكاره.

فائدة: سبق عن نص «الأم» نقل الإجماع على أنه لا يقتل الوالد بولده، وقال في «المختصر»: لا يقتل والد بولده؛ لأنه إجماع.

قال أصحابنا: فإن قيل: كيف قال ذلك وقد خالف في المسألة مالك - ﷺ -؟ فأجيب بأوجه:

أحدها: أنه أراد به إجماع الصحابة، فإن عمر ﷺ حكم به بحضرة الصحابة، ولم يخالفه أحد، فصار إجماعًا.

الثاني: أنه أراد ما إذا حذفه بالسيف فإنه مجمع عليه.

والثالث: قاله الشيخ أبو حامد: أراد القياس على موضع فيه إجماع، هكذا حكى المصنف، قال: والوجهان الثاني والثالث ضعيفان جدًّا.

وسبق عن ابن عبد البر إطلاق نقل الإجماع، بأن الجد لا يقتل به، ولم يتعرض للتفصيل المروي عن مالك، وهو أنه إن أضجعه، وذبحه؛ فعليه القود، وإن حذفه بالسيف، أو طعنه برمح فمات؛ لم يقتل به، وعنه أنه إن تعمد قتله؛ قتل به، وحينئذٍ فالجواب الصحيح: هو الأول، وأن

وَلَا لَهُ، وَيُقْتَلُ بِوَالِدَيْهِ.

الشَّافِعِي - رحمه الله - لم يبلغه قول مالك في ذلك، وهو بعيد.

وقد قال في باب ما جاء في الرجل يقتل ولده: وقد حفظت عن عدد من أهل العلم في كتبهم أن الوالد لا يقتل بالولد، وبذلك أقول، انتهى.

ولعله أشار إلى الخلاف في ذلك، فيتعين الجواب الأول، وقد ذهب مالك وطائفة من أهل «المدينة» إلى أن المسلم إذا قتل الكافر غيلة؛ قتل به، قال ابن عبد البر: قوله ﷺ: **«لا يقتل مؤمن بكافر»**(١) عام لم يستثن فيه غيلة من غيرها.

قال: **(وَلَا لَهُ)** أي: كما لا يقتل والد بولده فلا يقتل له بطريق الأولى، كما لو قتل زوجته وله منها ابن، أو قتل عتيق ولده، أو لزمه قود ولده، أو بعضه، أو قتلت سيدها ولها منه ولد، أو قتل عبد ولده، وغير ذلك.

فرع: قتل من نفاه بلعان؛ ففي القود وجهان في «التتمة».

قلت: والأشبه الوجوب، مادام مصرًّا على النفي، فإن رجع؛ فلا قود قطعًا.

قال: **(وَيُقْتَلُ بِوَالِدَيْهِ)** لأن سقوط القود عن الوالد بالنص، وإجماع الصحابة كما سبق، وكما يحد بقذفهما، وليست حرمة الولد كحرمة الوالد، ويقتل سائر المحارم بعضهم ببعض، كما صرح به «المحرر» وهو أحسن من أخذ ذلك من إطلاق «المنهاج».

ولو قتل المكاتب أباه وهو يملكه؛ قال في «الروضة»: فلا قصاص في الأصح؛ لأن في بعض أصولها: فيه وجهان: أشبههما: المنع، والثاني: ويحكى عن إشارة النص، وهو الذي أورده ابن الصباغ في باب الكتابة: أنه يجب، وكذا قال في «شرحه الصغير»: أحدهما: المنع؛ لأنه مملوكه، وأقواهما: الوجوب، وكذا نقل صاحب «التعليق» في «الحاوي» واعترض عليه القاضيان الحموي والقونوي اعتبارًا بما سبق، ولا اعتراض عليه، وحينئذٍ لا تستثنى هذه الصورة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَوْ تَدَاعَيَا مَجْهُولًا فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْآخَرِ اقْتَصَّ ....

وفي «البيان»: إن الوجوب هو المنصوص، قال: ولا يعرف للشافعي ـ رحمه الله ـ أن الملوك يقتص من المالك إلا في هذه المسألة، فيما إذا قطع يده.

قال: (**وَلَوْ تَدَاعَيَا مَجْهُولًا فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا: فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْآخَرِ؛ اقْتَصَّ**) أي: الملحق به؛ لثبوت أبوته، واندفاع دعوى القاتل، وكذا لو ألحقه القائف بغيرهما، وكذا لو اشتركا في وطئها، ثم ألحقه القائف بأحدهما، اقتص من الآخر؛ لأنه شريك الأب.

قال الرَّافِعِي في هذه الصورة: وحكى ابن كج أنه لا يقتص من الآخر؛ لأن إلحاق القائف مبني على الأمارات، والأشباه وهو ضعيف لا يناط به القصاص الذي يسقط بالشبهات، بخلاف اللحوق بالفراش، انتهى.

ثم أبدى في الصورتين قبلها أنه ينبغي جريان هذا الوجه أيضًا، وهذا ما نقله الدارمي مقتصرًا عليه في صورة «الكتاب» حيث قال: لو تداعيا، وكذا فلم يلحق بأحدهما، فوقفناه لتثبت فقتله أحدهما؛ لم يقتل به إن ألحقه القائف بعد القتل بالقاتل، أو كالآخر، قال ابن الْقَطَّان: لا قصاص، انتهى.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: لو ألحقه القائف بعد القتل بغير القاتل فلا قود؛ لأنه حكم يثبت بعد القتل، وكذا لو قتلاه ثم ألحقه بأحدهما عن الآخر، انتهى(١).

وبه أجاب ابن الْقَطَّان في «فروعه» قال: وإن جعلناه ابنًا للآخر بقول القافة فذلك من طريق الاجتهاد، وليس يجوز أن يقدم على القتل من هذا الطريق، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: وإن قتله أحدهما قبل البيان؛ فلا قود عليه سواء ألحق بالقاتل، أو بالآخر؛ لثبوت الشبهة فيه عند قتله.

وذكر في متن «الروضة»: أنه وجه شاذ، وهو قوي؛ لأن النسب يلحق بالإمكان، والقود يدرأ في شبهة، وخطأ القائف في الإلحاق محتمل، وفي «أدب القضاء» للزبيلي: فإن ألحقته القافة بأحدهما فقتله الملحق به، أو

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٢٢٠).

وَإِلَّا فَلَا.

الآخر؛ فظاهر المذهب أنه لا قود عليه؛ للشبهة، انتهى.

قال: (وَإِلَّا فَلَا) أي: وإلا فلا يقتص الآخر لبقاء الاستثناء، واعترض الشيخ برهان الدين فقال: يقتضي قوله: «وإلا فلا» أنه إذا لم يلحقه بالآخر لا قصاص، وليس كذلك، فإنه لو ألحقه بغيرهما؛ اقتص من القاتل مع أنه يصدق عليه أنه لم يلحقه بالآخر، ولفظ «المحرر» سالم من ذلك، فإنه قال: فإن ألحقه القائف بعد ذلك بالقاتل؛ فلا قصاص، وإن ألحقه بالآخر اقتص، انتهى.

وهذا منه بناء على قراءة لفظ «المنهاج»: «أُقْتُصَ» بضم الهمزة، وأما على قراءته بكسرها فهو ما في «المحرر» بعينه، نعم لفظ «المنهاج» قد يفهم: أنه لو رجع القائل عن دعواه؛ أن الآخر لا يقتص منه.

والمنقول عن العراقيين، وغيرهم، وبه جزم ابن الْقَطَّان، والْمَاوَرْدِي: أنه يقتص الآخر من الراجع؛ إذا استمر على دعواه.

قال ابن الرِّفْعَة: وبناه الفوراني على أن نسبه يلتحق بالآخر، بمجرد إنكار المنازع كما هو قول للشَّافِعِي - ﷺ - أما إذا قلنا: لا يلتحق بالآخر بمجرد الإنكار؛ فلا يجب القصاص، انتهى.

كذا قاله في «الإبانة» وقال في «العمد»: المنصوص عليه أنه يقتل به، وخرج قول: إنه لا يقتل؛ بناء على القولين في لحوقه بنفس الإنكار، انتهى.

تنبيهات: المسألة مفرعة على جواز عرض الولد على القائف بعد موته، وما تقدم في صورة رجوع أحدهما هو فيما إذا تداعيا لقيطًا ونحوه، ولحق بأحدهما بالدعوة، أما لو لحق بالفراش بأن نكحت معتدة فولدت بولد يمكن كونه من كل منهما، أو فرض وطء شبهة [من اثنين] فإنما يتعين أحدهما بإلحاق القائف، أو بالانتساب كما سيأتي، فلو نفاه أحدهما؛ يبقى الإبهام حتى يعرض على القائف، أو ينتسب على الأظهر، فإن ألحقه القائف بأحدهما [وكانا قد قتلاه][1] اقتص من الآخر إن انفرد بقتله، أو شارك فيه.

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٣٦٦).

وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ أَخَوَيْنِ الْأَبَ، وَالْآخَرُ الْأُمَّ مَعًا فَلِكُلٍّ قِصَاصٌ، وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ، فَإِنِ اقْتَصَّ بِهَا، أَوْ مُبَادِرًا فَلِوَارِثِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ قَتْلُ الْمُقْتَصِّ إِنْ لَمْ نُوَرِّثْ قَاتِلًا بِحَقٍّ، وَكَذَا إِنْ قَتَلَا مُرَتَّبًا وَلَا زَوْجِيَّةَ، وَإِلَّا فَعَلَى الثَّانِي فَقَطْ.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الأَخَوَيْنِ**) أي: الشقيقين المستغرقين الإرث.

(**الْأَبَ، وَالْآخَرُ الْأُمَّ مَعًا؛ فَلِكُلٍّ قِصَاصٌ**) أي: على أخيه؛ لأنه قتل مورثه، والاعتبار في المعية والترتيب بزهوق الروح، لا بالجرح.

(**وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ**)؛ إذ لا مرية فيه.

(**فَإِنِ اقْتَصَّ بِهَا**) أي: بالقرعة، (**أَوْ مُبَادِرًا**) أي: قبل القرعة، أو بعدها.

(**فَلِوَارِثِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ قَتْلُ الْمُقْتَصِّ إِنْ لَمْ نُوَرِّثْ قَاتِلاً بِحَقٍّ**)، وهو الأصح، وإن ورثناه وكان المقتص وارثه، أو أحد ورثته؛ سقط القصاص عنه، وإلا فلورثة أخيه القصاص منه.

قال: (**وَكَذَا إِنْ قَتَلَا مُرَتَّبًا وَلَا زَوْجِيَّةَ**) أي: بين أبويهما؛ لبينونة أو غيرها؛ فالحكم كما مرّ، وقضية كلامه الإقراع هنا أيضًا، وهو أحد وجهين اختاره الشيخ أبو حامد وأتباعه، والقاضي الحسين، والإمام.

وثانيهما: وهو الأصح، وبه جزم جماعة، ونقله الإمام في صدر كلامه عن الأصحاب: أنه يقتص من المبتدئ، وسها ابن الرِّفْعَة في النقل هنا كما بينته في «الغنية».

قال: (**وَإِلَّا؛ فَعَلَى الثَّانِي فَقَطْ**) أي: وإن كانت الزوجية باقية بين أبويهما؛ فلا قود على الأول بل على الثاني فقط؛ لأنه قتل أولًا فيثبت القود لأخيه، وللحي من أبويه، فإذا قتل الآخر؛ عاد بعض القود إلى قاتل الأول، والجاني إذا ملك بعض القود سقط عنه كله.

فائدة: قال في «التنقيح» آخر المسألة: هذا كله تفريع على المذهب المشهور الذي قطع به الجمهور، أن القصاص يجب لكل من الأخوين على الآخر.

وفي «البيان» عن ابن اللبان من أصحابنا أنه قال: لا يثبت القصاص

……

هاهنا؛ إذ لا سبيل إلى أن يستوفي كل واحد منهما القصاص من صاحبه، والقرعة لا تستعمل في إثبات القصاص، وهذا الوجه غريب ضعيف، انتهى.

وصاحب «البيان» حكى ذلك عنه فيما إذا خرج كل واحد، وحصل الزهوق معًا، ثم حكى عنه فيما إذا قتل أحدهما الأب، والآخر الأم، ولم يعلم أيهما قاتل الأب، ولا أيهما قاتل الأم، إلا أن الأم قتلت، أو ما يقتضي إثبات القود، ثم ذكر أنه قال: ويحتمل أنه إذا لم يعلم قاتل الأب بعينه؛ يسقط القصاص في الحكم، وإن كنا قد علمنا وجوبه؛ لأن ما لم يعلم عنه كالذي لا يعلم أصلًا، كما قلنا إن المتوارثين إذا مات أحدهما قبل الآخر ولم يعلم الأول، فلا يتوارثان، انتهى.

وفي «الخصال»: إن القرعة لا تجوز في قتل واحدٍ، وأطلق هاهنا أنه إذا قتل أحد الولدين الأب، والآخر الأم؛ أنه يقتل قاتل الأب.

قال: وكذلك الأخوان إذا قتل كل واحدٍ منهما ابن أخيه؛ فلا سبيل إلى القصاص على أخيه، فكيف الحكم فيه؟ على وجهين:

أحدهما: يسقط القصاص بينهما؛ لأنه لما استحق كل واحدٍ دم صاحبه؛ وقعت مقاصة لرجل وجب له درهم، وعليه درهم.

والثاني: أنهما على حقهما، وذكر ما سنذكره.

وذكر الدارمي أحكام المسألة على ما هو المشهور، ثم قال: وإن جرح أحدهما الأب، والآخر الأم، فماتا في الحال ـ أي: معًا ـ لم يتوارثا كالغرق، ويرث كل واحدٍ منهما غير مقتوله، فيستحق دم صاحبه، وقال ابن القَطَّان وجهان: أحدهما: يسقط، والثاني: يثبت، إلا أن يعفو أحدهما، فيحكم في ذلك، انتهى.

والظاهر أن مقالة ابن اللبان غير مقالة ابن الخفاف، ويحتمل أنها هي للثلاثة من أئمتنا المتقدمين أصحاب الوجوه، وكنت أقتضي العجب من قول ابن الخفاف وكذلك الإخوان إلى آخره، وأقول: قضية توجيه ابن القَطَّان أن

وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ، ....

ذلك لا يختص بهذه الصورة.

ثم رأيت الدارمي قال: بعض ما سبق عن رواية ابن الْقَطَّان: إن قتل رجل ابن رجل، وقتل أبو المقتول ابن القاتل؛ فالوجهان إذا لم يكن لكل واحد منهما غير ابنه، انتهى. فعلمت أنه أراد التمثيل، وهذه وجوه منكرة.

قال: (**وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ**) أي: على المشهور، سواء قتلوه بمحدد، أو مثقل، أو ألقوه من شاهق أو أغرقوه، أو أحرقوه جملة أو متفرقين، سواء كانت جراحة بعضهم أفحش، أو أكثر عددًا، أو لم يكن شيء من ذلك، وسواء كان بجراحة بعضهم أرش مقدر، أم لا.

هذا مذهبنا، وبه قال الجماهير من السلف والخلف؛ لقوله تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ**﴾ [البقرة: ١٧٩] وسبب الحياة إذا علم القاتل بوجوب القصاص، علم أنه إذا قَتل قُتل فيكف عن القتل، فلو لم يقتص من الجماعة لواحد لما كان في القصاص حياة، وكان من يهم بالقتل يشارك غيره فيسقط القصاص عنهما، وصار قضاءً بحكم النص.

وحديث أبي شريح الكعبي على الصحيح أن النبي ﷺ قال: «**ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَأَنَا وَالله عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ إِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا الْعَقْلَ**»⁽¹⁾.

قال الْمَاوَرْدِي: وَهَذَا الْخَبَرُ وَارِدٌ فِي قَتْلِ الْجَمَاعَةِ لِوَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «**ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ**» ثُمَّ قَالَ: «**فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا**» وَ«مَنْ» يَنْطَلِقُ عَلَى الْجَمَاعَةِ كَانْطِلَاقِهِ عَلَى الْوَاحِدِ؛ ولأَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﵁ قَتَلَ خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ قَتَلُوهُ غِيلَةً وَقَالَ: «**لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا بِهِ**»⁽²⁾ رواه مالك والشَّافِعِي، والبخاري روى مثله عن علي والمغيرة بن شعبة، وابن عباس ﵃.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٢٧٢، رقم ١٧١٧٦).

(٢) أخرجه مالك (٢ / ٨٧١)، والشافعي في الأم (٦ / ٢٢)، والبيهقي (٨/ ٤٠).

……

وحكى الدارمي عن معاذ، وابن الزبير، وابن سيرين، والزهري، وداود: لا يقتلون، وحكى القصري عن ابن الوكيل، والمروزي عن ابن سُرَيْج قولًا آخر: لا يقتلون؛ لأنه في قول من قتل، وقال الطبري: يقتلون قولًا واحدًا، انتهى.

فأشار إلى طريقين: المذهب منهما: قتل الجميع بالواحد، وقال الْمَاوَرْدِي بعد نقله المذهب، عمَّن تقدم من الصحابة وغيرهم من التابعين والأئمة الثلاثة: وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لِلْوَلِيِّ أَنْ يَقْتُلَ بِهِ مِنَ الجَمَاعَةِ وَاحِدًا يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى خِيَارِهِ، وَيَأْخُذَ مِنَ البَاقِينَ قِسْطَهُمْ مِنَ الدِّيَةِ، وَهُوَ فِي الصَّحَابَةِ قَوْلُ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ - رضي الله عنهما - وَفِي التَّابِعِينَ: قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ، وَالزُّهْرِيِّ.

وَقَالَ آخَرُونَ: لَا قَوَدَ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الجَمَاعَةِ بِحَالٍ، وَتُؤْخَذُ مِنْهُمُ الدِّيَةُ بِالسَّوِيَّةِ، وَبِهِ قَالَ رَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَدَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ، ثم ذكر أدلتهم، وردّها، ثم قال عن قول الجماهير: وَهَذَا قَوْلُ أَرْبَعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ فِيهِمْ إِمَامَانِ عَمِلَا بِمَا قَالَا بِهِ فَلَمْ يُقَابِلْهُمْ قَوْلُ مُعَاذٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ، وَصَارَ رَبِيعَةُ وَدَاوُدُ خَارِجَيْنِ مِنْ قَوْلِ الْفَرِيقَيْنِ بِإِحْدَاثِ قَوْلٍ ثَالِثٍ خَالَفَ فِيهِ الْفَرِيقَيْنِ فَصَارَا مُخَالِفَيْنِ لِلْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ مَنْ أَحْدَثَ قَوْلًا ثَالِثًا بَعْدَ قَوْلَيْنِ كمن أَحْدَثَ قَوْلًا ثَانِيًا بَعْدَ أَوَّلٍ، وأطال في رد ذلك، وإبطال حججه.

إشارة: حكي قول لنا سبق: أنه لا تقتل الجماعة بالواحد، وهو شاذ، وعلى القديم أن للولي أن يقتل واحدًا منهم أيهم يشاء، ويأخذ حصة الآخرين من الدية، ولا يقتل الجميع، ويكفي في الزجر كون كل واحد منهم على وَجَلٍ من القتل، هذا ما رأيته في الكتب.

وحكى الْغَزَالِي في «البسيط» عن مالك أنه قال: لا تقتل الجماعة بالواحد؛ بل يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل، وقيل: إنه قول الشَّافِعِي - رحمه الله تعالى - في القرعة، وهو بعيد، انتهى. ولم يذكر إمامه والقاضي الحسين غيرهما هنا للقرعة.

وَلِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِاعْتِبَارِ الرُّؤُوسِ. وَلَا يُقْتَلُ شَرِيكُ مُخْطِئٍ وَشِبْهِ عَمْدٍ. وَيُقْتَلُ شَرِيكُ الْأَبِ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرًّا فِي عَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِمًا

قال: **(وَلِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِاعْتِبَارِ الرُّؤُوسِ)** أي: للولي العفو عن بعضهم على حصته من الدية ومجانًا، ويقتص من بعض حيث ما يشتهي؛ لأنه يستحق دم كل واحد منهم بكماله، فإذا كانوا عشرة؛ استحق دم كل واحد منهم بكماله.

وقال الْحَلِيمِي: إنه إنما يستحق عشر دم كل واحد منهم؛ لكنه يجوز قتله؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا باستيفاء الباقي، وزيفوه.

قال الإمام: قول الحليمي بعيد، وكيف يريق تسعة أعشار دم غير مستحقة لتحصيل عشر؟! وقياس الْحَلِيمِي على الدية مردود، بقتل الرجل بالمرأة، فإن الدم مستحق منهما، وديتهما على النصف.

قال صاحب «الانتصار» بعد نقله المذهب ومقالة الْحَلِيمِي: وعندي أن الجميع واحد في المعنى، انتهى.

وللولي أن يقتصر على الدية، فتكون على جميعهم دية واحد على عدد رؤوسهم سواء كانت جراحاتهم متفاوتة، أو بعضها أفحش، أو أكثر عددًا، ولها أرش مقدر، أم لا؛ لأن الجناية قد صارت نفسًا.

قال: **(وَلَا يُقْتَلُ شَرِيكُ مُخْطِئٍ وَشِبْهِ عَمْدٍ)** أي: وشريك العمد؛ لأن الزهوق حصل بفعلين: أحدهما: لا يوجب القصاص، والآخر: يوجبه؛ فغلب المسقط، كما لو قتل المبعض رقيقًا، وعن الْمُزَنِي: أنه يقتص منهما، وقيل: إنه قول الشَّافِعِي ﷺ ذكره الْمُزَنِي في «العقارب».

ورأيت الْمَاوَرْدِي قال في موضع: إن كل ما روي عن الْمُزَنِي في غير «المختصر» أو قال في غير «المختصر» و«الجامع» مدخول، وتمنى إمام الحرمين لو ثبت ذلك عن الشَّافِعِي - ﷺ - وإنما المعنى لو قتل فيه شريك عمد الخطأ، دون شريك الخطأ المحض.

قال: **(وَيُقْتَلُ شَرِيكُ الْأَبِ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرًّا فِي عَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِمًا**

فِي ذِمِّيٍّ، وَكَذَا شَرِيكُ حَرْبِيٍّ، وَقَاطِعُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا، وَشَرِيكُ النَّفْسِ، وَدَافِعُ الصَّائِلِ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِيًا فَمَاتَ لَمْ يُقْتَلْ.

فِي ذِمِّيٍّ)؛ لأن كل واحد من الأجنبي، والعبد، والذمي لو انفرد بالقتل؛ لزمه القصاص وفاقًا، فإذا شاركه في العمد به من لا يقتص منه لمعنى فيه؛ وجب أيضًا، كما لو رمى اثنان سهمًا إلى واحدٍ وخاب إحداهما قبل الإصابة؛ يجب القصاص على الآخر، وكما لو كانا عامدين فعفا الولي عن أحدهما بوفاق الخصم، وهو قول أبي حنيفة، ومن قال بذلك.

وليس شريك الأب كشريك الخاطئ؛ فإن الخطأ شبهة في فعل الخاطئ، والفعلان مضافان إلى محل واحد ما دون الخطأ في أحدهما بشبهة في القصاص، كما لو جرح واحد جراحة عمدًا، وأخرى خطأ، وشبهة الأبوة في نفس الأب لا في الفعل، وذات الأب تتميز عن ذات الأجنبي، ولا يورث شبهة في فعله، والله أعلم.

قال: (**وَكَذَا شَرِيكُ حَرْبِيٍّ، وَقَاطِعُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا، وَشَرِيكُ النَّفْسِ، وَدَافِعُ الصَّائِلِ فِي الْأَظْهَرِ**) لحصول الزهوق بفعلين عمدين، وامتناع القصاص على الآخر لمعنى يخصه، فصار كشريك الأب.

والثاني: لا يجب عليه القصاص؛ بل عليه نصف الدية؛ لأن من لا يضمن أخف حالًا من الخاطئ الذي فعله مضمون الدية، فإذا لم يجب القصاص على شريكه فأولى ألا يجب في هذه الصورة، وقيل: يجب القصاص على شريك الجلاد، والمقتص قطعًا.

قال: (**وَلَوْ جَرَحَهُ**) أي: واحد بمفرده.

(**جُرْحَيْنِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِيًا فَمَاتَ؛ لَمْ يُقْتَلْ**) أي: لا قصاص في النفس عليه، أما في الأولى؛ فلأن الزهوق لم يحصل بالعمد المحض، نعم يجب نصف دية العمد مغلظة في ماله، ونصفها مخففة على عاقلته، وإعطاء لكل جناية حكمها، وأما

وَلَوْ دَاوَى جُرْحَهُ بِسُمٍّ مُذَفِّفٍ فَلَا قِصَاصَ عَلَى جَارِحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ السُّمُّ غَالِبًا فَشِبْهُ عَمْدٍ، ....

فيما بعدها من الصور؛ فلأن الموت حصل بمضمون وغير مضمون.

نعم يترتب على الجراحة الواقعة في حال العصمة حكمها من قود أو دية مغلظة، والضابط: أن الجرحين إذا صدرا من شخص واحد، وأفضيا إلى زهوق الروح، وأحدها مما لا يتعلق به قصاص؛ لا يجب القصاص قولًا واحدًا، سواء كان أحدهما عمدًا، والآخر خطأً، وما إذا كان العمد الذي يتعلق به قصاص موجب للضمان، أو لم يكن، قاله إمام الحرمين - رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى -.

قال: (وَلَوْ دَاوَى جُرْحَهُ بِسُمٍّ مُذَفِّفٍ) أي: وهو ما يقتل في الحال.

(فَلَا قِصَاصَ عَلَى جَارِحِهِ) أي: في النفس، ولا دية له سواء علم المجروح بحال السم أو جهله، سواء شربه أو طلى به جرحه؛ إذا كان موحيًا في الحال، كما لو جرحه إنسان فذبح المجروح نفسه، والواجب على الجاني أرش الجراحة، أو القصاص فيها؛ إن كانت مما يجب فيه القصاص كالطرف.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ السُّمُّ غَالِبًا؛ فَشِبْهُ عَمْدٍ) أي: فلا قود على جارحه في الأصح؛ بل عليه نصف الدية المغلظة، أو القصاص في الطرف إن اقتضته الجراحة، هذا ما نقله الرَّافِعِي والمصنف ـ رحمهما الله ـ وجعل الْمَاوَرْدِي ما لا يقتل غالبًا على ضربين:

أحدهما: ما لا يقتل في الحال، ويقتل في الثاني، ويجوز أن تتقدم سراية السم على سراية الجرح، ويجوز عكسه، فإن استعمله جاهلًا؛ فهو عمد خطأ، وإن علم أنه سم قاتل؛ ففي وجوب القود على الجارح قولان:

أحدهما: وهو قول ابن سُرَيْج ـ يجب لمشاركته للعامد.

والثاني: لا يجب القود في النفس، وعليه نصف الدية، والكفارة.

وَإِنْ كَانَ الْجُرْحُ مِمَّا يُوجِبُ الْقِصَاصَ إِذَا انْفَرَدَ كَالْمُوضِحَةِ أَوْ كَقَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ؛ فَفِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ مِنْهُ مَعَ سُقُوطِهِ فِي النَّفْسِ وَجْهَانِ:

……

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سُرَيْجٍ: لَا يَجِبُ، وَتَسْقُطُ بِسُقُوطِهِ فِي النَّفْسِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْفَرَدَ عَنْهَا رُوعِيَ فِيهِ الِانْدِمَالُ، وَلَمْ يَنْدَمِلْ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَدِ انْتَهَتْ غَايَتُهُ بِالْمَوْتِ فَصَارَ كَالْمُنْدَمِلِ، فَعَلَى هَذَا لَا يَخْلُو حَالُ الْجُرْحِ الْمُسْتَحَقِّ فِيهِ الْقِصَاصُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَام:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ دِيَةُ مِثْلِهِ نِصْفَ دِيَةِ النَّفْسِ كَإِحْدَى الْيَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ، فَقَدِ اسْتَوْفَى الْوَلِيُّ بِالِاقْتِصَاصِ مِنْهُ جَمِيعَ حَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ دِيَةِ النَّفْسِ، وَقَدِ اسْتَوْفَاهُ بِقَطْعِ إِحْدَى الْيَدَيْنِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ دِيَتُهُ أَقَلَّ مِنْ نِصْفِ دِيَةِ النَّفْسِ كَالْإِصْبَعِ فِيهَا عُشْرُ دِيَةِ النَّفْسِ، فَإِذَا اقْتَصَّ مِنْهَا اسْتَوْفَى بِهَا خُمُسَ حَقِّهِ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْبَاقِي مِنْهَا، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ النِّصْفِ لِيَسْتَكْمِلَ بِهَا جَمِيعَ النِّصْفِ.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ دِيَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ؛ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي سَعِيدٍ الْإِصْطَخْرِيِّ يَقْتَصُّ مِنْهُ، وَإِنْ زَادَ عَلَى دِيَةِ النَّفْسِ لِانْفِرَادِهِ بِالْحَاكِمِ عَنْ سُقُوطِ الْقَوَدِ فِي النَّفْسِ كَمَا لَوِ انْفَرَدَ بِالِانْدِمَالِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ عِنْدِي أَشْبَهُ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَصَّ بِنِصْفِ الدِّيَةِ مِنَ الْأَعْضَاءِ إِلَّا مَا قَابَلَهَا؛ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ بَدَلًا مِنْهَا، فَعَلَى هَذَا تَكُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا أَمْكَنَ تَبْعِيضُهُ، وَأَنْ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ كَالْيَدَيْنِ إِذَا قَطَعَهُمَا فَفِيهِمَا الدِّيَةُ، وَيُمْكِنُ أَنْ تُؤْخَذَ إِحْدَاهُمَا، وَفِيهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ فَهَاهُنَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ فِي إِحْدَى الْيَدَيْنِ، وَيَسْقُطُ فِي الْأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ قَدِ اسْتَوْفَى بِهَا نِصْفَ الدِّيَةِ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَسْتَزِيدَ عَلَيْهَا فَوْقَ حَقِّهِ، وَيَكُونُ مُخَيَّرًا بَيْنَ الِاقْتِصَاصِ مِنَ الْيُمْنَى أَوِ الْيُسْرَى، قالا: وَلَا خِيَارَ لَهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: مَا لَمْ يُمْكِنْ تَبْعِيضُهُ كَجَذْعِ الْأَنْفِ، وَقَطْعِ الذَّكَرِ؛ فَيَسْقُطُ الْقَوَدُ فِيهِ لِمَا تَضَمَّنَهُ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ مِنَ الدِّيَةِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ أَقْسَامِ السُّمِّ: هو أن يقتل في الأغلب، وإن جاز ألا يقتل

وَإِنْ قَتَلَ غَالِبًا وَعَلِمَ حالهُ فَشَرِيكُ جَارِحِ نَفْسِهِ، وَقِيلَ شَرِيكُ مُخْطِئٍ.

فهذا خطأ محض اشترك فيه عمد محض، ويسقط عن الجارح القود في النفس والجرح ويجب عليه نصف الدية مغلظة في ماله، والكفارة، فإن جهلت حالة السم، ولم يعلم من أي سم؛ فهو أجرى عليه حكم أختها، وهو هذا الضرب؛ لأنا على يقين منه، وفي شك من الزيادة عليه، انتهى ما يخص كلامه - ﷺ -.

وجزم الفوراني في «الإبانة» بأنه إذا كان لا يقتل في الأغلب، فإلحاق منه بشريك الخاطئ، وجرى في «العمد» وهو أصل «الإبانة» على ما ذكر المصنف.

قال: (**وَإِنْ قَتَلَ غَالِبًا**) أي: وعلم المجروح.

(**وَعَلِمَ حالهُ؛ فَشَرِيكُ جَارِحِ نَفْسِهِ**) أي: فيلزم الجارح العامد القصاص في النفس على الأظهر، كما سبق سلوكًا بفعل المجروح مسلك العمد.

قال: (**وَقيل: شَرِيكُ مُخْطِئٍ**) أي: قطعًا، وهذه طريقة مشهورة لا وجه؛ لأن المجروح قصد المداواة، فشريكه شريك مخطئ، ومن هذا التوجيه يعلم أنه لو قصد إهلاك نفسه إراحة من ألم الجراحة أو لغير ذلك؛ فالجارح شريك قاتل نفسه لا محالة.

فرع: لو خاط جرحه في لحم ميت لم يؤثر؛ لأنه لا يؤلم وعلى الجارح القصاص أو كمال الدية وإن خاطه تداوياً في لحم حي وكان ذلك مما يقتل غالبًا؛ ففي وجوب القصاص على الجارح الطريقان في التداوي بالسم القاتل غالبًا، وفي الصورتين لا فرق بين أن يفعل المجروح ذلك بنفسه أو يأمر به ولا شيء على المأمور، ولو استقل به غيره فهو والأول جارحان متعديان.

ولو تولاه الإمام في مجروح فإن كان بالغًا رشيدًا فكذلك؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإن كان صغيرًا أو مجنونًا فداواه لمصلحته فمات؛ ففي وجوب القصاص على الإمام قولان، كما لو قطع سلعة من صغير أو مجنون فمات منه كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا قصاص وجب نصف دية مغلظة وهل هي على عاقلة الإمام، أم في بيت المال؟ فيه القولان المعروفان.

وحكم الجارح يبنى على الخلاف فيما إذا تولاه المجروح بنفسه، فإن

وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَاطٍ فَقَتَلُوهُ، وَضَرْبُ كُلٍّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ فَفِي الْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا يَجِبُ إنْ تَوَاطَئُوا.

جعلنا وجوب القصاص عليه على الخلاف في مشاركة العامد الذي لا يضمن لم يجب هنا القصاص؛ لأنه شارك من فعله مضمون بالقصاص أو الدية، وإن نزلنا المجروح منزلة المخطئ لقصده التداوي ولم نوجب القصاص على شريكه فكذا هنا؛ لأن الإمام أيضًا قصد الإصلاح، والمداواة.

ولو قصد الخياطة في لحم ميت فغلط وخاط في حي؛ فالجارح شريك مخطئ قطعاً، قال القفال: وكذا لو قصد الخياطة في الجلد فغلط وأصابت الإبرة اللحم.

قال الرافعي: وأما الكي فكالخياطة فينظر أكوى لحمًا ميتًا أو حيًا يؤلم وله سراية، ولا اعتبار بالمداواة بما لا يضر ولا يخشى منه هلاك، ولا بما على المجروح من قروح ولا بما به من مرض وضنى فإن ذلك لا يضاف إلى أحد، ولا يدخل تحت الإجبار.

قال: (وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَاطٍ) أي: ونحوهما كعصي خفيفة.

(فَقَتَلُوهُ وَضَرْبُ كُلٍّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ) أي: لو انفرد بأن ضربه كل واحد من عدد كبير ضربة مثلًا.

(فَفِي الْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ أَوْجُهٌ: أَصَحُّهَا: يَجِبُ إنْ تَواطؤا) أي: على ضربه تلك الضربات، بخلاف ما لو وقعت اتفاقًا، وليس هذا كالجراحات حيث لم يعتبر فيها التواطؤ؛ لأن نفس الجرح يقصد به الهلاك، بخلاف الضرب بالسوط الخفيف ونحوه.

والثاني: لا قصاص على واحد منهم؛ لأن فعل كل واحد منهم ليس عمدًا مفضيًا للقود، ومن عداه شركاؤه، ولا قود على شريك خاطئ، ولا صاحب شبه العمد.

والثالث: يجب؛ لئلا يصير ذلك ذريعة إلى القتل، قال الإمام: الوجه القطع بنفيه؛ حيث لا تواطؤ، وإن كان فوجهان.

....

تنبيهات: منها: قال الرَّافِعِي: أطلق الإمام، والْغَزَالِي ذكرها، ثم ذكر ترجيح التفصيل عن إخبار القاضي الحسين، وإيراد الأصحاب منهم الْبَغَوِي، والذي في «تعليق القاضي»: فأما إذا تمالئوا على واحد بالسياط فمات، وجب عليهم القود؛ لأن هذا مما يقصد به القتل غالبًا، فأما إذا تفرقت ضرباتهم؛ فقد ذكرنا فيه المسائل الثلاث وهي أن يكون القتل عن تواطؤ، وإذا لم يكن فإما أن يكون عالمًا بالضرب الأول، أو لا، وقطع بالقصاص في الأول، وبالنفي في الأخريين، وقد يفهم من هذا أن محل الأوجه الثلاثة المشار إليها في «المنهاج» فيما إذا تفرق ضرب الجماعة، دون ما إذا توالى.

ومنها: قال الرَّافِعِي بعد ما سبق: وذكر الْبَغَوِي: أنه لو ضربه واحد وخمسين سوطًا، ثم ضربه الآخر سوطين قبل زوال ألم الأول؛ فإن كان الثاني عالمًا بضرب الأول؛ فعليهما القصاص لظهور قصد الإهلاك فيهما، انتهى.

وعبارة «تعليقه»: إذا ضربه الأول، ثم جاء الثاني فضربه سوطًا قبل سكون وجع الأول، فإن كان عالمًا بضرب الأول؛ يجب عليه القود كالأول، لأنه قد كمل قصده إلى القتل بالضرب على الوجع، انتهى.

وكأنه رأى العلم بمنزلة التواطؤ، والظاهر أنه لا بدَّ أن يكون ضرب كل منهما مدخلًا إلى الزهوق، ولهذا قال إبراهيم المروزي: إذا ضربه كل منهم أسواطًا فمات من الضربات؛ يجب القود إذا كان ضرب كل واحد يؤدي إلى إزهاق الروح، وسواء استووا في عدد الضربات أو تفاوتوا، انتهى.

وفي «التتمة» وغيرها: أنه إذا لم تكن مواطأة فلا قود، هذا إذا لم يكن الثاني عالمًا بأول ضربة، فإن علم؛ فالحكم فيه كالحكم كما لو حبسه في بيت وبه جوع سابق وهو عالم به، انتهى. وقد بينا حكم ذلك.

ومنها: احترز المصنف بقوله: «وضرب كل واحد غير قاتل» عما إذا كانت ضربات كل واحد منهم قاتلة لو انفردت؛ فعليهم القصاص قطعًا في الجراحات، والظاهر أنه لا فرق في ضرب المتواطئين بين وقوعه منهم دفعة أو

وَمَنْ قَتَلَ جَمْعًا مُرَتَّبًا قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ، أَوْ مَعًا فَبِالْقُرْعَةِ، وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاتُ .
قُلْت: فَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ عَصَى وَوَقَعَ قِصَاصًا، وَلِلْأَوَّلِ دِيَةٌ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ].

مرتبًا مع بقاء الأول.

وعبارة الْغَزَالِي في «وسيطه» وغيره: ولو تمالأ جمع على واحد فضربه كل واحد سوطًا، قال المصنف في «تنقيحه»: المراد بالتمالؤ هنا أنهم ضربوه في حالة واحدة، انتهى.

قال: (**وَمَنْ قَتَلَ جَمْعًا مُرَتَّبًا؛ قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ**) أي: لاستحقاق وليه القود أولًا، وإن كان القاتل عبدًا كالحر المعسر، وقيل: يقتل العبد بالجميع، فكذا حكم قطع الواحد أطراف جماعة.

قال: (**أَوْ مَعًا؛ فَبِالْقُرْعَةِ**) أي: وجوبًا على المرجح قطعًا للنزاع، وأما من يعتق الحاكم؟ فسيأتي ما قيل: في ذلك.

(**وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاتُ**) أي: إن كان له مال كما لو مات، وسواء قتلهم حرابة، أم لا كما سيأتي.

قال: (**قُلْت: فَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ؛ عَصَى وَوَقَعَ قِصَاصًا**) أي: لأن حقه متعلق به، بدليل أنه لو عفا ولي الأول؛ اقتص من بعده.

قال: (**وَلِلْأَوَّلِ دِيَةٌ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**)؛ لتعذر القود بغير اختياره، وقيل: يغرم المبادر للأول، وبه قتله، ويأخذ من تركة الجاني دية قتل نفسه، وليس بشيء، وفي متن «الروضة» وفي «البيان» وجه: أنه يقتل بالجميع، وليس بشيء، فلو رضي الأولياء بأن يقتل بهم جميعًا، ويرجع كل واحد إلى ما بقي له من الدية عند توزيع القصاص عليهم؛ لم يجابوا إليه بلا خلاف، قاله الإمام، انتهى. وهذا عجيب.

وقد حكى الرَّافِعِي وجهًا في كلامه عن ألفاظ «الوجيز»: أنه يقتل بجميعهم، ولكل واحد قسطه من الدية، ولم يقبل ذلك بالتراضي، ونقله العمراني فيما إذا قتلهم دفعة، وكذا صورها الإمام.

ورأيت في «شروح الكفاية للصيمري»: أنه لو قتلهم دفعة ورضي الأولياء

جميعهم بقتله؛ قتلناه، ولم يذكر الرجوع في الديات، وصرح الْغَزَالِي في «البسيط» بأنهم لو قالوا: رضينا بأن يقتل ويُكتفى به؛ لم يجبهم إلى ذلك.

ولو تمالئوا وقتلوه جميعهم؛ جعل قتله موزعًا، ورجع كل منهم بقسطه من الدية، وقيل: يقع قتله عن جميعهم، ويُكتفى به، وقيل: يضرب بالقرعة إلى واحد منهم، كذا رواه الإمام، وعبارة الْغَزَالِي والرَّافِعِي عنه: إنه يصرف إلى من خرجت له القرعة، انتهى.

وكأن المراد الصرف إلى من خرجت عليه القرعة لا له، نعم، إن قال كل منهم: أنا أوجب قتله عن مورثي؛ فهذا محتمل، وأما لو تدافعوا ذلك وسكتوا؛ فبعيد أن يعتد به عن ولي القارع، ويحرم الدية.

تنبيهات وفروع:

أحدها: لو كان ولي القتيل الأول غائبًا أو صبيًّا أو مجنونًا؛ حبس القاتل إلى أن يحضر ولي الأول، أو يكمل حاله، وفي «الإبانة» و«العمد»: أنه يقتص، ويصير الحضور والكمال مرجحًا، ونقل المذهب المشهور عن رواية الربيع.

ثانيها: لو عفا ولي الأول ولم يقتص؛ فلا قصاص للثاني، قال الرَّافِعِي: والاعتراض عليه، ثم قال بعد ذلك: ولو جاز إلى الثاني بطلب ولم يجئ ولي الأول؛ فعن النص أنه قال: أحببت أن يبعث الإمام إلى الأول ليعرف هل هو طالب، أو عافٍ؟ فإن لم يبعث، وقتله بالثاني؛ كرهته ولا شيء عليه؛ لأن لكلهم عليه القود.

قال: يشبه أن تكون الكراهة كراهة تحريم، ويدل عليه ما روي عن «الأم»: فقد أساء، انتهى.

وليس لفظ الإساءة بظاهر في التحريم، فقد فسروه فيما لا يحصى من المواضع بالكراهة، قال في «الأم»: أحببت للإمام إذا علم أنه قتل عن الذي جاءه أن يبعث إلى وليه، فإن طلب القود قتله عمن قتل أولًا، فإن لم يفعل

....

واقتص منه في قتل آخر، أو أوسط، أو أول؛ كرهته له ولا شيء عليه؛ لأن لكلهم عليه القود، ثم قال بعده بأسطر: ولو دفعه الإمام إلى ولي الذي قتل آخرًا وترك الذي قتله أولًا فقتله؛ كان عندي مسيئًا، ولا شيء عليهم؛ لأن كلهم استوجب دمه على الكمال، انتهى.

فالنص السابق فيما إذا حضر غير الأول يطلب الباقون حقهم، والظاهر أن هذا النص فيما إذا حضروا، والله أعلم.

وقال الدارمي: إذا جاء بعضهم يطلب حقه بالبينة، أو الأفراد فإن لم يعلم الحاكم قتله لغيره؛ أخذ له، وإن علم قتله لغيره أجنبيًّا أن ينفذ إليهم، فإن لم يفعل كره، وجاز، فإن جاء ولي الأول قبل قتله؛ قتل للأول، فإن قتل لغير الأول بغير قرعة، ولا مراضاة؛ أساء وصح، انتهى.

ثالثها: الاعتبار في المعية، والترتيب بزهوق الروح لا بالجرح، هكذا أطلق، ويشبه أن يكون في حكم الزهوق، ما لو صار في خبر الموتى، فإن بانت حياته وغير ذلك مما سبق، كما في سائر الأحكام، وهذا معين، وفي «التتمة»: إنه لو جرحه، ثم قتل آخر، ثم مات المجروح، فأيهما يقتل؟ وجهان.

رابعها: لو لم يعلم هل قتلهم مرتبًا، أو معًا كالمعية فيقرع، قال الرَّافِعِي: فإن أقر بسبق بعضهم؛ اقتص منه وليه، قال السرخسي: ولو أتى غيره؛ يحلفه إن كذبه، انتهى.

وفيه نظر؛ إذ لو كذب نفسه، وأقر الطالب بغيره؛ لم يقبل منه فيما يظهر، قال الدارمي: لو قال: قتلت هذا أولًا، فلم يصدقه ورثه غيره أي: فإن ادعى أحدهم أنه الأول، وكل للورثة ذلك، فإن لم تقم بينة فأقر القاتل بقتل أحدهم أولًا، فإن كان القتل بإقراره قتل، وإن كان ببينة فوجهان: أحدهما: يقرع، والثاني: يقتل بمن أقر، هذا لفظه.

خامسها: إذا قرعنا اقتص القارع، فإن عفا أعيدت، وهكذا قالا: وهذا الإقراع واجب على مقتضى كلام الجمهور، وحكى أبو الغنائم وغيره: أنه

مستحب، وللإمام أن يقتله بمن يشاء منهم.

قال الرُّويَانِي: وهو الأصح، وعليه جرى ابن كج وغيره، وحكوا عن نصه أنه قال: أحببت أن يقرع بينهم، انتهى.

وهذا نص «الأم»، قال الشَّافِعِي - رحمه الله - : ولو أثبتوا عليه معًا البينة أيهم قتل أولًا؛ فالقول قول القاتل، فإن لم يقر بشيء؛ أحببت للإمام أن يقرع بينهم أيهم قتل وليه أولًا، فأيهم خرج سهمه؛ قتله له وأعطى الباقين الديات من ماله، هذا نصه بحروفه، والمذهب يقتل، وسنذكر عن النص ما يؤيده.

قال: قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: ولو قطع أصبع رجل اليمنى وكف آخر اليمنى ثم جاؤوا معًا يطلبون القود؛ أقصصت من الأصبع، وخيرت صاحب الكف بين أن أقصه وآخذ له أرش الأصبع، أو آخذ له أرش الكف.

قال الشافعي - رحمه الله -: ولو بدأ فأقصه من الكف أعطى صاحب الأصبع أرشها، ولو قطع كفي رجلين اليمنى؛ كان كقتله النفسين يقتص لأيهما جاء أولًا، وإن جاءا معًا؛ اقتص للمقطوع بديًا، وإن اقتص للآخر أخذ الأول دية يده.

فانظر قوله: «يقتص لأيهما جاء أولًا» ولم يفرق بين كونه هو المجني عليه أولًا، أو ثانيًا ثم قال: وإن جاءا معًا؛ اقتص للمقطوع يده بديًا - يعني: أولًا - وفي ذلك دلالة ظاهرة لما قلناه في اختلاف لفظ نص «الأم» في الكراهة والإساءة.

إذا علمت هذا فقد قال الرَّافِعِي: لو قطع يمين إنسان، ثم قطع إصبعًا من يمين آخر، وحضر المستحقان؛ فيقطع يمينه للأول، فإن عفا قطعت إصبعه للآخر، وإن قطع الأصبع أولًا، قطعت إصبعه للأول، هكذا ذكره الأئمة.

وأطلق الْغَزَالِي في هذه الصورة أنه يقرع بينهما بالتحمل، ما إذا وقع القطعان معًا، لا على الترتيب، انتهى. وحمل غيره لفظ «الوسيط» على ما إذا وقعا معًا، أو أشكل السابق، وكل هذا مبني على تحتم الاقتصاص للأول، وظاهر النص يقتضي خلافه.

قال المصنف: [**فَصْلٌ**: جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا أَوْ عَبْدَ نَفْسِهِ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِالْجُرْحِ فَلَا ضَمَانَ، وَقِيلَ: تَجِبُ دِيَةٌ، وَلَوْ رَمَاهُمَا فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ فَلَا قِصَاصَ،

وأما حمل كلام «الوجيز» و«الوسيط» على ما سبق فقد يأباه قول «البسيط» فلا بدَّ من القرعة والتقديم؛ لأنا لو قدمنا الأصبع؛ انقضى حق صاحب اليد، انتهى. فلتتحقق ذلك من «النهاية».

قال:

(**فَصْلٌ**)

(**جَرَحَ**) أي: جراحة مهدرة بحالة الجرح.

(**حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا أَوْ عَبْدَ نَفْسِهِ فَأَسْلَمَ**) أي: الحربي والمرتد.

(**وَعَتَقَ**) يعني: عبده.

(**ثُمَّ مَاتَ بِالْجُرْحِ؛ فَلَا ضَمَانَ**) لأن الجرح السابق غير مضمون بالقصاص، وكذلك السراية كقطع يد السارق إذا سرت إلى النفس، وفي معنى إسلام الحربي عقد الذمة له بعد الجرح.

قال: (**وَقِيلَ: تَجِبُ دِيَةٌ**) اعتبارًا بحال استقرار الجناية، والخلاف في وجوب دية الحربي يسلم، أو يعقد له ذمة ضعيف، وفي المرتد يسلم؛ ثمة شك، وقيل: لا تجب الدية قطعًا، وهو المذهب عندي والمنصوص في كتبه؛ لأن الهلاك تولد من مباح، فكيف يضمن؟ وهذا ما قاله جماهير العراقيين.

وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي وغيره من المراوزة القطع به، فإن أوجبناها فهي مخففة على العاقلة قطعًا، والكلام فيما إذا جرحه من لا يقتل به، أما لو جرحه مرتد أو ذمي فعلى ما سبق في القتل، وأما الخلاف في العبد فطريقان: المذهب القطع بنفي الضمان، وقيل: قولان، ثانيهما: وهو مخرج الوجوب.

قال: (**وَلَوْ رَمَاهُمَا فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ؛ فَلَا قِصَاصَ**) أي: ولو رمى مسلم مرتدًا، أو من كان من أهل الضمان حربيًا، أو رمى السيد عبده، ثم أسلم المرمي، وعتق العبد، ثم أصابه السهم، فلا قصاص؛ لعدم الكفاءة في أول الجناية.

وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ دِيَةِ مُسْلِمٍ مُخَفَّفَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: وُجُوبُ دِيَةِ مُسْلِمٍ مُخَفَّفَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ**) أي: اعتبارًا بحالة الإصابة؛ لأنها حالة اتصال الجنايّة والرمي، كالمقدمة التي تثبت بها الجناية.

واعلم أن «المحرر» لم يذكر مسألة العبد هنا، وزادها المصنف، وسنتكلم عليها، والخلاف في المرتد والحربي في «الشرحين» وغيرهما ثلاثة أوجه:

قال: أصحها: وهو المنصوص ما ذكره، وسنذكر ما فيه.

وثانيها: لا يجب اعتبارًا بحالة الرامي، فإنه الداخل تحت الاختيار.

وثالثها: تجب في المرتد دون الحربي؛ لأن قتل المرتد إلى الإمام، حتى لو كان الرامي إلى المرتد هو الإمام؛ فعن القاضي الحسين: أنه لا شيء عليه.

ونسبه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» إلى «التهذيب» وغيره، وقال الإمام: المرتد يقتل بالسيف صبرًا، ولا يرشق بالنشاب، فالرمي إليه ضرب من المسألة غير سائغ، قال الرَّافِعِي: وقضية هذا الكلام ألا فرق بين الإمام وغيره، انتهى.

وهذا النقل عن القاضي رواه في «تعليقه» عن أبي إسحاق، وكذلك العمراني وغيره، قال ابن الرِّفْعَة: والفرق مع هذا الجمع لائح، فإن الإمام وإن شارك الأجنبي في المتعدي في الرمي، فقد امتاز عنه بإباحة القتل، انتهى.

والذي يظهر من حيث النظر، أن الإمام الرامي إذا لم يقصد برمي المرتد القتل عن الردة؛ أنه كغيره، وإن قصد به قتله عن الردة؛ فلا ضمان عليه قطعًا، ثم ذكره إمام الحرمين في مرتد في قبضة الإمام، أما الممتنع والهارب؛ فللإمام ومأموره رميه بالنشاب وغيره قطعًا، كالحالة السابقة، والوجه حينئذٍ الإهدار.

تنبيهات: أحدها: أطلق المصنف أن المذهب الدية مخففة على العاقلة، والذي نقله الرَّافِعِي عن الإمام والْغَزَالِي هنا أن ذلك فيما إذا طرأ الإسلام والعتق بعد الجرح.

قال: فأما إذا طرأ الإسلام أو العتق بعد الرمي ـ أي: وقبل الإصابة ـ ففي كيفية الدية الواجبة خلاف مذكور في الديات.

....

قلت: وهو أنها دية عمد، أو شبه عمد، أو خطأ.

قال الرَّافِعِي هناك بعد فرضها في الرمي إلى الحربي: والمرتد فقط يشبه أن يكون الثالث أظهر.

قلت: والأول هو المذهب والمنصوص كما سيأتي، وسكت عن قتله العبد، ووجه ذلك بأنه لم يكن معصومًا عند الرمي، ونقل عن مقتضى كلام ابن كج أنها تكون في ماله، وهذا إنما يقتضي التوقف في إلحاق مسألة العبد بهما.

ثانيها: قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: وإذا ارتد الرجل عن الإسلام فرماه رجل ولم تقع الرمية به حتى أسلم فمات منها، أو جرحه بالرمية؛ فلا قصاص على الرامي لأن الرمية كانت وهو ممن لا عقل ولا قود وعليه الدية في ماله حالة إن مات وأرش الجرح إن لم يمت حالًا؛ لأنه عمد ولا تسقط الدية؛ لأن مخرج الرمية كانت وهو مرتد كما لو أن رجلًا رمى رجلًا ثم أحرم فأصابت الرمية بعد الإحرام صيدًا؛ ضمنه.

ثم قال: ولو رماه مرتدًا أو ضربه ثم أسلم المرتد بعد وقوع الرمية أو الضربة ثم مات مسلمًا؛ لم يكن فيه عقل ولا قود من قبل لأن وقوع الجناية كانت وهى مباحة ولم يحدث الجاني عليه شيئًا بعد الجناية غير الممنوعة؛ فيضمن، هذا نصه بحروفه، وهو المذهب ولا عبرة بما عداه، وألحق الأصحاب الحربي في ذلك بالمرتد.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه» في الكلام عن رأي أبي حنيفة في المسألة: والدليل على أنه يعتبر حالة الإصابة في وجوب المال أنه لو رمى عبدًا، فقيل: إن أصابه سلمت يده، فإنه يجب فيه يوم الإصابة، انتهى.

وما نقله الرَّافِعِي عن مقتضى كلام ابن كج محمول على الصورة الأولى في كلام الشَّافِعِي لا محالة.

ثالثها: اعلم أن ما تضمنه نص «الأم» هو قضية نص «المختصر» وكلام الجماهير من الطريقين، وأن قول المصنف: «والمذهب وجوب دية مسلم مخففة

وَلَوْ ارْتَدَّ الْمَجْرُوحُ وَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ فَالنَّفْسُ هَدَرٌ، ....

على العاقلة» ممنوع؛ بل المذهب وجوب دية العمد عليه، وإن استشكل، وإنما أخذ من قال ذلك من إطلاق نص «المختصر» وإذا تصفحت أكثر الكتب المشهورة لن ترى فيها إلا ذكر وجوب الدية من غير وصف بتخفيف، ولا بكونها على العاقلة، ومن نقل الأوجه الثلاثة من المراوزة وغيرهم يقولوا: أحدها: تجب دية مسلم، وهو المنصوص اعتبارًا بحال الإصابة.

رابعها: قال الرَّافِعِي: وقد ترتب الوجهان في الرمي إلى المرتد على الوجهين، والرمي إلى الحربي، ويقال: المرتد أولى بالوجوب، وقد يعكس ويجعل الحربي أولى بالوجوب.

قال: ويجري الوجهان: فيما إذا رمى إلى قاتل أبيه، ثم عفا عنه قبل الإصابة، وهو أولى بوجوب الضمان من صورة المرتد؛ لأن إهدار المرتد أعظم من إهدار من عليه قصاص، وفيما إذا رمى إلى عبد نفسه، ثم عتقه قبل الإصابة، وهو أولى الصور بوجوب الضمان؛ لأن العبد معصوم مضمون بالكفارة، انتهى.

وأجرى الْبَغَوِي في «تعليقه» الوجهين فيما إذا رمى حربي إلى مسلم، وأسلم ثم أصابه السهم، وصحح وجوب الضمان، والترتيب المذكور في العبد نقله إبراهيم المروزي عن القاضي الحسين، وقاله غيره، وفرقوا بأن قتله سيده محظور بخلافهما، ويشبه أن يجزم فيها بكون الدية مغلظة، ولا يجيء فيها ما رواه الإمام من التخفيف؛ لأنه عمد محض عدوان، وبهذا يظهر أن إدراج المصنف لها في كلام «المحرر» ليس بسديد.

خامسها: الظاهر أن موضع وجوب دية الحربي والمرتد في مسألتنا ما إذا لم يكن إسلامه في حال المسابقة، أما لو رمى إليه سهمًا قاصدًا عينه فأسلم؛ فالوجه لا شيء عليه قطعًا، ولم أر فيها نصًا ظاهرًا.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ الْمَجْرُوحُ وَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ؛ فَالنَّفْسُ هَدَرٌ**) أي: فلا قود، ولا دية، ولا كفارة؛ لأنها تلفت وهي مهدرة.

وَيَجِبُ قِصَاصُ الْجُرْحِ فِي الْأَظْهَرِ يَسْتَوْفِيهِ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ، وَقِيلَ الْإِمَامُ، ....

قال: (**وَيَجِبُ قِصَاصُ الْجُرْحِ**) أي: حيث يكون مما يقتص به بشرطه.

(**فِي الْأَظْهَرِ**) أي: عند الجمهور، والمنصوص في «المختصر» و«الأم» كما قال الْمَاوَرْدِي: والصحيح الذي عليه جمهور أصحابنا، أنه يجب القصاص والأرش؛ لأن القصاص في الطرف منفرد عن القصاص في النفس ومستقر، فلا يتغير بما يحدث بعده.

وكذلك لو قطع طرفه، ثم جاء آخر فحز رقبته؛ لزم الأول قصاص الطرف، ولو جاء آخر وقطع طرفًا آخر ومات منهما؛ لزم الأول قصاص الطرف، وإن لم يلزمهما قصاص النفس.

قال الرَّافِعِي: وعن نص له في «الأم»: لا يجب، فمنهم من نقله من غير هذه الصورة، ومنهم من رواه فيما إذا قطع ذمي يد مستأمن، ثم لحق المستأمن بدار الحرب ومات، قال: لا قصاص عليه في القطع، وجعل الصورتين على قولين بالنقل والتجريح، وجه المنع: كيفما فُرض القولان؛ لأن الطرف يتبع النفس إذا صارت الجناية قتلًا، فإذا لم يجب قصاص النفس، لا يجب قصاص الطرف، ويحكى هذا عن اختيار ابن سُرَيْج، انتهى.

والْمَاوَرْدِي قال ما قدمناه عنه، وقال ابن سُرَيْج: يجب الأرش دون القصاص، وحكى أبو حامد الإسفرائيني عن بعض أصحابنا وجهًا ثالثًا: أنه يسقط القصاص والأرش جميعًا، وكلا المذهبين فاسد⁽¹⁾.

قال: (**يَسْتَوْفِيهِ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ**) أي: الذي كان يرثه لولا الردة؛ لأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثأر، وذلك للقريب، وهذا ما عزاه صاحب «التهذيب» و«البيان» والرَّافِعِي وغيرهم إلى الأكثرين، وفي «المهذب» إلى عامة أصحابنا، وهو الصحيح المنصوص في «الأم» فظاهر نص «المختصر» كما سنوضحه.

قال: (**وَقِيل: الْإِمَامُ**)؛ لأنه لا وارث له فيستوفيه الإمام كغيره، وهذا ما

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٢٤٠).

....

نسبه الشيخ أبو حامد في «تعليقه» إلى جمهور أصحابنا، والْمَاوَرْدِي وابن كج إلى الأكثرين، وبه جزم الجرجاني في «التحرير» وصححه الشَّاشِي، وقال صاحب «المعتمد» من متقدمي العراقيين: ووليه الإمام، وقيل: منَاسِبهُ ولا يصح.

وعبارة القاضي أبو الطيب: وليس بشيء، وقال القاضي الحسين والمروزي والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي في «تعليقه»: حق الاستيفاء للإمام، وهذا على قولنا: إن الإمام كالوارث المعتبر في استيفاء القود، وهذا منهم جنوح إلى الوجه الثاني في «الكتاب».

وأصل الخلاف أن الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ قال في «المختصر»: لوليه المسلم أن يقتص، واعترض الْمُزَنِي فقال: كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه؟ واختلف الأصحاب، فوافق الْمُزَنِي كثيرون؛ إذ الأكثرون قالوا: ولم يرد الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ بالولي هنا المناسب، وإنما أراد الإمام، وهذا ما رأى الإمام والْغَزَالِي أنه المذهب.

قال: وإن كان مخالفًا لظاهر النص، وقال آخرون: بل لوليه المناسب أن يقتص؛ لما قدمناه من التوجيه، وهذا هو الصحيح لأمرين:

أحدهما: يشير إليه النص وهو قوله: «لوليه المسلم»؛ إذ لو أراد به الإمام لما وصفه بالإسلام، إذ لا يكون الإمام إلا مسلمًا.

والثاني: قال الرُّويَانِي في «التجربة»: نص الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الأم» على أن الوارث يستوفيه؛ لأنه للتشفي، وذلك يحصل للوارث، ويجوز ألا يثبت له المال ويثبت القصاص، كما لو أوصى بأرش جراحته لرجل ثم مات؛ فالقصاص لوارثه، والأرش للموصى له.

قال: وغلط من قال بخلافه، وقاسه غيره على ما لو كان على القتيل المسلم دين مستغرق؛ فللولي القصاص ولا إرث.

وعبارة الدارمي: وسياق كلامه يقتضي أنه عن نص «الأم» ولو مات وسأل أولياءه القصاص من الجارح؛ فلهم، ثم حكى بعد ذلك رأي الْمُزَنِي وغيره،

فَإِنِ اقْتَضَى الْجُرْحُ مَالًا وَجَبَ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ: مِنْ أَرْشِهِ وَدِيَةٍ، وَقِيلَ أَرْشُهُ، وَقِيلَ هَدَرٌ.

فعلى هذا لو كان القريب صغيرًا، أو مجنونًا، أو غائبًا؛ انتظر بلوغه، أو إفاقته، أو حضوره.

قال: (**فَإِنِ اقْتَضَى الْجُرْحُ مَالًا**) أي: كهاشمة وجائفة، وكذا لو اقتضى القود، وقلنا: لا قود، أو عفا، (**وَجَبَ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ: مِنْ أَرْشِهِ وَدِيَةٍ**) أي: ما تقتضيه الجراحة على الأصح المنصوص في «الأم».

قال الْمَاوَرْدِي: وقول الأكثرين: فإن كان الأرش أقل كالجائفة، وقطع يد واحدة؛ لم يرد بالزيادة في الردة شيء، وإن كانت دية النفس أقل، كما لو قطع يديه ورجليه، فارتد ومات، لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ بِالسِّرَايَةِ مُسْلِمًا؛ لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْهَا، فهاهنا أولى ألا يجب أكثر منها.

قال: (**وَقِيلَ: أَرْشُهُ**) أي: أرش الجرح بالغًا ما بلغ، فيجب في قطع يديه ورجليه ديتان؛ لأن الأرش إنما يندرج في الدية؛ إذا ضمنت النفس بتلك الجراحة، والنفس هنا تلفت مهدرة، فلو أدرجنا؛ لأهدرنا، فجعلت الردة قاطعة للإدراج قائمة مقام الاندمال، وعلى التقديرين فالواجب لا شيء للورثة فيه.

قال: (**وَقِيلَ: هَدَرٌ**)؛ لأن الجراحة إذا سرت؛ صارت قتلًا، وتبعت الأطراف النفس وهي مهدرة، فكذا ما يتبعها، قاله ابن سلمة، وحكى قولًا، والصحيح الوجوب؛ لأنه وجبت الجناية وضمان العضو، والردة تمنع وجوب شيء بعدها، ولا يسقط ما وجب قبلها، وبهذا لو قطع طرف رجل، وقتل الرجل نفسه؛ لم يسقط ضمان الطرف.

إشارة: ما تقدم فيما إذا طرأت الردة بعد الجرح، ولو طرأت بعد الرمي وقبل الإصابة، لم يجب شيء؛ لأنه كان مرتدًا حين تأثر بالجناية.

قال الرَّافِعِي: وسبق فيما إذا رمى إلى مرتد فأسلم قبل الإصابة وجه: أنه يعتبر وقت الرمي، فيمكن أن يجيء مثله هنا، قال أبو حنيفة: ولم يذكروه، انتهى.

وَلَوْ ارْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ، وَقِيلَ إِنْ قَصُرَتْ الرِّدَّةُ وَجَبَ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ وَفِي قَوْلٍ نِصْفُهَا، ....

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ؛ فَلَا قِصَاصَ، وَقيل: إِنْ قَصُرَتْ الرِّدَّةُ؛ وَجَبَ**)، إذا تخلل المهدر بين الجرح والموت، كما لو جرح مسلم مسلمًا ثم ارتد المجروح ثم مات بالسراية؛ فالمنصوص عليه في «الأم» و«المختصر» أنه لا قود في النفس، والمنصوص فيما إذا جرح ذمي ذميًا أو مستأمنًا، فنقض العهد والتحق بدار الحرب، ثم جدد العهد ومات بالسراية أن في القود قولين، وللأصحاب طريقان:

أصحهما: أن في المسألة قولين: أظهرهما: لا قصاص؛ لتخلل حالة الإهدار.

والثاني: يجب؛ لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت، ورجحه جماعة، والطريق الثاني يرد الحين على حالين فحسب.

قوله: «فلا قصاص» أراد إذا طالت مدة الردة، بحيث يظهر أثر السراية فيها، وحيث قال: يجب، أراد إذا قصرت المدة، بحيث لا يظهر أثر السراية فيها، ثم في موضع القولين على طريق الأول طريقان:

أصحهما: تخصيصها بما إذا قصرت المدة، فإن طالت فلا قصاص قطعًا؛ لأنه يتعلق بالجناية والسراية معًا، بدليل أنه لو جرح مسلمًا فارتد، أو مرتدًا فأسلم؛ فلا قود، وإذا حصلت السراية المؤثرة في زمن الإهدار؛ كان كجراحة في الإسلام وأحرى في الردة.

والثانية: طردهما في الحالين، ونقل المصنف الخلاف على وجهين، وتبع فيه «المحرر».

قال: (**وَتَجِبُ الدِّيَةُ**) أي: في ماله تامة، والتفريع على الأظهر أنه لا قود، ولوقوع الجرح والموت في حالة العصمة، ولا عبرة بشطر في الدية إلى آخر الأمر.

(**وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهَا**) أي: توزيعًا على العصمة والإهدار، وصححه

....

الْبَغَوِي، وجعله في «تعليقه» بالمصنف ضمانًا في حالتي الضمان على الأحرى.

وفي قول ثالث مخرَّج: يجب ثلثاها توزيعًا للدية على الأحوال الثلاثة: حالتي الضمان، وحالة الإهدار.

وفي رابع ـ مخرج: يجب أقل الأمرين من كل الدية، وأرش الجراحة.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكى الْمَاوَرْدِي قولًا ـ أي: خامسًا ـ أنه يجب أرش الجرح، ويسقط ضمان السراية؛ لأن سراية الإسلام جارية عن سراية الردة فيتبعها في سقوط الضمان، وعلى هذا لا كفارة عليه؛ لأنه جارح ليس بقاتل، انتهى.

ويشبه أن يكون هو القول الرابع.

تنبيه: قضية إطلاق «المنهاج» أنه يجب على المرجح كمال الدية طال زمن الردة أم قصر، وقال الرَّافِعِي بعد كلامه على المسألة: ثم الكلام في موضع هذا الخلاف من وجهين:

أحدهما: قال أكثرهم: موضع ما ذكروا إذا طالت مدة الإهدار، فإن قصرت فلا خلاف في وجوب كمال الدية، وحكى الإمام طريقة طاردة للخلاف في الحالين.

قلت: وهي ظاهر عبارة «المحرر» قال: والثاني: قال الإمام: إذا أوجبنا القصاص فآل الأمر إلى المال؛ ففيه الوجوه، وهذا يشعر بما إذا عفا عن القصاص، وقد يشير به إلى ما إذا كان الجرح خطأ أيضًا، وفيه صور الْغَزَالِي.

وفي «التهذيب»: أنا إذا أوجبنا القصاص فعفا وجب كمال الدية بلا خلاف، وإنما يجيء التفصيل والخلاف في الدية؛ إذا لم يوجب القصاص، وهذا أوجه، وليكن كذلك صورة الخطأ إذا قلنا بالقصاص في العمد، والله أعلم، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: ذكر الرَّافِعِي أن: الإمام قال: إذا أوجبنا القصاص فآل الأمر إلى المال، ففيه الوجوه، والذي رأيته في «النهاية»: إنا إذا أوجبنا

وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ أَوْ حُرٌّ عَبْدًا فَعَتَقَ وَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ.

وَتَجِبُ دِيَةُ مُسْلِمٍ وَهِيَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِ فَالزِّيَادَةُ لِوَرَثَتِهِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِسِرَايَةٍ فَلِلسَّيِّدِ الْأَقَلُّ مِنَ الدِّيَةِ الْوَاجِبَةِ وَنِصْفِ قِيمَتِهِ.

القصاص فعفا؛ وجب كمال الدية، قال الإمام: ولا شك فيه، انتهى.

وهذا النقل عن «النهاية» وهو الصواب، وعبارة «البسيط»: إذا أوجبنا القصاص في صورة قرب الزمان؛ لم يتجه إلا إيجاب كمال الدية، انتهى.

فبان أنه لا خلاف في وجوب كمال الدية؛ إذا أوجبنا القصاص، ولا ريب فيه.

قال: (**وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا**) أي: ونحوه، كمعاهد، ومستأمن عمدًا.

(**فَأَسْلَمَ أَوْ حُرٌّ عَبْدًا**) أي: كغيره والجاني حر.

(**فَعَتَقَ وَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ؛ فَلَا قِصَاصَ**)؛ لأنه لم يجن على مكافئه.

(**وَتَجِبُ دِيَةُ مُسْلِمٍ**) لأنه كان مضمونًا في الابتداء، وهو في الانتهاء حر مسلم، وهي مغلظة حالّة في ماله.

قال: (**وَهِيَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ**) أي: وهي في مسألة العبد لسيده، سواء كانت الدية مثل قيمته أو أقل؛ لأنه استحق هذا القدر بالجناية الواقعة في ملكه، وعبارة المصنف هنا رديئة، وكان الجيد أن يقول: ثم هي في صورة العبد لسيده، وعبارة «المحرر» في المسألة من أولها إلى آخرها تصلح شرحًا لكلام «المنهاج»؛ لوضوحها وبيانها.

قال: (**فَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِ؛ فَالزِّيَادَةُ لِوَرَثَتِهِ**) أي: لأنها وجبت بسبب الحرية، وقال الْمُزَنِي: جميعها للسيد.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ**) أي: مثلًا، أو فقأت إحدى عينيه.

(**فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِسِرَايَةٍ**) أي: وأوجبنا كمال الدية.

(**فَلِلسَّيِّدِ الْأَقَلُّ مِنَ الدِّيَةِ الْوَاجِبَةِ وَنِصْفِ قِيمَتِهِ**) أي: وهو أرش العضو المتلف في ملكه لو اندملت الجراحة؛ لأن السراية لم تحصل في الرق حتى

وَفِي قَوْلٍ: الْأَقَلُّ مِنَ الدِّيَةِ وَقِيمَتِهِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخَرَانِ وَمَاتَ بِسِرَايَتِهِمْ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ حُرًّا وَيَجِبُ عَلَى الْآخَرَيْنِ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ الطَّرَفِ وَالْجُرْحِ مَا شُرِطَ لِلنَّفْسِ.

تعتبر في حق السيد، فإن كان كل الدية أقل؛ فلا واجب سواه، وإن كان نصف القيمة أقل؛ فهو ارش ما أتلف في ملكه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ: الْأَقَلُّ مِنَ الدِّيَةِ وَقِيمَتِهِ)** أي: للسيد أقل الأمرين من كل الدية وكل القيمة؛ لأن السراية حصلت بجناية مضمونة للسيد، وقد اعتبرنا السراية حيث أوجبنا دية النفس، فلا بدَّ من النظر إليها في حق السيد، فنقدر موته رقيقًا وموته حرًّا، ونوجب للسيد أقل العوضين، فإن كان قدر الدية أقل؛ فلا يلزم الجاني غيرها، ومن إعتاق السيد جاء النقص، وإن كانت القيمة أقل؛ فالزيادة وجبت بسبب الحرية، فليس لسيده إلا قدر القيمة الذي كان يستحقه لو مات رقيقًا.

قال: **(وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخَرَانِ وَمَاتَ بِسِرَايَتِهِمْ؛ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ حُرًّا)** أي: لعدم المكافأة حال الجناية.

(وَيَجِبُ عَلَى الْآخَرَيْنِ) أي: في الجرح إن كان مما فيه قصاص الطرف قطعًا؛ لوجود الكفاءة، وكذا في النفس على المذهب، وصار كشريك الأب، وقيل: فيه قولان كشريك البيع.

وقيل: لا قصاص عليهما قطعًا؛ لأنه مات من جرح صادف رقًّا وحرية فأشبه ما لو جرح مبعضًا، وأما الدية فعليهم أثلاثًا، ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين، ويتعلق حقه ما لزم الأول، وفيما يستحقه منه القولان السابقان، فعلى الأظهر أقل الأمرين من ثلث الدية وثلث القيمة، وعلى الثاني الأقل من ثلث الدية، وأرش ما أتلف في ملكه، وهو نصف القيمة.

قال: **(فَصْلٌ: يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ الطَّرَفِ وَالْجُرْحِ مَا شُرِطَ لِلنَّفْسِ)** أي: من العمدية بشرطها والمكافأة، ومن كون القاطع أو الجارح مكلفًا ملتزمًا، ومن

وَلَوْ وَضَعُوا سَيْفًا عَلَى يَدِهِ وَتَحَامَلُوا عَلَيْهِ دَفْعَةً فَأَبَانُوهَا قُطِعُوا.

العصمة في المقطوع والمجروح، ومن كون الجاني غير أصل المجني عليه، وغير ذلك مما هو مبين في مواضعه وما ذكر فيما سبق في جناية الأعجمي المأمور المعتقد طاعة أمره، وحد من هنا أن كل من أخذت نفسه بنفس المجني عليه؛ أخذ طرفه بطرفه من باب أولى.

تنبيه: قال الرَّافِعِي: وقد يكون الضرب بالعصا الخفيفة، والحجر المحدد عمدًا في الشجاج؛ لأنه يوضح غالبًا، ويكون شبه عمد في النفس؛ لأنه لا يقتل غالبًا، ذكره الْبَغَوِي وغيره، وجزم به في «الروضة» وهو ظاهر.

قالا: ولو أوضحه بما يوضح غالبًا ولا يقتل غالبًا، فمات من تلك الموضحة؛ فعن الشيخ أبي حامد: أنه يجب القصاص في الموضحة، ولو مات منها؛ لم يجب القصاص، واستبعده ابن الصباغ وغيره؛ لأنه إن كانت هذه الآلة توضح في الغالب كانت كالحديدة.

قلت: قدمنا استغراق ذلك عن أبي حامد، فإن الموجود في «تعليقه» هناك موافق لاستبعاد ابن الصباغ، والرُّويَانِي، وذكره الْمَاوَرْدِي كالمحكي عن أبي حامد، ثم قال: هذا إذا حدث منه القتل في الحال من غير سراية.

قلنا: إذا سرت الموضحة إلى نفسه؛ وجب القصاص فيها، وفي نفسه، انتهى.

والراجح ما قاله ابن الصباغ وغيره؛ إذ لا يقصر هذا عن غرز الإبرة في الدماغ، وهو موجب القود في النفس، أما من مات في الحال، أو في التأني؛ فلأنه من المقاتل.

قال: (**وَلَوْ وَضَعُوا سَيْفًا**) أي: مثلًا.

(**عَلَى يَدِهِ وَتَحَامَلُوا عَلَيْهِ دَفْعَةً فَأَبَانُوهَا؛ قُطِعُوا**) أي: كما في النفس، وكذلك الحكم لو ضربوه ضربة اجتمعوا عليها، أو أخذوا خشبة، أو حجرًا، كبيرًا - كما قال القاضي الحسين - ووضعوها على يده وتحاملوا عليها فأبانوها، أو جروا المنشار في ذهابه ورجوعه.

……………………………………………………

تنبيهات: احترز بقوله: «فأبانوها» دفعًا عما لو أبان كل منهم بعض الطرف، أو أبان واحد منهم بعضه، واشترك الباقون في إبانة باقيه، أو تعاونوا على قطعه بمنشار وجره بعضهم ذهابًا، وبعضهم عودًا؛ فلا قود على أحد منهم في جملة العضو، ولا في بعضه.

قال الرَّافِعِي: ولو تميز فعل الشركاء، بأن قطع هذا من جانب وهذا من جانب حتى التقت الحديدتان، أو قطع أحدهما بعض اليد وأبانها والآخر [قطع الباقي](١) فلا قصاص، ويلزم كل واحد حكومة تليق بجنايته، وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين دية اليد.

وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: أنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن ضبطه، والمشهور الأول، انتهى.

وذكر ابن الرِّفْعَة: أن القاضي الحسين والفوراني حكيا ذلك عن صاحب «التقريب».

قلت: وكذا نقل إبراهيم المروزي.

قال ابن الرِّفْعَة: والرَّافِعِي قال: إنه حكاه قولًا.

وقال الإمام: إنه أخذ من قول الشَّافِعِي: إن القصاص هل يجري في المتلاحمة، ثم أخذ يذكر عن الإمام الفرق بين الموضعين.

قلت: وممن حكاه قولًا الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه» وليس الأمر كما ظنه الإمام ومن تبعه؛ بل قد قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في باب الاجتماع على القطع: «وإنما تقطع أيديهما معًا إذا حملا شيئًا فضرباه معًا ضربة واحدة، أو حزاه معًا حزًّا واحدًا، فأما إن قطع هذا يده من أعلاها، وهذا يده من أسفلها إلى أعلاها؛ فلا تقطع أيديهما، ويحز من هذا بقدر ما حز من يده، ومن هذا بقدر ما حز من يده؛ إن كان هذا يستطاع.

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٣٨٤).

قال الشَّافِعِي - ﷺ -: وهذا هكذا في الجرح والشجة التي يستطاع فيها القصاص وغيرها لا تختلف، ولا تخالف النفس إلا في أن يكون الجرح يتبعض، والنفس لا تتبعض، هذا لفظه بحروفه.

وبالنص جزم الْمُتَوَلِّي وغيره بلفظ: وإذا قطع أحدهما بعض اليد وترك البعض، فجاء الثاني وأبان اليد، أو وضع أحدهما السكين من جانب، والثاني السكين من الجانب الآخر وقطعا حتى أبانا اليد؛ فلا قصاص على واحد منهما في جميع اليد، وهل يمكنه القصاص في القدر الذي قطعه، أم لا؟ إن كان يمكن اعتبار المساواة فيه، وإلا فلا قصاص، وإن أمكن اعتبار المماثلة؛ فيجب عليه القصاص في ذلك القدر، هذا لفظ «التتمة» ورأيته في مصنف مجهول بهذا اللفظ، ومن تبعه من الأصحاب علل بعدم إمكان المماثلة.

وقد نقل الرَّافِعِي هذا عن «الأم»: فلا مخالفة أنه لو شق كفه حتى انتهى إلى المفصل، ثم قطع من المفصل، أو لم يقطع؛ اقتص منه إن قال أهل الخبرة يمكن أن يفعل به مثله، انتهى.

والظاهر أن المادة واحدة، وقد يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ عن النص ما يؤيد ذلك في مواضع، قال في «الأم» معللًا لهذه الصورة: وجعلنا ذلك كشق في رأسه وغيره.

قال الشَّافِعِي: وإن قطع رجل نصف كف رجل من المفصل فتآكلت حتى سقطت الكف كلها فسأل القود؛ قيل: لأهل العلم بالقود: هل تقدرون على قطع نصف كف من مفصل كفه لا تزيدون عليه؟ فإن قالوا: نعم؛ قلنا: اقطعوها من الشق الذي قطعها منه ثم دعوها، وأخذنا للمجني عليه خمسة وعشرين بعيرًا نصف أرش الكف مع قطع نصفها، انتهى.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو قطع نصف أذنه؛ يجب القصاص في النصف، ويقرب ما إذا قطع يده من نصف المفصل أنه لا قصاص؛ لأن الأذن جلدة يرى ظاهرها وباطنها فيقتص من بعضها، واليد تشتمل على عروق

....

وعصب ولحم فلا يوقف عليها غالبًا، فلا قصاص حتى لو أمكن الوقوف يلزم القصاص عند كثير من أصحابنا، انتهى.

ومنها: عبارة الشيخ إبراهيم المروزي في المسألة: وإن قطع واحد بعض اليد، وأبان الآخر؛ فلا قود على واحد، بل يؤخذ من كل واحد حكومة يبلغ مجموعهما دية اليد.

وقال صاحب «التقريب»: يقطع من يد الأول بقدر ما قطع، وعلى الثاني نصف دية اليد، وكذا لو وضع أحدهما السكين على الأعلى، والآخر على الأسفل، وأمرًا حتى التقى السكينان؛ فلا قصاص عليهما.

وقال صاحب «التقريب»: يقطع من كل واحدٍ منهما بقدر ما قطع، وهذا لا يصح لأنه لا يعرف هناك مدى ما إليه انتهى، فاقتضى تعديله؛ لأن المانع الجهالة بمقدار جناية كل واحد منهما، وأما المانع من الاستيفاء لو عرفنا جميعًا بأن كل واحد منهما قطع النصف من الجانب الذي ابتدأ منه، أو قامت بذلك بينة شاهدت ذلك، وأحاطت به علمًا؛ فالظاهر في القياس أن يفعل بكل واحدٍ منهما مثلما فعل.

ومنها: قال الرَّافِعِي: ولو جرّا الحديدة جرّ المنشار، فقال الجمهور: هما فعلان متميزان، ومثل به ابن كج صورة الاشتراك الموجب للقصاص، قال: ويحكى الإشكال وأنه يتصور على وجهين:

أحدهما: إن تعاونا في كل جذبة وإرسالة؛ فيكون من صور الاشتراك.

والثاني: إن جذب كل واحدٍ منهما إلى جهة نفسه وفتر عن الإرسال إلى جهة صاحبه؛ فيكون البعض مقطوع هذا، والبعض مقطوع هذا، ويكون الجواب على ما قاله الأكثرون، انتهى.

وسبق ذلك عن القاضي الحسين، وقاله إبراهيم المروزي، والْمُتَوَلي وغيرهم، وهو متعين، وحينئذٍ يكون قوله في «المنهاج» وأصله: «وتحاملوا عليه دفعة» احترازًا عما إذا استقل البعض عن البعض كما هو العادة، كما قاله

وَشِجَاجُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ عَشْرٌ: حَارِصَةٌ، وَهِيَ مَا شَقَّ الْجِلْدَ قَلِيلًا، وَدَامِيَةٌ تُدْمِيهِ، وَبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ اللَّحْمَ، ....

المروزي، فلو تحاملوا كلهم في كل دفعة حتى أبانوها في دفعات؛ كان ذلك كتحاملهم دفعة واحدة.

قال: (**وَشِجَاجُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ عَشْرٌ**) الشجاج: جمع شَجَّة بفتحها، وليس للفظ المصنف مفهوم؛ لأن الشجاج إنما يكون في الرأس، كما اقتضاه كلام «المحرر» وغيره، وهو تفسير لغوي[1].

قال الرَّافِعِي بعد تفسيره العشر المذكورة: ويجوز أن يضاف إليها الجائفة، وتجعل بين الحارصة والدامية، إلى آخر ما سجلته من بعد.

قال: (**حَارِصَةٌ**) أي: بمهملين.

(**وَهِيَ مَا شَقَّ الْجِلْدَ قَلِيلًا**) أي: نحو الخدش، وفسرها جماعة بما يكشط الجلد، مأخوذة من قولهم: حرص القصار الثوب: إذا خدشه قليلًا بالدق، أو كشط عنه الوسخ.

وقال ابن فارس: إذا شقه، قال في «المحكم»: وتسمى الحريصة، وفي متن «الروضة» بالصاد بعد الراء.

قال: (**وَدَامِيَةٌ تُدْمِيهِ**) أي: تدمي محلها من الشق أو الخدش، ولا يقطر منها دمٌ، كذا نقل عن الشَّافِعِي - رحمه الله - واللغويين.

قال أهل اللغة: فإن سال منها دمٌ فهي الدامعة - بالعين المهملة - وفسرها الإمام والْغَزَالِي بسيلان الدم، وانتقد عليهما.

قال: (**وَبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ اللَّحْمَ**) أي: تشقه شقًا خفيفًا، قاله الجرجاني، وفي

---

(١) قال الشيخ الجمل: وَشِجَاجُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ عَشْرٌ بِاسْتِقْرَاءٍ مِنْ كَلَامِ الْعَرَبِ وَجُرْحُ غَيْرِهِمَا لَا يُسَمَّى شَجَّةً فَدَعْوَى أَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَيْهِمَا مِنْ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إِلَى نَفْسِهِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّأْسَ وَالْوَجْهَ لَيْسَا عَيْنَ الشَّجَّةِ؛ بَلْ شَرْطَانِ فِي تَسْمِيَتِهَا شَجَّةً، فَالْأَقْرَبُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ هُنَا مُطْلَقَ الْجُرْحِ، وَأَنَّ الْإِضَافَةَ لِلتَّخْصِيصِ وَمَحِلُّ مَا ذُكِرَ فِي الشَّجَّةِ حَيْثُ أُطْلِقَتْ بِخِلَافِ مَا لَوْ أُضِيفَتْ كَمَا هُنَا عَلَى أَنَّ جَمَاعَةً أطلقوها عَلَى سَائِرِ جُرُوحِ الْبَدَنِ أَوَّلُهَا طَبْعًا وَوَضْعًا. انظر: «حاشية الجمل» (٢٠/ ١٣٤).

وَمُتَلَاحِمَةٌ تَغُوصُ فِيهِ، وَسِمْحَاقٌ تَبْلُغُ الْجِلْدَةَ الَّتِي بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ، وَمُوضِحَةٌ تُوضِحُ الْعَظْمَ، وَهَاشِمَةٌ تَهْشِمُهُ، وَمُنَقِّلَةٌ تَنْقُلُهُ، وَمَأْمُومَةٌ تَبْلُغُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ، ....

«المجمل»: إنها التي تبلغ اللحم، (وَمُتَلَاحِمَةٌ تَغُوصُ فِيهِ) أي: في اللحم والعظم.

[(وَسِمْحَاقٌ تَبْلُغُ الْجِلْدَةَ الَّتِي بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ)] سميت بذلك؛ لأن تلك الجلدة تسمى: سمحاق الرأس، وقد تسمى هذه الشجة الْمَلَطَى وَالْمِلْطَاةُ وَاللَّاطِيَةُ.

(وَمُوضِحَةٌ تُوضِحُ الْعَظْمَ) أي: تكشفه بحيث يقرعه المرود وإن لم يشاهد العظم لأجل الدم الذي يستره، ولو غرز إبرة في رأسه ووصلت العظم.

وظاهر النص أو نص «الأم» أنه إيضاح، حيث قال: ولو لم يكن إلا قدر محيط؛ لأنه يقع على كل اسم موضحة، وهو ما أورده كثيرون؛ لأن انكشاف العظم قد حصل وإن تعذرت الرؤية لضيق المنفذ، وتردد فيه الإمام.

قال: (وَهَاشِمَةٌ تَهْشِمُهُ) أي: تكسر العظم، قال في «الأم»: الهاشمة التي توضح ثم تهشم العظم، (وَمُنَقِّلَةٌ تَنْقُلُهُ) أي: تنقل العظم من موضع إلى آخر، ويقال: هي التي تكسر وتنقل، ويقال: هي التي تكسر العظم حتى يخرج منها فَراش العظام، والفَراشة: كل عظم رقيق، وفراش الرأس: عظام رقاق تلي القحف، هذا ما في متن «الروضة».

ولفظ «الأم»: والمنقلة: التي تكسر عظم الرأس حتى يتشظى فتستخرج عظامه من الرأس ليلتئم، وإنما قيل: لها المنقلة؛ لأن عظامها تنقل وقد يقال لها: المنقولة.

(وَمَأْمُومَةٌ تَبْلُغُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ) أي: المحيطة به، وهي أم الرأس، ويقال لها: الآمة أيضًا، قاله في «الروضة».

قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: المأمومة، فذكر ديتها، ثم قال: والآمة التي تخرق عظم الرأس حتى تصل إلى الدماغ وسواء قليل ما خرقت منه أو كثير، كما وصفت في الموضحة ولا نثبت مأمومة إلا بشهود يشهدون عليها كما

وَدَامِغَةٌ تَخْرِقُهَا، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْمُوضِحَةِ فَقَطْ، وَقِيلَ وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الْحَارِصَةِ.

وصفت بأنها قد خرقت العظم، فإذا أثبتوا أنها قد خرقت العظم حتى لم يبق دون الدماغ حائل إلا أن تكون جلدة دماغ؛ فهي آمة، وإن لم يثبتوا أنهم رأوا الدماغ، انتهى لفظه.

قال: (**وَدَامِغَةٌ**) أي: بالغين المعجمة.

(**تَخْرِقُهَا**) أي: تخرق خريطة الدماغ، وهي مذففة.

إشارة: قال في «الروضة»: هذه العشرة هي المشهورة، وذكر منها ألفاظ أخر تؤول إلى هذه، انتهى.

وذكرت في «الغُنية» كلام الرَّافِعِي والْمَاوَرْدِي في ذلك، وأنها تبلغ خمسة عشرة: الجائفة، والدامعة بالعين، والمقربة، والنازلة، والملطاة، والجميع يؤول إلى العشر المذكورات، فلا يظن تغاير الحكم فيها لاختلاف أسمائها، وإحلال المصنف وغيره، وجميع هذه الشجاج تفرض في الجبهة كما تفرض في الرأس، وكذلك تتصور فيما سوى المأمومة والدامغة في الخد، وقصبة الأنف والحنك الأسفل، قاله الشيخان.

قال: (**وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْمُوضِحَةِ فَقَطْ**) أي: لتيسر ضبطها واستيفاء مثلها، قال الرَّافِعِي: لا قصاص فيما بعدها من الهاشمة والمنقلة والمأمومة؛ لأنه لا تؤمن الزيادة والنقصان في طول الجراحة وعرضها، ولا يوثق باستيفاء المثل؛ ولذلك لا يجب القصاص في كسر العظام، وسيأتي ما ذكر فيها.

قال: (**وَقيل: وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الْحَارِصَةِ**) اعلم أن الرَّافِعِي لم يحك هذا في «المحرر» ولا غيره وجهًا، ونقله في «الشرحين» قولًا، وحاصل كلامه نقل طرق أقربها إجراء قولين:

أظهرهما: المنع؛ لأنه لا يمكن رعاية المماثلة.

وثانيهما: الوجوب؛ لإمكان الوقوف عليه على نسبة المقطوع على الجملة.

وصور الشيخ أبو حامد فيما إذا كان على رأس كل واحد من الشاج والمشجوج موضحة قريبة من موضع الشجة، فينظر في موضحة المشجوج

وَلَوْ أَوْضَحَ فِي بَاقِي الْبَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَارِنٍ أَوْ أُذُنٍ وَلَمْ يُبِنْهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَصَحِّ.

ويقاس بها الشجة التي يريد القصاص فيها، أهي نصفها أم ثلثها؟ فإذا عرفنا ذلك نظرنا في موضحة الشاج واستوفينا مثل نصفها أو ثلثها.

قال الإمام: وليكن الموضحتان طريقتين، ثم إذا عاقبنا وأخذنا في الاستيفاء ولم يتأت الضبط.

والطريقة الثانية: المقطوع بالمنع، واقتضى إيراد «الروضة» ترجيحها.

والثالثة: وكلامه يفهم غرابتها وتنزيل النص على حالتي الإمكان وعدمه، ونسبها الْمَاوَرْدِي بعد نقله الطريقتين الأوليتين إلى أبي إسحق، وابن أبي هريرة، والأكثرين.

وفي «الشرح الصغير»: يشبه أن يجزم بالوجوب في السمحاق إن أمكن القطع إلى تلك الجلدة فلا يجاوزه؛ لأنها متميزة معلومة عند أهل الخبرة، وهي الجلدة التي تكون بين العظم ولحم الرأس كما سبق وهذا قوي؛ ولهذا قال في «شرحه الكبير»: ويصعب أن يجزم به كما في الموضحة، وسبق عن نص «الأم» وغيره ما يؤيد ما ذكره.

قال: قال في «الدقائق»: قوله «وَقيل: وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الْحَارِصَةِ» هذا الاستثناء زيادة في المنهاج لا بد منها؛ فإن الحارصة لا قصاص فيها قطعًا، وإنما الخلاف في غيرها، انتهى.

وذكر ابن الرِّفْعَة: أن كلام الْمَاوَرْدِي، والفوراني، والْمُتَوَلي، يفهم خلافًا فيها، انتهى.

وكلام «الإبانة» و«الحاوي» ظاهر في ذلك، والرَّافِعِي إنما حكى القطع بأنه لا قصاص في الحارصة عن الإمام فقط، والإمام والْغَزَالِي وغيرهما استثنوا الحارصة والدامية من الخلاف، واقتضى كلام غيرهم جريانه فيها، فاعلم.

قال: (**لَوْ أَوْضَحَ فِي بَاقِي الْبَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَارِنٍ أَوْ أُذُنٍ وَلَمْ يُبِنْهُ؛ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَصَحِّ**) فيه صورتان:

....

الأولى: أن يوضح في بقية البدن كعظم الصدر، أو العنق، أو الساعد، أو الأصابع، وغيرها سوى الرأس والوجه فالأصح وظاهر النص الوجوب؛ لتيسر استيفاء المثل، ولا يعتبر القصاص بالأرش؛ لأن الإصبع الزائد يقتص بمثلها، وليس لها أرش مقدر.

والثانية: المنع، وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: إنه الأصح من المذهب، فإنه لا أرش فيه مقدر، وهذا لأن الخطر في الجراحة على الرأس للوجه أعظم، والشين الحاصل فيها أقبح.

وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: لو جنا على موضع من يديه حتى انتهى إلى عظم يمكن أن يقاس من الجاني في طوله وعرضه وقراره بلا عدوان؛ أن يقتص من الجاني بمقداره، فقس عليه، وغلط من قال غيره، وتجب الحكومة بلا خلاف، انتهى.

الثاني: أن يقطع بعض المارن: وهو ما لان من الأنف، أو بعض الأذن من غير إبانة؛ قال الرَّافِعِي: ففيه اختلاف قول رتب على الخلاف على الباضعة والمتلاحمة، والظاهر الوجوب؛ لإحاطة الهواء بهما وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبين ويقدر المقطوع بالجزئية كالثلث والنصف، ويستوفى من الجاني مثله، ولا نظر إلى مساحة المقطوع، وقد تختلف الأذنان صغرًا وكبرًا.

قال: ولو قطع بعض الكوع أو مفصل الساق والقدم ولم يبن؛ فقد حكي فيه قولان مرتبان، وهو أولى فلا قصاص على الأظهر؛ لأنها تجمع العروق والأعصاب وهي مختلفة الوضع تسفلًا وتصعدًا فلا يوثق بالمماثلة فيها، بخلاف الأذن والمارن؛ فإنهما من جنس واحد، انتهى.

وفي النفس من هذا الترجيح والتوجيه شيء، وتأمل ما سبق عن نقل «الأم» في كلامه على اجتماع الجانين على الجناية!

فرع: ولو قطع فلقة من الأذن أو المارن أو اللسان أو الحشفة أو الشفة وأبانها؛ وجب القصاص على الصحيح وتضبط بالجزئية لا بالمساحة

وَيَجِبُ فِي الْقَطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ حَتَّى فِي أَصْلِ فَخِذٍ وَمَنْكِبٍ إِنْ أَمْكَنَ بِلَا إِجَافَةٍ،

والمقدار، وعن أبي إسحاق: المنع؛ لأنه لا تؤمن الزيادة والنقصان، فلا يتحقق الشبه بخلاف استيعاب العضو.

قال الرَّافِعِي: وهذا قريب من الخلاف فيما إذا قطع بعض الأذن، والمارن، ولم يبنه، انتهى. وما علل به في القطع في بعض الكوع قد يؤيد قول أبي إسحاق في قطع بعض الذكر.

فرع: إذا قطع يدًا أو عضوًا وبقي المقطوع متعلقًا بجلده؛ وجب القصاص أو كمال الدية؛ لأنه أبطل فائدة العضو، وأمكن استيفاء مثل الجناية من الجاني، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في قطعه بعض الكوع دون بعض، ثم إذا انتهى العضو في الاقتصاص إلى تلك الجلدة؛ فقد حصل القصاص، ويراجع الجاني أهل الخبرة في تلك الجلدة ويفعل ما فيه مصلحته من القطع والترك.

قال: (**وَيَجِبُ فِي الْقَطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ حَتَّى فِي أَصْلِ فَخِذٍ وَمَنْكِبٍ إِنْ أَمْكَنَ بِلَا إِجَافَةٍ**) يجب القصاص في الأطراف؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

قال الأصحاب: وهذا إن كان خبرًا عما كان في «التوراة»؛ لكن «شرع من قبلنا شرع لنا؛ إذا لم يرد ناسخ على رأي الأصوليين» وبتقدير ألا يكون كذلك، فإن ورد ما يقرب فهو شرع لنا لا محالة، وقد ورد في «الصحيحين» ذلك كما سيأتي في كسر السن، وقوله ﷺ: «**كتاب الله القصاص**»(١).

ونقل ابن الصباغ الإجماع على الاحتجاج بهذه الآية، ثم اشترط أن يكون رعاية المماثلة ويؤمن استيفاء الزيادة، وذلك إما بأن يكون للعضو حد مضبوط ينقاد لآلة الإبانة فيجب القصاص كقطع الأذن ونحوه كما سيأتي، وإما أن يكون

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١٢٨، رقم ١٢٣٢٤)، والبخاري (٤/ ١٦٣٦، رقم ٤٢٢٩)، ومسلم (٣/ ١٣٠٢، رقم ١٦٧٥)، وأبو داود (٤/ ١٩٧، رقم ٤٥٩٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٢٢٣، رقم ٦٩٥٩).

وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

وَيَجِبُ فِي فَقْءِ عَيْنٍ ....

للعضو مفصل توضع الحديدة عليه، وبيان ذلك أن المفصل: موضع اتصال عضو بعضو على منقطع عظمين برباطات واصلة، وقد يكون ذلك مجاورة محضة كالكوع، والأنامل، والقدم، والساق، وقد يكون مع دخول عضو في عضو كالمرفق، والركبة، فإذا قطع الجاني بعض الأعضاء؛ اقتص منه.

وحكى الإمام وجهًا في المرفق والركبة، وعده غلطًا من الفلق في ظنه، ومن الفاصل أصل الفخذ والمنكب، فإن أمكن القصاص بلا إجافة؛ اقتص، وإلى هذا أشار «المنهاج» بقوله: «إن أمكن» إلى آخره.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: فإن لم يمكن القصاص إلا بالإجافة؛ فلا يقتص، سواء أجافه الجاني أم لا؛ لأن الجوائف لا تنضبط ضيقًا وسعةً وتأثيرًا ونكايةً؛ ولذلك لا قصاص، فهاهنا تابعه غير مقصودة فكذا نقل الوجه، وكلام «المنهاج» يفهم التصوير فيما إذا لم يكن إيجاف، أو أعم من ذلك، وفيه نظر.

وعبارة سليم الرازي في «المجرد» وابن الصباغ وغيرهما: وإن قطع يده من مفصل الكف؛ وجب القصاص، أو من أصلها، وأخرج معها لوح الكتف، سأل أهل الخبرة في المسألة، وهذا كله إذا لم تعم الجناية نفسًا، فإن صارت بسراية أو غيرها؛ فللولي أن يطلب من الإمام أن يفعل به كما فعل بوليه، وهل له أن يتولى ما دون النفس من القطع ونحوه بنفسه؟

كلام «الروضة» وغيرها يفهم ذلك، وسيأتي عن نص أنه ليس له أن يتولى بنفسه إلا جزّ الرقبة فقط.

قال: (**وَيَجِبُ فِي فَقْءِ عَيْنٍ**) للنص؛ لكن لا تؤخذ الحدقة السليمة بالعمياء، والصورة القائمة في الحدقة كاليد الشلاء، وتؤخذ الحدقة العمياء بالصحيحة؛ إن رضي المجني عليه بها، وتؤخذ العين السليمة بالمريضة، وبالحولاء، والعمشاء، وبعين الأعمش، والأخفش، والأعشى، والأجهر، قاله الْمُتَوَلِّي وغيره.

وَقَطْعِ أُذُنٍ وَجَفْنٍ وَمَارِنٍ ....

قال: (وَقَطْعِ أُذُنٍ)؛ للآية فتقطع أذن السميع بأذن الأصم وبالعكس على الأظهر؛ لبقاء الجمال والمنفعة، وسواء المثقوبة وغيرها؛ إذا كان الثقب للزينة ولم يورث شينًا ونقصًا، فإن أورث نقصًا؛ فلتكن المثقوبة كالمخرومة، ولا تقطع صحيحة بمخرومة وهي التي قطع بعضها؛ ولكن يقطع منها بقدر ما كان بقي من المخرومة، وهذا إذا قلنا يجب القصاص في بعض الأذن كما سبق.

فإن شقت ولم يبن منها شيء؛ فنقل الإمام عن العراقيين أنه لا تقطع الصحيحة بها أيضًا؛ لفوات الجمال، قال الإمام: ولست أرى الأمر كذلك؛ لبقاء الجرم بصفة الصحة.

واستضعف المصنف ما قاله الإمام، واستبعد الْغَزَالِي في «البسيط» مقالة العراقيين من حيث إن المؤثر في الأطراف التفاوت في القدر لا السلامة.

قال: لكنهم قطعوا بذلك وخصصوه بالأذن، ولاحظوا فيه معنى الجمال ورأوه غالبًا في الأذن بخفاء منفعتها، ويشهد له أنه لا يجري في الشَّرْقَاءِ وَالْخَرْقَاءِ في الضحايا، انتهى.

وتقطع المخرومة بالصحيحة ويؤخذ من الدية بقدر ما ذهب من المخرومة، وسواء في المثقوبة والمخرومة الذكر والأنثى.

قال: (وَجَفْنٍ) أي: لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] لأنه ينتهي إلى مفصل، فيقطع جفن البصير بمثله وبجفن الأعمى، وبجفن الأعمى جفن الأعمى للمماثلة، وتساوي العضوين في الضرر والصحة، وفقد البصير أشد في الجفن، هكذا أطلقوه.

وقال القاضي الفارقي والْمُتَوَلِّي: لا يؤخذ جفن له أهداب بما لا أهداب له، وأما الجفن القرح والجرب فيؤخذ به الجفن الصحيح.

قال: (وَمَارِنٍ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولا ينتهي إلى مفصل فيؤخذ الأنف الكبير بالصغير، والغليظ بالرقيق، وَالْأَقْنَى بِالْأَفْطَسِ، والاعتبار في الأطراف بالسلامة، فيقطع الأنف الصحيح بالأنف

وَشَفَةٍ وَلِسَانٍ ....

الأخشم؛ لأن الشم ليس في جرم الأنف.

قال الْمَاوَرْدِي: وَيُؤْخَذُ أَنْفُ الصَّحِيحِ بِأَنْفِ الْأَجْذَمِ وَالْأَخْرَمِ؛ إِذَا لَمْ يَذْهَبْ بِالْجُذَامِ وَالْخَرْمِ شَيْءٌ مِنْه.

وهل يقطع السليم بالمجذوم؟ في «تهذيب الْبَغَوِي» و«تعليقه» و«تعليق المروزي» و«الكافي»: إن كان في حال الاحمرار قطع به، وإن اسود فلا قصاص؛ لأنه دخل في حد البلى، وإنما تجب فيه الحكومة.

قال الرَّافِعِي: ولم يفرق عامة الأصحاب بين الاحمرار والاسوداد، وقالوا: يجب القصاص ما لم يسقط منه شيء.

قلت: وعلى ذلك نص «الأم» قال: وكذلك يده بيده، وإن ظهر بها قرح الجذام ما لم تسقط أصابعه أو بعضها، انتهى.

وقالوا: ولا يجعل استحكام العلة، والبائن من زوالها بمنزلة الشلل في اليد؛ لأن منفعة اليد تبطل بالشلل، وأصل المنفعة والجمال في الأنف وما بقي جرمه، أما لو سقط منه شيء لم ينقطع بالصحيح؛ ولكن يقطع منه بقدر ما كان قد بقي من المجني عليه إن أمكن، وإن كان بأنف القاطع نقصان مثل نقصان أنف المجذوم جرى القصاص.

قال الإمام: وظن بعض الأصحاب أن الشَّافِعِي- ﷺ - أسقط القصاص فيه إذا سقط منه شيء بالجذام، وإن كان نقصان أنف القاطع مثل نقصانه، وهو غلط، انتهى.

تنبيه: المارن: هو اللين من الأنف، وإنما خص بالذكر؛ لأنه الذي يجب فيه القود، وأما القصبة فلا قود فيها؛ لأنها عظم، وإن قطع المارن والقصبة دفعة؛ وجب في المارن، وهل يجب في القصبة تبعًا له؟ فيه وجهان في «التتمة» وغيرها، ويؤخذ المنخر بالمنخر، والحاجز بينهما بالحاجز، فإن قطع المارن والقصبة؛ اقتص من المارن، وأخذ حكومة القصبة إذ لا يمكن القصاص فيها.

قال: (وشَفَةٍ وَلِسَانٍ) أي: للصحيح وهو المنصوص في «الأم» في الشفة

وَذَكَرٍ وَأُنْثَيَيْنِ، وَكَذَا أَلْيَانِ وَشُفْرَانِ، فِي الْأَصَحِّ.

خلافًا للشيخ أبي حامد فيها، ولأبي إسحاق في اللسان، وقال ابن عبد البر: من لم ير في اللسان القصاص وهم مالك، والشَّافِعِي، وأبو حنيفة، وأصحابهم يرون فيه الدية في مال الجاني، أو قال الليث وغيره: في اللسان القصاص في العمد.

قال: **(وَذَكَرٍ وَأُنْثَيَيْنِ)** أي: وجهًا واحدًا.

قال الشَّافِعِي ﵁ في «الأم»: وإن قطع رجل ذكر رجل من أصله فسأل القود؛ قطع له ذكره من أصله، قال: ويقاد من ذكر الرجل إذا قطع ذكر الصبي أو الشيخ الكبير الذي لا يأتي النساء، أو ذكر الخصي ويقطع أنثى الفحل؛ إذا قطع أنثى الخصي الذي لا عسيب له؛ لأن كل ذلك طرف لصاحبه كامل، ويقطع ذكر الأغلف بذكر المختتن، وعكسه.

وأقيد من ذكر الذي ينتشر بذكر الذي لا ينتشر ما لم يكن بذكر المقطوع ذكره نقص من شلل يوبسه، ولا يكون ينقبض ولا ينبسط، أو يكون الذكر مكسورًا إن كان كسر الذكر يمنعه من الانتشار، فإذا كان ذلك؛ لم يقد به ذكر صحيح.

قال: فإن قطع رجل إحدى أنثييه وبقيت الأخرى وسأل القود؛ سألنا أهل العلم فإن قدروا على قطعها بلا ذهاب الأخرى؛ أقيد منه فإن قطعها بجلدها قطعت بجلدها، وإن سلها سلت منه، وإن قطع رجل نصف ذكره؛ قطع له نصف ذكره وقصر، وإن كان يستطاع قطعه بلا تلف، انتهى.وفيه فوائد.

قال: **(وَكَذَا أَلْيَانِ وَشُفْرَانِ فِي الْأَصَحِّ)** أي: عند الأكثرين، والكلام في قدر الشفتين، والشفرين، والأليتين يأتي في «الديات» إن شاء الله تعالى، هذا لفظ «الروضة». وجزم الفوراني في «عمده» بأنه لا قصاص في الأليتين، وجعل الْمُتَوَلِّي الشفرين كاللسان فيقتص منهما على ظاهر المذهب، وقال: إن المذهب أنه لا قصاص في الأليتين، فقال: إذا قطع الأليتين فإن لم يوضح فلا قصاص؛ لتعذر اعتبار المساواة، وإن أوضح العظم فالمذهب أنه لا يجب القصاص؛ لاتصال اللحم بلحم الفخذ والظهر من غير مفصل.

ومن أصحابنا من قال: يجب القصاص؛ لأن الأليتين: هما اللَّحْمَانِ

……

النَّاتِئَانِ بَيْنَ الظَّهْرِ وَالْفَخِذِ، وهو متميز عن غيره، انتهى.

أما الشفران فنص في «الأم» على القود، قال: وسواء في ذلك المخفوضة وغير المخفوضة، والصغيرة والعجوز، والشابة، والرتقاء التي لا تؤتى، والبكر والثيب تؤتى، انتهى.

ثم رأيته قال بعد هذا الموضع بعد تفسيره الأليتين: وإذا كان يقدر على القصاص منهما؛ ففيهما القصاص، فهذا هو المذهب المنصوص أيضًا؛ ولكنه علقه بالإمكان، وسنعيد ـ إن شاء الله ـ المسألة في الديات، وتبين أن المذهب في البعض والكل خلاف ما قاله الْمُتَوَلِّي.

تنبيهات: أحدها: قال في «الروضة» ـ تبعًا لبعض النسخ السقيمة بأصلها ـ: ولا قصاص في «إطار الشفة» بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة: وهو المحيط بها؛ لأنه ليس له حد مقدر، والصواب «إطار السه» وهو الدبر، كذا قاله الإمام إثر قوله: ويجب في الشفرين، ونقل الرَّافِعِي الفصل عنه برمته بحروفه على الصواب.

الثاني: قال في أصل «الروضة»: يجب في قطع الذكر والأليتين وإشلالهما القصاص، ولو قطع إحدى الأنثيين، وقال أهل البصر: يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى اقتص، وحكى الرُّويَانِي أن الماسرجسي قال: يمكن، وإنه وقع في عهده لرجل من أهل «فزارة» انتهى.

والذي في نُسخ كتاب الرَّافِعِي المتبقية إنما هو سلهما وسل أحدهما ـ بالسين المهملة لا بالسين المعجمة ـ وهو الصواب في الحكاية والتصوير والموجود، ويدل على التصحيف أن القاضي أبا الطيب نقل الحكاية عن شيخه أبي الحسن الماسرجسي أنه قال: رأيت رجلًا من «فزارة» له إحدى الأنثيين، وسئل عن ذلك؟ فقال: كنت في خلاء فقعدت في الشمس، فكنت أحك خصيتي إلى أن انشقت، فخرجت إحدى البيضتين وبقيت الأخرى، انتهى.

ذلك في إمكان السل لا الإشلال، وأما كون الرجل فزاري بالزاي، أو

وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ.

بالراء فمحتمل وأمره سهل، وسنذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ أن المذهب أنه لا قود في الإشلال.

فائدة: سكوته عن القصاص في الثدي قد يشعر بأنه لا قود فيه، وهو ما رواه الرَّافِعِي عن «المهذب» في كتاب الديات؛ لأنه لا يمكن رعاية المماثلة فيه، ثم قال: ولك أن تمنع ذلك، وتقول: الثدي هو الشاخص، وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والأليتين ونحوهما، انتهى.

ولم يتذكر ـ رحمه الله ـ أنه قال عقب «باب العفو عن القصاص»: ويقطع الثدي بالثدي، وفيما إذا لم يتدل وجه: أنه لا يقطع؛ لأنه يتميز عن لحم الصدر، انتهى.

قال: (**وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ**) أي: لعدم الوثوق بالمماثلة، هكذا أطلقوه، وقال الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في «الأم»: وإذا كسر الرجل سن الرجل من نصفها؛ سألت أهل العلم فإن قالوا: نقدر على كسرها من نصفها بلا إتلاف لبقيتها ولا صدع؛ أقدته، وإن قالوا: لا نقدر على ذلك؛ لم نقده، وعلى ذلك جرى صاحب «الحاوي» و«المهذب» وغيرهما.

وفي «الصحيحين» من حديث أنس بن مالك، واللفظ للبخاري: أَنَّ الرُّبَيِّعَ - وَهِيَ ابْنَةُ النَّضْرِ- كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جَارِيَةٍ، فَطَلَبُوا الأَرْشَ وَطَلَبُوا الْعَفْوَ، فَأَبَوْا فَأَتَوُا النَّبِي ﷺ فَأَمَرَهُمْ بِالْقِصَاصِ، فَقَالَ أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ ثَنِيَّةُ الرُّبَيِّعِ يَا رَسُولَ اللهِ؟ لَا وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسَرُ ثَنِيَّتُهَا، فَقَالَ: «يَا أَنَسُ كِتَابُ اللهِ الْقِصَاصُ» فَرَضِيَ الْقَوْمُ وَعَفَوْا، فَقَالَ النَّبِي ﷺ: «إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللهِ لَأَبَرَّهُ»(١).

قال صاحب «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: لا يقتص؛ لأن القصاص بالكسر لا يجب باتفاق الأمة، وما ورد في خبر الربيع من الكسر فالمراد به القطع، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَلَهُ قَطْعُ أَقْرَبِ مَفْصِلٍ إِلَى مَوْضِعِ الْكَسْرِ، وَحُكُومَةُ الْبَاقِي.
وَلَوْ أَوْضَحَهُ وَهَشَمَ أَوْضَحَ وَأَخَذَ خَمْسَةَ أَبْعِرَةٍ.
وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَلَ أَوْضَحَ، وَلَهُ عَشَرَةُ أَبْعِرَةٍ.

وفي الكلام نظر من وجهين:

أحدهما: أن فيه الطعن على الشَّافِعِي - ﷺ - بمخالفة الإجماع، على أنه إن ثبت حمل على ما لا يمكن فيه القصاص فقط.

والثاني: أن المصنف قال في «شرح مسلم» في كلامه على هذا الحديث: وجوب القصاص في السن مجمع عليه إذا فعلها، فإن كسر بعضها ففيه، وفي كسر سائر العظام خلاف مشهور للعلماء، والأكثرون على أنه لا قصاص، انتهى.

وربما يذكر زيادة على المسألة.

قال: (**وَلَهُ قَطْعُ أَقْرَبِ مَفْصِلٍ إِلَى مَوْضِعِ الْكَسْرِ، وَحُكُومَةُ الْبَاقِي**) أي: وفاقًا لتعذر القصاص في محل الجناية.

قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: فإن قيل: فأنت تضع له السكين في غير موضعه الذي وضعها به؛ قلت: نعم هي أيسر على المقتص منه من الموضع الذي وضعها به من المقتص له، وفي غير موضع تلف، ولم أتلف بها إلا ما أتلف الجاني عليه بمثله وأكثر منه.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَهُ وَهَشَمَ؛ أَوْضَحَ**) أي: لإمكان القصاص في الموضحة، فأشبه قطع الكف من وسط السَّاعد، فكذا إن نقص في الكف.

قال: (**وَأَخَذَ خَمْسَةَ أَبْعِرَةٍ**)؛ لتعذر القود في الهشم، فأعطي أرش ما بين الهاشمة والموضحة.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَلَ؛ أَوْضَحَ**) لما سبق.

(**وَلَهُ عَشَرَةُ أَبْعِرَةٍ**)؛ للتعذر، وهذا القدر هو أرش ما بين الموضحة والمنقلة.

وَلَوْ قَطَعَهُ مِنَ الْكُوعِ فَلَيْسَ لَهُ الْتِقَاطُ أَصَابِعِهِ، فَإِنْ فَعَلَهُ عُزِّرَ وَلَا غُرْمَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ قَطْعَ الْكَفِّ بَعْدَهُ.

وَلَوْ كَسَرَ عَضُدَهُ وَأَبَانَهُ قُطِعَ مِنَ الْمِرْفَقِ، وَلَهُ حُكُومَةُ الْبَاقِي، فَلَوْ طَلَبَ الْكُوعَ مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَهُ مِنَ الْكُوعِ؛ فَلَيْسَ لَهُ الْتِقَاطُ أَصَابِعِهِ**) لإمكان وضع الحديدة على محل الجناية، ومتى أمكن رعاية المماثلة لا يعدل عنها، والكُوع - بالضم - الذي في مفصل الكف يلي الإبهام، وما قبل الخنصر كرسوع، وسيأتي عن «التتمة» أن المذهب: أن له قطع الأصابع، وهو ظاهر نص «الأم».

قال: (**فَإِنْ فَعَلَهُ؛ عُزِّرَ**) لعدوله عن المستحق.

(**وَلَا غُرْمَ**) لأنه يستحق إتلاف الجملة، فلا يلزمه بإتلاف البعض غرم، كما لو قطع مستحق القصاص في النفس طرف الجاني مثلًا؛ له أن يحز رقبته.

[قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ قَطْعَ الْكَفِّ بَعْدَه**) كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني؛ له أن يعود ويحز رقبته][1].

والثاني: لا؛ لأنه لم يذقه إلا ألمًا واحدًا فلا يذيقه ألمين.

قال: (**وَلَوْ كَسَرَ عَضُدَهُ وَأَبَانَهُ؛ قُطِعَ مِنَ الْمِرْفَقِ**)؛ لأنه أقرب مفصل إلى محل الجناية، (**وَلَهُ حُكُومَةُ الْبَاقِي**)؛ لتعذر القصاص فيه، فإن عفا؛ فله دية اليد وحكومة الساعد، وأجري لما أبانه من العضد.

قال: (**فَلَوْ طَلَبَ الْكُوعَ؛ مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه عاجز عن القطع في محل الجناية، وهو بالعدول إلى الكوع تارك بعض حقه، فلا يمنع منه، وبهذا أجاب أصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«البسيط» هنا، ورجحه صاحب «المهذب» و«الذخائر».

وقال الْمُتَوَلِّي: إنه المذهب.

والثاني: لا؛ لعدوله عما هو أقرب إلى محل الجناية، وكلام «الشرح

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٣٩١).

الكبير» يقتضي ترجيحه، حيث نقل ترجيح الأول من «التهذيب» فقط.

وأن إيراد الرُّويَانِي وغيره يشعر بترجيح المنع ولا جزم يجزم بترجيح المنع، وفي «الشرح الصغير» من هؤلاء متن قيده بما إذا طلب معه حكومة الساعد، وتضمن كلام «البسيط» في الديات الجزم به، وأحسبه قول الجمهور، وهذا كله مع جناية المجني عليه، وعدم السراية إلى النفس، أما لو سرت الجناية إلى النفس؛ فللولي أن يطلب أن يفعل به كما فعل على المذهب.

قال في «الأم» هنا: لو قطع يده من نصف الذراع فمات لم أمنعه من ذلك؛ لأنه يقتل مكانه، وإنما أمنعه إذا كان جرحًا لا يقتل به.

فروع: قال في أصل «الروضة» في صورة الكتاب: ولو أراد لقط الأصابع؛ لم يمكن قطعًا، ولو أراد أخذ إصبع واحدة؛ فالقياس: أنه على الوجهين في قطع الكوع، انتهى.

وقال في «الوسيط»: بلا خلاف أنه لو ترك إلى لقط الأصابع لم يمكن وفيه قصد؛ بل محل الجراحة، وقال الفوراني في «العمد»: لو قال أنا ألقط أصابعه، أو إصبعًا واحدًا؛ فلا، انتهى.

وقال الْمُتَوَلي: لو قطع يده من نصف الكف فأراد قطع الأنامل أو قطع اليد من نصف الساعد، فأراد المجني عليه أن يقطع الأصابع، أو كان قد قطع من نصف العضد، فأراد المجني عليه أن يقطع الأصابع، أو كان قد قطع من نصف العضد، فأراد المجني عليه أن يقطعه من الكوع، أو الأصابع، أو الأنامل؛ فالمذهب أن له ذلك؛ لأنا تركنا محل الحق لتعذر اعتبار المماثلة فيه، والذي يريد قطعه هو دون حقه، وأخف في الألم من المفصل الذي هو فوقه، وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز له ذلك، هذا لفظه.

واستغربت ما ذكره في «الغنية» وقلت: إن دعواه أن لقط الأصابع أهون؛ ممنوع بل هو أشق لما فيه من تعدد الجراحات، وتوالي الآلام والأسقام، وهو عظيم الموقع، وقد يوافق ما ذكره قول الدارمي، ولو قطع كفه، فأراد قطع

....

أصابعه، وأرش الكف؛ فليس له ذلك، وإن لم يرد شيئًا فله، انتهى. ثم ظهر لي أن ما ذكره الْمُتَوَلِّي هو المذهب والمنصوص كما سيأتي.

قال في «أصل الروضة»: لو قطعه من الكوع، فأراد المجني عليه أن يلقط أصابعه؛ فليس له ذلك، فلو بادر وفعله، عُزّر ولا غرم عليه.

قال: قال الْبَغَوِي: وهل له أن يعود ويقطع الكف؟ وجهان: أصحهما: نعم، كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني له أن يعود ويحز رقبته، ولو قطع يده من المرفق، فأراد أن يقطع فمن محل الجناية المقدور عليه.

وقيل: إن رضي بذلك بلا مال جاز، والصحيح الأول، فلو خالفنا وقطع من الكوع؛ عزر ولا غرم، ولو أراد بعد ذلك أن يقطع من المرفق، قال الإمام: لا يمكنه، وجعله الْبَغَوِي على وجهين، ولو طلب حكومة الساعد لم يثبتها له، نقله الإمام عن الأصحاب، وكذا الْبَغَوِي، ثم قال: وعندي أنها تثبت، انتهى.

والظاهر أن هذا له كله فيه خراساني، وأن المذهب ما في «التتمة» والدارمي، وأحسبه قول العراقيين قاطبة، ومن منع منهم في صورة الكتاب ونحوه كصاحب «الشامل» وغيره قيد المنع بما إذا طلب مع ذلك أرش الساعد، وإنما قلت ذلك؛ لأن الشَّافِعِي ﷺ قال في «الأم» في باب علل القود: وإذا قطع الرجل يد الرجل والمقطوعة يده نضو الخلق ضعيف الأصابع قصيرها أو قبيحها أو معيب بعضها عيبًا ليس بشلل، والقاطع تام اليد والأصابع حسنها؛ قطعت بها، وكذلك لو كان المقطوع هو التام اليد والقاطع هو الناقصها؛ كانت له لا فضل بينهما في القصاص.

قال: وإذا قطع الرجل يد الرجل وفيها إصبع شلاء أو مقطوعة أنملة والقاطع تام الأصابع؛ لم يقد منه للمقطوع لنقص يده عن يده، ولو قال: اقطعوا لي من أصابعه بقدر أصابعي وأبطل حقي في الكف قطع له ذلك؛ لأنه أهون من قطع الكف كلها، هذا نصه بحروفه، وإنما سقت كلامه جميعه؛ لئلا

وَلَوْ أَوْضَحَهُ فَذَهَبَ ضَوْءُهُ أَوْضَحَهُ فَإِنْ ذَهَبَ الضَّوْءُ وَإِلَّا أَذْهَبَهُ بِأَخَفِّ مُمْكِنٍ كَتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مُحْمَاةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ.

وَلَوْ لَطَمَهُ لَطْمَةً تُذْهِبُ ضَوْءَهُ غَالِبًا فَذَهَبَ لَطَمَهُ مِثْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ أُذْهِبَ.

وَالسَّمْعُ كَالْبَصَرِ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِ بِالسِّرَايَةِ.

يظن أن قوله: «وإن قال اقطعوا من أصابعه» خاص بالصورة الأخرى، ولا أحسبه كذلك لما علل به؛ إذ قطع التامة بما فيها إصبع مثلًا أو ناقصة أنملة لا سبيل إليه، وظني أنه ذكر في موضع آخر ما يوافق ذلك، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَهُ فَذَهَبَ ضَوْءُهُ**) أي: ضوء عينيه.

(**أَوْضَحَهُ، فَإِنْ ذَهَبَ الضَّوْءُ**) أي: فذاك.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يذهب الضوء بذلك.

(**أَذْهَبَهُ بِأَخَفِّ مُمْكِنٍ كَتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مُحْمَاةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ**) أي: أو طرح كافور ونحوه فيها.

وقال الْمُتَوَلِّي وغيره: وإذا أوجبنا القصاص في مجرد الضوء، وهو المذهب المنصوص فإنما يبيح الاستيفاء؛ إذا كان يمكن تفويته من غير تفويت الحدقة، فإن لم يمكن ذلك بتفويتها لم يجز، وما قالوه متعين أن قد تكون عين الجاني ضعيفة أو مريضة، ويقول أهل البصر: إن فعل بها ذلك انفقأت الحدقة.

قال: (**وَلَوْ لَطَمَهُ لَطْمَةً تُذْهِبُ ضَوْءَهُ غَالِبًا فَذَهَبَ؛ لَطَمَهُ مِثْلَهَا**) عبارة «المحرر»: تذهب الضوء غالبًا لطم مثلها، وهي أجود.

(**فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ**) أي: باللطمة.

(**أُذْهِبَ**) أي: بالمعالجة كما سبق بما فيه، ولو كانت اللطمة لا يذهب الضوء بمثلها لم تلطم، ووجب دية شبه العمد في العين.

قال: (**وَالسَّمْعُ كَالْبَصَرِ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِ بِالسِّرَايَةِ**) لأن له محلًا مضبوطًا، اعلم أن إلحاق السمع بالبصر نقله الإمام عن الأصحاب.

وقال في أصل «الروضة»: هذا ما صححه الإمام نقلًا، ومعنى لفظ

....

الرَّافِعِي فيما رأيته رواية ونقلًا، ولعله كتب رواية ـ بالدال ـ فحرفت، والذي أورده الجماهير ونص عليه الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ المنع، بخلاف البصر، ولم أر إلحاق السمع به بعد الكشف التام إلا في «فروع ابن الْقَطَّان» حيث قال فيه: وفي الشم أنه ينظر إلى أهل الخبرة، فيمكننا تأوله من غير أن نمنع جناية على غيره، واقتصصنا منه.

ثم نقل الرَّافِعِي بعد ما قدمه عن رواية الإمام عن صاحب «المهذب»: أنه لو جنا على رأسه فذهب عقله، أو على أنفه فذهب شمه، أو على أذنه فذهب سمعه؛ لم يجب القصاص في العقل والسمع والشم؛ لأن هذه المعاني في غير محل الجناية، فلا يمكن القصاص فيها، قال الرَّافِعِي: وهذا القدر من التوجيه مشكل لمسألة الضوء، انتهى.

وما ذكره في «المهذب» هو المذهب المنصوص في السمع، وعليه جرى العراقيون وغيرهم، قال الشيخ أبو محمد في «مختصره» ومن تبعه كصاحب «المعتبر»: إن القود بسبب السراية لا يجب سوى العين؛ لأن تفويتها بالسراية بما يقصد، وأيضًا فالبصر ألطف المعاني وأحراها، بأن تؤثر النكايات فيه، كما قاله الإمام كما سيأتي.

وممن جزم بالمنع في السمع الْبَنْدَنِيجِي حيث قال: كل جناية سرت إلى ما دون النفس فلا قصاص فيها إلا في مسألة العين.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا قاله القاضي الحسين، وبه أجاب الجرجاني في «التحرير» و«الشافي» قال: لأنه لا يمكن القصد في إقراره بالاستيفاء، وقد نص الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الأم» على القود في ذهاب ضوء العين باللطمة، ثم قال في كلامه على السمع: ولا قود في ذهاب السمع؛ لأنه لا يوصل إلى القود فيه، فإذا ضرب الرجل الرجل، فقال: قد صممت، وذكر ما سيأتي في الديات من أصحابه، هذا هو المذهب.

وقد تصفحت ما رأيته من كتب الطريقين على كثرتها فرأيتها مقتصرة هنا

وَكَذَا الْبَطْشُ وَالذَّوْقُ وَالشَّمُّ فِي الْأَصَحِّ.

على ذكر البصر، وخرَّج النص وما ذكرناه بالفرق بينه وبين السمع، وقوة كلام الجميع في الديات تقتضي أن الواجب فيه الدية دون القصاص، وبه صرح **الْمَاوَرْدِي** هناك فقال: إذا جنا عليه فأذهب سمعه، إما بفعل باشره بنفسه أو غيره، ولم يرج عوده حكم بالدية دون القصاص؛ لتعذر استيفائه.

وأعجب من قول الغزالي وإمامه: إن الأصحاب ألحقوا بالضوء السمع، وتبعهما **الرَّافِعِي** وغيره مع ما سبق عن النص والأصحاب، وأحسب الإمام رأى ذلك في كلام صاحب «التقريب» أو الصيدلاني، ولم ينظر في المسألة مع موافقته لما رآه من أن القياس إلحاق السراية إلى الأطراف، واللطمات كسراية الجراح إلى النفوس، فظنه محل وفاق في السمع، أو المذهب الظاهر، ويدرك ذلك بمراجعة كلامه هنا.

وفي جمل «العمد»: وأما **الرَّافِعِي** فلم يعرج على غير كلام الإمام وإلا ما حكاه عن «المهذب» وكأنه رآه كالمنفرد بذلك لما نقله الإمام، على أني لا أنكر اتجاه ذلك من حيث النظر والقياس؛ إذا وثق أهل البصر بذلك وغيره مما سيأتي؛ ولكن المذهب نقل كما قاله الإمام مرات.

قال: (**وَكَذَا الْبَطْشُ وَالذَّوْقُ وَالشَّمُّ فِي الْأَصَحِّ**) قال الإمام **الرَّافِعِي** بعد ذكره ما تقدم عن رواية الإمام: إن السمع والبصر، وحكى فيما إذا بطل بطش عضو بالسراية ترددًا عن الأصحاب: منهم من ألحقه بلفظي السمع والبصر، وبه قال صاحب «التقريب» ومنهم من رأى البطش غير الإزالة، وإليه مثل الشيخ أبو محمد وفي العقل أيضًا؛ لبعده عن التناول بالسراية، وإن كان من «اللطائف».

قال: ولا يبعد أن يلحق الكلام بالبصر، ورتبها فجعل السمع والبصر في درجة، ويليهما الكلام، ويليه البطش، ويليه العقل، ثم ذكر ما سبق عن «المهذب» واستشكاله عليه.

قال: على أن الأقرب في العقل منع القصاص؛ لأنه لا يوثق بالعاجلة بما يزيله، ويشبه أن يرجح في النفس والشم الوجوب، وفي معناهما الذوق؛ لأن

....

لها محال مضبوطة، وعند أهل الخبرة طرق في إبطالها، انتهى كلامه بحروفه.

وذكر في «المجرد»: والأشبه أن البطش والذوق والشم كذلك أي: كالبصر والسمع؛ إذا علمت هذا فاعلم أن الإمام نقل التردد في البطش عن والده فلا ترجيح، وأشار إلى الفرق بينه وبين البصر بأن البصر ألطف المعاني، وأحراها بأن تؤثر النكايات فيه، ولم يصرح هو، ولا الْغَزَالِي في البطش بترجيح الرَّافِعِي أي: أن الأشبه الوجوب.

وفي «التتمة» عن القاضي الحسين: أنه لو ضرب فشلت أن البطش في اليد كالضوء في العين، وإذا أمكن مقابلته على فعله فيقر بالبطش، وفي «تعليق الْبَغَوِي»: ولو أنه ضرب ذكره حتى أشله؛ فإنه يقتص منه إن أمكن ذلك، ويجب كمال الدية، كما لو ضرب على لسانه فأذهب نطقه، أو على يده فأشلها، انتهى.

وهذا يعقد ترجيح الرَّافِعِي: إن سلم أن سراية الجناية إلى الشلل بالجناية على العضو نفسه؛ لكن نص الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم» في مواضع يقتضي أنه لو ضرب على يده ونحوها فأشلها أنه لا يجب القصاص؛ بل الواجب الدية، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وغيره من العراقيين وغيرهم، ومنهم الْبَغَوِي في «التهذيب» وهو قضية ما سبق عن الْبَنْدَنِيجِي، والجرجاني وغيرهما في السراية، وقد صرح الرَّافِعِي والمصنف قبل ما ذكرناه في البطش وغيره من الترجيح بأنه المذهب المنصوص.

وعبارة الرَّافِعِي: ظاهر المذهب: أنه لو قطع إصبعه فسرى إلى الكف أو إصبع أخرى فتأكّل، أو شل؛ أنه لا يجب القصاص في محل السراية خلاف ما نص عليه في ضوء العين، وقيل: فيهما قولان.

قال في «أصل الروضة»: والفرق أن الضوء ونحوه من «اللطائف» زيادة له أدرجها في كلام الرَّافِعِي، وهي غير صحيحة؛ فاعلم.

وقصة ذلك أن زوال البطش بالسراية لا يقاد به عن النص، وظاهر

وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَتَأَكَّلَ غَيْرُهَا فَلَا قِصَاصَ فِي الْمُتَأَكِّلِ].

المذهب، والاضطراب يتولد من الجمع بين الطرق المختلفة بل السابقة.

واعلم أيضًا أن كلام الإمام في أول الباب في الكلام على هذا العمد يقتضي أن الأصحاب إنما ألحقوا بالسراية الروح، والسراية إلى البصر فقط، حيث قال: والذي أطلقه الأصحاب أن جز الأعضاء لا يقصد بالتآكل، والروح تقصد بسراية الجراحات، والتحق ضوء الناظر بالروح لما لطف، ثم قال من عند نفسه: ولا نوافق الأصل الذي مهدناه، وأوردنا تنزيل المسائل عليه ـ يعني: في إزهاق النفس بالسراية ـ إلا إيجاب القصاص تحتمًا، وإلحاقًا كما سبق في كلامه.

وقضية كلام الْبَنْدَنِيجِي السالف وغيره الجزم بالمنع فيه، وأما الشم فلم أر من صرح بالقود فيه إلا ابن الصباغ، وصرح الْبَنْدَنِيجِي، وصاحب «المهذب» و«الانتصار» والجرجاني في «كفايته» بالمنع فيه.

وكلام القاضي الحسين كما قال ابن الرِّفْعَة: يوافقه، ولا أنكر اتجاه ما ذكره الرَّافِعِي وتضمنه بحث الإمام، إذا قال أهل البصر: إن ذلك يمكن إزالته من غير جناية على غيره، وجزموا بذلك، وإنما البيان في الإمكان والبصر، وكلام الْمَاوَرْدِي وغيره يقتضي عدم إمكانه، والشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في الأمور المجملة للإمكان يحيل على أهل البصر حتى في كسر السن، كما سبق عنه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَتَأَكَّلَ غَيْرُهَا؛ فَلَا قِصَاصَ فِي الْمُتَأَكِّلِ**) أي: على المذهب، وكذلك لو شل غيرها كما سبق عن الرَّافِعِي أنه ظاهر المذهب لعدم تحقق العمدية، وقيل: قولان، والمنصوص عن أبي إسحق تخريج قول من نصه على أن سراية الأجسام لا تضمن بالقصاص في الضوء، ومنع من التجريح في الأجسام من ذهاب الضوء، ذكرها الرَّافِعِي طريقة ثالثة، وأغفلتها «الروضة».

فرع: ذكر الرَّافِعِي النص في اللطمة تذهب الضوء أنه يلطم مثل تلك اللطمة، ثم قال: ونسب الشيخ أبو إسحاق الشيرازي هذا المنقول عن النص

باب: كَيْفِيَّةِ الْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالاخْتِلافُ فِيهِ

قال المصنف: [لَا تُقْطَعُ يَسَارٌ بِيَمِينٍ، ....

إلى بعض الأصحاب، قال: ويحتمل ألا يقتص باللطمة كما لا يقتص بالهاشمة؛ لأنه لا قصاص في اللطمة لو انفردت كالهاشمة، واحتج بأثر عن علي ﷺ وهذا حسن، وقد أقامه صاحب «التهذيب» وجهًا، وحكم بأنه الأصح، انتهى.

وهذا من الْبَغَوِي عُدَّ لاحتمالات أبي إسحاق وجهًا كما يصنع الْمُتَوَلِّي في احتمالات ابن الصباغ وهو صحيح، وإن ذكر ابن أبي الدم وغيره ما يخالفه، ولم يرد الشَّافِعِي، والأصحاب فيما أراه باللطمة إيجاب القصاص منها، وجعلوا ذلك طريقًا من طرق إذهاب البصر، وبدا رأيه سلوكًا للطريق التي سلكها الجاني لا يتخذها حتى لو كان اللطم لا يتولد منه إذهاب بصر الجاني فلا يفعل، وسلك غيره من الطرق كما سبق.

فائدة: في «فروع ابن القطان»: إذا جنا على عضو عينه فاقتصصنا، فعاد ضوء عين الجاني، قال الشَّافِعِي - ﷺ - نصًا: يعتدي عليه أبدًا حتى يذهب ذهابًا لا يعود، كما ذهبت عين صاحبنا.

ولو اقتصصنا فلم يعد ضوء عين الجاني، وعاد ضوء عين المجني عليه بعد أن اقتدنا من الجاني؛ قال الشَّافِعِي - ﷺ - نصًا: إن للجاني الدية في ضوء عينه؛ لأننا علمنا أنا اقتصصنا من عين لم يجب فيها قصاص، وعلى من تكون الدية؟ يحتمل أن تكون في بيت المال، ويحتمل أن تكون على عاقلة الإمام، انتهى، وبالله التوفيق.

قال الشارح: قال: (باب: كَيْفِيَّةِ الْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالِاخْتِلَافُ فِيهِ) أي: والعفو عنه كما ختم به الباب.

قال - ﷺ -: (لَا تُقْطَعُ يَسَارٌ بِيَمِينٍ) أي: لا تؤخذ يسار بيمين سواء في ذلك اليد، والرجل، والعين، والجفن، والأذن، والمنخر، والخصية، والشفر، والألية وغيرها؛ إذ القصاص يكون في محل الجناية، والقصد منه

وَلَا شَفَةٌ سُفْلَى بِعُلْيَا وَعَكْسُهُ، وَلَا أُنْمُلَةٌ بِأُخْرَى، وَلَا زَائِدٌ بِزَائِدٍ فِي مَحَلٍّ آخَرَ.

المساواة، ولا مساواة بين اليمين واليسار، وكان الأحسن أن يقول: لا تقاد، أو لا تؤخذ يسار بيمين، وعكسه كما ذكره من بعد، وعلم من هذا أنه لا يؤخذ عضو بغير جنسه ضرورة، ولا فرق في المنع من ذلك بين الراضي وعدمه.

قال: (**وَلَا شَفَةٌ سُفْلَى بِعُلْيَا وَعَكْسُهُ**) أي: في جميع ما قدمه؛ لاختلاف المانع، واختلاف تأثير المحال بالجراحات، واكتفى بما ذكره عن زيادة «المحرر»: ولا السبابة بالوسطى، ولا العكس.

قال: (**وَلَا أُنْمُلَةٌ بِأُخْرَى**) أي: من تلك الإصبع، واعلم إنما تنقطع أنملة بمثلها إذا استويا في أصل الخلقة، فلو خلق لإصبع أصلية أربع أنامل، وكانت أصلية عند أهل البصر فقطع صاحبها أنملة المعتدل قطعت فيها أنملة، فلزما بين الربع والثلث من دية إصبع؛ وهو خمسة أسداس بعير.

ولو قطع معتدل منها أنملة لم تقطع أنملة واحد وبه ربع إصبع، وإن قطع منها ثنتين؛ قطع منه واحدة وأخذ منه بعير وثلثان، وإن قطع ثلاثة؛ قطع منه ثنتان وأغرم خمسة أسداس بعير، وتقطع إصبعه بتلك الإصبع، وكذا بالعكس على الأصح.

وإن كانت ذات الأربع خارجة عن أصل الخلقة فقطع صاحبها إصبع معتدل؛ لم يقطع إصبعه بها بخلاف العكس، ولو قطع المعتدل منها أنملة؛ لزمه حكومة فقط، أو ثنتين؛ قطع له أنملة ولزمه حكومة الزيادة، وإن قطع ثلاث؛ قطع له ثنتان وأخذ حكومة.

قال: (**وَلَا زَائِدٌ بِزَائِدٍ فِي مَحَلٍّ آخَرَ**) كما في الأصل وعبارته أحسن من قول«المحرر»: ولا إصبع زائدة إلى آخر؛ لشمول عبارة «المنهاج» للأصابع وغيرها، نعم، كلامهما أنه تقطع الإصبع الزائدة بالزائدة عند اتحاد المحل، وهو كذلك إلا ما سيأتي فيما إذا تفاوتا؛ ولكنهم استثنوا ما نص عليه الشَّافِعِي - ﷺ -: أنه لو كانت زائدة الجاني أتم بأن كان لها ثلاثة مفاصل، ولزائدة المجني عليه مفصلان لم يقطع؛ لأن هذا أعظم من تفاوت المحل.

وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ كِبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةِ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ، ....

قال: (**وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ كِبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةِ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ**) أي: وغير ذلك من صفات الكمال كما لا تعتبر مماثلة النفوس فيما ذكره؛ لأنه يأذن فيها ويؤدي ذلك إلى سقوط معنى القصاص وفائدته، نعم لو كان النقص بجناية؛ بأن ضرب رجل يده فنقص بطشها وألزمناه الحكومة، ثم قطعها كامل البطش؛ فقد ذكر الإمام هنا: أنه لا قصاص، وأنه لا تجب دية كاملة على الأصح.

وكذلك قال الْغَزَالِي في «البسيط»: فإن قيل: إذا كان النقصان بآفة سماوية لا يمنع، فما قولكم إذا كان النقص بجناية وأخذ أرشها؟

قلنا: تشبث الشيخ أبو محمد بمنع القصاص، وإن كان بآفةٍ سماوية، وهو بعيد، والوجه القطع بالقصاص، إلا إذا كان بجناية فيقطع بانتفاء القصاص، انتهى.

وليس كما ظنه ـ ﷺ ـ ولا شك أن أخذ الأرش ليس بشرط، وسكت الرَّافِعِي، والمصنف على ما قاله الإمام هنا.

واستدل له الإمام بما سبق في مسألة المريض الذي بلغ الموت زمن بلغته الجناية، وكلامه في الديات يقتضي أن المنقول خلاف ما ذكره هنا، فإنه يجب القصاص ويكمل الدية، فإنه حكى عن الأصحاب فيما لو جني على سن جناية تنقص منفعتها واقتضى الحال وجوب حكومة عليه، ثم جنا عليها آخر؛ لزم الثاني الأرش كاملًا، ولزمه القصاص، وكذلك اليد، ثم استشكله بأن مات فبان مضمون، فإذا ألزمنا الثاني تمام الأرش أدى إلى تضعيف الضمان في القدر الذي ضمنه الأول، وأجاب عنه بأن الحكومة لا تجب في مقابلة مقدار من المنفعة على التحقيق، انتهى.

فإن بان أن المنقول عن الأصحاب في المسألة وجوب القصاص والأرش كاملًا، بخلاف ما قاله هو والْغَزَالِي هنا، وأقره الشيخان، وكلامهما هناك يقتضي أن المذهب ما نقله عن الأصحاب، وأن الْمُتَوَلِي فرق بين النقص بالجناية والآفة، وغالب ظني أنه أخذه من كلام الإمام هنا؛ لكن الشيخان ذكرا

وَكَذَا زَائِدٌ فِي الْأَصَحِّ.

ذلك في الأرش، والظاهر أن حكم القصاص حكمه.

ويوضح ذلك أن الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ قال في «الأم» في أبواب القود قبل كتاب الديات: وإذا أصيبت الأصابع فكانت عوجاء أو الكف وكانت عوجاء وأصابعها تنقبض وتنبسط؛ ففيها حكومة، وإن جنا عليها بعدما أصيبت ففيها دية تامة، وهكذا إن رضخت الأصابع فجبرت تنقبض وتنبسط غير أن أثر الرضخ فيها كالحفر ففيها حكومة، ويزاد فيها بقدر الشين والألم، وإن جنا عليها بعد فأصيبت؛ ففيها ديتها تامة وسواء يد الرجل التامة الباطشة القوية ويد الرجل الضعيفة القبيحة المكروهة الأطراف؛ إذا كانت الأصابع سالمة من الشلل وسواء الكف المتعجزة من خلقتها أو المتعجزة من مصيبة بها والأصابع إذا سلمت من اليبس لم ينقص أرشها الشين، انتهى.

وإنما خص الدية بالذكر؛ ليبين أن أخذ الحكومة أو وجوبها بجناية سابقة لا تؤثر في وجوب الدية التامة.

وقال الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الْبُوَيْطِي»: إذا ضرب رجل من رجل فاسودت؛ ففيها حكومة، فإذا أصابها رجل ففيها الدية كاملة، كما يضرب الرجل كف الرجل فيصيبها بسواد أو غيره فيكون له حكومة، فإن قطعها رجل بعد ذلك؛ ففيها الدية، انتهى.

وكلام الإمام في الديات يشعر بأن ما سلف من الوجهين عنه في نقصان الأرش احتمالان له لا عن الأصحاب.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه لو كان ناقص البصر، فجنا عليه رجل عمدًا فأذهب باقي بصره؛ نظر فإن كان قلة البصر حصلت بجناية عليه حكمنا على الجاني الثاني بمقدار أرش الدية حيث لا قصاص، وإن كان نقص البصر خلقة، ولم ينقص من نفس العين شيء؛ ففيه القود أو الدية إن كان خطأ، انتهى. وهذا يؤيد الفرق بين الحالين.

قال: (وَكَذَا زَائِدٌ فِي الْأَصَحِّ) قال الرَّافِعِي: وأما الأعضاء الزائدة

....

كالإصبع والسن فأطلق مطلقون: فيه وجهان:

أحدهما: لا يؤثر كالأصلية.

والثاني: يؤثر؛ لأنه ليس لها اسم مخصوص حتى يُكتفى بالاتفاق في الاسم، وإذا حصل التفاوت في الحجم مؤثرًا، فإن كانت زائدة الجاني أكثر؛ لم يقتص منه، أو بالعكس اقتص منه وأخذت حكومة بقدر النقصان.

ومنهم من خصص ذكر الخلاف بالسن وسكت عن الإصبع، ثم الوجهان فيما رأى الإمام مخصوصان بما إذا لم يؤثر تفاوت الحجم في الحكومة، فإن أثر اختلفت نسبتهما إلى الجملة، وذلك فيما يمنع القصاص، وحيث جرى الوجهان فالأظهر أنه لا أثر لتفاوت الحجم، كذلك ذكره الرُّويَانِي، وصاحب «العدة» وغيرهما، انتهى.

وعلى ما رآه الإمام جرى في «البسيط» ورآه مقطوعًا به، قال: ويرد اختلاف الأصحاب إلى اختلاف الصغير والكبير مع التساوي في الحكومة، انتهى.

وفي «البيان»: أنه لو قلع سنًا زائدة وله مثلها في ذلك الموضع إلا أنها أكبر من سن المجني عليه فوجهان:

أحدهما: وهو قول أكثر أصحابنا لا قصاص؛ لأنه إنما يجب في العضو الزائد بالاجتهاد، فإذا كانت من الجاني أزيد؛ كانت حكومتها أكثر فلا يجب قلعها بالتي هي أنقص منها، بخلاف الأصلية فإن القصاص يثبت فيها بالنص، فلا يعتبر التساوي فيها.

والثاني: عن الشيخ أبي حامد واختاره ابن الصباغ أنه يجب فيها القصاص كالأصلية، والأول هو المنصوص، انتهى.

فإذن هو المذهب لا ما رجحاه، والظاهر أن العضو كالسن وهو قصة نص «الأم» أو نصه، حيث قال: وإن قلع رجل لرجل سنًا زائدة أو قطع له أصبعًا زائدة أو كانت له زنمة تحت أذنه زائدة فقطعها رجل فسأل القود؛ فلا قود وفيها حكومة، وإن كان للقاطع في موضع من هذا مثله؛ ففيه القود سنًا

وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ الْمُوضِحَةِ طُولًا وَعَرْضًا.

كان أو غير سن، أو أصبع أو زنمة، قال: ولو كان الإصبع المقطوع فلا قود؛ لأنها أكثر من إصبع المقطوع انتهى، وفيه فوائد.

قال: (وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ الْمُوضِحَةِ طُولًا وَعَرْضًا) أي: فلا تقابل ضيقة بواسعة، ولا يقنع بضيقة عن واسعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] والقصاص المماثلة، ولا يمكن هنا إلا بالمساحة، فتذرع موضحة المشجوج بخشبة، أو خيط، ويحلق ذلك الموضع من رأس الشاج إن كان عليه شعر، ويخط عليه بسواد، أو حمرة، ويضبط الشاج حتى لا يضطرب، ويوضح بحديدة حادة كالموسى، ولا يوضح بسيف، وإن أوضح به؛ لأنه لا تؤمن الزيادة، وكذا لو أوضح بحجر، أو خشبة يوضح بالحديدة، ثم يفعل ما هو أسهل عليه من الشق دفعة واحدة، والشق شيئًا فشيئًا، ويدقق في موضع العلامة، هذا ما أورده الرَّافِعِي ووراؤه أمور وفوائد:

منها: قضية إطلاق جماعة أنه يقاد من الجاني وإن كان برأسه شعر ولا شعر برأس المشجوج، وكذا أطلق في «المختصر» وفي «الأم» هنا، وكذلك قال الْمَاوَرْدِي: ويحلق رأس الشاج؛ سواء كان للمشجوج شعر أو محلوق؛ لكنه صرح في «الأم» بعد ذلك: بأنه إذا لم يكن للمشجوج شعر، وللجاني شعر غير خفيف؛ لم يكن من القصاص، وجرى عليه المعظم بترك إطلاق «المختصر» و«الأم» السابق.

وقال في أصل «الروضة»: ما ذكرنا أنه يحلق شعر رأس الشاج عند الاقتصاص مفروض فيما إذا كان لكل منهما شعر، فإن لم يكن للشاج شعر فلا حلق، وإن لم يكن على رأس المشجوج شعر وكان على رأس الشاج شعر؛ لم يمكن من القصاص لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه نص عليه في «الأم» ولا يضر التفاوت في خفة الشعر وكثافته، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن ظاهر نص «المختصر» يدل على ما قاله الْمَاوَرْدِي، وطريق الجمع بين النصين أن يحمل نص «الأم» على ما إذا كان عدم الشعر برأس المشجوج لفساد منبته، والآخر على ما إذا لم يكن كذلك؛ بل كان

محلوقًا، انتهى. وقد يؤيد جميعه قوله في «الأم»: وإن كان المشجوج أسلخ القرن، والله أعلم.

ومنها: قال صاحب «المعتمد» ومن «الأم» أخذه: إذا كانت الموضحة على غير رأس، وثم شعر خفيف؛ استحب حلقه، وإن كثر؛ وجب حلقه، انتهى.

فاقتضى إيجاب حلق رأسه عند كثرة الشعر، والمراد: أنه يجب على الإمام، أو الحاكم، أو الجلاد أن يفعل ذلك.

وعبارة «التتمة»: فإن كان على رأس الشاج شعر فيحلق ليتبين البشرة فيسهل استيفاء القدر المستحق ويبعد عن الغلط، فإن ترك الحلق فقد أساء، انتهى. والتوجيه يشعر بأنه لو كان الواجب استيعاب رأسه أنه يجب الحلق.

ومنها: قال في «الأم»: وينبغي للحاكم أن يعرف موضع رجل مأمون على القود وإذا أمره به أحضر عدلين عاقلين فأمرهما أن يتعاهدا حديدة ولا يستقيد إلا وحديده حديد مسقى؛ لئلا يعذب المستقاد منه، وينبغي للحاكم أن يأمر المستقيد أن يختم على حديده؛ لئلا يحتال فيسم فيقتل المستقاد منه أو يزمنه، وكذلك لا ينبغي أن يكون بحديده علة من ثلم ولا وهن فيبطئ في رأس ولا وجه حتى يكون عليه عذابًا.

ثم ذكر خلاف الشعر الوجه والرأس ولا يبعد في القياس أن يفعل به كما فعل، أو بالحديدة التي جنا بها؛ إذا وجدت مثلها إذا أمن التلف تحقيقًا للماثلة وسيأتي ما يؤيده.

ومنها: قال الرَّافِعِي، والْبَغَوِي: ويضبط الشاج، زاد الْبَغَوِي وغيره: كما يضبط عند الختان، لا يضطرب، وعبارة «التتمة»: إذا أراد الاستيفاء فعليه أن يربط على خشبة أو غيرها بحيث لا يمكن الاضطراب حالة الاستيفاء، وظاهره وجوب ربطه وليس ضبط المختون كذلك.

ومنها: سبق أنه إذا أوضحه بحجر، أو خشبة أنه يوضح بحديدة، قاله

وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ غِلَظِ لَحْمٍ وَجِلْدٍ.

وَلَوْ أَوْضَحَ كُلَّ رَأْسِهِ، وَرَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرُ اسْتَوْعَبْنَاهُ وَلَا نُتَمِّمُهُ مِنَ الْوَجْهِ وَالْقَفَا، بَلْ يُؤْخَذُ قِسْطُ الْبَاقِي مِنْ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ لَوْ وُزِّعَ عَلَى جَمِيعِهَا.

الْقَفَّال وغيره، وعليه جرى الْمُتَوَلي، وإبراهيم المروزي، واقتضاه إطلاق «التهذيب» وأن الرُّويَاني تردد فيه.

ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي على المختصر»: ولو أوضح بحجر، أو خشبة، قال القاضي حسين: إن أمكن أن يوضح بمثله من غير هشم فعل، انتهى، ولم يذكر غيره.

قال: (وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ غِلَظِ لَحْمٍ وَجِلْدٍ) أي: على الصحيح، أو الصواب كما تقطع اليد الكبيرة، والسمينة بضدها، ويعتبر التساوي في الاسم دون الحجم، وعن أبي إسحاق يعتبر التساوي في العتق، وحمله الأئمة على سهو ناقله عنه؛ لأنه يؤدي إلى سد الباب.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ كُلَّ رَأْسِهِ، وَرَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرُ اسْتَوْعَبْنَاه) أي: ولا يُكتفى به بخلاف اليد ونحوها، وفرق بأن التفاوت بين اليدين على تجرده ليس يد بخلاف مسألتنا، وأيضًا فالمراعى اسم اليد، والمعتبر هنا المساحة، ألا ترى أن يد الجاني لو كانت أكبر قطعت، وإن كان رأسه أكبر لا يستوعب بلا خلاف.

قال: (وَلَا نُتَمِّمُهُ مِنَ الْوَجْهِ وَالْقَفَا) لأنهما غير محل الجناية، وتبديل المحل غير جائز، ولو أوضح رأسه وجبينه كان موضحتان.

إشارة: كان الأخصر الأسهل أن يقال: «ولا نتمه من غيره» ولا خفاء أن رأسه إذا كان بقدر رأس المشجوج أنه يستوعب لا غير.

قال: (بَلْ يُؤْخَذُ قِسْطُ الْبَاقِي مِنْ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ لَوْ وُزِّعَ عَلَى جَمِيعِهَا) أي: لتعينه طريقًا، فلو كان المستوفي بإيضاح جميع رأسه قدر النصف مثلًا؛ أخذ نصف الأرش، وهكذا لو قطع ناقص إصبع يدًا كاملة الأصابع، قطعت يده، ولزمه أرش الإصبع الناقصة، وقيل: يأخذ تمام أرش موضحة بقدره، كما لو انفرد ذلك القدر فالجناية عليه.

وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ فَقَطْ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الِاخْتِيَارَ فِي مَوْضِعِهِ إِلَى الْجَانِي.

قال: (**وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ؛ أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ فَقَطْ**) أي: اعتبارًا بالمساحة، وسبق الفرق بين اليد والرأس.

قال: (**وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الِاخْتِيَارَ فِي مَوْضِعِهِ إِلَى الْجَانِي**) أي: وقيل: إلى المجني عليه، وقيل: يبتدئ من حيث ابتدأ الجاني، ويذهب إلى الجهة التي ذهب إليها إلى أن يتم القدر الواجب.

قال الدارمي: وعندي أن له من الوسط ويترك من الطرفين والجنبين، والله أعلم أن ترجيحهما ممنوع؛ بل في ثبوته وجه شاذ نظر.

والذي أورده العراقيون، والمراوزة خلا الإمام ومن تبعه، وأخذ من كلامه: أن الخيرة إلى المستحق، وهو المنصوص في «الأم» صريحًا، وهو الصواب معنى ونقلًا، وإيضاح ذلك أن الإمام حكى في كيفية الاستيفاء ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يبتدئ من حيث ابتدأ الجاني، ونسبه إلى القاضي الحسين، قال **الْمَاوَرْدِي**: فلو أشكل موضع الابتداء؛ ورجع إلى الجاني دون المجني عليه.

وثانيها: أن الخيرة إلى المجني عليه؛ لأنه أوضح جميع رأسه فيستوفي قدره من أي موضع شاء.

وثالثها: أن الخيرة للجاني، قال الإمام: ولا بأس به، ووجهه **الرَّافِعِي**: بأن جميع رأسه محل الجناية، وقال: إنه الظاهر الذي أورده أكثرهم، انتهى.

وذلك من حيث النقل والمعنى، أما المعنى فما علله به يقتضي تخيير المشجوج لا الشاج، والمرعي جانب المستحق في القود؛ وهو الذي جميع رأسه محل الجناية، فأي موضع طلبه من رأس الشاج فقد جنا عليه مثله من رأسه، فلا وجه لمنعه أصلًا؛ إذ لم يطلب أزيد من حقه فيتعين إجابته، وليس هذا كالدين؛ لأنه مسترسل في الدية، والحق هاهنا متعلق بمحل معين إجابته، وليس هذا كالدين، فأي حديث طلبه فقد مضى منه على مثله، وأما النقل فكما تقدم.

وصرح **الْمَاوَرْدِي** بنقل تخيير المجني عليه عن الأكثرين، وحكى منعه

وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيَةً، وَنَاصِيَتُهُ أَصْغَرُ تُمِّمَ مِنْ بَاقِي الرَّأْسِ.

الوجه الآخر، ولم يذكر تخيير الجاني، وممن جزم بتخيير المشجوج الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وسليم الرازي، وابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب في «المجرد» ونقله عن نص الشَّافِعِي - ﷺ - ولفظه في «الأم» كما رأيته: وخيِّر المشجوج فبدئ له إن شاء من قبل وجهه، وإن شاء من قبل قفاه، وبه أجاب الشيخ المقدسي في «تهذيبه» وأصحاب «البيان» و«الانتصار» و«التهذيب» و«الكافي» والْبَغَوِي في «تعليقه» أيضًا.

وقال في «الاستقصاء»: إنه المذهب، وفي «البسيط»: إنه الظاهر من المذهب، ولم أر نقل تخيير الجاني وجهًا إلا في «النهاية» وفروعها، والظاهر أن الرَّافِعِي لما استقر عنده وجه رد الضمير الراجع في كلام الأئمة إلى المجني عليه إلى الجاني لا عن قصدٍ، ونسبه إلى إيراد الأكثرين، وهو سهو بلا شك.

ويوضح اشتباه الضمير تعليله للشَّافِعِي - ﷺ - فإنه ظاهر في تخيير المجني عليه؛ لأنه هو الذي جميع رأسه محل للجناية، لا أرش الجاني، ولم أر لتخييره ذكرًا في الطريقين، ولم يذكره القاضي الحسين ولا أتباعه كالبغوي، والْمُتَوَلِّي، وإبراهيم المروزي، والخوارزمي.

وعبارة «الإبانة» موهمة؛ لاختصارها، وأحسب الإمام أخذ الوجه بتخيير الجاني منها، فإنه ينقل منها كثيرًا، ولفظها:

الرابعة: أن يكون رأس الشاج الأكبر ولا يبيح جميع رأسه؛ بل يستوفى من رأس الشاج بقدر رأسه من أي موضع شاء.

وذكر نحوها في «العمد» وقاله غيره، ومرادهم من أي موضع شاء المشجوج، كما صرح به النص والجمهور؛ لأن الضمير في رأسه عائد إليه، فما رجحاه إما وجه شاذ، أو غلط وهو الظاهر إلا أن يثبت التصريح بنقله عن تقدم على الإمام، فإن ثبت كان وجهًا غريبًا ضعيفًا فاعلم، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيَتَهُ**) أي: مثلًا.

(**وَنَاصِيَتُهُ أَصْغَرُ؛ تُمِّمَ مِنْ بَاقِي الرَّأْسِ**)؛ لأن الرأس كله عضو واحد، قال

وَلَوْ زَادَ الْمُقْتَصُّ فِي مُوضِحَةٍ عَلَى حَقِّهِ ....

ابن الرِّفْعَة: وهذا ما حكاه المحاملي عن الشَّافِعِي ـ ﵀ ـ وجزم به الفوراني، وصححه القاضي أبو الطيب، وقال: نصه في «الأم» يدل عليه، ورجحه الإمام، والْغَزَالِي، والْبَغَوِي في «التهذيب»(١).

وقيل: لا يجوز مجاوزة المحل؛ بل يستوفي الناصية في مثالها، ويأخذ الأرش لما بقي، وبه جزم الْمَاوَرْدِي، والقاضي الحسين، والشيخ إبراهيم المروزي، والْبَغَوِي في «تعليقهما».

ونقله الرُّويَانِي في «التجربة» عن عامة أصحابنا، قال: لأنه لا يجوز أن توضع الحديدة على رأسه في الموضع الذي نصفها فيه، ولهذا نص الشَّافِعِي ـ ﵀ ـ أنه لا ينزل به إلى الوجه والقفا، انتهى.

ونقل في «الشامل» تصحيحه عن ابن أبي هريرة، ثم قال: وهو مخالف لما نص عليه في «الأم».

قال الْمُتَوَلِّي بعد نقله عن قضية نص الشَّافِعِي ـ ﵀ ـ: إن الثاني أقرب إلى القياس، وقال صاحب «الترغيب»: وإن أوضح الناصية وناصية الجاني أصغر؛ يكمل من الرأس مع الناصية، لا من جانب آخر.

ثم حكى الوجه الآخر، ثم قال: فإن فرعنا على التكميل بالخيرة في التعيين إلى الجاني، أو إلى المجني عليه، أو ابتدأ من جانب ابتداء الجاني ويكمل ففيه أوجه، كذا رأيته بخطه، والظاهر أنه التبس عليه في الصورة قبلها بالكلام في هذه، فإني لم أر من ذكره لغيره وهو بلفظه، و«البسيط» ليس فيه شيء من هذا هنا.

قال: (وَلَوْ زَادَ الْمُقْتَصُّ فِي مُوضِحَةٍ عَلَى حَقِّهِ) أي: عمدًا.

---

(١) قال الخطيب: تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ مَا إِذَا أُخِذَ قَدْرُ ذَلِكَ الْقَدْرِ مِنْ مَكَانٍ وَاحِدٍ، فَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ قَدْرَ مَا أَوْضَحَهُ مِنْهُ مِنْ مَوَاضِعَ مِنْ رَأْسِهِ فَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى مُقَابَلَةِ مُوضِحَةٍ بِمُوضِحَتَيْنِ فَأَكْثَرَ وَلَا تَتَبَعَّضُ مَعَ إِمْكَانِ اسْتِيفَائِهَا قِصَاصًا وَأَرْشًا، بِخِلَافِ الْمُوضِحَتَيْنِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ فِي إِحْدَاهُمَا وَيَأْخُذَ أَرْشَ الْأُخْرَى. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٢٨٨).

لَزِمَهُ قِصَاصُ الزِّيَادَةِ، فَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ وَجَبَ أَرْشٌ كَامِلٌ، وَقِيلَ قِسْطٌ.

(**لَزِمَهُ قِصَاصُ الزِّيَادَةِ**) أي: لتعمده الجناية، ويكون ذلك بعد اندمال موضحته التي جنا عليه الجاني بها، أما لو زاد لاضطراب الجاني؛ فلا شيء عليه.

(**فَإِنْ كَانَ خَطَأً**) أي: بأن اضطربت يده.

(**أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ**) أي: عند تعمده.

(**وَجَبَ أَرْشٌ كَامِلٌ**) لمخالفة حكم الزيادة حكم الأصل، فإنه عمد مستحق والزيادة خطأ، أو عدوان، وتغاير الحكم كتعدد الجاني.

قال: (**وَقيل: قِسْطٌ**)(١) أي: قسط ما زاد على حقه بعد توزيع الأرش عليهما؛ لاتحاد الجارح والجراحة.

إشارات: كلامه هذا يفهم أو يوهم تجويز تفويض الاستيفاء إلى المشجوج، والصحيح المنصوص كما سيأتي: المنع، وحينئذٍ إما أن يكون هذا فيما إذا بادر، أو خالفنا واستوفى بنفسه، أو يكون تفريعًا على وجه التجويز، ولو زاد وقال: أخطأت؛ صدق بيمينه، كذا أطلق.

وقال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: وإذا أمر المقتص أن يقتص فوضع الحديدة في موضع القصاص ثم جرها جرًّا فزاد على قدر القصاص؛ سئل أهل العلم فإن قالوا: قد يخطأ بمثل هذا سئل، فإن قال: أخطأت؛ أحلف ولا قصاص عليه وعقل ذلك عنه عاقلته، وإن قالوا: لا يخطأ بمثل هذا؛ فللمستقاد منه القصاص بقدر الزيادة إلا أن يشاء منه الأرش فيأخذه من ماله.

وكذلك إن قالوا: قد يخطأ بمثله، وقيل: للمقتص: احلف لقد أخطأت

---

(١) قال الخطيب: تَنْبِيهٌ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ قَدْ يُوهِمُ تَمْكِينَ الْمُسْتَحِقِّ مِنَ الِاسْتِيفَاءِ، وَسَيَأْتِي أَنَّهُ لَا يُمَكَّنُ فِي الطَّرَفِ فِي الْأَصَحِّ، فَقِيلَ: كَلَامُهُ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى مَرْجُوحٍ أَوْ مَحْمُولٍ عَلَى مَا إذَا بَادَرَ وَاسْتَوْفَى الطَّرَفَ فَزَادَ عَلَى حَقِّهِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ قِصَاصُ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: إنَّهُ لَا يُمَكَّنُ مِنِ اسْتِيفَاءِ قِصَاصِ الطَّرَفِ، وَصَوَّرَهُ الزَّرْكَشِيُّ بِصُورَتَيْنِ: إحْدَاهُمَا: أَنْ يَرْضَى الْجَانِي بِاسْتِيفَاءِ الْمُسْتَحِقِّ، وَثَانِيَتُهُمَا: أَنْ يُوَكِّلَ الْمُسْتَحِقُّ فِي الِاسْتِيفَاءِ فَيَسْتَوْفِيَ زَائِدًا، قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ: وَفِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ نَظَرٌ. «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٢٨٩).

……

به، فإن أقر اقتص منه أو أخذ من ماله الأرش، وإن لم يقر ونكل؛ قيل: للمجني عليه: احلف لقد عمد فإن حلف فله القود، وإن نكل؛ فلا شيء له حتى يحلف فيستقيد أو يأخذ المال، وإن قال المقتص: تولدت الزيادة باضطرابك فأنكر؛ ففي المصدق وجهان أرسلهما الشيخان.

وقضية كلام «الحاوي»: أن المذهب تصديق الجاني، وهذا ظاهر؛ لأنه منكر للعمدية، ووجه التردد أن الأصل براءة ذمته وعدم الاضطراب، وينبغي قصره على الغرم، أما القود فلا يتجه قطعًا، وهنا صور سكتوا عنها:

منها: أن تتولد الزيادة من اضطرابهما، فهل يترتب الحكم من اضطراب منهما فقط، أو يوزع، أو إن اضطربا معًا بلا سبق وزع الغرم، أو يوزع مطلقًا، فهذا شطر، ويلزم المستوفي الشطر الآخر، وهذا إن لم يتميز ما حصل باضطراب كل واحد منهما؛ فإن تميز فحكمه بيِّن بينهما أن تتولد الزيادة باضطرابه مع تعمد المقتص وإيجاد محلها؛ فلا قود، ويجيء هنا ما قدمناه من الاحتمالات.

ومنها: أن تتولد منهما جميعًا ثم يختلفا، هل الحاصل من المقتص عمدًا، أو لا، أو في السابق منهما باضطرابه؟

فرع: جزم الشيخان بأنه لو التأمت الموضحة والتحمت لم تسقط الدية ولا القصاص؛ لأن العادة فيها الالتحام، ورأيت الإمام أشار إلى تخريج وجه من عنده فيها.

وقال الدارمي متصلًا بكلامه على القود في الموضحة: فلو برأ غير حر، أو غير ملتئم؛ فلا شيء له، فيحتمل أن يريد: فلا قود له، ويحتمل أن يريد: فلا شيء له غير ما استوفاه من قود وأرش.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو أوضح رجلًا فاندملت، فأوضحه الجاني على موضع الأول ثانيًا؛ فلهُ أن يقتص من الأولى ويأخذ أرش الثانية، فلو عفا عن الأولى واقتص للثانية جاز، وأنه لو أوضح واقتص منهُ، ثم اندملت موضحة

وَلَوْ أَوْضَحَهُ جَمْعٌ أَوْضَحَ مِنْ كُلٍّ وَاحِدٍ مِثْلَهَا، وَقِيلَ قِسْطَهُ.

المجني عليه ثانيًا، فلم يطلب المجني عليه حقه منه حتى التأم؛ فله أرش الجاني، فقال المجني عليه: أنا أقتص منهُ الآن للموضحة التامة فليس له ذلك؛ لأن وقت الجناية الثانية يكفي ذلك الموضع من الجاني محلًا للقصاص، انتهى.

وقياسه: أن يستخرج لو شج في مثل موضحة شجة ابتداءً، ثم اندملت موضحته أولًا أو مع موضحة المشجوج، أو بعدها؛ أنه لا قود له للعلة المذكورة.

فرع: قال في «الأم»: لو أوضحه فلم تلتئم حتى شجه رجل عليها موضحة كانت عليه حكومة، فلو برأت والتأمت فشجه موضحة؛ فعليه أرش موضحة تام والقود؛ إن كانت الشجة عمدًا، قال: والالتئام أن يلتصق اللحم ويعلوه الجلد.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَهُ جَمْعٌ**) أي: بأن تحاملوا على حديدة مثلًا وجروها معًا كما سبق.

(**أَوْضَحَ مِنْ كُلٍّ وَاحِدٍ مِثْلَهَا**) أي: مثل جميعها؛ كما في الشركاء في قطع عضوٍ.

(**وَقِيل: قِسْطَهُ**) أي: يوزع عليهم، ويوضح من كل واحد بقدر حصته؛ لإمكان التجزئة، وهذا وما قبله أبداهما الإمام احتمالين لنفسه، والمنقول الأول، وبه جزم الْمَاوَرْدِي، والْبَغَوِي، والْغَزَالِي، والعمراني، وغيرهم، وقال الإمام: إنه أقرب، وجزم به في «الوجيز» بالثاني، وأقامه الرَّافِعِي في «المحرر» وحده وجهًا. قال الرَّافِعِي تبعًا للإمام، والْغَزَالِي في «البسيط»: ويجري الاحتمالان فيما إذا آل الأمر إلى المال: أنه هل يجب الأرش موزعًا عليهم، أم يجب على كل واحدٍ أرش كامل؟ قال الإمام: والثاني: أقرب، الأول هو المذكور في «التهذيب».

قلت: وفي «الحاوي» ولم يذكر الرَّافِعِي في «الديات» غيره، فهو المذهب.

قال في «البسيط»: بعد ذكره الاحتمال في لو توزيع الإيضاح، وإذا آل

وَلَا تُقْطَعُ صَحِيحَةٌ بِشَلَّاءَ، وَإِنْ رَضِيَ الْجَانِي، فَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ قِصَاصًا بَلْ عَلَيْهِ دِيَتُهَا، فَلَوْ سَرَى فَعَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ، ....

الأمر إلى الغرم يوزع لإمكان التوزيع؛ ثم يتصدر نظر في تعيين المحل فيحتمل تخيير المستحق، أو المستحق عليه كما سبق، وكذلك هذا الاحتمال جاز في تعدد الأرش عليهم لتعددهم، أو في اتحاده وتقسطه لاتحاد الجراحة، وإمكان التوزيع، انتهى.

إشارة: وقع في «الروضة»: ويجري الاحتمالان فيما إذا آل الأمر إلى المال، هل يجب على كل واحد أرش كامل، أو يوزع عليهم؟ قال الإمام: وهذا الثاني: أقرب، وبالأول قطع الْبَغَوِي بما ذكره الرَّافِعِي.

قال: (**وَلَا تُقْطَعُ صَحِيحَةٌ بِشَلَّاءَ، وَإِنْ رضي الْجَانِي**) لأنها مشلولة المنفعة، فلا يوجد بها منفعة كاملة، كما لا تؤخذ العين الصحيحة بفاقدة البصر، ولا يقتل الحر بالعبد، ولا المسلم بالذمي، وإن رضي الحر والمسلم، وهذا الخلاف في اليد الشلاء.

تنبيه: أطلقا هاهنا: أنه لا تؤخذ صحيحة بشلاء، وهذا مع بقاء الحياة، أما لو مات المجني عليه بالقطع؛ فقد قالا في باب الاستيفاء: أنه لو سرت الجائفة في قطع اليد من نصف الساعد، وجاز الاقتصاص بهذا الطريق تخفيفًا للمائلة على الأظهر عند الأكثرين، ثم قالا: والقولان يجريان فيما لو قطع يدًا شلاء، ويد القاطع صحيحة، وساعدًا من الأكفأ له والقاطع سليم، هل يستوفي القصاص اليد والساعد؟

قال: (**فَلَوْ فَعَلَ**) أي: خالف وقطع الصحيحة بلا إذن من الجاني.

(**لَمْ يَقَعْ قِصَاصًا؛ بَلْ عَلَيْهِ دِيَتُهَا، فَلَوْ سَرَى؛ فَعَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ**)؛ لتفويتها بغير حق ولا إذن، قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق القاضي الحسين» احتمال وجهين فيه، انتهى.

وأما إذا رضي الجاني، وقطع برضاه فسرى فلا قصاص؛ لأنه قطع بالإذن، وعبارة المصنف: توهم أن عليه القصاص في الحالين.

وَتُقْطَعُ الشَّلَّاءُ بِالصَّحِيحَةِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ لَا يَنْقَطِعُ الدَّمُ وَيَقْنَعَ بِهَا مُسْتَوْفِيهَا.

وعبارة «المحرر»: أحق؛ لأنها واجبة، قال بعد قوله: وإن رضي الجاني، ولو خالف وقطع المسألة؛ ثم إذا قطع بالإذن نظر إن قال الجاني: اقطع، وأطلق؛ جعل المجني عليه مستوفيًا لحقه ولم يلزمه شيء، وإن قال: اقطعها عوضًا عن يدك، أو قصاصًا؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الْبَغَوِي: أن على المجني عليه نصف الدية، وعلى الجاني الحكومة؛ لأنه لم يبذل يده مجانًا.

والثاني: أنه لا شيء على المجني عليه، وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء وأخذه المستحق.

قال الرَّافِعِي: وقد يتوقف في كونه مستوفيًا لحقه هذا الإطلاق لا يبعد تنزيل الإذن المطلق على الإذن من جهة القصاص، انتهى.

وفي «التتمة»: لو رضي بقطعها قصاصًا؛ لم يجز، ويكون حكمه حكم ما لو قال الإنسان: اقطع يدي، فقطعها، انتهى.

وقضيته: أنه لا يقع قصاصًا، ويجيء في وجوب ديتها القولان في المأذون الأجنبي، كما سيأتي.

قال: **(وَتُقْطَعُ الشَّلَّاءُ بِالصَّحِيحَةِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ: لَا يَنْقَطِعُ الدَّمُ)** أي: لا تنسد بحسم ولا غيره فلا تقطع بها وإن تراضيا على ذلك كما نص عليه في «الأم» لما فيه من استيفاء النفس بالطرف، وللمجني عليه دية يده، وإن قالوا: ينقطع؛ فله قطعها ويقع قصاصًا كقتل الذمي بالمسلم، والعبد بالحر.

وقيل: لا تقطع الشلاء بالصحيحة؛ لأن الشرع لم يرد القصاص فيها، وقيل: تقطع بها مطلقًا، ذكره الجيلي، قال ابن الرِّفْعَة: ولم أره لغيره، انتهى.

وهو قضية إطلاق «التنبيه» ورأيته في «المغني» للقاضي أبي الحسن، والمشهور المنصوص ما سبق.

قال: **(وَيَقْنَعَ بِهَا مُسْتَوْفِيهَا)** أي: وليس له أن يطلب بسبب الشلل شيئًا؛

وَيُقْطَعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمَ وَأَعْرَجَ، ....

لأن الصحيحة والشلاء متساويتان في الجرم، وإنما اختلافهما في الصفة، والصفة المجردة لا تقابل بالمال، وكذلك إذا قتل الذمي بالمسلم، والعبد بالحر لم يجب لفضل الإسلام، والحرية شيء.

فرعان:

قيل: لا تقطع شلاء بشلاء، والصحيح: أنهما إن استويا فيه، أو كان شلل يد الجاني أكثر؛ فلا قصاص.

ولو قطع سليم يدًا شلاء ثم شلت يده؛ خرَّج الْقَفَّال قولين: الاقتصاص؛ ثم رجع وقطع بالمنع، وهو ما رواه الإمام مذهبًا، وجزم الْبَغَوِي: بأنه يقتص منه.

قال: (**وَيُقْطَعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمَ وَأَعْرَجَ**)؛ لأنه لا خلل في اليد والرجل.

والأعسم: بإهمال العين والسين، قال الجوهري: يبس مفصل الرسغ حتى تعوج الكف والقدم، وقال في «المجمل»: هو يبس المرفق.

وفي «تهذيب الأزهري» عن ابن الأعرابي: أن العسم انكسار رسغ اليد، وقال أيضًا: إنه يبس الرسغ، وقال الليث: هو يبس في المرفق تعوج منه اليد، وقال الرَّافِعِي: هو تكسح في المرفق، أو قصر في الساعد، أو العضد.

وقال الشيخ أبو حامد: هو الذي يبطش بيساره أكثر، وهو ما يعرف [بالأعسر][1] في العُرف، وفي «الشامل» وغيره: وهو اعوجاج وميل في رسغ اليد.

وعبارة الشَّافِعِي في «الأم»: في المسألة ما رأيته بالأعسر بالراء، وهو يشهد لتفسير الشيخ أبي حامد؛ إذ الأعسر من يعمل بيده اليسرى فأسقط عن الأعسر والأعسم فيما نحن فيه سواء، وإن اختلف تفسيرهما لغة.

وقال في «التتمة»: ومن في طرف ساعده المتصل الكوع ميل واعوجاج؛ لأن اليد سليمة، فإما أن يقطع الرجل الأخنف فلا يجب القصاص؛ لأن الخلل

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٤٠٣).

وَلَا أَثَرَ لِخُضْرَةِ أَظْفَارٍ وَسَوَادِهَا، وَالصَّحِيحُ قَطْعُ ذَاهِبَةِ الْأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا دُونَ عَكْسِهِ.

في الرجل، وكذا إن قطع يد الأعسم من المرفق لا يجب القصاص في الساعد؛ لوجود النقص، وله أن يقطع من الكوع، انتهى.

قال: (وَلَا أَثَرَ لِخُضْرَةِ أَظْفَارٍ وَسَوَادِهَا) أي: وزوال نضارتها، كما ذكره في «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» فإنها علة ومرض في الأظفار، والظفر السليم يستوفى بالعليل.

وعبارة «الأم»: وإن قطع يدًا أظافرها خضراء ومستحقة قطعت يده، وعلله بما ذكرته، وعبارة «المعتمد» في إتقان المذهب «المجرد» عن الشَّافِعِي: إذا قطع يدًا مستحقة الأظفار خضرا غير جافة؛ أخذت يده البيضاء بها فقيد بغير الجافة.

وفي «التتمة»: إنها لو كانت الأظافر سوداء، أو واحدًا منها؛ فإن كانت الخلقة كذلك فيجب القصاص، وإن كان ذلك لآفة وعلة لم يجب؛ لأن ذلك نقص تنقص به الدية، انتهى.

وقياس ما سبق عن الإمام والْغَزَالِي: أنه إن كان ذلك لجناية فلا قود، أو بآفة سماوية وجب، وسبق نحوه عن ابن الْقَطَّان في بعض ضوء العين.

والمذهب: ما قاله صاحب «المعتمد» لقوله في «الأم»: كان أسود أظفار الأصابع ومستحشفها أو كان بيده قرح جذام؛ أو قرح أكلة أو غيره إلا أنه لم يذهب من الأطراف شيء ولم يشلل؛ كان بينهما القصاص في كل شيء ما لم يكن الطرف مقطوعًا أو أشل ميتًا، فأما العيب سواه إذا كانت الأطراف حية غير مقطوعة فلا يمنع القصاص ولا ينقص العقل، وهكذا الفتح في الأصابع وضعف خلقتها أو أصولها وتكرشها وقصرها وطولها واضطرابها وكل عيب منها مما ليس بموت بها ولا قطع، فلا فضل في بعضها على بعض في الدية والقود، انتهى. وفيه فوائد للمتأمل.

قال: (وَالصَّحِيحُ: قَطْعُ ذَاهِبَةِ الْأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا دُونَ عَكْسِهِ) أي: لنقصها عنها، وهذا الكلام يفهم: أنه على وجه لا يقطع ذاهبة الأظفار بسليمتها، ولم أره في شيء من الكتب، وليس في عكسه وجه منقول؛ بل فيه احتمال للإمام:

أنه تقطع السليمة بذاهبة الأظفار، والذي نص عليه الشَّافِعِي - ﷺ - والأصحاب: المنع.

وعبارة «المحرر»: والظاهر: أن سليم الأظفار لا يقطع بالتي لا أظفار لها، فأشار بالظاهر إلى احتمال الإمام، ثم قال: وتقطع هي بالسليمة، وهي عبارة مجردة، على أن قياس ما سبق عن الإمام، والْغَزَالِي: أن يكون محل الاحتمال أن يثبت ما إذا لم يكن الظفر ذهب بجناية مضمونة فلا تقطع بها السليمة قطعًا عندهما. واعلم أن سياق كلام الرَّافِعِي يفهم أن الإمام حكى وجوب كمال الأرش، وأنه لأجله قال بوجوب القصاص وغيره، وقول الْغَزَالِي: لا قائل بعدم كمال الأرش، مع نقله ذلك عن الشيخ أبي حامد وغيره.

والذي في «النهاية» مجرد إشعار للقول به، وملخص كلامه: أن العراقيين حكوا عن النص عدم قطع التي لها أظفار بفاقدتها، قال: وهو محتمل جدًا، والقياس إجراء القصاص، وعلى قياس النص لا تكمل يده إصبع سقط ظفرها، وهذا القيد ليس له ذكر في طريقة المراوزة، انتهى.

وحكى القاضي الحسين النصَّ وسقوط القصاص، ونقل الحكم بمقتضاه عن الأصحاب.

فرع: قال في «الأم»: إذا قلع رجل ظفر رجل فسأل القود، قيل: لأهل العلم هل تقدرون على قلع ظفره بلا تلفٍ على غيره؟ فإن قالوا: نعم؛ اقتد، وإن قالوا: لا؛ ففي الظفر حكومة.

تنبيه: سكت المصنف عن بيان الشلل في اليد ونحوها، وقال الشيخ أبو محمد: المراد بالشلل في اليد والرجل زوال الحس والحركة، وقال الإمام: لا يشترط زوال الحس بالكلية، وإنما الشلل بطلان العمل، قال ابن الرِّفْعَة: وهو الصحيح. وفي «البسيط» إن قيل: ما الشلل؟

قلنا: يريد به سقوط العمل بالكلية، ولا يشترط على الظاهر سقوط الحس، ونسب الشيخ أبو محمد اعتباره، وليس بصحيح؛ فإن الشلل قد يزول

وَالذَّكَرُ صِحَّةً وَشَلَلًا كَالْيَدِ، ....

وليس الشلاء، ولو مات العضل وانتفى فالمراد: انتفاء الحركة عنها إلا بتحريكها كتحرك السّاعة. فإن قيل: لا يفعل مع ما ذكرتموه تفاوت الشلل، وقد أثبتم له حكمًا.

قلنا: المراد به التفاوت في النضارة، والذبول، والاستحسان، وحسن النظر فإن ذلك، وإن لم يعتبر في الأطراف تعين في هذه اليد؛ لأنها تؤثر في تفاوت الحكومة، ويقاد به والشبه إلى الجملة، انتهى.

واعلم أن المتبادر مما سيأتي عن الرَّافِعِي: أن شلل الذكر يخالف شلل اليد ونحوها وفيه نظر، وعبارة الشَّافِعِي في «الأم»: وإذا كانت اليد الشلاء فقطعت ففيها حكومة، والشلل: اليبس في الكف فتيبس الأصابع أو في الأصابع، وإن لم تيبس الكف فإذا كانت الأصابع منقبضة لا تنبسط بحال أو تنبسط إن مدت فإن أرسلت رجعت إلى الانقباض بغير أن تقبض، أو منبسطة لا تنقبض بحال أولا تنقبض إلا أن تقبض فإن أرسلت رجعت إلى الانبساط بغير أن تنبسط؛ فهي شلاء، انتهى، وهذا ما ذكره الْمَاوَرْدِي في تفسير شلل الذكر.

فرع: قال في «الأم»: لا قصاص ممن نتف شعرًا من لحية ولا رأس ولا حاجب وإن لم ينبت، وإن قطع من هذا شيئًا بجلده؛ قيل: لأهل العلم بالقصاص إن كنتم تقدرون على أن تقطعوا له مثله بجلدته فاقطعوه، وإلا فلا قصاص فيه، وفيه الأرش، انتهى.

فرع: نقلا في آخر الفصل عن «التهذيب» وأقراه: أنه لو كان أصابع إحدى يديه وكفها أقصر من الأخرى لا قصاص في القصيرة؛ لأنها ناقصة، وفيها دية ناقصة بحكومة، انتهى.

وقضية إطلاق الرَّافِعِيّ - ﷺ - والأصحاب: أنها إذا كانت تامة الأنامل والبطش أنه يجب فيها القصاص، هذا ما ظهر لي، والله أعلم.

قال: (**وَالذَّكَرُ صِحَّةً وَشَلَلًا كَالْيَدِ**) أي: الصحيحة والشلاء فيما تقدم من الأحكام كما بيناه قريبًا.

وَالْأَشَلُّ: مُنْقَبِضٌ لَا يَنْبَسِطُ أَوْ عَكْسُهُ، وَلَا أَثَرَ لِلِانْتِشَارِ وَعَدَمِهِ، فَيُقْطَعُ فَحْلٌ بِخَصِيٍّ، وَعِنِّينٍ، وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَخْشَمَ، وَأُذُنُ سَمِيعٍ بِأَصَمَّ لَا عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةٍ عَمْيَاءَ.

قال: **(وَالْأَشَلُّ)** أي: والذكر الأشل.

(مُنْقَبِضٌ لَا يَنْبَسِطُ أَوْ عَكْسُهُ) قال الرَّافِعِي: هذه العبارة هي المتداولة في الأكثر، ويقال: الذكر الأشل الذي لا يتقلص في البرد ولا يسترسل في الحر، وهما راجعان إلى المعنى الأول أي: لا يتأثر بالحر والبرد تقلصًا واسترسالًا؛ بل يكون على هيئة واحدة.

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: شلله هُوَ أَنْ يَسْتَحْشِفَ أَوْ يَنْقَبِضَ فَلَا يَنْبَسِطَ بِحَالٍ، وَيَنْبَسِطُ فَلَا يَنْقَبِضُ بِحَالٍ أَوْ يَنْقَبِضُ بِالْيَدِ فَإِذَا فَارَقَتْهُ انْبَسَطَ، أَوْ يَنْبَسِطُ بِالْيَدِ فَإِذَا فَارَقَتْهُ انْقَبَضَ، فَهَذَا هُوَ الْأَشَلُّ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِ شَلَلِهِ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُ إِلَّا بِأَشَلَّ وَلَا يَمْنَعُ اخْتِلَافُ أَنْوَاعِ الشَّلَلِ مِنْ جَرَيَانِ الْقِصَاصِ بَيْنَهُمَا؛ لِعُمُومِ النَّقْصِ وَعَدَمِ الْمَنْفَعَةِ. انتهى.

قال: **(وَلَا أَثَرَ)** أي: في الذكر السليم.

(لِلِانْتِشَارِ وَعَدَمِهِ، فَيُقْطَعُ فَحْلٌ بِخَصِيٍّ، وَعِنِّينٍ) أي: وسواء الأقلف والمختون كما سبق لسلامة العضو وعدم الانتشار؛ لضعف في القلب، أو الدماغ.

قال: **(وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَخْشَمَ)** أي: والأخشم من لا يشم؛ إذ الشم ليس في جرم الأنف، وسبق شرح المسألة، واختلاف كلام الْبَغَوِيِّ وغيره في الأنف المجذوم، نسأل الله العافية.

قال: **(وَأُذُنُ سَمِيعٍ بِأَصَمَّ)** أي: عكسه؛ إذ السمع ليس في جرم الأذن كما سبق شرحه، ويقطع الأذن المستحشفة على الأظهر؛ لبقاء الجمال والمنفعة من جمع الصوت، ورد الهوام والمستحشفة: اليابسة كاليد الشلاء.

قال: **(لَا عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةٍ عَمْيَاءَ)** للزيادة الظاهرة كما لا تقطع الصحيحة بالشلاء، وفي العكس يوجد إن رضي المجني عليه؛ لأنه دون حقه.

وَلَا لِسَانٌ نَاطِقٌ بِأَخْرَسَ. وَفِي قَلْعِ السِّنِّ قِصَاصٌ، لَا فِي كَسْرِهَا، ....

قال: (**وَلَا لِسَانٌ نَاطِقٌ بِأَخْرَسَ**)؛ لأن النطق في جرم اللسان كالبطش في اليد، ويجوز العكس إن رضي المجني عليه، ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره؛ وإلا فلا.

قال **الْمَاوَرْدِيُّ**: إذا كان ناطقًا مفقود الذوق؛ لم تكمل فيه الدية، وكان فيه حكومة كالأخرس، وقضيته ألا يقطع لسان ناطق سليم الذوق بلسان ناطق فاقد الذوق، فاعلم.

قال: (**وَفِي قَلْعِ السِّنِّ قِصَاصٌ**) أي: للآية.

(**لَا فِي كَسْرِهَا**)، هكذا صرح به **الْبَغَوِيُّ** بناءً على كسر العظام لا قصاص فيه؛ لعدم إمكانه، وسبق عن «الحاوي» و«المهذب» وغيرهما: أنه إذا كان أمكن هنا فعل، ونقله ابن كج عن النص، وسقت نصه في «الأم» بلفظه، وصور بعضهم الإمكان بأن يكون قد كسر نصفها بالطول.

قال **الرَّافِعِيُّ**: وقد توجه الوجوب بأن السن عظم مشاهد من أكثر الجوانب، ولأهل الصنعة آلات قاطعة يعتمد عليها في الضبط، ولم يكن كسائر العظام، انتهى.

واعلم أني راجعت «الحاوي» فوجدته قال: فإن قلعها من أصلها، فذكره، ثم قال: وإن كسر ما ظهر منها وبرز من لحم العمود؛ كسر من سن الجاني ما ظهر منها؛ فإن عفا عن الدية؛ كانت كاملة كما لو فعلها.

ثم قال آخر الفصل: ولو كسر من سن الجاني نصف سنة بالطول، فإن أمكن القصاص منها اقتص، وإن تعذر كان عليه نصف ديتها، انتهى.

وهذا منه يفهم: أن الصورة الأولى يمكن فيها القصاص بلا تردد، وإنما التردد في الإمكان وعدمه في كسر نصفها بالطول، فاعلم، ويتضح الإمكان إذا خلا ما حولها وبقيت منفردة، أو اتسع التفلج بين أسنانه.

ثم رأيت **الْمُتَوَلِّي** قال: فإذا قلع سن مثغور مع سنخها ـ وهو أصلها الَّذي يكون في اللَّحم ـ عامدًا؛ لزمه القصاص، وكذلك إن كسر سنه من ظاهر اللثة

وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُثْغِرْ فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ، ....

يلزمه القصاص، وطريقة قطعها تحديده، وهذا لو كسر بعض سنه وأمكن أن يقطع من سنه قدره؛ فله أن يقتص، وهذا تفصيل الْمَاوَرْدِي بعينه.

فرع: لا تؤخذ صحيحة بمكسورة، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة مع قسط الذاهب من الأرش، وتؤخذ الزائدة بالزائدة بالشرط السابق بما فيه، ولو قلع سن رجل وليس للجاني مثلها؛ أخذت الدية، فلو نبتت بعد ذلك؛ فلا قصاص لفقدها حالة الجناية، ونقل من الْقَفَّالُ في الموضحة مثله.

قال: **(وَلَوْ قَلَعَ)** أي: المثغور: وهو من سقطت رواضعه، ثم نبتت.

(سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُثْغِرْ) أي: وهو بضم الياء.

(فَلَا ضَمَانَ فِي الْحَالِ) أي: بقصاص ولا دية؛ لأنها تعود غالبًا فلم يتحقق إتلافها.

قال الْمَاوَرْدِيُّ: فَإِنْ كَانَ قَدْ خَرَجَ مَعَ سِنِّ اللَّبَنِ حِينَ قُلِعَتْ دَمٌ القصاص في الأسنان؛ نُظِرَ فِيهِ فَإِنْ خَرَجَ مِنْ لَحْمِ الْعُمُورِ وَجَبَ فِيهِ أَرْشٌ كَمَنْ جُرِحَ فِي لَحْمِ بَدَنِهِ فَأَنْهَرَ دَمَهُ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ مَحَلِّ السِّنِّ الْمَقْلُوعَةِ؛ فَفِي وُجُوبِ الْأَرْشِ وَجْهَانِ حَكَاهَا أَ بُو حَامِدٍ الْإِسْفِرَائِينِيُّ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجِبُ فِيهِ أَرْشٌ كَمَنْ لُطِمَ فَرَعَفَ لَمْ يَجِبْ فِيهِ أَرْشٌ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: فِيهِ الْأَرْشُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَلَعَ بِقَلْعِهِ مَا اتَّصَلَ بِهِ مِنْ عُرُوقِ مَحَلِّهِ وَمَرَابِطِهِ فَلَزِمَهُ الْأَرْشُ، وَعَلَى مُقْتَضَى هَذَا التَّعْلِيلِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَرْشُ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ دَمٌ لِقَطْعِ تِلْكَ الْمَرَابِطِ وَالْعُرُوقِ.

فَإِنْ قيل: بِهِ؛ كَانَ هَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي أَصَحَّ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ بِهِ؛ كَانَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَصَحَّ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي عِنْدِي أَوْلَى، انتهى.

وقال في «الديات»: وإن عاد نباتها فإن عادت مساوية لأخواتها في المقدار والمكان فلا دية فيها ولا قود، فأما الحكومة فإن كان قد خرج محل المقلوعة حتى أدماه؛ لزمه حكومة، وإن لم يجرحه؛ ففي حكومة المقلوع وجهان:

أحدهما: لا حكومة فيها؛ لأنها تسقط لو لم تقلع.

فَإِنْ جَاءَ وَقْتُ نَبَاتِهَا بِأَنْ سَقَطَتْ الْبَوَاقِي وَعُدْنَ دُونَهَا، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: فَسَدَ الْمَنْبَتُ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَلَا يُسْتَوْفَى لَهُ فِي صِغَرِهِ.

والثاني: فيها حكومة؛ لأنه أفقد منفعتها، وإن قيل: بوجه ثالث: أنه إن قلعها في زمان سقوطها فيه، وإن قلعها قبل زمانه ففيها حكومة كان مذهبًا؛ لأنها قبل زمان السقوط نافعة، وفي زمانه متساوية المنفعة، انتهى لفظه، ويحتاج مع ما تقدم عنه إلى تأمل!

قال: (**فَإِنْ جَاءَ وَقْتُ نَبَاتِهَا بِأَنْ سَقَطَتْ الْبَوَاقِي وَعُدْنَ دُونَهَا، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: فَسَدَ الْمَنْبَتُ**) أي: ولا يتوقع النبات.

(**وَجَبَ الْقِصَاصُ**) لأنه قلع السن الحاصلة في الحال، وأفسد المنبت، فيقابل بمثله.

قال الرَّافِعِي: هذا ما أورده الجمهور، وحكى في «الوجيز» و«الوسيط» و«البسيط»: نصه قولًا واحد: أنه لا يجب القصاص؛ لأن سن الصبي فضلة نازلة منزلة الشعر الذي ينبت مرة بعد أخرى، وسن البالغ أصلية، واقتصر الجمهور على الأول، وليس لهم ذكر القولين حتى لم أره في كتاب الإمام، إلا أنه بعدما نقل إطلاق الأصحاب القول بوجوب القصاص، قال: وفي القلب منه شيء؛ لأن غبن السن من الثغور عضو قصاص، ومن غير المثغور ليس عضو قصاص فلا يتجه فيها المقالة، انتهى.

قلت: ثم قال الإمام: وقد رأيت في تصرف أئمة المذهب ما يسوغ التوقف في جانب القصاص، انتهى. والظاهر: أن الْغَزَالِيَّ أخذ ما ذكره من هذا الكلام، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يُسْتَوْفَى لَهُ فِي صِغَرِهِ**)(١) أي: بل ينتظر بلوغه فيستوفي لنفسه، وهذا لا يختص بقلع السن، فلو مات قبل البلوغ؛ اقتص وارثه المكلف في

---

(١) قال الخطيب: سَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَمَّا إِذَا نَبَتَتْ سَلِيمَةً لِوُضُوحِهِ فَإِنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهَا وَلَا دِيَةَ، وَإِنْ نَبَتَتْ سَوْدَاءَ أَوْ مِعْوَجَّةً أَوْ بَقِيَ شَيْنٌ أَوْ نَبَتَتْ أَطْوَلَ مِمَّا كَانَتْ أَوْ نَبَتَتْ مَعَهَا سِنٌّ ثَانِيَةٌ فَحُكُومَةٌ، وَإِنْ نَبَتَتْ أَقْصَرَ مِمَّا كَانَتْ وَجَبَ تَقْدِيرُ أَرْشِ النَّقْصِ مِنَ الْأَرْشِ أَوْ الْقِصَاصِ إِنْ أَمْكَنَ كَمَا مَرَّ عَنْ الْبُلْقِينِيِّ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/٣٠٨).

وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَنَبَتَتْ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ.

الحال أو أخذ الأرش، فإن مات قبل حصول اليأس من عودها، وقبل تبين الحال فلا قصاص؛ لأنه كما قال **الْمَاوَرْدِي**: حَد يُدْرَأُ بِالشُّبْهَةِ، وفي الأرش وجهان: أصحهما: لا يجب؛ لأن الأصل البراءة، والظاهر: القود لو عاش فعلى هذا تجب الحكومة.

قال **الْمُتَوَلِّي**: هذا على طريقة من يعتبر حال الجناية والألم، قاله في «ديات الروضة» وسيأتي نقله الخلاف في الكتاب قولين، وهو الصواب، وهما في «الأم» ونتكلم عليه إن شاء الله، وعلى ما إذا نبتت سليمة وناقصة وزائدة معينة.

قال: **(وَلَوْ قَلَعَ)** أي: مثغور.

(سِنَّ مَثْغُورٍ فَنَبَتَتْ؛ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن عودها نادر فهذه نعمة جديدة.

والثاني: يسقط كالصغير يعود سنه، وعلى القولين لا ينتظر العود؛ بل للمجني عليه أن يقتص في الحال، أو يأخذ الدية إن شاء.

وقيل: يراجع أهل الخبرة فإن قالوا: تعود إلى مدة كذا؛ انتظرت، ويكون الحكم كما في غير المثغور، وهذا ما حكي في «الشامل» عن الشيخ أبي حامد، واقتضاه كلام المحاملي في «المقنع» حيث قال: فإن قال أهل الخبرة: إنها لا تعود بحال؛ وجب القصاص، أو الدية في الحال، وحكى **الْعِمْرَانِي** في المسألة وجهين:

الأول: عن ابن الصباغ، وهذا عن الشيخ أبي حامد ولم يرد، وعبارة **الرَّافِعِي** في نقل هذا الوجه: منهم من يقول: إن قلنا: بالسقوط فراجع أهل الخبرة وذكر ما قدمناه، وعبارة «الشامل» وجب القصاص في الحال، وذكر الشيخ أبو حامد كذا، وكذا من تفريع على قول السقوط، وكذا أطلق غيره.

ومن الأظهر في الكتاب: أنه لو قلع الجاني العامد بعد أن اقتص منه؛ لزمه الأرش، فإن لم يكن قد اقتص منه أولًا وأخذ الأرش؛ فله أن يقتص للقلع الثاني، وإن لم يكن اقتص للأول ولا أخذ أرشه؛ فله قصاص وأرش، أو اثنان بلا

....

قصاص إن شاء، ولو اقتص فعاد سن الجاني فقط؛ فلا شيء للمجني عليه، ولو اقتص فعاد سناهما معًا؛ فلا شيء لكل واحد منهما على صاحبه على القولين.

فروع: قطع بالغ غير مثغور سن مثغور، قال ابن كج: فله القصاص، أو أرش فقط، كأخذ الشلاء بالصحيحة، وفي «أمالي السرخسي»: أنه يقال له: إن اقتصصت الآن فالظاهر عودها فاصبر إلى أن تثغر، وأنا أحب أنه لا حق فيما يعود، ولو قلع بالغ غير مثغور من مثله فلا قصاص في الجاني، فإن نبتت فلا قصاص ولا دية، وإن لم تنبت وقد دخل وقته؛ فالمستحق يأخذ الأرش أو يقتص، فإن اقتص ولم يعد الورثة فالقول قولهم، وعلى الجاني البينة أنهما اقتصا من جنايته؛ لأنه قد شهد لهم بالبرء فلا يدفع عنه بقولهم، انتهى لفظه.

الحالة الثانية: وهي الأولى في الكتاب أن يقول الجاني: مات بالسراية فعلي دية، ويقول الولي: بل مات بعد الاندمال فعليك ديتان، فينظر إن لم يكن الاندمال لقصر المدة كيوم ويومين؛ صدق الجاني بلا يمين، وقيل: بيمين، وضعِّف، وإن أمكن الاندمال في تلك المدة؛ قال الرَّافِعِي: ففيه تفصيلان:

أحدهما: ذكر جماعة أنه إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة؛ صدق الولي بلا يمين، وإن أمكن الاندمال وعدمه صدق بيمينه، ويشبه أن يقال: ليس لمدة الاندمال ضبط، وقد تبقى الجراحة سنين كثيرة، والشخص متضررة بسببهما إلى أن يموت منها، فينبغي ألا يكون التصديق عند إمكان الاندمال إلا باليمين، وهكذا أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

والثاني: قال الإمام: إن أمكن الاندمال؛ لكنه كان بعيد، أو كان الظاهر خلافه؛ فالقول قول الجاني بناء على ظاهر الحال، وادَّعى وفاق الأصحاب فيه، والذي يأخذ به الأكثرون أن المصدق الولي وربما قطعوا به، وعن ابن سلمة تخريج قول في الحقوق وغيرها أن المصدق الجاني؛ لأن ما يقوله محتمل، والأصل براءة الذمة.

ثم أشار إلى طريقة قاطعة بتصديق الولي، وإن اختلفا في مضي زمن

وَلَوْ نَقَصَتْ يَدُهُ أُصْبُعًا فَقَطَعَ كَامِلَةً قُطِعَ وَعَلَيْهِ أَرْشُ أُصْبُعٍ، وَلَوْ قَطَعَ كَامِلٌ نَاقِصَةً فَإِنْ شَاءَ الْمَقْطُوعُ أَخَذَ دِيَةَ أَصَابِعِهِ الْأَرْبَعِ، وَإِنْ شَاءَ لَقَطَهَا، ....

الاندمال صدق الجاني؛ لأن الأصل أنه لم يضمن، ويخص في «الروضة» ما تقدم فقال: وإن أمكن الاندمال في الذمة ففيه أوجه: أصحها: تصديق الولي بيمنه، وبهذا قطع الأكثرون.

والثانية: إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة؛ صدق الولي بلا يمين؛ وإلا قسمين قطع به ابن الصباغ، والرُّويَاني.

والثالثة: ذكر ما سبق عن رواية الإمام، قال: وليس كما ادّعى، وفي النفس من ذلك شيء من حيث المعنى.

وسن الجاني كذلك، وإن عادت قلعها ثانيًا على الأصح قاله الإمام، هذا ما أورده الرَّافِعِي والمصنف.

وبقي من صور المسألة: ما لو قلع بالغ مثغور سن بالغ لم يثغر عكس الفرع الأول، وقضية الخلاف نص «الأم» مراجعة أهل الخبرة كما سبق في سن الصبي.

قال الشَّافِعِي في «الأم» قبيل باب أمر الحاكم بالقود: وإذا قلع رجل سن رجل قد ثغر قلعت سنه، فإن كان المقلوعة سنه لم يثغر فلا قود حتى يثغر فتتام طرح أسنانه ونباتها، فإذا تتام ولم تنبت سنه؛ سئل أهل العلم عن الأجل الذي إذا بلغه ولم تنبت سنه لم تنبت فبلغه، فإذا بلغناه ولم تنبت أقدناه منه، فإذا بلغناه وقد نبت بعضها أو لم ينبت فلا قود، وله من العقل بقدر ما قصر نباتها أي: بالسنة من نصف، أو ثلث، كما بينه ﷺ ثم ذكر بعد ذلك في الديات الجناية عن سن الصبي.

قال: (**وَلَوْ نَقَصَتْ يَدُهُ أُصْبُعًا فَقَطَعَ كَامِلَةً؛ قُطِعَ وَعَلَيْهِ أَرْشُ أُصْبُعٍ**) لأنه قطعها ولم يستوف قصاصها، وإن شاء أخذ دية اليد ولا يقطع، ولو نقصت إصبعين فله قطعها وأرش إصبعين، وهكذا.

(**وَلَوْ قَطَعَ كَامِلٌ نَاقِصَةً: فَإِنْ شَاءَ الْمَقْطُوعُ أَخَذَ دِيَةَ أَصَابِعِهِ الْأَرْبَعِ، وَإِنْ شَاءَ لَقَطَهَا**) أي: وليس له قطع اليد الكاملة قطعًا لزيادتها.

وَالْأَصَحُّ أَنَّ حُكُومَةَ مَنَابِتِهِنَّ تَجِبُ إِنْ لَقَطَ، لَا إِنْ أَخَذَ دِيَتَهُنَّ، وَأَنَّهُ يَجِبُ فِي الْحَالَيْنِ حُكُومَةُ خُمُسِ الْكَفِّ.

وَلَوْ قَطَعَ كَفًّا بِلَا أَصَابِعَ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ كَفُّهُ مِثْلَهَا.

وَلَوْ قَطَعَ فَاقِدُ الْأَصَابِعِ كَامِلَهَا قَطَعَ كَفَّهُ وَأَخَذَ دِيَةَ الْأَصَابِعِ، ....

(وَالْأَصَحُّ: أَنَّ حُكُومَةَ مَنَابِتِهِنَّ تَجِبُ إِنْ لَقَطَ) ووجه لأن الحكومة من جنس الدية فلا يبعد دخولها فيها، والقصاص ليس من جنسها، وبأن الدية بدل حكمي فجاز أن يجعل بدلًا عن الكل، والقصاص استيفاء المثل جاء فلا يمكن أن يجعل الأصابع وحدها في مقابلة الأصابع ومنابتها مع التفاوت في الجملتين.

والثاني: لا تجب وتدخل تحت قصاص الأصابع كما تدخل تحت ديتها؛ فإنه أحد موجبي الجناية.

قال: **(لَا إِنْ أَخَذَ دِيَتَهُنَّ)** أي: على ظاهر المذهب، كما أن حكومة جميع الكف تندرج تحت دية الأصابع؛ فإن الواجب في لقط الأصابع خمسون من الإبل، وفي القطع من الكوع لا يجب إلا ذلك، وإذا اندرجت حكومة الكف تحت ديات الأصابع؛ اندرج بعضها تحت البعض؛ لأن البعض من البعض كالكل من الكل، وحكى الإمام وغيره وجهًا: أنه لا يندرج، وتختص قوة الاستتباع بالكل.

إشارة: سوى المصنف بين وجهتي الخلاف في الصورتين وليس كذلك، ولذلك عبر في «الروضة» بالأصح، وفي هذه بالصحيح.

قال: **(وَأَنَّهُ يَجِبُ فِي الْحَالَيْنِ حُكُومَةُ خُمُسِ الْكَفِّ)** أي: خمس الباقي منه، هذا ما جعلاه الصحيح؛ ثم قالا: وحكي وجه: أن كل إصبع تستتبع الكف يستتبعها كل الأصابع.

قال: **(وَلَوْ قَطَعَ كَفًّا بِلَا أَصَابِعَ؛ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ كَفُّهُ مِثْلَهَا)** أي: لعدم المماثلة في الأولى ووجودها في الثانية.

قال: **(وَلَوْ قَطَعَ فَاقِدُ الْأَصَابِعِ كَامِلَهَا؛ قَطَعَ كَفَّهُ وَأَخَذَ دِيَةَ الْأَصَابِعِ)** أي: ليصل على حقه، نص عليه الشَّافِعِي - رحمه الله -.

وَلَوْ شَلَّتْ أُصْبُعَاهُ فَقَطَعَ يَدًا كَامِلَةً، فَإِنْ شَاءَ لَقَطَ الثَّلَاثَ السَّلِيمَةَ وَأَخَذَ دِيَةَ أُصْبُعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَقَنَعَ بِهَا.

فَصْلٌ

قَدَّ مَلْفُوفًا وَزَعَمَ مَوْتَهُ صُدِّقَ الْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَلَوْ شَلَّتْ أُصْبُعَاهُ فَقَطَعَ يَدًا كَامِلَةً: فَإِنْ شَاءَ لَقَطَ الثَّلَاثَ السَّلِيمَةَ وَأَخَذَ دِيَةَ أُصْبُعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَقَنَعَ بِهَا**)؛ لأنا ذكرنا فيما إذا عم الشلل اليد: أنه إذا قطعها بيده السليمة يقنع بها، وإذا كان الشلل في بعضها؛ فالقناعة أولى، وإذا قطع الثلاث السليمة وأخذ دية إصبعين عاد في امتناع القصاص في الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع دية الإصبعين حكومة منبتهما الخلافان السابقان.

ولو انعكست صورة الكتاب لم يجز القصاص من الكوع، وللمستحق أخذ الثلاث السليمة وحكومة الشلاوين، وهل يعود الخلاف في استتباع القصاص في الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع حكومة الشلاوين حكومة منبتهما؟ قال الرَّافِعِي: فيه وجهان، والذي أورده العراقيون: أنها تستتبعها؛ لأن حكومتها هي المال الواجب فيها فأشبهت دية الصحيحة.

والأصح عند الإمام، والْغَزَالِي، والْبَغَوِي: المنع؛ لأن الحكومة ضعيفة غير مقيدة فلا يليق بها إلا الاستتباع، وبه جزم في «شرحه الصغير» فقال: أصحهما: المنع، ووجهه بما سبق قال: والوجهان على قولنا أن دية بعض الأصابع تستتبع بطشًا من حكومة الكف؛ فإن لم يقل به في الدية؛ ففي الحكومة أولى.

قال: (**فَصْلٌ: قَدَّ مَلْفُوفًا وَزَعَمَ مَوْتَهُ؛ صُدِّقَ الْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لأن الأصل استمرار الحياة، وأيضًا لأنه كان مضمونًا والأصل استمرار تلك الحياة، فأشبه ما إذا قتل مسلمًا وادعى ردته.

والثاني: أن المصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته عن القصاص، وهذا ما صححه الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وصاحب «المعتمد»

....

والرُّويَانِي، وغيرهم وهو المنصوص في «الأم» يقينًا لا الأول، كما حكاه الرَّافِعِي لما سنذكره.

وقال الْمَاوَرْدِي في باب الشهادة على الحياة: إنه الذي نقله الْمُزَنِي هاهنا، ونص عليه الشَّافِعِي هاهنا في أكثر كتبه؛ لأن الأصل براءة ذمته، والثاني انفرد الربيع بنقله فقال بعد رواية هذا: وفيه قول آخر: إن القول قول الولي بيمينه؛ لأن الأصل بقاء الحياة، وهذا منه يفهم أنه من تخريج الربيع وأن المذهب خلافه.

وقد صرح الْمَاوَرْدِي وغيره: أن الربيع إذا نقل عن الشَّافِعِي - ﷺ - نصًا، ثم قال: وله قول آخر يكون منصوصًا، وإذا قال: وفيه قول آخر؛ يكون من كتبه وتخريجه، وعزى القاضي أبو الطيب القود بتصديق الولي إلى القديم.

وعبارة الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم» في باب اختلاف الجاني: والمجني عليه، بعد أن نص على تصديق الجاني في ذهاب نص المجني عليه، وقول الجاني فيما جنا عليه من شيء فقال: جنيت عليه وهو غير صحيح، كأن قطع أذنه فقال: ضربتها وهي مقطوعة قبل ضربتها؛ فإن البينة على المقطوعة أذنه بأنه كانت له أذن صحيحة قبل أن يقطعها، وكذلك لو جاء رجل إلى رجل مسجى بثوب فقطعه باثنين فقال: قطعته وهو ميت.

أو جاء قومًا في بيت فهدمه عليهم، فقال: هدمته وهم موتى؛ كان القول قول الجاني مع يمينه وعلى أوليائهم البينة أن الحياة كانت فيهم قبل الجناية، فإذا أقاموها لم يقبل قول الجاني حتى تثبت له بينة أنه قد حدث لهم موت قبل الجناية.

قال الربيع: والقول الثاني أن الذين هدم عليه البيت على الحياة التي قد عرفت منهم حتى يقيم الذي هدم عليهم البيت أنهم ماتوا قبل أن يهدمه، انتهى. وهذا إشعار بتخصيصه له بصورة الهدم، دون صورة المسجى.

تنبيهات: أحدهما: المتبادر من إطلاق «المنهاج» وغيره: إيجاب القصاص، زاد في «الروضة»: قلت: وإذا صدقنا الولي بلا بينة؛ فالواجب

....

الدية دون القصاص ذكره المحاملي، وقال الْمُتَوَلِّي: هو على الخلاف في استحقاق القود بالعامة، انتهى.

وأصل كلام الْمُتَوَلِّي قول ابن الصباغ يحلف، ويستحق الدية ولا يجب القصاص بيمينه، وقال القاضي أبو الطيب: ينبغي أن يكون في القصاص قولًا آخر كما قلنا في القسامة.

قال ابن الصباغ: ويمكن عندي أن يفرق بينهما بأن في القسامة تتكرر الأيمان، وفي مسألتنا اليمين واحدة، انتهى.

وهذا منه يفهم: أن المذهب ألا قصاص، وإن القاضي أشار إلى تخريج قول فيه؛ لكن الرَّافِعِي نقل عن القاضي أبي الطيب أنه قال: بوجوب القصاص، وبالغ فيه حين سأله أبو بكر الدقاق فراجعه فيه، وابن الصباغ أعلم بكلام شيخه؛ إلا أن يكون قد اختلف جوابه في المسألة، وما ذكره الشيخ من أن الواجب الدية صرح به «المعتمد» وغيره، ونقله ابن الرِّفْعَة عن الأصحاب؛ لكنه قاله في «الروضة» قبيل باب القسامة.

فرع: شهدا أنه ضرب ملفوفًا في ثوب فقده نصفين ولم يتعرضا لحياته وقت الضرب لم يثبت القتل بشهادتهما، فلو اختلف الولي والجاني في حياته حينئذٍ فأيهما يصدق؟ فيه قولان سبقا أظهرهما: الولي، وفي موضع القولين ثلاث طرق: أصحها: إطلاقهما.

والثاني: قاله أبو إسحاق ينظر إلى الدم السائل فإن قال أهل الخبرة: هو دم حي؛ صدق الولي، وإن قالوا: دم ميت؛ صدق الجاني، وإن اشتبه؛ ففيه القولان.

والثالث: قاله أبو الحسن الطيبي ـ بكسر الطاء وبالباء الموحدة ـ أنه إن كان ملفوفًا في ثياب الأحياء؛ صدق الولي، وإن كان في الكفن؛ صدق الجاني، وإن اشتبه؛ ففيه القولان، فإن صدقنا الجاني فحلف برئ، وإن صدقنا الولي؛ فله الدية وفي القصاص وجهان، قال الشيخ أبو حامد: لا؛ للشبهة.

....

وقال الماسرجسي والقاضي أبو الطيب وغيرهما: يجب القصاص؛ لأنه مقتضى تصديقه.

ويجب على الحاكم حبس الجاني إلى بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وعطفوا عليه ما إذا كان الولي غائبًا، وعبارة «البسيط»: ولا شك أن للولي حبس القاتل، وإن كان ولي المقتول غائبًا إذا رأى ذلك وهي مصرحة برد الأمر إلى رأيه، ولم أر ذلك في «النهاية».

الثانية: قال في «البيان»: إذا كان القصاص لغائب حبس إلى قدومه؛ كما لو كان لصغير، أو مجنون، فإن قيل: هلا قلتم: لا يحبس للغائب؛ إذ لا ولاية للحاكم عليه؛ كما لا يحبس غاصب ماله وينزعه منه؟ قيل: القود يثبت للميت، وللحاكم على الميت ولاية، ولا ولاية له على الغائب وهو رشيد، وكذلك وارثه أن رجل مات وخلف مالًا، ووارثه غائب فيغصب المال رجل؛ فللإمام حبس الغاصب على أن يقدم الغائب.

وعبارة «الشامل» قلنا: إنما له حبس القاتل؛ لأن القصاص حق للميت ووليه الحاكم، ورأيه أن يرى الحاكم شيئًا، كمن قال: في يد إنسان غصبًا والوارث غاصب؛ فإنه يأخذه ووارث مسألة الغصب أن يكون القصاص في الطرف الغائب، فإن الحاكم لا يتعرض له، انتهى.

وفي كلامهما فوائد، ويفهم: أنه لو قتل عبد عبد الغائب؛ فإن الحاكم لا يتعرض له، انتهى.

يحبس القاتل إلى قدوم سيده، وكلام «الشامل»: مصرح بأنه لا يحبس فيما دون النفس للغائب، وهو قضية كلام غيره، وذلك يوجب التوقف فيما سبق في كلام الرَّافِعِي، ولم أر في ذلك كلام الإمام ما يشعر بأنه يحبس في قصاص الطرف؛ بل هو ظاهر في أن الحبس للقصاص في النفس خاصة، وهو ما ذكره الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ - والجمهور، وكلامهم ساكت عن الحبس في قصاص الطرف، والله أعلم.

وَلَوْ قَطَعَ طَرَفًا وَزَعَمَ نَقْصَهُ فَالْمَذْهَبُ تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ أَصْلَ السَّلَامَةِ فِي عُضْوٍ ظَاهِرٍ، وَإِلَّا فَلَا.

الثالثة: ظاهر كلامهم أنه لا فرق في حبس القاتل بين كون الصبي والمجنون في عهد الحاكم أو لا، وهو ظاهر إذا قلنا: يحبس إذا كان الوارث الغائب رشيدًا، أما إذا قلنا: لا؛ ففيه وقفة، أصله تردد للأصحاب حكاه ابن الرِّفْعَة: أنه لو كان الصبي ونحوه في بلد فالولاية في ماله لقاضي بلد إقامته على الأشبه دون قاضي بلد ماله.

فائدة: ذكر في «الروضة» تبعا للرافعي كما سبق عن ابن الصباغ: أنه ليس للحاكم أخذ مال الغائب المغصوب، وعن كلام الإمام وغيره: ما يشعر بأخذه، وقال في أول التفليس: إنه لا يستوفي في مال الغائبين في الذمم.

وقدمنا عن الْقَفَّال: أنه يستوفيه عند طول الغيبة وخوف الضياع، وقال في «الوديعة»: إنها لو حملت إليه عند تعذر إعطاء المالك؛ لزمه الأخذ على الأصح، وإذا حمل الغاصب المغصوب إليه ففي وجوب القبول وجهان، وأولى بالمنع، فأفهم ترجيح الوجوب، وإن كان الخلاف مرتبًا، والمتبادر منه الجزم بالجواب، وإنما التردد في الوجوب، وهنا زيادة كلام ذكرته في «الغنية» يتضمن ذكر اضطراب في ذلك وغيره.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ طَرَفًا وَزَعَمَ نَقْصَهُ**) أي: بشلل، أو فقد إصبع، أو خرس لسان وغيرها، فكان الأحسن أن يقال: ولو جنا على عضو وزعم نقصه ليدخل فيه ضوء العين، وذهاب السمع والشم، أو نقصهما.

قال: (**فَالْمَذْهَبُ: تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ أَصْلَ السَّلَامَةِ فِي عُضْوٍ ظَاهِرٍ**) أي: كاليد، والرجل، واللسان، والأنف، والأذن، والعين؛ لأن الأصل: أنه لا قصاص، وأنه لم يفوت ما يدَّعيه المجني عليه، والمدَّعى عليه متمكن من إقامة البينة على السلامة التي يدَّعيها لظهور العضو.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وأن يكون العضو ظاهرًا، أو لم ينكر أصل السلامة لم يصدق الجاني فيقول: إذا لم ينكر أصل السلامة؛ بل اتفقا على أنه كان

……

سليمًا، وادَّعى الجاني حدوث النقص لشلل؛ فالأظهر تصديق المجني عليه؛ لأن الأصل استمرار السلامة التي كانت.

والثاني: تصديق الجاني؛ لأن الأصل البراءة عن القصاص، وإنما العضو الباطن كالذكر والأنثيين؛ ففيهما قولان، سواء أنكر الجاني أصل السلامة، أو سلمه وادَّعى زوالها: **أظهرهما**: تصديق المجني عليه؛ لأن الأعضاء الباطنة لا يطلع عليها، ويتعين إقامة البينة على سلامتها، والمراد بالعضو الباطن: ما يعتاد ستره مروءة، وقيل: ما يجب وهو العورة، والظاهر: ما سواه، وبه يشعر تمثيل «المحرر» وغيره.

تنبيهات: أحدها: ذكر في «الروضة» وأصلها نصوصًا وطرقًا أربعة مختصرها أربعة أقوال:

ثالثها: يصدق المجني عليه إن ادَّعى أصل السلامة، فإن ادَّعى زوال النقص بعد وجوده؛ صدق الجاني.

ورابعها: التفصيل المذكور في الكتاب، ولم يذكرا طريقة قاطعة بالتفصيل المذكور كما يشعر به لفظ «المنهاج»؛ بل ذكرا ما قدمناه.

وبالجملة فالمرجح تصديق المجني عليه إلا في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة، فظاهر نص «الأم» السابق يفهم تصديق الجاني؛ إذا أنكر أصل السلامة مطلقًا، ألا تراه قال: بعد قوله إذا قال: جنيت عليه وهو لا يبصر، فالقول قوله مع يمينه، وهكذا القول قول الجاني فيما جنا عليه من شيء، فقال: جنيت عليه، وهو غير صحيح، وظاهره عدم الفرق بين الظاهرة والباطنة.

الثاني: إذا صدقنا الجاني مطلقًا، وللمجني عليه بينة فلا بدَّ أن يشهد بالسلامة حالة الجناية، ولا يكفي أن يشهد برؤيته سليمًا قبلها، فإن خصصنا تصديقه لحالة عدم اعترافه بالسلامة؛ حصل المقصود بشهادتهما بالسلامة حالة الجناية، أو قبلها؛ لكن لا يحتاج إلى اليمين إذا شهدت له بالسلامة حالة الجناية، وإن شهدت له قبلها؛ حلف أنه كان سليمًا حالة الجناية؛ لأنها لم تشهد له بذلك.

أَوْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ سِرَايَةً، وَالْوَلِيُّ انْدِمَالًا مُمْكِنًا أَوْ سَبَبًا فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْوَلِيِّ.

قال الرَّافِعِي بعد ذكره ما لخصاه في كيفية الشهادة: والبناء المذكور عن ابن الصباغ وغيره، والأصح عند القاضي الرُّويَانِي وغيره: أنه يكفي قول الشهود، أنه كان صحيحًا ولا يشترط التعرض لوقت الجناية، انتهى.

وهذا الكلام يوهم ضعف التفصيل السابق، وكذا فهم المصنف فجعله في أصل «الروضة» وجهًا ضعيفًا مقابلًا للأصح، وليس كذلك؛ بل ما ذكر أولًا وهو الصواب المتعين، ويشبه أن يكون المراد بما ذكره من تصحيح الرُّويَانِي وغيره: أن ذلك يكفي لترجيح جانب المجني عليه في جعل القول قوله، فيكون ذلك دليلًا فيهم إلى تصديق المجني عليه متى سلم له الجاني بأصل السلامة.

فائدة: قال ابن الرِّفْعَة: كلام الْبَنْدَنِيجِي والأصحاب يقتضي أنَّا إذا صدقنا المجني عليه يجب القصاص، وله العفو على الدية، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وقد قالوا في قد الملفوف: أنه لا يجب القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة ويجب الدية، وقد قال القاضي أبو الطيب هناك بالإثبات، وهنا أبدى فرقًا بين الصورتين.

قال: (**أَوْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ سِرَايَةً**) أي: فلا يلزم إلا دية.

(**وَالْوَلِيُّ انْدِمَالًا مُمْكِنًا أَوْ سَبَبًا**) أي: فالواجب ديتان.

(**فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْوَلِيِّ**) أي: بيمينه على ما نفصله فنقول: إذا ادّعى الجاني أنه مات بالسراية فللولي في جوابه حالان:

الأول: أن يقول: إن مات بسبب آخر بأن قتل نفسه، أو قتله آخر، أو شرب سمًا موحيًا فأصح الوجهين تصديق الولي بيمينه؛ لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين بالجنايتين، والأصل: عدم السبب الآخر، وهذا ما أورده الْبَغَوِي وغيره.

والثاني: أن المصدق الجاني؛ لأن ما يقوله محتمل، والأصل: براءة ذمته، هذا إذا بيَّن الولي السبب كما ذكرنا، فلو اقتصر على قوله: مات بسبب آخر، ولم يعينه؛ قال الصيدلاني: لا يلتفت إلى قوله إن قصر الزمان، ولم يكن

وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ وَزَعَمَ سَبَبًا وَالْوَلِيُّ سِرَايَةً.

فيه الاندمال؛ لأن ترك التعيين يشعر بأنه لا سبب، وأن مراده: دعوى الاندمال، وإن أمكن الاندمال فإن صدقناه بيمينه حلف أنه مات بسبب غير الجناية، وإن لم نصدقه وأحوجناه إلى البينة؛ فلا بدَّ من التعيين ليتصور إقامة البينة عليه.

قال الإمام: ولا يبعد التخريج على الوجهين وإن لم يكن الاندمال، ولو اتفقا على أن الجاني قتله؛ لكن قال: قتلته قبل الاندمال فعليَّ دية، وقال الولي: بل بعده فعليك ثلاث ديات، والزمان محتمل الاندمال؛ فيصدق الولي في بقاء الديتين، والجاني في نفي الثالثة.

ويجيء وجه: أنه يصدق الجاني على الإطلاق، وهذا ما أورده الرَّافِعِي، ولفظ نص «الأم»: ولو قال الجاني: قطعت يديه فلم تبرأ حتى قتلته، وقال أولياء المقتول: بل برأت يداه ثم قتله؛ كان القول قول القاتل؛ لأنه يؤخذ منه حينئذ ديتان إن شاء أولياء المقتول ولا تؤخذ منه الزيادة إلا بإقراره أو بينة تقوم عليه.

ولو قامت عليه بينة بأن يديه قد برأتا؛ لم يقبل هذا منه حتى يصفوا البرء فإذا أثبتوه بما يعلم أهل العلم أنه برء قبل ذلك منهم فإن قالوا: قد سكبت مدتهما أو ما أشبه هذا؛ لم يقبل، وإذا قبلت البينة على البرء فقال الجاني: قد انتقضتا بعد البرء وأكذبه الورثة فالقول قولهم وعلى الجاني البينة أنهما انتقضتا من جنايته؛ لأن الحق أنه شهد لهم بالبرء فلا يدفع عنه بقوله.

قال: (وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ وَزَعَمَ) أي: الجاني.

(سَبَبًا) أي: مات به من قبل، أو غيره فلا يلزمني إلا نصف الدية.

(وَالْوَلِيُّ سِرَايَةً) أي: وقال الولي: بل مات بالسراية، وعليك دية فالأصح تصديق الولي؛ لأن الأصل أنه لم يوجد سبب آخر.

والثاني: تصديق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، ولو قال: الجاني مات بعد الاندمال والزمن يحتمله، والظاهر: تصديقه؛ إذ الأصل براءة الذمة، ولم يثبت ما يوجب تمام الدية، قال الرَّافِعِي: وفيه وجه: أنه يصدق الولي؛ لأن

وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ الْحَاجِزَ وَزَعَمَهُ قَبْلَ انْدِمَالِهِ صُدِّقَ إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلَّا حَلَفَ الْجَرِيحُ وَثَبَتَ أَرْشَانِ. قِيلَ: وَثَالِثٌ.

الأصل بقاء الحياة به وسرايتها، ولو اختلفا في زمن إمكان الاندمال صدق الولي؛ إذ الأصل أنه لم يخص.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ الْحَاجِزَ**) أي: بينهما.

(**وَزَعَمَهُ قَبْلَ انْدِمَالِهِ**) أي: والجميع عمد، وقال المجني عليه: بل بعده.

(**صُدِّقَ**) أي: الجاني بيمينه.

(**إِنْ أَمْكَنَ**) أي: بأن قصر الزمان.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يمكن بأن طال الزمان.

(**حَلَفَ الْجَرِيحُ وَثَبَتَ أَرْشَانِ**) أي: هكذا قالاه، وفيه ما سيأتي.

قال: (**قِيل: وَثَالِثٌ**) أي: لأنه ثبت رفع الحاجز باعترافه، وثبت الاندمال بيمين المجني عليه فحصلت موضحة ثالثة، والأصح: المنع وتصديق الجاني؛ لأنه يقول: رفعت الحاجز حتى لا يلزمني الأرش ويتحد الجميع، فإذا لم يصدق في الاتحاد؛ وجب تصديقه في نفي الثالث الذي لم يثبت موجبه.

تنبيهات: أحدها: ذكر في السبب الرابع في اختلاف الحكم من «الروضة»: أنه لو أوضحه موضحتين عمدًا ورفع الحاجز بينهما خطأ، وقلنا بالصحيح: إنه لو رفعه عمدًا؛ تداخل الأرشان فهل يلزمه أرش ثالث، أم لا يلزمه إلا أرش واحد؟ وجهان.

قلت: أرجحهما أرش فقط، والله أعلم. انتهى، وهذا عجيب.

قال الرَّافِعِي: قال: فيه وجهان لاختلاف الحكم، فإن جعلناه مؤثرًا؛ فعليه أرش ثالث، وإلا لم يلزمه إلا واحد، انتهى.

والصحيح: التأثير، وقضيته لزوم أرش ثالث.

ثانيها: قالا في صورة الكتاب كما قدمناه تبعًا لهما: قال الأئمة: إن قصر الزمان؛ صدق الجاني بيمينه، وإن طال؛ صدق المجني عليه، وفيه نظر.

فَصْلٌ

الصَّحِيحُ ثُبُوتُهُ لِكُلِّ وَارِثٍ.

قال بعض شيوخنا: ووزان المسألة ما لو قتله بعد قطعه أطرافه، وقال: قتلته قبل الاندمال فعليَّ دية، وقال الولي: بل بعده؛ فعليك ثلاث ديات، والزمان يحتمل للاندمال، وقد قالا فيها: إنه يصدق الولي في بقاء الديتين، فقياسه تصديق المجني عليه في بقاء أرش الموضحتين.

ويعضده أن الشَّافِعِي - ﷺ - نص على أنه لو أوضحه موضحتين وزال الحاجز بينهما، فقال الجاني: زال بالسراية فعليَّ دية واحدة، وقال المجني عليه: بل زال بجناية صدرت من إجرائه؛ يصدق المجني عليه بيمينه، واستصحابًا لوجوب الأرشين.

ثالثها: في تعبيرهما و«المحرر»: نقص الزمان كما سبق احتمال؛ لأنه إن قصر بحيث لا يتأتى فيه الاندمال؛ فالوجه تصديقه بلا يمين، وإن كان يتأتى فيه على بعد؛ فقضية كلام الجمهور تصديق المجني عليه.

وأما عبارة «المنهاج»: ففاسدة؛ لأن قوله: «وإلا» أي: وإن لم يمكن أن يكون رفع الحاجز قبل الاندمال، وإن كان ذلك؛ تعين تصديق المجني عليه ووجب له أرش ثالث قطعًا؛ إذ الغرض عدم إمكان ذلك قبل الاندمال، فتعين أن يكون بعده، وحكمه ما ذكرناه لا ما ذكره، فقد يقال: ليس لنا زمن يقطع فيه؛ لأنه بعد الاندمال لاحتمال بقاء الجراح إلى الموت، وجوابه: إن سلم فما فرضه في الكتاب من عدم الإمكان إذن محال.

فإن أراد حقيقة ما ذكرناه فما ذكره من الحكم فاسد، وإن عبر بذلك عن طول الزمان كما قدمناه فهو تعبير موهم يجب اجتنابه.

قال: (**فَصْلٌ: الصَّحِيحُ**) أي: المنصوص في «الأم» وغيره.

(**ثُبُوتُهُ**) يعني: القصاص.

(**لِكُلِّ وَارِثٍ**) أي: على فرائض الله تعالى؛ لأنه أخذ بدل النفس؛ فاستحقه الجميع كالدية.

وَيُنْتَظَرُ غَائِبُهُمْ وَكَمَالُ صَبِيِّهِمْ، وَمَجْنُونِهِمْ. وَيُحْبَسُ الْقَاتِلُ وَلَا يُخَلَّى بِكَفِيلٍ،

والثاني: تستحقه العصبة الذكور خاصة؛ لأنه لدفع العار، فيختص بهم كولاية النكاح.

والثالث: يستحقه الوارث بنسب دون نسب.

والرابع: للجميع غير الزوجين، والمذهب الذي أورده الجمهور الأول.

قال: (**وَيُنْتَظَرُ غَائِبُهُمْ**) أي: إلى أن يحضر، أو يرجع.

(**وَكَمَالُ صَبِيِّهِمْ، وَمَجْنُونِهِمْ**) لأن القصاص للتشفي، ودرك الثأر فحقه التفويض إلى خيرة المستحق، وإذا انفرد باستحقاقه صبي، أو مجنون لم يستوفه الولي سواء فيه قصاص النفس والطرف هذا هو المشهور عن «الذخائر»: أنه إن ثبت له قصاص طرف ثأر له وكما ذكرنا، أو بجناية على طرفه فلوليه استيفاؤه، وعن الْقَفَّال: أن للسلطان استيفاء قصاص المجنون بعد الأب.

قال: (**وَيُحْبَسُ الْقَاتِلُ**) أي: إلى كمال الناقص بجنون، أو صبي وحضور الغائب.

(**وَلَا يُخَلَّى بِكَفِيلٍ**)؛ لأنه قد يهرب فيفوت الحق، وعلل الرَّافِعِي حبسه لقدوم الغائب؛ فإنه يأخذه حفظًا لحق الميت.

وذكر ابن الصباغ: أن في قصاص الطرف لا يحبس الجاني إلى قدوم الغائب؛ لأنه لا ولاية له على الغائب المكلف، كما لا يأخذ ماله المغصوب، وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه، ويشعر بأنه يأخذ مال الغائب ويحفظه له، وأنه يحبس لقصاص الطرف أيضًا.

وفي «أمالي السرخسي»: أن الشيخ أبا علي قال: لا يحبس القاتل؛ لأن الحبس ضم عقوبة إلى القصاص المستحق عليه، وحمل الحبس في كلام الشَّافِعِي - ﷺ - على التوقف والانتظار، والمشهور الأول.

قال الأصحاب: وإبقاؤه محبوسًا أهون عليه من استعجال القتل، ولا طريق إلى حفظ الحق سواه، انتهى.

……

وقال الْمَاوَرْدِي: يحبس إلى أن يبلغ الصبي، ويفيق المجنون، ولا يتوقف حبسه على طلبه منه إذا ثبت عنده القتل، وَلَوْ كَانَ فِي الْوَرَثَةِ رَشِيدٌ غَائِبٌ لَمْ يَلْزَمِ الْحَاكِمَ حَبْسُ الْقَاتِلِ إِلَّا بَعْدَ الِاسْتِدْعَاءِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مُسْتَحِقَّ الْقَوَدِ رَشِيدٌ لَا يُوَلَّى عَلَيْهِ، وَهَكَذَا لَوْ غَصَبَ دَارًا لِغَائِبٍ جَازَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَنْتَزِعَهَا مِنَ الْغَاصِبِ إِنْ كَانَ مَالِكُهَا مُوَلَّيًا عَلَيْهِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَنْتَزِعَهَا مِنْهُ إِنْ كَانَ مَالِكُهَا رَشِيدًا، وهذا منه يفهم: أنه لو كان الغائب الرشيد أحد الورثة لا يحبسه الحاكم إلا باستقدامه.

وحكى ابن الرِّفْعَة ذلك فيما إذا ادَّعى المستحق غائبًا، وبين الغائبين تفاوت، وهنا كلمات:

الأولى: ظاهر كلام الرَّافِعِي وغيره: «أنه يجب القصاص» لا يقتضي تصديقه، انتهى.

وظاهر هذا ترجيح الوجوب، وفي قضية قول «البسيط»: فيحلف ويثبت القتل، والصحيح المختار: أنه لا يجب القصاص؛ فإنه يدرأ بأدنى شبهة كالحدود.

الثانية: كلام «التتمة» يشعر بأنه لو لم يكن ملفوفًا؛ بل كان لابسًا كالحي أن المصدق الولي لا محالة؛ لأنه وجه تصديق الجاني بأن ظاهر الحال يشهد له؛ لأن الحي لا يلف في الثوب عادة.

والظاهر: أنه لا فرق بين اللابس والملفوف، بدليل: ما لو هدم على جماعة بيتًا، وزعم موتهم، والولي حياتهم.

قال الفوراني: فقد نص الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ - على قولين، وزيفه الإمام، وتفصيل الطيبي: ولا شك أنه: إذا كان تكفينًا مخيطًا مسدود منافذ البدن بقطن؛ أنه يغلب على الظن تصديق الجاني، وتكذيب الولي للقرينة الظاهرة التي تكاد تفيد العلم بصدقه؛ بل أقول: يظهر تصديقه؛ إذا كان المقدود قد عرف مرضه المخوف الذي لا تبقى معه الحياة غالبًا إلى حالة العدم لا سيما إذا

وَلْيَتَّفِقُوا عَلَى مُسْتَوْفٍ، وَإِلَّا فَقُرْعَةٌ يَدْخُلُهَا الْعَاجِزُ وَيَسْتَنِيبُ، وَقِيلَ لَا يَدْخُلُ.

انضم إلى ذلك حدود أهله وسبق حياتهم، ونحو ذلك مما يصنعه أهل المريض بعد خروج روحه، واشتهر موته في الأغلب.

الثالثة: في «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو رمى رجلان سهمين فأصاب أحد السهمين أبدالًا فقتله، وتنازعا فيمن أصابه سهمه، قال: يرجع إلى الولي إذا ادَّعى على أحدهما أن سهمه أصابه، فهل القول قول الوارث، أو الرامي؟ فيه قولان كالقولين في مسألتنا، انتهى. وفيما قاله نظر ظاهر لا يخفى وجهه.

فرع: قتله ثم ادَّعى رقه، وقريبه حريته؛ نص أنه يصدق القريب، ونص في مثلها من القذف: أنه يصدق القاذف، فقيل: بتقريرهما، والأصح: أنهما على قولين: أظهرهما: تصديق القريب، ولم يذكروا أن الواجب القصاص، أو الدية لا غير.

قال: **(وَلْيَتَّفِقُوا عَلَى مُسْتَوْفٍ)** يعني: إذا كان القصاص لجماعة وهم حضور كاملو الحال فليس لهم أن يجتمعوا على قتله؛ لأن فيه تعذيبًا وإهانة؛ بل يتفقون على واحد منهم، أو من غيرهم أهلًا لذلك على قتله يستوفيه لهم.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يتفقوا على مستوفٍ؛ بل قال كل واحد منهم: أنا أستوفيه **(فَقُرْعَةٌ)** أي: فيقرع الحاكم بينهم، فمن خرجت له القرعة تولاه؛ ولكن بإذن الباقين، وقيل: لا يحتاج إلى إذنهم لتظهر فائدة القرعة، وقيل: لا يقرع بينهم ابتداءً إلا بإذنهم، فلو أخروا الاستيفاء لم يكن للقارع أن يستوفيه، وكذا لو منعه أحدهم منه بلا شك، قال الرُّويَانِي: وهذا الإقراع واجب في ظاهر المذهب خلافًا لبعض أصحابنا.

قال: **(يَدْخُلُهَا)** أي: القرعة.

(الْعَاجِزُ) عن الاستيفاء أي: لهرم، أو مرضٍ، أو ضعف، أو شلل يمين، أو أنوثة.

(وَيَسْتَنِيبُ) أي: إذا قرع، وهذا ما صححه الْبَغَوِي وتبعه في «المحرر».

قال: **(وَقِيلَ: لَا يَدْخُلُ)**؛ لعدم أهليته، والقرعة إنما تجري بين

وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ فَقَتَلَهُ فَالأَظْهَرُ لَا قِصَاصَ، ....

المستوين في الأهلية، وهذا ما صححه في «الشرح الصغير» وفي «الروضة»: إنه الأصح عند الأكثرين كما أفهمه كلام أصلها، وبه قطع جماعة، ونص عليه الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم».

قال الرُّويَانِي في «التجربة»: والأول غلط، وحكى جماعة الخلاف قولين؛ فإن كان الولي واحدًا عاجزًا، أو جماعة عجزة؛ تعين الوكيل بلا قرعة نص عليه، وهذا كله في القود المستحق لجز الرقبة، وأما غيره فسيأتي بيانه.

قال: (وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ فَقَتَلَهُ) أي: من غير قرعة ولا إذن من شركائه، ولا حكم حاكم بالمنع منه، وقبل العفو عنهُ.

قال: (فَالأَظْهَرُ: لَا قِصَاصَ)؛ لأن له حقًا في قتله فصار شُبْهَةَ دَارِئَة، ولأن من علماء المدينة، أو أكثرهم يجوز لكل منهم الانفراد، وإن عفا غيره ويقال: إنه رواية عن مالك.

والثاني: يجب؛ لأنه استوفى أكثر من حقه فلزمه القود، كما لو استحق الطرف فاستوفى النفس؛ ولأنه قتل جز واستحقه فأشبه من شارك في القتل العمد.

إشارات: إطلاق المنع مقيد بما ذكرناه، والقولان فيما إذا قتله عالمًا بالتحريم، فإن جهل؛ فلا قصاص عليه بلا خلاف.

قال الرَّافِعِي: كذلك ذكر في «التهذيب» وجزم به في «الروضة» وحذف الشبه، وإلى ذلك يرشد قول الْمُتَوَلِّي: عصى به وأثم ويقيد بلا خلاف؛ لأنه قتل من لا يجوز له قتله، وحينئذٍ يكون قاتلًا، والأظهر أنه إن كان عالمًا وجب وإلا فلا، لا أنه يجب مطلقًا كما يوهمه إطلاق المصنف.

وفي «الحاوي»: إنه إذا لم يكن من الشريك إذن في القتل ولا عفو نظر إن حكم الحاكم بالقود؛ فَالصَّحِيحُ: أَلَا قَوَدَ عَلَيْهِ لِنُفُوذِ حُكْمِهِ بِمُخْتَلَفٍ فِيهِ، وإن حكم عَلَيْهِ الْحَاكِمُ بِالْمَنْعِ مِنَ الْقَوَدِ؛ فَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ الْقَوَدَ لِنُفُوذِ حُكْمِهِ بِرَفْعِ الشُّبْهَةِ فِيهِ، وإن لم يكن من الحَاكِمِ فِيهِ حُكْمٌ بِتَمْكِينٍ وَلَا مَنْعٍ؛ فَفِي وُجُوبِ

وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ الدِّيَةِ مِنْ تَرِكَتِهِ، وَفِي قَوْلٍ مِنَ الْمُبَادِرِ.

وَإِنْ بَادَرَ بَعْدَ عَفْوِ غَيْرِهِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَقِيلَ لَا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَيَحْكُمْ قَاضٍ بِهِ،

الْقَوَدِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ مَنْصُوصَانِ فذكرهما، وأفاد الْمُتَوَلِّي وغيره: بأن قول المنع هو «الجديد» وقول الوجوب هو «القديم».

ظاهر كلامهم: أن الصورة فيما إذا قتله استيفاءً، أما لو قتله عمدًا ظانًّا أنه غيره فهل الحكم كذلك، أم لا؟ فيه نظر، ولم أر فيه نقلًا.

قال: (**وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ الدِّيَةِ**) أي: لفوات القصاص بغير اختيارهم.

(**مِنْ تَرِكَتِهِ**) أي: من تركة الجاني؛ إذا المبادر فيما وراء حقه كالأجنبي، ولو قتله أجنبي؛ أخذ الورثة الدية من تركة الجاني، فكذا هنا.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: مِنَ الْمُبَادِرِ**)؛ لأنه أتلف ما يستحقه شركته، فأشبه ما لو كان لهم وديعة فأتلفها أحدهم، وحكى قول مخرج: لهم الخيار بين الأخذ من المبادر أو من تركة الجاني ويبرأ؛ لأنه بمنزلة الغاصب والمتلف في يد الغاصب.

قال: (**وَإِنْ بَادَرَ بَعْدَ** عفو **غَيْرِهِ؛ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ**) أي: سواء عفا بعض الباقين، أو كلهم وعلم المبادر بالعفو أم جهله؛ لأن حقه من القود قد سقط بعفو غيره، فقد قبل من لا قود عليه؛ فلزمه القصاص.

قال: (**وَقيل: لَا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَيَحْكُمْ قَاضٍ بِهِ**) أي: بالعفو؛ فإن قتله بعد علمه بالأمرين العفو والحكم؛ لزمه القود بلا خلاف لانتفاء الشبهة، وحاصل «الشرحين»: أنه إن قتله بعد العفو والعلم به، وقبل حكم الحاكم بسقوط القود عن الجاني؛ ترتب وجود القود على ما إذا قتله قبل العفو، إن أوجبنا القود هناك فهنا أولى، وإلا فوجهان.

وقيل: قولان: بناء على المعنيين: إن عللنا بأنه صاحب حق فقد سقط حقه هنا بالعفو وعليه القود وهو الأصح، وإن عللنا بشبهة اختلاف العلماء فهي باقية، وإن حكم الحاكم بسقوط القود على الجاني فعليه القصاص قطعًا؛ لارتفاع المعنيين.

وَلَا يُسْتَوْفَى قِصَاصٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ.

وإن جهل العفو؛ ترتب على ما لو علمه إن لم يوجب القود عند العلم فهنا أولى، وإن أوجبناه هناك؛ فهاهنا وجهان بناء على الخلاف فيما إذا قتل من علمه من بدأ وظن أنه لم يسلم بعد ثم بان خلافه، وقد مرَّ أن الأظهر الوجوب، ووجه الشبهة بينهما: أن المقتول معصوم، والقاتل جاهل بحالة غير معذور في الإقدام.

قال: (**وَلَا يُسْتَوْفَى قِصَاصٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ**) أي: ونحوه من نائب وحاكم، وإن كان قد حكم للمستحق بالقصاص، كما قاله الْمُتَوَلِّي وغيره خوف العنت، وعن أبي إسحاق المروزي ومنصور التميمي: أنه لا يحتاج كالأخذ بالشفقة وغيره، والمنصوص المشهور الأول، ولا يفرق بين أن يأمن الفتنة فيجوز، أو لا، وإلا لكان متجهًا.

وسيأتي عن «الحاوي»: أنه لو كان له حد قذف، أو تعزير وكان بعيدًا عن السلطان في بادية نائية؛ أن له استيفاؤه إذا أمكنه بنفسه؛ فيجوز أن يقال بمثله هنا، وقد يفرق بحظر إراقة الدماء.

وفي أواخر «قواعد ابن عبد السلام»: لا يستوفى القصاص إلا بحضرة الإمام؛ لأن المنفرد باستيفائه محرك للفتن، ولو انفرد بحيث لا يرى؛ ينبغي ألا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إتيانه، انتهى.

ووراء ما ذكرناه أشياء:

أحدها: ذكرها الْمَاوَرْدِي في أوائل الجنايات: أن القتل في الحرابة لكل من الإمام والولي الانفراد بقتله دون مراجعة الآخر، وصرح جماعة هنا: أنه لا يجوز بغير إذن الإمام، ولعلهم وافقوا المروزي، أو اكتفوا بحضور الإمام كما سيأتي.

ثانيها: يستثنى من إطلاقهما هنا ما ذكراه في «الحدود»: أن للسيد أن يقيم القصاص على عبده على الأصح، حيث صرحنا به في حد المحاربة؛ فإن جماعة جروا الخلاف المذكور في القتل، والقطع هنا في القتل والقطع قصاصًا.

……

ثالثها: قضية كلامهما: إنه يكفي إذن السلطان، وإن لم يحضر هو ولا من يخلفه، وفي «البيان»: أن من وجب له قصاص؛ لم يجز له أن يقتص بغير إذن السلطان ولا بغير حضوره، وبهذا أجاب صاحب «المقنع» و«التنبيه» والْمَاوَرْدِي، وغيرهم من العراقيين، وليس اعتبار حضوره ومن يخلفه ببعيد؛ لما يخشى عند غيبته من الفتنة، وشهر السلاح والعصبة للقاتل من عشيرته وغيرهم لفتنة من يخشى سطوته من ولاة أمور العامة.

رابعها: قال الشيخان: يستحب للإمام أن يحضر الاقتصاص عدلين متيقظين؛ ليشهدا إن أنكر المقتص الاستيفاء، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه أن الترافع إليه، انتهى.

وفي «التنبيه»: يستحب أن يستوفي بحضرة الناس؛ لينتشر الخبر فيحصل به الزجر، وأقل من يحضره عدلان.

قَالَ فِي «الْحَاوِي»: إِنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي اسْتِيفَائِهِ عَشَرَةُ أَشْيَاءَ: أَنْ يَحْضُرَهُ الْحَاكِمُ الَّذِي حَكَمَ لَهُ بِهِ أَوْ نَائِبُهُ لِيَكُونَ حُضُورُهُ تَنْفِيذًا لِحُكْمِهِ، وَأَنْ يَحْضُرَهُ شَاهِدَانِ؛ لِيَكُونَا بَيِّنَةً فِي الِاسْتِيفَاءِ أَوْ التَّعَدِّي، وَأَنْ يُحْضِرَ مَعَهُ عَوْنًا فَرُبَّمَا حَدَثَ مَا يَحْتَاجُ إِلَى كَفٍّ أَوْ رَدْعٍ، وَأَنْ يَأْمُرَ الْمُقْتَصَّ مِنْهُ بِمَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ مِنْ صَلَاةِ يَوْمِهِ، وَأَنْ يَأْمُرَهُ بِالْوَصِيَّةِ فِيمَا لَهُ وَعَلَيْهِ مِنْ حَقٍّ، وَأَنْ يُؤْمَرَ بِالتَّوْبَةِ مِنْ ذُنُوبِهِ، وَأَنْ يُسَاقَ إِلَى مَوْضِعِ الْقِصَاصِ بِرِفْقٍ، وَأَنْ يَسْتُرَ عَوْرَتَهُ، وَأَنْ يَشُدَّ عَيْنَاهُ بِعِصَابَةٍ، وَيُتْرَكَ مَمْدُودَ الْعُنُقِ؛ لِئَلَّا يَعْدِلَ السَّيْفُ عَنْهُ، وَالْعَاشِرُ: أَنْ يَكُونَ السَّيْفُ صَارِمًا لَيْسَ بِكَالٍّ، وَلَا مَسْمُومٍ، وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا هَذِهِ الشُّرُوطَ وَالْأَوْصَافَ إِحْسَانًا فِي الِاسْتِيفَاءِ وَمَنْعًا مِنْ التَّعْذِيبِ؛ لِحَدِيثِ: «**فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ**»(١) وَلِلنَّهْيِ عَنْ تَعْذِيبِ الْبَهَائِمِ

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٥٢، رقم ١١١٩)، وأحمد (٤/ ١٢٣، رقم ١٧١٥٤)، والدارمي (٢/ ١١٢، رقم ١٩٧٠)، ومسلم (٣/ ١٥٤٨، رقم ١٩٥٥)، وأبو داود (٣/ ١٠٠، رقم ٢٨١٥)، والترمذي (٤/ ٢٣، رقم ١٤٠٩) وقال: حسن صحيح. وابن أبي شيبة (٥/ ٤٥٥، رقم ٢٧٩٢٩)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٨٢، رقم ١١٠٧١). والنسائي (٧/ ٢٢٧، رقم ٤٤٠٥)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٨، رقم ٣١٧٠)، والطبراني (٧/ ٢٧٤، رقم ٧١١٤)، والبزار (٨/ ٣٩٤، رقم ٣٤٦٨)، والديلمي (١/ ١٧٣، رقم ٦٤٨).

فَإِنِ اسْتَقَلَّ عُزِّرَ، وَيَأْذَنُ لِأَهْلٍ فِي نَفْسٍ، لَا فِي طَرَفٍ فِي الْأَصَحِّ.

فَالْآدَمِيُّ أَحَقُّ. انتهى. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَأَكْثَرُ مَا ذَكَرَهُ عَدُّوهُ مِنَ الْمَنْدُوبَاتِ.

قال: (**فَإِنِ اسْتَقَلَّ**) أي: بالاستيفاء.

(**عُزِّرَ**)؛ لافتئاته على الإمام، وهذا إقراع يمنع الاستقلال، وقيل: لا يعزر؛ لأنه استوفى حقه، ويظهر استثناء الصور التي قدمناها، وأما إذا كان المستوفي مجتهدًا؛ أقراه، أو مقلدًا كمبتدئة، وإن يستثنى الجاهل بالمنع من الاستقلال؛ لأنه مما يخفى.

قال: (**وَيَأْذَنُ لِأَهْلٍ**) أي: أهل الاستيفاء بنفسه.

(**فِي نَفْسٍ**) أي: إذا طلب ذلك من الإمام ونحوه، فإن لم يره أهلًا لهرم، أو ضعف، أو زمانة، أو أنوثة؛ لم يجبه، وأمره بالاستنابة.

قال الْمُتَوَلِّي: وإذا طلب الأهل لاستيفاء الأجرة أعطيها، وكأنه إذا لم يجد الإمام متبرعًا، قال الْمَاوَرْدِي: واستيفاء القادر بنفسه يعتبر مجيئه مشروطًا أن يحكم به الحاكم، وأن يكون مستوفيه رجلًا، وأن يكون ثابت النفس عند مباشرته القتل؛ فإن ضعفت نفسه منع، وأن يعرف القود، فإن لم يحسنه؛ منع، وأن يكون قوي اليد نافذ الضربة؛ فإن ضعفت بشلل، أو مرض؛ منع.

فرع: إذا استحق ذمي نفس مسلم قودًا كما سبقت أمثلته؛ لم يمكّن من استيفائه، وإنما يستوفيه الإمام بطلب المستحق؛ لئلا يسلط الكافر على المسلم، وقد تخرج بذلك الصورة، وأمثالها بقول المصنف: «الأهل» وقد لا يفهم ذلك منه.

قال: (**لَا فِي طَرَفٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لا يؤمن إلى تردد الحديدة ويزيد في الإيلام، وقد يسمها، هذا هو المنصوص في «الأم» وبه جزم أكثر العراقيين.

والثاني: يجوز تفويضه إليه كالنفس، وادعى القاضي الحسين: أنه المنصوص.

وإذا قطع الرجل، أو جرح فسأل أن يخلّى بينه وبين أن يقتص لنفسه؛ لم يحل ذلك، وكذلك لا يخلّى في ذلك ولي له ولا عذر للمقتص منه، ولا يقتص

فَإِنْ أَذِنَ فِي ضَرْبِ رَقَبَةٍ فَأَصَابَ غَيْرَهَا عَمْدًا عُزِّرَ وَلَمْ يَعْزِلْهُ، ....

إلا عالم بالقصاص، عدل فيه، ويكفي فيه الواحد؛ لأنه لا يقتص اثنان ويأمر الواحد من نفسه، ولا يستعين باثنين على المقتص منه بحال.

قال: وهكذا كل قصاص دون النفس يليه غير المقتص له ووليه، وإذا قتل رجل رجلًا، فسأل وليه أن يمكن من القاتل بضرب عنقه؛ أمكن منه، هذا نصه بحروفه وفيه فوائد.

ويخرج من كلام **الْمَاوَرْدِي** وجه ثالث: أنه أن سرى القطع إلى النفس؛ مكن، وإلا فلا، فإنه جزم هنا بعدم التمكين، ثم حكى في آخر الباب وجهين:

أحدهما: لا، كما لو انفرد بالقطع.

والثاني: نعم؛ للاتصال بالنفس، وكلام «الروضة» من بعد يفهم الجزم بهذا، ونص في «الأم» على المنع، كما سأذكره إن شاء الله تعالى.

وفي «التتمة»: أنه إن رضي بأن يقطع له الطرف منصوب الإمام، أو من يختاره الإمام فلا كلام، وإن قال: أنا أستوفيه بنفسي، أو بنائب من جهتي فهل يجاب؟ وجهان، ويحتمل أن يقال: إن الإمام يجيب الثقة المأمون إلى الاستيفاء بنفسه دون غيره، وكذا لو وكَّل أمينًا غير متهم أنه يجاب لا إن وكَّل فيه نخبة، أو عصبة.

قال: قدمنا أن كلامهم في الموضحة يفهم تمكين المستحق من الإيضاح، وتكلمنا عليه، ونص «الأم» يقتضي المنع كقطع العضو، وسبق تأويل كلامهم.

قال: (**فَإِنْ أَذِنَ**) أي: الإمام ونحوه لمستحق النفس.

(**فِي ضَرْبِ رَقَبَةٍ فَأَصَابَ غَيْرَهَا عَمْدًا؛ عُزِّرَ**) أي: لاعتدائه ومخالفته، وتعرف العمدية باعترافه بأن يدعي الخطأ فيما لا يخطئ مثله كضربه رجله، أو وسطه، أو ظهره، قال **الْمُتَوَلِّي**: أو وسط رأسه يعزر، ولا يحلف؛ لظهور كذبه.

قال: (**وَلَمْ يَعْزِلْهُ**) أي: على الأصح، والمشهور المنصوص في «الأم»؛ لوجود الأهلية، وإن تعدى بفعله؛ كما لو جرحه قبل دفعه إلى الحاكم، وفي وجه، أو قول: يعزل ويستتاب؛ إذ قد يتعدى ثانيًا.

وَلَوْ قَالَ: أَخْطَأْت وَأَمْكَنَ عَزْلُهُ لَمْ يُعَزَّرْ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: أَخْطَأْت وَأَمْكَنَ**) أي: بأن ضرب كتفه، أو رأسه مما يلي الرقبة؛ إذ الواجب ضرب العنق من جهة القفا، ولا يجوز أن يذبح كالبهيمة خلافًا للمتولي إلا أن يكون قد ذبح قتيله.

قال: (**عَزْلُهُ**) لظهور عجزه وخرقه، واعلم أنهما أطلقا في «المنهاج» وأصله عزله، وقالا في «الروضة» وأصلها: قال الإمام: ينبغي أن يكون مخصوصًا بمن لم تعرف مهارته في ضرب الرقاب؛ فأما الماهر؛ فينبغي ألا يعزل بخطأ اتفق بلا خلاف، انتهى.

وفي «الحاوي»: إنه لو وقع الغلط بموضع يجوز الغلط فيه؛ كأعلى الكتف، وأسفل الرأس؛ سئل فإن قال: عمدت؛ عزر ومنع، وإن قال: أخطأت؛ حلف على الخطأ ولم يعزر، ولم يمنع الاستيفاء؛ فإن بان بعد عمده وأراد الاستيفاء بنفسه؛ فالنص هنا يدل على سقوط حقه.

وفي «الأم»: إن الحاكم يمكنه، وقال البصريون: فيه قولان، وقال أبو حامد الإسفرائيني: هو على اختلاف حالين؛ فالمنع محمول على أنه بان للحاكم أنه لا يحسن القصاص، والتمكين على أنه بان له أنه يحسنه، وهذا منه يفهم أنه لا يعزل العارف بالخطأ بالاتفاق، كما أبداه الإمام. واقتصر الْمُتَوَلِّي، وابن الصباغ على إيراد طريقة الشيخ أبي حامد وأتباعه، وحكى جماعة: الطريقتين؛ لكن الْمَاوَرْدِي عرض عن محل الكلام فيما إذا تاب بعد عمده.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا ذكره الْمُتَوَلِّي في صورة ولم يذكر التوبة، وحكاه الإمام عن الصيدلاني: وأنه جزم في حالة خطئه بعدم تمكينه، وحكي عن غيره: عدم الفرق؛ ثم قال مستدركًا: وهذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصًا بما إذا لم يتكرر منه الخطأ، فلم يظهر خرقه؛ فإن ظهر فيمنع بلا خلاف، انتهى. والذي في «التتمة»: أنه لا يمنعه في العمد، فاعلم، وجمع جامع في المنع وعدمه سبعة آراء.

قال: (**ولَمْ يُعَزَّرْ**) أي: إن حلف أنه أخطأ، كذا أورداه وغيرهما، ولم

وَأُجْرَةُ الْجَلَّادِ عَلَى الْجَانِي عَلَى الصَّحِيحِ.

يذكر الجرجاني التحليف كـ«المنهاج»؛ بل قال: إن أمكن صدقه عزره بالدار، وأذن له في الضرب ثانيًا، وهو محتمل، والمنصوص الأول.

قال الشَّافِعِي - ﷺ -: فإن ضربه ضربة فقتله فقد أتى على القود، وإن ضربه على كتفه أو في رأسه منعه العودة وأحلفه ما عمد ذلك، فإن لم يحلف على ذلك؛ عاقبه، وإن حلف؛ تركه ولا أرش فيها، وأمر هو بضرب عنقه بأمر الولي، وجبر الولي على ذلك إلا أن يعفو، انتهى.

قال: (**وَأُجْرَةُ الْجَلَّادِ عَلَى الْجَانِي عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص، وبه أجاب العراقيون؛ إذ الحق عليه فلزمه أجرة أداؤه؛ كما يلزم البائع أجرة الكيال ونحوه.

والثاني: أنها على المقتص وإنما على الجاني التمكين، ومحل الخلاف في «الروضة» وأصلها وغيرها إذا لم يكن منصوب مرتزق من بيت المال يعطى رزقه، فإن كان؛ فلا أجرة له؛ لأنه عمل واجب عليه.

وقال الفوراني وغيره: نص أن أجرة القصاص عليه، وأجرة الجلاد من بيت المال، فقيل: قولان:

أحدهما: يجب على الجاني والمحدود.

والثاني: تجب أجرة القصاص على الجاني، وأجرة الجلاد في بيت المال، والأول أصح، وقيل: بتقرير النصين والفرق.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن لم يكن في بيت المال شيء وللجاني مال فالأجرة عليه، سواء فيه قصاص النفس والطرف، وإن لم يكن له مال، وكان القصاص في النفس؛ فيفرض على بيت المال، وإن كان في الطرف فوجهان: **أحدهما**: أن الحكم كذلك.

والثاني: يفرض على الجاني.

ومنهم من خصص الخلاف في أصل المسألة بما إذا لم يكن للجاني مال، وحيث قلنا: إن ذلك في بيت المال فلم يكن، أو كان يصرف لهم استقرض

وَيُقْتَصُّ عَلَى الْفَوْرِ، وَفِي الْحَرَمِ.
وَالْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَرَضِ.

الإمام من بيت المال إلى أن يجد سعة.

قال الرُّويَاني: أو يستأجر بأجرة مؤجلة، أو يستأجر من يقوم به على ما يراه.

فرع: أطلق صاحب «المعتمد» وغيره: أنه لو قال الجاني: أنا أقطع طرفي بنفسي، أو أقتل نفسي، فهل يمكَّن؟ على وجهين، والذي نقله الرَّافِعِي وهو في «الشامل» و«البيان» وغيرهما: أنه لو قال: أنا أقطع طرفي، ولا أعطي أجرة فهل يجب إجابته؟ وجهان: والمشهور: وبه قطع كثيرون، أو الأكثرون: المنع؛ لغرض التشفي، وهو لا يحصل بفعل المستحق، أو نائبه، فعلى هذا لو قتل نفسه، أو قطع طرفه بإذن المستحق ففي الاعتداد به وجهان:

أحدهما: كما لو جلد الزاني نفسه بإذن الإمام، والقاذف بإذن المقذوف.

والثاني: نعم؛ لحصول المقصود.

قلت: وهذا أرجح، وحكى الإمام الخلاف: قولين، وقال: لعل الأصح وقوعه.

قال: (**وَيُقْتَصُّ عَلَى الْفَوْرِ**) أي: له ذلك إن شاء؛ لتغريم قيم المتلفات وله التأخير.

(**وَفِي الْحَرَمِ**) أي: قتلًا وقطعًا؛ لأنه قتل لو وقع في الحرم؛ لم يضمن ولا يمنع منه، كقتل الحية والعقرب ونحوها، وسواء الملتجئ إلى الحرم فرارًا من القتل وغيره، قال في أصل «الروضة»: وليس للقاتل أن يقول: أريحوني بالقتل أو العفو؛ بل الخيرة للمستحق، انتهى.

وقول الشَّافِعِي - ﷺ - في آخر النص السابق: وخيِّر الولي على ذلك إلا أن يعفو لتأويله: بأنه لا يمكن من الاستيفاء بنفسه، ويقال له: إما أن تأمر بضرب عنقه، أو يعفو، والله أعلم.

قال: (**وَالْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَرَضِ**) أما قصاص النفس فواضح، وأما الطرف فقد قال الرَّافِعِي: لا تؤخر أيضًا هذه الأمور، وإن كان محظورًا، وكذلك

....

الجلد في القذف بخلاف قطع السرقة والجلد في حدود الله؛ لأنها مبنية على المساهلة، وحقوق العباد مبنية على المضايقة، وهكذا أورد الْغَزَالِي، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره.

في «جمع الجوامع للروياني»: أنه نص في «الأم» على أنه يؤخر قصاص الطرف بهذه الأسباب.

ولو قطع من غيره أطرافًا؛ فللمجني عليه أن يقتص على التوالي؛ سواء قطعها الجاني متفرقة، أو متوالية، وفيه وجه: أنه إذا قطعها متفرقة يقتص منه كذلك، ووجه: أنه لا توالٍ، وإن قطعها متوالية، والظاهر: الأول، انتهى.

وجزم في «شرحه الصغير» بعد التأخير بهذه الأسباب، ثم قال: وحكي قول: أنها تؤخر بهذه الأعذار.

قلت: وهذا هو المذهب، إلا أن يثبت له نص بخلافه.

قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم» في باب أمر الحاكم بالقود: وإذا كان المستقاد منه مريضًا ولا نفس عليه؛ لم يقتص منه فيما دون النفس حتى يبرأ، فإذا برأ اقتص منه، وكذلك كل حد وجب عليه لله عز وجل، أو أوجبه الله للآدميين، فإن كانت على المريض نفس قتل مريضًا أو صحيحًا.

وإن كان جرح فمات المجروح من الجرح؛ أقيد منه من الجرح والنفس معًا في مقام واحد؛ لأني إنما أؤخره فيما دون النفس؛ لئلا يتلف بالقود مع المرض، وإذا كنت أقيد بالقتل لم أؤخره بالمرض، وهكذا إذا كان القود في بلاد باردة وساعة باردة، أو بلاد حارة وساعة حارة فإذا كان ما دون النفس؛ أُخر حتى يذهب حد البرد وحد الحر ويقتص منه في الحال التي ليست بحال تلف ولا شديدة المباينة؛ لما سواها من الأحوال، وكان حكم الحر والبرد حكم مرضه يقتص منه في النفس ولا يقتص منه فيما دونها، هذا نصه بحروفه.

وقال في موضع آخر: وإذا وجب على رجلٍ قصاص في نفس للسيد؛ اقتص منه مريضًا، وفي الحر الشديد والبرد الشديد، وإن كان الذي يجب عليه

....

جراحًا لا تأتي على النفس؛ لم يؤخذ ذلك منه، انتهى.

وقد وجه الأصحاب: أنه إذا وجب قطع اليمين قصاصًا، فقطع المستحق يساره وبقي قصاص اليمين بحالة؛ أنه لا يقتص من اليمين حتى تندمل اليسار؛ فإن القصد أخذ الطرف دون إتلاف النفس، والموالاة لا يؤمن فيها على النفس.

وقضية ذلك: أنه يجب التأخير هاهنا لهذا المعنى، كما نص عليه الشَّافِعِي - ﷺ - وقد حكى الْمُتَوَلِّي ذلك هنا قولًا مخرجًا: أنه لا يجوز القصاص في الطرف حتى يندمل، قال: والمنصوص خلافه.

قال: وإذا جنا في زمان شدة الحر والبرد فطلب القصاص في الحال؛ أجيب إليه، فأما إذا وقعت الجناية في حال اعتدال الهواء فأخر المطالبة إلى أن يشتد الحر والبرد، ثم جاء يطلب فلا يجاب إليه؛ لأنه ربما يؤدي على هلاكه وروحه غير مستحقة أي: بل يجب التأخير إلى اعتدال الوقت.

وفي «البسيط»: إذا قطع اليسار، فطلب المستحق القود في شدة الحر، فظهر خوف الهلاك، أنه سئل الْقَفَّال عن هذا فتوقف، ثم قال: يجاب كما يقطع يد المريض ولا ينتظر الصحة، وأحوال الهواء كأحوال الصحة، وجزم بهذا في «الوسيط» فقال: ولو قطع في الشتاء فللمستوفي القصاص في حالة الضبط، كما له القصاص في حالة المرض، وإن كان محظورًا، انتهى.

وهذا منه، ومن الْقَفَّال بناءً على أنه يقطع المريض لا محالة، وليس كذلك على أنه قد يفرق بأنه يخشى من المرض الفوت بالموت، وبأن الشفاء ليس له أن ينتظر بخلاف الحر والبرد، والله أعلم.

وأحسب الفرق الذي رجحه الرَّافِعِي بين الحدود والقطع قصاصًا؛ إذا لم تضر الجناية ميلًا من فقه المراوزة، فإني لم أره في كتب العراقيين.

نعم في «الشامل»: في السرقة لا تقطع يد السارق في شدة حرٍّ ولا شدة برد؛ لأن الزمان ربما أعان على قتله، والغرض الزجر والردع دون القتل؛ ثم

وَتُحْبَسُ الْحَامِلُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ أَوْ الطَّرَفِ حَتَّى تُرْضِعَهُ اللِّبَأَ وَيَسْتَغْنِيَ بِغَيْرِهَا، أَوْ فِطَامِ حَوْلَيْنِ.

ذكر أنه: لا تقطع يد النفساء حتى تقضي النفاس؛ لأنها مريضة، وكذلك لو كانت مريضة، وكذا لو قطعت يد السارق، ثم سرق لم تقطع حتى تندمل الأولى، كذا وإذا قطعت في قصاص، ثم سرق؛ فإن قيل: لو قطعت قصاصًا، ثم وجب عليه قصاص في اليد الأخرى؛ قطعت قبل اندمال الأولى، أجاب أصحابنا: أن القصاص حق آدمي وحقه مبني على التأخر والمضايقة، وأطال الكلام في الفرق بين توالي القصاص، وبين دون الحدين، ولم يزد على ذلك.

فرع: لو التجأ الجاني على النفس إلى المسجد الحرام، أو غيره من المساجد، قال الإمام والْمُتَوَلِّي وغيرهما: أخرج منه ويقتل؛ لأنه تأخير يسير، وقيل: تبسط الأنطاع ويقتل تعجيلًا لتوفية الحق، قال في «الروضة»: ولو التجأ إلى الكعبة، أو ملك آخر قطعًا، انتهى.

ويعضده كلام «التتمة»: أنه لا فرق بين الكعبة في جريان الوجهين، وبه صرح الجرجاني، وما قاله المصنف في «الحاوي» وغيره يوافقه.

قال: (**وَتُحْبَسُ الْحَامِلُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ أَوْ الطَّرَفِ**) أي: سواء كانت حاملًا حال الجناية، أو طرأ الحمل بعدها، أو كان الحمل من زنا، أو غيره.

(**حَتَّى تُرْضِعَهُ اللِّبَأَ وَيَسْتَغْنِيَ بِغَيْرِهَا، أَوْ فِطَامِ حَوْلَيْنِ**)؛ أما تأخيرها إلى الوضع فهو في النفس إجماع؛ لئلا يهلك الجنين بجريمة غيره.

وثبت في صحيح مسلم: «**تأخير الغامدية الحامل من الزنا**»(١) وأما في الطرف؛ فلأن فيه إجهاض الجنين غالبًا، أو الخوف عليه فلا يهلك بذنب غيره، هذا هو المشهور.

والمنصوص في «الأم» وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أن الحامل لا تؤخر لقصاص الطرف، وإن خيف عليها بخلاف الحد، وفرق بين الحد على جميع البدن يحتمل التأخير بخلاف القصاص، انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

……………………………………………………………………………………

ويحتمل أن يتوسط فيقال: إن كان فيما يعظم خطره كاليد والرجل أخر، وإن كان مما يخف أمره كقطع أذن ومارن فلا، وأما تأخيرها لإرضاع اللبأ؛ فلأن الولد لا يعيش إلا به، كذا أطلق، وتبعه القاضي أبو الطيب.

وقال: قد تموت المرأة في الطلق ويعيش الولد بلبن غيرها؛ فلا يمهل لإرضاع اللبأ، وعلق الإمام القول فيه، وقال: إن تحقق أن الولد لا يعيش دونه؛ أمهلت إلى إرضاعه.

قال الرافعي: وما ذكره القاضي أن الولد يعيش دونه صحيح معلوم بالمشاهدة؛ ولكن يشبه أن المطلقين أرادوا الغالب، أو أنه لا يقوى ولا تشتد بنيته إلا به، وحينئذٍ فلا يبعد أن يقال: مدة إرضاع اللبأ مدة يسيرة؛ فيحتمل تأخير الاستيفاء فيها ليزول الخطر عن المولود ويكمل عيشه؛ ثم إذا أرضعته اللبأ فإن لم يكن مرضع ولا ما يعيش المولود به من لبن بهيمةٍ وغيره؛ فصحيح المشهور: أنه لا بدَّ من التأخير إلى أن يوجد من ترضعه ما يعيش به، أو ترضعه حولين وتفطمه؛ لأنه إذا وجب تأخير العقوبة احتياطًا للحمل؛ فلأن يجب من أجل بقاء وجوده وحياته أولى.

وعن ابن خيران: أنه يستوفي منها القصاص، ولا يبالي بعدم وجود ما يعيش به؛ كما لو كان للقاتل عصبة يمتنعون ظاهرًا لو اقتص منها(١).

تنبيه: قوله: «في قصاص النفس، أو الطرف» احتراز من حد الزنا، وغيره من حدود الله تعالى فلا حبس فيها على الأصح.

فرع: الاستيفاء كَأَنَّ هَؤُلَاءِ لَمْ يَكْتَفُوا بِلَبَنِ الْبَهِيمَةِ أَوْ الْفَرْضِ حَيْثُ لَا بَهِيمَةَ لَبُونَ مثلًا كما سبق؛ لكن الأولى للولي الصبر لتقوم مرضعة برضاعة، والأولى له أيضًا أنه إذا لم توجد مرضعة ينبغي التأخير؛ لئلا يختلف عليه لبن النساء.

وَلَوْ علم أنه لَمْ تَتَعَيَّنْ الْمُرْضِعَةُ فِي الْحَالِ، وَلَا تَسَلَّمَتْهُ لَكِنْ عَلِمَ أَنَّهُ سَيُوجِدُ عَنْ قُرْبِ مُرْضِعَةٌ تَتَرَتَّبُ لِرَضَاعِهِ ففي جَوَازُ تَعْجِيلِ قَتْلِهَا وجهان:

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٣٥١).

وَالصَّحِيحُ تَصْدِيقُهَا فِي حَمْلِهَا بِغَيْرِ مَخِيلَةٍ.

أظهرهما: في «الحاوي» الجواز، وبه جزم غيره، وقالوا: إن كان في البلد مرضعة واحدة أجرت بعد القتل على إرضاعه، وإن كان فيه جماعة أجرت واحدة منهن بالأجرة، وَكَأَنَّ هَؤُلَاءِ لَمْ يَكْتَفُوا بِلَبَنِ الْبَهِيمَةِ أَوْ الْفَرْضِ حَيْثُ لَا بَهِيمَةَ لَبُونَ، وَهَذَا أَقْرَبُ وَلْيَنْظُرْ فِيمَا لَوْ وُجِدَتْ مُرْضِعَةٌ، وَلَكِنْ لَمْ يَقْبَلْ الْوَلَدُ ثَدْيَهَا هَلْ يُؤَخَّرُ قَتْلُ أُمِّهِ لِذَلِكَ أَوْ لَا، وَيُحْلَبُ فِي إِنَاءٍ، وَيُوْجَرُهُ كَلَبَنِ الْبَهِيمَةِ؟ فِيهِ نَظَرٌ، وَالثَّانِي أَقْرَبُ؛ إِذْ لَا تَكُونُ دُونَ الْبَهِيمَةِ.

قال: (**وَالصَّحِيحُ**) أي: المنصوص.

(**تَصْدِيقُهَا فِي حَمْلِهَا بِغَيْرِ مَخِيلَةٍ**)؛ لأن للحمل أمارات تظهر، وأمارات تخفى تجدها الحامل من نفسها وتختص بمعرفتها، ويتعذر إقامة البينة على الحمل معها فتصدق فيه كالحيض، ودعواها محتملة احتمالًا لا بعد فيها، ولا وجه للهجوم على ما يهلك الحمل إن كانت صادقة.

الثاني: قاله الإصطخري لا تصدق، ووافقه جماعة؛ لأن الأصل عدمه، فلا يترك الواجب إلا ببينة تقوم على ظهور مخيلة، وصححه صاحب «المعتمد» والجرجاني، والْغَزَالِي، وغيرهم خلافًا للجمهور.

قال الإمام: ولا أدري أيقول هؤلاء بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل، أم إلى ظهور المخايل؟ والأظهر: الثاني.

وقال في «البسيط»: إنه الوجه؛ فإن التأخير أربع سنين من غير دليل بعيد.

قلت: قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: إذا لم يعلم بها حمل فادعته؛ انتظر بالقود منها حتى تستبرأ، أو يعلم ألا حمل بها، انتهى.

وهذا اللفظ محتمل، وكلام غير الإمام، والْغَزَالِي يفهم ما استعملاه، وعبارة الدارمي: ومتى ادَّعت حملًا، أو ريبة؛ حبست حتى تضع، أو يتبين ألا حمل.

ولفظ نص «الأم»: وإن ذكرت حملًا أو ريبة من حمل؛ حبست حتى تضع حملها ثم أقيد منها حين تضعه، وإن لم يكن لولدها مرضع فأحب إلى أن لو تركت بطيب نفس ولى الدم يومًا أو أيامًا حتى يوجد له مرضع، فإن لم يفعل

وَمَنْ قَتَلَ بِمُحَدَّدٍ أَوْ خَنِقٍ أَوْ تَجْوِيعٍ وَنَحْوِهِ اُقْتُصَّ بِهِ.

قتلت له، وإن ولدت وجدت تحركًا؛ انتظرت حتى تضع التحرك، أو يعلم أن ليس بها حمل، انتهى.

تنبيه: قال في «الروضة»: قال الْغَزَالِي بعد قول الإصطخري: لا يمكن الاقتصاص من منكوحة يخالطها زوجها؛ وهذا إن أراد به إذا ادعت الحمل فهو كذلك، وإن أراد الامتناع بمجرد المخالطة والوطء بغير دعواها فليس كذلك؛ لأن الأصل عدم الحمل، انتهى.

وإنما قاله في «البسيط» و«الوسيط» على قول الجمهور، ولا شك فيه، وعبارة الرَّافِعِي فيها بعض اتهام؛ فحصل السهو فيه للعرف.

فَإِنْ قُلْتَ: لَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ أَوْ السَّيِّدُ الْمُسْتَفْرِشُ لَهَا حَمْلًا، وَقَالَتْ: لَا أَدْرِي، هَلْ يُلْتَفَتُ إِلَى دَعْوَاهُ؟

قُلْتُ: إِنْ ارْتَابَتْ فَنَعَمْ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الدَّارِمِيُّ فِي دَعْوَاهَا الرِّيبَةَ، وَإِلَّا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ.

فَإِنْ قُلْتَ: لَوْ مَرِضَتْ مُدَّعِيَةُ الْحَمْلِ قَبْلَ ظُهُورِهِ أَوْ مَنْ شَهِدَ الْقَوَابِلُ بِإِمَارَاتِهِ قَبْلَ أَوَانِ نَفْخِ الرُّوحِ مَرَضًا مَخُوفًا، وَقَالَ الْأَطِبَّاءُ: إِنَّهَا تَمُوتُ فِيهِ عَنْ قُرْبٍ لَا مَحَالَةَ فهل يقتص منها في الحال؟

قُلْتُ: لَمْ أَرَ فِيهِ شَيْئًا، وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ احْتِيَاطًا، أو قد تبرأ.

قال: (**وَمَنْ قَتَلَ بِمُحَدَّدٍ أَوْ خَنِقٍ أَوْ تَجْوِيعٍ وَنَحْوِهِ**) أي: **بِمُثْقَلٍ كَحَجَرٍ**، أو تحريق، أو تغريق، أو إلقاء من شاهق ونحو ذلك.

(**اُقْتُصَّ بِهِ**) المماثلة مرعية في استيفاء القصاص، قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وفي «الصحيحين»: **«أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجَرَيْنِ، فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَرُضَّ رَأْسُهُ بَيْنَ حَجَرَيْنِ»**(١).

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤١٣) ومسلم (٤٤٥٥).

أَوْ بِسِحْرٍ فَبِسَيْفٍ.

وروى البيهقي مرفوعًا: «من حرق؛ حرقناه، ومن غرق؛ غرقناه» (١) وإنما بني على المثلية في حق من وجب قتله لا على وجه المكافأة؛ لأن المقصود من القصاص، أو من مقاصده التشفي، وإنما يكمل التشفي إذا قتل بمثل ما قتل، وعن أبي حنيفة: أنه يتعين القود بالسيف، وهو قول مخرج لنا حكاه الْمُتَوَلِّي، ويستثنى من هذه القاعدة مسائل ستأتي.

إشارة: قوله: «اقتص به» أي: بمثله، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - ما يفيد إطلاق المصنف، نعم لو تعذر الوقوف على قدر الحجر ونحوه، أو قدر النار، أو عدد الضربات فعن الْقَفَّال: يقتل بالسيف.

وقيل: يؤخذ باليقين وصححه، ويجب أن يكون موضعه إذا كان ذلك مما يقتل مثل القاتل وإلا فهو ضم عقوبة أخرى، فيأتي فيه ما سيأتي في مسألة التجويع وأخواتها، وأجرى الخلاف فيما إذا قتله إنهاش حية أو عقرب ونحوهما، أو حبسه مع سبع في مضيق ونحوه؛ لأن الأفاعي غير متماثلة، وكذلك السباع. وقيل: يلدغ بمثل ما لدغه، فإن مات وإلا قتله بالسيف.

قال الْمَاوَرْدِي: ويمنع السبع من أكل لحمه بعد قتله لحرمته، قال: وإذا وجدت الحية التي نهشته وجوزنا؛ لم يعدل إلى غيرها، وإن فقدت التمس مثلها.

قال: (أَوْ بِسِحْرٍ؛ فَبِسَيْفٍ) لأن عمل السحر محرم، ولا شيء مباح بشبهة وهو لا ينضبط، وتختلف تأثيراته، وذكر الْبَنْدَنِيجِي، والمحاملي: أنه لا خلاف فيه. وفي كلام القاضي الحسين رمز إلى قتله بالسحر؛ إذا قلنا: يجوز تعلمه إذا لم يكن فيه سجود لصنم ولا ما شابهه، أو قام به ليس لشيء.

وروي: «حد الساحر الضرب بالسيف»(٢) صححه الترمذي والحاكم.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٤٣).

(٢) أخرجه الترمذي (٤/ ٦٠، رقم ١٤٦٠) وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه ويروى عن الحسن أيضًا. والحاكم (٤/ ٤٠١، رقم ٨٠٧٣) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٨/ ١٣٦، رقم ١٦٢٧٧).

وَكَذَا خَمْرٌ وَلِوَاطٌ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَكَذَا خَمْرٌ وَلِوَاطٌ فِي الْأَصَحِّ**) هذا تفريع على المشهور، وهو وجوب القود على من قتل بذلك جواز رعاية المماثلة، وفي قول مخرج: لا قود إلا بالسيف لقول أبي حنيفة، ومالك، والْمُزَنِي، قاله الْمُتَوَلِّي، وإذا أوجره الخمر حتى مات منه، أو لاط بطفل يقتل مثله، وهذا غالبًا، ووجه الصحة: أن ما قتل به محرم الفعل؛ فتعين السيف.

والثاني: أنه يوجر في الأولى مائعًا كخل، أو ماء، أو شيء مر، كذا قاله الشَّافِعِي، وعبارة ابن الرِّفْعَة: وقيل: خل، فأوهم نقل خلاف فيه، وفيه نظر.

وفي الثانية: يعمل مثل ذكره من الخشب، وقيل: من الجلد فيقتل به؛ لقربه من فعله، كذا قيد الرَّافِعِي، والمصنف كون الخشبة قريبة من آلته، وهو قضية كلام الإمام، والْمُتَوَلِّي، وقيل: وظاهر كلام الجمهور: أنه لا يتقدر بذلك؛ بل تعمل خشبة يُقتل مثلها القاتل، انتهى. ولا أثق بناقله.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: وقال الإصطخري: يبحث عن خشبة بقدره وتدس فيه، انتهى.

وعبارة الْبَغَوِي في «التعليق»: وقال الإصطخري: تدس في دبره خشبة مثل آلته، وأما في التجويع والخمر؛ فيوجر بشيء مر، أو حامض في مثل مدة الخمر حتى يموت؛ فإن لم يمت تحز رقبته، انتهى.

وعلى هذا الوجه: ينبغي أن يسقى بقدر ما سقاه على خلاف فيه، وسيأتي بيانه.

قال أبو الحسن ابن الْقَطَّان: وإذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فهلكت.

وقال أهل البصر: إن مثلها يتلف بالجماع؛ فهذا عمل محض يجب فيه القصاص، فيقتص منه بغير الوطء، يعني: قطعًا.

قال الْمُتَوَلِّي وغيره: ومحل الوجهين، إذا كان موت القاتل متوقعًا بالمقاتلة بمثل فعله؛ فإن لم يتوقع، وكان موت المجني عليه لطفولته ونحوها فلا؛ لأن فيه ارتكاب محظور فلا فائدة، ونحوه قول الإمام: إذا ضرب نحيفًا

....

ضربات يقتل مثله غالبًا، ولا يقتل مثل الجاني إما يقينًا، أو غالبًا لقوته؛ فالوجه القطع بأنه لا يضرب تلك الضربات؛ لأنها لا تقتله، وإنما يراعى المماثلة؛ إذا توقعنا حصول الاقتصاص بهذا الطريق، ثم أبدى فيه احتمالًا.

تنبيهات: صرح كثيرون: أنه يفعل بالقاتل مثلما فعل في جميع أنواع القتل إلا في القتل بالسحر، والخمر، واللواط على ظاهر المذهب، إنما دخل السحر في الخلاف؛ لما سبق عن القاضي الحسين فيه.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: وتستوفى الجناية بجنسها إلا في مسألتين اللواط، وأن يوجره الخمر، وفي «تعليق الْبَغَوِي»: كل قتيل يجب فيه القود يجوز الاستيفاء بذلك الطريق، وعد من ذلك هدم جدار عليه وأي رسم ظاهر، والحبس في الحمام.

قال في موضعين: أو يتلوط بصبي فيموت، أو يزني بصغيرة فيخرقها فتموت، أو يجرع خمرًا، أو سمًّا؛ يجب إقامته ولا يستوفى بذلك الطريق؛ بل يحز رقبته؛ لأنه كبيرة ومعصية لا من حيث الجناية، وأما سائر الأصحاب فذكرا أنه: لا معصية فيه إلا من حيث الجناية، فيجب عليه عقوبة الفاحشة، والقصاص بالسيف، ثم حكى الإصطخري كما سبق، وسبق أنه لو قتله بنهش الأفاعي ونحوها هل يقتل بالسيف؟ في ذلك خلاف.

ولو قتل بسيف كان قد قتل بمثله، وقيل: يتعين الصارم، وبالأول جزم الْمَاوَرْدِي، والْمُتَوَلِّي وعبارته: إن كانت تلك الآلة موجودة بعينها، ورضي المستحق بالاستيفاء بها؛ جاز، وإن لم توجد بعينها؛ استوفى بمثلها فتحقق المماثلة.

منها: لو شهدوا بزنا محصن فرجم ثم رجعوا؛ فيحدون للمقذوف، وهل يرجمون، أم يقتلون بالسيف؟ وجهان: أصحهما: الأول، وتردد القاضي الحسين فيما لو سقاه بولًا، وما سقاه بخلاف الخمر، كذا نقله عنه الرَّافِعِي، وغيره ولم يرجح.

وَلَوْ جُوِّعَ كَتَجْوِيعِهِ فَلَمْ يَمُتْ زِيدَ، وَفِي قَوْلٍ السَّيْفُ.

وعبارة «الروضة»: وكالخمر، وقيل: يسقى بولًا؛ لأنه يباح عند الضرورة بخلاف الخمر، انتهى.

وقال القاضي: إنه يسقى مثل السم الظاهر الذي سقاه، وقال الْمَاوَرْدِي: لا يستثنى إلا الثلاثة السحر، والخمر، واللواط، نعم إِذَا قَتَلَ بِالسُّمِّ الْمَهْرِيِّ؛ احْتَمَلَ الْقِصَاصُ بِمِثْلِهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: جَوَازُهُ اعْتِبَارًا بِإِمْكَانِهِ.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ؛ لِأَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ غُسْلُهُ، كَذَلِكَ وَهُوَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَيْنَا .وَالثَّانِي: أَنَّهُ رُبَّمَا تَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى مَنْ بَاشَرَ غُسْلَهُ وَتَكْفِينَهُ، انتهى.

وهذا أقرب، والتردد في المسلم ظاهر دون غيره، ويمنع من الاستيفاء بسيفٍ مسموم على الصحيح؛ كالطرف قطعًا، كذا أطلق جماعة الوجهين، وخصهما الإمام والْغَزَالِي بما إذا كان تأثير السم في التقطيع والثقب بتأخير عن الدفن؛ فإن كان يؤثر قتله؛ منع بلا خلاف، وهذا متعين، ولو كان الجاني قتله بسيف مسموم؛ جاز أن يقتل به إن وجد، فإن فقد قتل بمثله، صرح به الْمُتَوَلِّي، وفيه ما سبق عن الْمَاوَرْدِي، ويطرقه ما قاله الإمام: لأجل حق الله تعالى علينا غسل المسلم.

ولو كان مرعوفًا مات بقتل الحيات؛ ففي جواز إلقائه لتقتله وجهان، وفي «الحاوي» قال: ولو كانت تستهلكه حين يلقى فيه؛ لم يجز أن يلقى فيه لحق الله تعالى، وحكى الرُّويَانِي وجهًا: أنه يترك حتى تأكله.

قال: (**وَلَوْ جُوِّعَ كَتَجْوِيعِهِ فَلَمْ يَمُتْ؛ زِيدَ**) أي: في تجويعه حتى يموت جزعًا، قال الْمَاوَرْدِي: أو ينتهي إلى حالة يعلم أنه يموت فيها، ووجه بأن قتله يكون بالطريق الذي قتل به، ولا يبالي بزيادة الإيلام والتعذيب؛ كما لو ضرب رقبة إنسان ضربة واحدة، ولم تحز رقبته إلا بضربتين؛ فإنه يضرب ضربتين.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: السَّيْفُ**) وبهذا جزم جماعة، وهو المنصوص في «الأم» و«مختصر الْبُوَيْطِي» حيث قال: والقصاص أن يفعل بالقاتل مثلما فعل؛ فإن

....

مات مما فعل وإلا ضربت عنقه، انتهى.

لأن المماثلة قد حصلت، ولم يبق إلا تفويت الروح؛ فيجب تفويتها بالأسهل، قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: هذا ظاهر المذهب.

ذكر القاضي الحسين: أن الشَّافِعِي - رحمه الله - لم يقبل بخلافه، ولم يختلف مذهبه، وأن الأول أخذ من قوله في «المختصر»: وقال بعض أصحابنا: إن لم يمت من عدد الضرب؛ قتل بالسيف، انتهى.

والخلاف جارٍ فيما لو ألقي في الماء والنار مثل مدة المجني عليه، أو ضرب بالسوط، أو الحجر كضربه وما أشبه ذلك فلم يمت، قال الرَّافِعِي: إطلاق القولين.

وفصَّل الإمام وغيره فقالوا: إن كان القتل بالسيف أهون من زيادة التجويع، وإلقاء في النار؛ فيقتل بالسيف، ولا يبقى في النار، وإن تراضيا به على أظهر الوجهين؛ فإن كان الإبقاء في النار أهون؛ فوجهان، فحصل من الإطلاق والتفصيل أوجه: **ثالثها**: اختيار الأهون منهما، قال: وترجيح الثالث قريب، وطرح هذا القرب من «شرحه الصغير».

وعبارة أصل «الروضة» بعد إرسال القولين: وفرق جماعة فقالوا: يفعل الأهون منهما وهذا أقرب، والأول أظهر عند الْبَغَوِي على ما جعله أقرب وجرى عليه الفوراني وغيره، وقال الْمُتَوَلِّي: إنه المذهب، وعزاه في «النهاية» إلى مُعظم الأصحاب.

وفي «البسيط»: إنه الظاهر، وعبارة إبراهيم المروزي: وإذا قلنا بظاهر المذهب: إنه لا يزاد على فعله؛ بل تحز رقبته، فلو كان بقاؤه في النار أسهل عليه من حز رقبته فوجهان:

أحدهما: يبقى في النار مراعاة لحقه.

والثاني: لا يخرج؛ لأنَّا لا نراعي الأسهل، ترى أنا في الابتداء لم نأمره بحز الرقبة، وإن كان أسهل عليه من التحريق، انتهى.

……

واعلم أني لم أر بعد الكشف التام في كتب الطريقين من رجح الزيادة في الفعل مطلقًا كما اقتضاه كلام المصنف، ودفع في «شرح الرَّافِعِي الكبير» الأصح عند صاحب «التهذيب» القول الأول، وفي «الشرح الصغير»: أنه ما ذكره في «التهذيب» وعبارة «المحرر»: فيه قولان، رجح منهما الأول، والذي رأيته في «التهذيب» في هذا الباب بعد ذكره أمثلة كثيرة من المماثلة: فإن لم يمت فقولان:

أحدهما: تحز رقبته؛ لأنه فعل به بمثل ما فعله.

والثاني: يترك في النار حتى يموت، ويوالي عليه مثل فعله حتى يموت، ولم يذكره ترجيحًا.

وعبارة «تعليقه»: فإن الاستيفاء بطريقة يفعل به مثل فعله يترك في النار بقدر ما تركه، وفي الماء كذلك، ويحبس بلا طعام بقدر ما حبسه، وكذا فإن لم يمت لم يزد عليه؛ بل تحز رقبته، وكذلك في شدخ الرأس بالحجر، والضرب بالسوط يضرب مثله؛ فإن لم يمت تحز رقبته، وفي المسائل قول آخر: أنه يوالى عليه بمثل فعله حتى يموت، انتهى.

وذكر ابن الرِّفْعَة عن القاضي أبي الطيب: أنه رجح الزيادة في الفعل مطلقًا - والله أعلم- وكنت أعجب من قول الرَّافِعِي - رحمه الله - هنا أنه قال: إن العدول إلى السيف قول يخرج على ما سيأتي، يشير بذلك إلى ما قاله الْبَغَوِي في مثله الزيادة في الجوائف فإنه صرح عنه بأنه مخرج وليس كذلك؛ بل هو المذهب المنصوص المعروف.

قال الشَّافِعِي- رحمه الله - في «الأم» في باب ما يكون به القصاص: وما قلت: إني أقتص به من القاتل إذا صنعه بالمقتول فلولاة المقتول أن يفعلوا بالقاتل مثله، وذلك مثل أن يشدخ رأسه بصخرة؛ فيخلى بين ولي المقتول وبين صخرة مثلها ويصير له القاتل حتى يضربه بها عدد ما ضربه القاتل؛ إن كانت ضربة فلا يزيد عليها، وإن كانت اثنتين فاثنتين، وكذلك إن كان أكثر فإذا بلغ ولي المقتول عدد

....

الضرب الذي ناله القاتل من المقتول فلم يمت؛ خلى بينه وبين أن يضرب عنقه بالسيف، ولم يترك وضربه بمثل ما ضربه به إن لم يكن له سيف.

ثم قرر ذلك، ثم قال: وهكذا إذا كان قتله بخشبة ثقيلة أو ضربة شديدة على رأسه وما أشبه هذا من الدامغ أو الشادخ؛ أمكنت منه ولي القتيل، فإن كان الضرب بعصا خفيفة أو سياط رددها حتى تأتى على نفسه؛ لم أمكن منه ولي القتيل؛ لأن الضربة بالخفيف تكون أشد من الضربة بالثقيل، وليس هذه ميتة وحية في الظاهر، وقلت لولي القتيل: إن شئت أن تأمر من يرفق به فيقال له: تحر مثل ضربه حتى تعلم أن قد جئت بمثل ضربه وأخف حتى تبلغ العدد، فإن مات وإلا خليت وضرب عنقه بالسيف.

وإن كان ربطه ثم ألقاه في نار؛ أحميت له نار كتلك النار لا أكثر منها وخلى ولي القتيل، بين ربطه بذلك الرباط وإلقائه في النار قدر المدة التي مات فيها الملقى، فإن مات وإلا أخرج منها وخلى ولي القتيل فضرب عنقه.

وهكذا إذا ربطه وألقاه في ماء فغرقه، أو ربطه في رجله رجاء فغرقه؛ خلى بين ولي القتيل وبينه فألقاه في ماء قدر ذلك الوقت، فإن مات وإلا أخرج فضربت عنقه، وإن ألقاه في مهواة؛ خلى بينه وبين ولي القتيل فألقاه في المهواة بعينها، أو في مثلها في البعد وشدة الأرض لا في أرض أشد منها، فإن مات وإلا ضربت عنقه.

قال الشافعي: فإن كان خنقه بحبل حتى قتله؛ خلى بين ولي القتيل وخنقه بمثل ذلك الحبل حتى يقتله، وإذا خنقه الولي بقدر ما مات الأول، فإن لم يمت؛ منعناه الخنق، وأمرناه بضرب عنقه، ولو كان ضربه فإن أماته، وإلا أمرناه بضرب عنقه، ولو كان لم يقتله إلا بضربات؛ خلينا بينه وبين عدد ضرباته، فإن لم ينهه؛ قلنا: فأثر القتلتين ضربه بين ما بقي منه، أو ضربة عنق، انتهى.

فروع وتتمات:

منها: قال الْمُتَوَلِّي وغيره: إذا أراد الاستيفاء بالطريق الذي قتل به، فإنما

....

يمكنه منه إذا كان في عرفه أنه لو لم يمت بمثل ذلك الفعل أنه يقتله، فأما إذا كان في عرفه أنه لو لم يمت بمثله؛ يعفو عنه ولا يمكَّن منه، كما لو أراد أن يقتص بحز الرقبة مكناه منه؛ إذا كان عازمًا على الضرب إلى أن تفارقه الروح؛ فلو قال إنما أضربه ضربة فإن لم يمت منها عفوت عنه؛ لا يمكَّن منه، والعلة أنه فعل لا يستحق جنسه قصاصًا.

ومنها: قال الْمُتَوَلِّي وغيره: لو عاقبه بمثل تلك العقوبة فلم يمت فعفا عنه؛ فلا شيء عليه، كما لو ضربه بالسيف ضربة فلم يمت فعفا عنه لا يلزمه شيء، وكما لو أبان منه عضوًا؛ ثم عفا عنه، والعلة أنه استباح قتله قصاصًا كالحربي في حق المسلمين.

ومنها: قال الْمُتَوَلِّي: إذا أراد أن يعدل من حز الرقبة بالسيف إلى ذبحه بالسكين كما تذبح الغنم؛ فله ذلك خلافًا لأبي حنيفة لنا أن هذا الطريق أقرب إلى اعتبار المساواة؛ لأنه إذا ضربه بالسيف لا يدري على أي موضع يقع على غير الرقبة، انتهى.

والذي ذكره الْمَاوَرْدِي: أنه لا يجوز له ذبحه كالبهيمة؛ بل يضربه بالسيف من جهة القفا، وهذا مقتضى كلام الأصحاب.

ومنها: قال الْمُتَوَلِّي: إذا كان الجاني قد حز رقبته، وأبان رأسه فعل به ذلك، وإن لم يكن قد أبان الرأس؛ فليس له أن يبين الرأس؛ لأن للآدمي حرمة بعد الموت، فلو ضربه بالسيف فأبان رأسه لم يعزر؛ لأنه لا اختيار له فيما يقطعه بالسيف بعد الضرب، انتهى.

وقضية طريقته أن يذبحه بالسكين، أو معه الاختيار وحصول المساواة فلا يعدل عنها مع الإمكان، ويتعين هذا إذا كان الجاني قد ذبحه كذلك.

ومنها: إذا حرق وأراد الولي إحراقه روعي فعله، فإن كان قد ألقى عليه نارًا؛ فالولي مخير بين أن يلقي عليه النار حتى يموت وبين إلقائه فيها؛ لأنه أوجى، وَإِذَا أَلْقَاهُ فِي النَّارِ كَانَ للولي أَنْ يُلْقِيَهُ فِي مِثْلِهَا وَمَا هُوَ أَكْثَرُ مِنْهَا، وَلَيْسَ

……

لَهُ أَنْ يُلْقِيَهُ فِيمَا هُوَ أَقَلُّ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ عَذَابًا كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ؛ كَانَ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ بِمِثْلِهِ وَمَا هُوَ أَمْضَى، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُ بِمَا هُوَ أَقَلُّ، وَيُخْرَجُ مِنَ النَّارِ إِذَا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُشْوَى جِلْدُهُ، لِيُمْكِنَ غُسْلُهُ وَتَكْفِينُهُ، وَلَا تَمَاثُلَ بِالْمُحَرَّقِ إِنْ أَكَلَتْهُ النَّارُ؛ لِمَا عَلَيْنَا مِنِ اسْتِيفَاءِ جَسَدِهِ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى، قاله الْمَاوَرْدِي، وكلام غيره: سألت عن هذا الأخير، وقول الشَّافِعِي- ﵀ - في «الأم»: وأحميت له نار كتلك النار لا أكثر منها ينازعه في قوله: «وما هو أكثر منها».

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: فللولي أَنْ يُغَرِّقَهُ فِي ذَلِكَ الْمَاءِ وَفِي غَيْرِهِ، فَإِنْ غَرَّقَهُ فِي مَاءٍ مِلْحٍ؛ كَانَ لَهُ أَنْ يُغَرِّقَهُ فِي مَاءِ الْمِلْحِ وَفِي الْعَذْبِ؛ لِأَنَّ الْعَذْبَ أَسْهَلُ، وَإِنْ غَرَّقَهُ فِي الْعَذْبِ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُغَرِّقَهُ فِي الْمِلْحِ؛ لِأَنَّهُ أَشَقُّ، وَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الْعَوْمَ؛ رُبِطَ حَتَّى لَا يَنْجُوَ مِنْهُ ثُمَّ يُخْرَجُ بَعْدَ مَوْتِهِ حَتَّى يُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُوَارَى، سَوَاءٌ فُعِلَ ذَلِكَ بِالْغَرِيقِ الْأَوَّلِ أَوْ لَمْ يُفْعَلْ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَاءِ مِنْ حِيتَانِهِ مَا يَأْكُلُ غَرَقًا، فَإِنْ لَمْ يَأْكُلِ الْحِيتَانُ الْغَرِيقَ الْأَوَّلَ؛ لَمْ يُلْقَ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ إِلَّا فِي مَاءٍ يُؤْمَنُ أَنْ يَأْكُلَهُ حِيتَانُهُ، وَإِنْ أَكَلَتْهُ الْحِيتَانُ؛ فَفِي جَوَازِ إِلْقَائِهِ فِيهِ لِتَأْكُلَهُ حِيتَانُهُ وَجْهَانِ؛ إِذَا اقْتَصَرَتِ الْحِيتَانُ عَلَى إِفَاتَةِ نَفْسِهِ دُونَ اسْتِهْلَاكِ جَسَدِهِ فَإِنِ اسْتَهْلَكَتْهُ لَمْ يَجُزْ؛ لِوُجُوبِ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى فِي مُوَارَاةِ جَسَدِهِ، انتهى.

ومنها: قال الرَّافِعِي: كما يراعى المماثلة، ويترك تلك المدة ويخنق بمثل ما خنق مثله تلك المدة، وفي إلقائه من شاهق يلقى من مثله، ويراعى صلابة الموضع، انتهى.

والوجه أن يقال: إنه يلقى من ذلك الشاهق إن أمكن كما نص عليه، فإن لم يمكن ألقي من مثله، وقوله في الماء والنار موافق للنص، ويخالف لما سبق عن «الحاوي» من وجه، وكذا في إلقائه من شاهقٍ أعلا، وعلى موضع أصلب.

وصرح الْمَاوَرْدِي: بأنه إذا كان أوجى، ولم يكن أشق أنه يجوز؛ لأنه أخف، ونص «الأم» ينازعه، ويشهد للرافعي، وأما ما ذكره في الخنق وسبق مثله عن نص «الأم» وقال في موضع آخر: وإذا خنقه بحبلٍ حتى قتله؛ خلي بين الولي وخنقه بمثل ذلك الحبل حتى يقتله، انتهى.

وَمَنْ عَدَلَ إِلَى سَيْفٍ فَلَهُ.

وَلَوْ قَطَعَ فَسَرَى فَلِلْوَلِيِّ حَزُّ رَقَبَتِهِ، وَلَهُ الْقَطْعُ ثُمَّ الْحَزُّ، وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ السِّرَايَةَ.

ومنها: قال الشَّافِعِي- رحمه الله - في «الأم»: إذا كان ما صنع به من القتل الْمُوحِي؛ خليت بين ولي القتيل وبينه، وإذا كان مما يتطاول به التلف؛ لم أخل بينه وبينه وقتلته بأوحى الميتة عليه. وهذا نصه بحروفه.

قال: (**وَمَنْ عَدَلَ إِلَى سَيْفٍ؛ فَلَهُ**) كل من له القصاص بما يجوز المماثلة في الروح له العدول إلى السيف؛ لأنه أسهل، والمماثلة مرعية في قصاص الطرف كالنفس بشرط إمكان رعايتها، فلو أوضح بسيف؛ لم يوضح إلا بحديدة خفيفة كما سبق.

فإن كان الطريق موثوقًا به مضبوطًا؛ قوبل بمثله كفقء العين بالإصبع، وقيل: بل تفقأ بغرز حديدة، وليس بشيء.

قال في «المعتمد»: ولا يقتص بنفسه؛ بل يوكله بإصبعه أي: بإصبع الوكيل، وللعبد أن يريد إصبع الجاني.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ فَسَرَى**) أي: إلى النفس.

(**فَلِلْوَلِيِّ حَزُّ رَقَبَتِهِ**)؛ لأنه أسهل على الجاني من القطع؛ ثم الجز.

(**وَلَهُ الْقَطْعُ ثُمَّ الْحَزّ**) أي: تحقيقًا للماثلة.

(**وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ السِّرَايَةَ**) أي: بعد القطع، وليس للجاني أن يقول: أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بعد جنايتي؛ لثبوت حق القصاص ناجزًا، وقيل: له ذلك، أو قد يعفى عنه في مدة التأخير، وليس له أن يقول: أريحوني بالقتل أو العفو، كما سبق، وفي لفظ «الأم» ما يوهم غير ذلك.

والحاصل أن جميع ما سبق في القتل الموحي، فأما غيره من قطع وجرح ساريان إلى النفس فله حالان: أولهما: ما ذكره أن تكون الجراحة بحيث يقتص منها مما شرع فيه القصاص كالموضحة، وقطع كف ورجل ونحوها؛ فالمستحق مخير بين الأمور الثلاثة كما سبق.

وقد قدمنا أن الأصح لا إهمال بعد القطع خلافًا لابن الْقَطَّان، وقال

……

الْمُتَوَلِّي: إذا قطع منه العضو ترك مثل المدة التي سري فيها القطع إلى نفس المجني عليه، فإن مات في مثلها وإلا حز رقبته، وإن أراد الحز قبل مضي المدة؛ نظر إن اندمل القطع أو ظهرت أمارات الاندمال؛ فله ذلك، وإن كان بالحز فيه مثله ولم تظهر أمارات أكثر؛ فليس له ذلك قبل مضي المدة، فإذا مضت ولم يمت وفيه حياة مستقرة؛ حز رقبته، وإلا فالحكم فيه على ما ذكرناه في القتل بإمهال، انتهى.

وظاهر كلامه إمهاله تلك المدة طلب الجاني ذلك أم لا، ثم يفعل به ما هو الأسهل على المذهب، ولا خلاف أنه ليس له أن يرضخ أو يقطع ثانيًا؛ بل ليس له إلا حز الرقبة إن شاء.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخين وكثيرين: أن للولي هنا قطع العضو بنفسه، وإن منعناه منه حيث لا سراية، وهو الظاهر من قول الشَّافِعِي- ﷺ - في «المختصر» أو المتبادر منه، فلو قطع يديه ورجليه فمات؛ فعل به الولي مثلما فعل لصاحبه، فإن مات وإلا قتل بالسيف.

وقال في «الأم»: لو قطع يديه أو رجليه أو شجه، أو أجافه ثم قتله، أو نال منه ما يشبه ذلك، فسأل الولي أن يصنع ذلك به؛ ولينا من يحسن تلك الجراح كلها كما نولي الجارح دون النفس، فإن مات وإلا ولينا الولي ضرب عنقه لا يلي الولي إلا قتلة وحية من ضرب عنق، أو ذبح؛ إن كان القاتل ذبحه أو خنقه أو ما أشبهه من الميتات الْمُوحِيَةِ.

وقال في موضع آخر: وإذا كان قطع يديه ورجليه من المفصل أو جرحه جائفة أو موضحة، أو غير ذلك من الجراح؛ لم يقتص منه ولي القتيل؛ لأن هذا مما لا يكون تلفًا موجبًا، وخلي بين من يقطع الأيدي والأرجل إن أراد ذلك ولي القتيل فقطع يديه ورجليه، ومن يقتص من الجراح فاقتص منه في الجراح، فإن مات مكانه وإلا خلي بين ولي القتيل وضرب عنقه. انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: لِلْوَلِيِّ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقِصَاصَ مِنَ النَّفْسِ وَفِي جَوَازِ

وَلَوْ مَاتَ بِجَائِفَةٍ أَوْ كَسْرِ عَضُدٍ فَالْحَزُّ، وَفِي قَوْلٍ كَفِعْلِهِ، فَإِنْ لَمْ يَمُتْ ....

مُبَاشَرَتِهِ لِقَطْعِ الْأَطْرَافِ إِذَا اتَّصَلَتْ بِالنَّفْسِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجُوزُ كَمَا لَوِ انْفَرَدَتْ، وَيَسْتَنِيبُ مَنْ يَسْتَوْفِي لَهُ الْقِصَاصَ فِي الْأَطْرَافِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يَجُوزُ؛ لِاتِّصَالِهَا بِالنَّفْسِ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا، وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مُخَرَّجَانِ مِنَ اخْتِلَافِ قَوْلَيْهِ فِي الْجَوَائِفِ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا، هَلْ يُقْتَصُّ مِنْهَا أَمْ لَا؟ عَلَى قَوْلَيْنِ. انتهى. وقضية ذلك ترجيح التمكين، وهو خلاف نص «الأم».

قال: (**وَلَوْ مَاتَ بِجَائِفَةٍ أَوْ كَسْرِ عَضُدٍ فَالْحَزُّ**)؛ لأن المماثلة لا تتحقق في هذه الحالة؛ ولهذا لم يجب القصاص عند الاندمال، (**وَفِي قَوْلٍ: كَفِعْلِهِ**)؛ تحقيقًا للمماثلة(١).

قال في أصل «الروضة»: إنه الأظهر عند الأكثرين، وقضية كلام «الشرح الصغير»: إنه الراجح، وهو المنصوص في «الأم» في مواضع، وعبارة «الشرح الكبير»: أظهرهما عند صاحب «التهذيب» العدول إلى السيف، وعند الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين والرُّويَاني: أنه يستوفي بذلك الطريق.

قلت: وقضية كلام الْمُتَوَلِّي وغيره من المراوزة ترجيحه، فهو المذهب وأوقع المصنف في «المنهاج»: الحز قول «المحرر» فهل يستوفي القصاص بمثل ذلك أو بالسيف؟ فيه قولان؛ رجح الأكثرون الثاني منهما.

وفي نسخ كثيرين: الظاهر أنه سبق قلم من الأول، والظاهر أن سبب الوهم أنه قال في «الشرح» ما سبق، فقام مذهبه عند كتابه «المحرر» أن الثاني هو المرجح، ولم يتفطن أن الثاني في الشرح هو الأول في «المحرر» ويجري القولان فيما لو قطع يدًا شلاء فسرى، ويد القاطع صحيحة، أو ساعدًا مماًلا كفه والقاطع سليم، هل يستوفي القصاص بقطع اليد والساعد، وفي كل جراحة لا قصاص فيها؟ قال: مقرها على القول الثاني.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَمُتْ**) أي: أجافه كإجافته.

---

(١) انظر: «تحفة المحتاج في شرح المنهاج» (٣٧/ ٨٤).

لَمْ تَزِدْ الْجَوَائِفُ فِي الْأَظْهَرِ.

(**لَمْ تَزِدْ الْجَوَائِفُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: المنصوص؛ لاختلاف تأثير الجوائف باختلاف محالها، فهي كقطع الأطراف المختلفة.

والثاني: نعم؛ ليكون إزهاق الروح قصاصًا بطريق إزهاقه عدوانًا.

وفي «التهذيب»: إن هذا مخرج من مسألة التجويع والإلقاء في النار ونحوهما، وإن العدول إلى السيف هناك مخرج من هذه المسألة وليس كما قال؛ بل هو المنصوص هناك والمذهب كما تقدم، وتبع «المنهاج» «المحرر» في حكاية القولين، وهو وجهان في «الروضة» وأصلها، وغيرهما منصوص ومخرج.

وقال الْمَاوَرْدِي: وَلَا يَجُوزُ أَنْ تُوَالَى الْجَوَائِفُ إِلَى التَّلَفِ قَوْلًا وَاحِدًا، واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي أن معنى الزيادة إلى الجوائف أنه لا يخاف بمكان آخر، وقال في «التتمة» وغيرها: المعنى أن يوسع الجائفة حتى يموت، والصحيح المنع.

فرع: قالا: قال الْبَغَوِي: إذا جوزنا الاقتصاص بطريق الجائفة، فقال: أجيفه ثم أعف عنه؛ لم يمكن منه، وإنما يمكن إذا قال: أجيفه، ثم أحز رقبته.

وقال الدارمي: وليس له أخذها قولًا واحدًا، ويحتمل عندي ألا تكرر الجوائف إن لم يثبت بواحدة قولًا واحدًا كالموضحة واليد ونحوهما، وكذا لو قال: أرميه من الشاهق ثم أعفو، قالا: ولو أجافه؛ ثم عفا عنه؛ عزر عليه، ولم يجز عليه قتله، فإن مات؛ بان بطلان العفو، انتهى.

وعبارة «التهذيب» و«التعليق» وغيرهما: ولو أجافه ثم عفا، وقال: لم أرد قتله عزر، ولا وجه لحذف قوله: ولم أرد قتله؛ لإيهام أنه يعزر مطلقًا، وإن عزر له العفو بعد الإجافة، ولا سبيل إليه، وعبارة المروزي: ولو أجافه ثم عفا، وقال: كان هذا قصدي في الابتداء؛ يعزر، وكذا قاله القاضي الحسين، قال المروزي: ولو قطع الجاني يديه ورجليه فسرى إلى النفس، فقال الولي: أنا أقطع اليدين والرجلين، فإن سرى أعفو عن النفس، نص أن له ذلك، قال الْبَغَوِي في «التعليق»: له ذلك على ظاهر المذهب؛ لأن القطع بما يجري فيه

وَلَوْ اقْتَصَّ مَقْطُوعٌ ثُمَّ مَاتَ سِرَايَةً فَلِوَلِيِّهِ حَزٌّ، وَلَهُ عَفْوٌ بِنِصْفِ دِيَةٍ.
وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ فَاقْتَصَّ ثُمَّ مَاتَ فَلِوَلِيِّهِ الْحَزُّ، فَإِنْ عَفَا فَلَا شَيْءَ لَهُ.
وَلَوْ مَاتَ جَانٍ مِنْ قَطْعِ قِصَاصٍ فَهَدَرٌ وَإِنْ مَاتَا سِرَايَةً مَعًا ....

القود؛ ولكنه صورها فيما إذا كان قد قطع يده فسرى، والظاهر: أنه لا فرق.

قال: (**وَلَوْ اقْتَصَّ مَقْطُوعٌ ثُمَّ مَاتَ سِرَايَةً؛ فَلِوَلِيِّهِ حَزٌّ**) أي: حز رقبة الجاني في مقابلة نفس مورثة.

(**وَلَهُ عَفْوٌ بِنِصْفِ دِيَةٍ**) أي: واليد المستوفاة مقابلة بالنصف الآخر، فإن مات الجاني أو قتل ظلمًا، أو نحوه؛ تعين نصف الدية من تركته.

قال: (**وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ فَاقْتَصَّ ثُمَّ مَاتَ**) أي: بالسراية.

(**فَلِوَلِيِّهِ الْحَزُّ**) أي: بنفس مورثه.

(**فَإِنْ عَفَا**) أي: الولي.

(**فَلَا شَيْءَ لَهُ**) أي: لأنه استوفى ما يقابل الدية، وهي مسألة يجب فيها القود، ولا يستحق الدية بالعفو عليها، واعلم أنهما أطلقا هنا أنه لا شيء له، وذكرا من بعد: أنه لو قطع يدا إنسان ورجليه، فمات فقطع الولي يد الجاني، وعفا عن الباقي على الدية فلا دية له؛ لأنه استوفى ما يقابلها، ولو عفا على غير جنسها؛ فوجهان: أحدهما: لا يجب كالدية، والثاني: يجب، ويكون عوضًا عن القصاص الذي تركه، والظاهر جريان الوجهين في صورة الكتاب.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ جَانٍ مِنْ قَطْعِ قِصَاصٍ؛ فَهَدَرٌ**) لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ﴾ [الشورى: ٤١] وكقطع السرقة [وروى البيهقي عن عمر وعلي ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: «من مات من حد أو قصاص؛ فلا دية له والحد قتله»][1] وروى ابن المنذر معناه عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم.

قال: (**وَإِنْ مَاتَا سِرَايَةً مَعًا**) أي: الجاني بالاقتصاص، والمستحق بالجناية.

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٤٣٥).

أَوْ سَبَقَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فَقَدِ اقْتَصَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ أَخْرِجْهَا فَأَخْرَجَ يَسَارَهُ وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا فَمُهْدَرَةٌ ....

(أَوْ سَبَقَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ؛ فَقَدِ اقْتَصَّ) أي: اليد باليد قصاص، والسراية بالسراية قصاص، ولا شيء على الجاني، قال الرَّافِعِي: هذا هو المشهور، ونسبه ابن كج إلى أبي علي الطبري، وحكي عن عامة الأصحاب: أن لولي المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني [لأن سراية الجاني][1] مهدرة، وسراية المجني عليه مضمونة، وعلله بما ذكره ابن كج عن الضمان وعدمه.

قال: **(وَإِنْ تَأَخَّرَ)** أي: موت المجني عليه عن موت الجاني بالسراية.

(فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي الْأَصَحِّ) لأن القصاص لا يسبق الجناية.

والثاني: لا شيء له، ويحصل القصاص بذلك؛ لأنه الجاني مات بسراية فعل المجني عليه فحصلت المقابلة، وادعى الرُّويَانِيّ: أنه الصحيح.

فرع: قطع يد إنسان فحز المقطوع يده رقبة الجاني، فإن مات المقطوع بالسراية؛ صارت قصاصًا، وإن اندمل قُبل قصاصًا، وفي تركة الجاني نصف الدية لقطعه اليد، قال الرَّافِعِي: هكذا ذكره في «التهذيب» انتهى.

وكأنه توقف فيه، وهو نص «الأم» ولا خلاف فيه كما سيأتي بيانه في دفع الصائل، ووقع فيه سهو للعمراني ببقائه عليه.

قال: **(وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ)** أي: بتكلف.

(أَخْرِجْهَا فَأَخْرَجَ يَسَارَهُ وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا) أي: وهو عالم بأنها لا تجزئ عن اليمين.

(فَمُهْدَرَةٌ) أي: وإن لم يتلفظ بالإباحة على الصحيح، فلا قود لها، ولا دية، ولا فرق بين أن يعلم القاطع بأنها يسار، وأنها لا تجزئ عن اليمين، أو لا يعلم؛ لكن يعزر العالم، ولابن سلمة احتمال في القصاص.

وقيل: إذا لم يتلفظ المخرج بالأول؛ ضمنها المخرج بالدية، والأصح

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٤٣٥).

وَإِنْ قَالَ: جَعَلْتُهَا عَنِ الْيَمِينِ وَظَنَنْتُ إِجْزَاءَهَا فَكَذَّبَهُ فَالْأَصَحُّ لَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ، وَتَجِبُ دِيَةٌ، وَيَبْقَى قِصَاصُ الْيَمِينِ، ....

المنصوص: المنع؛ لأنه بذلها مجانًا.

قال: قوله: «مهدرة»؛ يفهم أنه لو سرى القطع إلى النفس لا يجب شيء أصلًا، وقد قالا: في وجوب الدية الخلاف السابق؛ فيما إذا قال: اقتلني، فقتله؛ ينبغي أن يقال: ففي وجوب الضمان الخلاف الآتي فيما إذا قال للغير: اقطع يدي، ففعل.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: جَعَلْتُهَا عَنِ الْيَمِينِ وَظَنَنْتُ إِجْزَاءَهَا فَكَذَّبَهُ**) أي: كذب المجني عليه القاطع، وقال: عرفت أنها اليسار، وأنها لا تجزئ عن اليمين.

(**فَالْأَصَحُّ: لَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ**)؛ لأنا أقمنا ذلك مقام إذنه في القطع.

والثاني: يجب؛ لأنه قطع بلا استحقاق عن علم بالحال.

قال: (**وَتَجِبُ دِيَةٌ**) أي: دية اليسار؛ لأنه لم يبذلها مجانًا.

(**وَيَبْقَى قِصَاصُ الْيَمِينِ**) أي: كما كان؛ لأنه لم يستوفه، ولا عفا عنه، قال في «الروضة»: للقاطع في جوابه ألفاظ:

أحدها: أن يقول: ظننت أنه أباحها بالإخراج؛ فلا قصاص عليه في اليسار، وفيه احتمال للإمام ويبقى قصاص اليمين كما كان قطعًا. انتهى.

قال الرَّافِعِي: ويحسن إقامة احتمال الإمام وجهًا، وسيأتي عن «الحاوي» ما يقتضي وجوب القصاص، وعبارة إبراهيم المروزي في هذه الحالة: أن يقول: ظننت أنه أباحها لي ولم أكن على يقين؛ فلا قود عليه للمخرج، وله الدية.

الثاني: أن يقول: علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ ولا تجعل بدلًا ففي وجوب القصاص وجهان: أصحهما: لا يجب؛ لكن تجب الدية، وعلى الوجهين يبقى قصاص اليمين، وبوجوب القود في اليسار أجاب إبراهيم المروزي وغيره، وهو أحب إليَّ.

الثالث: أن يقول: قطعتها عوضًا عن اليمين وظننتها تجزئ كما ظنه المخرج؛ فالصحيح أنه لا قصاص في اليسار، وأنه يسقط قصاص اليمين،

……

ولكل واحد منهما دية ما قطعه الآخر.

الرابع: أن يقول: ظننت المخرجة اليمين؛ فلا قصاص في اليسار على المذهب، وفي «التهذيب» فيه وجهان كما لو قتل رجلًا وقال: ظننته قاتل أبي، فلم يكن؛ فإن لم نوجب القصاص وجبت الدية على الأصح؛ لأنه لم يبذلها مجانًا، ويبقى قصاص اليمين على المذهب ويجيء فيه الخلاف السابق، انتهى.

وفي «الحاوي» فوائد، وملخص كلامه: أنه إذا أخرج يسراه، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ بُدِئَ بِسُؤَالِ المخرَجَ يَدَهُ قَبْلَ سُؤَالِ الْمُقْتَصِّ الْقَاطِعَ عن إخراجها هَلْ أَخرَجَ يَدَهُ بَاذِلًا لِقَطْعِهَا أَوْ غَيْرَ بَاذِلٍ؟ فَإِنْ قَالَ: أَخْرَجْتُهَا غَيْرَ بَاذِلٍ لِقَطْعِهَا وَإِنَّمَا أَرَدْتُ بِإِخْرَاجِهَا التَّصَرُّفَ بِهَا؛ سَأَلَ حِينَئِذٍ الْمُقْتَصُّ الْقَاطِعَ: هَلْ عَلِمَ أَنَّهَا الْيُسْرَى أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؟ فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهَا الْيُسْرَى وَظَنَنْتُهَا الْيُمْنَى فَقَطَعْتُهَا قِصَاصًا؛ فَلَا قِصَاصَ عَلَى هَذَا الْمُقْتَصِّ فِي الْيُسْرَى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قِصَاصًا فِي الْيُمْنَى؛ لِأَنَّهَا شُبْهَةٌ تُدْرَأُ بِهَا الْحُدُودُ، وَعَلَيْهِ دِيَتُهَا؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا خَطأً بِغَيْرِ حَقٍّ، وَهَلْ يَسْقُطُ بِذَلِكَ حَقُّهُ مِنْ قَطْعِ الْيُمْنَى أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَإِنْ قَالَ الْمُقْتَصُّ الْقَاطِعُ لِلْيُسْرَى: عَلِمْتُ حِينَ قَطَعْتُهَا أَنَّهَا الْيُسْرَى؛ قيل: عَلَيْكَ مِنْهَا الْقِصَاصُ، لِأَنَّكَ أَخَذْتَهَا عَمْدًا بِغَيْرِ حَقٍّ، سَوَاءٌ عَلِمَ تَحْرِيمَ قَطْعِ الْيُسْرَى بِالْيُمْنَى أَوْ جَهِلَ، فَيُقْتَصُّ مِنْ يُسْرَاهُ بِيُسْرَى الْجَانِي، فَأَمَّا حَقُّهُ فِي الِاقْتِصَاصِ مِنْ يَمِينِ الْجَانِي فَمُعْتَبَرٌ بِحَالِهِ فِي قَطْعِ الْيُسْرَى، هَلْ قَصَدَ بِقَطْعِهَا الْقِصَاصَ مِنَ الْيُمْنَى أَوْ لَمْ يَقْصِدْ بِقَطْعِهَا أَنْ تَكُونَ قِصَاصًا بِالْيُمْنَى؟ فَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ قِصَاصًا بِالْيُمْنَى كَانَ عَلَى حَقِّهِ مِنَ الاقْتِصَاصِ مِنْ يَمِينِ الْجَانِي، وَإِنْ قَصَدَ بِقَطْعِ الْيُسْرَى أَنْ يَكُونَ قِصَاصًا مِنَ الْيُمْنَى؛ فَفِي سُقُوطِ حَقِّهِ مِنَ الاقْتِصَاصِ مِنْهَا وَجْهَانِ.

وَإِنْ قَالَ الْجَانِي الْمُخْرِجُ لِيُسْرَاهُ: أَخْرَجْتُهَا بَاذِلًا لِقَطْعِهَا؛ سُئِلَ عَنْ بَذْلِهَا: هَلْ جَعَلْتَهُ بَدَلًا مِنَ الْيُمْنَى أَوْ غَيْرَ بَدَلٍ؟ فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَجْعَلْهُ بَدَلًا لِعِلْمِي بِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْ يُسْرَى بِيُمْنَى؛ قيل: فَقَطْعُ يَدِكَ هَدَرٌ لِإِبَاحَتِكَ لَهَا، فَلَا قَوَدَ لَكَ فِيهَا وَلَا دِيَةَ، وَيُعَزَّرُ قَاطِعُهَا زَجْرًا فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى مَعَ عِلْمِهِ بِالْحَظْرِ، وَلَا يُعْذَرُ مَعَ جَهْلِهِ

بِهِ، ثُمَّ يُسْأَلُ قَاطِعُهَا هَلْ قَطَعَهَا قِصَاصًا أَوْ غَيْرَ قِصَاصٍ؟ فَإِنْ قَالَ: قَطَعْتُهَا غَيْرَ قِصَاصٍ؛ كَانَ عَلَى حَقِّهِ فِي الِاقْتِصَاصِ مِنَ الْيُمْنَى بَعْدَ انْدِمَالِ الْيُسْرَى.

وَإِنْ قَالَ : قَطَعْتُهَا قِصَاصًا مِنَ الْيُمْنَى؛ قيل: لَهُ: عَلِمْتَ أَنَّهَا الْيُسْرَى أَوْ لَمْ تَعْلَمْ؟ فَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا الْيُسْرَى؛ صَارَ ذَلِكَ عَفْوًا مِنْهُ عَنْ قَطْعِ الْيُمْنَى فَسَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الاقْتِصَاصِ مِنْهَا، وَلَهُ دِيَتُهَا حَالَّةً فِي مَالِ الْجَانِي، وَإِنْ قَالَ: ظَنَنْتُهَا الْيُمْنَى، وَلَمْ أَعْلَمْ أَنَّهَا الْيُسْرَى فَهَلْ يَسْقُطُ بِذَلِكَ حَقُّهُ مِنَ الْقِصَاصِ فِي الْيُمْنَى؟ عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْوَجْهَيْنِ.

وَإِنْ قَالَ الْمُخْرِجُ لِلْيُسْرَى: أَخْرَجْتُهَا لِتَكُونَ بَدَلًا مِنَ الْيُمْنَى؛ سُئِلَ قَاطِعُهَا: هَلْ قَطَعْتَهَا بَدَلًا مِنَ الْيُمْنَى أَمْ لَا؟ فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَقْطَعْهَا بَدَلًا؛ كَانَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي يُسْرَاهُ، وَلَهُ الْقِصَاصُ فِي يُمْنَى الْجَانِي.

وَإِنْ قَالَ: قَطَعْتُهَا بَدَلًا؛ لِتَكُونَ قِصَاصًا مِنَ الْيُمْنَى؛ سُئِلَ: هَلْ عَلِمْتَ أَنَّهَا الْيُسْرَى أَوْ لَمْ تَعْلَمْ؟ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا الْيُسْرَى؛ سَقَطَ قِصَاصُهُ مِنَ الْيُمْنَى، وَكَانَ عَلَيْهِ دِيَةُ الْيُسْرَى، وَلَهُ دِيَةُ الْيُمْنَى فَيَتَقَاصَّانِ؛ لِأَنَّهُمَا دِيَتَا عَمْدٍ فِي أَمْوَالِهِمَا، فَإِنْ تَفَاضَلَتْ دِيَةُ أَيْدِيهِمَا لِكَوْنِ أَحَدِهِمَا رَجُلًا وَالْآخَرِ امْرَأَةً تَرَاجَعَا فَضْلَ الدِّيَةِ، وَإِنْ ظَنَّهَا الْيُمْنَى وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا الْيُسْرَى؛ فَفِي سُقُوطِ الْقِصَاصِ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ. انتهى.

وقال الدارمي: إذا قال: أخرج يمينك، فأخرج يساره؛ فقطعها، فإن قال: قصدت أنها تقوم مقامها، أو ظننته، قال: أخرجتها لقاطع ظننتها يمينه، فإن كان بخطأ مثله؛ عزر وحلف، وديته على عاقلته.

قال الربيع: وفيه قول آخر في ماله، وإن كان لا يخطئ مثله في القصاص، وإن قال: أخذتها بدلًا؛ كان كافيًا عن قود يمينه؛ ثم رجع إلى المجرح، فإن قال: أخرجتها بدلًا؛ فلا قصاص، وتقاضى بالدية، وإن قال لمعنى آخر؛ حلف واقتص، فإن أجرحها لغير معنى؛ فعليه القصاص ولا شيء له، فحصل القصاص على القاطع؛ إذا علم أنها يساره وحلف، وقال المجرح: أجرحتها

وَكَذَا لَوْ قَالَ دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ. وَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ].

لأنظرها، ولا شيء عليه إذا تعمد إخراجها بغير عوض في غيرها البدل وقصاصه، وفي اليمنى يسقط إذا أخذها بدلًا، انتهى لفظه.

تنبيهات: قول المصنف: «فكذبه؛ فالأصح: ألا قصاص في اليسار»؛ يفهم أنه إذا صدقه وجب فيها، ولم يقبله «المحرر» ولا يمكن القول به على الإطلاق.

وقوله: «ويبقى قصاص اليمين» مطلق ويستثنى منه ما ذكره في «الروضة» في اللفظ الثالث، وهو السقوط على الأصح عند قصده العوض وظن الإجزاء.

قال: (**وَكَذَا لَوْ قَالَ**:) أي: الجاني المخرج.

(**دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ، وَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ**) أي: فالحكم فيها كالتي قبلها: لا قصاص في اليسار على الأصح، ويبقى قصاص اليمين.

بقي من أحكام هذه الحالة ما لو قال القاطع: ظننت أنه قصد الإباحة؛ قالا: فقياس مثله في الحال الثاني أنه لا يجب قصاص اليسار، والذي قال: علمت أنها اليسار، وأنها لا تجزئ عن اليمين؛ لزمه القصاص على الأصح، وبه قطع قاطعون.

وعبارة إبراهيم المروزي: فلو قال: علمت أنه دهش؛ فعليه القود للمخرج، وقصاصه باقٍ في يمينه، ولو قال: ظننت اليسار تجزئ؛ قال أصحابنا: لا قصاص، وفيه احتمال للإمام.

قلت: وربما اقتضى كلام «الحاوي» وجوب القصاص، ولعل موضع المنع؛ إذا كان القاطع ممن يخفى عليه ذلك، وفي جميع هذه الصيغ يبقى قصاص اليمين، إلا إذا قال: ظننت أن اليسار تجزئ؛ فالأصح سقوطه، وإذا سقط من الطرفين فنكل على الآخر الدية، وقد يكون عمدًا عليهما، وقد يكون على عاقلة المقتص، وسنوضحه.

ولو قال القاطع: دهشت فلم أدر ما قطعت؛ قال الإمام: لا يقبل منه، ويلزمه قصاص اليسار، وفي كتب الأصحاب، لا سيما العراقيين أن المخرج لو

قال: لم أسمع من المقتص اخرج يمينك، وإنما وقع في سمعي: اخرج يسارك؛ فالحكم كقوله: دهشت فأخرجت اليسار، وأنا أظنها اليمين.

قالا: لكن مقتضى ما سبق من أن الفعل المطابق للسؤال كالإذن لفظًا أن يلحق ذلك بصورة الإباحة، ولو كان المقتص منه مجنونًا وكإخراج اليسار مدهوشًا ولا يتحقق منه البدل، ولو قطع المستحق المجنون يمين الجاني كرهًا؛ لم يكن مستوفيًا على الأصح، ولكل منهما دية يده.

فإن قلنا: قطع عمدًا؛ فالدية في ماله، وإلا فعلى عاقلته، ولو قال المجنون المستحق للجاني: اخرج يمينك، ففعل فقطعها؛ لم يصح استيفاؤه، وله الدية ولا ضمان عليه، وإن أخرج يساره فقطعها؛ فهدر أيضًا، ويبقى قصاص اليمين.

تنبيهات: أحدها: قالا: حيث أوجبنا دية اليسار فهي في مال القاطع؛ لأنه عامد، وعن نصه في «الأم»: إنها على العاقلة، وقال ابن الرِّفْعَة: هل الدية في ماله أو على العاقلة؟ ينظر إن كان في صورة الجهل بأنها اليسار؛ فعلى العاقلة، كما صرح به الْمَاوَرْدِي، وإن كان في صورة الجهل بأنها تجزئ؛ فيتجه أي: يخرج على الوجهين في قاتل أبيه بعد عفو أخيه جاهلًا بتحريم القتل؛ ثم حكى ما ذكره الرَّافِعِي، وأنه لم يقيده بصورة، انتهى.

وسبق نقل الدارمي عن «النص» والربيع قال في «الأم» في باب خطأ المقتص: وإذا كان القصاص على يمين فأخطأ المقتص فقطع يسارًا، أو كان على أصبع فأخطأ فقطع غيرها، فإن كان يخطأ بمثل هذا؛ درئ عنه الحد وكان العقل على عاقلته.

قال الربيع: وفيه قول آخر: أن ذلك عليه في ماله ولا تحمله العاقلة؛ لأنه عمد أن يقطع يده؛ ولكنا درأنا عنه القود لظنه أنها اليد التي وجب فيها القصاص، فأما قطعه إياها فعمد.

قال الشافعي- ﷺ -: وإذا كان لا يخطأ به؛ اقتص منه، هذا لفظه.

والذي فهمه من سياق «الأم»: أن هذا الكلام في المقتص الذي نصه الإمام لا في المستحق الثاني، قالا: حيث يبقى قصاص اليمين لا يستوفى حتى يندمل قطع اليسار؛ لما في توالي القطعين من خطر الهلاك، ولو قطع طرفا رجل معًا؛ اقتص فيهما، ولا يلزمه التفريق، نص عليه، وقيل: قولان، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن خطر الموالاة في الأولى يحصل من قطع مستحق، وغير مستحق، انتهى.

ولو كانت الروح في الأولى مستحقة الإزهاق؛ كقتله حرابة أو زنا يشبه أن تظهر الموالاة ببقاء المحدود، وفيما إذا استحقت روحه قصاصًا الاحتمال الثالث.

قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: ولو قال المقتص للمقتص منه: اخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها وأقر أنه عمد إخراج يساره، وقد علم أن القصاص على يمينه، وأن المقتص أمر بإخراج يمينه؛ فلا عقل ولا قود على المقتص، وإذا برأ اقتص منه لليمنى، وإن قال: أخرجتها له ولم أعلم أنه قال: اخرج يمينك، ولا أن القصاص على اليمنى، أو رأيت أني إذا أخرجتها فاقتص منها سقط القصاص عني؛ أحلف على ذلك، ولزمت دية يده المقتص، ولا قود ولا عقوبة عليه وإنما يسقط العقل والقود؛ إذا أقر المقتص منه أنه دلسها وهو يعلم أن القود على غيرها، هذا نصه بحروفه، وإنما وقفت عليه بعد أن كتبت ما سبق، فتأمله مع ما سبق من كلام الشيخين!

قال: (فَصْلٌ: مُوجَبُ الْعَمْدِ) أي: في النفس أو الطرف.

(الْقَوَدُ) أي: عينا؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولقوله ﷺ: «من قتل عمدًا فهو قود»(١) رواه الشَّافِعِي - رحمه الله - والنسائي،

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٨٣، رقم ٤٥٤٠)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٢٣١، رقم ٦٩٩٢)، والبيهقي (٨/ ٤٥، رقم ١٥٧٨١).

وَالدِّيَةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ، وَفِي قَوْلٍ أَحَدُهُمَا مُبْهَمًا، ....

وأبو داود، وغيرهم بأسانيد صحيحة؛ ولأنه بدل متلف فتعين جنسه كغيره.

قال: **(وَالدِّيَةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ)** أي: يرجع إليها بالعفو بشرطه أو تعذر الاستيفاء بموت، أو غيره.

وَقَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: هِيَ بَدَلٌ عَنِ النَّفْسِ لَا عَنِ الْقَوَدِ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَوْ قَتَلَتْ رَجُلًا وَجَبَ عَلَيْهَا دِيَةُ الرَّجُلِ، فَلَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنِ الْقَوَدِ؛ وَجَبَ عَلَيْهَا دِيَةُ الْمَرْأَةِ، وفي كلام غيره ما يدل على أنها بدل عن القود، قاله ابن الرِّفْعَة.

قلت: وبه صرح الدارمي.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا أوجبنا الدية عند العفو؛ فالواجب دية المقتول لا دية القاتل، قال: ولو مات القاتل، أو قتل ظلمًا أو بقصاص آخر، أو رجم للزنا وأوجبنا الدية في تركته؛ فالواجب دية المقتول أو القاتل فعلى وجهين: ثانيهما: أن الواجب دية القاتل لا المقتول؛ حتى لو قتلت امرأة رجل وماتت فوجب في تركتها حين تتعين الجناية في توجيهه، ولم يرجح شيئًا، وقضية إطلاق الشَّافِعِي - ﷺ - والأصحاب أن الواجب دية المقتول كما صرح به الْمَاوَرْدِي، وهو الوجه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ: أَحَدُهُمَا مُبْهَمًا)** أي: لقوله ﷺ: **«وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا يُودَى وَإِمَّا يُقَادُ»** وفي رواية: **«إِمَّا أَنْ يُفْدَى، وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ»**(١) متفق عليهما وهذا ما رجحه الشيخ أبو حامد وطائفة.

ورأيت المصنف قال فيما علقه عن «التنبيه»: إن الجديد هو الصحيح، وكأنه تبع ابن يونس، فإنه نقله عن الجديد، والأول عن القديم والذي رجحه الأكثرون كما قالاه في «المحرر» و«الروضة» والأصح في طريقة المراوزة، كما قاله في «الكافي» الأول.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/٢٣٨، رقم ٧٢٤١)، وابن أبي شيبة (٧/٤٠٦، رقم ٣٦٩٢١) والبخاري (٢/٨٥٧، رقم ٢٣٠٢)، ومسلم (٢/٩٨٨، رقم ١٣٥٥)، وأبو داود (٢/٢١٢، رقم ٢٠١٧) والدارمي (٢/٣٤٤، رقم ٢٦٠٠)، والدارقطني (٣/٩٧)، والبيهقي (٨/٥٢، رقم ١٥٨١٨).

وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لِلْوَلِيِّ عَفْوٌ عَلَى الدِّيَةِ بِغَيْرِ رِضَا الْجَانِي، وَعَلَى الْأَوَّلِ. لَوْ أَطْلَقَ الْعَفْوَ فَالْمَذْهَبُ لَا دِيَةَ ....

وقال الْمَاوَرْدِيُّ: كل من القود والدية أصل زاده المحاملي، وإذا اختار أحدهما حكمنا بأنه الذي كان قد وجب بالقتل.

وقال الإمام: وإذا كنا نخير الولي على القولين، ويرجع إلى الدية عند الموت؛ ففي العبارة المشهورة: «لرحمه القولين» تكلف، والصيغة الماضية على العرض أن يقال: العمد يقتضي ثبوت المال لا محالة، ولكنه ينتصب معارضًا وموازنًا للقصاص أو يثبت تبعًا له، وبدلًا لا أصلًا معارضًا وفيه قولان، انتهى.

قال: (**وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لِلْوَلِيِّ عَفْوٌ عَلَى الدِّيَةِ بِغَيْرِ رِضَا الْجَانِي**) لحديث الصحيحين: «**فهو بخير النظرين**» كما سبق، ولو مات أو سقط المستحق؛ وجبت الدية، وعن القديم: أنه لا يعدل إلى المال إلا برضا الجاني، وأنه لو مات الجاني؛ تسقط الدية، وهو شاذ ولا خفاء في جريان القولين في الكتاب في الأطراف أيضًا.

قال في «البيان» وغيره: ولو قال: عفوت عن القود والدية؛ سقطا جميعًا على القولين، وسيأتي هذا عن «الحاوي» وهو في «حلية الشَّاشِي» وغيرها: أنه إذا قال: عفوت عن القود والدية؛ سقط القود، وفي الدية قولان حكاهما القاضي أبو حامد في «جامعه» ووجه المنع: أنه عفا عما لم يجب له، فعلى هذا إن اختار الدية في الحال كان له، وإن اختارها بعد ذلك؛ فعلى القولين في العفو المطلق هذا لفظ «الحلية».

قال: (**وَعَلَى الْأَوَّلِ**) وهو أن الواجب القود عينًا.

(**لَوْ أَطْلَقَ الْعَفْوَ فَالْمَذْهَبُ: لَا دِيَةَ**) قلت: كذا عبر في «الروضة» فأفهم ترجيح طريقة القطع بالمنع، ولم يرجحهما الرَّافِعِي، وسيأتي بيانه، ثم المراد أنه لا تثبت الدية بنفس العفو، فإن اختارها بعد العفو صح ما قيل: فيه، ثم العفو المطلق أن يقول: عفوت عن القصاص، أو عن القود، ولم يذكر الدية

....

بنفي ولا إثبات، هذا ما أفهمه كلام المحاملي، و«المهذب» والإمام وغيرهم.

وعن القاضي أبي الطيب أن يقول: عفوت، ولا يذكر شيئًا، وهل هذا خلاف محقق؟ فيه وقفة، وربما يذكر من كلام الرَّافِعِي ما يفهم أنه لا فرق بين الصيغتين.

إذا عرفت هذا فقد قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: فإن عفا عن القود مطلقًا، ولم يتعرض للدية بنفي ولا إثبات؛ ففيه قولان، ويقال: وجهان، وهذه عبارة «البيان» وهي أصح، وعبارة «الشرح الكبير»: فيه قولان أو وجهان: أحدهما: تجب الدية.

قلت: وهو نصه في «الأم»؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:١٧٨] أي: اتباع بالمال، وذلك يشعر بوجوب المال بالعفو؛ لأنه سقط القصاص، وإذا عفا وعدل إلى الدية؛ كما لو مات الجاني، ووجهه الْمُتَوَلِّي بأن عفو المستحق معتبر بعفو الشرع، وفي المواضع التي عفا الشرع عن القصاص؛ لأن عدم الكفاءة أوجب الدية، فكذلك إذا عفا المستحق؛ ولأن الإجماع انعقد على أن بعض الأولياء إذا عفا عن القصاص يثبت للباقين الدية، وما يقتضي كمال الدية كالشبهة في الجناية، انتهى.

وقال في «الشامل»: إن هذا القول ليس بشيء، وقال غيره: إنه الأظهر، قال الرَّافِعِي: وأصحهما المنع؛ لأن القتل لا يوجب الدية على هذا القول، والعفو يسقط الثابت، ولا يثبت بما ليس بثابت، ومنهم من قطع بهذا القول، انتهى.

وفي «التهذيب»: إن هذه الطريقة هي المذهب، ولم أر من رجحهما غيره.

فرع: قال الرَّافِعِي: إذا قلنا: لا تثبت الدية بنفس العفو، فلو اختار الدية بعد العفو؛ قال القاضي ابن كج: تثبت الدية ويكون اختيارها بعد العفو كالعفو عليها، وحكي عن النص: أن هذا الاختيار ينبغي أن يكون عقب العفو، وعن نص الأصحاب: أنه يجوز فيه التراخي، ثم قال الرَّافِعِي: ولو عفا مطلقًا؛ عاد الخلاف، أو وجود الدية، انتهى.

……

وقال الدارمي: وإن عفا مطلقًا؛ ففي المال قولان: **أحدهما**: يثبت بمجرد العفو.

والثاني: بالاختيار بعده، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن عفا عن القود فاختار الدية مع عفوه عن القود وجبت، وإن اقتصر عَلَى الْعَفْوِ عَنِ الْقَوَدِ، وَلم يُعِلَّهُ بِاخْتِيَارِ الدِّيَةِ فَيَسْقُطُ الْقَوَدُ بِالْعَفْوِ عَنْهُ وَفِي الدِّيَةِ قَوْلَانِ منصوصان:

أَحَدُهُمَا: نَصَّ عَلَيْهِ فِي - جِرَاحِ الْعَمْدِ - أَنَّ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ الدِّيَةَ مِنْ بَعْدُ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ "الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ" أَنَّهُ قَدْ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الدِّيَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْتَارَهَا مِنْ بَعْدُ. وَأَصْلُ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمُدَّعِي؛ إِذَا قَامَ شَاهِدًا وَامْتَنَعَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ، وَعُرِضَتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكِرِ فَنَكَلَ عَنْهَا، فَهَلْ تُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعِي أَمْ لَا؟ عَلَى قَوْلَيْنِ.

قال: وإن عفا عن القود والدية سقط القود، وفي الدية قولان في «جامع أبي حامد» وجه عدم السقوط أنه لم يقع في وقت الاختيار، فعلى هذا إن اختار الدية في الحال وجبت له، وإن لم يعجله؛ فعلى القولين في تأخير الاختيار، وقضية كلامه أنه لا فرق بين صيغتي العفو فيما ذكره.

واعلم أن المفهوم من كلام «الروضة» وأصلها: أن المذهب ما نقلا عن ابن كج، وقدمناه عن غيره، والمفهوم من إطلاق «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما: أنه لا تجب الدية مطلقًا، وأنه لا أثر لاختيار الدية بعد إطلاق العفو سواء اتصل الاختيار للدية بالعفو، أو انفصل.

وعبارة «الشرح الصغير» بعد ترجيحه المنع كما سبق: وعلى هذا فلو اختار الدية بعد العفو، وقيل: لا بأس بتراخيه، انتهى.

وقوله - ﷺ -: «قيل: تثبت» لم يرد به أنه وجه ضعيف؛ بل هذه عادته فيما لم يره مشهورًا؛ كما سبق بيان ذلك في «كتاب الطلاق» في مسألة: «من لم يخيرني بعدد ركعات اليوم والليلة» وحينئذٍ يجب تقييد إطلاق «المنهاج» وأصله.

وَلَوْ عَفَا عَنِ الدِّيَةِ لَغَا، وَلَهُ الْعَفْوُ بَعْدَهُ عَلَيْهَا، وَلَوْ عَفَا عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّيَةِ ثَبَتَ إِنْ قَبِلَ الْجَانِي، وَإِلَّا فَلَا، وَلَا يَسْقُطُ الْقَوَدُ فِي الْأَصَحِّ،

قال: (**وَلَوْ عَفَا عَنِ الدِّيَةِ؛ لَغَا**) أي: لغا العفو، وكان له أن يقتص إن شاء؛ إذ الواجب له على ما عليه التفريع القود المحض.

قال: (**وَلَهُ الْعَفْوُ بَعْدَهُ عَلَيْهَا**) أي: على الدية؛ إذ حقه في القود باقٍ بحاله لإلغاء عفوه عنها.

قال: (**وَلَوْ عَفَا عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّيَةِ؛ ثَبَتَ**) أي: وإن كان أكثر من الدية.

(**إِنْ قَبِلَ الْجَانِي، وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يقبل لم يثبت المال؛ لأنه اعتياض يتوقف على الاختيار، هذا ما أورداه، وعبارة «الروضة»: لم يثبت المال قطعًا.

وفي «التتمة»: أنه يلزم الجاني التزام المال كالمضطر إذا لم يبغ منه الطعام إلا بأكثر من عوض مثله، فإذا لزم المال، وقلنا: يوجب العمد القود؛ نظر إن كان المسمى قدر الدية، أو أقل لزمه، وإن كان أزيد؛ فوجهان: **أحدهما**: يلزمه المسمى، **والثاني**: الدية فقط.

قال: ولو صالح أجنبي على مالٍ فإن أوجبنا أحد الأمرين لم يصح، وإلا فيصح ويجب المال، هذا كلام الْمُتَوَلِّي وتبعه غيره، والظاهر أن الصلح هنا مع السفيه المحجور كهو مع الرشيد، وسيأتي له نظائر.

ولو صالح على ديتين باختياره، قال الْمُتَوَلِّي: إن قلنا: القود يتعين الصلح، وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين لم يصح، وحكى غيره عن القاضي الحسين وجهين؛ على قول الواجب القود، وأصحهما في «الروضة»: الصحة.

قال: (**وَلَا يَسْقُطُ الْقَوَدُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ إذا لم يقبل الجاني العفو على غير جنس الدية، فهل يسقط القود؟ وجهان: أصحهما: لا؛ لأنه رضي به على عوض، ولم يحصل له، وليس كالصلح على عوض فاسدٍ؛ لأن الجاني هناك قبل والتزم، فرجعنا إلى بدل المال، والثاني: يسقط؛ لأنه رضي بإسقاطه حيث أقدم على الصلح، وطلب العوض.

وَلَيْسَ لِمَحْجُورِ فَلَسٍ عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمْ، وَإِلَّا فَإِنْ عَفَا عَلَى الدِّيَةِ ثَبَتَتْ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَكَمَا سَبَقَ، وَإِنْ عَفَا عَلَى أَنْ لَا مَالَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ،

فرع: قالا: لو عفا عن القود على نصف الدية؛ قال القاضي الحسين: هذه معضلة أسهرت الجلة، وقال غيره: هو كعفوه عن القود ونصف الدية، فيسقط القود ونصف الدية، انتهى.

وهذا هو الموجود في «تعليق القاضي الحسين» وقال: إنه لا خلاف فيه، وهو يؤذن بالحكاية عنه، وهذا إنما يتضح؛ إذا قلنا بما سبق عن الْعِمْرَانِي وغيره: إنه على ما عليه التفريع لو عفا عن القود والدية سقطا، وأما على ما تقدم عن «الجامع» فلا على أحد القولين؛ لأنه عفا عما لم يجب.

إشارة: سكت المصنف عن التفريع على قولنا: إن الواجب أحد الأمرين، وتفريعه طويل؛ بل ذكر في «الروضة» منه جملة، وبين ما ذكراه في التفريع عليه وبين كلام الشَّافِعِي- ﷺ - في «الأم» في تفريعه تفاوت في بعض الصور، إن فسح الله في الأجل بيناه في «التوسط» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَيْسَ لِمَحْجُورِ فَلَسٍ عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمْ**) أي: أحد الأمرين للتفويت على الغرماء.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن قلنا: الواجب القود عينًا.

(**فَإِنْ عَفَا عَلَى الدِّيَةِ ثَبَتَتْ**) أي: قطعًا كغيره.

(**وَإِنْ أَطْلَقَ فَكَمَا سَبَقَ**) أي: فيما إذا أطلق العفو، وقد بيناه بما فيه.

قال: (**وَإِنْ عَفَا عَلَى أَنْ لَا مَالَ**) أي: إن قال: عفوت على ألا مال.

(**فَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ**) أشار إلى نقل طريقين أخذًا من قول الرَّافِعِي: ولو قال: عفوت على ألا مال لي، فإن لم يوجب مطلق العفو المال، فالقول بالنفي أولى، وإن قلنا: مطلقه يوجب المال؛ ففي القيد بالنفي من المحجور وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأنه لو أطلق العفو؛ لوجب المال، فالنفي كالإسقاط لما له حكم الوجوب، **وأصحهما:** المنع؛ لأن العفو مع نفي المال لا يقتضي

وَالْمُبَذِّرُ فِي الدِّيَةِ كَمُفْلِسٍ، وَقِيلَ كَصَبِيٍّ.

مالًا، فلو كلفنا المفلس أن يطلق ليثبت المال، كان ذلك تكليفًا بكسب، وليس على المفلس التكسب؛ لما عليه من الديون.

قال الإمام: ويعبر عن الوجهين: بأن العفو عن نفي المال إسقاط الواجب، أو دفع للوجوب، انتهى.

وعفو المريض مرض الموت، وعفو الورثة عن القود مع نفي المال، وفي التركة ديون، أو للقتيل وصايا لعفو المفلس، وكذلك حكاه الرُّويَانِي وغيره.

قال: (**وَالْمُبَذِّرُ فِي الدِّيَةِ كَمُفْلِسٍ**) أي: عند الأكثرين، كما قاله في «المحرر» وغيره، والمراد المحجور عليه بالتبذير، أما من بذر بعد رشده، ولم يحجر عليه ثانيًا؛ فتصرفه نافذ على المذهب كالرشيد، وقوله: «في الدية» احتراز من القود؛ فيصح فيه إسقاطه واستيفاؤه قطعًا كالرشيد.

قال: (**وَقِيلَ: كَصَبِيٍّ**) أي: فلا يصبح عفوه عن المال بحال كالصبي، ورجحه الْغَزَالِي، وعن الْقَفَّال: أنه قطع به، وعلل بأنَّا إن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، فإذا تصدى له مال؛ لم يجز له تركه؛ كما لو وهب له شيء أو وصي له بشيء فلم يقبل عليه؛ فوليه يقبل عليه جبرًا، بخلاف المفلس لا يقبل الغرماء عليه، ولا الحاكم.

وحكى الحاكم: أنه لو ردَّ لم يصح رده، وأن الولي يقبل عليه، قال الرَّافِعِي: وتوقف فيه، وعبارة الإمام: وفي القلب من هذا أدنى احتمال، والذي نقله الأئمة ما ذكرنا، انتهى.

فروع نختم بها الفصل: ولو أقت العفو تأبد، ولو عفا عن عضو منه موجود، قال الْبَغَوِي: أو عن شعرة؛ سقط القصاص كله، وقال الْمُتَوَلِّي: لو قال: عفوت عن بعضك أو أضاف إلى عضو معين كاليد والرجل، أو إلى بعض الزمان كعفوت عنك شهرًا؛ فالعفو صحيح، والحكم على التفصيل المتقدم في الطلاق.

فائدة: نقل ابْن الصَّلَاح عَنْ الْفَرَاوِيِّ من أئمتنا أنه قال الإمام الأعظم: هل يقتل حدًّا أو قصاصًا؟ وجهان سنبينهما - إن شاء الله - فعلى الحد لا عفو.

وَلَوْ تَصَالَحَا عَنْ الْقَوَدِ عَلَى مِائَتَيْ بَعِيرٍ لَغَا إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ.

فَصْلٌ

وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ: اقْطَعْنِي فَفَعَلَ فَهَدَرٌ، فَإِنْ سَرَى أَوْ قَالَ اقْتُلْنِي فَهَدَرٌ وَفِي قَوْلٍ تَجِبُ دِيَةٌ.

[قال: (**وَلَوْ تَصَالَحَا عَنْ الْقَوَدِ عَلَى مِائَتَيْ بَعِيرٍ؛ لَغَا إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ: الصِّحَّةُ**)](١).

فصل

قال: (**وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ: اقْطَعْنِي فَفَعَلَ؛ فَهَدَرٌ**) أي: فلا قود ولا دية؛ كما لو أذن في إتلاف ماله فلا ضمان بإتلافه، وأشار الرَّافِعِي في كلامه على الإكراه إلى تخريج خلاف فيه. قال: (**فَإِنْ سَرَى أَوْ قَالَ: اقْتُلْنِي**) أي: ففعل.

(**فَهَدَرٌ، وَفِي قَوْلٍ: تَجِبُ دِيَةٌ**) الخلاف مبني على أن الدية تجب للورثة ابتداءً عقب هلاكه، أم له في آخر جزء من حياته ثم ينتقل إليهم؛ إن قلنا بالأول وجبت، وإلا فلا، وسبق أن الثاني أظهر، وأما القود ففيه طريقان: أشهرهما: القطع بنفيه.

---

(١) (وَلَوْ تَصَالَحَا) أيْ: الْوَلِيُّ وَالْجَانِي (عَنْ الْقَوَدِ عَلَى) أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ كَالصُّلْحِ عَلَى (مِائَتَيْ بَعِيرٍ لَغَا) هَذَا الصُّلْحُ (إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا) لَا بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْوَاجِبِ نَازِلٌ مَنْزِلَةَ الصُّلْحِ مِنْ مِائَةٍ عَلَى مِائَتَيْنِ (وَإِلَّا) بِأَنْ أَوْجَبْنَا الْقَوَدَ عَيْنًا وَالدِّيَةُ بَدَلٌ عَنْهُ (فَالْأَصَحُّ الصِّحَّةُ) لِأَنَّهُ مَالٌ يَتَعَلَّقُ بِاخْتِيَارِ الْمُسْتَحِقِّ وَالْتِزَامِ الْجَانِي فَلَا مَعْنَى لِتَقْدِيرِهِ كَبَدَلِ الْخُلْعِ. وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ خَلَفُهُ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهَا.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ هَذَا الْخِلَافِ كَمَا قَالَهُ فِي «الْمَطْلَبِ» أَنْ يَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى إِبِلٍ بِالصِّفَةِ الْوَاجِبَةِ فِي جِنَايَةِ الْعَمْدِ، فَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ صِفَتِهَا إِمَّا مُعَيَّنَةً أَوْ فِي الذِّمَّةِ فَيَنْبَغِي الْجَزْمُ فِيهَا بِالصِّحَّةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ مَعًا؛ لِأَنَّ الرَّافِعِيَّ جَزَمَ فِي آخِرِ الْبَابِ فِيمَا إِذَا صَالَحَ عَنْ الْقِصَاصِ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ عَبْدٍ بِالْجَوَازِ، وَظَاهِرُهُ جَوَازُ ذَلِكَ وَلَوْ زَادَ عَلَى الدِّيَةِ وَجَرَى عَلَيْهِ فِي الْمُهِمَّاتِ، وَلَوْ تَصَالَحَا عَلَى أَقَلَّ مِنَ الدِّيَةِ صَحَّ بِلَا خِلَافٍ كَمَا قَالَهُ الْقَاضِي. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥ / ٣٩١).

وَلَوْ قُطِعَ فَعَفَا عَنْ قَوَدِهِ وَأَرْشِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْرِ فَلَا شَيْءَ، ....

وقيل: فيه القولان، ووجه الوجوب: أنه يثبت للورثة أيضًا ابتداءً، وأن القتل لا يباح بالإذن، وهذا ما نقله الْمُتَوَلِّي عن رواية الصعلوكي.

تنبيه: قوله: «رشيد» يقتضي أنه لو قال: سفيه مكلف، أن الحكم بخلافه، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: المالك لأمره لو قال لغيره، المسألة.

والظاهر: أن المراد البالغ العاقل، ولم يذكر الإمام، والْغَزَالِي، والْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي المالك لأمر نفسه ولا الرشيد، وكذا قالا في أول الجنايات وذكرها: أن المسألة تشعبت، والذي يجب القطع به: أن مرادهم بالمالك لأمره: الحر المكلف سواء كان محجورًا عليه أم لا؛ لأن الحجر عليه في ماله، وله العفو عن القصاص قطعًا واستيفاؤه، والمصالحة عن جناية نفسه، وأحسبهم احترزوا بالمالك لأمره عن العبد.

وعبارة الشيخ إبراهيم المروزي: لو قال الحر لإنسان: اقطع يدي، ففعل فلا شيء عليه، ولو قال: اقتلني فقتله؛ ذكر سهل الصعلوكي في القصاص قولين: والأصح: أنه لا يجب، وفي الدية قولان بناء على أنها لم تجب ابتداء، انتهى.

فرع: في «التتمة»: لو قال غير العبد: اقتلني، أو اقطع يدي، ففعل؛ ففي القود قولان، فإن لم نوجبه ففي الدية وجهان مبنيان على أن الأمة المطاوعة في الزنا هل يجب عليها الحد؟ فيه قولان، وهذا البناء ضعيف والفرق ظاهر.

قال: (وَلَوْ قُطِعَ) أي: عضو إنسان.

(فَعَفَا عَنْ قَوَدِهِ وَأَرْشِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْرِ فَلَا شَيْءَ) أي: لا قود ولا دية؛ لإسقاطه الحق بعد ثبوته، وقال الْمُزَنِي: تجب الدية؛ لأن استقرار الجناية باندمالها، ويوافق هذا ما تقدم من القول المروي عن رواية القاضي أبي حامد؛ بل هو غير ما سبق فيما إذا عفا عن القود والدية معًا على قولنا: إن الواجب القود عينًا.

....

قال الرَّافِعِي متصلًا بما ذكره من الإهدار: ولا فرق في هذه المسألة بين أن يقتصر على قوله: عفوت عن موجبها، وبين أن يزيد، ويقول: وعما يحدث فيها؛ فإنه لم يحدث منها شيء، ولو قال: عفوت عن هذه الجناية، ولم يزد فعن نصه ﷺ في «الأم»: إنه عفو عن القود، وعن الأصحاب: إنه يفرع على قولنا: إن موجب العمد القود، فأما إذا قلنا: أن موجبه أحد الأمرين؛ ففي بقاء الدية احتمال للقاضي الرُّويَاني، انتهى.

وعلم أن كلام الإمام محتمل لما ذكره عن الأصحاب ومحتمل لغيره، والظاهر: الأول، قال في «الأم»: وإذا كان للدم وليان فحكم لهما بالقصاص أو لم يحكم حتى قال أحدهما: قد عفوت القتل لله، أو قد عفوت عنه، أو قد تركت الاقتصاص منه، أو قال القاتل: اعف عني، فقال: قد عفوت عنك؛ فقد بطل القصاص عنه، وهو على حقه من الدية، وإن أحب أن يأخذه به أخذه؛ لأن عفوه عن القصاص غير عفوه عن المال، إنما هو عفو أحد الأمرين دون الآخر قال الله ﷻ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] يعني: من عفي له عن القصاص.

قال الشافعي: ولو قال: قد عفوت عنك القصاص والدية؛ لم يكن له قصاص ولم يكن له نصيب من الدية، ولو قال: قد عفوت ما لزمك لي؛ لم يكن هذا عفوًا للدية، وكان عفوًا للقصاص، وإنما كان عفوًا للقصاص دون المال، ولم يكن عفوًا للمال دون القصاص ولا لهما؛ لأن الله عز وجل حكم بالقصاص ثم قال: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

فاعلم أن العفو مطلقًا إنما هو ترك القصاص؛ لأنه أعظم الأمرين وحكم بأن يتبع بالمعروف ويؤدي إليه المعفو له بإحسان، وقوله: ما يلزمك لي على القصاص اللازم، كان له وهو محكوم عليه إذا عفي له عن القصاص بأن يؤدي إليه الدية حتى يعفوها صاحبها.

ولو قال: قد عفوت عنك الدية؛ لم يكن هذا عفوًا له عن القصاص؛ لأنه ما كان مقيمًا على القصاص فالقصاص له دون الدية وهو لا يأخذ القصاص

وَإِنْ سَرَى فَلَا قِصَاصَ.

وَأَمَّا أَرْشُ الْعُضْوِ فَإِنْ جَرَى لَفْظُ وَصِيَّةٍ كَأَوْصَيْتُ لَهُ بِأَرْشِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَوَصِيَّةٌ لِقَاتِلٍ، أَوْ لَفْظُ إِبْرَاءٍ أَوْ إِسْقَاطٍ، أَوْ عَفْوٌ سَقَطَ، وَقِيلَ وَصِيَّةٌ، وَتَجِبُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ

والدية، وكذلك لو قال: قد عفوت عن الدية ثم مات القاتل فإن له أخذ الدية؛ لأنه عفا عنها وليست له إنما تكون له بعد عفوه عن القصاص. انتهى.

وهذا صريح في التفريع على ما ذكروه، وكلامه مصرح بأن العفو المطلق على قوله: إن الواجب القود عينًا لا يسقط الدية، وأعجب من حكاية ابن الصباغ وغيره له وجهان، وقولهم: إنه ليس بشيء.

قال: (**وَإِنْ سَرَى فَلَا قِصَاصَ**) أي: وإن سرى إلى النفس فلا قصاص فيها، كما لا قصاص في الطرف؛ لأن السراية تولدت من معفو عنه فصارت شبهة دارئة له، وأيضًا فقد عفا عن النفس ولا يمكن استيفاء إلا به.

وعن ابن سُرَيْج وغيره: يجب القصاص في النفس؛ لأنه لم يدخل في العفو، فعليه لو عفا عن القود فله نصف الدية فقط، والصحيح: الأول.

قال: (**وَأَمَّا أَرْشُ الْعُضْوِ: فَإِنْ جَرَى لَفْظُ وَصِيَّةٍ كَأَوْصَيْتُ لَهُ بِأَرْشِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَوَصِيَّةٌ لِقَاتِلٍ**) أي: وقد سبق بيانها في الوصايا، وإن أبطلناها؛ لزمه أرش اليد وإلا سقط الأرش إن خرج من الثلث، وإلا سقط منه قدر الثلث.

قال: (**أَوْ لَفْظُ إِبْرَاءٍ أَوْ إِسْقَاطٍ، أَوْ عَفْوٌ سَقَطَ**) أي: بأن قال: أبرأته عن أرش هذه الجناية، أو أسقطتها، أو عفوت عنه سقط قطعًا؛ لأنه إسقاط حق ناجز.

قال: (**وَقِيل: وَصِيَّةٌ**) أي: لأنه يعتبر من الثلث وفاقًا فيعود الخلاف في الوصية للقاتل، والطريقة الأولى أصح، والوصية: هي التي تتعلق بحال الموت، واعلم أن قول المصنف: «سقط»؛ ظاهر السقوط مطلقًا.

وقد يقال: إذا كان الأرش معتبرًا من الثلث بالاتفاق فليكن ذلك تبرعًا منجزًا في مرض الموت.

قال: (**وَتَجِبُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ**) أي: على أرش المعفو عنه.

إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ، وَفِي قَوْلٍ إِنْ تَعَرَّضَ فِي عَفْوِهِ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا سَقَطَتْ.

فَلَوْ سَرَى إِلَى عُضْوٍ آخَرَ فَانْدَمَلَ ضَمِنَ دِيَةَ السِّرَايَةِ فِي الْأَصَحِّ.

(إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ، وَفِي قَوْلٍ: إِنْ تَعَرَّضَ فِي عَفْوِهِ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا؛ سَقَطَتْ) ما سبق هو في أرش العضو فقط، وأما الزيادة عليه إلى تمام الدية فواجب إن اقتصر على العضو عن موجب الجناية، وإن تعرض لما يتولد منها، فإن كان التعرض بلفظ الوصية كأوصيت له بأرش هذه الجناية وضمان ما يحدث منها، أو ما يتولد، أو ما يسري إليه؛ بني على الخلاف من الوصية للقاتل، والحكم كما ذكرنا في أرش العضو المقطوع، وإن كان التعرض بلفظ العفو، أو الإبراء بأن قال: عفوت، أو أبرأته عن ضمان ما يحدث، أو أسقطته؛ فقولان كما ذكره المصنف:

أظهرهما: أنه لغو ويلزمه ضمان ما يحدث؛ فإن إسقاط الشيء قبل ثبوته، فلا ينتظم.

والثاني: يعتبر ولا يلزمه ضمان ما يحدث؛ لأن الجناية على الطرف سبب لفوات النفس والنفس لا تباشر بالجناية، وهذا هو الخلاف السابق في الإبراء عما لم يجب وجرى سبب وجوبه.

إشارة: ما سبق هو فيما إذا كان الأرش دون الدية، فأما لو قطع يديه مثلًا فعفا عن أرش الجناية وما يحدث منها فإن أبطلنا الوصية؛ وجبت الدية بكمالها، وإن صححناها؛ سقطت بكمالها إن وفّى بها الثلث، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب، أو لم نصححه؛ لأن أرش اليدين دية تامة فلا يزيد بالسراية شيء.

قال: **(فَلَوْ سَرَى إِلَى عُضْوٍ آخَرَ فَانْدَمَلَ)** أي: مثل إن قطع إصبعه فتآكل ما في الكف بها، ثم اندمل؛ فلا قود ولا أرش للعضو المعفو عنه.

(ضَمِنَ دِيَةَ السِّرَايَةِ فِي الْأَصَحِّ) أي: لأنه عفا عن موجب الجناية الحاصلة في الحال فيقتصر أثره عليه.

والثاني: المنع؛ لأنه إذا سقط الضمان بالعفو؛ صارت الجناية غير

وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسِرَايَةِ طَرَفٍ لَوْ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَلَا قَطْعَ لَهُ، أَوْ عَنِ الطَّرَفِ فَلَهُ حَزُّ الرَّقَبَةِ فِي الْأَصَحِّ.

مضمونة، وإذا لم تكن سرايتها مضمونة، كما لو قطع يد مرتد فأسلم ثم سرى، هذا إذا عفا عن موجب الجناية ولم يزد، فأما إذا قال: عفوت عن الجناية وما يحدث منها؛ فإن لم نوجب ضمان السراية عند الاقتصار فهنا أولى، وإن أوجبناه؛ فيخرج على الإبراء عما لم يجب وجرى سبب وجوبه.

تنبيه: اعلم أن ظاهر قول المصنف: «وأما أرش العضو» إلى آخره؛ مشكل إن كان التصوير أنه لم يجز سوى ما ذكره في الإيصاء بالأرش، أو العفو عنه، أو إسقاطه والإبراء منه؛ لأنه مقر، وأن العفو عن الدية ابتداءً على قولنا: إن الواجب القود عينًا والدية بدل عنه لغو.

وقد صرح الْمَاوَرْدِي بذلك هاهنا، وحينئذٍ لا يصح الإيصاء بالأرش ولا الإبراء عنه، وإن كان التصوير فيما إذا عفا عن القود ثم أوصى، أو أبرأ فواضح، والظاهر: أنه المراد، وأما أرش العضو المعفو عنه فليس في كلامه ما يدل عليه، لا يقال: إن الوصية والإبراء يضمنان العفو عن القود، وجوابه: لو كان كذلك؛ لكان الإبراء عن دية النفس متضمنًا كذلك على القول الأظهر وقد ألفوه.

قال: (**وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسِرَايَةِ طَرَفٍ**) أي: بأن قطع يد إنسان فمات سراية.

(**لَوْ عَفَا**) أي: ودية.

(**عَنِ النَّفْسِ؛ فَلَا قَطْعَ لَهُ**)؛ لأن المستحق هو القتل والقطع طريقه، وقد عفا عن المستحق به.

قال: (**أَوْ عَنِ الطَّرَفِ**) أي: أو عفا الولي عن الطرف فقط.

(**فَلَهُ حَزُّ الرَّقَبَةِ فِي الْأَصَحِّ**) وعبارة «المحرر» و«الشرحين»: أقواهما كذا؛ لأنه يتمكن من العدول إليه فلعله قصد ذلك، وثانيهما: المنع؛ لأنه استحق النفس بالقطع الساري وقد تركه، انتهى.

وَلَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَّانًا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ بَانَ بُطْلَانُ الْعَفْوِ، وَإِلَّا فَيَصِحُّ.

وبنى **الْمُتَوَلِّي** الوجهين: على أنه إذا أراد الاستيفاء فقطع الطرف هل يكون قطعه مقصودًا، أم لا؟ إن قلنا: نعم، سقط القصاص وصار كما لو عفا عن جز من أجزاء القاتل، وإن قلنا: إنه طريق في الاستيفاء فله القتل؛ لأنه ما عفا عن قصاص، وإنما عفي عن الطريق الذي به يستوفي القصاص، كما لو قتل إنسانًا بالنار فعفي الولي عن المجازاة بالنار؛ لا يسقط حقه من القتل، فعلى هذا لا حكم للعفو، انتهى.

ويشبه أن يرجح كون القطع مقصودًا في نفسه؛ لأن القطع يقتضي المجازاة، وكيف يكون استيفاء مقتضي السراية مقصودًا، ولا يكون مقتضي الجناية مقصودًا؟

فرع: لو قطع يد رجل، ثم حز رقبته قبل الاندمال فعفا الولي عن القطع؛ لا يسقط حق الرقبة، وعفوه عن النفس لا يسقط، بخلاف ما سبق في السراية.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَّانًا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ؛ بَانَ بُطْلَانُ الْعَفْوِ**) أي: لفوات محله بالقطع للتقدم عليه.

قال: (**وَإِلَّا فَيَصِحُّ**) أي: وإن وقف القطع ولم يسر؛ صح العفو، ولم يلزمه بقطع اليد شيء، وكذا لو كان الجاني قد قتل بغير القطع فقطع الولي يده معتديًا، ثم عفا عنه لا ضمان عليه عندنا؛ لأنه قطع يد من يباح له دمهُ فلا يلزمه قود ولا ضمان، كقطعه يد مرتد، والعفو إنما يؤثر فيما بقي لا مما استوفى، ولو رمى الولي إلى الجاني ثم عفا عنه قبل الإصابة؛ ففي نفوذه وجهان:

أحدهما: لا ينفذ؛ لخروج الأمر عن اختياره.

وأصحهما: أنه كقطع اليد فإن لم يصب السهم فالعفو صحيح مفيد، وإن أصابه وقتله؛ تبينا بطلان العفو، وفي وجوب الدية على العافي وجهان سبقا في باب تغير الحال بين الجرح والموت: أصحهما: الوجوب؛ لأنه محقون الدم عند الإصابة.

وَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ عَفَا فَاقْتَصَّ الْوَكِيلُ جَاهِلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، ....

قال: (**وَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ عَفَا فَاقْتَصَّ الْوَكِيلُ جَاهِلًا**) أي: بالعفو.

(**فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ**) أي: على المذهب المنصوص، وقال الإمام والْغَزَالِي: إنه إجماع؛ لأنه معذور جارٍ على ما يجوز البناء عليه[1].

وحكى الشيخ أبو محمد في «السلسلة» قولًا مخرجًا مما لو قتل من عهده مرتدًا فبان أنه كان قد أسلم؛ فإنه يقتل به على قول، والفرق: أَنَّ الْقَاتِلَ هُنَاكَ مُقَصِّرٌ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَخْلُو مَا بَقِيَ عَلَى الرِّدَّةِ عَنْ أَمَارَةٍ وَالْحَرْبِيُّ لَا يَتَجَرَّأُ عَلَى دُخُولِ دَارِ الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ أَمَانٍ فَكَانَ مِنْ حَقِّهِ التَّثَبُّتُ بخلاف الوكيل.

إشارات: سبق الكلام في جواز التوكيل في استيفاء القصاص في «كتاب الوكالة» وأنه جائز في حضرة الموكل، وكذا في غيبته على المذهب، وسواء جوزنا التوكيل أو لم نجوزه؛ فإذا وكَّل استوفى الوكيل بالاستيفاء لإذنه له فيه؛ فإذا وكَّل وغاب، أو تنحى الوكيل بالجاني ليقتص منه فعفا الموكل؛ نظر إن لم يدر أكان العفو قبل القتل أم بعده؛ فلا شيء على الوكيل، هذه عبارة الرَّافِعِي.

وعبارة الإمام: فإذا استناب مستحق القصاص فتنحى المستنيب وقتل المستناب، وأشكل الأمر فلم يدر أوقع العفو قبل القتل أو بعده؛ فالأصل ألا عفو والقتل واقع قصاصًا، اتفقت الطرق عليه.

احترز المصنف بقوله: «جاهلًا» أما لو قتله عالمًا بالعفو؛ فعليه القصاص لا محالة، فلو ادعى الولي علمه بالعفو؛ حلف الوكيل، فإن نكل؛ حلف الوارث واستحق القصاص.

---

[1] قال الرملي: يَظْهَرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعِلْمِ هُنَا الظَّنُّ كَأَنْ أَخْبَرَهُ ثِقَةٌ أَوْ غَيْرُهُ وَوَقَعَ فِي قَلْبِهِ صِدْقُهُ، وَيُحْتَمَلُ اعْتِبَارُ اثْنَيْنِ دَرْءًا لِلْقَوَدِ بِالشُّبْهَةِ مَا أَمْكَنَ، وَيُقْتَلُ أَيْضًا فِيمَا لَوْ صَرَفَ الْقَتْلَ عَنْ مُوَكِّلِهِ إِلَيْهِ بِأَنْ قَالَ: قَتَلْتُهُ بِشَهْوَةِ نَفْسِي لَا عَنِ الْمُوَكِّلِ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَ هَذَا وَوَكِيلِ الطَّلَاقِ إِذَا أَوْقَعَهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَقُلْنَا بِمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الرُّويَانِيِّ أَنَّهُ يَقَعُ بِأَنَّ ذَاكَ لَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ الصَّرْفُ فَلَمْ يُؤَثِّرْ، وَهَذَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ لِنَحْوِ عَدَاوَةٍ بَيْنَهُمَا فَأَثَّرَ، وَالْأَوْجَهُ الِاكْتِفَاءُ بِأَحَدِ ذَيْنِكَ: أَعْنِي بِشَهْوَتِي وَلَا عَنْ مُوَكِّلِي، وَعَلَيْهِ فَلَوْ شَرِكَ بِأَنْ قَالَ: بِشَهْوَتِي وَعَنْ مُوَكِّلِي؛ أُحْتُمِلَ انْتِفَاءُ الْقَوَدِ تَغْلِيبًا لِلْمَانِعِ عَلَى الْمُقْتَضِي وَدَرْءًا بِالشُّبْهَةِ. انظر: «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (٢٤/ ٤٧٧).

وَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ دِيَةٍ، وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ، ....

نص الشَّافِعِي - ﷺ - والأصحاب: لا خفاء أنه لو سبق الاقتصاص العفو؛ لغا العفو، وأنه لو عزله قبل القتل، ثم قتل؛ كان كما لو عفا الموكل، ثم قتله الوكيل.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ: وُجُوبُ دِيَةٍ**) لأنه بان أنه قتله بغير حق، فإنه لو علم العفو وقتله؛ لزمه القصاص، فإذا جهله؛ تجب الدية، كما لو قتل من عهده مرتدًا فبان تقدم إسلامه، وهذا ما قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: إنه أحسن القولين فأشار إلى اختياره، وفرَّع عليه أنه يلزم الوكيل الكفارة، وأنه لا يرجع بها على الولي.

والثاني: تجب؛ لأنه عفا بعد خروج الأمر من يده فوقع لغوًا، وأيضًا فالقتل مباح له في الظاهر فلا يتجه التضمين به، ويجري القولان فيما لو عزله، ثم قتله الوكيل جاهلًا بعزله.

واعلم أن قضية كلام الإمام، والْغَزَالِي، والرَّافِعِي، وإطلاق غيرهم: أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يمكن الموكل إعلام الوكيل بالعفو، أو لا يمكنه، وجزم ابن أبي عصرون في كتابه «التنبيه» و«الإشارة إلى الأحكام المختارة» بتفصيل فقال: وإن وكَّله ثم عفا؛ فإن كان بعد قتل الوكيل، أو قبله ولم يعلم؛ لم يصلح العفو إن لم يمكنه إعلامه ولا ضمان، وإن أمكنه إعلامه ولم يعلمه؛ وجبت الدية على الوكيل ويرجع بها على العافي، انتهى.

وقال في «الانتصار»: وإن قتله الوكيل قبل علمه بعفوه؛ لم يصح عفوه، إن كان في حالة لا يمكنه التلاقي بإعلام الوكيل؛ فلا يجب عليه الضمان، وإن أمكنه إعلام الوكيل فالعفو صحيح؛ لأنه عفا قبل الاستيفاء والإعلام ممكن، ولا إثم ولا قصاص على الوكيل بجهله، والدية واجبة، هذا أصح الطريقين، وأطلق الأصحاب: إنها على قولين، وعللوا كل واحد منهما بما عللنا به أحد الحالين، انتهى.

قال: (**وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ**) إذا أوجبنا الدية فهي مغلظة؛ لأن القتل

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْعَافِي.

عمد، أو شبه عمد، وفي قول: إنها مخففة على العاقلة، فعلى المشهور تكون على الوكيل، أو على عاقلته وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص أنها عليه؛ لأنه متعمد، وإنما سقط عنه القود للشبهة، فعلى هذا هل تكون حالَّة عليه، أو مؤجلة؟ وجهان، زاد في «الروضة»: أصحهما: حالَّة، والله أعلم.

والثاني: أنها تجب على العاقلة مغلظة؛ لأنه قتله جاهلًا بالحال.

إشارة: العبارة المحررة على اصطلاح المصنف الوافية بالغرض: والأظهر: وجوب دية، وأنها مغلظة، والأصح: أنها عليه، وأنها حالَّة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص في «الأم».

(**أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْعَافِي**)، قال الرَّافِعِي: لأنه محسن بالعفو غير ملبس، وحكى الخلاف في «الشرحين» طريقين:

أحدهما: فيه قولان؛ كما لو قدم الطعام المغصوب إلى غيره فأكله في قرار الضمان عليه قولان.

والثاني: لا رجوع له قطعًا؛ لأنه محسن غير ملبس أي: غير مغرر بالوكيل، كما قاله غيره بخلاف مقدم الطعام المغصوب.

ثم قال: والظاهر المنع، وإن ثبت الخلاف، وخصص بعضهم الخلاف في الرجوع بها بما إذا غرمها الوكيل؛ فإن غرمنا العاقلة لا يرجعون بها قطعًا.

وعبر في «الروضة» عن هذا: وإذا غرم الوكيل، أو عاقلته الدية فهل يرجع بها الغارم على العافي؟ فيه أوجه: أصحها: لا؛ لأن العافي محسن بالعفو غير مغرر بخلاف الغاصب إذا قدم الطعام المغصوب إلى الضيف، والثاني: نعم، والثالث: يرجع الوكيل دون العاقلة، انتهى.

وكون العافي غير مغرر بالوكيل مشكل لا سيما إذا كان الاستيفاء بحضرة الموكل بمرأى منه ومسمع - كما صور الإمام - فعفا ثم اقتص الوكيل وهو حاضر ينظر إليه؛ بل لو قيل: إن الدية عليه؛ بل القصاص لا ينفذ؛ لأنه آلة له،

....

ولا سيما إذا كان قد استأجره للاستيفاء؛ إذ عليه القيام بما استؤجر عليه.

وقال القاضي أبو علي الفارقي: الصحيح عندي رجوع الوكيل، وقولهم: الموكل محسن صحيح؛ ولكن الوكيل غير مسيء؛ بل مظلوم مغرور فينبغي أن يرجع على من أقامه مقام نفسه، انتهى.

وبه جزم تلميذه في «تنبيهه» وقال في «الانتصار»: إنه الصحيح؛ لأن العافي محسن إلى الجاني بعفوه، ومسيء إلى الوكيل في تغريره بعفوه وهو لا يعلم، انتهى.

ولا شك أنه إذا أمكنه إعلام الوكيل فلم يعلمه فهو غار له، وإطلاق القول بأنه غير مغرور مفند، ولا سيما إذا كان الاستيفاء بحضرته فأسر إلى عدلين بعفوه، ثم حز رقبة الجاني وهو يراه، ويحتمل أن يفرق بين الأخير وغيره؛ لأنه متبرع بخلاف الآخر.

فرع: هل للعافي دية قتيله؟ نظر أن عفا مجانًا وأطلق، وقلنا: لا دية؛ فلا شيء له، وإن قلنا: مطلق العفو يوجب الدية؛ فهي في تركه الجاني إن ألزمنا الوكيل الدية، وإلا فلا دية للموكل بخروج العفو حينئذٍ عن الإقادة.

قال الرَّافِعِي: هكذا رتب جماعة، وقال الإمام: الوجه أن يقال: إن قلنا يقع القتل قصاصًا، ولا ينفذ العفو من غير علم الوكيل؛ فلا دية، وإن تقدم العفو؛ فله الدية وكأن الجاني مات حتفًا له.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: قال الأصحاب: إن أثبتنا على النائب دية أثبتنا على المستنيب دية قتله في تركة قاتله، وإن قلنا: لا دية فيبعد أن يهدر دمه، ثم يثبت في تركته دية وهو أجوز، والوجه القطع بثبوت الدية إلا إذا لم يصحح عفوه، وجعلنا القتل الواقع قصاصًا فهذا بعيد، فإن لم يجعله قصاصًا ونفينا الدية عن النائب لجهل عذره؛ فلا بدَّ من إيجاب الدية للمستنيب، وقد صار دمه هدر للغرر الذي وقع، فلا يترك القياس بالاستبعاد أصلًا، انتهى.

فرع: حكى الرَّافِعِي هنا عن «فتاوى الْبَغَوِي» وأقره: أن الوكيل باستيفاء

وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا فَنَكَحَهَا عَلَيْهِ جَازَ وَسَقَطَ، فَإِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْوَطْءِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْأَرْشِ، وَفِي قَوْلٍ بِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلٍ].

القصاص؛ إذا قال: قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل؛ يلزمه القصاص، وينتقل حق الوارث إلى التركة، انتهى.

ورأيت في «فتاوى الْقَفَّال»: أن الإمام لو أمر الجلاد بقتل رجل فقتله، ثم قال: لم أقتله من جهة النيابة عن الإمام، وإنما قتلته للعصبية والعداوة التي كانت بيني وبينه؛ لا يجب عليه القصاص، وكذا الولي إذا وكَّل باستيفاء القصاص، ويفارق ما لو اشترى الوكيل شيئًا، ثم قال: اشتريته لنفسي وقع له؛ لأن المشتري غير مستحق من جهة الوكيل حتى لو كان وكيلًا في البيع، فقال: بعته لا لنيابتك لكن من قبل نفسي؛ لم يلتفت إليه؛ بل يرد إلى جهة النيابة، انتهى. وهذا مخالف لكلام الْبَغَوِي، والقلب إلى كلام الْبَغَوِي أميل.

ولفظ «الفتاوى» فيما وقفت عليه: ولو وكَّل رجلًا باستيفاء القصاص من رجل، فقتله الوكيل ظلمًا لا عن القصاص؛ يجب عليه القود، بخلاف ما لو قتله مستحق القصاص ظلمًا لا عن القصاص وقع عن القصاص؛ لأنه نفسه مستحق بالقتل له، وليس بمستحق القتل للوكيل؛ كما لو قتله المستحق عن الردة؛ كان مستوفيًا لحقه؛ إذا لم يكن إمامًا، انتهى.

وقد يقول الْقَفَّال: إنه آلة للموكل فمباشرته للقتل كمباشرة الموكل ولا عبرة بقصد القتل للعصبية، ولو قال الوكيل: كنت عزلت نفسي عن وكالته، ثم قتلته ظلمًا؛ فالظاهر أنه يلزمه القود لا محالة، **فإن قلتَ**: لو قتلاه دفعًا لِصِيَالَتِهِ.

قلت: يشبه أن يقال: إن قتله الوكيل دفعًا؛ كان هدرًا، وإن قتله الموكل المستحق دمه دفعًا؛ ففيه تردد مثاره ما لو قتل المشتري العبد المبيع قبل قبضه دفعًا لِصِيَالَتِهِ، هل يصير قاضبًا أم لا؟ ولم أر في ذلك نقلًا، والله أعلم.

قال: **(وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا فَنَكَحَهَا عَلَيْهِ؛ جَازَ وَسَقَطَ، فَإِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْوَطْءِ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْأَرْشِ، وَفِي قَوْلٍ: بِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلٍ)** أما صحة النكاح إذا وجب له قصاص عليها، أو على عبدها فنكحها عليه فواضح، وأما صحة صداقه، أو وليه إياه؛ فقد تضمن كلام الْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، وإبراهيم المروزي الجزم به بلا

....

توجيه، ووجه: بأنه لما جاز الصلح عليه؛ جاز جعله صداقًا، وفيه ما سيأتي عن النص. وأما سقوط القود فواضح؛ لأن إصداقها إياه يضمن العفو عنه، وأما نقل القولين فيما يجب له إذا فارق قبل الدخول فلم أرهما إلا في تعليقي الْبَغَوِي، والمروزي، «والتهذيب» و«الكافي» ولم يذكروا ترجيحًا ولا توجيهًا.

وفي «التهذيب» والمصنف هنا، وفي أصل «الروضة»: الرجوع بنصف مهر المثل، وعبارة الرَّافِعِي: وأصحهما: على ما ذكر في «التهذيب» كذا، وعبارة «المحرر»: وهو ما رجح، وقد يوجه: بأن المهر فات فيرجع إلى نصف بدله؛ كما لو أصدقها عبدًا فمات بيدها.

ثم قال الرَّافِعِي والمصنف: وإن كانت الجناية موجبة للدية فنكحها عليها؛ صح النكاح، وفي صحة الصداق ما سبق في جواز الاعتياض عن إبل الدية.

إذا علمت هذا فاعلم أن نص «الأم» مصرح بعدم صحة الصداق في الصورتين، وأن الواجب مهر المثل.

قال الشَّافِعِي - ﵀ - قبل «كتاب الحدود»: وإذا شجت المرأة الرجل موضحة، أو جنت عليه جناية غير موضحة عمدًا، أو خطأً، فتزوجها على الجناية؛ كان النكاح ثابتًا والمهر باطلًا، ولها مهر مثلها؛ ثم علل ذلك فيما جنت خطأً.

ثم قال: ولا يجوز المهر من جناية خطأ ولا عمد، والمهر لا يصلح إلا بما يجوز في البيع، وكذلك إذا كانت الجناية عمدًا فنكحها عليها جاز النكاح وبطل المهر؛ لأنه إنما يلزمها بالجناية إبل فأي إبل أدتها من إبل البلد في سن معلومة قبلت، وهذا لا يجوز في البيع؛ فإذا نكحت على الجناية في الخطأ والعمد؛ فالنكاح ثابت ولها مهر مثلها طلقها قبل الدخول أو لم يطلقها.

وإذا نكحها على جناية عمد بطل القود؛ لأنه عفو عن القود فلا سبيل إلى قتلها، وإن صارت الجناية نفسًا ولا إلي القود منها في شيء من الجراحة، وتؤخذ منها الدية في العمد حالَّة، ومن عاقلتها في الخطأ ولها في ماله مهر

....

مثلها، هذا نصه بحروفه. ولم أر المسألة إلا فيما سبق من الكتب على الوجه السابق، وقد يؤخذ من هذا النص أن لمناسبة النكاح على القود بنص العفو عنه على عوضٍ سواء أجنت أم لا؛ فإن جنت وقع العقد على غير القود، ولا شك أنه إذا استوجب أولًا بأن قال للولي: نكحتها على مال من القود عليها، وقد عفا عنه قبل إيجاب الولي فيما أراه، وحينئذٍ لا يكون المهر نفس القصاص، والمذهب يقبل، وإن ثبت عن الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ - خلاف ما سقناه من كلامه بقي النظر في الترجيح وإلا فمذهبه ما قاله أيضًا.

ثم رأيت في «الْبُوَيْطِي»: وإذا جنت امرأة على رجل موضحة خطأ، فنكحها؛ فالنكاح جائز ولها صداق مثلها، ويرجع بأرش الموضحة على عاقلتها، وإن كانت عمدًا فعرفت ما وجب فيها وما يلحقها عليها فذلك صداقها، وفيها قول: إن لها صداق مثلها، وإن عرفت ما وجب لها من الإبل فالإبل غير محدودة بوصف، كما لو اشترى إبلًا نماها لم يجز حتى يصفها بصفاتها كلها، وإن دارت الجناية حتى صارت نفسًا لم يفدها به؛ لأنه قد عفا وصارت دية، ولها صداق مثلها ولم يجز لها ذلك؛ لأنها وصية لوارث وفي وصية لقاتل والديه في مالها، انتهى لفظه، وهذا موافق لنص «الأم» في عدم صحة إصداق جناية العمد قولًا واحدًا.

ثم رأيت في كتاب «الجراح» من «الأم»: وإذا شجته موضحة عمدًا، أو خطأ فنكحها على الموضحة فالنكاح عليها عفو للجناية، ولا سبيل إلى القود والنكاح ثابت، وإن كانا قد علما أرش الجناية كان مهرها أرش الجناية في العمد خاصة، فإن طلقها قبل الدخول؛ رجع عليها بنصف أرش الموضحة.

وإن نكحها على أرش موضحة خطأ؛ كان النكاح جائزًا، وكان لها مهر مثلها وله على عاقلتها أرش موضحة؛ لأنه إنما نكحها بدين له على غيرها، انتهى.

وهو مصرح أيضًا بأن نفس الجناية عمدًا لا يكون صداقًا، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [فِي قَتْلِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ مِائَةُ بَعِيرٍ مُثَلَّثَةٌ فِي الْعَمْدِ: ثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً: أَيْ حَامِلًا، ....

قال الشارح: الديات جمع: دية، وهي المال الواجب بالجناية بدلًا لنفس الحر وأطرافه، والأصل في الباب: الكتاب، والسنة، والإجماع، قال الله تعالى: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] والسنن الصحيحة طافحة بذلك، والإجماع منعقد على وجوبها في الجملة(١).

قال: (**فِي قَتْلِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ مِائَةُ بَعِيرٍ**) لحديث عمرو بن حزم: «**أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن في النفس مائة من الإبل**»(٢) رواه ابن حبان في صحيحه بطوله، ورواه غيره ويقع في كتب الفقه في النفس المؤمنة، وهو المراد، قال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الدية من الإبل مائة لا يزاد عليها، وأنها الدية التي فرضها النبي ﷺ.

إشارة: كان ينبغي للمصنف أن يقول: «المحقون الدم»؛ ليخرج ما سبق في قتل الزاني، المحصن، وتارك الصلاة، ونحوهما.

قال: (**مُثَلَّثَةٌ فِي الْعَمْدِ: ثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً: أَيْ حَامِلًا**) لما رواه الإمام أحمد وابن ماجه والترمذي من حديث عمرو بن شعيب ﷺ عن أبيه عن جده أنه ﷺ قال: «**مَنْ قَتَلَ عَمْدًا دُفِعَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ فَإِنْ شَاؤُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاؤُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ، وَهِيَ ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً، وَذَلِكَ عَقْلُ الْعَمْدِ مَا صُولِحُوا عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُمْ، وَذَلِكَ تَشْدِيدُ الْعَقْلِ**»(٣)

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٤٠٨).

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٥٥٩).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٣، رقم ٦٧١٧)، والترمذي (٤/ ١١، رقم ١٣٨٧) وقال: حسن غريب. وابن ماجه (٢/ ٨٧٧، رقم ٢٦٢٦)، والبيهقي (٨/ ٧٠، رقم ١٥٩٠٨).

وَمُخَمَّسَةٌ فِي الْخَطَإِ: عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَكَذَا بَنَاتُ لَبُونٍ وَبَنُو لَبُونٍ وَحِقَاقٌ، وَجِذَاعٌ.

فَإِنْ قَتَلَ خَطَأً فِي حَرَمِ مَكَّةَ، أَوْ الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ: ذِي الْقَعْدَةِ وَذِي الْحِجَّةِ

وسواء أوجب العمد القود فعفا عن الدية، أو امتنع القود لولادة، أو موت الجاني وغيرهما.

قال: (**وَمُخَمَّسَةٌ فِي الْخَطَإِ: عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَكَذَا بَنَاتُ لَبُونٍ، وَبَنُو لَبُونٍ وَحِقَاقٌ، وَجِذَاعٌ**) أي: لما رواه الإمام أحمد (١/ ٣٨٤)، وأصحاب السنن الأربعة عن ابن مسعود -﵁-: «**أن النبي ﷺ قَضَى فِي دِيَةِ الْخَطَإِ بِمِائَةٍ مِنَ الْإِبِلِ**»⁽¹⁾ **فَذَكَرُوهُ إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا: وَعِشْرِينَ بَنِي مَخَاضٍ ذَكَرٍ بَدَلَ بَنِي لَبُونٍ.**

قال الدارقطني والْبَيْهَقِيُّ: **وَالصَّحِيحُ وَقْفُهُ**، وجمهور الصحابة ﵃ على تخميسها.

وقال سليمان بن يسار التابعي الجليل: كانوا يقولون: دية الخطأ كذا وفصلها كما سبق بلفظ بني لبون، فأشار إلى إجماع الصحابة، وضعف أصحابنا أيضًا رواية الربيع، واستدلوا بأثر سليمان.

وفي «الحاوي» أن الشَّافِعِي - ﵀ - حكي عنه: أنه حكاه عن إجماع الصحابة؛ لكن لفظ «الموطأ» عن ابن شهاب، وسليمان بن يسار، وربيعة بن عبد الرحمن أنهم كانوا يقولونه، وذكره في «الأم» بنحوه، رواه عن مالك، والعبارة محتملة جدًا والمتبادر منها غير ما سبق.

إشارة: قول المصنف: «وبنو لبون وحقاق وجذاع»؛ يوهم إجزاء عشرين حقًا وعشرين جذعًا، ولا قائل به، فإن الحقاق وإن أطلقت على الذكور والإناث فإن الجذاع مختصة بالذكور، وجمع الجذع: جذعات، وعبارة الدارمي وغيره في بعض المواضع كعبارة «المنهاج» ورأيته كذلك في موضع «الأم» والأحسن الأسلم ما اشتمل عليه الحديث والأثر، وأكثر ألفاظ الشَّافِعِي - ﵀ - والأصحاب.

قال: (**فَإِنْ قَتَلَ خَطَأً فِي حَرَمِ مَكَّةَ أَوْ الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ: ذِي الْقَعْدَةِ وَذِي الْحِجَّةِ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٣٣)، والترمذي (١٣٨٦)، والنسائي (٨/ ٤٣)، وابن ماجه (٢٦٣١).

وَالْمُحَرَّمِ وَرَجَبٍ، أَوْ مَحْرَمًا ذَا رَحِمٍ فَمُثَلَّثَةٌ.

وَالْمُحَرَّمِ وَرَجَبٍ، أَوْ مَحْرَمًا ذَا رَحِمٍ؛ فَمُثَلَّثَةٌ)؛ لأن عمر وعثمان وابن عباس ﷺ غلظوا في هذه الأحوال الثلاثة، وإن اختلفوا في كيفية التغليظ، وتمسك الأصحاب بهذه الآثار وادعوا فيها الإشهاد وحصول الاتفاق، فمنهم من يقول: ولم ينكره أحد من الصحابة ﷺ وكان إجماعًا؛ ولأن هذا لا يدرك اجتهادًا؛ بل توقيفًا، فلا فرق بين كون القاتل أو المقتول في الحرم، أو أحدهما فيه كما في جزاء الصيد تغليظًا، ويلتحق به ما لو جرحه في الحرم فخرج ومات خارجه، بخلاف العكس.

تنبيهات: خرج بقول المصنف: «في حرم مكة» حرم المدينة فلا تغليظ بالقتل فيه على الصحيح، وبقوله: «الأشهر الحرم» رمضان فلا تغليظ بالقتل فيه قطعًا وإن كان عظيمًا، وقوله: «مَحرمًا ذا رحم» المحرَم: الذي يحرم نكاحه كالأولاد والأعمام ونحوهم، فإنه لا تغليظ في دياتهم عند الأكثرين كما قاله الرَّافِعِي.

وعن القاضي الحسين: أنه يقتل، واتفاق الأصحاب عليه، وهو عن شيخه الْقَفَّال: ـ واختاره الشيخ أبو محمد والرُّويَانِي: أنها تغلظ؛ لما فيه من قطيعة الرحم، وتأكد الحرمة.

وقد يعضده قوله في «الأم» بعد ذكره البلد الحرام والشهر الحرام ما لفظه: وقتل ذي الرحم كما تقدم في العمد غير الخطأ لا تختلف ولا تغلظ فيما سوى هؤلاء، وإذا أصاب ذا رحم في الشهر الحرام والبلد الحرام وهي مكة دون البلدان؛ لم يزد في التغليظ على ما وصفت، انتهى.

وبلفظ «الأم» أجاب الدارمي وغيره.

قال الرُّويَانِي: ولا تغلظ بالحرم والشهر الحرام مرتين خلافًا لبعض أصحابنا، أو حيث أثبتنا التغليظ في النفس، وكذلك الجراح على الفاعل، قاله في «المعتبر» ولا تغلظ بحرمة الرضاع والمصاهرة قطعًا، ولا بالقتل في الإحرام على الأصح.

وظاهر النص، وقضيته كلام الجمهور، واختصاص التغليظ على القول به

وَالْخَطَأُ وَإِنْ تَثَلَّثَ فَعَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ. وَالْعَمْدُ عَلَى الْجَانِي مُعَجَّلَةٌ.
وَشِبْهُ الْعَمْدِ مُثَلَّثَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ، وَلَا يُقْبَلُ مَعِيبٌ وَمَرِيضٌ ....

بإحرام القاتل، وعن القاضي الحسين: حكاية الخلاف في إحرام أحدهما لا يراعى ما ذكره عن الشبه في الدية المغلظة المخففة، وفي دية الأطراف والجراحات، ودية المرأة والكتابي والمجوس وأطرافهم وجروحهم، واستثناء الْمُتَوَلِّي وغيره ما إذا قتل ذميًا في الحرم فلا تغلظ الدية به؛ لأن ثبوت التغليظ بسبب الحرم لثبوت زيادة الأمن وأن الذمي غير ممكن من دخول الحرم، ولا من المقام فيه بعد دخوله فإن على الإمام إخراجه، انتهى.

وحيث غلظنا ففي خطأ المرأة عشر بنات مخاض، وعشر بنات لبون، وعشر بنو لبون، وعشر حقاق، وعشر جذعات، وفي العمد أو شبهه أو الخطأ المغلظ عن حقه، ومثلها جذعات، وعشرون خلفة، وقيس على هذا.

قال: (**وَالْخَطَأُ وَإِنْ تَثَلَّثَ**) أي: كما سبق مائة.

(**فَعَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ**) لما سيأتي- إن شاء الله تعالى- في باب العاقلة.

قال: (**وَالْعَمْدُ عَلَى الْجَانِي مُعَجَّلَةٌ**) أي: حالَّة تغليظًا عليه، وكأبدال المتلفات.

قال: (**وَشِبْهُ الْعَمْدِ مُثَلَّثَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ**) أما تثليثها فلقوله ﷺ: **«عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد، ولا يقتل صاحبه»**(١) رواه أبو داود، وأما كونه على العاقلة، ومؤجلة؛ لما سيأتي- إن شاء الله تعالى - في باب العاقلة، وحكي وجه وقول مخرج: أنها لا تحتمل شبه العمد؛ لأنها دية مغلظة بإيجاب الخلفات فأشبهت دية العمد، وزيف.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ مَعِيبٌ وَمَرِيضٌ**) أي: وإن كان إبل المؤدي كذلك كإبدال سائر المتلفات بخلاف الزكاة؛ لأنها استحقاق جزء من نفس المال والمعتبر، هنا السلامة من العيوب المؤثرة في المالية، وما يثبت الرد في البيع.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٩٠، رقم ٤٥٦٥)، والبيهقي (٨/ ٧٠، رقم ١٥٩٠٨) وأحمد (٢/ ١٨٣، رقم ٦٧١٨)، والدارقطني (٣/ ٩٥)، والديلمي (٣/ ٤٦، رقم ٤١١٩).

إِلَّا بِرِضَاهُ، وَيَثْبُتُ حَمْلُ الْخَلِفَةِ بِأَهْلِ خِبْرَةٍ، وَالْأَصَحُّ إِجْزَاؤُهَا قَبْلَ خَمْسِ سِنِينَ،

قال الأصحاب: وفي معنى المعيبة المهزولة هزالًا فاحشًا.

قال: (**إِلَّا بِرِضَاهُ**) أي: برضا المستحق إن كان أهلًا للتبرع؛ لأن الحق له فله إسقاطه.

قال: (**وَيَثْبُتُ حَمْلُ الْخَلِفَةِ بِأَهْلِ خِبْرَةٍ**) أي: بقول عدلين منهم إن لم يصدقه لمطلق التصرف.

قال **الشَّافِعِي** - رَحِمَهُ اللهُ - في «الأم»: وإن دفعت وأهل العلم يقولون: هي خلفة ثم علم أنها غير خلفة؛ فلأهل القتيل ردها وأخذهم بخلفة غيرها، وإن غاب أهل القتيل عليها فقالوا: لم تكن خلفة فالقول قولهم مع أيمانهم؛ لأنه لم يعلم أنها خلفة إلا بالظاهر، قال الربيع: وهذا عندي إذا قبضوها بغير رؤية أهل العلم، انتهى.

وقال **الرَّافِعِي** وغيره: ولو صادفنا الناقة المأخوذة حائلًا، فقال المستحق: لم يكن بها حمل، وقال الدافع: أسقطت عندك، فإن لم يحتمل الزمان الإسقاط ردت وطولب بخلفة بدلها، وإن احتمل؛ نظر إن أخذت بقول الجاني فقط فلم يرجع إلى أهل الخبرة؛ فالقول قول الولي مع يمينه، وإن أخذت بقول أهل الخبرة واجتهادهم بعد مراجعتهم؛ فوجهان:

أحدهما: المصدق الدافع لأن الجواب كذلك، وأصحهما: وبه قال الربيع - أن القول قول المؤدي لتأييد قوله بقول أهل الخبرة واجتهادهم فكأنهم شهدوا، وحكمنا بشهادتهم، وعن **ابن الْقَطَّان** القطع بهذا الثاني، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: إِجْزَاؤُهَا قَبْلَ خَمْسِ سِنِينَ**) لأنه ليس في الخبر الاعتبار بالخلفة، والثاني: لا؛ لأنها أحد أقسام الدية فتختص بالسبق كالقسمين الآخرين؛ ولأن الحمل قبل ذلك قد يندر، ولا يوثق به، والمذهب الأول.

قال **الشَّافِعِي** رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في «الأم»: وَالْخَلِفَةُ الْحَامِلُ وَقَلَّمَا تَحْمِلُ إِلَّا ثَنِيَّةً فَصَاعِدًا فَأَيَّةُ نَاقَةٍ مِنْ إِبِلِ الْعَاقِلَةِ حَمَلَتْ فَهِيَ خَلِفَةٌ تُجْزِئُ فِي الدِّيَةِ مَا لَمْ تَكُنْ مَعِيبَةً، واعلم أن الخلاف في كتب الفريقين، وهو ما أورده في «الروضة»

وَمَنْ لَزِمَتْهُ وَلَهُ إِبِلٌ فَمِنْهَا، وَقِيلَ مِنْ غَالِبِ إِبِلِ بَلَدِهِ، ....

و«الشرحين» قولين منصوصين؛ كما أشار إليه الْمُتَوَلِّي.

قال: (وَمَنْ لَزِمَتْهُ) أي: من الجاني والعاقلة.

(وَلَهُ إِبِلٌ فَمِنْهَا) أي: تُؤْخَذُ الدِّيَةُ وَلَا يُكَلَّفُ غَيْرَهَا؛ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ فَكَانَتْ مِمَّا عِنْدَهُ كَمَا تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي نَوْعِ النِّصَابِ، ولا يتعين ما في بلده، وظاهر لفظ المصنف يقتضي تعيين إبله، وأنه لا يلزم قبول غيرها وإن كانت من نوعها مثلها أو أشرف منها، وقضية كلام الأصحاب ما نزلنا عليه لفظه، وهو أن المراد نوع إبله لا عينها.

قال الرَّافِعِي: وَأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ غَيْرَ مَا فِي يَدِهِ؛ أُجْبِرَ الْمُسْتَحِقُّ عَلَى قَبُولِهِ إِنْ كَانَ مِنْ غَالِبِ إِبِلِ الْبَلَدِ أَوِ الْقَبِيلَةِ، هكذا قاله في «المهذب».

قال: توقف في إطلاقه، وهو محل التوقف، وفي «الحاوي»: إنه إذا عَدَلَ عَنْ إِبِلِهِ إِلَى مَا هُوَ أَعْلَا؛ قُبِلَ مِنْهُ، وَإِنْ عَدَلَ إِلَى مَا هُوَ أَدْوَنُ منه؛ لَمْ يُقْبَلْ كَالزَّكَاةِ، وهو ما نص عليه في «الأم».

قال: (وَقِيل: مِنْ غَالِبِ إِبِلِ بَلَدِهِ) أي: يلزمه ذلك؛ لأن الدية هي عوض متلف، واعتباره ذلك البلد بعيد، وهذا ما حكاه الإمام عن محققي المراوزة ورجحه، قال الرَّافِعِي: والذي أورده الأكثرون من العراقيين وغيرهم الأول، وهو إنما يؤخذ من كلام المصنف الذي يملكه أي: ولا يكلفه غيره.

ووجهه في العاقلة بأنهم يردونه على سبيل المواساة فيعطون ما عندهم كالزكاة، وهذا ظاهر نص «المختصر» فإنه قال: ولا نكلف أحدًا من العاقلة غير إبله، انتهى.

ولفظ الإمام: ولا نكلف أحدًا من العاقلة غير إبله ولا يقبل منه دونها، قال في «البيان»: وإن وجبت الدية على الجاني، فإن كانت الجناية عمدًا أو خطأ ثبتت بإقراره، فإن الواجب عليه من النوع الذي عنده قياسًا على العاقلة، انتهى.

وَإِلَّا فَغَالِبِ بَلَدِهِ ....

فرع: قال الْمُتَوَلِّي: إذا كان القاتل أخرج من الأولى وفي كل نوع قائمًا عليه؛ لم يكلف الإخراج من أعلا الأنواع ولا يؤخذ الأدنى؛ ولكن يؤخذ الوسط كما في الزكاة، ولا يكلف هنا أن يخرج من كل جنس بقدره بخلاف الزكاة؛ لأنها واجبة في المال.

وقال ابن الرِّفْعَة: لو كانت إبل الجاني مختلفة الأنواع فأخرج من كل نوع بحصته؛ جاز، وهذا ما أوجبه ابن الصبَّاغ عليه.

وقال الْمَاوَرْدِي: فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهَا جَازَ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ مِنْ أَحَدِ أَنْوَاعِهَا، فَإِنْ كَانَ هُوَ الْأَغْلَبَ مِنْ إِبِلِهِ جَازَ، سَوَاءٌ كَانَ أَعْلَى أَوْ أَدْنَى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَغْلَبَ إِبِلِهِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَعْلَاهَا جَازَ قَبُولُهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَدْنَاهَا؛ لم يجز إلا أن يرضى به الولي، ولو كانت إبل العاقلة مختلفة؛ نظر فإن كان لكل منهم نوع واحد؛ أخذ من كل واحد منهم من النوع الذي يملكه، وإن كان لكل منهم أنواع؛ فحكمه حكم القاتل إلا في عدم إجزاء الأدنى، فإنه يجوز هاهنا؛ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ الْعَاقِلَةِ مُوَاسَاةً وَمِنَ الْجَانِي اسْتِحْقَاقًا.

قال: وحكى الرَّافِعِي وصاحب «الحلية» فيما يجب على الواحد عند اختلاف الأنواع عنده وجهين:

أحدهما: غالب إبله وإن استويا يخير.

والثاني: يجب من كل نوع بقسطه، وإن أخرج الجميع من نوع واحدٍ، وكان أجودها، هذا ما حكاه الأصحاب، وعليه إشكال سأذكره في باب العاقلة إن شاء الله تعالى، انتهى.

وفي «الانتصار»: إن أصح الوجهين المذكورين أنه يؤخذ من كل بقسطه، قال هو والرَّافِعِي وغيرهما: وهما مبنيان على من وجبت عليه الزكاة، وفي ماله أصناف، انتهى.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يكن ممن لزمه الدية إبل.

(فَغَالِبِ بلده) أي: إبل بلده إن كان بلديًا.

أَوْ قَبِيلَةِ بَدَوِيٍّ، وَإِلَّا فَأَقْرَبِ بِلَادٍ، وَلَا يَعْدِلُ إِلَى نَوْعٍ وَقِيمَةٍ إِلَّا بِتَرَاضٍ،

(أو قَبِيلَةِ بَدَوِيٍّ) أي: إن كان بدويًا؛ لأن الدية بدل متلف فوجب فيها البدل الغالب كالقود في قيم المتلفات، فإن تفرقت العاقلة في البلدان، أو في القبائل؛ أخذت حصة كل واحدٍ باعتباره من غالب البلد أو القبيلة.

(وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن في البلد أو القبيلة إبل بصفة الإجزاء.

(فَأَقْرَبِ بِلَادٍ) أي: إلى موضع المؤدي.

قال الرَّافِعِي: وأشار بعضهم إلى التقييد بالذي لا يلزم إحضارها منه بمسافة القصر، وقال الإمام: لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع العزة؛ لم يلزم تحصيلها، وإلا يلزم.

قلت: والمراد بمؤنة إحضارها ثمنها، وكلفتها، كما نطق به كلام الإمام والْغَزَالِي، وأحال الْمُتَوَلِّي في المسألة على إيجاب المسلم فيه من مكان آخر، وسبق بيانه، ويخطر بالبال الفرق بين الجاني والعاقلة؛ لما أشار إليه الْمَاوَرْدِي من المواساة لهم بخلاف الجاني، وما ذكره الإمام ظاهر، فإذا لم يلزمه شراء الموجودة بموضع الوجوب بأكثر من ثمن المثل فلا نكلفه تحصيلها من خارج بأكثر منه، والله أعلم.

قال: **(وَلَا يَعْدِلُ إِلَى نَوْعٍ)** أي: غير ما يوجبه.

(وَقِيمَةٍ إِلَّا بِتَرَاضٍ) أي: كأبدال المتلفات.

قال في «البيان»: كذا قاله أصحابنا، والذي يقتضيه المذهب أن هذا إنما يجوز على القول بجواز الصلح عن إبل الدية وبيعها في الذمة.

ونقل الرَّافِعِي والمصنف عنه ذلك بمعناه، وسكتا عليه، فإذن ما ذكروه هاهنا تفريع على أضعف الوجهين أو القولين، فإن أصحهما: منع الاعتياض عنها بلفظ الصلح، وبلفظ البيع جميعًا، وهذا في حالة الجهل بالصفات والسن، والقدر، فإنه محل الخلاف في جواز الاعتياض عنها، كما صرح به القاضي الحسين في باب المجني عليه ثم يموت، وصرح إبراهيم المروزي في الباب المذكور بالبناء الذي أبداه الْعِمْرَانِي تفقهًا.

وَلَوْ عُدِمَتْ فَالْقَدِيمُ أَلْفُ دِينَارٍ أَوْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ.

وقال الْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» هناك: وإن كانت الإبل الموجودة نظر إن جهلا أو أحدهما عدد الإبل؛ إذًا كما مر لم يصح الصلح، وإن علما بقدرها وأتلفها؛ فقولان: **أصحهما**: لا يجوز ولا يصح؛ لأنها مجهولة الوصف، وهذا لفظ «تعليقه» وحينئذٍ يجب حمل ما أطلقوه هنا من الجواز على ما إذا كانت معلومة السن والقدر والصفات.

قال ابن الرِّفْعَة: وبه صرح في «الوسيط» في كتاب الصلح، وكأن المراد ما إذا ضبطت صفات السلم التي يجوز معها بيع الموصوف.

وعبارة «البسيط»: وإن كان المقدار معلومًا كإبل الدية فإن الصفات المضبوطة بالشرع لا تسلط على المسلم فيها، ففي جواز الصلح عنها وجهان، نعم إذا قلنا: موجب العمد القود المحض؛ فيجوز الصلح عنه على مالٍ، ولا يصح إطلاق لفظة البيع فيه، انتهى.

قال: **(وَلَوْ عُدِمَتْ)** أي: إبل الدية في الموضع الذي يحصلها منه كما سبق، أو لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل، وكان ينبغي له أن يذكره، ويشبه أن يجيء في احتمال الغبن الخفيف الوجه المذكور في رقبة الكفارة.

قال: **(فَالْقَدِيمُ: أَلْفُ دِينَارٍ، أَوْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ)**؛ لرواية عمرو بن حزم ﵁ برفعه: «**على أهل الذهب ألف دينار**» رواه ابن حبان وغيره، ويروى: «**أنه ﷺ قضى في الدية بألف دينار واثني عشر ألف درهم**»(١).

وفي السنن الأربعة: عن ابن عباس - ﵄ -: «**أَنَّهُ ﷺ جَعَلَ الدِّيَةَ اثْنَي عَشَرَ أَلْفًا**».

ولفظ النسائي: «**قَالَ قَتَلَ رَجُلٌ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ دِيَتَهُ اثْنَي عَشَرَ أَلْفًا**»(٢) ورجال إسناده ثقات، إلا أن الترمذي قال: لا نعلم أحدًا يذكر فيه عن ابن عباس - ﵄ - إلا محمد بن مسلم يعني: الطائفي،

---

(١) أخرجه ابن حبان (٦٦٧٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٤٨) والترمذي (١٤٤٨) والنسائي (٤٨٢٠) وابن ماجه (٢٧٣١).

وَالْجَدِيدُ قِيمَتُهَا ....

ورواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة مرسلًا، وعن النسائي: إن الصواب إرساله، واحتج الشَّافِعِي ﷺ: بأن عليًا ﷺ حكم بذلك وألزم به الخصوم من العراقيين.

إشارات: الاعتبار بالدنانير والدراهم المضروبة الخالصة دون نقد البلد.

قال الْقَفَّال: لأن تقدير الأرش من الشارع، وقد كان الذهب خالصًا فيصرف إليه أرش كل جناية بخلاف العوض في العقد، وكلام الإمام يشعر بما قاله الإمام: إن الدافع يتخير بين الدراهم والدنانير، وقال الجمهور: على أهل الذهب ذهب، وعلى أهل الورق ورق، وروي عن عبادة بن الصامت ﷺ ما يشهد لذلك. وقضية كلام الكتاب أيضًا أنه لا يعدل إلى البدل مع القدرة على الأقل على القولين؛ لكن الصيمري قال في «شرح الكفاية»: وحكي عنه في القديم: أن الدية إما مائة من الإبل، أو ألف دينار من غالب دنانير البلد، أو اثنا عشر ألفًا، وأي ذلك أحضر قبل منه، انتهى.

ونقل الشيخان هذا وجهًا مفرعًا عن القديم عن ابن سلمة وغيره، وفي «البسيط»: اختلف الأصحاب في محل القولين عن القديم، فمنهم من قال ذلك عند فقد الإبل، ومنهم من طرد ذلك معًا لوجود الخيِّرة إلى المعطي فيميز بين ثلاث خلال، وهذا في غاية البعد إذا ثبت نقصه، وقلنا بالقديم: لو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرمًا في الحرم؛ فوجهان: أصحهما: أنه لا يزاد على الثلث شيء ولا يتكرر التغليظ.

والثاني: نعم يزاد لكل سبب ثلث دية، فعلى هذا لو قتل ذا رحم محرم في الحرم وفي شهر حرام عمدًا؛ وجبت ثمانية وعشرون ألفًا.

قال: (**وَالْجَدِيدُ: قِيمَتُهَا**) أي: قيمة الإبل الواجبة بالغة ما بلغت؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «**أنه ﷺ كان يُقَوِّمُ الإبل عَلَى أَهْلِ الْقُرَى فَإِذَا غَلَتْ؛ رَفَعَ فِي قِيمَتِهَا، وَإِذَا هَاجَتْ رُخْصًا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهَا**»⁽¹⁾ رواه أبو

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٥٣) والنسائي (٨/ ٤٢) وابن ماجه (٢٦٣٠).

بِنَقْدِ بَلَدِهِ.

داود والنسائي، وابن ماجه وفي سنده مُحَمَّد بْن رَاشِد الْمَكْحُولِيّ، قال ابن المبارك: صدوق اللسان فأراه اتهم بالقدر.

وقال عبد الرزاق: ما رأيت رجلًا أروع في الحديث منه، وقال أحمد: ثقة، وقال: ترك الاحتجاج به، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال الدارقطني: يقر به، وقال ابن عدي: روى ابن مكحول أحاديث وإذا حدث عنه ثقة فحديثه مستقيم.

قال: (**بِنَقْدِ بَلَدِهِ**) أي: بلد الواجب النقد الغالب، وتراعى صفتها في التغليظ إن كانت مغلظة، قال القاضي الحسين والإمام: فإن غلب نقدان في بلد؛ يخيَّر الجاني، وتقدم الإبل التي لو كانت موجودة يوم وجوب التسليم.

وإن كانت له إبل معينة؛ وجب قيمة الصحاح من ذلك الصنف، فلو وجبت في بلد وهي موجودة في بلد يجب النقل من مثلها؛ [فالاعتبار في بلد الإعواز على الأصح، وهل تعتبر][1] قيمة موضع الوجود، أو بلد الإعواز لو كانت فيه إبل؟ وجهان: **أصحهما**: الثاني.

ولك أن تقول: إذا وجدت بموضع يجب النقل منه وأمكن؛ فليست بمعذورة، إذن فينظر في محل الوجهين إلا أن يقال: إنه لا يلزم المستحق الإمهال إلى إحضارها من هناك، وله الذهاب إليه، وحينئذٍ ينقدح أن يقال: إن وجدت بموضع الوجوب بأزيد من ثمن المثل زيادة تحتمل في تكليف إحضارها من مكان آخر؛ وجب احتمالها وأزيد، فلا يكلفه غير قيمتها يوم وجوب التسليم، كما صرح به الأصحاب في باب العاقلة.

وقال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وإذا حكمنا عليه بالقيمة؛ حكمنا بها على الأغلب من نقد البلد الذي به الجاني إن كان دراهم فدراهم، وإن كان دنانير فدنانير، ولم يحكم بقيمة نجم منها إلا بعد ما يحل على صاحبه، فإذا قومناه به مكانه فإن أعسر به أو مطل حتى يجد إبلًا؛ دفع الإبل وأبطلت القيمة، فإذا حل

---

[1] انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٤٦٧).

وَإِنْ وُجِدَ بَعْضٌ أُخِذَ وَقِيمَةُ الْبَاقِي، وَالْمَرْأَةُ وَالْخُنْثَى كَنِصْفِ رَجُلٍ نَفْسًا وَجُرْحًا.

نجم آخر؛ قومت الإبل قيمة يومها، انتهى.

وظاهر كلامه ﵁: أن الاعتبار بنقد بلد الجاني لا بلد العاقلة، قال الرُّويَانِي: إن وجبت الدية وهي مفقودة؛ فيعتبر قيمتها يوم الوجوب، وإن وجبت وهي موجودة؛ فلم يبق الأداء حتى لو أعوزت تجب قيمة الإعواز؛ لأن الحق يحول يومئذ إلى القيمة، انتهى.

والظاهر: أنه أخذ ذلك كعاداته من قول الْمُتَوَلِّي: الاعتبار بِوَقْتِ الْإِعْوَازِ؛ لأنه ثابت في الذمة، كما إن أتلف مثليًا يقطع المثل؛ ليضمن قيمة يوم الانقطاع، انتهى.

قال: (**وَإِنْ وُجِدَ بَعْضٌ؛ أُخِذَ وَقِيمَةُ الْبَاقِي**) أي: إذا وجد بعض الإبل الواجبة عليه أخذ المستحق الموجود وقيمة المفقود، ونصَّ عليه الشَّافِعِي ﵁ في «الأم» والأصحاب بناء على الجديد، قال الْمُتَوَلِّي: وأما إذا قلنا بالقديم أنه ينتقل إلى نقد من الدراهم والدنانير فلا يجبر على أخذ الدية من جنسين حتى لا يختلف حقه عليه، وسها شارح فجعل كلامه هذا معارضًا لكلام الأصحاب السابق على الجديد.

فرع: قال الإمام: لو قال المستحق عند الإعواز: أنا أصبر إلى وجود الإبل؛ فالظاهر: أن الأمر إليه، ويحتمل أن المؤدي يكلفه القبض؛ لغرض براءة الذمة، ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم، ووجدت الإبل؛ أنه يردها ويطالب بالإبل، بخلاف ما لو غرم قيمة المثلي لإعواز المثل ثم وجده؛ ففي الرجوع إلى المثل خلاف.

قال: (**وَالْمَرْأَةُ وَالْخُنْثَى كَنِصْفِ رَجُلٍ نَفْسًا وَجُرْحًا**) أما نفس المرأة فصرّح الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم» بنقل الإجماع فيه، ونقله الحافظ أبو عمر بن عبد البر وغيره، وحكاه الْمُتَوَلِّي وغيره عن الأصم أن ديتها كدية الرجل، ولا يعتد بخلافه.

ثم قال الشَّافِعِي ﵁: وجراح المرأة في ديتها كجراح الرجل في ديته لا

تختلف، وكأنه قاس ذلك على النفس، ثم قال: فإن قال قائل: فهل في دية المرأة سوى ما وصفت من الإجماع أمر متقدم؟ فنعم أخبرنا مسلم بن خالد عن عبد الله بن عمر عن أيوب بن موسى عن ابن شهاب وعن مكحول وعطاء قالوا: «أدركنا الناس..» وذكرا ما يوافق ذلك.

وروى البيهقي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم مثله، ويروى عن العبادلة.

قال الأصحاب: وأنهم أفتوا بذلك، ولم يخالفوهم أحد وصار إجماعًا، وأما ذكر الرَّافِعِي وغيره من رواية عمرو بن حزم، فغريب، نعم رواه البيهقي من رواية معاذ، قال: وروي من وجه آخر عن عبادة.

وفي القديم قول أنكره بعضهم: إن المرأة تساوي الرجل فيما دون النفس إلى تمام ثلث الدية، فإذا زاد الواجب على الثلث؛ صارت إلى النصف، فعليه ففي إصبعها عشر من الإبل، وفي اثنين عشرون، وفي ثلاث ثلاثون، وفي أربع عشرون، وهو نصف ما في أصابع الرجل الأربع، ورواه في القديم عن مالك عن ابن لهيعة.

قَالَ رَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ رضي الله عنه كَمْ فِي إِصْبَعِ الْمَرْأَةِ؟ قَالَ: عَشْرٌ من الإبلِ، قُلْتُ: فَفِي إِصْبَعَيْنِ؟ قَالَ: عِشْرُونَ، قُلْتُ: فَفِي ثَلَاثٍ؟ قَالَ: ثَلَاثُونَ، قُلْتُ: فَفِي أَرْبَعٍ؟ قَالَ: عِشْرُونَ، فَقُلْتُ لَهُ: لَمَّا عَظُمَ جرحها واشتدت مُصِيبَتُهَا قَلَّ عَقْلُهَا، قالَ سعيد: أعراقي أنت؟ قلت: بل عالم متثبت، أو جاهل متعلم، قَالَ: هَكَذَا السُّنَّةُ يَا ابْنَ أَخِي.

وصح ذلك عن زيد بن ثابت، وبه يقول سعيد بن المسيب، وربيعة، وعمر ابن عبد العزيز، وقتادة رضي الله عنهم، والسلف وجمهور المدينة، وإليه ذهب مالك، وأحمد وأصحابهما، ونقله أبو محمد المقدسي عن عمر، وأبيه عبد الله، قال: ولا نعرف لهما مخالفًا إلا عن علي رضي الله عنه، انتهى.

وأما الخُنثى المشكل فلا خفاء أن ذلك ما إذا لم يتبين ذكورته، فإن بان ذلك؛ حكم له بدية رجل نفسًا وطرفًا.

وَيَهُودِيٌّ وَنَصْرَانِيٌّ ثُلُثُ مُسْلِمٍ وَمَجُوسِيٌّ ....

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم» هنا: وإذا اختلف ورثة الخنثى والجاني فقال الجاني: هو امرأة أو مشكل؛ فالقول قوله مع يمينه، وعلى الخنثى أو ورثته البينة بما يدل على أنه ذكر، انتهى.

وفي كلامهم اختلاف في ذلك واضطراب أعني: قبول قول الخنثى في ذكورته وسنوضحه في موضع آخر- إن شاء الله تعالى - وقول المصنف: «وجرحًا» مراده به: ماعدا ذلك من الأطراف وغيرها، ولا معنى لمناقشته بتصريح «المحرر» بالأطراف والجروح.

قال: (وَيَهُودِيٌّ وَنَصْرَانِيٌّ) أي: له أمان، أو عهد، أو ذمة.

(ثُلُثُ مُسْلِمٍ) أي: دية مسلم؛ أي: نفسًا وجرحًا كما روي مرفوعًا.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم»: قضى بذلك عمر، وعثمان - رضي الله عنهما -؛ ولأنه أقل ما اجتمع عليه، وهي من الإبل ثلث المائة، ومن الذهب ثلث الألف، ومن الورق أربعة آلاف. وقال أبو حنيفة- رحمه الله -: دية مسلم.

وقال مالك- رحمه الله -: نصفها.

وقال أحمد- رحمه الله -: إن قتله عمدًا؛ فدية مسلم، أو خطأ؛ فنصفها، فأما الأطراف والجرح فكالقياس على النفس.

إشارة: السامرة من اليهود والصابئون من النصارى إن ألحقوا بهم؛ فمثلهم، وإلا فحكمهم حكم الوثني ونحوه، وينبغي أن ينظر هنا من تجب فيه دية اليهودي، أو النصراني مما سبق في النكاح، وقد نذكره في الجزية، فإن دية أهل عصرنا ونحوهم من معاهد، ومستأمن لا يعلم متى دخلوا في ذلك الدين والإيجاب مع الشك بعيد.

قال: (وَمَجُوسِيٌّ) أي: له أمان كما وصفنا؛ لأن عمر رضي الله عنه جعلها ثَمَانِيَ مِائَةِ درهم⁽¹⁾ رواه الشَّافِعِي والبيهقي بإسناد صحيح؛ ثم رواه ابن مسعود رضي الله عنه

---

(1) أخرجه الشَّافِعِي (١/ ٣٥٤)، والبيهقي (٨/ ١٠١).

ثُلُثَا عُشْرِ مُسْلِمٍ، ....

بقوله، ثم رفعه من رواية عقبة بن عامر، وذكر له علة، وانتشر في الصحابة ﷺ بلا نكير فكان إجماعًا.

قال الشَّافِعِي ﷺ: ولم نعلم أحدًا قال في دياتهم - يعني اليهودي والنصراني والمجوسي - أقل من هذا، ثم قال: ومن قتل مجوسيًا أو وثنيًا له أمان؛ فعليه ثلثا عشر دية مسلم، قال: وديات نسائهم على أنصاف ديات رجالهم كما في المسلمين، وصرح به «المحرر» وقيل: إن دية المجوسية كدية المجوسي، ويطرد هذا الوجه في سائر الكفارات التي يجب فيها دية المجوسي.

إشارة: إن شئت قلت في دية المجوسي بعبارة المصنف، وإن شئت قلت: ثلث خمسه، أو خمس ثلثه، وهي خمس دية اليهودي، وهي ستة أبعرة، وثلثا بعير، ويراعى في ديات هؤلاء التغليظ والتخفيف بالقيمة، وصرح به «المحرر» ويستثنى من التغليظ ما سبق عن الْمُتَوَلِّي في قتل الكافر في الحرم.

فائدة: قال ابن الرِّفْعَة: إنه قول «التنبيه».

قال: (**ثُلُثَا عُشْرِ مُسْلِمٍ**) أي: وهي ستة أبعرة وثلثان، أو ثَمَانِي مِائَةِ درهم، أو ستة وستون دينارًا وثلثان؛ ثم استدل بأن عمر ﷺ جعلها ثماني مائة، قال: وكذلك روي عن عثمان وابن مسعود ﷺ القول به وعن الصحابة، مع انتشاره في الصحابة ﷺ أيضًا، وإجماعًا لم يسبق خلافه؛ ولأن مثل هذه التقديرات لا تعقل إلا بتوقيف؛ فظاهر كلامه عن الواجب أحد الأمور الثلاثة، والقياس الظاهر أنًا إذا جعلنا الإبل أصلًا أنًا ننظر إلى قيمة الواجب من الإبل عند فقدها بالغة ما بلغت.

وكذلك قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وقضى عمر ﷺ في دية المجوسي بثمانمائة درهم وذلك ثلثا عشر دية المسلم؛ لأنه كان يقول: تقوم الدية اثني عشر ألف درهم، انتهى.

وذكر شارح «المنهاج» ما لفظه: وعن الجويني وغيره: أن الواجب في دية

وَكَذَا وَثَنِيٌّ لَهُ أَمَانٌ.

المجوسي الدراهم خاصة ولا تغليظ، والتغليظ خاص بالإبل، وهو النص، انتهى.

وكان من قال هذا المثل الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما، ودية المجوسي ثمانمائة درهم على ظاهر لفظ «المختصر» ولا أحسب ذلك مرادهم ألا ترى قول صاحب «المعتبر»: ودية اليهودي والنصراني ثلث دية مسلم للخبر: «أربعة آلاف درهم» ودية المجوسي ثمانمائة درهم لقول عمر وغيره من الصحابة ﷺ ويوضح ما ذكرته قول الرَّافِعِي في كلامه على ألفاظ «الوجيز» قوله: ثمانمائة درهم يعلم بالحاء، ويعلم بالواو؛ لأن وجوب هذا المقدار مفرع على أن الإبل لا تقدر زمن التقدير، انتهى.

وكلام غيره من الأصحاب، وشرح «المختصر» يصرح بذلك؛ ثم رأيت الإمام نقل عن الأصحاب أن دية المجوسي تغلظ كدية اليهودي والنصراني، وعن شيخه أبي محمد على أن التغليظ جارٍ في كل ما نطق الشرع به والسنة في الجزية، وقد ورد الشرع أن المرأة على النصف من الرجل، واليهودي والنصراني عند الشَّافِعِي - ﷺ - على الثلث، ولم يصح في دية المجوسي لفظ السنة، وإنما اتبع الشَّافِعِي - ﷺ - عمر ﷺ في ديته بثمانمائة، قال: فيتبع هذا المقدار، ولا يوجب الإبل، وإن وجدناها، ويتفرع عليه ألا تغليظ.

قال الإمام: وهذا عندي، والوجه القطع بتنزيل دية المجوسي منزلة سائر الديات، والتغليظ والتخفيف، والرجوع إلى الإبل عند وجودها فديته ثلث خمس دية المسلم، وإنما لم يرد لفظ السنة بطول الكلام فيه وبدأ بما يراه مقطوعًا به في الباب، ولم أحك ما ذكرته عن شيخي لتعتقده؛ ولكني نبهت على ما فيه من خلل، والمعتمد إجزاء الديات.

قلت: أو أثرت على شيء واحد التغليظ، والتخفيف والتقويم، والتقدير، انتهى.

قال: (**وَكَذَا وَثَنِيٌّ لَهُ أَمَانٌ**) أي: يجب فيه دية المجوسي؛ لأنه كافر لا

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْإِسْلَامُ إِنْ تَمَسَّكَ بِدِينٍ لَمْ يُبَدَّلْ فَدِيَةُ دِينِهِ، وَإِلَّا فَكَمَجُوسِيٍّ.

تحل مناكحته للمسلم، وكذا عباد الشمس والقمر والنجوم والبقر والشجر، والزنادقة؛ إذا فرض لهم أمان، وإن جاء أحدهم رسولًا، وكففنا عن قتله، أما من لا أمان له ولا عهد من جميع الكفار؛ فديته هدر كالمرتد.

فرع: قوله: بين كتابي وغيره، فإن ألحقناه بأهل الكتاب في كل من الذبيحة، والمناكحة؛ وجب قيمة دية أهل الكتاب، وإلا فدية مجوسي، قاله **الْمُتَوَلِّي**.

وفي «الانتصار»: الجزم بأنه يعين بالكتاب كما لو كان أحدهما مسلمًا، وكما يجب الجزاء على الجزم في المتولد من مأكول وغيره، انتهى.

وهذا ما نقله **الْمَاوَرْدِي** في «كتاب الحرية» عن نص **الشَّافِعِي** - رحمه الله - في «الأم» واقتضى كلامه أنه متفق عليه، ولفظه: **أُلحق فِي الدِّيَةِ بِأَكْثَرِ أَبَوَيْهِ دِيَةً سَوَاءٌ كَانَ أَبًا أَوْ أُمًّا.**

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: أَنَّ مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْإِسْلَامُ إِنْ تَمَسَّكَ بِدِينٍ لَمْ يُبَدَّلْ؛ فَدِيَةُ دِينِهِ، وَإِلَّا فَكَمَجُوسِيٍّ**) من لم تبلغه دعوتنا لا يجوز قتله قبل الإعلام، والدعاء إلى الإسلام، ولو قتل؛ يضمن أما الكفارة فتجب بلا تفصيل؛ وله أحوال:

أحدها: إذا لم يتمسك بدين لم يبدل، ولم يبلغه ما يخالفه؛ ففي وجوب القصاص بقتله وجهان: **المرجح:** وهو المعزي إلى الجمهور، وعلل بأنه غير محكم بإسلامه على التحقيق.

والثاني: يجب؛ لأن الدين الذي لم يبدل حق، وهو المتمسك به والحالة هذه بحسن، وإليه ذهب **الْقَفَّال**، وقال الشيخ أبو محمد في كتاب «السير»: وهو مسلم في جميع الأحكام، ويجب القصاص على قاتله؛ إذا أقر بعلمه به وبصفته، وتعمد مع ذلك قتله، وتبعه على ذلك صاحب «المعتبر» و**الْغَزَالِي** في «الخلاصة» وأشعر به قول **الرَّافِعِي** إن قلنا بالأول، قال **الرَّافِعِي**: هو الظاهر، ففي نفي الدية الواجبة وجهان:

……

أحدهما: الدية الكاملة، قاله أبو إسحاق المروزي، وصححه الفارقي؛ لأنه مسلم شرعًا، وإطلاق بعض الأصحاب عليه اسم الكفر غلط، وأرجحهما عند الرَّافِعِي، وظاهر المذهب في «الانتصار» وغيره، وبه جزم في «الشامل» هنا، وحكي الأول في «السير» عن أبي إسحاق، ثم قال: هذا ليس بصحيح، فإنه متمسك بدين منسوخ فلم يثبت له حكم الإسلام.

الثانية: إذا لم تبلغه دعوة نبي أصلًا؛ فعن الْقَفَّال: أنه يجب القصاص بقتله؛ لأنه لم يظهر منه عناد وإنكار وهو على الفطرة الأصلية.

والظاهر: المنع لعدم التكافؤ، ونقل أنه تجب الدية الكاملة، أو أحسن الديات، فهما قولان: **وجه الأول**: بأنه معذور.

والثاني: أنه لا دين له، وقطع آخرون بوجوب الأحسن، وحملوا النص على الحالة الأولى، والمرجح عند الرَّافِعِي: وجوب الأحسن من غير ترجيح لواحدة من الطريقتين.

الثالثة: إذا كان متمسكًا بدين لحقه التبديل، ولم يبلغه ما يخالفه؛ فلا يجب القود بقتله، ولا الدية الكاملة قطعًا، وفيما يجب ثلاثة أوجه:

أرجحها: أخس الديات.

وثانيها: دية ذلك الدين.

وثالثها: ذكره الإمام؛ أنه لا يجب شيء؛ لأنه ليس على دين حق، ولا عهد له ولا ذمة، وامتناعنا من قتله كهو عن قتل النساء، وهل الذمة.

إشارة: ظاهر كلام المصنف أن في الأحوال الثلاثة طريقة قاطعة بما رجحه وليس كذلك؛ بل المنقول ما قدمناه وقوله: «وإلا فكمجوسي» يدخل فيه المبدل، ومن لم تبلغه دعوة أصلًا، وقد بينا كلامهم فيه.

ورأيت في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: أما من لم تبلغهم الدعوة فالحكم فيهم أنهم لا يقاتلون ما لم يدعوا إلى الإسلام، ولو قتل واحد منهم؛ قال الْقَفَّال: تجب الدية، وهو من أهل الجنة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ

فَصْلٌ

فِي مُوضِحَةِ الرَّأْسِ أَوْ الْوَجْهِ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ، ....

حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥].

والظاهر من المذهب: لا يجب، ويجب كمال الدية على الصحيح، وقيل: دية مجوسي؛ لأنه ما زال مشركًا، وقيل: دية يهودي أو نصراني.

وفصَّل القاضي الحسين تفصيلًا حسنًا فقال: إن كان أصل دينه التوحيد، ولم يشرك مع الله شيئًا، ولم تبلغه دعوة نبي أو بلغه دعوة موسى ﷺ، ولم تبلغه دعوة عيسى ﷺ؛ وجب كمال الدية، والقود إذا قتله قبل الدعوة، أو كان على دين موسى وعيسى صلوات الله عليهما وسلامه؛ لكنه غيَّر وبدل، ولم تبلغه دعوة نبينا محمد ﷺ لا قود بقتله، وديته دية يهودي أو نصراني، فإن كان يعبد الصنم، أو الصور الحسان ولم تبلغه دعوة نبي ما؛ يجب بقتله ما يجب بقتل المجوسي، وما قاله القاضي تفصيل حسن، وإطلاقه أولى بثلاثة أوجه وليس على إطلاقه.

فرع: إذا قتل من لا يعلم هل بلغته الدعوة أم لا؟ ففي ضمانه وجهان بناء على الوجهين في أنه هل كان النَّاسَ قَبْلَ وُرُودِ الشَّرْعِ عَلَى أَصْلِ الْإِيمَانِ حتى كفروا بالرسل، أو على الكفر حتى آمنوا بالرسل؟

قلت: وَالْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ أنه لَا ضَمَانَ؛ لأن كل من لم تبلغه الدعوة فلا يجب الضمان، قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: ولا أعلم أحدًا لم تبلغه الدعوة اليوم إلا أن يكون من وراء عدونا الذين يقاتلونا.

فرع: من أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر مع التمكن من الهجرة، أو دونه إذا قتله مسلم؛ تعلق به القود والدية بشرطه؛ لأن العصمة بالإسلام ثبتت له بنص السنة الصحيحة، وقال أبو حنيفة: لا يتعلق به ذلك، والعصمة بالدار، ولم توجد.

قال: (فَصْلٌ: فِي مُوضِحَةِ الرَّأْسِ أَوْ الْوَجْهِ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ) أي: ذكر.

(خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ) لحديث عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «وفي

……

الموضحة خمس من الإبل»(١) رواه أبو داود والنسائي، وصححه ابن حبان، وحسنه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال ابن المنذر: وأجمع أهل العلم على القول به في موضحة الرأس، انتهى(٢).

وعن أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت ﵃ قالوا: الموضحة في الرأس والوجه سواء، ولم نعرف لهم مخالفًا، وسواء عندنا المقبل من اللحيين الذي تقع به المواجهة وما تحت المقبل خارجًا عن حد المغسول في الوضوء؛ لأن اسم الموضحة يشمل جميعها وإنما يجب في الموضحة خمس من الإبل في حق من تجب الدية الكاملة بقتله وهو الحر المسلم الذكر وهذا المبلغ نصف عشر ديته، فتراعى هذه النسبة في حق غيره فتجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته وهو بعير وثلثان، واليهودية خمسة أسداس بعير، وفي موضحة المرأة المسلمة نصف عشر ديتها وهو بعيران ونصف بعير، وفي موضحة المجوسي ثلث بعير والمجوسية سدسه.

قال الرَّافِعِي: ذكرنا من قبل تقدير إبدالها بالدراهم إن جعلنا الإبل بدلًا مقدرًا، وما ذكرناه ظاهر المذهب المشهور في الموضحة، وفي «شرح

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٥٥) والترمذي (١٤٥٠) والنسائي (٨/ ٥٧، رقم ٤٨٥٣) وابن حبان (٦٦٧٧).

(٢) مُوضِحَةِ الرَّأْسِ وَلَوْ لِلْعَظْمِ النَّاتِئِ خَلْفَ الْأُذُنِ، أَوْ الْوَجْهِ وَإِنْ صَغُرَتْ وَلَوْ لِمَا تَحْتَ الْمُقْبِلِ مِنَ اللَّحْيَيْنِ نِصْفُ عُشْرِ دِيَةِ صَاحِبِهَا فَفِيهَا لِحُرٍّ مُسْلِمٍ غَيْرِ جَنِينٍ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ؛ لِمَا رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَسَّنَهُ: «فِي الْمُوضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»، فَتُرَاعَى هَذِهِ النِّسْبَةُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْكِتَابِيِّ وَغَيْرِهِمَا. وَخَرَجَ بِقَيْدِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ مَا عَدَاهُمَا: كَالسَّاقِ وَالْعَضُدِ فَإِنَّ فِيهِمَا الْحُكُومَةَ وَبِقَيْدِ الْحُرِّ الرَّقِيقُ فَفِيهِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ، وَبِقَيْدِ الْمُسْلِمِ الْكِتَابِيُّ فَفِي مُوضِحَتِهِ بَعِيرٌ وَثُلُثَانِ، وَالْمَجُوسِيُّ وَنَحْوُهُ فَفِي مُوضِحَتِهِ ثُلُثُ بَعِيرٍ، وَلَا يَخْتَلِفُ أَرْشُ مُوضِحَةٍ بِكِبَرِهَا وَلَا صِغَرِهَا لِاتِّبَاعِ الِاسْمِ كَالْأَطْرَافِ، وَلَا لِكَوْنِهَا بَارِزَةً، أَوْ مَسْتُورَةً بِالشَّعْرِ وَيَجِبُ فِي هَاشِمَةٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَيَجِبُ فِي هَاشِمَةٍ دُونَ إِيضَاحٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ، وَيَجِبُ فِي مُنَقِّلَةٍ مَعَ إِيضَاحٍ وَهَشْمٍ خَمْسَةَ عَشَرَ بَعِيرًا، كَمَا رَوَاهُ النَّسَائِيُّ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ. انظر «حاشية البجيرمي على الخطيب» (١٢/ ٨٧).

وَهَاشِمَةٍ مَعَ إِيضَاحٍ عَشَرَةٌ، ....

«مختصر الجويني»: أن الإصطخري قال: يجب في موضحة الوجه أكثر الأمرين من خمس من الإبل، وقدر الشين يعني: الحكومة، وأن ابن القطان حكى مثله عن أبي محمد الفارسي، ولا تفريع على هذا، انتهى.

إشارة: قال أصحابنا: ويراعى فيما ذكرناه التغليظ والتخفيف، ففي موضحة ثلث بعير، فإن كانت مغلظة وجب ثلث حقة، وثلاثة أعشار ثلث جذعة، وإن كانت مخففة فخمس الثلث من كل قسم من الأقسام الخمسة، وفيما ذكروه إشكال وعثر بالنسبة إلى الثلث والتخميس والتنقيص يفضي إلى التعذر.

وقد قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: في موضحة الرجل عمدًا: خلفتان وجذعة ونصف جذعة، وحقة، ونصف حقة، فإن قيل: كيف يكون نصف حقة؟ قلت: يكون شريكًا فيها على نصفها، وللجاني النصف كما يكون البعير بينهما، انتهى. ومعلوم تعذر هذا، فالقائل مطلقًا في كثير من المسائل، والانتقاص يفسد الباب، فيرجع إلى القسم على الجديد.

قال: (وَهَاشِمَةٍ مَعَ إِيضَاحٍ عَشَرَةٌ)؛ لما روى البيهقي عن زيد بن ثابت ﷺ أنه قدَّر فيها ذلك⁽¹⁾ ولم يظهر له مخالف.

قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وقد حفظت ذلك عن عدد لقيتهم، وذكر لي عنهم أنهم قالوا: في الهاشمة عشر من الإبل وبهذا أقول، قال: ولو كانت الشجة كبيرة فهشمت موضعين، أو مواضع بينهما شيء من العظم لم ينهشم كانت هاشمة واحدة؛ لأنها جناية واحدة، ولو كان بينهما شيء من الرأس لم تشققه والضربة واحدة فهشمت مواضع؛ كان في كل موضع منها انفصل حتى لا يصل به غيره مجروحًا بتلك الضربة هاشمة، وهذا هكذا في المنقلة والمأمومة، انتهى.

وحكي عن القديم في صورة الكتاب: أن فيها أرش موضحة وحكومة.

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٨٢).

وَدُونَهُ خَمْسَةٌ، وَقِيلَ حُكُومَةٌ، وَمُنَقِّلَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ....

فرع: في «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا جرحه في رأسه مائة موضحة مع كل موضحة هشم؛ فالصحيح أن عليه في كل واحدة عشرًا عشرًا، وغلط بعض أصحابنا فقال: إنما يجب في كل موضحة خمس من الإبل، ولا يجب في الهشم إلا أرش واحد، فكأنه أوضحه موضحات مع هشم؛ فيجب في الموضحات خمسون من الإبل، ويجب في جميع الهشم خمس من الإبل، ويجعل جميع عظم الرأس شيئًا واحدًا.

قال: (وَدُونَهُ) أي: دون إيضاح.

(خَمْسَةٌ) أي: على الصحيح المنصوص، وعن الْقَفَّال: القطع به؛ لأنه لو أوضح وهشم وجب عشر من الإبل، ولو تجرد الإيضاح؛ لم يجب إلا خمس، فتكون الخمس في مقابلة الهشم، فيجب عند تجرده.

قال: (وَقِيل: حُكُومَةٌ) قاله ابن أبي هريرة؛ لأنه كسر عظم بغير إيضاح، فأشبه كسر سائر العظام، وعلى هذا هل يبلغ الحكومة خمسًا من الإبل؟ تردد فيه جواب القاضي الحسين.

قال: (وَمُنَقِّلَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ) لحديث عمرو بن حزم، رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان والحاكم. وورد فيها حديث آخر مثله، وأشار في «الأم» إلى نقل الإجماع على ذلك، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وابن المنذر.

وقال الشَّافِعِي- رحمه الله -: لست أعلم خلافًا في أن في المنقلة خمس عشرة من الإبل، وبهذا أقول، وهذا قول من حفظت عنه ممن لقيت لا أعلم فيها بينهم اختلافًا، والمنقلة التي تكسر عظم الرأس حتى يتشظى فتستخرج عظامه من الرأس ليلتئم، وإنما قيل: لها المنقلة؛ لأن عظامها تنقل، وقد يقال لها: المنقولة، وإذا نقل من عظامها شيء قل أو كثر فقد تم عقلها خمس عشرة من الإبل.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: وَلَوْ شَجَّهُ مُنَقِّلَةً لَا إِيضَاحَ عَلَيْهَا؛ لَزِمَهُ كَمَالُ أرشها.

……

قال الْمَاوَرْدِي: بِخِلَافِ الْهَاشِمَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا إِيضَاحٌ؛ لِأَنَّ الْمُنَقِّلَةَ لَا بُدَّ مِنْ إِيضَاحِهَا لِتَنْقِيلِ: الْعَظْمِ الَّذِي فِيهَا، فَصَارَ الْإِيضَاحُ عَائِدًا إِلَى جَانِبِهَا فَلَزِمَهُ جَمِيعُ دِيَتِهَا، وَالْهَاشِمَةُ لَا تَفْتَقِرُ إِلَى إِيضَاحٍ فَلَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا قَدْرُ مَا جَنَى فِيهَا.

واعلم أن الذي أطلقه الرَّافِعِي في «الشرح الصغير» و«المحرر» وتبعه «المنهاج» وإطلاق جمهور الأصحاب: في المنقلة خمسة عشر بعير من غير تعرض لضميمة إيضاح، وهو ظاهر الحديث، ونص الشَّافِعِي رضي الله عنه.

ونقل الْمَاوَرْدِي الإجماع في المسألة، ونقله ابن عبد البر نصًّا.

ثم قال الشَّافِعِي- رحمه الله -: والمنقلة: التي تكسر عظم الرأس حتى يتشظى فتستخرج عظامه من الرأس ليلتئم، ولم يذكر عن أحد اعتبار ضميمة إيضاح.

اعترض الشيخ برهان الدين على «المنهاج» فقال: أطلق وليس مطلقًا؛ بل مراده مع إيضاح كما قبله، ولو نقل من غير إيضاح؛ ففيه وجهان: أحدهما: عشر، والثاني: حكومة، كذا ذكره الرَّافِعِي، انتهى.

والحامل له على ذلك قولهما في «الروضة» وأصلها: إذا هشم العظم مع الإيضاح وجب عشر من الإبل، وإن نقل مع ذلك وجب خمسة عشر بعيرًا؛ ثم نقلا الوجهين المذكورين، وهما في «التهذيب» وقال: إن المذهب وجوب عشرة، وبه أجاب في «تعليقه» وجزم به الصيمري وغيره.

وأشار ابن الرِّفْعَة إليهما بقوله: وعند الرَّافِعِي حكاية وجهين فذكرهما، وأخرج من «شرح المنهاج» بكلام الشيخ برهان الدين، وقيد إطلاق «المنهاج» بما إذا أوضح، وقال: إنه لا بدَّ منه، انتهى.

ويوافق ذلك قول الدارمي: وفي المنقلة بغير إيضاح عشرة، وتجيء حكومة، وأرسل ابن الْقَطَّان في «فروعه» الوجهين، وكلام جماعة يفهم أن النقل لا ينفك عن إيضاح، ويشير إلى ذلك ذكر ابن المنذر لها في أبواب المواضح، وفي «الْبُوَيْطِي» ما يؤيد ذلك.

وَمَأْمُومَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ. وَلَوْ أَوْضَحَ فَهَشَمَ آخَرُ، ....

ويؤيد ذلك قول الصيمري في «شرح الكفاية» - وهو شيخ الْمَاوَرْدِي -: وفي المنقلة تأكيد بنص السنة فلو هشم ونقل من غير إيضاح؛ كان فيها عشر من الإبل، فيقوى حمل إطلاق الحديث، ونصوص الشَّافِعِي - رحمه الله - والجمهور على ذلك، ألا ترى قول الشيخ إبراهيم المروزي: والشهادة على الجناية بهاشمة، والمنقلة والمأمومة لا تثبت إلا برجلين عدلين؛ لأنها تستعمل في الموضحة التي فيها القود، انتهى.

وعبارة «الشامل»: وفي المنقلة كذا، وهي الزائدة على الهشم، وليس فيها قود إلا للمجني عليه القصاص في الموضحة، وله أن يأخذ بقية الأرش، وهو عشر من الإبل، أو يأخذ جميع الأرش، انتهى.

وبالجملة فإطلاق الآثار، ونصوص الشَّافِعِي والجمهور يفهم ما قدمناه فيحتمل أن يكون المراد بذلك ما إذا انضم إلى التنقيل: الإيضاح، وهو الأقرب، وهو محل قول وفاق، ويحتمل إجراؤه على إطلاقه؛ كما صرح به الْمَاوَرْدِي، وفيه الخلاف المذكور وحينئذٍ يجتمع فيه ثلاثة أوجه.

قال: (**وَمَأْمُومَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ**) أي: لزامًا خرقت أو كسرت؛ لحديث عمرو ابن حزم فيها(١) ورواه في المنقلة كما تقدم.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم»: ولا أعلم في ذلك خلافًا.

وقال ابن المنذر: وأجمع عوام أهل العلم على القول به، ولا نعلم أحدًا خالف ذلك إلا مكحول، فإنه قال: إن كانت عمدًا؛ ففيها ثلثا الدية على الأصح المنصوص.

وقال الْمَاوَرْدِي: الذي أراه تفضيلها بحكومة على المأمومة؛ لخرق غشاء الدماغ، وقيل: يجب تمام الدية؛ لأنها تذفف، والأول يمنع ذلك.

قال: (**وَلَوْ أَوْضَحَ فَهَشَمَ آخَرُ**) أي: في محل الإيضاح، كما قيده الإمام وغيره.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢١٧) وأبو داود (٤٥٥٣).

وَنَقَّلَ ثَالِثٌ، وَأَمَّ رَابِعٌ فَعَلَى كُلٍّ مِنَ الثَّلَاثَةِ خَمْسَةٌ، وَالرَّابِعِ تَمَامُ الثُّلُثِ.

(**وَنَقَّلَ ثَالِثٌ، وَأَمَّ رَابِعٌ؛ فَعَلَى كُلٍّ مِنَ الثَّلَاثَةِ خَمْسَةٌ**) أي: من الإبل.

أما الأول: فلإيضاحه.

وأما الثاني: فلأنه الزائد عليها من دية الهاشمة، ويجيء فيه الوجه السابق أنه تجب حكومة فقط.

وأما الثالث: فلأنه الزائد عليها من دية المنقلة.

قال: (**وَالرَّابِعِ تَمَامُ الثُّلُثِ**) أي: وهو ثمانية عشر بعيرًا، وهو ما بين المنقلة والمأمومة، هذا هو الصحيح، وقيل: يجب على الجميع ثلث الدية أرباعًا، وما ذكرناه إذا لم يمت، فلو مات من جميعها؛ قال الفارقي: وجبت ديته عليهم بالسوية؛ لأن القتل لا يفرق فيه بين الجرح الصغير والكبير، انتهى.

قال الرَّافِعِي: فلو جاء خامس وخرق خريطة الدماغ؛ ففي «التهذيب»: أن عليه تمام دية النفس، كمن حز رقبة إنسان بعدما قطعت أطرافه، وهذا على طريقة من قال: أن الدامغة مذففة، انتهى.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: ثم جاء خامس ودمغه فإن خرق خريطة الدماغ فمات، ويشبه ما ذكره في «التهذيب» وهو ظاهر إذا كان قبل الدمغ حياته مستقرة، واختلط العلم من أهله بأن المزهق المذفف الدامغة، نعم لو عاش بعد الدمغ مدة، ثم مات بالسراية؛ يجب عليهم القود جميعًا، كما قاله الفارقي.

وقال صاحبه في «الانتصار» من عند نفسه: فلو جعلها خامس دامغة؛ لم يجب عليه غير الحكومة، انتهى.

وكأنه أراد ما إذا عاش، وهو قريب من مسألة الْبَغَوِي، وقول الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في «الأم» وتبعه الأصحاب: إنه لو أدخل سكينًا في جائفة غيره فخرق الأمعاء؛ ضمن النفس كلها إن مات، قال: ولا أحسبه يعيش، فإن كان لا يعيش فخرق الأمعاء كالذبح، وإن لم يخرقها ولكن أَثَّرَ فِي سِعَتِهَا فمات المجني عليه؛ ضمن نصف دية النفس، وحصل الموت من الجناية الأولى، وجنايته الثانية.

وَالشِّجَاجُ قَبْلَ الْمُوضِحَةِ إِنْ عُرِفَتْ نِسْبَتُهَا مِنْهَا وَجَبَ قِسْطٌ مِنْ أَرْشِهَا، وَإِلَّا فَحُكُومَةٌ ....

وعبارة «الحاوي»: فَإِنْ قَطَعَ بِهَا مِعًا، أَوْ حَشْوَتَهُ؛ صَارَ مَوْجًا قَاتِلًا يَلْزَمُهُ الْقَوَدُ فِي النَّفْسِ أَوْ جَمِيعُ الدِّيَةِ، وَيَكُونُ الْأَوَّلُ جَارِحًا جَائِفًا يَلْزَمُهُ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَرَحَ الثَّانِي الْأَمعَاءَ وَالْحَشْوَةَ وَلَمْ يَقْطَعْهُ؛ صَارَ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ قَاتِلَيْنِ وَعَلَيْهِمَا الْقَوَدُ فِي النَّفْسِ، أَوِ الدِّيَةِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ؛ لِحُدُوثِ التَّلَفِ بِسِرَايَةِ جِنَايَتِهِمَا.

قال: (**وَالشِّجَاجُ قَبْلَ الْمُوضِحَةِ**) أي: وهي الدامغة والحارصة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق، وقدمنا توضيحها.

(**إِنْ عُرِفَتْ نِسْبَتُهَا مِنْهَا**) أي: من الموضحة، بأن يكون على رأسه موضحة قريبة من محل الجناية، فإذا قست بها؛ عرفت سببها منها من ثلث، أو أربع، أو خمس، أو غيرها.

(**وَجَبَ قِسْطٌ مِنْ أَرْشِهَا**) أي: من أرش الموضحة، فإن شككنا في قدرها من الموضحة؛ أوجبنا اليقين، وظاهر إطلاق المصنف أن الواجب القسط فقط، وليس كذلك؛ بل قالا: قال الأصحاب: وتعتبر مع القسط الحكومة فيجب أكثر الأمرين من الحكومة وما يقتضيه التقسيط.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعرف نسبتها من الموضحة.

(**فَحُكُومَةٌ**) أي: فليس منه إلا الحكومة فقط؛ لعدم التقدير فيها، وسنتكلم عن ذلك.

تنبيه: قوله: «وإلا فحكومة» قضيته أنه إذا لم يعرف نسبتها من الموضحة؛ أنه تجب الحكومة مطلقًا، وليس كذلك عندهما لوجهين:

أحدهما: لا تبلغ حكومتها أرش الموضحة.

والثاني: قولهما: فإن شككنا في قدرها من الموضحة؛ أوجبنا له اليقين، هذا حاصل ما نسبناه إلى الأكثرين.

قالا: ومنهم من أطلق، فإن الواجب فيها الحكومة.

....

وقال الْمَاوَرْدِي: وَإِذَا لَمْ يَتَقَدَّرْ أَرْشُ مَا قَبْلَ الْمُوضِحَةِ نَصًّا فَقَدِ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ نُصُوصِ الشَّافِعِيِّ، وَقَوْلُ جُمْهُورِ أَصْحَابِهِ: أَنَّ فِيهَا حُكُومَةً يَخْتَلِفُ قَدْرُهَا بِاخْتِلَافِ شَيْنِهَا، تَتَقَدَّرُ بِالِاجْتِهَادِ وَلَا يَصِيرُ مَا قَدَّرَهُ الِاجْتِهَادُ فِيهَا مُقَدَّرًا مُعْتَبَرًا فِي غَيْرِهَا، لِجَوَازِ زِيَادَةِ الشَّيْنِ وَنُقْصَانِهِ، فَإِذَا أَفْضَى الِاجْتِهَادُ فِي حُكُومَةِ أَرْشِهَا إِلَى مِقْدَارٍ يَنْقُصُ مِنْ دِيَةِ الْمُوضِحَةِ عَلَى مَا سَنَصِفُهُ مِنْ صِفَةِ الِاجْتِهَادِ، أَوْجَبْنَا جَمِيعَهُ، وَإِنْ زَادَ عَلَى دِيَةِ الْمُوضِحَةِ، أَوْ سَاوَاهَا؛ لَمْ يُحْكَمْ بِجَمِيعِهِ وَنُقِصَ مِنْ دِيَةِ الْمُوضِحَةِ بِحَسَبِ مَا يُؤَدِّيهِ الِاجْتِهَادُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَيْنَهَا لَوْ كَانَ فِي مُوضِحَةٍ لَمْ يَزِدْ عَلَى دِيَتِهَا، فَإِذَا كَانَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ وَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ دِيَتِهَا.

فَإِنْ قِيل: فَقَدْ يَجِبُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ أَكْثَرُ مِنَ الدِّيَةِ وَإِنْ لَمْ يَجِبْ فِي النَّفْسِ إِلَّا الدِّيَةُ فَهَلَّا وَجَبَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ بِحَسَبِ الشَّيْنِ أَكْثَرُ مِمَّا يَجِبُ فِي الْمُوضِحَةِ!

قيل: لِأَنَّ مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ بَعْضُ الْمُوضِحَةِ وَبَعْضُهَا لَا يُكَافِئُهَا وَلَيْسَتِ الْأَطْرَافُ بَعْضَ النَّفْسِ، لِأَنَّ النَّفْسَ لَا تَتَبَعَّضُ فَجَازَ أَنْ يَجِبَ فِيهَا أَكْثَرُ مِمَّا يَجِبُ فِي النَّفْسِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ مَحْكِيٌّ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سُرَيْجٍ أَنْ أُرُوشَهَا مُقَدَّرَةٌ بِالِاجْتِهَادِ كَمَا تَقَدَّرَتِ الْمُوضِحَةُ وَمَا فَوْقَهَا بِالنَّصِّ وَلَا يَمْتَنِعُ إِثْبَاتُ الْمَقَادِيرِ اجْتِهَادًا كَمَا تُقَدَّرُ الْقُلَّتَانِ بِخَمْسِمِائَةِ رِطْلٍ اجْتِهَادًا، فَجَعَلَ فِي الْحَارِصَةِ بَعِيرًا وَاحِدًا، وَجَعَلَ فِي الدَّامِيَةِ وَالدَّامِغَةِ بَعِيرَيْنِ، وَجَعَلَ فِي الْبَاضِعَةِ، وَالْبَازِلَةِ، وَالْمُتَلَاحِمَةِ ثَلَاثَةَ أَبْعِرَةٍ، وَجَعَلَ فِي الْمِلْطَاةِ، وَالسِّمْحَاقِ أَرْبَعَةَ أَبْعِرَةٍ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ الشِّجَاجِ مِنَ الْمُوضِحَةِ، ثم زيفه.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: حَكَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ، وَأَبُو عَلِيِّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - ﷺ - أَنْ يُعْتَبَرَ قَدْرُ مَا انْتَهَتْ إِلَيْهِ فِي اللَّحْمِ مِنْ مِقْدَارِ مَا بَلَغَتْهُ

....

الْمُوضِحَةُ حَتَّى وَصَلَتْ إِلَى الْعَظْمِ إِذَا أَمْكَنَ، فَإِذَا عُرِفَ مِقْدَارُهُ مِنْ رُبُعٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ نِصْفٍ؛ كَانَ فِيهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ دِيَةِ الْمُوضِحَةِ.

فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ النِّصْفُ وَشَكَّ فِي الزِّيَادَةِ اعْتَبَرَ شَكَّهُ بِتَقْوِيمِ الْحُكُومَةِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى النِّصْفِ وَبَلَغَ الثُّلُثَيْنِ؛ زَالَ حُكْمُ الشَّكِّ فِي الزِّيَادَةِ بِإِثْبَاتِهَا وَحُكِمَ بِهَا، وَلَزِمَ ثُلُثَا دِيَةِ الْمُوضِحَةِ، وَإِنْ بَلَغَتِ النِّصْفَ؛ زَالَ حُكْمُ الشَّكِّ فِي الزِّيَادَةِ بِإِسْقَاطِهَا وَحُكِمَ بِنِصْفِ دِيَةِ الْمُوضِحَةِ، وَإِنْ نَقَصَتْ عَنِ النِّصْفِ؛ بَطَلَ حُكْمُ النُّقْصَانِ وَالزِّيَادَةِ وَثَبَتَ حُكْمُ النِّصْفِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ مِقْدَارَ ذَلِكَ مِنَ الْمُوضِحَةِ؛ عُدِلَ حِينَئِذٍ إِلَى الْحُكُومَةِ الَّتِي يَتَقَدَّرُ الْأَرْشُ فِيهَا بِالتَّقْوِيمِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَلِهَذَا الْوَجْهِ وَجْهٌ: إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ أَصْلٌ وَذَلِكَ أَنَّ مِقْدَارَ الْحُكُومَةِ مُعْتَبَرٌ بِشَيْئَيْنِ: الضَّرَرِ وَالشَّيْنِ، وَهُمَا لَا يَتَقَدَّرَانِ بِمِقْدَارِ الْمَوْرِ فِي اللَّحْمِ. انتهى.

وهذا الوجه الثالث هو المحكي في «الشامل» وغيره عن الأصحاب، وجرى عليه الرَّافِعِي كما سبق؛ ثم قال في «الشامل» وغيره: قال أبو إسحاق: وإن تحققنا أنها ينفذ النصف وشككنا في الزيادة قومنا، فإن كانت دون النصف أخذنا النصف وسقط الشك، وإن كانت أكثر من النصف؛ أوجبنا الحكومة، وقد تحقق المشكوك فيه، انتهى.

وهذا معنى كلام «الحاوي» ومعنى قول الرَّافِعِي وجب أكثر الأمرين، وظاهر نص «المختصر» و«الأم» وإطلاقهما كما نقله الْمَاوَرْدِي عن ظاهر نصه وقول الجمهور.

قال في «الأم»: ولم أعلم رسول الله ﷺ قضى فيما دون الموضحة من الشجاج بشيء، وأكثر قول من لقيت: أنه ليس فيما دون الموضحة أرش معلوم، وأن في جميع ما دونها حكومة، قال: وبهذا نقول، انتهى.

ثم صرح أنه لا يبلغ بالحكومة قدر أرش الموضحة بحال، وإن كان الشين أكثر من قدر موضحة، ثم أطلق الدارمي وغيره أن ما في دون الموضحة حكومة لا تبلغ أرش موضحة من غير تفصيل، والله أعلم.

كَجُرْحِ سَائِرِ الْبَدَنِ. وَفِي جَائِفَةٍ ثُلُثُ دِيَةٍ، وَهِيَ جُرْحٌ يَنْفُذُ إِلَى جَوْفٍ كَبَطْنٍ وَصَدْرٍ، وَثُغْرَةِ نَحْرٍ وَجَبِينٍ وَخَاصِرَةٍ.

قال: (**كَجُرْحِ سَائِرِ الْبَدَنِ**) فإن فيه الحكومة فقط؛ لأنه لا تقدير للشرع فيها، ولم ينته شينها إلى المنصوص عليه، ولا يجب في إيضاح عظامه ولا هشمها ولا تنقيلها: إلا الحكومة فقط.

قال الْمَاوَرْدِي: والفرق [بين الإيضاح والنقل في الرأس وبينهما في غيره: أنهما في الرأس أشد خوفًا](١)، وشينهما أفحش، والجناية أخوف.

قال الشَّافِعِي - كَلَّلَهُ - في «الأم»: وكل جرح عدا الوجه والرأس فإنما فيه حكومة إلا الجائفة فقط، وقيل: إنه أوجب في القديم في كسر الترقوة حملًا، وكذا في الضلع فحكم عمر ﷺ فيها بذلك، ونفاه الأكثرون، وما حكي عن عمر ﷺ فهو تنبيه على تقدير الحكومة؛ لأنه تقدير مستقر، قاله في «الْبُوَيْطِي».

قال: (**وَفِي جَائِفَةٍ ثُلُثُ دِيَةٍ**)؛ لرواية عمرو بن حزم وصححه من قدمنا، وجاء ذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، رواه الإمام أحمد وأبو داود(٢).

وقال ابن المنذر: وأكثر أهل العلم على القول به، وتفرد مكحول عن الناس فقال: إن كانت عمدًا؛ ففيها الدية، وإن كانت خطأ؛ ففيها الثلث، انتهى.

وقال الشَّافِعِي - كَلَّلَهُ - في «الأم»: لست أعلم خلافًا أن النبي ﷺ قال: «**وَفِي جَائِفَةٍ ثُلُثُ دِيَةٍ**» وبهذا نقول: وفي الجائفة الثلث، وسواء كانت في البطن أو في الصدر، أو في الظهر؛ إذا وصلت الطعنة أو الجناية ما كانت إلى الجوف من أي ناحية كانت من جنب، أو ظهر أو بطن، وذكر أشياء سأذكرها.

قال: (**وَهِيَ: جُرْحٌ يَنْفُذُ إِلَى جَوْفٍ كَبَطْنٍ وَصَدْرٍ، وَثُغْرَةِ نَحْرٍ وَجَبِينٍ وَخَاصِرَةٍ**)، وعبارة «المحرر»: وهي الجراحة الواصلة إلى الجوف الأعظم من

---

(١) انظر: «النجم الوهاج في شرح المنهاج» (٨/ ٤٨٠).
(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٢١٧) وأبو داود (٤٥٥٣).

البطن، أو الصدر، أو ثُغْرَةِ النَّحْر، أو الجبين، أو الخاصرة، أو غيرها، انتهى.

فقوله: «الجوف الأعظم» أحسن من قول «المنهاج»؛ فإنه يوهم اعتبار ما يسمى جوفًا وليس كذلك، وأشار بقوله: «وجبين» إلى أن الجرح النافذ إلى جوف الدماغ من الجبين جائفة، كذا صورها في «الشرح» و«الروضة».

وانتقد على «المنهاج» قوله: «وجبين» ولا انتقاد، وقد صرحوا به أن الجرح النافذ إلى جوف الدماغ من الجبين جائفة كالجرح النافذ إلى البطن؛ بل تمثيل «المنهاج» أحسن، فإن النافذة من الجبين تفهم من قوله: كبطن، وما بعده، ومن الجوائف ما وصل من الورك الْعِجَانِ إلى دَاخِلِ الشَّرَجِ، والْعِجَان ما بين الخصية والْعَصَبَةُ، وكذا عبارة الرَّافِعِي، وهي توهم أَنَّهُ يُكْتَفَى بِالْوُصُولِ إِلَى دَاخِلِ الشَّرَجِ وَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْجَوْفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، عِبَارَةُ الشَّافِعِيِّ فِي «الْأُمِّ»: وَكَذَا لَوْ طَعَنَهُ فِي الشَّرَجِ فَخَرَقَهُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ، انتهى.

وكذلك النافذة إلى الحلق والجانب المتصل من الرقبة، كذا قاله الرَّافِعِي، وهو يفهم أنها لو وصلت من آخر جوانب الرقبة عبر القفا والمقتل من الرقبة لا تكون جائفة، وليس كذلك.

وذكر الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم»: ثغرة النحر، ثم قال: أو في حلقه، أو مريئه فجرحه كانت جائفة؛ لأن كلًا منها يصل إلى الجوف.

قال الرَّافِعِي: ولو وضع السكين على الكتف أو الفخذ وجرها حتى بلغ البطن فأجاف؛ لزمه أرش الجائفة وحكومة لجراحة الكتف والفخذ؛ لأنها في غير محل الجائفة، بخلاف ما لو وضعها على صدره وجرها حتى أجاف في البطن أو في ثغرة النحر فإنه يجب أرش الجائفة بلا حكومة؛ لأن جميعه محل الجائفة.

ولو أجاف في جميعه؛ لم يلزم إلا أرش جائفة لا فرق بين أن يجيف بحديدة أو خشبة محدودة الرأس، ولا بين أن تكون الجائفة واسعة أو ضيقة حتى لو غرز فيه إبرة فوصلت إلى الجوف فهي جائفة، وقيل: إنما تكون

……

جائفة؛ إذا قال أهل الخبرة: إنه يخاف منه الهلاك، وبه أجاب ابن الْقَطَّان.

وفي «تعليق المروزي»: أن من أصحابنا من قال: إنما يجب ثلث الدية في الجائفة إذا جاء آخر وحز رقبته، وقوله: خشبة محدودة الرأس، ومثله قول الْمَاوَرْدِي: سواء كان بحديدة، أو بغيره من المحدود، وذلك يفهم اشتراط التحديد، وكلام السابق يأبى ذلك، وهو قوله: أو الجناية أيًّا كانت.

وعبارة ابن الْقَطَّان: واعلم أنه سواء أجافه بحديدة، أو بخشبة، أو بقصبة، أو باطنه بضرب خاصرته بإصبعه فأجافه؛ ففيه ثلث الدية، انتهى.

وقال في «الأم»: أو جرح الموضع، والألم حتى تصير جائفة فعليه أرش جائفة.

فرع: النافذة إلى المثانة من العانة، أو غيرها جائفة لا النافذة إلى ممر البول من الذكر على الأصح؛ لأنه لا يعد من الأجواف، وليس فيه قوة تحتمل الغداء والأداء، وإنما يقدر الأرش في الجراحة الواصلة إلى الجوف الذي منه هذه القوة؛ لزيادة الخطر، والنافذة إلى داخل الفم بهشم الخد أو اللحى أو بخرق الشفة أو الشدق، أو إلى داخل الأنف بهشم القصبة، أو بخرق المارن غير جوائف على الأظهر؛ لأنها ليست من الأجواف الباطنة؛ لأنه لا يحصل الفطر بما يصل إليهما، ولا يعظم الخطر فيها، بخلاف ما يصل إلى جوف الرأس والبطن، وليس الوصول إلى باطن عظم الفخذ ونحوه، وإن كان ذلك العظم مجوفًا.

فرع: لو نفذت الجراحة بسهم أو نشاب مثلًا بأن دخلت من ظهره وخرجت من بطنه، أو العكس، أو نفذت من جنب إلى الجنب الآخر؛ فالمذهب المنصوص وقول الجمهور: أن النافذة جائفتان، وفيهما ثلثا الدية، وقيل: يلزمه دية جائفة بالوصول إلى الجوف وحكومة بالنفوذ منه، وزيفوه، ونقل ابن المنذر الإجماع على الأول.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه لو ضربه بسكين حتى خرجت من ظهره

ولا يختلفُ أرشُ موضحةٍ بكبرِهَا وَلَوْ أَوْضَحَ مَوْضِعَيْنِ بَيْنَهُمَا لَحْمٌ وَجِلْدٌ قِيلَ أَوْ أَحَدُهُمَا فَمُوضِحَتَانِ.

فانثقبت بطنه وانثقب ظهره، والذي قاله في «الروضة» الأولى: أنه إن أخرج السكين من الظهر ولم يردها من حيث أدخلها، فذلك جائفتان قولًا واحدًا، وإن ردها من الموضع الذي دخلت فيه فهما جائفتان قولًا واحدًا، انتهى.

قال الْمَاوَرْدِي: فَإِنْ قَطَعَ سَهْمَ النَّافِذَةِ بِنُفُوذِهِ فِي الْجَوْفِ بَعْضَ حَشْوَتِهِ؛ كَانَ عَلَيْهِ مَعَ دِيَةِ الْجَائِفَتَيْنِ حُكُومَةٌ فِيمَا قَطَعَ مِنْ حَشْوَتِهِ.

قال: فإن أجافه حتى لدغت الجائفة كبده، أو طحاله؛ لزمه مع دية الجائفة حكومة في ذلك، ولو أجافه فكسر ضلعًا؛ تكون حكومته معتبرة بنفوذ الجائفة، فإن نفذت من الضلع؛ لزمه حكومة مع الدية، وإن لم تنفذ إلا بكسره؛ دخلت حكومته في دية الجائفة.

قال: (ولا يختلفُ أرشُ موضحةٍ بكبرِهَا) أي: بل الكبيرة والصغيرة سواء في الواجب والاتحاد وكذلك الجائفة؛ لِأَنَّ الْمَدَارَ عَلَى اسْمِهَا.

قال في «الأم»: لا يزاد في كبير منها ولو أخذت قطري الرأس ولا ينقص منها، ولو لم يكن إلا قدر محيط؛ لأنه يقع على كل اسم موضحة، وهكذا كل ما في الرأس من الشجاج فهو على الأسماء، انتهى.

قالوا: حتى لو غرز إبرة فوصلت العظم؛ كانت موضحة، وقيل: وجهان، وجزم ابن الْقَطَّان: بأنه إذا غرز إبرة برأسه فليس ذلك بموضحة؛ لأنه لم يفعل فعلًا بان منه العظم، والموضحة ما وضح فيها العظم، انتهى.

فإن أراد بذلك العظم بوصولنا إلى العظم، وإن لم نشاهده فذاك، أو معاينة العظم القريب، ولا يختلف أرش الموضحة بِكَوْنِهَا بَارِزَةً أَوْ مَسْتُورَةً بِالشَّعْرِ، وسواء المتولد منها شين فاحش وغيرها.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ مَوْضِعَيْنِ بَيْنَهُمَا لَحْمٌ وَجِلْدٌ، قيل: أَوْ أَحَدُهُمَا؛ فَمُوضِحَتَانِ) إذ أوضح رأسه في موضعين وبقي اللحم والجلد بينهما كما كانا؛ وجب ديتان، وهذا مراد «المحرر» بقوله: «وبقي بينهما اللحم والجلد» وهي

....

أحسن من قول المصنف: «لحم وجلد» لأهميتها، ولا فرق بين أن يرفع الحديدة عن موضحة، ثم يضعها على موضع آخر فيوضحه، وبين أن يجرها على الرأس من موضع الإيضاح إلى أن يتحامل عليها بموضع آخر فيوضحه والجلد واللحم بينهما سليمان. وقيل: الحاصل في هذه موضحة واحدة؛ لاتحاد الفعل وتواصل الحركات، ولو لم يبق الحاجز بين موضعي الإيضاح بكماله؛ بل بقي الجلد دون اللحم، أو بالعكس؛ ففيه وجوه جمعها الإمام والْغَزَالِي:

أصحها: ما أشار إليه المصنف أن الحاصل موضحة واحدة وإنما ثبت التعدد؛ إذا بقيتا جميعًا؛ لأن إزالة أحدهما أثبت الجناية، وهي ما بين موضعي الإيضاح بكماله متلاحمة أو نحوها، ولو استوعب الإيضاح الموضع كله؛ فالواجب أرش واحد، فهاهنا أولى.

والثاني: أن الحاصل موضحتان ويُكتفى بما بقي بينهما حاجزًا مناعًا لصورة الإيضاح.

والثالث: أن اللحم وحده يصلح حاجزًا دون الجلد، فإن بقي الجلد وحده فموضحة واحدة، أو اللحم وحدة فموضحتان؛ لأن اللحم هو الساتر للعظم المنطبق عليه فيكون الاعتبار به.

والرابع: أن الجلد يصلح حاجزًا دون اللحم فإذا بقي الجلد فهما موضحتان؛ لأن الجلد هو الذي يظهر للناظرين، فإذا بقي على اتصاله؛ لم يكن العظم واضحًا، وقيل: لا يصلح اللحم وحده حاجزًا قطعًا، وهذا مقابل الوجه الثالث، هذا ما أورده الرَّافِعِي برمته.

وعبارة الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: ولو بقي من الجلد شيء قل أو كثر لم ينخرق، وإن ورم فاخضر وأوضح من موضعين والجلد الذي لم ينخرق حاجز بينهما؛ كان موضحتين، وكذلك لو كانت مواضح بينهما فصول لم تنخرق. انتهى.

فرع: لو كثرت المواضح تعدد الأرش بحسبها ولا ضبط، وقيل: لا يجب

وَلَوْ انْقَسَمَتْ مُوضِحَتُهُ عَمْدًا وَخَطَأً أَوْ شَمِلَتْ رَأْسًا وَوَجْهًا فَمُوضِحَتَانِ، وَقِيلَ مُوضِحَةٌ، وَلَوْ وَسَّعَ مُوضِحَتَهُ فَوَاحِدَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ أَوْ غَيْرُهُ فَثِنْتَانِ.

أكثر من دية النفس كما لو استوعب الإنسان قطعًا، وفرق بضبطه كالأصابع بخلاف المواضح؛ فيجب أرشها بحسب وجودها مهما بلغ عددها.

قال: (**وَلَوْ انْقَسَمَتْ مُوضِحَتُهُ عَمْدًا وَخَطَأً، أَوْ شَمِلَتْ رَأْسًا وَوَجْهًا؛ فَمُوضِحَتَانِ، وَقِيل: مُوضِحَةٌ**) فيه صورتان:

الأولى: أن يختلف الحكم بأن يوضح موضحة واحدة بعضها عمدًا وبعضها خطأ، أو هو في بعضها مقتص، وفي بعضها متعدٍ، فأصح الوجهين: أنهما موضحتان؛ لأن اختلاف الموضعين في الحكم كاختلاف الجاني والمحل.

الثاني: موضحة واحدة؛ لاتحاد الصورة والجاني والمحل.

الثانية: أن يختلف المحل بأن ينزل في الإيضاح من الرأس إلى الجبهة إما لشمول الإيضاح، أو بأن أوضح شيئًا من الرأس، وشيئًا من الوجه، وجرح بينهما جراحة دون الموضحة؛ فالأصح: أنهما موضحتان؛ لأن الرأس والوجه عضوان مختلفان، ولهذا لو كان رأس الشاج أصغر لا يجوز النزول في القصاص إلى جبهته كما سبق، وذلك لاختلاف المحلين.

والثاني: أن الحاصل موضحة واحدة والواجب أرش واحد؛ لأن الجبهة والرأس كلها محل الإيضاح فأشبه ما لو أوضح رأسه في موضحتين وخرج ما بينهما، ولو شملت الموضحة الجبهة والوجه؛ فالأصح: الاتحاد؛ تنزيلًا لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس.

قال: (**وَلَوْ وَسَّعَ**) أي: الجاني، أو زال الحاجز.

(**مُوضِحَتَهُ؛ فَوَاحِدَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ**)، كما لو أوضح أولًا كذلك .والثاني: ثنتان؛ لأن التوسعة إيضاح ثانٍ، والصورة فيما إذا كان الفعلان عمدًا، أو كانا خطأ، أما لو أوضح عمدًا، ثم وسع خطأ، أو بالعكس؛ فثنتان على الصحيح، ويفهمه قوله: «ولو انقسمت موضحته عمدًا وخطأ».

قال: (**أَوْ غَيْرُهُ؛ فَثِنْتَانِ**) أي: فإذا جاء آخر فوسع موضحة الجاني الأول

وَالْجَائِفَةُ كَمُوضِحَةٍ فِي التَّعَدُّدِ.

وزاد في الإيضاح، أو أوضح قطعة متصلة بطرف موضحة الأول؛ لزم الثاني أرش كامل أيضًا، وإن كانت الموضحة واحدة في الصورة؛ لأن الإنسان لا يبنى فعله على فعل غيره، بدليل أنه لو قطع يد رجل؛ ثم حز آخر رقبته؛ لزم كل منهما موجب جنايته.

إشارة: لك أن تقرأ «غيره» بضم الراء، وفتحها، وبكسرها، وحكي عن شيخه المصنف، ويفطن أنه لو كان الموسع مأمورًا للموضح، أو لا، وما سبق في أوائل الجراح من الفرق بين المأمور الذي لا يميز؛ لأنه آلة للآمر، وبين غيره، واعتبره هاهنا في المسألة ونظائرها.

قال: (**وَالْجَائِفَةُ كَمُوضِحَةٍ فِي التَّعَدُّدِ**) أي: أرش الجائفة يتعدد بتعددها، فلو أجاف ثنتين، ثم رفع الحاجز بينهما، أو تأكّل ما بينهما، أو رفعه آخر؛ فعل ما مر في الموضحة.

قال الرَّافِعِي: وتتعدد الجائفة بتعدد الصورة بأن يجرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف فإن بقي بينهما الجلدة الظاهرة أو انخرق ما تحتها، أو بالعكس؛ فيشبه أن يكون حكمه كما ذكرنا في الموضحة، وتتعدد بتعدد المحل بأن ينفذ جراحتين إلى جوفين، وبتعدد الفاعل بأن يوسع جائفة غيره، وفصله الأصحاب فقالوا: إن أدخل السكين في جائفة غيره ولم يقطع شيئًا؛ فلا ضمان عليه ويعزر، وإن قطع شيئًا من الظاهر دون الباطن، أو بالعكس؛ فعليه حكومة.

وإن قطع شيئًا من الظاهر ومن جانب بعض الباطن؛ قال في «التتمة»: ينظر في ثخانة اللحم والجلد، ويسقط أرش الجائفة على المقطوع من الجائفتين، وقد يقتضي التقسيط تمام الأرش بأن يقطع نصف الظاهر من جانب ونصف الباطن من جانب، ولو لم يقطع من أطراف الجائفة شيئًا؛ ولكن زاد في غورها، أو كان قد ظهر عضو باطن كالكبد فغرز السكين فيه؛ فعليه الحكومة، ولو عاد الجاني فوسع الجائفة، أو زاد في غورها؛ لم يزد الواجب وكان كما لو أجاف ابتداءً كذلك، ويمكن أن يعود فيه الوجه السابق في توسيع الموضحة، انتهى.

وَلَوْ نَفَذَتْ فِي بَطْنٍ وَخَرَجَتْ مِنْ ظَهْرٍ فَجَائِفَتَانِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَوْصَلَ جَوْفَهُ سِنَانًا لَهُ طَرَفَانِ فَثِنْتَانِ. وَلَا يَسْقُطُ أَرْشٌ بِالْتِحَامِ مُوضِحَةٍ وَجَائِفَةٍ.

قال: (**وَلَوْ نَفَذَتْ فِي بَطْنٍ وَخَرَجَتْ مِنْ ظَهْرٍ؛ فَجَائِفَتَانِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم» وقول الجمهور؛ ولأنه جرحه جراحتين نافذتين، وسبق نقل ابن المنذر الإجماع فيه ولفظه: وقال: كل من حفظ عنه أهل العلم أن في الجائفة النافذة ثلثا الدية، حفظنا ذلك عن عطاء، ومجاهد، وقتادة، ومالك، والشَّافِعِي، وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي ﷺ ولا يعرف لهم مخالف.

وقيل: وحكى قولًا: أن الحاصل جائفة واحدة؛ لأن الثانية نفذت إلى الظاهر من الباطن، والجائفة عكس ذلك، ونسب ابن الصباغ هذا إلى أبي حنيفة، ونسب الْبَغَوِي وغيره إليه الأول، هو الموافق لنقل ابن المنذر، فعلى هذا الوجه الثاني يجب مع الأرش حكومة، وليس بشيء.

قال: (**وَلَوْ أَوْصَلَ جَوْفَهُ سِنَانًا لَهُ طَرَفَانِ؛ فَثِنْتَانِ**) أي: بشرط سلامة الحاجز بينهما؛ لأن كل طرف منه واصل إلى الجوف واسم الجائفة صادق عليه، ولفظ «الأم»: بعد الأولى، وهكذا لو طعنه برمح فيه سنان مفترق فخرقه خرقين بينهما شيء، ولم يخرق ما بين الجائفتين.

قال: (**وَلَا يَسْقُطُ أَرْشٌ بِالْتِحَامِ مُوضِحَةٍ وَجَائِفَةٍ**)؛ إذا اندمل أطراف الموضحة وبقي من العظم شيء بارز؛ ففيه الأرش قطعًا، فإن التحمت ولم يبق منه شيء بارز فكذا على ظاهر المذهب، وقيل: إن لم يبق شين وأثر؛ سقط الأرش، وإن بقي شين وأثر؛ يعود الواجب إلى الحكومة، وقيل: بتخريجه على القولين وسقوط الأرش عند عود الشين.

فرع: قال الرَّافِعِي: إذا التحمت الجائفة أو الموضحة فجاء جانٍ إما الأول وإما غيره فأوضح في ذلك الموضع أو أجاف؛ فعليه أرش آخر إن كان الالتحام قد تم، سواء نبت عليه الشعر أم لا، وسواء كان متغير اللون مشينًا أم لا، وإن لم يتم الالتحام ففتقه؛ فعليه الحكومة فقط دون تمام الأرش، انتهى.

فَصْلٌ

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ فِي الْأُذُنَيْنِ دِيَةً لَا حُكُومَةً، ....

وهذا كله معنى نصه في «الأم»: ويجب على الجاني القود في العمد بعد تمام الالتئام وهو أن يلتصق اللحم ويعلوه الجلد، وإن ذهب شعر الجلد أو كان الجلد في البطن، أو الرأس متغير اللون عما كان عليه قبل الجناية وعما عليه سائر الجسد؛ إذا كان جلدًا ملتئمًا، هذا نصه بحروفه.

فصل

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: أَنَّ فِي الْأُذُنَيْنِ دِيَةً لَا حُكُومَةً**) أي: سواء قلعها، أو قطعها؛ لحديث عمرو بن حزم: «**وفي الأذن خمسون من الإبل**»(١) رواه البيهقي، قال: وروينا عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - قضيا بذلك.

وقال ابن المنذر أيضًا: رويناه عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -، قال: وعطاء، وحسن البصري، ومجاهد، وقتادة، وسفيان الثوري، والأوزاعي، والشَّافِعِي، وأبو ثور، والنعمان.

وقال الإمام في «النهاية»: إن المذهب الذي عليه التعويل أن الدية تكمل في الأذنين إذا استؤصلا ولم يبق شيء شاخص من الصدفة، وخرج وجه: أن فيهما الحكومة، قال: والذي يهون هذا الوجه قليلًا أنه لم يذكر في كتاب عمر رضي الله عنه وابن حزم إيجاب الدية في الأذنين، وفيه إيجابها في الأنف، وقد روى بعض الفقهاء تعرض القاضي الحسين وجماعة من الطريقين أن النبي ﷺ قضى في الأذنين بالدية، في هذا مخالفة في الرواية، ولم يصح عندنا في ذلك خبر في كتب الحديث؛ ولكن إلحاقهما ثمنًا بالبدن من على وجه بالشبه، انتهى.

وكذلك قال الْغَزَالِي في «البسيط» فيهما إذا استؤصلا الدية، وفي إحداهما نصفها إلحاقًا لهما بالثاني بطريق السنة، وإن لم تنطبق صحة الرواية عن رسول الله ﷺ على تكميل الدية فيهما، وبعد من روى عنه ﷺ قوله: «**في الأذنين**

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٢٤، رقم ٧٠٩٢)، وأبو داود (٤/ ١٨٩، رقم ٤٥٦٤) والبيهقي (٨/ ٨٥).

وَبَعْضٌ بِقِسْطِهِ، وَلَوْ أَيْبَسَهُمَا فَدِيَةٌ، وَفِي قَوْلٍ حُكُومَةٌ.

الدية» لأنه لم يصح عند علماء الحديث، انتهى.

وهذه العبارة الأخيرة أجود من عبارة إمامه، وخرج وجه أو قول فيهما كما سبق، ووجه بأنه لا توفيق ولا منفعة تظهر لهما، ولا نظر إلى الكمال عند الشَّافِعِي ﷺ في التكميل فيلحق بالشعور، والمذهب الأول، ومن منافعهما أنهما يجمعان الصراخ ويحرسان الصماخ من الهوام.

إشارة: أشار المصنف بقوله: «والمذهب» إلى الطريقين «كالروضة» ولم يذكرهما الرَّافِعِي ولا غيره فيما أعلم أنَّا ذكرنا أن الخلاف قول مخرج أو وجه، وفي «البيان»: أن بعض الخراسانيين حكاه عن الشافِعِي.

وفي «تعليق الْبَغَوِي» قيل: إنه قول الشَّافِعِي وليس بشيء، وفي «تعليق إبراهيم المروزي» نقل المذهب المشهور عن الجديد، وفي القديم تجب الحكومة، والله أعلم.

قال: (**وَبَعْضٌ بِقِسْطِهِ**) لأن ما وجبت فيه الدية وجبت في بعضه بالقسط كالإصبع، ويقدر بالمساحة، ولا فرق بين الأعلى والأسفل، وإن اختلفا في الكمال والمنفعة، نص عليه في «الأم» والمخرومة كما في الأسنان والأصابع، ولا فرق على ظاهر المذهب بين المتقومة والمخرومة وغيرها؛ إذا لم يذهب منها شيء، ولا بين السامع والأصم؛ لأن السمع في الصماخ لا في الأذن.

قال: (**وَلَوْ أَيْبَسَهُمَا**) أي: جانئة.

(**فَدِيَةٌ**) كما لو ضرب يده فشلت، وهذا ما صححه الْبَغَوِي وغيره، واقتضى إيراد إبراهيم المروزي أنه المذهب.

(**وَفِي قَوْلٍ: حُكُومَةٌ**)؛ لأن المنفعة لا تبطل به من جمع الصوت، ومنع دخول الماء وبينا على أن منفعة الأذن هل هي منع الهوام فتزول بالإشلال، أو جمع الصوت، ومنع حصول الماء؟ والقولان منصوصان في «الأم» وعلل الأول بما ذكرناه.

والثاني: أنه لا منفعة فيهما في حركتهما كالمنفعة في حركة اليد وأنهما

وَلَوْ قَطَعَ يَابِسَتَيْنِ فَحُكُومَةٌ، وَفِي قَوْلٍ دِيَةٌ.

جمال، والجمال باقٍ، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ يَابِسَتَيْنِ؛ فَحُكُومَةٌ**) كما لو قطع يدًا شلاء.

(**وَفِي قَوْلٍ: دِيَةٌ**) وهذا الخلاف في التي قبلها، صرح به «المحرر» وغيره، وإن قلنا هناك: تجب الدية، وجب هنا الحكومة لقطع اليد الشلاء، وإن قلنا: تجب الحكومة وجب هاهنا الدية؛ لأن المنفعة المرعية إنما بطلت بالقطع، قال الرَّافِعِي: وعن الشيخ أبي حامد القطع بوجوب الحكومة؛ كما في العين القائمة واليد الشلاء.

قلت: وفي «البيان» رواية البناء المذكور عن بعض الأصحاب، قال الشيخ أبو حامد: هذا خلط لا يحكى؛ بل يجب عليه الحكومة قولًا واحدًا، انتهى.

والمشهور من الطريقين البناء المذكور، وعن الْبَنْدَنِيجِي تغليط الشيخ أبي حامد في ذلك، وأشار الْمَاوَرْدِي إلى أنه فاسد؛ لكن يؤيد طريقة الشيخ أبو حامد.

وقول الشَّافِعِي في «الأم»: وإن كانت الأذنان مستحشفتين بهما من الاستحشاف ما باليد من الشلل، وذلك أن تكونا إذا حركتا لم تتحركا ليبس، أو غمزتا بما يؤلم لم تألما، فقطعهما؛ ففيهما حكومة لا دية تامة، وإن ضربهما إنسان صحيحتين فصيرهما إلى هذه الحالة ففيهما قولان، وذكر ما قدمناه، فاعلم.

وعبارة إبراهيم المروزي: إن عليه الحكومة؛ لأن الجمال باقٍ، فلو جاء آخر فقطعهما بعد الاستحشاف؛ فإن قلنا: يجب على الأول الدية، فعلى الثاني الحكومة، وإن أوجبنا على الأول الحكومة؛ فعلى الثاني الدية على القول الجديد، هذا لفظه.

فائدة: قضية البناء المذكور صريح كلام «المنهاج» وأصله أي: المذهب وجوب الحكومة لا الدية، وقد قالا فيما سبق واللفظ «للروضة»: وهل تقطع الأذن الصحيحة بالمستحشفة؟ قولان: **أظهرهما**: نعم؛ لبقاء الجمال والمنفعة

وَفِي كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ، وَلَوْ عَيْنُ أَحْوَلَ وَأَعْمَشَ وَأَعْوَرَ، ....

من جمع الصوت ورد الهوام، بخلاف اليد الشلاء، انتهى.

ولو تعمد ذلك؛ أنها تقطع بها الصحيحة ولا يكمل فيها الدية؛ فإن سلم ترجيح القود بها وجب بأن يكون هنا وجوب الدية، وقد عزاه المروزي إلى الجديد، فتأمله!

قال: (**وَفِي كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ**)؛ لحديث عمرو بن حزم: «**وفي العينين الدية**»(١) رواه النسائي وصححه ابن حبان والحاكم ورواه الشَّافِعِي في «**الأم**» عن مالك بن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله عنه: «**وفي العين خمسون**» يعني: من الإبل، انتهى، وهذا مرسل.

قال ابن عبد البر بعد ذكره رواية الموطأ للحديث: لا خلاف على مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد.

وقد روي مسندًا من وجه صحيح، وهذا كتاب مشهور عند أهل السير يعرف بما فيه عند أهل العلم لعرفه يستغنى بشهرته عن الإسناد، وهو أشبه بالتواتر في صحته لتلقي الناس له بالقبول، انتهى.

وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا الدية، وفي العين الواحدة نصف الدية، انتهى.

فرع: ليس في عين الأعور السليمة عندنا إلا نصف الدية، قال ابن المنذر: وروي عن عمر وعثمان - رضي الله عنهما -: أن فيهما الدية، وبه قال عبد الملك بن مروان، والزهري، وقتادة، ومالك، والليث بن سعد، وأحمد، وإسحاق.

قال: (**وَلَوْ عَيْنُ أَحْوَلَ وَأَعْمَشَ وَأَعْوَرَ**) أي: ونحوها كأعشى وأخفش وأجهر؛ لأن المنفعة باقية في أعين هؤلاء، ومقدار المنفعة لا ينظر إليه كما لا ينظر إلى قوة البطش والمشي وغيرهما.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَكَذَا مَنْ بِعَيْنِهِ بَيَاضٌ لَا يُنْقِصُ الضَّوْءَ، فَإِنْ نَقَصَ فَقِسْطٌ، فَإِنْ لَمْ يَنْضَبِطْ فَحُكُومَةٌ. وَفِي كُلِّ جَفْنٍ رُبْعُ دِيَةٍ، ....

قال: **العمش**: ضعف الرؤية مع سيلان الدمع غالب الوقت.

والأعشى: من يبصر في الغيم دون الصحو، وقال الجوهري: هو نوعان، والعور معروف.

قال: (**وَكَذَا مَنْ بِعَيْنِهِ بَيَاضٌ لَا يُنْقِصُ الضَّوْءَ**) أي: ففي كل عين نصف الدية، ويكون كالثآليل في اليد والرجل؛ سواء بياض الحدقة أو سوادها، وكذا لو كان على الناظر إلا أنه رقيق لا يمنع الإبصار ولا ينقص الضوء، هذا ما نص عليه الشَّافِعِي ﷺ وجرى عليه الأئمة، ولم يفرقوا بين حصول ذلك بآفة أو جناية.

قال: (**فَإِنْ نَقَصَ؛ فَقِسْطٌ**) أي: إن أمكن ضبط النقصان بالاعتبار بالصحيحة التي لا بياض بها ولا نقص، ويجب من الدية قسط ما نقص.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَنْضَبِطْ فَحُكُومَةٌ**) أي: فإن لم يمكن ضبط النقص الحاصل بالجناية؛ فالواجب فيه الحكومة وفرق بينه وبين الأعمش ونحوه، بأن البياض ينقص الضوء الخلقي، وعين الأعمش لم ينقص ضوؤها عما كان في الأصل، وهذا الفرق يفهمك أن العمش لو تولد من آفةٍ أو جناية؛ لا تجب في العين كمال الدية، فإن سلم فدية ذلك الإطلاق السابق.

قال: (**وَفِي كُلِّ جَفْنٍ رُبْعُ دِيَةٍ**) أي: ففي الأجفان الأربعة كمال الدية؛ لأن فيها جمالًا ومنفعة، أما الجمال فظاهر، وأما المنفعة فإنها تقي الحدقة من الحر والبرد والقذى والآفات.

وأغرب الْمَاوَرْدِي فحكى عن بعض أصحابنا: أن في كتاب عمرو بن حزم: «**وفي الجفون إذا استوصلت الدية**» فإن المشهور عند أصحاب الحديث: «**وفي كل واحد منها الربع**» لأن كل متعدد من الأعضاء تكمل فيه الدية، وتوزع على عدده كالأصابع العشر يجب في إحداها العُشر.

قال الإمام: وهذا مطرد إلا أن يقدر الشرع بدل الواحد من ذلك الجنس،

وَلَوْ لِأَعْمَى. وَمَارِنٍ دِيَةٌ، ....

كما فعل في السن، وفي بعض الجفن الواحد قسطه من الربع؛ وإنما تكمل الدية في الأجفان؛ إذا استؤصلت، وقد يقطع معظم الجفن فيتقلص الباقي، ويوهم الاستئصال فليتحقق، ولا فرق بين الجفن الأعلى والأسفل خلافًا للشعبي حيث قال: في الأعلى ثلث الدية، وفي الأسفل ثلثاها.

فرع: تكمل الدية، وإن لم يكن للعين أهداب؛ فإن كانت دخلت حكومة الأهداب في الدية على الأصح.

قال: (**وَلَوْ لِأَعْمَى**) أي: ولو كان الجفن لأعمى فحكمه ما سبق؛ لأن للمبصر بها منفعة وجمالًا، وإن كانت منفعة البصر بها أعم، قاله **الْمَاوَرْدِي**.

فرع: في الجفن المستحشف الحكومة، ولو ضرب على الجفن فاستحشف؛ فعليه الدية، قال **الْمَاوَرْدِي**: ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في استحشاف الأذن؛ لبقاء المنفعة هناك، وإذا بلغ الأجفان مع العينين؛ لزمه ديتان؛ كما لو قطع أذنيه فأذهب سمعه.

قال: (**وَمَارِنٍ دِيَةٌ**) لحديث عمرو بن حزم: «**وَفِي الْأَنْفِ إِذَا أُوعِبَ جَدْعُهُ الدِّيَةُ**» رواه أبو داود، والنسائي وصححه ابن حبان وغيره.

وفي رواية مالك في «الموطأ»: «**وفي الأنف إذا أوعب جدعًا مائة من الإبل**» وسبق كلام ابن عبد البر على الحديث وصححه، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.

المارن: ما لان من الأنف وخلا عن العظم، قال **الرَّافِعِي** والمصنف: المارن ثلاث طبقات: الطرفان، والحاجز بينهما، وفسره **الْمَاوَرْدِي**: بما لان من الحاجز بين المنخرين، قال: وفي استيعاب المارن مع المنخرين كمال الدية، ولو قطع أحد المنخرين وبقي الآخر مع المارن؛ ففيما يلزمه من الدية وجهان.

وقال شيخه الصيمري في «شرح الكفاية»: والأنف الذي فيه الدية هو ما لان من مقدمة دون القصبة، ولو قطع الأنف والقصبة؛ فعليه للأنف الدية،

وَفِي كُلٍّ مِنْ طَرَفَيْهِ وَالْحَاجِزِ ثُلُثٌ، وَقِيلَ فِي الْحَاجِزِ حُكُومَةٌ، وَفِيهِمَا دِيَةٌ.

وللقصبة التي أزالها حتى بدا قعرها وعقبها ثلث الدية، انتهى.

وقال في كتاب «الْبُوَيْطِي»: في الأنف إذا قطع اللحم دون العظم الدية؛ ثم قال: والمارن موضع اللحم كله، انتهى.

قال: (**وَفِي كُلٍّ مِنْ طَرَفَيْهِ وَالْحَاجِزِ ثُلُثٌ، وَقيل: فِي الْحَاجِزِ حُكُومَةٌ، وَفِيهِمَا دِيَةٌ**) اعلم أن الرَّافِعِي حكم في «المحرر»: بأن أصح هذين الوجهين الأول.

وقال في «شرحه الصغير»: إنه أرجحهما، واقتضى كلامه في «الكبير» ذلك حيث قال: والمارن ثلاث طبقات: الطرفان وَوَتْرَةٌ حَاجِزَةٌ بينهما، وكيف توزع عليها الدية؟ فيه وجهان:

أحدهما: وذكر الأول قال: وبه قال أبو علي الطبري: لتعلق الجمال والمنفعة بها.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج وأبي إسحاق: أن الدية تتعلق بالطرفين، وليس في الحاجز إلا الحكومة؛ لأن الجمال وكمال المنفعة فيهما دون الحاجز، وعلى هذا ففي الحاجز وحده الحكومة، وفي قطع أحد الطرفين نصف الدية، وفي قطعهما دون الحاجز تمام الدية، وفي قطع أحدهما والحاجز، أو بعضه؛ نصف الدية والحكومة(١).

وفي «التهذيب»: أن هذا الوجه الثاني أصح، ونقل أبو إسحاق الشيرازي أنه المنصوص؛ لكن إيراد «الوجيز» يقتضي ترجيح الأول، وإليه ذهب القاضيان الطبري والرُّويَانِي، وقد يؤيد بأنه إذا قطع جميع المارن لا يجب إلا دية واحدة، ولو كانت الدية في مقابلة الطرفين لا يشبه أن تدخل حكومة في الدية.

---

(١) قال الخطيب: ظَاهِرُهُ أَنَّ الْخِلَافَ وَجْهَانِ، وَهُوَ مَا صَحَّحَهُ فِي الْمُحَرَّرِ، وَالرَّاجِحُ أَنَّهُ قَوْلَانِ، وَلَا تَصْرِيحَ فِي «الرَّوْضَةِ» كَأَصْلِهَا بِتَرْجِيحٍ وَفِي قَطْعِ بَاقِي الْمَقْطُوعِ مِنَ الْمَارِنِ بِجِنَايَةٍ أَوْ غَيْرِهَا وَلَوْ بِجُذَامٍ قِسْطُهُ مِنَ الدِّيَةِ بِالْمِسَاحَةِ، وَفِي إِشْلَالِ الْمَارِنِ الدِّيَةُ وَفِي شَقِّهِ إِذَا لَمْ يَذْهَبْ مِنْهُ شَيْءٌ حُكُومَةٌ وَإِنْ لَمْ يَلْتَئِمْ، فَإِنْ تَأَكَّلَ بِالشَّقِّ بِأَنْ ذَهَبَ بَعْضُهُ؛ وَجَبَ قِسْطُهُ مِنَ الدِّيَةِ، وَفِي قَطْعِ الْقَصَبَةِ وَحْدَهَا دِيَةٌ مُنَقِّلَةٍ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/٤٥٧).

ويخرَّج مما نقله الإمام نقلًا وتلخيصًا: أنه لا يجب في أحد الطرفين النصف ولا الثلث؛ لكن يثبت ما أبين إلى ما بقي ويوزع الواجب عليهما، فيجب ما يقتضيه التقسيط وأقام هذا وجهًا آخر، انتهى. وهو المقصود من كلام الرَّافِعِي - ﷺ -.

وبترجيح الوجه الثاني أجاب القاضي الحسين، وإبراهيم المروزي، والْبَغَوِي في تعاليقهم الثلاثة، وعبارة الْبَغَوِي: ظاهر المذهب كذا.

وقد قال الإمام في آخر كلامه: والذي صرح به الأصحاب: أن واجب الوَتَرَة لو أفردت بالإقامة الحكومة؛ ثم نازعهم، والحاصل أن الجمهور على ترجيح الوجه الثاني، وأقر المصنف صاحب «التنبيه» في التصحيح عليه ولم يتعرض له، ويتبين أن ظاهر نص «الأم» قد يوافق ما نقله الإمام وأقامه وجهًا، وفيه وجه بعيد، وهو أقرب إلى ما حكاه «المهذب» عن النص.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: وفيما قطع من المارن ففيه من الدية بحساب المارن، إن قطع نصفه ففيه النصف، أو ثلثه ففيه الثلث، قال: ويحسب بقياس مارن الأنف نفسه ولا يفضل واحدة من صفحتيه على واحدة ولا روثته على شيء لو قطع من مؤخره ولا الحاجز من منخريه منه على ما سواه، وإن كان أوعيت الروثة إلا الحاجز؛ كان فيما أوعيت سوى الحاجز من الدية بحساب ما ذهب منه، انتهى.

فرع: لو ضرب على أنفه فاستحشف، أو قطع أنفًا مستحشفًا؛ قال الرَّافِعِي وغيره: ففيه الخلاف المذكور في الأذن، وسبق نص «الأم» في الأذنين وتفصيله، وقال: وإذا ضرب الأنف فاستحشف حتى لا يتحرك غضروفه، ولا الحاجز بين منخريه ولا يلتقي منخراه؛ ففيه حكومة لا أرش تام.

ولو كانت الجناية عليه في هذا عمدًا؛ لم يكن فيه قود، ولو خلق هكذا أو جني عليه فصار هكذا ثم قطع؛ كانت في حكومة أكثر من حكومته؛ إذا استحشف وما أصابه من هذا الاستحشاف وبقي بعضه دون بعض؛ ففيه حكومة

وَفِي كُلِّ شَفَةٍ نِصْفُ دِيَةٍ، وهيَ في عرضِ الوَجهِ إلى الشِّدقينِ، وفي طُولهِ ما يسترُ اللثةَ على الأصَحِّ.

بقدر ما أصاب من الاستحشاف.

وإنما منعني أن أجعل استحشافه كشلل اليد أن في اليد منفعة تعمل وليس في الأنف أكثر من الجمال أو سد موضعه، وأنه مجرى لما يخرج من الرأس ويدخل فيه، فكل ذلك قائم فيه وإن كان قد نقص الانضمام أن يكون عونًا على ما يدخل الرأس من السعوط، ولم يجز أن يجعل فيه إذا استحشف ثم قطع الدية كاملة، وقد جعلت في استحشافه حكومة وهو ناقص بما وصفت، هذا لفظه ﷺ.

وفي رمته طريقة قاطعة؛ بل الواجب من إشلاله الحكومة لا غير؛ كما قاله الشيخ أبو حامد في الأذن كما سبق.

قال: (**وَفِي كُلِّ شَفَةٍ نِصْفُ دِيَةٍ**) أي: لحديث عمرو بن حزم: «**وفي الشفتين الدية**» رواه النسائي وصححه ابن حبان وغيره؛ ولأن فيهما جمالًا ومنفعة ظاهرة لما يتعلق بهما من تمام الكلام، ويمسكان الريق والطعام؛ وسواء الشفة العليا أو السفلى، وعن زيد بن ثابت ﷺ، وابن المسيب، والزهري: أن في العليا ثلث الدية، وفي السفلى ثلثاها قاله ابن المنذر، وروي عن مالك مثله، وروي عكسه؛ لأن الجمال في العليا أكثر.

قال: (وهيَ في عرضِ الوَجهِ إلى الشِّدقينِ، وفي طُولهِ ما يسترُ اللثةَ على الأصَحِّ) هذا زيد في نسخ «المنهاج» وكذا قاله في «المحرر» وذكر من رأى نسخ المصنف أنه كتبها فيها؛ ثم ضرب عليها كلها.

قال الرَّافِعِي: هذا أعدل الأوجه وأوسطها، وروي عن نصه في «الأم»: وهو ما أورده أكثر المتكلمين في حد الشفة.

والثاني: أنه المتجافي إلى موضع الارتتاق؛ لوقوع الاسم على جميع ذلك، وموضع الارتتاق من أعلاه من حاجز المنخرين، ومن أسفل يقع في محاذاة نهاية الذَّقَن.

وَلِسَانٍ وَلَوْ لِأَلْكَنَ وَأَرَتَّ وَأَلْثَغَ وَطِفْلٍ دِيَةٌ، ....

والثالث: عن الشيخ أبي محمد: أنه القدر الذي ينبو عند انطباق الفم، كما أنه يراعى هذا القدر في الشفرين.

والرابع: أنه القدر الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرى على الباقي، وهو كل الشفة، انتهى.

وعبارة «الأم»: والشفة كل ما زايل جلد الذقن والخدين من أعلى وأسفل مستديرًا بالفم كله مما ارتفع عن الأسنان واللثة.

والثاني: أن يحمل قول المصنف: «وفي كل شفة نصف دية» على ما لو أشلها، كما سنذكره.

فرع: لو ضرب شفتيه فأشلها فصارت منقبضة لا تسترسل، أو بالعكس؛ فعليه الدية، ولو قطع شفة شلاء؛ فعليه الحكومة، ولو شق شفته ولم يبن منها شيئًا؛ فحكومة لا غير، ولو قطع شفة مشقوقة؛ ففي «التهذيب» و«التتمة»: أن فيها دية ناقصة بقدر حكومة الشق.

قال الرَّافِعِي: ولو قطع بعض الشفة وتقلص الباقي حتى بقي المقطوع كالذي قطع جميعها فوجهان:

أحدهما: أن الدية تتوزع على ما قطع وعلى ما بقي.

والثاني: يجب كمال الدية؛ لأن منفعة الباقي قد بطلت بالجناية، فأشبه من قطع بعض الأصابع وأشل بعضها، انتهى.

وقد يؤيد الأول إطلاق قوله في «الأم»: ولو قطع من الشفة شيء؛ كان فيها بحساب ما بقي، انتهى. وهل تتبع حكومة دية الشارب دية الشفة؟ فيه وجهان.

قال: **(وَلِسَانٍ)** أي: ناطق.

(وَلَوْ لِأَلْكَنَ وَأَرَتَّ وَأَلْثَغَ وَطِفْلٍ دِيَةٌ)؛ لإطلاق حديث عمرو بن حزم: **«في اللسان الدية»**.

ونقل ابن المنذر إجماع كل من يحفظ عنه من أهل العلم من أهل «المدينة»

وَقِيلَ شَرْطُ الطِّفْلِ ظُهُورُ أَثَرِ نُطْقٍ بِتَحْرِيكِهِ لِبُكَاءٍ وَمَصٍّ، ....

وأهل «الكوفة» وأصحاب الرأي على القول به، هذا لفظه، وهو قول أبي بكر، وعمر، وعلي، وابن مسعود ﷺ ولا مخالف لهم؛ ولأن فيه جمالًا ومنافع خمس.

تنبيهات: منها: أطلق المسألة؛ لكنه لو كان ناطقًا مفقود الذوق.

قال الْمَاوَرْدِي: لم تكمل فيه الدية كان فيه حكومة؛ كالأخرس والظاهر، أي: هذا منه بناء على المشهور في أن الذوق في اللسان كما سيأتي، وكلام غيره غالب عما ذكره، وقد ينازعه قول الْبَغَوِي وغيره، إذا قطع لسانه فذهب ذوقه لزمه ديتان.

ومنها: قضية إطلاقهم هنا: أنه لا فرق بين اللثغة والدية والجاعنة والطاوية؛ لجناية أو غيرها، وسيأتي- إن شاء الله تعالى- في هذا كلام، وربما قدمناه أو نحوه.

وقال الرُّويَانِي في الأرث والألثغ ونحوهما بعد نقله وجوب الدية: ويحتمل أن يقال بخلافه.

ومنها: قوله: وطفل دية.

(**وَقِيل: شَرْطُ الطِّفْلِ ظُهُورُ أَثَرِ نُطْقٍ بِتَحْرِيكِهِ لِبُكَاءٍ وَمَصٍّ**) اعلم أن كلام الرَّافِعِي وغيره، تضمن أنه إذا قطع لسانه ساعة الأثقل؛ ثلاث طرق:

إحداها: وجعلوها المذهب، فيه كمال الدية؛ لأن الأصل السلامة ليده ونحوها.

والثانية: أن فيه الحكومة للشلل وعزاها الإمام إلى قطع الصحاب، وعبارة «البسيط»: وأما لسان الصبي، ففيه كمال الدية إذا ظهرت إمارة القدرة بالبكاء والمص والتحريك، وإن لم يظهر هذا ولا ذاك فحكومة، واتفق الأصحاب عليه، ولم يوجبوا بناء على الغالب، قال الشيخ أبو محمد: وفي القلب من هذا شيء، ولكنه متفق عليه، انتهى.

الثانية: فيه قولان: وإليها ذهب جماعة منهم: ابن الْقَطَّان، والْمَاوَرْدِي،

وَلِأَخْرَسَ حُكُومَةٌ.

وصاحب «المهذب» ونسبها ابن كج إلى أبي إسحاق، إذا علمت هذا فيشبه أن يكون المذهب.

والطريقة الثالثة: وبها أجاب الدارمي وغيره، وأحسبه لقوله في «الأم» إذا جنى على لسان المبرسم الثقيل، وهو يفصح بالكلام، ففيه ما في لسان الفصيح الخفيف، وكذلك إذا جنى على لسان الأعجمي، وهو يتفق بلسانه، وكذلك إذا جنى على لسان الصبي، وقد حركه ببكاء أو ليس تعبير باللسان، فبلغ ألا ينطق ففيه الدية؛ لأن العام الأغلب أن الألسنة ناطقة حتى يعلم أنها لا تنطق، وإن بلغ بنطق بعض الحروف، ولا ينطق ببعضها له من الدية بقدر ما ينطق به، انتهى، لفظه بحروفه.

وهو محتمل للطريقة الأولى والثانية، وقال في «المختصر»: وفي لسان الصبي إذا حركه ببكاءٍ أو شيء بغير اللسان الدية، انتهى.

وقال في «المختصر»: وفي لسان الصبي إذا حركه وظاهره موافقة الطريقة الثانية، والله أعلم.

قال: (وَلِأَخْرَسَ حُكُومَةٌ) أي: كما في اليد الشلاء؛ سواء كان الخرس أصليًا أو طارئًا، قال الرَّافِعِي: وهذا إذا لم يذهب الذوق بقطعه، أو كان قد بطل ذوقه من قبل، أما إذا قطع لسانه؛ فذهب ذوقه وجبت دية لذهاب الذوق.

قلت: وإطلاق نص «المختصر» وجرى عليه كثيرون من شراحه ينازع في ذلك، وكذلك قوله في «الأم»: وإذا جنى على لسان رجل كان ينطق به؛ ثم أصابه مرض فذهب بنطقه، أو على لسان أخرس، ففيهما حكومة، وظاهره أنه لا فرق بين أن يبقى ذوقه، أو هو ما فهمه ابن الصباغ، حيث قال: إن القاضي حكى عن النص إيجاب الدية في الذوق، كما سيأتي.

قلت: قد نصَّ الشَّافِعِي على لسان الأخرس فيه حكومة، وإن كان يذهب الذوق بذهابه، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة في الكلام على الذوق: ما ذكره حسن ولا يندفع بقول

وَكُلُّ سِنٍّ لِذَكَرٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ ....

«المهذب» والرَّافِعِي أن محل الحكومة في لسان الأخرس إذا لم يذهب ذوقه، أو كان ذاهبًا قبل قطعه؛ لأن الْمَاوَرْدِي حكى عن النص إيجاب الحكومة بقطع لسانه، ثم قال: وإنما تجب الدية؛ لأنه قد سلب الكلام الذي هو الأخص الأغلب من منافع اللسان، ولو نفى الخرس بعض منافعه، وهو الذوق ويعرفه في وضع الطعام؛ فلم تبلغ ديته دية لسان كامل، نعم، لو صح ما قاله الْمُتَوَلِّي؛ أي: محل الذوق طرق الحلق لا يدفع سؤال ابن الصباغ، انتهى.

لكن الْمَاوَرْدِي ذكر بعض ذلك تفقها ما يقتضي تقييد إطلاق النص، وموافقة صاحب «المهذب» والرَّافِعِي فيما قالاه، كما سنذكره هناك- إن شاء الله تعالى- مع زيادة في دفع سؤال ابن الصباغ، وكلام الإمام يقتضي موافقة ابن الصباغ؛ كما هو في قضية إطلاق النص، حيث قال في كلامه: إن أول المسألة رصد الفصل أن اللسان عضو ذوقه، ومنفعته المعتبرة في الأرش الكلام، ثم قال: ولا التفات على غير منفعة الكلام.

فرع: قالا: لو تعذر النطق إلا تحلل في اللسان؛ ولكنه وإن أصم تكلم يحسن الكلام؛ لأنه لا يسمع شيئًا، فهل تجب الدية أو الحكومة؟ فيه وجهان يجيء ذكرهما؛ ثم أراهما ذكرا شيئًا، ولعله الأشبه الثاني؛ لأنه يعد أخرس خلقة.

قال: **(وَكُلُّ سِنٍّ)** أي: أصلية **(لِذَكَرٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ)** لحديث عمرو ابن حزم، وفي «السنن»: «**خمس من الإبل**» رواه النسائي وأبو داود وصححه ابن حبان، وغيره.

تنبيهات: **منها**: سواء عندنا الثنايا والرباعيات والأنياب والأضراس، نعم الغالب في الثنايا أطول من الرباعيات تقليل، فلو كانت ثناياه كرباعياته، وأخصر منها خلقة فوجهان:

أحدهما: وبه جزم صاحب «المعتمد» و«الحاوي» والرُّويَانِي، ونقله الإمام والْغَزَالِي عن الأكثرين: أنه لا يجب فيه كمال الأرش، وبه جزم الْبَغَوِي،

……

والْمُتَوَلِّي، وهو قضية إطلاق «المنهاج» وغيره.

واعلم أن قولنا: تقليل تبعنا فيه الرَّافِعِي، وهو الوجه لما سيذكره الإمام والْغَزَالِي لم يقيدا ذلك عن الأكثرين، ثم قالا: وفي كلام بعض الأئمة، ومن إلى إيجاب كمال الأرش.

وقال الفوراني: فيه حكومة، فإن لم يرد به التوزيع الذي أراده الأصحاب، فهو غلط، هذا لفظ «البسيط» وعللا قول الأكثرين بأنه لقصر الإصبع بأنملة، وهو نقصان جزء فيحيط بقدره من الأرش.

وقال العمراني: وإن كان بعض الأضراس طوالًا، وبعضها قصارًا، أو بعض الرباعيات طوالًا، وبعضها قصارًا.

قال الشَّافِعِي - ﷺ -: إن كان النقصان قريبًا، ففي كل سن ديتها؛ لأن هذا من خلقة والأصل، فإن كان النقصان كثيرًا؛ ففيها بقسطها من الدية، فإن كانت القصيرة نصف الطويلة؛ ففيها نصف الدية، وإن كانت ثلثها؛ ففيها ثلث الدية؛ لأن هذا النقص لا يكون إلا من سبب مرض أو غيره، انتهى.

ولفظ نص «الأم»: بعدما سنذكره عنه: فلو نقصت ثنايا رجل عن رباعيته نقصانًا متفاوتًا كما وصفت نقص من دية الناقص، منها بقدره أو كانت ثنيته تنقص عن رباعيته نقصانًا بينا؛ فأصيبت إحداهما ففيها بقدر ما نقص منها، أو كانت رباعيته تنقص عن ثنيته نقصانًا لا تنقصه الرباعيات؛ فيصنع فيهما هكذا، وكذلك يصنع في الأضراس ينقص بعضها عن بعض، وإنما قلت هذا في الأسنان إن اختلفت، ولم أقله لو خلقت كلها قصارًا؛ لأن الاختلاف هكذا لا يكون في الظاهر إلا من مرض حادث عند استخلاف الذي يثغر أو جناية على الأسنان تنقصها، وإذا كانت الأسنان مستوية الخلق ومتقاربة فالأغلب أن هذا في الظاهر من نفس الخلقة بلا مرض، انتهى.

وهذا هو المذهب، وشبه أن ينزل اختلاف كلام الأئمة عليه من غير خلاف.

....

ومنها: قال الرَّافِعِي: لو كانت إحدى الثنيتين من الأعلى أو الأسفل أقصر من أختها بلغت القصيرة نقص من ديتها بقدر نقصانها؛ لأن الغالب تساويهما، فإذا اختلفا كانت ناقصة، انتهى.

وقضية عدم اعتقاد نقص، وإن قل جزمًا، ولفظ نص «الأم» قبيل ما أسلفناه عنه: وأما إذا نبتت الأسنان مختلفة ينقص بعضها عن بعض نقصًا متباينًا نقص من أرش الناقصة بحساب ما نقصت عن قرينتها، وذلك مثل الثنية تنقص عن التي هي قرينتها مثل أن تكون كنصفها أو ثلثيها أو أكثر، فإذا تفاوت النقص فيهما فنزعت الناقصة منهما ففيها من العقل بقدر نقصها عن التي تليها، وإن كان نقصها عن التي تليها متقاربًا كما يكون في كثير من الناس كنقص الأشر، ودونه فنزعت ففيها خمس من الإبل وهكذا هذا في كل سن نقصت عن نظيرتها كالرباعيتين تنقص إحداهما من خلقة الأخرى، ولا تقاس الرباعية بالثنية؛ لأن الأغلب أن الرباعية أقصر من الثنية، ولا أعلى الفم من الثنايا وغيرها بأسفله؛ لأن ثنية أعلى الفم غير ثنية أسفله.

وتقاس العليا بالعليا، والسفلى بالسفلى على معنى ما وصفت، انتهى.

فهذا هو المذهب، وأطلق الْمُتَوَلِّي: أنه لو كان بعض أسنانه أصغر مما يكون في العادة، أو كانت أقصر من غيرها إلا أن منفعتها قائمة؛ فديتها كدية غيرها، انتهى.

وأحمله على ما سبق عن نصه قبل هذا التنبيه.

ومنها: لو انتهى صغر السن أو عدم منفعتها؛ فلا يصلح للمضغ، ففي قلعها الحكومة لا غير كاليد الشلاء، ولو ذهب بعض السن بعلة، أو لتطاول المدة؛ ففيها بعض الدية كالمكسورة، فإن اختلفا في قدر السائر إذا المتآكل؛ صدق المجني عليه بيمينه.

قلت: ولا يرجع إلى أهل الخبرة فيه إن أحاطوا علمًا به، أو يجيء فيه خلاف؛ لأن الأصل براءة ذمة الجاني من القدر الذي وافق عليه، قال

سَوَاءٌ أَكَسَرَ الظَّاهِرَ مِنْهَا دُونَ السِّنْخِ أَوْ قَلَعَهَا بِهِ.

الْمَاوَرْدِي: فلو ذهب حدة الأسنان حتى كلت بمرور الزمان، وكان فيها الدية تامة؛ لأن كلالها مع بقائها على الصحة يجري مجرى ضعف الأعضاء، ولو كلت حتى ذاب منها بمرور الزمان، وطول المضغ بعض أجزائها سقط من ديتها، انتهى.

ولفظ نص «الأم»: وإذا ذهب حد السن أو الأسنان بكلال لا تكسر، ثم جنى عليها ففيها أرشها تامًا وذهاب أطرافها كلال لا ينقص، فإذا ذهب من أطرافها ما جوز الحد أو من طرف واحد منها نقص عن الجاني عليها بقدر ما ذهب منها، انتهى.

قال: (**سَوَاءٌ أَكَسَرَ الظَّاهِرَ مِنْهَا دُونَ السِّنْخِ أَوْ قَلَعَهَا بِهِ**) أي: فعليه في الحالين ديتها تامة؛ لأن السنخ هو أصل السن المستتر باللحم نافع، فأشبه الكف مع الأصابع؛ ولأن الاسم الظاهر، وبه الجمال، وفي المنفعة من العض والقطع، وجمع الريق، وحكى الإمام فيما إذا قلعها مع السنخ طرقًا أحدها: أن فيه وجهين، ما أجاب به الجمهور والمصنف يدخل حكومة السنخ في دية السن، واحتج له بالحديث .والثاني: أنه يجب حكومة السنخ، مع أرش السن؛ لزيادة الجناية بقلع السنخ، والثانية: القطع بالوجه الأول، والثالث: القطع بالثاني؛ لأن السنخ باطن فيعود الحكم.

إشارات: **منها**: ما سبق فيما إذا اتحد الحال، والجناية، والمراد بالظاهر التأذي خلقة، أما لو ظهر بعض السنخ تحلل لعاب اللثة لم يلحق ذلك بالظاهر؛ بل بكل الدية فيما كان ظاهرًا في الأصل، ولو كسر الظاهر واحد؛ ثم قلع السنخ آخر، فعلى الأول دية، وعلى الثاني حكومة، ولو عاد الأول وقلع السنخ بعد الاندمال؛ فعليه مع الدية حكومة، وكذا لو عاد وقلعه قبل الاندمال على الأصح.

ومنها: أطلق الشيخ أن في قلعها لو بقيت معلقة بعرقٍ؛ ثم عادت إلى ما كانت، وليس عليه إلا حكومة ذكره الجرجاني والرُّويَاني.

وَفِي سِنٍّ زَائِدَةٍ حُكُومَةٌ، ....

ومنها: المتبادر من كلامه أنه لو لم [تحصر] الجناية لم يلزم الجاني ديتها مطلقًا.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو تصدعت السليمة، وتحركت بالجناية، وهي باقية في موضعها، فإن أذهبت الجناية جميع منافعها، فديتها تامة أو بعضها، فهل تجب دية تامة أو حكومة؟ فيه قولان، فإن اختلفا، فالقول قول المجني عليه مع يمينه؛ لأن ذهاب منافعها لا يعرف إلا من جهته.

قال: ولو قيل بوجه ثالث أنه ذهب أكثر منافعها كملت ديتها، أو أقلها فحكومة اعتبارًا بالأغلب؛ لكان له وجه، انتهى.

وفي ثبوت قول أنه إذا ذهب منها منفعة ما أنه يكمل فيه الأرش نظر، وعبر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» عن قوله: بعضها بقوله: نصفها، والله أعلم.

قال: (**وَفِي سِنٍّ زَائِدَةٍ حُكُومَةٌ**) أي: الإصبع الزائدة، وعبارة «المحرر» وجماعة: وفي السن الساعية الحكومة، قال الجوهري في الزائدة: التي تخالف ثنيتها ثنية غيرها من الأسنان، ويقال: العقاب سعر آلة منقارها الأعلى على الأسفل، وقال أبو الحسين بن فارس من أصحابنا في المحل: الشق اختلاف الأسنان، وهو أن تكون العليا لا تقع على السفلى وبتقدمها، انتهى.

وفيه إشعار: بأن الشق قد يكون في الأصلية أيضًا، وقد نصَّ الشَّافِعِي ﷺ في مواضع على أن في السن الزائدة حكومة.

وقال في موضع من «الأم» أيضًا: إذا ثبت أسنان الرجل سوداء، وكانت بائنة لا تنقص، أي: لا تتحرك، وكان بعضها يقدمها موضع بمؤخرها بلا ألم يصيبه فما يمص، ويمضغ عليه؛ فجني إنسان على بين منهما فدية أرشها تامة، انتهى.

وفيه رمز إلى ما ذكره ابن فارس، وأنها إذا لم تتصف بما ذكره؛ لا يكون فيها أرش تام، وقد يؤخذ منه أن البناء عليه أعم من الزائدة عن الأصليات.

والظاهر: أن مراد الأصحاب: الساعية الزائدة لا غير؛ كما عبر به

وَحَرَكَةُ السِّنِّ إنْ قَلَّتْ فَكَصَحِيحَةٍ وَإِنْ بَطَلَتْ الْمَنْفَعَةُ فَحُكُومَةٌ، أَوْ نَقَصَتْ فَالْأَصَحُّ كَصَحِيحَةٍ.

المصنف، أما لو كانت الأسنان زائدة على العدد المعتاد غالبًا، وهو اثنان وثلاثون سنًا، وهي على سمت الأسنان، فهل يجب لكلٍّ خمسٌ من الإبل لإطلاق الخبر أم لا تجب في الزائد على ذلك إلا حكومة؛ كالإصبع الزائدة؟ وجهان أرسلا بلا ترجيح، ولا خفاء أنهما مفرعان على الصحيح، أنه لا يجب فيما زاد على عشرين في كل سن خمسة، وقيل: لا يجب أزيد من دية النفس إذا قلعه دفعة.

قال: (**وَحَرَكَةُ السِّنِّ إنْ قَلَّتْ**) أي: بحيث لا تنقص الحركة.

(**فَكَصَحِيحَةٍ**) أي: في القود والأرش، وهذا إذا كانت الحركة بكبرٍ، أو مرضٍ، أو كانت بجناية توجب بها شيئًا، وكذلك وإن أوجبنا بها حكومة، ففيه نظر يدرك مما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِنْ بَطَلَتْ الْمَنْفَعَةُ فَحُكُومَةٌ**) فقط، وإبطال المنفعة بالكلية مع بقائها في ثنيها يعتد، ويشبه أن المراد منفعة المضغ لا كل منفعة؛ إذ من المنافع ما هو باقٍ، وهو الجمال، وسد محلها، وحبس الطعام، واللسان، وسيأتي ما يوضح هذا.

قال: (**أَوْ نَقَصَتْ فَالْأَصَحُّ كَصَحِيحَةٍ**) **قلت**: الخلاف قولان مشهوران منصوصان في «الأم» والترجيح المذكور للإمام نفسه تبعه عليه في «المحرر» وجرى عليه في متن «الروضة» ولم يرجح الشَّافِعِي في «الشرحين» شيئًا؛ بل قال: وإن انتقصت منافعها؛ فقد أطلق مطلقون قولين في وجوب الأرش.

وقال الإمام: إن كان الظاهر، والغالب بيانها؛ وجب الأرش بلا خلاف، وإن كان نقصانها كالأمراض الحاصلة في الأعضاء، وإن كان الغالب على الظن سقوطها؛ فهذا موضع القولين: أحدهما: إن الواجب الحكومة دون الأرش لنقصان المنفعة، كما في اليد الشلاء، وأصحهما: بوجوب الأرش لتعلق الجمال، وأصل المنفعة بها في المضغ، وحفظ الطعام ورد الريق، ولا

....

أثر لضعفها لضعف البطش، انتهى.

وعبارة الإمام: وجوب القصاص، والأرش الكامل، وهو من ترجيحه؛ حيث قال بعده: أصحهما عندي، ولم أر الترجيح بغيره، وتبعه الْغَزَالِي في التفصيل دون الترجيح، وقال صاحب «الانتصار»: أصح القولين أن فيهما الحكومة لا ديتها للجهل بقدر ما نقص منها في «التنبيه» والإشارة إلى الأحكام المختارة، وهو الأشبه.

واعلم أن صورة المسألة كما نصَّ عليه في «الأم» والأصحاب فيما إذا اضطربت لشبه مرض، أو كبر فإن اضطربت بجناية، فقد قال الرَّافِعِي: ولو ضرب قيس إنسان؛ فتزلزلت وتحركت، نظر إن سقطت بعد ذلك وجب الأرش، وإن عادت كما كانت، فمنهم من يقول: تجب الحكومة، ومنهم من يقول: لا تجب الحكومة.

قلت: ولم يذكر ذاكرون غيره، وهو نص الإمام الآتي الأول، ثم قال: ويشبه هذا الخلاف المذكور فيما إذا اندملت الجراحة، ولا نقص ولا شين، وإن بقيت كذلك ناقصة المنفعة، فالواجب عليه الأرش، أو الحكومة؛ فيه القولان السابقان، فإن فعلها آخر؛ فعليه الأرش إن أوجباه على الأول الحكومة إن أوجبنا على الأول الأرش؛ ثم عن الشيخ أبي حامد أنَّا إذا أوجبنا الحكومة هاهنا؛ فتكون الحكومة أقل من الحكومة في السن المتحركة بالهرم والمرض؛ لأن النقصان الحاصل هنا قد غرمه الجاني الأول بخلاف نقصان المرض والهرم، وفي «التتمة»: أنه ليس على الجاني الثاني إلا الحكومة بخلاف ما إذا كان الاضطراب لمرض أو كبر، والاختلال في الحاصل بالجناية يخالف الاختلال الحاصل من غير جناية؛ بدليل أنه لو قتل مريضًا بجناية حال لا يجب القصاص على الثاني، انتهى.

واعلم أن الصورتين في «الأم» وفي عباراتهم عنها اختلاف، قال في «الشامل»: مسائل من «الأم»: إذا اضطربت سنة لمرض أو كبر فقلعها قالع، فهنا قولان يذكرهما، ثم قال: الثانية جنى عليها جان فتحركت، وطالت عن

الأسنان، فإن قيل: إنها تعود بعد مدةٍ كما كانت انتظرت، وإن ذهبت وسقطت وجبت الدية فيها، وإن عادت كما كانت كان عليه حكومة للغاية، وإن قلعها قالع وجبت عليه دية كاملة، وإن عادت ناقصة أو مضطربة؛ ففيه قولان: أحدهما: عليه ديتها، والثاني: حكومة كما لو اضطربت بالكبر والمرض، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب أنه ليست على قالع المضطربة بالكبر، والمرض إلا الحكومة كما رجحه في «الانتصار» هكذا رأيته في «الشامل» في أصلين قديمين، وعبارة «البيان»: وإن ضرب سن رجل؛ فاضطربت، فإن قيل: إنها تعود بعد مدة كما كانت؛ انتظرت تلك المدة، فإن استقرت، ولم يذهب من منفعتها فلا شيء على الجاني، وإن سقطت وجب عليه ديتها، فإن قلعها قالع قبل استقرارها، فهل يجب عليه الدية والحكومة؟ قولان كما لو قلعها، وهي مضطربة لمرضٍ أو كبر.

ثم ذكر ما حكاه الرَّافِعِي عن الشيخ أبي حامد، وذكر الْمَاوَرْدِي الصورة الأولى عن «الأم» ثم قال إثرها: فإن اختلفا، فادعى الجاني ذهاب منافعها، وادعى المجني عليه بقاءها؛ فالقول قول المجني عليه مع يمينه؛ لأن بقاء منافعها لا يعلم إلا من جهته، وله ديتها تامة، ثم قال: ولو كانت السن كاملة المنافع، فجنا عليها حتى تصدعت وتحركت، وهي باقية في موضعها؛ نظر، فإن ذهب بالجناية جميع منافعها حتى صار لا يقدر على المضغ بها؛ ففيها الدية تامة، وإن ذهب بها بعض منافعها؛ ففيها قولان، وفي نسخ «الحاوي»: نصف منافعها، وكذا نقل عنه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: أحدهما: عليها ديتها تامة؛ لأنه قد يكون السكوت من منافعها مساويًا بالمنافع غيرها، والقول الثاني فيها حكومة؛ لأن منفعة كل من معتبرة بها، ولو قيل: بوجه ثالث: إن ذهب أكثر منافعها كملت ديتها، وإن ذهب أقلها؛ ففيها حكومة اعتبارًا بالأغلب أكان له وجه؟ فإن اختلفا فالقول قول المجني عليه، فإن ذهاب منافعها لا يعلم إلا من جهته، انتهى.

ولفظ الشَّافِعِي في «الأم» في الصورتين: وأداؤها فم الرجل بمرضٍ أو كبرٍ، فاضطربت أسنانه أو بعضها فربطها تذهب، أو لم يربطها فقطع رجل

....

المضطربة، فقد قيل: فيها: عقلها تامًا، وقيل: فيها حكومة أكثر من الحكومة فيها لو ضربها رجل فاضطربت، ثم ضربها آخر فقلعها، وإذا ضربها رجل فنقصت، أي: تحركت انتظر بها قدرها بقول أهل العلم بها: إنها إذا أدركته، فلم تسقط؛ لم يسقط الأرش جاذب بعده، فإن سقطت؛ فعليه أرشها تامًا، وإن لم تسقط ففيها حكومة، ولا يتم فيه عقلها حتى تسقط، ولو أن رجلًا نقصت سنه؛ ثم أثبتها فثبتت حتى لا ينكر سدها لم يكن على الجاني عليها شيء، ولو نزعت بعدما كان فيها أرشها تامًا، فإن قال: أليست في السدة كما كانت كان القول قوله، وله فيها حكومة على الذي أنقصها، والحكومة على النازع.

وقيل: أرشها تامًا، هذا نصه بحروفه.

وفيه فوائد:

منها: اشتماله على ثلاث صور، وعلى الثانية منها يحمل كلام **الْمُتَوَلِّي** السابق، وما ذكره من الفرق قد تقدم بما فيه من النزاع والخبط، وقوله ﷺ في الصورة الثالثة: وله فيها حكومة على الذي أنقصها، والحكومة على النازع، ثم قوله: وقيل: أرشها تامًا ظاهرًا في ترجيح الأول، وهو أنه ليس على قالعها بعد تحريك الأول لها إلا الحكومة، وأنه مذهبه، ويؤيده أنه قال في آخر الباب بعد قوله: ولو جنى جان آخر فقلعها، وقد ثبتت صحيحة لا ينكر منها قوة، ولا لو ما كان فيها أرشها تامًا، وهكذا لو قطع لسان رجل أو شيء منه فأخذ له أرشًا؛ ثم ثبت صحيحًا كما كان قبل القطع، ففيه الأرش أيضًا تامًا، وإن نبت السن واللسان متغيرين عمًا كانا عليه من فصاحة اللسان، أو قوة السن، أو لونها ثم قلعت، ففيها حكومة، انتهى.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: فلو قلع سنًا سوداء كاملة المنفعة نظر إن كانت سوداء قبل أن يتعد، وبعده فعليه كمال الأرش، وإن كانت في الأصل بيضاء، فلما تعدى نبتت سوداء أو نبتت بيضاء؛ ثم اسودت من غير جناية، فعن نص **الشَّافِعِي** ﷺ: أنه يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: هذا لا يكون إلا لعلة حادثة، ففي قلعها الحكومة، وإن قالوا: لم يحدث ذلك لعلة، أو قالوا: مثل

....

هذا فقد يكون لمرض وعلة، وقد يكون لغير ذلك؛ وجب كمال الأرش.

قال الرَّافِعِي: والرد إلى الحكومة للمرض مع كمال المنفعة خلاف القياس.

قلت: وهذا النص رأيته في «الأم» كما ذكره، وهو مشكل، كما قال، ثم قال الشَّافِعِي: - رحمه الله - آخر الباب: ولو جنى الرجل على السن السوداء التي سوادها من مرض معلوم؛ نقص عند من عقلها بقدر ذلك على ما وصفت، انتهى.

ورأيت في «المعتمد» في اتفاق مسائل المذهب «المحرر» عن الشَّافِعِي - رحمه الله - ما لفظه: إذا كانت له سن سوداء، ففي قلعها الدية، وكذا إن كانت بيضاء فعادت سوداء، وقيل: إن كان ذلك في أصلها، وإن قيل: يحتمل أن بجنايته عليها ففي قلعها؛ الحكومة، انتهى.

فإن كانت هذه مسألتنا؛ فالنقل مختلف أو حصل في نسخ من «الأم» خلل، وفي «الحاوي»: في كل سن من أسنان المثغور، كذا سواء كانت بيضاء ملاحًا، أو سوداء فتاحًا كان ذلك من أصل الخلقة، أو طرأ عليها، أو كانت باقية المنافع، ثم ذكر في موضع آخر لو قلع سنًا سوداء، سئل عنها أهل العلم، فإن قالوا: سوادها من صدأ، أو طول مكث حملت ديتها، وإن قالوا: من مرض، ففي كمال ديتها قولان بناء على القولين في السن إذا ذهبت بعض منافعها، انتهى.

فرع: ضرب سِنَّه فاسودت، فهل الواجب الأرش أو الحكومة؟ فيه اختلاف نص، فقيل: قولان، ونزلها الجماهير على حالين: إن كانت المنفعة مع الاسوداد؛ وجب تمام الأرش، وإلا قالوا: وجب الحكومة، قال في «الأم»: لو جنى على سن فاسودت مكانها فعليه الحكومة، وإن ألمها، ثم اسودت بعده أذهبت، ثم اسودت بعمد، وإن أقامت مدة؛ ثم اسودت بعد سئل أهل العلم، فإن قالوا: هذا لا يكون إلا من جناية الجاني؛ فعليه حكومة إذا ادعى ذلك المجني عليه، وحلف، وإن قالوا: قد تجد من يقول قول الجاني مع يمينه، ولا حكومة عليه، انتهى.

وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُثْغَرْ فَلَمْ تَعُدْ وَبَانَ فَسَادُ الْمَنْبَتِ وَجَبَ الْأَرْشُ، ....

وعبارة «المعتمد»: فأدماها وآلمها واسودت مع بقاء الألم، ولم يدمها، ثم زال الألم، واسودت، واتفقا على حدوثه من مرضٍ فله حكومة، وإن اختلفا فأيهما صدقه؟ إذ لو انجبرت فالقول قوله مع يمينه، انتهى.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو قلع سنًا فيها شق أو بقت أو أكله، فإن لم يذهب بذلك شخص أجزائها لزمه جميع ديتها كاليد المريضة، وإن سقط بعض أجزائها سقط من ديتها قدر الذاهب، ولزمه باقي ديتها، انتهى.

وقوله: بقت في النتخ - هكذا بالثاء المثلثة منقوطًا- وأحسب صوابه نقب بالنون، وهو والآن بقيت النافذ بنقصه.

قال: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُثْغَرْ فَلَمْ تَعُدْ) أي: في أوان عودها، وقال أهل العلم: وقد حادث مدة نباتها.

(وَبَانَ فَسَادُ الْمَنْبَتِ) أي: بجناية.

(وَجَبَ الْأَرْشُ) أي: كان الأحسن أن يقول: وجب القصاص، أو الدية لئلا يوهم ألا قود؛ لعدم المكافأة حالة الجناية، ولم يذكر الشَّافِعِي والْمَاوَرْدِي، وجماعة قول الشيخين وغيرهما: وبان فساد المنبت، وكان هذا مرادهم، وأفهم كلامه أنه إن عادت؛ فلا أرش، فيقول: قال الرَّافِعِي: سبق في الجراح أنه لا يستوفي في الحال قصاص ولا دية؛ لأن الغالب عودها كالشعر يحلق، لكن ينتظر عودها فإن عادت فلا قصاص ولا دية وتجب الحكومة إن بقي شين، والأصل ما ذكر في الحكومات من الخلاف، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: أَنْ يَعُودَ مُسَاوِيَةً لِأَخَوَاتِهَا فِي الْمِقْدَارِ وَالْمَكَانِ فَلَا دِيَةَ فِيهَا وَلَا قَوَدَ، فَأَمَّا الْحُكُومَةُ فَإِنْ كَانَ قَدْ جُرِحَ مَحَلُّ الْمَقْلُوعَةِ حَتَّى أَدْمَاهُ لَزِمَتْهُ حُكُومَةُ جُرْحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَجْرَحْهُ فَفِي حُكُومَةِ الْمَقْلُوعَةِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا حُكُومَةَ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ لَوْ لَمْ تُقْلَعْ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: فِيهَا حُكُومَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَفْقَدَهُ مَنْفَعَتَهَا.

وَلَوْ قيل: بِوَجْهٍ ثَالِثٍ: إِنَّهُ إِنْ قَلَعَهَا فِي زَمَانِ سُقُوطِهَا فَلَا حُكُومَةَ فِيهَا،

……………………………………………………………………………

وَإِنْ قَلَعَهَا قَبْلَ زَمَانِهَا فَفِيهَا حُكُومَةٌ كَانَ مَذْهَبًا؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ زَمَانِ السُّقُوطِ نَافِعَةٌ وَفِي زَمَانِهِ مَسْلُوبَةُ الْمَنْفَعَةِ.

قال: وإن عادت مخالفة لبيان أخواتها، وهو أن يقاس الثنية بالثنية، والرباعية بالرباعية، والناب بالناب، وسفلى بسفلى لا عليا بسفلى.

ثم اختلافهما أربعة أقسام:

القسم الأول: في المقدار فإن عادت أطول من أختها فلا شيء عليه، وفي زيادة طولها، وإن شان وضر؛ لأن الزيادة ليست من الجناية.

قلت: حكاه في «المهذب» عنه، ولم يسمه، ثم قال: ويحتمل عندي أن يلزمه للطول؛ أي: حكومة، كما يلزمه أرش النقصان، وأثبته للعمراني وجهًا، قال الفارقي: وهو الصحيح؛ لأن لكل منسوب إلى جناية، وكذلك قال تلميذه في «الانتصار»: لزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها على أصح الوجهين، وكذا قال الرَّافِعِي في أوائل الجنايات: إنه أشبه الوجهين، انتهى.

ويشبه أن يقال: يراجع أهل العلم فإن قالوا: إن ذلك قوله من الجناية، أو من غيرها فلا، وإن توقفوا أو ترددوا؛ فتردد، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: وكذا لو ثبت معها سن زائدة، أي: فلا شيء عليه في نبات السن الزائدة، قاله في «الأم».

قال الْمَاوَرْدِي: وقد يؤخذ هذا من قوله في «الأم»: وإذا نبتت ناقصة الطول عن التي تقاربها نقصًا متفاوتًا فيها حكومة، وذكر ما سيأتي، والظاهر: أن لفظه بطول إذ لها أصول إلا ما يؤخذ، و«الأم» إذ أطول؛ ولهذا قال: وإن نبتت ناقصة الطول؛ لأنها إذا نبتت بطول نظرها فلا شيء عليه كما اقتضاه ما سبق عن نصِّه، وإن عادت أقصر من أختها فعليه من ديتها بقدر بعضها بحدوثه في الأغلب من جنايته.

قلت: كذا أطلقه في «الأم» في جراح العمد؛ قال هنا: وإن نبتت ناقصة الطول عن التي يقاربها نقصانًا متفاوتًا القسم كما وصفت؛ أي: في جراح

....

العمد أخذ له من أرشها بقدر نقصها، وقال الرَّافِعِي من قبل: ولم تنبت أطول مما كانت، أو نبتت معها سن ساعية فعليه حكومة في أشبه الوجهين، انتهى، وهو خلاف ظاهر النص.

قال: ولو تنبت أقصر مما كانت وجب بقدر النقصان من الأرش، انتهى.

قال: **القسم الثاني**: في المحل، فإن نبتت العائدة خارجة عن وصف أخواتها وداخلة، أو راكنة فإن ذهبت منافعها بخروجها عن محلها بخلوه، وانكشافه، ففيها الدية تامة، وإن بقيت منافعها فلا دية؛ لأنها قد سدت محلها، وقامت مقام أختها، وفيها حكومة لفتح يزورها.

قلت: وعبارة «الأم» أتم؛ حيث قال: وإن نبتت غير مستوية النبتة بعوج كان إلى داخل الفم أو خارجه أو في شق كانت فيها حكومة، انتهى.

وعبارة «الانتصار»: وإن نبتت خارجة عن نبت الأسنان، فإن كانت لا ينتفع بها لزمه دية السن التي قلعها؛ لأن الثانية لا تصلح خلفًا عنها، وإن كانت ينتفع بها لزمه الحكومة لما حصل بها من الستر، انتهى.

وحسن قول ابن الْقَطَّان: إذا قلعها، وكانت مستقيمة، فنبتت معوجة فعليه أرش الإعواج، وإن نبتت بدلها إلى جنبها من غير مغرز المقلوعة، ولم تنبت في مغرز المقلوعة شيء، فعليه دية للسن، وما نبت في غير ذلك الموضع شيء آخر.

والقسم الثالث: أن تقل منفعتها عن أختها مع نباتها من محلها، ففيها الدية تامة أو حكومة؟ فيه قولان، ولو قيل: تكمل ديتها إن ذهب أكثر منافعها، وحكومة إن ذهب أولها كان يذهب.

والقسم الرابع: اللون بأن يتغير لونها مع بياض غيرها، فإن تغير بصفرة أو خضرة، ففيها حكومة، وحكومة الخضرة أكثر من الصفرة، وإن تغير بسواد قال: فالصحيح من مذهب الشَّافِعِي- ﷺ - أن فيها حكومة أزيد من حكومة الخضرة والصفرة، وخرج قول: أن فيها دية تامة، انتهى.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ فَلَا شَيْءَ، ....

وما رجحه هو النص في «الأم» وإن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء، ففيها حكومة وكل واحد من هذا في الحكومة بقدر كثرة شين السود على الحمرة والحمرة على الصفرة، انتهى.

قال في «الأم»: وإن نبتت مفروقة الطرفين، ففيها بحساب ما نقص مما بين الفرقين، وكذلك إن كانت ناقصة أحد الطرفين وليس في شينها شيء في هذا الموضع، هذا لفظه، ولم أفهم آخره، وكأن المراد به ليس مع الواجب النقص بالندبة شين آخر للشين، والله أعلم.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ**) أي: قبل تبين حال طلوعها، وعدمه.

(**فَلَا شَيْءَ**) أي: فلا أرش؛ لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر: أنه لو عاش لعادت، وعلى هذا فيجب الحكومة لا كما أوهمه لفظ «المنهاج» وعبارة «المحرر»: لا يجب الأرش، نعم، قال **الْمُتَوَلِّي**: هذا على طريقة من تغير حالة الجناية، والألم وهم الجمهور، والثاني: يجب الأرش ثابتًا؛ لأن الجناية قد تحققت، والأصل عدم العود، قال الدارمي: وإن مات الصبي قبل أن تعود، فقيل: حكومة، وقيل: خمس، وقيل: لا شيء، انتهى.

وهذا ما أفهمه كلام «المنهاج».

إشارات: عبارة «الروضة» و«الشرحين»: ففي وجوب الأرش وجهان، وقيل: قولان، والعجب أن **الرَّافِعِي** نقلهما في آخر المسألة عن رواية القاضي ابن كج عن «الأم» وهو حق، وعبارة «الروضة» أصحهما، وعبارة **الرَّافِعِي** في كتبه الثلاثة أقواهما: أنه لا يجب، وعبارة «الحاوي»: ولو مات قبل زمان نباتها، فهل يجب دية تامة أو حكومة؟ فيه قولان مع نقله الخلاف الذي أشار إليه **الْمُتَوَلِّي**، والصواب: نقل الخلاف قولين.

قال في «الأم»: وإن مات المنزوعة سنه ولم يستخلف من فيه شيء، ففيها قولان: أحدهما: أن في سنه حكومة؛ لأن الأغلب أن لو عاش نبتت،

……

والثاني: أن فيها خمسًا من الإبل، ولا يخرج من أن يكون هذا فيها حتى يستخلف، هذا نصه.

قال الشَّافِعِي - ﷺ -: وإن استخلف، وعاش المنزوعة سنه مدة لا تبطئ السن المنزوعة إلى مثلها، ففيها عقلها تامًا في القولين، وإن مات في وقت تبطئ السن المنزوعة إلى مثلها، أو كانت إحداهما تقدمت الأخرى بأن ثغرت قبلها، كانت فيها حكومة في قول من قال في سن الصبي إذا مات قبل تمام نبات سنه حكومة، ودية في القول الآخر، وإذا ثغرت سن فطلعت فلم يلتئم طلوعها حتى تستوي بنظيرتها حتى قلعها رجل آخر انتظر بها؛ فإن نبتت ففيها حكومة أكثر من حكومتها لو قلعت قبل تثغر، وإن لم تنبت ففيها عقلها تامًا، وإذا قلعت سن الصبي فطلع بعضها ثم مات الصبي قبل أن يلتئم طلوعها فعليه ما نقص منها في قول من قال يلزمه ديتها إذا مات قبل طلوعها، وحكومة في قول من لا يلزمه في ذلك إلا حكومة، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو قلع قالع سن الصغير، وجاء آخر وجنى على منبته جناية أبطلت النبات، قال الإمام: لا وجه لإيجاب الأرش على الثاني، ولا عليهما، أما الأول: فيجوز أن يقال بوجوبه عليهما، ويجوز أن يقتصر على الحكومة، ولو سقطت منه بنفسها، ثم أفسد حال المنبت، فيجوز أن يقال: عليه الأرش؛ لأنه أفسد المنبت، ولم يسبق جناية بحال الفساد عليها.

قلت: وإيجاب الأرش على الثاني في الصورتين بعيد؛ إذ كيف يجب أرش سن ولا سن، ثم رأيت الْغَزَالِي، قال في «البسيط»: لو قلع سن صبي فجنى آخر على منبته، قال أهل البصر: جنايته أفسدت منبته، ولولا جنايته لعاد السن، فهذا محتمل مشكل يحتمل إحالة إفساد المنبت، وتقدير الجناية كاللون، ويحتمل إحالته على الجناية، والظاهر: أن القالع لا يلزمه إلا حكومة بلا وجه حالة إفساد المنبت، ويحتمل أيضًا تكميل الأرش عليه، ولو انقلع سن الصبي بنفسه، فأفسد المنبت بجنايته فيكمل الأرش، هنا أوجه: إذا لم يتقدم من غيره جنايته، ولا ينقدح بحال إيجاب الأرش على القالع والمفسدة، إذ لا

وَأَنَّهُ لَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَعَادَتْ لَا يَسْقُطُ الْأَرْشُ، ....

مناسبة من جنايتهما، والمسألة محتملة، ولا نقل فيها، انتهى.

والقياس على الظاهر أنه لا يجب على الثاني إلا حكومة جناية.

فائدة: قول المصنف وغيره: ولو قلع سن صبي لم يثغر، قد يشعر بأنه لو قلع سن بالغ لم يثغر أن الحكم يختلف، ويجوز أن يكون ذلك خرج على الغالب؛ لأن التقييد بالصغر، وعبارة جماعة: ولو قلع سن من لم يثغر.

وفي «النهاية» بعد الكلام: من قلع سن الصغير إذا بلغ الصبي في العاشرة، وله سن بعد لم يثغر، فقلع سن لم يثغر بها بلا شبه، فهل يقلع سن البالغ جريًا على إجراء نقص في الأعضاء الزائدة؟

قال شيخي لما راجعته في ذلك: لا قصاص في الحال، فإن سن المجني عليه إن عاد فقد لا يعود سن الجاني، فإن لم يعد سن المجني عليه، ورأينا القصاص فيه كما سبق، فيقلع سن من لم يعد، فالسن بالسن، وإن عادت فهذا للعود معتبر بلا خلاف، فيقول: فلو لم يعد سن المجني عليه، وعاد سن الجاني، فهل يقلع سنه الثاني؟ فيه خلاف، ويظهر هاهنا أن يقلع ثانيًا، فإن الأول لم يكن مثغورًا، أو إن لم يقلع فلا شك في كمال الأرش سن المجني عليه، فتأملوا ترشدوا إن شاء الله تعالى.

ولخصه في «البسيط» فقال: إذا بلغ وهو ابن عشر، ولم يثغر فقلع سن صبي لم يثغر فلا قصاص في الحال؛ لأنه ربما يعود سن المجني عليه دون سن الجاني عاد سن المجني عليه، فهذا عود معتبر بالاتفاق، فلا يمكن قلع سن الجاني، وربما لا يعود، فإن لم يعد سن المجني عليه قلعنا سن الجاني، فإن لم يعد فهو المقصود، وإن لم يعد فهذا العود معتبر بالاتفاق، فهل يعود إلى قلعه ثانيًا، وثالثًا؟ فيه خلاف، ذكرناه في كتاب القصاص، وإن لم يقلع فلا خلاف في إكمال الأرش في سن المجني عليه، انتهى.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَعَادَتْ لَا يَسْقُطُ الْأَرْشُ**) إنما عدل عن عبارة «المحرر» والأصحاب، ولو أخذ الأرش، فعادت السن لا يسترد لعدم السقوط

وَلَوْ قُلِعَتْ الْأَسْنَانُ فَبِحِسَابِهِ، وَفِي قَوْلٍ لَا يَزِيدُ عَلَى دِيَةٍ إنْ اتَّحَدَ جَانٍ وَجِنَايَةٌ.

إلا أن عدم الاسترداد أولى؛ إذ قد يتوهم السقوط عند عدم الأخذ، والخلاف في الاسترداد على أن العائد يقوم مقام الأول، أو هبة محدودة من الله تعالى بلا توقع وانتظار، فلا يسقط بها ضمان ما أتلفه عليه من قود وأرش، وقد سبق في الجراح في ذلك قولين، وأن الأظهر عدم السقوط.

فرع: من «الأم»: وإذا نزعت سن الصبي فاستخلف فوه، ولم تستخلف فأخذ لها أرشها ثم نبتت رد الأرش، انتهى.

والظاهر: أن هذا المجزوم به على القولين؛ لأنه بان لنا بعودها فساد ظننا عدمه، وهذه الصورة تؤخذ من قول المصنف: سن مثغور، نعم، لو ثغر الصبي؛ ثم نبتت المثغورة؛ ثم قلعها قالع بعد كمالها، وجاء وقت نباتها في العادة، فلم تنبت فأخذنا أرشها، ثم نبتت فهل يكون كصورة النص أو يكون على القولين؟ فيه احتمال، ويحتمل أن يراجع أهل البصيرة في توقع عودها لمن لم يثغر، واستبعاده كالمثغور البالغ.

قال: (**وَلَوْ قُلِعَتْ الْأَسْنَانُ فَبِحِسَابِهِ**) أي: فيجب لكل سن خمسة أبعرة للحديث، فإذا كان كامل الأسنان، وهي اثنتان وثلاثون في غالب الفطرة، أربع ثنايا، وأربع رباعيات، ثم أربع ضواحك، وأربع أنياب، وأربع نواجذ، وثنتا عشرة أضراس، ويقال لها: الطَّوَاحِينَ، فيجب له مائة وستون بعيرًا.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: لَا يَزِيدُ عَلَى دِيَةٍ إنْ اتَّحَدَ جَانٍ وَجِنَايَةٌ**) أي: الأسنان جنس متعدد من الأجزاء، أو الأطراف، ولا يضمن بأكثر من دية ما نقص، كالأصابع، والمذهب الأول، ومنهم: من قطع به رد الخلاف، كما قاله فيما إذا اتحد الجاني والجناية، فإن تعدد الجاني والجناية، فإن تعدد الجاني: بأن قلع أحدٌ عشرين سنًا مثلًا، ثم قلع آخر الباقي، فعلى كل واحد منهما أرش ما قلعه قطعًا، ولو اتحد الجاني، وتعددت الجناية، فإن تخلل الاندمال بأن قلع سنًا، وتركه حتى ترأب اللثة، وزال الألم، ثم قطع سنًا أخرى، وهكذا إلى استيعاب الجميع، فعليه بكل سن أرش كامل قطعًا، وإن لم يتخلل الاندمال، فطريقان:

وَكُلُّ لَحْيٍ نِصْفُ دِيَةٍ ....

أحدهما: القطع بالتعدد أيضًا؛ لتعدد الأفعال وهي ظاهر كلام الكتاب، وأظهرهما: أنه على القولين؛ لأن الجنايتين فأكثر قبل الاندمال بمثابة الجناية الواحدة، وصورة الجناية الواحدة أن يسقطها جميعًا بضربة واحدة، أو شقيه، وأسقطها، ولو زادت الأسنان على خلاف العدد الغالب فوجهان:

أحدهما: يجب بكل سن مما زاد خمس أيضًا الظاهر الجبر، وإطلاق «المنهاج» وغيره، ونصوص الشَّافِعِي توافقه.

والثاني: أن الواحد لما زاد الحكومة ذكره ابن الْقَطَّان؛ لأن الغالب في الأسنان التعدد المتقدم، والزائد عليه كإصبع زائدة، هكذا أرسلا الوجهين، ونقلهما الرُّويَانِي في «البحر» ورجح الْمُتَوَلِّي في جواهر الأول، ويجب أن يكون محلهما فيما إذا كانت الزوائد على سمت الأسنان الأصلية لا يعلم أهل البصر الزائدة من الأصلية، لو كانت على غير سمتها، أو خارجة، أو داخلة، وتسمى: الساعية؛ ففيها حكومة بلا خلاف.

قال: (**وَكُلُّ لَحْيٍ نِصْفُ دِيَةٍ**) وهو بفتح اللام، وحكى كسرها، وعبارة «المحرر» والشَّافِعِي، والأصحاب في اللحيين العظيمان اللذين تنبت عليهما الأسنان السفلى، وفي أحدهما: إذا نبت الآخر النصف، قال الشَّافِعِي - ﷺ - والأصحاب: وإن لم ينبت وسقط معه، ففيها الدية معًا.

قال الْمَاوَرْدِي: واللحيان يجمع متقدمهما في الذقن، ومؤخرهما في الأذن.

واعلم أنه ليس في اللحيين خبر يعتمد، وإنما أوجبنا فيهما الدية لما فيهما من كثرة الجمال، وعظم المنافع، وأن ذهابهما أحرق على النفس، وأسلب للمنافع من الأذن، فكانا بإيجاب الدية أولى، وأوجبنا في أحدهما الدية إن نبت الآخر إلحاقًا بغيرهما من الثاني، ولا أعلم في ذلك خلافًا عندنا.

قال الْمُتَوَلِّي وفي إيجاب الدية فيهما إشكال، ولم يرد به خبر: وَالْقِيَاسُ لَا يَقْتَضِيهِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنَ الْعِظَامِ الدَّاخِلَةِ فَيُشْبِهَانِ التَّرْقُوَةَ وَالضِّلْعَ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَا دِيَةَ

وَلَا يَدْخُلُ أَرْشُ الْأَسْنَانِ فِي دِيَةِ اللَّحْيَيْنِ فِي الْأَصَحِّ.

فِي السَّاعِدِ وَالْعَضُدِ وَالسَّاقِ وَالْفَخِذِ، وَهِيَ عِظَامٌ فِيهَا جَمَالٌ وَمَنْفَعَةٌ، وأقره الشيخان على استشكاله.

قال الْمَاوَرْدِي: **فَأَمَّا الْقَوَدُ فَإِنْ أَمْكَنَ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا وَجَبَ، وَإِنْ تَعَذَّرَ سَقَطَ**، إذا عرفت هذه، فإن لم يكن عليهما أسنان لطفولية، أو تنافرت لهرم، أو آفة، أو جناية، ففيها الدية كاملة؛ لأنهما وقاية اللسان، ويمنعان ما يدخل الجوف، ويردان الطعام من يدخله، وإن كان عليهما أسنان فسنذكره.

قال: (**وَلَا يَدْخُلُ أَرْشُ الْأَسْنَانِ فِي دِيَةِ اللَّحْيَيْنِ فِي الْأَصَحِّ**) إذا كان على الجنين الأسنان فحاصل الخلاف طريقان المذهب المنصوص، فيهما في «المختصر» و«الأم» والْبُوَيْطِي: أنه يجب في الجنين الدية، وأرش الأسنان، ولا تداخل، وعلى ذلك اقتصر العراقيون، ونقل المراوزة، أو بعضهم في التداخل وجهين:

أصحهما: ما ذكرنا، **والثاني**: يجب دية اللحيين فقط، ويدخل فيها أروش الأسنان ليست متصلة، وإنما هي معروفة فيهما بخلاف الأصابع.

والثاني: أن أحدهما منفرد باسمه عن الآخر، واسم اليد يشمل الأصابع والكتف.

والثالث: أن اللحيين يتكامل خلقهما مع عدم الأسنان في الصغر، ويبقيان على حالهما بعد ذهاب الأسنان في الكبر، ولا يكمل خلق اليد إلا بأصابعها، ولا تكون يدًا كاملة بعد ذهابها.

والرابع: أن اللحيين منافع غير حفظ الأسنان، والأسنان منافع غير منافع اللحيين، فأقر بكل واحد بحكمه بخلاف اليد، فإنه إذا زالت بطلت منافعها، فصارت تبعاتها، وبهذا فرق الشَّافِعِي- ﷺ - في «الأم».

فرع: قال في «الأم»: وإن ضربا فيبسا حتى لا ينفتحا ولا ينطبقا كانت فيهما الدية، وكذلك لو انفتحتا فلم ينطبقا، ولم ينفتحا ففيهما الدية، ولا شيء في الأسنان؛ لأنه لم يجن عليها، بل على اللحيين، وإن كانت منفعة الأسنان

وَكُلُّ يَدٍ نِصْفُ دِيَةٍ إنْ قُطِعَ مِنْ كَفٍّ، فَإِنْ قُطِعَ مِنْ فَوْقِهِ فَحُكُومَةٌ أَيْضًا.

قد ذهبت، انتهى.

وذكره الْمَاوَرْدِي وغيره من الفريقين، وقال الرَّافِعِي في كلامه على إيجاب الدية في تعذر المضغ: واعلم أن بقدر المضغ يتطلب الغرس.

تنبيه: يتعذر المشي بكسر الصلب، فيشبه أن يجيء في تكمل الدية في السن المعطل يتطلب المغرس الخلاف المذكور في الرجل المعطلة بكسر الصلب، انتهى.

قال: (**وَكُلُّ يَدٍ نِصْفُ دِيَةٍ إنْ قُطِعَ مِنْ كَفٍّ**) أي: لحديث عمرو بن حزم: «**وَفِى الْيَدِ خَمْسُونَ**» كذا، رواه مالك، والشَّافِعِي، وأبو داود، ولفظ النسائي: «**وَفِي الْيَدِ الْوَاحِدَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ**».

قال ابن المنذر وغيره: وأجمع أهل العلم على أن في اليد نصف الدية، وأجمعوا أن في اليدين الدية، وإنما حملت اليد على الخبر على الكف؛ لقوله تعالى: ﴿فَاقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨] وقطع عليه الصلاة والسلام من مفصل الكف، هذا هو المذهب، وعن أبي عبيد بن حربويه- رحمه الله -: أن نهاية اليد التي يجب فيها الدية: الإبط والمنكب، ويجب فيما دون ذلك قسطه من الدية، وينبه هنا الصورة ذكرهما الشَّافِعِي والأصحاب في باب صول الفحل: وَهِيَ أَنَّهُ لَوْ أَتَى الدَّفْعَ عَلَى قَطْعِ يَمِينِ الصَّائِلِ فَوَلَّى فَتَبِعَهُ فَقَطَعَ يَسَارَهُ لَزِمَهُ قَوَدُهَا، فَلَوْ عَادَ الصَّائِلُ بَعْدَ قَطْعِ يَدَيْهِ فَدَفَعَهُ الْمَصُولُ عَلَيْهِ عَنْ نَفْسِهِ ثَانِيًا فَأَتَى ذَلِكَ الدَّفْعُ عَلَى قَطْعِ إحْدَى رِجْلَيْهِ ثُمَّ مَاتَ لَزِمَهُ ثُلُثُ الدِّيَةِ لِيَدِهِ الْيُسْرَى، وَإِنْ أَتَى الدَّفْعُ عَلَى قَطْعِ يَدَيْهِ ثُمَّ قَطْعِ إحْدَى رِجْلَيْهِ بَعْدَ أَنْ وَلَّى لَزِمَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ هَذَا لَفْظُ «الْمُعْتَمَدِ» وَذَكَرَهَا الْأَصْحَابُ بِمَعْنَاهُ، ووجهه ظاهر، فهذه صورة قطعت فيها اليد عمدًا عدوانًا، ولا يلزم القاطع، وهو المصول عليه في مسألتنا إلا ثلث الدية، فقس بذلك ما يضاهيه، وهو واضح، وقد يغفل عنه.

قال: (**فَإِنْ قُطِعَ مِنْ فَوْقِهِ فَحُكُومَةٌ أَيْضًا**) أي: مع نصف اليد الزائد؛ لأنه ليس بتابع، وليس فيه أرش مقدر بخلاف الكف مع الأصابع؛ لأنهما كالعضو

وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشَرَةُ أَبْعِرَةٍ، وَأُنْمُلَةٍ ثُلُثُ الْعَشَرَةِ، وَأُنْمُلَةِ الْإِبْهَامِ نِصْفُهَا.

الواحد، هذا عند اتحاد الجناية في الحال، وإن لم يكن كذلك، وحكي ما سبق في الأسنان، وما جزم به المصنف هو المذهب، وفيه ما سبق عن أبي عبيد صرح به الأئمة، وردوا عليه بأن الدية تكمل في الأصابع فقط بالنص.

قال: **(وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشَرَةُ أَبْعِرَةٍ)** أي: لحديث عمرو بن حزم: **«دِيَةُ أَصَابِعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ سَوَاءٌ، عَشْرَةٌ مِنَ الْإِبِلِ لِكُلِّ أُصْبُعٍ»** رواه ابن حبان والحاكم في «صحيحه» وسواء في ذلك جميع الأصابع عندنا، وعند جمهور العلماء من أصحابه، وغيرهم.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف وغيره إن لم يحمل على المعهود الغالب أنه لو خلق له ست أصابع أصلية، كما شاهدته في الرجل أنه يجب فيها ستون بعيرًا، ولا أحسبه مراد، أو كلامهم على هذه الصورة إياه، ويقتضي أنه لا يجب فيها أكثر من نصف الدية قطعًا، فيؤخذ في الإصبع الواحدة من الست سدس دية.

(وَأُنْمُلَةٍ ثُلُثُ الْعَشَرَةِ) ونقل ابن المنذر الإجماع فيه هذا هو الغالب، فلو خلق لإصبع أربع أنامل، وحكم البصر أنها أصلية كلها لم يجب الواحدة منها إلا ربع دية الإصبع كما صرحوا به في الجراح، وبعضهم هنا كما سيأتي.

قال: **(وَأُنْمُلَةِ الْإِبْهَامِ نِصْفُهَا)** أي: توزيعًا للقدر عليهما إذ له أنملتان فقط.

وقال **الْمَاوَرْدِي** هنا: إذا تقسطت دية الكف على أعداد أصابعها وجب أن يقسط دية الإصبع على أعداد أناملها، فيكون في كل أنملة كذا، وذكر ما سبق في الإبهام وغيره.

ثم قال: فلو خلق لرجل في إبهامه ثلاث أنامل وجب في كل أنملة منها ثلث دية الإصبع، ولو خلق له في غيرها أربع أنامل في كل أنملة منها ربع ديتها، ولو خلقت له خمس أنامل في كل أنملة خمس ديتها، وكذلك لو نقصت فكانت أنملتين كان في أحديهما نصف ديتها، فإن قيل: فلِمَ قسَّطْتُم دية الإصبع على أعداد الأنامل على ما زاد ونقص، ولم يقطعوا ذلك في الأصابع إذا

وَالرِّجْلَانِ كَالْيَدَيْنِ.

زادت، ونقصت وجعلهم في الإصبع الزائد حكومة، وقلنا الفرق من وجهين:

أحدهما: أنه لما اختلفت الأنامل في أصل الخلقة المعهودة أن فيها حكم الخلقة النادرة.

والثاني: أن الزائدة من الأصابع متميزة، والأنامل غير متميزة، فكذلك اشترك الأنامل وتفردت الأصابع، انتهى.

قال: (**وَالرِّجْلَانِ كَالْيَدَيْنِ**) في جميع ما ذكره وذكرناه، ففيهما جميعًا كمال الدية، وفي أحديهما لحديث عمرو: «**وَفِي الرِّجْلِ الْوَاحِدَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ**» رواه النسائي وصححه ابن حبان وغيره، ويكمل ديتها بالتقاط أصابعهما والقدم كالكف، والساق كالساعد، والفخذ كالعضد، وأنامل أصابعهما كأنامل أصابع اليدين.

تنبيهات: رجل الأعرج كالسليمة لرجل الصحيح؛ لأن الخلل في غيرها لو قطع رجل بقدر منها بكسر الفقار فالواجب ديتها إلا الحكومة في الأصح؛ لأنها صحيحة لا آفة بها، وخلل غيرها لا يوجب نقصان بدلها، هكذا قاله الرَّافِعِي هنا، وسبق عن النص في الجناية على اللحيين وما يوافق الوجه الآخر، ولم أر فيه خلافًا، ويجب معهم الرَّافِعِي فيه، والمذكور في «تعليق» المروزي: أنه إذا كسر صلبه فانجبر معوجًا تجب حكومة، فإن لم يتجبر تجب الدية ويثبت عجزه عن المشي لا يجب شيء؛ لأن الرجل نفت على سلامته، انتهى.

وأحسبه المذهب، وربما تعتد المسألة ما سبق في دية اليد والرجل فيما إذا كان له من كل جانب يد واحدة، أو رجل واحدة أما لو خلق له كفان على معصمهم، أو رجلان على ساق ونحوه، ففيه تفصيل طويل في المطولات لا نطيل به.

قاعدة: قال الشَّافِعِي - ﷺ -: كل ما قلت فيهما الدية، ففي أحدهما نصف الدية.

قال الْمَاوَرْدِي: بالنص والإجماع، والإشلال كالقطع في إيجاب الدية

وَفِي حَلَمَتَيْهَا دِيَتُهَا، وَحَلَمَتَيْهِ حُكُومَةٌ، وَفِي قَوْلٍ دِيَتُهُ.

قطعًا إلا في العود على المذهب كما سبق.

قال: **(وَفِي حَلَمَتَيْهَا دِيَتُهَا)** أي: سواء ذهب ذلك منفعة الأصل عاملًا أما في الأول بالإجماع، كما قاله ابن المنذر، وأما في الثانية فعندنا وعند الجمهور لما فيهما من الجمال، ومنفعة الإرضاع، وفي خديهما نصفها، والحلمة رأس الثدي الذي يلقمه المرضع، ويقال المجتمع ثابتًا على رأس الثدي.

قال الرَّافِعِي: وهذه العبارة أحسن لتناولها حلمة الرجل، قال الإمام: وكون الحكمة في الغالب تخالف كون الثدي، وحواليها دائرة على كونها، وهي من الثدي لا من الحلمة، ولو قطع الثدي مع الحلمة لم يجب إلا دية، ويدخل فيها حكومة الثدي، وفيه وجه أو قول: أنها لا تدخل.

قال الشَّافِعِي - رحمه الله -: وإذا سلمها بالجناية، ففيها الدية تامة أو أحدهما فنصفها.

قال الْمَاوَرْدِي: وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ أَجْزَائِهَا كَانَ فِيهِ مِنَ الدِّيَةِ بِقِسْطِهِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ قِسْطُ الْمَقْطُوعِ مِنْ نَفْسِ الْحَلَمَةِ أَوْ مِنْ جَمِيعِ الثَّدْيِ، عَلَى قَوْلَيْنِ مِنِ اخْتِلَافِ قَوْلَيْهِ فِي قَطْعِ بَعْضِ حَشَفَةِ الذَّكَرِ هَلْ يَعْتَبِرُ قِسْطَهُ مِنَ الْحَشَفَةِ أَوْ مِنْ جَمِيعِ الذَّكَرِ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ يأتيان.

قال: **(وَحَلَمَتَيْهِ حُكُومَةٌ)** أي: لأنه إتلاف كمال فقط.

(وَفِي قَوْلٍ دِيَتُهُ) أي: دية الرجل للقاعدة: أن كل ما وجب فيه الدية من المرأة وجبت فيه من الرجل.

قال الرَّافِعِي: يقال أنه مخرج، وقيل: لا يجب إلا الحكومة قطعًا.

قلت: القولان في «الأم» المذهب منهما ما رجحناه، وبه صدر كلامه جازمًا به، وفرق بأن في ثديهما منفعة الرضاع، ولها فيها كمال، ولولدها فيهما منفعة، وعليها بهما شين لا يقع ذلك الموقع من الرجل في جماله ولا شين عليه كهي، ثم فرع على ذلك، ثم قال في آخر المسألة: وقد قيل: في ثدي الرجل الدية، انتهى.

وَفِي أُنْثَيَيْنِ دِيَةٌ. وَكَذَا ذَكَرٌ وَلَوْ لِصَغِيرٍ وَشَيْخٍ وَعِنِّينٍ.

والأول هو المنصوص في «المختصر» ولم يذكر في النذر عن الشَّافِعِي - ﷺ - سواه، قال الْمَاوَرْدِي: وفي قطع أحديهما نصف دية ونصف حكومة فيه القولان.

قال: (وَفِي أُنْثَيَيْنِ دِيَةٌ) أي: وفي إحديهما نصف يسوي فيه اليمنى واليسرى، وسواء العنين، والمجنون، والطفل، والشيخ الهرم، وغيرهم؛ لحديث عمرو بن حزم في الأنثيين، وفي لفظ: «فِي الْبَيْضَتَيْنِ الدِّيَةُ» رواه النسائي وغيره وصححه ابن حبان وغيره، وبه قال جماعة من الصحابة ﷺ.

قال ابن المنذر: وعوام أهل العلم، فأشار إلى الإجماع إلا قول ابن المسيب أن في اليسرى ثلث الدية؛ لأن الولد يكون منها، وفي اليمنى الثلث.

إشارة: سبق في «الروضة» أن في أشلالهما القصاص، وإن الذي قاله الشَّافِعِي، والرَّافِعِي، والأصحاب في شلهما بالشين المهملة، وأنه الوجه، وقال في «الأم» هاهنا: ولو أن رجلًا وجأ رجلًا كما توجأ البهائم، أي: فإن كانت تدرك علم ذلك أنه لو أوجي كان ذلك كالشلل فيهما، ففيه الدية كما لو ضرب يده فشلت، وإن كان لا يدرك علم ذلك إلا بقول المجني عليه، فالقول قوله مع يمينه، وعلى الجاني الدية إن كان أدرك علم ذلك في غيره فقط، انتهى.

فرع: ولو ذهب ماؤه بقطع أنثييه استحق ديتان، وقيل: في ذهاب المني: حكومة، وبه جزم الضميري، ولم أر الأول في كلام الشَّافِعِي- ﷺ - فالله أعلم.

قال: (وَكَذَا ذَكَرٌ) أي: سليم لحديث عمرو بن حزم: «وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ» رواه من ذكرناه أيضًا؛ ولأنه آلة التناسل، وذلك من أعظم المنافع.

قال: (وَلَوْ لِصَغِيرٍ وَشَيْخٍ وَعِنِّينٍ) أي: وخصي لإطلاق الحديث، والصبي من لا يأتي النساء، والعنة عيب في غير الذكر؛ لأن الشهوة في القلب، والمني في الصلب، وليس الذكر بمحل لأحدهما، وكان سليمًا من العنين بخلاف الأشل، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن في الذكر بمحل لأحدهما،

وَحَشَفَةٌ كَذَكَرٍ، وَبَعْضُهَا بِقِسْطِهِ مِنْهَا وَقِيلَ مِنَ الذَّكَرِ، ....

وكان سليمًا من العنين بخلاف الأشل، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية، رواه من ذكرناه عن قتادة، فإنه قال: في ذكر الذي لا يأتي النساء ثلث ما في ذكر الذي يأتي النساء، ولا معنى لقوله هذا، وقال الشَّافِعِي رضي الله عنه وسعيد بن عبد العزيز في ذكر الخصي: ما في ذكر الذي يأتي النساء، ولا معنى لقوله هذا، وقال- رحمه الله - وسعيد بن عبد العزيز في ذكر الخنثى: ما في ذكر الفحل على ظاهر الحديث.

وقال مالك والثوري وأحمد وأصحاب الرأي: فيه حكومة، وقال قتادة، وإسحاق: فيه ثلث الدية، وبالقول الأول أقول، انتهى.

قال: (وَحَشَفَةٌ كَذَكَرٍ) أي: فيجب فيها وحدها الدية؛ لأن ما عداها من الذكر كالتابع لها كالكف مع الأصابع؛ لأن معظم منافع الذكر تتعلق بها، وأحكام الوطء تدور عليها.

قال: (وَبَعْضُهَا بِقِسْطِهِ مِنْهَا) لأن الدية تكمل بقطعها قسطت على أبعاضها.

(وَقِيل: مِنْ الذَّكَرِ) لأنه لأصل المقصود بكمال الدية، فإن قطع نصفها، وهو سدس الذكر وجب نصف الدية على الأول، أو سدسها على الثاني، قال جماعة: ورأيته نصًا في «الأم» وهذا إذا لم يختل مجرى البول بأن قطع بعض الذكر، فإن اختل فعليه أكثر الأمرين من قسطه من الدية وحكومة فساد المجرى(١).

قيل: والخلاف مبني أن مقطوع الحشفة إذا ولج الباقي، هل يتعلق أحكام الوطء بمقدار الحشفة أو بجميعه؟

---

(١) قال الخطيب: مَحلُّ مَا ذُكِرَ إِذَا لَمْ يَخْتَلَّ مَجرَى الْبَوْلِ، فَإِنْ اخْتَلَّ فَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِسْطِ الدِّيَةِ وَحُكُومَةِ فَسَادِ الْمَجرَى كَمَا نَقَلَاهُ عَنْ الْمُتَوَلِّي وَأَقَرَّاهُ، وَلَوْ قَطَعَ بَاقِيَ الذَّكَرِ بَعْدَ قَطْعِ الْحَشَفَةِ أَوْ قَطَعَهُ غَيْرُهُ وَجَبَتْ فِيهِ حُكُومَةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَهُ مَعَهَا كَمَا عُلِمَ مِمَّا مَرَّ، فَإِنْ شَقَّ الذَّكَرَ طُولًا فَأَبْطَلَ مَنْفَعَتَهُ وَجَبَتْ فِيهِ دِيَةٌ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ فَأَشَلَّهُ، وَإِنْ تَعَذَّرَ بِضَرْبِهِ الْجِمَاعُ بِهِ، لَا الِانْقِبَاضُ وَالِانْبِسَاطُ فَحُكُومَةٌ؛ لِأَنَّهُ وَمَنْفَعَتَهُ بَاقِيَانِ وَالْخَلَلُ فِي غَيْرِهِمَا، فَلَوْ قَطَعَهُ قَاطِعٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصِ أَوْ كَمَالُ الدِّيَةِ كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ أَمَّا الذَّكَرُ الْأَشَلُّ فَفِيهِ حُكُومَةٌ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٥/ ٤٨٣).

وَكَذَا حُكْمُ بَعْضِ مَارِنٍ، وَحَلَمَةٍ. وَفِي الْأَلْيَتَيْنِ الدِّيَةُ وَكَذَا شُفْرَاهَا.

إشارة: مع «المحرر» في أحكامه الخلاف وجهين، وهما قولان منصوصان في «الأم» وكذا أوردها العراقيون، وحكى جماعة الخلاف طريقين: **المذهب**: على الحشفة فقط، **والثانية**: على قولين كذا صنع في «الروضة» قال في «الأم»: وإن كانت الجناية في الحشفة ففيها قولان فذكرهما؛ ثم قال: ولو قطع من الذكر حذية أو جافها فكان الماء والبول ينصب منها كان فيها الأكثر مما ذهب من الذكر بالقياس أو الحكومة في نقص ذلك وعيبه في الذكر، هذا لفظه.

قال: (**وَكَذَا حُكْمُ بَعْضِ مَارِنٍ، وَحَلَمَةٍ**) إذا قطع مارن أو بعض حكمه، هل يثبت المقطوع إلى المارن كله إلى المنخرين فقط؟ وهل يثبت المقطوع من الحلمة إلى الحلمة فقط إلى جميع البدن؟ فيه الخلاف، وسبق عن «الحاوي»: أن القولين في الحلمة مأخوذان من القولين في الحشفة.

قال: (**وَفِي الْأَلْيَتَيْنِ الدِّيَةُ**) أي: لما فيهما من الجمال والمنفعة لظاهره في القعود والركوب وغيرهما، وفي أحديهما نصفها، وسواء في ذلك أليتا الرجل والمرأة الصغير والكبير، وسواء صغرتا أم كبرتا.

قال في «الأم»: وهما كل ما أشرف على الظهر من المأكمتين إلى ما أشرف على الفخذ، وعبروا عن ذلك بقولهم: وهما ما أشرف على الظهر والفخذين، قالوا: ولا يشترط نزع العظم، وإيصال الحديدة إليه، ولو قطع بعض أحديهما وجب قسطه إن عرف قدره، وأمكن قسطه وإلا فالواجب الحكومة.

قال في «الأم»: فلم يبين، أي: بل بقي معلق بالجلد ثم اعتد، فالملتحم كان فيه حكومة ما قطع منها فبان ثَمَّ.

قلت: واستخلف فسواء لا يسقط بالبيان شيء مما وجب، وهذا ظاهر المذهب، وفيه وجه مخرج مما قيل: في اللسان إذا ثبت.

قال: (**وَكَذَا شُفْرَاهَا**) أي: شفري المرأة، وَهُمَا إِسْكَتَاهَا كما قاله

وَكَذَا سَلْخُ جِلْدٍ، إنْ بَقِيَ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، وَحَزَّ غَيْرُ السَّالِخِ رَقَبَتَهُ].

الفقهاء، وبه عبر الشَّافِعِي ﷺ ولأهل اللغة فرق بينهما، وفي أحديهما نصفها؛ وسواء في ذلك السمينة والهزيلة، والبكر والثيب، والرتقاء والقرناء والمجنونة، وغيرها، وفي إشلالها الدية، ووجه ذلك بأن فيهما جمال ومنفعة، وبهما يقع الالتذاذ بالجماع.

قال الرَّافِعِي: والشفران: هما اللحمان هما المشرفان على المنفذ، ويقال: المحيطان به إحاطة الشفتين بالفم، ويقال: هما القدر الناتئ عند الانطباق من اللحمين المحيطين بالفرج، والضم عليه من جانبيه.

وقال ابن المنذر: روينا عن مجاهد عن الحارث بن سفيان أنه قضيَّ في شفري المرأة إذا قلع العظم بدتها، وبه قال الشَّافِعِي، والثوري قال: إذا يقدر على جماعها فالدية، انتهى.

قال: **(وَكَذَا سَلْخُ جِلْدٍ، إنْ بَقِيَ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ)** أي: بعد سلخه.

(وَحَزَّ غَيْرُ السَّالِخِ رَقَبَتَهُ) أي: والأصل فيه الحياة نفسًا، وعبارته توهم أن الدية إنما تجب الدية مع بقاء الحياة المستقرة إذا جز غير السالخ رقبته، لا إن مات بسبب آخر غير السلخ؛ والمراد: أنه إنما يظهر وجوب الدية إذا مات بسبب آخر غير السلخ؛ كجز الغير رقبته أو بعد سلخ جلده يوزع مساحة الجلد على جميع البدن، ما يخص اليدين يحط من دية اليدين، ويجب الباقي، هكذا ذكره ولم أره لغيره.

وقال الرَّافِعِي وعلى هذا القياس: أو قطع يد إنسان؛ ثم جاء آخر وسلخ جلده فيجب عليه دية الجاني، ويحط قسط اليدين من الجلد.

واعلم أن مراد الإمام ما يشعر أنه إيجاب الدية سلخ الجلد لا التوزيع كما يفهمه نقل الرَّافِعِي يوضح ذلك قول «البسيط» زاد الشيخ أبو علي تكميل الدية في الأسنان برفع ذلك عن جميع يديه، ولم يره لغيره وهو محتمل، انتهى.

وإيجاب الدية في سلخ الجلد ذكره صاحب «التلخيص» فيه، وجرى عليه الشيخ أبو علي، وأكثر كتب الأصحاب التي رأيتها ساكتة عن ذلك، والمذكور

……

في شرح «كفاية» الضميري، و«الحاوي»: أن الواجب في سلخ الجلد الحكومة، ولا يبلغ بها دية النفس، ويعتبر أنه قاله، فإذا عاد جلده كانت حكومته أقل منها إذا لم يعد، انتهى.

والظاهر: أنهما أخذا ذلك بما سيحكيه عن الشَّافِعِي، وما ذكراه قول «التنبيه»، وفي جميع الجراحات سوى ما ذكرناه في الحكومة، ولم يذكر تسلخ الجلد في «فروع» أبي الحسين بن الْقَطَّان إذا سلخ رجلًا جميع الجلد رجل قيض الشَّافِعِي ﷺ أن فيه حكومة، والصحيح عندي: أنه يجب فيه دية لا سيما أن سلخه من رأسه، ولعل الشَّافِعِي ﷺ إنما نص فيمن سلخ بعض جلده، انتهى.

وعبارة نص «الأم» محتملة جدًّا، قال الشَّافِعِي: لو أن رجلًا سلخ شيئًا من جلد يد رجل، فلم يبلغ أن تكون جائفة، وعاد الجلد فالتأم أو سقط الجلد فنبت غيره، فعليه حكومة وإن كان عمدًا؛ فاستطاع إليه أخذ منه، النص منه، وإلا فدية في ماله؛ هذا نصه بحروفه.

ومنه أخذ صاحب «التلخيص» حيث قال: يجتمع على الرجل من دياته تسع عشر دية إلى أن قال: وكذا لو سلخ جلد البدن كله فلم يلتئم، ولا يثبت جلد غيره، فإن استطاع القصاص اقتص منه، وإلا فديته في ماله، انتهى.

فقوله: فإن استطاع إلى آخره لفظ «الأم» بحروفه؛ لعل أن ما قاله هو المذهب، ومراد النص إلا أن يؤيد بقوله: ففيه دية أرش الجلد المسلوخ لا دية النفس، والعلم عند الله تعالى، وللبغوي- ﷺ - اعتراض حسن على صاحب «التلخيص» في قوله، وأكثر مما يجتمع من الديات في يديه تسع عشرة سنذكره مع غيره في فروع مفردة آخر الباب إن شاء الله تعالى.

فرع: قال في «الْبُوَيْطِي»: إذا قطع الحاجبين عمدًا، فإن كان يستطاع القصاص ففيه القصاص وإلا فحكومة، وليس فيه دية إلا أن يكون قد أوضح عن العظم، فيكون فيها الأكثر من أرش موضحة أو حكومة، وقال في

«الْبُوَيْطِي»: وإذا أوضح فليس له إلا أرش موضحة، انتهى.

فكأن الصورة فيما إذا بقي ما بين الحاجبين سليمًا، وذكر هذا النص في «الأم» وزاد فقال: وهكذا اللحية والشاربان والرأس ينتف لا قود في النتف، وقد قيل: فيه حكومة إذا نبت، وإن لم ينبت ففيه حكومة أكثر منها، وإن قطع من هذا شيء بجلدته كما وصفت في الحاجبين ففيه الأكثر من حكومة الشين وموضحة أو مواضح إن أوضح موضحة أو مواضح بينهن صحة من الرأس أو اللحية لم توضح، انتهى.

وهو أن التضاد صريحًا في أن من يسلخ الجلد الحكومة، وبه تقوى الطريقة الأخرى.

فرع: قال في «التنبيه» فقط: وإن قطع اللحم الناتئ على الظهر، أي: من جانبي السلسلة لزمته الدية، وفي أحدهما نصفها، وفي بعضها جناية، قال ابن الرِّفْعَة: وهذه المسألة غير مذكورة في الكتب المشهورة، انتهى.

وهي غريبة جدًّا ذكرها الجرجاني في «شافيه» و«تحريره» تبعًا «للتنبيه» كما استقر به من متابعته له، وسيأتي ما يقتضي خلافه، وهو الظاهر، وإن أمره المصنف وغيره من المصححين المستدركين على «التنبيه».

قال الشارح: قال: (فرع: فِي الْعَقْلِ دِيَةٌ) قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه أهل العلم على أن في العقل الدية، وممن حفظنا ذلك عنه عمر بن الخطاب، وزيد بن ثابت، ومجاهد، ومالك ﷺ وأهل المدينة، وسفيان الثوري، وأهل العراق، والشَّافِعِي ﷺ، وأصحابه، وأحمد بن حنبل- ﷬ - وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، ولا يعلم من غيرهم خلاف قولهم وبه يقول، انتهى.

ووجوب الدية فيه ظاهر؛ لأنه أشرف الحواس وبه يميز الآدمي عن البهيمة، وكان أحق في إيجاب الدية من جميع الحواس، وروى البيهقي: أصحاب الدية فيه من حديث معاذ ﷺ وقال: إسناده ليس بقوي، ورُوي عن

زيد بن أسلم ﷺ: أنه قال: إن السنة مضت بذلك، انتهى.

وذكر الْمَاوَرْدِي أنه ورد من حديث جابر ﷺ، وذكره هو وغيره، وتبعهم الرَّافِعِي، ورووه من حديث عمرو بن حزم، ولم أره في كتب الحديث.

تنبيهات: أحدها: قال الْمَاوَرْدِي: لو زال عقله بمباشرة لا توجب غرمًا؛ كَاللَّطْمَةِ وَاللَّكْمَةِ، ونحوها، فلا يجب إلا الدية، وهل يعزر معها؟ فيه وجهان؛ ثم إنما تجب الدية في العقل الغريزي الذي يتعلق به التكليف، وهو العلم بالمدركات الضرورية، فأما العقل المكتسب الذي هو حسن التقدير وإصابة التدبير ومعرفة حقائق الأمور؛ فلا دية فيه مع بقاء العقل الغريزي، وفيه حكومة لما أخذت من المذهبين بعد السقط، والاسترسال بعد التحفظ، والغفلة بعد الفطنة بغير حكومة بقدر ما حدث من صورة، ولا يبلغ بها كمال الدية؛ لأنه تابع للعقل الغريزي، ولا ينقص العقل الغريزي في ذاته؛ لأنه محدود لا يتحرى، فلا يصح أن يذهب بعضه، ويبقى بعضه؛ لكن قد يتبعض زمانه فيغفل يومًا ويجن يومًا؛ فإن تبعض زمانه بالجناية وكان يومًا ويومًا، فعلى الجاني نصف الدية، وإن كان يعقل في يوم ويجن في يومين لزمه ثلثا ديته، انتهى.

ثانيها: قال الشَّافِعِي في «الأم»: لو جنى عليه جناية فتعصب عليه ولم يذهبه إذا ضعفت لسانه أو ربة فرعًا كان فيه حكومة يزاد فيها بقدر ما ناله، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: لو انتقص عقله، ولم تستقيم أحواله، نظر إن أمكن الضبط وجب قسط الزائل، قال: والضبط قد يتأتى بالزمان، وذكر ما في «الحاوي» ثم قال: وقد يحصل بغير الزمان، وذلك أن يقابل جواب قوله، ومنظوم فعله بالخطأ المطرح منهما، ويعرف النسبة بينهما فيجب قسط الزائل وإن لم يمكن الضبط، فإن كان مفرع أحيانًا مما لا يفرع منه ويستوحش إذا خلا، فيجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، انتهى.

والضبط بغير الزمان لم أره إلا في كلامه، وبينه وبين كلام «الحاوي» تفاوت ظاهر، وأطلق الضميري وغيره كما هو ظاهر النص: أن الواجب في

....

التنقيص الحكومة، قال الضميري: لأن قدر الذاهب لا يعلم، انتهى.

ثالثها: قال الرَّافِعِي: ذكر صاحب «التتمة»: أن الدية إنما تجب عند تحقق الزوال، قال أهل الخبرة: إن العارض الحديث لا يزول، أما إذا توقعوا الزوال، ويتوقف في الدية، فإن مات قبل الاستقامة، ففي الدية وجهان؛ كما لو قلع سن مثغور، ولفظ «التتمة» وغيرها: سن لم يثغر وهو الصواب، وطرح في «الشرح الصغير» كلام الْمُتَوَلِّي: وكأنه، أي: عن سكت عنه، وسيأتي- إن شاء الله تعالى- تفصيل كلام الإمام بين أن يقدر وبمدة متوقع العود فيها أو يطلقوا، وبين المدة القريبة والبعيدة.

رابعها: قال أصحابنا: لا قود في إذهاب العقل قصاص؛ لعدم الإمكان لاختلاف الناس في محله، وطائفة تقول: محله الدماغ، وأخرى تقول: محله القلب، وأخرى تقول: مشترك بينهما، قال الْمَاوَرْدِي: وأصح أقاويلهم أن محله القلب؛ لقوله تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ لَّا يَفْقَهُونَ بِهَا﴾ [الأعراف: ١٧٩].

خامسها: عبارة الْمُتَوَلِّي فيما نقله عن الرَّافِعِي: وإن قالوا هذا العارض مما يزول، فلا يوجب الدية في الحال إن تبين الأثر، فإن استمر أوجبنا الدية، وإن عاد فلا، واسترد إن أحدث كما قلنا في ضوء العين، فلو مات بعد زوال أثر الجناية، وعلى ما كان عليه ففي وجوب الدية وجهان مبنيان على ما لو قلع سن من لم يثغر سنه، ومات قبل أن يعود السن، وفي مطابقة هذا لما تقدم عنه نظر، وأراد بقوله كما قلنا في ضوء العين، أي: إن قالوا: يعود إلى مدة قدروها ترقبت تلك المدة، فإن انقضت ولم يعد أوجبنا الدية، وقال الجرجاني في «التحرير»: كُلُّ حَاسَّةٍ تَخْتَصُّ بِمَنْفَعَةٍ كَالْعَقْلِ أَوْ السَّمْعِ أَوْ الْبَصَرِ أَوْ الْكَلَامِ أَوْ الشَّمِّ إذَا أُزِيلَتْ، وَجَبَتْ فِيهَا دِيَةُ النَّفْسِ إلَى أَنْ قَالَ: وَإِذَا قَالَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ فِي الْعَقْلِ أَوْ السَّمْعِ أَوْ الْبَصَرِ: إنَّهُ يَعُودُ إلَى مُدَّةٍ انْتَظَرَ إلَيْهَا، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ عِنْدَهَا أَوْ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فِي الْمُدَّةِ وَجَبَتْ الدِّيَةُ، وَلَمْ تَسْقُطْ بِعَوْدٍ مَظْنُونٍ، انتهى.

وقال الإمام: أو مما يتعلق بتتمة هذه الفصول أنه إذا أزال يعني: من هذه المعاني ظاهرًا، وقال أهل البصر: إنه سيعود على فرق ظانًا ينتظرون، وإن

فَإِنْ زَالَ بِجُرْحٍ لَهُ أَرْشٌ أَوْ حُكُومَةٌ وَجَبَا، وَفِي قَوْلٍ يَدْخُلُ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ.

قالوا: يعود بعد زمان طويل، ولم يضربوا في ذلك مدة، ولكنهم أطلقوا إمكان العود، فالذي وجدته للأصحاب في ذلك إنما يوجب الأرش؛ ثم إن فرض العود رددنا على هذا الوجه، وهو متجه لا يسوغ غيره، ولو ضربوا يده لإمكان العود فقد قيل: لا بد من انتظارها، وهذا يجب أن يفصل؛ فإن ذكروا مدة يغلب على الظن انقضاء العمر في مثله، وتصوير ذلك بعيد، فالوجه إيجاب الأرش؛ كما لو أطلقوا ولم يضربوا مدة، وإن ذكروا مدة يقرب رجاء البقاء إلى مثلها، فلا يبعد الانتظار، والحالة هذه.

سادسها: قال الْمَاوَرْدِي: إزالة العقل قد تكون عن مباشرة؛ كضربة بسيف، أو حجر، أو عصا، إما على رأسه أو يضرب عليه، فيذهب عقله أثّر في جسده أم لا، ولو لطمه بيده، أو زجره برجله فأزعجه بذلك، فإن قال الأطباء: إن مثلها يذهب العقل أخذت ديته، وقد يكون عن مباشرة؛ **فَكَالْإِشَارَةِ إِلَيْهِ بِسَيْفٍ أَوْ تَقْرِيبِ سَبُعٍ أَوْ إِدْنَاءِ أَفْعَى**، فينظر إن كان طفلًا أو معتوهًا مذعورًا؛ فذلك يزيل عقله، **وَإِنْ كَانَ قَوِيَّ النَّفْسِ ثَابِتَ الْجَأْشِ فَعَقْلُ مِثْلِهِ لَا يَزُولُ بِهَذَا التَّفْزِيعِ فَلَا دِيَةَ فِيهِ**، وكذا لو صرخ به بصوت مهول فزال عقله، فعلى هذا التفصيل، وأما لو أخبر بمصيبة أو سرور؛ فزال عقله حزنًا أو سرورًا فلا دية عليه، انتهى.

قال: (**فَإِنْ زَالَ بِجُرْحٍ لَهُ أَرْشٌ**) أي: مقدر.

(**أَوْ حُكُومَةٌ وَجَبَا**) أي: وجب الأرش المقدر، أو الحكومة مع دية العقل، ولا تداخل بينهما على الجديد الأصح؛ بل يجب أرش الجناية، ودية العقل جميعًا؛ لأنها جناية أبطلت منفعة عن حالة من يحل الجناية، فصار كما لو أوضحه فذهب سمعه أو بصره لا تدخل أرش الموضحة في دية السمع ولا البصر ولا بالعكس، فعلى هذا لو قطع يديه ورجليه، فزال عقله وجب ثلاث ديات، وهكذا.

(**وَفِي قَوْلٍ**) أي: قديم.

(**يَدْخُلُ الْأَقَلُّ فِي الْأَكْثَرِ**) فإن كانت دية العقل أكثر كما لو أوضح رأسه،

....

فزال عقله دخل ديتها أرش الموضحة، وإن كان أرش الجناية أكثر كما إذا قطع يديه مع بعض الذراع، أو يديه ورجليه فزال عقله، دخل فيه دية العقل، ووجه بأن العقل شبه الروح؛ من حيث إن زواله يشبه زوال الروح في زوال التكليف، ومنه فوات منفعة البصر من حيث إنه يبقى الجمال في صورة الأعضاء مع زواله، كما يبقى الجمال في الحدقة بعد زوال الضوء، فأشبه بالروح، فيدخل أرش الجناية في ديته إذا كان الأرش أقل، وشبهه الضوء لا يجمع بين بدله، وأرش الجناية على الجزم كما لا يجمع بين يديه الضوء، وأرش العين القائمة، وإن كان تفويت العين القائمة توجب حكومة؛ بل يدخل الأقل في الأكثر.

قال الرَّافِعِي: هذا هو المشهور من كيفية الخلاف، ورواه سببين:

أحدهما: في «المهذب» وغيره: أنه إن كان أرش الجناية مثل الدية أو أكثر وجبت دية العقل معدولًا يداخل معه، ولا يداخل قولًا وحدًا، وإنما الخلاف إذا كان أرشها دون الدية، فهل يدخل في دية العقل؟

والثاني: نقل الإمام عن القاضي الحسين: أن أرش الجناية إن لم يقدر، ألم يدخل في دية العقل قولًا واحدًا، وإنما الخلاف في الجناية التي لها أرش مقدر.

قلت: وعلى هذه الطريقة جرى في «التنبيه» وقال ابن الرِّفْعَة: لم يوافقه عليه أحد من المصنفين فيما وقفت عليه إلا القاضي الحسين في «تعليقه» وقال الإمام: إنه ليس بشيء، وقد جزم بهذا الطريق صاحب «المعتمد» في إتقان مسائل المذهب «المحرر» عن الشَّافِعِي- رحمه الله - وهو طبقة الشيخ أبي حامد وأصحابه، وهو متقدم على القاضي، ووجهه ظاهر، وعليه اقتصر المحاملي في «المقنع» وأحسبه طريقة أبي حامد وسبقه، وأما نقل الرَّافِعِي عن الإمام عن القاضي ما سبق، وأورده في «الروضة» بالمعنى، فهو كالذي في «النهاية» و«البسيط» و«تعليق» القاضي الحسين ما ذكرته، ولفظ «النهاية»: وذكر القاضي أن الجراحة إذا لم يكن أرشها مقدر، وترتب عليها زوال العقل اندرج الأرش في دية العقل، ولا واحدًا، وهذا ليس بشيء، والوجه إجراء القولين في الأرش مقدرًا كان أو غيره، وهذا هو الصواب في النقل والمعنى؛ لأن المقدر

وَلَوْ ادَّعَى زَوَالَهُ فَإِنْ لَمْ يَنْتَظِمْ قَوْلُهُ وَفِعْلُهُ فِي خَلَوَاتِهِ فَلَهُ دِيَةٌ بِلَا يَمِينٍ.

أبعد من المدخول من غيره بلا شك.

وعبارة الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» وهو مقصود القاضي: ولو جنى على عضوٍ، وأذهب عقله أو لم؛ للجراحة بأرش مقدرٍ دخل أرشها في دية العقل، وإن كان لها أرش مقدر؛ **ففيه وجهان:**

أحدهما: لا يدخل فيها؛ لأنهما جنايتان فيما دون النفس لكل أحد أرش مقدر فلا يدخل أرش أحدهما في أرش الأخرى؛ كقطع اليد والرجل.

والثاني: يدخل أرش العضو في دية العقل؛ لأنه لطيفة في البدن كالروح.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى زَوَالَهُ**) أي: وأنكر الجاني ونسبه إلى التَّجَانُنِ.

(**فَإِنْ لَمْ يَنْتَظِمْ قَوْلُهُ وَفِعْلُهُ فِي خَلَوَاتِهِ**) أي: وغفلاته.

(**فَلَهُ دِيَةٌ بِلَا يَمِينٍ**) لا يتجانن في الجواب، ويعدل إلى كلام آخر، ولا تحليفه يثبت جنونه والمجنون لا يحلف، فلو كان الاختلاف فيمن يجن وقتًا ويفيق وقتًا حلفناه في وقت إفاقته، وإن انتظم قول الأول، وفعله حلفنا الجاني لجواز أنهما صدرا اتفاقًا أو جريًا على عادته، وفي تحليف الجاني احتمال عندي عند ظهور كذبه، وسيأتي في خلاف في مثله عند دعوى المجني عليه زوال سمعه.

واعلم أن المتبادر من عبارة الكتاب سماع دعوى المجني عليه زوال عقله، وترتيب الحكم على دعواه ودعوى زائل العقل لا يسمع؛ إذ شرط المدعي التكليف، وعبارة «المحرر» غيره: ولو أنكر الجاني زواله، ولم يذكروا المدعي فليعمل ذلك على دعوى الولي للمحجور، أو منصوب الحاكم، ويجوز أن يقر لفظ «المنهاج» ادعي - بضم الهمزة- لئلا يردها ذكرناه، ولم يذكروا للمرء فيه حدًّا، وغاية، والظاهر أن غايتها أن يكون ذلك إلى أن يغلب على الظن صدقه أو كذبه من غير ضبط لمدة مقدرة؛ ثم رأيت ابن القَطَّان قال: كيف العلم بذهاب عقله هوانًا لمستحقه بأفعاله يراقب حتى يقع، أما العلم بذهابه ليس بتصنيع في ذلك؛ ثم سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إن

وَفِي السَّمْعِ دِيَةٌ، ....

هذا يزول برضائه المدة، فإن زال لم يحكم بشيء، وإن أقام يتنافى الظاهر من نقله رجعنا بالدية، انتهى.

فرع: قال ابن الْقَطَّان: إذا ذهب بعض عقله فلا يمكن تقديره، وفيه حكومة، كما قلنا في السمع إذا نقص من الأذنين.

قال: **(وَفِي السَّمْعِ دِيَةٌ)** أي: لأنه أشرف الحواس، فأشبه البصر، قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية، وروينا عن عمر بن الخطاب ﷺ وعدد خلائق، ثم قال: قال مالك: سمعنا أن في السمع الدية، قال أبو بكر: ولا أحفظ عن أحد خلاف قول من ذكرت، انتهى.

ورواه البيهقي من حديث معاذ بإسناد فيه ضعيف، ذكره عن عمر، وزيد بن ثابت ﷺ وغيره، ولا يعرف لهم مخالف، انتهى.

وأحسن الْمُتَوَلِّي، فقال: وإسناد حديث معاذ ﷺ خلل؛ ثم أشار إلى أن خلاف الناس إنما هو فيما إذا ذهب بقطع الأذنين، هل يجب ديتان أو دية؟

فرع: لو لم يسمع في الحال، فقال أهل الخبرة: يتوقع عوده، فإن قدرا مدة انتظرناها، وإن لم يقدروا أحدث الدية، وعبارة نص «الأم»: إذا قال: صممت؛ سُئل أهل العلم بالصحة، فإن قالوا له: مدة إن بلغها، ولم يسمع ثم صممه لم أقض له بشيء حتى يبلغ تلك المدة، فإن قالوا: ما له غاية بعقل وصيح به، فإن أجاب في بعض ما يفعل جواب لم يقبل قوله، وأحلف الجاني ما ذهب سمعه، انتهى.

واستثناء الإمام ما إذا قدروا مدة يغلب على الظن انقراض العمر قبل فراغها؛ كما قدمناه عنه، وإن لم يقدروا مدة أخذت الدية في الحال، فإن عاد ردت، وإن قالوا: لطيفة السمع باقية في مقرها، ولكن أرش داخل الأذن بالجناية، وامتنع بقود الصوت، ولم يتوقعوا زوال الارتتاق، قال الرَّافِعِي: فالواجب الحكومة لا الدية على الأصح بوجوب الدية، وجزم الإمام، واقتضاء كلام «كفاية» ابن الرِّفْعَة: أنه المذهب، وقد رجح الرَّافِعِي في تعطل المشي

وَمِنْ أُذُنٍ نِصْفٌ، وَقِيلَ قِسْطُ النَّقْصِ. وَلَوْ أَزَالَ أُذُنَيْهِ وَسَمْعَهُ فَدِيَتَانِ.

وَلَوْ ادَّعَى زَوَالَهُ وَانْزَعَجَ لِلصِّيَاحِ فِي نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ فَكَاذِبٌ، ....

بكسر الصلب مع سلامة الرجل، وجوب دية الرجل؛ وفيه نظر، وأجرى الخلاف فيما لو ذهب سمع طفل فتعذر نطقه لعدم سمعه، هل تجب دية النطق مع دية السمع؟

قال: (**وَمِنْ أُذُنٍ نِصْفٌ**) أي: نصف الدية لا يتعذر السمع لكن ضبط النقصان بالمنفذ أولى، وأقرب من ضبطه بغيره.

(**وَقِيل: قِسْطُ النَّقْصِ**) أي: من الدية، قال الرَّافِعِي: وقد يقال تجب فيه الحكومة؛ لأن السمع واحد، وإنما التعدد في المنفذ بخلاف ضوء البصر، فإن طبيعته متعددة ومحلها الحدقة، انتهى.

قال: وقال في «الأم»: إن أحطنا أن سمع إحدى الأذنين يذهب، ويبقى سمع الأخرى، ففيه نصف الدية؛ لأنه نصف السمع، هذا لفظه، وقال الْمَاوَرْدِي: وَإِذَا ادَّعَى الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ صَمَمَ إِحْدَى أُذُنَيْهِ مقدار الدية سُدَّتْ سَمِيعَتُهُ بِمَا يَمْنَعُ وُصُولَ الصَّوْتِ فِيهَا، وَأُطْلِقَتْ ذَاتُ الْجِنَايَةِ، وَأُزْعِجَ فِي غَفَلَاتِهِ بِالْأَصْوَاتِ الْهَائِلَةِ، فَإِنِ انْزَعَجَ بِهَا كَانَ سَمْعُهُ بَاقِيًا بِظَاهِرِ الْأَمَارَةِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِي بَقَائِهِ قَوْلَ الْجَانِي مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ لَمْ يَنْزَعِجْ بِهَا كَانَ سَمْعُهَا ذَاهِبًا بِظَاهِرِ الْأَمَارَةِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِي ذَهَابِهِ قَوْلَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ، وَيَكُونُ عَلَى الْجَانِي نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَذْهَبَ بِصَمِّهَا نِصْفَ مَنْفَعَةٍ، انتهى.

وظاهر النص، وكلامه أن السمع يتحرى، وراجع ما كتبناه عن «الأم» في آخر صورة نقص سمع إحدى الأذنين، فهذا محله[1].

قال: (**وَلَوْ أَزَالَ أُذُنَيْهِ وَسَمْعَهُ فَدِيَتَانِ**) أي: لقطعه عضوًا، وإذهابه منفعة حالة في غيره؛ فلم يتداخلا كما لو أوضحه فعمي.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى زَوَالَهُ وَانْزَعَجَ لِلصِّيَاحِ فِي نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ فَكَاذِبٌ**) إذا اختلفا في ذهابه، والجناية مما يحتمل ذهاب السمع بها أتبع في أوقات غفلته، فإن

---

[1] انظر: «مغني المحتاج» (١٥/ ٤٩٦).

وَإِلَّا حُلِّفَ وَأَخَذَ دِيَةً، وَإِنْ نَقَصَ فَقِسْطُهُ إِنْ عُرِفَ ....

أزعج علمنا كذبه، وصورة امتحانه أن يغفل؛ ثم يصاح بأزعج صوت، وأهوله يتضمن إنذارًا، أو تحذيرًا، أو بأن يطرح في موضع جلوسه طين ونحوه على صخرة من مكان عال، ويكرر ذلك في أوقات الخلوات، ومن جهات ويتأمل حاله عند صوت الرعد الشديد حتى يتحقق زوال السمع بالجناية، فإن الطبع يظهر منه ما يزول به التصنع.

إشارة: قوله: (وإلا فكاذب)؛ يشعر بأنه يندفع بمجرد ذلك، ولا يحلف الجاني، والذي نقلا، وهو الجواب في «الحاوي» وغيره أنه لا بد من تحليفه، ونصَّ عليه في «الأم» قال الْمَاوَرْدِي: ويحلف أن سمعه يذهب بجناية؛ نحو أن يكون انزعاجه بسبب آخر، قال: ولا يكفيه أن يحلف أن سمعه يذهب بجناية.

قلت: ولفظ «الأم»: وأحلف الجاني ما ذهب سمعه، انتهى.

وهو يرد ما قاله الْمَاوَرْدِي، وقال الدارمي: قيل: ويحلف، وعندي لا يحلف، وهو قضية كلام «التنبيه» فإن ظهر منه انزعاج سقط دعواه لظهور كذبه، ومن سقطت دعواه لا يحلف خصمه، وبه يشعر سكوت جماعة، والمشهور التحليف لا يبعد أن يقال: إن تكرر انزعاجه كثيرًا فلا تحليف، وإن اتفق مرة أو مرتين حلف الجاني لما أشار إليه الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَإِلَّا حُلِّفَ وَأَخَذَ دِيَةً**) أي: وإن لم يظهر انزعاجه بذلك حلفناه لاحتمال التحفظ والتجلد، وقضينا له بالدية.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَ**) أي: سمعه، ولم يذهب كله.

(**فَقِسْطُهُ إِنْ عُرِفَ**) أي: مقدار النقص، فإن علم أنه كان يسمع من مكان؛ فصار يسمع من دونه ضبط ما نقص، ووجب قسطه من الدية، وطريق معرفته أن يحدثه شخص؛ ثم يتباعد إلى أن يقول لا يسمع، فيعلي الصوت قليلًا، وإن قال: أسمع غرار صدقه؛ ثم بعد كذلك من جهة أخرى، فإن اتفقت المسافتان ظهر صدقه؛ ثم ثبت ذلك من مسافة سماعه قبل الجناية، وان عرفت، ويجب بقدره من الدية.

وَإِلَّا فَحُكُومَةٌ بِاجْتِهَادِ قَاضٍ، وَقِيلَ يُعْتَبَرُ سَمْعُ قِرْنِهِ فِي صِحَّتِهِ، وَيُضْبَطُ التَّفَاوُتُ.

وَإِنْ نَقَصَ مِنْ أُذُنٍ سُدَّتْ وَضُبِطَ مُنْتَهَى سَمَاعِ الْأُخْرَى ثُمَّ عُكِسَ وَوَجَبَ قِسْطُ التَّفَاوُتِ.

قال: (**وَإِلَّا فَحُكُومَةٌ بِاجْتِهَادِ قَاضٍ**) أي: زال لم يعرف ذلك كما وصفنا، ولكن نقص سمعه، ونقل: قال الرَّافِعِي: والذي أورده الأكثرون أنه لا سبيل إلى تقريره، ويجب الحكومة يقدرها الحاكم باجتهاده.

قال: (**وَقيل: يُعْتَبَرُ سَمْعُ قِرْنِهِ فِي صِحَّتِهِ، وَيُضْبَطُ التَّفَاوُتُ**) أشار بهذا الوجه إلى ما ذكره الإمام، وغيره أنه يقدر بالاعتبار سمع رجل سليم السمع في مثل سنه، وصحته بأن يجلس إلى جنب المجني عليه، ويؤمر من يرفع صوته، ويناديهما من مسافة بعيدة لا يسمعه واحد منهما؛ ثم يقرب المنادي شيئًا فشيئًا إلى أن يقول السليم: سمعت؛ فيضبط ما بينهما من التفاوت، والمنصوص الأول، قال في «الأم»: وإن نقص سمعه كله فكان يحد نقصه بحد مثل أن يعرف آخر حد يدعي منه فيجيب كان له بقدر ما نقص منه، وإن كان لا يحد ففيه حكومة، ولا أحسبه يحد بحال، انتهى.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو قال: أنا أعرف قدر ما ذهب من سمعي صدق بيمينه؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته كما تصدق المرأة في حيضها.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَ مِنْ أُذُنٍ سُدَّتْ وَضُبِطَ مُنْتَهَى سَمَاعِ الْأُخْرَى ثُمَّ عُكِسَ وَوَجَبَ قِسْطُ التَّفَاوُتِ**) أي: كما مضى، ولو ادعى نقصه من الأذنين، فإن ادعى نقصه من أحدهما جرب بأن يصم العليلة، ويضبط منتهى سماع السليمة؛ ثم يعكس ويضبط منتهى سماع العليلة، وله من الدية بقسط التفاوت، وإن لم ينضبط، فالواجب الحكومة، وقال الْمَاوَرْدِي: وَيَفْعَلَ ذَلِكَ دَفْعًا يَزُولُ مَعَهَا التَّصَنُّعُ وَيَتَّفِقُ فِيهَا النِّدَاءُ، فَإِنِ اخْتَلَفَ عَمِلَ عَلَى أَقَلِّ الْوُجُوبِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَسَافَتَي السَّمِيعَةِ وَذَاتِ الْوَقْرِ النِّصْفُ كَانَ عَلَيْهِ رُبُعُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَذْهَبَ رُبُعَ سَمْعِهِ، وَإِنْ كَانَ الثُّلُثُ كَانَ عَلَيْهِ سُدُسُ الدِّيَةِ، انتهى.

قال الشَّافِعِي- ﵀ - في «الأم» بعد ما سبق عنه: وإذا ذكر أنه لا يسمع

وَفِي ضَوْءِ كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ فَلَوْ فَقَأَهَا لَمْ يَزِدْ.

وَإِنِ ادَّعَى زَوَالَهُ سُئِلَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ، أَوْ يُمْتَحَنُ بِتَقْرِيبِ عَقْرَبٍ أَوْ حَدِيدَةٍ مِنْ عَيْنِهِ بَغْتَةً، وَنُظِرَ هَلْ يَنْزَعِجُ؟ ....

أحدهما، فكانت الصحيحة إذا سدت بشيء عرف ذهاب سمع الأخرى أم لا سدت، وإن كان ذلك لا يعرف قبل قول الذي ادعى أنه سمعه ذهب مع يمينه، وقضي له بنصف الدية، انتهى.

قال: (**وَفِي ضَوْءِ كُلِّ عَيْنٍ نِصْفُ دِيَةٍ**) أي: لأن منفعتها النظر، فذهابه كالشلل، وفي كتب الفقه عن رواية معاذ ﷺ وفي النص الدية، وليس معروف في كتب الحديث، وسواء ضعيف البصر بعمش أو غيره، والأحول، والأخفش، والأعشى، وغيرهم، وسواء كما سبق في القود، ولا يراد عين الأعور السليمة على نصف الدية عندنا.

قال: (**فَلَوْ فَقَأَهَا لَمْ يَزِدْ**) أي: إذا فقأ عينه لم يزد على الدية بخلاف ما لو قطع أذنيه، وذهب سمعه لما تقدم أن السمع ليس في الأذن، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية، وفي العين الواحدة نصف الدية، واختلفوا في عين الأعور، فقال طائفة: فيها الدية، روي ذلك عن عمر وعثمان - ﵄ - وعدد جماعة؛ ثم ذكر مذهب الشَّافِعِي- ﵀ - وغيره واختاره.

قال: (**وَإِنِ ادَّعَى زَوَالَهُ سُئِلَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ**) فإنهم إذا وقفوه تجاه عين الشمس، ونظروا عينيه عرفوا ذهاب الضوء، ووجدوه بخلاف السمع لا يراجعوا فيه إذ لا طريق إليه.

(**أَوْ يُمْتَحَنُ بِتَقْرِيبِ عَقْرَبٍ أَوْ حَدِيدَةٍ مِنْ عَيْنِهِ بَغْتَةً، وَنُظِرَ هَلْ يَنْزَعِجُ**) أي: فإن انزعج صدق الجاني بيمينه، وإلا فالمجني عليه بيمينه.

واعلم أن ظاهر كلامه التخيير، وقال في «الروضة»: إذا ادعى زواله، فأنكر الجاني؛ فوجهان:

أحدهما: وهو نصه في «الأم»: يراجع أهل الخبرة، وذكر ما قدمناه.

والثاني: يمتحن، وذكر ما قدمناه.

قال: وكلام الإمام مصرح بأن الشهادة بزوال البصر لا طريق لها إلا الامتحان المذكور لا غير.

وقال الْمُتَوَلِّي: الأمر إلى خبرة الحاكم إن أراد مراجعتهم فعل، وإن أراد امتحانه فعل، انتهى.

وقضية كلام الرَّافِعِي ترجيح الوجه الأول، وبه أجاب العراقيون، وهو المذهب كما صرح به الْمَاوَرْدِي؛ حيث قال: يوقف علماء الطب عليها، فإن أشكل عليهم أمرها، وجوزوا أن بصرها ذاهب، أو باق عمل على قول المجني عليه؛ لأن ذهاب بصره لا يعم إلا من جهة لكن بَعْدَ الِاسْتِظْهَارِ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ بَالِغًا عَاقِلًا بِأَنْ يُسْتَقْبَلَ فِي أَوْقَاتِ غَفَلَاتِهِ بِمَا يُزْعِجُ الْبَصِيرَ رُؤْيَتُهُ، وَيُشَارُ إِلَى عَيْنِهِ بِمَا يَتَوَقَّاهُ الْبَصِيرُ بِإِغْمَاضِهَا وَيُؤْمَرُ بِالْمَشْيِ فِي طَرِيقِ الْخَطَائِرِ وَالْآبَارِ وَمَعَهُ مَنْ يَحُولُهُ مِنْهَا وَهُوَ لَا يَشْعُرُ، فإن ظهر ما يقتضي صدقه حلفناه، وقضي له بالدية في العمد والدية في الخطأ، وإن ظهر منه المتوفى صدق الجاني بيمينه أن بصره باق لم يذهب، وإن كان المجني عليه صبيًا، أو مجنونًا حبس الجاني كما سبق، فإن ماتا قام أولياؤهما مقامهما فيما يدعيا به من ذهاب البصر، واختلافهما عليه إن كان معها ظاهر يدل عليه، انتهى ملخصًا، وجعل في «شرحه الصغير» مقالة الْمُتَوَلِّي وجهًا مرجوحًا.

إشارات: إذا شهد أهل البصر بذهابه أخذ الدية، فلا يختلف بخلاف الامتحان، فإنه يحلف معه ولا يقبل في العمد إلا رجلان، وفي الخطأ يقبل رجل وامرأتان، وهذا مبني على المشهور: أن أهل العلم يدركون، وقال: البصر بالمعاينة، لو قال عدلان منهم: إنه يعود فرق بين أن يقدروا أمده أو لا كما سبق في السمع، ولو مات قبل مضي المدة ففي «المهذب» وتبعهم الشيخان: لا قصاص للشبهة، وجزم الْمَاوَرْدِي، والْبَنْدَنِيجِي، وصاحب «المعتمد» وغيرهم: بوجوبه، وهو نص «الأم» وتجب الدية قطعًا، وقيل: وجهان لو أخذ دية البصر فعاد بصيرًا صرح جماعة: أنها تسترد منه، وهو قضية

وَإِنْ نَقَصَ فَكَالسَّمْعِ.

كلام الشيخين، ورأيت في شرح «الكفاية» للضميري: أنه إذا أخذ الدية؛ ثم عاد النظر سئل أهل الطب إن قالوا: إن النظر إذا ذهب لم يعد، قلنا له: رد الدية، فديتان الخطأ في الحكم، وإن قالوا: قد يذهب ويرجع ناظر آخر؛ فلا رد عليه، انتهى.

وهو قضية النص في «الأم» أن نصه في كتاب «العمد» وفي «الحاوي»: أنه إذا شهد أهل الخبرة بذهابه فقضيا له بقودٍ، أو دية ثم عاد، فالمذهب أنه لا درك عليه فيما قضي له به من قود أو دية؛ لأن عوده هبة من الله تعالى.

وقيل: فيه خلاف من عود السن، والفرق أن عودها معهود في جنسه بخلاف البصر، انتهى.

قال: **(وَإِنْ نَقَصَ فَكَالسَّمْعِ)** أي: إن عرف مقدار النقص، فإن كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه إلا من بعضها؛ وجب له من الدية قسط الذاهب، وإلا فالذي قاله الأكثرون: أنه يجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، ولا يعتبر بغيره لاختلاف الناس في الإدراك، وإن نقص من أحديهما عصَّب العليلة، ووقف شخص في موضع يراه؛ ثم يأمره بالتأخير حتى يقول: لا أراه، فيضبط المسافة؛ ثم يعصب السليمة، ويطلق العليلة، ويأمر الشخص بأن يعود راجعًا على أن يراه فيضبط بين المسافتين، ويجب قسطه من الدية؛ ثم هو سهم بالزيادة في الصحيحة، والنقص من العليلة، فيمتحن قوله: أبصر في الصحيحة بأن يقر بثبات الشخص الممتحن به، ويسأل عنها فينظر، هل يصيب أم لا؟

وأما في العليلة، فقيل: يحلف أنه لا يبصر فوق ذلك، قال الأكثرون: يمتحن بأن ضبط تلك الغاية، ويؤمر الشخص بأن ينتقل إلى سائر الجهات، ويؤمر المجني عليه بأن يدور، فإن توافقت الغاية من الجهات صدقناه، وإلا فلا، ويجري في مثل هذا الامتحان في بعض السمع من أذن، فإذا عرف تفاوت مسافتي الإبصار فالواجب القسط من الدية، وإلا فالحكومة.

قلت: ولم يذكر الشَّافِعِي- ﷺ - في «الأم» مع بسطه تعبير بيان

……

الشخص، والتحول إلى سائر الجهات، وعلى القول به، فلا بد أن تكون الجهات متساوية فيما لا يمنع نفوذ البصر من شمس أو غيم وغير ذلك، أو يعين في بعضها على نفوذه دون بعض، فإنه حينئذ لا يتأتى الامتحان بها.

إشارة: أحسن من رأيته تكلم على المسألة، وذهاب البصر وعوده والرجوع إلى أهل العلم في ذلك الْمَاوَرْدِي، وقد ذكرت كلامه في «الغنية» ملخصًا.

فرع: في «الروضة»: الأعشى من يبصر نهارًا، ففيه كمال الدية، وفي «التهذيب»: أنه لو جنى عليه فصار أعشى لزمه نصف الدية، ولو عشت إحدى عينيه بالجناية لزمه ربع الدية، ومقتضى هذا إيجاب نصف الدية إذا جنى على الأعشى فأذهب بصره، وكذا من يبصر ليلًا فقط، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» بعد كلام «التهذيب»: وقضية ما حكياه عن الْمَاوَرْدِي من إيجاب الدية كاملة في قلع عين الأعشى ألا تجب عند حصول العشى الجناية إلا الحكومة عملًا مما نقلناه عن الأصحاب في الأذن الشلاء، وأبدى الرَّافِعِي تخريج وجه أنه لا يجب فيه كمال الدية، انتهى.

وفي «التتمة»: أنه لو ضرب عينه فصار أعشى لا يبصر ليلًا، أو الجهر لا يبصر نهارًا، واختبرناه فظهر صدقه راجعنا أهل الخبرة، فإن قالوا: هذا عارض يزول وجب حكومة على قدره، وإن قالوا: لا يزول؛ أوجب الحاكم حكومة باجتهاده، فهذا نقل صحيح بما أبداه، وأما قوله: وأبدى الرَّافِعِي تخريج وجه، فيفهم أن المذهب أنه لا يجب في إزالة بصر الأعشى كمال الدية، والذي في شرحيه، والتورع الثاني في الجناية الثانية للأعضاء، وتكمل الدية في عين الأحول، والأعمش، والأعشى، والأخفش، وقال هنا في «شرحه الصغير» مثله، وقال في «الكبير»: في كلامه على ألفاظ الوجوب، ويستوي فيه الأعمش والأخفش، وذكرنا في النوع الثاني معنى الأعمش والأخفش، وبينا أن بعضهم فسر الأخفش بالذي يبصر بالليل دون النهار، والقول بكمال الدية في إبطال بصره يقتضي وجوب كمالها في بصر الأعشى أيضًا، وهو الذي يبصر

وَفِي الشَّمِّ دِيَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

بالنهار دون الليل ذلك في «التهذيب»؛ ثم ذكر نحو ما تقدم، ومن هنا قال ابن الرِّفْعَة: ما قال وصرح الْمُتَوَلِّي، انتهى.

وقضيته: أنه إذا كان العشى من غير عارض، ولا يرجا زواله أنه لا يجب لصاحبه كمال الدية لكنه هو وغيره جزموا لهؤلاء بوجوب القصاص، كما سبق، وعليه ينطبق قول الشَّافِعِي - رحمه الله - هنا في «الأم»: وإذا كان الرجل ضعيف البصر غير ذاهبة بعده؛ كعين الصحيح البصر في العقل والقود، انتهى.

وهذا كله فيما إذا كان النقص خلقًا أو عرض بآفة سماوية، فإن كان بجناية فيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: إثر ما سبق، وإن كان بعينيه بياض غير الناظر، وكان يبصر بها أقل من بصره بالصحيحة، فإن علم أن ذلك نصف البصر، أو ثلثه قضي له بأرش ما علم أن بصره، فرد عليه ولم يعد من صحيح البصر، ولا ثلثه هذا النقص البصر من نفس الخلقة، أو العارض، ولا علة دون البصر، وإن كان البياض من غير الناظر، فهي كعين، وكذلك كل عيب فيها لا ينقص بصرها، فيعطيه له، أو لبعضه، ولو كان البياض على الناظر، وكان رقيقًا فبصر من تحته بصرًا دون بصر لو لم يكن عليه البياض، ففيه حكومة إلا أن يكون يعرف قدر بصره بالعين التي فيها البياض، وبصره بالعين التي لا بياض فيها، فيجعل له قدرة كأنه كان يبصر من تحت البياض نصف بصره بالصحيحة، فأطفئت عينه، ففيها نصف عقل البصر، ولا قود بحال، وقد سبقت المسألة في كلام المصنف، ولكن اختفت إيراد نصه رضي الله عنه فيها سواء.

قال: (وَفِي الشَّمِّ دِيَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: المنصوص، قال الرَّافِعِي وغيره: لحديث عمرو بن حزم، وعزاه الْمَاوَرْدِي إلى حكاية بعض الرواية، وليس بمعروف في كتب الحديث، نعم الشم حاسة من الحواس النافعة، فأشبهت سائرها.

والثاني: تجب فيه الحكومة دون الدية لضعف نفعه.

……

تتمات:

منها: قال الرَّافِعِي: روى هذا الخلاف صاحب «التقريب» وجهين، ويتصور قولين.

قلت: ويتصور في المستعمل مصرح بأنهما منصوصان، بأنه قال عن النص في ذهاب الشم ويتصور، يروى عن الربيع ونظرائه، فالحق أنها قولان المشهور، ولم يذكر كثيرون سوى الأول، وقال ابن عبد البر: الذي عليه الفقهاء مالك والشَّافِعِي والكوفيون، ومن تبعهم في أن الشم إذا نقص أو فقد حكومة، انتهى.

وعبارة الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللَّهُ - في «الأم»: ولو كسر الأنف، وفي نسخة: ولو ضرب الأنف، أو لم يكسر، فانقطع على المجني عليه إن شم ريح شيء بحال، فقد قيل: فيه الدية، ومن قال هذا قاله لو جدع، فذهب عنه الشم يجعل فيه الدية، وفي الجدع الدية، انتهى.

وهذا منه منتظر إلى توقفه، أو تردده في إيجاب الدية فيه.

ومنها: لو ذهب الشم من منخره وجب نصف الدية.

ومنها: إذا أنكر الجاني زواله امتحن في غفلاته بذي ريح حاد، فأدهش للطيب، وعبس للمنتن صدق الجاني بيمينه، وإلا فالمدعي بيمينه، وقيل: يشم الخردل المدقوق، فإن دمعت عيناه، وإلا فلا.

وقال الْمَاوَرْدِي: القول قوله في ذهابه؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته لكن يستظهر باختياره في غفلاته مرة بعد أخرى، فإن لم يظهر منه ارتياح الطيب، ولا كراهة للنتن صدق بيمينه؛ لأنه ربما تصنع، وإن ظهر منه ارتياح وكراهة، صَارَ الظَّاهِرُ بِهَا فِي جَنَبَةِ الْجَانِي، فيحلف على بقاء شمه، ولا شيء عليه، انتهى.

ومنها: لو نقص الشم وضبط وجب قسطه من الدية.

قال الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ولا أحسبه يعلم، فإن لم يعلم قدر النقص فحكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، فإن انتقص من منخر فقط فيمكن اعتباره بالآخر،

....

ولم يذكروه اكتفاء بما سبق في السمع والبصر، وإن ادعى النقص فأمكن الجاني حلف المجني عليه؛ لأنه لا يعرف إلا منه، وقال ابن الْقَطَّان: إذا ادعى الجاني أن شمه كان ذاهبًا نظر، فإن قد سلم له إن كان صحيحًا، فالقول قول المجني عليه، انتهى.

فافهم أنه إذا كان لم يكتف سلم له صحته ألا يكون قول المجني عليه، قال الْمَاوَرْدِي: ولا أحسبه يعلم.

قال الإمام: وينبغي أن يعين قدرًا يطالب به، وإلا فهو كمن ادعاه مجهولًا، وسبيله في تعيينه أن يأخذ بالأول المستيقن.

قلت: وهذا لا يختص بمسألة الشم.

ومنها: لو حلف المجني عليه على ذهاب شمه؛ ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة، فقال الجاني: غطاه لبقاء شمه، وقال: بل غطيته لحاجة أو عادة صدق بيمينه لاحتمال ما قاله، نصَّ عليه في «الأم» والأصحاب، وقد يقال: إذا تكرر ذلك منه، وكثر غلب على الظن كذبه.

ومنها: لو عاد الشم بعد أن ظننا زواله ردت الدية أو سقطت، لكن إن عاد نقص وعلم قدر الذاهب، فله قسطه من الدية، وإلا فالحكومة، قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان في أصل خلقته شم ضعيفًا، فإن كان شم القريب وقوى الريح دون البعيد، والضعيف الريح فجنى عليه، فأذهب شمه بالكلية: فوجهان محتملان:

أحدهما: فيه الدية كاملة، فإن الحواس لا تختلف بالقوة والضعيف كالأعضاء.

والثاني: أن الموجود له بعض الشم، فلم يلزم فيه إلا بعض الدية بخلاف الأعضاء، فعلى هذا إن علم قدر الذاهب فله قسط من الدية، وإلا فحكومة اجتهاد حاكم، انتهى.

ومنها: يشبه أن يجيء في استرداد الدية بعد عود الشم ما قدمناه في عود البصر من مراجعة أهل العلم بما فيه من التفصيل، والخلاف.

وَفِي الْكَلَامِ الدِّيَةُ، وَفِي بَعْضِ الْحُرُوفِ قِسْطُهُ، ....

قال: (**وَفِي الْكَلَامِ الدِّيَةُ**) إذا جنى على لسانه، وأبطل كلامه، قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم»: لا أحفظ عن أحد لقيته من أهل العلم في هذا خلافًا، ونقله ابن المنذر، وعن أكثر أهل العلم، ومنهم الأئمة الثلاثة، ولم يثبت فيه سنة، وقول الرَّافِعِي وغيره: عن زيد بن أسلم قضت السنة بالدية؛ ثم روي عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا في اللسان الدية، أي: مع الكلام ضعيف إسناده، ووجه من حيث المعنى أنه سلب أعظم منافعه، فأشبه إذهاب البصر، وبأنه عضو مضمون بالدية، قضيت منفعته العظمى بها كاليد، قال الشيخان تبعًا للْمُتَوَلِّي: وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة: لا يعود نطقه، فإن حلف فعاد استردت، انتهى.

والذي قاله الإمام في «النهاية» بعد كلامه على إذهاب الكلام وغيره بالجناية: ومما يتعلق بتتمة هذه الفصول التي ذكرنا أنه إذا أزال معنى من هذه المعاني ظاهرًا، وقال أهل البصر: إنه سيعود على قرب، فإنا ننتظر، وذكر ما قدمناه عنه، والظاهر دخول إبطال الكلام في ذلك، فيجيء فيه التفصيل السابق، وإلا فهو في معنى ما ذكره، وإذا ادعى زواله فأنكر، قاله الْمُتَوَلِّي.

فرع: في أوقات الغفلة، فإن جرى على لسانه ما يفهم أن كذبه، وإن لم يتلفظ بما يفهم دل على صدقه، فيحلفه الحاكم كما يحلف الأخرس؛ ثم يقضي له. **قلت**: وينبغي أن يكون الامتحان والاختبار في غفلاته.

قال: (**وَفِي بَعْضِ الْحُرُوفِ قِسْطُهُ**) لأن الكلام يركب فيها، وسواء ما خف منها على اللسان، وما نقل وإطلاق المصنف يفهم أنه لا فرق بين أن يحل من الباقي كلام يفهم أو لا؛ فالأول ظاهر، وأما الثاني: ففي النقل أنه يلزم كمال الدية؛ لأن منفعة الكلام قد فاتت، وبه صدر كلامه في تعليقه جازمًا به، وإليه ذهب أبو إسحاق والْقَفَّال، وروى الرُّويَانِيّ عنه: أنه المذهب، وقيل: لا يلزم إلا قسط الحروف الفائتة.

قال الْمُتَوَلِّي: وهو المشهور في المذهب، وهو المنصوص في «الأم» وبه جزم الْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، وغيرهما.

وَالْمُوَزَّعُ عَلَيْهَا ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ حَرْفًا فِي لُغَةِ الْعَرَبِ، ....

قال الْبَغَوِي في «التعليق»: واختاره القاضي الحسين، قال الرَّافِعِي: يجوز أن يقال صورة النص، فإذا لم يمكنه أن يأتي بالكلمة التي فيها الحروف الذاهبة، ولكنه بقي له كلام مفهوم، والذي صححه الْقَفَّال صورته إذا لم يبق له كلام مفهوم.

واعلم أن قضية إيراد «الشرح الصغير» موافقة ترجيح «التهذيب» حيث قال: ولو لم يكن فيها بقي كلام مفهوم، ففي «التهذيب»: أنه يجب كمال الدية؛ لأن منفعة الكلام قد فاتت، وقيل: لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة، انتهى.

قال: (**وَالْمُوَزَّعُ عَلَيْهَا ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ حَرْفًا فِي لُغَةِ الْعَرَبِ**) أي: فإن ذهب نصفها، وإلا فالنسبة هكذا عدها الجمهور، وحذفوا (لا) لأنها لام وألف، وهما معدودان.

وقال الْمَاوَرْدِي: هي سبعة وعشرون، فاعتبر التقسيط، والعدد بين ذلك، وتظهر ثمرة الخلاف في التوزيع، فعند الجمهور يعتبر النسبة من ثمانية وعشرين، وعنده من تسعة وعشرين، وفي «المعتمد»: ويختبر بالهاء جميع الحروف عليه، ولم يظهر لي هذا.

تنبيه: من تكلم بلغة، والنظر عند التوزيع إلى حروف تلك اللغة، فإن حروف اللغات مختلفة الأعداد والأنواع، كذا قاله ابن كج، والْمَاوَرْدِي، والْبَغَوِي، وغيرهم.

قال الْمَاوَرْدِي: والضاد مختصة بالعربية، وبعضها مختصة بالأعجمية، وبعضها مشترك بين اللغات، فبعض اللغات يكون حروفها أحد وعشرين حرفًا، ونقصه ستة وعشرين حرفًا، ونقصها إحدى وثلاثين حرفًا، فيعتبر ما ذهب من الكلام بعدد حروف بلغته، ولو كان يحسن العربية، وغيرها قسطه على حروف المعجم.

وقيل: يوزع على لغة المعجم الأصلية لا على ما هو حذقها، أو على ما غالب نطقه به لم يتعد.

وَقِيلَ لَا يُوَزَّعُ عَلَى الشَّفَهِيَّةِ وَالْحَلْقِيَّةِ. وَلَوْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِهَا خِلْقَةً أَوْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ فَدِيَةٌ، وَقِيلَ قِسْطٌ أَوْ بِجِنَايَةٍ فَالْمَذْهَبُ لَا تَكْمُلُ دِيَةٌ.

قال: (**وَقِيل: لَا يُوَزَّعُ عَلَى الشَّفَهِيَّةِ**) أي: وهو الباء والفاء والميم والواو، ونسبه إلى الشفة (**وَالْحَلْقِيَّةِ**) وهو الهاء والهمزة والحاء والخاء والعين، وإنما التوزيع على الحروف الخارجة من اللسان، وهي ما عداها، وهي تسعة عشر، وهذا التوجيه قول الاصطخري، وابن أبي هريرة، وكما قال الْمَاوَرْدِي: قال الرَّافِعِي: وقد يوجه بأن منفعة اللسان نفي النطق بها، فيكون التوزيع عليها، وتكمل الدية فيها، ومن نص الظاهر، أي: وهم الجمهور، قال: الحروف وإن كانت مختلفة المخارج إلا أن الاعتماد في جميعها على اللسان، وبه يستقيم النطق ويكمل، انتهى.

وعن القاضي الحسين: أنه حكى عن الاصطخري: أنه يقسط على حروف اللسان، وهي أربعة عشر، وعن «مجرد سليم» عنه: أنها عشرة أحرف، وقيل: عنه غير هذا، والمشهور الأول، وهو خلاف النص وقول الجمهور.

قال: (**وَلَوْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِهَا خِلْقَةً أَوْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ**) أي: بأن خلق أرت، أو ألثغ، أو طرأ عليه ذلك بمرض وغيره من الآفات السماوية.

(**فَدِيَةٌ**) أي: لأنه ناطق، وله كلام مفهوم إلا أن في منطقه ضعفًا، وضعف منفعة العضو لا يقدح في كمال الدية؛ لضعف البطش والبصر، وسائر القوى، وعلى هذا ما أورده الْبَغَوِي، وإبراهيم المروزي وغيرهما.

(**وَقيل: قِسْطٌ أَوْ بِجِنَايَةٍ فَالْمَذْهَبُ لَا تَكْمُلُ دِيَةٌ**) أي: من جميع الحروف لا على ما يحسنه خاصة، وهو ما أورده الْمُتَوَلِّي؛ هكذا نقل عنه الرَّافِعِي، وسأذكر عبارته، وعلى هذا لو كان يمكنه التعبير عن جميع مقاصده مما كيفية لفظته، ومعرفته اللغة لم يكمل الدية، وقيل: يكمل، وبه يجتمع في المسألة ثلاثة أوجه، وعبارة «التتمة»: لو كان بلسانه خلل لا يمكنه أن يأتي بجميع الحروف، فضرب لسانه فزال نطقه، والواجب فيه دية لا حكومة.

قال: وإن زال بجنايته بعض الحروف، فالواجب من الدية يقدر من الدية باعتبار التقسيط، وذكر ما نقله الرَّافِعِي، وأما إذا أخذت بجنايته جاز تضمينه

……

خلاف مرتب، والظاهر أنه لا يكمل الدية كيلا تتضاعف الغرامة في القدر الذي اتصاله الجاني الأول، وهذا ما أورده الإمام، انتهى.

فيخرج من كلامه في الترتيب طريقة قاطعة بالتوزيع، والمصنف يعتمد هذا، ويقر بالمذهب، والتوجيه بتضاعف الغرامة قد يفهم أنه حصل البعض بجناية حربي أنه يكون كالآفة السماوية، ولا أحسبه كذلك.

فائدة: قال الْمَاوَرْدِي: فَإِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَعْتَبِرَ كُلَّ حَرْفٍ مِنْهَا فِي بَقَائِهِ وَذَهَابِهِ، لَمْ تَعْتَبِرْ مُفْرَدَاتُ الْحُرُوفِ، أي: بأن يأمره بأن ينطق بكل حرف بمفرده؛ بل اعتبره لكلمة يكون للحروف منها؛ إما في أولها، أو في وسطها، أو آخرها، فإن اعتبرت الحرف في أول كلمة، وسط أخرى، وآخر أخرى كان أحفظ، فإن سلم كان باقيًا، وإلا كان ذاهبًا، وقد أسق عيب كلامه في «الغنية».

فرع: يتعين ضبطه بأنه أصل عظيم في الباب، وربما غفل عنه في صور جزمًا على ظاهر اللفظ، وهو إذا جنى على محل ناقص الحرم، أو المنفعة نظر إن لم يقدر المنفعة بقدر النطق بالحروف؛ كالبطش والبصر، فإن كان بعضها بآفةٍ سماوية وجبت الدية كاملة على مبطل المنفعة، وكذا على قاطع عضوها، وإن كان بعضها بجناية لم يكمل الدية على الأصح؛ بل يحط منها قدر الحكومة الواجبة على مبطل المنفعة، وقاطع العضو جميعًا.

والثاني: يجب كمال الدية.

والثالث: لا يحط عن قاطع الجرم، ويحط عن مبطل المنفعة الناقصة، وأما الإجرام، فإن كان الناقص أرش مقدر؛ لزم الثاني دية منها أرش نقص سواء حصل النقص بآفةٍ أم بجناية؛ فلو سقط إصبع، أو أنملة؛ ثم قطعت يده حط من ديتها أرش الساقط، ولو جرح رأسه متلاحمة فجعلها آخر موضحة، لزم الثاني أرش موضحة يحط منه واجب المتلاحمة، ولو التأمت المتلاحمة، واكتسى موضعها بالجلد لكن بقي غائرًا، فأوضح فيه آخر فالصحيح أن عليه أرش موضحة كامل، أو لم يكن لما نقص أرش مقدر تعلقه بتفصيل من لحم

وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ لِسَانِهِ فَذَهَبَ رُبُعُ كَلَامِهِ أَوْ عَكْسٌ فَنِصْفُ دِيَةٍ.

أنملة، فإن لم يؤثر في المنفعة لم تنقص الدية، وإن وجبت فيه حكومة البين سواء كان ذلك بآفة، أو بجناية، وأرش في المنفعة، فإن حصل بآفةٍ لم تنقص الدية، أو بجناية، فاحتمالان للإمام أقرتهما يحط عن الثاني قدر حكومة الأول، هذا حاصل «الروضة» وأصلها، ولا نعلم خلافًا في بعض الصور، وقد بينا كلامًا شافيًا في كلام الإمام، واختلافه، وسبق عن «الحاوي» تردد فيمن خلق سمعه ضعيفًا، هل تكمل فيه الدية أم لا؟

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ لِسَانِهِ فَذَهَبَ رُبُعُ كَلَامِهِ أَوْ عَكْسٌ فَنِصْفُ دِيَةٍ**) أي: في الصورتين، قال الجمهور: اللسان مضمون بالدية، وكذا منفعته توجب أكثرها، وقال أبو إسحاق: الاعتبار بالجرم؛ لأنه الأصل، وفيه تقع الجناية.

قال: وإنما توجب نصف الدية في الصورة الثانية؛ لأنه قطع ربعًا، وأشل ربعًا، والمذهب المنصوص في الْبُوَيْطِي، وفي «الأم» ولفظه: وإذا قطع من اللسان شيء لا يذهب الكلام، قيس ثم كان فيما قطع منه بقدره من اللسان فإن قطع حذية من اللسان تكون ربع اللسان فذهب من كلامه قدر ربع الدية، وإن ذهب أقل من ربع الكلام ففيه ربع الدية، وإن ذهب نصف كلامه ففيه نصف الدية، واجعل عليه الأكثر من قياس ما أذهب من كلامه أو لسانه، انتهى.

وتظهر ثمرة الخلاف في صور:

منها: قطع نصفه فذهب ربع الكلام، واستأصل أحد الباقي، فعند الجمهور يلزمه ثلاثة أربع الدية، وعند أبي إسحاق نصفها.

ومنها: قطع أربعة، فذهب نصف الكلام، واستأصله آخر، فكالتي قبلها، وزاده أبو إسحاق حكومة؛ لأنه قطع نصفها صحيحًا وربعًا أشل.

ومنها: ذهب نصف الكلام بجناية على اللسان بلا قطع؛ ثم قطعه آخر فعليه دية كاملة عند الجمهور، وعنده نصفها حكومة.

فرع: قال في «الروضة»: لو قطع بعض لسانه، ولم يذهب شيء من كلامه، هل تجب الحكومة أم نسبة المقطوع من الدية؟ وجهان: أصحهما

وَفِي الصَّوْتِ دِيَةٌ.

الحكومة، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: قطع فلقة من لسانه، ولم يبطل به شيء من الكلام، قال الإمام: من راعى الكلام لم يوجب على القاطع إلا الحكومة، ومن راعى الجرم أوجب قسط بالنسبة إلى اللسان، لكن في هذا الحال المقدر من غير تفويت الكلام، ولو صح ذلك لزم إيجاب الدية الكاملة في لسان الأخرس، ويوجب الحكومة أجاب في «الوسيط».

قلت: وقال في «البسيط»: إنه الصحيح، وهذا كله من تخريج الإمام، وتصرفه من غير بقاء؛ كما أفهمه كلام «النهاية» وهو خلاف نص «الأم» قال في «الأم» أيضًا: وإذا قطع الرجل من باطن اللسان شيئًا، فهو كما لو قطع من ظاهره، وفيه من الدية بقدر ما منع من الكلام، فإن لم يمنع الكلام، أو يمنع بعض الكلام، ولا يمنع بعضه كان فيه الأكثر بما منع من الكلام، أو قياس اللسان، انتهى.

وكذلك قال الْمَاوَرْدِيّ: ولو قطع باطن لسانه لزمه قسطه من الدية، فإن ذهب شيء من كلامه لزمه أكثر الأمرين، والجواب في «الشامل» و«البيان» و«الشافي» وأحسبه إجماع العراقيين ما اقتضاه النص، والله أعلم.

قال: (**وَفِي الصَّوْتِ دِيَةٌ**) أو في إبطاله بمحرم، واللسان على اعتداله، ويمكنه من التقطيع، والترديد الدية، قال الرَّافِعِي تبعًا للإمام والْغَزَالِي: إنه من المنافع المقصودة من غرض الكلام، والزجر، وغيرها.

واعلم إن لم أر أن في إبطال الصوت الدية إلا في «النهاية» وما تفرع منها، فإن قلت: قدمت عن زيد بن أسلم أن السنة قضت بذلك.

قلت: وإن ثبت، فلعله أراد به الكلام كما ذكره الرَّافِعِي وغيره عنه، وكلام الْمُتَوَلِّي مصرح بأنه أراد بذلك، ولم يذكر صاحب «التلخيص» وما عدده فيما يجمع من الديات الصوت، وإلا راتب من اعتراض عليه بإيراد الصوت، وقد يفهم من كلام الإمام والغزالي، والرَّافِعِي: أنه لو لسانه مذهب نطقه، وصوته

فَإِنْ أَبْطَلَ مَعَهُ حَرَكَةَ لِسَانٍ فَعَجَزَ عَنِ التَّقْطِيعِ وَالتَّرْدِيدِ فَدِيَتَانِ، وَقِيلَ دِيَةٌ.

لزمه ديتان قطعًا؛ بل كلام الرَّافِعِي من بعد مصرح به، كما سيأتي، وفي لزوم دية ثالثة للإشلال وجهان، وليس «الأم» كذلك، وقد قال الإمام: بعد هذا، ولو شل، أو تعطل الكلام لذهاب الصوت، فهل يزيدون على دية واحدة؟ قلنا: الغرض الأظهر من الصوت الكلام، فكأن الدية إنما وجبت لأجله، والكلام معنى في وجوه:

منها: أن اللسان إذا قطع فالدية تكمل بسبب الكلام، ولو عطلت الحروف بسبب آخر سواء قطع اللسان، والجواب كذلك، وإذهاب الصوت من أسباب تعطيل الكلام هذا لفظه، وقال الْمُتَوَلِّي: إذا ضرب لسانه، فأبطل نطقه لزمه كمال الدية، والأصل فيه ما روي عن زيد بن أسلم ﷺ، قال: قضت السنة في إيجاب الدية على أشياء من الأسنان؛ ثم ذكر من الجملة، ومن الصوت إذا انقطع الدية، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المعتاد بذهاب الصوت ذهاب الكلام، وأحسبه قضى به كلام الشَّافِعِي ﷺ والجمهور، ولا يجمع له بين دية الكلام، ودية الصوت كما اقتضاه كلام الشَّافِعِي الآتي، والعلم عند الله تعالى، ونقل ابن المنذر الإجماع على أن في اللسان الدية، ثم قال أكثر أهل العلم: يرى أن في ذهاب الصوت من الجناية الدية، انتهى.

والظاهر أنه عبر بالصوت عن الكلام مع سلامة اللسان.

قال: (**فَإِنْ أَبْطَلَ مَعَهُ حَرَكَةَ لِسَانٍ فَعَجَزَ عَنِ التَّقْطِيعِ وَالتَّرْدِيدِ فَدِيَتَانِ، وَقِيلَ: دِيَةٌ**) اعلم أن أصل هذا الخلاف قول الإمام، ولو أذهب الصوت وأشل اللسان فوجهان:

أحدهما: لا تجب إلا دية واحدة، فإن الكلام هو المعني المقصود وقد زال، ولزواله سببان: انقطاع الصوت، وعجز اللسان، ومن أصحابنا من قال: يجب ديتان للجناية على منفعتين، وليس كما لو زال أحدهما.

قال: من أزال الصوت يقود الصوت بعيد الكلام، ومن أزال الصوت،

وَفِي الذَّوْقِ دِيَةٌ، ....

وحركة اللسان يعود الصوت لا يعيد الكلام، والمسألة محتملة جدًّا، انتهى.

وحكى الْغَزَالِي الوجهين في «بسيطه» بلا ترجيح، وأشار في «الوجيز»: إلى ترجيح التعدد، وكذلك قال الرَّافِعِي: أرجحهما على ما يقتضيه نظم الكتاب أنه يلزمه ديتان، وجزم في «شرحه الصغير» و«المحرر»: أنه أرجح الوجهين.

قلت: ولم أر نقل هذا الوجه إلا في «النهاية» ولا ترجيحه إلا في «الوجيز» والمفهوم من كلام الأصحاب تصريحًا، وتلويحًا من يرويه الإمام كلامه من أروم فقط، هذا قضية كلامهم قطعًا، وهو أنه ليس في إشلال اللسان إلا دية واحدة إلا إذا ذهبت بذلك حاسة الذوق، فقد قال كثيرون: يجب ديتان، وقيل: لا يزاد على دية واحدة.

وقال الإمام في موضع آخر: كل منفعة كانت على عضو، فإذا فوضت الجناية على العضو لم يخف أن المنفعة لا تفرد بالدية، وإنما يكون في ذلك العضو بسبب تلك المنفعة؛ كالبطش في اليد، والبصر، والعين، هذا لفظه، وهو ظاهر؛ بل نص في أنه لا يجب في مسألتنا إلا دية واحدة، وهذا هو المذهب، وقد قال الشَّافِعِي - ﷺ - والأصحاب: إذا لم يقطع لسانه ولكن جنى عليه، فخرس فذهب كلامه وجب عليه الدية؛ لأنه أذهب منفعة اللسان، كما لو جنى على يده، وقال في «الأم»: وإذا جنى على اللسان، فذهب الكلام من قطع، أو غير قطع، ففيه الدية تامة، ولا أحفظ عن أحد من أهل العلم في هذا خلافًا، وهذا منه ظاهر في أنه لا يجب في إشلاله أكثر من دية تامة.

قال: **(وَفِي الذَّوْقِ دِيَةٌ)** أي: يجب في إبطاله الدية كما في إبطال السمع والبصر، وسائر الحواس، وصورة المسألة ما ذكره الجمهور أن يجني على لسانه، فتذهب حاسة ذوقه، ولذة طعامه فلا يفرق بين حلو وحامض ومر ومالح وعذبٍ، فتجب الدية كما رواه القاضي أبو الطيب عن النص، وجرى عليه الجمهور.

وقال الشيخ أبو حامد والْمَاوَرْدِي وغيرهما: ليس فيه نص الشَّافِعِي - ﷺ -

....

وقد قال بعض أصحابنا: فيه الدية، كذا حكي عن رواية أبي حامد، وقال غيره مقتضى مذهب الشَّافِعِي - رحمه الله -.

قال ابن الصباغ معترضًا: قلنا قد نص الشَّافِعِي على أن في لسان الأخرس الحكومة مع أن الذوق يذهب بذهابه، قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره حسن، ولا يندفع بقول صاحب «المهذب» والرَّافِعِي: إن محل الحكومة في لسان الأخرس إذا لم يذهب ذوقه، أو كان ذاهبًا قبل قطعه أما ذهابه بقطعه فتجب الدية كاملة؛ لأن الْمَاوَرْدِي حكى عن النص إيجاب الحكومة بقطع لسانه، ثم قال: وإنما تجب الدية؛ لأنه قد سلب الكلام الذي هو الأخص الأغلب من منافع اللسان، ولو بقي بالخرس بعض منافعه، وهو الذوق يصرفه في مضغ الطعام، فلم يبلغ دية لسانه كامل، نعم، لو صح ما قاله الْمُتَوَلِّي إن محل الذوق طرف الحلق لا يدفع سؤال ابن الصباغ، انتهى.

قلت: لكن الْمَاوَرْدِي ذكر بعد ذلك أن مقتضى إطلاق الشَّافِعِي في لسان الأخرس الحكومة، ثم قال: وهو القول على هذا الإطلاق ليس بصحيح عندي؛ لأن مقصود اللسان أفعال أحدها الكلام، والثاني: الذوق، ويقترن بهما ثالث كون اللسان عونًا فيه، وهو إدارة الطعام في الفم للمضغ، فإن بقي ذوق الأخرس بعد قطع لسانه، ففيه حكومة كما أطلقه الشَّافِعِي- رحمه الله -لأنه ما سلبه بالقطع أحد المنفعتين المقصودتين، وإنما سلبه أقل منافعه، وهو إدارة الطعام في فيه إذ ذهب ذوق الأخرس بقطع لسانه، ففيه الدية كاملة لما سبق من وجوبها في ذهاب الذوق، فيكون الإطلاق محمول على هذا التفصيل، انتهى.

وقد يدفع سؤال ابن الصباغ قول الْمَاوَرْدِي، وإبراهيم المروزي، والْمُتَوَلِّي، والْبَغَوِي، وغيرهم، فإن جمع في الجناية على لسانه بين ذهاب كلامه، وذوقه لزمه ديتان فيهما، وقد يبقى الذوق مع قطع اللسان؛ **لِأَنَّ حَاسَّةَ الذَّوْقِ تُدْرَكُ بِعَصَبِ اللِّسَانِ، فَإِذَا بَقِيَ مِنْ عَصَبِهِ فِي أَصْلِهِ بَقِيَّةٌ**؛ بقي الذوق، فإذا استأصل عصبه بقطعه، فذهب الذوق وجب حينئذ ديتان.

وَيُدْرَكُ بِهِ حَلَاوَةٌ وَحُمُوضَةٌ وَمَرَارَةٌ وَمُلُوحَةٌ وَعُذُوبَةٌ، وَتُوَزَّعُ عَلَيْهِنَّ، فَإِنْ نَقَصَ فَحُكُومَةٌ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْمَضْغِ.

قال: (**وَيُدْرَكُ بِهِ**) أي: بالذوق.

(**حَلَاوَةٌ وَحُمُوضَةٌ وَمَرَارَةٌ وَمُلُوحَةٌ وَعُذُوبَةٌ**) عد الأصحاب المذاق خمس كما ذكره الْمَاوَرْدِي: رُبَّمَا فَرَّعَهَا الطَّبِيبُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ، وَلَا نَعْتَبِرُهَا فِي الْأَحْكَامِ لِدُخُولِ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ كَالْحَرَافَةِ مَعَ الْمَرَارَةِ.

قال: (**وَتُوَزَّعُ**) يعني: الدية.

(**عَلَيْهِنَّ**) أي: فإن ذهب واحد من الخمس وجب خمس الدية، واثنان فخمساها، وهكذا.

قال: (**فَإِنْ نَقَصَ**) أي: الذوق نقصانًا فلا يقدر بأن يحسن بالمذاق الخمس إلا أنه لا يدركها على كمالها (**فَحُكُومَةٌ**) أي: تختلف بقوة النقصان وضعفه.

فرع: لو تنازعا في ذهاب الذوق، قال الْغَزَالِي والرَّافِعِي: جرب بالأشياء المرة المقرة.

قلت: والمقرة هي المرة، يقال: مقر الشيء يمقر مقرًا إذا صار مرًا.

وعبارة الإمام: امتحن بالأشياء المرة السبعة، فإن لم يظهر عليها إبداء لعبوس، والنفرة ظهر صدقه، ولا بد من تحليفه، وإن أراد الجاني، وعبارة إبراهيم المروزي: أطعم ما له مرارة، وما له حلاوة، فإن كان تعبس للمرارة، وتهش للحلاوة علم أنه كاذب، وصدق الجاني بيمينه، وإلا فالمجني عليه بيمينه.

قال: (**وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي الْمَضْغِ**) أي: يجب في إبطاله الدية.

قال الرَّافِعِي: وقد يحتج له فإن المنفعة العظمى الإتيان بالمضغ والأسنان مضمونة بالدية، فكذلك منافعها كالبصر مع العين، والبطش مع اليد، وذكر في «الوجيز» بتفويت المضغ طريقين:

أحدهما: أن يصلب مغرس اللحيين حتى يمتنع حركتها مجيئًا، وذهابًا.

والثاني: أن يجني على الأسنان فيصبها خدر، ويبطل صلاحيتها للمضغ، وحكم بوجوب الدية بالطريقين، والوجوب بالجناية على السن يتابع في كلام

وَقُوَّةِ إِمْنَاءٍ بِكَسْرِ صُلْبٍ. وَقُوَّةِ حَبَلٍ وَذَهَابِ جِمَاعٍ، ....

الأصحاب، وبتصليب مغرس اللحيين ذكره الفوراني، وعليه جرى الإمام وغيره إن تعذر المضغ بالخلل الذي يصيب الأسنان؛ كتعذر البطش بشلل اليد، والتعذر كتصليب الغرس بسببه يتعذر المشي بكسر الصلب، ويشبه أن يجيء في تكميل الدية في السن المعطل لتعطب الغرس الخلاف المذكور في تكميل الدية في الرجل المعطلة بكسر الصلب، انتهى كلامه نقلًا وبحثًا.

وسبق عن نص «الأم» والأصحاب في الجناية على اللحيين، واللفظ للإمام: ولو ضربا فيبسا حتى لا ينفتحا فلا ينطبقا كانت فيهما الدية، وكذلك لو انفتحا لم ينطبقا، أو انطبقا لم ينفتحا، ففيهما الدية، ولا شيء في الأسنان؛ لأنه لم يجر عليهما؛ بل على اللحيين، وسواء كانت منفعة الأسنان قد ذهبت، انتهى.

والظاهر أن هذا ما أراده الفوراني، وغيره لا أفهمه كلام الرَّافِعِي.

قال: (**وَقُوَّةِ إِمْنَاءٍ بِكَسْرِ صُلْبٍ وَقُوَّةِ حَبَلٍ وَذَهَابِ جِمَاعٍ**) اعلم أن كلامه يفهم نقل ثلاث مسائل تجب في كل منها الدية، وعبارة «الروضة»: التاسع والعاشر والحادي عشر: الإمناء، والإحبال، والجماع، انتهى.

وفي ثبوتها وقفة، والذي اقتضاه كلام الْغَزَالِي في «الوجيز» وغيره أن ذهاب قوة الإمناء والإحبال به مسألة واحدة على ذلك شرح «الوجيز» العمادين لو تبين الكبير صاحب «التعجيز» هذا علمت هذا، فقال الرَّافِعِي: إذا جنى على إنسان فأبطل قوة إمنائه وجب كمال الدية، ولو قطع أنثييه فذهب ماؤه لزمه ديتان، وكذا لو أبطل من المرأة قوة الإحبال لزمه ديتها، ولو جنى على ثديها فانقطع لبنها لزمه حكومة، فإن نقص وجبت حكومة تليق به، وإن لم يكن لها لبن عند الجناية ثم ولدت ولم يدر لها لبن وامتنع به الإرضاع وجبت حكومة إذا قال أهل الخبرة: إن الانقطاع بجنايته أو جوزوا أن يكون هو سببها، وفرق بين إبطال الإرضاع، وإبطال قوة الإمناء أوجب الدية، بأن استعداد الطبيعة للمني صفة لازمة للفحول، والإرضاع شيء يظهر أو يزول هذا هو المشهور، وعين الإمام احتمال أنه تجب الدية بإبطال منفعة الإرضاع، ولو جنى على صلبه

……

فذهب جماعه لزمه الدية؛ لأن المجامعة من أصول المنافع، وورد الأثر فيه عن أبي بكر، وعمر، وعثمان ﵃، ولو ادعى المجني عليه ذهابه، وأنكر الجاني صدق المجني عليه بيمينه؛ لأنه لا يعرف إلا منه، إلا أن يقول أهل البصر: إنه يمكن أن يذهب الجماع من هذه الجناية.

واعلم أنهم صوروا صورة ذهاب الجماع فيما إذا لم ينقطع ماؤه وبقي ذكره سليمًا، وذكروا أن لو كسر صلبه، وأشل ذكره فعليه دية إشلال الذكر وحكومة لكسر الصلب، وإذا كان الذكر سليمًا كان الشخص قادر على الجماع حينًا، فأشعر ذلك بأنهم أرادوا بذهاب الجماع بطلان الالتذاذ والرغبة فيه، وكذلك صور الإمام، والْغَزَالِيّ في إبطال شهوة الجماع على أن الإمام استبعد ذهاب الشهوة مع بقاء المني، ثم قال: إن أمكن ذلك فيجب أن يقال: إذا ذهب بالجناية شهوة الجماع تجب الدية بطريق الأولى إن صح تصويره وإدراك تأثير الجناية فيه، انتهى كلام الرَّافِعِي بحروفه.

تنبيهات: أحدها: قال في «البسيط»: التاسعة منفعة الإمناء، والإحبال به، فإذا ضرب صلبه فأبطل منه، قال أهل البصيرة: يمتنع المني من هذه الجناية يلزمه دية كاملة؛ ثم ذكر كلام القاضي الحسين في الإرضاع، وفرقه بأن منفعة الإرضاع يطرأ أو يزول، وهو عدا تردد في الباطن، وأما قوة الفحولة بالنطفة، فهي صفة ملازمة للفحول ومر أنه عظيم، فهذا ما قيل: فيه، وكذا قال إمامه: فهذا ما بلغنا في ذلك وذُكر نحوه في «الوسيط» وعبارة «الوجيز»: التاسعة قوة الإمناء، والإحبال فيها كمال الدية، وفي قوة الإرضاع حكومة، وشرح الرَّافِعِي كما سبق في إبطال الجاني قوة إمناء الرجل الدية⁽¹⁾.

ثم قال: وكذا لو أبطل من المرأة قوة الحبل لزمه ديتها، وساق ما تقدم إلى قوله: هذا هو المشهور، وللإمام احتمال أنه يجب بإبطال منفعة الإرضاع،

---

(١) قال الخطيب: نَازَعَ الْبُلْقِينِيُّ فِي ذَلِكَ، وَقَالَ: الصَّحِيحُ بَلْ الصَّوَابُ عَدَمُ وُجُوبِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْإِمْنَاءَ الْإِنْزَالُ، فَإِذَا أَبْطَلَ قُوَّتَهُ وَلَمْ يَذْهَبْ الْمَنِيُّ وَجَبَتْ الْحُكُومَةُ لَا الدِّيَةُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَمْتَنِعُ الْإِنْزَالُ بِمَا يَسُدُّ طَرِيقَهُ فَيُشْبِهُ ارْتِتَاقَ الْأُذُنِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٦/ ٢٥).

....

ونقل ذلك إلى «المحرر» بلفظ وتجب الدية في إبطال المضغ، وقوة الإمناء بكسر الصلب، وقوة الحبل وذهاب الجماع، ولم أر في كتب المذهب ذكر إبطال قوة حبل المرأة، وإنما ذكر الإمام والْغَزَالِيُّ، والأصحاب مني الرجل، وممن صور المسألة في إبطال مني الرجل، وتخفيف لبن المرأة الضميري، وقول الْغَزَالِيِّ: والإحبال به مراده مني الرجل قطعًا، وفرق القاضي الحسين السابق مصرح بأن الكلام في مني الفحل، وابن الرِّفْعَة مع اطلاعه لم يذكر في «الكفاية» إبطال قوم الحبل في المرأة إلا عن الرَّافِعِي، وليس هذا منه - رحمه الله تعالى - بإلحاق بها بالرجل فيه واختيار؛ لأن الإلحاق والاختيار لا يكون كذلك؛ بل ظنًّا منه أن الكلام في إبطال قوة منها أيضًا وحملها، وإبطال منفعة إرضاعها على أن ما ذكره في إبطال قوة حبلها محتمل، وإن أباه كلام القاضي ولم يساعد عليه النقل، وربما يأتي عن الْمَاوَرْدِي في مسألة الأصحاب؛ بأنها الصواب المعروف في كلام الشَّافِعِي - رحمه الله - والأصحاب في إبطال لبن المرأة بالجناية ما سبق.

وقال الْمُتَوَلِّي: إذا ضربها فانقطع اللبن فعليه بسبب انقطاعه كمال الدية، وغلط في ذلك وعبارة«الأم»: إذا ضرب ثدي امرأة قبل أن تكون مرضعًا، فولدت فلم يأت لها لبن في ثديها المضروب، ووجدت في الأخير لبن، أو لم تجد له لبن في ثديها معًا، لم يلزم الضارب إلا بأن يقول أهل العلم به؛ لعلة ألا تكون إلا من جناية فيجعل فيه حكومة، فإذا ضرب ثدياها، وفيهما لبن فلم يحدث بعد الضرب، ففيهما الحكومة أكثر من الحكومة في المسألة قبلها إلا دية ثانية، انتهى.

ثالثها: قال الرَّافِعِي - رحمه الله -: واعلم أنهم جوزوا صورة ذهاب الجماع فيما إذا لم ينقطع ماؤه إلى آخره، في نقله ذلك عن الأصحاب مطلقًا وقفة ظاهرة، فإن المسألة مصورة في «الحاوي» وغيره بما إذا حصل بالكسر ذهاب منيه، وعدم انتشار ذكره لا شلل فيه.

وقال الْمَاوَرْدِي: فيما إذا عجز عن الوطء لضعف حركته مع بقاء منيه،

……………………………………………………………………

وانتشار ذكره لا يسأل عليه، وقال الْمَاوَرْدِي: فيما إذا عجز عن الوطء الحكومة؛ لأنه يقدر على الإنزال بإدخال ذكره، وإن كان عجزه لذهاب منيه، وعدم الانتشار ففيه الدية كاملة؛ لأنه قد أذهب منفعة الصلب بذهاب المني، فإن أمكن الجاني ما ادعاه نظر، فإن أقرن به دعواه علامة تدل عليه جعل القول قوله مع يمينه؛ لأنه لا يعلم إلا منه، وإن لم يقرن به علامة سئل أهل العلم، فإن قالوا: لا يذهب منه الجماع حلف الجاني ولم يلزم الدية، وإن قالوا: يجوز أن يذهب منه حلف المجني عليه واستحق الدية، انتهى.

وكلامه وكلام غيره من العراقيين يلخص مما سنذكره من نص «الأم» وقال القاضي أبو الطيب: إذا ضرب على صلبه فأورثه ذلك الامتناع من الجماع، فلا يرجع يقدر عليه بحال يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: مثل ذلك يكون أخذ الدية، وإن قالوا: إن مثل ذلك لا يكون كان فيه حكومة.

ثم قال في فرع آخر: ولو كسر صلبه، فأورثه عدم نزول المني، قال الأصحاب: لا نص للشافعي - كَلَلهُ - في المسألة إلا أنه روى عن مجاهد أنه قال: تجب في ذلك دية تامة، قال أصحابنا: هذا هو المذهب أنه يؤدي إلى انقطاع النسل، وفيه أعظم المضرة، ويكون القول قوله مع يمينه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا من القاضي يقتضي أن تكون هذه الصورة عنده غير الصورة التي ذكرها أولًا، انتهى.

والظاهر غيرها وأن الأولى منصوصة في«الأم» قال الضميري في «شرح الكفاية»: لو ضرب ظهر رجل فلم يطق المشي أصلًا فعليه الدية، وإن أطاق المشي على خشبة، أو على متكأ، أو حائط ففيه حكومة، وكذلك لو ضعف جماعة، أو ضعف إنزال المني فحكومة، انتهى قول الرَّافِعِي.

واعلم أنهم صوروا واحدة من كلام الإمام، والذي يقتضيه كلام الأصحاب أنه متى بقي الماء والإنزال لا تجب الدية، وأجيب أصل كلامه قول الفوراني في «الإبانة» الثامنة، ولو أذهب شهوته وماءه ففيه الدية، ويرشد إلى

ذلك قول الْغَزَالِي في «البسيط».

وقد ذكر الفوراني من منافع الشهوة، وقال: إذا ضُرب صلبه فأُبطل شهوته وجبت الدية، ولست أعرف إمكان زوال الشهوة إلا بتقدير شلل في الذكر، أو انقطاع في المني، وقد ذكرناه، وأما لو قد حركة الذكر باقية والمني سائلًا بحيث يصلح للإحبال، والشهوة منقطعة يعني انقطاع الاحتباس بهذا الطريق أقل من انقطاع الذوق والشم، وطرق ذلك في إبطال شهوة الطعام أظهر، ولو تصور، انتهى.

وهو ملخص له من «النهاية» والإمام ينقل كثيرًا من كلام الفوراني، ولا نعرفه إذا كان عنده متماسكًا، فإن كان عنده فاسدًا، وقال في بعض التصانيف ونحوه من العبارات، وعبارة «الإبانة» كما قدمته، ولم أذكر المسألة في «العمد» فلعله أراد بقوله: بشهوته ومائه، ونسخ «الإبانة» تختلف كثيرًا، وعبارة «مختصر» الشيخ أبي محمد: وفي مقصوده فلا يدخل في ضمان الصلب؛ كالسمع مع الأذن، والشم مع الأنف، هذا لفظ صاحب «المعتبر» وهو مصرح بأن المراد بالشهوة إذهاب الماء بالجناية، وجرى على لفظ أبي محمد الْغَزَالِي في «الخلاصة».

رابعها: وأما إيجاب الدية بإذهاب شهوة الطعام، فأيده الإمام كما سبق، فلفظ «النهاية»: ومما يورده أنه لو أذهب ماءه ومنيه؛ التزم الدية، وهذا يدل على أن ذهاب الشهوة مع بقاء الماء يوجب الدية هذا مما لا يتصور، فإن المني إذا كان باقيًا فيبعد إذهاب الشهوة معنى يناط به الدية وجب أن يسأل هذا إذا ذهب بالجناية شهوة الجماع تجب الدية؛ بل هذا أولى إن صح تصويره، والوصول إلى إدراك إبطاله بالجناية، والله أعلم، انتهى لفظه.

فبناه - ﷺ - على ما ذكره، واستبعده وهو شيء غريب، ولا أفهم قوله: ماءه ومنيه أنهما غيران، ولا يتضح من هذا اللفظ استنباط ما ذكره من إذهاب الشهوتين، ولا يسمح الأصحاب بذلك فيما يغلب على الظن بعد قول المصنف في شرح «مختصر» الجويني: وفي إذهاب شهوة الجماع كمال الدية، فهو شاذ

وَفِي إِفْضَائِهَا مِنَ الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ دِيَةٌ وَهُوَ رَفْعُ مَا بَيْنَ مَدْخَلِ ذَكَرٍ وَدُبُرٍ، ....

منكر بناه على ما فهمه من كلام الشيخ أبي محمد السابق، ومن العجب جزم الرَّافِعِي، والمصنف من بعد إيجاب الدية في إبطال الديتين كما سيأتي.

فائدة: إذا أوجبنا الدية بإذهاب المني بالجناية؛ فيشبه أن يكون محله في غير من ظهر أنه عقيم، أما لو ظهر أنه عقيم، أو أن المرأة عقيم على ما ذكره الرَّافِعِي، فقضية تعليله أن الماء مقصود المني ألا تجب الدية، وهو ظاهر إن أحاط الأطباء علمًا بالعقيم إلا أن يقال بما سبق: إن إبطال الشهوة بمجرده يوجب الدية فتأمله.

قال: (**وَفِي إِفْضَائِهَا مِنَ الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ دِيَةٌ**) أي: سواء استمسك مع ذلك بولها، أو لا، وسواء أفضاها بذكره أم بغيره، وإن كانت رأسه، وفي كلام بعضهم ما يفهم الإهدار فيها، وفيه نظر إلا أن يعلم بالحال، وأنه يقصد بالصائنة فيكون التمكين حينئذ إذنًا في الإفضاء أو متضمنًا له، لو كملت مجبوبًا على نفسها اتجه الإهدار، وإنما وجبت الدية بالإفضاء لما فيه من فوات منفعة الاستمتاع واختلاله، وقد روي عن زيد بن ثابت، وعمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهما - أن فيه الدية، وأيضًا فالأعضاء الباطنة أخوف على النفس من الأعضاء الظاهرة، وكانت الدية أحق.

قال الْمَاوَرْدِي: وهذا الحاجز من تمام الخلقة، ومخصوص بمنفعة لا توجد في غيره لامتياز مخرج الحيض، والولد عن مخرج البول، فإذ انخرق الحاجز بالإفضاء فقد زال بالجناية عليه ما لا يقوم غيره مقامه، فأشبه الأعضاء المفردة مثل اللسان والأنف.

قال الْمَاوَرْدِي: **وَلِأَنَّ الْإِفْضَاءَ يَقْطَعُ التَّنَاسُلَ؛ لِأَنَّ النُّطْفَةَ لَا تَسْتَقِرُّ فِي مَحَلِّ الْعُلُوقِ لِامْتِزَاجِهَا بِالْبَوْلِ فَجَرَى مَجْرَى قَطْعِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيَيْنِ، وَفِي ذَلِكَ كَمَالُ الدِّيَةِ.**

قال: (**وَهُوَ رَفْعُ مَا بَيْنَ مَدْخَلِ ذَكَرٍ وَدُبُرٍ**) لأن به تفوت المنفعة بالكلية، وهو مأخوذ من الفضاء، وهو البرية الواسعة، وهذا ما رجح في «المحرر»

وَقِيلَ: ذَكَرٍ وَبَوْلٍ.

و«شرحه الصغير» والمصنف في أصل «الروضة» وبه جزم جماعة.

(وَقيل: ذَكَرٍ وَبَوْلٍ) أي: وقبل الإفضاء مع ما بين مدخل الذكر، وهو أسفل الفرج، ومنه مخرج الولد، وبين مخرج البول وهو ثقبة في أعلاه، ووجه بأنهم فرضوا حصوله؛ كالذكر وما بين الذكر والدبر قوي بأعصاب غليظ لا يكاد يزول بالوطء، وبأنهم تكلموا في استمساك البول، وعدمه وهو يشعر باختراق ثقبة البول إذا وجد الإفضاء، وعلى هذا الوجه اقتصر الرَّافِعِي والمصنف في باب الخيار في النكاح، وهو قول الشيخ أبي حامد، وأكثر البغداديين، كما قال الْمَاوَرْدِي، وقال الْبَغَوِي: إن الأول ليس بشيء، وقال الشيخ إبراهيم المروزي: قال بعض العلماء: أن يجعل المسلكين مسلكًا واحدًا، وهذا غير صحيح؛ لأن بينهما عظم ينافي كثيره إلا تحريك؛ بل الإفضاء وذكر الوجه الثاني، قال: وهذه تسمى بفضائه، وتلك يسر ما، انتهى.

وادعى الْمُتَوَلِّي أن عامة الأصحاب فسروا الإفضاء بالوجه الأول، وأن الصحيح أن كل منهما أفضى موجب للدية، وأقره الشيخان.

وقال الشيخ أبو محمد في «مختصره»: الإفضاء أن يرتفع الحاجز بين الفرجين، وأكثر ما يتصور في الصورة بالتحامل عليها، فأما ما يذكره أهل العراق في تفسير الإفضاء أن يصير مسلك البول والجماع واحد فغير صحيح؛ لأن مسلك البول والجماع عند أهل الصنعة في كتب التشريح واحد.

قال: ووقع في الواقعات الإفضاء على هذه الصورة التي صورنا مرارًا نيسابور في وقت وجدناه متقارب، وأكثر ما يقع في الصغائر، قال صاحب «المعتبر»: هذا ما ذكره - رَحِمَهُ اللهُ - والذي وجدناه في كتب التشريح، وصححناه ما يجب أن مسلك البول غير مسلك الجماع، فلا وجه لهذا الترجيح مع ميل أكثر الأصحاب إلى تفسير أهل العلم، انتهى.

وهذا عكس نقل الْمُتَوَلِّي عن الأكثرين، فعلى هذا ما صححه الْمُتَوَلِّي لو أزال الحاجز من لزمه ديتان.

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْوَطْءُ إِلَّا بِإِفْضَاءٍ فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ.

وَمَنْ لَا يَسْتَحِقُّ افْتِضَاضَهَا فَأَزَالَ الْبَكَارَةَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ ....

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن قبل الإفضاء خرق ما بين السبيلين كان في خرق الحاجز الذي في النقل الحكومة، وإن قيل: بالثاني؛ كان خرق ما بين السبيلين أولى بوجوب الدية، وهذا فقه واضح لا ما ذكره **الْمُتَوَلِّي**، وللأصحاب في تفسير الإفضاء تسع عبارات ذكرتها في «الغنية» وفي تصوير بعضها نظر، وكثير منها من النسخ والتعبير ويراد بالعبارة بإيراد الأخرى، وإن اختلف ظاهرها.

فروع: منها: لو أدى الإفضاء إلى عدم استمساك البول لزمه مع الدية حكومة.

ومنها: زالت بكر بكارتها لزمها القصاص جزم به في «الشامل» إن كانت حرة فله الحكومة، ولم يذكر القصاص.

ومنها: قال **الْمُتَوَلِّي**: وإفضاء أجنبية مكرهة، فإن كانت ثيبًا وجب المهر ودية الإفضاء، وحكومة إن كانت لا تستمسك البول، وإن كانت بكرًا وقتًا لا يفرد عن المهر، فعليه مهر بكر، وإن أفردنا فظاهر كلام **الشَّافِعِي** - ﷺ - أن أرش البكارة يدخل الدية، والصحيح وجوب أرش البكارة، انتهى.

ومر ولو التأم الإفضاء، وعاد العاجز إلى ما كان لا يلزم الدية بخلاف **الْجَائِفَةِ**، والفرق أن هناك يلزم الأرش بالاسم وهنا يعقد العضو، وهذا الحائل إذا سلم الحائل فلا معنى لوجوب الدية.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْوَطْءُ إِلَّا بِإِفْضَاءٍ فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ**) أن يطأ، ولا يلزمها التمكين؛ بل لا يجوز إذ أفضي إلى الإفضاء الأعظم، وهو جمع ما بين السبيلين، أما لو كان يفضي إلى الجمع بين مخرج البول، ومدخل الذكر فلا يجوز أيضًا، ولا يلزمها تمكينه، وهل يجوز لها؟ فيه نظر، والأقرب المنع، ولا سيما إذا قيل: له: يتولد منه استرسال البول.

قال: (**وَمَنْ لَا يَسْتَحِقُّ افْتِضَاضَهَا فَأَزَالَ الْبَكَارَةَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ**) أي: بغير وطئه كإصبع وخشبة، وغيرهما.

فَأَرْشُهَا، أَوْ بِذَكَرٍ لِشُبْهَةٍ أَوْ مُكْرَهَةً فَمَهْرُ مِثْلٍ ثَيِّبًا وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ، وَقِيلَ مَهْرُ بِكْرٍ،

(فَأَرْشُهَا) أي: وهو الحكومة بتقدير الرق وجنس الواجب من الإبل إلا من نقد البلد على الأصح؛ لأنها قاعدة الجناية على الحر.

قال **الْمُتَوَلِّي** في باب العفو عن القصاص: إذا قتلت البكر محمدًا، فأزال ولي القتيل بكارتها بإصبع أو خشبة؛ ثم عفا فلا شيء عليه بينها، فاستثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف ما لو زالت بكر بكارة أخرى، فإنه يقتص منها كما سبق.

قال: **(أَوْ بِذَكَرٍ لِشُبْهَةٍ أَوْ مُكْرَهَةً فَمَهْرُ مِثْلٍ ثَيِّبًا وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ)** ولا ينقدح أرش البكارة والمهر؛ لأنه يجب الاستمتاع، واستيفاء منفعة البضع والأرش يجب لإزالة تلك الجلدة، والجهتان مختلفتان فتفرد كل واحدة عن موجب الأخرى، وهذا ما جعله في «الروضة» الأصح المنصوص، وعبارة **الرَّافِعِي**: وينسب إلى النص.

قال: **(وَقِيل: مَهْرُ بِكْرٍ)** أي: فقط؛ لأن القصد بهذا الفعل الاستمتاع بإزالة تلك الجلدة يحصل في ضمن الاستمتاع، وإذا أوجبنا مهر بكر يقدر أرش البكارة، وهذا ما رجحه في «الروضة» في باب خيار النقص، وفي «البيان» وغيره هنا أنه المذهب، وفي «تجربة **الرُّويَانِيّ**»: ولو أكره البكر على الوطء يلزمه أرش البكارة مع المهر نص عليه، انتهى.

وهو محتمل الوجه الأول لما سنذكره.

وقيل: يلزمه مهر بكر وأرش البكارة، وبه أجاب في آخر البيوع، وسكت عنها في أصل «الروضة».

وقضية كلام القاضي أبي الطيب: أنه المذهب، وفي «النهاية»: قال **الشَّافِعِي** - ﷺ -: يغرم مهر مثل البكر وأرش البكارة، قال القاضي الحسين: وهذا مشكل؛ لأنا إن أوجبنا مهر مثل البكر، فقد أوجبنا أرش البكارة يجب المهر، وإذا ضمنا ذلك إلى أرش البكارة كان تضعيفًا للغرم، وإيجازًا له من وجهين، ولا سبيل إلى ذلك.

……………………………………………………………………

وكان شيخي يحكي أن الشَّافِعِي- ﷺ - قال: يجب المهر وأرش البكارة؛ ثم إنه يقول من عند نفسه: هذا بمثابة إيجابنا مهر مثل البكر، وكذا يقول: قد لا يقال كذلك، فإنه إذا كان في ثيب، وأهل نسب بمهر فلا يختلف مبلغه بالثيابة والبكارة، فلو اقتصرنا على إيجاب مهر مثل البكر، فقد يؤدي ذلك إلى تعطيل القدرة وجلدة البكارة، هذا ما كنا نتردد فيه، فأما نقل النص تقيدًا: أو إيجاب مهر مثل البكر، والثيب فلا معنى له، وإن مهر الثيب والبكر لا يختلف؛ فهذا يشعر بأن البكارة لها في محل الكلام، فيقع التفصيل في جناية لا أثر لها في التنقيص، انتهى.

وهذا الكلام قد يخرج منه وجه رابع مفصل.

تنبيهات: منها: احترز المصنف بالمكره عن المطاوعة، قالا: فلا أرش لها، ولا مهر، كذا أطلقاه والمراد من تعيين مطاوعة؛ لأنها زانية لأجل مطاوعة كما سبق في نكاح السفيه.

ومنها: إذا قلنا: يفرد الأرش عاد حرفه، وأيضًا كذلك فلا مهرًا لها، وإنما يلزمه الأرش كما لو زال بكارتها بإصبع، وهو يأمنه على اختياره أحد أوجه ثلاثة بيناها في الحدود من «الغنية».

ومنها: قال الْمُتَوَلِّي في باب العفو: لو وجب له قود على بكر، فوطئها لم يكره بشيء على أن من زال البكارة بشبهة، هل يلزمه للبكارة أرش مفرد عن المهر؟ إن قلنا: نعم لمن يضمن هنا إلا المهر فقط، وإن لم يفرده عنه لزمه مهر بكر، انتهى.

وحينئذٍ يلزمه على وجهٍ مهر ثيب فقط، وعلى وجه مهر بكر فقط، ويتخذ الوجه الثاني، والثالث.

ومنها: في الغصب من «البيان»: قال الطبري: وإن زنا بصبية لا يُشتهى مثلها، أو أزال بكارتها بالإصبع لزمه أرش البكارة دون المهر خلافًا لأبي حنيفة فيهما، ومن أصحابنا من قال فيمن زنا بصغيرة لا تشتهى: يجب لها

وَمُسْتَحِقُّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ إِنْ أَزَالَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ فَأَرْشٌ.

وَفِي الْبَطْشِ دِيَةٌ وَكَذَا الْمَشْيُ، وَنَقْصِهِمَا: حُكُومَةٌ.

المهر دليلًا أنه لم يوجد إيلاج في الفرج ولا عقد، فأشبه ما لو ضرب على ظاهر فرجها، فأزال البكارة.

قلت: وحينئذ لا يحسن تسميته زنا.

قال: (**وَمُسْتَحِقُّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) لأنه إن أزاله بذكره فواضح، وبغيره فقد أتلف حقه (**وَقيل: إِنْ أَزَالَ بِغَيْرِ ذَكَرٍ فَأَرْشٌ**) أي: لعدوله عن طريق استحقاقه فأشبه الأجنبي.

قال: (**وَفِي الْبَطْشِ دِيَةٌ وَكَذَا الْمَشْيُ**) أي: فيه دية كاملة أيضًا؛ لأنهما من المنافع الخطيرة، فإذا ضرب على يديه فشلتا لزمه ديتهما كما لو قطعهما، ولو ضرب على إصبع فشلت لزمه ديتها.

قال: (**وَنَقْصِهِمَا**) يعني: البطش والمشي.

(**حُكُومَةٌ**) أي: يجب النقص قلة وكثرة، فإذا كسر صلبه ففات مشيه، والرجل سليمة وجب الدية؛ لحديث عمرو بن حزم: «**وَفِي الصُّلْبِ الدِّيَةُ**» رواه النسائي وابن حبان وغيرهما، ولا تؤخذ الدية حتى يندمل، فإن الخبر دعا زمنه كما كان فلا دية، وله حكومة، فإن بقي له أرش، أو انتقص بسببه بأن كان يحتاج إلى عصا، أو يمشي محدودبًا، هكذا قاله الرَّافِعِي، والخلاف النقص أحسن، وإن لم يحتج إلى عصا؛ بل ينبغي أنه لو لم ينقص بنسبة المعتاد، وعجز عن العدد وانتقص عدده المعتاد بالجناية أن تجب الحكومة.

قال الرَّافِعِي بعد ما قدمناه: ولو كسر بثلثه فشلت رجله، قال في «التتمة»: يلزمه الدية لفوات منفعة المشي وحكومة لكسر الظهر، ويخالف ما لو كانت الرجل سليمة حيث لا يجب مع الدية حكومة؛ لأن المشي منفعة في الرجل، وإذا سلمت الرجل ففوات المنفعة لشلل الرجل، فأفرد كسر الصلب بالحكومة، وإذا كانت سليمة بفوات المشي كخلل الصلب فلا يفرد بحكومة، ويوافق هذا ما ذكر ابن الصباغ أنه لو كسر صلبه؛ فشل ذكره تجب الحكومة للكسر، ودية لشلل

وَلَوْ كَسَرَ صُلْبَهُ فَذَهَبَ مَشْيُهُ وَجِمَاعُهُ أَوْ وَمَنِيُّهُ فَدِيَتَانِ، وَقِيلَ دِيَةٌ.

الذكر، وهذا تصريح بأن مجرد الكسر لا يوجب الدية، وإنما تجب الدية إذا فات به المشي، أو الماء، أو الجماع على ما سبق، انتهى.

قلت: ما ذكر ابن الصباغ صرح به الْمُتَوَلِّي أيضًا، وهو نص «الأم» حيث قال: وإذا كسر صلب الرجل منعه أن يمشي بحال فعليه الدية؛ ثم ذكر حكم ما إذا أبدى، ولم يحصل نقص في المشي، أو حصل كما سبق، ثم قال: ولكن لو أشل ذكره بالكسر كانت عليه دية وحكومة، ثم قال في آخر كلامه: ولو كسر الصلب فشل الذكر حتى يصير لا يجامع فعليه دية في الذكر، وحكومة في الصلب، وإن لم يمنعه المشي بحال، انتهى.

وإذا تأملت كلام «الشامل» ونص «الأم» وجدته بتوجيهه ملخصًا من «الأم» قطعًا، وما في «التتمة» أخذه من «الشامل» عرف ذلك الاستقراء فاعلم.

قال: **(وَلَوْ كَسَرَ صُلْبَهُ فَذَهَبَ مَشْيُهُ وَجِمَاعُهُ أَوْ وَمَنِيُّهُ فَدِيَتَانِ، وَقيل: دِيَةٌ)** اعلم أنه وقع اضطراب في هاتين الصورتين ونظائرهما، ونقل مختلف، وترجيح متباين، فيقول: قال الإمام الرَّافِعِي بعدما قدمه عن «التتمة» و«الشامل» وبينا أنه منصوص «الأم»: وإذا ادعى المجني عليه ذهاب المشي، وكذبه الجاني امتحن بأن يقصد السيف في غفلة، فإن تحرك، ومشى ظهر كذبه، وأخذ الدية، ولو ذهب بكسر الصلب مشيه ومنيه، أو مشيه وجماعه ففيه وجهان:

أصحهما: أنه يلزمه ديتان؛ لأن كل واحدٍ منهما مضمون الدية عند الانفراد، وكذلك عند الاجتماع.

والثاني: لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الصلب محل المشي، ومنه يبدي المشي، واتحاد المحل يقتضي اتحاد الدية، ومن قال بالأول، قال: المشي في الرجل لا في الصلب، ومنع كون الماء مستقرًا في الصلب، قال: وليس له محل مخصوص، وإنما يتولد من الأغذية الصحيحة إذا أخذ منها البدن، انتهى.

وذكر في كلامه على دية الرجلين أن في الرجل التي تعطل مشيها بكسر الفقار؛ وجهان:

……

أحدهما: أن الواجب فيها الحكومة كما في اليد الشلاء؛ لأن تعطيل المنفعة كزوالها في تعذر الانتفاع، وأظهرها وجوب الدية؛ لأن الرجل صحيحة لا آفة بها، وخلل غيرها لا يوجب نقصان بدلها، انتهى.

ثم قال في كلامه في تعطيل بعض الحروف بالجناية على اللسان، ولم يبق له فيما بقي كلام مفهوم: إن في «التهذيب» أنه يجب كمال الدية؛ لأن منفعة الباقي قد فاتت، وحكى الرُّويَانِي عن الْقَفَّالُ: أنه المذهب، ومنهم من قال: لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة؛ لأنهم لم يفت سواها من الحروف، وإنما تعطلت منافعها فصار كما لو كسر صلبه، فتعطل مشيه والرجل سليمة لم يلزمه بتعطل المشي دية أخرى، وفي «التتمة»: أن هذا هو المشهور في «المهذب» والمنصوص في «الأم» انتهى.

ثم ذكر في كلامه على ما تعذر المضغ المغرس، وأن الْغَزَالِي ذكر له طريقين اتصلت بمغرس اللحيين حتى يمنع حركتهما مجيئًا وذهابًا، وهذا ذكره الفوراني، وعليه جرى الإمام، وصاحب الكتاب وغيرهما.

ثم قال: واعلم أن تعذر المضغ ينقلب الغرض بسببه؛ كتعذر المشي بكسر الصلب، ويشبه أن يجيء في تكميل الدية في النسل المعطل بتصليب الغرس، والخلاف المذكور في تكميل الدية في الرجل المعطلة بكسر الصلب، انتهى.

وقضية هذا أن يكون الأصح عنده التكميل كما صرح به في المشقة به لكن المنصوص في «الأم» صريحًا كما سبق ما ذكره الفوراني وغيره، وجرى عليه الأئمة كما بيناه، وعلله الشَّافِعِي بأنه لم يجن على اللسان، وإنما جنى على اللحيين فإن كانت منفعة الأسنان قد ذهبت إذا لم يتحرك اللحيان، هذا لفظه ﷺ وأما ما ذكره الرَّافِعِي في الجناية على الرجل المعطلة مع سلامتها بكسر الصلب من ترجيح وجوب الدية فيها مشكل، وإن كان الغرض فيما كان كاره بجناية كما هو في المتبادر، ومقتضى إطلاقه، وفيه بعد إن قلنا بما سبق عن نص «الأم» و«الشامل» وغيره لما فيه من تضاعف الجناية على محل واحد مع خلل نشأ عن جناية، نعم؛ ذكر الشيخ إبراهيم المروزي، والإمام والْغَزَالِي في الكلام على

....

الحكومة: أنه إذا كسر صلبه، ولم يتخير تجب الدية، وسبب عجزه عن المشي لا يجب شيء؛ لأن الرجل على سلامتها، انتهى.

وعلى هذا ينقدح إيجاب الدية في تقطيعها، وإشلالها ورأيت في «النهاية»: أنه لو كان الإنسان خلقة مقسوم الفقار، ورجلاه سليمتان لا آفة بهما، ولو كان واقف يمشي برجليه فالفعل الظاهر للأصحاب إلى إيجاب الدية على قطع رجل من وصفناه.

وقالوا: يحسبه لا يجب على كسر الفقار إلا دية واحدة، ولا يلزمه دية الرجلين، وإن تعطلتا، والوجه عندي تنزيل رجل مقسوم الفقار منزلة من ولد أصم، فلا فرق بين الأصلين، انتهى.

وانظر قول الرَّافِعِي: أنه لو تقود أصل الأذن بجناية وامتنع بقود الصوت، وقال أهل البصر: إن طبقة السمع باقية، فإن الإمام مال إلى وجوب الدية إن أظهر الوجهين، وهو الجواب في «التتمة» وجوب الحكومة، وإن التعطيل لا ينزل منزلة الزوال، انتهى.

وهو موافق لما قدمه عن «التتمة» في بعض الحروف، وتعطيل الباقي، واستند له السابق إذا علمت فتعود إلى ما في الكتاب، وفيه صورتان: الأولى: أن يذهب بكسر صلبه مشيه، وجماعه جميعًا، وله حالتان:

الأولى: أن يشل الذكر والرجل، فعليه لكل منفعة دية تامة قطعًا، وحكومة لكسر الظهر.

والثانية: أن يكون الذكر والرجل سليمتين، وظاهر المذهب كما قاله الشيخ أبو حامد، والمحاملي، والْمَاوَرْدِي، والْمُتَوَلِّي، وعن لزوم الديتين؛ لأن كل واحد منهما لو قامت وحدها اقتضت الدية كاملة.

قال في «الشامل»: ولم يذكر القاضي أبو الطيب وغيره فيه، وهو القياس، والثاني، ونقله الشيخ أبو حامد عن أصحابنا: أنهم قالوا: تجب دية واحدة؛ لأن الذي تلف منفعة الظهر والرجلان، والذكر على حالة الصحة، ثم قال أبو

....

حامد: وظاهر مذهب الشَّافِعِي- ﷺ - أن فيه ديتين؛ لأنه قال في «الأم»: ولو كسر صلبه فذهب جماعه ولم يذهب مشيه فيه دية، وظاهر هذا: أنه إذا ذهب مشيه وجوب الدية، انتهى.

الثانية: أن يذهب بذلك مشيه، ومنيه وفيه الوجهان، وقد سبقا في كلام الرَّافِعِي بتوجيههم، وبالأصح جزم الشيخ أبو محمد وغيره، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي ما لفظه: فلو كسر صلبه، ولم يتخير تجب الدية، وسبب عجزه إلى المشي لا يجب شيء؛ لأن الرجل بقيت على سلامتها، ولو كسر صلبه وأذهب منيه فوجهان:

أحدهما: تجب دية واحدة؛ كما لو قطع لسانه وأذهب كلامه.

والثاني: ديتان أحدهما للصلب، والأخرى للماء، وكذا قال الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه» انتهى.

وقال صاحب «الكافي»: لو كسر ظهره ففات مشيه وماؤه؛ فديتان على أصح الوجهين، ولو شل ذكره أيضًا؛ فثلاث ديات، ولو شلت رجلاه أيضًا، فعليه أربع ديات.

تنبيه: قال في «الشامل»: وإذا ادعى ذهاب الجماع، فإن كان على ذلك شاهد ظاهر؛ فالقول قوله مع يمينه، وإن لم يكن سألنا أهل الخبرة، فإن قالوا: إن مثل هذه الجناية يجوز أن يذهب معها الجماع قبلنا قوله مع يمينه؛ لأنه لا يمكن الرجوع في ذلك إلا إليه، وعبارة «الحاوي»: وإن ادعى ذهاب المني؛ فأنكر الجاني ما ادعاه نظر إن اقترن بدعواه علامة سئل أهل العلم عنه، فإن قالوا: لا يذهب منه الجماع حلف الجاني، ولا دية وإن قالوا: يجوز أن يذهب منه الجماع حلف المجني عليه، واستحق الدية، وعبارة «الأم»: وإذا كسر صلبه فمنعه أن يمشي بحال، فعليه الدية فإن مشى معتمدًا فعليه حكومة، وإن لم ينقص مشيه، وبرأ مستقيمًا فعليه حكومة، وزاد عليه الحكومة بقدر العرج، وإن ادعى قد أذهب الكسر جماعه، فإن كان كذلك جماعه يعرف

[فَرْعٌ] أَزَالَ أَطْرَافًا وَلَطَائِفَ تَقْتَضِي دِيَاتٍ فَمَاتَ سِرَايَةً فَدِيَةٌ.
وَكَذَا لَوْ حَزَّهُ الْجَانِي قَبْلَ انْدِمَالِهِ فِي الْأَصَحِّ.

صدق بيمينه، وعلى الجاني دية تامة لا حكومة معها؛ لأن ذهاب الجماع إنما كان بعيب في الصلب، والجماع ليس بشيء قائم؛ كالكلام باللسان، ولكن لو أشل ذكره بالكسر، أو كانت عليه دية وحكومة؛ ولأنها حينئذٍ جناية على صلب تولدت على شيء قائم غير الصلب، قال: وإن لم يكن كذلك علامة تدل عليه.

وقال أهل العلم به: إن معلومًا أن الجماع قد يذهب من كسر الصلب، وكان أن تربص وقتًا من الأوقات، فلم يشير إليه قال أهل العلم: به لا ينتشر ترك إلى ذلك الوقت، فإن لم ينتشر حلف، وأخذ الدية وإن لم يكن روى، وقبل هذا فدية تذهب به، ويأتي حلف ما ينتشر، وأخذ الدية، فمتى انتشر رد الدية، وكانت له فيها حكومة بقدر ما نال من صلبه، ولهما يكون له الدية في ذهاب الجماع إذا كان يعلم أن ذهاب الجماع يكون من كسر الصلب، فإذا لم يكن معلومًا عند أهل العلم، فله حكومة لا دية، ولو كسر الصلب قبل الذكر حتى يصير لا يجامع فعليه دية في الذكر، وحكومة في الصلب، وإن لم يمنعه المشي بحال هذا حمله نصه في كسر الصلب، فافهم منه ما يفهم، وقد أكثرنا الحط في هذا الموضع لما فيه من الاشتباه، والاضطراب في كلام الأصحاب.

قال: (فرع: **أَزَالَ**) رأى الشخص الواحد.

(**أَطْرَافًا**) أي: كالأذن والأنف واللسان، واليد.

(**وَلَطَائِفَ**) أي: كالسمع والبصر، والفروق.

(**تَقْتَضِي دِيَاتٍ فَمَاتَ سِرَايَةً فَدِيَةٌ**) أي: لأنها صارت نفسًا، فتسقط بدل الأطراف، ويعود الجميع إلى دية واحدة وفاقًا.

قال: (**وَكَذَا لَوْ حَزَّهُ الْجَانِي قَبْلَ انْدِمَالِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص وظاهر المذهب؛ لأن دية النفس وجبت قبل استقرار بدل الأطراف، فدخل فيها بدل الأطراف كما لو سرت وأيضًا، فإن السراية إذا لم تنقطع بالاندمال

فَإِنْ حَزَّ عَمْدًا وَالْجِنَايَاتُ خَطَأٌ أَوْ عَكْسُهُ فَلَا تَدَاخُلَ فِي الْأَصَحِّ ....

كانت الجنايات كلها قتلًا واحدًا، والثاني خرجه ابن سُرَيْج، فقد حصل في المسألة قولان:

أحدهما: لا يندرج، وهو اختيار ابن سُرَيْج، والقياس ووجه بأنه لما قبله هذا قد انقطعت سراية الجراحات بالقتل، وتبين أنها لم تسر ولا يصر سببًا، فصار انقطاع السراية بهذه الجهة بمثابة انقطاع السراية بالاندمال، ثم قال: وهذا قياس بين جلي.

تنبيه: فقوله: قبل اندماله عما لو جزه بعد اندماله، فلا يدخل قطعًا لاستقرار الجناية بالاندمال قبل القتل.

قال: (**فَإِنْ حَزَّ عَمْدًا وَالْجِنَايَاتُ**) أي: المبادرة منه قتل الحر.

(**خَطَأٌ أَوْ عَكْسُهُ فَلَا تَدَاخُلَ فِي الْأَصَحِّ**) ما تقدم هو فيما إذا اتفقت الجناية على الأطراف، والنفس في العمد والخطأ ما لو كانت إحداهما عمدًا، والأخرى خطأ، وقلنا: بالداخل عند الصفة فوجهان، ويقال: قولان، وادعى في «الذخائر»: أنهما منصوصان أحدهما: أن الحكم كما لو كانا عمدين أو خطأين، وأشبههما كما قال الرَّافِعِي المنع؛ لأن التداخل يليق بحالة الاتفاق دون الاختلاف؛ ولأن المستحق عليه يختلف عند اختلاف الصفة، فلو قطع يده خطأ؛ ثم قتله قبل الاندمال عمدًا، فللولي قتله قودًا لا قطع يده، ثم إن قلنا بالتداخل، وجعلنا الحكم للنفس، فلا شيء له من الدية، وإن قلنا: لا تداخل اتخذ نصف الدية من العاقلة لليد، وإن عفا عن القود، وقلنا بالتداخل فوجهان:

أحدهما: تجب دية نصفها مخفف على العاقلة نصفها على الجاني، ويراعى الصفتان، وينسب هذا إلى النص، وأصحهما: أنه يجب دية مغلظة على الجاني؛ لأنا إذا قلنا بالتداخل معناه إسقاط بدل الأطراف، والاقتصار على بدل النفس لضرورة الجناية نفسًا، ولم ينفذ قطع اليد كدية مغلظة، هكذا هنا، وإن قلنا: لا تداخل وجب نصف دية مخففة على العاقلة، ودية مغلظة للنفس، وإن قطع عمدًا ثم قتله قبل الاندمال خطأ، فللولي قطع يده فإن

وَلَوْ حَزَّ غَيْرُهُ تَعَدَّدَتْ.

قطعها، وقلنا بالتداخل فله نصف الدية المخففة؛ لأنه أخذ بالقطع نصف بدل النفس، فإن منعنا التداخل فيأخذ كمال الدية المخففة، وإن عفا عن قطع اليد، فعلى الوجهين، فعلى المنسوب إلى النص نصف دية مخففة، ونصف دية مغلظة باليد، وعلى الآخر دية مخففة للنفس.

قال: **(وَلَوْ حَزَّ غَيْرُهُ تَعَدَّدَتْ)** أي: ولو حزَّ الرقبة، وما في حكم الحز غير جاني الجنايات السابقة على الحز ونحوه تعددت الجناية بلا خلاف، فيلزم واحد منهما موجب ما جنى لا تداخل؛ لأن فعل الإنسان لا يبني على فعل غيره سواء هنا ما قبل الاندمال وبعده. فرع سبق الوعد به:

قال الفوراني في «الإبانة»: لا يتصور أكثر من ثمانية عشر دية في شخص مع بقائها، انتهى.

وفي «التلخيص»: أنه يجتمع في الرجل تسع عشرة: العقل، والبصر، والأجفان، والمارن، والشم، والأذن، والسمع، والأسنان، واللسان، والكلام، واللحيان، واليدان، والحشفة، والأنثيان، والمأكمتان، وكسر الصلب، وإذا سلخ جلده فعاش، ولم تلتئم لم يثبت جلد آخر، انتهى.

قال الْبَغَوِي فيما علق عنه على حواشي تهذيبه: ودية إشكال من حيث إن دية الجلد مع دية الأعضاء لا تجتمع؛ لأن الجلد إذا قطع أو لا، فلا تكمل الدية في الأعضاء، ثم قال: ويشبه أن يكون التاسعة عشر إلى الأعضاء، ثم قال: وهذا لا يقوى؛ لأن دية الشلل، ودية القطع لا يجتمعان، قال: ولم يذكر دية الذوق، وإذا قلنا: في حلمتي الرجل الدية تصير تسع عشرة؛ ثم إن اندملت الجراحات، فجاء وقتله تجب دية للنفس، فيصير عشرين، وما يجتمع في المرأة؛ فكالرجل إذا قلنا: في حلمتي الرجل الدية، وفي مقابلة الذكر والأنثيين لها الشفران والإفضاء، وإن قلنا: في حلمتي الرجل الحكومة، وتزيد المرأة بواحدة، وفي الحلمة، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: ذكر في «الوجيز»: أنه يتصور في شخص واحد اجتماع

[فَصْلٌ]: تَجِبُ الْحُكُومَةُ فِيمَا لَا مُقَدَّرَ فِيهِ، وَهِيَ جُزْءٌ نِسْبَتُهُ إِلَى دِيَةِ النَّفْسِ، وَقِيلَ إِلَى عُضْوِ الْجِنَايَةِ نِسْبَةُ نَقْصِهَا مِنْ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ رَقِيقًا بِصِفَاتِهِ.

قريب من عشرين دية جمعًا، وإذا تأملت ما سبق وجدتها أكثر من ذلك، وهي هذه: الأذنان أو إبطال إحساسهما، العينان أو البصر الأجفان المارن، الشفتان اللسان أو النطق، الأسنان اللحيان، اليدان، الرجلان، الذكر، الأنثيان أو الحلمتان، والشفران، الأليان، العقل، السمع، الشم، الصوت، الذوق، المضغ، الإمناء أو الإحبال إبطال لذة الجماع، إبطال لذة الطعام، الإفضاء في المرأة، البطش، المشي، وقد يضاف إليها موجبات الحكومات في المواضح، وسائر الشجات والجوائف، انتهى.

وعبارة «الروضة»: فصل: قد ذكرنا الديات في الجروح، والأعضاء، والمنافع مفصلة فيجوز أن يجتمع في الشخص ديات كثيرة أن يزال منه إعطاء، ومنافع ولا يسري إلى النفس؛ بل يندمل، ثم عدد ما سبق أنه يجتمع من كلام «الوجيز» فالواقف على كلامه يفهم إنما ذكره هو المذهب بخلاف كلام الرَّافِعِي، وليس كذلك لما بيناه، ولما اقتضاه كلام «التلخيص» من «المختصر» فيما عدده، وكلام الْبَغَوِي، وزاد عليه الذوق فقط، وأحسبه أخذه من كلام الشيخ أبي علي، فإنه يتبعه كثيرًا علمته بالاستقراء، وكيف تجتمع ديتان اليد والبطش، وديتان الرجلين والمشي، ودية اللحيين، ودية المضغ، وديات ثلاث اللسان؛ النطق والصوت؟ وأما وجوب دية لإبطال لذة الجماع فغريب، واتجاهًا لا يطالب لذة الأكل شيئًا أبداه الإمام، ولا يعلم له سلفًا، ولك أن تأخذ في كلام صاحب «التلخيص» وغيره عدم إفراد الصوت من الكلام بدية، وسكوتهم عن إبطال قوة حبل المرأة، والإحبال بمني الرجل مشيرًا إلى ما قدمناه فيهما، نعم في إفراد بمني الرجل يشير إلى ما قدمناه فيهما، نعم في إفراد مني الرجل الذاهب بكسر الصلب ما سبق بما فيه، وقول ابن الرِّفْعَة: إنه يجتمع في الرجل، وهو حي تسع وعشرون دية، وست وعشرون، وفي المرأة فيه تسع أيضًا، والله أعلم.

قال: **(فَصْلٌ: تَجِبُ الْحُكُومَةُ فِيمَا لَا مُقَدَّرَ فِيهِ، وَهِيَ جُزْءٌ نِسْبَتُهُ إِلَى دِيَةِ النَّفْسِ، وَقِيل: إِلَى عُضْوِ الْجِنَايَةِ نِسْبَةُ نَقْصِهَا مِنْ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ رَقِيقًا بِصِفَاتِهِ)**

....

أيضًا، انتهى الكلام في المقدر إن شرع في تفسير الحكومة، فذكر أنها جزء من دية النفس بنسبته إليها نسبة ما ينقصه الجناية بتقدير تقويمه بصفاته التي هو عليها لو كان رقيقًا، وينظر كم تنقص الجناية من قيمته فيوجب من الدية بمثل تلك النسبة، فإذا قوم بمائة قبل الجناية، وبتسعين بعدها فالتفاوت العشر، فيجب عشر الدية، ووجه بأن الجملة مضمونة.

قال: وبه فيضمن الأجزاء الجزء من الدية، فإن حدد الشرع جزءًا من الدية اتبعناه كما سبق، ولا يدخل الاجتهاد فيه إذا لم يقدر اجتهدنا في معرفته، ونظرنا في النقصان، فإذا عرفت قدر النقصان عدنا إلى الدية لكون الجملة مضمونة بها، ثم ما رجحه المصنف من نسبة الجزء إلى دية النفس فهو المشهور، وأشار ابن المنذر إلى أنه إجماع، ثم قال: ونقل فيه قول رجلين تقيين من أهل العلم، وقيل: يكفي عدل واحد.

وحكاه الْمَاوَرْدِي، وجماعة الوجه الثاني: وهو أن قدر النقصان يعتبر من دية العضو الذي وردت الجناية عليه لا من دية النفس حتى لو نقص عشر القيمة بالجناية على اليد، فالواجب عشر دية، وعلى هذا القياس ورد بأشياء:

منها: أنه لما كان التقويم للنفس وجب أن يكون النقص معتبرًا من ديتها لا من دية العضو، وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: والوجهان متفقان على أن الجناية إذا كانت على عضو ليس له أرش مقدر من كفٍ، أو فخذٍ، أو ساقٍ، أو عضدٍ، أو ذراع أن المعتبر فيها نقصانها عن دية النفس، وإن زادت على دية يد أو عضو آخر، وقد صرح بهذا الجواب في «التهذيب» انتهى ويستغرق بما في ذلك.

تنبيهان:

الأول: قال الرَّافِعِي: في القول بوجوب جزء من الدية، وقد تقدم أن الأصل في الدية ما يفهم أن الحكومة تكون من جنس الإبل، وقد صرح به بعضهم.

قلت: هو ظاهر النص، وكلام الطريقين كالناطق به، إذ كلهم يقول في

فَإِنْ كَانَتْ بِطَرَفٍ لَهُ مُقَدَّرٌ اُشْتُرِطَ أَنْ لَا تَبْلُغَ مُقَدَّرَهُ فَإِنْ بَلَغَتْهُ نَقَّصَ الْقَاضِي شَيْئًا بِاجْتِهَادِهِ، ....

مثالنا السابق: وجب عشر الدية، ثم رأيت الشَّافِعِي - كَلَلهُ - قال في «الأم» في كلامه على كسر العظام: وما يؤخذ في الحكومات كلها بسبب الديات فمن الإبل؛ لأنها من سبب الجنايات، نعم ذكر الرَّافِعِي في إزالة البكارة بإصبع ونحوه: أن المراد بالأرش المأخوذ على تقدم الرد ما بيناه في فعل الحكومات، وذكر في «التهذيب» وجهين من جنس الواجب يكون من الإبل، أو من نقد البلد، انتهى.

لا يظهر قصرهما على أرش البكارة.

الثاني: قال الْمَاوَرْدِي: سُميت الحكومة لاستقرارها بالحكم؛ فإن اجتهد فيها من ليس بحاكم يلزم لم يستقر بقدره؛ لأنه لا ينفذ حكمه، وإذا تقدرت باجتهاد الحاكم لم يصر ذلك حكمًا مقدرًا إلى كل أحد؛ لقصور مرتبة الاجتهاد عن النفس، انتهى.

قال: (**فَإِنْ كَانَتْ بِطَرَفٍ لَهُ مُقَدَّرٌ اُشْتُرِطَ أَنْ لَا تَبْلُغَ مُقَدَّرَهُ فَإِنْ بَلَغَتْهُ نَقَّصَ الْقَاضِي شَيْئًا بِاجْتِهَادِهِ**) إذا وردت الجناية على ما له أرش مقدر من عضو أو لطيفة؛ فإن لم تبلغ الحكومة أرشه وجبت؛ فإن بلغت أرشه نقص الحاكم منه شيئًا بالاجتهاد؛ لأن ما جنى عليه مضمون بالأرش لو فات، فلا يجوز أن يضمن الجناية عليه بتمام أرشه مع بقائه؛ فالجراحة على أنملة تنقص حكومتها عن أرشها، والجراحة على الرأس لا تبلغ حكومتها أرش موضحة.

قال الرَّافِعِي: وعلى البطن لا يبلغ أرش جائفة، وحكومة الجراحة على الكف لا تبلغ دية الأصابع الخمس، وكذا حكومة قطع الكف التي لا إصبع عليها، وكذا حكم المقدم؛ فإنهما يتبعان، ويجوز أن تبلغ حكومة الكف على الأصح، انتهى.

وقال الشَّافِعِي - كَلَلهُ - في «الأم»: وإذا بلغ شين الجرح الذي في العضو الذي فيه قدر معلوم أكثر من ذلك العضو نقصت الحكومة على قدره، وذلك مثل

……

أن يجرح في أنملة من أطراف أصابع يديه أو رجليه أو ينزع له ظفرًا فيكون أرش الشين فيها أكثر من دية الأنملة فلا يبلغ به دية أنملة؛ لأنه لو قطعت أنملته وشانته لم يزد على قدرها، فلا يبلغ بما هو دونها من شينها قدرها، ولو كان الجرح في وسط الأنامل أو أسافلها وكان قدر شينه أكثر من أرش أنملة لم يبلغ به أرش أنملة كما وصفت، وإن كان الجرح في الكف أو القدم فشان بأكثر من أرش الكف أو القدم لم يبلغ به أرش كف ولا قدم؛ لأنهما لو قطعتا فشانتا لم يزد على أرشهما بالشين شيئًا فلا يبلغ بما دون قطعها من الجناية عليهما أرش قطعهما ولا شللهما، وهكذا إن كان في الذراع أو العضد أو الساق أو القدم لم يبلغ بشينه قدر دية يد تامة ولا رجل تامة، انتهى لفظه.

إشارات: اقتضت عبارة الْغَزَالِي في كتبه أن الشرط ألا تزد الحكومة على مقدر الطرف والنقد؛ فإنه لا يكفي ألا يزاد عليه؛ بل يجب أن ينقص، كما ينقص التقرير على الجلد والرضخ على سهم الغنيمة، لا خفاء أنه لم يبلغ حكومة العضو الأشل ديته صحيحًا، وأن حكومة النقص الحاصل في اللطائف لا يبلغ دياتها كما أشرنا إليه.

قال ابن الرِّفْعَة: ينقص عن ماله أرش مقدر ما يراه الحاكم، وأقله ما يجوز أن يكون ثمنًا أو صداقًا لا يراه، قال الإمام: ولو قال قائل في هذه الحالة: يضبط بنسبة النقصان الحاصل بالجناية على العضو مع بقاء العضو، ثم يُقدر النقصان وهو أن العضو، ثم يدرك ما بين الفعلين ويحط مثل تلك النسبة؛ فإن تغير نقصان الجزء بنقصان الكل عن الكل فهذا الوجه من الرأي جيد، انتهى.

وما صدر به ابن الرِّفْعَة كلامه في أقل ما ينقص أخذه من «الحاوي» وفيه نظر، قال الْمَاوَرْدِي: فإن نقص ما يقتضيه الاجتهاد بحسب قلة الشين وكثرته، ثم نظم في إزالة الشعر وقال: وَإِنْ كَانَتْ فِي نَتْفِ لِحْيَةِ امْرَأَةٍ فَهُوَ يُحْدِثُ فِي الْمَرْأَةِ زِيَادَةً وَفِي الرَّجُلِ نُقْصَانًا، فَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ فِي الْمَرْأَةِ مِنَ النُّقْصَانِ الْحَادِثِ فِي الرَّجُلِ، وَيَنْظُرُ الْبَاقِيَ بَعْدَهُ فَيَعْتَبِرُهُ مِنْ دِيَتِهَا، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ إِسْقَاطِ الزِّيَادَةِ شَيْءٌ مِنَ النُّقْصَانِ أَوْجَبَ حِينَئِذٍ مَا قَلَّ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ

أَوْ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ كَفَخِذٍ فَأَنْ لَا تَبْلُغَ دِيَةَ نَفْسٍ، ....

ثَمَنًا أَوْ صَدَاقًا، انتهى.

قال: (**أَوْ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ كَفَخِذٍ فَأَنْ لَا تَبْلُغَ**) أي: الحكومة.

(**دِيَةَ نَفْسٍ**) قال الرَّافِعِي: وإن كانت الجراحة على عضو بقدر ليس له أرش مقدر كالظهر، والكتف، والفخذ، فيجوز أن تبلغ حكومتها عضو مقدر كاليد، والرجل وإن يزاد عليها، وإنما ينقص عن دية النفس، وعد صاحب «التهذيب» و«التتمة» من هذا القبيل الساعد والعضد حتى يجوز أن بلغ حكومة الجراحة عليهما دية الأصابع الخمس، وأن يزاد عليها وسوى في «الوجيز» أي: و«الوسيط» بينهما وبين الكف، والأول أوضح، فإن الكف هي التي تتبع الأصابع، ولو قطع من المرفق أرش أصل العضد وجب مع الدية حكومة الساعد والعضد، انتهى.

وجزم في «الشرح الصغير» أن ما ذكره صاحب «التهذيب» أظهر، ولم يذكر «التتمة» وهو الجيد، فإني لم أر ذلك فيها، وعبر في «الروضة» عن قول الكثير أوضح بالأصح، إذا علمت هذا؛ فاعلم إنما ذكره الْغَزَالِي هو نص «الأم» السابق، والظاهر: أنه أخذ من كتب العراقيين أو من «الأم».

ولو كان الجرح والشين، أو أحدهما في جميع البدن كله؛ كان فيه ديتان المجروح لا يبلغ دية المجرح للشين إن كان حرًا، ولا قيمة إن كان عبدًا، ثم قال في آخر الباب في الحكومة على كسر العظام: ولا تبلغ بحكومة بشين الأنملة أرش أنملة، ولا بحكومة الذراع أرش يد، وهذا هكذا في الفخذ، والساق، والقدم، والأنف، فأما الضلع إذا كسر وجبر فلا يبلغ دية جائفة؛ لأن أكثر ما فيه أن يصير منه جائفة، انتهى نصه بحروفه، وفيه فوائد.

تنبيهات: منها: خرج النص أن حكومة جرح الساعد والعضد، وحكومة كسرهما لا تبلغ بها دية اليد، ولم أر ما يخالفه إلا في «التهذيب» وما أخذ منه.

ومنها: تمثل «المنهاج» بالفخذ، والساق إلى آخره.

ومنها: قال الرَّافِعِي: جزم في كلامه على حكومة ما له أرش، فإن حكومة

الجناية على البطن لا تبلغ أرش الجائفة، ويوافقه قول «الأم» في الصلع؛ لأن أكثر ما فيه أن يصير منه جائفة، ثم ذكر الرَّافِعِي والْبَغَوِي من أمثلة مسألتنا: الظهر، والكتف، والفخذ؛ ولا يظهر فرق بين الظهر، والبطن إن كان الكلام في صورة واحدة؛ بل يتعين رد أصل الكلامين إلى آخره.

واعلم أن في كلام الأئمة بعض الاشتباه، قال في «الشامل»: وإن جنى على الصدر، أو الصلب ولم يجف؛ فالحكومة أقل من أرش الجائفة، وقال في «البيان»: وإن كانت الجناية على إصبع؛ فبلغت حكومتها دية الإصبع، أو على اليد بما دون الجائفة؛ فبلغت الحكومة أرش الجائفة بنص الحاكم من الحكومة شيئًا بالاجتهاد؛ إذ لا يجوز أن تجب فيما دون الإصبع ديتها، ولا ضمان دون الجائفة ديتها، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: وَهُوَ مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ فِي شِجَاجِ الرَّأْسِ، وَمَا دُونَ الْجَائِفَةِ فِي جِرَاحِ الْجَسَدِ ديتها فَفِيهَا حُكُومَةٌ تَتَقَدَّرُ بِالِاجْتِهَادِ بِحَسَبِ الْأَلَمِ وَالشَّيْنِ لَا يَبْلُغُ بِمَا فِي شِجَاجِ الرَّأْسِ دِيَةَ الْمُوضِحَةِ، وَلَا مِمَّا فِي جِرَاحِ الْبَدَنِ دِيَةَ الْجَائِفَةِ؛ لِأَنَّ الْمُوضِحَةَ أَغْلَظُ مِمَّا تَقَدَّمَهَا وَالْجَائِفَةَ أَجْوَفُ مِمَّا دُونَهَا فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَبْلُغَ بِالْأَقَلِّ دِيَةَ الْأَكْثَرِ، انتهى.

ثم قال بعده، وتابع في كلامه قول «المختصر»: وفي الجراح في غير الرأس والوجه يقدر الشين الباقي بعد التئامه، وإذا كان الجراح في الجسد، وإن كانت في البدن: كالظهر، والبطن، والصدر، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من منصوص الشَّافِعِي - ﷺ -: أَنَّهُ يَعْتَبِرُ حُكُومَةَ الشَّيْنِ مَا لَمْ تَبْلُغْ دِيَةَ النَّفْسِ، فَإِنْ بَلَغَهَا نَقَصَ مِنْهَا وَلَا اعْتِبَارَ بِدِيَةِ الْجَائِفَةِ.

والثاني: أَنَّهُ يَعْتَبِرُ حُكُومَةَ الشَّيْنَ مَا لَمْ تَبْلُغْ دِيَةَ الْجَائِفَةِ؛ فإن بلغها نقص منها ما يؤدي الاجتهاد إليه؛ لأنها المقدر بين جروح الجسد فأشبهت الموضحة في شجاج الرأس، وقد تمكن أن يفصل بين الموضحة مع ما تقدمها، وبين الجائفة مع غيرها أن ما يقدم من الموضحة نقص الموضحة ولم تبلغ ديتها،

وَيُقَوَّمُ بَعْدَ انْدِمَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَبْقَ نَقْصٌ اُعْتُبِرَ أَقْرَبُ نَقْصٍ إِلَى الِانْدِمَالِ، وَقِيلَ يُقَدِّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَقِيلَ لَا غُرْمَ.

وغير الجائفة قد لا يكون بعضها لما فيه من كسر عظم وإتلاف لحم فجاز أن يزيد حكومتها على ديتها وهو الأصح، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنهما الوجهان السابقان في صدر المسألة، انتهى.

ولم يتضح لي في ذلك، ويتعين تنزيل كلام الْمَاوَرْدِي أولًا على حاله، وهذا على حاله.

قال: (**وَيُقَوَّمُ بَعْدَ انْدِمَالِهِ**) يعني: أنَّا إنما نقوم ونقدر الرق، وبعد اندمال الجراحة لا قبله؛ لأن نقصان القيمة حينئذ قد يكون لضعف، ونقصان في المنفعة، وقد يكون النقصان الجمال باعوجاج، فلو أنه قبح أو شين من سوادٍ وغيره يقوم عليه قبل الاندمال.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَبْقَ نَقْصٌ اُعْتُبِرَ أَقْرَبُ نَقْصٍ إِلَى الِانْدِمَالِ، وَقِيل: يُقَدِّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَقِيل: لَا غُرْمَ**) قال الرَّافِعِي: ولو اندملت الجراحة ولم يبق نقصان في المنفعة، ولا في الجمال ولم تتأثر فيه القيمة فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه لا يجب عليه شيء سوى التعزيز كما لو لطمه، أو ضربه بمثقل فزال الألم ولم ينقص منفعته ولا جمال.

والثاني وبه قال أبو إسحاق وهو ظاهر النص: أنه لا بد من وجوب أرش؛ لأن جملة الآدمي مضمونة فوجب أن يكون أجزاؤه مضمونة كسائر الأعيان؛ ولأنها جراحة على معصوم فلا يعتبر لوجوب المال فبها بقاء شين وأثر كالموضحة والجراحات المقدرة؛ ولأن الجراحة عظيمة الموقع فلا وجه فيها للاحتياط، والإهدار وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن الحاكم يقدر شيئًا باجتهاده، وأظهرهما ينظر إلى ما قبل الاندمال من الحالات التي تؤثر في نقصان القيمة، وتعيين أقربهما إلى الاندمال، وإن لم يظهر نقصان إلا في حالة سيلان الدم؛ ترقبنا واعتبرنا القيمة، والجراحة دامية وحينئذٍ فالظاهر تأثير القيمة لما فيها من الخطر،

وَالْجُرْحُ الْمُقَدَّرُ كَمُوضِحَةٍ يَتْبَعُهُ الشَّيْنُ حَوَالَيْهِ.

وخوف السراية وبقاء الشين؛ فإن فرضت الجناية خفيفة لا تؤثر في تلك الحالة أيضًا.

ففي «الوسيط»: أنَّا نلحقها بالضرب واللطم للضرورة، وفي «التتمة»: أن الحاكم يوجب شيئًا باجتهاده، والذي رجحه الأكثرون من الوجهين في أصل المسألة: أنه لا بد من إيجاب شيء ورجح الإمام المنع، قال: وهو القياس الحق.

قال الرَّافِعِي: وتفاوت هذه المسألة ما إذا قطع إصبعًا زائدة، وسنًا شاغبة، وأتلف لحية المرأة، وأفسد منبتها، ولم تنقص القيمة بذلك؛ وربما زادت لزوال الشين مثل أن خلق السن الشاغبة من أصله من استواء الأسنان وكن سبب الشين وجود تلك الشاغبة، فهل يجب سن؟ فيه الخلاف المنسوب إلى ابن سُرَيْج وأبي إسحاق، وإذا قلنا بالوجوب فهو الأصح؛ فعلى وجه يحمل فيه الحاكم، وعلى الأظهر يعتبر في قطع الإصبع أقرب أحوال النقصان من الاندمال على ما مرَّ، وفي النفس للشاغبة التي وصفناها تقدم وله السن الزائدة، ولا أصلية خلقًا؛ ثم يقوم مقلوع تلك الزائدة، ويظهر التفاوت بذلك؛ لأن الزائدة مثل العرجة، ويحصل بها ميزة جمال، وفي لحية المرأة تقدر كونها لحية عند كثيرين من باللحية فيقال: لو كان العبد الكبير بمثل هذه اللحية كم قيمته؟ وينظر كم ينقص من القيمة لو لم يبق له لحية في ذلك الوقت، فيعرف قدر النقصان، ويؤخذ بتلك النسبة من دية المرأة، انتهى.

وذكر في «المحرر» نظائر المسألة قطع الإصبع الزائدة، والسن الشاغبة، وصدقه «المصنف» اكتفاءً بما ذكره، وليس بمستحسن.

قال: (**وَالْجُرْحُ الْمُقَدَّرُ كَمُوضِحَةٍ يَتْبَعُهُ الشَّيْنُ حَوَالَيْهِ**) أي: ولا يفرد بحكومة؛ لأنه لو استوعب الإيضاح جميع موضع الشين لم يكن فيه إلا أرش موضحة، وهذا إذا كان السعي ومحل الأوضاح؛ فأما إذا أوضح رأسه، واتسع الشين حتى انتهى إلى القفا، فوجهان لتعديه محل الأوضاح.

وَمَا لَا يَتَقَدَّرُ يُفْرَدُ بِحُكُومَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَمَا لَا يَتَقَدَّرُ)** أي: أرشه.

(يُفْرَدُ بِحُكُومَةٍ فِي الْأَصَحِّ) اعلم أن قضية كلام «الروضة» وأصلها أن المذهب عدم الإفراد.

ونقل الرَّافِعِي ما في الكتاب عن اختيار الإمام، وأنه طريقة له، وأحسن صاحب «التمييز» فقال: والجرح أن يتقدر تبعه سببه وإلا فلا في وجه؛ إلا إذا اعتبرنا النسبة في المقدر كالمتلاحمة إلى الموضحة؛ أي: فيتبع قطعًا كالمقدر، وحاصل كلام الرَّافِعِي أن ما قبل الموضحة، قيل: واجبة الحكومة، وقال الأكثرون: إن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة فكذلك، وإن أمكن قسطه من أرش الموضحة؛ فإن شك في قدرها من الموضحة أوجبنا اليقين.

قلت: وهو نص «الأم» قال الأصحاب: المعتبر مع ذلك الحكومة، فيجب أكثر الأمرين من الحكومة، وما نقصه التقسيط والجراحات على البدن إن أمكن تقديرها بالجائفة قدر الموضحة على أرجح الوجهين؛ فإن قدرت الجراحة بالنسبة إلى إخراجه بقدره، وأوجبنا ما يقتضيه التقسيط؛ لكونه أكثر من الحكومة، فالشين تابع له لا يفرد بحكومة كالموضحة، وما يتقدر أرشه من الجراحات، وإن كانت الحكومة أكثر وأوجبناها فقد وفينا حق الشين، وأوجبنا ناقصه.

قال: وهذا ما يتلخص من كلام الأصحاب، ثم حكى طريقة الإمام، وأشار إلى سدودها، وعليها جرى في «الوجيز» وتبعه في «المحرر» و«الشرح الصغير» وطريقة الإمام أنه إذا لم يكن للجراحة أرش مقدر فوجهان:

أحدهما: أنه ينظر إلى محل الجراحة، وما حواليه فيحكم بوجوب أكثرها حكومة، وتبعه حكومة أقلهما بحكومة، وهو ما ذكره الشيخان، والصيدلاني، وأبو محمد في «الذخائر»: إنه المنصوص.

وثانيهما: وجوب الحكومتين معًا، ونقله عن اختيار القاضي واختاره، وذكر تفريعًا على الأول، وهو قول الجمهور وجهين فيما إذا استويا: **أحدهما:** يختار.

وَفِي نَفْسِ الرَّقِيقِ قِيمَتُهُ، وَفِي غَيْرِهَا مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ إنْ لَمْ يَتَقَدَّرْ فِي الْحُرِّ، وَإِلَّا فَنِسْبَتُهُ مِنْ قِيمَتِهِ، وَفِي قَوْلٍ مَا نَقَصَ. وَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَهُ وَأُنْثَيَاهُ فَفِي الْأَظْهَرِ قِيمَتَانِ،

والثاني: لا يجب إلا إحداهما، والأشبه نسبتها إلى الجرح، فإنه الأمثل والشين منهما، وحذفت «الروضة» هذا كله وهو إخلالٌ ظاهر.

قال: (**وَفِي نَفْسِ الرَّقِيقِ قِيمَتُهُ**) أي: ما كانت، وإن تلفت وبان أحرار كسائر الأقوال؛ وسواء القن، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد.

قال: (**وَفِي غَيْرِهَا**) أي: نفسه (**مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ إنْ لَمْ يَتَقَدَّرْ فِي الْحُرِّ**) أي: بلا خلاف كما قاله الرَّافِعِي؛ لأنها تشبه الحر في الحكومة بالعبد؛ ليعرف قدر التفاوت، ويرجع به ففي النسبة به أولى، وقد قال الأصحاب: إن العبد أصل الحر في الحكومة، والحر أصل العبد في التقدير؛ فعلى هذا لا يبلغ بأرش الجناية التي لا تقدر فيها قيمة الجملة، أو قيمة العضو التي جنى عليه فيه على ما سبق من التفصيل، والخلاف في الحر، قال ابن الرِّفْعَة: صرح به الْمَاوَرْدِي وصرح بنقصه عن النص، انتهى.

ولم أر ما ذكره في «الحاوي» هنا ولا في كتاب «الغصب».

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن تقدر بأن تقدر من الحر كالموضحة، والأعضاء، واللطائف.

(**فَنِسْبَتُهُ مِنْ قِيمَتِهِ**) أي: فالواجب فيه حر، ومن قيمته بنسبة إليها كنسبة الواجب في الحر إلى الدية، روى البيهقي ذلك عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: مَا نَقَصَ**) أي: من قيمته؛ لأنه مملوك كالبهيمة، وأنكر بعض الأصحاب، وقطع بالأول، وقيل: إنه مخرج، وقيل: قديم، وكذا نقله في كتاب «الغصب» والقولان مذكوران في كتاب الديات من «الأم».

قال: (**وَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَهُ وَأُنْثَيَاهُ**) أي: وما أشبه ذلك مما يجب للحر ديتان منهما.

(**فَفِي الْأَظْهَرِ قِيمَتَانِ**) اعتبارًا بالحر كما سبق.

وَالثَّانِي مَا نَقَصَ، فَإِنْ لَمْ يَنْقُصْ فَلَا شَيْءَ].

(وَالثَّانِي: مَا نَقَصَ) أي: من قيمته كالبهيمة.

(فَإِنْ لَمْ يَنْقُصْ فَلَا شَيْءَ) أي: فإن لم ينقص قيمته بقطع ذكره وأنثياه على هذا القول، أو زادت فلا غرم لعدم نقصان القيمة، وما جزم به المصنف هو المرجح، وحكى الرَّافِعِي في المسألة طريقين: أصحهما على وجهين: أصحهما: لا يجب شيء، والثاني: تجب حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد، أو تعيين ما قبل الاندمال.

قال: وجعل هذا الخلاف كالخلاف فيما إذا اندملت الجراحة، ولم يبق شين ولا أثر، ومنهم: من قطع بالوجه الأول، انتهى.

وقضية الجعل المذكور؛ أن يكون الراجح في مسألتنا الوجه الثاني لما سبق في المشبه به؛ فاعلم واسأل عن الفرق.

فروع: وتتمات:

منها: قضية كلام المصنف أنه يجب في قطع يد الرقيق، ونحوها نصف القيمة على الأظهر الجديد، وهو صحيح؛ لكنه لو قطع الغاصب ونحوه يده مثلًا، ونقص ذلك، قلنا: القيمة، فقد قالوا في كتاب «الغصب»: إنه يلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش، وبينا أن الزائد على الأرش، وسبب اليد العادية، وهو واضح وقد يعفا عنه.

ومنها: لو قطع يده وقيمته ألف إلى ثمان؛ بأن فعل وجهين: فعادت إلى ما تبين، فعلى الأظهر: لا تجب خمسمائة، وعلى القول الثاني: تجب ثمان إن لو عادت إلى ثمانمائة؛ فعلى الأظهر تجب خمسمائة، وعلى الثاني مائتان قطعًا وقربنا.

قال الإمام: ومن الظاهر أنَّا إذا فرعنا على الأظهر فقد يعرض فيه ما لا يتصور في الحر بيانه قيمته ألف؛ فقطع قاطع يده لزمه خمسمائة، وإن نقصت قيمته أربعمائة؛ فإذا قطع آخر يده الأخرى، وقيمته عند قطعها ستمائة لزمه ثلاثمائة؛ وقد يخرج على قول التقدير في بعض الصور إلى اعتبار النقصان؛ فإن

من اشترى عبدًا وقطع يديه في يد البائع، فلا يمكننا أن نقابل اليد تمام القيمة، ولو فعلنا هذا لجعلنا المشتري قابضًا لجميع الثمن، وهذا يستحيل القول معه مع بقاء العبد في يد البائع؛ فلا يتأتى في ذلك اعتبار النقصان، والله أعلم.

ومنها: جنى عليه اثنان؛ فقطع أحدهما يدًا والآخر الأخرى، فإن دفعا معًا فعليهما قيمته، وإن تعاقبا وكان القيمة عند قطع الثاني، وقيمته عند قطع الثاني ناقصة بسبب قطع الأول، فإن مات منهما؛ ففي الواجب عليهما اختلاف وجوه مذكورة في الصيد، وإن وقف المقطعات، نظر إن وقع قطع الثاني بعد اندمال الأول؛ فعلى كل منهما نصف قيمته قبل جنايته، وإن كان قيمته ألفًا؛ فعادت بالقطع الأول ثمانمائة، وبالثاني ستمائة؛ فعلى الأول خمسمائة، وعلى الثاني أربعمائة، وإن وقع الثاني قبل اندمال القطع الأول ففي «التهذيب» وغيره: بأن على الثاني نصف ما لزم الأول وهو مائتان وخمسون؛ لأن الجناية الأولى: ما استقرت بعد حتى يضبط النقصان، وقد أوجبنا بها نصف القيمة، وكأنه انتقص نصف القيمة، والحكم فيما لو قطع الواحد يدي العبد ولم يشر، كالحكم فيما لو قطعهما اثنان، وهذا كله تفريع على الأظهر، وعلى الثاني: يجب على كل قاطع ما انتقص بجنايته.

ومنها: قال الْقَفَّال في «الفتاوى»: لو قتل رقيقًا ترضعه أمه، يقال: لو كان منفردًا عنها كم يساوي؟ فيقال: مائة، فيقال: لو كانت أمه على صفتها، وهي مستحقة عليه كم قيمتها؟ فيقال: مائتان، قيل: فلو يبقى معًا كم تكون قيمتهما؟ فيقال: أربعمائة؛ فيعلم أن التفاوت بين الاجتماع والانفراد هو المائة، فيجعل أثلاثًا قبلها في مقابلة قيمته، وثلثاها في مقابلها، فيجب على قاتله ثلاثة وثلاثون وثلث، وإن قيل: الأم وجب مائتان وستة وستون وثلثان، وعلى قول صاحب «التلخيص»: إن قتل الأم؛ وجب ثلاثمائة، أو الولد يجب مائتان؛ لأن نقص الإفراد حصل بجنايته، وعكس هذا لو نكح عبدٌ أمة؛ فقتلته أو قتلها؛ نُظر لو بقيا معًا أبلغا ثلاثمائة فقيمتها مائة، وقيمته مائتان، ولو بيعا منفردين لا سوى ستمائة، وهي مائتين فلا يلزم قاتله إلا مائتان؛ يعني: ولا قاتلها إلا مائة.

باب موجبات الدية والعاقلة والكفارة

قال المصنف: [صَاحَ عَلَى صَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ عَلَى طَرَفِ سَطْحٍ فَوَقَعَ بِذَلِكَ فَمَاتَ فَدِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ، ....]

ومنها: جرح وقيمته مائة فصارت عشرة، والجناية سارية، فقيل: موته على السعر؛ بحيث لو كان صحيحًا لا يشترى بثلاثمائة فمات، قال الْقَفَّال: نظر إن كان بعد جراحته لم تزد قيمته على العشرة؛ فهاهنا يضمن المائة، وإن كان المجروح يساوي ثلاثمائة؛ ضمن ثلاثمائة.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: لو كانت الأمة حالة القتل من وجه، قال الإمام في أول فصل مذكور في نكاح الغرور: إن الواجب قيمتها عليه عن الروح، وإن تقدير ذلك فيها ممكن لو بقيت، ولكنا نعتبر الصفة التي كانت الجارية عليها حالة الإتلاف، انتهى.

والذي في «النهاية»: أنه لو قتل جارية مزوجة؛ لم يلزمه قيمتها خلية عن الزوج إلى آخره، هذا هو جواب النقل، وعليه يدل آخر كلامه.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي فيمن نصفه حر: يكون في طرفه نصف ما في طرف العبد، ونصف ما في يد الحر، ففي يده ربع الدية وربع القيمة، وفي إصبعه نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة، وعلى هذا القياس فيما زاد في الجراحة أو نقص، انتهى وبالله التوفيق.

قال الشارح: الدية مأخوذة من الدفع والأداء، والعاقلة سميت بذلك؛ لعقلهم الإبل بفناء دار القتيل، وقيل: لمنعهم من القريب والعقل المنع، وقيل: لإعطائها العقل، وهو: الدية، والأرش، والكفارة مأخوذ من الكفر بفتح الكاف وهو الستر.

قال: (صَاحَ عَلَى صَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ عَلَى طَرَفِ سَطْحٍ) أي: ونحوه كشفير بئرٍ أو نهرٍ، أو حفيرةٍ أو جرف جبل صيحة منكرة.

(فَوَقَعَ بِذَلِكَ فَمَاتَ فَدِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ)؛ لأن الصبي الضعيف كثيرًا ما يتأثر ويضطرب بالصيحة الشديدة، فأحيل الهلاك عليها.

وَفِي قَوْلٍ قِصَاصٌ.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: قِصَاصٌ**) الذي في «الروضة»: ولا قصاص على الأصح، وقيل: الأظهر، ومن يوجب يدعي أن التأثير به غالب، ورتب الخلاف على الخلاف فيما إذا حفر بئرًا بدهليزه، ودعا غيره إليه، وجعلت مسألتنا أولى بوجوب القود؛ لأن تأثير الصيحة هنا أشد من تأثير الدعوة في التخطي والتردي، قاله الرَّافِعِي، واعتراض ابن الرِّفْعَة بأن المسألة مصورة في «التتمة» بما إذا حفر البئر في دهليز لرجل ليس في الدار غيره، ولا بد له من الخروج، وكان الرجل أعمى، فكان الموضع مخرج الرجل، وحينئذٍ فلا يظهر للأولوية وجه، انتهى.

وعبارة إبراهيم المروزي: وأما القود فمرتب على ما إذا حفر بئرًا على عتبة دار أعمى، ولم يكن له ممر سواه فتردى فيها، ففي وجوب القصاص وجهان: إن قلنا هناك: يجب فهاهنا أولى، وإن قلنا هناك: لا يجب، فهاهنا وجهان، والفرق أن تلف الصبي محال على صيحة الصائح، ولم يوجد من الصبي فعل ووجد من المتردي في البئر فعل في التلف وهو مشيه إلى البئر، انتهى.

تنبيهات: منها: لم يتعرض الجمهور للارتعاد من الصيحة، وذكره الإمام والْغَزَالِي والرَّافِعِي، ولعله ملازم لهذه الحالة، ولو لم يرتعد لذلك احتمل أن يقال وقوعه من غيره بخلاف ما لو ارتعد عنده، فإن صح هذا كان ذكر الارتعاد شرطًا في الضمان⁽¹⁾.

ومنها: قالا: والمجنون، والمعتوه، والذي يعتريه الوسواس، والنائم، والمرأة الضعيفة، كالصبي الذي لا يميز، وألحق الْمَاوَرْدِي بهم المريض، والْمَضْعُوف الذي لا يثبت لمثل هذه الصيحة، وكذا المذعور كما قال الإمام، وسواء استقبل هؤلاء بالصيحة، أو استدبرهم.

---

(١) قال الخطيب: التَّقْيِيدُ بِالِارْتِعَادِ عِبَارَةُ «الشَّرْحِ» وَ«الرَّوْضَةِ» قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَالتَّقْيِيدُ بِهِ كَأَنَّهُ لُوحِظَ فِيهِ أَنْ يَغْلِبَ عَلَى الظَّنِّ كَوْنُ السُّقُوطِ بِالصِّيَاحِ.
قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَلَعَلَّ الِارْتِعَادَ مُلَازِمٌ لِهَذِهِ الْحَالَةِ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ: فَمَاتَ مِنْهُ كَمَا فِي «الرَّوْضَةِ». انظر: «مغني المحتاج» (١٦/ ٥٩).

وَلَوْ كَانَ بِأَرْضٍ، أَوْ صَاحَ عَلَى بَالِغٍ بِطَرَفِ سَطْحٍ فَلَا دِيَةَ فِي الْأَصَحِّ.

ومنها: قوله: فوقع بذلك فيه تنبيه على اشتراط ظهور وقوعه لها [بذلك] وقوله: فمات، أي: من الوقوع، ولو قال: فمات منه كـ«الروضة» وغيره كان أحسن؛ فإنه لو بقي مدة ضمنًا من الوقوع مدة، ثم مات منه ضمنه كما لو مات عقبه.

والظاهر: أنه لو تلف بعض أعضائه ضمنه بأرشه، فذكر الموت مثال لما دونه لا قيد، ولم أره نصًا، ثم رأيت في «الأم»: ولو صاح على صبي أو معتوه لا يعقل أو فزَّعه فسقط من صيحته ضمن ما أصابه، ولذلك لو ضمن عقل الصبي ضمن ديته، انتهى.

فقوله: ضمن ما أصابه يشمل ما أشرنا إليه، وصورة المسألة في راكب دابة، أو جدار. قال: (**وَلَوْ كَانَ**) أي: الصبي الذي لا يميز، ومن حكمه.

(**بِأَرْضٍ**) أي: مستوية.

(**أَوْ صَاحَ عَلَى بَالِغٍ بِطَرَفِ سَطْحٍ**) أي: ونحوه كما بينًاه.

(**فَلَا دِيَةَ فِي الْأَصَحِّ**) أما في الصبي؛ فلأن موته من الصيحة في غاية البعد، وأما في البالغ العاقل المتماسك زاد المروزي: المثبت؛ فلأن الغالب عدم تأثره بالصياح والسقوط، والموت [يحمل على موافقة القدر، والثاني يجب فيهما؛ أما في الصبي فكما لو سقط] من طرف سطح، وأما في البالغ فإلحاقًا له بالصغير.

وقيل: إن غافصه البالغ من ورائه ضمنه؛ لأنه سائر لغفلته، وإن صاح به فلا، وهو حسن، وهذه الأوجه ثلاثة طرق: **أحدها**: أن البالغ كالصبي، **والثاني**: المنع، **والثالث**: التفصيل، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إن استقبل البالغ المثبت المتماسك بالصيحة فلا ضمان، وإن استغفله وصاح عليه وهو [لا][1] يشعر به؛ فوجهان، وإن كان نائمًا فصاح به؛ فسقط ترتب على اليقظان، والفرق أن غفلة النائم أكثر من غفلة المنتبه.

---

[1] في نسخة: (لم).

وَشَهْرُ سِلَاحٍ كَصِيَاحٍ، وَمُرَاهِقٌ مُتَيَقِّظٌ كَبَالِغٍ وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَيْدٍ فَاضْطَرَبَ صَبِيٌّ وَسَقَطَ فَدِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

تَنْبِيهٌ: قال في «الوسيط»: والصحيح أنه إن ظهر أنه سقط به وجب، وإن شك فاحتمالان، إذ الأصل: براءة الذمة، والثاني: يحمل على السبب المقارن، وقول «المصنف»: على بالغ مطلق، ويستثنى منه من ذكرناه قريبًا في صورة الصبي، [وشرط][1] الْمَاوَرْدِي مع [البلوغ] أن يكون قوي النفس، ثابت الجأش، ساكن الجنان، وذكر الإمام نحوه.

وقال في «البسيط»: ما ذكرناه لم نرد به الصبي والبالغ، بل أردنا به الجبان الضعيف، [والأول] الصحيح.

فرع: لو صاح على صغير فزال عقله وجب الضمان، وإن كان بالغًا فعلى الطرق الثلاثة.

قال: (**وَشَهْرُ سِلَاحٍ**) أي: على بصير يراه.

(**كَصِيَاحٍ**) أي: فيما ذكرناه، قالا: والتهديد الشديد كذلك، وهذا ليس على إطلاقه في كل مهدد، ولا مهدد.

قال: (**وَمُرَاهِقٌ مُتَيَقِّظٌ كَبَالِغٍ**) أي: وحكمه ما سبق بما فيه.

إشارة: جميع ما سبق فيما إذا صاح عليه، فلو صاح على إنسان غيره فوقع هو من الصياح على الغير فهل يكون هدرًا؟ أو كما لو صاح على صيد؟ الأقرب: الثاني.

قال: (**وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَيْدٍ فَاضْطَرَبَ صَبِيٌّ وَسَقَطَ**) أي: من طرف سطح ونحوه.

(**فَدِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ**) أي: بخلاف ما إذا قصد الصبي نفسه؛ فإنها تكون مغلظة على العاقلة، قال الرَّافِعِي: وقياس من يوجب القصاص أن تلزم الجاني مغلظة.

---

[1] في نسخة: (في).

وَلَوْ طَلَبَ سُلْطَانٌ مَنْ ذُكِرَتْ بِسُوءٍ فَأَجْهَضَتْ ضَمِنَ الْجَنِينَ.

وعن صاحب «التلخيص»: أن الصائح على الصيد، وإن كان محرمًا، أو في الحرم تعلق بصيحته الضمان لتعديه وإلا فلا، وقد ذكره على قياسه أنه لو صاح بصبي في ملكه؛ يجب الضمان تشبيهًا بما لو حفر بئرًا في ملكه فتردى فيها غيره، والظاهر: أنه لا فرق كما لو رمى من ملكه فأهلك إنسانًا.

فرع: قال الصيمري: لو ألقى نفسه، فتلقاه آخر في الهواء بسيف أو سكين ونحوهما فقطعه، فإن مات قبل حصوله بالأرض؛ لزمه القود بلا شك، وإن وصلها حيًّا، ثم مات فقيل: يضمن جميع النفس، وقيل: نصف الدية [لزمه][1] من الجراحة والسقطة، وقيل: إن كانت السقطة لعلو الموضع، وخشونة الأرض فقتله لا محالة فلا شيء على الجارح في الهواء؛ لأنه هالك لا شك، وزيفه، وذكرت في «الغُنية» في ذلك تفصيلًا يتعين الوقوف عليه.

قال: (وَلَوْ طَلَبَ سُلْطَانٌ مَنْ ذُكِرَتْ بِسُوءٍ فَأُجْهِضَتْ) أي: فزعًا منه.

(ضَمِنَ الْجَنِينَ) لأن عليًّا أشار به على عمر ﷺ في هذه الصورة فرجعوا إليه؛ رواه البيهقي[2] فكان إجماعًا.

قال في «الأم» في باب خطأ السلطان: وإذا بعث السلطان إلى امرأة أو رجل عند امرأة، ففزعت لدخول الرسل أو جلبتهم أو انتهارهم أو الذعر من السلطان؛ فأجهضت فعلى عاقلته دية جنينها إذا كان ما أحدث الرسل بأمره، فإن المرأة تسقط من الفزع، ولو كان الرسل أحدثوا شيئًا بغير أمره فالدية على عاقلتهم، ولو ماتت فزعًا من رسول السلطان فلا ضمان.

وفي «النهاية»: أنه خلافه، والمذهب: الأول، وحكى في «الإبانة» قولين فيما إذا هدد الإمام رجلًا، أو امرأة بشيء وخوَّفه ففزع؛ فمات أو جُنَّ أو أجهضت المرأة.

وقال الدارمي في حد الجنين: إذا بعث الإمام إلى حامل وليس بمرهوب؛

---

[1] في نسخة: (لكونه).

[2] في السنن الكبرى (٨/ ٣٢٢).

وَلَوْ وَضَعَ صَبِيًّا فِي مَسْبَعَةٍ فَأَكَلَهُ سَبُعٌ فَلَا ضَمَانَ، وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ انْتِقَالٌ ضَمِنَ.

فماتت وولدها أو هي فلا ضمان، وإن كانت حاملًا مرهوبًا ضمن الولد وضمنها أو كان مثلها يتلف بالإسقاط، وإلا ضمن الولد خاصة، وإن كانت حاملًا لم يضمن مريضة وصحيحة مرهوبًا وغيره؛ هذا لفظه فتحصلنا على مقالات.

واعلم أن عبارة **الرَّافِعِي** وغيره: إذا بعث الإمام إلى امرأة، وذكرت عنده بسوء، فأمر بإحضارها فأجهضت، ويؤخذ من إطلاق النص: أن ذكرها عنده بالسوء، وأن أمره بإحضارها ليس [بقيد] فقتلت فالضمان، ولا شك أن بعثه لإحضارها لما تخاف هي منه [أو تهديده لها أو لولد] وزوجها، وكل ما يرعها تهديده ممن عندها في معنى ذكرها بالسوء عنده؛ لا سيما الأمر الجائز.

وعبارة «الحاوي» في «الحدود»: أنها لو ذكرت عنده بسوء، فأرسل إليها فأرهبها وأجهضت ضمن جنينها، ولو أرهبها الرسول بغير إذن الإمام ضمنه الرسول، وقال [الشيخ](١): لو كذب رجل، فأمرها على لسان السلطان بالحضور، فالضمان على عاقلة الرجل، ولو هددها رجل، فأجهضت، قال **الرَّافِعِي** تفقهًا: فليكن كالإمام؛ لأن إكراه غيره كإكراهه.

قلت: ويعضده قول **الْمَاوَرْدِي** قبل قوله: وإذا قصده بسيف، أو قذف امرأة بالزنا؛ فماتت لم يضمنها، ولو أجهضت ضمنها؛ لأنها تسقط من ذاعر القذف ولا تموت منه، انتهى.

قال: (**وَلَوْ وَضَعَ صَبِيًّا**) أي: حرًا (**فِي مَسْبَعَةٍ فَأَكَلَهُ سَبُعٌ فَلَا ضَمَانَ، وَقِيل: إِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ انْتِقَالٌ ضَمِنَ**) إذا أمكن الصبي الانتقال عن موضع الهلاك فلم يفعل.

قال **الرَّافِعِي**: فلا ضمان عليه، كما لو فتح عرقه فلم يعصب حتى مات، وأيضًا فالموجود تضييع وليس بإهلاك، والحر لا يدخل تحت اليد حتى يضمن بها، فانتفت أسباب الضمان، وإن كان لا يقدر على الانتقال؛ فوجهان:

---

(١) في نسخة: (الشيخان).

……

أصحهما: عند الْغَزَالِي وبه قال أبو حنيفة: أنه يجب الضمان؛ لأن ذلك إهلاكًا في العرف، فلا يبعد أن يقال: أشد وأبلغ تأثيرًا من حفر البئر.

والثاني: وبه أجاب أكثرهم: أنه لا يجب؛ لأن الوضع ليس بإهلاك، ولم يؤخذ منه ما يلجأ السبع إليه؛ بل الغالب أن السبع ينفر من الإنسان.

قال: وفي التقييد [بالصبي ما يفهم: أنه لو كان الموضوع بالعالم يضمنه لا محالة، والخلاف مخصوص بالشيء، ويشبه] أن يقال: الحكم منوط بالقوة، والضعف بالكبر والصغر، انتهى.

وسياق كلامه أنه لو مات بسببٍ آخر غير أكل السبع لم يضمنه، وقدمنا في أوائل الجراح عن النص وغيره ما ينازع [في ذلك] ومسألة فتح العرق ذكرها الإمام، وفيها نظر أسلفناه.

وفي [فتاوى القفال][1]: أَنَّهُ لَوْ بَعَثَ صَبِيًّا بِقَمْقَمَةٍ إِلَى الْحَوْضِ لِيَسْتَقِيَ مِنْهُ الْمَاءَ فَسَقَطَ فِي الْحَوْضِ نُظِرَ فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيِّزًا يَعْقِلُ وَيُمَيِّزُ وَيُسْتَعْمَلُ مِثْلُهُ فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ لَمْ يَضْمَنْ سَوَاءٌ كَانَ الْبَاعِثُ قَيِّمًا أَوْ غَيْرَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَعْقِلُ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ فِي مِثْلِهِ ضَمِنَ، وفيه تأييد لاختيار الْغَزَالِي، وفي «التتمة» وغيرها: هذا أنه [لو][2] نقل طفلًا صغيرًا لا يتمكن من المشي، أو شيخًا ضعيفًا، أو مريضًا مُدْنَفًا إلى برية وتركه فيها، فمات، فإن كان لموته سبب من افتراس سبع أو لدغ حية؛ فلا ضمان، وإن كان بالسموم، أو العطش، أو البرد فهو كما لو طرحه في الماء؛ فغرق، وهكذا لو كان المحمول إلى البادية صحيحًا قويًّا إلا أنه شدَّ يديه ورجليه، انتهى.

وهذا هو المختار الأقوى كما لو حبسه؛ فمات جوعًا، أو بردًا، أو حرًّا، كما سبق عن نص «الأم»؛ لأنه سبب قوي يتولد منه الهلاك، وفي «الحاوي» وغيره في باب التقاء الفارسين: أنه لو ربط يديه ورجليه، وألقاه في صحراء،

---

[1] في نسخة: (العبادي).

[2] في نسخة: (لم).

وَلَوْ تَبِعَ بِسَيْفٍ هَارِبًا مِنْهُ فَرَمَى نَفْسَهُ بِمَاءٍ أَوْ نَارٍ أَوْ مِنْ سَطْحٍ فَلَا ضَمَانَ،

فأكله سبع، فلا قود، [ثم إن][1] كانت الصحراء مسبعة، فهو شبه عمد، وإن كانت غير مسبعة فخطأ محض، والصبي الذي لا يمشي، والزمن كالمشدود، ولا يظهر الفرق بعدم الشد، ويبعد أنه لو أخذ ابن يوم أو شهرٍ مثلًا وطرحه في موضع منقطع غير مطروق غالبًا؛ فهلك بذلك أنه لا يضّمنه لو كان الانتقال من المسبعة للقادر عليه لا يتجه، لكونها بمفازة نائية لا تطرق غالبًا فهلك بافتراس أو غيره، فالأقرب ضمانه؛ قلته بحثًا، فإن صح قيد به إطلاقهما، وتأمل ما سبق مع ما سيأتي عن ابن المنذر وهو قوله: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن من حمل صبيًا لم يبلغ، أو مملوكًا بغير إذن مواليه على دابة؛ فتلف أنه ضامن، انتهى.

ولا شك أن وضع الطفل في المسبعة أقرب إلى الهلاك وأخوف من إركابه من لم يبلغ دابة.

إشارة: قول المصنف: قيل: يتضمن نقل وجهين، وقال في [«الغصب» من] «الروضة»: إن المذهب المعروف في كتب الأصحاب أنه لا ضمان، وذكر الْغَزَالِي وجهين، وليس بمعروف.

قال: (وَلَوْ تَبِعَ بِسَيْفٍ) أي: ونحوه.

(هَارِبًا مِنْهُ فَرَمَى نَفْسَهُ بِمَاءٍ أَوْ نَارٍ أَوْ مِنْ سَطْحٍ فَلَا ضَمَانَ) أي: لأنه باشر إهلاك نفسه قصدًا، والمباشرة تقدم على السبب، فصار كما لو حفر بئرًا، فجاء آخر ورمى نفسه فيها، ولأنه أوقع نفسه فيما كان يحاذره من متبعه، فأشبه ما لو أكره على قتل نفسه ففعل، قاله الرَّافِعِي، وقضية التشبيه: أن يجيء في ضمانه الخلاف السابق، في المشبه به.

إشارات: عبارة «الروضة» و«الشرح»: أو من شاهق جبل أو سطح عال، فإن كان العلو قيدًا فإطلاق «المنهاج» وغيره ليس بجيد، والتوجيه يشعر بأنه موضع نفي الضمان، قالا: ثم ما ذكرناه أردنا به البالغ العاقل أما لو كان

---

(١) في نسخة: (أو).

فَلَوْ وَقَعَ جَاهِلًا لِعَمًى أَوْ ظُلْمَةٍ ضَمِنَ، وَكَذَا لَوِ انْخَسَفَ بِهِ سَقْفٌ فِي هَرَبِهِ فِي الْأَصَحِّ.

المطلق صبيًا أو مجنونًا، بني على أن عمدهما عمدًا أم خطأ إن قلنا: خطأ ضمنه، وإلا فلا، انتهى.

وسبق أن الصحيح: أن الخلاف في الأصل المبني عليه في قوله: [فيمن] له تمييز منها، أما غيره فلا عمد له قولًا واحدًا -وهو الحق- وأطلق ابن الْقَطَّان القول بأن الصبي والمجنون هنا كالأعمى، وينبغي أن يلحق بالمجنون كل من زال عقله؛ بسبب عذر فيه كما سبق بيانه مرات، فإذا تبعه في تلك الحالة.

قال: (**فَلَوْ وَقَعَ جَاهِلًا لِعَمًى أَوْ ظُلْمَةٍ ضَمِنَ**) لأنه لم يقصد إهلاك نفسه، وقد ألجأه المتبع إلى الهرب المفضي إلى المهلك، وهذا الإلجاء أقوى وأشد تأثيرًا من حفر البئر بمجرده، وقوله: (أو ظلمة) يعني: ظلمة المكان، أو الليل، أو كان ثم بئر مغطاة، وللإمام احتمال في التضمين مع كشفها، إذا كان المطلوب لا يتفرغ إلى تأمل المتخطي، ويجعل ما أرهقه ممهدًا لعذره، وأيد بمسألة الحفر إذ لا فرق بين كون التردي فيها ليلًا أو نهارًا، ولا بين أن يكون متحفظًا أو لا، فهاهنا أولى ويشبه أن يكون الأرمد المقصود نهارًا إذا لم يطق فتح بصره كالهارب في ظلمة.

قال: (**وَكَذَا لَوِ انْخَسَفَ بِهِ سَقْفٌ فِي هَرَبِهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم» وبه أجاب العراقيون، ورجحه الْمُتَوَلِّي وغيره؛ لأنه حمله على الهرب، وألجأه إليه وأفضي إلى المعنى الْمُهلك من غير شعور المطلوب به، فأشبه ما لو وقع في بئر مغطاة.

[والثاني: المنع؛ لأن المعنى المهلك المشعر به المُطالب ولا المطلوب، فأشبه ما إذا أعرض لسبع] فافترسه، وبهذا أجاب الْبَغَوِي، والرُّويَانِي، وقيد الْعِمْرَانِي وغيره المسألة بما إذا كان حسب السقف قويًا يحمله، وأشعر كلام بعضهم بأن موضع الضمان ما إذا لو كان السقف في ممره، أما لو عدل إليه فلا، وكلام آخرين يقتضي عدم الفرق، ويجوز أن يقال: إن لم يكن له حال يقربه ممن سواه ضمن، وإلا فوجهان.

وَلَوْ سُلِّمَ صَبِيٌّ إِلَى سَبَّاحٍ لِيُعَلِّمَهُ فَغَرِقَ وَجَبَتْ دِيَتُهُ. وَيَضْمَنُ بِحَفْرِ بِئْرٍ عُدْوَانٍ،

والظاهر: أن حكم الطرف هنا حكم النفس نفيًا وإثباتًا، ولفظ «الأم»: وإن كان أعمى أو بصيرًا فوقع في مثل ما يخفى عليه مثل حفرة خفية، أو شيء خفي، أو من ظهر بيت فانخسف به؛ فمات ضمنت عاقلته ديته؛ لأنه اضطره إلى هذا، ولم يحدث الميت على نفسه ما تسقط به الجناية عليه، انتهى.

قال: (وَلَوْ سُلِّمَ صَبِيٌّ إِلَى سَبَّاحٍ لِيُعَلِّمَهُ فَغَرِقَ وَجَبَتْ دِيَتُهُ) أي: على الصحيح؛ لأنه غرق بإهماله، وقلة تحفظه، والدية هنا وفي الصور قبله حيث أوجبناها مغلظة على العاقلة، وقيل: لا ضمان كنقله إلى مسبعة وبل أولى؛ لأن الخطر هناك أكثر؛ ولأن ذلك تضييع، وهنا قد تدعو الحاجة إليه، وهذا الوجه ذكره الْمُتَوَلِّي، وأبداه الإمام احتمالًا، ثم قال: نعم لو ألقاه السباح في الماء؛ ليعلمه، وقد يجعل الإلقاء موجبًا للضمان على تفصيل مذكور في باب القصاص.

قلت: وأجريا فيما لو علمه الولي السباحة؛ فغرق، ولو أدخله الماء ليعبر به، فالحكم كما لو حبسه، أو قطع أكلته؛ فمات ذكره الْمُتَوَلِّي، وإنما يتضح التشبيه: إذا كان في إدخاله الماء؛ ليعبر به غرض مقصود، لا إن كان عبثًا، وسيأتي عن الإمام والْغَزَالِي في إركاب الولي الصبي الدابة ما يقتضي تفصيلًا فيما نحن فيه.

وفي «المعتمد»: في صورة الكتاب، كما لو مات بضرب المؤدب، أو أركب طفلًا فرسًا، فرمى به أو استحفظ صبيًا؛ فوقع في بئر، أو خلّف المرضع الطفل بسلة حتى وقع في نار أو [حرق][1] من سقف ضمن، انتهى.

تَنْبِيهٌ: قوله: (صبي) احترز به عما لو سلم البالغ العاقل نفسه إليه ليعلمه، فالمنقول أنه لا ضمان؛ لأنه مستقل وعليه أن يحتاط لنفسه، وفي «الوسيط»: إنه إن خاض معه اعتمادًا على يده، فأهمله محتمل أن يجب الضمان.

قال: (وَيَضْمَنُ بِحَفْرِ بِئْرٍ عُدْوَانٍ) أي: لتعديه بذلك، ومواضع العدوان لا

---

(١) في نسخة: (خرٌ).

....

تخفى، وتنبيه لأمور قد تؤخذ من إطلاق المصنف بخلاف المنقول فيها:

أحدها: إن كان الهالك فيها آدميًا؛ فالدية على العاقلة، أو دابةً، أو مالًا آخر؛ فالغرم في ماله حيًّا وميتًا.

ثانيها: حفره بأرض الغير تعديًا فرضناه ببقائها محفورة، كرضاه بحفرها ابتداء على الأصح، فلو لم يرض المالك فدخل إنسان بلا إذن فتردا فيها؛ ففي تضمين الحافر وجهان، ولو قال المالك: حفر بإذني لم يصدق، قاله في «البيان».

ثالثها: حفر بأرض غيره تعديًا، فدخل الغير الموضع بإذن المالك إن لم يعلم بأن الموضع بئرًا وجب الضمان، وإن علم وكان بصيرًا فلا، قاله الْمُتَوَلِّي.

رابعها: لو كان الحافر عبدًا تعلق الضمان برقبته، فإن عتق فما تلفه بالتردي بعد العتق، فكما ذكر في الحر.

خامسها: طمَّها الحافر فأزال آخر الطمَّ؛ ثم تردى فيها آخر، قال في «الروضة»: تعلق الضمان بالثاني لا بالحافر على الأصح.

قال ابن الرِّفْعَة: في إطلاق الوجهين نظر؛ بل يجب أن يقال: إن كان الطم بغير وجه مشروع؛ فيتجه أن يكون محل الخلاف، انتهى.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: لو [حفرها][1] عدوانًا، ثم أحكم رأسها، ثم جاء آخر وفتحه، ضمن الفاتح ما يقع فيها، قال: ولو أحكم رأسه مُحْتَسِبٌ، ثم جاء ثالث وفتحه تعلق الضمان بالثالث.

سادسها: لو حفرها قريبة العمق، فعمَّقها غيره، تعلق الضمان بهما لا بالأول على الأصح، فعلى هذا قال المصنف: يتنصف الضمان عليهما لا بحسب الأذرع على الأصح كالجراحات، وفيه نظر.

سابعها: لو وقف على شفيرها اثنان فزلق أحدهما فجذب الآخر فوقع

---

(١) في نسخة: (حفر).

....

فوقه فماتا، فالثاني: هلك بجذب الأول، لكنه قصد التحرز بمسكه عن الوقوع فكان مخطئًا؛ فدية الثاني على عاقلة الأول، وأما الأول فقيل: هدر، والأصح: تجب نصف ديته على عاقلة الحافر، ويهدر النصف؛ لأنه مات بسببين: لصدمة البئر، وثقل الثاني، وهو من أثر فعله.

ثامنها: قال في «البسيط» في صورة الهارب من السيف: وإن كانت البئر مفتوحة وهو بصير في النهار، قال الأصحاب: يحال الهلاك عليه فإنه مقصر بترك التأمل، وقد أطلقوا القول بوجوب الضمان على الحافر المتعدي من غير فرقٍ بين الليل والنهار، فإذا كان ترك التأمل في صورة الاضطراب بسبب مهابة السيف نظر إليه تقصيرًا، فهو في صورة المشي على الاعتدال أولى؛ فليترك كلام الأصحاب في صورة المشي؛ [يعني هاهنا] على هذا أيضًا، والفرق غير منقدح، فإن الإلجاء أقوى من حفر البئر، والفرق بالعكس، وربما ينقدح، انتهى.

وهو حسن بالغ، والله أعلم.

تاسعها: لو وقعت دابة فيه ولم تتأثر بالصدمة وبقيت فيه أيامًا ثم ماتت جوعًا أو عطشًا؛ فلا ضمان على الحافر لحدوث سبب آخر، كما لو افترسها سبع في البئر؛ قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى» وقياسه: أنه لو ألقى سيلٌ أو غيره فيها حجرًا؛ فمات بصدمة الحجر دون البئر، أنه لا ضمان على الحافر.

عاشرها: حفره عدوانًا؛ ثم حصل بقربه حجر حمله سيلٌ أو سبع، أو وضعه [حربي] فعثر به عاثر، فوقع فيه فمات فهدر؛ صرح به القاضي الحسين، والإمام، وغيرهما.

وقيل: يضمنه الحافر تحرزًا عن الإهدار؛ وهو قضية ما في «الحاوي» والظاهر: الأول، وهو ما نقله الإمام عن الأصحاب، قال: لأن الحجر كالدافع، وليس انتصابه مضافًا إلى ضامن فلا وجه [إلا] الإهدار.

قال: ويلزم من مساق هذا إن [كان](١) احتفر بئرًا دون ربوة، أو نشر في

---

(١) في نسخة: (كل من).

لَا فِي مِلْكِهِ وَمَوَاتٍ.

مضيق في الطريق، فمن تعثر بالنشر وسقط في البئر؛ ويترتب على هذا الضمان، إنما يجب على الحافر إذا تردى المتردي بخطوه في البئر هذا لا بد منه، وكذلك إذا وضع الحجر على شقي البئر وفرض التغفل والتردي فلا ضمان أصلًا، انتهى.

وهذا الكلام الأخير مظلم.

والظاهر: أنه لو وضعها من لا يعرف أن الحكم كذلك.

قال: (**لَا فِي مِلْكِهِ وَمَوَاتٍ**) أي: لتملك أو ارتفاق، وقال الإمام: أو لم يخطر له ذلك؛ لعدم التعدي على الموات حمل الحديث الصحيح البئر خيار، وفي «الحاوي»: أنه لو حفرها للتملك فذاك، أو لانتفاع الناس ونفسه، وكان أذن له الإمام، فلا ضمان، وإلا فقولان: قال في «القديم»: يضمن، وجعل إذن الإمام شرطًا في الجواز؛ لأنه أحق بالنظر في عموم المصالح من الحافر، وقال في «الجديد»: لا ضمان عليه؛ لأن المباح لا يفتقر إلى إذن الإمام [والمحظور لا يستباح بإذنه، انتهى.

والمشهور الجزم بنفي الضمان مطلقًا، قال الإمام]: ولا مؤاخذة بما يتصرف به في الموات، كحفر بئر قريبة، أو جمع أحجار، أو نصب أعلام.

فروع: الظاهر أن ما يستحق منفعته أبدًا بوصية، أو وقف كماله، وكذا ما يستحقه؛ بإجازة يجوز له معها الحفر لا خفاء أنه لا يضمن من دخل ملكه ونحوه بغير إذنه، [ولا من دخل بإذنه] إذا عرفه أنّ في ممره بئرًا وكانت مكشوفة، والداخل متمكن من التحرز منها، وأما إذا لم يعرفه والداخل أعمى، أو الموضع مظلم؛ ففي «التتمة»: أنه كما لو دعاه إلى طعام مسموم فأكله، وكذا قاله الإمام والْغَزَالِي، قالا: ومن الأصحاب من جعل هذا أولى بإيجاب الضمان.

وفي «الحاوي»: أنه إن أكرهه على الدخول ضمنه جزمًا، وإن دخل بإذنه، فلا يحل المنصوص، والثاني: يضمنه تخريجًا على مسألة الطعام المسموم، قالا: لو حفر المحرم، أو من بالحرم بئرًا في ملكه، أو في موات؛ فثلاثة

وَلَوْ حَفَرَ بِدِهْلِيزِهِ بِئْرًا وَدَعَا رَجُلًا فَسَقَطَ فَالْأَظْهَرُ ضَمَانُهُ، أَوْ بِمِلْكِ غَيْرِهِ أَوْ مُشْتَرَكٍ بِلَا إِذْنٍ فَمَضْمُونٌ. أَوْ بِطَرِيقٍ ضَيِّقٍ يَضُرُّ الْمَارَّةَ فَكَذَا، أَوْ لَا يَضُرُّ ....

أوجه: أصحهما: يضمن الصيد الواقع فيه في الحرم دون الإحرام، واختار الْمَاوَرْدِي: أنه إن حفرها للصيد ضمن، وإلا فلا.

قلت: وفي «النهاية»: إنه لو حفر بموات الحرم؛ فتردى فيه صيد ضمنه إجماعًا.

قال: (**وَلَوْ حَفَرَ بِدِهْلِيزِهِ بِئْرًا وَدَعَا رَجُلًا فَسَقَطَ فَالْأَظْهَرُ ضَمَانُهُ**) أي: لغروره حيث لم يعلمه بها، والثاني: لا؛ لأنه غير ملجأ فهو المباشرة لإهلاك نفسه باختياره، وقيل: إن كان الطريق واسعًا وعن البئر معدل؛ فقولان، وإن كان ضيقًا؛ فقولان مرتبان، وأولى [بالوجوب] وذكر الْمُتَوَلِّي ما قدمناه، وقد يأتي مما سلف أنه لو كان المدعو أعجميًا يرى [وجوب] طاعة أمره أنه يضمنه قولًا واحدًا، وقول المصنف: (رجلًا) قد يفهم التقييد بالمكلف عبارة «المحرر» و«الشرح» وغيرهما، ودعا إليها غيره، وفي «النهاية» شمول.

فرع: دخل دار غيره بغير إذنه، وفيها دابة رموح فرمحته، أو كلب عقور فعقره فهدر، أو بإذنه فقولان، وقيل: لا ضمان قطعًا، وسنذكره، إن شاء الله تعالى.

قال: (**أَوْ بِمِلْكِ غَيْرِهِ أَوْ مُشْتَرَكٍ بِلَا إِذْنٍ فَمَضْمُونٌ**) أي: لعدوانه وكذا حكم [كل] حفر لا يجوز له، ولا خفاء أن حفره بإذن المالك، أو الشريك المعتبر إذنهما، كحفره في ملكه، ولا خفاء أن المراد بالغير: الأجنبي؛ أما لو حفر الولي في ملك محجوره لمصلحة المحجور، أو في مشترك بينهما لمصلحتهما جميعًا فلا عدوان، وسبق ما يستثنى من إطلاقه الضمان بالحفر في ملك الغير، وغيره أول الفصل.

قال: (**أَوْ بِطَرِيقٍ ضَيِّقٍ يَضُرُّ الْمَارَّةَ فَكَذَا**) أي: فمضمون للتعدي، وإن أذن فيه الإمام، إذ ليس له أن يأذن فيما يضر.

قال: (**أَوْ لَا يَضُرُّ**) أي: لسعة الطريق، أو لانحراف البئر عن المارة.

وَأَذِنَ الْإِمَامُ فَلَا ضَمَانَ، وَإِلَّا فَإِنْ حَفَرَ لِمَصْلَحَتِهِ فَالضَّمَانُ، أَوْ لِمَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ

(**وَأَذِنَ الْإِمَامُ فَلَا ضَمَانَ**) أي: على المذهب إذا كان للمصلحة العامة؛ كإسقاء وشرب مياه الأمطار، وقيل: في الضمان: قولان، قال الإمام: ولو أمر الإمام ابتداء باحتفارها، فلا يصير في إثبات الضمان إلا جسور، ولن يأمن أن صاحب هذه الطريقة أن يقول به، وفي غلطات الأئمة كلام طويل وتفصيل يأتي إن شاء الله عز وجل، انتهى.

وأما إذا حفر لمصلحة نفسه فقط، فالذي أورده العراقيون وغيرهم: نفي الضمان أيضًا؛ للإذن من الإمام، وعدم الإضرار بالإمام، وادعى الإمام: أن الذي قطع به الأئمة الضمان، وأن في بعض التصانيف حكاية وجه في نفيه، وهذا بعيد عن التحصيل، انتهى.

وما رجحه منقاس، وبه جزم الْبَغَوِي وغيره: وإن [جاز][1] بشروط سلامة العاقبة كالهواء.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يأذن الإمام ونحوه، بل استبد بحفره.

(**فَإِنْ حَفَرَ لِمَصْلَحَتِهِ فَالضَّمَانُ**) أي: لافتياته على الإمام، وأشار الإمام إلى نقل الإجماع فيه فقال: لم يختلف العلماء في وجوب الضمان، وليس بإجماع، بل سيأتي عن القديم، وقول أبي ثور: نفي الضمان، وحكى عن ابن داود من أصحابنا، وفي «شرح الكفاية» للصيمري: وإن حفر بئرًا متصلة بفناء داره، وأحكم رأسها في طريق واسع فوقع فيها إنسان، أو حيوان فهلك فقولان: أحدهما: يضمن، والثاني: لا ضمان، وكان ذلك جاريًا مجرى ملكه، انتهى.

ولعل هذا موضع القول القديم وغيره، وموضع الاتفاق ما إذا حفره على الجادة، أو غير فناء داره.

قال: (**أَوْ لِمَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ**) أي: للناس كما تقدم، أي: «الجديد» لما فيه من النفع العام، وقد يعسر مراجعة الإمام، والثاني: يجب، أشار إليه في

---

(١) في نسخة: (جاوز).

فَلَا فِي الْأَظْهَرِ، وَمَسْجِدٌ كَطَرِيقٍ.

«القديم» إذ النظر في المصالح العامة للإمام لا للآحاد، وقضية كلام جماعة: أنه لا يجوز له على هذا القول إلا بإذن الإمام، واقتضى كلام الرَّافِعِي الجواز، حيث قال: والثاني: يجب، والجواز هنا مشروط بسلامة العاقبة بخلاف ما لو أذن الإمام أو نائبه، وقيل: يجب قطعًا، وسيأتي عن «القديم» أنه لا ضمان، عكس المحكي هنا، ونخرج من نقل «النهاية» في الحالين: إذا حفر للمصلحة العامة ثلاثة أقوال صرح بها في «الوسيط»: لا يجب الفرق بين الاستقلال وإذن الإمام؛ ونقلها الْمَاوَرْدِي أوجهًا، قال الجرجاني بعد قول التضمين: فلو أجاز الإمام حفره، ورضي به لم يضمن ما وقع فيه بعده، كما لو حفرها ابتداء بإذنه، وقال الدارمي: إن كان بغير إذنه، وأقرَّه لم يضمن [ما وقع فيه بعده كما لو حفرها] وإن كان لم يبريه من ضمانه، وأمره بطمه، فلم يفعل ضمن، وإن كان لم يعلم، فوجهان: لا يضمن نصًا، أي: المنصوص أنه لا يضمن.

تنبيهات: حيث قلنا: لا ضمان، فيشبه أنه مشروط بما إذ أعلا رأسه، وأحكمه ونحو ذلك، لا ما إذا ترك حفرة مجردة غلط شارح فقال هنا: وحكى الْبَغَوِي عن إسحاق: أن الحافر إن لم يكن من أهل المحلة ضمن، انتهى.

وأخذ ذلك من عبارة موهمة لابن الرِّفْعَة في «الكفاية» والصواب: أن المحكي في «التهذيب» عنه إنما هو في مسألة المسجد الآتية.

فرع: قال الشيخ إبراهيم [المروزي وغيره]: لو وضع خابية على الطريق لشرب المارة؛ فعبر بها إنسان [فمات] فإن وضعه بإذن الإمام؛ فلا ضمان، وإلا فالقولان في مسألة البئر للمصلحة العامة.

قال: (**[فَلَا فِي الْأَظْهَرِ]**[1] **وَمَسْجِدٌ كَطَرِيقٍ**) أي: حفر البئر فيه كهوَّة في

---

(١) قال الخطيب: (فَلَا) ضَمَانَ فِيهِ (فِي الْأَظْهَرِ) لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ، وَقَدْ تَعْسُرُ مُرَاجَعَةُ الْإِمَامِ فِي مِثْلِهِ، وَالثَّانِي: يَضْمَنُ إِذْ النَّظَرُ فِي الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ لِلْإِمَامِ، وَخَصَّ الْمَاوَرْدِيُّ الْخِلَافَ بِمَا إِذَا أَحْكَمَ رَأْسَهَا فَإِنْ لَمْ يُحْكِمْهَا وَتَرَكَهَا مَفْتُوحَةً ضَمِنَ مُطْلَقًا، وَمَحَلُّهُ أَيْضًا مَا إِذَا لَمْ يَنْهَهُ عَنْهُ الْإِمَامُ وَلَمْ يُقَصِّرْ، فَإِنْ نَهَاهُ، فَحَفَرَ ضَمِنَ كَمَا قَالَهُ أَبُو الْفَرَجِ الزَّازُ لِافْتِيَاتِهِ عَلَى الْإِمَامِ حِينَئِذٍ، أَوْ قَصَّرَ كَأَنْ كَانَ الْحَفْرُ فِي أَرْضٍ خَوَّارَةٍ وَلَمْ يَطْوِهَا، وَمِثْلُهَا يَنْهَارُ إِذَا لَمْ يُطْوَ، =

……

الطريق، كذا أطلقه الرَّافِعِي: يجب حمله على ما إذا حفره لمصلحة المسجد وللمسلمين، كما اقتضاه كلام الْمُتَوَلِّي وغيره ممن ذكر المسألة، أما لو حفر لمصلحة نفسه؛ فعدوان، وإن أذن الإمام قطعًا، على أن في جواز حفره للمصلحة العامة نظر، والقياس: منعه بلا إذن، وفي جوازه بالإذن لغير مصلحة في المسجد نظر، إلا أن تكون البقعة لا تصلح للصلاة، أو يضعه على وجهٍ لا تتعطل به الصلاة فيها؛ لأنها جعلت مسجدًا.

ثم رأيت في «تعليق» الْبَغَوِي: ولو حفر بئرًا فيه لمصلحة المسجد ـ المسألة ـ فأشعر بما ذكرته، وعلى تقدير التجويز لمصلحة الناس عند التبعة، وعدم تعطيل فوهته عن الصلاة بسدها بشيء مطمئن، فيشبه أن من شرطه أيضًا ألَّا يشوش الداخلون للاستقاء على المصلين، وإن [كان] لا يحصل للمسجد ضررًا، والقياس: المنع مطلقًا لغير حاجة المسجد خاصة إذا رجحت.

فرع: أطلق الرَّافِعِي والمصنف: أنه لو بنى مسجدًا في شارع لا يتضرر المارة: جاز.

قلت: وفي «تجربة الرُّويَانِي»: أنه لا يجوز استقلالًا بلا خلاف، وسنذكر لفظه، وفي «البيان»: إن بناه للمسلمين بإذن الإمام، جاز ولا ضمان، وإن بناه بغير إذنه كما لو حفر بئرًا للمسلمين على ما ذكرناه من الخلاف، انتهى.

ثم قالا: ثم إن تعثر به إنسان أو بهيمة، أو سقط جداره على إنسان أو مال فلا ضمان [إن كان بإذن الإمام، وإلا فعلى الخلاف السابق؛ أي: في البئر، والأظهر: نفي الضمان] انتهى.

ورأيت في «تجربة الرُّويَانِي»: أنه لو حفر البئر بالشارع الواسع، فلا ضمان، في قوله الجديد لأنه ليس متعدٍ، كما لو فرش البواري في مسجد بغير إذن الإمام، لا يكون متعديًا، ولو أراد أن يبني فيه مسجدًا بغير إذن الإمام، لم

أَوْ خَالَفَ الْعَادَةَ فِي سَعَتِهَا ضَمِنَ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْإِمَامُ، نَبَّهَ عَلَيْهِ الرَّافِعِيُّ فِي الْكَلَامِ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْأَمْلَاكِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٦/ ٨١، ٨٢).

....

يكن له بلا خلاف، انتهى، وهذا أشبه.

وفي المسألة بحث آخر، فيقول: المتبادر من كلامهما: أن [المنفعة تضمن](١) بذلك مسجدًا، أذن فيه الإمام أم لا، وهو بعيد؛ لا سيما إذا استقل به لما سبق به في كتاب «الوقف» [وهو أن الباني] بإذن وغيره، لو وقف البناء في البقعة لا تصير مسجدًا، ولعل المراد هنا بالمسجد: مكان للصلاة لا جعله مسجدًا يصلح للاعتكاف فيه، ويحرم على الجُنب ونحوه المكث فيه، ونحو ذلك مما يختص به المسجد من الاحترام.

فرع: قالا تبعًا للمتولي وغيره: لو بنى سقفًا على المسجد، أو نصب عمادًا أو طيَّن جدارًا، أو علق قنديلًا؛ فسقط على نفس أو مال، أو فرش حصيرًا أو غيره؛ فزلق به إنسان، أو فقئت عينه بشوكة منه أو أعمته، فإن كان بإذن الإمام، أو الحاكم -كما قاله الفوراني- أو متولي المسجد فلا ضمان، وإلا فلا ضمان على «الجديد» الأظهر.

قال [الرافعي]: وحكى الْبَغَوِي عن أبي حنيفة وأبي إسحاق: أنه إن لم يأذن أهل المحلة ضمن، انتهى.

والذي رأيته في «التهذيب» وحكي عنه أيضًا، وهو المحكي في كتب أصحابنا: عن أبي حنيفة ما لفظه: وعند أبي حنيفة إن لم يكن من أهل المحلة ضمن، وهو قول أبي إسحاق، وهكذا رأيته في «تعليق» الْبَغَوِي، وبين العبارتين فرق ظاهر، ورأيت في «تعليق» المروزي: أنه إن فعل ذلك [بإذن] القيم؛ فلا ضمان، أو دون إذنه، قال ابن أبي هريرة: يجب؛ لأن القيم هو المنصوب لرعاية المصالح، وقال أبو إسحاق: لا يضمن؛ لأنه قربة، وطاعة، ومباح مطلقًا كما لو بنى حائطًا للمسجد؛ فوقع على إنسان لا يضمن، وعند أبي حنيفة: إن كان هو من أهل المحلة لم يضمن، وإن لم يكن يضمن، انتهى.

ويشبه أن هذا النقل عن أبي إسحاق أصح؛ إذ في «الحاوي» عن الشيخ

---

(١) في نسخة: (البقعة تصير).

وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ جَنَاحٍ إِلَى شَارِعٍ فَمَضْمُونٌ.

أبي حامد: أنه إذا كان بإذن الإمام [لم يضمن، وإلا فوجهان، وأجراه مجرى المسجد في الشارع، وخالفه سائر أصحابنا، وقالوا: لا يضمن وجهًا واحدًا أذن الإمام أم لا، وهو الصحيح؛ لكثرته في العرف، ولأن إذن الإمام يشق، انتهى].

وهذا فرق حسن [صحيح] وبناء المسجد في الشارع يحتاج إلى نظر واجتهاد بخلاف هذا.

وفي «البيان»: وإذا سقط سقف المسجد؛ فأعاده رجلٌ بآلته أو غيرها فسقط على إنسان فلا ضمان؛ لأنه للمسلمين، وإن فرش فيه حصيرًا أو علق فيه قنديلًا، ثم ذكرنا ما سبق عن الشيخ أبي حامد وغيره، وفرق بين بناء السقف وغيره من حصر [وغيره][1]، وقد يشعر فرقه بأن السقف جعله للمسجد، والحصر ونحوها باقٍ على ملكه، أو غير ذلك؛ فتأمله.

قال: (وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ جَنَاحٍ إِلَى شَارِعٍ فَمَضْمُونٌ) أي: وإن لم يضر.

قال [الرافعي][2]: ووجهوه بأن الارتفاق بالشارع، إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة.

قال: ولم يفرقوا بين أن يكون وضعه بإذن الإمام أم لا، كما فعلوا في حفر البئر لغرض نفسه، واتفقوا على وجوب الضمان، إن لم يأذن الإمام، واختلفوا فيه إذا أذن فيجوز أن يكون الحكم [في إشراع الجناح] كذلك، ويجوز أن يقال: يجب الضمان هاهنا على إطلاقه، ويفرق بأن الحاجة إلى الجناح أغلب وأكثر، والحفر في الطريق مما تقل الحاجة إليه، وإذا كبر الجناح [أكبر] توالد الهلاك منه؛ فلا يحتمل إهداره، انتهى.

وليس الفرق بالبين، ولا يلزم من كثرة الأجنحة عليه بسقوطها، ولا حصول الهلاك منه؛ بل هو نادر، والتعثر بالبئر في الشارع يكثر في الليل

---

(١) في نسخة: (قنديل).

(٢) في نسخة: (الشافعي).

....

والظلمة، ومن ضعيف البصر والأعمى، وقد صرح الفوراني في «العمد» بأنه: إن أذن الإمام في الجناح فلا شيء عليه، وإن لم يأذن ضمن، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي هنا: أنه إذا وقف دابته، أو ربطها في الطريق الواسع بإذن الإمام؛ فلا ضمان، أو بدون إذنه ففي الضمان قولان، انتهى.

وقياسه هنا لا يخفى، وأما الاتفاق على الضمان ففيه نظر، وسيأتي عن «القديم» نفيه، والسَّابَاطُ ونحوه ما يحتاج، وسيأتي مقدار ما يضمن.

تنبيهات: احترز بقوله: إلى تنازع عمَّا يكون إلى هو [أملكه] ونحوه، أو بموات ليس بشارع، ولو أشرع إلى سكة مشيدة بغير إذن أهلها ضمن ما يتولد منه، وبإذن أهلها لا ضمان كالحفر في دار الغير بإذنه، هكذا أطلقه الرَّافِعِي، والظاهر: أنه يأتي هنا ما قدمته في الصلح فيما إذا كان في السكة مسجد ونحوه، وعبارة إبراهيم المروزي هنا: فإن أذن أهلها فوقع على إنسان لا يضمن؛ لأن المستحقين متعينون، انتهى.

وفيها إشارة إلى ما ذكرته فيما إذا كان فيها مسجد ونحوه، والإشراع إلى هواء المسجد ونحوه مضمن [أيضًا].

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: أنه لو نصب السَّابَاط في سكة غير نافذة بإذن أهلها لا ضمان عليه كناية في ملكه، أو ملك غيره بإذنه، أو أضاف ضيفًا وانهدم البيت لم يضمن، وإن بني بغير إذنهم نظر إن كان سقط على واحد من أهلها، أو على أجنبي دخلها بإذن واحدٍ من أهلها؛ يجب الضمان، وإن دخل بغير إذن؛ فوجهان، ولو بنى بإذن بعض أهلها فسقط على من أذن لم يضمن، أو على أجنبي دخلها [بإذن واحدٍ من أهلها؛ سواء أذن له من أذن في البناء وغيره، وإن دخل] بغير إذنهم؛ فوجهان.

قلت: ولعلهما مبنيان على جواز دخولهما بلا إذن، وفيه خلاف ضعيف ربما سبق في الصلح، وأطلق الجرجاني في «الشافي»: أنه لو بنى روشنًا، أو ساباطًا في شارع، أو درب له فيه باب؛ فسقط على إنسان ضمنه، كما لو بل

وَيَحِلُّ إِخْرَاجُ الْمَيَازِيبِ إِلَى شَارِعٍ، وَالتَّالِفُ بِهَا مَضْمُونٌ فِي الْجَدِيدِ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فِي الْجِدَارِ فَسَقَطَ الْخَارِجُ فَكُلُّ الضَّمَانِ، ....

طينًا في الطريق فزلق به إنسان.

فرع: أشرع في ملكه، ثم سبل ما تحت جناحه شارعًا؟ فحكم الضمان منتف عنه كما لو دام ملكه على البقعة، والظاهر: أنه لو سبل أرضه المجاورة لداره شارعًا، واستثنى لنفسه الإشراع إليها، ثم أشرع أنه لا ضمان.

قال: (**وَيَحِلُّ إِخْرَاجُ الْمَيَازِيبِ إِلَى شَارِعٍ**) أي: بشرط كونه عاليًا كما مرَّ في الجناح، ووجه الجواز الحاجة الظاهرة، قال في «البيان»: وهو إجماع لا خلاف فيه، وأشار الْمَاوَرْدِي إلى نقل الإجماع فيه وفي الأجنحة.

قال: (**وَالتَّالِفُ بِهَا مَضْمُونٌ فِي الْجَدِيدِ**) أي: لأنه ارتفاق بالشارع فجوازه مشروط بالسلامة كالجناح، وكما لو طرح ترابًا فيه ليطين به فزلق به إنسان ضمنه، والقديم لا ضمان؛ لأنه من ضرورة البناء فأشبه ما لو تولد الهلاك من بنائه بخلاف الجناح، وأجيب بأن دعوى الضرورة ممنوعة، إذ يمكنه أن يتخذ لماء السطح بئرًا في داره، أو يحدر الماء في أخدود الجدار من غير إخراج شيء، هكذا ذكر الرَّافِعِي [وغيره المسألة] نقلًا وتوجيهًا.

وذكر ابن المنذر في باب حافر البئر وواضع الحجر في غير حقه: واختلفوا فيمن حفر بئرًا في غير حقه، وأشرع جناحًا، وأخرج جزعًا في غير حقه فأصاب إنسانًا فتلف؛ ثم نقل التضمين في البئر عن علي ﵁ [وجماعة، وعن أبي ثور] وعن الشَّافِعِي ﵀ أنه قال: فيمن حفر بئرًا، أو وضع حجرًا، أو عمل دكانًا، أو أشرع جناحًا، أو ميزابًا، أو ما أشبه ذلك، فما فعل من ذلك مما إليه فعله؛ فكان فيه تلف، فليس عليه شيء، وكذا قال أبو ثور، انتهى.

وقضيته: أن الجناح على القديم كالميزاب في عدم الضمان.

قال: (**فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فِي الْجِدَارِ فَسَقَطَ الْخَارِجُ**) أي: أو بعضه.

(**فَكُلُّ الضَّمَانِ**) أي: بالتلف [بالمضمن](١) وحده.

---

(١) في نسخة: (بالضمان).

وَإِنْ سَقَطَ كُلُّهُ فَنِصْفُهُ فِي الْأَصَحِّ.

(وَإِنْ سَقَطَ كُلُّهُ فَنِصْفُهُ فِي الْأَصَحِّ) أي: لأنه تلف من مضمن وغيره فوزع عليهما نصفين، والثاني: يجب القسط الخارج.

قال الإمام وجماعة: ويكون التقسيط بالوزن، وقال آخرون: بالمساحة، سواء أصابه الطرف الداخل أو الخارج؛ لأن التلف بنقل الجميع، وحكم كيفية تضمين المالك للجناح بخارج منه، أو بداخل، أو بكله كما في الميزاب كذا نقلاه، والإمام يسمي الجناح القابول وغيره الروشن، قال الإمام: وإذا ساغ إخراجه فوقع بجملته على إنسان فمات تجب نصف الدية، ونسبه إلى الأكثرين، وحكاه القاضي أبو الطيب قولًا آخر: أنه يجب من الدية بقدر ما كان خارجًا إلى الطريق معتبرًا بالمساحة، ونقل الْمَاوَرْدِي عن رواية القاضي أبي حامد في «جامعه» قولًا ثالثًا: أنه يجب جميع الدية.

قال الشَّافِعِي - ﷀ -: وَلَا أُبَالِي أَيُّ طَرَفَيْهِ أَصَابَهُ، قال الصيمري: إن سقط جميعه، فأحد الجوابات: تجب الدية، والثاني: نصفها، والثالث: بالحساب والقسط مما ظهر وغاب في الحائط، انتهى.

تنبيهات: **قوله**: فإن كان بعضه في الجدار يشير إلى أنه لو كان كله [خارج الجدار؛ فإن ضمن عليه الضمان بسقوط كله أو بعضه، ولو كان كله] في الجدار؛ فلا ضمان بوقوعه كالجدار.

وقوله: وإن سقط كله ليس بعيد على الإطلاق؛ إذ الظاهر: أن سقوط كل الخارج وبعض الداخل، أو بالعكس كسقوط كله فيما ذكرناه، وفي «تجربة الرُّويَانِي»: أنه لو جعل الميزاب أقرب إلى الشارع، وسقط فأصاب إنسانًا القدر الذي كان خارجًا عن ملكه؛ ضمن، وإن أصاب القدر الذي في ملكه؛ لم يضمن، وإن أصاب الكل، ضمن نصف الدية، هكذا ذكره بعض أصحابنا وهو الصحيح، انتهى.

وكان المراد بالقسم الثاني ما إذا شطا عمَّا سأذكره، وهو ما حكي عن القاضي الحسين: أنه لو تصور حصول التلف بسقوط الداخل في الملك دون

وَإِنْ بَنَى جِدَارَهُ مَائِلًا إِلَى شَارِعٍ فَكَجَنَاحٍ.

الخارج؛ لم يجب شيء، انتهى.

قلت: يتصور بأن يتشطى فتصيب الشطية الداخلة بمفردها إنسانًا، ثم رأيت في «تعليق» [الْبَغَوِي][1]: ولو سقط الميزاب نصفين فأصاب أحدهما، نظر إن أصابه ما كان في الجدار؛ لم يضمن، أو النصف الآخر؛ ضمن كله.

لو تناهى مخرج الجناح، أو الروشن في الاحتياط فجرت حادثة لا يتوقع من وجه، أو صاعقة فسقط بها، قال الإمام: فلست أرى إطلاق القول بالضمان؛ فلينظر من أدرك المعارض في ذلك، انتهى.

والميزاب كالجناح وأولى، ويقوي ما ذكره في النازلة العامة كالزلزلة العظيمة المسقطة للأبنية المحكمة.

فرع: في كتابي الْبَغَوِي: أنه لو ترشش بالماء السائل من الميزاب [ثوب] ضمن يعني: بعضه، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: أنه لو سال ماء الميزاب وتلف به مال إنسان؛ يلزمه الضمان، انتهى.

وهذا فيما أتلف بسيلانه، أما لو صار بالطريق ففيه نظر، وقضية التوجيه: بأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة يقتضي عدم الفرق.

قال: (**وَإِنْ بَنَى جِدَارَهُ مَائِلًا إِلَى شَارِعٍ فَكَجَنَاحٍ**) أي: فيضمن ما تولد من سقوطه إلى الشارع كالساباط والجناح، وكذا لو بناه مائلًا إلى ملك غيره ونحوه، أو درب مسندٍ بلا إذن معتبر، وكذا إمالته إلى هواء المسجد، ونحوه مما ليس له الانتفاع [بالبناء] في هوائه، ثم إن بناه جميعه مائلًا ضمن الكل، وإن كان النصف مائلًا؛ فسقط المائل فقط ضمن [الكل] أو الكل ضمن النصف على الأصح، أو الأظهر.

بقي ما لو جهل الحال وتنازعا، فقال: رب الجدار إنما حصل التلف بالساقط من المستقيم دون المائل، وعاكسه الخصم، لم أر فيه شيئًا، وهذا النزاع إنما يتصور في تلف النفس، أو العضو مع العاقلة، وإلا فهي لا تحمل

---

(١) في نسخة: (القاضي).

أَوْ مُسْتَوِيًا فَمَالَ وَسَقَطَ فَلَا ضَمَانَ، وَقِيلَ إِنْ أَمْكَنَهُ هَدْمُهُ وَإِصْلَاحُهُ ضَمِنَ،

اعترافًا، ولو بناه إلى ملكه ونحوه فسقط فترامى منه شيء [إلى إنسان] في الشارع أو غيره، لم يضمن.

فرع: قال الْبَغَوِي: لو باع الحائط المبني مائلًا لم يبرأ من الضمان؛ حتى إذا سقط على إنسان فديته على عاقلة البائع، ويأتي مثله في الميزاب والجناح ونحوهما، ولو بناه مائلًا إلى ملك الغير عدوانًا، ثم باعه [منه وسلمه إياه ويشبه أنه يخرج من العهدة، وينظر فيما لو بناه مائلًا إلى شارع ونحوه؛ ثم باعه] بشرط نقضه وإخراجه من أرضه، وخلى بينه وبينه فلم ينقضه المشتري مع التمكين حتى سقط فأتلف شيئًا، فالظاهر: أنه من ضمان البائع؛ لأنه تعدٍّ في العهد؛ لأنه في حكم المنقول.

قال: (**أَوْ مُسْتَوِيًا فَمَالَ**) أي: بنفسه إلى الشارع، أو ملك الغير.

(**وَسَقَطَ فَلَا ضَمَانَ، وَقِيلَ: إِنْ أَمْكَنَهُ هَدْمُهُ وَإِصْلَاحُهُ ضَمِنَ**) إذا بنى جداره مستويًا فسقط من غير ميل ولا استهدام وأتلف شيئًا فلا ضمان؛ لأنه تصرف في ملكه، ولم يوجد منه تقصير، وإن بناه مستويًا، ثم مال إلى الشارع ونحوه وسقط، فإن لم يتمكن من الهدم والإصلاح، فلا ضمان لما ذكرناه، وإن تمكن ولم يفعل؛ فوجهان.

قال الرَّافِعِي: أظهرهما عند الشيخ أبي حامد، وصاحب [«التهذيب»][1] وأكثرهم: المنع؛ لأنه ينافي ملكه، والميل لم يحصل بفعله، فأشبه ما إذا سقط بلا ميل، وفي «البيان»: إنه المنصوص.

والثاني وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، ورجحه الرُّويَانِي: أنه يضمن؛ لتقصيره بترك النقض والإصلاح.

قلت: قال في «الإبانة»: وبه قال الْقَفَّال، وصاحب «التقريب» وصححه أيضًا القضاة أبو الطيب، والْمَاوَرْدِي، والرُّويَانِي، والقاضي الحسين، كما قاله الْبَغَوِي في «التعليق» قال: والنص محمول على ما لو مال، ولم يخرج الميل

---

(١) في نسخة: (المهذب).

....

عن هواء ملكه، قال الْبَغَوِي: والمذهب الأول، انتهى.

ونقل الرُّويَانِي وكثيرون: الخلاف قولين، ووجه الْمَاوَرْدِي التضمين: بأنه يؤخذ بإزالته إذا مال كما يؤخذ إذا بناه مائلًا فصار تركه مائلًا مفرطًا، وبنيانه مائلًا متعديًا، والتفريط مضمن كالتعدي؛ ولأنه لو أشرع جناحًا أقر عليه، وضمن ما تلف به، وهو لا يقر على ميل الجدار فكان أولى كالضمان، انتهى.

وحكى القاضي الحسين وغيره طريقة أخرى: أن محل الوجهين إذا لم يتمكن من إصلاحه، أما إذا تمكن من إصلاحه ضمن وجهًا واحدًا، فيجتمع ثلاثة أوجه: إن تمكن ضمن وإلا فلا، وهو ما تمناه الإمام، وقال: إنه لم يره لأحد من أئمة المذهب، ولو بناه مستويًا، ثم أماله، فكما لو بناه مائلًا.

قال الرَّافِعِي: ولا فرق بين أن ينازعه الوالي وغيره ويطالب بالنقض، وبين ألا يوجد ذلك.

قلت: وفي النفس من هذا شيء، ولا سيما إذا كان يحكم الحاكم عليه بإزالته من هواء [ملك] الغير، وقد سبق في كلام الدارمي: أن الإمام إذا أمره بطمّ البئر في الشارع [وفعل][1] ضمن، وإن لم يفعل فوجهان: المنصوص لا ضمان، ففرق بين الحالتين في الجملة، والله أعلم.

فرع: قال الرَّافِعِي - كَلَلهُ -: وإذا باع ناصب الميزاب، أو باع الجدار لمالك الدار؛ لم يبرأ من الضمان حتى إذا سقط على إنسان، فهلك فضمانه على عاقلة البائع، هكذا قاله في «التهذيب».

قلت: وفي «تعليقه»: ولو نصب ميزابًا؛ ثم باع الدار فإنه لا يبرأ من العهد، فلو سقط على إنسان؛ يضمنه عاقلة البائع إن كانت عاقلته من يوم النصب إلى يوم السقوط واحدة، فإن كانت عاقلته يوم السقوط غير عاقلته يوم النصب تكون في ماله، وكذا إذا مال جداره، ثم باعه، وقلنا: إنه يجب الضمان.

فرع: في «تعليق» الْبَغَوِي: قال أصحابنا: لو كان في ملكه شجرة،

---

(١) في نسخة: (فلم يفعل).

وَلَوْ سَقَطَ بِالطَّرِيقِ فَعَثَرَ بِهِ شَخْصٌ أَوْ تَلِفَ مَالٌ فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ طَرَحَ قُمَامَاتٍ وَقُشُورَ بِطِّيخٍ بِطَرِيقٍ فَمَضْمُونٌ عَلَى الصَّحِيحِ.

فانتشرت أغصانها إلى ملك الغير فسقط منها غصن فأتلف مالًا، أو حيوانًا، لا شيء عليه؛ لأنه لم يكن يضعه بخلاف الميزاب؛ لأنه أخرجه إلى هواء الطريق.

قال: (**وَلَوْ سَقَطَ بِالطَّرِيقِ فَعَثَرَ بِهِ شَخْصٌ أَوْ تَلِفَ مَالٌ فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الهلاك حصل بغير فعله، والثاني: يضمن؛ لتقصيره وجعلها الرَّافِعِي وجهين فيما إذا مال المستوى ثم سقط، وجزم الصيمري في شرح «الكفاية» بالأصح فيما إذا مال [المستوى] ثم سقط، [وجزم في شرح «الكفاية» بالأصح فيما] ثم قال: لكن لو جعل بعضه في الطريق فعثر به إنسان فمات؛ فديته على عاقلة رب الحائط.

وعبارة الْمَاوَرْدِي: وإذا عثر إنسان بما سقط من الآلة، فإن قلنا: بالوجه الأول، أي: المنسوب إلى الجمهور؛ لم يلزمه ضمان العاثر بالآلة إذا كان عثاره قبل القدرة على نقله، ويضمنه إن كان بعد القدرة عليه، إن قلنا: بالثاني ضمن العاثر مطلقًا قبل التمكن من نقلها. وقال في «المعتمد» في اتفاق المذهب المجرد عن الشَّافِعِي: وإن بناه مستويًا فمال إلى الطريق فتركه وسقط على أحد؛ فلا ضمان عليه في أصح القولين، وإن طولب بنقضه، لكن لو لم ينقل ترابه عن الطريق حتى عثر به عاثر ضمن، انتهى.

قال: (**وَلَوْ طَرَحَ قُمَامَاتٍ وَقُشُورَ بِطِّيخٍ**) أي: ونحوها كقشر موز وباقلاء رطب، كما قاله الشيخ أبو حامد: أو فاكهة أخرى كما قاله الْمَاوَرْدِي، وكل ما يزلق كما قاله غيرهما (**بِطَرِيقٍ فَمَضْمُونٌ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة.

والثاني: لا ضمان؛ لأن العرف مطرد بالمسامحة مع الحاجة.

والثالث: إن ألقاها على متن الطريق؛ ضمن، أو في طرفه ومنعطف لا يبلغه المارة، قالا: فلا ضمان.

قال الإمام: والوجه عندنا القطع بالضمان إذا ألقاها على متن الطريق،

……………………………………………………………………

وتخصيص الخلاف بالإلقاء على الطريق، وتبعه في «البسيط».

قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول: قد يوجد بين العمارات مواضع معدة لإلقاء القمامات فيها تسمى تلك المواضع: السباطات والمزابل، وتعد من المرافق المشتركة بين سكان البقعة، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان إذا كان الإلقاء فيها، فإنه استوفى منفعة مستحقة، وتخصيص الخلاف بالإلقاء في غيرها، وما قاله متعين، وكلام الأئمة لا يخالفه، وحكى القاضي الحسين وغيره وجهًا: أنه إذا كان الوجه المأكول من البطيخ يلي الأرض فتحرك القشرة الزلقة: ضمن المكفي وإلا فلا؛ لأنه إذا لم يتحرك، فإن سقوطه تعثر به؛ لأنه إن كان المأكول يلي الهواء فبالعكس إن لم يتحرك؛ ضمن، وإن تحرك فلا؛ لأنه بفعله يتحرك، فكان السقوط من الساقط لا بسبب القشر.

قال القاضي: وفيه إشكال ويجب أن [يقال][1]: تحرك، أو لم يتحرك، وهذا الفصل في «النهاية» و«البسيط» محكي عن صاحب «التلخيص»: ولم يرضياه، وعبارة «عمد» الفوراني: ولو رمى بقشر البطيخ فزلقت به دابة؛ فإن كان وجه الطعام من أسفل؛ فعليه الضمان، وإن كان من فوق؛ فلا ضمان، ولم يزد على هذا، وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: ولو ألقى قشر البطيخ في الطريق فزلق فيها رجل ومات، أو انكسر عضو من أعضائه، نظر إن كان الطريق واسعًا فوضعه في زاوية منه، أو رماه في مفازة فإنه لا شيء عليه؛ لأنه غير متعدٍ، وإن كان ذلك في ممر الناس.

قال صاحب «التلخيص»: وأكثر أصحابنا [وهو الأصح] يجب الضمان للآدمي على عاقلته، و[المال][2] في ماله؛ لأن في إلقائه مضرة على المسلمين كوضع الحجر والسكين، وقيل: لا يجب الضمان وزيفه، وقيل: وذكر ما سبق عن رواية القاضي وغيره، ثم قال: والصحيح من المذهب: أنه لا فرق بين

---

[1] في نسخة: (قال يجب الضمان).

[2] في نسخة: (الثاني).

....

الصورتين؛ لأن القشر سبب في الأحوال كلها، انتهى.

وفي كلامه فوائد:

منها: أن الصورة في طريق [المفازة](١) وغيرها، وعبارة بعضهم: طريق ميتًا، أي: مطروقة.

ومنها: الفرق بين الطريق الضيق والواسع وهو متعين.

ومنها: بيان تحريم الإلقاء.

ومنها: نقله عن صاحب «التلخيص» موافقة الجمهور.

فرع: [في «الإحياء»]: لو ترك المغسل السدر، والصابون المزلقين بأرض الحمام فزلق به إنسان، وتلف عضو منه كان بموضع لا يظهر بحيث يتعذر الاحتراز منه؛ فالضمان متردد بين النازل والحمامي، إذ على الحمامي [والوجه إيجابه على تاركه في اليوم الأول، وعلى الحمام في الثاني إذا العادة] تنظيف الحمام كل يوم والرجوع في مواقيت عادة التنظيف إلى العادات.

فرع: سبق في «الغصب» عن «الكافي»: أنه لو زلق بالحمام [فسقط] على طاس فانكسر ضمنه، فلو جرحه الطاس فهدر، إذا لم يكن موضوعًا على الممر، وإن كان على ممره، أو كان الداخل أعمى، أو في ظلمة؛ فله أرش الجراحة، ولا يضمن الطاس إلا أن يكون البيت ضيقًا لا موضع لوضع الطاس إلا ممره؛ فيضمن الداخل الطاس، وعلى صاحبه ضمان الجرح على الأصح.

فرع: في «الروضة»: أنه لو رش الماء في الطريق فزلق به آدمي، أو بهيمة، فإن رش لمصلحة عامة، كرفع الغبار عن المارة فليكن كحفر البئر للمصلحة العامة، وإن كان لمصلحة نفسه؛ وجب الضمان [ويمكن مجيء الوجه في القشور فيه، ولو جاوز المعتاد في الرش، قال المتولي: وجب الضمان] قطعًا كبل الطين في الطريق، انتهى.

---

(١) في نسخة: (مسلوك لا في طريق الغابة).

....

وعبارة الْمُتَوَلِّي: لو بل الطين في الشارع فزلق به إنسان ومات؛ لزم عاقلته الضمان، وهكذا لو رش الماء في الطريق وبالغ فيه وجاوز المعهود؛ لأنه مفرط، فإن رش على العادة.

قال بعض أصحابنا: لا ضمان عليه؛ لأنه قصد المصلحة لئلا يتأذى الناس بالغبار، والصحيح: وجوب الضمان إذا فعله بغير إذن الإمام؛ لأنه ليس له مراعاة المصلحة، وأيضًا فإن معظم غرضه مصلحة وهو أن لا يتأذى بالغبار، انتهى.

وعبارة «النهاية»: الرش المزلق من أسباب الضمان؛ ولكنا نشترط إن وضع المتعثر قدمه على الأثر المزلق فلا ضمان أصلًا، وهذا يجري في وطئ القشور كيف [قدمت](١) وهو بمثابة ما لو وضع الماشي قدمه على شفير البئر وهو معاين، فإذا تردى؛ فلا ضمان على الحافر، وإن كان الرش غير منته إلى الزلق، وكان فيه منفعة ظاهرة فهو كاحتفار البئر لمنفعة المسلمين، وقد مضى التفصيل فيه، انتهى.

وأطلق الْمَاوَرْدِي: أنه لو رش الماء بطريق سائل فزلق به إنسان فمات ضمنه؛ لحدوثه عن سبب محظور، وكذا أطلق الأصحاب التضمين بالرش، ومنهم أصحاب «المعتمد» و«المقنع» و«الشامل» والشيخ أبو حامد، ويجوز حمل إطلاقهم على ما إذا أشرف؛ إذ هو المحظور؛ لكن عبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو رش الطريق فزلق به إنسان؛ يجب الضمان كوضع الحجر، ومنهم من قال: إن أفرط ضمن، وإلا فلا.

وقال الصيمري في شرح «الكفاية»: أو رش في طريق لا يملكه، وألقى فيه ما يزلق به الناس؛ ضمن ما تولد منه، وما أحسن هذه العبارة، وقال صاحب «الكافي»: رش السوق الذي هو طريق للمسلمين بالماء هل يجوز إن كان قليلًا؟ لتسكين الغبار يرخص فيه، والزيادة على ذلك حرام، فلو تلف به إنسان، أو مات؛ يجب الضمان على الراش، وإن رش بأمر أهل السوق، ولو كان يسوق فيه

---

(١) في نسخة: (فوضت).

حمارًا يتبعه آخر فزلق الأول فتلف لا ضمان على الراش؛ لأنه بمنزلة الحافر، والسابق بمنزلة المُلقي، فلو زلق الذي يتبعه فتلف؛ يجب الضمان، انتهى.

وهو حسن غريب، وقد يفرق بين كون السابق عالمًا بالرش، أو جاهلًا، وفيه نظر.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: محل ما ذكرناه من الضمان [إذا لم ير التالف ما حصل به التالف، أما إدارة بعمد وضع رجله عليه حتى هلك؛ فلا ضمان] جزمًا في جميع الصور، وكذا ذكر الرَّافِعِي نحوه: إذا قصد المشي على الرش، أو البول، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وإنما يضمن في الرش وقشور البطيخ، وأمثاله إذا لم يتعمد الماشي المشي عليه حتى إن تعمده؛ فلا ضمان؛ لأنه أتلف نفسه.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: لو أخرج طينًا من داره؛ لهدم أو بناء ليستعمله حالًا بعد حال، فعثر به عاثر؛ فمات، نظر إن كان الطريق ضيقًا، أو الطين كثير؛ فهو متعمد بوضعه؛ فتضمن ديته، وإن كان الطريق واسعًا، والطين قليلًا، وقد عدل به عن مسلك المارة إلى فناء داره لم يضمن؛ لعدم [التعدي](1) ولا يجد الناس من مثله بدًا، وقال بعض أصحابنا: يضمن؛ لأنه مباح بشرط السلامة كتأديب المعلم، وهو فاسد لما فيه من التسوية بين المباح والمحظور.

قلت: وبهذا الوجه أجاز الرَّافِعِي، والمصنف، وأطلق الْبَغَوِي: أنه لو طرح التراب على الطريق ليتخذه لبناء السطح؛ فعثر به إنسان؛ فمات يجب الضمان، وهو [من فقه] هذا الوجه.

قال ابن الرِّفْعَة: ويجب طرد تفصيل الْمَاوَرْدِي في الحجر أيضًا، انتهى.

والطين في كلام الْمَاوَرْدِي مثال يجيء ما سبق عن «بسيط» الْغَزَالِي من قبل، والله أعلم.

فرع: لو وضع على جدار جرة أو غيرها؛ فسقط بسبب آخر على مار؛ فقتله؛ لم يضمنه، ولو نام على طرف سطحه؛ فانقلب على مارٍ بالطريق.

---

(١) في نسخة: (التردي).

فَصْلٌ

وَلَوْ تَعَاقَبَ سَبَبَا هَلَاكٍ فَعَلَى الْأَوَّلِ بِأَنْ حَفَرَ وَوَضَعَ آخَرُ حَجَرًا عُدْوَانًا فَعُثِرَ بِهِ وَوَقَعَ الْعَاثِرُ بِهَا فَعَلَى الْوَاضِعِ الضَّمَانُ، ....

قال الماوردي: إن كان سقوطه بانهيار [الحائط](١) من تحته؛ لم يضمنه، وإن كان [لتقلبه في](٢) نومه؛ ضمن؛ لأنه سقط بفعله، انتهى.

ومثل انهيار الجدار إلقاء ريح عاصف له، أو دفع بهيمة له.

فرع: قال الرَّافِعِي، والمصنف: لو بنى على باب داره دكة؛ فتلف به آدمي أو دابة؛ ضمن، انتهى.

وهو بين إن منعناه البناء؛ فإن جوزناه ففيه وقفة [ما] ولا سيما إذا كانت في زاوية، أو منحرفة عن إيجاره، وينقدح الفرق بين أن يكون ذلك بإذن الإمام، أو غير إذنه كما تقدم عن «العمد».

قالا: فكذا الطواف إذا وضع متاعه في الطريق؛ فتلف به شيء؛ ضمنه، بخلاف ما لو وضع على طرف حانوته.

قلت: لكن الخارج عن طرف الحانوت بمتاع الطواف، والجناح، ونحوه، وأولى بالتضمين، والله أعلم.

فصل

قال: (**وَلَوْ تَعَاقَبَ سَبَبَا هَلَاكٍ فَعَلَى الْأَوَّلِ بِأَنْ حَفَرَ**) أي: عدوانًا.

(**وَوَضَعَ آخَرُ حَجَرًا عُدْوَانًا فَعُثِرَ بِهِ وَوَقَعَ الْعَاثِرُ بِهَا فَعَلَى الْوَاضِعِ الضَّمَانُ**) عبارة «المحرر»: إذا اجتمع شيئًا هلاك على التعاقب؛ فالحوالة على الأول، مثاله: حفر بئرًا متعديًا، أو نصب سكينًا، ووضع آخر حجرًا متعديًا؛ فتعثر إنسان بالحجر ثم وقع في البئر، أو على السكين وهلك؛ فالضمان على واضع الحجر، انتهى.

---

(١) في نسخة: (سطحه).

(٢) في نسخة: (بقيامه من).

فَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ الْوَاضِعُ فَالْمَنْقُولُ تَضْمِينُ الْحَافِرِ.

وهي أوضح وأحسن، والغرض: أنه إذا اجتمع سببا هلاك؛ تقدم الأول منهما؛ لأنه المهلك إما بنفسه، أو بواسطة الثاني، فيشبه الترددية مع الحفر.

وفي [«البيان»][1]، وغيره عن أبي [الفياض][2] البصري: أنه يتعلق بناصب السكين، إذا كان قاطعًا موجبًا؛ فإنه أقوى، وزيفه الْمَاوَرْدِي، والمشهور الأول؛ لأن التعثر في الحجر هو الملجئ إلى الوقوع في البئر، أو على السكين؛ فكأنه رداه في البئر أو ألقاه على السكين، قال الإمام: الحجر سبب في الدفع، وليس دفعًا، والبئر سبب في الهلاك، وليس إهلاكًا؛ فلا يبعد من طريق القياس، وقد اجتمع السببان، أو يشترك المسببان في الضمان، وليس [إهلاكًا] من الإنصاف أن يجعل الحجر كالدافع المباشر، ويجعل البئر على حقيقة السبب، فإن قدرت بسبب الدفع دفعًا، فقدر سبب الإهلاك إهلاكًا، ثم قال: ولا شك أن المذهب ما قاله الشَّافِعِي - رحمه الله - والأصحاب، والإشكال [قائم في] التعطيل إلى أن يحله ذو فكرٍ صائب، انتهى.

إشارة: لا يغفل عما سبق أنه لو حفره عدوانًا ثم عثر به عاثر، فوقع فيه فهدر، وقيل: يضمنه الحافر، وتأمل لو كان الواضع للحجر لا يعرف، هل يهدر الواقع أم لا؟

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ الْوَاضِعُ**) أي: فإن وضعه في ملكه ونحوه؛ ولكن الحافر متعد.

(**فَالْمَنْقُولُ تَضْمِينُ الْحَافِرِ**) وكذا الناصب كما قاله «المحرر» ثم قال في «الشرح»: وينبغي أن يقال: لا يتعلق بالحافر والناصب ضمان كما سيأتي في مسألة السيل، يشير إلى ما لو حفر، أو وضع سكينًا عدوانًا، ثم حصل بقربه حجر بمجيء سيل، أو وضع حربي أو سبع؛ فعثر بالحجر عاثر؛ فوقع في البئر، أو على السكين؛ فمات، وقد سبقت.

قال: ويدل عليه أن الْمُتَوَلِّي قال: أو حفر في ملكه، ونصب غيره فيها

---

[1] في نسخة: (الثالث).

[2] في نسخة: (العباس).

وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا وَآخَرَانِ حَجَرًا فَعُثِرَ بِهِمَا فَالضَّمَانُ أَثْلَاثٌ، وَقِيلَ نِصْفَانِ.

حديدة؛ فوقع رجل في البئر؛ فجرحته الحديدة ومات؛ فلا ضمان على واحد منهما، انتهى.

وكذا قال الْبَغَوِي في أول باب وضع الحجر من «تعليقه»: أنه لو حفر بئرًا في مواته أو في ملكه؛ فتردى فيها آخر؛ فلا ضمان حتى لو جاء آخر، فوضع في أسفله سكينًا فوقع عليها ومات؛ فلا يجب الضمان على أحد، ثم بعد قائمة أو نحوها ذكر صورة الكتاب كما في الكتاب، واقتصر عليها في «التهذيب».

فرع: في «شرح الكفاية» للصيمري: لو وقفا على بئر، فدفع أحدهما صاحبه، فلما هوى جذب معه الدافع؛ فسقطا فماتا، فإن كان إنما جذب دافعه، [طمعًا][1] في التخلص من السقوط وكانت الحال توجب ذلك، فنفسه مضمونة، ولا ضمان عليه، وإن كان الجذب بغير هذا، أو لم يكن إلا لإتلاف المجذوب؛ إذ لا طريق إلى خلاص نفسه بمثل ذلك؛ فهو ضامن أيضًا كما لو تجارحا وماتا، انتهى.

فرع: في «تعليق» الْبَغَوِي: أنه إذا وضع حجرًا في شارع أو طريق ميتًا، يضمن المال في ماله، وضمان الآدمي على عاقلته، سواء قصد توقيع الحجر المصلحة في وقت الوحل أم لا، ثم قال المعلق على «الحاشية»: قال شيخنا الإمام: إذا وضع الحجر للمصلحة؛ وجب أن يكون كحفر البئر، ووضع الدار، انتهى.

يعني: إذا حفره لمصلحة المسلمين، أو وضع دنانًا لشربهم، وهذا حسن، ويجيء وضع الحجر المنفصل بين كونه بإذن الإمام ونحوه، وبين كونه استقلالًا.

قال: (**وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا وَآخَرَانِ حَجَرًا فَعُثِرَ بِهِمَا فَالضَّمَانُ أَثْلَاثٌ**) أي: وإن تفاوت فعلهما كما لو مات بجراحة ثلاثة، واختلفت الجراحات.

(**وَقِيل: نِصْفَانِ**) أي: لصفة تتعلق بالمنفرد، ونصفه بالآخرين ذكره في «التهذيب».

---

(١) في نسخة: (فلو جاء).

وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَعَثَرَ بِهِ رَجُلٌ فَدَحْرَجَهُ فَعَثَرَ بِهِ آخَرُ ضَمِنَهُ الْمُدَحْرِجُ، وَلَوْ عَثَرَ بِقَاعِدٍ أَوْ نَائِمٍ أَوْ وَاقِفٍ بِالطَّرِيقِ وَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَا ضَمَانَ إِنِ اتَّسَعَ الطَّرِيقُ،

إشارة: عبارة «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» و«التهذيب» و«التتمة»: وآخران حجرًا بجنبه، وطرحها «المصنف»؛ إذ الظاهر: أنه لا فرق بين كونه إلى جنبه أو وراءه أو أمامه، ويحتمل أن يكون لفظه بجنبه فقط، وتكون الصورة أنه عبر بهما دفعة واحدة، أما لو كان أحدهما أمام الآخر، فقد يقال: لا أثر للعثرة بالأول؛ لانقطاع أثرها بالتخطي إلى الثاني، وليس العثار كالجراح؛ إلا أن يظهر أنه مات منهما جميعًا، وإن وقع العثر متعاقبًا.

قال: (**وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا**) أي: عدوانًا.

(**فَعَثَرَ بِهِ رَجُلٌ فَدَحْرَجَهُ فَعَثَرَ بِهِ آخَرُ ضَمِنَهُ الْمُدَحْرِجُ**) أي: لأن الحجر إنما حصل في ذلك الموضع بفعله، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: ولو ألقى السيل حجرًا في الطريق فعثر به رجل؛ فدحرجه، ثم عثر به آخر، ومات؛ يضمنه عاقلة مدحرجه، ولو وضعه رجل ودحرجه آخر؛ فالضمان على الثاني الجاني بالدفع حتى لو تعثر به الواضع [بوقوعه] ومات؛ يجب الضمان على المدحرج، انتهى.

وقوله: بالدفع؛ يعني: بالدحرجة إذا عثر به ثالث.

قال: (**وَلَوْ عَثَرَ بِقَاعِدٍ أَوْ نَائِمٍ أَوْ وَاقِفٍ بِالطَّرِيقِ وَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَا ضَمَانَ إِنِ اتَّسَعَ الطَّرِيقُ**) **قلت**: والمراد: فلا ضمان على القاعد، وقد تبع «المحرر» في هذه العبارة الموهمة، فظاهر هذا إهدارهما جميعًا، والذي في «الشرحين» و«الروضة»: أنه لو قعد، أو نام، أو وقف في ملكه فدخل ماش من غير إذنه؛ فعثر به ومات أو أحدهما، فالماشي مهدر؛ لأنه قتل نفسه، وعلى عاقلته دية الآخر، وكذا الحكم لو قعد، أو وقف في موات، أو طريق واسع لا يبصر به المارة، ولا فرق بين أن يكون القاعد أو الواقف بصيرًا، أو أعمى، كما لو قصد قتل من يمكنه الإضرار ورميه فلم يحترز حتى قتله.

وعبارة «التهذيب»: قال أصحابنا: إن كان واقفًا في ملكه، فدخل بغير إذنه فصدمه فماتا؛ فدية الصادم هدر، ودية المصدوم على عاقلة الصادم،

وَإِلَّا فَالْمَذْهَبُ إِهْدَارُ قَاعِدٍ وَنَائِمٍ، لَا عَاثِرٍ بِهِمَا وَضَمَانُ وَاقِفٍ لَا عَاثِرٍ بِهِ.

وكذلك لو كان واقفا في صحراء، أو في طريق واسع فلا يتضرر الناس [بوقوفه](١) فصدمه ماشٍ وماتا، وكذلك لو قام، أو قعد في ملكه أو طريق واسع، انتهى.

وسيأتي مزيد كلام في المسألة بعد ذكر الحالة الثانية.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن كان الطريق ضيقًا.

(**فَالْمَذْهَبُ إِهْدَارُ قَاعِدٍ وَنَائِمٍ، لَا عَاثِرٍ بِهِمَا وَضَمَانُ وَاقِفٍ لَا عَاثِرٍ بِهِ**) قال **الرَّافِعِي**: وإن قعد أو وقف في طريق ضيق يتضرر به المارة، واتفق ما صورناه فالأصحاب فريقان، قال أكثرهم: النص فيما تعثر الماشي بالقاعد والنائم إن دم [القائم](٢) والنائم مهدر، وعلى عاقلتهما دية الماشي [والنص فيما إذا التعثر بالواقف، وماتا أنه يهدر دم الماشي، وعلى عاقلته] دية الواقف، وفيهما طريقان: أحدهما: التصرف في التضمين، وجعل الصورتين على قولين نقلًا وتخريجًا؛ أحدهما: أنه يهدر دم الواقف والقاعد والنائم، وتجب على عاقلتهم دية الماشي؛ لأن الطريق للطروق وهم بالقعود والوقوف والنوم مقصرون، فأشبه وضع الحجر فيه، والثاني: يهدر [دم](٣) الماشي، وعلى [عاقلة الواقف](٤) أو القاعد أو النائم؛ لأن القتل حصل بحركته، أو الماشي [أو] ارتفاق بالطريق، فيباح بشرط السلامة؛ فصار كما إذا تردد الأعمى في الطريق بلا قائد فأتلف يلزمه الضمان.

والثاني: تقرير النصين، والفرق: أن الماشي قد يحتاج إلى الوقوف؛ لانتظار رفيق، أو كلال، أو سماع كلام، أو سماعه؛ فالوقوف [بين](٥) مرافق الطريق كالمشي؛ لكن الهلاك حصل بحركة الماشي فيختص بالضمان،

---

(١) في نسخة: (بوقوعه).

(٢) في نسخة: (القاعد).

(٣) في نسخة: (دية).

(٤) في نسخة: (عاقلته للواقف).

(٥) في نسخة: (من).

……………………………………………………………

والقعود والنوم ليسا من مرافق الطريق، فمن قعد أو نام فقد تعدى وعرض نفسه للهلاك، وهذا ما اختاره القاضي الحسين.

وفي «التهذيب»: أنه الأصح، وقال أصحابنا العراقيون: يجب على عاقلة كل واحد من الماشي والواقف دية الآخر؛ أما الماشي فلأنه قبل الوقوف، وأما الواقف فلأنه تسبب إلى قتل [الماشي][1] في الطريق، وينسب هذا إلى نصه في «القديم» ونقلوا وجهًا آخر: أنه لا ضمان على عاقلة الواقف؛ لأنه لا حركة منه، والقعود على هذه الطريقة كالوقوف، ويخرج من الطريقين في الواقف والماشي ثلاثة أوجه، أو أقوال: أحدها: وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، والثاني: وجوب دية الواقف على الماشي دون العكس، والثالث: وجوب دية الماشي على عاقلة الواقف دون العكس، والأقرب: الثاني؛ وبه أجاب صاحب «التتمة» ورجحه أبو الحسن العبادي ويليه الأول، وهذا كله فيما إذا لم يوجد من الواقف فعل؛ فإن وجد كما إذا انحرف الماشي لما قرب منه فأصابه في انحرافه، وماتا فهما [كائنين][2] اصطدما، وسنذكر حكمه، ولو انحرف [فالحكم كما لو كان] عنه فأصابه في انحرافه، أو انحرف إليه أو أصابه بعد تمام الانحراف؛ فالحكم كما لو كان واقفًا لا يتحرك، انتهى كلام الإمام الرَّافِعِي - رحمه الله -.

[إشارات]: قوله: وهذا كله إلى آخره أعده إلى صورتي الطريق الواسع والضيق يتعين أن يكون موضع إهدار القاعد والنائم في الطريق الضيق ما إذا نام أو قعد على متن الطريق ونحوه، أما لو كان بمنعطف منه كزاوية بحيث لا ينسب إلى تعدٍّ ولا تضيق، فلا يجيء في العاثر في الحالين، والنائم، بما تقدم عن «البسيط» في مسألة الهارب من السيف إذا وقع في بئر مفتوحة وهو بصير بالنهار، أن الأصحاب قالوا: يحال الهلاك عليه؛ لأنه مقصر بترك التأمل إلى آخر كلامه.

---

[1] في نسخة: (الواقف).

[2] في نسخة: (كماشيين).

....

وعبارة الرَّافِعِي فيما [يحفظه](١) من الأوجه والأقوال [كما سبق، وعبارة ابن الرافعة: وعند الاختصار يخرج مما ذكرناه أوجه أو أقوال]:

أحدها: دية كل واحدٍ منهما على عاقلة الآخر؛ سواء فيه القاعد والواقف، وهو المحكي عن «القديم».

والثاني: وجوب دية الواقف، والقاعد على عاقلة الماشي دون العكس، وهو ما أطلقه في «الجديد» كما حكاه الْبَنْدَنِيجِي، وبه أجاب الْمُتَوَلِّي، ورجحه [أبو] الحسن العبادي.

قلت: وقضية كلام الرَّافِعِي، وصريح كلام «المحرر» و«المنهاج»: أن القاعد كالنائم؛ لكن عبارة الْمُتَوَلِّي: لو نام في الطريق المسألة، والظاهر: [أن القاعد] كالنائم، قال ابن الرِّفْعَة:

والثالث: وجوب دية الواقف على عاقلة الماشي دون العكس، ووجوب دية الماشي على عاقلة الجالس دون العكس.

والرابع: وجوب دية الماشي على عاقلة الواقف، أو الجالس [دون العكس] وهو أضعفها، انتهى.

واعلم أن ما سبق من كلام الرَّافِعِي في الطريق الواسع، والطريق الضيق أخذه من «التهذيب» برمته، وبينه وبين كلام «تعليق» الْبَغَوِي مخالفة ظاهرة في البعض؛ فإن الذي فيها على ما رأيته: وإن كان واقفًا على طريق فصدمه الماشي وماتا، نظر إن كان لما بلغا الماشي التفت الواقف فهما صادمان، كما لو كانا مقبلين، نص عليه، وإن لم يلتفت فقد نص على أن دم الصادم هدر، وجميع دية الواقف على عاقلة الصادم، ذكر هذا في «الجديد».

وقال في موضع آخر: لو كان قاعدًا، أو نائمًا في طريق فعثر به الماشي وماتا؛ فدية القاعد والنائم هدر، ودية الماشي [هدر] على عاقلته، وذكره في «القديم» فمن أصحابنا من نص على قولين فذكرهما كما سبق.

---

(١) في نسخة: (يخصه).

....

ثم قال: والصحيح: هو الفرق بينهما؛ لأن الطريق محل الوقوف لانتظار، أو لتحدث، أو استراحة، أو نحوها؛ وليس محل النوم والقعود، ولا فرق بين الطريقين الواسع والضيق؛ لأن الطريق الواسع يباح القعود فيه بشرط السلامة، انتهى.

وسوى بين الطريق الواسع والضيق [في الحكم] ولعل هذا أقرب إلى نص «الأم».

قال الشَّافِعِي - ﷺ -: وإذا كان الراجل أو الفارس واقفًا في ملكه أو غير ملكه، أو مضطجعًا، أو راقد فصدمه رجل فقتله، والمصدوم ينظر ويقدر على أن ينحرف، أو لا ينظر ولا يقدر على أن ينحرف، أو أعمى لا ينظر فسوى، ودية المصدوم مغلظة على عاقلة الصادم [ولو مات الصادم] كانت ديته هدر؛ لأنه جنى على نفسه، ولو أن الواقف تحرف عن موضعه، والتقى هو وآخر مقبلين فصدمه فماتا كانا مصطدمين؛ فنصف دية كل واحدٍ منهما على عاقلة صادمه؛ لأن له فعل التحرف، ولو كان تحرفه موليًا عنه فكان الفارس أو الراجل الصادم له كان كهو لو كان واقفًا، فضمن عاقلة الصادم ديته، ولو مات الصادم هدر؛ لأنه جنى على نفسه، انتهى.

فرع: قال الرَّافِعِي: ولو جلس في مسجد فعثر به إنسان وماتا؛ فعلى عاقلة الماشي دية الجالس، والماشي هدر، ولو نام في المسجد معتكفًا، فكذلك ولو جلس لأمر ينزه المسجد عنه أو نام غير معتكف، فهو كما لو نام في الطريق، هكذا ذكره في «التهذيب».

قلت: والذي رأيته فيه: ولو جلس لأمر ينزه عنه المسجد واستوطن المسجد لا لقربة؛ فهو الجاني لا الصادم، فإن مات الصادم يجب الضمان على عاقلته، انتهى، وكذا نقله ابن الرِّفْعَة عنه.

وعبارة «الكافي»: لو جلس في مسجد فعثر به إنسان [فمات](١) فإن كان

---

(١) في نسخة: (ماتا).

[فَصْلٌ]

اصْطَدَمَا بِلَا قَصْدٍ فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ نِصْفُ دِيَةٍ مُخَفَّفَةٍ.

قد جلس فيه لخير يقام في المسجد أو لأمر لا ينزه [المسجد] عنه فدم الصادم دم هدر، [ودم المصدوم: مضمون، وإن حبس لأمر ينزه المحدث عنه؛ فدم المصدوم دم هدر] ودم الصادم على عاقلة المصدوم، انتهى.

وفي «تجربة» الرُّويَانِيِّ: ولو نام في المسجد فتعمل به رجل فمات؛ فإن كان معتكفًا: لم يضمن وإن استوطنه لا للقربة [ضمن] انتهى.

وعن أبي حنيفة: يضمن الجالس لغير الصلاة دية الماشي.

وَقَالَ الرُّويَانِيُّ فِي «الْبَحْرِ»: وهذا يحتمله المذهب عندي؛ لأن المسجد لم يبن لغير الصلاة. انتهى.

ويشبه أن يقال: إن كان النائم في المسجد في رحبته ونحوها من أقطاره الواسعة فكالجالس [في طريق واسعة، وإن نام أو جلس في ممر ضيق كبابه أو دهليزه فكالجالس] في طريق ضيق، ولم لا يقال: إذا وقف، أو جلس في الطريق الواسع؛ لغرض فاسد من فسق أو سرقة يكون كالجالس في طريق ضيق، أو في المسجد لا من ينزه عنه.

تَنْبِيهٌ: حيث أطلق ضمان نفس الحر في هذه الصورة وما سبق في حفر البئر، وموضع الحجر، وسقوط الجناح [والجدار] والميزاب، وطرح القمامة والقشور، وأشباه ذلك؛ فمعناه: الوجوب على العاقلة والأطراف ونحوهما فيما ذكرناه من التضمين [كالنفس].

قال: (**فَصْلٌ: اصْطَدَمَا**) أي: الحران الماشيان.

(**بِلَا قَصْدٍ**) فإن كانا أعميين، أو في ظلمة، أو مدبرين، أو غافلين فهو خطأ محض.

(**فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ**) أي: منهما.

(**نِصْفُ دِيَةٍ مُخَفَّفَةٍ**) أي: لأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فهو شريك في القتلتين؛ فيهدر فعله في حق نفسه، ويكون مضمونًا في حق صاحبه؛

……………………………………………………………………

كما لو جرح نفسه وجرحه غيره ومات فيهما.

اعلم أن قضية كلام الشيخين في كتبهما: أنه لا فرق بين تخفيف الدية على العاقلة بين ما ذكرناه، وبين أن يكون أحدهما مقبلًا والآخر مدبرًا، وصرحا به من بعد حيث قالا: ولا فرق في الراجلين بين أن يتفق سيرهما قوةً وضعفًا، أو يختلفا بأن كان أحدهما يعدو والآخر يمشي، ولا بين أن يكونا مقبلين أو مدبرين، كما إذا جرت الدابتان فاصطدما من خلف، أو أحدهما مقبلًا والآخر مدبرًا، انتهى.

وقال القاضي الحسين: لا فرق بين كونهما مقبلين أو مدبرين، أو أحدهما مقبلًا والآخر مدبرًا، ولا بين [الأعمى والبصير](١) غير أن حالة الإقبال: شبه عمدٍ، وحالة الإدبار: خطأ محض؛ فيجب دية المقبل مخففة على عاقلة المدبر، ودية المدبر مغلظة على عاقلة المقبل، [وقيل: الأعمى والبصير: خطأ، وقيل: البصير والأعمى: شبه عمدٍ؛ فتجب دية الأعمى مغلظة] ودية البصير مخففة، انتهى.

وعلى ذلك جرى الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» ومثله قول الْبَغَوِي في «التعليق» ولا فرق بين كذا وكذا، وعد ما سبق وغيره، إلا أنهما إذا كانا مقبلين يكون شبه عمدٍ؛ فالدية مغلظة، وإن كانا مدبرين أو أعميين؛ فمخففة، وإن كان أحدهما مقبلًا والآخر مدبرًا؛ فنصف دية المدبر على العاقلة مغلظة، ونصف ديته مخففة [على العاقلة، وقال العراقيون من أصحابنا: إذا لم يكونا عامدين، وإن كان مقبلين: فالدية تكون مخففة على العاقلة]. انتهى.

وقضية كلامه في «التهذيب» موافقة العراقيين، وفي «النهاية»: إن اصطدما مقبلين، ولم يتعمد الصدمة ولكن اتفق فهذا ملحق بشبه العمد، فيجب دية كل مغلظة على عاقلة صاحبه، ثم ذكر أن الدابتين إذا رجعتا القهقرى؛ فاصطدمتا فهو خطأ محض، انتهى.

---

(١) في نسخة: (الأعميين والبصريين).

وَإِنْ قَصَدَا فَنِصْفُهَا مُغَلَّظَةٌ، أَوْ أَحَدُهُمَا فَلِكُلٍّ حُكْمُهُ، ....

وهو قضية كلام «البسيط» وهو الذي أورده الفوراني في «الإبانة» و«العمد».

قلت: وأصل هذا الاختلاف فيما أحسب قول الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: واصطدام الرجلين عمدًا وخطأ سواء إلا في [النائم][1] ولا قود في الصدمة وهي خطأ عمد تحملها العاقلة، والدية فيها إذا كانا مقبلين مغلظة، وإن كانا مدبرين جرت بهما دابتهما، فاصطدما مدبرين غير مقبلين عامدين للصدمة؛ فنصف دية مغلظة، وإن كان أحدهما مقبلًا؛ فنصف دية مغلظة، ونصف دية إذا كان مات من صدمته، وصدمة مدبر غير مغلظة، انتهى.

لكن ظاهر النص أو النص: أن التغليظ في صدم العامد، وهو محل وفاق.

قال: **(وَإِنْ قَصَدَا)** أي: جميعًا الاصطدام.

(فَنِصْفُهَا مُغَلَّظَةٌ) أي: على العاقلة، ويكون ذلك شبه عمدٍ، هذا ما صححه الجمهور، وهو نص [الأم] أو ظاهره.

[وقال] أبو إسحاق: الحاصل عمدٌ محض؛ فيجب في تركة كل واحد نصف دية الآخر أو أحدهما؛ يعني: قصده.

(أَوْ أَحَدُهُمَا) دون الآخر.

(فَلِكُلٍّ حُكْمُهُ) [أي]: فيجب، وعلى القاصد نصف الدية مغلظة، وعلى الآخر النصف مخففة، واختار الإمام والْغَزَالِي قول أبي إسحاق وهو متجه، إذا كانا قويين صدم كل منهما يهلك غالبًا يشبه ما لو ضربه بمثقل يقتل مثله غالبًا، ولو كان أحدهما قويًا والآخر ضده لا يقتل صدم مثله مثل صاحبه غالبًا [فالقوي: عمد، والضعيف][2]: شبه عمد، وإن كانا ضعيفين لا يقتل صدم مثلهما فشبه عمد فيهما. ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: أنه لو ألقى نفسه من سطح على نائمٍ عمدًا، فقتله فعليه القصاص أو الدية تامة؛ فإن ماتا

---

(١) في نسخة: (المأثم).

(٢) في نسخة: (فالقول عامدًا وصدم الضعيف).

وَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَى كُلٍّ كَفَّارَتَيْنِ، وَإِنْ مَاتَا مَعَ مَرْكُوبَيْهِمَا فَكَذَلِكَ، وَفِي تَرِكَةِ كُلٍّ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ الْآخَرِ، ....

جميعًا، هدر الملقي ووجب في ماله دية النائم، ولو دفعه [رجل على] رجلٍ نائم فماتا جميعًا فعليه القصاص لهما، فإن مات أحدهما ضمنه، فلو كانَ الدفْع عمدًا، والدافع لا يعلم بأن في أسفله رجل نائم، فوقع المدفوع عليه فقتله فديته على عاقلة الدافع، وإن مات المدفوع لزمه القصاص، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَى كُلٍّ كَفَّارَتَيْنِ**) أي: كفارة قتل نفسه، والأخرى لقتل صاحبه، والخلاف ينبني على أن الكفارة هل تجزئ وأن قاتل نفسه هل عليه كفارة؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَإِنْ مَاتَا مَعَ مَرْكُوبَيْهِمَا فَكَذَلِكَ**) أي: فالحكم كما تقدم دية وكفارة، ولو غلبتهما الدابتان فاصطدما مغلوبين، فالمذهب أن المغلوب كغيره، وفي قول أنكره جماعة يهدر الجميع، وأجرى الخلاف فيما لو غلبت الدابة راكبها فأتلفت مالًا هل يهدر؟ وربما يتعرض له.

قال: (**وَفِي تَرِكَةِ كُلٍّ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ الْآخَرِ**) أي: وباقيها هدر؛ لاشتراكهما في إتلافهما، وموضع الإهدار إذا كانتا لهما؛ فإن كانت مستعارة أو مستأجرة لم يهدر فيهما شيء؛ إذ العارية مضمونة، وكذلك المأجور إذا أتلفه المستأجر، أو فرط فيه.

تَنْبِيهٌ: سواء فيما ذكرنا اتفق جنس المركوبين، واختلف اختلافًا متباينًا، كراكب فيل وراكب كبش، قاله الشَّافِعِي - ﷺ - وسواء في اصطدام الرجلين اتفق سيرهما، أم اختلف كماشٍ وعادٍ، وسواء كانا مقبلين أو مدبرين وفيه ما سبق، أو أحدهما أعمى والآخر بصير كما صرح به الْبَغَوِي وغيره.

قال الإمام والْغَزَالِي: لكن لو كانت إحدى الدابتين ضعيفة؛ بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركتها مع قوة الأخرى لم يتعلق بحركتها حكم كغرز إبرة بجلده عقب مع جراحات [عظيمة](١).

---

(١) في نسخة: (كثيرة).

....

قال الإمام: وقول الشَّافِعِي - ﷺ -: لو كان أحدهما على فيل والآخر على كبش فاصطدما لم يرد به تصويرًا على التحقيق؛ فإن الكبش لا يركب، ولا نفرض مصادمته للفيل، وأجرى ما ذكره مثلًا، انتهى.

[ويأتي ما ذكره الإمام في الماشيين إذا اصطدما ذكره في المركوبين] وسواء فيما [قدمناه](١) وقعا مقبلين أو مستلقيين، أو أحدهما منكبًا والآخر مستلقيًا، وأهدر المزني المكب، وخرج ابن القاص مثله.

قال الْبَنْدَنِيجِي وغيره: ومنهم من جعل ما ذكره الْمُزَنِي قولًا، وجعل المسألة على قولين، وقال [الْمَاوَرْدِي](٢): ونسب بعضهم قول الْمُزَنِي إلى الشَّافِعِي - ﷺ - وكلامه نرده، وطرد ابن القاص ما ذكره في إهدار المنكبين أيضًا.

[قال]: ولو اصطدم ماشٍ وراكب لطول الماشي وهلكا، قال في «الروضة»: فالحكم ما سبق، ومساق ما ذكره الإمام أنه لا حكم لصدمة الضعيف بهرم وعجز كل مع القوي الأبد، وكذلك الماشي الضعيف مع الدابة الشديدة كالبعير، والفيل، والفرس القوي من طريق الأولى.

فرع: في «الروضة»: تجاذب رجلان حبلًا فانقطع فسقطا وماتا وجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر، ويهدر النصف سواء وقعا مكبين أو مستلقيين أو أحدهما هكذا، والآخر كذاك، لكن قال البغوي: إن أكب أحدهما واستلقى الآخر فعلى عاقلة المستلقي نصف دية المكب مغلظة، وعلى عاقلة المكب نصف دية المستلقي مخففة، وهذا إن صح اقتضى أن يقال مثله في الاصطدام، انتهى.

وقوله: وهذا إن صح إلى آخره، تبع في بعض النسخ «الشرح» والذي في النسخ الصحيحة: وهذا إن صح اقتضى أن يقال في صورة الاصطدام، إذا

---

(١) في نسخة: (ذكرنا).

(٢) في نسخة: (الدارمي).

....

انكب أحدهما واستلقى الآخر يجب على عاقلة المستلقي نصف دية ذلك مخففة، وعلى عاقلة المنكب نصف دية المستلقي مغلظة، وهذا هو الصواب نقلًا ومعنى، ثم ما سبق فيما إذا كان الحبل لهما أو مغصوبًا، فإن كان لأحدهما والآخر ظالم فدمه هدر، وعلى عاقلته نصف دية المالك.

قلت: وهذا قاله القاضي الحسين مرةً، وبه أجاب إبراهيم المروزي، وقال في مرة: يجب كمال الدية على عاقلة الظالم كذا في «تعليقه» وفي «تعليق» الْبَغَوِي ما يقتضي أن هذا أخرجه صاحب «التلخيص» على قول أبي حنيفة حيث قال بعد جزمه بالتسوية بين المنكبين: والمستلقيين واختلافهما في الوقوع.

وقال أبو حنيفة: إن وقعا منكبين فجميع ديتهما مضمونة، أو مستلقيين فدمهما هدر، وإن كان أحدهما منكبًا فدمه مضمون، ودم مهدر على عكس ما قاله في الاصطدام، وقال صاحب «التلخيص»: على قول أبي حنيفة في المسألتين، وإن كان أحدهما غاصبًا فدم الغاصب هدر، ونصف دية الآخر على عاقلة الغاصب، ونصفها هدر؛ لأنه مات بفعلهما.

قال: ويحتمل أن يقال جميع دية المالك على عاقلة الغاصب؛ لأنه محق في الجذب، انتهى.

وقال في أول الباب: ولو أن رجلان جرا حبلًا فسقطا وماتا فعلى [قول][1] صاحب «التلخيص»: إن استلقيا فدمهما هدر، وإن جرا على الوجه، وذكر ما سبق، وإن جرَّ أحدهما على الوجه والآخر على القفا؛ تكون دية المستلقي هدر، ودية الآخر كلها على عاقلته، وأما على قول الشَّافِعِي - ﷺ - وعامة الأصحاب: كيفما وقعا، النصف هدر والنصف على عاقلة الآخر، انتهى.

ولو أرخى أحدهما فسقط الآخر ومات؛ فنصف ديته على عاقلة المرخي، ويهدر نصفها؛ لأن سقوطه بالإرخاء وقوة جره وإلا لما سقط بالإرخاء، ولو

---

[1] في نسخة: (قياس).

وَصَبِيَّانِ أَوْ مَجْنُونَانِ كَكَامِلَيْنِ، وَقِيلَ إِنْ أَرْكَبَهُمَا الْوَلِيُّ تَعَلَّقَ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيٌّ ضَمِنَهُمَا وَدَابَّتَيْهِمَا.

قطع الحبل قاطع فسقطا وماتا؛ فديتهما على عاقلته.

قال: (**وَصَبِيَّانِ أَوْ مَجْنُونَانِ كَكَامِلَيْنِ**) أي: فيما إذا مشيا أو أحدهما أو ركبا بأنفسهما فيما قررناه، وكذلك الحكم لو كان أحدهما صبيًا والآخر مجنونًا؛ لكن تغليظ الدية وعدمه ينبني على أن عمدهما عمد أم لا، وقد بيناه بما فيه.

قال: (**وَقِيل: إِنْ أَرْكَبَهُمَا الْوَلِيُّ تَعَلَّقَ بِهِ الضَّمَانُ**) أي: لما فيه من الخطر، والأصح المنع كما لو ركبا بأنفسهما لمكان الولاية، هكذا أطلق الوجهين جماعة، وخصهما الإمام والْغَزَالِي بالإركاب لزينة وحاجة غير مهمة؛ فأما لو مست الحاجة وأرهقت إلى ذلك للنُّقلة فلا ضمان قطعًا، والوجهان فيما إذا ظن السلامة، وفيمن يستمسك بنفسه على الدابة، فلو أركبه جموحًا تعلق به الضمان، أو هادية و[هو] لا يتمسك هذا لا شك فيه، وقيد بما بيناه إطلاق المصنف.

قال: (**وَلَوْ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيٌّ ضَمِنَهُمَا وَدَابَّتَيْهِمَا**) أي: لتعديه بذلك [قيل:] كما لو وقع لصبي سكينًا فوقعت منه؛ ثم [وقع] عليها ضمنه، قاله ابن الحداد وغيره، ويجب أن [يجوز](١) هذا إن سلم [غير المميز](٢) ولا شيء في مال [الصبيين](٣) ولا على عاقلتيهما.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن من حمل صبيًا لم يبلغ أو مملوكًا بغير إذن مواليه على دابة فتلف أنه ضامن، انتهى.

واعلم أن المراد بالأجنبي من لا ولاية له عليهما؛ ثم إن كان المركب واحد ضمن الدابتين وعلى عاقلتهما ديتهما، وإلا فعلى كل واحد منهما نصف قيمة دية الآخر، وكذا يضمن ما أتلفته دابة مَنْ أركبه بيدها أو رجلها وغيرهما،

---

(١) في نسخة: (تكون).

(٢) في نسخة: (في غير المهر).

(٣) في نسخة: (الصغير).

أَوْ حَامِلَانِ وَأَسْقَطَتَا فَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ، وَعَلَى كُلٍّ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ عَلَى الصَّحِيحِ، وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ نِصْفُ غُرَّتَيْ جَنِينَيْهِمَا.

وعلى عاقلة كل من ركب نصف ديتهما.

وقال [الدارمي][1] وابن المرزبان: على عاقلة كل واحدٍ دية من أركبه خاصة، وغلطا [في ذلك، قال في «الوسيط»: لو تعمد الصبي والحالة هذه احتمل أن يحال الهلاك عليه؛ إذا قلنا]: عمده عمد؛ لأن المباشرة مقدمة على السبب، قال الشيخان: وهذا احتمال حسن، فإن قيل: به كان كما [لو] ركبا بأنفسهما، والاعتذار عنه يكلف، وأشار بالاعتدال إلى قوله في «الوسيط» و«البسيط»: كما لو بسط المرء ما لم يكن مباشرته عدوانًا لصباه: أمكن أن يجعل كالتردي مع الحفر، وأقام في «الترغيب» هذا الاحتمال وجهًا فقال: وإذا تعدد الراكب وتعمد الصبي، وقلنا: عمده عمد؛ ففيه [وجهان][2] وإن قلنا: خطأ، فقال: [وإذا تعدد الراكب] فهو كالمتردي والحافر، انتهى.

ولا يكاد يخفى حكم ما لو أركبها أجنبي بإذن الولي ما قدمناه.

قال: (**أَوْ حَامِلَانِ**) أي: وإن اصطدمتا.

(**وَأَسْقَطَتَا فَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ**) أي: فيجب نصفها، ويقدر نصفها إذا التلف منسوب إلى قطعهما.

قال: (**وَعَلَى كُلٍّ**) أي: كل واحد منهما.

(**أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: لاشتراكهما في إهلاك أربعة؛ فيجب كفارة لنفسهما، وأخرى لجنينها، وثالثة لصاحبها، هذا إذا أوجبنا الكفارة على قاتل نفسه، وقلنا: إنها لا تتجزأ؛ فإن لم يلزمهما قاتل نفسه وجب ثلاث كفارات، وإن جزمنا وجب على كل واحدٍ ثلاثة أنصاف كفارة، وهذا هو المقابل للصحيح في الكتاب.

قال: (**وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ نِصْفُ غُرَّتَيْ جَنِينَيْهِمَا**) أي: نصف لجنينها ونصف

---

(١) في نسخة: (الداركي).

(٢) في نسخة: (قولان).

أَوْ عَبْدَانِ فَهَدَرٌ أَوْ سَفِينَتَانِ فَكَدَابَّتَيْنِ، وَالْمَلَّاحَانِ كَرَاكِبَيْنِ إِنْ كَانَتَا لَهُمَا، فَإِنْ كَانَ فِيهِمَا مَالُ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ كُلًّا نِصْفُ ضَمَانِهِ، وَإِنْ كَانَتَا لِأَجْنَبِيٍّ لَزِمَ كُلًّا نِصْفُ قِيمَتِهِمَا.

لجنين الأخرى؛ لأن من أجهضت نفسها لزمت الغرة عاقلتها كما لو أجهضت غيرها، وحينئذٍ لا يهدر من الغرتين شيء، وأما دية نفسيهما فيهدر نصفها [ويجب نصفها] كغيرها.

قال: **(أَوْ عَبْدَانِ فَهَدَرٌ)** أي: وإن اصطدم عبدان فماتا هدر؛ لأن جناية العبد تتعلق برقبته، وقد فاتت، وسواء أنفقت قيمتها أم لا؛ فلو مات أحدهما تعلقت نصف قيمته برقبة الحي، ولو اصطدم حر وعبد وماتا ففي تركة الحر نصف قيمة العبد، ويتعلق به نصف دية الحر؛ لأن الرقبة قد فاتت فتعلق الدية ببدلها.

قال: **(أَوْ سَفِينَتَانِ فَكَدَابَّتَيْنِ، وَالْمَلَّاحَانِ)** أي: المسيران لهما.

(كَرَاكِبَيْنِ إِنْ كَانَتَا لَهُمَا، فَإِنْ كَانَ فِيهِمَا مَالُ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ كُلًّا نِصْفُ ضَمَانِهِ، وَإِنْ كَانَتَا لِأَجْنَبِيٍّ لَزِمَ كُلًّا نِصْفُ قِيمَتِهِمَا)(١) للصدم حالان:

الحال الأول: أن يكون بفعلهما، فإن كانتا بما فيهما لهما؛ فنصف كل سفينة، ونصف متاعهما مهدر، ونصف قيمتها، ونصف قيمة متاعها على مجرى الأخرى، فإن هلك المجريان فكفارتين ماتا به، وإن كانتا لهما وحملا

---

(١) قال الخطيب: تَنْبِيهٌ: يُسْتَثْنَى مِنْ كَوْنِ الْمَلَّاحَيْنِ كَالرَّاكِبَيْنِ مَا إِذَا قَصَدَ الْمَلَّاحَانِ الِاصْطِدَامَ بِمَا يَعُدُّهُ أَهْلُ الْخِبْرَةِ مُهْلِكًا مُغْرِقًا فَإِنَّهُ يَجِبُ نِصْفُ دِيَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا فِي تَرِكَةِ الْآخَرِ، بِخِلَافِ الْمُصْطَدِمَيْنِ فَإِنَّهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بِمَا صَدَرَ مِنَ الْمُتَعَمِّدِ دُونَ الْآخَرِ وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْحَيِّ بِنَاءً عَلَى إِيجَابِ الْقِصَاصِ عَلَى شَرِيكِ جَارِحِ نَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ فِي السَّفِينَةِ مَنْ يُقْتَلَانِ بِهِ فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ إِذَا مَاتَ بِذَلِكَ، فَلَوْ تَعَدَّدَ الْغَرْقَى قُتِلَ بِوَاحِدٍ وَوَجَبَ فِي مَالِ كُلٍّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِيَاتِ الْبَاقِينَ وَضَمَانُ الْكَفَّارَاتِ بِعَدَدِ مَنْ أَهْلَكَا، وَإِنْ كَانَ الِاصْطِدَامُ لَا يُعَدُّ مُهْلِكًا غَالِبًا وَقَدْ يُهْلِكُ فَشِبْهُ عَمْدٍ فَتَجِبُ الدِّيَةُ مُغَلَّظَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَوْ كَانَ الْمَلَّاحَانِ صَبِيَّيْنِ وَأَقَامَهُمَا الْوَلِيُّ أَوْ أَجْنَبِيٌّ فَالظَّاهِرُ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانٌ؛ لِأَنَّ الْوَضْعَ فِي السَّفِينَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ لِأَنَّ الْعَمْدَ مِنَ الصَّبِيَّيْنِ هُنَا هُوَ الْمُهْلِكُ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٦/ ١١٩).

....

الأموال والأنفس تبرعًا أو بأجرة، فإن تعمدا الاصطدام بما يعده أهل الخبرة مهلكًا تعلق بفعلهما القصاص حتى لو كان [ثمَّ] جماعة أقرع بينهم، فمن قرع وليه فثلاثة أوجه، وفي مال كل واحدٍ منهما نصف ديات الباقين، وتعدد الكفارات على كل منهما بعدد الركبان، وعلى كل [واحد] منهما نصف قيمة باقيهما جميعه ونصف قيمة صاحبه، ويتقاضان فيما يشتركان فيه، وإن تعمدا الاصطدام بما لا يهلك غالبًا، وقد يفضي إليه فشبه عمد، والحكم ما سبق؛ إلا في القود والدية فلا قود، والدية مغلظة على العاقلة، وإن لم يتعمداه؛ بل ظنا أنهما يجريان على الريح، فأخطأ ولم يعلم [كل] واحد منهما أن بقربه سفينته؛ فالدية مخففة على العاقلة، وإن كانا أجيرين فأمينين للمالك، فلا يسقط من ضمان السفينتين شيء، بل على كل واحدٍ نصف قيمة كل سفينة، ويتخير كل من المالكين من أخذ قيمة جميع سفينته من أمينه؛ ثم هو يرجع على الآخر بنصفها وبين أخذ [نصفها منه] ونصفها من أمين الآخر، وإن كانا عبدين تعلق الضمان برقبتهما.

الحال الثاني: أن يقع الاصطدام لا بفعلهما؛ فإن قصرا بأن توانيا في الضبط فلم يعدلاهما عن صوب الاصطدام مع إمكانه، أو سيرًا في ريح عاصف لا تسير في مثلها السفن، أو لم يكملا عدتهما رجالًا، قالا: وجب الضمان على ما ذكرنا ولا قود، وإن لم يقصرا وحصل الهلاك بغلبة الرياح وهيجان الأمواج؛ ففي الضمان قولان:

أحدهما: يجب كالفارسين يغلبهما دابتهما، وأصحهما: وهو نص «الأم»: لا لعدم تقصيرهما كما لو هلكتا بصاعقة بخلاف غلبة الدابة، فإن ضبطها ممكن باللجام.

وقيل: الخلاف هنا مرتب على غلبة الدابتين، وأولى بالمنع من غلبه الدابتين، وقيل: القولان إذا لم يكن منهما فعل بأن كانت السفينة مربوطة بالشط، أو بمرساةٍ فهاجت ريح فسيرتها، فأما إذا سيراها؛ ثم غلبت الريح وعجزا عن ضبطهما ضمنا قطعًا، والمذهب طرد القولين في الحالين، فإن

وَلَوْ أَشْرَفَتْ سَفِينَةٌ عَلَى غَرَقٍ جَازَ طَرْحُ مَتَاعِهَا، وَيَجِبُ لِرَجَاءِ نَجَاةِ الرَّاكِبِ،

ضمنا فكما لو فرطا؛ ولكن لم يقصدا الاصطدام، وإن قلنا بالأظهر لم يجب ضمان الأنفس، ولا الأموال بهما، ولا ما حمل بأجره إن كان مالكه، أو عبده، أو وكيله معه، وإلا فالضمان على الخلاف في الأجير المشترك، وعلى هذا لو اختلف المالك والملاحان فادعى أنه بفعلهما، وقالا: بل بغلبة الريح صدقا بيمينهما.

إشارات: لا يخفى عليك بعد هذا ما في إطلاق الكتاب، جزم كثيرون بتصور العمد كما ذكرناه، وقال الشَّاشِي: اختلف أصحابنا هل يصح فيه العمد المحض؟ فقال أبو إسحاق: نعم.

وقال الشيخ أبو حامد: لا، انتهى.

وظاهره: أنه الخلاف [السابق][1] في الفارسين، وحينئذٍ فالترجيح مختلف، وقال ابن الرِّفْعَة: الوجه حمل الأول على ما إذا قصد الاصطدام، و[الثاني] على ما إذا لم يقصداه، انتهى.

[وفيه نظر، والمذكور في كتب الطريقين التي رأيتها هنا تصور العمد، ووجوب القود فيه] بخلاف مسألة الفارسين.

قال: (**وَلَوْ أَشْرَفَتْ سَفِينَةٌ عَلَى غَرَقٍ جَازَ طَرْحُ مَتَاعِهَا**) أي: طرح ما تدعو الحاجة إلى طرحه حفظًا للروح.

قال: (**وَيَجِبُ لِرَجَاءِ نَجَاةِ الرَّاكِبِ**) عبارة «المحرر» و«الشرحين»: وقد يجب رجاء نجاة الراكبين إذا خيف غرقهم، وعبارة «الروضة» كـ «المنهاج» والكل متفق في المعنى، ويجب إلقاء ما لا روح فيه لتخليص ذي الروح، ولا يجوز إلقاء الحيوان المحترم إذا حصل دفع الغرق بغيره، فإن مست الحاجة إلى إلقاء الدواب ألقيت؛ لإنقاذ الآدمي المعصوم [كالعبيد والأحرار][2] نعم لو كان هناك أسرى من الكفار وظهر للأمير المصلحة في

---

[1] في نسخة: (السالف).

[2] في نسخة: (والعبيد كالأحرار).

فَإِنْ طَرَحَ مَالَ غَيْرِهِ بِلَا إِذْنٍ ضَمِنَهُ، وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ قَالَ: أَلْقِ مَتَاعَك وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، أَوْ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ ضَمِنَهُ.

قتلهم، فيشبه أن يبدأ بإلقائهم قبل الأمتعة وقبل الحيوان المحترم، وهل على الزاني المحصن ومن تحتم قتله حرابةً كمن ليس كذلك؟ وينبغي أن تراعى في إلقاء المتاع والدواب تقديم الأخس فالأخس إن أمكن ذلك حفظ المال ما أمكن؛ كما لو كان بها حديد وذهب وفضة، وإذا قصَّر من لزمته الإلقاء فغرقت أثم ولا ضمان.

قال الرَّافِعِي: كما لو لم يطعم المضطر حتى هلك: يعصي ولا [يضمن][1] وللماوردي احتمال فيما ذكره يجوز مجيئه هنا.

قال: (**فَإِنْ طَرَحَ مَالَ غَيْرِهِ بِلَا إِذْنٍ ضَمِنَهُ**) أي: الملقي كما لو أكله [المضطر][2] نعم [يظهر] لو كان المال المحجور عليه بيد وليه حيث جاز له ركوب البحر، وغلب على ظنه أنه لم يلق بعضه لغرق الكل؛ ففعل لحفظ البعض أنه لا ضمان، وهل يقال مثله في مودع وعامل قراض، ووكيلٍ، وإمام في بيت المال؟ الأشبه: الجواز وعدم الضمان إذا بان صدقه، وهذا إذا تمحض الخوف على تلف المال فقط، وأما لو خيف عليه وعلى الروح، وقلنا: لا ضمان للمال فهذا موضع نظر، وكيف يكون التقسيط؟ فتأمله.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن طرحه بإذن مالكه المعتبر الإذن، ولم يتعلق به حق للغير كرهنٍ لم يضمنه للإذن المبيح.

قال: (**وَلَوْ قَالَ:**) أي: في حال خوف غرق السفينة.

(**أَلْقِ مَتَاعَك وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، أَوْ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ ضَمِنَهُ**) أي: على الصحيح؛ لأنه التماس إتلاف بعوضٍ لغرض صحيح عاجل، أو آجل؛ [كما لو قال]: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَى كَذَا، وليس هذا على حقيقة الضمان؛ بل بدل المال

---

(١) في نسخة: (ضمان).

(٢) في نسخة: (اضطرارًا).

وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَلْقِ فَلَا عَلَى الْمَذْهَبِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ مُلْتَمِسٌ لِخَوْفِ غَرَقٍ، وَلَمْ يَخْتَصَّ نَفْعُ الْإِلْقَاءِ بِالْمُلْقِي.

للتخليص عن الهلاك كأطلق هذا الأسير ولك كذا، ولمن له قصاص أعف عنه، ولك كذا كما قاله القاضي والْبَغَوِي، قال: ولا تجب الدية.

قال: (وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَلْقِ فَلَا عَلَى الْمَذْهَبِ) لعدم الالتزام وتحقق الخلاص، وقيل: على [وجهين][1] كأقض ديني، والفرق: أن قضاء الدين تسقط [الحق] يقينًا، والإلقاء هنا يجوز أن ينفع [وألا ينفع] وسوَّى الْغَزَالِي بين المسلمين في آخر الخلاف، والأكثرون على الأول، وجزم الْبَغَوِي وغيره بإجراء الوجهين هاهنا، وصحح إبراهيم المروزي وجوب الضمان؛ كما لو قال الأسير: افدني، أو قال المضطر: أطعمني، قال: وللحال في التقييدات تأثير كما في المقال، انتهى.

ولو ألقى صاحب المتاع متاعه عند خوف الهلاك بلا استدعاء لم يرجع على الركبان بشيء، وإن كان في حالةٍ يجب فيها الإلقاء، بخلاف إطعام المضطر حيث يرجع على وجه، والفرق ما سبق، وعن «منهاج» الجويني: إجراء الوجهين فيما ألقى المتاع ولا خوف.

إشارة: هل يفرق الحال بين كون المأمور بإلقاء ماله أعجميًا يعتقد وجوب طاعة آمره أو لا فرق؟ لم أر فيه شيئًا.

وقضية إطلاقهم: عدم الفرق؛ ولكنهم في مواضع [فرقوا] بينهما كما تقدم.

قال: (وَإِنَّمَا يَضْمَنُ مُلْتَمِسٌ لِخَوْفِ غَرَقٍ، وَلَمْ يَخْتَصَّ نَفْعُ الْإِلْقَاءِ بِالْمُلْقِي) هنا مسائل:

الأولى: أن يلتمس ولا خوف، فلا ضمان على الملتمس وإن التزمه، وحكى الْمَاوَرْدِي وجهين وجعل هذا أشبههما؛ ولأنه ألقاه لعدم ضرورة وارتفاع غرض.

---

(١) في نسخة: (وجهه).

....

والثاني: يلزمه بشرطه، قال: وهو أقيس.

فإن قلت: لو كان لا خوف في الحال؛ ولكنه متوقع.

قلت: إن كان التوقع [قريبًا] فالخوف حاصل، وإن كان بعيدًا ففيه نظر، وهل ينظر إلى قرب زمن الخوف المتوقع وبعده؟ فيه نظر ولم أر فيه شيئًا.

الثانية: أن يختص نفع الإلقاء بصاحب المتاع، فإن كان في السفينة راكب ومتاعه خاصة [فقال آخر من الشط، أو من سفينة أخرى: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه] ففعل فلا شيء له، ولا يحل له أخذ الضمان إلزامًا؛ لأنه فعل ما لزمه لغرض نفسه، كما لو قال المضطر: كلْ طعامك وأنا ضامنه لك؛ فأكله.

الثالثة: أن يختص النفع بالملتمس بأن أشرفت سفينة الملتمس على الغرق، وفيها متاع لغيره وصاحبها ليس فيها، فيقول له: ألقْ متاعك وعليَّ ضمانه؛ ففعل؛ فيضمن سلمت السفينة أم لا؛ حتى لو مات الملتمس، ويكون الضمان في تركته.

الرابعة: أن يختص النفع بغيرهما بأن كان الملتمس، وصاحب السفينة ليس فيها، وفيها قوم يشرفون على الغرق؛ فيلزم المتلمس الضمان؛ لأن تخليص من بها غرض صحيح كعوض الخلع.

الخامسة: أن ترجع فائدة التخلص إلى ملقي المتاع وغيره، والملتمس خارج [من] السفينة.

وأصح الوجهين: أنه يجب جميع الضمان، ويكفي تخلص غير صاحب المتاع مقصدًا للالتزام، **والثاني**: وبه قال القاضي الحسين: أنه يقسط المال الملقى على مالكه، وعلى سائر من فيها بقسطه المالك؛ فإن كان معه واحد وجب نصف الضمان، أو اثنان وجب ثلثاه، أو عشرة وجب تسعة أعشاره وسقط العشر، وعلى هذا القياس.

السادسة: إذا كان في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره بأن التمس بعض

....

الركبان من بعض؛ فيجب على الملتمس [وغيره بأن التمس بعض الركبان من بعض فيجب على الملتمس] لأن له غرض في تخليصه وغيره.

قال الإمام: ويجري الوجهان في أنه تسقط حصة المالك، ويجبان فيما لو كان الملتمس خارج السفينة، ويلقي المتاع من الركبان.

تَنْبِيهٌ: متى ضمنا المستدعي ضمن المثل بمثله، والمتقوم بقيمته، ويعتبر بما قبل هيجان الموج؛ إذ لا قيمة له حينئذٍ، ولا يجعل قيمته في البحر وهو على خطر كقيمته في البر، وأوجب القاضي الحسين في المتقوم المثل صورة كالقرض، وفيه إشارة إلى [أن] المستدعي بملكه وهو قضية ما في أيمان «الحاوي» فإنه حكى قولين في قوله: أعتق عبدك عني [متى][1] تملكه، ثم قال: [ومثلها][2] يجري فيما لو قال: ألق متاعك في البحر وعلي قيمته؛ هل يملكه قبل إلقائه؟ والذي نقله الإمام وغيره: أن المُلقَى لا يخرج عن ملك المُلقِي حتى لو لفظه البحر؛ فظفر به فهو لمالكه ويسترد الباذل ماله، وهل للمالك أن يمسك ما أخذ ويرد بدله؟ فيه خلاف كالقرض.

فروع: لو قال: ألق متاعك وأنا وركبان السفينة ضامنون كل [منا] على الكمال، أو على [أني] ضامن [وكل واحد منهم ضامن] ضمن الجميع، ولو قال: أنا وهم ضامنون كل واحد منا بالحصة لزمه ما يخصه، وكذا لو اقتصر على قوله: أنا وهم ضامنون، ولو قال: أنا ضامن وركبان السفينة، أو عليَّ أن أضمنه وركبان السفينة، أو قال: أنا ضامن وهم ضامنون ضمن الجميع على النص؛ لقوله أولًا: أنا ضامن.

وقيل: بالقسط لاحتمال اللفظ له لو قال: أردت الإخبار عن ضمان سبق منهم وصدقوه، فذاك وإلا فهم المصدقون، وإن قال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فقيل: إن رضوا ثبت المال عليهم، والظاهر: خلافه؛ لأن المقصود لا

---

(١) في نسخة: (مع تملكه).

(٢) في نسخة: (ويملكها).

وَلَوْ عَادَ حَجَرُ مَنْجَنِيقٍ فَقَتَلَ أَحَدَ رُمَاتِهِ هُدِرَ قِسْطُهُ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْبَاقِينَ الْبَاقِي،

يوقف عندنا، وهذا ما ارتضاه القاضي الحسين والإمام، وجنح في «الوسيط» إلى الأول، وإن لم يتوقف القعود؛ فإن هذا مبني على المسامحة للحاجة، ولو قال: أنا وهم ضمنا وضمنت عنهم بإذنهم طولب الجميع بقوله، ويصدقون في عدم الإذن ولا رجوع له، ولو قال: أنا وهم ضمنا وأصححه من مالهم، نقل الأئمة - سيما العراقيون- مطالبته بالجميع، وكذا لو قال: أحصله من مالهم كما لو [قال:] بألفٍ أصححها لك من مالها يلزمه الألف، ولو قال: ألق متاعك في البحر على أني وهم ضمنا فأذن فيه فألقاه.

قال الرَّافِعِي: فالواجب الحصة أو الجميع؛ لأنه باشر الإتلاف؛ فيه وجهان، ويحكى الثاني عن القاضي أبي حامد.

قلت: وهو نص «الأم» ولو قال لصاحب المتاع: ألق متاعك وعليَّ ضمانه، فقال: نعم، فله أن يلقي وعليه الضمان إذا ألقى، ولو قال الآخر: ألقِ [متاعك][1] فلان وعليَّ ضمانه إن طالبك؛ فالضمان على الملقي دون الآمر.

قال الْمَاوَرْدِي: لو بدأ رب المتاع فقال: ألقيه وعلى واحدٍ منكم ضمانه، فقالوا جميعًا: نعم، أو افعل ففعل كان على كل واحدٍ منكم ضمانه جميعه، ولو قال أحدهم: [نعم، وأمسك غيره ضمنه دونهم، فلو قال: أنا ألقيه وعليكم ضمانه، فقالوا جميعًا:] نعم لزم كل واحدٍ من الضمان بقدر حصته؛ لأنه ضمان اشتراك، ولو أجابه بعضهم ضمن قدر حصته.

قال: (**وَلَوْ عَادَ حَجَرُ مَنْجَنِيقٍ فَقَتَلَ أَحَدَ رُمَاتِهِ هُدِرَ قِسْطُهُ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْبَاقِينَ الْبَاقِي**) لأنه مات بفعله وفعلهم، فإن كانوا عشرة هدر عشر ديته، ووجب على عاقلة كل عشر ديته، ولو قتل اثنين فصاعدًا فكذلك، ولو قتل العشرة [حين عاد] هدر العشر من دم كل واحد ووجب على كل واحدٍ من الباقين عشر الدية.

---

[1] في نسخة: (متاع).

أَوْ غَيْرِهِمْ وَلَمْ يَقْصِدُوهُ فَخَطَأٌ أَوْ قَصَدُوهُ فَعَمْدٌ فِي الْأَصَحِّ إنْ غَلَبَتْ الْإِصَابَةُ.

تَنْبِيهٌ: قال في «البيان»: إنما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى بالحجر، فأما من أمسك خشب المنجنيق إن احتاج إلى ذلك ووضع الحجر في الكفة، ثم تجافى فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب، والمباشر غيره فتعلق الحكم بالمباشر، وكذا ذكر نحوه الْبَغَوِي وغيره، وخصوا الضمان بالحارس، وهو ما يفهمه كلام المصنف وغيره.

قال: (**أَوْ غَيْرِهِمْ وَلَمْ يَقْصِدُوهُ فَخَطَأٌ**) أي: عاد [الحجر] على أحد النظار، أو غيرهم ممن له يقصدوه؛ فهو خطأ يوجب الدية المخففة على العاقلة.

قال: (**أَوْ قَصَدُوهُ فَعَمْدٌ فِي الْأَصَحِّ إنْ غَلَبَتْ الْإِصَابَةُ**) أي: فكانوا حاذقين تتأتى لهم الإصابة، وسواء قصدوا واحدًا بعينه، أو جماعة بأعيانهم فأصابوهم هذا ما أورده الإمام، والْغَزَالِي، والصيدلاني، والْمُتَوَلِّي، ورجحه الْبَغَوِي في «تهذيبه» و«تعليقه» [بأعيانهم] والرُّويَانِي.

قال الرَّافِعِي: والذي أورده العراقيون أنه شبه عمدٍ إذا أصاب الحجر من قصدوه، ولأنه لا يمكن أن يقصد بالمنجنيق شخص معين أو جماعة، فيجب الدية على [عواقلهم](١) مغلظة.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: وهذا ليس بشيء؛ لأن الغالب الإصابة.

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يقال الخلاف راجع إلى أنه هل يتصور تحقيق هذا القصد في المنجنيق؟ فإن تصور فيما ينبغي أن يفرق بينه وبين [سائر] الآلات المهلكة، وهو كما قال.

إشارة: [قوله] إن علمت الإصابة قبل فيما ذكره بقي ما لو كان الغالب عدم الإصابة فأصاب، فهو شبه عمدٍ، قال الرَّافِعِي: والعلم بأنه يصيب واحدًا منهم لا بعينه، أو جماعة من القوم لا بأعيانهم لا يحقق العمدية، ولا يوجب القصاص؛ لأن العمدية تعتمد قصد عين الشخص؛ ثم الذي أورده في «الوجيز» و«الوسيط»: يكون هذا خطأ في حق ذلك الواحد.

---

(١) في نسخة: (عاقلتهم).

[فَصْلٌ]

دِيَةُ الْخَطَإِ وَشِبْهِ الْعَمْدِ تَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ، ....

وفي «التهذيب»: أنه شبه عمد، وهذا هو الوجه إذا قصدوا واحدًا، أو جماعة لا بأعيانهم، وكذا لو رمى سهمًا إلى جماعة ولم يعين واحدًا منهم.

قلت: وفي المسألة اضطراب أشرت إليه في أول الجراح.

قال الرَّافِعِي: ثم استدرك الإمام فقال: الذي ذكرنا أنه لا يجب القصاص [فيما إذا قصد الرامي إصابة واحد لا بعينه أو جماعة مخصوصين، وأصاب الحجر واحدًا أو جماعة لا غير، وأما لو كانوا محصورين في موضع وكان الحاذق على علم بأنه إذا شدد الحجر عليهم أتى على جميعهم وحقق قصده وأتى عليهم فالذي أراه وجوب القصاص] وهو كما لو قال المكره: [أقتل هؤلاء، فقتلهم؛ يجب القصاص على المكره] ولا أثر لاختيار المكره في التقديم والتأخير، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: لو عيَّن جماعة، فعلم أنه يصيب بعضهم فأصاب واحدًا منهم، فلا قود في أصح الوجهين، وتجب الدية مغلظة [في مالهم، قال]: وكذا لو رمى سهمًا إلى جماعة، ولم يعين واحدًا منهم فأصاب واحدًا، لا يجب القود في أصح الوجهين.

قال: (**فَصْلٌ: دِيَةُ الْخَطَإِ وَشِبْهِ الْعَمْدِ تَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ**) أما شبه العمد فلما في الصحيحين من حديث أبي هريرة ﷺ في الهذليتين حين رمت إحداهما الأخرى بحجر؛ فقتلتها وما في بطنها؛ فقضى رسول الله ﷺ: «**أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا**»(١).

وأما في الخطأ فمن باب أولى، وادعى الإمام الإجماع فيهما، وحكى قول مخرج، أو وجه أن شبه العمد لا تحمله العاقلة، وزيف ولا عبرة بخلاف ابن علية والأصم، وبعض الخوارج حيث أوجبوهما على الثاني كالعمد، قال ابن عبد البر: سن رسول الله ﷺ لأمته، وشرع لها من دينه

---

(١) أخرجه البخاري (٥٧٥٩)، ومسلم (٤٤٨٥).

وَهُمْ عَصَبَتُهُ إِلَّا الْأَصْلَ وَالْفَرْعَ ....

أن دية المؤمن [المقتول] خطأ تحمله العاقلة، ونقلت ذلك [العاقلة](١) التي لا يجوز عليها السهو ولا الغلط، وأجمع العلماء على ذلك في الدية الكاملة.

تَنْبِيهٌ: لا خفاء أن مذهبنا أن العاقلة كما تحمل النفس في النوعين تحمل غيرها من أرش طرف، وجرح مقدر كان، أو حكومة كما سبق.

قال: **(وَهُمْ عَصَبَتُهُ)** أي: الذكور المكلفون خاصة وجهان لتحمل ثلاثة: القرابة، والولاء، وبيت المال؛ كما رتبهما المصنف، وليس المحالفة والموالاة من جهات التحمل، ولا الغريب الذي لا عشيرة له، فدخل نفسه في قبيلة ليعدّ منها، ولا يحمل عندنا أهل الديوان بعضهم عن بعض لمجرد ذلك خلافًا لأبي حنيفة، وإنما يحمل من القرابة من كان على حاشية النسب وهم: الأخوة وبنوهم، والأعمام وبنوهم.

قال الشَّافِعِي ﷺ: ولا أعلم مخالفًا أن العاقلة العصبة، وهم القرابة من قبل الأب.

قال: ولم أعلم مخالفًا في أن المرأة والصبي، وإن أيسرا لا يحملان شيئًا، وكذا المعتوه عندي، انتهى.

قال: **(إِلَّا الْأَصْلَ وَالْفَرْعَ)** أي: من علا ومن سفل؛ لأنه ﷺ قضى بدية الهذيلية على عاقلة صاحبتها، وورثها ولدها ومن معهم، متفق عليه، ولأبي داود وغيره: وبرأ الزوج والولد.

قال في «الروضة»: وهو حديث صحيح، وفي المسألة أحاديث، ففي النسائي: «**لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجَرِيرَةِ أَبِيهِ**»(٢).

وصحح الترمذي [حديث]: «لا يجني والد على ولده، ولا مولود عن

---

(١) في نسخة: (الكافة).

(٢) أخرجه النسائي (٧/ ١٢٦، رقم ٤١٢٦) وقال أبو عبد الرحمن: هذا خطأ والصواب مرسل.

وَقِيلَ يَعْقِلُ ابْنٌ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا، وَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فَمَنْ يَلِيهِ، ....

والده»(١) قالوا: وليس المراد نفي نفس الجناية، وإنما المعنى: لا يلزم كل منهما موجب جناية الآخر؛ ولأن العرف لا يسمي الأصول والفروع عاقلة.

قال: (**وَقِيل: يَعْقِلُ ابْنٌ هُوَ ابْنُ ابْنِ عَمِّهَا**) أي: كما يزوجها بالعصوبة، وهو الأقيس عند الإمام.

وظاهر المذهب: المنع لوجود التعصبة، ويجري الخلاف في ابن مولاها منها.

إشارات: ما تقدم في خطأ غير الإمام ونحوه كما [سبق](٢) بيانه، ولا تحمل العاقلة جناية المرء على نفسه، ولا على طرفه، بل يهدر، وقيل: تجب دية طرفه إذا قطعه خطأ، وزيفه الإمام.

قضية إطلاق الجمهور: أن ذوي الأرحام لا يتحملون مطلقًا، قال **الْمُتَوَلِّي**: إلا إذا ورثناهم، فيتحملون عند عدم العصبات، كما يرثون، انتهى.

فإن صح ما ذكره عقلوا في وقتنا، لما سبق في الفرائض ترجيحه، نعم هل يندفع العقل عنهم [جميع](٣) الظلمة لهم من الإرث؟ فيه نظر.

قال: (**وَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ**) أي: فالأقرب، ومعناه: أن ينظر في الواجب آخر الحول وفي الأقربين، فإن وفوا بالواجب [إذا وزع عليهم] لقلته، أو لكثرتهم فذاك، ولا يعدل إلى من بعدهم.

قال: (**فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فَمَنْ يَلِيهِ**) أي: فعلى من يلي الأقرب، ثم الذين يلونه ثم الذين يلونهم وهكذا.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٩٨، رقم ١٦١٠٨)، والترمذي (٤/ ٤٦١، رقم ٢١٥٩) وقال: حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ٨٩٠، رقم ٢٦٦٩).

(٢) في نسخة: (سيأتي).

(٣) في نسخة: (يمنع).

وَمُدْلٍ بِأَبَوَيْنِ، وَالْقَدِيمُ التَّسْوِيَةُ، ثُمَّ مُعْتِقٌ ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ وَإِلَّا فَمُعْتِقُ أَبِي الْجَانِي ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِ الْأَبِ وَعَصَبَتُهُ وَكَذَا أَبَدًا، وَعَتِيقُهَا يَعْقِلُهُ عَاقِلَتُهَا، ....

قال: **(وَمُدْلٍ بِأَبَوَيْنِ)** أي: كالإرث، سواء في ذلك من بعُد ومن قرُب من جميع العواقل **(وَالْقَدِيمُ التَّسْوِيَةُ)**؛ لأن النساء لا يتحملن العقل بحال، فلا يؤثر قرابتهن فيه.

قال: **(ثُمَّ مُعْتِقٌ)** أي: فإن لم يجد أحد من عصبات النسب، أو لم يفوا بالواجب انتقلنا إلى المعتق الذكر.

(ثُمَّ عَصَبَتُهُ) أي: خلا أصوله وفروعه على الأصح، كما سبق في الجاني وهم هناك فقد يوهم التعميم هنا، وكذلك الكلام في قوله: ثم عصبته إلى آخر الفصل.

قال [الشيخ] إبراهيم المروزي: وابن المعتق وأبوه لا يتحملون الدية على ظاهر المذهب، وهذه مناقضة؛ لأن أبا الجاني إنما لم يتحمل؛ لأن الجاني لا يتحمل كذلك بعضه، ومن هو بعض منه وهاهنا المعتق يتحمل، وكان القياس: أن يتحمل أبوه وابنه إلا أنَّا اتبعنا فيه الأثر، وهو ما رواه حماد عن إبراهيم أن ابن الزبير، وعليًّا - ﵄ - اختصما في مولى لصفية إلى عمر ﵁ فقضى بالميراث للزبير، والعقل على علي - ﵁ - وإنما قضى بالميراث للزبير؛ لأنه كان ابن صفية، ولم يوجب العقل عليه لهذا، انتهى.

وقال المصعبي في «شرح متضمن الجويني»: الصحيح: أنهما يتحملان؛ لأنهما بمنزلة المعتق، وهو يتحمل.

قال: **(ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ)** أي: كالإرث خلا الفرع والأصل.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يوجد موالي النعمة ولا أحد من عصباته.

قال: **(فَمُعْتِقُ أَبِي الْجَانِي ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِ الْأَبِ وَعَصَبَتُهُ)** أي: ثم عصبته. **(وَكَذَا أَبَدًا)** أي: فإن لم يوجد من له نعمة الولاء على الأب تحمل معتق الجد، ثم عصباته هكذا إلى حيث ينتهي.

قال: **(وَعَتِيقُهَا يَعْقِلُهُ عَاقِلَتُهَا)** ولا شيء عليها؛ لأن من شرط التحمل

....

المذكور فتحمل [على] عقلة من تحمل دية جنايتها؛ كما يزوج عتيقها من يزوجها.

تَنْبِيهٌ: إذا لم يوجد نسبٌ أو وجد ولم يفِ المضروب [عليه فالواجب](١) انتقل إلى المعتق [الذكر] فإن لم يف المضروب عليه [ضمان](٢) الواجب، عدل إلى إخوته ثم بنيهم كما في النسب، فإن عدموا انتقلنا إلى معتق المعتق، ثم إلى إخوته، ثم بنيهم، وهكذا على ترتيب القرابة هذا ما نقله القضاة: أبو الطيب، والْبَنْدَنِيجِي، والْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ، والْمُتَوَلِّي، وغيرهم، وهو قضية كلام الجمهور، وظاهر نص «الأم» وغيره.

ونقل الإمام: أن الأئمة قيدوا الضرب على عصبات المعتق بموت المعتق، وقال: إنه لا يتجه غيره؛ إذ لا حق لهم في الولاء، ولا بالولاء في حياته فهم كالأجانب، نعم؛ إذا لم يكن هناك معتق وضربت على عصباته، فهل يختص الأقربين فقط، أم يتعداهم إلى الأباعد كعصبة النسب؟ هذا فيه نظر ظاهر.

والأصح: الثاني، انتهى.

وتبعه الْغَزَالِي في كتبه الثلاثة، وعبارة «البسيط»: وظاهر كلام الأئمة مقيد في حق عصبات المعتق وهو الوجه، ووجهه بما ذكره إمامه، ثم ذكر احتماليه والترجيح كما ذكره.

وقال الرَّافِعِي: و[في] كلام غيرهما ما يفهم جواز الارتقاء من المعتق وهو حي إلى عصباته، وصرح بها صاحب «الشامل» و«التتمة» وغيرهما، انتهى.

وعبارة «شرحه الصغير» تشعر بترجيح مقالة الإمام وهو القياس؛ إذ لا نسب ولا سبب.

---

(١) في نسخة: (الواجب عليه).

(٢) في نسخة: (تمام).

وَمُعْتِقُونَ كَمُعْتِقٍ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: ومادة الاحتمال الأول ما حكاه القاضي الحسين في باب الولاء عن النص فيما إذا أعتق أمة، ومات وخلف ابنًا صغيرًا وجدًا للصغير؛ أنه ليس للجد تزويج العتيقة، وكذلك يقوى ما حكاه عن الأئمة في حال حياة المعتق بما حكاه القاضي في باب الولاء؛ لأن المعتق لو قتل العتيق لم يرثه هو ولا ولده، انتهى.

وسبق في كتاب «النكاح» أو «الفرائض» كلام في ذلك فراجعه، ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي في باب الولاء ذكر القاضي في كتبه: أن الأقرب إذا كان ممن لا يرث: لا يرث الأبعد بخلاف النسب، [من لا يرث] لا يحجب؛ لأن الولاء لا يثبت للأبعد مع وجود الأقرب.

وكذا لو قتل المعتق معتقه [وله ابن] لا يرثه ابنه، وكذا لو أعتق كافر أمة مسلمة وله ابن مسلم لا يلي الابن تزويجها [بل يزوجها السلطان والصغير لا يمنع ثبوت الولاء؛ ولكن يمنع تحمل العقل والتزويج] ولو كان للمعتق أخ وابن صغير لا يزوجها الأخ بل السلطان، قال المعلق عنه: قال شيخنا الإمام يعني الْبَغَوِي: وهذا [كله] مشكل ينبغي ألا يحجب كالنسب -والله أعلم- انتهى.

قال: (**وَمُعْتِقُونَ كَمُعْتِقٍ**) أي: يحملون عنه [كما يتخط][1] واحدًا؛ لأن الولاء يجمعهم لا لكل واحد؛ فإن كانوا أغنياء فالمضروب على جميعهم: نصف دينار، أو متوسطين: فربع كما سيأتي.

وإن كانوا بعضًا وبعضًا؛ فعلى الغني حصته من النصف، وعلى المتوسط حصته من الربع، ولو مات أحد المعتقين أو كلهم: حمل كل واحد من عصباته ما كان يحمله الميت، وهو حصته من النصف والربع؛ لأن غايته نزوله منزلته، ولو مات المعتق الواحد عن إخوة مثلًا ضرب على كل واحد حصته تامة من نصف أو ربع؛ لأن الولاء لا يتوزع عليهم، يوزعه على الشركاء، ولا يرثون

---

[1] في نسخة: (شخص واحد).

وَكُلُّ شَخْصٍ مِنْ عَصَبَةِ كُلِّ مُعْتِقٍ يَحْمِلُ مَا كَانَ يَحْمِلُهُ ذَلِكَ الْمُعْتِقُ.

وَلَا يَعْقِلُ عَتِيقٌ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ فُقِدَ الْعَاقِلُ ....

الولاء من الميت بل يرثون به.

قال: **([وَكُلُّ شَخْصٍ مِنْ عَصَبَةِ كُلِّ مُعْتِقٍ يَحْمِلُ مَا كَانَ يَحْمِلُهُ ذَلِكَ الْمُعْتِقُ]**(١) **وَلَا يَعْقِلُ عَتِيقٌ فِي الْأَظْهَرِ)** إذ لا وارث ولا نسب.

والثاني: يعقل؛ لأن الأعلى إذا تحمل وهو المنعم، فالأسفل وهو مُنعَم عليه أولى؛ لأن العقل للبصيرة وهو أولى به [ذلك فعلى هذه لا يتعدى].

قال الإمام: ولأنه ينعم عليه أول؛ لأن العقل للبصيرة وهو أولى به إن قال الإمام: ولأنه يعقل فيهم فيعقلون عنه؛ فعلى هذا لا يتعدى إلى عصبات العتيق؛ لأنه لا يتحمل المعتق عنهم.

قال [الْعِمْرَانِي]: ومقتضى المذهب أن يكون في عتيق العتيق القولان.

[قلت]: وفي «فروع» ابن الْقَطَّان: وإذا قلنا: يحمل العتيق، فعدم أو عجز فهل ينتقل إلى عاقلته أم لا؟ على الوجهين، انتهى.

وعلى هذا القول لو اجتمع الصنفان عقل عنه مواليه من فوق، فإن عجزوا ولم يكن لهم عاقلة عقل عنه مواليه من أسفل.

قال في «الأم»: ولا أجعل على موالي من أسفل عقل بحال؛ حتى لا يؤخذ نسب ولا موالي من فوق، وقضيته: أنه يقدم على بيت المال، وبه صرح الأصحاب.

وفي شرح ابن يونس: أن بعضهم رأى تأخره عنه.

قال: **(فَإِنْ فُقِدَ الْعَاقِلُ)** أي: ممن ذكرنا، أو فقدت أهليته -كما سيأتي-

---

(١) قال الخطيب: (وَكُلُّ شَخْصٍ مِنْ عَصَبَةِ كُلِّ مُعْتِقٍ يَحْمِلُ مَا كَانَ يَحْمِلُهُ ذَلِكَ الْمُعْتِقُ) فِي حَيَاتِهِ مِنْ نِصْفٍ أَوْ رُبُعٍ .فَإِنْ قِيلَ: هَلَّا وُزِّعَ عَلَيْهِمْ مَا كَانَ الْمَيِّتُ يَحْمِلُهُ؟ أُجِيبَ أَنَّ الْوَلَاءَ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَيْهِمْ تَوَزُّعَهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ، وَلَا يَرِثُونَ الْوَلَاءَ مِنَ الْمَيِّتِ بَلْ يَرِثُونَ بِهِ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٦/ ١٣٨).

أَوْ لَمْ يَفِ عَقَلَ بَيْتُ الْمَالِ عَنِ الْمُسْلِمِ، فَإِنْ فُقِدَ فَكُلُّهُ عَلَى الْجَانِي فِي الْأَظْهَرِ.

والغائب كالحاضر على [الأظهر](١).

قال: (**أَوْ لَمْ يَفِ عَقَلَ بَيْتُ الْمَالِ**) أي: في الحالين فيقوم فكمال الدية في الأولى، ويتكملها في الثانية في سهم المصالح.

قال: (**عَنِ الْمُسْلِمِ**) أي: لأنه للمسلمين وهم يرثونه كالعصبات، بخلاف الكافر فإن ماله ينتقل إليهم فيئًا لا إرثًا، واحترز بالمسلم عن الذمي والمعاهد والمستأمن؛ فإن جناياتهم في هذه الحالة في أموالهم وعاقلتهم الذي لا يجري عليهم حكمًا كالعدم، نص عليه في «الأم» وقيل: قولان كمسلم لا عاقلة له، وهل يتحمل أصول هؤلاء وفروعهم؟ وجهان كالوجهين في المسلم إذا فقد العاقلة وبيت المال، وألزمناه الدية.

قال الفارقي: الظاهر: المنع، وصححه تلميذه ابن أبي عصرون، والإمام، والْبَغَوِي، والمصنف؛ لكن صاحب «البيان» نقل عن الأكثرين في صورة الذمي: أنها تجب على أبيه وابنه ويبدأ بهما.

فرع: لا عاقلة للمرتد وجنايته في ماله؛ فإن مات والدية مؤجلة؛ سقط الأجل. قال: (**فَإِنْ فُقِدَ**) أي: [بأن لم يكن فيه مال](٢).

قلت: والظاهر أن حيلولة المظلمة دون أمواله كفقده لم أره صريحًا، وكذا ينبغي لو لم يحولوا دونها؛ ولكن كان ثم مصرف لهم وفيه وقفة.

قال الْقَفَّال وغيره: إذا وجبت في بيت المال كانت مؤجلة كما لو أقر بقتل الخطأ.

قال: (**فَكُلُّهُ عَلَى الْجَانِي فِي الْأَظْهَرِ**) [على](٣) جماعة الخلاف قولين، ونقلاه في «الروضة» و«الشرحين» وجهين وهو الأشهر.

---

(١) في نسخة: (المذهب).

(٢) في نسخة: (بأن تكون فيه مال).

(٣) في نسخة: (كذا نقل).

....

ثم الخلاف مبني على أن الدية تجب على الجاني ابتداءً؛ ثم يتحملها العاقلة، وهو [الراجح][١] أو تجب عليهم ابتداءً، وفيه وجهان أو قولان، ويتفرع عليه صور:

منها: لو كان الجاني معسرًا؛ فإن قلنا: تجب عليه: ثبت في ذمته حتى لو يسر، وإن قلنا: لا؛ بقيت في بيت المال؛ قاله الْمَاوَرْدِي وغيره.

وحكى الرَّافِعِي وجهًا: أنها تجب على جميع المسلمين كنفقة الفقراء، وهذا ما نقله الرُّويَانِي في «الحلية» حيث قال: فإن لم يكن، يعني: عصبة ففي بيت المال؛ فإن لم يكن قسَّمه الحاكم على المسلمين باجتهاد، ذكره أصحابنا ولم يذكر [الوجوب] على الجاني.

وقد يشير إليه قوله في «الأم» في المعاهد والذمي، وإذا عجزت عاقلته إن كانت له؛ أي: وهم في حكمنا: ألزمناه في ماله دون عاقلته منهم، ولا يقضي به عمل أهل ديته؛ لأنهم لا يرثونه، وفيه نظر.

وحكى القاضي الحسين وجهين فيما إذا لم يكن في بيت المال شيء؛ ثم ظهر بعد ثلاث سنين من غيرنا.

أحدهما: لا يؤدى عنه؛ كما لو أيسرت العاقلة بعد ثلاث سنين لا يضرب عليهم.

والثاني: يؤدى؛ لأنه مرصد للمصالح وهذا منها.

وقال الإمام: إنه بناهما على أن القاتل لا يؤخذ بالدية أصلًا ثم قال: وبُني على هذين الوجهين الخلاف في أن الجاني [هل] يغرم أم لا؟

إن قلنا: عند يسار بيت المال لم يجب عليه وإلا وجبت عليه.

---

(١) في نسخة: (المرجح).

....

ومنها: إذا [أوجبنا](١) على الجاني هنا فهل يجب على أبيه وابنه؟ وجهان [سبقا].

وقال الدارمي: يلزم عاقلة الذمي؛ إذا كان حكمنا يجري عليهم، وإلا ففي ماله؛ فإن لم يكن فمال أبيه وبنيه.

وقيل: يقدمون على ماله كالعاقلة، وقضية الجزم بالوجوب عليهم، وسبق نسبة الْعِمْرَانِي له إلى الأكثرين، ولعله جواب على أحد الوجهين.

ومنها: لو أقر بجناية خطأ فكذبته العاقلة فأراد إقامة بينة.

إن قلنا: بالوجوب تلافي القائل؛ سمعت بينته، ذكره صاحب «الكافي».

ومنها: لو غرم الجاني باعترافه بعد تكذيب العاقلة؛ ثم اعترف بعد.

فإن قلنا: الوجوب تلافيه لم يرد الولي ما قبض؛ بل يرجع الجاني على العاقلة.

وإن قلنا: بل منهم ابتداء رد ما أخذه؛ ثم ابتداء مطالبتهم، ولو ادعى عليه [قتل] خطأ أو شبه عمدٍ، فنكل عن اليمين فحلف المدعي.

وقلنا: اليمين المردودة كالإقراء؛ فالدية عليه عند تكذيب العاقلة [ثم من اعترف بعد، فإن قلنا: الوجوب تلافيه لم يرد الولي ما قبض؛ بل يرجع الجاني على العاقلة.

وإن قلنا: يلزمهم ابتداء رد ما أخذه؛ ثم ابتداء فطالبهم، ولو ادعى عليه قتل خطأ، أو شبه عمد فنكل عن اليمين فحلف المدعي.

وقلنا: اليمين المردودة كالإقرار فالدية عليه عند تكذيب العاقلة] وكذا إن قلنا: إنها كالبينة على الصحيح خلافًا لترجيح الْبَغَوِي في كتابه [التهذيب...](٢).

---

(١) في نسخة: (رجعا).

(٢) إلى هنا انتهى الجزء التاسع من نسخة المخطوط (الأصل).

قال المصنف: [وَتُؤَجَّلُ عَلَى الْعَاقِلَةِ دِيَةُ نَفْسٍ كَامِلَةٍ ثَلَاثَ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثٌ. وَذِمِّيٍّ سَنَةً.

وَقِيلَ ثَلَاثًا، وَامْرَأَةٍ سَنَتَيْنِ فِي الْأُولَى ثُلُثٌ، وَقِيلَ ثَلَاثًا.

وَتَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ الْعَبْدَ فِي الْأَظْهَرِ، فَفِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةٍ، وَقِيلَ فِي ثَلَاثٍ.

وَلَوْ قَتَلَ رَجُلَيْنِ فَفِي ثَلَاثٍ، وَقِيلَ سِتٌّ، وَالْأَطْرَافُ فِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةٍ، وَقِيلَ كُلُّهَا فِي سَنَةٍ وَأَجَلُ النَّفْسِ مِنَ الزُّهُوقِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْجِنَايَةِ، وَمَنْ مَاتَ فِي بَعْضِ سَنَةٍ سَقَطَ.

وَلَا يَعْقِلُ فَقِيرٌ وَرَقِيقٌ وَصَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَمُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ وَعَكْسِهِ.

وَيَعْقِلُ يَهُودِيٌّ عَنْ نَصْرَانِيٍّ وَعَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَعَلَى الْغَنِيِّ نِصْفُ دِينَارٍ، وَالْمُتَوَسِّطِ رُبُعٌ كُلَّ سَنَةٍ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَقِيلَ هُوَ وَاجِبُ الثَّلَاثِ، وَيُعْتَبَرَانِ آخِرَ الْحَوْلِ، وَمَنْ أَعْسَرَ فِيهِ سَقَطَ.

[فَصْلٌ]

مَالُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَلِسَيِّدِهِ بَيْعُهُ لَهَا، وَفِدَاؤُهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَأَرْشِهَا وَفِي الْقَدِيمِ بِأَرْشِهَا، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ مَعَ رَقَبَتِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ فَدَاهُ ثُمَّ جَنَى سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ أَوْ فَدَاهُ، وَلَوْ جَنَى ثَانِيًا قَبْلَ الْفِدَاءِ بَاعَهُ فِيهِمَا أَوْ فَدَاهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشَيْنِ.

وَفِي الْقَدِيمِ بِالْأَرْشَيْنِ، وَلَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ وَصَحَّحْنَاهُمَا أَوْ قَتَلَهُ فَدَاهُ بِالْأَقَلِّ، وَقِيلَ الْقَوْلَانِ.

وَلَوْ هَرَبَ أَوْ مَاتَ بَرِئَ سَيِّدُهُ إِلَّا إِذَا طُلِبَ فَمَنَعَهُ، وَلَوْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ وَتَسْلِيمَهُ. وَيَفْدِي أُمَّ وَلَدِهِ بِالْأَقَلِّ، وَقِيلَ الْقَوْلَانِ، وَجِنَايَاتُهَا كَوَاحِدَةٍ فِي الْأَظْهَرِ.

[فَصْلٌ]

فِي الْجَنِينِ غُرَّةٌ إِنْ انْفَصَلَ مَيِّتًا بِجِنَايَةٍ فِي حَيَاتِهَا أَوْ مَوْتِهَا، وَكَذَا إِنْ ظَهَرَ بِلَا

انفِصَالٍ فِي الْأَصَحِّ وَإِلَّا فَلَا ، أَوْ حَيًّا وَبَقِيَ زَمَانًا بِلَا أَلَمٍ ثُمَّ مَاتَ فَلَا ضَمَانَ وَإِنْ مَاتَ حِينَ خَرَجَ أَوْ دَامَ أَلَمُهُ وَمَاتَ فَدِيَةُ نَفْسٍ.

وَلَوْ أَلْقَتْ جَنِينَيْنِ فَغُرَّتَانِ، أَوْ يَدًا فَغُرَّةٌ، إِنْ انْفَصَلَ مَيِّتًا بِجِنَايَةٍ فِي حَيَاتِهَا أَوْ مَوْتِهَا، وَكَذَا إِنْ ظَهَرَ بِلَا انْفِصَالٍ فِي الْأَصَحِّ وَإِلَّا فَلَا.

وَكَذَا لَحْمٌ قَالَ الْقَوَابِلُ فِيهِ صُورَةٌ خَفِيَّةٌ، قِيلَ أَوْ لَا قُلْنَ لَوْ بَقِيَ لَتَصَوَّرَ.

وَهِيَ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، مُمَيِّزٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبِ مَبِيعٍ، وَالْأَصَحُّ قَبُولُ كَبِيرٍ لَمْ يَعْجِزْ بِهَرَمٍ، وَيُشْتَرَطُ بُلُوغُهَا نِصْفَ عُشْرِ دِيَةٍ.

فَإِنْ فُقِدَتْ فَخَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ.

وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ فَلِلْفَقْدِ قِيمَتُهَا وَهِيَ لِوَرَثَةِ الْجَنِينِ. وَعَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي، وَقِيلَ إِنْ تَعَمَّدَ فَعَلَيْهِ.

وَالْجَنِينُ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ قِيلَ كَمُسْلِمٍ، وَقِيلَ هَدَرٌ، وَالْأَصَحُّ غُرَّةٌ كَثُلُثِ غُرَّةِ مُسْلِمٍ.

وَالرَّقِيقُ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ يَوْمَ الْجِنَايَةِ.

وَقِيلَ الْإِجْهَاضُ لِسَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً وَالْجَنِينُ سَلِيمٌ قُوِّمَتْ سَلِيمَةً فِي الْأَصَحِّ، وَتَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا عَبْدًا أَوْ ذِمِّيًّا وَعَامِدًا وَمُخْطِئًا وَمُتَسَبِّبًا بِقَتْلِ مُسْلِمٍ وَلَوْ بِدَارِ حَرْبٍ، وَذِمِّيٍّ وَجَنِينٍ وَعَبْدِ نَفْسِهِ وَنَفْسِهِ، وَفِي نَفْسِهِ وَجْهٌ.

لَا امْرَأَةٍ، وَصَبِيٍّ حَرْبِيَّيْنِ وَبَاغٍ وَصَائِلٍ وَمُقْتَصٍّ مِنْهُ. وَعَلَى كُلٍّ مِنْ الشُّرَكَاءِ كَفَّارَةٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَهِيَ كَظِهَارٍ لَكِنْ لَا إِطْعَامَ فِي الْأَظْهَرِ](١).

---

(١) هذا المتن غير موجود شرحه بالأصول وشرحه الخطيب الشربيني بقوله: **(وَتُؤَجَّلُ عَلَى الْعَاقِلَةِ)** وَلَوْ مِنْ غَيْرِ ضَرْبِ الْقَاضِي **(دِيَةُ نَفْسٍ كَامِلَةٍ)** بِإِسْلَامٍ وَحُرِّيَّةٍ وَذُكُورِيَّةٍ **(ثَلَاثَ سِنِينَ)** بِنَصْبِ ثَلَاثٍ **(فِي)** آخِرِ **(كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثٌ)** مِنَ الدِّيَةِ. أَمَّا كَوْنُهَا فِي ثَلَاثٍ فَلِمَا رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ قَضَاءِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ - ﵄ -، =

وَعَزَاهُ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُخْتَصَرِ إِلَى قَضَاءِ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وَأَمَّا كَوْنُهَا فِي كُلِّ سَنَةٍ ثُلُثًا فَتَوْزِيعًا لَهَا عَلَى السِّنِينَ الثَّلَاثِ. وَأَمَّا كَوْنُهُ فِي آخِرِ السَّنَةِ، فَقَالَ الرَّافِعِيُّ كَانَ سَبَبُهُ أَنَّ الْفَوَائِدَ كَالزَّرْعِ وَالثِّمَارِ تَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ فَاعْتُبِرَ مُضِيُّهَا لِيَجْتَمِعَ عِنْدَهُمْ مَا يَتَوَقَّعُونَهُ فَيُوَاسُونَ عَنْ تَمَكُّنٍ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: تُؤَجَّلُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَأْجِيلٍ بِضَرْبِ الْحَاكِمِ، وَلَيْسَ مُرَادًا قَطْعًا كَمَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ، وَالتَّقْيِيدُ بِالْعَاقِلَةِ يُخْرِجُ بَيْتَ الْمَالِ وَالْجَانِيَ، وَلَيْسَ مُرَادًا أَيْضًا فَقَدْ صَرَّحَ الْقَفَّالُ وَغَيْرُهُ بِأَنَّهَا إِذَا وَجَبَتْ فِي بَيْتِ الْمَالِ كَانَتْ مُؤَجَّلَةً، وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِتَأْجِيلِهَا عَلَى الْجَانِي إِذَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ، وَلَا يُخَالِفُهُمْ إِلَّا فِي أَمْرَيْنِ: **أَحَدِهِمَا**: أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ ثُلُثُ الدِّيَةِ عِنْدَ الْحَوْلِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يُطَالَبُ إِلَّا بِنِصْفِ دِينَارٍ أَوْ رُبُعٍ.

ثَانِيهِمَا: أَنَّهُ لَوْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ يَحِلُّ الْأَجَلُ عَلَى الْأَصَحِّ كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ، وَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْ الْعَاقِلَةِ لَا يُؤْخَذُ مِنْ تَرِكَتِهِ شَيْءٌ لِأَنَّهَا مُوَاسَاةٌ فَتَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، وَالْوُجُوبُ عَلَى الْجَانِي سَبِيلُهُ صِيَانَةُ الْحَقِّ مِنْ الضَّيَاعِ فَلَا يَسْقُطُ كَيْ لَا يَضِيعَ. وَلَمَّا كَانَ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْأَصْحَابِ فِي مَعْنَى تَأْجِيلِهَا فِي ثَلَاثِ سِنِينَ كَوْنَهَا بَدَلَ نَفْسٍ كَامِلَةٍ، وَأَنَّ مُقَابَلَةَ كَوْنِهَا بَدَلَ نَفْسٍ مُحْتَرَمَةٍ أَشَارَ إِلَى مَسَائِلَ تَظْهَرُ فِيهَا فَائِدَةُ الْخِلَافِ، فَقَالَ **(وَ) تُؤَجَّلُ دِيَةُ (ذِمِّيٍّ)** عَلَى الْأَصَحِّ **(سَنَةً)** لِأَنَّهَا قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةِ مُسْلِمٍ **(وَقِيلَ)** تُؤَجَّلُ **(ثَلَاثًا)** أَيْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسٍ مُحْتَرَمَةٍ **(وَ) تُؤَجَّلُ دِيَةُ (امْرَأَةٍ)** مُسْلِمَةٍ **(سَنَتَيْنِ فِي)** آخِرِ **(الْأُولَى)** مِنْهُمَا **(ثُلُثٌ)** مِنْ دِيَةِ نَفْسٍ كَامِلَةٍ، وَالْبَاقِي آخِرَ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ **(وَقِيلَ)** تُؤَجَّلُ دِيَتُهَا **(ثَلَاثًا)** أَيْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسٍ مُحْتَرَمَةٍ. **تَنْبِيهٌ**: الْخُنْثَى كَالْمَرْأَةِ فِيمَا ذُكِرَ.

(وَتَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ الْعَبْدَ) أَيْ الْجِنَايَةَ عَلَيْهِ مِنْ الْحُرِّ، لَكِنْ بِقِيمَتِهِ خَطَأً وَكَانَتْ الْجِنَايَةُ أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ فِي نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ **(فِي الْأَظْهَرِ)** الْجَدِيدِ لِأَنَّهُ بَدَلُ آدَمِيٍّ وَتَعَلَّقَ قِصَاصٌ وَكَفَّارَةٌ فَأَشْبَهَ الْحُرَّ، وَالثَّانِي لَا تَحْمِلُهُ بَلْ هِيَ عَلَى الْجَانِي لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ فَأَشْبَهَ الْبَهِيمَةَ، وَعَلَى الْأَوَّلِ إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ قَدْرَ ثُلُثِ دِيَةٍ كَامِلَةٍ -

فَأَقَلَّ ضُرِبَتْ فِي سَنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ **(فَفِي)** آخِرِ **(كُلِّ سَنَةٍ)** يُؤْخَذُ مِنْ قِيمَتِهِ **(قَدْرُ ثُلُثِ دِيَةٍ)** كَامِلَةٍ نَظَرًا إلَى الْمِقْدَارِ **(وَقِيلَ)** تُؤْخَذُ كُلُّهَا **(فِي ثَلَاثٍ)** مِنْ السِّنِينَ لِأَنَّهَا بَدَلُ نَفْسٍ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ اخْتَلَفَ الْعَاقِلَةُ وَالسَّيِّدُ فِي قِيمَتِهِ صُدِّقُوا بِأَيْمَانِهِمْ لِكَوْنِهِمْ غَارِمِينَ. **(وَلَوْ قَتَلَ)** شَخْصٌ **(رَجُلَيْنِ)** مَثَلًا كَامِلَيْنِ مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا **(فَفِي)** أَيْ فَتُؤَجَّلُ دِيَتُهُمَا عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي **(ثَلَاثٍ)** مِنْ السِّنِينَ لِأَنَّ الْوَاجِبَ دِيَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ وَالْمُسْتَحِقُّ يَخْتَلِفُ، فَلَا يُؤَخَّرُ حَقُّ وَاحِدٍ بِاسْتِحْقَاقِ آخَرَ كَالدُّيُونِ الْمُخْتَلِفَةِ إذَا اتَّفَقَ انْقِضَاءُ آجَالِهَا **(وَقِيلَ)** تُؤَجَّلُ دِيَةُ مَنْ ذُكِرَ فِي **(سِتٍّ)** فِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ سُدُسِ دِيَةٍ لِأَنَّ بَدَلَ النَّفْسِ الْوَاحِدَةِ يُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَيُزَادُ لِلْأُخْرَى مِثْلُهَا وَفِي عَكْسِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَهِيَ مَا لَوْ قَتَلَ اثْنَانِ وَاحِدًا وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةٍ مُؤَجَّلَةٍ فِي سَنَتَيْنِ نَظَرًا إلَى اتِّحَادِ الْمُسْتَحِقِّ. وَالثَّانِي، وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ مِنْهُمَا كُلَّ سَنَةٍ ثُلُثُ مَا يَخُصُّهُ كَجَمِيعِ الدِّيَةِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ، وَلَوْ قَتَلَ شَخْصٌ امْرَأَتَيْنِ أُجِّلَتْ دِيَتُهُمَا عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي سَنَتَيْنِ لِمَا مَرَّ **(وَالْأَطْرَافُ)** كَقَطْعِ الْيَدَيْنِ وَالْحُكُومَاتُ وَأُرُوشُ الْجِنَايَاتِ تُؤَجَّلُ **(فِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرَ ثُلُثِ دِيَةٍ)** كَامِلَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ أَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ دِيَةٍ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ثُلُثَيْهَا ضُرِبَ فِي سَنَتَيْنِ وَأُخِذَ قَدْرُ الثُّلُثِ فِي آخِرِ السَّنَةِ الْأُولَى وَالْبَاقِي فِي آخِرِ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ زَادَ: أَيْ الْوَاجِبُ عَلَى الثُّلُثَيْنِ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى دِيَةِ نَفْسٍ ضُرِبَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَإِنْ زَادَ عَلَى دِيَةِ نَفْسٍ كَقَطْعِ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ فَفِي سِتِّ سِنِينَ **(وَقِيلَ)** تُؤْخَذُ **(كُلُّهَا فِي سَنَةٍ)** بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بَدَلَ نَفْسٍ حَتَّى تُؤَجَّلَ. **تَنْبِيهٌ:** مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا كَانَ الْأَرْشُ زَائِدًا عَلَى الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَ قَدْرَهُ أَوْ دُونَهُ ضُرِبَ فِي سَنَةٍ قَطْعًا، وَهَذَا كُلُّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ بَدَلَ الْأَطْرَافِ وَأُرُوشَ الْجِنَايَاتِ تُضْرَبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ كَدِيَةِ النَّفْسِ كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إلَيْهِ **(وَأَجَلُ)** دِيَةِ **(النَّفْسِ)** يُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهُ **(مِنْ الزُّهُوقِ)** لِأَنَّهُ وَقْتُ اسْتِقْرَارِ الْوُجُوبِ **(وَ)** أَجَلُ دِيَةِ **(غَيْرِهَا)** أَيْ النَّفْسِ كَقَطْعِ يَدٍ انْدَمَلَ **(مِنْ)** ابْتِدَاءِ **(الْجِنَايَةِ)** فِي الْأَصَحِّ لِأَنَّهَا حَالَةُ الْوُجُوبِ فَأُنِيطَ الِابْتِدَاءُ بِهَا ـ

كَمَا نِيطَ بِحَالَةِ الزُّهُوقِ فِي النَّفْسِ لِأَنَّهَا حَالَةٌ وَجَبَ دِيَتُهَا، وَإِنْ كَانَ لَا يُطَالَبُ بِبَدَلِهَا إِلَّا بَعْدَ الِانْدِمَالِ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْدَمِلْ بِأَنْ سَرَى مِنْ عُضْوٍ إِلَى عُضْوٍ: كَأَنْ قُطِعَ أُصْبُعُهُ فَسَرَتْ إِلَى كَفِّهِ فَأَجَلُ أَرْشِ الْأُصْبُعِ مِنْ قَطْعِهَا وَالْكَفِّ مِنْ سُقُوطِهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ صَاحِبَا الْحَاوِي الصَّغِيرِ وَالْأَنْوَارِ، وَرَجَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ **(وَمَنْ مَاتَ)** مِنَ الْعَاقِلَةِ **(فِي بَعْضِ)** أَيْ فِي أَثْنَاءِ **(سَنَةٍ سَقَطَ)** مِنْ وَاجِبِ تِلْكَ السَّنَةِ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ تَرِكَتِهِ لِأَنَّهَا مُوَاسَاةٌ كَالزَّكَاةِ، ثُمَّ شَرَعَ فِي صِفَاتِ مَنْ يَعْقِلُ، وَهِيَ خَمْسٌ: الذُّكُورَةُ، وَعَدَمُ الْفَقْرِ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالتَّكْلِيفُ، وَاتِّفَاقُ الدِّينِ. أَمَّا الصِّفَةُ الْأُولَى فَقَدْ اسْتَغْنَى الْمُصَنِّفُ عَنْ ذِكْرِهَا بِقَوْلِهِ سَابِقًا: وَعَتِيقُهَا يَعْقِلُهُ عَاقِلَتُهَا، أَيْ لَا هِيَ، وَالْخُنْثَى كَالْمَرْأَةِ، وَإِنَّمَا لَمْ تَعْقِلْ الْمَرْأَةُ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهَا لِلنُّصْرَةِ وَلِعَدَمِ الْوِلَايَةِ، فَلَوْ بَانَ الْخُنْثَى ذَكَرًا هَلْ يَغْرَمُ حِصَّتَهُ الَّتِي أَدَّاهَا غَيْرُهُ أَوْ لَا؟ وَجْهَانِ. قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: لَعَلَّ أَصَحَّهُمَا نَعَمْ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي اعْتِبَارًا بِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ كَمَا فِي شَاهِدِ النِّكَاحِ وَوَلِيِّهِ، وَرَجَّحَ الْبُلْقِينِيُّ الثَّانِيَ قَالَ لِبِنَاءِ التَّحَمُّلِ عَلَى الْمُوَالَاةِ وَالْمُنَاصَرَةِ الظَّاهِرَةِ، وَقَدْ كَانَ هَذَا فِي سَتْرِ الثَّوْبِ كَالْأُنْثَى فَلَا نُصْرَةَ بِهِ انتهى.

وَالْأَوَّلُ أَوْجَهُ؛ لِأَنَّ النُّصْرَةَ مَوْجُودَةٌ فِيهِ بِالْقُوَّةِ، وَأَمَّا الصِّفَةُ الثَّانِيَةُ فَمَأْخُوذَةٌ مِنْ قَوْلِهِ **(وَلَا يَعْقِلُ فَقِيرٌ)** وَلَوْ كَسُوبًا لِأَنَّ الْعَقْلَ مُوَاسَاةٌ، وَلَيْسَ الْفَقِيرُ مِنْ أَهْلِهَا كَنَفَقَةِ الْقَرِيبِ. فَإِنْ قِيلَ: تَلْزَمُهُ الْجِزْيَةُ، فَهَلَّا كَانَ مِثْلَ هَذَا؟ أُجِيبَ أَنَّ الْجِزْيَةَ مَوْضُوعَةٌ لِحَقْنِ الدَّمِ وَلِإِقْرَارِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَصَارَتْ عِوَضًا، وَأَمَّا الصِّفَةُ الثَّالِثَةُ فَمَأْخُوذَةٌ مِنْ قَوْلِهِ **(وَ)** لَا يَعْقِلُ **(رَقِيقٌ)** وَلَوْ مُكَاتَبًا، إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا مُوَاسَاةَ، وَالْمُكَاتَبُ وَإِنْ مَلَكَ فَمِلْكُهُ ضَعِيفٌ، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمُوَاسَاةِ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَأَلْحَقَ الْبُلْقِينِيُّ الْمُبَعَّضَ بِالْمُكَاتَبِ لِنَقْصِهِ بِالرِّقِّ، وَأَمَّا الصِّفَةُ الرَّابِعَةُ فَمَأْخُوذَةٌ مِنْ قَوْلِهِ **(وَ)** لَا يَعْقِلُ **(صَبِيٌّ وَ)** لَا **(مَجْنُونٌ)** لِأَنَّ مَبْنَى الْعَقْلِ عَلَى النُّصْرَةِ وَلَا نُصْرَةَ فِيهِمَا لَا بِالْعَقْلِ وَلَا بِالرَّأْيِ، بِخِلَافِ الزَّمِنِ وَالشَّيْخِ الْهَرِمِ وَالْأَعْمَى فَإِنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ لِأَنَّهُمْ يَنْصُرُونَ بِالْقَوْلِ وَالرَّأْيِ.

……

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ إِطْلَاقِهِمْ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْجُنُونِ الْمُتَقَطِّعِ وَالْمُطْبِقِ، وَيُحْتَمَلُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ الْوُجُوبُ فِيمَا إِذَا كَانَ يُجَنُّ فِي الْعَامِ يَوْمًا وَاحِدًا، وَلَيْسَ هُوَ آخِرُ السَّنَةِ، فَإِنَّ هَذَا لَا عِبْرَةَ بِهِ، وَأَمَّا الصِّفَةُ الْخَامِسَةُ فَمَأْخُوذَةٌ مِنْ قَوْلِهِ **(وَ) لَا يَعْقِلُ (مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ وَعَكْسُهُ)** لِأَنَّهُ لَا مُوَالَاةَ بَيْنَهُمَا وَلَا تَوَارُثَ فَلَا مُنَاصَرَةَ. **(وَيَعْقِلُ يَهُودِيٌّ عَنْ نَصْرَانِيٍّ وَعَكْسُهُ فِي الْأَظْهَرِ)** كَالْإِرْثِ، إِذْ الْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَالثَّانِي لَا، لِانْقِطَاعِ الْمُوَالَاةِ بَيْنَهُمَا.

تَنْبِيهٌ: يَتَعَاقَلُ ذِمِّيٌّ وَمُعَاهِدٌ إِنْ زَادَتْ مُدَّةُ عَهْدِهِ عَلَى مُدَّةِ الْأَجَلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَقَصَتْ عَنْهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ أَوْ سَاوَتْهَا تَقْدِيمًا لِلْمَانِعِ عَلَى الْمُقْتَضَى، وَيَكْفِي فِي تَحَمُّلِ كُلِّ حَوْلٍ عَلَى انْفِرَادِهِ زِيَادَةُ مُدَّةِ الْعَهْدِ عَلَيْهِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَمُقْتَضَى كَلَامِ الْقَاضِي وَغَيْرِهِ أَنَّ مَا ذُكِرَ مِنْ تَحَمُّلِ الذِّمِّيِّ وَنَحْوِهِ مَحَلُّهُ إِذَا كَانُوا فِي دَارِنَا ؛ لِأَنَّهُمْ تَحْتَ حُكْمِنَا، وَلَا تَعَاقُلَ بَيْنَ ذِمِّيٍّ وَحَرْبِيٍّ، وَالْمُعَاهَدُ كَالذِّمِّيِّ.

ثُمَّ أَخَذَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تَعَالَى فِي كَيْفِيَّةِ تَوْزِيعِ الْمَضْرُوبِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَقَالَ **(وَعَلَى الْغَنِيِّ)** مِنَ الْعَاقِلَةِ، وَهُوَ مَنْ يَمْلِكُ فَاضِلًا عَمَّا يَبْقَى لَهُ فِي الْكَفَّارَةِ عِشْرِينَ دِينَارًا أَوْ قَدْرَهَا اعْتِبَارًا بِالزَّكَاةِ **(نِصْفُ دِينَارٍ)** عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ، أَوْ قَدْرُهُ دَرَاهِمَ عَلَى أَهْلِ الْفِضَّةِ، وَهُوَ سِتَّةٌ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَوَّلُ دَرَجَةِ الْمُوَاسَاةِ فِي زَكَاةِ النَّقْدِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ لَا ضَابِطَ لَهَا **(وَ)** عَلَى **(الْمُتَوَسِّطِ)** مِنْهُمْ، وَهُوَ مَنْ يَمْلِكُ. فَاضِلًا عَمَّا ذُكِرَ دُونَ الْعِشْرِينَ دِينَارًا أَوْ قَدْرَهَا، وَفَوْقَ رُبُعِ دِينَارٍ لِئَلَّا يَبْقَى فَقِيرًا. فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُقَاسَ بِهِ الْغَنِيُّ لِئَلَّا يَبْقَى مُتَوَسِّطًا. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُتَوَسِّطَ مِنْ أَهْلِ التَّحَمُّلِ بِخِلَافِ الْفَقِيرِ **(رُبُعٌ)** مِنْ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ، لِأَنَّهُ وَاسِطَةٌ بَيْنَ الْفَقِيرِ الَّذِي لَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَالْغَنِيِّ الَّذِي عَلَيْهِ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلَمْ نُجِزْ إِلْحَاقَهُ بِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ لِأَنَّهُ إِفْرَاطٌ أَوْ تَفْرِيطٌ فَتَوَسَّطَ فِيهِ بِرُبُعِ دِينَارٍ ؛ لِأَنَّ النَّاقِصَ عَنْهُ تَافِهٌ بِدَلِيلِ عَدَمِ الْقَطْعِ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: مَا ضَبَطْنَا بِهِ الْغَنِيَّ وَالْمُتَوَسِّطَ هُوَ مَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَتَبِعَهُ الْغَزَالِيُّ وَغَيْرُهُ، -

وَرَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي، وَضَبَطَهُ الْبَغَوِيّ تَبَعًا لِلْقَاضِي بِالْعُرْفِ، وَلَا تَرْجِيحَ فِي الرَّوْضَةِ. قَالَ الْإِمَامُ: وَكَوْنُ الْغَنِيِّ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّينَارِ، وَالْمُتَوَسِّطِ رُبُعٌ لَا يُعْرَفُ فِي ذَلِكَ أَثَرٌ نَاصٌّ وَلَا خَبَرٌ، لَكِنَّهُمْ رَاعَوْا مَعْنَى الْمُوَاسَاةِ، وَيَجِبُ النِّصْفُ وَالرُّبُعُ **(كُلَّ سَنَةٍ مِنَ الثَّلَاثِ)** لِأَنَّهَا مُوَاسَاةٌ تَتَعَلَّقُ بِالْحَوْلِ فَتَكَرَّرَتْ بِتَكَرُّرِهِ كَالزَّكَاةِ، فَجَمِيعُ مَا يَلْزَمُ الْغَنِيَّ فِي الثَّلَاثِ سِنِينَ دِينَارٌ وَنِصْفٌ، وَالْمُتَوَسِّطَ نِصْفٌ وَرُبُعٌ **(وَقِيلَ هُوَ)** أَيْ مَا ذُكِرَ مِنْ نِصْفٍ أَوْ رُبُعٍ **(وَاجِبُ الثَّلَاثِ)** أَخْذًا مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ الله عَنْهُ فِي الْأُمِّ: إنَّ مَنْ كَثُرَ مَالُهُ يَحْمِلُ إذَا قُوِّمَتْ الدِّيَةُ نِصْفَ دِينَارٍ، وَمَنْ كَانَ دُونَهُ رُبُعَ دِينَارٍ، لَا يُزَادُ عَلَى هَذَا وَلَا يُنْقَصُ، وَعَلَى هَذَا يُؤَدِّي الْغَنِيُّ كُلَّ سَنَةٍ سُدُسَ دِينَارٍ، وَالْمُتَوَسِّطُ نِصْفَ سُدُسٍ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ كَثُرَتْ الْعَاقِلَةُ أَوْ قَلَّ الْوَاجِبُ نَقَصَ الْقِسْطُ فَيُؤْخَذُ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمْ حِصَّتُهُ مِنْ غَيْرِ تَخْصِيصِ أَحَدٍ مِنْهُمْ لِشُمُولِ جِهَةِ التَّحَمُّلِ لَهُمْ، وَإِنْ قَلُّوا أَوْ كَثُرَ الْوَاجِبُ لَمْ يَزِدْ الْقِسْطُ لِتَضَرُّرِهِمْ بِذَلِكَ.

تَنْبِيهٌ: إنَّمَا اُعْتُبِرَ مِقْدَارُ نِصْفِ الدِّينَارِ وَرُبُعِهِ لَا عَيْنُهُمَا؛ لِأَنَّ الْإِبِلَ هِيَ الْوَاجِبَةُ، وَمَا يُؤْخَذُ بَعْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ مِنْ نِصْفٍ وَرُبُعٍ يُصْرَفُ إلَيْهَا، وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ لَا يَأْخُذَ غَيْرَهَا لِمَا مَرَّ، وَالدَّعْوَى بِالدِّيَةِ الْمَأْخُوذَةِ مِنْ الْعَاقِلَةِ لَا تَتَوَجَّهُ عَلَيْهِمْ، بَلْ عَلَى الْجَانِي نَفْسِهِ، ثُمَّ هُمْ يَدْفَعُونَهَا بَعْدَ ثُبُوتِهَا كَمَا قَالَهُ ابْنُ الْقَاصِّ فِي أَدَبِ الْقَضَاءِ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الرَّافِعِيِّ فِيهِ أَيْضًا **(وَ)** الْغَنِيُّ الْمُتَوَسِّطُ **(يُعْتَبَرَانِ آخِرَ الْحَوْلِ)** لِأَنَّهُ حَقٌّ مَالِيٌّ مُتَعَلِّقٌ بِالْحَوْلِ عَلَى جِهَةِ الْمُوَاسَاةِ فَاعْتُبِرَ بِآخِرِهِ كَالزَّكَاةِ فَلَا يُؤَثِّرُ الْغِنَى وَضِدُّهُ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، فَلَوْ أَيْسَرَ آخِرَهُ وَلَمْ يُؤَدِّ ثُمَّ أَعْسَرَ ثَبَتَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ **(وَمَنْ أَعْسَرَ فِيهِ)** أَيْ آخِرِ الْحَوْلِ **(سَقَطَ)** أَرَادَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَهْلًا لِلْمُوَاسَاةِ بِخِلَافِ الْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهَا كَالْأُجْرَةِ لِسُكْنَى دَارِ الْإِسْلَامِ. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَوْ ادَّعَى الْفَقْرَ بَعْدَ الْغِنَى حَلَفَ وَلَا يُكَلَّفُ الْبَيِّنَةَ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَتَحَمَّلُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِغِنَاهُ، وَمَنْ كَانَ أَوَّلَ الْحَوْلِ نَاقِصًا بِرِقٍّ، أَوْ كُفْرٍ، أَوْ جُنُونٍ، أَوْ صِبًا، وَصَارَ فِي آخِرِهِ بِصِفَةِ الْكَمَالِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ شَيْءٌ فِي ذَلِكَ الْحَوْلِ وَلَا فِيمَا بَعْدَهُ. قَالَ

ـ الرَّافِعِيُّ: لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا أَهْلًا لِلنُّصْرَةِ بِالْبَدَنِ فِي الِابْتِدَاءِ فَلَا يُكَلَّفُونَ النُّصْرَةَ بِالْمَالِ فِي الِانْتِهَاءِ، وَالْمُعْسِرُ كَامِلٌ أَهْلٌ لِلنُّصْرَةِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْمَالُ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ الْأَدَاءِ فَيُعْتَبَرُ وَقْتُهُ. وَلَمَّا فَرَغَ مِمَّا يَجِبُ بِجِنَايَةِ الْحُرِّ شَرَعَ فِيمَا يَجِبُ بِجِنَايَةِ غَيْرِهِ مُتَرْجِمًا لِذَلِكَ بِفَصْلٍ فَقَالَ: **[فَصْلٌ]** فِي جِنَايَةِ الرَّقِيقِ **(مَالُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ)** الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ بِأَنْ كَانَتْ غَيْرَ عَمْدٍ أَوْ عَمْدًا وَعَفَا عَلَى مَالٍ **(يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ)** بِالْإِجْمَاعِ كَمَا حَكَاهُ الْبَيْهَقِيُّ، إذْ لَا يُمْكِنُ إلْزَامُهُ لِسَيِّدِهِ، لِأَنَّهُ إضْرَارٌ بِهِ مَعَ بَرَاءَتِهِ، وَلَا أَنْ يَكُونَ فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ إلَى عِتْقِهِ لِلْأَضْرَارِ بِالْمُسْتَحِقِّ، بِخِلَافِ مُعَامَلَةِ غَيْرِهِ لَهُ لِرِضَاهُ بِذِمَّتِهِ، فَلْتُعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ طَرِيقٌ وَسَطٌ فِي رِعَايَةِ الْجَانِبَيْنِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهَا وَرَدَتْ فِي الْحُرِّ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، وَفَارَقَ جِنَايَةَ الْبَهِيمَةِ حَيْثُ يَضْمَنُهَا مَالِكُهَا إذَا قَصَّرَ؛ لِأَنَّ لِلْآدَمِيِّ اخْتِيَارًا.

تَنْبِيهٌ: مَعْنَى التَّعَلُّقِ بِالرَّقَبَةِ أَنْ يُبَاعَ، وَيُصْرَفَ ثَمَنُهُ إلَى الْجِنَايَةِ، وَلَا يَمْلِكُهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِنَفْسِ الْجِنَايَةِ وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْشِهَا لِمَا فِيهِ مِنْ إبْطَالِ حَقِّ السَّيِّدِ مِنْ التَّمَكُّنِ مِنْ الْفِدَاءِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ التَّعَلُّقِ بِالرَّقَبَةِ جِنَايَةُ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ وَالْأَعْجَمِيِّ الَّذِي يُعْتَقَدُ طَاعَةُ آمِرِهِ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهَا تَكُونُ عَلَى الْآمِرِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِرَقَبَتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ كَمَا ذَكَرَاهُ فِي الرَّهْنِ، وَالْمُبَعَّضُ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ وَاجِبِ جِنَايَتِهِ بِنِسْبَةِ حُرِّيَّتِهِ وَبَاقِيهِ مِنْ الرِّقِّ يَتَعَلَّقُ بِهِ بَاقِي وَاجِبِ الْجِنَايَةِ فَيَفْدِيهِ السَّيِّدُ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حِصَّتَيْ وَاجِبِهَا وَالْقِيمَةِ كَمَا يُعْلَمُ مِمَّا يَأْتِي **(وَلِسَيِّدِهِ)** وَلَوْ بِنَائِبِهِ **(بَيْعُهُ لَهَا)** أَيْ الْجِنَايَةِ، وَلَا بُدَّ مِنْ إذْنِ الْمُسْتَحِقِّ وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ بَعْدَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، وَلَهُ تَسْلِيمُهُ لِيُبَاعَ فِيهَا، وَلَا يُبَاعُ مِنْهُ بِأَكْثَرَ مِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ إلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ أَوْ ضَرُورَةٍ كَأَنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَشْتَرِي بَعْضَهُ، وَيَتَعَلَّقُ الْأَرْشُ بِجَمِيعِ رَقَبَتِهِ إنْ كَانَ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا أَوْ أَكْثَرَ، وَكَذَا إنْ كَانَ أَقَلَّ عَلَى ظَاهِرِ النَّصِّ. وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُسْتَحِقُّ عَنْ بَعْضِ الْوَاجِبِ انْفَكَّ مِنْ الْعَبْدِ بِقِسْطِهِ عَلَى الْأَصَحِّ كَمَا ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ فِي دَوْرِيَّاتِ الْوَصَايَا. وَاسْتَشْكَلَ بِأَنَّ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ بِالْمَرْهُونِ دُونَ تَعَلُّقِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ أَبْرَأَ الْمُرْتَهِنُ عَنْ بَعْضِ الدَّيْنِ لَمْ يَنْفَكَّ ـ

= شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بِأَنَّ التَّعَلُّقَ الْجَعْلِيَّ أَقْوَى مِنَ الشَّرْعِيِّ **(وَ)** لَهُ أَيْضًا **(فِدَاؤُهُ)** فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ فَإِنِ اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَيَفْدِيهِ فِي الْجَدِيدِ **(بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَأَرْشِهَا)** لِأَنَّ الْأَقَلَّ إِنْ كَانَ الْقِيمَةَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُ تَسْلِيمِ الرَّقَبَةِ وَهِيَ بَدَلُهَا، أَوِ الْأَرْشِ فَهُوَ الْوَاجِبُ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ كَمَا حُكِيَ عَنِ النَّصِّ، وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي فِي رَوْضِهِ لِتَوَجُّهِ طَلَبِ الْفِدَاءِ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ يَوْمَ تَعَلُّقِهَا، وَاعْتَبَرَ الْقَفَّالُ يَوْمَ الْفِدَاءِ، لَا النَّقْصَ قَبْلَهُ لَا يَلْزَمُ السَّيِّدَ بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، وَحُمِلَ النَّصُّ عَلَى مَا لَوْ مَنَعَ بَيْعَهُ حَالَ الْجِنَايَةِ ثُمَّ نَقَصَتِ الْقِيمَةُ، وَجَرَى عَلَى هَذَا ابْنُ الْمُقْرِي فِي إِرْشَادِهِ وَشَرْحِهِ، وَهَذَا كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ هُوَ الْمُتَّجَهُ **(وَفِي الْقَدِيمِ)** يَفْدِيهِ **(بِأَرْشِهَا)** بَالِغًا مَا بَلَغَ، لِأَنَّهُ لَوْ سَلَّمَهُ رُبَّمَا بِيعَ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، وَالْجَدِيدُ لَا يُعْتَبَرُ هَذَا الِاحْتِمَالُ **(وَلَا يَتَعَلَّقُ)** مَالُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ **(بِذِمَّتِهِ مَعَ رَقَبَتِهِ فِي الْأَظْهَرِ)** وَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي الْجِنَايَةِ، وَإِلَّا لَمَا تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ كَدُيُونِ الْمُعَامَلَاتِ حَتَّى لَوْ بَقِيَ شَيْءٌ لَا يُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ وَالثَّانِي يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ وَالرَّقَبَةُ مَرْهُونَةٌ بِمَا فِي الذِّمَّةِ، فَإِنْ لَمْ يُوفِ الثَّمَنُ بِهِ طُولِبَ الْعَبْدُ بِالْبَاقِي بَعْدَ الْعِتْقِ.

تَنْبِيهٌ: قَدْ عُلِمَ مِنْ قَوْلِ الْمُصَنِّفِ: بِذِمَّتِهِ مَعَ رَقَبَتِهِ أَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا تَعَلَّقَ الْأَرْشُ بِالرَّقَبَةِ بِأَنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِجِنَايَةِ الْعَبْدِ أَوْ أَقَرَّ بِهَا السَّيِّدُ. فَأَمَّا لَوْ تَعَذَّرَ التَّعَلُّقُ بِالرَّقَبَةِ بِأَنْ أَقَرَّ بِهَا الْعَبْدُ وَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ قَالَ الْإِمَامُ: فَلَا وَجْهَ إِلَّا الْقَطْعُ بِالتَّعَلُّقِ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ، وَقَدْ يَرِدُ عَلَى الْمُصَنِّفِ مَا لَوْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِأَنَّ عَبْدَهُ جَنَى عَلَى عَبْدٍ خَطَأً قِيمَتُهُ أَلْفٌ وَقَالَ الْعَبْدُ: قِيمَتُهُ أَلْفَانِ لَزِمَ الْعَبْدَ بَعْدَ الْعِتْقِ الْقَدْرُ الزَّائِدُ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ السَّيِّدُ عَلَى النَّصِّ فِي الْأُمِّ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَقَدِ اجْتَمَعَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ التَّعَلُّقُ بِالرَّقَبَةِ وَالتَّعَلُّقُ بِالذِّمَّةِ عَلَى الْمَذْهَبِ لَكِنْ لَمْ يَتَّحِدْ مَحَلُّ التَّعَلُّقِ.

فَرْعٌ: لَوِ اطَّلَعَ سَيِّدُ الْعَبْدِ عَلَى لُقَطَةٍ فِي يَدِهِ وَأَقَرَّهَا عِنْدَهُ أَوْ أَهْمَلَهُ وَأَعْرَضَ عَنْهُ، وَفَرَّعْنَا عَلَى الْأَظْهَرِ مِنْ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْتِقَاطُهُ فَأَتْلَفَهَا أَوْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ وَسَائِرُ أَمْوَالِ السَّيِّدِ كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ الْبُلْقِينِيُّ.

فَرْعٌ: حَمْلُ الْجَانِيَةِ لِلسَّيِّدِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَرْشُ سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَ الْجِنَايَةِ أَمْ =

حَدَثَ بَعْدَهَا فَلَا تُبَاعُ حَتَّى تَضَعَ إذْ لَا يُمْكِنُ إجْبَارُ السَّيِّدِ عَلَى بَيْعِ الْحَمْلِ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِثْنَاؤُهُ، فَإِنْ لَمْ يَفْدِهَا بَعْدَ وَضْعِهَا بِيعَا مَعًا وَأَخَذَ السَّيِّدُ حِصَّةَ الْوَلَدِ وَأَخَذَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ حِصَّتَهُ (**وَلَوْ فَدَاهُ**) السَّيِّدُ (**ثُمَّ جَنَى**) بَعْدَ الْفِدَاءِ (**سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ**) أَيْ لِيُبَاعَ أَوْ بَاعَهُ بِنَفْسِهِ (**أَوْ فَدَاهُ**) كَمَا تَقَدَّمَ وَلَوْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِرَارًا؛ لِأَنَّهُ الْآنَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَيْرُ هَذِهِ الْجِنَايَةِ (**وَلَوْ جَنَى ثَانِيًا قَبْلَ الْفِدَاءِ بَاعَهُ فِيهِمَا**) أَيْ الْجِنَايَتَيْنِ، أَوْ سَلَّمَهُ لِيُبَاعَ فِيهِمَا، وَوَزَّعَ ثَمَنَهُ عَلَيْهِمَا (**أَوْ فَدَاهُ**) السَّيِّدُ (**بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشَيْنِ**) عَلَى الْجَدِيدِ (**وَفِي الْقَدِيمِ بِالْأَرْشَيْنِ**) لِمَا مَرَّ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا لَمْ يُمْنَعْ مِنْ بَيْعِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، فَإِنْ مُنِعَ لَزِمَهُ أَنْ يَفْدِيَ كُلًّا مِنْهُمَا كَمَا لَوْ كَانَ مُنْفَرِدًا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخَانِ فِي الْكَلَامِ عَلَى جِنَايَةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَمَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ مِنْ الْبَيْعِ فِي الْجِنَايَتَيْنِ، مَحَلُّهُ أَنْ يَتَّحِدَا فَلَوْ جَنَى خَطَأً ثُمَّ قَتَلَ عَمْدًا وَلَمْ يَفْدِهِ السَّيِّدُ، وَلَا عَفَا صَاحِبُ الْعَمْدِ، فَفِي فُرُوعِ ابْنِ الْقَطَّانِ أَنَّهُ يُبَاعُ فِي الْخَطَإِ وَحْدَهُ، وَلِصَاحِبِ الْعَمْدِ الْقَوَدُ كَمَنْ جَنَى خَطَأً ثُمَّ ارْتَدَّ فَإِنَّا نَبِيعُهُ ثُمَّ نَقْتُلُهُ بِالرِّدَّةِ إنْ لَمْ يَتُبْ قَالَ الْمُعَلِّقُ عَنْهُ: فَلَوْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِتَعَلُّقِ الْقَوَدِ بِهِ فَعِنْدِي أَنَّ الْقَوَدَ يَسْقُطُ؛ لِأَنَّا نَقُولُ لِصَاحِبِهِ: إنَّ صَاحِبَ الْخَطَإِ قَدْ مَنَعَكَ فَلَوْ أَقَدْنَاكَ لَأَبْطَلْنَا حَقَّهُ فَأَعْدَلُ الْأُمُورِ أَنْ تَشْتَرِكَا فِيهِ، وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ إلَّا بِتَرْكِ الْقَوَدِ، كَذَا نَقَلَهُ الزَّرْكَشِيُّ وَأَقَرَّهُ، وَفِيهِ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ نَظَرٌ (**وَلَوْ أَعْتَقَهُ**) أَيْ الْعَبْدَ الْجَانِيَ (**أَوْ بَاعَهُ**) فَإِنْ أَبْطَلْنَاهُمَا فَظَاهِرُ حُكْمِهِ (**وَ**) إنْ (**صَحَّحْنَاهُمَا**) أَيْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِمَا بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُوسِرًا وَالْبَائِعُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، وَهُوَ فِي الْأُولَى رَاجِحٌ، وَفِي الثَّانِيَةِ مَرْجُوحٌ (**أَوْ قَتَلَهُ**) السَّيِّدُ (**فَدَاهُ**) حَتْمًا (**بِالْأَقَلِّ**) مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشِ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ مَحَلَّ حَقِّهِ، ثُمَّ أَشَارَ لِطَرِيقَةٍ حَاكِيَةٍ لِلْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ السَّابِقَيْنِ بِقَوْلِهِ (**وَقِيلَ**) فِي فِدَائِهِ (**الْقَوْلَانِ**) السَّابِقَانِ، وَمَا رَجَّحَهُ مِنْ طَرِيقَةِ الْقَطْعِ جَرَى عَلَيْهِ فِي الرَّوْضَةِ هُنَا، وَجَزَمَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ الْجَانِي بِطَرِيقَةِ الْخِلَافِ .(**وَلَوْ هَرَبَ**) الْعَبْدُ الْجَانِي (**أَوْ مَاتَ**) قَبْلَ اخْتِيَارِ السَّيِّدِ الْفِدَاءَ (**بَرِئَ سَيِّدُهُ**) مِنْ عُهْدَتِهِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ وَقَدْ فَاتَتْ (**إلَّا إذَا طُلِبَ**) مِنْهُ

تَسْلِيمُهُ لِيُبَاعَ فِي الْجِنَايَةِ **(فَمَنَعَهُ)** فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ، بَلْ يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِتَعَدِّيهِ بِالْمَنْعِ، وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ صَادِقٌ بِأَنْ لَمْ يَطْلُبْ مِنْهُ أَوْ طَلَبَ وَلَمْ يَمْنَعْهُ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ عَلِمَ السَّيِّدُ مَوْضِعَ الْعَبْدِ الْهَارِبِ وَأَمْكَنَهُ رَدُّهُ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: يُتَّجَهُ أَنَّهُ يَجِبُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِيَ أَجْنَبِيٌّ قَتْلًا يُوجِبُ مَالًا بِأَنْ قَتَلَهُ خَطأً، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، أَوْ يُوجِبُ قِصَاصًا وَعَفَا السَّيِّدُ عَلَى مَالٍ تَعَلَّقَتْ جِنَايَاتُهُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُهُ، فَإِذَا أُخِذَتْ سَلَّمَهَا السَّيِّدُ أَوْ بَدَلَهَا مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَعْفُ السَّيِّدُ بَلْ اقْتَصَّ وَهُوَ جَائِزٌ لَهُ. قَالَ الْبَغَوِيّ: لَزِمَهُ الْفِدَاءُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَأَقَرَّاهُ، وَهَذَا مَا قَالَهُ شَيْخِي مُفَرَّعٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَاجِبَ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَةُ. أَمَّا إذَا فَرَّعْنَا عَلَى الْأَصَحِّ مِنْ أَنَّ الْوَاجِبَ الْقِصَاصُ فَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ كَالْمَرْهُونِ إذَا قُتِلَ وَاقْتَصَّ السَّيِّدُ **(وَلَوْ اخْتَارَ)** السَّيِّدُ **(الْفِدَاءَ فَالْأَصَحُّ)** وَفِي الرَّوْضَةِ الصَّحِيحُ وَهُوَ أَوْلَى **(أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ)** عَنْهُ **(وَ)** أَنَّ عَلَيْهِ **(تَسْلِيمَهُ)** حِينَئِذٍ لِيُبَاعَ فِي الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهُ وَعْدٌ وَلَا أَثَرَ لَهُ، وَالْيَأْسُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْ بَيْعِهِ. وَالثَّانِي يَلْزَمُهُ الْفِدَاءُ عَمَلًا بِالْتِزَامِهِ.

تَنْبِيهٌ: فُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ: وَتَسْلِيمَهُ بَقَاءُ الْعَبْدِ، فَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ فَلَا رُجُوعَ لَهُ قَطْعًا، وَمَحَلُّ الرُّجُوعِ إذَا كَانَ بَاقِيًا كَمَا قَالَ الْبُلْقِينِيُّ إذَا لَمْ تَنْقُصْ قِيمَتُهُ بَعْدَ اخْتِيَارِهِ الْفِدَاءَ فَإِنْ نَقَصَتْ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْ الرُّجُوعِ وَيَلْزَمُهُ الْفِدَاءُ قَطْعًا؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ بِاخْتِيَارِهِ ذَلِكَ الْقَدْرَ مِنْ قِيمَتِهِ، فَإِنْ قَالَ: أَنَا أُسَلِّمُهُ وَأَغْرَمُ النَّقْصَ قُبِلَ، وَمَا إذَا لَمْ يَحْصُلْ بِتَأْخِيرِ بَيْعِهِ تَأْخِيرٌ يَضُرُّ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِالتَّأْخِيرِ، فَإِنْ حَصَلَ وَلِلسَّيِّدِ مَالٌ غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ قَطْعًا لِلضَّرَرِ الْحَاصِلِ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِالتَّأْخِيرِ، وَلَوْ بَاعَهُ بِإِذْنِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِشَرْطِ الْفِدَاءِ لَزِمَهُ الْفِدَاءُ، وَشَمَلَ كَلَامُهُ الِاخْتِيَارَ الْفِعْلِيَّ كَأَنْ وَطِئَ الْأَمَةَ الْجَانِيَةَ وَلَيْسَ مُرَادًا فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ لَيْسَ بِاخْتِيَارٍ، وَقَوْلُهُ: وَتَسْلِيمَهُ مَنْصُوبٌ عَطْفًا عَلَى اسْمِ أَنَّ، وَالْمَعْنَى وَأَنَّ عَلَيْهِ تَسْلِيمَهُ كَمَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ، وَلَا يَصِحُّ رَفْعُهُ عَطْفًا عَلَى ضَمِيرِ خَبَرِ أَنَّ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِ لَا لَهُ. **(وَيَفْدِي)** بِفَتْحِ أَوَّلِهِ السَّيِّدُ وُجُوبًا **(أُمَّ وَلَدِهِ)** الْجَانِيَةَ حَتْمًا **(بِالْأَقَلِّ)** مِنْ قِيمَتِهَا وَالْأَرْشِ قَطْعًا؛

……

= لِأَنَّهُ بِالِاسْتِيلَادِ مُنِعَ مِنْ بَيْعِهَا مَعَ بَقَاءِ الرِّقِّ فِيهَا فَأَشْبَهَ مَا إذَا جَنَى الْقِنُّ فَلَمْ يُسَلِّمْهُ لِلْبَيْعِ. وَقَالَ الْإِمَامُ: السَّيِّدُ بِالِاسْتِيلَادِ مُسْتَمْتِعٌ بِحَقِّهِ مُتَصَرِّفٌ فِي مِلْكِهِ، فَجَعْلُهُ مُلْتَزِمًا لِلْفِدَاءِ بِجِنَايَةٍ تَحْدُثُ مِنْ بَعْدُ فِيهِ غُمُوضٌ، وَلَكِنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ **(وَقِيلَ)** فِي جِنَايَةِ أُمِّ وَلَدِهِ **(الْقَوْلَانِ)** السَّابِقَانِ فِي جِنَايَةِ الْقِنِّ، وَلَعَلَّ مَأْخَذَهُ جَوَازُ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ وُجُوبِ فِدَائِهَا عَلَى السَّيِّدِ إذَا امْتَنَعَ بَيْعُهَا كَمَا اقْتَضَاهُ التَّعْلِيلُ السَّابِقُ، فَلَوْ كَانَتْ تُبَاعُ لِكَوْنِهِ اسْتَوْلَدَهَا وَهِيَ مَرْهُونَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ، وَتُبَاعُ وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يَوْمَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْأَصَحِّ اعْتِبَارًا بِوَقْتِ لُزُومِ فِدَائِهَا وَوَقْتِ الْحَاجَةِ إلَى بَيْعِهَا الْمَمْنُوعِ بِالْإِحْبَالِ، وَقِيلَ يَوْمُ الِاسْتِيلَادِ لِأَنَّهُ السَّبَبُ فِي مَنْعِ الْبَيْعِ، وَشَمِلَ كَلَامُهُ الْأَمَةَ الَّتِي اسْتَوْلَدَهَا سَيِّدُهَا بَعْدَ الْجِنَايَةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ هُنَا كَمَا قَالَ شَيْخُنَا أَنَّ الْعِبْرَةَ بِقِيمَةِ يَوْمِ الْإِحْبَالِ إلَّا أَنْ يُمْنَعَ بَيْعُهَا حَالَ الْجِنَايَةِ فَتُعْتَبَرَ قِيمَتُهَا حِينَئِذٍ **(وَجِنَايَاتُهَا)** حُكْمُهَا **(كَوَاحِدَةٍ فِي الْأَظْهَرِ)** فَيَلْزَمُهُ لِلْكُلِّ فِدَاءٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ مُنَزَّلٌ مَنْزِلَةَ الْإِتْلَافِ، وَإِتْلَافُ الشَّيْءِ لَا يُوجِبُ إلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً، كَمَا لَوْ جَنَى عَبْدُهُ جِنَايَاتٍ ثُمَّ قَتَلَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ، فَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا وَجَنَتْ جِنَايَتَيْنِ وَأَرْشُ كُلٍّ مِنْهُمَا أَلْفٌ فَلِكُلٍّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ قَبَضَ أَلْفًا اسْتَرَدَّ مِنْهُ الثَّانِي نِصْفَهُ، أَوْ أَرْشُ الثَّانِيَةِ خَمْسُمِائَةٍ اسْتَرَدَّ مِنْهُ ثُلُثَهُ، أَوْ أَرْشُ الثَّانِيَةِ أَلْفٌ وَالْأُولَى خَمْسُمِائَةٍ اسْتَرَدَّ مِنْهُ ثُلُثَهَا وَمِنْ السَّيِّدِ خَمْسَمِائَةٍ تَمَامَ الْقِيمَةِ لِيَصِيرَ مَعَهُ ثُلُثَا الْأَلْفِ، وَمَعَ الْأَوَّلِ ثُلُثُهُ كَدُيُونِ الْمَيِّتِ إذَا قُسِّمَتْ تَرِكَتُهُ عَلَيْهَا ثُمَّ حَدَثَ عَلَيْهِ دَيْنٌ آخَرُ كَأَنْ حَفَرَ بِئْرًا عُدْوَانًا فَهَلَكَ بِهَا شَيْءٌ فَيُزَاحِمُ الْمُسْتَحِقُّ الْغُرَمَاءَ وَيَسْتَرِدُّ مِنْهُمْ حِصَّتَهُ، وَاسْتَثْنَى الْبُلْقِينِيُّ مِنْ ذَلِكَ أُمَّ الْوَلَدِ الَّتِي تُبَاعُ بِأَنْ اسْتَوْلَدَهَا وَهِيَ مَرْهُونَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ إذَا جَنَتْ جِنَايَةً تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهَا، فَإِنَّ حَقَّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ يُقَدَّمُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فَلَا تَكُونُ جِنَايَاتُهَا كَوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهَا، بَلْ هِيَ كَالْقِنِّ يَجْنِي جِنَايَةً بَعْدَ أُخْرَى فَيَأْتِي فِيهَا التَّفْصِيلُ الْمَارُّ. ـ

وَالثَّانِي يَفْدِيهَا فِي كُلِّ جِنَايَةٍ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهَا وَأَرْشِ تِلْكَ الْجِنَايَةِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ أَنْ يَكُونَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ الْأُولَى كَالْقِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ، وَالْبَاقِي مِنْ الْقِيمَةِ لَا يَفِي بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ، فَإِنْ كَانَ أَرْشُ الْأُولَى دُونَ الْقِيمَةِ وَفَدَاهَا بِهِ، وَكَانَ الْبَاقِي مِنْ قِيمَتِهَا يَفِي بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فَدَاهَا بِأَرْشِهَا قَطْعًا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَسَكَتُوا عَنْ التَّعَلُّقِ بِذِمَّتِهَا وَيُشْبِهُ الْقَطْعُ بِهِ لِتَعَذُّرِ التَّعَلُّقِ بِرَقَبَتِهَا، وَهَذَا مَمْنُوعٌ، بَلْ الْأَشْبَهُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا الْقَطْعُ بِالتَّعَلُّقِ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ لِأَنَّهُ مَنَعَ بَيْعَهَا، فَلَوْ مَاتَتْ عَقِبَ الْجِنَايَةِ لَمْ يَسْقُطْ الْأَرْشُ عَنْ السَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ بِخِلَافِ الْقِنِّ كَمَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ فِي كَلَامِهِ عَلَى جِنَايَةِ الْمَوْقُوفِ.

تَتِمَّةٌ: حُكْمُ الْمَوْقُوفِ حُكْمُ الْمُسْتَوْلَدَةِ لِمَنْعِ الْوَاقِفِ بَيْعَهُ بِوَقْفِهِ، الظَّاهِرُ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا: إنَّ الْمَنْذُورَ عِتْقُهُ كَذَلِكَ، وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ جِنَايَتَهُ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ.

[فَصْلٌ]: (**فِي**) دِيَةِ (**الْجَنِينِ**) الْحُرِّ الْمُسْلِمِ (**غُرَّةٌ**) لِخَبَرِ الصَّحِيحَيْنِ أَنَّهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِي الْجَنِينِ بِغُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ. بِتَرْكِ تَنْوِينِ غُرَّةٍ عَلَى الْإِضَافَةِ الْبَيَانِيَّةِ وَتَنْوِينُهَا عَلَى أَنَّ مَا بَعْدَهَا بَدَلٌ مِنْهَا، وَأَصْلُ الْغُرَّةِ الْبَيَاضُ فِي وَجْهِ الْفَرَسِ، وَلِهَذَا شَرَطَ عَمْرُو بْنُ الْعَلَاءِ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ أَبْيَضَ وَالْأَمَةُ بَيْضَاءَ، وَحَكَاهُ الْفَاكِهَانِيُّ فِي شَرْحِ الرِّسَالَةِ عَنْ ابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ أَيْضًا وَلَمْ يَشْتَرِطْ الْأَكْثَرُونَ ذَلِكَ، وَقَالُوا: النَّسَمَةُ مِنْ الرَّقِيقِ غُرَّةٌ لِأَنَّهَا غُرَّةُ مَا يَمْلِكُ: أَيْ أَفْضَلُهُ، وَغُرَّةُ كُلِّ شَيْءٍ خِيَارُهُ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الْغُرَّةُ فِيهِ (**إنْ انْفَصَلَ مَيِّتًا بِجِنَايَةٍ**) عَلَى أُمِّهِ الْحَيَّةِ مُؤَثِّرَةٍ فِيهِ، سَوَاءٌ أَكَانَتْ الْجِنَايَةُ بِالْقَوْلِ كَالتَّهْدِيدِ وَالتَّخْوِيفِ الْمُفْضِي إلَى سُقُوطِ الْجَنِينِ، أَمْ بِالْفِعْلِ كَأَنْ يَضْرِبَهَا أَوْ يُوجِرَهَا دَوَاءً أَوْ غَيْرَهُ فَتُلْقِي جَنِينًا، أَمْ بِالتَّرْكِ كَأَنْ يَمْنَعَهَا الطَّعَامَ أَوْ الشَّرَابَ حَتَّى تُلْقِيَ الْجَنِينَ وَكَانَتْ الْأَجِنَّةُ تَسْقُطُ بِذَلِكَ، وَلَوْ دَعَتْهَا ضَرُورَةٌ إلَى شُرْبِ دَوَاءٍ، فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ أَنَّهَا لَا تَضْمَنُ بِسَبَبِهِ، وَلَيْسَ مِنْ الضَّرُورَةِ الصَّوْمُ وَلَوْ فِي رَمَضَانَ إذَا خَشِيَتْ مِنْهُ الْإِجْهَاضَ، فَإِذَا فَعَلَتْهُ فَأَجْهَضَتْ ضَمِنَتْهُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ، وَلَا تَرِثُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهَا قَاتِلَةٌ، -

وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَنِينُ ذَكَرًا أَمْ غَيْرَهُ لِإِطْلَاقِ الْخَبَرِ، لِأَنَّ دِيَتَهُمَا لَوْ اخْتَلَفَتْ لَكَثُرَ الِاخْتِلَافُ فِي كَوْنِهِ ذَكَرًا أَوْ غَيْرَهُ فَسَوَّى الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا كَأَصْلِ الصَّاعِ مِنْ التَّمْرِ يَكُونُ بَدَلَ اللَّبَنِ فِي الْمُصَرَّاةِ، سَوَاءٌ أَقَلَّ اللَّبَنُ أَمْ كَثُرَ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَنِينُ تَامَّ الْأَعْضَاءِ أَمْ نَاقِصَهَا ثَابِتَ النَّسَبِ أَمْ لَا، لَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا مَضْمُونًا عَلَى الْجَانِي عِنْدَ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمُّهُ مَعْصُومَةً أَوْ مَضْمُونَةً عِنْدَهَا. أَمَّا الْجَنِينُ الرَّقِيقُ وَالْكَافِرُ فَذَكَرَهُمَا الْمُصَنِّفُ آخِرَ الْفَصْلِ وَلَا أَثَرَ لِنَحْوِ لَطْمَةٍ خَفِيفَةٍ كَمَا لَا تُؤَثِّرُ فِي الدِّيَةِ وَلَا لِضَرْبَةٍ قَوِيَّةٍ أَقَامَتْ بَعْدَهَا بِلَا أَلَمٍ، ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينًا نَقَلَهُ فِي الْبَحْرِ عَنْ النَّصِّ.

تَنْبِيهٌ: سُمِّيَ الْجَنِينُ جَنِينًا لِاسْتِتَارِهِ وَمِنْهُ الْجِنُّ، وَقَوْلُهُ **(فِي حَيَاتِهَا أَوْ مَوْتِهَا)** مُتَعَلِّقٌ بِانْفَصَلَ: أَيْ انْفَصَلَ فِي حَيَاتِهَا بِجِنَايَةٍ أَوْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهَا بِجِنَايَةٍ فِي حَيَاتِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فِي حَيَاتِهَا أَوْ مَوْتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِجِنَايَةٍ، فَيَشْمَلُ مَا لَوْ ضَرَبَ مَيْتَةً فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا وَبِهِ صَرَّحَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالرُّويَانِيُّ فَأَوْجَبَا الْغُرَّةَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْحَيَاةِ، وَقَالَ الْبَغَوِيّ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَبِهِ قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ وَادَّعَى فِيهِ الْإِجْمَاعَ وَرَجَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ وَلَمْ يُرَجِّحْ الشَّيْخَانِ شَيْئًا **(وَكَذَا إنْ ظَهَرَ)** بَعْضُ الْجَنِينِ **(بِلَا انْفِصَالٍ)** مِنْ أُمِّهِ كَخُرُوجِ رَأْسِهِ مَيِّتًا تَجِبُ فِيهِ الْغُرَّةُ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِتَحَقُّقِ وُجُودِهِ، وَالثَّانِي لَا بُدَّ مِنْ تَمَامِ انْفِصَالِهِ لِأَنَّ مَا لَمْ يَنْفَصِلْ كَالْعُضْوِ مِنْهَا **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يَكُنْ مَعْصُومًا عِنْدَ الْجِنَايَةِ كَجَنِينِ حَرْبِيَّةٍ مِنْ حَرْبِيٍّ، وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا كَأَنْ كَانَ الْجَانِي مَالِكًا لِلْجَنِينِ وَلِأُمِّهِ بِأَنْ جَنَى السَّيِّدُ عَلَى أَمَتِهِ الْحَامِلِ وَجَنِينُهَا مِنْ غَيْرِهِ وَهُوَ مِلْكٌ لَهُ فَعَتَقَتْ، ثُمَّ أَلْقَتْ الْجَنِينَ أَوْ وَكَانَتْ أُمُّهُ مَيْتَةً أَوْ لَمْ يَنْفَصِلْ وَلَا ظَهَرَ بِالْجِنَايَةِ عَلَى أُمِّهِ **(فَلَا)** شَيْءَ فِيهِ لِعَدَمِ احْتِرَامِهِ فِي الْأُولَى، وَعَدَمِ ضَمَانِ الْجَانِي فِي الثَّانِيَةِ وَلِظُهُورِ مَوْتِهِ بِمَوْتِهَا فِي الثَّالِثَةِ، وَلِعَدَمِ تَحَقُّقِ وُجُودِهِ فِي الْأَخِيرَتَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: تَقْيِيدُ الْجَنِينِ بِالْعِصْمَةِ أَوْلَى مِنْ تَقْيِيدِ الْأُمِّ بِهَا لِإِيهَامِ أَنَّهُ لَوْ جَنَى عَلَى حَرْبِيَّةٍ جَنِينُهَا مَعْصُومٌ حِينَ الْجِنَايَةِ لَا شَيْءَ فِيهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَلَوْ مَاتَتْ الْأُمُّ وَلَمْ

……

= يَنفَصِلْ الْوَلَدُ وَلَمْ يَظْهَرْ فَلَا غُرَّةَ؛ لِأَنَّا لَمْ نَتَيَقَّنْ وُجُودَ الْجَنِينِ فَلَا نُوجِبُ شَيْئًا بِالشَّكِّ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مُنْتَفِخَةَ الْبَطْنِ فَضَرَبَهَا ضَارِبٌ فَزَالَ الِانْتِفَاخُ أَوْ وَكَانَتْ تَجِدُ حَرَكَةً فِي بَطْنِهَا فَانْقَطَعَتْ بِالضَّرْبَةِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ رِيحًا فَانْفَشَّتْ وَسَكَنَ **(أَوْ)** انفَصَلَ **(حَيًّا وَبَقِيَ)** بَعْدَ انْفِصَالِهِ **(زَمَانًا بِلَا أَلَم)** فِيهِ **(ثُمَّ مَاتَ)** **(فَلَا ضَمَانَ)** عَلَى الْجَانِي، سَوَاءٌ أَزَالَ أَلَمُ الْجِنَايَةِ عَنْ أُمِّهِ قَبْلَ إِلْقَائِهِ أَمْ لَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ **(وَإِنْ مَاتَ حِينَ خَرَجَ)** بَعْدَ انْفِصَالِهِ أَوْ تَحَرَّكَ تَحَرُّكًا شَدِيدًا كَقَبْضِ يَدٍ وَبَسْطِهَا، وَلَوْ حَرَكَةَ مَذْبُوحٍ لَا اخْتِلَاجًا **(أَوْ دَامَ أَلَمُهُ وَمَاتَ)** مِنْهُ **(فَدِيَةُ نَفْسٍ)** كَامِلَةٌ عَلَى الْجَانِي، وَلَوْ انْفَصَلَ الْجَنِينُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا حَيَاتَهُ، وَالظَّاهِرُ مَوْتُهُ بِالْجِنَايَةِ بِخِلَافِ مُجَرَّدِ اخْتِلَاجِهِ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ انْتِشَارًا بِسَبَبِ الْخُرُوجِ مِنْ الْمَضِيقِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ حَزَّهُ شَخْصٌ وَقَدْ انفَصَلَ بِلَا جِنَايَةٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَيَاتُهُ مُسْتَقِرَّةً أَوْ بِجِنَايَةٍ وَحَيَاتُهُ مُسْتَقِرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصِ كَمَا لَوْ قَتَلَ مَرِيضًا مُشْرِفًا عَلَى الْمَوْتِ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ وَحَيَاتُهُ غَيْرُ مُسْتَقِرَّةٍ، فَالْقَاتِلُ لَهُ هُوَ الْجَانِي عَلَى أُمِّهِ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْحَازِّ إلَّا التَّعْزِيرُ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُهُ وَصَاحَ فَحَزَّهُ شَخْصٌ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِالصِّيَاحِ حَيَاتَهُ .**(وَلَوْ أَلْقَتْ)** أَيْ امْرَأَةٌ بِجِنَايَةٍ عَلَيْهَا **(جَنِينَيْنِ)** مَيِّتَيْنِ **(فَغُرَّتَانِ)** تَجِبَانِ فِيهِمَا، أَوْ ثَلَاثًا فَثَلَاثَةٌ، وَهَكَذَا لِأَنَّ الْغُرَّةَ مُتَعَلِّقَةٌ بِاسْمِ الْجَنِينِ فَتَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهِ، وَلَوْ أَلْقَتْ مَيِّتًا وَحَيًّا وَاسْتَمَرَّ أَلَمُ الْحَيِّ حَتَّى مَاتَ فَغُرَّةٌ لِلْأَوَّلِ وَدِيَةٌ لِلثَّانِي، وَلَوْ اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي الْإِجْهَاضِ اشْتَرَكُوا فِي الْغُرَّةِ كَمَا فِي الدِّيَةِ **(أَوْ)** أَلْقَتْ **(يَدًا)** أَوْ رِجْلًا وَمَاتَتْ **(فَغُرَّةٌ)** تَجِبُ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ قَدْ حَصَلَ بِوُجُودِ الْجَنِينِ، وَالْغَالِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْيَدَ بَانَتْ بِالْجِنَايَةِ، وَخَرَجَ بِمَاتَتْ مَا لَوْ عَاشَتْ وَلَمْ تُلْقِ جَنِينًا، فَلَا يَجِبُ إلَّا نِصْفُ غُرَّةٍ كَمَا أَنَّ يَدَ الْحَيِّ لَا يَجِبُ فِيهَا إلَّا نِصْفُ دِيَةٍ وَلَا يُضْمَنُ بَاقِيهِ، لِأَنَّا لَمْ نَتَحَقَّقْ تَلَفَهُ.

فُرُوعٌ: لَوْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ وَلَوْ مُلْتَصِقَيْنِ فَغُرَّتَانِ، إذْ الْوَاحِدُ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَنَانِ، فَالْبَدَنَانِ حَقِيقَةً يَلْتَزِمَانِ رَأْسَيْنِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ إلَّا رَأْسٌ فَالْمَجْمُوعُ بَدَنٌ وَاحِدٌ ـ

……

حَقِيقَةً فَلَا تَجِبُ إِلَّا غُرَّةٌ وَاحِدَةٌ. وَلَوْ أَلْقَتْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا مِنَ الْأَيْدِي أَوِ الْأَرْجُلِ أَوْ رَأْسَيْنِ وَجَبَ غُرَّةٌ فَقَدْ لِإِمْكَانِ كَوْنِهَا لِجَنِينٍ وَاحِدٍ، بَعْضُهَا أَصْلِيٌّ وَبَعْضُهَا زَائِدٌ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ أُخْبِرَ بِامْرَأَةٍ لَهَا رَأْسَانِ فَنَكَحَهَا بِمِائَةِ دِينَارٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا وَطَلَّقَهَا، وَظَاهِرٌ أَنَّهُ يَجِبُ لِلْعُضْوِ الزَّائِدِ حُكُومَةٌ. وَلَوْ أَلْقَتْ يَدًا ثُمَّ جَنِينًا مَيِّتًا بِلَا يَدٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ وَزَالَ الْأَلَمُ مِنَ الْأُمِّ فَغُرَّةٌ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْيَدَ مُبَانَةٌ مِنْهُ بِالْجِنَايَةِ، أَوْ حَيًّا فَمَاتَ مِنَ الْجِنَايَةِ فَدِيَةٌ وَدَخَلَ فِيهَا أَرْشُ الْيَدِ، فَإِنْ عَاشَ وَشَهِدَ الْقَوَابِلُ أَوْ عُلِمَ أَنَّهَا يَدُ مَنْ خُلِقَتْ فِيهِ الْحَيَاةُ فَنِصْفُ دِيَةٍ لِلْيَدِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ الْقَوَابِلُ بِذَلِكَ وَلَمْ يُعْلَمْ فَنِصْفُ غُرَّةٍ لِلْيَدِ عَمَلًا بِالْيَقِينِ، أَوْ أَلْقَتْهُ بَعْدَ الِانْدِمَالِ وَزَالَ الْأَلَمُ أُهْدِرَ الْجَنِينُ لِزَوَالِ الْأَلَمِ الْحَاصِلِ بِالْجِنَايَةِ وَوَجَبَ لِلْيَدِ الْمُلْقَاةِ قَبْلَهُ إِنْ خَرَجَ مَيِّتًا نِصْفُ غُرَّةٍ أَوْ حَيًّا وَمَاتَ أَوْ عَاشَ فَنِصْفُ دِيَةٍ إِنْ شَهِدَ الْقَوَابِلُ أَوْ عُلِمَ أَنَّهَا يَدُ مَنْ خُلِقَتْ فِيهِ الْحَيَاةُ، وَإِنِ انْفَصَلَ بَعْدَ إِلْقَاءِ الْيَدِ مَيِّتًا كَامِلَ الْأَطْرَافِ بَعْدَ الِانْدِمَالِ فَلَا شَيْءَ فِيهِ، وَفِي الْيَدِ حُكُومَةٌ كَمَا بَحَثَهُ شَيْخُنَا أَوْ قَبْلَ الِانْدِمَالِ مَيِّتًا فَغُرَّةٌ فَقَدْ لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْيَدَ الَّتِي أَلْقَتْهَا كَانَتْ زَائِدَةً لِهَذَا الْجَنِينِ وَانْمَحَقَ أَثَرُهَا، أَوْ حَيًّا وَمَاتَ فَدِيَةٌ لَا غُرَّةٌ كَمَا وَقَعَ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ، وَإِنْ عَاشَ فَحُكُومَةٌ وَتَأَخُّرُ الْيَدِ عَنِ الْجَنِينِ إِلْقَاءً كَتَقَدُّمِ لِذَلِكَ فِيمَا ذُكِرَ. **(وَكَذَا لَحْمٌ)** أَلْقَتْهُ امْرَأَةٌ بِجِنَايَةٍ عَلَيْهَا يَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ إِذَا **(قَالَ الْقَوَابِلُ)** وَهُنَّ أَهْلُ الْخِبْرَةِ **(فِيهِ صُورَةٌ خَفِيَّةٌ)** عَلَى غَيْرِهِنَّ فَلَا يَعْرِفُهَا سِوَاهُنَّ لِحَذْقِهِنَّ. فَائِدَةٌ: تَظْهَرُ الصُّورَةُ الْخَفِيَّةُ بِوَضْعِهِ فِي الْمَاءِ الْحَارِّ، وَيَكْفِي تَصَوُّرُ أُصْبُعٍ أَوْ عَيْنٍ أَوْ ظُفْرٍ أَوْ مَا بَانَ مِنْ خَلْقِ آدَمِيٍّ **(قِيلَ أَوْ لَا)** صُورَةَ أَيْ تَجِبُ الْغُرَّةُ أَيْضًا فِي إِلْقَاءِ لَحْمٍ لَا صُورَةَ فِيهِ أَصْلًا تَعْرِفُهَا الْقَوَابِلُ، وَلَكِنْ **(قُلْنَ)** إِنَّهُ **(لَوْ بَقِيَ)** ذَلِكَ اللَّحْمُ **(لَتَصَوَّرَ)** أَيْ تَخَلَّقَ كَمَا تَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ، وَالْمَذْهَبُ لَا غُرَّةَ كَمَا لَا تَصِيرُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ، وَمَرَّ إِيضَاحُ هَذَا فِي بَابِ الْعَدَدِ. تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ تَعْبِيرُهُ بِاللَّحْمِ تَصْوِيرَ الْمَسْأَلَةِ بِالْمُضْغَةِ، فَلَوْ أَلْقَتْ عَلَقَةً لَمْ يَجِبْ فِيهَا شَيْءٌ قَطْعًا كَمَا لَا تَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ. **(وَهِيَ)** أَيِ الْغُرَّةُ الْوَاجِبَةُ **(عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ)** كَمَا نَطَقَ بِهِ الْخَبَرُ، والخِيرَةُ في ذلك إلى الغارِمِ، ويُجْبَرُ -

المسْتَحِقُّ على قَبُولِها مِنْ أي نوعٍ كانت.

تَنبِيهٌ: عُلِمَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْخُنْثَى كَمَا قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِذَكَرٍ وَلَا أُنْثَى فِي الظَّاهِرِ، وَأَشَارَ لِوَصْفِ الْغُرَّةِ بِقَوْلِهِ **(مُمَيِّزٌ)** فَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْغُرَّةَ هِيَ الْخِيَارُ كَمَا مَرَّ، وَغَيْرُ الْمُمَيِّزِ لَيْسَ مِنْ الْخِيَارِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى مَنْ يَكْفُلُهُ، وَلَفْظُ الْجَنِينِ وَإِنْ كَانَ يَشْمَلُ الْمُمَيِّزَ وَغَيْرَهُ يَجُوزُ أَنْ يُسْتَنْبَطَ مِنْ النَّصِّ مَعْنًى يَخُصُّهُ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْغُرَّةِ جَبْرُ الْخَلَلِ وَلَا جَبْرَ مَعَ عَدَمِ التَّمْيِيزِ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ اعْتِبَارُ التَّمْيِيزِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إلَى السِّنِّ، حَتَّى لَوْ مَيَّزَ قَبْلَ السَّبْعِ أَجْزَأَ، وَلَيْسَ مُرَادًا: بَلْ لَا بُدَّ مِنْ هَذَا السِّنِّ كَمَا قَالَهُ الْبُلْقِينِيُّ. قَالَ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأُمِّ **(سَلِيمٌ مِنْ عَيْبِ مَبِيعٍ)** لِأَنَّ الْمَعِيبَ لَيْسَ مِنْ الْخِيَارِ، فَإِنْ قِيلَ: قَدْ اكْتَفَى فِي الْكُفَّارِ بِالْمَعِيبِ إذَا كَانَ الْعَيْبُ لَا يُخِلُّ بِالْعَمَلِ، فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْكَفَّارَةَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَالْغُرَّةُ حَقٌّ لِآدَمِيٍّ، وَحُقُوقُ الله تَعَالَى مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ، فَإِنْ رَضِيَ الْمُسْتَحِقُّ بِالْمَعِيبِ جَازَ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ كَلَامُهُ: قَبُولَ الْكَافِرِ، لَكِنْ فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ خَصِيٍّ وَخُنْثَى وَكَافِرٍ، وَجُمِعَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ مَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ مَحْمُولٌ بِقَرِينَةِ مَا مَرَّ فِي الْبَيْعِ عَلَى كَافِرٍ بِبَلَدٍ تَقِلُّ فِيهِ الرَّغْبَةُ أَوْ عَلَى مُرْتَدٍّ أَوْ كَافِرَةٍ يَمْتَنِعُ وَطْؤُهَا لِتَمَجُّسٍ وَنَحْوِهِ، وَمَا هُنَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، وَأَفْهَمَ امْتِنَاعُ الْحَامِلِ لِجَزْمِهِمْ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ بِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي الْجَوَارِي، وَبِهِ صَرَّحَ صَاحِبُ الْمُعْتَمَدِ، فَقَالَ: لَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ حَامِلٍ وَلَا مَوْطُوءَةٍ لَمْ يَتَحَقَّقْ عَدَمُ حَمْلِهَا، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ عَدَمِ قَبُولِ الْمَوْطُوءَةِ الَّتِي لَمْ يَتَحَقَّقْ عَدَمُ حَمْلِهَا مَمْنُوعٌ، فَقَدْ قَالَ فِي الْبَحْرِ بِقَبُولِهَا هُنَا بِخِلَافِ الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ الدَّوَابِّ الْحَمْلُ بِخِلَافِ بَنَاتِ آدَمَ **(وَالْأَصَحُّ قَبُولُ)** رَقِيقٍ **(كَبِيرٍ)** مِنْ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ **(لَمْ يَعْجِزْ بِهَرَمٍ)** لِأَنَّهُ مِنْ الْخِيَارِ مَا لَمْ تَنْقُصْ مَنَافِعُهُ، وَالثَّانِي لَا يُقْبَلُ بَعْدَ عِشْرِينَ سَنَةٍ عَبْدًا كَانَ أَوْ أَمَةً؛ لِأَنَّ ثَمَنَهُ يَنْقُصُ حِينَئِذٍ، وَالثَّالِثُ لَا يُقْبَلُ بَعْدَهَا فِي الْأَمَةِ وَبَعْدَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فِي الْعَبْدِ، وَضَعُفَ الْوَجْهَانِ بِأَنَّ نُقْصَانَ الثَّمَنِ يُقَابِلُهُ زِيَادَةُ الْمَنْفَعَةِ. أَمَّا الْعَاجِزُ بِالْهَرَمِ فَلَا -

……

يُقْبَلُ لِعَدَمِ اسْتِقْلَالِهِ وَضَبْطُهُ سُلَيْمٌ فِي الْمُجَرَّدِ بِأَنْ يَبْلُغَ إلَى حَدٍّ يَصِيرُ فِي مَعْنَى الطِّفْلِ الَّذِي لَا يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ **(وَيُشْتَرَطُ)** فِي الْغُرَّةِ **(بُلُوغُهَا)** فِي الْقِيمَةِ **(نِصْفَ عُشْرِ دِيَةٍ)** مِنْ الْأَبِ الْمُسْلِمِ وَهُوَ عُشْرُ دِيَةِ الْأُمِّ الْمُسْلِمَةِ، فَفِي الْحُرِّ الْمُسْلِمِ رَقِيقٌ قِيمَتُهُ خَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمْ. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَلَمْ يُخَالِفْهُمْ فِيهِ أَحَدٌ فَكَانَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّهَا دِيَةٌ فَكَانَتْ مُقَدَّرَةً كَسَائِرِ الدِّيَاتِ، وَلِأَنَّ الْجَنِينَ عَلَى أَقَلِّ أَحْوَالِ الْإِنْسَانِ، فَاعْتُبِرَ فِيهِ أَقَلُّ مَا قَدَّرَهُ الشَّرْعُ مِنْ الدِّيَاتِ وَهُوَ دِيَةُ الْمُوضِحَةِ وَالسِّنِّ. **(فَإِنْ فُقِدَتْ)** تِلْكَ الْغُرَّةُ حِسًّا بِأَنْ لَمْ تُوجَدْ، أَوْ شَرْعًا بِأَنْ وُجِدَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهَا **(فَخَمْسَةُ أَبْعِرَةٍ)** بَدَلًا عَنْهَا؛ لِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِهَا عِنْدَ وُجُودِهَا فَعِنْدَ عَدَمِهَا يُؤْخَذُ مَا كَانَتْ مُقَدَّرَةً بِهِ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ هِيَ الْأَصْلُ فِي الدِّيَاتِ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ إلَيْهَا عِنْدَ فَقْدِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فُقِدَتْ الْإِبِلُ وَجَبَ قِيمَتُهَا كَمَا فِي فَقْدِ إبِلِ الدِّيَةِ، فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهَا وَجَبَتْ قِيمَتُهُ مَعَ الْمَوْجُودِ **(وَقِيلَ لَا يُشْتَرَطُ)** بُلُوغُهَا مَا ذُكِرَ: بَلْ مَتَى وُجِدَتْ سَلِيمَةً مُمَيِّزَةً وَجَبَ قَبُولُهَا وَإِنْ قَلَّتْ قِيمَتُهَا لِإِطْلَاقِ لَفْظِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ فِي الْخَبَرِ، وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ الْمُعَبَّرِ عَنْهُ فِي الرَّوْضَةِ بِالْقَوْلِ **(فَلِلْفَقْدِ قِيمَتُهَا)** أَيْ الْغُرَّةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ كَمَا لَوْ غَصَبَ عَبْدًا فَمَاتَ.

تَنْبِيهٌ: الِاعْتِيَاضُ عَنْ الْغُرَّةِ لَا يَصِحُّ كَالِاعْتِيَاضِ عَنْ الدِّيَةِ. **(وَهِيَ)** أَيْ الْغُرَّةُ **(لِوَرَثَةِ الْجَنِينِ)** عَلَى فَرَائِضِ الله تَعَالَى لِأَنَّهَا دِيَةُ نَفْسٍ، وَيُقَدَّرُ انْفِصَالُهُ حَيًّا ثُمَّ مَوْتِهِ. **(وَ)** هِيَ أَيْ وَاجِبَةٌ **(عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي)** لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ الْمَارِّ **(وَقِيلَ إنْ تَعَمَّدَ)** الْجِنَايَةَ بِأَنْ قَصَدَهَا بِمَا يُلْقِي غَالِبًا **(فَعَلَيْهِ)** وَهَذَا قَدْ يُفْهِمُ أَنَّ الْجِنَايَةَ قَدْ تَكُونُ عَمْدًا مَحْضًا، وَمَعَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَيْسَ مُرَادًا بَلْ الْخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى تَصَوُّرِ الْعَمْدِ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى الْجَنِينِ وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَإِنَّمَا يَكُونُ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، سَوَاءٌ أَكَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى أُمِّهِ خَطَأً أَوْ عَمْدًا أَمْ شِبْهَ عَمْدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودُهُ وَحَيَاتُهُ حَتَّى يَقْصِدَ: بَلْ قِيلَ: إنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ فِيهِ شِبْهُ الْعَمْدِ أَيْضًا وَهُوَ قَوِيٌّ وَلَكِنَّ الْمَنْقُولَ خِلَافُهُ؛ لِأَنَّ حَدَّ شِبْهِ الْعَمْدِ

لَا يَنْطَبِقُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَصْدُ الشَّخْصِ كَالْعَمْدِ، وَمِنْ هَذَا يُؤْخَذُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْجَنِينِ إذَا خَرَجَ حَيًّا وَمَاتَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ إنَّمَا يَجِبُ فِي الْعَمْدِ، وَلَا يُتَصَوَّرُ الْعَمْدُ فِيهِ.

تَنْبِيهٌ: يُغَلَّظُ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ فَيُؤْخَذُ عِنْدَ فَقْدِ الْغُرَّةِ حِقَّةٌ وَنِصْفٌ وَجَذَعَةٌ وَنِصْفٌ وَخِلْفَتَانِ. قَالَ الرُّويَانِيُّ وَغَيْرُهُ: وَيَنْبَغِي أَنْ يُغَلَّظَ فِي الْغُرَّةِ أَيْضًا بِأَنْ تَبْلُغَ قِيمَتُهَا نِصْفَ عُشْرِ الدِّيَةِ الْمُغَلَّظَةِ وَاسْتَحْسَنَاهُ، وَاقْتِصَارُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ يَقْتَضِي تَحَمُّلَ عَصَبَاتِهِ مِنْ النَّسَبِ، ثُمَّ الْوَلَاءِ، ثُمَّ بَيْتِ الْمَالِ عَلَى مَا مَرَّ، وَبِهِ صَرَّحَ الْإِمَامُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْتُ الْمَالِ ضُرِبَتْ عَلَى الْجَانِي، فَإِنْ لَمْ تَفِ الْعَاقِلَةُ بِالْوَاجِبِ وَجَبَ عَلَى الْجَانِي الْبَاقِي.

ثُمَّ شَرَعَ فِي حُكْمِ الْجَنِينِ الْكَافِرِ، فَقَالَ (**وَالْجَنِينُ الْيَهُودِيُّ أَوْ النَّصْرَانِيُّ**) بِالتَّبَعِ لِأَبَوَيْهِ (**قِيلَ كَمُسْلِمٍ**) فِي الْغُرَّةِ (**وَقِيلَ**) هُوَ (**هَدَرٌ**) وَهَذَانِ الْقَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ الْغُرَّةَ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ بِالْقِيمَةِ (**وَالْأَصَحُّ**) الْمَنْصُوصُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْغُرَّةَ مُقَدَّرَةٌ بِنِصْفِ عُشْرِ دِيَةِ الْأَبِ فِي الْجَنِينِ الْمَذْكُورِ (**غُرَّةٌ كَثُلُثِ غُرَّةِ مُسْلِمٍ**) كَمَا فِي دِيَتِهِ وَهُوَ بَعِيرٌ وَثُلُثَا بَعِيرٍ، وَفِي الْجَنِينِ الْمَجُوسِيِّ ثُلُثُ خُمُسِ غُرَّةِ مُسْلِمٍ كَمَا فِي دِيَتِهِ وَهُوَ ثُلُثُ بَعِيرٍ، وَأَمَّا الْجَنِينُ الْحَرْبِيُّ وَالْجَنِينُ الْمُرْتَدُّ بِالتَّبَعِ لِأَبَوَيْهِمَا فَمُهْدَرَانِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي حُكْمِ الْجَنِينِ الرَّقِيقِ، فَقَالَ (**وَ**) الْجَنِينُ (**الرَّقِيقُ**) ذَكَرًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ فِيهِ (**عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ**) قِنَّةً كَانَتْ أَوْ مُدَبَّرَةً أَوْ مُكَاتَبَةً أَوْ مُسْتَوْلَدَةً قِيَاسًا عَلَى الْجَنِينِ الْحُرِّ، فَإِنَّ الْغُرَّةَ فِي الْجَنِينِ مُعْتَبَرَةٌ بِعُشْرِ مَا تَضْمَنُ بِهِ الْأُمُّ، وَإِنَّمَا لَمْ يَعْتَبِرُوا قِيمَتَهُ فِي نَفْسِهِ لِعَدَمِ ثُبُوتِ اسْتِقْلَالِهِ بِانْفِصَالِهِ مَيِّتًا، وَاسْتُثْنِيَ مَا إذَا كَانَتْ الْأَمَةُ هِيَ الْجَانِيَةَ عَلَى نَفْسِهَا فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ فِي جَنِينِهَا الْمَمْلُوكِ لِلسَّيِّدِ شَيْءٌ، إذْ لَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ عَلَى رَقِيقِهِ شَيْءٌ، وَخَرَجَ بِالرَّقِيقِ الْمُبَعَّضُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْحُرِّ، قَالَهُ الْمَحَامِلِيُّ فِي اللُّبَابِ، وَيَنْبَغِي أَنْ تُوَزَّعَ الْغُرَّةُ عَلَى الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأُمِّ (**يَوْمَ الْجِنَايَةِ**) عَلَيْهَا لِأَنَّهُ وَقْتُ الْوُجُوبِ (**وَقِيلَ**) يَوْمَ (**الْإِجْهَاضِ**) لِلْجَنِينِ لِأَنَّهُ وَقْتُ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ.

……

تَنْبِيهٌ: إطْلَاقُهُ اعْتِبَارَ يَوْمِ الْجِنَايَةِ يَقْتَضِي أَنَّهُ سَوَاءٌ كَانَتْ الْقِيمَةُ فِيهِ أَكْثَرَ مِنْ وَقْتِ الْإِجْهَاضِ أَمْ أَقَلَّ. وَبِهِ صَرَّحَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ وَغَيْرُهُ، لَكِنَّ الصَّحِيحَ الْمَنْصُوصَ كَمَا فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ أَنَّا نَعْتَبِرُ قِيمَتَهَا أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ الْجِنَايَةِ إلَى الْإِجْهَاضِ، هَذَا كُلُّهُ إذَا انْفَصَلَ مَيِّتًا كَمَا عُلِمَ مِنْ التَّعْلِيلِ السَّابِقِ، فَإِنْ انْفَصَلَ حَيًّا وَمَاتَ مِنْ أَثَرِ الْجِنَايَةِ فَإِنَّ فِيهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ الِانْفِصَالِ قَطْعًا وَإِنْ نَقَصَتْ عَنْ عُشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ كَمَا نَقَلَهُ فِي الْبَحْرِ عَنْ النَّصِّ، وَيُصْرَفُ مَا ذُكِرَ فِي الرَّقِيقِ **(لِسَيِّدِهَا)** أَيْ أُمِّ الْجَنِينِ، وَعِبَارَةُ الْمُحَرَّرِ وَالشَّرْحِ لِلسَّيِّدِ أَيْ سَيِّدِ الْجَنِينِ، وَهِيَ أَوْلَى لِأَنَّ الْجَنِينَ قَدْ يَكُونُ لِشَخْصٍ وَصَّى لَهُ بِهِ وَتَكُونُ الْأُمُّ لِآخَرَ فَالْبَدَلُ لِسَيِّدِهِ لَا لِسَيِّدِهَا، وَقَدْ يُعْتَذَرُ عَنْ الْمُصَنِّفِ بِأَنَّهُ جَرَى عَلَى الْغَالِبِ مِنْ أَنَّ الْحَمْلَ الْمَمْلُوكَ لِسَيِّدِ الْأُمِّ **(فَإِنْ كَانَتْ)** تِلْكَ الْأُمُّ **(مَقْطُوعَةً)** أَطْرَافُهَا **(وَالْجَنِينُ سَلِيمٌ)** أَطْرَافُهُ **(قُوِّمَتْ)** بِتَقْدِيرِهَا **(سَلِيمَةً فِي الْأَصَحِّ)** لِسَلَامَتِهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ كَافِرَةً وَالْجَنِينُ مُسْلِمٌ فَإِنَّهُ يُقَدَّرُ فِيهَا الْإِسْلَامُ وَتُقَوَّمُ مُسْلِمَةً، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَالْجَنِينُ رَقِيقٌ فَإِنَّهَا تُقَدَّرُ رَقِيقَةً. وَصُورَتُهُ أَنْ تَكُونَ الْأَمَةُ لِشَخْصٍ وَالْجَنِينُ لِآخَرَ بِوَصِيَّةٍ فَيُعْتِقُهَا مَالِكُهَا، وَالثَّانِي لَا تُقَدَّرُ سَلِيمَةً لِأَنَّ نُقْصَانَ الْأَعْضَاءِ أَمْرٌ خِلْقِيٌّ، وَفِي تَقْدِيرِ خِلَافِهِ بُعْدٌ.

تَنْبِيهٌ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ قَدْ يُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْجَنِينُ مَقْطُوعًا وَالْأُمُّ سَلِيمَةً قُوِّمَتْ الْأُمُّ مَقْطُوعَةً، وَلَيْسَ مُرَادًا بَلْ تُقَوَّمُ سَلِيمَةً أَيْضًا فِي الْأَصَحِّ لِأَنَّ نُقْصَانَ الْجَنِينِ قَدْ يَكُونُ مِنْ أَثَرِ الْجِنَايَةِ، وَاللَّائِقُ التَّغْلِيظُ عَلَى الْجَانِي لَا التَّخْفِيفُ، فَلَوْ قَالَ: وَعَكْسُهُ لَشَمِلَ هَذِهِ الصُّورَةَ **(وَتَحْمِلُهُ)** أَيْ الْعُشْرَ الْمَذْكُورَ **(الْعَاقِلَةُ)** أَيْ عَاقِلَةُ الْجَانِي **(فِي الْأَظْهَرِ)** لِمَا مَرَّ فِي الْغُرَّةِ، وَهَذَا قَدْ عُلِمَ مِنْ قَوْلِهِ سَابِقًا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي مِنْ هَذَا الْبَابِ: وَتَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ الْعَبْدَ فِي الْأَظْهَرِ.

تَتِمَّةٌ: سَقَطَ جَنِينٌ مَيِّتًا فَادَّعَى وَارِثُهُ عَلَى إنْسَانٍ أَنَّهُ سَقَطَ بِجِنَايَتِهِ فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ، وَلَا يُقْبَلُ إلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، فَإِنْ أَقَرَّ بِالْجِنَايَةِ وَأَنْكَرَ الْإِسْقَاطَ وَقَالَ السِّقْطُ مُلْتَقَطٌ فَهُوَ الْمُصَدَّقُ أَيْضًا وَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ، -

وَيُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ لِأَنَّ الْإِسْقَاطَ وِلَادَةٌ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْجِنَايَةِ وَالْإِسْقَاطِ وَأَنْكَرَ كَوْنَ الْإِسْقَاطِ بِسَبَبِ جِنَايَةٍ نُظِرَ إنْ أَسْقَطَتْ عَقِبَ الْجِنَايَةِ فَهِيَ الْمُصَدَّقَةُ بِالْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، وَإِنْ أَسْقَطَتْ بَعْدَ مُدَّةٍ مِنْ وَقْتِ الْجِنَايَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ إلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ أَنَّهَا لَمْ تَزَلْ مُتَأَلِّمَةً حَتَّى أَسْقَطَتْ، وَلَا يُقْبَلُ هُنَا إلَّا رَجُلَانِ، وَضَبَطَ الْمُتَوَلِّي الْمُدَّةَ الْمُتَخَلِّلَةَ بِمَا يَزُولُ فِيهَا أَلَمُ الْجِنَايَةِ وَأَثَرُهَا غَالِبًا، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى سُقُوطِهِ بِجِنَايَةٍ وَقَالَ الْجَانِي: سَقَطَ مَيِّتًا فَالْوَاجِبُ الْغُرَّةُ وَقَالَ الْوَارِثُ: بَلْ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَالْوَاجِبُ الدِّيَةُ، فَعَلَى الْوَارِثِ الْبَيِّنَةُ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنْ اسْتِهْلَالٍ وَغَيْرِهِ، وَيُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِهْلَالَ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَالِبًا إلَّا النِّسَاءُ، وَلَوْ أَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً بِمَا يَدَّعِيهِ فَبَيِّنَةُ الْوَارِثِ أَوْلَى لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ.

[فَصْلٌ] فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ الَّتِي هِيَ مِنْ مُوجِبَاتِهِ **(يَجِبُ بِالْقَتْلِ)** عَمْدًا كَانَ أَوْ شِبْهَهُ أَوْ خَطَأً كَمَا سَيَأْتِي **(كَفَّارَةٌ)** لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ وقَوْله تَعَالَى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وَخَبَرِ وَاثِلَةَ بْنِ الْأَسْقَعِ قَالَ «أَتَيْنَا النَّبِيَّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي صَاحِبٍ لَنَا قَدْ اسْتَوْجَبَ النَّارَ بِالْقَتْلِ، فَقَالَ: أَعْتِقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقْ الله بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْهُ مِنْ النَّارِ» رَوَاهُ أَبُو دَاوُد، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَغَيْرُهُ.

وَخَرَجَ بِالْقَتْلِ الْأَطْرَافُ وَالْجُرُوحُ فَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا لِعَدَمِ وُرُودِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ تَكْلِيفٌ، بَلْ تَجِبُ **(وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا)** لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ مِنْ بَابِ الضَّمَانِ فَتَجِبُ فِي مَالِهِمَا فَيُعْتِقُ الْوَلِيُّ عَنْهُمَا مِنْ مَالِهِمَا وَلَا يَصُومُ عَنْهُمَا بِحَالٍ، فَإِنْ صَامَ الصَّبِيُّ الْمُمَيِّزُ أَجْزَأَهُ، وَأَلْحَقَ الشَّيْخَانِ بِهِ الْمَجْنُونَ فِي هَذَا، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ صَوْمَهُ لَا يَبْطُلُ بِطَرَيَانِ جُنُونِهِ، وَإِلَّا لَمْ تُتَصَوَّرْ الْمَسْأَلَةُ، وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَلِيُّ عَنْهُمَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ أَبًا أَوْ جَدًّا جَازَ وَكَأَنَّهُ مَلَكَهَا ثُمَّ نَابَ عَنْهُمَا فِي الْإِعْتَاقِ، وَإِنْ كَانَ قَيِّمًا أَوْ وَصِيًّا لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَقْبَلَ الْقَاضِي لَهُمَا التَّمْلِيكَ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا هُنَا عَنْ الْبَغَوِيِّ، وَقَالَا فِي -

……

بَابِ الصَّدَاقِ: لَوْ لَزِمَ الصَّبِيَّ كَفَّارَةُ قَتْلٍ لَمْ يَجُزْ لِوَلِيِّهِ أَنْ يُعْتِقَ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ وَلَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ دُخُولَهُ فِي مِلْكِهِ وَإِعْتَاقَهُ عَنْهُ، وَلَا يَجُوزُ إِعْتَاقُ عَبْدِ الطِّفْلِ، وَكَلَامُ الْمُتَوَلِّي يَقْتَضِي أَنَّ الْمُرَادَ عِتْقُ التَّبَرُّعِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا مُخَالَفَةَ بَيْنَ كَلَامَيِ الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا.

تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الْمُصَنِّفُ كَالرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَنْ حُكْمِ السَّفِيهِ، وَذَكَرَا فِي بَابِ الْحَجْرِ أَنَّهُ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ لَا يُكَفِّرُ بِالْعِتْقِ بَلْ بِالصَّوْمِ كَالْعَبْدِ، وَقَدْ يُوهِمُ أَنَّ غَيْرَهَا مِنَ الْكَفَّارَاتِ كَذَلِكَ، لَكِنْ صَرَّحَ الصَّيْمَرِيُّ بِوُجُوبِ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ فِي مَالِهِ، وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ أَيْضًا، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِهَا الْحُرِّيَّةُ، بَلْ تَجِبُ (وَ) إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ **(عَبْدًا)** كَمَا يَتَعَلَّقُ بِقَتْلِهِ الْقِصَاصُ وَالضَّمَانُ، لَكِنْ يُكَفِّرُ بِالصَّوْمِ لِعَدَمِ مِلْكِهِ **(وَذِمِّيًّا)** لِالْتِزَامِهِ الْأَحْكَامَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقْتُلَ مُسْلِمًا، وَقُلْنَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُ أَوَّلًا **(أَوْ ذِمِّيًّا)** وَيُتَصَوَّرُ إِعْتَاقُهُ عَبْدًا مُسْلِمًا فِي صُوَرٍ: مِنْهَا أَنْ يُسْلِمَ فِي مِلْكِهِ أَوْ يَرِثَهُ أَوْ يَقُولَ لِمُسْلِمٍ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنْ كَفَّارَتِي فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَتَيَسَّرْ لَهُ إِعْتَاقُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ قَالَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ: لَا يُكَفِّرُ بِالصَّوْمِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِهَا الْخَطَأُ بَلْ تَجِبُ (وَ) إِنْ كَانَ الْقَاتِلُ **(عَامِدًا)** لِحَدِيثِ وَاثِلَةَ الْمَارِّ أَوَّلَ الْفَصْلِ، فَإِنَّ فِيهِ فِي صَاحِبٍ لَنَا اسْتَوْجَبَ النَّارَ، وَلَا يَسْتَوْجِبُ النَّارَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لِلْجَبْرِ وَالْعَامِدُ أَحْوَجُ إِلَيْهَا، وَمِثْلُهُ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَلَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ: عَامِدًا أَوْ لَا دَخَلَ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَاخْتَارَ ابْنُ الْمُنْذِرِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ فِي الْعَمْدِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ لِأَنَّهَا عُقُوبَةٌ لَا يَدْخُلُهَا قِيَاسٌ (وَ) أَمَّا إِذَا كَانَ **(مُخْطِئًا)** فَبِالْإِجْمَاعِ، وَلِلْآيَةِ السَّابِقَةِ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ إِطْلَاقِهِ أَنَّ مَنْ قَتَلَ شَخْصًا بِإِذْنِهِ تَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ، وَهُوَ الْأَصَحُّ وَإِنِ اقْتَضَى كَلَامُهُ فِي بَابِ الْقِصَاصِ عَدَمَ الْوُجُوبِ لِقَوْلِهِ: هَدَرٌ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ إِطْلَاقِهِ الْجَلَّادُ الْقَاتِلُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ إِذَا جَرَى عَلَى يَدِهِ قَتْلٌ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ وَهُوَ جَاهِلٌ بِهِ فَإِنَّهُ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا فِي مَسْأَلَةِ الِاسْتِيفَاءِ مِنْ -

الْحَائِلِ؛ لِأَنَّهُ سَيْفُ الْإِمَامِ وَآلَةُ سِيَاسَتِهِ (وَ) لَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِهَا الْمُبَاشَرَةُ بَلْ تَجِبُ، وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ (مُتَسَبِّبًا) كَالْمُكْرِهِ وَالْآمِرِ بِهِ لِمَنْ لَا يُمَيِّزُ وَشَاهِدِ الزُّورِ، وَحَافِرِ بِئْرٍ عُدْوَانًا وَلَوْ حَصَلَ التَّرَدِّي بَعْدَ مَوْتِ الْحَافِرِ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْقَاتِلِ يَشْمَلُ الْأَمْرَيْنِ فَشَمِلَتْهُمَا الْآيَةُ، وَبِالْقِيَاسِ عَلَى وُجُوبِ الدِّيَةِ.

تَنْبِيهٌ: الشَّرْطُ كَالسَّبَبِ وَإِنْ حُمِلَ قَوْلُهُ: مُتَسَبِّبًا عَلَى الْأَعَمِّ دَخَلَ الشَّرْطُ فِي عِبَارَتِهِ، وَتَقَدَّمَ أَوَائِلَ كِتَابِ الْجِرَاحِ الْفَرْقُ بَيْنَ الشَّرْطِ وَالسَّبَبِ وَالْمُبَاشَرَةِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الْكَفَّارَةُ عَلَى مَنْ ذُكِرَ (بِقَتْلِ مُسْلِمٍ وَلَوْ) كَانَ (بِدَارِ حَرْبٍ) وَإِنْ لَمْ يَجِبْ فِيهِ الْقِصَاصُ، وَلَا الدِّيَةُ لِلْآيَةِ الثَّانِيَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ فَقَدْ مَرَّ فِيهَا أَنَّ «مِنْ قَوْمٍ» بِمَعْنَى فِي قَوْمٍ كَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ تَبَعًا لِابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمْ، وَلِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ لَا تُهْدِرُ دَمَهُ، وَسَبَبُ الْعِصْمَةِ وَهُوَ الْإِسْلَامُ قَائِمٌ، وَسَوَاءٌ ظَنَّ كُفْرَهُ أَوْ تَتَرَّسَ بِهِ الْعَدُوُّ أَمْ لَا (وَ) بِقَتْلِ (ذِمِّيٍّ) وَمُسْتَأْمِنٍ لِلْآيَةِ الْأَخِيرَةِ، فَإِنَّ الذِّمَّةَ وَالْعَهْدَ مِنَ الْمَوَاثِيقِ (وَ) بِقَتْلِ (جَنِينٍ) مَضْمُونٍ بِالْغُرَّةِ أَوْ غَيْرِهَا لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ مَعْصُومٌ، وَبِذَلِكَ قَضَى عُمَرُ رَضِيَ الله عَنْهُ (وَ) بِقَتْلِ (عَبْدِ نَفْسِهِ) لِعُمُومِ الْآيَةِ وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ لَا تَجِبُ فِيهَا عَلَيْهِ لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ لَوَجَبَتْ لَهُ، بِخِلَافِ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا حَقُّ الله تَعَالَى، وَإِذَا وَجَبَتْ فِي عَبْدِ نَفْسِهِ فَفِي عَبْدِ غَيْرِهِ أَوْلَى (وَ) بِقَتْلِ (نَفْسِهِ) لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً فَتَجِبُ فِيهِ كَفَّارَةٌ لِحَقِّ الله تَعَالَى فَتَخْرُجُ مِنْ تَرِكَتِهِ. أَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ نَفْسُهُ مَعْصُومَةً بِأَنْ كَانَتْ مُهْدَرَةً فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ أَنْ لَا تَجِبَ الْكَفَّارَةُ (وَفِي) قَتْلِ (نَفْسِهِ وَجْهٌ) أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهَا الْكَفَّارَةُ كَمَا لَا يَجِبُ ضَمَانُهَا بِالْمَالِ. وَ(لَا) تَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِقَتْلِ (امْرَأَةٍ، وَ) لَا بِقَتْلِ (صَبِيٍّ حَرْبِيَّيْنِ) وَإِنْ كَانَ يَحْرُمُ قَتْلُهُمَا لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ قَتْلِهِمَا لَيْسَ لِحُرْمَتِهِمَا بَلْ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ لِئَلَّا يَفُوتَهُمُ الِارْتِفَاقُ بِهِمَا (وَ) لَا بِقَتْلِ مُبَاحِ الدَّمِ كَقَتْلِ (بَاغٍ وَصَائِلٍ) لِأَنَّهُمَا لَا يَضْمَنَانِ فَأَشْبَهَ الْحَرْبِيَّ وَمُرْتَدٌّ وَزَانٍ: مُحْصَنٍ بِالنِّسْبَةِ لِغَيْرِ الْمُسَاوِي وَحَرْبِيٌّ وَلَوْ قَتَلَهُ مِثْلُهُ (وَمُقْتَصٍّ مِنْهُ) بِقَتْلِ الْمُسْتَحِقِّ لَهُ لِأَنَّهُ مُبَاحُ الدَّمِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ قَتَلَهُ الْمُسْتَحِقُّ لِبَعْضِهِ كَأَنْ انْفَرَدَ بَعْضُ الْأَوْلَادِ بِقَتْلِ قَاتِلِ أَبِيهِمْ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، قَالَهُ الْمُتَوَلِّي خِلَافًا لِابْنِ الرِّفْعَةِ. وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: إنَّهُ الْمُتَّجِهُ، وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ كَلَامَ الْمُتَوَلِّي عِنْدَ إذْنِ الْبَاقِينَ، وَكَلَامَ ابْنِ الرِّفْعَةِ عِنْدَ عَدَمِهِ، فَإِنْ قَتَلَهُ مَنْ لَا اسْتِحْقَاقَ لَهُ فِي قَتْلِهِ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ .**(وَعَلَى كُلٍّ مِنَ الشُّرَكَاءِ)** فِي الْقَتْلِ **(كَفَّارَةٌ فِي الْأَصَحِّ)** الْمَنْصُوصِ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِالْقَتْلِ فَلَا يَتَبَعَّضُ كَالْقِصَاصِ. فَإِنْ قِيلَ هَلَّا تَبَعَّضَتْ كَالدِّيَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الدِّيَةَ بَدَلٌ عَنْ النَّفْسِ، وَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَالْكَفَّارَةُ لِتَكْفِيرِ الْقَتْلِ، وَكُلُّ وَاحِدَةٍ قَاتِلٌ، وَلِأَنَّ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ، وَالْعِبَادَةُ الْوَاجِبَةُ عَلَى الْجَمَاعَةِ لَا تَتَبَعَّضُ، وَالثَّانِي عَلَى الْجَمِيعِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ كَقَتْلِ الصَّيْدِ .**(وَهِيَ)** أَيْ كَفَّارَةُ الْقَتْلِ **(كَظِهَارٍ)** أَيْ كَصِفَةِ كَفَّارَتِهِ فِي التَّرْتِيبِ فَيُعْتِقُ أَوَّلًا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لِلْآيَةِ **(لَكِنْ لَا إطْعَامَ)** فِيهَا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ الصَّوْمِ **(فِي الْأَظْهَرِ)** اقْتِصَارًا عَلَى الْوَارِدِ فِيهَا، إذْ الْمُتَّبَعُ فِي الْكَفَّارَاتِ النَّصُّ لَا الْقِيَاسُ، وَلَمْ يَذْكُرْ الله تَعَالَى فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ غَيْرَ الْعِتْقِ وَالصِّيَامِ. فَإِنْ قِيلَ: لِمَ لَا يُحْمَلُ الْمُطْلَقُ عَلَى الْمُقَيَّدِ فِي الظِّهَارِ كَمَا فَعَلُوا فِي قَيْدِ الْأَيْمَانِ حَيْثُ اُعْتُبِرُوهُ ثَمَّ حَمْلًا عَلَى الْمُقَيَّدِ هُنَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَاكَ إلْحَاقٌ فِي وَصْفٍ، وَهَذَا إلْحَاقٌ فِي أَصْلٍ، وَأَحَدُ الْأَصْلَيْنِ لَا يُلْحَقُ بِالْآخَرِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْيَدَ الْمُطْلَقَةَ فِي التَّيَمُّمِ حُمِلَتْ عَلَى الْمُقَيَّدَةِ بِالْمَرَافِقِ فِي الْوُضُوءِ، وَلَمْ يُحْمَلْ إهْمَالُ الرَّأْسِ وَالرِّجْلَيْنِ فِي التَّيَمُّمِ عَلَى ذِكْرِهِمَا فِي الْوُضُوءِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ الصَّوْمِ أُطْعَمَ مِنْ تَرِكَتِهِ كَفَائِتِ صَوْمِ رَمَضَانَ، وَالثَّانِي يُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا كَالظِّهَارِ.

تَنْبِيهٌ: الْقَوْلُ فِي صِفَةِ الرَّقَبَةِ وَالصِّيَامِ وَالْإِطْعَامِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ عَلَى مَا سَبَقَ فِي كِتَابِ الْكَفَّارَةِ.

خَاتِمَةٌ: لَا كَفَّارَةَ عَلَى مَنْ أَصَابَ غَيْرَهُ بِالْعَيْنِ وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِهَا وَإِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ حَقًّا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُفْضِي إلَى الْقَتْلِ غَالِبًا ، وَلَا يُعَدُّ مُهْلِكًا كَمَا سَيَأْتِي إنْ شَاءَ الله تَعَالَى فِي الْبَابِ الَّذِي يَلِي هَذَا.

كِتَابُ دَعْوَى الدَّمِ وَالْقَسَامَةِ

قال المصنف: يُشْتَرَطُ أَنْ يُفَصِّلَ مَا يَدَّعِيهِ مِنْ عَمْدٍ وَخَطَإٍ وَانْفِرَادٍ وَشِرْكَةٍ، فَإِنْ أَطْلَقَ اسْتَفْصَلَهُ الْقَاضِي وَقِيلَ يُعْرِضُ عَنْهُ وَأَنْ يُعَيِّنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ قَالَ قَتَلَهُ أَحَدُهُمْ لَا يُحَلِّفُهُمْ الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى غَصْبٍ وَسَرِقَةٍ وَإِتْلَافٍ، وَإِنَّمَا تُسْمَعُ مِنْ مُكَلَّفٍ مُلْتَزِمٍ عَلَى مِثْلِهِ، وَلَوْ ادَّعَى انْفِرَادَهُ بِالْقَتْلِ ثُمَّ ادَّعَى عَلَى آخَرَ لَمْ تُسْمَعْ الثَّانِيَةُ، أَوْ عَمْدًا وَوَصَفَهُ بِغَيْرِهِ، لَمْ يَبْطُلْ أَصْلُ الدَّعْوَى فِي الْأَظْهَرِ.

وَتَثْبُتُ الْقَسَامَةُ، فِي الْقَتْلِ بِمَحَلِّ لَوْثٍ، وَهُوَ قَرِينَةٌ لِصِدْقِ الْمُدَّعِي بِأَنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ أَوْ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لِأَعْدَائِهِ، أَوْ تَفَرَّقَ عَنْهُ جَمْعٌ، وَلَوْ تَقَابَلَ صَفَّانِ لِقِتَالٍ وَانْكَشَفُوا عَنْ قَتِيلٍ، فَإِنْ الْتَحَمَ قِتَالٌ فَلَوْثٌ فِي حَقِّ الصَّفِّ الْآخَرِ، وَإِلَّا فَفِي حَقِّ صَفِّهِ. وَشَهَادَةُ الْعَدْلِ لَوْثٌ. وَكَذَا عَبِيدٌ أَوْ نِسَاءٌ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ تَفَرُّقُهُمْ، وَقَوْلُ فَسَقَةٍ وَصِبْيَانٍ وَكُفَّارٍ لَوْثٌ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ ظَهَرَ لَوْثٌ فَقَالَ أَحَدُ ابْنَيْهِ: قَتَلَهُ فُلَانٌ وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ بَطَلَ اللَّوْثُ، وَفِي قَوْلٍ لَا وَقِيلَ لَا يَبْطُلُ بِتَكْذِيبِ فَاسِقٍ، وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ زَيْدٌ وَمَجْهُولٌ، وَقَالَ الْآخَرُ عَمْرٌو وَمَجْهُولٌ حَلَفَ كُلٌّ عَلَى مَنْ عَيَّنَهُ وَلَهُ رُبُعُ الدِّيَةِ، وَلَوْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ اللَّوْثَ فِي حَقِّهِ فَقَالَ لَمْ أَكُنْ مَعَ الْمُتَفَرِّقِينَ عَنْهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ ظَهَرَ لَوْثٌ بِأَصْلِ قَتْلٍ دُونَ عَمْدٍ وَخَطَإٍ فَلَا قَسَامَةَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يُقْسَمُ فِي طَرَفٍ وَإِتْلَافِ مَالٍ إِلَّا فِي عَبْدٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَهِيَ أَنْ يَحْلِفَ الْمُدَّعِي عَلَى قَتْلٍ ادَّعَاهُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَلَا يُشْتَرَطُ مُوَالَاتُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ تَخَلَّلَهَا جُنُونٌ أَوْ إِغْمَاءٌ بَنَى، وَلَوْ مَاتَ لَمْ يَبْنِ وَارِثُهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ كَانَ لِلْقَتِيلِ وَرَثَةٌ وُزِّعَتْ بِحَسَبِ الْإِرْثِ، وَجُبِرَ الْمُنْكَسِرُ، وَفِي قَوْلٍ يَحْلِفُ كُلٌّ خَمْسِينَ، وَلَوْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا حَلَفَ الْآخَرُ خَمْسِينَ، وَلَوْ غَابَ حَلَفَ الْآخَرُ خَمْسِينَ وَأَخَذَ حِصَّتَهُ، وَإِلَّا صَبَرَ لِلْغَائِبِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِلَا لَوْثٍ، وَالْمَرْدُودَةَ عَلَى الْمُدَّعِي أَوْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ لَوْثٍ، وَالْيَمِينَ مَعَ شَاهِدٍ خَمْسُونَ.

وَيَجِبُ بِالْقَسَامَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ، أَوْ شِبْهِ الْعَمْدِ دِيَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْعَمْدِ عَلَى

الْمَقْسَم عَلَيْهِ وَفِي الْقَدِيمِ قِصَاصٌ. وَلَوْ ادَّعَى عَمْدًا بِلَوْثٍ عَلَى ثَلَاثَةٍ حَضَرَ أَحَدُهُمْ أَقْسَمَ عَلَيْهِ خَمْسِينَ وَأَخَذَ ثُلُثَ الدِّيَةِ، فَإِنْ حَضَرَ آخَرُ أَقْسَمَ عَلَيْهِ خَمْسِينَ، وَفِي قَوْلٍ خَمْسًا وَعِشْرِينَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَكَرَهُ فِي الْأَيْمَانِ، وَإِلَّا فَيَنْبَغِي الِاكْتِفَاءُ بِهَا بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ الْقَسَامَةِ فِي غَيْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ. وَمَنْ اسْتَحَقَّ بَدَلَ الدَّمِ أَقْسَمَ وَلَوْ مُكَاتَبًا لِقَتْلِ عَبْدِهِ، وَمَنْ ارْتَدَّ فَالْأَفْضَلُ تَأْخِيرُ أَقْسَامِهِ لِيُسْلِمَ، فَإِنْ أَقْسَمَ فِي الرِّدَّةِ صَحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ لَا قَسَامَةَ فِيهِ](١).

---

(١) شرحه الخطيب بقوله: كِتَابُ دَعْوَى الدَّمِ أَيْ الْقَتْلِ، وَعَبَّرَ بِهِ لِلُزُومِهِ لَهُ غَالِبًا (**وَالْقَسَامَةِ**) وَهِيَ بِفَتْحِ الْقَافِ: اسْمٌ لِلْأَيْمَانِ الَّتِي تُقَسَّمُ عَلَى أَوْلِيَاءِ الدَّمِ، مَأْخُوذَةٌ مِنْ الْقَسَمِ، وَهُوَ الْيَمِينُ، وَقِيلَ اسْمٌ لِلْأَوْلِيَاءِ وَذُكِرَ فِي الْبَابِ أَيْضًا الشَّهَادَةُ عَلَى الدَّمِ، وَاسْتُغْنِيَ عَنْ التَّرْجَمَةِ لَهَا لِأَنَّ الدَّعْوَى بِالدَّمِ تَسْتَتْبِعُ الشَّهَادَةَ، وَاسْتَفْتَحَ الْبَابَ فِي الْمُحَرَّرِ بِحَدِيثِ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إلَّا فِي الْقَسَامَةِ»، وَفِي إسْنَادِهِ لِينٌ، وَأَوَّلُ مَنْ قَضَى بِهَا الْوَلِيدُ بْنُ الْمُغِيرَةِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَقَرَّهَا الشَّارِعُ فِي الْإِسْلَامِ، (**يُشْتَرَطُ**) لِكُلِّ دَعْوَى بِدَمٍ أَوْ غَيْرِهِ كَغَصْبٍ وَسَرِقَةٍ وَإِتْلَافٍ.

سِتَّةُ شُرُوطٍ: أَحَدُهَا (**أَنْ**) تَكُونَ مَعْلُومَةً غَالِبًا بِأَنْ (**يُفَصِّلَ مَا يَدَّعِيهِ مِنْ عَمْدٍ وَخَطَإٍ**) وَشِبْهِ عَمْدٍ (**وَ**) مِنْ (**انْفِرَادٍ وَشِرْكَةٍ**) وَعَدَدُ الشُّرَكَاءِ فِي قَتْلٍ يُوجِبُ الدِّيَةَ لِاخْتِلَافِ الْأَحْكَامِ بِذَلِكَ. نَعَمْ إنْ قَالَ: أَعْلَمُ أَنَّهُمْ لَا يَزِيدُونَ عَلَى عَشَرَةٍ مَثَلًا سُمِعَتْ دَعْوَاهُ وَطَالَبَ بِحِصَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ وَاحِدًا طَالَبَهُ بِعُشْرِ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجَبَ الْقَوَدُ لَمْ يَجِبْ فِي الْأَصَحِّ بَيَانُ عَدَدِ الشُّرَكَاءِ.

تَنْبِيهٌ: قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: يُسْتَثْنَى مِنْ وُجُوبِ التَّفْصِيلِ السِّحْرُ، فَلَوْ ادَّعَى عَلَى سَاحِرٍ أَنَّهُ قَتَلَ أَبَاهُ مَثَلًا بِسِحْرِهِ لَمْ يُفَصِّلْ فِي الدَّعْوَى بَلْ يُسْأَلُ السَّاحِرُ وَيُعْمَلُ بِمُقْتَضَى بَيَانِهِ، وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ وَإِنْ قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: إطْلَاقُ غَيْرِهِ يُخَالِفُهُ (**فَإِنْ أَطْلَقَ**) الْمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ كَقَوْلِهِ: هَذَا قَتَلَ أَبِي (**اسْتَفْصَلَهُ الْقَاضِي**) نَدْبًا عَمَّا ذُكِرَ لِيَصِحَّ بِتَفْصِيلِهِ دَعْوَاهُ وَإِنْ اقْتَضَى كَلَامُ الْمُصَنِّفِ الْوُجُوبَ فَيَقُولُ لَهُ: كَيْفَ قَتَلَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَمْ شِبْهَ عَمْدٍ؟ فَإِنْ عَيَّنَ نَوْعًا مِنْهَا. سَأَلَ عَنْ صِفَتِهِ لِأَنَّهُ نَطَقَ عَنْ =

……

= صِفَتِهِ الْعَمْدَ مَحْضًا (**وَقِيلَ**) لَا يَسْتَفْصِلُ الْقَاضِي الْمُدَّعِيَ بَلْ (**يُعْرِضُ عَنْهُ**) لِأَنَّهُ ضَرْبٌ مِنَ التَّلْقِينِ، وَمَنْعُ الْأَوَّلِ كَوْنَهُ تَلْقِينًا بَلْ التَّلْقِينُ أَنْ يَقُولَ لَهُ: قُلْ قَتَلَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ. وَثَانِيهَا أَنْ تَكُونَ مُلْزِمَةً فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى هِبَةِ شَيْءٍ أَوْ بَيْعِهِ أَوْ إِقْرَارِهِ بِهِ حَتَّى يَقُولَ الْمُدَّعِي: وَقَبَضْتُهُ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ، وَيَلْزَمُ الْبَائِعَ أَوْ الْمُقِرَّ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ (وَ). ثَالِثُهَا (**أَنْ يُعَيِّنَ**) الْمُدَّعِي فِي دَعْوَاهُ (**الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**) وَاحِدًا كَانَ أَوْ جَمْعًا مُعَيَّنًا كَثَلَاثَةٍ حَاضِرِينَ (**فَلَوْ قَالَ قَتَلَهُ أَحَدُهُمْ**) فَأَنْكَرُوا وَطَلَبَ تَحْلِيفَهُمْ (**لَا يُحَلِّفُهُمْ الْقَاضِي فِي الْأَصَحِّ**) لِلْإِبْهَامِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى دَيْنًا عَلَى أَحَدِ رَجُلَيْنِ. وَالثَّانِي يُحَلِّفُهُمْ، وَجَزَمَ بِهِ الشَّيْخَانِ فِي مُسْقِطَاتِ اللَّوْثِ. قَالَ الْإِسْنَوِيُّ وَغَيْرُهُ: وَهُوَ خِلَافُ الصَّحِيحِ، فَقَدْ مَرَّ أَوَّلَ الْبَابِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: قَتَلَهُ أَحَدُ هَؤُلَاءِ وَطَلَبَ مِنَ الْقَاضِي تَحْلِيفَ وَاحِدٍ لَمْ يُجِبْهُ لِلْإِبْهَامِ، وَسَبَبُ مَا وَقَعَ فِيهِ الرَّافِعِيُّ هُنَا أَنَّ الْغَزَالِيَّ فِي الْوَجِيزِ ذَكَرَهُ هُنَا كَذَلِكَ، وَهُوَ مِمَّنْ يُصَحِّحُ سَمَاعَ الدَّعْوَى عَلَى غَيْرِ الْمُعَيَّنِ نَقَلَهُ ذَاهِلًا عَمَّا مَرَّ انتهى. وَجَمَعَ شَيْخِي بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ بِأَنَّ مَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ عِنْدَ عَدَمِ اللَّوْثِ، وَهُوَ مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا، وَمَا فِي مُسْقِطَاتِ اللَّوْثِ عِنْدَ وُجُوبِ اللَّوْثِ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ نَكَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَنْ الْيَمِينِ فَذَلِكَ لَوْثٌ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ يُشْعِرُ بِأَنَّهُ الْقَاتِلُ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُقْسِمَ عَلَيْهِ، فَلَوْ نَكَلُوا كُلُّهُمْ عَنْ الْيَمِينِ أَوْ قَالَ عَرَفْتُهُ فَلَهُ تَعْيِينُهُ وَيُقْسِمُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ اللَّوْثَ حَاصِلٌ فِي حَقِّهِمْ جَمِيعًا، وَقَدْ يَظْهَرُ لَهُ بَعْدَ الِاشْتِبَاهِ أَنَّ الْقَاتِلَ، هُوَ الَّذِي عَيَّنَهُ، وَلَا يَخْتَصُّ الْوَجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ بِدَعْوَى الدَّمِ (وَ) حِينَئِذٍ (**يَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى غَصْبٍ وَسَرِقَةٍ وَإِتْلَافٍ**) وَنَحْوِهَا، إِذْ السَّبَبُ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْحَقِّ فِيهِ اخْتِيَارُهُ وَالْمُبَاشِرُ لَهُ يَقْصِدُ الْكِتْمَانَ فَأَشْبَهَ الدَّمَ.

تَنْبِيهٌ: ضَابِطُ مَحَلِّ الْخِلَافِ أَنْ يَكُونَ سَبَبُ الدَّعْوَى يَنْفَرِدُ بِهِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَيُجْهَلُ تَعْيِينُهُ، بِخِلَافِ دَعْوَى الْبَيْعِ وَالْقَرْضِ وَسَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّهَا تَنْشَأُ بِاخْتِيَارِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَشَأْنُهَا أَنْ يَضْبِطَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ. =

فَرْعٌ: لَوْ نَشَأَتِ الدَّعْوَى عَنْ مُعَامَلَةِ وَكِيلِهِ أَوْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ وَمَاتَا أَوْ صَدَرَتْ عَنْ مُوَرِّثِهِ.

قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: احْتُمِلَ إِجْرَاءُ الْخِلَافِ لِلْمَعْنَى، وَاحْتُمِلَ أَنْ لَا يَجْرِيَ، لِأَنَّ أَصْلَهَا مَعْلُومٌ.

قَالَ: وَلَمْ أَرَ مَنْ تَعَرَّضَ لِذَلِكَ انتهى. وَإِجْرَاءُ الْخِلَافِ أَوْجَهُ (وَ). رَابِعُهَا مَا تَضَمَّنَهُ قَوْلُهُ (إِنَّمَا تُسْمَعُ) الدَّعْوَى (مِنْ مُكَلَّفٍ) أَيْ بَالِغٍ عَاقِلٍ حَالَةَ الدَّعْوَى، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ، لَا يَضُرُّ كَوْنُهُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ أَجْنَبِيًّا حَالَةَ الْقَتْلِ إِذَا كَانَ بِصِفَةِ الْكَمَالِ عِنْدَ الدَّعْوَى، لِأَنَّهُ قَدْ يَعْلَمُ الْحَالَ بِالتَّسَامُعِ، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يَحْلِفَ فِي مَظِنَّةِ الْحَلِفِ إِذَا عُرِفَ مَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِ الْجَانِي أَوْ سَمَاعِ كَلَامِ مَنْ يَثِقُ بِهِ، كَمَا لَوِ اشْتَرَى عَيْنًا وَقَبَضَهَا فَادَّعَى رَجُلٌ مِلْكَهَا فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيْهِ اعْتِمَادًا عَلَى قَوْلِ الْبَائِعِ.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ اشْتِرَاطُهُ التَّكْلِيفَ أَنَّ السَّكْرَانَ الْمُتَعَدِّيَ بِسُكْرِهِ لَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ، فَإِنَّهُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِمُكَلَّفٍ كَمَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِلَّا لَاسْتَثْنَاهُ كَمَا اسْتَثْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ.

وَيُجَابُ بِأَنَّهُ سَكَتَ عَنْهُ هُنَا لِمَا عُلِمَ مِنْ هُنَاكَ، وَأَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْمُدَّعِي الرُّشْدُ فَتَصِحُّ دَعْوَى السَّفِيهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ، لَكِنْ لَا يَقُولُ فِي الدَّعْوَى: وَأَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ ذَلِكَ، بَلْ يَقُولُ تَسْلِيمُهُ إِلَى وَلِيِّ (مُلْتَزِمٍ) فَلَا تُسْمَعُ مِنْ حَرْبِيٍّ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصًا وَلَا غَيْرَهُ قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ: وَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخَانِ مِنْ أَنَّ دَعْوَى الْحَرْبِيِّ لَا تُسْمَعُ ذُهُولٌ عَنْ قَوَاعِدَ مَذْكُورَةٍ فِي السِّيَرِ، فَقَدْ نَصُّوا هُنَاكَ عَلَى أَنَّ الْحَرْبِيَّ لَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ وَأَوْدَعَ عِنْدَنَا مَالًا ثُمَّ عَادَ لِلِاسْتِيطَانِ لَمْ يُنْقَضِ الْأَمَانُ فِيهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَذَكَرَ مَسَائِلَ مِنْ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: إِنَّ الصَّوَابَ حَذْفُ قَيْدِ الِالْتِزَامِ.

وَيُجَابُ عَنْ قَوْلِ صَاحِبِ الْمُهِمَّاتِ بِأَنَّ مَا هُنَا فِي حَرْبِيٍّ لَا أَمَانَ لَهُ وَمَا فِي السِّيَرِ فِي حَرْبِيٍّ لَهُ أَمَانٌ، فَلَا مُخَالَفَةَ، وَعَنْ قَوْلِ الزَّرْكَشِيِّ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُلْتَزِمِ مَنْ لَهُ أَمَانٌ فَيَدْخُلُ الْمُعَاهِدُ فَإِنَّهُ لَا تَوَقُّفَ فِي سَمَاعِ دَعْوَاهُ بِمَالِهِ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ عَلَى -

مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمَنٍ مِثْلِهِ، وَلَا فِي دَعْوَاهُ دَمَ مُوَرِّثِهِ الذِّمِّيِّ أَوْ الْمُسْتَأْمَنِ. وَخَامِسُهَا أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى **(عَلَى)** مُدَّعًى عَلَيْهِ **(مِثْلِهِ)** أَيْ الْمُدَّعِي فِي كَوْنِهِ مُكَلَّفًا فَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ، بَلْ إنْ تَوَجَّهَ عَلَى الصَّبِيِّ أَوْ الْمَجْنُونِ حَقٌّ مَالِيٌّ ادَّعَى مُسْتَحِقُّهُ عَلَى وَلِيِّهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلِيٌّ حَاضِرٌ فَالدَّعْوَى عَلَيْهِمَا كَالدَّعْوَى عَلَى الْغَائِبِ فَلَا تُسْمَعُ، إلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ بَيِّنَةٌ وَيُحْتَاجُ مَعَهَا إلَى يَمِينِ الِاسْتِظْهَارِ كَمَا سَيَأْتِي إنْ شَاءَ الله تَعَالَى فِي بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، فَعُلِمَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا تَنَافِيَ بَيْنَ الْبَابَيْنِ، فَمَا هُنَا مَحَلُّهُ عِنْدَ حُضُورِ وَلِيِّهِمَا، وَمَا هُنَاكَ عِنْدَ غَيْبَتِهِ.

تَنْبِيهٌ: دَخَلَ فِي الْمُكَلَّفِ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ وَالْفَلَسِ وَالرِّقِّ، فَتُسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَيْهِمْ فِيمَا يَصِحُّ إقْرَارُهُمْ بِهِ فَتُسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَى الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ بِالْقَتْلِ، ثُمَّ إنْ كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ سُمِعَتْ مُطْلَقًا سَوَاءٌ أَكَانَ عَمْدًا أَمْ خَطَأً أَمْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ فَإِنْ ادَّعَى مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ سُمِعَتْ؛ لِأَنَّ إقْرَارَهُ بِهِ مَقْبُولٌ، وَكَذَلِكَ حَدُّ الْقَذْفِ، فَإِنْ أَقَرَّ أَمْضَى حُكْمَهُ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَاقْتَصَّ وَإِنْ ادَّعَى خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ لَمْ تُسْمَعْ، إذْ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِالْإِتْلَافِ وَتُسْمَعُ عَلَى كُلٍّ مِنْ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ أَوْ رِقٍّ فِيمَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ فِيهِ، وَسَيَأْتِي إنْ شَاءَ الله تَعَالَى تَحْرِيرُ ذَلِكَ فِي الدَّعَاوَى، وَأَمَّا كَوْنُهُ مُلْتَزِمًا فَلَيْسَ فِي الْمُحَرَّرِ وَالشَّرْحَيْنِ وَالرَّوْضَةِ هُنَا تَعَرُّضٌ لَهُ، وَإِنَّمَا فِيهَا اشْتِرَاطُ التَّكْلِيفِ خَاصَّةً، لَكِنْ إذَا شَرَطَ الِالْتِزَامَ فِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْلَى، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ هُنَا أَيْضًا كَمَا سَبَقَ انْتَهَى. وَيُجَابُ عَنْهُ بِمَا مَرَّ فَتَصِحُّ الدَّعْوَى عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ. وَأَمَّا الْحَرْبِيُّ فَإِنْ لَمْ يَلْزَمْهُ الْمُدَّعَى بِهِ لِإِتْلَافِهِ فِي حَالِ حِرَابَتِهِ لَمْ يُسْمَعْ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ فِي حَالِ الْتِزَامِهِ سُمِعَتْ، وَهُوَ إذْ ذَاكَ لَيْسَ بِحَرْبِيٍّ (وَ). سَادِسُهَا أَنْ لَا تَتَنَاقَضَ دَعْوَى الْمُدَّعِي، وَحِينَئِذٍ **(لَوْ ادَّعَى)** عَلَى شَخْصٍ **(انْفِرَادَهُ بِالْقَتْلِ ثُمَّ ادَّعَى عَلَى آخَرَ)** أَنَّهُ شَرِيكُهُ أَوْ مُنْفَرِدٌ **(لَمْ تُسْمَعْ)** الدَّعْوَى **(الثَّانِيَةُ)** لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْذِيبِ الْأُولَى وَمُنَاقَضَتِهَا، وَسَوَاءٌ أَقْسَمَ عَلَى الْأُولَى وَمَضَى الْحُكْمُ فِيهِ أَمْ لَا.

……

تَنْبِيهٌ: قَدْ يُفْهِمُ كَلَامُهُ بَقَاءَ الدَّعْوَى الْأُولَى بِحَالِهَا وَفِيهَا تَفْصِيلٌ، وَهُوَ أَنَّهُ إنْ كَانَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا لَمْ يُمَكَّنْ مِنْ الْعَوْدِ إلَيْهَا كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تُكَذِّبُهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ مُكِّنَ مِنْ الْعَوْدِ إلَيْهَا إلَّا أَنْ يُصَرِّحَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ، وَمَحَلُّ عَدَمِ سَمَاعِ الثَّانِيَةِ مَا إذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ الثَّانِي، فَإِنْ صَدَّقَهُ فَهُوَ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِهِ وَتُسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَيْهِ عَلَى الْأَصَحِّ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُوهُمَا (**أَوْ**) ادَّعَى (**عَمْدًا وَوَصَفَهُ بِغَيْرِهِ**) مِنْ خَطَإٍ أَوْ شِبْهِ عَمْدٍ وَعَكْسُهُ بَطَلَ الْوَصْفُ فَقَطْ، وَ(**لَمْ يَبْطُلْ أَصْلُ الدَّعْوَى**) وَهُوَ دَعْوَى الْقَتْلِ (**فِي الْأَظْهَرِ**) لِأَنَّهُ قَدْ يَظُنُّ مَا لَيْسَ بِعَمْدٍ عَمْدًا وَعَكْسَهُ وَحِينَئِذٍ يُعْتَمَدُ تَفْسِيرُهُ وَيَمْضِي حُكْمُهُ. وَالثَّانِي يَبْطُلُ لِأَنَّ فِي دَعْوَى الْعَمْدِ اعْتِرَافًا بِبَرَاءَةِ الْعَاقِلَةِ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ عَلَى الْأَوَّلِ عَدَمُ احْتِيَاجِهِ إلَى تَجْدِيدِ دَعْوَى، لَكِنْ جَزَمَ بِتَجْدِيدِهَا ابْنُ دَاوُد فِي شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ.

وَلَمَّا فَرَغَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تَعَالَى مِنْ شُرُوطِ دَعْوَى الدَّمِ شَرَعَ فِي الْمُتَرَتِّبِ عَلَيْهَا، وَهِيَ الْقَسَامَةُ مُعَرِّضًا لِمَحَلِّهَا فَقَالَ (**وَتَثْبُتُ الْقَسَامَةُ**) وَسَبَقَ تَفْسِيرُهَا (**فِي الْقَتْلِ**) لِلنَّفْسِ لَا فِي غَيْرِهِ مِنْ جُرْحٍ أَوْ إتْلَافِ مَالٍ كَمَا سَيَأْتِي، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُ الْقَتْلِ (**بِمَحَلِّ**) أَيْ مَكَانِ (**لَوْثٍ**) بِالْمُثَلَّثَةِ (**وَهُوَ**) أَيْ اللَّوْثُ لُغَةً الْقُوَّةُ، وَيُقَالُ الضَّعْفُ، يُقَالُ لَاثَ فِي كَلَامِهِ: أَيْ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ ضَعِيفٍ، وَاصْطِلَاحًا (**قَرِينَةٌ**) حَالِيَّةٌ أَوْ مَقَالِيَّةٌ (**لِصِدْقِ**) أَيْ تَدُلُّ عَلَى صِدْقِ (**الْمُدَّعِي**) بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ، وَفَسَّرَ الْقَرِينَةَ بِقَوْلِهِ (**بِأَنْ**) أَيْ كَأَنْ (**وُجِدَ قَتِيلٌ**) أَوْ بَعْضُهُ كَرَأْسِهِ إذَا تَحَقَّقَ مَوْتُهُ (**فِي مَحَلَّةٍ**) مُنْفَصِلَةٍ تِلْكَ الْمَحَلَّةُ عَنْ بَلَدٍ كَبِيرٍ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا، وَلَا يُعْرَفُ قَاتِلُهُ، وَلَا بَيِّنَةَ بِقَتْلِهِ (**أَوْ**) فِي (**قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لِأَعْدَائِهِ**) سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعَدَاوَةُ الدِّينِيَّةُ وَالدُّنْيَوِيَّةُ إذَا كَانَتْ تَبْعَثُ عَلَى الِانْتِقَامِ بِالْقَتْلِ وَلَمْ يُسَاكِنْهُمْ فِي الْقَرْيَةِ غَيْرُهُمْ، لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْغَيْرَ قَتَلَهُ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ لَا يُخَالِطَهُمْ غَيْرُهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْقَرْيَةُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَكَانَ يَطْرُقُهَا الْمُسَافِرُونَ وَالْمُجْتَازُونَ فَلَا لَوْثَ أَوْ لَا يُشْتَرَطُ؟ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ الثَّانِي، لَكِنَّ الْمُصَنِّفَ فِي

……

شَرْحِ مُسْلِم حَكَى الْأَوَّلَ عَنْ الشَّافِعِيِّ، وَصَوَّبَهُ فِي الْمُهِمَّاتِ، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِنَّهُ الْمَذْهَبُ الْمُعْتَمَدُ، وَالْمُرَادُ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ بِغَيْرِهِمْ مَنْ لَمْ تُعْلَمْ صَدَاقَتُهُ لِلْقَتِيلِ، وَلَا كَوْنُهُ مِنْ أَهْلِهِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي عَصْرُونٍ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُ الْمُصَنِّفِ لِأَعْدَائِهِ يَقْتَضِي اعْتِبَارَ عَدَاوَتِهِمْ لِلْقَتِيلِ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ، بَلْ يَكْفِي أَنْ يَكُونُوا أَعْدَاءً لِقَبِيلَتِهِ.

فُرُوعٌ: لَوْ انْفَرَدَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ أَوْ الْقَرْيَةِ بِحَيْثُ لَا يَدْخُلُهَا غَيْرُهُمْ لَمْ يُشْتَرَطْ الْعَدَاوَةُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْغَزَالِيُّ فِي زَوَائِدِهِ وَاسْتَظْهَرَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ، وَالْمَوْجُودُ بِقُرْبِ الْقَرْيَةِ كَمَنْ هُوَ فِيهَا إذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ عِمَارَةٌ أُخْرَى، وَلَا مَنْ يُقِيمُ بِالصَّحْرَاءِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَيُشْبِهُ اشْتِرَاطُ أَنْ لَا يَكُونَ هُنَاكَ طَرِيقٌ جَادَّةٌ كَثِيرَةُ الطَّارِقِينَ، وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ أَوْ قَبِيلَتَيْنِ وَلَمْ يُعْرَفْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إحْدَاهُمَا عَدَاوَةٌ لَمْ نَجْعَلْ قُرْبَهُ إحْدَاهُمَا لَوْثًا كَمَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْمُتَوَلِّي وَأَقَرَّهُ، وَلَوْ وُجِدَ بَعْضُ قَتِيلٍ فِي مَحَلَّةِ أَعْدَائِهِ وَبَعْضُهُ فِي أُخْرَى لِأَعْدَاءٍ لَهُ آخَرِينَ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُعَيِّنَ وَيُقْسِمَ وَلَهُ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِمَا وَيُقْسِمَ **(أَوْ)** وُجِدَ قَتْلٌ **(تَفَرَّقَ عَنْهُ جَمْعٌ)** كَأَنْ ازْدَحَمُوا عَلَى بِئْرٍ أَوْ بَابِ الْكَعْبَةِ ثُمَّ تَفَرَّقُوا عَنْ قَتِيلٍ لِقُوَّةِ الظَّنِّ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ هُنَا كَوْنُهُمْ أَعْدَاءً، لَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونُوا مَحْصُورِينَ بِحَيْثُ يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعُهُمْ عَلَى الْقَتِيلِ. قَالَ: وَإِلَّا لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى وَلَمْ يُقْسِمْ، فَلَوْ ادَّعَى عَلَى عَدَدٍ مِنْهُمْ يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعُهُمْ عَلَى الْقَتِيلِ قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ تُسْمَعَ، وَيُمَكَّنُ مِنْ الْقَسَامَةِ.

قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَقَدْ صَرَّحَ الدَّارِمِيُّ بِمُقْتَضَى مَا قَالَهُ الرَّافِعِيُّ وَنَقَلَهُ عَنْ النَّصِّ.

ثُمَّ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ شَرْطَهُ أَنْ لَا يُخَالِطَهُمْ غَيْرُهُمْ، فَإِذَا أَبْرَأَ الْبَعْضَ خَالَطُوهُمْ انتهى. وَهَذَا إنَّمَا يَأْتِي عَلَى مَا فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ. وَأَمَّا عَلَى مَا فِي الرَّوْضَةِ فَلَا تَضُرُّ الْمُخَالَطَةُ.

تَنْبِيهٌ: لَا يُشْتَرَطُ فِي اللَّوْثِ وَالْقَسَامَةِ ظُهُورُ دَمٍ وَلَا جُرْحٍ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَحْصُلُ بِالْخَنْقِ وَعَصْرِ الْبَيْضَةِ وَنَحْوِهِمَا، فَإِذَا ظَهَرَ أَثَرُهُ قَامَ مَقَامَ الدَّمِ، فَلَوْ لَمْ يُوجَدْ أَثَرٌ أَصْلًا فَلَا قَسَامَةَ عَلَى الصَّحِيحِ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا وَإِنْ قَالَ فِي الْمُهِمَّاتِ إنَّ ـ

ـ الْمَذْهَبَ الْمَنْصُوصَ، وَقَوْلَ الْجُمْهُورِ ثُبُوتُ الْقَسَامَةِ **(وَلَوْ تَقَابَلَ صَفَّانِ لِقِتَالٍ)** وَاقْتَتَلُوا **(وَانْكَشَفُوا عَنْ قَتِيلٍ)** مِنْ أَحَدِهِمَا طَرِيٍّ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ **(فَإِنْ الْتَحَمَ)** أَيْ اخْتَلَطَ **(قِتَالٌ)** مِنْ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ أَوْ لَمْ يَلْتَحِمْ وَلَكِنْ وَصَلَ سِلَاحُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ كَمَا فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا، وَكَانَ كُلٌّ مِنْهُمَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَهُ عَلَى الْآخَرِ كَمَا قَالَهُ الْفَارِقِيُّ **(فَلَوْثٌ فِي حَقِّ)** أَهْلِ **(الصَّفِّ الْآخَرِ)** لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ أَهْلَ صَفِّهِ لَا يَقْتُلُونَهُ سَوَاءٌ أَوُجِدَ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ أَمْ فِي صَفِّ نَفْسِهِ أَمْ فِي صَفِّ خَصْمِهِ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ لَمْ يَلْتَحِمْ قِتَالٌ، وَلَا وَصَلَ سِلَاحُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ **(فَ)** لَوْثٌ **(فِي حَقِّ)** أَهْلِ **(صَفِّهِ)** أَيْ الْقَتِيلِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ .**(وَشَهَادَةُ الْعَدْلِ)** الْوَاحِدِ **(لَوْثٌ)** لَحُصُولِ الظَّنِّ بِصِدْقِهِ. قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَلَا بُدَّ مِنْ الْبَيَانِ فَقَدْ يُظَنُّ مَا لَيْسَ بِلَوْثٍ لَوْثًا.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ اعْتِبَارُ صِيغَةِ الشَّهَادَةِ عِنْدَ حَاكِمٍ بَعْدَ دَعْوَى وَلَيْسَ مُرَادًا، فَفِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ سَوَاءٌ تَقَدَّمَتْ شَهَادَتُهُ عَلَى الدَّعْوَى أَمْ تَأَخَّرَتْ، ذَكَرَهُ الرَّافِعِيُّ بَحْثًا وَقَالَ فِي لَفْظِ الْوَجِيزِ إشْعَارٌ بِهِ، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إنَّهُ مُقْتَضَى كَلَامِ الشَّافِعِيِّ وَالْأَصْحَابِ، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ فِي شَهَادَتِهِ الْبَيَانُ فَقَدْ يُظَنُّ مَا لَيْسَ بِلَوْثٍ لَوْثًا.

تَنْبِيهٌ: إنَّمَا تَكُونُ شَهَادَةُ الْعَدْلِ لَوْثًا فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ الْمُوجِبِ لِلْقِصَاصِ، فَإِنْ كَانَ فِي خَطَإٍ أَوْ شِبْهِ عَمْدٍ لَمْ يَكُنْ لَوْثًا بَلْ يَحْلِفُ مَعَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً وَيَسْتَحِقُّ الْمَالَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَاوَرْدِيُّ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا لَا يُوجِبُ قِصَاصًا كَقَتْلِ الْمُسْلِمِ الذِّمِّيَّ فَحُكْمُهُ حُكْمُ قَتْلِ الْخَطَإِ فِي أَصْلِ الْمَالِ لَا فِي صِفَتِهِ .**(وَكَذَا عَبِيدٌ أَوْ نِسَاءٌ)** أَيْ شَهَادَتُهُمْ لَوْثٌ، لِأَنَّ ذَلِكَ يُفِيدُ غَلَبَةَ الظَّنِّ.

تَنْبِيهٌ: تَعْبِيرُهُ بِالْجَمْعِ يُخْرِجُ الِاثْنَيْنِ وَلَيْسَ مُرَادًا، فَإِنَّ الَّذِي فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ عَنْ التَّهْذِيبِ أَنَّ شَهَادَةَ عَبْدَيْنِ أَوْ امْرَأَتَيْنِ كَشَهَادَةِ الْجَمْعِ، بَلْ فِي الْوَجِيزِ أَنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْثٌ، وَعَلَيْهِ مَشَى الْحَاوِي الصَّغِيرُ، وَنَقَلَهُ فِي الذَّخَائِرِ عَنْ اخْتِيَارِ الْإِمَامِ، وَهُوَ الظَّاهِرُ وَسَوَاءٌ فِي شَهَادَةِ مَنْ ذُكِرَ جَاءُوا مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُتَفَرِّقِينَ **(وَقِيلَ يُشْتَرَطُ تَفَرُّقُهُمْ)** لِاحْتِمَالِ التَّوَاطُؤِ حَالَةَ الِاجْتِمَاعِ، ـ

وَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُهُ وَصَرَّحَ بِتَصْحِيحِهِ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ التَّوَاطُؤِ كَاحْتِمَالِ الْكَذِبِ فِي شَهَادَةِ الْوَاحِدَةِ، وَقَدْ حَكَى الرَّافِعِيُّ فِي شَهَادَتِهِمْ إذَا جَاؤُوا دَفْعَةً. وَجْهَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا الْمَنْعُ، وَأَقْوَاهُمَا أَنَّهُ لَوْثٌ، وَاقْتَصَرَ فِي الرَّوْضَةِ عَلَى الْأَصَحِّ بَدَلَ الْأَقْوَى، وَهَذَا كُلُّهُ إذَا شَرَطْنَا التَّعَدُّدَ فَإِنْ لَمْ نَشْرِطْهُ فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِمْ مُتَفَرِّقِينَ وَمُجْتَمِعِينَ، هَذَا فِيمَنْ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُ. وَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ جَمْعٍ كَمَا قَالَ .(**وَقَوْلُ**) أَيْ إخْبَارُ (**فَسَقَةٍ وَصِبْيَانٍ وَكُفَّارٍ لَوْثٌ فِي الْأَصَحِّ**) لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ اتِّفَاقَ الْجَمْعِ عَلَى الْإِخْبَارِ عَنْ الشَّيْءِ كَيْفَ كَانَ لَا يَكُونُ إلَّا عَنْ حَقِيقَةٍ. وَالثَّانِي الْمَنْعُ، إذْ لَا اعْتِبَارَ بِقَوْلِهِمْ، وَصَحَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ. وَالثَّالِثُ خَصَّ الْمَنْعَ بِالْكُفَّارِ.

تَنْبِيهٌ: لَا فَرْقَ عَلَى الْأَوَّلِ بَيْنَ أَنْ يُخْبِرُوا مُجْتَمِعِينَ أَوْ مُتَفَرِّقِينَ عَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ، وَيُشْتَرَطُ فِي إخْبَارِهِمْ الْبَيَانُ كَمَا مَرَّ. وَمِنْ اللَّوْثِ لَهَجُ الْخَاصِّ وَالْعَامِّ بِأَنَّ فُلَانًا قَتَلَ فُلَانًا كَمَا نَقَلَاهُ عَنْ الْبَغَوِيِّ وَأَقَرَّاهُ، أَوْ رُئِيَ فِي مَوْضِعِهِ رَجُلٌ يُحَرِّكُ مِنْ بَعْدِهِ يَدَهُ كَضَارِبٍ بِسَيْفٍ، أَوْ وُجِدَ عِنْدَهُ رَجُلٌ سِلَاحُهُ مُلَطَّخٌ بِدَمٍ، أَوْ عَلَى ثَوْبِهِ أَوْ بَدَنِهِ أَثَرُهُ مَا لَمْ يَكُنْ قَرِينَةٌ تُعَارِضُهُ كَأَنْ وُجِدَ بِقُرْبِهِ سَبُعٌ أَوْ رَجُلٌ آخَرُ مُوَلٍّ ظَهْرَهُ أَوْ غَيْرَ مُوَلٍّ كَمَا فِي الْأَنْوَارِ، فَلَا يَكُونُ لَوْثًا فِي حَقِّهِ، وَمِنْهُ إخْبَارُ عَدْلٍ أَنَّ فُلَانًا قَتَلَهُ أَحَدُ هَذَيْنِ، فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ وَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ أَحَدَهُمَا وَيَدَّعِيَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَخْبَرَ أَنَّ فُلَانًا قَتَلَ أَحَدَ هَذَيْنِ فَلَا يَكُونُ لَوْثًا لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الْقَلْبِ صِدْقُ وَلِيِّ أَحَدِهِمَا. وَيُؤْخَذُ مِنْ هَذِهِ الْعِلَّةِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَلِيُّهُمَا وَاحِدًا كَانَ لَوْثًا: وَبِهِ صَرَّحَ ابْنُ يُونُسَ. قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ: وَيُقَوِّي مَا قَالَهُ مَا لَوْ كَانَتْ دِيَتُهُمَا مُتَسَاوِيَةً. قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَيُؤَيِّدُهُ مَا لَوْ عَجَزَ الشُّهُودُ عَنْ تَعْيِينِ الْمُوضِحَةِ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْأَرْشُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ مَحَلِّهَا وَقَدْرِهَا، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لِتَعَذُّرِ الْمُمَاثَلَةِ، وَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ زَيْدٍ وَلَمْ يُعَيِّنَا، وَكَانَ زَيْدٌ مَقْطُوعَ الْيَدَيْنِ فَإِنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ لَا الْقِصَاصُ لِمَا مَرَّ، وَلَوْ كَانَ مَقْطُوعَ وَاحِدَةٍ نَزَلَ عَلَى الْمَقْطُوعَةِ كَمَا صَوَّبَ الْمُصَنِّفُ الْجَزْمَ بِهِ. وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: جَرَحَنِي فُلَانٌ، أَوْ قَتَلَنِي، أَوْ دَمِي -

عِنْدَهُ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ لَيْسَ بِلَوْثٍ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعٍ فَلَا يُعْتَمَدُ قَوْلُهُ: وَقَدْ يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ فَيَقْصِدُ إهْلَاكَهُ.

ثُمَّ شَرَعَ الْمُصَنِّفُ فِي مُسْقِطَاتِ اللَّوْثِ، وَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ ذَكَرَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أُمُورٍ. الْأَوَّلُ تَكَاذُبُ الْوَرَثَةِ كَمَا ذَكَرَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ **(وَلَوْ ظَهَرَ لَوْثٌ)** فِي قَتِيلٍ **(فَقَالَ أَحَدُ ابْنَيْهِ)** مَثَلًا **(قَتَلَهُ فُلَانٌ)** وَظَهَرَ عَلَيْهِ لَوْثٌ **(وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ)** فَقَالَ لَمْ يَقْتُلْهُ **(بَطَلَ اللَّوْثُ)** لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةَ بِحِرْصِ الْقَرِيبِ عَلَى التَّشَفِّي مِنْ قَاتِلِ قَرِيبِهِ وَأَنَّهُ لَا يُبَرِّئُهُ فَعَارَضَ هَذَا اللَّوْثَ فَسَقَطَا، فَلَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي لِانْخِرَامِ ظَنِّ الْقَتْلِ بِالتَّكْذِيبِ الدَّالِّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُ وَارِثَيْنِ دَيْنًا لِلْمُوَرِّثِ وَأَقَامَ بِهِ شَاهِدًا وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، حَيْثُ لَا يَمْنَعُ تَكْذِيبُهُ حَلِفَ الْمُدَّعِي مَعَ الشَّاهِدِ بِأَنَّ شَهَادَةَ الشَّاهِدِ حُجَّةٌ فِي نَفْسِهَا وَهِيَ مُحَقَّقَةٌ، وَإِنْ كَذَّبَ الْآخَرُ وَاللَّوْثُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مُثِيرٌ لِلظَّنِّ فَيَبْطُلُ بِالتَّكْذِيبِ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَمَحَلُّهُ إذَا لَمْ يَثْبُتْ اللَّوْثُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ فِي خَطَإٍ أَوْ شِبْهِ عَمْدٍ. وَإِلَّا لَمْ يَبْطُلْ بِتَكْذِيبِ أَحَدِهِمَا قَطْعًا، وَفِيهِ كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ نَظَرٌ، فَقَدْ مَرَّ أَنَّ شَهَادَةَ الْعَدْلِ إنَّمَا تَكُونُ لَوْثًا فِي قَتْلِ الْعَمْدِ **(وَفِي قَوْلٍ لَا)** يَبْطُلُ حَقُّهُ مِنْ اللَّوْثِ، وَرَجَّحَهُ الْبُلْقِينِيُّ كَسَائِرِ الدَّعَاوَى لَا يَسْقُطُ حَقُّ الْمُدَّعِي بِتَكْذِيبِ أَحَدِ الْوَارِثَيْنِ، وَعَلَيْهِ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَأْخُذُ حَقَّهُ مِنْ الدِّيَةِ **(وَقِيلَ لَا يَبْطُلُ)** اللَّوْثُ **(بِتَكْذِيبِ فَاسِقٍ)** لِأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي الشَّرْعِ، وَالْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّ قَبُولَ الْفَاسِقِ فِيمَا يُسْقِطُ حَقَّهُ مَقْبُولٌ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ، فَإِنْ قِيلَ: قَيَّدَهُ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُخْتَصَرِ بِقَوْلِهِ وَهُوَ عَدْلٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّ مُرَادَهُ بِالْعَدَالَةِ كَوْنُهُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ فَلَا يَكُونُ صَغِيرًا وَلَا مَجْنُونًا.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ بِالنِّسْبَةِ إلَى الْمُدَّعِي. أَمَّا بُطْلَانُ اللَّوْثِ بِالنِّسْبَةِ إلَى الْمُكَذِّبِ، فَلَا خِلَافَ فِيهِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْبَيَانِ وَغَيْرِهِ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَمَحَلُّهُ أَيْضًا فِي الْمُعَيَّنِ لَا فِي أَهْلِ مَحَلَّةٍ وَنَحْوِهِمْ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ لَوْثٌ فَعَيَّنَ أَحَدُ الْوَارِثَيْنِ وَاحِدًا مِنْهُمْ وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ وَعَيَّنَ غَيْرَهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ أَخُوهُ فِيمَا قَالَ، فَلَا -

يَبْطُلُ حَقُّ الَّذِي كُذِّبَ مِنَ الَّذِي عَيَّنَهُ قَطْعًا لِبَقَاءِ أَصْلِ اللَّوْثِ، وَانْخِرَامُهُ إِنَّمَا هُوَ فِي ذَلِكَ الْمُعَيَّنِ الَّذِي تَكَاذَبَا فِيهِ، وَأَفْهَمَ تَصْوِيرُ الْمُصَنِّفِ بِالتَّكْذِيبِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ الْآخَرُ: لَا أَعْلَمُ أَنَّهُ قَتَلَهُ لَا يَبْطُلُ اللَّوْثُ وَهُوَ كَذَلِكَ قَطْعًا كَمَا قَالَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ، وَإِنْ سَكَتَ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ لَمْ يَبْطُلْ أَيْضًا كَمَا فِي الْمُعْتَمَدِ وَغَيْرِهِ **(وَلَوْ)** لَمْ يَتَكَاذَبْ ابْنَا الْقَتِيلِ مَثَلًا، بَلْ **(قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ زَيْدٌ وَمَجْهُولٌ)** عِنْدِي **(وَقَالَ الْآخَرُ)** قَتَلَهُ **(عَمْرٌو وَمَجْهُولٌ)** عِنْدِي **(حَلَفَ)** **(كُلٌّ)** مِنْهُمَا **(عَلَى مَنْ عَيَّنَهُ)** مِنْهُمَا، إِذْ لَا تَكَاذُبَ بَيْنَهُمَا لِاحْتِمَالِ أَنَّ الَّذِي أَبْهَمَ ذِكْرُهُ هُوَ الَّذِي عَيَّنَهُ الْآخَرُ وَكَذَلِكَ بِالْعَكْسِ **(وَلَهُ)** أَيْ لِكُلٍّ مِنْهُمَا **(رُبُعُ الدِّيَةِ)** لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ نِصْفُهَا وَحِصَّتُهُ مِنْهُ نِصْفُهُ، وَلَوْ رَجَعَا وَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: بَانَ لِي أَنَّ الَّذِي أَبْهَمْتُهُ هُوَ الَّذِي عَيَّنَهُ أَخِي فَلِكُلٍّ أَنْ يُقْسِمَ عَلَى الْآخَرِ وَيَأْخُذَ رُبُعَ الدِّيَةِ، وَهَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ مِنْهُمَا فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ خَمْسِينَ يَمِينًا أَوْ نِصْفَهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيُؤْخَذُ مِمَّا سَيَأْتِي تَرْجِيحُ الثَّانِي، وَلَوْ قَالَ: الْمَجْهُولُ غَيْرُ مَنْ عَيَّنَهُ أَخِي رَدَّ كُلٌّ مِنْهُمَا مَا أَخَذَهُ لِتَكَاذُبِهِمَا وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا تَحْلِيفُ مَنْ عَيَّنَهُ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ أَحَدُهُمَا رَدَّ صَاحِبُهُ وَحْدَهُ مَا أَخَذَهُ وَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُحَلِّفَ مَنْ عَيَّنَهُ، وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ زَيْدٌ وَعَمْرٌو، وَقَالَ الْآخَرُ: بَلْ زَيْدٌ وَحْدَهُ أَقْسَمَا عَلَى زَيْدٍ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ وَطَالَبَاهُ بِالنِّصْفِ، وَلَا يُقْسِمُ الْأَوَّلُ عَلَى عَمْرٍو لِأَنَّ أَخَاهُ كَذَّبَهُ فِي الشَّرِكَةِ وَلِلْأَوَّلِ تَحْلِيفُ عَمْرٍو فِيمَا بَطَلَتْ فِيهِ الْقَسَامَةُ وَلِلثَّانِي تَحْلِيفُ زَيْدٍ فِيهِ، ثُمَّ شَرَعَ فِي الْأَمْرِ الثَّانِي مِنْ مُسْقِطَاتِ اللَّوْثِ وَهُوَ إِنْكَارُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْمُشَارَكَةَ الْمَذْكُورَةَ بِقَوْلِهِ **(وَلَوْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ اللَّوْثَ فِي حَقِّهِ فَقَالَ)** قَبْلَ أَنْ يُقْسِمَ الْمُدَّعِي **(لَمْ أَكُنْ مَعَ)** الْقَوْمِ **(الْمُتَفَرِّقِينَ عَنْهُ)** أَيْ الْقَتِيلِ **(صُدِّقَ بِيَمِينِهِ)** لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْقَتْلِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ عَلَى الْأَمَارَةِ الَّتِي يَدَّعِيهَا، وَهِيَ عَدْلَانِ كَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ حَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى نَفْيِهَا وَسَقَطَ اللَّوْثُ وَيَبْقَى مُجَرَّدُ الدَّعْوَى.

تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ كُنْتُ غَائِبًا وَقْتَ الْقَتْلِ فَعَلَى الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةُ، فَإِنْ أَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً قُدِّمَتْ ـ

……

بَيِّنَةُ الْغَيْبَةِ لِزِيَادَةِ عِلْمِهَا كَمَا فِي التَّهْذِيبِ. قَالَ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا هَذَا عِنْدَ اتِّفَاقِهِمَا عَلَى حُضُورِهِ مِنْ قَبْلُ وَلَمْ يُبَيِّنَا الْحُكْمَ عِنْدَ عَدَمِ الِاتِّفَاقِ، وَحُكْمُهُ التَّعَارُضُ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْأَمْرِ الثَّالِثِ مِنْ مُسْقِطَاتِ اللَّوْثِ وَهُوَ ظُهُورُ اللَّوْثِ بِأَصْلِ الْقَتْلِ بِقَوْلِهِ **(وَلَوْ ظَهَرَ لَوْثٌ)** فِي قَتِيلٍ لَكِنْ **(بِأَصْلِ)** أَيْ مُطْلَقِ **(قَتْلٍ دُونَ)** تَقْيِيدِهِ بِصِفَةِ **(عَمْدٍ وَخَطَإٍ)** وَشِبْهِ عَمْدٍ **(فَلَا قَسَامَةَ)** حِينَئِذٍ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّ مُطْلَقَ الْقَتْلِ لَا يُفِيدُ مُطَالَبَةَ الْقَاتِلِ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ ثُبُوتِ الْعَمْدِ، وَلَا مُطَالَبَةَ الْعَاقِلَةِ بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَثْبُتَ كَوْنُهُ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ وَالثَّانِي، نَعَمْ صِيَانَةً عَنِ الْإِهْدَارِ، وَرَجَّحَهُ فِي الْمَطْلَبِ، وَعَلَى هَذَا يُحْكَمُ بِالْأَخَفِّ حُكْمًا وَهُوَ الْخَطَأُ لِأَنَّهُ الْمُحَقَّقُ لَكِنْ تَكُونُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ.

تَنْبِيهٌ: أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ الْخِلَافَ وَتَصْوِيرُهُ مُشْكِلٌ، فَإِنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ إلَّا مُفَصَّلَةً كَمَا سَبَقَ وَجَعَلَهُ الرَّافِعِيُّ فِيمَا إذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ وَفَصَّلَ وَظَهَرَتْ الْأَمَارَةُ فِي أَصْلِ الْقَتْلِ دُونَ صِفَتِهِ. قَالَ: وَكَذَا إذَا وَقَعَتْ الدَّعْوَى مُطْلَقَةً وَجَوَّزْنَاهُ وَظَهَرَ اللَّوْثُ فِي مُطْلَقِ الْقَتْلِ فَيَجِيءُ فِيهِ هَذَا الْخِلَافُ أَيْضًا. وَاعْلَمْ أَنَّ الْقَسَامَةَ مِنْ خَصِيصَةِ قَتْلِ النَّفْسِ **(وَ)** حِينَئِذٍ **(لَا يُقْسَمُ فِي)** مَا دُونَ النَّفْسِ مِنْ قَطْعِ **(طَرَفٍ)** عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ بَلَغَ دِيَةَ نَفْسٍ وَجُرْحٍ **(وَإِتْلَافِ مَالٍ)** بَلْ الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَ هُنَاكَ لَوْثٌ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ فِي النَّفْسِ لِحُرْمَتِهَا، فَلَا يَتَعَدَّى إلَى مَا دُونَهَا كَمَا اخْتَصَّتْ بِالْكَفَّارَةِ.

تَنْبِيهٌ: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ نَاقِصٌ عَنْ عِبَارَةِ الْمُحَرَّرِ، فَإِنَّهُ قَالَ: وَلَا قَسَامَةَ فِي الْجِرَاحَاتِ وَقَطْعِ الْأَطْرَافِ وَالْأَمْوَالِ، فَأَسْقَطَ الْمُصَنِّفُ الْجِرَاحَاتِ، وَلَوْ قَالَ: وَلَا يُقْسَمُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ كَمَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ لِشَمْلِهَا وَكَانَ أَخْصَرَ، وَعَدَمُ الْقَسَامَةِ فِي الْمَالِ مَجْزُومٌ بِهِ، وَفِي الْأَطْرَافِ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ أَيْضًا، وَإِنْ أَشْعَرَ كَلَامُهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اسْتَثْنَى مِنْ عَدَمِ الْقَسَامَةِ فِي الْمَالِ الرَّقِيقَ فَقَالَ **(إلَّا فِي)** قَتْلِ **(عَبْدٍ)** أَوْ أَمَةٍ مَعَ لَوْثٍ فَيُقْسِمُ السَّيِّدُ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ مِنْ -

……

حُرٌّ أَوْ رَقِيقٍ (**فِي الْأَظْهَرِ**) بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَدَلَ الرَّقِيقِ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِهِ لِحُرْمَةِ النَّفْسِ كَالْقِصَاصِ، وَالثَّانِي لَا قَسَامَةَ فِيهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَدَلَهُ لَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ فَهُوَ مُلْحَقٌ بِالْبَهَائِمِ.

تَنْبِيهٌ: جَرَيَانُ الْخِلَافِ لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ كَوْنِهِ قِنًّا أَوْ مُدَبَّرًا أَوْ مُكَاتَبًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ. ثُمَّ شَرَعَ فِي صِفَةِ الْقَسَامَةِ بِقَوْلِهِ (**وَهِيَ**) أَيْ الْقَسَامَةُ (**أَنْ يَحْلِفَ الْمُدَّعِي**) الْوَارِثُ ابْتِدَاءً (**عَلَى قَتْلٍ**) النَّفْسِ وَلَوْ نَاقِصَةً كَامْرَأَةٍ وَذِمِّيٍّ (**ادَّعَاهُ**) مَعَ وُجُودِ اللَّوْثِ (**خَمْسِينَ يَمِينًا**) لِخَبَرِ الصَّحِيحَيْنِ عَنْ سَهْلِ بْنِ خَيْثَمَةَ. قَالَ «انْطَلَقَ عَبْدُ الله بْنُ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودٍ إِلَى خَيْبَرَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ صُلْحٌ فَتَفَرَّقَا فَأَتَى مُحَيِّصَةُ إِلَى عَبْدِ الله بْنِ سَهْلٍ وَهُوَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ قَتِيلًا فَدَفَنَهُ، ثُمَّ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَانْطَلَقَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنُ سَهْلٍ وَحُوَيِّصَةُ وَمُحَيِّصَةُ ابْنَا مَسْعُودٍ إِلَى رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ يَتَكَلَّمُ، فَقَالَ لَهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: كَبِّرْ كَبِّرْ وَهُوَ أَحْدَثُ الْقَوْمِ فَسَكَتَ فَتَكَلَّمَا وَأَنْكَرَ الْيَهُودُ الْقَتْلَ، فَقَالَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» وَفِي رِوَايَةٍ: «تَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ قَاتِلِكُمْ أَوْ صَاحِبِكُمْ»؟ قَالُوا: كَيْفَ نَأْخُذُ بِقَوْلِ كُفَّارٍ؟ «فَعَقَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» وَهَذَا مُخَصِّصٌ لِخَبَرِ الْبَيْهَقِيِّ «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» وَقِيلَ: إِنَّ الْخَمْسِينَ تُقَسَّطُ عَلَى الدِّيَةِ الْكَامِلَةِ، فَيَحْلِفُ فِي الْمَرْأَةِ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ يَمِينًا، وَفِي الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ، وَصُورَةُ التَّعَدُّدِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَالِفُ بِالْقَسَمِ خَمْسِينَ مَرَّةً يَأْتِي بَعْدَ كُلِّ مَرَّةٍ مِنْهَا بِمَا تَقَدَّمَ اشْتِرَاطُهُ، لَا أَنَّهُ يَأْتِي بِهِ بَعْدَ تَمَامِهَا، لِأَنَّ ذَلِكَ تَكْرِيرٌ لِلْقَسَمِ لَا لِلْيَمِينِ، ذَكَرَهُ فِي الْمَطْلَبِ عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ وَبِمِثْلِهِ صَرَّحُوا فِي اللِّعَانِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ فِي الْيَمِينِ وَقَتَلَهُ وَحْدَهُ أَوْ مَعَ زَيْدٍ أَوْ عَمْدًا أَوْ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ أَوْ لَا؟ وَجْهَانِ، أَوْجَهُهُمَا الثَّانِي بَلْ هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِأَنَّهُ يَذْكُرُ ذَلِكَ فِي دَعْوَاهُ، وَالْحَلِفُ يَتَوَجَّهُ إِلَى الصِّفَةِ الَّتِي أَحْلَفَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا، فَيَقُولُ: وَاَللَّهِ لَقَدْ قَتَلَ هَذَا، وَيُشِيرُ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ حَاضِرًا وَيَرْفَعُ فِي نَسَبِهِ إِنْ كَانَ غَائِبًا، أَوْ يُعَرِّفُهُ بِمَا يَمْتَازُ بِهِ مِنْ قَبِيلَةٍ أَوْ حِرْفَةٍ أَوْ لَقَبٍ.

……

تَنْبِيهٌ: احْتَرَزَ بِقَوْلِهِ الْمُدَّعِي عَنْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. فَإِنَّهُ لَوْ حَلَفَ إمَّا ابْتِدَاءً حَيْثُ لَا لَوْثَ أَوْ عِنْدَ نُكُولِ الْمُدَّعِي مَعَ اللَّوْثِ لَا يُسَمَّى قَسَامَةً فَإِنَّهَا عِنْدَنَا الْأَيْمَانُ الَّتِي يَحْلِفُهَا الْمُدَّعِي، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْيَمِينُ فِي جِهَةِ الْمُدَّعِي ابْتِدَاءً حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْيَمِينُ فِي جِهَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ابْتِدَاءً، ثُمَّ رَدَّهَا عَلَى الْمُدَّعِي وَحَلَفَ لَا يُسَمَّى قَسَامَةً أَيْضًا كَمَا قَيَّدْتُ بِهِ كَلَامَهُ، وَقَيَّدْتُ الْمُدَّعِي أَيْضًا بِكَوْنِهِ وَارِثًا احْتِرَازًا عَنْ صُورَةٍ هِيَ مَا لَوْ أَوْصَى لِلْمُسْتَوْلَدَةِ سَيِّدُهَا بِقِيمَةِ عَبْدِهِ الْمَقْتُولِ، وَهُنَاكَ لَوْثٌ وَمَاتَ السَّيِّدُ فَلَهَا الدَّعْوَى عَلَى النَّصِّ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُقْسِمَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنَّمَا الَّذِي يُقْسِمُ هُوَ الْوَارِثُ، وَقَوْلُهُ عَلَى قَتْلٍ.

أَوْرَدَ عَلَيْهِ الْجَنِينَ فَإِنَّهُ يُقْسَمُ عَلَيْهِ وَلَا يُسَمَّى قَتِيلًا، إذْ لَمْ يُتَحَقَّقْ حَيَاتُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَنْعَهُ التَّهَيُّؤَ لِلْحَيَاةِ فِي مَعْنَى الْقَتْلِ. وَأَوْرَدَ عَلَيْهِ أَيْضًا قَدَّ الْمَلْفُوفِ فَإِنَّهُ يُقْسَمُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ حَالَةَ الْقَتْلِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُرَادَ تَحَقُّقُ الْحَيَاةِ الْمُسْتَقِرَّةِ فِي الْجُمْلَةِ، وَقَدْ تَحَقَّقَتْ قَبْلَ ذَلِكَ، وَيُنْدَبُ لِلْقَاضِي أَنْ يُحَذِّرَ الْمُدَّعِيَ إذَا أَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ وَيَأْمُرَهُ بِتَقْوَى الله - عَزَّ وَجَلَّ - وَيَقْرَأَ عَلَيْهِ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] وَيُعَرِّفَهُ إثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ، وَالْقَوْلَ فِي تَغْلِيظِ الْيَمِينِ زَمَانًا وَمَكَانًا وَلَفْظُهُ فِيهِ مَا سَبَقَهُ فِي اللِّعَانِ، وَمِنْهُ مَا هُوَ مُؤَخَّرٌ إلَى الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ **(وَلَا يُشْتَرَطُ مُوَالَاتُهَا)** أَيْ الْأَيْمَانِ، فَلَوْ حَلَّفَهُ الْقَاضِي خَمْسِينَ يَمِينًا فِي خَمْسِينَ يَوْمًا صَحَّ **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** لِأَنَّ الْأَيْمَانَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَجِ وَالْحُجَجُ يَجُوزُ تَفْرِيقُهَا كَمَا لَوْ شَهِدَ الشُّهُودُ مُتَفَرِّقِينَ.

وَقِيلَ: **يُشْتَرَطُ** لِأَنَّ لِلْمُوَالَاةِ أَثَرًا فِي الزَّجْرِ وَالرَّدْعِ، وَهَذَا هُوَ الْأَشْبَهُ فِي اللِّعَانِ، وَفَرَّقَ الْأَوَّلُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ اللِّعَانَ أَوْلَى بِالِاحْتِيَاطِ لِأَنَّهُ تَتَعَلَّقُ بِهِ الْعُقُوبَةُ الْبَدَنِيَّةُ وَيَخْتَلُّ بِهِ النَّسَبُ وَتَشِيعُ الْفَاحِشَةُ **(وَلَوْ تَخَلَّلَهَا)** أَيْ: الْأَيْمَانَ **(جُنُونٌ)** مِنْ الْحَالِفِ **(أَوْ إغْمَاءٌ)** مِنْهُ **(بَنَى)** إذَا أَفَاقَ عَلَى مَا مَضَى وَلَا يَجِبُ الِاسْتِئْنَافُ. أَمَّا عَلَى عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْمُوَالَاةِ فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا عَلَى اشْتِرَاطِهَا فَلِقِيَامِ الْعُذْرِ، وَهَذَا -

بِخِلَافِ مَا لَوْ عُزِلَ الْقَاضِي أَوْ مَاتَ فِي خِلَالِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبْنِي: بَلْ يَسْتَأْنِفُ إِلَّا إِنْ عَادَ الْمَعْزُولُ فَيَبْنِي الْمُدَّعِي بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحَاكِمَ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ، وَإِنَّمَا يَسْتَأْنِفُ فِيمَا إِذَا وَلِيَ غَيْرُهُ تَشْبِيهًا بِمَا لَوْ عُزِلَ الْقَاضِي أَوْ مَاتَ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَقَبْلَ الْحُكْمِ وَبِمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ فَعُزِلَ الْقَاضِي وَوَلِيَ آخَرُ لَا بُدَّ مِنَ اسْتِئْنَافِ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ **(وَلَوْ مَاتَ)** الْوَلِيُّ الْمُقْسِمُ فِي أَثْنَاءِ الْأَيْمَانِ **(لَمْ يَبْنِ وَارِثُهُ)** بَلْ يَسْتَأْنِفُ **(عَلَى الصَّحِيحِ)** الْمَنْصُوصِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ كَالْحُجَّةِ الْوَاحِدَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ أَحَدٌ شَيْئًا بِيَمِينِ غَيْرِهِ وَلَيْسَ كَمَا لَوْ أَقَامَ شَطْرَ الْبَيِّنَةِ. ثُمَّ مَاتَ حَيْثُ يَضُمُّ وَارِثُهُ إِلَيْهِ الشَّطْرَ الثَّانِيَ، وَلَا يَسْتَأْنِفُ لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ شَاهِدٍ مُسْتَقِلَّةٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا انْضَمَّتْ الْيَمِينُ إِلَيْهَا قَدْ يُحْكَمُ بِهِمَا بِخِلَافِ أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ لَا اسْتِقْلَالَ لِبَعْضِهَا بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ انْضَمَّ إِلَيْهِ شَهَادَةُ شَاهِدٍ لَا يُحْكَمُ بِهِمَا، وَالثَّانِي يَبْنِي لِأَنَّا إِذَا كُنَّا نَبْنِي يَمِينَ بَعْضِ الْوَرَثَةِ عَلَى بَعْضٍ فِي تَوْزِيعِ الْقَسَامَةِ عَلَيْهِمْ فَبِنَاءُ الْوَارِثِ عَلَى يَمِينِ الْمُوَرِّثِ أَوْلَى. أَمَّا إِذَا تَمَّتْ أَيْمَانُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ فَلَا يَسْتَأْنِفُ وَارِثُهُ، بَلْ يُحْكَمُ لَهُ كَمَا لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً ثُمَّ مَاتَ. وَأَمَّا وَارِثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَيَبْنِي عَلَى أَيْمَانِهِ إِذَا تَخَلَّلَ مَوْتُهُ الْأَيْمَانَ، وَكَذَا يَبْنِي الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ عُزِلَ الْقَاضِي أَوْ مَاتَ فِي خِلَالِهَا وَوَلِيَ غَيْرُهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِلنَّفْيِ فَتَنْفُذُ بِنَفْسِهَا، وَيَمِينَ الْمُدَّعِي لِلْإِثْبَاتِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى حُكْمِ الْقَاضِي، وَالْقَاضِي الثَّانِي لَا يَحْكُمُ بِحُجَّةٍ أُقِيمَتْ عِنْدَ الْأَوَّلِ.

تَنْبِيهٌ: عَزْلُ الْقَاضِي وَمَوْتُهُ بَعْدَ تَمَامِ الْأَيْمَانِ كَهُمَا فِي أَثْنَائِهَا فِي طَرَفِ الْمُدَّعِي وَطَرَفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَيَأْتِي فِيهِ مَا مَرَّ **(وَلَوْ كَانَ لِلْقَتِيلِ وَرَثَةٌ)** خَاصَّةٌ اثْنَانِ فَأَكْثَرَ **(وُزِّعَتْ)** أَيْ الْأَيْمَانُ الْخَمْسُونَ عَلَيْهِمْ **(بِحَسَبِ الْإِرْثِ)** لِأَنَّ مَا ثَبَتَ بِأَيْمَانِهِمْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى فَرَائِضِ الله تَعَالَى فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْيَمِينُ كَذَلِكَ، وَخَرَجَ بِقَوْلِنَا خَاصَّةٌ مَا لَوْ كَانَ هُنَاكَ وَارِثٌ غَيْرُ جَائِزٍ وَشَرِيكُهُ بَيْتُ الْمَالِ، فَإِنَّ الْأَيْمَانَ لَمْ تُوَزَّعْ، بَلْ يَحْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا كَمَا لَوْ نَكَلَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ أَوْ غَابَ يَحْلِفُ الْحَاضِرُ خَمْسِينَ فَفِي زَوْجَةٍ وَبِنْتٍ تَحْلِفُ الزَّوْجَةُ عَشْرًا وَالْبِنْتُ أَرْبَعِينَ يُجْعَلُ ـ

……

الْأَيْمَانُ بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا، لِأَنَّ سِهَامَهُمَا خَمْسَةٌ وَلِلزَّوْجَةِ مِنْهَا وَاحِدٌ، وَلَا يَثْبُتُ الْبَاقِي بِذَلِكَ: بَلْ حُكْمُهُ كَمَنْ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ بِحَسَبِ الْإِرْثِ، لَيْسَ فِيهِ بَيَانُ أَنَّهُ يُحْسَبُ أَسْمَاءُ فَرَائِضِهِمْ أَوْ سِهَامِهِمْ وَذَلِكَ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْعَوْلِ كَزَوْجٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُخْتَيْنِ لِأُمٍّ أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إلَى عَشَرَةٍ، فَهَلْ تُقَسَّمُ الْأَيْمَانُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَصْلِ الْفَرِيضَةِ أَوْ عَلَى الْفَرِيضَةِ وَعَوْلِهَا؟ وَجْهَانِ: أَصَحُّهُمَا كَمَا فِي الْحَاوِي الثَّانِي، فَيَحْلِفُ الزَّوْجُ عَلَى هَذَا خَمْسَ عَشْرَةَ، وَكُلُّ أُخْتٍ لِأَبٍ عَشَرَةً، وَكُلُّ أُخْتٍ لِأُمٍّ خَمْسَةً، وَالْأُمُّ خَمْسَةً، وَفِي صُوَرِ الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ تُقَسَّمُ الْأَيْمَانُ كَقَسْمِ الْمَالِ، وَفِي الْمُعَادَةِ لَا يَحْلِفُ وَلَدُ الْأَبِ إنْ لَمْ يَأْخُذْ شَيْئًا، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا حَلَفَ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَظَاهِرُ عِبَارَتِهِ التَّوْزِيعُ بِحَسَبِ الْإِرْثِ الْمَحْكُومِ بِهِ نَاجِزًا وَلَيْسَ مُرَادًا، وَإِنَّمَا هُوَ بِحَسَبِ الْإِرْثِ الْمُحْتَمَلِ، فَإِنْ كَانَتْ الْوَرَثَةُ ابْنًا وَخُنْثَى فَلَا تُوَزَّعُ الْخَمْسُونَ بِحَسَبِ الْإِرْثِ النَّاجِزِ بَلْ يَحْلِفُ الِابْنُ ثُلُثَيْ الْخَمْسِينَ وَيَأْخُذُ النِّصْفَ وَيَحْلِفُ الْخُنْثَى نِصْفَ الْخَمْسِينَ وَيَأْخُذُ الثُّلُثَ وَيُوقَفُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا، وَالضَّابِطُ الِاحْتِيَاطُ فِي الطَّرَفَيْنِ الْحَلِفُ بِالْأَكْثَرِ وَالْأَخْذُ بِالْأَقَلِّ **(وَجُبِرَ الْمُنْكَسِرُ)** إنْ لَمْ تَنْقَسِمْ صَحِيحَةً لِأَنَّ الْيَمِينَ لَا تَتَبَعَّضُ، وَلَا يَجُوزُ إسْقَاطُهُ لِئَلَّا يَنْقُصَ نِصَابُ الْقَسَامَةِ، فَلَوْ كَانَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ حَلَفَ كُلٌّ مِنْهُمْ سَبْعَةَ عَشَرَ أَوْ تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ حَلَفَ كُلٌّ يَمِينَيْنِ **(وَفِي قَوْلٍ)** مُخَرَّجٍ **(يَحْلِفُ كُلٌّ)** مِنْهُمْ **(خَمْسِينَ)** لِأَنَّ الْعَدَدَ فِي الْقَسَامَةِ كَالْيَمِينِ الْوَاحِدَةِ فِي غَيْرِهَا. وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْيَمِينَ الْوَاحِدَةَ لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهَا بِخِلَافِ أَيْمَانِ الْقَسَامَةِ **(وَلَوْ نَكَلَ)** عَنْ الْأَيْمَانِ **(أَحَدُهُمَا)** أَيْ الْوَارِثَيْنِ **(حَلَفَ)** الْوَارِثُ **(الْآخَرُ خَمْسِينَ)** يَمِينًا وَأَخَذَ حِصَّتَهُ لِأَنَّ الدِّيَةَ لَا تُسْتَحَقُّ بِأَقَلَّ مِنْهَا، وَمَا سَبَقَ مِنْ تَوْزِيعِ الْأَيْمَانِ مُقَيَّدٌ بِحُضُورِ الْوَارِثِينَ وَكَمَالِهِمْ **(وَ)** حِينَئِذٍ **(لَوْ غَابَ)** أَحَدُهُمَا أَوْ كَانَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا **(حَلَفَ الْآخَرُ خَمْسِينَ وَأَخَذَ حِصَّتَهُ)** فِي الْحَالِ لِأَنَّ الْخَمْسِينَ هِيَ الْحُجَّةُ، فَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ ثَلَاثَ عَصَبَاتٍ كَإِخْوَةٍ أَحَدُهُمْ حَاضِرٌ وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَأَخَذَ ثُلُثَ الدِّيَةِ، فَإِذَا حَضَرَ الثَّانِي حَلَفَ خَمْسَةً

وَعِشْرِينَ وَأَخَذَ الثُّلُثَ، فَإِذَا حَضَرَ الثَّالِثُ حَلَفَ سَبْعَةَ عَشَرَ، وَيُقَاسُ بِهَذَا غَيْرُهُ. قَالَ الْإِسْنَوِيُّ: وَهَذَا إِنَّمَا يُتَّجَهُ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ تَكْذِيبَ بَعْضِ الْوَرَثَةِ لَا يَمْنَعُ الْقَسَامَةَ، وَهُوَ رَأْيُ الْبَغَوِيِّ، فَإِنْ قُلْنَا يَمْنَعُ وَهُوَ الصَّحِيحُ تَعَيَّنَ انْتِظَارُ الْغَائِبِ: أَيْ وَكَمَالُ النَّاقِصِ، وَقَدْ يُجَابُ بِأَنَّا تَحَقَّقْنَا الِاسْتِحْقَاقَ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمَانِعِ، فَإِنْ وُجِدَ عُمِلَ بِمُقْتَضَاهُ، وَلَوْ حَلَفَ الْحَاضِرُ أَوْ الْكَامِلُ ثُمَّ مَاتَ الْغَائِبُ أَوْ النَّاقِصُ وَوَرِثَهُ الْحَالِفُ لَمْ يَأْخُذْ نَصِيبَهُ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ حِصَّتَهُ، وَلَا يُحْسَبُ مَا مَضَى لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا لَهُ حِينَئِذٍ، وَلَوْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْغَائِبَ كَانَ مَيْتًا حَالَ الْحَلِفِ فَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ ابْنُ شُهْبَةَ الِاكْتِفَاءُ بِحَلِفِهِ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ كَانَ هُوَ الْوَارِثَ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ مَالَ أَبِيهِ ظَانًّا حَيَاتَهُ فَبَانَ مَيْتًا (**وَإِلَّا**) أَيْ وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ الْحَاضِرُ أَوْ الْكَامِلُ (**صَبَرَ لِلْغَائِبِ**) حَتَّى يَحْضُرَ، وَلِلصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَلِلْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ فَيَحْلِفَ مَا يَخُصُّهُ مِنَ الْأَيْمَانِ ثُمَّ مَا سَبَقَ مَحَلُّهُ فِي الْأَيْمَانِ الصَّادِرَةِ مِنَ الْمُدَّعِي.

أَمَّا الصَّادِرَةُ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَأَشَارَ إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ (**وَالْمَذْهَبُ أَنَّ يَمِينَ**) الشَّخْصِ (**الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**) قَتْلٌ (**بِلَا لَوْثٍ**) خَمْسُونَ (**وَ**) الْيَمِينَ (**الْمَرْدُودَةَ**) مِنْهُ (**عَلَى الْمُدَّعِي**) بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ أَوْ كَانَ وَنَكَلَ الْمُدَّعِي عَنْ الْقَسَامَةِ فَرُدَّتْ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَنَكَلَ فَرُدَّتْ عَلَى الْمُدَّعِي مَرَّةً ثَانِيَةً خَمْسُونَ (**أَوْ**) الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ (**عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**) بِسَبَبِ نُكُولِ الْمُدَّعِي (**مَعَ لَوْثٍ**) خَمْسُونَ (**وَالْيَمِينَ**) أَيْضًا (**مَعَ شَاهِدٍ**) وَقَوْلُهُ (**خَمْسُونَ**) رَاجِعٌ لِلْجَمِيعِ كَمَا تَقَرَّرَ لِأَنَّهَا فِيمَا ذُكِرَ يَمِينُ دَمٍ، حَتَّى لَوْ تَعَدَّدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَلَفَ كُلٌّ خَمْسِينَ وَلَا تُوَزَّعُ عَلَى الْأَظْهَرِ بِخِلَافِ تَعَدُّدِ الْمُدَّعِي، وَالْفَرْقُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ يَنْفِي عَنْ نَفْسِهِ الْقَتْلَ كَمَا يَنْفِيهِ مَنْ انْفَرَدَ، وَكُلٌّ مِنَ الْمُدَّعِينَ لَا يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ مَا يُثْبِتُهُ الْوَاحِدُ لَوْ انْفَرَدَ بَلْ يُثْبِتُ بَعْضَ الْإِرْثِ فَيَحْلِفُ بِقَدْرِ الْحِصَّةِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: يَحْلِفُ يَمِينًا وَاحِدَةً فِي الْجَمِيعِ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِمَّا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ بِالْخَمْسِينَ.

تَنْبِيهٌ: كَلَامُهُ مُشْعِرٌ بِحِكَايَةِ الْمَذْهَبِ فِي كُلٍّ مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ، وَلَمْ يَحْكِهِ فِي -

الرَّوْضَةِ إلَّا فِي الثَّالِثَةِ، وَحُكِيَ فِيمَا عَدَاهَا الْخِلَافُ قَوْلَيْنِ: أَظْهَرُهُمَا أَنَّ الْحَلِفَ خَمْسُونَ، وَاعْتُذِرَ عَنْ الْمُصَنِّفِ بِأَنَّ حِكَايَةَ الْمَذْهَبِ فِي مَجْمُوعِ الْمَسَائِلِ بِالنَّظَرِ لِلثَّالِثَةِ، وَالْأَحْسَنُ فِي الْمَرْدُودَةِ وَالْيَمِينِ نَصْبُهُمَا عَطْفًا عَلَى اسْمِ • أَنَّ • قَبْلَ اسْتِكْمَالِ خَبَرِهَا، وَيَجُوزُ عِنْدَ الْكِسَائِيِّ الرَّفْعُ، وَأَطْلَقَ الشَّيْخَانِ تَعَدُّدَ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ بِالْعَمْدِ. أَمَّا قَتْلُ الْخَطَإِ وَشِبْهِ الْعَمْدِ فَيَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ يَمِينًا وَاحِدَةً كَمَا مَرَّ عَنْ تَصْرِيحِ الْمَاوَرْدِيُّ فِي الْكَلَامِ عَلَى أَنَّ شَهَادَةَ الْعَدْلِ لَوْثٌ .(**وَيَجِبُ بِالْقَسَامَةِ**) مِنْ الْمُدَّعِي (**فِي قَتْلِ الْخَطَإِ، أَوْ**) قَتْلِ (**شِبْهِ الْعَمْدِ دِيَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ**) مُخَفَّفَةٌ فِي الْأَوَّلِ مُغَلَّظَةٌ فِي الثَّانِي لِقِيَامِ الْحُجَّةِ بِذَلِكَ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ: فَإِنْ قِيلَ: كَانَ الْمُصَنِّفُ مُسْتَغْنِيًا عَنْ هَذَا بِمَا قَدَّمَهُ فِي فَصْلِ الْعَاقِلَةِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ إنَّمَا ذَكَرَهُ هُنَا لِئَلَّا يُتَوَهَّمَ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَيْسَتْ كَالْبَيِّنَةِ فِي ذَلِكَ كَمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ كَالْبَيِّنَةِ فِي الْعَمْدِ، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ بِهَا الْقِصَاصُ بَلْ دِيَةٌ كَمَا قَالَ (**وَفِي**) قَتْلِ (**الْعَمْدِ**) دِيَةٌ حَالَّةٌ (**عَلَى الْمُقْسَمِ عَلَيْهِ**) وَلَا قِصَاصَ فِي الْجَدِيدِ، لِخَبَرِ الْبُخَارِيِّ «إمَّا أَنْ تَدُوا صَاحِبَكُمْ أَوْ تُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ» وَأَطْلَقَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إيجَابَ الدِّيَةِ وَلَمْ يَفْصِلْ، وَلَوْ صَلَحَتْ الْأَيْمَانُ لِلْقِصَاصِ لِذِكْرِهِ؛ وَلِأَنَّ الْقَسَامَةَ حُجَّةٌ ضَعِيفَةٌ فَلَا تُوجِبُ الْقِصَاصَ احْتِيَاطًا لِأَمْرِ الدِّمَاءِ كَالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ (**وَفِي الْقَدِيمِ**) عَلَيْهِ (**قِصَاصٌ**)، حَيْثُ يَجِبُ لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِهِ لِخَبَرِ الصَّحِيحَيْنِ «أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ» أَيْ دَمَ قَاتِلِ صَاحِبِكُمْ، وَلِأَنَّهَا حُجَّةٌ يَثْبُتُ بِهَا الْعَمْدُ بِالِاتِّفَاقِ فَيَثْبُتُ بِهَا الْقِصَاصُ كَشَهَادَةِ الرَّجُلَيْنِ.

وَأَجَابَ فِي الْجَدِيدِ عَنْ الْحَدِيثِ بِأَنَّ التَّقْدِيرَ بَدَلُ دَمِ صَاحِبِكُمْ، وَعَبَّرَ بِالدَّمِ عَنْ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُمْ يَأْخُذُونَهَا بِسَبَبِ الدَّمِ، وَعَنْ التَّعْلِيلِ بِانْتِقَاضِهِ بِمَا إذَا ثَبَتَتْ السَّرِقَةُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْمَالُ دُونَ الْقَطْعِ، وَاحْتَرَزَ بِالْقَسَامَةِ عَمَّا لَوْ حَلَفَ الْمُدَّعِي عِنْدَ نُكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَكَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الْقَوَدُ؛ لِأَنَّهَا كَالْإِقْرَارِ أَوْ كَالْبَيِّنَةِ، وَالْقَوَدُ يَثْبُتُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا .(**وَلَوْ ادَّعَى**) قَتْلًا (**عَمْدًا**) ـ

بِلَوْثٍ) أَيْ مَعَهُ (**عَلَى ثَلَاثَةٍ حَضَرَ أَحَدُهُمْ**)، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْقَتْلِ اقْتَصَّ مِنْهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ (**أَقْسَمَ عَلَيْهِ خَمْسِينَ وَأَخَذَ**) مِنْهُ (**ثُلُثَ الدِّيَةِ**) مِنْ مَالِهِ عَلَى الْجَدِيدِ، وَلَهُ أَنْ يُقْتَصَّ مِنْهُ عَلَى الْقَدِيمِ (**فَإِنْ حَضَرَ آخَرُ**) وَاعْتَرَفَ أُقْتُصَّ مِنْهُ؛ وَإِنْ أَنْكَرَ (**أَقْسَمَ عَلَيْهِ خَمْسِينَ**) فِي الْأَظْهَرِ كَالْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ السَّابِقَةَ لَمْ تَتَنَاوَلْهُ وَأَخَذَ مِنْهُ ثُلُثَ الدِّيَةِ (**وَفِي قَوْلٍ**) يُقْسِمُ (**خَمْسًا وَعِشْرِينَ**) كَمَا لَوْ حَضَرَا مَعًا، وَقَوْلُهُ (**إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَكَرَهُ**) أَيْ الْغَائِبَ (**فِي الْأَيْمَانِ**) الَّتِي حَلَفَهَا لِلْحَاضِرِ قَيْدٌ لَا قَسْمٌ لِلْقَوْلِ الْمَرْجُوحِ كَمَا تُوهِمُهُ عِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ (**وَإِلَّا**) بِأَنْ كَانَ ذَكَرَهُ فِيهَا (**فَيَنْبَغِي**) كَمَا بَحَثَهُ الْمُحَرَّرُ (**الِاكْتِفَاءُ بِهَا**)، وَلَا يَحْلِفُ (**بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ الْقَسَامَةِ فِي غَيْبَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ**) كَإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، وَوَجْهُ مُقَابِلِهِ ضَعْفُ الْقَسَامَةِ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ هَذَا التَّقْيِيدَ مَنْقُولُ الْأَصْحَابِ، وَلَيْسَ مُرَادًا، وَإِنَّمَا هُوَ بَحْثٌ لِلرَّافِعِيِّ كَمَا قَدَّرْتُهُ، وَسَكَتَ عَنْ حُكْمِ الثَّالِثِ إِذَا حَضَرَ، وَهُوَ كَالثَّانِي فِيمَا مَرَّ فِيهِ. ثُمَّ ذَكَرَ ضَابِطَ مَنْ يَحْلِفُ فِي الْقَسَامَةِ فِي قَوْلِهِ (**وَ**) **كُلُّ** (**مَنْ اسْتَحَقَّ بَدَلَ الدَّمِ**) مِنْ سَيِّدٍ أَوْ وَارِثٍ (**أَقْسَمَ**) سَوَاءٌ كَانَ مُسْلِمًا أَمْ كَافِرًا عَدْلًا أَمْ فَاسِقًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَمْ غَيْرَهُ (**وَلَوْ**) هُوَ (**مُكَاتَبٌ لِقَتْلِ عَبْدِهِ**)؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ لِبَدَلِهِ، وَلَا يُقْسِمُ سَيِّدُهُ بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ إِذَا قَتَلَ الْعَبْدَ الَّذِي تَحْتَ يَدِهِ، فَإِنَّ السَّيِّدَ يُقْسِمُ دُونَ الْمَأْذُونِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ، وَلَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ بَعْدَ مَا أَقْسَمَ أَخَذَ السَّيِّدُ الْقِيمَةَ كَمَا لَوْ مَاتَ الْوَلِيُّ بَعْدَ مَا أَقْسَمَ أَوْ قَبْلَهُ وَقَبْلَ نُكُولِهِ حَلَفَ السَّيِّدُ، أَوْ بَعْدَهُ فَلَا لِبُطْلَانِ الْحَقِّ بِالنُّكُولِ كَمَا حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْ الْأَصْحَابِ، وَمَا ذَكَرَهُ عَنْ نَصِّ الْمُخْتَصَرِ وَجَرَى عَلَيْهِ الْمَاوَرْدِيُّ وَغَيْرُهُ مِنْ أَنَّ السَّيِّدَ يَحْلِفُ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ.

تَنْبِيهٌ: احْتَرَزَ بِمَنْ اسْتَحَقَّ إلَخْ عَمَّا لَوْ جَرَحَ شَخْصٌ مُسْلِمًا فَارْتَدَّ وَمَاتَ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِوَلِيِّهِ الْقَسَامَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ بَدَلَهَا، بَلْ هُوَ فَيْءٌ لِلْمُسْلِمِينَ، وَبِقَوْلِنَا: مِنْ سَيِّدٍ أَوْ وَارِثٍ مِنْ مَسْأَلَةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ السَّابِقَةِ، وَهِيَ مَا لَوْ أَوْصَى السَّيِّدُ لِمُسْتَوْلَدَتِهِ -

بِقِيمَةِ عَبْدِهِ الْمَقْتُولِ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْقَسَامَةِ فَإِنَّ الْمُسْتَوْلَدَةَ تَسْتَحِقُّ الْقِيمَةَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا تُقْسِمُ بَلِ الْوَارِثُ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَوْمَ الْقَتْلِ كَانَ لِلسَّيِّدِ، وَالْقَسَامَةُ مِنَ الْحُقُوقِ الْمُعَلَّقَةِ بِالْقَتْلِ فَيَرِثُهَا كَسَائِرِ الْحُقُوقِ وَإِذَا ثَبَتَتِ الْقِيمَةُ صَرَفَهَا إِلَى الْمُسْتَوْلَدَةِ بِمُوجِبِ وَصِيَّتِهِ، وَتَحْقِيقِ مُرَادِهِ كَأَنَّهُ يَقْضِي دَيْنَهُ **(وَمَنِ ارْتَدَّ)** بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ بَدَلَ الدَّمِ بِأَنْ يَمُوتَ الْمَجْرُوحُ ثُمَّ يَرْتَدَّ وَلِيُّهُ قَبْلَ أَنْ يُقْسِمَ **(فَالْأَفْضَلُ)** وَعِبَارَةُ الْمُحَرَّرِ: فَالْأَوْلَى، وَلَوْ عَبَّرَ بِهِ كَانَ أَوْلَى **(تَأْخِيرُ أَقْسَامِهِ لِيُسْلِمَ)**؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَرَّعُ فِي حَالِ رِدَّتِهِ عَنِ الْأَيْمَانِ الْكَاذِبَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ أَقْسَمَ. أَمَّا إِذَا ارْتَدَّ قَبْلَ مَوْتِهِ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ وَهُوَ مُرْتَدٌّ فَلَا يُقْسِمُ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ وَارْتَدَّ سَيِّدُهُ فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَرْتَدَّ قَبْلَ مَوْتِ الْعَبْدِ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ بِالْمِلْكِ لَا بِالْإِرْثِ **(فَإِنْ أَقْسَمَ فِي الرِّدَّةِ صَحَّ)** أَقْسَامُهُ وَاسْتَحَقَّ الدِّيَةَ **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** * لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اعْتَدَّ بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ * فَدَلَّ عَلَى أَنَّ يَمِينَ الْكَافِرِ صَحِيحَةٌ، وَالْقَسَامَةُ نَوْعُ اكْتِسَابٍ لِلْمَالِ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ الرِّدَّةُ كَالِاحْتِطَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَنِ الْمُزَنِيِّ، وَحَكَى قَوْلًا مُخَرَّجًا وَمَنْصُوصًا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ فِي الرِّدَّةِ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ اُعْتُدَّ بِهِ قَطْعًا، وَلَوِ ارْتَدَّ قَبْلَ مَوْتِ الْمَجْرُوحِ وَأَسْلَمَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَمْ يُقْسِمْ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ **(وَمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ)** خَاصٌّ **(لَا قَسَامَةَ فِيهِ)** وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ لِعَدَمِ الْمُسْتَحِقِّ الْمُعَيَّنِ؛ لِأَنَّ دِيَتَهُ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَتَحْلِيفَهُمْ غَيْرُ مُمْكِنٍ، لَكِنْ يَنْصِبُ الْقَاضِي مَنْ يَدَّعِي عَلَى مَنْ نُسِبَ الْقَتْلُ إِلَيْهِ وَيُحَلِّفُهُ، فَإِنْ نَكَلَ فَهَلْ يَقْضِي عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ أَوْ لَا؟ وَجْهَانِ جَزَمَ فِي الْأَنْوَارِ بِالْأَوَّلِ، وَمُقْتَضَى مَا صَحَّحَهُ الشَّيْخَانِ فِيمَنْ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ فَادَّعَى الْقَاضِي أَوْ مَنْصُوبُهُ دَيْنًا لَهُ عَلَى آخَرَ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ أَنَّهُ لَا يَقْضِي لَهُ بِالنُّكُولِ بَلْ يُحْبَسُ لِيَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ تَرْجِيحُ الثَّانِي وَهُوَ أَوْجَهُ..

قال المصنف:

[فَصْلٌ] إِنَّمَا يَثْبُتُ مُوجِبُ الْقِصَاصِ بِإِقْرَارٍ أَوْ عَدْلَيْنِ، وَالْمَالِ بِذَلِكَ أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَوْ وَيَمِينٍ، وَلَوْ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ لِيَقْبَلَ لِلْمَالِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لَمْ يُقْبَلْ فِي الْأَصَحِّ وَلَوْ شَهِدَ هُوَ وَهُمَا بِهَاشِمَةٍ قَبْلَهَا إِيضَاحٌ لَمْ يَجِبْ أَرْشُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ وَلْيُصَرِّحْ الشَّاهِدُ بِالْمُدَّعَى، فَلَوْ قَالَ ضَرَبَهُ بِسَيْفٍ فَجَرَحَهُ فَمَاتَ لَمْ يَثْبُتْ حَتَّى يَقُولَ فَمَاتَ مِنْهُ أَوْ فَقَتَلَهُ، وَلَوْ قَالَ ضَرَبَ رَأْسَهُ فَأَدْمَاهُ أَوْ فَأَسَالَ دَمَهُ ثَبَتَتْ دَامِيَةٌ، وَيُشْتَرَطُ لِمُوضِحَةٍ ضَرَبَهُ فَأَوْضَحَ عَظْمَ رَأْسِهِ، وَقِيلَ يَكْفِي فَأَوْضَحَ رَأْسَهُ، وَيَجِبُ بَيَانُ مَحَلِّهَا وَقَدْرِهَا لِيُمْكِنَ الْقِصَاصُ. وَيَثْبُتُ الْقَتْلُ بِالسِّحْرِ بِإِقْرَارٍ بِهِ، لَا بِبَيِّنَةٍ.

وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثِهِ بِجُرْحٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ لَمْ تُقْبَلْ، وَبَعْدَهُ يُقْبَلُ وَكَذَا بِمَالٍ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ فِي الْأَصَحِّ. وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ يَحْمِلُونَهُ.

وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى اثْنَيْنِ بِقَتْلِهِ فَشَهِدَا عَلَى الْأَوَّلَيْنِ بِقَتْلِهِ فَإِنْ صَدَّقَ الْوَلِيُّ الْأَوَّلَيْنِ حُكِمَ بِهِمَا، أَوْ الْآخَرَيْنِ أَوْ الْجَمِيعَ أَوْ كَذَّبَ الْجَمِيعَ بَطَلَتَا، وَلَوْ أَقَرَّ بَعْضُ الْوَرَثَةِ بِعَفْوِ بَعْضٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ.

وَلَوْ اخْتَلَفَ شَاهِدَانِ فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَان أَوْ آلَةٍ أَوْ هَيْئَةٍ لَغَتْ، وَقِيلَ لَوْثٌ](١).

---

(١) قال الخطيب: فَصْلٌ فِيمَا يُثْبِتُ مُوجِبَ الْقِصَاصِ وَمُوجِبَ الْمَالِ مِنْ إِقْرَارٍ وَشَهَادَةٍ (**إِنَّمَا يَثْبُتُ مُوجِبُ الْقِصَاصِ**) بِكَسْرِ الْجِيمِ مِنْ قَتْلٍ أَوْ جُرْحٍ (**بِإِقْرَارٍ، أَوْ**) شَهَادَةِ (**عَدْلَيْنِ**) بِهِ، لِمَا سَيَأْتِي فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى.
تَنْبِيهٌ: أَوْرَدَ عَلَى حَصْرِهِ عِلْمُ الْقَاضِي وَنُكُولُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَحَلِفُ الْمُدَّعِي فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِهِمَا، وَأُجِيبَ عَنْ الثَّانِي بِرُجُوعِهِ إِلَى الْإِقْرَارِ أَوْ الْبَيِّنَةِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ إِطْلَاقِهِ السِّحْرُ، فَإِنَّهُ قَدْ يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ، بَلْ بِالْإِقْرَارِ فَقَطْ كَمَا سَيَأْتِي (**وَ**) إِنَّمَا يَثْبُتُ مُوجِبُ (**الْمَالِ**) مِنْ قَتْلٍ أَوْ جُرْحٍ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ (**بِذَلِكَ**) أَيْ إِقْرَارِهِ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عِلْمِ الْقَاضِي (**أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَوْ**) بِرَجُلٍ (**وَيَمِينٍ**) لَا بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ لِمَا سَيَأْتِي فِي بَابِهِ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَسَائِلَ مِنْ جُمْلَةِ مَا يَأْتِي فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ذُكِرَتْ هُنَا تَبَعًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ وَيَأْتِي ثَمَّ الْكَلَامُ عَلَى صِفَاتِ الشُّهُودِ الْمَشْهُودِ بِهِ مُسْتَوْفًى، وَفِي بَابِ الْقَضَاءِ -

……

بَيَانُ أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِعِلْمِهِ.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ: وَالْمَالِ هُوَ بِالْجَرِّ عَطْفًا عَلَى الْقِصَاصِ، وَحِينَئِذٍ يُرَدُّ عَلَى حَصْرِهِ الْقَسَامَةُ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ، فَإِنَّ الْمَالَ يَثْبُتُ بِالْيَمِينِ فَقَطْ، وَالْمُرَادُ بِالْيَمِينِ فِي كَلَامِهِ الْجِنْسُ لَا الْأَفْرَادُ لِمَا مَرَّ مِنْ تَعَدُّدِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمَالُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ إذَا ادَّعَى بِهِ عَيْنًا فَلَوْ ادَّعَى الْقِصَاصَ فَشَهِدَ لَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لَمْ يَثْبُتْ الْقِصَاصُ وَلَا الدِّيَةُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ أَقَامَ فِي السَّرِقَةِ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ثَبَتَ الْغُرْمُ لَا الْقَطْعُ، فَهَلَّا كَانَ هُنَا كَذَلِكَ؟

أُجِيبَ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالسَّرِقَةِ تُوجِبُهُمَا مَعًا، وَإِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ لَا. يَثْبُتُ بِهَا الْقَطْعُ بَقِيَ الْغُرْمُ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ، فَإِنَّهَا تُوجِبُ الْقَوَدَ عَيْنًا أَوْ أَحَدَهُمَا لَا بِعَيْنِهِ، فَلَوْ أَوْجَبْنَا الدِّيَةَ فِي الْعَمْدِ أَوْجَبْنَا فِيهِ خِلَافَ مُقْتَضَى الْجِنَايَةِ **(وَلَوْ عَفَا)** مُسْتَحِقُّ قِصَاصٍ فِي جِنَايَةٍ تُوجِبُهُ **(عَنْ الْقِصَاصِ لِيُقْبَلَ لِلْمَالِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ)** أَوْ رَجُلٌ وَيَمِينٌ **(لَمْ يُقْبَلْ)** أَيْ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِذَلِكَ **(فِي الْأَصَحِّ)** الْمَنْصُوصِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ إنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْقِصَاصِ وَلَمْ يَثْبُتْ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ الْقِصَاصَ لِيُعْتَبَرَ الْعَفْوُ. وَالثَّانِي: يُقْبَلُ، وَصَحَّحَهُ الْمَاوَرْدِيُّ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْمَالُ وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بَعْدَ عَفْوِهِ بِالْجِنَايَةِ الْمَذْكُورَةِ هَلْ يَثْبُتُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَوْ لَا؟ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، لَمْ أَرَ مَنْ تَعَرَّضَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إنْ أَنْشَأَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةَ بَعْدَ الْعَفْوِ، أَمَّا لَوْ ادَّعَى الْعَمْدَ وَأَقَامَ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ثُمَّ عَفَا عَنْ الْقِصَاص عَلَى مَالٍ وَقَصَدَ الْحُكْمَ لَهُ بِتِلْكَ الشَّهَادَةِ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِهَا قَطْعًا؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَقْبُولَةٍ حِينَ أُقِيمَتْ فَلَمْ يَجُزْ الْعَمَلُ بِهَا، كَمَا لَوْ شَهِدَ صَبِيٌّ أَوْ عَبْدٌ بِشَيْءٍ ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ **(وَلَوْ شَهِدَ هُوَ)** أَيْ الرَّجُلُ **(وَهُمَا)** أَيْ الْمَرْأَتَانِ **(بِهَاشِمَةٍ قَبْلَهَا إيضَاحٌ لَمْ يَجِبْ أَرْشُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ)** الْمَنْصُوصِ؛ لِأَنَّ الْهَشْمَ الْمُشْتَمِلَ عَلَى الْإِيضَاحِ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِذَا اشْتَمَلَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ اُحْتِيطَ لَهَا فَلَا يَثْبُتُ إلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ أَرْشُهَا، وَهُوَ مُخَرَّجٌ مِنْ نَصٍّ آخَرَ فِيمَا إذَا رَمَى إلَى زَيْدٍ سَهْمًا -

فَمَرَقَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ أَنَّهُ يَثْبُتُ الْخَطَأُ الْوَارِدُ عَلَى الثَّانِي بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ وَشَاهِدٍ وَيَمِينٍ انْتَهَى، وَالْمَذْهَبُ تَقْرِيرُ النَّصَّيْنِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْهَشْمَ الْمُشْتَمِلَ عَلَى الْإِيضَاحِ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَفِي مَسْأَلَةِ مُرُورِ السَّهْمِ حَصَلَ جِنَايَتَانِ لَا تَعَلُّقَ لِإِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى، وَمِنْ ذَلِكَ يُعْلَمُ أَنَّ صُورَةَ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ بِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنَايَتَيْنِ، أَوْ مِنْ جَانٍ وَاحِدٍ فِي مَرَّتَيْنِ ثَبَتَ أَرْشُ الْهَاشِمَةِ بِذَلِكَ كَمَا نَقَلَهُ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ فِي الثَّانِيَةِ عَنْ بَحْثِ الْإِمَامِ مَعَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَتَيْنِ، وَمِثْلُهُ الرَّجُلُ مَعَ الْيَمِينِ، وَتُؤْخَذُ الْأُولَى مِنْ هَذِهِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى، فَكَلَامُ الْوَسِيطِ يَقْتَضِي الْقَطْعَ بِمَا قَالَهُ الْإِمَامُ **(وَلْيُصَرِّحِ الشَّاهِدُ بِالْمُدَّعَى)** بِهِ بِفَتْحِ الْعَيْنِ وُجُوبًا **(فَلَوْ قَالَ)** الشَّاهِدُ **(ضَرَبَهُ)** أَيِ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ **(بِسَيْفٍ فَجَرَحَهُ فَمَاتَ لَمْ يَثْبُتْ)** هَذَا الْقَتْلُ الْمُدَّعَى بِهِ، لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَاتَ بِسَبَبٍ آخَرَ **(حَتَّى يَقُولَ)** الشَّاهِدُ **(فَمَاتَ مِنْهُ)** أَيْ مِنْ جَرْحِهِ **(أَوْ فَقَتَلَهُ)** أَوْ أَنْهَرَ دَمَهُ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ كَضَرْبِهِ فَمَاتَ مَكَانَهُ كَمَا نَقَلَهُ الشَّيْخَانِ عَنْ نَصِّ الْمُخْتَصَرِ لِيَنْتَفِيَ الِاحْتِمَالُ الْمَذْكُورُ **(وَلَوْ قَالَ)** الشَّاهِدُ: **(ضَرَبَ)** الْجَانِي **(رَأْسَهُ)** أَيِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ **(فَأَدْمَاهُ أَوْ)** ضَرَبَ رَأْسَهُ مَثَلًا **(فَأَسَالَ)** الضَّرْبُ **(دَمَهُ ثَبَتَتْ)** بِذَلِكَ **(دَامِيَةٌ)** عَمَلًا بِقَوْلِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ فَسَالَ دَمُهُ لَمْ تَثْبُتْ لِاحْتِمَالِ حُصُولِ السَّيَلَانِ بِسَبَبٍ آخَرَ **(وَيُشْتَرَطُ لِمُوضِحَةٍ)** أَيْ فِي الشَّهَادَةِ بِهَا أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ **(ضَرَبَهُ فَأَوْضَحَ عَظْمَ رَأْسِهِ)** لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ يُحْتَمَلُ بَعْدَهُ **(وَقِيلَ يَكْفِي فَأَوْضَحَ رَأْسَهُ)** مِنْ غَيْرِ تَصْرِيحٍ بِإِيضَاحِ الْعَظْمِ، وَظَاهِرُ الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا الْجَزْمُ بِهِ، وَنَقَلَهُ الْبُلْقِينِيُّ عَنْ نَصِّ الْأُمِّ وَالْمُخْتَصَرِ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ لِمَفْهُومِ الْمَقْصُودِ بِذَلِكَ عُرْفًا **(وَيَجِبُ)** عَلَى الشَّاهِدِ **(بَيَانُ مَحَلِّهَا)** أَيِ الْمُوضِحَةِ **(وَقَدْرِهَا)** بِالْمِسَاحَةِ أَوْ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ عَلَى رَأْسِهِ مَوَاضِحُ **(لِيُمْكِنَ)** فِيهَا **(الْقِصَاصُ)** فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِرَأْسِهِ إِلَّا مُوضِحَةٌ وَاحِدَةٌ وَشَهِدَ الشَّاهِدُ بِأَنَّهُ أَوْضَحَ رَأْسَهُ لَمْ يَثْبُتْ الْقِصَاصُ أَيْضًا لِجَوَازِ أَنَّهُ كَانَ عَلَى رَأْسِهِ مُوضِحَةٌ صَغِيرَةٌ فَوَسَّعَهَا غَيْرُ الْجَانِي.

تَنْبِيهٌ: أَفْهَمَ قَوْلُهُ: لِيُمْكِنَ الْقِصَاصُ أَنَّهُ بِالنِّسْبَةِ لِوُجُوبِ الدِّيَةِ فِيهِ لَا يُحْتَاجُ إِلَى -

……………………………………………………………………………

بَيَانٍ، وَهُوَ الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ .(وَيَثْبُتُ الْقَتْلُ بِالسِّحْرِ بِإِقْرَارٍ بِهِ) مِنَ السَّاحِرِ، فَإِنْ قَالَ: قَتَلْتُهُ بِسِحْرِي وَهُوَ يَقْتُلُ غَالِبًا فَعَمْدٌ فَعَلَيْهِ الْقَوَدُ، وَإِنْ قَالَ يَقْتُلُ نَادِرًا فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَإِنْ قَالَ أَخْطَأْتُ مِنْ اسْمِ غَيْرِهِ إِلَى اسْمِهِ فَخَطَأٌ، وَيَجِبُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ دِيَةٌ فِي مَالِ السَّاحِرِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُلْزِمُهُمْ إِلَّا أَنْ تُصَدِّقَهُ الْعَاقِلَةُ فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ، فَقَوْلُهُ فِي الْوَجِيزِ: وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مَحْمُولٌ عَلَى هَذَا، وَالْحَمْلُ عَلَى هَذَا أَوْلَى مِنْ قَوْلِ الدَّمِيرِيِّ: إِنَّهُ وَهْمٌ أَوْ سَبْقُ قَلَم، وَيَثْبُتُ السِّحْرُ أَيْضًا بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ كَأَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ الْقَتْلَ بِالسِّحْرِ فَيُنْكِرَ وَيَنْكُلَ عَنِ الْيَمِينِ فَتُرَدَّ عَلَى الْمُدَّعِي بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ مِنْ أَنَّهَا كَالْإِقْرَارِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ هَذِهِ دَاخِلَةٌ فِي عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ، وَيُحْمَلُ قَوْلُهُ بِإِقْرَارٍ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، وَإِنْ قَالَ إِنَّ سِحْرَهُ كُفْرٌ قُتِلَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنْ يُسْتَفْسَرَ، إِذْ قَدْ يَظُنُّ مَا لَيْسَ بِكُفْرٍ كُفْرًا، وَلَوْ قَالَ آذَيْته بِسِحْرِي وَلَمْ أُمْرِضْهُ نُهِيَ عَنْهُ، فَإِنْ عَادَ عُزِّرَ: كَذَا قَالَاهُ، وَلَوْ قِيلَ بِأَنَّهُ يُعَزَّرُ عَلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلِ كَمَا قَالَ شَيْخُنَا لَمْ يَبْعُدْ، وَإِنْ قَالَ أَمْرَضْتُهُ بِهِ عُزِّرَ، فَإِنْ مَرِضَ بِهِ وَتَأَلَّمَ حَتَّى مَاتَ كَانَ لَوْثًا إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِأَنَّهُ تَأَلَّمَ بِهِ حَتَّى مَاتَ ثُمَّ يَحْلِفُ الْوَلِيُّ أَنَّهُ مَاتَ بِسِحْرِهِ وَيَأْخُذُ الدِّيَةَ، فَإِنِ ادَّعَى السَّاحِرُ بَرَأَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ وَاحْتُمِلَ بُرْؤُهُ بِأَنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يُحْتَمَلُ بُرْؤُهُ فِيهَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ قَالَ: قَتَلْتُ بِسِحْرِي وَلَمْ يُعَيِّنْ أَحَدًا عُزِّرَ لِارْتِكَابِهِ مُحَرَّمًا، وَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ وَلَا حَدَّ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ غَيْرُ مُعَيَّنٍ.

تَنْبِيهٌ: السِّحْرُ لُغَةً: صَرْفُ الشَّيْءِ عَنْ وَجْهِهِ، يُقَالُ مَا سَحَرَكَ عَنْ كَذَا: أَيْ صَرَفَكَ عَنْهُ.

وَاصْطِلَاحًا: مُزَاوَلَةُ النُّفُوسِ الْخَبِيثَةِ لِأَفْعَالٍ وَأَقْوَالٍ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا أُمُورٌ خَارِقَةٌ لِلْعَادَةِ، وَاخْتُلِفَ فِيهِ هَلْ هُوَ تَخْيِيلٌ أَوْ حَقِيقَةٌ؟ قَالَ بِالْأَوَّلِ الْمُعْتَزِلَةُ، وَاسْتَدَلُّوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ﴾ [طه: ٦٦] وَقَالَ بِالثَّانِي أَهْلُ السُّنَّةِ، وَيَدُلُّ لِذَلِكَ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ الصَّحِيحَةُ، وَالسَّاحِرُ قَدْ يَأْتِي بِفِعْلٍ أَوْ قَوْلٍ يَتَغَيَّرُ بِهِ حَالُ الْمَسْحُورِ فَيَمْرَضُ وَيَمُوتُ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ بِوُصُولِ شَيْءٍ إِلَى بَدَنِهِ مِنْ =

……

دُخَانٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَقَدْ يَكُونُ دُونَهُ، وَيُفَرَّقُ بِهِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَيَكْفُرُ مُعْتَقِدُ إبَاحَتِهِ، فَإِنْ تَعَمَّدَهُ تَعْلِيمًا، أَوْ تَعَلُّمًا، أَوْ فِعْلًا أَثِمَ، فَكُلٌّ مِنْهَا حَرَامٌ لِخَوْفِ الِافْتِتَانِ وَالْإِضْرَارِ بِالنَّاسِ خِلَافًا لِابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي قَوْلِهِ: يَجُوزُ تَعَلُّمُهُ وَتَعْلِيمُهُ لِلْوُقُوفِ عَلَيْهِ لَا لِلْعَمَلِ بِهِ، بَلْ إنْ أُحْتِيجَ فِيهَا إلَى تَقْدِيمِ اعْتِقَادِ مُكَفِّرٍ كَفَرَ. قَالَ إمَامُ الْحَرَمَيْنِ: وَلَا يَظْهَرُ السِّحْرُ إلَّا عَلَى فَاسِقٍ، وَلَا تَظْهَرُ الْكَرَامَةُ عَلَى فَاسِقٍ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُقْتَضَى الْعَقْلِ بَلْ مُسْتَفَادٌ مِنْ إجْمَاعِ الْأُمَّةِ وَ(لَا) يَثْبُتُ السِّحْرُ (بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَعْلَمُ قَصْدَ السَّاحِرِ وَلَا يُشَاهِدُ تَأْثِيرَ سِحْرِهِ.

تَنْبِيهٌ: قَدْ يُفْهِمُ كَلَامُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلْبَيِّنَةِ فِي ذَلِكَ أَصْلًا، لَكِنْ فِي الْكِفَايَةِ إنَّ مَا يَنْشَأُ عَنْ ذَلِكَ السِّحْرِ يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ أَيْضًا: كَمَا لَوْ قَالَ: سَحَرْتُهُ بِنَوْعِ كَذَا، فَشَهِدَ عَدْلَانِ كَانَا سَاحِرَيْنِ ثُمَّ تَابَا بِأَنَّ هَذَا النَّوْعَ يَقْتُلُ غَالِبًا أَوْ نَادِرًا فَيَثْبُتُ بِمَا يَشْهَدَانِ بِهِ.

فَائِدَةٌ: لَمْ يَبْلُغْ أَحَدٌ مِنْ السِّحْرِ إلَى الْغَايَةِ الَّتِي وَصَلَ إلَيْهَا الْقِبْطُ أَيَّامَ دَلُوكَا مَلِكَةِ مِصْرَ بَعْدَ فِرْعَوْنَ، فَإِنَّهُمْ وَضَعُوا السِّحْرَ عَلَى الْبَرَابِي وَصَوَّرُوا فِيهَا صُوَرَ عَسَاكِرِ الدُّنْيَا، فَأَيُّ عَسْكَرٍ قَصَدَهُمْ أَتَوْا إلَى ذَلِكَ الْعَسْكَرِ الْمُصَوَّرِ فَمَا فَعَلُوهُ بِهِ مِنْ قَلْعِ الْأَعْيُنِ وَقَطْعِ الْأَعْضَاءِ اتَّفَقَ نَظِيرُهُ لِلْعَسْكَرِ الْعَامِدِ لَهُمْ فَيَخَافُ مِنْهُمْ الْعَسَاكِرُ، وَأَقَامُوا سِتَّمِائَةِ سَنَةٍ بِمِصْرَ بَعْدَ غَرَقِ فِرْعَوْنَ وَجُنُودِهِ تَهَابُهُمْ الْمُلُوكُ وَالْأُمَرَاءُ. قَالَ الدَّمِيرِيُّ: حَكَاهُ الْقَرَافِيُّ وَغَيْرُهُ، وَذَهَبَ قَوْمٌ إلَى أَنَّ السَّاحِرَ يَقْلِبُ بِسِحْرِهِ الْأَعْيَانَ، وَيَجْعَلُ الْإِنْسَانَ حِمَارًا بِحَسَبِ قُوَّةِ السِّحْرِ. قَالَ الدَّمِيرِيُّ: وَهَذَا وَاضِحُ الْبُطْلَانِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَدَرَ عَلَى هَذَا لَقَدَرَ أَنْ يَرُدَّ بِنَفْسِهِ إلَى الشَّبَابِ بَعْدَ الْهَرَمِ، وَأَنْ يَمْنَعَ نَفْسَهُ مِنْ الْمَوْتِ، وَمِنْ جُمْلَةِ أَنْوَاعِهِ السِّيمِيَاءُ. وَأَمَّا الْكِهَانَةُ وَالتَّنْجِيمُ وَالضَّرْبُ بِالرَّمْلِ وَالْحَصَى وَالشَّعِيرِ وَالشَّعْبَذَةُ فَحَرَامٌ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَفِعْلًا، وَكَذَا إعْطَاءُ الْعِوَضِ أَوْ أَخْذُهُ عَنْهَا بِالنَّصِّ الصَّحِيحِ فِي حُلْوَانِ الْكَاهِنِ، وَالْبَاقِي بِمَعْنَاهُ، وَالْكَاهِنُ: مَنْ يُخْبِرُ بِوَاسِطَةِ النَّجْمِ عَنْ الْمُغَيَّبَاتِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، بِخِلَافِ الْعَرَّافِ: فَإِنَّهُ الَّذِي يُخْبِرُ عَنْ الْمُغَيَّبَاتِ الْوَاقِعَةِ كَعَيْنِ السَّارِقِ وَمَكَانِ ـ

الْمَسْرُوقِ وَالضَّالَّةِ. قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: وَلَا يُغْتَرُّ بِجَهَالَةِ مَنْ يَتَعَاطَى الرَّمْلَ وَإِنْ نُسِبَ إِلَى عِلْمٍ. وَأَمَّا الْحَدِيثُ الصَّحِيحُ «كَانَ نَبِيٌّ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ يَخُطُّ فَمَنْ وَافَقَ خَطُّهُ فَذَاكَ» فَمَعْنَاهُ مَنْ عَلِمْتُمْ مُوَافَقَتَهُ لَهُ فَلَا بَأْسَ، وَنَحْنُ لَا نَعْلَمُ الْمُوَافَقَةَ فَلَا يَجُوزُ لَنَا ذَلِكَ.

فَرْعٌ: لَوِ اعْتَرَفَ شَخْصٌ بِقَتْلِهِ إِنْسَانًا بِالْعَيْنِ فَلَا ضَمَانَ وَلَا كَفَّارَةَ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ حَقًّا لِخَبَرِ مُسْلِمٍ «الْعَيْنُ حَقٌّ، وَلَوْ كَانَ شَيْءٌ سَابَقَ الْقَدَرَ سَبَقَتْهُ الْعَيْنُ» لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إِلَى الْقَتْلِ غَالِبًا، وَيُسَنُّ لِلْعَائِنِ أَنْ يَدْعُوَ لِلْمَعِينِ بِفَتْحِ الْمِيمِ بِالْمَأْثُورِ وَهُوَ اللَّهُمَّ بَارِكْ فِيهِ وَلَا تَضُرَّهُ، وَأَنْ يَقُولَ: مَا شَاءَ الله لَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّه. قَالَ فِي الرَّوْضَةِ: وَأَنْ يَغْسِلَ دَاخِلَ إِزَارِهِ مِمَّا يَلِي الْجِلْدَ بِمَاءٍ، وَعِبَارَةُ ابْنِ الْمُقْرِي وَأَنْ يَغْسِلَ جِلْدَهُ مِمَّا يَلِي إِزَارَهُ بِمَاءٍ، ثُمَّ يَصُبُّ عَلَى الْمَعِينِ، قِيلَ: وَيَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ مَنْعُ مَنْ عُرِفَ بِذَلِكَ مِنْ مُخَالَطَةِ النَّاسِ وَيَأْمُرُهُ بِلُزُومِ بَيْتِهِ وَيَرْزُقُهُ مَا يَكْفِيهِ إِنْ كَانَ فَقِيرًا، فَإِنَّ ضَرَرَهُ أَشَدُّ مِنْ ضَرَرِ الْمَجْذُومِ الَّذِي مَنَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ مِنْ مُخَالَطَةِ النَّاسِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ أَنَّ نَبِيًّا مِنَ الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَكْثَرَ قَوْمَهُ ذَاتَ يَوْمٍ فَأَمَاتَ الله مِنْهُمْ مِائَةَ أَلْفٍ فِي لَيْلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَلَمَّا أَصْبَحَ شَكَا إِلَى الله تَعَالَى ذَلِكَ، فَقَالَ الله تَعَالَى لَهُ: إِنَّكَ اسْتَكْثَرْتَهُمْ فَأَعَنْتَهُمْ، فَهَلَّا حَصَّنْتَهُمْ حِينَ اسْتَكْثَرْتَهُمْ، فَقَالَ: يَا رَبِّ كَيْفَ أُحَصِّنُهُمْ؟ فَقَالَ تَعَالَى تَقُولُ: حَصَّنْتُكُمْ بِالْحَيِّ الْقَيُّومِ الَّذِي لَا يَمُوتُ أَبَدًا وَدَفَعْتُ عَنْكُمُ السُّوءَ بِأَلْفِ لَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّه. قَالَ الْقَاضِي: وَهَكَذَا السُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ إِذَا رَأَى عَيْنَهُ سَلِيمَةً وَأَحْوَالَهُ مُعْتَدِلَةً: يَقُولُ فِي نَفْسِهِ ذَلِكَ، وَكَانَ الْقَاضِي يُحَصِّنُ تَلَامِذَتَهُ بِذَلِكَ إِذَا اسْتَكْثَرَهُمْ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ فَخْرُ الدِّينِ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ أَنَّ الْعَيْنَ لَا تُؤَثِّرُ مِمَّنْ لَهُ نَفْسٌ شَرِيفَةٌ لِأَنَّهَا اسْتِعْظَامٌ لِلشَّيْءِ، وَمَا رَوَاهُ الْقَاضِي عَنْ بَعْضِ الْأَنْبِيَاءِ يَرُدُّ ذَلِكَ. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَسَكَتُوا عَنِ الْقَتْلِ بِالْحَالِ وَلَمْ أَرَ فِيهِ نَقْلًا، وَأَفْتَى بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ بِأَنَّهُ يُقْتَلُ إِذَا قَتَلَ بِهِ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ اخْتِيَارًا كَالسَّاحِرِ، وَالصَّوَابُ أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِهِ وَلَا بِالدُّعَاءِ عَلَيْهِ كَمَا نُقِلَ ذَلِكَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ السَّلَفِ. قَالَ مَهْدِيُّ بْنُ ـ

مَيْمُونٍ: حَدَّثَنَا غَيْلَانُ بْنُ جَرِيرٍ أَنَّ مُطَرِّفَ بْنَ عَبْدِ اللهِ بْنِ الشِّخِّيرِ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَجُلٍ كَلَامٌ فَكَذَبَ عَلَيْهِ، فَقَالَ مُطَرِّفٌ: اللَّهُمَّ إِنْ كَانَ كَاذِبًا فَأَمِتْهُ فَخَرَّ مَيِّتًا فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى زِيَادٍ، فَقَالَ: قَتَلْتَ الرَّجُلَ، فَقَالَ: لَا، وَلَكِنَّهَا دَعْوَةٌ وَافَقَتْ أَجَلًا.

(وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثِهِ بِجُرْحٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ لَمْ تُقْبَلْ) لِلتُّهْمَةِ لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ مُوَرِّثُهُ كَانَ الْأَرْشُ لَهُ فَكَأَنَّهُ شَهِدَ لِنَفْسِهِ. قَالَ أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيُّ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمَجْرُوحِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ تَرِكَتَهُ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجُرُّ بِذَلِكَ لِنَفْسِهِ نَفْعًا، وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ تِلْمِيذُهُ أَبُو سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَصْرُونٍ. قَالَ الإِسْنَوِيُّ: وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ الإِرْثَ، وَرُبَّمَا يَبْرَأُ مِنْهُ.

وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: فِيهِ وَقْفَةٌ وَتَقْوَى فِيمَا إِذَا كَانَتِ الدُّيُونُ لَا يُتَصَوَّرُ الْإِبْرَاءُ مِنْهَا كَالزَّكَوَاتِ وَالْوُقُوفِ الْعَامَّةِ أَوْ كَانَتْ لِطِفْلٍ أَوْ مَجْنُونٍ انتهى. وَالظَّاهِرُ إِطْلَاقُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ مَوْجُودَةٌ لِاحْتِمَالِ ظُهُورِ مَالٍ لِمُوَرِّثِهِ مَخْفِيًّا. قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَشَهَادَتُهُمْ بِتَزْكِيَةِ الشُّهُودِ كَشَهَادَتِهِمْ بِالْجَرْحِ.

تَنْبِيهٌ: أَطْلَقَ الشَّيْخَانِ الْجُرْحَ وَقَيَّدَهُ الْإِمَامُ بِجُرْحٍ يُمْكِنُ أَنْ يُفْضِيَ إِلَى الْهَلَاكِ، وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ قَدْ يُوهِمُ اعْتِبَارَ الْإِرْثِ حَالَةَ الشَّهَادَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَحْجُوبًا ثُمَّ زَالَ الْمَانِعُ يُقْبَلُ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ مَاتَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِشَهَادَتِهِمَا بَطَلَتْ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا **(وَبَعْدَهُ)** أَيِ الِانْدِمَالِ **(يُقْبَلُ)** جَزْمًا لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ حِينَئِذٍ.

تَنْبِيهٌ: أَطْلَقَ الْمُصَنِّفُ الْمُوَرِّثَ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ أَصْلِهِ وَفَرْعِهِ كَمَا يُعْلَمُ مِنْ بَابِ الشَّهَادَاتِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمَا لَا تُقْبَلُ مُطْلَقًا لِلْبَعْضِيَّةِ **(وَكَذَا)** لَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثِهِ **(بِمَالٍ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ)** تُقْبَلُ **(فِي الْأَصَحِّ)** عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ لِمَا مَرَّ، وَالثَّانِي لَا تُقْبَلُ كَالْجُرْحِ، وَفَرَّقَ الْفَارِقِيُّ بَيْنَهُمَا بِأَنَّهُمَا إِذَا شَهِدَا بِالْمَالِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُمَا نَفْعٌ حَالَ وُجُوبِهِ، لِأَنَّ الْمِلْكَ يَحْصُلُ لِلْمَشْهُودِ لَهُ وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ فِي مَلَاذِّهِ وَشَهَوَاتِهِ، وَإِذَا شَهِدَا لَهُ بِالْجِرَاحَةِ كَانَ النَّفْعُ حَالَ الْوُجُوبِ لَهُمَا لِأَنَّ الدِّيَةَ قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ تَجِبْ، وَبَعْدَهُ تَجِبُ لَهُمَا، وَفَرَّقَ الرَّافِعِيُّ بِأَنَّ الْجُرْحَ سَبَبُ الْمَوْتِ النَّاقِلِ لِلْحَقِّ، فَإِذَا شَهِدَ بِالْجُرْحِ فَكَأَنَّهُ شَهِدَ بِالسَّبَبِ الَّذِي ثَبَتَ بِهِ الْحَقُّ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ. **(وَلَا تُقْبَلُ** ـ

……

شَهَادَةُ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ) أَوْ قَطْعِ طَرَفٍ خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ (يَحْمِلُونَهُ) وَقْتَ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهُمْ يَدْفَعُونَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ الْغُرْمَ، فَإِنْ كَانُوا لَا يَحْمِلُونَهَا وَقْتَ الشَّهَادَةِ نُظِرَتْ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ فُقَرَاءِ الْعَاقِلَةِ فَالنَّصُّ رَدُّهَا أَيْضًا، أَوْ مِنْ أَبَاعِدِهِمْ وَفِي الْأَقْرَبِينَ وَفَاءٌ بِالْوَاجِبِ فَالنَّصُّ قَبُولُهَا، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَالَ غَادٍ وَرَائِحٌ، وَالْغِنَى غَيْرُ مُسْتَبْعَدٍ فَتَحَصَّلَ التُّهْمَةُ، وَمَوْتُ الْقَرِيبِ كَالْمُسْتَبْعَدِ فِي الِاعْتِقَادِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التُّهْمَةُ بِمِثْلِهِ، وَاحْتَرَزَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ قَتْلٍ يَحْمِلُونَهُ عَمَّا لَوْ شَهِدُوا بِفِسْقِ بَيِّنَةِ الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَبَيِّنَةِ الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ فَإِنَّهَا مَقْبُولَةٌ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ، إذْ لَا تَحَمُّلَ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ مَا تَحْمِلُهُ لِيَدْخُلَ مَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ لَكَانَ أَوْلَى. وَاعْلَمْ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ السَّلَامَةُ مِنْ التَّكَاذُبِ (وَ) حِينَئِذٍ (لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى اثْنَيْنِ بِقَتْلِهِ) أَيْ شَخْصٍ (فَشَهِدَا) أَيْ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا مُبَادَرَةً (عَلَى الْأَوَّلَيْنِ) أَوْ غَيْرِهِمَا (بِقَتْلِهِ فَإِنْ صَدَّقَ الْوَلِيُّ الْأَوَّلَيْنِ حُكِمَ بِهِمَا) لِسَلَامَةِ شَهَادَتِهِمَا عَنْ التُّهْمَةِ وَسَقَطَتْ شَهَادَةُ الْآخَرَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَدْفَعَانِ بِشَهَادَتِهِمَا عَنْ أَنْفُسِهِمَا الْقَتْلَ الَّذِي شَهِدَ بِهِ الْأَوَّلَانِ، وَالدَّافِعُ مُتَّهَمٌ فِي شَهَادَتِهِ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّ الْأَوَّلَيْنِ إنَّمَا يُحْكَمُ بِشَهَادَتِهِمَا إذَا صَدَّقَهُمَا الْوَلِيُّ، وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ يُشْتَرَطُ عَدَمُ تَكْذِيبِهِمَا، فَإِنَّ شَهَادَتَهُمَا بَعْدَ صُدُورِ الدَّعْوَى مَسْمُوعَةٌ لِلْقَاضِي الْحُكْمُ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُمَا الْوَلِيُّ لِأَنَّ دَعْوَاهُ الْقَتْلَ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِمَا، وَطَلَبَ الشَّهَادَةِ كَافٍ فِي جَوَازِ الْحُكْمِ كَمَا قَالَهُ الْبُلْقِينِيُّ (أَوْ) صَدَّقَ (الْآخَرَيْنِ أَوْ) صَدَّقَ (الْجَمِيعَ أَوْ كَذَّبَ الْجَمِيعَ بَطَلَتَا) أَيْ الشَّهَادَتَانِ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثَةِ. أَمَّا الْأُولَى فَلِأَنَّ فِي تَصْدِيقِ الْآخَرَيْنِ تَكْذِيبَ الْأَوَّلَيْنِ وَعَدَاوَةَ الْآخَرَيْنِ لَهُمَا، وَأَمَّا فِي الثَّانِيَةِ فَلِأَنَّ فِي تَصْدِيقِ كُلِّ فَرِيقٍ تَكْذِيبًا لِلْآخَرِ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَالْأَمْرُ فِيهَا ظَاهِرٌ.

تَنْبِيهٌ: قَدْ اسْتَشْكَلَ تَصْوِيرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الْقَتْلِ لَا تُسْمَعُ إلَّا بَعْدَ تَقَدُّمِ الدَّعْوَى عَلَى الصَّحِيحِ وَلَا بُدَّ فِي الدَّعْوَى مِنْ تَعْيِينِ الْقَاتِلِ فَكَيْفَ يَشْهَدَانِ ثُمَّ يُرَاجِعُ الْوَلِيُّ؟ وَأُجِيبَ بِأَوْجُهٍ ذَكَرْتُهَا فِي شَرْحِ التَّنْبِيهِ أَصَحُّهَا أَنْ يَدَّعِيَ الْوَلِيُّ ـ

عَلَى اثْنَيْنِ وَيَشْهَدُ لَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَانِ فَيُبَادِرُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا وَيَشْهَدَانِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ أَوْ غَيْرِهِمَا كَمَا مَرَّ بِأَنَّهُمَا الْقَاتِلَانِ وَذَلِكَ يُورِثُ رِيبَةً لِلْحَاكِمِ فَيُرَاجِعُ الْوَلِيَّ وَيَسْأَلُهُ احْتِيَاطًا، وَيَنْظُرُ هَلْ يَسْتَمِرُّ عَلَى الدَّعْوَى أَوْ يَعُودُ إلَى تَصْدِيقِ الْآخَرِينَ أَوْ الْجَمِيعِ أَوْ يُكَذِّبُ الْجَمِيعَ، وَهَلْ يَبْطُلُ حَقُّهُ مِنْ الدَّعْوَى؟ مُقْتَضَى عِبَارَةِ الْمُصَنِّفِ عَدَمُ الْبُطْلَانِ. قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْتِيَ فِيهِ مَا سَبَقَ فِي تَكْذِيبِ بَعْضِ الْوَرَثَةِ، لَكِنَّ عِبَارَةَ الْجُمْهُورِ بَطَلَ حَقُّهُ **(وَلَوْ أَقَرَّ بَعْضُ الْوَرَثَةِ)** وَلَوْ فَاسِقًا **(بِعَفْوِ بَعْضٍ)** مِنْهُمْ عَنْ الْقِصَاصِ، سَوَاءٌ عَيَّنَهُ أَمْ لَا **(سَقَطَ الْقِصَاصُ)** لِأَنَّهُ لَا يَتَبَعَّضُ، وَلَوْ اعْتَرَفَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ مِنْهُمْ مِنْهُ فَيَسْقُطُ حَقُّ الْبَاقِي، وَاحْتَرَزَ بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ عَنْ الدِّيَةِ فَإِنَّهَا لَا تَسْقُطُ: بَلْ إنْ لَمْ يُعَيِّنْ الْعَافِيَ فَلِلْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ الدِّيَةُ وَإِنْ عَيَّنَهُ فَأَنْكَرَ فَكَذَلِكَ وَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ أَنَّهُ لَمْ يَعْفُ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالْعَفْوِ مَجَّانًا أَوْ مُطْلَقًا سَقَطَ حَقُّهُ مِنْ الدِّيَةِ وَلِلْبَاقِينَ حِصَّتُهُمْ مِنْهَا.

تَنْبِيهٌ: يُشْتَرَطُ لِإِثْبَاتِ الْعَفْوِ مِنْ بَعْضِ الْوَرَثَةِ عَنْ الْقِصَاصِ لَا عَنْ حِصَّتِهِ مِنْ الدِّيَةِ شَاهِدَانِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَا لَا يَثْبُتُ بِحُجَّةٍ نَاقِصَةٍ لَا يُحْكَمُ بِسُقُوطِهِ.

أَمَّا إثْبَاتُ الْعَفْوِ عَنْ حِصَّتِهِ مِنْ الدِّيَةِ فَيَثْبُتُ بِالْحُجَّةِ النَّاقِصَةِ أَيْضًا مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَيَمِينٍ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَثْبُتُ بِذَلِكَ فَكَذَا إسْقَاطُهُ، وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ أَقَرَّ مَا لَوْ شَهِدَ، فَإِنَّهُ إنْ كَانَ فَاسِقًا أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ الْعَافِيَ فَكَالْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا وَعَيَّنَ الْعَافِيَ وَشَهِدَ بِأَنَّهُ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ جَمِيعًا بَعْدَ دَعْوَى الْجَانِي قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ فِي الدِّيَةِ وَيَحْلِفُ الْجَانِي مَعَ الشَّاهِدِ أَنَّ الْعَافِيَ عَفَا عَنْ الدِّيَةِ لَا عَنْهَا وَعَنْ الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ سَقَطَ بِالْإِقْرَارِ فَيَسْقُطُ مِنْ الدِّيَةِ حِصَّةُ الْعَافِي، وَإِنْ شَهِدَ بِالْعَفْوِ عَنْ الدِّيَةِ فَقَطْ لَمْ يَسْقُطْ قِصَاصُ الشَّاهِدِ. **(وَلَوْ اخْتَلَفَ شَاهِدَانِ فِي زَمَانٍ)** لِلْقَتْلِ: كَأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا قَتَلَهُ فِي اللَّيْلِ، وَالْآخَرُ قَالَ فِي النَّهَارِ **(أَوْ مَكَانٍ)** لَهُ كَأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ فِي الْمَسْجِدِ. وَقَالَ الْآخَرُ قَتَلَهُ فِي الدَّارِ **(أَوْ آلَةٍ)** لَهُ: كَأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا قَتَلَهُ بِسَيْفٍ. وَقَالَ الْآخَر قَتَلَهُ بِرُمْحٍ **(أَوْ هَيْئَةٍ)** لَهُ: كَأَنْ قَالَ أَحَدُهُمَا حَزَّ رَقَبَتَهُ. وَقَالَ الْآخَر: شَقَّهُ نِصْفَيْنِ **(لَغَتْ)** شَهَادَتُهُمَا وَلَا -

لَوْثٌ بِهَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ نَاقَضَ صَاحِبَهُ وَذِكْرُ الْهَيْئَةِ مَزِيدٌ **(وَقِيلَ)** هَذِهِ الشَّهَادَةُ **(لَوْثٌ)** فَيُقْسِمُ الْوَلِيُّ وَتَثْبُتُ الدِّيَةُ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى أَصْلِ الْقَتْلِ وَالِاخْتِلَافُ فِي الصِّفَةِ بِمَا يَكُونُ غَلَطًا أَوْ نِسْيَانًا. فَإِنْ قِيلَ: لِمَ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى الْأَوَّلِ مَعَ مَنْ وَافَقَهُ مِنْهُمَا أَوْ يَأْخُذُ الْبَدَلَ كَنَظِيرِهِ مِنَ السَّرِقَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ بَابَ الْقَسَامَةِ أَمْرُهُ أَعْظَمُ، وَلِهَذَا غُلِّظَ فِيهِ بِتَكْرِيرِ الْأَيْمَانِ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا إِذَا شَهِدَ عَلَى الْفِعْلِ، فَلَوْ شَهِدَ عَلَى الْإِقْرَارِ لَمْ يَضُرَّ اخْتِلَافُهُمَا فِي الزَّمَانِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأُمِّ وَلَا فِي مَكَانِهِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ الْمُقْرِي لِأَنَّهُ لَا اخْتِلَافَ فِي الْقَتْلِ وَصِفَتِهِ، بَلْ فِي الْإِقْرَارِ، نَعَمْ إِنْ عَيَّنَا يَوْمًا أَوْ نَحْوَهُ فِي مَكَانَيْنِ مُتَبَاعِدَيْنِ بِحَيْثُ لَا يَصِلُ الْمُسَافِرُ مِنْ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ فِي الزَّمَنِ الَّذِي عَيَّنَاهُ كَأَنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْقَتْلِ بِمَكَّةَ يَوْمَ كَذَا، وَالْآخَرُ بِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَتْلِهِ بِمِصْرَ ذَلِكَ الْيَوْمَ، فَتَلْغُو الشَّهَادَةُ.

خَاتِمَةٌ: لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ، وَالْآخَرُ بِالْإِقْرَارِ بِهِ فَلَوْثٌ تَثْبُتُ بِهِ الْقَسَامَةُ دُونَ الْقَتْلِ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْوَارِثُ قَتْلًا عَمْدًا أَقْسَمَ، وَإِنْ ادَّعَى خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ حَلَفَ مَعَ أَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ، فَإِنْ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِ الْقَتْلِ فَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَوْ مَعَ شَاهِدِ الْإِقْرَارِ فَعَلَى الْجَانِي، وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ عَمْدًا فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا بِإِقْرَارِهِ بِقَتْلٍ عَمْدٍ، وَالْآخَرُ بِإِقْرَارِهِ بِقَتْلٍ مُطْلَقٍ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِقَتْلٍ عَمْدٍ، وَالْآخَرُ بِقَتْلٍ مُطْلَقٍ ثَبَتَ أَصْلُ الْقَتْلِ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ حَتَّى لَا يُقْبَلَ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِنْكَارُهُ وَطُولِبَ بِالْبَيَانِ لِصِفَةِ الْقَتْلِ، فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْهُ جُعِلَ نَاكِلًا وَحَلَفَ الْمُدَّعِي يَمِينَ الرَّدِّ أَنَّهُ قَتَلَ عَمْدًا وَاقْتَصَّ مِنْهُ، وَإِنْ بَيَّنَ فَقَالَ: قَتَلْتُهُ عَمْدًا اقْتُصَّ مِنْهُ، أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ أَوْ قَتْلَ خَطَإٍ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُهُ عَلَى نَفْيِ الْعَمْدِيَّةِ إِنْ كَذَّبَهُ، فَإِذَا حَلَفَ لَزِمَهُ دِيَةُ خَطَإٍ بِإِقْرَارِهِ، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَاقْتَصَّ مِنْهُ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى آخَرَ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا وَآخَرُ أَنَّهُ قَتَلَ عَمْرًا أَقْسَمَ وَلِيَّاهُمَا لِحُصُولِ اللَّوْثِ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا.

كِتَابُ الْبُغَاةِ

قال المصنف: هُمْ مُخَالِفُو الْإِمَامِ بِخُرُوجٍ عَلَيْهِ وَتَرْكِ الِانْقِيَادِ، أَوْ مَنْعِ حَقٍّ تَوَجَّهَ عَلَيْهِمْ بِشَرْطِ شَوْكَةٍ لَهُمْ وَتَأْوِيلٍ، وَمُطَاعٍ فِيهِمْ، قِيلَ وَإِمَامٌ مَنْصُوبٌ، وَلَوْ أَظْهَرَ قَوْمٌ رَأْيَ الْخَوَارِجِ كَتَرْكِ الْجَمَاعَاتِ وَتَكْفِيرِ ذِي كَبِيرَةٍ وَلَمْ يُقَاتِلُوا تُرِكُوا، وَإِلَّا فَقُطَّاعُ طَرِيقٍ.

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبُغَاةِ وَقَضَاءُ قَاضِيهِمْ فِيمَا يُقْبَلُ قَضَاءُ قَاضِينَا إِلَّا أَنْ يَسْتَحِلَّ دِمَاءَنَا، وَيَنْفُذُ كِتَابُهُ بِالْحُكْمِ وَيُحْكَمُ بِكِتَابِهِ بِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَقَامُوا حَدًّا وَأَخَذُوا زَكَاةً وَخَرَاجًا وَجِزْيَةً وَفَرَّقُوا سَهْمَ الْمُرْتَزِقَةِ عَلَى جُنْدِهِمْ صَحَّ، وَفِي الْأَخِيرِ وَجْهٌ.

وَمَا أَتْلَفَهُ بَاغٍ عَلَى عَادِلٍ وَعَكْسِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قِتَالٍ ضَمِنَ، وَإِلَّا فَلَا، وَفِي قَوْلٍ يَضْمَنُ الْبَاغِي. وَالْمُتَأَوِّلُ بِلَا شَوْكَةٍ يَضْمَنُ، وَعَكْسُهُ كَبَاغٍ.

وَلَا يُقَاتِلُ الْبُغَاةَ حَتَّى يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ أَمِينًا فَطِنًا نَاصِحًا يَسْأَلُهُمْ مَا يَنْقِمُونَ، فَإِنْ ذَكَرُوا مَظْلِمَةً أَوْ شُبْهَةً أَزَالَهَا، فَإِنْ أَصَرُّوا نَصَحَهُمْ ثُمَّ آذَنَهُمْ بِالْقِتَالِ، فَإِنْ اسْتَمْهَلُوا اجْتَهَدَ وَفَعَلَ مَا رَآهُ صَوَابًا، وَلَا يُقَاتِلُ مُدْبِرَهُمْ وَلَا مُثْخَنَهُمْ وَأَسِيرَهُمْ وَلَا يُطْلَقُ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا وَامْرَأَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ الْحَرْبُ وَيَتَفَرَّقَ جَمْعُهُمْ إِلَّا أَنْ يُطِيعَ بِاخْتِيَارِهِ، وَيَرُدُّ سِلَاحَهُمْ وَخَيْلَهُمْ إِلَيْهِمْ إِذَا انْقَضَتْ الْحَرْبُ وَأُمِنَتْ غَائِلَتُهُمْ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ فِي قِتَالٍ إِلَّا لِضَرُورَةٍ، وَلَا يُقَاتَلُونَ بِعَظِيمٍ كَنَارٍ وَمَنْجَنِيقٍ إِلَّا لِضَرُورَةٍ كَأَنْ قَاتَلُوا بِهِ أَوْ أَحَاطُوا بِنَا.

وَلَا يُسْتَعَانُ عَلَيْهِمْ بِكَافِرٍ، وَلَا بِمَنْ يَرَى قَتْلَهُمْ مُدْبِرِينَ، وَلَوْ اسْتَعَانُوا عَلَيْنَا بِأَهْلِ حَرْبٍ وَآمَنُوهُمْ لَمْ يَنْفُذْ أَمَانُهُمْ عَلَيْنَا، وَنَفَذَ عَلَيْهِمْ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَعَانَهُمْ أَهْلُ الذِّمَّةِ عَالِمِينَ بِتَحْرِيمِ قِتَالِنَا انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ، أَوْ مُكْرَهِينَ فَلَا، وَكَذَا إِنْ قَالُوا ظَنَنَّا جَوَازَهُ أَوْ أَنَّهُمْ مُحِقُّونَ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيُقَاتَلُونَ كَبُغَاةٍ](١).

---

(١) قال في «مغني المحتاج» ما نصه: كِتَابُ الْبُغَاةِ جَمْعُ بَاغٍ، وَالْبَغْيُ الظُّلْمُ وَمُجَاوَزَةُ الْحَدِّ سُمُّوا بِذَلِكَ لِظُلْمِهِمْ وَعُدُولِهِمْ عَنْ الْحَقِّ كَمَا يُقَالُ بَغَتْ الْمَرْأَةُ -

……

إِذَا فَجَرَتْ، وَافْتَتَحَهُ فِي الْمُحَرَّرِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟﴾ [الحجرات: ٩] الْآيَةَ، وَلَيْسَ فِيهَا ذِكْرُ الْخُرُوجِ عَلَى الْإِمَامِ، لَكِنَّهَا تَشْمَلُهُ لِعُمُومِهَا أَوْ تَقْتَضِيهِ لِأَنَّهُ إِذَا طَلَبَ الْقِتَالَ لِبَغْيِ طَائِفَةٍ عَلَى طَائِفَةٍ، فَلِلْبَغْيِ عَلَى الْإِمَامِ أَوْلَى، وَالْإِجْمَاعُ مُنْعَقِدٌ عَلَى قِتَالِهِمْ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ: أُخِذَتِ السِّيرَةُ فِي قِتَالِ الْمُشْرِكِينَ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَفِي قِتَالِ الْمُرْتَدِّينَ مِنْ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ، وَفِي قِتَالِ الْبُغَاةِ مِنْ عَلِيٍّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ، وَقَدْ عَرَّفَ الْمُصَنِّفُ رَضِيَ الله عَنْهُ الْبُغَاةَ بِقَوْلِهِ **(هُمْ)** مُسْلِمُونَ **(مُخَالِفُو الْإِمَامِ)** وَلَوْ جَائِرًا وَهُمْ عَادِلُونَ كَمَا قَالَهُ الْقَفَّالُ، وَحَكَاهُ ابْنُ الْقُشَيْرِيِّ عَنْ مُعْظَمِ الْأَصْحَابِ وَمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ مِنَ التَّقْيِيدِ بِالْإِمَامِ الْعَادِلِ، وَكَذَا هُوَ فِي الْأُمِّ وَالْمُخْتَصَرِ مُرَادُهُمْ إِمَامُ أَهْلِ الْعَدْلِ فَلَا يُنَافِي ذَلِكَ، وَيَدُلُّ لِذَلِكَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ: إِنَّ الْخُرُوجَ عَلَى الْأَئِمَّةِ وَقِتَالَهُمْ حَرَامٌ بِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا فَسَقَةً ظَالِمِينَ لَكِنْ نُوزِعَ فِي الْإِجْمَاعِ بِخُرُوجِ الْحُسَيْنِ عَلَى يَزِيدَ بْنِ مُعَاوِيَةَ وَابْنِ الزُّبَيْرِ عَلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ، وَمَعَ كُلٍّ مِنْهُمَا خَلْقٌ كَثِيرٌ مِنَ السَّلَفِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ مُرَادَهُ الْإِجْمَاعُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ مَنْ تَغَلَّبَ عَلَى الْإِمَامَةِ فَيَجُوزُ الْخُرُوجُ عَلَيْهِ إِذَا جَارَ وَبَغَى، وَبَيْنَ مَنْ عُقِدَتْ لَهُ الْإِمَامَةُ فَلَا يَجُوزُ، وَتَحْصُلُ مُخَالَفَةُ الْإِمَامِ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا **(بِخُرُوجٍ عَلَيْهِ)** نَفْسِهِ **(وَ)** إِمَّا بِسَبَبِ **(تَرْكِ الِانْقِيَادِ)** لَهُ **(أَوْ)** لَا بِهَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ، بَلْ بِخُرُوجٍ عَنْ طَاعَتِهِ بِسَبَبِ **(مَنْعِ حَقٍّ)** مَالِيٍّ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيٍّ أَوْ غَيْرِهِ كَقِصَاصٍ أَوْ حَدٍّ **(تَوَجَّهَ عَلَيْهِمْ)** لِأَنَّ الصِّدِّيقَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ قَاتَلَ مَانِعِي الزَّكَاةِ لِمَنْعِهِمُ الزَّكَاةَ وَلَمْ يَخْرُجُوا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا مَنَعُوا الْحَقَّ الْمُتَوَجِّهَ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا يَكُونُ مُخَالِفُو الْإِمَامِ بُغَاةً **(بِشَرْطِ شَوْكَةٍ لَهُمْ)** بِكَثْرَةٍ أَوْ قُوَّةٍ وَلَوْ بِحِصْنٍ يُمْكِنُ مَعَهَا مُقَاوَمَةُ الْإِمَامِ فَيَحْتَاجُ فِي رَدِّهِمْ إِلَى الطَّاعَةِ لِكُلْفَةٍ مِنْ بَذْلِ مَالٍ وَتَحْصِيلِ رِجَالٍ **(وَ)** بِشَرْطِ **(تَأْوِيلٍ)** يَعْتَقِدُونَ بِهِ جَوَازَ الْخُرُوجِ عَلَيْهِ أَوْ مَنْعِ الْحَقِّ الْمُتَوَجِّهِ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ مَنْ خَالَفَ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ كَانَ مُعَانِدًا لِلْحَقِّ.

……

تَنْبِيهٌ: يُشْتَرَطُ فِي التَّأْوِيلِ أَنْ يَكُونَ فَاسِدًا لَا يُقْطَعُ بِفَسَادِهِ، بَلْ يَعْتَقِدُونَ بِهِ جَوَازَ الْخُرُوجِ كَتَأْوِيلِ الْخَارِجِينَ مِنْ أَهْلِ الْجَمَلِ وَصِفِّينَ عَلَى عَلِيٍّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ بِأَنَّهُ يَعْرِفُ قَتَلَةَ عُثْمَانَ رَضِيَ الله عَنْهُ وَيَقْدِرُ عَلَيْهِمْ وَلَا يَقْتَصُّ مِنْهُمْ لِمُوَاطَأَتِهِ إِيَّاهُمْ، وَتَأْوِيلِ بَعْضِ مَانِعِي الزَّكَاةِ مِنْ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمْ بِأَنَّهُمْ لَا يَدْفَعُونَ الزَّكَاةَ إِلَّا لِمَنْ صَلَاتُهُ سَكَنٌ لَهُمْ وَهُوَ النَّبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **(وَ)** بِشَرْطِ **(مُطَاعٍ فِيهِمْ)** أَيْ مَتْبُوعٍ يَحْصُلُ بِهِ قُوَّةٌ لِشَوْكَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِمَامًا مَنْصُوبًا فِيهِمْ يَصْدُرُونَ عَنْ رَأْيِهِ، إِذْ لَا قُوَّةَ لِمَنْ لَا يَجْمَعُ كَلِمَتَهُمْ مُطَاعٌ، وَهَذَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ عَنْ الْإِمَامِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ الْمُطَاعَ شَرْطٌ لِحُصُولِ الشَّوْكَةِ، لَا أَنَّهُ شَرْطٌ آخَرُ غَيْرُ الشَّوْكَةِ كَمَا يَقْتَضِيهِ تَعْبِيرُ الْكِتَابِ؛ وَلِهَذَا لَمْ يَذْكُرْ فِي الْمُحَرَّرِ غَيْرَ شَرْطَيْنِ وَجَعَلَ الْمُطَاعَ قَيْدًا فِي الشَّوْكَةِ **(قِيلَ وَ)** يُشْتَرَطُ **(إِمَامٌ مَنْصُوبٌ)** فِيهِمْ حَتَّى لَا تَتَعَطَّلَ الْأَحْكَامُ بَيْنَهُمْ، وَهَذَا مَا نَسَبَهُ الرَّافِعِيُّ لِلْجَدِيدِ وَنَسَبَهُ الْإِمَامُ لِلْمُعْظَمِ، وَجَزَمَ بِهِ جَمْعٌ كَثِيرٌ.

تَنْبِيهَانِ: **أَحَدُهُمَا**: كَلَامُ الْمُصَنِّفِ يُوهِمُ اعْتِبَارَ وُجُودِ شَخْصَيْنِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، وَلَيْسَ مُرَادًا: بَلْ الْمُرَادُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مُطَاعٍ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَنْصُوبًا فِيهِ؟ وَجْهَانِ: **أَصَحُّهُمَا**: عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ قَاتَلَ أَهْلَ الْجَمَلِ وَلَا إِمَامَ لَهُمْ وَأَهْلَ صِفِّينَ قَبْلَ نَصْبِ إِمَامِهِمْ، وَسَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنْ شَرْطٍ آخَرَ وَهُوَ انْفِرَادُ الْبُغَاةِ بِبَلْدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ أَوْ مَوْضِعٍ مِنْ الصَّحْرَاءِ كَمَا نَقَلَهُ فِي الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا عَنْ جَمْعٍ، وَحَكَى الْمَاوَرْدِيُّ الِاتِّفَاقَ عَلَيْهِ. **الثَّانِي**: لَيْسَ أَهْلُ الْبَغْيِ بِفَسَقَةٍ كَمَا أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِكَفَرَةٍ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا خَالَفُوا بِتَأْوِيلٍ جَائِزٍ بِاعْتِقَادِهِمْ لَكِنَّهُمْ مُخْطِئُونَ فِيهِ، وَلَيْسَ اسْمُ الْبَغْيِ ذَمًّا، وَالْأَحَادِيثُ الْوَارِدَةُ فِيمَا يَقْتَضِي ذَمَّهُمْ كَحَدِيثِ «مَنْ حَمَلَ عَلَيْنَا السِّلَاحَ فَلَيْسَ مِنَّا» وَحَدِيثُ «مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ قِيدَ شِبْرٍ فَقَدْ خَلَعَ رِبْقَةَ الْإِسْلَامِ مِنْ عُنُقِهِ» وَحَدِيثِ «مَنْ خَرَجَ مِنْ الطَّاعَةِ وَفَارَقَ الْجَمَاعَةَ فَمِيتَتُهُ جَاهِلِيَّةٌ» مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ خَرَجَ عَنْ الطَّاعَةِ بِلَا تَأْوِيلٍ أَوْ بِتَأْوِيلٍ فَاسِدٍ قَطْعًا، فَإِنْ فُقِدَتْ فِيهِمْ الشُّرُوطُ الْمَذْكُورَةُ بِأَنْ خَرَجُوا بِلَا تَأْوِيلٍ كَمَانِعِي -

حَقَّ الشَّرْعِ كَالزَّكَاةِ عِنَادًا أَوْ بِتَأْوِيلٍ يُقْطَعُ بِفَسَادِهِ كَتَأْوِيلِ الْمُرْتَدِّينَ، وَمَانِعِي حَقِّ الشَّرْعِ كَالزَّكَاةِ الْآنَ وَالْخَوَارِجِ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَوْكَةٌ بِأَنْ كَانُوا أَفْرَادًا يَسْهُلُ الظَّفَرُ بِهِمْ، أَوْ لَيْسَ فِيهِمْ مُطَاعٌ فَلَيْسُوا بُغَاةً لِانْتِفَاءِ حُرْمَتِهِمْ فَيَتَرَتَّبُ عَلَى أَفْعَالِهِمْ مُقْتَضَاهَا، وَلِأَنَّ ابْنَ مُلْجِمٍ قَتَلَ عَلِيًّا مُتَأَوِّلًا بِأَنَّهُ وَكِيلُ امْرَأَةٍ قَتَلَ عَلِيٌّ أَبَاهَا فَاقْتُصَّ مِنْهُ، وَلَمْ يُعْطَ حُكْمَهُمْ فِي سُقُوطِ الْقِصَاصِ لِانْتِفَاءِ شَوْكَتِهِ **(وَلَوْ أَظْهَرَ قَوْمٌ رَأْيَ الْخَوَارِجِ)** وَهُمْ قَوْمٌ مِنَ الْمُبْتَدِعَةِ يُكَفِّرُونَ مَنِ ارْتَكَبَ كَبِيرَةً وَيَطْعَنُونَ بِذَلِكَ فِي الْأَئِمَّةِ لَا يَحْضُرُونَ مَعَهُمُ الْجُمُعَةَ وَالْجَمَاعَاتِ كَمَا أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ **(كَتَرْكِ الْجَمَاعَاتِ وَتَكْفِيرِ ذِي)** أَيْ صَاحِبِ **(كَبِيرَةٍ)** وَلَمْ نُكَفِّرْهُمْ بِذَلِكَ كَمَا هُوَ الْأَصَحُّ **(وَلَمْ يُقَاتِلُوا)** وَهُمْ فِي قَبْضَتِنَا كَمَا فِي الْمُحَرَّرِ وَالشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ **(تُرِكُوا)** فَلَا نَتَعَرَّضُ لَهُمْ، سَوَاءٌ أَكَانُوا بَيْنَنَا أَمْ امْتَازُوا بِمَوْضِعٍ عَنَّا لَكِنْ لَمْ يَخْرُجُوا عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ كَمَا قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ، وَلَمْ يَفْسُقُوا بِذَلِكَ مَا لَمْ يُقَاتِلُوا؛ لِأَنَّ اعْتِقَادَهُمْ أَنَّ مَنْ أَتَى كَبِيرَةً كَفَرَ وَحَبَطَ عَمَلُهُ وَخَلَدَ فِي النَّارِ، وَأَنَّ دَارَ الْإِمَامِ صَارَتْ بِظُهُورِ الْكَبَائِرِ فِيهَا دَارَ كُفْرٍ وَإِبَاحَةٍ، فَلِذَلِكَ طَعَنُوا فِي الْأَئِمَّةِ وَلَمْ يُصَلُّوا خَلْفَهُمْ وَتَجَنَّبُوا الْجُمُعَةَ وَالْجَمَاعَةَ، وَلَوْ صَرَّحُوا بِسَبِّ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ عُزِّرُوا لَا إِنْ عَرَّضُوا فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ سَمِعَ رَجُلًا مِنَ الْخَوَارِجِ، يَقُول: لَا حُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، وَعَرَّضَ بِتَخْطِئَتِهِ فِي الْحُكْمِ، فَقَالَ: كَلِمَةُ حَقٍّ أُرِيدَ بِهَا بَاطِلٌ، لَكُمْ عَلَيْنَا ثَلَاثٌ: لَا نَمْنَعُكُمْ مَسَاجِدَ الله أَنْ تَذْكُرُوا فِيهَا اسْمَ الله، وَلَا نَمْنَعُكُمُ الْفَيْءَ مَا دَامَتْ أَيْدِيكُمْ مَعَنَا، وَلَا نَبْدَؤُكُمْ بِقِتَالٍ فَجَعَلَ حُكْمَهُمْ حُكْمَ أَهْلِ الْعَدْلِ.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ عَدَمِ التَّعَرُّضِ لَهُمْ إِذَا لَمْ نَتَضَرَّرْ بِهِمْ، فَإِنْ تَضَرَّرْنَا بِهِمْ تَعَرَّضْنَا لَهُمْ حَتَّى يَزُولَ الضَّرَرُ كَمَا قَالَهُ الْقَاضِي عَنِ الْأَصْحَابِ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ قَاتَلُونَا أَوْ لَمْ يَكُونُوا فِي قَبْضَتِنَا **(فَقُطَّاعٌ)** أَيْ فَحُكْمُهُمْ إِنْ لَمْ نُكَفِّرْهُمْ وَهُوَ الْأَصَحُّ كَمَا سَبَقَ كَحُكْمِ قُطَّاعِ **(طَرِيقٍ)** فَإِنْ قَتَلُوا أَحَدًا مِمَّنْ يُكَافِئُهُمْ اُقْتُصَّ مِنْهُمْ كَغَيْرِهِمْ، لَا أَنَّهُمْ قُطَّاعُ طَرِيقٍ كَمَا يُفْهِمُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ فَلَا يَتَحَتَّمُ قَتْلُهُمْ، وَإِنْ كَانُوا كَقُطَّاعِ ـ

الطَّرِيقِ فِي شَهْرِ السِّلَاحِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَقْصِدُوا إخَافَةَ الطَّرِيقِ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي حُكْمِ الْبُغَاةِ بِقَوْلِهِ **(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبُغَاةِ)** لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِفَسَقَةٍ كَمَا مَرَّ لِتَأْوِيلِهِمْ، قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ الله عَنْهُ - إلَّا أَنْ يَكُونُوا مِمَّنْ يَشْهَدُونَ لِمُوَافِقِيهِمْ بِتَصْدِيقِهِ كَالْخَطَّابِيَّةِ، وَهُمْ صِنْفٌ مِنْ الرَّافِضَةِ يَشْهَدُونَ بِالزُّورِ وَيَقْضُونَ بِهِ لِمُوَافِقِيهِمْ بِتَصْدِيقِهِمْ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُ قَاضِيهِمْ، وَلَا يَخْتَصُّ هَذَا بِالْبُغَاةِ كَمَا سَيَأْتِي فِي الشَّهَادَاتِ، وَسَيَأْتِي فِيهَا أَنَّهُمْ إنْ بَيَّنُوا السَّبَبَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ تُقْبَلُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ حِينَئِذٍ **(وَ)** يُقْبَلُ **(قَضَاءُ قَاضِيهِمْ)** بَعْدَ اعْتِبَارِ صِفَاتِ الْقَاضِي فِيهِ **(فِيمَا يُقْبَلُ)** فِيهِ **(قَضَاءُ قَاضِينَا)** لِأَنَّ لَهُمْ تَأْوِيلًا يَسُوغُ فِيهِ الِاجْتِهَادُ **(إلَّا أَنْ يَسْتَحِلَّ)** شَاهِدُ الْبُغَاةِ أَوْ قَاضِيهِمْ **(دِمَاءَنَا)** وَأَمْوَالَنَا فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَلَا قَضَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ، وَشَرْطُ الشَّاهِدِ وَالْقَاضِي الْعَدَالَةُ.

تَنْبِيهٌ: مَا جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ شَهَادَتِهِ وَنُفُوذِ قَضَائِهِ إذَا اسْتَحَلَّ دِمَاءَنَا وَأَمْوَالَنَا، وَمَا نَقَلَاهُ فِي الرَّوْضَة وَأَصْلِهَا هُنَا عَنْ الْمُعْتَبِرِينَ مِنْ أَصْحَابِنَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إذَا كَانَ بِلَا تَأْوِيلٍ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ مِنْ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي قَبُولِ شَهَادَةِ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ وَقَضَاءِ قَاضِيهِمْ بَيْنَ مَنْ يَسْتَحِلُّ الدَّمَ وَالْمَالَ أَمْ لَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إذَا اسْتَحَلُّوهُ بِتَأْوِيلٍ فَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ كَمَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ، وَيَنْبَغِي كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ أَنْ يَكُونَ سَائِرُ الْأَسْبَابِ الْمُوجِبَةِ لِلْفِسْقِ فِي مَعْنَى اسْتِحْلَالِ الدَّمِ وَالْمَالِ، وَلَوْ شَكَكْنَا فِي الِاسْتِحْلَالِ حَيْثُ قُلْنَا: لَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ وَلَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ: فَقَوْلَانِ، حَكَاهُمَا ابْنُ كَجٍّ. وَقَالَ اخْتِيَارُ الشَّافِعِيِّ: رَحِمَهُ الله تَعَالَى عَدَمُ قَبُولِ الْحُكْمِ، وَيَأْتِي مِثْلُهُ فِي الشَّهَادَةِ، وَخَرَجَ بِمَا يَنْفُذُ فِيهِ قَضَاءُ قَاضِينَا غَيْرُهُ كَأَنْ حَكَمَ بِمَا يُخَالِفُ نَصًّا أَوْ إجْمَاعًا أَوْ قِيَاسًا جَلِيًّا، فَلَا يُقْبَلُ **(وَيُنَفِّذُ)** بِضَمِّ أَوَّلِهِ وَتَشْدِيدِ الْفَاءِ قَاضِينَا **(كِتَابَهُ)** أَيْ قَاضِي الْبُغَاةِ **(بِالْحُكْمِ)** فَإِذَا كَتَبَ بِمَا حَكَمَ بِهِ إلَى قَاضِينَا جَازَ لَهُ قَبُولُهُ وَتَنْفِيذُهُ، وَلَكِنْ يُسَنُّ لَهُ عَدَمُ تَنْفِيذِهِ اسْتِخْفَافًا بِهِمْ **(وَيَحْكُمُ بِكِتَابِهِ بِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ)** أَيْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ **(فِي الْأَصَحِّ)** كَتَقْيِيدِ كِتَابِهِ بِالْحُكْمِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهِ لِمَا مَرَّ.

……

وَالثَّانِي لَا يَحْكُمُ بِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعُونَةَ أَهْلِ الْبَغْيِ وَإِقَامَةِ مَنَاصِبِهِمْ.

تَنْبِيهٌ: تَبِعَ الْمُحَرَّرُ فِي حِكَايَةِ الْخِلَافِ وَجْهَيْنِ، لَكِنَّهُ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا جَعَلَهُ قَوْلَيْنِ، وَطَرَدَهُمَا الْإِمَامُ فِي الْكِتَابِ بِالْحُكْمِ .**(وَلَوْ)** اسْتَوْلَى الْبُغَاةُ عَلَى بَلَدٍ وَ**(أَقَامُوا)** أَيْ وُلَاةُ أُمُورِهِمْ **(حَدًّا)** عَلَى مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ **(وَأَخَذُوا زَكَاةً)** مِنْ أَهْلِهَا **(وَخَرَاجًا)** مِنْ أَرْضٍ خَرَاجِيَّةٍ **(وَجِزْيَةً)** مِنْ أَهْلِ ذِمَّةٍ **(وَفَرَّقُوا سَهْمَ الْمُرْتَزِقَةِ)** مِنَ الْفَيْءِ **(عَلَى جُنْدِهِمْ صَحَّ)** مَا فَعَلُوهُ فِي الْبَلَدِ الَّذِي اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِ تَأَسِّيًا بِعَلِيٍّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ، وَلِأَنَّ فِي إِعَادَةِ الْمُطَالَبَةِ إِضْرَارًا بِأَهْلِ الْبَلَدِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ الْحَدَّ غَيْرُ وُلَاتِهِمْ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَدُّ بِهِ، وَمَحَلُّ الِاعْتِدَادِ بِهِ فِي الزَّكَاةِ كَمَا قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُعَجَّلَةٍ، أَوْ كَانَتْ مُعَجَّلَةً لَكِنِ اسْتَمَرَّتْ شَوْكَتُهُمْ حَتَّى وَجَبَتْ، فَلَوْ زَالَتْ شَوْكَتُهُمْ قَبْلَ الْوُجُوبِ لَمْ يَقَعْ مَا عَجَّلُوهُ مَوْقِعَهُ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْوُجُوبِ لَمْ يَكُونُوا أَهْلًا لِلْأَخْذِ. قَالَ: وَلَمْ أَرَ مَنْ تَعَرَّضَ لِذَلِكَ، وَقَدْ أَشَارَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ بِصَدَقَةٍ عَامَّةٍ **(وَفِي الْأَخِيرِ)** وَهُوَ تَفْرِقَةُ سَهْمِ الْمُرْتَزِقَةِ عَلَى جُنْدِهِمْ **(وَجْهٌ)** أَنَّهُ لَا يَقَعُ الْمَوْقِعَ لِئَلَّا يَتَقَوَّوْا بِهِ عَلَى أَهْلِ الْعَدْلِ. وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّهُمْ مِنْ جُنْدِ الْإِسْلَامِ، وَرُعْبُ الْكُفَّارِ قَائِمٌ بِهِمْ، وَفِي الْجِزْيَةِ أَيْضًا وَجْهٌ حَكَاهُ الرَّافِعِيُّ، وَفِي الزَّكَاةِ أَيْضًا وَجْهٌ حَكَاهُ الْقَاضِي.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَصَرَّحَ فِي الْإِشْرَافِ بِحِكَايَةِ الْخِلَافِ فِي الْخَرَاجِ .**(وَمَا أَتْلَفَهُ بَاغٍ)** مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ **(عَلَى عَادِلٍ وَعَكْسُهُ)** أَيْ أَتْلَفَهُ عَادِلٌ عَلَى بَاغٍ **(إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قِتَالٍ)** لِضَرُورَتِهِ بِأَنْ كَانَ فِي غَيْرِ الْقِتَالِ أَوْ فِيهِ لَا لِضَرُورَتِهِ **(ضَمِنَ)** قَطْعًا كُلٌّ مِنْهُمَا مُتْلَفَهُ مِنْ نَفْسٍ وَمَالٍ جَرْيًا عَلَى الْأَصْلِ فِي الْإِتْلَافَاتِ.

تَنْبِيهٌ: يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ مَا إِذَا قَصَدَ أَهْلُ الْعَدْلِ بِإِتْلَافِ الْمَالِ إِضْعَافَهُمْ وَهَزِيمَتَهُمْ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ، قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ قَالَ: بِخِلَافِ مَا لَوْ قَصَدُوا التَّشَفِّيَ وَالِانْتِقَامَ **(وَإِلَّا)** بِأَنْ كَانَ الْإِتْلَافُ فِي قِتَالٍ لِضَرُورَتِهِ **(فَلَا)** ضَمَانَ اقْتِدَاءً بِالسَّلَفِ؛ لِأَنَّ الْوَقَائِعَ الَّتِي جَرَتْ فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ كَوَقْعَةِ الْجَمَلِ وَصِفِّينَ لَمْ يُطَالِبْ بَعْضُهُمْ بَعْضًا بِضَمَانِ نَفْسٍ وَلَا مَالٍ، وَتَرْغِيبًا فِي الطَّاعَةِ لِئَلَّا يَنْفِرُوا عَنْهَا وَيَتَمَادَوْا عَلَى ـ

مَا هُمْ فِيهِ، وَلِهَذَا سَقَطَتْ التَّبِعَةُ عَنْ الْحَرْبِيِّ إذَا أَسْلَمَ، وَلِأَنَّا مَأْمُورُونَ بِالْقِتَالِ فَلَا يُضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ وَهُمْ إنَّمَا أَتْلَفُوا بِتَأْوِيلٍ **(وَفِي قَوْلٍ يَضْمَنُ الْبَاغِي)** مَا أَتْلَفَهُ عَلَى الْعَادِلِ؛ لِأَنَّهُمَا فِرْقَتَانِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ مُحِقَّةٌ وَمُبْطِلَةٌ فَلَا يَسْتَوِيَانِ فِي سُقُوطِ الْغُرْمِ كَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ لِشُبْهَةِ تَأْوِيلِهَا.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ كَمَا يُؤْخَذُ. مِمَّا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ فِيمَا أَتْلَفَ فِي الْقِتَالِ بِسَبَبِ الْقِتَالِ، فَإِنْ أَتْلَفَ فِيهِ مَا لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ ضَمِنَ قَطْعًا، قَالَهُ الْإِمَامُ وَأَقَرَّاهُ ثُمَّ مَا ذَكَرَ بِالنِّسْبَةِ لِلضَّمَانِ. وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلتَّحْرِيمِ فَقَالَ الشَّيْخُ عِزُّ الدِّينِ: لَا يَتَّصِفُ إتْلَافُهُمْ بِإِبَاحَةٍ وَلَا بِتَحْرِيمٍ؛ لِأَنَّهُ خَطَأٌ مَعْفُوٌّ عَنْهُ، بِخِلَافِ مَا يُتْلِفُهُ الْكُفَّارُ حَالَ الْقِتَالِ فَإِنَّهُ حَرَامٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ.

فَرْعٌ: لَوْ وَطِئَ بَاغٍ أَمَةَ عَادِلٍ بِلَا شُبْهَةٍ حُدَّ وَرُقَّ الْوَلَدُ وَلَا نَسَبَ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ حِينَئِذٍ زِنًا، وَمَتَى كَانَتْ مُكْرَهَةً عَلَى الْوَطْءِ لَزِمَهُ الْمَهْرُ كَغَيْرِهِ، وَبَعْضُهُمْ اسْتَثْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ إطْلَاقِ الْمُصَنِّف نَفْيَ الضَّمَانِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ؛ لِأَنَّ إتْلَافَ الْبُضْعِ بِالْوَطْءِ لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِالْقِتَالِ، وَالْكَلَامُ إنَّمَا هُوَ فِيهِ. وَأَمَّا الْحَرْبِيُّ إذَا وَطِئَ أَمَةَ غَيْرٍ بِلَا شُبْهَةٍ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ رَقِيقًا، وَلَا نَسَبَ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَلَا مَهْرَ إنْ كَانَتْ مُكْرَهَةً عَلَى الْوَطْءِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْ الْأَحْكَامَ. وَاعْلَمْ أَنَّ مَا سَبَقَ مِنْ نَفْيِ الضَّمَانِ مَحَلُّهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الشَّوْكَةِ وَالتَّأْوِيلِ، فَإِنْ فُقِدَ أَحَدُهُمَا فَلَهُ حَالَانِ أَشَارَ إلَى الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ .**(وَ)** الْبَاغِي **(الْمُتَأَوِّلُ بِلَا شَوْكَةٍ)** لَهُ **(يَضْمَنُ)** النَّفْسَ وَالْمَالَ وَلَوْ حَالَ الْقِتَالِ كَقَاطِعِ الطَّرِيقِ، وَلِأَنَّا لَوْ أَسْقَطْنَا الضَّمَانَ عَنْهُ لَمْ تَعْجَزْ كُلُّ شِرْذِمَةٍ تُرِيدُ إتْلَافَ نَفْسٍ وَمَالٍ أَنْ تُبْدِيَ تَأْوِيلًا وَتَفْعَلَ مِنْ الْفَسَادِ مَا تَشَاءُ، وَفِي ذَلِكَ بُطْلَانُ السِّيَاسَاتِ، وَأَشَارَ إلَى الثَّانِي بِقَوْلِهِ **(وَعَكْسُهُ)** وَهُوَ مَنْ لَهُ شَوْكَةٌ بِلَا تَأْوِيلٍ حُكْمُهُ **(كَبَاغٍ)** فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ، وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْأَظْهَرَ عَدَمُ الضَّمَانِ فِي حَالِ الْقِتَالِ لِضَرُورَتِهِ فَكَذَا هُنَا؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الضَّمَانِ فِي الْبَاغِينَ لِقَطْعِ الْفِتْنَةِ وَاجْتِمَاعِ الْكَلِمَةِ وَهُوَ مَوْجُودٌ هُنَا، وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ الْبُلْقِينِيُّ وَقَالَ بِالضَّمَانِ.

تَنْبِيهٌ: مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ تَنْزِيلِهِمْ مَنْزِلَةَ الْبُغَاةِ هُوَ بِالنِّسْبَةِ لِلضَّمَانِ كَمَا قَيَّدْتُ بِهِ -

……

كَلَامَهُ؛ لِأَنَّهُ السَّابِقُ أَوَّلًا. أَمَّا الْحُدُودُ إذَا أَقَامُوهَا، أَوْ الْحُقُوقُ إذَا قَبَضُوهَا، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا لِانْتِفَاءِ شَرْطِهِمْ. قَالَ الشَّيْخَانِ: وَالتَّحْكِيمُ فِيهِمْ عَلَى الْخِلَافِ فِي غَيْرِهِمْ.

فَرْعٌ: لَوْ ارْتَدَّتْ طَائِفَةٌ لَهُمْ شَوْكَةٌ فَأَتْلَفُوا مَالًا أَوْ نَفْسًا فِي الْقِتَالِ ثُمَّ تَابُوا وَأَسْلَمُوا هَلْ يَضْمَنُونَ أَوْ لَا كَالْبُغَاةِ؟ وَجْهَانِ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، وَالصَّحِيحُ كَمَا قَالَ الْإِسْنَوِيُّ الْأَوَّلُ لِجِنَايَتِهِمْ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَنَقَلَهُ الْمَاوَرْدِيُّ عَنْ النَّصِّ فِي أَكْثَرِ كُتُبِهِ.

وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ: إنَّهُ الْوَجْهُ، وَلَا يَنْفُذُ قَضَاءُ قَاضِي الْمُرْتَدِّينَ قَطْعًا، قَالَهُ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ. ثُمَّ شَرَعَ الْمُصَنِّفُ فِي كَيْفِيَّةِ قِتَالِ الْبُغَاةِ فَقَالَ **(وَلَا يُقَاتِلُ)** الْإِمَامُ **(الْبُغَاةَ حَتَّى يَبْعَثَ إلَيْهِمْ أَمِينًا فَطِنًا)** إنْ كَانَ الْبَعْثُ لِلْمُنَاظَرَةِ كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ **(نَاصِحًا)** لَهُمْ، فَإِذَا وَصَلَ إلَيْهِمْ **(يَسْأَلُهُمْ مَا يَنْقِمُونَ)** أَيْ يَكْرَهُونَ اقْتِدَاءً بِعَلِيٍّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ فَإِنَّهُ بَعَثَ ابْنَ عَبَّاسٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا إلَى أَهْلِ النَّهْرَوَانِ فَرَجَعَ بَعْضُهُمْ وَأَبَى بَعْضُهُمْ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ عِبَارَتِهِ أَنَّ الْبَعْثَ وَاجِبٌ وَهُوَ ظَاهِرُ عِبَارَةِ الشَّرْحَيْنِ أَيْضًا، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ الصَّبَّاغِ وَغَيْرُهُ، وَقَالَ فِي الْمَطْلَبِ؛ هُوَ ظَاهِرُ كَلَام الشَّافِعِيِّ، وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، وَفِي تَعْلِيقِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ **(فَإِنْ ذَكَرُوا مَظْلِمَةً)** هِيَ سَبَبُ امْتِنَاعِهِمْ مِنْ الطَّاعَةِ، وَهِيَ إنْ كَانَتْ مَصْدَرًا مِيمِيًّا فَبِفَتْحِ اللَّامِ وَكَسْرِهَا. وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: الْفَتْحُ هُوَ الْقِيَاسُ، أَوْ اسْمًا لِمَا يُظْلَمُ بِهِ فَالْكَسْرُ فَقَطْ **(أَوْ شُبْهَةً أَزَالَهَا)** لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِقِتَالِهِمْ رَدُّهُمْ إلَى الطَّاعَةِ، وَدَفْعُ شَرِّهِمْ كَدَفْعِ الصَّائِلِ دُونَ قَتْلِهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] أَيْ: تَرْجِعَ إلَى كِتَابِ الله تَعَالَى وَسُنَّةِ رَسُولِهِ **(فَإِنْ أَصَرُّوا)** بَعْدَ الْإِزَالَةِ أَوْ لَمْ يَذْكُرُوا شَيْئًا **(نَصَحَهُمْ)** وَوَعَظَهُمْ وَخَوَّفَهُمْ سُوءَ عَاقِبَةِ الْبَغْيِ، وَأَمَرَهُمْ بِالْعَوْدِ لِلطَّاعَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إلَى حُصُولِ الْمَقْصُودِ **(ثُمَّ)** إنْ أَصَرُّوا دَعَاهُمْ إلَى الْمُنَاظَرَةِ، فَإِنْ لَمْ يُجِيبُوا أَوْ أَجَابُوا وَغُلِبُوا فِي الْمُنَاظَرَةِ وَأَصَرُّوا **(آذَنَهُمْ)** بِالْمَدِّ: أَيْ أَعْلَمَهُمْ -

……

(بِالْقِتَالِ) لِأَنَّ الله تَعَالَى أَمَرَ أَوَّلًا بِالْإِصْلَاحِ ثُمَّ بِالْقِتَالِ، فَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ مَا أَخَّرَهُ الله تَعَالَى.

تَنْبِيهٌ: إِنَّمَا يُعْلِمُهُمْ بِالْقِتَالِ إِذَا عَلِمَ أَنَّ فِي عَسْكَرِهِ قُوَّةً وَقُدْرَةً عَلَيْهِمْ، وَإِلَّا أَخَّرَهُ إِلَى أَنْ تُمْكِنَهُ الْقُوَّةُ عَلَيْهِمْ: لِأَنَّهُ الِاحْتِيَاطُ فِي ذَلِكَ كَمَا نَقَلَهُ فِي الْبَحْرِ عَنْ النَّصِّ، وَقِتَالُهُمْ حِينَئِذٍ وَاجِبٌ، لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ عَلَيْهِ بِأَحَدِ خَمْسَةِ أُمُورٍ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ أَنْ يَتَعَرَّضُوا لِحَرِيمِ أَهْلِ الْعَدْلِ، أَوْ يَتَعَطَّلَ جِهَادُ الْكُفَّارِ بِهِمْ، أَوْ يَأْخُذُوا مِنْ حُقُوقِ بَيْتِ الْمَالِ مَا لَيْسَ لَهُمْ أَوْ يَمْتَنِعُوا مِنْ دَفْعِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِمْ أَوْ يَتَظَاهَرُوا عَلَى خَلْعِ الْإِمَامِ الَّذِي قَدْ انْعَقَدَتْ بَيْعَتُهُ، فَلَوْ انْفَرَدُوا عَنْ الْجَمَاعَةِ وَلَمْ يَمْنَعُوا حَقًّا وَلَا تَعَدَّوْا إِلَى مَا لَيْسَ لَهُمْ جَازَ قِتَالُهُمْ لِأَجْلِ تَفْرِيقِ الْجَمَاعَةِ، وَلَا يَجِبُ لِتَظَاهُرِهِمْ بِالطَّاعَةِ **(فَإِنْ اسْتَمْهَلُوا)** أَيْ طَلَبُوا الْإِمْهَالَ مِنْ الْإِمَامِ **(اجْتَهَدَ)** فِيهِ وَفِي عَدَمِهِ **(وَفَعَلَ مَا رَآهُ صَوَابًا)** مِنْهُمَا وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَنَّ اسْتِمْهَالَهُمْ لِلتَّأَمُّلِ فِي إِزَالَةِ الشُّبْهَةِ أَمْهَلَهُمْ لِيَتَّضِحَ لَهُمْ الْحَقُّ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَنَّهُمْ يَحْتَالُونَ لِاجْتِمَاعِ عَسَاكِرِهِمْ وَانْتِظَارِ مَدَدِهِمْ لَمْ يُمْهِلْهُمْ، وَإِنْ سَأَلُوا تَرْكَ الْقِتَالِ أَبَدًا لَمْ يُجِبْهُمْ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّ مُدَّةَ الْإِمْهَالِ لَا تَتَقَيَّدُ وَهُوَ كَذَلِكَ، بَلْ تَرْجِعُ إِلَى مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ، وَفِي التَّهْذِيبِ كَيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ، وَفِي الْمُهَذَّبِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَقَضِيَّتُهُ أَيْضًا مُرَاعَاةُ هَذَا التَّدْرِيجِ فِي الْقِتَالِ وَهُوَ كَذَلِكَ وَبِهِ صَرَّحَ الْإِمَامُ فَقَالَ: سَبِيلُهُ سَبِيلُ دَفْعِ الصَّائِلِ مِنْ الِاقْتِصَارِ عَلَى الْأَدْنَى فَالْأَدْنَى **(وَلَا يُقَاتِلُ مُدْبِرَهُمْ)** إِذَا وَقَعَ قِتَالٌ، وَلَا مَنْ أَلْقَى سِلَاحَهُ وَأَعْرَضَ عَنْ الْقِتَالِ **(وَلَا مُثْخَنَهُمْ)** بِفَتْحِ الْمُعْجَمَةِ اسْمُ مَفْعُولٍ مِنْ أَثْخَنَهُ الْجُرْحُ إِذَا أَضْعَفَهُ **(وَ)** لَا **(أَسِيرَهُمْ)** إِذَا كَانَ الْإِمَامُ يَرَى رَأْيَنَا فِيهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ تَفِيٓءَ﴾ [الحجرات: ٩] وَالْفَيْئَةُ: الرُّجُوعُ عَنْ الْقِتَالِ بِالْهَزِيمَةِ رَوَى ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ بِإِسْنَادٍ حَسَنٍ أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ الله عَنْهُ أَمَرَ مُنَادِيَهُ يَوْمَ الْجَمَلِ فَنَادَى: لَا يُتْبَعُ مُدْبِرٌ، وَلَا يُذَفَّفُ عَلَى جَرِيحٍ، وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ، وَمَنْ أَغْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ، وَمَنْ أَلْقَى سِلَاحَهُ فَهُوَ آمِنٌ، وَلِأَنَّ قِتَالَهُمْ شُرِعَ لِلدَّفْعِ عَنْ مَنْعِ الطَّاعَةِ وَقَدْ زَالَ. أَمَّا إِذَا كَانَ لَا يَرَى ذَلِكَ فَلَا اعْتِرَاضَ عَلَيْهِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ إِطْلَاقِ =

……

الْمُصَنِّفِ الْمُدْبِرُ الْمُتَحَرِّفُ لِلْقِتَالِ، أَوْ الْمُتَحَيِّزُ إلَى فِئَةٍ قَرِيبَةٍ فَيُقَاتَلَانِ، بِخِلَافِ الْمُتَحَيِّزِ إلَى فِئَةٍ بَعِيدَةٍ، وَمَا إذَا انْهَزَمُوا مُجْتَمِعِينَ تَحْتَ رَايَةِ زَعِيمِهِمْ، فَإِنَّهُمْ يُقَاتَلُونَ حَتَّى يَرْجِعُوا إلَى الطَّاعَةِ. قَالَ الْإِمَامُ: أَوْ يَتَبَدَّدُوا.

تَنْبِيهٌ: عَبَّرَ فِي الْمُحَرَّرِ فِي الْمُدْبِرِ بِالْقِتَالِ، وَفِي الْآخَرِينَ بِالْقَتْلِ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ تَعْبِيرِ الْمُصَنِّفِ؛ لِأَنَّ الْمُثْخَنَ وَالْأَسِيرَ لَا يُقَاتِلَانِ، وَقَدْ يُفْهَمُ مِنْ مَنْعِ قَتْلِ هَؤُلَاءِ وُجُوبُ الْقِصَاصِ بِقَتْلِهِمْ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ لِشُبْهَةِ أَبِي حَنِيفَةَ **(وَلَا يُطْلَقُ)** أَسِيرُهُمْ بَلْ يُحْبَسُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَاوَرْدِيُّ وَغَيْرُهُ، إذْ بِحَبْسِهِ تَضْعُفُ الْبُغَاةُ **(وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا وَامْرَأَةً)** وَعَبْدًا **(حَتَّى تَنْقَضِيَ الْحَرْبُ وَ)** تُؤْمَنَ غَائِلَتُهُمْ بِأَنْ **(يَتَفَرَّقَ جَمْعُهُمْ)** لِيَنْكَشِفَ شَرُّهُمْ وَلَا يُتَوَقَّعُ عَوْدُهُمْ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ عِبَارَتِهِ اسْتِمْرَارُ حَبْسِهِمْ إلَى أَنْ يَتَفَرَّقَ جَمْعُهُمْ، وَمَحَلُّهُ فِي الرَّجُلِ الْحُرِّ الْمُتَأَهِّلِ لِلْقِتَالِ وَكَذَا الصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ وَالشَّيْخُ الْفَانِي إنْ كَانُوا مُقَاتِلِينَ كَمَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ فِي الْأَوَّلَيْنِ، وَيُلْحَقُ بِهِمَا الْآخَرَانِ، وَإِلَّا أُطْلِقُوا بِمُجَرَّدِ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ وَإِنْ خِفْنَا عَوْدَهُمْ **(إلَّا أَنْ يُطِيعَ)** الْأَسِيرُ **(بِاخْتِيَارِهِ)** بِمُبَايَعَةِ الْإِمَامِ وَالرُّجُوعِ عَنْ الْبَغْيِ إلَى الطَّاعَةِ فَيُطْلَقُ قَبْلَ ذَلِكَ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ خَاصٌّ بِالرَّجُلِ الْحُرِّ. أَمَّا الصِّبْيَانُ وَالنِّسَاءُ وَالْعَبِيدُ فَلَا بَيْعَةَ لَهُمْ **(وَيُرَدُّ)** وُجُوبًا **(سِلَاحُهُمْ وَخَيْلُهُمْ)** وَغَيْرُهُمَا **(إلَيْهِمْ إذَا انْقَضَتْ الْحَرْبُ وَأُمِنَتْ غَائِلَتُهُمْ)** أَيْ شَرُّهُمْ بِتَفَرُّقِهِمْ أَوْ رَدِّهِمْ لِلطَّاعَةِ لِزَوَالِ الْمَحْذُورِ حِينَئِذٍ.

تَنْبِيهٌ: فُهِمَ مِنْ رَدِّ السِّلَاحِ وَالْخَيْلِ إلَيْهِمْ غَيْرُهُمَا مِنْ الْأَمْوَالِ الَّتِي لَيْسَتْ عَوْنًا لَهُمْ فِي الْقِتَالِ مِنْ بَابِ أَوْلَى **(وَلَا يُسْتَعْمَلُ)** أَيْ يَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ شَيْءٍ مِنْ سِلَاحِهِمْ وَخَيْلِهِمْ أَوْ غَيْرِهِمَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ **(فِي قِتَالٍ)** وَغَيْرِهِ لِعُمُومِ قَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» **(إلَّا لِضَرُورَةٍ)** كَمَا إذَا خِيفَ انْهِزَامُ أَهْلِ الْعَدْلِ وَلَمْ يَجِدُوا غَيْرَ خُيُولِهِمْ فَيَجُوزُ لَهُمْ رُكُوبُهَا وَكَذَا إنْ لَمْ يَجِدُوا مَا يَدْفَعُونَ بِهِ عَنْهُمْ غَيْرَ سِلَاحِهِمْ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ ذَلِكَ وُجُوبُ أُجْرَةِ اسْتِعْمَالِهَا فِي الْقِتَالِ لِلضَّرُورَةِ كَالْمُضْطَرِّ إذَا أَكَلَ -

طَعَامَ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ. وَالْأَوْجَهُ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْأَنْوَارِ خِلَافُهُ لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ لِمَا يُتْلَفُ فِي الْقِتَالِ وَتُفَارِقُ مَسْأَلَةُ الْمُضْطَرِّ بِأَنَّ الضَّرُورَةَ فِيهَا نَشَأَتْ مِنْ الْمُضْطَرِّ بِخِلَافِهِ فِي مَسْأَلَتِنَا، فَإِنَّهَا إنَّمَا نَشَأَتْ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ **(وَلَا يُقَاتَلُونَ بِعَظِيمٍ كَنَارٍ وَمَنْجَنِيقٍ)** وَإِرْسَالِ سَيْلٍ وَأُسُودٍ وَحَيَّاتٍ وَنَحْوِهَا مِنْ الْمُهْلِكَاتِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ حَالِهِمْ رَدُّهُمْ إلَى الطَّاعَةِ كَمَا مَرَّ، وَقَدْ يَرْجِعُونَ فَلَا يَجِدُونَ لِلنَّجَاةِ سَبِيلًا، وَفِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ «لَا يُعَذِّبُ بِالنَّارِ إلَّا رَبُّهَا».

تَنْبِيهٌ: لَوْ عَبَّرَ بِمَا يَعُمُّ لَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ آلَةَ الْحَرْبِ قَدْ تَعْظُمُ وَلَكِنْ لَا تَعُمُّ، وَلَيْسَ الْمَنْعُ إلَّا مِمَّا يَعُمُّ لِأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ مَنْ لَا يَجُوزُ قَتْلُهُ كَالنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ **(إلَّا لِضَرُورَةٍ)** فَيَجُوزُ قِتَالُهُمْ بِالْعَظِيمِ **(كَأَنْ قَاتَلُوا بِهِ أَوْ أَحَاطُوا بِنَا)** وَاضْطَرَرْنَا إلَى الرَّمْيِ بِذَلِكَ لِدَفْعِهِمْ عَنَّا بِأَنْ خِيفَ اسْتِئْصَالُنَا، فَإِنْ أَمْكَنَ دَفْعُهُمْ بِغَيْرِهِ كَانْتِقَالِنَا لِمَوْضِعٍ آخَرَ لَمْ نُقَاتِلْهُمْ بِهِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ تَحَصَّنُوا بِبَلَدٍ أَوْ قَلْعَةٍ وَلَمْ يَتَأَتَّ الِاسْتِيلَاءُ عَلَيْهِمْ إلَّا بِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ قِتَالُهُمْ لِمَا مَرَّ، وَلِأَنَّ تَرْكَ بَلْدَةٍ أَوْ قَلْعَةٍ بِأَيْدِي طَائِفَةٍ مِنْ الْمُسْلِمِينَ يُتَوَقَّعُ الِاحْتِيَالُ فِي فَتْحِهَا أَقْرَبُ إلَى الصَّلَاحِ مِنْ اسْتِئْصَالِهِمْ، وَلَا يَجُوزُ حِصَارُهُمْ بِمَنْعِ طَعَامٍ وَشَرَابٍ إلَّا عَلَى رَأْيِ الْإِمَامِ فِي أَهْلِ قَلْعَةٍ، وَلَا يَجُوزُ عَقْرُ خُيُولِهِمْ إلَّا إذَا قَاتَلُوا عَلَيْهَا، وَلَا قَطْعُ أَشْجَارِهِمْ وَزُرُوعِهِمْ، وَيَلْزَمُ الْوَاحِدَ كَمَا قَالَ الْمُتَوَلِّي مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ مُصَابَرَةُ اثْنَيْنِ مِنْ الْبُغَاةِ، كَمَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ أَنْ يَصْبِرَ لِكَافِرَيْنِ فَلَا يُوَلِّيَ إلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إلَى فِئَةٍ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ: يُكْرَهُ لِلْعَادِلِ أَنْ يَعْتَمِدَ قَتْلَ ذِي رَحِمِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَغْيِ وَحُكْمُ دَارِ الْبَغْيِ حُكْمُ دَارِ الْإِسْلَامِ، فَإِذَا جَرَى فِيهَا مَا يُوجِبُ إقَامَةَ حَدٍّ أَقَامَهُ الْإِمَامُ إذَا اسْتَوْلَى عَلَيْهَا، وَلَوْ سَبَى الْمُشْرِكُونَ طَائِفَةً مِنْ الْبُغَاةِ وَقَدَرَ أَهْلُ الْعَدْلِ عَلَى اسْتِنْقَاذِهِمْ لَزِمَهُمْ ذَلِكَ. **(وَلَا يُسْتَعَانُ عَلَيْهِمْ)** فِي قِتَالٍ **(بِكَافِرٍ)** ذِمِّيٍّ أَوْ غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَحْرُمُ تَسْلِيطُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ؛ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لِمُسْتَحِقِّ الْقِصَاصِ مِنْ مُسْلِمٍ أَنْ يُوَكِّلَ كَافِرًا فِي اسْتِيفَائِهِ، وَلَا لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَّخِذَ جَلَّادًا كَافِرًا لِإِقَامَةِ -

الْحُدُودِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ لَوْ دَعَتْ الضَّرُورَةُ إلَيْهِ لَكِنَّهُ فِي التَّتِمَّةِ صَرَّحَ بِجَوَازِ الِاسْتِعَانَةِ بِهِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وَقَالَ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ: إنَّهُ الْمُتَّجَهُ **(وَلَا)** يُسْتَعَانُ عَلَيْهِمْ أَيْضًا **(بِمَنْ يَرَى قَتْلَهُمْ)** حَالَ كَوْنِهِمْ **(مُدْبِرِينَ)** لِعَدَاوَةٍ أَوْ اعْتِقَادٍ كَالْحَنَفِيِّ إبْقَاءً عَلَيْهِمْ، وَفُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جَوَازِ اسْتِخْلَافِ الشَّافِعِيِّ الْحَنَفِيَّ وَنَحْوِهِ بِأَنَّ الْخَلِيفَةَ يَنْفَرِدُ بِرَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ، وَالْمَذْكُورُونَ هُنَا تَحْتَ رَأْيِ الْإِمَامِ فَفِعْلُهُمْ مَنْسُوبٌ إلَيْهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَعْمَلُوا بِخِلَافِ اجْتِهَادِهِ، وَيُسْتَثْنَى مَا إذَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى الِاسْتِعَانَةِ بِهِمْ.

قَالَ الشَّيْخَانِ: فَيَجُوزُ بِشَرْطَيْنِ. **أَحَدُهُمَا**: أَنْ يَكُونَ حُسْنَ إقْدَامٍ وَجَرَاءَةً. **الثَّانِي**: أَنْ يُمْكِنَ دَفْعُهُمْ عَنْهُمْ لَوْ اتَّبَعُوهُمْ بَعْدَ انْهِزَامِهِمْ. زَادَ الْمَاوَرْدِيُّ شَرْطًا ثَالِثًا وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يَتْبَعُوا مُدْبِرًا وَلَا يَقْتُلُوا جَرِيحًا وَأَنْ يَثِقَ بِوَفَائِهِمْ بِذَلِكَ **(وَلَوْ اسْتَعَانُوا عَلَيْنَا بِأَهْلِ حَرْبٍ وَآمَنُوهُمْ)** بِهَمْزَةٍ مَمْدُودَةٍ، وَقَصْرُهَا مَعَ تَشْدِيدِ الْمِيمِ لَحْنٌ كَمَا قَالَهُ ابْنُ مَكِّيٍّ: أَيْ عَقَدُوا لَهُمْ أَمَانًا لِيُعِينُوهُمْ عَلَيْنَا **(لَمْ يَنْفُذْ)** بِالْمُعْجَمَةِ **(أَمَانُهُمْ عَلَيْنَا)** لِأَنَّ الْأَمَانَ لِتَرْكِ قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَنْعَقِدُ عَلَى شَرْطِ قِتَالِهِمْ، وَحِينَئِذٍ فَلَنَا غُنْمُ أَمْوَالِهِمْ وَاسْتِرْقَاقُهُمْ وَقَتْلُ أَسِيرِهِمْ وَقَتْلُهُمْ مُدْبِرِينَ وَتَذْفِيفُ جَرِيحِهِمْ، نَعَمْ لَوْ قَالُوا: ظَنَنَّا أَنَّهُ يَجُوزُ لَنَا إعَانَةُ بَعْضِكُمْ عَلَى بَعْضٍ، أَوْ أَنَّهُمْ الْمُحِقُّونَ وَلَنَا إعَانَةُ الْمُحِقِّ، أَوْ أَنَّهُمْ اسْتَعَانُوا بِنَا عَلَى كُفَّارٍ وَأَمْكَنَ صِدْقُهُمْ كَمَا يُؤْخَذُ مِنْ كَلَامِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ الْآتِي فِي أَهْلِ الذِّمَّةِ بَلَّغْنَاهُمْ الْمَأْمَنَ وَأَجْرَيْنَا عَلَيْهِمْ حُكْمَ الْبُغَاةِ فَلَا نَسْتَبِيحُهُمْ لِلْأَمَانِ مَعَ عُذْرِهِمْ **(وَنَفَذَ عَلَيْهِمْ)** أَمَانُهُمْ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّهُمْ آمَنُوهُمْ وَأَمِنُوا مِنْهُمْ، وَالثَّانِي الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ أَمَانٌ عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ. أَمَّا لَوْ آمَنُوهُمْ بِدُونِ شَرْطِ قِتَالِنَا فَإِنَّهُ يَنْفُذُ عَلَيْنَا وَعَلَيْهِمْ، فَإِنْ اسْتَعَانُوا بِهِمْ عَلَيْنَا بَعْدَ ذَلِكَ وَقَاتَلُونَا انْتَقَضَ أَمَانُهُمْ حِينَئِذٍ فِي حَقِّنَا كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ، وَالْقِيَاسُ انْتِقَاضُهُ فِي حَقِّهِمْ أَيْضًا.

تَنْبِيهٌ: أَشْعَرَ عَطْفُهُ آمَنُوهُمْ عَلَى الِاسْتِعَانَةِ بِأَنَّهَا غَيْرُهَا وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ -

الْمَاوَرْدِيُّ، وَصَرَّحَ بِهِ الْمُتَوَلِّي، وَاحْتَرَزَ بِأَهْلِ حَرْبٍ عَمَّا تَضَمَّنَهُ قَوْلُهُ **(وَلَوْ أَعَانَهُمْ أَهْلُ الذِّمَّةِ)** مُخْتَارِينَ **(عَالِمِينَ بِتَحْرِيمِ قِتَالِنَا انْتُقِضَ عَهْدُهُمْ)** بِذَلِكَ كَمَا لَوْ انْفَرَدُوا بِالْقِتَالِ فَصَارَ حُكْمُهُمْ حُكْمَ أَهْلِ الْحَرْبِ فَيُقْتَلُونَ مُقْبِلِينَ وَمُدْبِرِينَ.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِمْ انْتِقَاضُ عَهْدِهِمْ مُطْلَقًا حَتَّى فِي حَقِّ أَهْلِ الْبَغْيِ، وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا ذَكَرَهُ الْبَغَوِيّ وَغَيْرُهُ، وَإِنْ قَالَ فِي الْبَيَانِ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي انْتِقَاضِهِ الْخِلَافُ فِي أَمَانِ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَلَوْ أَتْلَفُوا شَيْئًا بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْقِتَالِ لَمْ يَضْمَنُوهُ **(أَوْ مُكْرَهِينَ فَلَا)** يَنْتَقِضُ عَهْدُهُمْ لِشُبْهَةِ الْإِكْرَاهِ.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِمْ: إنَّهُمْ مُكْرَهُونَ وَهُوَ ظَاهِرُ إطْلَاقِ الْجُمْهُورِ، وَإِنْ قَالَ الْمُتَوَلِّي وَالْبَنْدَنِيجِيّ: إنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ثُبُوتِ كَوْنِهِمْ مُكْرَهِينَ عِنْدَ الْإِمَامِ، هَذَا فِي أَهْلِ الذِّمَّةِ. وَأَمَّا أَهْلُ الْعَهْدِ فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُمْ الْإِكْرَاهَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ؛ لِأَنَّ أَمَانَ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَقْوَى بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ خَافَ الْإِمَامُ مِنْ أَهْلِ الْعَهْدِ الْخِيَانَةَ نَبَذَ إلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ بِخِلَافِ أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَاحْتَرَزَ بِعَالِمِينَ عَمَّا تَضَمَّنَهُ قَوْلُهُ **(وَكَذَا إنْ قَالُوا ظَنَنَّا جَوَازَهُ)** أَيْ إنَّهُ يَجُوزُ لَنَا إعَانَةُ بَعْضِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى بَعْضٍ، أَوْ ظَنَنَّا أَنَّهُمْ يَسْتَعِينُونَ بِنَا عَلَى قِتَالِ كُفَّارٍ، وَأَمْكَنَ صِدْقُهُمْ كَمَا أَشَارَ إلَيْهِ فِي الْبَسِيطِ، فَلَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُمْ بِالظَّنِّ الْمَذْكُورِ **(أَوْ)** ظَنَنَّا **(أَنَّهُمْ مُحِقُّونَ)** فِيمَا فَعَلُوهُ، وَإِنَّ لَنَا إعَانَةَ الْمُحِقِّ فَلَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُمْ أَيْضًا **(عَلَى الْمَذْهَبِ)** لِمُوَافَقَتِهِمْ طَائِفَةً مِنْ الْمُسْلِمِينَ مَعَ عُذْرِهِمْ، وَلَا بُدَّ فِي دَعْوَاهُمْ الْجَهْلَ مِنْ إمْكَانِ صِدْقِهِمْ كَمَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ وَإِلَّا فَلَا تُقْبَلُ، وَزَادَ الرَّافِعِيُّ فِي شَرْحَيْهِ بَعْدَ قَوْلِهِ وَإِنَّهُمْ مُحِقُّونَ، وَإِنَّ لَهُمْ إعَانَةَ الْمُحِقِّ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُمْ قِتَالُ الْمُحِقِّينَ وَلَا الْمُبْطِلِينَ، وَنَاقَشَ الْوَجِيزُ بِتَرْكِ ذَلِكَ وَأَسْقَطَهُ مِنْ الرَّوْضَةِ كَمَا هُنَا، وَقَدْ قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ، وَفِي قَوْلِهِ أَنَّهُ يَنْتَقِضُ، وَلَوْ ادَّعَوْا ذَلِكَ كَمَا لَوْ اسْتَقَلُّوا بِالْقِتَالِ، وَتَعْبِيرُ الْمُصَنِّفِ بِكَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمُكْرَهَ لَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُ، وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ فِيهِ الطَّرِيقَانِ، فَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ بِعِبَارَةٍ وَاحِدَةٍ لَكَانَ أَوْلَى.

تَنْبِيهٌ: مَحَلُّ الْخِلَافِ إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِمْ الْإِمَامُ تَرْكَ الْقِتَالِ فِي عَقْدِ الذِّمَّةِ وَإِلَّا -

فَيَنْتَقِضُ قَطْعًا، وَلَوْ قَاتَلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ أَهْلَ الْبَغْيِ لَمْ يَنْتَقِضْ عَهْدُهُمْ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُمْ حَارَبُوا مَنْ يَلْزَمُ الْإِمَامَ مُحَارَبَتُهُ (وَيُقَاتَلُونَ) حَيْثُ قُلْنَا بِعَدَمِ انْتِقَاضِ عَهْدِهِمْ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ (كَبُغَاةٍ) أَيْ كَقِتَالِهِمْ؛ لِأَنَّ الْأَمَانَ حَقَنَ دِمَاءَهُمْ كَمَا أَنَّ الْإِسْلَامَ حَقَنَ دِمَاءَ الْبُغَاةِ. أَمَّا إِذَا انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ فَحُكْمُهُ مَذْكُورٌ فِي الْجِزْيَةِ.

تَنْبِيهٌ: تَشْبِيهُ الْمُصَنِّفِ لَهُمْ بِالْبُغَاةِ فِي الْمُقَاتَلَةِ يَقْتَضِي أَنَّهُمْ لَا يُلْحَقُونَ بِهِمْ فِي نَفْيِ ضَمَانِ مَا يُتْلِفُونَهُ فِي حَالِ الْقِتَالِ وَهُوَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّا أَسْقَطْنَا الضَّمَانَ عَنِ الْبُغَاةِ لِاسْتِمَالَةِ قُلُوبِهِمْ وَرَدِّهِمْ إِلَى الطَّاعَةِ؛ لِئَلَّا يُنَفِّرَهُمُ الضَّمَانُ وَأَهْلُ الذِّمَّةِ فِي قَبْضَةِ الْإِمَامِ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ؟ وَجْهَانِ: فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا بِلَا تَرْجِيحٍ، أَرْجَحُهُمَا كَمَا قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: الْوُجُوبُ. وَقَالَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ نَصِّ الشَّافِعِيِّ، وَخَرَجَ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ غَيْرُهُمْ مِنَ الْمُعَاهِدِينَ وَالْمُؤَمَّنِينَ فَيَنْتَقِضُ عَهْدُهُمْ وَلَا يُقْبَلُ عُذْرُهُمْ إِلَّا فِي الْإِكْرَاهِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ فِي دَعْوَاهُمُ الْإِكْرَاهَ كَمَا مَرَّ عَنِ الشَّيْخَيْنِ.

فَرْعٌ: لَوِ اقْتَتَلَ طَائِفَتَانِ بَاغِيَتَانِ مَنَعَهُمَا الْإِمَامُ فَلَا يُعِينُ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ مَنْعِهِمَا قَاتَلَ أَشَرَّهُمَا بِالْأُخْرَى الَّتِي هِيَ أَقْرَبُ إِلَى الْحَقِّ، وَإِنْ رَجَعَتْ لَمْ يُفَاجِئِ الْأُخْرَى بِالْقِتَالِ حَتَّى يَدْعُوَهَا إِلَى الطَّاعَةِ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِاسْتِعَانَتِهِ بِهَا فِي أَمَانِهِ، فَإِنِ اسْتَوَتَا قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: ضَمَّ إِلَيْهِ أَقَلَّهُمَا جَمْعًا ثُمَّ أَقْرَبَهُمَا دَارًا ثُمَّ يَجْتَهِدُ فِيهِمَا وَقَاتَلَ بِالْمَضْمُومَةِ إِلَيْهِ مِنْهُمَا الْأُخْرَى غَيْرَ قَاصِدٍ إِعَانَتَهَا، بَلْ قَاصِدًا دَفْعَ الْأُخْرَى، وَلَوْ غَزَا الْبُغَاةُ مَعَ الْإِمَامِ مُشْرِكِينَ فَكَأَهْلِ الْعَهْدِ فِي حُكْمِ الْغَنَائِمِ فَيُعْطَى الْقَاتِلُ مِنْهُمُ السَّلَبَ كَغَيْرِهِ مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ، وَلَوْ عَاهَدَ الْبُغَاةُ مُشْرِكًا اجْتَنَبْنَاهُ بِأَنْ لَا نَقْصِدَهُ بِمَا نَقْصِدُ بِهِ الْحَرْبِيَّ غَيْرَ الْمُعَاهِدِ. وَلَوْ قَتَلَ عَادِلٌ عَادِلًا فِي الْقِتَالِ. وَقَالَ: ظَنَنْتُهُ بَاغِيًا حَلَفَ وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ دُونَ الْقِصَاصِ لِلْعُذْرِ، وَلَوْ تَعَمَّدَ عَادِلٌ قَتْلَ بَاغٍ أَمَّنَهُ عَادِلٌ وَلَوْ كَانَ الْمُؤَمِّنُ لَهُ عَبْدًا أَوِ امْرَأَةً اقْتُصَّ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا بِأَمَانِهِ لَزِمَهُ الدِّيَةُ.

قال المصنف:

[فَصْلٌ]

شَرْطُ الْإِمَامِ كَوْنُهُ مُسْلِمًا مُكَلَّفًا حُرًّا ذَكَرًا قُرَشِيًّا مُجْتَهِدًا شُجَاعًا ذَا رَأْيٍ وَسَمْعٍ وَبَصَرٍ وَنُطْقٍ.

وَتَنْعَقِدُ الْإِمَامَةُ بِالْبَيْعَةِ، وَالْأَصَحُّ بَيْعَةُ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالرُّؤَسَاءِ وَوُجُوهِ النَّاسِ الَّذِينَ يَتَيَسَّرُ اجْتِمَاعُهُمْ، وَشَرْطُهُمْ صِفَةُ الشُّهُودِ وَبِاسْتِخْلَافِ الْإِمَامِ، فَلَوْ جَعَلَ الْأَمْرَ شُورَى بَيْنَ جَمْعٍ فَكَاسْتِخْلَافٍ فَيَرْتَضُونَ أَحَدَهُمْ.

وَبِاسْتِيلَاءِ جَامِعِ الشُّرُوطِ، وَكَذَا فَاسِقٌ وَجَاهِلٌ فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: لَوْ ادَّعَى دَفْعَ زَكَاةٍ إِلَى الْبُغَاةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، أَوْ جِزْيَةٍ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذَا خَرَاجٍ فِي الْأَصَحِّ، وَيُصَدَّقُ فِي حَدٍّ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ بِبَيِّنَةٍ، وَلَا أَثَرَ لَهُ فِي الْبَدَنِ وَاللهُ أَعْلَمُ](١).

---

(١) قال الخطيب: وَلَمَّا قَدَّمَ الْمُصَنِّفُ أَنَّ الْبَغْيَ هُوَ الْخُرُوجُ عَلَى الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ وَهُوَ الْقَائِمُ بِخِلَافَةِ النُّبُوَّةِ فِي حِرَاسَةِ الدِّينِ وَسِيَاسَةِ الدُّنْيَا فَيَا لَهَا رُتْبَةً مَا أَسْنَاهَا وَمَرْتَبَةً مَا أَعْلَاهَا احْتَاجَ إِلَى تَعْرِيفِهِ فَعَقَدَ لَهُ فَصْلًا، فَقَالَ: [فَصْلٌ] فِي شُرُوطِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ وَبَيَانِ انْعِقَادِ طُرُقِ الْإِمَامَةِ. وَهِيَ فَرْضُ كِفَايَةٍ كَالْقَضَاءِ، إِذْ لَا بُدَّ لِلْأُمَّةِ مِنْ إِمَامٍ يُقِيمُ الدِّينَ وَيَنْصُرُ السُّنَّةَ وَيُنْصِفُ الْمَظْلُومَ مِنَ الظَّالِمِ وَيَسْتَوْفِي الْحُقُوقَ وَيَضَعُهَا مَوَاضِعَهَا، وَقَدَّمَا فِي الشَّرْحِ وَالرَّوْضَةِ الْكَلَامَ عَلَى الْإِمَامَةِ عَلَى أَحْكَامِ الْبُغَاةِ، وَمَا فِي الْكِتَابِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الْمَقْصُودُ بِالذَّاتِ، وَقَدْ بَدَأَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ وَهُوَ: الشُّرُوطُ بِقَوْلِهِ (**شَرْطُ الْإِمَامِ**) الْأَعْظَمِ هُوَ مُفْرَدٌ مُضَافٌ فَيَعُمُّ كُلَّ شَرْطٍ: أَيْ شُرُوطِهِ حَالَ عَقْدِ الْإِمَامَةِ أَوِ الْعَهْدِ بِهَا، أُمُورٌ: **أَحَدُهَا**: (**كَوْنُهُ مُسْلِمًا**) لِيُرَاعِيَ مَصْلَحَةَ الْإِسْلَامِ وَالْمُسْلِمِينَ، فَلَا تَصِحُّ تَوْلِيَةُ كَافِرٍ وَلَوْ عَلَى كَافِرٍ. **ثَانِيهَا**: كَوْنُهُ (**مُكَلَّفًا**) لِيَلِيَ أَمْرَ النَّاسِ، فَلَا تَصِحُّ إِمَامَةُ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِإِجْمَاعٍ؛ لِأَنَّ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ فِي حَضَانَةِ غَيْرِهِ، فَكَيْفَ يَلِي أَمْرَ الْأُمَّةِ؟ وَفِي -

....

الْحَدِيثِ: «نَعُوذُ بالله مِنْ إِمَارَةِ الصِّبْيَانِ» رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ثَالِثُهَا: كَوْنُهُ (حُرًّا) لِيَكْمُلَ وَيُهَابَ، بِخِلَافِ مَنْ فِيهِ رِقٌّ، وَلِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ غَيْرِهِ، وَمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ قَوْلِهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا، وَإِنْ أُمِّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ» فَمَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْإِمَامَةِ الْعُظْمَى، رَابِعُهَا: كَوْنُهُ (ذَكَرًا) لِيَتَفَرَّغَ وَيَتَمَكَّنَ مِنْ مُخَالَطَةِ الرِّجَالِ، فَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ امْرَأَةٍ، لِمَا فِي الصَّحِيحِ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً» وَلَا وِلَايَةُ خُنْثَى وَإِنْ بَانَتْ ذُكُورَتُهُ كَمَا ذَكَرُوهُ فِي تَوْلِيَةِ الْقَاضِي فَالْإِمَامُ أَوْلَى. خَامِسُهَا: كَوْنُهُ (قُرَشِيًّا) لِخَبَرِ النَّسَائِيِّ «الْأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ» وَبِهِ أَخَذَ الصَّحَابَةُ فَمَنْ بَعْدَهُمْ. هَذَا عِنْدَ تَيَسُّرِ قُرَشِيٍّ لِلشُّرُوطِ، فَإِنْ عُدِمَ فَمُنْتَسِبٌ إِلَى كِنَانَةَ، فَإِنْ عُدِمَ فَرَجُلٌ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَإِنْ عُدِمَ فَرَجُلٌ جُرْهُمِيٌّ كَمَا فِي التَّتِمَّةِ. وَجُرْهُمُ أَصْلُ الْعَرَبِ، وَمِنْهُمْ تَزَوَّجَ سَيِّدُنَا إِسْمَاعِيلُ حِينَ أَنْزَلَهُ أَبُوهُ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْضَ مَكَّةَ، فَإِنْ عُدِمَ فَرَجُلٌ مِنْ وَلَدِ إِسْحَاقَ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ إِلَى غَيْرِهِمْ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ هَاشِمِيًّا بِاتِّفَاقٍ، فَإِنَّ الصِّدِّيقَ وَعُمَرَ وَعُثْمَانَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمْ لَمْ يَكُونُوا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ. سَادِسُهَا: كَوْنُهُ عَدْلًا، وَلَوْ ذَكَرَهُ بَدَلَ مُسْلِمًا لَعُلِمَ مِنْهُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا. قَالَ الشَّيْخُ عِزُّ الدِّينِ: وَإِذَا تَعَذَّرَتْ الْعَدَالَةُ فِي الْأَئِمَّةِ وَالْحُكَّامِ قَدَّمْنَا أَقَلَّهُمْ فِسْقًا. سَابِعُهَا: كَوْنُهُ عَالِمًا (مُجْتَهِدًا) لِيَعْرِفَ الْأَحْكَامَ وَيُعَلِّمَ النَّاسَ وَلَا يَحْتَاجَ إِلَى اسْتِفْتَاءِ غَيْرِهِ فِي الْحَوَادِثِ لِأَنَّهُ بِالْمُرَاجَعَةِ وَالسُّؤَالِ يَخْرُجُ عَنْ رُتْبَةِ الِاسْتِقْلَالِ. ثَامِنُهَا: كَوْنُهُ (شُجَاعًا) بِتَثْلِيثِ الْمُعْجَمَةِ، وَالشَّجَاعَةُ قُوَّةُ الْقَلْبِ عِنْدَ الْبَأْسِ لِيَنْفَرِدَ بِنَفْسِهِ وَيُدَبِّرَ الْجُيُوشَ وَيَقْهَرَ الْأَعْدَاءَ وَيَفْتَحَ الْحُصُونَ. تَاسِعُهَا: كَوْنُهُ (ذَا رَأْيٍ) يُفْضِي إِلَى سِيَاسَةِ الرَّعِيَّةِ وَتَدْبِيرِ الْمَصَالِحِ الدُّنْيَوِيَّةِ فَهُوَ مِلَاكُ الْأُمُورِ. قَالَ الْمُتَنَبِّي: الرَّأْيُ قَبْلَ شَجَاعَةِ الشُّجْعَانِ هُوَ أَوَّلٌ وَهِيَ الْمَحَلُّ الثَّانِي، فَإِذَا هُمَا اجْتَمَعَا لِنَفْسٍ مَرَّةً بَلَغَتْ مِنَ الْعَلْيَاءِ كُلَّ مَكَانِ وَلَرُبَّمَا قَهَرَ الْفَتَى أَقْرَانَهُ بِالرَّأْيِ لَا بِتَطَاوُلِ الْأَقْرَانِ وَقَدْ كَانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ يُضْرَبُ بِهِ الْمَثَلُ فِي سَدَادِ الرَّأْيِ (وَ). عَاشِرُهَا: كَوْنُهُ ذَا (سَمْعٍ وَبَصَرٍ وَنُطْقٍ) ـ

لِيَتَأَتَّى مِنْهُ فَصْلُ الْأُمُورِ، وَلَا يَضُرُّ ثِقَلُ السَّمْعِ وَالتَّمْتَمَةُ وَلَا كَوْنُهُ أَعْشَى الْعَيْنِ لِأَنَّ عَجْزَهُ حَالَ الِاسْتِرَاحَةِ وَيُرْجَى زَوَالُهُ.

وَأَمَّا ضَعْفُ الْبَصَرِ فَإِنْ مَنَعَ تَمْيِيزَ الْأَشْخَاصِ مُنِعَ، وَإِلَّا فَلَا.

تَنْبِيهٌ: فُهِمَ مِنِ اشْتِرَاطِهِ الْبَصَرَ جَوَازُ كَوْنِهِ أَعْوَرَ وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ الرُّويَانِيُّ وَمِنِ اقْتِصَارِهِ عَلَى مَا ذُكِرَ أَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فَقْدُ شَمٍّ وَذَوْقٍ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي زَوَائِدِ الرَّوْضَةِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَيْضًا أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ نَقْصٌ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ حَرَكَةِ النُّهُوضِ كَالنَّقْصِ فِي الْيَدِ وَالرِّجْلِ كَمَا صَحَّحَهُ فِي الرَّوْضَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَعْصُومًا؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ لِلْأَنْبِيَاءِ، وَلَا يَضُرُّ قَطْعُ ذَكَرٍ وَأُنْثَيَيْنِ. وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ كَمَا تُعْتَبَرُ فِي الِابْتِدَاءِ تُعْتَبَرُ فِي الدَّوَامِ إِلَّا الْعَدَالَةَ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ فِي الْأَصَحِّ وَإِلَّا الْجُنُونَ الْمُتَقَطِّعَ، إِذَا كَانَ زَمَنُ الْإِفَاقَةِ أَكْثَرَ. قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ، وَإِلَّا فِي قَطْعِ إِحْدَى الْيَدَيْنِ أَوِ الرِّجْلَيْنِ فَلَا يُؤَثِّرُ فِي الدَّوَامِ، إِذْ يُغْتَفَرُ فِي الدَّوَامِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الِابْتِدَاءِ، فَعُلِمَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِالْعَمَى وَالصَّمَمِ وَالْخَرَسِ وَالْمَرَضِ الَّذِي يُنْسِيهِ الْعُلُومَ.

ثُمَّ شَرَعَ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي وَهُوَ بَيَانُ انْعِقَادِ طُرُقِ الْإِمَامَةِ بِقَوْلِهِ **(وَتَنْعَقِدُ الْإِمَامَةُ)** بِثَلَاثَةِ طُرُقٍ.

أَحَدُهَا **(بِالْبَيْعَةِ)** بِفَتْحِ الْمُوَحَّدَةِ كَمَا بَايَعَ الصَّحَابَةُ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَاخْتُلِفَ فِي عَدَدِ الْمُبَايِعِ **(وَالْأَصَحُّ)** لَا يَتَعَيَّنُ عَدَدٌ، بَلْ الْمُعْتَبَرُ **(بَيْعَةُ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالرُّؤَسَاءِ وَوُجُوهِ النَّاسِ الَّذِينَ يَتَيَسَّرُ اجْتِمَاعُهُمْ)** لِأَنَّ الْأَمْرَ يَنْتَظِمُ بِهِمْ وَيَتْبَعُهُمْ سَائِرُ النَّاسِ، وَلَا يُشْتَرَطُ اتِّفَاقُ أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ مِنْ سَائِرِ الْأَقْطَارِ الْبَعِيدَةِ وَلَا يُشْتَرَطُ عَدَدٌ كَمَا يُوهِمُهُ كَلَامُهُ، بَلْ لَوْ تَعَلَّقَ الْحَلُّ وَالْعَقْدُ بِوَاحِدٍ مُطَاعٍ كَفَتْ بَيْعَتُهُ، وَلَزِمَهُ الْمُوَافَقَةُ وَالْمُتَابَعَةُ، وَقِيلَ لَا بُدَّ مِنِ اثْنَيْنِ لِأَنَّهُمَا أَقَلُّ الْجَمَاعَةِ، وَقِيلَ مِنْ ثَلَاثَةٍ لِأَنَّهُمْ أَقَلُّ الْجَمْعِ، وَقِيلَ مِنْ أَرْبَعَةٍ لِأَنَّهُمْ أَكْثَرُ نِصَابِ الشَّهَادَةِ، وَقِيلَ مِنْ خَمْسَةٍ غَيْرِ الْبَائِعِ كَأَهْلِ الشُّورَى، وَقِيلَ مِنْ أَرْبَعِينَ لِأَنَّهُ أَشَدُّ خَطَرًا مِنَ الْجُمُعَةِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ لِانْعِقَادِهَا إِشْهَادُ شَاهِدَيْنِ أَوْ ـ

= لَا؟ حَكَى فِي الرَّوْضَةِ عَنِ الْإِمَامِ عَنِ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلَ لِئَلَّا يُدْعَى عَقْدٌ سَابِقٌ، وَلِأَنَّ الْإِمَامَةَ لَيْسَتْ دُونَ النِّكَاحِ، وَقِيلَ إِنْ عَقَدَهَا وَاحِدٌ اُشْتُرِطَ الْإِشْهَادُ، أَوْ جَمْعٌ فَلَا، وَجَرَى عَلَى هَذَا ابْنُ الْمُقْرِي **(وَشَرْطُهُمْ)** أَيْ الْمُبَايِعِينَ **(صِفَةُ الشُّهُودِ)** مِنَ الْعَدَالَةِ وَغَيْرِهَا مِمَّا يَأْتِي.

تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الِاجْتِهَادِ وَهُوَ كَذَلِكَ وَمَا فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهَا مِنْ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُبَايِعُ مُجْتَهِدًا إِنِ اتَّحَدَ، وَأَنْ يَكُونَ فِيهِ مُجْتَهِدٌ إِنْ تَعَدَّدَ مُفَرَّعٌ عَلَى اشْتِرَاطِ الْعَدَدِ، وَالْمُرَادُ بِالْمُجْتَهِدِ هُنَا الْمُجْتَهِدُ بِشُرُوطِ الْإِمَامَةِ لَا أَنْ يَكُونَ مُجْتَهِدًا مُطْلَقًا كَمَا صَرَّحَ بِهِ الزَّنْجَانِيُّ فِي شَرْحِ الْوَجِيزِ **(وَ)** ثَانِيهِمَا يَنْعَقِدُ **(بِاسْتِخْلَافِ الْإِمَامِ)** شَخْصًا عَيَّنَهُ فِي حَيَاتِهِ لِيَكُونَ خَلِيفَتَهُ بَعْدَهُ، وَيُعَبَّرُ عَنْهُ بِعَهِدْتُ إِلَيْهِ كَمَا عَهِدَ أَبُو بَكْرٍ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُمَا، بِقَوْلِهِ: بِسْمِ الله الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا عَهِدَ أَبُو بَكْرٍ خَلِيفَةُ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِنْدَ آخِرِ عَهْدِهِ مِنَ الدُّنْيَا وَأَوَّلِ عَهْدِهِ بِالْآخِرَةِ فِي الْحَالَةِ الَّتِي يُؤْمِنُ فِيهَا الْكَافِرُ وَيَتَّقِي فِيهَا الْفَاجِرُ، إِنِّي اسْتَعْمَلْتُ عَلَيْكُمْ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَإِنْ بَرَّ وَعَدَلَ فَذَاكَ عِلْمِي بِهِ وَعِلْمِي فِيهِ، وَإِنْ جَارَ وَبَدَّلَ فَلَا عِلْمَ لِي بِالْغَيْبِ، وَالْخَيْرَ أَرَدْتُ، وَلِكُلِّ امْرِئٍ مَا اكْتَسَبَ ﴿وَسَيَعْلَمُ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوٓاْ أَيَّ مُنقَلَبٖ يَنقَلِبُونَ﴾ [الشعراء: ٢٢٧] وَانْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِهِ.

تَنْبِيهٌ: لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ كَمَا قَالَ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ جَامِعًا لِشُرُوطِ الْإِمَامَةِ، فَلَا عِبْرَةَ بِاسْتِخْلَافِ الْجَاهِلِ وَالْفَاسِقِ، وَأَنْ يَقْبَلَ الْخَلِيفَةُ فِي حَيَاةِ الْإِمَامِ، وَإِنْ تَرَاخَى عَنِ الِاسْتِخْلَافِ كَمَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الرَّوْضَةِ، وَإِنْ بَحَثَ الْبُلْقِينِيُّ اشْتِرَاطَ الْفَوْرِ، فَإِنْ أَخَّرَهُ عَنِ الْحَيَاةِ رَجَعَ ذَلِكَ إِلَى الْإِيصَاءِ وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَتَحَرَّى الْأَصْلَحَ لِلْإِمَامَةِ بِأَنْ يَجْتَهِدَ فِيهِ، فَإِذَا ظَهَرَ لَهُ وَاحِدٌ وَلَّاهُ، وَلَهُ جَعْلُ الْخِلَافَةِ لِزَيْدٍ، ثُمَّ بَعْدَهُ لِعَمْرٍو، ثُمَّ بَعْدَهُ لِبَكْرٍ، وَتَنْتَقِلُ عَلَى مَا رَتَّبَ كَمَا رَتَّبَ رَسُولُ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُمَرَاءَ جَيْشِ مُؤْتَةَ، فَإِنْ مَاتَ الْأَوَّلُ فِي حَيَاةِ الْخَلِيفَةِ فَالْخِلَافَةُ لِلثَّانِي، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي أَيْضًا فَهِيَ لِلثَّالِثِ، وَإِنْ مَاتَ الْخَلِيفَةُ =

وَبَقِيَ الثَّلَاثَةُ أَحْيَاءً وَانْتَصَبَ الْأَوَّلُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْهَدَ بِهَا إِلَى غَيْرِ الْأَخِيرَيْنِ، لِأَنَّهَا لَمَّا انْتَهَتْ إِلَيْهِ صَارَ أَمْلَكَ بِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَعْهَدْ إِلَى أَحَدٍ، فَلَيْسَ لِأَهْلِ الْبَيْعَةِ أَنْ يُبَايِعُوا غَيْرَ الثَّانِي وَيُقَدَّمُ عَهْدُ الْأَوَّلِ عَلَى اخْتِيَارِهِمْ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الِاسْتِخْلَافِ رِضَا أَهْلِ الْحَلِّ وَالْعَقْدِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ: بَلْ إِذَا ظَهَرَ لَهُ وَاحِدٌ جَازَ بَيْعَتُهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ غَيْرِهِ وَلَا مُشَاوَرَةِ أَحَدٍ كَمَا نَقَلَهُ فِي الرَّوْضَةِ عَنِ الْمَاوَرْدِيِّ وَقَطَعَ بِهِ الْإِمَامُ، **(فَلَوْ جَعَلَ)** الْإِمَامُ **(الْأَمْرَ)** فِي الْخِلَافَةِ **(شُورَى)** هُوَ مَصْدَرٌ بِمَعْنَى التَّشَاوُرِ **(بَيْنَ جَمْعٍ فَكَاسْتِخْلَافٍ)** حُكْمُهُ إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَخْلَفَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ **(فَيَرْتَضُونَ أَحَدَهُمْ)** بَعْدَ مَوْتِ الْإِمَامِ فَيُعَيِّنُونَهُ لِلْخِلَافَةِ كَمَا جَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ الْأَمْرَ شُورَى بَيْنَ سِتَّةٍ: عَلِيٍّ، وَالزُّبَيْرِ، وَعُثْمَانَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ وَطَلْحَةَ، فَاتَّفَقُوا عَلَى عُثْمَانَ رَضِيَ الله عَنْهُ أَمَّا قَبْلَ مَوْتِهِ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يُعَيِّنُوهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، فَإِنْ خَافُوا تَفَرُّقَ الْأَمْرِ وَانْتِشَارَهُ بَعْدَهُ اسْتَأْذَنُوهُ، وَلَوِ امْتَنَعَ أَهْلُ الشُّورَى مِنَ الِاخْتِيَارِ لَمْ يُجْبَرُوا عَلَيْهِ وَكَأَنَّهُ لَمْ يَعْهَدْ، وَكَذَلِكَ لَوِ امْتَنَعَ الْمَعْهُودُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَبُولِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ أَوْصَى بِهَا جَازَ كَمَا لَوِ اسْتَخْلَفَ، لَكِنَّ قَبُولَ الْمُوصَى لَهُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، وَقِيلَ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ بِالْمَوْتِ يَخْرُجُ عَنِ الْوِلَايَةِ وَيَتَعَيَّنُ مَنِ اخْتَارَهُ لِلْخِلَافَةِ بِالِاسْتِخْلَافِ أَوِ الْوَصِيَّةِ مَعَ الْقَبُولِ، فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يُعَيِّنَ غَيْرَهُ، وَإِنِ اسْتَعْفَى الْخَلِيفَةُ أَوِ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ الْقَبُولِ لَمْ يَنْعَزِلْ حَتَّى يُعْفَى وَيُوجَدَ غَيْرُهُ، فَإِنْ وُجِدَ غَيْرُهُ جَازَ اسْتِعْفَاؤُهُ وَإِعْفَاؤُهُ وَخَرَجَ مِنَ الْعَهْدِ بِاسْتِجْمَاعِهِمَا، وَإِلَّا امْتَنَعَ وَبَقِيَ الْعَهْدُ لَازِمًا، وَيَجُوزُ الْعَهْدُ إِلَى الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ كَمَا يَجُوزُ إِلَى غَيْرِهِمَا كَمَا جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْأَنْوَارِ وَابْنُ الْمُقْرِي، وَقِيلَ يَمْتَنِعُ ذَلِكَ كَالتَّزْكِيَةِ وَالْحُكْمِ، وَقِيلَ: تَجُوزُ لِلْوَالِدِ دُونَ الْوَلَدِ، لِشِدَّةِ الْمَيْلِ إِلَيْهِ.

فَرْعٌ: لَوْ صَلَحَ لِلْإِمَامَةِ وَاحِدٌ فَقَطْ تَعَيَّنَ، أَوِ اثْنَانِ اسْتُحِبَّ لِأَهْلِ الْعَقْدِ وَالْحَلِّ تَقْدِيمُ أَسَنِّهِمَا فِي الْإِسْلَامِ، ثُمَّ إِنْ كَثُرَتِ الْحُرُوبُ كَأَنْ ظَهَرَ أَهْلُ الْفَسَادِ أَوِ الْبُغَاةِ فَالْأَشْجَعُ أَحَقُّ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَعَتْ إِلَى زِيَادَةِ الشَّجَاعَةِ، أَوْ كَثُرَتِ الْبِدَعُ فَالْأَعْلَمُ -

أَحَقُّ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَعَتْ إِلَى زِيَادَةِ الْعِلْمِ، فَإِنْ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ وَإِنْ لَمْ يَتَنَازَعَا كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ كَلَامِ ابْنِ الْمُقْرِي لِأَنَّ فَيْأَهُمَا لِلْمُسْلِمِينَ لَا لَهُمَا لِعَدَمِ التَّرْجِيحِ، وَقِيلَ يُقَدِّمُ أَهْلُ الْعَقْدِ وَالْحَلِّ مَنْ شَاؤُوا بِلَا قُرْعَةٍ، وَلَوْ تَنَازَعَاهَا لَمْ يَقْدَحْ فِيهِمَا تَنَازُعُهُمَا؛ لِأَنَّ طَلَبَهَا لَيْسَ مَكْرُوهًا **(وَ)** ثَالِثُهَا **(بِاسْتِيلَاءِ)** شَخْصٍ مُتَغَلِّبٍ عَلَى الْإِمَامَةِ **(جَامِعِ الشُّرُوطِ)** الْمُعْتَبَرَةِ فِي الْإِمَامَةِ عَلَى الْمُلْكِ بِقَهْرٍ وَغَلَبَةٍ بَعْدَ مَوْتِ الْإِمَامِ لِيَنْتَظِمَ شَمْلُ الْمُسْلِمِينَ. أَمَّا الِاسْتِيلَاءُ عَلَى الْحَيِّ فَإِنْ كَانَ الْحَيُّ مُتَغَلِّبًا انْعَقَدَتْ إِمَامَةُ الْمُتَغَلِّبِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ إِمَامًا بِبَيْعَةٍ أَوْ عَهْدٍ لَمْ تَنْعَقِدْ إِمَامَةُ الْمُتَغَلِّبِ عَلَيْهِ **(وَكَذَا فَاسِقٌ وَجَاهِلٌ)** تَنْعَقِدُ إِمَامَةُ كُلٍّ مِنْهُمَا مَعَ وُجُودِ بَقِيَّةِ الشُّرُوطِ بِالِاسْتِيلَاءِ **(فِي الْأَصَحِّ)** وَإِنْ كَانَ عَاصِيًا بِذَلِكَ لِمَا مَرَّ. وَالثَّانِي الْمَنْعُ لِفَقْدِ الشُّرُوطِ.

تَنْبِيهٌ: كَلَامُهُ يُفْهِمُ أَنَّ الْخِلَافَ إِنَّمَا يَجْرِي فِي حَالِ اجْتِمَاعِ الْفِسْقِ وَالْجَهْلِ، لَكِنَّ عِبَارَةَ الرَّوْضَةِ وَأَصْلِهَا مُشْعِرَةٌ بِجَرَيَانِ الْخِلَافِ عِنْدَ انْفِرَادِ كُلٍّ مِنْهُمَا، وَهُوَ الظَّاهِرُ كَمَا قَالَهُ الدَّمِيرِيُّ، فَإِنْ جَعَلْتُ الْوَاوَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ بِمَعْنَى أَوْ كَمَا قَرَّرْتُ بِهِ كَلَامَهُ فَلَا مُخَالَفَةَ، وَلَا يَخْتَصُّ هَذَا كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ بِالْفِسْقِ وَالْجَهْلِ، بَلْ سَائِرُ الشُّرُوطِ إِذَا فُقِدَ وَاحِدٌ مِنْهَا كَذَلِكَ كَالْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ قَالَ الدَّمِيرِيُّ: وَلِيَ الْأَكْنَانَ وَهُوَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ حِينَ مَاتَ أَبُوهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَضَعُوا التَّاجَ عَلَى بَطْنِ أُمِّهِ وَعَقَدُوا لِحَمْلِهَا اللِّوَاءَ فَوَلَدَتْ ذَكَرًا فَمَلَكَهُمْ إِلَى أَنْ مَاتَ، نَعَمْ الْكَافِرُ إِذَا تَغَلَّبَ لَا تَنْعَقِدُ إِمَامَتُهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وَقَوْلِ الشَّيْخِ عِزِّ الدِّينِ: وَلَوْ اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ عَلَى إِقْلِيمٍ فَوَلَّوْا الْقَضَاءَ رَجُلًا مُسْلِمًا، فَالَّذِي يَظْهَرُ انْعِقَادُهُ لَيْسَ بِظَاهِرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ: لَوْ ابْتُلِيَ النَّاسُ بِوِلَايَةِ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ يَرْجِعُ لِلْعُقَلَاءِ أَوْ امْرَأَةٍ هَلْ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُمَا لِعَامٍّ فِيمَا يُوَافِقُ الْحَقَّ كَتَوْلِيَةِ الْقَضَاءِ وَالْوُلَاةِ؟ فِيهِ وَقْفَةٌ انتهى. فَإِذَا كَانَ عِنْدَهُ وَقْفَةٌ فِي ذَلِكَ فَالْكَافِرُ أَوْلَى. **فُرُوعٌ:** تَجِبُ طَاعَةُ الْإِمَامِ وَإِنْ كَانَ جَائِرًا فِيمَا يَجُوزُ مِنْ أَمْرِهِ وَنَهْيِهِ لِخَبَرِ «اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنْ أُمِّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ مُجَدَّعٌ =

= الْأَطْرَافِ» وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ نَصْبِهِ اتِّحَادُ الْكَلِمَةِ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إلَّا بِوُجُوبِ الطَّاعَةِ، وَتَجِبُ نَصِيحَتُهُ لِلرَّعِيَّةِ بِحَسَبِ قُدْرَتِهِ، وَلَا يَجُوزُ عَقْدُهَا لِإِمَامَيْنِ فَأَكْثَر وَلَوْ بِأَقَالِيمَ وَلَوْ تَبَاعَدَتْ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ اخْتِلَالِ الرَّأْيِ وَتَفَرُّقِ الشَّمْلِ، فَإِنْ عُقِدَتْ لِاثْنَيْنِ مَعًا بَطَلَتَا أَوْ مُرَتَّبًا انْعَقَدَتْ لِلسَّابِقِ كَمَا فِي النِّكَاحِ عَلَى امْرَأَةٍ، وَيُعَزَّرُ الثَّانِي وَمُبَايِعُوهُ إنْ عَلِمُوا بِبَيْعَةِ السَّابِقِ لِارْتِكَابِهِمْ مُحَرَّمًا. فَإِنْ قِيلَ وَرَدَ: فِي مُسْلِمٍ «إذَا بُويِعَ لِخَلِيفَتَيْنِ فَاقْتُلُوا الْآخِرَ مِنْهُمَا» فَكَيْفَ يُقَالُ بِالتَّعْزِيرِ فَقَطْ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى الْحَدِيثِ لَا تُطِيعُوهُ فَيَكُونُ كَمَنْ قُتِلَ، وَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّهُ إنْ أَصَرَّ فَهُوَ بَاغٍ يُقَاتَلُ، فَإِنْ عُلِمَ سَبْقٌ وَجُهِلَ بَطَلَ الْعَقْدَانِ كَمَا مَرَّ نَظِيرُهُ مِنْ الْجُمُعَةِ وَالنِّكَاحِ، وَإِنْ عَلِمَ السَّابِقُ ثُمَّ نَسِيَ وَقَفَ الْأَمْرُ رَجَاءَ الِانْكِشَافِ، فَإِنْ أَضَرَّ الْوَقْفُ بِالْمُسْلِمِينَ عُقِدَ لِأَحَدِهِمَا لَا لِغَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّ عَقْدَهَا لَهُمَا أَوْجَبَ صَرْفَهَا عَنْ غَيْرِهِمَا وَإِنْ بَطَلَ عَقْدَاهُمَا بِالْإِضْرَارِ، وَخَالَفَ الْبُلْقِينِيُّ الشَّيْخَيْنِ فِي ذَلِكَ وَقَالَ بِجَوَازِ عَقْدِهَا لِغَيْرِهِمَا، وَالْحَقُّ فِي الْإِمَامَةِ لِلْمُسْلِمِينَ لَا لَهُمَا، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى أَحَدِهِمَا السَّبَقَ وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ بَطَلَ حَقُّهُ وَلَا يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْآخَرِ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَيَجُوزُ تَسْمِيَةُ الْإِمَامِ خَلِيفَةً، وَخَلِيفَةَ رَسُولِ الله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ. قَالَ الْبَغَوِيّ: وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا، وَأَوَّلُ مَنْ سُمِّيَ بِهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ، وَلَا يَجُوزُ تَسْمِيَتُهُ بِخَلِيفَةِ الله تَعَالَى، لِأَنَّهُ إنَّمَا يُسْتَخْلَفُ مَنْ يَغِيبُ وَيَمُوتُ وَاَللَّهُ تَعَالَى مُنَزَّهٌ عَنْ ذَلِكَ. قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ: وَلَا يُسَمَّى أَحَدٌ خَلِيفَةَ الله بَعْدَ آدَمَ وَدَاوُد عَلَيْهِمَا السَّلَامُ، وَعَنْ ابْنِ مُلَيْكَةَ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِأَبِي بَكْرٍ رَضِيَ الله تَعَالَى عَنْهُ: يَا خَلِيفَةَ الله فَقَالَ أَنَا خَلِيفَةُ مُحَمَّدٍ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا رَاضٍ بِذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ خَلْعُ الْإِمَامِ مَا لَمْ تَخْتَلَّ الصِّفَاتُ فِيهِ، وَلَا يَصِيرُ الشَّخْصُ إمَامًا بِتَفَرُّدِهِ بِشُرُوطِ الْإِمَامَةِ فِي وَقْتِهِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ أَحَدِ الطُّرُقِ كَمَا حَكَاهُ الْمَاوَرْدِيُّ عَنْ الْجُمْهُورِ، وَقِيلَ يَصِيرُ عَنْ غَيْرِ عَقْدٍ، حَكَاهُ الْقَمُولِيُّ. قَالَ: وَمِنْ الْفُقَهَاءِ مَنْ أَلْحَقَ الْقَاضِيَ بِالْإِمَامِ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ الْإِمَامُ: لَوْ شَغَرَ الزَّمَانُ عَنْ الْإِمَامِ انْتَقَلَتْ أَحْكَامُهُ إلَى أَعْلَمِ أَهْلِ ذَلِكَ الزَّمَانِ =

(قُلْتُ) كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْحِ فِيمَا لَوْ عَادَ الْبَلَدُ مِنْ الْبُغَاةِ إلَيْنَا **(لَوْ ادَّعَى)** بَعْضُ أَهْلِهِ **(دَفْعَ زَكَاةٍ إلَى الْبُغَاةِ صُدِّقَ)** بِلَا يَمِينٍ إنْ لَمْ يُتَّهَمْ وَ**(بِيَمِينِهِ)** إنْ اُتُّهِمَ لِبِنَائِهَا عَلَى الْمُوَاسَاةِ، وَالْمُسْلِمُ مُؤْتَمَنٌ فِي أَمْرِ دِينِهِ.

تَنْبِيهٌ: الْيَمِينُ هُنَا مُسْتَحَبَّةٌ عَلَى الْأَصَحِّ كَمَا فِي زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ فِي الزَّكَاةِ وَإِنْ صَحَّحَ فِي تَصْحِيحِ التَّنْبِيهِ هُنَا أَنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَجَرَى عَلَيْهِ الدَّمِيرِيُّ **(أَوْ)** ذِمِّيٌّ ادَّعَى دَفْعَ **(جِزْيَةٍ فَلَا)** يُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ **(عَلَى الصَّحِيحِ)** لِأَنَّهَا عِوَضٌ عَنْ السَّكَنِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ادَّعَى الْمُسْتَأْجِرُ دَفْعَ الْأُجْرَةِ. وَالثَّانِي يُصَدَّقُ كَالْمُزَكِّي، وَفَرَّقَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الذِّمِّيَّ غَيْرُ مُؤْتَمَنٍ فِيمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ لِلْعَدَاوَةِ الظَّاهِرَةِ **(وَكَذَا خَرَاجٌ)** لِأَرْضٍ دَفَعَهُ الْمُسْلِمُ كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ لِقَاضِي الْبُغَاةِ لَا يُصَدَّقُ فِي دَفْعِهِ **(فِي الْأَصَحِّ)** لِأَنَّهُ أُجْرَةٌ. وَالثَّانِي يُصَدَّقُ كَالزَّكَاةِ. أَمَّا الْكَافِرُ إذَا ادَّعَى دَفْعَ الْخَرَاجِ فَلَا يُصَدَّقُ جَزْمًا **(وَيُصَدَّقُ)** الشَّخْصُ **(فِي)** إقَامَةِ **(حَدٍّ)** أَنَّهُ أُقِيمَ عَلَيْهِ. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: بِلَا يَمِينٍ، لِأَنَّ الْحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ **(إلَّا أَنْ يَثْبُتَ)** الْحَدُّ **(بِبَيِّنَةٍ، وَ)** الْحَالُ أَنَّهُ **(لَا أَثَرَ لَهُ)** أَيْ الْحَدِّ **(فِي الْبَدَنِ)** فَلَا يُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ **(وَاَللَّهُ أَعْلَمُ)** لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ إقَامَتِهِ وَلَا قَرِينَةَ تَدْفَعُهُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ ثُبُوتِهِ بِالْبَيِّنَةِ دُونَ الْإِقْرَارِ أَنَّ الْمُقِرَّ بِالْحَدِّ لَوْ رَجَعَ قَبْلَ رُجُوعِهِ وَإِنْكَارِهِ بَقَاءَ الْحَدِّ عَلَيْهِ فِي مَعْنَى الرُّجُوعِ.

تَنْبِيهٌ: كَانَ يَنْبَغِي لِلْمُصَنِّفِ أَنْ يَذْكُرَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ قَبْلَ الْكَلَامِ عَلَى أَحْكَامِ الْإِمَامَةِ.

خَاتِمَةٌ: لَا يَنْعَزِلُ إمَامٌ أَسَرَهُ كُفَّارٌ أَوْ بُغَاةٌ لَهُمْ إمَامٌ إلَّا إنْ وَقَعَ الْيَأْسُ وَلَمْ يَعُدْ إلَى إمَامَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْبُغَاةِ إمَامٌ لَمْ يَنْعَزِلْ الْإِمَامُ الْمَأْسُورُ، وَإِنْ وَقَعَ الْيَأْسُ مِنْ خَلَاصِهِ وَيَسْتَنِيبُ عَنْ نَفْسِهِ إنْ قَدَرَ عَلَى الِاسْتِنَابَةِ وَإِلَّا اُسْتُنِيبَ عَنْهُ، فَلَوْ خَلَعَ الْإِمَامُ نَفْسَهُ أَوْ مَاتَ لَمْ يَصِرْ الْمُسْتَنَابُ إمَامًا. قَالَ الدَّمِيرِيُّ: كَانَ الْمُعْتَصِمُ بالله يُدْعَى الْمُثَمَّنَ، لِأَنَّهُ كَانَ ثَامِنَ خُلَفَاءِ بَنِي الْعَبَّاسِ، وُلِدَ سَنَةَ ثَمَانٍ وَمِائَةٍ لِثَمَانِ عَشْرَةَ خَلَتْ مِنْ شَعْبَانَ، وَهُوَ الشَّهْرُ الثَّامِنُ مِنْ السَّنَةِ، وَفَتَحَ ثَمَانِ فُتُوحَاتٍ، وَوَقَفَ ثَمَانِيَةُ مُلُوكٍ وَثَمَانِيَةُ أَعْدَاءٍ بِبَابِهِ، وَعَاشَ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ سَنَةً، وَكَانَتْ خِلَافَتُهُ ثَمَانِ سِنِينَ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ.

......

= وَخَلَّفَ ثَمَانِ بَنِينَ، وَثَمَانِ بَنَاتٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ دِينَارٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ فَرَسٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ بَعِيرٍ وَبَغْلٍ وَدَابَّةٍ: وَثَمَانِيَةَ آلَافِ خَيْمَةٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ عَبْدٍ، وَثَمَانِيَةَ آلَافِ أَمَةٍ، وَثَمَانِيَةَ قُصُورٍ، وَكَانَ نَقْشُ خَاتَمِهُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، وَهِيَ ثَمَانِيَةُ أَحْرُفٍ، وَكَانَتْ غِلْمَانُهُ الْأَتْرَاكُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ أَلْفًا.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الجراح ٣

باب: كَيْفِيَّةِ الْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالاخْتِلافُ فِيهِ ١٢٢

كِتَابُ الدِّيَاتِ ٢٢٠

باب موجبات الدية والعاقلة والكفارة ٣٥٣

كِتَابُ دَعْوَى الدَّمِ وَالْقَسَامَةِ ٤٤٢

كِتَابُ الْبُغَاةِ ٤٧٢

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء التاسع

الردة - الزنا - حد القذف -
قطع السرقة - الأشربة -
الصيال وضمان الولاة - السير -
الجزية - الهدنة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohamed Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamed Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي(ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed in : Lebanon	لبنـــان	بلد الطباعة
Edition : 1st	الأولى	الطبعة

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
Po Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الرِّدَّةِ

نسأل الله العافية

قال المصنف: [هِيَ: قَطْعُ الْإِسْلَامِ بِنِيَّةٍ أَوْ قَوْلِ كُفْرٍ أَوْ فِعْلٍ، سَوَاءٌ قَالَهُ اسْتِهْزَاءً أَوْ

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الرِّدَّةِ

قال الشارح: هي لغةً: الرجوع عن الشيء إلى غيره، وشرعًا: ما سنذكره، وهي أقبح وأفحش أنوع الكفر، وأغلظها حكمًا، وتغليظ أمرها وقبحها جاء بذلك الكتاب والسنة مثل قوله ﷺ في البخاري من رواية ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: «من بدل دينه فاقتلوه»(١) ووهم الحاكم فاستدركه عليه، وقال: إنه صحيح على شرطه، ولم يخرجه.

[قال: (هِيَ: **قَطْعُ الْإِسْلَامِ بِنِيَّةٍ أَوْ قَوْلِ كُفْرٍ أَوْ فِعْلٍ، سَوَاءٌ قَالَهُ اسْتِهْزَاءً أَوْ**

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه الطيالسي (ص ٣٥٠، رقم ٢٦٨٩) وأحمد (١/ ٢٨٢، رقم ٢٥٥٢)، وابن أبي شيبة (٥/ ٥٦٣، رقم ٢٨٩٩٢) والبخاري (٣/ ١٠٩٨، رقم ٢٨٥٤)، وأبو داود (٤/ ١٢٦، رقم ٤٣٥١)، والترمذي (٤/ ٥٩، رقم ١٤٥٨) وقال: صحيح حسن. والنسائي (٧/ ١٠٤، رقم ٤٠٥٩)، وابن حبان (١٠/ ٣٢٧، رقم ٤٤٧٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٨، رقم ٢٥٣٥) وابن الجارود (ص ٢١٤، رقم ٨٤٣)، والدارقطني (٣/ ١١٣، رقم ١٠٨)، والبيهقي (٨/ ١٩٥، رقم ١٦٥٩٧) والحاكم (٦٣٥٦).

حديث معاذ: أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ١٦٨، رقم ١٨٧٠٥)، وأحمد (٥/ ٢٣١، رقم ٢٢٠٦٨).

عِنَادًا أَوْ اعْتِقَادًا، فَمَنْ نَفَى الصَّانِعَ أَوْ الرُّسُلَ أَوْ كَذَّبَ رَسُولًا أَوْ حَلَّلَ مُحَرَّمًا بِالْإِجْمَاعِ كَالزِّنَا وَعَكْسَهُ، أَوْ نَفَى وُجُوبَ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ أَوْ عَكْسَهُ.

أَوْ عَزَمَ عَلَى الْكُفْرِ غَدًا أَوْ تَرَدَّدَ فِيهِ كَفَرَ.

عِنَادًا أَوْ اعْتِقَادًا، فَمَنْ نَفَى الصَّانِعَ أَوْ الرُّسُلَ أَوْ كَذَّبَ رَسُولًا وْحَلَّلَ مُحَرَّمًا بِالْإِجْمَاعِ كَالزِّنَا وَعَكْسَهُ، أَوْ نَفَى وُجُوبَ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ أَوْ عَكْسَهُ أَوْ عَزَمَ عَلَى الْكُفْرِ غَدًا أَوْ تَرَدَّدَ فِيهِ؛ كَفَرَ) أي: سواء في ذلك الحر والعبد، والذكر والأنثى، ومن أسلم بنفسه أو بغيره تبعًا⁽¹⁾ كما بيناه في كتاب اللقيط، ونوضح ما ذكره بصور:

الأولى: من نفي الصانع سبحانه وتعالى، أو اعتقد حدوثه، أو نفي ما هو ثابت له بالإجماع ككونه عالمًا قادرًا، أو أثبت له ما هو منتفٍ عنه بالإجماع كالألوان.

قال الْمُتَوَلِّي: إذا أثبت له الاتصال والانفصال؛ صار مرتدًا، وكذا من اعتقد قدم العالم.

الثانية: من نفى الرسل، أو كذب رسولًا واحدًا، أو سخر منه، أو ببعض منه؛ فهو كافر وفاقًا.

قال في «الكافي»: إن أنكر رسالة واحد من الأنبياء ـ صلوات الله عليهم ـ المعروفين.

قال الْحَلِيمِي في «المنهاج» في باب الحث على ترك الغل والحسد: إنه لو تمنى في وقت نبي من الأنبياء أنه لو كان هو النبي دون ذلك النبي؛ كفر، فإن تمنى في زمنِ نبينا أو بعده أن لو كان نبيًا كفر، قال: لما ذكرت، قال: ولو تمنى أنه لم تكن النبوة به؛ كفر.

الثالثة: أذا حلل محرمًا بالإجماع كالزنا واللواط والخمر.

قال في «الكافي»: والظلم، والكذب، والسرقة، والخيانة ونحوها، أو

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٦/ ٣٠٧).

....

عكس فحرم حلالًا بالإجماع كالنكاح، صار مرتدًا، قال الرَّافِعِي: ولم يحسن الإمام إطلاق القول بتكفير مستحل الخمر، وقال: كيف نكفر من خالف حكم الإجماع ونحن لا نكفر من رد أصل الإجماع وإن بدَّعناه؟، انتهى.

وسيأتي، وأجاب عنه [في «مختصر الشرح الكبير»: بأنا قد ذكرنا أن استباحة ما ثبت كونه دين محمد ﷺ ضرورة] كفر هذا كذلك، انتهى.

الرابعة: قوله: «أو نفى وجوب مجمع عليه، أو عكسه» هكذا أطلقه **الْمُتَوَلِّي**، قال في «الروضة»: وليس على إطلاقه؛ بل الصواب فيه تفصيل سبق في باب تارك الصلاة، ومختصره: إن جحد مجمعًا عليه يعلم من دين الإسلام بالضرورة؛ كفر إن كان فيه نص، وكذا إن لم يكن فيه نص على الأصح، وإن لم يعلم من دين الإسلام بالضرورة بحيث لا يعرفه كل المسلمين؛ لم يكفر، انتهى.

والذي قدمه أن من جحد مجمعًا عليه فيه نص، وهو من أمور الإسلام الظاهرة التي يشترك في معرفتها الخاص والعوام؛ كالصلاة، والزكاة، أو الحج، أو تحريم الخمر، والزنا، أو نحو ذلك، فهو كافر، ومن جحد مُجمعًا عليه، لا يعرفه إلا الخواص كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب، أو تحريم نكاح المعتدة، وكما إذا أجمع أهل عصر على حادثة؛ فليس بكافر؛ بل يعرف الصواب ليعتقده، ومن جحد مُجمعًا عليه ظاهرًا لا نص فيه، ففي الحكم بتكفيره خلاف، انتهى. ويعذر من قرب عهده بإسلام، أو نشأ ببادية نائية عنا.

تنبيه: قال الرَّافِعِي في كتاب «الأشربة»: لم يستحسن الإمام إطلاق القول بتكفير مستحل الخمر، وقال: كيف يكفر من خالف الإجماع؟ وإنما نُبدعه ونضلله، وأول ما ذكره الأصحاب على ما إذا صدَّق المجمعين على أن التحريم ثابت في الشرع، ثم حلله بأنه يكون رادًا للشرع.

قال الرَّافِعِي: وهذا إن صح فليجيء مثله في سائر منا حصل الإجماع على افتراضه أو تحريمه معًا، انتهى.

الخامسة: قوله: «أو عزم على الكفر غدًا، أو تردد فيه» هكذا نقلاه عن

……

المتولي، ولم أر ما يخالفه، وبه جزم الْبَغَوِي وغيره؛ لكن قال الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم» في باب الرجعة: إذا طلق امرأته في نفسه، ولم يحرك لسانه؛ لم يكن طلاقًا، وكذا كل ما لم يحرك به لسانه، فهو حديث النفس الموضوع عن بني آدم، وظاهره يقتضي أنه لو تردد في أن ينطق بالكفر، ثم لم ينطق أنه لا يكفر، إلا أن يحمل كلامه على الخاطئ غير المستقر.

وكلام الْمُتَوَلي على غيره، وفي شهادات «كفاية ابن الرِّفْعَة» عن «البحر»: أنه لو نوى أن يواقع كبيرة غدًا كالزنا؛ لم يصر به فاسقًا في الحال، وإن نوى أن يكفر غدًا؛ كفر في الحال على الصحيح من الوجهين، والفرق أن نية الاستدامة في الإيمان شرط، انتهى.

وتتمة ما نقلاه عن الْمُتَوَلِّي: وكذا لو علقه بأمر مستقبل كأن هلك ماله أو مات ولده يهوديًا، والرضا بالكفر كفر، لو سأله كافر يريد الإسلام أن يكفيه الكلمة فلم يفعل، وأشار عليه بألا يسلم، انتهى.

[وتبعاه] ونقلاه عن الحنفية أيضًا، وسكتا عليه، وقال المصنف في باب الغسل من «شرح المهذب»: قال صاحب «التتمة»: لو رضي مسلم بكفر كافر بأن طلب كافر أن يلقنه الإسلام فلم يفعل، أو أشار عليه ألا يسلم، أو أخر عرض الإسلام عليه بلا عذر؛ صار مرتدًا في جميع ذلك؛ لأنه اختار الكفر على الإسلام، قال: وهذا الذي قاله إفراط، والصواب أن يقال: ارتكب معصية عظيمة، انتهى.

والصواب ظاهر فيما إذا لم يفعل وأشار عليه بألا يسلم، وذكر الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي وغيرهما: أنه لو أكره مسلمًا على الكُفر كَفَر، وحكى القاضي الحسين - ﵀ - في تكفيره وجهين في «تعليق الْبَغَوِي»: أنه لو جاء كافر إلى الفقيه، فقال: اعرض عليَّ الإسلام، فقال: اصبر حتى الغد فإني أعقد المجلس فتقوم هناك حتى أعرض عليك الإسلام، فإنه يكفر في الحال؛ لأنه رضي بالكفر إلى الغد، والله أعلم.

وَالْفِعْلُ الْمُكَفِّرُ مَا تَعَمَّدَهُ اسْتِهْزَاءً صَرِيحًا بِالدِّينِ أَوْ جُحُودًا لَهُ كَإِلْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَاذُورَةٍ وَسُجُودٍ لِصَنَمٍ أَوْ شَمْسٍ.

قال: (وَالْفِعْلُ الْمُكَفِّرُ: مَا تَعَمَّدَهُ اسْتِهْزَاءً صَرِيحًا بِالدِّينِ أَوْ جُحُودًا لَهُ كَإِلْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَاذُورَةٍ، وَسُجُودٍ لِصَنَمٍ أَوْ شَمْسٍ) أي: ونحوها كقمر، أو نجم، والاستنجاء بأوراق المصحف استحلالًا؛ كفر، وألحق الرُّويَانِي بها أوراق العلوم الشرعية، وإلحاق كتب الحديث بالمصحف ظاهر، وكذا ما اشتمل عليه اسم الله سبحانه وتعالى.

قال الإمام: ولو رأينا من كنا نعرفه مسلمًا في بيت الأصنام، وهو متواضع لها تواضع العبادة، كَفَر، انتهى.

وحكى مثله في التواضع المذكور للشمس والقمر، وغيرها من الكواكب، ومن هذا النوع التقرب للصنم بالذبح باسمه، والشجر الذي فيه عبادة التذلل ونحوها.

قال الإمام: في بعض التعاليق عن شيخي أن الفعل بمجرده لا يكون كفرًا، وهو زلل من المعلق، انتهى.

وعن القاضي الحسين: أن من سجد لصنم في دار الإسلام، حكم بردته، أو في دار الحرب فلا، وسيأتي في الكلام على ما إذا مات عن اثنين، وقال: أحدهما مات مرتدًا، وعن «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي» ما يفهم عدم تكفيره، وأن مجرد السجود بين يدي الصنم لا يحكم بكفر فاعله، وإن قامت به البينة، فراجعه.

فرع: لو قال لمسلم يا كافر بلا تأويل كفر، قاله الْمُتَوَلِّي، وأقراه، ولو قال لمسلم سلبه الله الإيمان؛ لم يكفر على الصحيح، وقال ابن المنذر في مسائل القذف من الإسراف: وأجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لرجل من المسلمين يا يهودي، يا نصراني، أن عليه التعزير، ولا حدّ عليه، ثم عدد من حفظه عنه، ثم قال: ويشبه ذلك مذهب الشَّافِعِي، انتهى.

....

فرع: في «تعليق الْبَغَوِي»: لو قال الكافر: آمنت بالله إن شاء الله، لا يكون إيمانًا؛ لأن الإيمان لا يتعلق بالشرط، ولو قال المسلم: كفرت إن شاء الله؛ كفر في الحال.

فرع: قال الْحَلِيمِي في «المنهاج»: فإن سئل عن مسلم كان في قلبه حقد على كافر، فأسلم الكافر، فحزن المسلم لذلك وتمنى إن كان لم يسلم، وود لو عاد للكفر، أيكفر المسلم بذلك أم لا؟ قيل: لا يكفر بذلك؛ لأن استقباحه الكفر [هو الذي يحمله على أن يتمناه له، واستحباب الإسلام هو الذي يحمله على أنه يكرهه، وإنما يكون تمنى على الكفر] كفر إن كان على وجه الاستحسان له، وقد تمنى موسى ﷺ ألا يؤمن فرعون، وزاد على التمني فدعا الله تعالى بذلك، فلم يضره ولا عاتبه الله تعالى عليه، ولا زجره عنه، والله أعلم.

فرع: قال الإمام: قال الأُصوليون: لو نطق بكلمة الردة، وزعم أنه أضمر تورية، كفر ظاهرًا وباطنًا.

فرع: ولو حصل له وسوسة فتردد في الإيمان، أو في الصانع، أو تعرضه لنقصٍ أو سبب، وهو كاره لذلك كراهية شديدة، ولم يقدر على دفعه.

قال ابن عبد السلام: لا شيء عليه في ذلك، ولا إثم، وهذا من الشيطان لا منه، فيستعين بالله على دفعه، ولو كان من نفسه لما كرهه.

فرع: نقل القاضي الحسين ـ في باب إمامة المرأة ـ أن من سَبَّ الحسن أو الحسين ـ رضي الله عنهما ـ هل يكفر أو يفسق؟ وجهان، ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: من أنكر خلافه الصديق رضي الله عنه يُبدع ولا يكفر، ومن استحل إفك على أحد من الصحابة رضي الله عنهم يكفر، ومن سب ولم يستحل بفسق، واختلفوا في كفر من سب الشيخين، انتهى.

وفي «الكافي»: من أنكر صحبة أبي بكر رضي الله عنه كان كافرًا؛ لأن الله سبحانه وتعالى نص على ذلك بقوله تعالى: ﴿إِذْ يَقُولُ لِصَـٰحِبِهِۦ لَا تَحْـزَنْ إِنَّ ٱللَّهَ مَعَنَا﴾ [التوبة: ٤٠] انتهى.

....

فرع: رأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: ومن أنكر السنن الراتبة، أو صلاة العيدين؛ يكفر، انتهى.

وكأن المراد إنكار مشروعيتها؛ لأنهما مما عرف من الدين بالضرورة، وفي «الكافي»: إنه لو قال: لست من أمّة محمد ﷺ ولا أعرف الله ورسوله، يصير كافرًا [ولو قال: أنا كافر] أو بريء من الإسلام؛ كفر.

فصل

قال الرَّافِعِي: في كتب الحنفية اهتمامات غيب أيام بتفصيل الأفعال والأقوال المقتضية للكفر، وأكثرها مما يقتضي إطلاق أصحابنا الموافقة عليه، ثم ذكر منها ما يقتضي إطلاق أصحابنا الموافقة عليه، ثم ذكر منها جملة وسكت عليها، وسكت في «الروضة» عن بعض وأعرض في بعض، فنذكر منها ما وهم سكوته تقريره، وفيه نظر:

منها: لو قال: لو أمرني الله بكذا لم أفعل، ولو صارت القبلة في هذه الجهة ما صليت إليها، ولو أعطاني الله الجنة ما دخلتها، قال المصنف: يقتضي مذهبنا والجاري على القواعد أنه لا يكفر بقوله: لو أعطاني الله الجنة ما دخلتها، وهو الصواب، انتهى.

وينبغي أن يقال: إن قاله استخفافًا، أو استغناءً ونحوهما كفر، لا إن أطلق، وكذا أقول في الصورتين قبلها.

ومنها: لو قيل له: قلّم أظفارك فإنه سنة رسول الله ﷺ فقال: لا أفعل، وإن كان سُنّة.

قال الشيخ: المختار أنه لا يكفر بهذا، إلا أن يقصد استهزاءً، انتهى. والتصويب هنا أظهر مما قبله.

ومنها: اختلفوا فيما لو قال: فلان في عيني كاليهودي والنصراني في عين الله تعالى، وبين يدي الله تعالى، فقيل: هو كفر، وقيل: إن أراد به الجارحة كَفَر وإلا فلا، ولو قال: إن الله تعالى جلس للإنصاف، أو قام للإنصاف، فهو

....

كُفر، واختلفوا فيما لو قال الطالب ليمين خصمه، وقد أراد الحلف بالله تعالى: أنا أريد الحلف بالطلاق والعتاق، والصحيح أنه لا يكفر.

واختلفوا فيمن نادى رجلًا اسمه عبد الله، فأدخل في آخره حرف الكاف الذي يدخل للتصغير بالأعجمية، فقيل: يكفر، وقيل: إن تعمد التصغير كفر، وإن جهل أو لم يقصد لم يكفر، واختلفوا فيمن قال: رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت، قال أكثرهم: لا يكفر.

قالوا: ولو قرأ القرآن على ضرب العود والقصب، أو قيل له: تعلم الغيب، فقال: نعم، فهو كفر، واختلفوا فيمن خرج للسفر، فصاح عَقْعَق فرجع هل يكفر؟ قال الشيخ: والصواب أنه لا يكفر في المسائل الثلاث [انتهى. والظاهر عدم كفره عند الإطلاق في جميع الصور، سوى مسألة علم الغيب.

ومنها: لو قال: أخاف المقيمة؛ كفر، واختلفوا فيما لو جمع متاعه في موضع وقال: سلمته لله تعالى، وقال: رحل سلمته إلى من لا يتبع السارق إذا سرق، ولو حضر جماعة في موضع وجلس أحدهم على مكان رفيع تشبهًا بالمنكرين يسألوه المسائل وهم يضحكون، ثم يضربونه بالمخراق، أو تشبه بالمعلمين، وأهل جنسه فجلس القوم حوله كالصغار، وضحكوا واستهزءوا، أو قال: قصعة ثريد خير من العلم، قال الشيخ: الصواب لا يكفر في مسألة من هذه إذا لم تكن له نية، انتهى].

والظاهر أنه لا يكفر في مسألتي الصورتين الأولتين عند الإطلاق، ويحمل إطلاقه لا أخاف المقيمة بفضل الله تعالى وعفوه وسعة رحمته، وقوله: لا يتبع السارق لستره له، ونحو ذلك، نعم إن ظهرت قرينة استحقاق فذاك.

ومنها: لو قيل له: يا يهودي، يا مجوسي، فقال: لبيك، كفر، قال المصنف: في هذا نظر.

قلت: الظاهر أنه لا يكفر إذا لم ينو شيئًا غير إجابة المنادي.

ومنها: لو أسلم كافر فأعطاه الناس أموالًا، فقال مسلم: ليتني كنت كافرًا

....

فأسلم فأُعطي، قال بعض المشايخ: يكفر، قال المصنف: في هذا نظر، واحتج بقصة أسامة، وبقوله: «حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل يومئذٍ» قال: ويمكن الفرق بينهما، انتهى. وأشرت إلى الفرق بينهما في «الغنية».

ومنها: لو تمنى ألا يحرم الله الخمر، والمناكحة بين الأخ والأخت، لا يكفر، وألا يحرم الظلم، والزنا، وقتل النفس بغير حق؛ كفر، والضابط أن كل ما كان حلالًا في زمان، فتمنى حله؛ لا يكفر، بخلاف العكس، ولو شدَّ الزنار على وسطه؛ كفر، واختلفوا فيمن وضع قلنسوة المجوسي على رأسه، والصحيح أنه يكفر، ولو شد على وسطه حبلًا، فسئل عنه فقال: هذا زنار؛ كفره الأكثرون.

ولو شدَّ على وسطه زنارًا، ودخل دار الحرب لتجارة؛ كفر، أو لتخليص الأسرى، لم يكفر، قال المصنف: الصواب أنه لا يكفر في مسألة التمني وما بعدها؛ إذا لم يكن له نية، انتهى.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن القاضي الحسين وأقره: أنه لو تقلنس المسلم بقلنسوة المجوسي، أو تزنر بزنار النصراني، صار كافرًا؛ لأن الظاهر: أنه لا يفعل ذلك إلا عن عقيدة الكفر، انتهى.

وقيد الشيخ إبراهيم المروزي ذلك بما إذا فعله في بلاد المسلمين، وفي «الكافي»: إنه لو وضع على نفسه ثياب أهل الذمة تهاونًا بالإسلام، يصير كافرًا، انتهى.

وهذا التقييد متعين، ويشبه أن يحمل إطلاق القاضي على غير الأسير ونحوه بدار الحرب؛ لأنه يفعله مكرهًا، والله أعلم.

ومنها: لو قال المعلم للصبيان: إن اليهود من المسلمين بكثير؛ لأنهم يقضون حق معلمي صبيانهم؛ كفر، ولو قال: النصرانية خير من المجوسية؛ كفر، قال المصنف: الصواب أنه لا يكفر في قوله: النصرانية خير من المجوسية، إلا أن يريد أنها دين حق اليوم، انتهى.

وَلَا تَصِحُّ رِدَّةُ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمُكْرَهٍ.

وفي تكفيره العلم على الإطلاق نظر ظاهر، وتعليله بقوله يرشد إلى أنه أراد أنهم أكثر مراعاةً وإحسانًا لمعلم أولادهم، لا أنهم خير مطلقًا، فلا خير دينًا، وحينئذٍ فالوجه أنه لا يكفر، والله أعلم.

ومنها: قالوا: لو عطس السلطان، فقال له رجل: يرحمك الله، فقال آخر: لا تقل للسلطان هذا؛ كفر، قال المصنف: الصواب أنه لا يكفر بمجرد هذا.

ومنها: قالوا: لو سقى فاسق ولده خمرًا، فقبل أقرباؤه الدراهم والسكر؛ كفروا، قال المصنف: الصواب أنهم لا يكفرون.

ومنها: قالوا: لو قال كافر لمسلم: اعرض عليَّ الإسلام، فقال: حتى أرى واصبر إلى الغد، أو طلب عرض الإسلام من واعظٍ، فقال له: اجلس إلى آخر المجلس؛ كفر، قاله الرَّافِعِي، وقد حكينا نظيره عن الْمُتَوَلِّي.

قلت: وسبق الكلام عليه، واعتراض المصنف وتصويبه عليه في «شرح المهذب».

ومنها: قالوا: ولو قيل لرجل: ما الإيمان؟ فقال: لا أدري؛ كفر.

قلت: وفي تكفيره بمجرد هذا نظر؛ لأن أكثر الناس يجهل حقيقته، أو تقصر عبارته عن تفسيره مع طمأنينة قلبه بالإيمان، والله أعلم.

قال: (**وَلَا تَصِحُّ رِدَّةُ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ**) لعدم التكليف، وهو إجماع في المجنون، والصبي غير المميز، والمميز في حكمه بجامع رفع القلم، ولم يخرجوا ردته على الخلاف في إسلامه، وفي حكم المجنون من زال عقله بدواء أو غيره مما لم يقصر به، كما سبق في الطلاق.

قال: (**وَمُكْرَهٍ**)؛ إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان كما نص عليه القرآن، فإن رضي بقلبه فمرتد، ولو تجرد قلبه عند الإكراه على التلفظ عن اعتقاد إيمان وكفر؛ ففي ردته وجهان، قال الْمَاوَرْدِي: وكذا المكره على الطلاق، يعتبر هذه الأحوال الثلاث في لفظه ومعتقده، ويشبه أن يكون محل الوجهين في غير

وَلَوْ ارْتَدَّ فَجُنَّ لَمْ يُقْتَلْ فِي جُنُونِهِ.

المدهوش الذي سلب الاختيار عنه، ورؤيته، وسبق الكلام في وجوب التلفظ بالإكراه، وقالا: الصحيح أنه لا يجب، وأبديت بحثًا أنه ينبغي وجوبه في بعض الصور.

قالا: وإذا لم يوجبه، والأفضل أن يثبت ولا يتلفظ، وإن قيل: إن كان ممن يتوقع منه النكاية في العدو، والقيام بالأحكام الشرعية؛ فالأفضل أن يتلفظ، وإلا فالأفضل أن يمتنع، هذا لفظ «الروضة» وبالوجه الثاني جزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه» والْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَلَوْ ارْتَدَّ فَجُنَّ؛ لَمْ يُقْتَلْ فِي جُنُونِهِ**)؛ لأنه ربما عاد إلى الإسلام، وكذا لو أقر أنه زنى، ثم جن؛ لم يحد في جنونه، بخلاف ما لو ثبت زناه بالبينة.

قال الْبَغَوِي: وهذا كله على سبيل الاحتياط، فلو قتل في جنونه، أو حد فمات، لم يجب شيء، انتهى.

وظاهر كلامه أن التأخير مستحب، وفيه نظر، وفي «المعتمد»: إذا ارتد ثم جن، أو خرس، أو برسم؛ لم يقتل في حال جنونه، فإن مات فماله فيء، انتهى.

وفي «التتمة»: لو ارتد، ثم جن، لم يجز قتله؛ لأن القتل للإصرار على الردة، ولا يعلم هل هو مصر على الردة أم لا، انتهى.

ورأيت في «الأم» بيان من عليه القصاص: ولو أقر بحق الله تعالى من زنا، أو ارتد، ثم ذهب عقله؛ لم أقم عليه حد الزنا، ولم أقتله بالردة؛ لأني أحتاج إلى توبته على الإقرار بالزنا وهو يعقل، وكذلك أحتاج أن أقول له وهو يعقل: إن لم ترجع إلى الإسلام قتلتك، انتهى.

وما ذكره في المرتد مفرع على القول بوجوب استتابته، وبه يظهر أن المذهب وجوب التأخير إلى الإفاقة، ويجوز أن يقال: إن تخلل بين الردة والجنون زمن يجوز أن يكون قد تاب فيه؛ لم يجز قتله إلا بعد إفاقته وإصراره، وإن علم أنه لم يلبث زمنًا؛ خرج وجوب التأخير على الخلاف في وجوب الاستتابة.

وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ رِدَّةِ السَّكْرَانِ وَإِسْلَامِهِ.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: صِحَّةُ رِدَّةِ السَّكْرَانِ**)؛ لما سبق في طلاقه، وأصح الطريقين أن فيها قولين: **أصحهما**: ما ذكره، **والثاني**: القطع بالصحة، كذا قال الرَّافِعِي، وعبارة «الروضة»كـ«المنهاج»؛ ولكن المصنف يرى أنه غير مكلف فلا ينتظم إلى غير ذلك القطع بالصحة، ونقل الْعِمْرَانِي عن الأكثرين القطع بالصحة.

قال: (**وَإِسْلَامِهِ**) أي: في حال سكره، وأفهم هذا أن المذهب القطع بصحة إسلامه، والذي تضمنه كلام الرَّافِعِي: أنا إذا صححنا ردته، فأصح القولين صحة إسلامه، وقيل: لا يصح قطعًا، ولم ينقل أنه يصح إسلامه قطعًا، وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: ولا خلاف أنه لا يقبل في حال السكر حتى يفيق ويستتاب فيمتنع، ولا حكم لاستتابته في حال سكره، انتهى.

تنبيهات: **الأول**: نقلا في صحة استتابته في حال سكره وجهين: أحدهما: يصح؛ لكن يستحب تأخيره، والثاني: وبه قطع ابن الصباغ، انتهى.

والمذهب المنصوص كما قال في «البيان» الأول، وفي «الحاوي» نقل وجهين في تأخير استتابته إلى الصحو:

أحدهما: أنه استحباب واحتياط، فلو استتابه في سكره صح، وهذا قول من أجرى عليه حكم الصاحي مطلقًا.

والثاني: أنه واجب، وهو قول من فرق بين ما له وما عليه، واقتضى كلامه أن الأول قول الجمهور، وجزم القاضي الحسين بأن التأخير مستحب، وبه أجاب الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما.

قال الْمَاوَرْدِي هنا: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي ﷺ فإن استتابه في سكره؛ صحت توبته، فإن قتله قاتل؛ أقيد به، وإن مات كان ماله لورثته، والثاني: أن تأخيره واجب فلا يصح استتابته، ولا قود بقتله، ولا يرثه ورثته؛ بل ماله فيء للمسلمين.

الثاني: لك أن تقول: إذا كانت استتابة المرتد واجبة على المذهب، وأنها

وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالرِّدَّةِ مُطْلَقًا، وَقِيلَ يَجِبُ التَّفْصِيلِ، ....

على الفور، وإن إسلامه في سكره صحيح معتبر فكيف يحسن أن يقال: يستحب تأخيره إلى إفاقته مع ما في التأخير من الخطر بالموت وغيره؟.

والقياس: أنا إذا صححنا إسلامه في سكره أنه يجب استتابته في الحال، أو يقال: يجب استتابته في الحال، ثم يستتاب بعد الإفاقة، كما تجب الصلاة على فاقد الطهورين، ثم يجب الإعادة.

وفي «الوسيط» وغيره: إذا صححنا ردته كالصاحي، فيصح إسلامه؛ لكن إذا أفاق جَدّد عليه التوبة، وفي «مقنع المحاملي»: يصح إسلامه، غير أنه لا يستعجل عليه حتى يفيق، ثم يعرض عليه الإسلام.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: قال الشَّافِعِي في «الأم»: إذا ارتد وهو معتوه، ثم شرب وسكر، فأسلم وهو سكران، صح إسلامه؛ لكن أحبسه ولا أطلقه حتى يفيق، فإذا أفاق حينئذٍ يعرض عليه الإسلام فإن قبل، وإلا فيحكم بردته إلا إن قال: أسلم، وإلا قتلته، انتهى.

وقال في «البيان»: إذا أسلم في حال السكر؛ فالمستحب ألا يخلى؛ بل يحبس إلى أن يفيق، فإن أفاق وثبت إسلامه خلي، وإن عاد إلى الكفر قتل، انتهى. وصرح بأن حبسه مستحب، ويحتمل ألا يستحب إلا إذا أمن ضربه خشية موته.

فرع: إذا صححنا إسلامه فقتل، لزم القود والضمان على المشهور، وإن لم يصححه، فلا ضمان، وإن لم تصحح ردته وجب القود، وقيل: تجب الدية قطعًا مغلظة في ماله دون القصاص للشبهة، كذا نقله الْبَغَوِي.

فرع: ارتد صاحيًا، ثم سكر فأسلم؛ حكى ابن كج: القطع بأنه لا يكون إسلامًا، قال الرَّافِعِي: والقياس جعله على الخلاف السابق.

قال: (**وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالرِّدَّةِ مُطْلَقًا، وَقِيلَ: يَجِبُ التَّفْصِيلِ**) قال الرَّافِعِي: هل تقبل الشهادة على الردة مطلقًا، أم لا بد من التفصيل؟

نقل الإمام تخريجه على الخلاف في أن الشهادة على البيع وسائر العقود،

....

هل تسمع مطلقة، أم يجب فيها التفصيل، والتعرض للشرائط؟ فعلى قول: لا بد من التفصيل؛ لأن مذاهب العلماء فيما يوجب التكفير مختلفة، والحكم بالردة عظيم الوقع فيحتاط له، والظاهر قبول الشهادة المطلقة، والقضاء بها، انتهى.

وتبعه المصنف، ولم يعقبا على المسألة، ولا أعطياها حقها من العقل والنقل، بل تبعا الإمام، وقضية كلامه أن الأول هو المذهب، وأن التفصيل خرجه هو، فإنه قال: سيأتي في الشهادات أن الشهادة المطلقة على العقود مسموعة محمولة على الصحة، كالشهادة على البيع ونحوه، وذكر بعض الأصحاب قولًا مخرجًا ضعيفًا: أن الشهادة لا تقبل ما لم تشتمل على ذكر الشرائط المرعية في الصحة، والشهادة في الردة تخرج على هذا، فإن ما تحصل به الردة عسر المدرك لا يستقل إلا خواص العلماء، فإذا أطلق الشاهد لفظ الردة، فهل يقع القضاء بها؟ الظاهر أنه يقع القضاء، ويخرج في المسألة القول الذي ذكرناه، وخروجه في هذا المقام أوضح، وأولى لما في التكفير وأسبابه من اضطراب العلماء، وتبعه الْغَزَالِي.

وكلام الإمام يحتمل أن الخلاف في الردة خرجه هو على الأصل المشار إليه، ويكون قوله الظاهر في أي جهة قياس ما ذكره؛ لأنه المذهب المنقول، ويحتمل غيره، والأول أقرب، فإني لم أر القبول مطلقًا إلا في كلامه وما أخذ منه، والمنقول التفصيل في الأشهر، وهو المذهب كما سنذكره.

إذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ برهان الدين الفزاري وغيره ممن أدركنا استشكل ترجيح القول مطلقًا؛ لما سبق من توجيه التفصيل من اختلاف الناس فيما تحصل به الردة من الأقوال والأفعال، فكيف يقنع من الشاهد في ذلك بالإطلاق لا سيما العامي والمخالف للقاضي في المذهب مع خطر الأمر.

قالوا: والعجب أن الرَّافِعِي لم يلتفت في تنجيس الماء بالإطلاق؛ بل لا بد من موافقة المخبر في المذهب، أو بيان السبب، وكذا قال: أنه لا بد من بيان سبب الجرح، بل على الصحيح؛ لاحتمال أن يعتقد ما ليس بجرح جرحًا.

وكأنهم ـ رحمهم الله تعالى ـ ظنوا أن ما ذكره من القبول مطلقًا، وهو المشهور المرجح عند الأصحاب فاستشكلوا أو سكتوا، وليس كذلك؛ بل المنقول في «الحاوي»: أنه لا بد من التفصيل، قال: سواء كانا ـ يعني الشاهدين ـ من أهل العلم، أم لا؛ لاختلاف الناس فيه، كما لا تسمع الشهادة بالجرح إلا مفصلة.

وهذا هو المذكور في «المهذب» و«البيان» و«الانتصار» قبيل باب الشهادة على الشهادة، وعليه جرى في «الذخائر» في كتاب الشهادات، وابن شداد في «أدب القضاء» ولم يذكر هؤلاء الأربعة سواه، وهم ممن ينقل فقه الطريقين، ولم أر للعراقيين ما يخالفه.

وأما المراوزة ففي فتاوى إمام طريقهم الْقَفَّال: ولا تقبل الشهادة على رجل بالكفر ما لم ينقلوا لفظه إلى الحاكم؛ لأن الناس مختلفون فيما يكفر به.

وقال الفوراني في «العمد»: إنهما لو شهدا إنا رأينا فلانًا يشرب الخمر، ويأكل لحم الخنزير، ويقرأ التوراة، ويعظم آلهتهم، لا يحكم بالكفر ما لم ينقلوا عنه لفظ الكفر، والمجزوم بأن الشهادة بالردة لا تقبل إلا مفسرة في «الترغيب والتلخيص» لأبي الخطاب، «وجواهر الفقه» للحسن بن عيسى، وتأريخه سنة ثمان وسبعين وخمسمائة، وهؤلاء الثلاثة من أئمة المراوزة في المائة السادسة.

وإلى هذا جنح في «الوجيز» و«الوسيط» لأنه قد يحسب ما ليس بردة ردة، وأيضًا بعد ذكر الشيخان بعد هذا الموضع مسألة ما لو مات رجل عن ابنين مسلمين، وجعلا أظهر الأقوال: أن القائل منهما أنه مات مرتدًا أنه يستفصل؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بكفر كفرًا، ولا شك أن التفصيل في الشهادة أولى بالاعتبار، ولهذا الشاهد أشار ابن الرِّفْعَة إلى ترتيب الخلاف فيهما على مسألة الابنين، والشهادة أولى بالمنع.

وقد ذكرا في «الدعاوى»: أنه لو قامت بينة على شخصٍ أنه تنصر قبل

....

وفاته، أنه لا بد من بيان كلمة التنصير، وهل يجب في نية الإسلام تفسير كلمته؟ وجهان: وجه الوجوب: أنهم قد يعتقدون ما ليس في الإسلام إسلامًا، وجزم الْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي ـ قبيل باب كفارة القتل ـ أنه لو قال: لا يحل لي مال أبي، فإنا نستفسره، فإن ذكر علة ما توجب كفره فالمال فيء، وإلا فلا، والحق ثابت في الميراث، فلا يقطعه إلا بيقين، انتهى.

وظهر مما نقلناه وحررناه أن المذهب المنقول صريحًا الجاري على القياس وجوب التفصيل، بل أقول الصواب اشتراطه في شهادة العامي، ومخالف القاضي في المذهب، وأما العالم الموافق له فيه وهما مقلدان، ففيه وقفة؛ لجواز أن يكون صورة خلاف مذهبي، والشاهد صحيح إلى ترجيح ما لا يرى القاضي ترجيحه، وذكرت في «كتاب الطهارة» من التوسط وغيره ما يقتضي اعتبار بيان سبب التنجس مطلقًا.

والعجب أن الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ أطلق القول في غير موضع بأن معظم شهادات العوام [يشوبها جهل، وغيره يخرج الحاكم إلى التفصيل، وتبعه الشيخان على ذلك وهو الحق ثم أطلقوا هنا في هذه المغلظة] أن الظاهر قبول الشهادة بالردة مطلقًا، والذي أكاد أقطع به أن هذا الظاهر المدعى من تصرف الإمام كما سبق، فتأمل «النهاية» و«البسيط» ولعله فهم ذلك من نص«المختصر» في الشهادة بالردة، وإنكاره، ولم يفهم من ذكرنا عنه ذلك، وليس فيه تعرض لصيغة الشهادة، ولا سبق لذلك؛ بل لبيان حكم إنكاره وتكذيبه البينة.

فإن قلتَ: وهو متمكن من الإتيان بالشهادتين، ودرء التهمة عنه، فشهد بذلك قبول مطلقه، ولهذا قالوا: يقال الخطب يسير وأتت بالشهادتين.

قلتُ: قد تكون الشهادة عليه بعد موته، أو جنونه، أو غيبته البعيدة، لغرض حرمان إرث، أو فراق زوجته، وغير ذلك، وقد يكون القاضي ممن يرى إراقة دمه، وعدم قبول توبته، وقد يأنف العامي من ذلك مع صدقه وإيمانه؛ لئلا تتحقق سمة الردة عليه ويعير بها، فاستفسار البينة أحوط وأيسر، والله أعلم.

فَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ شَهِدُوا بِرِدَّةٍ فَأَنْكَرَ حُكِمَ بِالشَّهَادَةِ فَلَوْ قَالَ: كُنْتُ مُكْرَهًا وَاقْتَضَتْهُ قَرِينَةٌ كَأَسْرِ كُفَّارٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِلَّا فَلَا، ....

قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ: لَوْ شَهِدُوا بِرِدَّةٍ فَأَنْكَرَ**) أي: بأن قال: ما ارتددت، أو ما قلت ذلك، أو كذبهم.

(**حُكِمَ بِالشَّهَادَةِ**) أي: ولا ينفعه إنكاره، وسبيله أن يأتي بالشهادتين، ولا يلزمه الإقرار بالردة، كما اقتضاه كلام الجمهور، ومنهم الفوراني في «الإبانة» وذكر في «العمد»: أنهما لو شهدا بكفره فأنكر، فقال الخطب يسير فاعترف وجدد الإسلام، فإن عاد يحكم بإسلامه من الآن، انتهى.

وهو شاذٌّ؛ بل عليه أن يأتي بما يصير به الكافر مسلمًا لا غير، ولا ينفعه تكذيبه، ولا إسلامه في بينونة [زوجته قبل الدخول، وما أشبه ذلك؛ بل يكون كمن ارتد قبل الدخول، هذا ما ذكره المراوزة والرَّافِعِي، وعبارة] الدارمي: فإن شهد بالردة، وأنكر قبل إقرار بالشهادتين، فإن فعل فلا معنى للشهادة، انتهى.

وهي تشعر بخلاف ذلك، ويؤيده أنه في «الشامل» قال بعد كلامه عن النص: وقوله: قبل إن أقررت ألا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، وبريء من كل دين خالف دين الإسلام، لم يكشف عن غيره إذا ثبت هذا، فإنه قال: إذا قال هذا لم يكشف عن غيره، وينبغي أن يكون إذا قامت البيّنة بردّته وادعت زوجته ذلك قبل الدخول؛ أن يحكم بالبينونة، ولو حكم بإسلامه بوصفه الإسلام؛ لأن ذلك يتعلق بحقها، انتهى.

وهذا منه يفهم أنها لا تبين على المذهب، أو على ظاهر النص، وأنه أبدى ما ذكروه بحثًا عند دعواها ذلك، ولم أر للعراقيين تعرضًا لبينونة الزوجة.

قال: (**فَلَوْ قَالَ: كُنْتُ مُكْرَهًا**) أي: فيما شهدوا عليَّ به.

(**وَاقْتَضَتْهُ قَرِينَةٌ كَأَسْرِ كُفَّارٍ؛ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: للقرينة المشعرة بذلك، وكذلك الحكم لو كان محفوفًا بجماعة منهم، مستشعر وإنما حلف لاحتمال كونه مختارًا، وفي النفس من تحليفه شيء.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) وإن لم تقض القرائن ما ذكره، بأن كان في دارنا لم يقبل

وَلَوْ قَالَا: لَفَظَ لَفْظَ كُفْرٍ فَادَّعَى إِكْرَاهًا صُدِّقَ مُطْلَقًا.

قوله. قال: وكذا لو كان بدار الحرب وهو مخلى أي: في مكان خالٍ، كما قاله إبراهيم المروزي، قال هو وغيره: ولو دخل دارهم تاجرًا، فكان يسجد للصنم؛ حكم بكفره، بخلاف الأسير؛ لأنه يفعله خوفًا منهم، والتاجر آمنًا منهم.

واعلم أن ما ذكرناه من عدم تصديقه مطلقًا حيث لا قرينة هو ما أوردناه تبعًا للإمام وغيره.

ورأيت في «شرح مختصر الجويني» لأبي عمرو المصعبي، والرَّافِعِي ينقل منه، ولا يسمي مؤلفه: أنه إن دلت القرائن على الإكراه؛ قبل قوله مطلقًا، وإن لم تدل القرائن على الإكراه فقوله مقبول في دفع القتل.

قلت: وهو حسن غريب مع أنه يوافق النهاية، وقد توجه بأنه ليس فيه تكذيب البينة، فأشبه ما تلفظ بالكفر، فقال: كنت مكرهًا، كما سيأتي وسبق في الإقرار نقل قول عن «الأم» جرى عليه جماعة: أن دعواه الإكراه مقبولة؛ لإمكان صدقه، وإن كان ذاك في الإقرار، وهنا في البينة.

قال المصعبي بعد قوله: فقوله مقبول في دفع القتل، وهل تبين زوجته؟ فعلى وجهين بناء على أن الشهادة على الردة هل تسمع مطلقة أم لا بد من استفصال؟ فعلى وجهين: فعلى الأول: تبين زوجته إن كان قبل الدخول، وعلى الثاني: لا تبين إلا إذا قيدوا الشهادة، وأتوا على جميع الشرائط التي يصير الإنسان عندها مرتدًا، انتهى، وهو حسن.

فرع: في «الشافي» و«التحرير»: لو قامت بينة بردة أسير في دار الحرب [لم يحكم بردته اثنان في دار الحرب] لم نحكم بردته؛ لأن الظاهر من حاله الإكراه، فإن رجع إلينا عرضنا عليه الإسلام، فإن قبله فذاك، وإلا حكمنا بردته، وأبطلنا حكم الظاهر الذي اعتقدناه، انتهى.

وقال القاضي الحسين في الشهادة على السرقة: الظاهر من مذهب الشَّافِعِي أن البينة لا تسمع على الغائب في حدود الله تعالى.

قال: (وَلَوْ قَالَا: لَفَظَ لَفْظَ كُفْرٍ فَادَّعَى إِكْرَاهًا؛ صُدِّقَ مُطْلَقًا) أي: سواء

....

وجدت قرينة تصدقه أم لا ؛ لأنه ليس في تكذيب البينة، [ما سبق قاله الشيخ أبو محمد، ثم قال: والجزم أن يجدد كلمة الإسلام، كذا لو قتل قبل التجديد ففي ضمانه قولان.

قال الإمام: وموضعهما ما إذا لم يدع الإكراه فلم يحلف عليه] فإن ادعاه حلف عليه، فقد ثبت الإكراه بالحجة، فيقطع بأنه مضمون، وتبعه الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» ونسبه إليه في «الكبير».

تنبيهات: صورة المسألة أن يصدقهما، ثم يدعي أنه كان مكرهًا، وفي النفس من إطلاق القول بتصديقه شيء، فإنه إذا كان حاليًا ما أطلعاه عليه، ورأياه يتلفظ بالكفر؛ فظاهر الحال أنه كاذب في دعوى الإكراه، وإن لم يكن لديهم، وسنذكر ما يؤيد هذا، والظاهر أن المسألة من كلام من يقبل الشهادة المطلقة بالكفر، والمذهب خلافه على أن عبارة «الوجيز»: ولو نقل الشاهد لفظه، فقال: صدق في المسألة، قال الرَّافِعِي هذا هو الكلام المنسوب إلى الشيخ [أبي حامد](١).

وقد يقال: إن اشترطنا التفصيل والتعرض للشرائط، فمن الشرائط كونه مختارًا، وإذا تعرض الشاهد له فقوله: كنت مكرهًا؛ تكذيب للشاهد، وإن لم يشترط التفصيل، فإنما لا يشترط إذا قال الشاهد: إنه ارتد، فيكتفى به؛ لتضمنه حصول الشرائط، فأما إذا قال: إنه تكلم بكذا، ولم يتعرض للاختيار وسائر الشروط؛ فبعد أن يحكم به ويقنع بأن الأصل الاختيار، انتهى.

ومن اعتبر التفصيل ممن قدمنا ذكرهم لم يتعرضوا لاشتراط الاختيار؛ بل ظاهر كلامهم الاكتفاء بنقل كلامه، أو ذكر فعله، وبيانه للحاكم؛ إذ الأصل في الأفعال والأقوال من المكلف الاختيار، فإن ادعى إكراهًا، فكلام آخر ينظر فيه الحاكم كما سبق.

وفي «الشامل»: إن شهد أنهما سمعاه يرتد وكان محبوسًا، أو مقيدًا، لم

---

(١) في نسخة: (أبي محمد).

....

يحكم بكفره؛ لأن الإكراه ظاهر في حاله، قال الشَّافِعِي - ﷺ -: فإن قالا: كان آمنًا حين ارتد؛ حكم بردّته.

فرع: قال الرَّافِعِي بعد ما سبق: واعلم أن فيما سقناه دلالة بينة على أنه إذا شهدوا بالردة على الأسير، ولم يدع أنه كان مكرهًا، يحكم بردته، ويؤيده ما حكي عن الْقَفَّال: أنه لو ارتد الأسير في أيدي الكفار، ثم حل بهم خيل المسلمين فاطلع عليهم من الحصن، وقال: أنا مسلم، وإنما تشبهت بهم خوفًا منهم؛ يقبل قوله ويحكم بإسلامه، وإن لم يدع ذلك حتى مات فالظاهر أنه ارتد طائعًا، وإن مات أسيرًا، وعن نصه: أنه لو تلفظ بالكفر وهو محبوسٌ، أو مقيدٌ؛ لم يحكم بكفره، وإن لم يتعرض الشهود للإكراه.

وفي «التهذيب»: أن من دخل دار الحرب فكان يسجد للصنم، ويتكلم بكلمة الكفر، ثم قال: كنت مكرهًا، فإن فعله في مكان خالٍ؛ لم يقبل قوله، كما لو فعله في دار الإسلام، وإن فعله بين أيديهم فإن كان أسيرًا؛ قبل قوله، وإن كان تاجرًا؛ لم يقبل، انتهى.

وسبق مثله عن المروزي، وما سبق عن الجرجاني ينازعه، كذا قول الْمَاوَرْدِي: إذا تلفظ بكلمة الكفر بدار الإسلام، يحكم بردته، إلا أن يعلم أنه مكره، وإن كان بدار الحرب لم يحكم بردته إلا أن يعلم أنه قالها مختارًا؛ لأن الظاهر أنه قالها في دار الإسلام عنادًا أو اعتقادًا، وفي دار الكفر تقيةً واستدفاعًا.

وعلى هذا لو أظهرها ومات وادعى وارثه أنه أكره عليها، فإن كان بدار الحرب صدق بيمينه إن كان مكرهًا، وإلا فلا، وكان ماله فيئًا لما ذكرناه، وقال في «المهذب»: وإذا تلفظ الأسير بكلمة الكفر؛ لم يحكم بردته.

قال الفارقي: سواء خوف على قولها بالقتل، أم لا، أم طلبت منه، أم لا، وهذه الطريقة مخالفة لطريقة المراوزة، وكلام الْمَاوَرْدِي شاهد لما أشرت إليه في مسألة الكتاب من التوقف في قبول دعواه الإكراه مطلقًا.

وَلَوْ مَاتَ مَعْرُوفٌ بِالْإِسْلَامِ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: ارْتَدَّ فَمَاتَ كَافِرًا، فَإِنْ بَيَّنَ سَبَبَ كُفْرِهِ لَمْ يَرِثْهُ، وَنَصِيبُهُ فَيْءٌ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ مَعْرُوفٌ بِالْإِسْلَامِ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: ارْتَدَّ فَمَاتَ كَافِرًا، فَإِنْ بَيَّنَ سَبَبَ كُفْرِهِ**) أي: بأن قال: سجد لصنم، أو تكلم بكلام كفر به.

(**لَمْ يَرِثْهُ، وَنَصِيبُهُ فَيْءٌ**)؛ لأن المسلم لا يرث الكافر، هكذا أطلقه الرَّافِعِي، وهو ظاهر إذا كان ذلك الفعل أو القول بدار الإسلام، أما لو نسبه إليه وهو بدار الحرب؛ فهو موضع تأمل، ويحتمل أن يجيء فيه ما قيل فيما لو شهد عليه بذلك، إلا أن يقال: الولد مؤاخذ باعترافه وبحرمانه بخلاف الشهادة من غيره.

ثم رأيت في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي» قبيل باب صول الفحل: ولو قامت البينة في رجل أنه تناول الخمر، والخنزير، وسجد للصنم لم يحكم بهذا بردته؛ لأن الردة والإسلام يدوران على اعتقاده، وذلك لا ينبني على ذلك في العقيدة، ويحتمل أنه سجد شكرًا لله تعالى حيث ما ابتلاه به، أو سجد لأمر آخر، فلو مات بعد فعله وله ابنان، فقال أحدهما: مات مسلمًا، وقال الآخر: مات مرتدًا، فوجهان:

أحدهما: يعطى ويقال إنك مخطئ في هذه الدعوى.

والثاني: لا يُعطى؛ بل يوقف، فإن رجع أعطي، وإن أصر على الإنكار؛ جعل نصيبه في بيت المال، انتهى. وهو مصرح بأنه لا يكفي قول الولد: سجد لصنم ولا قيام البينة بذلك.

قال: (**وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَظْهَرِ**) أطلق ذلك تبعًا «للمحرر» وظاهره ترجيح المنع مطلقًا؛ مؤاخذة له بإقراره.

وقال في أصل «الروضة» ملخصًا لكلام الرَّافِعِي: وإن أطلق ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يصرف إليه نصيبه؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بكفر كفرًا.

والثاني: يجعل فيئًا أي: مؤاخذة له.

……

الثالث: وهو الأظهر، يستفصل فإن ذكر ما هو كفر كان فيئًا، وإن ذكر ما ليس بكفر صرف إليه.

تنبيهات:

أحدها: هذا الترجيح منها لا يلائم قبول الشهادة بالردة مطلقًا، وكذلك قال ابن الرِّفْعَة: لو رتب الخلاف في صورة الشهادة على الخلاف في هذه الصورة، لكان أولى؛ لأن الإقرار الأول يحتمل فيه ما لا يحتمل فيه الشهادة المطلقة، وما قاله - رحمه الله - ظاهر؛ لأن باب الإقرار المؤاخذة به أوسع من باب الشهادة بأضعاف.

ثانيها: في «النهاية» و«البسيط» وهذا لفظه: وأما المقر ففي صحته قولان: أحدهما: يصرف إلى الفيء مؤاخذة له بإقراره كما لو فصل، والثاني: أنه يصرف إليه؛ لأن الناس مختلفون في التكفير، ولم يصرح بما جعله كفرًا، والكفر لا يثبت بمطلق القول.

وذكر في «التقريب» القولين على وجه آخر فقال: أحدهما: أنه للفيء، والثاني: أنه يوقف إلى أن يفصل، فإن فصَّل كفرًا مصرحًا به صرف إلى الفيء، وإن فصَّل ما لا يراه كفر صرف إليه، وإن لم يفصل ترك موقوفًا أبدًا، وهو أقيس من صرف المال إليه على خلاف قوله، وعبارة الإمام: وهذا أقيس وأشبه بالأصول، وهو الذي ذكره العراقيون، انتهى.

ثالثها: أحسن في «الترغيب» فقال: الصحيح الاستفسار، وعندي أن القياس أن يصرف الجميع إلى الثاني مؤاخذة بإقراره في غير الردة، ويؤيده ما رأيته في «فروع ابن الْقَطَّان» أنه إذا قال أحدهما: مات مرتدًّا، وماله فيء، وقال الآخر: مات مسلمًا، وماله بيننا؛ فالذي يحفظ للشَّافِعِي - رحمه الله - قولين: **أحدهما**: أن جميع ماله للابن الآخر.

والثاني: أنه يوقف - يعني على التفسير - قال: وحكى ابن جرير الطبري عن الشَّافِعِي - رحمه الله - ثلاثة أقوال هذين.

وَتَجِبُ اسْتِتَابَةُ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدَّةِ، وَفِي قَوْلٍ تُسْتَحَبُّ كَالْكَافِرِ، وَهِيَ فِي الْحَالِ، وَفِي قَوْلٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ أَصَرَّا قُتِلَا، وَإِنْ أَسْلَمَ صَحَّ وَتُرِكَ.

وَقِيلَ لَا يُقْبَلُ إِسْلَامُهُ إِنِ ارْتَدَّ إِلَى كُفْرٍ خَفِيٍّ كَزَنَادِقَةٍ وَبَاطِنِيَّةٍ.

والثالث: أن نصفه للابن الآخر، ونصفه فيئًا، فحصل أربعة أقوال.

قال: (وَتَجِبُ اسْتِتَابَةُ الْمُرْتَدِّ وَالْمُرْتَدَّةِ) لأنه كان محترمًا بالإسلام، وربما عرضت له شبهة فيسعى في إزالتها، ويرد إلى ما كان عليه، وروى الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ ومالك عن عمر رضي الله عنه ما يدل لذلك، وروى البيهقي في الأمر باستتابة المرأة حديثًا ضعيفًا.

قال: (وَفِي قَوْلٍ تُسْتَحَبُّ)؛ لحديث البخاري: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[1] ولم يتعرض للاستتابة، وإلحاقًا له.

(كَالْكَافِرِ) أي: الأصلي.

(وَهِيَ فِي الْحَالِ) لهذا الحديث، فإن تاب وإلا قتلوه.

(وَفِي قَوْلٍ: ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) لأثر رواه الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ من طريق مالك عن عمر رضي الله عنه في ذلك[2]، واختاره جماعة، وعزي الأول إلى الجمهور، وقيل: لا يجب الإمهال قطعًا، وإنما الخلاف في استحبابه.

قال: (فَإِنْ أَصَرَّا) أي: الرجل والمرأة.

(قُتِلَا) أي: لعموم حديث البخاري وغيره من الآثار.

وقال أبو حنيفة: لا تقتل المرأة؛ بل تحبس وتضرب إلى أن تموت أو تسلم، واستثني عندهم الملكة، والساحرة، وسابة النبي ﷺ.

قال: (وَإِنْ أَسْلَمَ؛ صَحَّ وَتُرِكَ) أي: لعموم قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ إِن يَنتَهُوا۟ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

[قال: (وَقِيلَ: لَا يُقْبَلُ إِسْلَامُهُ إِنِ ارْتَدَّ إِلَى كُفْرٍ خَفِيٍّ كَزَنَادِقَةٍ وَبَاطِنِيَّةٍ) لأنه

---

[1] تقدم تخريجه.

[2] في «المسند» (١/ ٣٢١).

……

يظهرها خوفًا] كما هو شأنهم، وسيأتي بيانهم وما فيهم من الوجوه.

تتمات:

أحدها: موضع الخلاف في الإمهال إذا أمكنت الاستتابة، فإن قاتلونا قتلوا مقبلين ومدبرين كالحربيين القولان في المدة جاريان، سواء قلنا بالوجوب أو بالاستحباب، فيجب الإمهال ثلاثًا على قول، ويستحب ثلاثًا على قول.

[قاله الْمَاوَرْدِي، وقيل: لا يجب بلا خلاف، واختاره الجويني في «منهاجه» ولا خلاف أنه لا يخلى في زمن] الإمهال؛ بل يحبس، وإذا أردنا قتله بعد الاستتابة وإصراره، فقال: أمهلوني، ربما ينتهي فوجهان، الذي أورده القاضي الحسين، وحكاه الرُّويَانِي [عن النص] الإمهال، واستبعد الخلاف فيه، وصحح الْغَزَالِي المنع، هكذا نقل الرَّافِعِي وغيره المسألة.

والترجيح عن الْغَزَالِي، وهو الموجود في «الوجيز» وعكس في [أصل] «الروضة» النسبة، وهو سبق قلم، ثم ظاهر كلام هؤلاء أن هذا الخلاف في الجواز، ورأيت من ذكره في الوجوب، وليس بشيء، ولم يذكروا غاية هذه المهلة الثانية، هل يكون ثلاثًا؟ أو كيف الحال؛ إذ لا سبيل إلى المطاولة؟ وهل تقدير إمهاله ثلاثًا ثانيًا؟ فلو رام الإمهال ثالثًا هل يجاب؟ يحتمل أن يقال: إن دلت قرائن حاله على صدقه، وأنه يريد الاهتداء أمهل، والمطاولة والتسويف وإن خفي الحال ففيه نظر.

قتل المرتد بجز الرقبة لا غير فلا يجوز إحراقه، ولا المثلة به، ولا قتله بغير السيف، كما قاله المتولي، وهذا إذا لم يكن قد توجه عليه القود بذلك، وقلنا: لا يُصنع به كما يصنع، فإن قلنا به وهو المذهب، فالحكم كما سبق قوله، فإن أسلم إلى آخره؛ اقتصر على نقل وجهين، وفيه نقص.

وعبارة «المحرر»: على أظهر الوجوه، ثم ظاهر المذهب، ونصوص الشَّافِعِي - رحمه الله - قبول توبة كل مرتدٍ.

……

وثانيها: الفرق بين الزنديق ونحوه وغيرهما.

قال الرُّويَاني: والعمل عليه.

وثالثها: إن كان مغاليًا في الحنث كدعاة الباطنية؛ لم تقبل توبته، أو عاميًا قبلت.

رابعها: إن جاءنا تائبًا وظهر عليه الصدق؛ قبلت، وإلا قدم السيف فأسلم فلا، وبه أفتى الأستاذان: أبو إسحاق، وأبو منصور البغدادي.

وقال في «رسالته» في مناظرة الباطني: إنه قول جماعة من أصحابنا، ومنهم ابن سُرَيْج، والإصطخري، وابن خيران، ومحمد بن نصر، وأبو إسحاق المروزي، كلهم بقبول التوبة في حال القول غير تقيه.

وخامسها: ويحكى عن أبي إسحاق: لا يقبل إسلام من تكررت ردته، وقال الإمام: وهو من هفواته الفاحشة، والْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، وغيرهما، نسبوا [هذا إلى أبي إسحاق بن راهويه، وإنما التبيين على ناقل بأبي إسحاق كما سبق في السؤال وغيره].

وسادسها: ما سنذكره في سابّ النبي ﷺ من تحتم قتله، وأفتى ابن الصلاح بأن الزنديق إذا تاب عزر، وقبلت توبته، فإن رجع بادرناه بضرب الرقبة، ولم نمهله مدة الاستتابة، وكأنه اختار أحد الوجوه والمشهور أنه لا يعزر أول مرة.

واختلف المصنف في تفسير الزنديق، ففي «الروضة» هنا: إنه الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر، وكذا نقله في الفرائض عن الأئمة، وقال في اللعان: إنه الذي لا ينتحل دينًا، وذكر في نكاح المشرك نحوًا منه وهذا أقرب، والأول هو المنافق، وقد غايروا بينهما، وفي «النقب» لابن معين الجزري على المذهب أن الزنادقة قوم من الثنوية، يقولون بتناسخ الأرواح ودوام الدهر، وأن أرواحهم تتناقل، فهم إحياء أبدًا، وهم فرق لعنهم الله تعالى، وذكر المنافقين ما تقدم.

………………………………………………………………………………

وأما الباطنية فضرب آخر من الزنادقة، يزعمون أن الإله تعالى خلق شيئًا، ثم خلق منه شيئًا آخر، يدبر العالم بأمره، وسموهما العقل والنفس، وزعموا أن العقل هو الأول، والنفس هو الثاني، وهو نظير قول الثنوية، غير أنهم سموهما النور والظلمة، ولهم مقالات سخيفة في النبوات، وتحريف الآيات، وفرائض العبادات، أوضحها الأستاذ أبو منصور في رسالته.

فرع: نقل الإمام: أن مَنْ سَبَّ النبي ﷺ إنما هو قذف صريح، كفر باتفاق العلماء، وأن أبا بكر الفارسي قال في «كتاب الإجماع»: إنه لو تاب لم يسقط القتل عنه؛ لأن حد قذفه ﷺ القتل كمثل حد القذف لا يسقطه التوبة، وادعى فيه الإجماع، ووافقه الشيخ أبو بكر الْقَفَّال.

وقال الأستاذ أبو إسحاق: إنه كفر بالسب، وإذا تاب سقط القتل عنه.

وقال الصيدلاني: إذا تاب زال القتل، وجلد ثمانين، وأبدى الإمام في ذلك في باب عقد الذمة مباحثة طويلة، ثم قال: ولا يتجه عندنا إلا مسلكان:

أحدهما: ما قاله الفارسي وهو في نهاية الحسن؛ ولكنه منهم بعيد، فإنه أطلق فقال: حد من سبه ﷺ القتل، وهذا فيه نظر، فإن الحدود لا تثبت بالرأي؛ بل هو قتل [بسبب ردة، وهو متعلق برسول الله ﷺ ولا تصح التوبة عما يتعلق بحق الآدمي، وهذا مراد] الفارسي، هذا مسلك.

والآخر: أنه ردة والتوبة عنه كالتوبة عن الردة، والوقيعة فيه ﷺ كذكر الله تعالى بالسوء، ثم أشار إلى ضعف قول الصيدلاني، والذي اقتضاه كلام الدارمي وغيره ما نسبه إلى الأستاذ أبي إسحاق.

وقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبي ﷺ يقتل، قال ذلك مالك، والليث، وأحمد، وأبو إسحاق، وهذا مذهب الشَّافِعِي رحمه الله تعالى.

وحكي عن النعمان أنه قال: لا يقتل من سب النبي ﷺ من أهل الذمة، فما هم عليه من الشرك أعظم، قال أبو بكر: ومما يحتج به في هذا الباب قصة

كعب بن الأشرف، فإن النبي ﷺ قال: «مَنْ لِكَعْبِ بْنِ الْأَشْرَفِ فَإِنَّهُ آذَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(١) فانتدب له جماعة بإذن النبي ﷺ فقتلوه.

«وتغيظ أبو بكر على رجلٍ من أصحابه، فقال أبو برزة: اضرب عنقه، فقال: ما كانت لأحدٍ من بعد رسول الله ﷺ»(٢) فلا أعلم أحدًا يوجب قتل من سب رسول الله ﷺ، انتهى. وسبق نقل خلاف في ذلك.

فرع: فيما يحصل به توبة المرتد وإسلام الكافر الأصلي ونص: أنه يأتي بالشهادتين، ويبرأ من كل دينٍ خالف الإسلام، ونص أنه إذا أتى بالشهادتين صار مسلمًا، وليس باختلاف قول عند الجمهور؛ بل باختلاف حال وعقيدة، فإن كان معترفًا برسالة النبي ﷺ كفرقة من اليهود، يقولون: أُرسِل إلى العرب فقط، فلا بد من التبرؤ، وفي معناهم من يقول: إنه لم يُبعَث بعد، وإن كان ينكر أصل الرسالة كالوثني وغيره؛ كفته الشهادتان، ونقل الشيخ أبو حامد هذا التفصيل عن النص صريحًا، وقيل: التبرؤ شرط مطلقًا، وقيل: يستحب مطلقًا، والمذهب الأول.

قال المصنف في كتاب الكفارات: والمذهب الذي قطع به الجمهور أن كلمتي الشهادتين لا بد منهما، ولا يحصل الإسلام إلا بهما، وحكى الإمام طريقة أخرى عن المحققين: أن من أتى من الشهادتين بكلمة تخالف معتقده حكم بإسلامه، وإن أتى بما يوافقه لم يحكم، فإذا وحد الثنوي أو هلل المعطل جعل مسلمًا، وعرض عليه شهادة الرسالة، فإن أنكر صار مرتدًا، إلى آخر ما ذكره هناك، وحكيت هذه الطريقة هنا عن الْبَغَوِي، وأشار إلى ما سبق من الكلام هناك، وذكر أن في معنى التبرؤ من كل دين يخالف الإسلام أن يقول:

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١١٠٢، رقم ٢٨٦٧) والحميدي (٢/ ٥٢٦، رقم ١٢٥٠)، ومسلم (٣/ ١٤٢٥ رقم ١٨٠١)، وأبو داود (٣/ ٨٧، رقم ٢٧٦٨)، والنسائي في الكبرى (٥/ ١٩٢، رقم ٨٦٤١)، والحاكم (٣/ ٤٩٢، رقم ٥٨٤٠)، وأبو عوانة (٤/ ٣٤٦، رقم ٦٩١٩) والبيهقي (٧/ ٤٠، رقم ١٣٠٥٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٦٥) والنسائي (٤٠٨٨)، والطيالسي (٣).

....

محمد رسول الله مبعوث إلى جميع الخلق.

قلت: وفي الاكتفاء بهذا ممن يقول إنه لم يبعث بعده نظر.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي، والْبَغَوِي، وغيرهما: لو كان كفره بجحود فرض، أو استباحة محرم، ونحو ذلك؛ لم صح إسلامه حتى يأتي بالشهادتين ويرجع عما اعتقده، وسياق كلام الرَّافِعِي والمصنف هنا يفهم أن هذا على طريقة الْبَغَوِي، وفيه نظر؛ بل هذا متفق عليه فيما يعتقده؛ لأنه يقر بالشهادتين قبل الحكم بردته مع اعتقاده ذلك.

فرع: ذكرا هنا فيما ساقاه من طريقة الْبَغَوِي: أنه لو قال الكافر أنا مثلكم، أو آمنت، أو أسلمت؛ لم يصح إسلامه، ولو قال: أنا من أمة محمد ﷺ أو دينكم حق؛ حكم بإسلامه، ثم قالا في آخرها: هذه طريقة والجمهور على خلافها.

وذكر في اللعان أن الكافر إذا قال: أنا مثلكم؛ حكم بإسلامه، ولم يذكروا فيه خلافًا، وهو من تفريع هذه الطريقة، نعم جزم الْمَاوَرْدِي في الشهادات: أنه لو جهل القاضي إسلام الشهود، فقال الشاهد: إنني مسلم؛ أننا نحكم بإسلامه، ويجري عليه أحكام الإسلام إن أنكر، وصرح الْبَغَوِي: بأن هذا إقرار بالإسلام، وجزم الشيخان في اللعان أن المقذوفة إذا قالت: أنا مسلمة، حكم بإسلامها.

فرع: نقلا عن «منهاج الْحَلِيمِي» فصلًا طويلًا منه: أنه قال: لا خلاف أن الإيمان ينعقد بغير قول لا إله إلا الله، فلو قال: لا إله غير الله، وسوى الله، أو ماعدا الله، أو ما من إله إلا الله، أو من إله إلا الرحمن، أو لا رحمن إلا الله، أو لا إله إلا البارئ، أو لا بارئ إلا الله، فهو كقوله: لا إله إلا الله، وأن قوله: أحمد أو أبو القاسم رسول الله، كقوله محمد رسول الله، وذكرا عنه أنه لو قال: لا إله إلا الذي آمن به المسلمون؛ صار مؤمنًا.

ولو قال: آمنت بالله الذي لا إله غيره، أو بمن لا إله غيره، لم يكن مؤمنًا؛ لأنه قد يريد الوثن، وأنه لو قال: آمنت بالله وبمحمد؛ كان مؤمنًا

....

بالله، ولم يكن مؤمنًا بالنبي ﷺ حتى يقول بمحمد النبي، أو بمحمد رسول الله ﷺ وأطال الْحَلِيمِي في ذلك، وأوردا بعض كلامه، وأكثره لا يجيء على طريقة الجمهور السابقة، ووقع في «الروضة» تغيير مواضع منه تذكر في «الوسيط» إن شاء الله تعالى.

فرع: ذكر ابن الرِّفْعَة تفريعًا على أنه لا بد من الشهادتين، وقول الإمام: إن قائله يراه بابًا من التعبد أنه لا بد من الإتيان بلفظ الشهادة، حتى لو قال: أعلم وأتحقق ألا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، لا يكون بذلك مسلمًا، كما أن المذهب أن الشاهد إذا قال: أعلم وأتحقق لا يقوم مقام أشهد؛ لأجل التعبد بلفظ الشهادة.

ثم قال: إن نصه في «المختصر» و«الأم» هنا - يعني في كتاب اللعان - ظاهره اعتبار لفظ الشهادة، ونصه في باب المرتد ظاهره يقتضي أن الإقرار بالشهادتين يكفي في حصول الإسلام، فإن أجري كل نص على ظاهره؛ حصل في المسألة قولان، انتهى.

والوجه عدم اشتراط لفظ الشهادة، كما تضمن كلام الْحَلِيمِي السابق نقل الاتفاق عليه الأحاديث، وكلام الشَّافِعِي - رحمه الله - في مواضع، وكلام أصحابه، والأحاديث الدالة على ذلك كثيرة.

انظر قوله ﷺ لأبي طالب: «يَا عَمِّ، قُلْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ»(١) ولم يقل: اشهد، وتمسَّك ابن الرِّفْعَة بقول الإمام: إنها تنظم أمور بديعة، وفيه نظر لضمها ذلك، ليس من جهة لفظه أشهد؛ بل من جهة الاعتراف بالوحدانية، والسبق المستلزم تصديق الرسول فيما جاء به، كما بينه الإمام، وقد قال الإمام هنا: وقوله منهم من قال لا يحصل الإسلام إلا بالشهادتين، ورأى ذلك بابًا من التعبد، حتى إذا قال المعطل: لا إله إلا الله، لا يحكم بإسلامه ما لم

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٠٩، رقم ٣٦٧١)، ومسلم (١/ ٥٤، رقم ٢٤) وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ٤٢، رقم ٧٢٠)، والنسائي (٦/ ٣٥٩، رقم ١١٢٣٠).

وَوَلَدُ الْمُرْتَدِّ إِنْ انْعَقَدَ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، وَأَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ فَمُسْلِمٌ، أَوْ مُرْتَدَّانِ فَمُسْلِمٌ، وَفِي قَوْلٍ مُرْتَدٌّ، وَفِي قَوْلٍ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ قُلْتُ: الْأَظْهَرُ مُرْتَدٌّ، وَنَقَلَ الْعِرَاقِيُّونَ الِاتِّفَاقَ عَلَى كُفْرِهِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

يقل: محمد رسول الله، انتهى.

وهذا منه دال على أنه لو قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله؛ حكم بإسلامه، وأن المراد بالشهادتين ذلك، لا أن يقترن بذلك لفظ الشهادة، فاعلمه، فلا نزاع فيه ولا مرية، وسبق نص «المختصر» في المشهود عليه بالردة، قيل له: قل لا إله إلا الله محمد رسول الله، وجرى عليه الأصحاب، وما روي في الأحاديث من لفظ الشهادة، فليس المراد منه الإتيان بلفظ أشهد.

فائدتان:

الأولى: ذكر القاضي أبو الطيب في «تعليقه» في باب الوضوء: أنه لو آمن برسول الله ﷺ قبل أن يؤمن بالله تعالى لم يصح إيمانه.

الثانية: ذكرت في «الغنية» هنا كلامًا وتفصيلًا في أن المرتد لو صلى هل يحكم بإسلامه؟ وكذلك الكافر الأصلي، ووقع فيه اضطراب بينته أتم بيان وتركته لطوله.

قال: (**وَوَلَدُ الْمُرْتَدِّ إِنْ انْعَقَدَ قَبْلَهَا**) أي: قبل الردة.

(**أَوْ بَعْدَهَا، وَأَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ فَمُسْلِمٌ**) أي: بلا خلاف عندنا؛ لأنه قد حكم بإسلامه تبعًا للمسلم منهما، والإسلام يعلو.

قال: (**أَوْ مُرْتَدَّانِ**) أي: وانفصل وهما كذلك.

(**فَمُسْلِمٌ**)أي: لبقاء علقة الإسلام فيهما.

(**وَفِي قَوْلٍ: مُرْتَدٌّ**) أي: تبعًا لهما.

(**وَفِي قَوْلٍ: كَافِرٌ أَصْلِيٌّ**) أي: لتولده بين كافرين، ولم يباشر ردة حتى يغلظ عليه.

قال: (**قُلْتُ: الْأَظْهَرُ مُرْتَدٌّ وَنَقَلَ الْعِرَاقِيُّونَ الِاتِّفَاقَ عَلَى كُفْرِهِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**)

وَفِي زَوَالِ مِلْكِهِ عَنْ مَالِهِ بِهَا أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا إِنْ هَلَكَ مُرْتَدًّا بَانَ زَوَالُهُ بِهَا، وَإِنْ أَسْلَمَ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَزُلْ، ....

وفي الترجيح والنسبة وقفة، فإن صاحب «المعتمد» في اتفاق المذهب المجرد عن الشَّافِعِي من رءوس العراقيين نقل في باب الغُرة أن في هذا الجنين غُرة، وعن القديم أنه لا شيء فيه، وهذا يشير إلى أن المذهب في «الجديد» أنه مسلم، وبه جزم الصيمري في «شرح الكفاية» وصححه جماعة من المراوزة منهم الشيخ أبو محمد، والْبَغَوِي، والْغَزَالِي، ولم يحك ابن المنذر عن الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ غيره، نعم جرى في «المعتمد» هنا على ما نسبه المصنف والْعِمْرَانِي إلى العراقيين من كفره، فأوجب إلى ذلك وقفة.

وذكر الْمَاوَرْدِي: أن الحادث بعد الردة من ولديهما بعد ستة أشهر فصاعدًا من ردتهما، وفيه نظر، ولا سيما إذا كان من عادتهما أن تضع لتسعة مثلًا؛ لأن الغالب علوقه قبل الستة، فينبغي ألا يحكم بكفره إلا إذا تحقق حدوثه بعد ردتهما، أو وضعته بعد تسعة أشهر منهما عملًا بالغالب، أو يخرج فيه خلاف من تعارض الأصل والظاهر.

قال: (**وَفِي زَوَالِ مِلْكِهِ عَنْ مَالِهِ بِهَا**) أي: بنفس الردة.

(**أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا: إِنْ هَلَكَ مُرْتَدًّا بَانَ زَوَالُهُ بِهَا، وَإِنْ أَسْلَمَ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَزُلْ**)؛ لأن بطلان أعماله، وبينونة زوجاته يتوقف على موته مرتدًا، فكذلك ملكه.

وثانيها: يزول ملكه بنفس الردة؛ كزوال العصمة، وعجب قول الرَّافِعِي في التدبير أن بعضهم يروي عن الشَّافِعِي أنه قال: إنه أشبه الأقوال وبه أقول، فإن الشَّافِعِي نص على هذا اللفظ في «المختصر» وصححه كثيرون من الطريقين، ونسبوا اختياره إلى الشَّافِعِي فهو المذهب.

وثالثها: لا يزول؛ لأن الكفر ينافي الملك كالكفر الأصلي، ورجحه الْمَاوَرْدِي، والجرجاني، والرُّويَانِي، وزعم ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» هنا وتبعه القمولي أن المصنف رجحه، وهو سهو، وقطع بعض الأصحاب ببقاء ملكه، ورد الخلاف إلى نفوذ تصرفه، وحكوا خلافًا في أن الحجر عليه حجر مرض،

وَعَلَى الْأَقْوَالِ يُقْضَى مِنْهُ دَيْنٌ لَزِمَهُ قَبْلَهَا، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ، وَالْأَصَحُّ يَلْزَمُهُ غُرْمُ إِتْلَافِهِ فِيهَا، وَنَفَقَةُ زَوْجَاتٍ وُقِفَ نِكَاحُهُنَّ وَقَرِيبٍ، ....

أو حجر سفه، أو فلس، وأجرى الْمَاوَرْدِي وغيره الأقوال في ابتداء ملكه عنه، ووصية، واصطياد وغيره.

قال: (**وَعَلَى الْأَقْوَالِ: يُقْضَى مِنْهُ دَيْنٌ لَزِمَهُ قَبْلَهَا**) إذ لا يزيد على الموت.

(**وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ**) أي: وتجعل حاجته في النفقة كحاجة الميت إلى تجهيزه، هذا هو المشهور، وقيل: لا يقضى دينه منه على قول زوال الملك، وقيل: ينفق عليه منه أيضًا على قول الزوال؛ بل من بيت المال مدة الاستتابة، وزيف.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: عند الأكثرين.

(**يَلْزَمُهُ غُرْمُ إِتْلَافِهِ فِيهَا، وَنَفَقَةُ زَوْجَاتٍ وُقِفَ نِكَاحُهُنَّ وَقَرِيبٍ**) كمن حفر بئرًا عدوانًا ومات ثم حصل بسببها تلف؛ يؤخذ الضمان من تركته وإن زال ملكه بالموت.

والثاني: لا؛ لأنه لا مال له، وصححاه في «الإبانة» و«العدة» وفي «التتمة»: إنه المذهب.

وفي «النهاية»: إنه القياس الجلي، كذا ذكره في نفقة القريب، ثم قال: ولو أتلف المرتد مالًا؛ قال القاضي: يجوز أن يخرج ذلك على الخلاف في نفقة الأقارب، وعلى التخريج جرى الْبَغَوِي، والْمُتَوَلِّي، والْغَزَالِي، وقضية كلام جماعة الجزم بأن جناياته في ماله، وذكر الخلاف في النفقة.

إشارات: هذا الخلاف متفرع على قول زوال الملك خاصة، وعبارة المصنف موهمة بجريان الأقوال.

ذكر ابن الرِّفْعَة أن نفقة الزوجة كنفقة نفسه، ونقل الإمام والْغَزَالِي أنه لا خلاف أنه ينفق على نفسه من ماله، وحكى ابن الرِّفْعَة طرد الوجهين في نفقة الزوجة عن الإصطخري فقط، والذي نقله عنهم إبراهيم المروزي في نفقة القريب فقط، وعلى القولين الآخرين ينفق على زوجته وقريبه منه لا محالة، والظاهر أن أم الولد في النفقة على قول زوال الملك كالزوجة.

وَإِذَا وَقَفْنَا مِلْكَهُ فَتَصَرُّفُهُ إِنِ احْتَمَلَ الْوَقْفَ كَعِتْقٍ وَتَدْبِيرٍ وَوَصِيَّةٍ مَوْقُوفٌ، إِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِلَّا فَلَا، وَبَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَرَهْنُهُ وَكِتَابَتُهُ بَاطِلَةٌ، وَفِي الْقَدِيمِ مَوْقُوفَةٌ، ....

وجعل إبراهيم المروزي خلاف الإصطخري في نفقة القريب على أن الأول نفقتهم في بيت المال، والأولى أن ينفق عليهم من هذا المال، والثاني: وهو قول الإصطخري: لا تجب نفقاتهم؛ لزوال ملكه، والإمام مخير بين الإنفاق من هذا المال والإنفاق من مال آخر، انتهى.

وقد يؤخذ من هذا أنهم لو عنوا بنفقة قريب آخر، وكانت الزوجة غنية، لا يجيء هذا الخلاف؛ إذ لا نفقة على بيت المال حينئذٍ.

تنبيه: ما قدمناه في من بأيدينا، أما لو امتنع جماعة مرتدون عن الإمام ولم يصل إليهم إلا بالقتال؛ فما أتلفوه في غير القتال ضمنوه، وما أتلفوه في القتال فيه طريقان، وقيل: قولان كالبغاة، وقيل: يضمنون قطعًا، وهو قضية نص «الأم».

وفرق الْمَاوَرْدِي بأن للبغاة إمامًا تنفذ أحكامه، بخلاف المرتدين، وجزم في «الشامل» بالأول إذا أسلموا؛ لأن تضمينهم ينفرهم عن الإسلام.

وفي «البيان» عن الشيخ أبي حامد: الصحيح الفرق بينهما، وعن الشيخ أبي إسحاق أنه لا يلزم الضمان، وأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وأن منهم من رتب الخلاف، وأهل الردة أولى بالتضمين، وسبق أن الرَّافِعِي قال: إن الظاهر نفي الضمان عنهم، فعلى هذا تستثنى هذه الصورة من إطلاق المصنف ترجيح تضمينه عدم إتلافه فيها.

فرع: حكم دينه المؤجل إن قلنا بالبقاء، أو بالوقف فالأجل باقٍ، وإن قلنا بزوال ملكه؛ حل كما لو مات، قاله الْمُتَوَلِّي، وهذا بين فيما لو مات عليها، أما لو أسلم فهل يستمر الحلول على هذا القول؟ الظاهر نعم، وفيه شيء.

قال: (**وَإِذَا وَقَفْنَا مِلْكَهُ فَتَصَرُّفُهُ إِنِ احْتَمَلَ الْوَقْفَ كَعِتْقٍ وَتَدْبِيرٍ وَوَصِيَّةٍ مَوْقُوفٌ، إِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِلَّا فَلَا، وَبَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَرَهْنُهُ وَكِتَابَتُهُ بَاطِلَةٌ، وَفِي الْقَدِيمِ مَوْقُوفَةٌ**) من التفريع على القولين الآخرين، فنقول: إن قلنا بزوال ملكه

وَعَلَى الْأَقْوَالِ يُجْعَلُ مَالُهُ مَعَ عَدْلٍ، وَأَمَتُهُ عِنْدَ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ، وَيُؤَدِّي مُكَاتَبُهُ النُّجُومَ إِلَى الْقَاضِي].

فتصرفاته في ماله باطلة، وإن قلنا ببقائه فهل يصير محجورًا عليه، أم لا بد من صرف الحاكم لمن طرأ سفهه؟ أصح الوجهين، ويقال القولين: أنه لا يصير محجورًا بنفس الردة، وقيل: لا يصير قطعًا، ثم حجر المرتد كحجر المريض، أو السفيه، أو المفلس، أوجه حكاها جماعة من أصحابنا:

ثالثها: لأنه لصيانة حق المسلمين المتعلق بماله، قال: فإن قلنا لا بد من صرف القاضي، [فتصرفه نافذ قبله، وإن قلنا: يصير محجورًا بنفس الردة أو ضربه القاضي] فإن جعلنا كحجر المريض نفذ منه ما ينفذ من المريض، كذا قاله الشيخ إبراهيم المروزي.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا حجر عليه الحاكم إن قلنا حجر سفه، أو مرض؛ فتصرفه باطل مردود إن كان استهلاكًا؛ كالعطايا، والهبات، والعتق، والوقف، انتهى.

وإن قلنا: كحجر السفه؛ فتصرفه في المال باطل، وإن قلنا: كحجر الفلس؛ فقولان كما مر في المفلس، وكذا إقراره بالدين والعين كإقرار المفلس، وإن قلنا: بالوقف؛ فلكل تصرف يحتمل الوقف كالعتق، والتدبير، والوصية، فهو موقوف إن أسلم نفذه.

وإن هلك مرتدًا فهو باطل، وجعله موقوف أيضًا، وأما البيع، والهبة، والكتابة، ونحوها؛ فعلى قول وقف العقود فعلى «الجديد» هي باطلة، وعلى «القديم» توقف إن أسلم صحت، وإلا فلا.

قال: (**وَعَلَى الْأَقْوَالِ: يُجْعَلُ مَالُهُ مَعَ عَدْلٍ، وَأَمَتُهُ عِنْدَ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ، وَيُؤَدِّي مُكَاتَبُهُ النُّجُومَ إِلَى الْقَاضِي**) كذا قالاه وهو في «الشامل» بلفظه [لكنه لم يصرح بأنه على الأقوال بل سيأتي كلامه ظاهر في رواية مفرع على قول البقاء والوقف خاصة، وسنذكر ما فيه] وزاد: فإن لحق بدار الحرب؛ فحكم المال حكمه كما لو كان في دار الإسلام، إلا أنه إذا كان له حيوان، ورأى الحاكم الحظ في بيعه فعل؛ لأنه يحتاج إلى النفقة، وقد يطول بقاؤه في دار الحرب فيبيعه، انتهى.

....

واعلم أن الذي في «المهذب» وغيره: أنا إذا قلنا: إن ملكه قد زال بالردة؛ صار المال فيئًا للمسلمين، وقيل: إلى بيت المال، هذا ظاهر لفظ «المهذب» وقد يفهم أنه لو عاد إلى الإسلام لا يرد إليه، والذي اقتضاه كلام الجمهور: أنه يرد إليه على هذا القول، وبه صرح الجرجاني وغيره، وقال في أصل «الروضة»: إنه لا خلاف فيه، والأظهر أنه لا خلاف فيه، وأن مراد «المهذب» وغيره ما ذكره غيرهم من التعديل، لا زواله مطلقًا وإن أسلم، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الزِّنَا

قال المصنف: [إِيلَاجُ الذَّكَرِ بِفَرْجٍ مُحَرَّمٍ لَعَيْنِهِ خَالٍ عَنْ الشُّبْهَةِ مُشْتَهًى يُوجِبُ الْحَدَّ.

نسأل الله العافية

وهو مقصور على المشهور، وقد يمد وهو لغة أهل نجد، قال الماوردي: وهو وطء الرجل المرأة بلا عقد، ولا ملك ولا شبهة عالمًا بالتحريم، وفي هذا الضبط نظر؛ لما سنذكره من بعد، ضبط المصنف بما سيأتي، وهو من أكبر الكبائر بالكتاب، والسنة، والإجماع، وأجمع أهل الملل على تحريمه.

قال الشارح: [قال: (**إِيلَاجُ الذَّكَرِ**) أي: من واضح الذكورة.

(**بِفَرْجٍ مُحَرَّمٍ لَعَيْنِهِ خَالٍ عَنْ الشُّبْهَةِ مُشْتَهًى يُوجِبُ الْحَدَّ**) تعرض «المحرر» لبيان ما احترز عنه بهذه القيود، واكتفى المصنف عنه بسرده ما احترز عنه، كما سيأتي.

وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: مُشتهًى طبعًا، وحذف «المنهاج» لفظة: طبعًا.

تنبيهات: قوله: الذكر المعتبر إيلاج الحشفة، أو قدرها من فاقدها على الأصح، كما سبق في الغسل، وقوله: «بِفَرْجٍ» أي: لواضح الأنوثة، لا فرج خنثى مشكل، كما قلنا في ذكره، وقوله: «مُحَرَّمٍ لَعَيْنِهِ» أي: لعين الإيلاج لا أمر خارج كوطء الحائض ونحوها، وقوله: «مُشْتَهًى» يخرج به وطء الميتة والبهيمة؛ إذ لا يشتهيان طبعًا، وسيأتي إيضاح المسألة، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين الذكر المنتشر وغيره، والسليم والأشل، والملفوف في خرقة وغيره، وفي وجوب الغسل بإيلاج الأشل وجهان ذكرهما الدارمي وجريانهما هنا أظهر: وأصح الأوجه: وجوب الغسل بإيلاج الملفوف.

وثانيهما: المنع، ورجحه الرُّويَاني والحناطي.

وَدُبُرُ ذَكَرٍ وَأُنْثَى كَقُبُلٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

والثالث: الفرق بين الغليظة والرقيقة، قال المصنف: وينبغي جريانهما في كل الأحكام.

قلت: صرح به الدارمي وغيره، كما أوضحته في «الغنية» وكان الأقيس أن يرجح منع الحد، بخلاف أبي حنيفة فيه، وإن رجح إيجاب الغسل.

تقدم عن الْمَاوَرْدِي: أنه لو كان سبيلا الحدث مسدودين خلقة، فسبيل الحدث هو المنفتح، والمسدود كالعضو الزائد من الخنثى، لا يجب من مسّه وضوء، ولا من إيلاجه غسل، وقضيته ألا حد بإيلاجه، ولا بالإيلاج فيه كأحد قبلي المشكل، لو خلق له ذكران مشتبهان، فأولج أحدهما فيشبه ألا حد؛ للشك.

فائدة: ذكر القاضي الحسين في كتاب السرقة: أنه لو وطئ حربية بقصد القهر والاستيلاء على ملكها فلا حد عليه، وإن لم يقصد ذلك؛ فعليه الحد.

قال: (**وَدُبُرُ ذَكَرٍ وَأُنْثَى كَقُبُلٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لأنه زنا شرعًا، فأشبه الزنا بقبل المرأة، قوله: على المذهب؛ يقتضي طريقة قاطعة به، ولم يذكرا ذلك في «المحرر» ولا في «الشرحين» «والروضة»، والملخص فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن عقوبته القتل محصنًا كان أو غيره؛ لرواية ابن عباس: «**مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ؛ فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ**»(1) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، فعلى هذا يقتل بالسيف كالمرتد، وقيل: يرجم تغليظًا عليه، وقيل يهدم عليه جدار، أو يرمى من شاهق حتى يموت، أخذًا من عذاب قوم لوط.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٥٨، رقم ٤٤٦٢)، والترمذي (٤/ ٥٧، رقم ١٤٥٦) وقال: يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبي ﷺ من هذا الوجه، وروى محمد بن إسحاق هذا الحديث عن عمرو بن أبي عمرو، فقال: ملعون من عمل عمل قوم لوط، ولم يذكر فيه القتل، وذكر فيه ملعون من أتى بهيمة، وابن ماجه (٢/ ٨٥٦، رقم ٢٥٦١)، والحاكم (٤/ ٣٩٥، رقم ٨٠٤٧) وقال: صحيح الإسناد، والبيهقي (٨/ ٢٣١، رقم ١٦٧٩٦)، وأحمد (١/ ٣٠٠، رقم ٢٧٣٢)، وأبو يعلى (٤/ ٣٤٨، رقم ٢٤٦٣)، وعبد بن حميد (ص ٢٠٠، رقم ٥٧٥)، والدارقطني (٣/ ١٢٤).

……

والقول الثاني: أن الواجب فيه التعزيز؛ كإتيان البهيمة. وذكر ابن شاهين الحافظ: أن حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - منسوخ، وهذا القول مخرج من إتيان البهيمة، ومنهم كما قال الرَّافِعِي: من لم ينسبه، وأغفله من «الروضة» ونقله في «الشامل» عن أبي حنيفة، وأنه قاسه على البهيمة، وقال لنا الخبر وإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وقياسه ممنوع على قول وعلى تسليمه، فإنه غير مقصود، وهذا مقصود مشتهى فافترقا، انتهى.

والثالث: هو المذهب المشهور أن حد الفاعل حد الزنا فيرجم المحصن، ويجلد ويغرب غيره؛ لأنه حد يجب بالوطء، فيختلف بالثيب والبكر؛ كإتيان القبل.

تنبيهات: قال في«المحرر»: واللواط بالمرأة كهو بالرجل، أو هو زنا فيه وجهان: أظهرهما: الأول - يعني: فيه طريقان - وذكرا نحوه في «الشرحين» و«الروضة» إطلاق المصنف هنا وفيما بعد يقتضي أن الملوط به بعد الإحصان يرجم كالفاعل، وبه قطع كثيرون، والأصح عندهما أن واجبه الجلد، ذكرًا كان أو أنثى.

وقال القاضي الحسين: إنه المذهب الصحيح، لواطه بعبده كهو بالأجنبي، وقيل قولان كوطء أخته المملوكة، ولواطه بأمته أو زوجته، قيل: على الخلاف، والأصح القطع بالمنع؛ بل يعذر، وفي النفس منه شيء، وهذا فيمن تحل له، فلو كانت أخته، أو مجوسية ونحوهما.

قال في «المحيط»: فالمذهب وجوب الحد، وسكت ابن الرِّفْعَة عليه، وإطلاق المصنف وغيره قد ينازع فيه.

فروع: لو استدخلت ذكر صبي يجامع مثله، أو مجنون أو نائم؛ حدت، أو ذكر ميت، لزمها الغسل، وسكتوا عن الحد، والظاهر أنه لا يجب، ويحتمل أن يجري فيه الخلاف في وطء الميتة، أو ذكرًا مبانًا، ففي وجوب الغسل وجهان.

وَلَا حَدَّ بِمُفَاخَذَةٍ وَوَطْءِ زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ فِي حَيْضٍ وَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ.

وَكَذَا أَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ وَالْمُعْتَدَّةِ، ....

قال الدارمي: ولا حد عليها بلا خلاف، وفي «فتاوى القاضي الحسين»: إنها لو مكنت قردًا فهو كالرجل يلوط، وهذا لا يختص بالقرد؛ بل هو مثال، وفي النفس من إلحاقه بما ذكره شيء.

ثم رأيت في «الكافي» الجزم بأن عليها ما على الرجل في إتيان البهيمة، وهذا أقرب، ولو وجدنا حبلى، أو ولدت خلية، وأنكرت الزنا أو سكتت؛ فلا حد. قال جماعة: وتسأل الخلية، فإن أقرت حدت، وإلا فلا.

وقال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز أن تُسأل عما يوجب حد الزنا عليها قبل الوضع ولا بعده إن وضعته ميتًا، فإن وضعته حيًّا سُئلت؛ لحق الولد، ولو سُئلت وسكتت؛ قال أصحابنا: لا حد عليها.

قال: (**وَلَا حَدَّ بِمُفَاخَذَةٍ**) أي: ونحوها، وهو إجماع، ولا بإتيان المرأة المرأة؛ بل يعذر.

وقال الأستاذ أبو سهل الصعلوكي: إلى إن حد المساحقات الحبس في البيوت، وحمل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ﴾ [النساء: ١٥] عليه، وهو غريب.

قال: (**وَوَطْءِ زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ فِي حَيْضٍ وَصَوْمٍ وَإِحْرَامٍ**) أي: لا حد فيه؛ إذ تحريم وطء الحائض؛ لمخامرة النجاسة والأذى، ووطء المحرمة والصائمة؛ لحرمة العبادة، فلا يتعلق به حد، وعنه احترز بقوله: محرم لعينه.

قال: (**وَكَذَا أَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ وَالْمُعْتَدَّةِ**) أي: قطعًا لشبهة الملك، وقيل: على القولين في مملوكته المحرم، وفي معنى المُزوَّجة والمعتدة: الوثنية والمجوسية.

قال الرَّافِعِي، وجريان خلاف فيهما بعيد، ولا أحسبه يصح، وأبعد منه جريانه في وطء زوجته المعتدة عن وطء شبهة للغير عرضت في صلب النكاح، ولم يحضرني فيه نقل، وقوله: [وكذا كـ«المحرر» يوهم أو يفهم جريان القولين الاثنين هنا، فكان الأحسن حذف لفظة: كذا].

وَكَذَا مَمْلُوكَتِهِ الْمَحْرَمِ. وَمُكْرَهٍ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: **(وَكَذَا مَمْلُوكَتِهِ الْمَحْرَمِ)** أي: من رضاع، أو صهر، أو نسب.

(وَمُكْرَهٍ) أي: أولج بنفسه.

(فِي الْأَظْهَرِ) أي: فيهما سواء أكرهه السلطان أم غيره، وجه المنع في الأولى شبهة الملك المبيح في الجملة، وفي الثانية: شبهة الإكراه، وهو مدفوع بالشبهة.

والثاني: يجب فيهما، أما في الأولى؛ فلأنه وطء لا يستباح بحال فأشبه اللواط، وأما في الثانية؛ فلأن انتشار الآلة لا يكون إلا عن شهوة واختيار.

إشارات: هذا التوجيه يشعر بأنه لو أولج ذكره بإصبعه من غير انتشار أنه لا حد قطعًا، كما لو باشر المكره أو مأموره ذلك، وودت لو فرق فارق بين كون مملوكته أمه أو بنته، وبين غيرهما، ويتصور ذلك في المكاتب يملكها، وفي الحرة المغرر بها مرهونة أو جانية قطعًا؛ لأنها لم تبح في شريعة، بخلاف الحواشي، سوَّى المصنف بين رتبة الخلاف فيما ذكره، وليست بمستوية، فإن في المملوكة المحرم قولان منصوصان.

وصحح القول بوجوب الحد جماعة، منهم: صاحب «المعتمد» و«المقنع» والرُّويَانِي في «الحلية» ودعوى الرَّافِعِي هنا، والإمام في كتاب النكاح، أنه قديم ليس بجيد؛ بل هو منصوص في «الإملاء» مع الآخر، و«الإملاء» من الجديد على الصحيح، والقول بوجوب الحد هو المختار عندي في الأمهات والبنات، وأما الخلاف في المكره فضعيف، وهو وجهان في كتبهما وغيرهما خلافًا لـ«الوجيز».

قال الْمَاوَرْدِي: ظاهر مذهب الشَّافِعِي لا حد عليه، ومن أصحابنا من قال: يحد، وهو فاسد، وسكت عن الترجيح في المملوكة المحرم، فكان التحرير أن يقول المصنف: وكذا مملوكته المحرم في الأظهر، ومكره على الصحيح، وهل الخلاف في وطء مملوكته المحرم فيما إذا كانت خلية أو أعم من ذلك؟ وقضية إطلاقه أنه لا فرق، ويحتمل غيره، ويبعد عدم حده بكل حال.

وَكَذَا كُلُّ جِهَةٍ أَبَاحَهَا عَالِمٌ كَنِكَاحٍ بِلَا شُهُودٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

فرع: لو وطئ أمة ابنه المستفرشة عالمًا بالحال؛ فلا حد على الأصح، والخلاف مأخوذ من القولين السابقين في وطء مملوكته المحرم، قال الرَّافِعِي: وخصص الرُّويَانِي الخلاف في «التجربة» بما إذا لم تكن مستولدة للابن، فإن كانت فحكايته عن الأصحاب وجوب الحد قطعًا، فإن أوجبناه لم تحرم على الابن، ولا تصير أم ولد إن أولدها، فالولد رقيق غير نسيب، وفي الفرع اضطراب طويل، أوردته في «الغنية».

فرع: عن أبي إسحاق الإسفرائيني: أنه لو وطئ زوجته، يعتقد أنها أجنبية؛ فعليه الحد، ذكره المصنف في «الطبقات»، قال ابن الصلاح: وهذا يبادر الفقيه بإنكاره؛ ولكن الحقائق الأصولية آخذة بضبعيه، فإن الأحكام ليست صفات للأعيان، انتهى.

وأحسب أن بعضهم أشار إلى نقل الإجماع أنه لا حد.

قال: (**وَكَذَا كُلُّ جِهَةٍ أَبَاحَهَا عَالِمٌ كَنِكَاحٍ بِلَا شُهُودٍ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: كمذهب مالك، أو بلا ولي كمذهب أبي حنيفة، قال في «المحرر»: ونحوهما أي: كمذهب ابن عباس ﷺ في المتعة؛ لشبهة الاختلاف في الصحة، كما لو وطئ في عقد وليه فاسق مع سلبنا ولايته.

تنبيهات:

أحدها: عبارة «المحرر» و«الشرح»: الظاهر أنه لا حد، وعبارة «الروضة»: المذهب، وقال في «التَّذْنِيبِ»: قول «الوجيز» على الصحيح مراده من القولين، والصحيح وجهان: **أحدهما**: يجب مطلقًا، **والثاني**: يجب في النكاح بلا ولي على معتقد تحريمه دون غيره.

الثاني: لا عبرة بإباحة أمته للغير العالم بالتحريم على الصحيح، وما حكي فيه عن عطاء لم يثبت. وفي «تعليق المروزي»: لو أباح رجل وطء جاريته لغيره فوطئها؛ يحد، وقال أبو حنيفة: إن كانت لامرأته جارية، فأباحت له فوطئها؛ لا يحب الحد، انتهى.

وَلَا بِوَطْءِ مَيْتَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا بَهِيمَةٍ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الإمام في كتاب الجراح: كان شيخي يقول: الخلاف في نفس الشيء لا يوجب درء العقوبة؛ سواء كانت لله تعالى، أو للآدمي، فإنا لو جعلنا الخلاف في ثبوت العقوبة وانتفائها شبهة دارئة للعقوبة لما تصور الخلاف في العقوبة، ولاقتضى إلحاق العقوبة مدركًا مستيقنًا، حتى لا تفرض عقوبة في مجال الظن.

فأما إذا كان الخلاف في إباحة النسب، فالمذهب الأصح: أنه إن كان له مساغ، ولم تصادم أمرًا مقطوعًا به، فإنه يدرأ العقوبة الثابتة لله تعالى، كخلاف ابن عَباس - ﷺ - في إحلال المتعة، وإن كانت العقوبة لآدمي كالقصاص في مسألتنا يعني: ما إذا ابتدر أحد الاثنين فقتل الجاني بعد عفو أخيه، فهل تدرأ العقوبة؟ فعلى قولين، فإن حق الآدمي أبعد عن الإسقاط من حقوق الله تعالى، انتهى.

وما قاله تحقيق لا مزيد عليه، وسيأتي ثمرته في صور من خلاف أبي حنيفة.

قال: (**وَلَا بِوَطْءِ مَيْتَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأن الطبع ينفر منه، فلا يحتاج إلى الزجر عنه بالحد؛ كشرب البول، والثاني: يجب كالحية، وبه جزم جماعة منهم: ابن سُرَيْج في «ودائعه».

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه ظاهر المذهب، وفي باب الغسل من «البحر»: إنه الأصح، والخلاف جارٍ فيما لو لاط بميتة، والمختار فيهما الوجوب.

والثالث: وقيل: إنه منصوص إن كانت ممن لا يحد بوطئها حية كالزوجة، والأمة، وأمة الابن، ونحوهن، فلا حد، وإلا فيحد، ذكره الشيخ في الغسل من «شرح المهذب».

إشارة: حكى جماعة الوجهين الأولين قولين.

قال: (**وَلَا بَهِيمَةٍ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: بل يعزر؛ لأن الطباع السليمة تأباه، ويندر وقوعه إلا من نذل، وزعم الْغَزَالِي أنه المنصوص، والإمام أنه الأصح عند الأصحاب.

وفي «البيان»: أنه قول أكثر العلماء، وحكى طريقة قاطعة، والذي ذكره العراقيون والفوراني، أنه مخرج، ويحكونه حكاية الشيء الغريب، وعندهم أنه كاللواط.

والثاني: واجبه القتل محصنًا كان أو غيره، لرواية ابن عباس رضي الله عنهما: **«من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه»**(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، وصحح الحاكم إسناده.

وقال الْمَاوَرْدِي: جاء الأمر بقتله وقتلها من رواية ابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنه وذكره الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في اختلاف علي وعبد الله ـ رضي الله عنهما ـ وقال: إن صح قلت به، إلا أن في روايته ضعفًا.

قال الْمَاوَرْدِي: فإن كان صحيحًا قُتل وقُتلت البهيمة، وإن لم يصح؛ ففيه ثلاثة أقوال.

والثالث: واجبه حد الزنا فيرجم الثيب، ويجلد البكر، وإن قلنا يقتل ففي كيفية ما سبق في اللواط، وفي قتل البهيمة، وحل أكل المأكولة وضمانها، وأن يكون على الفاعل، أو في بيت المال، خلاف لا نطيل ذكره، والصحيح حل الأكل ووجوب الضمان، وهو على الفاعل، وقيل في بيت المال، وسواء أتاها في قبلها أو دبرها، وقيل إن أتاها في دبرها لم يقتل، وهل البهيمة الميتة كالحية؟ فيجيء فيها ما تقدم في المرأة، ولم أر فيه شيئًا.

فرع: لا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة عدول كالزنا، وقيل: إن اكتفينا بالتعزيز عدلان، وضعّف.

قال: (**وَيُحَدُّ فِي مُسْتَأْجَرَةٍ**) أي: لغير الوطء، وكذا له، خلافًا لأبي حنيفة لنا أنه عقد باطل، فلا يورث شبهة؛ كشراء الخمر.

(**وَمُبِيحَةٍ**) أي: لوطئها؛ لأن البضع لا يباح بالإباحة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَمَحْرَمٍ، وَإِنْ كَانَ تَزَوَّجَهَا.

(**وَمَحْرَمٍ، وَإِنْ كَانَ تَزَوَّجَهَا**) هذا النوع من الشبهة الملغاة عندنا، فإذا استأجرها ليزّني بها، أو إباحة وطئها، أو يزوج محرمًا بنسب، أو رضاع، أو مصاهرة، أو مطلقة ثلاثًا ولم تنكح غيره، أو معتدة الغير.

قال في «الكافي» وغيره: أو مجوسية، أو وثنية، أو أختًا على أخت، أو نكح ملاعنته، أو الذمي مسلمة، ووطئ عالمًا بالحال، أو نكح مرتدة، أو منكوحة الغير، أو خامسة مع العلم بتحريمها؛ حُدَّ، وكذا لو اعترف أحد الواطئين بالزنا؛ حُدَّ، وإن كذبه الآخر، أو زنى بمن يستحق عليها القود، أو زنى في دار الحرب؛ حُدَّ في الجميع، خلافًا لأبي حنيفة.

قال الإمام: وزعم أبو حنيفة إن كان يؤتي به على صيغة العقد دارئ للحدّ، وإن أجمع المسلمون على خلافه، ثم أوجب الحد على من أتى امرأة يحسبها زوجته، وإن كان لا يأثم، فهذا شخص غير آثم، وهو مرجوم.

قال: وله بدائع في الخرس يفضي اللبيب منها العجب، قال: لو زنى وهو ناطق من خرس؛ سقط الحد، ولو زنى بخرساء وهو ناطق؛ لا يحد، وقال: لا حد على المرأة إذا مكنت مجنونًا، وعلى العاقل الحد إذا زنا بمجنونة في أمور لا يحويها ضبط، انتهى.

وما سبق في المجوسية هو ما أورده أصحاب «المعتمد» و«التهذيب» و«الكافي» وذكر الرُّويَانِي: أنه لا حد فيها بلا الخلاف، كذا نقله الرَّافِعِي عن «جمع الجوامع» وفي «التجربة»: لا حد عليه قولًا واحدًا نص عليه، انتهى. فهذا هو المذهب.

فرع: لو شهد شاهدا زورٍ بنكاح امرأة لرجل؛ لم تحل له خلافًا لأبي حنيفة، فإن وطئها عالمًا بالحال.

قال الشيخ أبو حامد، والقاضي الحسين، وغيرهما: حُدَّ دونها إن كانت مكرهة، وخالفهم ابن الصباغ، والرُّويَانِي تفقهًا، والصحيح الأول، ولو شهدا بالزور بطلاقها، فحكم الحاكم بالفرقة، ثم تزوجها أحدهما ووطئ.

وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ إِلَّا السَّكْرَانَ، وَعِلْمُ تَحْرِيمِهِ.

قال الرَّافِعِي في «أدب القضاء»: لم يحد في أشبه الوجهين؛ لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحته في الحكم، وذلك شبهة للخلاف في الإباحة.

قلت: هذه شبهة ساقطة، والقول بالإباحة باطل، مخالف لنص السنن الصحيحة، والصحيح أو الصواب: وجوب الحد على معتقد التحريم، فإن كان حنفيًّا ففيه تردد، وسبق كلام الإمام ووالده في الشبهة ولا مزيد على حسنه.

قال: **(وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ)** أي: فلا حدّ على صبي، ولا مجنون؛ لحديث رفع القلم، ويؤدب الصبي بما يزجره، ونقل الجيلي في المراهق وجهان، وهو غلط، نعم لو ظن أنه غير بالغ فبان بالغًا فوجهان حكاهما الرُّويَانِي، والظاهر أنه التبس كلامه على الجيلي كما بينته في «الغنية» ولينظر فيما لو أولج على أنه صبي فأحس بالإنزال فاستدام هل يُحد؟.

إشارة: ومن شرطه الاختيار كما سبق، وينبغي أن يزاد والتزام حكمنا كما قالوه في السارق، ليخرج المستأمن، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قال: **(إِلَّا السَّكْرَانَ)** هذا الاستثناء زاده على «المحرر» والوجه طرحه كما بيناه في أول الطلاق وغيره، من أن المذهب المنصوص أنه مكلف.

قال: **(وَعِلْمُ تَحْرِيمِهِ)** أي: ولا عبرة بجهله أنه يوجب الحد على الصحيح، فإن ادعى الجهل بتحريمه، وأمكن صدقه؛ لقرب عهده بإفاقة من جنون، أو إسلام، أو نشأ ببادية نائية؛ قُبل قوله، وإلا فلا.

واعلم أن إطلاقهم قبول قول القريب العهد بالإسلام يتعين على غير من يخالطنا من الذميين ونحوهم، أما هؤلاء فلا يخفى عليهم كعوامنا، على أن في قبول الكتابي مطلقًا نظر؛ لأن الزنا محرم في جميع الشرائع، نعم قد يخفى ذلك عليه وعلى العامي المسلم في بعض الصور، كما لو وطئ أمة أبيه، أو أمه ظآنًا حلها له، وإن ماله كماله.

وقد قال الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في «الأم» في آخر باب الحدود من اختلاف العراقيين: وإذا أصاب الرجل جارية أمه، وقال: ظننتها تحل لي، حلف ما

وَحَدُّ الْمُحْصَنِ: الرَّجْمُ، وَهُوَ: مُكَلَّفٌ حُرٌّ، وَلَوْ ذِمِّيٌّ ....

وطئها إلا وهو يراها حلالًا، ثم درئ عنه الحد، أو غرم المهر، فإن قال: قد علمت أنها حرام عليَّ قبل الوطء؛ حُدَّ، ولا يقبل هذا إلا ممن أمكن فيه أنه يجهل مثل هذا، فأما من أهل الفقه فلا، هذا لفظه ﷺ.

فرع: لو وطئ المرتهن بإذن المالك، وادعى الجهل بالتحريم، وأمكن صدقه صدق في الأصح؛ لأنه قد يخفى على غير الفقيه، وهل يجيء مثله في المستأجرة إذا أذن له في وطئها؟ الظاهر نعم، وما أطلق في حده بوطء المستأجرة محمول على غير هذه الصورة فيما أراه في «تعليق إبراهيم المروزي» ومن وقع على جارية امرأته كمن وقع على غيرها، إلا أن يكون ممن يعذر بالجهالة، ويقول: كنت أرى أنها لي حلال، انتهى.

وسبق في «كتاب الوقف» كلام وخلاف في وجوب الحد على الموقوف عليه، والواقف، والموصى له بالمنفعة، والظاهر أن محله في العالم بالتحريم، أما الجاهل به الظان الحل؛ فيشبه أنه لا حد عليه قطعًا.

قال: (**وَحَدُّ الْمُحْصَنِ: الرَّجْمُ**) أي: رجلًا كان أو امرأة، للسنن الصحيحة المشهورة في ذلك، وهو إجماع لا يجلد معه خلافًا لابن المنذر، وليس بوجهٍ في المذهب، كما قد توهمه عبارة «الروضة» والحديث الدال على ذلك منسوخ، أو مؤول.

قال: (**وَهُوَ**) أي: المحصن.

(**مُكَلَّفٌ**) وهذا الوصف لا يختص بالإحصان؛ بل هو شرط في أصل الحد كما سبق.

(**حُرٌّ**) أي: فلا رجم على رقيق مطلقًا؛ لأن حده على النصف من الحر، والرجم لا يمكن تبعيضه، وسواء فيه القن، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، والمبعض.

قال: (**وَلَوْ ذِمِّيٌّ**) أي: فليس من شرط المحصن الإسلام؛ بل الذمي إذا اتصف بما ذكره المصنف في شروط الإحصان رجم؛ لما في الصحيحين من

....

حديث أبي هريرة: ﷺ «أنه ﷺ رجم رجلًا من يهود وامرأة منهم زنيا»⁽¹⁾ رواه مسلم من حديث جابر.

وفي سنن أبي داود: «رجم يهوديين زنيا وكانا قد أحصنا»⁽²⁾.

تنبيهات:

منها: عبارة «المحرر»: ولا يشترط في الإحصان الإسلام؛ بل يرجم الذمي إذا زنى، وهو بالصفات المذكورة أي: سواء اتصف بها في حال كونه ذميًا أو قبل ذلك، وعبارة الكتاب موهمة، ولا خفاء أن هذا تفريع على صحة أنكحتهم لو كان قد عقدوه بشروطنا.

ومنها: قضية إطلاقه إنا نقهره على الحد مطلقًا، وفي «الروضة»: ويحد الذمي إذا زنى.

وفي «التهذيب» وغيره: إنا إذا ألزمنا حاكمنا للحكم ببينهم، أقام عليه الحد، وإن لم يرض إلا بحده إلا برضاه، وقال الإمام: لو زنى بمسلمة ففي كلام الأصحاب أن الحد على قولين، وهو غلط، والصواب: الجزم بإقامة الحد قهرًا، قال المصنف: فكيف ما قدر الخلاف؟ فالمذهب أنه لا يشترط رضاه على الإطلاق، انتهى.

وما أبداه الإمام من الفرق بين زناه بالمسلمة وغيرها صرح به الْمَاوَرْدِي هناك، ويحصل مما أوردته به في «الغنية» على طوله ثلاثة أوجه: أقربها: أنه إن زنى بمسلمة حد قهرًا، وإلا فلا، إلا أن يترافعوا إلينا، هذا مقتضى كلام الجمهور، ونص عليه في «الأم».

ومنها: قوله: «ولو ذمي» يخرج المستأمن، وصرح الجرجاني وغيره بأنه لا حد عليه، وفي «الروضة»: ولو زنى معاهد بمسلمة؛ فطريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في قطعه بالسرقة.

---

(1) أخرجه البخاري (٣٦٣٥)، ومسلم (١٦٩٩).

(2) أخرجه أبو داود (٤٤٥٧).

غَيَّبَ حَشَفَتَهُ بِقُبُلٍ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، لَا فَاسِدٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

والثاني: الجزم بأنه لا حدّ، وهو الموافق لنقل العراقيين والْبَغَوِي، واعلم أن ما رجحاه وغيرهما أن ذمة الآباء ليس بذمة للأبناء، كما سيأتي ألا حد للمستأمن؛ إذ لا يحد من إعصار؛ بل يجرون على ذمة آبائهم، وسنذكر فرعًا فيما إذا زنى ذمي ثم أسلم.

قال: (**غَيَّبَ حَشَفَتَهُ**) أي: لأن مدار الأحكام عليه، وكذا قدرها إن فقدها على الأصح.

(**بِقُبُلٍ**) أي: فلا يحصن الوطء في الدبر، نعم لو كان القبل منسدًا خلقة لا يخرج منه البول؛ ففيه ما سبق في نكاح صحيح أي: لرواية مسلم: «**الثيب بالثيب جلد مائة والرجم**»⁽¹⁾ قالوا: والمراد به الواطئ.

قال: (**فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ**) وعبارة القاضي أبي الطيب: وأجمعوا على أن المراد بالثيوبة: الواطئ في النكاح الصحيح، وعبارة «المهذب»: ولا خلاف، والمعنى فيه كما قاله الْمُتَوَلِّي: إن الشهوة مركبة في النفوس، فإذا وطئ فيه فقد نالها، فحقه أن يمتنع عن الحرام، وأيضًا أنه بالإصابة أكد استفراش الزوجة، فلو لطخ غيره فراشه عظمت فاحشته، فإذا لطخ هو فراش غيره غلظت جنايته، وسكت المصنف عن بيان إحصان المرأة اكتفاء بما ذكره في الزوج، ولا فرق بين كونه ممن ينزل أولًا، ولا بين الوطء في حيضٍ وإحرامٍ وعدة الغير بأن وطئت قبل الدخول بشبهة.

قال: (**لَا فَاسِدٍ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأنه حرام، فلا يحصل به صفة الكمال، والثاني: وعُزي إلى القديم أنه يقيد الإحصان؛ لأنه كالصحيح في العدة؛ ولحوق النسب، والخلاف كالخلاف في أنه هل يحلل ويجري الخلاف في الوطء بالشبهة؟ ويخرج من كلام القاضي أبي الطيب وغيره القطع بأنه لا يحصن؛ بل أفهم كلامه نقل الإجماع فيه، إلا أن يحمل على إجماع أصحابنا وهو بعيد، ولم يحك ابن المنذر الثاني إلا عن أبي ثور فقط.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٥١١).

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ التَّغْيِيبِ حَالَ حُرِّيَّتِهِ وَتَكْلِيفِهِ، وَأَنَّ الْكَامِلَ الزَّانِيَ بِنَاقِصٍ مُحْصَنٌ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: عند المعظم، وظاهر النص.

(**اشْتِرَاطُ التَّغْيِيبِ حَالَ حُرِّيَّتِهِ وَتَكْلِيفِهِ**) أي: فلا يرجم من وطئ في نكاح صحيح وهو صبي أو مجنون أو رقيق؛ لأن شرط الإصابة أن يحصل بأكمل الجهات، وهو النكاح الصحيح، فيشترط حصولها من كامل أيضًا.

والثاني: لا يشترط؛ لأن بوطئه يحصل التحليل فكذا الإحصان.

والثالث: أن إصابة العبد تحصل بكمال وطئه دون الصبي؛ لنقصانه.

والرابع: عكسه؛ لكمال الحرية، ونقص الرق.

قال: (**وَأَنَّ الْكَامِلَ الزَّانِيَ بِنَاقِصٍ مُحْصَنٌ**) هذه عبارة فاسدة، والصواب أن يقال: وإن الكامل منهما يحصنه الناقص.

وعبارة «المحرر»: وأنه إذا وجدت الإصابة والرجل في حال الكمال دون المرأة، أو بالعكس؛ يكون الكامل محصنًا، ونحوها في «الشرحين».

وعبارة «الروضة»: فإن شرطنا وقوع الوطء في حال الكمال، فهل يشترط كون الزاني الآخر كاملًا حينئذٍ؟ فيه ثلاثة أقوال:

أظهرها: لا، فلو كان أحدهما كاملًا دون الآخر، صار الكامل محصنًا؛ لأنه حر مكلف وطئ في نكاح صحيح.

والثاني: نعم، فلو كان أحدهما غير كامل لم يصر الكامل محصنًا.

والثالث: إن كان نقص الناقص بالرق؛ صار الكامل محصنًا، وإن كان لصغر أو لجنون فلا.

وقال الإمام: هذا الخلاف في صغيرة أو صغير لا يشتهيه الجنس الآخر، فإن كان مراهقًا حصل قطعًا، انتهى.

وفيها نقص عما تضمنه أصلها، والصواب أن يقال: الزوج الآخر، لا قوله الزاني الآخر، وما رآه الإمام والْغَزَالِي وغيرهما من أن الخلاف في الصغيرين، وأن المراهق يحصن قطعًا متعين، ولا سيما إذا كانت الزوجة هي

……

المراهقة وهو الكامل، وينازعهما في المراهق قول الْمَاوَرْدِي: وإن كانت كاملة وهو ناقص بصغرٍ، فإن كان مثله لا يستمتع بإصابته لطفولته كابن ثلاث سنين أو أربع لم يحصنها، وإن كان ممن يستمتع بمثله كالمراهق؛ ففي تحصينها بإصابته قولان، فيخرج من ذلك مقالة رابعة مفصلة.

فرع: زنى بكر بمحصنة أو عكسه؛ رجم المحصن وجلد الآخر وغرّب؛ لحديث العسيف في الصحيح.

فرع: لو زنى في حال ردته أو قبلها ثم أسلم؛ حُدَّ، ولا تبطل ردته إحصانه، هكذا أطلقوه، ويجوز تخريجه على سقوط الحد بالتوبة، إلا أن يقال: إن إسلامه ليس بتوبة من الزنا، ولينظر فيما لو أراد الإمام قتله بالردة، هل يرجم المحصن أو يقتل بالسيف عنهما؟.

فرع: قال المصنف في «الفتاوى»: إذا زنى الذمي ثم أسلم سقط عنه الحكم، فلا يحد ولا يعزر، نص عليه الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ ونقله ابن المنذر، وفي «الإشراف» واستدل له الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] واستدل بما رواه مسلم: «الإسلام يهدم ما قبله»(١) انتهى.

وعبارة «الإشراف»: واختلفوا في النصراني يزني ثم يُسْلِم، وقد شهدت عليه بينة من المسلمين، فحكي عن الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ أنه قال إذ هو بالعراق: لا حد عليه ولا يعزر؛ للآية المذكورة، قال: وهذا يوافق لما حكي عن مالك، انتهى.

وأحسبه الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ فرعه على سقوط الحد بالتوبة.

وقال الدارمي: وإذا أسلم ذمي كان قد زنى، فهل يحد؟ على وجهين.

ثم رأيت في «الأم» في كتاب الصلح على الجزية: وعلى أن أحدًا من رجالهم أصاب مسلمة بزنا، أو اسم نكاح، وعدد أشياء من الأقوال والأفعال إلى أن قال: وأيهم قال أو فعل شيئًا مما وصفته كان نقضًا للعهد، ولو أسلم لم

---

(١) في مسلم (٣٣٦).

....

يقتل إذا كان قولًا، وكذا إن كان فعلًا لم يُقتَل، إلا أن يكون في دين المسلمين أن من فعله قتل حدًّا أو قصاصًا، فيُقتَل بحدٍّ أو قصاصٍ لا نقض عهد، انتهى.

وصرح بأن إسلامه لا يمنعه من الحد، وأن ذلك وشبهة نقض العهد، وربما يعيد النص هناك مع زيادة.

فائدة: قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» هنا بعد قول «التنبيه»: والمحصن من وطء في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل، إن كلامه يقتضي أن الإحصان واحدًا، وهو الوطء في النكاح الصحيح، وأن لهذا الشرط ثلاثة شروط: وقوعه في حال الحرية، والبلوغ، والعقل، وعد القاضي أبو الطيب شروط الإحصان أربعة: الحرية، والبلوغ، والعقل، والوطء في النكاح الصحيح.

قال الْمَاوَرْدِي: إن ذلك مذهب الشَّافِعِي - ﷺ - وعليه جمهور أصحابه، وعبارة الشيخ منطبقة على قول الْبَنْدَنِيجِي، والمذهب أن شرائط الإحصان أربعة: أن يطأ في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل؛ لكن يلزم على هذا أن يقال: إذا وطئ في نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل، وكان ذميًّا والتحق بدار الحرب، ثم استرق فزنى؛ أنه يرجم.

وقد صرح القاضي الحسين وغيره بأن عليه جلد خمسين، والتغريب إن رأيناه لا غير؛ لأن الاعتبار في الحدود بحال الوجوب، فيجب أن يقال: المحصن الذي عليه الرجم من وطئ في نكاح صحيح، وهو حر بالغ عاقل في حال الوطء، وحالة الزنا.

ويدخل في ذلك ما إذا استمر على الحرية والعقل من حين الوطء في النكاح الصحيح إلى فراغه من الزنا، وما إذا وطئ في نكاح صحيح وهو كذلك، ثم نقض العهد واسترق، ثم عتق فزنى، أو وطئ في نكاح صحيح وهو كذلك حر، وأفاق ثم زنى؛ فإنه يرجم في هذه الأحوال اتفاقًا؛ لعود الإحصان واستمراره، كما صرح به القاضي الحسين، وألحق ابن الصباغ بذلك ما إذا كان وطئ في نكاح صحيح وهو كذلك، ثم ارتد، ثم أسلم، ثم زنى.

وَالْبِكْرُ الْحُرُّ مِائَةُ جَلْدَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ إِلَى مَسَافَةِ قَصْرٍ فَمَا فَوْقَهَا، ....

وقد حكى **الْمَاوَرْدِي** وجماعة من أصحابنا: أن شرط الإحصان واحد وهو الوطء في النكاح الصحيح، والحرية، والبلوغ، والعقل، شروط وجوب الرجم دون الإحصان.

وفرَّع عليه القاضي الحسين في باب حد القذف فرعًا: وهو ما إذا تزوج العبد، ووطئ في النكاح، ثم عتق خلال الزنا، فإن نزع في الحال لا يرجم، وإن نزع ثم أولج؛ رجم؛ وإن لم ينزع، لكن مكث ودام عليه، ففي رجمه وجهان بناءً على ما لو جامع في شهر رمضان وطلع الفجر ولم ينزع، فهل تجب الكفارة؟ قال: وقد ذكرنا فيه قولين، انتهى.

قال: (**وَالْبِكْرُ الْحُرّ مِائَةُ جَلْدَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَامٍ**) والمراد بالبكر هاهنا: غير المحصن المتقدم بيانه، رجلًا كان أو امرأة، أمَّا جلد المائة فبنص القرآن، وأما التغريب فبنص السنة الصحيحة: «**والبكر بالبكر مائة جلدة وتغريب عام**»⁽¹⁾ رواه مسلم.

قال: (**إِلَى مَسَافَةِ قَصْرٍ**) أي: على الصحيح؛ لأن ما دونها في حكم الحضر لتواصل الأخبار فيها كثيرًا، والمقصود إيحاشه بالبعد عن أهله ووطنه.

والثاني: يجوز إلى دونها، بحيث ينطبق عليه اسم الغربة، ويلحقه بالقائم فيه وحشة لإطلاق الخبر.

والثالث: يجوز إلى موضع لو خرج المبكر إليه لم يرجع في يومه إليه، قال في «المعتمد»: وقيل: يفوض إلى اجتهاد الإمام.

قال: (**فَمَا فَوْقَهَا**) أي: إذا رأى الإمام التغريب إليه؛ لأن الصدّيق ﷺ غرّب إلى فدك، وعمر ﷺ إلى الشام، وعثمان ﷺ إلى مصر، وعلي ﷺ إلى البصرة.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: إن كان على مسافة القصر موضع صالح لم يجز مجاوزته، وهو ظاهر ما في «الحاوي الصغير» والمذهب الأول للآثار.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

تنبيهات:

منها: لو رأى الإمام أن يزيد في المدة على سنة في التغريب لم يجز؛ لأنها نص، والمسافة اجتهاد، وقال الْمَاوَرْدِي وغيره: وفي أول سنة تغريبه وجهان: أحدهما: من وقت إخراجه من بلده؛ لأنه أول سفره.

والثاني: وبه أجاب القاضي أبو الطيب، أنه بعد حصوله من مكان التغريب على ما فيه من الخلاف السابق، وينبغي أن يكون موضع الوجهين لم يجاوز مسافة القصر، فإن جاوزها فيظهر الجزم من الخلاف بالاحتساب من حين المجاوزة.

ومنها: المراد بالعام هنا سنة هلالية، سواء كان التغريب من أولها أو وسطها، فإن انكسر شهر كمل ثلاثين كنظائره، ورأيت في «لحن العامة» لابن الجواليقي اللغوي الشَّافِعِي: العام والسَّنَة لا يفرق عوام الناس بينهما، ويضعون أحدهما موضع الآخر، فيقولون لمن سافر في وقت من السنة إلى مثل أي وقت: كان مسافر عامًا، وذلك غلط.

والصواب ما أخذت عن أحمد بن يحيى ـ ﷺ تعالى ـ أنه قال: السنة من أي وقت عددتها في سنة، والعام لا يكون إلا شتاءً وصيفًا، وليس العام والسنة مشتقين من شيء، فإذا عددنا من اليوم إلى مثله فهو سنة، ويدخل فيه نصف الشتاء ونصف الصيف، والعام لا يكون إلا صيفًا وشتاءً، فإذا حلفت لا تكلمه عامًا؛ لا يدخل بعضه في بعضٍ إنما هو الشتاء والصيف، فالعام أخص من السنة، فعلى هذا القول كل عامٍ سنة، وليس كل سنة عامًا، انتهى.

وهذا كلام لغوي، ولم أر الفقهاء عرجوا عليه، ولا في «الأيمان».

ومنها: لا بد في تغريب الحر من أمر الإمام أو نائبه، فلو أراد الإمام تغريبه فخرج بنفسه وغاب سنة لم يكف على الصحيح؛ لأنه لا يحصل التنكيل المقصود.

والثاني: يكفي، وبه أجاب الْمَاوَرْدِي [وهو ضعيف وليكن محله إذا تغرب

……

لأجل الحد لا في خاص به قطعًا].

ومنها: قالا وغيرهما: يجوز تقديم التغريب على الحد، وفيه نظر من وجهين: **أحدهما**: أنه لا خلاف ما درج عليه السلف، والباب باب توقيف.

وثانيهما: أن فيه تعريض الحد للفوات بموت، أو هرب، أو غيره، وذلك أن يحمل هذا وما قبله لفظ الكتاب.

ومنها: إذا أراد تغريبه قال الدارمي: يمهل اليوم والثلاثة؛ للنظر في أموره، وقضيته أن النفي على الفور، والجلد حيث لا عذر في تأخيره أولى بالفورية.

ومنها: قال القاضي الحسين وغيره: ولا يمكن من أخذ أهله معه وعشيرته؛ لأنه لا يستوحش حينئذٍ، وله أن يحمل جارية يتسرى بها، وما يحتاجه لنفقة نفسه ومن يخدمه، وهذا يفهم أنه لا يغرب إلى بلد له به أهل وعشيرة آخرين، وأطلق غيرهم جوازه، وقال الْمُتَوَلِّي: أنه لو خرج معه عشيرته لم يمنعوا.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: ينبغي للإمام أن يكتب في ديوانه أول زمان تغريبه؛ ليعلم ذلك استيفاء حده، فإن تركه فادعى المحدود انقضاء السنة ولا بينة؛ فالقول قوله، ويحلف استظهارًا، وإذا انقضى العام فهل الرجوع إلى وطنه؟ أطلق الجمهور الجواز.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن عيَّن الإمام موضع التغريب؛ لم يجز الرجوع إلا بإذنه، فإن خالف عزر، كما لو خرج من الحبس بغير إذنه، وإن لم يعين موضعًا جاز بلا إذن، والأولى أن يكون بإذن.

فرع: قالا: ومما يناسب التغريب النفي في قطاع الطريق، وثبت في الصحيح نفي المخنثين، وهو تعزير، انتهى.

فأشعر ألا نقل عندهما في نفي المخنثين، وقال ابن الْقَطَّان: قال الشَّافِعِي - رحمه الله - في «الأم»: المنفيون ثلاثة:

المحارب: وصفة نفيه أن يطلب، فمتى علم أنه في بلد طلب، فإذا هرب

وَإِذَا عَيَّنَ الْإِمَامُ جِهَةً فَلَيْسَ لَهُ طَلَبُ غَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ.

إلى موضع آخر طلب، والثاني: الزاني البكر، والثالث: المخنثون [ومن يكن في نفيه صلاح، انتهى.

ولفظ «الأم» في باب النفي: والنفي في السنة على الزاني والمخنث] وفي الكتاب على المحارب، لا على أحد غيرهم، وظاهره إيجاب نفي المخنثين، ثم رأيت ما ذكره ابن الْقَطَّان في باب صفة النفي كما ذكره، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا عَيَّنَ الْإِمَامُ جِهَةً؛ فَلَيْسَ لَهُ طَلَبُ غَيْرِهَا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه أليق بالزجر.

والثاني: له؛ لأن المقصود إيحاشه بالبعد بقدر مرحلتين، ورجحه الإمام، وعبارة الْبَغَوِي: ولا يرسله إرسالًا؛ بل يغربه إلى بلد معين، قال في «الروضة»: ولا يعتقل فيما يغرب إليه يحفظ بالمراقبة والتوكل به.

قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز أن يحبس في تغريبه إلا أن يتعرض للزنا، وإفساد النساء، فيحبس كفًّا عن الفساد، وتعزيرًا مستجدًا، وذكر أن الإمام يتخير في تغريبه بين أمرين:

أحدهما: أن يعيّن له بلدًا، فيلزم المقام به ولا يجوز الخروج منه، ويصير كالحبس.

والثاني: ألا يعين البلد، فيجوز له إذا جاوز مسافة القصر أن يقيم في أي البلاد أراد، وينتقل إلى أيها شاء، ذكر الإمام أنه لا يمنع من الانتقال من البلد المعين، وبه جزم الْمُتَوَلِّي، وروى الإمام المنع عن بعض المصنفين.

وقال: إنه لم يذكره أحد من الأئمة، وإنه باطل؛ لأنه جمع بين حبس وتغريب، ولم يشهد له سُنة ولا قياس، وما زيفه هو ما أجاب به الْمَاوَرْدِي، وصححه الرُّويَانِي؛ لأن تمكينه من الضرب في الأرض نوع نزهةٍ.

وصحح في أصل «الروضة» من عنده ما اختاره الإمام، ثم حكى آخر الفصل ترجيح الرُّويَانِي، وسكت عليه، وليس بجيد، وكيف يجتمع ترجيح اختيار الإمام مع القول بأنه يوكل به، التوكل به نوع من الحبس.

وَيُغَرَّبُ غَرِيبٌ مِنْ بَلَدِ الزِّنَا إِلَى غَيْرِ بَلَدِهِ، فَإِنْ عَادَ إِلَى بَلَدِهِ مُنِعَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَيُغَرَّبُ غَرِيبٌ مِنْ بَلَدِ الزِّنَا إِلَى غَيْرِ بَلَدِهِ**) أي: تنكيلًا وتحقيقًا للنفي، ويشترط أيضًا أن يكون بين ما غرب إليه وبين بلده مسافة القصر.

(**فَإِنْ عَادَ إِلَى بَلَدِهِ مُنِعَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه لا يحصل الإيحاش بذلك، هذا هو المنقول، ومقابله أبداه الْغَزَالِي، وليس وجهًا محققًا للأصحاب كما اقتضاه كلام «الروضة» و«المنهاج».

وإذا لم يكن للغريب وطن بأن هاجر إلينا حربي، ولم يتوطن بلدًا؛ [قال المتولي: يتوقف الإمام حتى يتوطن بلدًا ثم يغربه، وهذا بعيد؛ لأنه قد لا يتوطن بلدًا] فيؤدي إلى ضياع الحد؛ بل التأخير تضييع، وقد قالوا: لو زنى مسافر في طريق غرب إلى غير مقصده، فنقول هنا: إذا زنى المهاجر فيما ورد إليه غرب إلى ورائه أو ناحية ظهر منه عدم اختيارها، ويغرب البدوي من حلته وقومه.

فرع: إن عاد إلى ما غرب منه، رد إلى ما غرب إليه، كذا قالا وغيرهما، وظاهره تعين الوضع الأول، وفيه نظر، وفي «الذخائر»: رد إلى المغربة، وفي «المهذب»: أنه يرد إلى الموضع الذي نفي إليه، ولم يشترط غيره ذلك الموضع، انتهى.

وهل يستأنف المدة، أو يحتسب ما مضى دون مدة الرجوع؟ الأشبه عند الرَّافِعِي، والأصح في «الروضة» الاستئناف، وهو شيء أبداه الإمام، والذي أورده القاضي الحسين والْمَاوَرْدِي، والْبَنْدَنِيجِي، وابن الصباغ، والْمُتَوَلِّي وغيرهم مقابله، ولم أر للأصحاب غيره فما وجحاه احتمال للإمام، وكذلك عبارة «البسيط» وهل يحتسب ما مضى؟ فيه نظر، والظاهر أنه لا يحسب، كما لو فرق الجلدات على أزمنة، وهذه عبارته فيما لم نر فيه نقلًا.

فرع: زنى فيما غرب إليه غرب إلى غيره عامًا.

قال ابن كج، والْمَاوَرْدِي وغيرهما: ويدخل فيه بقية العام الأول، وحكى الدارمي، والقاضي الحسين وجهًا آخر: أنه لا يغرب عنه، وعبارة الدارمي: وإذا نفيناه فزنى بالموضع المنفي إليه، فهل يقر به أو يغرب؟ على وجهين، ولا

وَلَا تُغَرَّبُ امْرَأَةٌ وَحْدَهَا فِي الْأَصَحِّ، بَلْ مَعَ زَوْجٍ أَوْ مَحْرَمٍ ....

يرد إلى بلده إلى عامين وجهًا واحدًا، وهذا منه تصريح بعدم التداخل بين المذهبين.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: فلو زنى في الموضع الثاني أيضًا؛ جُلد ورُدّ إلى الأول؛ لأنه منفي غريب، انتهى.

وقد يقال يغرب إلى موضع ثالث، ويقرب أن يوكل به، أو يحبس كما سبق عن «الحاوي».

فرع: قال الرَّافِعِي: قال ابن كج: مؤنة التغريب بقدر مؤنة الحضر في ماله، وما زاد في بيت المال هذا غريب، زاد الشيخ: قلت: الصواب أن الجميع في ماله، انتهى.

وما ذكره ابن كج هو ما أورده الدارمي، والْمَاوَرْدِي، والقاضي الحسين، وقالا: إذا لم يكن في بيت المال شيء؛ كان في مال الزاني، وسيأتي ما يوافقه، وعن ابن داود: أن العبد إذا غربه سيده، فأجرة تغريبه عليه، وإن غربه الإمام ففي بيت المال.

قال: (**وَلَا تُغَرَّبُ امْرَأَةٌ وَحْدَهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: للأحاديث الصحيحة الناهية عن سفرها وحدها؛ ولأنه لا يؤمن عليها الهتك في الغربة، ووجه مقابله أنه سفر واجب، فأشبه الهجرة إذا وجبت عليها، كذا أطلق الخلاف، وخصه الإمام ومن تبعه بما إذا كان الطريق آمنًا، وهو صحيح.

قال مفرعًا على الأصح: (**بَلْ مَعَ زَوْجٍ أَوْ مَحْرَمٍ**)؛ لما ذكرناه، وهذا منه يقتضي أنه لا يكفي المرأة الثقة ولا النسوة، وأصح الوجهين الاكتفاء بالنسوة الثقات عند أمن الطريق، قال الرَّافِعِي: وربما اكتفى بالواحدة الثقة، وشرط شارطون أن يكون معها محرم، أو زوج.

ولم يرجح في «الروضة» في النسوة [شيئًا لإغفال بعض الأصول له، وهو ثابت في «الشرحين» وغيرهما، وصرح ابن الرفعة بالاكتفاء] بالمرأة الواحدة على الأصح، وهو ما في «الشامل» وغيره، وهو صحيح كما بيناه في الحج،

وَلَوْ بِأُجْرَةٍ، فَإِنِ امْتَنَعَ بِأُجْرَةٍ لَمْ يُجْبَرْ فِي الْأَصَحِّ.

وهنا أولى بالاكتفاء؛ لكن قول الرَّافِعِي عند أمن الطريق يشعر باكتفاء صحبة المرأة والنسوة في الطريق دون مدة الإقامة بالبلد الذي غربت إليه وفيه نظر؛ لما أسلفناه، والظاهر أن المراد مدة التغريب.

قال: (**وَلَوْ بِأُجْرَةٍ**)؛ لأنه مما يتم به الواجب، وهل هي في مالها أو في بيت المال.

قال في «الروضة»: في مالها على الأصح، ولم يصرح الرَّافِعِي في «الشرحين» بترجيح، وممن رجح أنها في بيت المال ابن كج، والقاضي الحسين، والْبَغَوِي، وبه جزم إبراهيم المروزي، قال هو والقاضي الحسين: فإن لم يكن فيه شيء، ففي ماله، وعكس ابن الصباغ ذلك، فقال: هي في مالها، فإن لم يكن لها مال فمن بيت المال، وهو أقرب.

قال: (**فَإِنِ امْتَنَعَ بِأُجْرَةٍ لَمْ يُجْبَرْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كالحج، وأولى؛ لأنه تغريب من لم يذنب.

والثاني: يجبر عليه؛ للحاجة إلى إقامة الواجب.

قال الرَّافِعِي: وعلى قياس ما ذكرنا أنها لا تغرب إلا مع محرم، أو يؤخر تغريبها إلى أن يتيسر.

قال ابن الرِّفْعَة: وبه جزم ابن الصباغ، وتبعته في «الغنية».

وعبارة «الشامل»: فإن تطوع ذو رحمها فلا كلام، وإن لم يخرج ذو رحمها لم تخرج إلا أن يكون معها امرأة ثقة، والطريق آمن، ثم تكلم على الخروج بالأجرة.

وذكر الرُّويَانِي: أنها تغرب، ويحتاط الإمام، ولا خفاء أن محرمها لو كان مملوكها، أو أجيرها للخدمة، مدة التغريب أجبر لا محالة، وإذا اكتفينا بامرأة ثقة استؤجرت لها، قاله في «الشامل» والكلام في الحرة، وأما الرقيقة فهل المطلوب بالخروج معها سيدها؟ لم أر فيه شيئًا، وبعيد أن يوجب الأجرة عليه.

فرع: لو زنت المعتدة عن الوفاة، فعلى الإمام تغريبها ولا يؤخره؛

وَالْعَبْدِ خَمْسُونَ، وَيُغَرَّبُ نِصْفَ سَنَةٍ، وَفِي قَوْلٍ سَنَةً، وَفِي قَوْلٍ لَا يُغَرَّبُ.

لانقضاء عدتها وقيل: لا تغرب، ذكره الرَّافِعِي في العدد، والمراد أنها لا تغرب في العدة؛ بل بعدها.

فرع: لو غربنا الأمرد الممكن من نفسه أو الزاني، وخفنا عليه الفتنة، فالظاهر احتياجه إلى محرم يخرج معه، ولم أر فيه نقلًا، ولعل الممكن أولى بالمحرم من المرأة، ولا سيما الجميل.

قال: (**وَالْعَبْدِ: خَمْسُونَ**) أي: لأنه ناقص بالرق، فكان على النصف من الحر كالنكاح والعدة، وفي «الموطأ» الأمر بذلك عن عمر ﷺ (١).

قال ابن المنذر: ورويناه عن علي، وابن مسعود ﷺ وفيه حديث رواه عبد الله بن الإمام أحمد عن علي ﷺ: «**أنه ﷺ أمره بجلد أمة خمسين**»(٢) وسواء القِنّ، والمكاتب، وأم الولد، وكذا المبعض على الصحيح، وقيل بالقسط، وقيل: إن كان بينهما مهايأة فزنى في نوبته؛ حُدَّ كالحر، وإلا فكالقن، وليس بشيء، وينبغي جريان الخلاف في مدة تغريبه.

قال: (**وَيُغَرَّبُ نِصْفَ سَنَةٍ**) أي: لأنه حد يتبعض، فأشبه الجلد.

(**وَفِي قَوْلٍ: سَنَةً**)؛ لأنها مدة مقدرة بالشرع، وكان فيها كالحر كمدة الإيلاء والعنة.

(**وَفِي قَوْلٍ: لَا يُغَرَّبُ**) لأنه ﷺ لم يذكر التغريب؛ بل قال: «**إذا زنت أَمَةُ أحدكم فليجلدها**»(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة؛ ولأن فيه تفويتًا لحق السيد، والمذهب الأول؛ «لأن أمة لابن عمر - ﷺ - زنت؛ فجلدها وغربها إلى فدك» ذكره ابن المنذر، ولا مخالف لابن عمر ﷺ.

---

(١) في (٢/ ٨٢٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٩٣، رقم ١٣٦٠١)..

(٣) أخرجه الطيالسي (ص ١٨٩، رقم ١٣٣٤)، وعبد الرزاق (٧/ ٣٩٣، رقم ١٣٥٩٨)، وأحمد (٤/ ١١٦، رقم ١٧٠٨٤)، والبخاري (٢/ ٧٥٦، رقم ٢٠٤٦)، ومسلم (٣/ ١٣٢٩، رقم ١٧٠٤)، وأبو داود (٤/ ١٦٠، رقم ٤٤٦٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٣٠١، رقم ٧٢٥٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٧، رقم ٢٥٦٥).

فَصْلٌ

وَيَثْبُتُ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ إِقْرَارٍ مَرَّةً.

ويجوز أن يقال: إن غربها السيد فذاك، وإنما الخلاف إذا تعارض حقه وحق الله تعالى، وقال الدارمي - بعد إيراده الأقوال الثلاثة: وقال الطبري عن بعضهم: إن حد السيد لم ينف، وإن حد الإمام نفى، وينفق من بيت المال، وقال ابن الْقَطَّان: إن حده السيد هل ينفي هو أو الإمام؟ على وجهين: إن نفاه الإمام فالنفقة من بيت المال، وإن نفاه السيد ففي ماله، وقيل: في بيت المال، انتهى.

فرع: لو زنى العبد المؤجر حُدَّ، وهل يغرب [في الحال] ويثبت للمستأجر الخيار، أو يؤخر النفي إلى بعد المدة؟ وجهان رواهما الدارمي، ويقرب أن يفرق بين قصر مدة الإجارة وطولها، ويحتمل أن يقال: إن طالب غرب قطعًا في الحال، وإلا فوجهان، والظاهر أنه لا يؤجر عشر سنين ونحوها جزمًا، ويشبه أن يجيء ما ذكره من الوجهين، وأبديناه في الأجير الحر أيضًا.

فصل

قال: (وَيَثْبُتُ بِبَيِّنَةٍ) أي: بنص القرآن.

(أَوْ إِقْرَارٍ) أي: للسنن الصحيحة في إقرار ماعز والغامدية، وحديث: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ»⁽¹⁾ والإجماع، ويشترط أن تفصل البينة، وكذا المقر في الأصح؛ إذ قد يعتقد ما ليس زنا حقيقيًا زنا.

قال: (مَرَّةً) أي: يكفي الإقرار به مرة، ولا يشترط تكراره؛ لأنه ﷺ علق الرجم بمطلق الإقرار، فقال: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»⁽²⁾ وترديده ﷺ ماعزًا لم يكن ليقر أربع مرات وإنما ارتاب في أمره فاستثبته؛ ليعرف أبه جنون أو سكر، وإقرار الأخرس به بإشارته المفهمة.

---

(1) أخرجه الطيالسي (ص ١٨٩، رقم ١٣٣٣)، وأحمد (٤/ ١١٥، رقم ١٧٠٧٩)، والبخاري (٢/ ٩٧١، رقم ٢٥٧٥)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤، رقم ١٦٩٧)، والنسائي (٨/ ٢٤١، رقم ٥٤١١)، والترمذي (٤/ ٣٩، رقم ١٤٣٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٢، رقم ٢٥٤٩).

(2) تقدم في سابقه.

……………………………………………………………………………………

قال ابن المنذر: وكذا بكتابته في قياس قول الشَّافِعِي ﷺ تعالى.

فرع: قال في «الروضة»: يستحب لمن ارتكب كبيرة أن يستر على نفسه أي: لا يظهرها ليحد، أما التحدث بها تفكهًا أو مجاهرةً فحرام قطعًا؛ للأحاديث الصحيحة فيه، وإذا أقر فهل يستحب له الرجوع كالستر ابتداء أو لا؛ لأن الهتك قد حصل؟ وجهان، رجح المصنف الأول، لكنهما قالا في الشهادات: إذا زنى أو شرب، فإن لم يظهر عليه فله إظهاره ليحد، ويجوز أن يستر نفسه، وهو الأفضل، فإن ظهر فقد فات الستر، فيأتي الإمام ليحده، قال ابن الصباغ: إلا إذا تقادم عليه العهد، وقلنا يسقط الحد، انتهى.

وفي كتاب السرقة من «الحاوي»: لو أتي حدًا كالزنا، والشرب، والسرقة، قال أبو حامد: إن لم يتكرر ذلك منه، ولا كان مشتهرًا به؛ فالمستحب له أن يكتمه على نفسه، وإن تكرر منه وكان مشهورًا به؛ فالمستحب له أن يُقرّ به.

قال الْمَاوَرْدِي: وليس هذا الفرق وجه، والصحيح عندي إنه إن تاب استحب له كتمه، وإلا فالأولى أن يُقرّ به؛ ليكفر عنه الحد.

قلت: ويشبه أن يقال: إن وثق من نفسه، وغلب على ظنه الإنابة وعدم المعاودة، فالأفضل أن يستر على نفسه وإن كان الأمر بالعكس؛ فالأفضل الإقرار به ليطهره الحد، ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: كل من أقر بحد لله تعالى عند الإمام، ثم رجع عنهُ، تركه الإمام، وقع به بعض الحد أو لم يقع؛ لأنه كان عليه ألا يقر؛ بل كان عليه أن يتوب، هذا لفظه، وظاهره اقتضى أنه لا يجب عليه أن يستر نفسه، وهو محتمل فيما إذا وثق منها بعدم العود.

فرع: قال في «الروضة»: هل يستحب للشهود ترك الشهادة في حدود الله تعالى؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لئلا تتعطل الحدود.

قلت: الأصح أن الشاهد إذا رأى المصلحة في الشهادة شهد، وإن رآها في الستر ستر، انتهى.

وَلَوْ أَقَرَّ ثُمَّ رَجَعَ سَقَطَ.

وأطلقا في «الشهادات»: أن المستحب للشهود الستر في حدود الله تعالى، وهو خلاف ما رجحه الرَّافِعِي هنا، أو خلاف ما فصله المصنف مع حسنه، وما ذكره من استحباب الستر مفروض، كما قال الْمَاوَرْدِي، والرُّويَانِي فيما إذا لم يتعلق بتركهما إيجاب حد على الغير، فإن تعلق به بأن شهد ثلاثة بالزنا، فإن الرابع يأثم بالتوقف، ويلزمه الأداء، وقس بهذا ما يشابهه كقذفه زوجته، أو أجنبية، أو أجنبيًا، وثم بينة بذلك على الفعل، أو الإقرار، فعليهم الإدلاء لا محالة. وهل يلحق به ما لو كان يلي ما شرطه العدالة كالوقوف وبيت المال، والأحكام؟ الظاهر نعم، ولا سيما إذا كان ينفق الأموال التي يليها على ذلك، وأشرت في «الغنية» إلى تفصيل رأيت طرحه.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ ثُمَّ رَجَعَ سَقَطَ)** أي: سواء رجع بعدما أقيم عليه بعض الحد أو قبله؛ لأنه ﷺ قال لماعز: **«لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ أَوْ غَمَزْتَ أَوْ نَظَرْتَ»**(١) رواه البخاري، وهذا كالتعريض بالرجوع، فلو لم يسقط به الحد لما كان له معنى، ويحصل الرجوع عنه بقوله: كذبت، أو رجعت عما أقررت به، أو كنت فاخذت أو لمست وظننته زنا، أو ما زنيت، أو لم أزن، وفي هذه وجه إلا أن ينشئ رجوعًا بعد اعترافه بإقراره، وهل يستحب له الرجوع؟ فيه وجهان، جنح في «الروضة» إلى استحبابه لقصة ماعز ﷺ.

فائدة: رأيت بعض الأصحاب قال: ولو رجع المُقر؛ سقط الحد، والإقرار به، ذكر الدارمي في السرقة: أنه لو أقر، ثم رجع، ثم كذَّب رجوعه؛ لم يحد، ولعل الأول أراد سقط حكم الإقرار به جملة، حتى لو قذفه قاذف حد، ويبقى برجوعه على حصانته قبل الإقرار، وفيه نظر.

فرع: لو شهدوا بإقراره بالزنا، أو قال: ما أقررت، أو قال بعد حكم الحاكم بإقراره: ما أقررت؛ لم يقبل قوله في الأصح، وله أن يرجع عن إقراره لو أقر بالزنا، ثم شهد عليه أربعة بالزنا، ثم رجع عن الإقرار، وهل يحد؟ وجهان،

---

(١) أخرجه البخاري (٦٨٢٤).

وَلَوْ قَالَ لَا تَحُدُّونِي أَوْ هَرَبَ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

قال ابن الْقَطَّان: نعم، وقال أبو إسحاق: لا؛ إذ لا أثر للبينة مع الإقرار، وقد بطل الإقرار، هكذا نقله الشيخان، وقوة كلامهما يفهم أنه لا أثر للرجوع.

وقال الدارمي: إذا شهدوا عليه بالزنا، ثم أقر وأقروا وشهدوا عليه فرجع، قال المروزي: يقبل، وقال ابن الْقَطَّان: قال غيره لا يقبل، وكذا نقلهما الْمَاوَرْدِي في الصورتين، ثم قال: والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين اعتبار أسبقهما، سواء كان هو الإقرار أو البينة، وترتب على السابق حكمه دون اللاحق، انتهى.

وفي «إشراف أبي سعد الهروي» وغيره: إنه لو أقر المشهود عليه قبل الحكم، فالحكم مسند إلى الإقرار دون الشهادة، وحكى الفوراني وجهًا في المناظرة: أنه مستند إليهما جميعًا وليس بمذهب، انتهى.

وسيأتي في «الدعاوى» - إن شاء الله تعالى - ما يقتضي استناده إلى الشهادة فقط، وتفصيل الْمَاوَرْدِي هو المختار، وسقوط الحد بعد ثبوت الزنا بالبينة بالرجوع عن القرار اللاحق من بعد بعد؛ مؤدٍ إلى سد الباب، ولا خفاء أن محل الوجهين فيما قابل الحكم بالبينة، ولم أره نصًّا.

قال صاحب «المعتمد» والدارمي، والْمَاوَرْدِي: لو شهد أربعة عليه بالزنا فأنكر الإحصان، وله زوجة له منها ولد، فأنكر أن يكون جامعها، لم يرجم؛ لأن الولد يلحق بالإمكان، والإحصان لا يثبت إلا باليقين.

قال ابن سُرَيْج في «الودائع»: ولو شهدوا عليه أربعة بالزنا، ثم اختلفوا في صفته، فقال اثنان: إنه مسلم، وقال اثنان: إنه كافر، حُدَّ؛ لأن الشهادة على الإسلام أولى منها على الكفر، المسألة بحالها إلا أنهم اختلفوا في أنه محصن أو بكر، جلد ولم يرجم، إلا أنهم قالوا: إنه عبد حُدَّ حد حر.

قال: (**وَلَوْ قَالَ**) أي: المقر.

(**لَا تَحُدُّونِي أَوْ هَرَبَ**) أي: أو امتنع من بذْلِ نفسه للحد.

(**فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنه صرح بالإقرار دون الرجوع، فعلى هذا يخلى

في الحال، ولا يتبع؛ لأنه جاء في رواية أبي داود في قصة ماعز: «هلا تركتموه. . .الحديث»[1] فإن رجع فذاك، وإلا أقيم عليه الحد، كذا قالاه تبعًا للإمام والْغَزَالِي؛ لكن ينبغي أن يقال: إنه لو امتنع ثانيًا، أو هرب يتبع، ولا يترك، فإنه يؤدي إلى التسلسل، وضياع الحد، ولم أر فيه شيئًا.

والثاني: يسقط بذلك الحد؛ لإشعاره بالرجوع، وخص الْمَاوَرْدِي الوجهين بالهرب، قال: ولو قال: لا تحدوني، سئل بعد الكف عنه؟ فإذا بيَّن مراده، عمل عليه حكم بموجبه، ولو قال: لا حد عليَّ، كان أقرب إلى صريح الرجوع، مع احتمال فيه فيسأل عنه، انتهى.

ولو أقر بالزنا، ثم قال: حُددت، ففي تصديقه في الحد احتمالان عن «البحر» أي: عند احتمال صدقه.

تنبيه: قال في «شرح مسلم»: اختلف العلماء في المحصن إذا أقر بالزنا، فشرعوا في رجمه، ثم هرب، هل يترك أم يتبع ليقام عليه الحد؟ قال الشَّافِعِي وأحمد وغيرهما: يترك ولا يتبع؛ لكن يقال له بعد ذلك، فإن رجع عن الإقرار ترك، وإن أعاده رجم، انتهى.

وقضيته أنه إذا لم يعد الإقرار لا يرجم، ولم أره للأصحاب، وذهب ابن المنذر إلى أنه لا يقبل رجوع المقر، قال: ولم يرد في شيء من الأخبار أن ماعزًا رجع.

فرع: قال في «الروضة»: إذا ثبت زناه ببينة لم يسقط الحد، برجوع ولا بالتماس ترك الحد، ولا بالهرب ولا غيرها، هذا هو المذهب، وفيه خلاف حكاه الإمام، انتهى.

وعبارته توهم نقل خلاف في السقوط بالرجوع، وليس بمراد، وعبارة

---

[1] أخرجه أبو داود (٤/ ١٤٥، رقم ٤٤١٩)، والحاكم (٤/ ٤٠٤، رقم ٨٠٨٢) وقال: صحيح الإسناد. وابن أبي شيبة (٥/ ٥٣٨، رقم ٢٨٧٦٧)، وأحمد (٥/ ٢١٦، رقم ٢١٩٤٠)، والنسائي (٤/ ٢٩٠، رقم ٧٢٠٥)، والبيهقي (٨/ ٢٢٨، رقم ١٦٧٧٨).

وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِزِنَاهَا وَأَرْبَعُ نِسْوَةٍ أَنَّهَا عَذْرَاءُ لَمْ تُحَدَّ هِيَ وَلَا قَاذِفُهَا.
وَلَوْ عَيَّنَ شَاهِدٌ زَاوِيَةً لِزِنَاهُ، وَالْبَاقُونَ غَيْرَهَا لَمْ يَثْبُتْ.
وَيَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ مِنْ حُرٍّ وَمُبَعَّضٍ.

«النهاية»: وقد ذكرنا في الهرب اختلافًا، واضطراب أئمتنا في تنزيله [فقال القائلون: الخلاف في الهرب إنما يجري زناه بالإقرار فإن ثبت زناه بالإقرار فإن ثبت بالبينة لم ينفع الهرب] وقال قائلون: الخلاف جارٍ في الحالين، وذكر بعض الأئمة مسلكًا حسنًا في ذلك، فقال الخلاف في أن الهارب هل يتبع؟ فأما المصير إلى أن الحد يسقط به فلا، انتهى.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِزِنَاهَا وَأَرْبَعُ**) أي: أربع.

(**نِسْوَةٍ أَنَّهَا عَذْرَاءُ**) أي: أو رتقاء.

(**لَمْ تُحَدَّ هِيَ**) أي: لشبهة بقاء العذرة، خلافًا لمالك، وسبق مرات بأن الغوراء وهي: من بكارتها في أعلى الفرج يمكن وطؤها مع بقاء بكارتها، وحينئذٍ في عدم حدها نظر، بخلاف غيرها.

قال: (**وَلَا قَاذِفُهَا**) أي: لوجود الشهادة بالزنا، واحتمال عود البكارة؛ لترك المبالغة في الافتضاض، ولا يحد الشهود أيضًا لما ذكرنا، ويكمل ذلك لقول المصنف: ولا قاذفها، وفيه نظر، ولو أقامت أربعة بأنه أكرهها على الزنا، فشهد أربع نسوة أنها عذراء؛ لزمه المهر، ولم يحد هو للزنا، ولا هي للقذف.

قال: (**وَلَوْ عَيَّنَ شَاهِدٌ زَاوِيَةً لِزِنَاهُ، وَالْبَاقُونَ غَيْرَهَا؛ لَمْ يَثْبُتْ**) إذا لم يتفقوا على رتبة واحدة، فأشبه قول بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم زنا بالعشي.

وقال أبو حنيفة: يجب الحد، وفي حد الشهود خلاف، رتبه الْمَاوَرْدِي على ما إذا لم يتم العدد، والمنع هنا أولى، ولم يفرقوا بين تقارب الروايتين في نفي الحد عن الشهود، ولا يبعد الفرق؛ لقرب الزحف فيها مع دوام الإيلاج، فلم يظهر كذبهم، ولا يحدون بالشك - والله أعلم - فيدرأ الحد عن الفريقين معًا.

قال: (**وَيَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ مِنْ حُرٍّ وَمُبَعَّضٍ**) لأنه لم يقم حد في عهده ﷺ وعهد الخلفاء ﵃ على حر إلا بإذنه أو إذنهم، وأما المبعض فلأنه لا

وَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الْإِمَامِ، وَشُهُودِهِ. وَيَحُدُّ الرَّقِيقَ سَيِّدُهُ أَوْ الْإِمَامُ.

ولاية للسيد على الحر منه، والحد متعلق بجملته، فحكى قولًا شاذًا: أن للآحاد استيفاؤه حسبة وهل يعتد به ظاهر كلامهم؟ لا، وفيه احتمال، ويقوى القول بالجواز عند فقد الأئمة، أو تنائي الديار عنهم، إذا انتصب محتسب لذلك، وأمن الفتنة، أو نصب أهل الناحية لهم حاكمًا للضرورة كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ويحتمل أن يفرق بين الجلد والرجم؛ لعظم أمره، وسيأتي عن «الحاوي»: أن للمقذوف استيفاء حده في الحال.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الْإِمَامِ، وَشُهُودِهِ**) أي: شهود الزنا، ولا يجب خلافًا لأبي حنيفة لنا، أنه ﷺ أمر برجم ماعز والغامدية، ولم يحضرهما.

قال في «الأم»: وقال لأنيس: فإن اعترفت فارجمها، وأمر علي وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ بالرجم، ولم يحضراه، وما علمت إمامًا عندنا حضر رجم مرجوم، انتهى.

ويستحب استيفاؤه بحضور جمع أقله أربعة، قال الْمَاوَرْدِي: وأن يعرض عليه التوبة قبل رجمه، وإن حضر وقت صلاة أمره بها، فإن تطوع مكن من ركعتين، وإن استسقى ماء أسقي، وإن استطعم لم يطعم.

قال: (**وَيَحُدُّ الرَّقِيقَ سَيِّدُهُ**) للحديث الصحيح: «**إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها**»(١) وفي سنن أبي داود والنسائي مرفوعًا: «**أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم**»(٢).

قال: (**أَو الْإِمَامُ**) يعني: أيهما ابتدأ وحده وقع الموقع بمحل ولايته، وللسيد الاستقلال به، فيما عدا المكاتب لما ذكرناه، وهل الأَوْلى له إقامته بنفسه أو تفويضه للإمام؟ وجهان: صحح في «الروضة» الأول، وخرج ابن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٢٨٠، رقم ٣٦٠٨٨)، وأبو داود (٤٤٦٨) والبيهقي (٨/ ٢٢٩، رقم ١٦٧٨٢) وأحمد (١/ ٩٥ رقم ٧٣٦)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٢٩٩، رقم ٧٢٣٩)، والدارقطني (٣/ ١٥٨)، والبزار (٣/ ١٦، رقم ٧٦٢)، والبغوي في الجعديات (١/ ٣٢٦، رقم ٢٢٣٧).

فَإِنْ تَنَازَعَا فَالْأَصَحُّ الْإِمَامُ، وَأَنَّ السَّيِّدَ يُغَرِّبُهُ، ....

القاصّ قولًا في العبد: أن السيد لا يحده، ولم يساعد عليه، وسيأتي عن أبي إسحاق أنه لا يملك السيد إقامته بنفسه، إلا أن يكون مجتهدًا، وسيأتي ما يستثنى من إطلاق المصنف استقلال السيد.

فرع: العبد المشترك يحده ملاكه، ويوزع السياط على الملك، ويفوض المنكسر إلى أحدهم، وللسيد جلده في الزنا والقذف، وكذا في الشرب على الأصح، وكذا قطعه في السرقة، والمحاربة، وقتله في الردة على الأصح المنصوص [وأجرى جماعة الخلاف في القتل والقطع قصاصًا، وفي «الذخائر»: أن الصحيح أنه يفعلهما] وصحح الْبَغَوِي المنع فيهما، والظاهر أن قتله بترك الصلاة على هذا الخلاف، ولم يحضرني فيه نقل.

قال: **(فَإِنْ تَنَازَعَا)** أي: السيد والإمام في إقامة الحد.

(فَالْأَصَحُّ: الْإِمَامُ) هذا الخلاف احتمالات للإمام كما صرحا به، وجعلا أظهرهما: هذا، وثانيها: السيد، وثالثها: إن كان جلدًا فالسيد، أو قتلًا أو قطعًا فالإمام.

قلت: وظاهر الأحاديث، وإطلاق الشَّافِعِي والأصحاب: أن السيد أحق بإقامة حد الزنا على رقيقه من السلطان، وهو ظاهر نص «الأم» وجعله أولى من ضرب المرأة على النشوز، وعليه درج الصحابة ﷺ ولأنه استصلاح لماله، فكان أولى، كالتأديب على ترك الصلاة وغيرها بغير القتل، ويحتمل أن يقال: السيد الكامل الحال بالعدالة، والعلم أولى، والإمام أولى من السيد الناقص بفسق، أو زمانة، أو أنوثة ونحوها.

قال: **(وَأَنَّ السَّيِّدَ يُغَرِّبُهُ)** لأنه من الحد، وقد سبق الحديث: **«أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»**(١).

والثاني: لا؛ بل التغريب للإمام خاصة، تمسكًا بالإذن في الجلد فقط، وزيف، وسياق الكتاب قد يفهم أن له ذلك على الأصح، نازعه الإمام في

---

(١) تقدم تخريجه.

وَأَنَّ الْمُكَاتَبَ كَحُرٍّ، وَأَنَّ الْفَاسِقَ وَالْكَافِرَ وَالْمُكَاتَبَ يَحُدُّونَ عَبِيدَهُمْ، ....

تعاطيه أم لا، والظاهر مجيء الاحتمالات السابقة، وقيل: يغربه من جلده منهما، وقيل: لا يغرب السيد أم ولده؛ بل الإمام.

قال: (وَأَنَّ الْمُكَاتَبَ كَحُرٍّ) أي: لخروجه عن قبضة السيد، والثاني: أنه كالقن؛ لبقاء الرق، وشمول الإجبار له، والظاهر أن الخلاف في ذي الكتابة الصحيحة، وأما المكاتب كتابة فاسدة فكالقن، والمبعض كالحر، ومقابله خطأ صريح، قال الإمام: أحسبه من النساخ.

قال: (وَأَنَّ الْفَاسِقَ وَالْكَافِرَ وَالْمُكَاتَبَ يَحُدُّونَ عَبِيدَهُمْ) [أي: لعموم الحديث، والثاني: لا؛ نظرًا إلى معنى الولاية، وليسوا من أهلها.

قلت: المذهب المنصوص في «الأم» و«المختصر» في كتاب الكتابة: أن المكاتب يؤدب عبيده] ولا يحدهم، قال: لأن الحد لا يكون إلى غير حر، وجرى عليه الأصحاب هناك، قالوا: وأشار بذلك إلى أن الحرية هي المعتمدة في سلطان الحد، ومنهم من علله بضعف ملكه وبأنه ولاية ليس من أهلها، وجزم به خلائق هناك وصححه كثيرون هاهنا، كما أشرت إليه في «الغنية».

وعلى المذهب من يحدهم؟ قيل: سيدهم، وقيل: الإمام، وهو المذهب أيضًا، وبه جزم الْمَاوَرْدِي وغيره هناك وخذ مما ذكرناه أن المكاتبة أولى بالمنع من المكاتب في إقامة الحد على رقيقها؛ لزيادة نقص الأنوثة، وأما الفاسق فالترجيح فيه محتمل، إلا أن يكون [بينه وبين العبد عداوة ظاهرة فيشبه ألا يكون له] ذلك خشية إهلاكه.

وسبق في النكاح عن بعضهم أن الأب لا يجبر في هذه الحالة فيستأنس به هنا في السيد الفاسق، وأما العدل فيمنعه ورعه على الزيادة على الضرب المشروع، بخلاف الفاسق، لا سيما إذا كان المحدود أم ولده، وقد فات بالاستيلاد معظم مالها، وأما الكافر ففي جواز حده لعبده الكافر طريقان:

قيل: لا يحده قطعًا، وبه أجاب الدارمي وآخرون، وقيل وجهان: صحح الشيخان الجواز، وصاحب «المعتمد» والقاضي الحسين وكثيرون، المنع،

وهو الأصح المختار؛ للعداوة في الدين، ولا يقر ملكه عليه، فيستصلحه، ولا يتولى تزويج مملوكته المسلمة على ما صححناه، وبهذا يظهر ترجيح طريقة القطع بالمنع، فتأمله!.

فروع: حكى جماعة الوجهين في الكتاب في المرأة، والخلاف في الصور الأربع مبني على أن السيد يقيمه بالولاية، أو لاستصلاح ملكه، وأن الحاصل أن الحرة هل تحد رقيقها بنفسها، أو بنائبها إن شاءت، أو يحده وليها، أو الإمام؟ وجوه: رجح أولها، وفيه وقفة، وعلى تسليمه فيجب أن يكون من لها منه، وقدره على ذلك.

هل يجوز لولي الطفل والمجنون والسفيه أن يحد رقيقه؟ وجوه: ثالثها: يحدهم الأب والجد دون الوصي، وبنى الفوراني الخلاف على أن الوصي هل يزوج رقيقه أم لا؟ ويشبه أن يقال: إن جعلنا الحد استصلاحًا فلهم إقامته، أو بالولاية ففيه الخلاف؛ ولكن البناء على التزويج يقتضي الفرق بين الأمة والعبد في «الروضة» وهل يجوز كون السيد جاهلًا؟ وجهان بناء على أنه إصلاح أم ولاية، ويشترط كونه عالمًا بقدر الحد وكيفيته، انتهى.

وفي «المعتمد» قال أبو إسحاق: لا يملك السيد إقامته بنفسه، إلا أن يكون مجتهدًا عدلًا قويًّا، فإن أراد أن يأمر غيره بإقامته لم يفتقر إلى القوة، انتهى.

ولم يذكر سواه، واعتبار الاجتهاد غريب في «الأم» هنا، قالوا: إن كان صاحب الأمة لا يعقل الحد.

قلنا: إنما يقيم الحد من يعقله، فقال لي بعض من يقول: لا يحد الرجل أمته، إذا تركت الناس يحدون إماءهم، أليس فيهم الجاهل، فيتولى الجاهل حدًّا.

قال الشَّافِعِي: قلت له: لما أمر ﷺ من زنت أمته أن يجلدها كان ذلك قول لكل من كانت له أمة، والحد مؤقت معروف، قال: فلعله أمر بهذا أهل العلم.

قلت: ما يجهل ضرب خمسين أحد يعقل، انتهى.

وَأَنَّ السَّيِّدَ يُعَزِّرُ وَيَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ بِالْعُقُوبَةِ.

قال: (**وَأَنَّ السَّيِّدَ يُعَزِّرُ**) لحق الله تعالى، كما يحده وكما يؤدب لحق نفسه بلا خلاف، نص في «الأم» و«المختصر» أن المكاتب يؤدب رقيقه.

والثاني: لا يعزره لحق الله تعالى؛ لأن التعزير غير مضبوط، ويفتقر إلى اجتهاده بخلاف الحد.

إشارة: قوله: يعزر، يشمل التعزير لحق الله تعالى وحق الآدمي، وعبارة «الروضة» تقتضي القصر على الأول، حيث قال: وأما التعزير فله ذلك في حقوق الله تعالى، كما في حق نفسه، وفيه وجه ضعيف؛ لكنه ذكر متصلًا بهذا أن له الجلد في القذف، فليكن التعزير لأذى الغير كذلك، إذا طلبه مستحقه، وأقر به العبد، أو شهد عليه به.

قال: (**وَيَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ بِالْعُقُوبَةِ**) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأن له إقامة هذا الحد، فتسمع بينته كالإمام، وعلى هذا ينظر في تزكية الشهود، وله البحث عنها والتجريح؛ [والتعديل إذا كان عالمًا بصفات الشهود، وأحكام الحدود، وقيل: ليس له سماعها] وإنما يحده بعد ثبوته عند الإمام؛ لأن ذلك من مناصب الحكام، فعلى الأول قال الصيدلاني: لا بد أن يكون السيد عالمًا.

قال الإمام: إن عنى بالعالم المهتدي إلى ما يختص بهذا الباب فصحيح، وإن أراد أن يكون مجتهدًا، فلا أدري له وجهًا، انتهى.

وسبق عن أبي إسحاق: أنه لا يملك إقامة الحد بنفسه إلا أن يكون مجتهدًا، والظاهر أن الصيدلاني وافقه، وعبارة الشيخ إبراهيم المروزي: جواز سماع السيد البينة ليحده وجهان: إن قلنا يحده بالولاية له ذلك إذا كان فاضلًا عن سماع البينة، وإن قلنا لاستصلاح الملك فلا يحده إلا إذا رآه يزني، أو يسمع إقراره، ولا حاجة إلى كونه مجتهدًا فاضلًا أي: تفريعًا على أنه يحده استصلاحًا.

قلت: وعلى كونه إنما يحده بالولاية، وفي «تعليق الْبَغَوِي»: إن لم يكن الولي مجتهدًا فهل يسمع؛ بل يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يحكم فحينئذٍ يقيم المولى، وإن كان المولى مجتهدًا فهل يسمع أم لا؟ فيه وجهان: الأصح لا، انتهى.

……

فمسألتنا أولى باعتبار الاجتهاد؛ لأنا نزلناه منزلة الحاكم، نعم، ينبغي اعتبار ذلك في هذا الباب خاصة، وهو مراد أبي إسحاق فيما رواه، لا مطلقًا.

إشارات وفروع: هذا في السيد الحر لا المكاتب على المذهب، ويشبه أن يختص سماع البينة، وجرحها، وتعديلها بالرجل العدل لا مطلقًا، وقد يفهم سياق الكتاب أن لكل سيد أن يقيم الحد ذلك حتى الكافر والمرأة، ولا أحسب أحدًا يقول ذلك، وقوله: «بالعقوبة» يشمل التعزير، والحد في الزنا وغيره، وقد يُفهَم منه أن له ذلك في كل ما قدمنا أن له استيفاؤه منه من العقوبات لنفسه ولغيره.

والذي ذكروه إنما هو في بينة الزنا خاصة، وسكتوا فيما أعلم عن غيره، وفتح الباب بعيد، ولا سيما مع كثرة العبيد، ووقائعهم مع الناس.

لو أقر عبده عنده بالزنا حد، هكذا أطلقوه، وقيده القاضي الحسين بما إذا أقر عبده بحضرة الشهود، ورواه عن النص، وأنه قال: لو أقر لا بحضرتهم، فله ذلك على قول من يقول: إن القاضي يقضي بعلمه في الحدود.

[قالا: ولو شاهده سيده يزني فله حده على الأصح، وقد بناهما الأصحاب على أن القاضي هل يقضي بعلمه] في الحدود؟ وقضية البناء ترجيح المنع، وبه صرح صاحب «المعتمد» بل صرح الْمَاوَرْدِي وغيره، أنا إن قلنا: القاضي لا يقضي بعلمه، فالسيد أولى بالمنع، وإلا فوجهان، وعن أبي داود أن الخلاف في أنه يحده بعلمه بزناه، على قولنا يحده بالولاية، فإن قلنا بالاستصلاح فيحده بعلمه قطعًا.

قال الْقَفَّال في «الفتاوى» بعد ذكره البناء على القضايا بالعلم: فلو قال السيد للحاكم: أنا قضيت عليه بالحد فاستوف أنت منه؛ فالظاهر أنه لا يجوز.

وفي «الحاوي»: أن السيد إذا لم يكن عالمًا بالحدود؛ منع من إقامتها، فإن رجع إلى الحاكم جاز أن يعمل بقوله فيما حكم به من وجوب وإسقاط، ويقوم باستيفاء فيما يحكم به الحاكم، وليس للإمام نقضه، وإن رجع إلى

فَصْلٌ

وَالرَّجْمُ بِمَدَرٍ وَحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ، ....

الاستيفاء؛ فإن كان الحد محل وفاق فله استيفاؤه لقول من أفتاه، وإن كان مختلفًا فيه؛ ففي جواز استيفائه وجهان.

سبق أنه لا بد أن يكون السيد عالمًا بمقدار الحد وكيفيته، فلو استوفاه جاهلًا بذلك قاصدًا عقوبته على الزنا، هل يقع الموقع أم لا، أو يفرق بين أن يكون عالمًا بوجوب الحد في الجملة أو غير عالم به؟ لم أر فيه شيئًا، نعم صرح بعضهم بأنه لو استوفاه صبي، أو مجنون، أو سفيه، لم يعتد به، وفي السفيه نظر، ويظهر التفاف ذلك على أن حده للولاية أو لإصلاح الملك؟ إن قلنا بالثاني اعتد به، وإلا فلا.

واعلم أن الرَّافِعِي قال: ثم ما سئل إقامة السيد الحد على رقيقه وجهان للأصحاب يتخرج عليها أكثر صور الفصل:

أحدهما: أنه يقيمه بالولاية على الملك كالتزويج.

والثاني: يقيمه تأديبًا واستصلاحًا للملك كالفصد والحجامة، انتهى.

وجنوحه في الأكثر إلى الثاني، وظاهر كلام الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ السابق في المكاتب الأول، قال أصحابنا: العبرة في مقدار الحد وصفته بحال وجوبه، فالذمي المحصن إذا زنى، ثم نقض العهد، ثم استرق [رجم حالة الرق، وكذا لو قذف ثم استرق] حد ثمانين، أو زنا ولم يحصن، ثم استرق؛ جلد مائه وغرب عامًا، وكذا سائر الأوصاف، إذا وجدت عند الوجوب ثم عدمت.

قالوا: ويقيمه الإمام لا السيد؛ لأنه لم يكن مملوكًا يومئذٍ، نعم لو زنا عبد ثم بيع، فإقامة الحد على المشتري اعتبارًا بحالة الاستيفاء، قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو زنى بأمة، ثم اشتراها، فله أن يحدها، انتهى.

وسبق عن ابن الرِّفْعَة كلام مظلم في ذلك، لو قذف رقيق زوجته الرقيقة، فهل يلاعن بينهما السيد كما يحدهما؟ فيه وجهان.

فصل: قال: (وَالرَّجْمُ بِمَدَرٍ وَحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ) أي: ونحوها من خزف،

وَلَا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ، ....

وخشب، وعظم، وغيرها مما يقتل، ففي صحيح البخاري في قصة ماعز: «**ورميناه بالعظام والمدر والخزف.. .الحديث**»(١) ولا يتعين له آلة بلا خلاف، قال في «**شرح مسلم**»: والمستحب أن يكون بحجارة، وقوله: «**مُعْتَدِلَةٍ**» أي: فلا يرمى بصخرة مذفف، ولا بحصيات صغار يطول تعذيبه بها؛ بل يحيط الناس به فيرمونه من الجوانب بما ذكرناه.

قال **الْمَاوَرْدِي**: والاختيار أن يكون الحجر ملء الكف، لا أكبر منه كالصخر، ولا أخف منه كالحصاة فيطول عليه، ويكون موقف الرمي بحيث لا يبعد عنه فيخطئه ولا يدنو منه فيؤلمه، فإن هرب عند شن الحجارة اتبع إن رجم ببينة، فإن رجم بإقراره فلا؛ لأنه قد رجع عنه، قال: والأولى لمن حضره أن يرجمه إن رجم بالبينة، وإن تمسك عنه إن رجم بإقراره، وجميع بدنه محل للرجم القاتل وغيرها، ويختار أن يتوقى الوجه.

قال: وينبغي أن تستر عورة الرجل، وجميع بدن المرأة عند الرجم، ويعرض عليه التوبة؛ لتكون خاتمة أمره، فإن حضرت صلاة أمر بها، وإن تطوع مكن من ركعتين، فإن استسقى أسقي، وإن استطعم لم يطعم، ولا يربط، ولا يقيد، ويخلى، وإلا يقاد بيده، انتهى.

قال: (**وَلَا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ**) أي: لا يستحب أي: سواء ثبت زناه بإقرار أو بينة، هذا هو المشهور، وإيراد الجمهور.

وقال **الْمَاوَرْدِي** في أحكامه: إن رجم بالبينة حفرت له بئر ينزل فيها إلى وسطه تمنعه من الهرب، وإن رجم بإقراره لم يحفر، وتبعه في البينة، وقال ابن يونس: إن بعض النسخ استحب أن يحفر له، وهو الصحيح؛ لأن المنقول أن الرجل لا يحفر له، ومال ابن الرِّفْعَة إلى قوله، قال: لأن النووي لم ينبه عليه كعادته، انتهى.

وحكى لفظ التذكير عن نسخة صحيحة وقد قوبلت بأصل صحيح، وكتب

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالْأَصَحُّ اسْتِحْبَابُهُ لِلْمَرْأَةِ إِنْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ، ....

إبراهيم بن على الفيروز أبادي: واعلم أن الروايات اختلفت في الحفر لماعز ﷺ ففي صحيح مسلم من رواية أبي سعيد: **«فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد فما حفرنا له. . .الحديث»**(١) وفي النسائي من رواية أبي هريرة: **«أنه اضطجع في ظل شجرة ورجم حتى مات»**(٢) لكن في صحيح مسلم من رواية بريدة: **«أنه لما كانت الرابعة حفر له حفرة، ثم أمر به فرجم»**(٣).

وفي مسند الإمام أحمد: **«أنه حفر له إلى الصدر»**(٤) وفيه وفي سنن أبي داود: **«أنه حفر لفتى أعترف بالزنا»**(٥) والإثبات مقدم على النفي.

وأجيب عن رواية أبي سعيد بأنه لم يحفر له حفرة عظيمة، وفيه نظر؛ ولاختلاف الرواية، مال المصنف في «شرح مسلم» إلى التخيير مطلقًا، ومقتضى كلام الشيخ أبي محمد في «مختصره» وكلام شارحيه، والْغَزَالِي في «خلاصته» استحباب الحفر للرجل كالمرأة، واستدلوا بأنه حفر لماعز إلى صدره، والمشهور ما تقدم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: اسْتِحْبَابُهُ لِلْمَرْأَةِ إِنْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ**) أي: لئلا تنكشف، والظاهر في الإثبات بالشهود، وإن ثبت بالإقرار فلا؛ إذ قد قد يعن لها الرجوع والهرب، فلا يمكنها.

والثاني: يحفر لها مطلقًا؛ لأنه أستر لها، واختاره جماعة؛ لثبوته في «صحيح مسلم» في قصة الغامدية أنه حفر لها إلى صدرها بأمره ﷺ [وكانت مقرة.

وفي «مسند الإمام أحمد» من حديث أبي ذر «أنه ﷺ] رجم امرأة، فأمرني أن أحفر لها، فحفرت لها إلى سرتي»(٦).

والثالث: لا يستحب؛ بل هو راجع إلى خيرة الإمام.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه أحمد (٢٢١٦٦).

وَلَا يُؤَخَّرُ لِمَرَضٍ وَحَرٍّ وَبَرْدٍ مُفْرِطَيْنِ، وَقِيلَ يُؤَخَّرُ إِنْ ثَبَتَ بِإِقْرَارٍ.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق القاضي أبي الطيب» أن القاضي أبا حامد ذكر في «الجامع» أنه إذا ثبت زناها بالإقرار حفر لها، وإذا ثبت بالبينة؛ فإن شاء حفر، وإن شاء ترك.

قال القاضي أبو الطيب: ولا أدري من أين نقله، والذي تقتضيه السنة أن يحفر لها إذا ثبت بالبينة، ويتخير إذا ثبت بالإقرار؛ لأنه ﷺ حفر للغامدية، ولم يحفر للجهنية، وزناهما ثبت بالإقرار، فدل على التخيير في حالة الإقرار، انتهى.

والذي في «الشامل» و«البيان» قال القاضي أبو الطيب: السنة تقتضي أنه بالخيار؛ سواء ثبت بالبينة، أو بالإقرار، انتهى.

رأيت من يحكي كلام «الكفاية» عن «الجامع»: إن ثبت بالإقرار؛ لم يحفر لها إلى آخره، والذي رأيته فيها وفي «البيان» ما قدمته، ولو قال القاضي أبو حامد: لم يحفر لها لم ينكره القاضي، فحصلت وجوه وخلط في النقل.

قال: (**وَلَا يُؤَخَّرُ لِمَرَضٍ وَحَرٍّ وَبَرْدٍ مُفْرِطَيْنِ**) لأن نفسه مستوفاة، نص عليه، وقال الْمَاوَرْدِي في اللعان: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي، والمنصوص عليه هاهنا.

(**وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ إِنْ ثَبَتَ بِإِقْرَارٍ**) هذا ليس بوجه مرجوح؛ بل هو منصوص في «الأم» وبه جزم الفوراني، وصححه القاضي الحسين في كتاب اللعان، وصاحب «التنبيه» هنا، ونسبه الإمام إلى الأئمة، وإلى النص في اللعان.

وحكى الْمَاوَرْدِي هنا وجهًا ثالثًا: أنه يؤخر إلى أن يعتدل الوقت، ويبرأ من مرضه؛ سواء ثبت بإقرار أو بشهادة؛ لجواز أن يرجع، وحكى جماعة وجهًا رابعًا: عكسه؛ لأنه لا يقر على نفسه إلا على ثبت، وتوطين نفس على ما يلقاه فرجوعه بعيد، والشهادة في معرض الريب، فحصل قولان منصوصان، ووجهان.

وعن الشيخ أبي حامد: الجزم بأنه يؤخر للمرض رجي برؤه أم لا، وجزم القاضي أبو الطيب بالرجم في حالة عدم البرء، وثبوته بالبينة، فإن ثبت

وَيُؤَخَّرُ الْجَلْدُ لِمَرَضٍ، ....

بإقراره؛ فوجهان:

أصحهما: التعجيل؛ لأنه لا غاية للبرء، انتهى.

فرع: سبق في الردة: أنهما نقلا أنه لو أقر على نفسه بالزنا، ثم جن، لا يحد في جنونه؛ لأنه قد يرجع عن الإقرار، بخلاف ما لو ثبت زناه بالبينة، ثم جن.

قال الْبَغَوِي: وهذا كله احتياطًا، ولو قتل للردة، أو حُدَّ فمات؛ لم يجب شيء، انتهى.

وظاهر كلامه: أن التأخير في المرتد والزاني مستحب، ونقلت عن نص «الأم»: أنه لو أقر بحق الله تعالى من زنا، أو ارتد، ثم ذهب عقله؛ لم أقم عليه حد الزنا، ولم أقتله بالردة؛ لأني محتاج إلى ثبوته على الإقرار بالزنا وهو يعقل إلى آخر ما سبق، فالمذهب إذن وجوب التأخير إلى الإفاقة.

قال: (**وَيُؤَخَّرُ الْجَلْدُ لِمَرَضٍ**) أي: المرجو برؤه على الصحيح؛ لأن المقصود الردع لا القتل، وقيل: لا يؤخر؛ بل يضرب بما يحتمله، فعلى الصحيح قال الإمام: يحبس إلى الاستيفاء، وفيه نظر، ولا معنى له في المقر، وأما الثابت زناه بالبينة، فإن لم يخش هربه فكذلك، وإن خيف فيشبه أن يوكل به من يحفظه أو يراقبه، فعلى المذهب يؤخر المحدود في الخمر، والمقطوع في حد، حتى يبرأ، فلو سرق من لا يرجى برؤه وخيف الهلاك من قطعه، قطع على الصحيح، ولو وجب حد قذف على مريض؛ قيل: للمستحق اصبر إلى برؤه، أو اقتصر على الضرب بالأثكال.

وفي «التهذيب»: أنه يجلد بالسياط رجي زوال مرضه أم لا، وبه جزم في «الروضة» في باب استيفاء القصاص، فقال: لا يؤخر قصاص الطرف، ولا حد القذف؛ لشدة الحر والبرد، ولا بسبب مرض، وإن كان مختصرًا بخلاف قطع السرقة والجلد في حدود الله تعالى، انتهى.

وقد بينا هناك أن المنصوص في «الأم» صريحًا خلاف ما ذكره ـ رحمه الله تعالى ـ في حد القذف، وقصاص الطرف، وأشبعنا القول فيه.

فَإِنْ لَمْ يُرْجَ بُرْؤُهُ جُلِدَ لَا بِسَوْطٍ بَلْ بِعِثْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ غُصْنٍ، فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ ضُرِبَ بِهِ مَرَّتَيْنِ، وَتَمَسُّهُ الْأَغْصَانُ أَوْ يَنْكَبِسُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ لِيَنَالَهُ بَعْضُ الْأَلَمِ،

قال: (فَإِنْ لَمْ يُرْجَ بُرْؤُهُ) أي: لزمانة أو شلل أو فالج وغيرها، أو كان نضوًا خلقة لا يحتمل السياط، (جُلِدَ) أي: ولا يؤخر؛ إذ لا غاية تنتظر.

قال: (لَا بِسَوْطٍ) أي: لئلا يهلك.

(بَلْ بِعِثْكَالٍ عَلَيْهِ مِائَةُ غُصْنٍ)؛ لما رواه أبو داود من حديث أبي أمامة بن سهل: **«أن بعض أصحاب النبي ﷺ أخبره: أنه اشتكى منهم رجل أضنى فعاد جلده على عظمه، فوقع على جارية لبعضهم، فأمر ﷺ أن يأخذوا له مائة شمراخ فليضربوه بها ضربة واحدة»**[1] وفي إسناده اختلاف.

وفي رواية الشَّافِعِي عنه: **«أن رجلًا مقعدًا زنى بامرأة؛ فأمر ﷺ أن يجلد بأثكال النخل»**[2] قالوا: لأن الصلاة إذا اختلفت باختلاف حال المصلي، فالجلد أولى.

قال: (فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ ضُرِبَ بِهِ مَرَّتَيْنِ) أي: أو ربع المائة، ضرب أربع مرات، أو خمسها ضرب بها خمسًا، وهكذا.

قال: (وَتَمَسُّهُ الْأَغْصَانُ أَوْ يَنْكَبِسُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ لِيَنَالَهُ بَعْضُ الْأَلَمِ) المراد أنه ل بد من وجود أحد الأمرين مع حصول الألم بذلك على الصحيح؛ ليحصل الزجر، وقيل: لا يشترط الإيلام، وزيف.

ولا يكفي الموضع؛ بل لا بد بما يسمى ضربًا، فإن لم يمسه، ولا ينكبس بعضها على بعض، أو شك فيه؛ لم يسقط الحد، كذا جزما به أنه لا يسقط الحد إذا شك في الإصابة، وسيأتي عن النص فيما لو حلف ليضربن عبده مائة سوط، فشد مائة وضربه بها، أو بالكل، وشك في إصابة الجميع أنه يبرأ، ووقع هناك اختلاف بين «الروضة» وأصلها سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

فروع: لا يتعين الضرب بأثكال النخل؛ بل يقوم مقامه الضرب بالنعال،

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٦٧).

(٢) أخرجه الشافعي في «المسند» (١/ ٣٦٢) والبيهقي في «معرفة الآثار» (٥٣٢٣).

فَإِنْ بَرَأَ أَجْزَأَهُ. وَلَا جَلْدَ فِي حَرٍّ وَبَرْدٍ مُفْرِطَيْنِ، ....

وأطراف الثياب، لا يجب تفريق السياط على الإمام وإن احتمل التفريق؛ بل يفعل الممكن بأثكال أو نحوه.

قال الدارمي: فلو كان نضو الخلقة فعرفنا صدقه؛ فضربناه اليوم عشرة على أن يضرب الباقي من بعد، فزنى قبل أن يكتمل جلد المائة؛ فإنا نكمل المائة الأولى، ولا نزيد عليها بزناه ثانيًا، وثالثًا، انتهى.

فإن أزاد إنا نستأنف المائة بلا زيادة فذاك، وإلا فما قاله مردود، ولو كان لا يحتمل السياط المعتبرة في الجلد كما سيأتي، وأمكن ضربه بعصيان، أو سياط خفيفة؛ ففيه تردد للإمام، قال: وظاهر كلامهم أنه يضرب بالشماريخ، قال: والذي أراه أن يضرب بالأسواط؛ لأنه أقرب إلى صورة الحد، انتهى.

وفي إقامة الضرب بالشماريخ مقام السياط مزيد كلام يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في «الأيمان» مع فوائد تتعلق بذلك.

قال: (**فَإِنْ بَرَأَ؛ أَجْزَأَهُ**) أي: فلا يعاد حده، بخلاف المعضوب إذا حج عن نفسه، ثم اتفق برؤه؛ لأن الحد مبني على الدرء، أما لو برأ قبل حده بأثكال ونحوه، حُدَّ حَدَّ الأصحاء قطعًا.

فرع: لو كان المريض مرجوًا فضرب ما يحتمله ثم برأ، هل يقام عليه حد الأصحاء؟ وجهان، وليكونا مبنيين على أنه هل يؤخر إقامة الحد، أم يستوفي بحسب الإمكان؟ إن قلنا بالأول فما جرى ليس بحد فلا يسقط، وإن قلنا بالثاني لم يعد الحد.

قال: (**وَلَا جَلْدَ فِي حَرٍّ وَبَرْدٍ مُفْرِطَيْنِ**) أي: خشية الهلاك، هكذا أطلقه، وقال الْمَاوَرْدِي: إلا أن يكون ببلاد الحر التي لا يسكن حرها، أو ببلاد البرد التي لا يقتل بردها، فإنه لا يؤخر، ولا ينقل إلى بلد معتدل للمشقة، وقوبل إفراط الحر والبرد بتخفيف الضرب؛ ليسلم من القتل، كما يقول في المرض اللازم، انتهى.

ولا شك أن بعض أزمان البلاد المذكورة تكون أقل بردًا أو أقل حرًّا من

وَإِذَا جَلَدَ الْإِمَامُ فِي مَرَضٍ أَوْ حَرٍّ وَبَرْدٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى النَّصِّ فَيَقْتَضِي أَنَّ التَّأْخِيرَ مُسْتَحَبٌّ].

غيرها كالبكور والسحر بالنسبة إلى الحالين غالبًا.

قال: (**وَإِذَا جَلَدَ الْإِمَامُ فِي مَرَضٍ أَوْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى النَّصِّ**) ووجه بأن التلف حصل من واجب أقيم عليه.

(**فَيَقْتَضِي أَنَّ التَّأْخِيرَ مُسْتَحَبٌّ**) وهذا تخريج فيما إذا ختن أقلف في حر أو بردٍ، وما ذكره طريقة الإمام ومن تبعه، فإنه قال: فإن لم يوجب الضمان فالتأخير مستحب قطعًا، وإلا فوجهان.

والمنقول في «الحاوي» و«المهذب» وغيرهما: أنه لا يجوز التعجيل في شدة الحر والبرد، وهو قضية ما سبق عن نص «الأم» في باب استيفاء القصاص.

وقال الرَّافِعِي: ويجوز أن يقال بوجوب التأخير مع الاختلاف في وجوب الضمان، قال في «الروضة»: قلت: المذهب وجوب التأخير مطلقًا، والله أعلم، وهو كما قال.

فرع: قال القاضي الحسين: لا بد في إقامة الحدود من البينة، حتى لو ضربه؛ لمصادرة أو لمعنى آخر، وعليه حدود لا يحتسب عنها.

وفي «فتاوى شيخه الْقَفَّال»: أنه لا يحتاج الإمام في إقامة الحدود إلى نية، حتى لو حده بنية الشرب، فظهر أنه حده للزنا يجوز؛ لأنه لو أخطأ في يده اليمنى إلى اليسرى في السرقة أجزأ، قال: وعلى هذا لو أن الإمام جلد رجلًا مائة ظلمًا، فبان أن عليه حد الزنا؛ سقط عنه حد الزنا، كما لو قتل رجلًا فبان أنه قاتل أبيه.

فرع: زنى وهو بكر، ثم أحصن، ثم زنا قبل أن يجلد فهل يكفي الرجم عنهما، أو يجمع بينهما؟ وجهان: أصحهما: عن الإمام، والْغَزَالِي الأول، وعند الْبَغَوِي، وغيره: الثاني؛ لاختلاف العقوبتين، فعلى هذا هل يجلد مائة ويغرب ثم يرجم، أو يجلد ويرجم ويدخل التغريب في الرجم؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

....

فائدة: سبق في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: أنه لو أباح أمته لغيره فوطئها يحد، وقال أبو حنيفة: إن كانت لامرأته فأباحت له وطئها؛ لا يجب الحد، انتهى.

وعن حبيب بن سالم قال: «**رفع إلى النعمان بن بشير رجل وقع على جارية امرأته، فقال: لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ لئن كانت أحلتها له لأجلدنه مائة، وإن لم تكن أحلتها له لأرجمنه**»(١) رواه الإمام، وأهل السنن(٢) وصححه أبو حاتم الرازي، وتكلم فيه الترمذي وغيره، وضعفه البخاري، ولم أر لأحد من أئمتنا كلامًا على هذا الحديث، ولا الجواب عنه على تقدير صحته، وقضية كلامهم أن المذهب رجمه كالأجنبي، إذا أذن للغير كما سبق.

وقال ابن العربي في «شرح الترمذي»: وبه قال الزهري، والأوزاعي، وسمعت الطرطوسي يقول: إن مذهب طاوس أن الإحلال جائز، ولم يثبت وما هو إلا الإجماع، قال: وقوله في الحديث: «جلدته الحد» يعني: أدبته تعزيرًا، أو بلغ به عدد الحد تنكيلًا، لا أنه رأى جلده حدًا له.

وقال أهل الكوفة: إذا عذر بالجهالة سقط عنه الحد، وهذا لا يكون لمن عرف الإسلام، وعرف وجوه الحلال والحرام، انتهى. وهذا يخالف إبراهيم المروزي عن أبي حنيفة، وأنه لم يدرأ عنه الحد مطلقًا، وبالله التوفيق.

---

(١) الترمذي (١٥٢٢).

(٢) رواه أحمد (١٨٨٩٤) وأبو داود (١٣/ ١٢٦)، والنسائي في الكبرى (٧٣٩١)، وابن ماجه (٨/ ٥٩).

كِتَابُ حَدِّ الْقَذْفِ

قال المصنف: [شَرْطُ حَدِّ الْقَذْفِ: التَّكْلِيفُ إِلَّا السَّكْرَانَ الِاخْتِيَارُ، ....

قال الشارح: هو لغة: الرمي، وكذا ورد في القرآن، والمراد هنا: الرمي بالزنا تعييرًا، وتحريمه ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، إلا ما استثني في كتاب اللعان للضرورة والإبيان جرح الشاهد إذا استفسر الحاكم الجارح، وما أشبه هذا، وهو من الكبائر في الجملة.

وعدَّ الْحَلِيمِي قذف الصغيرة، والأمة، والحرة، والمتهتكة من الصغائر، والجمهور أطلقوا، وسنوضح ذلك ـ إن شاء الله ـ في كتاب الشهادات.

والحد لغة: المنع، وسمي حد الزنا والقذف وغيرها به؛ لأنه يمنع المعاودة؛ أو لأنه مقدور محدود.

قال: (**شَرْطُ حَدِّ الْقَذْفِ: التَّكْلِيفُ**) لرفع القلم عن الصبي والمجنون، ومن في حكمه، كما سبق في الزنا.

قال: (**إِلَّا السَّكْرَانَ**) أي: الآثم به، فيلزمه الحد وإن لم يكن مكلفًا، قدمنا مرات أن هذا الاستثناء لا يصح، وأن المذهب أن العاصي بسكره مكلف، وقد أكثر المصنف من زيادة هذا الاستثناء على «المحرر» وإدراجه في كلامه، والوجه طرحه.

قال: (**وَالِاخْتِيَارُ**) أي: فلا حد على المكره على القذف، ولا تعزير؛ لرفع القلم عنهُ بنص السنة، هذا هو الصواب، وسبق في أوائل الجراح فيه خيط ينبغي مراجعته، وفي وجوب الحد على المكرِه ـ بكسر الراء ـ وجهان: الصحيح: المنع أيضًا.

تنبيه: ينبغي أن يقول: التكليف والاختيار والالتزام؛ ليدخل الذمي والمعاهد والمرتد أيضًا، ويخرج الحربي، فإنه لا حد عليه؛ لعدم التزامه، وقذف النائم لغو؛ لكن هل يصدق في أنه كان نائمًا؟ لم أر فيه شيئًا وهو

وَيُعَزَّرُ الْمُمَيِّزُ، وَلَا يُحَدُّ بِقَذْفِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ.

محتمل، وسبق في الطلاق تصديقه، وقد يفرق بينهما بأن الأصل بقاء النكاح وعدم النوم، وأيضًا قليلًا يتخذ ذلك ذريعة إلى القذف، ودرء الحد به، نعم لو ادعى أنه كان صبيًّا، واحتمل [قوله؛ صدق، أو جنونه، وقد عهد له صدق، ومثل دعوى النوم دعوى زوال عقله، حال] قذفه بإغماء ونحوه، ولينظر فيما لو قال السكران: إنما شربته مكرهًا أو غالطًا.

فرع: ادعى الإمام أن الجماهير أجمعوا على أن المحصن لو قال لغيره: اقذفني، فقذفه بإذنه؛ فالحد عليه، قال: ورأيت القاضي أبا الطيب الطبري قال في كتابه «المنهاج»: إنه لا يلزمه، وحكاه عن شيخه أبي حامد، وقال: كان يرى ذلك، ويزيف غيره.

قلت: ونسبه ابن الصباغ والشيخان إلى الأكثرين، وهو المذهب في المعاياة.

قال: (وَيُعَزَّرُ الْمُمَيِّزُ)، اقتصر في «المحرر» و«الشرح الصغير» على قوله: ويعزر الصبي المميز، وزاد في «الشرح الكبير»: وكذا المجنون إذا كان له نوع تمييز، وبين العبارتين فرق، وأطلق الْبَنْدَنِيجِي القول بأنه لا شيء عليهما.

وعبارة الدارمي: وقذف الصبي لا حكم له كالجنون، والنوم، وفي «الحاوي»: أن الصبي إذا كان مراهقًا يؤذي قذف مثله؛ عزر أدبًا، كما يؤدب في مصالحه، فإن كان لا يؤذي قذفه؛ لم يعزر.

وقال في الزنا: إنه يعزر الصبي أدبًا لئلا ينشأ على القبائح، دون المجنون، والفرق بين قذف الصبي المميز، والمجنون، وإن كان له نوع تمييز ظاهر.

قال: (وَلَا يُحَدُّ بِقَذْفِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ)؛ لأنه لا يقتل به، فدرء القذف أولى، وقال ابن المنذر: ويحد موافقة لمالك، ولأبي ثور، وهل يعزر؟ المنصوص في «الأم»: نعم لسبب الأذى، وقيل: لا، كما لا يحد، ولو ورث حد قذف أمّه، أو غيرها على أبيه؛ سقط، وتصويرهما في حد قذف الأب أمّه ليس بقيد؛ بل الظاهر أنه متى ورثه على أحد أصوله سقط.

فَالْحُرُّ ثَمَانُونَ، وَالرَّقِيقُ أَرْبَعُونَ.
وَ الْمَقْذُوفِ: الْإِحْصَانُ وَسَبَقَ فِي اللِّعَانِ.
وَلَوْ شَهِدَ دُونَ أَرْبَعَةٍ بِزِنًا حُدُّوا فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**فَالْحُرُّ ثَمَانُونَ**) بنص القرآن العزيز.

قال: (**وَالرَّقِيقُ أَرْبَعُونَ**) قال ابن عبد البر بعد رواية مالك: ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، والخلفاء ﷺ وهلم جرًّا على تنصيف الحد على الرقيق في القذف، والزنا، وشرب الخمر، قول الخلفاء الراشدين، وجمهور علماء المسلمين، والحجة فيه قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] انتهى.

ومراد الآية الأحرار بدليل: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] إنما يحد أربعين إذا قذف في رقه، أما لو قذف ذمي ونحوه وهو حر، ثم استرق بشرطه؛ فحده كحده السابق ثمانون، اعتبارًا بحالة القذف، والمبعض كالقن، وسبق وجهان آخران في حده للزنا، ويحتمل مجيئهما هنا.

قال: (**وَالْمَقْذُوفِ: الْإِحْصَانُ وَسَبَقَ فِي اللِّعَانِ**) أي: وشرط المقذوف الذي يجب قذفه ما ذكره الإحصان، وسبق بيانه في اللعان.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَ دُونَ أَرْبَعَةٍ بِزِنًا؛ حُدُّوا فِي الْأَظْهَرِ**) لأن عمر ﷺ جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة ﷺ بالزنا؛ لئلا تتخذ صورة الشهادة ذريعة إلى الوقيعة.

والثاني: لا؛ لأنهم جاءوا شاهدين لا معاندين؛ ولأن إيجاب الحد قد يؤدي إلى تعطيل الحد؛ إذ لا يأمن كل واحد ألا يساعده الآخرون فيمتنع، ولو كان الزوج رابعهم فالحكم ما ذكرناه في الثلاثة؛ لأن شهادته بزناها مردودة.

ولو شهد أربعة فساق، أو فيهم فاسق.

قال في «الروضة»: نظر إن كان فسقهم مقطوعًا به كالزنا والشرب، فقيل: فيهم قولان، وقيل: لا يحدون قطعًا، وإن كان فسقهم مجتهدًا فيه كشرب النبيذ؛ لم يحدوا قطعًا.

وَكَذَا أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَعَبِيدٍ وَكَفَرَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَلَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ عَلَى إِقْرَارِهِ فَلَا،

وفي معنى الفسق المجتهد فيه ما إذا كان فيهم عدو له؛ لأن رد الشهادة بالعداوة مجتهد فيه، انتهى.

وأطلق ابن الْقَطَّان نقل الطريقين في الفاسق من غير تفصيل.

قال: ولو شهد أربعة عبيد أو أعداء؛ فالكلام في الفساق سواء، وصحح الصيمري في «شرح الكفاية» درء الحد عن الفساق والعبيد، ومن دون النصاب.

قال: وهو مذهب علي ﵁ واعلم أن الخلاف في هذا الفصل فيمن شهد في مجلس الحكم، أما لو شهد في غيره فقاذف بلا خلاف، وإن كان بلفظ الشهادة.

قال: (وَكَذَا أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَعَبِيدٍ وَكَفَرَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأنهم ليسوا من أهل الشهادة فقصدهم القذف، وقيل: على قولين، ونقصان الصفة كنقصان العدد، وصور الإمام المسألة فيما إذا كانوا في ظاهر الحال بصفة الشهود، ثم بانوا عبيدًا أو كفارًا يعني: أن القاضي إذا علم حالهم لا يصغى إليهم، فيكون قولهم قذفًا محضًا، لا شهادة. والمراد بالكفر: من له عهد أو ذمة، ويدخل في لفظ المصنف المرتد، ويخرج من كلام ابن الْقَطَّان طريقة قاطعة أن العبيد لا يحدون، ولا بأس بها إذا كانوا عدولًا، الخلاف في قبول شهادتهم كما سيأتي، حيث أوجبنا حد الشهود؛ لنقص عدد، أو صفة، فطلبوا يمينه، أنه ما زنى أحلف، فإن حلف حدوا، وإلا حلفوا ولم يحدوا، فإن لم يحلفوا؛ حدوا.

وعن ابن سُرَيْج: أنه لا يمين في ذلك، قاله شُرَيْح الرُّويَانِي في «أدب القضاء»، وفي حدهم عند نكوله ونكولهم وقفة للفقيه.

قال: (وَلَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ عَلَى إِقْرَارِهِ؛ فَلَا) أي: فلا يحد الشاهد قطعًا؛ إذ لا حد على من قال لغيره: أقررت بأنك زنيت، وإن ذكره في معرض القذف والتعيير، وقيل: فيه القولان فيما إذا لم يتم العدد على إثبات الزنا.

فرع: لو شهد بجرحه، فاستفسره القاضي، فأخبر بزنا، فلا حد، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وسواء كان بلفظ الشهادة أم لا.

وَلَوْ تَقَاذَفَا فَلَيْسَ تَقَاصًّا.

وَلَوْ اسْتَقَلَّ الْمَقْذُوفُ بِالِاسْتِيفَاءِ لَمْ يَقَعْ الْمَوْقِعَ].

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: لو قيل له: أليس فلان زانٍ؟ فقال: نعم؛ لم يكن هذا قذفًا، ولو قيل له: هل فلان زاني؟

فقال: نعم؛ كان تعريضًا لا قذفًا، ولو قال الرجل: أنا أريد أن أشهد أن فلانًا زنى؛ لم يكن قذفًا، وكذا قوله: أريد أن أقول أن فلانًا زانٍ؛ لأنه وعد بالقذف، انتهى. ومعظم أحكام الباب وفروعه، وما يكون قذفًا وما لا، مذكورة في اللعان.

قال: **(وَلَوْ تَقَاذَفَا فَلَيْسَ تَقَاصًّا)** قال الرَّافِعِي: التّقاصّ إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة، والحدان لا يتفقان في الصفة؛ إذ لا يعلم التساوي لاختلاف القاذف والمقذوف في الخلقة، والقوة، والضعف غالبًا، هكذا ذكره إبراهيم المروزي، انتهى.

وكأنه توقف فيه، وسبق نقل خلاف غريب ضعيف في التقاص، فيحتمل أن يجيء مثله هاهنا؛ لكن التوجيه المذكور يشير على الفرق.

قال: **(وَلَوْ اسْتَقَلَّ الْمَقْذُوفُ بِالِاسْتِيفَاءِ؛ لَمْ يَقَعْ الْمَوْقِعَ)** أي: على الصحيح؛ كحد الزنا يستوفيه أحد الرعية، وقيل يقع كما لو استقل المقتص بقتل الجاني، وقال الإمام: لا يبعد عن القياس الاعتداد به إذا تراضيا به؛ لكن الذي سمعته من الأئمة، ودل عليه كلامهم منع الاعتداد به.

وفي باب صول الفحل من «تعليق المروزي»: أنه لو ضرب رجلًا ثمانين سوطًا، ثم ادعى أنه قذفني؛ لم يسمع إلا ببينة، فإن قامت به، هل يحسب من الحد أم لا؟ وجهان، وفائدتهما تظهر فيما لو مات المحدود، إن قلنا: يقع محسوبًا؛ فلا شيء على الضارب، وإلا لزمه القود، ولو عاش المحدود، وإن حسب فلا شيء على الضارب، وإن قلنا: لا يحسب؛ يعاد عليه الحد.

إشارة: تستثنى صورتان:

الأولى: إذا قذف العبد سيده؛ فله أن يحده جزما به في آخر الباب قبله،

……

وفيه وقفة؛ لظهور العداوة، فقد يحمله الحنق على العدوان.

الثانية: ذكر الْمَاوَرْدِي في باب صول الفحل: أن حد القذف، وتعزير السب، مما يقوم به السلطان، فإن بعد عنه في بادية نائية وقدر على استيفاء الحد والتعزير بنفسه من غير مجاوزة فيه، جاز؛ لأنه حق له، فصار كالدين الذي يجوز له أن يتوصل إلى أخذه إذا منعه منه، انتهى. وقضية التشبيه أن له ذلك بالبلد إذا لم يكن له بينة بقذفه، والقاذف يجحد ويحلف، والله أعلم.

كِتَابُ قَطْعِ السَّرِقَةِ

قال المصنف: [يُشْتَرَطُ لِوُجُوبِهِ فِي الْمَسْرُوقِ أُمُورٌ: كَوْنُهُ رُبُعَ دِينَارٍ خَالِصًا

قال الشارح: هي أخذ مال الغير، وإخراجه من حرزه، مأخوذة من المسارقة، وأصل الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ۝٣٨﴾ الآية [المائدة: ٣٨] وما سيأتي من الأحاديث(١).

قال: (**يُشْتَرَطُ لِوُجُوبِهِ فِي الْمَسْرُوقِ أُمُورٌ: كَوْنُهُ رُبُعَ دِينَارٍ**) لقوله ﷺ: «**لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا**» متفق عليه، ولفظه لمسلم، وفي رواية لمسلم: «**إنه لا تقطع اليد بسرقة إلا في ربع دينار فما فوقه**»(٢).

[**فائدة**: قال ابن العربي في «الأحوذي»: روى الحنفيون أنه ﷺ قال: «**لا تقطع إلا في عشرة دراهم**»(٣) ولم يصح بحال ولا رواه من له قدر ولا مال].

وعن ابن بنت الشَّافِعِي - ﷺ - تقطع بسرقة القليل، ولا يشترط النصاب لظاهر الآية، ولا أحسب هذا وجهًا في المذهب وإن عده الرَّافِعِي؛ لأنه لا يلائم قاعدة المذهب؛ بل هو كاختيارات الْمُزَنِي الخارجة عن سنن المذهب.

قال: (**خَالِصًا**)؛ لأن الربع المغشوش ليس بربع دينار حقيقة، فإن زاد الوزن على الربع فإن بلغ خالصه ربعًا قطع، وإلا فلا، وقضية هذا أنه إذا بلغ الخالص ربعًا قطع، وإن لم يساوي ربعًا مضروبًا، وفيه ما سنذكره.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٦/ ٤٣٠).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٢، رقم ١٦٨٤)، والنسائي (٨/ ٨١، رقم ٤٩٣٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٢، رقم ٢٥٨٥)، وابن حبان (١٠/ ٣١٥، رقم ٤٤٦٤) وأحمد (٦/ ١٠٤، رقم ٢٤٧٦٩)، وأبو عوانة (٤/ ١١٢، رقم ٦٢٠٩)، والدارقطني (٣/ ١٨٩، رقم ٣١٥)، والبيهقي (٨/ ٢٥٤، رقم ١٦٩٣٨).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٠٠، رقم ٣٤٩)، والبيهقي (٨/ ٢٦١، رقم ٦٩٧١)، وقال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

أَوْ قِيمَتَهُ، ....

قال: **(أَوْ قِيمَتَهُ)**؛ لما في الصحيحين: **«أنه ﷺ قطع في مجن قيمته - وفي لفظ: ثمنه - ثلاثة دراهم»**(١) وقيمة الربع دينار في ذلك الوقت.

فروع وتتمات: إنما يقع التقويم بالذهب الخالص والمضروب، حتى لو سرق دراهم أو غيرها قوِّم بذلك، فإن بلغت قيمته ربع دينار مضروب قطع، وإلا فلا، ثم القيمة عندنا تختلف باختلاف البلاد والأزمان، فيعتبر في كل زمان ومكان قيمة ذلك الزمان، فاحذر الغلط، ثم القيمة المعتبرة قيمة وقت الإخراج من الحرز، ولا نظر إلى ما كان قبلها، ولا إلى ما يكون بعدها.

قال الدارمي: النصاب ربع دينار خالص مضروب، ولا فرق بين أجناسه، وتقوم بأدنى دينار، وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان في البلد نقدان خالصان من الذهب، وأحدها أعلى قيمة من الآخر؛ اعتبرت القيمة بالأغلب من دنانير البلد في زمان السرقة، فإن استويا فيهما يقوم وجهان: **أحدهما**: بالأدنى اعتبارًا بعموم الظاهر، **والثاني**: بالأعلى درْءًا لقطع الشبهة، انتهى.

وقضية إطلاق الدارمي أنه يقوم بالأدنى وإن غلب رواج الأعلى، وهو بعيد، ولعل عكسه أقرب طلبًا للدرء المطلوب.

قال الدارمي: إذا لم يعرف قيمة المسروق بالدنانير قوم بالدراهم، ثم الدراهم بالدنانير، انتهى.

ولو لم يكن بمكان السرقة دنانير؛ فالقياس اعتبار قيمة الدنانير في أقرب البلاد إليهم، قال الإمام: لو بلغت قيمة العرض المسروق بالاجتهاد ربع دينار، فقد يؤخذ للأصحاب أنه يجب الحد، والذي أرى الجزم به أنه لا يجب، ما لم يقطع المقومون ببلوغها نصابًا، ولهم قطع واجتهاد، فالقطع من جماعة لا يزلون معتبرون، ومن جماعة لا يبعد الزلل منهم، فيه احتمالان.

وفي «البسيط»: لو كانت قيمته نصابًا عرف بالاجتهاد المقوم، قال الأصحاب: يجب القطع، وينبغي أن يقطع المقومون بأنه يساوي نصابًا، فلو

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٩٥)، ومسلم (١٦٨٦).

وَلَوْ سَرَقَ رُبُعًا سَبِيكَةً لَا يُسَاوِي رُبُعًا مَضْرُوبًا فَلَا قَطْعَ فِي الْأَصَحِّ.

شك فيه وقال: أظن أنه يساوي، لا يجب القطع باجتهاده، ولو قطع بذلك عدلان يتصور عليهما الزلل، ففيه تردد، انتهى.

فأفهم أن الأصحاب يكتفون بمقوم واحد، وهو بعيد، ولعله أراد بالمقوم الجنس لا الواحد، قال الرُّويَانِي: لو شهد عدلان بسرقة، فقوَّم أحدهما المسروق نصابًا، والآخر دونه، فلا قطع، وكذا لو شهد بأنه نصاب، وقوَّمه آخرون بدونه، فلا قطع، ويؤخذ في الغرم بالأقل، خلافًا لأبي حنيفة، وفي «شرح كفاية» للصيمري: أنه يغرم، أوفر القيمتين، وقيل: بل أقلها، وذلك تعين.

قال: (**وَلَوْ سَرَقَ رُبُعًا سَبِيكَةً لَا يُسَاوِي رُبُعًا مَضْرُوبًا؛ فَلَا قَطْعَ فِي الْأَصَحِّ**) لأن لفظ الخبر الدينار، وهذا الاسم يقع على المضروب، وغيره يقوم كالسلع.

والثاني: يقطع؛ لبلوغ المعين قدر النصاب، كما في الزكاة، وهذا هو المذهب في «البيان» و«الفروع» و«الحاوي» بلفظ ظاهر المذهب، وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب، «والشامل» و«المهذب» و«حلية الشَّاشِي» و«التهذيب» و«الكافي» و«الذخائر»: أنه الذي عليه أكثر أصحابنا، وقطع به بعضهم.

وفي «المعتمد» و«الشافي»: يقطع، خلافًا لأبي سعيد، وخصص الشيخ أبو حامد خلاف أبي سعيد بالقراضة، وقال: لا خلاف في أنه يقطع بالسبيكة الخالصة إذا كانت قطعة واحدة، كذا نقله العجلي بخطه عن «تعليقه».

والحاصل أن الجمهور على أنه يقطع إما قطعًا، وإما على الصحيح، وفرعوا عليه أنه لو سرق حُليًّا ينقص وزنه عن ربع دينار، وتبلغ قيمته ربع دينار أنه لا يقطع، وعلى الوجه الثاني يقطع.

تنبيهات: قال في «الروضة» بعد حكمه: بأن الأصح لا يقطع في السبيكة، مع عدم تصريح «الشرحين» فيها بترجيح، ولو سرق خاتمًا وزنه دون ربع، وقيمته بالصنعة تبلغ ربعًا، فلا قطع على الصحيح، والخلاف في المسألتين راجع إلى أن الاعتبار بالوزن أو القيمة، انتهى.

وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرَ ظَنَّهَا فُلُوسًا لَا تُسَاوِي رُبُعًا قُطِعَ، وَكَذَا ثَوْبٌ رَثٌّ فِي جَيْبِهِ تَمَامُ رُبُعٍ جَهِلَهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ أَخْرَجَ نِصَابًا مِنْ حِرْزٍ مَرَّتَيْنِ ....

وهذا الكلام أعني: قوله: والخلاف في المسألتين راجع إلى آخره؛ غير مستقيم، وعبارة الرَّافِعِي سديدة، فإنه قال: ولو سرق خاتمًا إلى قوله: ففي القطع الوجهان، إذا اعتبرنا القيمة وجب، وإذا اعتبرنا العين فلا، وكذا قاله الإمام، والْغَزَالِي، وحينئذٍ فالراجح عند الإمام، والْغَزَالِي، والرَّافِعِي، وغيرهم: وجوب القطع في مسألة الخاتم، عكس ما في «الروضة» نظرًا إلى القيمة كالعروض، ومذهب الجمهور فيه عدم القطع، وفي السبيكة القطع. وأما ما وقع في «الروضة» من اختلاف الترجيح فيها، مع قوله: والخلاف راجع فيها، فإن معتبر القيمة بقطعة في الخاتم دون السبيكة، ومن يعتبر الوزن بعكس ذلك، الوجهان في السبيكة جاريان في الحلق ونحوه، وفي القراضة كما صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، وفي مطبوع لا يتعامل به إذا نقصت قيمته عن قيمة المطبوع الرابح.

أطلق في «الروضة»: أنه يقطع بربع دينار قراضة بلا خلاف، وإنه لو سرق دينارًا مغشوشًا، فإن بلغ خالصه ربع دينار قطع، وإلا فلا، وهذا إنما يجيء على ما رجحه إذا لم ينقص قيمة القراضة، ولا الخالص من الغش عن قيمة الربع الخالص المضروب، وأما على طريقة الجمهور فقطع فيهما.

قال: (**وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرَ ظَنَّهَا فُلُوسًا لَا تُسَاوِي وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرَ**) لأنه قصد سرقة عينها، وهي تساوي ربعًا، فلو سرق فلوسًا ظنها دنانير، فبلغت قيمتها نصابًا، قطع، وإلا فلا.

قال: (**وَكَذَا ثَوْبٌ رَثٌّ فِي جَيْبِهِ تَمَامُ رُبُعٍ جَهِلَهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه أخرج نصابًا من حرزه على قصد السرقة، والجهل بجنس المسروق لا يؤثر؛ لجهله بصفته.

والثاني: إذا لم يقصد سرقة نصاب، ويخالف ما ظنه فلوسًا، فإنه قصد سرقة عينها.

قال: (**وَلَوْ أَخْرَجَ نِصَابًا مِنْ حِرْزٍ مَرَّتَيْنِ**) أي: فأكثر.

فَإِنْ تَخَلَّلَ عِلْمُ الْمَالِكِ وَإِعَادَةُ الْحِرْزِ فَالْإِخْرَاجُ الثَّانِي سَرِقَةٌ أُخْرَى، وَإِلَّا قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ.

(**فَإِنْ تَخَلَّلَ عِلْمُ الْمَالِكِ وَإِعَادَةُ الْحِرْزِ؛ فَالْإِخْرَاجُ الثَّانِي سَرِقَةٌ أُخْرَى**) أي: وإن كان المخرج في كل دفعة نصابًا، وإلا فلا.

قال: (**وَإِلَّا قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وإن لم يتخلل علم المالك وإعادة الحرز، قطع في الأصح؛ لأنه أخرج نصابًا كاملًا من حرز مثله، فأشبه ما لو أخرجه دفعة واحدة [ولا فرق بين أن يعود لأحد بقية النصاب في الحال، فلا فصل، أو يعود بعد فصل طويل أو قصير] ولا بين أن يعود بعد عوده إلى منزله أولًا، ولا بين أن يعود في ليلته أو غيرها.

وللأصحاب طرق في ذلك، جعلها في «الروضة» ستة أوجه، وفيه نظر، وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: إن حاصلها ثلاثة أوجه:

وقوله: «فإن تخلل علم المالك وإعادة الحرز» يقتضي اعتبار الأمرين، وعبارة غيره: فإن علم المالك بهتك الحرز، أو الناس، أو أعيد الحرز، فالإخراج الثاني سرقة، أخرى ولا خفاء أن كل محرز بحق في ذلك كالمالك، قال في «الروضة»: في مسألتنا.

والثاني: لا.

والثالث: إن عاد وسرق بعدما أشهر خراب الحرز، وعلم به الناس، أو المالك، فلا قطع، وإن عاد قبله؛ قطع.

والرابع: إن عاد تلك الليلة قطع، وإن عاد في ليلة أخرى فلا.

والخامس: إن لم يطل الفصل بين الإخراجين؛ قطع، وإن طال فلا.

والسادس: إن كان يخرج شيئًا فشيئًا، ويضعه خارج البيت حتى تم نصابًا، ولم يفارق الحرز؛ قطع، وإن ذهب بالمسروق أولًا إلى بيته ونحوه مسرعًا، أو مع قرب الفصل؛ فلا قطع، انتهى.

والذي لخصه الشَّاشِي وغيره ثلاثة أوجه: ثالثها: إن لم يشتهر هتك الحرز قطع وإلا فلا، وزاد المروزي: رابعًا، وهو السادس في «الروضة».

وَلَوْ نَقَّبَ وِعَاءَ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهَا فَانْصَبَّ نِصَابٌ قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ.

وقال ابن الرِّفْعَة في «مطلبه»: والحاصل أنا إذا أجرينا لفظ الأصحاب على ظاهره عشرة أوجه:

أحدها: لا قطع مطلقًا.

وثانيها: عكسه.

ثالثها: إن عاد في ليلة أخرى لم يجب، وإلا وجب.

رابعها: إن عاد قبل علم المالك بخراب الحرز وجب وإلا فلا.

خامسها: إن عاد قبل اشتهار هتك الحرز، وعلم المالك بخرابه وجب وإلا فلا.

سادسها: إن عاد من قربٍ وجب وإلا فلا.

سابعها: إن عاد قبل وضع ما سرقه أولًا وجب وإلا فلا يجب.

ثامنها: يجب إن لم يعد بما سرقه أولًا إلى بيته. وعدم وجوبه إلى إعادته إلى بيته، قال: وهو أعم مما قبله.

ثم ذكر أن **العاشر**: ما أخذه الْغَزَالِي من كلام إمامه، وذكر كلامًا طويلًا، وأغفل الكتاب أو غيره وجهًا!! وأحسبه عكس الثالث! والله أعلم.

فرع: قال الدارمي إذا أخذ نصف نصاب من حرز ونصفًا من حرز آخر، أو من رجلين؛ فلا قطع إلا أن يكون لرجل فيجعل إخراجه لما أخرج من أحدهما في الآخر، ثم يخرجه.

قال: (**وَلَوْ نَقَّبَ وِعَاءَ حِنْطَةٍ وَنَحْوِهَا فَانْصَبَّ نِصَابٌ قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه هتك حرزًا، أو خرج بفعله نصاب؛ ولأنه هكذا يخرج.

والثاني: لا؛ لأنه خرج بسبب لا مباشرة، والسبب ضعيف فلا يقطع به.

والثالث: أن انصب نصاب دفعه قطع، أو في دفعات فلا، هذا حاصل «الروضة» والذي أورده الجمهور أنه انصب نصاب دفعه؛ قطع قطعًا، أو في دفعات؛ قطع على الأصح، ومن صور المسألة: طر الجيب والكم، ونقب في

وَلَوْ اشْتَرَكَا فِي إِخْرَاجِ نِصَابَيْنِ قُطِعَا، وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ سَرَقَ خَمْرًا وَخِنْزِيرًا وَكَلْبًا وَجِلْدَ مَيْتَةٍ بِلَا دَبْغٍ فَلَا قَطْعَ، فَإِنْ بَلَغَ إِنَاءُ الْخَمْرِ نِصَابًا قُطِعَ عَلَى الصَّحِيحِ.

أسفل الغرفة ونحوها، ولم يفرقوا بين أن يكون قد أخذ ما خرج أم لا، ويجيء وجه في اعتبار أخذه كما قيل به إذا رماه إلى خارج الحرز.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَكَا فِي إِخْرَاجِ نِصَابَيْنِ؛ قُطِعَا**)؛ لأن كل واحدٍ سرق نصابًا.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) وإن لم يبلغ ما أخرجاه معًا نصابين لم يقطعا؛ لأن كلًّا منهما لم يسرق إلا دون نصاب، ولا فرق عندنا بين أن يكون المخرج مما يستقل الواحد بإخراجه، أو لا؛ لثقله، صرح أصحابنا، وحكى القرطبي المالكي في تفسيره في الضرب الأول قولين لهم:

أحدهما: يقطعان، كما لو قطعا يدًا، أو قتلا؛ ولئلا يجعل ذريعة.

والثاني: المنع، وبه قال أبو حنيفة، والشَّافِعِي؛ للحديث، وادعى الضرب الثاني، وهو ما لم يمكن إخراجه إلا بالتعاون؛ اتفاق العلماء على القطع، ذكره ابن العربي، انتهى.

وليس مذهبًا كما قال ابن العربي، والظاهر أنه لو كان المعاون للمكلف في الإخراج مجنونًا، أو طفلًا مأمورًا له؛ فيقطع المكلف إن لم يبلغ المخرج نصابين، ولا زاد على نصاب.

قال: (**وَلَوْ سَرَقَ خَمْرًا وَخِنْزِيرًا وَكَلْبًا وَجِلْدَ مَيْتَةٍ بِلَا دَبْغٍ**) أي: وغيرها من النجاسات.

(**فَلَا قَطْعَ**) أي: سواء سرق ذلك من ذمي، أو غيره؛ لأنه ليس بمال.

قال: (**فَإِنْ بَلَغَ إِنَاءُ الْخَمْرِ نِصَابًا؛ قُطِعَ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: المنصوص في «الأم»؛ لأنه سرق نصابًا من حرزه.

والثاني: المنع؛ لأن ما فيه مستحق الإراقة، فصار شبهة دارئة، وإن كان فيه بول قطع قطعًا، وقيل: على الوجهين، قاله الرَّافِعِي، والظاهر أن الوجهين

وَلَا قَطْعَ فِي طُنْبُورٍ وَنَحْوِهِ، وَقِيلَ: إنْ بَلَغَ مُكَسَّرُهُ نِصَابًا قُطِعَ.
قُلْت: الثَّانِي أَصَحُّ وَاَللهُ أَعْلَمُ.

فيما إذا أخرج الخمر في إنائه، لو أراقه في الحرز، ثم رجع بالإناء؛ قطع، ويجوز أن يكون محلهما ما إذا أخرجه بخمره سارقًا، فأما لو أخرجه لإراقة خمره إزالة للمنكر، فلا؛ إذ قد لا يمكنه إراقته في حرزه، وسيأتي ما يعضده ثم من يقسم الخمر إلى محترمة وغيرهما، وهم المراوزة، ينبغي أن يجعل ظرف المحترمة على الطريقين، أما البول فقد يفرق علمه بكونها محترمة وغيرها.

وطرد الْعِمْرَانِي الوجهين في كل ما يستهان كقشور الرمان، وهو بعيد، والوجه القطع بالقطع، نعم؛ حكوا في القطع بسرقة الماء، إن قلنا: إنه لا يملك وجهين:

أصحهما: نعم، وبه جزم جازمون، ونسب الصيمري في «شرح الكفاية» المنع إلى أكثر أصحابنا، للحديث: «**الناس شركاء في ثلاثة: الماء والنار والكلأ**»(١) قال: وعليه الغرم، وأجرى الوجهان في سرقة التراب.

قال: (**وَلَا قَطْعَ فِي طُنْبُورٍ وَنَحْوِهِ**) أي: من الملاهي المحرمة.

قال في «الأم»: ولا تقطع في ثمن الطنبور، ولا المزمار، فخذ منه تحريم الشبابة، كما هو المذهب كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وكذا كل آله معصية كصليب وصنم، قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَقِيلَ: إنْ بَلَغَ مُكَسَّرُهُ نِصَابًا؛ قُطِعَ، قُلْت: الثَّانِي أَصَحُّ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**)، وقال الرَّافِعِي: إليه مال الأكثرون، ومنهم العراقيون، والرُّويَانِي، قال الإمام: ويتجه أن يقال: إن قصد السرقة ففيه الوجهان، وإن قصد بإخراجها إن تيسر تكسيرها وإفسادها فيقطع بأنه لا قطع، قال الرَّافِعِي: هذا قضية كلام الأصحاب، فليجعل بيانًا لما أرسلوه، لا احتمالًا خارجًا عن المنقول، انتهى.

وكذلك قال في «البسيط» و«الوسيط» إن خرجه على قصد الكسر، وإظهاره فلا حد، وإن أخرجه سارقًا إياه؛ فوجهان: وجه القطع: أنه أخرج نصابًا من

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٣/ ٢٧٧).

الثَّانِي كَوْنُهُ مِلْكًا لِغَيْرِهِ.

حرز سارقًا، قال الإمام: ويجري الخلاف في كل ما سلط الشرع على تكسيره كالأصنام، وطرده الْغَزَالِي في أواني الذهب والفضة حيث يجب كسرها، والمنقول المجزوم به في «الحاوي» و«الشامل» و«المهذب» و«التهذيب» «والكافي» وغيرها القطع بقطع سارقها.

قال الرَّافِعِي: والوجه ما قاله في «البيان» على جواز الاتخاذ إن جوزناه قطع، وإلا فهي كآلة اللهو، وكلام «البسيط» يشير إلى ما ذكره ولو كسره في الحرز، ثم أخرجه؛ جزم جماعة بالقطع، وفي «الحاوي» و«المهذب» في الحالتين، ثلاثة أوجه:

ثالثها: إن أخرجه بعد التفصيل والتعيين؛ قطع، وإلا فلا، قال الْمَاوَرْدِي: وظاهر مذهب الشَّافِعِي القطع مطلقًا، انتهى، وإطلاق نص «الأم» السابق ينازعه، والله أعلم.

قال: (**الثَّانِي: كَوْنُهُ مِلْكًا لِغَيْرِهِ**) أي: الشرط الثاني لوجوب القطع كون المسروق ملكًا لغير السارق، فلا يقطع من سرق ماله من يد غيره كمرتهن، ومستأجر، ومستعير، ومودع، وعامل قراضٍ، وشرك، نعم إن أخذ مع ماله نصابًا آخر عالمًا؛ قطع، ولو سرق المبيع من يد بائعه في زمن الخيار فلا قطع، صرح به في «المحرر».

تنبيهان: قد يفهم قوله: «ملكًا لغيره» أنه لو وهب له شيء، فسرقه بعد القبول؛ أنه يقطع، وهذا وجه، والصحيح خلافه، لو أوصى له بشيء فسرقه بعد موت الموصي، وقبل القبول؛ قال الشيخان: بناء على أقوال الملك فيها لم يحصل، إن قلنا بالموت لم يقطع، وإلا قطع.

قلت: وفيه نظر.

وأطلق ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» القول بأنه لا يقطع من غير تعرض لبناء، وهو أقرب لشبهة القول بالملك بالموت، وينبغي أن يفصل فيقال: إن أخذه من جهة الوصية؛ فلا قطع قطعًا، وإلا فتردد.

فَلَوْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ وَغَيْرِهِ قَبْلَ إِخْرَاجِهِ مِنْ الْحِرْزِ، أَوْ نَقَصَ فِيهِ عَنْ نِصَابٍ بِأَكْلٍ وَغَيْرِهِ لَمْ يُقْطَعْ فَلَا قَطْعَ.

قال: (**فَلَوْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ وَغَيْرِهِ قَبْلَ إِخْرَاجِهِ مِنْ الْحِرْزِ، أَوْ نَقَصَ فِيهِ عَنْ نِصَابٍ بِأَكْلٍ وَغَيْرِهِ**) أي: كشراء ونحوه.

(**فَلَا قَطْعَ**)؛ لأنه في الأولى: لم يخرج إلا ملكه، وفي الثانية: لم يخرج إلا دون النصاب.

إشارة: كلامه يقتضي أنه لو ملكه بعد إخراجه من الحرز أنه يقطع مطلقًا، وليس كذلك على المذهب؛ بل لو وقع ذلك قبل الرفع إلى القاضي امتنع القطع بناء على استيفائه، ويتوقف على الدعوى بالمسروق والمطالبة به وهو الصحيح.

قال الْمَاوَرْدِي بعد ذكره هذا: فيسقط القطع مع وجوبه كالحقوق التي ليس لها مطالب بها، وهذا عجيب، ولعل أثره يظهر فيما لو جنى جانٍ على ما كنا نقطعه منه في السرقة أنه لا قود عليه، ولا دية، كما قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى» في الجناية على يد السارق، قال: لأنها هدر في حق الكافة.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: إذا ملكه بالهبة، أو الشراء، أو الإرث، يسقط القطع عندنا، وسواء كانت الهبة قبل الترافع إلى الإمام أو بعده عندنا.

وقال [أبو حنيفة](١) وابن أبي ليلى: فإن كانت الهبة بعد الرافع لا تسقط، انتهى.

وفي «البيان»: إنه لو وهبها منه أو باعه بعد أن ترافعا إلى الحاكم؛ لا يسقط القطع، ويستوفيه الحاكم منه، وإن وهبها، أو باعها منه قبل أن يترافعا إلى الحاكم، فإن القطع لا يسقط؛ ولكن لا يمكن استيفاؤه منه؛ لأن بالهبة والبيع سقطت مطالبته [والإمام لا يقطع السارق إلا بمطالبته المسروق منه، فإذا لم يكن استيفاء القطع، هذا مذهبنا، هذا بعد قوله في أول المسألة].

قال أصحابنا: وهو موافق لكلام الْمَاوَرْدِي، فيحتمل قولهم: يسقط القطع

---

(١) في نسخة: (أبو يوسف).

وَكَذَا إِنْ ادَّعَى مِلْكَهُ عَلَى النَّصِّ.

على أنه لا يستوفى منه، ويطلب فائدته.

فرع: أطلق ابن سُرَيْج في كتابه «الودائع»: أنهما لو شهدا عليه بسرقة فلم يقطع حتى ملك ما شهدا عليه بسرقته لم يقطع، والذي قاله القاضي أبو الطيب، وأبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: إنه إذا ملك المسروق قبل الحكم بالسرقة؛ سقط القطع، قال في «الودائع»: وإن شهدا بسرقة عصير، فلم يقطع حتى صار خمرًا؛ فلا قطع عليه ولا ضمان، وهذا شيء لا يُهتدى إليه، والظاهر أنه تحريف من ناقل.

قال: (وَكَذَا إِنْ ادَّعَى مِلْكَهُ عَلَى النَّصِّ) أي: وقول الجمهور؛ لأن ما يدعيه محتمل فصار شبهة دارئة للقطع، ويروى عن الشَّافِعِي ﷺ أنه سماه «السارق الظريف» وهذا نقله الثعالبي عن الشعبي أنه قال: السارق لا يقطع، ويشبه أن يكون الشَّافِعِي تصحيف، وحكاه إبراهيم المروزي عن الحافظ، وقال أبو إسحاق المروزي وجماعة: إنه لا يسقط القطع بمجرد الدعوى، لأنه يؤدي إلى سقوط الحد بلا حجة، وحملوا النص على ما إذا أقام بينة بذلك، ورجحه الصيمري في «شرح الكفاية» وزيفه الْمَاوَرْدِي وغيره.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: وله وجه والمصلحة فيه في زمان الفساد، والخلاف جارٍ فيما لو ادعى أنه ملك ابنه أو سيده، والمسروق منه عبده، وهو مجهول النسب، أو أن الحرز مكله وغصبه منه.

وفي «الكافي»: إنه لو قامت بينة على عبدٍ بسرقة، فقال: هو ملك سيده، فإن صدقه السيد، فلا قطع، وإن كذبه؛ فوجهان، وهذا الفرع مفرع على النص، ويجيء مثله في دعوى الولد وغيره، قال الرَّافِعِي: ويجري فيما لو شهدا عليه بالزنا، فادعى أنها زوجته، أو كانت أمة فادعى شراءها، وقال الإمام: إن ظاهر المذهب والنص عدم السقوط، بخلاف القطع، انتهى.

ونقل الْمَاوَرْدِي في دعوى الزوجية اتفاق الأصحاب على أنه لا يحد، وجعله حجة على أبي إسحاق في مسألة السرقة، وكلام صاحب «المعتمد»

....

يشهد لِلْمَاوَرْدِي، وبه أجاب المحاملي في «المقنع» مع نقله خلاف أبي إسحاق في السرقة، وهو قضية كلام آخرين، وسوَّى الْبَغَوِي وغيره بين الصورتين.

تنبيهات: منها: لو قامت بينة بسرقته، فادعى أنه رب المال المتروك أمره بالدخول، قال الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: ليس فيه نص، والذي يجيء على المذهب: أنه كما لو أدعى أن المسروق له.

قلت: وقد يتمشى هذا إذا احتمل صدقه، أما لو قطع بكذبه بأن كان قد ثقب جداره، أو كسر بابه، أو أقفاله، ففيه بعد، وكذا ينبغي أن يفصل في جميع دعاويه، فيقال: إن احتمل صدقه بحال فلا قطع، وإلا قطع، وإليه يشير قوله في تعليل المنع؛ لأنه ادعى أمرًا محتملًا فكان شبهة كاذبة.

ومنها: بمجرد دعواه الملك يمتنع القطع على النص، وإن حلف المسروق منه على نفي ما ادعاه، فلو لم يحلف، وحلف السارق؛ فلا قطع قطعًا، ولو لم يحلف السارق.

قال ابن الرِّفْعَة: فالذي أورده «الْبَغَوِي» و«الفوراني» أنه على الخلاف، وأبداه الرَّافِعِي احتمالًا لنفسه.

وقال في «الشامل»: ينبغي أن يسقط القطع وجهًا واحدًا؛ لأن دعواه لم تبطل.

ومنها: الخلاف في المسألة إذا لم يكن في دعوى السارق تكذيب البينة التي شهدت بسرقته، بأن قال: لم يزل ملكي، وكان [قد غصبه مني، فإن قال: ما سرقت أصلًا؛ قال ابن كج: فالمذهب أنه لا يسقط القطع.

قال الرَّافِعِي: وإطلاق] عامة الناقلين يوافقه.

قال ابن الرِّفْعَة: والذي جزم به الْمَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، والْبَنْدَنِيجِي، وابن الصباغ في مسألة دعوى عدم السرقة وجوب القطع، وفي دعوى الغصب، والبيع، وغيرهما أنه محل الخلاف، انتهى، وكذا نقل في «البيان» وعد من الأمثلة أن يقول: أباحه لي، أو أباحه للناس.

وَلَوْ سَرَقَا وَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا لَهُ أَوْ لَهُمَا فَكَذَّبَهُ الْآخَرُ لَمْ يُقْطَعْ الْمُدَّعِي، وَقُطِعَ الْآخَرُ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ سَرَقَ مِنْ حِرْزِ شَرِيكِهِ مُشْتَرَكًا، فَلَا قَطْعَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ قَلَّ نَصِيبُهُ.

قال: (**وَلَوْ سَرَقَا وَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا لَهُ أَوْ لَهُمَا فَكَذَّبَهُ الْآخَرُ؛ لَمْ يُقْطَعْ الْمُدَّعِي**) لاحتمال صدقه.

قال: (**وَقُطِعَ الْآخَرُ فِي الْأَصَحِّ**) وبه قطع جماعة؛ لأنه مقر بسرقة نصاب بلا شبهة.

والثاني: لا، وينسب إلى **الْقَفَّال**؛ لأنه ادعى ما لو صدق فيه لسقط القطع، فصار كما لو قال المسروق منه: إنه ملكه؛ سقط القطع، وإن كان السارق مقرًا بأنه سرق بلا شبهة، والله أعلم.

إشارات: لو قال: فلو سرقا؛ ليشير إلى أن المسألة مفرعة على النص كان حسنًا، قال **الرَّافِعِي**: ولو قال أحدهما: هذا ملك شريكي، وأخذت معه بإذنه، وأنكر الشريك؛ فالذي نقلوه أنها كالصورة قبلها، لا قطع على مدعي الشريك، وفي المنكر وجهان.

وقال في «التهذيب»: الأولى أن يقال: يقطع المنكر، وفي المدعي وجهان، ظاهر كلام الشيخين أن تكذيب الآخر شرط، فإن قطعه حتى لو سكت ولم يكذبه، أو قال: لا أدعي، لم يقطع؛ لكن عبارة «المعتمد»: قطع الساكت دون المدعي.

وقال في «الكافي»: وإن قال: لا أدري؛ يحتمل وجهين: أصحهما: أنه لا يجب؛ لأن ما يقوله صاحبه محتمل، وهو لا ينكره، انتهى.

[وقال **الْمَاوَرْدِي**: لو أدعى أحدهما أنه ملكه] عن مدعيها دون الآخر، سواء تصادق السارقان عليها أو تكاذبا؛ لأن سرقة أحدهما لا تقف على شبهة الآخر، وقضية كلام الشيخين وغيرهما: أنه إذا صدقه؛ لم يقطع أيضًا كالمدعي، وبه صرح **الْبَغَوِي** وغيره.

قال: (**وَإِنْ سَرَقَ مِنْ حِرْزِ شَرِيكِهِ مُشْتَرَكًا؛ فَلَا قَطْعَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ قَلَّ نَصِيبُهُ**) لأن له في كل جزءٍ منه حقًّا، وكان كوطء الجارية المشتركة.

الثَّالِثُ عَدَمُ شُبْهَةٍ فِيهِ، فَلَا قَطْعَ بِسَرِقَةِ مَالِ أَصْلٍ وَفَرْعٍ ....

والثاني: يقطع؛ إذ لا حق له في نصيب الشريك، فعلى هذا قال الجمهور: إن كان المال بينهما بالتسوية، وسرق نصف دينار فصاعدًا؛ فقد سرق من الشريك نصابًا، وإن كان ثلثاه للسارق، فسرق ثلاثة أرباع دينار؛ قطع، وهكذا أورداه وجهان آخران ضعيفان لا نطيل بذكرهما.

وعلى القول الأظهر: لو كان المسروق ألف دينار مثلًا له منها قدر دينار شائع، لم يقطع، ولا فرق عليه بين كون المشترك مما يجبر على قيمة لا يجبر عليها.

قال: (**الثَّالِثُ: عَدَمُ شُبْهَةٍ فِيهِ**)؛ لما روي من حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنه ﷺ قال: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِى الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِى الْعُقُوبَةِ**»(١) رواه الترمذي وضعف رفعه، وقال: وقفه أصح، وقال الحاكم: إنه صحيح الإسناد، يشير إلى صحة رفعه، وأما حديث: «**ادرءوا الحدود بالشبهات**»(٢) فلا يصح بوجه، وكتب الفقه مشحونة به.

قال: (**فَلَا قَطْعَ بِسَرِقَةِ مَالِ أَصْلٍ وَفَرْعٍ**) أي: سواء علت الأصول، أو

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٥١٢، رقم ٢٨٥٠٢) موقوفًا بنحوه، والترمذي (٤/ ٣٣، رقم ١٤٢٤) مرفوعًا، وقال: يزيد بن زياد الدمشقي ضعيف، وذكر أنه روي مرفوعًا وموقوفًا، والموقوف أصح. والحاكم (٤/ ٤٢٦، رقم٨١٦٣) مرفوعًا، وقال: صحيح. وتعقبه الذهبي قائلاً: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي متروك. والبيهقي (٨/ ٢٣٨، رقم ١٦٨٣٤) مرفوعًا. والدارقطنى (٣/ ٨٤)، والديلمي (١/ ٨٢، رقم ٢٥٦)، والخطيب (٥/ ٣٣١).

(٢) حديث ابن عباس المرفوع: قال المناوي (١/ ٢٢٧): قال العراقي: خرجه أبو أحمد بن عدي في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة من رواية ابن لهيعة عن ابن عباس، وقال الحافظ: وهذا الإسناد إن كان من بين ابن عدي وابن لهيعة مقبول فهو حسن.
حديث ابن مسعود الموقوف: أخرجه مسدد كما في المطالب العالية (٩/ ٥٥، رقم ١٨٥٧). والبيهقي (٨/ ٢٣٨، رقم ١٦٨٣٩) وقال: منقطع وموقوف. قال المناوي (١/ ٢٢٧): قال الحافظ: وهو موقوف حسن الإسناد. وبه يرد قول السخاوي: طرقه كلها ضعيفة. نعم أطلق الذهبي على الحديث الضعف، ولعل مراده المرفوع. وقد ذهب الغماري في المغير (ص ١٢) إلى أن الحديث موضوع.

وَسَيِّدٍ.

تسافلت الفروع؛ لأن مال كل فريق منهما مرصد لحاجة الآخر، وله فيه شبهة النفقة، والظاهر أنه لا فرق بين أن يتفق دينهما أو يختلف.

قال: (وَسَيِّدٍ) أي: لا يقطع العبد بسرقة سيده لشبهة استحقاقه النفقة؛ لأن يده كيده.

وقد روى مالك عن الزهري عَنِ السَّائِبِ بنِ يَزِيدَ: «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرِو بْنِ الْحَضْرَمِيِّ جَاءَ بِغُلَامٍ لَهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ فَقَالَ لَهُ: اقْطَعْ يَدَ غُلَامِي هَذَا فَإِنَّهُ سَرَقَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: مَاذَا سَرَقَ؟ فَقَالَ: سَرَقَ مِرْآةً لِامْرَأَتِي ثَمَنُهَا سِتُّونَ دِرْهَمًا، فَقَالَ عُمَرُ ﷺ: أَرْسِلْهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَطْعٌ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ»(١) ولم يخالفه مخالف فيما يعلم، وحينئذٍ لا يقطع بمال سيده بطريق الأولى، والمبعض كالقن، وكذا المكاتب على الأصح.

فروع: الصحيح المنصوص أن من لا يقطع بسرقة مال شخص لا يقطع عبده به أيضًا، فلا يقطع عبد بسرقة مال أصول سيده ولا فروعه، وسيأتي في هذا بحث عن القاضي الحسين ؒ.

لو سرق ممن يملك بعضه مما ملكه ببعضه الحر؛ لم يقطع وفاقًا للقفال، والْمَاوَرْدِي، وخلافًا للشيخ أبي علي السنجي.

لو سرق من مال مديونه؛ فالأصح أنه لم يكن جاحدًا ولا مماطلًا؛ قطع، وإن كان كذلك وقصد الاستيفاء، ودينه حالٌّ؛ فلا قطع وإن أخذ قدر حقه من جنسه، وكذا من غيره، أو أزيد منه بنصاب، أو غير الزائد على الأصح في الثلاث؛ لأنه إذا تمكن من الدخول والأخذ لم يبق المال محرزًا عنه، وقال صاحب «المعتمد»: إذا ادعى أنه كان له في ذمته مثل ما أخذ؛ يقطع، وقيل: يقطع ما لم يكن طالبه بحقه فأبى، انتهى. والظاهر أنه يصدق في جحود مديونه ومماطلته على الوجهين؛ لاحتمال صدقه.

لو أخذ شيئًا على وجه السرقة ظانًّا أنه لأبيه [أو ابنه] أو أن الحرز له؛ فلا

---

(١) أخرجه مالك (١٥٢٩).

وَالْأَظْهَرُ قَطْعُ أَحَدِ زَوْجَيْنِ بِالْآخَرِ.

يقطع على الأقرب في «الشرح» والأصح في «الروضة» واقتضى منقول «الذخائر»: أنه وجه مرجوح.

وفي «التهذيب» و«العدة» و«الإبانة» و[«البيان»] و«الذخائر»: أنه لو نقب دارًا وأخرج منها متاعًا وهو يظنها دار نفسه، والمال ماله؛ أنه يجب عليه القطع، خلافًا لأبي حنيفة، وهذا بعيد عن قياس النص، ولعله من تفاريع قول أبي إسحاق.

ويجوز أن يقال: يقطع على النص؛ لأن شاهد الحال يكذبه؛ لأن الإنسان لا ينقب دار نفسه، ويخرج متاعه منها على وجه السرقة، فإن صح هذا كان شاهدًا لما قدمناه من أن القطع إنما يندفع عنه عند احتمال صدقه.

وفي «عمد الفوراني»: أنه لا يشترط علم السارق، فلو نقب دارًا ذكر أن له فيها حقًا، فوقع إلى دار أخرى فسرق؛ قطع، انتهى.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ: قَطْعُ أَحَدِ زَوْجَيْنِ بِالْآخَرِ**) أي: بمال الآخر إذا كان محرزًا عنه؛ لعموم الآية.

ورأيت في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: قال القاضي الحسين: إنما يقطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر؛ إذا كان مال كل واحد منهما في دار أخرى، أما في دار واحدة، وإن أحرز ماله في بيتٍ، وأغلق عليه؛ لا يكون حرزًا في حقه، انتهى. وكلام كثيرين ومنهم الرَّافِعِي، والمصنف، ساكت عن هذا.

والقول الثاني: لا؛ للشبهة؛ لأنها تستحق عليه النفقة، وهي يملك الحجر عليها، ومنعها من التصرف عند الإمام مالك، فصار الحرز معه واهيًا، ويؤيده الأثر السابق عن عمر رضي الله عنه في عبد الزوج.

والثالث: يقطع الزوج دونها؛ لأن لها حقوقًا في ماله، بخلافه، ومحل الخلاف فيها إذا لم تكن تستحق عليه شيئًا وقت السرقة، وإلا فهي كصاحب الدين يسرق مال مديونه كما سبق؛ بل هي أولى بعدم القطع.

وصحح الشيخ أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب

وَمَنْ سَرَقَ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ، إِنْ فُرِزَ لِطَائِفَةٍ لَيْسَ هُوَ مِنْهُمْ قُطِعَ، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي الْمَسْرُوقِ كَمَالِ مَصَالِحَ وَكَصَدَقَةٍ وَهُوَ فَقِيرٌ فَلَا، ....

«المعتبر» القول الثاني، وابن أبي عصرون الثالث، وهو أعدلها؛ لما ذكرناه.

فرع: قال الشيخ إبراهيم المروزي: قال أصحابنا: - يعني تفريعًا على القول الأظهر - وإذا لم يقطع عند كل واحدٍ منهما بسرقة مال الآخر؛ فلا يقطع والد كل والد وولده بسرقة مال الثاني.

قال القاضي الحسين: وعلى هذا القياس من لا تقطع يده بسرقة ماله لا يقطع بسرقة مال من لا يقطع صاحبه بسرقة ماله، حتى لا يقطع الرجل بسرقة مال امرأة ابنه، ولا الصهر بسرقة مال الختن، ويؤدي هذا على ما لا يتناهى، فيجب أن يحذف الكل، ويقتصر على ما نص عليه الشَّافِعِي في العبد، ومن عداه يقطع، والفرق أن يد العبد يد المولى، ويد الوالد والولد لا تكون يده، فعلى هذا يقطع مكاتب كل واحد منهما بسرقة مال الثاني؛ لأن يد المكاتب لا تكون يده، انتهى.

قال: (**وَمَنْ سَرَقَ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ، إِنْ فُرِزَ لِطَائِفَةٍ لَيْسَ هُوَ مِنْهُمْ؛ قُطِعَ**) أي: لعدم شبهة له فيه.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن سرق من غير المفرز لهم.

قال: (**فَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي الْمَسْرُوقِ كَمَالِ مَصَالِحَ**) أي: وإن كان غنيًا بشرط كونه مسلمًا، أما الذمي فيقطع به على الصحيح، وجزم ابن الْقَطَّان في «فروعه» بمقابله؛ لأنه ليس لمالك معين فيدرأ بالشبهة، ويشبه أن يلفت الخلاف فيه على أنه هل ينفق عليه من بيت المال عند عجزه، أم لا؟ وفيه خلاف مشهور.

قال: (**وَكَصَدَقَةٍ وَهُوَ فَقِيرٌ**) أي: مسلم.

(**فَلَا**) أي: للشبهة المذكورة.

والثاني: المقابل والأصح في الكتاب لا قطع سواء كان غنيًا أو فقيرًا؛ وسواء سرق من مال الصدقات أو من مال المصالح؛ لأنه مرصد للحاجة،

وَإِلَّا قُطِعَ.

فالفقير ينفق عليه والغني يعطى منه ما يلزمه بسبب حمالة يتحملها، وقد سرق منه رجل في زمن عمر ﷺ وآخر في زمن علي ﷺ فلم يقطعاهما(١) رواه البيهقي عنهما ولم ينكره أحد.

والثالث: أنه يقطع مطلقًا، كما في سائر الأموال.

قال: (**وَإِلَّا قُطِعَ**) أي: وإن لم يكن صاحب حق فيه قطع؛ لعدم الشبهة، وعبارة «المحرر»: وإن لم يكن صاحب حق كالغني، وإن سرق من مال الصدقات؛ قطع، وإن سرق من مال المصالح لم يقطع، وكذا فصل في «الروضة».

واعترض الشيخ برهان الدين الفزاري - ﷺ - على «المنهاج» فقال: يعد كلامه هذا مخالف «للروضة» فإنه قال فيها: وإن لم يكن صاحب حق كالغني فإن سرق من مال الصدقات قطع، وإن سرق من مال المصالح فلا يقطع في الأصح، قال: فخص القطع بالصدقات، وفي «المنهاج» قال: كصدقة، انتهى.

ولم يظهر لي ما ادعاه من المخالفة، وذكر الفقير مثال [وفي معناه كل من اتصف بجواز الصرف إليه منها كما قاله الغزالي، ومنهم:] الغني، إذا تحمل حمالة يجوز الصرف إليه منها من الزكاة فكما سبق، أو كان قد عمل فيها عملًا بأجرة، كوزَّان، وكيال، وحارس، ونحوهم، وأجورهم باقية فيها، ولعله أشار بقوله: «وَكَصَدَقَةٍ وَهُوَ فَقِيرٌ» إلى ما في الزكاة من الكفارات والنذور ونحوها.

فائدتان:

الأولى: قال الرُّويَانِي بعد أن حكى عن الأصحاب: الذمي يقطع بسرقة مال بيت المال، ظاهر المذهب عندي: أنه إن كان معدًا لوجوه المصالح العامة لم يقطع؛ لأنه يدخل فيه تبعًا للمسلمين، وإن كان لمصالح المسلمين قطع، انتهى. وهذا الترجيح لا بأس به [وإن اقتضى كلام الشيخين ترجيح خلافه وإنه نظر إلى التبعية].

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٢٨٢).

وَالْمَذْهَبُ قَطْعُهُ بِبَابِ مَسْجِدٍ وَجِذْعِهِ لَا حُصُرِهِ، وَقَنَادِيلَ تُسْرَجُ.

الثانية: لو سرق من الزكوات ونحوها من حرمت عليه لشرفه كما تقدم، وهو فقير، هل يقطع كالغني؛ لأنه لا حق له فيها، أم لا لشبهة الاستحقاق عند منعهم حقهم من الفيء، كما ذهب إليه الإصطخري؟ لم أر في ذلك شيئًا.

فرع: سرق من الغنيمة شيئًا، ومن الغانمين زوجته، فهل يقطع؟ قال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: فيه قولان مبنيان على القولين في قطع أحد الزوجين بمال الآخر.

فرع: يحد الزاني بجارية بيت المال على الصحيح، وإن لم يقطع بماله.

قال: (**وَالْمَذْهَبُ: قَطْعُهُ بِبَابِ مَسْجِدٍ وَجِذْعِهِ**) أي: ونحوهما من متصلاته كسواريه، وغيرهما من أبنية، قال الدارمي: ومنبره وما اتصل به كذلك؛ لأنه مال يضمن باليد، وبالإتلاف، وللإمام ونحوه المطالبة به، فأشبه سائر الأموال.

قال **الرَّافِعِي** ـ كَلَلهُ ـ: هذا ما أجاب به أكثرهم، ورأي الإمام تخريج وجه في الأبواب والسقوف؛ لأنها أجزاء المسجد، والمساجد يشترك فيها المسلمون، وتتعلق بها حقوقهم كما في بيت المال.

وكلام المصنف يتضمن نقل طريقتين، ولم أرهما في الكتب، نعم سيأتي عن ابن أبي هريرة ما يوافق تخريج الإمام، وفي «الحاوي»: إذا سرق آلة المسجد المحررة فيها إما بأبوابها أو بقوامها، أو كثرة الغاشية، والمصلين فيها، إذا كانت معدة للزينة كالستور، أو للإحراز كالصناديق والأبواب.

قال: (**لَا حُصُرِهِ**) أي: المعدة للاستعمال.

(**وَقَنَادِيلَ تُسْرَجُ**) أي: بخلاف قناديل الزينة؛ لأن ذلك لمصلحة المسلمين، فللسارق فيه حق كبيت المال، وقال **الْمَاوَرْدِي** متصلًا بما قدمناه عنه: فأما ما أعد لانتفاع المسلمين كالحصير والبواري، والقناديل، ففي القطع بها وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين: أنه لا يقطع لاشتراك الكافة فيه، فأشبه مال بيت المال.

……

والثاني: وهو قول البصريين: أنه يقطع كأستار الكعبة.

وقال أبو حنيفة: لا يقطع في شيء من ذلك كله، يعني: من القسمين، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة؛ لاشتراك الكافة فيه كمال بيت المال؛ ولأنه ليس يتعين فيه خصم مطالب، ثم رد عليهما بحديث مرسل تواتر عن عمر ﷺ في سرقة سترة الكعبة، وإن عثمان ﷺ قطع سارقًا في قطيفة سرقها من منبر رسول الله ﷺ وليس يعرف لهما مخالف، وكان إجماعًا، وأطال في تقرير ذلك، واقتضى سياق كلامه ترجيح القطع مطلقًا، قال: ولأن القطع في حق الله تعالى، فإذا وجب في حقوق الآدميين فالأولى أن يجب في حقوقه تعالى؛ لأن تحريمها أغلظ، وتملكها محرم.

قال ابن الرِّفْعَة: وادعى القاضي الحسين في موضع من الباب الإجماع على أنه لا يقطع أي: المسلم فيما يراد للمنفعة كالحصير، والبواري، والقناديل، ثم نقل فيما يعد للزينة وجهين، فانتظم ثلاثة أوجه: ثالثها: الفصل بين المعد للزينة، وما ينتفع به، وبها صرح الإمام وغيره. قلت: وتضمنها كلام الْمَاوَرْدِي، وجزم الديبلي بأنه لا يقطع بحصير المسجد ونحوها؛ لأنه لا مالك له بعينه، وقال الدارمي: وما انفصل قطع به وإن كان معلقًا، هذا كله في المسلم، أما الذمي إذا سرق شيئًا مما سبق قطع بلا خلاف.

فائدة: لو خص المسجد بطائفة، فيحتمل أن يخرج قطع سارق آلاته على الخلاف السابق في الاختصاص؛ إذا قلنا: المراد به اختصاصهم بالصلاة دون غيرهم، إن قلنا: يختص فسرقه أحدهم؛ لم يقطع، أو أجنبي قطع، وإن قلنا: لا يختص فكغيره من المساجد.

فرع: لو سرق سترة الكعبة، وهو محرز عليها بالخياطة عليه، قال في «الروضة»: فالمذهب وجوب القطع، وبه قطع الجمهور، ونقل ابن كج فيه قولين، والمعروف الأول، انتهى.

وحكى الْمَاوَرْدِي القطع عن رواية ابن سريج عن الشَّافِعِي - ﷺ - في

وَالْأَصَحُّ قَطْعُهُ بِمَوْقُوفٍ. وَأُمِّ وَلَدٍ سَرَقَهَا نَائِمَةً، أَوْ مَجْنُونَةً.

«القديم» قال: وليس له في «الجديد» ما يخالفه.

وقال الدارمي: وحكى أبو حامد عن القديم، وقيل: لا يقطع.

وقال الديبلي: قال الشَّافِعِي: يقطع، ومعناه: أنه لم يقف عليها صاحبه؛ بل علقه على البيت على معنى العارية، وملكه باقٍ عليه، وصاحبه يعرفه بعينه [وهو بحذائه يحفظه وأما] إذا وقفه عليه؛ فلا قطع قولًا واحدًا، انتهى.

والمعتاد اليوم كسوة الكعبة من مال بيت المال، ولو سرق بكرة البئر المسبلة؛ قال الفوراني وغيره: يقطع، وقال الْبَغَوِي: الوجه عندي أنها كحصر المسجد، ويشبه أن يجيء وجه فارق بين المثبتة وغيرها.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: قَطْعُهُ بِمَوْقُوفٍ**) أي: كما في أستار الكعبة.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي، والثاني: لا، وبه جزم الديبلي، قال: لأنه لا يباع ولا يشترى، وسواء قلنا الملك فيه لله تعالى، أو للآدميين، وقيل: إن قلنا: لله تعالى؛ قطع قطعًا كثياب الكعبة، وإلا فالوجهان، وقيل: إن قلنا: لله تعالى لم يقطع، أو لغيره قطع.

تنبيه: قال الشيخ برهان الدين: أطلقه المصنف وليس بجيد، فإنه إذا كان له استحقاق فيه، كما لو سرق مما وقف على جماعة هو منهم، أو شبهة استحقاق بأن سرق منه ابن أحدهم أو أبوه، أو فقير مما وقف على الفقراء؛ لا يقطع بلا خلاف، وجوابه بأنه عد من الشروط عدم شبهة للسارق فيه، فيعلم أن المراد هنا غير ما اعترض به الخلاف السابق في الوقف على معينين، أما لو سرق من وقفٍ عامٍ في وجوه الخير، أو عموم المصالح؛ لم يقطع.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن كان ذميًّا؛ لأنه تبع للمسلمين في المصالح، ولو سرق من لا شبهة له فيما سرق، ولا لأصله ولا فرعه من غلة أرض موقوفة، أو ثمرة نخلة موقوفة؛ قطع قطعًا.

قال: (**وَأُمِّ وَلَدٍ سَرَقَهَا نَائِمَةً، أَوْ مَجْنُونَةً**)؛ لأنها مملوكة مضمونة بالقيمة كالقن.

الرَّابِعُ كَوْنُهُ مُحَرَّزًا بِمُلَاحَظَةٍ أَوْ حَصَانَةِ مَوْضِعِهِ، فَإِنْ كَانَ بِصَحْرَاءَ أَوْ مَسْجِدٍ اُشْتُرِطَ دَوَامُ لِحَاظٍ، وَإِنْ كَانَ بِحِصْنٍ كَفَى لِحَاظٌ مُعْتَادٌ، وَإِصْطَبْلٌ حِرْزُ دَوَابَّ، لَا آنِيَةٍ وَثِيَابٍ،

والثاني: لا؛ لضعف الملك، وبه أجاب ابن الْقَطَّان، وإنما خصها بالذكر؛ لأنها موضع الوجهين، وفي معناهما المغمى عليه، والسكران فيما يظهر، أما لو سرق عبدًا صغيرًا، أو مجنونًا، أو بالغًا أعجميًا لا يميز، أو مميزاً نائمًا، أو سكرانًا، أو مضبوطًا، فسنذكره كما سيأتي.

قال: (**الرَّابِعُ: كَوْنُهُ مُحَرَّزًا بِمُلَاحَظَةٍ أَوْ حَصَانَةِ مَوْضِعِهِ**)، وإن فقدت الملاحظة الدائمة كما سيأتي، ولا قطع بسرقة ما ليس بمحرز بالإجماع، قال ابن العربي في «شرح الترمذي»؛ لأنه عرضه للضياع، وإليه الإشارة بقوله ﷺ في سرقة الثمار: «**ومن سُرق منه شيء بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن؛ فعليه القطع**»⁽¹⁾ رواه أبو داود.

وقال ابن العربي: إنه حديث صحيح، وإن كان فيه كلام ما يلتفت إليه، وعند النسائي: «**وليس في شيء من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح، فبلغ ثمن المجن**»⁽²⁾ ولا فرق بين الحالتين إلا على اعتبار الحرز، ويختلف الإحراز باختلاف الأموال والأحوال، والمرجع فيه العرف قطعًا.

قال: (**فَإِنْ كَانَ بِصَحْرَاءَ أَوْ مَسْجِدٍ اُشْتُرِطَ دَوَامُ لِحَاظٍ، وَإِنْ كَانَ بِحِصْنٍ كَفَى لِحَاظٌ مُعْتَادٌ**) وأي: لا يشترط ملازمته عملًا بالعرف فيهما، قال الْمَاوَرْدِي ما ملخصه الإحراز، ويختلف الإحراز باختلاف الأموال والأحوال من خمسة أوجه: باختلاف نفاسة المال وخسته، [وباختلاف سعة البلد وكثرة دعاته وعكسه، وباختلاف الوقت أمنًا وعكسه، وباختلاف] السلطان عدلًا وغلظة على المفسدين، وعكسه، وباختلاف الليل والنهار، وإحراز الليل أغلظ.

قال: (**وَإِصْطَبْلٌ حِرْزُ دَوَابَّ**) أي: وإن نفست؛ لأنه العرف.

(**لَا آنِيَةٍ وَثِيَابٍ**) أي: لأن إخراج الدواب مما يظهر ويبعد احتراز أهله،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي (٤٩٧٦) ومالك (١٥١٦).

وَعَرْصَةُ دَارٍ، وَصُفَّتُهَا حِرْزُ آنِيَةٍ وَثِيَابِ بِذْلَةٍ، لَا حُلِيٍّ، وَنَقْدٍ.

وَلَوْ نَامَ بِصَحْرَاءَ أَوْ مَسْجِدٍ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ تَوَسَّدَ مَتَاعًا فَمُحْرَزٌ، ....

بخلاف ما يخف ويسهل حمله، وإخراجه.

(**وَعَرْصَةُ دَارٍ، وَصُفَّتُهَا حِرْزُ آنِيَةٍ وَثِيَابِ بِذْلَةٍ، لَا حُلِيٍّ، وَنَقْدٍ**) أي: وثياب نفيسة، وكذلك الأواني النفيسة كالمتخذة من الجواهر النفيسة، وكان ينبغي أن يقول: آنية خسيسة، بل إنما يكون ما نبش محرزًا بإغلاق حرز مثله عليه.

قال في «البسيط» بعد نقله الصورتين عن الأصحاب: وفرقهم بين الدواب والثياب بنحو ما سبق، وهذا الفرق إن لم يرد إلى تناقل الفرش والأواني وعسر إخفائه لم يعقل عندي، وهذا يوجب الفرق بين صغار الأواني وكبارها، سواء كان من النحاس، أو من الذهب والفضة، انتهى. ولما أشار إليه قلنا وغيرنا بخلاف ما يخف حمله ويسهل إخراجه.

تنبيه: الظاهر أن الإسطبل حرز، لا متعة للدواب الخسيسة كجلاها، ورحالها، ونحوها مما جرى العرف بتركه هناك، بخلاف النفيس من السروج، واللجم المفضضة، ونحوها، فإن العرف أن يحرز بمكان مفرد لها بغلق غالبًا.

فائدة: قال الشيخ إبراهيم المروزي: لو دفن ماله في الصحراء فسرقه سارق؛ لا يجب عليه القطع عند عامة العلماء، ويتسبب المودع بدفن المال هناك في التضييع.

وقال الشيخ الإمام أَبُو سَهْلٍ الْأَبِيوَرْدِيُّ: الحرز ما يمنع أوهام الناس عن كون المال فيه، حتى لو دفن ماله في الصحراء، ولم يطلع عليه أحد فسرقه سارق، يجب القطع، ولا يكون المودع بدفن الوديعة هناك مضيعًا، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ نَامَ بِصَحْرَاءَ أَوْ مَسْجِدٍ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ تَوَسَّدَ مَتَاعًا؛ فَمُحْرَزٌ**) أي: فيقطع السارق بأخذ الثوب من تحته، والمتاع من تحت رأسه، وبأخذ العمامة من رأسه، والمداس ونحوه من رجله، والخاتم من إصبعه؛ لأنها محرزة به كفراشه، وهذا كله فيما لو كان مستيقظًا لكان محفوظًا به، أما لو لم يكن كذلك فلا حرز، لما سيأتي.

فَلَوْ انْقَلَبَ فَزَالَ عَنْهُ فَلَا، ....

تنبيه: قال إبراهيم المروزي: لو نزع الخاتم من إصبعه في حالة نومه قطع، إلا أن يكون مخلخلًا في إصبعه، أو كان في الأنملة العليا؛ فلا قطع، فلو رد الخاتم في إصبعه في حالة النوم لا يبرأ عنه الضمان ما لم ينتبه ويراه في إصبعه، فلو جاء سارق آخر وسرق الخاتم، قبل انتباه المالك الصحيح، أنه يجب عليه القطع، انتهى.

قال: (**فَلَوْ انْقَلَبَ فَزَالَ عَنْهُ؛ فَلَا**) لأنه لم يبق محرزًا، ومثل ذلك سقوط العمامة عن رأسه، والنعل من رجله، وكذا لو رفع السارق النائم عن الثوب أولًا ثم أخذ الثوب، ومثله لو نحى رأسه عن المتاع ثم أخذه.

قلت: وفيه وقفة، ويجوز أن يكون رفعه عن المتاع والفراش كفتح الباب والقفل ونحوهما، ألا ترى قول ابن الْقَطَّان: إذا سرق جملًا وعليه صاحبه نائم، فإن ألقى صاحبه وهو نائم، وأخذ الجمل؛ قطع، ويصير بمنزلة رداء صفوان الذي توسده فجاء اللص وأخذه، انتهى.

تنبيهان:

أحدها: الكلام في متاع يعد التوسد حرزًا له، أما لو توسد كيسًا فيه نقد، أو جوهر ونام، فلا، قاله الْمَاوَرْدِي، والرُّويَانِي، فإن شده في وسطه فحرز، وينبغي أن يكون هذا فيما إذا شده تحت الثياب.

ثانيهما: قضية كلامهم أنه لو توسد بشيء ونام لا يكون محرزًا؛ لأنه لا يحس برفعه وهو ظاهر، إذا لم يكن شيء منه تحته، وإلا أدخله في كتفيه.

ورأيت في «شرح الترمذي» لابن العربي المالكي: ولو طرحه غير مشدود الطرف بشيء ونام، فإنه لا يقطع عند الشَّافِعِي، وهذا ضعيف، فإنه يضعه تحته يقطع، ووضعه فوقه يقطع؛ لأنه أحد وجهي الانتفاع به والشد لا يزيد في حرزه، وكل شيء إنما حرزه على حسب العرف، انتهى. ولا خفاء في ضعف التمويه، وظهور السارق.

فرع: قال الدارمي: إذا نام وفي كمه دراهم، فإن كان ممسكًا طرفه

وَثَوْبٌ وَمَتَاعٌ وَضَعَهُ بِقُرْبِهِ بِصَحْرَاءَ إِنْ لَاحَظَهُ مُحْرَزٌ، وَإِلَّا فَلَا.

فحرز، وإن لم يكن قال المروزي: لا حرز، وقال ابن أبي هريرة: حرز، انتهى. ولو كان جالسًا فأخذ شيئًا، أو عمامته؛ قطع.

قال: (**وَثَوْبٌ وَمَتَاعٌ وَضَعَهُ بِقُرْبِهِ بِصَحْرَاءَ**) أي: أو بمسجد ونحوه.

(**إِنْ لَاحَظَهُ مُحْرَزٌ**) أي: على الصحيح إن دوام لحاظه، وقيل لا؛ إذ لا بد من عروض فترات له، وليس هناك ملاحظ غيره، وعلى الأول شرطه ألا تكثر زحمة الطارقين فيخرجه عن كونه محرزًا، وأجري الخلاف في الخباز والبزاز وغيرهما، إذا كثرت الزحمة على حوانيتهم.

قال الإمام: ولو حصل اللحاظ من جمع؛ صار عدد الملاحظين في معارضة عدد الطارقين؛ كملاحظ في الصحراء في معارضة طارق، قال: ولو جلس يلاحظ متاعه حيث لا مستغاث فغافله ضعيف وأخذه، ولو شعر به مالكه لطرده، فهل نقول: لا يقطع كما لو أخذه قوي لا يبالي بمالكه؟ أو نقول: يختلف الحكم باختلاف الآخذين؟ الظاهر عندنا أنه يختلف، وأقره الشيخان.

وفي «البسيط»: إن الرجل الضعيف إذا كان معه ماله في مهمة، فليس ماله محرزًا به مع ضعفه في حق القوي، وينبغي أن يجعل محرزًا في حق الضعيف، فما يرجع إلى العرف لا يستبعد اضطراب الحكم فيه باختلاف الأشخاص، انتهى.

ولك أن تحمل هذا القول على قول «المنهاج»: «وشرط الملاحظة قدرته على منع سارقٍ بقوة، أو استغاثة».

فرع: قال في «البسيط»: لو تنازعا في الملاحظة، فقال السارق: كان لا يديم اللحظ، وكان غافلًا أو نائمًا، والمال ضائع، فالوجه درء الحد عنه بمجرد دعواه، كما يدرأ عنه بمجرد دعواه الملك على التقوي، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يلاحظه كما وصفنا بأن نام، أو ولّاه ظهره، أو ذهل عنه بأمر؛ لم يكن محرزًا.

وَشَرْطُ الْمُلَاحِظِ قُدْرَتُهُ عَلَى مَنْعِ سَارِقٍ بِقُوَّةٍ أَوْ اسْتِغَاثَةٍ.

وَدَارٌ مُنْفَصِلَةٌ عَنْ الْعِمَارَةِ إنْ كَانَ بِهَا قَوِيٌّ يَقْظَانُ حِرْزٌ مَعَ فَتْحِ الْبَابِ وَإِغْلَاقِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

قال: (**وَشَرْطُ الْمُلَاحِظِ: قُدْرَتُهُ عَلَى مَنْعِ سَارِقٍ بِقُوَّةٍ أَوْ اسْتِغَاثَةٍ**) أي: فالضعيف الذي لا يبالى به السارق في الموضع البعيد عن الغوث ضائع مع المال، وهذا ما سبق تحقيقه عن الْغَزَالِي، وإمامه.

قال: (**وَدَارٌ مُنْفَصِلَةٌ عَنْ الْعِمَارَةِ إنْ كَانَ بِهَا قَوِيٌّ يَقْظَانُ؛ حِرْزٌ مَعَ فَتْحِ الْبَابِ وَإِغْلَاقِهِ**) أي: لاقتضاء العرف ذلك.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يكن بها [قوي يقظان فليست بحرز فدخل في كلامه ما إذا لم يكن بها] أحد، أو كان بها ضعيف لا يبالى به، أو كان بها قوي نائم، وهو قويم في الأول والثاني.

وأما الثالث: فإن كان الباب مفتوحًا فلا يقطع، إلا أن يكون نائمًا على محل الباب المفتوح، كما قاله الدارمي، وإن كان الباب مغلقًا فوجهان، قال في «الروضة»: إن القطع أقوى، وإنه جزم في «المحرر» بعدمه، انتهى.

وجعله في «شرحه الصغير» الأقرب، وفيه نظر، فإن عمدته في «الكبير» نقل الْعِمْرَانِي الوجهين عن رواية المسعودي، والذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومن تابعه: أنها تكون حرزًا، والموافق لما أطلقه الإمام، وصاحب «التهذيب» خلافه، انتهى.

وعمدته نقل الوجهين في حال إغلاق الباب رواية «البيان» لهما، ولفظ «البيان»: وإن كانت مفتوحة الباب، وهو فيها مستيقظ فهو حرز لما فيها، وإن كان فيها وهو نائم، فهل هو حرز لما فيها؟ فيه وجهان.

وعبارة «إبانة الفوراني»: وإن كان فيها وهي مفتوحة فذكره، وإن كان نائمًا فدخل السارق وسرق، فهل يقطع؟ فعلى ما ذكرنا من الوجهين، وأشار بذلك إلى وجهين:

قديمهما: فيما لو نام بداره بالبلد، والباب مفتوح، وذكر في «العمد»

وَمُتَّصِلَةٌ حِرْزٌ مَعَ إِغْلَاقِهِ وَحَافِظٍ وَلَوْ نَائِمٌ، ....

نحوه، ومثله قول صاحب «الكافي» في البيوت بالصحراء، والرباطات في البرية إن لم يكن فيها حافظ فلا يقطع، وإن كان فيها حافظ والباب مغلق؛ فعليه القطع، وإن كان الباب مفتوحًا إن كان الحافظ مستيقظًا؛ فعليه القطع، وإن كان نائمًا؛ فوجهان: أصحهما: أنه لا يجب؛ لأن النائم كالغائب، انتهى.

والمنقول في «الذخائر» وغيره من العراقيين: أنه إذا كان نائمًا، وهي مغلقة، فهي حرز، ولم يذكروا سواه، وهو الموافق لكلام الأصحاب في الخيمة بالصحراء كما سيأتي.

والدار المغلقة أولى بالإحراز من الخيمة، وقد جمع بينهما صاحب «المعتمد» في إتقان مسائل المذهب المجرد عن الشَّافِعِي - ﷺ- فقال: كل بيت أو خيمة في الصحراء لا تصير حرزًا بإغلاق بابها ما لم ينم فيها، أو على بابها حارس، وفي «الشافي»: وإذا كانت الدار في برية لم يكن حرزًا بالغلق حتى ينام فيها أو يقعد مقابلها، أو بالقرب منها، فبان بما ذكرناه أنها كانت مغلقة، وبها حارس نائم؛ أن المذهب المشهور أنها حرز كالخيمة المرهونة.

وإن كانت مفتوحة نهارًا وهو نائم؛ فوجهان أرسلهما الفوراني، والْعِمْرَانِي: **أصحهما**: أنها ليست بحرز، وأما ما ذكره الرَّافِعِي من إطلاق الإمام ففي شمول كلامه لذلك وقفة تعرف بالمراجعة، وعبارة «البسيط» تفهم أن التصوير فيما إذا غلقها وغاب عنها، نعم إطلاق «التهذيب» يقتضي ذلك، ومنه أخذ «المحرر» كعاداته.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: وأما إذا كان متاعه في دار منفصلة عن البلد، فلا يكون محرزًا، وإن كان عليها حارس، انتهى. وسيأتي في «تعليق إبراهيم المروزي» ما يوافق ذلك.

قال: (**وَمُتَّصِلَةٌ**) أي: بدور أهله.

(**حِرْزٌ مَعَ إِغْلَاقِهِ**) يعني: الباب.

(**وَحَافِظٍ وَلَوْ نَائِمٌ**) أي: ليلًا كان أو نهارًا؛ لأن السارق على خطر من

وَمَعَ فَتْحِهِ وَنَوْمِهِ غَيْرُ حِرْزٍ لَيْلًا، وَكَذَا نَهَارًا فِي الْأَصَحِّ.

وَكَذَا يَقْظَانُ تَغَفَّلَهُ سَارِقٌ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ خَلَتْ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا حِرْزٌ نَهَارًا زَمَنَ أَمْنٍ وَإِغْلَاقِهِ، فَإِنْ فُقِدَ شَرْطٌ فَلَا.

إغلاقه، وتنبهه تحركاته واستغاثته بالجيران، نعم؛ لو كان الحافظ من الضعف بحيث لا يقدر على الاستغاثة يشبه أن يكون كالعدم.

قال: (وَمَعَ فَتْحِهِ وَنَوْمِهِ غَيْرُ حِرْزٍ لَيْلًا) لأنه مضيع.

[قال: (وَكَذَا نَهَارًا فِي الْأَصَحِّ) أي: كالحالية؛ ولأنه مفرط إلا أن يكون قد نام] على الباب المفتوح، كما قاله الدارمي وغيره، وموضع الوجهين في زمن الأمن من النهب وغيره، وكون الباب مطروقًا تمر به الجيران، قاله الرَّافِعِي وغيره، وأغفلته «الروضة» وقد بينه الإمام، فقال: هما فيما إذا كان باب الدار في شارع مطروق، فإن لم يكن الباب مطروقًا، فلا خلاف أنه ضائع، انتهى. وإطلاق الفوراني وغيره ينازعه في ذلك.

قال: (وَكَذَا يَقْظَانُ تَغَفَّلَهُ سَارِقٌ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص؛ لتقصيره بإهمال المراقبة.

والثاني: لا؛ إذ لا بد من غفلة، وموضع الوجهين فيما لا بد من الملاحظة فيه؛ بل كان يتردد في البلاد فتغفله السارق لإهماله المراقبة، أما لو بالغ في المراقبة بحيث يحصل الاحتراز بمثلها في الصحراء، فانتهز السارق الفرصة.

قال الرَّافِعِي: فلا خلاف في وجوب القطع، وما قاله ظاهر في الدار الصغيرة التي يحيط إلحاظه بجميعها، أما لو كانت كبيرة فلا، وسيأتي ما يقتضي الفرق بين الدارين.

قال: (فَإِنْ خَلَتْ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا حِرْزٌ نَهَارًا زَمَنَ أَمْنٍ وَإِغْلَاقِهِ، فَإِنْ فُقِدَ شَرْطٌ) أي: من هذه الثلاثة.

(فَلَا) أي: فليست بحرز في وقت الخوف ولا في الليالي مع خلوها، وقلع بابها.

فرع: والمذهب يقتضي نقل طريقين، ولم يقله الرافعي ولا غيره فيما

علمت، وحمله على ذلك قول «المحرر» فالظاهر يعني: المنقول.

وقال في «الشرح»: هذا هو الأظهر، وهو الجواب في «التهذيب» ومن جعل الدار المتصلة حرزًا مع إغلاق الباب، فأولى أن يجعل المتصلة بها عند الإغلاق حرزًا، انتهى.

وهذا عجب، فإن الكلام هنا في المغلقة الخالية، ولا أعلم أحدًا قال: إن المنفصلة إذا كانت كذلك تكون حرزًا.

تنبيهات وفوائد:

منها: عبارة الشيخ إبراهيم المروزي في المسألة: وأما الدار فلا تخلو إما أن تكون على سكة مأهولة، أو في سكة غير مأهولة، فإن كانت مأهولة إن كان عليها حارس، قطع السارق بها، وإن لم يكن عليها حارس إن كان باب الدار مفتوحًا أو مردودًا، أو لم يكن مغلقًا؛ لا يكون حرزًا، وإن كان الباب مغلقًا نظر إن كان في أيام النهب، وكثرة اللصوص، بحيث لا يترك الناس دورهم خالية لا يكون حرزًا، وإن لم يكن أيام كثرة اللصوص والنهب بالليل؛ لا يكون حرزًا.

أما بالنهار جرت عادة الناس بتركهم الدور خالية نصف يوم أو أكثر فتكون حرزًا، وإن كان المالك فيها نائمًا وقت القيلولة ولم يكن الباب مغلقًا؛ لا يكون حرزًا، وإن كانت الدار في سكة غير مأهولة فإن كانت مختلاة؛ لا يكون حرزًا ليلًا ولا نهارًا، وإن كان عليها حارس تكون حرزًا، أما الرباط الذي خارج الدرب إن كان خاليًا، أو كان فيها واحد أو اثنان أو ثلاثة؛ لا يكون حرزًا.

وكذا الدار التي في الصحراء، وإن كان الرباط داخل الدرب كان متصلًا بالدور فهو كالدور، وقد بينا حكمها، وإن كان منفصلًا عنها لا يكون حرزًا كالخارج من الدرب، انتهى. ويشبه أن مراده بداخل الدرب داخل السور، وبخارجه خارج السور، وفي كلامه فوائد.

ومنها: لو فتح باب داره، وأذن للناس في الدخول للشراء، كما يفعله بعض من يتجر في داره، وكان قد بالغ في الملاحظة، كما يفعله الجالس في

....

الصحراء، فدخل داخل وسرق ففيه وجهان؛ لأن الزحمة تشغل الحس.

قال الرَّافِعِي كما سبق أي: في الزحمة على حانوته ونحوه، وفي «الروضة» موضع تحيز بالحاء والزاي، وعبارة الإمام: ولو أذن للناس في الدخول عليه لتجارة وغيرها من الأغراض، حتى صارت الدار محلًّا لازدحام الداخلين، فاللحظ في هذه بمثابة اللحظ في الشوارع والمساجد، انتهى.

ومنها: اعلم أن الرَّافِعِي، والمصنف، أطلقا وجهين في البياع بحانوت، ورب الدار يتجر فيها، إذا كثرت عليهما الزحمة، ثم ذكر بعد ذلك: أنه لو أذن صاحب الدار للناس في دخوله للشراء فمن دخل مشتريًا وسرق؛ لم يقطع، ومن دخل سارقًا؛ قطع، وإن لم يأذن في دخوله قطع، انتهى.

وأطلق القاضي الحسين: أنه لو أذن للناس في دخول حانوته فدخل إنسان وسرق منه؛ لا قطع عليه، ولم يفصل، ونقله الشيخ أبو محمد في الفرق عن النص واقتضى كلامه أن فتح التاجر باب حانوته أو داره التي يتجر فيها متضمن بالإذن في دخولها، وإن لم يجز إذن وهو العرف.

وقال الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ في «الأم»: بيوت السوق إذا كانت مفتوحة فدخلها داخل فسرق منها؛ لم يقطع، وإن كان فيها صاحبها، وهذه جناية؛ لأن ما في البيوت لا يحرزها قعود عندها، قال الربيع: إلا أن يكون نظره يحيط بها كلها، ويكون يحرسها فأغفله، وأخذ منه ما يساوي ربع دينار؛ قطع، انتهى. وإنما صورة المسألة في البيوت؛ لأن الحوانيت قديمًا كانت كذلك.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: المساكن تختلف في شأن سكانها واعتبارهم، فمساكن المعسرين أخف إحرازًا؛ لأن متاعهم زهيد، وإن كانت أبنيتهم قصيرة، وأبوابهم خفيفة، وأغلاقهم سهلة؛ كانت حرزًا لمثلهم، فإن كان سكنها أهل اليسار لم تكن حرزًا لهم؛ لأن مساكنهم محكمة الأبنية، عالية الجدران، وثيقة الأبواب، صعبة الأغلاق، فإن كانت جدرانها قصارًا، وهي مسقفة، وثيقة؛ كانت حرزًا، وإن لم تكن مسقفة؛ لم تكن حرزًا لدى اليسار.

وَخَيْمَةٌ بِصَحْرَاءَ إِنْ لَمْ تُشَدَّ أَطْنَابُهَا وَتُرْخَى أَذْيَالُهَا فَهِيَ وَمَا فِيهَا كَمَتَاعٍ بِصَحْرَاءَ،

ومنها: وإذا سكن أهل اليسار مساكن أمثالهم، ففي النهار يجوز أن تكون أبوابهم مفتوحة إذا كان الواحد منهم يرى الداخل فيها، والخارج منها، فإن لم يره؛ لم يكن حرزًا إلا بغلق الباب، وإغلاقه نهارًا أخف منه ليلًا، ولا يكون حرزًا بالليل، إلا بعد غلق أبوابها وإحكام إغلاقها، انتهى. وفيه فوائد.

ومنها: أنه لا بد من ملاحظة الدار نهارًا، نعم ينبغي أن يكون حكم [أول الليل بعد الغروب إلى انقطاع الطارق وأخذ الناس في النوم والغلق حكم] النهار، فيما ذكره.

قال الدارمي: والباب المردود والمفتوح سواء، ثم قال: وإن كان له صرير، فجلس بحيث يسمعه ولا يراه وهو مفتوح؛ قال ابن الْقَطَّان: ليس بحرز، انتهى.

وقضيته: أنه لو كان مردودًا، وله صرير يسمعه الحافظ، لا يحتاج إلى رؤيته، وهو حسن إن لم يكن للصّ دفع صريره بحيلة.

ومنها: إذا ادعى السارق أن صاحب الدار نائم، وضيع ما فيها، وأعرض عن اللحاظ، قال في «الوجيز»: سقط القطع بمجرد دعواه، كما في دعوى الملك، قال الرَّافِعِي: ولا شك أنه يجيء فيه الوجه المذكور هناك.

قلت: أشار إليه في «البسيط» كما سبق عنه بقوله على النص، وأصله قول إمامه، نعم لو قال السارق: كان صاحب المتاع كذلك ثم أشار إلى تردد فمن يصدق منهما؟

قال: (**وَخَيْمَةٌ بِصَحْرَاءَ إِنْ لَمْ تُشَدَّ أَطْنَابُهَا وَتُرْخَى أَذْيَالُهَا؛ فَهِيَ وَمَا فِيهَا كَمَتَاعٍ بِصَحْرَاءَ**) أي: وحكم ذلك ما سبق، وقضية كلامه: أنه إن فقد واحد منهم شد الأطناب، وإرخاء الأذيال؛ كانت هي في نفسها كمتاع بصحراء، وليس بجيد.

وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: إن لم يشد أطنابها، ولم يرسل أذيالها، فهي وما فيها كالمتاع الموضوع في الصحراء، وقضيتها أنها

وَإِلَّا فَحِرْزٌ بِشَرْطِ حَافِظٍ قَوِيٍّ فِيهَا وَلَوْ نَائِمٌ.

إنما تكون هي كذلك عند عدم الأمرين المذكورين، أما عند عدم أحدهما فلا، وهو الصواب، فإنهما نقلا بعد هذا عن الأصحاب: أنه لو شدها بالأوتاد، ولم يرسل أذيالها، وكان يمكن دخولها من كل وجه؛ فهي محرزة دون ما فيها، قالوا: لأنها محرزة بالشد بالأوتاد.

قال: (**وَإِلَّا فَحِرْزٌ**) أي: وإن شدت أطنابها وأرخيت أذيالها، فهي حرز.

(**بِشَرْطِ حَافِظٍ قَوِيٍّ فِيهَا وَلَوْ نَائِمٌ**)، اعلم أن قضية كلامه أنه لا بد من كون النائم فيها، وقد صرحا بأن النوم بقربها كالنوم فيها، وعبارة بعضهم: والنوم على بابها كالنوم فيها، وهي أصح.

قال الرَّافِعِي: وهل يشترط إسبال باب الخيمة إذا كان فيها نائمًا؟ حكى ابن كج فيه وجهين، ورأى أن الأظهر أنه لا يشترط، وعبر في «الروضة» بأنه الأصح، وليس بجيد.

والرَّافِعِي خرج من العهدة لهذا التوقف، وأرسلهما في «شرحه الصغير» وترجيح ابن كج مشكل، لا سيما مع اتساعها وكثرة متاعها، اللهم إلا أن يكون نائمًا ببابها، أو على حملة متاعها، وإلا فهو كما لو نام ببيت، أو دار منفردة والباب مفتوح، ولا سيما إذا كان المتاع أو بعضه بقرب باب الخيمة، وهو نائم في صدرها مثلًا.

ثم رأيت الْمَاوَرْدِي قال: إنه إذا أحرز فيها متاعه بعد شد الأطناب، وإرسال الأوتاد؛ لم يكن المتاع محرزًا، إلا أن يكون صاحبه معه مضطجعًا عليه إن كان نائمًا، وناظرًا إليه إن كان مستيقظًا، وقال الدارمي: إذا ضرب خيمة، وترك فيها متاعًا، وهو فيها مستيقظ، أو ببابها، أو حيث يراها؛ فحرز، فإن نام؛ فلا حرز، انتهى.

وظاهر كلامه: أنه لا فرق بين كونه فيها حال نومه، أو لا، وسيأتي [عن «الكافي»] أنه الأصح.

تنبيهات: قوله: «بشرط حافظ قوي» يمكن تنزيله على قوله: قال الأئمة:

والشرط أن يكون هناك من يتقوى به، فأما إذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث، وهو ممن لا يبالي به فليس بحرز، انتهى.

قال الغزالي: ولو ضرب فسطاطًا، أو خيمة في صحراء أو قرية، وشد أطنابها، وترك غافلًا، كانا فيه، أو على بابه حافظ، وهو نائم؛ فهو وما فيه محرز، وإلا فلا، هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودي: إن ضرب الفسطاط في الصحراء مع الجماعة، فهي بمنزلة الدور، ويكون حرزًا لما فيها؛ إذا كان مشدود الأذيال، وإن ضرب فسطاطًا في مفازة واحدة، ولم يكن معه من يتقوى به، فذلك الفسطاط لا يكون حرزًا، انتهى.

وهذا منه يقتضي: أنه حمل كلام العراقيين على إطلاقه بخلاف تفصيل الفوراني، وفيه نظر، وعبارة إبراهيم المروزي: إذا ضرب فسطاطًا غليظًا، وشد أذياله بالأوتاد، وأرسل أذياله؛ لم يكن بقرب البلد، أو في البلد، لا يجب القطع؛ لأن الناس يتطرقون بجنب الفسطاط بخلاف الصحراء البعيدة عن البلد، انتهى.

وعبارة «تعليق البغوي»: ولو أنه ضرب فسطاطًا في الصحراء، أو ناحية البلد، وأوى إليه متاعه وأقمشته؛ نظر إن شد أطرافه بالأوتاد وأرسل أذياله ينظر إن كان منفردًا لا يكون المتاع فيه محرزًا، ولو كان في الصحراء؛ ولكن فيما بين الفساطيط، وفعل ما ذكرنا، ونام فيه؛ قطع السارق سواء سرق الفسطاط، أو المتاع معه، اللهم إلا إذا أخرجه من الفسطاط، ثم دخل وسرق المتاع؛ لا قطع عليه، كما إذا سرقه ولم يكن هناك أحد، ولو أنه شد أطرافه بالأوتاد؛ ولكن لم يرسل أذياله ونام فيه؛ لم يقطع السارق بسرقة ما فيه، اللهم إلا إذا سرق المتاع الذي نام عليه حينئذٍ يقطع، ولو أنه سرق الفسطاط يقطع؛ لأنه محرز بالشد، انتهى.

وقوله: «اللهم إلا إذا أخرجه»؛ أراد به ما إذا حمله ووضعه، ثم جاء

وَمَاشِيَةٌ بِأَبْنِيَةٍ مُغْلَقَةٍ مُتَّصِلَةٍ بِالْعِمَارَةِ مُحْرَزَةٌ بِلَا حَافِظٍ.

وسرق شيئًا من المتاع لم يقطع؛ لأنه لم يكن محرزًا حين سرق، وأشرت فيما سبق إلى احتمال فيه، وقال صاحب «الكافي»: إذا ضرب فسطاطًا أو خيمة، وأدخل متاعه فيها فإن كان ثَمَّ حافظ مستيقظ فحرز، وإن كان الحافظ نائمًا؛ فلا قطع على السارق على الأصح، انتهى. هكذا أطلق.

فائدة: قال الرَّافِعِي: لو شدها بالأوتاد، ولم يرسل أذيالها، وكان يمكن الدخول فيها في كل وجه، فهي محرزة، وما فيها ليس بمحرز، قال: كذا ذكروه، وقد يفهم منه أن الأمتعة والأحمال إذا شد بعضها إلى بعضٍ تكون محرزة بعض الإحراز، وإن لم يكن هناك خيمة، انتهى.

ولا أثر لهذا الشد فيما يظهر، قال الدارمي: وإذا جمعوا متاعهم، ودوابهم، وأحاطوا به فحرز، وإن لم يحيطوا به؛ فلا حرز، وسيأتي كلام الْمَاوَرْدِي فيه، وفي «المعتمد»: إذا نزلت قافلة وضمنت الحمول، ونام رجل فوقها، أو قعد ينظر إليها ولم يغفل أو توسدها ونام، أو حولها على خيمة فنام فيها، أو على بابها؛ فهي محرزة كالخيمة.

قال: (**وَمَاشِيَةٌ بِأَبْنِيَةٍ مُغْلَقَةٍ مُتَّصِلَةٍ بِالْعِمَارَةِ مُحْرَزَةٌ بِلَا حَافِظٍ**) أي: اعتبارًا بالعادة، وفي الاكتفاء بمطلق الاتصال نظر، وينبغي أن يكون محله في زمن الأمن، وقلة الفساد، وأن يكون ظهر المراح ونحوه إلى البرية القليلة الطارق، ولا سيما عند خفة البناء وعدم إحكامه، بخلاف ما إذا حاطت بها المنازل الآهلة، ولو كان المراح بالبلد مفتوحًا اشترط أن يكون هناك حافظ نائم، أو يقظان، قاله في «المعتمد» والظاهر أن المراد بالنائم بباب المراح كما هو العادة، وقال الْمَاوَرْدِي: للمراح أحوال:

أحدها: أن يكون ببلد، أو قرية عليه حظيرة تحفظه وباب مغلق عليها؛ فمحرزة بذلك.

الثاني: أن يكون مراحها في أفنية أهلها بالبادية بحيث يدركها الصوت واجتماعها فيه حرز لها، وإن لم يكن معها أحد اعتبارًا بالعرف.

وَبِبَرِّيَّةٍ يُشْتَرَطُ حَافِظٌ وَلَوْ نَائِمٌ.

والثالث: أن تكون الصحراء بعيدة عن بيوت أهلها، وسنذكره.

قال: (**وَبِبَرِّيَّةٍ**) أي: وإن كانت بأبنية منفردة ببرية.

(**يُشْتَرَطُ حَافِظٌ وَلَوْ نَائِمٌ**) أي: مع غلق الباب المفتوح، فإن كان مفتوحًا؛ اشترط كونه مستيقظًا، كذا قالاه، والظاهر: أن نومه بالباب المفتوح كافٍ كما تقدم وأولى، ويكفي كون المراح بالبرية من حطب، أو قصب، أو حشيش، ونحوها عملًا بالعرف فيه.

وذكر الْمَاوَرْدِي: أن من شرط المراح بالبرية اجتماعها فيه، بحيث يحس بعضها بحركة بعض، وأن يكون معها حافظ؛ فإن كان مستيقظًا كفى، وإن نام احتاج إلى شرط ثالث، وهو ما يوقظه إن سرقت من كلاب تنبح، أو أجراس تتحرك، فإن أخل بهذا عند نومه؛ لم يكن حرزًا، انتهى.

وهذا حسن ولعل سكوتهم عنه [للعلم بأن الماشية، ولا سيما الغنم يصحبها الكلاب في المرعى، ويحوطها غالبًا].

تنبيهات: قضية كلامه: أنه لا بد في الدواب بالبرية من كونها مناخة كما بيناه، وقد جزم به هو وغيره؛ بأن الإبل المناخة المعقولة محرزة بحافظ عندها، ولو نائم، قالا: لأن في حل عقلها ما يوقظه؛ ولأن الرعاة إذا أرادوا أن يناموا عقلوا إبلهم.

قلت: الظاهر أنه إنما يكفي الحافظ الواحد في الإبل القليلة التي يعد مثله حافظًا لها، أما لو كثرت كمائة بعير مثلًا؛ فلا، وسيأتي عن «الحاوي» ما يؤيده، ولا بد أن يكون الحافظ قويًا، بحيث لو انتبه لقوي على دفع السارق، فإن كان ضعيفًا لا يبالي به السارق، ولا يلحقه غوث فكالعدم.

قال الدارمي: فإن أناخ بعيرًا وتوسده، قال ابن أبي هريرة: حرز، فإن جمعوا متاعهم، ودوابهم، وأحاطوا به؛ فحرز، وإن لم يحيطوا به؛ فلا حرز.

وفي «الحاوي»: إذا حطت حمولة الدواب للاستراحة، تكون محرزة بخمسة شروط: أن يربط بعضها إلى بعض، وأن يربطها إلى حبل، وأن ينيخ

وَإِبِلٌ بِصَحْرَاءَ مُحْرَزَةٌ بِحَافِظٍ يَرَاهَا.

الإبل ويعقلها، ويشكل غيرها، وأن يكون معها من يحفظ مثل عددها، إما متيقظًا أو نائمًا وإنما يلزم العقل والشكل حالة النوم لا اليقظة، انتهى.

وقد خلط مسألة الرفقة بمسألة المراح، وفي الاكتفاء بالشكل حالة النوم نظر، إلا أن يريد به القيد الوثيق، وليس بإشكال الفرس المعهود، [كعقال البعير؛ لأنه يضبطه غالبًا، بخلاف شكال الفرس، فإن اكتفى بالشكال المعهود] فلا بد معه من الربط.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: قد ذكرنا أن الإبل في المراح تصير محرزة بشرطين: بعقل الركبتين، ونوم حافظ هناك، وكذا الغنم [ثم قال: وأما الغنم] من المراح في البلد لا تكون محرزة إلا أن يكون في البناء، والباب مغلق، وأما في الصحراء فلا تكون محرزة، إلا أن يجمع حواليها حشيش، أو حطب، وينام واحد عندها للحراسة.

قال: (وَإِبِلٌ بِصَحْرَاءَ) أي: مرسلة للرعي.

(مُحْرَزَةٌ بِحَافِظٍ) أي: مستيقظ.

(يَرَاهَا) أي: جميعها حالة الرعي، فما توارى عنه بوهدة، أو أكمة، أو صخرة، أو شجرة، ونحوها؛ فليس بمحرز، وهل يشترط مع رؤيتها أن تكون بحيث يبلغها صوته؟

قال صاحب «الحاوي» و«المهذب» وغيرهما: نعم؛ لأنه به يجمع ويفرق مما لم ينته صوته إليه غير محرز، قال الرَّافِعِي: وسكت آخرون عن اعتبار بلوغ الصوت.

قلت: ومنهم الْبَنْدَنِيجِي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والْغَزَالِي وغيرهم، كما سيأتي.

قال الرَّافِعِي: وكأنهم اكتفوا بالنظر اعتمادًا على أنه إذا قصد ما رآه أمكنه أن يعدوا إليه فيدفع، والحكم في الخيل، والبغال، والحمير وهي ترعى كالإبل.

……

قلت: قال في «الكافي»: وقيل: حكمها حكم الغنم عندنا، إلى بقية كلام الرَّافِعِي، فكذلك الغنم إذا كان الراعي على نشز من الأرض بحيث يراها جميعها، وإن كانت متفرقة، إذا بلغها صوته، انتهى.

وهذا منه يفهم اعتبار بلوغ الصوت في الغنم، وأطلق في «شرحه الصغير» حكاية الخلاف من غير فرق، وقال: إن الأشبه الاكتفاء بالرؤية.

قلت: ونسبه الْعِمْرَانِي إلى الشيخ أبي حامد والأكثرين، وذكرت في «الغنية»: أنه الصحيح، ولا أقوله الآن، وعلى تسليمه فلا بد أن يكون الحال بحيث لو قصدها قاصد لأمكنه إدراكه، ودفعه، كما قاله في «الشرح الكبير» وإلا فقد يمتد نظره فراسخ، ويتعذر أو يبعد إدراكه القاصد، وهذا لا سبيل إليه عند انفراده بماشية، نعم إن كان بالقرب منه رعاء يغشونه كما هو العادة فذاك، وإلا فهو مضيع.

ثم رأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: وإن كانت الإبل في المرعى، وعليه حافظ بحيث [يقع بصره عليه ويمنع السارق، ولو كانت البعض في وهدة من الأرض، أو كان بعيدًا بحيث] لا يدركه الغوث وجب أن يكون محرزًا؛ لأنه وما يكون في الوهدة سواء من حيث عجزه عن الحفظ، أو لا، انتهى.

وهذا حق، واعتبره الْمَاوَرْدِي مع الرؤية، وبلوغ الصوت أن يتخذ ماءها، ومسرحها وألا يبعد ما بين أوائلها وأواخرها حتى يخرج عن العرف، والعرف في الإبل أنها تكون أكثر اتساعًا في المراح من الغنم، فراعى في كل جنس منها عرفه المعهود، انتهى.

وفي «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: وإن كانت الإبل راعية في البراري فقعد الراعي على نشز من الأرض، وكان ينظر إليها، ولا يغيب واحد منها عن بصره؛ فالكل محرزة، وما غاب عن بصره فغير محرز.

ثم قال: والأفراس التي في الرعي في زمان النهار إن كانت بمشهد الرعي، ويبلغها صوته أذا زجرها؛ يجب القطع على السارق، وفي زمان الليل

وَمَقْطُورَةٌ يُشْتَرَطُ الْتِفَاتُ قَائِدِهَا إِلَيْهَا كُلَّ سَاعَةٍ بِحَيْثُ يَرَاهَا، ....

لا بد أن يجمعها في محوط، أو حصن، ويغلق الباب وينام عندها؛ لتكون محرزة في زمان الليل، فإن أواها إلى موضع، وأناخها، وعقلها، ونام بجنبها كانت محرزة، وإلا فلا، وفي الجملة الإبل الباركة محرزة بشرطين: بأن يعقلها، وينام عندها، انتهى. وأحسبه من كلام القاضي الحسين.

قال: (**وَمَقْطُورَةٌ يُشْتَرَطُ الْتِفَاتُ قَائِدِهَا إِلَيْهَا كُلَّ سَاعَةٍ بِحَيْثُ يَرَاهَا**) أي: جميعًا، قال القاضي أبو الطيب: ويكثر تفقدها بالنظر، والالتفات إليها كالراعي، فإن كان لا يرى البعض لحائل فذلك البعض غير محرز.

[وحكى ابن كج وجهًا: أنه لا يشترط النظر إلى آخرها.

قال الرَّافِعِي: ويجيء في سوقها أيضًا] .

وقال الدارمي: إن قادها بالصحراء مقطرة، أو ساقها [مقطرة] وإذا التفت رأى جميعها فحرز، وإن كان لا يرى جميعها ففيما لا يراه وجهان، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كانت الإبل سائرة مقطرة كان الرجل الواحد في القطار حرزًا لما يراه منه، ويقدر على زجره في مسيره، بهذين الشرطين: الرؤية، والزجر حرزًا دون أحدهما، والأغلب أن يكون في ثلاثة من الإبل، فإن تجاوزت فأربعة، وغايته خمسة إن كان في الحمال فضل جلد وشهامة، وسواء كان قائدها، أو سائقها ماشيًا، أو راكبًا، بشرط أن يكون مستيقظًا، فإن سرق منها شيء، وأبعد به عن نظر حمَّاله، وموضع حرزه؛ قطع، وحكمه قل بعده عن بصره، وزجره كبقائه في حرزه.

ثم قال: لو طال القطار وكثر عدده عن مراعاة الواحد فيها حرزًا؛ لما أمكن أن يراعيه مما قرب منه دون ما بعد منه، فإن كان قائدًا كان حرزًا لما بعده من العدد المذكور، وإن كان سابقًا كان حرزًا لما قبله من العدد المذكور، وإن توسطها كان حرزًا لواحد مما قاد، ولبقية العدد مما ساق، ثم ما تجاوز ذلك من القطار غير محرز، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: إن ركب غير الأول فهو لما بين يديه كالسائق، ولما خلفه

وَأَنْ لَا يَزِيدَ قِطَارٌ عَلَى تِسْعَةٍ.

كالقائد، وحكم السائق عنده أنه حرز لما ينتهي إليه نظره منها.

وذكر في «البيان» عن «المهذب»: اعتبار بلوغ الصوت في الراعية والمقطورة، وأن الأكثرين لم يشترطوا بلوغ صوته إليها في شيء من ذلك كله، انتهى.

وما في «المهذب» في «الحاوي» وغيره مثله، وعبارة الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما: والقطار المعتاد محرز بقائده وسائقه، وعلله في «المعتبر» بأن العادة جارية به، والظاهر أن اجتماعهما غير مراد، وهو محتمل فيما بين المنازل وبين الأشجار في البرية لا مطلقًا.

وعبارة المصعبي في «شرحه»: وأما قطار الإبل فمحفوظة بالقائد والسائق إذا كان ملحوظًا، وإن لم يكن ملحوظًا بلحاظهم، فلا قطع يقود الإبل في الشارع، وقال أبو حنيفة: لا يكون محفوظًا بالقائد إلا ما زمامه بيده، والشَّافِعِي ﷺ نظر إلى العادة فقال: إن كان يقود في الشوارع فلا عين إليها ممتدة، فهي محفوظة بلحاظ الناس، وإن كان يقودها في سكة خالية؛ فلا تكون محفوظة بالقائد إلا ما زمامه بيده، انتهى.

وسيأتي عن الإمام، والْغَزَالِي، ما يقتضي تنزيل كلام الأصحاب على ما حكوه عن أبي حنيفة، وظاهر كلامهم أن المسألة خلافية بيننا وبينهم.

قال: (**وَأَنْ لَا يَزِيدَ قِطَارٌ عَلَى تِسْعَةٍ**) أي: بالتاء في أوله، هكذا صورته في «الإبانة» و«العمد» و«البيان» و«التهذيب» وكتب الْغَزَالِي، ونسبه في «البسيط» إلى الأصحاب، ورأيته في «الترغيب» بخط مؤلفه، وعليه جرى الشيخان، وعن ابن الصلاح: أنه تصحيف، والصحيح سبعة بالموحدة بعد القولين.

قلت: وهو كذلك في نسخ «بالوجيز» و«الوسيط» و«النهاية» والظاهر أن هذا الثاني تصحيف، وإن صرح مصرح بالسين أول الكلمة فهو وجه آخر، وإنما قلت ذلك لقول الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: إذا قطر الرجل من الإبل، ما جرت العادة بأن واحد يقوم بحفظه وحفظ ما عليه، فهي محرزة،

....

ويختلف ذلك بالبلد، والصحراء، فإنه لا يحفظ الواحد في البلد إلا ما دون العشرة، وفي الصحراء، أو بما يقوم بحفظ خمسة من الإبل، انتهى.

ونحوه ما يأتي عن السرخسي، وسبق عن «الحاوي» أن غاية القطار خمسة، وأصل الاضطراب في العدد اضطراب العرف فيه، وقد جرت عادة «الشام» وغيره في هذه الأقطار جعل القطار ستة، قال الرَّافِعِي: ومنهم من أطلق التقطير، ولم يقيده بعدد.

قلت: وهم الجمهور، فكذا أطلقه في «الأم» ولفظه: وأي إبل كانت لرجل تسير وهو يقودها، فقطر بعضها إلى بعض فسرق منها، أو مما عليها شيء؛ قطع فيه، انتهى.

وأطلق في «المختصر» ذكر القطار، ولكن لا بد من ضبطه بشيء.

قال الرَّافِعِي: والأحسن.

وفي «الروضة»: والأصح توسط، ذكره أبو الفرج السرخسي، فقال في الصحراء: لا يتقيد القطار بعدد، وفي العمران يعتبر بما جرت العادة به بأن يجعلها قطارًا واحدًا، وهو ما بين السبعة إلى العشرة، فإن زاد لم تكن الزيادة محرزة.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا ما أورده القاضي الحسين في «التعليق»، انتهى.

وسبق مثله من كلام المروزي في «تعليقه» وعبارة «تعليق البَغَوِي»: وإن كانت مقطرة؛ ينظر إن كانت في مستوٍ من الأرض، وواحد يسوقها، أو يقودها، أو كان راكبًا ويلتفت إليها أحيانًا، ويقع بصره عليها؛ تكون محرزة، انتهى.

وعبارة الإمام: قال الأئمة: القطار محرز، ولو كانت في البلد في منعطف الطريق في تضاعيف البنيان مما لا يقع بصره عليه؛ لا يكون محرزًا، انتهى.

وعبارة الإمام: قال الأئمة: القطار محرزًا بالقائد إذا كان ممشى الإبل على اشتداد، وإن كانت تسير في منحرف الطريق؛ فالذي يغيب عن أعين القائد لو التفت؛ ليس محرزًا.

....

وقال أبو حنيفة: إن قادها فالمحرز هو البعير الأول، وإن ساقها؛ فالجميع محرزة به، وإن ركب واحدًا فمركبوه، وما أمامه وواحد من ورائه محرز به، وهذا المذهب منتظم.

والذي أطلقه أصحابنا فيه إشكال، وأنا أعلم قطعًا أنه منزل على ما سأذكره، فإن كان القائد لا يلتفت، وكان ممشى الإبل في مكان خالٍ؛ فلا يتحقق الصوت إلا في الإبل المقود يعني: البعير الذي زمامه بيده.

قال: وإنما قال أصحابنا فيه: إذا كان يقود القطار في سوق أهله؛ فالإبل مضمونة بأعين الملاحظين، ولو فرض أن وري في السوق نفسه فالإبل مضمونة باللحظ أيضًا، وإن فرض استتار بعض القطار بسكة لا يلحظ فيها؛ فذاك ضائع حينئذٍ ولا يجوز أن يعتقد الأمر إلا كذلك، وليس ما جئنا به مخالفًا لما ذكره الأصحاب، ولكنه بيان له، وبالجملة للإبل مضمونة اللحظ، وقد مهدنا ما فيه مقنع، انتهى.

وجرى على ذلك الْغَزَالِي، في «البسيط» فقال: وأما من يسوق قطارًا من الإبل، قال الأصحاب: وهو محرز بالقائد ولحاظه، وأقصى عدد القطار تسعة.

وقال أبو حنيفة: إن كان سائقًا؛ فالكل محرز، وإن كان قائدًا فالمحرز هو الأول، وإن كان راكبًا فمركوبه وما أمامه وواحد من ورائه فحرز.

وهذا مذهب ظاهر، وما ذكره الأصحاب مؤول وينزل على ما إذا كان يقود في الأسواق، فإنها ملحوظة بأعين اللاحظين، أو كان يقود في سكة خالية وهو يلتف وراءه مع ذلك، فلو انحرف في طرف سكة؛ فما يغيب عن البصر ليس محرزًا، وهذا قد صرح به الأصحاب، فأما إذا كان لا يلتفت، والمكان خالٍ؛ فيتعين مذهب أبي حنيفة، وليس ما ذكرناه خلافًا لمذهب الأصحاب؛ بل هو تفصيل له، انتهى.

وتبعهما على ذلك كثيرون، ولا إنكار حينئذٍ على صاحب «الحاوي الصغير» فيما أورده.

وَغَيْرُ مَقْطُورَةٍ لَيْسَتْ مُحْرَزَةً فِي الْأَصَحِّ.

إشارات: ينبغي أن يختلف الحال في زيادة التحفظ واللحاظ بين الليل المظلم والنهار، وبين بقاع وزمان، ولا خفاء أن الصحراء الكثيرة الأشجار، والشعاب ليست كالمكشوفة المستوية، فيعتبر في كل حال موضع ما يليق به، ويعد القطار فيه محفوظًا.

قال: (**وَغَيْرُ مَقْطُورَةٍ لَيْسَتْ مُحْرَزَةً فِي الْأَصَحِّ**) [قال الْغَزَالِي: وإن لم تكن مقطرة؛ بل كانت تساق، أو تقاد، فمنهم من أطلق القول بأنها غير محرزة] لأن الإبل لا تسير هكذا في الغالب، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وعن صاحب «الإفصاح»: أنه لا فرق بين أن تكون مقطرة، أو لا تكون، وبهذا أخذ القاضي الرُّويَاني، وقال: المعتبر أن يقرب منه ويقع نظره عليها.

قلت: زاد في «الشرح الصغير»: وهذا أولى؛ بل هو المذهب الذي يقتضي كلام القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِي، وغيرهم الجزم به.

وفي «الحاوي»: إن الواجب في هذه الحالة حرز لما له سوط منها؛ لأنه بالسوط يسوقها ويزجرها، ولا يكون حرزًا لما لا يناله سوطه منها وإن كان يراه، وهذا لا يخالف كلام الرُّويَاني.

وفي «تعليق القاضي الحسين»: إن التقطير ليس بشرط في الحرز إذا كان يسوقها؛ بل المعتبر نظره إليها.

وقال الدارمي: إذا قاد أحدهما وتبعه الباقي غير مقطرة؛ فما لم يره غير محرز، وما يراه محرز.

وعبارة «المعتمد»: وإن كانت مقودة مع سفر وهناك من يحيط ببصره بكلها فهي محرزة، ثم ذكر حكم المقطرة، وقال صاحب «الكافي»: وإن كانت سائرة غير مقطرة فإن كان الجمَّال خلفها يسرقها؛ فهي كما لو كانت سارحة، انتهى.

وهذا ما سبق عن «تعليق القاضي الحسين» وهو مشعر بأنه لو كان أمامها لا تكون محرزة، فعده وجهًا ثالثًا، وهذا محتمل جدًا، وقول الرَّافِعِي: أو تقاد فيحتمل أن يريد به ما ذكره الدارمي، وأن يريد بذلك أنه مقدم عليها وهي

……

تتبعه، وإن لم يقد شيئًا منها، وسمي قائدًا مجازًا، فإن كان كذلك فالظاهر أنه لو نازعه السارق فيها كانت اليد للسارق دونه، وبه يظهر الفرق بينهما، ويتلخص بما ذكرته أربعة أوجه، والله أعلم.

إشارات: يجوز حمل الإطلاق الذي ذكره الرَّافِعِي، وجرى عليه الْبَغَوِي في كتابيه على أنها ليست محرزة كلها، إلا أنه ليس شيء منها محرزًا، ولا أحسب أحدًا يقول: إن من ساق بعيرين، أو ثلاثة، ونحوها، وهو يقربها ينالها بسوطه وزجره نهارًا ويأمن بدورها أنها غير محرزة به، نعم قد يختل ذلك فمن يقدمها ولم يقد شيئًا منها، ولا بد من الفرق بين ظلمة الليل البهيم وضوء النهار، والسوق في البلد يفارق سوقها في الصحراء كالمقودة في بعض الأحوال، وأما تقدمها فيه مع خلو المكان فقد يعد تضييعًا، ولا سيما عند كثرة اختلاف الدروب وزورائها، وسيما عند كثرة الالتفات، والله أعلم.

فروع: قال الرَّافِعِي: والبغال، والحمير، والغنم السائرة كالإبل السائرة إذا لم تكن مقطرة، ولم يعتبروا التقطير فيها؛ لكنه معنى معتاد في البغال.

قلت: وفي البراذين الموقرة أيضًا، وإنما لم يذكروه؛ لأن المذهب عند الجمهور أن التقطير غير معتبر في الإبل، كما بيناه بما فيه، والتقطير في الغنم والبقر غير معتاد أصلًا.

قال الرَّافِعِي: وعدد الغنم المحرزة بالواحد يختلف بالبلد والصحراء، وعن المسعودي: أن الغنم المرسلة في سكة تشرع إليها أبواب الدور، لا تكون محرزة حتى تأوي إلى موضع، وليكن هذا فيما إذا كثرت وتعذرت الملاحظة، انتهى.

وإذا كان كذلك لم يختص الحكم بهذه الصورة، والصحراء الكثيرة الشعاب، أو الشجر كالبلد بل أولى؛ لأن المارة بالبلد ترشده وبه إلى ما قد يتفق المتقدم عليها [من اختلاس ونحوه، بخلاف البرية، وينبغي قصر الصورة على السائق الدائم الملاحظة، وأما التقدم عليها] فالظاهر أنه مضيع، كثرت أم لا.

وقد قلد [الْعِمْرَانِي] في النقل عن المسعودي [وإنما قاله الفوراني في

وَكَفَنٌ فِي قَبْرٍ بِبَيْتٍ مُحْرَزٍ مُحْرَزٌ.

«الإبانة» بحروفه، والعمراني تسمية بالمسعودي].

قال الرَّافِعِي: من دخل المراح، وجلب من لبن الغنم، أو جز من صوفها ما يبلغ نصابًا وأخرجه؛ قطع، وقال الْمَاوَرْدِي وغيره: إن كانت محرزة في مراح، أو مرعى، وحلب من بهيمة واحدة نصابًا قطع، وإن لم يكتمل النصاب إلا بالجماعة، فوجهان:

أحدهما: لا يقطع؛ لأنها سرقاتٌ من إحراز؛ لأن كل ضرع حرز للبنه.

والثاني: يقطع؛ لأن المراح حرز واحد لجميعها.

قلت: ويجب أن يكون موضع الوجهين ما إذا كانت لواحد، أو مشتركة، أما لو كانت شاة لزيد، وأخرى لعمرو؛ فلا، ولا خفاء أن الغنم مثال، وأن الإبل، والبقر، حكمها ما سبق في المتاع على الدابة المحرزة بحرز، سواء سرق مع الوعاء، أو دونه، أو مع الدابة، وإذا اتبع العجل مثلًا أمه؛ لم يكن محرزًا، إلا إذا كان قريبًا ممن هو معها بحيث يراه إذا التفت، وكان يكثر الالتفات كقائد القطار.

قلت: وهذا ظاهر في الصحراء، أما بين الدور والأبواب المشرعة؛ فلا يكون محرزًا إلا بدوام الملاحظة، والله أعلم.

قال: (وَكَفَنٌ فِي قَبْرٍ بِبَيْتٍ مُحْرَزٍ مُحْرَزٌ) أي: فيقطع سارقه، وجعل الإمام المقبرة المحفوفة بالعمارات التي يندر تخلف الطارقين عنها في زمن يتأتى فيه النبش بمثابة البيت المحرز، انتهى.

وهذا إنما يكون في النهار، نعم إذا كان عليها حراس، كما قاله الإمام فذاك وإنما قطع النباش؛ لاندراجه في عموم الآية، وإن اختص باسم، وروى البيهقي عن البراء برفعه: «من نبش قطعناه»(١). وعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ من قولها: «سارق موتانا كسارق أحيائنا»(٢).

---

(١) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٧١٨٣).

(٢) أخرجه الدَّارَقُطْنِيُّ مِنْ حَدِيثِ عَمْرَةَ عَنْهَا، كما في «التلخيص» (٥/ ١٨٤).

وَكَذَا بِمَقْبَرَةٍ بِطَرَفِ الْعِمَارَةِ فِي الْأَصَحِّ لَا بِمَضْيَعَةٍ فِي الْأَصَحِّ].

ولنا قول قديم: أنه لا يقطع النباش بحال؛ لأن الكفن موضوع للبلى لا للإحراز.

قال: (**وَكَذَا بِمَقْبَرَةٍ بِطَرَفِ الْعِمَارَةِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه حرز عرفًا، وللقبر حرسه وبنية كالغلق.

والثاني: لا؛ لأنه ليس دونه باب مغلق، ولا عليه حارس، فأشبه متاعًا وضع هناك، ومحل الوجهين إذا لم يكن بها حارس، فإن كان؛ قطع قطعًا، ويحتمل أن يفرق بين نبشه بالليل، وبين نبشه بالنهار.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنما يقطع النابش بشروط: أن يكون القبر في مقابر البلد في وسطها، أو ظاهرها، وأن يكون القبر عميقًا كالعادة، فإن دفن قريبًا من وجه الأرض؛ فلا قطع، وأن يخرج الكفن من جميع القبر بعد تجريده من الميت، فإن أخرجه مع الميت ولم يخرجه، ففي قطعه وجهان.

قال: (**لَا بِمَضْيَعَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لقول الجمهور، كما قاله الإمام؛ لأنه يأخذه من غير حظر.

والثاني: أن القبر حرز للكفن كيف كان؛ لأن النفوس تهاب الموتى، قال ابن الرِّفْعَة: ويعزى إلى اختيار الشيخ أبي حامد، والْقَفَّال، والقاضي الحسين، وأبي الحسن العبادي.

قال الْبَغَوِي في «التعليق» عن القاضي: واختيار الْقَفَّال، ولهذا المعنى لو مات هناك لم يجز نقله إلى موضع آخر إلا لضرورة، ولا ينسب ولي الصبي إلى التقصير إذا أقبر الصبي هناك، انتهى.

فرع: في «فتاوى الْبَغَوِي»: لو وضع الميت على وجه الأرض، وجمعت الحجارة عليه كان كالقبر، فيجب قطع سارق كفنه، لا سيما إذا كان لا يمكنهم الحفر.

قال في «الروضة»: **قلت**: ينبغي ألا يقطع مطلقًا إلا أن يتعذر الحفر؛ لأنه ليس بدفن.

……

قلت: وينبغي ألا يقطع؛ لأن تعذر الحفر لا يجعل ما ليس بحرز حرز، وسبق عن «الحاوي»: أن من شرط القطع عمق القبر كالعادة، نعم إذا كان التنضيد عليه في التغييب، والإحكام، والمنع بما به الدفن المعتاد؛ اتجه القطع وإلا فلا، ويشبه أن هذه الفساقي التي تصنع بمصر والشام تحت الأرض كالبيت المعقود، وإذا لم يكن في حرز فليست بحرز، كالبيت المردود الباب، فإن اللص لا يلقى عناء في النبش وغيره، بخلاف القبر المحكم على العادة.

لو كفن بأكثر من خمسة أثواب ودفن بالمقبرة؛ لم يقطع بسرقة الزائد على الأصح، ويجري الوجهان فيما إذا وضع معه مضربة، أو وسادة، أو غيرهما.

وفي الزيادة في الطيب على ما يستحب، وأطلق الْمَاوَرْدِي الوجهين في الطيب، وأجريا فيما لو وضع معه دراهم، أو دنانير، وحصر الإمام الخلاف بالموضوع معه في القبر بما إذا كان من جنس الكفن كثوب، والأصح أنه لا فرق في مجيء الخلاف بين الجنس وغيره.

قال الرَّافِعِي: والتابوت الذي تدفن فيه كالأكفان الزائدة، وجزم الْمَاوَرْدِي بأنه لا قطع في التابوت للنهي عنه، وفيه رمز إلى أنه لو دعت إليه حاجة كما سبق هناك أنه يكون كالكفن الجائز، فيقطع به حيث يقطع بالكفن على المذهب، وبقي هنا فروع ذكرتها في «الغنية»:

منها: إذا كفن من تركته؛ فالكفن ملك للورثة، وقيل: له، وقيل: لله تعالى، فإن قلنا للورثة فهو الخصم للسارق، وإن قلنا لله تعالى؛ فالحكم للحاكم، وإن قلنا للميت فالخصم للوارث، أو الحاكم، وجهان.

وإن كفن من بيت المال، أو كفنه أجنبي، فلمن الملك فيه؟ قيل: على الأوجه، والأصح بقاؤه ببيت المال، وللأجنبي، قالا: والقول فيمن للخصم، وإلى من رد الكفن لو أكله سبع؟ مبني على الخلاف في الملك.

قلت: لكن إذا جعلناه لبيت المال؛ ينبغي ألا يقطع المسلم به، ولا الذمي على وجه.

قال المصنف: [وَكَذَا مُعِيرُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلَوْ غَصَبَ حِرْزًا لَمْ يُقْطَعْ مَالِكُهُ،

قال الشارح: [قال: (**فَصْلٌ: يُقْطَعُ مُؤَجِّرُ الْحِرْزِ**) أي: إجارة صحيحة؛ لأن المنافع مستحقة للمستأجر فأشبه الأجنبي، وينبغي أن يأتي في غيره خلاف مما سيأتي، قالا: وفي هذا الاستدلال إعلام بأن التصوير فيمن استحق بالإجارة إيواء المتاع دون من استأجر أرضًا للزراعة فآوى إليها ماشية مثلًا؛ لكن في كلام بعضهم: أنه لو سرق المؤجر من الحرز بعد انقضاء المدة أنه لا يقطع على الأصح، وفيه نظر.

وذكر الدارمي: أنه لو سرق المشتري شراءً فاسدًا، قيل: يقطع، وقيل: كالمغصوب.

قال: (**وَكَذَا مُعِيرُهُ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأنه سرق من حرز محترم، وإنما له الدخول إذا رجع، هذا هو المنصوص.

والثاني: لا؛ لأن العارية غير لازمة، فلا يحصل بها إحراز منه.

والثالث: إن دخل الحرز بنية الرجوع عن العارية؛ لم يقطع، وإن دخل بنية السرقة؛ قطع.

قال القاضي الحسين: فإن نقب ودخل ليلًا. وكأن المراد والقصد القرينة الدالة على صدقه، وكذبه، وفيه نظر!

وقال **الْمَاوَرْدِي**: إذا رجع لفظًا، فمنعه المستعير؛ فلا قطع، وإن لم يتلفظ به، ولا قصده بهتك الحرز؛ قطع، وإن نواه بلا لفظ؛ فوجهان.

قال ابن أبي هريرة: يقطع؛ لتمكنه من الرجوع بالقول، وقال أبو إسحاق: [لا] يقطع.

فرع: لو أعار قميصًا فطر المعير جيبه وأخذ المال؛ قطع، قال الإمام: ولا يكاد يجري فيه الخلاف، ولو أعاره عبدًا لحفظه، أو رعي فسرق منه؛ فقيل: على الأوجه، وقيل: يقطع قطعًا، ويحتمل عكسه.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ حِرْزًا؛ لَمْ يُقْطَعْ مَالِكُهُ**) أي: إذا سرق منه قطعًا؛ إذ له الدخول والهتك، فلا يكون محرزًا عنه.

وَكَذَا أَجْنَبِيٌّ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ غَصَبَ مَالًا وَأَحْرَزَهُ بِحِرْزِهِ فَسَرَقَ الْمَالِكُ مِنْهُ مَالَ الْغَاصِبِ أَوْ أَجْنَبِيٌّ الْمَغْصُوبَ فَلَا قَطْعَ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَكَذَا أَجْنَبِيٌّ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الإحراز من المنافع والغاصب لا يستحقها.

والثاني: وينسب إلى النص نعم؛ لأنه لا حق له فيه، وليس له دخوله.

قال: (**وَلَوْ غَصَبَ مَالًا**) أي: وسرقه، ونحو ذلك.

(**وَأَحْرَزَهُ بِحِرْزِهِ فَسَرَقَ الْمَالِكُ مِنْهُ مَالَ الْغَاصِبِ، أَوْ أَجْنَبِيٌّ الْمَغْصُوبَ فَلَا قَطْعَ فِي الْأَصَحِّ**) لأن للمالك دخول الحرز وهتكه لأخذ ماله، فالذي يأخذ من الغاصب أنه يأخذه وهو غير محرز عنه.

ووجه مقابله: أنه بأخذه مال الغاصب بان أنه هتك الحرز للسرقة لا لأخذه ماله فيقطع، وأما الأجنبي فلأنه حرز لم يرضه المالك، والمغصوب، ونحوه بيده بغير حق، ووجه القطع: أنه سرق نصابًا من حرز بلا شبهة.

قال الرافعي: وخصص المحققون الوجهين في المالك بما إذا كان مال الغاصب متميزًا عن ماله، فأخذه وحده، أو مع مال نفسه، فأما إن كان مخلوطًا بحيث لا يتميز؛ فلا قطع بحال.

قال: وهذا مفرع على أن الشريك لا يقطع بسرقة المال المشترك، وحكى في «المهذب» في المسألة أوجهًا:

ثالثها: الفرق بين أن يتميز ماله، أو لا، وفيما ذكره من التفريع على مسألة الشريك نظر لا يخفى، وينبغي أن يكون ما عسر تمييزه كالذي لا يمكن تمييزه، ويقرب أن يرتب الخلاف في الأجنبي عليه في المالك، والأجنبي أولى بالقطع، وإلى القطع مال ابن الصباغ.

وقال القاضي الحسين: إنه الظاهر يمكن في سرقته من الحرز المغصوب، والخلاف في الأجنبي جارٍ، سواء علم بأن المال مسروق، أم لا، قاله الْبَغَوِي، وغيره، وأشار الإمام إلى بناء الخلاف فيه على أن للأجانب انتزاعه

……………………………………………………………………

من الغاصب حسبة، أن قلنا: نعم؛ لم يقطع، وإلا قطع، وفي «التهذيب» و«الكافي»: إنه لو أخذه ليرده على المالك؛ لم يقطع جزمًا، وذكره في «الشرح الصغير» خاصة، [ولو اشترى شراءً فاسدًا وقبضه، وسرق منه؛ ففي قطع سارقه الوجهان، ذكره الديبلي - ﷺ -].

فرع: لو نقب المودع حرزًا [منه الذي فيه الوديعة وسرق منه نصابًا بأن كان منعه الوديعة؛ لم يقطع وإلا قطع].

وقال الْمَاوَرْدِي: فيه وجهان، فلو اختلفا في المنع ويشبه أن يصدق السارق على النص درءًا للحد، وقريب من هذا ما لو سرق المشتري من حرز البائع الذي فيه الوديعة، حيث يكون له القبض لتوفير الثمن، أو تأجيله.

فرع: إذا سرق مستحق الزكاة من مال من عليه الزكاة؛ إن قلنا: إنها تتعلق بالعين؛ فلا قطع، أو بالذمة؛ فكما لو سرق من مال المديون، قاله في «الكافي» وأقره ابن الرِّفْعَة، وفيه نظر، إلا أن يكون السارق ممن يجب الصرف إليه؛ لانحصار الاستحقاق في الموجودين.

فرع: لو سرق طعامًا عام مجاعة؛ فإن وجد عزيزًا بثمن غالٍ؛ قطع، وإن كان لا يوجد، ولا يقدر على ثمنه؛ فلا قطع، كما لو سرق المضطر الطعام الممنوع منه، كذا قاله الأكثرون.

وقال المحاملي في «المقنع»: إذا سرق في عام المجاعة الطعام، وغيره، فإن كان يوجد بأكثر من ثمن مثله؛ قطع، وإن كان قد يوجد، وقد لا يوجد؛ فلا قطع.

قلت: وينبغي ألا يقيد بمسألة المضطر الممنوع منه؛ بل لا يقطع عند ضرورته إليه، وإن كان المالك غائبًا، ويصدق في دعوى الضرورة، ولو نزل المسافر بقرية أو حلة، فلم يضيفوه، ولم يبيعوه عشاه مثلًا فسرقه منهم؛ فيشبه ألا يقطع، وإن لم ينته للضرورة؛ للأحاديث الثابتة في وجوب ليلة الضيف، وقد أوجبها جمع من العلماء، ونص عليه الشَّافِعِي كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وَلَا يُقْطَعُ مُخْتَلِسٌ وَمُنْتَهِبٌ وَجَاحِدُ وَدِيعَةٍ.

وَلَوْ نَقَبَ وَعَادَ فِي لَيْلَةٍ أُخْرَى فَسَرَقَ قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ .

قال: (**وَلَا يُقْطَعُ مُخْتَلِسٌ**) أي: وهو من يعتمد الهرب من غير غلبة مع معاينة المالك، وقيل: مع غفلته، (**وَمُنْتَهِبٌ**) أي: وهو من يعتمد القوة، أو الغلبة؛ لقوله ﷺ: «**ليس على المختلس والمنتهب والخائن قطع**» رواه أصحاب السنن الأربعة عن جابر(١).

قال الترمذي: حسن صحيح، ولابن ماجه بسندٍ كله ثقات عن عبد الرحمن بن عوف ﷺ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَيْسَ عَلَى الْمُخْتَلِسِ قَطْعٌ**»(٢) ولأن السارق يأخذ خفية ولا يتأتى منعه فشرع القطع زاجرًا، وهؤلاء يأخذون مجاهرة، فيمكن دفعهم بالسلطان وغيره.

إشارة: يدخل في تفسيرهم المنتهب: قاطع الطريق، فلا بد من لفظ يخرجه.

قال: (**وَجَاحِدُ وَدِيعَةٍ**) أي: وكل خائن في أمانته، ومنكر العارية؛ إذ لم يؤخذ من الجاحد أكثر من حبسه عن مالكه، أو الكذب في جحوده، وقد نص الحديث السابق على الخائن، وحديث المخزومية التي كانت تستعير المتاع وتجحده أنها قطعت بالسرقة، كما ثبت في رواية في الصحيحين(٣). ولكنها جمعت بين الوصفين، واشتهرت بجحد العارية، فاقتصر بعض الرواة على ذكر جحدها المتاع.

قال: (**وَلَوْ نَقَبَ وَعَادَ فِي لَيْلَةٍ أُخْرَى فَسَرَقَ؛ قُطِعَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كما لو نقب في الليل، ثم أخرج في آخره.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ٢٠٩، رقم ١٨٨٥٨)، وأحمد (٣/ ٣٨٠، رقم ١٥١١٢)، وأبو داود (٤/ ١٣٨، رقم ٤٣٩١)، والترمذي (٤/ ٥٢، رقم ١٤٤٨) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٤/ ٣٤٧، رقم ٧٤٦٤)، وابن ماجه (٢/ ٨٦٤، رقم ٢٥٩١)، وابن حبان (١٠/ ٣٠٩، رقم ٤٤٥٦)، والدارقطني (٣/ ١٨٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٦٤، رقم ٢٥٩٢). قال البوصيري (٣/ ١١٣): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

(٣) أخرجه البخاري (٣٤٧٥)، ومسلم (١٦٨٨).

قُلْت: هَذَا إِذَا لَمْ يُعْلَمْ لِمَالِكِ النَّقْبِ، وَلَمْ يَظْهَرْ لِلطَّارِقِينَ، وَإِلَّا فَلَا يُقْطَعُ قَطْعًا، وَالله أَعْلَمُ.

وَلَوْ نَقَبَ وَأَخْرَجَ غَيْرُهُ فَلَا قَطْعَ.

والثاني: لا؛ لأنه عاد بعد انتهاك الحرز، فصار كما لو جاء غيره فأخذ المال، والخلاف يشبه الخلاف فيما إذا أخرج نصابًا بدفعات.

قال: (**قُلْت: هَذَا إِذَا لَمْ يُعْلَمْ لِمَالِكِ النَّقْبِ، وَلَمْ يَظْهَرْ لِلطَّارِقِينَ، وَإِلَّا فَلَا يُقْطَعُ قَطْعًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) أي: فإن علم المالك، أو ظهر للطارقين، فلا قطع بلا خلاف؛ لانتهاك الحرز، نص عليه الشَّافِعِي ﷺ.

إشارة: يقع في نسخ «المنهاج»: «وإلا فيقطع قطعًا» وهو تحريف، ولا خفاء أن علم من ينوب عن المالك لعلمه، ولم يتضح ما المراد بالظهور للطارقين، ولا حده، فإن أريد اشتهاره بالبلد، أو المحلة فذاك، وإن أريد ظهوره لجماعة من المارة سكتوا؛ ففي النفس منه شيء؛ لأن هتك الحرز بذلك [لم] يحصل[1].

وفي «تجربة الروياني»: لو نقب فأدركه الصبح فمضى وعاد في الليلة الثانية، ودخل النقب وسرق؛ قال الشَّافِعِي: لا يلزمه القطع، قال أصحابنا: أراد إذا علم بذلك مثله يخفى اليوم وأكثر؛ قطع، انتهى.

قال: (**وَلَوْ نَقَبَ وَأَخْرَجَ غَيْرُهُ**) أي: في الحال، أو بعده.

(**فَلَا قَطْعَ**) أي: وعلى واحد منهما؛ لأن الناقب لم يسرق، والآخذ أخذ من غير حرز، وقيل: في المخرج قولان، نعم لو كان في الموضع حافظ مستيقظ قريب من النقب، وهو يلاحظ المتاع، فهو محرز به متعمدًا النقب، فيقطع الآخذ، وإن كان نائمًا فلا في الأصح، هذا حاصل «الروضة» وحكى

---

(١) قال الخطيب: فَإِنْ قِيلَ: مَا جُزِمَ بِهِ مِنْ عَدَمِ الْقَطْعِ عِنْدَ الِاشْتِهَارِ يُخَالِفُ مَا رَجَّحَهُ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَ نِصَابًا مِنْ حِرْزٍ مَرَّتَيْنِ أَنَّهُ يَجِبُ الْقَطْعُ عَلَى الْأَصَحِّ وَإِنْ عَادَ بَعْدَ الِاشْتِهَارِ.
أُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَمَّ تَمَّمَ السَّرِقَةَ لَمْ يَضُرَّ فِيهَا الِاشْتِهَارُ، وَهُنَا ابْتَدَأَهَا.
تَنْبِيهٌ: يَقَعُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ وَإِلَّا فَيُقْطَعُ قَطْعًا وَهُوَ غَلَطٌ، وَالصَّوَابُ إثْبَاتُ حَرْفِ النَّفْيِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي خَطِّ الْمُصَنِّفِ، قَالَهُ الْأَذْرَعِيُّ. [مغني المحتاج ٦/١٧].

……

جماعة من العراقيين طريقة القولين في وجوب قطعهما معًا.

وأوضح الْمَاوَرْدِي المسألة فقال: لو اجتمعا على سرقة، وانفراد أحدهما بالنقب، والآخر بالإخراج، فقال كثيرون في قطعهما قولان أي: إن أخرجا نصابين، قال ابن أبي هريرة، وطائفة: لا يقطعان قولًا واحدًا، ولو نقب واحد الحرز، ثم هرب، وأتى آخر لم يشهد النقب فدخل وأخرج السرقة؛ فلا يقطع الناقب قطعًا، وأما الآخر فإن كان النقب اشتهر وظهر؛ فلا قطع عليه، وإلا ففي قطعه وجهان، وكذا حكم الناقب لو عاد في ليلة أخرى وأخرج السرقة؛ لكن أظهرهما: يقطع الناقب دون غيره.

تنبيه: هذا كله في المخرج المميز، أما لو كان غير مميز لصغر، أو جنون، أو عجمة، وأمره الناقب بالإخراج؛ فالظاهر أن الناقب يقطع؛ لأنه آلة له، كما لو أمره بدخول الحرز وأخذ المال منه، هكذا رأيته في الطريقين.

وذكر الرَّافِعِي والمصنف: أنه لو نقب، ثم أمر صبيًّا لا مميزًا، أو عبدًا أعجميًا بالإخراج ففعل؛ قال الجمهور: يجب القطع على الآمر، وقيل: على الخلاف في خروج البهيمة التي كانت واقفة، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: لو دفع السرقة في الحرز إلى صبي لا يميز، أو مجنون فخرج به عن أمره، وإشارته؛ قطع، وإن لم يأمره، ولم يشر إليه، فإن قلنا: عمده عمد؛ لم يقطع السارق، وإن قلنا: خطأ، فكما لو وضعها على الحمار، وفيه وجهان.

قلت: قدمنا الطريقة المرضية فيما رمز إليه من البناء فيمن له تمييز، وقال الجويني في «الفروق»: إن أمر غير المميز بالإخراج لا يوجب القطع على السارق، إلا أن يكون هدده، وخوفه وأكرهه حتى فعل، ولهذا لو أن عاقلًا أمر مجنونًا فأتلف مالًا ولم يكن إكراهًا؛ فالضمان على المجنون لا على من أمره.

قال: وأوجب بعض مشايخنا القطع بأمره بالإخراج وإن لم يكن مشارك اكتراه، والصحيح ما بيناه، انتهى.

وَلَوْ تَعَاوَنَا فِي النَّقْبِ وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْإِخْرَاجِ أَوْ وَضَعَهُ نَاقِبٌ بِقُرْبِ النَّقْبِ فَأَخْرَجَهُ آخَرُ قُطِعَ الْمُخْرِجُ. وَلَوْ وَضَعَهُ بِوَسَطِ نَقْبِهِ فَأَخَذَهُ خَارِجٌ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابَيْنِ لَمْ يُقْطَعَا فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَلَوْ تَعَاوَنَا فِي النَّقْبِ**) أي: أو غيره من أنواع هتك الحرز، وليس من شرط التعاون التحامل معًا على آلة واحدة على الصحيح؛ بل الناقب في إزالة الحرز تعاون، كما لو رفع هذا لبنة، وهذا لبنة، وقيل: التعاون إن نقبا دفعة واحدة، كما في قطع اليد.

قال: (**وَلَوْ تَعَاوَنَا فِي النَّقْبِ وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالْإِخْرَاجِ أَوْ وَضَعَهُ نَاقِبٌ بِقُرْبِ النَّقْبِ فَأَخْرَجَهُ آخَرُ؛ قُطِعَ الْمُخْرِجُ**) أي: في الصورتين؛ لأنه السارق، وكان الأحسن أن يقول: وانفرد الآخر معترفًا.

قال: ولو نقب من جانب، وغيره من جانب، وأخذ كل واحد منهما نصابًا، وهو لا يعلم بصنع صاحبه؛ قال القاضي الحسين: قطع من نقب أولًا فقط، فإن وقع النقبان معًا قطعا معًا، وإن أخرج كل واحدٍ منهما سرقته من نقب صاحبه؛ كان كما لو نقب واحد وأخرج المال من الباب.

قال: (**وَلَوْ وَضَعَهُ بِوَسَطِ نَقْبِهِ فَأَخَذَهُ خَارِجٌ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابَيْنِ؛ لَمْ يُقْطَعَا فِي الْأَظْهَرِ**)، هذه عبارة موهمة وصورتها أنهما تعاونا في النقب، ثم دخل أحدهما، ووضع المتاع في بعض النقب، فمد الخارج يده وأخرجه، فالمنصوص المشهور ما ذكره؛ لأن كل واحدٍ منهما لم يخرج المال من تمام الحرز وهو الجدار، ويسمى هذا: «السارق اللطيف» ومنهم من قطع بهذا القول.

والثاني: حكاه الحارث بن شريح البقال عن «القديم»: يقطعان؛ لاشتراكهما في النقب والإخراج، ولئلا يجعل ذلك ذريعة إلى دفع القطع، وأجيب عن هذا: بأنه يلزم عليه أن يقطع السارق إذا ادعى ملكية المسروق.

تنبيهات وتتمات:

منها: قال الْمَاوَرْدِي: هذا القول رواه الحارث عن القديم، وهو من جملة الثقات، ومذهب الشَّافِعِي في «الجديد» وأحد قوليه في القديم: أنه لا قطع.

وَلَوْ رَمَاهُ إِلَى خَارِجِ حِرْزٍ أَوْ وَضَعَهُ بِمَاءٍ جَارٍ أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ سَائِرَةٍ أَوْ عَرَّضَهُ لِرِيحٍ هَابَّةٍ فَأَخْرَجَتْهُ قُطِعَ.

ومنها: قال الرَّافِعِي في «جمع الجوامع» للروياني: إنه لو نقب، وأخذ، ودخل مع آخر، وأخرجا المال معًا؛ فالقطع على من جمع بين النقب والإخراج دون الآخر، انتهى. وكأن الصورة أنهما أخرجا نصابين.

ومنها: قال الرَّافِعِي: ولو وقف أحدهما ـ أي: أحد الناقبين معًا ـ على طرف السطح، ونزل الآخر، وجمع الثياب وربطها بحبل، فرفعها الواقف؛ فالقطع عليه فقط دون الأول، والضمان عليهما.

ومنها: ذكر الرُّويَانِي: أنه لو ناول الداخل منهما الخارج في فم النقب لم يقطع واحد منهما؛ لأن الداخل لم يخرج من تمام الحرز، ذكره بعد حكاية القولين في صورة الكتاب، قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون هذا جوابًا على الأصح، وإلا فلا، ويتضح فرق بين أن يضعه فيأخذه الخارج، وبين أن يناوله من يده.

ومنها: لو نقبا ودخلا، وأخذ المال أحدهما، وشده على الآخر فخرج به؛ فالقطع عليه فقط، ولو أن الآخر حمل أخذ المال فأخرجه، والمال في يده أخذه؛ قطع المحمول، وفي الحامل وجهان: أورد الرُّويَانِي منهما: المنع، ومن حلف لا يحمل شيئًا، فحمل حاملًا له؛ لم يحنث.

وعلى هذا لو نقب زَمِن وأعمى، وأدخل الأعمى الزمن فأخذ المتاع وخرج به الأعمى؛ قطع وفي الأعمى الوجهان، وفي «البيان»: أن الأعمى إذا حمل الزمن وأدخله الحرز، فدل الزمن الأعمى على المال فأخذه وخرج به؛ فيجب القطع عليهما، أو لا يجب إلا على الأعمى، فيه وجهان: **أصحهما**: الثاني، قاله الرَّافِعِي.

قال: (**وَلَوْ رَمَاهُ إِلَى خَارِجِ حِرْزٍ، أَوْ وَضَعَهُ بِمَاءٍ جَارٍ أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ سَائِرَةٍ، أَوْ عَرَّضَهُ لِرِيحٍ هَابَّةٍ فَأَخْرَجَتْهُ؛ قُطِعَ**) لأن الإخراج في الجميع منسوب إليه، وفي الأولى: وقع بفعله حقيقة.

……

تنبيهات:

أحدها: قوله: «خَارِجِ حِرْزٍ» وعبارة «المحرر» وغيره: الحرز، وهي أصح، وسواء رماه من النقبِ، أو الباب، أو من فوق الجدار، أو كوة، وسواء أخذه بعد الرمي، أم لا، وقيل: إن لم يأخذه هو؛ لم يقطع، ولا فرق بين أن يتلف بالرمي كالزجاج، والخزف، أو لا، ولا بين أن يقع في مهلكة من نار، أو ماء، أو لا، وسواء علم بذلك أم جهله، وسواء تلف المرمي قبل خروج السارق من الحرز، أم بعده، هذا قضية إطلاقهم.

قال الدارمي: إذا رمى به فوقع في ماء، أو نار فتلف، قال ابن الْقَطَّان: لا قطع، وقال ابن المرزبان: يقطع، فإن وقع وانكسر، فعلى قول ابن الْقَطَّان تعتبر قيمته مكسورًا، وابن المرزبان صحيحًا.

قال: وعندي أنه إن رمي به راميًا للنار، والماء عالمًا؛ فلا قطع إن لم يقصد إلا إخراجها لأخذها؛ قطع، وجزم الديبلي بمقالة ابن الْقَطَّان في وقوعه في مهلكة، وانكسار الزجاج، قال: لأنه يكون متلفًا، ثم قال: وعلى هذا لو رماه فأخذه إنسان لما وقع خارج الحرز، لم يقطع؛ لأنه لم يحصل في قبضته بعد إخراجه، انتهى.

وهذا هو الوجه السابق، وابن الْقَطَّان قائل به، فالصحيح ما قاله ابن المرزبان، وهو قضية إطلاق الأصحاب.

ثانيها: إطلاق الأصحاب وتنكيره الحرز يفهم أنه لو فتح الصندوق، وأخرج منه النقد، والجوهر، ورماه في أرض البيت، فتلف، أو أخذه غيره، أنه يقطع؛ لأنه رماه إلى خارج حرز، والمذكور في «الشرح»: المنع، وسيأتي بيانه، ولا يجيء مما ذكرته تنكير الحرز؛ إذ يلزم من ذلك أنه لو رماه إلى صحن الدار المغلقة، أو إلى إسطبل دواب، أو دار مغلقة؛ جاز أنه لا يقطع؛ لأنه لم يرمه إلى غير حرز، وفي الجملة: ولا شك أن هذا غير مراد، وإن شملته عبارته.

ثالثها: سبق أنه لو استقل بالنقب، ثم ذهب أو لم يذهب فدخل غيره،

أَوْ وَاقِفَةٍ فَمَشَتْ بِوَضْعِهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

وأخذ المال؛ فلا قطع، وكان هذا فيما إذا كان ما أخرجه من آلة البناء لا قيمة له، أو لا تبلغ قيمته نصابًا، أما لو بلغته فهو كما لو رمى المتاع من الحرز إلى خارجه، فينبغي أنه إذا رمى الآلة المتقومة إلى خارج أن يقطع؛ لأنه أخرج نصابًا من حرزه، وإن لم يدخل البيت، اللهم إلا أن يقال: أخذ الآلة غير مقصود له؛ بل المقصود ما في البيت حينئذٍ إن سلم اعتبار القصد لزم أن يقال: إن قصد سرقة الآلة ما في الحرز؛ قطع بالآلة وحدها، وإن لم يدخل، ولا يطلق القول بأنه إذا لم يدخل لم يقطع، ومثل هذا يجيء فيما لو قلع الباب، ورمى به إلى خارج الحرز، وقد صرحوا بأن الجدار حرز لآلة البناء.

رابعها: قوله: «وَضَعَهُ بِمَاءٍ جَارٍ» أي: فخرج بذلك من الحرز؛ فإنه يقطع على الصحيح، ولو حرك الماء الراكد حتى خرج به كان كالجاري، فإن حركه غيره حتى خرج؛ قال الرَّافِعِي: لا قطع عليه.

قلت: إلا أن يكون غير مميز وقد أمره بذلك، وأكرهه عليه على طريقة أبي محمد، فيلزم الآمر القطع، كما لو حركه بخشبة، ولو زاد الماء بانفجار أو سيل، ونحوهما؛ فلا قطع على الأصح.

خامسها: قوله: «أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ سَائِرَةٍ» أي: ليخرج من الحرز، أما لو كانت سائرة من جانب الدار إلى جانب آخر، أو لتدخل بيتًا آخر منها مثلًا فوضعه عليها، ثم عرض لها الخروج بعد ذلك فخرجت؛ فالظاهر أنه كما لو وضعه عليها وهي واقفة؛ فلا قطع، ونبه بما ذكره على ما سيَّرها، أو قادها، أو ربط لؤلؤة بجناح طائر ثم طيره؛ فالأصح القطع في الجميع.

قال: (أَوْ وَاقِفَةٍ فَمَشَتْ بِوَضْعِهِ؛ فَلَا فِي الْأَصَحِّ) لأن لها اختيارًا في السير، فإذا لم يسقها لم يعد مخرجًا، وبه قطع بعضهم.

والثاني: نعم؛ لأن الخروج حصل بفعله، فإنها إذا حملت سارت.

والثالث: إن سارت عقيب الوضع؛ قطع وإلا فلا، والخلاف هنا كالخلاف في فتح قفص الطائر.

وَلَا يُضْمَنُ حُرٌّ بِيَدٍ، وَلَا يُقْطَعُ سَارِقُهُ.

قال: (**وَلَا يُضْمَنُ حُرٌّ بِيَدٍ، وَلَا يُقْطَعُ سَارِقُهُ**) أي: وإن كان طفلًا، خلافًا لمالك لنا، أنه ليس بمال بخلاف العبد فيهما، فنقول: إن سرق عبدًا صغيرًا من حرزه؛ قطع، وحرزه كونه في دار سيده، أو بفنائها، ونحو ذلك، وسواء كان وحده، أو يلعب مع الصبيان، وسواء حمله يقظان، أو نائمًا، أو دعاه فتبعه، ومثله مجنون، وأعجمي لا يميز، نقله ابن عبد البر عن جمهور العلماء، وعد منهم الشَّافِعِي، ومالك، وأبو حنيفة، وأحمد ﷺ أعني: القطع لسرقة أعجمي لا يميز، وإن كان صغيرًا مميزًا، فسرقه نائمًا، أو سكران، أو مضبوطًا فكغير المميز، ولو دعاه وخدعه فتبعه مختارًا؛ فخيانة لا سرقة.

ولو أكرهه بسيفٍ ونحوه حتى خرج من الحرز؛ قطع على الأصح، ولو حمل قويًا متيقظًا قادرًا على الامتناع؛ فلا قطع، أو نائمًا، أو سكران.

قال الإمام: الوجه عندي القطع بثبوت يده عليه، حتى لو تلف قبل التيقظ ضمنه.

قال: وفي تحقيق السرقة نظر؛ لأنه محرز بقوته، ويده، كذا ذكراها في «النهاية» و«الوسيط» على الترديد، وأطلق في «الوجيز»: أنه لا قطع، وهذا حاصل «الروضة» والذي ذكره القاضيان أبو الطيب والحسين، والْبَغَوِي، وابن الصباغ، والشَّاشِي، وغيرهم: أنه يقطع بسرقة العبد النائم الصغير، قال الْبَغَوِي: سواء كان بفناء دار سيده، أو غيره؛ لأنه محرز بنفسه.

قال: والمكره كالنائم، هذا هو المنقول، والمجزوم به في «الوجيز» احتمال لإمامه؛ لأنه محرز به، وأطلق الْبَغَوِي وغيره: أنه لا يقطع بسرقة المكاتب.

وعبارة إبراهيم المروزي: الظاهر أنه لا يقطع؛ لأنه في يد نفسه، فصار كالحرز، ولو سرق المبعض، قال الديبلي، والْبَغَوِي، وإبراهيم المروزي، والرَّافِعِي: لم يقطع، وعن القاضي الحسين، عن الْقَفَّال: عكسه، كما لو سرق ما لا يوجب القطع، وما يوجبه.

وَلَوْ سَرَقَ صَغِيرًا بِقِلَادَةٍ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ.

قال الشيخ إبراهيم المروزي هنا: وحكمه حكم العبد في جميع المسائل، إلا في السرقة، والكفارة، والنظر، انتهى.

واعلم أن الْمَاوَرْدِي قال: العبد إن لم يكن محرزًا؛ فلا يقطع سارقه، وإن كان صغيرًا أو محرزًا بأن كان في دارٍ مغلقة، أو مع سيده، فإن كان عاقلًا مميزًا يفرق بين أمر سيده وغيره؛ لم يقطع سارقه، وإن كان صغيرًا، أو أعجميًا لا يعقل عقل المميز، ولا يفرق بين أمر سيده وغيره؛ قطع سارقه كالبهيمة، انتهى.

فقوله: وإن كان محرزًا بأن كان في دارٍ مغلقة، أو مع سيده؛ ينازع فيما تقدم في أول المسألة من إطلاق كونه في دار سيده، أو بفنائها، ونحو ذلك إلى آخره.

قال: (**وَلَوْ سَرَقَ صَغِيرًا بِقِلَادَةٍ؛ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: فلا قطع، وعبارة «المحرر»: عليه قلادة أو معه مال، وذكر نحوها في «الروضة» وأصلها، قالا: لأنه في يد الصبي نائمًا أو مربوطًا عند الحمل، ثم قالا: لأنه لو سرق حليًا من عنق صبي، أو سرق ثيابه في الموضع الذي يكون العبد الصغير فيه محرزًا.

قلت: وصرح الديبلي بأن محل الوجهين ما إذا نزع الحلي عنه، فإن لم ينزعه؛ فلا قطع قطعًا.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان والثياب للصبي من ملابسه فوجهان، ثم فرع على الأصح: أنه إن أخذه من الصبي مستحقًّا؛ قطع، وأشار القاضي الحسين إلى وجه فيه، فقال: وقيل: إن أخرجه من الحرز، ثم سرق الحلي منه؛ لم يقطع في وجه.

قال الْمَاوَرْدِي: وإن أخذه مجاهرًا والصبي مميز ينكر أخذه منه؛ لم يقطع، وإن لم يكن الصبي كذلك يقطع، وأما إذا كان الحلي والثياب لغيره، ومن غير ملابسه، فإن أخذه من حرزه، وهو حرز الحلي والثياب، لا حرز الصبيان؛ قطع قطعًا؛ لأن يد الصبي ليست بيد مالك، ولا حافظ، وإن أخذه من غير حرزه؛ لم يقطع قطعًا.

وعبر ابن الرِّفْعَة عن هذا بقوله: وأما إذا كان الحلي غير لائق بالصبي،

وَلَوْ نَامَ عَبْدٌ عَلَى بَعِيرٍ فَقَادَهُ وَأَخْرَجَهُ عَنِ الْقَافِلَةِ قُطِعَ، أَوْ حُرٌّ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

فإن أخذ الصبي من حرز الحلي؛ قطع، وإن أخذه من حرز الصبي دون حرز الحلي؛ لم يقطع، قال: وعلى هذا يحمل ما جزم به القاضي الحسين إذا كان طوقًا فسرقه؛ لا قطع عليه، انتهى.

قال: (**وَلَوْ نَامَ عَبْدٌ عَلَى بَعِيرٍ فَقَادَهُ وَأَخْرَجَهُ عَنِ الْقَافِلَةِ**) أي: إلى مضيعة، كما سبق بيانه عن «الحاوي».

(**قُطِعَ**) أي: لوجود السرقة.

(**أَوْ حُرٌّ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيهما، والظاهر أن التصوير في العاقل المميز، حرًا كان أو عبدًا، كما بيناه، أما غير المميز فكالمتاع.

وعبارة «المحرر»: ولو نام على البعير، وعليه أمتعة، المسألة، فقال شارح بذلك، إطلاق «المنهاج» والظاهر أن الشيخ طرحه قصدًا، ولا شك أنه لا حاجة إلى ذكرها في غير المميز، ثم الخلاف المذكور وجوه:

ثالثها: الفرق بين الراكب القوي وغيره، وأصحها رابعها: وهو الفرق بين الحر والعبد؛ لأنه مسروق في نفسه، بخلاف الحر؛ لأن المتاع والبعير بيده.

وأشار ابن الرِّفْعَة إلى وجه خامس: أنه إن كان الراكب قويًا، وعلم السارق أنه لو انتبه لمنعه؛ لم يقطع، وإلا قطع، وخالف الوجه الثالث أن هذا يشترط علم اللص بقوته، وذاك لم يشترط.

تنبيه: قضية ما سبق في النائم على الثبوت من أنه إذا نحاه عنه، ثم أخذه، أنه لا يقطع أنه لو أخرج البعير عن القافلة، ثم نحى النائم عنه، ثم أخذه؛ لا يقطع.

وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: أنه إذا سرق جملًا وعليه صاحبه نائم؛ فينظر فإن ألقى صاحبه وهو نائم، وأخذ الجمل؛ قطع، ويصير بمنزلة رداء صفوان الذي توسده فجاء اللص وأخذه، وإن ساقه مع الجمل، وأخرجه من موضعه، وأدخله بيته؛ فلا قطع عليه؛ لأنه لم يفرق بينه وبين صاحبه، ولو كانت بحالها فانتبه وقاتله على الجمل حتى انتزعه منه؛ لم يقطع؛ لأنه مختلس، والسارق من يأخذ الشيء مسارقة، انتهى.

وَلَوْ نَقَلَ مِنْ بَيْتٍ مُغْلَقٍ إِلَى صَحْنِ دَارٍ بَابُهَا مَفْتُوحٌ قُطِعَ، وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ إِنْ كَانَا مُغْلَقَيْنِ قُطِعَ.

قال: **(وَلَوْ نَقَلَ مِنْ بَيْتٍ مُغْلَقٍ إِلَى صَحْنِ دَارٍ بَابُهَا مَفْتُوحٌ؛ قُطِعَ)** لأنه أخرجه من حرزه في محل الضياع، **(وَإِلَّا فَلَا)** أي: فإن كان باب البيت مفتوحًا، وباب الدار مغلقًا فلا يقطع؛ لأنه لم يخرج من تمام الحرز.

(وَقِيلَ: إِنْ كَانَا مُغْلَقَيْنِ؛ قُطِعَ) أي: لأنه أخرجه من حرزه، والحاصل هنا أربع صور: أن يكون باب البيت مغلقًا دون باب الدار، أو بالعكس، أو يكونا مغلقين، أو بالعكس.

ففي الأولى: يقطع؛ لأنه أخرجه من حرزه إلى مضيعة، نعم؛ قدمنا أنه لو كان بباب الدار المفتوح نائم، فهو كالمغلق، ولو كان بالبيت خزانة مغلقة فكما لو كان البيت المفتوح مغلق.

والثانية: أن يكون باب البيت مفتوحًا، وباب الدار مغلقًا، أو فيه نائم، فلا قطع؛ لما سبق.

والثالثة: أن يكونا مغلقين، والأصح المنصوص المنع أيضًا، كما لو أخرج المال من الصندوق المغلق في البيت المغلق، ولم يخرجه من البيت، قال الإمام: والوجهان فيما إذا كان المتاع محرزًا بالعرصة، فإن لم يكن كذلك فالوجهان مرتبان، فحصل أوجه: ثالثها: الفرق بين المحرز بالعرصة وغيره.

والرابعة: أن يكونا مفتوحين ولا ملاحظ، ولا من في معناه من نائم بالباب، أو بالبابين، فالمال ضائع، ويشبه أن يكون المراد بالنائم بالباب أن يكون معترضًا فيه إن كان واسعًا، ونام فيه جالسًا، وبيده بنفسه كغيره.

تنبيه: قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: وهذا كله ـ أي: في الصور الأربع ـ إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار، بأن تدلى فيها وأخرج المتاع من البيت إلى العرصة، أما إذا فتح بابها وكان مغلقًا، وأخرج المتاع من البيت إلى العرصة، فهو كما لو نقل إلى العرصة، وباب الدار مغلق؛ لأن الحرز الذي هتكه السارق في حكم الحرز الدائم، وزاد في «الكبير»: هذا ما

وَبَيْتُ خَانٍ وَصَحْنُهُ كَبَيْتٍ، وَدَارٍ فِي الْأَصَحِّ].

رآه الإمام أظهر، فإن أغلق الباب بعدما فتحه فهو أظهر.

قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: والذي يظهر صحته خلافه؛ لأن بمجرد فتح الباب أو ثقب الجدار لم يبق حرزًا، وكذلك لو سرق منه سارق لم يقطع.

قلت: لا شك أن الحرز باقٍ بالنسبة إلى الفاتح والناقب وإلا لزم ألا قطع، هذا إذا أخرج المال بعد ذلك؛ لأنه أخرجه من غير حرزٍ، وهذا لا يقوله أحد.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذا لو لم يكن في الحرز حالة النقب دون النصاب، فدخل المالك ووضع فيه شيئًا ولم يعلم بالحال، فأخذه اللص؛ لم يقطع، كما نقله القاضي الحسين عن الأصحاب؛ لأنه وضعه في حرزٍ مهتوك، وحينئذٍ فما أخرجه إليها، فخرج إلى غير حرز كالزقاق.

قال: لكن الذي يظهر موافقة الأصحاب عليه الثاني يعني: ما رآه الإمام أظهر، حيث قالوا: أخرج الكفن من اللحد إلى فضاء القبر، وتركه هناك لخوف، أو غيره؛ لم يقطع، ولم يحكوا سواه، مع أنه قد صيره في غير حرز.

قلت: نظير ما رواه القاضي في الكفن أن يفتح البيت وينقل المتاع من زاوية بيته إلى زاوية، ثم يدعه ويذهب، بخلاف ما إذا أخرجه من البيت إلى صحن الدار، وجميع ما ذكرناه في دار يسكنها واحد، فلو سكنها جماعة وانفرد كل واحد ببيت كالمدرسة والرباط، فسنذكره.

قال: (**وَبَيْتُ خَانٍ وَصَحْنُهُ كَبَيْتٍ، وَدَارٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: فيكون الحكم ما سبق، ونبه بالخان على كل ما في معناه من المدارس، والربط، والدور الجامعة، بحيث ينفرد كل واحدٍ ببيت، أو حجرة، وهي في غير سكانها؛ كدار يختص بها واحد، وما صححه رجحه في «المحرر» و«الشرح الصغير» ولم يصرحا في «الروضة» وأصلها بترجيح.

والوجه الثاني: يجب القطع بالإخراج إلى الصحراء بكل حال، سواء كان باب الخان ونحوه مغلقًا أو مفتوحًا؛ لأن الصحن ليس حرزًا لصاحب البيت فأشبه السكة المشتركة، وهذا قطع به جماعات من العراقيين، ونسب الْعِمْرَانِي

الجزم به إليهم، ثم حكى الوجهين عن الخراسانيين، فحصل طريقان: القطع بالقطع مطلقًا وبه أجاب العراقيون، والقاضي الحسين، وإبراهيم المروزي في «التعليق» وهو المختار.

والثاني: على الوجهين في الدار المختصة، وقال الْمَاوَرْدِي في بيوت الخانات: كل بيتٍ منها حرز لصاحبه من أهل الخان وغيرهم في الليل والنهار معًا، وكمال حرزه معتبر بشرطين: أن يكون بابه مغلقًا مقفلًا، وأن يكون لجميع بيوت الخان حافظ لا يخفى عليه حال كل بيتٍ، هل قصده صاحبه أو غيره؛ لأن بيوتها وضعت في الأغلب لإحراز الأمتعة، دون السكنى، وإن سكنها قوم، صار كل بيت منها حرز بسكنى صاحبه، وصار ما لا يسكن منها أخطر يحتاج إلى فصل مراعاة في ليله دون نهاره، انتهى.

ثم قال بعد هذا بأوراق: لو كانت الدار مشتركة لكل واحد حجرة يختص بسكناها، فأخرج السارق زقًّا من حجرها إلى صحنها نصابًا؛ قطع، وحكم هذه الدار لو كانت زقاق المسدود من أهله إذا اختص كل واحدٍ منهم فيه بدارٍ؛ كان إخراج السرقة منها إلى الزقاق موجبًا للقطع، انتهى.

فرع: لو سرق أحد السكان من عرصة الخان ونحوه؛ فلا قطع، وإن أخرجه من بيت مغلق منه إلى الصحن؛ قطع، وإن كان باب الخان مفتوحًا؛ لأنه كالسكة المنسدة بالنسبة إلى الدور.

قال الجويني في «مختصره»: كل حجرة من الخان المشترك حرز لساكنها عن السكان، فإذا خرج ساكن إلى صحن الخان؛ قطع، ولا يقطع غير الساكن بالليل حتى يخرج عن الخان، وبالنهار يقطع إذا أخرج إلى صحن الخان، وتبعه الْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر».

وقال المصعبي في «شرحه»: إذا أخرجه إلى صحن الخان والمال مما يحفظ في الصحن، فإن لم يكن من السكان، وكان الباب مغلقًا؛ قطع، أو مفتوحًا خاليًا؛ فلا، إلا إذا كان في الخان حارس، وإن كان نهارًا وكان يلحظه

....

الناس؛ وجب القطع، وإن كان المخرج من سكانه، فإن كان الباب مغلقًا بغلق يهون فتحه؛ فلا قطع، وإن كان يعسر فاحتال في الفتح وأخرج؛ ففي قطعه وجهان، وإن أخرج من بيت إلى الصحن، فالبيوت في الخان بالنسبة إلى الخان كالدار في سكة منسدة إلى السكة.

وإذا أخرج الإنسان مالًا من داره إلى سكة وظفر به قبل الخروج من السكة فهل يجب القطع؟ وجهان: **ثانيهما**: حكمه حكم من أخرج من البيت إلى الصحن، انتهى. وما ذكره في غير المغلق ويسره من فقه «النهاية».

فروع مهمة نختم بها الباب:

إذا رفع المال من الدار إلى السطح.

قال **الْمَاوَرْدِي**: إن كان على السطح ممرق يغلق على السفل [قطع كإخراجه من باب الدار، وإن لم يكن ممرق يغلق] فإن كان السطح عاليًا وعليه سترة مبنية تمنع من الوصول إليه؛ لم يقطع، كما لو صعده من سفل الدار إلى غرفها، وإن كان بخلاف ذلك؛ قطع.

قال **الْمَاوَرْدِي** نقلًا عن «فتاوى الْبَغَوِي»: إنه لو علّم قردًا النزول إلى الدار، وإخراج المتاع، فنقب وأرسل القرد فأخرج المتاع، ينبغي ألا يقطع؛ لأن للحيوان اختيار، بخلاف الأخذ بالمحجر.

قلت: لكنه قال: بل يشبه من وجه إذا علّم صبيًّا ذلك، وسبق أن تعليم غير المميز يقطع على المشهور، لو أدخل يده في النقب، أو أدخل فيه محجنًا وأخرج المال؛ قطع، ولو أرسل محجنًا، أو حبلًا في رأسه كلاب من السطح، وأخرج به نصابًا؛ قطع، وجزم الديبلي بالمنع، قال: لأنه لم يدخل الحرز، ولا هتكه، وهو شاذ؛ لأن سطح المالك وجداره نوع هتك.

نعم، لو كان جارًا ففعل ذلك من سطح نفسه؛ فهذا فيه احتمال، ولو ربط الكم أو الجيب حتى خرج ما فيهما؛ قطع، هكذا أطلقه **الْمَاوَرْدِي** وغيره، ولم يذكروا أخذه الساقط منهما، وهو ظاهر كلام «التنبيه».

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لَا يُقْطَعُ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَمُكْرَهٌ وَيُقْطَعُ مُسْلِمٌ وَذِمِّيٌّ بِمَالِ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ، ....

قال ابن الرِّفْعَة: وبالغ النوري فجعل أخذه المال بعد طره الجيب من تمام تغير الطر.

قلت: ولعله أراد بذلك بيان فعل الطرار؛ لأن الأخذ شرط لوجوب القطع، وكلامه في أول الباب يقتضي أن الطر والسقوط كالأخذ باليد على أنه قد يخطر بالبال، أنه إنما يتجه القطع إذا حصل السقوط عقب الطر.

أما لو طر فلم يسقط شيء قد ثبت، ثم سقط المال من بعد؛ فلا قطع، وهو ظاهر إذا حصل السقوط بمشي المالك وحركته، وإن كان يشبه الطر.

قال الْمَاوَرْدِي: لو سرق من حلية فرس عليه راكبه؛ قطع، سواء سرق من لجامها، أو مقر كفلها.

قلت: وهو ظاهر إذا كان الراكب مستيقظًا، أو محفوفًا بملاحظين، وفي غير هذه الحالة نظر، لا سيما في ظلمة الليل، بحيث لا يرى الطرار.

قال الشارح: [قال: **(فَصْلٌ: لَا يُقْطَعُ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَمُكْرَهٌ)**] أي: بفتح الراء؛ لرفع القلم عنهم، كما سبق، وأحسبه إجماعًا، قال الفارقي وغيره: وهو مقتضى كلام الأصحاب أنه لو أمر أعجميًّا بالسرقة لم يقطع؛ لأنه يعتقد إباحته، وللاعتقاد أثر في إسقاط الحد، وحينئذٍ فمن شرط من يقطع: التكليف، والاختيار، والعلم بالتحريم، والالتزام، وفي السكران الخلاف في الطلاق وغيره، وسواء فيه الذكر والأنثى، والحر والعبد الآبق، وغيره، وأما المكرِه ـ بالكسر الراء ـ فقد يفهم من لفظ الكتاب أنه يقطع وليس بمراد، نعم إن كان المكرَه ـ بالفتح ـ غير مميز لعجمة أو غيرها؛ فقد سبق أنه آلة لآمره.

قال: **(وَيُقْطَعُ مُسْلِمٌ وَذِمِّيٌّ بِمَالِ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ)** أما قطع المسلم بمال المسلم فإجماع، وأما قطعه بمال الذمي فهوَ المشهور؛ لأنه معصوم بذمته، وقيل: لا يقطع به، وهو شاذ، وأما قطع الذمي بمال المسلم فهو المذهب؛ لالتزامه الأحكام.

وَفِي مُعَاهَدٍ أَقْوَالٌ: أَحْسَنُهَا إِنْ شُرِطَ قَطْعُهُ بِسَرِقَةٍ قُطِعَ، وَإِلَّا فَلَا .
قُلْتُ: الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ لَا قَطْعَ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

وذكر الْبَغَوِي وغيره: أنه إنما يقطع جبرًا إذا ألزمنا حاكمًا الحكم بينهم، وإلا لم يقطعه إلا برضاه، وسواء سرق مال مسلم أو ذمي، وأشار الإمام إلى قطع يقطعه بمال المسلم؛ وأن لم يرض، وهو الوجه، وبه جزم الْمَاوَرْدِي وغيره؛ إذ المسلم تعدى عليه بلا خلاف.

وأما لو سرق مال ذمي؛ قال الإمام: لم يقطع حتى يترافعوا إلينا، ويجيء الخلاف في إجبار الممتنع عند الاستعداء، وذكر الْمَاوَرْدِي أن في قطعه قولان من أحكامنا عليهم، وإن كان المسروق منه معاهدًا أو لما له أمان؛ قطع بسرقته المسلم والذمي.

قال في «الشافي»: قولًا واحدًا؛ لأنه أحرز ماله بالأمان فهو كالذمي، وبهذا جزم الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد» وأحسبه طريقة العراقيين، والذي ذكره القاضي الحسين، والإمام، والْغَزَالِي، ومن تبعهم: أن قطع المسلم بمال المعاهد مبني على قطع المعاهد بمال المسلم، إن قلنا: يقطع، قطع المسلم بماله، وإلا فلا.

قال الإمام في أوائل الجنايات بعد إشارته إلى هذا البناء: ومن المستحيل ألا يقطع بسرقته مال المسلم، ويقطع المسلم بسرقة ماله.

قال: (**وَفِي مُعَاهَدٍ**) أي: ومستأمن.

(**أَقْوَالٌ: أَحْسَنُهَا إِنْ شُرِطَ قَطْعُهُ بِسَرِقَةٍ قُطِعَ، وَإِلَّا فَلَا**) وبهذا أجاب الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما؛ لأنه إذا عاهد على هذا الشرط فقد التزمه.

قال: (**قُلْتُ: الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ لَا قَطْعَ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**)، هو كما قال وهو المنصوص في أكثر كتبه، وقال «الشامل» في عامة كتبه: لأنه لا يلزم الأحكام فأشبه الحربي.

والثالث: القطع مطلقًا كالذمي، وصححه في «الذخائر» وكذا حكم

وَتَثْبُتُ السَّرِقَةُ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي الْمَرْدُودَةِ فِي الْأَصَحِّ، ....

القصاص، والقذف، وحكى الفوراني، وغيره: أن من الأصحاب من حمل النصين المتقابلين على التفصيل المذكور، ومنهم من قطع بالقول الثاني، ولا نزاع في الاسترداد، والتغريم.

قال الفوراني: وهذا إذا لم يرض بقضائنا، فأما إذا ترافع هو وخصمه إلينا، فإنا نقطعه وجهًا واحدًا، وفيما قاله وقفة، والظاهر أنا إذا لم نوجب عليه القطع لا يقطع، وإن رضي بحكمنا، وقد صرح بمثله في حد الخمر.

فرع: لو زنى معاهد بمسلمة قيل: على الخلاف في القطع، وقيل: لا حد قطعًا.

قال الرَّافِعِي: وهذا يوافق إيراد العراقيين، والْبَغَوِي في انتقاض عهده بسرقة أوجه:

ثالثها: إن شرط عليه ألا يسرق انتقض، وإلا فلا، وبه أجاب بعضهم فيما إذا زنى بمسلمة.

قال: (**وَتَثْبُتُ السَّرِقَةُ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي الْمَرْدُودَةِ فِي الْأَصَحِّ**) هذا الخلاف محكي في القطع، أما المال فيثبت لا محالة وجه القطع أن اليمين المردودة كالإقرار، وكالبينة، وكل منهما يوجب القطع، فأشبه القصاص فإنه يثبت باليمين المردودة.

والثاني: المنع، وهو المذهب كما سنوضحه؛ لأن القطع هنا حق لله تعالى كالزنا، واليمين المردودة لا تتجاوز إلى حق ثالث على ظاهر المذهب، فما ظنك بحدود الله تعالى المبنية على الدرء، وقد اضطرب كلام «الروضة» في المسألة، فقال هنا على الأول: إنه الذي نقله الإمام عن الأصحاب، وعلله بما سبق.

ثم ذكر الثاني عن «الشامل» و«البيان» وزاد أنه صحح في «المحرر» الأول، وجزم بتصحيح الأول في آخر الشرط الثاني من الباب الأول، وليس في كلام الرَّافِعِي أصلًا؛ بل أحال المسألة على هذا الموضع، ثم جزم في

أَوْ بِإِقْرَارِ السَّارِقِ، وَالْمَذْهَبُ قَبُولُ رُجُوعِهِ.

الباب الثالث في اليمين في الدعاوى بالثاني، قال: لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة.

قلت: وهذا هو المذهب، والصواب الذي أورده العراقيون، منهم المحاملي، والجرجاني، والْمَاوَرْدِي، وابن الصباغ، وهو قضية كلام الْبَغَوِي وغيره من المراوزة، صرح به الْبَغَوِي في «تعليقه» وظاهر نصوص الشَّافِعِي ﷺ قال في «الأم»: لا يقام على سارقٍ حدًا إلا بواحدٍ من وجهين: إما شاهدان، وإما اعتراف يثبت عليه حتى يحد، وذكر في «المختصر» نحوه.

وقال الدارمي: لا قطع نصًا، قال الْمَاوَرْدِي: لأنه من حقوق الله تعالى المحضة التي لا يدخلها الإيمان في إثبات، ولا إنكار، فصارت اليمين مقصورة على الغرم دون القطع، وأنا أعجب من الإمام، ونقله ذلك عن الأصحاب، ومتابعة الْغَزَالِي له، وقد أشارا جميعًا إلى استشكاله وحسباه محل وفاق، وإنما هو وجه شاذ لبعض المراوزة، وأحسبه منتزع من وجه شاذ أن اليمين المردودة تتعدى إلى ثالث على أن في انتزاعه منه نظر، وقد يوافق الإمام والْغَزَالِي على المنع في الزنا بأمة الغير، وأنها كهذه المسألة.

قال: **(أَوْ بِإِقْرَارِ السَّارِقِ)** أي: مرة، ولا يشترط تكرره كسائر الحقوق، ولا يشترط تصديق السيد للعبد خلافًا للمزني، ويشترط التفصيل في الإقرار بالسرقة كالشهادة بها، فلا يقطع من أقر بها إقرارًا مطلقًا؛ إذ قد يظن غير السرقة شرحه، وقول الشيخ من بعد: ويشترط ذكر الشاهد بشروط السرقة وسكوته هنا يفهم الاكتفاء بالإقرار المطلق، ولا يبعد أن يكتفي به من الفقيه الموافق للقاضي في المذهب.

قال: **(وَالْمَذْهَبُ: قَبُولُ رُجُوعِهِ)** أي: كما يسقط به حد الزنا، وحاصل الخلاف ثلاث طرق:

أظهرها: وبه قال الصيدلاني، وطوائف من المحققين، كما قاله الإمام: القطع بسقوط القطع وبقاء الغرم، وعليها ينطبق إيراد كثيرين أو الأكثرين.

وَمَنْ أَقَرَّ بِعُقُوبَةٍ لله تَعَالَى فَالصَّحِيحُ أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يُعَرِّضَ لَهُ بِالرُّجُوعِ،

والثانية: لا يقبل رجوعه في المال ويقبل في القطع على الأصح، ويقال الأظهر.

الثالثة: يقبل في القطع في المال على الأظهر، أو الأصح.

فرع: سبق عن الدارمي أنه لو أقر بالسرقة، ثم رجع، ثم كذَّب رجوعه؛ لا يقطع.

قال: (**وَمَنْ أَقَرَّ بِعُقُوبَةٍ لِلَّهِ تَعَالَى؛ فَالصَّحِيحُ: أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يُعَرِّضَ لَهُ بِالرُّجُوعِ**) لما سيأتي. قال في «الروضة»: وبه قطع عامة الأصحاب.

والثاني: لا، ونقله الإمام عن الجمهور، وليس كما قال.

والثالث: إن لم يكن عالمًا بجواز الرجوع عرض له، وإلا فلا، وكنت أود لو قيل: إن كان نادمًا تائبًا عرض له، وإلا فلا.

وقال الرَّافِعِي بعد نقله الأوجه عن رواية الإمام: إن الذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم القديمة، والحديثة: أن للقاضي ذلك، قال: وهذا إذا كان المقر جاهلًا بالحد، إما لقرب عهده بالإسلام، أو لسكنه ببادية بعيدة عن أهل العلم، انتهى.

وفي النفس من هذا شيء، وظاهر كلام كثيرين ينازع في قصر الجواز على هذين الحالين.

إشارات: قضية اصطلاحه أن يقال: والمذهب أن للقاضي قضية كلامه أنه لا يستحب للقاضي التعريض، وهو أصح الوجهين عندهما في «الذخائر» عن العراقيين القطع بالاستحباب، وهو كما قال بعضهم بقول: يستحب، وبعضهم يقول: إنه السنة.

وقال الشيخ في «شرح مسلم» إثر حديث ماعز: ﷺ فيه استحباب تلقين المقر بالزنا، والسرقة، وغيرهما من حدود الله تعالى، وأنه يقبل رجوعه، وقد جاء تلقين الرجوع عنه ﷺ وعن الخلفاء الراشدين، ومن بعدهم، واتفق العلماء عليه، انتهى.

....

فأشار إلى نقل الإجماع على الاستحباب، قالا: وللقاضي قبل الإقرار أن يعرض له بالإنكار ويحمله عليه أي: قطعًا.

قلت: وكأن هذا فيما إذا لم يخش بذلك جحود المال، وإلا فقد يتولد منه جحود المال الخطير جملة، وفي «الحاوي»: إنه إذا حضر عند الإمام ليقر بذلك، فالسنة أن يعرض له الإمام بالإنكار، إذا رأى منه آثار الندم، وأمارات الاسترسال، ثم استدل بقصة ماعز ﷺ وغيره، وقوة كلامه، واستدلاله يفهم أنه لا فرق في شبه ذلك بين ما قبل الإقرار وما بعده.

وفي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه: «أنه ﷺ أتى بلصٍ قد اعترف اعترافًا، ولم يوجد معه متاع، فقال: ما إخالك سرقت؟ قال: بلى، فأعاد عليه مرتين، أو ثلاثًا، فأمر به فقطع... الحديث»(١) وهو المراد بقولهم: ويحمله عليه أي: يلقنه إياه، لا الحمل يعني: الإلزام.

أغفلت «الروضة» قول «الشرحين» قالوا: وهذا إذا كان المقر جاهلًا بالحد، وسكت كثيرون عنه أيضًا، وقال شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضته»: يجوز أن يعرض للجاهل بالرجوع، فإن لم يكن من أهل الجهالة، فهل يعرض؟ وجهان، وقيل: يلقن دعوى الشبهة بأن يقول: لعله وطئ نكاح شبهة، أو سرق من غير حرزٍ، ولا يلقن الرجوع، وقيل: يجوز أن يلقن الرجوع بأن يقول: لعله لم يزن، انتهى.

وقال الدارمي: إذا أقر وقفه الإمام لعله يرجع، فإن لم يرجع، أو بادر فقطعه؛ جاز، قالا: والتعريض في الزنا أن يقول: لعلك فاخذت، أو لمست، أو قبلت، أو في الشرب: لعلك لم تعلم أن ما شربته مسكرًا، أو في السرقة: لعلك غصبت، أو أخذت بإذن الملك، أو من غير حرزٍ ونحوها.

فرع: هل للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالى؟ أصح الوجهين في «البحر»: لا، وفي زوائد «الروضة»: نعم، ثم رأى المصلحة في الستر.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٨٠)، والنسائي في الكبرى (٧٤٢٨)، وابن ماجه (٢٥٩٧).

وَلَا يَقُولُ: ارْجِعْ.

قلت: إلا أن يترتب على التوقف حد على الغير، فلا يجوز التوقف، وكذا لو كان تضييع المال المسروق على مالكه، ولا سيما إذا كان له خطر، والله أعلم.

قال: **(وَلَا يَقُولُ: ارْجِعْ)** أي: بل يعرض له كما تقدم.

قال الرَّافِعِي: ولا يحمله على الرجوع، والجحود صريحًا بأن يقول: ارجع عن الإقرار، أو اجحد، ولم يصححوا ما روي أنه ﷺ قال: **«أسرقت؟ قال: لا»**(١). ورأيت في «تعليق الشيخ أبي حامد» وغيره: أن أبا بكر رضي الله عنه قال: **«السارق أقر عنده»**(٢) انتهى.

ولم يصرحوا بأنه حرام، أو مكروه، والظاهر أن مرادهم التحريم.

وما حكي عن الصديق رضي الله عنه أنه ثبت ما يمنعه، ويدل على الجواز.

فرع: قال الشيخ في «شرح مسلم»: أجمع العلماء على تحريم الشفاعة في الحد بعد بلوغه الإمام، وعلى أنه يحرم التشفع فيه، فأما قبل بلوغه الإمام فقد أجاز الشفاعة فيه أكثر العلماء، إذا لم يكن المشفوع فيه صاحب شر وأذى للناس، وإن كان لم يشفع فيه، انتهى.

وكأنه أراد بالحد حد السرقة لا حد لله تعالى، أو لآدمي.

وقال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: إنه ليس للشافعي نص في الحدود قبل أن تبلغ الإمام، والذي يقتضي المذهب عندي أنه لا بأس بذلك، ثم أشار إلى ثلاثة مذاهب للسلف: الجواز، المنع، التفصيل المذكور، إن كان هذا حدود الله تعالى المحضة فكيف يشفع فيها؟ إلا أن يكون المراد لا يحمل مرتكبها إلى الإمام فيشفع عند ممن يريد رفعه إلى الإمام في تركه والستر عليه.

وأما الشفاعة في حد القذف، فقال ابن المنذر: روينا عن الحسن البصري أنه قال: لا يعفى عن الحدود.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ٢٢٤، رقم ١٨٩٢٠).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٤٨٩، رقم ٢٨٢٦٢).

وَلَوْ أَقَرَّ بِلَا دَعْوَى أَنَّهُ سَرَقَ مَالَ زَيْدٍ الْغَائِبِ لَمْ يُقْطَعْ فِي الْحَالِ، بَلْ يُنْتَظَرُ حُضُورُهُ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ أَنَّهُ أَكْرَهَ أَمَةَ غَائِبٍ عَلَى زِنًا حُدَّ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ.

وقال أصحاب الرأي: إذا قال المقذوف: قد عفوت عنه؛ لا يدرأ عنه الحد؛ لأن عفوه باطل، وقالت طائفة: العفو عن القذف من حقوق بني آدم، واختلف هؤلاء فقال مالك: إنه ليس بعفو عن الحد ما علم بلغ الإمام، وقد اختلف عنه فيه، قد قال الشَّافِعِي، وأحمد، وأبو ثور: أن يعفو إن بلغ الإمام، انتهى. ولا خفاء أنه متى جاز العفو جازت الشفاعة.

قال: **(وَلَوْ أَقَرَّ بِلَا دَعْوَى أَنَّهُ سَرَقَ مَالَ زَيْدٍ الْغَائِبِ؛ لَمْ يُقْطَعْ فِي الْحَالِ؛ بَلْ يُنْتَظَرُ حُضُورُهُ)** أي: ومطالبته.

(فِي الْأَصَحِّ) أي: لأنه ربما حضر واعترف بأنه كان أباحه له، ووجه القطع في الحال ظهور الموجب بإقراره كهو بالزنا، وفي المسألة حديث رواه ابن ماجه(١) وفي سنده ابن لهيعة، وحاله معروف.

قال: **(أَوْ أَنَّهُ أَكْرَهَ أَمَةَ غَائِبٍ عَلَى زِنًا؛ حُدَّ فِي الْحَالِ فِي الْأَصَحِّ)** هكذا نقلا الخلاف فيهما وجهين، وهو طريقان في «الحاوي»:

أحدهما: أنه كثبوته بالشهادة، ففيه الطرق الآتية.

والثانية: أنهما يستوفيان، وصححهما، وفرق بقوة الشبهة في الشهادة، وضعفها في الإقرار، وبأن إقراره على نفسه أقوى من شهادة غيره عليه، وحكى الدارمي عن النص: أنه لا يقطع حتى يحضر، وعن النص أنه يحد في الحال، فقيل قولان، وقيل: بظاهرهما، وقيل: لا حد، ولا قطع حتى يحضر.

ونقل الْمُزَنِي في الأمة غلط كانت فأفاد نقل ثلاث طرق، ومن قرر النصين فرق بأن حد الزنا لا يتوقف على طلبه، بخلاف قطع السرقة فإنه لا يستوفى إلا بعد المطالبة بالمال على الصحيح، وأيضًا، فإنه لو حضر وقال: كنت أبحته

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٨٨)، والطبراني في المعجم الكبير (٢/ ١٠٠).

....

المال، سقط القطع، وإن كذبه بخلاف حد الزنا فإنه لا يسقط بذلك وإن صدقه الزاني؛ لأن إباحة البضع ملغاة، وعلل ابن سُرَيْج قوله تأخير حد الزنا، باحتمال أن يقر المالك بأنه كان وقفها عليه.

قال الإمام: وعلى الأصح لو قال مالكها: كنت بعتها منك، أو وهبتها، فأنكر المقر؛ يجب أن يقال: لا يسقط الحد، وعليه ينطبق قول «الوجيز»: لأن ملك الجارية، قال: ملكتك، قبل هذا فكذبه لا يسقط الحد.

قال الرَّافِعِي: وعلى قياسه ينبغي ألا يسقط الحد إذا أقر بوقف الجارية، وكذبه المقر، قال المصنف قلت: ليس الوقف كالبيع، فإنه يصح بلا قبول على المختار، انتهى. وقد بينا هناك أن ما اختاره هو المذهب المنصوص.

تنبيهات وتتمات:

منها: قوله: «ينتظر حضوره» أي: وما في معناه، حتى لو وكَّل وكيلًا في المطالبة، فهو كحضوره، ومطالبته فيما يظهر ترجيح، وفي الحديث المشار إليه أول المسألة: «**أن السارق حضر، فأقر على نفسه بأنه سرق جملًا لبني فلان، فأرسل ﷺ إليهم فقالوا: إنا افتقدنا جملًا لنا، فأمر به فقطعت يده... الحديث**»⁽¹⁾.

ومنها: قال ابن كج: لو سرق مال صبي، أو مجنون؛ إن انتظرنا حضور الغائب واعتبرنا طلبه؛ انتظر بلوغه وإفاقته، وإلا قطعناه في الحال، وأقره الشيخان، ويحتمل أن يقال: يقوم الولي والحاكم مقامهما في المطالبة، كما يقوم الإمام مقام المسلمين بما سرق من بيت المال؛ أو أفرز لطائفة كما سبق، ويخرج على الوجهين في حضور الوكيل.

وفي «الحاوي»: إنه إذا سرق المغصوب، أو المسروق، فالخصم في قطع السارق المالك دون الغاصب والسارق، هذا قول أصحابنا.

وعندي: أن كل واحد من الثلاثة خصم في قطعة أما المالك؛ فلأجل

---

(1) أخرجه ابن ماجه (٢٦٨٦) والطبراني (١٣٦٨) وأبو نعيم في المعرفة (١٢٩٨).

....

ملكه، وأما هما؛ فلأجل ضمانه، انتهى.

ومنها: هل يحبس سارق مال الغائب؟ قالا فيه أوجه:

أحدها: نعم، ثانيها: إن قصرت المسافة، وتوقع قدومه عن قرب؛ حبس، وإلا فلا.

ثالثها: إن كانت العين تالفة؛ حبس، أو باقية أخذت، ثم يفرق بين طول المسافة وقصرها، انتهى.

وقال القاضي الحسين: المذهب أنها تؤخذ منه، ولا يحبس مع قصر المسافة، وقال في «المعتمد»: يحبس، ثم حكى الوجه الثالث، ثم قال: وقال أبو إسحاق: لا يحبس السارق، ولا يصح، وقال الدارمي: إذا شرطنا حضور المالك فلم يحضر أي: لم يكن حاضرًا.

قال ـ يعني الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الأم»: حبس، فقيل: احتياطيًّا، وقيل: واجبًا.

وقال الطبري: إن رد السرقة حبس ما لم يتطاول، وإن لم يردها حبس، إلا أن يكون معد ما أتلفه فيخلى، انتهى.

فتحصلنا على وجوه، وظاهر النص الحبس، وأشار الإمام إلى أنه الظاهر عند الأصحاب.

قال الدارمي: وإذا قلنا من شرطه حضوره، فحضر وكيله؛ وجهان، ويشبه أنهما في وكيله في حفظ ماله، والتصرف له فيه، ونحو ذلك، أما لو وكَّل وكيلًا خاصًا في المطالبة في هذه الصورة، الظاهر أنه كحضوره ومطالبته بنفسه.

ومنها: كلام الرَّافِعِي، والمصنف في صورة الأمة يقتضي أنه لو صدقه في وقفها عليه، أو ثبت ببينة أنه لا يحد، وقد قالا في كتاب الوقف: إن الحد مبني على أقوال الملك إن جعلناه له فلا حد، وإلا فعليه الحد، وسبق هناك ما يتعين مراجعته؛ ليعلم حكم المذهب في الحد.

وَتَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، فَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ثَبَتَ الْمَالُ وَلَا قَطْعَ، وَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ الشَّاهِدِ شُرُوطُ السَّرِقَةِ.

ومنها: يشبه أن يقال: على المرجح أن المقر بالزنا لو كان من ورثة السيد؛ أنه يؤخر الحد إلى العلم بحياته حالة الزنا لاحتمال أنه قد مات قبله، فيكون قد وطئ ملكه، ولا سيما إن طالت الغيبة، وانقطع خبره، أو لم يطل، أو كان قد فقد بخلاف السيد الأجنبي.

قال: (**وَتَثْبُتُ**) أي: القطع.

(**بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ**) أي: بالسرقة أو بالإقرار بها عندنا وعند جمهور العلماء، وشهادة الزنا هي المختصة بالأربعة.

قال: (**فَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ ثَبَتَ الْمَالُ وَلَا قَطْعَ**) أي: كما لو علق طلاقًا، أو عتقًا على غصب، أو سرقة فشهد بذاك رجل وامرأتان؛ ثبت المال دون العتق والطلاق، كذا قاله الرَّافِعِي هنا، وفصل في الشهادات فيما يظهر به بين ما قبل الثبوت وما بعده، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وهل يجيء مثله في القطع؟ فيه نظر ظاهر، وقيل: لا يجب المال كما لا يجب القطع، وحكى ابن الرِّفْعَة وجهًا منكرًا: أنه يجب القطع، قال الشيخ إبراهيم المروزي وغيره: والشاهد واليمين في معنى الرجل والمرأتين.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ الشَّاهِدِ شُرُوطُ السَّرِقَةِ**) أي: فلا تقبل الشهادة بها مطلقة؛ لاختلاف المذاهب فيها، وفي شروط تعلق القطع بها، وقد يظنان ما ليس بسرقة سرقة، فيبينان السارق بالإشارة إليه مع حضوره، أو ما يتميز به من اسم ونسب عند غيبته، ويبينان المسروق والمسروق منه، وكون السرقة من حرز فيتعين الحرز، أو صفته.

وعن القاضي أبي الطيب وغيره: أن يقولا: ولا يعرف له فيه شبهة، قال في «الشامل»: ولكن هذا تأكيد؛ لأن الأصل عدم الشبهة، وعن كتاب ابن كج وجه ضعيف: أنه يشترط مع حضور السارق أن يقول: هذا بعينه، قال في «الروضة»: وليس بشيء.

……

قلت: وقضية كلام الدارمي أنه المذهب، حيث قال: والبينة رجلان عدلان يشهدان أنه بعينه سرق كذا من حرز بصفاته وقيمته، كذا، أو جنسه كذا، وهو ملك لزيد.

وقيل: يجوز ألا يقولا بعينه، فإن قالا: لا نعرف قيمتها؛ قومت إن كانت موجودة، وإن كانت تالفة قومت أكثر من نصاب قطع، وإن قومت نصابًا ففي القطع وجهان.

وقال ـ يعني الشَّافِعِي ﷺ ـ: فحضر المسروق منه يراعى شهادتهما، فإن كذبهما أو يحضر؛ لم يقطع، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: فإن كانت حاضرة فعليهما أن يعينا الشهادة بالإشارة فيقولان: نشهد أن هذا الرجل بعينه سرق من مال هذا الرجل بعينه، ثم يصفان السرقة بأنه فعل ماضي حتى لا يمكن الإشارة إليه، فيقولان: نقب الحرز، ودخله، وأخرج منه هذه السرقة.

فرع: إن ترتبت الشهادة بالسرقة على دعواه، أو وكيله فذاك، وإن شهدا حسبة قبلت على الأصح، فعلى هذا إن كان المالك غائبًا، فالنص أنه لا يقطع حتى يحضر، ونص في الزنا بأمة الغير: أنه يحد في الحال، وقيل: فيهما قولان، وقيل: بانتظارهما، والمذهب تقرير النصين، والفرق ما سبق في صورة الإقرار عن رواية الدارمي طريقة ثالثة، فلتجيء هنا.

واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي وغيره أن البينة تسمع على السارق الغائب، ولا شك فيه بالنسبة إلى المال، وأما ثبوت الحد فلا، وقد قال القاضي الحسين: ظاهر المذهب أن البينة لا تسمع على الغائب في حدود الله تعالى.

فائدة: لا تسمع الشهادة المطلقة في مسائل كثيرة؛ بل لا بد من تفصيلها، وبيانها، ذكر ذاكر أنها بلغت ثلاث عشرة مسألة، ولعلها تقارب الثلاثين أو تزيد عليها عند التتبع التام، وزدت على ما ذكر حال تعليقي كلامه في «الغنية» صورًا سنحت حال الكتابة، فألحق بها أخواتها.

وَلَوْ اخْتَلَفَ شَاهِدَانِ كَقَوْلِهِ: سَرَقَ بُكْرَةً، وَالْآخَرِ عَشِيَّةً فَبَاطِلَةٌ.
وَعَلَى السَّارِقِ رَدُّ مَا سَرَقَ، فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَهُ وَتُقْطَعُ يَمِينُهُ.

قال: (وَلَوْ اخْتَلَفَ شَاهِدَانِ كَقَوْلِهِ: سَرَقَ بُكْرَةً، وَالْآخَرِ عَشِيَّةً؛ فَبَاطِلَةٌ) أي: لم تثبت السرقة لاختلافهما، وكذا لو شهد هذا بسرقة كبش أبيض، وهذا بسرقة كبش أسود؛ لم تتم الحجة، وهكذا كل ما جانس هذا، وله الحلف مع أحدهما، وتغريمه.

قوله: «باطلة» غير مستحسن؛ إذ الباطل لا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح، ومعلوم أنه لو حلف مع أحدهما أغرمه.

قال: (وَعَلَى السَّارِقِ رَدُّ مَا سَرَقَ) لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(١).

(فَإِنْ تَلِفَ؛ ضَمِنَهُ) أي: غنيًّا أو فقيرًا كسائر المتلفات، والقطع إنما هو حق الله تعالى، فلا يمنع حق الآدمي.

قال: (وَتُقْطَعُ يَمِينُهُ) أي: سواء وجدت يسراه أو فقدت عندنا، أما قطع اليد فللآية، والأخبار، ووجه كونها اليمين قراءة ابن مسعود «فاقطعوا أيمانهما» قالوا: والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل، قاله الْمَاوَرْدِي، والرَّافِعِي، وجماعة، وقال القاضي أبو الطيب وغيره: قراءة ابن مسعود مفسرة للقراءة المشهورة، وحكى الحاكم عن البخاري ومسلم: أن تفسير الصحابي في حكم المرفوع، وهذا لا يقتضيه مذهبنا.

وقد روي أنه ﷺ قطع اليمين، وكذلك فعله الخلفاء الأربعة ﷺ، وقال القاضي أبو الطيب: إنه إجماع.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨، رقم ٢٠٠٩٨)، والدارمي (٢/ ٣٤٢، رقم ٢٥٩٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٦، رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٦٦، رقم ١٢٦٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢، رقم ٢٤٠٠)، والطبراني (٧/ ٢٠٨، رقم ٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٢) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخارى. والبيهقي (٦/ ٩٠، رقم ١١٢٦٢). وابن أبي شيبة (٤/ ٣١٦، رقم ٢٠٥٦٣)، وابن الجارود (ص ٢٥٦، رقم ١٠٢٤)، والروياني (٢/ ٤١، رقم ٧٨٤).

فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا بَعْدَ قَطْعِهَا فَرِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَثَالِثًا يَدُهُ الْيُسْرَى، وَرَابِعًا رِجْلُهُ الْيُمْنَى، وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعَزَّرُ ....

قال: (**فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا بَعْدَ قَطْعِهَا؛ فَرِجْلُهُ الْيُسْرَى**)؛ اتباعًا لأبي بكر وعمر ﷺ، ولا مخالف لهما من الصحابة ﷺ، فكان إجماعًا، قاله الْمَاوَرْدِيُّ بعد أن حكي عن عطاء فقط: أنه قطع يده اليسرى، ورده عليه، وروي ذلك مرفوعًا في الدارقطني، وغيره، ولا يثبت، وقيس على ذلك قطع قاطع الطريق، وقيل غير ذلك من المعاني، ولا يقطع إلا بعد اندمال اليد؛ لئلا تفضي الموالاة إلى الهلاك، وخالف قطعه في الحرابة؛ لأنهما حد واحد.

قال: (**وَثَالِثًا يَدُهُ الْيُسْرَى، وَرَابِعًا رِجْلُهُ الْيُمْنَى**) قال الشَّافِعِي ﷺ: أخبرنا بعض أصحابنا عن ابْنِ أَبِي ذِئْب عن الحارث بن عبد الرحمن عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**السارق إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله**»(١).

قال: (**وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعَزَّرُ**) أي: بعد قطع أطرافه يعزر، كما لو فقدت أطرافه أولًا. وعبارة الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم» و«المختصر» وكثيرين من الأصحاب: وفي الخامسة يعزر ويحبس، وظاهره الجمع بينهما، ويكون في التعدي بالضرب للسرقة، والحبس للكف عن الفساد، وفي المستقبل، ويحتمل أن يراد التنويع وهو بعيد.

وقال الدارمي وغيره: ويحبس حتى يتوب، وكذا حكي عن «الكافي» ورأيت فيه حتى يموت، وهو تحريف يتوب.

وعبارة «التلخيص» وغيره: حتى تظهر توبته، وحكى القاضي الحسين، والْبَغَوِي، والإمام، وغيرهم قولًا قديمًا: أنه يقتل في الخامسة، وفيه حديث رواه أبو داود والنسائي وقال: إنه منكر، وقال ابن عبد البر: إنه منكر لا أصل له(٢).

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/ ١٨١)، وأبو نعيم في الحلية (٢/ ٦) وقال: تفرد به حزام، وهو من الضعف بالمحل العظيم.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤١٠)، والنسائي (٨/ ٨٩).

……

وقال الشَّافِعِي - رحمه الله -: والقتل منسوخ، وأنه لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وفي «الحاوي» وغيره: إنه قول جمهور العلماء، وعن عثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم: تقرير أنه يقتل في الخامسة، للحديث.

قال في «الشامل» وغيره: وقد انعقد الإجماع بعدهم على خلافهم، وكأن هذا الخلاف لم يثبت عند الشَّافِعِي رضي الله عنه أو رأى أنه قد ارتفع، وقد قال الْمَاوَرْدِي بعد نقله خلاف عثمان رضي الله عنه ومن تبعه: وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على ترك القتل.

فرع: قال الشيخ إبراهيم المروزي: إذا قطعت يده علقت في عنقه ساعة؛ للتنكيل، نص عليه الشَّافِعِي رضي الله عنه.

وروى فَضَالَةَ بْن عُبَيْدٍ: **«أن النبي ﷺ أتي بسارق، فأمر فقطعت يده، ثم أمر فعلقت في رقبته»**(١) وقد رواه أصحاب السنن، وصححه الترمذي.

وقال ابن العربي في «شرحه»: إنه لم يثبت، وهو من رواية الحجاج بن أرطاة، وضعفه مشهور، وأطلق الجمهور لهذا الحديث أن السنة أن تعلق في عنقه ساعة.

وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تعلق، وهو المختار، إلا أن يثبت فيه سنة، ووجهًا آخر: أنها تعلق ثلاثًا، ووجهًا: أن الأمر فيه إلى رأي الإمام، انتهى. وليس في الحديث التقرير بساعة، ولا غيرها.

فرع: إذا أريد قطع يده أجلس، كما نص عليه في «الأم» ثم يضبط كيلا يضطرب، ويتعدى القطع إلى موضع آخر، ثم يخلع كفه حتى يبين المفصل، وذلك بأن يربط فيه حبل، ويجر جرًّا عنيفًا حتى ينخلع، وكذا يصنع برجله.

قال إبراهيم المروزي: ويربط على خشبة؛ كيلا يضطرب، ثم يقطع بحديدة ماضية قطعة واحدة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤١٣)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٨/ ٩٢)، وابن ماجه (٢٥٨٧).

وَيُغْمَسُ مَحَلُّ الْقَطْعِ بِزَيْتٍ أَوْ دُهْنٍ مُغْلى، قِيلَ: هُوَ تَتِمَّةٌ لِلْحَدِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ حَقٌّ لِلْمَقْطُوعِ، فَمُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ وَلِلْإِمَامِ إِهْمَالُهُ.

قال **الْمَاوَرْدِي**: ولا يضرب السكين بالحجر، وذكر **الْبَنْدَنِيجِي**: أن يده توضع على لوح أو غيره، وتوضع السكين على المفصل ويدق فوقه بشيء ثقيل دفعة واحدة، أو تمر السكين عليها مرة واحدة.

قلت: ينبغي أن يفعل الأسهل الأسلم منهما عند أهل الخبرة بذلك، وغريب ما حكي عن الصيمري: أنه يستحب للإمام أن يتولى ذلك بنفسه، ثم رأيت صاحب «المعتمد» قد جزم به، ثم قال: فإن استعان بغيره جاز.

قال: (**وَيُغْمَسُ مَحَلُّ الْقَطْعِ بِزَيْتٍ أَوْ دُهْنٍ مُغْلى**) أي: لينقطع الدم؛ إذ لو استمر لهلك، وفي صحيح الحاكم من حديث أبي هريرة ﷺ أنه ﷺ قال في سارق: «**اذهبوا به فاقطعوا يده ثم اغمسوه بزيت**»[1] ثم قال: صحيح الإسناد وعلى شرط مسلم، رواه الدارقطني بإسناد جيد، إلا أنه روي مرسلًا، ورجح إرساله علي بن المديني، وابن خزيمة، ثم ما ذكره المصنف من الحسم بالزيت المغلي ونحوه وهو المشهور.

وقال **الْمَاوَرْدِي**: إن كان بدويًّا حسم الموضع بالنار؛ لأنها عادتهم، وإن كان حضريًّا أغلي له الزيت وحسمت فيه؛ لأنه بغمسها فيه يسد أفواه العروق، أو تحسم بالنار فتنقطع مجاري الدم، فيقل الخوف على نفسه، انتهى.

وقال صاحب «المعتمد»: ثم يغمس في الزيت المغلي؛ لتنطبق أفواه العروق، أو يحسم بالنار إن أذن في ذلك.

قال: (**قِيلَ: هُوَ**) أي: الحسم.

(**تَتِمَّةٌ لِلْحَدِّ**) أي: فيجب على الإمام فعله، ومؤنته على بيت المال، ووجه بأن فيه مزيد إيلام، وما زال الولاة يفعلونه على كراهة من المقطوعين، ولم يراعوا ذلك في قطع الطرف قصاصًا.

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ حَقٌّ لِلْمَقْطُوعِ، فَمُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِلْإِمَامِ إِهْمَالُهُ**) أي: فلا

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٨١).

……………………………………………………………………

يجب عليه، ومؤنته عليه؛ لأن الغرض به المعالجة، ورفع الهلاك عنه فجرى مجرى التداوي من مرض، هذا ما أورده الإمام، والرَّافِعِي، وغيرهما، والخلاف في أنه ليس للإمام إهماله.

وحكى الْمَاوَرْدِي الوجهين كذلك في إجباره، ثم قال: وأما أجرة القاطع، وثمن زيت الحسم ففي بيت المال؛ لأنه من عموم المصالح، فإن كان القطع يكثر؛ جعل للقاطع والجلاد، رزق، وإن كان يقل؛ أعطي أجرته كلما قطع أو جلد، فإن لم يكن في بيت المال مال لم يؤخذ ثمن الزيت؛ لأنه كالدواء، وأخذ بأجرة القاطع من ماله؛ لأن عليه تسليم حد الله تعالى، فإن قال: أنا أتولى قطع يدي؛ ففي تمكينه وجهان، انتهى.

وفي «المهذب» و«الشامل» و«تعليق أبي الطيب» والْبَنْدَنِيجِي، و«الكافي» وغيرهم: أن الزيت في بيت المال، فإن لم يفعله الإمام فلا شيء عليه، ويندب للمقطوع أن يفعله، فإن فعله فلا شيء عليه.

وفي «تعليق القاضي الحسين»: أن الحسم من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال فمن ماله، فإن لم يفعله، فلا يجبر عليه، وهذا تفريع على القول بعدم وجوبه، وقال إبراهيم المروزي: الحسم حق لله تعالى، أو حقه فيه وجهان:

أحدهما: أنه حق لله تعالى، فلو امتنع أجبر عليه.

والثاني: أنه حق للآدمي، لم امتنع لم يجبر عليه؛ لأنه نوع مداواة، ومؤنة الحسم، وثمن الدهن تجب في بيت المال، فإن لم يكن فيه مال؛ فمن مال السارق، فإن لم يعط؛ ترك لا يجبر عليه في أحد الوجهين، انتهى.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: ولو قال المقطوع: لا تحسموني، هل يترك أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يترك؛ لأنه حقه.

والثاني: لا يترك؛ لأن فيه حفظ الروح، وهو حق لله تعالى، انتهى.

قال صاحب «المعتمد»: ويحمل الزيت من بيت المال، ويستحب للإمام

وَتُقْطَعُ الْيَدُ مِنَ الْكُوعِ، وَالرِّجْلُ مِنْ مَفْصِلِ الْقَدَمِ.

وَمَنْ سَرَقَ مِرَارًا بِلَا قَطْعٍ كَفَتْ يَمِينُهُ. وَإِنْ نَقَصَتْ أَرْبَعَ أَصَابِعَ ....

أن يتولى القطع بنفسه، فإن استعان بغيره جاز وأجرته على المقطوع إن لم يكن في بيت المال، انتهى.

قال: (**وَتُقْطَعُ الْيَدُ مِنَ الْكُوعِ**) روي فيه حديثان ضعيفان، وآثار عن عمر ﵁ وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وادعى الْمَاوَرْدِي أنه فعل مجمع عليه، والمعنى فيه أن البطش بالكف، وما زاد على الذراع تابع، ولهذا يجب في الكف دية اليد، وفيما زاد حكومة، انتهى.

وكلام الْمَاوَرْدِي: واختلف في حد قطعها، فذهب الخوارج إلى أنها تقطع من المنكب، وحكي عن علي ﵁: أنه قطع أصابع كفه، وهي رواية شاذة، وذهب جمهور العلماء إلى قطعها من مفصل الكف، ثم استدل بحديث سارق رداء صفوان، وكما هو ظاهر لأن الخلفاء الراشدين عليه علموا، وهو نقل موروث إلى آخره.

قال: (**وَالرِّجْلُ مِنْ مَفْصِلِ الْقَدَمِ**) رواه ابن المنذر عن فعل عمر ﵁.

وروي عن سعيد بن منصور عن حماد بن زيد عن عمرو بن دينار، قال: كان عمر ﵁ يقطع رجل السارق من المفصل.

وكان علي ﵁ يقطعها من شطر القدم، وإليه ذهب أبو ثور.

قال: (**وَمَنْ سَرَقَ مِرَارًا بِلَا قَطْعٍ؛ كَفَتْ يَمِينُهُ**) أي: لاتحاد السبب فتداخلت كما لو تكرر الزنا والشرب.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَتْ أَرْبَعَ أَصَابِعَ**) أي: فيكتفى بها، ولا يعدل إلى الرجل؛ لحصول الإيلام والتنكيل، ولأن اسم اليد يطلق عليها مع نقصان أصابعها، كما يطلق عليها مع زيادتها، هذا هو المشهور، وفي «شرح الكفاية للصيمري»: أنه إذا ذهب أكثر أصابعه؛ قطعت رجله اليسرى، وهو غريب، وحكي عن رواية القاضي أبي حامد: أنه لو كانت يمينه ناقصة الإبهام؛ لا

قُلْت: وَكَذَا لَوْ ذَهَبَتْ الْخَمْسُ فِي الْأَصَحِّ، وَٱلله أَعْلَمُ.
وَتُقْطَعُ يَدٌ زَائِدَةٌ أُصْبُعًا فِي الْأَصَحِّ.

تجزئ، ذكره الرَّافِعِي وثبوته بعيد.

قال: (**قُلْت: وَكَذَا لَوْ ذَهَبَتْ الْخَمْسُ فِي الْأَصَحِّ، واللهُ أعلمُ**) أي: المنصوص، كما رواه الحارث بن شريح البقال عنه لما قدمناه.

والثاني: لا يكفي؛ لأن المقصود بقطعها سلب منفعتها، ولا منفعة لها، ولا جمال، فيعدل إلى رجله اليسرى، وادعى القاضي الحسين أنه المذهب، وحكاه القاضي أبو حامد عن النص، واختاره، وقال الرُّويَانِي في «التجربة»: إنه الصحيح من المذهب؛ لأن الكف تابع، ولا حكم له مع فقد المتبوع بالكلية، انتهى.

ولم أر للأصحاب والقاضي الحسين موافقته على غير ترجيح الثاني؛ بل أرسلوا الوجهين، وهما قولان منصوصان.

إشارة: لو سقط بعض الكف كفى الباقي منه على الأصح، وعبارة «الروضة»: وإن لم يبق إلا الكف أو بعض الكف والأصابع ففي الاكتفاء بذلك وجهان أو قولان: أصحهما: الاكتفاء، وطرد القاضي أبو حامد الوجهين فيما لو كانت يمينه بلا إبهام، انتهى.

وهذا بعيدٌ جدًّا، ويشبه أن يقال: إنه لو ذهب معظم الكف ولم يبق منه إلا شيء يسير لا نفع له أصلًا أنه لا يكفي، ويكون كالقدم قطعًا.

قال: (**وَتُقْطَعُ يَدٌ زَائِدَةٌ أُصْبُعًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: ولا مبالاة بالزيادة؛ لأن المراد التنكيل، وبهذا جزم الْمَاوَرْدِي، وغيره(١).

---

(١) قَالَ الدَّمِيرِيُّ: لَنْ يُشْكِلَ عَلَى الْمُصَنِّفِ أَنَّهُ صُحِّحَ فِي الْخُنْثَى الْمُشْكَلِ كَمَا سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ أَنَّهُ لَا يُخْتَنُ فِي أَحَدِ فَرْجَيْهِ مُعَلِّلًا بِأَنَّ الْجُرْحَ مَعَ الْإِشْكَالِ مُمْتَنِعٌ، وَلَوْ قِيلَ بِإِجْرَاءِ وَجْهٍ ثَالِثٍ: إِنَّهُ لَا يُقْطَعُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا، لَمْ يَبْعُدْ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ لَا يَجُوزُ قَطْعُهَا، وَقَدْ الْتَبَسَتْ بِالْأَصْلِيَّةِ.
وَيُجَابُ عَنْ الْإِشْكَالِ الْمَذْكُورِ بِأَنَّ السَّارِقَ إِنَّمَا قُطِعَتْ يَدُهُ مَعَ الْإِشْكَالِ تَغْلِيظًا عَلَيْهِ، وَعَلَى مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمُصَنِّفُ لَوْ لَمْ يُمْكِنْ قَطْعُ الْأَصْلِيَّةِ إِلَّا بِالزَّائِدَةِ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ قَطْعُ إِحْدَاهُمَا عِنْدَ=

وَلَوْ سَرَقَ فَسَقَطَتْ يَمِينُهُ بِآفَةٍ سَقَطَ الْقَطْعُ، أَوْ يَسَارُهُ فَلَا عَلَى الْمَذْهَبِ].

والثاني: لا، كما في القود، وفرق الأول بأن المقصود فيه المساواة، وهنا الزجر والتنكيل.

فرع: لو كانت اليمين شلّاء فإن قال أهل الخبرة: إن قطعت لا ينقطع الدم؛ لم تقطع، ويكون كمن لا يمين له، وإن قالوا: ينقطع؛ قطعت، واكتفي بها، هذا ما أورداه.

وفي «التنبيه»: أن الشلاء كالمعدومة، وأقره عليه في الصحيح، وهو ما أجاب به القاضي الخلعي البصري في كتابه «المغني» وكان على رأس المائة الرابعة، وهو ما حكاه الدارمي عن ابن المنذر، وحكي الأول عن ابن الْقَطَّان، وأبدا الإمام لثاني احتمالًا لنفسه، وبالجملة فلا تصويب على «التنبيه».

قال: (**وَلَوْ سَرَقَ فَسَقَطَتْ يَمِينُهُ بِآفَةٍ؛ سَقَطَ الْقَطْعُ**) أي: لفوات محله بعد الوجوب، كما لو مات المرتد، وقوله: «**بِآفَةٍ**» يفهم أنها لو قطعت في قصاص وغيره؛ لم يسقط، ويعدل إلى رجله، والمعروف السقوط، وبه أجاب الفوراني في «العمد» وشذ في «الإبانة» فقال: لو سرق فسقط كفه؛ قطعت رجله اليسرى خلافًا لأبي حنيفة، وغلطه الإمام، والْغَزَالِي.

وقيل: إذا قطعت في قصاصٍ وقع قطعها عنه، وعن السرقة، ذكره شارح، ولم أره لغيره.

فرع: لو شلت يده بعد السرقة وخشي من قطعها تلف النفس؛ قال القاضي الحسين، والْبَغَوِي في كتابه: فإن قال أهل البصر: يمكن حبس الدم؛ قطعت، وإن قالوا: لا يحبس؛ سقط القطع كما لو سقط كفه.

قال: (**أَوْ يَسَارُهُ؛ فَلَا عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لبقاء محل القطع وهو اليمين، وعن أبي إسحاق: أنه يسقط في اليمين على قول، كما في مسألة الجلاد إذا

الِاشْتِبَاهِ فَإِنَّهُ يَعْدِلُ إِلَى الرِّجْلِ، فَإِنْ أَمْكَنَ قَطْعُ الْأَصْلِيَّةِ وَقَطَعْنَاهَا، ثُمَّ سَرَقَ ثَانِيًا، وَقَدْ صَارَتْ الزَّائِدَةُ أَصْلِيَّةً بِأَنْ صَارَتْ بَاطِشَةً أَوْ كَانَتْ الْكَفَّانِ أَصْلِيَّتَيْنِ وَقُطِعَتْ إِحْدَاهُمَا فِي سَرِقَةٍ قُطِعَتْ الثَّانِيَةُ، وَلَا يَعْدِلُ إِلَى الرِّجْلِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٥٥).

قطعها غلطًا، وزيفوه بأن يساره قطعت هناك بعلة السرقة، فلو أبقينا القطع في يمينه لذهبت يداه بعلة السرقة، بخلاف ما لو سقطت يساره بآفة، أو جناية، والله أعلم.

فائدتان نختم بهما الباب:

الأولى: قال في «الروضة»: ولو قطع يساره جاز، أو الجلاد عمدًا؛ وجب القصاص، فلا يسقط قطع اليمين عن السارق، ثم حكى طريقين في غلط السارق بإخراجه، وغلط الجلاد بقطعها، كما أوضحتها في «الغنية».

وقال في «تصحيح التنبيه»: إن الأصح أنه إذا وجب قطع يمينه فقطع الجلاد يساره عمدًا، أو سهوًا؛ أجزأت عن اليمين، ولا قصاص على القاطع، ولا دية، وتبعه على ذلك من يعتقده في التصحيح، وهو عجيب يدرك فساده بمراجعة «الروضة» وغيرها.

الثانية: قال في باب استيفاء القصاص من «أصل الروضة»: قال الْبَغَوِي: لو قطع السارق يد نفسه بإذن الإمام اعتد به، وهل يمكنه إذا قال: أقطع بنفسي؟ وجهان أقربها: نعم، ولم يذكر الرَّافِعِي، والْبَغَوِي ترجيحًا، وقال في كتاب الوكالة: ولو وكَّل الإمام السارق في قطع يده فالصحيح المنع، انتهى.

وهذا الترجيح هو المعتمد، ولا أعلم نزاعًا في الاعتداد بذلك، وقول الْبَغَوِي: بإذن الإمام اعتد به؛ يفهم أنه إذا لم يأذن فيه لا يعتد به، وتقطع رجله مثلًا، وليس بمراد، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

بابُ قَاطِعِ الطَّرِيقِ

وسمي بذلك؛ لامتناع الناس من المرور خوفًا منه، والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ٣٣﴾ [المائدة: ٣٣].

قال ابن عباس وأكثر المفسرين، وعامة الفقهاء: إنها محمولة على قطاع

قال المصنف: [هُوَ مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ ....

الطريق، وقال الشيخ إبراهيم المروزي والقاضي الحسين وغيرهما: أصح الروايتين عن ابن عباس أنها نزلت في قطاع الطريق.

وقال صاحب «الشامل»: هذه الآية نزلت في قول ابن عباس، وعامة الفقهاء في قطاع الطريق من المسلمين، انتهى.

وسكت غيره عن قوله: من المسلمين، وأما قول الْغَزَالِي في «وسيطه» بعد الآية فذكر رسول الله ﷺ تفسيرها فقال: «أن يقتلوا؛ إذا قتلوا، أو يصلبوا؛ إذا قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف؛ إذا أخذوا المال..إلى آخره»(١).

قال ابن الصلاح: إنه غلط، وإنما هذا تفسير ابن عباس، وعنه رواه الشَّافِعِي ﷺ وكذا ذكره الشيخ الحافظ البيهقي، وحاول ابن الرِّفْعَة في «مطلبه» دفع الغلط عن الْغَزَالِي، وفيه تكلف ظاهر.

قال الشارح: [قال: (هُوَ مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ) أي: وإن كان عبدًا أو امرأة واعتبار الإسلام ذكره الرَّافِعِي ﷺ فقال: اعتبر - يعني الْغَزَالِي - فيهم صفتين: الشوكة والبعد عن الغوث، ولا بد مع ذلك من الإسلام، فالكفار ليس لهم حكم القطاع، وإن أخافوا السبيل، وتعرضوا للأنفس والأموال، انتهى.

اعلم أني لم أر في الكتب المشهورة بعد الكشف التام التنصيص على أن من شرط قاطع الطريق الإسلام إلا في كلام الرَّافِعِي ومن أخذ منه، ولا يدل

---

(١) قَالَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ: نَزَلَتْ هذه الآيَةُ فِي قَاطِعِ الطَّرِيقِ، لَا فِي الْكُفَّارِ، وَاحْتَجُّوا لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤].. إِذْ الْمُرَادُ التَّوْبَةُ عَنْ قَطْعِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ كَانَ الْمُرَادُ الْكُفَّارَ لَكَانَتْ تَوْبَتُهُمْ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ دَافِعٌ لِلْعُقُوبَةِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ وَبَعْدَهَا. قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ: وَلِأَنَّ اللهَ تَعَالَى قَدْ بَيَّنَ حُكْمَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُرْتَدِّينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الْآيَةِ، فَاقْتَضَى أَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْآيَةُ فِي غَيْرِهِمْ، وَفِي أَبِي دَاوُد أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي الْعُرَنِيِّينَ، وَفِي النَّسَائِيِّ أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي الْمُحَارِبِينَ مِنْ الْكُفَّارِ؛ لِأَنَّ الْمُؤْمِنَ لَا يُحَارِبُ اللهَ وَرَسُولَهُ، وَقَطْعُ الطَّرِيقِ هُوَ الْبُرُوزُ لِأَخْذِ مَالٍ أَوْ لِقَتْلٍ أَوْ إِرْعَابٍ مُكَابَرَةً اعْتِمَادًا عَلَى الشَّوْكَةِ مَعَ الْبُعْدِ عَنْ الْغَوْثِ.انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٦٠).

....

على ذلك قول ابن الصباغ وغيره: إن الآية الكريمة نزلت في قطاع الطريق من المسلمين؛ إذ لا يلزم من ذلك ألا يكون حكم غيرهم ممن التزم أحكام الإسلام حكمهم، ولا يدل عليه قولهم في صلبهم: إنه ينزل ويغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابرنا بلا شك.

وعبارة المصعبي في «شرح مختصر الجويني»: والمعتبر فيهم صفتان، وكذا عبارة جماعة من المراوزة.

والذي يقتضيه القياس أن الذمي إذا حارب في دار الإسلام وأخاف السبيل، وقلنا: إنه لا ينتقض عهده بذلك، كما اقتضاه كلام الرَّافِعِي، والمصنف في كتاب «الجزية» أنه المذهب، ونص في «الأم» هناك: أن قطع الطريق ليس نقضًا للعهد ما أدوا الجزية، على أن يجري عليهم الحكم، انتهى لفظه.

ويكون حكمهم في قطع الطريق حكم المسلمين [ولا يمكن أن يقال هذا في المرتد؛ إذ لا سبيل إلى أن يكون حالهم في ذلك مثل حال المسلمين] أصلًا، وإلى ما ذكرته يرشد قول الجرجاني في «الشافي»: كل مكلفٍ شهر السلاح، وأخاف السبيل بقطع الطريق، وكان من أهل دار الإسلام؛ فهو محارب، فأخرج الحربي فقط.

وذكر في «التحرير» نحوه، وهو قضية كلام جماعات من العراقيين وغيرهم حيث قالوا: من فعل كذا وكذا، ولم يقولوا: وهو مسلم، ولا يقال: يدخل في إطلاقهم الحربي؛ لأنا نقول حاله معلوم وحكمه ظاهر.

وإليه يشير قول صاحب «التنبيه» في القاطع: فإن أخذ نصابًا لا شبهة له فيه، وهو ممن يقطع في السرقة؛ قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى، ومعلوم أن الذمي يقطع في السرقة، وأقره عليه المصنف في تصحيحه، و«كلام المهذب» وغيره كـ«التنبيه».

ولا أعلم أحدًا تعقّبه إلا ابن الرِّفْعَة فإنه قال: إن كلامه يقتضي أن الذمي يقطع في المحاربة؛ لأنه يقطع في السرقة، وكذا المعاهد على أحد القولين،

لَهُ شَوْكَةٌ، ....

وقد صرح الأصحاب بعدم قطعها، وهو خارج من كلام الشيخ؛ لأن الذمي والمعاهد بالحرابة انتقض عهده، وصار من أهل الحرب، والحربي لا يقطع في السرقة فلا يقطع هنا، وحينئذٍ يكون المراد بمن يقطع في السرقة المسلم، والمرتد، والبالغ العاقل المختار رجلًا كان أو امرأة، انتهى.

فأقول: قوله: إن الأصحاب صرحوا بعدم قطعها في الحرابة هو المعاهد المسلم، أو يلتزم أحكام الإسلام بخلاف الذمي في دارنا، ولم أر من صرح بذلك في الذمي؛ إذا قلنا لا ينتقض عهده بقطع الطريق، وصار من أهل الحرب، كما نص عليه، ورجحه الشيخان، وابن الرِّفْعَة بنى كلامه على الانتقاض، وأحسب مسنده في قوله: المسلم؛ كلام الرَّافِعِي، وأفاد بأن المرتد كالمسلم في ذلك، ونصه في جراح العمد من «الأم» كالمصرح أو مصرح بذلك وسيأتي آخر الباب.

وقال الدارمي هناك: فإن قلنا: ينتقض احتد وإلا جددنا وعزرنا فيما يجب، والله أعلم.

وقول المصنف: مكلف، يحترز به عن المجنون والصبي، وإن كان وإن كان مراهقًا فلا عقوبة عليهم ويضمنون الأموال والأنفس كما في غير هذا وكان مقتضى طريقته أن يقول: «إلا السكران» كما استثناه في مواضع، والمذهب أنه مكلف كما سبق.

قال: (**لَهُ شَوْكَةٌ**) أي: قوة وقدرة يتغلب بها، وأغلب أحوالهم أنهم يترصدون في المكان من يعرف، فإذا وافوهم برزوا قاصدين الأموال غير مبالين بالأنفس يعتمدون على قوة وقدرة يتغلبون بها، وقد يقفون على قارعة الطريق عند الأمن من الغوث جهارًا نهارًا.

قلت: وفي «الشامل» إذا سير عدد يسير واستخفوا بالليل في المواضع المنقطعة؛ لم يجز عليهم حد قطاع الطريق؛ لأنهم مختلسون، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: والسر في اعتبارهم ما تقدم من النجدة والشوكة أن

لَا مُخْتَلِسُونَ يَتَعَرَّضُونَ لِآخِرِ قَافِلَةٍ يَعْتَمِدُونَ الْهَرَبَ، وَالَّذِينَ يَغْلِبُونَ شِرْذِمَةً بِقُوَّتِهِمْ قُطَّاعٌ فِي حَقِّهِمْ، لَا لِقَافِلَةٍ عَظِيمَةٍ، ....

المصنف به يعجز عن قصده من أرباب الأموال؛ لأجل ماله وعن دفعه، فجعل الشرع قطعة فيه زجرًا عن أخذه؛ لما عجز ربه عن دفعه؛ كما جعل القطع في السرقة زجرًا عنها؛ لما عجز أرباب الأموال عن دفع السراق عنها، فإذ فقدت هذه الصفة فقد المعنى الموجب للقطع، فانتفى وبقي المعنى الموجب للتعزير، وهو الاختلاس؛ فلذلك وجب على المختلس التعزيز انتهى.

قال: (**لَا مُخْتَلِسُونَ يَتَعَرَّضُونَ لِآخِرِ قَافِلَةٍ يَعْتَمِدُونَ الْهَرَبَ**) أي: هو عمدتهم لا القوة والقهر، فحكمهم في القصاص والضمان حكم غيرهم، وليسوا بقطاع، وقوله: «لآخر قافلة» مثال: لا قيد؛ بل تعرضهم لأولها وجميع جوانبها كذلك، ومثلوا بالغالب من حالهم ويستر في «المحرر» الشوكة بأن يعتمدوا القهر والقوة، وقضيته أن الواحد لا يثبت له حكم القطاع، وسيأتي أنه قاطع.

قال: (**وَالَّذِينَ يَغْلِبُونَ شِرْذِمَةً بِقُوَّتِهِمْ قُطَّاعٌ فِي حَقِّهِمْ، لَا لِقَافِلَةٍ عَظِيمَةٍ**) عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: والذين يغلبون الواحد والشرذمة قطاع في حقهم.. إلى آخره، وحذف «المنهاج» الواحد غير مستحسن لما سنبينه.

قال الرَّافِعِي: ولو خرج واحد أو شرذمة يسيرة فقصدهم جماعة فغلبوهم بقوتهم؛ فهم قطاع، وإن لم يكثر عددهم؛ لاعتمادهم على الشوكة، والنجدة بالإضافة إلى الواحد والشرذمة، كذلك رواه الإمام عن القاضي الحسين وعن طرق الأصحاب.

ويقرب منه ما ذكره القاضي ابن كج: أنه إذا قام خمسة، أو عشرة في كهف أو على شاهق جبل فإن مر بهم قوم لهم شوكة وقوة لم يتعرضوا لهم، وإن مرَّ قوم قليلو العدد قصدوهم بالقتل، وأخذوا الأموال؛ فحكمهم حكم قطاع الطريق في حق الطائفة اليسيرة، وإن تعرضوا للأقوياء واستلبوا شيئًا؛ فهم مختلسون.

ورأى الإمام أن يفصِّل القول في الشرذمة اليسيرة، وفي الواحد والاثنين إن كان خروجهم في مثل ذلك الطريق يُعدُّ تضييعًا وتغريرًا بالنفس والمال،

فالمتعرضون لهم لا يجعلون قطاعًا، وينزل خروجهم والحالة هذه كترك المال في موضع لا يعد حرزًا في باب السرقة، وأقام - يعني الإمام - ما رآه وجهًا، فيجوز أن يعلم كذلك لفظ «الوجيز» بالواو، انتهى.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: العدد غير شروط فلو استقل واحد بمقاومة واحد وقهره أو بقهر جمع بفضل قوته؛ فهو قاطع طريق وكان ينقدح في الرأي أن يقال: المسافر الواحد يضيع ماله، فينبغي أن يستظهر بالرفقة فهم منزلون منزلة الحرز لماله، وأخذ المال المضيع لا عقوبة عليه؛ ولكن اتفقت الطرق على أن الواحد الفرد إذا سافر فقهره متغلب؛ فللمتغلب حكم القطاع، ومال الإمام إلى تعزير هذه الأشكال، وقال: الرأي عندي اتباع الاعتياد، وأخذ طرق من المعتاد بحيث يغد منعه على الجملة، انتهى.

وادعى ابن الرِّفْعَة: أن ما قاله الإمام هو الذي اقتضاه كلام الأصحاب، وإن لم يصرحوا به؛ لأنهم قالوا: لا بد في قطاع الطريق أخذ المال من حرز على الأصح، وبه جزم أكثرهم، وقالوا: اللحاظ حرز في الصحراء في باب السرقة؛ إذا كان الملاحظ يقدر على المنع لو اطلع على السارق، فلو كان ضعيفًا، والموضع بعيد عن الغوث؛ فهو ضائع مع المال، انتهى.

وما قاله حسن وهو قضية ما سبق؛ لكنه من كلام المراوزة، وأما العراقيون فلم يذكروا اعتبار قوة الملاحظ فيما رأيته.

وقضية ما قاله الإمام: ألا يقتصر الحكم على ما ذكره؛ بل متى كانت الرفقة لا قبل لهم بالقطاع، وإن كانوا مائة فأكثر، والقطاع ألف مثلًا على أتم أهبة وسلاح ونجدة، والرفقة ليست كذلك ألا يثبت لهم حكم القطاع في حقهم.

وفي كلام الرَّافِعِي الآتي ما يشعر به، ولا أن ظن أن الأصحاب يسمحون بذلك، وسيأتي عن الأصحاب كما نقله الْمَاوَرْدِي أن حد الحرابة: ألا يقدر على دفع المحارب؛ لكن قول «البسيط» بحيث يجد منعه في الجملة؛ فيه إشارة إلى الجواب عن ذلك.

....

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال في «المطلب» بعد ذكره ما تقدم عن رواية الإمام عن القاضي الحسين: وما سبق من قول الرَّافِعِي، ويعرف منه ما ذكره القاضي ابن كج. . . إلى آخره.

قلت: والذي يظهر صحته ما صار إليه الأصحاب، فإنا لو اعتبرنا ما قاله الإمام - رحمه الله - لانقطعت الطريق في حق الواحد والعدد من الضعفاء؛ لانتفاء الزاجر عن أخذ أموالهم، وأملاكهم، فاقتضت حكمة الشرع تعميم الحكم؛ ليقع الانكفاف عن الجميع، فيكون الطريق آمنًا فله في حق الكل، انتهى. وهذا حسن صحيح.

تنبيهان:

أحدهما: قال الرَّافِعِي: لو كانت الرفقة عدد يتأتى منهم دفع القاصدين ومقاومتهم، فاستسلموا حتى قتلوا، وأخذت أموالهم فالقاصدون ليسوا بقطاع؛ لأن ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم؛ بل الرفقة ضيعوا، هكذا أطلقوه.

ويجوز أن يقال: ليست الشوكة بمجرد العدد والعدة؛ بل يحتاج مع ذلك إلى اتفاق كلمة وواحد مطاع، وعزيمة على القتال، واستعمال السلاح، والقاصدون للرفقة في الغالب هكذا يكونون، والرفقة في الغالب لا تجتمع لهم كلمة واحدة لا يضبطهم مطاع، ولا يكون لهم عزم على القتال، وخلوهم عن هذه الأمور يجرهم إلى التخاذل لا عن قصد منهم، فما ينبغي أن يجعلوا مضيعين، ولا أن يخرج القاصدون لهم عن كونهم قطاعًا، وتابعه المصنف وابن الرِّفْعَة عليه وهو حسن؛ بل متعين وفيه إشارة إلى صحة ما قدمناه، وعبارة «شرحه الصغير»: ويشبه أن يقال: فذكره، وقد ينازع ما سبق عن رواية الْمَاوَرْدِي فيه.

وفي «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: ولو اطلع أهل الفرقة على قطاع الطريق، وعلموا أنهم لا يقاومونهم؛ فهربوا وتركوا أموالهم، فجاء اللصوص وأخذوا الأموال؛ يلزمهم عقوبة قطاع الطريق، وكذلك لو سافر أرباب الأموال مع الأموال إلى ديارهم تلزمهم العقوبة التي ذكرناها، ولا فصل بين أن يكون

....

عدد أهل الرفقة أقل وعدد قطاع الطريق أكثر، وبين أن يكون على العكس، حتى لو خرج واحد مسافرًا فقطع الطريق عليه جماعة؛ ثبت حكم قاطع الطريق.

وكذلك الواحد إذا كان له قوة وشوكة فقطع الطريق على جماعة؛ ثبت حكم قطع الطريق، ولا يقول المسافر منفردًا خاطر بروحه وماله فلا يقطع من قطع عليه؛ لأن في قطع الطريق تفاحشت جنايتهم، فغلظ الأمر عليهم. ولو كان لأهل الرفقة قوة وشوكة يقدرون على دفعهم، فاستسلموا؛ لم يثبت حكم قطع الطريق؛ لأنا بينا أن قطاع الطريق قوم يقهرونهم، ويأخذون المال منهم مجاهرة في مكان لا يلحقهم الغوث غالبًا، انتهى. وفيه فوائد، وإن تضمن تكرارًا.

الثاني: قال الرَّافِعِي: ولا يشترط شهر السلاح عندنا؛ بل الخارجون بالعصي والحجارة قطاع.

وذكر الإمام قلت: والقاضي الحسين وإبراهيم المروزي وغيرهما أنه يكفي القهر، وأخذ المال باللكز والضرب بجميع الكف، وفي «النهاية»: أن القدرة بالصراع عندنا كالقدرة بالضرب، انتهى.

وقال الرَّافِعِي بعد ذكره الأخذ بالضرب ونحوه.

وفي «التهذيب» نحو منه، وإيراد جماعة مشعر بأنه لا بد من آلته، ثم ذكر: أنه لا يشترط العدد كما في كلام المروزي، وقال غيره: وكذا لو خرج واحد، وقهر أهل قريةٍ واستولى عليها؛ فهو قاطع كما قاله الْبَنْدَنِيجِي.

قال ابن الرِّفْعَة: وعن المسعودي أنه لو اجتمع جماعة قليلون في المواضع المتقطعة، وأخذوا المال، وقتلوا لم يكن حكمهم حكم القطاع، انتهى.

ولم يذكر الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» الاكتفاء باللكز ونحوه، وظاهر كلام الأكثرين يشعر بأنه لا بد من السلاح، قال في «المطلب»: وبه صرح في «الشامل» انتهى.

وقال الدارمي: وسواء كثر عددهم، أم قل؛ إذا كانوا بسلاح، وفسر الفوراني في «العمد» القطاع: بأنهم الذين يتعرضون للقوم بالسلاح حيث لا

وَحَيْثُ يَلْحَقُ غَوْثٌ لَيْسَ بِقُطَّاعٍ، وَفَقْدُ الْغَوْثِ يَكُونُ لِلْبُعْدِ أَوْ لِضَعْفٍ وَقَدْ يَغْلِبُونَ وَالْحَالَةُ هَذِهِ فِي بَلَدٍ فَهُمْ قُطَّاعٌ.

يلحقهم الغوث، ومثله في «حلية الرُّويَانِي» وقال في «الشامل»: وإن اعترضوهم بغير سلاح فليسوا محاربين، وإن اعترضوا بالعصي والرمي بالحجارة فهم محاربون، وفي نسخ «الشامل» اختلاف.

وقال الْعِمْرَانِي: وقد بينا أنهم إذا أشهروا السلاح، إلى أن قال: فقد صاروا محاربين بذلك، وقال الجرجاني: كل من شهر السلاح . . .إلى آخر ما سبق عنه، ويوافق هؤلاء قوله في «المختصر»: وقطاع الطريق: هم الذين يتعرضون بالسلاح للقوم. . .إلى آخره، وقال في «الأم»: والمحاربون: هم القوم يتعرضون للقوم بالسلاح . . .إلى آخره.

ولما ذكرناه قال في «الذخائر»: هل يشترط رفع السلاح وشهره؟ ظاهر قول العراقيين أنه مشرط؛ لأنهم ذكروا في صفتهم أنهم من يشهر السلاح وأخاف السبيل، وذكره في «البسيط» ثم ذكر ما تقدم عن الإمام، والقاضي.

نعم قالوا: يستوي في السلاح الدبوس والسيف والعصي، قال الْبَنْدَنِيجِي وغيره: وكذا الحجارة، والنفس إلى ما قاله القاضي الحسين ومتابعوه أميل، وذكر السلاح في كلام الشَّافِعِي والجمهور خرج على الغالب لا أنه شرط بمحالة، ألا ترى قول إبراهيم المروزي: قطاع الطريق قوم يترصدون في الصحاري لأهل الرفقة فيعترضونهم بالسلاح. . .إلى آخره، ثم قال بعده بأسطر: ثم السلاح ليس شرط، والله أعلم.

قال: **(وَحَيْثُ يَلْحَقُ غَوْثٌ)** إذ لو استغاثوا عند إمكانها.

(لَيْسَ بِقُطَّاعٍ) أي: بل منتهبون.

(وَفَقْدُ الْغَوْثِ يَكُونُ لِلْبُعْدِ) أي: عن العمران، وعساكر السلطان.

(أَوْ لِضَعْفٍ) يعني: السلطان عن دفع القطاع، كذا في «المحرر» وغيره، ويجوز أن يحمل إطلاق «المنهاج» على أعم من ذلك لما سنذكره.

قال: **(وَقَدْ يَغْلِبُونَ وَالْحَالَةُ هَذِهِ فِي بَلَدٍ فَهُمْ قُطَّاعٌ)** أي: وقد يغلبون

……

والحالة هذه في بلد فهم أهل البلد، ويتعذر عليهم بالاستغاثة؛ فهم قطاع في حقهم، قال إبراهيم المروزي: أو يكون أهل البلد خائفين، لا يمكنهم الغوث غالبًا، فيثبت حكم قطع الطريق كما في طرف البلد.

وفي «العمد»: قطاع الطريق: هم الذين يتعرضون للقوم بالسلاح حيث لا يلحقهم الغوث، والصريح غالبًا سواء وقع ذلك في مغارة أو قرية أو في بلد بحيث ظلام الليل، أو بين قريتين بخلاف أبي حنيفة، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: أَمَّا الصَّحْرَاءُ أماكن الحرابة فَلَا فَرْقَ فِيهَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ بَيْنَ مَا قَرُبَ مِنَ الْمِصْرِ أَوْ بَعُدَ عَنْهُ، وَأَمَّا الْقُرَى الَّتِي يَقِلُّ جَمْعُهَا فَهِيَ كَالصَّحْرَاءِ فِي ثُبُوتِ حُكْمِ الْحِرَابَةِ فِيهَا، وَأَمَّا الْأَمْصَارُ الْكِبَارُ الَّتِي لَا يُقَاوِمُونَ جَمِيعَ أَهْلِهَا؛ فَيَجْرِي عَلَيْهِمْ فِي أَطْرَافِهَا حُكْمُ الْحِرَابَةِ كَالْقُرَى. وَأَمَّا وَسَطُ الْمِصْرِ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَتَكَاثَرُ النَّاسُ فِيهَا مِنْ أَسْوَاقِهِمْ وَدُورِهِمْ، إِذَا كَبَسُوا سُوقًا مِنْهَا فَنَهَبُوهَا أَوْ دَارًا فَأَخَذُوا مَا فِيهَا؛ فَفِي جَرَيَانِ حُكْمِ الْحِرَابَةِ عَلَيْهِمْ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِنَا: أَنَّهُ يَجْرِي عَلَيْهِمْ حُكْمُ الْحِرَابَةِ؛ لِأَنَّهُمْ يُعْلِنُونَ بِالسِّلَاحِ جَهْرًا كَالصَّحْرَاءِ، وَحَدُّ الْحِرَابَةِ: أَلَّا يَقْدِرَ عَلَى دَفْعِ الْمُحَارِبِ، وَهَذَا مَوْجُودٌ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: وَهُوَ قَوْلُ الْأَقَلِّينَ وَاخْتِيَارُ أَبِي حَامِدٍ الْإِسْفَرَائِينِيِّ أَنَّهُ لَا تَجْرِي عَلَيْهِمْ حُكْمُ الْحِرَابَةِ؛ لِوُجُودِ الْغَوْثِ فِيهِ غَالِبًا، فَسَقَطَ حُكْمُ نَادِرِهِ، انتهى. وقال ابن الرِّفْعَة: وهو ما أورده القاضي الحسين.

تنبيه: لو دخل جماعة دارًا بالليل بالمشاعل شاهرين السلاح مكابرين، ومنعوا أهلها من الاستغاثة في قوة السلطان وحضوره فيهم؛ فأظهر الوجهين كما قالا أنهم قطاع، وبه قال الْقَفَّال، وجزم الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي وغيرهم؛ لأن منع الاستغاثة كالبعد عن محل الغوث في التغلب، واعتماد القوة.

والثاني: أنهم سراق؛ لأنهم يبادرون خوفًا من الشعور بهم؛ ثم يعتمدون التواري.

وَلَوْ عَلِمَ الْإِمَامُ قَوْمًا يُخِيفُونَ الطَّرِيقَ وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا وَلَا نَفْسًا عَزَّرَهُمْ بِحَبْسٍ وَغَيْرِهِ.

قال الرَّافِعِي: وهذا ما يشعر به كلام الرُّويَاني وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد صرح به الْبَنْدَنِيجِي فيما إذا كان دخولهم بالنهار، ومنعوهم من الاستغاثة، وكانوا لو استغاثوا للحقهم الغوث، انتهى.

ونقل في «البيان» الأول عن الْقَفَّال، ثم قال: وقال سائر أصحابنا: ليسوا بقطاع طريق، وهذا ما نقله ابن داود في «شرحه» عن الأكثرين، وعلل بنحو ما سبق، ولم يقل إنهم سراق، وأبدى الإمام احتمالًا في أنهم مختلسون لا سراق، ولعله مراد الْغزالي بما ذكره.

وقضية كلام «الإبانة»: أنهم غصاب لا سراق، وهو المتبادر، والقول بأنهم سراق غير متضح؛ لأن السارق عرفًا: من يختفي من المالك لا يأخذ ماله عيانًا، واعلم أن قوله في «الوسيط»: وهم متلثمون؛ ليس بشرط، وكذا المشاعل أيضًا ليست بشرط، قاله ابن الرِّفْعَة وهو ظاهر.

قال: **(وَلَوْ عَلِمَ الْإِمَامُ قَوْمًا يُخِيفُونَ الطَّرِيقَ وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا وَلَا نَفْسًا؛ عَزَّرَهُمْ بِحَبْسٍ وَغَيْرِهِ)** أي: لخروجهم للحرابة، كما يعزر على مقدمات الزنا، هذا ما نسبه ابن الرِّفْعَة إلى الجمهور.

وقال الْمَاوَرْدِي: يعزر، وهل يتعين حبس وتعزير؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ بل ما رآه الإمام، فإن رأى العفو عنه جاز.

والثاني: أنه يتعين تعزيره بالحبس كفًّا له، واختلف قائلوه، هل يحبس ببلده أو في غيره؟ على وجهين، واختلفوا في قدر حبسه على وجهين:

أحدهما: أنه غير مقدر ويعتبر فيه الإبانة، وظهور التوبة، قاله ابن سُرَيْج.

والثاني: أنه مقدر، واختلف قائلوه على الوجهين.

قال الزبيري: إنه مقدر بستة أشهر ينقص منها، ولا يزاد عليها؛ لئلا يزيد على تغريب العبد في الزنا، **والثاني**: وهو الظاهر من قول ابن سُرَيْج: أنه يقدر بسنة ينقص منها، ولو يوم؛ لئلا يبلغ ما ليس بحد حدًّا، انتهى.

وَإِذَا أَخَذَ الْقَاطِعُ نِصَابَ السَّرِقَةِ قَطَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى وَرِجْلَهُ الْيُسْرَى، ....

وتابعه الشَّاشِي على هذا جميعه، ورأيت في موضع من «الأم»: أن حبس التعزير ينقص عن سنة.

قال ابن الرِّفْعَة: وطريقة الإمام حكاية وجهين في حبس التعزير، وأصحهما: ما حكاه عن الجمهور، والثاني: أنه يعزر وينفيه إلى حيث يراه، ويتخير جهة لحق بهم فيها أهل النجدة، والناس؛ لئلا يتأتى منهم العود إلى ذلك، فإذا عيَّن صوبًا منه أن يعدل عنه، وعلى هذا فهل تعزيره في البلد المنفي إليه بضرب وحبس وغيره، أم يكتفي بالنفي؟ فيه وجهان، انتهى. وسيأتي ما يشهد للجمع بين التعزير، والحبس كما هو ظاهر عبارة الكتاب.

قال: (**وَإِذَا أَخَذَ الْقَاطِعُ**) أي: المسلم أو المرتد البالغ العاقل المختار ذكرًا كان، أو أنثى، وفي الذمي ما سبق بيانه.

(**نِصَابَ السَّرِقَةِ؛ قَطَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى وَرِجْلَهُ الْيُسْرَى**) وأما القطع وكونه من خلاف؛ فللآية الكريمة.

والأصل في الترتيب المذكور ما رواه الشَّافِعِي ﷺ عن ابن عباس: أنه قال في قطاع الطريق: «**إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ؛ قُتِلُوا وَصُلِبُوا، وَإِذَا قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا الْمَالَ؛ قُتِلُوا وَلَمْ يُصْلَبُوا، وَإِذَا أَخَذُوا الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلُوا؛ قُطِعَتْ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِذَا أَخَافُوا السَّبِيلَ وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا؛ نُفُوا مِنَ الْأَرْضِ**»(١).

قال الشَّافِعِي ﷺ: وبهذا نقول، وهو معنى كتاب الله تبارك وتعالى، قال أصحابنا، وقول ابن عباس: إما أن يكون توقيفًا أو لغة، وأيما كان وجب المصير إليه، و«أو» في الآية للتنويع لا للتخيير؛ كما يقال للزاني يجلد أو يرجم، وسبق أن رفع الْغَزَالِي تفسير الآية غلط، وإنما يقطع من خلاف؛ لئلا يفوت حبس المنفعة، أما اليمين؛ فلأخذ المال كما في السرقة، وأما الرجل فقيل: لأجل المال والمجاهرة، فينزل ذلك منزلة سرقتين، فقطعهما حدًّا واحدًا، وبه

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٤٤) وفي الأم (٤/ ٣١٠).

قال الإمام، وقيل: قطعت لأجل المحاربة، قال الْعِمْرَانِي: وهذا أشبه.

قال: (**فَإِنْ عَادَ؛ فَيُسْرَاهُ وَيُمْنَاهُ**) كما لو فقد اليمنى واليسرى قبل الحرابة، ولو كان فقيد اليد اليمنى، أو الرجل اليسرى؛ اكتفي بقطع الموجود، كما يُكتفى بقطع اليد الناقصة في السرقة، هذا ما أورده العراقيون.

وقال الإمام: إنه لم يره منصوصًا عليه في طرق المراوزة؛ ولكنه الذي يقتضيه القياس، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الشيخ أبي حامد، وحكي وجه آخر ورآه أشبه أن يكون الموجود تبعًا للمفقود، ويعدل إلى يده اليسرى ورجله اليمنى؛ لأن قطع كل طرف منها مقصود في نفسه.

وأشار الإمام إلى احتمال، وزيفه أنه إذا وجدت يده اليمنى يعدل إلى اليد اليسرى بدلًا عن الرجل اليسرى، قال: ولا وجه إلا ما ذكره العراقيون.

ولو كان سليم الأطراف، فقطع الإمام ابتداءً يده اليسرى ورجله اليمنى؛ قال الْمَاوَرْدِي: فقد أساء، ولم يضمن وأحد ذلك، أما لو قطع يمينه لزمه القصاص في الرجل إن كان عامدًا، والدية إن كان جاهلًا لمخالفة النص، ولا يجزئ عن الرجل اليسرى.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: لو أخذ المال، وقطع يمينه قطعت يمينه قصاصًا، وترك حتى يندمل، ثم تقطع رجله اليسرى لقطع الطريق، ولا يوالي بين القطعين؛ لأنها في حكم عقوبتين اليد قصاصًا، والرجل لقطع الطريق، وبمحض قطع اليد قصاصًا.

ولو أخذ المال وقطع اليد اليسرى من رجل، ورجله اليمنى يُبدأ بقطع يده اليسرى، ورجله اليمنى قصاصًا، ويترك حتى يندمل، ثم تقطع يمناه ويسراه؛ لقطع الطريق، ولو أخذ آخذ المال، وقطع اليمنى والرجل اليسرى من واحد؛ قطعنا منه قصاصًا، وسقط القطع لقطع الطريق؛ لأنه تعلق بهما، وقد فاتنا، وإذا فات المحل سقط القطع لا محالة، كما لو سقطت يده بأكلة، انتهى.

....

تنبيهات تتعلق بالمسألة:

منها: ما ذكره من اعتبار النصاب هو المشهور، ونص «الأم» و«المختصر» وقيل: قولان: **ثانيهما:** خرجه ابن خيران فيما إذا قتل في المحاربة من لا يكافئه، فإنه يقتل به على قول، وأيده ابن الصباغ بأن الحرز غير معتبر في ذلك القطع، فكذلك النصاب.

وحكى الْمَاوَرْدِي عن ابن أبي هريرة ما يدل على عدم اعتباره، وأنه يقطع في قليله وكثيره، كما أن الاستخفاء بأخذه لا يعتبر هنا بخلاف السرقة، قال: وعندي أن النصاب معتبر إن انفرد بأخذ المال، ولا يعتبر إذا اقترن بالقتل؛ لأنه إذا انفرد بأخذ المال صار مقصودًا، وإذا اقترن بالقتل صار تابعًا، فلم يعتبر فيه أخذ النصاب.

ومنها: قال في «الإبانة»: وسواء أخذ النصاب من مالكٍ واحد أو ملاك، فأما في السرقة إذا سرق ربع دينار من مالكين فإن كان في حرزٍ واحدٍ قطع، أو من حرزين لم يقطع، وسواء ربع دينار الذي في الحرزين ملك واحدٍ، أو ملك جماعةٍ فلا يقطع ـ يعني في السرقة ـ وتبعه الْعِمْرَاني عليه.

وقال في «العمد»: والنصاب معتبر، وسواء أخذه من جماعتهم، أو من رجل منفرد، أو من قومٍ، ولا يجعل كالأخذ من غير حرز.

وعبارة الرَّافِعِي في نسخ «الشرح» المعتمدة: ولا فرق بين أن يكون النصاب لواحدٍ أو لجماعة الرفقة، ولذلك لا يختلف الحكم بين أن يكون المسروق لواحد أو لجماعة مهما اتحد الحرز، وهو قضية ما في «البسيط» و«الوسيط» ولم أر للإمام ولا لغيره تعرضًا لذلك، فإن ثبت ما ذكره الفوراني، حصل في التسوية بين الناس في اتحاد الحرز وجهان، وما ذكره الفوراني منقدح جدًا فيما يظهر، والعلم عند الله.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال في «مطلبه»: ما ذكره ظاهر إذا لم يعتبر الحرز، أما إذا اعتبرناه فمال كل واحد محرز به، وقياسه على السرقة يقتضي ألا قطع؛

....

إذا أخذ من كل منهم منفردًا دون النصاب، فإن قدر الجميع هاهنا كالشخص الواحد فينبغي أن يخرج القطع على الخلاف في سرقة البذر من الأرض لأجل أن كل حبة في حرز، اللهم إلا أن تجعل الأحراز كالحرز الواحد هنا، كما جعلت الملاك كالمالك الواحد، فحينئذٍ يصح الكلام؛ لكن هذا التقدير محتاج إليه ونحن لا نجعل الأخذ من عند الاجتماع كالواحد، يعني: إذا لم يأخذ جميعًا إلا نصابًا واحدًا يقطعان، انتهى.

ومنها: سكت المصنف عن اعتبار الحرز والمشهور اعتباره، وفيه وجه عند انفراد الأخذ عن القتل، ووجهه الْمَاوَرْدِي: بأن الاحتراز لا يؤثر مع القاهر الغالب، والقاضي الحسين بأن القاطع تفاحشت جنايته، فغلظ عليه.

ومنها: يشترط المصنف انتفاء شبهة الأخذ فيما أخذه، وكونه ممن يقطع في السرقة [يده، ورجله على قولين] وذكر جماعة: أن الابن إذا أخذ مال أبيه، أو العبد مال سيده، هل تقطع يده ورجله؟ على قولين بناهما الدارمي على قتل الأب بالابن، والسيد بالعبد في هذا الباب، ولم أر لهم هنا كلامًا فيما لو أدعى القاطع أن المأخوذ ملكه، ونحو ذلك كما سبق في السرقة، والظاهر أنه يجيء ما سبق عن النص، وأبي إسحاق.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: وقيمة المأخوذ هنا معتبرة في زمان الأخذ، ومكانه إن كان موضعًا جرت العادة فيه ببيع وشراء، وإلا أعتبر فيه قيمة أقرب المواضع التي يوجد فيها بيع ذلك وشراؤه، ولا تعتبر قيمته عند استسلام الناس لأخذ أموالهم بالقهر والغلبة؛ بل يعتبر في الأغلب من أحوال السلامة، وهذه صفة القيمة في اعتبار النصاب، وغرم المستهلك، انتهى.

ومنها: ينبغي أن يبدأ الإمام بقطع اليد، وأيهما قطع أولًا لم يتوقف قطع الآخر على برؤه ولا حسمه بالنار؛ لأنه حد واحد، نعم لم لو خيف على نفسه إن أخر حسم الأول إلى بعد القطع الثاني حسم الأول؛ ثم يقطع الثاني.

[وأطلق في «الأم»: أنه تقطع يمينه؛ ثم يحسم] ثم رجله، ثم يحسم في

وَإِنْ قَتَلَ قُتِلَ حَتْمًا.

مكان واحد، ويخلى كأنه أراد على الفور، وهل يحسم لحق الله تعالى أو للمقطوع؟ فيه ما سبق في السرقة، صرح به الْمَاوَرْدِي، والقاضي الحسين.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: ولا يشهر بعد قطعه؛ لأنه زيادة نكال بعد استيفاء الحد إلا أن يرى الإمام أن قطعه لم يشتهر في أهل الفساد، فلا بأس أن يشهر قدر ما يشتهر فيهم حاله، ويخليه يذهب حيث شاء، وأما المقطوع من أطرافه فيدفن ولا يبقى إلا أن يرى الإمام اشتهار الأطراف؛ ليرتدع بها الناس فلا بأس، فإن التمس المقطوع أطرافه كان أحق بها؛ ليتولى دفنها، فإن أراد استبقاءها لتدفن معه إذا مات؛ منع، انتهى.

وسبق نص الإمام: أنه إذا قطع وحسم، ولم يذكروا هنا تعليق يده، ورجله في عنقه، وسبق في السرقة في ذلك كلام، واختلاف في مدته، ولم أر له ذكرًا هاهنا، والله أعلم.

ومنها: سكت المصنف عن تحتم قطع اليد والرجل، ولا شك فيه إذا لم يكن حتى يقطعهما، وإن كان فسيأتي بيانه، وسكتوا هنا عما سبق في توقف القطع على المطالبة بالمال.

قال: (**وَإِنْ قَتَلَ**) أي: قاطع الطريق عمدًا عدوانًا من مكافئه؛ لأجل أخذ المال كما قاله الْبَنْدَنِيجِي.

(**قُتِلَ حَتْمًا**) أي: وليس سبيله سبيل القصاص؛ لأن ما اقتضى عقوبة في غير المحاربة غلظ في المحاربة كأخذ المال، وتمسكًا بظاهر الآية ومعنى الانحتام أنه لا يسقط بعفو الولي ولا الإمام في قتل من لا وارث له، نعم يسقط التحتم بالتوبة قبل الظفر به؛ كما سيأتي، فإن كان القتل العمد المحض العدوان لغير أخذ المال؛ لم يتحتم قتله، قاله الْبَنْدَنِيجِي.

والظاهر: أنه يصدق في ذلك؛ إذا لم يأخذ المال، أما لو أخذه، ثم ادعى أنه عنَّ له أخذه بعد القتل ففيه نظر، وحكم الخروج في المحاربة والموت به بعد أيام قبل الظفر والتوبة حكم القتل صبرًا، قاله الإمام، وأبداه احتمالًا فيما

وَإِنْ قَتَلَ وَأَخَذَ مَالًا قُتِلَ ثُمَّ صُلِبَ ثَلَاثًا ....

لو حصل الموت بعد الظفر والتوبة في عدم تحتمه، وقال: لعله الأظهر.

إشارة: حيث تحتم قتله استوفاه الإمام [دون إذن المولى، وسبق في الجنايات عن «الحاوي» أن لكل من الإمام] وولي المقتول في الحرابة أن ينفرد بقتله دون مراجعة الآخر.

قال: (**وَإِنْ قَتَلَ وَأَخَذَ مَالًا؛ قُتِلَ ثُمَّ صُلِبَ ثَلَاثًا**) أما القتل والصلب فللآية الكريمة، وقول ابن عباس وغيره فيها: والصلب متحتم أيضًا صرح به الأصحاب؛ لأنه حق محض لله تعالى، وجب بسبب أخذ المال في هذه الحالة، فكان كالقطع، وفي «المطلب»: إنه إذا قتل وأخذ نصابًا فالقتل متعين، وهل يضاف إليه الصلب فقط أو القطع فقط أو هما؟ ثلاثة أوجه، وإن كان المأخوذ دون نصاب؛ فوجهان: الأول والأخير، والمذهب منهما الأول، انتهى. وأما كونه ثلاثًا، فليشتهر الحال، ويتم النكال.

تنبيهات: قوله: «وأخذ المال» أي: نصابًا فأكثر على المذهب، فلو لم يأخذ مالًا، وأخذ دون نصاب؛ فلا يصلب على المذهب، وأطلق أنه يصلب ثلاثًا؛ لكنهما قالا: لو خيف التغيير قبل الثلاث؛ أنزل على الأصح.

قال الرَّافِعِي: وحملوا النص في الثلاث على ما إذا كان الهواء باردًا أو معتدلًا، انتهى.

وكأن المراد بالتغيير المذكور الانفجار، ونحوه وإلا فمتى جلست جيفة الميت ثلاثًا حصل التغيير والنتن غالبًا، وعبارة القاضي أبي الطيب وغيره: إلا أن يسيل صديده، وذلك يسقط واجبات الغسل والصلاة عليه والدفن، وهذا لا يجوز وسيأتي ما في هذا.

وقوله: «ثم صلب» هذا الترتيب مستحب، قال في «الأم»: واجب أن يبدأ بقتله قبل صلبه، وربما يأتي في هذا، ثم المشهور في الصلب أن يجعل على خشبة، ونحوها كما هو المعتاد.

وفي «تعليق القاضي الحسين»: أنه قيل: إن في معنى الصلب أن يطرح في

ثُمَّ يُنَزَّلُ، وَقِيلَ: يَبْقَى حَتَّى يَسِيلَ صَدِيدُهُ، ....

الشمس حتى يسيل صديده؛ لأنه يصلب على الخشبة بحال. ونسبه إلى ابن أبي هريرة، وهو غريب، ثم قتلهم وصلبهم يكون في الموضع الذي حاربوا فيه، وقتلوا إذا كان يشاهدهم فيه من يمر بهم، ويرتدع غواة الناس، فإن كان بمفازة نقلوا إلى أقرب البلاد إليها من الأمصار التي يكثر فيها أهل الفساد، ولا يؤخر قتلهم إلا قدر استبراء [أحوالهم] قاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**ثُمَّ يُنَزَّلُ**) أي: بعد الثلاث، ولا يزاد عليها على هذا القول؛ لأن لها اعتبارًا في الشرع، وليس لما زاد عليها غاية.

قال: (**وَقِيلَ: يَبْقَى**) أي: بقدر الثلاث.

(**حَتَّى يَسِيلَ صَدِيدُهُ**) أي: تغليظًا عليه، وتنفيرًا من فعله؛ ولأن الصلب وهي الخشبة إنما سميت صليبًا؛ لسيلان صليب المصلوب عليها، وزاد بعضهم فيه ويتهرأ.

وقال الصيدلاني: يترك حتى يتساقط، قال الإمام: وإذا انتظر سيلان صلبه فلا يبالى بإثباته إذ لا بد منه، ولفظ الْبَغَوِي في حكاية هذا الوجه: أنه يترك حتى يسيل صديده إلا أن يتأذى به الأحياء، قال الرَّافِعِي: وما ذكره الإمام أقرب إلى سياق الوجه المذكور، انتهى.

وحكى القاضي الحسين وغيره في ذلك وجهين بلا ترجيح، والقلب إلى ترجيح ما قاله الْبَغَوِي أميل؛ لأن فيه إيذاء للمسلمين، كما قاله إبراهيم المروزي.

إشارة: هل هذا الخلاف الذي في الكتاب في الوجوب حتى يجب إنزاله بعد الثلاث على الأصح والأظهر، ويجب إبقاؤه على الثاني، وحكي قول حتى يسيل صلبه، أو صديده، أو هو في الاستحباب؟ لم يصرحا فيه بشيء.

والأقرب: الأول؛ لما سيأتي، وقول المصنف: «صديده» كذا في «التنبيه» وغيره، وقال في «الروضة» وغيرها: صليبه، وتارة يعبر هو والرَّافِعِي بالأول، والصلب هو الودك، وأما الصديد: فقال ابن فارس: هو الدم المختلط بالقيح.

وقال الجوهري: هو ماء رقيق يخرج من الجرح مختلط بدم، وقيل: إن

وَفِي قَوْلٍ يُصْلَبُ قَلِيلًا ثُمَّ يُنَزَّلُ فَيُقْتَلُ.

تغلظ المدة، والظاهر أن الصديد يتقدم سيلانه على الصليب الذي هو الودك.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: يُصْلَبُ**) أي: حيًا.

(**قَلِيلًا ثُمَّ يُنَزَّلُ فَيُقْتَلُ**)؛ لأن الصلب شُرع عقوبة له فتقام عليه وهو حي، اعلم أن قول المصنف قليلًا لم أره لغيره، وكأنه فهمه من قول «المحرر» وجهين:

أحدهما: أنه يصلب صلبًا لا يموت منه أن يكون قليلًا .

والثاني: قوله: ثم ينزل، لم يقله «المحرر»؛ بل قال: يقتل، وكذا عبارة «الشرحين» ثم قال: وفي كيفية قتله وجوه:

أحدها: يترك بلا طعام، ولا شراب حتى يموت.

والثاني: ويروى عن أبي حنيفة: أنه يطعن ويجرح حتى يموت أي: على الخشب كما دل عليه قوله في «الأم» حيث قال: واجب أن يبدأ بقتله قبل صلبه؛ لأن في صلبه وقتله على الخشبة تعذيبًا له يشبه المثلة، وقال غيري: يصلب ثم يطعن فيقتل، انتهى. وعبارة الإمام الْغَزَالِي عن هذا القول: أنه يصلب حيًّا ثم يقتل مصلوبًا.

والثالث: أنه يترك مصلوبًا ثلاثًا ثم ينزل فيقتل.

قلت: ويجوز أن يكون المصنف أراد أن يكتب ثلاثًا كما أورده في «التلخيص» عن النص ونقله الأصحاب، فكتب قليلًا، وأنكرت هذه الرواية عن النص على صاحب «التلخيص».

ونقل إبراهيم المروزي بعد إيراده القول المشهور: أن الشَّافِعِي ﷺ حكى عن بعض السلف: أنه يصلب حيًّا، ويمنع منه الطعام والشراب حتى يموت جوعًا وعطشًا، فمن أصحابنا من قال هو قول الشَّافِعِي، والصحيح: أنه حكاية مذهب الغير، انتهى.

تنبيهات: قال الرَّافِعِي: والخلاف السابق في أنه ينزل عن الخشبة بعد ثلاث، أو يترك حتى يتهرأ جاز على هذا القول، قال: وإذا قلنا بالصحيح: أنه

....

يقتل أولًا ، ثم يصلب فيغسل بعد القتل ويكفن، ثم يصلى عليه، ثم يصلب، وإن قلنا : أنه يصلب، ثم يقتل، فإن قلنا : ينزل غسل وكفن ثم يصلى عليه ودفن، وإن قلنا : يترك حتى يتهرأ فلا غسل، ولا صلاة، انتهى.

وما فرعه على القول المشهور من انه يغسل بعد القتل، ثم يكفن، ثم يصلى عليه، ثم يصلب مكفنًا ؛ فيه نظر.

والذي اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب، وصاحب «الشامل» والمهذب وغيرهم: إنا لا نغسله ولا نكفنه قبل الصلب ؛ بل نفعله بعد الحد ؛ حيث قالا : لا يزاد على ثلاثة أيام ؛ لأن لها اعتبارًا في الشرع ؛ ولأن تركه إلى أن يسيل صديده يُسقط واجبات الغسل، والتكفين والصلاة، وهذا لا يجوز، وقد صرح به الإمام هنا ، والقاضي الحسين، والمحاملي في «المقنع» والدارمي، والْبَغَوِي، وغيرهم، وحكاه الْبَنْدَنِيجِي عن النص، وجزم الرَّافِعِي، والْغَزَالِي في الجنائز، فهنا بما سبق من تقديم الصلاة وغيرها على الصلب.

وفي «البسيط» و«الذخائر» : وإذا قلنا : يترك حتى يتهرأ ؛ قال الصيدلاني : يقتل على الأرض حيًا ، ويصلى عليه، ثم يصلب، ولا سبيل إلى ترك الصلاة على كل حال خلافًا لأبي حنيفة، وإن قلنا : يستنزل قبل التنتن والتعفن، فيمكن تأخير الصلاة إلى الاستنزال، فيسلم إلى أوليائه ليباشروا ذلك ويدفنوه، انتهى.

وهذا يوافق كلام شيخه الإمام وغيره، وهو الصواب الموجود للشافعي والأصحاب، ويمكن تنزيل «الوسيط» وغيره عليه.

قال الْعِمْرَانِي : وإذا ثبت أنه يصلب بعد قتله.

قال الشَّافِعِي ﷺ : فإنه يصلب على خشبة [ثم ينزل، ويغسل ويكفن ويصلى عليه، وكذا نقله الروياني في «الحلية».

ولفظ نص «الأم» في جراح العمد: ولا يصلب أحد إلا قاطع الطريق الذي أخذ المال وقتل، فإنه يُقتل ثم يصلب] ثلاثة أيام ثم ينزل [ويغسل] ويكفن، ويصلى عليهم كلهم إلا المرتد، فإنه لا يصلى على الكافر، انتهى.

وَمَنْ أَعَانَهُمْ وَكَثَّرَ جَمْعَهُمْ عُزِّرَ بِحَبْسٍ وَتَغْرِيبٍ وَغَيْرِهِمَا، وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ التَّغْرِيبُ إِلَى حَيْثُ يَرَاهُ، وَقَتْلُ الْقَاطِعِ يُغَلَّبُ فِيهِ مَعْنَى الْقِصَاصِ، وَفِي قَوْلٍ الْحَدُّ ....

وفيه إشارة ظاهرة إلى أنه ليس من شرط قاطع الطريق الإسلام، كما سبق بيانه الظاهر أنه لا نزاع فيما قدمناه إذا فرعنا على المذهب.

قال: (**وَمَنْ أَعَانَهُمْ وَكَثَّرَ جَمْعَهُمْ**) أي: ولم يزد على ذلك أو أخذ دون نصاب، أو اعتبرنا النصاب أو كان ردًا لهم كما قاله في «الأم».

(**عُزِّرَ بِحَبْسٍ وَتَغْرِيبٍ وَغَيْرِهِمَا**) أي: هذا أو هذا كما قاله في «المحرر» وغيره على ما يقتضيه رأي الإمام ونحوه كسائر المعاصي.

قال: (**وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ التَّغْرِيبُ إِلَى حَيْثُ يَرَاهُ**) أي: الإمام ونحوه؛ لأن النفي في الآية عقوبته، وقال الْمَاوَرْدِي هنا: عليهم التعزير أدبًا وحبسًا، وقد جمع الشَّافِعِي ﷺ بينهما في هذا الموضع، وقد ذكرنا مذهب أصحابنا فيه يشير إلى ما سبق عنه في «المختصر».

وعبارة «المعتمد» وغيره: عزر الرد وحبس، فظاهرها الجمع بينهما، ولفظ «الأم»: ومن حضر [ولم يرهب](١) أو كان ردًا يدفع عنهم؛ عزر وحبس، ثم قالوا من بعد: ولو هيبوا ولم يبلغوا قتلًا، ولا أخذ مال عزروا، ولو هيبوا أو جرحوا؛ اقتص منهم مما فيه القصاص وعزروا وحبسوا.

قال: (**وَقَتْلُ الْقَاطِعِ يُغَلَّبُ فِيهِ مَعْنَى الْقِصَاصِ، وَفِي قَوْلٍ: الْحَدُّ**) إذا قتل قاطع الطريق خطأ، أو شبه عمدٍ لم يُقتل، والدية على عاقلته، وإن قتل عمدًا فقد سبق أنه يتحتم قتله، وما حال هذا القتل؟ فيه قولان اختلفوا في التعبير عنهما فقيل وهو الأصح: إن هذا القتل فيه معنى القصاص؛ لأنه قتل في مقابلة قتل، وفيه معنى الحد؛ لأنه لا يصح العفو عنه، ويتعلق استيفاؤها بالسلطان لا بالولي؛ وما المغلب من المعنيين؟ فيه قولان وجه يمحضه حق لله تعالى [أو تغليبه أنه لا يصح العفو عنه ويتعلق استيفاؤه بالإمام] وفيه حق لآدمي أيضًا وفيه قولان.

---

(١) في نسخة: (وكثّر وهيب).

فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يُقْتَلُ بِوَلَدِهِ وَذِمِّيٍّ. وَلَوْ مَاتَ فَدِيَةٌ.

وَلَوْ قَتَلَ جَمْعًا قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْبَاقِينَ دِيَاتٌ.

وَلَوْ عَفَا وَلِيُّهُ بِمَالٍ وَجَبَ وَسَقَطَ الْقِصَاصُ وَيُقْتَلُ حَدًّا.

وَلَوْ قَتَلَ بِمُثَقَّلٍ أَوْ بِقَطْعِ عُضْوٍ فُعِلَ بِهِ مِثْلُهُ.

ووجه: القول الأظهر أنه لو قتل في غير المحاربة ليثبت القصاص للآدمي؛ فيبعد أن يحيط حقه بوقوع القتل في المحاربة، ويقال بناء على هذا القول أن الأصل القتل في مقابلة القتل والتحتم حق لله تعالى، ويتفرع على القولين من مسائل يأتي في كلامه جملة منها.

قال: (**فَعَلَى الْأَوَّلِ: لَا يُقْتَلُ بِوَلَدِهِ وَذِمِّيٍّ**) أي: وعبد ونحوهم؛ مراعاة لمعنى القصاص، وتجب الدية أو القيمة، وعلى الثاني يقتله به حدًّا، ولا يبالي بعدم الكفاءة.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ**) أي: القاطع.

(**فَدِيَةٌ**) أي: في ماله، وعلى الثاني لا شيء.

(**وَلَوْ قَتَلَ جَمْعًا؛ قُتِلَ بِوَاحِدٍ، وَلِلْبَاقِينَ دِيَاتٌ**) أي: كما سبق، فإن قتلهم على الترتيب؛ قتل بالأول، ولو عفا ولي الأول؛ لم يسقط القتل لتحتمه.

قال الْبَغَوِي وأقراه، وحكاه القاضي أبو الطيب هنا وفي الجنايات وجهين: أحدهما: يقتل بالأول، والثاني: بالجميع نظرًا لحق الله تعالى، ونسبه الْمَاوَرْدِي هنا إلى الجمهور.

قال الرَّافِعِي: وإن لم يراع معنى القصاص قتل بهم، ولم تجب الدية، قال الدارمي: إذا قتل جماعة في محاربة، فعن ابن سُرَيْج ثلاثة أوجه: أحدها: يقتل فحسب، والثاني: يقتل بالأول وللباقين ديات، والثالث: يقتل للجميع، وباقي الديات لجميعهم.

قال: (**وَلَوْ عَفَا وَلِيُّهُ بِمَالٍ؛ وَجَبَ وَسَقَطَ الْقِصَاصُ وَيُقْتَلُ حَدًّا**) أي: كمرتد استوجب القصاص، وعفا عنه على القول الثاني، والعفو لغو.

(**وَلَوْ قَتَلَ بِمُثَقَّلٍ أَوْ بِقَطْعِ عُضْوٍ؛ فُعِلَ بِهِ مِثْلُهُ**) أي: تغليبًا للقصاص، وإلا

وَلَوْ جَرَحَ فَانْدَمَلَ لَمْ يَتَحَتَّمْ قِصَاصٌ فِي الْأَظْهَرِ. وَتَسْقُطُ عُقُوبَاتٌ تَخُصُّ الْقَاطِعَ بِتَوْبَتِهِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، لَا بَعْدَهَا عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قتل بالسيف كالمرتد تغليبًا الحد، ومن تفريع القولين: أنه لو مات قبل الظفر به لم يسقط القصاص، ويسقط الحد، وإلا فلا شيء عليه.

ومنها: لو أقر بالقتل في الحرابة، ثم رجع فإن قلنا: لا حق للآدمي [فيه سقط برجوعه، وإن قلنا: فيه حق للآدمي] لم يسقط حقه برجوعه، وهل يسقط حق الله تعالى به؟ فيه وجهان في كتاب «الإقرار» من «البحر».

ومنها: لو قتله قاتل بغير إذن الإمام إن راعينا معنى القصاص فعليه الدية لورثته، ولا قود لتحتم قتله، ويجيء فيه وجه، وإن لم يرعه؛ عزر لا غير لتفويته على الإمام. قال: (**وَلَوْ جَرَحَ**) أي: جرحًا يجب القصاص فيه.

(**فَانْدَمَلَ**) بأن قطع يده.

(**لَمْ يَتَحَتَّمْ قِصَاصٌ فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأن التحتم تغليظ لحق الله تعالى، فاختص بالنفس كالكفارة.

والثاني: نعم كالقتل، **والثالث**: يحتم في الرجلين واليدين؛ لأنهما مما يستحق قطعه في المحاربة بخلاف الأنف، والأذن، والعين، وغيرها.

تنبيه: احترز بقوله: «فاندمل» عما لو سرى إلى النفس فهو قتل كما سبق بيانه، وبقوله: «لم يتحتم» على أن الكلام فيما فيه قود من الإعصار، والأقوال الثلاثة جارية من طرق أشرت إليها في «الغنية».

قال: (**وَتَسْقُطُ عُقُوبَاتٌ تَخُصُّ الْقَاطِعَ بِتَوْبَتِهِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ**) أي: على الجديد المشهور؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٤﴾﴾ [المائدة: ٣٤] وعن القديم: أنها لا تسقط بناء على الحدود لا تسقط بالتوبة.

قال: (**لَا بَعْدَهَا عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لمفهوم الآية الكريمة، وهذا ما أورده العراقيون، وغيرهم، وقيل: على القولين في سقوط حد الزنا، والسرقة، والشرب بها.

وَلَا تَسْقُطُ سَائِرُ الْحُدُودِ بِهَا فِي الْأَظْهَر].

إشارة: أعد قوله على المذهب إلى الحالين، وقيل: في كل منهما قولان، كما أشرنا إليه، وقوله: «**تختص القاطع**» يعني: المختصة بقطع الطريق من انحتام القتل، والصلب، وقطع الرجل، وكذا اليد، وقيل: وجهان، وللولي أن يقتص ويعفو بناءً على الأظهر أن عقوبة القاطع لا تتمحض حدًا؛ بل يتعلق بها القصاص، أما إذا محضناه حدًّا، فلا يبقى عليه شيء.

قال: (**وَلَا تَسْقُطُ سَائِرُ الْحُدُودِ بِهَا فِي الْأَظْهَرِ**)؛ لأن العمومات الواردة فيها لم تفرق بين ما قبل التوبة، وما بعدها، وأيضًا فالكفارة لا تسقط بالتوبة، فكذلك الحدود التي هي كفارات.

والثاني: تسقط بها، ورجحه أكثر العراقيين، وقال **الْبَنْدَنِيجِي**: إنه المذهب أنها تؤثر في إسقاطها كحد المحاربة، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ١٦] وقال تعالى: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ٣٩﴾ [المائدة: ٣٩].

وفي الصحيح: «**التوبة تجب ما قبلها**» وفيه: «**أن رجلًا قال لرسول الله ﷺ: إني أصبت حدًا فأقمه عليَّ، فقال ﷺ: أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم، قال: فإن الله تعالى قد غفر لك ذنبك، أو قال: حدك**»(١) وفي المسألة أحاديث كثيرة.

وقال **الشَّافِعِي** ﷺ في «**الأم**»: وأحب لمن أصاب حدًّا أن يستتر بستر الله تعالى، وأن يتقي الله ولا يعود، فإن الله ﷻ يقبل التوبة عن عباده، والمرجحون لهذا القول حملوا العمومات على حالة الإصرار.

تنبيهات: منها: جزم **الرَّافِعِي** في باب حد الزنا بجعل الأظهر في الكتاب الجديد، وقال هنا، وينسب إلى الجديد وفيه نظر؛ لأن العراقيين أعلم بالنصوص، وقد رجحوا، أو أكثر السقوط.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٨٢٣) ومسلم (٤٥٢٩).

....

ومنها: في موضع القولين طريقان:

أحدهما: أنهما جاريان فيما قبل الرفع إلى القاضي وبعده، وهي قضية إطلاق الكتاب.

والثاني: تخصيصها بما قبل ذلك، أما بعده فلا تسقط قطعًا، وبه جزم أصحاب «المعتمد» و«الحاوي» و«الشامل» وغيرهم من العراقيين، والأحاديث آخذة به فهو المختار.

وتوسط الْغَزَالِي واختار: أنه إن لم يطلع عليه إلا بعد توبته، وإصلاح عمله؛ يسقط الحد، وإن تاب عند أخذه لإقامة الحد لم تسقط؛ لاتهامه فيها، وهو راجع إلى التوبة قبل الظفر وبعدها، وكنت أود لو قيل بقبول توبة المقر على نفسه، الظاهر عليه أمارات الندم، دون من أقيمت عليه البينة بجريرته.

ومنها: قوله: «سائر الحدود» أي: المتمحضة لله تعالى، ولا يسقط بها حد القذف، ولا قصاص قطعًا، وقد سموه حدًّا كما سبق، وخرج فيهما وجه منكر، وحكاه ابن الْقَطَّان [عن القديم] في حد القذف، وتوبة تارك الصلاة كسلًا؛ يسقط القتل عنه على الصواب، وغلط من جعل قبول توبته على القولين كما بينته هناك.

ومنها: قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» تفريعًا على السقوط: إن أظهر الوجهين: أنه لا بد مع التوبة من إصلاح العمل؛ ليظهر الصدق وتحصل الثقة، واحتج له بالآيات السابقة المتعرضة لذلك في الزنا والسرقة.

قال: وحكى الإمام تفريعًا عليه: أنه يمتحن سرًّا وعلانًا، فإن ظهر الصلاح أسقطنا عنه، وإلا حكمنا بأنه لم يسقط، قال: وهذا مشكل أنه لا يحبس، وإذا خلي فكيف يتبع، ويعرف صلاحه؟ وقد يقال: يمتنع بإظهار التوبة من إقامة الحد عليه، فإن ظهر الصلاح بعد أو لم يظهر ما يخالف التوبة، لم يتعرض له، وإن ظهر ما يخالفها؛ أقمنا عليه الحد، انتهى.

ولم يصرح في «الشرح الكبير» بترجيح؛ بل حكي عن الإمام: أنه يجري

قال المصنف:[فَصْلٌ]: مَنْ لَزِمَهُ قِصَاصٌ وَقَطْعٌ وَحَدُّ قَذْفٍ وَطَالَبُوهُ جُلِدَ ثُمَّ قُطِعَ ثُمَّ قُتِلَ وَيُبَادَرُ بِقَتْلِهِ بَعْدَ قَطْعِهِ لَا قَطْعُهُ بَعْدَ جَلْدِهِ إنْ غَابَ مُسْتَحِقُّ قَتْلِهِ، وَكَذَا إنْ حَضَرَ، وَقَالَ: عَجِّلُوا الْقَطْعَ فِي الْأَصَحِّ، ....

الاكتفاء بإظهار التوبة فقط إلى سائر الأصحاب خلا القاضي، كإظهار الإسلام تحت ظل السيوف، [ثم قالا: ما نسبه إلى القاضي هو ما أورده جماعة من العراقيين، فتابعهم البغوي والروياني].

ثم قال بعد ذكره من استشكال الإمام: ويشبه أن يقال، وذكر قوله في «الشرح الصغير» وقد يقال في «تحرير» الجرجاني ويعرف إصلاح العمل بأن يمضي عليها سنة.

ومنها: ادعى المحارب بعد القدرة عليه أنه تاب قبلها، وقال الْمَاوَرْدِي في أحكامه: إن لم يقترن بالدعوى أمارات تدل على الندم؛ لم تقبل دعواه في سقوط حدٍ قد وجب، فإن اقترن بها أمارات تدل على التوبة ففي القبول بغير بينة وجهان محتملان، انتهى.

ويجيء مثل هذا في سائر حدود الله تعالى، إذا فرقنا بين ما قبل الرفع، وما بعده كما سبق.

قال الشارح: [قال: (**فَصْلٌ**: **مَنْ لَزِمَهُ قِصَاصٌ وَقَطْعٌ وَحَدُّ قَذْفٍ وَطَالَبُوهُ؛ جُلِدَ ثُمَّ قُطِعَ ثُمَّ قُتِلَ**)؛ لأنه أقرب إلى استيفاء الحد بالجميع، ولو اجتمع عليه بعد ذلك تعزير لآدمي بدأ به، ثم يجلد للقذف تقديمًا للأخف فالأخف.

قال: (**وَيُبَادَرُ بِقَتْلِهِ بَعْدَ قَطْعِهِ لَا قَطْعُهُ بَعْدَ جَلْدِهِ إنْ غَابَ مُسْتَحِقُّ قَتْلِهِ**) لأنه قد هلك بالموالاة، فيفوت قصاص النفس وتذهب النفس هدرًا.

قال: (**وَكَذَا إنْ حَضَرَ وَقَالَ: عَجِّلُوا الْقَطْعَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وأنا أبادر إلى القتل بعد القطع؛ لأنه قد يهلك بالموالاة.

والثاني: يبادر إليه؛ لأن تأخير القطع كان لحقه وقد رضي التقديم، ورأى الإمام تخصيص الوجهين: بما إذا خيف موته بالموالاة، بحيث يتعذر قصاص النفس لانتهائه إلى حركة المذبوح، ورأى الإمام القطع بالمبادرة إذا أمكن

وَإِذَا أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ حَقَّهُ جُلِدَ فَإِذَا بَرِئَ قُطِعَ، وَلَوْ أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ طَرَفٍ جُلِدَ، وَعَلَى مُسْتَحِقِّ النَّفْسِ الصَّبْرُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الطَّرَفَ ....

استيفاء القصاص بعد القطع، وبذلك جزم في «البسيط» فقال: لو قال مستحق القتل: إن كان ترك الموالاة لحقي فبادروا، وأنا أبادر إن بقي إلى استيفاء النفس، وإن علم أن النفس لا تقتص على الفور؛ فيجب التعجيل؛ إذ لا معنى للإمهال، وتأخير الحق والنفس مستوفاة بكل حال، وإن أمكن الموت فعلى وجهين:

أحدهما: أنه يمهل لأنه ربما يموت، أو يبدو أن يعفو عن النفس.

والثاني: أنا نعجل؛ إذ تأخير حق الإنسان ومدافعته بناء على أنه ربما يعفو لا وجه له، انتهى. وهذا الثاني هو المختار.

قال: (**وَإِذَا أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ حَقَّهُ**) أي: بأن رضي بتأخيره، أو قال: لا أقتص في هذا الوقت وطلب الآخران حقهما.

(**جُلِدَ، فَإِذَا بَرِئَ؛ قُطِعَ**) أي: ولا يوالي بينهما قبل البرء خشية فوات النفس.

قال: (**وَلَوْ أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ طَرَفٍ**) أي: حقه.

(**جُلِدَ**) أي: للمقذوف بطلبه.

(**وَعَلَى مُسْتَحِقِّ النَّفْسِ الصَّبْرُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الطَّرَفَ**) أي: سواء تقدم استحقاق النفس على الطرف أو تأخر؛ لئلا يفوت استيفاؤه، وقال في «الوسيط»: ولو مكن مستحق النفس من القتل، أو قال لمستحق الطرف: بادر وإلا ضاع حقك؛ لفوات محله؛ لم يكن بعيدًا، زاد في «البسيط»: ولكن لا صابر إليه، انتهى.

وهذا الاحتمال قوي، ولا أحسب إلزام مستحق النفس بالصبر لا إلى غاية بتأخير مستحق الطرف محل وفاقٍ، ولا سيما إذا ظهر عناده، ولينظر فيما لو كان الجاني مريضًا مرضًا مخوفًا، وقطع أهل البصر بأنه إن لم يبادر بالاستيفاء هلك، هل يجاب مستحق الطرف إلى التأخير، وإن كان ضياع حق مستحق النفس لا إلى بدل؟ لا لإفلاس الجاني.

فَإِنْ بَادَرَ فَقَتَلَ فَلِمُسْتَحِقِّ الطَّرَفِ دِيَةٌ، وَلَوْ أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ الْجَلْدِ حَقَّهُ فَالْقِيَاسُ صَبْرُ الْآخَرِينَ. وَلَوِ اجْتَمَعَ حُدُودٌ لله تَعَالَى قُدِّمَ الْأَخَفُّ فَالْأَخَفُّ. أَوْ عُقُوبَاتٌ لله تَعَالَى، وَالْآدَمِيِّينَ ....

قال: (فَإِنْ بَادَرَ) أي: مستحق النفس.

(فَقَتَلَ، فَلِمُسْتَحِقِّ الطَّرَفِ دِيَةٌ)؛ لفوات محل الاستيفاء، وكان المستحق مستوفيًا لحقه، قال ابن الرِّفْعَة، وفي «التتمة»: إن الحكم كما لو قتل رجلين، فابتدر ولي الثاني فقتله.

قال: (وَلَوْ أَخَّرَ مُسْتَحِقُّ الْجَلْدِ حَقَّهُ؛ فَالْقِيَاسُ: صَبْرُ الْآخَرِينَ) كذا قاله الرَّافِعِي في «شرحه الكبير» وقال في «المحرر»: وينبغي أن يصبر الآخران ولا شك أنه القياس بالنسبة إلى مستحق النفس؛ إذ المدعي في هذا المقام ألا يفوت على ذي حقٍ حقه، ويأتي هنا احتمال الْغَزَالِي، وما أشرنا إليه في الطرف، وأما بالنسبة إلى مستحق الطرف ففيه وقفة؛ إذا كان الجاني جُلد جلدًا يغلب على الظن عدم زهوق نفسه بقطعه، ولا سيما إن كان المستحق أذنًا وأنملة وأنفًا.

قال: (وَلَوِ اجْتَمَعَ حُدُودٌ لله تَعَالَى) أي: بأن شرب، وسرق، وزنى، وهو بكر، وارتد، (قُدِّمَ الْأَخَفُّ فَالْأَخَفُّ) أي: وجوبًا طلبًا لإقامة الجميع، فيحد للشرب، ثم يمهل حتى يبرأ، ثم يجلد للزنا ويمهل، ثم يقطع للسرقة، ثم يقتل للردة بلا إمهال، وقيل: إن كان في العقوبات قتل يوالي بينهما بلا إمهالٍ، والذي أورده الجمهور الأول.

ولو اجتمع معها أخذ مال في حرابة؛ قطعت يده ورجله بعد جلد الزنا، ويوالى بين القطعين على الصحيح المشهور؛ لأن اليد تقطع عن المحاربة والسرقة فصار كما لو انفردت المحاربة، وقيل: لا توالي؛ لأن اليد تقطع للسرقة، والرجل للحرابة ولا توالي، ولا توالي بين حدين.

قال: (أَوْ عُقُوبَاتٌ لِلَّهِ تَعَالَى، وَالْآدَمِيِّينَ) أي: بأن انضمت إلى العقوبات المذكورة لحق الله تعالى.

قُدِّمَ حَدُّ قَذْفٍ عَلَى زِنًا، وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُهُ عَلَى حَدِّ شُرْبٍ، وَأَنَّ الْقِصَاصَ قَتْلًا وَقَطْعًا يُقَدَّمُ عَلَى الزِّنَا.

(قُدِّمَ حَدُّ قَذْفٍ عَلَى زِنًا) أي: كما نص عليه الشَّافِعِي ﷺ واختلفوا في علته: فالأصح وبه قال أبو إسحاق وجماعة: لأنه حق آدمي، وقال ابن أبي هريرة: لأنه أخف.

قال: **(وَالْأَصَحُّ: تَقْدِيمُهُ)** أي: تقديم حد القذف.

(عَلَى حَدِّ شُرْبٍ)؛ لأنه حق آدمي، والثاني: يقدم حد الشرب؛ لأنه أخف، والوجهان مبنيان على المعنيين.

قال: **(وَأَنَّ الْقِصَاصَ قَتْلًا وَقَطْعًا يُقَدَّمُ عَلَى الزِّنَا)** أي: بناء على المعنيين أيضًا، والإمهال بعد كل عقوبة إلى الاندمال على ما ذكرنا، وأشار الرُّويَانِي في «التجربة» إلى خلاف في تقديم حد القذف: فقال إذا أوجب عليه حدود فالصحيح أنه يبدأ بحد القذف؛ لأنه حق آدمي، ثم بالقصاص في الطرف، ثم يحد للشرب، ثم بحد الزنا، ثم بالقطع في السرقة، وقطع الطريق، ثم بالقتل، فإن اجتمع قتل في المحاربة وقتل في غيرها؛ قدم السابق منهما بلا خلاف.

قال الْمَاوَرْدِي: وَلَوِ اجْتَمَعَ رَجْمُ الزِّنَا وَقَتْلُ الرِّدَّةِ أَيُّهُمَا يُقَدَّمُ؟ رُجِمَ لِلزِّنَا، وَدَخَلَ فِيهِ قَتْلُ الرِّدَّةِ؛ لِأَنَّ الرَّجْمَ أَزْيَدُ نَكَالًا، فَدَخَلَ فِيهِ الْأَقَلُّ، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة .

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

الأصل في تحريم الخمر الكتاب، والسنة، والإجماع، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [المائدة: ٩٠] وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُوا۟ بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰنًا وَأَن تَقُولُوا۟ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٣٣﴾﴾ [الأعراف: ٣٣] والإثم هو الخمر عند الأكثرين.

وقال الْمَاوَرْدِي: وأما السنة فيها لا يحصى منها: «**لَعَنَ الله الْخَمْرَ وَشَارِبَهَا وَسَاقِيَهَا وَبَائِعَهَا وَمُبْتَاعَهَا وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا وَحَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْه**»(١).

وإجماع الصحابة منعقد على تحريمها، فلا عبرة بما حكي عن تأول بعضهم، فقد حكي رجوعه، وكانت في أول الإسلام لشرب، وأشبه الوجهين في «الحاوي»: أنه استصحاب لما كانوا عليه لا الشرع ورد فيها، انتهى.

وكان تحريمها في السنة الثالثة من الهجرة بعد أُحد، قال القاضي الحسين، وأتباعه كالبغوي، وإبراهيم المروزي، وصاحب «الكافي» وهذا لفظه: الخمر المتخذة من العنب والرطب حرام باتفاق الأمة، يكفر مستحلها، ويفسق شاربها وإن شرب قطرة، انتهى.

والمشهور ذكر ذلك في عصر العنب خاصة، وأما عصر الرطب النيء فحكى الرُّويَانِي ما ذكره القاضي، وأتباعه فيه عن بعضهم، وأشعر به ورأى

---

(١) رواه حديث ابن عمر: أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦، رقم ٣٦٧٤)، والحاكم (٤/ ١٦٠، رقم ٧٢٢٨) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٦/ ١٢، رقم ١٠٨٢٨).
حديث أنس: أخرجه الترمذي (٣/ ٥٨٩، رقم ١٢٩٥)، وقال: غريب. وابن ماجه (٢/ ١١٢٢، رقم ٣٣٨١).
حديث عثمان بن أبي العاص: أخرجه الطبراني في الكبير (٩/ ٥٨، رقم ٨٣٨٧) وفي الأوسط (٤/ ٢٤٣، رقم ٤٠٩٠). قال الهيثمي (٤/ ٩٠): فيه عبد الله بن عيسى الخزاز، وهو ضعيف.

كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ كَثِيرُهُ حَرُمَ قَلِيلُهُ.

كونه بمثابة سائر الأشربة، انتهى(١).

ولم يستحسن الإمام إطلاق القول بتكفير مستحل الخمر، وقال: كيف يكفر من خالف الإجماع، وإنما يبدعه ويضلله، وأولى ما ذكره الأصحاب على ما إذا صدق المجمعين على أن التحريم ثابت في الشرع ثم حلله، فإنه يكون زاد في الشرع، قال الرَّافِعِي: وهذا إن صح فليجز قتله في سائر ما حصل الإجماع على فرضه أو تحريمه، انتهى.

ولا يكفر متحل سائر الأنبذة قطعًا، وهل يساويها اسم الخمر؟ حقيقة فيه خلاف للأصحاب عزى الرَّافِعِي والعِمْرَانِي وغيرهما المنع إلى الأكثرين، وعزى إليهم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عكسه؛ لأن الاشتراك في الصفة يقتضي الاشتراك في الاسم، هكذا نقله ابن الرِّفْعَة، وعبارة «الشامل»: قال الْمُزَنِيّ وكثير من أصحابنا: إن الكل يسمى خمرًا، ومنهم من قال لا يسمى خمرًا، وإنما هو محرم بالشبه، انتهى.

قال: (**كُلُّ شَرَابٍ أَسْكَرَ كَثِيرُهُ؛ حَرُمَ قَلِيلُهُ**) أي: وكثيره؛ لأن نصوص السنة مصرحة بذلك منها ما في الصحيحين من رواية عائشة - ﵂ -: سئل رسول الله ﷺ عن البِتْع، فقال: «**كل شراب أسكر؛ فهو حرام**»(٢).

---

(١) قال الخطيب: تَنْبِيهٌ: اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي وُقُوعِ اسْمِ الْخَمْرِ عَلَى الْأَنْبِذَةِ حَقِيقَةً، فَقَالَ الْمُزَنِيّ وَجَمَاعَةٌ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الِاشْتِرَاكَ فِي الصِّفَةِ يَقْتَضِي الِاشْتِرَاكَ فِي الِاسْمِ، وَهُوَ قِيَاسٌ فِي اللُّغَةِ، وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْأَحَادِيثِ، وَنَسَبَ الرَّافِعِيُّ إِلَى الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ عَلَيْهَا إِلَّا مَجَازًا. أَمَّا فِي التَّحْرِيمِ وَالْحَدِّ فَهُوَ كَالْخَمْرِ؛ لَكِنْ لَا يُكَفَّرُ مُسْتَحِلُّهَا، بِخِلَافِ الْخَمْرِ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى تَحْرِيمِهَا دُونَ تِلْكَ، فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي تَحْرِيمِهَا، وَلَمْ يَسْتَحْسِنْ الْإِمَامُ إِطْلَاقَ الْقَوْلِ بِتَكْفِيرِ مُسْتَحِلِّ الْخَمْرِ، قَالَ: وَكَيْفَ نُكَفِّرُ مَنْ خَالَفَ الْإِجْمَاعَ، وَنَحْنُ لَا نُكَفِّرُ مَنْ يَرُدُّ أَصْلَه، وَإِنَّمَا نُبَدِّعُهُ، وَأَوَّلَ كَلَامَ الْأَصْحَابِ عَلَى مَا إِذَا صَدَّقَ الْمُجْمِعِينَ عَلَى أَنَّ تَحْرِيمَ الْخَمْرِ ثَبَتَ شَرْعًا ثُمَّ حَلَّلَهُ فَإِنَّهُ رَدٌّ لِلشَّرْعِ، حَكَاهُ عَنْهُ الرَّافِعِيُّ. ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا إِنْ صَحَّ فَلْيَجْرِ فِي سَائِرِ مَا حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى افْتِرَاضِهِ فَنَفَاهُ، أَوْ تَحْرِيمِهِ فَأَثْبَتَهُ، وَأَجَابَ عَنْهُ الزَّنْجَانِيُّ بِأَنَّ مُسْتَحِلَّ الْخَمْرِ لَا نُكَفِّرُهُ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ الْإِجْمَاعَ فَقَطْ؛ بَلْ لِأَنَّهُ خَالَفَ مَا ثَبَتَ ضَرُورَةً أَنَّهُ مِنْ دِينِ مُحَمَّدٍ ﷺ وَالْإِجْمَاعُ وَالنَّصُّ عَلَيْهِ. انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٩٨).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٩٦، رقم ٢٤٦٩٦)، والبخاري (١/ ٩٥، رقم ٢٣٩)، ومسلم (٣/ ١٥٨٥، =

……

والبِتْع: نبيذ العسل.

ولمسلم عن ابن عمر مرفوعًا: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» وصحح الترمذي من روايته أيضًا: «ما أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ»[1] وروى النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا مثله، وروى أبو داود وغيره من رواية ابن عمر مثله.

وحسَّن الترمذي من رواية عائشة - ﵂ -: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، مَا أَسْكَرَ الْفَرَقُ مِنْهُ فَمِلْءُ الْكَفِّ مِنْهُ حَرَامٌ»[2].

وأخرج النسائي عن سعد بن أبي وقاص ﵁ أن النبي ﷺ قال: «أنهاكم عن قليل ما أسكر كثيرة»[3] وإسناده على شرط مسلم.

وفي الصحيحين أن عمر ﵁ خطب: «أما بعد، أيها الناس، فإنه نزل تحريم الخمر وهي من خمسة: من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير، والخمر ما خامر العقل» ورفعه أهل السنن من رواية النعمان بن بشير ﵁[4].

= رقم ٢٠٠١)، وأبو داود (٣/ ٣٢٨، رقم ٣٦٨٢)، والترمذي (٤/ ٢٩١، رقم ١٨٦٣)، وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٣/ ٢١٤، رقم ٥١٠٣) وابن ماجه (٢/ ١١٢٣، رقم ٣٣٨٦).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٨٧، رقم ٢٠٠٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٩، رقم ٣٦٨٧)، والترمذي (٤/ ٢٩٣، رقم ٨٦٦) وقال: حسن. والبيهقي (٨/ ٢٩٦، رقم ١٧١٧٤) وأحمد (٦/ ١٣١، رقم ٢٥٠٣٦)، وأبو يعلى (٧/ ٣٢٢، رقم ٤٣٦٠)، وابن حبان (١٢/ ٢٠٣، رقم ٥٣٨٣)، والطحاوي (٤/ ٢١٦)، والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٦، رقم ٥٥٧٥).

(٣) أخرجه الدارمي (٢/ ١٥٤، رقم ٢٠٩٩)، والنسائي (٨/ ٣٠١، رقم ٥٦٠٨)، وأبو يعلى (٢/ ٥٥، رقم ٦٩٤)، وابن الجارود (١/ ٢١٩، رقم ٨٦٢)، والطحاوي (٤/ ٢١٦)، وابن حبان (١٢/ ١٩٢، رقم ٥٣٧٠)، والدارقطني (٤/ ٢٥١)، والبيهقي (٨/ ٢٩٦ رقم ١٧١٦٦). والشاشي (١/ ١٦٤، رقم ١٠٤) قال المناوي (٣/ ٦٣): قال الزين العراقي: قال البيهقي في الخلافيات: رواته ثقات، ورواه عنه أيضًا ابن حبان والطحاوي، واعترف بصحته.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٢٢، رقم ٥٢٦٦) وأحمد (١/ ٥٣، رقم ٣٧٨)، ومسلم (٤/ ٢٣٢٢، رقم ٣٠٣٢)، وأبو عوانة (٥/ ٩٩، رقم ٧٩٤٧)، وأبو داود (٣/ ٣٢٤، رقم ٣٦٦٩)، =

وَحُدَّ شَارِبُهُ إِلَّا صَبِيًّا وَمَجْنُونًا وَحَرْبِيًّا وَذِمِّيًّا وَمُوجَرًا وَكَذَا مُكْرَهٌ عَلَى شُرْبِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**وَحُدَّ شَارِبُهُ**) أي: وإن لم يسكر لإطلاق الأحاديث.

ولحديث: «**من شرب الخمر فاجلدوه**»(١) رواه الإمام أحمد والحاكم عن رواية ابن عمر - ﵄ - وفيه القتل في المرة الرابعة، والقتل منسوخ.

قال في «الأم»: لا خلاف في نسخه عند أهل العلم.

قال: (**إِلَّا صَبِيًّا وَمَجْنُونًا وَحَرْبِيًّا**) لعدم الالتزام فلا نقيمه عليه إذا جاءنا بعهدٍ، أو أمان، أو أسرناه.

(**وَذِمِّيًّا**) أي: على المذهب الصحيح؛ لأنه لا يعتقد تحريمها، وهل يحد لرضاه بحكمنا؟ كلام القاضي الحسين يشعر بأن الخلاف فيما إذا أظهروا شربها، لا فيما إذا أخفوه وأقروا به، والمشهور أن الخلاف فيما إذا جاءنا ورضي بحكمنا فيه، والأصح أنه لا يحد.

قال: (**وَمُوجَرًا**) أي: قهرًا؛ لئلا صنع له.

(**وَكَذَا مُكْرَهٌ عَلَى شُرْبِهِ**) أي: بنفسه.

(**عَلَى الْمَذْهَبِ**)؛ لرفع القلم عن المكره، وقيل وجهان: فإن قلنا يحد لم

= والترمذي (٥/ ٢٥٣، رقم ٣٠٤٩)، والنسائي (٨/ ٢٨٦، رقم ٥٥٤٠)، والطحاوي (٤/ ٢١٣)، وابن حبان (١٢/ ١٨٢، رقم ٥٣٥٩) والدارقطني (٤/ ٢٥٢).

(١) حديث شرحبيل: أخرجه ابن سعد (٧/ ٤٣١)، وأحمد (٤/ ٢٣٤، رقم ١٨٠٨٢)، وعبد بن حميد (ص ١٥٥، رقم ٤٠٨)، وابن قانع (١/ ٣٣١)، والطبراني (٧/ ٣٠٦، رقم ٧٢١٢)، والحاكم (٤/ ٤١٤، رقم ٨١٢١) قال الهيثمي (٦/ ٢٧٧): رواه أحمد والطبراني وفيه عمران ابن محمد ويقال: مخبر ولم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح.
حديث جرير: أورده الطحاوي (٣/ ١٥٩)، والحاكم (٤/ ٤١٢، رقم ٨١١٣).
حديث ابن عمر: أخرجه أحمد (٢/ ١٣٦، رقم ٦١٩٧)، وأبو داود (٤/ ١٦٤، رقم ٤٤٨٣)، والنسائي (٨/ ٣١٣، رقم ٥٦٦١)، والحاكم (٤/ ٤١٣، رقم ٨١١٤) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٨/ ٣١٣، رقم ١٧٢٧٩).
حديث ابن عمرو: أخرجه أحمد (٢/ ١٩١، رقم ٦٧٩١).
حديث معاوية بن عياض بن غطيف عن جده: أخرجه الطبراني (١٨/ ٢٦٤، رقم ٦٦٢).

………………………………………………………………

يجز تناولها، وإلا جاز، قاله الدارمي والصحيح الجواز، وهل تجب؟ فيه كلام سبق في الجنايات.

تنبيهات: قوله في أول الباب: «كل شراب» يشمل جميع الأنبذة المتخذة من التمر والزبيب والعسل والحنطة والشعير والذرة والأرز وغيرها، وليس اسم الشراب بعيد بتحديد الخمر وتخامره، وخامر كل مسكر، وسواء مطبوخة ونيئة، وقد يخرج بقوله: «شراب» الحشيش ونحوه، فقد نقلا في الأطعمة عن رواية الرُّويَانِي في باب الذي يسكر: أن أكلها حرام وليس فيه حد، وسبق في باب النجاسة فيه كلام.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: وأما غير الخمر من المسكر كالبنج، والأفيون إذا تناوله ففيها فسق، ولزمه قضاء الصلاة، ولا يحد؛ لأنه غير ملذ ولا مطرب، فلا يدعوا قليله إلى كثيره بلا حاجة إلى شرع الزجر عن شربه، انتهى.

وقوله: «أسكر كثيره» فيه احتراز عما لا يسكر، فإنه مباح التناول ما لم يسكر، قال الدارمي: وحل بعضهم أن في الخليطين من شعير وتمرٍ أو زبيبٍ قولان إذا لم يفسد.؛ لأن أبا ثورٍ بين عن الخليطين مستندًا، والصحيح: الأول.

وقوله: «وحدّ شاربه» المراد: متعاطيه شربًا كان أو غيره، وسواء فيه المتفق على تحريمه والمختلط، وسواء مطبوخة ونيئة تناوله معتقد تحريمه أو إباحته على المذهب، ويستثنى من إطلاق المصنف وجوب الحد ما لو عض بلقمة، واضطر إلى بلعها بخمر كما سيأتي.

وإطلاقه يشمل من تعاطى شيئًا من ذلك للتداوي أو العطش أو الجوع، والذي نقلاه: أنا إذا حرمنا تناول الخمر بذلك عن القاضي الحسين والْغَزَالِي، أنه لا حد بشبهة الخلاف.

وقال الإمام: أطلق الأئمة المعتبرون أقوالهم في طرقهم: أن التداوي به حرام موجب للحد، وبناه على ما نقله من اتفاقهم على تحريم التداوي، وليس كذلك لما سيأتي، وفي «الشرح الصغير»: أنه لا حد على التداوي، وإن لم

وَمَنْ جَهِلَ كَوْنَهَا خَمْرًا: لَمْ يُحَدَّ، وَلَوْ قَرُبَ إِسْلَامُهُ فَقَالَ: جَهِلْتُ تَحْرِيمَهَا لَمْ يُحَدَّ، أَوْ جَهِلْتُ الْحَدَّ حُدَّ.

وَيُحَدُّ بِدُرْدِيِّ خَمْرٍ ....

يجز الشرب تداويًا ويكون قصد التداوي شبهة دارئة للحد، وقيل بخلافه.

وقال الْمَاوَرْدِي: فَإِنِ اضْطُرَّ إِلَيْهِ لِشِدَّةِ عَطَشٍ، أَوْ تَدَاوِي مَرَضٍ، لَا يُوجِدُ الطِّبُّ مِنْ شُرْبِهِ بُدًّا؛ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ شُرْبُهُ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ مُخْتَلَفًا فِيهِ، وقال في «الأحكام»: لا يحد من شربه للتداوي بخلاف من شربه للعطش، وقال المصنف في تصحيحه المختار: وأنه لا حد على من شربه للتداوي، وقلنا بتحريمه.

قلت: وهو الأصح الأقوى ويجب الجزم به في الجاهل بالنهي عن التداوي به، وتخصيص الخلاف في العالم به، والظاهر أن الحنفي إذا شرب النبيذ تداويًا لا يحد قطعًا؛ لاجتماع اعتقاده الإباحة والتداوي، وأما المحرم له فهل يكون في حقه كالخمر؟ فيه نظر!

قال: (**وَمَنْ جَهِلَ كَوْنَهَا خَمْرًا: لَمْ يُحَدَّ**) أي: بأن ظنها شرابًا مباحًا؛ فتناوله بالقدر القائم.

قال: (**وَلَوْ قَرُبَ إِسْلَامُهُ فَقَالَ: جَهِلْتُ تَحْرِيمَهَا؛ لَمْ يُحَدَّ**) لما ذكرناه هكذا أطلقوه، ويجب أن يكون هذا في الناشئ بدار الحرب، أو ببادية نائية، وأما الناشئ بيننا من أهل الذمة، والمخالطين للمسلمين من المعاهدين، فلا يخفى عليهم تحريمها في شرعنا.

قال: (**أَوْ جَهِلْتُ الْحَدَّ؛ حُدَّ**)؛ لأنه إذا علم التحريم فحقه أن يجتنبها، وقد يجيء فيه وجه: أنه لا يحد كما حكي في نظيره من الزنا.

إشارة: لو شرب العامي الصرف النبيذ المختلف في حله هل يكون كالحنفي حتى يجيء في حده الخلاف فيه، أو كالشافعي حتى يحد قطعًا؟ فيه نظر يأتي في الشهادات، إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيُحَدُّ بِدُرْدِيِّ خَمْرٍ**) أي: وهو ما يبقى في أسفل إنائه من غليظه

لَا بِخُبْزٍ عُجِنَ دَقِيقُهُ بِهَا، وَمَعْجُونٍ هِيَ فِيهِ، وَكَذَا حُقْنَةٌ وَسَعُوطٌ فِي الْأَصَحِّ.

[وعكره] لأنه منه، وكلامه يفهم أن دردي غيره من المسكرات ليس كذلك.

والظاهر: أنه مثله إن كان مما يسكر كثيره، وقد يحمل عليه قول «المحرر»: ولا فرق بين دردي الخمر وغيره، وهو بعيد ومراده وغير درديه منه، ويحد بالثخين من ذلك إذا أكله بخبز أو ثرد فيه، وأكل الثريد، وقال الدارمي: إن عجن به الدقيق، أو ثرد فيه الخبز ونحوه، ففي الحد وجهان، انتهى.

ولو طبخ به لحمًا، وأكل المرق؛ حد، قال الرَّافِعِي: وإن أكل اللحم، فلا حد؛ لأن عين الخمر لم يبق فيه، انتهى.

وفي إطلاقه نظر؛ لأن من [أكل] اللحم المطبوخ ما لو عصر لا يعصر منه ما طبخ به من المائع، وحينئذٍ يجب التفصيل.

قال: (**لَا بِخُبْزٍ عُجِنَ دَقِيقُهُ بِهَا**) أي: على الصحيح؛ لذهاب سكرها.

(**وَمَعْجُونٍ هِيَ فِيهِ**) قال الرَّافِعِي: والظاهر في الصورتين: أنه لا حد؛ لاستهلاكها، وعلى هذا قال الإمام: من شرب كوز ماء وقعت فيه قطرات من الخمر، والماء غالب بصفاته لم يحد؛ لاستهلاك الخمر فيه، ومن الغرائب المنكرة ما حكاه الْمَاوَرْدِي عن البصري، وطائفة من المتكلمين: أنه إنما يحرم تناول الخمر إذا كان صرفًا، ولا يحرم إذا مزجت بغيرها، انتهى. وهذا مذهب باطل ولا يصح عن الحسن - رحمه الله - ولا عمن يعتد به.

قال: (**وَكَذَا حُقْنَةٌ وَسَعُوطٌ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الحد للزجر، ولا حاجة للزجر فيه، والثاني: يحد كما يفطر الصائم [والثالث:] يحد في السعوط؛ لأنه يقال: إنه يطرب وينشي بخلاف الحقنة، والخلاف فيه أظهر منه في الحقنة، ولهذا جزم في الرضاع دونها، وجزم كثيرون بأنه لا يحد بالحقنة.

قال الدارمي: ويعصى، ويشبه أن يقال: إن تعاطاهما تداويًا، وقيل: لا يحد للتداوي بشربها، فلا حد هنا قطعًا من باب أولى، فإن قلنا: يحد أو تعاطى ذلك لا تداويًا، فهذا موضع التردد، وقد يقال: لو علم من حاله وعادته أنه لو أسعط بها أنه يسكر منه، وفعله لا لمداواته؛ أنه يحد قطعًا.

وَمَنْ غَصَّ بِلُقْمَةٍ أَسَاغَهَا بِخَمْرٍ إنْ لَمْ يَجِدْ غَيْرَهَا وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُهَا لِدَوَاءٍ وَعَطَشٍ.

قال: (**وَمَنْ غَصَّ بِلُقْمَةٍ أَسَاغَهَا**) أي: وجوبًا.

(**بِخَمْرٍ إنْ لَمْ يَجِدْ غَيْرَهَا**) أي: وخاف الهلاك إنقاذًا للنفس منه والسلامة قطعية، بخلاف التداوي والعطش، قالوا: وهذه رخصة واجبة، وقيل في تحريم الإساغة وجهان، وصحح في «الاستقصاء» المنع، وأنه يجب الحد، وهو غريب.

إشارة: الأجود فتح غين «غص» لا ضمها، والوجهان في تحريم الإساغة حكاهما إبراهيم المروزي، ثم قال في سقي الخيول ليزداد خمرًا وجهان، وإطفاء النار بالخمر يجوز على أصح المذهب، واعلم أني لم أر وجوب إساغة اللقمة بالخمر إلا في كلام الرَّافِعِي والإمام، والذي رأيته أنه يجوز.

وعبارة «البسيط»: يجوز عند الثقة بإفادته، وهو مشكل، وكان المراد الظن الغالب، وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: يجوز له ذلك؛ إذا لم يجد سواه، وكذا لو يبس حلقه، وأراد أن يرطبه، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: تَحْرِيمُهَا لِدَوَاءٍ وَعَطَشٍ**) أي: وجوع، جمع في أصل «الروضة» خمسة أوجه في خروجها من كلام [الْبَغَوِي](١) توقف.

قال أصحابنا: وهو المنصوص، وقول الأكثرين: لا يجوز، وقال الْمَاوَرْدِي: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي ﷺ لعموم النهي في صحيح مسلم، وقد سئل رسول الله ﷺ عن اتخاذها كدواء، فقال: «**إنه ليس بدواء، ولكنه داء**»(٢).

والثاني: يجوز كالبول، والدم وغيرها من النجاسات.

والثالث: وبه جزم الرُّويَانِي في «التجربة» في التداوي باليسير من الخمر

---

(١) في نسخة: (الرافعي).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٣١٧، رقم ١٨٨٨٢)، ومسلم (٣/ ١٥٧٣، رقم ١٩٨٤)، وابن ماجه (٢/ ١١٥٧، رقم ٣٥٠٠).

....

دون ما يسكر منه نص عليه، قال: ولا يجوز شربها للعطش؛ لأنها تزيد فيه، وغلط من قال غيره، والرَّافِعِي حكى ترجيحه عن الرُّويَانِي من غير نسبةٍ إلى النص، والْمَاوَرْدِي حكاه عن بعض البصريين.

والرابع: عكسه؛ لأنها تسكن فورة العطش قليلًا، نقله الْمَاوَرْدِي عن بعض البغداديين، وصححه الإمام، ونقل اتفاق الأصحاب على تحريم التداوي، قال: وبلغنا عن آحاد من المتأخرين نسب بجوازه من غير تدوين في كتاب.

والخامس: في «الروضة»: يجوز للعطش دون الجوع؛ لأنها تحرق كبد الجائع، وللفارقي تفصيل تبعه ابن أبي عصرون تلميذه، وهو أنه لا يجوز التداوي بها، وأما العطش فإن كانت عتيقة شديدة لم يجز؛ لأنها تزيد في عطشه، وإن كانت طرية، ويحصل به الري؛ جاز وعده شارح وجهًا سادسًا، وهو تساهل؛ إذا الفارقي ليس من أصحاب الوجوه.

تتمات وفروع: الخلاف في التداوي مخصوص بقليل لا يسكر، ويشترط خبر طبيب مسلم مقبول الخبر، وعن «تعليق القاضي الحسين» اشتراط العدد، ويشبه أن يجيء هنا ما سبق في تيمم المريض، ويكفي معرفة [المريض] المتداوي، ويشترط ألا يجد ما يقوم مقامها، ويعتبر ذلك في تناول سائر النجاسات.

قال الرَّافِعِي: ولو قال: ظننت يتعجل بأكلها الشفاء، فوجهان: أولاهما: الجواز؛ والظاهر أن المراد: أنا إذا جوزنا التداوي بغير الخمر من الأعيان النجسة، فهل يجوز بها عند قول الطبيب يتعجل بها الشفاء.

وكلام الْبَغَوِي في «التعليق» و«التهذيب» مصرح بذلك، وعبارة إبراهيم المروزي: ولو قال طبيب حاذق مسلم: شفاؤك في شرب البول؛ جاز شربه، وإن قال: شفاؤك فيه أعجل؛ فوجهان بناء على ما لو خاف من استعمال الماء شدة الضنا، هل له التيمم؟ فيه قولان، ثم قال هو والْبَغَوِي متصلًا بهذا: ولا يجوز شرب الخمر للمداواة فاعلمه، وعبارة «الروضة»: ولو قال طبيب يتعجل

فَصْلٌ

وَحَدُّ الْحُرِّ أَرْبَعُونَ وَرَقِيقٍ عِشْرُونَ ....

بها الشفاء، فالأصح أنه كرجاء الشفاء، انتهى.

وهذا عجيب، وكأنه فهم أن الكلام في الخمر، ويجوز أن يقال: إذا جوزنا التداوي بقليل الخمر أن يجري الوجهان في تعجيل الشفاء أيضًا.

قال في «زوائد الروضة»: لو احتاج إلى دواء يزيل العقل لغرض صحيح؛ جاز تناوله قطعًا، وذكرت في «الغنية» عن تقريب سليم الرازي ما يقتضي نقل قولين في الجواز.

وقضية كلام الرَّافِعِي في كتاب الطلاق: أنه إذا احتيج في قطع يد متآكلة ـ نسأل الله العفو والعافية ـ إلى زوال عقله؛ أنه يجوز جزمًا، ومن هنا ـ والله أعلم ـ أخذ المصنف، وقال الرَّافِعِي هنا: إنه مخرج على التداوي بالخمر، وزادت «الروضة»: ترجيح الجواز، وسبق ما يقتضي الجزم به، انتهى.

قال الشارح:

[فصل]

قال: (وَحَدُّ الْحُرِّ أَرْبَعُونَ) لما رواه مسلم عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ جلد أربعين، وجلد أبو بكر ﷺ أربعين، وجلد عمر ﷺ ثمانين(١) وكلٌّ سُنة ـ وهذا أحب إليَّ ـ.

وفي الصحيحين عن أنس ﷺ: أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر ﷺ أربعين، وسيأتي وجه أنه ثمانون، واختاره ابن المنذر، وقال ابن عبد البر: إنه قول جمهور العلماء من السلف والخلف، وأحد قولي الشَّافِعِي والأئمة الثلاثة.

قال: (وَرَقِيقٍ عِشْرُونَ)؛ لأنه حد يتبعض، فينصف عليه كحد الزنا، وقيل كالحر وليس بشيء، نعم إن قلنا بالوجه الآخر فذاك، والمبعض كالقن، ويأتي

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٠٧).

بِسَوْطٍ أَوْ أَيْدٍ أَوْ نِعَالٍ أَوْ أَطْرَافِ ثِيَابٍ، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ سَوْطٌ.

فيه ما سبق في حد الزنا والقذف، واعلم أن الاعتبار في صفة الحد بحالة الاستيفاء، فإن وجب وهو نضو فصح قبل الإقامة؛ حُدَّ حد الأصحاء، وأن انعكس الأمر حد بأثكال النخل، والاعتبار في الحد بحالة الوجوب، فلو شرب وهو رقيق فعتق قبل الحد؛ حد كالرقيق، وسبق في اعتبار نية إقامة الحد من الإمام ونحوه كلام.

قال: (**بِسَوْطٍ أَوْ أَيْدٍ أَوْ نِعَالٍ أَوْ أَطْرَافِ ثِيَابٍ**) سبق عن الصحيحين الضرب بالجريد والنعال.

وفي صحيح البخاري عن أبي هريرة ﷺ: **«أنه ﷺ أتي بسكران، فأمر بضربه، فمنَّا الضارب بيده، ومنَّا الضارب بنعله، والضارب بثوبه.. الحديث»**(١).

قال: (**وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ سَوْطٌ**) أي: للسليم القوي؛ لإجماع الصحابة على جواز الضرب كما قاله القاضي الحسين، وبه قال ابن سُرَيْج، وأبو إسحاق، وصححه المحاملي في «المقنع» والجرجاني في «الشامل» ومن المتقدمين صاحب «المعتمد» والشيخ أبو حامد كما قاله الْعِمْرَانِي، واختاره الرُّويَانِي في «الحلية».

وقال الفارقي: إنه الظاهر؛ إذ القصد به الردع، والزجر دون غيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ما يدل عليه النص في كتاب الأقضية، ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي على المختصر»: وكيف يضرب شارب الخمر؟

قال أبو حفص بن الوكيل: يجلد بأطراف الثياب والنعال، فعلى هذا يفتل الثوب، ثم يضرب حتى يحصل به الإيلام.

وقال عامة أصحابنا: وهو اختيار أبي العباس، وأبي إسحاق: أنه يضرب بالسياط، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٧٧).

وَلَوْ رَأَى الْإِمَامُ بُلُوغَهُ ثَمَانِينَ جَازَ فِي الْأَصَحِّ، ....

وصرح القاضي أبو الطيب، وغيره: أنه لا يجوز بالسوط؛ بل بالأيدي والنعال وأطراف الثياب، ونسب إلى النص، وسيأتي عن نص «الأم» ما يقتضيه، فحصل في جلد الصحيح أوجه: أشهرها: جوازه بالنوعين، وأقواها: تعين السوط؛ ليردعه، والثالث: منعه به، وهو شاذ.

فإن قلت: قد نقل في «شرح مسلم» الإجماع على الاكتفاء بالجريد والنعال وأطراف الثياب، ثم قال: والأصح جوازه بالسوط، وشذ بعض أصحابنا فشرط فيه السوط، وقال: لا يجوز بالنعال، وهذا غلط فاحش مردود على قائله؛ لمنابذته لصريح الأحاديث الصحيحة.

قلتُ: بالغ ـ رحمه الله تعالى ـ والجلد بالثياب ونحوها جاء في حديث أو حديثين، وأجيب عنهما: بأنها واقعة عين، فلعل المجلود كان نضوًا لمرض أو خلقة، ونحو ذلك.

وسبق عن «الصحيحين» الجلد بالجريد وهو كالسوط، وفي ثبوت الإجماع على الجلد بالثياب في حق كل محدود وقفة، نعم لا نزاع نعلمه في النضو لمرضٍ أو خلقةٍ أنه يجلد بالأثكال ونحوه، لا يجوز جلده بالسوط وما يخشى تلفه منه.

ويحسن أن يفصل في القوي بين من يردعه الضرب بالنعال وأطراف الثياب، وينكل بذلك فيقتصر، وبين من لا يردعه إلا السوط من المتمردين، وأهل الفسوق والمجاهرة بالمعاصي من غير مبالاة، فإنه لو اقتصر في حقهم بالضرب بالأيدي ونحوها لبارزوا بشرب الخمر وجاهروا بالفسوق، وتفاقمت المفاسد والشرور، ولا شك أن المعنى معقول، وأن الحد شرع للردع والزجر؛ ولهذا رأت الصحابة رضي الله عنهم في زمن عثمان رضي الله عنه ما تقدم ذكره من الزيادة على الأربعين من الجلد بالسياط.

قال: (**وَلَوْ رَأَى الْإِمَامُ بُلُوغَهُ ثَمَانِينَ؛ جَازَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لما سبق أن عمر رضي الله عنه رآه، وفي صحيح مسلم: «أنه استشار الناس، فقال عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: أخف الحدود ثمانون؛ فأمر به عمر رضي الله عنه» ولم ينكر عليهم أحد

وَالزِّيَادَةُ تَعْزِيرَاتٌ، وَقِيلَ حَدٌّ. وَيُحَدُّ بِإِقْرَارِهِ أَوْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، ....

فصار إجماعًا، وروى عبد الرزاق ﷺ: أنه ﷺ جلد في الخمر ثمانين.

والثاني: لا تجوز الزيادة؛ لأنه روي أن عليًا رجع عنه، وكان يجلد في خلافته أربعين، ورجحه الْغَزَالِي، وإمامه، قالا: لعود علي، وذاك رأي لعمر، ورأى الصحابة ﷺ في السياسة لا يجب اتباعه.

قال: (**وَالزِّيَادَةُ تَعْزِيرَاتٌ**) إذ لو كانت حدًا لما جاز تركها، فإن قيل: لو كان تعزيرًا لما بلغ به الحد، قيل: هو تعزير على جنايات تصدر منه من هذيان وافتراء ونحوهما، فجاز أن يبلغ بها الحد، واستشكل بأن ما يعزر عليه لا بد من تحققه وقوعه قبل تعزيره، وأيضًا فليكن ذلك في حق من سكر خاصة دون غيره.

قال: (**وَقِيلَ: حَدٌّ**) لما ذكرناه أن التعزير على ما تحقق وقوعه، واختاره ابن المنذر، وقال ابن عبد البر: أكثر الصحابة وجماعة التابعين على أن حد الخمر ثمانون، والخلاف في ذلك كالشذوذ، وهو قول الأئمة الثلاثة، وأحد قولي الشَّافِعِي، انتهى.

قال: (**وَيُحَدُّ بِإِقْرَارِهِ أَوْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ**) أي: يشهدان بأنه شرب خمرًا، أو أنه شرب مسكرًا.

إشارة: اقتضى كلام الشيخين: أنه لا يحد بغير هذين الطريقين، قال الرَّافِعِي: وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» إلحاق طريق ثالث بهما، وهو: أن يعلم أنه يشرب المسكر، بأن [رأيناه] يشرب من شراب في إناء شرب منه غيره فسكر، قال: وليكن هذا مبنيًا على أن القاضي هل يقضي بعلمه، انتهى.

وتبعه في «الروضة» ومراد أبي حامد ما ذكره أتباعه، وأتباعهم: أنه إنما يجب الحد، وهذا لفظ «مقنع المحاملي»: أن يقر بأنه شربه - يعني: المسكر - أو تقوم بينة بذلك، أو تقوم البينة بأنه شرب من شراب علم أن غيره شرب من ذلك الشراب فسكر أي: فيشهدون بذلك كما صرح به غيره.

وعبارة غيره: أو يشهدون أنه شرب شرابًا شربه غيره وسكر منه، وحينئذٍ

لَا بِرِيحِ خَمْرٍ وَسُكْرٍ وَقَيْءٍ، ....

ليس ذلك من باب القضاء بالعلم، وأصل ذلك قوله في «الأم»: لا يحد أحدًا أبدًا لم يسكر حتى يقول: شربت الخمر، أو يشهد عليه به، أو يقول: شربت ما يسكر، أو يشرب من إناءٍ هو ونفر فيسكر بعضهم، فيدل ذلك على أن الشراب مسكر، انتهى.

وذكر في «المختصر» نحوه، وقال الدارمي: إن شرب من إناء شرب منه غيره فسكر، قال ـ يعني الشَّافِعِي ـ: يحد، وقيل: غلط؛ لأنه إن قال: علمت، فبقوله، وإن قال: لم أعلم لم يحد، وقيل: يحده بذلك، إلا أن يدعي الجهالة.

[وقيل: قال: إنه مسكر، لا يقبل حتى يعلم أنه مسكر، كذا في نسخة، ولعل صوابه:] وقيل: إن قال ـ يعنى الشاهد ـ: إنه سكر لا يقبل حتى يقول: وهو يعلم أنه مسكر.

وقال الْمَاوَرْدِي بعد ذكره نص «المختصر» ثبوت شربه للمسكر يكون بأربعة أوجه ذكرها الشَّافِعِي:

أحدها: أن يعترف بشرب المسكر، فيلزمه حكم اعترافه.

الثاني: أن يشهد عليه شاهدان بشربه؛ فيحكم بشهادتهما، ولا يلزم سؤالهما عن وصف الشهادة في شرب السكر.

والثالث: أن يشرب شرابًا يسكر منه، فيعلم أنه شرب مسكر.

والرابع: أن يشرب هو وجماعة، وذكر ما تقدم، ثم قال: ووجوب حده معتبر **بأربعة شروط**: إن علم أن الشراب يسكر، وأن يشربه مختارًا، ويكون عالمًا بتحريم السكر، فإن جهله؛ لقرب عهده بالإسلام، فلا حد، والرابع: ألا تدعوه ضرورة إلى شربه، فإن اضطر إليه؛ لشدة عطش، أو تداوي مرضٍ لم يجد الطب من شربه بد؛ فلا حد عليه.

[قال: (**لَا بِرِيحِ خَمْرٍ وَسُكْرٍ وَقَيْءٍ**) أي: على المشهور؛ إذ قد يكون غالطًا أو مكرهًا، وقال الماوردي: لا يحد السكران حتى يسأل عن سكره، فيعترف بشرب ما يوجب الحد، وقال ابن أبي هريرة: أحد بالسكر الآدمي إلا أن يدعي ما يسقط

وَيَكْفِي فِي إِقْرَارٍ وَشَهَادَةٍ شَرِبَ خَمْرًا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ مُخْتَارٌ.

الحد، وزيفه ونسبه في «أحكامه» إلى الزبيري، وهو وإن كان غريبًا في المذهب، ففي الحديث والآثار ما يعضده، وقد يومئ إليه نصه السابق عن «الأم» فتأمله!].

قال: (**وَيَكْفِي فِي إِقْرَارٍ وَشَهَادَةٍ: شَرِبَ خَمْرًا**) أي: أو مسكرًا كما بيناه، ولا يجب أن يقول المقر ولا الشاهد، وهو عالم مختار، فإن إضافة الشرب إليه قد حصلت، الأصل عدم الإكراه، والغالب من حال الآكل والشارب العلم بما يأكل ويشرب، فصار كالإقرار بالبيع، والطلاق، والشهادة عليها لا يشترط فيها التعرض للعلم والاختيار، وبهذا قطع بعضهم وهو المشهور.

قال: (**وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ: وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ مُخْتَارٌ**) أي: يشترط التعرض لذلك في الشهادة وفي الإقرار؛ لاحتمال أنه جهل كونه مسكرًا، أو أنه كان مكرهًا عليه، هكذا ذكره **الرَّافِعِي** في صورة الشهادة، وقيس على الشهادة بالزنا، قال: وبهذا قال القاضي أبو حامد، واختاره الإمام لا عن نقل، وقيل: لا يحد حتى يقال: شربه مع علمه به، وعلمه بتحريمه مختارًا.

وقال **الْغَزَالِي** في «البسيط»: إن الوجه التسوية بينه وبين الزنا، واعتبر **الْمَاوَرْدِي** في «أحكامه» أن يتعرض الشاهد للاختيار في الشرب، ولم يزد عليه، وقد يفهم منه أن المقر لا يحتاج إذ الإقرار قرينة دالة على الاختيار، وأن المعهود لا يقر بذلك غالبًا.

وقال منصور التميمي في «المستعمل»: قال - يعني **الشَّافِعِي** -: وإذا أقر بشرب خمر، أو نبيذ مسكر، أو قامت بذلك بينة عليه؛ حد وإن لم يسكر، قال منصور: إذا أقر أنه شرب الخمر أو المسكر وهو يعلم أنها خمرًا وكان كما قال، فأما رجل أقر بشرب خمر فقد شربها وهو بها عالم، وشربها وهو بها جاهل أو مكره؛ فلا يكون الشرب موجب للحد حتى يكون مع الشرب المعرفة بالمشروب، ويكون قد شربها طوعًا، وهذا مراده وإن لم يلخصه هذا التلخيص، وهو له في «أدب القضاء» قريب من هذا الشرح، انتهى.

وهذا هو المختار وإنما يعاقب باليمين، ويجب الجزم بأن الحاكم إذا

وَلَا يُحَدُّ حَالَ سُكْرِهِ، ....

ارتاب في علم الشهود وخبرتهم أن يستفسرهم، فإن ظهر المؤمن حميَّ فلا يحد مع الريبة.

قال: **(وَلَا يُحَدُّ حَالَ سُكْرِهِ)** أي: بل يؤخر حتى يفيق؛ لجواز أن يوجد ما يدرأه، هكذا عبروا، ولم يبينوا أن ذلك على سبيل الوجوب أو الاختيار؟ والظاهر الثاني، وحديث أبي هريرة ﷺ السالف يدل على أنه ﷺ حد حال سكره.

قال ابن الرِّفْعَة: وظاهر كلام «التنبيه»: أنه متى شرب المسكر حد، وسكت العراقيون عما لو حد حال سكره، هل يعتد به، أم لا؟ وقال القاضي الحسين: فيه وجهان، وأجراهما فيما لو أفاق ثم جن وحد في جنونه، ولم يرجح شيئًا، والأرجح: الاعتداد بذلك في حال السكر، وأما في الجنون ففيه نظر. وفي «تعليق الْبَغَوِي»: وإنما يحد بعد الإفاقة؛ ليحصل بذلك الزجر الكامل، والردع التام؛ فلو حد حال سكره، أو حال جنونه وإغمائه هل يعتد به؟ قال: يحتمل وجهين.

فروع: لو أقر ثم رجع قبل رجوعه، وكذا لو قال: أكرهت، كذا أطلق؛ لكن لو دلت القرينة على كذبه، ففيه نظر. كما لو رأته البينة يشربه حاليًا، ولا عبرة عندنا بزوال ريح الخمر في سقوط الحد، ولا بتقادم العهد ولا يحد الحر إلا الإمام، أو نائبه أي: والقاضي على المشهور، ويحد العبد سيده على المذهب، وقيل: فيه وجهان، وقيل: لا يحد للشرب، وإن حده للزنا، فلا خلاف أنه لو تكرر منه الشرب، ولم يحد أنه يكتفي بحد واحد كالزنا وغيره.

فائدة: سبقت الإشارة إليها، قال الشَّافِعِي في «الأم»: أخبرنا ابن عيينه عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب برفعه إلى النبي ﷺ: **«أن من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاقتلوه»** فأتي برجل فجلده، ثم أتي به الثانية فجلده؛ ثم أتي به الثالثة فجلده، ثم أتي به الرابعة فجلده، ووضع القتل⁽¹⁾؛ فكانت رخصة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَسَوْطُ الْحُدُودِ بَيْنَ قَضِيبٍ وَعَصًا وَرَطْبٍ وَيَابِسٍ، وَيُفَرِّقُهُ عَلَى الْأَعْضَاءِ

قال الشَّافِعِي ﷺ: والقتل منسوخ بهذا الحديث وغيره، وهذا ما لا خلاف فيه عند أهل العلم، انتهى.

وصرح بنقل الإجماع فيه أصحابنا وغيرهم.

ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي» وخرج وجه بعيد من حد السرقة إذا شرب أربع مرات أنه يقتل؛ لأثر ورد فيه غير أنه خلاف الإجماع، انتهى.

فائدة: أطلق أصحابنا، وغيرهم: إن شرب الخمر من الكبائر.

وقال الْحَلِيمِي: شربها من الكبائر، فإن أستكثر منها حتى سكر، أو جاهر به فذاك من الفواحش، فإن مزجها بمثلها من الماء، فذهب سكرها فشربها؛ فذاك من الصغائر، وذكر مثل هذا التفصيل في جمل من الكبائر كما حكيته عن كتابه في شهادات الغنية، ولا نوافق على ما قاله في صورة المزج.

قال: (**وَسَوْطُ الْحُدُودِ: بَيْنَ قَضِيبٍ وَعَصًا وَرَطْبٍ وَيَابِسٍ**) أي: وبين رطب ويابس؛ لما رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلًا أنه ﷺ أتي بسوط مكسور، فقال: «**فوق هذا**» فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته، فقال: «**دون هذا**» فأتي بسوط قد ركب به، ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد(١) رواه الشَّافِعِي ﷺ عن مالك هكذا، ثم قال: هذا حديث منقطع ليس ما ثبت به هو نفسه حجة، وقد رأيت من أهل العلم عندنا من يعرفه، ويقول به فنحن نقول به.

قال ابن الصباغ: كان الشَّافِعِي يقول: إسناده ضعيف، وبه حجة بأمر من خارج، وقد روي عن أبي هريرة ﷺ موصولًا في الحديث مرويًا في حد الزاني، قال ابن عبد البر: وروى معمر عن يحيى بن أبي كثير عن النبي ﷺ مثله.

قال: (**وَيُفَرِّقُهُ عَلَى الْأَعْضَاءِ**) أي: لئلا يعظم ضرره بالموالاة في محل واحد.

وروى البيهقي: أن عليًا ﷺ قال للجلاد: «أعط كل عضو حقه، واتق

---

(١) أخرجه الإمام مالك (٢/ ٨٢٥).

إلَّا الْمَقَاتِلَ وَالْوَجْهَ، قِيلَ: وَالرَّأْسَ ....

الوجه، والمذاكير» وفي كتب الفقه عن عمر ؓ أنه قال: «اضرب، ولا يرى بياض إبطك، وأعط كل عضوٍ حقه»(١).

قال: (**إلَّا الْمَقَاتِلَ**) لأن القصد التنكيل، والردع دون القتل، وقد بينا المقاتل في الجنايات.

قال: (**وَالْوَجْهَ**) لقوله ﷺ: «**إذا ضرب أحدكم؛ فليتق الوجه**»(٢) رواه مسلم؛ ولأنه مجمع المحاسن، والشين فيه يعظم أثره.

قال: (**قِيلَ: وَالرَّأْسَ**) [قال الرَّافِعِي]: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يتقى أيضًا، واختاره الماسرجسي، وابن الصباغ، والرُّويَاني [لأنه يقتل، ويخاف منه العمى، وأظهرهما: عند أكثرهم المنع؛ لما روي] عن أبي بكر ؓ: أنه قال للجلاد: «اضرب الرأس، فإن الشيطان فيه»(٣) ويخالف الوجه فإنه مستور بالشعر وغيره غالبًا، فلا يخاف من ضربه ما يخاف من ضرب الوجه، انتهى.

وقال القاضي أبو الطيب: سمعت الماسرجسي يقول: غلط بعض أصحابنا فقال: يضرب على رأسه؛ لأن الْمُزَنِي قال: ويتقى الوجه والفرج.

[قال: ووجه الغلط أن الوجه عبارة عما علاه؛ ولأنا إذا اتقينا الفرج] لأنه مقتل فالرأس أولى؛ لأنه موضع شريف، وفيه مقتل ويخاف من ضربه نزول الماء في العين، وزوال العقل، وأمر أبي بكر ؓ معارض، بقول علي ؓ: «اضرب وأوجع، واتق الرأس والفرج».

قال: إني وجدت ذلك للشافعي نصًا في «مختصر الْبُوَيْطِي» في باب إملاء

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ٣٢٧).

(٢) أخرجه مسلم (٦٨١٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٥، رقم ٢٩٠٣٣) قال ابن حجر في التلخيص (٤/ ٧٨): وعزاه إلى ابن أبي شيبة، وذكره أبو بكر البزار في كتاب أحكام القرآن من طريق المسعودي عن القاسم وفيه ضعف وانقطاع. وقال الزيلعي (٣/ ٣٢٤) قلت: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم والمسعودي ضعيف.

وَلَا تُشَدُّ يَدُهُ، وَلَا تُجَرَّدُ ثِيَابُهُ، ....

الشَّافِعِي ﷺ وقال: يضرب الرجال في الحدود قيامًا، والنساء قعودًا ما خلا الوجه، والرأس، والمذاكير، والبطن، وهذا ما صححه القاضي أبو الطيب هنا.

وجزم به الْمَاوَرْدِي في باب صفة السوط، وابن الصباغ، وصاحب «التنبيه» والرُّويَانِي، والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» وهو الأصح، ولا يعلم للشَّافِعِي نصًا يعارضه.

قال الرُّويَانِي في «التجربة»: وغلط من قال بخلافه.

إشارات: التفريق على الأعضاء واجب، أو مندوب لم أر فيه نصًا للأصحاب، والظاهر وجوبه، وسيأتي عن الْمَاوَرْدِي ما يدل عليه؛ ولأن الضرب على محل واحدٍ يهلك، وقضية كلامهم: وجوب اجتناب الوجه، والمقاتل جزمًا، فلو ضرب على مقتلٍ فمات، ففي ضمانه وجهان كالوجهين فيما لو جلد في حرٍ أو بردٍ مفرطين، قاله الدارمي.

قال أبو النصر الْبَنْدَنِيجِي: سواء عندنا في حد الزنا والقذف والشرب أي: في كيفية الضرب، وقوته، وخفته، وللناس في ذلك مذاهب.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: ولا يجوز للجلاد أن يرفع يديه حتى يرى بياض إبطيه، ولا أن يخفضه خفضًا شديدًا بين خفض، ورفع على العادة.

واعلم أن السوط في العرف عبارة ما يتخذ من أديم ونحوه من الجلود، وقضية كلام الأصحاب: أن مرادهم به العصي الدقاق التي فيها رطوبة، وهي أهون وأسلم من سياط الأديم.

قال: (**وَلَا تُشَدُّ يَدُهُ**) أي: بل تطلقا ليتقي الجلدات بها، ويدفعها عن مواضع الضرب؛ ليكون له فيه تصريح، قال الْبَغَوِي: ولا يربط ولا يمد، ولا يشد؛ بل يضربه قائمًا، ويتركه يتقي بيديه، وتكون المرأة جالسة.

قال: (**وَلَا تُجَرَّدُ ثِيَابُهُ**) أي: كلها؛ بل يترك عليه قميص، كذا قالوه.

وقال الرَّافِعِي: قميص أو قميصان لا ما يمنع الألم من محشو وفرو ونحوهما، نعم يجعل على المرأة ما يسترها، ويشد عليها ثيابها [ويتولى ذلك

وَيُوَالِي الضَّرْبَ بِحَيْثُ يَحْصُلُ زَجْرٌ وَتَنْكِيلٌ].

منها امرأة ومحرم، يحذر بضربها أن يكشف سترها] وأما الجلد فيتولاه الرجال.

قال الْمَاوَرْدِي: وَقَدْ أَحْدَثَ الْمُتَقَدِّمُونَ مِنْ وُلَاةِ الْعِرَاقِ ضَرْبَ النِّسَاءِ فِي صُفَّةٍ مِنْ خُوصٍ أَوْ غِرَارَةٍ مِنْ شَعْرٍ لِيَسْتُرَهَا، وَذَلِكَ حَسَنٌ، وَالْغِرَارَةُ أَحَبُّ إِلَيْنَا مِنَ الصُّفَّةِ؛ لِأَنَّ الصُّفَّةَ تَدْفَعُ مِنْ أَلَمِ الضَّرْبِ مَا لَا تَدْفَعُهُ الْغِرَارَةُ.

فَلَوْ خَالَفَ الْجَلَّادُ مَا وَصَفْنَا، وَضَرَبَ الرَّجُلَ جَالِسًا أَوْ مَبْطُوحًا، وَضَرَبَ الْمَرْأَةَ قَائِمَةً أَوْ نَائِمَةً؛ أَسَاءَ وَأَجْزَأَهُ الضَّرْبُ وَلَا يَضْمَنُهُ، وَإِنْ أَفْضَى إِلَى التَّلَفِ؛ لِأَنَّهَا تَغْيِيرُ حَالٍ لَا زِيَادَةُ ضَرْبٍ، انتهى.

قال: (**وَيُوَالِي الضَّرْبَ بِحَيْثُ يَحْصُلُ زَجْرٌ وَتَنْكِيلٌ**) هذا تفسير منه للموالاة المعتد بها وبسطه؛ لأنه لا يجوز تفريق الضربات كل يوم سوطًا أو سوطين، ولو جلد للزنا في يوم خمسين، وفي غده كذلك أجزأ ولم يضبط التفريق الجائز وغيره.

قال الإمام: إن لم يحصل في ذلك دفعة ألم له وقع كسوط، أو سوطين في كل يوم؛ فهذا ليس بحدٍ، وإن ألم وأثر ماله وقع، فإن لم يتخلل زمن يزول فيه الألم الأول؛ اعتد به، وإن لم تخلل؛ ففيه تردد، ظاهر كلام القاضي الحسين الاعتداد به، والوجه المنع؛ لأن الموالاة لو عدلت لبلغ أثرها عددًا صالحًا فيها، ففي ترك الموالاة إسقاط جزء من الجلد، انتهى.

ويظهر على التقديرين: أنه لا يجوز للإمام التفريق بغير رضا المحدود؛ لما فيه من زيادة الفضيحة والعار كل دفعة؛ ولأنه خلاف المأثور، وكذا إن رضي بالتفريق البعيد لعقد المعنى الذي شرع له الحد.

فرع: قال الشَّافِعِي في «المختصر»: ولا تقام الحدود في المساجد، وهذا لفظ الحديث، وروى فيه أحاديث، وكلام الرَّافِعِي والمصنف هنا يفهم تحريمه، حيث قالا: لا تقام الحدود، ولا التعزيرات في المساجد، فإن فعل وقع الموقع كالصلاة في الأرض المغصوبة، وفي «تعليق الْبَغَوِي» هنا: ولا يجوز كذا للنهي عنه؛ ولأنه ربما يلوث المسجد، وأفهمه كلام الْمَاوَرْدِي؛

……

لكن صرح غيرهم بأنه مكروه تنزيهًا، وكذا قالاه في «أدب القضاء» وابن الصباغ في كتاب الحدود.

وقال في كتاب «الأقضية»: إنه غير جائز، قال الْمَاوَرْدِي: وقد نبه على المنع من إقامة الحدود فيها قوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ ۝٣٦﴾ [النور: ٣٦] ثم استدل بما رُوي من النهي عن ذلك، وبأنه يؤذي المصلين؛ ولأن المحدود ربما ينجس المسجد بدمه، أو حدثه. قال: فإذا ثبت أن الحد لا يقام في المسجد، فإن كان المحدود متهافتًا على المعاصي؛ أظهر جلده في مجامع الناس، ومحافلهم ليزداد نكالًا وارتداعًا، وإن كان من ذوي الهيئات حد في الخلوات؛ لصيانته، انتهى. وكأن مراده بالخلوات قلة الجمع لا مطلقًا.

فرع: صفة سوط التعزير والضرب فيه كما سبق، وحكى الْمَاوَرْدِي عن أبي عبد الله الزبيري ﷺ أنه قال: يجوز الضرب في التعزير بسوطٍ لم تكسر ثمرته فوق سوط الحد، وتكون صفة الضرب أعلا من صفته في الحد، وأنه يجوز أن يوالي الضرب في موضع واحد من الجسد لا كالجلد؛ لأنه لمَّا لم يجز العفو عنه عن بعض الجسد، وغلطه في ذلك، قال: لأن ما يوجب الحد أعظم حرمة فاقتضى أن يكون التعزير دونه، وجمع الضرب في موضع متلف، فالمنع منه في التعزير المباح أولى، انتهى.

وهو كما قال: إن بلغ التعزير ما يقارب الجلد، أو ما يخشى منه التلف، فإن كان جلدات يسيرة، فلا لا سيما في ذوي الغرامة، والفساد، وأفهم ما نقله عن الزبيري في الحد أنه يجب عنده تعميم البدن بالجلد، ولا أحسب أحدًا قاله، وكلامه مصرح بخلافه.

فائدة: ثبت في صحيح مسلم وغيره مرفوعًا «وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ الله يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٩١، رقم ٥٦٤٦)، والبخاري (٢/ ٨٦٢، رقم ٢٣١٠)، ومسلم (٤/ ١٩٩٦، =

قال المصنف: [فَصْلٌ]: يُعَزَّرُ فِي كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَا حَدَّ لَهَا وَلَا كَفَّارَةَ.

قال الشيخ المصنف: المراد بالستر المندوب إليه هو الستر على ذوي الهيئات ونحوهم ممن ليس معروفًا بالأذى والفساد.

وأما المعروفين بذلك فيستحب ألا يستر عليه؛ بل ترفع قضيته إلى ولي الأمر إن لم يخف من ذلك مفسدة؛ لأن الستر في هذا يطمعه في الإيذاء، والفساد، وانتهاك الحرمات، وتشجيع غيره على مثل فعله، وهذا كله في ستر معصية وقعت وانقضت، أما معصية رآه عليها، وهو بعد متلبس بها فيجب المبادرة إلى إنكارها عليه، ومنعه منها على من قدر على ذلك، ولا يحل تأخيرها، وإن عجز؛ لزمه رفعها إلى ولي الأمر، إذا لم يترتب على ذلك مفسدة، هذا لفظه في باب تحريم الظلم من آخر «شرح مسلم».

قال الشارح: [قال: (فَصْلٌ: يُعَزَّرُ فِي كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَا حَدَّ لَهَا وَلَا كَفَّارَةَ) التعزير معناه لغة: التأديب، وأصله من العزر، وهو: المنع والزجر، يقال: عزره إذا دفعه، ومنه سمي النصر تعزيرًا؛ لأنه يدفع العدد ويمنعه، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَتُعَزِّرُوهُ﴾ [الفتح: ٩].

والتعزير في الشرع: تأديب على ذنب ليس فيه حد، ولا كفارة وخصه جماعة بالتأديب الذي يفعله الإمام ونحوه، دون ما إذا فعله الزوج، والولي، والمعلم بالصبي، وقالوا: يُسمى تأديبًا، قال الرَّافِعِي: والأول أشهر، انتهى.

وعبر الْغَزَالِي في «البسيط» وغيره، والرَّافِعِي في «شرحه الصغير» بقولهم: كل معصية لا توجب الحد، ولم يقولوا: ولا كفارة، ثم التعزير يوافق الحد من وجه، وهو كونهما شرعًا وجزاءً وتأديبًا، ويخالفه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تعزير ذوي الهيئات أخف من تعزير غيرهم بخلاف الحد.

والثاني: تجوز الشفاعة في التعزير دون الحد.

رقم ٢٥٨٠)، وأبو داود (٤/ ٢٧٣، رقم ٤٨٩٣)، والترمذي (٤/ ٣٤، رقم ١٤٢٦) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي في الكبرى (٤/ ٣٠٩، رقم ٧٢٩١)، وابن حبان (٢/ ٢٩١، رقم ٥٣٣) والقضاعي (١/ ١٣٢، رقم ١٦٩)، والبيهقي (٦/ ٢٠١، رقم ١١٩٠٨).

……

والثالث: لو تلف المعزر ضمن على الأصح بخلاف المحدود، والإجماع منعقد في مشروعية التعزير والكتاب والسنة متعرضان له، وقول ابن الرِّفْعَة، وأصل في إيجابه قبل الإجماع كذا؛ موهم، ولو قال: في جوازه ومشروعيته؛ كان أبين وأسلم.

تنبيهات: عبارة جماعة: «لا حد لها ولا كفارة» وسكت جماعة عن قول: ولا كفارة، كما سبق، وقال في «الوسيط»: كل جناية سوى السبع مما يعصي العبد بها ربه يستوجب التعزير، سواء كان على حق لله تعالى، وعلى حقِ الآدمي؛ إذ حقه لا يخلو عن حق الله تعالى.

وأراد بالسبع: البغي، والردة، والزنا، والقذف، والشرب، والسرقة، وقطع الطريق، ولا مطمع في حصر أفراد ما يقتضي التعزير، وقد استثنى صورًا مما يتضمنه إطلاق المصنف وغيره.

منها: الوقاع في نهار رمضان؛ فإنه يعزر مع التكفير، ذكره بعضهم، وفي «شرح مسند الشافعي» ما يقتضي ذكره في كلامه على الحديث في المسألة، واستثنى اليمين الغموس؛ إذ فيها الكفارة والتعزير، ذكره في «المهذب».

ومنها: في «الشامل» في أوائل الجراح: كل موضع قلنا: لا يجب القصاص ـ يعني: في العمد ـ فإن القاتل يعزر ويلزمه البدل والكفارة، وقد نص في «الأم» في قتل الولد فظل يعزر على معصية الله تعالى، وعليه الدية، والكفارة في ماله.

وقال ﷺ في باب من لا قصاص بينه لاختلاف الدينين: وإذا قتل المؤمن الكافر؛ عزر وحبس، ولا يبلغ تعزيره في قتل، ولا غيره حد، ولا يبلغ بحبسه سنة؛ ولكن حبس يبتلى به، وهو ضرب من التعزير، انتهى.

وأخذ من هذا النص، وما قبله أن الحر لو قتل عبدًا لغيره؛ أنه يعزر مع الغرم والكفارة، وكذا قتل عبد نفسه عدوانًا؛ عزر مع الكفارة، وقد يجيء من إيراد هذه الصور وأمثالها من لم يعزر ولا كفارة.

……

ومنها: ذكر الفوراني: أن السارق إذا قطعت يده يعزر، قال في «الذخائر»: إن أراد به تعليق يده في عنقه؛ فحسن، أو غيره فمتفرد به، انتهى.

وسبق بيان تعليق يده في عنقه، وهو ضرب من النكال، نص عليه في الحد قطعًا إذا لم يقل أحد بوجوبه، ولا يشبه الحسم؛ بل نكال مجرد، وهل من هذا النمط السارق الفقيد الأطراف يقطع بسرقة أو غيرها؟ فيه نظر وجه عدة، منها أن معصيته فيها حد؛ ولكن تعذر استيفاؤه [لمعنى كالوالد يقتل ولده] .

ومنها: وفيه نظر أنه لو جلد للزنا بشهادة، ولم يؤثر فيه الجلد، ثم رجع الشاهد فكذب نفسه؛ أنه يحد للقذف، ويعزر أي: لاعترافه بشهادة الزور، ذكره في «الكافي».

ومنها: سيأتي عن النص أنه إذا أمر الإمام الجلاد بقتل حر بعبد، والجلاد لا يراه [ففعل] أنه يعزر، والقود على الإمام، والظاهر وجوب الكفارة على الجلاد.

ومنها: عن القاضي أبي حامد: أن من دخل من أهل القوة الحمى الذي حماه الإمام فرعى ماشيته؛ فلا غرم عليه، ولا تعزير، وفيه نظر إذا علم حظر دخوله، ومنع الإمام الأغنياء منه.

ومنها: عن ابن داود من أئمتنا: أن قاتل المحصن الزاني بأهل القاتل؛ إذا قتله على تلك الحالة لا يعزر، ويعزر للغيظ والحمية ذلك الوقت، وإن افتأت على الإمام، وهو حسن.

ومنها: في الحديث المشهور في سنن أبي داود وغيره: «**أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود**»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٨١، رقم ٢٥٥١٣)، والبخاري في الأدب المفرد (١/ ١٦٥، رقم ٤٦٥)، وأبو داود (٤/ ١٣٣، رقم ٤٣٧٥)، وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٤٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٣٢١، رقم ٨٣٣٥)، (٨/ ١٦١، بعد حديث رقم ١٦٤٢٣). والنسائي في الكبرى (٤/ ٣١٠، رقم ٧٢٩٤). قال الحافظ في التلخيص الحبير (٤/ ٨٠): قال العقيلي: له طرق وليس فيها شيء يثبت.

بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ أَوْ تَوْبِيخٍ، ....

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: هم الذين لا يعرفون الشر فتترك لأحدهم الزلة، كذا رأيته في «الأم» وكتبت في «الغنية» تبعًا لابن الرِّفْعَة.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه: فيترك لأحدهم الزلة، ونقل الْمَاوَرْدِي فيهم وجهين:

أحدهما: أنهم أصحاب الصغائر، والثاني: هم الذين إذا ألموا بالذنب ندموا عليه، وتابوا منه، وقال: في عثراتهم وجهان: أحدهما: أنها الصغائر، والثاني: أول زلة زلَّ فيها مطيع، انتهى.

وقال الفارقي: هم أرباب الصيانة الظاهرة إذا بدت منهم صغيرة فالمستحب إخفاؤها عليهم وسترها؛ لأنها أول مرة، وقال ابن عبد السلام في «قواعده»: ولو وقعت صغائر للأولياء والخدام؛ لم يجز تعزيرهم عليها؛ بل تقال عثرتهم، وتستر زلتهم، انتهى.

وظاهر كلام الشَّافِعِي رضي الله عنه وغيره: استحباب العفو عنهم لا إنه لا يجوز، وقد عزر عمر رضي الله عنه غير واحد من مشاهير الصحابة رضي الله عنهم، ولم يذكره أحد، وهو قريب من مسألتنا في باب جامع السنن من «الشامل» فيما إذا كتب مسلم إلى المشركين بخبر الإمام، أن الشَّافِعِي رضي الله عنه قال: إن كان من ذوي الهيئات عزر، ولم يعزر لحديث حاطب، وإن لم يكن منهم عزر، وإيراد كثير مما ذكرناه تكلف؛ إذ العفو إلى رأي الإمام في التعزير، كما سيأتي.

ومنها: سبق في اللعان: أنهما لو تلاعنا ثم قذفها بالأول نهي، فإن عاد عزر، قاله الدارمي - رحمه الله -.

ومنها: ذكر المصنف في «شرح مسلم» من حديث الحضرمي: أن فيه أن أحد الخصمين إذا قال لصاحبه: يا ظالم، أو يا فاجر، أو نحوه في حال المخاصمة يحمل ذلك منه؛ أي: ولا يعزر عليه.

ومنها: في كلام الأصحاب صور كثيرة أن العاصي بقولٍ أو فعلٍ؛ لا يعزر أول مرة، ومن ذلك المرتد؛ إذا قلنا توبته لا تعزر أول مرة.

قال: (بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ صَفْعٍ أَوْ تَوْبِيخٍ) أي: أو إعراض كما قاله

وَيَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ، وَقِيلَ: إِنْ تَعَلَّقَ بِآدَمِيٍّ لَمْ يَكْفِ تَوْبِيخٌ.

الْمَاوَرْدِي: أن حسب ما يراه الحاكم، فلو رأى الجمع بين الضرب والحبس فعل، نص عليه في قتال المشركين من «الأم» والأصحاب.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يكون الضرب في هذه الحالة ينقص عن أدنى الحدود نقصانًا إذا عدل معه الحبس بضربات لا يبلغ مجموع ذلك أدنى الحدود، وإلا فيلزم معه زيادة عن أدنى الحدود، واستمده مما قاله الإمام في تفريق الجلد في الحد للزنا، وفيما قاله نظر، ولو نظرنا إلى تعديل المدة في الجلدات لما حبسناه تعزيرًا ما يقارب سنة أصلًا، فإن الجلد والتغريب حد واحد، وإن اختلف جنسه.

قال: (**وَيَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ**) قالوا: لأنه غير مقدر فوكل إلى اجتهاده، قال الإمام: قال الأصحاب: عليه أن يراعي الترتيب، والتدريج كما يراعيه دافع الصائل، ولا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثرًا، انتهى.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ تَعَلَّقَ بِآدَمِيٍّ؛ لَمْ يَكْفِ تَوْبِيخٌ**) أي: لتأكد حقه، وهو من تصرف الإمام، وأحسبه من تفاريع قولنا: ليس للقاضي العفو عنه عند طلب مستحقه، أما إذا قلنا له ذلك فلا؛ بل يكفي قطعًا، فنقول: أطلق القاضي أبو الطيب الإجماع على وجوب التعزير، ولم يرد الإيجاب المتحتم، وأطلق جماعات من الأصحاب: أنه لا يجب، وعبارة آخرين: لا يجب، وقيل: يجب، ولا منافاة بين الجميع.

وقد يتعين في بعض الصور للإمام والحاكم العفو عنه في حق الله تعالى؛ إذا رأى المصلحة فيه، وله أن يقنع في حقوق الله تعالى بالتبكيت والإعراض عمن يتأثر به، ويختلف باختلاف طبقات الناس، وإن تعلقت الجناية بحق آدمي فهل يجب التعزير إذا طلبه ولا يجوز للحاكم العفو عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب وبه صرح القاضي أبو الطيب والْمَاوَرْدِي، واقتضاه كلام «المهذب» وغيره.

والثاني: وهو ما أطلقه الشيخ أبو حامد وغيره، ورجحه الدارمي،

……………………………………………………………

واقتضى كلام الْبَغَوِي وغيره ترجيحه.

وقال الإمام: إنه أعوص؛ لأن مقدار التعزير إلى الإمام، ونحن لا نعتقد تصور صورة لا يرى الإمام فيها توبيخًا، فيؤول الخلاف إلى أنه هل يجوز الاقتصار على التوبيخ؟ وذكر الْغَزَالِي كلام إمامه على طوله، فقال: لا يجوز له الإمهال مع الطلب؛ ولكن هل يجوز الاقتصار على التوبيخ دون الضرب؟ فيه وجهان.

وفي «إشراف الهروي»: أن بعض أصحابنا قال: التعزير في قذف زوجته الكتابية واجب، وما سواه ليس بواجب، وهذا شاذ، ونحوه [قول الْعِمْرَانِي] وحكى في العدة: أن التعزير نوعان: واجب كتعزير من قذف ذمية، أو أمة [ذمية] أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج، ونوع لا يجب مثل أن يسيء أدبه في مجلس القاضي، والله أعلم.

تتمات وفروع:

منها: ذكر أنه لما ولي الإمام ابن دقيق العيد القضاء منع نوابه من ضرب المستورين بالدرة، وقال: لا يجوز في هذا الزمان؛ لأنه صار يعير بذلك من يجيء من ذرية المضروب وأقاربه، بخلاف أراذل الناس الذين لا يبالون بذلك، وهو حسن، ولكن لا يساعد عليه النقل، وقضية إطلاق الشَّافِعِي رضي الله عنه والأصحاب في الجلد، والتعزير يأباه، والتعزير يقال في الضرب بالعصي والسوط أيضًا، وإن كانت الدرة أشبع، وأطلقوا في «أدب القضاء» أن القاضي يتخذ درة للتأديب، وإذا اقتضى رأيه أن المستور لا يرتدع إلا بالضرب فلا يمنع منه.

ومنها: قال صاحب «الترغيب»: هو مفوض إلى رأي الحاكم حيث ما يليق بحال المعزر، [فإن كان من أهل؛ يحل دره، ويحط طيلسانه، ويرفع حكمه، وإن كان قاضيًا؛ يعزل] وإن كان من أهل السوق، وهو ذو مرتبة؛ فيرفع من أمره، ويشتهر في سوقه ومجلسه، وإن كان من أراذل الناس؛ يطاف به من أول البلد إلى آخره، ويصفع قائمًا وقاعدًا، انتهى.

....

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي هنا: للحاكم أن يجرد المعزر عن غير ما يستر عورته، وينادى عليه بذنبه؛ إذا تكرر منه ولم يقلع عنه، ويجوز أن يحلق رأسه لا لحيته، وفي جواز تسويد وجهه وجهان.

وقال في «الأحكام السلطانية»: أن الأكثرين جوزوه، ومنعه الأقلون، وذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ في «الأقضية»: أنه يحلق نصف رأسه، ولا يسخم وجهه، ولا يركبه، ولا يطوف به للنهي عن المسألة، وهذا مثله وهو المختار، ولا معنى بحلق نصف رأسه للنهي عن القرع، ولا يقوم دليل عليه، ولا على حلق كله أيضًا فيما أحسب.

ومنها: قال الْمَاوَرْدِي: ويجوز أن يصلب في التعزير حيًا، فإن رسول الله ﷺ صلب رجلًا على جبل يقال له: أبو باب، ولا يمنع إذا صلب من طعام وشراب، ومن وضوء أو صلاة، ويصلي مومئًا ويعيد إذا أرسل، ولا يجاوز صلبه ثلاثة أيام، وفيما دونها النظر إليه.

قلت: هذا الحديث غير معروف، فإن ثبت أنه صلب في التعزير فلا كلام، ولا وجه لمنعه من الصلاة على وجه الأرض أنه يجزئه، ولا من قضاء الحاجة، ولا يسمح الأصحاب بموافقته، ولعل مراده أنه لو فعل به ذلك صلى مومئًا وأعاد لا أنه يمنع من الصلاة تامة مجزئة.

ومنها: للحاكم إشهار المعزر في الناس، زيادة في النكال، ويتأكد ذلك في شاهد الزور كما قالوه في «الأقضية» فيشهر على باب مسجده أو سوقه أو محله أو قبيلته، ويقال في النداء عليه: هذا شاهد الزور فاعرفوه.

قال الْمَاوَرْدِي هناك: ولا يزاد في هذه الشهرة بتسويد الوجه ولا حلق رأسه، وهذا الوجه كما قدمناه، ولا فرق في ذلك عند بعض أصحابنا بين كونه من ذوي الصيانة وغيرهم، وعن ابن أبي هريرة: أن النداء على شاهد الزور مخصوص بغير أهل الصيانة، فأما أهل الصيانة؛ فيقتصر فيهم على إشاعة الأمر وزيفوه.

فَإِنْ جَلَدَ وَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ فِي عَبْدٍ عَنْ عَشرِين جَلْدَةً وَحُرٌّ عَنْ أَرْبَعِينَ، وَقِيلَ عِشْرِينَ،

وقال **الْعِمْرَانِي**: إنه ليس بشيء؛ لأنه خرج بشهادة الزور عن كونه من أهل الصيانة، وهناك ذكر **الشَّافِعِي** والأصحاب المسألة.

ومنها: مدة الحبس إذا رآه هل تقدر؟ قال الزبيري: نعم بشهر للاستبراء والكشف، وستة أشهر للتأديب والتقويم، ولم يقدرها غيره، والمنصوص المشهور: أنه لا يبلغ بحبسه سنة، اللهم إلا أن يدعو إلى إدامته مصلحة، فهذا موضع نظر، ويجعل ذلك كاستئناف حبسه ثانيًا.

ومنها: قال **الْمَاوَرْدِي**: للإمام النفي في التعزير، وظاهر مذهب **الشَّافِعِي** ﷺ أن مدته مقدرة بما دون السنة ولو بيوم؛ كيلا يساوي التغريب في الزنا، وكذا صرح به الهروي في «الإشراف» عن قول **الشَّافِعِي**.

وأشار الإمام من غير أن ينقله إلى تضعيف القول به: بأن التغريب بعض الحد، فلو غرب في التعزير مدة دون سنة؛ لم يكن قد بلغ الحد، وقد ينازع فيما ذكره من النفي في التعزير قول ابن القطان: قال **الشَّافِعِي** في «الأم»: الذين ينفون ثلاثة: المحارب، والزاني البكر، والمخنثون، وظاهره أنه لا ينفى غيرهم وقدمناه.

قال: (**فَإِنْ جَلَدَ**) أي: بأن رآه الحاكم متعينًا وأن غيره لا ينجع.

(**وَجَبَ أَنْ يَنْقُصَ فِي عَبْدٍ عَنْ عِشْرِين جَلْدَةً، وَحُرٌّ عَنْ أَرْبَعِينَ**) لما روى البيهقي عن النعمان بن بشير ﷺ: أنه ﷺ قال: «**من بلغ حدًّا في غير حد، فهو من المعتدين**»(١) قال: والمحفوظ إرساله، ولأن جنايته دون جناية الحد.

قال: (**وَقِيلَ: عِشْرِينَ**) أي: فينتقص تعزير الحر عنها؛ لأنها حد العبد فلا يبلغها للخبر، وقيل: ينقص العبد عن أربعين اعتبارًا بحد الحر في الخمر، وقيل: لا يزاد في تعزيرهما على عشرة أسواط؛ لما في الصحيحين: «**لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى**»(٢) وإليه ذهب ابن سُرَيْج،

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٣٢٧، رقم ١٧٣٦٢) وقال: المحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٤٥، رقم ١٦٥٣٨)، والبخاري (٦/ ٢٥١٢، رقم ٦٤٥٨)، ومسلم (٣/ ـ

وَيَسْتَوِي فِي هَذَا جَمِيعُ الْمَعَاصِي فِي الْأَصَحِّ.

وأبو علي الطبري، وابن أبي هريرة، وصاحب «التقريب» وقال: الخبر صحيح، ولو بلغ الشَّافِعِي لقال به، وجنح إليه في «البسيط» إن لم يصح خبر على خلافه.

واختاره الْبَغَوِي في «التعليق» وهو المختار والجواب عن الحديث، ودعوى الشيخ بعيدة، وتعليله ضعيف، ورأيت عن بعض الأصحاب الزيادة على عشرة بالأيدي، والنعال، وأطراف الثياب جائزة دون السياط وهو حسن، ونحوه قول الإصطخري في «أدب القضاة» في مسيء الأدب بحضرة القاضي؛ واجب أن يضرب بالدرة، وإن كان بالسوط، فلا أحب أن يجاوز عشرة أسواط، فإن ضرب بالدرة فلا يضرب فوق تسع وثلاثين، انتهى.

قال: (**وَيَسْتَوِي فِي هَذَا جَمِيعُ الْمَعَاصِي فِي الْأَصَحِّ**) أي: ومذهب الشَّافِعِي ﷺ كما قاله القاضيان أبو الطيب والْمَاوَرْدِي، فيلحق ما هو من مقدمات موجبات الحدود بما ليس منها؛ إذ لا دليل على التفرقة.

والثاني: يفرق بين المعاصي، وتقاس كل معصية بما يناسبها من الجناية، قال الْقَفَّال: وصححه القاضي الحسين وإبراهيم المروزي في «التعليق» واختاره الرُّويَانِي في «الحلية» فلا يبلغ في مقدمات الزنا مائة في حق الحر، وخمسين في حق العبد، وإذاً في الشرب لا يبلغ بالحر أربعين وبالعبد عشرين، ولا يبلغ في تعزير النسب بالحر ثمانين وبالرقيق أربعين؛ لأن المجتهد فيه لا يبلغ درجة المنصوص عليه كالحكومة والرضخ، وفي تفاريع هذا الوجه اختلاف وتعرض له ابن الرِّفْعَة.

ونقل الْمَاوَرْدِي عن الزبيري ما يقرب منه في بعض الصور، مع تفاصيل وتقديرات تقتضي العجب منها، طرحتها لطولها وشذوذها، وقال الْمَاوَرْدِي: إنها استحسان لا دليل عليه، وقد أوردها ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» مختصرة.

= ١٣٣٢، رقم ١٧٠٨)، وأبو داود (٤/ ١٦٧، رقم ٤٤٩١)، والترمذي (٤/ ٦٣، رقم ١٤٦٣) وقال: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكير بن عثمان، وقد اختلف أهل العلم في التعزير وأحسن شيء روي في التعزير هذا الحديث. وابن ماجه (٢/ ٨٦٧، رقم ٢٦٠١).

وَلَوْ عَفَا مُسْتَحِقُّ حَدٍّ فَلَا تَعْزِيرَ لِلْإِمَامِ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ تَعْزِيرٍ فَلَهُ فِي الْأَصَحِّ].

قال: (**وَلَوْ عَفَا مُسْتَحِقُّ حَدٍّ؛ فَلَا تَعْزِيرَ لِلْإِمَامِ فِي الْأَصَحِّ، أَوْ تَعْزِيرٍ؛ فَلَهُ فِي الْأَصَحِّ**) الحاصل فيهما ثلاثة أوجه: وجه: الفرق أن الحد لازم مقدر لا يتعلق بنظر الإمام، فلا يعدل إلى غيره، والتعزير يتعلق أصله بنظر الإمام، فجاز ألا يؤثر إسقاط غيره فيه.

والثاني: له ذلك مطلقًا لحقّ الله تعالى فيهما، ويحتاج إلى زجره، وزجر غيره عن مثل ذلك.

والثالث: لا مطلقًا؛ لأن مستحقه أسقطه.

وقال [ابن الرِّفْعَة][1]: إن عفا مستحق التعزير بعيد الرفع إلى الإمام؛ لم يسقط حق الإمام منه، وله أن يعزره، وإن عفا قبل الرفع إليه فأظهر الوجهين: عدم السقوط، وبني على ذلك أنه لو تشاتم والد مع ولد؛ سقط حق التعزير الذي للابن على الابن بخلاف العكس، وللإمام تعزيرهما.

تنبيهات: ويشبه أن ما ذكره المصنف وغيره في الحر، أما العبد لو قذف فعفي عنه؛ فللسيد تأديبه لحق نفسه، وكذا تعزيره بسبب شتم الغير جزمًا، وإن عفا المسبوب إصلاحًا لماله.

لو توجه على الإنسان تعزيرات على معاصٍ شتى؛ فإن تمحضت لله تعالى واتحد نوعها؛ فالظاهر التداخل كالحدود وأولى، وإن اختلفت نوعها ففيه احتمال.

وإن كانت لآدمي فإن تعدد المستحق [فلا تداخل قطعًا، وإن لم يتعدد واتحد النوع بأن سبَّه مرات عديدة] فالأشبه التداخل، وقد يفرق بين الموالاة وغيرها، وبين المجلس والمجالس وإن اختلف نوعها، فالتداخل بعيد وحيث لا تداخل، فالظاهر: أنه لا يوالي عليه بالضرب؛ إذ قد يؤدي إلى هلاكه؛ بل يفرق كما ذكروا في الحدود، فتأمله!

إذا كان التعزير لا ينجح في كفه عن المعصية؛ فقد قال الإمام: إن الزوجة

---

(١) في نسخة: (الماوردي).

……

إن كان لا يحصل تأديبها إلا بالضرب المبرح، وعلم ذلك لا يجوز الضرب المبرح ولا غيره، فإنه عارٍ عن الفائدة.

قال الرَّافِعِي: والذي أطلقه الإمام أن يكون ذكر الزوجة مثالًا، وسائر المعزرون في معناه، ويشبه أن يقال: إن أصل التعزير هل هو اجب عليه، أم لا؟ فإن أوجبناه التحق بالحدود، فيشبه أن يقال: يضرب ضربًا غير مبرح؛ إقامةً لصورة الواجب، وإن لم يفد التأديب، انتهى.

وكلام الإمام كالمصرح بأن الأب والمعلم كالزوج وهو صحيح، وأما الإمام فإذا علم أن غير المبرح من الضرب لا يفيد؛ عدل إلى تعزيره بالحبس، وغيره كما سبق بخلاف الزوج والولي والمعلم.

وفي متن «الروضة»: وحكى الإمام عن المحققين: أن المعزر إذا علم أن التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح؛ لم يكن له الضرب المبرح ولا غيره، انتهى.

ولم يقل الرَّافِعِي ذلك، وإن كان الحكم صحيحًا من حيث المعنى، هل تعزر البكر إذا ظهر بها حمل؟ وجهان: أصحهما: المنع، قاله في «الإشراف» وهو الصواب، وكيف تعاقب على غير ثيب؟، ولا خفاء أن تعزير الحر المكلف مفوض إلى الحكام، وفي تعزير الأب ابنه البالغ وجه اقتصر عليه الْغَزَالِي وغيره، ويظهر فيما إذا كان في حجره لسفهه.

ولو قذف إنسان أو سب، فقد سبق فيه كلام في حد القذف، وقدمنا في تأديب الزوجة على ترك الصلاة كلامًا، وقضية كلام الأصحاب: المنع، وأفتى بعض المتأخرين بخلافه، وقد بيناه في الصلاة في «الغنية» وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

كِتَابُ الصِّيَالِ وَضَمَانِ الْوُلاةِ

قال المصنف: [وَضَمَانُ الوُلَاةِ لَهُ دَفْعُ كُلِّ صَائِلٍ عَلَى نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ أَوْ بُضْعٍ أَوْ مَالٍ.

استؤنس للقسم الأول من الباب بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٩٤] وافتتحه الشَّافِعِي ﵁ والأصحاب بالحديث الصحيح: **«من قُتِل دون ماله فهو شهيد»**(١) متفق على صحته.

قالوا: والشهيد من كان له القتال، وعن سعيد بن زيد ﵁ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«من قُتِل دون دينه؛ فهو شهيد، ومن قُتِل دون دمه؛ فهو شهيد، ومن قُتِل دون ماله؛ فهو شهيد من قُتِل دون أهله؛ فهو شهيد»** رواه أبو داود، والترمذي وصححه.

وحديث: **«انصر أخاك. . .الحديث»**(٢).

قال الشارح:

[قال: (**وَضَمَانُ الوُلَاةِ لَهُ دَفْعُ كُلِّ صَائِلٍ**) أي: من مسلم، وكافر، وعاقل، ومجنون، وصغير، وكبير، وسيد، ووالد، وبهيمة.

(**عَلَى نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ أَوْ بُضْعٍ أَوْ مَالٍ**) أي: وإن كان فلسًا، كما قاله الإمام في كلامه على عض اليد، وقيد ذلك بما إذا كانت هذه الأشياء المدفوع عنها معصومات، وقد يستغنى عنه بلفظ الصيال، وفيه نظر.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ١١٤، رقم ١٨٥٦٥). وأحمد (١/ ١٩٠، رقم ١٦٥٢)، والبخاري (٢٤٨٠) ومسلم (٣٧٨) وعبد بن حميد (١/ ٦٦، رقم ١٠٦)، وأبو داود (٤/ ٢٤٦، رقم ٤٧٧٢)، والترمذي (٤/ ٣٠، رقم ١٤٢١) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١١٦، رقم ٤٠٩٥)، وأبو يعلى (٢/ ٢٤٨، رقم ٩٤٩)، والبيهقي (٣/ ٢٦٦، رقم ٥٨٥٨)، والضياء (٣/ ٢٩٢، رقم ١٠٩٢) وقال: إسناده حسن.

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٤٣).

....

ويشبه أن للسيد دفع الآحاد عن قتل عبده المرتد؛ لأنه ليس إليهم، وكذا يدفع الذمي عن المسلم المتحتم قتله بزنا أو قطع طريق، وكذا عن المرتد، وللزاني المحصن المتحتم رجمه دفع الآحاد عن نفسه(١).

تنبيهات: الدفع عن منافع ما ذكره كالدفع عنه.

قال الْمَاوَرْدِي: إذا أراد نفسه، أو ولده، أو زوجته بقتل أو فاحشة أو أذى، أو أراد ماله أو حريمه، أو ما هو أحق به منه؛ جاز له أن يدفعه عنه.

وقال في «البسيط»: أما المدفوع عنه فهو كل عضو معصوم يحرم قصده، وهذا، وكلام «الحاوي» يشمل ما هو أحق به من النجاسات: كالكلب المقتنى، وجلد الميتة، والسماد، ولم أر من صرح به، وهو ظاهر وحينئذٍ قول المصنف وغيره: «أو مال» خرج على الغالب؛ لا أنه احتراز عن غيره، وقد صرحوا بِجَوَازِ الْمُكَابَرَةِ عَلَى الْمَاءِ لِعَطَشِ الْكَلْبِ الْمُقْتَنَى.

وقضيته جواز الدفع عنه لا محالة، ثم جواز الدفع عن المال هو المشهور، ونقل الإجماع فيه، ودليله حديث أبي هريرة ﷺ قال: **«جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك، قال: فإن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: أنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»**(٢) رواه مسلم.

وحكى الإمام هنا عن «القديم»: أنه لا يجوز؛ إذا لم يتأت الدفع إلا بالقتل، أو بقطع بعض الأعضاء، وذكر في صلاة الخوف: أن الأصحاب خرجوه من نص نقلوه، أنه لا يصلي صلاة شدة الخوف إذا أدركه سيلًا، وعلم أنه لو مر مسرعًا بماله، وصلى مومئًا؛ سلم وسلم ماله.

وأطلق الْمُتَوَلِّي حكاية وجه: أنه لا يجوز الدفع عن المال، وضعفه، ولا فرق بين كون المال للدافع أو لأجنبي أو للصائل [فإن تراه يعرف ماله، أو تعرفه

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ١٣٨).

(٢) أخرجه مسلم (٣٧٧).

فَإِنْ قَتَلَهُ فَلَا ضَمَانَ. وَلَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنْ مَالٍ، ....

عيناه موضعه؛ جاز الدفع عن المال؛ إذا كان الصائل] مختارًا، أما لو كان مكرهًا عليه؛ فليس لرب المال دفعه، بل يلزمه أن يقي روحه بماله ـ ذكره الرَّافِعِي قبيل كتاب الديات ـ كأنه مما لا روح له، أما لو كان آدميًا محترمًا أو بهيمة محترمة؛ فلا يظهر معنى الدفع، وفي البهيمة وقفة للمتأمل بخلاف الجمادات.

أطلق الشيخان وغيرهما جواز دفع البهيمة عن المال.

وفي «الترغيب»: أنها إذا صالت على مال إنسان، فإن لم يكن ذا روح، فلا يجوز دفعها، وفيه إتلاف مهجة محترمة، وهو غريب.

نعم؛ لو ظهر منها الجوع والعطش ما يجوز لمالكها مكابرة ذي المال على أخذ علفها وشربها منه؛ فالظاهر: أنه لا يجوز له الدفع في هذه الحالة إلا أن يفرق بتضمين المالك، فحينئذٍ يقال: إذا اقتضى الحال تضمينه فلا فرق، فتأمله!

قال: (فَإِنْ قَتَلَهُ) أي: دفعًا كما سيأتي بيانه.

(فَلَا ضَمَانَ) أي: بقودٍ، ولا دية، ولا كفارة، ولا قيمة؛ إن كان الصائل عبدًا أو بهيمة؛ للحديث السابق وغيره؛ إذ الشهيد مظلوم له دفع الظالم بالقتال، وما أنتج من القتال لا يلزم ضمان، قال تعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُولَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿٤١﴾﴾ [الشورى: ٤١].

قال: (وَلَا يَجِبُ الدَّفْعُ عَنْ مَالٍ) أي: عن مال نفسه؛ إذ إباحته للغير جائزة، وهذا في الجماد ظاهر؛ إذا لم يتعلق به حق للغير كرهنٍ وإجارة، أما لو تعلق به فيشبه أن يقال: يجب الدفع؛ إذا أمن على نفسه، ولا سيما إذا كان معسرًا، لو أهمل الدفع لضاع الحق المتعلق به، وهل من أحاطت به الديون، ولا يرجو وفاء من غيره، أو له من يلزمه نفقته، ولا يرجوها من غيره كالرهن؟ فيه نظر.

أما الحيوان والرقيق المعصوم فكالحر؛ إذا قصدت نفسه أو عضوه أو بعضه، وأما غيره من الحيوان فقال الْبَغَوِي وغيره: يجب الدفع إذا قصد إتلافه ما لم يخش على نفسه؛ لحرمة ذي الروح، وهذا صحيح، وهو قضية ما في «الإحياء» وغيره.

وَيَجِبُ عَنْ بُضْعٍ، ....

تنبيه: قولي: «عن مال نفسه» احترزت به عن مال المحجور بيد الولي، والوصي، والقيم، وناظر الوقف، ونحوهم، فالظاهر: أنه يلزمهم الدفع إذا أمنوا على أنفسهم.

وقال **الْغَزَالِي** في «الإحياء»: مهما قدر على حفظ مال غيره من الضياع من غير أن يناله تعب في بدنه، أو خسران في ماله، أو نقص في جاهه؛ وجب عليه ذلك، ووجهه، ثم قال: ولا خلاف أن مال إنسان لو كان يضيع بظلم ظالمٍ، وكان عنده شهادة لو تكلم بها لرجع الحق إليه؛ وجب عليه ذلك، وعصى بكتمان الشهادة، وفي معنى ترك الشهادة ترك كل دفع لا ضرر على الدافع فيه، فأما إن كان عليه نصب، أو ضرر لم يلزمه، انتهى.

والظاهر أن هذا وما قدمناه في الآحاد، وأما الإمام ونوابه فيجب عليهم الدفع عن أموال رعاياهم عند المكنة.

فرع: قال **الرَّافِعِي**: لو رآه يشرخ رأس حمار نفسه؛ ففي وجوب الدفع لحرمة الحيوان وجهان: المذكور منهما في «التهذيب»: أنه يجب عليه.

وعبارة «الروضة»: وجب للأجنبي دفعه على الأصح، وبه قطع **الْبَغَوِي**، وهذا اختصار عجيب، مع أن تصحيحه لا يلائم ترجيحه أنه لا يجب الدفع عن نفس غيره، و**الْبَغَوِي** إنما أجاب بذلك؛ لأنه يرى وجوب الدفع عن الغير كما سيأتي.

ولم يقيد الشيخ إبراهيم الصورة ببهيمة الشارخ؛ بل قال: لو رأى إنسانًا يشرخ رأس شاةٍ أو دابةٍ أخرى؛ إن خاف على نفسه فلم يجب الدفع، وإلا فوجهان: أحدهما: لا يجب كما إذا رآه يتلف ماله، والثاني: يجب لحرمة الروح.

قال: (**وَيَجِبُ عَنْ بُضْعٍ**) إذا قصد قاصد الفجور بامرأةٍ، أو غيرها من المكلفين وجب عليه الدفع عن بضع؛ إذ لا مجال للإباحة، والظاهر: أنه لا فرق بين أن يخشاه المقصود على نفسه، أو لا كما اقتضاه إطلاق **الْمُتَوَلِّي** وغيره.

وقد يقال: إذا ظن الهلاك فهو بمنزلة الإكراه على الزنا ـ وقد سبق ـ أما

وَكَذَا نَفْسٍ قَصَدَهَا كَافِرٌ، أَوْ بَهِيمَةٌ، ....

دفع غيره عنه، فقالا: إذا قصد أهله وجب عليه الدفع بما أمكنه؛ لأنه لا مجال للإباحة فيه، قالا: وشرط البغوي للوجوب ألا يخاف على نفسه، انتهى.

ولم ينفرد البغوي بذلك؛ بل هو المذكور في «التتمة» قال ابن الرِّفْعَة: وأشار إليه الإمام، والْغَزَالِي في كتاب السير.

واعلم أن قضية كلام الْمَاوَرْدِي والمحاملي والجرجاني والْمُتَوَلِّي والْبَغَوِي والرَّافِعِي والمصنف وغيره: وجوب الدفع عن البضع بلا خلاف.

قال ابن الرِّفْعَة في صلاة الخوف من «النهاية» ما يقتضي أن الخلاف الآتي في وجوب الدفع عن نفسه يجري فيه، قالا: وكلامه هنا مصرح به، وقد حكاه عن العراقيين القاضي أبو الطيب في «السير» انتهى.

ويجب أن يكون موضعه ما إذا خاف على نفسه فلا يكون مخالفًا لما تقدم، أما إذا لم يخف فلا ينقدح خلاف أصلًا، **والظاهر**: أنه لا فرق عند أمنه على نفسه بين كون المقصود بضعه من أهله أو غيرهم، وقول جماعة: أهله ليس للتقييد فيما أحسب، ورأيت من قال: وألحق الرُّويَانِي البنت والأخت بالزوجة، وقال: يلزمه الدفع عن الثلاثة بخلاف الأجنبي فإن الفرض فيهم متعين عليه، وفي غيرهن على الكفاية، انتهى.

وهذا كلام عجيب، وقد يفهم منه أنه لا يجب عليه الدفع عن أمِّه ونحوها من محارمه، وعبارة الجرجاني وغيره: من قصد حريم رجل وجب عليه دفعه، وعبارة «الكافي»: ومن قصد أهله وولده، وصرح هو وغيره: أن الدفع عن حريم غيره كهو عن حريم نفسه.

قال: (**وَكَذَا نَفْسٍ قَصَدَهَا كَافِرٌ، أَوْ بَهِيمَةٌ**) أي: قطعًا؛ لأن الحربي والمرتد لا حرمة لهما، والذمي بطلت حرمته بالصيال، والاستسلام للكافر ذل في الدين، وجعل في «الترغيب» في حكم الكافر الزاني المحصن، وقاطع الطريق أي: القاتل فيجب دفعهما كالحربي والذمي، وهو قضية كلام الْغَزَالِي وإمامه، وتنكير المصنف النفس يشمل الآدمي وغيره، والمراد نفس المقصود

لَا مُسْلِمٌ فِي الْأَظْهَرِ.

كما اقتضاه كلام «المحرر» وغيره.

قال في أصل«الروضة»: وأشار الرُّويَانِي إلى أنه لا يجب دفع الكافر؛ بل يستحب، وهو غلط والصواب الأول، وعبارة الرَّافِعِي: والمشهور الأول بلا تغليط، ويجب أن يكون موضع التردد في غير حالة المسابقة، وفيما إذا لم يتولد من ذلك استباحة الحريم، والولد بالسوء وغيره.

قال: (**لَا مُسْلِمٌ**) أي: محقون كما قيده الإمام والْغَزَالِي وغيرهما، ويدخل في غير المحقون تارك الصلاة المصر على الامتناع منها.

(**فِي الْأَظْهَرِ**) لقوله ﷺ: «كن كخير ابني آدم»[1] حسنه الترمذي، وإسناده على شرط البخاري، وصححه ابن حبان.

والثاني: يجب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وكما يجب على المضطر إحياء نفسه بأكل كل ما يجده من الطعام، وقال القاضي أبو الطيب: إنه المشهور، وإنه الذي قال به سائر الأصحاب أي: خلافًا لأبي إسحاق.

قلت: والراجح الأول، وإن قلَّ مرجحوه لما في الصحيح من حديث حذيفة في الفتن: «**فإذا راعك بالسيف فاستر وجهك، وكن عبد الله المقتول، ولا تكن عبد الله القاتل**»[2] وفي لفظ تقدم: «كن كخير ابني آدم» يعني: قابيل وهابيل.

قالوا: وصح أن عثمان ﷺ حين اربدت نفسه منع [عبيده][3] وكانوا

---

[1] أخرجه أحمد (٤/٤١٦، رقم ١٩٧٤٥)، وأبو داود (٤/١٠٠، رقم ٤٢٥٩)، وابن ماجه (٢/١٣١٠، رقم ٣٩٦١)، والحاكم (٤/٤٨٧، رقم ٨٣٦٠) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٨/١٩١، رقم ١٦٥٧٧) والطبراني في الأوسط (٨/٢٥٧، رقم ٨٥٦٣).

[2] أخرجه عبد الرزاق (١٠/١١٨، رقم ١٨٥٧٨)، وأحمد (٥/١١٠، رقم ٢١١٠١)، والدارقطني (٣/١٣٢)، والطبراني (٤/٥٩، رقم ٣٦٢٩) وأبو يعلى (١٣/١٧٧، رقم ٧٢١٥) قال الهيثمي (٧/٣٠٣): رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني ولم أعرف الرجل الذي من عبد القيس وبقية رجاله رجال الصحيح.

[3] في نسخة: (أن يقاتلوا).

……………………………………………………………………………………

أربعمائة، وقال لهم: «من ألقى سلاحه فهو حر» وفرق بينه وبين المضطر؛ أن في القتل شهادة يثاب عليها، وهذا قول أبي إسحاق، واختاره صاحب «المرشد».

وقال في «الانتصار» بعد تصحيح الوجوب: وكان شيخنا القاضي - يعني: الفارقي - يقول: إن غلب على ظنه أنه ينجو لزمه الدفع، وإلا لم يلزمه؛ لأنه إذا ترك الدفع مع غلبة ظنه أن ينجو فقد أعان على قتل نفسه، وذلك لا يجوز، وإن لم يظن النجاة فلا تقصير منه، وإنما ترك عثمان ﷺ القتال؛ لأنه علم أنه لا نجاة له؛ لأنه رأى النبي ﷺ في المنام وأخبره بذلك، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: وعن القاضي الحسين الفرق بين أن يمكنه دفعه من غير أن يقتله فيجب، ولا يجوز الاستسلام للقتل، وبين ألا يمكنه دفعه إلا بالقتل فيجوز الاستسلام، انتهى.

وكأنه أخذه من «التهذيب» وهو الأصح في «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي» قال ابن الرِّفْعَة: والذي رأيته في «تعليق القاضي»: أن الأصحاب أطلقوا القول بأن المقصود بالقتل بالخيار بين الاستلام، وبين الدفع عن نفسه.

وقلت: أما إن أمكنه أن يدفعه من غير أن يجرحه أو يقتله؛ يجب الدفع، وقال في «التتمة»: المذهب أنه إذا قدر على دفعه من غير تفويت روحه، أو تفويت عضو من أعضائه؛ [لزمه الدفع، وإن لم يتمكن منه إلا بأن يأتي على روحه، أو عضو من أعضائه، ولم يوجب] عليه الهرب؛ إذا قدر عليه، فهاهنا محل الخلاف، انتهى.

فروع: لو كان الصائل مجنونًا أو مراهقًا قيل: لا يجوز الاستسلام قطعًا؛ إذ لا إثم كالبهيمة، والأصح: طرد القولين، وقد يقال: المأثوم أولى بإيجاب الدفع عنها، والظاهر: أن المكره على الصيال كالمختار فيما نحن فيه.

مفهوم كلام «التنبيه» وغيره: أن قاصد عضوه ليس كقاصد قتله، وقد أطبقوا على جواز الدفع، وسكتوا عن وجوبه فيما أعلم، والظاهر: الوجوب عند ظن السلامة؛ إذ لا شهادة هنا من مجوزي الاستسلام للقتل من وصفه

وَالدَّفْعُ عَنْ غَيْرِهِ كَهُوَ عَنْ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: يَجِبُ قَطْعًا.

بالاستحباب، وهو ظاهر الأحاديث، ونقل الإمام ترتيبه خلافًا للأصحاب.

ويحسن أن يقال: إن كان متهيئًا للقدوم على الله تعالى خالٍ عن التبعات، والحقوق التي تضيع بموته ندب له ذلك؛ ليكون خير ابني آدم، وإن كان بالضد من ذلك؛ فالأولى له الدفع؛ بل في جواز الاستسلام لمن هذه حالته نظر، وكذلك لو كان إمامًا عادلًا أو بطلًا شجاعًا أو عالـمًا، وفي قتله إضرار بالمسلمين، ووهن في الدين ففي الجواز نظر، ويجب القطع بأنه لو علم أنه يتولد من ذلك مفاسد في الحريم والأولاد بالسبي وغيره؛ كما يفعله بعض الطغاة والخوارج؛ أنه لا يجوز الاستسلام مع إمكان الدفع، والله أعلم.

قال: (**وَالدَّفْعُ عَنْ غَيْرِهِ كَهُوَ عَنْ نَفْسِهِ**) أي: إن أوجبناه هناك وجب هنا، وإلا فلا؛ إذ لا يزيد حق غيره على حق نفسه، قال الفوراني في كتاب النكاح من «العمد»: إلا أن يكون المقصود نبيًا أي: فيجب الدفع بلا خلاف.

قال: (**وَقِيلَ: يَجِبُ قَطْعًا**)؛ لأن الحق لغيره وليس له أن يؤثر به بخلاف حق نفسه، وبهذا الطريق جزم الْبَغَوِي وغيره؛ لكن يشترط ألا يغلب على ظنه هلاك نفسه، فإن غلب لم يجب، وهذا الشرط ذكره القاضي الحسين وجماعة، وعلى هذا الطريق والشرط جرى الْمُتَوَلِّي، وإن صور هو والْمَاوَرْدِي وغيرهما المسألة فيما إذا قصد زوجته وولده.

والظاهر: أن الزوجة والولد مثال كما سبق، وهذا الطريق بالشرط المذكور هو المختار؛ لما في نصر المظلوم من الأحاديث الآمرة به بلا معارض.

وفي «مسند الإمام أحمد ﷺ» من حديث سهل بن حنيف: أن رسول الله ﷺ قال: «**من أُذلَّ عنده مسلم، فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره؛ أذله الله على رءوس الخلائق يوم القيامة**»⁽¹⁾.

ومن رجح الوجوب صاحب «الترغيب»؛ للحديث الصحيح: «**انصر أخاك**»⁽²⁾ قال: في دفعه نصرة كليهما، وينبغي أن يأتي مما ذكرناه في وجوب

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه أحمد (١٦٤٠٧).

....

الدفع عن نفسه من التفصيل.

ويجب القطع بأنه لا يجوز استسلام من يحصل بقتله وهن في الدين، وضرر بالمسلمين ونحو ذلك.

وقد يقال: إن استنصر المقصود ولم يستسلم؛ وجب الدفع عنه بالشرط السابق قطعًا، وإن استسلم المراهق ورضي بالشهادة لم يجب قطعًا، أو يكون على الخلاف في الدفع عن النفس، وهل استسلام المراهق والمعتوه كاستسلام المكلف فيما يجن؟ فيه احتمال.

وقيل: لا يجب الدفع عن الغير قطعًا، ونسبه الإمام إلى معظم الأصوليين، لأن شهر السلاح محرك للفتن، وليس ذلك من شأن آحاد الناس، وإنما هو من وظيفة السلطان، وعلى هذا هل يحرم أو يجوز من غير وجوب؟ فيه اختلاف، وبالتحريم أجاب في «الوجيز» وقال في «البسيط»: إليه ميل أكثرهم يعني: من أهل هذه الطريقة.

تنبيه: قال في «الروضة» هنا: إن أوجبنا الدفع عن الغير فذاك؛ إذا لم يخف على نفسه، [وقال في أوائل السير: إن الخلاف في وجوب الدفع جائز وإن خاف على نفسه] ولا تعارض كما ظنه بعض العصريين.

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين كون المقصود ذميًا أو مسلمًا، حرًا أو عبدًا، قصده سيده أو والده أو غيرهما، وهو صحيح بشرط كونه محقون الدم كما سبق.

فرع: قال الإمام: الخلاف في أن الآحاد هل لهم شهر السلاح؟ قال الإمام نصر: لا يختص بالصائل؛ بل من أقدم على محرم من شرب خمر أو غيره، فهل لآحاد الناس منعه بما يجرح، أو يأتي على النفس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ نهيًا عن المنكر، ومنعًا عن المعصية.

والثاني: لا؛ خوفًا من الفتن التي تتولد منه، ونسب هذا إلى الأصوليين، والأول إلى الفقهاء، وهو ما يوجد للأصحاب في كتب المذهب، حتى قال

وَلَوْ سَقَطَتْ جَرَّةٌ وَلَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ إِلَّا بِكَسْرِهَا ضَمِنَهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَيُدْفَعُ الصَّائِلُ بِالْأَخَفِّ، فَإِنْ أَمْكَنَ بِكَلَامٍ أَوِ اسْتِغَاثَةٍ حَرُمَ الضَّرْبُ، أَوْ بِضَرْبٍ بِيَدٍ حَرُمَ سَوْطٌ، أَوْ بِسَوْطٍ حَرُمَ عَصًا، أَوْ بِقَطْعِ عُضْوٍ حَرُمَ قَتْلٌ، ....

كثيرون: من علم بخمرٍ في بيت رجل أو طنبورٍ، وعلم بشربه أو ضربه، قالوا: له أن يهجم على صاحب البيت، ويريق الخمر، ويفصل الطنبور، ويمنعهم من الشرب، والضرب، وإن لم ينتهوا؛ فله أن يقاتلهم، وإن أتى القتال عليهم؛ فلا ضمان ويثاب على ذلك. ورأيت في «تعليق إبراهيم المروزي»: أن من رأى مكبًا على معصية من زنا، أو شرب خمر أو رآه يشرخ على رأس شاة أو عبد، أو رأى في يده قارورة خمر، وقصد انتزاعها من يده فأتى الدفع عليه؛ لا يضمن في هذه المسائل كلها، انتهى.

قال: (**وَلَوْ سَقَطَتْ جَرَّةٌ**) أي: ونحوها على جالسٍ ونحوه، أو كان ماله تحت مسقطها.

(**وَلَمْ تَنْدَفِعْ عَنْهُ إِلَّا بِكَسْرِهَا؛ ضَمِنَهَا فِي الْأَصَحِّ**) إذ لا قصد لها ولا اختيار، بخلاف البهيمة، والثاني: لا كالبهيمة الصائلة، وزعم صاحب «الترغيب» أن المذهب أنه لا يضمن، قال: لأن المالك متعدٍ بوضعها على طرف السطح، انتهى.

وقوله: «متعدٍ» عبارة رديئة، ولا شك في إباحته الدفع، قال **الْبَغَوِي** في «التعليق»: وهو واجب لصيانة روحه وماله، انتهى.

والظاهر: أن محل الوجهين فيما إذا جلس في موضع مباح له، أما لو جلس متعديًا فيما يختص بصاحب الجرة ونحوها؛ ضمن قطعًا.

قال: (**وَيُدْفَعُ الصَّائِلُ**) أي: المعصوم على جميع ما سبق من أول الباب إلى هنا، (**بِالْأَخَفِّ، فَإِنْ أَمْكَنَ بِكَلَامٍ أَوِ اسْتِغَاثَةٍ؛ حَرُمَ الضَّرْبُ، أَوْ بِضَرْبٍ بِيَدٍ؛ حَرُمَ سَوْطٌ، أَوْ بِسَوْطٍ حَرُمَ عَصًا، أَوْ بِقَطْعِ عُضْوٍ؛ حَرُمَ قَتْلٌ**) لأنه جوز للضرورة ولا ضرورة في الأشد مع إمكان الأخف، والمعتبر في هذا المقام غلبة الظن.

ورأيت في «فروع ابن الْقَطَّان»: إذا لقيه طالب له، فهل يرتب الدفع عن نفسه، أو يطلب مقتله من أول مرة؟ قال الشيخ: لا فرق أنهما فعل كان له، قاله في هذه المسألة، وفي الأولى ذكره على وجهين، انتهى.

وهذا خلاف في وجوب مراعاة الترتيب، واقتضى كلام المعلق أنه ذكر في الدرس الثاني التخيير، وفي «مسند الإمام أحمد» من رواية أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: **«جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ عُدِيَ عَلَى مَالِي؟ قَالَ: «فَانْشُدِ الله» قَالَ: فَإِنْ أَبَوْا عَلَيَّ؟ قَالَ: «انْشُدِ الله» قَالَ: فَإِنْ أَبَوْا عَلَيَّ؟ قَالَ: «فَانْشُدِ الله» قَالَ: فَإِنْ أَبَوْا عليَّ؟ قَالَ: «فَقَاتِلْ فَإِنْ قُتِلْتَ فَفِي الْجَنَّةِ، وَإِنْ قَتَلْتَ فَفِي النَّارِ»**(١) وأصله في صحيح مسلم.

تنبيهان:

أحدهما: قال الْمَاوَرْدِي: هذا التدريج في الدفع عن غير الفاحشة، أما لو رآه قد أولج في أهله؛ فليعجل بالدفع بالأعلى فيجوز أن يبدأ بالقتل، وقد ذكرت كلامه بطوله ملخصًا، ونص الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم» في «الغنية».

الثاني: لو خالف الترتيب المذكور فعدل إلى رتبة مع الاكتفاء بما دونها؛ ضمن.

وأغرب الديبلي فقال: إذا أقام البينة أنه أمكنه أن يضربه بعصا، فيدفعه عن نفسه [فضربه بسيف] فقتله، فعلى قولين:

أحدهما: عليه الضمان؛ لأنه أمكنه دفعه بلا قتل، فإذا قتله ولا ضرورة ضمن.

والثاني: لا ضمان؛ لأنا أبحنا له الدفع عن نفسه على أي حال أمكنه، انتهى. وهذا الثاني غريب.

وفي «النهاية» أن صاحب «التقريب» قال: كل من قصد أمرًا لشيوع دفعه

---

(١) أخرجه أحمد (٨٩٥٨).

فَإِنْ أَمْكَنَ هَرَبٌ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُهُ، وَتَحْرِيمُ قِتَالٍ.

عنه، فهل يجب عليه أن يقدم إنذاره، أم يبتدئ بالدفع فعلًا من غير تقديم إنذار؟ فالقول يتخرج عندي على القولين في استتابة المرتد، قال الإمام: وهذا مما انفرد به، انتهى.

نعم لو كان يمكنه الدفع بالسوط وليس معه إلا سيف أو سكين، ولو دفعه به لقتله أو جرحه.

قال الْغَزَالِي: وفيه تردد، وأقامه الرَّافِعِي وجهين، وهنا احتمالان للإمام.

والظاهر في «البسيط» و«الوسيط»: جواز القصد بالسيف؛ لأن الحاجة ماسة، وليس بمقصر في [ترك] استصحاب السوط، والحاذق يقدر على الدفع بأطراف السيف بحيث لا يجرح، وغير الحاذق لا يكلف، هذا لفظ «البسيط» وهو ملخص من «النهاية».

وسبق عن الإمام والْغَزَالِي في قتال البغاة: من أمكن أسره لا يقتل، ومن أمكن إثخانه فلا يذفف، وإذا التحم القتال انسل الأمر عن الضبط لا محالة، قالا: وقد يفرض ذلك في التحام القتال بين الصائل والمصول عليه، فكيف بين الفئتين؟

قلت: وهذا ظاهر وقد نص عليه جماعة في دفعه مراعاة الترتيب معهم يؤدي إلى إهلاكه، وقد قال الرَّافِعِي بعد هذا: وينبغي أن يقال: ما لا يوثق بكونه دفعًا، ويخاف من الابتداء به مبادرة للصائل؛ لا يجب الابتداء به بلا خلاف، وهذا ظاهر، وقد قال الشَّافِعِي ـ رحمه الله ـ والأصحاب: مهما غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده، فله دفعه بما يمكنه، وإن لم يضربه في المقتل.

قال: (**فَإِنْ أَمْكَنَ هَرَبٌ؛ فَالْمَذْهَبُ: وُجُوبُهُ، وَتَحْرِيمُ قِتَالٍ**) إذا قدر على الهروب، أو التحصن بموضع حصين، أو الالتجاء إلى قبة هل يلزمه، أم له أن يثبت ويقاتل؟ فيه اختلاف نصٍّ، قالا: وفيه طريقان:

أصحهما: على قولين، أظهرهما: يجب الهرب؛ لأنه مأمور بالتخلص بالأهون [فالأهون، والهرب أهون] والثاني: لا يجب، وهو المنصوص في «الأم»؛ لأن إقامته هناك جائزة، فلا يكلف الانصراف.

وَلَوْ عُضَّتْ يَدُهُ خَلَّصَهَا بِالْأَسْهَلِ مِنْ فَكِّ لَحْيَيْهِ وَضَرْبِ شِدْقَيْهِ فَإِنْ عَجَزَ فَسَلَّهَا فَنَدَرَتْ أَسْنَانُهُ فَهَدَرٌ.

والثانية: حمل النصين على حالين، فنص الهرب على من تيقن النجاة بالهرب، والآخر على من لم يتيقن، والمراد باليقين هنا الظن، وهذا أصح الطريقين في «الانتصار» وهذا الذي يحمل عليه نص الشَّافِعِي - رحمه الله - في وجوب الترتيب.

قال: والطريقة الثانية فيها ثلاثة أقوال: ثالثها: إن قلنا يجب الدفع لزمه الدفع، وإلا فلا، قال: ولو كان بينهما نهر فغلب على ظنه أنه لو عبره إليه قهره؛ جاز له رميه ويمنعه من العبور إليه، انتهى.

والبناء على وجوب الدفع هو ما جرى عليه الإمام وغيره.

قال الرَّافِعِي: لكن قد مر أن الأظهر: أنه لا يجب الدفع، ويجوز الاستسلام، وهاهنا رجحوا وجوب [الهرب](١) محافظة على التدريج في الدفع، انتهى.

إشارة: كلام الرَّافِعِي وغيره يقتضي أن الكلام في وجوب الهرب في صورة الدفع عن نفسه خاصة، ولا شك أنه لا يلزمه الهرب على المذهب، ويدع ماله؛ إذا كان الصيال [عليه لأجل ماله، وأما لو كان الصيال] على حرمه؛ فقضية البناء على وجوب الدفع أنه لا يلزمه الهرب ويدعهم؛ بل يلزمه الثبات إذا أمن على نفسه، وإذا أمكنه الهرب بهم فكالهرب والتحصين بنفسه، وأولى بالوجوب.

قال: (**وَلَوْ عُضَّتْ يَدُهُ**) أي: مثلًا، (**خَلَّصَهَا بِالْأَسْهَلِ مِنْ فَكِّ لَحْيَيْهِ وَضَرْبِ شِدْقَيْهِ فَإِنْ عَجَزَ فَسَلَّهَا فَنَدَرَتْ أَسْنَانُهُ؛ فَهَدَرٌ**) لما في الصحيحين: «أن رجلًا عض يد رجل فنزع يده من فيه، فوقعت ثنيتاه، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقال: «يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل! لا دية لك»»(٢).

---

(١) في نسخة: (الدفع).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٤٣٥، رقم ١٩٩١٤)، والبخاري (٦/ ٢٥٢٦، رقم ٦٤٩٧)، ومسلم (٣/ =

……………………………………………………………………

تنبيهات: أحدها: عبارة «المحرر»: بأيسر ما تقدر عليه من فك لحييه، والضرب في شدقيه وهي أبين، وعبارة «الروضة» وأصلها: فإن أمكنه رفع لحييه، وتخليص ما عضه، وإلا ضرب شدقيه ليدعه، وإن لم يمكنه وسل يده فسقطت أسنانه؛ فلا ضمان، وثمرة هذا الترتيب أنه لو عدل عن الأخف مع إمكانه ضمن كما سبق، هذا قضية كلام الجمهور، وإطلاق كثيرين يفهم أنه لو سل يده ابتداءً فسقطت أسنانه كانت مهدرة، وهو ظاهر الحديث.

ونصوص الشَّافِعِي [وكلام «الحاوي» كالمصرح به] والوجه الجزم به؛ إذا ظن أنه لو رتب لأفسدها العاض قبل التخليص من فيه.

قال الدارمي: ولو عض يده فانتزعها فبدرت ثناياه لم يضمن، وله فك لحييه بيده الأخرى، فإن عض قفاه؛ فله نزع رأسه من فيه، والتحامل عليه على رأسه إلى ورائه منحدرًا ومصعدًا، فإن غلبه ضبطه كان له ضرب فيه بيده حتى يرسله، وكيفيته أنه يبدأ بالموضع الحالي، فإن لم يتخلص زاد على هذا، فإن تعدى من غير حاجة ضمن، انتهى .وكلامه مضارع فيما يتضمنه كلام المصنف من الترتيب؛ إذ السل أحد المراتب.

ثانيها: قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» والأصحاب: وسواء في إهدار الأسنان كان العاض ظالمًا أو مظلومًا؛ لأن العض محرم على كل حال، وعبارة الشيخين وغيرهما: لا يجوز بحال.

قلت: وهذا مشكل جدًّا، ويبعد أن يحرم على من وضع متعديًا يده على فيه، أو أدخلها فيه ليهلكه أن يعضها دفعًا، والمتوجه أنه إذا لم يمكنه الدفع في مسألتنا ونحوها إلا به جوازه لا محالة.

ثم رأيت صاحب «الانتصار» قال: وقال الشَّافِعِي ﷺ: وسواء كان العاض ظالمًا أو مظلومًا؛ لأن العض محرم بكل حال.

= ١٣٠٠ رقم ١٦٧٣) والترمذي (٤/ ٢٧، رقم ١٤١٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ٢٩، رقم ٤٧٦٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٧ رقم ٢٦٥٧)، والبزار (٩/ ٧٣، رقم ٣٦٠٢).

....

قال: ويحمل هذا على ما أمكنه التخلص بغير العض؛ لأنه إذا لم يمكنه إلا به فهو حق له، انتهى وهذا صحيح.

ثالثها: قال الشيخان وغيرهما: متى أمكن التخلص بضرب فيه لا يجوز العدول إلى غيره، فإن لم يمكنه إلا بقصد عضو آخر بأن يبعج بطنه، أو يفقأ عينه، أو يعصر خصيتيه؛ فله ذلك مع مراعاة الأخف فالأخف عند المكنة، وقيل: ليس له قصد عضو آخر، وليس بشيء.

رابعها: قال في «البسيط»: إذا عض يده فسلها؛ إن كانت تتخلص به ففعل فبدرت أسنانه فلا شيء عليه، وإن لم يقدر على السل فليقصد العضو الجاني في الدفع، ثم حكى صورة الوجهين آنفًا، ثم قال: وهذا إذا لم تكن الجناية بما يقصد به القتل، فإن كان يقصد قتله فالوجه القطع بتسليط المصول عليه على الدفع كيف شاء، انتهى.

وهو ملخص من «النهاية» وعليه جرى صاحب «الذخائر» وغيره، ولا يخفى ما بين هذا الترتيب وما ذكره الشيخان، وكلام الدارمي يوافق كلام الْغَزَالِي.

خامسها: سكت الشيخان هنا عن إنذاره بالقول، ويوافق ذلك قول الْمَاوَرْدِي: حكم الدفع كحكم الدفع عن النفس، فإذا عض يده فله أن ينزعها من فيه، وإن سقط بنزعها أسنان العاض كانت هدرًا، ولا يلزمه زجره بالقول قبل النزع، انتهى.

وفي «المعتمد»: وإن أمكنه إخراجها بفك لحييه أو لطمه، أو سأله التخلية فلم يفعل؛ ضمن، انتهى.

فرع: لو تنازعا في أنه أمكنه الخلاص بشيء فعدل إلى من هو أغلظ منه؛ فالقول قول المعضوض، ذكره بعض أصحابنا، وليكن الحكم كذلك في سائر صور الصيال، والعلم عند الله.

فرع: لو صالت حامل على إنسان فدفعها فأجهضت ميتًا بالدفع، هل يضمنه؟ قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين بناء على ما لو تربص المشرك

وَمَنْ نُظِرَ إِلَى حُرَمِهِ فِي دَارِهِ مِنْ كَوَّةٍ أَوْ ثَقْبٍ عَمْدًا فَرَمَاهُ بِخَفِيفٍ كَحَصَاةٍ فَأَعْمَاهُ، أَوْ أَصَابَ قُرْبَ عَيْنِهِ فَجَرَحَهُ فَمَاتَ فَهَدَرٌ، ....

بمسلم في القتال، واضطر المسلم إلى الرمي، فقتله ففي القود قولان، إن قلنا: يجب ضمن الجنين هاهنا، وإلا فلا.

قال: (**وَمَنْ نُظِرَ إِلَى حُرَمِهِ فِي دَارِهِ مِنْ كَوَّةٍ أَوْ ثَقْبٍ عَمْدًا فَرَمَاهُ بِخَفِيفٍ كَحَصَاةٍ فَأَعْمَاهُ، أَوْ أَصَابَ قُرْبَ عَيْنِهِ فَجَرَحَهُ فَمَاتَ؛ فَهَدَرٌ**) أي: عندنا خلافًا لمالك وأبي حنيفة فإنهما منعا رميه، وأوجبا ضمانه.

لنا ما في الصحيحين البخاري ومسلم من رواية أبي هريرة ﷺ: «**مَنِ اطَّلَعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ؛ فَقَدْ حَلَّ لَهُمْ أَنْ يَفْقَؤُوا عَيْنَهُ**»(١) وفي رواية النسائي، وابن حبان: «**من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقؤوا عينه؛ فلا دية ولا قصاص**»(٢) قال البيهقي في «الخلافيات»: وإسناده صحيح.

تنبيهات: أحدها: قد يفهم قوله: «من نظر إلى حرمه» أنه لو لم يكن في الدار غيره، أو كان فيها حرمه؛ لكن لا يراهن الناظر؛ لكونهن في بيت ونحوه؛ أن الحكم يختلف.

وقد قالا: لو كان المالك فيها وحده، فإن كان مكشوف العورة، فله الرمي ولا ضمان، وإلا فأصح الوجهين: أنه لا يجوز رميه.

قلت: ظواهر الأحاديث الصحيحة تشهد للجواز شهادة بينة كقوله ﷺ: «**لَوْ أَنَّ امرأً اطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ؛ مَا كَانَ عَلَيْكَ مِنْ جُنَاحٍ**»(٣) وقوله: «**لو علمت أنك تنظر؛ لطعنت به في عينك**»(٤) رواه مسلم.

ولا شك أنه ﷺ كان مستورًا، ولذلك أطلق الشَّافِعِي ﷺ الجواز، وبه

---

(١) أخرجه البخاري (٦٨٨٨) ومسلم (٣/ ١٦٩٩، رقم ٢١٥٨) وأحمد (٢/ ٣٨٥، رقم ٨٩٨٥)، والبيهقي (٨/ ٣٣٨، رقم ١٧٤٣٤).

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٧٠٦٥) وابن حبان (٦٠٠٤).

(٣) أخرجه البخاري (٦/ ٢٥٣٠، رقم ٦٥٠٦)، ومسلم (٣/ ١٦٩٩، رقم ٢١٥٨)، والنسائي (٨/ ٦١، رقم ٤٨٦١).

(٤) أخرجه مسلم (٥٧٦٤).

....

جزم الْمَاوَرْدِي والجرجاني، وهو قضية إطلاق النص كما أشار إليه في «المعتمد» وهو المختار.

أما لو كان الحرم مستترات بيت، أو منعطف لا يمتد النظر إليهن؛ فقد قال الإمام: إن أصح الوجهين جواز رميه؛ لعموم الأحاديث.

ثانيها: قوله: «في داره» يعني: ما يختص به بملك، أو وقف عليه، أو وصية أو إجارة ونحوها، بخلاف الجالس في المسجد وإن أغلق بابه، وإن كان غاصبًا للدار؛ لم يكن له رمي مالكها، وفي رمي الغير وجهان: الأقوى: الجواز وسواء وقف الناظر في ملكه أو في الشارع أو غيرهما على الصحيح المنصوص في «الأم».

والظاهر: أن جواز الرمي ليس مختصًا بصاحب المنزل فقط، حتى لو كان غائبًا عنه والنساء منفردات فيه كان لهن رميه، وكذا لو كان في الدار ولده أو والده كان له الرمي، وكذلك والد زوجته ونحوها من محارمها؛ إذا جاءها زائرًا مثلًا كان بمنزلة رب الدار في ذلك.

ثالثها: أطلق الكوة ومراده الصغيرة، أما الكبيرة والشباك الواسع الأعين فكالباب المفتوح والثلمة في الجدار، وحكم ذلك أنه إن كان مختارًا لم يجز رميه، وإن وقف ونظر عمدًا؛ فوجهان:

أصحهما: في «الروضة» و«الشرح الصغير» و«التهذيب» وبه أجاب الصيمري والفوراني والإمام والْغَزَالِي وغيرهم المنع.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو حامد وأتباعه، وقضية ما في «الشامل»: أنه المذهب المنصوص الجواز.

وإنه قال في «الأم»: ولو أن رجلًا عمد أن يأتي بيتًا أو كوة أو خوخة في منزل رجل يطلع على حريمه، قال: وهذا الكلام يشتمل على أنه لا فرق بين أن يكون الموضع الذي يطلع منه ضيقًا أو واسعًا؛ لأنه سوَّى بين الثقب والخوخة، وهي مثل الباب، انتهى.

....

وعبارة بعضهم، وأطال النظر، قال الرَّافِعِي: وأشار بعضهم إلى الفرق بين الباب المفتوح، والكوة الواسعة، وقال: الباب يفتح، ويغلق، ويرد بحسب الحاجة، والكوة لا يكرر سدها وفتحها فحصل ثلاثة أوجه.

وزاد في «شرحه الصغير» بعد ترجيح المنع في الباب والكوة الواسعة والثلمة للتفريط، فقال: ويجري الوجهان فيما لو نظر من سطح نفسه، والمؤذن من المئذنة؛ ولكن الأظهر ها هنا جواز الرمي؛ إذ لا تقصير من صاحب الدار.

رابعها: قوله: «عمدًا» احترز به عما إذا كان خطأً، أو وقع بصره اتفاقًا، وعلم رب الدار بالحال؛ فلا يرميه، فإن رماه وقال الناظر: لم أكن قاصدًا، ولم اطلع على شيء؛ صدق الرامي بيمينه، ولا شيء عليه عملًا بالظاهر؛ ولأن الاطلاع حاصل، وقصده أمر باطن، ذكره الْعِمْرَانِي، وغيره.

وهو نص «الأم» ولفظه: وإن ناله قبل أن ينزع بشيء فقال: ما عمدت ولا رأيت؛ لم يكن عليه شيء؛ لأن الاطلاع ظاهر ولا يعلم ما في قلبه، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وهذا ذهاب إلى تجويز رميه، وإن لم يتحقق قصده، وفي كلام الإمام ما يدل على أنه لا يرمى حتى يتبين الحال، وهو حسن.

قلت: ويعضده الحديث في صحيح مسلم: «**لَوْ أَعْلَمُ أَنَّكَ تَنْظُرُ؛ لَطَعَنْتُ بِهِ فِى عَيْنِكَ**».

خامسها: قوله: «فرماه» أي: في حال نظره، «بخفيف كحصاة» يشير إلى أنه لو رماه بشيء ثقيل كحجرٍ وسهم تعلق به القود أو الدية، وهو صحيح، نعم لو لم يتأت قصد عينه إلا بقتله فقَتله؛ فلا شيء عليه، نص عليه في «الأم» وجرى عليه الأصحاب كصائل لا يندفع ألا بذلك.

سادسها: قوله: «فأعماه أو أصاب قرب عينه فجرحه فمات؛ فهدر» لا يجوز رمي غير العين إن أمكنه إصابتها، وإن لم يمكنه؛ فجزم جماعة: أنه لا يجوز رمي غيرها، فإن فعل لزمه الضمان؛ لأن المتعدي هو العين، فإذًا لم يجز إتلاف غيرها وكان هذا فيما إذا أمكن دفعه بغير ذاك.

……………………………………………………………………………

ولو أصاب موضعًا بعيدًا من عينه [لا عن قصدٍ؛ ففي «الشامل»: لا يضمن، وجعله البغوي أصح الوجهين، وأحدهما فيما لو أمكنه إصابة عينه فأصاب غيرها، وفي «الإبانة»: لو قصد غيرها ضمن، إلا أن يكون الناظر بعيدًا؛ فقصد بالرمي عينه] فأصاب غيرها، فحينئذٍ لا يضمن.

وقال في «العمد»: إن ضرب غير العين، فإن أمكنه ضربها ضمن، وإلا فلا، قال: ويحتمل وجهين، وإن كان بعيدًا بحيث يخطئ فأصاب غير العين فلا ضمان، انتهى.

وقال الرَّافِعِي بعد نقله كلام الْبَغَوِي: والأشبه ما ذكره الرُّويَانِي، وهو أنه إن رماه فأصاب غير العين فإن كان ـ أي: ما أصابه ـ بعيدًا لا يخطئ من العين إليه ضمن، وإن كان قريبًا يخطئ إليه لم يضمن، وهذا تفصيل آخر، وبه أجابا في «المنهاج» وأصله.

سابعها: قضية إطلاق المصنف، وغيره: أنه لا فرق بين كون الناظر أصلًا للمنظور إلى دار، أو لا.

وقال الْمَاوَرْدِي: إنه يحرم على الأب ونحوه التطلع كغيرهم، وأما الذمي فإن كان المطلع من والديه لم يجز له رميهم، فإن فعل ضمن، فإن كان عند التطلع مستور العورة؛ [فلا تبرئة](١) له في الرمي، وعليه القود.

وإن كان مكشوف العورة؛ ضمنه بالدية دون القود، ويطلع ذو الرحم غير المحرم كالأجنبي، ولا فرق بين كون [المطلع رجلًا أو امرأةً، ولا بين كون من في الدار رجلًا أو امرأة في تحريم التطلع ورمي المتطلع.

قال الماوردي: وإن كان] المتطلع محرمًا له كالأبناء، والبنات، والأخوة، والأخوات، والأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات؛ ففي جواز رميهم، وفقأ أعينهم وجهان: الظاهر: من قول أبي حامد الإسفرائيني: أن له رميهم.

---

(١) في نسخة: (فلا شبهة).

بِشَرْطِ عَدَمِ مَحْرَمٍ وَزَوْجَةٍ لِلنَّاظِرِ، ....

وقال ابن أبي هريرة: ليس له رميهم، ويضمنهم بالدية كالآباء، انتهى. وسيأتي زيادة بينة تتعلق بكلام المصنف.

قال: (**بِشَرْطِ عَدَمِ مَحْرَمٍ وَزَوْجَةٍ لِلنَّاظِرِ**) أي: إنما يجوز له ما تقدم من الرمي ونحوه حيث لا محرم هناك، ولا زوجة، فإن كان لم يجز رميه؛ لأن له في النظر شبهة، وكان الأحسن أن يقول: أو زوجة كالمحرر، وهل مرادهم بالمحرم الأنثى أو أعم؟ الظاهر الأول.

قلت: ومن الشروط ألا يكون للناظر في الدار متاع، كذا جزما به، وفيه نظر، وقضيته أنه: لو كان له في الدار عبد، أو دابة: أنه لا يجوز رميه، وأقل الدرجات أن يخرج على الوجهين في نظر المعير، وسبق استثناء أصول رب الدار، وفي غيرهم من المحارم وجهان، إنما يمتنع الرمي؛ إذا لم يكن محرمه التي هي زوجة صاحب الدار، وإدامة النظر متجردة؛ إذ ليس له أن ينظر منها إلى ما بين السرة والركبة؛ كذا قالوه.

ونص عليه في «الأم» ولفظه: ولو كان المطلع ذا محرم من نساء المطلع عليه لم يكن له أن يناله شيء بحال، ولم يكن له أن يطلع؛ لعله يرى منهم عورة ليست له رؤيتها، وإن ناله شيء في الاطلاع ضمنه عقلًا وقودًا، إلا أن يطلع على امرأة منهم متجردة، فيقال له، فلا يترع؛ فيكون له حينئذٍ يكون له في الأجنبيين إذا أطلقوا، انتهى.

وقال الْبَنْدَنِيجِي بعد إيراده النص بمعناه: وهذا نص في أنه لا يجوز الرمي حتى يتقدم إليه بما هو أيسر منه، وهو الإصراف.

قلت: وسيأتي عن نص «الأم» ما قد يخالفه، واعلم أن إطلاقهم يقتضي الاكتفاء بحصول محرم للناظر في الموضع حالة الاطلاع لا غير.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أن الاعتبار بسكنى محرم للناظر في الدار لا بحضورها، حتى لو دخلت أخته دارًا فنظرت من صير الباب وقت كونها في الدار، فرماه صاحب الدار لم يضمن؛ لأن محرمه لم يسكن ملك الدار،

قِيلَ وَاسْتِتَارِ الْحُرَمِ، قِيلَ: وَإِنْذَارٍ قَبْلَ رَمْيِهِ. ....

والاعتبار بالسكنى، كذا رأيته فيما رتبته من «فتاوى الْقَفَّال» وهو حسن محتمل؛ بل ظاهر، وعليه ينزل كلامهم، والله أعلم.

قال: (**قِيلَ: وَاسْتِتَارِ الْحُرَمِ**) أي: بالثياب، أو غيرها كما تقدم، فإن كن مستترات، أو في بيتٍ، أو منعطف لا يراهن لم يجز على هذا الوجه رميه؛ لعدم اطلاعه، والأصح الجواز لعموم الأحاديث، وحسمًا للباب.

قال: (**قِيلَ: وَإِنْذَارٍ قَبْلَ رَمْيِهِ**) أي: جريًا على قياس الدفع بالأخف فالأخف؛ ولأنه قد يكون له عذر فيعرف الرمي فإن أصر رمي، والمرجح عندهما وهو المذهب الصحيح جواز رميه قبل الإنذار؛ لأنه ﷺ كان يتوعد الناظر ليرمي عينه بالمدرى، وهو مخالف للتدريج في دفع الصائل.

واعلم أنه وقع في النقل خبط فالمنسوب في «الشامل» و«الحاوي» و«تعليق الْبَنْدَنِيجِي» و«الحليتين» وغيرها إلى الشيخ أبي حامد اعتبار الإنذار قبل الرمي، وعلى هذا النقل جرى الرَّافِعِي، ونسبه الْمَاوَرْدِي، وصاحب «الحليتين» إلى القاضي أبي حامد، وعكس في «المهذب» ذلك فنسب إليهما الجواز، وبالإنذار قال جمهور البصريين والقاضي الحسين.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: وهو القياس والاختيار بعد قوله: إن الجواز مذهب الشَّافِعِي ﷺ.

وكذا قال أبو الطيب: إنه مذهب الشافعي، ثم قال: نعم قال الأصحاب: يستحب ألا يرميه في أول الاطلاع، ويأمره بالانصراف عنه، فإن رماه قبل أن يأمره، فقد ترك الاستحباب، ولا ضمان عليه، انتهى.

وفي «البسيط» قال القاضي - يعني الحسين -: لا بد من تقديم الإنذار، والأحاديث محمولة على ما إذا داوم على النظر، ولم ينته بالنهي، قال الْغَزَالِي: وهذا مبين في القياس؛ ولكن فيه مخالفة ظاهرة للأحاديث، انتهى.

وفي «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: قال أصحابنا: يستحب له الإنذار، والتحذير فإن لم ينزجر به له أن يقصد عينه بما يأتي عليها [بناءً على أن

……

المقصود الدفع بالأيسر فالأيسر] قال القاضي والشَّافِعِي: ذكر بعد هذا لو دخل داره فأمره بالخروج، فلم يخرج فله ضربه، انتهى.

وأحسب من اعتبر الإنذار أخذه من النص المتقدم في المحرم، وفيه نظر، ومن جعل المذهب الجواز أخذه من قوله قبل ذلك بأسطر: ولو طعنه عند أول اطلاعه بما يقتل، أو بحجر يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود؛ لأنه إنما أذن له أن يناله بالشيء الخفيف الذي يروع بصره، ولا يقتل نفسه.

قال: فلو ثبت مطلعًا لا يمتنع من الرجوع بعد مسألته أن يرجع، أو بعد رميه بالشيء الخفيف استعان عليه، فإن لم يكن في موضع غوث، أحببت أن يقيده، فإن لم يمتنع في موضع الغوث، وغيره عن الشروع عن الاطلاع فله أن يضربه بالسلاح، وأن يناله بما يردعه، فإن جاء ذلك على نفسه، أو جرحه فلا عقل ولا قود، انتهى.

والذي فهمه صاحب «المعتمد» في اتقان المذهب المجرد عن الشَّافِعِي ﷺ: وجوب الإنذار في مسألتي الأجنبي والمحرم حيث قال: إذا اطلع آخر في دار نهاه بالقول، فإن لم ينته فَخَذَفْه بِحَصَاةٍ أو عود [خفيف ففقأ عينيه؛ فهدر، فإن ولى، وإلا استغاث، فإن لحقه غوث] وإلا فله ضربه، وإن أتى على نفسه، ثم ذكر مسألة المحرم، وأحسبه بحث ذلك من «الأم» والظاهر من نص «الأم» المتقدم في الأجنبي استحباب الإنذار أولًا، والعلم عند الله تعالى.

إشارة: قال الرَّافِعِي: وعن صاحب «التقريب»: أنه استدل بجواز الرمي قبل الإنذار هاهنا على أنه لا يجب تقديم الكلام في دفع، وأنه يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل، وربما روي عنه تحريمه على الخلاف في وجوب استتابة المرتد، وذكر الإمام أن مجال التردد الكلام الذي هو موعظة، وقد يفيد، وقد لا يفيد؛ فأما ما يوثق لكونه دافعًا من تخويف، وزعقة مزعجة فلا يجوز أن يكون في وجوب البداية بخلاف، قال الرَّافِعِي: وهذا حسن، انتهى. وسكت عن هذه اللاحقة في «شرحه الصغير» والله أعلم.

……………………………………………………………………………

خاتمة: المتبادر من كلام المصنف وغيره: أن الكلام فيما إذا كان الناظر رجلًا؛ لكنهما قالا: إن أصح الوجهين: جواز رمي المرأة والمراهق، والظاهر: أنه لا يجوز رمي مجنون لا تمييز له؛ لأنه في حكم الطفل.

ونص الشَّافِعِي ـ كَلَّلهُ ـ والأصحاب: أنه لا يجوز رمي الأعمى، فإن فعل ضمن، ووقع في «الحاوي» الأعجمي، والظاهر: أنه تحريف من ناقل، وصوابه: الأعمى، قالوا: لأنه لا يرى شيئًا، وقد يؤخذ من ذلك أنه لو كان يطلع البصير في حدس الظلام بحيث لا يرى شيئًا من شدة الظلمة أنه لا يجوز رميه إذا أحس به.

فرع: قال الرَّافِعِي: لو وضع الأذن على صير الباب، أو وقف على الباب يسمع؛ لم يجز رمي أذنه، وليس السمع كالبصر في الاطلاع على العورات.

قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيخي تنزيل الأذن بمنزلة العين، ولا أثق بالمعلق، ولم أورده للاعتداد به؛ لكن المصنف اعتد به فجعله وجهًا في «الوسيط» انتهى.

قلت: وجزم بإثباته في «الشرح الصغير» وعبارة «الوسيط»: والصحيح أنه لو استرق السمع من كوة لم يقصد أذنه من غير إنذار، ثم قال: وفيه وجه: أنه ملحق به، انتهى.

وهذا السياق يقتضي جواز رميه بعد الإنذار؛ إذا أصر على ذلك، وعبارة «البسيط»: من استرق السمع من كوة لم يقصد أذنه بما يقصد به العين، ووجهه بأن استماع الكلمات أمره هين، ثم قال: وفي بعض التعاليق التي لا يوثق بها ذكر وجه: أنه كالعين، وهو غلط، انتهى.

فصل: ضمنه مسائل منثورة نختم بها الباب

الأولى: دفع من دخل داره من الأجانب بغير إذنه كما يدفعه عن سائر أمواله، وهل يدفعه قبل الكلام والإنذار؟ قال الْبَغَوِي: فيه وجهان، كما في الناظر قبل النهي والإنذار.

....

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون الأظهر التقديم كما في سائر أنواع الدفع، وجزم في «شرحه الصغير»: بأنه الأظهر، وفي متن «الروضة»: بأنه الأصح، وسبق نقل القاضي [الحسين له عن النص واستشهد به لاختياره في مسألة الناظر.

وقال الشافعي في «الأم»] متصلًا بمسألة النظر: إذا دخل الرجل منزل الرجل ليلًا، أو نهارًا بسلاح، فأمره بالخروج، فلم يخرج؛ فله أن يضربه، وإن أتى الضرب على نفسه، انتهى.

وفرق القاضي أبو الطيب بين الداخل والمطلع بأن رمي المطلع منصوص عليه، ودفع الداخل مجتهد فيه؛ فلزمه قصر ما يمكن، انتهى.

ولا يخفى ضعف هذا الفرق، ثم الصحيح: أنه لا يتعين قصد رجله؛ لأنه دفع بجميع بدنه، وهل يجوز رمي عينه إذا كان هناك من يحرم نظره إليه؟ قال جماعة: يجوز، وقال الأكثرون: لا يجوز، قاله القاضي أبو الطيب.

وقال الرَّافِعِي بعد إيراده الوجهين: والأظهر أن له دفعه بما تيسر، ولا يتعين قصد عضو، ولا يمنع قصد عضو، انتهى.

وليس هذا وجهًا ثالثًا؛ بل هو قضية كلام الجمهور كما اقتضاه إيراد غيره، ومرادهم بعدم الجواز: أنه لا يجوز تخصيصه العين بل يدفعه، كما يدفع سائر الصول بالأخف فالأخف؛ لأن الحكم لما انتقل إلى جميع البدن سقط اعتبار الطرف. نعم لو دلت الحال على أنه دخل لينظر إلى حرمه، أو صرح الداخل بأن ذلك مقصوده؛ فالظاهر جواز تخصيص عينه بالرمي، وإنما الكلام فيما إذا لم يعلم قصده، أو علم أنه غير الناظر فتأمله!، والله أعلم.

الثانية: لو وجد هذا الداخل قتيلًا في الدار، فادعى صاحبه أنه قتله دفعًا عن داره، وتوصلًا إلى إخراجه؛ فالقول قول الولي بيمينه، وعليه القود، فإن أقام البينة بأنه دخل عليه بسيف مشهور، أو قوس موتور، فإن أكملت البينة الشهادة بأن قالت: أرداه بذلك؛ سقط الضمان، وإن اقتصرت على أنه دخل داره شاهرًا سلاحه.

....

قال الشَّافِعِي في «الأم» في جراح العمد، وتابعه الأصحاب، وتبعهم الرَّافِعِي، والمصنف: صدق فلا قود عليه، ولا دية للقرينة الظاهرة.

وحكى الْمَاوَرْدِي هذا القسم عن الشيخ أبي حامد، ثم قال: وعندي أن هذه الشهادة تسقط القود؛ لأنها شبهة فيه، ولا تسقط الدية؛ لاحتمال دخوله، كذلك لهرب من طلب، وحكاه عنه الشَّاشِي، وأقره، وعبارة «تنبيه ابن أبي عصرون» قبله: [إن قتله] وأقام بينة أنه دخل عليه بسلاح مشهور فاعتدى عليه؛ لم يضمنه، وإلا ضمنه، انتهى.

وقضيتها: أن البينة إذا لم تقل قاصدًا إليه يضمن، وسكت غيره عن ذلك، وما ذكره ظاهر نص «الأم» فاعلم.

قال الشَّافِعِي ﷺ [والأصحاب: ولا تكفي البينة أنه دخل داره بسلاح غير مشهور.

قال الرافعي:] اقتدت منه، وفي النفس من هذا الإطلاق شيء، ويشبه أنه إن دلت القرينة الظاهرة على دخوله الدار للقتل، أو السرقة بأن شهدت البينة بأنه رآه ينقب جداره ويتسور جداره، ويكسر بابه في جنح الليل، أن ينهض ذلك بشبهة دارئة للقود، ولا سيما إذا كان الداخل معروفًا بالقتل والفساد، أو بينه وبين رب الدار عداوة ظاهرة، ولا يتقاصر عن هذا دخوله عليه بقوسٍ موتورٍ، وسكينٍ مشهور، والله أعلم.

الثالثة: قال الْمَاوَرْدِي وغيره: إِذَا الْتَقَى رَجُلَانِ أَوْ زَحِفَانِ فَتَقَاتَلَا ظُلْمًا عَلَى عَصَبِيَّةٍ، وَطَلَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَ الآخَرِ وَمَالَهُ؛ فلا قود، والضمان جارٍ بين الفريقين، وعلى هذا حمل قوله ﷺ: «**إِذَا الْتَقَى الْمُسْلِمَانِ بِسَيْفَيْهِمَا فَالْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ**. . .الحديث»(١).

وقال الإمام: لو التقى رجلان بسيفين، وكل واحد منهما قاصد الآخر،

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٣ رقم ٢٠٤٥٦) والبخاري (١/ ٢٠ رقم ٣١)، ومسلم (٤/ ٢٢١٤ رقم ٢٨٨٨) وأبو داود (٤/ ١٠٣، رقم ٤٢٦٨)، والنسائي (٧/ ١٢٥، رقم ٤١٢٢).

....

وغلب على ظن كل منهما: أنه لا يندفع إلا بوضع السيف فيه؛ فيجوز وضعه، ثم يخرج من ذلك أنه لا ضمان أصلًا، ويصير كل واحد منهما وقد التبس الأمر عليه في حق صاحبه كبهيمة صائلة، ثم إذا قلنا بذلك فيتجه أن كل واحد منهما هدر.

ثم قال: هذا ما أراه، وغالب ظني: أني وجدت لبعض الأصحاب نصًا في هذه المسألة، وسأحرص على طلبه، وإلحاقه على أن الكلام في هذا على وجه لا يجوز تقرير خلاف فيه، ولو فرض خلاف ذلك فهو هفوة من قائله، انتهى.

وما ذكره يشمله ما تقدم، ويجوز أن يكون صورة أخرى، وما حققه حق؛ إذ كل واحد منهما صائل على نفس صاحبه.

وأصل كلام «الحاوي» وغيره قول الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وإذا كان الزحفان ظالمين مثل أن يقتتلوا على نهبٍ أو عصبة، ويغشى بعضهم بعضًا في حريمه، فلا يسقط عن واحد من الفريقين فيما أصابه من صاحبه عقل، ولا قود إلا أن يقف رجل فيعمده رجل بضرب فيدفعه عن نفسه، فإن له دفعه عنها.

قال الشَّافِعِي ﷺ: وما قلت إن للرجل فيه أن يضرب المريد على ما يقع في نفسه؛ إذا كان المريد مقبلًا إليه فالقول قول المراد مع يمينه، كان المراد شجاعًا أو جبانًا، أو المريد مأمونًا أو مخوفًا، انتهى.

الرابعة: قال في «الإبانة»: لو أخذ رجل متاعه أو ماله ـ أي بسرقة ـ فله مقاتلته حتى يطرح ماله، وإن أتي ذلك على نفسه، فلو طرح المتاع وهرب فليس له أن يتبعه فيضربه، فلو أتبعه وقطع يده، وعلم أن قطع السرقة كان واجبًا عليه لم يضمن؛ لأن تلك اليد بعينها مستحقة الإتلاف بخلاف ما لو وجب حد الزنا على رجل جلدًا فجلده واحد من عرض الناس، فإنه يضمن؛ لأن الجلد مجتهد في كيفية إقامته، والمواضع التي تجلد من البدن، وشدة الضرب.

وأوضح مراده في كتابه «العمد» فقال: ولو دخل لص داره، فأمره بالخروج، فله ضربه للإخراج، واسترداد المال، فإن أخذ في الخروج وطرح

....

المال؛ فليس له ضربه، ولا قتله، فلو لم يظفر به حتى خرج عن الحرز مع المال، فتبعه رب المال فقطع يده قبل طرح المال، أو وبعده، فلا ضمان عليه إذا أثبت السرقة عند القاضي بخلاف الجلد، فإنه لو أقامه غير الإمام لا يكون حدًّا بحال، انتهى.

الخامسة: قال صاحب «العدة» في دفع الصائل ما لفظه: وإن قطع يد رجل عند القصد فلما ولَّى تبعه، وقتله كان لوليه القصاص في النفس؛ لأنه حين ولَّى عنه لم يكن له أن يقتله، ولورثة المقصود أن يرجعوا في تركة القاصد بنصف الدية؛ لأن القصاص سقط عنه بهلاكه، انتهى.

وقال في «البيان»: وإن قصده فقطع يده فولَّى عنه، ثم تبعه فقتله كان لوليه القصاص في النفس؛ لأنه لما ولَّى عنه لم يكن له قتله، قال في «العدة»: ولورثة المقصود... إلى آخر كلام «العدة».

ثم قال: والذي يقتضيه المذهب: أنهم لا يرجعون بشيء كما لو اقتص منه بقطع يده ثم قتله؛ ولأن النفس لا تنقص بنقصان اليد؛ ولهذا لو قتل رجل له يدان رجل ليس له إلا يد قتل به، ولا شيء لورثة القاتل، انتهى لفظه.

وهذا الاعتراض غلط تبعاه هنا، وزادا في الإيهام فصرحا بأن المقطوع يده هو الصائل، فقال الرَّافِعِي في «البيان»: أنه لو قطع يد الصائل في الدفع فلما ولَّى تبعه فقتله؛ وجب القصاص في النفس، وحكي عن بعض الأصحاب، وساق ما سبق عن «العدة» واعتراض الْعِمْرَانِي، وقال في «الروضة»: لو قطع يد الصائل دفعًا للمسألة.

ومراد صاحب «العدة»: أن الصائل قطع يد المصول عليه، ثم ولَّى فتبعه المصول عليه فقتله، وما فهمه الْعِمْرَانِي عنه، وتبعاه عليه لا يقوله أحد؛ لظهور فساده، وما في «العدة» وهو الصواب تصويرًا وحكمًا، والمنصوص في «الأم».

قال الشَّافِعِي في «الأم» قبيل باب ما جاء في الرجل يقتل أبيه من جراح العمد ما لفظه: ولو شهدوا أنه أقبل إليه في صحراء بسلاح، فضربه فقطع يد

فَصْلٌ

وَلَوْ عَزَّرَ وَلِيٌّ وَوَالٍ وَزَوْجٌ وَمُعَلِّمٌ فَمَضْمُونٌ.

الذي أربد، ثم ولى عنه فأدركه فذبحه، أقدته منه، وضمنت المقتول دية يد القاتل، انتهى.

ووجهه ظاهر، وقد نقل الرَّافِعِي، والمصنف المسألة ونظيرها في باب استيفاء القصاص عند «التهذيب» على الصواب.

وملخص المسالة: إن زيدًا صال على عمرو، فقطع يده صائلًا، ثم ولَّى فتبعه عمرو فقتله؛ اقتدت ورثة زيد من عمرو، ورجعت ورثة عمرو في تركة زيد بدية يد مورثهم المقطوعة ظلمًا، وظن الْعِمْرَانِي أن المقطوع يده، والمقتول بعد أن ولَّى هو الصائل لا غير، فقال ما قال، ولو كان الأمر كما توهمه؛ لكان ما قاله حقًّا.

السادسة: قال الرَّافِعِي: قال ابن كج: لو صال عليه فحل وأمكنه الهرب فقتله دفعًا، هل يضمنه؟ ينبني على وجوب الهرب إذا صال عليه إنسان؟ إن قلنا: [يجب ضمن] وإلا فلا.

وذكر إبراهيم المروزي: أن العبد المبيع لو صال على البائع، أو أجنبي قبل القبض فقتله دفعًا؛ ينفسخ العقد، وأنه لو صال المبيع على المشتري، ففي مصيره قابضًا وجهان، ولو صال العبد المغصوب، أو المستعار على مالكه فقتله دفعًا؛ لم يبرأ الغاصب، والمستعير على الأصح.

قلت: ويجب بناء الفرعين على وجوب الهرب كما صدر به المسألة، وحينئذٍ يجب تقييد ما سبق [في البيع في قتل المشتري دفعًا، قال في «الترغيب» عقب ما سبق:] أما لو وقف على بابه بحيث يعلم، وكان مضطرًا إلى خروجه، ولا يتمكن منه إلا بقتله، فهل يضمن؟ فيه وجهان: ليس من جانب البهيمة سفر، انتهى.

فصل

قال: (وَلَوْ عَزَّرَ وَلِيٌّ وَوَالٍ وَزَوْجٌ وَمُعَلِّمٌ؛ فَمَضْمُونٌ) أي: لأنه تبين

……

بالهلاك أنه جاوز الحد المشروع، وقيل: إذا عزر الإمام، أو القاضي لحق آدمي لا ضمان بناءً على وجوب التعزير بطلبه، فصار كالحد، والمذهب: أنه لا فرق، وفيه بحث سيأتي.

ولو جاوز من ذكرناه الحد المشروع أقيد منه بشرط خلاف أصله، وإلا فهو شبه عمد، ولا فرق بين ضرب المعلم الصبي بإذن أبيه، أو دونه.

نعم، لو كان مملوكًا فضربه بإذن سيده؛ قال الْبَغَوِي: لا ضمان؛ لأنه لو أمره بقتله فقتله لم يضمن، ونقل الإمام في كتاب الرهن عدم الضمان عن العراقيين؛ لأن لفظ الضرب مطلق لا تقييد فيه، قال: وهذا فيه نظر عندي، فإن الضرب يخالف القتل، وما نقله عنهم ذكره في «الشامل» هناك في بحث، فقال: إلا أن عندي إن كان أذن في تأديبه أو تضمنه إذنه؛ ويشترط حينئذٍ السلامة؛ كما شرط في الضرب الشرعي، وهذا حسن، وينبغي ترجيحه، وهنا أشياء:

منها: قضية إطلاقهم أنه لا فرق في تضمين الولي بين التأديب الواجب عليه كضربه الصبي على تركه الصلاة، وبين ضرب التربية والتأديب، ويمكن الفرق بينهما، وفي باب النشوز في «الوسيط»: الأولى للزوج [ترك الضرب بخلاف الصبي؛ لأن مقصوده إصلاح الصبي، وهذا يصلح زوجته لنفسه؛ فلذلك كان ضرب] الزوج مقيدًا بشرط سلامة العاقبة، انتهى. فأفهم أن ضر ب الولي ليس مقيدًا بذلك، [وهو متعدد].

ومنها: قال بعض من أدركنا: أطلق الأصحاب أن التعزير إذا انتهى إلى القتل مضمون، وهذا محمول على التعزير على المعصية السابقة لاستصلاح، أما التعزير الذي يرهق به إلى الخروج إلى الحق الواجب المتعين الممتنع منه أي: مع تمكنه من بذله، فغير مضمون، [كما أن القتل إذا أدت إليه المقاتلة الجائزة غير مضمون].

واستدل له بكلام الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» في تارك الصلاة، وفي كلام الرَّافِعِي هناك ما يقتضي أن الممتنع من أداء الحقوق يعاقب وإن أدى إلى قتله،

وَلَوْ حَدَّ مُقَدَّرًا فَلَا ضَمَانَ.

وَلَوْ ضُرِبَ شَارِبٌ بِنِعَالٍ وَثِيَابٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وما ذكره حسن، وأمثلته واضحة: **منها**: الغاصب، والمودع، والمستعير، والمستأجر، وغيرهم؛ إذا امتنعوا من أداء العين أو بذلها، ولا مانع لهم ولا عذر، وهذا ظاهر؛ إذا تعين الضرب طريقًا في الخلاص؛ لأنه يشبه دفع الصائل، وسبق عن الفوراني التصريح بذلك في المالك، فما ظنك إذا كان الإمام، ونحوه المتولي لدفعه عن ظلمه بالتأديب.

ومنها: فرق الْمَاوَرْدِي وغيره بين الولي والمعلم، وبين رائض الدابة بأنه لا يستغني عن ضربها بغيره من قول، أو زجر بخلاف الصبي فيتعين ضربها ولم [يضمنه] ولم يتعين ضرب الصبي فضمنه، انتهى.

وقضية هذا أنه لو لم يصلح الصبي إلا بالضرب، أو لم يصل إلا بالضرب أنه لا يضمن، ولم أر من قاله، ويؤخذ من ذلك أنه لو أمكن إصلاح الصبي بقولٍ أو زجرٍ أنه لا يجوز ضربه. قال: **(وَلَوْ حَدَّ مُقَدَّرًا)** أي: في غير الشرب.

(فَلَا ضَمَانَ)؛ لأن الحق قتله، وهذا عند اعتدال الوقت، وكذا في شدة الحر والبرد على المرجح، ويشبه أن يقال: إذا أوجبنا التأخير وعلم أن الحد يقتله فيهما أنه يضمن؛ إذ المطلوب الزجر لا القتل، وكذا يقال: لو كان الزاني نضوًا لا يحتمل السياط؛ بل العثكال فحد بالسياط فمات؛ فيظهر أنه مضمون لا محالة.

قال: **(وَلَوْ ضُرِبَ شَارِبٌ بِنِعَالٍ وَثِيَابٍ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّحِيحِ)** أي: المنصوص في «الأم» قال: والحق قتله، فلا عقل ولا قود ولا كفارة، ثم ذكر المسألة الثانية، وقضى فيها بالضمان كما سيأتي.

وقال الرَّافِعِي: فيه وجهان بناء على أنه هل يجوز أن يحد هكذا؟ إن قلنا: يجوز ـ وهو الأصح ـ فلا ضمان كما في سائر الحدود.

وإن قلنا: لا يجوز وجب الضمان؛ لأنه عدل عن الحبس الواجب في الحد إلى غيره، انتهى.

وَكَذَا أَرْبَعُونَ سَوْطًا عَلَى الْمَشْهُورِ.

والمراد أنا إذا قلنا لا يُكتفى بذلك، ويتعين السوط كما سبق بما فيه، ويخرج من هذا أنه لو كان المحدود لا يحتمل إلا النعال ونحوها فجلد بها لا يضمن قطعًا، وأنه لو جلد بالسوط؛ ضمن بلا خلاف؛ لكن ابن الرِّفْعَة حكى عن القاضي أبي الطيب أن الشَّافِعِي ﷺ نص على أنه لو ضرب الضعيف بالسوط، وكان يجب أن يضرب بعثكال [النخيل] أنه لا ضمان، انتهى. وهذا مشكل جدًّا، وإن وافقه إطلاق المصنف وغيره، وسنذكر عن نص «الأم» ما يخالفه.

قال: (**وَكَذَا أَرْبَعُونَ سَوْطًا عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: كسائر الحدود؛ لأن الصحابة ﷺ أجمعت على أنه يضرب أربعين جلدة، وصح ذلك مرفوعًا كما سبق.

والثاني: يجب، قال الرَّافِعِي: لأن التقدير بأربعين جلدة كان بالاجتهاد، ويدل عليه قول علي ﷺ: «إنه شيء أحدثناه بعد رسول الله ﷺ».

إشارات: كان التحرير أن يقول: على الأظهر، فإن الثاني مشهور منصوص في «الأم» في جراح العمد كما نقله جماعة، واقتضى كلام الرُّويَانِي في «التجربة»: أنه المذهب، وأن الأول قول بعض الأصحاب، وربما أفهم نص «الأم» منع جلده بالسياط، فإنه ذكر ما إذا هلك من جلده بنعلين، أو طرف ثوب، أو يد، أو ما أشبه ذلك، وقضي بالإهدار؛ إذا لم يجاوز أربعين.

ثم قال: وإن ضربه أربعين، أو أقل منهما بسوطٍ أو ضربه أكثر من أربعين بالنعال، أو غير ذلك فمات؛ فديته على عاقلة الإمام دون بيت المال، واستدل له بما سبق عن قول علي ﷺ من طريق ضعيف.

وحكى جماعة الخلاف وجهين، ثم الظاهر أن موضع الخلاف إذا قلنا: لا يجوز الضرب بالسوط، فإن جوزناه به وبغيره كما صححوه، أو قلنا: يتعين السوط في جلد الأقوى؛ فلا ضمان قطعًا.

ويحتمل أن يقال: يجب، بناء على أن تعيينه بالاجتهاد فأشبه التعزير،

أَوْ أَكْثَرُ وَجَبَ قِسْطُهُ بِالْعَدَدِ، وَفِي قَوْلٍ نِصْفُ دِيَةٍ، وَيَجْرِيَانِ فِي قَاذِفٍ جُلِدَ أَحَدًا وَثَمَانِينَ. وَلِمُسْتَقِلٍّ قَطْعُ سِلْعَةٍ إِلَّا مَخُوفَةً لَا خَطَرَ فِي تَرْكِهَا، أَوْ الْخَطَرُ فِي قَطْعِهَا أَكْثَرُ،

والظاهر أن [الضعيف][1] الذي لا يحتمل السياط مضمون قطعًا، وإذا قلنا بالتضمين على القول الثاني فهل يجب كل الضمان، أو نصفه، أو يوزع على التفاوت بين ألم السياط، والضرب بالنعال، وأطراف الثياب؟ فيه أوجه: أظهرها: وهو نص «الأم» الأول، والثالث مزيف.

قال: (**أَوْ أَكْثَرُ**) أي: أربعين في صورتي النعال والسياط، فمات.

(**وَجَبَ قِسْطُهُ بِالْعَدَدِ**) أي: نظرًا إلى الزائد فقط.

(**وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُ دِيَةٍ**) أي: كما لو جرح نفسه جراحة [وجرحه] غيره جراحات، وفرقوا بينهما بأن السياط تقع على ظاهر البدن فتكون متقاربة، والجراحات تؤثر في الباطن، ونكاياتها مختلفة لا تكاد تنضبط.

فعلى الأول لو زاد على أربعين جلدة [واحدة؛ وجب جزء واحد من إحدى وأربعين، وإن زاد جلدتين وزع اثنين وأربعين، وهكذا] فإن ضربه ثمانين فمات منها؛ التقى القولان، ولزم نصف الدية، وحكي في أصل المسألة قول ثالث: أنه يجب جميع الدية؛ ولعله ظاهر نص «الأم».

قال: (**وَيَجْرِيَانِ فِي قَاذِفٍ جُلِدَ أَحَدًا وَثَمَانِينَ**) أي: فمات ففي قول نصف الدية، وعلى **الأظهر**: جزء من إحدى وثمانين جزءًا من الدية، ولا يخفى قياس الزيادة.

قال: (**وَلِمُسْتَقِلٍّ قَطْعُ سِلْعَةٍ**) أي: سلعته بنفسه وبغيره؛ لإزالة الشين، و«السلعة» بكسر السين: غدة بين اللحم والجلد.

قال: (**إِلَّا مَخُوفَةً لَا خَطَرَ فِي تَرْكِهَا، أَوْ الْخَطَرُ فِي قَطْعِهَا أَكْثَرُ**) فلا يجوز له قطعها في الحالتين، فإن كان الخطر في الإبقاء أكثر جاز رجاء السلامة، وقيل: لا؛ لأنه استفتاح أمر خطر بخلاف الترك، وإن تعادل الأمران؛ فالأصح الجواز، وتآكل بعض الأعضاء ـ نسأل الله العفو والعافية ـ كالسلعة.

---

(١) في نسخة: (النضو).

وَلِأَبٍ وَجَدٍّ قَطْعُهَا مِنْ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ مَعَ الْخَطَرِ إِنْ زَادَ خَطَرُ التَّرْكِ لَا لِسُلْطَانٍ، وَلَهُ وَلِسُلْطَانٍ قَطْعُهَا بِلَا خَطَرٍ، ....

ولو قطع السلعة، أو العضو المتآكل قاطع بغير إذنه وليس بوالدٍ له؛ لزمه القود، وإن كان الإمام.

واعلم أن المستقل هنا هو الحر المكلف، كما قاله الْمَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما، لا الرشيد المطلق التصرف كما أشرنا إليه في الجنايات، فأمر السفيه الحر المحجور بالقطع كأمر الرشيد، ولو قطع السلعة أو الحسنة من الحر المكلف قاطع بإذنه؛ فلا قود، وكذا لا دية على الأظهر، قالهالْمَاوَرْدِي، وغيره، وأشار الشيخان إلى أنه إذا جاز القطع فلا دية قطعًا وهو ظاهر.

فرع: للعاقل إغراق نفسه حيث لا نجاة له من النار دونه على الأصح؛ لإهلاكها بالألم.

قال: (**وَلِأَبٍ وَجَدٍّ قَطْعُهَا**) أي: السلعة ونحوها من حسنة، وأكلة.

(**مِنْ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ مَعَ الْخَطَرِ إِنْ زَادَ خَطَرُ التَّرْكِ**) أي: لكمال شفقتهما، وقوة ولايتهما كما لهما تزويج البكر الصغيرة؛ لا إن استوى الخطران في الأصح، وقيل: ليس لهما القطع للخطر مطلقًا.

قال: (**لَا لِسُلْطَانٍ**) أي: ووصي وقيم؛ لنزول مراتبهم عن الأب والجد.

قال: (**وَلَهُ**) أي: للأب والجد.

(**وَلِسُلْطَانٍ قَطْعُهَا**) أي: السلعة.

(**بِلَا خَطَرٍ**) هذا في الأب والجد مُسلَّم، وأما في السلطان فهو شيء أبداه الإمام، والذي رأيته في كتب المذهب منعه من قطع السلعة من غير تفصيل.

وقد قال بعد قوله: إن له قطع غير المخوفة كما له الفصد والحجامة، وقد نقل الأصحاب مطلقًا أن السلطان لا يقطع السلعة، ولم يزيدوا على هذه الصورة؛ لأنها من [المعالجات][1]، انتهى.

---

[1] (١) في نسخة: (المعاني).

وَفَصْدٌ وَحِجَامَةٌ، ....

وفي إلحاق قطع السلعة لا سيما الكبيرة بالفصد الحجامة نظر، وإن ظن عدم خطرها فقد يتولد من الجرح الواسع الهلاك، على أني لم أر من صرح بذلك غير الإمام وأتباعه، ونقل الرَّافِعِي فيها وجهًا عن رواية الرُّويَانِي، وهو قضية ما في «التهذيب» و«الكافي» وغيرهما، وفي «الإبانة»: إذا قطع القاضي السلعة فوجهان:

أحدهما: لا ضمان إن تلف؛ لأنه وليه.

والثاني: يضمن؛ لأن للأب معالجته وفصده وحجامته؛ لقوة ولايته، والقاضي أنقص ولاية، ولا يلي إلا ما له، فأما الحجامة، والفصد، وقطع السلعة، ونحوه فليس إليه، انتهى.

والظاهر أن الرُّويَانِي أقام في كلام الإمام والأصحاب وجهين، والذي صرح به الأئمة: أنه في قطع السلعة كالأجنبي بلا استثناء.

فإن [قلتَ: كلام الرافعي، والمصنف يفهم أن الممتنع على الأجنبي القطع المخطر، حيث قالا: وليس للأجنبي المعالجة، ولا القطع المخطر بحال].

قلتُ: الظاهر الذي أكاد أقطع به أن هذا المفهوم غير مراد، وأن لفظة: «المخطر» حشو من الكلام، وليس للأجنبي غير الولي قطع بحال، وفي «تعليق الْبَغَوِي»: أنه إذا قطعها أجنبي؛ لزمه القود أو السلطان أو وصيه أو قيمه تجب الدية في ماله، وفي القود قولان.

وقد نص في «الأم»: أنه لو ختن خاتن بأمر أجنبي الطفل فتلف كان على عاقلته ديته، ولا يرجع على الآمر، وهو كمن أمر رجلًا بقتل، وأطلق الأصحاب أن الأجنبي إذا قطع السلعة؛ لزمه القود قولًا واحدًا.

قال: (**وَفَصْدٌ وَحِجَامَةٌ**) أي: عند إشارة الأطباء بذلك، كذا قاله الإمام وأتباعه، والذي رأيته لغيره: أن ذلك للأب، والجد خاصة دون السلطان.

إشارات: هل يكفي خبر طبيب واحدٍ، أم لا؟ يشبه أن يكون فيه ما سبق مرات في التيمم وغيره، والظاهر: الاكتفاء بواحد، وأن معرفة الولي بالحاجة

فَلَوْ مَاتَ بِجَائِزٍ مِنْ هَذَا فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ فَعَلَ سُلْطَانٌ بِصَبِيٍّ مَا مُنِعَ فَدِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ فِي مَالِهِ.

إلى الفصد ونحوه كافية؛ إذا كان عالمًا بالطب.

هل ما سبق في قطع الأب والجد السلعة ما إذا كان الصبي والمجنون في ولايتهما كفالة، ومالًا، أم لا فرق؟ ويشبه الاكتفاء بكونه في كفالتهما، وإن لم يليا ماله، والظاهر: أن الأب الرقيق كالأجنبي، وفيمن لا ولاية له كالإحراز على ماله، ونفسه لفسقٍ نظر، ولم يحضر في ذلك نقل.

قال: (**فَلَوْ مَاتَ بِجَائِزٍ مِنْ هَذَا**) أي: من قطع السلعة ونحوها، والفصد والحجامة.

(**فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ**)؛ لئلا يمنع الولي من ذلك فيتضرر الصغير.

والثاني: يجب كما في التعزير، وحصر إبراهيم المروزي الوجهين في قطع السلعة بالولد، ونقل الإمام عن الأصحاب مطلقًا، والثاني عن القاضي الحسين؛ لأنه إنما يباح بشرط السلامة كالتأديب، وجزم بتضمين الإمام وقيم الطفل.

ولكن الظاهر [أنه مبني على المشهور في أنه ليس للأب والجد قطع السلعة، ورأى البغوي في «التعليق»:] أنه تجب الدية على الأب قولًا واحدًا.

وفي «الحاوي»: إن كان القاطع أبًا أو جدًّا وكان تركها أخوف؛ لم يضمن، وإن كان قطعها أخوف؛ ففي ضمان الدية وجهان، واقتضى كلامه تضمين الإمام، والقيم، والوصي الدية قطعًا، وفي القود قولان منصوصان، **أصحهما**: لا؛ لقصده المداواة، ويكون ذلك شبه عمد.

قال: (**وَلَوْ فَعَلَ سُلْطَانٌ بِصَبِيٍّ مَا مُنِعَ؛ فَدِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ فِي مَالِهِ**) أي: على المذهب لتعديه ولا اختصاص لما ذكرناه بالسلطان، وقد صرحا وغيرهما بأن الأب إذا قطع السلعة حيث لا يجوز قطعها فالدية مغلظة في ماله.

وقيل: لا يجب الضمان على الأب أصلًا، وبه يشعر كلام الكتاب، وقال **الْمَاوَرْدِي**: إن قطع السلعة من صبي، أو مجنون من لا ولاية له عليه بنسب ولا

……………………………………………………………………

حكم؛ لزمه القود، وإن كان له عليه ولاية فأقسام:

الأول: السلطان، فإن كان قطعها أخوف؛ لزمه القود، وإن كان الترك أخوف، ففي [الدية][1] قولان، هذا حكم سلطان، ليس بإمام كالأمير والقاضي.

وإن كان إمامًا فأحد الوجهين ـ يعنى الطريقين: أنه في القود كالأمير والقاضي.

والثاني: وأشار إليه أبو إسحاق أنه لا قود عليه قطعًا.

والثاني: أن يكون أبًا أو جدًا، وذكر ما قدمناه عنه.

والثالث: أن يكون وصيًا، أو قيمًا وفيهما وجهان:

أحدهما: عليه القود في الأموال؛ لاختصاص ولايتهما بماله دون بدنه.

والثاني: أنه يجري عليهما حكم مستنيبهما فالوصي كالأب، والقيم كالحاكم إذا قطعاها.

فائدة: قال في أصل «الروضة»: إذا فعل السلطان بالصبي ما منعناه فسرى إلى نفسه؛ فعليه الدية مغلظة في ماله [وقيل: في كونها في بيت المال وعلى عاقلته القولان في خطئه] لأنه قصد الإصلاح، ولا يجب القود على الأظهر.

واستبعد الأئمة وجوب القصاص، وقال صاحب «الإفصاح»: القولان إذا كان للصبي أب أو جد، فإن لم يكونا، فلا قود بلا خلاف، انتهى.

وفي هذا الإطلاق نظر، ولعل محله فيما إذا لم يكونا أهلًا بحال لرق أو فسق، فأما إذا كانا أهلًا، والولاية لهما فالسلطان بمنزلة الأجنبي فيلزمه القود قطعًا، وفي جنايات «الحاوي»: أنه لو قطعها حاكم أو وصي من صغير، أو مجنون حيث الترك أخوف من القطع، ولا ولي سواهما فقولان منصوصان: أصحهما: لا قود لقصد المداواة، ويكون ذلك شبه عمد، انتهى.

---

(١) في نسخة: (القود).

وَمَا وَجَبَ بِخَطَإِ إِمَامٍ فِي حَدٍّ أَوْ حُكْمٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ، وَفِي قَوْلٍ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

وَلَوْ حَدَّهُ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا عَبْدَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ أَوْ مُرَاهِقَيْنِ؛ فَإِنْ قَصَّرَ فِي اخْتِبَارِهِمَا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ، ....

وقضية ذلك أن الصورة فيما إذا لم يكن له ولي غير الحاكم عكس ما قاله صاحب «الإفصاح» وغيره أطلق كما تضمنه كلام الشيخين.

قال: (وَمَا وَجَبَ بِخَطَإِ إِمَامٍ فِي حَدٍّ أَوْ حُكْمٍ؛ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ) أي: كغيره.

(وَفِي قَوْلٍ: فِي بَيْتِ الْمَالِ) [لأن خطأه يكثر لكثرة الوقائع فإيجابه على عاقلته بجحد لها فكان ببيت المال] أحق به فإنه لزم بالحكم بين الناس، ومحل القولين في الأحكام، والحدود، والتصرفات التي أنتجتها الولاية العامة، وإن لم يكن منه تقصير، ولا بعد في ذلك، فأما من يتعدى فيه من التصرفات أو تقصير فيه، أو يخطئ في شيء لا يتعلق بالحكم فهو في ذلك جميعه كالآحاد بلا خلاف.

فرع: الكفارة في ماله على القول الأول، وعلى الثاني وجهان.

قال: (وَلَوْ حَدَّهُ بِشَاهِدَيْنِ) أي: فمات منه.

(فَبَانَا عَبْدَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ أَوْ مُرَاهِقَيْنِ؛ فَإِنْ قَصَّرَ فِي اخْتِبَارِهِمَا) أي: بأن تركه جملة كما قاله الإمام.

(فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ) أي: لا في بيت المال، ولا يحمله العاقلة.

واعلم أن هذا التفصيل ذكره الإمام، ومن تبعه، والجمهور أطلقوا حكاية القولين، وإطلاق نص «الأم» يوافق ذلك جميعًا، حيث قال: وإذا أخذ الإمام رجلًا بشهادة عبدين، أو عبد وحر، أو ذمي ومسلم، أو شهادة غير عدلين في أنفسهما أو غير عدلين على المشهود عليه حين شهدا فمات ضمنه عاقلته؛ لأن هذا كله خطأ في الحكم.

وكذلك لو أقر صبي أو معتوه بحد فحده ضمنها إن ماتا، ومن قلت يضمنه إن مات ضمن الحكومة في جلده، أو أبر إن بقي به وعاش، وكذلك يضمن دية يده إن قطعت وكلما قلت: يضمنه من خطئه، والدية فيه على عاقلته، انتهى.

وَإِلَّا فَالْقَوْلَانِ، فَإِنْ ضَمَّنَّا عَاقِلَةً أَوْ بَيْتَ مَالٍ فَلَا رُجُوعَ عَلَى الذِّمِّيَّيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ فِي الْأَصَحِّ.

تنبيهات: ظاهر عبارة «المنهاج» وأصله أن المراد بهذا الضمان: [الدية لا القود كما نص عليه، وقال الإمام: بعد جزمه بالضمان:] وإنما يتردد الفقيه في وجوب القصاص، والأظهر: الوجوب أي: حيث يكون الجلد يجب بمثله القود، أو كان الحد قطع يده مثلًا، وسكتا عليه.

ويجوز تنزيل كلام «المنهاج» وأصله عليه؛ لأن الضمان أعم؛ لكن فيما قاله نظر، ولذلك ـ والله أعلم ـ أضرب عنه الْغَزَالِي في «البسيط».

وأحسن صاحب «الحاوي الصغير» حيث أجاب بعدم القود؛ إذا حكم بشهادة العبدين مع تقصيره في البحث عن حالهما ـ وهو الظاهر ـ وإيجابه احتمال للإمام، وكيف يجب القصاص وهما مقبولان عند أحمد وغيره، ولم يظهر كذبهما، والقصاص يدرأ بدون ذلك، وقضية كلام الأصحاب، والنص السابق وجوب الدية فقط، ولكنهم لم يفصلوا، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في الشهادات كلام شافي قيم، إذا بان الشاهدان عبدين، أو ذميين بعد الحكم.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يقصر في اختيارهما.

(فَالْقَوْلَانِ) أي: فالضمان على عاقلته، أو في بيت المال كما سبق.

(فَإِنْ ضَمَّنَّا عَاقِلَةً أَوْ بَيْتَ مَالٍ؛ فَلَا رُجُوعَ عَلَى الذِّمِّيَّيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ فِي الْأَصَحِّ) أي: عند الجمهور؛ لأنهما يزعمان أنهما صادقان، ولم يوجد منهما تعدٍّ فيما أتيا به، وقد ينسب القاضي إلى تقصير في البحث.

والثاني: نعم؛ لأنهما غرماء القاضي، ورجحه الإمام، وعليه يتعلق الغرم [بذمة][1] العبدين، وقيل برقبتهما.

والثالث: يثبت الرجوع للعاقلة دون بيت المال، ولو بانا فاسقين، وقلنا: بالأصح أنه ينقض الحكم، قالا: ففي الرجوع عليهما وجوه:

أحدها: يثبت كالعبدين والكافرين.

---

[1] في نسخة: (ذمة).

وَمَنْ حَجَمَ أَوْ فَصَدَ بِإِذْنٍ لَمْ يَضْمَنْ، وَقَتْلُ جَلَّادٍ وَضَرْبُهُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ كَمُبَاشَرَةِ الْإِمَامِ إِنْ جَهِلَ ظُلْمَهُ وَخَطَأَهُ وَإِلَّا فَالْقِصَاصُ وَالضَّمَانُ عَلَى الْجَلَّادِ ....

والثاني: المنع؛ لأن الكافر، والعبد مأموران بإظهار حالهما بخلاف الفاسق، وأصحهما: إن كان معلنًا بالفسق ثبت الرجوع، وإلا فلا، انتهى.

وقياس الوجه الأول على العبدين، والكافرين قاله الإمام؛ لترجيحه الرجوع عليهم، وهما رجحا المنع، فلا يحسن ذلك منهما، ولم لا يفرق بين مشهوري الرق والكفر، ومستوريه أيضًا، ولم أر فيما لو بانا سفيهين محجورين شيئًا، ويشبه أنهما كالمراهقين؛ لأن قولهما لا يصلح للالتزام، وسيأتي إن شاء الله في الشهادات ما يقتضي ترجيح أنه لا رجوع على الفاسقين أيضًا.

قال: **(وَمَنْ حَجَمَ أَوْ فَصَدَ بِإِذْنٍ)** أي: معتبر [ولم يخطئ].

(لَمْ يَضْمَنْ) وصورتها أن يقول: حر مكلف لحاجم: احجمني أو افصدني؛ لأنه لو ضمن لامتنع من ذلك خشية التضمين، وأما إذا كان الآذن الولي وغيره فيعرف حكمه مما سبق وسيأتي.

قال في «الأم» في أمر السيد والأب بختان الطفل: وإن أخطأ فقطع طرف الحشفة وذلك مما يخطئ مثله بمثله؛ فلا قصاص، وعليه من دية الصبي وقيمة العبد بحساب ما بقي ويضمن ذلك العاقلة، انتهى. وكذا حكم الخطأ في الحر المكلف فيما أحسب.

قال: **(وَقَتْلُ جَلَّادٍ وَضَرْبُهُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ كَمُبَاشَرَةِ الْإِمَامِ إِنْ جَهِلَ ظُلْمَهُ وَخَطَأَهُ)** أي: فيكون آلة محضة، والقود أو الدية على الإمام دونه، هكذا أطلقوه، ووجهوه بأن الظاهر أنه لا يأمره إلا بالحق، وهذا إنما يستمر إذا كان قد علم منه العدل والعلم، وانطوى عنه معرفة حاله، أما لو علم ظلمه، وجهله، وسفكه الدماء قبل ذلك ففي عذره بجهله وظلمه، أو بجهله في حادثة خاصة نظر، ولا سيما إذا كان الإمام غير أهل.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن علم ظلم الإمام، وخطأه.

(فَالْقِصَاصُ وَالضَّمَانُ عَلَى الْجَلَّادِ) أي: لتعديه، ومباشرته؛ إذ كان عليه

إنْ لَمْ يَكُنْ إكْرَاهٌ.

الامتناع لا محالة.

قال: (إنْ لَمْ يَكُنْ إكْرَاهٌ) أي: فإن كان إكراه فالحكم كما مرّ في الإكراه على القتل، وكذا إذا قلنا: أمر الإمام بمجرده إكراه فيما يظهر.

وعبارة «المنهاج» وأصله توهم أنه إذا لم يكن إكراه فلا شيء على الجلاد، وليس ذلك بمراد، وجمع ابن الرِّفْعَة في القود أربعة أوجه: على الإمام، على الجلاد، عليهما، عكسه.

قال: وقد تعرض الإمام لتصوير محل الخلاف فقال: إن كان الإمام بحيث لو لم يمتثل أمره؛ لظهر الخوف في إهلاك مخالفه، فهذا إكراه في الحقيقة، وإن لم يظهر ذلك في الظن، فلست أرى الخلاف في أن الأمر يكون إكراهًا وجهًا إلا من جهة واحدة وهو أنه إن كان يظن أنه يسطو بمن يخالفه فاعتقد ذلك منه، ولا يبلغ توقع ذلك مبلغ توقع الخوف لو صرح بالتوعد؛ ليقع تنزيل الخلاف على هذا، انتهى.

ولا يخفى ما سبق في المأمور الأعجمي الذي يرى تحتم طاعة آمره، فهو آلة محضة، والكلام هنا في المأمور المكلف المميز.

فرع: رأى الجلاد أن الحر لا يقتل بعبدٍ، والإمام يراه فأمره به ولم يكرهه؛ ففي لزوم القود وجهان حكهما الْمَاوَرْدِي والإمام وغيرهما: الجواز، وفي «تعليق أبي الطيب» و«الشامل»: الوجوب، وفي كتاب الحدود من «تعليق القاضي الحسين»: المنع.

قال الشَّافِعِي ﷺ: قال في القسامة: القود على المأمور التعزير، وهذا ما ذكره الماوردي في باب الشهادات بالجناية.

أما لو أكره الإمام الجلاد؛ قال الماوردي: لا ضمان على واحدٍ منهما، وحكى الإمام عن العراقيين: أنه لو كان الإمام لا يرى قتل حرٍ بعبدٍ، والجلاد يراه فأمره بقتله من غير فحص عن الحال، ولو فحص لم يأمره به، إن قلنا بالمنع في الصورة الأولى وجب هنا وإلا فلا؛ تعويلًا على فقده، وقد وجد

وَيَجِبُ خِتَانُ الْمَرْأَةِ بِجُزْءٍ مِنَ اللَّحْمَةِ بِأَعْلَى الْفَرْجِ، وَالرَّجُلِ بِقَطْعِ مَا تُغَطِّي حَشَفَتَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

الآمر من الإمام في الجملة.

وضعفه في «الحاوي»: أنه لا ضمان على الجلاد أكره أم لا؛ لأنه استوفى بإذن مطاع ما يراه مسوغًا في الاجتهاد، فأما الإمام فإن لم يكره الجلاد فلا ضمان، وإن أكرهه وهو عالم بالحال ضمن؛ لأنه ألجأه إلى ما لا يسوغ في اجتهاده، ذكره ابن الرِّفْعَة.

قال: (وَيَجِبُ خِتَانُ الْمَرْأَةِ بِجُزْءٍ مِنَ اللَّحْمَةِ بِأَعْلَى الْفَرْجِ، وَالرَّجُلِ بِقَطْعِ مَا تُغَطِّي حَشَفَتَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ) أي: على المشهور؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ أَنِ ٱتَّبِعۡ مِلَّةَ إِبۡرَٰهِيمَ حَنِيفٗاۖ وَمَا كَانَ مِنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ١٢٣﴾ [النحل: ١٢٣] وكان من ملته الختان، وثبت في الصحيحين: «أنه - أعني إبراهيم - ﵇ - أختتن وعمره ثمانون سنة»(١).

وفي صحيح ابن حبان: «مائة وعشرون سنة»(٢) وحكى الْمَاوَرْدِي: أنه كان ابن سبعين سنة.

وروى أبو داود: «أنه ﷺ أمر رجلًا أسلم به»(٣) ولم يضعفه؛ ولكن فيه انقطاع، وقال الزهري: كان الرجل إذا أسلم أمر بالاختتان، وإن كان كبيرًا، رواه البخاري في كتاب الأدب، وهو مرسل حسن، وذكر الأئمة أقيسة مشهورة.

تتمات: أحدها: الوجوب فيهما هو المذهب، وقيل: سنة لهما، وقيل: واجب عليه سنة لها، وحكى ابن كج في المسألة قولين، ولم يذكر التفصيل.

ثانيها: لم يحدوا ما يقطع من لحمة المرأة بشيء، وقضية الاكتفاء بأقل جزء، ويحتمل أن يرجع فيه إلى عرف أهل الخبرة به؛ وأما الرجل فالمشهور ما ذكره المصنف، ورأى ابن كج أنه يكفي قطع شيء من القلفة، وإن قل بشرط أن

---

(١) أخرجه البخاري (٣٣٥٦)، ومسلم (٢٣٧٠).

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٢٠٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٠).

....

يستوجب القطع تدويرها، وزيفه الشيخ، وقال الماوردي: وَالسُّنَّةُ أَنْ تُسْتَوْعَبَ القلفة مِنْ أَصْلِهَا، وَأَقَلُّ مَا يُجْزِئ فِيهِ الختان أَلَّا يَتَغَيَّرَ بِهَا شَيْءٌ مِنَ الْحَشَفَةِ.

ثالثها: أخذ من كلام «المنهاج» أن من له ولد مختون بلا قلفة لا ختان عليه بحال، لا إيجابًا، ولا ندبًا كما رأيته في «تبصرة الشيخ أبي محمد الجويني» وهو ظاهر.

رابعها: المذهب أنه لا يجب قبل البلوغ، وقيل: يلزم الولي ختانه في الصغر، ويعصى الأب بتركه حتى يبلغ، حكاه الْعِمْرَانِي عن الصيدلاني وغيره.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: ولا خلاف أنه يجوز قبل البلوغ، فكل حالة يحتمل بدن الصبي ألم الختان فذلك وقته، وهذا مجهول.

وقال القاضي - يعني الحسين -: وقته بعد العشر؛ لقوله ﷺ: «وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ»⁽¹⁾ فأمر بالتأديب والضرب بعد العشر؛ فدلَّ على أن بدنه لا يحتمل لألم قبل العشر، انتهى.

وحكى غيره هذا وجهًا عن «تعليق القاضي» وأنه قضية كلام «التهذيب» قال ابن الصباغ: وهذا خرق للإجماع، وسيأتي في هذا كلام.

خامسها: يجب بعد البلوغ على الفور ولا يجوز تأخيره إلا بعذر كمرضٍ وحرٍ وبردٍ.

قال الْمَاوَرْدِي، وجماعة: فإن كان الرجل ضعيف بحيث لو ختن خيف عليه؛ لم يجز ختانه، بل يترك حتى يغلب على الظن سلامته، فإن دام ضعفه إلى الموت سقط فرضه؛ لأنه لا تعبد فيما يفضي إلى التلف.

سادسها: لو مات غير مختون فأوجه في «البيان» الصحيح المعروف: المنع، والثاني: يختن الصغير والكبير، والثالث: يختن الكبير فقط للتكليف،

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٠، رقم ٦٦٨٩)، وابن أبي شيبة (١/ ٣٠٤، رقم ٣٤٨٢)، وأبو داود (١/ ١٣٣، رقم ٤٩٥)، وأبو نعيم في الحلية (١٠/ ٢٦)، والحاكم (١/ ٣١١، رقم ٧٠٨)، والبيهقي (٢/ ٢٢٩، رقم ٣٠٥٢).

وذكر العجلي أن الرُّويَاني نقل في «البحر» الإجماع على المنع، وهو الصواب.

سابعها: قال القاضي الحسين والبَغَوِي: يجب أن يختن عبده، أو يخلي بينه وبين كسبه ليختتن منه، قال القاضي: فإن كان العبد زمنًا، فأجر ختانه على بيت المال، قال المصنف: وفيما قاله نظر، ويجب أن يجب على السيد كالنفقة.

قلت: هكذا ذكره القاضي في «الفتاوى» وقال في «تعليقه» قبيل باب صلاة المأموم قاعدًا: عليه أن يخلي بينه وبين كسبه زمنًا يكتسب فيه أجرة الختان، فإن لم يخله؛ وجب عليه أن يختنه من ماله، انتهى.

قال البَغَوِي في «التعليق» هنا: فإن لم يخله له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بأن يختنه أو يخلي بينه وبين كسبه؛ ليختن نفسه، ولك أن تقول: إذا كان الختان كما فوريًا فيجب أن يجب على السيد المبادرة إلى ختانه من ماله العتيد ولا يكلفه إلى تحصيل أجرته من كسبه المستقل، لا سيما إذا قل وليس في تعجيله الأجرة كثير أمر.

ثامنها: يظهر أنه لو كان البالغ العاقل يحسن أن يختن نفسه؛ أنه لا يجوز له كشف عورته للخاتن؛ لعدم الحاجة.

والظاهر: أن من بلغ مختونًا لا يجوز ختانه، ولم أر فيه شيئًا، وإذا بلغ الصبي معسرًا، وقلنا: يلزم الأب نفقته لزمه ختانه، ذكره البَغَوِي.

تاسعها: يجب ألا يختن المرأة إلا المرأة، وألا تختنها ذمية مع وجود مسلمة، والظاهر أن يختنها الرجل؛ إذا لم يوجد سواه، نعم لو كان الزوج يحسنه أو السيد فينبغي أن يتولاه هو، ولا يجوز أن يتولى ختان الرجل امرأة مع وجود رجل، إلا أن تكون ممن يباح له التكشف لها، وسيأتي في ختان الخنثى ما يقتضي أنه يشترى للمرأة، أو للرجل أمة تختنه.

عاشرها: في «البيان» عن القاضي أبي الفتوح: أنه يجب ختان الخنثى في فرجيه جميعًا، وذكر تفريعًا طويلًا أوردته في «الغنية» [وجزم البغوي، والشيخ إبراهيم المروزي بأنه لا يختن، وقال الشيخ:] وهذا هو الأظهر المختار.

وَيُنْدَبُ تَعْجِيلُهُ فِي سَابِعِهِ فَإِنْ ضَعُفَ عَنْ احْتِمَالِهِ أُخِّرَ، ....

وزعم ابن الرِّفْعَة أن المشهور أنه يختن في فرجيه جميعًا، ثم حكى المنع عن الْبَغَوِي، وادعى الْعِمْرَانِي في «زوائده» أنه إذا بلغ يجب ختانه على مذهبنا بلا خلاف، وأحسب أن عمدته كلام أبي الفتوح حيث لم ير خلافه.

وقال الإمام أبو الحسن السلمي صاحب الْغَزَالِي في كتابه «في الخناثي»: الظاهر أنه يجب قطع قلفة ذكره؛ لأن المقصود به التنظيف والتنزه عن البول، فيجب احتياطًا للصلاة، ولا يقطع شيء من ختان المرأة بجواز كونه رجلًا، وليس قطعه للتطهير من النجاسة؛ بل هو تعبد محض.

ويحتمل أنه إذا أمكن تطهير الموضع من البول لا يجب الختان؛ لأنه قطع مؤلم، والواجب قطع أحد العضوين لا بعينه، فلا يجوز قطعهما ولا قطع أحدهما مع الشك في وجوبه، قال: وإذا قلنا: يجب ختان الذكور، وهو الظاهر فقد حكي عن أبي حنيفة وأصحابه: أنه يشتري له مملوكة من ماله تختنه، وقد وافق أصحابنا على ذلك وهو حسن، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب يفهم أن المذهب عند أصحابنا: وجوب قطع قلفته فقط، وإنما أبدا فيه احتمالًا، وإذا قيل: يشتري له أمة تختنه مع إشكاله، فهل يقال ذلك في الواضح الذكورة؟ فيه نظر.

وظاهر كلام «البيان» ونقله وجوب شراء الأمة لختان الخنثى، وقوة كلام الأصحاب يأتي ذلك في الواضح، ويقتضي تجويز كشفه للخاتن قطعًا، وتعاليلهم ناطقة بذلك.

قال: (**وَيُنْدَبُ تَعْجِيلُهُ فِي سَابِعِهِ فَإِنْ ضَعُفَ عَنْ احْتِمَالِهِ؛ أُخِّرَ**) أما تعجيله لسابعه فلحديث عائشة - رضي الله عنها -: «أن النبي ﷺ ختن الحسن والحسين يوم السابع من ولادتهما»(١) قال الحاكم: صحيح الإسناد.

قال ابن المنذر: ليس في باب الختان نهي يثبت، ولا لوقته حد يرجع إليه ولا سنة تتبع، وانتقد قول الإمام وسكوت ابن الرِّفْعَة عليه، صح الخبر «أنه ﷺ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٣٧).

……………………………………………………………………

أمر بختن المولود في السابع من ولادته» ثم استأنس الأصحاب بأحاديث وآثار كلها ضعيفة لا تقوم على ساق.

إشارات: إنما يجوز ختانه في سابعه؛ إذا لم يكن ضعيفًا لا يحتمله كما ذكره المصنف، أو خشي عليه من حرٍ وبردٍ شديدين، وسبق عن القاضي الحسين أو روايته: أنه لا يجوز ختان الصبي قبل عشر، كما لا يضرب على الصلاة قبلها، واقتضاه كلام «التهذيب».

وعبارة «تعليقه»: ولو كان الختان في وقت الاحتمال وهو بلوغه عشر سنين مثلًا المسألة، وهي تشعر بأن المراد ضبط سن الاحتمال لا التحديد.

أغرب الْغَزَالِي في «الإحياء» فقال: الختان في اليوم السابع عادة اليهود، ومخالفتهم بالتأخير إلى أن يثغر الولد أحب إليَّ وأبعد عن الخطر.

وفي «الذخائر» قبيل باب مسح الخف: وتأخيره إلى أن يثغر الغلام أحسن؛ لأنه البعد من الغرر، واليهود يفعلونه في اليوم السابع فمخالفتهم أحسن، انتهى.

هل يدخل يوم الولادة في العدد؟ قيل: نعم، وعن الجمهور: لا، وصححه المصنف في مواضع؛ لكنه قال في غير موضع في كلامه على ذبح العقيقة: إن الأصح أنه يحسب اليوم السابع من الولادة، وقضيته أن يكون الختان كذلك فإنه يختن في السابع، ويعق عنه على ما قاله الأصحاب كما سيأتي، ولا يبعد أن يقال: إن ولد في أول اليوم حسب، أو في آخره، فلا.

قال الْمَاوَرْدِي: يكره ختانه قبل السابع، وسواء فيه الغلام والجارية، قال: وإن أخر عن السابع بعد يوم الولادة فالمستحب أن يختن في الأربعين يومًا؛ لأثر فيه، فإن أخر عنه فالمستحب بعده أن يختن في السنة السابعة.

فهم شارح من قول «المحرر»: ويستحب أن يعجل فيختن الطفل في اليوم السابع، تقييد ذلك بالذكر فقيد به كلام «المنهاج» والظاهر أن الرَّافِعِي لم يقصد ذلك.

وَمَنْ خَتَنَهُ فِي سِنٍّ لَا يَحْتَمِلُهُ لَزِمَهُ قِصَاصٌ إِلَّا وَالِدًا، فَإِنِ احْتَمَلَهُ وَخَتَنَهُ وَلِيٌّ فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ.

وقد صرح الْمَاوَرْدِي بالتسوية بين الغلام والجارية، ثم إنما يجوز أن يختن الصبي وليه أيًا كان أو جدًا أو وصيًا أو حاكمًا، كما قاله الْمَاوَرْدِي، وفي معناه قيمه، ويحتمل أن يقال: لا يختنه إلا بإذن الحاكم، وهذا فيمن فوض إليه أمور الطفل، أما لو فوضه للتصرف له في ماله خاصة فكالأجنبي قطعًا.

قال: (**وَمَنْ خَتَنَهُ فِي سِنٍّ لَا يَحْتَمِلُهُ**) أي: وهو ما يقول أهل البصر أنه لا يحتمله فيه، وعند القاضي الحسين ومن وافقه: هو ما قبل العشر كما سبق، وزيف.

(**لَزِمَهُ قِصَاصٌ**) لتعديه بالجرح المهلك، والظاهر: أنه لو قال أهل البصر: إنه يحتمله، فهلك؛ لا قود قطعًا، وتجب دية شبه العمد، وهل يكفي قول واحد؟ يشبه أن يجري فيه خلاف سبق مرات.

قال: (**إِلَّا وَالِدًا**) أي: فلا قود وعليه الدية والكفارة.

قال: (**فَإِنِ احْتَمَلَهُ وَخَتَنَهُ وَلِيٌّ؛ فَلَا ضَمَانَ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه مستحب إذا بلغ، وفي «القديم»: نظر له وفائدة؛ إذ البدن يحتمله.

والثاني: يجب، وحكي عن الْقَفَّال أنه تعدٍ لم يجب، وإنما يباح فعله بشرط سلامة العافية، وزيف في «تعليق الْبَغَوِي» أنه ليس بشيء، واعلم أن الرَّافِعِي فسر هذا الولي بالأب والجد، ثم قال: وأجرى الإمام الوجهين فيما إذا ختن الإمام الصبي الذي لا ولي له، وجعل الظاهر نفي الضمان إلحاق للختان، والحالة هذه بالمعالجات، انتهى.

وهذا من الرَّافِعِي يشعر بأن الخلاف إنما هو محكي في الأب والجد فقط؛ لكن عبارة «المحرر»: وإن ختنه في سن لا يحتمله، وللخاتن ولاية وقضيتها إلحاق الوصي، والحاكم وقيمه بالأب والجد.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: التصريح بأن الوصي كالأب في ذلك، وظاهر كلامه: أن الإمام كذلك؛ لكنه قال من بعد: أجرة ختان الصبي في ماله هذا إذا

وَأُجْرَتُهُ فِي مَالِ الْمَخْتُونِ].

ختنه أبوه، أو قيمه في صغره، أما الإمام فلا يجب عليه، ولا يجوز له ذلك، انتهى.

وكأنه أراد بقيمه: وصي الأب، وسبق عن «الحاوي» ما يفهم إخراج قيم الحاكم، والاحتياط مراجعة الحاكم وعدم استقلاله، وقد اقتضى كلام الكتاب: أن من ليس بولي يضمن قطعًا، وبه صرح الْمَاوَرْدِي وغيره، ونص عليه في «الأم».

وأشار الإمام إلى بنائه على ما إذا ختن الإمام في الحر، والبرد للبالغ إن قلنا: يضمن فكذا هنا، وإلا فلا ضمان، وبناه السرخسي على أن الجرح اليسير هل يقتص به؟ إن قلنا: نعم فعمد، وإلا شبه عمدٍ، وجعل الشيخ إبراهيم المروزي ختان الصبي الذي يحتمل الختان في غير اعتدال الهواء كختانه في السن الذي لا يحتمله.

قال: (وَأُجْرَتُهُ فِي مَالِ الْمَخْتُونِ) أي: على الصحيح؛ لأنه لمصلحته فكانت كأجرة تعليمه الفاتحة، وقيل: على الأب إذا ختنه صغيرًا، وقيل: إن كان له مال ففي ماله، وإلا فعلى الأب، وعلى الأب أجرة ختان ابنه البالغ حيث ألزمناه نفقته.

واعلم أن قضية كلام القاضي الحسين والرَّافِعِي وغيرهما صحة الاستئجار للختان مطلقًا، وفي كتاب الإجارة من «التتمة»: إذا استأجر [لختان ولده] فإن كان بالغًا؛ وجب عليه الختان صح العقد ولزم، ولا يجوز فسخه، فإن امتنع؛ أجبره الحاكم عليه.

فإن كان دون البلوغ، وقد بلغ سنًّا يحتمل الألم ورأى الأب المصلحة في الختان؛ لم تنعقد الإجارة؛ إذ لا يجب الختان في هذه الحالة، فلا يجب على الصبي التمكين منه، وعمل لا يجب التمكين منه بعد العقد لا ينعقد عليه العقد، انتهى. وفيما قاله نظر، وقضيته ألا تنعقد الإجارة على تعليمه؛ إذ لا يلزمه التعليم.

قال المصنف:

[فَصْلٌ]:

مَنْ كَانَ مَعَ دَابَّةٍ أَوْ دَوَابَّ ضَمِنَ إِتْلَافَهَا نَفْسًا وَمَالًا لَيْلًا وَنَهَارًا.

فرع: لو ختن الإمام البالغ الممتنع في مرضٍ أو حرٍ، أو بردٍ شديدين فمات؛ فالمذهب وجوب الضمان، قالا: وأجرى الإمام هذا الخلاف فيما لو ختنه الأب في حرٍ، أو بردٍ شديدين، وجعل الأب أولى بنفي الضمان؛ لأنه يتولى الضمان غالبًا، فهو في حقه كالجد في حق الأب، انتهى.

وسوَّى الْمَاوَرْدِي وغيره في جريان الطريقتين بين الأب والحاكم والوصي، وإذا ضمنا فهل الواجب نصف الدية أو كلها؟ وجهان، رجحا الأول، وقال الْمَاوَرْدِي: ظاهر مذهب الشَّافِعِي ﷺ الثاني.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

مَنْ كَانَ مَعَ دَابَّةٍ أَوْ دَوَابَّ؛ ضَمِنَ إِتْلَافَهَا نَفْسًا وَمَالًا لَيْلًا وَنَهَارًا) أي: سواء في ذلك المالك، والمستأجر، والأجير، والمستعير، والمودع، ومستحق المنفعة بوصية أو غيرها، والحر والعبد والغاصب؛ لأن فعل الدابة منسوب إلى ذي اليد.

وحكى الديبلي وجهًا في الغاصب قال: لأن يده كالعدم، وليس بشيء، وسواء كان سائقًا أو راكبًا أو قائدًا، وسواء أتلفت برجلها أو بيدها أو بذنبها أو بعضها والغنم كغيرها، وقيل: إن كانت الماشية تساق كالغنم فساقها لم يضمن، وفي «تجربة الرُّويَانِي»: إنه الصحيح من المذهب، وفي الراكب مع القائد، والسائق وجهان:

أحدهما: مناصفة، وصححه القاضي أبو الطيب، وفي «الشامل»: إنه أقيس.

وثانيهما: يضمن الراكب فقط، وفي كتاب الصلح من «البحر»: إنه المذهب.

....

وحكى الديبلي في الراكب، والسائق أوجهًا: هذان، والثالث: على السائق؛ لأنه يجريها، ولو اجتمع الثلاثة فهل يختص الضمان بالراكب، أم يجب أثلاثًا؟ وجهان، وهل يجيء في الثالث كلام الديبلي؟ يحتمل.

تنبيهات: قد يستثنى من إطلاق المصنف صور:

منها: لو كان راكبًا دابة فنخسها إنسان بغير إذنه، فكما قيده الْبَغَوِي: فرمحت فأتلفت شيئًا؛ فالضمان على الناخس، وقيل: عليهما، وهو شاذ، فعلى الأول لو رمحت الناخس كان هدرًا.

ومنها: لو غلبته دابته فاستقبلها إنسان فردها، فأتلفت في انصرافها شيئًا؛ ضمنه الراد.

ومنها: لو سقط مركوبه [ميتًا] على شيء فأتلفه؛ لم يضمنه ـ قاله الْبَغَوِي وأقره ـ ولا يظهر فرق بين سقوطها ميتة، أو بمرض، أو عارض ريح عاصف، أو سيل، ونحوها من العوارض التي لا تتوقع كصاعقة، وسبق عن الإمام في سقوط الروش ما يوافق هذا.

ومنها: قال الرَّافِعِي: لو كان راكبها لا يقدر على ضبطها، فعضت على اللجام وركبت رأسها؛ ففي ضمان ما تتلفه قولان، فأفهم أنه إذا كان يضبطها فاتفق أن قهرته، وركبت رأسها، أو قطعت العنان الوثيق، وأتلفت شيئًا أنه لا يضمن؛ إذ لا تقصير؛ ولكن سبق في الاصطدام عنه ما يخالف هذا.

ومنها: لو أركب رجل صبيًا دابته فأتلفت شيئًا؛ فإن أركبه أجنبي ضمنه؛ لتعديه أو وليه لمصلحة الصبي؛ ضمن الصبي، وإن لم يكن له مصلحة فيه؛ ضمنه الولي والوصي، قالا في «البيان» وغيره: وفيه نظر إلا أن يكون طفلًا غير مميز، وفي «الأم» وغيره إشارة إليه.

ومنها: لو أطارت الريح شيئًا إلى داره فأكلته البهيمة بعد علمه؛ فإن أمكن منعها فتركه ضمن، وإلا فلا، قاله في «البحر» في كتاب «الغصب».

ومنها: لو كان مع دابته بمكان يستحق منفعته فدخل إنسان فدنا منها

وَلَوْ بَالَتْ أَوْ رَاثَتْ بِطَرِيقٍ فَتَلِفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ فَلَا ضَمَانَ.

فرفسته؛ لم يضمن سواء دخل بإذن أو غيره، أفتى به ابن الصلاح، وهو واضح لا شك فيه، وصرح به الأصحاب إلا أن يكون في ممره، وهي عضوض أو رموح، وقد دخل بإذنه ولم ينذره؛ ففيه خلاف من مسألة البئر في الدهليز، وقد سبق.

ومنها: رأيت في «تعليق الْبَغَوِي» في باب وضع الحجر: أنه إذا وقفت دابته، أو ربطها في طريق واسع بإذن الإمام؛ لا ضمان، أو بدون إذنه؛ ففي الضمان قولان، هكذا أطلق، وظاهره: أنه لا فرق بين كونه معها أو لا، وقد يخرج منه إن سلم أنه لو كان الوقوف واجبًا عليه لمسايرة عدو في الجهاد ونحوه فأتلفت شيئًا؛ [لا يضمنه] وإن كان وقوفه بغير إذن الإمام.

ومنها: تضمن كلام الْمَاوَرْدِي هنا أن البهيمة لو أتلفت في حال مرورها مع صاحبها إناء للغير، وصاحبها غير عالم بالحال، وصاحب الإناء عالم؛ فحفظه مختص به، ويكون هدرًا، انتهى.

ويتضح مما ذكره إذا وضعه في طريق ضيق، ونحوه مما ليس له وضعه فيه كما لو جلس إنسان، أو نام في طريق ضيق فعثر به عاثر فهلك، وقد سبق حكمه.

ومنها: وقع في «الفتاوى»: أن مسافرًا معه كلب تبعه، فرمق الكلب بقرب الطريق ديك مربوط عند شبكة للصيد، فعدا الكلب عليه فقتله، هل يضمنه صاحبه؟ فلم أجب فيها بشيء، وهي محتملة لوجهين ذكرا في الشاة إذا بلعت جوهرة في مرورها، ولعل مسألتنا أولى بمنع الضمان، وقد جزم الديبلي بأنه لو كان بيده بازي فانلفت منه، وأتلف طيرًا على إنسان؛ لم يضمنه ليلًا كان أو نهارًا، انتهى.

قال: (**وَلَوْ بَالَتْ أَوْ رَاثَتْ بِطَرِيقٍ فَتَلِفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ؛ فَلَا ضَمَانَ**) واعلم أن هذا الاحتمال للإمام، أو وجه ضعيف، والمذهب خلافه.

قال في «الروضة» تبعًا لـ«الشرح»: لو ربط دابته في الطريق على باب داره أو في موضع آخر؛ لزمه ضمان ما تتلفه سواء كان الطريق ضيقًا أو واسعًا؛ لأن الارتفاق به إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة كالروشن والجناح، وقيل: إن كان

……

واسعًا؛ فلا ضمان، والصحيح المنصوص هو الأول، ولم يتعرضوا للفرق بين ربطه بإذن الإمام، ودون إذنه.

قلت: سبق التعرض له عن «تعليق الْبَغَوِي» قريبًا، ثم قال المصنف: وإذا بالت الدابة أو راثت في الطريق، وقد وقفها فيه فأفضى المرور في موضع البول [إلى تلف] فعلى الخلاف السابق فيما إذا أتلفت الدابة الموقوفة هناك شيئًا، والمذهب أنه لا ضمان، وقيل: يفرق بين طريق واسع وضيق، انتهى.

وهذا الترجيح عكس ما قبله، وقال الرَّافِعِي في جزاء الصيد: ولو تولد وتلف الصيد مما في يده؛ لزمه الضمان، كما لو [كان راكبًا دابة فأتلفت صيد بعضِّها أو رفسها، وكذا لو بالت في الطريق فزلق به صيد فهلك كما لو زلق به آدمي أو بهيمة، وتبعه في «شرح المهذب».

ولم يقل في «الروضة»:] كما لو تلف به كذا، وكلامه دال عليه، وسبب الاضطراب الجري في موضع على الطريق، وفي آخر على غيره من غير تذكر لما سلف، والذي أورده الجمهور في باب وضع الحجر: أن من كان مع دابة؛ ضمن ما تتلف ببولها في الطريق؛ لأنه تسبب من جهته كبوله.

وممن جزم بذلك الفوراني في كتابيه، والْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» قال: سواء وقفت الدابة أو أوقفها، أو كانت سائرة، أو طار منه شيء إلى طعام فنجسه، زاد في «التعليق»: اللهم إلا أن يكون من جهة مالك المال تعدٍ بأن كان قد وضع الطعام على الطريق حتى أصابه البول، انتهى.

وبالتضمين أجاب الشيخ أبو حامد وأتباعه، والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» وابن الصباغ والشَّاشِي في «الحلية» وصاحب «المعتمد» والْمُتَوَلِّي في الديات، وقد نقل الإمام في باب وضع الحجر الضمان عن الأصحاب، ثم أبدى لنفسه احتمالًا فيه كما رأيته، ثم جرى على احتماله هنا.

وحقق ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» فقال: وحكم بول الدابة في يده إذا تلف به إنسان حكم تلفه بيدها، وحكاه الإمام في باب وضع الحجر في حال طروقها

وَيَحْتَرِزُ عَمَّا لَا يَعْتَادُ كَرَكْضٍ شَدِيدٍ فِي وَحْلٍ فَإِنْ خَالَفَ ضَمِنَ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ،

عن الأصحاب، وأبدى عدم الضمان احتمالًا لنفسه، قال: لأنه لا يمكن التصون عنه.

وقال هنا: إن كان البول والروث في حال ممرها؛ فلا ضمان، إلا أن يتفق مع هذا مزيد انتشار بسبب وقوفها، فقد قال الأصحاب: إن كان ضيقًا، فوقوفها [عدوان وما ترتب عليه يقتضي الضمان، وإن كان واسعًا فوقوف الدابة معتاد فوقوفها كمشيها] انتهى.

وتبعه الْغَزَالِي وغيره هنا على عدم الضمان، وجرى عليه الشيخان ولا أنكر اتجاه؛ ولكن المذهب نقله، وما بنى عليه الإمام كلامه وجه ضعيف لبعض المراوزة، وبه أجاب إبراهيم المروزي هنا فقال: إذا بالت الدابة التي ركبها في وقت سيرها فزلقت به رجل إنسان لا يضمن، وإن أوقفها فبالت إن كان الطريق ضيقًا يضمن، وإن كان واسعًا لم يضمن؛ لعدم التعدي.

وفي «تعليق الْبَغَوِي» هنا ذكر الفرق بين الطريق الضيق والواسع، ثم قال: وذكر العراقيون من أصحابنا أنه يضمن بكل حالٍ، وهو أحسن؛ لأن الارتفاق بالطريق إنما يباح بشرط السلامة.

إشارات: قول المصنف: «بطريق» يحترز به عما لو بالت في ملكه ونحوه إن جرى الطريق كما صرح به الْبَغَوِي، ومثله الموات، وهل الطريق التي لا تسلك غالبًا؛ بل هجرت كالطريق المعبدة؟ فيه نظر سبقت الإشارة إليه غير مرة.

ويشبه أن يعطى حكم المرور والوقوف في الموات، ووقوفه بها في أرض مغصوبة كهو في الطريق، ولم يفرقوا بين كون إيقافها في الطريق بإذن الإمام لمصلحة عامة أو لا، سبق كلام الْبَغَوِي في ذلك، وفي كلام الدارمي إشعار بالفرق، حيث قال: ولو وقف دابته بموضع ليس له؛ فكالبئر يحفرها فيه، انتهى. وقضية التشبيه بالفرق كما تقدم.

قال: (**وَيَحْتَرِزُ عَمَّا لَا يَعْتَادُ كَرَكْضٍ شَدِيدٍ فِي وَحْلٍ، فَإِنْ خَالَفَ؛ ضَمِنَ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ**) لتسببه فيه، والظاهر: أنه لا فرق بين كونه معذورًا بالركض كالمتبوع

وَمَنْ حَمَلَ حَطَبًا عَلَى ظَهْرِهِ، أَوْ بَهِيمَةٍ فَحَكَّ بِنَاءً فَسَقَطَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ دَخَلَ سُوقًا فَتَلِفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ ضَمِنَ إِنْ كَانَ زِحَامٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَتَمَزَّقَ ثَوْبٌ فَلَا، إِلَّا ثَوْبَ أَعْمَى وَمُسْتَدْبِرِ الْبَهِيمَةِ فَيَجِبُ تَنْبِيهُهُ، ....

ليقتل عدوانًا أو غير معذور، وكذا لو لم يكن وحل؛ ولكن الموضع مجتمع الناس، كما أشار إليه في «البسيط».

وعبارة «الروضة»: عما لا يعتاد كالركض المفرط، والإجراء في مجتمع الوحول، قالا: ولو ركضها فأصاب شيئًا في موضع السائل في عين إنسان فأبطل ضوءها؛ فإن كان الموضع موضع الركض فلا شيء عليه وإلا ضمن، وكذا لو أرسل الإبل في الأسواق غير مقطرة، أو ركب فيها الدابة النزقة التي لا يركب مثلها إلا في الصحاري؛ فإنه لا يضمن ما تولد من رشاشها فيها، وإن لم يكن يركض.

إشارة: احترز المصنف بما ذكره عما يفسد من رشاش الوحل بمشيها وقت الوحول، فإنه لا يضمن كما صرح به الإمام، واقتضاه كلام غيره من المراوزة، وهل ذلك محل وفاق أم هو مفرع على طريقته ومن وافقها؟ عندي فيه وقفة. قال: **(وَمَنْ حَمَلَ حَطَبًا)** أي: ونحوه.

(عَلَى ظَهْرِهِ، أَوْ بَهِيمَةٍ) أي: أو عجلة ونحوها.

(فَحَكَّ بِنَاءً فَسَقَطَ؛ ضَمِنَهُ) أي: لتلفه بفعله، نعم لو كان مستحق الهدم، ولم يتلف شيء من الآلة؛ فلا ضمان.

قال: **(وَإِنْ دَخَلَ سُوقًا)** أي: ونحوه من مواضع الزحمة، وكثرة الطارقين.

(فَتَلِفَ بِهِ نَفْسٌ أَوْ مَالٌ؛ ضَمِنَ إِنْ كَانَ زِحَامٌ) أي: قطعًا، ويجب عليه إعلام الناس وتحذيرهم.

(فَإِنْ لَمْ يَكُنْ) أي: زحام.

(وَتَمَزَّقَ ثَوْبٌ فَلَا) أي: وإن كان مستقبل الحامل أو البهيمة وهو بصير؛ لأن التقصير منه.

قال: **(إِلَّا ثَوْبَ أَعْمَى وَمُسْتَدْبِرِ الْبَهِيمَةِ فَيَجِبُ تَنْبِيهُهُ)** أي: فيجب تنبيه كل

وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا لَمْ يُقَصِّرْ صَاحِبُ الْمَالِ، فَإِنْ قَصَّرَ بِأَنْ وَضَعَهُ بِطَرِيقٍ أَوْ عَرَّضَهُ لِلدَّابَّةِ فَلَا.

منهما فإن لم ينبههما؛ ضمن لتقصيره، ويشبه أن يلحق بالأعمى معصوب العين لرمد ونحوه، وهل مستقبل الدابة الذي لا يميز لصغر أو جنون كالأعمى؟ فيه نظر، والأشبه أنه مثله.

نعم هل يفرق الحال بين جهل السائق بحاله وعلمه؟ القياس لا، وعبارة إبراهيم المروزي في المسألة: ولو دخل السوق ومعه حطب فتخرق به ثوب إنسان في الطريق؛ إن كان في وقت الزحمة ضمنه.

وإن لم يكن وقت الزحمة إن كان بصيرًا أو كان يراه؛ لا ضمان عليه، وإن كان مدبرًا لا يراه، أو كان أعمى إن علمه، وأمكنه الاحتراز ولم يحترز؛ لا يضمن، وإن لم يعلمه أو كان أصم؛ عليه الضمان، انتهى. كذا قاله الْبَغَوِي، إلى قوله: إلا أن يكون أصم.

تنبيهات: قول المروزي: «وكان يراه» إن كان المراد به المستقبل لحامل الحطب فيخرج منه [ما لو كان غافلًا أو ملتفتًا أو مطرقًا مفكرًا، أو معصوب العينين؛ أنه يضمن إن لم يكن تقصير من المستقبل، وإن أراد بالرائي صاحب الحطب] فيخرج منه أنه لو لم ير المستقبل لا يضمن لعدم تقصيره، ولعل الأول أقرب، لو كان من صاحب الثوب جذبة بأن علقت بثوبه خشبة فجذبه، وجذبته البهيمة؛ فعليه نصف الضمان.

فرع: في «تعليق الْبَغَوِي»: لو كسر حطبًا في الطريق فطارت منه شظاة فأصابت عين إنسان؛ ضمن إن كان الطريق ضيقًا، أو واسعاً فلا، وهكذا لو ركب دابة فأتلفت شيئًا في الطريق، قال الْبَغَوِي: القياس عندي أنه يضمن كيف ما كان؛ لأن الارتفاق بالطريق إنما يباح بشرط السلامة، هكذا ذكره العراقيون.

قال: (**وَإِنَّمَا يَضْمَنُهُ إِذَا لَمْ يُقَصِّرْ صَاحِبُ الْمَالِ، فَإِنْ قَصَّرَ بِأَنْ وَضَعَهُ بِطَرِيقٍ أَوْ عَرَّضَهُ لِلدَّابَّةِ؛ فَلَا**) [أي: أنا حيث أوجبنا الضمان على من مع البهيمة في مسائل الفصل فذاك، حيث لا تقصير من صاحب المال، فإن قصر بأن وضعه على الطريق، أو عرضه للدابة] فأتلفته لم يضمن؛ لأنه مضيع لماله.

....

وقضية كلام المراوزة الفصل بين الطريق الضيق والواسع، والوجه: أن الوضع على حافة الواسع كهو في الضيق.

واعلم أن قضية كلام الرُّويَانِي في «البحر» في كتاب «الغصب» والْمَاوَرْدِي هنا: أن موضع الإهدار؛ إذا لم يقصر صاحب الدابة أيضًا، أما لو قصرا معًا؛ ضمنه صاحبها لزيادة فعلها.

فرع: في «تعليق المروزي» وغيره: أنه لو كان يمشي فوقع مقدم مداسه على مؤخر مداس آخر [وتمزق] يجب نصف الضمان، ويهدر النصف؛ لأنه تمزق بفعلهما.

قال الرَّافِعِي: ذلك أن يقول هذا الجواب إنما يظهر حيث يكون لكل واحد منهما قوة واعتماد على الآخر كما لو تصادما.

وأما إذا كانا جميعًا يقصدان جهة واحدة، فليس للسابق قوة واعتماد على [الآخر][1] فينبغي أن يقال: إن تمزق مؤخر مداس السابق؛ فالضمان على اللاحق، وإن تمزق مقدم مداس اللاحق؛ فلا ضمان على السابق، وتبعه في «الروضة».

وهذا القسم الثاني ظاهر، وأما الأول فهو مراد الأئمة فالوجه فيه ما ذكروه، فإنه تمزق بفعلهما كما اقتضاه كلام القاضي الحسين في «الفتاوى» وغيره.

أما اللاحق فبوضعه مقدم نعله على مؤخر نعل صاحبه واعتماده عليه، وأما السابق فبجذبه نعله من تحت نعل اللاحق، فقد اشتركا في تمزيقه، فأشبه تعلق خشبة الحطاب بالثوب وجذب صاحبه له.

وعبارة القاضي: فوضع رجله على مؤخرة مكَعَّب صاحبه فتمزق؛ فيجب نصف الضمان على واضع الرجل [لأن التخرق حصل بفعلهما، وعبارة صاحب «الترغيب» بعد التصوير: فتخرق بحركة الرجل؛ وجب على الواضع

---

(١) في نسخة: (اللاحق).

وَإِنْ كَانَتْ الدَّابَّةُ وَحْدَهَا فَأَتْلَفَتْ زَرْعًا أَوْ غَيْرَهُ نَهَارًا لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا، أَوْ لَيْلًا ضَمِنَ، ....

قدمه نصف ضمان ما نقص، ويهدر نصفه] لأن الخرق حصل بفعله وفعل صاحبه، كما لو تجاذبا حبلًا فانقطع.

قال: (**وَإِنْ كَانَتْ الدَّابَّةُ وَحْدَهَا فَأَتْلَفَتْ زَرْعًا أَوْ غَيْرَهُ نَهَارًا لَمْ يَضْمَنْ صَاحِبُهَا، أَوْ لَيْلًا ضَمِنَ**) لأن «**النبي ﷺ قضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل**» رواه أبو داود والنسائي عن حرام عن أبيه: «**أن ناقة كانت للبراء دخلت حائط رجل فأفسدته، فقضى رسول الله ﷺ: أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل**»[1] وأخرج ابن حبان هذه الرواية في صحيحه.

والمعنى في العُرف أن العادة الغالبة أن أرباب الزروع والبساتين يحفظونها نهارًا، ولا بد من إرسال المواشي للرعي، ثم تجمع ليلًا، فإذا لم يفعل فقد قصر.

تنبيهات: أحدها: أطلق أنه لا يضمن ما تتلفه نهارًا، وهو فيما إذا أرسلها في الصحراء.

قال في «الروضة»: إذا أرسل دابة في البلد أي: ليلًا ونهارًا فأتلفت شيئًا؛ ضمنه على الأصح.

وقال الرَّافِعِي: إنه الوجه، والثاني: أن الإرسال في [البلد] كهو في

---

[1] حديث حرام بن محيصة عن البراء بن عازب: أخرجه مالك (٢/ ٧٤٧، رقم ١٤٣٥)، والشافعي (١/ ١٩٥)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٣، رقم ٣٦٣٠٠)، وأحمد (٤/ ٢٩٥، رقم ١٨٦٢٩)، وأبو داود (٣/ ٢٩٨، رقم ٣٥٧٠)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١١، رقم ٥٧٨٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٨١، رقم ٢٣٣٢)، والدارقطني (٣/ ١٥٥، رقم ٢١٧)، والحاكم (٢/ ٥٥، رقم ٢٣٠٣). والبيهقي (٨/ ٣٤١، رقم ١٧٤٥٤).

حديث حرام بن محيصة عن أبيه: أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٨، رقم ٣٥٦٩) وابن حبان (١٣/ ٣٥٤، رقم ٦٠٠٨).

الصحراء، ونقلا في آخر «الدعاوى» عن «فتاوى الْبَغَوِي» من يوافقه، وأقره كما بينته في «الغنية».

ثانيها: أطلق القول بالفرق بين الليل والنهار وهو وجه؛ لكنهما قالا: لو جرت العادة في بعض النواحي على العكس بأن تُرسل الماشية للرعي ليلًا، وتربط نهارًا، أو يحفظ الزرع ليلًا؛ فأصح الوجهين: أن الحكم ينعكس فيضمن رب البهيمة ما تتلفه بالنهار دون الليل، انتهى. وبه جزم كثيرون أو الأكثرون نظرًا إلى المعنى، والخبر خرج على الغالب.

ثالثها: إن كان مع الدواب راعٍ؛ ولكن هاجت الريح، وأظلم النهار فتفرقت، وأفسدت زرعًا؛ قالا: فلا ضمان في الأظهر للغلبة كما لو شرد بعيره، وانفلتت دابته منه وأفسدت شيئًا، أو نام فتفرقت الأغنام وأتلفت؛ ضمن لتقصيره، هكذا نقلا عن «فتاوى الْبَغَوِي» والذي رأيته فيها على كثرتها أن حكمه حكم المغلوب، وفيه قولان، وأجاب على قولنا: إنه لا ضمان، هذا لفظه المعلق عنه «الفتاوى».

والمرجح عند الشيخين في مسألة المغلوب الضمان، فلا يحسن منهما ما ذكراه، وأما صورة نومه؛ فقال الْبَغَوِي بعد حكمه بتضمينه: إلا أن يكون تفرقها على وجهٍ لو كان منتبهًا لا يمكنه ضبطها، فتكون على قولين؛ والله أعلم، انتهى.

رابعها: إنما يعتاد إرسال المواشي إذا كانت المراعي بعيدة من الزروع، أما لو توسطت المراعي المزارع، أو كانت البهائم ترعى في حريم السواقي فلا يعتاد إرسالها بلا راعٍ، فإن أرسلها بلا حافظ؛ ضمن ما يتلفه لتقصيره، وإن كان نهارًا على المذهب، وفيه وجهان.

خامسها: حيث فرقنا بين الليل والنهار فقضية إطلاق الرَّافِعِي وغيره: أنه لا فرق بين كثرة المواشي وقلتها، وقال الْمَاوَرْدِي: لو تكاثرت المواشي بالنهار حتى عجز أرباب الزرع عن حفظه، ففي الضمان وجهان: [وجه: **الوجوب**، إن أربابه لم يقصروا في حفظه، ووجه: المنع، إن لم يكن من

إِلَّا أَنْ لَا يُفَرِّطَ فِي رَبْطِهَا.

أرباب المواشي تفريط، وفي هذا نظر].

سادسها: في «فتاوى الْبَغَوِي»: أنه لو كان عنده دابة وديعة فأرسلها فأتلفت شيئًا؛ ضمن ليلًا كان أو نهارًا؛ لأن عليه حفظها.

[قال الرَّافِعِي: وفيه توقف، ويشبه أن يقال عليه حفظها] بحسب ما يحفظ الملاك.

قلت: قوة كلام [الرَّافِعِي][1] تقتضي أنه أرسلها حيث لا يجوز له إرسالها، ولا إخراجها من داره، فهو مقصر متعدٍ بإخراجها، ولا شك أنه لو أذن له في إرسالها للرعي ونحوه كانت كدوابه، وأنه لو استأجره لحفظ دوابه فأتلفت زرعًا ليلًا أو نهارًا ضمنه الأجير؛ لأن عليه حفظها في الوقتين.

وذكر [الرَّافِعِي][2] أنه رأى المسألة في طريقة العراق، قال في «الروضة»: وينبغي ألا يضمن الأجير والمودع؛ إذا أتلفت نهارًا؛ لأن على صاحب الزرع حفظه نهارًا، وتفريط الأجير في تضمينه الدابة، انتهى.

وقد يقال عليهما ألا يخرجا الدابة من الحرز والشارع، إنما طرح الضمان نهارًا نظرًا لرب الأشبه لحاجته إلى رعيها، وعسر ضبطها عليه، وهذا المعنى مفقود في المودع والأجير للحفظ.

سابعها: حكى الْمَاوَرْدِي عن ابن أبي هريرة: أنه لو أرسل البهيمة صاحبها فابتلعت جوهرة؛ إن كان ذلك ليلًا ضمنها، أو نهارًا فلا كالزرع.

قال: والذي أراه أنه يضمنها ليلًا ونهارًا بخلاف الزرع، والفرق أن رعي الزرع مألوف فيلزم حفظه منها، وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلا يلزم حفظه منها، وفرع على ذلك ما يطول ذكره.

قال: (**إِلَّا أَنْ لَا يُفَرِّطَ فِي رَبْطِهَا**) أي: [فلا ضمان لعدم تقصيره فإن فرط قلنا:] إذا أتلف ليلًا ضمن فيضمن هاهنا لتقصيره، فإن ربطها وأغلق بابه

---

[1] في نسخة: (البغوي).

[2] في نسخة: (البغوي).

أَوْ حَضَرَ صَاحِبُ الزَّرْعِ وَتَهَاوَنَ فِي دَفْعِهَا، ....

واحتاط على العادة ففتح الباب لص أو انهار الجدار لم يضمن؛ لعدم تقصيره، هذا ما أورده، وفي «الحاوي» عن حكاية ابن أبي هريرة وجهان: وجه: الإهدار عدم تفريطه، ووجه: التضمين عدم تفريط أرباب الزرع.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: لو حبسها بالليل، أو ربطها، فانهدم الجدار أو انحل الرباط، وعبارة «التهذيب»: أو انحل الرباط، أو كان قد أغلق عليها بابًا فكسرت الباب وأتلفت مال إنسان؛ فلا ضمان، وقيل: فيه وجهان، ولو كانت دابته معروفة بكسر الباب وحل الرباط، فترك المالك الإحكام والاحتياط؛ وجب الضمان، انتهى.

قال: (**أَوْ حَضَرَ صَاحِبُ الزَّرْعِ وَتَهَاوَنَ فِي دَفْعِهَا**) أي: فلا ضمان على صاحبها على الصحيح، وإن كان قد قصر بإرسالها؛ لأن صاحب الزرع مضيع لزرعه، هكذا ذكره الرَّافِعِي عن الإمام والْغَزَالِي.

ثم قال: ويجيء فيه وجه آخر، كما ذكر فيما إذا لم يغلق باب البستان، وأيضًا فإنه لو أتلف عين ماله وهو ساكت؛ لا يسقط الضمان، ولو كانت مزرعته محفوفة بمزارع ولا يتأتى إخراجها إلا بإخرجها من مزارعة الغير لم يجز له إخراجها؛ إذ ليس له أن يقي ماله بمال غيره؛ بل عليه تركها، ويضمن صاحبها ما أتلفته، ذكره الرَّافِعِي، وكأن الصورة فيما إذا لم يمكنه منعها من الإفساد بغير الإخراج، ولك أن تحمل هذه الصورة كلام «المنهاج»؛ لأنه والحالة هذه لم يتهاون في دفعها.

فرع: إذا أخرجها من مزرعته حيث يجوز له ذلك فوقعت في زرع الجار، قال الأئمة: إن اقتصر على تنفيرها من مزرعته؛ فلا ضمان عليه، وإن تبعها بعد الخروج من مزرعته حتى أوقعها في زرع الجار؛ ضمن، قاله الإمام.

قال الرَّافِعِي: ولا ينبغي أن يبالغ في التنفير والإبعاد؛ بل يقتصر على قدر الحاجة، [فإن زاد فغاصب، قال إبراهيم المروزي: يلزمه ضمانها ويضر داخله بإبعاده فوق الحاجة].

وَكَذَا إِنْ كَانَ الزَّرْعُ فِي مَحُوطٍ لَهُ باب تَرْكِهِ مَفْتُوحًا فِي الْأَصَحِّ.

قلت: وبيَّن إبراهيم المروزي قدر الحاجة [بقوله: لأنه لما أبعدها القدر الذي يعلم أنها لا تعود، ثم دخلت هي في يده] فضمنها بحكم اليد، هذا لفظه.

قال: (**وَكَذَا إِنْ كَانَ الزَّرْعُ فِي مَحُوطٍ لَهُ باب تَرْكِهِ مَفْتُوحًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأن التقصير هاهنا من رب الزرع والبستان حيث ترك الباب مفتوحًا بالليل، والثاني: يضمن؛ لإطلاق الخبر؛ ولأن العادة ربط البهائم بالليل، وحفظها ليلًا، فإرسالها تقصير.

فرع: سبق أنه لو أرسل الدابة في البلد؛ أن الأصح أنه يضمن ما تتلفه؛ لأن الدابة في البلد تراقب ولا ترسل وحدها، وقيل: هو كالإرسال في الصحراء.

قال الرَّافِعِي: والوجه الأول، قال: وجميع ما ذكرنا فيما إذا تعلق إرسال الدابة، وحفظها باختياره، فإن أفلتت؛ لم يضمن ما تتلفه بحال، وإن ربط دابته في الموات، أو في ملك نفسه وغاب عنها؛ لم يضمن ما تتلفه، انتهى.

وما ذكره من الترجيح في الفرع الأول ظاهر حيث لم تجر عادة البلد بإرسال الدواب في البلد نهارًا، أما لو جرت بذلك العادة كما هو في كثير من بلاد «الشام» يرسلون البقر بين الدور نهارًا بلا مراقب، ولا يعدون ذلك إهمالًا وتقصيرًا؛ ففي التضمين نظر، وسنذكر ما يؤيده، ولا شك في امتناعه حيث جاء التلف من تقصير رب المتاع.

فرع: قال الرَّافِعِي: إذا أرسل الحمام أو غيرها من الطير فكسرت شيئًا، أو التقطت حبًا فلا ضمان؛ لأن العادة جرت بإرسالها، ذكره ابن الصباغ.

[**قلت**]: ولفظ «الشامل» و«البيان»: إذا كان له طير فأرسله، ولقط حبًا لغيره لم يضمن؛ لأن تخليته بالنهار معتادة، وفي «المعتمد» في إتقان مسائل المذهب المجرد: قيل: إذا أرسل الطير التي هي الحمام فكسرت على الجيران شيئًا، أو التقطت حبًا، فلا ضمان على المرسل؛ إذ العرف إرسالها.

وقال الديبلي: إذا كان بيده بازي فأتلفت منه، أو أتلف طيرًا على إنسان؛ فلا ضمان ليلًا كان أو نهارًا، انتهى.

....

وقد يشعر كلامه بأنه لو أرسله ضمن، وإن لم يرسله على شيء، وفي «فروع ابن الْقَطَّان»: ولو أرسل صقرًا أو بازيًا فطار فجنى على أطيار قوم فأتلف لهم شيئًا لم يضمن؛ لأنه مما يطير، ولا يمكنه إذا غاب عنه ضبطه وكفه عن ذلك، فهو بمنزلة البهيمة التي يرسلها وليس هو معها، اللهم إلا أن يكون قد أرسله على طيور قوم فتصير كالآلة، انتهى.

وفي «الكافي»: إنه لو ابتلعت دجاجته جوهرة لغيره وهو معها ضمنها، وإن لم يكن معها؛ فوجهان، وهل يلزمه ذبحها لاستخراج الدرة ودفعها لمالكها؟ قولان: فإن قلنا: لا يلزمه فعليه ضمانها للحيلولة، فلو ذبحها بعد ذلك واستخرج الدرة منها ردها، واسترد ما دفع من الضمان، وإن تعيبت؛ فعليه أرش العيب، هكذا قال، وفيه إشكال إلا أن يكون التفريع على التضمين مطلقًا.

فرع: إذا دخلت البهيمة ملكه، ولم تتلف مالًا؛ قال أبو الحسن العبادي في «فتاويه»: إنه رأى في «تعليق القاضي الحسين»: أنه إن نفرها عن ملكه فلا ضمان، وإن نفرها على سهم ضمن.

قال العبادي: والقياس أنه يضمن أي: مطلقًا كما لو ألقت الريح ثوبًا في حجره، أو جر السيل حجرًا فألقاه في ملكه لا يجوز إخراجه، وأخذه؛ بل يدفعه للمالك، وهذا ما ذكره الْبَغَوِي في «فتاويه» إذا لم تكن مسيبة من جهة المالك كالإبل والبقر.

قال الرَّافِعِي: وعلى هذا فالذي سبق أنه يخرجها من زرعه، إلا إذا كان زرعه محفوفًا بزرع الغير يحمل على ما إذا كانت مسيبة من جهة المالك أي: فإن لم تكن مسببة من جهته وجب ردها إليه وإلى الحاكم تنفيرها مطلقًا.

ويوافق قول القاضي الحسين ما في كتاب الغصب من «البحر»: أنه لو دخلت بهيمة داره، فمنعها بضرب لا تخرج إلا به لا يضمنها؛ لأن له منعها من داره، ونحوه قول الْبَغَوِي في «الفتاوى»: لو دخلت بقرة ملكه فأخرجها من ثلمة فهلكت إن لم تكن الثلمة بحيث تخرج البقرة منها بسهولة؛ يجب الضمان

وَهِرَّةٌ تُتْلِفُ طَيْرًا أَوْ طَعَامًا إنْ عُهِدَ ذَلِكَ مِنْهَا ضَمِنَ مَالِكُهَا فِي الْأَصَحِّ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

أي: وإلا فلا؛ لأنها كالصائلة على ملكه، وداره كزرعه.

فرع: في «الحاوي» هنا: لو وضعت البهيمة رأسها بقدرٍ ولم يمكن خلاصها إلا بكسره أو بذبحها، فإن تعدى صاحب القدر؛ كسر هدرًا وصاحبها، أو هما جميعًا كسر لغير المأكولة، وغرم أرشه، وفي ذبحها وجهان، وإن لم يتعذر واحد منهما.

وإن علم صاحب القدر بالبهيمة دون صاحبها؛ فالقدر مهدر، وإن انعكس؛ فالقدر مضمون، وإن علما جميعًا [فكذلك، وفي ذبح المأكولة وجهان، وإن لم يعلما جميعًا] ففي ضمان الإناء وجهان.

قال: (**وَهِرَّةٌ تُتْلِفُ طَيْرًا أَوْ طَعَامًا إنْ عُهِدَ ذَلِكَ مِنْهَا**) أي: وأرسلت.

(**ضَمِنَ مَالِكُهَا فِي الْأَصَحِّ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا**)؛ لأن مثلها ينبغي أن يربط ويكف شره، وكذا الحال في كل حيوان مولع بالتعدي، قاله الرَّافِعِي، وعبارة غيره: يجب على المالك حفظه، وربطه ليلًا كان أو نهارًا، فإن لم يفعل ضمن.

والثاني: لا ضمان سواء أتلف ليلًا أو نهارًا؛ لأن العادة أن الهرة لا تربط، وقضية التوجيه: أنه لو كان الحيوان المفسد مما يربط فتركه مهملًا؛ ضمن ما يتلفه قطعًا.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعهد ذلك منها.

(**فَلَا فِي الْأَصَحِّ**)؛ لأن العادة حفظ الطعام منها لا ربطها.

والثاني: يفرق بين الليل والنهار كما سبق في البهيمة، وهو الجواب في«تعليق الْبَغَوِي» ولفظه: وهكذا حكم الكلب والهرة حكم سائر البهائم، فيضمن صاحبها ما أتلفاه بالليل دون النهار؛ إذا لم يعرفا بالعدوان، وخص الديبلي الوجهين بالهرة، وجعل الكلب المعلم كالماشية.

قال الرَّافِعِي فيه: نزل الإمام والْغَزَالِي إلى التفصيل والتقسيم، وأطلقا في ضمان ما تتلفه الهرة أربعة أوجه: النفي، والإيجاب المطلقان.

……

الثالث: يضمن ما تتلفه ليلًا لا نهارًا.

الرابع: عكسه.

فرع: إذا قصدت الهرة الحمام مثلًا فأهلكت في الدفع؛ هدرت، فلو صارت ضارية مفسدة، لم يجز قتلها في حال سكونها على الأصح، وألحقها القاضي الحسين بالفواسق الخمس، وذكر العراقي في «شرح تنقيحه»: أنه سئل الإمام عز الدين بن عبد السلام عن عن قتل الهر المؤذي هل يجوز؟ فكتب وأنا حاضر: إذا خرجت أذيته عن عادة القطط، وتكرر ذلك منه قتل، انتهى.

وهذا هو المختار في الهر المهمل الذي لا مالك له إلحاقًا له بالكلب العقور، ولا مالية تفوت على المالك، وأما الهر المملوك ففيه نظر، والأشبه التسوية؛ لأنه لا يبقى له قيمة مع ظهور فساده.

قال الإمام: وقد انتظم من كلام الأصحاب أن الفواسق مقتولات لا يعصمها الاقتناء، ولا يجري عليها الملك، ولا أثر لليد والاختصاص فيها، وعد هو والْغَزَالِي منها النمر، وفي صحة بيع النمر كلام سبق، ويأتي إيضاحه في الصيد إن شاء الله تعالى، وبالله التوفيق، وأسأله الإعانة.

كَانَ الْجِهَادُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - فَرْضَ كِفَايَةٍ، ....

السِّيَر: جمع السيرة، وهي: الطريقة، ويقال: إنها من سار يسير، وترجم الكتاب بذلك؛ لأن أحكامها متلقاة من سير رسول الله ﷺ في غزواته، والغرض الكلام في الجهاد وأحكامه ولواحقه، والأصل فيه قبل الإجماع نصوص القرآن كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ﴾ [البقرة: ٢١٦] ﴿انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] ﴿إِلَّا تَنفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلَا تَضُرُّوهُ شَيْئًا وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٣٩)﴾ [التوبة: ٣٩].

والسنن الصحيحة طافحة به وبالحث عليه، وبيان فضله. قال صاحب «الانتصار» فيه وفي «مرشده» و«تنبيهه»: الجهاد أفضل الأعمال بعد الإيمان، وسبق كلام في الصلاة والحج، والمختار ما ذكره؛ لقوله ﷺ: **«يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه»**(١).

وفي حديث آخر: **«مقام رجلٍ في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة ستين سنة»**(٢) رواه الحاكم في المستدرك وقال فيهما: على شرط البخاري، وأقره شيخنا الذهبي في «تلخيصه» وغير ذلك مما لا يحصى كثرة.

قال: **(كانَ الجِهَادُ على عَهدِ رسُولِ الله ﷺ فَرضَ كِفَايةٍ)** أما افتراضه

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٦٥، رقم ٤٧٠)، والترمذي (٤/ ١٨٩، رقم ١٦٦٧) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٦/ ٣٩، رقم ٣١٦٩)، وابن حبان (١٠/ ٤٦٩، رقم ٤٦٠٩)، والحاكم (٢/ ١٥٦، رقم ٢٦٣٥)، والضياء (١/ ٤٥١، رقم ٣٢٥) وقال: إسناده صحيح. والدارمي (٢/ ٢٧٧، رقم ٢٤٢٤)، وعبد بن حميد (ص ٤٧، رقم ٥١).

(٢) أخرجه العقيلي في الضعفاء (١/ ٨٦، ترجمة ٩٨ إسماعيل بن عبيد الله بن سلمان)، والخطيب (١٠/ ٢٩٥) والطبراني (١٨/ ١٦٨، رقم ٣٧٧)، قال الهيثمي (٥/ ٣٢٦): فيه عبد الله بن صالح كاتب الليث وثقه أحمد وغيره. والحاكم (٢/ ٧٨، رقم ٢٣٨٣) وقال: صحيح على شرط البخاري والبيهقي (٩/ ١٦١، رقم ١٨٢٨٥) والدارمي (٢/ ٢٦٦، رقم ٢٣٩٦)، والبيهقي في شعب الإيمان (٤/ ١٥، رقم ٤٢٣١).

وَقِيلَ عَيْنٍ. وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلِلْكُفَّارِ حَالَانِ: أَحَدُهُمَا يَكُونُونَ بِبِلَادِهِمْ فَفَرْضُ كِفَايَةٍ

فبالإجماع، وأما كونه على الكفاية؛ فلقوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ٩٥] إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [الحديد: ١٠].

ذكر الله سبحانه وتعالى فضل المجاهدين، ووعد القاعدين بالحسنى أيضًا، ولو كانوا تاركين للفرض لخرجوا وذموا، ومعلوم من السير: أنه كان يغزي البعض.

قال: (وقيل: عَينٍ) لعموم الآيات السابقة، وقائله قال: كان القاعدون حرسًا للمدينة، وهو نوع من الجهاد[1].

قلت: وقيل: كان فرض عين على المهاجرين؛ لأنهم انقطعوا لنصرته ﷺ ولهذا كانت سراياه قبل بدر بالمهاجرين، وفرض كفاية على غيرهم؛ لأنهم إنما جاهدوا ببدر فما بعدها.

واعلم أن المراد أنه لما فرض الجهاد فرض على الكفاية على الصحيح؛ لأنه فرض في عهده ﷺ مطلقًا؛ بل أمر بعد البيعة بالتبليغ والإنذار بلا قتال، ومنع من القتال، ثم بعد الهجرة أذن الله تعالى في القتال للمسلمين، إذا ابتدأهم الكفار، ثم أبيح القتال ابتداء؛ لكن في غير الأشهر الحرم ثم أمر به من غير شرط ولا زمان، وهذا موضع الخلاف.

(وَأَمَّا بَعْدَهُ فَلِلْكُفَّارِ حَالَانِ أحدهما: يَكُونُونَ بِبِلَادِهِمْ فَفَرْضُ كِفَايَةٍ) أي: كما دلَّ عليه سير الخلفاء الراشدين ولا لو فرض على الأعيان لتعطلت

---

[1] كَانَ الْجِهَادُ فِي عَهْدِهِ ﷺ فَرْضَ عَيْنٍ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿انفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١]، ﴿إِلَّا تَنفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [التوبة: ٣٩]، وَقَائِلُهُ قَالَ: كَانَ الْقَاعِدُونَ حُرَّاسًا لِلْمَدِينَةِ، وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْجِهَادِ، وَأَجَابَ الْأَوَّلُ بِأَنَّ الْوَعِيدَ فِي الْآيَةِ لِمَنْ عَيَّنَهُ النَّبِيُّ ﷺ؛ لِتَعَيُّنِ الْإِجَابَةِ، وَقَالَ السُّهَيْلِيُّ: كَانَ فَرْضَ عَيْنٍ عَلَى الْأَنْصَارِ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ بَايَعُوا عَلَيْهِ، قَالَ شَاعِرُهُمْ:

نَحْنُ الَّذِينَ بَايَعُوا مُحَمَّدَا عَلَى الْجِهَادِ مَا بَقِينَا أَبَدَا

وَقَدْ يَكُونُ الْجِهَادُ فِي عَهْدِهِ ﷺ فَرْضَ عَيْنٍ بِأَنْ أَحَاطَ عَدُوٌّ بِالْمُسْلِمِينَ كَالْأَحْزَابِ مِنَ الْكُفَّارِ الَّذِينَ تَحَزَّبُوا حَوْلَ الْمَدِينَةِ فَإِنَّهُ مُقْتَضٍ لِتَعَيُّنِ جِهَادِ الْمُسْلِمِينَ لَهُمْ فَصَارَ لَهُمْ حَالَانِ، خِلَافَ مَا يُوهِمُهُ قَوْلُهُ، انظر «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٢٢٤).

إِذَا فَعَلَهُ مَنْ فِيهِمْ كِفَايَةٌ سَقَطَ الْحَرَجُ عَنْ الْبَاقِينَ.

المعايش والزراعات وخربت البلاد.

وقال ﷺ: «**من جهَّز غازيًا في سبيل الله فقد غزا، ومن خلفه في أهله بخير فقد غزا**»⁽¹⁾ متفق عليه.

(**إِذَا فَعَلَهُ مَنْ فِيهِمْ كِفَايَةٌ سَقَطَ الْحَرَجُ عَنْ الْبَاقِينَ**) لأن هذا شأن فروض الكفايات.

قالا: وتحصل الكفاية بسببين:

أحدهما: شحن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بإزائهم من الكفار، وينبغي أن يحتاط بإحكام الحصون، وحفر الخنادق ونحوها، ويرتب الإمام في كل ناحية أميرًا كافيًا يقلده الجهاد وأمور المسلمين.

قلت: وعبارة بعضهم: وإن احتاج إلى بناء سور أو حفر خندق فعل.

الثاني: أن يدخل الإمام دار الكفر غازيًا بنفسه أو بجيش يؤمن عليهم من يصلح لذلك، فإن امتنعوا منه أثموا، وهل يأثم الجميع؟ وهل يعمهم الإمام أو يختص بالذين ندبوا إليه؟

زاد في «الروضة»: الأصح أنه يأثم كل من لا عذر له كما سيأتي بيان الأعذار إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قالا: وأقله مرة واحدة في كل سنة، أي: إن لم تدع الحاجة إلى أكثر منها، قالا: فإن زاد فهو أفضل، ويستحب أن يبدأ بقتال من يلي دار الإسلام منهم، فإن كان الخوف من الأبعدين أكبر بدأ بهم.

قلت: نص «الأم»: يجب على الخليفة فيجب على الخليفة إذا استوت

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٩، رقم ٩٥٦)، وأحمد (٤/ ١١٦، رقم ١٧٠٨٦)، وعبد بن حميد (ص ١١٧، رقم ٢٧٧)، والبخاري (٣/ ١٠٤٥، رقم ٢٦٨٨)، ومسلم (٣/ ١٥٠٦، رقم ١٨٩٥)، وأبو داود (٣/ ١٢، رقم ٢٥٠٩)، والترمذي (٤/ ١٧٠، رقم ١٦٣١) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٦/ ٤٦، رقم ٣١٨٠) وابن الجارود (ص ٢٥٩، رقم ١٠٣٧)، والطبراني (٥/ ٢٤٥، رقم ٥٢٣١)، والحاكم (٢/ ٩٢، رقم ٢٤٢٩)، والبيهقي (٩/ ٢٨، رقم ١٧٦١٩).

وَمِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَةِ الْقِيَامُ بِإِقَامَةِ الْحُجَجِ وَحَلِّ الْمُشْكِلَاتِ فِي الدِّينِ.

حال العدو أو كانت بالمسلمين عليهم قوة أن يبدأ بأقرب العدو من ديار المسلمين؛ لأنهم الذين يلونهم، ثم استثنى ما ذكر آنفًا، ثم قالا: ولا يجوز إخلاء كل سنة عن الجهاد إلا لضرورة كضعف وغيره، زاد: وعلف دواب في الطريق، أو انتظار لحاق مدد، أو توقع إسلامهم، هذا ما نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب، واختار الإمام مسلك الأصوليين وهو: وجوب إقامته بحسب الإمكان، ولا يختص بمرة في السنة، ولا يعطل إذا أمكنت الزيادة.

قال: وما ذكره الفقهاء حملوه على العبارة الغالبة وهي: أن الأموال والعدد لا تتأتى لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرة، ثم إن تمكن الإمام من بثِّ الأجناد للجهاد في جميع الأطراف فعل، وإلا فيبدأ بالأهم فالأهم، وينبغي أن يراعي الصفة بالمناوبة بين الأجناد في الإغزاء، هذا حاصل «الروضة» والمفهوم منه أنه يكفي في إسقاط الفرض الإغزاء مرة واحدة في السنة إلى جهة واحدة، ونحوه قول جماعة من العراقيين وهو نصُّ الإمام.

وإذا غزا جهة السنة الثانية، قال الشَّافِعِي ﷺ: لتغيبهم بالنكاية إلا أن يكون في جهة من الجهات عدو شديد فيجوز أن يقصد في كل عام، انتهى.

وصرح الإمام نقلًا بإيجاب تعميم الجهات، فقال: قال الفقهاء: يتعين على الإمام أن يقيم في سنة قتالًا مع الكفار، ويجب أن يغزي إلى كل صوب منهم جندًا إذا أمكن، وزعموا أن فرض الكفاية يسقط بقتال واحد في كل صوب، والمختار عندي، وذكر ما سبق عنه، وقد يوفق بين الكلامين، وأحسن صاحب «الانتصار» فقال: وأقل ما يجري في كل سنة مرة؛ لأن الجزية تجب بدلًا عنه، وهي واجبة في كل سنة فكذلك مبدلها؛ ولأن تأخيره أكثر من سنة يُطمع العدو في المسلمين، فإن دعت حاجة إلى أكثر من ذلك وجب؛ لأنه فرض كفاية فوجب ما تدعو الحاجة إليه، انتهى.

(وَمِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَةِ الْقِيَامُ بِإِقَامَةِ الْحُجَجِ وَحَلِّ الْمُشْكِلَاتِ فِي الدِّينِ) أي: كما أنه لا بدَّ من إقامة القهر به بالسيف فلا بد في خطة الإسلام، فمن يقيم البراهين ويظهر الحجج ويدفع الشبهات ويحل المشكلات، فيجب أن

وَبِعُلُومِ الشَّرْعِ كَتَفْسِيرٍ وَحَدِيثٍ، وَالْفُرُوعِ بِحَيْثُ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ.

يكون في المسلمين من يقم بذلك ويظهر الحجج العلمية، وهي أدلة إثبات الصانع سبحانه وتعالى، وما يجب له من الصفات وما يستحيل عليه، وكذا إثبات النبوات وإثبات نبوة نبينا ﷺ وصدقه فيما جاء به(١).

(وَبِعُلُومِ الشَّرْعِ كَتَفْسِيرٍ وَحَدِيثٍ، وَالْفُرُوعِ بِحَيْثُ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ) تضمن كلامه هنا أن من فروض الكفاية القيام بمعرفة أصول الفقه والنحو واللغة واختلاف العلماء واتفاقهم، وأسماء الرواة وجرحهم وتعديلهم، ونحو ذلك ما لا يتم القيام بما ذكره إلا به، وبيانه يأتي في الأقضية:

أحدها: من العلوم الفرعية ما يتعين طلبه على كل مكّلف، وهو ما يحتاج إليه من مفروضات الدين كالطهارة والصلاة والصيام.. وغيرها، فإن من لا يعلم أركان العبادة وشروطها لا يمكنه إقامتها وإنما يتعين لعلم ما لا بدَّ له منه دون الدقائق، وما لا تعم به البلوى.

وإن كان ممن تلزمه الزكاة لزمه تعلم أحكام الزكاة، قال **الرُّويَانِي**: وهذا إذا لم يكن له متاع يكفيه الأمر، ورجح المصنف أنه لا يسقط عنه التعلم بالساعي؛ إذ يلزمه ما لا يعلمه الساعي، ومن يتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات.

وعن **الْمُزَنِي** وغيره: نقل الإجماع على أنه لا يجوز الإقدام على البيع والشراء ونحوهما حتى يعلم صحة ذلك من فساده، ورأيت في «أمالي» ابن عبد السلام أن **الشَّافِعِي** ﵁ حكى الإجماع في «رسالته» و**الْغَزَالِي** في «الإحياء» على أن العلم قسمان:

فرض عين: وهو علم الحالة التي المكلف فيها، كمن عند الزوال، فإنه يجب عليه تعلم الوضوء والصلاة أو عند رأس الحول، وله ما يشبه أن يعلم ما

---

(١) قَالَ الحجة الْغَزَالِيُّ: الْحَقُّ أَنَّهُ لَا يُطْلَقُ مَدْحُهُ وَلَا ذَمُّهُ فَفِيهِ مَنْفَعَةٌ وَمَضَرَّةٌ، فَبِاعْتِبَارِ مَنْفَعَتِهِ أُوقِتَ الِانْتِفَاعُ حَلَالٌ أَوْ مَنْدُوبٌ أَوْ وَاجِبٌ، وَبِاعْتِبَارِ مَضَرَّتِهِ وَقْتَ الْإِضْرَارِ حَرَامٌ، وَيَجِبُ عَلَى مَنْ لَمْ يُرْزَقْ قَلْبًا سَلِيمًا أَنْ يَتَعَلَّمَ أَدْوِيَةَ أَمْرَاضِ الْقَلْبِ مِنْ كِبْرٍ وَعُجْبٍ وَرِيَاءٍ وَنَحْوِهَا كَمَا يَجِبُ كِفَايَةً تَعَلُّمُ عِلْمِ الطِّبِّ. انظر: «نهاية المحتاج» (٢٦/ ٣٤٤).

....

يجب عليه فيها، وأن يتكسب بحرفة لزمه أن يتعلم ما يتعلق بها، ولا يجب على التعيين سوى ما يتعلق بحالته التي هو فيها، انتهى.

قلت: الجرح من هذا وما قبله بفسق عوام المسلمين، ورد شهاداتهم ورواياتهم وفساد إنكاحهم مولياتهم . . . وغير ذلك، وقد يجاب عنه بأنه إنما يفسق بإهمال ذلك من علم بوجهه عليه قد يتعلم، لكن بقية كلام الشيخ عزِّ الدِّين ونقله ينازع في هذا الجواب، ويقتضي الفرق بين الخفي والجلي.

ثانيها: قال الشيخ: قال الْمَاوَرْدِي: إنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربع شروط: التكليف، وممن يلي القضاء، لا عبد وامرأة، وألَّا يكون بليدًا، أو أن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية، ويدخل الفاسق في الفرض ولا يسقط به؛ لأنه يقبل فتواه، وفي دخول العبد والمرأة وجهان؛ لأنهما أهل الفتوى دون القضاء، قاله في «زيادة الروضة».

وقوله: (وفي دخول العبد والمرأة وجهان) غير مطابق «للحاوي» فإنه جزم أنهما لا يدخلان في فرض الكفاية، وفي سقوط الفرض بهما وجهان، وهذا غير ما نقله المصنف، وجزم بأن من عجز عن الكفاية لا يدخل في الفرض وأنه يسقطه.

ثالثها: قال الشيخ: التعلم والإفتاء فرض كفاية، فإن لم يكن، يكن ثم من يصلح إلا واحدًا؛ إذ هناك جماعة ولا يحصل إلا بكلهم تعين عليهم، وإن كان هناك غير المعنى هل يأثم بالرد؟ وجهان: أصحهما: لا، وينبغي أن يكون المعلم كذلك، انتهى.

قلت: يجب أن يقال: إن لم يظهر له الحكم فلا أثم قطعًا، وإن ظهر فوجهان في ترجيح المنع نظر وقياس، ترجيحهم في الأولياء، وفي الشهود تأثيم هنا أيضًا يؤدي إلى التوكيل، والتدافع كما قالوه في «النظائر» لا سيما إذا كان المستفتي مضطر إلى الإفتاء في الحال؛ لإيراد قسم أو التخلص من حيث بطلان وغيره، أو فوات حق، ومن النظائر تدافع خصمين إلى قاضٍ وبالبلد قضاة.

....

رابعها: قال الشيخ إبراهيم المروزي - رحمه الله -: ومن فروض الكفاية: التبحر في العلم بالمعرفة بدقائق المسائل وغوامضها حتى يبلغ الرجل مبلغ الاجتهاد والفتوى، انتهى.

وقال في «الروضة»: من ذلك التعمق في دقائق الحساب وحقائق الطب، وغير ذلك مما في العلوم مما هو مستحب، كالتبحر في أصول الأدلة بالزيادة على ما يحصل به فرض الكفاية، وعدَّ الْغَزَالِيُّ ذلك التعمق في دقائق الحساب وحقائق الطب، وغير ذلك مما يستغنى عنه، ولكنه بقدر زيادة في العدد المحتاج إليه.

قال الشيخ: وليعلم العامي بنوافل العبادات لغرض العمل، لا لما يقوم به المجتهدون أن يميز الفرض عن النفل، فإن ذلك فرض كفاية في حقهم، انتهى.

وفي هذه الجملة نظر للمتأمل.

خامسها: قال في «الإحياء»: من فرض الكفاية كل علم لا يستغنى عنه في قوام أمور الدنيا، كالطب والحساب وأصول الصناعات كالفلاحة والحياكة والحجامة، فلو خلى البلد من حجام جرحوا، ووراء ما سبق أشياء تنقسم إلى محرم ومكروه ومباح:

فالمحرم: كالفلسفة والشعبذة والتنجيم والضرب بالرمل وبالشعر وبالحصاة وعلوم الطبائعيين إلا الطب فإنه فرض كفاية.

ومن المحرم: السحر على الصحيح بل الصواب، قال في «الإحياء»: وأما المذموم منه فعلم السحر والطلسمات وعلم الشعبذة والتلبيسات، انتهى.

وما ذكرته من تحريم تعلم الفلسفة هو الصحيح أو الصواب، وقد بيَّن ذلك الشيخ ابن الصلاح في «فتاويه» ونصوص الشَّافِعِي ناصة على تقبيح تعاطيه وذم تعلمه، ونقل عنه يعزر على ذلك، وذكرت في «الغنية» على فتاوى أبي القسم ابن البرزي كلامًا منافيًا دون مراجعة المكروه وأشعار المولدين المشتملة على الغزل والبطالة، والمباح منها: ما لا سخف فيه ولا شيء مما يكره، ولا يثبط على

وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنْ الْمُنْكَرِ.

خير، ويكون منها ما هو محبوب وما هو حث على طاعة أو زجر عن بعضه.

(وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيُ عَنْ الْمُنْكَرِ) دلَّ على وجوب ذلك الكتاب والسُّنة، وقال في «الروضة»: والمراد منه الأمر بواجبات الشرع، والنهي عن محرماته، فهو فرض على الكفاية، فإن نصب لذلك رجل يعين عليه، ولقد أحسن الْمَاوَرْدِي فقسم الأمر بالمعروف إلى ثلاثة أضرب، ثم ذكر عنه في الضرب الأول: أنه يأمر الناس بصلاة العيد، وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان.

قال الشيخ: قلت: الصحيح: وجوب الأمر، وإن قلنا صلاة العيد سُنة؛ لأن الأمر بالمعروف هو الأمر بالطاعة لا سيما ما كان شعارًا ظاهرًا، ثم حُكي عنه أنه ذكر في المنكرات أن يرى من يعتبر هينة عبارة كجهره في صلاة سرية وعكسه ويمنعه منه وينكر عليه وعلى من يطيل الصلاة من يؤمه بالمساجد المطروقة، ثم قال: وفي زيادةٍ له: ولا يسقط عن المكلف بظن أنه لا يقيد أن يعلم منه، بل واجبه أن يقول، قالوا: ومن أمثلته أن يرى مكشوف بعض عورته في حمام ونحو ذلك.

قال أصحابنا: وإنما يأمر وينهى من كان عالمًا بما يأمر به وينهى عنه، ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه؛ لأن كل مجتهد يصيب أو المصيب واحد، ولا نعلمه ولا إثم على المخطئ.

ثم قال: واعلم أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا بأن يخاف منه على نفسه أو ماله أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة المنكر الواقع، انتهى.

قلت: أو يغلب على ظنه أن المرتكب يريد فيما هو فيه من المنكر عنادًا له كما أشار إليه الْغَزَالي.

وقال أبو القاسم الأنصاري صاحب الإمام أيضًا في «شرح الإرشاد»: وإن علم أن المأمور لا يزداد بالمعروف بالأمر والنهي إلا تماديًا في طغيانه فلا

....

يجب أمره، ولكن يستحب له إبداء الأمر إظهارًا لشعائر الإسلام، ولو تقابل عنده الجائزان ولم يغلب على ظنه أحدهما، فقال كثير من الناس أنه لا يجب الأمر بالمعروف والحالة هذه.

قال الإمام: والذي يصح عندي في ذلك وجوب الأمر، ولولا إجماع العلماء على أن الأمر لا يجب عند استيقان الناس لكان وجوبه غير بعيد مع الناس بعد لفظه، وأراد بالاستيقان الظن الراجح كما دلَّ عليه سياق كلامه؛ إذ لا سبيل إلى القطع؛ لأنه علم عين كما صدر به كلامه وحينئذٍ مما ذكره الشيخ غريب.

وأما ما ذكر في كشف بعض العورة، أي: يراد به العورة المجمع عليها وهي السَّوْأَتَانِ فذاك، وإن أراد بعض الفخذ وما دون السرة، والظاهر أنه مراده، فما اقتضاه كلامه في باب الغسل من «شرح المهذب» فلا إنكار أن الخلاف في الفخذ مشهور، وقدمت ذلك في باب الغسل من «الغنية» وغيره، وقوله في أول كلامه والمراد منه إلى قوله مجزمًا به؛ لانطباق ترجيحه وجوب الأمر بصلاة العيد، وإن جعلناها سنة، وقد نقل الإمام في «الأصول» عن كثير من العلماء ومعظم الفقهاء أن الأمر بالمعروف في المستحب مستحب لا واجب، وعن القاضي أبي بكر الباقلاني أنه قال: عندي أنه واجب، ويجوز أن يقال: لو سكت العلماء عن الأمر بالنوافل جرحوا، قال الإمام: وما قاله محتمل، والأظهر عندي قول الفقهاء.

قلت: ويوافقه ترجيحهم إنا لا نقاتل أهل بلد تركوا الأذان وصلاة الجماعة والعيد على قولنا إنها سنن، وقوله: إن العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره يجب أن يكون في معناه ما ينقص حكم الحاكم فيه، وسبق في الوليمة ويأتي في الشهادات - إن شاء الله تعالى - ما يقتضي الإنكار عن مستحل الأنبذة المسكرة، وأن إنكار أعظم من حده عليها، وفي كلام الشيخ أشياء فيه منازعة منها أن الخوف على المال ليس بعذرٍ في ترك إنكار كل منكر ولا دفع كل مفسدة وإنما هو في بعضها، وقد أتى الإمام الْغَزَالِي - ﷺ - في

وَإِحْيَاءُ الْكَعْبَةِ كُلَّ سَنَةٍ بِالزِّيَارَةِ.

كلامه على هذا الباب بنفائس، والله أعلم.

قال: (**وَإِحْيَاءُ الْكَعْبَةِ كُلَّ سَنَةٍ بِالزِّيَارَةِ**) أي: لأنه من شعائر الإسلام، وقوله: (**الزِّيَارَةِ**) قد يفهم أن الحج لا يتعين.

وقال في «أصل الروضة»: ومن فروض الكفاية إحياء الكعبة بالحج كل سنة، هكذا أطلقوه، وينبغي أن تكون العمرة كالحج بل الاعتكاف والصلاة في المسجد الحرام، فإن التعظيم وإحياء البقعة يحصل بذلك، زاد، قلت: لا يحصل مقصود الحج بما ذكر فإنه مشتمل على الوقوف والرمي والمبيت بمزدلفة ومنى وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك، وما قاله صحيح، والمنقول عن الأصحاب الحج لا غير، وكذا نقله عنهم في «الإيضاح» فإذن كلام «المنهاج» جارٍ على بحث الرَّافِعِي لا المنقول.

نعم، إلحاق العمرة بالحج ظاهر فإنها من الشعار الظاهر المختص بتلك البقعة بخلاف الصلاة والاعتكاف رابضًا في المسجد الحرام لا يكاد يخلو مع بقاء الدنيا والدين من مصلٍّ أو معتكف كل يوم، وسبق في الحج أنه يلزم من قولهم هذا ألَّا يعد الحج تطوعًا بل إما فرض عين أو كفاية، أو قدرًا إلا أن يقال المخاطب بالكفاية من لم يحج وفيه بعد، ويخرج مما ذكرنا أنه لو لم يبق في آخر الزمان إلا من قد أدى فرضه، فإنه يجب عليهم الحج كل سنة، وكذا لو لم يتمكن من الحج إلا أهل ناحية قد حجوا والفرض كله الفريقين بحيث لا يحصل الشعار بدونهم، ولم يذكروا من يسقط به الفرض، ويعد سقوطه بواحدٍ ونحوه(١).

---

(١) تَنْبِيهٌ: مَا ذُكِرَ مِنْ تَعَيُّنِهِمَا هُوَ مَا جَرَى عَلَيْهِ جَمْعٌ مُتَأَخِّرُونَ، وَصَرِيحُ عِبَارَةِ «الرَّوْضَةِ» تَعَيُّنُ الْحَجِّ وَأَنَّهُ لَا يَكْفِي غَيْرُهُ وَلَوْ الْعُمْرَةَ وَحْدَهَا، وَصَرِيحُ عِبَارَةِ «أَصْلِهَا» الِاكْتِفَاءُ بِهَا، بَلْ وَبِنَحْوِ الصَّلَاةِ فَنَقَلَ شَارِحٌ عَنْ «الرَّوْضَةِ» وَ«أَصْلِهَا» تَعَيُّنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، وَغَيْرُهُ عَنْ أَصْلِهَا تَعَيُّنَهُمَا غَيْرَ مُطَابِقٍ لِمَا فِيهِمَا إِلَّا بِتَأْوِيلٍ فَتَأَمَّلْهُ، وَيُتَصَوَّرُ وُقُوعُ النُّسُكِ غَيْرَ فَرْضِ كِفَايَةٍ مِمَّنْ لَا يُخَاطَبُ بِهِ كَالْأَرِقَّاءِ وَالصِّبْيَانِ وَالْمَجَانِينِ، لَكِنَّ الْأَوْجَهَ أَنَّهُ مَعَ ذَلِكَ يَسْقُطُ بِهِ كَمَا مَرَّ فَرْضُ الْكِفَايَةِ، كَمَا تَسْقُطُ صَلَاةُ الْجِنَازَةِ عَنِ الْمُكَلَّفِينَ بِفِعْلِ الصَّبِيِّ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَدَمِ سُقُوطِ فَرْضِ السَّلَامِ عَنِ الْمُكَلَّفِينَ بِرَدِّ غَيْرِهِمْ بِأَنَّ الْقَصْدَ مِنْهُ التَّأْمِينُ وَلَيْسَ الصَّبِيُّ مِنْ أَهْلِهِ، وَهُنَا الْقَصْدُ=

وَدَفْعُ ضَرَرِ الْمُسْلِمِينَ كَكِسْوَةِ عَارٍ، وَإِطْعَامِ جَائِعٍ إِذَا لَمْ يَنْدَفِعْ بِزَكَاةٍ، وَبَيْتِ مَالٍ.

وقال في «الإيضاح»: ولا يشترط تعذر المخلصين لهذا الفرض قدر مخصوص بل الغرض أن يوجد حجها في الجملة من بعض المكلفين في كل سنة مرة، انتهى.

وقضية الاكتفاء بواحدٍ وفيه نظر ويشبه أن يقال: يعتبر حج جمع يظهر الشعار بهم في كل عام، وقد اعتبروا في الجماعة إذا جعلنا فرض كفاية لظهور الشعار في البلد أو القرية، والله أعلم.

قال: (**وَدَفْعُ ضَرَرِ الْمُسْلِمِينَ**) أي: على أهل المروءة منهم.

(**كَكِسْوَةِ عَارٍ، وَإِطْعَامِ جَائِعٍ إِذَا لَمْ يَنْدَفِعْ بِزَكَاةٍ، وَبَيْتِ مَالٍ**) أي: صيانة للنفوس، ثم المراد إزالة فاقته وسد ضرورته، فلو أسدت الضرورة، فهل يكفي ذلك أم تجب الزيادة التي يقوم بها من تلزمه النفقة؟

حكى الإمام فيه وجهين لأصحاب الأصول، والأول أقرب.

قال في «الْغِيَاثِيِّ»: يجب على الموسر المواساة بما زاد على كفاية بيته.

وقال في كتاب الجمعة من «النهاية»: فلو بلغ الشخص من الجوع مبلغًا مضرًا فلست أرى تدارك هذا من فروض الكفايات، فإنه لو قتل به أدى إلى تأثيم خلق الله تعالى على عموم الأحوال، فإن الحاجة عامة والضرر غالب في الأصحاء والمرضى؛ فيجب على الإمام تعهد هؤلاء وسد خلاتهم من سهم المصالح، نعم، لو خلا بيت المال ففي هذا نظر، انتهى.

وما ذكر أولًا من اعتبار كفاية السنة يجوز أن يكون مادته ما سبق في قسم الصدقات إخراج الكفارات من اعتبار السنة، أما من اعتبر هناك كفاية العمر

= ظُهُورُ الشِّعَارِ وَهُوَ حَاصِلٌ؛ وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ الْمُتَعَيِّنَ قَدْ يَسْقُطُ بِالْمَنْدُوبِ كَالْجُلُوسِ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ بِجِلْسَةِ الِاسْتِرَاحَةِ، وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَا بُدَّ فِي الْقَائِمِينَ بِذَلِكَ مِنْ عَدَدٍ يَحْصُلُ بِهِمْ الشِّعَارُ عُرْفًا وَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ مَكَّةَ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إجْزَاءِ وَاحِدٍ فِي صَلَاةِ الْجِنَازَةِ بِأَنَّ الْقَصْدَ ثَمَّ الدُّعَاءُ وَالشَّفَاعَةُ، وَهُمَا حَاصِلَانِ بِهِ وَهُنَا الْإِحْيَاءُ وَإِظْهَارُ ذَلِكَ الشِّعَارِ الْأَعْظَمِ، فَاشْتُرِطَ فِيهِ عَدَدٌ يَظْهَرُ بِهِ ذَلِكَ. انظر: «تحفة المحتاج» (٣٩/ ٤٠٤).

وَتَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاؤُهَا، وَالْحِرَفُ وَالصَّنَائِعُ، وَمَا تَتِمُّ بِهِ الْمَعَايِشُ ....

الغالب فقد نقول هنا: لا يلزمه المواساة إلا بما فضل عن ذلك وهو بعيد⁽¹⁾.

قال: (**وَتَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ، وَأَدَاؤُهَا**) على ما يأتي بيانه هناك، وكذا عابه الحكام على استيفاء الحقوق ونحو ذلك.

ومن فروض الكفاية: تجهيز الموتى غسلًا وتكفينًا وصلاة ودفنًا، وقدم بيانه.

فرع: أعدَّ الْغَزَالي المناكحة من فروض الكفاية، قال شارح: غسلًا وتكفينًا وصلاةً ودفنًا، ولعل مراده ما إذا احتاج إلى النكاح وطلبه فإنه يجب إجابته على نساء تلك الناحية، فإن إجابته واحدة سقط الفرض عن الباقيات، وكذا على الأولياء المخيرين، انتهى.

وهذا بطل وقصته أنه إذا طلب النساء إلا باقي الشروح أنه يلزم أهل البلد، أو الناحية أن يقوموا بذلك، بل المراد ـ والله أعلم ـ أن هذا من فروض الكفايات عن الأمة لا يسوغ حملهم الإغراء عنه لما فيه من انقطاع النسل، والله أعلم.

قال: (**وَالْحِرَفُ وَالصَّنَائِعُ وَمَا تَتِمُّ بِهِ الْمَعَايِشُ**) لأن قيام الدنيا فهذه الأسباب وقيام الدين موقوف على أمر الدنيا، ولا شك في عجز كل فرد من

---

(١) تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْكِسْوَةِ سَتْرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْبَدَنُ. قَالَ فِي «الْمُهِمَّاتِ»: وَهُوَ كَذَلِكَ بِلَا شَكٍّ، فَيَخْتَلِفُ الْحَالُ بَيْنَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ، وَتَعْبِيرُ «الرَّوْضَةِ» بِسَتْرِ الْعَوْرَةِ مُعْتَرَضٌ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَيْضًا وُجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا، لَكِنَّ الْأَصَحَّ مَا فِي «زِيَادَةِ الرَّوْضَةِ» عَنْ الْإِمَامِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُوسِرِ الْمُوَاسَاةُ بِمَا زَادَ عَلَى كِفَايَةِ سَنَةٍ، وَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَا يُوَجَّهُ فَرْضَ الْكِفَايَةِ بِمُوَاسَاةِ الْمُحْتَاجِ عَلَى مَنْ لَيْسَ مَعَهُ زِيَادَةٌ عَلَى كِفَايَةِ سَنَةٍ وَهُوَ كَذَلِكَ وَإِنْ قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: هَذَا لَا يَقُولُهُ أَحَدٌ وَلَا يُنَافِيهِ مَا فِي الْأَطْعِمَةِ مِنْ وُجُوبِ إطْعَامِ الْمُضْطَرِّ، وَإِنْ كَانَ يَحْتَاجُهُ فِي ثَانِي الْحَالِ، فَإِنَّ هَذَا فِي الْمُحْتَاجِ غَيْرِ الْمُضْطَرِّ وَذَاكَ فِي الْمُضْطَرِّ، وَهَلْ يَكْفِي سَدُّ الضَّرُورَةِ أَمْ يَجِبُ تَمَامُ الْكِفَايَةِ الَّتِي يَقُومُ بِهَا مَنْ تَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، مُقْتَضَى كَلَامِ الرَّافِعِيِّ فِي الْأَطْعِمَةِ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إذَا وَجَدَ الْمُضْطَرُّ الْمَيْتَةَ تَرْجِيحُ الْأَوَّلِ، وَالْأَوْجَهُ تَرْجِيحُ الثَّانِي.

انظر: «تحفة المحتاج» (١٧/ ٢٤٢).

وَجَوَابُ سَلَامٍ عَلَى جَمَاعَةٍ، وَيُسَنُّ ابْتِدَاؤُهُ.

الأفراد عن القيام بكل ما ينويه من أمور دنياه⁽¹⁾.

قال: **(وَجَوَابُ سَلَامٍ عَلَى جَمَاعَةٍ)** أي: إذا كان المسلم مسلمًا، فإذا ردَّ بعضهم وقد سمع السلام ولو واحد كفى وإلا أثموا، وأصح الوجهين في «شرح المهذب» أنه لا يستحب إلقاء السلام على المجنون والسكران، ولا يجب الرد عليهما إذا سلم، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن كان المجنون مميزًا استحب ندائه بالسّلام كالصبي المميز وجب الرد عليه وإلا فلا، وأما السكران فإن لم يعقل فلا سلام ولا رد قطعًا إن كان له تمييز ولم يقض به وجب الرد عليه وإلا فلا على الأصح إهانةً له.

قال في «الإحياء»: ويترك سلام صاحب الماخور ونحوه من العصاة إذا ظن أن في تركه نوعًا من الزجر له أو لغيره، ولو كان في الجماعة صبي فردَّ السلام لم يسقط الفرض لجوابه جزم به الرَّافِعِي وصححه في «الروضة» «والأذكار» وصحح في «شرح مسلم» السقوط، قال الشَّاشِي: كما ينادى به شعار الأذان وليس بصحيح، والفرق بين الأذان وصلاة الجنازة، وأصح الاختلاف المأخذ، ولو سلم صبي مميز وجب الرد عليه على الصحيح.

فرع: قال القاضي الحسين والْمُتَوَلِّي: ما يعتاده الناس من السلام من القيام ويفارقه القوم دعاء وليس بتحية، فيستحب الجواب عنه ولا يجب، وأنكره الشَّاشِي وقال: إنه سنة كما في حال القدوم بحديث مرفوع حسنه الترمذي يصرح بالتسوية بين حالتي القدوم بحال مرفوع والمفارقة، قال في «الأذكار»: وهو الصواب.

قال: **(وَيُسَنُّ ابْتِدَاؤُهُ)** للأحاديث المشهورة فيه، وفي إفشائه بها أولى

---

(١) تَنْبِيهٌ: عَطْفُ الصَّنَائِعِ عَلَى الْحِرَفِ يَقْتَضِي تَغَايُرَهُمَا مَعَ أَنَّ صَاحِبَ «الصِّحَاحِ» فَسَّرَ الصِّنَاعَةَ بِالْحِرْفَةِ، فَعَلَى هَذَا عَطْفُهَا عَلَيْهَا كَعَطْفِ رَحْمَةٍ عَلَى صَلَوَاتٍ فِي قَوْله تَعَالَى: ﴿أُولَٰئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٥٧] وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ: الصِّنَاعَاتُ هِيَ الْمُعَالَجَاتُ كَالْخِيَاطَةِ وَالتِّجَارَةِ، وَالْحِرَفُ وَإِنْ كَانَتْ تُطْلَقُ عَلَى ذَلِكَ فَتُطْلَقُ عُرْفًا عَلَى مَنْ يَتَّخِذُ صُنَّاعًا وَيُدَوْلِبُهُمْ وَلَا يَعْمَلُ فَهِيَ أَعَمُّ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٢٤٥).

لَا عَلَى قَاضِي حَاجَةٍ وَآكِلٍ وَفِي حَمَّامٍ، وَلَا جَوَابَ عَلَيْهِمْ.

الناس بالله من بدائهم بالسلام، ورواه أبو داود بإسناد حسن، وحسن الترمذي حديث الرجلان يلتقيان أيهما يبدأ بالسلام قال ﷺ: «أولاهما بالله»[1].

قال: (**لَا عَلَى قَاضِي حَاجَةٍ وَآكِلٍ وَفِي حَمَّامٍ**) أما قاضي الحاجة في ابن ماجه النهي ومكالمته بعيدة عن الإذن، وأما الأكل فلشغله به، وأما الحمام فلأنه مأوى الشيطان، وليس موضع التحية.

قال: (**وَلَا جَوَابَ عَلَيْهِمْ**) لوضعه السلام في غير محله.

تنبيهات: عبارة «الكتاب» تشعر بحصر الاستثناء فيما ذكره، وعبارة «المحرر» سالمة منه، ومن لا يسن ابتداؤه بالسلام الكافر بل يحرم، وقيل: يكره، وأصح الوجهين: أنه لا يستحب السلام على الفاسق، بل يستحب ألّا يسلم على المجاهر بفسقه ومن ارتكب ذنبًا عظيمًا ولم يتب، قاله في «شرح المهذب».

وقال في «الروضة»: وأما المبتدع فالمختار أنه لا يُبدأ بالسلام إلا لعذرٍ أو خوف مفسدة، انتهى.

وكذا يقال في الفاسق والكافر، ولا يسن للرجل ابتداؤه على أجنبية جميلة، ولا يجوز لها الرد، ولو بدأ به كره إجابته، قاله الْمُتَوَلِّي وتبعه المصنف، ويحتمل أن يحرم عليه الرد كما يحرم عليه أن خوف الفتنة موجود، وينبغي ألا يكون ذكر الجمال مبدأ بل يكفي كونها شابة أو نحوها، ولا يستثنى من ذلك إلا العجوز الكبيرة.

قال في «الأذكار»: يكره السلام على المشتغل بالبول والجماع ونحوهما، فلا يستحق جوابًا، ومن ذلك ما كان ناعسًا أو مصليًا أو مؤذنًا في حال أذانه وإقامته، أو كان في حمام أو نحو ذلك، أي: كالغسل وغيره.

والْمنبجي قال: ويجوز ذلك من الأمور التي لا يؤثر السلام فيها، ومن ذلك الآكل الذي اللقمة في فيه، فإن سلّم في هذه الأحوال لم يستحق جوابًا،

---

[1] أخرجه الترمذي (٥/٥٦، رقم ٢٦٩٤) وقال: حسن.

……………………………………………………………………

وإن لم تكن اللقمة بفي الآكل فلا بأس بالسلام ويجب الرد، انتهى.

قلت: الوجه تحريم السلام على المجامع لما فيه من الأذى والتخجيل وقلة الحياء، والفرض أنه عالم بحاله، وإلا فلا يقال أنه يكره، وأما الآكل فقد أطلق الشيخ أبو محمد وغيره أنه لا يلزمه الرد، ورأى الإمام حمله على ما إذا كانت اللقمة بفيه وكان مضى زمان في المضغ والابتلاع ويعتبر الجواب في الحال، أما إذا سلم بعد الابتلاع وقبل وضع لقمة أخرى في الفم فلا يتوجه المنع، انتهى.

ويشبه أن ريب الرد على البداءة، فإن قلنا: لا يشرع لم يجب الرد سواء كانت اللقمة بفيه أم لا، أو يفصل في البداءة، فقال: يشرع إلا أن تكون اللقمة بفيه، وأما من بالحمام فقد علل ذلك بما سبق والاشتغال بالدلك والتنظيف، وهو يشعر بأنه لو كان السلام بموضع الثياب لم يكره ويستحق الجواب، وعبارة «الكتاب» مطلقة، وفي «حكم» المصنف بكراهة السلام مع ترجيحه، وأجزمه بعدم كراهة قراءته القرآن فيه نظر، بل القراءة أولى بالكراهة كما بينته في موضع آخر، وأما المصلي فأطلق الْغَزَالي أنه لا يسلم عليه، ولم يمنعه الْمُتَوَلِّي، لكن قال: إذا سلم عليه لم يرد حتى يفرغ، ويجوز أن يجيب في الصلاة بالإشارة نصَّ عليه في «القديم».

وقال: يجب الرد بعد الفراغ باللفظ، وهذا قريب إذا كان السلام قبيل التحلل، ويحتمل أن يفرق بين أن يعلم المسلِّم أنه في الصلاة أو لا، وصححا أنه لا يجب الرد مطلقًا، وفيه ما أشرنا إليه إذا دخل يوم الجمعة والإمام يخطب وأوجبنا الإنصات، قال الإمام: ليس له أن يسلم فإن سلم حرمت إجابته باللفظ ويستحب الإشارة.

قلت: وفيه نظر، وإن لم يوجب الإنصات فهل يجب الرد لفظًا أو يستحب أو يباح فقط؟ صحح الْبَغَوِي الأول، ونقل الشيخ في «التبيان» تصحيحه عن الأصحاب، وفيه نظر؛ إذ في إنكاره، قال أصحابنا: يكره الابتداء به؛ لأنهم مأمورون بالإنصات، ثم حكى الخلاف والتفريع على القولين، وقضية ذلك

……

ترجيح عدم الوجوب كما جزم به الإمام، وهو قضية ما فعل المصنف في «الأذكار» قبل هذا.

قال: وإذا قلنا: الإنصات سُنة ردَّ عليه واحدٌ من الحاضرين لا غير على كل وجه، قال الواحدي من أصحابنا: الأولى ترك السلام على المشتغل بقراءة القرآن، فإن سلم عليه كفاه الرد بالإشارة، قال الشيخ: وفيه نظر.

والظاهر: أنه يسلم عليه ويجب الرد باللفظ، أما إذا كان مشتغلًا بالدعاء مستغرقًا فيه مجتمع القلب فيحتمل أن يقال: هو كالمشتغل بالقراءة على ما ذكرناه، وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّهُ يُكْرَهُ السَّلَامُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَكَّدُ بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ مَشَقَّةِ الْأَكْلِ.

قلت: وإذا اتصف التالي بما ذكره فهو كالداعي بل أولى لا سيما المستغرق في التدبر.

قال الشيخ: وأما الملبي في الإحرام فيكره أن يسلم عليه؛ لأنه يكره له قطع التلبية فإن سلم رد عليه باللفظ نصَّ عليه الشَّافِعِي ﷺ وأصحابنا.

قلت: وظاهر كلامه وجوب الرد لفظًا، وقضية كلام «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» وغيرها أنه لا يجب الرد، حيث قالوا: ومن سلم في بعض الأحوال التي لا يستحب فيها السلام لم يستحق الجواب، لكن في «فتاوى الحناطي»: أنه لا يستحب أن يسلم على قوم اشتغلوا بقراءة القرآن، أو مجاراة العلم والذكر. **قال:** ولو سلم استحق الرد، انتهى. فحصل وجهان.

فائدة: لو سلم واحد أو جماعة على جماعة فردَّ واحد منهم كفى كما سبق، فلو ردَّ غيره بعد رده فرضًا أيضًا كما اقتضاه كلام الشيخ إبراهيم المروزي، وهو ظاهر، ونظائره كثيرة، وأعجب من قول جماعة من الأئمة ليس لنا سنة على الكفاية إلا البداءة بالسلام ويزيد بعضهم: وتشميت العاطس، ومن تتبع ذلك وجدها عددًا كثيرًا يزيد على العشر بثلاث أو أكثر كما أشرت إليه في موضع، واعلم أن مسائل السلام تحتمل جزءًا وإنما أوردت منها ما له تعلق بلفظ الكتاب.

وَلَا جِهَادَ عَلَى صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَامْرَأَةٍ وَمَرِيضٍ وَذِي عَرَجٍ بَيِّنٍ، ....

وذكرت في «الغنية»: يكفي حسنه وفوائد تتعلق بآداب اللقاء وما يجب من ذلك، وما يدم فراجعها إن شئت.

قال: (وَلَا جِهَادَ عَلَى صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ) لقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ﴾ [التوبة: ٩١] قيل: هم الصبيان، وقيل المجانين ولرفع القلم عنهما، ولحديث ابن عمر في «الصحيحين» في عرضه يوم أُحد.

قال: (وامرأة) لما رواه البخاري عن عائشة، قالت: استأذنت رسول الله ﷺ في الجهاد فقال: «**جِهَادُكُنَّ الْحَجُّ**»(١).

وعنها أنه ﷺ سُئل هل على النساء جهاد؟ قال: «**نَعَمْ جِهَادٌ لَا قِتَالَ فِيهِ: الْحَجُّ وَالْعُمْرَةُ**»(٢) صحيح رواه ابن ماجه بإسنادٍ على شرط الصحيح، ولما حلَّت عليه من الضعف والجور والخنثى كالأنثى.

إشارة: يستحب للإمام أن يأذن للمراهقين العقلاء من الذكور والنساء غير ذوات الهبات في الخروج، وأن يستصحبهم لسقي الماء ومصالح الجرحى، كذا أطلقوا. وقد يفهم أن للأجنبية معالجة الأجنبي وفيه كلام وتفصيل مذكور في النكاح.

قال: (وَمَرِيضٍ) أي: مرضًا يمنعه القتال والركوب أن تلحقه مشقة معه؛ لقوله تعالى في «سورة الفتح»: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النور: ٦١] ولا غيره بصداع ووجع ضرس وحمى خفيفة ونحوها، والظاهر أن الرمد كالمرض إن كان شديدًا منع الوجوب وإلا فلا.

قال: (وَذِي عَرَجٍ بَيِّنٍ) أي: وإن كان من رجل واحدة وإن قدر على

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٥٤، رقم ٢٧٢٠) وعبد الرزاق (٥/ ٨، رقم ٨٨١١)، وابن سعد (٨/ ٧٢)، وأحمد (٦/ ١٦٥، رقم ٢٥٣٦٤)، وإسحاق بن راهويه (٢/ ٤٤٧، رقم ١٠١٥)، والبيهقي (٤/ ٣٢٦، رقم ٨٤٠٢).

(٢) رواه ابن ماجه (٣٠١٣).

وَأَقْطَعَ، وَأَشَلَّ، وَعَبْدٍ وَعَادِمِ أُهْبَةِ قِتَالٍ، ....

الركوب على الصحيح للآية.

قال: ولا عبرة بعرج يسير لا يمنع المشي، وعبارة إبراهيم المروزي: أنه لا يتأتى منه الكر والفر كما في السوي السليم، وعبارة «البيان»: لا يمنع المشي مسرعًا ويومئ إليه قوله في «الأم»: عرجٌ لا يقدر منه على مشي الصحيح، ثم حكى في «البيان» عن الشافعي ﷺ أنه قال: ولو عرج من إحدى رجليه بحيث لا يمكنه الركوب والنزول مسرعًا ولا المشي مسرعًا لم يجب عليه الجهاد للآية، فإن كان عرجه يسيرًا كالذي يجمع ويمكنه الركوب والنزول والمشي مسرعًا وجب عليه الجهاد، انتهى.

وقيل: يلزم من أمكنه الركوب الجهاد راكبًا؛ لأن العرج لا يؤثر في حق الراكب واختاره ابن أبي عصرون، والمذهب الأول؛ لأن الدابة بصدد الهلاك، فلا يمكنه الفرار فيهلك.

قال: **(وَأَقْطَعَ، وَأَشَلَّ)** أي: ولو من يد؛ لأنه لا يتمكن من الضرب والاتقاء، قالا: ولا على من فقد معظم الأصابع إلا أقلها.

قلت: يظهر أن فقد الإبهام والمسبحة والوسطى والبنصر كفقد أكثرها أو بقية الأصابع لا تمسك السيف ونحوه إمساكًا ينتفع به المقاتل، وحكم الأنامل حكم الأصابع، فالشلل كالفقد.

إشارة: لا جهاد على أعمى للآية، وإهمال المصنف الاستثناء به لوضوحه كما ترك من الشروط الإسلام لوضوحه، ويلزم الأعشى ونحوه وعلى الأعور وكل من ضعف بصره إذا كان يدرك الشخص ويمكنه إلقاء السلاح.

(وَعَبْدٍ) أي: لقوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [التوبة: ٤١] ولا مال له ولا نفس يملكها وأن تبعض، وسواء المدبر والمكاتب والقن لحق السيد فيه؛ لأن الملك لا يقضي التعريض للهلاك، بل الاستخدام المعهود في سفره للجهاد وغيره، قاله الإمام.

قال: **(وَعَادِمِ أُهْبَةِ قِتَالٍ)** لقوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا

وَكُلُّ عُذْرٍ مَنَعَ وُجُوبَ الْحَجِّ مَنَعَ الْجِهَادَ إِلَّا خَوْفَ طَرِيقٍ مِنْ كُفَّارٍ، وَكَذَا مِنْ لُصُوصِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّحِيحِ. وَالدَّيْنُ الْحَالُّ ....

يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦۚ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: ٩١] إلى قوله: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَسْتَـْٔذِنُونَكَ وَهُمْ أَغْنِيَآءُۚ رَضُوا۟ بِأَن يَكُونُوا۟ مَعَ ٱلْخَوَالِفِ وَطَبَعَ ٱللَّهُ عَلَىٰ قُلُوبِهِمْ فَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٩٣﴾﴾ [التوبة: ٩٣] ويشترط أن يجد نفقة طريقه ذهابًا وإيابًا، نعم، فإن كان القتال على باب البلد وحواليه سقطت نفقة الطريق، ويشترط وجود مركوب إن بلغ سفره مسافة القصر، ومشروط كون ذلك فاضلًا عن نفقة من يلزمه نفقته وسائر ما ذكر في الحج، وعجب حكاية الوجهين السابقين في الحج هنا في اشتراط نفقة الإياب فيمن لا أهل له ولا عشيرة مع ظهور الفرق؛ إذ كيف يمكنه التخلف بدار الحرب وهو من الغزاة، وقد تحقق الحبس فيعجز المعتبر عن الإياب فهلك لا محالة⁽١⁾.

قال: **(وَكُلُّ عُذْرٍ مَنَعَ وُجُوبَ الْحَجِّ مَنَعَ الْجِهَادَ إِلَّا خَوْفَ طَرِيقٍ مِنْ كُفَّارٍ)** إذ الغزو مبني على ذلك، وهذا ينبغي أن يكفي حيث يجب الثبات ويمكن المقاومة.

(وَكَذَا مِنْ لُصُوصِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لأن الخوف يحتمل في هذا السفر، وقتال اللصوص أهم وقيده بما ذكرناه.

والثاني: يمنع الوجوب كالحج، فإن قيل: لو فقد العاجز أهبة الحج لم يلزمه بنقل ولده أو غيره المال على الأصح، وهنا لو بذل له الإمام المال لزمه الجهاد، قالوا: إنما يلزمه الجهاد إذا بذله له من بيت المال لا من ماله، والفرق أن له في بيت المال حقًّا فلا منة عليه بخلاف غيره.

قال: **(وَالدَّيْنُ الْحَالُّ)** أي: لمسلم أو غيره يحرم سفر جهادٍ وغيره لما رواه مسلم **«القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدَّيْنُ»**⁽٢⁾ ويسلم أن رجلًا

---

(١) تَنْبِيهٌ: أَشْعَرَ كَلَامُهُ بِاشْتِرَاطِ مِلْكِهِ الْأُهْبَةَ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِالْعَدَم عَدَمَ الْمِلْكِ وَالْقُدْرَةِ، وَلَوْ بُذِلَ لِعَادِمِ الْأُهْبَةِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الْبَاذِلُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لَزِمَهُ وَإِلَّا فَلَا. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٢٧١).

(٢) أخرجه مسلم (٤٩٩٢).

يُحَرِّمُ سَفَرَ جِهَادٍ وَغَيْرِهِ إِلَّا بِإِذْنِ غَرِيمِهِ، وَالْمُؤَجَّلُ لَا، وَقِيلَ يَمْنَعُ سَفَرًا مَخُوفًا.
وَيَحْرُمُ جِهَادٌ إِلَّا بِإِذْنِ أَبَوَيْهِ إِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ، ....

قال: يا رسول الله، أرأيت إن ضربت بسيفي هذا في سبيل الله صابرًا محتسبًا مقبلًا غير مدبر أيكفر عني خطاياي؟ فقال: «نعم، فلما أدبر الرجل قال: فقال: هذا جبريل يقول: إلا أن يكون عليك دين»⁽¹⁾.

قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: وإذا كان يحجبه مع الشهادة عن الجنة، فتبين أنه لا يجوز له أن يخلي هدر عليه دين إلا أن يأذن له رب الدين، ولأن ذلك يؤدي إلى ضياع حق ثابت، وأداؤه فرض عليه يقدم على غيره من فروض الكفاية.

قال: (**يُحَرِّمُ سَفَرَ جِهَادٍ وَغَيْرِهِ إِلَّا بِإِذْنِ غَرِيمِهِ [وَالْمُؤَجَّلُ لَا، وَقِيلَ يَمْنَعُ سَفَرًا مَخُوفًا وَيَحْرُمُ جِهَادٌ إِلَّا بِإِذْنِ أَبَوَيْهِ إِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ]**⁽²⁾) أي: لإسقاطه حقه، وهذا في القديم المخبر الإذن الجائز للشرع، فليس لمحجور بسفه أو فَلَسٍ إلا بإذن، ولا لولي المحجور ومتولي وقف ونحوه، ثم قال: وعندي، كما قاله أبو نصر.

قلت: والظاهر أن احتمالها هو الوجه الآخر.

---

(١) أخرجه النسائي (٣١٧١).

(٢) ما بين المعكوفين غير مشروح في الأصل، وقد شرحه الخطيب في «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٢٧٣) فقال: (وَ) الدَّيْنُ (الْمُؤَجَّلُ لَا) يُحَرِّمُ السَّفَرَ مُطْلَقًا، فَلَا يَمْنَعُهُ رَبُّ الدَّيْنِ، وَإِنْ قَرُبَ الْأَجَلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ الطَّلَبُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِهِ وَهُوَ الْآنَ مُخَاطَبٌ بِفَرْضِ الْكِفَايَةِ، وَلِلْمُسْتَحِقِّ الْخُرُوجَ مَعَهُ إِنْ شَاءَ لِيُطَالِبَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ (وَقِيلَ يَمْنَعُ سَفَرًا مَخُوفًا) كَالْجِهَادِ وَرُكُوبِ الْبَحْرِ صِيَانَةً لِحَقِّ الْغَرِيمِ، (وَيَحْرُمُ) عَلَى رَجُلٍ (جِهَادٌ) بِسَفَرٍ وَغَيْرِهِ (إِلَّا بِإِذْنِ أَبَوَيْهِ إِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ)؛ لِأَنَّ الْجِهَادَ فَرْضُ كِفَايَةٍ، وَبِرُّهُمَا فَرْضُ عَيْنٍ، وَفِي «الصَّحِيحَيْنِ»: «أَنَّ رَجُلاً اسْتَأْذَنَ النَّبِيَّ ﷺ فِي الْجِهَادِ، فَقَالَ: أَلَكَ وَالِدَانِ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَفِيهِمَا فَجَاهِدْ» وَفِي رِوَايَةٍ: «أَلَكَ وَالِدَةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَانْطَلِقْ إِلَيْهَا فَأَكْرِمْهَا فَإِنَّ الْجَنَّةَ تَحْتَ رِجْلَيْهَا» رَوَاهُ الْحَاكِمُ، وَقَالَ: صَحِيحٌ، وَلَوْ كَانَ الْحَيُّ أَحَدَهُمَا لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَجَمِيعَ أُصُولِهِ الْمُسْلِمِينَ كَذَلِكَ، وَلَوْ وَجَدَ الْأَقْرَبَ مِنْهُمْ وَأَذِنَ، سَوَاءٌ كَانُوا أَحْرَارًا أَمْ أَرِقَّاءَ، ذُكُورًا أَمْ إِنَاثًا؛ لِأَنَّ بِرَّهُمْ مُتَعَيِّنٌ بِخِلَافِ الْكَافِرِ مِنْهُمْ لَا يَجِبُ اسْتِئْذَانُهُ، وَكَذَا الْمُنَافِقُ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي «الْأُمِّ»، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ رَقِيقًا اُعْتُبِرَ إِذْنُ سَيِّدِهِ لَا وَالِدَيْهِ كَمَا قَالَ: الْمَاوَرْدِيُّ: وَيَلْزَمُ الْمُبَعَّضَ اسْتِئْذَانُ الْأَبَوَيْنِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ، وَالسَّيِّدِ لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّقِّ.

لَا سَفَرُ تَعَلُّمِ فَرْضِ عَيْنٍ وَكَذَا كِفَايَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

ومنها: لو كان الولد مملوكًا والأبوان حران، قال الْمَاوَرْدِي: فالاعتبار بإذن السيد.

ومنها: ذويهما وإن كان مبعضًا لزمه استئذان السيد والأبوين، فإن أذنوا جميعًا جاهدوا وإلا فلا.

ومنها: الجد والجدة في وجوب الاستئذان كالأبوين عند فقدهما أو جنونهما أو كفرهما، وفي الحرية ما سبق، وفي وجوب استئذانهما مع بقاء الأبوين المسلمين العاقلين وجهان.

وقال الْبَغَوِي: هل يحتاج إلى استئذان الجد مع الأب والجدة مع الأم؟ وجهان:

أصحهما: نعم، وأطلقه الصيمري بأن الجد والجدة كالأبوين، وعبارة «الروضة»: والأجداد والجدات كالأبوين، وقيل: لا يشترط إذن الجد مع وجود الأب ولا الجدة مع وجود الأم، انتهى.

ومنها: إذا منعه الأبوان، المعتبر منعهما أو الموجود منهما أو أحد الموجودين من الأجداد امتنع.

وحكى الدارمي عن ابن الْقَطَّان: أنه لو أذن الأب ومنعت الأم، قيل: إذن الأب، وهذا شاذ، وعكسه أقرب منه لما لا يخفى.

ومنها: أطلقوا أنه لا يجب استئذان الكافر، وقال الْماوَرَدِي: في سفر غير الجهاد إلا أن تجب نفقته فيكون كرَبِّ الدَّيْن فيجب استئذانه، إلا أن يستنيب من ينفق عليه في ماله الحاضر، ولا يلزمه الاستئذان ولم يذكره هنا وهو محتمل.

قال: (**لَا سَفَرُ تَعَلُّمِ فَرْضِ عَيْنٍ**) حيث لا يجد من يعلمه إياه لاضطراره إليه؛ كحج يضيق عليه، وكذا إن لم يضيق على الصحيح.

قال: (**وَكَذَا كِفَايَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أطلق المسألة، والمنقول أنه إذا خرج لطلب درجة الفتوى وفي الناحية مستقل بالفتوى فليس لهما المنع في الأصح؛

……

لأن الحجر على المكلف وحبسه بعيد، والثاني: يعتبر الإذن كسفر الغزو لتعين البر عليه، وجزم القاضي الحسين بما إذا كان المفتي شيخًا أن له الخروج بلا إذن؛ لأن الشيخ يعرض أن يموت، وعبارة «التهذيب» في كتاب الحج: وفي فرض الكفاية وجهان:

الأصح: لا يجوز منعه؛ لأنه فرض عليه ما لم يبلغ واحد درجة الفتوى حتى لو كبر المفتي وشاخ كان للشاب أن يخرج إذا لم يمكنه التعلم من الشيخ، ولو خرج واحد للتعلم فهل له أن يخرج معه؟ فيه وجهان.

وقال الرَّافِعِي: إن لم يكن بالناحية مستقل ولكن خرج جماعة فليس لهما المنع على المذهب.

قال في «الروضة»: وإن لم يخرج معه أحد لم يحتج إلى إذن ولا منع لهما قطعًا، وقيد بعضهم هذه الصورة بما إذا لم يمكنه التعلم في بلده، ويجوز ألَّا يشترط ذلك بل يكفي أن يتوقع في السفر زيادة فراغ أو إرشاد إسناد وغيرهما، انتهى.

وقيد الرَّافِعِي هذه الصورة بما إذا كان الخارج وحده رشيدًا، وأملت به «الروضة» ويتعين أن يراد، وألَّا يكون أمرد جميلًا يخشى عليه.

ثُمَّ رَأَيْت فِي «فَتَاوَى» قَاضِي خان مِنْ أَئِمَّةِ الْحَنَفِيَّةِ: أَنَّ لِلْأَبِ مَنْعَ الْأَمْرَدِ الْحَسَنِ الصُّورَةِ مِنَ الْخُرُوجِ لِطَلَبِ الْعِلْمِ دُونَ الْمُلْتَحِي، وَمَا قَالَهُ مُتَعَيِّنٌ، إلا أن يخرج معه من يأمنه من أقاربه، وقيد الْمَاوَرْدِي جواز الخروج بلا إذنٍ لطلب العلم أو التجارة بما إذا كانا غنيين، فإن لزمه نفقتهما واستناب من ينفق عليه من أقاربه، وقيد الْمَاوَرْدِي جواز الخروج بلا إذن لطلب العلم أو التجارة بما إذا كان ماله الحاضر جاز له الخروج، وإلا فلا يجوز إلا بإذنهما وإذن من يلزمه نفقته منهما مسلمًا كان أو كافرًا لصاحب الدين.

وقلت: وفي جواز الخروج مع الإذن إذا أدى إلى ضيعهما أو أحدهما نظر، وينبغي أن يقيد الجواز بلا إذن بما إذا كان يرجى نفعه للمسلمين، فإن

فَإِنْ أَذِنَ أَبَوَاهُ وَالْغَرِيمُ ثُمَّ رَجَعُوا وَجَبَ الرُّجُوعُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ الصَّفَّ، ....

كان بعيدًا بليدًا مع الفلاح أو مغفلًا لا يضبط فلا؛ لأنه لا يتوجه الفرض مما سبق عن «الحاوي».

فرع: سبق الكلام على خروجه للحج بلا إذن، وأما سفر التجارة فأطلق العراقيون أن الاستئذان فيه مستحب كما قالوه في الخروج لطلب العلم، وأطلق القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي: أنه لا يخرج في الأسفار المتاحة إلا بالإذن، قال الإمام: وهذا كلام مبهم، ثم تصرف فأحسن، وذكر الرَّافِعِي كلامه ملخصًا فراجعه.

قال: **(فَإِنْ أَذِنَ أَبَوَاهُ وَالْغَرِيمُ ثُمَّ رَجَعُوا وَجَبَ الرُّجُوعُ إِنْ لَمْ يَحْضُرْ الصَّفَّ)** قال الرَّافِعِي: من خرج للجهاد بإذن رب الدين أو الوالدين ثم رجعوا عن الإذن، أو كان الأبوان كافرين ثم أسلما ولم يأذنا وعلم المجاهد بالحال، فإن لم يشرع في القتال ولم يحضر الوقعة بعد فعليه الانصراف إلا إذا كان يخاف على نفسه أو ماله، وألحق به ما إذا كان يخاف من انصرافه انكسار لقلوب المسلمين فيتعذر في الحين، فإن لم يمكنه الانصراف للخوف ولكن أمكن أن يقيم في قرية في الطريق إلى أن يرجع جنود المسلمين لزمه أن يقيم؛ لأن غرض الراجعين عن الإذن ألّا يقاتل، وأوهم في «الوسيط» خلافًا في وجوب الإقامة هناك، وقد توجه بما فيه من وحشة مفارقة الرفقة وإبطال أهبة الجهاد عليه.

وفي كتاب القاضي ابن كج حكاية قول: أنه لا يلزمه الانصراف، ويتخير كما لا يجب الانصراف عن المرأة إذا أذن لها في السفر وطلقها بعد مفارقة البلد، والمشهور الأول، انتهى لفظه.

وفيه أشياء:

أحدها: قوله: ثم أسلما ولم يأذنا يفهم أنه يلزمه الانصراف بمجرد إسلامهما مع سكوتهما، وعبارة «البسيط»: وأسلم أبواه وتحدد منع، ولفظ «الشامل» و«الذخائر»: فأسلما ومنعاه، ولفظ«المعتمد»: فلهما منعه.

وعبارة «عمد» الفوراني: أسلما وأمراه بالرجوع، وظاهرهما أنه لا يجب

....

عليه الرجوع بمجرد علمه بإسلامهما، وإنما يجب بمنع محدد بلا خفاء أن منع أحد الأبوين أو إسلامه كمنعهما وإسلامهما.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وأي الأبوين أسلم كان حقًّا على الولد أن يغزو إلا بإذنه إلا أن يكون الولد يعلم من الوالد نفاقًا فلا يكون له عليه طاعة في الغزو، وإن غزا رجل وأحد أبويه أو هما مشركان ثم أسلما أو أحدهما فأمره بالرجوع فعليه الرجوع من وجهة ما لم يصر إلى موضع إلا طاقة بالرجوع منه إلا بخوف أن يتلف، انتهى المقصود من كلامه.

ثانيها: قوله: فإن لم يمكنه الانصراف إلى آخره كلام كثيرين، وهو ظاهر النص يقتضي أنه إذا لم يمكنه الانصراف أن له المضي مع الجيش لكنه يتوقاه ظان القتل.

وقال في «المعتمد»: وإن أذن غريمه ثم رجع في إذنه أو ركبه دين في الطريق أو أسلم أبواه فلهم منعه، وعليه أن يرجع إلا أن يخاف من الانقطاع عن الرفقة أو عجز عن نفقة طريقه، أو يخشى الأسر فليس عليه، لكن إذا حضر الوقعة وقف وراء الصف واحترز جهده لانشغال ذمته لحق معين.

قلت: وهو ملخص من «الأم» قال الشَّافِعِي ﷺ: وإذا قلت ليس له الرجوع فلا أحب له أن يبارز ولا يسرع في أوائل الخيل، ولا الرجل ولا يقف الموقف الذي يفضه من يتعرض للقتل؛ أي: إذا نهيه عن الغزو إطاعة والديه أو لذي الدين نهيه إذا كان له العذر عن تعرض القتل، هذا نصه بحروفه.

قال القاضي أبو الطيب ﷺ: وفي المديون معنى آخر وهو أنه ليس من أهل الجهاد؛ لأنه إذا قتل لا يحصل له نقل الشهادة لأجل الدين.

ثالثها: قوله: وأوهم في «الوسيط» خلافًا في وجوب الإقامة هناك.

قلت: وصرح في «البسيط» و«الذخائر» بحكاية وجهين في وجوب الإقامة هناك، وقالا: الظاهر الوجوب، ويوافق الوجه الآخر إطلاق من ذكرناه قريبًا فالخلاف محقق.

فَإِنْ شَرَعَ فِي قِتَالٍ حَرُمَ الِانْصِرَافُ فِي الْأَظْهَرِ.

رابعها: قوله: وحكى ابن كج قولًا يفهم غرابته، وقال الدارمي: فإن غزا عند المنع أو حدث بعد غزوه حل دينه أو رجع الإذن من الأبوين والديَّان فإن عليه أن يرجع، وفي «الأم»: أن له أن يرجع، فقيل: قولان، وقيل: عليه، وقيل: يجب إذا لم يكن عذر، وله إذا كان خوف طريق أو غيره، وقيل: يجب إذا كان المسلمون كثيرًا ولا يجب إذا كانوا قليلًا، انتهى. فهذه أربع طرق للأصحاب.

خامسها: أطلقا الكلام في المسألة وهي مصورة كما قال الْمَاوَرْدِي وغيره بما إذا لم يكن الخارج مستعجلًا من السلطان على غزوه، ونقله في «المعتمد» عن النص، ورأيته في «الأم» صريحًا، فإن كان فِي حَقِّ غَيْرِهِ فإنه لا يَرْجِعْ لما وجب عليه من حق الجعالة المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، وكانت أولى بما انفرد بحقوق الآدميين.

ونص «الأم»: وإذا أذن في الغزو فغزا ثم أمراه بالرجوع، فعليه الرجوع إلا من عذر حادث، والعذر ما وصفت من خوف الطريق أو جدبه أو مرض يحدث به لا يقدر معه على الرجوع، أو قلة نفقة أو ذهاب مركب لا يقدر على الرجوع معها، أو يكون غزا يجعل مع سلطان لا يقدر على الرجوع، وليس للسلطان حبسه في حال.

قلت: عليه فيها الرجوع إلا في حال الاستعجال، أو في حال ثانية أن يكون يخاف من رجوعه ورجوع من هو في حاله أن يكثروا أن يصيب المسلمين خلة بخروجهم؛ لعظم الخوف فيها عليهم، فيكون له فيها حبسهم في هذه الحال، ولا يكون لهم الرجوع فيها، وإذا زالت تلك الحال فعليهم الرجوع، وعلى السلطان أن يخليهم إلا من غزا منهم بجعل، انتهى.

قال: (**فَإِنْ شَرَعَ فِي قِتَالٍ**) أي: ثم رجع من سبق ذكره أو أسلم الوالد الكافر، وفي حكم الشروع بالقتال، أي: يرجع ما إذا خيف قتله من رجوعه انكسار قلوب المسلمين كما سبق.

(**حَرُمَ الِانْصِرَافُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: والأصح لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

....

ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَٱثْبُتُواْ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٤٥﴾ [الأنفال: ٤٥] ولأن الانصراف يشوش أمن القتال ويكسر القلوب.

قال القاضي أبو الطيب: فعلى هذا لا يجوز له أن يقف موقف طالب الشهادة، ويكون في آخر الصفوف يحرض وما أشبه ذلك، والثاني: يجب الانصراف؛ لأن حق الراجعين أسبق؛ ولأنه فرض عين والجهاد فرض كفاية، قال القاضي أبو الطيب: وأيضًا فإنه ليس من أهل فرض الجهاد وفي هذه الحالة هو كالعبد؛ لأنه لو قتل لم تحصل له الشهادة، انتهى(١).

تنبيهات: خصَّص الْمَاوَرْدِي الخلاف بالمتطوع دون المستعجل ودون انصراف المجاهدين برجوعه، وهو قضية نص «الأم» وحكى الرَّافِعِي وراء القولين وجهين:

أحدهما: أنه يخير بين الانصراف والمثابرة لتعارض المعنيين.

وثانيهما: يجب الانصراف برجوع رب الدَّيْن دون رجوع الوالد، والفرق عظم شأن الدَّيْن، ويخرج من كلامه وجه آخر أنه يجب الانصراف على من خرج بلا إذن دون غيره.

وحكى في «الذخائر» وجهًا: إنه إن كان يخشى بانصرافه ما سبق لم يجز الرجوع وإلا جاز، وقال الدارمي: إذا التقى الزحفان والمسلمون قليل تعين، يعني: الثبات، وليس له الرجوع، وإن كانوا أكثر، ففي الجواز لغير المعذور وجهان، فإن جوزنا أوجبنا الرجوع، وإن لم يجوز لم يجز، وإن خشي الطريق فله ترك الرجوع، وفي «المعتمد»: إذا التقى الزحفان ثم استدان أو أسلم أبوه، فهل له أو لغريمه أن يصده عن القتال؟ على قولين، فقال صاحب «الترغيب»: وبعد التقاء الزحفين لا إن كان فيه وهن للمسلمين، وإلا ففي الثالث يتخير، وقيل: يتعين فرض الكفاية بالشروع، وسواء عليه إتمام التعليم عند رشد

---

(١) تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ: فَإِنْ حَضَرَ الصَّفَّ كَمَا قَدَّرْتُهُ كَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الِانْصِرَافِ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْقِتَالِ حَقِيقَةً، بَلْ الْتِقَاءُ الصَّفَّيْنِ كَافٍ فِي ذَلِكَ كَمَا مَرَّ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٢٧٩).

....

الاجتهاد وإنما صلاة الميت، وفي العلم أولى؛ لأن كل مسألة عبادة والصلاة خصلة واحدة، انتهى.

قال الرَّافِعِي هنا: طالب العلم إذا اشتغل بالتعلم وأنس من نفسه الرشد، هل يحرم عليه الانكفاف؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، ويلزمه الإتمام بالشروع.

قلت: وأشار في «البسيط» إلى نقله عن الأصحاب، وزيفه هو وشيخه، وهو المحكي عن القاضي الحسين، قال الرَّافِعِي: وأصحهما المنع؛ لأن الشروع لا ينبغي أن يغير حكم المشروع فيه، وفي هذا التوجيه والترجيح وفيه للمتأمل، والمختار الأول؛ لأنه ليس بفرض ولو شيوع أفضل شارع في التعليم الإمكان لأدى إلى إضاعة العلم.

قال الرَّافِعِي: والعبد إذا خرج بغير إذن سيده يلزمه الانصراف إن لم يحضر الوقعة، فإن حضر الوقعة فلا، قاله في «التهذيب» قال الرُّويَاني: يستحب له أن يرجع، وتبعه في «الروضة». وفي نسخ «بالشرح».

قال الرُّويَانِي: يستحب له ألَّا يرجع وما نسبه إلى «التهذيب» سبق قلم، والذي رأيته فيما لا أحصي من نسخه من سنين متطاولة، وإذا خرج العبد بإذن المولى له أن ينصرف قبل حضور الوقعة وبعده فلا، كذا قاله صاحبه في «الكافي» وهذا ما ذكره الأصحاب وحكوه عن نص «الأم» ونص على أنه إذا حضر بلا إذن أن له الانصراف ولا يأثم بالفرار، وكلام القاضي أبي الطيب يقتضي أن له الرجوع بلا خلاف.

والعجب أن الرَّافِعِي حكى في الولد الخارج بلا إذن خلافًا قرينًا على الخارج بالإذن، وأولى بوجوب الانصراف، ثم حكى مسألة العبد من غير اعتراض، ثم قال الرَّافِعِي: إن من شرع ولا عذر له يلزمه المصابرة وليس له الانصراف، وعبر الأصحاب عن هذا بأن الجهاد يصير معينًا على من هو أهل فرض الكفاية بالشروع، انتهى.

ومعلوم أن العبد ليس من أهله، وأجوز أنه المولى فله أن يرجع قبل التقاء

....

الزحفين، أما بعده فلا يجوز؛ لأن ذلك يؤدي إلى الضرر بالمسلمين، انتهى.

وأما الرُّويَانِي فالذي رأيته فيها ولو غزا أحد ممن لا يلزمه فرض الجهاد كان له الرجوع إلى وطنه ما لم يلتق الزحفان، فإن التقيا لم يكن له الرجوع حرًّا كان أو عبدًا، إلا النساء والصبيان فإن لهم الرجوع بكل حال، انتهى.

ويجب حمل كلامه على عبدٍ مأذون له، وأما إطلاق القول باستحباب الرجوع أو الثبات فقيد، ولا يعتبر بقول ابن الرِّفْعَة في «كفايته» مستدلًا لاعتراض ذكره، وقالوا: لو خرج العبد بغير إذن سيده فيلزمه الانصراف ما لم يحضر الوقعة، فإن حضر فلا، كما صرح به في «التهذيب» وحكاه عن الإمام من قبل فإنه وهم، أما النقل عن «التهذيب» فقلد فيه الرَّافِعِي، وأما عن الإمام فالذي حكاه عنه من قبل يقتضي أنه لا يلزمه إثبات بلا خلاف فراجعه إن شئت.

قال في «الأم»: وإن شهد القتال عبدٌ أذن له سيده كان كالأحرار ما كان إذن سيده يضيق عليه التولية، وإن شهد القتال بغير إذن سيده لم يأثم بالفرار؛ لأنه لم يكن له القتال، انتهى.

فهذا صواب النقل، ويقرب أن يقال: إن لم يكن في انصراف العبد الحاضر بغير إذن وهن على المسلمين فله، بل عليه الانصراف، وإن كان فيه وهن فلا يحتمل لظهور مكانته في العدو، ولولي القوم لزم الثبات، واحتمل ذلك لعظم مفسدة توليه، والله أعلم.

فرع: قال في «الأم» في باب من له عذر بالضعف والمرض والزمانة: ومن قلت له ألا يغزو فله أن يرجع إذا غزا بالعذر، وكان ذلك له ما لم يلتق الزحفان، فإذا التقيا لم يكن له ذلك حتى يتفرقا، انتهى لفظه.

فرع: المفهوم من كلام الشيخين وغيرهما أن الرجوع جائز بالقدر مطلقًا ما لم يحضر الصف، ثم قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» بعد كلامه على ما إذا أذن أبويه والغريم: رجعوا إلى أن عليه الرجوع إلا في حالين المستعجل من السلطان وما إذا خاف أن يصيب المسلمين خلة من رجوعهم، وإذا كان رجوعهم أو

الثَّانِي يَدْخُلُونَ بَلْدَةً لَنَا فَيَلْزَمُ أَهْلَهَا الدَّفْعُ بِالْمُمْكِنِ، فَإِنْ أَمْكَنَ تَأَهُّبٌ لِقِتَالٍ وَجَبَ الْمُمْكِنُ حَتَّى عَلَى فَقِيرٍ وَوَلَدٍ وَمَدِينٍ وَعَبْدٍ بِلَا إِذْنٍ، ....

رجوع الواحد منهم لعلة ببدنه تخرجه من فرض الجهاد فعلى السلطان تخليته غزا بجعل أو غير جعل وليس له، أي: الإمام، الرجوع في الجعل؛ لأنه حق من حقه أخذه وهو يستوجبه وحدث له حال عذر، وذلك أن يمرض أو تزمن بإقعادٍ أو بعرجٍ شديدٍ لا يقدر معه على مشي الصحيح أو ما أشبه هذا.

قال: وأرى العرج إذا نقص مشيه عن مشي الصحيح وعذره كله هدر، وذلك أن رَجَلَ من دابته، أو ذهبت نفقته خرج من هذا كله من أن يكون عليه فرض الجهاد ولم يكن للسلطان حبسه عليه إلا في حالة واحدة: أن يكون خرج إلى فرض الجهاد بقلة الموجود فعليه أن يعطيه حتى يكون واجدًا، فإن فعل فله حبسه وليس له الامتناع من الأخذ منه إلا أن يقيم معه في الجهاد حتى ينقضي، فله إذا فعل الامتناع من الأخذ منه.

قال: وإذا غزا الرجل فذهبت نفقته أو دابته فقفل ثم وجد نفقته أو أفاد دابته، فإن كان ذلك ببلاد العدو ولم يكن له الخروج وكان عليه الرجوع إلا أن يخاف في رجوعه إن كان قد فارق بلاد العدوّ، فالاختيار له في العود إلا أن يخاف، ولا يجب عليه العود؛ لأنه قد خرج وهو من أهل العذر، فإن كانت تكون خلة لرجوعه أو كانوا جماعة أصابهم ذلك وكانت تكون بالمسلمين خلة برجوعهم فعليهم، وعلى الواحد أن يرجع إذا كان كما وصفت إلا أن يخاف أو يخافوا أو ينقطعوا خوفًا بيّنًا فيكون لهم عذر بألّا يرجعوا، هذا نصه ﷺ بحروفه، وقد ذكر الدارمي طرفًا منه ولم يستوعبه، وفيه فوائد جمة، وبالله التوفيق.

قال: (**الثَّانِي: يَدْخُلُونَ بَلْدَةً لَنَا فَيَلْزَمُ أَهْلَهَا الدَّفْعُ بِالْمُمْكِنِ، فَإِنْ أَمْكَنَ تَأَهُّبٌ لِقِتَالٍ وَجَبَ الْمُمْكِنُ حَتَّى عَلَى فَقِيرٍ**) أي: بما يقدر عليه.

(**وَوَلَدٍ وَمَدِينٍ وَعَبْدٍ بِلَا إِذْنٍ**) أي: وينحل الحجر عنهم في هذه الحالة؛ لأن دخولهم دار الإسلام خطب عظيم لا سبيل إلى إهماله، فلا بد من الجد في دفعه بما يمكن، فلأنه قتال دفاع عن الدين قتال فيلزم كل مطيق؛ لأن

وَقِيلَ: إِنْ حَصَلَتْ مُقَاوَمَةٌ بِأَحْرَارٍ اُشْتُرِطَ إِذْنُ سَيِّدِهِ، ....

تركه يؤدي إلى الهلاك، فقدَّمه على حق السيد وغيره.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ حَصَلَتْ مُقَاوَمَةٌ بِأَحْرَارٍ اُشْتُرِطَ إِذْنُ سَيِّدِهِ**) لو أمكن الاحتراز المقاومة، فهل ينحلّ الحجر عن العبد ويجب عليهم الدفاع كهو عند الحاجة إليهم؟ وجهان: **أصحهما**: نعم، لتقوى القلوب، وتعظم الشوكة، وتشتد النكاية.

والثاني: لا ينحل الحجر عنهم للاستغناء بالأحرار، فيحتاجون إلى إذن السادات، وأما النساء فإن لم يكن فيهن دفاع فلا يحضرن، وإن كان فعلى ما ذكرنا في العبيد.

واعلم أن قضية كلام الشيخين بل نصه: أنه لا يجب قتال الدفع على غير المكلف، وهو الظاهر، ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: وأما فرض العين هو أن يستولي الكفار على ديار الإسلام، ويحيطون ببلد من بلادهم، فيجب على كافة أهل البلد أن يجاهدوا العدو، ويستوي فيه الرجال والنساء والمراهقون والبالغون والمديون ومن له أبوان أذنا أم لا، ثم ذكر حكم من ليس له في ذلك البلد كما سيأتي، فجعل المراهقين كالبالغين، وكلام المصنف - رحمه الله - يفهم قصر ما ذكره ما إذا دخلوا البلد، وفي حكم دخوله ما لو أطلوا عليها ونزلوا بها قادمين ولم يدخلوا، وعن أبي هريرة وغيره: أن الجهاد يبقى فرض كفاية، والصحيح الأول، قالا: ولو ترك الكفار على خراب أو جبل في دار الإسلام بعيد عن البلد والأوطان، ففي نزوله منزل دخول البلد وجهان أطلقهما الْغَزَالِي.

والذي نقله الإمام عن الأصحاب أنه بمنزلته؛ لأنه في دار الإسلام، واختار هو المنع، زاد في «الروضة»: وهذا ليس بشيء، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء على دار الإسلام مع إمكان الدفع؟ والله أعلم.

وهو كما قال، والوجه الآخر احتمال الإمام، وعبارة «البسيط»: الظاهر أنهم يدفعون، وفيه احتمال يذكره، ثم قال: ولكن المذهب ما نقلناه، ومحل

وَإِلَّا فَمَنْ قُصِدَ دَفَعَ عَنْ نَفْسِهِ بِالْمُمْكِنِ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ إِنْ أَخَذَ قُتِلَ، وَإِنْ جَوَّزَ الْأَسْرَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْلِمَ وَمَنْ هُوَ دُونَ مَسَافَةِ قَصْرٍ مِنَ الْبَلْدَةِ كَأَهْلِهَا، ....

هذا التنبيه آخر المسألة، ولكن جرى القلم بتقديمه هاهنا، وسيأتي عن «الحاوي» زيادات بعيدة في المسألة.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يتمكن أهل البلدة من التأهب للقتال والتجمع لهجوم الكفار بغتة.

(**فَمَنْ قُصِدَ**) أي: من المكلفين من حرٍ وعبدٍ وامرأةٍ وسليم وأعمى وغيرهم.

(**دَفَعَ عَنْ نَفْسِهِ بِالْمُمْكِنِ**) أي: رجوعًا.

(**إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ إِنْ أَخَذَ قُتِلَ**) لتحريم الاستسلام لقتل الكفار.

قال: (**وَإِنْ جَوَّزَ الْأَسْرَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْلِمَ**) لأن المكافحة والحالة هذه استعجال للقتل والأسر محتمل التخلص منه، لكن لو علمت المرأة أنها لو استسلمت لامتدت الأيدي إليها فعليها الدفع إن كانت تقبل بأن من أكره على الزنا لا يحل له المطاوعة لدفع القتل، وإن كانت لا تقصر في الفاحشة في الحال، وإنما يظن ذلك بعد السبي فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال ثم تدفع حينئذ، هذا لفظ الرَّافِعِي.

وقال الْغَزَالِي في «البسيط»: والظاهر المنع.

قلت: والظاهر أن الأمرد إذا علم أنه يقصد بالفاحشة في الحال أو الثاني كالمرأة فيما ذكر من تحتم الدفع عن نفسه.

قال: (**وَمَنْ هُوَ دُونَ مَسَافَةِ قَصْرٍ مِنَ الْبَلْدَةِ كَأَهْلِهَا**) أي: فإن لم يكن في أهل البلدة كفاية وجب على هؤلاء إن نظروا إليهم، وإن كان فيهم كفاية فكذلك على الأصح؛ لأن الواقعة عظيمة، وهما الوجهان فيما لو كان في أهل البلدة كثرة فخرج بعضهم إليهم عند نزولهم بظاهر البلد، فهل يتحتم عليه المساعدة؟ الأصح: نعم؛ لعظم الحادثة، ولو لم يخرج إلا من يكفيهم ويكافئهم لاستجرؤوا على دخول دار الإسلام.

وَمَنْ عَلَى الْمَسَافَةِ يَلْزَمُهُمْ لْمُوَافَقَةُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ إِنْ لَمْ يَكْفِ أَهْلُهَا وَمَنْ يَلِيهِمْ. قِيلَ: وَإِنْ كَفَوْا.

قال: (**وَمَنْ عَلَى الْمَسَافَةِ يَلْزَمُهُمُ الْمُوَافَقَةُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ إِنْ لَمْ يَكْفِ أَهْلُهَا وَمَنْ يَلِيهِمْ**) أي: ومن في حكمهم وهم من كان منهم دون مرحلتين، وعلى هذا حكم أصحاب الأعذار على ما سبق والحال الأول، وإلى هذا أشار **الْبَغَوِي** بقوله: إن الجهاد إذا دخلوا دار الإسلام فرض عين في حق من قرب، وفرض كفاية في حق من بعد.

قال: (**قِيلَ: وَإِنْ كَفَوْا**) أي: تجب الموافقة على من على المسافة، وإن كفي أهل البلدة ومن يليهم؛ لعظم الواقعة، ورد بأنه يؤدي إلى الإيجاب على جميع الأمة، وفيه خرج من غير حاجة، لكن قائل هذا الوجه يقول: يجب على الأقربين فالأقربين بلا ضبط حتى يصل الخبر بأنهم قد كفوا وأخرجوا وليس لأهل البلدة ثم الأقربين فالأقربين إذا قدروا على القتال أن يلبثوا إلى تخوف الآخرين.

فرع: ولا يشترط وجوب المركوب فيمن دون مسافة القصر، ويشترط فيمن على المسافة وقوفها على الأصح؛ كالحج فيمن دون المسافة وقوفها وجود الزاد على الأصح؛ إذ لا استقلال بغير زادٍ.

فائدة: سبق في الكلام على الحال الأول الوعد بها، قال **الْمَاوَرْدِي**: إذا سار العدو من بلاده إلى نحو بلادنا فإن كان بغير أهبة القتال، فحكم قتاله حكم إقامته، ولكن ينبغي أن يحترز من يكره في طلب غيره وانتهاز فرصة، وإن كان ناهيه للقتال فإن كان على مسافة يوم وليلة من بلاد الإسلام ففرض جهاده على الكفاية كحال إقامته ببلاده، ولكن يجب التأهب لقتاله وفرض هذا التأهب على أعيان أهل ذلك البعد، وإن كان على مسافة أقل من يوم وليلة فهو في حكم من قد أطل بلاد الإسلام، ووصل إليها لقرب المسافة، فيتعين فرض قتاله على جميع أهل الثغر من المجاهدين سوى النساء والصبيان والمرضى، ويدخل في فرض القتال من عليه دين ومن له أبوان لا يأذنان له؛ لأنه قتال دفاع لا قتال غزو، فيتعين فرضه على كل مطيق، ثم إن كان عدد العدة أكثر من مثل

وَلَوْ أَسَرُوا مُسْلِمًا فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ النُّهُوض إِلَيْهِمْ لِخَلَاصِهِ إِنْ تَوَقَّعْنَاهُ].

قال المصنف:

[فَصْلٌ]:

يُكْرَهُ غَزْوٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ.

أهل الثغر فما دون فهل يسقط بهم فرض الكفاية عن كافة المسلمين؟ على وجهين، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أَسَرُوا مُسْلِمًا فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ النُّهُوض إِلَيْهِمْ لِخَلَاصِهِ إِنْ تَوَقَّعْنَاهُ**) إذا أسروا مسلمًا فأكثر فهل هو كدخولهم دارنا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن تحريك الجنود لواحد يقع في الأسر يعتد مخالف لما نقل في الأسير، وأصحهما عند الإمام: نعم؛ لأن حرمة دار الإسلام كحرمة المسلمين، فالاستيلاء عليهم أعظم من الاستيلاء على دارهم، وعلى هذا فلا بد من رعاية النظر، فإن كانوا على القرب من ديار الإسلام وتوقعنا استخلاص من أسروا لنظرنا إليهم فغلبنا وإن توغلوا بلاد الكفر فلا يمكن الشارع إليهم وقد لا يتأتى حرقها لجنود الإسلام فيضطر إلى الانتظار وهذا كما أنه إذا دخل ملك عظيم منهم طرفًا من أطراف بلاد الإسلام لا يسارع إلى دفعه الآحاد والطوائف، هذا ما أورده الرَّافِعِي، وهو من النهاية، وتبعه عليه الْغَزَالِي وغيره، ولم أر لمن تقدم الإمام في المسألة كلامًا.

قال الشارح:

[(فَصْلٌ):

(**يُكْرَهُ غَزْوٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ**) لأنه على حسب الحاجة وهما أعلم بها ولا يحرم، كما نصَّ عليه في «الأم» وصرح به كثيرون أو الأكثرون، قال ابن الرِّفْعَة: وإنما لم يحرم؛ لأنه ليس فيه أكثر من التعزير بالنفوس، وهو جائز في الجهاد، وفي «المرشد»: إذا جاهد بغير إذن الإمام لم يجز، انتهى.

قلت: وجرى الانتصار والبينة والإشارة على موافقة الجمهور.

....

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد» والمَاوَرْدِي في باب قسم الفيء والغنيمة: ليس لأحد أن يغزو بغير إذن الإمام، وظاهر التحريم ونحوه قول ابن سُرَيْج في «الودائع» ولا يحرز، وهذا أقوى؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد، وفي الاستبداد به افتيات على الإمام، وربما فتح المشتغلون به بابًا لا يستطاع سده لضعفنا - والعياذ بالله - وقوة عدونا، وأقل ما فيه أن يقال: إن كان بالإمام قوة ودفع لو ثار أهل الحرب بذلك وقصدونا أن يدفعهم كره بغير إذنه، وإن كان الحال بالعكس حرم لما أشرنا إليه.

وقد راجعت كلام الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» فوجدت لفظه: وإذا غزا المسلمون بلاد الحرب فسرت سرية كبيرة أو قليلة بإذن الإمام أو بغير إذنه فسواء، ولكني أستحب ألَّا يخرجوا إلا بإذن الإمام لخصال منها أن الإمام يغني عن المسألة، ويأتيه من الخبر ما لا تعرفه العامة فيقدم بالسرية حيث يرجو قوتها، ويكفها حيث يخاف هلكتها، وإن أجمع لأمر الناس أن يكون ذلك بأمر الإمام وأن ذلك أبعد من الضيعة؛ لأنهم قد يسيرون بغير إذنه فيرحل ولا يقيم عليهم فيتلفتون إذا انفردوا في بلاد العدو ويسيرون ولا يعلم فيرى الإمام الغارة في ناحيتهم ولا يعينهم، ولو علم مكانهم أعانهم، وأما أن يكون ذلك يحرم عليهم فلا أعلمه يحرم، انتهى.

وهذه مسألة أخرى عند التأمل به قد يقال: مسألتنا أولى بالجواب والأقرب المنع؛ لأن الإمام أو جيشه إذا دخل دار الحرب بقي عونًا وردًا للسرايا وانصرفت همة العدو إلى جيش الإمام ودفاعه بخلاف ما إذا خرجت شرذمة منا إلى دارهم.

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين قلة المستقلين وكثيرهم، ولا بين كونهم من المرتزقة أو غيرهم، والظاهر الذي يجب القطع به أن الكلام في المتطوعة، وأما المرتزقة فلا يجوز لهم الغزو وبغير إذن مطلقًا؛ لأنهم مرصدون لمهمات تعرض للإسلام يصرفهم فيها الإمام، فهم بمنزلة الأحرار.

وقد قال في «الأم»: لا يجوز أن يغزو أهل دار من المسلمين كافة حتى

يخلف في ديارهم من يمنع دارهم منهم، وإذا كان أهل دار من المسلمين قليلًا إذا غزا بعضهم خيف العدو على الباقين منهم لم يغز منهم أحد أو كان هؤلاء في رباط معدين لجهادٍ، انتهى.

وإذا لم يكن في مثل هذه الأحوال للإمام أن يغزي أحدًا فكيف يجوز الاستقلال؟ فلا بد من تقييد ما أطلقوه وتنزيله على الآخر، وفيه على غير المتطوعة، فاعلم.

قال: (**وَيُسَنُّ إِذْ بَعَثَ سَرِيَّةً أَنْ يُؤَمِّرَ عَلَيْهِمْ**) واحدًا؛ أي: لفعله ﷺ وخلفائه الراشدين، وعليه مضى السلف وجرى خلف، وقد عد التأمير من المستحبات، وكلام القاضي يقتضي وجوبه.

وقال ابن سُرَيْج في «الودائع»: فرض الجهاد خمس خصال، وعدَّ التأمير على الجيش منها.

قال: والحجة فيه والسنة عن رسول الله ﷺ فإنه ما أنفذ جيشًا إلا أمَّر عليه أميرًا فيثبت بالسنة حكم فرض الإمارة، وما ذكراه ظاهر إلا أن يقال: يجب عليه التأمير على الجيش دون السرية، وظاهر كلامهم أن المراد بالسرية ألا يغزوهم الإمام بنفسه بل يبعث غيره، وقد سمى الْمَاوَرْدِي جيش تبوك سرية.

وقال الْحَلِيمِي في «منهاجه»: وإذا أنفذ جيشًا أو سرية فينبغي أن يؤمر عليهم، وسياق كلامه ظاهر في وجوب ذلك وهو المختار؛ ولأن تركهم فوضى يؤدي غالبًا إلى افتراق كلمتهم وتنازعهم والتجادل، وأيضًا كما قال الْحَلِيمِي: فإن العدو إنما يفزع من رئيس القوم فإذا لم يكن لهم زعيم حصل الطمع فيهم، وهذا متعين فيما إذا عظمت السرية، وإن قلت جماعتها ففيه وقفة، لكن في «مسند» الإمام أحمد عن عبد الله بن عمر ويرفعه: «**لَا يَحِلُّ لِثَلَاثَةِ نَفَرٍ يَكُونُونَ بِأَرْضِ فَلَاةٍ إِلَّا أَمَّرُوا عَلَيْهِمْ أَحَدَهُمْ**»⁽¹⁾.

---

(1) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٦، رقم ٦٦٤٧)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٨٢) قال الهيثمي: فيه ابن لهيعة وحديثه حسن وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

وَيَأْخُذَ الْبَيْعَةَ بِالثَّبَاتِ. وَلَهُ الِاسْتِعَانَةُ بِكُفَّارٍ ....

وفي «سنن» أبي داود رواية أبي سعيد ومن رواية أبي هريرة: «**إِذَا خَرَجَ ثَلَاثَةٌ فِي سَفَرٍ فَلْيُؤَمِّرُوا أَحَدَهُمْ**»(١) وأحسب الأقرب إلى نصِّ الشَّافِعِي ﷺ وجوب التأمير.

قال في «الأم»: ولا ينبغي أن يولي الإمام الغزو إلا ثقة في دينه، شجاعًا في بدنه، حسن الأناة، عاقلًا للحرب بصيرًا غير عجل ولا نَزِق، وأن يتقدم إلى من ولاه أن يحمل المسلمين على مهلكة بحال، ولا يأمرهم بنقب حصن يخاف أن يشدخوا تحته، ولا دخول مطمورة يخاف أن يقتلوا ولا يدفعوا عن أنفسهم فيها، ولا غير ذلك من أسباب المهالك.

إشارة: قال الشيخ في «التحرير»: السَّرِيَّةُ مَعْرُوفَةٌ، وَهِيَ قِطْعَةٌ مِنَ الْجَيْشِ أَرْبَعُمِائَةٍ وَنَحْوُهَا وَدُونَهَا، سُمِّيَتْ بِهِ لِأَنَّهَا تَسْرِي فِي اللَّيْلِ وَتُخْفِي ذَهَابَهَا، وَهِيَ فَعِيلَةٌ بِمَعْنَى فَاعِلَةٍ، يُقَالُ: أَسْرَى وَسَرَى: إِذَا ذَهَبَ لَيْلًا، انتهى.

وَقَالَ صَاحِبُ «الْمُحْمَلِ»: السَّرِيَّةُ: خَيْلٌ تَبْلُغُ أَرْبَعَمِائَةٍ، وَضَعَّفَ ابْنُ الْأَثِيرِ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ، وَقَالَ: سُمِّيَتْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا خُلَاصَةُ الْعَسْكَرِ وَخِيَارُهُ مِنَ الشَّيْءِ السَّرِيِّ النَّفِيسِ.

قال: (**وَيَأْخُذَ الْبَيْعَةَ بِالثَّبَاتِ**) أي: حيث يتوجه عليهم بالنداء وتأسيًا بوصاياه ﷺ لسراياه، قال في «الترغيب»: وأن يخرج هو يوم الخميس ولا يبعث السرايا إلا يوم الإثنين، ويحرض الناس على القتال، ذكر الْحَلِيمِي: هنا نحو كراسة في الآداب والوصايا والدعوات وغيرها من النفائس.

قال: (**وَلَهُ الِاسْتِعَانَةُ بِكُفَّارٍ**)، قال الشَّافِعِي: لأنه ﷺ استعان بيهود بني قينقاع وشهد معه صفوان بن أمية حنينًا وهو مشرك، قاله في «الأم» وإنما يجوز بما ذكره المصنف ويذكره.

---

(١) حديث أبي سعيد الخدري: أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦، رقم ٢٦٠٨)، وأبو يعلى (٢/ ٣١٩، رقم ١٠٥٤)، والبيهقي (٥/ ٢٥٧، رقم ١٠١٣١). وأبو عوانة (٤/ ٥١٤، رقم ٧٥٣٨)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٩٩ رقم ٨٠٩٣).
حديث أبي هريرة: أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦، رقم ٢٦٠٩).

تُؤْمَنُ خِيَانَتُهُمْ، وَيَكُونُونَ بِحَيْثُ لَوِ انْضَمَّتْ فِرْقَتَا الْكُفْرِ قَاوَمْنَاهُمْ. وَبِعَبِيدٍ بِإِذْنِ السَّادَةِ وَمُرَاهِقِينَ أَقْوِيَاءَ. وَلَهُ بَذْلُ الْأُهْبَةِ وَالسِّلَاحِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَمِنْ مَالِهِ.

قال: (**تُؤْمَنُ خِيَانَتُهُمْ وَيَكُونُونَ بِحَيْثُ لَوِ انْضَمَّتْ فِرْقَتَا الْكُفْرِ قَاوَمْنَاهُمْ**) أي: فحينئذٍ يجوز الاستعانة بهم عند وجود هذين الشرطين.

قال الرَّافِعِي: يجوز الاستعانة بأهل الذمة وبالمشركين بشروط: إذا عرف الإمام حسن رأيهم في المسلمين وأمن حياتهم، واعتبر الإمام والْبَغَوِي وآخرون شرطًا آخر وهو: أن يكثر المسلمون بحيث لو كان المستعان بهم انضموا إلى الذين يغزوهم؛ لتمكين المسلمون من مقاومتهم جميعًا، وفي كتب العراقيين وجماعة وغيرهم: أن شرط جواز الاستعانة بهم أن يكن في المسلمين قلة وتمس الحاجة إلى الاستعانة، ويكاد هذان الشرطان يتنافيان؛ لأنهم إذا حتى احتاجوا المقاومة إحدى الفريقين إلى الاستعانة بالأخرى فكيف يقدرون على مقاومتهما معًا لو التأمتا وتمالتا.

قال المصنف: قلت: لا ينافيه، فالمراد أن يكون المستعان بهم فرقة يسيرة لا يكثر العدو بهم كثرة ظاهرة، وشرط صاحب «الحاوي»: أن يخالفوا معتقد العدو كاليهود مع النصارى، انتهى.

وفيما قاله المصنف من عدم التنافي نظر لكن لا يظن أنه شرط رابع إذا انضم إلى غيره كما قاله ابن الرِّفْعة.

قال: (**وَبِعَبِيدٍ بِإِذْنِ السَّادَةِ وَمُرَاهِقِينَ أَقْوِيَاءَ**) لأنه ينتفع بهم في القتال في سقي الماء والقيام على الجرحى وغيرهم، ويشبه أن يعتبر في المراهقين في بعض غزواته وثبت خروج النساء كما سبق، وهذا كله إذا كانوا مسلمين، وفي جواز إحضار نساء أهل الذمة وصبيانهم قولان:

أحدهما: نعم كالمسلمين.

والثاني: لا؛ إذ لا قتال ولا رأي ولا شرك بحضورهم.

قال: (**وَلَهُ**) أي: للإمام.

(**بَذْلُ الْأُهْبَةِ وَالسِّلَاحِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَمِنْ مَالِهِ**) أي: لأنه إعانة على طاعة

وَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ. وَيَصِحُّ اسْتِئْجَارُ ذِمِّيٍّ لِلْإِمَامِ.

وقربة، وكذا للآحاد بذل ذلك من ماله لينال ثواب الإعانة، وسبق: **«من جهز غازيًا فقد غزا»**⁽¹⁾.

فرع: يحرم على الإمام استصحاب المخذِّل وهو من يجبن القلوب، ويلقي الأراجيف ويصرف القلوب عن القتال، وإن خرج معه أو مع الجيش من تلقاء نفسه وجب عليه رده، فإن اتفق حضوره الوقعة وهو كما قال الإمام مشهورًا بالتخذيل لم يستحق سهمًا ولا رضخًا ولا سلبًا؛ لأنه ممنوع من الحضور، فلا يستحق به ولا بما يفعله شيئًا، انتهى.

قلت: الممنوع هو التخذيل، وإلا فهو من أهل الفرض، فإذا لم يخذل ولم يرجف وأبلى ودلت شواهد حاله على حسن قصده وبلائه، وادعى التوبة قبل الحضور فيشبه أن مستحق السهم والسلب القرينة الدالة على صدقه.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ**) أي: على الصحيح؛ لأنه إن لم يكن متعينًا عليه، فمتى حضر الصفَّ أعين عليه، ولا يجوز أخذ الأجرة على فرض العين الواقع عنه، وقيل: يجوز للإمام خاصة من سهم المصالح، وقيل: ولغيره من الآحاد من أقوالهم، فعلى المذهب في استئجار العبد وجهان: أصحهما: المنع أيضًا، فقد أوضحت المسألة وتفريعها في كتاب الإجارة، ويخرج فيها وجوه، قال الأصحاب: وما يدفعه الإمام إلى المرتزقة من الغزو إلى المتطوعة من الصدقات فحقوقهم المرتبة لهم وليس بأجرة، وجهادهم يقع عن أنفسهم، ولو قهر الإمام جماعة من المسلمين وأكرههم على الخروج والجهاد ولم يستحقوا أجرة لما ذكرناه من وقوعه عنهم وامتناع استئجارهم.

وفصَّل الْبَغَوِي فقال: إن تعين عليهم الجهاد فالحكم كذلك وإلا فلهم الأجرة من حين أخرجهم إلى أن يحضروا الوقعة، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ اسْتِئْجَارُ ذِمِّيٍّ لِلْإِمَامِ**) لأنه لا يقع عنه فأشبه البهيمة، وفي معنى الذمي والمعاهد والمستأمن، والظاهر أن محل الجواز إذا لم يخف

---

(١) تقدم تخريجه.

قِيلَ: وَلِغَيْرِهِ. وَيُكْرَهُ لِغَازٍ قَتْلُ قَرِيبٍ وَمَحْرَمٍ أَشَدُّ.

خيانتهم وغير ذلك من الشروط المعتبرة في الاستعانة بهم بلا أجرة إذا بذل مالًا له للجهاد معه، فهل طريقة الإجارة أو الجعالة؟ وجهان:

أحدهما: الجعالة لجهالة العمل.

وأصحهما: الإجارة، قال الأصحاب: وإذا استعان بالكفار استحب أن يستأجرهم مدة معلومة؛ لأنه أحقر لهم وأصغر، وتنعقد الإجارة مع جهالة الأعمال والمدة؛ لأن ذلك من عموم المصالح، وعبارة «عمد» الفوراني: وإذا استعان بهم فعليه أن يستأجرهم من خمس الخمس، فعلى الصحيح لا حجر في قدر الأجرة، وقيل: لا يجوز أن يبلغ بها سهم راجل لا فارس، وينبغي أنه إذا قاتل النصارى لا يستعين بأجرة ولا غيرها عليهم، مع وجود يهود وكذلك بالعكس لما بين الفريقين من العداوة البينة وأمن التحيز من اليهود إلى النصارى وبالعكس.

قال: (قِيلَ: وَلِغَيْرِهِ) أي: لغير الإمام من الأجناد كما قيل بمثله في الأذان، وبه جزم الجرجاني في «الشافي» فيه وفي استئجاره العبيد، والأصح المنع؛ لأن الأجناد لا يتركون المصالح العامة، وإن صححنا الاستئجار منهم للأذان، وهو المرجح هناك، ويكمن الفرق بأن الجهاد أعظم وقفًا، ويتعلق بإمامته وتأخيره مصالح يحتاج فيها إلى نظر كامل، وأيضًا فالذمي مخالف في الدين، وقد يجوز في الجيش إذا حضر فليفوض أمره إلى الإمام، قاله الرَّافِعِي. ويشبه أن يكون موضع الوجهين ما إذا كان بغير إذن الإمام، أما لو كان بإذنه وقد عين له المستأجر الأجير فيجوز جزمًا.

قال: (وَيُكْرَهُ لِغَازٍ) تنزهًا.

(قَتْلُ قَرِيبٍ) بحيث يلقي المسلم غيره شره، أما لو تعين عليه دفعه وجبت ولا كراهة، وعلل شارحٌ: والكراهة بأن فيه قطيعة الرحم المأمور وصلها، وقصته أنها كراهة تحريم وهو ظاهر لفظ «الوجيز» و«الوسيط» وعلله بقطيعة الرحم.

قال: (وَمَحْرَمٍ أَشَدُّ) لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]

قُلْتُ: إِلَّا أَنْ يَسْمَعَهُ يَسُبُّ اللَّهَ أَوْ رَسُولَهُ - ﷺ - وَاَلله أَعْلَمُ.

ولأنه ﷺ منع أبا بكر من قتل ابنه عبد الرحمن يوم أحد، وأبا حذيفة من قتل أبيه، لفظ «الوسيط» ولفظ «البسيط»: أنهما وهو وهم، وكلام «النهاية» على الصواب.

تنبيه: إطلاق المصنف يفهم كراهية قتل المحرم مطلقًا ولم يقولا في شيء من كتبهما بل الذي نقلاه وقاله غيرهما: أنه إن كان القريب محرمًا كان أشد كراهة. قال الإمام وغيره: ويزداد تأكدًا كلما ازداد المقتول قربًا، وقال الْمَاوَرْدِي: يكره له قتل أصوله وفروعه وإن تعدوا، وقتل كل ذي رحم محرم وفيمن عداهم من العصبات والأقارب كبني الأعمام والعمات وجهان، وقال ابن أبي هريرة: لا يكره، وكرهه غيره.

قال: وعندي ينظر حالهم بعد ذوي المحارم، فإن كانوا ممن يرث بنيه ويورث كره له قتلهم لقوة النسب، وتأكد حرمته، وإلا لم يكره، انتهى.

وإطلاق القول بكراهة قتل مطلق القرابة بعيد، فقيل: قتل جماعات من المهاجرين جماعات من كفار قريش يوم بدر وغيره وبينهم قرابة وعصوبة بعيدة.

واعلم أن هذه الكراهة للتنزيه كما قدمناه، وذكر الإمام أن الأصحاب اضطربوا في أن الابن الجلاد هل يقتل أباه حدًّا؟ كما اختلفوا في قبول شهادته عليه بما يوجب العقوبة، والأصح أنه يقتله.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر مجيء مثل هذا الخلاف هنا، انتهى.

هذا تقيد لعظم الخطب.

قال: (قُلْتُ: إِلَّا أَنْ يَسْمَعَهُ يَسُبُّ اللهَ أَوْ رَسُولَهُ ﷺ وَاَللهُ أَعْلَمُ) أي: فلا كراهة حينئذٍ تقديمًا لحق الله تعالى وحق رسوله ﷺ وفي «الصحيحين»: **«والذي نفسي بيده لا يؤمن أحدكم حتى أكون أحب إليه من ولده ووالده»** وزاد مسلم: **«والناس أجمعين»**(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١٧٧، رقم ١٢٨٣٧)، وعبد بن حميد (ص ٣٥٥، رقم ١١٧٥)، والبخاري =

وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ قَتْلُ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَامْرَأَةٍ وَخُنْثَى مُشْكِلٍ.

وقد روى البيهقي أيضًا أن أبا عبيدة لما أكثر إليه الجراح يوم بدر قصده أبو عبيدة فقتله فأنزل الله هذه الآية: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَوْ كَانُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ أَوْ أَبْنَآءَهُمْ أَوْ إِخْوَٰنَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [المجادلة: ٢٢] وهو مرسل أو معضل⁽¹⁾.

وقد روى البيهقي أيضًا: «**جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي لَقِيتُ الْعَدُوَّ وَلَقِيتُ أَبِي فِيهِمْ فَسَمِعْتُ لَكَ مِنْهُ مَقَالَةً قَبِيحَةً فَلَمْ أَصْبِرْ حَتَّى طَعَنْتُهُ بِالرُّمْحِ أَوْ حَتَّى قَتَلْتُهُ فَسَكَتَ عَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ ثُمَّ جَاءَهُ آخَرُ...**» الحديث، قال البيهقي: وَهَذَا مُرْسَلٌ جَيِّدٌ⁽²⁾.

ولا خفاء أنه إذا قصد القريب الكافر قتله أو غيره من المسلمين ولم يندفع عنه إلا بالقتل أنه لا كراهة بل يجب قتله إذا تعين طريقًا لدفعه ولم يجد من يكفه أمره.

والظاهر نظرًا لا نقلًا أنه لو كان بطلًا ليس له كفؤ عن قريبه ولو كف عنه لا يلي في المسلمين أو نذر جميعهم، ويجوز ذلك أنه لا يكره قتله له للحاجة إليه، والله أعلم.

قال: (وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ قَتْلُ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَامْرَأَةٍ وَخُنْثَى مُشْكِلٍ) ثبت في «الصحيحين» النهي عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ⁽³⁾.

وفي «السنن»: «**نهى رسولُ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ قَتْلِ الذُّرِّيَّةِ**».

وقيل: في المجنون قولان كالشيخ الفاني الذي لا رأي له، وألحقوا الخنثى بالأنثى للشك في حاله، وهذا إذا لم يقاتلوا، فإن قاتلوا جاز قتلهم دفعًا، نصَّ عليه الشَّافِعِي ﷺ والأصحاب حتى في «المحرر» ولا معنى

= (١/ ١٤، رقم ١٥)، ومسلم (١/ ٦٧، رقم ٤٤)، والنسائي (٨/ ١١٥، رقم ٥٠١٤)، وابن ماجه (١/ ٢٦، رقم ٦٧)، والدارمي (٢/ ٣٩٧، رقم ٢٧٤١)، وابن حبان (١/ ٤٠٥، رقم ١٧٩).

(١) في السنن الكبرى (٢/ ٤٠٥).

(٢) في السنن الكبرى (٢/ ٤٠٦).

(٣) أخرجه البخاري (٣٠١٥) ومسلم (٤٦٤٦).

وَيَحِلُّ قَتْلُ رَاهِبٍ وَأَجِيرٍ وَشَيْخٍ وَأَعْمَى وَزَمِنٍ لَا قِتَالَ فِيهِمْ وَلَا رَأْيَ فِي الْأَظْهَرِ،

لحذفه، نعم لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم.

قال الْمَاوَرْدِي: ويقتلوا مقبلين لا مدبرين قبل الأسر لا بعده، وكذا يجوز قتلهم للضرورة عند تترس الكفار بهم كما سيأتي.

ورأيت في «شافي» الجرجاني في باب صفة القتال ما لفظه: [فيدفعوا] بالقتل من غير إبقاء قتل النساء والصبيان؛ لأنه إنما منع من قتلهم بعد الأسر دون ما قبله، انتهى.

وفي إطلاقه نظر ظاهر.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن المأسورة إذا كانت كالدهرية والوثنية وامتنعت من الإسلام تقتل عند الشَّافِعِي ﷺ وفيما نقله نظر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: **(وَيَحِلُّ قَتْلُ رَاهِبٍ وَأَجِيرٍ وَشَيْخٍ وَأَعْمَى وَزَمِنٍ لَا قِتَالَ فِيهِمْ وَلَا رَأْيَ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: لعموم قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وحسّن الترمذي (٩/ ٩٢) وصحح رواية الحسن عن سمرة برفعه: «اُقْتُلُوا شُيُوخَ الْمُشْرِكِينَ واسْتَحْيُوا شَرْخَهُمْ»(١) وضعفه عبد الحق، وقال الترمذي: حسن صحيح غريب، ومنهم قطع به الأخير والمداد بالشرخ، وهو بالشين والخاء المعجمين: الصغار، وقيل: الشاب، والثاني: لا يحل لحديث زيد بن خالد: **«لا تقتلوا شيخًا كبيرًا فانيًا، ولا أصحاب الصوامع»(٢) قال البيهقي: منقطع ضعيف.**

وفي سنن أبي داود والنسائي النهي عن قتل العسيف(٣) وهو الأجير، وصححه ابن حبان والحاكم؛ ولأنهم لا يقاتلون فأشبهوا النساء والصبيان.

---

(١) كل أخرجه أحمد (٥/ ٢٠، رقم ٢٠٢٤٣)، وأبو داود (٣/ ٥٤، رقم ٢٦٧٠) واللفظ لهما، والترمذي (٤/ ١٤٥، رقم ١٥٨٣) وقال: حسن صحيح غريب. والطبراني (٧/ ٢١٦، رقم ٦٩٠٠) والديلمي (١/ ١٠٩، رقم ٣٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٧، رقم ٢٦١٤) والبيهقي (٩/ ٩٠، رقم ١٧٩٣٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٦٧١) والنسائي (٥٤٢٧).

……

وأجاب القاضي أبو الطيب عن الأجناد أنهم لا يقبلون في الأمر ولا يستقل بهم كما أشار إليه في «المختصر» ونقلا القول في المحترف المشغول بحرفته وفي مقطوع اليد والرجل، وقيل: يقتل الأجير المحترف قطعًا لفظ «الروضة».

واعلم أن الشَّافِعِي ﷺ قال في «الأم»: ولم أعلم أحدًا من المسلمين عاب أن نقتل من رجال المشركين من عدا الرهبان، ولو جاز أن يعاب قتل من عدا الرهبان لمعنى أنهم لا يقاتلون، لم يقتل الأسير ولا الجريح، وقد ذفف على الجرحى بحضرة رسول الله ﷺ وقال قبل هذا الموضع: وإنما قلنا لا نقتل الرهبان تبعًا لا قياسًا، ولو أننا زعمنا أننا تركنا قتل الرهبان؛ لأنهم في معنى من لا يقاتل تركنا قتل المرضى حين تعين عليهم والرهبان وأهل الجبن والأجراء والعبيد وأهل الصناعات الذين لا يقاتلون، وهذا من الشَّافِعِي ﷺ ظاهر في نقل الإجماع على أن من عدا الرهبان من الحرف وغيرهم يقتلون قطعًا.

تنبيهات: قوله: لا قتال فيهم فيه إبهام؛ لأن الراهب والأجير والمحترف فيهم قتال ولا فرق فيهم بين الشيخ ولا الشاب القوي، بخلاف الشيخ الفاني ومن بعده، ولا خفاء أنهم لو قاتلوا بالفعل قتلوا بلا خلاف، وقوله: ولا أرى، احترز به عمن فيه رأي منهم؛ لأنه يستعان برأيه في تدبير الحرب، فإذا أعان برأيه قتل قطعًا؛ لأن دريد بن الصمة المشركون جاءوا به يوم حنين ليستنجدوا برأيه وكان قد فات مائة وخمسين سنة فقتله المسلمون ولم ينكره النبي ﷺ وهل تهيؤه للرأي من غير أن ينطق بشيء كقطعه به؟

الظاهر من كلامهم: نعم؛ لأنه يعد لذلك أشار بشيء أم لا، قال القاضي الحسين: ومن أصحابنا من أطلق قولين، قال الرَّافِعِي: والذي يقتضيه، ويفهم كلام الأصحاب أنه لا فرق بين أن يحضر ذو الرأي صف القتال أو لا في أنه يجوز قتله ولا بين أن يقدر على الأحرف منهم من صف القتال، أو يدخل بعض بلادهم فيجده هناك في أن جواز قتله على القولين، وهذا قريب في الشيوخ والعميان والزمنين الذين لا يتأتى فيهم القتال، وفي الرهبان المعرضين عن التعرض للناس، لكن يتعد في الأحرار المشغولين بالحرف ألَّا يتعرض لهم

فَيُسْتَرَقُّونَ وَتُسْبَى نِسَاؤُهُمْ وَأَمْوَالُهُمْ.

إذا دخلنا بلادهم، كيف وأكثر الناس أصحاب حرف وصناعات؟ وإذا جاز التعرض لهم إذا دخلنا بلادهم وكذلك إذا وجدناهم في الصف ولا يمنع من التعرض قول القائل أنهم يقاتلون أو أنهم لا يخرجون على قصد القتال، فإن هذا المعنى يتحقق وهم في بلادهم فارون أي: غافلون.

قال: وهذا ينجر إلى طريقة قوية حكاها القاضيان ابن كج وأبو الطيب قاطعة بأن الأجراء قتلهم والحارفون في معناهم لا محالة، ويؤيد هذا ما سنذكره في السوقة، وفي «الوسيط» موضع القولين في الشيخ الأحرف ما إذا لم يحضر القتال، فإن حضر فالظاهر أنه لا يقتل، ويحتمل أن يطرد القولان، وأن ذا الرأي يقتل إذا حضر، وإن لم يحضر ففيه تردد، والظاهر: أنه يقتل، وفي السوقة طريقان عن الشيخ أبي محمد: أحدهما: أنه يفهم القولين لأنهم لا يمارسون القتال ولا يتعاطون الأسلحة، قال الإمام: وهذا لم يتعرض له الأئمة وإن كان متوجهًا.

والثاني: القطع؛ لأنهم يقتلون لقدرتهم على القتال واستقلالهم، انتهى.

وهذا هو الوجه ولا شك فيه إذا حضروا الوقعة، ويؤيد ما احتج إليه من الطريقة القاطعة ما قدمنا عن الإمام.

قال مفرعًا على القول الأظهر: (فَيُسْتَرَقُّونَ وَتُسْبَى نِسَاؤُهُمْ وَأَموَالُهُمْ) أي: وتغنم أموالهم كغيرهم، وإن قلنا لا يجوز قتلهم ففي استرقاقهم طرق:

أظهرها: أنهم يرقون بنفس الأسر كالنساء والصبيان.

والثاني: أن فيهم قولين كالأسير إذا أسلم قبل استرقاقه، ففي قولٍ: يتعين رقه، وفي قول للإمام: أن يرقه أو يمن عليه أو يفاد به.

والثالث: ورويَ عن النصِّ: أنه لا يجوز استرقاقهم بل يتركون ولا يتعرض لهم، وهو ما أورده الْبَغَوِي، ويخرج منها ثلاثة أوجه، وفي جواز سبي نسائهم وذراريهم وجوه أيضًا: فقيل: يجوز كاسترقاقهم، وقيل: لا يتعرض لهم، وقيل: يجوز سبي نسائهم دون ذراريهم لأنهم أبعاضهم، وأجرى الخلاف في

وَيَجُوزُ حِصَارُ الْكُفَّارِ فِي الْبِلَادِ وَالْقِلَاعِ وَإِرْسَالُ الْمَاءِ عَلَيْهِمْ وَرَمْيُهُمْ بِنَارٍ وَمَنْجَنِيقٍ، وَتَبْيِيتُهُمْ فِي غَفْلَةٍ، ....

اغتنام أموالهم قاله الإمام، من قال: لا تغنم أموال السوقة فقد قرب من خرق الإجماع، انتهى.

والظاهر أنه حرفه، وقول المصنف: فيسترقون الظاهر من المراد؛ إذ حكمهم فيه حكم رجال النجدة؛ لأنه يتعين استرقاقهم على ما فرعنا عليه.

فرع: لو ترهبت امرأة ففي جواز سبيها وجهان بناء على القولين في جواز قتل الراهب:

أصحهما: في «تعليق القاضي الحسين»: أنها تسترق؛ لأن الأصل الترهب للرجال دونهن، وبه أجاب الشيخ أبو محمد والْغَزَالِي في «الخلاصة» وغيرهما قالوا: وكذلك العبد إذا ترهب بإذن سيده. وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وإذا ترهبت المرأة هل تسترق أم لا؟ ينبني على قتل الرهبان، قال: وإذا قلنا لا تسترق وجب أن يقال: إنها تصير اكتفاء بنفس السبي كفرها.

قال: (**وَيَجُوزُ حِصَارُ الْكُفَّارِ فِي الْبِلَادِ وَالْقِلَاعِ وَإِرْسَالُ الْمَاءِ عَلَيْهِمْ وَرَمْيُهُمْ بِنَارٍ وَمَنْجَنِيقٍ**) أي: ونحوها من هدم البيوت وإلقاء الحيات وقطع المياه عنهم؛ لأنه ورد أنه ﷺ: «**نصب المنجنيق على أهل الطائف**»(١) كما رواه البيهقي وغيره، وقِيس الباقي عليه؛ لأن أكثرهم ما فيه قتلهم عليه، وقد ثبت أصل الحصار بالنص، قال الله تعالى: ﴿وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وقد حاصر ﷺ أهل الطائف كما رواه البخاري ومسلم، وروى غيرهما أنه حاصرهم شهرًا.

قال: (**وَتَبْيِيتُهُمْ فِي غَفْلَةٍ**) لما في «الصحيحين» أنه ﷺ شنَّ الغارة على بني المصطلق(٢) وفي «الصحيحين» من رواية الصعب بن جثامة: «**أنه ﷺ وَسُئِلَ عَنْ أَهْلِ الدَّارِ يُبَيَّتُونَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَيُصَابُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيِّهِمْ؟ قَالَ: هُمْ**

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/ ٨٤) والعقيلي في الضعفاء (٢/ ٢٤٣، ترجمة ٩٧ عبد الله بن خراش بن حوشب).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٤١) ومسلم (٤٦١٦).

....

مِنْهُمْ»(١) أي: في حكمهم.

تنبيهات: أحدها: فإن قيل: ما ذكر من الإغارة ونحوها فيه قتل النساء والوِلْدان وقد نهى الشارع عنه كما سبق، وأجيب عنه نهى عن قتلهم صبرًا بعد السبي؛ لأنهم غنيمة ولنسائهم في دار الحرب وهي دار إباحة فلا، تبعًا لرجالهم، وسبق تصريح الجرجاني كذلك.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي هذا نظر؛ لأن تتمة هذا الحديث في «الصحيحين» ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والولدان لا جزم.

قال القاضي الحسين: يستحب للإمام إذا علم ظاهرًا أنه يقهرهم بقوة المسلمين ألَّا ينصب المنجنيق ولا النار ولا شيئًا يعمهم؛ لأن فيه قتل البهائم والنساء والصبيان، وأما إذا خاف منهم وعلم أنه لو عمهم بذلك يكون أقدر عليهم جاز بلا كراهة، وكذا إذا تحصنوا بحصن فلم يتوصل إليهم إلا بما يعمهم، انتهى.

وعبارة الشيخ إبراهيم المروزي بعد قول «المختصر»: ونصب رسول الله ﷺ منجنيقًا أو عرادة إذا تحصن الكفار بحصن فلم يتوصل الإمام إلى قتلهم من تحريق أو تغريق أو نصب منجنيق أو عرادة جاز ذلك له، وإن كان يتأتي على النساء والصبيان الذين لا يحل قصد قتلهم، انتهى.

فاقتضى كلامه أنه لهما يجوز عند الحاجة، وفي عبارة غير جائز للضرورة فإن قيل ادعى الزهري بن سفيان بن عيينة نسخ حديث التبييت بحديث النهي عن قتل النساء والصبيان، وادعاه ابن حبان في «صحيحه» قيل: ذكر الشَّافِعِي ﷺ.

قال ابن الجوزي أنه ليس بصحيح، وإنما النهي عن تعمد النساء والصبيان بالقتل، وحديث الصعب فيما إذا لم يتعمد وهو أحسن.

ثانيها: يستثنى كما أطلقه المصنف من لم تبلغه الدعوة من الكفار فقد نصَّ الشَّافِعِي ﷺ والأصحاب أنه لا يجوز قتالهم حتى يُدْعَوْا إلى الإسلام فإن قُتِل

---

(١) أخرجه البخاري (٣٠١٢) ومسلم (٤٦٤٧).

……

منهم إنسان قبل ذلك ضمن بالدية والكفارة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] ويقرب من هذا ما ذكره الإمام في باب الهدنة أنه إذا فسدت المهادنة فآثر فسادها أنها لا تلزم، ولكن لا يجوز المسير إليهم بغتة من غير إشعارهم بأن لا عهد بيننا وبينهم وهم فإذا آمنوا على ظاهر العهد آمنون، انتهى.

ثالثها: قال **الْقَفَّالُ** في «شرح التلخيص»: لا يجوز القتال بمكة لو تحصن ـ والعياذ بالله ـ جماعة من الكفار فيها لم يجز لنا قتالهم فيها؛ أي: بل نضيق عليهم حتى يخرجوا، وغلطه المصنف في كتاب الحجج في «شرح المهذب» ونقل عن نصِّ «الأم» في موضعين جواز قتال البغاة بالحرم، وأجاب عن الأحاديث الماضية على تحريم القتال بمكة بأن معناها أنه يحرم نصب النار عليهم وقتالهم بالمنجنيق وغيره إذا أمكن صلاح الحال بدون ذلك، قال: وقد نصَّ **الشَّافِعِي** ﷺ على هذا التأويل في «سير الواقدي» من «الأم» انتهى.

قلت: وفيما قاله ـ ﷺ ـ وقفات وظواهر الأحاديث الصحيحة أوثقها ما عند **الْقَفَّال**، ونص «سير الواقدي»: أنهم لو جاءوا إلى الحرم فكانوا ممتنعين فيه أخذوا كما يؤخذ من في غير الحرم يحكم فيهم من القتل وغيره كالحكم فيمن كان في غير الحرم.

قال: وإنما معنى الحديث ـ والله أعلم ـ أنها لمن تخلل الحرب حتى تكون لغيرها، فإن قيل ما دلَّ على ما وصفت قبل أمره ﷺ حين قتل عاصم بن ثابت وحبيب وحسان بقتل أبي سفيان في داره غيلة، وهذا في الوقت الذي كانت فيه محرمة، فدل على أنها لا تمنع أحدًا شيئًا وجب عليه وأنها إنما تمنع أنه ينصب عليها الحرب كما ينصب على غيرها، هذا لفظه بحروفه، وهو كما يراه غير ظاهر فيما ذكره المصنف من التأويل بل مصرح بأنه لا ينصب عليه القتال العام كما ينصب على غيرها نعم لا يعتد الحرم عاصمًا(١).

---

(١) تَنْبِيهٌ: مُقْتَضَى كَلَامِهِ جَوَازُ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ وَاحْتُمِلَ أَنْ يُصِيبَهُمْ ذَلِكَ وَهُوَ ـ

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ جَازَ ذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ جَازَ ذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: ما سبق من التغريق والتحريق ورمي المنجنيق ونحوها على المذهب؛ لئلا يتعطل الجهاد بحبس مسلم عندهم، وعبارة «الروضة»: إذا كان في البلد أو القلعة أسير أو تاجر أو مستأمن أو طائفة من هؤلاء فهل يجوز قصد أهلها بذلك؟ فيه طرق: المذهب أنه إن لم يكن ضرورة كبيرة ولا يحرم على الأظهر، وإن كانت ضرورة لخوف ضررهم أو لم يحصل فتح القلعة إلا به جاز قطعًا.

قال ابن الرِّفْعَة: وحاصل الطرق أقوال: ثالثها: الفرق بين حالتي الضرورة وعدمها، وهو الأعدل والمختار ولا سيما عند كثرة من عندهم من المسلمين وقلة رجال النجدة فيهم بالناحية، فالقول يجوز في هذه الحالة من غير ضرورة بعيد جدًّا، ثم رأيت صاحب «الانتصار» قال فيه: وإن كان المسلمون قليلًا في عدد كبير من الكفار جاز رميهم، ويتوقى المسلمون جهدهم، وإن كان المسلمون أكثر لم يجز الرمي؛ لأن الظاهر أنه يصيبهم فلا يجوز من غير ضرورة.

وقال في «تنبيهه»: إلا أن يكون فيهم مسلمون كثير فلا يخاف من ترك رميهم؛ أي: فلا يجوز - والحالة هذه- رميهم بما يعم.

قلت: وقد أوضح الرَّافِعِي الطرق في المسألة والتعبير بالمذهب من تصرف المصنف والقياس الظاهر دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما، فعلى الإمام الاجتهاد والموازنة بين الصالح والفاسد وجوبًا «**لأن زوال الدنيا عند الله أهون من قتل مسلم**»(١) كما رواه النسائي وغيره.

= كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ عَنْ قَتْلِهِمْ مَحْمُولٌ عَلَى مَا بَعْدَ السَّبْيِ؛ لِأَنَّهُمْ غَنِيمَةٌ، وَمَحِلُّ جَوَازِ ذَلِكَ فِي غَيْرِ مَكَّةَ وَحَرَمِهَا، فَلَوْ تَحَصَّنَ بِهَا أَوْ بِمَوْضِعٍ مِنْ حَرَمِهَا - وَالْعِيَاذُ بِاَللهِ تَعَالَى - طَائِفَةٌ مِنْ الْحَرْبِيِّينَ لَمْ يَجُزْ قِتَالُهُمْ بِمَا يَعُمُّ كَمَا نَقَلَهُ فِي كِتَابِ الْحَجِّ مِنْ الْمَجْمُوعِ عَنْ نَصِّهِ فِي «الْأُمِّ» فِي سِيَرِ الْوَاقِدِيِّ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ يَجُوزُ إتْلَافُهُمْ بِمَا ذُكِرَ وَإِنْ قَدَرْنَا عَلَيْهِمْ بِدُونِهِ. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٣٠٣).

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٨٢، رقم ٣٩٨٦)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٤/ ٣٤٤، رقم ٥٣٤١).

وَلَوْ الْتَحَمَ حَرْبٌ فَتَتَرَّسُوا بِنِسَاءٍ وَصِبْيَانٍ جَازَ رَمْيُهُمْ، وَإِنْ دَفَعُوا بِهِمْ عَنْ أَنْفُسِهِمْ وَلَمْ تَدْعُ ضَرُورَةٌ إِلَى رَمْيِهِمْ فَالْأَظْهَرُ تَرْكُهُمْ، ....

قال: (**وَلَوْ الْتَحَمَ حَرْبٌ فَتَتَرَّسُوا بِنِسَاءٍ وَصِبْيَانٍ**) أي: منهم.

(**جَازَ رَمْيُهُمْ**) أي: لئلا يتخذوه ذريعة إلى منع الجهاد وإلى قتل المسلمين بالكف عنهم فالاحتياط لنا أولى من الاحتياط لأولادهم ونسائهم، والتترس: الستر بالترس.

قال: (**وَإِنْ دَفَعُوا بِهِمْ عَنْ أَنْفُسِهِمْ وَلَمْ تَدْعُ ضَرُورَةٌ إِلَى رَمْيِهِمْ**) أي: لعدم التحام الحرب.

(**فَالْأَظْهَرُ تَرْكُهُمْ**) أي: فيحرم رميهم للنهي الصحيح عن قتل النساء والصبيان بخلاف الأولى هذا ما جعله في «المحرر» أولى القولين، وصححه الْقَفَّال والفارقي.

قال: لأنه لا يفضي إلى تعطيل الجهاد ولا ضرورة إليه، والثاني: يجوز رميهم كما يجوز نصب المنجنيق على القلعة وإن كان نصبهم؛ ولئلا يتخذوه ذريعة إلى تعطيل الجهاد، ومن الأئمة من قطع بهذا أو رد المنع إلى الكراهة.

وحكى الفوراني في «العمد» القولين في الكراهة، ثم قال: ولا يختلف قوله أنه لا يحرم، ولم يصرح الرَّافِعِي ولا كثيرون بترجيحٍ، وزاد في «الروضة» أن الراجح الجواز ورجحه الجرجاني في «التحرير» وجزم به المحاملي في «المقنع» مع الكراهة.

والحاصل أن منهم من نزل القولين على الكراهة، ومنهم من نزلها على التحريم، فحصل أقوال: ثالثها: يكره ولا يحرم، قاله في«البسيط» ووردت أن لو قيل: إن علم أنهم تركوا تعطل فرض الجهاد في ذلك العام جاز رميهم، وإن علم أنه لا يتعطل لم يجز، وإن تردد فيه فتردد، قاله الْمَاوَرْدِي: إن تترسوا بهم في غير التحام القتال عند منازلتهم لنا وقد بدأنا بقتالهم ففعلوا ذلك لنمتنع من رميهم نظر إن فعلوه مكرًا منهم لم يوجب ذلك ترك حصارهم، ولا الامتناع من رميهم، ولو أفضى إلى قتل أطفالهم وإن فعلوه دفعًا عن أنفسهم فلا يمتنع ذلك

وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِمُسْلِمِينَ فَإِنْ لَمْ تَدْعُ ضَرُورَةٌ إِلَى رَمْيِهِمْ تَرَكْنَاهُمْ، وَإِلَّا جَازَ رَمْيُهُمْ فِي الْأَصَحِّ.

من حصارهم، وفي «المقنع» من رميهم قولان.

قال: **(وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِمُسْلِمِينَ فَإِنْ لَمْ تَدْعُ ضَرُورَةٌ إِلَى رَمْيِهِمْ تَرَكْنَاهُمْ)** أي: وجوبًا قولًا واحدًا إذا احتمل الحال الإعراض عنهم صيانةً للمسلمين.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن دعت الضرورة إلى رميهم بأن تترسوا فيه في حال التحام الحرب وكانوا بحيث لو كفينا عنهم لظفروا بنا وكثرت نكاياتهم فينا.

(جَازَ رَمْيُهُمْ فِي الْأَصَحِّ) أي: المنصوص، وبه قطع العراقيون، ويقصد بذلك المشرك، ويتولى المسلمين بحسب الإمكان؛ لأن مفسدة الإعراض أكبر من مفسدة الإقدام، **وَيُحْتَمَلُ هَلَاكُ طَائِفَةٍ لِلدَّفْعِ عَنْ بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ.**

والثاني: لا يجوز الرمي إذا لم يمكن ضرب الكفار إلا بضرب المسلمين إذا عاينه الخوف على النفس وهو لا يبيح دم المسلم بدليل صورة الإكراه، وللماوردي في الحالتين تفصيل طويل حاصله: أنهم تترسوا في غير القتال وجب الكف عن رميهم قولًا واحدًا بخلاف الكف عن أطفالهم على أحد القولين، وأما الكف عن حصارهم فإن أمِنًا على المسلمين أن يقتلوهم جاز حصارهم والمقام على قتالهم، وإن لم نأمن عليهم وغلب على الظن أنهم يقتلونهم فإن أقمنا على قتالهم نظرًا ولم يمكن علمنا في الكف عنهم ضرر وجب الكف عنهم استبقاءً لنفوس المسلمين، وإن كان علينا ضرر في الكف عن المشركين؛ لخوفنا منهم على حريم المسلمين وحريمهم فلا يجب الكف عنهم، ولا الامتناع عن قتالهم، وإن قتلوهم استدفاعًا لأكثر الضررين؛ فأقلهما فكان وجوب المقام على قتالهم معتبر بالضرب المخوف منهم، فإن كان معجلًا وجب المقام عليهم، وإن كان مؤجلًا لم يجب المقام إلا عند تحدده، وأما إن تترسوا بهم بعد التحام القتال لم يجز أن يولي عنهم لأجل الأسرى؛ لأن فرض قتالهم قد تعين بالتقاء الزحفين، ويجوز رميهم ما أقاموا على حرمنا.

قال: ولو أعد الحرب فإن أمكن استبعاد الأسرى منهم أن اتبعوا وجب

وَيَحْرُمُ الِانْصِرَافُ عَنِ الصَّفِّ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَدَدُ الْكُفَّارِ عَلَى مِثْلَيْنَا إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا، وَيَجُوزُ إِلَى فِئَةٍ بَعِيدَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

اتباعهم حتى يستنفذوا منهم وإن لم يكن ذلك نظر إن خاف المسلمون من اتباعهم لم يجز وعليهم أن ينكفوا عنهم، وإذا انهزموا تغريرًا بالمسلمين، وإن لم يخالفهم المسلمون إلا لخوفهم في المعركة فلا يجب اتباعهم ولا يجب الكف وليس الجند فيهم بخبر النظر بين في اعتماد الأصلح من اتباعهم أو الكف عنهم، انتهى.

تنبيه: جعلا التترس بالذمي والمستأمن في جواز الرمي كما ذكرنا في المسلم وفي التسوية نظر لا يخفى وجهه.

قال: (**وَيَحْرُمُ**) أي: على من وجب عليه الثبات بعد التقاء الصفين.

(**الِانْصِرَافُ عَنِ الصَّفِّ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَدَدُ الْكُفَّارِ عَلَى مِثْلَيْنَا**)، لقوله تعالى: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ﴾ [الأنفال:٦٦] وهذا بيِّن بلفظ الخبر، ثم قال: ﴿فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ١٦] وفي «الصحيح» عد الْمُتَوَلِّي يوم الزحف من الكبائر، وسنذكر من ذلك شيئًا غير ما ذكره المصنف، وليست الأنثى والخنثى ممن يلزمه الثبات ولا العبد المجاهد بغير إذن سيده والسكران العاصي به كالصاحي، نصَّ عليه في «الأم».

قال: (**إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ**) أي: بأن يكون موضعه ضيقًا أو في مقابله شمس أو ريح أو يصعد جبلًا ليكون أعون له على القتال، وليمكن ثم يهجم وغير ذلك مما يراه صوابًا.

(**أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا**) لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال:١٦].

قال: (**وَيَجُوزُ إِلَى فِئَةٍ بَعِيدَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لإطلاق الآية، وفيه حديث حسنه الترمذي، **والثاني**: بشرط أن تكون قريبة ليمكن الاستنجاد بها، ولم أر ضبطًا للبعيدة والقريبة وسيأتي فيه احتمالات.

وفي «البسيط» هنا ولا يضبط للقرب مسافة القصر، بل معناه نوع قرب

……………………………………………………………………

يتصور الاستنجاد بهم في هذا القتال ولحوق مدبرهم، وهذا القتال قائم بعد.

تنبيهات: منها: إذا قلنا بالوجه الأصح هل يلزمه تحقيق عزمه بالقتال مع الفئة المتحيز إليها وجهان: **أصحهما**: لا.

ومنها: قال الإمام: ويحل جواز التحيز إلى فئة أن يستشعر عجزًا محوجًا إلى الاستنجاد لضعف جند الإسلام، قال الرَّافِعِي: ولم يشترط ذلك غيره من الأصحاب.

قلت: وفي «البسيط»: ثم ينبغي أن يخصص جواز التحيز بصورة لا يجز تحيزه جزمًا إلى المسلمين وتقوية لقلوب المشركين، فإن كان يتوقع بسبب تحيزه عكس الكفار وليس غلب في المثابرة أن يغلب المسلمون، فلا يجوز التحيز.

وقال في «الوسيط»: وحيث يجوز التحيز وإنما يجوز إذا لم يدخل بسببه كثير على المسلمين وقوة للكفار، فإن أدى إلى ذلك فهو ممتنع، انتهى.

وهذا ظاهر لا سيما لو علم المتحيز أنه لو ولى لولى الناس معه لكونه زعيم الجيش أو أميرهم أو نحوه من رءوس الناس المتبوعين وأبطالهم المشهورين.

ومنها: ما ذكره من تحريم الفرار ووجوب الثبات إلا على من استثناه هو في حق القادر، أما من عجز بمرضٍ ونحوه أو لم يبق معه سلاح فله الانصراف بكل حال، ويستحب أن يولي متحرفًا أو متحيزًا، نعم لو أمكنه الرمي بالأحجار فهي كالسلاح على الأصح، قال الإمام: ولو لم يجد الحجارة وهم بين السيوف؛ فالوجه القطع بالفرار.

ومنها: لو مات فرسه ولا يمكنه القتال راجلًا فله الانصراف، قالا: ولو غلب على ظنه أن يثبت لم يجز الانصراف في الأصح، انتهى.

وفي «الترغيب»: ولا شك أنهم لو قطعوا بأنهم مقتولون من غير نكاية جاز لهم الهرب.

قال في «الوسيط»: فلا خلاف.

وعبارة الإمام إذا علم المسلمون أنهم لو لم ينهزموا ولو صابروا لم ينكوا

وَلَا يُشَارِكُ مُتَحَيِّزٌ إِلَى بَعِيدَةٍ الْجَيْشَ فِيمَا غَنِمَ بَعْدَ مُفَارَقَتِهِ، وَيُشَارِكُ مُتَحَيِّزٌ إِلَى قَرِيبَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

في الكفار فلا خلاف في جواز الفرار هنا، وإنما التردد إذا غلب على الظن غلبة الكفار وقد يغلبون.

وفي «البسيط»: إن غلب على الظن كون المدبرة على المسلمين فالمثابرة أولى، وإن غلب كونهم مغلوبين فالأولى أن يفروا بالروح، وفي جواز المثابرة إذا كان يتوقه لثبوتهم نكايةً في العدو وجهان، وإن لم يتوقع له أثر فلا وجه إلا الفرار، انتهى.

ومنها: إذا عصى بالفرار عن اثنين فهو يشترط في بينة أن يعود إلى القتال أو يكفيه أن ينوي أنه متى عاد لا ينهزم إلا كما أمر الله تعالى، فيه وجهان في «الحاوي».

قال: (**وَلَا يُشَارِكُ مُتَحَيِّزٌ إِلَى بَعِيدَةٍ الْجَيْشَ فِيمَا غَنِمَ بَعْدَ مُفَارَقَتِهِ**)؛ لأن بعده يفوت نصرته، أما ما غنموه قبل مفارقته يشارك فيه نصَّ عليه، ومنه المتحرف لقتال، ومنهم من أطلق أن المتحرف يشارك، والنص فيما تحرف ثم انقطع عن القوم قبل أن يقيموا أنه لا يشاركهم.

قال: (**وَيُشَارِكُ مُتَحَيِّزٌ إِلَى قَرِيبَةٍ فِي الْأَصَحِّ**)(١) أي: لبقاء نصرته ويجريه، فهو كسرية قريبة تشارك الجيش فيما غنمه، والثاني: لا؛ لمفارقته.

قال الْغَزَالِي: ويصدق بيمينه أنه قصد التحرف والتحيز.

وقال الْبَغَوِي: إن عاد بعد انقضاء القتال أم يصدق أو قتله صدق بيمينه، فإن حلف استحق من الجميع، وإن نكل لم يستحق إلا من المحرز بعد عوده، ونصُّ «الأم» محتمل لكل من الوجهين حيث قال: ولو قالوا: ولينا متحرفين

---

(١) تَنْبِيهٌ: سَكَتَ الْمُصَنِّفُ عَنْ بَيَانِ الْقَرِيبَةِ، وَالْمُرَادُ بِهَا أَنْ تَكُونَ بِحَيْثُ يُدْرِكُ غَوْثَهَا الْمُتَحَيِّزُ عَنْهَا عِنْدَ الِاسْتِغَاثَةِ وَالْمُتَحَرِّفُ يُشَارِكُ الْجَيْشَ فِيمَا غَنِمَ قَبْلَ مُفَارَقَتِهِ، وَلَا يُشَارِكُهُ فِيمَا غَنِمَ بَعْدَهَا نَصَّ عَلَيْهِ: أَيْ إِذَا بَعُدَ، وَمَنْ أَطْلَقَ أَنَّهُ يُشَارِكُهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَنْ لَمْ يَبْعُدْ كَمَا فَصَّلَ فِي الْفِئَةِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٣١٣).

فَإِنْ زَادَ عَلَى مِثْلَيْنِ جَازَ الِانْصِرَافُ إِلَّا أَنَّهُ يَحْرُمُ انْصِرَافُ مِائَةِ بَطَلٍ عَنْ مِائَتَيْنِ وَوَاحِدٍ ضُعَفَاءَ فِي الْأَصَحِّ.

لقتال أو متحيزين إلى فئة لهم سهامهم فيما غنم قبل أن يولوا، ولو غنموا بعد التولية شيئًا ثم عادوا لم يمكن لهم سهام فيما غنم بعد؛ لأنهم لم يكونوا مقاتلين بلا ردًا، انتهى.

وفي المشاركة فروع سبقت في قسم الغنيمة.

واعلم أني لم أر تصريحًا بينًا، والقرينة والظاهر أنها من يمكن كرهًا والاستنجاد بها عند الحاجة كالكمين والرد، ويحتمل أنها من كانت في جهة الجيش بدار الحرب، ويحتمل أن من دون مسافة القصر قريبة، ويحتمل أن المرجع منه إلى العرف وبعيد الاكتفاء بمجرد كونها في دار الحرب.

قال: (**فَإِنْ زَادَ عَلَى مِثْلَيْنِ جَازَ الِانْصِرَافُ**) لقوله تعالى: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٦].

(**إِلَّا أَنَّهُ يَحْرُمُ انْصِرَافُ مِائَةِ بَطَلٍ عَنْ مِائَتَيْنِ وَوَاحِدٍ ضُعَفَاءَ فِي الْأَصَحِّ**) فإنهم يقاومهم لو ثبتوا، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف، والثاني: المنع؛ لأن اعتبار الأوصاف بغير قسط الحكم بالعدد.

واعلم أن هذا الاستثناء ذكره الإمام ومن تبعه وأجروا الوجهين في عكسه، وهو فرار مائة من ضعفائنا من مائة وسبعة وتسعين من أبطالهم، وفيه ما سيأتي، ووقع في «الروضة» من ضعفائهم وهو سبق قلم، فإن اعتبرنا العدد لم تجز الرجعى.

تتمات: إذا جاز الفرار فإن غلب على ظنهم أنهم إن يثبتوا ظفروا فاستحب الثبات، ولو غلب على ظنهم الهلاك ففي وجوب الفرار وجهان، وقال الإمام: إن كان في الثبات الهلاك المحض من غير نكاية وجب الفرار قطعًا، وإن كان فيه نكاية فوجهان، قال الشيخ: وما قاله الإمام هو الحق، وأصح الوجهين أنه لا يجب لكن يستحب، انتهى.

وسبق في «البسيط» نحو كلام الإمام، وفي «الترغيب» بعد نقله الوجهين

……

في جواز المثابرة، وعندي جواز الفرار أكثر من الاستسلام للقتل؛ لأن الفوز بإحدى الحسنين إنما يكون عند القدرة على أن يقتل أو يقتل، أما عند العجز فلا، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن كان فائدة الثبات والنكاية أكثر من فائدة الفرار، فالثبات أفضل وإن كان بالعكس، فالفرار أفضل لا محالة، وقد يقال: يجب كما لو كان لو ثبت عشرة من الأبطال لقتلوا مائة مثلًا أو أكثر ثم قتلوا، وتولد من قتلهم استباحة الحرم والذرية، ولو فروا لدافعوا عنهم أو نجوا بهم.

قال الْمَاوَرْدِي رحمه الله: تجوز الهزيمة من أكثر المثلين، وإن كان المسلمون فرسانًا والكفار رجالة وتحرم الهزيمة من المسلمين وإن كان المسلمون رجالة والكفار فرسانًا، قال المصنف: وفيما قالاه نظر، ويمكن تخريجه على الوجهين بأن الاعتبار بالمعنى أو بالعدد.

قلت: إنما نظر العراقيون إلى العدد وهو ظاهر النصوص وعليه جرى الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» ومن تبعهما من المراوزة، وهو قضية كلام «التهذيب» و«الإبانة» و«العمد» وغيرهم والجمهور، قال الرَّافِعِي رحمه الله: لو لقي مسلم مشركين فإن طلباه فله أن يولي عنهما؛ لأنه غير متأهب للقتال، وإن طلبهما ولم يطلباه فوجهان:

أحدهما: لا يولي عنهما.

وأظهرهما: على ما ذكره في «البحر»: أنه يكون ذلك، وفرض الجهاد والثبات عليه في الجماعة دون الأفراد، انتهى.

وجزم بهذا الترجيح في «الروضة» بلا نسبة، ورجح صاحبا «الشامل» و«الانتصار» المنع، وقضية كلام القاضي أبي الطيب في «التعليق» الجزم به.

قال القاضي: فصل: إذا لقي مسلم ثلاثة من المشركين وكان نفي قتالهم جاز ذلك، فإن انهزم منهم فلا أثم عليه؛ لأنه وجب عليه إلا ألا يفر عن اثنين وثبت لهما، وما زاد أبيح له الفرار منهم، وأما إذا غلب على ظنه أنه إن ثبت

قتلوه فهل يجب عليه أن يولي؟ فيه وجهان، وقال صاحب «المعتمد»: وإن قاتل مسلمًا مشركان وعلم أنه لا يقاومهما فهل له أن يفر أو يثبت؟ على وجهين، انتهى.

فجعل موضع الوجهين فيما إذا علم أنه لا يقاومهما فحصل ثلاثة أوجه.

فرع: إذا غزا العدو بلاد المسلمين فتركوا البروز إليهم فكان كنوابهم، قال القاضي الحسين ﷺ: قال أصحابنا: وهذا إذا كان بارز كل مشركين مسلم فأكثر فأما إذا قل المسلمون فلا يعصون، ثم قال الرَّافِعِي ﷺ: ولا يضيق على المسلمين أن يتحصنوا إلى أن يأتيهم مددٌ وتحدث لهم قوة، انتهى.

ونصُّ «الأم» كالمصرح بما ينسبه إلى الأصحاب، قال الشَّافِعِي ﷺ: ولو غزا المشركون بلاد المسلمين وكان تولية المسلمين عليهم كتوليتهم لو غزاهم المسلمون إذا كانوا نازلين لهم أن يبرزوا إليهم، ولا يضيق على المسلمين أن يتحصنوا من عدو في بلاد العدو وبلاد الإسلام، وإن كانوا قاهرين للعدو وبرزوا إذا ظنوا ذلك أزيد في قوتهم ما لم يكن العدو تناول من المسلمين أو من أموالهم شيئًا في تحصينهم عنهم، فإذا كان واحد من المعنيين ضررًا على المسلمين ضاق عليهم إن أمكنهم الخروج أن يتخلفوا عنهم، فأما إذا كان العدو قاهرين فلا بأس أن يتحصنوا إلى أن يأتيهم مددٌ أو تحدث لهم قوة، انتهى لفظه.

فرع: في النذور من «التتمة» أنه إذا نذر أنه لا يفر من ثلاثة من الكفار أو من زيادة على ذلك فإن كان يعلم من نفسه قوة، وأنه يقدر على مقاومتهم ودفعهم عن نفسه انعقد نذره، وإن كان يعلم أنه لا يقدر على دفعهم ولم ينعقد؛ لأن ثبوته لهم يسعى في هلاك نفسه إلا أنه بطريق لا أثم فيه، فيلحق بالمباحات ويصير كمن نذر ألَّا يدفع القاصد عن نفسه، انتهى.

وأطلق في «البسيط» وغيره: أن ظاهر المذهب أن الجهاد لا يلزم بالنذر، وكذلك الصلاة على الميت.

قال: (وَتَجُوزُ الْمُبَارَزَةُ) فإنه بارز بين يديه ﷺ جماعةٌ والبشر طافحة بذلك،

فَإِنْ طَلَبَهَا كَافِرٌ أُسْتُحِبَّ الْخُرُوجُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَحْسُنُ مِمَّنْ جَرَّبَ نَفْسَهُ وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ.

واستن من الجواز ما سبق من المدبر وذي الوالدين المراجعين في الإذن، ومن سنذكره أيضًا، وكذلك العبد حيث لا إذن له فيها.

(فَإِنْ طَلَبَهَا كَافِرٌ أُسْتُحِبَّ الْخُرُوجُ إِلَيْهِ) أي: لغيره من أشرنا إليه؛ لأن في تركها والحالة هذه إضعاف للمسلمين وتقوية للكافرين.

(وَإِنَّمَا تَحْسُنُ مِمَّنْ جَرَّبَ نَفْسَهُ) أي: يعرف قوته وجرأته أنه لقول.

(وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ) أي: فإن بارز من غير إذن الإمام أو أمير الجيش جاز على المرجح عندهما لما في «سنن أبي داود» بإسنادٍ صحيح عن عليٍّ ﷺ قال: «لما كان يوم بدرٍ تَقَدَّمَ عُتْبَة بْن رَبِيعَةَ وَتَبِعَهُ ابْنُهُ وَأَخُوهُ، فَنَادَى: مَنْ يُبَارِزُ؟ فَانْتَدَبَ لَهُ شَبَابٌ مِنَ الأَنْصَارِ، فَقَالَ: مَنْ أَنْتُمْ؟ فَأَخْبَرُوهُ، فَقَالَ: لَا حَاجَةَ لَنَا فِيكُمْ، إِنَّمَا أَرَدْنَا بَنِي عَمِّنَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«قُمْ يَا حَمْزَةُ، قُمْ يَا عَلِيُّ، قُمْ يَا عُبَيْدَةُ بْنَ الْحَارِثِ»**(١).

إشارات: كلام الكتاب يقتضي ندبها للحرب نفسه عند إذن الإمام وجوازها عند فقد الأمرين، والذي يحرز لي من كلام الأصحاب إباحتها ابتداءً وجوابًا، وقيل: يستحب ويجب تقييده بغير المصنف، وقيل: يكره، وقيل: لا يجوز ابتداء، واختاره أبو عليٍّ الطبري، قال: لأنه قد يخرج إليه من هو أقوى منه فيقتله، فيوهن بذلك بالمسلمين، كذا أطلقه وقيده بعضهم بما إذا كان ضعيفًا، وصححه الفارقي، والمنصوص أن الضعيف الذي لا يثق بنفسه يكره له المبارزة ابتداء وإجابة، وهل هي كراهة تنزيه أو تحريم؟ فيه وجهان.

وقال الرُّويَانِي وغيرُه: يباح لمن هو في مثل حاله من الشجاعة والسلاح الخروج إلى المبادر، ويستحب ذلك لمن فوقه، ويكره لمن دونه، ويشبه ألا يجوز الإجابة للضعيف الجواز لما فيه من تقوية قلوب العدو وكسر قلوب المسلمين، وقد يقال: إذا كان المبادر ابتداء أفرس الجيش فقد يخرج إليه مشرك أفرس منه فيقتله فيفت عضد المسلمين، بخلاف الضعيف لا يوهنهم قتله

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٥٢، رقم ٢٦٦٥)، والحاكم (٣/ ٢١٤، رقم ٤٨٨٢).

وَيَجُوزُ إِتْلَافُ بِنَائِهِمْ وَشَجَرِهِمْ لِحَاجَةِ الْقِتَالِ وَالظَّفَرِ بِهِمْ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يُرْجَ حُصُولُهَا لَنَا، فَإِنْ رُجِيَ نُدِبَ التَّرْكُ.

ضرر على المسلمين؛ لكونه أمرهم الذي يختل تعقده أمروهم، فإن عدم شيء من ذلك لم يجز ابتداء غيره الاستئذان مستحبًّا كما سبق، ونسبه الرَّافِعِي إلى الأكثرين.

قال: (**وَيَجُوزُ إِتْلَافُ بِنَائِهِمْ وَشَجَرِهِمْ لِحَاجَةِ الْقِتَالِ وَالظَّفَرِ بِهِمْ**) لأنه ﷺ حرق نخل بني النضير فنزل: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِيَ ٱلْفَٰسِقِينَ ۝٥﴾ [الحشر: ٥] متفق عليه⁽¹⁾.

وروى البيهقي وغيره: أنه قطع لأهل الطائف كرومًا⁽²⁾، وفي «سنن أبي داود» وغيره أنه ﷺ أمر أسامة بالتحريق من حين أغزاه⁽³⁾.

قال: (**وَكَذَا إِنْ لَمْ يُرْجَ حُصُولُهَا لَنَا**) أي: مغايظةً لهم وإضعافًا.

(**فَإِنْ رُجِيَ**) أي: حصولها.

(**نُدِبَ التَّرْكُ**) أي: حفظًا لنا على المسلمين، وقيل: يجب الترك كذلك وكمل فعله ﷺ على ظن عدم الحصول، وجعل الْمَاوَرْدِي ذلك أربعة أقسام:

أحدها: أن يعلم أنَّا لا نصل إليهم إلا بذلك فيجب؛ لأن ما أدى إلى الظفر بهم واجب.

والثاني: أن يقدر على الظفر بهم بدون ذلك فيحرم القطع لأنها مغنم لنا.

والثالث: أن ينفعنا ذلك ولا ينفعهم فهو مباح.

والرابع: ألَّا ينفعنا فلا ينفعهم فهو مكروه لا محظور.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٠٣١) ومسلم (٤٦٥١).

(٢) أخرجه البيهقي (٩/ ٨٤).

(٣) أخرجه الشافعي (١/ ٣٢٠)، وأحمد (٥/ ٢٠٩، رقم ٢١٨٧٣)، وأبو داود (٣/ ٣٨، رقم ٢٦١٦)، وابن ماجه (٢/ ٩٤٨، رقم ٢٨٤٣)، والبغوي في مسند أسامة (١/ ٣٩) والطيالسي (ص ٨٧، رقم ٦٢٥)، وابن سعد (٤/ ٦٦)، والبزار (٧/ ٢٠، رقم ٢٥٦٦)، والبيهقي (٩/ ٨٣، رقم ١٧٨٩٤).

وَيَحْرُمُ إِتْلَافُ الْحَيَوَانِ إِلَّا مَا يُقَاتِلُونَا عَلَيْهِ لِدَفْعِهِمْ أَوْ ظَفْرٍ بِهِمْ أَوْ غَنِمْنَاهُ وَخِفْنَا رُجُوعَهُ إِلَيْهِمْ وَضَرَرَه].

قال: (**وَيَحْرُمُ إِتْلَافُ الْحَيَوَانِ**) أي: المحرم للنهي عن قتل الحيوان أو ذبحه لغير مأكلة وعن قتله صبرًا.

وفي النسائي وصحح الحاكم إسناده: «**ما من إنسان يقتل عصفورًا فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها بل يذبحها ويأكلها ولا يقطع رأسها ويطرحها**»(١).

قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» مستدلًا: أخبرنا ابن عتبة عن عمرو بن دينار عن صهيب مولى عبد الله بن عامر عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «**من قتل عصفورًا فما فوقها بغير حقها سأله الله ﷻ عن قتلها**»(٢) وأسنده في موضع آخر بطوله كما تقدم.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخين يقتضي أنه يجوز إتلاف ما عدا الحيوان إذا خيف استرداده قطعًا، وقال في «المعتمد»: إذا غنم مالًا وخاف كثرة المشركين واسترداده فله إحراقه ما لم يقسم بإذن الغانمين ثم لا يضمن إلا خمس الخمس، وإن قسم عمل كل بحظة ما أراد إلا أن يكون حيوانًا، وذكر ما سيأتي عنه.

قال: (**إِلَّا مَا يُقَاتِلُونَا عَلَيْهِ لِدَفْعِهِمْ أَوْ ظَفْرٍ بِهِمْ**) أي: فيجوز لأنها أداة للقتال وورد ذلك في السير، وفعلته الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين- من غير نكير، وقد يجب ذلك إذا تعين طريقًا في دفع الفارس أو الظفر بهم؛ لأن ذلك مما لا يتم الواجب إلا به.

قال: (**أَوْ غَنِمْنَاهُ وَخِفْنَا رُجُوعَهُ إِلَيْهِمْ وَضَرَرَهُ**) هذا فيما يقاتلون عليه لا كل حيوان وعبارة «المحرر» مصرحة بذلك.

قال: إلا إذا خفنا أن يستردوها وتعظم، وقال في الشرح: وإن غنمنا

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٣١٥)، والنسائي (٣/ ١٦٣، رقم ٤٨٦٠)، والحاكم (٤/ ٢٦١، رقم ٧٥٧٤)، وقال: صحيح الإسناد.

(٢) أخرجه الشافعي أيضًا في «الأم» (٤/ ٢٥٨).

خيولهم ومواشيهم ولحقونا وخفنا الاسترداد وضعف بعضها وتعذر سوقه لم يجز عقرها وإتلافها، نعم تذبح للأكل، وإذا خفنا أنهم يأخذون الحيوان ويقاتلون عليها ويشتد الأمر يجوز إتلافها، وجوز مالك وأبو حنيفة - رضي الله عنهما - إتلافها بكل حال مغايظة لهم، انتهى.

واعلم أن الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الأم» لم يستبين هذه الصورة، بل كلامه مصرح بأنه لا يجوز إتلافها إلا في حالة السابقة أو للأكل فقط.

قال الربيع: قلت للشافعي رضي الله عنه: أفرأيت ما ظفر المسلمون به من ذوات الأرواح من أموال المشركين من الخيل وغيرها من الماشية فقدروا على إتلافه قبل أن يغنموه أو غنموه فأدركهم العدو فخافوا أن يستنقذوه منهم ويقووا به على المسلمين أيجوز لهم إتلافه بذبح أو عقر أو تحريق أو تغريق في شيء من الأحوال؟

قال الشافعي رضي الله عنه: لا يحل عندي أو يقصد قصده بشيء يتلفه إذا كان لا راكب عليه، والحال في تقرير ذلك، وأعاد المسألة في موضع وأجاب بأنهم لا يعقروا منه شيئًا إلا أن يذبحوه للأكل.

قلت: فيدعون ذواتهم لهم؟ قال: نعم، إذا لم يقدروا على استنقاذها منهم، وصرح بأنه لا فرق بين القسمة وما قبلها، ويخص ذلك صاحب «المعتمد».

وفي إتقان المذهب المحرر عن الشَّافِعِي رضي الله عنه فقال في مسألتنا: وأما الحيوان فلا يعقر لغيره بأكله وله أن يتركه، وإن قاتلوا على خيولهم فوجدنا السبيل على قتلهم بعقرها فعلنا، انتهى.

وعبارة الدارمي: وإذا أدركونا وفي أيدينا خيولهم ومواشيهم لم يحل قتلها إلا لمأكله، انتهى.

وهذه طريقة العراقيين من أصحابنا، وهي ظاهر نصِّ «المختصر» أو نصه.

فائدة: ذكرها الأئمة في باب المبارزة وسكت عنها الشيخان هنا، وكان

قال المصنف:

[فَصْلٌ]:

نِسَاءُ الْكُفَّارِ وَصِبْيَانُهُمْ إِذَا أُسِرُوا رَقُّوا، ....

الأليق تقديمها عند ذكر المصنف المبارزة.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: المبارزة جائزة عندنا، وكذا الإعلام لمن يعلم في نفسه منازلًا، والإعلام هو أن يغرز في لحيته ريش نعامة كما فعل حمزة يوم بدر، أو يتعمم بعمامة سوداء أو يتعصب بعصابة حمراء كما فعل أبو دجانة يوم أحد، أو يركب الأبلق، أو يعلم فرسه فيجوز ذلك سواء أذن الإمام أو لم يأذن.

وقال الدارمي: تجوز المبارزة، ويستحب له إذا علم من نفسه قوةً فإن بارزه على أن يقاتله غيره وفى بذلك، وقيل: يلغى شرطه مع مبارزة، وقيل: لا بدَّ من غيره في هذا، وإلا فلهم التقوية.

قال: افترقا أو خرج المسلم فاتجه فقد انقضى قتالهما، وللمسلمين قتله إلا أن يكون قد أخذ أمانًا إلى رجوعه وقيل: وإن لم يشترط فله ذلك بأن طلب قتله أو قتالنا قاتلناه بكل حال على جهة الدفع واستبعاد المسلم، فإن أقام على ذلك قوتل لنقضه عهده، فإن شرط له الإمساك عنه إذا أراد قتله لم يصح، وفي غيره وجهان بناء على المهادنة أكثر من المدة، فإن أعان المشركون صاحبهم أعان المسلمون صاحبهم، فإن خان المبارز استنجدهم قوتل وإن لم يكن لم يقتل، وإن سكت فوجهان، وإن ولى المشرك أو أؤتمن المسلم وقد شرط رجوعه فليس لنا قتله، وهل له مبارزته؟ قال ابن سُرَيْج: له وليس له، انتهى لفظه.

قال الشارح: قال:

[(فَصْلٌ:

نِسَاءُ الْكُفَّارِ وَصِبْيَانُهُمْ إِذَا أُسِرُوا رَقُّوا) أي: فيكون الخمس منهم لأهله والباقي للغانمين كسائر الغنيمة، وكان ﷺ يقسم السبي، وهو النساء والولدان كما يقسم المال، هذا ما أطلقه الأصحاب.

وَكَذَا الْعَبِيدُ. وَيَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي الْأَحْرَارِ الْكَامِلِينَ، وَيَفْعَلُ الْأَحَظَّ، لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ قَتْلٍ وَمَنٍّ وَفِدَاءٍ بِأَسْرَى أَوْ مَالٍ وَاسْتِرْقَاقٍ، ....

وقال الْمَاوَرْدِي في أحكامه في «البيان»: هذا إن كن كتابيات، فإن كن ممن لا كتاب لهن كدهرية أو وثنية وامتنعن من الإسلام فعند الشَّافِعِي - ﷺ - يقتلن، وعند أبي حنيفة يسترقفن، وسواء كما سبق المترهبة وغيرها على الصحيح، والظاهر أن الخنثى هنا كالأنثى، ويحتمل أن يوقف أمره على التبيين، وغلَّط القاضي أبو الطيب - ﷺ - من ألحق البالغ العاقل بالصبي في أنه يرق بنفس الأسر.

قال: (وَكَذَا الْعَبِيدُ) أي: على المذهب كسائر الأقوال، وفي «الحاوي»: أنه لو أراد الإمام أن يفادي بهم أسرى من المسلمين، ويعوض عنهم الغانمين جاز، وفيه وفي «المهذب» أنه لو رأى قتله، ويضمن قيمته للغانمين جاز، وبه أجاب في «الترغيب» وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لو أسر جماعة من العبيد البالغين العقلاء يحتمل وجهين بناء على أن النكاح هل ينفسخ بين الزوجين الرقيقين؟ فيه وجهان: إن قلنا ينفسخ، لأن ذلك الرق قد زال وحدث بالسبي رق آخر، فعلى هذا قد زال رق العبد فيجوز للإمام قتله.

قال إبراهيم المروزي: وهل يجوز قتل العبد المبارز؟ الصحيح أنه لا يجوز، وخرج أبو يعقوب الأبيوردي وجهًا أنه يجوز.

قال: (وَيَجْتَهِدُ الْإِمَامُ) أي: أمير الجيش أو السرية.

(فِي الْأَحْرَارِ الْكَامِلِينَ) أي: حرية وتكليفًا.

(وَيَفْعَلُ) أي: وجوبًا.

(الْأَحَظَّ، لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ قَتْلٍ وَمَنٍّ) أي: مجانًا.

(وَفِدَاءٍ بِأَسْرَى أَوْ مَالٍ وَاسْتِرْقَاقٍ) أما القتل إذا رآه مصنحة لشجاعته أو رأيه ونحوهما فلقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وقتل ﷺ عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث صبرًا، ويكون ذلك بضرب الرقبة لا بتحريق ولا بمُثْلَةٍ، وأما المن إذا رآه لمثله إلى الإسلام مثلًا، وقد صح المن على غير

فَإِنْ خَفِيَ الْأَحَظُّ حَبَسَهُمْ حَتَّى يَظْهَرَ.

وَقِيلَ لَا يُسْتَرَقُّ وَثَنِيٌّ وَكَذَا عَرَبِيٌّ فِي قَوْلٍ.

واحد، وأما الفداء فقد ثبت في «صحيح» مسلم وغيره، وقد قال تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤].

وأما الاسترقاق فإذا رآه كثير العمل، ولا رأي له ولا شجاعة وقد استرق ﷺ من بني قريظة وبني المصطلق، وادَّعى القاضي أبو الطيب أنه إجماع، والمال والمفادى به يقسم كالغنيمة، ولا تخيير فيه للإمام.

قال: (**فَإِنْ خَفِيَ الْأَحَظُّ حَبَسَهُمْ حَتَّى يَظْهَرَ**) لرجوعه إلى اجتهاده لا إلى التشهي، فيؤخر ليظهر له الصواب، وقضية كلام الشيخين وغيرهما أنه لا يحبسهم إلا إذا أخفى عليهم الأحظ، والأصح من الخصال الأربع.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق» القاضي الحسين خصلة خامسة يثبت للإمام الخيار فيها وهي: تخليتهم في السجن إلى أن يرى فيهم ما يراه.

قال: فظاهر هذا أن له ذلك من رأس، انتهى.

وكذا قال إبراهيم المروزي: وأما الأحرار الذكور البالغين العقلاء فالإمام فيهم بالخيار بين خمسة أشياء المن والفداء والقتل والاسترقاق وتخليتهم في السجن إلى أن ينظر فيهم.

قال: (**وَقِيلَ: لَا يُسْتَرَقُّ وَثَنِيٌّ**) كما لا يقر بالحرية، والمراد مَن لا كتاب له ولا شبه كتاب، قاله الإصطخري، فقتله قول منصور التميمي في المستعمل لهما استرق كتابي أو مجوسي، فأما من سواهما فلا يقتل من بالغ وحالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء والمذهب ما تقدم؛ لأن من جاز أن يمن عليهم ويفادي جاز استرقاقه كالكتابي.

قال: (**وَكَذَا عَرَبِيٌّ فِي قَوْلٍ**) أي: قديم ضعيف بحديث رواه فيه في «القديم» وحكى الشيخ أبو حامد أن أبا الحسين الطبري قال: إن البالغين من الكفار يصيروا أرقاء بنفس الأسر، قال القاضي أبو الطيب: وهذا غلط، وأنا رأيته وكنت صبيًا، ومثل هذا لا يخفى على ذلك الرجل، انتهى.

وَ لَوْ أَسْلَمَ أَسِيرٌ عَصَمَ دَمَهُ ....

إشارات: لا خفاء أن للإمام قتل بعضٍ، واسترقاق والمن على بعض، ومفاداة بعض حيث ما يراه لو أسر من يختر ويتفق.

قال الإمام: إن علينا حكم الجنون يرق، أو حكم الإفاقة فلا يرق بالأسر والظاهر الرق.

قال: ويتجه أن يعسر وقت الأسر وهو ما في الوجهين، والمرجح في «الوسيط» قال الرَّافِعِي: وهو في الحقيقة كوجه التلفيق في الحرية، وأطلق القاضي الحسين أن المجانين كالصبيان - كما قدمناه - هل يجوز استرقاق بعض الشخص بناء على استيلاد الشريك المعسر، هل يكون الولد حرًّا أم قدر ملك وابنه منه؟ فيه خلاف ذكره ابن الرِّفْعَة، والتجويز بعيد جدًا لعدم النظر المسلمين فيه غالبًا وليس البنات كالبنين(١).

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ أَسِيرٌ عَصَمَ دَمَهُ**) لما في «الصحيحين»: «**أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهَ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ الله، وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ، وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ، فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ**»(٢).

---

(١) تَنْبِيهٌ: لَمْ يَتَعَرَّضُوا فِيمَا عَلِمْت إلَى أَنَّ الْإِمَامَ لَوْ اخْتَارَ خَصْلَةً لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهَا أَوْ لَا وَلَا إلَى أَنَّ اخْتِيَارَهُ هَلْ يَتَوَقَّفُ عَلَى لَفْظٍ أَوْ لَا وَالَّذِي يَظْهَرُ لِي فِي ذَلِكَ تَفْصِيلٌ لَا بُدَّ مِنْهُ، أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ خَصْلَةً ظَهَرَ لَهُ بِالِاجْتِهَادِ أَنَّهَا الْأَحَظُّ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ بِهِ أَنَّ الْأَحَظَّ غَيْرُهُ فَإِنْ كَانَتْ رِقًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهَا مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْغَانِمِينَ وَأَهْلَ الْخُمُسِ مَلَكُوا بِمُجَرَّدِ ضَرْبِهِ الرِّقَّ فَلَمْ يَمْلِكْ إبْطَالَهُ عَلَيْهِ، أَوْ قَتْلاً جَازَ لَهُ الرُّجُوعُ عَنْهُ تَغْلِيبًا لِحَقْنِ الدِّمَاءِ مَا أَمْكَنَ، وَإِذَا جَازَ رُجُوعُ مُقِرٍّ بِنَحْوِ الزِّنَا بِمُجَرَّدِ تَشَهِّيهِ وَسَقَطَ عَنْهُ الْقَتْلُ بِذَلِكَ فَهَاهُنَا أَوْلَى؛ لِأَنَّ هَذَا مَحْضُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى وَذَاكَ فِيهِ شَائِبَةُ حَقِّ آدَمِيٍّ أَوْ فِدَاءً أَوْ مَنًّا لَمْ يُعْمَلْ بِالثَّانِي لِاسْتِلْزَامِهِ نَقْضَ الِاجْتِهَادِ بِالِاجْتِهَادِ مِنْ غَيْرِ مُوجِبٍ وَكَمَا لَوْ اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ وَحَكَمَ لَا يُنْقَضُ حُكْمُهُ بِاجْتِهَادٍ ثَانٍ نَعَمْ إنْ كَانَ اخْتِيَارُهُ أَحَدَهُمَا لِسَبَبٍ، ثُمَّ زَالَ ذَلِكَ السَّبَبُ وَتَعَيَّنَتْ الْمَصْلَحَةُ فِي الثَّانِي عُمِلَ بِقَضِيَّتِهِ وَلَيْسَ هَذَا نَقْضَ اجْتِهَادٍ بِاجْتِهَادٍ بَلْ بِمَا يُشْبِهُ النَّصَّ لِزَوَالِ مُوجِبِ الْأَوَّلِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنَّ الِاسْتِرْقَاقَ لَا بُدَّ فِيهِ مِنْ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ وَلَا يَكْفِي فِيهِ مُجَرَّدُ الْفِعْلِ كَالِاسْتِخْدَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَلْزِمُهُ وَكَذَا الْفِدَاءُ نَعَمْ يَكْفِي فِيهِ لَفْظُ مُلْتَزِمِ الْبَدَلِ مَعَ قَبْضِ الْإِمَامِ لَهُ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ بِخِلَافِ الْخَصْلَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ لِحُصُولِهِمَا بِمُجَرَّدِ الْفِعْلِ. انظر: «تحفة المحتاج» (٤٠/ ٤١، ٤٢).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢٤، رقم ١٣٣٧٢)، والبخاري (١/ ١٥٣، رقم ٣٨٥)، وأبو داود (٣/ =

وَبَقِيَ الْخِيَارُ فِي الْبَاقِي، وَفِي قَوْلٍ يَتَعَيَّنُ الرِّقُّ وَإِسْلَامُ كَافِرٍ قَبْلَ ظَفَرٍ بِهِ، يَعْصِمُ دَمَهُ وَمَالَهُ وَصِغَارَ وَلَدِهِ لَا زَوْجَتَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

(ونفي الخيار في الباقي) أي: في الخصال السابقة؛ لأن المخير بين أشياء إذا سقط لتعذره لا يسقط الخيار في الباقي كالعجز عن العتق في الكفار، ومنهم من قطع بهذا لكن إنما تجوز المفاداة به إذا كان به عشيرة يأمن معها على نفسه ودينه.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ يَتَعَيَّنُ الرِّقُّ)** لأنه أسير يحرم القتل فأشبه الصبي.

قال: **(وَإِسْلَامُ كَافِرٍ قَبْلَ ظَفَرٍ بِهِ)** أي: وهو أسيره كما قاله الدارمي وغيره.

(يَعْصِمُ دَمَهُ وَمَالَهُ) أي: للحديث: **«فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم»** متفق عليه.

(وَصِغَارَ وَلَدِهِ) أي: الأحرار عن السبي لإسلامهم تبعًا له، ومن بلغ مجنونًا كالصغير وكذا من جُنَّ بعد بلوغه على الأصح، والجد في ذلك كالأب، وقيل: لا، وقيل: كالأب عند فقده، وقيل: وقد فقد أهليته للولاية، والمعنى أنهم يصيرون مسلمين بإسلام الجد، ويمتنع اغتنامهم ديارهم على الأصح تغليبًا للتبعية كالأب، وسبق في اللقيط في منعه ذلك الولد للجد في الإسلام نزاع طويل أوضحته في «الغنية» يقتضي أن المذهب أو الراجح عدم تبعية الجد، ولو أسلمت امرأة عصمت نفسها من الرق ومالها وأولادها والصغار ونحوهم، وحكي قولٌ في الأولاد.

قال: **(لَا زَوْجَتَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أي: لاستقلالها ولو كانت حاملًا منه على الأصح، وأصل الخلاف وحاصله أنه يضمن على جواز استرقاقها، ونصَّ على أن المسلم إذا أعتق عبدًا كافرًا فالتحق بدار الحرب أنه لا يجوز استرقاقه، واختلفوا فيهما على طريقين أشهرهما أن فيهما قولين نقلًا وتخريجًا:

= ٤٤، رقم ٢٦٤١)، والترمذي (٥/ ٤، رقم ٢٦٠٨) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٧/ ٧٦، رقم ٣٩٦٧)، وابن حبان (١٣/ ٢١٥، رقم ٥٨٩٥)، والدارقطني (١/ ٢٣٢)، والبيهقي (٢/ ٣، رقم ٢٠٣١). والضياء (٥/ ٢٧٧، رقم ١٩١٣).

فَإِنْ اسْتَرَقَّتْ انْقَطَعَ نِكَاحُهُ فِي الْحَالِ، وَقِيلَ إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا أُنْتُظِرَتْ الْعِدَّةَ فَلَعَلَّهَا تَعْتِقُ فِيهَا.

وَيَجُوزُ إِرْقَاقُ زَوْجَةِ ذِمِّيٍّ، وَكَذَا عَتِيقُهُ فِي الْأَصَحِّ.

أحدهما: لا يسترقان لئلّا يبطل حقه من النكاح والولاء كما لا يقيم له ماله.

والثاني: يسترقان لاستقلالهما، والثانية تقرير النصين، والفرق أن الولاء بعد ثبوته لا يمكن دفعه وإبطاله، وإن تراضيا به، والنكاح يرتفع وينفسخ بأسباب.

قال **الرَّافِعِي** ﷺ: والظاهر لما نصَّ عليه في الصورتين وإن قدر الخلاف هذا ما قاله الجمهور، واختار ابن كج في الزوجة امتناع الاسترقاق أيضًا، ويجري بخلاف في استرقاق حربية نكحها مسلم وهي في دار الحرب، وتبعه في «الروضة» ثم قال في كلامه على ألفاظ «الوجيز»: الوجهان في استرقاق منكوحة المسلم الحربية إذا نكحها بدار الحرب، وفي استرقاق زوجة الكافر إذا أسلم قبل الظفر يجريان على نسقٍ واحد، انتهى.

وذكر في «المحرر» ما سيأتي، وتبعه في «المنهاج».

قال: (**فَإِنْ اسْتَرَقَّتْ انْقَطَعَ نِكَاحُهُ فِي الْحَالِ**) أي: على الصحيح؛ لأنه زال ملكها عن نفسها فيزول ملك الزوج عنها من باب أولى؛ ولأنها صارت أمة، ولا يجوز للمسلم إمساك أمة كتابية للنكاح، وقيل: يستمر النكاح وإن استرقت قبل الدخول.

(**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا أُنْتُظِرَتْ الْعِدَّةَ فَلَعَلَّهَا تَعْتِقُ فِيهَا**) أي: فيدوم النكاح كما لو ارتدت بعد الدخول، والأصح عدم الفرق لأن حدوث الرق يقطع النكاح.

قال: (**وَيَجُوزُ إِرْقَاقُ زَوْجَةِ ذِمِّيٍّ**) أي: إذا كانت حربية وينقطع نكاحه (**وَكَذَا عَتِيقُهُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الذمي لو نقض العهد والتحق بدار الحرب استرق فعتقه أولى.

والثاني: لا كاسترقاق معتق المسلم، وكما أن ماله مضمون عن الاغتنام كمال المسلم.

لَا عَتِيقَ مُسْلِمٍ وَزَوْجَتُهُ الْحَرْبِيَّةُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِذَا سُبِيَ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ إِنْ كَانَا حُرَّيْنِ قِيلَ: أَوْ رَقِيقَيْنِ.

قال الرُّويَانِي: والأول ظاهر المذهب، قال الرَّافِعِي: والوجه أن يرتب إن جوزنا أن يسترق عتيق المسلم فعتيق الذمي أولى، وإلا ففي عتق الذمي وجهان.

قال: (**لَا عَتِيقَ مُسْلِمٍ**) أي: على المنصوص كما تقدم.

(**وَزَوْجَتُهُ الْحَرْبِيَّةُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: فيهما، وهو في العتيق كما قال، وأما الزوجة الحربية فإنه تبع في الترجيح فيها «المحرر» ويقتضي كلام «الشرحين» و«الروضة» أن الصحيح جواز استرقاقهما كزوجة من أسلم قبل الظفر به كما سبق، وهو قضية كلام «النهاية» وغيره.

وفي «البيان» وغيره أن المنصوص الجواز، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز سبيها، وليس بشيء.

قال: (**وَإِذَا سُبِيَ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ إِنْ كَانَا حُرَّيْنِ**) أي: صغيرين كانا أو كبيرين قبل دخول أو بعده، هذا إذا استرق الزوج، أما لو أسر بالغ مكلف [بان] له زوجة لم ينفسخ نكاحها بأسره بمجرده، فإن فودي أو مُنَّ عليه ذات زوجته وإن استرق انفسخ نكاحه حينئذٍ كما ينفسخ نكاح الصبي بمجرد أسره.

واحتجوا للمذهب بما رواه مسلم وغيره أنهم امتنعوا يوم أوطاس من وطء المستبيات؛ لأن لهن أزواجًا، فأنزل الله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فحرَّم المتزوجات إلا المملوكات بالسبي؛ فدل على ارتفاع النكاح به، وإلا لما حللن ولأنه ﷺ قال فيه: «**ألا لا توطأ الحامل حتى تضع**»[١].

ولم يفرق بين منكوحة وغيرها، فلولا انفساخ النكاح لما حللن بعد الوضع؛ لأن حدوث رقها أزال ملكها عن نفسها فزوال عصمتها من الزوج أولى.

قال: (**قِيلَ: أَوْ رَقِيقَيْنِ**) لحدوث السبي ولإطلاق الحديث، ولهذا لو

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٢٨، رقم ١٧٤٦٢).

وَإِذَا أُرِقَّ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَسْقُطْ فَيُقْضَى مِنْ مَالِهِ إِنْ غَنِمَ بَعْدَ إِرْقَاقِهِ.

سبيت مستولدة صارت قنةً والمرجح المنع، وقيل بالمنع قطعًا إذ لم يحدث رق، وإنما انتقل [الملك] من شخص إلى غيره فأشبه البيع وغيره والخلاف جارٍ سواء أسلما أم لم يسلما.

قال: **(وَإِذَا أُرِقَّ)** أي: الحربي.

(وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَسْقُطْ) أي: سواء كان لمسلم أو ذمي؛ لأن شغل الذمة قد حصل ولم يوجد ما يقتضي السقوط، وحكى الْبَغَوِي في سقوط دين الذمي وجهين، والظاهر أن دين المستأمن والمعاهد كدين الذمي ويسقط دين الحربي الصرف، وفيه احتمال للإمام، قالا: ولو كان الدين للسابي ففي سقوطه الوجهان، فمن كان له دين على عبدٍ فملكه، انتهى.

وفيه نظر فإنه لا يملكه بمجرد أسره، وإن كان عبدًا لم يملك جميعه.

قال: **(فَيُقْضَى مِنْ مَالِهِ إِنْ غَنِمَ بَعْدَ إِرْقَاقِهِ)** أي: مقدمًا على الغنيمة، كما يقدم الدين على الوصية، وإن زال ملكه بالرق كدين المرتد يقضى من ماله، وإن قلنا بزوال ملكه؛ ولأن [الرق] كالموت أو الحجر وهما لا يمنعان تعلق الدين بالمال.

واحترز بقوله: بعد إرقاقه بما غنم قبله، فإنه للغانمين لا يقضى دينه منه قطعًا كما لو زال بوجه آخر، وإن غنم مع إرقاقه فوجهان:

أصحهما عندهما وعند الإمام والْغَزَالِي: المنع أيضًا لتعلق الغنيمة بالعين، وبمقابله أجاب الْبَغَوِي، وجنح إليه الْغَزَالِي في «البسيط» حيث قال: إذا غنم المال مع ضرب الرق عليه أو فرضا في امرأة برق بمجرد الاستيلاء، وقد استولى عليها وعلى مالها معًا، فقد أطلق الأصحاب أن حق الغانمين يقدم ما لم يتراخ الاغتنام من الإرقاق، وهذا غير شديد في هذه الصورة، فإن الرق كالموت وهو سبب تعليق الدين بالمال والاغتنام سبب حلول الملك في المال كالوراثة ثم تقدم الدين على الإرث فبالأحرى أن يقدم الدين هاهنا، انتهى.

وَلَوْ اقْتَرَضَ حَرْبِيٌّ مِنْ حَرْبِيٍّ أَوْ اشْتَرَى مِنْهُ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ قَبِلَا جِزْيَةً دَامَ الْحَقُّ.
وَلَوْ أَتْلَفَ عَلَيْهِ حَرْبِيٌّ فَأَسْلَمَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ].

فرع: إذا لم يسقط الدين ولم يجد له وفاء ورق بقي في ذمته إلى العتق، وفي حلول الدين المؤجل فيه وجهان مرتبان على حلوله بالفلس، وأولى بالحلول؛ لأن الرق يزيل الملك كالموت سواء بخلاف الحجر، ونقل الحلول هنا عن النص وظاهر كلامهما أنه المذهب.

فرع: إذا أجر الحربي نفسه من مسلم فاسترق لم يبطل حق المسلم في عينه، وإن كان أجر نفسه من حربي بطل حقه وانفسخت الإجارة، وإن كان أجر نفسه من ذمي فوجهان بناء على أن ولاء الذمي هل يبطل باسترقاق عتيقة؟ فيه وجهان، قاله إبراهيم المروزي ﷺ.

قال: (**وَلَوْ اقْتَرَضَ حَرْبِيٌّ مِنْ حَرْبِيٍّ أَوْ اشْتَرَى مِنْهُ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ قَبِلَا جِزْيَةً دَامَ الْحَقُّ**) كما لو أسلم الزوجان قبل قبض المهر المسمى ففي استحقاقه.

قال: (**وَلَوْ أَتْلَفَ عَلَيْهِ**) أي: أتلف.

(**حَرْبِيٌّ**) على حربي شيئًا.

(**فَأَسْلَمَا**) أي: أو المتلف منهما.

(**فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لم يلتزم له شيئًا، والإسلام يجُب ما قبله، وليس ثَّم عقد فيستدام؛ ولأن الحربي لو قهر حربيًّا على نفسه أو ماله ملكه والإتلاف نوع من القهر، ولأن إتلافه مال المسلم يهدر، فكذا مال الحربي.

والثاني: يجب الضمان للزومه عندهم فكأنهم تراضوا عليه، قال في «البسيط»: وارتكب الخلافيون هذا في مسألة استيلاء الكفار على أموال المسلمين، ولا ينبغي عده من المذهب بحال ولو جنى حربي على مسلم ثم استرق، فعن القاضي الحسين أن أرش الجناية في ذمته.

قال الإمام: هذا إخلال من ناقل أو هفوة من القاضي.

قلت: وبه أجاب إبراهيم المروزي في «تعليقه» فهو من كلام القاضي.

قال المصنف:

[فَصْلٌ]:

وَالْمَالُ الْمَأْخُوذُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ قَهْرًا غَنِيمَةٌ، وَكَذَا مَا أَخَذَهُ وَاحِدٌ أَوْ جَمْعٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ بِسَرِقَةٍ، أَوْ وُجِدَ كَهَيْئَةِ اللُّقَطَةِ عَلَى الْأَصَحِّ، فَإِنْ أَمْكَنَ كَوْنُهُ لِمُسْلِمٍ وَجَبَ تَعْرِيفُهُ.

قال الشارح: قال:

[(فَصْل:

وَالْمَالُ الْمَأْخُوذُ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ قَهْرًا غَنِيمَةٌ) سبق بيانه في باب القسم مع فوائد جمة وما لم يسبق أنه لو أهدى الكفار إلى أحد من المسلمين شيئًا والحرب قائمة فهو من الغنيمة أو بعد انقضاء الحرب فلمن خصَّ به أميرًا كان أو غيره، قاله العراقيون [وغيرهم].

قال: **(وَكَذَا مَا أَخَذَهُ وَاحِدٌ أَوْ جَمْعٌ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ بِسَرِقَةٍ، أَوْ وُجِدَ كَهَيْئَةِ اللُّقَطَةِ عَلَى الْأَصَحِّ فَإِنْ أَمْكَنَ كَوْنُهُ لِمُسْلِمٍ وَجَبَ تَعْرِيفُهُ)** يتضح الغرض بأمور:

أحدها: أن يدخل واحد أو جمع دار الحرب خفية ويأخذوا مالًا على صورة السرقة ففيه وجهان: أحدهما: أنه ملك آخذه خاصةً، وبه جزم الْغَزَالِي في [«الوجيز»].

وادعى الإمام أنه المذهب المعروف، وربما أبدى القطع به ونقل عند كلام «البسيط» إجماع الأصحاب على أنه يختص به، وعليه ينطبق إيراد جماعة ووجهه بأن السارق يقصد بملك المال ومال الحربي غير معصوم، وكأنه غير مملوك فصار كالاستيلاء على المباحات، بخلاف مال الغنيمة فإنه وإن كان في يد الغانمين فليس المقصود التملك؛ إذ لا يجوز التغرير بالمهج لاكتساب المال، والغرض الأعظم إعلاء كلمة الله تعالى، ودفع أعداء الدين، وللقصد أثر ظاهر فيما يملك بالاستيلاء، وأصحهما: وهو الموافق لكلام الجمهور.

ونصوص الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: أنه غنيمة مخمسة، وكأنهم جعلوا دخوله في دارهم تغريره بنفسه بمنزلة القتال، وأيدنا بهم ذكروا أنه لو غزت

……

طائفة بغير إذن الإمام متلصصين، والمأخوذ غنيمة مخمسة والمختلس منهم كالمأخوذ على صورة السرقة وسيأتي ما قيل في الاختلاس.

ثانيها: المال المأخوذ ببلادهم على هيئة اللقطة إن علم أنه للكفار فجواب الإمام والْغَزَالِي: أنه لآخذه إذ لم يؤخذ بقوة الجند أو الإسلام فيكون فيئًا، أو بقتال فيكون غنيمة، قال الرَّافِعِي ﷺ: وجواب عامة الأصحاب أنه يكون غنيمة لا يختص به، وعليه ينطبق نص «المختصر» وقال في «أصل الروضة»: إنه الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور، وقال ابن الصلاح: ما ذكره فيه نقص يوقع في الغلط، وكان حقه أن يقول لفظه دار الحرب ثلاثة أقسام إن وصل إليها بقتال المسلمين لهم فهي غنيمة، وإن وصل إليها بإخلاء الكفار خوفًا من غير قتال فهي فيء، وإن وصل إليها بغير هذين فهي له كما في السرقة والاختلاس بشرط ألا يتوهم كونها لمسلمٍ، وهذا الثالث جرى منه على طريقة الإمام لا الجمهور.

ثالثها: إذا أمكن كون الموجود على هيئة اللقطة لمسلم وجب تعريفه، وهذه العبارة سديدة، وعبارة «الروضة»: فإن كان هناك مسلمونَ أو أمكن كونه ضالة بعض الحبس ثم بعد التعريف يعود خلاف الجمهور والإمام في أنها غنيمة أو للآخذ، قال ابن الصلاح: ولا يكفي في توهم كونها لمسلم مجرد طروق بأخذٍ ونحوه، فإذا عرّفها فلم يعرفها مسلم عادت الأقسام الثلاثة، انتهى.

قال في «أصل الروضة»: وأما صفة التعريف فقال الشيخ أبو حامد ﷺ: يعرفه يومًا أو يومين، ويقرب منه قول الإمام: يَكْفِي بُلُوغُ التَّعْرِيفِ إِلَى الْأَجْنَادِ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُسْلِمٌ سِوَاهُمْ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى احْتِمَالِ مُرُورِ التُّجَّارِ، وَعَنْ «الْمُهَذَّبِ» وَ«التَّهْذِيبِ» يُعَرِّفُهُ سَنَةً، انتهى.

وقضية إطلاقه أولًا أنه لا فرق بين كون المأخوذ خسيسًا أو نفيسًا، ويوشك أن يكون مراد الشيخ أبي حامد - ﷺ - وأتباعه: الخسيس، بدليل قول صاحب «المعتمد»: منهم ينادي على الوتد والمذكورة ثلاثًا، وقضية كلامه أن النفيس يعرَّف سنة كما سبق، وأصل ذلك قول الشَّافِعِي ﷺ في «سير

الواقدي» من «الأم»: وإن وجدنا في الصحراء وتدًا منحوتًا أو قدحًا منحوتًا كان النحت دليلًا على أنه مملوك، فإن عرفه المسلمون فهو لهم، وإن لم يعرفوه فهو غنيمة؛ لأن الظاهر لأنه لهم في دارهم، فإن ادعاه واحد من المسلمين كان عليه إقامة البينة، انتهى.

وذكر في «الشامل» بلا زيادة، وما في «المهذب» و«التهذيب» يجوز على أن المراد به النفيس؛ أو أنه مفرع على أن كل لقطة تعرَّف سنة كما سبق حكايته. وبالجملة فالظاهر وهو قضية إطلاق الكتاب وغيره أنه لا فرق بين هذه اللقطة عند إمكان كونها لمسلم وبين لقطة دار الإسلام في مدة التعريف، انتهى ما يتعلق بسطور الكتاب.

رابعها: المختلس كالمسروق، قال الْمَاوَرْدِي ﷺ: هو غنيمة، أي: وإن قلنا المسروق لآخذه، وعن أبي إسحاق - ﷺ - إنه فيء، وهو ما أورده الْمَاوَرْدِي في كتاب السرقة وأبدى بخمسه احتمالًا، وقال القاضي أبو الطيب: ما أخذوه على وجه التلصص يخمس، وقال في كلامه على السلب: إنه مال خاطر عليه بنفسه فلم يجب تخميسه، كما لو تلصص على الكفار في دار الحرب، انتهى.

وهل قوله: (**في دار الحرب**) قيد حتى لو دخلوا دارنا بلا أمانٍ فاختُلس منهم شيءٌ يختلف الحكم الظاهر لا، وقضية كلام «المنهاج» أن المأخوذ قهرًا غنيمة سواء أخذ منهم في دارهم أو دارنا، وقوله: (**ما أخذه واحد أو جمع من دار الحرب**) الظاهر أن ذكر دار الحرب ليس بقيد بالنسبة إلى المأخوذ بسرقة ونحوها ممن لا أمان له، وإنما ذكرت دار الحرب على الغالب، وقد نقلا عن «التهذيب» أنه لو دخل صبي أو امرأة منهم بلادنا فأخذه أحدٌ يكون فيئًا، وإن دخل منهم رجل فأخذه مسلمٌ كان غنيمة؛ لأن لأخذه مؤنة، قال: ولو وجد ضالة في دار الحرب لحربي فغنيمة أو في دارنا ففيء، انتهى.

قال الرَّافِعِي: الوجه أن يجعل محل القول بأن المختلس والسارق يختص بما أخذ إذا دخل الواحد أو النفر اليسير دار الحرب وأخذوا مالًا، أما إذا أخذ

وَلِلْغَانِمِينَ التَّبَسُّطُ فِي الْغَنِيمَةِ بِأَخْذِ الْقُوتِ وَمَا يَصْلُحُ بِهِ وَلَحْمٍ وَشَحْمٍ وَكُلِّ طَعَامٍ يُعْتَادُ أَكْلُهُ عُمُومًا، ....

بعض الجند الداخلين بسرقة أو اختلاس [فيشبه] أن يكون غلولًا، انتهى.

وإنما يتضح هذا على تقدير الظفر أما لو أخفق الجيش فلا.

خامسها: وهو من تتمة ما تقدمه ذكر في «أصل الروضة» في باب زكاة المعدن عن الإمام أنه إذا وجد الركاز في موضع مملوك من دار الحرب، فإن أخذه بقهرٍ فغنيمة وإلا ففيء، ثم قال الشيخ تبعًا للرافعي: وفي كونه فيئًا إشكال؛ لأن من دخل دار الحرب بغير أمان وأخذ مالهم بلا قتالٍ، فإما إن يأخذه خفية فيكون سارقًا، وإما جهارًا فيكون مختلسًا، وهما خاص ملك السارق والمختلس، ولهذا أطلق كثيرون أن الركاز المأخوذ غنيمة، انتهى.

وهذا يخالف ما ذكراه هنا، والمذكور هنا هو المذهب المعتمد، وإنما تبعا الإمام هناك على طريقته، فاعلم.

قال: (**وَلِلْغَانِمِينَ التَّبَسُّطُ فِي الْغَنِيمَةِ بِأَخْذِ الْقُوتِ وَمَا يَصْلُحُ بِهِ وَلَحْمٍ وَشَحْمٍ وَكُلِّ طَعَامٍ يُعْتَادُ أَكْلُهُ عُمُومًا**) أي: وإن لم يأذن الإمام لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «**أنَّ جيشًا غنموا في زمنه ﷺ طعامًا فلم يؤخذ منهم الخمس**»(١) رواه أبو داود وابن حبان في «صحيحه».

وعنه: «**كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نعرفه**»(٢) رواه البخاري.

وعن أبي أوفي: «**أَصَبْنَا طَعَامًا يَوْمَ خَيْبَرَ فَكَانَ الرَّجُلُ يَجِيءُ فَيَأْخُذُ مِنْهُ مِقْدَارَ مَا يَكْفِيهِ ثُمَّ يَنْصَرِفُ**» رواه أبو داود وصححه الحاكم ولفظه: أنه سئل ما صنع رسول الله ﷺ في طعام خيبر هل خمسه؟ قال: «**لا، كان أقل من ذلك كان أحدنا إذا أراد شيئًا أخذ منه حاجته**»(٣) وذكر أنه على شرطهما، وأقره

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٠٣).

(٢) أخرجه البخاري (٣١٥٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٧٠٦) والحاكم (٢٥٣٠).

وَعَلَفُ الدَّوَابِّ تِبْنًا وَشَعِيرًا وَنَحْوَهُمَا، ....

شيخنا الذهبي في «تلخيصه» والمعنى فيه أن الطعام يعز هناك، وقد يعز نقله أو تعظم مؤنة نقله، فجعله الشارع على الإباحة.

تنبيهات: أحدها: نبه بقوله: **(يأخذ القوت...)** إلى آخره على أنه لا يجوز أخذ فوق حاجته، وأنه لا يجوز أخذ شيءٍ من الأموال والانتفاع بها بلبس وركوب، وإن فعل لزمه الأجرة كما يلزمه الغنيمة لو أتلف عينًا، فإن احتاج لبردٍ وغيره.

قال الرُّويَانِي: يستأذن الإمام ويحسب عليه، ويجوز أن يأذن له في لبسه بأجرة مدة الحاجة ثم يرده إلى المغنم، ولا يجوز أن يستعمل السلاح إلا أن يضطر إليه في القتال ثم يرده.

ثانيها: قوله: **(وما يصلح به ولحم وشحم)** لو قال: كشحم ولحم كان أحسن؛ لأنه ليس له أخذ اللحم لبُزَاتِه وكلابِه، وأما الشحم ونحوه لتوضيح الدواب منه على الصحيح المنصوص، وجزم الْمَاوَرْدِي وغيره بالمنع من أخذ الدواء الذي يطلي به في حق نفسه ودابته.

ثالثها: احترز بقوله: **(عمومًا)** عما تندر الحاجة إليه كَالسُّكَّرِ وَالْفَانِيذِ وَالْأَدْوِيَةِ، فإن الصحيح وقول الجمهور أنه لا يباح، فإن احتاج إليها مريض أخذ بقدر الحاجة بقيمته، وينبغي مراجعة أمير الجيش، والثاني: يباح للحاجة مجانًا، والثالث: ما لا يؤكل إلا تداويًا يحسب عليه، وما يؤكل للتداوي وغيره لا يحسب عليه، وفي «تعليق» الْبَغَوِي إلحاق الفاسد بالدِّبْسِ والعسل.

قال: **(وَعَلَفُ الدَّوَابِّ تِبْنًا وَشَعِيرًا وَنَحْوَهُمَا)** أي: من العلف؛ لأنها لحاجته فأشبه قوته، وهذا فيما لا يستغنى عنه في الحرب كفرسه وما يحمل متاعه وسلاحه وزاده، فأما ما استصحبه للزينة أو للفرجة كفهود ونمور وبُزاة فليس له أن يطعمها شيئًا، وما استصحبه استظهارًا لحاجة تعرض كَالْجَنِيبَةِ يستظهر بها لحمولته، ففيها وجهان في «الحاوي» وجزم القاضي أبو الطيب في الْجَنِيبَةِ بالجواز، ورجحه الرَّافِعِي وجزم الْبَنْدَنِيجِي بالمنع، وقيل: لا يأخذ إلا

وَذَبْحُ مَأْكُولٍ لِلَحْمِهِ، ....

علف دابة واحدة كالسهم وليس بشيء.

قال: (وَذَبْحُ مَأْكُولٍ لِلَحْمِهِ) أي: على الصحيح كتناول الأطعمة، وقيل: لا يجوز لندرة الحاجة وضعف، لكن في «المستدرك» عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أبيه قال: «شهدت فتح خيبر، فلما انهزموا وقعنا في رحالهم وأخذ الناس ما وجدوا من حرز، قال زيد: هي المواشي، فلم يكن بأسرع من أن فارت القدور، فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أمر بالقدور فأكفئت ثم قسمت بيننا فجعل لكل عشرة شاة»(١) وصححه، وأقره شيخنا عليه.

ثم أسند عن ابن عباس أنه قال: «انتهب الناس غنمًا يوم خيبر فذبحوها وطبخوا منها فجاء رسول الله ﷺ فأمر بالقدر فأكفئت وقال: إنه لا تصلح النُّهْبَةُ»(٢).

وفي «تحرير» الجرجاني بعد جزمه بجواز الأكل، وكذلك لهم أكل الذبائح إذا اضطروا إليه ولا يغرمون ثمنه على الأصح كالطعام.

إشارات: قوله: (للحمه) أي: لأكله واحترز به عمّا لو ذبحه ليتخذ الجلد حذاء أو ركوة أو سطحه فإنه لا يجوز نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب، قال الجمهور: ولا فرق بين ذبح المأكول لأكل لحمه بين الغنم وغيرها من الحيوان المأكول، وأشار الإمام إلى تخصيص الذبح بالغنم، وصرح به الْغَزَالِي، قال في أصل كلام «الروضة» و[الصواب] الأول، وفي تصويبه نظر، وإنما صور القاضي أبو الطيب المسألة في الغنم وسكت عن غيرها، وهو ما فهمه الإمام فقال: قال العراقيون الأغنام [تذبح] وإن تيسر سوقها؛ لأنها في الشرع كالأطعمة، انتهى.

وينبغي أن يقال: إن كانت الدابة نفيسة لها قيمة خطيرة كفرسٍ عتيق يساوي ألوفًا وكجنيبة ثمينة أنه لا يجوز ذبحها تبسطًا من غير ضرورة جازمة،

---

(١) في المستدرك (٦/ ٢٠٨).

(٢) في المستدرك (٦/ ٢١٠).

وَالصَّحِيحُ جَوَازُ الْفَاكِهَةِ، وَأَنَّهُ لَا تَجِبُ قِيمَةُ الْمَذْبُوحِ، وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ الْجَوَازُ بِمُحْتَاجٍ إِلَى طَعَامٍ وَعَلَفٍ.

وإن كان ذلك من الخسيس من الإبل والبقر والبراذين جاز كالغنم.

وقضية إطلاق المصنف جواز التبسط بالذبح للحم كأكل الأطعمة، ونقل ابن الرِّفْعَة عن ابن داود شارح «المختصر» أن المجوزين خصوا ذلك بالحاجة، فإن اضطر وجب أن يجوز قولًا واحدًا، وهو مقتضى كلام الرُّويَانِي أيضًا، ثم ما يذبح يجب رد جلده إلى المغنم لا ما يؤكل مع اللحم، ويحرم على الذابح أن يتخذ من جلده حذاء أو شراكًا، فإن فعل وجب رد المصنوع إلى المغنم لذلك ولا شيء له في الصنعة وإن نقص لزمه الأرش، وإن استعمله لزمه الأجرة.

قال: **(وَالصَّحِيحُ جَوَازُ الْفَاكِهَةِ)** أي: رطبها ويابسها للحديث الصحيح السابق في العنب.

والثاني: لا، لعدم الاحتياج إليه غالبًا، والجمهور أجابوا بالجواز وألحقوا الحلوى بذلك، ولم أر الخلاف إلا في كلام الإمام وأتباعه، قال الإمام: ويمكن أن يفصَّل بين ما يتسارع إليه الفساد ويشق نقله وبين غيره، وأشار إلى ذلك الْغَزَالِي بقوله: وفي الفواكه الرطبة، فرمز إلى المنع في غيرها، والجمهور جوزوا التبسط في الكل، ولم يذكروا خلافًا كما قاله الرَّافِعِي.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا تَجِبُ قِيمَةُ الْمَذْبُوحِ)** أي: لأجل أكل لحمه، كما لا يجب قيمة الطعام المأخوذ للأكل.

والثاني: تجب القيمة؛ لأن الأخبار إنما وردت في الطعام خاصة، ورد بأنها لو وجبت لما جاز ذبحه، وأفتى آخر به، ولو قيل: إن كثرت المغانم فلا، أو قلت: فنعم؛ لئلا يفوز بالمغنم بعض دون بعض، ولا سيما إذا كان المذبوح نفيسًا له قيمة خطيرة كما سبقت الإشارة إليه.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ الْجَوَازُ بِمُحْتَاجٍ إِلَى طَعَامٍ وَعَلَفٍ)** أي: يباح له الطعام والعلف، وإن كان معه ما يغنيه ويغني دابته منهما لإطلاق الأخبار والآثار الواردة في الباب، نعم؛ نص الشَّافِعِي ﷺ وجرى عليه الأئمة أنه لو

وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِمَنْ لَحِقَ الْجَيْشَ بَعْدَ الْحَرْبِ وَالْحِيَازَةِ، ....

أكل فوق حاجته لزمه قيمته، وكذا ينبغي أن يقال في علف الدابة، والمراد بالحاجة الشبع، **والثاني**: يختص لاستغنائه عن أخذ حق الغير والمذهب المنصوص الأول.

قال **الْبَغَوِي**: ولهم التزود لقطع مسافة بين أيديهم، نعم لو قل الطعام وازدحم الجند، حكى الإمام عن المحققين أن قائد الجند إذا استشعر النزاع أثبت يده على الطعام وقسمه على قدر الحاجات، ويقول لمن معه ما يكفيه: اكتف بما معك ولا تزاحم المحتاجين.

إشارة: قضية كلام الأصحاب وبه صرح الإمام أنه لا فرق في جواز التبسط بين أن يجدوا سوقًا في دار الحرب يمكنهم الشراء منه أو لا، قال الإمام: ولم أر أحدًا منع التبسط بهذا السبب، وطرد **الْغَزَالِي** فيه الوجهين فيما لو خرجوا من دار الحرب ولم ينتهوا إلى عمران دار الإسلام، وذكر الإمام أنه لو كان بجماعة من الكفار معنا مهادنة وكانوا لا يمتنعون من متابعة طارقينا فالظاهر وجوب الكف عن أطعمة الغنيمة؛ لأنها وإن لم تكن مضافة إلى دارنا فهي كهي فيما نحن فيه للتمكن من الشراء منهم، انتهى.

وهذا قد لا يلتئم مع القول بجواز التبسط لمن معه ما يغنيه، وسياق كلامه يقتضي أنه لو كان مع الجيش سوق منا أنه يمتنع التبسط، وكلام الأصحاب ساكت عن هذا، وعن ما أبداه الإمام، نعم سبق عن ابن داود كلام مبهم لم يتحرر لي قد يضارع كلام الإمام.

قال: **(وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِمَنْ لَحِقَ الْجَيْشَ بَعْدَ الْحَرْبِ وَالْحِيَازَةِ)** لأنه أجنبي من المغنم، كغير الصنف [مع الصنف] هذا هو الجواب في «التهذيب» وغيره، والقياس الظاهر الموافق لما ذكروه من أنه لا حظ للاحق في هذه الغنيمة، وأطلق **الْغَزَالِي** وإمامه وجهين في «البسيط» له وجه الجواز لحضوره في دار الحرب التي هي مظنة عِزَّة الطعام.

قلت: ويشبه أن يكون محله في حق من ليس معه ما يكفيه من اللاحقين

وَأَنَّ مَنْ رَجَعَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَمَعَهُ بَقِيَّةٌ لَزِمَهُ رَدُّهَا إِلَى الْمَغْنَمِ.

جزمًا بخلاف الجيش على الأصح، وكلام المصنف يوهم أو يفهم أنه لو لحق بعد الحرب وقبل الحيازة أن له التبسط، وقد سبق أن من لحق [قبل] الحيازة لا يشاركهم في الغنيمة على الأصح، وقضية منعه التبسط أيضًا.

قال: (وَأَنَّ مَنْ رَجَعَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وَمَعَهُ بَقِيَّةٌ لَزِمَهُ رَدُّهَا إِلَى الْمَغْنَمِ) الخلاف طريقان لا وجهان كما أفهمه سياقه، وأورده الْغَزَالِي وانتقده الرَّافِعِي، أظهرهما عند الجمهور أنه على قولين منصوصين:

أظهرهما: وهو ما نقله الْمُزَنِي أنه يجب لزوال الحاجة وكون المأخوذ متعلق حق الجميع.

والثاني: لا يجب؛ لأنه أخذه وهو محتاج إليه، فأشبه الصيد والحطب، والطريق الثاني وبه قال الشيخ أبو محمد وجرى عليه في «الوجيز»: إن الكثير الذي له قيمة مردود لا محالة، والخلاف في القليل الذي لا يبالى به ككثير الخبز، وقضية الإتيان في المخالي ويحصل من الطريقين ثلاثة أقوال: ثالثها: الفرق وهو المحكي عن مالك وأحمد ولا بأس به.

تنبيهات:

منها: رأي الإمام القطع بالرد فيما إذا حمل ما يغلب على الظن مع دوام السير أنه يفضل عنه وهو ظاهر ويوافقه جعل الفوراني محل القولين ما إذا أخذ قدر كفايته فلم ينفق أكله، وقال في «البسيط» بعد ذكر طريقة أبي محمد وكلام إمامه وكافة الأصحاب على إطلاق القولين.

ومنها: الوصول إلى دار يقطنها أهل الذمة أو العهد، وهي في قصته بمثابة الوصول إلى دار الإسلام فيما نحن فيه؛ لأن الرَّافِعِي جعلها كذلك في منع التبسط بأكل الطعام فيها.

ومنها: قوله: (ردها إلى المغنم)؛ يعني الموضع الذي تجمع فيه الغنائم، وهل فيما إذا كان ذلك قبل القسمة، وإلا ردها إلى الإمام كما نصَّ عليه الشَّافِعِي ﷺ في «سير الواقدي» من «الأم» والأصحاب.

وَمَوْضِعُ التَّبَسُّطِ دَارُهُمْ، وَكَذَا مَا لَمْ يَصِلْ عُمْرَانَ الْإِسْلَامِ فِي الْأَصَحِّ.
وَلِغَانِمٍ رَشِيدٍ وَلَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ بِفَلَسٍ الْإِعْرَاضُ عَنِ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ،

قال الرَّافِعِي: ثم إن أمكن تفريق المردود كما فرقت الغنيمة فذاك، وإن لم يمكن لتفرق الغانمين وندارة ذلك المقدار، فعن الصيدلاني أنه يجعل في سهم المصالح، انتهى.

ويشبه أن يقال: يعرض على من حضر منهم نصيبه منه وإن قل، فإن أعرض عنه جعل الجميع كما ذكره، وإن أخذه أعطاه إياه والباقي كما ذكر.

ومنها: ما أخذه تبسط لا يملكه كما صرحوا به واقتضاه كلام الكتاب، وما وقع في «الحاوي الصغير»: أنه يملكه فينفذ عليه، وقد يؤوَّل على أنه يتبين أنه ملكه بالأكل؛ كالضيف على رأي لا أنه يملكه بالأخذ، وهل يجيء في وقت ملكه له ما حكي في الخلاف، والضيف؟ فيه نظر.

قال: (**وَمَوْضِعُ التَّبَسُّطِ دَارُهُمْ**) لأنه موضع، فإذا انتهوا إلى عمران دار الإسلام وما ألحق كما قدمناه أسلبوا لتمكنهم من الشراء.

قال: (**وَكَذَا مَا لَمْ يَصِلْ عُمْرَانَ الْإِسْلَامِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لبقاء الحاجة، والثاني: المنع لأن مظنة الحاجة دار الحرب فيناط الحكم به، ويقرب هنا أو يظهر الفرق بين من معه ما يكفيه وغيره، وقضية كلامه أن دار العهد والذمة كالعدم، لا يقال: إنها دار الإسلام، وفيه نظر، وإن كانوا في قبضتنا وتحت أمرنا(١).

قال: (**وَلِغَانِمٍ رَشِيدٍ وَلَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ بِفَلَسٍ الْإِعْرَاضُ عَنِ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ**)؛ لأن المقصود الأعظم من الجهاد إعلاء كلمة الدين والذب عن الملة، والغنائم تابعة، فمن أعرض عنها فقد أخلص، ومحض جهاده للدار الآخرة، وأيضًا فالغنيمة لا تملك قبل القسمة على الرأي الأظهر فالحق فيها

---

(١) تَنْبِيهٌ: الْمُرَادُ بِعِمْرَانِ الْإِسْلَامِ مَا يَجِدُونَ فِيهِ حَاجَتَهُمْ مِنَ الطَّعَامِ وَالْعَلَفِ كَمَا هُوَ الْغَالِبُ، فَلَوْ لَمْ يَجِدُوا فِيهَا ذَلِكَ فَلَا أَثَرَ لَهُ فِي مَنْعِ التَّبَسُّطِ فِي الْأَصَحِّ لِبَقَاءِ الْمَعْنَى، وَكَدَارِ الْإِسْلَامِ بَلَد أَهْلِ ذِمَّةٍ أَوْ عَهْدٍ لَا يَمْتَنِعُونَ مِنْ مُعَامَلَتِنَا؛ لِأَنَّهَا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُضَافَةً إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَهِيَ فِي قَبْضَتِنَا بِمَثَابَتِهَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الشِّرَاءِ مِنْهُمْ، نَقَلَهُ فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ عَنِ الْإِمَامِ وَأَقَرَّهُ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٣٥٠).

……

بحق الشفعة، وجعلوا المحجور عليه بالفلس كغيره لمعنى الإخلاص ولمختص الجهاد للآخرة؛ ولأن اختيار التملك بمثابة الاكتساب وهو لا يلزمه للدين⁽¹⁾.

تنبيهات: منها: قوله: (رشيد) زادها «المنهاج» وقال في «دقائقه»: ولا بد منها، وفيه نظر، وإن جزم به «الوسيط» وأصل هذا قول الإمام: فلو كان الغانم سفيهًا محجورًا عليه ففي صحة اعتراضه تردد، ولعل الظاهر لزوم حقه وليس له إسقاط حق الملك، وهذا التردد للإمام وإطلاق الجمهور ينازعه فيه، ويقتضي عدم الفرق ولا ينبغي منعه من تمحيص قصده وجه الله تعالى بجهاده، وسبق في الحجر عن الْمَاوَرْدِي أن له التبرع على غيره بما لا يقصد من عمله كالحج عن الغير ونحو ذلك مع استغنائه بماله، ومسألتنا أولى بالتطوع ليتمحص جهاده عبادة الله تعالى.

واعلم أن عبارة الْغَزَالِي في «البسيط»: وَالسَّفِيهُ يَلْزَمُ حَقُّهُ عَلَى قَوْلِنَا: يَمْلِكُ، وَلَا يَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ إِلَّا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ، وهو ضعيف فينقدح تردد في أنه هل ينفذ إعراضه، انتهى.

وعبارة «النهاية» بعد قوله: ولعل الظاهر أن حقه يلزم فإنه في حق ملك، ويبعد أن يملك السفيه إسقاط حق الملك، وإن قلنا: لا ملك للغانم وهو أضعف الوجوه فينقدح عليه تردد بأن حقه من المغنم هل يسقط بالإعراض، انتهى.

وظاهر عبارة «البسيط» أن عدم اعتبار إعراضه عن قولنا: إن الغنيمة تملك بمجرد الحيازة، ولعله مراد إمامه.

ومنها: قال الرَّافِعِي - رحمه الله - متصلًا بما حكاه عن الإمام من قوله: ولعل الظاهر كذا، فلو صار رشيدًا قبل القسمة وانفك الحجر عنه صح إعراضه،

---

(١) تَنْبِيهٌ: صُورَةُ الْإِعْرَاضِ: أَنْ يَقُولَ أَسْقَطْتُ حَقِّي مِنَ الْغَنِيمَةِ، فَإِنْ قَالَ: وَهَبْتُ نَصِيبِي فِيهَا لِلْغَانِمِينَ وَقَصَدَ الْإِسْقَاطَ فَكَذَلِكَ، أَوْ تَمْلِيكَهُمْ فَلَا؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَإِنَّمَا كَانَ الْمُفْلِسُ كَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْإِعْرَاضَ بِمَحْضِ جِهَادِهِ لِلْآخِرَةِ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ، وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ التَّمَلُّكِ كَابْتِدَاءِ الِاكْتِسَابِ، وَالْمُفْلِسُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ، وَخَرَجَ بِالْحُرِّ الَّذِي قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ الْعَبْدُ، فَالْإِعْرَاضُ إِنَّمَا هُوَ لِسَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٣٥٠).

....

أي: الصادر منه بعد الرشد وقبل القسمة لا السابق في حال حجره على قولنا بالغًا إعراضه، نعم لو تبين لنا رشده حال إعراضه بينا بعوده، وإن كان الحجر مستمرًا ظاهرًا فيما يظهر، وعبارة «النهاية»: ولو تبين رشده قبل إنفاق قيمة المغنم فأعرض سقط حقه، ولا نقول كونه سفيهًا حالة الاستيلاء تقيد ملكه على وجه لا سبيل إلى دفعه، انتهى.

ولا يصح إعراض صبي ولا وليه عن الرضخ له كما لا يصح إعراض العبد عنه، فإن بلغ قبل القسمة رشيدًا صح إعراضه.

ومنها: كان الوجه أن يقول المصنف: وللغانم المطلق التصرف ولو محجور عليه بفلسٍ كذا ليدخل من سفه بعد رشده، فإن تصرفاته نافذة على الأصح ما لم يحجر عليه الحاكم - كما سبق - فهو غير رشيد وإعراضه صحيح.

ومنها: أطلق الإمام ومن تبعه القول بأن للمحجور عليه بالفلس الإعراض من غير فرق بين كون الغانمون محصورين أو لا، ولا بين كون المفلس عاجزًا عن الكسب ووفاء دينه بوجه أو لا، ولا بين كون الدين لزمه بسبب عصى به؛ كغصب ونحوه أو لا، وليس هذا بالواضح، ولذلك قال في «البسيط»: والغانم المفلس إذا أعرض، وقد أحاطت به الديون بعد إعراضه، هكذا قيل، انتهى.

ويشبه أن يخرج صحة إعراضه على قولين، سقنا في كتاب «التفليس» إنه هل حجره كحجر المرض أو كحجر السفه؟ وقضية ترجيح بطلان تصرفاته في الحال أن يكون كحجر السفه، وبه صرح الصيمري كما بينه هناك.

ومنها: كان ينبغي للمصنف أن يقول: قبل القسمة، وقبل قوله: اخترت الغنيمة على الأصح كما هو أشبه الوجهين في «الروضة» و«الشرح الصغير» وعبارة «الشرح الكبير» لعله أشبه، ومفهوم كلام «المنهاج» أنه لا أثر لذلك، وعبارة «البسيط»: واختلف الأصحاب في أن الغانمين لو قالوا: اخترنا القسمة فهل يلزم حقوقهم حتى لا تسقط بالإعراض كما بالقسمة؟ وعبارة «الوسيط»: وترددوا فيمن قال: اخترت الغنيمة ثم أعرض بعده هل ينفذ إعراضه؟ انتهى.

وَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ بَعْدَ فَرْزِ الْخُمُسِ وَجَوَازِهِ لِجَمِيعِهِمْ، ....

والظاهر أنه لا فرق بين لفظ اخترت القسمة وبين اخترت الغنيمة، وأما لفظه: اخترت بالرأي فلعلها من ناقل، وهي محتملة أن تكون كقوله: اخترت.

ومنها: قوله: قبل قسمة، يقتضي أنه لو قسم الإمام قسمة يحكم فخص بعضها بنوع أو أفرد لكل طائفة أو لكل واحد شيئًا أنه لا يصح الإعراض حينئذٍ، وقد قالا آخر الفصل تبعًا للبغوي: إن الأصح جواز الإعراض إذا رد، قال الرَّافِعِي: وقولنا إن الملك يستقر بالقسمة يريد به غالب الأمر، وهو إذا رضي الغانم بالقسمة وقبل ما يعينه الإمام، فأما إذا أعرض ورد، فينبغي أن يجوز ذلك، انتهى.

وليت المصنف قال: قبل القسمة وترك هذا التكثر الغث.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص.

(**جَوَازُهُ بَعْدَ فَرْزِ الْخُمُسِ**) أي: وإفراز ما يخرج من رأس مال الغنيمة؛ لأن إفرار ذلك لا يعين حقوق أفراد الغانمين بل هم على حقوقهم على ما كانوا قبل ذلك.

والثاني خرجه ابن سُرَيْج: المنع؛ لأن حقهم يميز عن الجهات العامة فصار كمال مشترك، قال الإمام: والذي أراه أن الإمام إذا استبد بإخراج الخمس فحقوقهم على ما كانت عليه وإن استقسموه وطلبوا منه تمييز الخمس، ففعل فهذا يشعر باختيار تأكيد حقوق أنفسهم، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يظهر بناؤه على ما إذا قالوا: اخترنا الغنيمة قبل القسمة، إن قلنا: لا حكم له، فهذا أولى، وإن قلنا: إن ملكهم يستقر بذلك حتى لو فرض إعراض لم يؤثر، وهذا ما حكاه ابن الصباغ في كتاب الزكاة، والرَّافِعِي عن الأصحاب هناك، وكذا هنا في الواحد فيظهر أن يكون محل التردد، انتهى.

قال: (**وَجَوَازِهِ لِجَمِيعِهِمْ**) أي: والأصح: جواز الإعراض بجميع الغانمين؛ لأن المعنى الصحيح للإعراض يشمل الواحد والجميع، فعلى هذا تُصرف الأخماس الأربعة إلى مصارف الخمس.

وَبُطْلَانُهُ مِنْ ذَوِي الْقُرْبَى وَسَالِب، وَالْمُعْرِضُ كَمَنْ لَمْ يَحْضُرْ، ....

الثاني: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى صرف حقوقهم إلى مصارف الخمس [وليس في تلك المصارف إلا الخمس] على ما قال تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١].

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا التردد مبني على ما هو المذهب من أن حصة المعرض نقص على الخمس والأخماس الأربعة، ويظهر أن يجيء مثل ذلك فيما إذا كان الغانم واحدًا وأعرض.

قال: **(وَبُطْلَانُهُ مِنْ ذَوِي الْقُرْبَى)** لأنهم يستحقون سهمهم بلا عمل كالإرث، **والثاني**: يصح إعراضهم، وإنما خصهم المصنف بالذكر دون بقية أهل الخمس؛ لأنها جهات عامة لا يفرض فيها إعراض.

قال: **(وسالب)** لأن السلب متعين له كالمتعين بالقسمة وتشبيهًا له بالإرث؛ لأن الشارع خصه به، وشبه الإمام الخلاف بالخلاف في إعراض جميع الغانمين، فإن جملة المغنوم متعينة لهم.

قال: **(وَالْمُعْرِضُ كَمَنْ لَمْ يَحْضُرْ)** أي: فيقسم المال خمسًا وأربعة أخماس، وقيل: إن نصيب المعرض يُضم إلى الخمس؛ لأن المغانم في الأصل لله تعالى، فمن أعرض رجعت حصته إلى أصلها، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا ما أبداه الإمام تخريجًا لنفسه، وقال: إنه تكلف، والمذهب الذي عليه التعويل الأول وهو إخراجه من البين، فعلى ما اقتصر عليه المصنف تكون فائدة إعراضه [راجعة إلى الغانمين لا إلى أهل الخمس، هكذا ذكره الأصحاب ومنهم الإمام، وذكر ابن الرفعة في] «الكفاية» أن كلام الإمام في آخر الفصل مصرح بأن نصيب المعرض يكون أربعة أخماسه للغانمين وخمسه لأهل الفيء، انتهى.

وهذا سهو منه وكأنه فهمه من قول الإمام آخر الفصل بعد ذكره التخريج وأنه تكلف، والمذهب الذي عليه التعويل ما قدمناه من إخراج المعرض عن البين، والمصير إلى أنه كالمعدوم، وتنزيل القسمة على الخمس والأربعة الأخماس للذين لم يعرضوا، انتهى.

وَمَنْ مَاتَ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ، وَلَا تُمْلَكُ إِلَّا بِقِسْمَةٍ. وَلَهُمُ التَّمَلُّكُ، وَقِيلَ: يَمْلِكُونَ، وَقِيلَ: إِنْ سَلِمَتْ إِلَى الْقِسْمَةِ بَانَ مِلْكُهُمْ، وَإِلَّا فَلَا، ....

ومراده: وتنزيل القسمة من رأس لا بالنسبة إلى نصيب المعرض فاعلم.

واعلم أن صدر كلام الرَّافِعِي يوافق ما ذكرناه أولًا، ولذلك قال في «الروضة»: من أعرض من الغانمين قُدّر كأنه لم يحضر وضم نصيبه إلى المغنم، انتهى.

ثم قال الرَّافِعِي: قوله يعني «الوجيز»: وتقسم على الباقين المراد: باقي المستحقين لا باقي الغانمين فيه إيهام لما فهمه ابن الرِّفْعَة، وليس بمراد، بل المراد ما ذكرناه فإن المال من رأس يقسم على جميع المستحقين.

قال: **(وَمَنْ مَاتَ)** أي: قبل إعراض معتبر.

(فَحَقُّهُ لِوارِثِه) أي: إن شاء طلبه، وإن شاء أعرض عنه بشرط أهليته كالشفعة وغيرها.

قال: **(وَلَا تُمْلَكُ)** أي: الغنيمة.

(إِلَّا بِقِسْمَةٍ) أي: معتبرة؛ لأنهم لو ملكوا بالاستيلاء لم يصح إعراضهم كالمحتطب ونحوه.

(وَلَهُمُ التَّمَلُّكُ) أي: بين الحيازة والقسمة.

(وَقِيلَ: يَمْلِكُونَ) أي: مجرد الحيازة والاستيلاء التام؛ لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من الأموال يثبت للملك، وأيضًا فملك الكفار يزول بالاستيلاء فلا يزول لا إلى مالك، نعم هو ملك ضعيف سقط بالإعراض، ولذلك لا يزكى قبل اختيار الملك على الأظهر، ورد بأنهم لو ملكوا لما جاز للإمام أن [يجبر](١) كل طائفة بنوع من المال بغير اختيارهم.

(وقيل: إِنْ سَلِمَتْ) الغنيمة.

(إِلَى الْقِسْمَةِ بَانَ مِلْكُهُمْ، وَإِلَّا فَلَا) أي: وإلا أن يلفت أو أعرضوا بيّنا

---

(١) في نسخة: (يخص).

……

عدم الملك ووجه الوقف بأن قصد الاستيلاء على المال لا يتحقق إلا بالقسمة لما سبق أن المال نافع في الجهاد والغرض الإعلاء إعلاء كلمة الله تعالى، فإذا اقتسموا بينا بعد الملك بالاستيلاء، فتبين حصول الملك.

قال الإمام: وإذا قلنا بالوقف فلا نقول تبين بالقسمة، وإن خصَّ كل واحد من الغانمين على التعيين صارت ملكًا بالاستيلاء، ولكن يقول إذا أقسموا بيننا أنهم ملكوا الغنائم أو لا ملكًا مشاعًا، ثم بالقسمة تتميز الحصص، وفي وجهٍ بعيد أنه يتبين بالقسمة أن كل واحد منهم ملك حصته على التعيين وأشرت بتقييد في قوله: (قسمة) أي: معتبرة إلى ما ذكره الإمام أنه لو ثبتت الأيدي صورة على مغانم والحرب قائمة [والحيازة قائمة] فاقتسموا في هذه الحالة.

قال: فالذي رأيت للأصحاب أن القسمة مردودة ولست أُبعد تخريج صحتها على قولين [في أن المدد إذا لحق بعد] وضع الأيدي والحرب قائمة هل يشارك أم لا؟ وهذا لا بدَّ من تخريجه وسيأتي أيضًا فائدة أخرى لقولي معتبرة.

تنبيهات: أحدها: حكى الرَّافِعِي الخلاف أوجهًا هكذا، وقال: إن الْغَزَالِي تساهل في التعبير عن الخلاف، فالأقوال والمشهور الوجوه، انتهى.

وقال صاحب «التنبيه»: ومتى تملك ذلك فيه قولان **أحدهما**: بانقضاء الحرب، والثاني: بانقضاء الحرب وحيازة المال، قال ابن الرِّفْعَة: وكذا حكى القولين هكذا في الملك الْمَاوَرْدِي وابن الصباغ.

وقضية ذلك أن المال متى حيز بعد انقضاء الحرب ملكوه وجهًا واحدًا، وعن المحاملي حكاية القولين فيما يثبت به الحق في الغنيمة، وقضيته أن الحيازة إذا حصلت بعد انقضاء الحرب فقد حصل الاختصاص قولًا واحدًا، ويظهر أن هذا مخالف لما قبله، وقد يجمع بين الكلامين بالحمل على حالين: فحمل الأول على ملك جملة الغانمين لا على ملك كل منهم قدر ما يستحقه، والثاني: على كل واحد من الغانمين كما هو ظاهر نص «المختصر» في كتاب الزكاة، ويدل على الحمل على الحالين قول الْمَاوَرْدِي: إنه إذا استقر الظفر

....

بالهزيمة وضرب الأموال والسبي، فقد ملكها جميع الغانمين على وجه الاستحقاق لا على وجه التعيين كما يملك أهل السهمان الزكاة قبل دفعها، وأما كل واحد من الغانمين قائمًا يملك بالحضور وأن يتملك ولا يتعين بالقسم، وعليه ينطبق قول ابن الصباغ في موضع.

قال أصحابنا: إذا جمعت الغنائم ثبت لكل واحد من المسلمين حق الملك ولا يملك بالاختيار والتملك وسواء فيه ما قبل القسمة وما بعدها، وكذا هو في «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي، لكن قال ابن الصباغ في موضع آخر: إذا باع حصته من الغنيمة قبل القسمة فإن كان قد اختار التملك صحَّ إن كان معلومًا، وإن لم يختر التملك، قال أبو إسحاق: يصح إذا كان معلومًا؛ لأنه ملكه بالحيازة، ومن أصحابنا من قال: لا يملك البيع؛ لأن ملكه لم يستقر عليه، والوجهان يدلان على أن الواحد قد ملك قبل القسمة بالاختيار، انتهى حاصل «الكفاية».

ثانيها: قال الرَّافِعِي عقب ما سبق: في كلام الأصحاب تصريح بأن الغانمين وإن لم يملكوا الغنيمة، فمن قال منهم: اخترت ملك نصيبي من القسمة مَلَكَه، وقد بينا ذلك في كتاب الزكاة عند ذكر الزكاة في الغنيمة، وإذا كان كذلك فالاعتبار باختيار التملك لا بالقسمة، والقسمة إنما تعتبر لتضمنها اختيار التملك، ويتأيد بهذا الوجه الذي مرَّ أنه إذا اختار القسمة لا يصح الإعراض بعده، انتهى.

ثالثها: قال الرَّافِعِي: ذكر هنا وفي الزكاة أن للإمام أن يقسم الغنيمة قسمة تحكم، فيخص بعضهم ببعض الأنواع وببعض الأعيان، وحينئذٍ إذا قلنا: إن الملك يستقر بالقسمة فيريد به غالب الأمر، وهو ما إذا رضي الغانم بالقسمة، وقيل: ما عينه الإمام، فأما إذا أعرض ورد فينبغي أن يجوز له ذلك.

وذكر صاحب «التهذيب» خلافًا في هذه الصورة فقال: إذا أفرز الإمام الخمس وأفرز نصيب كل واحدٍ منهم أو أفرز لكل طائفة شيئًا معلومًا فهل يملكون قبل اختيار التملك؟ فيه وجهان: الأصح أنهم لا يملكون حتى لو ترك بعضهم حقه صرف إلى الباقين.

وَيُمْلَكُ الْعَقَارُ بِالِاسْتِيلَاءِ كَالْمَنْقُولِ.

وَلَوْ كَانَ فِيهَا كَلْبٌ أَوْ كِلَابٌ تَنْفَعُ وَأَرَادَهُ بَعْضُهُمْ وَلَمْ يُنَازَعْ أُعْطِيَهُ، وَإِلَّا قُسِّمَتْ إنْ أَمْكَنَ، وَإِلَّا أُقْرِعَ.

قال: (**وَيُمْلَكُ الْعَقَارُ بِالِاسْتِيلَاءِ كَالْمَنْقُولِ**) أي: يختص العاملون به كاختصاصهم بالمنقول المملوك بجامع المالية، وليس المراد أنه يملك بمجرد الاستيلاء، وشبهه بالمنقول.

إشارة: إلى خلاف أبي حنيفة ﷺ فإنه وافق فيه، وخيَّر الإمام في العقار بين قسمته على الغانمين كالمنقول وبين تركه في أيدي الكفار، وبين وقفه على المسلمين، كذا نقله عنه الْبَغَوِي، ويروي عنه غيره.

إشارة: ما لا ملك عليه لأحد ولا أثر ملك من المنقولات كالحطب والحشيش والأحجار والصيد البحري والبري ونحوها فهو لآخذه كما في دارنا، ولا يحتاج المنقول هنا إلى النقل بل الاستيلاء عليه كان كالعقار.

قال: (**وَلَوْ كَانَ فِيهَا**) [يعني: الغنيمة].

(**كَلْبٌ أَوْ كِلَابٌ تَنْفَعُ**) أي: يجوز اقتناؤها.

(**وَأَرَادَهُ بَعْضُهُمْ**) أي: بعض الغانمين أو أهل الخمس.

(**وَلَمْ يُنَازَعْ أُعْطِيَهُ وَإِلَّا قُسِّمَتْ إنْ أَمْكَنَ**) أي: وإن تنازعوا في ذلك وأمكن قسمتها، وذلك لعدد على المذهب قسمت.

(**وَإِلَّا أُقْرِعَ**) أي: وإن لم يكن قسمتها عند التنازع أقرع بينهم، ولا خفاء أن من شروط إجابة الطالب واعتبار قول المنازع أن يكون ممن يحل له قسمته ما طلبه أو نازع قيمة منها، إذا عرف هذا، فاعلم أنَّا قدمنا في باب قسم الفيء والغنيمة اضطرابًا في أن الكلاب ونحوها من النجاسات المنتفع بها هل تعد من الغنيمة أم لا؟

وقول «التنبيه»: الغنيمة ما أحد يقتضي الأول، وقول «المنهاج»: قال يقتضي الثاني، وسبق عن نص «الأم»: أن الكلاب ليست من الغنيمة، ونقله الإمام وغيره عن العراقيين.

وَالصَّحِيحُ أَنَّ سَوَادَ الْعِرَاقِ فُتِحَ عَنْوَةً وَقُسِّمَ ....

قال بعض محققي العصر وهو في كتبهم: وقالوا مع ذلك إن كان في الغانمين من يحل له [اقتناؤها أعطيها وإلا دفعت إلى من يحل له] من أهل الخمس.

وحكى الإمام عن العراقيين أن من أعطي الكلب لا يحسب عليه؛ لأنه ليس بمال، واعترض بأنه ينبغي أن يكون حق اليد فيه لجميعهم كما هو للورثة، وقال الرَّافِعِي: الذي نجده في كتب العراقيين، وذكر ما قدمناه في حل كلام الكتاب، وزاد بأنه قد مرَّ في الوصية أنه يعتبر قيمتها عند من يرى لها قيمة أو ينظر إلى منافعها فينبغي أن يقال مثله هنا.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن ما نقله الرَّافِعِي عن العراقيين لم نجده في شيء من كتبهم إلا في «الشامل» فإنه ذكره احتمالًا لنفسه، واعترض قياس الرَّافِعِي الغنيمة على الوصية بأن للإمام مدخلًا فيها بخلاف الوصية، انتهى.

قال الشَّافِعِي ﷺ في «سير الواقدي» من «الأم»: وما أصيب من الكلاب فهو مغنم إن أراده أحدٌ لصيدٍ أو ماشيةٍ أو زرع، وإن لم يكن أحد من الجيش يريده لذلك لم يكن لهم حبسه؛ لأن من اقتناه لغير هذا كان آثمًا، ورأيت لصاحب الجيش أن يخرجه فيعطيه لأهل الأخماس من الفقراء أو المساكين، ومن ذكر معهم إن أرادوا أو واحد منهم لزرعٍ أو ماشيةٍ أو صيد، وإن لم يرده قتله أو خلاه، هذا لفظه بحروفه، وعليه جرى صاحب «المعتمد» وغيره من رءوس العراقيين، وفيه فوائد:

منها: تقديم الغانمين به، فإن لم يريدوه دفع إلى من أراده من أهل الخمس، وعبارة «المحرر» و«الروضة» و«الشرح» وغيرهما: إن أراده بعض الغانمين أو الخمس، وذكر ما تقدم، ويمكن تنزيله على قضية النص.

ومنها: التصريح بجواز قتل الكلاب، وسبق دعوى الشيخ الاتفاق على تحريمه، وأنه منسوخ، وبيَّنا ما فيه.

قال: (وَالصَّحِيحُ) أي: المنصوص.

(أَنَّ سَوَادَ الْعِرَاقِ فُتِحَ عَنْوَةً وَقُسِّمَ) لأن عمر ﷺ قسمه في جملة الغنائم،

ثُمَّ بَذَلُوهُ وَوُقِفَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَخَرَاجُهُ أُجْرَةٌ تُؤَدَّى كُلَّ سَنَةٍ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ.

وَهُوَ مِنْ عَبَّادَانَ إِلَى حَدِيثَةِ الْمَوْصِلِ طُولًا، وَمِنَ الْقَادِسِيَّةِ إِلَى حُلْوَانَ عَرْضًا.

قُلْتُ: الصَّحِيحُ أَنَّ الْبَصْرَةَ وَإِنْ كَانَتْ دَاخِلَةً فِي حَدِّ السَّوَادِ فَلَيْسَ لَهَا حُكْمُهُ إِلَّا فِي مَوْضِعِ غَرْبِيِّ دِجْلَتِهَا وَمَوْضِعِ شَرْقِيِّهَا.

والثاني: أنها فتحت صلحًا وأن عمر ﷺ رده عليهم بخراج يُؤَدُّونَهُ كلَّ سنة، وعن أبي الطيب بن سلمة أنه قال: اشتبه الأمر عليَّ، فلا أدري أفتح عنوةً أو صلحًا؟ قال الرَّافِعِي: والصحيح المشهور الأول.

قال: (**ثُمَّ بَذَلُوهُ وَوُقِفَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ**) أي: ثم بعد قَسمه بذله الغانمون ووقفه عمر ﷺ كما روي عنه ذلك من طرقٍ.

(**وَخَرَاجُهُ أُجْرَةٌ تُؤَدَّى كُلَّ سَنَةٍ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ**) هذا هو الصحيح المنصوص أيضًا، وقيل: إنه باعها من أهلها والخراج من منجم؛ لأنه لم يزل الناس يبيعون أرض السواد ويشترون من غير إنكار، وهذا ما يروى عن ابن سُرَيْج واختيار أبي إسحاق، ومن قال بالأول لا يسلم عدم الإنكار بل روي الإنكار عن عمر ﷺ وتفريع الوجهين لا يُخفى.

قال: (**وَهُوَ**) يعني: السواد.

(**مِنْ عَبَّادَانَ إِلَى حَدِيثَةِ الْمَوْصِلِ طُولًا، وَمِنَ الْقَادِسِيَّةِ إِلَى حُلْوَانَ عَرْضًا، قُلْتُ: الصَّحِيحُ أَنَّ الْبَصْرَةَ وَإِنْ كَانَتْ دَاخِلَةً فِي حَدِّ السَّوَادِ فَلَيْسَ لَهَا حُكْمُهُ إِلَّا فِي مَوْضِعِ غَرْبِيِّ دِجْلَتِهَا وَمَوْضِعِ شَرْقِيِّهَا**) اعلم أن ما ذكره في زيادته صحيح، ولكن لم يصرح الرَّافِعِي ولا غيره فيما علمت بنقل خلاف محقق كما أشار إليه الشيخ هنا، وفي «أصل الروضة» قال الرَّافِعِي: أطلق مطلقون أن سواد العراق من عَبَّادان إلى حديثة الموصل طولًا ومن عُذَيْب القادسية إلى حُلْوَانَ عرضًا، وهو بالفراسخ على ما ذكر الْمَاوَرْدِي وغيره في الطول مائة وستون وفي العرض ثمانون، وذكر في مساحته قولان:

أحدهما: أنها اثنان وثلاثون ألف ألف جَرِيب، وينسب هذا إلى ابن المنذر.

والثاني: ستة وثلاثون ألف ألف، ويمكن أن يرجع التفاوت إلى ما يقع في

وَأَنَّ مَا فِي السَّوَادِ مِنَ الدُّورِ وَالْمَسَاكِنِ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَاللهُ أَعْلَمُ.

الحد المذكور من السِّبَاخِ وَالتُّلُولِ والطرق ومجاري الأنهار ونحوهما مما لا يزرع، وكان بعضهم أخرجها من الحساب، لكن في إطلاق الحد المذكور تساهل لما اشتهر من أرض البصرة كانت سبخة أحياها عثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان - رضي الله عنهما - بعد الفتح وهي داخلة في هذا الحد فلا بد من استثنائه.

وقد أطلق الْبَغَوِي أن البصرة لا تدخل في حكم السواد، وإن كانت داخلة في حده، وفي «البحر» أن الْمَاوَرْدِي قال: حَضَرْتُ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ الْإِسْفَرَايِينِي، وَهُوَ يُدَرِّسُ تَحْدِيدَ السَّوَادِ فِي كِتَابِ «الرَّهْنِ» وَأَدْخَلَ فِيهِ الْبَصْرَةَ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيَّ، وَقَالَ: هَكَذَا تَقُولُ؟ قُلْتُ: لَا، قَالَ: وَلِمَ؟ قُلْتُ: لِأَنَّهَا كَانَتْ مَوَاتًا أَحْيَاهُ الْمُسْلِمُونَ، فَأَقْبَلَ عَلَى أَصْحَابِهِ، وَقَالَ: عَلِّقُوا مَا يَقُولُ، فَإِنَّ أَهْلَ الْبَصْرَةِ أَعْرَفُ بِالْبَصْرَةِ، لكن في استثناء البصرة على الإطلاق تساهل أيضًا، والثابت وهو ما أورده الْمَاوَرْدِي في «المهذب» وغيره أن البصرة ليس لها حكم السواد إلا موضع من شرقي دجلتها تسمى الفرات، وموضع من غربي دجلتها تسمى نهر الصراة، انتهى.

وقال صاحب «المعتمد»: وقدر مساحة السواد بالعراق طولًا من تخوم الموصل إلى ساحل نهر عَبَّادان، وعرضه من جبل حُلْوَان إلى منتهى القادسية، وحرر ذلك بنيف وثلاثين ألف جَرِيب، انتهى.

قلت: والجَرِيْبُ مساحته من الأرض مربعة بين كل جانبين منها ستون ذراعًا، وذكر ابن الرِّفْعَة في «كفايته» خبطًا طويلًا في مساحته بالأجربة وتباينًا فاحشًا يدرك بالمراجعة، فاعلم.

قال: **(وَأَنَّ مَا فِي السَّوَادِ مِنَ الدُّورِ وَالْمَسَاكِنِ يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ)** أي: بيع الأبنية فقط إذا لم يمنع أحد من ذلك، والثاني: المنع كالمزارع، أما الأرض المبني فيها فلا يجوز بيعها؛ لأنها وقف على الصحيح، وهذا ظاهرٌ إذا تحقق أن موضع البناء مما وقف، ثم الظاهر أن محل جواز بيع البناء ما إذا كانت الآلة من غير أجزاء الأرض الموقوفة، أما لو كانت منها كلبن وطوب اتخذ من ترابها، أو أحجار قطعت من أرضها العامرة بعد وقفها فلا؛ لأن

وَفُتِحَتْ مَكَّةُ صُلْحًا، ....

الجميع من أجزاء الموقوف كالأرض نعم، فاعلم أنه كان مواتًا ثم أُحيى بعد ذلك كأرض البصرة فإنه يجوز بيع أراضيها إلا الموضعان المستثنيان.

قال بعض أئمة العصر رحمهم الله: والبينة على استثناء هذا القدر من البصرة خاصة يقتضي أنه لم يكن في جميع أراضي العراق موات، وذلك محمول على الأماكن العامرة.

قال: ولا يمتنع أن يكون فيها موات إلى اليوم لا يحتاجون إلى استثنائه؛ لأنه لا يدخل في حكم ملك ولا وقف، وكذا كل ما ألحقناه بسواد العراق فإنه يراد به ما كان عامرًا أو مزروعًا، أما الموات فلا، انتهى.

قال: (**وَفُتِحَتْ مَكَّةُ صُلْحًا**) أي: لما روي في قصة الفتح أن أبا سفيان طلب الأمان لأهلها فأمنهم ﷺ وهوبِمَرِّ الظَّهْرَانِ، فقال: «**من دخل المسجد فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن**»[1] رواه مسلم بنحوه، واستثنى أفرادًا أمر بقتلهم كما رواه النسائي وغيره، ولأنه لم يقتل ولم يسلب أحدًا ولا قسم عقارًا ولا منقولًا، وهذا شأن الصلح لا العنوة، هذا مذهب الشَّافِعِي وجماهير أصحابه، وبه أجاب الْغَزَالِي - رحمه الله - في «الخلاصة».

وقال في «الوسيط»: صح عند الشَّافِعِي رضي الله عنه أن مكة فتحت عنوة، على معنى أنه دخل مستعد للقتال لو قوتل.

وقال في «بسيطه»: هذا هو المراد بقولنا: فتح عنوة، فمن أراد غيره فهو مردود، انتهى.

قال الْمَاوَرْدِي: وذهب أكثر أصحاب المغازي والفقهاء إلى أنها فتحت عنوة.

قال: وعندي أن أسفلها دخله خالد بن الوليد عنوة، وأعلاها دخله الزبير صلحًا، ودخلها النبي ﷺ من جهته [فصار حكم جهته] الأغلب، ولم يغنم

---

[1] أخرجه مسلم (٤٧٢٤).

فَدُورُهَا وَأَرْضُهَا الْمُحْيَاةُ مِلْكٌ يُبَاعُ].

أسفل مكة؛ لأن القتال كان على جبالها ولم يكن فيها.

قال: (فَدُورُهَا وَأَرْضُهَا الْمُحْيَاةُ مِلْكٌ يُبَاعُ) أي: لقوله ﷺ وقد قيل له: **«أتنزل غدًا في دارك بمكة؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع»**⁽¹⁾ متفق عليه، وروي في ذلك أن راغبي البيع من غير نكير؛ ولأنها أرض حية غير موقوفة فجاز بيعها لغيرها، وحديث: **«مَكَّةُ مُنَاخٌ، لَا يُبَاعُ رِبَاعُهَا، وَلَا تُؤَاجَرُ بُيُوتُهَا»**⁽²⁾ ضعيف، وإن صححه الحاكم.

وما رواه ابن ماجة من أنها تُدْعَى السَّوَائِبَ، قال البيهقي: منقطع.

نعم، قال الرُّويَاني: يكره بيعها وإجارتها للخلاف.

قال الشيخ: في دعوى الكراهة نظر، والأحسن أن يقال: إن ذلك خلاف الأولى.

فروع: قال ابن الرِّفْعَة في كتابه «النفائس في هدم الكنائس»: الصحيح كما حكاه النقلة الذين يرجع إلى قولهم في نقل المذاهب أن القاهرة فتحت عنوة، انتهى.

وفي «تاريخ» الخطيب البغدادي: كان الليث اشترى أرضًا من أرض مصر لحديث يرويه أنها فتحت صلحًا، قال: وحكمها حكم سواد العراق، وكان مالك وجماعة ـ رحمهم الله ـ ينكرون ذلك الفعل عن الليث؛ لأن مصر كانت

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٠٢، رقم ٢١٨١٤)، والبخاري (٢/ ٥٧٥، رقم ١٥١١)، ومسلم (٢/ ٩٨٤، رقم ١٣٥١)، وأبو داود (٣/ ١٢٥، رقم ٢٩١٠)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٨٠، رقم ٤٢٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٩١٢، رقم ٢٧٣٠)، وابن خزيمة (٤/ ٣٢٢، رقم ٢٩٨٥)، وابن حبان (١١/ ٥٥٢، رقم ٥١٤٩)، والدارقطني (٣/ ٦٢، رقم ٢٣٩). وأخرجه أيضًا البيهقي (٦/ ٢١٨، رقم ١٢٠٠٦).

(٢) أخرجه العقيلي (١/ ٧٣، ترجمة ٧٦ إسماعيل بن إبراهيم المهاجر)، وهو ضعيف. والحاكم (٢/ ٦١، رقم ٢٣٢٦) وقال: صحيح الإسناد والبيهقي (٦/ ٣٥، رقم ١٠٩٦٥) وقال: إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ضعيف وأبوه غير قوي، واختلف عليه. والدارقطني (٣/ ٥٨، رقم ٢٢٧) وقال: إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ضعيف ولم يروه غيره.

....

عندهم عنوة، ولعل الحديث لم ينبه إليهم أو لم يثبت عندهم.

قلت: ورأيت في وصية الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» ما يقتضي أنه كان للشافعي أرض بمصر، وقال بعض من أدركنا من المحققين رحمهم الله: الحاصل فيها قولان للعلماء أحدهما: أنه وقف، وهو مذهب مالك ﷺ، والثاني: أنها ملك للمسلمين عمومًا، قال: وهو المناسب لقواعد الشَّافِعِي ﷺ، ولم أجده منصوصًا عنه ولا عن أصحابه، وعلى هذا يجوز للإمام بيعها حيث يجوز بيع أرض المغنم، وذلك لضرورة أو غبطة، ومن كان في يده شيء منها جاز له التصرف فيه كسائر ما في يده، انتهى.

وقال غيره: قال القضاعي: اختلف فقهاء مصر وغيرهم في أنها فتحت صلحًا أو عنوة، وذكر البيهقي المسألة فروى عن الزبير أنه خالف عمر في ترك قسمة مصر حين فتحها، قال: ويشبه أن يكون عمر استطاب أنفسهم بذلك كما فعل بجيلة في أرض السواد لما رآه مصلحة، وذكر الْمَاوَرْدِي أن بعض العلماء قال: لا تقسم الأراضي المغنومة، واستدل بأن مصر فتحت صلحًا، وأجاب عنه بأن بعضها فتح عنوة وبعضها فتح صلحًا، انتهى.

قلت: ورأيت في مصنف مترجم بكتاب معرفة أراضي الإسلام وتصرفات الإمام لبعض أصحابنا، ولم تتحقق لي حاله إلا أنه قبل المائة السادسة فيما أحسب ما لفظه: هل يجوز للإمام ومن كان قبله أن يبيع أراضي بيت المال؟ ينظر إن كان في محل ضرورة جاز منا له أن ينزل في الأرض قحط ومجاعة يقضي إلى هلاك الفقراء والمساكين فيجوز بيع قطعة منها لبقاء المهجة، وكذلك لو أحاط الكفار بالمسلمين ولم يقدر الإمام على دفعهم لقلة الجنود وضعف المقاتلة، ورأى أنه لو باع منها شيئًا يقوي الشوكة ويقوى على دفعهم وحفظ الدار، هذا إذا لم يقدر على الاستقراض إلى أن يحصل في بيت المال ما يعوض القرض، أما إذا لم يكن في محل الاضطرار ولكن طرأت حاجة ولم يكن في بيت المال شيء مثل أن يحتاجوا إلى بناء المساجد والقناطر، وعند الإمام فقراء ومساكين ولا يخشى عليهم الهلاك، ويعيشون بالمسألة

قال المصنف: [فَصْل: يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ أَمَانُ حَرْبِيٍّ وَعَدَدٍ مَحْصُورٍ فَقَطْ.

والاستقراض إلى أن يحصل في بيت المال مال فلا يجوز البيع؛ لأن أرض بيت المال في معنى الوقف؛ لأنه يتعلق به حق جميع المصالح في جميع الأعصار، وأيضًا فإنها تدور في المصالح فينتقل من المجاهدين في أوان الأمن إلى العلماء والفقهاء، وكذلك إلى المساجد والقناطر . . . إلى غير ذلك.

ولهذا ذهب بعض الأئمة إلى أنها تكون وقفًا للمقاتلة من غير إنشاء الإمام حتى يكون تقييدًا لما فيه من المصالح العظام، وإذا باعها انقطعت هذه الأشياء كلها، انتهى.

وأما الشام ففتح صلحًا كما صرح به ابن الجوزي وغيره، ونقل الرَّافِعِي في كتاب الجزية عن الرُّويَانِي وغيره أن مدن الشام فتحت صلحًا وأرضها عنوة، وقال في «الذخائر» هناك: وذكر بعض أصحابنا أن قرى الشام فتحت صلحًا وليس كذلك، بل ذكر في كتاب الخراج أن كثيرًا منها فتح عنوة، وذكر أن بعضها فتح صلحًا وبعضها عنوة، والله أعلم.

قال الشارح: قال: (**فَصْل: يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ أَمَانُ حَرْبِيٍّ وَعَدَدٍ مَحْصُورٍ فَقَطْ**) الأمان مصدر: أمن أمانًا ضدُّ خاف، والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ۝٦﴾ [التوبة: ٦] أي: استأمنك فآمنه، أو استعانك فأعنه، وكلام الله تعالى قبل جمع القرآن ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦] أي: بعد انقضاء مدة أمانه.

وفي «الصحيحين» من رواية علي ﷺ أنه ﷺ قال: «**ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ، فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ، وَمَنْ وَالَى قَوْمًا بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ**»(١) إذا

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٦، رقم ١٥٠٨)، وأبو داود (٤/ ٣٣٠، رقم ٥١١٤).

....

عرفت هذا فيشترط في المؤمن شروط:

أحدها: الإسلام، فلا يصح أمان كافر؛ لأنه متهم، وأوهم قول «الكافي»: ولا يجوز أمان الكافر والأسير على الأصح، نقل خلاف في صحة أمان الكافر، وليس كذلك، وسواء في المسلم الذكر والأنثى والحر والعبد، ولو لكافر وإن لم يأذن سيده له، والمطلق التصرف والمحجور بفلسٍ أو سفهٍ، وكذا الفاسق على الصحيح، وقيل: لا يصح أمانه، وقيل: إن كان فسقه بسبب معونته لهم علينا فلا، أو لغيره صح، وهذا حسن.

ثانيها: التكليف، فلا يصح أمان صبي وإن راهق ولا مجنون؛ لأنه عقد فأشبه سائر العقود، لكن لا يقتل من آمناه إن جهل فساد أمانهما، بل يعرف أنه لا أمان له ليرجع إلى مأمنه، وكذا حكم أمان المكره فإن علم فساده جاز اغتياله كمن دخل بلا أمان، إلا أن يقول: ظننت بلوغه أو عقله أو اختياره فيبلغ، وكذا ينبغي أن يقال فيما لو أمنه مرتد وجهل ردته، أو قال: ظننت إسلامه.

وقضية دعوى المصنف أن السكران غير مكلف أنه لا يصح أمانه عنده لكن المذهب أنه مكلف فيصح أمانه، وقيل: يصح أمان الصبي المميز لتدبيره على قول.

قال الرَّافِعِي: حكاه ابن كج عن أبي الحسين عن ابن الخفاف من أصحابنا مبينًا على صحة إسلامه، انتهى.

وعبارة الدارمي: وحكى أبو بكر الخفاف عن ابن سُرَيْج أما إذا صححنا إسلامه صححنا أمانه، وأجازه أبو ثور.

ثالثها: الاختيار، فلا عبرة بأمان المكره على الأمان؛ لأنه مسلوب العبارة.

تنبيهات: قوله: أمان حربي يحسن أن يقال: احترز به عن المرتد، وينبغي أن يعتد بما إذا لم يعلم أنه جاسوس أو عين أو يتردد في ذلك، فإن علم أو تردد فلا، وقد صرح الإمام بأنه يشترط في الأمان المعقود عدم ضرر عائد على

....

المسلمين، فلو آمن طليعة الكفار أو جاسوسًا كان الأمان باطلًا.

قال: ثم الوجه ألَّا يثبت هذا الأمان حق التبليغ إلى المأمن، فإن دخول مثل هذا في ديار الإسلام خيانة فحقه أن يغتال بها، والعلم عند الله تعالى، انتهى.

وكذا ينبغي أن يكون الحكم لو كان يشتري سلاحًا ويحمله إلى دار الحرب ونحو ذلك مما يعينهم علينا أو ميزة لهم، وقد حاصرناهم ونحو ذلك، مفهوم كلام المصنف وغيره أنه يجوز الإجابة إلى الأمان ولا يجب مطلقًا، لكنه قال في باب الهدنة: إذا طلب الكافر الأمان ليسمع كلام الله تعالى وجبت إجابته قطعًا، وسيأتي بيان ذلك.

ولعل الوجوب على الإمام خاصة قوله: وعدد محصور، قالا: كعشرة ومائة، أي: مثلًا أشار بما ذكره إلى أن الأمان نوعان:

عام: وهو مختص بالإمام ونحوه وسيأتي بيانه في الهدنة.

وخاص: وهو عقده لشخص أو جماعة من آحاد المسلمين كما بيناه، وعبارة «أصل الروضة»: إنما يجوز لآحاد المسلمين أمان كافر أو كفار محصورين كعشرة ومائة، ولا يجوز أمان ناحية وبلدة، وفي «البيان»: أنه يجوز أن يؤمن واحد أهل قلعة، ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها، وعن الماسرجسي أنه لا يجوز أمان واحد لأهل قرية وإن قل عدد من فيها، والأول أصح، وضابطه ألَّا ينسد به باب الجهاد في تلك الناحية، فإذا تأتى الجهاد بغير تعرض لمن أمن نفذ الأمان؛ لأن الجهاد شعار الدين والدعوة القهرية، وهو من أعظم مكاسب المسلمين، ولا يجوز أن يظهر بأمان الآحاد انسداده أو نقصان يحسب، انتهى.

وهذا كله من كلام الإمام ولفظه: ومما اتهمناه وهذا أوان تقريب القول فيه أنَّا قلنا: إنما نؤمن المسلم، ولسنا نرى عددًا يقف عنده، فنقول ما ذكره الأئمة في ذلك أن الأمان ينبغي أن يكون بحيث لا يشبه الجهاد في جهة من الجهات،

……

وهذا يبين أن الأمان لو عقد لأهل الناحية فهو مردود، وإن فرض عقده لآحاد أنكر فرض العرف في الناحية مع ترك التعرض للمؤمنين، هذا ما ذكره الأئمة، وسره أن الجهاد شعار الدين إلى آخر ما في «الروضة» بنحو لفظها.

واعلم أنه وقع في هذا الموضع نزاع من بعض نبلاء العصر في فهم كلام الرَّافِعِي ونقله عن «البيان» وغيره، والذي أكاد أقطع به أنه أراد بقوله: والأشبه الأول، وقول «الروضة»: والأول أصح، ما قدمناه من جواز أمان عدد محصور كما به، وأهل قلعة محصورين وقرية صغيرة خلافًا للماسرجسي فإنه قال متصلًا بالمحكي عنه: والأشبه الأول، وعبارة «البيان»: وإن كان الذي يعقد الأمان واحدٌ من الرعية لم يجز أن يعقد الأمان بجماعات المشركين ولا لأهل صقع؛ لأنَّا لو جوزنا ذلك لغير الإمام والأمير من قبله أدى إلى تعطيل الجهاد، ويجوز أن يعقد الأمان لآحاد المشركين الذين لا يتعطل الجهاد بعقد الأمان لهم؛ كالواحد والعشرة والمائة وأهل قلعة، ثم استدل بالأحاديث والآثار الواردة في الباب.

وما ذكره هو لفظ «المهذب» وقال الْمَاوَرْدِي: وأما الأمان الخاص فهو أن يؤمن من الكفار آحاد لا يتعطل بهم جهاد ناحيتهم؛ كالواحد والعشرة إلى المائة وأهل قافلة، فإن كثروا حتى يتعطل به جهادهم صار عامًا، انتهى.

وعبارة «الشامل»: وأما آحاد الرعية فيخير الواحد منهم الواحد والعدد القليل أكثرهم أهل قافلة.

وقال صاحب «الانتصار»: ويجوز للواحد من المسلمين أن يعقده لمن لا يتعطل الجهاد منهم في ناحية أمانه؛ كالواحد والعشرة والمائة وأهل قلعة، انتهى.

واستدل الْمَاوَرْدِي على صحة أمان العبد المسلم وإن لم يقاتل بما روى فضل بن يزيد قال: جهز عمر رضي الله عنه جيشًا كنت فيه فحاصرنا موضعًا يقال له: صهرتاج قرية من قرى رامهرمز فرأينا أنَّا سنفتحها اليوم، فرجعنا حتى يقبل

……………………………………………………………………

ونروح فيبقى عندنا فراطنهم [وراطنوه][1] فكتب لهم أمانًا في صحيفة وشدها مع سهم رماه إليهم فأخذوها وخرجوا بأمانه، فكتب بذلك إلى عمر فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم[2]، وهذا نصٌّ لم يخالف فيه وكان إجماعًا، انتهى.

وهذا منه مصرح بأنه يصح أمان الواحد من الرعية أهل القرية والحصن، وقد نصَّ على ذلك الشَّافِعِي ﷺ في سير الأوزاعي من «الأم» حيث قال أبو حنيفة ﷺ: إذا كان العبد يقاتل مع مولاه جاز أمانه، وإن كان لا يقاتل فهو خادم فأمانه باطل.

وقال الأوزاعي: أمانه جائز، أجازه عمر بن الخطاب ﷺ ولم ينظر هل كان يقاتل أم لا؟ ثم ذكر احتجاج أبي يوسف لأمانه.

ثم حُكي عنه أنه قال في حجاجه: حدثنا عاصم بن سليمان عن الفضل يزيد قال: كنا محاصري حصن قومه فغمز عبدًا لبعضهم فرمى سهم فيه أمان، فأجاب ذلك عمر بن الخطاب ﷺ وإنه حمله على أنه كان يقاتل ثم ذكر بقية احتجاجه، ثم قال الشَّافِعِي ﷺ: القول ما قال الأوزاعي، وهو معنى سنة رسول الله ﷺ والخبر عن عمر ﷺ، ثم ردَّ عليه أن عمر أجاز أمان العبد ولم يسأل يقاتل أم لا يقاتل؟ أليس ذلك دليل على أنه إنما أجازه من المؤمنين، انتهى.

ومما سقناه يتضح قول الشَّافِعِي: والأشبه الأول ما ذكره صاحب «البيان» وغيره وأنه لا فرق بين أمان العدد المحصور بين كونهم أهل حصن أو قرية ولم يقيد من ذكر المائة، ذلك بشرط كونهم ليسُوا بقرية ولا قلعة، وبه تبين أن قول ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» ذكر أن الأشبه في القلعة المنع ليس كما قال.

والضبط الذي ذكره الرَّافِعِي من عدم انسداد الجهاد في تلك الجهة أو الناحية شاهد لما قلناه لا لما فهمه ابن الرِّفْعَة، ويوضح ذلك قول الرَّافِعِي في

---

(١) راطنهم أي: تحدث معهم بلغتهم، ولا يقال رطانة إلا لغير اللغة العربية.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٧/ ٦٩٠).

....

«شرحه الصغير» بعد ذكره جواز أمان للواحد لعدد محصور؛ كعشرة وعشرين، وقيل: يجوز أن يؤمن الواحد أهل قلعة، وفي معناها القرية الصغيرة، وقيل: لا يجوز أن يؤمن الواحد أهل قرية وإن قل عددهم، والأشبه الأول، والضبط في الباب أن يتأتى الجهاد في تلك الناحية، انتهى.

وادعى بعض نبلاء العصر أن ما فهمه ابن الرِّفْعَة الصواب، وادعى أن قول الرَّافِعِي: ولا شك أن القرية الصغيرة في معناها، أن ما ذكره ليتوصل به إلى الرد على صاحب «البيان» في جواز أمان أهل القلعة، وأن الماسرجسي قد صرح بخلافه، ثم قال: ذلك أن يقول لا يسلم أن القرية الصغيرة في معنى القلعة؛ لأن القرية الصغيرة تسد باب الجهاد في جهة وناحية ولا كذلك القلعة، فإنها كدار كبيرة من بلد لا قرية كاملة، والأشبه في القرية ـ وإن صغرت ـ المنع.

بل أقول: الظاهر أن المنع فيها متفق عليه؛ لأن الأصحاب أطلقوا أنه لا يجوز للآحاد أمان أهل ناحية أو بلدة، وصرح الماسرجسي بقضية هذا الإطلاق في القرية الصغيرة ولا نعرف شيئًا يخالف هذا إلا قول صاحب «البيان» في القلعة: وليست القلعة كالقرية، خلافًا للرافعي، ثم أسند إلى نقل ابن الرِّفْعَة عن الرَّافِعِي أن الأشبه في القلعة المنع، وإنه لم يذكر القرية؛ لأنه رأى أن امتناع أمان أهلها أمرٌ مفروغ منه وهو الذي يظهر، انتهى.

وقد بينا لك ما يرد بيانًا شافيًا.

أقول: إن القلعة إن ثبت فيها خلاف أولى بالمنع من القرية الصغيرة؛ لأنها حصن لهم، ودور وملجأ فأمرها أعظم وخطرها أكثر، بخلاف القرية الصغيرة، فالغالب أنها لا سور لها، وهي عرضة للأخذ والنهب والتدمير متى خانوا أو غدروا، ولا حاجة بنا إلى هذا مع سلف من قضية الأمر والنص وكلام الْمَاوَرْدِي.

نعم قضية كلام الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» أنه لا يصح أمان الواحد

....

من الآحاد أمان مائة ولا ما يقاربها حيث قال: وأما الأمان الخاص فهو أن يؤمن اثنين أو ثلاثة فيبعد ذلك، ولفظ «التهذيب»: والأمان الخاص هو أن يؤمن شخصًا أو شخصين أو عشرة، ولفظ «الكافي»: أن يؤمّن شخصًا أو شخصين أو أكثر وقوة كلامهم تفهم أنه لا يجوز العدد المذكور من المائة ونحوها قول «الكافي» أو أكثر فيه شمول، وعبارة صاحب «المعتمد» في ضبط من لا يجوز أمانه ونحو ذلك بغير الإمام ونحوه، وأيضًا فقد احتج إبراهيم المروزي على أبي حنيفة بالقضية السابقة في أمان العبد بها، ولا يملك آحاد المسلمين عقد الأمان لجماعة المشركين أو نفر يدخلون في حد التواتر، والله أعلم.

قال في «النهاية»: لو أمَّن مائة ألف منا مائة ألف منهم، فكل واحد لم يؤمن إلا واحدًا، لكن إذا ظهر انسداد أو نقصان فأمان الجميع مردود، أي: إذا وقع دفعة، أما لو أمَّنوهم متعاقبين فالوجه صحة أمان الأول فالأول إلى ظهور الخلل إن علم ذلك، وقد ذكر الرُّويَانِي وغيره: أنه لو أمَّن كل واحدٍ واحدًا جاز وإن كثروا حتى زادوا على عدد أهل البلدة، والقياس الظاهر أنه إذا علم الأول فالأول الصحة إلى أن ينتهي الأمر إلى العدد الذي يجوز للآحاد تعاطيه وفساد ما زاد عليه، وفي «إشراق» ابن المنذر: واختلفوا في العِلْج يشرف من حصن فيؤمن فلما فتح الباب ادعى كل واحد منهم أنه الذي أؤمن.

قال أحمد بن حنبل: لا يقتل واحد منهم، وقال الشَّافِعِي ﷺ: يمسك عمن شك فيه فلم يقتله ولم يسب ذريته، وهو نحو قول أحمد، وهو فرع حسن غريب، لا فرق بين كون الحربي المؤمن في دراهم أو في حال القتال أو الهزيمة وغيرها، فيصح الأمان مادام ممتنعًا، وأما بعد أسره فليس للآحاد أمانه، هكذا أطلق.

وفي «الحاوي»: أن الأمر كذلك إذا انتهى إلى يد الإمام أو نائبه، فإن لم يصل إليها من غير من أسره من الرعية، ويصح ممن أسره ومن الإمام وكذا من نائبه إن كان الأسرى من ثغره، فإن كانوا من غيره فلا يخرجوه عن ولايته، لو قال واحد من المسلمين بعد أسر الكافر: كنت أمنته، لم يقتل إلا ببينة بخلاف

……

ما لو أقر بأمان من يجوز أمانه في الحال، قال الشَّافِعِي ﵁ في سير الواقدي «الأم»: وإذا أبطلنا شهادة الذي أمنهم فحقه منهم باطل بزعمه ألَّا ملك له عليه، انتهى.

وقد يؤخذ مما تقدم عن الْمَاوَرْدِي الفرق بين أن يقول ذلك من أسره وغيره، في «تعليق» الْبَغَوِي وغيره: ولو أن واحدًا من المسلمين أمَّن أهل أو أهل إقليم جاز قتلهم واسترقاقهم إلا إذا قالوا: إنا ظننا أن هذا أمان صحيح، انتهى.

وفي جواز عقد الأمان للمرأة استقلالًا وجهان، وبالجواز أجاب الْمَاوَرْدِي وغيره، إذا رجع المؤمن إلى دار الحرب انقطع أمانه، فإن أراد الدخول إليها ثانيًا احتاج إلى أمانٍ جديد قاله الأصحاب، فلو عاد وقال: ظننت أن أماني باقٍ فيشبه أن يصدق ويرد إلى مأمنه، وسيأتي عن الجرجاني وغيره أنه ليس للحربي أن يدخل دار الإسلام بغير إذن الإمام؛ لما فيه الضرر بأن يجتمعوا فيها ويكثروا، وبأن يشتروا السلاح وينقلوه إلى دارهم، فاطلب الجمع بين الكلامي.

فائدة لم أر لها ذكرًا:

لو نادى أمير الجيش أو الإمام ألَّا يؤمّن أحد من الرعية أحدًا من الحربيين، هل يقول يعتبر هذا حتى بلغوا أمان من بلغه النداء وخالف أو يقال بلغوا هذا، انتهى.

أو أنه إن كان المصلحة فيه لزم اتباعه والعمل فيه وإلا فلا، وعلى تقدير اعتباره لو قال الحربي وقد أمَّنه واحد منا: ظننت أن أمانه معتبر، وأن الأمير لم ينه عنه فيشبه أن يقبل منه ويبلغ مأمنه، ولو قال من أمَّنه: لم أسمع النداء أو لم يبلغني النهي فالظاهر تصديقه عند إمكانه، ولم يحضر في ذلك نقل.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: أَنْ يُبْذَلَ لَهُ الأَمَانُ فِي بِلَادِ الإِسْلَامِ كُلِّهَا، فَيَصِحُّ وَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ آمِنًا فِي جَمِيعِهَا، سَوَاءٌ كَانَ الْبَاذِلُ لَهُ وَالِيًا أَوْ غَيْرَ وَالٍ، وَأَنْ يُبْذَلَ لَهُ الأَمَانُ فِي بَلَدٍ خَاصٍّ، فَيَلْزَمَ أَنْ يَكُونَ آمِنًا فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَفِي الطَّرِيقِ

وَلَا يَصِحُّ أَمَانُ أَسِيرٍ لِمَنْ هُوَ مَعَهُمْ فِي الْأَصَحِّ.

إِلَيْهِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَا أَمَانَ لَهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْبِلَادِ، وإن أطلق موضع الأمان، فإن كان الباذل الإمام كان أمانه في جميع بلاد الإسلام، وإن كان والي الإقليم كان أمانه مقصورًا على عمله فقط، ولو عزل عن بعض عمله لم يزل أمانه، وإن قلد غيره لم يدخل أمانه فيه اعتبارًا بعمله وقت أمانه، وإن كان الباذل من الآحاد كان إطلاق أمانه مقصورًا على البلد الذي يسكنه الباذل، فَإِنْ كَانَ مَصْرًا لَمْ يَتَجَاوَزْ إِلَى قُرَاهُ، وَإِنْ كَانَ قَرْيَةً لَمْ يَتَجَاوَزْهَا إِلَى مَصْرِهَا اعْتِبَارًا بِمَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيَكُونُ طَرِيقُهُ مِنْهَا إِلَى دَارِ الْحَرْبِ دَاخِلًا فِي أَمَانِهِ مُجْتَازًا لَا مُقِيمًا اعْتِبَارًا بِقَدَرِ الْحَاجَةِ، انتهى.

ونقل الرَّافِعِي نحو هذا عن رواية الرُّويَانِي عن «الحاوي» وأقره، وكأن التصوير فيما إذا أمَّنه الوالي في محل ولايته، والبلدي والقروي في بلده وقريته، وإلا فقد سبق عن الجرجاني أنه ليس للحربي الدخول إلى دار الإسلام إلا بإذن الإمام، وسيأتي في هذا كلام كثير إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ أَمَانُ أَسِيرٍ لِمَنْ هُوَ مَعَهُمْ**) أي: في أيديهم.

(**فِي الْأَصَحِّ**) لأنه مقهور في أيديهم فأشبه المكره، والثاني: يصح؛ لأنه مسلم مكلف مختار أمَّن أمانًا ليس فيه إضرار، وكان كالمحكي وصححه جماعة، وحكوه عن النصِّ كما سيأتي، أما إذا أطلقوه وأمَّنوه على ألَّا يخرج من دارهم فأمن هو واحد باختياره صح؛ لأنه أمن مختارًا.

وقضية هذا جواز أمان التاجر في دارهم، لكن في «تعليق» القاضي الحسين أنه إذا أمنهم لا يكون أمانًا يلزمنا إمضاؤه، نعم يكون أمانًا لهم منه، وهذا ما أورده الْبَغَوِي وطرده فيما إذا دخل مسلم دارهم بأمان فأمَّن كافرًا منهم، وقضية ذلك طرده في الأسير المطلق من طريق الأولى ثم من أمَّنه الأسير إنما يكون أمنًا منا في دار الحرب لا غير، وفي الموضع الذي فيه الأسير كما صرح به الْمَاوَرْدِي إلا أن يصرح بالأمان في غيره فيأمن فيه، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أن بعضهم أطلق في صحة أمان الأسير وجهين: أصحهما: المنع.

قال: وقول «التنبيه»: ومن أمنه أسير قد أطلق يعرفك أنه إذا كان في قيدٍ أو حبسٍ لا يصح أمانه، وهو الأصح في الرَّافِعِي و«التهذيب» والذي أطلقه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والشيخ أبو حامد القول بأنه يصح أمان الأسير، قال الْبَنْدَنِيجِي: ولو كان محبوسًا ونسبه إلى نصه في حرملة.

قال: لأنه ما حبس ليؤمن فإذا تبرع له فهو مختار، ورأى الإمام والْغَزَالِي تخصيص الوجهين بما إذا أمَّن من لم يأسره، والقطع بالمنع إذا أمَّن من أسره؛ لأنه كالمكره من جهته، ويقرب منه قول الْمَاوَرْدِي: وعندي أن أمانه يعتبر بحال من أمَّنه، فإن كان في أمانٍ من المشرك صحَّ أمانه، كذلك المشرك وإن لم يكن في أمانٍ منه لم يصح؛ لأن الأمان ما اقتضى التساوي فيه، ثم إذا قلنا لا يصح أمانه عمومًا فهل يصح بالنسبة إليه حتى يجوز أنه اغتال من أمَّنه كالتاجر فيه وجهان: الذي مال إليه الأكثرون أنه لا يصح أيضًا، وفرق القاضي الحسين بينه وبين التاجر بأن التاجر في أمان منهم، وليس كذلك الأسير، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: ولو أن المسلم دخل دار الحرب مستأمنًا فأمَّن واحدًا منهم لم يصح أمانه في حقه لا في حق عامة المسلمين، وأما الأسير ففيه وجهان: أصحهما: لا يصح أمانه، وثانيهما: يصح، وقيل: إن أمن أسره لا يصح؛ لأنه يخاف منه، وإن أمن غيره صح، فإذا أمن المستأمن أو الأسير وقلنا أنه يصح منهما فذاك، وإن قلنا: لا يصح من الأسير فهل يكون ذلك أمانًا بينه وبينهم حتى لا يجوز أن يخونهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى كما في التاجر المستأمن.

والثاني: لا من قيل إنه صار آمنًا منهم بالتخلية، فلم يكونوا آمنين منه بخلاف التاجر، انتهى.

فيخرج مما سقناه في صحة أمان الأسير وجوه، والأقرب أن الخلاف في الموثوق، أما المطلق المخلى فيصح أمانه قطعًا كالتاجر ونحوه، وكنت أود لو قيل: إن قاله الأسير ابتداء من تلقاء نفسه صح، وإن قاله جوابًا لمن التمس

……………………………………………………………

ذلك منه لم يصح، وقد يفرق بين التماس من هو في قبضته وبين التماس غيره.

والمفهوم من قول «المحرر»: والأسير في أيديهم إذا أمَّن بعضهم كالمكره في أصح الوجهين، وعبارة «المنهاج» تقتضي أنه إذا أمَّن من ليس هو معهم من الكفار أنه يصح دون أمانه كمن هو معهم، وهذا في الحقيقة هو الوجه الثالث الخارج مما رآه الإمام، وقد حكاه الْبَغَوِي وجهًا ثالثًا كما سبق بعد نقل وجهين متقابلين.

ويصح المنع في الموثق مطلقًا وهو الظاهر من كلام «الروضة» «وأصلها» لكن نصَّ الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» يفهم الصحة في الموثق والمخلى كما سبق عن نصِّه في حرملة حيث قال في باب الأسارى والغلول من المشركين: إذا أسر المسلم وكان في بلاد الحرب أسيرًا موثقًا أو محبوسًا أو مخلى في موضع يرى أنه لا يقدر على البراح منه أو موضع غيره ولم يؤمنوه ولم يأخذوا عليه أنهم آمنون منه فله أخذ ما قدر عليه من أموالهم وإفساده والهرب منهم، قال الشَّافِعِي ﷺ: وإن أمنوه أو بعضهم وأدخلوه في بلادهم فمعروف عندهم في أمانهم إيَّاه، وهم قادرون عليه أنه يلزمه لهم أن يكونوا منه آمنين، وإن لم يقبل ذلك إلا أن يقولوا: قد أمناك ولا أمان لنا عليك؛ لأنا لا نطلب منك أمانًا، فإذا قالوا هذا هكذا كان القول فيه كالقول في المسألة الأولى يحل له اغتيالهم والذهاب بأموالهم وإفسادها والذهاب بنفسه، فإن أمنوه وخلوه وشرطوا عليه ألَّا يبرح بلدهم أو بلدًا سموه وأخذوا عليه أمانًا أو لم يأخذوها، قال بعض أهل العلم: يهرب، وقال بعضهم: ليس له أن يهرب، قال الشَّافِعِي ﷺ: وإذا أسر العدو الرجل من المسلمين فخلوا سبيله وأمَّنوه وولوه من ضياعهم أو لم يولوه فأمانهم إياه أمانًا لهم منه ليس له أن يغتالهم ولا يخونهم، وله الهرب بنفسه، فإن أدرك ليؤخذ فله الدفع عن نفسه، والله أعلم.

قال صاحب «المعتمد» في إتقان مسائل المذهب المجرد عن الشَّافِعِي: إذا أمَّن أسيرًا مشركًا في دار الحرب مختارًا انعقد أمانه، وإن أكره عليه لم ينعقد، انتهى.

وَيَصِحُّ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ مَقْصُودَهُ، وَبِكِتَابَةٍ وَرِسَالَةٍ.

وهذه طريقة العراقيين والأقرب إلى النص، والمحكي عنه، والْعِمْرَانِي إنما نقل الوجهين في أمان الأسير عن الْمَسْعُودِيِّ وهو الفوراني، ثم قال: وقال الْقَفَّال: لا يتصور أمان من الأسير؛ لأن الأمان يقتضي أن يكون المؤمن آمنًا، وهذا الأسير غير آمن في أيديهم فاقترن بعقد الأمان ما يضاده فلم يصح، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ مَقْصُودَهُ**) أي: سواء كان اللفظ صريحًا أو كناية بالصريح كقوله: أجرتك، وأنت مجارًا في جواري، أو أمنتك أو أنت آمن أو في أماني، قال في البحر: وكذا قوله: لا بأس عليك، وقيل: هي كناية، وتنعقد بقوله: لا خوف عليك، لا تخف، لا تفزع، أو قال بالعجمة: مترس ومعناه: أمنتك، قاله الرُّويَانِي.

وقال في «الأم»: لا تخف [وعدَّ الرُّويَانِي هذه الألفاظ صرائح، وحُكي عن «الحاوي»: ألا خوف عليك، صريح دون لا تخف] ولا تفزع، قال: والكناية كقوله: أنت على ما تحب، أو كن كيف شئت، قال الرَّافِعِي: وفي إيراد بعضهم ما يقتضي أن قوله: لا بأس عليك كناية، وأغفلته «الروضة» وهو محتمل.

قال: (**وَبِكِتَابَةٍ**) أي: للأثر السابق عن عمر ﷺ.

(**وَرِسَالَةٍ**) أي: سواء كان الرسول مسلمًا أو كافرًا، قال ابن الرِّفْعَة: وعدَّ ذلك من الصرائح، انتهى.

ويجب أن يكون هذا في كتابه الصريح والرسالة، وهل يعتبر في الرسول المسلم كونه مقبول الرواية وفي الكافر كونه موثوقًا بخبره في دينهم أم لا لاتساع الباب؟ فيه نظر.

قال الْعِمْرَانِي والرافعي: وينعقد بالإشارة المفهمة سواء قدر على العبارة أم لا، وبناء الباب على الاتساع، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على ذلك، وقال ابن الرِّفْعَة: الإشارة المفهمة عند الْمَاوَرْدِي والْبَنْدَنِيجِي والقاضي أبي الطيب والقاضي الحسين من الكنايات، وفي «المهذب»: إنه يحصل الأمان بالإشارة المفهمة من غير تقييد بأن يصرح المشير بالأمان، نعم لو قال المشير:

وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ الْكَافِرِ بِالْأَمَانِ.

فَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْبَلْ فِي الْأَصَحِّ.

ما أردت الأمان قُبِل قولُه، وعرف أنه لا أمان له ولا فرق في الإشارة بين صدورها من ناطق أو أخرس كما صرح به الإمام، انتهى.

وهذا منه يفهم أن إشارة الأخرس كناية وهو بعيد، ويجب الجزم بأنها صريح منه لما سبق في المنع وغيره وهنا أولى، وقوله: إن الإشارة المفهمة عند الْمَاوَرْدِي . . . إلى آخره من الكنايات يفهم أن غيرهم جعلها من صرائح الأمان، وقضية ما رأيته في كتب الطريقين ما ذكره أو كلهم بقول: لو قال المشير: ما أردت الأمان، كان القول قوله، ثم بعضهم يقول: مع يمينه، وبعضهم سكت عن التحليف ومنهم الإمام، وحينئذٍ يرد إلى مأمنه⁽¹⁾.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ**) أي: في صحة الأمان.

(**عِلْمُ الْكَافِرِ بِالْأَمَانِ**) أي: فإن لم يعلمه ولم يبلغه فلا أمان له، فلو بدر إليه المؤمن أو غيره فقتله جاز.

قال: (**فَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ**) لأن ثابت بن قيس ﷺ أمّن الزبير بن باطا يوم قريظة فلم يقتلهم فقتله؛ ولأنه إيجاب لعقد فإذا رده بطل كالهبة وغيرها.

قال: (**وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْبَلْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: ولم يظهر منه ما يفهم القبول، بل سكت كغيره من العقود، وادعى الإمام أنه الظاهر.

والثاني: يكون السكوت لبناء الباب على التوسعة، وبه جزم الْبَغَوِي والشيخ إبراهيم المروزي، ولفظه: ولو علم إيجاب عقد الأمان له فلم يقبله يجوز قتله، وليس من الشرط أن يؤخذ القبول منه لفظًا، لكن إذا أمنه فسكت وكان مشغولًا بقتاله فكف عن القتال صح أمانه، وهذا ما يشعر به كلام

---

(1) تَنْبِيهٌ: يَصِحُّ إِيجَابُ الْأَمَانِ بِالتَّعْلِيقِ بِالْغَرَرِ كَقَوْلِهِ: إِنْ جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ أَمَّنْتُكَ، لِمَا مَرَّ أَنَّ بِنَاءَ الْبَابِ عَلَى التَّوْسِعَةِ، وَبِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ وَلَوْ مِنْ نَاطِقٍ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْقَبُولِ، فَلَوْ أَشَارَ مُسْلِمٌ لِكَافِرٍ فَظَنَّ أَنَّهُ أَمَّنَهُ فَجَاءَنَا فَأَنْكَرَ الْمُسْلِمُ أَنَّهُ أَمَّنَهُ بِهَا بَلَّغْنَاهُ مَأْمَنَهُ وَلَا نَغْتَالُهُ لِعُذْرِهِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٣٧٦).

وَتَكْفِي إِشَارَةٌ مُفْهِمَةٌ لِلْقَبُولِ.

الأكثرين من العراقيين وغيرهم حيث اكتفوا بالأمان وقضوا بصحته، قال في «المعتمد»: متى قال: أمنتك أو أجرتك أو لفظًا يدل عليه كقوله: لا بأس عليك أو لا تدل، لكنه نوى به ذلك فقد حصل الأمان، انتهى.

ولم يتعرضوا لذكر القبول فيما غلب وهو ظاهر الأخبار والآثار، نعم يشترط أن يظهر منه ما يدل على الرد، والحاصل أنه إن ظهر منه ما يفهم القبول فذاك، وسيأتي تصريح به أو ما يفهم الرد فلا، وإن لم يظهر أحدها فتردد فالظاهر الاكتفاء بالسكوت خلافًا لترجيح الإمام وغيره.

قال: (**وَتَكْفِي إِشَارَةٌ مُفْهِمَةٌ لِلْقَبُولِ**) أي: ويكفي في القبول على اعتباره إشارة مفهمة من ناطق لاتساع الباب.

وجاء عن عمر ﷺ أنه قال: «والذي نفسي بيده، لو أن أحدكم أشار بإصبعه إلى مشرك فنزل على ذلك ثم قتله لقتلته»(١).

وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها: ويكتفي الإشارة أو الأمارة المشعرة به، وعبارة الإمام: ولو أشار به أو ندب عليه للقبول كفى ذلك، وهي أحسن، فتركه القتال أمان ظاهر، قال الْمَاوَرْدِي: ويقوم مقام القبول الإشارة به أو بالدعاء أو الشكر قسم وعدًا ما أشرنا إليه قريبًا(٢).

إشارات: منها: محل اعتبار القبول إذا لم يكن سبق منه استجارة، أما لو تقدم ذلك منه كفى ولا يحتاج بعد إسعافه إلى قبول قطعًا، ووقع في نسخ بالرَّافِعِي و«الروضة» وإن قيل: وكان قد استجار من قبل تم الأمان، وصوابه: أو كان، كما هو في الكتب ونسخ صحيحة بـ«الروضة».

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (٢/ ٢٢٩).

(٢) تَنْبِيهَانِ: أَحَدُهُمَا: قَدْ يُوهِمُ كَلَامُهُ أَنَّ الْإِشَارَةَ لَا تَكْفِي فِي إِيجَابِ الْأَمَانِ وَالْمَذْهَبُ الِاكْتِفَاءِ كَمَا مَرَّ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِشَارَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ وَسَائِرِ الْعُقُودِ، حَيْثُ يُعْتَبَرُ الْعَجْزُ عَنِ النُّطْقِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُنَا حَقْنُ الدِّمَاءِ فَكَانَتْ الْإِشَارَةُ شُبْهَةً، وَاحْتَرَزَ بِالْمُفْهِمَةِ عَنْ غَيْرِ الْمُفْهِمَةِ، فَلَا يَصِحُّ بِهَا أَمَانٌ. الثَّانِي: أَنَّ مَحِلَّ الْخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الْقَبُولِ إِذَا لَمْ يَسْبِقْ مِنْهُ اسْتِيجَابٌ. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٣٧٩).

وَيَجِبُ أَنْ لَا تَزِيدَ مُدَّتُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجُوزُ مَا لَمْ تَبْلُغْ سَنَةً.

ومنها: يصح تعليق الأمان بالإعذار، ولو أشار مسلم إلى كافر في القتال، فانحاز إلى صفنا، وتفاهما الأمان فهو أمان.

ومنها: محل اعتبار لفظ الأمان ونحوه فيمن جاءنا بلا سبب، أما الرسول فلا يُتعرض له، وكذا من دخل يسمع الذكر ينقاد للحق إذا ظهر له، وسيأتي في شرح ذلك.

قال: (**وَيَجِبُ أَنْ لَا تَزِيدَ مُدَّتُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، وَفِي قَوْلٍ: يَجُوزُ مَا لَمْ تَبْلُغْ سَنَةً**) لما سيأتي في الهدنة، فإنهما قالا: إن حكمه حكم المهادنة حيث لا ضعف، عبارة الكتاب و«المحرر» و«الوجيز» و«الروضة» وغيرهما كما ذكر، وهي مصرحة بامتناع السنة قطعًا، ونقل القولين فما دونها، وكذا قال الرَّافِعِيُّ في باب الهدنة: يجوز أن يهادن أربعة أشهر ولا يجوز أن يهادن سنة، وفيما بينها قولان.

وعن بعضهم: لا تجوز الزيادة، وفي السنة القولان، والظاهر: ما سبق، انتهى.

وأتى هنا بعبارة موهمة، فقال: إن شرطه ألَّا يزيد على سنة، ويجوز إلى أربعة أشهر، وفيما بينهما قولان: أصحهما: المنع، ففهِمَ فاهم عنه أن القولين فيما بين الزائد على السنة والأشهر الأربعة، ووقع في «الوسيط» أنه لا تزيد على سنة، قال ابن الصَّبَّاغ: وصوابه ألَّا يكون سنة.

تنبيهات: منها: قال في «الروضة»: ولو زاد على الجائز بطل الزائد، ولا يبطل في الباقي على الأصح تخريجًا من تفريق الصفقة، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: وذكر في «البحر» أنه لو زاد على سنة بطلت في الزائد المسألة، وفيها من الإبهام ما سبق، وزيف المَاوَرْدِي التخريج المذكور بأن الأمان من عقود المصالح العامة، التي هي أوسع من أحكام العقود الخاصة، فلا وجه للتخريج على تفريق الصفقة، قال: ويجب إعلامه بحكمها وهو على أمانه ما لم يعلم، فإذا علم زال الأمان ووجب رده إلى مأمنه.

وَلَا يَجُوزُ أَمَانٌ يَضُرُّ الْمُسْلِمِينَ كَجَاسُوسٍ.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: فإن جعل لمن ليس له أن يجعل مدة أكثر من أربعة أشهر فعليه أن ينبذ إليه ويوفيه المدة إلى أربعة أشهر لا يزيد عليها، وليس له إذا كانت مدته أكثر من أربعة أشهر أن يقول: لا أَفِي لك بأربعة أشهرٍ؛ لأن الفساد إنما هو فيما جاوز الأربعة أشهر، ويبلغ بعدها المأمن، وأقراه وليس بجيد، وسيأتي في الهدنة.

وإن الصحيح: أن الإطلاق يفسدها، فلم يبق إلا أحد أمرين: إما أن يقال: إن الأمان يفارق الهدنة في ذلك، وإن الإطلاق لا يفسده، وهو ما يدل عليه الأمان والمنصوص وكلام الأصحاب هنا، ويستثنى ذلك من إطلاق القول بأن حكم الأمان حكم الهدنة حيث لا ضعف وهذا هو الوجه، وإما أن يقال: إن ذلك اختلاف في الترجيح، وهو تعديل في تحقق الخلاف في أن إطلاق الأمان بعده نظر.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ أَمَانٌ يَضُرُّ الْمُسْلِمِينَ كَجَاسُوسٍ**) أي: ومن شرط صحة الأمان ألَّا يتضرر به المسلمون، سواء كان المُؤَمِّن الإمام أو نائبه أو غيرهما كالجاسوس والطليعة ونحوهما، ولا ينعقد أمانه.

قال الإمام: وينبغي ألَّا يستحق تبليغ المأمن؛ لأن دخوله خيانة فحقه أن يغتال، ولو أمن المسلم آحادًا على مدارج الغزاة في المنازل والمناهل وعسر بسببه مسير العسكر، واحتاجوا بسببه إلى نقل الزاد فهو مردود للضرر، انتهى.

ويظهر أن في معنى الجاسوس ونحوه: من دخل إلينا يشتري السلاح والكراع ونحوهما مما ينضوا به علينا، بل يظهر أنه متى تردد واحد من الرعية وارتاب في المستأمَن الداخل ألَّا يجوز له أمانه ولا ينعقد، بخلاف الإمام.

واعلم أنهما أطلقا هنا - تبعًا للإمام - أنه لا يشترط لانعقاد الأمان ظهور مصلحة، بل يكفي عدم المضرة، وقال في كتاب الجزية: أما غير الحجاز فلكل كافر دخوله بالأمان، وإذا استأذن كافر في الدخول لم يؤذن له إلا لحاجة؛ لأنه لا يؤمن أن يتجسس أو يتطلع على عورة، ويتولد من اطلاعه

وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ نَبْذُ الْأَمَانِ إِنْ لَمْ يَخَفْ خِيَانَةً.وَلَا يَدْخُلُ فِي الْأَمَانِ مَالُهُ وَأَهْلُهُ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَكَذَا مَا مَعَه مِنْهُمَا فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِشَرْطٍ.

فساد أو يفتك بمسلم، ويؤذن له إذا كان في دخوله مصلحة للمسلمين كرسالة وعقد ذمة أو هدنة، وإن كان يدخل لتجارة فللإمام أن يأذن له إذا رأى ذلك، ويأخذ من تجارته شيئًا كما سيأتي، وإذا أذن لهذه الأغراض فليكن مكثه بقدر الحاجة، انتهى.

وهذا السياق كالمصرح بأن الأذن في دخول دار الإسلام بالأمان من وظائف الإمام ونحوه دون الآحاد، وسبق من كلام الأصحاب ما يُفهم أن ذلك للآحاد في الآحاد، فإن كان المراد هنا الإذن لغير معين وأن ذلك للإمام خاصة، وإلا فبين الإطلاقين تنافٍ، وعبارة «البيان» وغيره: [والمنع لأهل][1] الحرب من دخول دار الإسلام بغير إذن الإمام لأن في دخولهم ضررًا على المسلمين؛ لأنهم يتجسسون أخبارهم ويطَّلِعون على عوراتهم، وربما اجتمعوا أو غلبوا على شيء من بلادهم، وسبق عن «الشافعي» وغيره مثل هذا، وعبارة الشيخين [وغيرهما] تُفهم عدم اختصاص الإمام بذلك، وينبغي طلب الجمع بين كلامهم، ولم يتحدد لي ذلك، والله أعلم.

قال: (**وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ نَبْذُ الْأَمَانِ إِنْ لَمْ يَخَفْ خِيَانَةً**) إذا انعقد الأمان من الإمام أو غيره عصمه من القتل والسبي، ويضمن المؤتمن بما يضمن به الذمِّي والمعاهد كما سبق، والأمان لازم من جهتنا إلا عند استشعار الخيانة فللإمام نبذه؛ لأن المهادنة تنبذ بذلك بنص القرآن فأمان الآحاد أولى، نعم جائز من جهة الكافر بنبذه متى شاء.

تنبيهات: قال: (**وَلَا يَدْخُلُ فِي الْأَمَانِ مَالُهُ وَأَهْلُهُ بِدَارِ الْحَرْبِ وَكَذَا مَا مَعَه مِنْهُمَا فِي الْأَصَحِّ إِلَّا بِشَرْطٍ**) أي: لقصور اللفظ، واعلم أنه وقع في المسألة خبط، وصحح هنا في «الكتاب» و«الروضة»: المنع، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» هنا رجح منهما المنع إشارة إلى ترجيح الإمام [فنقول: صح في

---

[1] في نسخة: (يُمنع أهل).

……………………………………………………………………

الروضة هنا في المسألة الخامسة ما في المنهاج، ثم قال في المسألة التاسعة: إذا دخل كافر دار الإسلام بأمان] أو ذمة، كان ما معه من المال والأولاد في أمان، فإن شرط [الأمان في] المال والأهل فهو تأكيد.

ثم نقل في آخر الباب في المسألة وجهين بلا ترجيح، [ثم] قال: وفي «البحر» تفصيلٌ حسنٌ حكاه أو بعضه عن «الحاوي» وهو أنه إذا أطلق الأمان يدخل ما يلبسه من الثياب، وما يستعمله في حرفته من آلات، وما ينفقه في يده الأمان؛ للعرف الجاري بذلك، ومَرْكُوبه إن كان لا يستغني عنه، ولا يدخل غير ذلك، انتهى.

وعبارة «الشرحين» في الموضع الأول والثاني «كالروضة» وذكر في «الكبير» [في] الثالث التفصيل، وهو برمته من «الحاوي» قال المَاوَرْدِي: وسواء كان بإذن الإمام أو غيره، وأما إذا بذل له الأمان على نفسه وماله، فإن كان المال حاضرًا معه صح أن يؤمنه عليه الإمام وغيره من المسلمين إن كان غائبًا، فلا يصح الأمان له إلا من الإمام دون الآحاد وكذا حكم ذراريه الحاضرين وَالغُيَّبِ على ما ذكرناه من التفصيل في المال، وحكم ولاة الثغور فيها حكم الإمام في الآفاق، انتهى كلام «الحاوي».

فإن [قيل:](١) فما المذهب مما سبق؟

قلت: أما ثياب بدنه ونفقته وآلة حرفته ونحوها مما تدعو حاجته إليه مدة مقامه المأذون، فلا شك في دخوله في أمانه على نفسه، وأما المخلف عنه بدار الحرب فلا يدخل في مطلق أمانه من أحدٍ، ولا للآحاد أن يؤمنه على ذلك هنالك، وأما الإمام فإن شرط له ذلك [أيضًا](٢) اعتُبِر أمانه فيها، كما صرح له بذلك فيما معه منه، وأما ما دخل معه إلينا فوق حاجته من المال أو أهله وولده، فهذا موضع النزاع عند الإطلاق.

وقضية كلام الشَّافِعِي ﷺ في «الأم» أن أمانه يشمل ما دخل به إلينا من

---

(١) في نسخة: (قلت).

(٢) في نسخة: (نصًا).

....

ماله، قال الربيع هاهنا: ولو دخل ذمّي دار الحرب فخرج بمال من مالهم ليشتري لهم شيئًا ففيها قولان: أحدهما: إنا نغنمه، ووجهه.

والثاني: إنا لا نغنم ما معه من مالهم، كما لو دخل حربي إلينا بأمان ومعه مال نفسه ومال لغيره من أهل الحرب لم يتعرض له في ماله لما تقدم له من الأمان، ولا في المال الذي معه لغيره مثل هذا سواء، وكان آخر القولين أشبه إن شاء الله تعالى.

وهذا ما جعله الرَّافِعِيُّ والمصنف المشهور، وهو قضية كلامهما في المسألة التاسعة فإذن المذهب دخول المال والأهل الذين معه بلا شرط، وكذا نسبناه إلى الجمهور، وإن المَاوَرْدِي فصل فقال: إن قال: لك الأمان، ثبت الأمان في ذريته وماله، وإن قال: لك الأمان في نفسك، لم يثبت في المال.

قالا: وأطلق الجمهور معنى دخولهم في أمانه المطلق من غير تفصيل، ثم ذكرا مسألة الذمي السابقة عن رواية الربيع، وجعلا المشهور وما رجحه من أن المال يكون آمنًا مع الذمي، وفيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى.

وبالجملة فكون أمان الحربي أمان لماله الذي هو معه هو المذهب، فظاهر نصوصه في «سير الواقدي» وغيرها من «الأم» في مواضع، وعليه جرى العراقيون.

وقال المَاوَرْدِي في الفروع المنثورة قبيل كتاب الجزية: ولو دخل ذمي دار الحرب فدفع أهلها إليه مالًا ليشترى لهم به متاعًا كان أمانه فاسد، بخلاف ما لو دفعوه إلى مسلم، فإن علم مالكه الحربي فساد أمانه - يعني أمان الذمي - كان المال مغنومًا، وإلا كان محروسًا عليه حتى يصل إليه، وخرَّج الربيع استئمان الذمي المال على قولين، وهو خطأ منه، وحمله على هذا التفصيل أصح، انتهى، وما قاله حسن بالغ.

وقال الغَزَالِي: حكى الربيع قولين:

أحدهما: يكون الأمان كذلك كما لو دفعه إلى مسلم، والثاني: لا يكون

فَصْلٌ

وَالْمُسْلِمُ بِدَارِ الْحَرْبِ إِنْ أَمْكَنَهُ إِظْهَارُ دِينِهِ اُسْتُحِبَّ لَهُ الْهِجْرَةُ، وَإِلَّا وَجَبَتْ إِنْ أَطَاقَهَا، ....

له أمان؛ لأن أمان الذمي لا يصح، قال أصحابنا: هذا القول من كيس الربيع⁽¹⁾ فيجب رده إلى دار الحرب قولًا واحدًا؛ لأن الذمي وإن لم يصح أمانه إلا أن الحربي قد اعتقد صحة الأمان لماله فوجب رده، كما لو دخل [دار الحرب]⁽²⁾ بأمان صبي، انتهى.

فصل

قال: (**وَالْمُسْلِمُ بِدَارِ الْحَرْبِ إِنْ أَمْكَنَهُ إِظْهَارُ دِينِهِ**) أي: لقوة وغيره ولم يخف فتنة (**اسْتُحِبَّ لَهُ الْهِجْرَةُ**) أي: لأنه [لا] يأمن الميل إليهم، وفي مقامه تكثير لسوادهم.

وقال المَاوَرْدِي هنا: ويكره له الإقامة، وإنما لم تجب الهجرة لقدرته على إظهار دينه، وقيل: تحرم الإقامة ذكره الإمام؛ لأن المسلم بينهم مقهور مهان، وإن كفوا عنه لعارض لم يؤمن عودهم إليه، ويقوى عندي هذا إذا كان له أطفال وذرية ضعفاء؛ إذ قد يفاجئه الموت أو يغتال فيفتنوا عن دينهم بعده، وفصل المَاوَرْدِي تفصيلًا حسنًا سيأتي بيانه.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يمكنه إظهار دينه (**وَجَبَتْ**) أي: الهجرة إلى دار الإسلام (**إِنْ أَطَاقَهَا**) أي: ويحرم عليه الإقامة بينهم؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ تَتَوَفَّىٰهُمُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ ظَالِمِىٓ أَنفُسِهِمْ﴾ [النحل: ٢٨] وفي كتاب النسائي و«صحيح» ابن حبان مرفوعًا: «**لَا تَنْقَطِعُ الْهِجْرَةُ مَا قُوتِلَ الْكُفَّارُ**»⁽³⁾ وما في «الصحيحين»: «**لَا**

---

(1) كِيس الربيع: هو: ما ليس منصوصًا للشافعي، بل الربيع خرجه من عند نفسه. المجموع (٢/ ٩٧).

(2) في نسخة: (الحربي).

(3) أخرجه أحمد (٥/ ٢٧٠، رقم ٢٢٣٧٨)، والنسائي (٧/ ١٤٦، رقم ٤١٧٢) والطبراني في الأوسط (١/ ٢٨، رقم ٦٨) وفي الشاميين (١/ ٤٤٦، رقم ٧٨٧)، وابن حبان (١١/ ٢٠٧، رقم ٤٨٦٦)، والحارث كما في بغية الباحث (٢/ ٦٩٥، رقم ٦٨٠)، وابن قانع (٢/ ٧٥)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٢/ ١١٨، رقم ٨٢٠).

……

هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ وَلَكِنْ جِهَادٌ وَنِيَّةٌ»[١] ففي معناه قولان:

قيل: لا هجرة بعد الفتح كاملة الفضل كالتي قبله كما في الاتفاق، وقيل: لا هجرة من مكة إذا صارت دار إسلام، وإن لم يقدر على الهجرة عزر لعجزه، وقد عذر الله المستضعفين العاجزين.

وفصَّل المَاوَرْدِي في أول هذا الباب فقال: إن كان يرجو ظهور الإسلام هناك بمقامه فالأفضل أن [يقيم][٢] وإن كان يرجو نصرة المسلمين لهجرته فالأولى أن يهاجر، وإن استوت أحواله في المقام والهجرة يخير بينهما، وإن قدر على الامتناع في دار الحرب والاعتزال وجب عليه المقام بها؛ لأن موضعه دار الإسلام، ولو هاجر لصارت دار حرب فيحرم ذلك، ثم إن قدر على قتالهم ودعائهم إلى الإسلام لزمه بما استطاع من جدال أو قتال وإلا فلا، وإن لم يقدر على الامتناع وأمكنته الهجرة وجبت وعصى بإقامته، إلا أن يضعف عن الهجرة فتسقط عنه لعجزه، فيجوز أن يدفع عن نفسه بإظهار بقاءه لضرورة، انتهى.

تفصيله حسن إلا [قوله]: يخير بينهما عند استواء أحواله؛ فإن الظاهر أن الهجرة أفضل، ولا سيما لدى الذرية [والمحرم][٣] [لما][٤] أشرنا إليه، بل في جواز الإقامة له عند إمكان الهجرة نظر ظاهر.

فرع: قال صاحب «المعتمد» في اتفاق مسائل المذهب المجرَّد عن الشَّافِعِي ﷺ متصلًا بكلامه عن وجوب الهجرة عن من أسلم بدار الحرب: وكذا كل من أظهر حقًّا ببلدة ولم يقبل منه، ولم يقدر على إظهاره؛ أي: فيلزمه

---

(١) حديث عائشة: أخرجه مسلم (٣/ ١٤٨٨، رقم ١٨٦٤)، وابن أبي شيبة (٧/ ٤٠٨، رقم ٣٦٩٣٢).

حديث صفوان: أخرجه أحمد (٣/ ٤٠١، رقم ١٥٣٤١)، والنسائي (٧/ ١٤٥، رقم ٤١٦٩).
حديث ابن عباس: أخرجه أحمد (١/ ٢٢٦، رقم ١٩٩١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٤٠٧، رقم ٣٦٩٣٠)، والترمذي (٤/ ١٤٨، رقم ١٥٩٠) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٤٦، رقم ٤١٧٠) والبخاري (٣/ ١٠٢٥، رقم ٢٦٣١)، وأبو داود (٣/ ٣، رقم ٢٤٨٠).

(٢) في نسخة: (يقيموا).

(٣) في نسخة: (الحرم).

(٤) في نسخة: (مما).

وَلَوْ قَدَرَ أَسِيرٌ عَلَى هَرَبٍ لَزِمَهُ، وَلَوْ أَطْلَقُوهُ بِلَا شَرْطٍ فَلَهُ اغْتِيَالُهُمْ، ....

الهجرة منه، وهذا فرع عزيز في كلام الأصحاب، وقد توجه بأن المقام على مشاهدة المنكر مع القدرة على الابتعاد عنه معصية؛ ولأنه قد يبعث [على][1] الرضا بذلك فوجب الإبعاد عنه، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَىٰ مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ [الأنعام:٦٨] وقد علل الجرجاني وجوب الهجرة على من أسلم بدار الحرب بأشياء: منها: إنه لا يتمكن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قال: (**وَلَوْ قَدَرَ أَسِيرٌ عَلَى هَرَبٍ لَزِمَهُ**) أي: سواء كان في قيد أو حبس أو أطلق بشرط المقام عندهم، أو بعد تحليفه على عدم مفارقتهم؛ سواء أمكنه إظهار دينه غير خائف منهم أم لا؛ تخليصًا لنفسه من رق الأسر، وما عساه يتولد منه من المفاسد.

قال في «البسيط»: ومنهم من قال: إذا لم يخف وأمكنه إقامة شعار الشريعة جاز له المقام وهو بعيد، وما قاله ظاهر ومع بقاء استرقاقه، أما لو أعتقوه فقد يُقال: إنه كمن أسلم بدار الحرب، وقد يفرق بينهما ـ وهو الأشبه ـ لسلطنة الولاء والإذلال بالاسترقاق السابق، نعم لو كان معتقدهم أن أسيرهم لا يرق إلا باسترقاقه ولم يسترقوه بل منوا عليه من غير إجراء حكم الرق عليه فهذا يشبه من أسلم بدارهم، فلو أسلم رقيق حربي هل يكون كالأسير في وجوب الهجرة عليه لما يخشى من حمله على الكفر، وإرقاق ولده، وغير ذلك من المحن؟ أو يكون كالحربي الحر مسلم؟ فيه احتمال.

إشارة: عبارة «الروضة» و«أصلها»: الأسير المقهور متى قدر على الهرب لزمه، وحذفا من «المحرر» و«المنهاج» لفظ المقهور، وهو الأجود؛ لئلا يتوهم أن ذلك قيد في الوجوب حتى [يلزم][2] غير المقهور الهرب.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقُوهُ بِلَا شَرْطٍ فَلَهُ اغْتِيَالُهُمْ**) أي: قتلًا وسبيًا ومالًا؛ لأنه لم يأمنهم ولا استأمنوه.

---

(١) في الأصل: (عن).

(٢) في نسخة: (لا يلزم).

أَوْ عَلَى أَنَّهُمْ فِي أَمَانِهِ حَرُمَ، فَإِنْ تَبِعَهُ قَوْمٌ فَلْيَدْفَعْهُمْ وَلَوْ بِقَتْلِهِمْ، ....

قال: (**أَوْ عَلَى أَنَّهُمْ فِي أَمَانِهِ حَرُمَ**) أي: اغتيالهم وخيانتهم؛ عملًا بما ألزمه ووفاءً بالعهد، وكذا لو أطلقوه على أنه في أمان بينهم، ولم يستأمنوه على المذهب الصحيح في «الأم» وغيره، وقيل: له اغتيالهم لأنهم لم يستأمنوه، وكان الأحسن أن [يرد][1] المصنف هذه الصورة ليفهم منها التي ذكرها.

قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: إذا أمّنوه لزم أن يكونوا منه آمنين وإن لم يقل ذلك، إلا أن يقولوا: قد أمناك ولا أمان لنا عليك؛ لأنا لا نطلب منك أمانًا، فإذا قالوا هذا هكذا كان القول فيه، كما لو أطلقوه بلا أمان ولا استئمان، فيحل له اغتيالهم والذهاب بأموالهم وإفسادها، وعلى ذلك جرى البَغَوِي وغيره، وقضيته: انعقاد الأمان من جانب فقط، وسبق عن الإمام والمَاوَرْدِي امتناعه، وسكت الرَّافِعِي على قول الإمام: إن الأمان لا يثبت في أحد [الطرفين][2] دون الثاني، وقد يفرق بين مسألتنا وما تقدم فتأمله.

قال: (**فَإِنْ تَبِعَهُ قَوْمٌ فَلْيَدْفَعْهُمْ وَلَوْ بِقَتْلِهِمْ**) هذا الكلام فيما إذا أطلقوه على أنهم في أمانٍ منه أو بالعكس كما بيناه، وقوله: فليدفعهم، عبر به عن قول «المحرر» فله قصدهم وقتلهم في الدفع، زاد في الشرح: بكل حال، وعبارة «الوجيز» في هذه الحالة: ولو اتبعه [قوم][3] فله دفعهم وقتلهم دون غيرهم، قال الرَّافِعِي ﷺ: أي قتلهم دفعًا دون غيرهم، ولا يتعرض إلى من لا يقصده للأمان، انتهى.

وظاهر كلامه بقاء الأمان، وإنما يجوز دفعهم لصولهم، ثم نقل ذلك إلى «المحرر» ولكن ما حمل عليه كلام «الوجيز» يأباه قوله في «البسيط» وحيث يمتنع الاغتيال فخرجوا ليردوه فله دفعهم وقتلهم واغتيالهم، ولا يتعرض لغير من اتبعه، ومثله قول الإمام: فإذا جرى أمان منعناه من اغتيالهم، وأوجبنا عليه أن يهرب، ولو هرب وتبعه أقوام ليردوه فله أن يقاتلهم ويغتالهم ولا يتعرض

---

(١) في نسخة: (يذكر).

(٢) في الأصل: (الطريقين).

(٣) في الأصل: (قول).

....

لغير من اتبعه، وهو كالمصرح باغتيال متبعيه من غير اقتصار على الدفع فقط، فإن ثبت عن أحد من الأئمة أنه إنما يقاتلهم دفعًا كما يدفع الصائل فذاك، [ولا يتوقف فيه](١)، وقد يقال: إن الأمان إنما يبقى لهم عليه، ومع عدم طلب رده إليه قهرًا، أو أنه بخروجه انقضى أمانه لهم، وقد صرح في «الشامل» المقصود حيث قال: فإن أخذ في الخروج فأدركوه ومنعوه قاتلهم وبطل الأمان؛ لأنهم طلبوا منه المقام وهو معصية، وسيأتي في الهدنة أن ابن الرِّفْعَة نقل ذلك عن العراقيين والمراوزة؛ لأنهم بطلبه ناقضين للعهد معه، انتهى.

وفي «الحاوي»: ولو استرقوه بعد أمانهم كان نقضًا لأمانهم واستئمانهم، انتهى.

وطلب قهره على العود وإلزامه به، نوع استرقاق. وذكر صاحب «المعتمد» فيمن أسلم بدارهم أنه إذا لم يقدر على إظهار دينه أنه يلزمه الهجرة، ثم قال: فإن عقدوا له الأمان وأطلقوه فارق دارهم ولم يتعرض لمالهم وأنفسهم، وإن استرقوه فله أخذه، واسترقاق ذراريهم وقتل رجالهم، انتهى.

وسكت عن بيان حال الأسير في ذلك، والظاهر أن حكمهما واحد عنده [فإنه ذكر بعد هذا] ما يدل عليه، وقال إبراهيم المروزي في الأسير: وفي الموضع الذي منعناه من اغتيالهم لو تبعوه ليردوه له أن يقاتلهم ويغتالهم وأموالهم ولا يتعرض لغير الذين اتبعوه؛ لأنهم لم ينقضوا الأمان، انتهى.

إن المستبعين نقضوا الأمان.

وقال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: إذا أسروه فخلوا سبيله وأمَّنوه فأمانهم إياه أمانًا لهم منه فليس له أن يغتالهم ولا يخونهم، فلو هرب فأدركوه ليؤخذ فله أن يدفع عن نفسه وقتل الذي أدركه؛ لأن طلبه يؤخذ أخذًا من الطالب غير الأمان فيقتله إن شاء ويأخذ ماله ما لم يرجع عن طلبه، هذا لفظه بحروفه.

وقد يتمسك به للرافعي، وقد يخرج في بطلان الأمان وانقضائه بذلك

---

(١) في نسخة: (وإلا فيتوقف فيه).

أَوْ شَرَطُوا أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ لَمْ يَجُزْ الْوَفَاءُ.

وَلَوْ عَاقَدَ الْإِمَامُ عِلْجًا يَدُلُّ عَلَى قَلْعَةٍ وَلَهُ مِنْهَا جَارِيَةٌ جَازَ ....

خلاف والظاهر البطلان، ويحتمل أن يكون موقوفًا إن أصر الطالب على طلب رده وقاتله عليه بطل، وإن رجع عنه ولم يقاتله دان أمانه وفي النص ما قد يفهم، والله أعلم.

قال: (**أَوْ شَرَطُوا أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ لَمْ يَجُزْ الْوَفَاءُ**) أي: بل عليه الخروج منها عند المكنة لإقامة دينه؛ فإن حلفوه كرهًا أو وهو في حبس أو قيد كما قاله القاضيان الحسين والمَاوَرْدِي لم يحنث، ولو ابتدأهم باليمين على عدم الهرب وهو في القيد أو الحبس فأصح الوجهين أنها ليست بيمين مكره، ولعل هذا كله في حلفه بالله تعالى فإن كان بالطلاق فالظاهر الوقوع في غير صورة الإكراه على الحلف.

وقد أشار إليه في «البسيط» وقد صرح به في «النهاية» وجزم البَغَوِي في كتابته بأنهم إذا قالوا: لا نطلقك حتى تحلف أنك لا تخرج إلى دار الإسلام فحلف وأطلقوه وخرج لم يحنث، ولم يقيده بحالة حبس ولا غيرها، وشبهه بما إذا أخذ اللصوص رجلًا وحلفوه كما سبق في كتاب الطلاق، وقال: إنه لا يحنث ولا يقع الطلاق عند تحليفه به، وفيه ما قد أسلفناه هناك وأوضحناه في «الغنية».

قال: (**وَلَوْ عَاقَدَ الْإِمَامُ عِلْجًا يَدُلُّ عَلَى قَلْعَةٍ**) أي: مسماة معينة خفي طريقها أو ليدلهم إلى طريق إليها خالٍ من الكفار أو سهل أو كثير الماء والكلأ.

(**وَلَهُ مِنْهَا جَارِيَةٌ جَازَ**) أي: معينة كإسناد مبهمة، وفي المبهمة وجه - حرةً كانت أو أمة - لأن الحرة ترق بالأسر كان الشارط ابتداء العِلْج(١) أو ابتداء الإمام بذلك، وسواء بعدت القلعة أم لا حتى لو كان الأمير نازلًا تحت قلعة لا يعرفها فقال: من دلني على قلعة كذا فله منها جارية، فقال عِلْج: هي هذه، استحق الجارية على المذهب، قاله ابْنُ كَجٍّ وأقرّاه.

---

(١) العِلْج: الرجل الشديد الغليظ.

فَإِنْ فُتِحَتْ بِدَلَالَتِهِ أُعْطِيَهَا، ....

قال الأصحاب: وهذه جعالة بجعل مجهول غير مملوك ولا مقدور على تسليمه جُوزت للحاجة.

وروى البيهقي بإسنادٍ على شرط الصحيح عن عدي بن حاتم أنه ﷺ قال: **«مثلت لي الحيرة كأنياب الكلاب وأنكم ستفتحونها، فقام رجل فقال: يا رسول الله هب لي ابنة بقيلة، فقال: هي لك فأعطوه إياها»**⁽١⁾ الحديث.

ولو قال مسلم: أدلك عليها على أن تعطيني منها فلانة أو جارية أو ثلث ما فيها فوجهان:

أحدهما: لا يجوز، وصححه القاضي الحسين والإمام والغَزَالِي وبه جزم إبراهيم المروزي والبَغَوِي في «تعليقهما» والجويني، قالوا: لأنه يلزمه أن يدله على ذلك فلا يستحق عوضًا، هذا هو المفهوم من كلام الكتاب، فإن العلج - كما قال الرَّافِعِي وغيره - اسم للكافر الغليظ الشديد، ويطلق على المسلم الغليظ الشديد.

والثاني: قاله أبو إسحاق يجوز، وبه أجاب العراقيون، وظاهر كلام الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» موافقتهم كأنه لم يذكر ترجيح الإمام، وما رآه من تخصيص الوجهين بما إذا جوزنا استئجار المسلم على الجهاد، وإلا لم تصح هذه المعاملة مع المسلم، ولا يستحق أجرة المثل كما لا يستحق المسمى بل لضرب عنه، وهو بناء ضعيف، والأصح المختار الجواز كشرط النفل للبدء أو الرجعة وكجعل السلب للقاتل.

قال: (**فَإِنْ فُتِحَتْ بِدَلَالَتِهِ أُعْطِيَهَا**) أي: وإن لم يجد سواها على الأصح، ولا حق فيها لغيره؛ لأنه استحقها بالشرط، وموضع الوجهين حيث لا يمكننا تملك القلعة وإدامة اليد عليها لإحاطة بلادهم بها، فإن أمكن وجب الوفاء قطعًا، وإشارة إطلاقه تفهم أنه يعطى شيء فتحت بدلالته في تلك المرة أو غيرها.

---

(١) أخرجه الطبراني (١٧/ ٨١، رقم ١٨٣)، قال الهيثمي (٦/ ٢١٢): رجاله رجال الصحيح. وابن حبان (١٥/ ٦٥، رقم ٦٦٧٤)، والبيهقي (٩/ ١٣٦، رقم ١٨١٦٢).

أَوْ بِغَيْرِهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ تُفْتَحْ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُعَلِّقِ الْجُعْلَ بِالْفَتْحِ فَلَهُ أُجْرَةُ مِثْلٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْعَقْدِ فَلَا شَيْءَ، أَوْ بَعْدَ الظَّفَرِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَجَبَ بَدَلٌ، ....

وفي الثانية وجهان أرسلهما المَاوَرْدِي وغيره، وقال الإمام: إن كان عودنا إليها مسندًا لدلالته الأولى، ولولاها لما عدنا فيظهر تسليمها إليه، وإن اتفق ذلك، لكن تبارمنا طلب قلعة غيرها باتصال الفتح بالدلالة [ويتجه] ولا يبعد ترتيب بعض الأحوال فيها، على بعض ولا يخلو كل منهما عن الخلاف، انتهى.

وقال في «الروضة»: ولو تركناها ثم عدنا ففتحناها، بدلالته فله الجارية على الصحيح، وإن فتحناها بطريق آخر فلا شيء له على الصحيح.

قال: (**أَوْ بِغَيْرِهَا فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) مثبتًا الخلاف أن الاستحقاق ثبت بنفس الدلالة أو بالفتح بدلالته.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تُفْتَحْ فَلَا شَيْءَ لَهُ**) أي: لأنه للشرط جازمة منها صارت جعالته معلقة بشرطين: الدلالة والفتح، ولم يفتح.

(**وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يُعَلِّقِ الْجُعْلَ بِالْفَتْحِ فَلَهُ أُجْرَةُ مِثْلٍ**) أي: لوجود الدلالة، وقيل: يرضخ له، والحالة هذه لأجل تعينه، وعبارة «الحاوي»: يستحب أن يرضخ له، وقيل: إن كان القتال ممكنًا أو الفتح متوقعًا توقعًا قريبًا استحق، وإن لم يتوقع إلا باحتمال نادر فلا؛ لأن دلالته لم تنفع، والأصح المنع مطلقًا؛ لأن تسليمها لا يمكن إلا بالفتح حقيقة، وإن لم يذكر العطاء ولو علق الجعل بالفتح فلا شيء له بلا خلاف.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ**) أي: المعينة أو غيرها عند الإبهام.

(**أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الْعَقْدِ فَلَا شَيْءَ**) في الحالين وخطأ ظنه في الأولى.

قال: (**أَوْ بَعْدَ الظَّفَرِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ**) أي: إليه.

(**وَجَبَ بَدَلٌ**) أي: لأنها حصلت في يد الإمام، وكان التلف من ضمانه، وقيل: لا يجب لأنها ليست على حقائق الأعواض وإنما جري عند نفي به عند الإمكان، وقال الإمام: ينبغي أن يحصن التردد بما إذا ماتت في يد الإمام،

أَوْ قَبْلَ ظَفَرٍ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ، ....

قبل التمكن من التسليم، أما لو ماتت بعد الإمكان فيظهر وجوب البدل.

قلت: وقد يتخيل العكس من قوله: فإن لم يكن بها جارية فلا شيء له، أنه لو كانت جارية من أهلها خارجها فأسرناها أنه لا يعطاها.

وقال المَاوَرْدِي: لو لم يكن فيها جارية ووجدت في غيرها فإن كانت من أهلها فهي كما لو كانت فيها وإلا فلا شيء له، وفي «تعليق» القاضي الحسين أنه يرضخ له.

قال الدارمي: قيل بقي لغرم، ويحتمل، وكأن المراد بقوله: بقي لغرم، وأحسب صوابه لغا، وصححه ناقل وأبدى فيه احتمالًا لنفسه.

قال: (**أَوْ قَبْلَ ظَفَرٍ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) لعدم القدرة عليها، فأشبه ما لو لم يتمكن، والثاني: نعم؛ لأن العقد تعلق بها وهي حاصلة ثم تعذر التسليم فصار كقوله: من رد عبدي فله هذه الأمة، وقد ماتت فلزمه بدلها، وقيل: لا شيء له قطعًا ويجئ في الحالتين ثلاثة أقوال:

الأظهر: الفرق بين موتها قبل الظفر وبعده، وقال المَاوَرْدِي: الأولى عندي من إطلاق هذين القولين أنها إن ماتت بعد القدرة على تسليمها استحق قيمتها، وإن كان قبل القدرة على تسليمها فلا قيمة له، ويجوز أن يكون إطلاق الشَّافِعِي ﷺ محمولًا على هذا التفصيل، انتهى.

تنبيه: بنى الإمام البدل الواجب على المعينة على القولين في الصداق، وقضيته إلينا ترجيح وجوب أجرة المثل هنا، لكن الموجود هنا لعامة الأصحاب وجوب قيمتها.

قال الرَّافِعِي: ولا ينعقد الفرق على من يجادله ثم يحل البدل، قال: المصالح أو أصل الغنيمة فيه الخلاف المذكور في الرضخ، أما إذا أبهمت الجارية فمات من فيها منهن وأوجبنا البدل، قال الرَّافِعِي: فيجوز أن يقال: الرجوع إلى أجرة المثل لا محالة لتعذر تقويم المجهول ويجوز أن يبنى ذلك على حالة عدم الموت، ويسلم إليه قيمة من تسلم إليه عند عدم الموت.

وَإِنْ أَسْلَمَتْ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ بَدَلٍ، وَهُوَ أُجْرَةُ مِثْلٍ، وَقِيلَ قِيمَتُهَا].

قال: (**وَإِنْ أَسْلَمَتْ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ بَدَلٍ**) إذا أسلمت المعينة الحرة قبل الظفر امتنع استرقاقها [على المشهور] كغيرها ممن أسلم، وفي قول: تسلم إليه؛ لأنه استحقها قبل الإسلام وإن أسلمت بعد الظفر، أو كانت أمة وكان الدليل مسلمًا وجوزنا ذلك معه أو كافرًا أو أسلم سلمت إليه، وإلا بني على شراء العبد المسلم إن جوزناه سلمت إليه، ثم أمر بإزالة ملكه عنها وإلا لم تسلم إليه.

وفي بدلها طريقان، قيل: فيه الخلاف في موتها، وقيل: يجب قطعًا والفرق تعذر التسليم بالموت حسًا، وهنا ممكن حسًا، وهو مطالب به، ولكن الإسلام حال بينهما فوجب البدل للحيلولة، وهذا الفقه يقتضي أن يكون الواجب هاهنا القيمة لا محالة لا أجرة المثل، والظاهر في صورة الإسلام وجوب البدل، وهو فيما إذا أسلمت بعد الظفر أظهر منه فيما إذا أسلمت قبله، هذا حاصل كلام الرَّافِعِي.

وفي «المعتمد»: أنه إذا كان مشركًا يباع، ويدفع إليه الثمن أو يعطى قيمتها ولم يذكر بناءً، والقول بأنها تسلم إليه على قول صحة الشراء ينبغي حمله على تسليم حكمي لا صوري، كما قالوه في شراءها، وعبارة المَاوَرْدِي عن ذلك هنا: فإن كان كافرًا منع منها حتى يبيعها أو يعتقها أو يسلم فيستحقها، فإن لم يفعل أحد هذه الثلاثة بيعت عليه جبرًا ودفع إليه ثمنها.

قال: وإن قلنا البيع باطل لم يستحقها ودفع إليه قيمتها، فإن أسلم من بعد لم يستحقها؛ لانتقال حقه منها إلى قيمتها، قال: وهو يعني البدل.

(**وَهُوَ أُجْرَةُ مِثْلٍ، وَقِيلَ قِيمَتُهَا**) عبارة «المحرر»: فيه قولان كما في الصداق، ولذلك أوضح المصنف بالترجيح المذكور، لكن الذي في «الشرحين» و«التهذيب» و«الروضة»: إن الموجود لعامة الأصحاب وجوب قيمة الجارية كما سبق.

قال الرَّافِعِي ﷺ: ولا يبعد الفرق على من يحاوله، وقد نص الشَّافِعِي

ﷺ في سِيَر الواقدي من «الأم» على القيمة ولفظه، وإن كانت قد أسلمت قبل أن يظفر بها أُعطي قيمتها، وإن ماتت عوض عنها بالقيمة، ولا تبين لي في الموت كما تبين إذا أسلمت، انتهى.

تنبيهات:

الأول: على الشيخ مناقشات، منها: الترجيح، وقد علمت حالة، ومنها: نقل الخلاف وجهين وهو قولان، ومنها: أن كلام «المحرر» إنما اقتضى ما ذكره فيما إذا ماتت وسكت عنه فيما إذا أسلمت، وهذا قريب.

الثاني: جميع ما سبق فيما إذا فُتحت عنوة، فإن فتحت صلحًا وكانت الجارية المشروطة جارحة من الأمان سلمت إليه بشرطه، وإلا أخبر صاحب القلعة بشرطنا مع الدال، ويقال له: إن سلمتها إليه غرمنا لك قيمتها وأمضينا الصلح، فإن أجاب فذاك، وإن لم يرض راجعنا [الصلح](١) فإن رضي بقيمتها أو بجارية أخرى فذاك، وإلا قلنا لصاحب القلعة: إذا لم يسلمها بفسخ الصلح ويمتد إليك عهدك ويرده إلى القلعة ويستأنف قتاله، هذا ظاهر المذهب.

والمنصوص في «الأم» وعن أبي إسحاق: أن الصلح في الجارية المشروطة للعلج فاسد؛ لأنها مستحقة له، وزيفه المَاوَرْدِي بأنه لو عفا أمضينا الصلح ولو فسد لم يصح إلا بعقد جديد، ثم ما ذكرناه من العرض على صاحب القلعة أولًا هو المشهور المنصوص في «الأم» وفي «الحاوي» و«النهاية» وغيرها: أنا نبدأ بالعرض على الدليل، فإن امتنع عرضنا الأمر على صاحب القلعة، ويشبه ألا يكون ذلك خلافًا ويبدأ الأمير بالعرض على أيهما شاء وفيه احتمال، وإذا ردوا إلى القلعة عند الإباء ثم فتحناها عنوة استحق الدليل الجارية، وإن لم نفتحها ففي الغرم قولان، وعلى قول أبي إسحاق: لا شيء له.

خاتمة: قال الدارمي في آخر المسألة: وإن قال ذلك رجلان في شيء قيل: باطل، وقيل: يصح للدال منهما أو بهما إن اشتركا، وقيل: للبادئ أو

---

(١) في نسخة: (العلج).

……………………………………………………………

لهما إن اشتركا في الأخذ والعمل، فإن جعل لكل واحدٍ غير ما جعل لغيره صح، فإن دلَّ أحدهما فله جعله، وإن دل جماعة فلكل واحدٍ منهم بقسطه على عددهم، وعلى هذا إن لم يوجد فيها إلا ما جعل وفّى، وإن لم يوجد شيء قيل: نفي ويحتمل، انتهى لفظه ـ كَثَلله تعالى ـ وهو محتاج إلى شرح وتبسيط. وبالله التوفيق.

إشارة: أهمل المصنف مسألة عظيمة وهي: ما إذا حضرنا بلدة أو قلعة فنزل على حكم واحد منا أو أكثروا، وقد أوضحاها في «الروضة» و«أصلها» ولو حاصرنا قلعة فصالح زعيمها على أمان مائة شخص منهم صح للحاجة، ويعين الزعيم مائة فإن عد مائة، وأغفل نفسه جاز قتله، وفي ذلك أثر مشهور، وبالله استعين وأسأله التوفيق.

قال المصنف: [**صُورَةُ عَقْدِهَا: أُقِرُّكُمْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ أَذِنْتُ فِي إِقَامَتِكُمْ بِهَا عَلَى أَنْ تَبْذُلُوا جِزْيَةً وَتَنْقَادُوا لِحُكْمِ الْإِسْلَامِ**، ....

أُخذت من المجازاة لكفنا عنهم، وقيل: من القضاء، قال الله: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَّا تَجْزِي نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْئًا وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا شَفَاعَةٌ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا عَدْلٌ وَلَا هُمْ يُنصَرُونَ ﴿٤٨﴾﴾ [البقرة: ٤٨] أي: لا تقضي، والأصل: الكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] والمراد بالإعطاء: الالتزام والقبول دون الأداء، وأخذ ﷺ من مجوس هَجَر كما رواه البخاري، ومن نصارى نجران كما رواه أبو داود، ومن أهل أَيْلَةَ، لكن قال البيهقي: منقطع.

والإجماع منعقد على ذلك في الجملة؛ ولأن في أحدهما إهانة لهم ومعونة لنا، وربما حملهم ذلك على الإسلام، وليست الجزية مأخوذة على مقاتلة الكفر ولا التقرير عليه، واختلفوا فيما يقابلهما، فقيل: سكنى الدار، وقيل: ترك قتالهم في دارنا سنة، وقيل: حقن الدم، وقال الإمام: الوجه أن نجمع مقاصدهم ونجعلها في مقابلة الجزية، وهي: التقرير وحقن الدماء والأموال والنساء والذرية والذب عنهم، وجعل الغَزَالِي هذه الأمور في مقابلة بذل الجزية والاستسلام لأحكامنا.

قال الشارح: [قال: (**صُورَةُ عَقْدِهَا: أُقِرُّكُمْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ، أَوْ أَذِنْتُ فِي إِقَامَتِكُمْ بِهَا عَلَى أَنْ تَبْذُلُوا جِزْيَةً وَتَنْقَادُوا لِحُكْمِ الْإِسْلَامِ**) أي: فيما سوى العبادات، ولا ميزة ليهود خيبر على غيرهم وما أظهروه من كتاب زور ومفتعل، ويقول المخاطَب: قبلت أو رضيت بذلك كما سيأتي.

واعتبروا ذلك لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] أي: يلزموا بها ﴿عَن يَدٍ﴾؛ أي: قوة وبطشٍ أو عن منة لكم عليهم ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ ذِكْرِ قَدْرِهَا، لَا كَفُّ اللِّسَانِ عَنِ اللهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ - ﷺ - وَدِينِهِ.

[التوبة: ٢٩] أي: بالتزام أحكام الإسلام كما قاله الشَّافِعِي ﷺ وحكاه عن جماعة؛ لأن الحكم على الشخص بما لا يعتقد غاية الصغار، وقيل: أذلاء مقهورين، وقيل: غير هذا كما سيأتي، وأيضًا الجزية مع الانقياد عوض عن التقرير فيجب التعذير له، كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة.

إشارات: أطبقوا على أنه لا بدَّ من هذين الشرطين الجزية والانقياد بحكم الإسلام، قال القاضي الحسين: وفيه إشكال؛ لأن جريان الأحكام من مقتضيات العقد والتصريح بمقتضاه لا يشترط في صحته كما لا يشترط في صحته ألَّا يقاتلونا وإن كان من جملة الشرائط، فلو قتل يكتفي بمطلق العقد لم يتغيروا فثم هذا وجهًا وهو شاذ مذهبًا وإن كان متجهًا.

وقال الإمام: إنه قياس المراوزة فيجب ألا يشترط ولا يجب التعرض له؛ لأن استسلامهم من حكم الذمة فلا حاجة إلى ذكرها، واعتباره بمثابة اشتراط ذكر الملك في البيع، ووقع في «البسيط» وتبعه في «الذخائر» نسبته إلى العراقيين وهو سهوٌ قطعًا، نعم إذا قلنا: إلا جزية على الفقير فطلب عقد الذمة، قال العِمْرَانِي: إني عقدت على شرط إجراء أحكام الإسلام، قال: وإنما يتضح عقد الذمة بشرطين: أحدهما: أن يجعل عليهم جزية في كل حولٍ، والثاني: أن يلتزموا أحكام المسلمين في حقوق الآدميين، انتهى.

ولتقييده هذا سر يعرف مما بيناه في الحدود وغيرها، وبه تبين أن فيما قاله من التقييد نظر، ولو قال الكتابي ونحوه: أقرني بكذا فأجابه؛ تم العقد.

قال: **(وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ ذِكْرِ قَدْرِهَا)** أي: كالأجرة ونحوها، والثاني: لا، ويجب بالإطلاق الأقل كما سيأتي.

قال: **(لَا كَفُّ اللِّسَانِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ - ﷺ - وَدِينِهِ)** خلافًا لأبي إسحاق فإنه اشترط التصريح في العقد بكف اللسان عن الله تعالى وكتابه ورسوله، وفي «إشراق» الهروي: أن أبا إسحاق طرد مذهبه على اشتراط عدم الزنا بمسلمة وإصابتها باسم نكاح، وإفتان المسلمين عن دينهم، وقطع الطريق

وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مُؤَقَّتًا عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

عليهم، والدلالة على عوراتهم، انتهى.

والذي ذكره الدارمي وغيره: أن الإمام يشترط عليهم هذه الأمور، لا أنه يشترط في صحة العقد التعرض لاجتنابها، وسيأتي ما يوجب التوقف في الحكاية عن أبي إسحاق.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مُؤَقَّتًا عَلَى الْمَذْهَبِ**) لأنه عقد يحقن به الدم فلا يجوز مؤقتًا كعقد الإسلام؛ ولأن وضع عقدها في الشرع على التأبيد فلا يغير، وهذا ما نسبه العِمْرَانِي إلى البغداديين، وقيل: فيه قولان أو وجهان.

ثانيهما: يصح مؤقتًا سنة وسنين بخلاف أبي حنيفة، وفي «فتاوى» القاضي الحسين، قال المتقدمون: لا يجوز عقد الذمة إلا مؤبدًا، والمتأخرون قالوا: يجوز مؤقتًا أربع سنين أو خمس سنين، وكل حكم يثبت بينهم وبين المسلمين في المؤبد يثبت في المؤقت، ومطلق العقد يقتضي التأبيد، ونظيره الوصية بخدمة عبد مطلقه يقتضي التأبيد ويجوز مؤقتًا ومؤبدًا فكل حكم يثبت لمؤبدة يثبت لمؤقتة وكذا عقد الجزية، انتهى.

واقتضى إيراد السرجسي ترجيح التوقيت، وصححه القاضي الحسين وبه جزم في «الإشراق»، وقال إِبْرَاهِيمُ المَرُوزِي: والأصح: أنه يجوز مؤقتًا حتى لو قال: أبذل دينارًا أو التزم أحكام الإسلام سنة في دار الإسلام، فعلى الإمام أن يجيبه إليه، وإذا مضت السنة ارتفع العقد ويجري عليه في السنة ما يجري على من عقد على التأبيد وإطلاق العقد يقتضي التأبيد، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي: وعقد الذمة مؤبدًا، فإن قدرها بمدةٍ فهي ناقصة عن حكم الكمال ويتقدر أقلها بسنةٍ، ولا يتقدر أكثرها بالشرع ويتقدر بالشرط.

تنبيهات: هذا كله في التأقيت بوقتٍ معلوم، فلو قال: أقركم ما شئت، أو أقركم ما أقركم الله، أو إلى إن شاء الله لم يصح، وقيل: على الخلاف في التوقيت بوقتٍ معلوم، وعكس الإمام والغَزَالِي فجعلا هذا أولى بالصحة لو قال: أقركم ما شئتم جاز؛ لأنه قضية العقد بخلاف الهدنة؛ لأنه يحكم علينا

وَيُشْتَرَطُ لَفْظُ قَبُولٍ، وَلَوْ وُجِدَ كَافِرٌ بِدَارِنَا فَقَالَ دَخَلْتُ لِسَمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ رَسُولًا، أَوْ بِأَمَانِ مُسْلِمٍ صُدِّقَ، وَفِي دَعْوَى الأَمَانِ وَجْهٌ.

ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يحتاج في عقد الذمة إلى بيان أول المدة ويحمل الإطلاق على ما اتصل بالعقد كالأجل، وفي «شافي» الجرجاني: ولا بدَّ [في][1] العقد من ذكر شيئين: التزام الجزية، وجريان أحكامنا عليهم، فيقول الإمام: عقدت لكم الذمة على أن تؤدوا في كل سنة أولها كذا وآخرها كذا في الجزية كذا أو على أن تجري عليكم أحكام المسلمين، فافهم وجوب التعرض لأول مدة الاستحقاق وآخرها، وأنه لا يكفي قوله: كل سنة كذا، وهو محتمل؛ لأن الاعتبار عندنا بالأهلة وهم يؤجلون بالسنة الشمسية أو العددية فيحتاج إلى البيان، وسبق في ذلك كلام ونزاع، ويحتمل إن كان العقد في دارنا حمل على ما اتصل بالعقد من السنين القمرية أو في دارهم؛ ليدخلوا إلينا ذميين اشتُرِط بيان أول المدة إذ يبعد إيصاله بالعقد، والجزية بدل عن سكناهم بدارنا، ويقتصر ذلك للحاجة وتكون أول المدة الوصول إليها أو إمكانه إذ علينا أن يمكنهم من دخولها كالدار المأجورة ونحوها.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لَفْظُ قَبُولٍ**) أي: كغيره من العقود كقبلت أو رضيت بذلك وكل ما يدل على القبول من صريح وكتابة مع نية، ولو حذف قوله: (**لَفْظُ**) لدخلت إشارة الأخرس المفهمة، فإنه يصح عقده بها، وأيضًا فالظاهر انعقاده بالمكاتبة كالبيع أولى بالصحة ولم يتعرضوا هنا لكون القبول في مجلس التواجب كالإجارة ونحوها أو على التراخي وهو محتمل، ويقرب عدم اشتراط الفورية والعلم عند الله تعالى.

قال: (**وَلَوْ وُجِدَ كَافِرٌ بِدَارِنَا فَقَالَ: دَخَلْتُ لِسَمَاعِ كَلَامِ الله تَعَالَى، أَوْ رَسُولًا، أَوْ بِأَمَانِ مُسْلِمٍ صُدِّقَ، وَفِي دَعْوَى الأَمَانِ وَجْهٌ**) إذا دخل حربيٌّ دارنا لسماع كلام الله تعالى أو ليسلم أو ليبذل الجزية، قال الأصحاب: يصَدَّق في دعواه ذلك ولا يُتَعرض له لظاهر الآية ولاحتمال صدقه، وسكتوا عن تحليف

---

[1] في نسخة: (من).

....

غير الرسول وهو محتمل؛ لا سيما عند الريبة وعدم ظهور أمارات صدقه.

قال في «البسيط»: ثم الداخل لسماع كلام الله تعالى يُمهل ما يتم فيه البيان وهي أيام معدودة يحضر فيها مجالس العلم، فإن أراد الإقامة أخرجناه وقلنا: لا خير فيك ولا زيادة على أربعة أشهر، وفيما دونها وقوف مدة البيان وجهان، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي والرُّويَاني: يجوز تعليمه القرآن والحديث والفقه والكلام إن رُجي إسلامه وإلا فلا، ولا يمنع من تعلم الشعر والنحو ومنعه بعض الفقهاء من غيرنا؛ لئلا يستطيل به على المسلمين، وأما مدعي الرسالة فقال الأصحاب: يُصدَّق فيها؛ سواء كان على يده كتاب أم لا، قال المَاوَرْدِي: إلا أن يعلم كذبه.

وللإمام احتمال أقامه الغَزَالِي وجهًا حيث لا كتاب معه؛ لأن الرسالة لا تخفى، وفي «الترغيب» ولو قال: دخلت لسماع كلام الله تعالى تركناه وإن قال: لسفارة أو تجارة وكان معه كتاب قُبل وإلا على الأظهر يقبل أيضًا، انتهى.

وحكى ابن المنذر عن أصحاب الرأي أنه إذا أصيب الحربي بدارنا فقال: أنا رسول الملك ولم يُعلم ذلك يُقبل منه وصار فيئًا للمسلمين، وإن عُلم أنه رسول الملك فهو آمن ولا تعرض له، وهو قول الشَّافِعِي ويعقوب، فظاهره: أنه لا يصدق في دعوى الرسالة عند الشَّافِعِي وهو غريب، نعم؛ إن اتهمه الإمام خلعه كما نص عليه الشَّافِعِي، وأجاب صاحب «المعتمد».

وقال المَاوَرْدِي والرُّويَاني: لا يلزمه إحلافه.

قال الرَّافِعِي: يمكن الجمع بين الكلامين وكأنه حاول حمل النص على الاحتياط لا الوجوب كما قاله المَاوَرْدِي، وأما دعواه الدخول بأمان مسلم فقد أرسل بعضهم في تصديقه بلا نية وجهين ورجحا التصديق.

وقال المَاوَرْدِي: إن ادَّعى أنه دخل بأمان فلان وصدقه قُبل منه، وإن كذبه كان غنيمة، وإن كان من ادَّعى أمانه غائبًا فوجهان: المنصوص: القبول،

وجزم به المَاوَرْدِي وغيره هنا ورجحه الرُّويَانِي والعِمْرَانِي.

فرع: قال ابن الرِّفْعَة: الذي أفهمه كلام القاضي أبي الطيب والبَنْدَنِيجِي وغيرهما: أن الدخول لأداء الرسالة يتوقف على الإذن، وكلام غيرهم ومنهم: ابن الصباغ والإمام يقتضي خلافه حيث قالوا: يُقبل قول الداخل أنه رسول ولا يُقتل وتكون الرسالة كما قال المَاوَرْدِي: أمانًا على نفسه وماله، ولا يحتاج معها إلى استيبان أمان، ولا يجوز أن يوظف على الرسول والداخل للسماع مالاً.

قال الإمام: فإن لهما الدخول من غير إذن، وزاد الْمَاوَرْدِي في موضع آخر، فقال: لو دخل الرسول بمال لا بعشر وإن كان العشر مشروطًا عليهم؛ لأنه لما تميز عنهم في أمان الرسالة تميز عنهم في تعشير المال تغليبًا لنفع الإسلام برسالته، وفي «الشافي» وغيره أنه ليس للحربي الدخول إلينا بغير إذن الإمام، فإن دخل ولم يدعِ رسالة ولا أمانًا أخذ ماله، ويخير في نفسه كالأسير، وإن ادَّعى رسالة قُبل منه، وسبق ما يوافق القاضيين عن إطلاق غيرهما، وقال المَاوَرْدِي والرُّويَانِي: هذا لفظه، وما اشتهر أن الرسول آمن هو في رسالةٍ فيها مصلحة للمسلمين من هدنة وغيرها، فإن كان رسولًا في وعيد وتهديد فلا أمان له، ويتخير الإمام فيه كالأسير، وسكت الرَّافِعِي عليه.

وفي زيادات «الروضة»: وهذا ليس بمقبولٍ، والصواب أنه لا فرق وهو آمن مطلقًا ومما يرد على الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي ما في «سنن» أبي داود وغيرها أن النبي ﷺ قال لرسولي مسيلمة: **«واللهِ لَوْلَا أَنَّ الرَّسُولَ لا يُقْتَلُ لَضَرَبْتُ أَعْنَاقَكُمَا»**(١).

فرع: لو قال الداخل: دخلت ليؤخذ مني المال المضروب ورضيت به، فإنه يؤخذ منه ولا يغتال، وكلام الإمام ينازعه، فإنه قال: ولو زعم الكافر أنه ظن أن التجارة أمان لم يبال به، واغتيل وأخذ ماله، ولا تعويل على ظنه إذا لم

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٣، رقم ٢٧٦١)، والحاكم (٢/ ١٥٥، رقم ٢٦٣٢) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (٩/ ٢١١، رقم ١٨٥٥٦) وأحمد (٣/ ٤٨٧، رقم ١٦٠٣٢).

وَيُشْتَرَطُ لِعِقْدِهَا الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ، ....

يكن له مستند، وقد يجمع بين كلامهما فيحمل كلام القاضي على ما إذا كان الإمام ضرب العشر على معنيين أو أهل ناحية بظن الداخل من غيرهم جواز ذلك له، أو عموم الضرب، وكلام الإمام على ما إذا لم يكن شيء من ذلك، لكن سبق عن «الترغيب» أن الأظهر: القبول.

فرع: إذا دخل إلينا حربي وأقام مدة طويلة، قال الإمام: قال الأصحاب: لا يأخذ منه شيئًا لما مضى، وصححه ابن كَجٍّ، وعن تخريج أبي الحسين: أنه يؤخذ منه الجزية لما مضى، وبه أفتى البَغَوِي كمن سكن دارًا غصبًا عليه الأجرة وعلى الوجهين: لنا قتله واسترقاقه وغنم ماله ويكون فيئًا، وللإمام أن يمن عليه ويرد ماله إليه، ويخلي ذريته بخلاف سبي الحرب، وهذا كله إذا لم يبذل الجزية، فإن بذلها وهو من أهلها وجب قبولها على المذهب إلا أن يكون جاسوسًا، ولا يمتنع ببذلها رقه على الصحيح، وفي «المعتمد»: إذا داخلنا حربي، فقال الإمام: إما أن تعود إلى بلدك أو تقيم هنا ويلزمك ما يلزم أهل الجزية، فلبث حولًا لزمه دية وجزية، وإن قال له: إما أن ترجع أو تقيم وتكون ذميًّا فأقام حولًا فلا جزية عليه، انتهى.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِعِقْدِهَا الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ**) أي: بخصوص ولاية في عقدها أو دخولها في عموم ولايته؛ لأنها من المصالح المعطاة، فاختصت بمن له النظر العام، وقيل: يصح من الآحاد كالأمان، وليس بشيء، نعم لو عقدها أحد الرعية لم يقبل المعقود له، بل يلحق بمأمنه، فإن أقام سنة فأكثر فهل يلزمه لكل سنة دينار؟ وجهان: أصحهما: لا؛ لأنه لغو، كذا قاله في «أصل الروضة» وفيه وقفة، وقد سبق أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ضمن فاسده إلا ما استثني، وليس هذا منه.

إشارة: قوله: أو نائبه كعبارة «الشرح الصغير» وعبارة «المحرر» و«التنبيه» والشرح «الكبير» و«الروضة» وغيرها الإمام، أو من فوضه إليه، وهي تشعر بأنه لا بدَّ من تفويض خاص ناص عليها، والعبارة الأولى استفادة النائب ذلك بعموم الولاية كما فسرنا به كلام «المنهاج»، ولا شك فيه في النيابة العامة

وَعَلَيْهِ الْإِجَابَةُ إِذَا طَلَبُوا، إِلَّا جَاسُوسًا نَخَافُهُ.

والوزارة العامة، وكذا النيابة على قطر كبير أو على الجيوش يستفيدها النائب بعموم ولايته، وإن لم ينص له عليها كما دل عليه كلام المَاوَرْدِي في «الأحكام»، وإن كان كلامه في «الحاوي» يشعر باختصاص [الإمام] بعقدها، ولعل من قال هذا أراد إخراج غير ما ذكرنا كالقضاة ونحوهم، كما دل عليه كلامهم في الأقضية.

قال: (**وَعَلَيْهِ الْإِجَابَةُ إِذَا طَلَبُوا**) أي: لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] وفي «صحيح» مسلم وغيره عن بريدة ﷺ قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمَّر أميرًا على جيش أو سرية أوصاه إلى أن قال: «فإن أبوا فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فَاقْبَلْ منهم، وكف عنهم»(١) وقيل: لا يجب الإجابة إلا إذا رأى الإمام فيها مصلحة وزيف.

قال: (**إِلَّا جَاسُوسًا نَخَافُهُ**) أي: فلا يجب إجابته بل لا تقبل الجزية منه، وعبارة «المحرر»: إلا أن يكون الطالب جاسوسًا لا يؤمن شره، وليس ذكر الجاسوس يعتد، بل قال: فلو خاف الإمام غائلتهم وأن ذلك مكيدة منهم لم يجبهم.

وفي «البسيط» وهو خلاصة «النهاية»: إن كان في القبول مصلحة وجب أو مضرة بأن كانوا ذوي عدة يتوقع اجتماعهم فلا يجب، أو يفرقهم في البلاد وينصب عليهم من يراقبهم، وكذا من غلب على ظنه أنه جاسوس فلا يعقد له فإن لم يظهر مضرة فالمذهب: أنه يجب، وقيل: لا إلا إذا رأى الإمام فيها المصلحة كالهدنة.

فرع: لو عقدت الذمة مع اختلال شرطٍ لم يلزم الوفاء ولم يجب المسمى

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٨، رقم ٢٣٠٨٠)، ومسلم (٣/ ١٣٥٧، رقم ١٧٣١)، وأبو داود (٣/ ٣٧، رقم ٢٦١٢)، والترمذي (٤/ ٢٢، رقم ١٤٠٨) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٥/ ١٧٢، رقم ٨٥٨٦)، وابن ماجه (٢/ ٩٥٣، رقم ٢٨٥٨) والدارمي (٢/ ٢٨٤، رقم ٢٤٣٩)، وابن حبان (١١/ ٤٢، رقم ٤٧٣٩)، وابن الجارود (ص ٢٦٠، رقم ١٠٤٢)، وأبو عوانة (٤/ ٢٠٣، رقم ٦٤٩٥).

وَلَا تُعْقَدُ إِلَّا لِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ وَأَوْلَادِ مَنْ تَهَوَّدَ أَوْ تَنَصَّرَ قَبْلَ النَّسْخِ أَوْ شَكَكْنَا فِي وَقْتِهِ وَكَذَا زَاعِمُ التَّمَسُّكِ بِصُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَزَبُورِ دَاوُد - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِمَا وَسَلَّمَ - وَمَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ كِتَابِيٌّ وَالْآخَرُ وَثَنِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ . ...

ويلغوا المأمن، فإن بقي بعضهم سنة وجب لكل سنة دينار، قال الأصحاب: كل عقدٍ فسد سقط فيه المسمى إلا في مسألة وهي: إذا عقد الذمة معهم على السكنى في أرض الحجاز فإنهم إذا سكنوه ومضت المدة وجب المسمى، قال الهروي: لتعذر إيجاب عوض المثل، فإن منفعة دار الإسلام في سنة أن يقاتل بأجرة مثلها فيعتبر إيجاب المسمى، انتهى.

ووجهه الرَّافِعِي بأنه قد استوفى الغرض وليس لمثله [أجرة] أي: لا مثل له بغير أجرته فرجع إلى المسمى، وعبارة الهروي مظلمة.

قال: (**وَلَا تُعْقَدُ إِلَّا لِلْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ وَأَوْلَادِ مَنْ تَهَوَّدَ أَوْ تَنَصَّرَ قَبْلَ النَّسْخِ أَوْ شَكَكْنَا فِي وَقْتِهِ وَكَذَا زَاعِمُ التَّمَسُّكِ بِصُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَزَبُورِ دَاوُد - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِمَا وَسَلَّمَ - وَمَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ كِتَابِيٌّ وَالْآخَرُ وَثَنِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ**) الشرح في هذه الجملة أشياء نوضحها بما فيها.

أحدها: تعقد الذمة لليهود والنصارى من العرب والعجم؛ لأنهم أهل كتاب لقوله تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وهذا وفاق فيمن عُلم تهوُّده وتنصُّره قبل النسخ [وقبل التبديل] كما يأتي بيانه.

ثانيها: تعقد الذمة للمجوس لحديث البخاري المتقدم أول الباب وغيره، وهل كان لهم كتاب بدلوه فأسري به أم لا؟ فيه نزاع مذكور في نكاح المشرك المنصوص الأول خلافًا لما ذكره المصنف وغيره، وفي «المحرر»: أن لهم شبهة كتاب وهو صحيح، والنزاع: في أنه كان لهم كتاب أم لا.

ثالثها: أولاد من تهوَّد أو تنصَّر قبل النسخ أطلق المصنف أنهم يقرون بالجزية فيقول: من تهوَّد أو تنصَّر بعد النسخ والتبديل فلا يقر خلافًا للمزني؛ لأنهم تمسكوا بدين باطل، واليهود بعد بعثة [عيسى] ﷺ كالتهوّد والتنصّر بعد بعثة محمد ﷺ على الأصح المنصوص، وبه جزم جازمون فلا يقر بالجزية،

……

وعبارة «المحرر»: ومن دخل في التهود والتنصر بعد مبعث النبي ﷺ فلا يقروا أولاده بالجزية، وإنما يقر أولاد الذين دخلوا في [أحد] الدينين قبل نسخ، انتهى.

فصرح بالمسألة، وعبارة «الكتاب» قد لا تفهمها، وإن أمكن تنزيل كلامه على ذلك، وأصل هذا الخلاف: أن الأصحاب اختلفوا في ناسخ التوراة ودين اليهودية على وجهين:

أظهرهما: أن التوراة منسوخة بالإنجيل، واليهودية منسوخة بالنصرانية، ثم نسخ القرآن ذلك.

والثاني: أن ناسخ التوراة القرآن، واليهودية الإسلام، وأن ما تغير من التوراة قبل نزول القرآن حق وما لم يُغير من اليهودية قبل الإسلام حق، وإنما نسخ الإنجيل ما غيروه وبدلوه وتنسخ النصرانية ما بدلوه من يهوديتهم، وكذلك كان الأنبياء، فأما نسخ الشرائع على العموم فلم يكن إلا بالإسلام فعلى الأول يكون الداخل في اليهودية بعد بعثة عيسى ﷺ على باطل، وعلى الثاني على حق على ما لم يكن ممن غيَّر وبدَّل، وأما بعد الإسلام فالداخل في الدينين على باطل، قاله المَاوَرْدِي في كتاب «النكاح»، وما ذكره على الوجه الثاني يجب أن يعتد به إطلاق الوجه المقابل لما في الكتاب.

إشارتان:

الأولى: عبر «المحرر» وغيره بالدخول بعد البعثة وعبَّر بعضهم بالدخول بعد نزول القرآن، وهو المحكي عن النص وهو ظاهر كلام «المنهاج» وبين العبارتين فرق؛ لأن الثانية تقتضي أن من تنصر بعد نزول قوله تعالى: ﴿ٱقۡرَأۡ بِٱسۡمِ رَبِّكَ ٱلَّذِي خَلَقَ ۝١﴾ [العلق: ١] لا تعقد له الذمة، والأولى تقتضي عقدها؛ لأنه ذلك الوقت لم يؤمر بإنذار ولا رسالة ولم يزل كذلك حتى نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمُدَّثِّرُ ۝١﴾ [المدثر: ١] قاله ابن الرِّفْعَة، والظاهر: أن هذا ليس بخلاف محقق، وأن المراد بالعبارتين شيء واحد، وبهذا يعبّر بعضهم وأحسنه

……

لفظ النص بعد نزول الفرقان والمراد به، والله أعلم.

الثانية: كلام «المنهاج» يقتضي الجزم بتقرير أولاد من دخل قبل النسخ مطلقًا، وقال الرَّافِعِي: إن دخلوا بعد التبديل وقبل النسخ ففيه طريقان: أحدهما: ينظر فيمن تمسك بما لم يحرف فهو كالداخل قبل التبديل، ومن تمسك بالمحرف لم يقر ولا أولاده وهذا ما أورده أصحابنا العراقيون والبَغَوِي وجماعة غير يسيرة، ومنهم من قال في الأولاد قولان كأولاد المرتدين، والطريق الثاني: تحرير التقرير بلا تفصيل ولا خلاف، وإدارة الحكم على الدخول بعد النسخ وقبله، وهذا ما أورده ابن كَج وارتضاه الإمام واعتمده في «البحر».

وحكي عن القاضي أبي الطيب أنه قال: لا أحفظ الشرط المذكور للشافعي وإنما فرَّق في كتبه بين ما قبل نزول الفرقان، وما بعده وهذا أولى؛ تغليبًا لحقن الدم، ورجحه في «الشرح الصغير»، وقال في متن «الروضة»: وهذا أصح، وسياق النقل يقتضي أن الجمهور على المنع.

رابعها: إذا أشكل الحال وشككنا فلم نعرف أدخلوا في ذلك قبل النسخ أو بعده أو دخلوا قبل التبديل أو بعده، وفرَّعنا على طريقة الجمهور جاز تقريرهم بالجزية كالمجوس، ومن هنا ظهر أنه لو أحاط الإمام بقوم زعموا أنهم أهل كتاب، أو أن آباءهم تمسكوا بذلك الدين قبل التبديل أنه يقررهم بالجزية بمجرد دعواهم، كذا عبارة «الروضة» قبل التبديل والعبارة الجيدة قبل النسخ لما سبق.

قال في «الشامل» وغيره: ويشترط عليهم أنه إذا بان خلاف بقولهم نبذ عهدهم وقاتلهم ولو أسلم منهم اثنان وظهرت عدالتهما فشهدا بخلاف دعواهم نبذ عهدهم، هذا لفظ جماعة، وقال الإمام: نتبين أنه لا ذمة لهم، وهل نغتالهم لتلبسهم أم نبلغهم المأمن؟ فيه تردد والظاهر: اغتيالهم، انتهى.

وعليه ينطبق قولهم في «الأم»: فإن علم غير ما قالوه ببينة تقوم عليهم أو

……

بإقرارهم لم تؤخذ منهم الجزية، ولم ندعهم حتى يسلموا أو يقتلوا، وما اشترط ذلك عليهم، فقد قال في «الأم»: ولا يكون للإمام أخذها منكم حتى أعلم إن لم تدينوا ولا آباؤكم هذا الدين إلا بعد مبعث النبي ﷺ، فإذا علمته لم آخذها منكم فيما استقبل فنبذت إليكم، فأما أن تسلموا أو إما أن تقتلوا، انتهى.

وقضية إطلاق «التهذيب» و«الوسيط» وغيرهما: أن الحكم كما مر وإن لم يجز شرط، وظاهر النص: أن إعلامهم بذلك كافٍ، والله أعلم.

خامسها: سكت المصنف عن بيان حكم السامرة والصابئة، والمذهب: أنهم إن خالفوا اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم، ولا يقرون وإلا فمنهم، وقيل في تقريرهم بالجزية: قولان، وقيل: يقرون قطعًا، وهذا فيما إذا لم يكفرهم اليهود والنصارى، فإن كفروهم لم يقروا قطعًا، فإن أشكل أمرهم فأصح احتمال الإمام جواز التقرير، قاله في «الروضة».

قلت: وبه جزم القاضي الحسين والمَاوَرْدِي.

سادسها: قوله: [وإذا رأيتم][1] التمسك بصحف إبراهيم وزبور داود ـ عليهما السلام ـ المراد: أن من تمسك بدين نبي من الأنبياء ـ عليهم السلام ـ الذين أنزل عليهم الكتب والصحف كآدم وشيث وإدريس وداود ـ صلى الله عليهم ـ وفي تقريرهم طريقان:

أشهرهما: على وجهين: **أصحهما**: عند الرَّافِعِي وغيره، وقضية كلام الإمام: ترجيحه أنهم يقرون، وعن تعليق الشيخ أبي حامد: أنه المذهب لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ ۝١٩٦﴾[الشعراء: ١٩٦] وتسمى كتبًا فاندرجت في قوله تعالى: ﴿مِّنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ﴾ [البقرة: ١٠١] ولأن المجوس يقرون كشبهة كتاب فهؤلاء أولى، والثاني: المنع، قال القاضي الحسين: وهو ما صار إليه الأكثرون.

قلت: وقضية كلام كثيرين الجزم به حيث قالوا: تؤخذ الجزية من

---

[1] في نسخة: (وكذا زاعم).

……

النصارى واليهود والمجوس ولا تؤخذ من غيرهم، وهو ما نقله ابن المنذر عن الشَّافِعِي، وظاهر نصوص «الأم» قوله تعالى: ﴿مِّنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [البقرة: ١٠١] المراد به: التوراة والإنجيل، وكذلك في الحديث، وهو كما قال الشَّافِعِي ﷺ في «الأم»: المشهور عند العامة ولولا السنة في المجوس لما قام دليل على تقريرهم بالجزية، ولهذا توقف عمر ﷺ في أخذها منهم حتى سمع الحديث: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ»⁽¹⁾ وفي ثبوت ما حكي عن «تعليق» الشيخ أبي حامد نظر، فإن المرجح في كتب أتباعه⁽²⁾، قال المحاملي في «المقنع»: وأهل الكتاب المعرفون هم أهل التوراة والإنجيل، فأما إن كان متمسكًا بالكتب التي أنزلت على إبراهيم وشيث ـ عليهما السلام ـ وغير ذلك، فإن وجد أحد منهم لم يقر على دينه يبذل الجزية ولا تحل مناكحته ولا ذبيحته في الأصح، وفيه وجه آخر: أنه يقر.

والطريق الثاني: أنها تؤخذ منهم قطعًا، ذكره في «البحر» وهو شاذ وغريب ترجيح المصنف له.

سابعها: ظاهر كلام المصنف قبول قولهم في ذلك بلا بيّنة كأهل الكتابين، قال: ولا تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم على المذهب، وقيل: يطرد الخلاف فيهما إلحاقًا لكتبهم بكتاب اليهود، وإذا ألحقناهم باليهود فإن تحققنا صدقهم أو أسلم اثنان منهم وشهدوا بذلك فذاك.

وعن صاحب «الحاوي»: أن المعتبر قول جماعة تحصل الاستفاضة بقولهم، وإن شككنا في أمرهم كانوا كالمجوس؛ يعني: في التقرير بالجزية وتحريم المناكحة والذبيحة.

وعبارة الرَّافِعِي بعد ترجيحه تقريرهم، وأجرى مجرون الخلاف في حل المناكحة والذبيحة إلحاقًا لكتبهم بكتب اليهود والنصارى، ويحكى ذلك عن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤٣٠، رقم ٣٢٦٥٠).

(٢) في نسخة: (في كتب بعض أتباعه المنع).

....

القاضي الطبري وغيره، وقد سقنا كلامه في كتاب «النكاح» وتكلمنا عليه.

ثامنها: وهو من تتمة ما قبله عن القاضي الحسين، وعن أبي إسحاق أنه قال: لو تصور لنا ثبوت [كتابٍ] سوى الكتابين لأعطينا أهلها حكم الكتابين في حقن الدماء، ولكنه لا يثبت؛ إذ لا طريق إلى معرفته إلا من جهة مدعيه، ولا يمكننا معرفته بقولهم؛ إذ لا حكم له.

قال ابن الرِّفْعَة: وليس كذلك بل هو مصرح - يعني: أبا إسحاق - فيما إذا ثبت لهم كتاب كاليهود في حل مناكحتهم وذبائحهم، وعقد الذمة معهم، وإن لم يثبت وشككنا كان حكمهم حكم المجوس، كذا صرح به ابن الصبَّاغ عنه، وفي هذه الحالة يجب أن يقال بتحريم المناكحة والذبيحة، وإن جوزنا عقد الذمة كما صرح به بعضهم.

وفي الرَّافِعِي: أن منهم من أجرى خلافًا في ذلك في هذه الحالة، وجزم بالحل عند تحقيق كتابهم، وكذا عند إسلام اثنين منهما وشهادتهما بصحة الكتاب، والْمَاوَرْدِي وأبو الطيب حكيا الوجهين في حال التحقق، ونسبا الإباحة إلى قول أبي إسحاق.

وقال الْمَاوَرْدِي: أنه ظاهر المذهب، وحكى بعد ذلك أن من ادَّعى كتابًا غير التوراة والإنجيل فله أحوال:

أحدها: أن يتحقق دينهم ويعلم كتابهم، فهو كاليهود والنصارى في كل شيء.

والثاني: أن يتحقق كذبهم وأنهم لا كتاب لهم فيهم كالوثنيين.

والثالث: أن يحتمل قولهم الصدق والكذب، فلا يقبل قول كفارهم، فإن أسلم منهم عدد فيكون خبرهم مستفيضًا حكم بقولهم في ثبوت كتابهم وإقرارهم بالجزية وإباحة مناكحتهم وذبائحهم، وإن لم يسلم منهم من يكون خبره مستفيضًا متواترًا فهؤلاء لا نعلم خبرهم إلا منهم في حال كفرهم، فيقرون بالجزية ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم، انتهى.

....

وعجبٌ قول المَاوَرْدِي ما سبق مع قوله في كتاب «النكاح»: أما من تمسك بصحف شيث وزبور داود أو شيء من الصحف الأولى أو من زبر الأولين فلا يجري حكمهم حكم أهل الكتاب، بل هم كمن لا كتاب لهم فلا يقرون بالجزية، ولا تؤكل ذبائحهم، ولا تنكح نساؤهم لأمرين:

أحدهما: إن هذه الكتب مواعظ ووصايا وليس فيها أحكام.

والثاني: ليست كلام الله تعالى وإنما هي وحي منه - يعني: وحي إلهام - كما قاله غيره لم ينزل به جبريل ﷺ.

وبالجملة فالذي تضمنه كلام الجمهور هناك وهنا: أنهم لا يقرون بجزية ولا تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم وهو قضية نصوص الشَّافِعِي ﷺ.

وقال الصَّيْمَري: أنه مذهب الشَّافِعِي وهو كذلك، والله أعلم.

قال: (وَمَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ كِتَابِيٌّ وَالآخَرُ وَثَنِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: فهذه المسألة والتي قبلها، وسبق بيان حال الخلاف في التي قبلها، وأما هذه ففيها طرق منتشرة، فقيل: تعقد له الذمة قطعًا سواء كان الأب وثنيًا أو الأم؛ تغليبًا لحقن الدم، وتحرم المناكحة والذبيحة احتياطًا وتغليبًا للتحريم، وفي «الشامل» ما يقتضي القطع بنفي القبول إذا كان الأب وثنيًا، وتخصيص الطريق بما إذا كان الأب كتابيًا، وجمع المَاوَرْدِي في الصورتين أربعة أوجه:

أحدها: يلحق بأبيه مطلقًا.

ثانيها: عكسه.

ثالثها: يلحق بالوثني منهما.

رابعها: عكسه، وعبارة «الروضة» طرق المذهب تقريره؛ سواء كان الكتابي الأب أو الأم، وقيل: قولان، وقيل: لا يقر، وقيل: يلحق بالأب، وقيل: بالأم.

إشارات: قضية كلام الكتاب التسوية في التقرير بالجزية بين من أبوه وثني وبين من أمه كذلك وأنهما مستويان في رتبة الخلاف، ومن المعلوم أن الخلاف

وَلَا جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَخُنْثَى، ....

في الأولى أضعف منه في الثانية، ثم محل الخلاف إذا بلغ ودان ابن الوثني من كتابية بدين أمه، فإن دان بدين أبيه لم يقر قولًا واحدًا، حصره عقد الذمة لمن ذكر يفهم أنها لا تعقد لعبدة الأوثان والشمس والقمر والنجوم والملائكة ونحوهم؛ سواء العربي أو العجمي في ذلك، وهو كذلك بلا خلاف.

قال: (وَلَا جِزْيَةَ عَلَى امْرَأَةٍ وَخُنْثَى) لقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] إلى قوله: ﴿وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] فهذا إشارة إلى الذكور، وكتب عمر رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد: «**لا تأخذوا الجزية من النساء والصبيان**» رواه البيهقي(١) بإسنادٍ صحيح؛ ولأن المرأة محقونة الدم ومال من الأموال؛ ولهذا ترق بنفس الأسر والخنثى تلحق بها، فلو بانت ذكورته فهل يلزمه جزية ما مضى؟

قال في «الروضة»: لعل أصح الوجهين، نعم، وهو ما أورده في باب الأحداث من شرح «المهذب»، وقال أبو الحسن السلمي في كتاب «الخبايا»: يعقد للخنثى الذمة ويعقد له الأمان بغير جزية، فإذا أُمِنَ دوام سنين، ثم بان رجلًا لم يؤخذ منه الجزية لما مضى؛ لأنها لا تجب بغير عقد، ويستأنف معه عقد الذمة.

قال: وإن كان ولد ذمي، وقلنا: من بلغ من ذكور أولاده يحتاج إلى عقد جديد فلا شيء عليه، وإن قلنا: يثبت، لهم عقد الذمة لزمه بعقد أبيه، وإنما لم يطلب لإشكال حاله، انتهى. وهو حسن بالغ.

فرع: حاصرنا قلعة ليس لها إلا نساء وصبيان، قال في «الأم»: ففيها قولان:

أحدهما: ليس لنا أن نأخذ منهم الجزية، ولنا أن نسبيهم.

والثاني: ليس لنا سباؤهم، وعلينا الكف عنهم إذا أقروا بأن يجري عليهم الحكم [وليس لنا أن نأخذ من أموالهم شيئًا، وإذا أخذنا فعلينا رده. هذا لفظه.

---

(١) في «معرفة السنن والآثار» (٥٧٤٦).

وَمَنْ فِيهِ رِقٌّ ....

ويتعين حمل قوله: وإن أقروا بأن يجري عليهم الحكم] على النساء فقط، والثاني: ما أورده الفارسي في «العيون» وصححه جماعة، وفي «البسيط»: إنه الصحيح الذي لا وجه لغيره.

قال الرَّافِعِي: والقولان متفقان على أنه لا تقبل منهن الجزية ولا تؤخذ منهن أخذ إلزام، بل الحكم على القول الثاني كما لو تعين يطلبن ذلك، هذا ما نقله الأصحاب كافة، ونقل الإمام [الخلاف] وجهين، وجعلهما في أنه هل يلزم الجزية وترك إرقاقهن وضعف وجه اللزوم؟!

وحكى الرُّويَانِي هذا عن بعض الخراسانيين وغلَّطه، وكأنه أراد الإمام والغَزَالِي، قال في «شرحه الصغير»: والصواب غير ما ذكره الإمام [والغزالي] ومن «الإبانة» أحدهما. وفي «الحاوي» في التفريع على القول الثاني، وهو وجوب الكف عنهن أنه هل يلزمهن الجزية ببذلهن؟ فيه وجهان أشار إليهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يلزمهن إذا بذلنها بعد إعلامهن عند عقدها أنهن من غير أهلها، فإن امتنعن من بذلها بعد لزومها خرجن من الذمة، وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو أن الإمام صالح أهل حصن ليس فيه إلا النساء على مال حتى لا يسترققن فهل يجوز؟ فيه قولان: أحدهما: يجوز لما فيه من حقن النفس من الرق كالرجال.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا جزية عليهن. وفي «تعليق» القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي تفريعًا على القول الآخر: أنها تؤخذ في سنة واحدة، ولا تتكرر بتكرر السنين، ونقله الإمام وزيفه، وفيما أوردناه عذر للإمام وصاحبه.

قال: (**وَمَنْ فِيهِ رِقٌّ**) لا جزية على كامل الرق وفاقًا، وروي عن عمر ﷺ أنه قال: لا جزية على مملوك، ويذكر في كتب الفقه رفعه ولا يعرف، ووجه المنع: أنه مال ولا جزية على المال، وعلل بأنه لا يملك، وسواء المدبر والمكاتب وأم الولد، ولا تجب على المبعض بقدر حريته على الصحيح كما لا ميراث له ولا شهادة؛ ولأنه محقون الدم كالمرأة وكما لا يجب على العبد لا

وَصَبِيٌّ وَمَجْنُونٍ، فَإِنْ تَقَطَّعَ جُنُونُهُ قَلِيلًا كَسَاعَةٍ مِنْ شَهْرٍ لَزِمَتْهُ، أَوْ كَثِيرًا كَيَوْمٍ وَيَوْمٍ فَالْأَصَحُّ تُلَفَّقُ الْإِفَاقَةُ، فَإِذَا بَلَغَتْ سَنَةً وَجَبَتْ، وَلَوْ بَلَغَ ابْنُ ذِمِّيٍّ وَلَمْ يَبْذُلْ جِزْيَةً أُلْحِقَ بِمَأْمَنِهِ، ....

يجب على سيده.

قال: (وَصَبِيٌّ)؛ لأنه ﷺ قال لمعاذ لما بعثه إلى اليمن: «خذ من كل حالم؛ أي: محتلم، دينار أو عِدْلَهُ من المعافر ثيابًا تكون باليمن»(١) صححه الترمذي وغيره. وروى ابن أبي شيبة بإسنادٍ صحيح عن أسلم مولى عمر أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله: «ألَّا تضربوا الجزية على النساء والصبيان ولا تضربوها إلا على من جرت عليه المواسي»(٢).

قال: (وَمَجْنُونٍ) أي: كالصبي يجامع رفع القلم، وقيل: عليه كالمريض، وليس بشيء، وعبارة الصَّيْمَري: ولا جزية على مجنون ولا أبله ولا معتوه.

قال: (فَإِنْ تَقَطَّعَ جُنُونُهُ قَلِيلًا كَسَاعَةٍ مِنْ شَهْرٍ لَزِمَتْهُ) أي: ولا أثر للزمن اليسير كما أن من قل زمن إفاقته كالمطبق.

قال: (أَوْ كَثِيرًا كَيَوْمٍ وَيَوْمٍ فَالْأَصَحُّ) أي: المنصوص.

(تُلَفَّقُ الإِفَاقَةُ فَإِذَا بَلَغَتْ سَنَةً وَجَبَتْ) اعتبارًا للأيام المتفرقة بالمجتمعة.

والثاني: وهو المنصوص أنه كالعامل تغليبًا للوجوب، والثالث: عكسه كالمبعض، والرابع: يعتبر الأغلب، فإن استويا وجبت الجزية، والخامس: أنه إن كان في آخر السنة عاقلًا أخذت منه الجزية وإلا فلا، وهذا كله في جنون وإفاقة يتعاقبان، أما لو كان مفيقًا ثم جن بعد انتصاف السنة مثلًا فكموت ذمّيٍّ في أثنائها، وإن كان مجنونًا ثم أفاق في أثناء السنة استقبل السنة من حينئذٍ.

قال: (وَلَوْ بَلَغَ ابْنُ ذِمِّيٍّ وَلَمْ يَبْذُلْ جِزْيَةً أُلْحِقَ بِمَأْمَنِهِ) لأنه كان تبعًا لأبيه في الأمان.

---

(١) رواه أبو داود (١٥٧٨) والترمذي (٦٢٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٨٥، رقم ١٠٠٩٠)، وابن أبي شيبة (٦/ ٤٢٩، رقم ٣٢٦٤٠)، والبيهقي (٩/ ١٩٥، رقم ١٨٤٦٣).

وَإِنْ بَذَلَهَا عُقِدَ لَهُ، وَقِيلَ عَلَيْهِ كَجِزْيَةِ أَبِيهِ، ....

(وَإِنْ بَذَلَهَا عُقِدَ لَهُ)؛ لأن عقد الأب كان لنفسه ونحن نريد الآن أخذ جزية حادثة للولد فلا بدَّ لها من عقد، قال الرَّافِعِي: وهذا أصح عند العراقيين وغيرهم.

(وَقِيلَ: عَلَيْهِ كَجِزْيَةِ أَبِيهِ) أي: يلزمه مثل جزية أبيه إن شاء، ولا يحتاج إلى إحداث عقد بل يتبعه كما تبعه في أصل الأمان، قال الرَّافِعِي: واختاره المَاوَرْدِي، وقال: لم يستأنف أحد من الأئمة للأولاد إذا بلغوا.

قلت: وعبارة «الحاوي»: وإذا بلغوا وجب عليهم الجزية، والظاهر من مذهب الشَّافِعِي ﷺ أنهم يلزمون جزية آبائهم من غير استئناف عقد معهم، وقال أبو حامد الإِسْفِرَائِينِي: لا تلزمهم جزية آبائهم، ويستأنف معهم عقدها، وهذا وهم منه [مفسد][1] من وجهين: مذهب وحجاج، أما المذهب قال الشَّافِعِي: جعل جزية الولد إذا اختلفت جزية أبويه[جزية ابنه] دون قوم أمه، وأما الحجاج فيفسد من وجهين: أحدهما: أنهم لما كانوا تبعًا لهم في أمان الذمة كانوا تبعًا لهم في قدر الجزية، والثاني: أن عقد الذمة مؤبد وهذا يجعله مؤقتًا يلزم استئنافه مع كل من بلغ، وفيه أعظم سعة وما نقله أحد من الأئمة، انتهى.

وهذا ما صححه القاضي الحسين وصاحب «الترغيب» وبه جزم الفوراني.

وقال الإمام: إن ظاهر النص يدل عليه وعليه جرى والده في «مختصره»، والغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما، وعليه العمل في الأعصار والأمصار، ولفظ نص «الأم»: إذا عقد الجزية لقوم ثم بلغ منهم في أثناء الحول صبي فرضي بالصلح، سئل فإن طابت نفسه بالأداء لحوله قومه أخذ منه، وإن لم تطب فحوله حول نفسه؛ لأنه إنما وجب عليه الجزية بالبلوغ والرضا ويأخذ منه الإمام من حين رضي على حول أصحابه، وفُصِّل إن كان عليه من سنة كانت قبلها؛ لئلا تختلف أحوالهم، كأنه بلغ قبل الحول بشهر فصالحه على دينار كل حول، فيأخذ منه إذا حال حول أصحابه نصف سدس دينارٍ، وفي حولٍ مستقبل معهم دينار،

---

[1] في نسخة: (يفسد).

وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُهَا عَلَى زَمِنٍ وَشَيْخٍ هَرِمٍ وَأَعْمَى وَرَاهِبٍ وَأَجِيرٍ وَفَقِيرٍ عَجَزَ عَنْ كَسْبٍ فَإِذَا تَمَّتْ سَنَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَفِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يُوسِرَ.

فإن أخره أخذ منه في حول أصحابه دينار ونصف وسدس دينار، انتهى.

وأوله يفهم ما اختاره الْمَاوَرْدِي وغيره، وآخره يفهم ما قاله أبو حامد والجمهور وحكى ابن الرِّفْعَة الخلاف قولين.

قال: (**وَالمَذْهَبُ وُجُوبُهَا عَلَى زَمِنٍ وَشَيْخٍ هَرِمٍ وَأَعْمَى وَرَاهِبٍ وَأَجِيرٍ**) لأنها كأجرة الدار أو للحقن فيستوي فيها المعذور وغيره قطعًا، والطريق الثاني: البناء على الخلاف في جواز قتلهم إن قلنا به ضربت عليهم وإلا فلا إلحاقًا لهم بالنساء والصبيان وهذا ما أورد الشيخ أبو حامد وجماعة.

قال الرَّافِعِي: والظاهر - كيف ما قدر الخلاف- الوجوب وهو المنصوص، ولم يصرح الرَّافِعِي بترجيح الطريقة الأولى بخلاف الشيخ.

قال: (**وَفَقِيرٍ عَجَزَ عَنْ كَسْبٍ**) أي: لعموم الآية؛ لأن القتال يعم المعسر والموسر، وكذا [عموم] حديث: «خذ من كل حالم دينار»(١) وابن عمر دال على ذلك وغيره ممن تقدم.

قال مفرعًا: (**فَإِذَا تَمَّتْ سَنَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ فَفِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يُوسِرَ**) كغيره من المعسرين بالديون، هذا هو الأصح على هذا القول، وقيل: لا يقر عليه إلا بإعطاء الجزية، فإن عجل وحصلها وأداها كل سنةٍ أقر وإلا أخرج من ديارنا.

واعلم أن المذكور في الرَّافِعِي في [الفقير العاجز](٢) نقل قولين فقط: المنصوص منهما في عامة كتبه: الوجوب، وثانيهما: المنع؛ لأنه حقٌّ ماليٌّ يجب في كل حولٍ، فلم تلزمه كالزكاة، وعلى هذا تعقد له الذمَّةُ على شرط إجراءِ الأحكام عليه، وبذلِ الجزية عند القدرة، وإذا أيسر فهو أول حوله، كذا قالوه.

وأشار الإمام إلى ابتداء الحول من حين العقد، وعبارة «الروضة» المشهور المنصوص في عامة كتبه: أن عليه الجزية، وفي قول: لا تجب، فعلى

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في نسخة: (الفقر العام).

وَيُمْنَعُ كُلُّ كَافِرٍ مِنَ اسْتِيطَانِ الْحِجَازِ، ....

المشهور وتعقد له الذمة بالجزية، فإن تم الحول وهو موسر أخذها، وإلا فهي في ذمته حتى يوسر، وكذا حكم الحول الثاني وما بعده.

وقال في «البيان»: فيه قولان، فإن قلنا: يجب، فوجهان: أحدهما: [بعقد] يجريه في ذمته وينظر إلى أن يوسر، والثاني: لا يقره إلا بدفع الجزية، هذا ترتيب أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: فيه قولان اختلفوا في موضعهما، فقيل: هما في الدفع، وأما الوجوب: فيجب قولًا واحدًا، وقيل: هما في الوجوب، انتهى حاصل نقله.

قال: (**وَيُمْنَعُ كُلُّ كَافِرٍ مِنَ اسْتِيطَانِ الحِجَازِ**) لقوله ﷺ: «**أَخْرِجُوا الْمُشْرِكِينَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ**»(١) متفق عليه.

وقال: «**لَئِنْ عِشْتُ إِلَى قَابِلٍ لأُخْرِجَنَّ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ**» هكذا رواه البيهقي، ورواه مسلم بدون: «**لئن عشت**»(٢).

قال القاضي الحسين وغيره: والجزيرة هي الحجاز، وأبدأ بحديث أبي عبيدة بن الجراح، وآخر ما تكلم به رسول الله ﷺ: «**أَخْرِجُوا يَهُودَ الْحِجَازِ وَأَهْلَ نَجْرَانَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ**»(٣) فلم يتفرغ أبو بكر ﵁ لذلك، فأجلاهم عمر ﵁ قيل: كانوا زهاء أربعين ألفًا ولم ينقل أحد من الخلفاء أجلاهم من

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١١٥٥، رقم ٢٩٩٧)، وأبو داود (٣/ ١٦٥، رقم ٣٠٢٩) ومسلم (٣/ ١٢٥٧، رقم ١٦٣٧).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٢، رقم ٢١٥)، ومسلم (٣/ ١٣٨٨، رقم ١٧٦٧)، وأبو داود (٣/ ١٦٥، رقم ٣٠٣٠)، والترمذي (٤/ ١٥٦، رقم ١٦٠٦، ١٦٠٧)، وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٥/ ٢١٠، رقم ٨٦٨٦)، وابن الجارود (ص ٢٧٨، رقم ١١٠٣)، وأبو عوانة (٤/ ٢٦٠، رقم ٦٧٠٥)، وابن حبان (٩/ ٦٩، رقم ٣٧٥٣)، والحاكم (٤/ ٣٠٥، رقم ٧٧٢١) وعبد الرزاق (٦/ ٥٤، رقم ٩٩٨٥)، والبيهقي (٩/ ٢٠٧، رقم ١٨٥٢٨).

(٣) أخرجه أحمد (١/ ١٩٥، رقم ١٦٩١، ١٦٩٤، ١/ ١٩٦، رقم ١٦٩٩)، وأبو يعلى (٢/ ١٧٧، رقم ٨٧٢). قال الهيثمي (٥/ ٣٢٥): رواه أحمد بأسانيد، ورجال طريقين منها ثقات متصل إسنادهما. وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٨/ ٣٨٥)، وابن عساكر (٢٥/ ٤٣٦)، والضياء (٣/ ٣١٩، رقم ١١٢٢).

وَهُوَ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَامَةُ وَقُرَاهَا، ....

اليمن مع أنها من جزيرة العرب، وإنما خرج أهل نجران من الجزيرة، وإن لم يكن من الحجاز؛ لأنه ﷺ «صالحهم على أن لا يأكلوا الربا فأكلوه»(١) رواه أبو داود من رواية ابن عباس - رضي الله عنهما -.

وأرسل الصَّيْمَري حكايةً وجهين في أن نجران من الحجاز أم لا؟

قال: (**وَهُوَ مَكَّةُ وَالمَدِينَةُ وَاليَمَامَةُ وَقُرَاهَا**) كذا فسر الشَّافِعِي بمكة والمدينة واليمامة ومحالفيها؛ يعني: قراها والطائف ووج، وهو وادي الطائف من قرى مكة وخيبر من قرى المدينة، وما يضاف إلى كل واحدة منهما، وحكى الرَّافِعِي عبارات أهل اللغة، والغريب في ضبط الجزيرة والحجاز، ثم قال: واعلم إنما أورده جمهور الأصحاب في ضبط الحجاز وجزيرة العرب، ما بيَّناه وسواء في العبارات المذكورة تفاوت الحقيقة، أو لم تكن فكلمتهم متفقة على أن الجزيرة أوسع من الحجاز، وعلى أن اليمن تدخل في حد الجزيرة ولا تدخل في حد الحجاز، وفي كلام الإمام اضطراب في ضبطها.

وحاصله حكاية طريقين: **إحداهما**: أن الحجاز مكة والمدينة [واليمامة] ومحاليفها، **والثانية**: أن الحجاز مكة والمدينة واليمن، وقضيته: ما ساقه أن الحجاز والجزيرة عبارتان عن معبرٍ واحدٍ، ونقل ذلك عن شيخه صريحًا وعلى هذا ينطبق قول «الوجيز»: وهل تدخل اليمن في ذلك؟ فيه خلافٌ إلى آخره والاعتمادُ على ما قدمناه، انتهى.

وفي [شرح] «مختصر» الجويني للمُصْعَبِي: واختلف الأصحاب في جزيرة العرب، فقالت المَرَاوِزَةُ: هي مكة والمدينة واليمامة ومحاليفها، وعدَّ عادون تهامة، ولعله تصحيف يمامة ولا شك أن تهامة والطائف من جزيرة العرب، وقال العراقيون: الحجاز مكة والمدينة واليمامة واليمن، ثم قالوا: الحجاز من جزيرة العرب فعلى هذا تنتهي جزيرة العرب إلى أطراف الشام والعراق فيمتنعون من المقام في جزيرة العرب، انتهى لفظه.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٨٣٤).

وَقِيلَ لَهُ الْإِقَامَةُ فِي طُرُقِهِ الْمُمْتَدَّةِ، وَلَوْ دَخَلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَخْرَجَهُ وَعَزَّرَهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ ....

قال: (**وَقِيلَ لَهُ: الْإِقَامَةُ فِي طُرُقِهِ الْمُمْتَدَّةِ**) حكاه الإمامُ ووجه بأنها ليست مجتمع الناس وموضع الإقامة، والمذهبُ المنعُ؛ لأنها من الحجاز ولا يمنعون من ركوب الحجاز؛ لأنه ليس موضع إقامة، ويمنعون من الإقامة في سواحله، وفي الجزائر المسكونة في البحر هكذا قالاه في «الرَّوْضَة» و«أصلِها»، وفي التقييد بالمسكونة نظر، وإطلاق الأخبار والآثار والنصوص والجمهور ينازع في ذلك، ولم أرَ في «الشرح الصغير» لفظ المسكونة، وهو الوجه الموافق لنصوص الشَّافِعِي والأصحاب، قال في «الأمِّ»: وكما يمنعون من المقام بالحجاز يمنعون من المقام بسواحله وجزائر بحره وتبعه الأصحاب، وسيأتي زيادة بيان في ذلك.

قال: (**وَلَوْ دَخَلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ**) أي: أو نائبه.

(**أَخْرَجَهُ وَعَزَّرَهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ**) أي: لتجرئه ودخوله ما هو ممنوع فيه، والظاهر: أن موضع التعزير ما إذا علم أن الموضع من جملة الحجاز، أما لو جهل وأمكن صدقه فلا؛ لأنه لا يعرف حدوده إلا أفراد من العلماء، وينبغي أن يُعَزَّر بجهله أنه ممنوع من الحجاز أيضًا والإخراج حَتْم.

تنبيه: سبق قول «الروضة» و«أصلها» في الجزائر المسكونة، وقلنا: الصواب: حذف المسكونة كما أشرنا إليه، وأصل كلام الرَّافِعِي في «الكبير» قول البَغَوِي: ويمنع من المقام في سواحله والجزائر المسكونة في البحر أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه من بلاد الحجاز، لكن البَغَوِي ذكر هذا في دخوله بإذن الإمام، والرَّافِعِي قدم ما سبق، ثم قال: وإذا استأذن. . . إلى أن قال: ولا يمكن من دخل بالإذن أن يقيم أكثر من ثلاثة أيام، فوقع اللبس في كلامه.

وقول «التهذيب»: المسكونة ليس ببعيد قطعًا، وإنما خرج على العادة، وأن الإقامة إنما تقصد في المسكونة، وأطلق في «تعليقه» القول بالمنع، ولم يقيد بسكنى موضع، ولو كان السكن قيدًا يجوز لهم السكنى في بواديه وسواحله وجباله الخالية، وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنهم لا يمكنون من

مِنْهُ، فَإِنِ اسْتَأْذَنَ أَذِنَ إِنْ كَانَ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كَرِسَالَةٍ وَحَمْلِ مَا نَحْتَاجُ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لِتِجَارَةٍ لَيْسَ فِيهَا كَبِيرُ حَاجَةٍ لَمْ يَأْذَنْ إِلَّا بِشَرْطِ أَخْذِ شَيْءٍ مِنْهَا.

المقام في المراكب في البحر إلا قدر ما ينزلون في البر، وأقصاه ثلاثة أيام فقام المسافر، قال ابن الرِّفْعَة: ولعله أراد إذن فيه الإمام في موضع واحد كما سيأتي، انتهى.

وفي «تعليق» الشيخ إبْرَاهِيم المَرْوَزِيّ، قال أصحابنا: لا فرق بين بره وبحره، ولا ينزلون في المقام في المراكب في البحر إلا قدر ما ينزلون في البر وأقصاه ثلاثة أيام، فإذا دخل للتجارة وغيرها لا يقيم في موضع أكثر من ثلاثة أيام، انتهى.

قال: (**[مِنْهُ] فَإِنِ اسْتَأْذَنَ**) أي: في دخول الحجاز غير الحرم.

(**أَذِنَ إِنْ كَانَ مَصْلَحَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ كَرِسَالَةٍ وَحَمْلِ مَا نَحْتَاجُ إِلَيْهِ**) قال الرَّافِعِي: إذا استأذن كافر في الدخول أذن له الإمام أو نائبه إن كان في دخوله مصلحة للمسلمين من أداء رسالة، أو عقد هدنة، أو ذمة، أو حمل ميرة، أو متاع يحتاج إليه المسلمون.

قال: (**فَإِنْ كَانَ لِتِجَارَةٍ لَيْسَ فِيهَا كَبِيرُ حَاجَةٍ لَمْ يَأْذَنْ إِلَّا بِشَرْطِ أَخْذِ شَيْءٍ مِنْهَا**) قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقه جماعة وحكوه عن النص، وفي «التهذيب»: أنه يشترط عليه شيئًا وهو إلى رأي الإمام، قال: يجوز أن يريد به قدر الشرط لا أصل الشرط، فلا تكون مخالفة لما أطلقه غيره، قال في «الروضة».

قلت: هذا الاحتمال مراده من غير تزويد، وهو مقتضى عبارته، والله أعلم.

وذكر ابن الرِّفْعَة أن في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل»: أنه إذا لم يكن بالمسلمين أن ما يحضرونه حاجة؛ كالعطر ونحوه أن الإمام إن رأى المصلحة في الإذن بغير شيء كان له ذلك، وإن رأى المصلحة في الاشتراط لم يجز للإمام أن يشترط عوضًا على حسب ما يراه، ثم حكى عن غيرهما خلافه، وذكر أن الغَزَالِي وغيره نقلًا وجهين في المسألة.

وَلَا يُقِيمُ إِلَّا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

قلت: كلام «الشامل» إنما هو في دخول غير الحجاز، نعم أطلق الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما القول: بأن الذمي والحربي لا يمكن من دخول الحجاز للتجارة إلا بأخذ شيء من غير فرق بين ما يحتاج إليه وغيره، وكذا قال الفوراني في كتابيه، وقال الدارمي: لا يدخلونه إلا بالصلح على شيء، وغير شيء إذا رأى، وفي «تعليق» البَغَوِي: وجعل عمر ﷺ لمن يدخل لحاجة المكث ثلاثة أيام، إما لتجارة أو لرسالة، ثم قال: ولو كان لذمي على مسلم دين في الحجاز يجوز دخوله للتقاضي ثلاثة أيام، ثم قال: ولو أن جماعة من أهل الذمة أو واحد منهم دخل الحجاز تاجرًا أن شرط الإمام عليه إعطاء مال أخذ المشروط، ولو لم يشترط عليهم ألا يأخذ منهم شيئًا في أصح الوجهين، وإنما أخذ عمر لاشتراطه، انتهى.

وهذا ظاهر المذهب في «تعليق» المروزي، وهو ينازع في كون مراده في «التهذيب» ما تقدم عن «الروضة» وبما ذكرناه يجتمع في المسألة وجوه، والتفصيل المذكور في الكتاب هو المشهور، وكلام الشيخين يُفْهِم: أنهما لم يقفا على خلافٍ في المسألة.

قال: (وَلَا يُقِيمُ) أي: الداخل لما قدمه.

(إِلَّا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) أي: غير يومي الدخول والخروج، ويشرط عليه ذلك عند الدخول، واعتبرت الثلاثة لرواية مالك في الموطأ عن نافع عن أسلم أن عمر ﷺ ضرب لليهود والنصارى والمجوس بالمدينة إقامة ثلاث ليال يتسوقون بها، ويقضون حوائجهم، ولا يقيم بها أحد منهم فوق ثلاثة ليال، وهذا إسناد صحيح، واعتبر الشارع الثلاثة في مواضع كثيرة.

فرع: قال الرَّافِعِي وغيره: لو كان ينتقل من بلدة إلى قرية أو بالعكس ويقيم في كل واحدة ثلاثًا فلا يمنع، وفي «البسيط»: أنهم لو كانوا يترددون فرسخًا فرسخًا، ويقيمون على كل فرسخ ثلاثة أيامٍ فلا منع فإنه في صورة السفر، انتهى.

وَيُمْنَعُ دُخُولَ حَرَمِ مَكَّةَ، فَإِنْ كَانَ رَسُولًا خَرَجَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبٌ يَسْمَعُهُ.

وكان المراد به حالة الاختيار وإلا فقد يُتخذ ذلك وسيلة إلى التوطن كأهل النُّجْعَةِ وأصله قول إمامه، ولو كانوا يتناقلون من بقعة إلى بقعة، ولو ثبتت أيام ترددهم لزادت على مقام المسافرين فلا بأس؛ لأن خطة الحجاز لا يمكن قطعها بثلاثة أيام حتى قال الصيدلاني وغيره: لا يكلفهم أن يَجْرُوا في انتقالهم على المنازل المَعهودة، ولو قطعوا فرسخًا فرسخًا وكانوا يقيمون على منتهى كل فرسخ فلا منع ولا حَجْر، انتهى.

وهو ظاهر فيما ذكرناه: من أنه في حال خروجهم أو اختيارهم.

قال: (**وَيُمْنَعُ دُخُولَ حَرَمِ مَكَّةَ**) أي: مطلقًا سواء الذمِّي والحربي والحر والعبد والمختار وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] فنزلت في سنة تسع «وبعث ﷺ أبا بكر على الحج، ثم أردفه بعلي - ﵁ - ينادي: **لَا يَحُجُّ بَعْدَ العَامِ مُشْرِكٌ**»(١) متفق عليه.

قالوا: والمراد بالمسجد الحرام هنا: جميع الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ إِلَى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْأَقْصَا﴾ [الإسراء: ١] وكان في بيت خديجة أو بيت أم هانئ - ﵂ - ويؤيده قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ﴾ [التوبة: ٢٨] أي: لانقطاع التجارة والمِيرَةِ(٢) عنكم، ومعلوم أن الجلب ليس إلى المسجد نفسه.

قال: (**فَإِنْ كَانَ رَسُولًا خَرَجَ إِلَيْهِ الإِمَامُ أَوْ نَائِبٌ يَسْمَعُهُ**) للآية الكريمة، وختمًا للباب سواء أراد الدخول لأداء رسالة، أو لتجارة بغرض أو غيره، أو لسماع كلام الله تعالى أو ليسلم، وسواء في ذلك كل كافر كما سبق، فإن حضروا لرسالة أو لتجارة أقاموا فيما وراء الحرم على النعت المتقدم في دخولهم الحجاز غير الحرم، ويخرج إليهم مريد البيع والشراء ويرسل الإمام إليهم من

---

(١) أخرجه البخاري (٢/٥٨٦، رقم ١٥٤٣) ومسلم (٣٣٥٣).

(٢) المِيرَةُ: جَلْب الطعام.

وَإِنْ مَرِضَ فِيهِ نُقِلَ، وَإِنْ خِيفَ مَوْتُهُ فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُدْفَنْ فِيهِ، ....

يسمع الرسالة، فإن أبوا إلقاءها إلا إلى الإمام أو نائبه المقيم بالحرم خرج إليهم هو أو نائبه، هذا ما رأيته للأصحاب واقتضته نصوص الشَّافِعِي ﷺ ورواه.

شيئان غريبان:

أحدهما: رأيت في كتاب «الحج» من تحرير القاضي ابن كج ما لفظه: لا يجوز للمشركين عندنا دخول الحرم، فإن احْتِيج إلى أن يدخل طبيب كافر إليه فذلك جائز للضرورة غير أنه لا ينزل مستوطنًا فيه، انتهى.

ورأيت في «الأم»: هاهنا ليس للإمام أن يدع مشركًا يطأ الحرم بحال من الحالات طبيبًا كان أو صانعًا بنيانًا أو غيره. هذا لفظه، وإطلاقه: يرد استثناء ابن كج وقد يؤول ويحمل كلام ابن كج على إذا قامت الضرورة إلى إدخاله ولم يمكن إخراج المريض إليه.

الثاني: قال في «الذخائر»: وإن جاء كافر رسولًا إلى الإمام، قال الخراسانيون: يجوز دخوله لأداء الرسالة، وقال العراقيون: لا يجوز، بل يبعث الإمام إليه من يسمع رسالته، فإن أبا أداءها إلا مشافهة خرج الإمام إليه، وإن جاء ليسلم أو يسمع كلام الله قال الخراسانيون: يجوز له الدخول لذلك، وقال العراقيون: لا يجوز، بل يخرج إليه من يسمع كلامه وإسلامه ويسمعه كلام الله تعالى، انتهى.

وهذا النقل عن الخراسانيين غلط، فإن الذي في كتبهم: التصريح بخلافه كما قاله العراقيون، هكذا رأيته في كلام الشيخ أبي محمد وولده الإمام والغَزَالِي والبَغَوِي والفوراني، وبه صرح الشيخ إِبْرَاهِيم المروزي و«تعليقه» ملخص من «تعليق» القاضي الحسين، قال: وذكر فيه معنى وهو: أن المشركين أخرجوا النبي ﷺ [من الحرم] فعاقبهم الله بالمنع من دخوله بكل حالٍ.

قال: (**وَإِنْ مَرِضَ فِيهِ نُقِلَ، وَإِنْ خِيفَ مَوْتُهُ**) أي: من نقله؛ لأنه ممنوع من دخوله والإقامة به ومعاقب على دخوله.

(**فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُدْفَنْ فِيهِ**) لما قدمناه.

فَإِنْ دُفِنَ نُبِشَ وَأُخرِجَ، وَإِنْ مَرِضَ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْحِجَازِ وَعَظُمَتْ الْمَشَقَّةُ فِي نَقْلِهِ تُرِكَ وَإِلَّا نُقِلَ، فَإِنْ مَاتَ وَتَعَذَّرَ نَقْلُهُ دُفِنَ هُنَاكَ.

(**فَإِنْ دُفِنَ نُبِشَ وَأُخْرِجَ**) أي: إلى الحل، وإن كان من الحجاز وفيه ما سيأتي؛ لأن بقاء جيفته فيه أشد من دخوله فيه حيًّا، فإن كان قد انقطع قال الجمهور: تُرك، وهو المنصوص في «الأم»، وقيل: ينبش أيضًا، وبه أجاب الإمام والغَزَالِي وجماعة وهو قضية إطلاق «المنهاج» و«المحرر» و«الإبانة» و«المقنع» وغيرهما، وعبارة الصَّيْمَرِيّ: ينقل ما لم يبل.

(**وَإِنْ مَرِضَ فِي غَيْرِهِ**) أي: في غير الحرم.

(**مِنَ الْحِجَازِ وَعَظُمَتِ المَشَقَّةُ فِي نَقْلِهِ تُرِكَ**) أي: على الصحيح وجواب عامة الأصحاب، وصحح الإمام الانتقالَ.

قال: (**وَإِلَّا نُقِلَ**) أي: وإن لم تعظم المشقة نقل بأن يكلفه أو ينقله الإمام، وعبارة «الشرح الصغير»: كلف الانتقال إذا لم يخف عليه الموت ولم تعظم المشقة فيه، وإن خيف لم يكلف، وإن عظمت المشقة فوجهان: أظهرهما: أن الجواب كذلك، واختار الإمام الثاني.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ وَتَعَذَّرَ نَقْلُهُ**) أي: من الحجاز.

(**دُفِنَ هُنَاكَ**) ولفظ الإمام: إنَّا نواريه مواراة الجيف، وإن كان في طرف من الحجاز نقل لسهولته، وأطلق أكثرهم: أنه يدفن فيه، وقالوا: إذا جاز تركه للمرض فالموت أولى، وذكر البَغَوِي تفصيلًا جيدًا وهو: أنه إن أمكن نقله قبل أن يتغير نقل ولم يدفن فيه، وإن خيف عليه التغير دفن للضرورة، وإذا دفن حيث لا يؤذن فيه بطلب لم ينبش على الصحيح، هذا حاصل «الروضة»، وعلى ما قاله البَغَوِي جرى ابن أبي عصرون وغيره، ويشبه أن يفصل بين التعدي بالدخول وغيره، والظاهر: أن الكلام في المأذون له في الدخول أو غيره بمنزلة الغاصب ولا وجه للتفصيل الذي ذكره البَغَوِي في الحربي الداخل بلا إذن؛ إذ لا حرمة له توجه، وكذلك الذمي أيضًا، واستحسن الرُّويَانِي في «البحر»: أنه إذا مات الداخل تحرم المدينة أنه يخرج منه إذا لم ينعقد الإخراج ويدفن خارجه.

فَصْلٌ

أَقَلُّ الْجِزيَةِ دِينَارٌ لِكُلِّ سَنَةٍ.

إشارة: في دخول الكافر بقية المساجد اختلاف وتفصيل طويل أوردته في «الغنية» هنا لا [يسمع][1] جهله، فإني رأيت من تغلظ في التجويز والمنع.

إشارة: قال في «المحرر» هنا: وأما غير الحجاز من البلاد فيجوز تقرير أهل الكتاب فيه بالجزية ولكل كافر دخولها بالأمان، انتهى.

واكتفى المصنف عنه بما أفهمه صدر كلامه في أول الفصل، ولا نزاع فيه في غير ما هو من جزيرة العرب، وأما ما هو منها ففيه نزاع للناس، ولبعض أصحابنا [بظواهر الأحاديث].

قال:

(فَصْلٌ،

أَقَلُّ الْجِزيَةِ دِينَارٌ لِكُلِّ سَنَةٍ) لحديث: **«خذ من كل حاكم ديناراً»**[2] كما سبق، وسواء فيه المكثر والمقل هذا هو المنصوص الموجود في كتب الشَّافِعِيِ رضي الله عنه والأصحاب، ومنهم من يقول: دينارًا وعدله؛ يعني: بدله من نقد أو عرض.

وعبارة جماعة: وأقل الواجب دينار، ويجوز أخذ القيمة عنه ولا نزاع فيه، ويكون ذلك قيمة الدينار بسعر الوقت، وذكر الإمام أن الأقل دينارًا أو اثنا عشر درهمًا مصكوكة من النفرة الخالصة، وأن الدينار يقابل في القواعد بعشرة، إلا في الجزية فباثني عشر درهمًا، وعبر الْغَزَالِي وغيره من أتباع الإمام عن ذلك بأن الإمام يتخير بين الدينار والاثني عشر، وفي «الترغيب»: أقل الواجب دينار أو اثنا عشر درهمًا نقرة، انتهى.

قال الإمام: ورأيت في كلام الأصحاب فيه ما يدل على أن الأصل في

---

[1] في نسخة: (تسع).

[2] تقدم تخريجه.

وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ مُمَاكَسَةٌ حَتَّى يَأْخُذَ مِنْ مُتَوَسِّطٍ دِينَارَيْنِ وَغَنِيٍّ أَرْبَعَةً.

الجزية الدينار، وتقوم النقرة بالذهب كالسلع وهذا متجه ولولا قضاء عمر ﵁ في التردد بين الدينار والاثني عشر درهمًا، ورأيت في كلام الأصحاب: لما كان لاعتبار الدراهم وجه، والأخبار كلها مشتملة على ذكر الدينار، فأقل الجزية دينار، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وهو قضية المظفورية في كتب عامة الأصحاب، فإنهم اقتصروا على ذكر الدينار وسكتوا عن الدراهم، انتهى.

وفي «الذخائر»: لم أر التخيير مرويًّا عن عمر ﵁، بل المروي عنه في كتاب «الخراج»: أنه أخذ الجزية من أصحاب الشامات ومصر وغيرهم، عن كل شخص أربعة دنانير إذا كان غنيًا، وعن المتوسط دينارين، وأخذها من السواد ومن البلاد التي يتعارفون فيها بالدراهم من الغني ثمانية وأربعين درهمًا، ومن المتوسط صرف دينارين أربعة وعشرين درهمًا، ومن الفقير أثني عشر درهمًا، وهي صرف الدنانير؛ يعني: أن سعر الدينار، كان كذلك حينئذ وسيأتي عن الشيخ أبي حامد نقل الإجماع على أنها لا تعقد بأقل من دينار، ويجب أن يكون موضعه [قوتنا][1] وإلا فقد نقل الدارمي عن المذهب أنه إذا كان بالمشركين قوة جاز الصلح على أقل من دينار ولو يذكر سواه وهو ظاهر.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ مُمَاكَسَةٌ**) أي: لغير الفقير.

(**حَتَّى يَأْخُذَ مِنْ مُتَوَسِّطٍ دِينَارَيْنِ وَغَنِيٍّ أَرْبَعَةً**) للأمر السابق، وللخروج من خلاف أبي حنيفة، واحتياط للمسلمين.

وروى البخاري عن ابن أبي نجيح قال: «**قُلْتُ لِمُجَاهِدٍ: مَا شَأْنُ أَهْلِ الشَّأْمِ، عَلَيْهِمْ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ وَأَهْلُ الْيَمَنِ عَلَيْهِمْ دِينَارٌ؟ قَالَ: جُعِلَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ الْيَسَارِ**»[2].

واعلم أن الإمام والرَّافِعِي والْعِمْرَانِي وغيرهم أطلقوا ما ذكره المصنف من

---

[1] في نسخة: (عند قوتنا).

[2] أخرجه البخاري (٣١٥٦) معلقًا.

استحباب المماكسة، وقال ابن الرِّفْعَة: قال الأصحاب لا يجوز للعاقد إذا قدر على العقد بمائة دينار أن ينقص منها دانقًا؛ لكنه لا يجبر الكافر على الزيادة [على الدينار] فمتى طلب زائدًا عليه، وامتنع الكافر من بدل الزائد وجب قبول الدينار منه، انتهى.

والظاهر: أنه غير مخالف لما تقدمه لا كما ظنه شارح «المنهاج»، وعبارة «مقنع» المحاملي: أن الذمي إذا كان مقلًّا عقد معه على دينار، وإن كان متوسطًا استحب أن يعقد معه على دينارين، ويحمل عليه بالكلام، [ويحمل ما يمكنه، فإن لم يقبل وأقام على الدينار قبل منه وعقد له، وإن كان موسرًا يقول: جزيتك أربعة دنانير] ويتحمل عليه بأهله وعشيرته، فإن أمكنه الزيادة على دينار فعل، وإن أقام على بدل الدينار فحسب قبل منه وعقد له.

تنبيهات: منها: أطلقا استحباب المماكسة، وقال الإمام: إن هذا إنما ينفع إذا لم يكن بادل الجزية عالمًا بأن أخذ الجزية واجب إذا بدلوها، مع العلم أن الدينار لو اقتصروا عليه لزم قبوله، فإذا علم الكافر ذلك فلا معنى للماكسة معه استماحة، انتهى لفظه.

وما قاله حسن بالغ وإن خالف إطلاق الجمهور، وقد يفهم كلام المحاملي السابق أنه لا فرق بين العالم بذلك وغيره.

ومنها: قال الإمام والْبَغَوِي والشيخان وغيرهم: لا يجب على الإمام أن يخبرهم بأقل الجزية، وعبارة «البيان»: يستحب للإمام [أن](١) يخبرهم بذلك، وقال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: ليس للإمام أن يخبرهم بأقل الجزية، كذا رأيته فيه، وكذا حكي عنه، وكأنه سبق قلم أو أسقط لفظه على بعد ليس بأقل.

ومنها: لو بدل [أكبر من] دينار جاهلًا بأن الأقل دينار لم يجئ للإمام أن يعرفه أن الواجب دينار، وإنك لو امتنعت من بدل الزائد عليه لم يلزمك سواه، بخلاف الْمُزَنِي فإنه يخبره بأن واجبك كذا، قال القاضي الحسين: والفرق أنها

---

(١) في نسخة: (ألا).

....

وجبت بالشرع فروعي فيها إيجابه والجزية وجبت بالمعاقدة والتراضي، فروعي فيها ما يقع به التراضي.

ومنها: لو بلغ سفيهًا وبدل جزية أبيه وهي فوق دينار فهل يؤخذ منه؟ فيه وجهان، قالا: وليكونا بناء على أنه هل يكتفي بعقد أبيه أم يستأنف؟ أن اكتفينا أخذنا وإلا فهو كسفيه جاز بطلب عقد الذمة، ولا شك أنه يجاب، ولا يشترط إذن وليه لكن لو التزم أكثر من دينار، قال القاضي الحسين: تلزمه الزيادة، وإن لم يأذن الولي بناء على العهد لا يدخل تحت الولاية، حكاه الإمام عنه ولم يرتضيه، وقال: الحقن ممكن بدينار، فينبغي أن يمتنع من بدل الزيادة، وذكر الرُّويَانِي نحوه، وفي «التهذيب»: الجزم بأنه لا توجد الزيادة وإن أذن الولي.

قال في متن «الروضة»: وقال الْغَزَالِي: يصح عقد السفيه بالزيادة بحقن الدم تشبيهًا بما إذا كان على سفيه قصاص، فصالح المستحق على أكثر من قدر الدية لم يكن للولي منعه، وزاد فقال: للولي أن يعقد بالزيادة ليس للسفيه المنع، كما يشتري له الطعام في المخمصة بالثمن الغالي؛ صيانة لروحه، وفرق الإمام بين هاتين المسلمين والجزية، وقال: صيانة الروح لا تحصل في المسلمين إلا بالزيادة، وهنا بخلافه، والمذهب: أنه لا يصح عقد السفيه والولي بالزيادة، وإذا اختار السفيه الالتحاق بالمأمن، واختار الولي عقد الذمة، فالمتبع اختيار السفيه، ذكره الرُّويَانِي، وصاحب «البيان»، انتهى.

قلت: وكذا قاله صاحب «المعتمد»، وغيره من العراقيين، والظاهر: أن يأخذه أن عقد الذمة له لا يدخل تحت الولاية؛ إذ لو دخل لتوقف عقدها على مباشرة الولي، إرادته وإن كان بالدينار، وحينئذ يظهر ما قاله القاضي الحسين، وهو المنقول في «تعليق» المروزي ثم قال: وفي لزوم الزيادة دون أذن الولي نظر؛ لأنه أمكنه حقن دمه بدونها بخلاف مسألة القصاص، وقول «الروضة»: والمذهب عجب، ولفظ الرَّافِعِي والأشبه كذا، وفي «مقنع» المحاملي: إن اتفق هو ووليه على قدر الجزية عقدت بذلك، وإن اختلفا في ذلك فالاعتبار بحال المحجور عليه دون الولي.

وَلَوْ عُقِدَتْ بِأَكْثَرَ ثُمَّ عَلِمُوا جَوَازَ دِينَارٍ لَزِمَهُمْ مَا الْتَزَمُوهُ، فَإِنْ أَبَوْا فَالْأَصَحُّ أَنَّهُمْ نَاقِضُونَ.

ومنها: في «الشامل» و«الذخائر» ما حاصله: إذا قام إمام نظر في أهل الذمة وعقدهم، فإن كان صحيحًا أقرهم، أو فاسدًا غيَّره إلى الصحة، ثم إن علم قدر الجزية بشيوع أو بينة فذاك وإلا يسألهم، فإن اعترفوا بدون دينار لم يقرهم، وطالبهم بالدينار فإن لم يقبلوا ردهم إلى مأمنهم.

وذكر الْبَنْدَنِيجِي أنه سأل الشيخ أبا حامد، فقال الثوري: يجوز ما يراه الإمام، فإذا عقدها بما يجوز الاجتهاد فيه يجب [أن](١) ينقص حكمه، [فقال](٢): حصل الإجماع بعد الثوري على ألَّا ينقص عن دينار، فإن اعترفوا بدينار دينار قبل منهم وحلفهم استظهارًا إلا وجوبًا؛ أي: خلافًا للماوردي، وإن أقروا بدينارين على كل واحد طالبهم بذلك، فإن امتنعوا نقضوا الذمة، فإن طلبوا استئناف عقدها بدينار عقد لهم، فإن قالوا: نودي دينارين دينار عن الجزية ودينار هدية استحلفهم وجوبًا قطعًا؛ لأن دعواهم خلاف الظاهر. زاد الجرجاني في «الشافي»: فإن نكلوا عن اليمين أخذت منهم الزيادة بالظاهر لا بالنكول.

وزاد الْمَاوَرْدِي: أنه إذا لم ينتقص قدر جزيتهم، ولم يشهد به عدلان، وكان في ديوان الجزية قدر جزيتهم وشروط صلحهم، فإن ارتاب به ولم يقع في النفس صحته لم يجز العمل به، وإن انتفت عنه الريبة وكانت تجب حتم أمنًا الكتاب ففي جواز العمل [عليه](٣) وجهان: وجه الجواز: إنه عرف الأئمة، وكرواية الحديث على خطه إذا تحققه.

قال: (**وَلَوْ عُقِدَتْ بِأَكْثَرَ ثُمَّ عَلِمُوا جَوَازَ دِينَارٍ لَزِمَهُمْ مَا الْتَزَمُوهُ**) كالشراء والإجارة وغيرهما بأكثر من عوض المثل.

(**فَإِنْ أَبَوْا**) أي: من بدل الزيادة على دينار.

(**فَالْأَصَحُّ أَنَّهُمْ نَاقِضُونَ**) أي: بذلك كما لو امتنعوا من أداء أصل الجزية،

---

(١) في نسخة: (ألا).

(٢) في نسخة: (فقد).

(٣) في نسخة: (به).

وحينئذٍ قد يبلغون المأمن أو يقتلون؟ فيه قولان: يأتيان، فإن بلغوا المأمن ثم عادوا فطلبوا العقد بدينار أجيبُوا إليه.

واعلم أنه يقع في «الترجيح» و«المحرر» ونسبه في «الشرحين» إلى الْبَغَوِي، ثم قال: وحينئذ وذكر ما قدمته، والذي أطلقه الإمام والْغَزَالِي: أنه إذا قبل الزيادة ثم نبذ العقد إلينا لا يغتالوا، وإذا طلب تجديد العقد بالدينار لزم إسعافه، ثم إن كان النبذ بعد مضي سنة لزمه ما التزم بتمامه، وإن كان في أثناء السنة لزمه لما مضى، قسط ما التزم تفريعًا على الصحيح فيما إذا مات الذمي في أثناء السنة، انتهى.

نقل الرَّافِعِي: وفي متابعة الْبَغَوِي على ترجيحه نظر، والذي تضمنه كلام «الشامل» و«الذخائر» السابق، وغيره من كلام العراقيين: يقتضي أنهم إذا امتنعوا من بدل الزيادة في المستقبل، وبدلوا الدينار أنهم يجابوا، ونحوه قول الدارمي: ومن أقر بأكثر لم يقبل دونه إلا أن يسند إليه، فيرجع فيبدل الدينار، ومن أقر بدون الدينار فكذلك.

وفي «تحرير» الجرجاني: وإن قالوا كان التقرير أكثر من دينار ولكنا لا نزيدك على دينار قاتلهم عليه، فإن قاتلوه انقضت به ذمتهم، فإن بدلوا بعده دينارًا قبل؛ لأنه ابتداء عقد، وقال في «الشافي»: فإن لم يبدلوا الزيادة واجتمعوا على قتاله انتقص به عهدهم، وإن قاتلهم وبدلوا بعده دينارًا وجب قبوله؛ لأنه ابتداء عقد، انتهى.

والظاهر: أنه طريقة العراق ولا يظهر فرق بين هذه وصورة الكتاب، ثم رأيت الشَّافِعِي في «الأم» قال: وإذا صالحوا على شيء أكثر من دينار ثم أرادوا أن يمتنعوا إلا من دينار لزمهم ما صالحوا عليه كاملًا، فإن امتنعوا منه جاز بهم، فإن دعوا قبل أن يظهر على أموالهم وتسبى ذراريهم أن يعطوا الإمام الجزية دينارًا لم يكن للإمام أن يمتنع، وجعلهم كقوم ابتداء محاربتهم، فدعوه إلى الجزية أو قوة دعوة إلى الجزية بلا حرب، انتهى لفظه.

....

وقال في «البيان»: إن التزم أكثر من دينار لزمه، فإن امتنع من التزام أكثر مما زاد على الدينار أجبر عليه إلا أن يلحق بأهل الحرب ويمتنع ويبذل الدينار فإنه يجب قبوله، هذا لفظه وهو موافق لكلام الْبَغَوِي لا للنص، فإن ثبت ذلك عن النص كان في المسألة قولان منصوصان، والله أعلم.

فرع: في «حلية» الرُّويَانِي: لو صالحهم على أقل من دينار لم يجز والصلح فاسد وعليه أخذ ما صالحهم عليه، ثم ينبذ العهد إليهم حتى يصالحوا صلحًا جائزًا، أو يلتحقوا بدار الحرب فيصيروا حربًا لنا، وأصله قول الشَّافِعِي في «الأم»: فإن صالح السلطان أحدًا على الأبد على أقل من دينار، أو على أن يصنع عمن اعتبر من أهل دينه الجزية، أو على ينفق عليهم من بيت المال؛ فالصلح فاسد وليس له أن يأخذ من أحد منهم إلا ما صالحه عليه، وإن مضت مدة بعد الصلح فوجب عليه بشرطه شيئًا وعليه أن ينبذ إليهم حتى يصالحوه صلحًا جائزًا، انتهى.

وهذا النص صريح في أنه لا يأخذ لما مضى إلا القدر المعقود عليه لا غير، وذكر الرَّافِعِي والمصنف تفريعًا على المذهب: أن عقد الذمة من الآحاد لا يصح أن المعقود له لا يغتال وإن أقام سنه، فصاعد أهل يؤخذ منه لكل سنة دينار فيه وجهان: أحدهما: نعم، كما لو فسد عقد الإمام وأشبههما المنع، فقولهما: كما لو فسد عقد الإمام وسكوتهما عليه مصرح بخلاف النص، وفي «كفاية» ابن الرِّفْعَة: وإذا لم يصح عقد الذمة من الإمام؛ لفقد شرط مما ذكرناه فلا يثبت العدد المسمى وإنما الرجوع إلى دينار على كل حاكم في السنة، كما قاله الإمام.

وصرح به القاضي الحسين عن الشَّافِعِي، حيث قال: قال الشَّافِعِي: فإن شرط على ألا يجري الحكم عليهم فالشرط فاسد، وله أخذ ما صولحوا عليه في المدة التي كف عن قتالهم، وعليه أن ينبذ إليهم حتى يصالحوا على ما يجوز، انتهى.

وفي شهادة هذا النص لما ذكره نظر، ودعواه: اعرض من النص وليس هو

وَلَوْ أَسْلَمَ ذِمِّيٌّ أَوْ مَاتَ بَعْدَ سِنِينَ أُخِذَتْ جِزْيَتُهُنَّ مِنْ تَرِكَتِهِ مُقَدَّمَةً عَلَى الْوَصَايَا، وَيُسَوَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ دَيْنِ آدَمِيٍّ عَلَى الْمَذْهَبِ، أَوْ فِي خِلَالِ سَنَةٍ فَقِسْطٌ، وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ.

بمخالف لنص «الأم»، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أَسْلَمَ ذِمِّيٌّ أَوْ مَاتَ بَعْدَ سِنِينَ أُخِذَتْ جِزْيَتُهُنَّ مِنْ تَرِكَتِهِ مُقَدَّمَةً عَلَى الْوَصَايَا**) أي: كسائر الديون ولا تسقط بموت ولا إسلام عندنا.

قال: (**وَيُسَوَّى بَيْنَهَا وَبَيْنَ دَيْنِ آدَمِيٍّ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: المنصوص في «الأم» [وغيره] وقيل: على الأقوال في اجتماع الزكاة ونحوها وديون الآدميين في التزكية، وقد سبق بيانه وخصصا هذه الطريقة بالميت، ويشبه ألا يختص به لما سبق في الزكاة، وفي «الوسيط» طريقة جازمة بتقديم الجزية، وأفهمه سياق «الوجيز» وهو: سبق قلم، والمذكور في «البسيط» وغيره: الطريقان الأولان وهو الصواب، نعم يطلب الفرق بين الزكاة والجزية على المرجح فيهما.

فائدة: قال في «الأم»: وإن فلسه لأهل دينه، قيل: يحول الحول عليه، ضرب مع غرمائه بحصة جزيته لما مضى عليه من الحول، وإن قضاء الجزية دون غرمائه كان له ما لم يستعد عليه غرمائه أو بعضهم، فإن استعدى عليه بعضهم فليس له أن يأخذ جزيته دونهم؛ لأن [عليه حين استعدى عليه أن بعد ماله إذا أقر به أو يثبت عليه ثبته وإن لم يكن ثنته ولم يقر واستعدى عليه كان له أحد جزيته منه دونهم لأنه] لم يثبت عليه حق عبده حين أخذ جزيته، انتهى لفظه وفيه فوائد.

قال: (**أَوْ فِي خِلَالِ سَنَةٍ فَقِسْطٌ**) أي: وإن أسلم أو مات في أثناء سنة فسقط من الجزية [لا غير] لأنها تجب بالمماكسة فأشبهت الأجرة.

(**وَفِي قَوْلٍ لَا شَيْءَ**) لأنه مال يراعى فيه الحول فيسقط [بالموت] في أثناء السنة؛ كالزكاة، وكما لو مات بعض العاقلة في الحول.

تنبيهات: منها: في محل الخلاف طريقان: أحدهما: محله إذا مات وقد مضى أكثر من أربعة أشهر [أما إذا مضى أربعة أشهر] أو أقل منها فلا يجب شيء، وأصحهما: أنه لا فرق في جريانه بين الحالين، حكاهما الإمام

……

والرَّافِعِي في باب الهدنة.

ومنها: قال في «الروضة»: ولو مات [أو أسلم] في أثناء السنة وجب قسط ما بقي في الأظهر، وقيل: يجب قطعًا، وقيل: عكسه، وقيل: لا يجب في الموت، وفي الإسلام القولان، فإن أوجبنا فهل للإمام أن يطالب في أثناء السنة [بقسط] ما مضى؟ وجهان: أصحهما: لا، انتهى.

وفيه أشياء:

أحدها: قوله: وقيل لا يجب بالموت صوابه، وقيل: يجب الموت، كذا قاله الرَّافِعِي وهو واضح.

ثانيها: قوله: فإن أوجبنا . . . إلى آخره يفهم أنه إذا مات أو أسلم في أثناء السنة أنه لا يطالب بالقسط إلا بعد انقضائها على الأصح، والذي قاله الرَّافِعِي بعد ترجيحه طريقة القولين: وبناء على أن الحول في الجزية مضروب الوجوب كالزكاة، أو يتعلق الوجوب بأول الحول، والمدة مضروبة للأداء، فإن قلنا بالأول لم يجب قسط ما مضى، وإن قلنا بالثاني وجب.

ثم حكى كلام الإمام كما بيناه في «الغنية»، والغرض أن الصورة في أنه لو أراد الإمام مع استمرار الذمة وحياة الذمي أن يطلب نصف الجزية في نصف السنة، هل له ذلك؟ أصح الوجهين: لا، ثم صرح الإمام بأنه لو مات في أثناء السنة أُديت الجزية على القول المرجح من تركته في الحال، وهذا مجزوم به، وكذا لو أسلم، وهو قضية البناء السابق.

[ثالثها]: بين كلامه ونقل الرافعي تفاوت أوجبه الاختصار، نعم قد يتخيل جريان خلاف في التعجيل] قبل تمام الحول فيما إذا أسلم [في أثناء السنة] بخلاف موته في أثنائها، فلا ينقدح فيه خلاف، ويمكن حمل ما في «الروضة» على ما ذكره الإمام والرَّافِعِي، ولكن المتبادر من لفظه خلافه.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: إذا غاب ذمي ثم عاد وقال: أسلمت من وقت كذا فلا جزية، وأنكر الإمام ذلك، حكى صاحب «الإشراق» فيه قولين:

وَتُؤْخَذُ بِإِهَانَةٍ فَيَجْلِسُ الْآخِذُ وَيَقُومُ الذِّمِّيُّ وَيُطَأْطِئُ رَأْسَهُ وَيَحْنِي ظَهْرَهُ وَيَضَعُهَا فِي الْمِيزَانِ، وَيَقْبِضُ الْآخِذُ لِحْيَتَهُ، وَيَضْرِبُ لِهْزِمَتَيْهِ، ....

أحدهما: القول قول الإمام؛ لأن الأصل بقاء الكفر، **والثاني**: القول قول الذمي؛ لأن الأصل عدم وجوب الجزية [إذ الجزية] تجب عند حولان الحول، وحكى في موضع آخر أنه إذا ادعى ذلك واتهمه الإمام حلفه، واليمين واجبة أو مستحبة، فيه وجهان، وإذا نكل على وجه الوجوب حكم القاضي بالجزية للعقد السابق على طريق ابن القاص بخلاف مذهب ابن سُرَيْج، وحكى غيره وجهًا أنه يحبس إلى أن يحلف أو يقر، انتهى.

وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي، قال الشَّافِعِي: لو أن ذميًّا غاب في بعض السنة ثم رجع مسلمًا بعد تمام السنة وقال: أسلمت وقت كذا قبل تمام السنة كان القول قوله بيمينه، ثم ذكر التفريع المتقدم.

ثم رأيت الشَّافِعِي قال في «الأم»: وإن غاب فأسلم فقال: أسلمت من وقت كذا فالقول قوله مع يمينه، قال الربيع: وفيه قول آخر: أن عليه الجزية من حين غاب إلى أن قدم وأخبر أنه أسلم إلا أن تقوم له بينة بتقدم إسلامه فيؤخذ بالبينة، انتهى.

وهذا من تخريجه، [والمنصوص الأول وإنما قلت هذا لأن الأئمة قالوا إذا نقل نصا ثم قال وفيه قول آخر يكون من تخريجه] وإن قال وله قول آخر يكون منصوصًا أيضًا.

قال: (**وَتُؤْخَذُ بِإِهَانَةٍ فَيَجْلِسُ الْآخِذُ وَيَقُومُ الذِّمِّيُّ وَيُطَأْطِئُ رَأْسَهُ وَيَحْنِي ظَهْرَهُ وَيَضَعُهَا فِي الْمِيزَانِ، وَيَقْبِضُ الْآخِذُ لِحْيَتَهُ، وَيَضْرِبُ لِهْزِمَتَيْهِ**) أي: بكسر اللام والزاي واللهزمتان في اللحيتين مجتمع اللحم بين الماضغ والأذن، ويقول مع ذلك: يا عدو الله أدِّ حق الله لقوله تعالى: ﴿وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكفي الضرب في أحد [الجانبين](١) ولا يراعى الجمع بينهما، وانتقد تفسيره الآية بذلك مع قراءة أول الباب أن الصغار في

---

(١) في نسخة: (اللحيين).

وَكُلُّهُ مُسْتَحَبٌّ، وَقِيلَ وَاجِبٌ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَهُ تَوْكِيلُ مُسْلِمٍ بِالْأَدَاءِ وَحَوَالَةٌ عَلَيْهِ وَأَنْ يَضْمَنَهَا.

الأصح الأقوال مفسر عند الأصحاب بالتزام أحكام الإسلام وجريان أحكامه عليهم.

قال: **(وَكُلُّهُ مُسْتَحَبٌّ)** أي: لسقوطه بتضعيف الصدقة كما سيأتي.

(وَقِيلَ وَاجِبٌ) ليحصل الصغار المذكور.

(فَعَلَى الْأَوَّلِ لَهُ تَوْكِيلُ مُسْلِمٍ بِالْأَدَاءِ وَحَوَالَةٌ عَلَيْهِ وَأَنْ يَضْمَنَهَا) زاد الرَّافِعِي وغيره في الكيفية السابقة قبل قوله: ويحني ظهره ويأمره أن يخرج يده من جيبه، ثم ذكر الرَّافِعِي أن أصح الوجهين استحباب الهيئة المذكورة، وفرع عليه ما ذكره من جواز التوكيل والحوالة والضمان؛ لأن المقصود تحصيل ذلك المال، والصغار حاصل بإلزامه به وانقياده على كره منه، قال: والضمان أولى بالصحة؛ لأنه لا يمنع الطلب من الذمي وإقامة الصغار عليه، ولو وكَّل ذميٌّ ذميًّا بالأداء قال الإمام: الوجه طرد الخلاف لأن كلًّا منهما معنى بالصغار في نفسه، انتهى.

وقضية ذلك طرده في الحوالة.

إشارات: قوله فعلى الأول. . . إلى آخره يفهم أنه على وجه الوجوب لا يجوز، وكذا قالاه، وقوله: مسلم يفهم صحة توكيل الذمي، وقد سوى الإمام بينهما في جريان الخلاف، في «تعليق» الْبَغَوِي: ما معنى الصغار فيه قولان:

أصحهما: هو التزام أحكام الإسلام، وجريان حكمه عليهم، فإن عناية الصغار والهوان أن يحكم على المرء على خلاف عقيدته.

والقول الثاني: أن تؤخذ الجزية على وجه الاستحقاق، وهو أن الذمي إذا جاء يقوم بين يدي الجاني فيخرج الذمي يده من كمه، فلا يأخذه المسلم منه حتى يحني الذمي ظهره [ويأخذ الميزان بيساره فيخرج يده من جيبه لا من كمه فيتركه يصب الدراهم في الكفة وهو يحني ظهره] فإذا ورثه يأخذ الدينار والدراهم بيساره ويضرب بيمينه لهزيمته، ثم يبني على القول ما سبق من التوكيل والحوالة والضمان، وذكر إبراهيم المروزي في «تعليقه» نحوه، ولم

قُلْتُ: هَذِهِ الْهَيْئَةُ بَاطِلَةٌ وَدَعْوَى اسْتِحْبَابِهَا أَشَدُّ خَطَأً وَٱللهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إِذَا أَمْكَنَهُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِمْ إِذَا صُولِحُوا فِي بَلَدِهِمْ ضِيَافَةَ مَنْ يَمُرُّ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ....

يصرح بنقل قولين، بل حكي عن الشَّافِعِي الأول، ثم قال: أراد به الأخذ باللحي.. إلى آخره وبنى عليه التوكيل، ولم يصرحا باستحباب ولا إيجاب.

قال: (**قُلْتُ: هَذِهِ الْهَيْئَةُ بَاطِلَةٌ وَدَعْوَى اسْتِحْبَابِهَا أَشَدُّ خَطَأً**) أي: من دعوى جوازها، وأقبح من ذلك دعوى وجوبها، وفي «الروضة»: هذه الهيئة لا يعلم لها أصلًا معتمدًا، وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين.

وقال جمهور الأصحاب: تؤخذ الجزية برفق كأخذ الديون والصواب: الجزم بأن هذه الهيئة باطلة مردودة على من اخترعها وأطنب في ذلك، وهو كما قال ﵀.

وقد قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإذا أخذ منهم الجزية أخذها بإكمال ولم يضرب منهم أحدًا ولم ينله بقول قبيح، والصغار أن يجري عليهم الحكم لا أن يضربوا ولا يؤذوا، هذا نصه وهو الحق، وفيه رمز إلى أن بعض الناس، قال: بالإهانة والضرب (وَٱللهُ أَعْلَمُ).

فصل:

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إِذَا أَمْكَنَهُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِمْ إِذَا صُولِحُوا فِي بَلَدِهِمْ ضِيَافَةَ مَنْ يَمُرُّ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ**) روى مالك في «الموطأ» أن عمر ﵁ اشترط عليهم، فقال: وضيافة ثلاثة أيام لمن عونهم من المسلمين.

وقال الشَّافِعِي ﵁: أخبرنا مالك عن نافع عن أسلم مولى عمر بن الخطاب ضرب على أهل الذهب أربعة دنانير، وعلى أهل الورق أربعين درهمًا، ومع ذلك أرزاق المسلمين ضيافة ثلاثة أيام، قال: وأخبرنا سفيان بن عيينة عن أبي إسحاق عن حارثة بن مضرب أن عمر ﵁ فرض على أهل

زَائِدًا عَلَى أَقَلِّ جِزْيَةٍ، ....

السواد ضيافة يوم وليلة، فمن حبسه مرض أو مطر أنفق من ماله.

قال الشَّافِعِي: وحديث أسلم بضيافة ثلاث أشبه؛ لأن رسول الله ﷺ جعل الضيافة ثلاثًا.

قال: ويجوز أن يكون جعلها على قوم ثلاثًا، وعلى قوم يوم وليلة، ولم يجعل على آخرين ضيافة كما يختلف صلحه لهم، فلا يرد بعض الحديث بعضًا، انتهى.

وروى البيهقي في المسألة حديثًا وقال: منقطع، قالوا: ولأن فيه مصلحة ظاهرة للمسلمين فإنهم قد لا يبيعون الطعام والعلف منهم، فإذا شرط عليهم بادروا إلى البيع خوفًا من نزولهم عندهم(١).

تنبيهات: اقتصر كثيرون أو الأكثرون على جواز شرط الضيافة ولم يذكروا أنه مستحب، ويشبه أن يكون موضعه الاستحباب إذا جهلوا أن ذلك لا يلزمهم، أما إذا علموا أنه يجب إجابتهم بالدينار فقط فلا؛ لأنه كما ذكره الإمام في المماكسة بنفي استباحة بحصة وسؤال محرر، وفيه استهانة وخضوع لا يليق بالإمام، قيد المصنف ذلك بما إذا صولحوا ببلدهم، وكلام كثيرين ساكت عن ذلك، ويقتضي أنه لا فرق بين أن يصالحوا ببلدهم أو بدارنا إذا انفردوا ببلد أو بلاد، وهو الظاهر، والعلة السابقة ترشد إليه بل لم يصرحوا بالانفراد، وإنما كلامهم مشير إليه إلا ما سأذكره قوله من المسلمين؛ أي: غنيهم وفقيرهم، مجاهدهم وغيره، من هو من أهل الفيء وغيره، وفيه كلام سيأتي هل يدخل أهل الذمة في استحقاق الضيافة عند الظروف إذا كان الشرط مطلقًا؟ [فيه تردد] حكاه الإمام.

قال: (**زَائِدًا عَلَى أَقَلِّ جِزْيَةٍ**) أي: فيكون شرط الضيافة زائدًا على أقل الجزية وهو الدينار؛ لأنه كما دل عليه الأثر، روي «**أَنَّهُ ﷺ صَالَحَ أَهْلَ أَيْلَةَ**

---

(١) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ» (٦١٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٩١٥٦)، وابن زنجويه في «الأموال» (٤٦٦).

وَقِيلَ يَجُوزُ مِنْهَا، وَتُجْعَلُ ....

عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ دِينَارٍ، وَكَانُوا ثَلَاثَمِائَةِ رَجُلٍ، وَعَلَى ضِيَافَةِ مَنْ يَمُرُّ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ»(١) **وهذا هو الصحيح المنصوص.**

(وَقِيلَ يَجُوزُ مِنْهَا) أي: يكون شرط الضيافة من أقل الجزية؛ لأنه ليس عليهم إلا أقل الجزية، وإيراد «الوسيط» و«الوجيز» يقتضي ترجيحه، وجوز كثير من البصريين، كما قال الْمَاوَرْدِي: أن تكون الضيافة بدلًا من الدينار كله إذا كان مبلغ ما في السنة معلومًا يبلغ قدر الدينار فأكثر.

وقال الدرامي حاكيًا عن النص: إذا صالحهم على أن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين صح، قال المروزي: معناه بعد الجزية، وقيل: مكان الجزية عند الضرورة لقوتهم، وقيل: بظاهره، لكنها مبنية أنها إذ لم يفتحها، انتهى لفظه.

فحصل وجوه.

أصحهما: يشترط كونها زائدة على الدينار، قال القاضي الحسين: قال الشَّافِعِي: لو صالحهم على الضيافة وحدها؛ لم يجز.

ثانيها: يجوز كونها من الدينار.

ثالثها: يجوز أن تكون هي الواجب إذا بلغت قدر دينار.

رابعها: يجوز ذلك عند الضرورة لقولهم.

خامسها: اختصاص ذلك بما إذا صولحوا بدار لم يفتحها.

وفرع الْمَاوَرْدِي على الوجه الثاني: أنه لا يكون لغير أهل الفيء من الضيافة لا يختص بها المختارون من حبس المجاهدين، أو يكون لهم أو لغيرهم من أهل الفيء على قولين، قال: وإن شرطت لغير أهل الفيء من التجار وجميع السائلة جاز على الوجه الأول دون الثاني وهو الاقتصار عليها وحدها، ولابن الرِّفْعَة معه في ذلك بحث طويل.

قال: **(وَتُجْعَلُ)** معنى الضيافة.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٨٦).

عَلَى غَنِيٍّ وَمُتَوَسِّطٍ، لَا فَقِيرٍ فِي الْأَصَحِّ، وَيَذْكُرُ عَدَدَ الضِّيفَانِ رِجَالًا وَفُرْسَانًا،

(عَلَى غَنِيٍّ وَمُتَوَسِّطٍ) لقدرتهما عليها.

(لَا فَقِيرٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنها تتكرر فيعجز عنها، والثاني: عليه كالجزية، والثالث: تجعل على المعتمل دون غيره واستحسنه الرَّافِعِي، قال: ويمكن بناء الخلاف على أنها من الجزية فتضرب أم لا؟ وقال ابن الرِّفْعَة: إن صح البناء لم يكن ذلك [خلافًا] مبنيًا، بل ينزل على حالين إن شرطت من الدينار جاز وإلا فلا، انتهى.

والبناء في المعتمل ممنوع؛ لأن الجزية تلزمه جزمًا، وإنما الخلاف في غيره.

قال: **(وَيَذْكُرُ)** يعني: الإمام ونحوه في عقد الذمة عند اشتراطه الضيافة.

(عَدَدَ الضِّيفَانِ رِجَالًا وَفُرْسَانًا) لأنه أنفى للغرر، قال إبراهيم المروزي: على الإمام أن يبين لكل واحدٍ عددًا معلومًا في جميع السنة، وفي شهرين أو شهر ويضيفهم، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا اشترطت الضيافة وراء أقل الجزية لم يشترط التعرض لعدد الضيفات، وإنما يشترط إذا جعلت من نفس الجزية، قال الرَّافِعِي والمصنف: ثم إن تساووا في الجزية تساووا في الضيافة، وإن تفاوتوا فاوت بينهم فيجعل في المعنى ضيافة عشرين مثلًا وعلى المتوسط عشرة، والفقير إن شرطناها عليه خمسة، وفي وجه: يسوى بينهم في الضيافة، وإن تفاوتوا في الجزية ولو شرط عدد الضيفات على جميعهم، فقال: يضيفون في كل سنةٍ ألف مسلم، قال الرُّويَانِي: يكفي ذلك وهم يوزعون فيما بينهم، أو يتحمل بعضهم عن بعضٍ، انتهى.

وهو من «الحاوي»، وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه يوصف على الغني عشرة مثلًا، وعلى المتوسط خمسة، وعلى الفقير ثلاثة على ما يؤدي إليه اجتهاده، انتهى.

والذي نص عليه الشَّافِعِي في «الأم»: فإن شرط عليهم ضيافة إلى أن قال:

وَجِنْسُ الطَّعَامِ وَالْأُدْمِ وَقَدْرُهُمَا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ كَذَا، ....

وعلى المتوسط أن ينزل لكل من مر به من رجلين أو ثلاثة لا يزيد عليهم ويصنع لهم ما وصفت، وعلى الموسع ما بين ثلاثة إلى ستة لا يزيدون على ذلك، انتهى.

تنبيه: لم يصرح الرَّافِعِي ولا من بعده في الأعداد المذكورة في أنها توظف عليهم في كل أسبوع مرة، أو في الشهر، أو العام، ويعتد أن يكون ذلك في كل يوم لما فيه من المشقة التي لا تحتمل غالبًا، فينبغي أن يصرح في الشرط ببيان ذلك في كل يوم، أو أسبوع، أو كل شهر مرة، وفي العام كذا كذا مرة.

قال: (**وَجِنْسُ الطَّعَامِ وَالْأُدْمِ وَقَدْرُهُمَا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ كَذَا**) أي: من الخبز ومن السمن أو الزيت وغيرهما من الأدم؛ لأنه أنفى للغرر.

قال الْمَاوَرْدِي: يشترط لكل ضيفٍ من الخبز كذا، فإن ذكر أقل من رطلين لم يقنع، وإن ذكر أكثر من أربعة لم يحتج إليها، ولو شرط ثلاثًا كان وسطًا، قال: ومقدار الأدم معتبر بالعرف الغالب ولا يلزمهم للأضياف أجرة حمام ولا طبيب، قال: وجنس الطعام غالب أقواتهم من الخبز والأدم، فإن اقتاتوا البُر وتأدموا اللحم فمنهما أو الشعير وتأدموا باللبن.

قلت: روي معناه عن عمر ﷺ فإن كان لهم ثمار وفواكه يأكلونها غالبًا في كل يومٍ شرطها عليهم في زمانها، وليس للأضياف تكليفهم بما ليس من غالب أقواتهم وأدامهم، ولا ذبح حملانهم ودجاجهم ولا الفواكه النادرة والحلوى الذي لا يؤكل في كل يوم إلا ما لا يتضمنه شرط صلحهم، انتهى.

فروع: قال الرَّافِعِي وغيره: ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام؛ لأنه إذا شرط على الغني أطعمه ناعمة ليخف الضيفان بالأغنياء.

قال إبراهيم المروزي: لأنه إذا فاوت بينهم في الطعام والأدام أدى إلى أن ينزل الكل عند الغني رغبة في أطعمته الناعمة، واختيارًا لها؛ فيتضرر به الأغنياء، قال الْمَاوَرْدِي: ليس للمضيف إلزامهم بثمن الطعام وله أخذ الطعام والذهاب به، وليس له مطالبتهم بطعام الثلاثة أيام في اليوم الأول، ولو لم يأتوا بطعام اليوم إن جعلنا الضيافة من الدينار فله مطالبتهم به وإلا فلا، انتهى.

وَعَلَفَ الدَّوَابِّ، وَمَنْزِلَ الضِّيفَانِ مِنْ كَنِيسَةٍ وَفَاضِلِ مَسْكَنٍ وَمُقَامَهُمْ، وَلَا يُجَاوِزُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وفي هذا نظر لا يخفى.

قال: (**وَعَلَفَ الدَّوَابِّ**) أي: من تبن، أو حشيش، ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف، فإن ذكر الشعير عين قدره، وإطلاق العلف لا يقتضي الشعير، نص عليه الشَّافِعِي والأصحاب، وإنما هو التبن ونحوه، وأطلق الشيخان وغيرهما ذكر الدواب.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: في الضيف الواحد وتعلف له دابة واحدة تبنًا، أو ما يقوم مقامه في مكانه، هذا لفظه وهو محمول على ما إذا أطلق فلا يلزمهم لكل واحدٍ إلا علف دابة واحدة.

قال: (**وَمَنْزِلَ الضِّيفَانِ مِنْ كَنِيسَةٍ وَفَاضِلِ مَسْكَنٍ**) للحاجة إليه، والضيافة تستلزم ذلك عادة وليكن مما بقي من الحر والبرد، ولا يخرجوا أهل المنازل منها لحديث مرفوع في سنن أبي داود⁽¹⁾ في ذلك، وشرط الإنزال في الكنائس مذكور في عهد عمر رضي الله عنه.

قال: (**وَمُقَامَهُمْ**) أي: ويذكر في الشرط مدة مقامهم.

(**وَلَا يُجَاوِزُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ**) أي: على المشهور لما في الصحيحين «**الضِّيَافَةُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَمَا زَادَ فَهُوَ صَدَقَةٌ**»⁽²⁾، وعجبت استدراك الحاكم له عليهما، وذكر ابن كج: أنه يشترط على المتوسط ثلاثة أيام، وعلى الغني ستة أيام.

وقال الإمام: إذا حصل التوافق على الزيادة فلا معترض، وهذا صحيح.

وفي «الحاوي»: وإن زاد في الشرط على ثلاثة أيام أو نقص منها كان

---

(١) أخرج أبو داود في «سننه» (٣٧٥٥)، (٤٦٠٦).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٩٢٩، رقم ١٦٦٠)، وأحمد (٦/ ٣٨٥، رقم ٢٧٢٠٥)، والبخاري (٥/ ٢٢٧٢، رقم ٥٧٨٤)، ومسلم (٣/ ١٣٥٢، رقم ٤٨)، وأبو داود (٣/ ٣٤٢، رقم ٣٧٤٨)، والترمذي (٤/ ٣٤٥، رقم ١٩٦٧) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ١٢١٢ رقم ٣٦٧٥) وابن حبان (١٢/ ٩٧ رقم ٥٢٨٧)، والطبراني (٢٢/ ١٨٢ رقم ٤٧٥)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٧٥، رقم ٩٥٣١).

وَلَوْ قَالَ قَوْمٌ نُؤَدِّي الْجِزْيَةَ بِاسْمِ صَدَقَةٍ لَا جِزْيَةٍ فَلِلْإِمَامِ إِجَابَتُهُمْ إِذَا رَأَى.

الشرط أحق من مطلق التبرع والعرف.

قال: ويذكر عدد أيام الضيافة في السنة: أنها مائة يوم أو أقل أو أكثر؛ لتكون أنفى للجهالة، فإن لم يذكر ذلك واقتصر على ذكر الثلاثة عند قومٍ كل يومٍ كان على الوجهين في الضيافة إن جعلناها تبعًا جاز أو أصلًا فلا، انتهى.

وفي «الذخائر»: يجب بيان المدة من يومٍ وليلة أو أكثر من ذلك، ولكن لا يتعدى ثلاثة أيام، كذا قال العراقيون.

قال أصحابنا: ويقال الإجارة يوم وليلة؛ يعنون: أنه يشترط عليهم إعطاء الضيف ليزودوه في طريقه ما يكفيه يومًا وليلة، انتهى.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: ويشترط عليهم أن من انقطع مركوبه حملوه إلى أقرب بلاد الضيافة لهم، فإن لم يشرطه لم يلزمهم، ويثبت الإمام ما استقر من صلح هذه الضيافة في ديوان كل بلاد الضيافة؛ ليأخذهم عامل ذلك البلد بموجبه لم يثبته في الديوان العام ليرجع إليه عند الحاجة إذا تنازع المسلمون وأهل الذمة، فإن فقد الديوان ولم يعرف فيه ما صولحوا عليه عمل على ما يشهد عليه شاهدان من المسلمين، فإن فقدوا قيل: فيه قول أهل إقرار الأجير ولا شهادة، فإن عمل على قولهم فيها ثم بان له زيادة؛ رجع عليهم بها، انتهى.

وقد روى البيهقي وغيره من الأئمة الشروط القمرية، فينبغي اعتمادها والتأسي بها عند إرادة العقد والتنازع مع من تقدم عهده، وقلنا: ذمة الآباء ذمة الأبناء فيما يظهر، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ قَالَ قَوْمٌ نُؤَدِّي الْجِزْيَةَ بِاسْمِ صَدَقَةٍ لَا جِزْيَةٍ فَلِلْإِمَامِ إِجَابَتُهُمْ إِذَا رَأَى) اقتداءً بعمر رضي الله عنه فإنه يطلب الجزية من نصارى العرب تنوخ وبهراء وبنو تغلب، فقالوا: نحن عرب فلو نؤدي ما يؤدي العجم، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض ـ يعنون الزكاة ـ فقال عمر رضي الله عنه: «هذا فرض المسلمين» فقالوا: زد ما شئت بهذا الاسم لا باسم الجزية، فراضاهم على أن يضعف

....

عليهم الزكاة، ذكره الشَّافِعِي وقال: قد حفظه أهل المغازي، وساقوه أحسن سياقة(١).

قال أصحابنا: ولم يخالفه أحد من الصحابة، فصار كالإجماع، وسواء كانوا من العرب أو من العجم، وقيل: يختص بالعرب للأثر، ومن الشروط ألَّا ينقص المأخوذ عن الدينار لكل رجل، ويشترط علمهم بالأموال الذكوية وتقدر الصدقة، ثم المأخوذ جزية تصرف مصرف [الفيء] ولا يؤخذ من مال صبي ومجنون وامرأة، وإذا لم يف الحاصل بدينار عن كل رأس زاد إلى ثلاثة أضعاف فأكثر؛ أي: بالتراضي، ويشترط تحقق أخذ الدينار عن كل رأس وإن كثروا، ويعتبر عددهم، ولا يكتفي فعليه الظن على الأصح، ويجوز الاقتصار على قدر الصدقة وعلى نصفها، إذا أوفى بالدينار، وفيه احتمال للإمام، هذا ما نقله الشيخان وهو المشهور.

وقال الدارمي في باب نصارى [العرب]: وتؤخذ منهم الجزية باسم الصدقة ضعف الصدقة، وقال مالك: كجزية غيرهم، ولا يقبل منهم دون ذلك، فإن لم يعطوا نبذنا وكل شيء يجب فيه الزكاة على المسلم يضعف عليهم باسم الصدقة وتكون جزية فينا، فإن كان فيهم من لا مال له تجب فيه الزكاة على المسلم أخذ منه الجزية وكذلك في تجارتهم، انتهى لفظه.

وقال القاضي أبو علي الفارقي: إنما يجوز قبول ذلك منهم إذا زادوا على أقل ما يجري في الجزية، فأما إذا لم يزيدوا شيئًا على ما يؤدى باسم الصدقة لم يقبل منهم، انتهى.

وقال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: ليس للشافعي نص في جواز الزيادة على ما وظفه عمر على بني تغلب ولا النقصان منه، والذي يقتضيه المذهب عندي: أنه تجوز الزيادة ولا يجوز النقصان، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا في عقد الصلح على هذا الوجه؛ يعني:

---

(١) انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٧/ ٤٤٧).

....

الأخذ باسم الصدقة على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز حملهم عليه سواء بلغ المأخوذ من كل واحد منهم دينارًا أو نقص عنه، ومن لم يبلغ ماله نصاب الزكاة لم يؤخذ منه، ومن لم يملك مالًا مزكًا فلا شيء عليه، وهو الظاهر من فعل عمر فجاز إمضاؤه على هذا الوجه، وإن نقص المأخوذ من كل واحد عن الدينار؛ لأنه قد لا يزيد على وقت آخر عليه، ويجوز أن يملك من لا ملك له فيؤدى فيكون الاعتبار لا بالدينار، ويكون ما يخاف من نقصان الدينار في وقتٍ مجبورًا بما يرجى من الزيادة عليه في وقت.

والثاني: يجوز أن يعالجوا على هذا إذا علم أن المأخوذ من ذوي الأموال منهم، نفي بدينار عن كل رأس من جميعهم، وإن لم يف بذلك لم يجز مثاله كانوا ألفًا، فإن علم أن المأخوذ بمضاعفة الصدقة، يتلف ألف دينار فصاعدًا جاز وإلا فلا، وحمل قائله صلح عمر عليه.

والثالث: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي: أنه يجوز حملهم عليه إذا بلغ المأخوذ من كل واحد منهم دينارًا فصاعدًا، فإن نقص عن الدينار أخذ منه تمام الدينار ولا يجبر بزيادة غيره، ومن لم يملك نصابًا مزكًا أخذ منه دينار الجزية لم يسقط عنه بأخذها من غيره، وحمل صلح عمر ﷺ على أنه علم أن جميعهم أغنياء لما شاهده من كثرة أموالهم، وهذا الوجه أقيس والأول أشبه بصلح عمر ﷺ، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وقد قيل: إنما جاز العقد على الإطلاق في حق الأغنياء والفقراء [وكان الأغنياء] تكفل عن الفقراء ما عليهم، والصحيح: أن من لم يعط أقل الجزية لا يمكن من السكنى أصلًا إذا لم يكن له ماله زكوي، فلو قال الأغنياء: نحن نتطوع بما زاد على قدر جزيتنا من صدقاتنا على الفقراء ليكون ذلك جزية عنهم فيجوز أن يكتفي به إذا بلغ الفصل قدر جزية الباقين، انتهى.

ويخرج مما نقلناه مقالات، والله أعلم.

وَيُضَعَّفُ عَلَيْهِمُ الزَّكَاةُ فَمِنْ خَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ شَاتَانِ، وَخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ بِنْتَا مَخَاضٍ، وَعِشْرِينَ دِينَارًا دِينَارٌ، وَمِائَتَيْ دِرْهَمٍ عَشَرَةٌ وَخُمُسُ الْمُعَشَّرَاتِ، ....

إشارة: [قوله]: فللإمام إجابتهم إذا رأى يشير إلى أنه لا يلزمه الإجابة بخلاف بدلهم الدينار، ويشبه أن تلزمه الإجابة هنا عند ظهور المصلحة فيه؛ لقوتهم وضعفنا وغير ذلك، إذا أبوا الدفع إلا باسم الصدقة؛ لأنه جزية حكمًا.

ثم رأيت في «الشامل» بعد ذكره أثر عمر وعقده، وأنه لم يخالفه أحد من الصحابة، وليس لأحد بعده نقضه؛ لأن عقد الذمة يكون على التأبيد، فإن طلب قوم من أهل الكتاب فإن صالحهم على مثل ذلك كان للإمام فعل ذلك، فإن صالحهم قبل ذلك وكان يبلغ صدقتهم كل رأس دينارين، فقالوا: قد تركنا الاسم خذ منا الجزية عن كل رأس دينار لزمه ذلك؛ لأن التضعيف إنما كان في مقابلة الاسم إذا أسقطوه سقط.

وحكى الشيخ أبو حامد أنهم إذا طالبوا الإمام أن يأخذ منهم باسم الصدقة قدر ما يأخذه من المسلمين، وكان يبلغ كل واحد دينار لزمه إجابتهم إلى ذلك، انتهى لفظه.

وفي «الانتصار»: وإن امتنع قوم من أداء الجزية ورضوا أن يؤدوها باسم الصدقة، ورأى الإمام أن يأخذها باسم الصدقة جاز له ذلك، واحتج بالأثر، ثم قال في وجه: يلزمه قبول ذلك، والأول هو الصحيح، ثم قال في صفة [العقد] الجائز: لهم ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز إلا على ما يبلغ دينارًا.

والثاني: يجوز، وإن لم يبلغه.

والثالث: [يجوز] فإن بلغه وإلا تممه وهو الصحيح، ويعتبر النصاب فيها آخر الحول على الصحيح، وقيل: يعتبر في جميعه، انتهى.

قال: (**وَيُضَعَّفُ عَلَيْهِمُ الزَّكَاةُ فَمِنْ خَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ شَاتَانِ، وَخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ بِنْتَا مَخَاضٍ، وَعِشْرِينَ دِينَارًا دِينَارٌ، وَمِائَتَيْ دِرْهَمٍ عَشَرَةٌ وَخُمُسُ الْمُعَشَّرَاتِ**) أي: ففي ما سقت أسماء الخمس وما سقى ينصح ونحوه العشر، ومن الركاز خمسين

وَلَوْ وَجَبَ بِنْتَا مَخَاضٍ مَعَ جُبْرَانٍ لَمْ يُضَعَّفْ الْجُبْرَانَ فِي الْأَصَحِّ، ....

وعلى هذا القياس؛ لأن قضية التضعيف وليس هو متعين كما سبقت الإشارة إليه، بل يجوز تربيعها وتخميسها وغير ذلك مما يراه من المصلحة، صرح به القاضي الحسين والْبَغَوِي والمروزي وغيرهم، ونص عليه في «الأم» وغيرها.

قال الشَّافِعِي والأصحاب: والغرض هنا أن يتبع في المعشرات كما يصنع في أخذ الزكاة هناك حرفًا بحرف إلا أن المأخوذ هنا ضعف المأخوذ هناك.

قال في «الأم»: فإن لم يكن في أيلة بنتًا مخاض فابنًا لبون ذكران، وإن كانت له بنت مخاض وابن لبون أخذت بنت المخاض وابن اللبون، انتهى. وقياس الباب واضح.

قال: **(وَلَوْ وَجَبَ بِنْتَا مَخَاضٍ مَعَ جُبْرَانٍ لَمْ يُضَعَّفْ الْجُبْرَانَ فِي الْأَصَحِّ)** أي: إذا أوجبنا في ست وثلاثين بنتًا لبون فلم يؤخذ، أو نزل إلى بنتي مخاض لم يضعف الجيران، بل يأخذ مع كل بنت مخاض شاتين أو عشرين درهمًا على الصحيح لما في تضعيف الجيران من تضعيف الضعيف، والثاني: يضعفه فيأخذ مع كل بنت مخاض أربع شاةٍ أو أربعون درهمًا، فيكون المأخوذ بنتي المخاض ثمان شاة أو ثمانون درهمًا، هذا صواب النقل في «النهاية» و«الشرحين» وغيرهما. ووقع في «الروضة» تبعًا لبعض أصولها، وفي تضعيف الجيران وجهان: أحدهما: يضعف، فيؤخذ مع كل بنت مخاض شاتان أو عشرون درهمًا ولم يزد على هذا، ووقع في «الشرح الصغير» أيضًا: أحدهما: يضعف، فيؤخذ مع كل بنت مخاض أربع شاة أو عشرون درهمًا، انتهى.

وصوابه: أو أربعون درهمًا، وفي تعبير المصنف: فالأصح مناقشته وإن مقابله ساقط، بل قال الإمام: إنه غلط لا شك فيه، ولا ينبغي عده من المذهب وإن اشتهر نقله، ولكنه بادره من رجل مرموق(١).

---

(١) قال الخطيب: قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: وَفِي تَعْبِيرِ الْمُصَنِّفِ بِالْأَصَحِّ مُنَاقَشَةٌ، فَإِنَّ مُقَابِلَهُ سَاقِطٌ، بَلْ قَالَ الْإِمَامُ: إِنَّهُ غَلَطٌ لَا شَكَّ فِيهِ وَلَا يَنْبَغِي عَدُّهُ مِنَ الْمَذْهَبِ، انتهى. انظر: «مغني المحتاج» (١٧/ ٤٥٠).

وَلَوْ كَانَ بَعْضَ نِصَابٍ لَمْ يَجِبْ قِسْطُهُ فِي الْأَظْهَرِ، ثُمَّ الْمَأْخُوذُ جِزْيَةٌ، فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِ مَنْ لَا جِزْيَةَ عَلَيْهِ].

فَصْلٌ

فَصْلٌ: يَلْزَمُنَا الْكَفُّ عَنْهُمْ ....

قال: (وَلَوْ كَانَ) أي: في ملكه. (بَعْضَ نِصَابٍ لَمْ يَجِبْ قِسْطُهُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الأثر ورد في تضعيف ما يجب على المسلم إلا في إيجاب ما لا يجب فيه شيء، والثاني: يجب قسطه رعاية للتضعيف، فإذا ملك عشرين شاة مثلًا لزمه شاة، وأجرى الخلاف في الأوقاص هل يحط عنهم أو يجب قسط المأخوذ في حقهم؟ وقيل: إن أدَّى الأخذ من الوقص إلى التنقيص مع التضعيف لم يؤخذ وإلا أخذه، والظاهر: أنه إذا جرت هنا خلطة صحيحة اعتبرت وأخذ من جنينها هناك مضعافًا.

قال: (ثُمَّ الْمَأْخُوذُ جِزْيَةٌ) أي: وإن بدل الاسم ويصرفه مصرف الفيء سبق، قال عمر ﷺ: هؤلاء حمقى أبوا الاسم ورضوا بالمعنى.

(فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِ مَنْ لَا جِزْيَةَ عَلَيْهِ) أي: كصبي ومجنونٍ وامرأةٍ ولا جزية عليهم.

فائدة: قاله في أصل «الروضة»: وإذا شرط ضعف الصدقة وزاد على دينار، ثم سألوا إسقاط الزيادة وإعادة اسم الجزية؛ أجيبوا على الصحيح، وقال الرَّافِعِي بعد ذكره إجابتهم، وعن «الحاوي» وجه آخر: أنهم لا يجابون إليه، وليجعل هذا الخلاف المذكور [فيما إذا عقدوا إما إنها على دينار، ثم أنهم طلبوا الاقتصار عليه، انتهى. وقضية جعله على الخلاف المذكور] أن يكون الراجح عنده عدم إجابتهم. وعبارة الرَّافِعِي(١): والوجه الثاني هو أصح لا يسقط عنه؛ لأن حكم الجزية موجود في الحالين، فلم يكن لاختلاف الأسماء تأثير، والظاهر: أن من أجابهم هاهنا أجابهم هناك كما سبق بيانه.

قال: (فَصْلٌ: يَلْزَمُنَا الْكَفُّ عَنْهُمْ) أي: وعما بأيديهم من الخمور

---

(١) في نسخة «الحاوي».

وَضَمَانُ مَا نُتْلِفُهُ عَلَيْهِمْ نَفْسًا وَمَالًا ، وَدَفْعُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَنْهُمْ. وَقِيلَ إِنْ انْفَرَدُوا بِبَلَدٍ لَمْ يَلْزَمْنَا الدَّفْعُ، ....

والخنازير ما لم يظهروا ذلك بيننا.

(**وَضَمَانُ مَا نُتْلِفُهُ عَلَيْهِمْ نَفْسًا وَمَالًا**) أي: مالًا عندنا حيث يضمن ذلك للمسلم لا خمرٍ ولا خنزيرٍ ولا يختص هذا بالذمة، بل المعاهد والمستأمن في هذا كالذمي مادام عهده وأمانه.

(**وَدَفْعُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَنْهُمْ**) لأنهم إنما بدلوا الجزية لعصمة النفوس والأموال، وفي «سنن» أبي داود عن العرباض بن سارية ﷺ أن صاحب خيبر جاء إلى رسول الله ﷺ فشكا إليه بعض ما يلقون فأمر الناس فاجتمعوا وخطبهم فذكر الحديث إلى أن قال: «**وَإِنَّ اللهَ - عَزَّ وَجَلَّ - لَمْ يُحِلَّ لَكُمْ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتَ أَهْلِ الْكِتَابِ إِلَّا بِإِذْنٍ وَلَا ضَرْبَ نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلَ ثِمَارِهِمْ إِذَا أَعْطَوْكُمُ الَّذِي عَلَيْهِمْ**»(١).

واستأذن صالح، وقال عمر ﷺ في وصيته: «**وَأُوصِيهِ بِذِمَّةِ اللهِ وَذِمَّةِ رَسُولِهِ ﷺ أَنْ يُوفَى لَهُمْ بِعَهْدِهِمْ، وَأَنْ يُقَاتَلَ مِنْ وَرَائِهِمْ، وَلَا يُكَلَّفُوا إِلَّا طَاقَتَهُمْ**»(٢) رواه البخاري.

قال: (**وَقِيلَ إِنْ انْفَرَدُوا بِبَلَدٍ لَمْ يَلْزَمْنَا الدَّفْعُ**) لهم أحوال:

أحدها: أن يكونوا بدارنا فيلزم الإمام الدفع عنهم بلا خلاف، سواء خالطونا أو انفردوا ببلد أو قرية أو بادية لما سبق.

الثاني: أن يبدلوا الجزية وهم كأهل دار الحرب محيط بهم، فلا يلزمه [الدفع] عنهم حيث لا شرط، وهذا إذا لم يكن معهم مسلمون كما دل عليه النص الآتي.

الثالث: أن ينفردوا ببلدة لهم في جوار دار الإسلام فيجب الدفع عنهم على الصحيح في «الأم»، وبه جزم العراقيون.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٠، رقم ٣٠٥٠)، والبيهقي (٩/ ٢٠٤، رقم ١٨٥٠٨).

(٢) رواه البخاري (١٣٩٢).

……………………………………………………………

قال ابن الرِّفْعَة: قال الفوراني: إن كان ثم مسلمون وجب الذب، وإن لم يكن فيها مسلم نظر إن كان بين بلدهم وبين أهل الحرب بلد للمسلمين أو مال لهم، فالحكم كذلك عند الْمَاوَرْدِي.

وأطلق غيرهما وجهين في وجوب الذب عند انفرادهم ببلد: أصحهما: في الرَّافِعِي الوجوب عند الإمكان للنهي، وما نقله عن الفوراني والْمَاوَرْدِي هو نص «الأم» حيث قال: وإن كانت بلادهم داخل بلاد الشرك ليس بينها وبين بلاد الإسلام شرك حرب، فإذا أتاها العدو ولم يطئوا من بلاد الإسلام شيئًا ومعهم مسلم فأكثر كان عليه منعهم، وإن لم يشترط ذلك لهم؛ لأن منع دارهم منع مسلم، وكذلك إن لم يكن معهم مسلم وكان معهم مال مسلم فإن كانت بلادهم كما وصفت متصلة ببلاد الإسلام، أو بلاد الشرك، إذا غشيها المشركون لم يبالوا من بلاد الإسلام شيئًا، وأخذ الإمام منهم الجزية، فإن لم يشترط منعهم فعليه منعهم حتى يشترط في أصل صلحهم أنه لا يمنعهم فيرضون بذلك، انتهى لفظه بحروفه.

وذكر الرَّافِعِي وغيره: أن موضع الوجهين عند إطلاق العقد، فإن جرى بشرط الذب عنهم وجب الوفاء به في الحالين.

قال الرَّافِعِي: وفيه احتمال للإمام، ولفظ الإمام: ولو اشترطنا له ذلك والزمناه فالرأي أنه لا يلزمنا الوفاء؛ لأن ما لا يلزم بقصد الذمة لا يلزم بالإشراط، وفي كلام الأصحاب ما يشير إلى أن الذب يلزم بالالتزام، انتهى.

وفي «الحاوي»: إنهم إذا كانوا في دار الحرب لم يجز إلا بشرطين: أحدهما: أن يعلم الإمام من نفسه قوة على المنع، والثاني: أن يعقدها على مال يبذلونه، فإن عدم أخذ الشرطين لم يجز، انتهى.

وإن شرط عدم الذب عنهم وإن كانوا معنا أو يمر الحربيون عند قصدهم علينا فسد، وكذا العقد على الصحيح، وإن انفردوا ببلد ولا يمر من قصدهم بدارنا صح الشرط، وقيل: شرط ترك الذب فاسد مطلقًا، وهو خلاف النص،

وَنَمْنَعُهُمْ إِحْدَاثَ كَنِيسَةٍ فِي بَلَدٍ أَحْدَثْنَاهُ أَوْ أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ، وَمَا فُتِحَ عَنْوَةً لَا يُحْدِثُونَهَا فِيهِ، ....

وكما يجب دفع الحربيين عنهم يجب دفع كل من قصدهم من مسلم وكافر؛ سواء الذمي والمعاهد والمستأمن والمرتد.

قال الأصحاب: وحيث أوجبنا الدفع فلم يدفع عنهم حتى مضى حول لم يجب جزيته، قال الْبَنْدَنِيجِي: ويستأنف الحول من حين المقاومة ولو لم يفعله في بعض الحول سقط ما يقابله، نص عليه في «الأم» وقاله الْمَاوَرْدِي.

قال: (**وَنَمْنَعُهُمْ**) أي: وجوبًا.

(**إِحْدَاثَ كَنِيسَةٍ**) أي: ونحوها؛ كبيعة ودير وصومعة وبيت نار مجوس ومجتمع صلواتهم.

(**فِي بَلَدٍ أَحْدَثْنَاهُ**) أي: كبغداد وواسط والكوفة والبصرة.

(**أَوْ أَسْلَمَ أَهْلُهُ عَلَيْهِ**) أي: كاليمن؛ لما روي في ذلك عن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - ولا مخالف لهما من الصحابة؛ ولأن ذلك معصية فلا يجوز تمكينهم من إحداثه في دار الإسلام، فإن خالفوا هدم.

وفي «الكفاية» بعد قول «التنبيه»: ويمنعون من إحداث بِيَعٍ وكنائس، أي: للبعيد في دار الإسلام، وإن لم يشترط عليهم، كما صرح به القاضي أبو الطيب.

وفي «الحاوي»: أنه لا يجب إلا بالشرط.

قلت: كذا قاله في موضع وتأويله متعين، وفيه المنع مطلقًا وأنه لا يجوز مصالحتهم عليه؛ لأنه لا يجوز الصلح على ما منع منه الشرع، ويكون خارجًا من جملة صلحهم، فإن تمسكوا فيه بعقد الصلح قيل لهم: إن رضيتم بإبطال هذا منه وإلا نبذنا عهدكم وبلغناكم مأمنكم، انتهى.

ولو بنوا ما ينزله كل مارٍ مختار من مسلم وذمي جاز ولم يمنعوا منه، وإن قصروه على أهل دينهم فوجهان في «الحاوي».

قال: (**وَمَا فُتِحَ عَنْوَةً لَا يُحْدِثُونَهَا فِيهِ**) أي: لأن المسلمين قد ملكوها

وَلَا يُقَرُّونَ عَلَى كَنِيسَةٍ كَانَتْ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ. أَوْ صُلْحًا بِشَرْطِ الْأَرْضِ لَنَا، وَشَرْطِ إِسْكَانِهِمْ وَإِبْقَاءِ الْكَنَائِسِ جَازَ.

بالاستيلاء فيمتنع إحداثها فيه كالذي أحدثناه، وسواء كان هناك كنيسة وانهدمت، أو هدمناها، أو لم يكن، ومما فتُح عنوة: المغرب، وأصبهان، وجرجان، والأهواز، وفارس، وقيسارية، وبلاد الجبل، وفي روض السهيل عن كتاب «الأموال» لأبي عبيد أن أرض خراسان فتحت عنوة ألا تدمر فإنها قلعة منيعة وقلاع [سواها].

قال: (**وَلَا يُقَرُّونَ عَلَى كَنِيسَةٍ**) أي: ونحوها.

(**كَانَتْ فِيهِ فِي الْأَصَحِّ**) تملكها بالاستيلاء فيمتنع تركها كنيسة، وبه جزم جماعة، وعليه ينطبق نص «الأم» في «سير» الواقدي.

والثاني: يجوز تقريرهم عليها؛ إذ قد تقتضيه المصلحة، وليس فيه إحداث ما لم يكن، وصححه الْمَاوَرْدِي والفارقي، وصاحب «الانتصار».

قال الْمَاوَرْدِي: وكذلك قررت البيع والكنائس في بلاد العنوة، وفرَّع على الأول: أنها لو منعت منهم لتكون على حالها بيعًا وكنائس لهم فوجهان:

أحدهما: يجوز استصحابًا لحالها.

والثاني: المنع لملك المسلمين لها فصار كالبناء المبتدأ.

قلت: وهو الصحيح بل الصواب، وموضع الوجهين في الكتاب في العامرة عند الفتح، أما المنهدمة أو التي هدمها المسلمون فلا يقرون عليها قطعًا.

قال: (**أَوْ صُلْحًا**) أي: فإن فتح البلد صلحًا.

(**بِشَرْطِ الْأَرْضِ لَنَا، وَشَرْطِ إِسْكَانِهِمْ**) أي: البلد بخراج.

(**وَإِبْقَاءِ الْكَنَائِسِ جَازَ**) أي: بلا خلاف؛ لأنه إذا جاز الصلح على أن كل البلد لهم فعلى بعضه أولى، قال الشيخان: وإن صالحوا على إحداثها يجوز، ذكره الرُّويَاني وغيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «الحاوي» أنه لا يجوز، هكذا نقل عنه.

وَإِنْ أُطْلِقَ فَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ.

وعبارة «الحاوي»: فإن استبينوها في صلحهم أقرت عليهم، ويمنعوا من استحداث غيرها، وإن لم يستبينوها في صلحهم صارت كأرض العنوة، انتهى.

وفي جواز المصالحة على الإحداث وقفة للمتأمل ولا سيما مع قوة الإمام وظهوره.

قال: (**وَإِنْ أُطْلِقَ**) أي: شرط الأرض لنا، ولم يذكر أيضًا الكنائس ولا عدمه.

(**فَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ**) أي: من إبقائها، بل تهدم كنائسها؛ لأن إطلاق اللفظ يقتضي صيرورة الجميع لنا.

والثاني: تبقى، وتكون مستثناة بقرينة الحال، وصححه الفارقي، ولا يبعد أن يقال إن شرط إسكانهم البلد أقروا عليها؛ لأنه لا بدَّ لهم من مجمع لصلواتهم [وغيرها] فصار الإطلاق متضمنًا للإبقاء، وإن لم يذكر سكناهم البلد في الصلح لم يقر كما لو فتحت عنوة، واسكنوا حيث شاءوا من بلدٍ فيه بيعة وكنيسة.

ثم رأيت الشيخ إبراهيم المروزي قال بعد ذكره الوجهين: وحقيقة الخلاف أن الصلح هل يتناول البيع والكنائس أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم كسائر البقاع، والثاني: لا؛ لأنا لما شرطنا تقريرهم فيها لا يمكنهم المقام إلا بمتعبد يتدينون فيه، انتهى.

فجعل الصورة فيما إذا شرطنا مقامهم [فيها] وهو قضية كلام «النهاية» و«البسيط» وغيرهما.

فرع: إذا أهدمت الكنيسة المبقاة قالا: فلهم إعادتها في أصح الوجهين، ومنعه الإصطخري وابن أبي هريرة، وهو الجواب في «تعليق» الْبَغَوِي فيما إذا أهدمت كلها [قال]: وإن سقط منها جدار جاز البناء، وقال الإصطخري: لا يجوز البناء على ذلك الموضع بل يبنى داخلًا ودونه، ووجه الْمَاوَرْدِي وغيره المنع، فإن عمر ﷺ شرط على نصارى الشام ألَّا يجددوا ما خرب منها.

أَوْ لَهُمْ قُرِّرَتْ وَلَهُمُ الْإِحْدَاثُ فِي الْأَصَحِّ. وَيُمْنَعُونَ وُجُوبًا، وَقِيلَ نَدْبًا مِنْ رَفْعِ بِنَاءٍ عَلَى بِنَاءِ جَارٍ مُسْلِمٍ.

قال الْمَاوَرْدِي: والصحيح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن ينظر في خرابها، فإن صارت دارسة مستطرقة كالموات منعوا من بنائها؛ لأنه استئناف إنشاء وإن كانت شَعِثَةً باقية الآثار والجدار جاز بناؤها.

قال في «الانتصار»: وهو متجه، قال الْمَاوَرْدِي: ولو هدموها لاستئنافها لم يمنعُوا؛ لأن عمارة المستهدم إصلاح، وإنشاء الدارس استئناف، انتهى.

وصحح الفارقي في جواز إعادة المنهدمة، قال: وأما الإخبار إذا هدمها ثم أراد بنائها فإنه لا يجوز، وجرى على ذلك صاحب «الانتصار» تنبيهه، فقال: يمنعون من إعادتها إذا تعمدوا هدمها لا إن انهدمت بنفسها، ووافق شيخه في «الانتصار» في الترجيح، ثم قال: وأما إذا هدموها قصدًا لإعادتها في الإسلام منعوا من ذلك، وأورد فيه حديثًا وأثرًا، وما أقروا عليه لا يجوز أن يحدثوا فيه زيادة؛ أي: بلا خلاف.

قال: (**أَوْ لَهُمْ قُرِّرَتْ**) أي: وما فتح صلحًا بشرط كون الأرض لهم يؤدون خراجها قررت كنائسهم ونحوها فيها؛ لأنها ملكهم.

قال: (**وَلَهُمُ الْإِحْدَاثُ فِي الْأَصَحِّ**) لأن الملك والدار لهم، وكذلك يمكنون من إظهار الخمر والخنزير والصليب فيها، وإظهار ما لهم من الأعياد، والجهر بقراءة التوراة والإنجيل، ولا شك أنهم يمنعون من إيواء الجواسيس وأنها الأخبار، وما يتضرر به المسلمون في ديارهم، والثاني: يمنعون إحداثها؛ لأن البلد تحت حكم الإسلام فلا يحدث فيه كنيسة، والمذهب الظاهر الأول.

قال: (**وَيُمْنَعُونَ وُجُوبًا، وَقِيلَ نَدْبًا مِنْ رَفْعِ بِنَاءٍ عَلَى بِنَاءِ جَارٍ مُسْلِمٍ**) أي: على المشهور؛ لأن فيه تعاظمًا منهم أو تعظيمًا لهم، ويخشى إطلاعهم على عورات المسلمين، وفي الشروط العمرية: ولا يطلع عليهم في منازلهم، ورفعهم إلينا يتولد منه إطلاعهم، وفي البخاري عن ابن عباس موقوفًا:

……………………………………………………

«الإسلام يعلو، ولا يعلى عليه»(١).

واستدل الشيخ إبراهيم المروزي للمنع بقوله تعالى: ﴿وَضُرِبَتْ عَلَيْهِمُ ٱلذِّلَّةُ وَٱلْمَسْكَنَةُ﴾ [البقرة: ٦١] قال: فوجب احتقارهم، وإظهار الذلة في جميع الأشياء عليهم، وفي قول شاذ: لهم ذلك.

وحكى الدارمي وابن كج طريقة قاطعة به، وحمل ما ذكر من [بدل] الإطالة على إطالة جدران الكنيسة، فعل المشهور ـ وهو المنع وجوبًا ـ النظر إلى أبنية الجيران وإن قصرت جدًّا لاجتمع أهل المصر على الصحيح، وهل المراد هنا الجار الملاصق فقط؟ والمرجع فيه إلى العرب أو تعتبر أربعين دارًا من كل جانب، أو من كان بناه [يشرف منه] على دار غيره، أو العبرة بالمحلة، لم أر فيه شيئًا إلا قول [الجرجاني في] «الشافي»: أنه يمتنع من التعلية على أهل محلته دون جميع البلدة، وهو قضية ما في «تعليق» الْبَغَوِي، والمذكور في «المعتمد».

واعلم أن قضية إطلاق الجمهور ومنهم الْمَاوَرْدِي: أنهم يمنعون منه؛ سواء شرط عليهم في عقد الذمة أم لا، وبه صرح المحاملي في «المقنع» حيث قال: فأما ما يتعلق بإظهار المنكر مما لا ضرر فيه على المسلمين مثل قراءة التوراة والإنجيل ظاهر، وضرب الناقوس، وإظهار خمر وخنزير، وإن بنوا بناء يتطاولون به على المسلمين فإن إطلاق عهد الذمة يقتضي المنع من هذه الأشياء، فإن شرطت كانت تأكيدًا، انتهى.

هذا هو المذهب، وقد عد الأصحاب من الشروط الفاسدة التي لا تجوز نصالحهم عليها تطويل البناء، وقالوا: المنع من الإطالة لحق الدين لا لمحض حق الجار فيمنع وإن رضي الجار بذلك، وهذا على قولنا المنع واجب، فإن قيل: مستحب ورضي الجيران لم يمنع؛ لأن المنع كان لحقهم.

---

(١) أخرجه الروياني (٢/ ٣٧، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٣/ ٢٥٢)، والبيهقي (٦/ ٢٠٥، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٨/ ٢٤٠، رقم ٢٩١) والديلمي (١/ ١١٦، رقم ٣٩٥) قال المناوي (٣/ ١٧٩): قال الحافظ: سنده ضعيف.

وَأَنَّهُمْ لَوْ كَانُوا بِمَحَلَّةٍ مُنْفَصِلَةٍ لَمْ يُمْنَعُوا ....

وقال ابن الرِّفْعَة: أثر قول «التنبيه»: ويمتنعون؛ أي: بالشرط ـ كما قاله الْمَاوَرْدِي ـ أن يعلوا على المسلمين في البناء، ثم قال: وإذا لم يشرط عليهم ذلك.

قال الْمَاوَرْدِي في «الأحكام السلطانية»: فالمستحب ألَّا يعلوا، وتبعه شارح «المنهاج»، وقد نص الشَّافِعِي في «الأم» و«المختصر» والأصحاب على أن الإمام يشرط عليهم ترك الإطالة، ولا يلزم من ذلك أنه إذا لم يشرط [عليهم] لا يمنعون منه، ويشبه أن يكون موضع الخلاف السابق ما إذا لم يشرط فإن شرط منعوا بلا خلاف.

تنبيه: قضية كلام الجمهور يقيد المنع بالجيران المسلمين.

قال الْمَاوَرْدِي: فإن جاورهم في موضعهم أهل ذمة غيرهم كاليهود مع النصارى ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز أن يتعالى بعضهم على بعض في الأبنية.

والثاني: يمنع بعضهم أن يعلوا على بعض إذا استعدوا، ولا يمتنعون من المساواة؛ لأن [علينا أن يمنع كل صنف منهم مما نمنع به أنفسنا، قال: والأصح: المنع من المساواة؛ لأن] المقصود التمييز بينهما في البناء، كما في اللباس، وهذا ما [صححه] القاضيان أبو الطيب والْبَنْدَنِيجِي والرُّويَانِي والْعِمْرَانِي والفارقي وابن عصرون، والثاني: لا؛ لأنه لا يعلوا على المسلم، وقضية كلام «التنبيه» و«التهذيب» ترجيح الجواز، ويوافقة قول طائفة من الأصحاب وعليهم ألا يطاولوا المسلمين في البنيان، ويؤيده قوله في «الأم»: واجب أن يحولوا بناءهم دون بناء المسلمين بشيء.

قال: (**وَأَنَّهُمْ لَوْ كَانُوا بِمَحَلَّةٍ مُنْفَصِلَةٍ لَمْ يُمْنَعُوا**) أي: من رفع البناء للأمن من الإطلاع على عورات المسلمين، والثاني: المنع لما فيه من التحمل والشرف وإظهار التعاظم بدارنا، واعلم أنه لا يكفي مطلق الانفصال، وعبارة الرَّافِعِي: ولو كانوا في موضع منفرد كطرف من البلد منقطع عن العمارات فلا

....

منع من رفع البناء، وفيه وجه في «البسيط»: لو كان للذمي دار في طرف البلد لا جار له فلا منع؛ إذ لا مطاولة مع أحد هذا هو الظاهر، وكذا لو كانت لهم جاره ينفردون بها لا يجاورهم، وقيل: أنهم على الجملة يمنعون من التطويل، فإنه يكثر فعل لا ضبط، والحط عن أصغر أبنية المسلمين غير ممكن تكليفه فالوجه أن يقال يمنعون عما تظهر به الزينة والترفع، فلو كان الذمي في جوار حجيرة يحط بناءه عن بنائه، هذا ظاهر كلام الأصحاب، انتهى.

تنبيه: إذا انفردوا بمحلة، قال إبراهيم المروزي: لم يُتعرّض لهم في خمورهم وخنازيرهم ورفع بنائهم، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: إذا كانوا في محلة منفردة عن المسلمين قال بعض أصحابنا: لا يتعرض لهم فيما فعلوا من خمورهم وخنازيرهم وتطويل بنائهم، ثم قال الْبَغَوِي: لا يمكن فيه إذا كان الدار دارنا، والظاهر: أن الكلام في إظهار الخمر والخنزير فإنه ذكر من بعد أنه إذا كان منفردًا فلا يمتنع من التطويل، وعبارة «المعتمد»: ومتى انفردت محلتهم ولم يخالطهم مسلم فلهم ترك الغبار وإظهار المعاصي، انتهى.

فروع: في جواز إخراجهم الرواشن إلى طرقنا السابلة وجهان: وجه المنع: إلحاقه بالأحياء، وصحح في «الانتصار» الجواز، وليس كذلك، ويجري الخلاف في آبار حشوشهم إذا راموا حفروها في أفنية دورهم، قاله الْمَاوَرْدِي. لو ملكوا دارًا عالية من مسلم أو بنوها عالية قبل الصلح أقروا عليها، ويمنعون في الحالين في الإشرافَ على المسلمين، وألَّا يطلعون سطحها إلا بعد بحجيرة، وإن لم يؤمن المسلمون بتحجير أسطحهم ويمنع صبيانهم من الإشراف على المسلمين، وإن لم يمنع منه صبيان المسلمين، قاله الْمَاوَرْدِي، وقد يقال: التحجير إحداث تعلية إذا كان بيتًا ونحوه، لو انهدمت الدار العالية المقرة فأرادوا إعادتها عالية فطريقان: أحدهما: أن الحكم كما لو أرادوا إنشاءها ابتداءً، وبه جزم جماعة من أئمة الطريقتين، والثانية: على وجهين بناهما الْمَاوَرْدِي على الوجهين في إعادة الكنيسة إذا استهدمت.

وقضية كلام الرَّافِعِي الجزم بالطريقة الأولى، ولم يذكر الرُّويَانِي في «التجربة» سواها وعزاها إلى نص الشَّافِعِي فهي المذهب، وبها أجاب الْبَنْدَنِيجِي وصاحب «التجريد» والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والْبَغَوِي في «التعليق» وصاحب «الكافي» وفي «الانتصار»: أن المنع أصح الوجهين.

قال في «المرشد»: لا نزاع أنهم لو استأجروا دارًا عالية لم يمنعوا سكناها، وبه أجاب في «الانتصار»: لو رفع بناءه على مسلم فأراد المسلم رفع بنائه ليعلوه لم يؤخر هدمه كذلك فلو تأخر نقضه حتى رفع المسلم بناءه عليه، قال ابن الصلاح: الظاهر: أنه لا يسقط حق النقض بذلك، ومثله لو باع الجار داره له أو لذمي [آخر] فيما يظهر، ولو رفعه فحكم الحاكم بنقضه فباعه من مسلم، فهل يسقط حق النقض؟ قال ابن الرِّفْعَة فيما كتبه على حواشي «كفايته»: يظهر تخريجه على الوجهين فيما إذا باع المستعير ما بناه على الأرض المستعارة بعد رجوع المعير، وكذا بيع إلينا بعد انقضاء الإجارة، فإن لم يحوزه أنبنى على من اشترى فَصِيلًا بشرط القطع ثم اشترى الأرض، فهل يلزمه القطع؟ وجهان، انتهى.

وحكمت أيام قضائي على يهودي يهدم ما علا منها بالتنقيص عن المساواة لجاره فأسلم فأقررته على بنائه وفي نفسي منه شيء وظني أني كنت قلت له: إن أسلمت لم أهدمه.

قال: (وَيُمْنَعُ الذِّمِّيُّ رُكُوبَ خَيْلٍ) [لقوله تعالى]: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] فأمر أولياءه بإعدادها لأعدائه، ولما فيه من إظهار الفخر والعزة، وروى ظهورها عز، وقيل: لا منع، وقيل: يمنع العتاق دون البراذين، وبه أجاب الصيمري في شرح «الكفاية» وقيل: يمنع الفرس النفيس دون الخسيس وهو حسن، والجمهور على الأول، والظاهر: أن موضع الخلاف فيما إذا خالطونا لا أن انفردوا ببلد أو قرية في [غير] دارنا فركبوا فيها، وكذا لو استعان بهم في حرب حيث يجوز لم يمنعوا من ركوبها زمن القتال، ثم رأيت المصنف والرَّافِعِي نقلًا عن

لَا حَمِيرٍ، وَبِغَالٍ نَفِيسَةٍ وَيَرْكَبُ بِإِكَافٍ وَرِكَابِ خَشَبٍ لَا حَدِيدٍ، ....

«الحاوي» وجهين في ركوب الخيل فيما إذا انفردوا بقرية كذا، أو سلاهما في آخر كتاب «الجزية»، والمَاوَرْدِي أبداهما من عنده، والأقرب إلى نص الشَّافِعِي وتمكينهم من غيرها عدم المنع.

قال: (**لَا حَمِيرٍ، وَبِغَالٍ نَفِيسَةٍ**) أما الحمير: فظاهر، وأما البغال: ففيها وجهان:

أحدهما: المنع، وبه أجاب الفوراني ولم يقيده بالنفيسة، قال في «الروضة»: وأصحهما لا منع، وبه قطع كثيرون.

قلت: بل الجمهور كما قاله الْعِمْرَانِي، ومنهم الفوراني في «العمد»، وأطلق في «الإبانة» منع ركوبهم الخيل والبغال، ولم أر هذا الوجه إلا في «الإبانة»، وقيده الإمام بما إذا كانت نفيسة، وهو حسن مختار، فإن التكبر والتعاظم بركوبها أكثر من ركوب أكثر الخيول، ومنعهم من ركوب برذون خسيس دون بغل نفيس لا معنى له، وقد عدَّ الجرجاني مما يمتنعون منهُ لبس الثياب الفاخرة واستعمال لطيب الكثير.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: ولا يمكنون من لبس الثياب الفاخرة، وسيأتي ما قيل فيه، وفي شرح «مختصر» الجويني والمركب والملبس والهيئة [على] المغايرة فيمتنعون من ركوب الأفراس الجياد والبغال النفيسة ولبس الثياب التي تعد جمالًا، وهذا المنع حتم أو مستحب وجهان:

أحدهما: حتم كما يحتم ضرب الغيار.

والثاني: مستحب؛ لأن التمييز بضرب الغيار ولا حاجة إلى هذه الأشياء للتمييز، ولا يمتنعون من ركوب الأفراس الردية ولا من الحمار وإن تناهى في القيمة، وعليهم عقد الزنار وصفة الغيار إلى اجتهاد الإمام، انتهى.

قال: (**وَيَرْكَبُ بِإِكَافٍ**) أي: بكسر الهمزة وهو: البردعة.

(**وَرِكَابِ خَشَبٍ لَا حَدِيدٍ**) على الصحيح؛ لئلا يتشبه بنا، وقيل: يجوز من حديد، ويركبون عرضًا، فيجعل الراكب رجليه من جانب واحد، وقيل: لهم

وَلَا سَرْجٍ، وَيُلْجَأُ إِلَى أَضْيَقِ الطُّرُقِ، ....

الاستواء، قال الرَّافِعِي: ويحسن أن يتوسط فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة في البلد أو مسافة بعيدة فيمتنع في الحضر، انتهى.

ويشبه أن يمنع من الركوب مطلقًا بلا ضرورة في مواطن الزحمة؛ كالأسواق ونحوها من مواضع الزحمة لما فيه من الأذى والتأذي به، بخلاف المسلم فإن ذلك يحتمل منه غالبًا.

قال: (**وَلَا سَرْجٍ**) للتشبه بنا، هذا مقتضى كلام الجمهور، وصرح به كثيرون، ويشبه ألَّا يمنع من الخسيس كالخشب المجرد فإنه كالإكاف، وقد يكون أحسن منه بكثير.

وفي «الحاوي» أنهم إن تجاوزا الإكف إلى السروج أمروا بما يتميز به من سروج المسلمين وكانت ركبهم خشبًالا حديدًا، انتهى.

وفي «المعتمد»: ويجعلون السرج والركاب من خشب.

[فرع]: قال: قالا ويمنعون من تقلد السيوف وحمل السلاح ومن لجم الذهب والفضة، زاد ابن الرِّفْعَة: بلا خلاف، وألحق الْعِمْرَانِي السكاكين بالسيوف.

قال ابن كج: وهذا كله في الذكور البالغين، أما النساء والصغار، فلا يلزمون الصغار كما لا جزية عليهم، انتهى.

ويشبه أن يمنعوا من تحميل أولادهم السلاح ونسائهم يركبون ما منعا رجالهم منه إذا أظهروه بيننا؛ لما فيه من إظهار المدح والفخر، وإن فقراء المسلمين، وأما حمل السلاح فظاهر إلا في أسفارهم المخوفة أو الطويلة؛ لأنهم قد يضطروا إلى الدفع به عن أنفسهم عند عروض القطاع لهم إلا أن يقال يعدوه في أمتعتهم، فإن احتاجوُا إليه استعملوه، وهذا كله فيما إذا لم يستعن بهم بشرطه كما سبقت الإشارة إليه.

قال: (**وَيُلْجَأُ إِلَى أَضْيَقِ الطُّرُقِ**) أي: ولا ينزل له صدر الطريق لقوله ﷺ: **«لَا تَبْدَؤُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى بِالسَّلَامِ، وَإِذَا لَقِيتُمْ أَحَدَهُمْ فِي الطَّرِيقِ فَاضْطَرُّوهُمْ**

وَلَا يُوَقَّرُونَ، وَلَا يُصَدَّرُونَ فِي مَجْلِسٍ.

إِلَى أَضْيَقِهِ[١] متفق عليه، ويكون إلجاؤه بحيث لا يقع في وَهْدةٍ ولا يصدمه جدار، وهذا عند ضيق الطريق بالزحمة، فإن خلت عن الزحمة فلا حرج.

وقال إبراهيم المروزي: لا يمكنون من كذا، وكذا والمشي في سروات الطريق، بل يمشون في طرق البهائم، ويضطرون إلى أضيق الطرق كما ورد في الحديث.

قال: (**وَلَا يُوَقَّرُونَ، وَلَا يُصَدَّرُونَ فِي مَجْلِسٍ**) أي: إذا اتفق اجتماعه معنا إهانة له، وإن قعدوا المجلس وأراد المسلمون القُعود فيه قاموا منه للمسلمين، قاله في «البيان».

وفي «تعليق» المروزي: ولا يمكنون من كذا أو من الجلوس على السرير، وكان مراده ما ذكرناه، ويحتمل أن يمنعوا من إظهاره، فإنه قرنه بلبس الثياب الفاخرة والمشي في سروات الطريق.

إشارات: لا يجوز موداتهم للآية الكريمة، قاله الشيخان هنا والْبَغَوِي، وقالا في باب الوليمة: الأصح أنه لا يجب إجابته؛ لأنه يكره مخالطة الذمي ومودته، انتهى.

والظاهر: التحريم، قال تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَلَوْ كَانُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ أَوْ أَبْنَآءَهُمْ﴾ [المجادلة: ٢٢] وهذا - والله أعلم - في المؤداة المؤدمة بالرضي بحاله، أما القريب وذوا الرحم، كالأب والأم ونحوهما فيشرع برّهم واللين لهم، وقد أمر ببر الأم الكافرة، وكذا من يرجى إسلامه من الأجانب، فالظاهر استجلابه بالمودة مع الاقتصار.

وفي البخاري [وغيره]: أنه ﷺ «عاد غلامًا يهوديًّا كان يخدمه»[٢] عبارة

---

[١] أخرجه أحمد (٢/ ٣٤٦، رقم ٨٥٤٢)، ومسلم (٤/ ١٧٠٧، رقم ٢١٦٧)، وأبو داود (٤/ ٣٥٢، رقم ٥٢٠٥)، والترمذي (٥/ ٦٠، رقم ٢٧٠٠) وقال: حسن صحيح.

[٢] رواه البخاري (١٣٥٦).

وَيُؤْمَرُ بِالْغِيَارِ، ....

المصنف وغيره ساكتة عن تحريم توقيرهم وتصديرهم فيحتمل أنهم أرادوا الكراهة، ويحتمل إرادة التحريم وهو الظاهر، وعبارة الْبَغَوِي: ولا يجوز لمسلم أن يوقر أحدًا منهم، وأن يبجله ويخالطه ولا يسلم عليه إذا لقيه، ولو سلم عليه ناسيًا أو جاهلًا يسترده، انتهى.

وقد صرح المصنف وغيره بتحريم ابتدائه بالسلام، فكذلك التوقير والتصدير بطريق الأولى، وأما إلجاؤه إلى أضيق الطرق يحتمل ويقوى وجوبه عند الزحمة؛ لأن في إخلاء صدر الطريق له توقيرًا له، وليس للمسلم أن يذل نفسه للكافر يؤخذ من تحريم الموادة وتحريم المهاداة وهو ظاهر في الأحاديث، ومن لا يرجى إسلامه ولا يخاف ضرره.

قال: (وَيُؤْمَرُ بِالْغِيَارِ) أي: [بلبس الغيار في دار الإسلام ليعرفوا فيعاملون بما يليق بهم.

قال في «المحرر» وغيره: ويؤمروا بالغيار] وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف [لونه] لونها، قالا في «الروضة» و«أصلها»: وتكون الخياطة على الكتف، ويشبه أن يقال: لا يختص بالكتف والشرط الخياطة في موضع لا يعتاد.

قلت: وإليه يشير قول الْبَغَوِي في «التعليق»: ويخيطه على الكتف لا على الذيل؛ إذ لا صغار فيه على الذيل، انتهى.

قالا: وإلقاء منديل ونحوه كالخياطة، ثم الأولى باليهودي العسلي وهو: الأصفر، والنصراني الأزرق وهو: الأكهب ويقال: الرمادي، وبالمجوس: الأسود أو الأحمر، وهذا لفظ «الروضة».

وقال الفارقي: ولا يكون الغيار أحمر ولا أخضر؛ لأن ذلك إظهار زينه وليس بغيار، انتهى.

واستبعد ابن الرِّفْعَة اكتفاء الرَّافِعِي بإلقاء منديل ونحوه على الكتف وهو بعيد، نعم يكفي العمامة، كما قاله الْمَاوَرْدِي وغيره وعليه العمل.

وَالزُّنَّارِ فَوْقَ الثِّيَابِ.

وفي «الانتصار»: ولا يمنعون من لبس العمائم ولا الطيلسان أن يميزوا بالغيار والزنار على الأصح، انتهى.

ولعل مراده العمائم البيض مع الغيار والزنار، لا العمائم الصفر والزرق.

قال الْمَاوَرْدِي: ولو لبس اليهودي والنصراني لونًا واحدًا جاز، وإذا ميزوا بلباس فصار مألوفًا لهم منعوا من العدول عنه إلى غيره؛ كيلا يقع الاشتباه والإشكال.

إشارة: ضبط المصنف الغيار بخطه ـ بكسر العين ـ وقال غيره: هو بالفتح اسم هو المصدر كالعمار.

قال: (**وَالزُّنَّارِ فَوْقَ الثِّيَابِ**) عن عمر ﷺ رواه البيهقي وغيره، والزنار: خيط مستغلظ.

قال الْمَاوَرْدِي: ويستوي فيه سائر الألوان، وفيه وقفة، إذا كان ذلك اللون مما يختاره المسلمون؛ إذ لا يحصل التمييز به، لكن العلامة تميز ولا تكفي شدة باطنًا؛ لأنهم يتدينون، قال الْمَاوَرْدِي والرَّافِعِي: وليس لهم إبداله بالمنطقة والمنديل ونحوهما.

قلت: وما رواه أبو عبيد في كتاب «الأموال» عن أسلم أن عمر أمر أن يوقفوا بالمناطق، قال أبو عبيد: يعني: الزنانير.

قال ابن الرِّفْعَة: وإنما جمع بين الغيار والزنار كما قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ؛ ليكون أنسب للعلامة، فإن المسلم قد يلبس الثوب ويشد وسطه حالة العمل، فإذا جمع بينهما زال الشبه، قال: وهذا ويقتضي أن جمعها معتبر وفي شرح ابن يونس: أن التمييز يحصل بأحد الأمرين، ومراده ما ذكره الرَّافِعِي وغيره: أنه يجوز الاكتفاء بشرط أحدهما، ولو شرطهما وجب الوفاء بهما، انتهى.

وقد يفهم هذا: أنه لا يلزم ذلك إذا لم يشرط واحد منهما، ولا أحسبه كذلك، بل من حكمنا أن يتميزوا بالغيار وإن لم يشرط في عهدهم، وعبارة

....

الشيخين: والجمع بين الغيار والزنار تأكيد ومبالغة في الإشهار، ويجوز أن يقتصر الإمام على اشتراط أحدهما، انتهى. وفيه ما أشرت إليه.

فروع: لا يمنعون مع التمييز بما سبق من لبس الطيلسان ولا من التظاهر بلبس الديباج والحرير على الصحيح فيهما، وسبق قول الجرجاني أنهم يمنعون من لبس الثياب الفاخرة واستعمال الطيب الكثير.

وفي شرح «مختصر» الجويني: ومن لبس الثياب التي تعد جمالًا.

وقال إبراهيم المروزي: ويفرق بين هيئاتهم وهيئات المسلمين في الملبس، ولا يمكنون من لبس الثياب الفاخرة، وقال غيره: يفرق بينه وبين المسلمين في الملابس، فلا تكون ملابسهم فاخرة غالية في الثمن كلباس المسلمين.

والرَّافِعِي قاس تجويز الحرير لهم على مرتفع الثياب من القطن والكتان، ويتجنب الجزم بمنعهم من التشبيه بلباس أهل العلم والقضاء ونحوهم؛ لما فيه من التعاظم والتيه.

قال القاضي الحسين: من حمي كافرًا ودفع عنه الغيار كما يفعله أهل نيسابور عصى؛ لأن إعزاز من أذله الله، كإذلال من أعز الله.

قال الْمَاوَرْدِي: ويمنعون من التختم بالفضة والذهب لما فيه من التطاول والمباهاة وينازعهم من لا يمنعهم لبس الديباج ونحوه، ونقل في «البيان» وجهين في لبسهم الديباج والذهب، قال: وإن ألبسوا الخفاف كانت من لونين، انتهى.

وهذا قالوه في حق المرأة، تؤخذ المرأة بشد الزنار تحت الإزار، [وقيل]: فوق الثياب، وأشار بعضهم إلى كونه تحت الإزار بشرط ظهور شيء منه، واعتبر القاضي الحسين أن يجعل على ثيابها علامة تتميز بها إذا خرجت، ونحوه قول الْمَاوَرْدِي: يؤخذ بلبس الغيار في الخمار الظاهرة الذي يشاهد، وحكى الإمام فيه وجهين، وإذا خرجت بخفين كانا من لونين، قالا: ولا يشترط التمييز محل هذه الوجوه، بل يكفي بعضها، قالا: وذكر الْغَزَالِي

فَصْلٌ

وَإِذَا دَخَلَ حَمَّامًا فِيهِ مُسْلِمُونَ أَوْ تَجَرَّدَ عَنْ ثِيَابِهِ جُعِلَ فِي عُنُقِهِ خَاتَمَ حَدِيدٍ أَوْ رَصَاصٍ وَنَحْوُهُ.

وجهين في أن أصل الغيار واجب أم مستحب؟ والذي يوافق كلام الجمهور، وإطلاقهم الوجوب، انتهى.

فائدة: ذكر ابن الرِّفْعَة أنه إنما يلزمه الغيار بالشرط، وقيد به إطلاق «التنبيه» ونسب التقييد إلى «المهذب» وفيه نظر، وقضية كلام «المحاملي» وغيره: إنما الإمام يلزمهم بذلك مطلقًا، وهو المروزي عن عمر ﵁ لأن التزامهم حكم الإسلام يتضمن ذلك؛ ولأن في تركه إضرار بالمسلمين من وجوه، فلا يحتمل إهمال إلزامهم به، وعبارة شرح «مختصر» الجويني.

فصل

يجب على الإمام ضرب الغيار عليهم إذا بلغوا دار الإسلام؛ لتحصل الميزة بينهم وبين المسلمين، فإن الكافر لا يصالح بالتحية ويلجئ إلى أضيق الطريق، ويعين في وجهه بخلاف المسلمين، ولم يتعرض هو وكثيرون لكون الالتزام بذلك للشرط كما ذكرناه.

قال: (وَإِذَا دَخَلَ حَمَّامًا فِيهِ مُسْلِمُونَ أَوْ تَجَرَّدَ عَنْ ثِيَابِهِ) أي: بينهم.

(جُعِلَ فِي عُنُقِهِ خَاتَمَ حَدِيدٍ أَوْ رَصَاصٍ وَنَحْوُهُ) أي: لا ذهب ولا فضة، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة»: جعل عليهم جلاجل، أو في أعناقهم خواتيم من حديد أو رصاص، قالا: وفي «المهذب»: يجعل في عنقه خاتم؛ ليتميز في الحمام، وفي الأحوال التي تتجرد فيها وبين العبارتين تفاوت ظاهر، انتهى.

وأصله قول الْمَاوَرْدِي: تشد خواتيم الرصاص في أيديهم أو رقابهم وهو أولى؛ ليتميزوا في الحمام وعند تجردهم من ثيابهم؛ لأنهم ربما وجدوا مَوْتَى فتشبهوا بالمسلمين، قال: اختير أن يدخلوا الحمام وفي أيديهم جلجل، وكلامه صريح في أخذهم بذلك مطلقًا أو تحت الشعور، قال: فإن اقتصروا

وَيُمْنَعُ مِنْ إِسْمَاعِهِ الْمُسْلِمِينَ شِرْكًا، وَقَوْلَهُمْ فِي عُزَيْرٍ وَالْمَسِيحِ، وَمِنْ إِظْهَارِ خَمْرٍ وَخِنْزِيرٍ وَنَاقُوسٍ وَعِيدٍ. وَلَوْ شُرِطَتْ هَذِهِ الْأُمُورُ فَخَالَفُوا لَمْ يُنْتَقَضِ الْعَهْدُ. وَلَوْ قَاتَلُونَا أَوِ امْتَنَعُوا مِنَ الْجِزْيَةِ أَوْ مِنْ إِجْرَاءِ حُكْمِ الْإِسْلَامِ انْتَقَضَ. وَلَوْ زَنَى ذِمِّيٌّ بِمُسْلِمَةٍ أَوْ أَصَابَهَا بِنِكَاحٍ. أَوْ دَلَّ أَهْلَ ....

على أحد الأمرين: إما بالشعور أو بخواتيم الرصاص المطبوعة؛ جاز لوقوع التمييز، وإن كان الجمع بينهما أولى؛ لأنه أظهر، قال: ويُمنع نساؤهم من فرق شعورهن وروايتهن في الحمام دون منازلهن ولا توحدت بتجديف شعورهن، وهذا منه تفريع على جواز دخولهن مع المسلمات الحمام، والأصح: خلافه.

قال: (**وَيُمْنَعُ مِنْ إِسْمَاعِهِ الْمُسْلِمِينَ شِرْكًا، وَقَوْلَهُمْ فِي عُزَيْرٍ وَالْمَسِيحِ، وَمِنْ إِظْهَارِ خَمْرٍ وَخِنْزِيرٍ وَنَاقُوسٍ وَعِيدٍ**) وقراءتهم التوراة والإنجيل جهارًا ولو في كنائسهم لما فيه من المفاسد، وإحداثهم كنيسة في بلادنا، وإطالتهم البناء، وتركهم الغيار مخالفة لما شرط هذا لفظ «الروضة»، وقد يفهم توقف المنع على اشتراطه وسيأتي بيانه، وقيل: لا يمنعون من الناقوس في الكنيسة تبعًا لها.

قال: (**وَلَوْ شُرِطَتْ هَذِهِ الْأُمُورُ فَخَالَفُوا لَمْ يُنْتَقَضِ الْعَهْدُ**) أي: بل يمنعوا أو يعزروا، هذا ما أورداه، وإنما لم ينتقص؛ لأنهم يتدينون بها ولعدم تضررنا بها، قال ابن الرِّفْعَة: يمنعون من إظهار المنكرات، كالصليب، والأعياد، ونكاح المحارم، ورفع أصواتهم على موتاهم، والجهر بالتوراة والإنجيل وإن كان في كنائسهم، وسواء شرط عليهم ذلك في العقد أم لا، كما قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، وفي «الحاوي»: إن ذلك لا يجب إلا بالشرط.

قلت: وسيأتي بيان ذلك بما فيه، وإن المذهب: منعهم من المجاهرة بذلك، وإن لم يشرط عليهم.

قال: (**وَلَوْ قَاتَلُونَا أَوِ امْتَنَعُوا مِنَ الْجِزْيَةِ أَوْ مِنْ إِجْرَاءِ حُكْمِ الْإِسْلَامِ انْتَقَضَ**) أي: لمنافاة ذلك ومناقضته لعقد الذمة.

(**وَلَوْ زَنَى ذِمِّيٌّ بِمُسْلِمَةٍ أَوْ أَصَابَهَا بِنِكَاحٍ**) أي: بعقد نكاح، (**أَوْ دَلَّ أَهْلَ**

الْحَرْبِ عَلَى عَوْرَةٍ لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ فَتَنَ مُسْلِمًا عَنْ دِينِهِ، أَوْ طَعَنَ فِي الْإِسْلَامِ أَوِ الْقُرْآنِ، أَوْ ذَكَرَ رَسُولَ الله بِسُوءٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ شُرِطَ انْتِقَاضُ الْعَهْدِ بِهَا انْتَقَضَ.

الْحَرْبِ عَلَى عَوْرَةٍ لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ فَتَنَ مُسْلِمًا عَنْ دِينِهِ، أَوْ طَعَنَ فِي الْإِسْلَامِ أَوِ الْقُرْآنِ، أَوْ ذَكَرَ رَسُولَ الله بِسُوءٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ إِنْ شُرِطَ انْتِقَاضُ الْعَهْدِ بِهَا انْتَقَضَ) أي: لمخالفته للشرط، ولما فيه من الضرر على المسلمين.

(وَإِلَّا فَلَا) أي: وإن لم يشرط ذلك عليهم لم ينتقض العهد به؛ لأن هذه الأشياء وإن اقتضى العقد المنع منها؛ لتحريمها لا تحل بمقصوده ومقصود الفصل وتحريره، إنما يتضح بذكر أمور:

أحدها: إنما يكون قتالهم لنا ناقضًا حيث لا شبهة، وهو القتال المعهود من أهل الحرب، فأما لو أعانوا البغاة وادَّعوا الجهل والإكراه فقد سبق بيانه، ولو قاتلوا أهل البغي لم ينتقض عهدهم على الصحيح؛ لأنهم حاربوا من يلزم الإمام محاربتهم، ولا شك أنه لو صال عليهم طائفة من متلصصي المسلمين وطاعتهم فقاتلوهم دفعًا لا يكون ذلك نقضًا.

قال الرَّافِعِي: وفي قطعهم الطريق والقتل الموجب للقصاص طريقان: **أحدهما**: أنه كالقتال؛ لأن شهر السلاح وقصد النفوس والأموال مجاهرة يناقض الأمان، وأظهرهما: أنهما كالزنا بالمسلمة، انتهى.

ونص في «الأم»: كما سبق على أن قطع الطريق ليس نقضًا للعهد ما أدَّوا الجزية على أن يجري عليهم الحكم، انتهى.

وفي «الحاوي»: أنه لو قاتل المسلمين بعضهم وقعد بعضهم انتقض عهد المقاتل، وأما القاعد فإن ظهر منه الرضا كان نقضًا لعهده وإلا فلا.

ثانيها: إذا منعوا الجزية وامتنعوا من إجراء حكم الإسلام عليهم انتقض العهد؛ لأنه إنما يتم عقد الذمة بذلك، وكذلك اعتبر التعريض للجزية والانقياد للحكم في ابتداء العقد.

قال الرَّافِعِي: هذا هو المشهور وهو محمول على ما إذا منعها عنادًا كما قاله الإمام، فأما العاجز المستمهل، فلا ينتقض عهده، ثم لم يستبعد أن يقال:

....

تؤخذ من الموسر الممتنع قهرًا ولا يجعل الامتناع ناقضًا، وتخصيص ما قاله الأصحاب بالتغليب للقاتل.

قال: وأما الامتناع من إجراء الأحكام، فإن امتنع هاربًا فلا أراه ناقضًا، وإن امتنع راكبًا إلى عدة وقوة فينبغي أن يدعى إلى الاستسلام، فإن نصب القتال انتقض عهده بالقتال، ثم أسند ما ذكره من التردد على من تقدمه، فحكى عن القاضي الحسين: حصر الانتقاض في نصب القتال، وحكى ابن كج قولين في امتناعهم من إجراء الأحكام، وهما في شرح «كفاية» الصيمري أحدهما: يجوز أن يقروا على ذلك، والصحيح: المنع حتى يقروا بجريان أحكام الإسلام عليهم، انتهى.

وفي «البسيط»: أن الامتناع عن الأحكام لا ينبغي أن يعد ناقضًا، بل لو هرب فلا يعد ذلك نقضًا، وإن تمرد دعوناه إلى الاستسلام، فإن امتنعوا أو قاتلوا انتقض العهد بالقتال، وعلى الجملة القطع بالانتقاض لا يحسن إلا بالقتال، والقاضي لم يذكر في هذا القسم إلا بالقتال، ثم ذكر ما أبداه إمامه من التردد.

وفي «الحاوي»: أن الامتناع من البدل ينقض العهد من الجماعة والواحد، والامتناع حين الأداء مع استمرار على الالتزام نقض من الجماعة دون الواحد؛ لأنه يسهل إجباره عليه، واقتضى كلامه: أنه مذهبنا خلافًا لأبي حنيفة، وهو موافق لما أبداه الإمام من وجه.

وحكى القاضي الحسين في باب حكم المرتد عند امتناعهم من بذل الجزية بعد إلزامها من رواية ابن سُرَيْج ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو اختيار الْمُزَنِي أنهم يُجبرون على أداء الجزية؛ لأنهم التزموا ذلك بعقد الذمة فلا حاجة بنا إلى نبذه إليهم وإلحاقهم بدار الحرب فيزيدوا في عدونا.

والثاني: إنه يقال لهم: إمَّا أن تعطوا الجزية وإلا سبيناكم الآن ونقتلكم، وصارت أمتعتكم من بذل الجزية نقضًا لأمانكم.

....

والثالث: وهو أشبه بمذهب الشَّافِعِي وهو المنصوص: أنه لا يُجبر على الجزية ولا يسترق في الحال؛ ولكن ينبذ إليه بعد أن يلحقه بمأمنه، انتهى.

ثالثها: إذا زنى بمسلمة، أو أصابها باسم نكاح، أو دل [الحربيين](١) على عورة المسلمين، أو فتن مسلمًا عن دينه، قال الرَّافِعِي: ففي انتقاض عهده طرق:

أظهرها: أنه إن لم يجر ذكرها في العقد لم ينتقض، وإن جرى فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: ينتقض لمخالفة المشروط كما لو امتنع من بَذْل الجزية؛ ولأنه أتى بما فيه ضرر ظاهر على المسلمين فأشبه القتال، ورُوي فيه أثرًا واختاره القَفَّال ورجحه ابن الصباغ وغيره.

والثاني: المنع؛ لأن ما لم ينتقض به العهد إذا لم يُجرِ شرط لم ينتقض مع الشرط كإظهار الخمر؛ ولأن هذه الأمور بالإضافة إلى عقد الذمة كالكبائر بالإضافة إلى الإسلام وينسب هذا إلى اختيار القاضي أبي الطيب ورجحه البَغَوِي وجماعة.

قلت: وكذلك صححه في «أصل الروضة» عكس ما صححه في «المنهاج».

والطريق الثاني: عن الشيخ أبي محمد إن جرى الشرط انتقض، وإلا فوجهان.

والثالث: حكاه ابن كَجٍّ القطع بأنه لا ينتقض العهد بهذه الأشياء، ويخرج من الطرق ثلاثة أوجه يخصها جماعة: الأقرب في «المحرر» و«الشرح الصغير» التفصيل، وفهم الشيخ من «الشرح الكبير» الانتقاض مطلقًا، فصرَّح بأنه الأصح، ثم قال: واللفظ للرافعي، ولا يبعد أن يتوسط فيقال: إن شرط الانتقاض فالظاهر الانتقاض وإلا فالظاهر خلافه، انتهى.

---

(١) في نسخة: (أهل الحرب).

....

رابعها: حكى الرَّافِعِي في طعنهم في الإسلام ونفي القرآن وذكرهم رسول الله ﷺ بسوء طريقين:

أحدهما: ينتقض العهد بذلك بلا خلاف كالقتال، قال: وأظهرهما: إنه كالزنا بمسلمة ونحوه فيجيء فيه الخلاف، قال: وإنما التحق ذلك بالزنا وما يضر بالمسلمين؛ لأن تعرضهم للدين والرسول ﷺ يجرح قلوب المسلمين، وفي محل الخلاف طريقان:

أحدهما: أن الخلاف فيما إذا ذكر الذمي النبي ﷺ بسوء يعتقده ويتدين به بأن قال: إنه ليس برسول، أو أنه قتل اليهود بغير حق، أو نسبه إلى الكذب، فأمَّا إذا ذكره بما لا يعتقده ولا يدين به كما إذا نسبه إلى الزنا، أو طعن في نسبه، فيلحق ذلك بالقتال، وينتقض به العهد شرط عليه الكف أم لم يشرط، فهذا قضية ما في «تعليق» إبراهيم المروزي وما حكاه الرُّويَانِي عن بعض أئمة خراسان.

وأظهرهما: عند الصيدلاني وغيره: إن الخلاف فيما إذا طعنوا بما لا يتدينون به فأمَّا ما هو من قضية دينهم لا ينتقض العهد بإظهاره بلا خلاف، ومن هذا القول قولهم في القرآن: ليس هو من عند الله، وعلى هذا الطريق جرى في «الوجيز».

قال: واعلم أن ذكر الله تعالى بالسوء كذكر رسول الله ﷺ بطريق الأولى: ﴿يُحِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَشَدُّ حُبًّا لِّلَّهِ﴾ [البقرة: ١٦٥] وتأذيهم لسماع ما لا يليق بكبريائه أكبر، فالخلاف المذكور في انتقاض العهد بذكر رسول الله ﷺ يجري في ذكره تعالى، وقد صرح به الرُّويَانِي في «البحر» وغيره، لكنهم جعلوا إظهار الشرك، وقولهم: إنه ثالث ثلاثة، ومعتقدهم في عُزير والمسيح - عليهما السلام - بمثابة إظهار الخمر والخنزير، وقالوا: لا ينتقض العهد بها بلا خلاف، فإنهم يتدينون بجميع ذلك في حق الله تعالى.

وفي «الشامل» وغيره أن أبا بكر الفارسي قال: من شتم منهم رسول

....

الله ﷺ قتل حدًا؛ لأنه قتل ابن خَطَل والقينتين ولم يؤمنهم، وزيفوه بأنهم كانوا مشركين لا أمان لهم، انتهى.

قلت: وربما سبق كلام على ما نقله الفارسي، وأشار الشيخ أبو محمد في «مختصره» إلى نقل الاتفاق على انتقاض عهدهم بذلك، حيث صرح به في امتناعهم من بذل الجزية، ثم قال: وكذلك إذا ذكروا رسول الله ﷺ أو كتاب الله تعالى بسوء، والمذهب: إنه لا يقبل عن ذلك توبتهم، وأن يقاتلوا على مكانهم إلا في الامتناع من الجزية فإن توبتهم مقبولة، والامتناع من إجراء الأحكام عليهم مثل الامتناع من الجزية، وإذا ذكروا الله ﷻ بسوء فهو كذكر رسول الله ﷺ وكتابه ﷻ، فهذه الثلاثة توجب قتلهم عاجلًا على الصحيح، انتهى.

وعلى ما ذكره جميعه جرى الغَزَالِي في «الخلاصة» وصاحب «المعتبر» والأحاديث والآثار دالة على ذلك كما سيأتي، فهو المختار فيما إذا جاهروا بذلك لا فيما إذا أتوا به في كنائسهم وبيوتهم خفية، والله أعلم.

تنبيهات وفوائد:

منها: صححا في «الروضة» و«أصلها» الطريق الثاني السابقة في كلام الرَّافِعِي في سب الله سبحانه وكتابه ورسوله ﷺ وإطلاق «المنهاج» و«المحرر» التعميم في جميع ما سبق، وعدم الفرق بين النوعين، ومنها عد الصيمري مما يشرط عليهم مع السلامة المذكورة وغيرها مما سبق ألَّا يذكروا دين الله ولا أنبيائه ولا رسله ولا ملائكته إلا بخير، وقد تضمن نص «الأم» فوائد جليلة فنسوقه بحروفه.

وإن تضمن تكرارًا قال الشَّافِعِي: وينبغي للإمام [ألَّا](١) يحدد بينه وبين أهل الذمة جميع ما يعطيهم، ويأخذ منهم ويرى أن ينوبه وينوب الناس منهم، فيسمى الجزية وأن يؤدويها على ما وصفت، ويسمى شهرًا تؤخذ منهم فيه، وعلى أن يجري عليهم حكم الإسلام إذا طلبهم به طالب، وأظهروا ظلمًا لأحد، وعلى ألَّا

---

(١) في نسخة: (أن).

....

يذكروا رسول الله ﷺ إلا بما هو أهله، ولا يطعنوا في دين الإسلام، ولا يعيبوا من حكمه شيئًا، فإن فعلوا ذلك فلا ذمة لهم، ويأخذ عليهم ألَّا يُسمعوا المسلمين شركهم وقولهم في عزير وعيسى، فإن وجدهم فعلوا بعد التقدم في عزير وعيسى إليهم عاقبهم على ذلك عقوبة لا يبلغ بها حدًّا؛ لأنهم قد أذن بإقرارهم على دينهم مع علم بما يقولون، ولا يشتموا المسلمين، وعلى ألَّا يعيبوا مسلمًا، وألَّا يكونوا عينًا لعدو، ولا يضروا بأحد من الناس في حال، وألَّا يكرهوا أحدًا على دينهم إذا لم يُرده من أبنائهم [ولا] رقيقهم ولا غيرهم، وعلى ألَّا يحدثوا في مصر من أمصار المسلمين كنيسة، ولا مجتمعًا لصلاتهم، ولا صوت ناقوس، ولا حمل خمر، ولا إدخال خنزير، ولا يعذبوا بهيمة ولا يقتلوها، ولا يحدثوا بناء يطيلون به بناء المسلمين، وأن يفرقوا بين هيئاتهم في اللباس والمركب وبين هيئات المسلمين، وأن يعقدوا الزنانير في أوساطهم؛ فإنها من أبين فرق بين هيئاتهم وهيئات المسلمين، ولا يدخلوا مسجدًا ولا يبايعوا مسلمًا بيعًا يُحرم عليهم في الإسلام، ولا يزوجوا مسلمًا محجورًا إلا بإذن وليه، ولا يمنعوا من أن يزوجوه حرة إذا كان حرًّا مالك لنفسه أو محجورًا بإذن وليه وبشهود مسلمين، ولا يسقوا مسلمًا خمرًا ولا يطعموه محرَّمًا من لحم خنزير ولا غيره، ولا يقاتلوا مسلمًا مع مسلم ولا غيره، ولا يظهروا الصليب ولا الجماعات من أمصار المسلمين.

قال الشَّافِعِي: ولا يجوز للإمام أن يصالح [أحدًا] من أهل الذمة على أن ينزله من بلاد المسلمين [منزلًا][1] يظهر فيه جماعة ولا كنيسة ولا ناقوسًا، إنما يصالحهم على ذلك في بلادهم التي وجدوا فيها ففتحها عُنوةً أو صلحًا، فأمَّا بلاد لم تكن لهم فلا يجوز هذا له فيها، وإن فعل ذلك أحد في بلد يملكه منعه الإمام منه، ويجوز أن يعهد إليهم [ألَّا][2] ينزلوا بلدًا لا يظهرون هذا فيه فيُصَلُّون في منازلهم بلا جماعات ترفع أصواتهم، ولا نواقيس، ولا يكفهم إذا

---

[1] في نسخة: (من).

[2] في نسخة: (أن).

لم يكن ذلك ظاهرًا عما كانوا عليه إذا لم يكن فيه فسادًا لمسلم ولا مظلمة لأحد، فإن أخذ منهم فعل شيئًا مما نهاه عنه مثل: الغش لمسلم، أو ببيعه حرامًا، أو بسقيه محرمًا، أو الضرب لأحد أو الفساد عليه، عاقبه في ذلك بقدر دينه، ولا يبلغ به حدًّا، وإن أظهر ناقوسًا أو اجتمعت لهم جماعة، أو تهيئوا بهيئة نهاهم عنها تقدَّم إليهم في ذلك، فإن عادوا عاقبهم، وإن فعل هذا منهم فاعل أو باع مسلمًا بيعًا حرامًا فقال: ما علمت، تقدَّم إليه الوالي وأحلفه وأقاله ذلك، فإن عاد عاقبه.

ومن أصاب منهم مظلمة لأحد فيها مثل: قطع الطريق والقرية وغير ذلك أقيم عليه، وإن غشَّ أحد من المسلمين فإن يكتب إلى العدو لهم بغزوة أو يحدِّثهم شيئًا أراده لهم أو ما أشبه هذا عوقب وحبس ولم يكن هذا ولا قطع الطريق نقضًا للعهد ما أدوا الجزية على أن يجري عليهم الحكم، انتهى.

ومنها: أحسن المَاوَرْدِي في كلامه على ما سبق وتقسيمه، فقال إثر قول «المختصر»: ويشترط عليهم أن من ذكر كتاب الله إلى آخره وجملته أن المقصود بعقد الجزية تقوية الإسلام وإعزازه وإضعاف الكفر وإذلالهُ؛ ليكون الإسلام أعلى والكفر أخفض، فكلما عاد إلى هذا كان الإمام مأمورًا باشتراطه وما يؤخذون به من ذلك في عقد جزيتهم خمسة أقسام:

الأول: ما وجب بالعقد، وكان الشرط مؤكدًا لا موجبًا وهو ثلاثة أشياء: التزام الجزية، والتزام أحكام الإسلام، وألَّا يجتمعوا على قتال المسلمين.

والثاني: ما وجب بالشرط، واختلف في وجوبه بالعقد وهو ما منعوا منه؛ لتحريمه، وذلك ستة أشياء:

ألَّا يذكروا كتاب الله بطعن فيه ولا تحريف له.

وألَّا يذكروا رسول الله ﷺ بسوء.

وألَّا يذكروا دين الله بذم له ولا قدح فيه.

وألَّا يفتنوا مسلمًا عن دينه ولا يتعرضوا لدمه ولا ماله.

....

وألَّا يصيبوا مسلمة بزنا ولا باسم نكاح.

وألَّا يعينوا أهل الحرب ولا لو وغيًا لهم، ولا ينقلوا أخبار المسلمين إليهم، فهذه الستة تجب بالشرط، وفي وجوبها بالعقد قولان:

أحدهما: يجب بالعقد، ويكون الشرط تأكيدًا تعليلًا بدخول الضرر بها على المسلمين، فعلى هذا إن خالفوها انتقض عهدهم.

والثاني: أنها لا تجب بالعقد بدخولهم بحسب القدرة وخروجها عن لوازم الجزية، لكنها تلزم بالشرط فتحريمها وظهور الضرر بها فعلى هذا إن خالفوها بعد اشتراطها ففي انتقاض عهدهم بها قولان.

والثالث: لا يجب بالعقد ويجب الشرط، وهو ما مُنعوا منه؛ لأنه منكر وذلك ستة أشياء:

ألَّا يعلوا على المسلمين في الأبنية.

وألَّا يحدثوا في بلاد الإسلام بيعة ولا كنيسة.

وألَّا يجاهرونا بإظهار صلبانهم.

وألَّا يتظاهروا بشرب خمورهم وخنازيرهم، ولا يسقوا المسلمين خمرًا ولا يطعموهم خنزيرًا.

وألَّا يتظاهروا بما ردده الشرع من قولهم في عُزير والمسيح.

وألَّا يظهروا بتلاوة من كتبهم، ولا يظهروا فعل ما نسخ من صلواتهم وأصوات نواقيسهم، فهذه ستة تجب عليهم بالشرط، فإن خالفوها ففي بطلان عهدهم قولان على ما مضى.

والرابع: ما لم تجب العقد، واختلف في وجوبه بالشرط وهو ما منعوا منه؛ لتطاولهم به؛ وذلك ستة أشياء:

أن يمنعوا من ركوب الخيل.

وأن يغيروا هيئاتهم بلبس الغيار وشد الزنار.

وأن يخفوا دفن موتاهم ولا يظهروا إخراج جنائزهم.

وألَّا يظهروا على موتاهم لطمًا ولا ندبًا ولا نوحًا.

وألَّا يدخلوا مساجدنا.

وألَّا يملكوا رقيقًا مسلمًا، فهذه الستة إن لم يشترط عليهم لم يلزمهم، وفي لزومها بالشرط وجهان:

أحدهما: لا يلزم لخروجها عن محرم ومنكر فعلى هذا إن خالفوها بعد اشتراطها عزروا وإن لم ينتقض عهدهم.

والثاني: تلزم بالشرط فعلى هذا إن خالفوها بالشرط ففي انتقاض عهدهم بها قولان مَضَيا.

والخامس: ما لا يجب بعقد ولا بشرط، وهو ما زاد على إذلالهم، وذلك ستة أشياء:

ألَّا تعلوا أصواتهم على المسلمين.

وألَّا يتقدموا عليهم في المجالس.

وألَّا يضايقوهم في الطريق، ولا يمشوا فيها إلا إفرادًا متفرقين.

وأن يبدؤهم بالسلام، ولا يشاورهم في الرد، وإذا استعان بهم فيما لا يستنصروا به أعانوه.

وألَّا يستبذلوا المسلمين في مهن الأعمال بأجر ولا ينزع، فهذه الستة تشترط عليهم إذلالًا لهم، فإن خالفوهم لم ينتقض عهدهم وأُجبِروا عليها إن امتنعوا فيها، إن أقاموا على الامتناع عُزروا.

ومنها: قال المَاوَرْدِي متصلًا بكلامه: فإذا تقرر ما ينتقض به العهد وما لا ينتقض؛ فإن لم ينتقض به عهدهم أخذوا بما وجب عليهم من الحقوق، وأقيم عليهم ما وجب عليهم من قتل ولزمهم من حد، وقوموا به من بادئه، هذا حاصل ما ذكره من أول تقسيمه إلى هنا.

....

وفهم ابن الرِّفْعَة وغيره عنه كما سبق أنهم إنما يمنعون من تغليبه إلينا إذا شرط ذلك عليهم، وقيد به إطلاق «التنبيه» ولم يذكر سواه، وقلده من شرح «المنهاج» فيه، ونقل عنه: أنهم إنما يمنعون من إظهار المنكرات، ومن إحداث البيع والكنائس في دار الإسلام بالشرط، وأن غيره قال: يمنعون من هذين مطلقًا، وفيما قاله وفهمه عنه نظر.

والظاهر أن مراد المَاوَرْدِي بذلك بيان ما ينتقض به عهدهم، وما لا ينقضه على ما فيه من وفاق وخلاف كما دل عليه أول كلامه وآخره، وهو قضية كلام الأصحاب، وممن صرَّح بأن إطلاق العقد يقتضي المنع من إظهارهم المنكرات ومطاولتنا في البنيان المحاملي، قال: فإن شرطت كأنه تأكيدًا، وهو ما نقله في «الذخائر» عن الأصحاب حيث قال: إن ما ينكر من دينهم كالخمر والخنزير، وضرب الناقوس، والجهل بالتوراة والإنجيل، وإظهار معتقدهم في المسيح، وترك الغيار... ونحو ذلك.

وكذلك إحداث البيع والكنائس في بلاد الإسلام، والكف عن إطالة بنيانهم عن المسلمين، فهذا جميعه لا يجب شرطه بل يجب عليهم ترك جميع ذلك شَرَط عليهم أو لم يشرط، فإن فعلوا أشياء منه لم يكن نقضًا للعهد، بل يكفون عنه ويعزروا؛ سواء شرط عليهم أو لم يشرط، هذا لفظه.

ونحوه قول صاحب «البيان»: إن ما يجب على أهل الذمة خمسة أضرب فسردها، ثم حكى كلام الأصحاب فيما ينتقض به العهد وما لا، على ما فيه من وفاق وخلاف، وما توهم خلاف ما ذكرته وحررته يجب رده إليه، وصاحب «البيان» و«الذخائر» ممن نقلا فيه الطريقين، ولا يقول أحد من أصحابنا: إنه إذا لم يشرط عليهم في العهد ألَّا يحدثوا كنيسة في دار الإسلام إنه لا يُتعرض لهم؛ لعدم الشرط، بل فهم ذلك غلط فاحش.

وقد قال ابن الرِّفْعَة في «المطلب»: وإذا أظهروا خمورهم فالمنقول في «النهاية» أن الخمر يراق، وقياسه إتلاف الخنزير والناقوس، لكن القاضي الحسين قال هاهنا في الخمر والخنزير: إن لم يكن قد شرط عليهم ألَّا يظهروا

....

ذلك لم يكن له ذلك، وإن كان قد شرط عليهم ألَّا يظهروه فله ذلك.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا يحسن في حالة جهلهم بأن مثل ذلك لا يسوغ لهم إظهاره، أمَّا إذا عرفوه فلا وجه إلا إتلافه في الحالتين؛ لتعديهم بالإظهار، انتهى. وهذا صحيح.

ومنها: روى الإمامان إسحاق بن راهويه والبيهقي وغيرهما من الأئمة عبد الرحمن بن غَنْم الأشعري، ويقال له: صحبة، وذكره ابن سعد في الطبقة الأولى من تابعيِّ أهل الشام.

وقال الليث وغيره: كان له صحبة، وكان مسلمًا في حياة النبي ﷺ ولم تفد إليه، وتفقه عليه عامة التابعين بالشام، قال: كتبت لعمر بن الخطاب حين صالح نصارى أهل الشام:

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا كتاب لعبد الله عمر أمير المؤمنين من نصارى من مدينة كذا، وكذا أنكم لمَّا قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا وذرارينا وأموالنا، وأهل مِلتنا، وشرطنا لكم على أنفسنا: ألَّا نُحدث في مدينتنا ولا فيما حولها ديرًا ولا كنيسة ولا صومعة راهب، ولا نجدد ما خرب منها، ولا نُحيي منها ما كان في خطط المسلمين، وألَّا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم، ولا نُؤمِّن في كنائسنا ولا منازلنا جاسوسًا، ولا نكتم غشًّا للمسلمين، ولا نعلم أولادنا القرآن، ولا نُظهر شركًا ولا ندعو إليه أحدًا، ولا نمنع أحدًا من ذي قرابتنا الدخول في الإسلام إن أراده، وأن نوقر المسلمين، وأن نقوم لهم من مجالسنا إن أرادوا الجلوس، ولا نتشبه في شيء من ملابسهم في قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر، ولا نتكلم بكلامهم ولا نتكنى بكناهم، ولا نركب السروج، ولا نتقلد السيوف، ولا نتخذ شيئًا من السلاح ولا نحمله معنا، ولا ننقش خواتمنا بالعربية، ولا نبيع الخمور، وأن نجز مقاديم رؤوسنا، وأن نلزم زينًا حيث ما كنا، وأن نشد الزنانير على أوساطنا، وألَّا نظهر

وَمَنِ انْتَقَضَ عَهْدُهُ بِقِتَالٍ جَازَ دَفْعُهُ، وَقَتْلُهُ، ....

الصليب على كنائسنا، وألَّا نظهر صلبنا وكتبنا في شيء من طرق المسلمين ولا أسواقهم، ولا نضرب بنواقيسنا كنائسنا إلا ضربًا خفيفًا، وألَّا نرفع أصواتنا بالقراءة في كنائسنا في شيء من حضرة المسلمين، ولا نخرج شعانيننا ولا باعوننا، ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا، ولا نتخذ من الرقيق ما جرى عليه سهام المسلمين، وأن نرشد المسلمين، ولا نطَّلع عليهم في منازلهم.

فلما أتيت عمر بالكتاب زاد فيه: وألَّا نضرب أحدًا من المسلمين، شرطنا لهم ذلك على أنفسنا وأهل ملتنا وقَبِلنا منهم الأمان، فإن نحن خالفنا في شيء مما شرطناه لكم فضمناه على أنفسنا فلا ذمة لنا، وقد حل لكم ما يحل لكم من أهل المعاندة والشقاوة، انتهى.

وله طرق جيدة إلى عبد الرحمن بن غَنْم ـ ﷺ ـ وقد اعتمد أئمة الإسلام هذه الشروط بعد عمر ﷺ... وهلم جرًّا.

وذكر أصحابنا معظمها.

وفي «كتاب الأموال» لأبي عبيد القاسم بن سلَّام، قال: حدَّثنا عبد الرحمن ـ يعني ـ ابن مهدي عن عبد الله بن عمر عن نافع عن أسلم أن عمر بن الخطاب أمر في الذمة: أن تجز نواصيهم، وأن يركبوا على الأكف، وأن يركبوا عرضًا ولا يركبون كما يركب المسلمون، وإن يوثقوا المناطق، قال أبو عبيد: يعني: الزنار.

ثم روي عن عمر بن عبد العزيز ﷺ مثله.

قَالَ: (**وَمَنِ انْتَقَضَ عَهْدُهُ بِقِتَالٍ جَازَ دَفْعُهُ، وَقَتْلُهُ**) يعني: ارتفع ذلك الخطر الذي أوجبه عقد الذمة لا الإباحة فقط؛ لأنه صار حربيًّا لنا في دار الإسلام، وعبارة جماعة: وجب قتالهم كأهل الحرب.

وعبارة «الترغيب»: إن قتل حكم بنقض العهد، قلنا: بالقتال الاغتيال.

وعبارة الرَّافِعِي: وإذا نصبوا القتال وصاروا حربيين لنا في دار الإسلام فلا بدَّ من دفعهم، والسعي في استئصالهم، انتهى.

أَوْ بِغَيْرِهِ لَمْ يَجِبْ إِبْلَاغُهُ مَأْمَنَهُ فِي الْأَظْهَرِ، بَلْ يَخْتَارُ الْإِمَامُ فِيهِ قَتْلًا وَرِقًّا وَمَنًّا وَفِدَاءً، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ الِاخْتِيَارِ امْتَنَعَ الرِّقُّ.

وحينئذ يتخير الإمام فيمن ظفر به منهم من الأحرار الكاملين.

قَالَ: (**أَوْ بِغَيْرِهِ لَمْ يَجِبْ إِبْلَاغُهُ مَأْمَنَهُ فِي الْأَظْهَرِ، بَلْ يَخْتَارُ الْإِمَامُ فِيهِ قَتْلًا وَرِقًّا وَمَنًّا وَفِدَاءً**) لأنه كافر لا أمان له.

والثاني: يبلغ المأمن كالداخل بأمان صبي، وأجيب عنه: بأن ذلك يعتقد لنفسه أمانًا، وهنا فعل باختياره ما أوجب انتقاض أمانه، وعلى القولين يستوفي منهم الحقوق أم لا؟ صرَّح به الجرجاني، وروى البيهقي بإسناد صحيح أن عمر صلب يهوديًّا زنا بمسلمة.

قَالَ: (**فَإِنْ أَسْلَمَ**) أي: هذا المنتقض عهده.

(**قَبْلَ الِاخْتِيَارِ امْتَنَعَ الرِّقُّ**) أي: بخلاف الأسير؛ لأنه لم يحصل في يد الإمام بالقهر، فخف أمره، وعبارة جماعة: سقط القتل والاسترقاق.

وعبارة **الْمَاوَرْدِي**: سقطت عنهم؛ أي: الأمور الأربعة، وهي أحسن وأبعد من الإيهام، قال: ولم يجز أن يسترقوا أو يفادوا بعد إسلامهم، انتهى.

وسبق عن الجويني وغيره: أن من تعرض لذكر الله تعالى أو كتابه أو رسوله ﷺ بسوء أن المذهب أنه لا تُقبل توبته، وأن يقتلوا مكانهم عاجلًا على الصحيح، والمتبادر منه تعيين القتل في هذه الأمور الثلاثة، ولا يتخير الإمام في متعاطيها، وبدَّل له أشياء:

منها: «**أنه ﷺ أبطل دم يهودية كانت تشتمه حين خنقها رجل حتى ماتت**» رواه أبو داود [السنن (٤/ ٣٣١)]، وعن ابن عباس أن رجلًا أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي ﷺ وتقع فيه فنهاها فلا تنتهي، ويزجرها فلا تنزجر فقتلها بمعول، فبلغ رسول الله ﷺ فقال: «**ألا اشهدوا أن دمها هدر**» رواه أبو داود [السنن (٣/ ١٣)] والنسائي [السنن (٧/ ١٢٣)].

ومنها: «عن عرفة بن الحارث الكندي الصحابي ﷺ أنه مرَّ به نصراني فدعاه إلى الإسلام فتناول النبي ﷺ وذكره فرفع عرفة يده فدق أنفه، فرفع إلى

وَإِذَا بَطَلَ أَمَانُ رِجَالٍ لَمْ يَبْطُلْ أَمَانُ نِسَائِهِمْ وَالصِّبْيَانِ فِي الْأَصَحِّ.

عمرو بن العاص، فقال عمرو: أعطيناهم العهد، فقال عرفة: معاذ الله أن نكون أعطيناهم على أن يظهروا شتم النبي ﷺ إنما أعطيناهم على أن نخلي بينهم وبين كنائسهم يقولون فيها ما بدا لهم، وألَّا نحمِّلهم ما لا يطيقون، وإن أرادهم عدو وقاتلناهم من ورائهم، ويخلي بينهم وبين أحكامهم إلا أن يأتوا راضين بأحكامنا فنحكم بينهم بحكم الله وحكم رسوله، فقال له عمرو: صدقت»[1] رواه البيهقي بإسنادٍ صحيح، ورواه ابن المبارك.

قال: أخبرني حرملة بن عمران حدثني كعب بن علقمة فذكره، وفي رواية من هذا الطريق: فقتله غرفة، فقال له عمر: وإنما يطمئنون إلينا بالعهد، فقال له غرفة: ما صالحناهم على أن يؤذوننا في الله وفي رسوله.

ويروى أن القصة كانت مع عمر بن الخطاب ﵁ أو مع عمرو، والمشهور أنها مع عمرو بلا شك، وغرفة بالغين المعجمة ممن سكن مصر من الصحابة ﵃ وشهد غرفة حجة الوداع، ذكره ابن عبد البر في «الاستيعاب» والله أعلم.

قَالَ: (وَإِذَا بَطَلَ أَمَانُ رِجَالٍ لَمْ يَبْطُلْ أَمَانُ نِسَائِهِمْ وَالصِّبْيَانِ فِي الْأَصَحِّ) أي: فيهما إذ لم توجد منهم خيانة ناقصة.

والثاني: تبطل كما كانوا تبعًا في ثبوت الأمان، ولا شك أنه لو استقل النساء بعقد الذمة لأنفسهن كما سبق لم يبطل أمانهن ببطلان أمان رجالهن بلا خلاف، على أن جماعة حرَّموا في النساء التابعات في الأمان بما ذكرنا.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكى الْبَنْدَنِيجِي [الخلاف] في الأولاد الصغار قولين، وخصَّ محلهما بما إذا لم يكن [لهم أمّ] أو كانت وليست من أهل الجزية، أمَّا إذا كانت من أهلها أقروا معها في دار الإسلام، وكذلك حكى هذا التفصيل، والخلاف الإمام عن العراقيين في كتاب «السير»، واستحسن الفرق بين الحالين، وقال: الأوجه من القولين على قياس المراوزة، التعزير.

قال ابن الرِّفْعَة: وجزم ـ يعني الإمام ـ هنا بأن نقض العهد إن كان بالقتال

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٤٩٠).

وَإِذَا اخْتَارَ ذِمِّيٌّ نَبْذَ الْعَهْدِ وَاللُّحُوقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَلَغَ الْمَأْمَنَ.

ونبذ العهد فلا خلاف في الاغتيال والاستئصال في النفس والذرية، انتهى.

ورأيت كلام «النهاية» هنا كما رواه ابن الرِّفْعَة، وسبي الذرية بلا خلاف في هذه الصورة لم أره لغير الإمام، فعلى الأصح في «الكتاب»: لا يجوز سبيهم ويجوز تعزيرهم في دارنا، فإن سألوا الرجوع إلى دار الحرب.

قال الْمَاوَرْدِي: أعند النساء دون الصبيان؛ لأنه لا حكم لاختيار من لم يبلغ، فإن طلبهم أهلهم فإن كانت الطالب مستحق للحصانة ردوا إليه وإلا مُنعوا منه، انتهى.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَارَ ذِمِّيٌّ نَبْذَ الْعَهْدِ وَاللُّحُوقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَلَغَ الْمَأْمَنَ) لأنه لم يوجد منه خيانة، ولا ما يوجب نقض عهده فبلغ مكانًا يأمن فيه، وعن القاضي الحسين إجراء القولين المتقدمين فيه؛ لأنه بعد نبذ العهد كافر لا أمان له، وكان يمكنه اللحوق بمأمنه من غير نبذ العهد.

إشارة: المأمن: موضع الأمن.

قال البَنْدَنِيجِي وغيره: والمراد به أقرب بلاد الحرب من دارنا، واعلم أن هذا في النصراني ظاهر، وأمَّا اليهودي، فلا مأمن لهم يعلمه بالقرب من ديار الإسلام، بل ديار الحرب كلهم نصارى فيما أحسب، وهم أشد عليهم مِنَّا، فيجوز أن يقال لليهودي: اختر لنفسك مأمنًا واللحوق بأي دار الحرب شئت.

فرع: قال في «الترغيب» هنا: إذا ظهر من بعض أهل الذمة النقض ولم ينكر الباقون فعله انتقض من الكل، وهكذا إن كان من بعضهم بعض ومن بعضهم إشارة أو سكوت، فإن أنكر الباقون وراسلوا الإمام واعتزلوهم لم ينتقض في حقهم، فإن خالطوهم فعليهم أن يتميزوا منهم، فإن أبوا انتقض عهد الجميع، انتهى.

وفي بعض ما ذكره نظر، وهذا الكلام إنما قالوه في أهل العهد، وأمَّا عقد الذمة فنقضه من بعض ليس نقضًا من الباقين بحال، كذا نقله الرَّافِعِي في باب الهدنة.

....

وقال الدَّارِمِي في باب نقض العهد: إن نقضوا عهدهم أو نقضوا أمانهم رضوا بنقضه أم لا فهو نقض، وكذلك إن نقض الأتباع فرضي إمامهم أو باقيهم، وإن نقضه الأتباع ولم ينكر باقيهم، ولم يرضوا فقيل: نقض، وقيل: ليس بنقض، وإن لم يرضوا لم نقاتل من لم يرض، فإن حصلوا في أيدينا غنمناهم، ولم نقبل قولهم [لم يرض] ونعزرهم ونأمر من لم ينقض أن يعتزل، فإن لم يعتزلوا أو رأى الغارة فعل، انتهى لفظه.

وستأتي المسألة والكلام عليها في الهدنة ـ إن شاء الله تعالى ـ وبه التوفيق والعصمة ﴿إِنَّ رَبِّي لَطِيفٌ لِّمَا يَشَآءُ﴾ [يوسف: ١٠٠].

كِتَابُ الهُدْنَة

قال المصنف: [عَقْدُهَا لِكُفَّارِ إِقْلِيمٍ يَخْتَصُّ بِالْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ فِيهَا، وَلِبَلْدَةٍ يَجُوزُ لِوَالِي الْإِقْلِيمِ أَيْضًا.

هي مصالحة الحربيين على ترك القتال مدة معلومة بعوض أو غيره؛ سواء منهم من يقر على دينه ومن لا يقر، واشتقاقها: من الهدون، وهو السكوت، ويسمى هذا العقد: مهادنة، ومعاهدة، ومسالمة، وموادعة، وقد هادن ﷺ قريشًا عام الحديبية، ووادع اليهود على غير جزية لمَّا نزل المدينة حين كان المسلمون ضعفًا، والأصل فيه قبل الإجماع والآثار قوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ١] إلى قوله: ﴿فَسِيحُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [التوبة: ٢] أي: كونوا آمنين فيها هذه الأشهر، وقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]. وَتَصِحُّ الْهُدْنَةُ عَلَى أَنْ يَنْقُضَهَا الْإِمَامُ مَتَى شَاءَ].

قال الشارح: قَالَ: (**عَقْدُهَا لِكُفَّارِ إِقْلِيمٍ**) أي: كالروم والهند.

(**يَخْتَصُّ بِالْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ فِيهَا**) أي: في عقدها؛ لأنه أعرف بالمصالح من الآحاد وأقدر على التدبير منهم، وعبارة «الكتاب» قلقة، ولفظ «المحرر»: المهادنة مع الكفار مطلقًا أو مع أهل إقليم، لا يعقدها إلا الإمام أو من فوَّض إليه الإمام ذلك.

قَالَ: (**وَلِبَلْدَةٍ يَجُوزُ لِوَالِي الْإِقْلِيمِ أَيْضًا**) لأنه مفوض إليه مصلحة الإقليم، وعبارة «الشرحين» مقيدة ذلك بقرية أو بلدة تلي ذلك الإقليم.

وعبارة «الروضة»: ويجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية أو بلدة في إقليمه للحاجة، وفي انطباقها على عبارة الرَّافِعِي وقفه.

وفي «البيان»: لوالي الإقليم أن يهادن أهل إقليمه، وهذه العبارة أوسع.

وقال ابن الرِّفْعَة: وولاة الثغور المفوَّض إليهم الجهاد وحده لا يجوز لهم عقد الهدنة إلا قدر الاستراحة، وهي أربعة أشهر، ولا يجوز أن تكون سنة؛

وَإِنَّمَا تُعْقَدُ لِمَصْلَحَةٍ كَضَعْفِنَا بِقِلَّةِ عَدَدٍ وَأُهْبَةٍ أَوْ رَجَاءِ إِسْلَامِهِمْ أَوْ بَذْلِ جِزْيَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَازَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ....

لأن عليه أن يجاهد في كل سنة، وفيما بينهما قولان في «الحاوي».

وأطلق الْفُورَانِي والرَّافِعِي وغيرهما: أنه يجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية أو بلدة تلي ذلك الإقليم للحاجة، فكأنه ما دون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه، انتهى.

وأطلق الدَّارِمِي: أنه لا يهادن إلا الإمام وقضيته منع والي الإقليم إلا بإذن خاص فيها.

وفي شرح «الكفاية» للصيمري: ولا يجوز أن يعقدها إلا الخليفة نفسه أو من يجعل الخليفة ذلك إليه، فإن عقد بعض الولاة بلا أمر الإمام جرى مجرى الإمام الحاضر إلا الهدنة، انتهى.

وهذه العبارة مختلة للخلل في النسخة.

قَالَ: (**وَإِنَّمَا تُعْقَدُ لِمَصْلَحَةٍ كَضَعْفِنَا بِقِلَّةِ عَدَدٍ وَأُهْبَةٍ أَوْ رَجَاءِ إِسْلَامِهِمْ أَوْ بَذْلِ جِزْيَةٍ**) أي: إنما يجوز عقدها عند ظهور المصلحة أو الحاجة لوجود هذه الأمور وما أشبهها؛ كحاجة الإمام إلى إعانتهم له على غيرهم، أو كفّهم عن الإعانة عليه، أو بُعد دارهم، فإن لم يكن مصلحة ولا حاجة لم يجز بل يقاتلهم أو يسلموا أو يبذلوا الجزية أهلها، قال تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوٓا إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥].

قَالَ: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ**) أي: ضعف كما دل عليه كلام المحرر وغيره.

(**جَازَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ**) أي: فأقل إذا رأى الإمام المصلحة فيها للآية السابقة: ﴿فَسِيحُوا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [التوبة: ٢] فإن لم يره مصلحة، فإن كان قويًا ولهم ضعف، وإذا هادنهم قويت شوكتهم لم يجز، صرَّح به الأئمة، ولا يخالفه قول الشَّافِعِي: إن المهادنة على أربعة أشهر في الآية كان عند منصرفه ﷺ من تبوك، وكان ذلك أقوى ما كان ﷺ وذكر أنه هادن صفوان بن أمية أربعة أشهر قبل مضيها.

لَا سَنَةً، وَكَذَا دُونَهَا فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: **(لَا سَنَةً)** لأنه تعالى أمر بقتالهم حتى يسلموا، أو يعطي أهل الكتاب الجزية، ثم أذن في أربعة أشهر بلا جزية في أول مرة فنفى ما زاد على المنع.

قَالَ: (وَكَذَا دُونَهَا فِي الْأَظْهَرِ) أي: لما سلف من الأذن في أربعة أشهر فقط، فالزيادة على المنع، والثاني: يجوز؛ لأنها مدة تنقص عن مدة الجزية، فجازت بلا عوض، كالأشهر الأربعة، وعبارة «الروضة»: ولا يجوز أكثر من سنة قطعًا، ولا سنة على المذهب ولا ما بينها وبين أربعة أشهر على الأظهر، وهي في غاية الحسن، وهذا كله بالنسبة إلى نفوس المعقود معهم، أمَّا أموالهم فيجوز أن يعقد [لهم][1] مؤيدًا، وهل يجوز ذلك في الذُّرِّيَّة؟ فيه وجهان، في السير من «الحاوي»: فإن كان [المراد] ماداموا صغارًا فيحتمل وإلا فلا وجه له.

فائدة: قال ابن الرِّفْعَة: وحكى الْفُورَانِي قولًا: أنه يجوز سنة فما فوقها إلى دون السنتين، ووجهه: بأن الكافر قد [يحكمون][2] اشتغال لا يحصل إلا في فصول السنة الأربعة، وما لم يمكن المدة سنين، ولم يدخل في حد التكرار، فإنها تكون قصيرة، قال الإمام: وهو غلط ولم أره لأحد من الأصحاب، انتهى.

والذي رأيته في «الإبانة»: وهل يجوز سنة فما دونها؟ قولان:

أحدهما: للآية الكريمة.

والثاني: يجوز، وذكر ما سبق، ولم يذكر الجواز أكثر من سنة، وقول ابن الرِّفْعَة - رَحِمَهُ اللهُ - فما فوقها سهو منه قطعًا، وصوابه: فما دونها.

وعبارة الإمام في «النهاية» وفي بعض التصانيف ذكر قولين في جواز المهادنة على سنة، وهذا غلط، ولم أره لأحد من الأصحاب، وإنما الموقف السنة، فإذا خرج قول في جواز المهادنة سنة ولا ضعف، فيجب خروج هذا القول في سنين فصاعدًا، انتهى.

---

(١) في نسخة: (لها).

(٢) في نسخة: (يكون له).

وَلِضَعْفٍ تَجُوزُ عَشْرَ سِنِينَ فَقَطْ، ....

وعبارة «عمد» الْفُورَانِي: وإذا كان بالمسلمين قوة لا يجوز أكثر من سنة، وفيما بين أربعة أشهر على تمام السنة قولان، وقد جرى الْغَزَالِي [والرافعي] فيما سبق على عبارة الْفُورَانِي، وتكلمنا عليه، فقول ابن الرِّفْعَة: فما فوقها غلط بلا شك، قلده فيه من شرح «المنهاج» فلا يعتبر به، وقد أشار الرَّافِعِي إلى طريقة الْفُورَانِي بقوله: وعن بعضهم أنه لا زيادة على سنة، وفي سنة قولان، والظاهر: ما سبق، وكذلك عبَّر في «الروضة» بالمذهب كما سبق.

ورأيت في «المعتمد» في إتقان مسائل المذهب المحرر عن الشَّافِعِي ما لفظه: ولا يوادعهم إلا أن يجد في المسلمين فشلًا، أمَّا إذا رأى فيهم بطشًا فهادن الكفار، ولا يطمع في الإسلام أحدهم، فالصلح باطل، ولا يلزمه دفع ما شرط، ولا يهادنهم أكثر من عشر سنين، ويجوز إلى أربعة أشهر، وهل يجوز زيادة على ذلك إلى تمام عشر سنين؟ خرج على قولين بناء على أنه هل نسخ ما فعله النبي ﷺ بالحديبية أم لا؟ فإذا قلنا: لا يجوز واضطر إليه عقد له أربعة أشهر، فإذا انقضت استأنف، وإذا قلنا يجوز ـ وهو أصح ـ فاحتاج إليه لكن لم يضطر إليه بأن بلغه أنهم يتحزبون لقتاله ولم يتحققه، قيل: يهادن إلى مدة تنقص عن سنة، وقيل: يجوز سنة فقط، وإن اضطر إليه بأن أحد قوي به، ولا يقاومهم، ففيه قولان: أحدهما: لا يزيد على سنة، والثاني: له عقده عشر سنين، وعبارته مظلمة تفهم خلاف المشهور.

قَالَ: (وَلِضَعْفٍ تَجُوزُ عَشْرَ سِنِينَ فَقَطْ) [أي: عند الحاجة إليها؛ لأنه ﷺ: «هادن قريشًا في الحديبية على وضع الحرب عشر سنين»(١) رواه أبو داود.

وقال ابن إسحاق: حدثني الزهري عن عروة عن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة في قصة الحديبية. . . إلى أن قال: حتى وقع الصلح على أن توضع الحرب بينهما عشر سنين، وأن يأمن الناس بعضهم من بعض»(٢).

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٦٨).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٤٠٠، رقم ٣٦٩٠٢).

....

وفي مسند الإمام أحمد: هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله، وسهيل ابن عمرو على وضع الحرب عشر سنين وأن بيننا عَيْبَةً مَكْفُوفَةً، وأنه لا إِسْلَالَ ولا إِغْلَالَ(١): أي: كف الشر ودفع الأذى من بينهم.

تنبيهات: أحدهما: العبارة المحررة الوافية بالغرض أن يقال: ولضعف يجوز ما تدعوا الحاجة إليه، وأكثره عشر سنين، فإن دعت الحاجة إلى سنة لم يجز الزيادة إلى سنين فكذلك وهكذا، ويأتي فيما زاد على قدر الحاجة ما سنذكره، وذكرت في «الغنية» أن في معنى الضعف عظم المشقة لبعد الشقة.

ثانيها: قضية كلام المصنف وغيره: أنه لو دعت الحاجة إلى مهادنة أكثر من عشر سنين لم تجز الزيادة.

وقال القاضي الحسين: إنه لا خلاف فيه.

وفي «التقريب» وجه: إنه يجوز بحسب الحاجة، وزيفه الإمام.

قال ابن الرِّفْعَة: نعم يجوز في هذه الحالة أن تعقد على عشر سنين ثم على عشر، قيل: يقضي الأولى، جزم به الْفُورَانِي وغيره، وحكاه القاضي الحسين عن ابن المرزبان، انتهى.

وعبارة «الإبانة»: وإذا كانت بالمسلمين خيفة فيجوز إلى عشر سنين، ولا يجوز أكثر إلا في عقود متفرقة.

وقال في «العمد» بعد ذكره جواز العشر وبطلان الزائد عليها: هذا بعقد واحد فأمَّا بعقود جاز خمسين سنة، انتهى.

وهو غريب إن أراد به تجديد عقد عقب عقد قبل انقضاء ما قبله كما يتبادر منه، ولعل الْعِمْرَانِي والإمام إنما لم يتعقباه أن يكون المراد إنشاء عقد بعد انقضاء عقد لا مع بقائه.

وفي متن «الروضة»: ولا يجوز الزيادة على العشر، لكن إن انقضت المدة

---

(١) أخرجه أحمد (١٩٤٢٣).

....

والحاجة باقية استؤنف العقد، ومثله قول الدَّارِمِي: وله عقد عشر بعد عشر إن كانت الحاجة قائمة، وهذا ما قاله ابن المرزبان فيما أحسب، فإن الدَّارِمِي قال فيما نقل من خطه أن أكثر ما في كتابه من مجموع أبي الحسن بن المرزبان، وأمَّا استئناف عقد [إثر عقد] ففي ثبوت القول به نظر، والله أعلم.

ثالثها: سياق كلام المصنف يُفهم أنه لا تجب الإجابة إليها مطلقًا، قال الإمام: وما يتعلق باجتهاد الإمام لا يعد واجبًا، وإن كان يتعين عليه رعاية الأصلح، وعبارة «الروضة»: إذا طلب الكفار الهدنة فإن كان فيها ضرر على المسلمين فلا يخفى أنهم لا يخافون، وإلا فوجهان: **أحدهما**: يجب إجابتهم، والصحيح لا يجب، بل يجتهد الإمام ويفعل الأصلح، قال الإمام: وذكر ما قدَّمناه عنه، وعبارة الرَّافِعِي: ظاهر المذهب أنه لا يجب الإجابة، وفيه وجه: أنها تجب إذا لم تكن فيه مضرَّة، انتهى.

ونسب الإمام الوجه إلى رواية الْفُورَانِي، وقال: إنه خطأ محض، والذي رأيته في نسخ «الإبانة» وحكى عنها لفظه: ولو أن مشركًا طلب عقد المهادنة فالظاهر من المذهب: [أنه][1] يجب على الإمام ذلك العقد إذ لا مصلحة فيه للمسلمين، ومن أصحابنا من قال: إن رأى الإمام المصلحة في ذلك بأن رجاء إسلام هذا الكافر إذا دخل دار الإسلام، وسمع كلام الله تعالى وجب عليه ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَإِنۡ أَحَدٞ مِّنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ٱسۡتَجَارَكَ فَأَجِرۡهُ﴾ [التوبة: ٦] انتهى.

وقال في «العُمد»: فإن دعا الكفار إلى المهادنة لم يجب إجابتهم ومعاهدتهم إلا من جاء يسمع كلام الله، انتهى.

وبين العبارتين فرق ظاهر، والرَّافِعِي أخذ وجه الوجوب إمَّا من «النهاية» أو «البيان» إذ فيه قال المسعودي: إذا طلب المشركون عقد الهدنة، فالظاهر: إنه لا يجب على الإمام عقدها، ومن أصحابنا من قال: فذكره ومراده بالمسعودي الْفُورَانِي.

---

[1] ذكرت في نسخة: [ألَّا] وهي الأصح.

وَمَتَى زَادَ عَلَى الْجَائِزِ فَقَوْلا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، ....

وقد رأيت كلامه فإن ثبت حكاية وجه كما سبق فذاك، وقد يتمسك له بقوله في «الأم»: ليس بلازم للإمام أن يهادن بحال إلا على النظر للمسلمين، وظاهره الوجوب إذا أدى النظر إليه، وإن لم يثبت التصريح بعلمه عن تقدم الْفُورَانِي فلا أصل له، وأمَّا ما حكاه في «الإبانة» في الواحد وأجاب به في «العمد» فقد قال الرَّافِعِي آخر الفصل.

فرع: قد قدَّمنا أن الإمام حكى فيما إذا طلب الكافر أن يجاب ليسمع الذكر قطع الأصحاب بأنه يجب إجابته، ثم قال: هل يُمْهَل لذلك أربعة أشهر؟ أو يقال: إذا لم ينفصل الأمر بمجالس يفرض فيها البيان التام؟ فيقال له: الحق بمأمنك، فيه تردد أخذته من فحوى كلام الأصحاب، **والظاهر**: المنع، انتهى.

والظاهر أن ما نقله الإمام عن قطع الأصحاب، هو ما ذكره الْفُورَانِي بعينه.

وأصل الالتباس على الإمام في نقله كلام الْفُورَانِي أنه قال في «الإبانة» هنا: ولو جاء الكفار وبذلوا الجزية فهل يجب على الإمام قبولها؟ الصحيح من المذهب: أنه يجب، ومنهم من قال: لا يجب عليه ذلك، بل إن رأى المصلحة في أن يقبل منهم كان له أن يقبل، ثم قال: ولو أن مشركًا طلب عقد المهادنة وذكر ما سبق، وكان الإمام فهم عنه أنه أراد بالمشرك الجمع أو عقد الهدنة عنهم وهو بعيد، أو أنه اشتبه عليه الصورة الأولى في عقد الذمة بعقد الهدنة، وقد سُقت كلام الإمام برمته في «الغنية»، وبينه وبين ما نقله الرَّافِعِي عنه في الفرع الأخير بعض مخالفة ولفظه في الترجيح المنسوب إليه، ومنهم من قال: لا يلزمنا إلا البيان، ولعل هذا هو الظاهر، والعلم عند الله تعالى.

قَالَ: (**وَمَتَى زَادَ عَلَى الْجَائِزِ فَقَوْلا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ**) أي: فيبطل في القدر الزائد بلا خلاف، وفي القدر الجائز من العشر فما دونها كما بينَّاه قولًا تفريق الصفقة وهذه طريقة رجحها الرَّافِعِي، والطريقة الثانية: القطع بالصحة.

قال القاضي الحسين: وعليها الأكثرون ولم يورد الْبَغَوِي في «تعليقه»

وَإِطْلَاقُ الْعَهْدِ يُفْسِدُهُ، وَكَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ عَلَى الصَّحِيحِ بِأَنْ شَرَطَ مَنْعَ فَكِّ أَسْرَانَا، أَوْ تَرْكَ مَالِنَا لَهُمْ، أَوْ لِتُعْقَدَ لَهُمْ ذِمَّةٌ بِدُونِ دِينَارٍ، أَوْ بِدَفْعِ مَالٍ إِلَيْهِمْ.

سواها، ورجحها صاحب «المعتمد» وكذلك الصيمري هنا، وزيف الأولى وكذلك الْمَاوَرْدِي في «السير» قال: ولا وجه للتخريج على تفريق الصفقة؛ لأن هذا من عقود المصالح العامة التي هي أوسع من أحكام العقود الخاصة، وفرّق غيره بغير هذا وإذا بطل فيما زاد.

قال الْمَاوَرْدِي هناك: وجب إعلامه بحكمها وهو على أمانه ما لم يعلم، فإذا علم زال الأمان ووجب رده إلى مأمنه.

قَالَ: (وَإِطْلَاقُ الْعَهْدِ يُفْسِدُهُ) أي: على المذهب؛ لأن قضيته التأبيد، وقيل: ينزل عند ضعف المسلمين على عشر وعند القوة قولان:

أحدهما: ينزل على سنة.

والثاني: على أربعة أشهر، وزيَّفه الإمام، وهو ما في «الإبانة» وأصله ما سبق عنه من إيراده القولين في السنة الثانية، ورأى الإمام تحرير العبارة عن القول الأول أن ينزل الإطلاق على ما دون سنة؛ أي: ولو يلحظه كما أشار إليه الدَّارِمِي، فإن الهدنة لا تجوز عند القوة إلى سنة تامة على المذهب.

واعلم أن الشيخين نقلا في فصل الأمان كما سبق عن الرُّويَانِي، وأقراه أنه إذا أطلق حُمل على أربعة أشهر، ثم يبلغ المأمن، هذا بعد أن قرر أن حكم الأمان حكم المهادنة حيث لا ضعف.

وقال صاحب «المعتمد»: إذا أطلق الهدنة بأن [قال]: عقد به ولا يتقابل وسكت لم يصح، وكذا إن أطلق ولم يذكر مدَّة، لكن إن قال: متى بدا لي، نُقضت الهدنة صح، انتهى.

فجعل هذا استثناء من الفساد عند الإطلاق، وسيأتي بيانه.

قَالَ: (وَكَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ عَلَى الصَّحِيحِ بِأَنْ شَرَطَ مَنْعَ فَكِّ أَسْرَانَا، أَوْ تَرْكَ مَالِنَا لَهُمْ، أَوْ لِتُعْقَدَ لَهُمْ ذِمَّةٌ بِدُونِ دِينَارٍ، أَوْ بِدَفْعِ مَالٍ إِلَيْهِمْ) أي: وغير ذلك من الشروط الفاسدة مثل: أن يرد إليهم المسلم الذي أسروه وأفلت منهم أو

....

على أن يقيموا بالحجاز، أو يدخلوا المسجد الحرام، أو يظهروا في دارنا الخمور والخنازير، وأن نرد عليهم النساء إذا جئن مسلمات ومقابل الصحيح أن يصح العقد ويُلغوا الشرط وهو شاذ في بعض الصور.

قال الإمام: والخلاف كالخلاف في أن الوقف هل يفسد بالشرط الفاسد؟ والذي أجاب به ابن الصباغ وغيره من الفريقين فساد المهادنة بالشرط الفاسد، وقضية نص «الأم» أو نصه، قال الرَّافِعِي: نعم، لو دعت ضرورة على بذل مال بأن كانوا يعذبون الأسرى في أيديهم ففديناهم أو أحاطوا بنا وخفنا الاصطلام فيجوز أن يدفع مالًا، ويدفع بأدنى الضررين أعلاهما، وفي وجوب بذل المال عند الضرورة وجهان مبنيان على الخلاف في وجوب دفع الصائل، ولا يملك الكفار ما يأخذونه؛ لأنه مأخوذ بغير حق، قاله في «المهذب»، انتهى.

إشارات: قوله: بذل مالنا؛ أي: الذي استولوا عليه، ولو لمسلم واحد، هكذا أطلق، وفيه وقفه ظاهرة إذا ظهرت المصلحة في تركه، والظاهر: إنه لو شرط ترك ما استولوا عليه لأهل ذمتنا كان فاسدًا كترك مالنا، وينبغي أن يكون موضع المنع حيث لا يجوز دفع المال إليهم عند شدة الضرورة، لكن ذلك لا يمنع فساد العقد.

سبق عن الدَّارِمِي في عقد الجزية الجزم بأنه يجوز الصلح على ما دون دينار عند قوتهم وضعفنا، وقد أطلق المصنف القول بالفساد عند شرط دفع مال إليهم ولم يستثن ما استثناه في «الروضة» و«أصلها»، ونص عليه في «الأم»، وأجمع عليه [الإجماع](١) أعني: دفع المال عند خوف الاصطلام على طائفة، وفكاك الأسرى للضرورة، ولكن هل العقد صحيح أو فاسد؟ فيه نظر، وعبارة الرَّافِعِي: ولا يجوز المهادنة على أن يعطيهم مالًا إلا أن يخافوا الاصطلام أو يفدوا أسيرًا للضرورة فجائز، فمتى [هادنهم](٢) على غير جائز نقض، انتهى.

---

(١) في نسخة: (الأصحاب).

(٢) في نسخة: (صالحهم).

....

وعبارة كثيرين تفهم صحة العقد وهو بعيد، والظاهر فساده، وهو قضية كلام الجمهور زيف في زيادات «الروضة» بناء وجوب دفع المال على وجوب دفع الصائل، يقال: هذا البناء ليس بصحيح، وسبق أن الكافر الصائل يجب دفعه قطعًا، ثم الخلاف هناك في وجوب الدفع بالقتال وهنا بالمال، والأصح: وجوب البذل هنا للضرورة، انتهى.

وبنى الجرجاني في «الشافي» الوجهين على الوجهين في المضطر، هل يجب عليه أكل الميتة؟ ولا بأس بهذا البناء، أطلقا في أواخر «السير»: إن فداء الأسير محبوب، ولم يذكرا غيره، وأشار ابن الرِّفْعَة إلى أنه يخالف للقول بالوجوب هنا، ويشبه أَلَّا يكون مخالفًا، فإن ذلك محبوب بالنسبة إلى الآحاد، والكلام هنا بالنسبة إلى الإمام، وبهذا عبارة الجرجاني وغيره هنا، وهل يجب على الإمام ذلك أو يجوز له؟ على وجهين، وقد يجب على الإمام القيام بأمور لا يجب القيام بها على الآحاد، قالا: هنا لا يملك الكفار ما يأخذونه؛ لأنه مأخوذ بغير حق قاله في «المهذب»، وقاله البَنْدَنِيجِي والمَاوَرْدِي والقاضي أبو الطيب وغيرهم حيث قال: إنه كالأموال التي يغنموها [منا].

وقال الرَّافِعِي في أواخر السير: والمال الذي يفدى به الأسير إذا استولى عليه المسلمون هل يكون غنيمة أو يُرَدّ إلى الفادي؟ وجهان: زاد الشيخ: سبق عن صاحب «البيان»: إن مقتضى المذهب أنه يرد، وهو أصح، وهو كما قال، وهو قضية كلام الجمهور بل صريحه، وقال إبراهيم المروزي هنا متصلًا بقوله: ولا يجوز للإمام أن يهادنهم على أن يعطيهم شيئًا إلا في حالين، فلو فادينا أسيرًا على مال ثم أسلم المشرك الذي أخذ الفداء، أو ظهر المسلمون على الدار ووجدوا الفداء كغنيمة في يده، هل يرد على الفادي أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرد؛ لأنه مال مسلم في أيديهم بغير طيب نفس منه، فصار كما استولى الكفار على مال مسلم، ثم أسلم الذمي في يده المال.

والثاني: لا يرد؛ لأنه أعطاه متطوعًا فأشبه البيع.

وَتَصِحُّ الْهُدْنَةُ عَلَى أَنْ يَنْقُضَهَا الْإِمَامُ مَتَى شَاءَ].

فروع: كما [لا] يجوز عقد الهدنة بغير شيء [يجوز لشيء] يؤخذ منهم بل هو المتعين عند القدرة عليه كما قاله الْمَاوَرْدِي، لو قال أسير للكافر: أطلقني على كذا ففعل، أو قال له كافر: أفد نفسك بكذا ففعل، لزمه ما التزم، ولو قال مسلم لكافر: أطلق أسيرك ذلك على ألف ففعل لزمه الألف، وظاهر كلامهم: أنه يلزمه ألف.

وذكر العبادي: أنه يجوز دفع الوقوف في فداء الأسير، ولو قال أسير لرجل: أفدني بكذا على أن يرجع علي ففعل رجع، وكذا إن لم يشرط الرجوع على الأصح على ما ذكره الْبَغَوِي، كذا عبارة الرَّافِعِي، وحذفت «الروضة» الغرر.

قَالَ: (**وَتَصِحُّ الْهُدْنَةُ عَلَى أَنْ يَنْقُضَهَا الْإِمَامُ مَتَى شَاءَ**) أي: يجوز ألَّا يؤقت الهدنة، ويشترط الإمام نقضها متى شاء، وهذه عبارة «المحرر»، وهي أحسن.

قال الرَّافِعِي: لأنه ﷺ وادع يهود خيبر وقال: «**أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ**»(١) رواه البخاري.

لكن من بعده من الأئمة لو اقتصر على هذه اللفظة وقال: هادنتكم إلى أن يشاء الله، فَسَدَ العقد؛ لأنه ﷺ يعلم ما عند الله بالوحي وغيره، بخلاف لو قال: هادنتكم ما شاء فلان وهو مسلم عدل ذو رأي حاد، فإذا نقضها انتقضت، انتهى.

واشترط الْمَاوَرْدِي في المفوض إليه مع العدالة والرأي أن يكون من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، فلو فقد لم يصح التفويض [وقال: أن له الاستدامة، وأمَّا النقض] فينظر فيه، فإن كان المفوض إليه من ولاة الاجتهاد لم يحتج في النقض إلى إذن الإمام، وإلا فلا ينفذ إلا بإذن الإمام، وحينئذ فإن وافق رأيه رأي الإمام فعل وإن اختلفا، فإن رأى الإمام البقاء اتبع وإن رأى

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٩٧٣، رقم ٢٥٨٠).

قال المصنف: [فَصْل: وَمَتَى صَحَّتْ وَجَبَ الْكَفُّ عَنْهُمْ حَتَّى تَنْقَضِيَ أَوْ يَنْقُضُوهَا بِتَصْرِيحٍ أَوْ قِتَالِنَا أَوْ مُكَاتَبَةِ أَهْلِ الْحَرْبِ بِعَوْرَةٍ لَنَا، أَوْ قَتْلِ مُسْلِمٍ،

النقض، فإن كان لعذر غلب نظر الإمام، وإن كان لغير عذر غلب نظر المفوض إليه، انتهى.

ولو قال: ما شاء فلان منكم لم يجز، فإن الكفار لا يحكمون على المسلمين.

قال الشارح: [قَالَ:

(فَصْل)

وَمَتَى صَحَّتْ أي: الهدنة **(وَجَبَ الْكَفُّ عَنْهُمْ حَتَّى تَنْقَضِيَ أَوْ يَنْقُضُوهَا بِتَصْرِيحٍ أَوْ قِتَالِنَا، أَوْ مُكَاتَبَةِ أَهْلِ الحَرْبِ بِعَوْرَةٍ لَنَا، أَوْ قَتْلِ مُسْلِمٍ)** أي: ونحو ذلك، كإيواء عين العدو أو واحد، قال: أو سب رسول الله ﷺ أو القرآن كما قاله الْمَاوَرْدِي، قال الله تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤] وقال: ﴿فَمَا ٱسْتَقَـٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧].

تنبيهات وتتمات:

قوله: ومتى صحَّت قد يفهم منه أنها لو كانت فاسدة فلا يجب الكف عنهم بحال وليس كذلك، بل متى فسد العقد وجب نقضه، ولكن لا يجوز اغتيالهم، بل يجب إنذارهم وإعلامهم، فإن كانوا بدارنا بلغوُا مأمنهم ولم يفرقوا بين أن يُعلموهم فساده أم لا يجب الكف عنهم.

ومنها: قوله: أو قتل مسلم، يفهم أنهم لو قتلوا ذميًّا أو أهل الذمة في دارنا أن الحكم يختلف وليس كذلك، وكذلك أخذ المال، وقد أطلقا أن أخذه نقض، وعبارة بعضهم: مال مسلم، ولا أحسبه قيدًا.

ومنها: إنما ينتقض عهدهم بقتالنا إذا كان باختيارهم، فلو أكرههم البغاة عليه وثبت ذلك فلا، والظاهر أن محل النقض بالقتل إذا كان عمدًا عدوانًا، أو بشبه عمد لا خطأ، أو دفعًا لصائل، أو متلصص.

ومنها: جزم الشيخان بأن مكاتبة أهل الحربِ ونحوها نقض، وقال

وَإِذَا انْتَقَضَتْ جَازَتْ الْإِغَارَةُ عَلَيْهِمْ وَبَيَاتُهُمْ، ....

ابن الرِّفْعَة في كلامه على خوف الخيانة: إن الخوف المؤثر هو الحاصل عن سبب ودلالة عن الخيانة في الباطن بما لو أظهروه لا ينتقض به العهد، كما نقله الْمَاوَرْدِي ومثله الْبَنْدَنِيجِي: بأن يعين على المسلمين أو يتجسس للمشركين، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: لا تعويل على حديث النفس والخاطر وعزى إلى النص في «الأم»، انتهى.

وهذا يقتضي أن مجرد المكاتبة بعورة لنا وإبراء العين لا يكون نقضًا صريحًا.

ومنها: لا حاجة هنا إلى الحكم بالانتقاض لظهور الخيانة بخلاف ما سيأتي في حالة الخوف منها، قال الإمام: والمضرات التي اختلف القول أنها هل تُنْقِض عقد الذمة - [يعني][1] الهدنة؟ بلا خلاف؛ لأن الهدنة ضعيفة غير متأكدة ببذل الجزية.

قَالَ: (وَإِذَا انْتَقَضَتْ) يعني: الهدنة (جَازَتِ الْإِغَارَةُ عَلَيْهِمْ وَبَيَاتُهُمْ) لأنهم صاروا أهل حرب يفعل ذلك كما قاله الْمَاوَرْدِي وغيره وصاروا كما المهادنة كما قاله المعظم، قال الله تعالى: ﴿وَإِن نَّكَثُوٓا۟ أَيْمَٰنَهُم﴾ [التوبة: ١٢].

تنبيه: أطلق المصنف المسألة، وقال في «الروضة» ملخصًا لكلام الرَّافِعِي: وإذا انتقض عهدهم جاز قصد بلادهم وتبييتهم والإغارة عليهم إن علموا أن ما فعلوه ناقض، وكذا إن لم يعلموا على الأصح، وقيل: لا يقاتلون إلا بعد إنذارهم، وينبغي أن يقال: إذا لم يعلموا أنه خيانة لا ينتقض العهد إلا إذا كان المفعول مما لا يشك في مضادته للهدنة كالقتال، ثم ما ذكرنا من قصدهم والإغارة عليهم هو إذا كانوا في بلادهم، فأمَّا من دخل دارنا بأمان أو مهادنة فلا يغتال وإن انتقض عهده، بل يبلغ المأمن، انتهى.

وهذا مصرح به في كلام الأصحاب؛ أعني: يبلغ المأمن إذا كانوا في دارنا إذا انتقض بخيانة أو إيواء عين أو مكاتبة أو نحوها.

---

[1] في نسخة: (بنقض).

وَلَوْ نَقَضَ بَعْضُهُمْ وَلَمْ يُنْكِرْ الْبَاقُونَ بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ انْتَقَضَ فِيهِمْ أَيْضًا، وَإِنْ أَنْكَرُوا بِاعْتِزَالِهِمْ أَوْ إِعْلَامِ الْإِمَامِ بِبَقَائِهِمْ عَلَى الْعَهْدِ فَلَا، ....

فرع: لو مات الإمام العاقد لهدنة أو عُزل وولي غيره وجب عليه إمضاؤه، فإن رآه فاسدًا، قال في «البحر»: إن كان فساده من طريق الاجتهاد لم يفسخه، وإن كان بنص أو إجماع فسخه.

قلت: وهذا ظاهر فيما إذا كان العاقد من أهل النظر والاجتهاد، أمَّا لو كان جاهلًا ونحوه فهل يكون الحكم كذلك؟ أو يكون ذلك كأحكام القاضي الجاهل بنقض أصاب فيها أم أخطأ؟ كما سيأتي فيه نظر.

فرع: قال الرَّافِعِي: ينبغي للإمام إذا هادن أن يكتب عقد الهدنة في كتاب ويشهد عليه ليعمل به من بعده، ولا بأس أن يقول فيه: لكم ذمة الله وذمة رسوله وذمتي، انتهى.

ويشبه أن يجيب ذلك ليرجع إليه عند الشارع في شروطها، ولا سيما إذا كثرت الشروط وخيف نسيان بعضها.

قَالَ: (**وَلَوْ نَقَضَ بَعْضُهُمْ وَلَمْ يُنْكِرِ الْبَاقُونَ بِقَوْلٍ وَلَا فِعْلٍ**) أي: بأن سكتوهم وسكتوا (**انْتَقَضَ فِيهِمْ أَيْضًا**) لأن سكوتهم يشعر بالرضا، فجعل نقضًا منهم كما أن هدنة البعض وسكوت الباقين هدنة في حق الكل، هكذا قال الرَّافِعِي بعد استدلاله بآثار في المسألة.

قَالَ: (**وَإِنْ أَنْكَرُوا بِاعْتِزَالِهِمْ أَوْ إِعْلَامِ الْإِمَامِ بِبَقَائِهِمْ عَلَى الْعَهْدِ فَلَا**) أي: لظهور عدم الرضا والموافقة، هذا ما أطلقه عامة الأصحاب كما قال الرَّافِعِي، ووراءه شيئان مستغربان.

أحدهما: قال الإمام: لو بدر خيانة من بعضهم وسكت الآخرون ولم ينكروا كان الإمام أن ينبذ إليهم، وهكذا كانت قصة أهل مكة.

قلت: وتبعه في «البسيط» على ذلك، وقال: إن سكوت الباقين مع التمكين من الدفع تهمة ظاهرة في حقهم، [انتهى].

ولا شك أن من المسكوت ما لا يشعر بالرضا، وسبق قول «الترغيب»:

فإن أنكر الباقون وراسلوا الإمام واعتزلوهم لم ينتقض في حقهم، فإن خالطوهم فعليهم أن يتميزوا منهم، فإن أبوا انتقض عهد الجميع.

والثاني في كتاب ابن كج: أنه لو نقض السوقة العهد ولم يعلم الرئيس والأشراف بذلك ففي انتقاض العهد في حق السوقة وجهان:

وجه المنع: أنه لا اعتبار بعقدهم فكذلك لا اعتبار بنقضهم، وأنه لو نقض الرئيس وامتنع الأتباع وأنكروا ففي الانتقاض في حقهم قولان.

ووجه الانتقاض: أنه لو لم يبق العهد في حق المتبوع فلا يبقى في حق التابع، انتهى.

وسبق قول الدَّارِمِي: إن نقضه إمامهم انتقض رضوا به أم لا، وكذلك إن نقضه الأتباع [فرضي إمامهم أو باقيهم وإن نقضه الأتباع] ولم ينكر باقيهم ولم يرضوا، فقيل: نقض، وقيل: ليس بنقضٍ، وإن لم يرضوا لم يقاتل من لم يرض، انتهى.

تنبيه: قال الرَّافِعِي: وإذا انتقض العهد في حق بعضهم دون بعض، فإن تميز الناقضون عن غيرهم فذاك، وإن اختلطوا فلا يبيتهم الإمام، ولا يغير عليهم ولا يقاتلهم إلا بعد الإنذار، ويبعث إلى الذين لم ينقضوا ليتميزوا عنهم أو يسلموهم، فإن لم يفعلوا مع القدرة صاروا ناقضين أيضًا، ومن أخذ منهم واعترف بأنه ممن نقض العهد أو قامت عليه البينة لم يخف حكمه وإلا صدق بيمينه أنه لم ينقض، انتهى.

قَالَ: (وَلَوْ خَافَ خِيَانَتَهُمْ فَلَهُ نَبْذُ عَهْدِهِمْ إِلَيْهِمْ) لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ﴾ [الأنفال: ٥٨] ولفظ نص «المختصر»: ومتى ظهر من مهادنين ما يدل على خيانتهم المسألة.

وقال في «البُوَيْطِي»: وإذا وادع الإمام قومًا فخافهم الخوف بالدلائل التي يستدل بها الإمام على نقضهم جاز محاربتهم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ﴾ [الأنفال: ٥٨].

وَيُبْلِغُهُمُ الْمَأْمَنَ، ....

وقال الرَّافِعِي في «شرحيه» وتبعه في «الروضة»: إذا استشعر الإمام ممن هادنه خيانة، وظهرت أمارة تدل على خيانتهم فعن الشيخ أبي حامد أنه يُنقض عهدهم، والصحيح المنصوص [أنه لا يُنتقض] ولكن للإمام أن ينبذ إليهم عهدهم، ثم قال في آخر الفصل: ولو لم تظهر أمارة يخاف بسببها لم يجز نبذ العهد ولا اعتبار بالوهم المجرد، وحكي ذلك عن نصه في «الأم»، انتهى.

وعبارة «المحرر» تشهد بذلك، فإنه قيد جواز النبذ باستشعار الخيانة، وعبارة «المنهاج» قد لا تفهم ذلك، وسبق قول ابن الرِّفْعَة: أن الخوف المؤثر هو الحاصل بسبب ودلالة على الخيانة في الباطن... إلى آخر ما سبق.

تنبيهات: منها: إن الظاهر أن اعتبار استشعار الخيانة ظهور أمارة محلة الهدنة المؤقتة، أمَّا لو علقها بمشيئته أو مشيئة غيره ـ كما سبق ـ فلا يشترط ذلك، وهذا واضح.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لا بدَّ من نقض العهد في هذه الحالة من حكم الحاكم بالنقض؛ لأنه يحتاج على نظر واجتهاد، وعن الشيخ أبي حامد أنه ينتقض بنفس خوف الخيانة، والصحيح المنصوص الأول، وهذا منه يفهم أو يوهم أن نقض الإمام هنا لا ينفذ إلا أن يتقدمه حكم حاكم، وليس كذلك، بل المراد منه ما ذكره الرَّافِعِي وغيره أنه لا ينتقض بنفس الخوف وظهور للأمارة خلافًا لأبي حامد، وكلام «الحاوي» صريح في ذلك.

ومنها: قال الرَّافِعِي بعد ذكره ما سبق: وأن عقد الذمة لا ينتقض بذلك كما سيأتي هذا هو الظاهر في الطرفين، وعن ابن الحسين رواية قول آخر في الهدنة أنها لا تنبذ بدلالة الخيانة، وأشعر كلام الإمام بخلاف أيضًا في عقد الذمة فإنه قال: إذا بدت تهمة من أهل الذمة فالأصح أنه لا يجوز نبذ العهد إليهم فأشار على وجه فيها، وصرح في أصل «الروضة» بنقله قولًا.

قَالَ: (وَيُبْلِغُهُمُ الْمَأْمَنَ) أي: يلزمه ذلك، وعبارة الرَّافِعِي: وإذا نبذ [العهد] إليهم فلا بدَّ من إنذارهم وإبلاغهم المأمن، نعم من عليه حق لآدمي

……

من مال أو حد قذف أو قصاص فيُستوفى منه أولًا ، وعبارة ابن الرِّفْعَة: وإذا حكم بالنقض ردهم إلى مأمنهم بعد استيفاء ما وجب عليهم من حقوق الله وعباده إن كانت، وهي أحسن، ثم قال الرَّافِعِي: والمعتبر في إبلاغ المأمن أن يمنعه من المسلمين ومن أهل عهدهم، ويلحقه بدار الكفر، واكتفى القاضي ابن كَجٍّ بإلحاقه بأول بلاد الكفر، وقال: لا يلزم إلحاقه ببلده الذي يسكنه فوق ذلك إلا أن يكون بين أول بلاد الكفر وبلده الذي يسكنه بلد المسلمين يحتاج إلى المرور عليه.

وفي «البحر» للروياني: أنه لو كان له مأمنان فعلى الإمام إلحاقه بالذي يسكنه منهما ولو كان يسكن بلدين، فالاختيار للإمام، وفي هذا ما ينازع في الاكتفاء بأول بلاد الكفر، انتهى.

وتبعه في «الروضة»، والأقرب أنه لا خلاف بين الكلامين، قال الشَّافِعِي في «الأم»: ومن قلت ينبذ إليه أبلغه مأمنه وإبلاغه ما يمنعه من المسلمين والمعاهدين ما كان في بلاد الإسلام، أو حيث يتصل ببلاد الإسلام، وسواء قَرُب ذلك أم بَعُد، فإذا أبلغه الإمام أدنى بلاد المشركين شيئًا فقد أبلغه مأمنه الذي [كلف] إذا أخرجه سالمًا من أهل الإسلام، ومن يجري عليه حكم الإسلام من أهل عهدهم، فإن قطع به بلادنا وهو من أهل الجزية كلف المشي، وزود إلا أن يقيم على إعطاء الجزية، وإن عرض إعطاء الجزية قبل منه [وإن كان ممن لا يجوز فيه الجزية كلف أم حمل ولم يقر ببلاد المسلمين وألحق بمأمنه] وإن كانت عشيرته التي يأمن فيها بعيدة فأراد أن يبلغ أبعد منها لم يكن ذلك على الإمام، وإن كان مأمنان فعلى الإمام إلحاقه بحيث كان يسكن منهما ، فإن كان له بلدًا [شرك] كان يسكنهما معًا ألحقه بأيهما شاء الإمام، ومتى سأله أن يجيره حتى يسمع كلام الله ثم يبلغه مأمنه وغيره من المشركين كان ذلك فرضًا على الإمام، ولو لم يجاوز به موضعه الذي يستأمنه منه وجوب أن يتبعه، هذا لفظه ﷺ وفيه فوائد.

ومنه لخص الرُّويَانِي ما سبق، ويظهر إنه ليس بينه وبين كلام ابن كج

……

مخالفة، بل هما محمولان على حالين، والعلم عند الله، ولا خفاء أن إلحاق اليهودي بلاد النصارى ليس بمأمن له، وكذلك بالعكس، والمجاور لدار الإسلام في هذه الأعصار من أهل الحرب النصارى لا غير، فتأمله.

فرع: قال الْمَاوَرْدِي: عقد الهدنة موجب لثلاثة أمور: الموادعة في الظاهر، وترك الخيانة في الباطن، والمجاملة في الأقوال والأفعال.

فالأول: هو الكف عن القتال وترك التعرض للنفوس والأموال، فيجب عليهم للمسلمين ما يجب لهم علينا، ويجب عليهم أن يكفوا عن أهل ذمتنا، ولا يجب علينا أن نكف عن أهل ذمتهم إلا أن يُدخلوهم في عقد مهادنتهم.

وأمَّا الثاني: هو ترك الخيانة فهو أن يَستْسِرُّوا بفعل ما ينقض الهدنة لو أظهروه، مثل ممايلة العدو في السر أو قتل مسلمًا أو أخذ المال سرًّا أو يزنوا بمسلمة، وهذا مما يستوي الفريقان في التزامه.

وأمَّا الثالث: وهو المجاملة في الأقوال والأفعال، فعليهم أن يكفوا عن الفسخ من القول والفعل، ويبذلوا للمسلمين في القول والفعل، ولهم علينا الأول دون الثاني، فإن عدلوا عن الجهل في القول والفعل بأن كانوا يكرمون المسلمين فصاروا يستهينون بهم، وكانوا يضيفون الرسل ويصلونهم فصاروا يقطعونهم، وكانوا يعظمون كتاب الإمام فصاروا يطرحونه، وكانوا يزيدونهم في الخطاب فصاروا ينقصونه، فهذه رتبة لوقوفها بين سبيلين؛ لأنها تحتمل أن يريدوا بها نقض الهدنة، ويحتمل ألا يريدوا بها نقضها، فيسألهم الإمام عنها وعن سببها، فإن ذكروا عذرًا يجوز مثله، قَبِلَه منهم، وكانوا على هدنتهم، وإن لم يذكروا عذرًا أمرهم بالرجوع إلى عادتهم من المجاملة قولًا وفعلًا، فإن عادوا أقام على هدنتهم وإلا نقضها بعد إعلامهم بنقضها، فصارت مخالفة للقسمين الأولين من وجهين:

أحدهما: أنه لا يُعدل عن أحكام الهدنة إلا بعد مسألتهم ولا يحكم بنقضها إلا بعد إعلامهم، وأمَّا سبّ رسول الله ﷺ فينتقض به عقد الهدنة،

وَلَا يُنْبَذُ عَقْدُ الذِّمَّةِ بِتُهَمَةٍ.

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ رَدِّ مُسْلِمَةٍ تَأْتِينَا مِنْهُمْ، ....

وعقد الذمة، وكذلك سبّ القرآن، فإن كان جهرًا فهو من القسم الأول؛ أي: فيكون نقضًا لمجرده، ويجوز اغتيالهم وقتالهم من غير إنذار، وإن كان ذلك سرًّا، فمن القسم الثاني؛ أي: فلا ينتقض عهدهم بمجرد خيانتهم، ويكونون على الهدنة ما لم يحكم الإمام بنقضها، ولا يشن عليهم الغارة والثبات في الابتداء، ويفعل ذلك في الانتهاء، هذا حاصل كلامه على طوله.

قَالَ: (وَلَا يُنْبَذُ عَقْدُ الذِّمَّةِ بِتُهَمَةٍ) أي: لا يجوز نبذه بالتهمة، وظهور أمارة الخيانة، بخلاف عقد الهدنة، وفرق بينهما بأن في عقد الذمة تغليب رعاية جانبهم، وكذلك تجب الإجابة إليه إذا طلبوا، وفي الهدنة تغليب جانبنا، وكذلك لا تجب الإجابة، وأيضًا فعقد الذمة آكد؛ لأنه مؤبد؛ ولأنه ينعقد معاوضة، وأيضًا فأهل الذمة في قبضة الإمام، وإذا تحققت خيانتهم أمكنه تداركها بخلاف أهل الهدنة.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ رَدِّ مُسْلِمَةٍ تَأْتِينَا مِنْهُمْ) إذا صح عقد الهدنة وجب الوفاء بالشرط الصحيح فيه؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وإذا عقد الإمام الهدنة فأمَّا أن يشرط فيه ألَّا يرد من جاء مسلمًا أو يطلق أو يشرط الرد، فهذه ثلاثة أحوال تأتي بيانها.

قال البَغَوِي في «التعليق»: وقد شرط النبي ﷺ مع الكفار عام الحديبية شروطًا لضعف أهل الإسلام، ولا يجوز أن يشرط الآن شيئًا منها؛ لقوة أهل الإسلام بحمد الله.

والقول الحكمي في الفصل: إن شرط رد المرأة إذا جاءت مسلمة لا يجوز بحال، وشرط رد الرجل إذا جاء مسلمًا يجوز في الجملة، كما دلت عليه الأخبار، والفرق أنه لا يؤمَن أن يصيبها زوجها الكافر، وإن تزوج كافرًا ولأنها تعجز عن الهرب منهم، وهي أقرب على الافتتان؛ لنقصها وقلة معرفتها.

وفي «سنن» أبي داود وغيره في قصة الحديبية من حديث المسور بن

فَإِنْ شُرِطَ فَسَدَ الشَّرْطُ وَكَذَا الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِنْ شَرَطَ رَدَّ مَنْ جَاءَ مُسْلِمًا أَوْ لَمْ يَذْكُرْ رَدًّا فَجَاءَتْ امْرَأَةٌ لَمْ يَجِبْ دَفْعُ مَهْرٍ إِلَى زَوْجِهَا فِي الْأَظْهَرِ.

مخرمة: «ثُمَّ جَاءَ نِسْوَةٌ مُؤْمِنَاتٌ مُهَاجِرَاتٌ الآيَةَ فَنَهَاهُمُ اللهُ أَنْ يَرُدُّوهُنَّ»[1] فكما لا يجوز شرط ردها لا يجوز ردها بحال، وكذا حكم من جاءت كافرة ثم أسلمت عندنا، صرح به الأصحاب، والأمة في هذا كالحرة كما سنوضحه[2].

قَالَ: (فَإِنْ شُرِطَ) أي: ردها (فَسَدَ الشَّرْطُ) أي: وإن كان لها عشيرة؛ لاستقرار الشريعة على منع رد النساء، وقصة أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط ومجيء أهلها يسألون ردها إليهم مشهورة، وكذلك غيرها، فأنزل الله في المؤمنات ما أنزل.

قَالَ: (وَكَذَا الْعَقْدُ فِي الْأَصَحِّ) كالشرط الفاسد إذا قرن بالعقد، والثاني: لا، كما أن النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، بل بلغوا، وهذا الخلاف هو الخلاف السابق في قوله: وكذا شرط فاسد على الصحيح، فكان الوجه أن يقول هنا: في الصحيح.

قَالَ: (وَإِنْ شَرَطَ رَدَّ مَنْ جَاءَ مُسْلِمًا أَوْ لَمْ يَذْكُرْ رَدًّا فَجَاءَتِ امْرَأَةٌ لَمْ يَجِبْ دَفْعُ مَهْرٍ إِلَى زَوْجِهَا فِي الْأَظْهَرِ) إذا عقد الإمام الهدنة اليوم فأمَّا إن شرط فيه [أن][3] يرد من جاء مسلمًا، أو يطلق، أو يشرط الرد، فهذه ثلاثة أحوال:

الأولى: إذا شرط ألَّا يرد أحدًا فلا رد ولا غرم، وكذا لو خصص النساء بألَّا يردهن، وفي هذه الحالة كلام يأتي في التتمات المذكورة آخر الباب.

الثانية: إذا شرط الرد وأطلق فقال: بشرط أن يرد من جاء منهم، ففي

---

[1] أخرجه أبو داود (٢٧٦٧).

[2] قال الخطيب: لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ، وَيَبْحَثُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ أَنَّ الْخُنْثَى كَالْمَرْأَةِ، وَلَوْ أَسْقَطَ الْمُصَنِّفُ تَأْتِينَا لَكَانَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ حُكْمَ مَنْ جَاءَتْ إِلَيْنَا كَافِرَةً ثُمَّ أَسْلَمَتْ كَذَلِكَ كَمَا قَدَّرْتُهُ فِي كَلَامِهِ (فَإِنْ شُرِطَ) فِي عَقْدِ الْهُدْنَةِ رَدُّ الْمَرْأَةِ الْمَذْكُورَةِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٨/ ٢).

[3] في نسخة: (ألَّا).

....

وجوب الغرم القولان الآتيان.

الثالثة: إذا أطلق العقد ولم يتعرض الرد نفيًا ولا إثباتًا فهل يغرم مهر [المثل][1] إذا جاءت مسلمة؟ فيه القولان: أظهرهما: وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد: المنع.

قال في «الشامل»: هو اختيار الشَّافِعِي والْمُزَنِي، ووجهه أن البضع ليس بمال يدخل في الأمان، وأنه لو وجب بدل البضع لكان ذلك مهر المثل لا ما أنفق الزوج، ووجه الوجوب ظاهر قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ﴾ [الممتحنة: ١٠] والمراد منه الصداق، وأيضًا فالبضع متقوم وهو حقه، فإذا خلَّينا بينه وبين حقه لزمنا بدله كمن حيل بينه وبين ماله، وللغرم شروط يطول ذكرها: منها: أن يكون قد دفعه إليها، وهو مما يغرم مثله.

واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي وغيره أنه يغرم له المسمى المبذول، وعن اختيار الْمَاوَرْدِي أقل الأمرين منه، ومن مهر المثل، قال الرَّافِعِي: والمشهور الأول.

وقال الدَّارِمِي: هل له المهر؟ على قولين، فإن قلنا يعطي، فالمسمى أو المثل على قولين، ولا يعطي حتى يبين زوجته ببينة عادلة، ويخلف معها إن كان في واحدًا، هذا لفظه.

فحصل في قدر المغروم بلا أداء، وذكر ابن الصباغ أن بعض أصحابنا ذكر أنه إن كان قبل الدخول وجب عدم المهر قولًا واحدًا، لأنها إذا أسلمت قبل الدخول تحت الكافر يسقط مهرها، قال: وهذا سهو منه؛ لأن الكلام في غرم الإمام من مال المصالح، وأمَّا المرأة فلا يجب عليها رد ما غلبت الكفار عليه، وكذلك إذا جاءت أَمَة منهم مسلمة حكمنا بحريتها.

قال: ومن أصحابنا من قال القولان في رد المهر مبنيان على أنه ﷺ هل

---

(١) في نسخة: (المرأة).

وَلَا يُرَدُّ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ، ....

شرط رد النساء أم لا؟ وفيه قولان:

أحدهما: إنه شرطه، ويحتمل أن يكون ذلك شرطًا صحيحًا ثم نسخ، ويحتمل أنه وقع برأيه، فمنعه الله منه؛ لأنه لا يقر على الخطأ، ويحتمل أنه شرط ذلك مع علمه [أنه شرط ذلك لم يجب رد المهر بعده؛ لأن الشرط بعده] غير جائز [لموضع الضرورة.

والثاني: أن ما شرطه وإنما كون الأمان مطلقًا يقتضي ردهن فرد المهر][1] فإن قلنا أنه لم يشرطه ورد المهر [وجب رد المهر] على من بعده من الأئمة، انتهى.

وأصل هذا الخلاف ما رواه البخاري «**أنه ﷺ شرط لهم رد من جاء منهم حيث قالوا: إنه لا يأتيك أحد منا، وإن كان على دينك إلا رددته علينا**»[2] فقيل: إنه عام على الرجال والنساء، وقيل: بل كان المراد الرجال فقط لرواية البخاري أيضًا: «**وعلى ألَّا يأتيك منا رجل، وإن كان على دينك إلا رددته علينا، وخلَّيت بيننا وبينه**»[3].

إشارة: سَوى المصنف في نقل القولين في غرم المهر بين حالة الإطلاق وبين التصريح برد من جاء، وقال الرَّافِعِي في «الشرحين»: وقد ترتب فيقال: أوجبنا عند إطلاق العقد فعند التصريح يرد من جاء أو لا وإلا فقولان، انتهى.

والترتيب ظاهر الحسن.

قال: (**وَلَا يُرَدُّ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ**) قال الرَّافِعِي في «الشرحين» عقب كلامه على رد النساء: جميع ما ذكرنا في رد النساء الحرائر منهن والإماء وفي معناهن الصبيان والمجانين فلا يردون لضعفهم، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم، ثم قال: فإن بلغ وأفاق فإن وصفا الإسلام فذاك وإن وصفا كفرًا لا يقر أهله عليه، فأمَّا أن يسلما أو يردا إلى مأمنهما [وإن وصفا ما يقر أهله عليه، أي: وكانا

---

(١) سقط من الأصل.

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٣٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٧١٢).

....

منهم فأمَّا أن يسلما أو يقبلا الجزية أو يردا إلى مأمنهما] انتهى.

ووقع في «الروضة» جميع ما ذكرناه في رد النساء الحرائر، أمَّا الإماء والصبيان والمجانين فلا يردون لضعفهم، ولا يجوز شرط ردهم ولا غرم في ترك ردهم، انتهى.

وهذا تغير عجيب! وهو بإطلاقه يشمل الأمة البالغة مسلمة جاءت أو كافرة، ولم أره لأحد في الأمة الكافرة المصرة، وقد جزما وغيرهما أن المرأة إذا جاءت كافرة وأصرت رددناها، واقتضى سياق كلامهما أننا نرد الأمة الكافرة لا محالة.

وفي «البسيط»: يجب علينا؛ أي: عند الشرط ردّ كل كافر جاءنا منهم رجلًا كان أو امرأة، وهذا واضح، وبقي هنا كلمتان:

الأولى: أطلقا أن المجنون لا يرد، وقالا في رد النساء: وإن جاءتنا مجنونة تصف الإسلام أو لا تصفه ولم تعلم أو وصفته قبل الجنون أم فيه، أو لم نخبر عنها بشيء لم تُرد لاحتمال الإسلام قبل الجنون، فإن أفاقت وأقرت بالإسلام فذاك، وإلا رددناها، ولو علمنا أنها لم تزل مجنونة فينبغي أن ترد، انتهى.

وهذا يجيء في المجنون من طريق الأولى، ولا سيما إذا علمنا بلوغه عاقلًا. واعلم أن قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق في المجنون بين من بلغ مجنونًا، ومن طرأ جنونه بعد بلوغه مشركًا، ونص البُوَيْطِي: وكل من لم يبلغ أو بلغ مغلوب على عقله فهو بمنزلة النساء، وإذا وقع الصلح على ردهم فهو فاسد، انتهى.

فأشْعَر أن من بلغ عاقلًا ثم جن بخلاف ذلك.

الثانية: قضية كلامهما أنه لا فرق في منع رد الصبي بين أن يكون قد وصف الإسلام أو لا، وقال ابن الرِّفْعَة: والصبي إذا أظهر الإسلام فإن لم يحكم بإسلامه كالمرأة، صرح به الْمَاوَرْدِي وغيره، وألحق به البَنْدَنِيجِي والرَّافِعِي الجنون.

....

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إنه إذا شرط رد من جاء منهم فجاء صبي وجاء أبوه في طلبه يُرد عليه؛ لأن الصبي لا يصير مسلمًا بدخوله دار الإسلام، هكذا سمعت منه في الدرس؛ يعني: من القَفَّال، انتهى.

وهذا السياق يفهم الفرق بين من أظهر الإسلام وغيره، وقد قال الرَّافِعِي قبل هذا: إنه إذا جاءت صبية مميزة وهي تصف الإسلام فلا يردها، أمَّا إذا حكمنا بإسلام الصبي فظاهر، وأمَّا إذا لم يحكم به فلأنَّا نتوقع منها الإسلام، ولو رددناها إليهم فسبوها فيحتاط على حرمة الكلمة.

وفي «النهاية» حكاية وجه أنها تُرد؛ لأن ما جاءت به ليس بإسلام، قال في «الروضة»: والصحيح الأول، وذكر ابن الرِّفْعَة أنه المذهب، وهذا السياق يشعر بأنها لو لم تصف الإسلام ترد على الوجهين، وهو ظاهر في الرقيقة؛ لأنها مال، وهذا كله من طريقة القاضي السالفة.

وفي «تعليق» البَغَوِي: ولو جاء صبي فجاء أبوه في طلبه يُرد إليه، ولو جاء غير الأب لم يُرد إليه.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: ولو جاء الإمام صبي منهم، وكان الإمام شرط رد من جاء منهم فجاء أبوه في طلبه رده عليه؛ لأنه بدخول دار الإسلام لا يصير مسلمًا، وذكر المحاملي في [«البحر»](١): إنه لو جاء منهم صبي أو مجنون لا يردان في الحال، وإذا بلغ الصبي أو أفاق المجنون فحكمه حكم بالغ منهم جاءنا، وقد بيناه.

وذكر أنه لو جاءت صغيرة مهاجرة تصف الإسلام لم نردها بجواز أن تبلغ ويتحقق إسلامها، انتهى.

فبان أنه بين طريقة القَفَّال وشيعته وبين طريقة العراقيين مخالفة.

وبالجملة: فالظاهر أن الخلاف السابق في رد الصبي هو الخلاف فيما إذا أسلم صبي مميز أنه هل تجب الحيلولة بينه وبين أهله؟ والنص أنه يحال

---

(١) في نسخة: (التجريد).

وَكَذَا عَبْدٌ وَحُرٌّ لَا عَشِيرَةَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وجوبًا، وقيل: يحال ندبًا، ورجحا في كتابِ اللفظ الثاني وتكلمنا عليه هناك.

والحاصل للشيخين وابن الصباغ الوقفة هنا على ترجيح منع الرد، قول الإمام في تزييف وجه القائل برد الصغير.

وقد أجمع أصحابنا على أن الصبي إذا كان يصف الإسلام يُحال بينه وبين أبويه الكافرين، فإن صدور ذلك من مميز يغلب على الظن تعلق قلبه بالهدى، فطريق الإيمان إذا غلب لم يعطل، وكذلك قال في «البسيط»: ولو كانت صبية مميزة تصف الإسلام، فإن صححنا إسلام الصبي فهو كالبالغة، وإن لم يصحح إسلامه فلا يرد لحرمة الإسلام، وفيه وجه فاسد؛ إذ لا خلاف أن الصبي إذا وصف الإسلام أحللنا بينه وبين أبويه وإن لم يصحح إسلامه، انتهى.

فائدة: إذا بلغ الصبي وأفاق المجنون ووصفا الإسلام أو أسلم الصبي والمجنون ثم بلغ وأفاق واستمر فهل يقال يردان حينئذٍ؟ عند شرط رد الرجال اعتبارًا بحالة كَمالهما كما لو جاءنا كاملين أو لا اعتبارًا بحال مجيئهما، لم يحضرني فيه نقل إلا ما سبق عن نقل المروزي، وإطلاقه أنه إذا بلغ أو أفاق فحكمه حكم بالغ جاءنا.

ثم رأيت صاحب «البيان» قال: فإذا بلغ الصبي وأفاق المجنون ووصف الإسلام [لم يكره] فإن لم يكن لها عشيرة لم يجز له ردهما وإلا جاز له ردهما.

وفي «المعتمد»: وإذا دخل إلينا مراهق أو مجنون فوصف الإسلام لم نرده إلى أن يكمل حاله، ثم حكمه حكم البالغ الداخل، انتهى.

فتأمله ومن هذا الوجه قد يفارقان الصبية.

قَالَ: (وَكَذَا عَبْدٌ وَحُرٌّ لَا عَشِيرَةَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) فيه صورتان:

الأولى: في رد العبد إذا جاءنا مسلمًا ويقدم على ذلك أنه لو جاءتنا رقيقة منهم مسلمة لم ترد على سيد ولا زوج، ويحكم بعتقها إن فارقتهم ثم أسلمت، كعبد قهر سيده الحربي، فلو أسلمت ثم فارقتهم.

قال الرَّافِعِي في «المهذب»: إنها لا تصير حرة، ووقع في متن «الروضة».

....

قال الْبَغَوِي: لا تصير حرَّة؛ لاشتباه لفظ [«المهذب» و«التهذيب»] ولا يزول الملك عنها بالهجرة، بخلاف ما لو هاجرت ثم أسلمت، فإن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، فجاز أن تملك نفسها بالقهر، ولم يتعرض جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكم بالعتق، ويجوز أن يؤخذ به، وإن أسلمت ثم فارقتهم، وتوجه بأن الهدنة جرت معنا ولم تجر معها، كما سنذكر فيمن جاءنا من الرجال ورددناه بأن له التعرض لهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا فيه نظر؛ لأنهم بطلبه ناقض للعهد معه؛ لأنهم يطلبونه بغير حق، فكذلك يسلط عليهم، وصار هذا كما نقول في الأسير إذا آمنه أهل الحرب على أنهم في أمان منه لا يجوز له اغتيالهم ولا أخذ شيء من أموالهم، فإذا خرج إلى دار الإسلام فتبعه أحدهم ليرده كان له اغتياله كما صرَّح به العراقيون والمراوزة في كتاب «السير»؛ لأنه بطلبه ناقض للأمان؛ لكونه بغير حق، ومما يؤيد ذلك أن من جاء منهم ولم يطلبوه لم يجز له أن يغتالهم، وكان في معاملتهم كغيره من المسلمين، صرح به الإمام، وادعى أنه لا خلاف فيه، وهاهنا لما أن أسلمت قبل الخروج لم يزل ملك الكافر عنها فلزمها بمقتضى ما قررناه حكم الإسلام، فإذا جاءت إلينا فجاء السيد يطلبها لم يكن طلبه بغير حق فانقطع الإلحاق، انتهى.

ثم قال الرَّافِعِي متصلًا بكلامه: ثم قال الشيخ أبو إسحاق: لا تُرد إلى سيدها؛ لإسلامها وشركه، ولكن يغرم له قيمتها كما لو غصب منهم مال فتلف، واعترض صاحب «البيان» وقال: الذي يقتضيه المذهب إنا لا نغرم القيمة ونأمره بإزالة الملك كأنه كافر أسلمت تحت يده، قال الرَّافِعِي: ونعود على هذا الكلام والتفصيل مع زيادة في أن العبد هل يرد؟ والذي وعد به أن الإمام نقل في رد العبد العاقل البالغ وجهين:

أصحهما: وهو الذي يوجد للمعْظَم أنه لا يرد؛ لأنه جاء مسلمًا مراعيًا لهم، وهل يعتق؟ حكى الرُّويَانِي عن «الحاوي» أنه إن غلب على نفسه ثم أسلم وهاجر عتق؛ لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض وإن أسلم، ثم غلب

على نفسه وجاءنا نظر إن فعل ذلك قبل أن هادنهم فكذلك الحكم؛ لأنه غالب في حال الإباحة، وإن فعله بعد المهادنة لم يعتق؛ لأن أموالهم محظورة حينئذ لا يملكها المسلم بالقهر والاستيلاء، ثم لا ترد إلى السيد وإن لم يعتق، ولا يمكن استيفاء الرق فيه، فإن أعتقه فذاك وإلا فيبيعه الإمام من مسلم أو يدفع قيمته من بيت المال ويعتقه عن كافة المسلمين وولاءه لهم، وهذا يشمل على ما تقدمت حكايته عن «المهذب» و«البيان» في الأمة إذا جاءت مسلمة مع زيادات، انتهى كلام الرَّافِعِي في الموضعين.

وقال ابن الرِّفْعَة: الذي يقتضيه القياس عند امتناعه من العتق أن يؤمر بنقلها عن ملكه ببيع أو هبة، كالأمة تسلم في يد الكافر؛ لأن الإمام يتملكها عليه قهرًا، وقد أشار إلى ذلك صاحب «البيان» من عند نفسه، انتهى.

وهذا ظاهر لا ينازع فيه أحد، وإنما خرج الكلام على ما إذا لم يسمح به فجاءنا، وسوى الْمَاوَرْدِي بين العبد والأمة فيما ذكر عنه من التفصيل.

ولفظ الشَّافِعِي في «الأم»: ومن جاء من عندهم مسلمًا لا يرده إليهم وأعتقه بخروجه إليه، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين [المسلم][1] أو لا، ثم يخرج إلينا، أو يخرج ثم يسلم.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه»: فلو جاءنا عبد منهم مراغمًا لمولاه مسلمًا فقد عتق ولا يُرد بحال، وهل ترد قيمته؟ نظر إن جاء غير السيد فلا، وإن جاء السيد فحكمه ما ذكرنا في مهر المرأة، وهكذا حكم الأمة غير الْمُزَوَّجَة حكم [السيد][2] وإن جاءت الأمة الْمُزَوَّجَة مسلمة عتقت ولا ترد، ولا تعطى [في طلبها] شيء إن جاء في طلبها غير السيد والزوج، ولو جاء معًا هل يعطى الزوج المهر والسيد القيمة؟ فعلى ما ذكرنا في المهر في حق الحرة ولو جاء أحدهما فحكمه ما ذكرنا فيما هو حقه في كل موضع، قلنا: يعطى المهر أو القيمة إنما يعطى من بيت المال، انتهى.

---

[1] في نسخة: (أن يسلم).

[2] في نسخة: (العبد).

....

في غرم القيمة طريقان في «الروضة»:

المذهب: أنه على القولين في المهر، والثاني: لا غرم قطعًا؛ لأن الحيلولة حصلت بالعتق والقهر قبل الإسلام، ثم قال: فلو أسلمت ثم فارقتهم وهاجرت مسلمة قال الْبَغَوي: لا تصير حرة، وحكم في «البيان» بالصحيح في العبد والأمة أنه لا غرم قولًا واحدًا [المسلم، وجوابه](١).

قال في «المهذب» كما سبق: وأشبه على ناقل لفظ «المهذب» «بالتهذيب» وكلام الدَّارِمِي فيه مخالفة لما سبق حيث قال: فإن جاء عبد فهو حر وكذا الأمة، وفي رد القيمة قولان كالمهر، فإن كان للعبد من يمنعه رددناه، وفي القيمة وجهان على القول الذي يدفع إذا لم يرد، ويرد حرًّا لا عبدًا، انتهى.

فرع: قال المَاوَرْدِي والرُّويَانِي: حكم أم الولد إذا جاءتنا مسلمة [حكم الأمة] والمكاتبة في العتق وعدمه كذلك، فإن حكمنا بعتقها فكالقنة، وإلا فكتابتها باقية ولا تباع عليه، فإن أدت كتابتها عتقت بالكتابة، وكان الولاء له، وإن عجزت حُسب من قيمتها ما أخذه من مال الكتابة بعد إسلامها دون ما أخذه قبله، فإن بلغ قدر المحسوب عليه القيمة أو أكثر فقد استوفى حقه، ولا يرجع عليه بالفاضل وعتقت، وكان ولاؤها للمسلمين، وهل يرد عليها من بيت المال؟ فيه قولان بناء على أنا هل تغرم للسيد قيمة الأمة أم لا؟ إن قلنا تغرم له رد عليها وإلا فلا، فإن كان ما دفعته بعد الإسلام أقل من قيمتها فللسيد تمام القيمة، ويكون في بيت المال، انتهى.

ولم يفرقا بين أن تكون موسرة به أم لا، وقال ابن الرِّفْعَة: حكم العبد إذا جاءنا مسلمًا حكم الأمة إذا جاءت مسلمة عند الْمَاوَرْدِي والْفُورَانِي وغيرهما من غير فصل بينهما، فمن فصل في الأمة فصل فيه، ومن أطلق قولين في الأمة أطلقهما في العبد.

وحكى الإمام في وجوب رد العبد وجهين: **الصورة الثانية**: إذا أسلم الحر

---

(١) في نسخة: (المسلمة وصوابه).

....

المكلف وخرج إلينا، قال الرَّافِعِي: فإن لم يكن له عشيرة وغلب على الظن أنه يذل ويهان، فقد ذكر في رده أي عند الشرط طريقان:

أظهرهما: طرد الوجهين المذكورين في العبد.

وثانيهما: القطع بالرد؛ لأن الحرية في الجملة مظنة القوة والاقتدار، وإذا قيل بأنه يرد.

قال الإمام: لا يبعد عندي أن يقال، قال الإمام: أن يشترط عليهم ألا يهينوا المسلم المردود عليهم حتى إن أصابوا كانوا ناقضين العهد، وهذا قول «الوجيز» فينبغي أن يشترط عليهم كف الأذى في المهادنة، انتهى.

وحينئذ في تعبير المصنف بالمذهب بمناقشته.

وقال ابن الرِّفْعَة: لو شرط رد المستضعفين منهم إذا أسلموا في دار الحرب أوجبنا عليهم الهجرة كما قيده الْبَنْدَنِيجِي، أو المستضعفين وغيرهم، إذا أطلق الشرط فالشرط فاسد كما حكاه الْبَنْدَنِيجِي، وهل يفسد العقد؟

الذي أورده القاضي أبو الطيب والقاضي الحسين والْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ والْغَزَالِي أن الهدنة تعتد بالشروط الفاسدة، وهذا منهما، وجزم الْمَاوَرْدِي بأنها لا تبطل بخلاف الشيوع، ثم حكى عن المراوزة الطريقين السابقين، انتهى.

والمذكور في «تعليق» إبراهيم المروزي: وإن جاء عبد منهم أو رجل كان غريبًا بينهم لا أقارب له فجاء كافر في طلبه لم يرده، إنما يُرد إلى أقاربه الذين يسبقون عليه في الغالب، وما أطلقه من عدم رد من لا عشيرة له هو المذكور في «تعليق» البَغَوِي و«تهذيبه» و«الشامل» وغيره، وعليهم جرى في «المحرر» و«المنهاج» والظاهر أنه طريقة ثالثة فيه كما هو ظاهر عبارة «المنهاج».

ثم ذكر المروزي آخر الباب: إنه لو شرط رد من لا منعة له ولا عشيرة لم يصح العقد، وإن شرط رد من له منعة أو عشيرة يجوز، ويرد كما رد ﷺ أبا بصير وأبا جندل وعباس بن أبي ربيعة، وإذا أراد الرد أشار عليه بالهرب في بلاد الإسلام؛ لئلا يُعرف فيؤخذ، هذا لفظه.

وَيُرَدُّ مَنْ لَهُ عَشِيرَةٌ طَلَبَتْهُ إِلَيْهَا لَا إِلَى غَيْرِهَا إِلَّا أَنْ يَقْدِرَ الْمَطْلُوبُ عَلَى قَهْرِ الطَّالِبِ ....

وفيه فوائد: منها: أن من له منعة في الرد كمن له عشيرة، والله أعلم.

قَالَ: (وَيُرَدُّ مَنْ لَهُ عَشِيرَةٌ طَلَبَتْهُ إِلَيْهَا) أي: وفاءً بالشرط كما رد رسول الله ﷺ أبا جندل على أبيه سهيل بن عمرو رواه البخاري، ومشهور في السير أنه رد أبا جندل وأبا بصير وعباس بن أبي ربيعة رضي الله عنهم(١) لأن الظاهر أن عشيرته تذب عنه وتحميه، ولا يمنع من رده ما يؤذونه به من التقييد ونحوه، فإنهم يفعلونه تأديبًا، ورد أبو جندل وهو يرسف قيوده فردَّه.

إشارتان: كلام المصنف في المسألة وما قبله محمول على ما إذا شرط لهم الرد قطعًا وإلا فلا رد قطعًا وإن أوهمه إطلاقه، وإذا شرط رد من له عشيرة تحميه كان الشرط جائزًا، صرح به القضاة البَنْدَنِيجِي وأبو الطيب والمَاوَرْدِي وغيرهم.

قال البَنْدَنِيجِي: وضابطه كل من لو أسلم في دار الحرب لم تجب عليه الهجرة يجوز شرط رده في عقد الهدنة، وفي «تعليق» البَغَوِي وغيره: إنما يجوز شرط الرد في موضع الضرورة.

قَالَ: (لَا إِلَى غَيْرِهَا) أي: إلى غير عشيرته.

(إِلَّا أَنْ يَقْدِرَ الْمَطْلُوبُ عَلَى قَهْرِ الطَّالِبِ) هذا الاستثناء غريب أخذه الرَّافِعِي من قول البَغَوِي في «التهذيب»، فإن جاء في طلبه غير عشيرته لا يرد، وإن جاء من عشيرته رده؛ لأنه لا يخاف عليه من عشيرته لأنهم يقومون بحفظه والذب عنه، وكان رد أبي جندل على هذا الوجه؛ لأنه رد إلى أبيه، فإن لم يكن له رهط وعشيرة لا يجوز رده؛ لأنه لا يؤمَن أن يفتن عن دينه، وكذلك من جاء من يطلبه والمطلوب قادر على قهر الطالب والإفلات منه جاز الرد عليه، وعلى هذا الوجه كان رد أبي بصير فإنه جاء في طلبه رجلان فدفع إليهما فقتل احدهما وأفلت، هذا لفظ «التهذيب» بحروفه وهو محتمل.

وذكر الرَّافِعِي وصاحب «الكافي» صدر كلامه بحروفه في الرد على

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٢).

العشيرة، ثم قال: وإن جاء في طلبه من غير عشيرته لم يرد إلا، وذكر الاستثناء السابق.

قالا: وعلى هذا حمل رد أبي بصير، فإنه جاء رجلان يطلبانه فرده عليهما فقتل أحدهما وأفلت، وهذا الحمل عجيب أن قصته أن طالبي أبي بصير كانا أجنبيين منه، ولم يقل ذلك الْبَغَوِي نصًا.

ولفظ نص «الأم»: لم يمنع رسول الله ﷺ أبا بصير من وليه حين جاءاه فذهبا به فجعلهما وليه، والظاهر أنهما من رهطه وعصبته، وقال في «مختصر» الْبُوَيْطِي: وإذا صالحهم على أن يرد عليهم من جاءه عنهم لم يرد إليهم إلا أن يجيء وليهم، واحتج بقصة أبي بصير على أن الذي رأيته في الكتب التي رأيتها أن من له عشيرة وطلبته يرد إليها، ولا يرد من لا عشيرة له.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: [وإن جاء في طلبه عشيرته في موضع الضرورة على نحو ما ذكرنا من أنه لا يجوز شرط الرد ألَّا عند الضرورة والضعف يرد؛ لأنه لا يخاف عليه فتنة وإن أتى من غير عشيرته لا يرد، ولم نزد على هذا، وعبارة «العمد»]: بعد ذكره صحة الصلح على ذلك التفريع: إن جاء منهم مسلمًا فجاؤوا في طلبه ينظر، فإن كان له قرابة مشفقون عليه فجاؤوا جاز أن يُرد، وإن جاء غيرهم أو لم يكن له قرابة منهم فلا يُرد، انتهى لفظه.

وعبارة «النهاية» قال الأئمة: إنما يجب الرد إذا كان له عشيرة يعتنون به، واحتج برد أبي جندل، ثم اقتضى كلامه أن رد أبي بصير كان على عشيرته أيضًا.

وعبارة إبراهيم المروزي: وإنما يُرد إلى أقاربه الذين يشفقون عليه في الغالب.

وعبارة «العمد»: وإن كان له رهط ببلده رده، ويعرف الإمام المسلمين حاله حتى لا يتعرضوا له إن شاء الرجوع، وإن لم تكن له عشيرة لم يُرد إليه.

وعبارة الدَّارِمِي: وتجوز المهادنة على رد المسلم منهم إليهم إذا كان له

وَالْهَرَبِ مِنْهُ، وَمَعْنَى الرَّدِّ: أَنْ يُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ طَالِبِهِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الرُّجُوعِ، وَلَا يَلْزَمُهُ الرُّجُوعُ، وَلَهُ قَتْلُ الطَّالِبِ، ....

من ينصره ثم قال: فإن جاء من يطلبه فأبى لم يجبر، ولكن يخلي بينه وبين قريبه، فإن حملوه ففر فمحمود، انتهى.

إذا علمت هذا فقول المصنف لا إلى غيرها إلا إلى آخره إن أريد به أن الطالب من غيرها جاء بأمرها وبعثها أو بعث ولي المطلوب، فيحتمل، وإن ارتد به أعم من ذلك، أو أنه جاء من قِبل نفسه فغريب جدًّا لا يساعد عليه النقل، إلا ما يحمله كلام «التهذيب»، بل ربما يشعر بإرادته بذلك من لا عشيرة له.

والرَّافِعِي والمصنف قالا أن المذهب الصحيح أنه لا يرد كالصبي من غير استثناء قرابة على قهر الطالب.

(**وَالْهَرَبِ مِنْهُ**) وهو صحيح، ونحن إنما نرد وفاءً بالشرط، ولا يصح شرط رد الضعيف ومن لا عشيرة له، لا كما أفهمه بعض كلام الرَّافِعِي، وإطلاقه كما سيأتي، وبالجملة فالوجه أنه لا يرد إلى غير عشيرته بغير طلبها وإنما يرد إليها إذا جاء طالب منها، وهل الأجنبي المبعوث منها رسولًا ونائبًا عنها في الطلب بمنزلة مجيء واحد منها؟ فيه احتمال: الأقرب، نعم إن ظهر صدق الرسول، وإن ظهر كذبه أو ارتاب الإمام فيه أو ادعى المطلوب عداوته له أو لعشيرته وكذبه عليهم في استثنائه فالظاهر أنه لا يمكن معه.

قَالَ: (**وَمَعْنَى الرَّدِّ: أَنْ يُخَلَّى**) أي: الإمام ونحوه.

(**بَيْنَهُ وَبَيْنَ طَالِبِهِ**) أي: عملًا بقضية الشرط.

(**وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الرُّجُوعِ**) أي: لا يجوز ولا غيره إجباره على ذلك؛ لأن إجبار المسلم على الإقامة بدار الحرب لا يجوز.

(**وَلَا يَلْزَمُهُ الرُّجُوعُ**) لأنه ﷺ لم ينكر على أبي بصير امتناعه.

(**وَلَهُ قَتْلُ الطَّالِبِ**) قال الإمام: بل سره ما فعل، وعرض له في أول الأمر إذ قال: مسعر حرب: ولو كان واجبًا لأمره بالرجوع إلى مكة حرسها الله تعالى.

....

وقال الرَّافِعِي: قال الأصحاب: ومعنى الرد أنه لا يمنع من الرجوع ويخلي بينه وبين من يطلبه، لا أنه يجبر على الرجوع، وعلى هذا حملوا ما نقل في رد أبي جندل وأبي بصير ولا يبعد تسمية التخلية ردًا كما في رد الوديعة، انتهى.

وعبارة «البسيط»: الرد واجب علينا، ومعناه التخلية، فإن العهد جرى معنا لا معه، انتهى.

وهو ملخصٌ من كلام] طويل لإمامه موهم جدًا، وأنه حمل وجوب الرد على ذلك نظرًا لا نقلًا.

إشارات: منها: كلام المصنف وغيره يقتضي أن له الرجوع، غير أنه لا يلزمه.

وفي «البيان»: وإن هادنهم الإمام على من رد من الرجال مسلمًا ممن له عشيرة وأسلم رجل منهم له عشيرة وهاجر إلينا وجاء من يطلبه رده إليهم، كردِّ أبي بصير وأبي جندل، ولا نريد بالرد أنا نكرهه عليه؛ لأنه لا يجوز إجبار المسلم على الإقامة بدار الحرب، ولكن الإمام يقول لطالبه: لا نمنعك من رده إن قدرت ولا نعينك عليه، ونقول للمسلم في الظاهر: إن اخترت الرجوع لم نمنعك عنه وعليه في الباطن أن يهرب من البلد إذا علم أنه قد جاء من يطلبه، انتهى.

وقد يقال: يلزمه في الظاهر الهرب والامتناع إذا خشي على نفسه الفتنة بالرجوع، ومنها في «الشامل»: قال الشَّافِعِي: يستحب للإمام أن يقول له سرًا: لا ترجع إليه، وزاد غيره: إن رجعت فالأفضل لك أن تهرب.

وقال الْفُورَانِي: إنه يعرض له به ولا يصرح، ويشبه أنه أراد: لا تجهر به، فلا يكون مخالفًا للنص، وفي «المعتمد»: ويقول له إن جاء من يطلبه: فَسِرْ جهدك من الطريق في بلاد الإسلام، انتهى.

ولم يعتد بالسر، وفي «الحاوي» أنه يراعى حكم الوقت فيما يقتضيه حال المطلوب فإن ظهرت المصلحة في العود ليألف قومه، أشار به الإمام عليه بعد وعده بنصر الله ﷻ، وجزيل ثوابه ليزداد ثباتًا على دينه وقوة على استبصاره،

....

وإن ظهرت المصلحة في تبسيطه عن العود أشار بتركه سرًّا، وأمسك عن خطابه جهرًا، فإن ظهر من الطالب عنف فالمطلوب مراعاة الإمام، فإن كان لفرط إشفاق تركه، وإن كان لشدة حنق منعه، انتهى.

والظاهر: إنه لو غلب على ظن المطلوب أنه يقتل لا محالة أنه يلزمه الامتناع؛ لأنه لا حق للكفار عليه، إنما وجبت التخلية بينهما للوفاء بما قلنا حتى تقع الثقة بما يجري العهد عليه، وهو في نفسه ليس معاهدًا، فينبغي ألَّا يجوز له الاستسلام، كما لو صال عليه كافر فتأمله.

ومنها: إطلاق المصنف وغيره يفهم أنه لا فرق بين شرط الرد بالمعنى السابق من بلده أو بلاد أو جميع بلاد الإسلام، وحكى القاضي الحسين عن ابن سُرَيْج أنه جعل محل جواز شرط الرد بأن يشترط الرد من بلد أو بلدين أو ثلاثة معلومة يرد منها بعد أن يُبقي بلدًا، فلو شرط الرد من جميع بلاد المسلمين.

قال الشَّافِعِي ﷺ: فالصلح باطل؛ لأن فيه منعًا من الإسلام.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: ولا نزاع أنه لو شرط أن يبعث إليهم من جاء منهم؛ أي: مسلمًا في فساد الصلح، كما نقله القاضي الرُّويَانِي والحسين عن النص، ورأيته في «الأم» صريحًا، قال؛ لأنه إذا شرط البعث فكأنه منعهم من الإسلام والهجرة إلى دار الإسلام، ولا يجوز ذلك، بخلاف ما إذا شرط ألَّا يمنعه منهم، فإنه [ما] ليس فيه منع عن الإسلام؛ لأنه يقدر أن يغيب عن بلاد الإمام إلى بلد آخر كما فعل أبو بصير ﷺ وذكر الرَّافِعِي أن بعض الأصحاب قال: يجب الوفاء بالشرط، وكأنه عَنى الْفُورَانِي فإنه ذكر في «الإبانة» كذلك، انتهى.

قلت: لكن سياق كلامه في «العمد» أن الغرض فيما إذا جاءوا في طلبه، وأن ثمرة الشرط أنه يجبره على الرجوع بخلاف غيره فإنه لا يجبره، وإنما عليه التخلية بينه وبينهم لا غير، ورأيت في «النهاية»: ولو صرَّح مهادن بأن يرد بأعوانه من جاء من بلاد الكفر فلا يبعد لزوم الوفاء بهذا، وإنما حملنا ما جرى لرسول الله ﷺ على الطلب؛ لأن من قال: من جاء فهو مردود عليكم؛ معناه:

....

إذا جئتم فهو رد عليكم ولا تعويل عليه، فالمنع في ذلك قصة المهادنة، هذا لفظه. وهو مظلم، ولعله تخلل في النسخ، أو أراد ما إذا شرط ذلك في رد الكافر لا مطلقًا لما سنذكره.

ومنها: قال البارزي: لو عقد بشرط رد من جاء [من المسلمين أو من جاء] من الرجال المسلمين منهم مطلقًا من غير تفصيل بين من يجوز رده ومن لا يجوز، إن قضية كلام «الحاوي الصغير» بطلان العقد، وبه صرَّح في «المقنع» و«المهذب» و«البحر» ونقله اليمني عن أصحابنا البغداديين، وكلام الغَزَالِي [والرافعي] يقتضي الصحة، ونقله في «البيان» عن المسعودي، انتهى.

وهو كما قال، وكلام الغَزَالِي أبين في إقصاء ذلك وهو قضية كلام صاحب «الكافي» وغيره من أتباع المراوزة، وعبارة «التهذيب»: ولا يجوز شرط رد النساء ولا شرط رد الرجال مطلقًا؛ لأنه قد يأتيه من لا يجوز [رده، فإن رد] من عشيرة له لا يجوز، فإذا عقد الإمام هدنة وشرط رد من جاء منهم مسلمًا لا يرد للهدنة، وإن لم يعمل ببعضه وهو رد النساء ورد العبيد ورد الرجل إلى غير عشيرته، انتهى.

وهذا منه ـ والله أعلم ـ تفريع على أن الهدنة لا تفسد بالشرط الفاسد، وكلام الغَزَالِي ظاهر في كلامه على ما نحن فيه، والرَّافِعِي لا يوافق على ذلك.

ومنها: حكى الرَّافِعِي عن الرُّويَانِي أنهم لو طلبوا من جاء منهم وهو يقيم على تركه مكَّناهم منه، وأنهم لو كانوا شرطوا أن يقوم برده عليهم وفَّينا بالشرط.

وأصله قول المَاوَرْدِي: وإن كان المطلوب مقيمًا على دينه مَكَّن طالبه منه؛ سواء كان قويًا أو ضعيفًا، رجلًا كان أو امرأة خيف عليه منهم، أو لا؛ لأن الهدنة أوجبت أمانه منا ولم توجب أن يؤمِّنه منهم، فاستحق بمطلق الهدنة بتمكينهم منه، ولم يستحقوا بها أن يقوم برده عليهم إلا بأن يشترطوا ذلك علينا، فيلزمنا بالشرط أن يرده، بخلاف المسلم الذي لا يجوز أن يُرد، انتهى.

وَلَنَا التَّعْرِيضُ لَهُ بِهِ لَا التَّصْرِيحُ.

ويشبه أنه إذا جاء كتابي طالبًا لعقد الذمة ألَّا يمكنوا منه حيث لا شرط، وتعقد له الذمة؛ لأن الهدنة تعقد لترك التعرض لهم لا لحفظهم منهم.

وأمَّا الثانية: فإن احتيج رده إلى مؤنة فيبعد صحة الشرط وإلا فلا محذور، ولعل ما سبق عن «النهاية» في رد المشرك لا المسلم قال: وله قتل الطالب لما سبق في قصة أبي بصير ﷺ؛ ولأنه لم يؤمنه، والصواب: أنه إنما قتل أحد طالبيه كما سبق، وكذا ذكر في «النهاية» و«الوسيط» ووقع في «البسيط»: أنه قتل صاحبيه، وفي «البيان»، وقيل: إن أبا بصير قتل اثنين في الطريق ورجع.

تنبيه: قال الشيخ في «الدقائق»: قول «المحرر»، والظاهر: أن له قتل الطالب فيه إشارة إلى احتمال له، ولم يرد إثبات خلاف، فإنه لا خلاف فيه، انتهى.

والاحتمال للإمام، وأقامه الرَّافِعِي وجهًا، فقال: وفي «النهاية» ذكر احتمال آخر وهو: أنه ليس لمن أسلم التعرض لمن عصم الإمام دمه وماله، وكذلك من جاءنا ولم يطلب ولم يرد يلزمه بعقد الهدنة ما يلزمنا، فعلى هذا ما فعله أبو بصير وأرشد إليه، محمول على دفع من يكره على الرجوع إلى دار الحرب، ويجوز أن يعلم كذلك قوله في «الكتاب»: وأن يقتله، وقوله: ولنا أن يعرفه، جواز ذلك، كلاهما بالواو، انتهى.

وصرَّح في «الروضة» بنقله عن الإمام، وقد أقاما في «المنهاج» و«أصله» و«الروضة» و«أصلها» ما لا يحصى من احتمالات الإمام وجوهًا، بل كم من فقه تفرد به جزمًا به، والمختار موافقته لابن الصلاح نصًّا، والْغَزَالِي اقتضاء أن الإمام من أصحاب الوجوه خلافًا لابن الرِّفْعَة، وحيث صرَّح في صفة الصلاة من مطلبه بخلافه، وكذلك أقول في احتمالات صاحبي «المهذب» و[«التهذيب»] والْغَزَالِي.

قَالَ: (**وَلَنَا التَّعْرِيضُ لَهُ بِهِ لَا التَّصْرِيحُ**) لأن عمر ﷺ قال لأبي جَنْدل حين رده إلى أبيه: «**اصْبِرْ أَبَا جَنْدَلٍ فَإِنَّمَا هُمُ الْمُشْرِكُونَ وَإِنَّمَا دَمُ أَحَدِهِمْ دَمُ**

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَرُدُّوا مَنْ جَاءَهُمْ مُرْتَدًّا مِنَّا: لَزِمَهُمُ الْوَفَاءُ، فَإِنْ أَبَوْا فَقَدْ نَقَضُوا، وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ شَرْطِ أَنْ لَا يَرُدُّوا].

كَلْبٍ»[1] يعرض له بقتل أبيه كما رواه الإمام أحمد في «المسند»، واحتمال الإمام جاز في جواز التعريض، وقوله: [ولنا] يشمل الإمام والأمة، لكن قضية كلامهم أن لمن أسلم منهم بعد عقد الهدنة وجاءنا أن يصرِّح للمطلوب بذلك؛ لأنه لم يشرط على نفسه أمانًا لهم، ولا تناوله شرط الإمام، نعم ينبغي أن يصرِّح به سرًّا، ولكن الظاهر أن جواز التصريح به سرًّا لا يختص بمن أسلم بعد الهدنة، وإنما الممتنع على غيره المجاهرة به[2].

قَالَ: (**وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَرُدُّوا مَنْ جَاءَهُمْ مُرْتَدًّا مِنَّا: لَزِمَهُمُ الْوَفَاءُ**) أي: عملًا بالشرط سواء كان رجلًا أو امرأة حرًّا أو رقيقًا.

(**فَإِنْ أَبَوْا**) أي: رده.

(**فَقَدْ نَقَضُوا**) لمخالفتهم الشرط.

قَالَ: (**وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ شَرْطِ أَلَّا يَرُدُّوا**) أي: من ذهب إليهم مرتدًّا من دارنا؛ لأنه ﷺ شرط ذلك في مهادنة قريش والثاني: المنع، ولا بدَّ من استرداده لإعلاء الإسلام وإقامة حكم المرتدين عليه.

قال الرَّافِعِي: وعن صاحب «الحاوي» أنه قال: الصحيح عندي أن هذا الشرط يصح في حق الرجال، ويبطل في حق النساء، كما ذكرنا في شرط رد من جاء مسلمًا احتياطًا للأبضاع؛ ولأنه يحرم على الكافر مس المرتدة ما يحرم

---

(١) أخرجه أحمد (١٩٤٢٣).

(٢) تَنْبِيهٌ: لَوْ هَاجَرَ قَبْلَ الْهُدْنَةِ أَوْ بَعْدَهَا عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، وَلَوْ مُسْتَوْلَدَةً وَمُكَاتَبَةً ثُمَّ أَسْلَمَ كُلٌّ مِنْهُمَا عَتَقَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَاءَ قَاهِرًا لِسَيِّدِهِ مَلَكَ نَفْسَهُ بِالْقَهْرِ فَيَعْتِقُ، وَلِأَنَّ الْهُدْنَةَ لَا تُوجِبُ أَمَانَ بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ، فَبِالِاسْتِيلَاءِ عَلَى نَفْسِهِ مَلَكَهَا، وَيَعْتِقُ أَيْضًا إِذَا أَسْلَمَ ثُمَّ هَاجَرَ قَبْلَ الْهُدْنَةِ لِوُقُوعِ قَهْرِهِ حَالَ الْإِبَاحَةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَسْلَمَ بَعْدَهَا فَلَا يَعْتِقُ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مَحْظُورَةٌ حِينَئِذٍ فَلَا يَمْلِكُهَا الْمُسْلِمُ بِالِاسْتِيلَاءِ، وَلَكِنْ لَا يُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ مُسْلِمًا مُرَاغِمًا لَهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَرِقُّهُ وَيُهِينُهُ وَلَا عَشِيرَةَ لَهُ تَحْمِيهِ: بَلْ يُعْتِقُهُ السَّيِّدُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ بَاعَهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ لِمُسْلِمٍ أَوْ دَفَعَ قِيمَتَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَأَعْتَقَهُ عَنِ الْمُسْلِمِينَ وَلَهُمْ وَلَاؤُهُ، وَكَالْمُهَاجَرَةِ الْهَرَبُ إِلَى الْمَأْمَنِ، وَإِنَّمَا ذَكَرُوا هِجْرَتَهُ؛ لِأَنَّ بِهَا يُعْلَمُ عِتْقُهُ غَالِبًا.

....

من المسلمة، وربما حاول حمل القولين على الصنفين.

قلت: جادله قطعًا فإنه قال: والصحيح عندي من إطلاق هذين القولين كذا وكذا، ولعل خلاف القولين محمول على ما ذكرناه من الفرق بين الفريقين، انتهى.

فإن أبطلنا الشرط وأوجبنا الرد، فالذي عليهم: التمكين والتخلية دون التسليم، وكذا الحكم لو جرت المهادنة مطلقًا من غير تعرض لرد من ارتد بالنفي والإثبات، فحيث لا يجب عليهم التمكين [وجوب] التسليم فعليهم مهر من ارتد من [نساء المسلمين وقيمة من ارتد من رقيقهم لا عدم من ارتد من] الرجال الأحرار، ولو عاد المرتدون إلينا لم يرد المهر ورددنا القيم، ووجه بأن الرقيق بدفع القيمة يصير ملكًا لهم، والنساء لا يصرن زوجاته، وحيث يجب التمكين دون التسليم فمكنوا فلا غرم عليهم وصلنا إلى المطلوب أو لم نصل، وحيث يجب التسليم فنطالبهم به عند الإمكان، فإن فات التسليم بالموت فعليهم الغرم وإن هربوا قبل القدرة على التسليم فلا يغرمون، أو بعدها فيغرمون.

قال الرَّافِعِي: وهذا الترتيب والتفصيل مما حكاه الرُّويَانِي عن «الحاوي» ومما صححه صاحبه هو الذي أورده الإمام والْغَزَالِي.

وقال في «شرحه الصغير»: أشهر القولين جوازه، هكذا أطلق جماعة، وعن صاحب «الحاوي» تصحيحه التفضيل بين الرجال والنساء، وعليه جرى الإمام والْغَزَالِي فأشعر بصفوه إليه، وادَّعى في «البسيط» أنه متفق عليه، وعليه جرى صاحب «الترغيب» وغيره، وقد يقصد بإطلاق الشَّافِعِي في مواضع.

قلت: وأهمل من كلام «الحاوي».

فوائد:

منها: قوله: فإن قلنا بوجوب الرد كان عليهم التمكين، ولا يذبوا عنهم، فإن ذبوا عنهم [ولم يمكنوا منهم] انتقض عهدهم، وإن قلنا أن الرد لا يجب عليهم جاز لهم أن يذبوا عنهم، ولا يمكّنوا منهم، وكانوا فيه على عهدهم.

……

ومنها: قوله: وإن كان عقد الهدنة مطلقًا لم يشترط فيه رد من ارتد إليهم، ولا فراره معهم، فإطلاقه يوجب رد من ارتد منا، فلا يوجب رد من أسلم منهم؛ لأن إطلاقه موجب لإمضاء حكم الإسلام فيه؛ لأن حكمه أعلى، وكان العقد عليه مضى.

ومنها: قوله آخر المسألة: فإذا تقرر هذا ووجب لنا عليهم مهور من ارتد من نسائنا، وقيمة من ارتد من عبيدنا وإمائنا، ووجب لهم علينا مهور من أسلم من نسائهم وقيمة من أسلم من عبيدهم وإمائهم، جعلناه قصاصًا قولًا واحدًا لما في القبض والتسليم من الخطر الشاق، فإن استويا في القدر برئت منه الذمتان، وإن فضل لنا رجعنا بالفضل عليهم، وإن فضل لهم دفعنا الفضل إليهم، ودفع الإمام ما قاصصهم به من بيت المال إلى مستحقيه من المسلمين، وكتب إليهم أن يدفعوا ما قُصِّصُوا به إلى مستحقيه من المشركين والله أعلم، انتهى. وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الرِّدَّةِ ٣

كِتَابُ الزِّنَا ٣٨

كِتَابُ حَدِّ الْقَذْفِ ٨٣

كِتَابُ قَطْعِ السَّرِقَةِ ٨٩

بَابُ قَاطِعِ الطَّرِيقِ ١٧٢

كِتَابُ الْأَشْرِبَةِ ٢٠١

كِتَابُ الصِّيَالِ وَضَمَانِ الْوُلَاةِ ٢٣٣

كِتَابُ السِّيَرِ ٢٩٦

كِتَابُ الْجِزْيَةِ ٤٢٠

كِتَابُ الْهُدْنَةِ ٥٠٥

قوت المحتاج
في
شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق
عيد محمد عبد الحميد

الجزء العاشر

الصيد والذبائح - الأضحية -
المسابقة والمناضلة - الأيمان - النذر

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohamad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان
الأذرعي(ت 783 هـ)
Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad
Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق. عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280 (12 مجلداً)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2015 A.D - 1437H.	سنة الطباعة
Printed In : Lebanon		بلد الطباعة لبنان
Edition : 1st		الطبعة . الأولى

Exclusive rights by **© Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à **© Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تحميله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ

قال المصنف: [ذَكَاةُ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ بِذَبْحِهِ فِي حَلْقٍ أَوْ لَبَّةٍ إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ

الكتاب والسنة والإجماع متظاهرة على إباحتهما في الجملة.

قال: (ذَكَاةُ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ بِذَبْحِهِ فِي حَلْقٍ أَوْ لَبَّةٍ إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ) لما روى البيهقي وغيره بإسنادٍ فيه ضعف «أنه ﷺ بعث بديل بن ورقاء يصيح في فجاج منى: أَلَا إِنَّ الذَّكَاةَ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ»(١) ورواه الشَّافِعِي موقوفًا على عمر وابن عباس - ﵄ - (٢) ولا نعلم لهما مخالفًا من الصحابة - ﵃ -.

قال ابن المنذر: أجمع الناس على أن من يجز الإبل ويذبح البقر والغنم فهو مصيب، قال: ولا [أعلم] أن أحدًا حرَّم أكل بغير مذبوح أو بقرة وشاة منحورين، وإنما كره مالك ذلك كراهة، وقد يكره الإنسان الشيء ولا يحرِّمه، انتهى.

وحكى القاضي عياض عن مالك رواية بالكراهة، ورواية بالتحريم، ورواية بإباحة ذبح المنحور دون نحر المذبوح لنا ما سبق وإجماع من قبله؛ ولأن الجميع موح من غير تعذيب، وغلط شارح «المنهاج» فزعم أن صاحب «الذخائر» حكى عن الشيخ أبي حامد أن نحر البقر والغنم يحرم إجماعًا،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٨١٧) والبيهقي (١٩٥٩٦) وفي الصغرى (٤١٨٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٨٦١٤) والبيهقي (١٨٩٠٣).

وَإِلَّا فَبِعَقْرٍ مُزْهِقٍ حَيْثُ كَانَ.

فَصْلٌ

وَشَرْطُ ذَابِحٍ وَصَائِدٍ حِلُّ مُنَاكَحَتِهِ، وَتَحِلُّ ذَكَاةُ أَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ، ....

والذي رأيته في «الذخائر» وادَّعى الشيخ أبو حامد الإسفرائيني أن نحر البقر والغنم يجوز إجماعًا، انتهى.

وكذا حكاه العبدري رادًا به على داود.

قال الشارح: قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يقدر عليه.

(فَبِعَقْرٍ مُزْهِقٍ حَيْثُ كَانَ) لما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

إشارات: يستثنى من إطلاق هذا التعريف السمك ونحوه، فكان ينبغي أن يقول المأكول البري؛ إذ جميع المأكول البحري يحل من غير ذكاة على الصحيح كما سيأتي، وأورد عليه الجنين الحي الذي يموت بذكاة أمه لا غير، وأوضح منه ما إذا خرج رأس الجنين فذبحت الأم قبل انفصاله فإنه يحل، صرَّح به الْبَغَوِي وغيره، وهو قضية ترجيحهم أنه ما لم ينفصل حكمه حكم المجتز، وأورد موت الصيد بنقل الجارحة، فإنه يحل على الأظهر كما سيأتي، ولا ذبح ولا عقر، وفيه وقفة.

قال: **(وَشَرْطُ ذَابِحٍ وَصَائِدٍ حِلُّ مُنَاكَحَتِهِ، وَتَحِلُّ ذَكَاةُ أَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ)** المراد: إن كل من حلَّت مناكحته حلت ذبيحته وصيده لما سبق هناك، ومن لا فلا، واستثنى من ذلك الأمة الكتابيَّة، فيحل ذبيحتها وصيدها دون نكاحها؛ إذ لا أثر للرق في الذبيحة ونحوها بخلاف المناكحة، وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥] [حل لكم] أي: ذبائحهم حل لكم فدل على إباحة ذبائحهم وتحريم ذبائح غيرهم؛ كالمجوس وعبدة الأوثان والزنادقة وكل من يحكم بكفره، وإن أظهر الإسلام، وسواء في حل ذبائح الكتابيين ما يستحلونه وما لا كالإبل خلافًا لمالك.

ولا خفاء أن الكلام فيما يتوقف حله على التذكية ونحوها من الحيوان البري، كما أشار إليه «المحرر» بقوله: أمَّا صيد البحر فلا؛ إذ ميتته حلال،

....

فإن قلت: لم لا ، زاد على قوله مناكحته، وألَّا يكون محرمًا، ولا المذبوح صيدًا حربيًا.

قلت: لأن المحرم ومن بالحرم مباح الذبيحة، ومن أهل الذكاة والصيد وإن منعنا من ذلك في الإحرام [والحرم] وبالنسبة إلى الصيد خاصة فإن قلت فما تحرير القول فيمن تحل مناكحته وذبيحته من حيث نقل المذهب، ونصوص الشَّافِعِي ﷺ.

قلت: قدمنا طرفًا صالحًا في السلام على ذلك في باب ما يحرم من النكاح، وسبق أن البيهقي ـ ﷺ ـ قال: شرط الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في مواضع في نكاح الكتابية أن تكون من بني إسرائيل، انتهى.

وحملها على ظاهرها مشكل، ولعل المراد ببني إسرائيل ومن دان بدينهم قبل النسخ والتبديل حين كان حقًّا، وسمى الجميع بذلك تجوُّزًا وتَوَسُّعًا.

قال الشَّافِعِي في قتال المشركين من «الأم»: أحلَّ [الله] نكاح نساء أهل الكتاب وطعامهم، فقيل: طعامهم ومناكحتهم، واحتمل إحلال نكاح نساء أهل الكتاب وأكل طعامهم، كل أهل الكتاب وكل من دان دينهم، واحتمل أن يكون أراد بذلك بعض أهل الكتاب دون بعض، وكانت دلالة ما يروي عن النبي ﷺ ثم ما لا أعلم فيه مخالفًا أنه أراد أهل التوراة والإنجيل من بني إسرائيل دون المجوس، وكان في ذلك دلالة على أن بني إسرائيل المرادون بإحلال النساء والذبائح، والله أعلم.

ولم أعلم مخالفًا في أن لا تنكح نساء المجوس ولا تؤكل ذبائحهم، فلما دل الإجماع على أن حكم أهل الكتاب حكمان، وأن منهم من تنكح نساؤه وتؤكل ذبيحته، ومنهم من لا تنكح نساؤه ولا تؤكل ذبيحته، وذكر الله تعالى نعمته على بني إسرائيل في غير موضع من كتابه، وما أتاهم دون غيرهم من أهل دهرهم كان من دان دين بني إسرائيل قبل الإسلام من غير بني إسرائيل في غير معنى بني إسرائيل أن تنكح نساؤهم، ولم يكونوا أهل كتاب إلا بمعنى لا

وَلَوْ شَارَكَ مَجُوسِيٌّ مُسْلِمًا فِي ذَبْحٍ أَوْ اصْطِيَادٍ حَرُمَ، ....

أهل الكتاب مطلق، فلم يجز ـ والله أعلم ـ أن تنكح نساء أحد من العرب والعجم غير بني إسرائيل دان دين اليهود والنصارى بحال، فمن كان من بني إسرائيل يدين بدين اليهود والنصارى أنكحت نساؤه وأُحلت ذبيحته، ومن دان دين بني إسرائيل من غيرهم لم تنكح نساؤهُ ولم تؤكل ذبيحته ولم توطأ أمته.

ثم قال بعد هذا: وكل من كان من بني إسرائيل تؤكل ذبائحه وتنكح نساؤه، ثم قال بعد ذلك: أصل ما بني عليه أن الجزية لا تقبل من أحد دان دين كتابي إلا أن تكون آباؤه أو هو دانوا ذلك الدين قبل نزول القرآن، انتهى.

ولم يذكر حل نسائهم ولا ذبائحهم، وسبق قول الدَّارِمي: ومن دخل في دين بني إسرائيل ولم يعلم متى دخل ومع من دخل أقررناه، ولم يحل نكاحه ولا ذبيحته، ومن ثبت أنه من الحواريين أو من قال الله فيهم: ﴿فَـَٔامَنَت طَّآئِفَةٌ﴾ [الصف: ١٤] فذاك، ومن شككنا أقررنا وأخذنا جزيته ولم نناكحه ولم نأكل ذبيحته، ومعرفتهم بأن نثبت نسبهم بكتابهم، أو بأخبار من أسلم منهم أو بتوارثهم، انتهى.

وهذا منه يقتضي أن ذبائح يهود العصر ونصاراه لا تحل مع الشك والجهل بحالهم، ولم أر للأصحاب ما يخالف كلامه بل ما يوافقه، ومعلوم أن ما كان شرطًا يجب تحققه كما ذلك مقرر في الربويات، وقد قدمنا في كتاب النكاح أن من شرطه أن يعلم الناكح أن المنكوحة تحل له من غير واحد، وشواهد هذا كثيرة في الأبواب، والله أعلم بالصواب.

فَرْعٌ: لو أرسل مجوسي ونحوه سهمه على صيد ثم أسلم، ووقع بالصيد فقتله لم يحل، وكذا لو أرسل مسلم سهمه ثم ارتد ثم وقع فقتل لم يحل، نظرًا إلى أغلظ الحالين، ولو كان مسلمًا في حالتي الرمي والإصابة، وتخللت الردة بينهما لم يحل أيضًا، قاله القاضي الحسين.

قال: (**وَلَوْ شَارَكَ مَجُوسِيٌّ**) أي: ونحوه.

(**مُسْلِمًا فِي ذَبْحٍ أَوِ اصْطِيَادٍ حَرُمَ**) أي: تغليبًا للتحريم، فلو أمرَّا سكينًا

وَلَوْ أَرْسَلَا كَلْبَيْنِ أَوْ سَهْمَيْنِ فَإِنْ سَبَقَ آلَةُ الْمُسْلِمِ فَقَتَلَ أَوْ أَنْهَاهُ إِلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ حَلَّ، وَلَوْ انْعَكَسَ أَوْ جَرَحَاهُ مَعًا أَوْ جُهِلَ أَوْ مُرَتَّبًا وَلَمْ يُذَفِّفْ أَحَدُهُمَا حَرُمَ.

وَيَحِلُّ ذَبْحُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ، وَكَذَا غَيْرُ مُمَيِّزٍ وَمَجْنُونٍ وَسَكْرَانٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

ونحوه على حَلْق شاة مثلًا أو قطع، هذا بعض ما يجب قطعه، وهذا بعض الباقي حرم، أو قتلًا، صيدًا بالسهم أو بكلبٍ أو طغيانًا فالجميع حرام.

إشارة: كان الأشمل أن يقول: فلو شارك من لا تحل ذكاته من تحل في كذا وكذا حرم.

قال: (**وَلَوْ أَرْسَلَا كَلْبَيْنِ أَوْ سَهْمَيْنِ فَإِنْ سَبَقَ آلَةُ الْمُسْلِمِ فَقَتَلَ أَوْ أَنْهَاهُ إِلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ حَلَّ**) أي: ولا أثر لما وجد من المجوسي وآلته، كما لو ذبح من تحل ذكاته شاة، ثم فقدها لا تحل ذكاته.

قال: (**وَلَوِ انْعَكَسَ**) أي: بأن سبق آلة المجوسي.

(**أَوْ جَرَحَاهُ مَعًا أَوْ جُهِلَ أَوْ مُرَتَّبًا وَلَمْ يُذَفِّفْ أَحَدُهُمَا حَرُمَ**) أي: تغليبًا للتحريم؛ إذ هو الأصل.

قال: (**وَيَحِلُّ ذَبْحُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ**) أي: قطعًا لصحة قصده، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه، وقيل: فيه وجه.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُ مُمَيِّزٍ وَمَجْنُونٍ وَسَكْرَانٍ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن له قصدًا وإرادة في الجملة كما لو قطع المميز حلق شاة وهو يحسبه شيئًا آخر.

والثاني: لا؛ لأن قصودهم فاسدة فأشبه ما لو كان بيد نائم سكين، فوقعت على حلق شاة، وهذا ما اقتضى إيراد الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» ترجيحه حيث قال: أظهرهما عند الإمام والْغَزَالِي وجماعة: المنع، ولم يزد عليه، وأشعر إيراده في «الكبير» بترجيحه، وخالف في «الروضة» فرجح الحل، وهو ما عليه الجمهور.

قال في باب الأضحية من «الأم»: وأكره ذبيحة السكران والمجنون في حال جنونه، ولا يتبين لي أنه حرام، قال الْمَاوَرْدِي: ووهم بعض أصحابنا فخرج وجهًا أنه لا تصح ذكاتهما، وبالجملة فالمذهب الذي قطع به جمهور

....

العراقيين الحل، وقيل قولان:

أصحهما: الحل، **وثانيهما**: التحريم، واختاره الإمام والْغَزَالي وغيرهما، قاله في شرح «المهذب» وممن رجح الحل من المراوزة الشيخ أبو محمد في «مختصره» والْغَزَالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو المحكي عن القاضي الحسين، فظاهر نصوص «الأم» و«المختصر»: والقول بالتحريم أحوط، وبه قال مالك وأحمد وداود وغيرهم، واختاره ابن المنذر.

تنبيهات: جعل الْبَغَوِي وغيره محل الخلاف في ذبيحة المجنون والسكران حيث لا تمييز لهما، فإن كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد تحل، على هذا لفظ الْبَغَوِي.

وقال الإمام: إذا لم يكن للمجنون تمييزًا فلا يحل، وإن كان له تمييز بحيث يتصور منه نظم الفعل ففيه الخلاف، وذكر الْفُورَانِي نحوه.

وقال في «البحر»: الصحيح في المجنون إنه إذا كان له تمييز قليل، ويحسن إيراد الفعل وإصداره تجوز ذبيحته كالصبي.

قال: ويحتمل التفضيل في السكران على هذا الوجه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا منه يشعر بأن الخلاف في المجنون جاز؛ سواء كان له تمييز أو لا.

وقال الإمام هنا: الوجه القطع بتحريم ذبيحة المجنون؛ لسقوط قصده، قال: وفي بعض التصانيف أنه إذا نظم الذبح على وجهه كان ذبحه مبيحًا، وهذا لم أره إلا في هذا الكتاب. ثم حكى الخلاف في ذبح المجنون قولين عن رواية الصيدلاني في باب الأضحية، وكذا رواهما القاضي الحسين وابن الصباغ وغيرهما، وأمَّا الصبي المميز فسبق أن المذهب حل ذكاته، وقيل فيه وجهان، وهو شاذ، ويخرج من الخلاف، كما قال الْمَاوَرْدِي في أن عمده عمد أم لا، وغلط مخرجه، لكن في «الشامل» و«البحر» حكاية المنع قولًا عن رواية القاضي أبي حامد، وأمَّا غير المميز فجزم القاضي الحسين بالحل، وإن لم

وَتُكْرَهُ ذَكَاةُ أَعْمَى، ....

يكن له قصد، وفرق بينه وبين المجنون على قول أنه من أهل القربة بخلاف المجنون، وكذلك فرق بينهما في الحج.

وجزم في «البحر» عند الكلام في الأحبولة بأن الصبي الطفل الذي لا يتأتى منه إرادة الفعل، ولكن اتفق أنه أمرَّ السكين على الحلق فحصل الذبح لم يحل، وبه أجاب في «الحلية» قال: وكذا المجنون إذا كان بهذه الصفة.

وقال الإمام هنا: إن لم يكن له تمييز فلا حكم لفعله وذلك ميته، وإن كان مراهقًا فالأصل تحليل ذبيحته، وفي بعض التصانيف ذكر خلاف فيه، انتهى.

وصحح القاضي الحسين حل ذبيحة المجنون، ثم قال: فإن قلنا به فذبيحة السكران أولى بالحل؛ لأنه مخاطب، وإن قلنا بالمنع ففي السكران قولان كطلاقه، وكلام غيره يشير إلى هذا الترتيب، وعن الْقَفَّال أن ذبيحة السكران حلال قطعًا، وفي ذبيحة المجنون قولان.

فَرْعٌ: قال الدَّارِمِي لو ذبح نائمًا فوجهان.

قال: (**وَتُكْرَهُ ذَكَاةُ أَعْمَى**) لأنه قد يخطئ الذبح، واقتضاؤه على هذا يشعر بأنه لا يكره ذكاة من تقدمه، وليس كذلك، وجزم الْمَاوَرْدِي بكراهة ذكاة الصبي لضعفه عن مباشرة الذبح، ولقصوره عن التكليف، وهي في غير المراهق أشد.

قلت: وفي المجنون والسكران الطافح أشد، وقد نص الشَّافِعِي والأصحاب عن كراهة ذبيحة المجنون والسكران.

وقال الْمَاوَرْدِي: ذبيحة الصبي أحب إلينا من ذبيحة الكتابي، وقضية كراهة ذبيحته، ولا يكره ذكاة المرأة البالغة العاقلة، وفي كراهية ذبحها الأضحية وجهان في «الحاوي».

فَرْعٌ: قال الشَّافِعِي في «المختصر»: ولا بأس بذبيحة الأخرس.

قال الْمَاوَرْدِي: ولا يكره، وقال شيخه الصيمري: يكره؛ لأنه لا يقدر على التسمية.

....

وقال [الشيخ] في شرح «المهذب» إن فهمت إشارته حلت ذبيحته بالاتفاق، وإلا فطريقان: المذهب فيه قطع الأكثرين الحِل، والثاني: أنه كالمجنون، وبه قطع الْبَغَوِي والرَّافِعِي.

قلت: والقاضي الحسين، وأطلق ابن المنذر نقل الإجماع على حل ذكاة الأخرس ولم يفصل.

وقال الرَّافِعِي بعد تفصيله: ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس.

فَرْعٌ: قال الصيمري: يكره الذبح على قارعة الطريق.

قلت: ينبغي أن تحرم لما سبق في قضاء الحاجة وأولى لكثرة الأذى.

فَرْعٌ: قال الشيخ: قال أصحابنا: أولى الناس بالذكاة وأفضلهم بها الرجل العاقل المسلم، ثم المرأة المسلمة أولى من الصبي، ثم الصبي المسلم، ثم اليهودي والنصراني أولى من المجنون والسكران والصبي الذي لا يميز، انتهى.

وفي «الشامل» وغيره عن نص «الأم»: وأحب أن يكون المذكي بالغًا مسلمًا فقيهًا؛ أي: بأحكام الذبح، فإن لم يكن رجلًا فالنساء، فإن لم يكن فالصبيان، فإن لم يكن فالمغلوب على عقله من المسلمين.

قلت: وأولى الناس بها على الإطلاق العدل البصير الناطق المحبوب العالم بها، وقد قال ابن عباس: لا تؤكل ذبيحة الأقلف، وهي رواية عن الحسن البصري، ويقبل خبر الفاسق والكتابي في الذكاة؛ لأنهما من أهلها.

فَرْعٌ: قال الشيخ في شرح «المهذب»: لو وجدنا شاة مذبوحة، ولم ندر من ذبحها، وفي البلد من لا تحل ذكاته كالمجوس لم تحل؛ سواء تمحضوا أو اختلطوا بالمسلمين؛ للشك في الذكاة المبيحة، والأصل التحريم، وقاله في «الروضة» هنا هكذا.

وقال قبيل باب الأواني: [ولو وجد قطعة لحم ملقاة، فإن كان في البلد مجوس ومسلمون فنجسة، فإن تمحض المسلمون] فإن كانت في خرقة أو مكتل فظاهرة، وإن كانت ملقاة مكشوفة فنجسة، انتهى.

وَيَحْرُمُ صَيْدُهُ بِرَمْيٍ وَكَلْبٍ فِي الْأَصَحِّ.

وحكي هذا قبيل باب الآنية من شرح «المهذب» عن «تعليق» القاضي الحسين بلفظ: وإن كانت في مكتل أو خرقة ونحوهما قال: فالظاهر إنها مذكاة فتكون حلالًا، إلا إذا كان في البلد مجوس واختلطوا بالمسلمين، فلا تحل، وقال قبيل هذا: لو رأى حيوانًا مذبوحًا ولم يدر أذبحه مسلم أم مجوسي أو رأى قطعة لحم وشك هل هي من حيوان مأكول أم لا لم يبح تناوله، قاله **الْمُتَوَلِّي**.

قال: والأمر كما ذكر، وقال فيما جمعه من الضوابط المهمات ما جهل أصله منه: رأى حيوانًا فشك هل ذبحه مسلم أم مجوسي، أو قطعة لحم ملقاة بالأرض أو في خرقة في بلد فيه من لا تحل ذكاته فحرام، وإلا فظاهرة، وأطلق **الْمُتَوَلِّي** التحريم، انتهى.

والتفاوت بين هذه النقول ظاهر، وقضية التعليل بالشك مطلقًا أنه لو كان في البلد من تحل ذكاته من أهل الكتابين أن الموجود لا تحل بجواز أن تكون مذبوحة للكنيسة، ومذهبنا تحريمه، كما قاله في شرح «المهذب» وقضية ما سبق من كلامه حله، ورأيت في «البيان» قبيل باب: ما يفسد البيع من الشروط.

قال الشيخ أبو حامد: إذا وجد شاة مذبوحة في بلد فيه عبدة الأوثان والمجوس، أو في موضع تساوى فيه أهل الشرك والإسلام، فإنه لا يجوز شراؤها ولا يحل أكلها؛ لأن أصلها على الحظر، وإنما تستباح بالذكاة، ويحتمل أن يكون ذكاها مسلم، ويحتمل أن تكون ذكاها وثني، وليس أحدهما أولى من الآخر، والأصل الحظر، وإن وجدها في بلاد الإسلام في موضع أكثر أهله المسلمون، فيجوز أكلها؛ لأنه يغلب على الظن أنها ذبيحة مسلم، انتهى.

وكذا ذكر المسألة الشيخ أبو حامد والقزويني في «تحريره لتجريد المحاملي» والظاهر أنها طريقة العراقيين، والله أعلم.

قال في الأعمى: (**وَيَحْرُمُ صَيْدُهُ بِرَمْيٍ وَكَلْبٍ**) أي: وغيره من الجوارح.

(**فِي الْأَصَحِّ**) لعدم صحة قصده، فصار كاسترسال الجارح بنفسه.

والثاني: تحل كذبحه، وقال في أصل «الروضة» تبعًا للرافعي: أصحهما:

....

لا تحل، ومنهم من قطع به، وقيل عكسه، والأشبه أن للخلاف بخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد، فأرسل السهم والكلب، وكذا صورها في «التهذيب» وأطلق الوجهين جماعة ويجريان في اصطياد الصبي والمجنون بالكلب والسهم، وقيل: يختصان بالكلب ويقطع بالحل في السهم كالذبح، انتهى.

وهذا تفريع على حل ذبحهما، وزاد في شرح «المهذب» قال إمام الحرمين: عندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حسن الصيد وبنى إرساله عليه.

وقال الرَّافِعِي: الأشبه [وساق] ما سبق، ثم قال: قال الرَّافِعِي: ويجريان في اصطياد الصبي والمجنون.

قلت: المذهب حل صيدهما.

قال في «البيان»: هو المشهور، وقيل: لا يحل؛ لعدم القصد، وليس بشيء، والمراد صبي لا يميز، أمَّا المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعًا كالذبح، ويحتمل مجيء الوجه السابق في الذبح، انتهى.

وكون المذهب حل صيدهما فيه نظر، ولعله صادر ممن يرى القطع بحل ذكاتهما، والظاهر أن عمدته في ذلك كلام صاحب «البيان» فإنه من أتباع العراقيين [القائلين] بحل صيدهما وإلا فكيف يحس القطع بحل ذبح الأعمى، ورجح تحريم صيده، ولعل صيده ما أحس به أو دل عليه أولى بالإباحة من صيد صبي ومجنون لا تمييز لهما، وهذا ظاهر الرواية الصيد يثبت بشرط، وقد أحس به وقصده، فكيف لا يحل.

وفي «فروع» ابن القطان: إذا أرسل الأعمى كلبه، فإن كان قد علم أن هناك صيد وعليه أرسل، أُكل، وإن لم يعلم هناك صيد لم يجز، وهكذا لو رمى بسهمه، انتهى.

ونحوه قول الدَّارِمِي: إذا أرسل أعمى كلبه، أو سهمه يعلم بصيد، أكل؛ أي: وإلا فلا، والظاهر أن هذا وجه ثالث، وأنه الأصح، وعليه ينطبق ما في

وَتَحِلُّ مَيْتَةُ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ، وَلَوْ صَادَهُمَا مَجُوسِيٌّ.

«مختصر» الجويني و«خلاصة» الْغَزَالِي و[المغير] وغيرهما: أنه إذا أخبر الأعمى بمحاذاة صيد فرماه أو أرسل، حل.

ويعضده قول الرُّويَانِي في «التجربة»: إذا أرسل الأعمى سهمًا أو كلبًا فأصاب صيدًا لا يحل في ظاهر المذهب، نص عليه الشَّافِعِي؛ لأنه لم يقصد صيدًا معينًا ولا سهمًا، انتهى.

وفيه فوائد للمتأمل الفطن، وقد قالوا إن البصير: لو رمى صيدًا لا يراه في ظلمة أو من وراء حجاب كأشجار ملتفة وقصده، حل.

قال في «البحر»: بالإجماع؛ لأنه وقع له نوع علم، انتهى.

وإحساس كل [واحد] من الأعمى والبصير مع عدم الرؤية واحد، نعم؛ إذا لم يدل الأعمى أحد، ولم يحس بالصيد فالوجه بالتحريم.

قال: (**وَتَحِلُّ مَيْتَةُ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ**) أي: بالإجماع في الجملة، وسواء عندنا مات في الماء أو خارجه بسببٍ أو بغيره، وخالف أبو حنيفة في الطافي.

لنا: ما روي مرفوعًا وموقوفًا عن ابن عمر، وهو أصح، وهو في معنى «المسند»: «**أحلت لنا ميتتان السمك والجراد**»(١) نعم؛ الأولى والأحوط بحسب الطافي المتغير أو المنتفخ لما يخشى من ضرره، وسنذكر المسألة في الأطعمة، وذكر شارح هنا كلامًا غير مرضي.

قال: (**وَلَوْ صَادَهُمَا مَجُوسِيٌّ**) أي: من لا يحل ذبحه، ولا صيده ممن كان

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٩٧، رقم ٥٧٢٣)، والبيهقي من طريق الحاكم (١/ ٢٥٤، رقم ١١٢٩)، وقال البيهقي: وروي موقوفًا على ابن عمر وهو الصحيح. وابن ماجه (٢/ ١١٠٢، رقم ٣٣١٤)، قال البوصيري (٤/ ٢١) هذا إسناد ضعيف. وعبد بن حميد (ص ٢٦٠، رقم ٨٢٠)، والديلمي (١/ ٤٠١، رقم ١٦٢٣)، وابن أبي حاتم في العلل (٢/ ١٧، رقم ١٥٢٤) موقوفاً، وقال: قال أبو زرعة: الموقوف أصح. قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (١/ ٢٦، رقم ١١): الرواية الموقوفة التي صححها أبو حاتم وغيره هي في حكم المرفوع؛ لأن قول الصحابي أحل لنا وحرم علينا كذا مثل قوله أمرنا بكذا ونهينا عن كذا فيحصل الاستدلال بهذه الرواية لأنها في معنى المرفوع، والله أعلم.

وَكَذَا الدُّودُ الْمُتَوَلِّدُ مِنْ طَعَامٍ كَخَلٍّ وَفَاكِهَةٍ إِذَا أُكِلَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ.

ومثل المجوسي تحل ميتتهما فلا اعتبار بفعله، وهو في السمك إجماع، وخالف مالكٌ في الجراد، ولو ذبح مجوسي ونحوه سمكة حلت.

فَرْعٌ: في أصل «الروضة» يكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيرًا يطول بقاءه فيستحب ذبحه على الأصح إراحة له، وقيل: يستحب تركه ليموت بنفسه.

وعبارة الرَّافِعِي: ويكره ذبح السمك، ولو كان كبيرًا يطول بقاءه فالمستحب ذبحه إراحة له، أو تركه حتى يموت حتف أنفه، فيه وجهان عن «الحاوي» والأول جواب الشيخ أبي حامد، انتهى.

وليس في هذا الكلام ترجيح، وعبارة الشَّافِعِي في «الأم»: ولو كان منه شيء يطول حياته فذبحه يستعجل موته ما كرهه، وعبروا عنه أنه لا بأس به، وقضية الإباحة لا غير.

فَرْعٌ: قال الشيخ أبو حامد: لا يحل أكل صغار السمك قبل تنقية أجوافهما لنجاسة روثها، وبه أجاب أتباعه والقاضي أبو الطيب، ونقله في «الشامل» وغيره عن أصحابنا.

قال في «الشامل»: وفي إخراج رجعته مشقة، فأشار إلى أنه ينبغي العفو عنه، وصرح غيره بنقل وجهين، وصحح العفو.

وقال الْعِمْرَانِي: إذا قلنا بقول الْقَفَّال إن روثه طاهر حل أكله وإلا فلا فأشار إلى البناء على ذلك، وقضية ترجيح المنع؛ لأن المذهب نجاسة روث السمك والجراد.

قال: **(وَكَذَا الدُّودُ الْمُتَوَلِّدُ مِنْ طَعَامٍ كَخَلٍّ وَفَاكِهَةٍ إِذَا أُكِلَ مَعَهُ فِي الْأَصَحِّ)** أي: رفعًا لمشقة التمييز، بل قد يتعذر من الخل واللبن والجبن ونحوهما، واعلم أن هذه المسألة ليست في «المحرر» بل أدرجها في كلامه.

وقال في «الدقائق»: إنه أشار إليها في «المحرر» بقوله: فأحلّت ميتته كالسمك والجراد لا حاجة إلى ذبحه فأشار إلى أن ميتته حلال سواهما، انتهى، وفيه نظر.

وَلَا يَقْطَعُ بَعْضَ سَمَكَةٍ حَيَّة، فَإِنْ فَعَلَ أَوْ بَلَعَ سَمَكَةً حَيَّةً حَلَّ فِي الْأَصَحِّ.

والظاهر: أنه أشار بذلك إلى غير السمك مما في حكمه من حيوانات البحر، وإن لم يسم سمكًا ـ كما سيأتي إن شاء الله ـ وذكر الرَّافِعِي المسألة في كتاب «الطهارة» ولخصه في «الروضة» وقال في المتولد أوجه:

الأصح: يحل أكله مع ما تولد منه ولا يحل منفردًا، والثاني: يحل مطلقًا، والثالث: يحرم مطلقًا، والأوجه جارية؛ سواء قلنا بطهارة هذا الحيوان على قول الْقَفَّال، أو بنجاسته على قول الجمهور، انتهى.

وفيما لخصه نظر ظاهر أو صحته في التوسط، والصواب: أنه لا يحل أكله منفردًا على قول الجمهور من غير ضرورة؛ لأنه ميتة نجسة، وفي حله على طريقة الْقَفَّال منفردًا لغير حاجة تردد؛ لاستقزازه، وليس في كلام الرَّافِعِي ما تضمنته «الروضة» على أن قضية كلامهما في كتاب «الأطعمة» ترجيح تحريمه حيث أطلقا القول بتحريم الديدان، ثم قالا: وفي حل دود الخل والفاكهة وجه، انتهى.

ويمكن حمل هذا الكلام على حالة انفراده، ويكون وجه الحل من طريقة الْقَفَّال.

إشارتان: يشبه أن يحل جواز أكله مع ما تولد فيه من المانع على الأصح ما إذا لم يكثر فيه حتى غيَّره، أمَّا لو كثر في الخل ونحوه ومات فيه وتغير به فقياس ما ذكروه فيما لا يقيس له سائله أنه ينجسه على الأصح ويحتمل الفرق بين النوعين، أمَّا على طريقة الْقَفَّال فواضح، وأمَّا على طريقة الجمهور فبعيد.

أحسن من قال يحل أكله مع ما تولد منه إن عُسر تمييزه وإلا فلا فجعل سهل التمييز كدود التين والتفاح ونحوهما كالمميز وهو ظاهر على ظاهر المذهب خلافًا للقفال ومن تبعه ولا سيما في التفاح؛ لأن فيه دودة واحدة كبيرة ظاهرة فلا كلفة في رميها كالنوى، فعلى المذهب أكله مع ما تولد منه، عفوًا لمشقة الاحتراز، لأنه حلال في نفسه.

قال: (**وَلَا يَقْطَعُ بَعْضَ سَمَكَةٍ [حَيَّة]**) أي: حية؛ لما فيه من التعذيب.

(**فَإِنْ فَعَلَ أَوْ بَلَعَ سَمَكَةً حَيَّةً حَلَّ فِي الْأَصَحِّ**) أي: حل أكل ما قطع وبلع

……………………………………………………………………

السمكة الحية ووجه الحل فيهما لا يخفى، ووجه المنع في الأولى: ما أبين من حي فهو ميت، وفي الثانية: التعذيب من غير حاجة، ولترجيحها.

وعبارة «الشرحين»: ولا ينبغي أن تقطع فلقة من السمكة وهي حية لما فيه من التعذيب، وعبارة «الروضة»: ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة منها لم يحرم على الأصح لكن يكره، انتهى.

وظاهر كلام الرَّافِعِي أن القطع حرام كما صرح به المصنف، وأصل ذلك قول الإمام: ولو قطع رجل فلذة من سمكة حية فلا شك أن ذلك غير سائغ، وعبارة «البسيط»: هو تعذيب ممنوع، ولكن الفلذة حلال، وعبَّر في «الخلاصة» تبعًا لأصلها بالكراهة، ولعلهما أرادا كراهة التحريم إذا علمت بهذا، فقد قال الرَّافِعِي: وهل تحل ابتلاع السمكة حية؟ ويذكر أنه ينفع من بعض العلل وجهان: أظهرهما: نعم، انتهى.

وفي تعليقا إبراهيم المروزي والبَغَوِي: هل يجوز ذلك لعلة اليرقان؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم للتداوي، وصححه البَغَوِي، والثاني: المنع للتعذيب، وكلاهما يشعر بأنه لا يجوز لغير حاجة وجهًا واحدًا، وقال الإمام: المذهب أنه حلال، ومن أصحابنا من حرَّمه، ثم قال: وإذا لم يحرِّمه فإن مسَّت الحاجة إليه فلا حرج، وإن لم تكن حاجة فالأصح منع ذلك، ومن أصحابنا من أحله، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه: أصحها: التفصيل، وممن جزم بتحريم ابتلاعها حية الشيخ أبو حامد وأتباعه والدَّارِمِي وابن القطان وغيره، واستدل بحديث «**أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ**»(١).

قال: فدل على أنهما حيان لا يؤكلان، وعلل الجرجاني وغيره التحريم بالتعذيب، وبنجاسة الرجيع، وقد نهي عن تعذيب الحيوان، وممن صرَّح بتحريم ابتلاعها [حية] الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب

---

(١) تقدم تخريجه.

وَإِذَا رَمَى صَيْدًا مُتَوَحِّشًا، أَوْ بَعِيرًا نَدَّ، أَوْ شَاةً شَرَدَتْ بِسَهْمٍ، أَوْ أَرْسَلَ عَلَيْهِ جَارِحَةً فَأَصَابَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهِ وَمَاتَ فِي الْحَالِ حَلَّ.

«المعتبر» وكلامهم محمول على غير المتداوي، بل فعلا ذلك لا لحاجة إليه.

فَرْعٌ: زاد في «الروضة»: أن قوله: ولو ابتلع سمكة حية.

قلت: وطردوا الوجهين في الجراد، ولو قلى السمك قبل موته وطرحه في الزيت المغلي، وهو يضطرب.

قال الشيخ أبو حامد: لا يحل فعله؛ لأنه تعذيب، وهذا تفريع على اختياره في ابتلاع السمكة حية أنه حرام، وعلى إباحة ذلك يباح، انتهى.

وقوله: وطردوا الوجهين؛ أي: في أكل المقطوع لا في حل القطع، وصوَّر العراقيون المسألة بما لو أمسك سمكة أو جرادة فانفلتت منه، وبقي في يده قطعة منها، هل يحل أكلها؟ وجهان: وقوله: ولو قلى السمك... إلى آخره منتقد، وما قاله أبو حامد هو الصواب، وعليه جرى الأصحاب، ولا أحسب ممن جوَّز ابتلاعها حية يجوِّز القلي والتعذيب بالنار؛ لما فيه من قوة الإيلام والتعذيب عبثًا بخلاف الابتلاع، وإنما ينقدح الخلاف إن ثبت في صغار السمك عند من يجوِّز أكلها قبل شقها، أمَّا كباره فلا، ولا شك في تحريم شيِّه حيًّا؛ إذ لا يعذب بالنار إلا رب النار.

قال: (**وَإِذَا رَمَى صَيْدًا مُتَوَحِّشًا، أَوْ بَعِيرًا نَدَّ، أَوْ شَاةً شَرَدَتْ بِسَهْمٍ**) أي: ونحوهما من البقر والخيل بسهم ونحوه من المحددات.

(**أَوْ أَرْسَلَ عَلَيْهِ جَارِحَةً فَأَصَابَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهِ وَمَاتَ فِي الْحَالِ حَلَّ**) أمَّا في المتوحش: فبالإجماع، وأمَّا في الإنسي إذا هرب كندود البعير، وشرود الشاة، لما في «الصحيحين» من رواية رافع بن خديج ﷺ أن بعيرًا ندَّ فحبسه. وفي رواية: فرماه رجل بسهم فحبسه، فقال ﷺ: «**إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا**»(١).

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٩، رقم ٩٦٣)، والبخاري (٥/ ٢٠٩٨، رقم ٥١٩٠)، ومسلم (٣/ ١٥٥٨، رقم ١٩٦٨)، وأبو داود (٣/ ١٠٢، رقم ٢٨٢١)، والترمذي (٤/ ٨٢، رقم ١٤٩٢)، =

وَلَوْ تَرَدَّى بَعِيرٌ وَنَحْوُهُ فِي بِئْرٍ وَلَمْ يُمْكِنْ قَطْعُ حُلْقُومِهِ فَكَنَادٍّ.

وقال ابن عباس - رضي الله عنهما -: **«ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد»**(١) رواه البخاري بصيغة جزم.

قال الرَّافِعِي: ولا يخفى أنه لا يكفي في النَّاد مجرد الإفلات، بل إذا تيسر اللحوق بعدو أو استغاثة ممن يستقبل البهيمة فليس ذلك بشراد، ولا يكون الجرح في غير المذبح ذبحًا ولو تحقق الشراد، وحصل العجز عنه في الحال، فالذي أطلقه الأصحاب أن البعير حينئذ كالصيد؛ لأنه قد يبقى الذبح في الحال ويكلفه الصبر إلى أن يسكن أو تحصل القدرة يشق عليه.

وقال الإمام: والظاهر عندي إنه لا يلحق بالصيد بذلك؛ لأنها حالة عارضة الزوال، نعم لو كان الصبر والطلب يؤدي إلى مهلكة أو مشقة فهو كالصيد، فما كان يؤدي إلى موضع لصوص وغصَّاب مترصدين فوجهان، وكان الفرق أن يصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان، وعلى طريقة الإمام جرى الغَزَالي، والأوفق: لا يراد الأكثرين يخالف ما ذكره، وعبَّر عنه في «الروضة» بأن المذهب كذا، وعزاه في شرح «المهذب» إلى قول الرَّافِعِي، وجعل الْغَزَالِي ما ذكره إمامه الظاهر من المذهب، وعدَّ خلافه وجهًا لبعض الأصحاب، والورع ترك النَّاد الأنسي بذبح خروجًا من خلاف ابن الْمُسَيَّب ومالك والليث بن سعد.

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين كون جارح النَّادّ مالكه أو ما دونه أو أجنبي قصد حفظه على مالكه أو كالذبح، وكنت أود لو قيل إنه لا يحل إلا بفعل المالك ونحوه؛ لأنه رخصة، وقد وجه الرَّافِعِي ذلك بأنه قد ينبغي الذبح في الحال... إلى آخره، وهذا إنما يظهر في المالك ونحوه ولعله المراد.

قال: (**وَلَوْ تَرَدَّى بَعِيرٌ وَنَحْوُهُ فِي بِئْرٍ وَلَمْ يُمْكِنْ قَطْعُ حُلْقُومِهِ فَكَنَادٍّ**) أي: فيما تقدم وكان الأحسن أن يقول: ولم يمكن ذكاته لما سيأتي في «البحر» وفي

= والنسائي (٧/ ٢٢٨، رقم ٤٤٠٩)، وابن ماجه (٢/ ١٠٦٢، رقم ٣١٨٣)، وابن حبان (١٣/ ٢٠١، رقم ٥٨٨٦) وابن أبي شيبة (٤/ ٢٥٢، رقم ١٩٧٩٥) والطبراني (٤/ ٢٧٠، رقم ٤٣٨٣).

(١) أخرجه البخاري معلقًا (٥٥٠٩).

قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَا يَحِلُّ بِإِرْسَالِ الْكَلْبِ. وَصَحَّحَهُ الرُّويَانِيُّ وَالشَّاشِيُّ، والله أَعْلَمُ، وَمَتَى تَيَسَّرَ لُحُوقُهُ بِعَدْوٍ أَوْ اسْتِعَانَةٍ بِمَنْ يَسْتَقْبِلُهُ فَمَقْدُورٌ عَلَيْهِ، وَيَكْفِي فِي النَّادِّ وَالْمُتَرَدِّي جُرْحٌ يُفْضِي إِلَى الزُّهُوقِ، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مُذَفِّفٌ.

وَإِذَا أَرْسَلَ سَهْمًا أَوْ كَلْبًا أَوْ طَائِرًا عَلَى صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَمَاتَ فَإِنْ لَمْ يُدْرِكْ فِيهِ حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً أَوْ أَدْرَكَهَا وَتَعَذَّرَ ذَبْحُهُ بِلَا تَقْصِيرٍ بِأَنْ سَلَّ السِّكِّينَ فَمَاتَ قَبْلَ إِمْكَانٍ أَوْ امْتَنَعَ بِقُوَّتِهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْقُدْرَةِ حَلَّ، ....

المسألة حديث ضعيف.

قال: (**قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَا يَحِلُّ بِإِرْسَالِ الْكَلْبِ وَصَحَّحَهُ الرُّويَانِي وَالشَّاشِيُّ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) قلت: والْمَاوَرْدِي، وفرَّق بأن الحديد يستباح به الذبح مع القدرة بخلاف عقر الكلب، والثاني: يحل كالصيد والنَّاد، وبه قال البصريون، وسها ابن الرِّفْعَة فقال: وصححه النووي، وإنما صحح في كتبه المنع.

قال: (**وَمَتَى تَيَسَّرَ لُحُوقُهُ**) أي: لحوق النَّاد والشارد.

(**بِعَدْوٍ أَوْ اسْتِعَانَةٍ بِمَنْ يَسْتَقْبِلُهُ فَمَقْدُورٌ عَلَيْهِ**) أي: فلا يحل بما تقدم لعدم الحاجة بل بالذبح، وأسلفنا كلام الرَّافِعِي والإمام في المسألة، ولو رمى غير مقدور عليه فصار مقدورًا عليه ثم أصاب غير المذبح لم يحل، ولو رمى مقدورًا عليه فأصاب مذبحه حل.

قال: (**وَيَكْفِي فِي النَّادِّ وَالْمُتَرَدِّي جُرْحٌ يُفْضِي إِلَى الزُّهُوقِ**) أي: كالصيد، ويروى أنه لو طعنها في فخذها لأجزاك.

(**وَقِيلَ يُشْتَرَطُ مُذَفِّفٌ**) أي: لينزل منزلة قطع الحلقوم والمريء من المقدور عليه، وروى بدل الفخذة الخاصرة، وفيه إشارة على أنها من المقاتل المزهقة والحديث ضعيف.

قال: (**وَإِذَا أَرْسَلَ سَهْمًا أَوْ كَلْبًا أَوْ طَائِرًا عَلَى صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَمَاتَ**) أي: بإصابته.

(**فَإِنْ لَمْ يُدْرِكْ فِيهِ حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً أَوْ أَدْرَكَهَا وَتَعَذَّرَ ذَبْحُهُ بِلَا تَقْصِيرٍ بِأَنْ سَلَّ السِّكِّينَ فَمَاتَ قَبْلَ إِمْكَانٍ أَوْ امْتَنَعَ بِقُوَّتِهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْقُدْرَةِ حَلَّ**) أمَّا إذا لم يدرك

وَإِنْ مَاتَ لِتَقْصِيرِهِ بِأَنْ لَا يَكُونُ مَعَهُ سِكِّينٌ أَوْ غُصِبَتْ أَوْ نَشِبَتْ فِي الْغِمْدِ حَرُمَ. وَلَوْ رَمَاهُ فَقَدَّهُ نِصْفَيْنِ حَلَّا، وَلَوْ أَبَانَ مِنْهُ عُضْوًا بِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ حَلَّ الْعُضْوُ وَالْبَدَنُ،

به حياة مستقرة فواضح كما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت، وأمَّا ما أدرك حياته وتعذر ذبحه بلا تقصير فكما لو لم يدركه حيًّا.

قال: **(وَإِنْ مَاتَ)** أي: ما أدركه حيًّا.

(لِتَقْصِيرِهِ بِأَنْ لَا يَكُونُ مَعَهُ سِكِّينٌ أَوْ غُصِبَتْ أَوْ نَشِبَتْ فِي الْغِمْدِ حَرُمَ) للتقصير، كما لو تردى بعير في بئر فلم يذبحه حتى مات، وسواء ترك استصحاب آلة الذبح ذاكرًا أو ناسيًا وسقوطها منه وسرقها تقصير، وفي الغصوبة وجه مقاس على ما لو حال بينه وبين الصيد سبع حتى مات، وفرق بأن غصب السكين عائد إليه، ومنع السبع عائد إلى الصيد، وفيما إذا نشب في الغمد وجه آخر، جزم به الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وغيرهما، وفصل الْمَاوَرْدِي فقال: عندي يعتبر بحال القرابة، فإن كان على المعهود من الامتثال لما اشتمل عليه كان مأكولًا، وإن خرج عن المعهود في الصيد [والسد] كان غير مأكول.

فَرْعٌ: قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي: لو اشتغل بطب المذبح لم يجده حتى مات فهو حلال؛ لأنه لا يجد منه بدًّا، بخلاف اشتغاله بتحديد الآلة؛ لأنه يمكن تقديمه، ولو وقع الصيد منكبًا فاحتاج إلى قلبه ليمكنه للذبح فمات، أو اشتغل بتوجيهه إلى القبلة فمات، فهو حلال، ولو شك بعد موته في أنه تمكن من ذبحه أم لا حل في الأظهر.

قال: **(وَلَوْ رَمَاهُ فَقَدَّهُ نِصْفَيْنِ حَلَّا)** وقوله نصفين؛ المراد: قطعه قطعتين، كما عبر الشَّافِعِي والجمهور؛ سواء تفاصلت القطعتان أم تماثلتا؛ سواء كان ما اتصل بالرأس أقل أو أكثر، خلافًا لأبي حنيفة لنا القياس على ما سلمه.

قال: **(وَلَوْ أَبَانَ مِنْهُ)** أي: من الصيد.

(عُضْوًا بِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ) أي: في الحال.

(حَلَّ الْعُضْوُ وَالْبَدَنُ) لأن محل ذكاة الصيد كل البدن، أمَّا لو مات في

أَوْ بِغَيْرِ مُذَفِّفٍ ثُمَّ ذَبَحَهُ أَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا آخَرَ مُذَفِّفًا حُرِّمَ الْعُضْوُ وَحَلَّ الْبَاقِي، فَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِهِ وَمَاتَ بِالْجُرْحِ حَلَّ الْجَمِيعُ، وَقِيلَ يَحْرُمُ الْعُضْوُ.

وَذَكَاةُ كُلِّ حَيَوَانٍ قُدِرَ عَلَيْهِ بِقَطْعِ كُلِّ الْحُلْقُومِ، وَهُوَ مَخْرَجُ النَّفَسِ وَالْمَرِيءِ وَهُوَ مَجْرَى الطَّعَامِ.

الحال وأمكنه ذكاته فتركه حتى مات صار ميتة.

قال: (**أَوْ بِغَيْرِ مُذَفِّفٍ ثُمَّ ذَبَحَهُ أَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا آخَرَ مُذَفِّفًا حُرِّمَ الْعُضْوُ**)؛ لأنه أبين من حيّ.

(**وَحَلَّ الْبَاقِي**) أي: لوجود الذكاة فيه حيًّا وحكمًا.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنْ ذَبْحِهِ وَمَاتَ بِالْجُرْحِ حَلَّ الْجَمِيعُ**) لأن الجرح السابق كالذبح للجملة فيتبعها العضو.

(**وَقِيلَ يَحْرُمُ الْعُضْوُ**) لأنه أبين من حيٍّ فصار كما لو قطع إلية الشاة ثم ذبحها تحرم الألية، وهذا ما صححاه من «الشرحين» و«الروضة» وشرح «المهذب».

قال الرَّافِعِي: وإن جرحه أخرى والحالة هذه، فإن كانت مذففة فالصيد حلال، والعضو حرام، وإن لم تكن مذففة، ومات منهما فالصيد حلال، وفي العضو وجهان مرتبان على الوجهين فيما إذا مات من تلك الجراحة، وهنا أولى بالتحريم، انتهى.

وفي «الحاوي»: أنه لو قطع يد البعير المتردي في بئر حلَّ أكل الجميع، وإن لم تمت من قطعها حتى قطع يدًا أخرى حَرمت اليد الأولى؛ لأن الذكاة لم تحصل بقطعها، وحلت اليد الثانية مع البدل؛ لحصول الذكاة بقطعها.

قال: (**وَذَكَاةُ كُلِّ حَيَوَانٍ قُدِرَ عَلَيْهِ**) أي إنسيًّا كان أو وحشيًّا، ضحية كان أو غيرها.

(**بِقَطْعِ كُلِّ الْحُلْقُومِ، وَهُوَ مَخْرَجُ النَّفَسِ وَالْمَرِيءِ وَهُوَ مَجْرَى الطَّعَامِ**) لأن الحياة توجد بهما، وتفقد بفقدهما، هذا هو المذهب والمنصوص ويكفي قطع أحدهما؛ لأن الحياة لا تبقى بعده، قاله الإصطخري، وحكى الْمَاوَرْدِي في

وَيُسْتَحَبُّ قَطْعُ الْوَدَجَيْنِ، وَهُمَا عِرْقَانِ فِي صَفْحَتَيْ الْعُنُقِ، وَلَوْ ذَبَحَهُ مِنْ قَفَاهُ عَصَى.

الاكتفاء بقطع، أكثرهما وجهين.

قال: والظاهر من مذهب الشَّافِعِي إنها لا تحلّ، هذا لفظه، وفي «حلية» الرُّويَانِي: إنه لو قطع أكثر الحلقوم والمريء لا يحلّ أكله، ولو بقي من الحلقوم والمريء قدر ظفر أو أنملة قال بعض أصحابنا: يعفى عنه، وهو اختيار الْمَاوَرْدِي، وبه أقول؛ لأن وجود هذا القدر وعدمه بمثابة واحدة في المعنى، ولا نص فيه عن الإمام الشَّافِعِي، انتهى.

وهذا غير ما رأيته في «الحاوي» ولعله ذكره في موضع آخر، وبه يجتمع في المسألة أربعة أوجه.

فائدة: اعتبر الإمام منع قطع الحلقوم والمريء أمرين: أحدهما: رعاية الإسراع في قطع المذبح وحد الإسراع ألَّا يحس ولا يدرك انتباه الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح.

والآخر: لا تقترن بقطع المذبح ما يعين على التدقيق، إمَّا محققًا أو مظنونًا، وإن كان لو تقدم مثله لا يضر، قال: وهذا على نهاية اللطف، ومن محاسن كلام صاحب «التقريب» ومنه تلقينا ما ذكرناه: أنه لو أشار ذو سيف بسيفه القاطع إلى رأس شاة من قفاها، وأبانه بضربة يحكم بالحِلّ، ومثل ذلك بأن يسرع في قطع الحلقوم، وآخر يسرع في إخراج الحشوة أو النخس في الخاصرة، أو سرع واحد في الذبح من القفا وآخر في قطع الحلقوم والمريء.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ قَطْعُ الْوَدَجَيْنِ، وَهُمَا عِرْقَانِ فِي صَفْحَتَيْ الْعُنُقِ**) لأنه أوحى وأسهل لخروج الروح فهو من الإحسان في الذبح المأمور به، وفي الخروج من خلاف مالك وغيره.

قال: (**وَلَوْ ذَبَحَهُ مِنْ قَفَاهُ عَصَى**) لما فيه من التعذيب بزيادة الإيلام، والعدول عن المشروع؛ ولأنه يعرضه بأن يكون ميتة بالزهوق قبل قطع الحلقوم والمريء.

فَإِنْ أَسْرَعَ فَقَطَعَ الْحُلْقُومَ وَالْمَرِيءَ وَبِهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ حَلَّ وَإِلَّا فَلَا . وَكَذَا إِدْخَالُ سِكِّينٍ بِأُذُنِ ثَعْلَبٍ .

وأفهم كلام ابن الرِّفْعَة خلاف ذلك فقال: إنه مكروه، وربما قيل إنه محرم، وإن حلَّ الأكل (**فَإِنْ أَسْرَعَ فَقَطَعَ الْحُلْقُومَ وَالْمَرِيءَ وَبِهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ حَلَّ**) أي: لوجود الذكاة كما لو قطع يد حيوان ثم ذكاه.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم تكن به حياة مستقرة حينئذ بأن انتهى إلى حركة المذبوح حين انتهى إلى قطع المريء فهو ميتة، وقطع الحلقوم والمريء بعد ذلك لا ينفع.

قال: (**وَكَذَا إِدْخَالُ سِكِّينٍ بِأُذُنِ ثَعْلَبٍ**) أي: حكمه ما سبق، وكذلك القطع من صفحة العنق والثعلب مثال، قال الإمام: ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء ولكنه إذا قطع المريء وبعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح لما ناله من قبل بسبب قطع القفا فهو حلال، فأقصى ما وقع التعبد به أن تكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح، والقطع من إحدى صفحتي العنق كالقطع من القفا، انتهى كلام الرَّافِعِي ونقله.

وقال ابن الرِّفْعَة: الحِل في هذه الحالة منوط كما قاله الْفُورَانِي وأبو الطيب وابن الصباغ والمصنف بأن تكون الحياة مستقرة فيه قبل قطع المريء والحلقوم، وقد يفقد فلا تحل.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يعتبر بقاء الحياة المستقرة أيضًا بعد قطع الحلقوم، ثم تجب معه، ثم حكي عن الإمام أنه قال في مسألتنا أن الحياة لو كانت مستقرة عند الشروع في قطع المريء والحلقوم تحل، وإن لم توجد عنده تمام قطعهما إذا وجد الإسراع على السنن المعتادة، فإنَّا لو قلنا بالتحريم لم يأمن أن يوجد مثل هذا التقدير من غير قطع يتقدم الآخذ في مريء المذبح، لكن الذي حكاه الْمُزَنِي عن الشَّافِعِي ﷺ في «المختصر»: أنها لو تحركت بعد قطع رأسها أكلت وإلا لم تؤكل، وفسر الْبَنْدَنِيجِي وجمهور الأصحاب ذلك بأن الشَّافِعِي قال: إنما تُعلم الحياة المستقرة بشدة الحركة، فإن كانت الحركة شديدة بعد قطع

……

الرقبة فالحياة مستقرة، وإن لم تكن هناك حركة فليس هناك حياة، وهذا يقتضي اعتبار استقرار الحياة بعد قطع جميع الرأس، وهذا ما أورده الْمَاوَرْدِي.

وقد أنكر القاضي الحسين صحة ما نقله الْمُزَنِي وقال: إنما قال الشَّافِعِي: لو ذبحها من قفاها أو أخذ صفحتي عنقها ثم لم يعلم حتى ماتت لم يأكلها حتى يعلم، فإن علم أنها حيت بعد قطع القفا أو إحدى صفحتي العنق حتى وصلت المدية إلى الحلقوم والمريء وهي حية أكلت، وإن كان ميتًا بالجرح الأول كما لو جرحها ثم ذكاها، وكما لو جرحه السبع أو غيره ثم ذكي وكان فيه الحياة حَلّ، وهذا أيضًا يقتضي اعتبار الحياة بعد قطع الرأس، وكلام الْغَزَالِي يقتضي اعتبار استقرار الحياة إلى انتهاء ما يجب قطعه في الذكاة، وهو موافق لما دلَّ عليه ظاهر هذا النص، بل يتعين حمل النص عليه، وبذلك يحصل ثلاث احتمالات.

انتهى صدر كلامه في «الكفاية» وقد استوعبته على طوله في «الغنية» ولا أحسب أحدًا يعتبر بقاء الحياة المستقرة بعد تمام قطع الحلقوم والمريء، وما أوهم اعتبار ذلك يجب تأويله، وعبارة «النهاية»: الذي ذكره الْمُزَنِي وذهب إليه جمهور الأصحاب اعتبار الحركة؛ ومعناه: أنَّا نقطع الحلقوم والمريء، ينظر فإن تحركت بعد استكمال قطعهما تبيَّنا أنها لو لم تكن منتهية إلى حركة المذبوح قبل الأخذ في قطع المذبح، وإن لم يتحرك بعد قطعها تبيَّنا أنها كانت قد ماتت أو انتهت إلى حركة المذبوح في قطع المذبح، هذا ما اعتمده الْمُزَنِي وطوائف.

واعترض عليه صاحب «التقريب» محقًّا فقال: لا تعويل على التحرك بعد قطع المذبح وقرره، ثم قال الإمام: ولا وجه لاعتماد الحركة وإيجادها معتبرًا في النفي والإثبات، وإذا كان كذلك فالوجه أن يقول: إن استبينا حياة مستقرة عند ابتداء الأخذ في القطع قطعنا بالحِل على الترتيب الذي ذكرناه في غاية الإسراع، وإن استبينا مصير البهيمة إلى حركة المذبوح قبل الأخذ في قطع المذبح قطعنا بالتحريم، وإن لم يعلم حالها طلبنا عليه الظن بعلامات لا تدخل تحت الوصف، بل تنزل منزلة قرائن الأحوال التي لا يصفها الوصف، كعلامات

....

الخجل والوجل والغضب ونحوها، فإن حصلت علامة مغلبة على الظن أن البهيمة لم تنته إلى حركة المذبوح حتى أخذنا في قطع المذبح فيحكم بالحل، فإن الأصل بقاء الحياة، وإن غلب على الظن سقوط الحياة قبل الأخذ في قطع المذبح بعلامة لا يكيفها فيحكم بأنها ميتة وإن قطعنا الحلقوم والمريء.

وإن استوى الاحتمالان فالتحريم أغلب؛ إذ ليس التذفيف بأن يحال على الأول أولى من أن يحال على الثاني، وفي ظن بقاء الحياة قبل الأخذ في قطع المذبح أدنى تردد، وفي كلام صاحب «التقريب» إشارة إليه، انتهى.

فَرْعٌ: لو جرح سبع شاة وصيدًا أو انهدم بناء أو سقفًا على بهيمة، أو جرحت هرة حمامة ثم أدركت حية، فإن كان فيها حياة مستقرة حلَّت، وإن تيقن هلاكها بعد يوم أو بعضه، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة؛ لم تحل على المذهب المشهور المنصوص، وبه جزم الجمهور.

وفي قول: تحل في الحالين، قال الشيخ في شرح «المهذب»: والصواب الأول، ثم قال: قال أصحابنا: وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت وصارت إلى أدنى رمق فذبحت فإنها تحل بلا خلاف؛ لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه، وذكر في «البيان» المسألة، وأوهم فيها بخلاف الصواب، فقال: إذا أشرفت المريضة على الموت لم تحل بالذكاة.

قال وحكى صاحب «الفروع» عن ابن أبي هريرة: أنها مادامت تضرب يديها وتفتح عينيها حلَّت بالذكاة وهذا ليس بشيء؛ لأن الحياة فيها غير مستقرة، وإنما حركتها حركة مذبوح هذا كلامه، والمذهب ما سبق هذا لفظ المصنف، وقوله: فإنها تحل بلا خلاف أخذه من قوله في أصل «الروضة»: فإنها تحل قطعًا، وهو ما ذكره الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي وطائفة من المراوزة هنا، وفي «الجنايات» عند الكلام على ما لو قتل مريضًا في النَّزْعِ كما بينَّاه هناك بما فيه فقالوا: إذا صارت البهيمة إلى أدنى رمق فذبحت حلَّت وعللوه بما ذكره المصنف، وسيأتي من كلام الرَّافِعِي وغيره ـ إن شاء الله ـ أنه يشترط وجود الحياة المستقرة عند الشروع في الذبح وحينئذ إن كان مراد الْبَغَوِي وغيره

……………………………………………………………………

صيرورة البهيمة إلى أدنى الرمق مع بقاء الحياة المستقرة فصاحب «البيان» لا يخالف في هذا، وإن أريد به بلوغها إلى حركة المذبوح وزوال الحياة المستقرة فيها كما يفهمه كلام الشيخ فإن الرمق بينة الروح في الجسد فأديا بالانتهاء إلى حركة المذبوح، فالمذهب ـ والعلم عند الله ـ ما في «البيان» وهو قضية كلام العراقيين، وصريح [قول] القاضي الحسين إن المريض إذا أشرف على الهلاك بأن وقع في حركة المذبوحين لا تحل بالذبح، ومن قتله لا يكون قاتلًا ولا عبرة بسيلان الدم وعدمه، وقال المحاملي في «المقنع»: والشاة إذا مرضت وأشرفت على الموت فذكاها صاحبها، فإن كان فيها حياة مستقرة حل أكلها، وإن لم تكن فيها حياة مستقرة لم يحل أكلها، ومما يوضح ذلك أن الأصحاب عدُّوا من فوائد حديث ذبح الجارية الشاة بالمروة لمَّا خافت موتها أن الحيوان إذا خيف موته، وكانت فيه حياة مستقرة جاز ذبحه؛ أي: وإلا فلا يجوز؛ لأنه لا يفيد شيئًا؛ لأنه صار في حيز الموتى، وفيه تعذيب له وإيلام بلا فائدة.

ورأيت في «فتاوى» [القفال]: أنه إذا وقعت قرحة في شاة أو أكلة وصيرتها بحال لا تعيش مثله ولا تتحرك إلا حركة المذبوح فذبحت لم تحل، انتهى.

فَرْعٌ: قال في شرح «المهذب»: كون الحيوان منتبهًا إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة تارة يستيقن وتارة يظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة، قال الأصحاب: ومن علامات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء وانفجار الدم وتدفقه، قال الإمام: من الأصحاب من قال كل واحد منهما يكفي دليلًا على بقاء الحياة المستقرة، قال: والأصح إن كلامهما لا يكفي؛ لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح، لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن وأمارات أُخر يفيد الظن أو اليقين فيجب النظر والاجتهاد، هذا كلام الإمام واختار المزَنِي وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة وهو الأصح المختار.

وحكى البخاري في «صحيحه» معناه عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ وقد وقعت

……

المسألة في «الفتاوى» وكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر من علاماتها: الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء، وجريان الدم، فإذا حصلت قرينة مع أحدهما حل الحيوان والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها، فهذا هو الصحيح الذي يعتمد، وقد ذكر الشيخ أبو حامد وصاحبا «الشامل» و«البيان» وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن تبقى معه اليوم واليومين، فإن شق جوفها وظهرت الأمعاء ولم تنفصل فإذا ذكيت حلت، وما ذكروه منزل على ما قدمناه، انتهى.

ومثل ابن الصباغ الحياة المستقرة كما ذكره الشيخ وغير المستقرة بما لو ترك لمات في الحال، وقال غيره: الحياة المستقرة ألَّا تنتهي إلى حركة المذبوح، وقال صاحب «الانتصار» فيه، وفي «المرشد» و«التنبيه» والإشارة، ويعرف كون الحياة مستقرة بشيئين:

أحدهما: أن تكون حال وصول السكين إلى الحلقوم تطرف عينه أو يتحرك ذنبه؛ لأن الحياة إذا زالت من أسفله لم يتحرك ذنبه وشخص بصره.

والثاني: أن يتحرك منه شيء بعد إبانة الرأس، انتهى. ولا عبرة بالاختلاج بعد الذبح بلا شك.

فَرْعٌ: تقدم قول الإمام في كلامه على الذبح من القفا وفي [ظن] بقاء الحياة قبل الأخذ في قطع المذبح أدنى تردد، وفي كلام صاحب «التقريب» إشارة إليه.

وقال الشيخ في الكلام على الذبح: إذا شك في المذبوح هل كان فيه حياة مستقرة حال ذبحه أم لا؟ ففي حله وجهان: أحدهما: الحل؛ لأن الأصل بقاء الحياة، وأصحهما: التحريم للشك في الذكاة المبيحة، انتهى.

وكذا حكى الوجهين أصحابنا العراقيون وغيرهم، وخذ من هذا الكلام اعتبار استقرار الحياة في حل كل ما يتوقف حله على ذكاته من جريح ومريض كما سبق، وهو ظاهر كلامه في «فتاويه» وبه تبين اضطراب كلامه في صورة

وَيُسَنُّ نَحْرُ إِبِلٍ وَذَبْحُ بَقَرٍ وَغَنَمٍ، وَيَجُوزُ عَكْسُهُ.

المريضة، وإن اعتراضه على صاحب «البيان» ليس بجيد، وحينئذ تناول كلام الْبَغَوِي وغيره إلا أن يدعوا أن الحياة مستقرة في المريض ما لم تقض نفسه كما سبق عن الإمام في القود من قاتل المريض، فيكون ذلك خلافًا بين الجمهور وبعض المراوزة، والله أعلم.

قال: (**وَيُسَنُّ نَحْرُ إِبِلٍ**) أي: وهو قطع اللبة أسفل العنق تأسيًا به ﷺ، كما هو ثابت في «الصحيحين».

(**وَذَبْحُ بَقَرٍ وَغَنَمٍ**) أي: وهو قطع [الحلقوم] أعلى العنق ثابتًا بحديث «الصحيحين» [في الغَنم] وفي معنى البقر والغنم كل ما في معناه من خيل وصيد، والمعتبر في الكل قطع الحلقوم والمريء كما تقدم.

قال: (**وَيَجُوزُ عَكْسُهُ**) أي: وهو ذبح الإبل ونحر البقر والغنم ونحوها؛ لأن الجميع موح بلا تعذيب، ولكنه خلاف المستحب، وفي قول يكره، والمشهور خلافه، قاله في شرح «المهذب» وجزم الإمام في الأضحية بكراهة ذبح البعير وفي وجه شاذ أنه يخير في البقر بين الذبح والنحر.

قال في «شرح مسلم»: قال بعض العلماء في قوله ﷺ: «**ما أنهر الدم.. فكل**»(١) دليل على جواز ذبح المنحور ونحر المذبوح، وقد جوَّزه العلماء كافة إلا داود فمنعه، ثم حكي عن مالك روايات سبقت مع بيان غلط من نقل عن «الذخائر» عن الشيخ أبي حامد أن نحر البقر والغنم يحرم إجماعًا، وأن الصواب في النقل يجوز إجماعًا.

تَنْبِيهٌ: قال ابن الرِّفْعَة: النحر: الطعن بحديدة، أو سكين، أو حربة، وما به حد في النحر، وهو ثغرة النحر، وهو الوهدة التي في أعلى الصدر وأصل العنق.

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٣٠، رقم ٩٦٤)، وأحمد (٣/ ٤٦٣، رقم ١٥٨٤٤)، والبخاري (٥/ ٢١٠٦، رقم ٥٢٢٣)، ومسلم (٣/ ١٥٥٨، رقم ١٩٦٨)، وأبو داود (٣/ ١٠٢، رقم ١)، والترمذي (٤/ ٨١، رقم ١٤٩١)، والنسائي (٣/ ٦٤، رقم ٤٤٩٩)، وابن ماجه (٢/ ١٠٦١، رقم ٣١٧٨)

وَأَنْ يَكُونَ الْبَعِيرُ قَائِمًا مَعْقُولَ الرُّكْبَةِ، وَالْبَقَرَةُ وَالشَّاةُ مُضْجَعَةً لِجَنْبِهَا الْأَيْسَرِ.

قال البَنْدَنِيجِي: ولا حد له غير أنه إذا نحر المكان أجزأه، وكلامه يفهم أن إيجاب قطع الحلقوم والمريء، واستحباب قطع الودجين مخصوص بالذبح؛ لأنه قال بعد ذلك: وأمَّا الذبح فالكلام في فصلين الكمال وأقل الأجزاء في «الحاوي» و«النهاية» وغيرهما أن المقطوع من البعير الحلقوم والمريء أيضًا، وهو ما يقتضيه كلام «التنبيه» انتهى.

وصرَّح الشيخ في شرح «المهذب» وغيره بذلك وقال: إن المعتبر في الموضعين قطع الحلقوم والمريء، والله أعلم.

فَرْعٌ: قال أصحابنا: المعنى في استحباب نحر الإبل إنه أسرع بخروج الروح منها بسبب طول أعناقها، وقضيته أن يشاركها فيه الزرافة إذا أبحناها وهو الوجه، والنعام والأوز وكل ما طال عنقه من الصيود.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ الْبَعِيرُ قَائِمًا مَعْقُولَ الرُّكْبَةِ**) أي: ويندب ذلك لقوله تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا﴾ [الحج: ٣٦] قال ابن عباس: «**قيامًا على ثلاث**»(١) قال الحاكم: صحيح على شرطهما، وأخرجا من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قد أتى على رجل قد أناخ بدنة ينحرها فقال: ابعثها قيامًا مقيدة سنة أبي القاسم ﷺ، والمستحب أن تكون المعقولة اليسرى؛ اقتداء به ﷺ وبأصحابه كما رواه أبو داود بإسناده الصحيح، فإن لم ينحر قائمًا فباركًا.

قال: (**وَالْبَقَرَةُ وَالشَّاةُ**) أي: ونحوهما (**مُضْجَعَةً لِجَنْبِهَا الْأَيْسَرِ**) ثبت إضجاع الشياه في «الصحيحين» في النطيحة من حديث أنس ومسلم عن عائشة: «**فأخذ الكبش وأضجعه ثم ذبحه**»(٢) وقاسوا البقر ونحوها على الغنم؛ ولأنه أمكن.

إشارة: ادعى في «الدقائق» أن لفظة الأيسر زيادة له، وليس كذلك بل هي ثابتة في «المحرر» على اختلاف نسخه، وكأنها سقطت مما اختصر منه.

---

(١) أخرجه الحاكم (٧٦٧٨).

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٢٦) ومسلم (٥٢٠٣).

وَيَتْرُكُ رِجْلَهَا الْيُمْنَى، وَتُشَدُّ بَاقِي الْقَوَائِمِ، وَأَنْ يُحِدَّ شَفْرَتَهُ، وَيُوَجِّهُ لِلْقِبْلَةِ ذَبِيحَتَهُ،

قال: **(وَيَتْرُكُ رِجْلَهَا الْيُمْنَى، وَتُشَدُّ بَاقِي الْقَوَائِمِ)** أي: لئلا يضطرب حالة الذبح، فيترك الذابح اليمنى مرسلة لتستريح الذبيحة بتحريكها، ووقع في «كفاية» ابن الرِّفْعَة ترك الرجل اليسرى، ولعله سبق قلم، والمعروف اليمنى.

قال: **(وَأَنْ يُحِدَّ شَفْرَتَهُ)** لما في «صحيح» مسلم من رواية شداد بن أوس برفعه **«وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»**(١) بكسر الدال، وليحد بضم الياء والشفرة السكين الكبيرة، واستحباب تحديدها إذا كانت تقطع بلا تحديد، أمَّا لو كانت كَالَّة لا تقطع إلا بشدة تحامل الذابح عليها، فيحرم الذبح بها، ولا يحل المذبوح، قالوا: ويكره أن يحدها والشاة تنظر، وأن يذبح شاة والأخرى تنظر إليها، وفي الصورتين خبران، ولما فيه من تزويغها كما تشاهد ذلك، ويستحب أن تساق إلى المذبح برفق، [وتصحيح برفق] وأن يعرض عليها الماء قبل الذبح.

قال: **(وَيُوَجِّهُ لِلْقِبْلَةِ ذَبِيحَتَهُ)**؛ لأنها أفضل الجهات، ويتأكد ذلك في الأضحية ونحوها؛ لأنه ﷺ وجَّه كبشه إلى القبلة، ولا يقال يكره كالبول إلى القبلة؛ لأنها حالة يستحب فيها، ذكر الله تعالى بخلاف ذلك ثم في كيفية التوجيه أوجه:

أصحهما: يوجه مذبحها إلى القبلة، لا وجهها لتمكنه الاستقبال.

وثانيها: توجهها بجميع بدنها.

وثالثها: توجه قوائمها، وحكى المحب الطبري وجهًا رابعًا غريبًا ضعيفًا: أنه يجعل ظهرها إلى القبلة؛ [ليكون وجهها إلى القبلة] وكأنه أخذه من

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٥٢، رقم ١١١٩)، وأحمد (٤/ ١٢٣، رقم ١٧١٥٤)، والدارمي (٢/ ١١٢، رقم ١٩٧٠)، ومسلم (٣/ ١٥٤٨، رقم ١٩٥٥)، وأبو داود (٣/ ١٠٠، رقم ٢٨١٥)، والترمذي (٤/ ٢٣، رقم ١٤٠٩)، وقال: حسن صحيح. وابن أبي شيبة (٥/ ٤٥٥، رقم ٢٧٩٢٩)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٨٢، رقم ١١٠٧١) والنسائي (٧/ ٢٢٧، رقم ٤٤٠٥)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٨، رقم ٣١٧٠)، والطبراني (٧/ ٢٧٤، رقم ٧١١٤)، والبزار (٨/ ٣٩٤، رقم ٣٤٦٨)، والديلمي (١/ ١٧٣، رقم ٦٤٨).

وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ اللهِ، ....

«الذخائر» فإنه حكاه عن الْفُورَانِي كذلك.

وعبارة «الإبانة» وفي كيفيته وجهان: أحدهما: أن يكون ظهرها نحو القبلة حتى يكون وجهها نحو القبلة، ويستحب أن يتوجه الذابح إلى القبلة أيضًا كما أشرنا إليه، رواه البيهقي عن ابن عمر من قوله، وفي الحديث شاهد له.

قال: (**وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ اللهِ**) أي: لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨] وللأحاديث الثابتة في ذلك في «الصحيحين» وغيرهما، ويستحب أيضًا عند رمي الصيد، وإرسال الكلب وغيره، ويتأكد ذلك للخروج من خلاف من أوجبها، وجعلها شرطًا، ويكره تركها عمدًا على الصحيح.

وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أنه يأثم به، وبه جزم الدَّارِمِي، ويتجه في العالم بالأوامر الواردة فيها.

ونقل الرُّويَانِي عن النص استحبابها عند صيد السمك والجراد.

وعند المَاوَرْدِي أنها لا تستحب؛ إذ لم يرد الشرع بها، وإن كان ذكر الله حسنًا على كل حال، وكأنه أراد لم يرد فيها بخصوصهما شيء، وإلا فالعمومات تشملها، ومنها حديث «**كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه ببسم الله**» كما جاء في رواية «**فهو أجذم**»(١) ثم الظاهر أن الأكمل أن يقول: بسم الله الرحمن الرحيم.

فروع: يتأدى بالتسمية عند عض الكلب، وإصابة السهم على الأصح، ولو ترك التسمية عند الإرسال استحب تداركها عند الإصابة قطعًا؛ كتداركها في أول الوضوء، والأكل بتداركها في الأثناء، ويشبه أن يتداركها قبل الإصابة ولا يؤخرها إليها.

روى ابن ماجه عن جابر أنه ﷺ ضحى بكبشين فقال حين وجههما: «**وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض**»(٢) فينبغي أن يقول ذلك.

---

(١) ذكره العظيم آبادي (١٣/ ١٢٧) وقال: وهو حديث حسن.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٧٥، رقم ١٥٠٦٤)، وأبو داود (٣/ ٩٥، رقم ٢٧٩٥)، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٣، رقم ٣١٢١)، والحاكم (١/ ٦٣٩ رقم ١٧١٦) وقال: صحيح على شرط مسلم.

وَيُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَلَا يَقُلْ: بِسْمِ اللهِ، وَاسْمِ مُحَمَّدٍ.

قال المَاوَرْدِي: يختار في الأضحية خاصة أن يكبر قبل التسمية وبعدها ثلاثًا؛ لأنها أيام التكبير، ثم يختم بالحمد، وفي استحباب الدعاء وجهان:

وأصحهما: نعم، وهو اللهم إليك ومنك.

[والثاني]: تَقبَّل مني.

قال: (**وَيُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ**) أي: قياسًا على سائر المواضع وأكثرها.

قال في «الروضة»: نص عليه في «الأم» يشير به إلى قوله: ولا أكره الصلاة على رسول الله ﷺ بل أستحبها، ورواية المزني: ولا أكرهها؛ لأنها إيمان بالله تعالى، وهذه اللفظة إنما تستعمل فيما لا يستحب، وكذلك قال ابن أبي هريرة: لا يستحب ولا يكره.

وقال الحَلِيمِي في ذبح الأضحية: وإن صلى على رسول الله ﷺ فذاك حسن، وحاشى له من أن يكره الصلاة عليه عند طاعة أو قربة، ولم يذكر ذلك عند كل ذبيحة، فأشعر باختصاص ذلك مما كان قربة لا بشاة اللحم والقلب إلى موافقة ابن أبي هريرة أميل؛ إذ لم يرد فيه شيء يعتمد، وكرهها مالك وأبو حنيفة وابن المنذر، ونقله عياض عن مالك وسائر العلماء، وأنهم قالوا: لا يذكر عند الذبح إلا الله تعالى وحده.

قال: (**وَلَا يَقُلْ: بِسْمِ اللهِ، وَاسْمِ مُحَمَّدٍ**) أي: لا يجوز ذلك للذابح والصائد؛ إذ من حق الله تعالى أن يجعلَ الذبح باسمه، واليمين والسجود له، لا يشاركه فيها مخلوق، كذا نقله الرَّافِعِي عن جماعة عن الْقَفَّال، ونقله الشيخ في شرح «المهذب» عن أصحابنا مطلقًا. قال الرَّافِعِي: وفي «الوسيط» إنه لا يجوز أن يقول: بسم الله ومحمد رسول الله بالكسر؛ لأنه شريك، وكان لا يتعد أن يجعل الإضافة إلى الله تعالى بالرسالة صارفًا عن الشريك، وإيهامه بخلاف اقتصاره علم العلم.

قال الريحاني: وفيه نظر، فإن جرَّه يوجب العطف عليه فيشتركان في المقصود، فإن رسول الله ﷺ في هذا المقام ليس مقصودًا بالذكر، بل هو صفة

……

لمحمد ﷺ والمقصود بالذكر: إنما هو محمد لقوله: محمد العربي أو الهاشمي، انتهى.

قال الْغَزَالِي: فلو قال: بسم الله ومحمد رسول الله بالرفع فلا بأس به، وهذا من المعرب قريب، أمَّا من غيره فلا؛ إذ هما عنده سيان.

فروع: في «الشامل» وغيره عن النص: أنه لو كان للكتابيين ذبيحة يذبحونها باسم الله كالمسيح لم تحل، وذكر ابن كَجٍّ أن اليهودي لو ذبح لموسى، أو النصراني لعيسى ـ عليهما السلام ـ أو للصليب حرمت ذبيحته، وأن المسلم لو ذبح للكعبة أو للرسول ﷺ فيقوى أن يقال يحرم؛ لأنه ذبح لغير الله تعالى، وأن أبا الحسين خرج وجهًا آخر أنه يحل؛ لأن المسلم يذبح لله تعالى ﷻ، ولا يعتقد في رسوله ما يعتقده النصراني في عيسى، وإذا ذبح للصنم لم يؤكل؛ سواء كان الذابح مسلمًا أو نصرانيًّا.

وفي «تعليق» لإبراهيم المروزي: أن ما يذبح عند قدوم السلطان تقربًا إليه أفتى أهل بُخَارَى بتحريمه؛ لأنه مما أهلَّ به لغير الله.

قال الرَّافِعِي بعد هذه النقول: اعلم أن الذبح للمعبود وباسمه نازل منزلة السجود له ممن ذبح لغير الله من حيوان أو جماد؛ كالصنم على وجه التعظيم، والعبارة: لم تحل ذبيحته، وكان ما يأتي به كفرًا كمن سجد لغيره سجدة عبادة، وكذا لو ذبح له ولغيره على هذا الوجه، فأمَّا الذبح لغيره لا على هذا الوجه، كما إذا ضحَّى غيره، أو ذبح للكعبة تعظيمًا لها؛ لأنها بيت الله تعالى، أو لرسول الله ﷺ؛ لأنه رسول الله، فهذا لا يجوز أن يمنع الحِلّ، وإلى هذا المعنى يرجع قول القائل: أهدي للحرم أو الكعبة، ومن هذا القبيل الذبح عند استقبال السلطان فإنه استثناء بقدومه نازل منزلة ذبح العقيقة للولادة، ومثل هذا لا يوجب كفرًا، وكذا السجود للغير خضوعًا وتذللًا، وعلى هذا إذا قال الذابح: باسم الله واسم محمد، فأراد: أذبح باسم الله، والتبرك باسم محمد، فينبغي ألَّا يحرم، وقول من قال: لا يجوز ذلك يمكن أن يحمل على أن اللفظ مكروهة لإيهامها الجمع والتشريك، والمكروه يصح سلب الجواز،

……

والإباحة المطلقة عنه، فكانت وقعت مشاجرة عظيمة بين جماعة ممن لقيناهم من فقهاء قزوين في أن من ذبح باسم الله، واسم رسوله هل تحل ذبيحته، وهل يكفر بذلك، وأفضت تلك المشاجرة إلى فتنة، والصواب ما بيناه، انتهى.

قلت: أتقن الإمام الرَّافِعِي هذا الفصل، ومما نؤيد ما قاله وذكره الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» عن صاحب «التقريب» عن الشَّافِعِي: أن النصراني إذا سم غير الله تعالى كالمسيح لم تحل ذبيحته، قال صاحب «التقريب» معناه: أن يذبحها له، فأمَّا إن ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله فجائز، وقال الْحَلِيمِي: تحل مطلقًا، وإن سمى المسيح والله أعلم، انتهى.

ورأيت في «تعليق» البَغَوِي: ويجب أن يتقرب بالأضحية إلى الله تعالى حتى لو ذبحه تقربًا إلى السلطان أو مخلوقًا آخر لا يحل، وكانوا يقولون ببخارى: إن الذبائح التي تذبح لقدوم السلطان ألَّا تحل، قال القاضي ـ يعني الحسين ـ إن قصدوا به التقرب إليه لا تحل، وإن قصدوا به الشكر لله تعالى والتقرب إليه حيث رده إليهم تحل، انتهى.

ورأيت في «المستعمل» لمنصور التميمي: إنما تحل ذبيحة الكتابي إذا هو لم يهل بها لغير الله، وإهلاله بها لغير الله تعالى أن يقول من حيث يسمع: باسم المسيح أو باسم عُزير، أو باسم بعض آلهتهم، فإذا نطق بها لم تؤكل، وإن ذبح وسكت لم تحرم، وإن كنا نعلم أنه أضمر مثل هذا، انتهى.

وعبارة الْحَلِيمِي: ما أُهِلَّ به لغير الله تعالى هو ذبيحة الوثني والمجوسي والمعطل؛ لأن الوثني يذبح للوثن، والمجوسي للنار، والمعطل لا يعتقد شيئًا فيذبح لنفسه، وأمَّا المسلم فإنما يذبح لله تعالى، وكذلك اليهودي والنصراني يذكيان لله تعالى؛ لأن معبودهما في أصل دينهما ليس إلا الله تعالى، وإياه ينحوان بذبائحهما.

قلت: وهذا ممنوع إن أراد به أنهما يخلصان ذلك له من الشريك، قال:

……

ولو أن نصرانيًا قال: باسم المسيح أو باسم عيسى، فلا يخلوا من أن يكون ذابحًا لله تعالى؛ لأنه لا يقول هذا القول من النصارى إلا من يزعم أن الله تعالى حال في المسيح ومتحد به، وليس عيسى سواه ولا متميزًا عنه؛ لأنه يقول: لا شيء سوى عيسى، فهو إذا قال باسم المسيح فإنما يختص المسيح بالتسمية، كما هو مختص به عنده، فقد صار قصده من ذكر المسيح ذكر الإله، فجعل ذابحًا لله تعالى، فكذلك حلت الذبيحة، انتهى.

وهذا منه يقتضي اختصاص ما ذكره ببعض النصارى، على أنه غير مقبول، ولا يوافق عليه، وأكثر النصارى يجهل ما ذكره ويعتقد آلهته ويذبح له تقربا إليه وقد قال ابن الرفعة مع اطلاعه أنه لا نزاع لو قال اذبح للنبي ﷺ أو تقربا له لا يحل أكلها، كما نص عليه الشَّافِعِي في «الأم»: أنه لو قال أهللت بها لعيسى حرم أكلها، وهذا الإطلاق من الشَّافِعِي يقتضي تعميم المنع، وذكر في «المختصر» نحوه.

وقال الدَّارِمِي: إن ذبح المسلم أو غيره للنبي ﷺ أو للكعبة فهل يحل؟ على وجهين:

قلت: والأقرب إلى النص، وكلام الجمهور المنع، وقول الرافِعِي: إنه إذا ذبح للكعبة تعظيمًا لها . . إلى آخره، فلا أرى الأصحاب يجوِّز دون إطلاق هذا اللفظ، ولا يُحلُّون هذه الذبيحة، وإطلاق الإهداء للكعبة أو للحرم مجاز مستعمل شائع لا يراد بإطلاقه، ولا يفهم منه إلا النذر أو التقرب إلى الله تعالى؛ لأن الهدايا تحمل إلى ثَم ما صفيت إليه، وأمَّا الذبح للكعبة أو للرسول ﷺ فلم يعهد قولًا ولا فعلًا، وقد أطلق الشَّافِعِي أن قوله: اذبح للنبي أو تقربًا إليه لا يحل الأكل، وأكثر الناس جهال يقصدون بإطلاق هذا شبهة التقرب إلى المذكور والتعبد له، وإن خطر لهم أن ذلك يقربهم إلى الله كما يتقرب ذووا الحاجات إلى خواص الملك؛ رجاء نفعهم لهم عنده، وقد أخبر تعالى عن الكفار أنهم قالوا: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ [الزمر: ٣] فالصواب حسم الباب.

……………………………………………………………………

ومما يقرب من هذا ما ينذره كثير من الجهال من الشمع والزيت وغيرهما لقبور وأحجار ومشاهد قاصدين بذلك قضاء السؤال ونيل المأمول، ظانين أن ذلك لمعنى وخاصته فيه، وأنه يجلب لهم النفع، ويدفع عنهم الضر، ويقولون: موضع كذا يقبل النذر؛ أي: يجلب النذر له للنفع، ويدفع المكروه، والوجه منع هذا وأشباهه.

ورد في حديث النهي عن ذبائح الجن.

قال أبو عبيد: هو أن تشتري دارًا، أو يستخرج عينًا فيذبح خوفًا من أن تصيبه الجن فيها.

قال الْمَاوَرْدِي: إن فعله تقربًا إلى الله تعالى ليدفع لإصابة الجن حل أكلها، وإن ذبح للجن استدفاعًا لهم حرم أكلها.

وفي «فتاوى» الحناطي: إنه إذا ذبح حيوانًا لغير، فأكله حل أكله في أظهر الوجهين.

فائدة: قال في شرح «المهذب»: يجب أن يسرع الذابح في القطع ولا يبالي، بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح، هكذا قاله الإمام وغيره.

قال الرَّافِعِي: وهذا قد يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء، قال: فيشبه أن يكون المقصود هنا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح، وهناك إذا لم يتحقق الحال.

قال الشيخ: وما قاله خلاف ما سبق تصريح الإمام به، بل الجواب أن هذا مقصر بالثاني فلم تحل ذبيحته، بخلاف الأول، فإنه لا يقصر في حقه، ولو لم يحلله أدى إلى جرح، والله أعلم، انتهى.

فتأمل هذا الكلام مع كلامهم على ما إذا ذبح الشاة من القفا، فإنه قد لا يلتئم، وقد عد هو والرَّافِعِي بعد هذا من الستر إمرار السكين بقوة، وتحامل ذهابًا وعودًا، والحد في الإسراع ليكون أوحى وأسهل، هذا لفظ الرَّافِعِي.

فَصْلٌ

يَحِلُّ ذَبْحُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ وَجَرْحُ غَيْرِهِ بِكُلِّ مُحَدَّدٍ يَجْرَحُ كَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ وَذَهَبٍ وَخَشَبٍ وَقَصَبٍ وَحَجَرٍ وَزُجَاجٍ إِلَّا ظُفُرًا وَسِنًّا وَسَائِرَ الْعِظَامِ. ....

وكان مراده بهذا الإسراع ما يزيد على الإسراع الواجب فلا يعارض، كما ظنه ظان.

خاتمة: قال في شرح «المهذب»: قال أصحابنا: إذا قطع الحلقوم والمريء والودجين استحب أن يقتصر على ذلك، ويكره أن يبين رأسه في الحال، وأن يزيد في القطع، وأن يكسر عنقها، وأن يكسر القفا، وأن يقطع عضوًا منها وأن يحركها وأن ينقلها إلى مكان آخر، فكل ذلك مكروه، بل يتركه كله حتى تفارقها الروح وتبرد، ويستحب ألَّا يمسكها بعد الذبح مانعًا لها من الاضطراب، انتهى.

وعد كثيرون من المستحب ألَّا يبادر بالسلخ، وعبارة الشيخ أبي محمد في «مختصره»: ولا يجوز النخع والسلخ قبل أن تهدأ، وتبعه صاحب «المعتبر» والْغَزَالِي في «الخلاصة» قال: لما فيه من التعذيب، وظاهر كلامهم تحريمه؛ إذ هو المعهود من إطلاق لفظ لا يجوز، وحينئذ يجب طرده في كل ما يكون في معناه، وهو ظاهر مادام بها حياة لها وقع، وهل النخع كسر العنق أو المبالغة في القطع حتى يصل إلى قطع النخاع؛ وهو عرق في الصلب؟ فيه تفسيران: وينسب الْمَاوَرْدِي الأول إلى الشَّافِعِي، قال: وليس النخع على كل الوجهين مانع من الإباحة وإن كان مكروهًا؛ لحدوثه بعد كمال الذبح، وإن كانت الروح باقية.

قال: (**فَصْلٌ: يَحِلُّ ذَبْحُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ وَجَرْحُ غَيْرِهِ بِكُلِّ مُحَدَّدٍ يَجْرَحُ**) أي: بحدة لا بالتحامل عليه؛ لأن القطع به إنما حصل بقوة الذابح واعتماده الشديد لا بالآلة.

قال: (**كَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ وَذَهَبٍ وَخَشَبٍ وَقَصَبٍ وَحَجَرٍ وَزُجَاجٍ إِلَّا ظُفُرًا وَسِنًّا وَسَائِرَ الْعِظَامِ**) لما في «الصحيحين» عن رافع بن خديج أنه قال لرسول الله ﷺ: إنا لاقوا العدو غدًا وليس معنا مدي أفنذبح بالقصب؟ قال: «**ما أنهر**

الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك، أمَّا السن فعظم، وأمَّا الظفر فمدي الحبشة[1] وظاهر الرواية: أن قوله، أمَّا السن... إلى آخره من كلام النبي ﷺ.

وعن ابن الْقَطَّان أنه قال في كلامه على أحكام عبد الحق إنه وقع الشك في رفع ذلك، ووقفه على الراوي، ثم بينه، وسواء كان السن [متصلًا] أو منفصلًا من آدمي أو غيره.

وفي «سنن» أبي داود، [والنسائي] وابن ماجه، وصحيح ابن حبان والحاكم عن عدي بن حاتم قال: قلت يا رسول الله: إن أحدنا أصاب صيدًا وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا قال: **«أَمْرِرِ الدَّمَ بِمَا شِئْتَ، وَاذْكُرِ اسْمَ الله»**[2].

تَنبِيه: ما ذكره في العظام هو المشهور، وقيل: يجوز الذكاة بعظم المأكول المذكى، قيل: وغير المذكي، وهما شاذان، ولو جعل نصل السهم عظمًا فقتل به صيدًا لم يحلّ، وقال الْمَاوَرْدِي: قال الشَّافِعِي كرهته، ولا تبين لي أنه لا يجوز؛ لأنه لا يقع اسم سن ولا ظفر، والمشهور الأول للتعليل في السن بأنه عظم، وما نقلناه عن الْمَاوَرْدِي عن الشَّافِعِي تبعنا فيه الرَّافِعِي، والذي في «الحاوي»: وأمَّا الذكاة بالعظم فقال الشَّافِعِي: كرهته، ولا تبين لي أن يحرم؛ لأنه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر، قال الْمَاوَرْدِي: وفيه عندي نظر، وأشار ابن الصلاح وابن عبد السلام إلى أن المنع من الذكاة بالعظم تعبد لا يعقل معناه، وقال المصنف في «شرح مسلم»: معناه لا يذبحوا بها لِأَنَّهَا تَنْجُسُ بِالدَّمِ وَقَدْ نُهِيتُمْ عَنْ تَنْجِيسِهَا فِي الِاسْتِنْجَاءِ لِكَوْنِهَا زَادُ إِخْوَانِكُمْ مِنْ الْجِنِّ قال: **(فَلَوْ قَتَلَهُ بِمُثَقَّلٍ أَوْ ثِقَلِ مُحَدَّدٍ كَبُنْدُقَةٍ وَسَوْطٍ وَسَهْمٍ بِلَا نَصْلٍ وَلَا حَدٍّ أَوْ سَهْمٍ وَبُنْدُقَةٍ أَوْ**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الطيالسي (ص ١٣٩، رقم ١٠٣٣)، وأحمد (٤/ ٢٥٦، رقم ١٨٢٧٦)، وأبو داود (٣/ ١٠٢، رقم ٢٨٢٤)، وابن ماجه (٢/ ١٠٦٠، رقم ٣١٧٧)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٦١، رقم ٤٤٩١)، والبيهقي (٧/ ٢٧٩، رقم ١٤٤٠٠) وابن حبان (٢/ ٤١، رقم ٣٣٢).

جَرَحَهُ نَصْلٌ وَأَثَّرَ فِيهِ عُرْضُ السَّهْمِ فِي مُرُورِهِ وَمَاتَ بِهِمَا، أَوِ انْخَنَقَ بِأُحْبُولَةٍ، أَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ فَوَقَعَ بِأَرْضٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ سَقَطَ مِنْهُ حَرُمَ.

(جَرَحَهُ نَصْلٌ وَأَثَّرَ فِيهِ عُرْضُ السَّهْمِ فِي مُرُورِهِ وَمَاتَ بِهِمَا، أَوِ انْخَنَقَ بِأُحْبُولَةٍ) أي: وإن يصيب له.

(أَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ) أي: فجرحه.

(فَوَقَعَ بِأَرْضٍ أَوْ جَبَلٍ ثُمَّ سَقَطَ مِنْهُ حَرُمَ) الشرح: أمَّا التحريم في الأولى والثانية والثالثة فلأنه موقوذ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة: ٣] وهي ما قتل بحجر أو خشب، أو بما لا حدَّ له، وأمَّا ما بعدها فلاجتماع المحرم والمبيح فغلب التحريم، وصورة الأحبولة دخلت في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وأمَّا قوله: (أو أصابه سهم) أي: فجرحه فوقع بأرض أو جبل ثم سقط منه حرم فعبارة ردته، وصوابها أن يقال: فوقع على طرف سطح أو جبل ثم سقط منهُ كما في «المحرر» و«الروضة» و«الشرح» وغيرها، وقوله في الجبل ثم سقط منه بجرح ما لو لم يسقط فيه، ولكنه تدحرج من جنب إلى جنب، فإنه لا يؤثر [لأنه لا يؤثر] في التلف، كذا أطلق.

وهو ظاهر في الخفيف الذي لا يتأثر بذلك، وأمَّا لو عظمت جثته كبقر الوحش وحميره ونحوها، فإن التدحرج يؤثر في تلفها؛ لثقل أبدانها، ولكن قوة كلامه تفهم بأن الصورة في الطير بجرحه في الهواء فيقع طرف سطح أو جبل أو شجر يتردى منه.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو كان الطير على طرف السطح أو الجبل فأصابه فسقط إن سقط الأرض دفعة واحدة ومات يحل، وإن تدحرج حتى أصاب الأرض لم يحل؛ لأنه يشبه المتردية، وألحق بذلك في الحكم ما لو وقع على سكين أو شيء محدد غيره، أو على أرض، ثم وثب منها وثبة طويلة، ثم مد في الهواء، ثم سقط على الأرض، فإنه لا يحل كما قاله القاضي الحسين بخلاف ما لو وثب وثبة خفيفة، فإنه يحل.

وَلَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ بِالْهَوَاءِ، فَسَقَطَ بِأَرْضٍ وَمَاتَ حَلَّ.

وعبارة إبراهيم المروزي: وإن رمى صيدًا، فسقط على جبل أو على سطح وثب عليه يحل؛ لأن ذلك أرضه، وإن كان الصيد واقعًا على الجبل فرماه وسقط على الأرض نظر إن سقط دفعة واحدة يحل، وإن تردى منه لا يحل؛ لشبهة المتردية، ولو رماه فسقط على الأرض فاستبين منها ثم سقط عليها ثانيًا، إن كان الاستيبان قليلًا يحل، وإن كان طويلًا لا يحل، انتهى.

قال: (**وَلَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ بِالْهَوَاءِ**) أي: فجرحه.

(**فَسَقَطَ بِأَرْضٍ وَمَاتَ حَلَّ**) أي: سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده، أو جهل أنه مات قبله أو بعده؛ إذ الوقوع على الأرض لا بدَّ منه، كما لو كان الصيد قائمًا فوقع على جنبه لمَّا أصابه السهم واصطدم بالأرض.

إشارات: قوله: بالهواء، فلو كان على طرف جدار أو طرف جبل أو غصن فسقط إلى الأرض في الحال، [ولم أر ذلك لغيره]، ولأجله فندت ما قدمته قبل كلامه.

وقال إبراهيم المروزي: [ولم] يصدمه شيء قبل وصوله إليها، قال القاضي الحسين: لو رمى طائرًا واقفًا على شجرة ونحوها فبقي ساعة يتحرك ويضطرب، ثم سقط على الأرض ومات لم يحل، وإن سقط على الأرض لمَّا أصابه السهم في الحال حل، ولم أر ذلك لغيره ولأجله فندت ما قدمته قبل كلامه، قال إبراهيم المروزي: [إذا رمى] إلى [طير][1] فجرحه ثم سقط على الأرض فوجده ميتًا إن أصابه فقتله في الهواء يحل؛ سواء سقط في ماء أو تردى من جبل، أو على الأرض، وإن لم يكن أصاب مقتله فإن سقط على الأرض ومات قبل أن يدرك ذبحه حل، وإن احتمل أنه مات من صدمة الأرض، وإن وقع في ماء أو نار أو على حجر أو خشب محدد أو تردى من جبل أو وقع على سطح، ثم منه على الأرض ثم في بئر حتى يحتمل أن تلفه حصل بذلك لا يحل، ولو لم يجرحه في الهواء أو نحوه، بل كسر جناحه فوقع فمات حرم؛ لأنه لم يصبه جرح يحال عليه

---

(١) في نسخة: (صيد).

الموت، فقيَّد بذلك إطلاق «المنهاج» كما ذكرناه.

قالا تبعًا للإمام: ولو كان الجرح خفيفًا لا يؤثر مثله، ولكن عطل جناحه فسقط فمات فحرم، وقول المصنف: فسقط بأرض يفهم أنه لو سقط بماء فمات حرم، وليس على إطلاقه، وفي «التهذيب»: أنه لو كان حين أصابه السهم في هواء البحر، نظر إن كان الرامي في البر لم يحل، وإن كان في البحر في السفينة حل، وأقراه.

قال في «الروضة»: إذا رمى طيرًا لمَّا إن كان على وجه الماء فأصابه ومات حل، والماء له كالأرض، وإن كان خارج الماء، ووقع فيه بعد إصابة السهم ففي حله وجهان في «الحاوي» قطع في «التهذيب» بالتحريم، وفي شرح «مختصر الجويني» بالحل، ولفظ «تعليق» الْبَغَوِي كما رأيته: وأمَّا طير الماء نظر، إن رمى إليه في الماء ومات حلَّ، ولو رماه فأصابه فطار ووقع في الماء ومات، المذهب أنه لا يحل، ولو كان طير الماء في هواء البحر وكذا طير البر فرمى إليه فسقط في الماء نظر، إن كان الرامي في البر لم يحل، وإن كان في السفينة في البحر حل؛ لأن الماء أرضه.

قال: وإذا كان الرامي في الساحل قريبًا من البحر فأصابه فوقع في الماء لا يحل كما لو كان الرامي في البر، ولا شك في هذه المواضع كلها إذا أصاب مذبحه يحل، وكذا إذا قده نصفين، ولا فرق بين أن يقع في ماء أو نار أو على سكين منصوب، أو تردى من الجبل قليلًا قليلًا حتى مات يحل؛ لأنه قد تم الذبح بإصابة المذبح، انتهى.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: وأمَّا طير الماء فسواء كان واقفًا في الماء أو كان في الهواء فرماه وأصابه ومات في الماء يحل؛ لأن الماء في حقه كالبر في حق البري، وإن كان الصيد في البر فرماه فأصابه السهم وطار في الماء.

قال القاضي الحسين: كنت أقول يحل؛ لأن الماء في حقه كالبر في حق البري، والآن أقول: لا يحل؛ لأن الماء محل عيشه مادام صحيحًا فإذا جرح

....

يعجز عن السباحة فصار كالبري يقع في الماء بعدما أصابه السهم، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: أطلق في «الحاوي» وجهين في حل طير الماء إذا وقع في الماء.

وقال الرَّافِعِي: إنهما منقولان عنه، فيما إذا كان خارج الماء، ووقع في الماء بعدما أصابه السهم، قال: والذي رأيته منه ما ذكرته، انتهى.

وتأملت كلام «الحاوي» فلم أر فيه مخالفة لنقل الرَّافِعِي، ثم الظاهر أن هذا كله فيما إذا لم يغمسه السهم في الماء في حالة كونه على وجه الماء، وفي حال طيرانه على وجه الماء، أمَّا لو غمسه فيه وفيه حياة مستقرة فمات فهو غريق لا يحل جميع ما سبق إذا لم ينته الصيد بالجراحة إلى حركة المذبوح، فإن انتهى إليها بقطع الحلقوم وغيره فقد تمت ذكاته، ولا أثر لما يعرض بعده كما لو مات بالجراحة في الهواء.

أطلق الجمهور أنه إذا مات بصدمة الأرض حل كما سبق، فظاهر كلامهم وبه صرح بعضهم أنه لا فرق بين الأرض اللينة وغيرها.

وقال الدَّارمِي ما لفظه: إن رمى طائرًا فسقط إلى الأرض فمات فإن كان هناك سبب أقوى من الرمية لم يؤكل، وإن كانت الرمية أقوى أكل، إن وحاه برمية أكل بكل حالٍ، أو وقع بأرض لينة أو سقط الوحش إذا لم يوحه، وإن سقط في ماء أو نار أو على جبل أو علو ثم تردى، أو على أرض خشنة ولم يكن وحاه لم يؤكل، انتهى.

وما ذكره في الأرض الخشنة غريب إلا أن يؤول.

فَرْعٌ: قال الشيخ في شرح «المهذب»: لو أرسل كلبًا في عنقه قلادة محددة فجرح الصيد بها حل، كما لو أرسل سهمًا، هكذا ذكره الْبَغَوِي.

[قال الرافعي وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة.

قلت: الصواب ما قاله البغوي] إن القصد لا يشترط في الذبح، انتهى.

وفي تصويبه نظر، والظاهر أن مراده ما ذكره شيخه القاضي الحسين في

……

صورة المسألة أن يكن الكلب معلمًا للقتل بذلك المحدد في القلادة، وحينئذ يكون كالسهم سواء، وقوله: إن القصد لا يشترط في الذبح ليس على إطلاقه، ثم رأيت ابن الرِّفْعَة ذكر اعتراض الرَّافِعِي، ثم قال: وهذا منه حمل لكلام الْبَغَوِي على ظاهره، وليس كذلك، بل هو محمول على ما ذكره القاضي الحسين فذكره كما سبق.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: سُئل القاضي عمن أرسل كلبه وفي عنقه ساجور محدد فجرح الصيد بالساجور ومات، قال: يحل، كما لو أرسل كلبه وأرسل معه سهمًا فأصابا الصيد يحل كذلك هاهنا.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي نقل هذا الحكم، والتوجيه عن القاضي، ثم قال: هذا إذا علم أن القلادة تقتل الصيد، فأمَّا إذا لم يعلم فاتفق ذلك منه لا يحل؛ لأنه لم يوجد فيه القصد، بخلاف ما إذا علمه؛ لأنه وجد منه القصد.

ثم قال إبراهيم المروزي متصلًا بما سبق عنه في السهم مع الكلب: إذا لم يكن الجرحان مجهزين يحل، فإن كانت أحديهما مجهزة والأخرى مزمنة، إن أصابت المجهزة ثم المزمنة يحل، وعلى العكس لا يحل؛ لأن الذكاة في [حق] المقدور عليه الحلق واللبة كالأهلي، انتهى.

فَرْعٌ: أفتى ابن عبد السلام بأن الرمي بالبندق حرام، واحتج بحديث ابن مغفل الآتي، أفتى المصنف بأنه حلال، قال: لأنه طريق للاصطياد والاصطياد متاح.

وفي «الصحيحين» عن عبد الله بن مغفل أنه ﷺ نهى عن الحذف وقال: «**إِنَّهُ لَا يَنْكَأُ الْعَدُوَّ وَلَا يَقْتُلُ الصَّيْدَ، وَلَكِنَّهُ يَكْسِرُ السِّنَّ وَيَفْقَأُ الْعَيْنَ**»(١) قال: فمقتضى حديث إباحة الصيد بالبندق، انتهى.

وفيه نظر بل المتبادر منه المنع للعلة المشار إليه فيه، وهو ما فهمه الراوي المذكور، فإنه كما رواه مسلم: رأى قريبًا له يحذف فنهاه، وقال: إن رسول

---

(١) أخرجه مسلم (٥١٦٤).

وَيَحِلُّ الِاصْطِيَادُ بِجَوَارِحِ السِّبَاعِ وَالطَّيْرِ كَكَلْبٍ وَفَهْدٍ وَبَازٍ وَشَاهِينٍ ....

الله ﷺ نهى عن الحذف، ثم يحذف لا أكلمك أبدًا.

وقال ابن الرِّفْعَة: وقد روي أنه ﷺ نهى عن الجُلَاهِقِ(١) ولا يحل الرمي به؛ لأن فيه تعريض الحيوان للهلاك صرح به في «الذخائر» انتهى.

وهو ما فهمه خلق من مصنفي أحاديث الأحكام فقالوا: باب النهي عن الرمي بالبندق وما في معناه، ثم ساقوا حديث ابن مغفل.

وقال المصنف في «شرح مسلم»: في هذا الحديث النهي عن الحذف؛ لأنه لا مصلحة فيه، ويخاف مفسدته، ويلتحق به كل ما شاركه في هذا، وفيه أن ما كان فيه مصلحة أو حاجة من قتال العدو أو تحصيل الصيد فهو جائز، ومن ذلك رمي الطيور الكبار بالبندق إذا كان لا يقتلها غالبًا، بل تدرك حية فيذكى فهو جائز، وفيه هجران أهل البدع والفسوق، ومنابذي السنة مع العلم، وأنه يجوز هجرانه دائمًا هذا لفظه.

وهو يدل على أنه لا يجوز رمي صغار الطير به؛ كالحمام والعصافير ونحوها، ولا شك فيه؛ لأنه يقتلها غالبًا كما هو مشاهد، وأمَّا كبار الطيور كالكراكي؛ فتارة وتارة فتجويز رميها يحتمل إذا علم الرامي أنه لا يقتلها به، وقد يعرفه من عادته وحذقه، وقرب الطير منه وغير ذلك، وإن علم الصيد فلا، وإن تردد ففيه احتمال، والله أعلم.

قال: (وَيَحِلُّ الِاصْطِيَادُ بِجَوَارِحِ السِّبَاعِ وَالطَّيْرِ كَكَلْبٍ وَفَهْدٍ وَبَازٍ وَشَاهِينٍ) لقوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمۡتُم مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ وَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلۡحِسَابِ ۝٤﴾ [المائدة: ٤] قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: الجوارح الكلاب، والطيور المعلمة مشتقة من الجرح، وهو الكسب لأهلها، ومنه: ﴿وَيَعۡلَمُ مَا جَرَحۡتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠] وقيل: من الجراحة، ومكلبين قيل: من التكليب، وهو الإغراء، وقيل: من التصرية، وقيل: من الكلب، وهو الشدة.

---

(١) هي: البندقة.

....

والأحاديث في «الصحيحين» في صيد الكلب المعلَّم مشهورة، واتفقت نصوص الشَّافِعِي وأصحابه على جواز الاصطياد بجميع الكلاب والفهود والنمور المعلَّمة، قال الشيخ في شرح «المهذب»: ولا خلاف في شيء من هذا عندنا، إلا وجهًا لأبي بكر الفارسي: إن صيد الكلب الأسود حرام وهو باطل، وقول الْغَزَالِي في «الوسيط»: فريسة الفهد والنمر حرام قطعًا، مردود ليس وجهًا في «المهذب» بل لها حكم الكلب في الاصطياد بلا خلاف، نص عليه الشَّافِعِي وجميع الأصحاب في جميع الطرق، وكلهم صرَّحوا بالفهد والنمر، وأطال في الرد عليه.

ثم قال: قال الرَّافِعِي: ذكر إمام الحرمين: إن الفهد يبعد فيه العلم لأنفته، وعدم انقياده، فإن تصور تعلمه على ندور فهو كالكلب.

قال الرَّافِعِي: وما قاله الإمام لا يخالف ما قاله الشَّافِعِي والأصحاب، في كلام الغَزَالي ما يوهم خلاف هذا، وهو محمول على ما ذكره الإمام فلا خلاف فيه، انتهى.

وقضية كلام الإمام: الجزم بعدم تصور تعلم الفهد، وأن فريسته ميتة، وإنما قال: إن تصور تعلمه على ندور فهو كالكلب، ولا يتصور، وكذا نقل الرَّافِعِي عنه.

وعبارة «البسيط»: أمَّا الفهد والنمر فلا يتصور فيها أن يعلم بالانكفاف عن الأكل، وأن ينزجر بالزجر، إلى أن قال: وإذا كان كذلك فليس الفهد آلة مستعملة، ولا تحل فريسته، ومن يعتاد الاصطياد به يتابعه، حتى إذا أدرك الصيد يخادعه ويأخذه منه، وفيه حياة مستقرة، فيذبحه، وأمَّا فريسته وهذه صفة فيه، وهو ملخص كلام شيخه فهما جازمان بتحريم فريسة الفهد، وإذا أقمنا احتمالات الإمام واختياراته وجوهًا وهو المختار كان ذلك وجهًا في المذهب، وقد جزم الرَّافِعِي والمصنف بعدم صحة بيع النمر، وأطلقا ذلك، والظاهر أنه من طريقة الإمام، ونقلنا هناك جواز بيعه عن الأصحاب.

بِشَرْطِ كَوْنِهَا مُعَلَّمَةً، وَتَسْتَرْسِلَ بِإِرْسَالِهِ، وَيُمْسِكَ الصَّيْدَ، وَلَا يَأْكُلَ مِنْهُ.

فائدة: قال أصحابنا: يجوز الاصطياد بجميع جوارح الطير المعلمة؛ كالصقر والبازي والشاهين والباشق والعقاب والنسر، وهو صحيح من حيث الحكم.

ورأيت في «لحن العامة» لابن هشام اللغوي في باب ما جاء لشيئين أو لا شيئًا، وعدَّ من ذلك الصقر، قال: وهو كل ما يصيد من سباع الطير، وهم يقصرونه على نوع منها، انتهى.

وإنما عدد الفقهاء ما سبق؛ لأن ما قاله لا يخفى على غالب الناس، فلو اقتصروا على اسم الصقر لظن ظان أنه لا يحل الاصطياد بما لا يسمى صقرًا من الجوارح المذكورة.

قال: (**بِشَرْطِ كَوْنِهَا مُعَلَّمَةً**) أي: للآية، ولقوله ﷺ لأبي ثعلبة الخشني: «**مَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الْمُعَلَّمِ فَاذْكُرِ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ وَكُلْ وَمَا صِدْتَ بِكَلْبِكَ الَّذِي لَيْسَ بِمُعَلَّمٍ؛ فَأَدْرَكْتَ ذَكَاتَهُ فَكُلْ**»[1] متفق عليه، فصرَّح بأن غير المعلم لا يحل ما قتله، ويشترط في كون الكلب ونحوه معلمًا أمورًا شرع المصنف في ذكرها.

قال: (**بِأَنْ تَنْزَجِرَ جَارِحَةُ السِّبَاعِ بِزَجْرِ صَاحِبِهَا**) هكذا أطلقوه، وقال الإمام: إنه معتبر في ابتداء الأمر، فأمَّا إذا أطلق واشتد عدوه وحدثه ففي اعتباره وجهان: الأشبه: نعم، فإن التأدب به يظهر، ووجه المنع: إنه لا يكاد ينكف حينئذ.

قال: (**وَتَسْتَرْسِلَ بِإِرْسَالِهِ**) أي: وهو أنه إذا عزاه على الصيد هاج (**وَيُمْسِكَ الصَّيْدَ**) أي: فيحبسه على صاحبه ولا يخليه (**وَلَا يَأْكُلَ مِنْهُ**) أي: على المذهب المشهور لقوله ﷺ لعدي بن حاتم: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كِلَابَكَ الْمُعَلَّمَةَ، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ، فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكَ، وَإِنْ قَتَلَ إِلَّا أَنْ يَأْكُلَ الْكَلْبُ، فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنِّي**

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٩٥، رقم ١٧٧٨٧)، والبخاري (٥/ ٢٠٨٧، رقم ٥١٦١)، ومسلم (٣/ ١٥٣٢، رقم ١٩٣٠)، وابن ماجه (٢/ ١٠٦٩، رقم ٣٢٠٧) وابن حبان (١٣/ ١٩٠ رقم ٥٨٧٩)، والبيهقي (١/ ٣٣ رقم ١٣٠).

وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الْأَكْلِ فِي جَارِحَةِ الطَّيْرِ فِي الْأَظْهَرِ.

أَخَافُ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ»(١) متفق عليه.

وحكى الرَّافِعِي قولًا عن رواية ابن كج وغيره: أنه لا يشترط ترك الأكل في الكلب ونحوه، واعلم أنه أراد بجارحة السباع غير الطير من كلب وفهد ونمر، قال الرَّافِعِي: وغيرها، ولا أعرف غير هذه الثلاثة من السباع يصاد به.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ الْأَكْلِ فِي جَارِحَةِ الطَّيْرِ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كما في جوارح السباع.

والثاني: لا؛ لأن الانكفاف عنه يكون بالضرب، وهي لا تحتمله، وقيل: سبيل تعليم الطيور إطماعها في أن الإطعام مما يصاد، قال الرَّافِعِي: ويشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضًا، قال الإمام: ولا مطمع في إثر جارها بعد الطيران، ويبعد أيضًا اشتراط بكفافها في أول الأمر، وقد لمح لها الصيد وهي جائعة، انتهى(٢).

تنبيهات: قول المصنف: في الأظهر، جرى فيه على طريقة الإمام ومن تبعه، وقال في شرح «المهذب»: إنه شرط على المذهب، وبه قطع المصنف وكثيرون، وحكى الخراسانيون فيه قولين، وتخصيصه الخلاف في ترك الأكل بجارحة الطير هو المشهور، وفيه القول السابق، وسيأتي ما يوافقه.

وقضية كلامه: أنه لا يعتبر في تعليم جارحة الطير جميع ما ذكره في جارحة السباع قطعًا، وقال صاحب «التنبيه»: وإن علَّم جارحة، قال ابن الرِّفْعَة: أي من

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) قال الخطيب: أَفْهَمَ كَلَامُهُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا انْزِجَارُهَا بِالزَّجْرِ وَلَا إِمْسَاكُهَا الصَّيْدَ لِصَاحِبِهَا، وَهُوَ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ «الرَّوْضَةِ» فِي الثَّانِي، وَصَرَّحَ بِهِ فِي الْأُولَى، وَنَقَلَ عَنِ الْإِمَامِ أَنَّهُ لَا مَطْمَعَ فِي انْزِجَارِهَا بَعْدَ طَيَرَانِهَا، لَكِنْ نَصَّ فِي «الْأُمِّ» عَلَى اشْتِرَاطِ ذَلِكَ فِيهَا أَيْضًا كَمَا نَقَلَهُ الْبُلْقِينِيُّ كَغَيْرِهِ، ثُمَّ قَالَ: وَلَمْ يُخَالِفْهُ أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ فِي «الْبَسِيطِ»، ثُمَّ ذَكَرَ مَقَالَةَ الْإِمَامِ بِلَفْظِ: قِيلَ، وَذَكَرَ نَحْوَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَغَيْرُهُ، وَنَقَلَهُ عَنِ الدَّارِمِي وَسُلَيْم الرَّازِيِّ وَنَصْرٍ الْمَقْدِسِيِّ، وَنَقَلَهُ ابْنُ الرِّفْعَةِ عَنِ الرُّويَانِيِّ وَغَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ كَمَا جَرَى عَلَيْهِ شَيْخُنَا فِي مَنْهَجِهِ. انظر: «مغني المحتاج» (١٨/ ٦٢).

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ هَذِهِ الأُمُورِ بِحَيْثُ يَظُنُّ تَأَدُّبَ الجَارِحَة، وَلَوْ ظَهَرَ كَوْنُهُ مُعَلَّمًا ثُمَّ أَكَلَ مِنْ لَحْمِ صَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ ذَلِكَ الصَّيْدُ فِي الأَظْهَرِ.

كلب وفهد أو بازي ونحوها، بحيث إذا أغراه على الصيد؛ أي: أرسله إليه طلبه وإذا أشلاه اشتلا؛ أي: إذا استدعاه أتى إذا أخذ الصيد أمسكه على صاحبه؛ أي: فلا يأكل منه، وحكى بينة وبينة؛ أي: من غير أن يهر في وجهه.

قال: وكلام الشيخ يقتضي التسوية بين جميع الجوارح من الكلاب والفهود ونحوها، ومن البازي ونحوه في جميع ما ذكره من شرائط التعليم، وهو ما ذكره صاحب «البحر» وغيره، وينسبه في الطيور إلى النص في «المبسوط» انتهى.

وكلام الدَّارمِي يوافق ما ذكره.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ هَذِهِ الأُمُورِ**) أي: المعتبرة في التعليم.

(**بِحَيْثُ يَظُنُّ تَأَدُّبَ الْجَارِحَة**) أي: من غير ضبط بعدد معين بل المرجع فيه إلى أهل الخبرة به، هذا هو المذهب، وقيل: يشترط تكرر ثلاث مرات، ذكره جماعة، وقيل: يكفي مرتان.

وحكى القاضي الحسين وجهين في حل ما بان به الكلب معلمًا، وشبههما بالوجهين في صحة تصرف الصبي للاختيار.

قال: (**وَلَوْ ظَهَرَ كَوْنُهُ**) أي: الجارحة ما كانت.

(**مُعَلَّمًا ثُمَّ أَكَلَ مِنْ لَحْمِ صَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ ذَلِكَ الصَّيْدُ فِي الأَظْهَرِ**) لحديث عدي السابق، فإني أخاف أن يكون مما أمسك على نفسه؛ ولأن عدم الأكل شرط في التعليم ابتداء، وكذا دوامًا.

والثاني: يحل لرواية أبي داود، ولم يضعفه، وإسناده كلهم ثقات، وضعفه ابن حزم ورواه أبو داود والنسائي من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فذكره فمن يحتج برواية عمرو فهذا صحيح إليه.

واعلم أن الرَّافِعِي سوَّى في جريان القولين بين أكله منه قبل قتله وبعده، ولم ينقل ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» ذلك إلا عنه فقط، وقضية كلام العراقيين

……………………………………………………………

وغيره أن محلهما فيما إذا أكل بعده، وعليه نزل ابن الرِّفْعَة إطلاق «التنبيه» ويرشد إليه قول الشَّافِعِي في «المبسوط» والقياس يدل على الحل؛ لأن الكلب إذا عقر الصيد فقد حصلت الذكاة فأكله منه بعد حصول الذكاة لا يمنع من أكله، كما إذا زكَّى المسلم صيدًا ثم أكل منه الكلب، انتهى.

ونقل الشيخ في شرح «المهذب» عدم الفرق بين الحالين، وجريان القولين عن تصريح الجمهور، ثم قال: وذكر الدَّارمِي طريقين آخرين:

المذهب: طرد قوله مطلقًا، والثاني: إن أكل قبل القتل حرم، وإن أكل بعده فقولان.

والثالث: إن أكل بعد القتل حل، أو قبله فقولان، انتهى.

وفيما نسبه إلى تصريح الجمهور وقفه، وعمدته فيه كلام الرَّافِعِي، ولا خفاء أنه لو أكل منه بعد ما أنهاه إلى حركة المذبوح فكأكله منه بعد قتله، وأمَّا أكله منه وفيه حياة مستقرة، فالمفهوم من كلامهم القطع بتحريمه، قال في «أصل الروضة»: قال الإمام: وددت لو فصل فاصل بين أن ينكف زمانًا وبين أن يأكل بنفس الأخذ، لكن لم يتعرضوا له.

قلت: فصَّل الجرجاني وغيره فقالوا: إذا أكل عقب القتل ففيه القولان؛ وإلا فيحل قطعًا، انتهى.

وقال في شرح «المهذب»: ما تمناه الإمام مخصوصًا، ذكره الأصحاب وهو مشهور صرَّح به جماعات وعدَّهم إلى أن قال: وحاصله أن القولين مخصوصان بما إذا أكل منه عقب العقر، وإن أكل منه بعد طول الفصل فهو حلال بلا خلاف، وسواء أكل من غير مفارقة موضعه أم بعد مفارقته ورجوعه، انتهى.

وممن فصَّل الْمَاوَرْدِي، وإليه يشير كلام «الشامل» على حديث أبي ثعلبة، وعبارة بعضهم: فإن أكل متصلًا فعلى قولين.

قال في شرح «المهذب»: ثم أصح الطرق أنه لا فرق في جريان القولين بين أكل الكلب [وأكل البازي ونحوه، وقيل: يحل ما أكل منه جارحة الطير قطعًا،

فَيُشْتَرَطُ تَعْلِيمٌ جَدِيدٌ.

وقيل: إن قلنا: أن الكلب] إذا أكل تحرم فريسته فالبازي أولى، وإلا فوجهان، وقيل: إن قلنا البازي لا يضر أكله في تعليمه فأكله بعد التعليم لا يحرم بحال، وإن قلنا: يضر أكله في الابتداء ففيه قولان كالكلب، وهذه طريقة الْقَفَّال.

تنبيهان:

أحدهما: يجمع بين الحديثين يحمل حديث النهي على ما إذا أكل أول ما أمسك، وحديث أبي ثعلبة على ما إذا أمسكه حتى طال عليه ثم أكل منه.

وصحَّ عن ابن عمر ـ ﷺ ـ أنه قال: «كل مما أكل منه كلبك العلم» وروى نحوه عن أبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وسلمان، وهو قول الزهري وربيعة ومالك.

الثاني: قول المصنف من ذلك الصيد يشير به إلى أنه لا ينعطف التحريم إلى ما قتله مما اصطاده بعد تعلمه، قال ابن الرِّفْعَة: إذا قلنا بالجديد فلا تحرم فرائسه الماضية، قال العراقيون: والْمَاوَرْدِي والقاضي الحسين لا يختلف قوله فيه، قال مفرعًا على الأظهر: الجديد.

(**فَيُشْتَرَطُ تَعْلِيمٌ جَدِيدٌ**) أي: لفساد التعليم الأول، كذا قاله في شرح «المهذب» وقضية انعطاف التحريم إلى ما قبل المأكول منه، ولكنه قال: قال أصحابنا: ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل، قال: واتفقوا على التصريح بأنه لا خلاف فيه عندنا.

قال أصحابنا الخراسانيون: فلو تكرر أكله من الصيود بعد ذلك وصار عادة له حرم الصيد الذي أكل منه آخرًا بلا خلاف، وفي تحريم باقي الصيود التي أكل منها قبل الآخر وجهان:

أصحهما: التحريم، انتهى.

وهذا كلام مظلم، وكان حقيقة هذا الخلاف أنه هل يخرج عن التعليم بالأكل مرة أم لا بدَّ من التكرار؟ لكن قضية كلام ابن الرِّفْعَة أنهم إنما ذكروا ذلك على القول الثاني.

……………………………………………………………………

قال ابن الرِّفْعَة: حكى صاحب «الذخائر» عن الأصحاب: إنه لا يخرج بالأكل منه عن أن يكون معلمًا، يجوز أن يكون إنما أكل لفرط الجوع فحل فريسته من بعد، وعليه دل كلام الإمام، نعم لو تكرر ذلك منه خرج عن أن يكون معلمًا إذا كان أكله بعد الإرسال، بخلاف ما إذا استرسل بنفسه واصطاد وأكل تكرر ذلك منه، فإنه لا يخرجه ذلك عن التعليم.

قال الإمام: لأنها إنما يراعى انكفافه إذا كان استرساله على حكم الاصطياد لصاحبه، وفيما وقفت عليه من نسخ الرَّافِعِي: إنَّا إذا حرَّمنا الفريسة التي أكل منها فلا بدَّ من استباق التعليم، وهو ما يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب وغيره، وإن قلنا: بالقديم ولو اصطاد به ثانيًا فأكل مرة أخرى فقد سكت العراقيون عنه.

وفيما وقفت عليه من «الحاوي» ما يدل على أنه لا فرق بينهما، وقال القاضي الحسين: إنه قولًا واحدًا يحرم، وهل يستبين بهذا أن ما قلته أولًا وأكل منه قبل هذا هل يكون حرامًا؟ يحتمل وجهين، وعلى هذا جرى في «التهذيب» وهذا صريح في أن أكله مرتين يخرجه عن حد التعليم.

وكلام الإمام يقتضي خلاف ذلك، فإنه قال: لو أكل من الثانية أيضًا، ثم من الثالثة، واعتاد الأكل خرج من كونه معلمًا، ثم تحريم الفريسة الأخيرة التي وقع القضاء عند الأكل منها بالخروج عن التعليم، وهل ينعطف التحريم على أول فريسة أكل منها إلى الأخيرة؟ اختلف أصحابنا فيه، وهذا الاختلاف فقه حسن.

فَرْعٌ: لو لم يسترسل عند الإرسال أو لم ينزجر عند الزجر، قال الرَّافِعِي: فينبغي أن يكون في تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلمًا الخلاف المذكور في الأكل؛ لأن كل واحد من الخصال المذكورة ركن في التعليم، وعن الْقَفَّال: أنه إذا أراد الصائد أخذ الصيد منه فامتنع وصار يقاتل على دونه فهو [كما لو أكل، قاله في «البحر».

قال ابن الرفعة: بل ينبغي أن يكون الحكم هكذا فيما إذا أخذ الصيد منه فهرَّ

وَلَا أَثَرَ لِلَعْقِ الدَّمِ، وَمَعَضُّ الْكَلْبِ مِنَ الصَّيْدِ نَجِسٌ، وَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يُعْفَى عَنْهُ، وَأَنَّهُ يَكْفِي غَسْلُهُ بِمَاءٍ وَتُرَابٍ وَلَا يَجِبُ أَنْ يُقَوَّرَ وَيُطْرَحَ.

في وجهه؛ لِأَنَّ مِنْ شَرَائِطِ التَّعْلِيمِ فِي الِابْتِدَاءِ ألا يَهِرَّ فِي وَجْهِ صَاحِبِهِ، انتهى.

وهذا ليس بمتفق عليه، ولم يذكره الرَّافِعِي وكثيرون في شروط التعليم، وإن نقله في «الذخائر» عن الأصحاب، وما قاله الْقَفَّال ظاهر الحسن؛ لأن متابعته وقتاله دونه دليل ظاهر على أنه إنما أمسكه على نفسه، بل أولى بالتحريم من مجرد الأكل أنه قد يحل عليه شدة الجوع مع كونه أمسكه على صاحبه.

قال: (**وَلَا أَثَرَ لِلَعْقِ الدَّمِ**) أي: قطعًا، وقيل: على الصحيح؛ لأنه لا يتناول ما هو مقصود الصائد، ولو أكل حشوة الصيد فعلى القولين في أكل لحمه، وقيل: كلعق دمه، فلا يضر قطعًا.

قال: (**وَمَعَضُّ الْكَلْبِ مِنَ الصَّيْدِ نَجِسٌ**) أي: كغيره مما ينجِّسه الكلب.

قال: (**وَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يُعْفَى عَنْهُ**) أي: كالولوغ وغيره، والثاني: يعفى للحاجة وغير الاحتراز، ويؤيده إطلاق الأخبار والآثار في الإذن في الأكل من غير أمر بغسل شيء من الصيد.

قال: (**وَأَنَّهُ يَكْفِي غَسْلُهُ بِمَاءٍ وَتُرَابٍ**) أي: سبعًا كغيره.

(**وَلَا يَجِبُ أَنْ يُقَوَّرَ وَيُطْرَحَ**)؛ لأنه [لم يؤثر] ولم يؤمر به أحد.

والثاني: لا يكفي، بل يقور ذلك الموضع ويطرح؛ لأنه تَشَرَّب لعابه فلا يتخلله الماء، وهذا لعق.

قال الإمام: وهذا القائل يطرد ما ذكره في كل لحم وما في معناه يعضه الكلب بخلاف ما يناله لعابه بلا عض.

والثالث: إن أصاب ناب الكلب عرقًا نضاخًا بالدم نجس [الصيد] وحرم أكله، وهو غلط؛ لأن النجاسة وإن اتصلت بالدم؛ فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم، ثم الدم إذا كان يفور امتنع عرض النجاسة فيه كالماء المتصعد من فوارة، إذا وقع على أعلاه نجاسة لم ينجس ما تحته، والملخص في المسألة أنه نص أنه إذا أدخل ظفره أو نابه في الصيد نجس موضعه، واختلفوا فيه على

وَلَوْ تَحَامَلَتْ الْجَارِحَةُ عَلَى صَيْدٍ فَقَتَلَتْهُ بِثِقَلِهَا حَلَّ فِي الْأَظْهَرِ.

طرق حاصلها ستة أوجه:

أصحها: يغسل سبعًا إحداهن بالتراب. **وثانيها**: يجب غسله مرة. **وثالثها**: أنه نجس معفو عنه. **ورابعها**: طاهر. **وخامسها**: يجب قطع موضعه، ولا يطهر بالغسل. **وسادسها**: إن أصاب عرقًا نضاخًا بالدم جميعه وليس بشيء، قاله في شرح «المهذب».

إشارة: حكوا الخلاف في العفو وجهين، وحكاه الصيدلاني وغيره قولين منصوصين، وزيف الرُّويَانِي وغيره القول بالعفو، وليس بزائف دليلًا لما أشرت إليه مع أنه مما يخفى على أكثر الناس، ولا بيِّنة لأخذه من الأمر الوارد بالتسبيع في الولوغ إلا القليل من الناس على ما فيه.

قال: (**وَلَوْ تَحَامَلَتْ الْجَارِحَةُ عَلَى صَيْدٍ فَقَتَلَتْهُ بِثِقَلِهَا حَلَّ فِي الْأَظْهَرِ**) لعموم قوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] ولأنه يعز تعليمه ألَّا يقتل إلا جرحًا وليس كالإصابة بعرض السهم؛ لأنه من سوء الرامي.

والثاني: المنع لمفهوم حديث: «**مَا أَنْهَرَ الدَّمَ**»(١) ولأنه سماها جوارح فينبغي أن تجرح، وهذا القول اختاره ابن أبي عصرون في «مرشده» و«التنبيه» وصحح الحل المحاملي في «المقنع» وبه أجاب الْبَنْدَنِيجِي، ورجحه الإمام وولداه، والْغَزَالِي في «الخلاصة» والرُّويَانِي والموفق بن طاهر، وسكت الجمهور عن الترجيح، وادعى في «شرح المهذب» أنه الأصح عند الأصحاب.

تنبيهات: قوله: ينقلها قد يفهم تقييد الحل به فقط، وعبارة الْمَاوَرْدِي: فإن مات بصدمة الكلب أو بضغطته أو بقوة إمساكه من غير أن يعقره بجرح من ناب أو مخلب ففي إباحة الأكل قولان، وعد الْبَنْدَنِيجِي من ذاك عضه وضمه، والحاصل أنه متى مات بإمساكه من غير جرح فالقولان مات بنقله أو بغيره.

وعبارة الصيمري: فمات بإمساكه من خارج فقولان، نعم ينبغي أن ينظر إن كان ذلك الفعل مما يقتل فذاك، وإن كان مما لا يقتل ولا يمكن إحالة الموت

---

(١) تقدم تخريجه.

فَصْلٌ

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ سِكِّينٌ فَسَقَطَ وَانْجَرَحَ بِهِ صَيْدٌ أَوْ احْتَكَّتْ بِهِ شَاةٌ وَهُوَ فِي يَدِهِ فَانْقَطَعَ حُلْقُومُهَا وَمَرِيئُهَا أَوْ اسْتَرْسَلَ كَلْبٌ. وَكَذَا لَوْ اسْتَرْسَلَ كَلْبٌ فَأَغْرَاهُ صَاحِبُهُ فَزَادَ عَدْوُهُ لَمْ يَحِلَّ فِي الْأَصَحِّ.

عليه حرم قطعًا، قالوا: ولو مات الصيد تعبًا من هربه من الجارح لم يحل قطعًا.

وقال الصيمري: إجماعًا، وقال في «الذخائر»: وأمَّا إذا مات الصيد فزعًا منهُ من غير جرح ولا ثقل، فهو على القولين، كذا قاله بعضهم، قال: وينبغي أن يكون بمثابة ما لو مات تعبًا لعدم أثر مات به، قال ابن الرِّفْعَة: وكأن الفرق أن الفزع حصل من الجارح فنسب القتل إليه، وليس كذلك التعب فإنه حصل من جري الصيد فأشبه التردية، انتهى.

وهذا النقل منكر فإن أراد قاتله أنه مات فزعًا مع إمساك الجارحة له واستيلائها، عليه فهذا محتمل على بعده، وإن أراد أنه مات فزعًا قبل إمساك الجارحة له واتصالها به فبعيد أو غلط يأباه كلام الشَّافِعِي والأصحاب، وصرح غير واحد بأن الموت فزعًا كالموت تعبًا.

فصل

قال: (وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ سِكِّينٌ فَسَقَطَ وَانْجَرَحَ بِهِ صَيْدٌ أَوْ احْتَكَّتْ بِهِ شَاةٌ وَهُوَ فِي يَدِهِ فَانْقَطَعَ حُلْقُومُهَا وَمَرِيئُهَا أَوْ اسْتَرْسَلَ كَلْبٌ) أي: وغيره من الجوارح.

(بِنَفْسِهِ فَقَتَلَ؛ لَمْ يَحِلَّ) إذ لا ذبح ولا قصد في السقوط والحك، وفي الأولى وجه، والثانية في معناها، ولو كان من بيده السكين يحركها والشاة تحرك حلقها فانقطع حلقها بالحركتين فحرام أيضًا، وأمَّا في الثالثة؛ فلأنه ﷺ قيد تجويز الأكل بالإرسال فقال: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ فَقَتَلَ فَكُلْ»(١).

قال: (وَكَذَا لَوْ اسْتَرْسَلَ كَلْبٌ فَأَغْرَاهُ صَاحِبُهُ فَزَادَ عَدْوُهُ لَمْ يَحِلَّ فِي الْأَصَحِّ) لأنه اجتمع الاسترسال المحرم والإغراء المبيح فقلت التحريم.

---

(١) أخرجه البخاري (٧٦/١، رقم ١٧٣)، ومسلم (١٥٢٩/٣، رقم ١٩٢٩).

وَلَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ بِإِعَانَةِ رِيحٍ حَلَّ. وَلَوْ أَرْسَلَ سَهْمًا لِاخْتِبَارِ قُوَّتِهِ أَوْ إِلَى غَرَضٍ فَاعْتَرَضَهُ صَيْدٌ فَقَتَلَهُ؛ حَرُمَ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني: يحل؛ لأنه ظهر إثر الإغراء بزيادة العدو فينقطع الاسترسال به، وصار كأنه خرج بإغراء صاحبه، ولو أن صاحبه زجره لما استرسل فانزجر ووقف ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد حل بلا خلاف، وإن لم ينزجر ومضى لم يحل سواء زاد في عدوه أو لا، ولو كان الإغراء وزيادة العدو بعدما زجره فلم ينزجر، فالوجهان في صورة الكتاب بالترتيب، وأولى بالتحريم، وبه أجاب العراقيون، وإذا جمع بين الصورتين حصل ثلاثة أوجه: ثالثها الفرق بين أن يكون الإغراء بعدما زجره فلم ينزجر فيحرم أو قتله فلا يحرم، قاله الرَّافِعِي.

تنبيهات: قوله: فأغراه صاحبه احتراز عما لو أغراه أجنبي فلا أثر له، فلو كان ذلك بأمره فهل يكون كإغرائه بنفسه؟ فيه نظر، وقوله: (فزاد عدوه) احترز عمَّا إذا لم يزد فإنه يحرم جزمًا؛ إذ لم يظهر للإغراء أثر وفرعوا على الخلاف في أن الإغراء هل يقطع حكم الابتداء أم لا؟ صورًا لا يعتبر على الفطن إدراكها فلا نطيل بذكرها.

قال: (**وَلَوْ أَصَابَهُ سَهْمٌ بِإِعَانَةِ رِيحٍ**) أي: ولولا إعانتها لقصر عنه.

(**حَلَّ**) أي: ولا أثر لإعانتها؛ لأن الاحتراز عنها لا يمكن، وأبدى الإمام فيه تردد، قال الرَّافِعِي: وقد يؤيد تردد ما سيأتي في المفاضلة، ولو أصاب الأرض أو انصدم بحائط ثم أزدلف منه وأصاب الصيد فوجهان بناء على القولين في أن الإصابة هكذا هل يحسب في المفاضلة؟ قال الشيخ أبو حامد: المذهب: حل الصيد، وبالحل أجاب صاحب «المهذب».

قال: وكذا لو أصاب حجرا فنبا عنه وأصاب الصيد أو نفذ فيه إلى الصيد؛ يحل.

قال: (**وَلَوْ أَرْسَلَ سَهْمًا لِاخْتِبَارِ قُوَّتِهِ أَوْ إِلَى غَرَضٍ فَاعْتَرَضَهُ صَيْدٌ فَقَتَلَهُ؛ حَرُمَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص؛ لأنه لم يقصد صيدًا معينًا ولا منهما وشبه ذلك بما إذا وقع صيد في شبكة ويعقر بحديدة فيها.

وَلَوْ رَمَى صَيْدًا ظَنَّهُ حَجَرًا أَوْ سِرْبَ ظِبَاءٍ فَأَصَابَ وَاحِدَةً؛ حَلَّتْ، وَإِنْ قَصَدَ وَاحِدَةً فَأَصَابَ غَيْرَهَا حَلَّتْ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني: لا يحرم؛ لأنه وجد قصد الفعل، والاعتبار به لا بمورد الفعل، وما يتعلق به من ظن، وكذلك لو قطع ما ظنه ثوبًا فبان حلق شاة حل، وفرق الأول بأن هناك قصد عينًا.

قال: (**وَلَوْ رَمَى صَيْدًا ظَنَّهُ حَجَرًا أَوْ سِرْبَ ظِبَاءٍ فَأَصَابَ وَاحِدَةً؛ حَلَّتْ**) هذه عبارة موهمة، والمراد: أنه لو رمى صيدًا ظنه حجرًا أو غيره فأصابه حل؛ لأنه قتله بفعله، ولا اعتبار بظنه كما لو قطع حلق شاة يظنه ثوبًا أو خشبة.

وقيل: [لا] لأنه لم يقصد الصيد، ولو رمى سرب ظباء أو أرسل عليها كلبًا فأصاب واحدة منها أو عقر بها الجارحة حلَّت، وإن لم يقصد إصابة عين المصابة؛ لأنه قصد السرب وهذه منه، أمَّا لو رمى ما يعتقده حجرًا أو كان حجرًا فأصاب ظبية لم يحل في الأصح، وبه قطع الصيدلاني وغيره، وإن كان الشاخص صيدًا ومال السهم عنه وأصاب صيدًا آخر ففيه الوجهان وأولى بالحل، ولو رمى شاخصًا ظنه خنزيرًا، وكان كذلك أو صيدًا فلم يصبه، وأصاب ظبية لم يحل في الأصح، فيهما قاله في «الروضة».

قال: (**وَإِنْ قَصَدَ وَاحِدَةً فَأَصَابَ غَيْرَهَا**) أي: من ذلك السرب أو من غيره.

(**حَلَّتْ فِي الْأَصَحِّ**) لوجود قصد الصيد.

والثاني: التحريم لإصابته غير ما قصده.

والثالث: إن كان حالة الرمي يرى المصاب حلَّ وإلا فلا.

والرابع: إن كان المصاب من السرب الذي رآه ورماه حل وإلا فلا، قاله في «الروضة» وقال في شرح «المهذب» فيه طريقان:

أحدهما: القطع بحلِّها وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون، والثاني: فيه أربعة أوجه فذكرها.

فَرْعٌ: قال في «الروضة»: وأمَّا إذا أرسل كلبًا على صيد فقتل صيدًا آخر فإن لم يعدل عن جهة الإرسال؛ بل كان فيها صيودًا فأخذ غير ما أغراه عليه،

وَلَوْ غَابَ عَنْهُ الْكَلْبُ وَالصَّيْدُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا؛ حَرُمَ، وَإِنْ جَرَحَهُ وَغَابَ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا؛ حَرُمَ فِي الْأَظْهَرِ.

حلَّ على الصحيح كما في السهم، وقال في «شرح المهذب»: فيه طريقان:

المذهب: أنه يحل، وبه قطع الأكثرون.

والثاني: فيه وجهان: أصحهما يحل، قال: وإن عدل إلى جهة أخرى فأوجه:

أصحها: الحل، والثاني: يحرم، والثالث ـ واختاره الْمَاوَرْدِي ـ أنه إن خرج عادلًا عن الجهة حرم، وإن خرج إليها ففاته [الصيد] فعدل إلى غيرها وصار حل، وقطع الإمام بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله اختياره بأن امتد في جهة الإرسال زمانًا، ثم بان صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر، انتهى.

ويجب الجزم بالتحريم فيما إذا أرسله إلى صيد في جهة فخرج عادلًا عنها إلى جهة أخرى، ولا سيما إذا كان ما أرسل عليه أقرب مما عدل إليه فاستدبره، وعدل عنه.

ولا شك عندي أنه لو عدل حين الإرسال إلى جهة أخرى لا يرى فيها صيدًا فصادف صيدًا فقتله أنه ميتة.

قال: (وَلَوْ غَابَ عَنْهُ الْكَلْبُ وَالصَّيْدُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا؛ حَرُمَ، وَإِنْ جَرَحَهُ وَغَابَ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيِّتًا؛ حَرُمَ فِي الْأَظْهَرِ) للمسألة أحوال:

إحداها: أن يغيب عنه الصيد قبل أن يقع فيه السهم أو يجرحه الكلب، ثم يجده بعد غيبته مجروحًا ميتًا فهو حرام قطعًا، وقيل على الصحيح؛ سواء كان الكلب واقفًا عليه أو السهم واقعًا فيه أم لا؛ لاحتمال موته بسبب آخر من لدغ أو مشاركة سبع أو غيرهما، ولا أثر لتصفح الكلب بدمه.

الثانية: أن يكون السهم أو الكلب قتل مغيب الصيد، وبلغ منه مبلغ الذبح بحيث انتهى إلى حركة المذبوح وهو يراه، ثم تحامل حتى غاب عنه ثم وجده ميتًا فيحل قطعًا؛ لأنه صار مذكي قبل غيبته.

الثالثة: أن يقع فيه السهم أو يجرحه الكلب ونحوه، وهو يراه جرحًا

....

يجوز أن يموت منه ثم يغيب عنه وهو قوي الحياة، فينظر إن وجده في ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى لم يحل قطعًا، وإن لم يكن عليه أثر الجراحة ـ وهي صورة الكتاب ـ فطرق:

أحدها: يحل قطعًا لصحة الأحاديث فيه، والثاني: عكسه، وإليها ذهب أكثر البصريين للشك، وقالوا: إن خبر الحل غير صحيح وليس بصحيح، والثالث: وهو الأشهر فيه قولان: أظهرهما: عند الجمهور من العراقيين وغيرهم التحريم، قاله الرَّافِعِي ونسبه في «شرحه الصغير» إلى ترجيح الأكثرين؛ لاحتمال موته بسبب آخر، والتحريم يحتاط له، وقد قال ابن عباس - ﵄ -: **«كُلْ مَا أَصْمَيْتَ، وَدَعْ مَا أَنْمَيْتَ»**(١) رواه البيهقي وقال: رفعه ضعيف.

قال الشَّافِعِي: الإصماء: ما عاينت قتله، والإنماء ما غاب عنك مقتله.

وفي «مراسيل أبي داود» عن زياد بن أبي مريم قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني رميت صيدًا ثم تغيب فوجدته؟ فقال: **«هوام الأرض كثيرة»**(٢) ولم يأمره بأكله.

والثاني: يحل، وصححه جماعة منهم الْبَغَوِي والْغَزَالِي في «الإحياء» والفارقي.

وقال في «الروضة»: هو الأصح دليلًا، وثبت فيه أحاديث صحيحة، ولم يثبت في التحريم شيء، وعلق الشَّافِعِي الحل على صحة الحديث.

وقال في «شرح المهذب»: إنه الصحيح أو الصواب، وعدم المعارض الصحيح فمن الأحاديث قوله ﷺ لأبي ثعلبة: **«إذا رميت بسهمك فغاب عنك**

---

(١) أخرجه الطبراني (١٢/ ٢٧، رقم ١٢٣٧٠)، والبيهقي (٩/ ٢٤١، رقم ١٨٦٨٠) قال الهيثمي (٤/ ١٦٢): رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبادة بن زياد بفتح العين، وثقه أبو حاتم وغيره، وضعفه موسى بن هارون وغيره.

(٢) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٨٢).

فَصْلٌ

يَمْلِكُ الصَّيْدَ بِضَبْطِهِ بِيَدِهِ.

فأدركته؛ فكله ما لم ينتن» رواه مسلم، وفي رواية له: في الذي يدرك صيده بعد ثلاث: **«فكله ما لم ينتن»**[1].

وفي «الصحيحين» عن عدي بن حاتم: سألت رسول الله ﷺ عن الصيد فقال: **«إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله فإن وجدته قد قتل فكل، إلا أن تجده في ماء، فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك»** وفي رواية لهما: **«إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين»** وفي رواية: **«اليومين والثلاثة ولم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت»**[2].

وفي «سنن أبي داود» عن عدي بن حاتم: قلت يا رسول الله: إن أحدنا يرمى الصيد فنقتفي أثره اليومين والثلاثة ثم يجده وفيه سهمه أيأكل؟ قال: **«نعم إن شاء»**[3] واحتج له بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] ولأنه لم يظهر سبب سوى الجرح الذي رآه فالوجه إصابة الموت إليه، فكذلك يوجب القود بجرح دام أثره إلى الموت، وان احتمل موته بسبب آخر. ويحل الجنين بذكاة «الأم» وإن احتمل موته بسبب آخر. وأشار الشيخ في «شرح مسلم» إلى قول ثالث فقال: **والثالث**: يحرم في الكلب دون السهم، ويخص ابن أبي عصرون في «تنبيهه» و«انتصاره» و«مرشده» طريقًا جزم به فقال: وإن أرسل سهمًا أو كلبًا على صيد ثم غاب ثم وجده ميتًا، فإن لم ير فيه أثرًا أو رأى فيه ما لا يغلب على ظنه أن موته منه لم يحل وإن كان الجرح موجبًا أو مغلبًا على الظن إذا لم يكن فيه أثر سبع، انتهى.

قال: (**فَصْلٌ: يَمْلِكُ الصَّيْدَ**) أي: في غير المحرم والإحرام.

(**بِضَبْطِهِ بِيَدِهِ**) أي: وإن لم يقصد تملكه، حتى لو أخذه لينظر إليه ملكه، نعم لو قصد أخذه لغيره نيابة عنه تأدية ملكه ذلك الغير على المرجح، والظاهر

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٩٤، رقم ١٧٧٧٩)، ومسلم (٣/ ١٥٣٢، رقم ١٩٣١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم.

وَبِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ، وَبِإِزْمَانٍ وَكَسْرِ جَنَاحٍ، وَبِوُقُوعِهِ فِي شَبَكَةٍ نَصَبَهَا، ....

أن اصطياد الولي لمحجوره كالغير.

قال: (وَبِجُرْحٍ مُذَفِّفٍ، وَبِإِزْمَانٍ وَكَسْرِ جَنَاحٍ) أي: عجز معهما عن الطيران والعدو جميعًا، ويكفي للملك إبطال شدة العدو وجعله بحيث يسهل لحاقه وأخذه، قالا: ولو جرحه فعطش بعد الجراحة وثبت لم يملكه إن كان العطش لعدم الماء، وإن كان لعجزه عن الوصول إلى الماء يملكه؛ لأن سبب العجز الجراحة.

قال: (وَبِوُقُوعِهِ فِي شَبَكَةٍ نَصَبَهَا) أي: سواء وقع بنفسه أو بطرد الغير إليها، وقضية إطلاقها أنه لا فرق بين نصبها في محل عدوان كأرض الغير أو لا، ولا بين أن يقصد نصبها للاصطياد أو لغيره؛ كإصلاح وتخفيف، والظاهر أنه لو وقع في حفرة حفرها للصيد ملكه إلا أن يكون في ملك الغير، ففيه نظر.

تَنْبِيهٌ: سواء الشبكة المملوكة وغيرها حتى المنصوبة إذا نصبها لنفسه ويده عليها والفخ والشرك ونحوهما كالشبكة، وقوله: نصبها؛ أي: لنفسه، أمَّا لو نصبها لغيره نيابة فالصيد كذلك الغير، ويخرج بقوله نصبها مسألة ما لو سقطت منه فيغفل بها صيد، فأصح الوجهين أنه لا يملكه.

فَرْعٌ: قال في أصل «الروضة» وفي «الحاوي»: إنه لو وقع في الشبكة ثم تقطعت وأفلت الصيد فإن ذلك يقطع الصيد الواقع عاد مباحًا فيملكه من صاده، وإلا فهو باقٍ على ملك صاحب الشبكة، فلا يملكه غيره.

وقال الْغَزَالِي في باب البئر من «الوسيط»: لو وقع في شبكة فأفلت لم يزل يملكه على الصحيح، زاد في «شرح المهذب»: والمذهب تفصيل الْمَاوَرْدِي ولو تعقل الصيد بالشبكة ثم قلعها وذهب بها فأخذه إنسان نظر إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة؛ ملكه الآخذ، وإن كان ثقل الشبكة يبطل امتناعه بحيث يتيسر أخذه فهو لصاحب الشبكة لا يملكه غيره، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه سُئل عن صيد تعلق بشبكة ثم انفلت فصاده إنسان.

وَبِإِلْجَائِهِ إِلَى مَضِيقٍ لَا يُفْلِتُ مِنْهُ. وَلَوْ وَقَعَ صَيْدٌ فِي مِلْكِهِ، وَصَارَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ بِتَوَحُّلٍ وَغَيْرِهِ؛ لَمْ يَمْلِكْهُ فِي الْأَصَحِّ.

قال: ينظر إن تعلق بها تعلقًا بليغًا حتى صار مثبتًا إلا أنه قطع الحبل فهو للأول، وإن لم يتعلق بها تعلقًا بليغًا فهو للثاني، انتهى.

قال: (**وَبِإِلْجَائِهِ إِلَى مَضِيقٍ لَا يُفْلِتُ مِنْهُ**) أي: بأن أدخله بيتًا ونحوه، وقضية إطلاقهما أنه لا فرق بين أن يكون له على التثبت ونحو يد أم لا، وفيه وقفة للمتأمل؛ لأنه إذا لم يكن له عليه يد لم يصر مستوليًا على الصيد بإيحائه إليه، ومن الطرق التي يملك بها الصيد مسك جارحته المعلمة التي أرسلها ولم يقتله، وكذا المغصوبة على المذهب الذي لا يعرف العراقيون غيره، وغير المعلَّم في ذلك كالمعلَّم، ولو أرسل سبعًا آخر فعقره وأثبته.

قال **الْمَاوَرْدِي**: إن كان له يد على السبع ملكه وإلا فلا.

قال **الرَّافِعِي**: ولو أفلت الصيد بعدما أخذه الكلب ففي «البحر» أن بعض الأصحاب قال: إن كان ذلك قبل ما أدركه صاحبه لم يملكه وإن كان بعده فوجهان، زاد في «الروضة».

قلت: أصحهما: لا يملك، ونسب في «شرح المهذب» نقل الترجيح إلى **الرَّافِعِي** عن **الرُّويَانِي**.

قال **الرَّافِعِي**: قد يرد جميع ذلك إلى شيء واحد، ويجعل سبب ملك الصيد هو إبطال امتناعه وحصول الاستيلاء عليه، وذلك يحصل بالطرق المذكورة، انتهى.

وجميع ما سبق من أول الفصل إذا لم يكن عليه أثر ملك؛ كوسم وقص جناح وقرط ونحوها من علامات الملك فإن كان فضالة أو لقطة.

قال: (**وَلَوْ وَقَعَ صَيْدٌ فِي مِلْكِهِ**) أي: اتفاقًا.

(**وَصَارَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ بِتَوَحُّلٍ وَغَيْرِهِ؛ لَمْ يَمْلِكْهُ فِي الْأَصَحِّ**) وعلله **الرَّافِعِي** بأنه لم يقصد بسقي أرضه الاصطياد، والقصد مرعي في التملك.

والثاني: يملكه كما لو وقع في شبكته، ولو [قصد] سقي الأرض بوحل

……………………………………………………………………

الصيد فيها أو حفر بأرضه ونحوها حفرة للصيد فيوحل، أو وقع في حفرته ملكه [كما لو وقع](١) في شبكته، وكذا لو قصد بالبناء التعشيش فيه على الأصح، وما أشبه ذلك.

وقال الرَّافِعِي بعد قوله: لو توحل صيد بمزرعته وصار مقدورًا عليه فوجهان.

قال الإمام: موضع الخلاف إذا لم يكن سقى الأرض بما يقصد به توحل الصيود وتعلقها، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة ولم يتعرض الرُّويَانِي لمزرعة الشخص. قال: ولو توحل الصيد عند طلبه في طين لم يملكه؛ لأن حصول الطين ليس من فعله، ولو كان هو الذي أرسل الماء في الأرض ملكه؛ لأن الوحل حصل بفعله فهو كنصب الشبكة، ويشبه أن يرجع هذا إلى ما ذكره الإمام من قصده الاصطياد بالسقي، انتهى.

وما ذكره الرُّويَانِي أخذه من «الحاوي» إذا علمت هذا فقد نقل الرَّافِعِي والمصنف في إحياء الموات عن الإمام وأقرَّاه أن يوحل الصيد في أرضه التي سقاها لا يقتضي الملك وإن قصده، انتهى.

وهو ضعيف، والظاهر ما تقدم من أن سقيه الاصطياد كنصب الشبكة، وأمَّا إذا سقى الأرض لغرض آخر فلا(٢).

تَنْبِيهٌ: إذا قلنا بالأصح في صورة الكتاب، قال في «الروضة» وقال الإمام،

---

(١) في نسخة: (كالواقع).

(٢) تَنْبِيهٌ: مَحِلُّ الْخِلَافِ فِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ سَقْيُ الْأَرْضِ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ تَوَحُّلُ الصَّيْدِ، فَإِنْ قَصَدَ بِهِ فَهُوَ كَنَصْبِ الشَّبَكَةِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا نَقَلَهُ فِي أَصْلِ «الرَّوْضَةِ» هُنَا عَنْ الْإِمَامِ وَغَيْرِهِ؛ لَكِنَّهُ نَقَلَ فِي إحْيَاءِ الْمَوَاتِ عَنِ الْإِمَامِ خِلَافَهُ، وَضَعَّفَهُ الْأَذْرَعِيُّ وَجَمَعَ الْبُلْقِينِيُّ بَيْنَهُمَا بِحَمْلِ مَا هُنَا عَلَى سَقْيٍ أعتيد الِاصْطِيَادُ بِهِ، وَمَا هُنَاكَ عَلَى خِلَافِهِ، وَهُوَ حَسَنٌ، وَلَوْ حَفَرَ حُفْرَةً وَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ مَلَكَهُ إنْ كَانَ الْحَفْرُ لِلصَّيْدِ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً فَدَخَلَهَا سَمَكٌ هَلْ يَمْلِكُهُ الْمُسْتَأْجِرُ؛ لِأَنَّ مِلْكَ مَنَافِعِهَا لَهُ، أَوْ الْمَالِكُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ مِنَ الْمَنَافِعِ الَّتِي تَقَعُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهَا؟ وَجْهَانِ فِي «فُرُوقِ ابْنِ جَمَاعَةَ الْمَقْدِسِيِّ» أَوْجَهُهُمَا الْأَوَّلُ كَمَا اسْتَظْهَرَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِين. انظر: «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (١٨/ ٨١).

وَمَتَى مَلَكَهُ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ بِانْفِلَاتِهِ. وَكَذَا بِإِرْسَالِ الْمَالِكِ لَهُ فِي الْأَصَحِّ.

وقال الأصحاب: فهو أولى بتملكه، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه، قال: فإن فعل فهل يملكه؟ وجهان؛ كمن يحجز مواتًا فأحياه غيره هل يملكه؟ وهذه الصورة يعني: مسألة الصيد أولى بثبوت الملك؛ لأن التحجر للأحياء، ولا يقصد ببناء الدار تملك الصيد الواقع فيها.

وقال في الوليمة: إنه لو سقط في حجره نثار ولم يكن بسطه، كذلك فليس لغيره أخذه فلو فعل ففي ملكه وجهان جاريان فيما لو عشش طائر في ملكه فأخذه غيره، وفيما إذا أحيا بالحجرة غيره، لكن الأصح أن المجني يملك، وفي هذه الصورة ميلهم إلى المنع أكثر؛ لأن المحتجز غير مالك، فليس الإحياء تصرفًا في ملك غيره بخلاف هذه الصورة، انتهى.

وصرَّح الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» بأن الأظهر عدم الملك في هذه الصورة قالا: ثم اختصاص من وقع في حجره النثار مخصوص بمن هو ممن يأخذه، أمَّا من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه فلا اختصاص له به، ويجوز لغيره أخذه من حجرة، ذكره الْبَغَوِي وغيره، انتهى.

وذكر في آخر الموات أن الأصح المنصوص يملك ما يحجره غيره، وأنهم شبهوا الخلاف بالخلاف فيما إذا عشش طائر في ملكه أو وقع الثلج فيه ونحو ذلك، هذا لفظ «الروضة» واضطراب هذه المواضع ظاهر؛ إذ قضية المذكور هنا ترجيح ملكية الأخذ، وأولى من صورة الإحياء بالملك، وفي الوليمة عكسه، وفي إحياء الموات بين الصور.

قال: **(وَمَتَى مَلَكَهُ)** [أي]: باصطياد وغيره.

(لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ بِانْفِلَاتِهِ) كعبد آبق، وسواء التحق بالوحوش في الصحراء أو أبعد عن العمارة أو طال بانفلاته وأضدادها أولى.

قال: **(وَكَذَا بِإِرْسَالِ الْمَالِكِ)** أي: المطلق التصرف.

(لَهُ فِي الْأَصَحِّ) أي: كما لو سَيَّبَ دابته، وأدرج في أصل «الروضة» أنه المنصوص، فعلى هذا لا يجوز له ذلك؛ لأنه يشبه سوائب الجاهلية.

وَلَوْ تَحَوَّلَ حَمَامُهُ إِلَى بُرْجِ غَيْرِهِ؛ لَزِمَهُ رَدُّهُ، فَإِنْ اخْتَلَطَ وَعَسُرَ التَّمْيِيزُ؛ لَمْ يَصِحَّ بَيْعُ أَحَدِهِمَا، وَهِبَتُهُ شَيْئًا مِنْهُ لِثَالِثٍ، وَيَجُوزُ لِصَاحِبِهِ فِي الْأَصَحِّ.

والثاني: يزول ملكه كإعتاقه عبده، وحكى جماعة منهم: المحاملي في «المقنع» وصاحب «التنبيه» هذا الخلاف قولين.

قال الْقَفَّال: والعوام يحتسبون به، ويسمونه إعتاقًا ومن حقه أن يحترز عنه، قال الرَّافِعِي عن صاحب «الإفصاح» وجه ثالث: إنه قصد بتخليه التقرب إلى الله تعالى زال ملكه عنه وإلا فلا، وذكر الرُّويَانِي في «البحر» أن الشَّافِعِي ﷺ نص في «المبسوط» على زوال الملك، وغلط من قال غيره إلا أنه يشترط في التصوير أن يخليه على قصد إخراجه من ملكه وإلحاقه بالوحش، انتهى.

وكذا رأيته في «التجربة» وخصص الْمَاوَرْدِي محل الخلاف بما إذا لم يقصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى به، فإن قصده به زال ملكه كما في العتق، وهذا ما حكاه الرَّافِعِي عن صاحب «الإفصاح» وجعله وجهًا مرجوحًا، ولو أراد مالك الصيد [عن]⁽¹⁾ إرساله إباحته لمن أخذه أو قال: أجبته لغيري حصلت الإباحة ولا ضمان على من أكله لا [كثير] لا يتعد تصرفه فيه بغير الأكل، ولا يحل أكله لمن عرف أنه مملوك إلا أن يعلم إباحة مالكه له.

إشارة: ما تقدم في غير المحرم، أمَّا لو أحرم وفي يده صيد يملكه لزمه إرساله على الأظهر، وقيل: لا قطعًا، بل يستحب فعلى الأظهر يزول ملكه عنه على الأظهر.

قال: (**وَلَوْ تَحَوَّلَ حَمَامُهُ إِلَى بُرْجِ غَيْرِهِ؛ لَزِمَهُ رَدُّهُ**) لبقاء ملكه كالضالة، والبيض والفرخ لصاحب الأنثى، ولو شك فيما دخل برجه هل هو مباح أو مملوك؟ فهو أولى به وله التصرف؛ إذ الظاهر أنه مباح.

قال: (**فَإِنْ اخْتَلَطَ وَعَسُرَ التَّمْيِيزُ؛ لَمْ يَصِحَّ بَيْعُ أَحَدِهِمَا، وَهِبَتُهُ شَيْئًا مِنْهُ لِثَالِثٍ**) لأنه لا يتحقق الملك فيه.

(**وَيَجُوزُ لِصَاحِبِهِ فِي الْأَصَحِّ**)؛ للحاجة إليه، وقد ترتفع المتعذرات

---

(١) في نسخة: (عند).

فَإِنْ بَاعَاهُمَا، وَالْعَدَدُ مَعْلُومٌ وَالْقِيمَةُ سَوَاءٌ؛ صَحَّ، وَإِلَّا فَلَا.

بالضرورات، وقد صحح القراض والجعالة مع ما فيهما من الجهالة، ووجه المنع عظم الغرر، والجهالة في عقد مغابنة، والظاهر أن الخلاف فيما إذا جهلا العدد والقيمة.

قال في «الذخائر»: فلو باع أحدهما من صاحبه واحدًا منها بعينه أو وهبه إياه فوجهان، وإن كان غير معين لم يصح وجهًا واحدًا، وإن باعه الجميع واحدًا بعد واحدٍ فهل يصح وقد وقع العقد يقينًا على ما هو ملكه؟ يحتمل وجهين بناء على ما لو باع مال مورثه قبل علمه بموته فوافق ما بعد موته، والجامع أنه يعقد على ما لا يتحقق كونه ملكًا له، قال: ولو باع أحدهما الجميع من الآخر فعلى قولي تفريق الصفقة، انتهى. وهذا إنما يتمشى إذا قلنا يخبر بكل الثمن، فإن قلنا بالقسط فلا لجهالته.

قال: (فَإِنْ بَاعَاهُمَا) أي: باعا جميع المختلط ولا يدري أحدهما عين ماله لثالث.

(وَالْعَدَدُ مَعْلُومٌ وَالْقِيمَةُ سَوَاءٌ؛ صَحَّ) أي: ويحتمل الجهالة في المبيع للضرورة، ويوزع الثمن على أعدادها، قال الرَّافِعِي: باتفاق الأئمة.

قال: (وَإِلَّا فَلَا) أي: وإن يتفق ذلك لم يصح، هذا ما قاله الإمام حيث قال: والوجه عندي فذكره.

واعلم أن الرَّافِعِي أخذ المسألة من «النهاية» وعبارة «النهاية»: ولو باع الحمام المختلط وهما لا يدريان أعيان ما لكل واحد منهما، فإن كانت متساوية [القيمة] والأعداد معلومة لكل منهما بأن كان لهذا مائة ولهذا مائتان فإذا اتفقا على بيع الجميع وتوزيع الثمن على الأعداد [فقط](١) أطبق الأئمة على تصحيح ذلك ووجه بين، وإن كان يجهل كل واحد منهما عدد ما يملكه فباعا الحمام المختلطة فالوجه عندي الحكم بفساد البيع، فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائعين، ولا [يدري] واحد منهما ما يستحقه من الثمن، وإزالة الجهالة

---

(١) في نسخة: (فقد).

....

متعددة، وقد ينشأ من ذلك وجه في جواز البيع، والعلم عند الله.

ولكن السبيل فيه أن يقول كل واحد منهما: بعتك الحمام التي في هذا البرج بكذا، فيكون الثمن معلومًا وعدد الحمام مجهولًا، فيحتمل الجهل في المبيع للضرورة؛ إذ لا سبيل إلى دفعه، ولو قالا: بعنا منك الحمام بكذا، فهذا ما لا أرى تصحيحه، فإن دفع الجهل عن الثمن بالطريقة التي ذكرتها ممكن، فلا معنى لاحتمال جهل لا تلجئ إليه الضرورة، انتهى.

وفي عبارته قلق، وعبارة «البسيط»: ولو تطابقا على بيع الحمامات أو بعضها من ثالث، فإن كان عدد كل ملك معلومًا والقيمة متماثلة صح البيع قطعًا، والثمن يوزع على حسب النسبة، وإن كان العدد مجهولًا أو القيمة متفاوتة فلو باعا بألف مثلًا فهو باطل؛ لأنه لا يدري، كم يستحق كل واحد والصفقة تتعدد بتعدد [البائعين] وطريقهما أن يعين كل واحد منهما [قدر] ما يستحقه بالتصالح لتدفع الجهالة عن الثمن، ويبقى الجهل بقدر المبيع، فيحتمل للحاجة، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: وإن كانا يجهلان الأعداد لم يصح البيع؛ لأنه لا يعرف كل واحد منهما ما يستحقه من الثمن، والطريق أن يقول كل واحد منهما: بعتك الحمام الذي [لي] في هذا البرج بكذا، فيكون الثمن معلومًا، ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة، وفي «الوسيط»: إنهما لو تصالحا على شيء صح البيع، واحتمل [الجهل] بقدر المبيع، ويقرب من هذا ما أطلق من مقاسمتهما، واعلم أن الضرورة قد تدعوا إلى المسامحة في بعض الشروط المعتبرة في [الشروط][1] ألا ترى أنه لو أسلم على أكثر من أربع ومات قبل الاختيار يصح إصلاحهن قبل القسمة، إمَّا بصفة التساوي أو التفاوت مع الجهل بالاستحقاق، ويجوز أن تصح القسمة هاهنا بحسب تراضيهما.

ويجوز أن يقال: إذا قال كل واحدٍ منهما: بعت ما لي من حمام هذا البرج

---

(١) في نسخة: (العقود).

....

بكذا، وصححناه مع الجهل بالمبيع، فإذا [قلنا][١] بعنا حمام هذا البرج بكذا والأعداد مجهولة يصح أيضًا مع الجهل بما يستحق كل واحدٍ منهما؛ لأن المقصود أن يتفضل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه، ولو باع أحدهما جميع حمام البرج بإذن الآخر فيكون أصيلًا في البعض ووكيلًا في البعض ثم يقتسمان الثمن، انتهى.

تنبيهات: قوله: ويجوز أن تصح القسمة صرَّح بجوازها الشيخ أبو محمد والْغَزَالِي والرُّويَانِي وغيرهم.

وقوله: ويجوز أن يقال [في] صريح في أنه يجب له، وعبارة «الذخائر»: وطريق الخلاص أن يبيعا جميعًا من غيرهما، أو أن يوكل كل واحد الآخر فيبيع عنهما وهو أولى من يوليهما العقد ما يقسمهما؛ إذ يتطرق إليه أن يقال كل واحدٍ منهما ملكه وملك رفيقه، وقال بعض أصحابنا: إذا توافقا على البيع من ثالث، وذكر مسألة الكتاب، وأنه إذا كان العدد مجهولًا والقيمة متفاوتة فالبيع باطل، قال: وفيما ذكره من فساد العقد نظر؛ فإنه لا يمتنع أن يصح البيع، إذا توليا العقد مع الجهالة للحاجة كما قال: أو مع التوكيل [كما][٢] بيناه، وإنما يبقى النظر بعد ذلك في قسمة الثمن على قدر أنصابهم فيقتسماه بالمصالحة، ثم تحقيق القول في هذه الصورة إنها تبنى على القولين فيما إذا باع رجلان عبدين لهما من رجل بثمن واحد هل يصح، انتهى.

وفيه نظر؛ إذ لا ضرورة ولا حاجة في صورة العبدين، فإن فرض اشتباه عند كل واحد [بعبد الآخر][٣] فهي مسألتنا.

فَرْعٌ: لو انثالت حنطة على حنطة غيره، أو انصب مائع على مائع وجهل المقدار.

---

[١] في نسخة: (قالا).

[٢] في نسخة: (على ما).

[٣] في نسخة: (منهما بالآخر).

وَلَوْ جَرَحَ الصَّيْدُ اثْنَانِ مُتَعَاقِبَانِ: فَإِنْ ذَفَّفَ الثَّانِي أَوْ أَزْمَنَ دُونَ الْأَوَّلِ فَهُوَ لِلثَّانِي، وَإِنْ ذَفَّفَ الْأَوَّلُ فَلَهُ، وَإِنْ أَزْمَنَ فَلَهُ، ثُمَّ إِنْ ذَفَّفَ الثَّانِي بِقَطْعِ حُلْقُومٍ وَمَرِيءٍ فَهُوَ حَلَالٌ، وَعَلَيْهِ لِلْأَوَّلِ مَا نَقَصَ بِالذَّبْحِ.

قال الرَّافِعِي: فليكن الحكم كما ذكرنا في اختلاط الحمام، وفي «الإحياء» وغيره: إنه لو اختلط درهم أو أكثر بدراهمه ولم يتميز أو دهن بدهن ونحو ذلك أن طريقه أن يفصل قدر الحرام، ويصرفه إلى الجهة التي يجب صرفه إليها، ويبقى الباقي له يتصرف فيه بما أراد، ذكره ابن الرِّفْعَة وأقره، وكان التصوير فيما إذا جهل المستحق، أمَّا لو عرفه فيشبه أن يأتي فيه ما ذكره هو والرَّافِعِي عن «التهذيب»: إنه لو اختلط حمام برجه بحمام مملوك للغير [وعسر التمييز أن لكل مالك أن يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة حتى يبقى واحدة مثلًا، كما لو اختلط ثمره بثمر الغير] قالا، والذي حكاه الرُّويَانِي إنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح ذلك الغير أو يقاسمه، وسيأتي ـ إن شاء الله ـ في باب القسمة كلام شاف في المسألة.

قال: (**وَلَوْ جَرَحَ الصَّيْدُ اثْنَانِ مُتَعَاقِبَانِ: فَإِنْ ذَفَّفَ الثَّانِي أَوْ أَزْمَنَ دُونَ الْأَوَّلِ فَهُوَ لِلثَّانِي**) أي: لأنه ملكه [بذلك] ولا شيء للأول ولا عليه بجراحته؛ لأنه كان مباحًا حينئذٍ.

(**وَإِنْ ذَفَّفَ الْأَوَّلُ فَلَهُ**) لما سبق، وعلى الثاني أرش ما نقص من لحمه وجلده؛ لأنه جنى على ملك غيره.

(**وَإِنْ أَزْمَنَ فَلَهُ**) أي: لإزمانه إياه.

(**ثُمَّ إِنْ ذَفَّفَ الثَّانِي بِقَطْعِ حُلْقُومٍ وَمَرِيءٍ فَهُوَ حَلَالٌ، وَعَلَيْهِ لِلْأَوَّلِ مَا نَقَصَ بِالذَّبْحِ**) كما لو ذبح شاة غيره.

قال الإمام: وإنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة، فإن كان الحيوان متألمًا بحيث لو لم يذبح لهلك فما عندي أنه ينقص منه بالذبح شيء، قال الرَّافِعِي: ويجيء في الحل تردد حكيناه عن الإمام إذا رمى إلى شاة ربيطة وقطع الحلقوم والمريء وفاقًا، والظاهر الحل.

وَإِنْ ذَفَّفَ لَا بِقَطْعِهِمَا. أَوْ لَمْ يُذَفِّفْ وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ؛ فَحَرَامٌ، وَيَضْمَنُهُ الثَّانِي لِلْأَوَّلِ.

قال: (**وَإِنْ ذَفَّفَ لَا بِقَطْعِهِمَا**) يعني: الحلقوم والمريء.

(**أَوْ لَمْ يُذَفِّفْ وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ؛ فَحَرَامٌ**) [أمَّا] إذا ذفف لا يقطعهما فلأن المقدور عليه لا يحل إلا بقطع الحلقوم والمريء، وكذا الحكم لو رمى إلى صيدٍ فأزمنه ثم رمى إليه ثانيًا وذفف لا يقطع المذبح، وأمَّا إذا جرح بلا تذفيف ومات من الجرحين؛ فلأنه اجتمع المبيح والمحرم، فقلت: المحرم كما لو اشترك في الذبح مسلم ومجوسي.

قال: (**وَيَضْمَنُهُ الثَّانِي لِلْأَوَّلِ**)، أمَّا في الأولى: وهي ما إذا ذفف لا يقطعهما، فيضمن كل الصيد مجروحًا؛ لأنه أفسد ملك الأول فلزمه ضمانه، وأمَّا في الثانية: وهي موته بالجرحين فينظر إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه لزم الثاني تمام قيمته مزمنًا؛ لأنه صار ميتة بفعله، بخلاف ما لو خرج شاة نفسه وجرحها آخر فماتت بهما لم يجب على الثاني إلا نصف القيمة؛ لأن كل واحد من الجرحين حرام، والهلاك حصل بهما، وهنا فعل الأول اكتساب وإصلاح وذكاة، وإن أدركه وتمكن من ذبحه فذبحه لزم الثاني أرش جراحته إن حدث بها نقص، وإن لم يذبحه وتركه حتى مات فوجهان:

أحدهما: إنه ليس على الثاني شيء سوى أرش جراحته؛ لأن الأول نقص حيث تمكن من الذبح فلم يذبح.

وأصحهما: يضمن ولا يقتصر على أرش جرحه، ولا [فرق] بين أن يموت الصيد في يده أو قبل أن يقدر عليه ويتمكن من ذبحه، إذ عاينه أنه امتنع من تدارك ما تعرض الفساد بجناية الجاني مع إمكان التدارك وهو لا يسقط الضمان، كما لو جرح جارح شاته فلم يذبحها مع المكنة لا يسقط الضمان، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: يضمن كمال قيمتها مزمنًا كما لو ذفف.

وأصحهما: وبه قال الأكثرون إنه لا يضمن كمال القيمة، بل هو كما لو جرح

وَإِنْ جَرَحَا مَعًا وَذَفَّفَا أَوْ أَزْمَنَا؛ فَلَهُمَا، وَإِنْ ذَفَّفَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَزْمَنَ دُونَ الْآخَرِ؛ فَلَهُ، وَإِنْ ذَفَّفَ وَاحِدٌ وَأَزْمَنَ آخَرُ وَجُهِلَ السَّابِقُ؛ حَرُمَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

عبده وجرحه غيره؛ لأن الموت حصل بفعلهما، وكل من الفعلين إفساد، أمَّا الثاني فظاهر، وأمَّا الأول؛ فلأن ترك المذبح مع المكنة يجعل الجرح وجراحته إفسادًا، وكذلك [لو] لم يوجد الجرح الثاني، وترك المذبح كان الصيد ميتة، فعلى هذا يجيء الخلاف المذكور، فيما إذا جنى جان على عبد قيمته عشرة دنانير فعادت قيمته بالجناية إلى تسعة، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضًا ومات بالجراحين، فأصح الوجوه الستة فيها أنها تجمع بين القيمتين، فتكون تسعة عشر فتقسم على ما فوتاه، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءًا من عشرة وإن شئت قلت: نصف القيمة يوم الجناية الأولى خمسة، ويوم الجناية الثانية أربعة ونصف يجمع بينهما، وتقسم العشرة إلى تسعة ونصف خمسة على الأول يسقط في مسألتنا وأربعة ونصف على الثاني يجب عليه في مسألتنا أيضًا، وأعرضنا عن الإطالة بتعداد الوجوه المبني عليها وما فيها من البحوث اختصارًا.

قال: (**وَإِنْ جَرَحَا مَعًا وَذَفَّفَا أَوْ أَزْمَنَا؛ فَلَهُمَا**) لاشتراكهما في سبب الملك. (**وَإِنْ ذَفَّفَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَزْمَنَ دُونَ الْآخَرِ؛ فَلَهُ**) أي: لانفراده بسبب الملك ولا شيء على الآخر.

قال: (**وَإِنْ ذَفَّفَ وَاحِدٌ وَأَزْمَنَ آخَرُ وَجُهِلَ السَّابِقُ؛ حَرُمَ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لاحتمال سبق الأزمان، فلا يحل ألا يقطع المذبح، وقيل على قولين كمسألة الأسماء السابقة، ووجه الشبه: اجتماع المبيح والمحرم، والفرق لائح، وهو أن هناك جرح سابق يحال عليه الموت بخلاف مسألتنا.

فروع مبددة: لا خفاء أن الاعتبار في الترتيب والمعية بالإصابة لا بابتداء الرمي، ولو أرسل واحد سهمين فأصابا معًا حل، [أو مرتبًا][1] فإن أزمنه الأول ولم يصب الثاني المذبح لم يحل، وإن أصابه حل، وإن لم يزمنه الأول وقتله الثاني حل، وكذا لو أرسلا كلبين فأزمنه الأول وقتله الثاني لم يحل وإن

---

[1] في نسخة: (أزمنها).

………………………………………………………………………

قطع المذبح، وكذا لو أرسل سهمًا وكلبًا إن أزمنه السهم ثم أصابه الكلب لم يحل، وإن أزمنه الكلب ثم أصاب السهم المذبح حل، أو غيره فلا.

إذا أكلت البقرة مثلًا الشث وذبحت، إن كانت الحياة مستقرة فيها وقت الذبح حلت، وإلا فلا، ذكره إبراهيم المروزي. لو دخل السمك حوضًا له فسدَّ المنفذ حتى لا يمكنه الخروج منه، إن كان الحوض كبيرًا لا يمكنه [تناوله] إلا بجهد، أو ألقى عليه شبكة لا يملكه بذلك، غير أنه صار أحق به من غيره فلا يصطاده أحد إلا بإذنه، وإن كان الحوض صغيرًا يمكنه تناوله بسهولة ملكه، فلو فتح المنفذ وخرج السمك فلا يزول ملكه، قاله المروزي.

قال الدَّارِمِي: إذا أرسلا كلبيهما وأثبتا صيدًا معًا قتلاه، أو لم يقتلاه فبينهما ولم يصر ما بعد ذلك، وإن تجاذباه قيل: إن ثبتناه فحصل مع كل واحد بعضه فلكل واحد ما حصله كلبه، قال الدَّارِمِي: إذا كان بيد رجل صيده فادعى غيره أنه صاده قلنا لصاحب اليد إمَّا أنْ تحلف على أنك لا تعلم أنه صاده، أو تسلمه، فإن قامت بينة سلمه بكل حال.

في «تعليق» الْبَغَوِي: إنه لو [نصب][1] شبكة فنصبها في أرض مالكها فتعلق بها صيد، فلمن يكون؟ قال القاضي: حكمه حكم ما لو دخل ظبي في ملكه فوحل فأخذه أجنبي فلمن يكون؟ [فيه وجهان وقضية ذلك الغاصب لو أخذه ملكه، وهل يملكه قبل الاستيلاء عليه حينًا] فيه نظر للمتأمل.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لو أمر عبدًا أعجميًا أو مجنونًا فاصطاده، فالصيد للآمر أو للمأمور؟ فيه وجهان: الجواب منهما في «التهذيب» و«البحر»: إنه إذا كان عبدًا أعجميًا أنه لسيده، وألحقا به الصبي، وفي [«تعليق»][2] القاضي: إنه لو رمى إلى صيد فانكسر عضو منه وصار مقدورًا عليه قبل أن يصيبه السهم لم يحل، إلا أن تصيب الرمية مذبحه فيحل، وبالله التوفيق وأسأله الإعانة.

---

[1] في نسخة: (عصب).

[2] في نسخة: (فتاوى).

تضم همزتها، وتكسر وتشدد ياؤها وتخفف، ويقال: ضحية وجمعها ضحايا، وهي ما يذبح من النعم تقربًا إلى الله يوم عيد النحر وأيام التشريق بقصد التضحية.

قال إبراهيم المروزي: وهي مشتقة من الضحوة، وهي اسم لزمان يعقب طلوع الشمس وارتفاعها، وقيل: مشتقة من الضحى، وهو مكان ذبحها، وقيل: إنما سميت أضحية؛ لأنها تذبح وقت شروق الشمس، انتهى.

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحج: ٣٦] وقوله: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ۝﴾ [الكوثر: ٢] على الأشهر.

وثبت فيها أحاديث في «الصحيحين» وغيرهما، وجاء في الحث عليها أحاديث:

منها: حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: **«ما عمل ابن آدم عملًا يوم النحر أحب إلى الله من إراقة الدم، وإنها لتأتي يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها، وإن الدم ليقع من الله ﷻ بمكان قبل أن يقع من الأرض فطيبوا بها نفسًا»**(١) رواه ابن ماجه والترمذي وحسنه، والحاكم وصحح إسناده، وفيه ضعف.

وعن زيد بن أرقم قال: قُلْتُ أَوْ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا هَذِهِ الأَضَاحِي؟ قال: **«سُنَّةُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ»** قَالُوا: مَا لَنَا مِنْهَا؟ قال: **«بِكُلِّ شَعْرَةٍ حَسَنَةٌ»** قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَالصُّوفُ؟ قال: **«بِكُلِّ شَعْرَةٍ مِنَ الصُّوفِ حَسَنَةٌ»**(٢) رواه الإمام أحمد وابن ماجه، وقال الحاكم: صحيح، وفيه نظر؛ لأن فيه عائذ [الله بن

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٨٣، رقم ١٤٩٣) وقال: حسن غريب. وابن ماجه (٢/ ١٠٤٥، رقم ٣١٢٦)، والحاكم (٤/ ٢٤٦، رقم ٧٥٢٣) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٩/ ٢٦١، رقم ١٨٧٩٤).

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٢٢، رقم ٣٤٦٧)، وقال: صحيح الإسناد. وأحمد (٤/ ٣٦٨، رقم ١٩٣٠٢)، وعبد بن حميد (ص ١١٢، رقم ٢٥٩)، والطبراني (٥/ ١٩٧، رقم ٥٠٧٥)، والبيهقي (٩/ ٢٦١، رقم ١٨٧٩٦).

هِيَ سُنَّةٌ.

عبد الله] المجاشعي، قال البخاري: لا يصح حديثه، ووهَّاه أبو حاتم، لكن ذكره ابن حبان في «الثقات».

وعن ابن عباس يرفعه: [**«ما أنفقت الورق في شيء أفضل من نحيرة في يوم عيد»** رواه الدارقطني(١).

وعن أبي هريرة يرفعه:] **«من وجد سعة فلم يضح، فلا يقربن مصلانا»**(٢) رواه الإمام أحمد وابن ماجه.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: الصحيح أنه موقوف على أبي هريرة رضي الله عنه.

قال: (**هِيَ سُنَّةٌ**)؛ لقوله ﷺ: **«إذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي؛ فليمسك عن شعره وأظفاره»** وفي لفظ: **«لا يمس من شعره وبشره شيئًا»**(٣) رواه مسلم.

قال الشَّافِعِي: وهو دليل على أنها سنة لقوله، وأراد فقوضه إلى إرادته، وروى البيهقي بإسناد حسن أن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - كانا لا يضحيان مخافة أن يُرى ذلك واجبًا، وفي رواية للشافعي: كراهية أن يُقتدى بهما، ولا يصح ما روي في وجوبها، ولحديث: **«ثلاث هن عليَّ فرائض ولكم تطوع: الضحى، والأضحى، والوتر»**(٤) رواه البيهقي ورواية أبو جناب الكلبي قال: وهو ضعيف ومدلس؛ لكن في «الصحيحين» أنه ﷺ قال: **«من ذبح قبل الصلاة فليعد»**(٥).

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٨١٥).

(٢) أخرجه أحمد (١٨٢٧) وابن ماجه (٢/ ١٠٤٤، رقم ٣١٢٣) قال البوصيري (٣/ ٢٢٢): هذا إسناد فيه مقال. والحاكم (٤/ ٢٥٨، رقم ٧٥٦٥) وقال: صحيح الإسناد.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٥، رقم ١٩٧٧)، والنسائي (٧/ ٢١٢، رقم ٤٣٦٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٥٢، رقم ٣١٤٩) والشافعي (١/ ١٧٥)، والحميدي (١/ ١٤٠، رقم ٢٩٣)، والدارمي (٢/ ١٠٤، رقم ١٩٤٨)، وأبو عوانة (٥/ ٦١، رقم ٧٧٨٧)، والبيهقي (٩/ ٢٦٦، رقم ١٨٨٢٠).

(٤) أخرجه الحاكم (١٠٦٩).

(٥) أخرجه الطيالسي (ص ١٠١، رقم ٧٤٣)، وأحمد (٤/ ٢٨١، رقم ١٨٥٠٤)، والبخاري ٥/ =

……

وفي «صحيح مسلم»: «أنه ﷺ أمر من كان ينحر قبله أن يعيد»⁽¹⁾ وحملا على التأكيد، إذا عرفت هذا فالمذهب المشهور أنها سنة مؤكدة في حق الموسر.

قال الشَّافِعِي رضي الله عنه في «الْبُوَيْطِي»: الأضحية سُنَّة على كل من وجد السبيل من المسلمين من أهل المدائن والقرى والعمود⁽²⁾ وأهل السفر والحضر، والحاج بمنى، وغيرهم من كان معه هدي، ومن لم يكن، هذا لفظه.

قال المصنف: وهو الصواب، وأمَّا قول العبدري: إلا الحاج بمنى، فإنه لا أضحية في حقه؛ لأن ما يُنحر بمنى يكون هديًا لا أضحية، فباطل مردود مخالف لنص الشَّافِعِي - أي في «الأم» - وغيره، والأصحاب والأحاديث الصحيحة، انتهى.

وفي «الصحيحين»: «أنه ﷺ ضحى في منى عن نسائه بالبقر»⁽³⁾.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وسواء في الضحايا أهل منى وأهل الأمصار، انتهى.

قال أصحابنا: وهي سُنَّة على الكفاية في حق أهل البيت الواحد لما في «الموطأ» بإسناده الصحيح عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وأهل بيته، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة، قال الرَّافِعِي: الشاة الواحدة لا يضحي بها إلا عن واحد [لكن إذا ضحى بها واحد] من أهل البيت تأدي الشعار والسنة لجميعهم، انتهى.

= ٢١٠٩، رقم ٥٢٢٥)، ومسلم (٣/ ١٥٥٣، رقم ١٩٦١)، وأبو داود (٣/ ٩٦، رقم ٢٨٠٠)، والترمذي (٤/ ٩٣، رقم ١٥٠٨) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢٢٣، رقم ٤٣٩٥)، والدارمي (٢/ ١٠٩، رقم ١٩٦٢)، وابن خزيمة (٢/ ٣٤١، رقم ١٤٢٧) مختصرًا وابن الجارود (ص ٢٢٨، رقم ٩٠٨)، وأبو عوانة (٥/ ٦٧، رقم ٧٨١٦)، والطحاوي (٤/ ١٧٢)، وابن حبان (١٣/ ٢٢٨، رقم ٥٩٠٧) والروياني (١/ ٢٤٧، رقم ٣٦٤)، والبغوي في الجعديات (١/ ٢٦٠، رقم ١٧٣١).

(١) أخرجه مسلم (٥١٥٩).

(٢) أي: عمود الخيمة كناية عن البوادي.

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٩) ومسلم (٢٩٧٦).

لَا تَجِبُ إِلَّا بِالْتِزَامٍ.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: لو ذبح شاة عن نفسه وأهل بيته لم يجز؛ لأن الشاة الواحدة لا تجزئ إلا عن واحد، وأجاب عما ورد في الحديث: [**«اللهم منك وإليك عن محمد وأمته»**(1) أن المراد به الإشراك في الثواب لا في الأضحية، انتهى.

وجاء في حديث]: **«اللهم هذا عني وعن من لم يضح من أمتي»** وفي رواية لأحمد: **«اللهم هذا عن أمتي جميعًا»**(2).

إشارة: المفهوم [من كلام الشيخين] وغيرهما: إنه لو نوى بذبح الشاة التضحية عن نفسه وأهل بيته لم يجز.

وقال الشافعي في «البويطي»: وإن نوى بذبح عنه أجزأه، وإن قال: اللهم عني وعن أهلي أجزأه، ويقول الذابح: اللهم عن فلان وأهله، انتهى لفظه.

وقيل: هي [فرض كفاية](3) فلو تركها أهل بلد أثموا كالجماعة والآذان، ذكره القاضي الحسين.

وقال الْفُورَانِي [في «العمد»]: التضحية من سنن الكفايات وشبه فروض الكفايات، فمن شأنها أن تكون سائغًا مستفيضًا، فإذا ضحى رجل من أهل بيت أو سكة فقد قاموا بها وإن تركه كلهم كره لهم.

قال: (لَا تَجِبُ إِلَّا بِالْتِزَامٍ) أي: بنذر صحيح كسائر القرب، وقيل: هي فرض كفاية وقد سبق.

قال في اختلاف الحديث من «الأم»: هي سُنة يجب لزومها ويُكره تركها لا على إيجابها، انتهى.

---

(1) أخرجه أبو يعلى (٨/ ١٧، رقم ٤٥٢١)، والبزار كما في مجمع الزوائد (٤/ ٥٨) قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح خلا شيخ أبي يعلى إسحاق فإني لم أعرفه. والبيهقي (٩/ ٣٠٣، رقم ١٩٠٧٧)، والدولابي في الذرية الطاهرة (١/ ٨٥، رقم ١٤٨).

(2) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٥٥، رقم ٧٥٥٤).

(3) في نسخة: (فرض على الكفاية).

وَيُسَنُّ لِمُرِيدِهَا أَلَّا يُزِيلَ شَعْرَهُ وَلَا ظُفْرَهُ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ حَتَّى يُضَحِّيَ.

واعلم أن قولهم إنها سُنة مؤكدة يقتضي كراهية تركها للموسع، كما نص عليه.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي أنها سُنة عندنا لا يكره تركها.

وقال القاضي؛ يعني: الحسين: عندي يكره، انتهى.

إشارات: قوله: إلا بالتزام، يعرفك أنه لو اشترى ما يصلح أضحية بنيتها لا تصير بالنية أضحية، وهو الصواب، وقيل: تصير، وغلطا ناقله، وإنما هو [فيما] إذا نوى في دوام الملك وحمل قوله بالتزام ما إذا نذر معنية أو في الذمة أو قال: جعلت هذه أضحية إن علقها بشفاء ونحوه، وكذا إن لم يعلق على شيء على الأصح، وهذا ليس بنذر؛ بل ألحقوه بالتحرير أو الوقف.

وكذلك قال في «الوجيز»: والتضحية سُنَّة غير واجبة إلا إذا نذرها، أو قال: جعلت هذه الشاة أضحية، قال في «البحر»: لو قال: إن اشتريت شاة فلله عليّ أن أجعلها أضحية، فهو نذر مضمون في الذمة، فإذا اشترى شاة فعليه جَعْلِها أضحية ولا تصير بالشراء ضحية، فلو عيَّن فقال: إن اشتريت هذه الشاة فعلي أن أجعلها أضحية فوجهان:

أحدهما: لا يلزمه جعلها أضحية تغليبًا بحكم التعيين، وقد أوجبها قبل الملك.

والثاني: يلزمه تغليبًا للنذر، زاد المصنف في شرح «المهذب»: والأول أقيس.

قال: (**وَيُسَنُّ لِمُرِيدِهَا**) أي: غير المحرم.

(**أَلَّا يُزِيلَ شَعْرَهُ وَلَا ظُفْرَهُ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ حَتَّى يُضَحِّيَ**) أي: للحديث الصحيح المتقدم، وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره، وسواء اشترى أضحية أو عينها أو لا، قال الشيخ: والحاصل في المسألة أوجه:

أصحهما: كراهة الحلق والقلْم من أول العشر كراهة تنزيه.

والثاني: كراهة تحريم لظاهر الأمر.

وَأَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ، ....

والثالث: بالمكروه الحلق دون القلْم، وجعله في «الروضة» قولًا.

والرابع: لا كراهة، وإنما هو خلاف الأولى.

والخامس: أنه لا يكره إلا لمن دخل عليه العشر، وعين أضحية، والمذهب الأول.

إشارات: قوله: لا يزيل ليشمل أنواع الإزالة فيهما وجميع الشعور حتى الشارب والعانة، والحكمة فيه ليبقى كامل الأجزاء لتشملها المغفرة والعتق من النار، وقد روي ذلك، وإن لم يثبت، وقيل الحكمة فيه التشبه بالمحرم، قال الشيخ: وهو غلط.

قلت: ورجحه الْفُورَانِي في «العمد» وكلام الصيمري يوهم أنه من تتمة الحديث السابق كما بينته في «الغنية» ولا خفاء أن موضع الكراهة ما إذا لم تدع إلى الإزالة ضرورة أو حاجة شديدة.

وعبارة «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي كما رأيته: والمستحب لمن أراد التضحية ألَّا يحلق شعره ولا يتلف شيئًا من بدنه ولا يقلم أظفاره، واحتج بحديث أم سلمة السابق عن «صحيح مسلم»: **«فلا يمس من شعره، ولا من بشره شيئًا»**(١)

قال: **(وَأَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ)** أي: بإتباعه ﷺ.

وقال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: واجب أن يذبح الرجل ضحيته بيده تواضعًا لله تعالى، وقضية إطلاق الشَّافِعِي ﷺ والأصحاب أن المرأة فيه كالرجل، وكلام المروزي كالمصرح به حيث استدل للمسالة برواية عمران بن حصين أنه ﷺ قال لفاطمة - رضوان الله تعالى عليها -: **«قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب تحملتيه وقولي:**

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٥، رقم ١٩٧٧)، والنسائي (٧/ ٢١٢، رقم ٤٣٦٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٥٢، رقم ٣١٤٩) والشافعي (١/ ١٧٥)، والحميدي (١/ ١٤٠، رقم ٢٩٣)، والدارمي (٢/ ١٠٤، رقم ١٩٤٨)، وأبو عوانة (٥/ ٦١، رقم ٧٧٨٧)، والبيهقي (٩/ ٢٦٦، رقم ١٨٨٢٠).

وَإِلَّا فَلْيَشْهَدْهَا .

إن صلاتي ونسكي . . .» الحديث⁽¹⁾ وقال الحاكم: إنه صحيح الإسناد، وذكر له شاهدًا، ونوقش فيهما.

وذكر المصنف في «شرح المهذب» أن الْمَاوَرْدِي قال: إلا المرأة فيستحب لها أن توكل في ذبح هديها أو أضحيتها رجلًا، انتهى.

وجزم به في المناسك بلا نسبة، ولم أره في «الحاوي»؛ بل ظاهر كلامه أنها كالرجل، فإنه استدل بأنه ﷺ كان يأمر نساءه أن يلين ذبح هديهن، نعم حكى وجهين في كراهية ذبح الحائض للأضحية، فلعله ذكره في موضع آخر.

وفي «الأحكام السلطانية» وكان قد وجه ضعفها وجوازها، وعدم [عملها]⁽²⁾ بالذبح وصفته وكماله، وحينئذٍ يشاركها من الرجال من هو كذلك، أو كان به مرض أو فالج ونحوهما، فتكون الاستنابة له أفضل، وسبق عن الصيمري كراهية ذبيحة الأخرس، وعن غيره كراهية ذبيحة الأقلف.

فَرْعٌ: سبق أن ترك التسمية مكروه، وقيل: خلاف الأولى، وقيل: يأثم به، ولا أعلم خلافًا عندنا أنها ليست بشرط في الحل، وفي النفس منه شيء للظواهر فيها، وسبق استحباب الصلاة على النبي ﷺ، والمختار عندي تركها حينئذٍ؛ إذ لم يؤثر ولا سيما للجاهل، ويستحب للمضحي أن يقول مع التسمية: اللهم منك وإليك فتقبل مني، وقيل: لا يستحب [وقيل]⁽³⁾ بشيء، قال الشيخ: واتفق أصحابنا على استحباب التكبير مع التسمية، قال الْمَاوَرْدِي: يختار في الأضحية أن يكثر قبل التسمية وبعدها ثلاثًا ويزيد: ولله الحمد، انتهى.

قال: (وَإِلَّا فَلْيَشْهَدْهَا) أي: وإن لم يذبحها بنفسه لعذر أو غيره فيستحب له أن يحضر ذبحها لحديث عمران بن حصين السابق، وفهم [الْمَاوَرْدِي]⁽⁴⁾ وغيره منه مباشرة الذبح بنفسها لا الاستنابة به، ولكن الاستنابة ثابتة في نحر الهدي

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/ ٢٨٣، رقم ١٨٩٤٣) والديلمي (٥/ ٤٣٣، رقم ٨٦٥٥).

(٢) في نسخة: (علمها).

(٣) في نسخة: (ليس).

(٤) في نسخة: (المروزي).

وغيره، ولا يوكل من يكره ذبيحته، والأفضل أن يوكل كامل الحال كما بيناه فيما سبق.

فَرْعٌ: والأفضل أن يضحي في بيته بمشهد أهله.

قال في شرح «المهذب»: هكذا قاله الأصحاب، وفي «الحاوي» أنه يختار الإمام أن يضحي للناس كافة من بيت المال ببدنة ينحرها بالمصلى، فإن لم يتيسر فشاة، وأن يتولى النحر بنفسه، وإن ضحى من ماله حيث شاء، انتهى.

وقال قبل كلامه على التسمية: ويختار أن يتظاهر بذبح الضحايا وبكل ذبيحة فيها للفقراء نصيب؛ ليحضروا فينالوا منها، ويستتر بذبح ما يختص بأكله من اللحم ليقل التحاسد، واقتصرا في «الروضة» و«أصلها» على ما صدر بأنه الفرع وما قدمناه عن «الحاوي».

وقد روى البخاري وغيره عن نافع عن ابن عمر: **«أن النبي ﷺ كان يذبح وينحر بالمصلى»**(١) والظاهر أنه من ماله ﷺ.

وفي مسند الإمام أحمد من حديث أبي رافع: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ إِذَا ضَحَّى اشْتَرَى كَبْشَيْنِ سَمِينَيْنِ أَقْرَنَيْنِ أَمْلَحَيْنِ فَإِذَا صَلَّى وَخَطَبَ النَّاسَ أَتَى بِأَحَدِهِمَا وَهُوَ قَائِمٌ فِي مُصَلَّاهُ فَذَبَحَهُ بِنَفْسِهِ بِالْمُدْيَةِ، ثُمَّ يَقُولُ: **«اللَّهُمَّ هَذَا عَنْ أُمَّتِي جَمِيعاً مِمَّنْ شَهِدَ لَكَ بِالتَّوْحِيدِ وَشَهِدَ لِي بِالْبَلَاغِ»** ثُمَّ يُؤْتَى بِالآخَرِ فَيَذْبَحُهُ بِنَفْسِهِ وَيَقُولُ: **«هَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ» فَيُطْعِمُهُمَا جَمِيعاً الْمَسَاكِينَ وَيَأْكُلُ هُوَ وَأَهْلُهُ مِنْهُمَا فَمَكَثْنَا سِنِينَ لَيْسَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ يُضَحِّي قَدْ كَفَاهُ اللهُ الْمُؤْنَةَ بِرَسُولِ الله ﷺ وَالْغُرْمَ»**(٢).

ثم رأيت الشَّافِعِي قال في «الْبُوَيْطِي»: وينبغي للإمام أن يخص ضحيته بالمصلى فيذبح حين يفرغ من الخطبة، انتهى.

وهذا قصة الحديث وقضيته أنه لا فرق، بل قوله: ضحية ظاهر في أنها من

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٥٢).

(٢) أخرجه أحمد (٢٧٩٥٢).

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِنْ إِبِلٍ وَبَقَرٍ وَغَنَمٍ. وَشَرْطُ إِبِلٍ أَنْ يَطْعَنَ فِي السَّنَةِ السَّادِسَةِ، وَبَقَرٍ وَمَعْزٍ فِي الثَّالِثَةِ، وَضَأْنٍ فِي الثَّانِيَةِ.

ماله، وفي «الموطأ» عن نافع قال: «أمرني ابن عمر أن أشتري كبشًا أقرن ثم أذبحه يوم الأضحى في مصلى الناس ففعلت. . .الحديث» وما فعله إلا تأسيًا، والظاهر من حيث المعنى أن غير الإمام إنه إذا كان يتصدق بالكل أو بالأكثر أن يذبح بارزًا بالمصلى أو غيره، وإن كان لا يتصدق إلا بشيء يسير ونحوه أن يذبح بمنزله لما سيأتي عن «الحاوي».

قال: (**وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِنْ إِبِلٍ وَبَقَرٍ وَغَنَمٍ**) لقوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج:٢٨] وهي هذه ولم تؤثر التضحية بغيرها، ونقل جماعة الإجماع فيه، وحكى ابن المنذر عن الحسن بن صالح أنه يجوز أن يضحي ببقرة الوحش على سبعة وبالظبي عن واحد، وبه قال داود.

قال: (**وَشَرْطُ إِبِلٍ أَنْ يَطْعَنَ فِي السَّنَةِ السَّادِسَةِ، وَبَقَرٍ وَمَعْزٍ فِي الثَّالِثَةِ، وَضَأْنٍ فِي الثَّانِيَةِ**) قال في «شرح المهذب»: أجمعت الأمة أنه لا يجري من الإبل والبقر [والمعز] إلا الثني، ولا من الضأن إلا الجذع، وقال الْمَاوَرْدِي: وأجمعوا أنه لا يجري ما دون الجذع من جميعها، ولا يلزم ما فوق الثنايا من جميعها، ثم حكى عن ابن عمر والزهري أنه لا يجري الجذع من الضأن، وعن عطاء الأوزاعي أنه يجري الجذع من الإبل والبقر والمعز والضأن. والقاضي عياض نقل الإجماع على أنه يجري الجذع من [الضأن وأنه لا يجري الجذع من] المعز ثم سن ثني الإبل ما ذكره [الشيخ المصنف]. وروى حرملة عن الشَّافِعِي أنه الذي استكمل ست سنين ودخل في السابعة.

قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي: ليس هذا قولًا ثانيًا يخالف الأول كما وهم بعض أصحابنا، ولكن ما رواه الجمهور عنه وهو قول أهل اللغة أخبار عن [ابتلاء](١) سن الثني، وما رواه حرملة أخبار عن انتهاء سن الثني، والثني من

---

(١) في نسخة: (ابتداء).

وَيَجُوزُ ذَكَرٌ وَأُنْثَى، ....

[المعز](١) ما استكمل سنتين ودخل في الثالثة، وروى حرملة ما استكمل ثلاثًا، ودخل في الرابعة وتأويله ما ذكرناه، انتهى.

وأمَّا الثني من المعز قال في «الروضة» وغيرها: فالأصح أنه استكمل سنتين ودخل في الثالثة وقيل: ما استكمل سنة، انتهى.

وفي «الحاوي» أن الثني من المعز هو ما استكمل سنة ودخل في الثانية.

وروى حرملة: ما استكمل سنتين، قال: وتأويله ما ذكرناه؛ أي: في الإبل والبقر، وهذا منه يقتضي أن المذهب عكس ما رجحه الشيخان، وفي وجه شاذ يجري الجذع من المعز، وأمَّا الجذع من الضأن قال المصنف: وهو ما استكمل سنة، والثاني ما استكمل ستة أشهر [أي]: ودخل في السابع، وهذا ما جعله الْمَاوَرْدِي المذهب، ثم قال: وروى حرملة ما استكمل سنة وتأويله ما ذكرناه، انتهى.

والثالث ثمانية أشهر، والرابع أن يولد بين شابتين لستة أشهر، وإلا فثمانية، قال في «شرح المهذب» وغيره: قال أبو الحسن العبادي وغيره: وإذا قلنا بالمذهب أن الجذع من الضأن ما له سنة كاملة، فلو أجذع قبل تمام السنة أي: سقطت سنة أخر في الأضحية كما لو تمت السنة قبل أن يجذع، ويكون ذلك كالبلوغ بالسن والاحتلام فإنه يكفي أسبقهما، وبهذا صرَّح الْبَغَوِي فقال: الجذعة ما استكملت سنة أو أجذعت قبلها، انتهى.

وظاهر عبارة «المنهاج» وغيره: أنه لا بدَّ من مضي السنة، والأسنان المذكورة في الحيوان بها تكمل وتخرج عن النقصان؛ كالبلوغ في حق الإنسان.

قال: (**وَيَجُوزُ ذَكَرٌ وَأُنْثَى**) أي: إجماعًا كالعقيقة، نعم الأظهر أن التضحية بالذكر أفضل؛ لأن لحمه أطيب، نصَّ عليه في «الْبُوَيْطِي» وفي نص آخر: أن الأنثى أفضل.

---

(١) في نسخة: (البقر).

وَخَصِيٌّ، ....

قال في شرح «المهذب»: فمن الأصحاب من قال: لم يرد تفصيلها في الأضحية بل في جزاء الصيد إذا أراد تقويمها؛ لإخراج الطعام فهي أكثر قيمة، ومنهم من قال: إن المراد أن الأنثى [التي] لم تلد أفضل من الذكر كثير برواية فإن كان هناك ذكر لم ينز وأنثى لم تلد فهو أفضل منها، والله أعلم، انتهى.

قال: (**وَخَصِيٌّ**) لرواية ابن ماجه بإسنادٍ جيد عن عائشة ـ ﷺ ـ وأبي هريرة ﷺ: أنه ﷺ ضحى بكبشين موجوءين، واستدركه الحاكم(١).

قال الشيخ في «شرح المهذب»: يجزئ الموجوء والخصي، قطع به [بعض] الأصحاب وهو الصواب، وشذ ابن كج فحكى في الخصي قولين، وجعل المنع هو الجديد، وهذا ضعيف منابذ للحديث الصحيح.

فإن قيل: فقد فات منه الخصيتان وهما مأكولتان، قلنا: ليستا مأكولتين في العادة بخلاف الأذن ولأن ذلك ينجبر بالسمن الذي يتجدد فيه بالإخصاء، فإنه إنما جاء في الحديث أنه ضحى بموجوءين وهما المرضوضين ولا يلزم منه جواز الخصي الذي ذهبت خصياه فإنهما بالمرض صارتا كالمعدومتين وتعذر أكلهما، انتهى.

وقال غيره: الصحيح أن الموجوءين وعنهما قاله الجوهري وغيره.

وفي معجم الطبراني الكبير من رواية أبي الدرداء: أنه ﷺ ضحى بخصيين(٢).

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: يجوز بالخصي؛ لأنه الخصية لا تؤكل.

ورأيت في «تعليق إبراهيم المروزي»: ومسلول الخصيتين يجوز؛ لأن الخصية لا تؤكل، وقد نهى النبي ﷺ عن أكل سبعة أشياء من الحيوان: الذكر، والفرج، والخصيتين، والمثانة، والمرارة، والغدة، والدم، وكذلك إذا كان موجوءًا فوق الخصيتين؛ لأن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوءين، انتهى.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٣١٢٢) والحاكم (٤/ ٢٥٣، رقم ٧٥٤٧).

(٢) أخرجه أحمد (٢٢٣٤٦).

وَالْبَعِيرُ وَالْبَقَرَةُ عَنْ سَبْعَةٍ، ....

والحديث الأول غريب، وظاهر كلامه: إن هذه الأشياء يجوز [أكلها] كالدم.

قال: (وَالْبَعِيرُ وَالْبَقَرَةُ عَنْ سَبْعَةٍ) لقول جابر: «خرجنا مع رسول الله ﷺ مهلين بالحج فأمرنا أن نشترك في الإبل والبقر كل سبعة منا في بدنة» رواه مسلم، وفي رواية: «نحرنا مع النبي ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة»⁽¹⁾ هذا هو الصواب.

قال الدَّارمي والأصحاب: وهذا لفظه سواء كانوا من بيت أو أبيات واجب أو تطوع متفق السبب، أو مختلفة أرادوا اللحم أو بعضهم أو لم يريدوه، ورأيت في نسخ «بالإبانة»: وتجوز البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة إذا كانوا أهل بيت واحد، انتهى.

وهو سهو من ناقل أو غيره، ولفظ «العمد»: وإن نحر بدنة أو بقرة عن سبعة جاز وقال مالك: إنما تكون البدنة عن سبعة إذا كانوا أهل بيت واحد، انتهى. وهو الصواب.

فائدة: قال في «الذخائر»: وحكى بعض أصحابنا عن أبي إسحاق أنه قال: تجزئ البدنة عن عشرة، قال: ولا وجه له.

قال مجلي: قال الفقيه الإمام؛ يعني: شيخه سلطان المقدسي: وقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «كنا مع النبي ﷺ في سفر فحضر الأضحى فاشتركنا في البقرة سبعة، وفي البعير عشرة»⁽²⁾ أخرجه البخاري، والترمذي، فإن صح كان حجة لهذا القول.

قلت: ولكنه يحتاج إلى تبيين أن النبي ﷺ علم ذلك وأقرهم عليه، هذا لفظ «الذخائر» وغيره والحديث إلى رواية البخاري متقيد، وقد وقع فيه ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» وإنما رواه ابن ماجه والترمذي وقال: حسن غريب.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٩٩٩).

(٢) أخرجه أحمد (٢٥٢٩).

وَالشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ، وَأَفْضَلُهَا بَعِيرٌ ثُمَّ بَقَرَةٌ، ....

وقال ابن الْقَطَّان: صحيح، فإن رجاله ثقات، وأخرجه ابن حبان في «تصحيحه» بلفظ فاشتركنا في البقر سبعة، وفي البعير سبعة أو عشرة، ثم قال: وفي حديث رافع بن خديج: كان رسول الله ﷺ يعدل في قسم الغنائم، عشرًا من الشاة ببعير؛ دليل على أنه يقوم عن عشرة إذا ذبح، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: حكى ابن يونس هذا عن أبي إسحاق المروزي، ولم أره في غير كتابه، نعم حكاه القاضي الحسين عن إسحاق يعني ابن راهويه الإمام المستقل، وكذا حكاه الْمَاوَرْدِي وغيره عنه وهو الصواب في الحكاية، ووقع في مواضع غيره، ومذهب إسحاق إلى أبي إسحاق، منها شيء سبق في السواك، وشيء سبق في الإسراع إلى الجماعة، والصواب: [في الحكاية] فيها أنها قول إسحاق لا وجهًا لأبي إسحاق.

قال: **(وَالشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ)** لا نعلم فيه خلافًا، وإن حصلت بها السنة عن أهل البيت الواحد كما سبق مع تأويل ما أفهم خلافه من الأخبار، نعم لو اشترك اثنان في شاتين للضحية فوجهان أرسلا، وصحح الشيخ عدم الإجزاء وهو الظاهر، قال إبراهيم المروزي: والمستحب أن يضحي باثنتين؛ لأنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين.

قال: **(وَأَفْضَلُهَا بَعِيرٌ ثُمَّ بَقَرَةٌ)** ووجه بأن البعير أكثر لحمًا، وفيه نظر؛ إذ من البقر لا سيما الجاموس ما هو أكثر لحمًا من كثير من الأباعر.

نعم؛ احتج له جماعة بقوله ﷺ في الذهاب إلى الجمعة: **«من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة. . .الحديث»**(١) متفق عليه.

والظاهر: أن لحم البعير أطيب، وفي حديث حسن: «في البقر سمنها

---

(١) أخرجه مالك (١/ ١٠١، رقم ٢٢٧)، والبخاري (١/ ٣٠١، رقم ٨٤١)، ومسلم (٢/ ٥٨٢، رقم ٨٥٠)، وأبو داود (١/ ٩٦، رقم ٣٥١)، والترمذي (٢/ ٣٧٢، رقم ٤٩٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٣/ ٩٩، رقم ١٣٨٨)، وابن حبان (٧/ ١٣، رقم ٢٧٧٥).

ثُمَّ ضَأْنٌ ثُمَّ مَعْزٌ، وَسَبْعُ شِيَاهٍ أَفْضَلُ مِنْ بَعِيرٍ، ....

شفاء ولبنها دواء ولحمها داء»(١).

ووقع في «الدقائق» أنه زاد البقرة [في](٢) «المحرر» وليس كذلك، وإنما سقطت مما اختصر منه.

قال: (**ثُمَّ ضَأْنٌ ثُمَّ مَعْزٌ**) لأن لحم الضأن أطيب من لحم المعز، وكذلك اختص بجوازه جذعًا؛ ولأنها أشرف منها، ولهذا جاء في «الصحيحين»: «**ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشًا أقرن**»(٣).

قال: (**وَسَبْعُ شِيَاهٍ أَفْضَلُ مِنْ بَعِيرٍ**) أي: على الصحيح؛ لأن لحم الغنم أطيب والدم المراق أكثر والقربة [تزيد] بحسبه، وقيل: البدنة أو البقرة أفضل منها؛ لكثرة اللحم ورجحه جماعة.

قال الرَّافِعِي: وقد يؤدي التعارض في مثل هذا إلى التساوي ولم يذكروه.

قلت: ويشبه أن يفرق بين البدنة النفيسة والشياه الخسيسة وبالعكس فالأكمل لا يقع أفضل من أي النوعين كان وقد يكون سبع شياه عظام سمان أكثر لحمًا من بعير خسيس مع زيادة طيب اللحم فلا ينقدح في ذلك خلاف، والله أعلم.

فائدة: قال ابن عبد البر: والدليل على أن الكبش أفضل ما يضحى به ما رواه أبو هريرة قال: «نزل جبريل على النبي ﷺ [يوم الأضحى] فقال له النبي ﷺ: «**كيف رأيت نسكنا يا جبريل؟ فقال: لقد تباهى به أهل السماء، اعلم يا محمد أن الجذع من الضأن خير من الثني من الإبل والبقر، ولو علم الله ذبحًا خيرًا منه لفدى به ابن إبراهيم ﷺ**»(٤) انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود في «مراسيله» (٢/ ١٥) وابن السني في الطب، وأبو نعيم في الطب عن صهيب.

(٢) في نسخة: (على).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٤٧، رقم ٧٥٢٦) وقال: صحيح الإسناد. وابن عدي (١/ ٣٤١، ترجمة ١٧١ إسحاق بن إبراهيم الحنيني).

وَشَاةٌ أَفْضَلُ مِنْ مُشَارَكَةٍ فِي بَعِيرٍ.

وما أدري ما حال هذا الحديث وظاهره أن الكبش بمفرده أفضل من بعير أو بقرة، والله أعلم.

قال: (**وَشَاةٌ أَفْضَلُ مِنْ مُشَارَكَةٍ فِي بَعِيرٍ**) للانفراد بالإراقة وطيب اللحم.

قال [الْمَاوَرْدِي](١): ولا خلاف فيه لكثرة الإعطاء، وتأمل قول الدَّارِمِي: والإبل أفضل من البقر، والبقر [أفضل] من الضأن، والضأن من المعز.

وقال المروزي: إذا أراد بعيرًا أو بقرة، فقال ابن الْقَطَّان: وإن شاركه ستة، انتهى.

قد يفهم أن المشاركة في بدنة أو بقرة أفضل عند ابن الْقَطَّان من ذبح شاة منفردًا.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي وتبعه في «الروضة»: أفضلها البيضاء، ثم العفراء، وهي التي لا يصفر بياضها، ثم السوداء لحديث: «**دم عفراء أحب إلى الله من دم سوداوين**»(٢) رواه الحاكم.

وقال البخاري: لا يصح رفعه، وفي كتاب الأزهري على «المختصر» قال الشَّافِعِي والعفراء أحب [إليَّ] من السوداء، أراد بالعفراء البيضاء.

وفي الحديث «أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين»(٣).

قال تغلب: قال ابن الأعرابي: الأملح الأبيض الذي [ليس] يخالط البياض فيه عفرة.

وقال الأصمعي: الأملح الأبلق بسواد وبياض، قال تغلب: والقول ما قال الأصمعي، ثم حكاه عن غير الأصمعي.

قال أبو منصور وروى عنه أبو عبيد: قال الكسائي وأبو زيد: الأملح الذي

---

(١) في نسخة: (المروزي).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٤١٧، رقم ٩٣٩٣) قال الهيثمي (١٨/٤): فيه أبو ثفال قال البخاري فيه نظر. والحاكم (٤/ ٢٥٢، رقم ٧٥٤٣) والبيهقي (٩/ ٢٧٣، رقم ١٨٨٧٠).

(٣) تقدم تخريجه.

....

فيه سواد وبياض ويكون البياض أكثر، انتهى.

وهذا من هؤلاء الأئمة مما يقتضي التوقف في كون البيضاء الخالصة البياض أفضل عفرة.

وقال الأصمعي: وقد استدل الأئمة في المسألة بالحديث المذكور، ورأى الإمام أفضيلة البياض للتعبد، أو قيل إنها أحسن منظرًا أو أطيب لحمًا، وأبدلت البينة العفراء بالصفراء، وأدخل في «الشامل» وغيره بين العفراء والسوداء البلقاء، وتبعهم في شرح «المهذب» فقال: أفضلها البيضاء، ثم الصفراء، ثم العفراء، ثم البلقاء، ثم السوداء، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: أولى مايضحى به من ألوان الغنم البيض، ثم العفر، ثم الحمر، ثم البلق، ثم السود، فإن اجتمع حسن النظر مع طيب اللحم فهو أفضل، وإن افترقا كان طيب اللحم أفضل من حسن المنظر.

فَرْعٌ: قال في أصل «الروضة»: قال الرُّويَانِي: من ضحى بعدد فرقه على أيام الذبح، فإن كان بشاتين ذبح شاة في اليوم الأول والأخرى في آخر الأيام.

قلت: هذا الذي قاله ـ وإن كان أرفق بالمساكين ـ لا أنه خلاف السنة، وقد نحر النبي ﷺ مائة بدنة أهداها في يوم واحد، فالسُنَّة التعجيل، والمسارعة إلى الخيرات، والمبادرة بالصالحات إلا ما ثبت خلافه، والله أعلم، انتهى.

وأصل كلام الرُّويَانِي قول الْمَاوَرْدِي: وأمَّا غير الإمام فيختار أن يضحي في منزله بمشهد من أهله ليفرحوا بالذبح ويستمتعوا باللحم، فإن ضحى بعدد من الضحايا فيختار أن يفرقها في أيام النحر فينحر في كل يوم بعضها؛ لأنه أطول استمتاعًا بلحمها، فإن ضحى برأسين فيجب أن يذبح أحدهما في أول الأيام والثاني في آخر الأيام، فإن عدل عن الاختيار فذبح جميعها في يوم واحد فلا حرج عليه، ويختار أن يبادر إلى الأكل من أكبادها وأسمنها إقتداء برسول الله ﷺ انتهى.

وهذا إذا تأملته لم يزد عليه ما احتج به في نحر البدن المائة بمنى في حجة

....

الوداع لأمور لعل منها: كثرة المساكين و[ظهور] حاجتهم الناجزة، ومنها: الشغل بالمناسك وتعليم الأمة، والتأهب للرحيل، أو لعدم العلف وغير ذلك.

وقد تضمن كلام الْمَاوَرْدِي أن يذبح الإمام للناس يخالف ذبح الآحاد لنفوسهم وأهلهم، وقد قال من قبل: ويختار أن يتظاهر بذبح الضحايا، وكل ذبيحة فيها للفقراء نصيب... إلى آخره، وقد يكون التقديم في اليوم الأول أفضل، وقد يكون التفريق على الإمام أفضل، بحسب اختلاف الأحوال، وظهور المصلحة الدينية تارة [في التقديم] وفي التأخير أخرى، والله أعلم.

فَرْعٌ: قال في «الروضة»: يستحب [للضحية] الأسمن الأكمل، حتى أن التضحية بشاة سمينة أفضل من شاتين دونها.

قال الشَّافِعِي: استكثار القيمة في التضحية أحب من استكثار العدد، وفي العتق عكسه؛ لأن المقصود هنا اللحم، والقصد من العتق التخليص من الرق، وتخليص عدد أولى من واحدة، وكثرة اللحم [أفضل] من كثرة الشحم، إلا أن يكون لحمًا رديئًا، انتهى.

ونسبه في شرح «المهذب» إلى الأصحاب ولا شك أن بعض السمين أطيب وأفضل من كثير من الأسمن، وإن لم يكن اللحم رديئًا، وأول الفرع نسبه في شرح «المهذب» إلى الْبَغَوِي وغيره إلى آخر الفرق.

وفي «الحاوي»: أفضل الضحايا والهدايا أسمنها وأحسنها، فإن كانت غنمًا فأغلاها [قيمة] وأكثرها ثمنًا وحسنًا، إلا أن تكون ذات لبن يزيد ثمنها لكثرة لبنها، فيكون ناقص القيمة إذا كان أكثر سِمنًا ولحمًا أفضل، وأمَّا الإبل فقد يزيد ثمنها بالعمل تارة، وبالسِمن أخرى، فيكون سمانها أفضل من عواملها، وإن نقصت عن أثمانها؛ لأن المقصود لحومها، وإن كان بعضها أكثر لحمًا وأقل شحمًا وبعضها بالعكس فذات اللحم أفضل [إلا أن يكون لحمًا خشنًا؛ لأن اللحم مقصود والشحم تبع وإن كان لحمها خشنا فذات الشحم أفضل] لأن قليل لحمها أنفع من كثير الأخرى.

وَشَرْطُهَا سَلَامَةٌ مِنْ عَيْبٍ يَنْقُصُ لَحْمًا، فَلَا تُجْزِئُ عَجْفَاءُ، ....

قال: (**وَشَرْطُهَا سَلَامَةٌ مِنْ عَيْبٍ يَنْقُصُ لَحْمًا**) أي: في الحال، كفلقة لحم من فخذٍ ونحوه، أو في المآل كعرج بيِّن ونحوه كما سنذكره؛ لأنه ينقص رعيها فتهزل، وأصل المسألة قوله ﷺ: «**أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء البيِّن عورها، والمريضة البيِّن مرضها، والعرجاء البيِّن عرجها، والكسيرة التي لا تنقي**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه ابن حبان، والحاكم، فنص ﷺ على هذه الأربعة؛ لأنها تنقص اللحم فدلَّ على أن كل ما [فيها] ينقص اللحم يمنع الإجزاء.

قال: (**فَلَا تُجْزِئُ عَجْفَاءُ**) التي لا نُقي لها ـ وهو المخ ـ من شدة الهزال، كذا قيداه في «المحرر» و«الروضة» و«أصلها».

قال في شرح «المهذب»: العجفاء التي ذهب مخها من شدة الهزال لا تجزئ بلا خلاف، وإن كان [بعضها الهزال](٢) ولم يذهب مخها أجزأت، كذا أطلقه الأكثرون.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان [خليقًا](٣) فالحكم كذلك، وإن كان لمرض منع الإجزاء؛ لأنه داء، وقال إمام الحرمين: كما لايعتبر السمين البالغ للإجزاء لا يعتبر العجف البالغ للمنع، قال: وأقرب معنيين أن يقال: إن كان لا يرغب في لحمها الطبقة العليا من طلبة اللحم في شتى الرجاء منعت، انتهى.

ويشبه أن يضبط بالعرف، ورغبة غالب طلبة اللحم من الناس أواسطهم لا

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٤٨٢، رقم ١٠٢٤)، والطيالسي (ص ١٠١، رقم ٧٤٩)، وأحمد (٤/ ٢٨٤، رقم ١٨٥٣٣)، وأبو داود (٣/ ٩٧، رقم ٢٨٠٢)، والترمذي (٤/ ٨٥، رقم ١٤٩٧) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٢١٤ رقم ٤٣٦٩)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٠، رقم ٣١٤٤)، والدارمي (٢/ ١٠٥، رقم ١٩٥٠)، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٢، رقم ٢٩١٢)، والروياني (١/ ٢٧٢، رقم ٤٠١)، وابن الجارود (ص ١٢٨، رقم ٤٨١)، والطحاوي (٤/ ١٦٨) وابن حبان (١٣/ ٢٤٣، رقم ٥٩٢١) والحاكم (١/ ٦٤٠، رقم ١٧١٨) وقال: صحيح. والبيهقي (٥/ ٢٤٢، رقم ١٠٠٢٦).

(٢) في نسخة: (بها بعض الهزال).

(٣) في نسخة: (خلقيًا).

وَمَجْنُونَةٌ، وَمَقْطُوعَةُ بَعْضِ أُذُنٍ، وَذَاتُ عَرَجٍ وَعَوَرٍ وَمَرَضٍ وَجَرَبٍ بَيِّنٍ، ....

الطبقة العليا، وقيل: لا يؤثر ذلك، ذكره في «الوسيط» و[لو] قيل: تجزئ العجفاء من القحط إذا لم يوجد غيرها لم يبعد؛ إذ هو أولى من تعطيل سنتها، ومما ذكرناه تبين أن إطلاق «المنهاج» غير مستحسن.

قال: (**وَمَجْنُونَةٌ**) لورود النهي عن الثولاء وهي المجنونة التي تستدبر المرعى ولا ترعى إلا القليل، وذلك يورث الهزال، والجنون مرض بيِّن، فدخلت في الحديث السابق، وأطلق المصنف وغيره أن المجنونة لا تجزئ بالاتفاق، وقضيته أن بمجرد الجنون يمتنع الإجزاء وإن كانت سمينة قل جنونها أم كثر، وقد يتوقف فيه، ويشبه أن يلحق بها التي كلبت⁽¹⁾ لما سيأتي.

قال: (**وَمَقْطُوعَةُ بَعْضِ أُذُنٍ**) أي: قل لذهاب جزء مأكول، وقيل: وجهان مطلقًا، وقيل هما في القدر اليسير خاصة، وفي «تعليق» الْبَغَوِي، وقال أبو حنيفة: إن قطع من أذنه أقل من الثلث جاز، وقال أبو يوسف: إن قطع منها النصف جاز، قال الْبَغَوِي: وكان القاضي ـ رحمه الله ـ يفتي به لتعذر وجود صحيح الأذن، انتهى.

وفي «تعليق الشيخ إبراهيم المروزي»: وقال أبو حنيفة: إن قطع من أذنها الثلث أو دونه يجوز، وإن كان أكثر لا يجوز، وبه كان يفتي القاضي [يعني] الحسين لغيره، الوجود والصحيح الأول.

قال الرُّويَانِي في «الحلية»: وأنا أُرخص في قدر أنملة أو ظفر؛ إذ القطعة اليسيرة لا يُعتنى بها، بل تحذف من الرؤوس المستوية وضبط الإمام الفرق بين القليل والكثير بأن ما لاح على بُعد كثير أو من قُرب فقليل كما قاله في [«الروضة»]⁽²⁾ وفيه ما قدمناه فيها، والكلام هنا فيما إذا قطع بعضها، وأبين، فإن بقي متصلًا فسنذكره.

قال: (**وَذَاتُ عَرَجٍ وَعَوَرٍ وَمَرَضٍ وَجَرَبٍ بَيِّنٍ**) أي: للحديث الصحيح

---

(1) يقال: أَكْلَبَ القومُ: كَلِبَت إبلهم وهو شيءٌ يصيبها كالجنون. «المخصص لابن سيدة» (٣ / ٤٨٧).

(2) في نسخة: (التنبيه).

……

المتقدم والعرج [البيِّن][1] يتخلف بسببه عن الماشية في المرعى.

قلت: وخذ من إطلاقه المنع أنه لو أضجعها للتضحية فانكسرت رجلها وعرجت تحت السكين أنها لا تجزئ، وهو الأصح، كما لو انكسرت رجل شاة فبادر فضحى بها لا تجزئ وفاقًا، والعور المانع: ما ذهب به الحدقة، وكذا أن تغيب ولا تبصر بها [شيئًا] على الأصح؛ لأن رعيها [ينقص] إذ لا يبصر أحد سقي المرعى، ولا يضر العشواء [على الغشاء] على الأصح، ولا العمش وضعف العينين عند الجمهور، وقال الرُّويَانِي تبعًا للماوردي: إن غطى الناظر بياض أذهب أكثره مع الإجزاء أو أقله لم يمنع [في][2] الأصح، وأمَّا المرض البيِّن فضابطه ما يظهر بسببه الهزال وفساد اللحم، وفيه قول قديم كما قاله الْمَاوَرْدِي إنه لا يمنع بحال، وأن المراد بالمرض في الحديث الجرب، وفي وجه أن الهُيام بضم الهاء يمنع خاصة، وهو أن يشتد عطشها فلا تروى، ولا فرق في المرض والجرب ما يرجى زواله وغيره.

قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن الإمام - يعني والده - إن المرض الهاجم إذا لم ينته إلى الهزال وفرض ابتدار التضحية مانع من الإجزاء على الأصح.

ومن أصحابنا من قال: لا يمنع إذا لم يظهر [أثره] في اللحم، وهذا غلط غير معدود من المذهب، انتهى.

وأمَّا الجرب فقال في شرح «المهذب» يمنع الإجزاء قليله وكثيره، كذا قاله الجمهور، ونص عليه في «الجديد»؛ لأنه يُفسد اللحم والودك، وفي وجه شاذ أنه لا يمنع إلا إذا كثر كالمرض، واختار الإمام والْغَزَالِي والمذهب الأول.

قلت: وعلى طريقة الإمام وغيره جرى «المحرر» ولفظه: والجرباء الكثيرة الجرب كالمريضة، وعبر في «المنهاج» عنه بما سبق، ثم ذكر المذهب من بعد كما سيأتي، وأصل المسألة قول الحديث: «والمريضة البيِّن مرضها».

---

(١) في نسخة: (المؤثر ما).

(٢) في نسخة: (على).

وَلَا يَضُرُّ يَسِيرُهَا، وَلَا فَقْدُ قَرْنٍ.

قال الشيخ أبو حامد حكاية عن الشَّافِعِي: المراد بها الجرباء، وما في معناها كالمجروحة وذات القروح، قال: وقليل الجرب وكثيره سواء في «الشامل» المراد بها في الحديث الجرباء التي كثر جربها، وأثر في لحمها.

وعبارة «الكتاب»: والجرباء البين جربها، وعبارة الدَّارِمِي: والمرض البين المغيِّر، انتهى.

وقال الرَّافِعِي معترضًا على «الوجيز» وقوله: وفي معناها الجرباء يقتضي أن تكون الجرباء غير المريضة، لكن الجرب نوع من المرض، بل فسر كثير من الأصحاب المريضة في الحديث بالجرباء، ثم قضية ما [أوره][1] المعظم صريحًا ودلالة ونسبوه إلى نصه في «الجديد» أن الجرب يمنع الإجزاء، يسيرًا كان أو كثيرًا؛ لأنه يفسد اللحم والودك، وفيه وجه، [وذكر] ما سبق في كلام الشيخ واعتراضه على «الوجيز» بطرق «المحرر» و«المنهاج» وأجيب بأنه من ذكر الخاص بعد العام وهو سائغ.

قال: **(وَلَا يَضُرُّ يَسِيرُهَا)** أي: يسير العرج، وما ذكره بعده من عور ومرض وجرب لمفهوم الحديث السابق وسبق في شرح ذلك بما فيه.

قال: **(وَلَا فَقْدُ قَرْنٍ)** أي: خلقة أو تعارض؛ إذ لا يتعلق بها كثير عرض، نعم ذات القرن أفضل لحديث أنس، وفي «صحيح الحاكم»: **«خير التضحية الكبش الأقرن»**[2] وقال: صحيح الإسناد؛ ولأنه أحسن منظرًا.

إشارات: فاقدة القرن خلقة جماء جلحاء، وتجزئ مكسورة القرن، وهي العضباء، وفي «النهاية» القصعاء سواء دمت بالكسر أم لا، قال الْقَفَّال: إلا أن يؤثر ألم الكسر في اللحم فيكون كالجرب وغيره، وعجب منع مالك التضحية بمكسورة القرن وتجويزه بمقطوعة الأذن وهو غير مأكول، والأذن مأكولة، قاله

---

(١) في نسخة: (ذكره).

(٢) أخرجه الترمذي (٤/٩٨، رقم ١٥١٧) وقال: غريب، وعفير بن معدان يضعف في الحديث، وابن ماجه (٢/١٠٤٦، رقم ٣١٣٠)، والطبراني (٨/ ١٦٣، رقم ٧٦٨١)، والبيهقي (٩/ ٢٧٣، رقم ١٨٨٦٩).

وَكَذَا شَقُّ أُذُنٍ وَثَقْبُهَا فِي الْأَصَحِّ.

الْمَاوَرْدِي، تخصيصه القرون بالذكر يفهم منه أن فقد الأذن خلقة يمنع، وهو الجواب في «الروضة» و«الشرح».

وحكى الدَّارِمِي وغيره فيها وجهًا، وحكى الإمام والْغَزَالِي فيها قولين، والمنصوص المنع، ولا يضر صغر الأذن وفاقًا.

قال: (**وَكَذَا شَقُّ أُذُنٍ وَثَقْبُهَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الأكثرين كما قاله في «المحرر» ووجه بأنه لا ينقص من لحمها شيئًا، والثاني: يضر، لحديث علي ﷺ: «**أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن وألَّا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح.

تنبيهات: ادعى الإمام أن النهي عن الخرقاء والشرقاء موقوف على علي ﷺ ليس مرفوعًا، وما أدري من أين هذا،

وقال الرَّافِعِي مفسرًا للحديث، قوله: تستشرف العين والأذن، قيل أن يتأملها وينظر فيهما كيلا يقع فيها نقص وعيب، وقيل أن يضحي بواسع العينين طويل الأذنين والمقابلة هي التي قطع فلقة من مقدم أذنها، والمدابرة التي قطعت فلقة من مؤخرها، والشرقاء: المشقوقة الأذن، والخرقاء: التي تثقب أذنها من كيٍّ وغيره.

قال: وإذا لم يبن من الأذن شيء بل شق أو قطع طرف وبقي متدليًا فهذا لا يمنع الإجزاء، وفيه وجه اختاره الْقَفَّال أنه يمنع؛ لأن موضع القطع يتصلب ويصير جلدًا بعدما كان لحمًا.

قال: وإذا قلنا بالأول حملنا النهي عن الشرقاء والخرقاء على التنزيه، والكي لا يمنع الإجزاء، وقيل في الموسومة وجهان لتصلب الموضع، انتهى.

واعلم أنه فسر في شرح «المهذب» الخرق والثقب بالمستدبر، وذلك يذهب بشيء من اللحم غالبًا، فيبقى في [الترجيح] وقفة، وقوله: وخرقها وثقبها تبع فيه «المحرر» و«التحرير» طرح إحدى اللقطتين، هل يمنع الإجزاء

---

(١) أخرجه الترمذي (١٥٧٨) والنسائي (٧/ ٢١٧، رقم ٤٣٧٥).

قُلْتُ: الصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ يَضُرُّ يَسِيرُ الْجَرَبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

شلل الأذن لم أر فيها شيئًا، والظاهر أنها إذا استحشفت بالكلية منعت قطعًا، وإن كان فيها بعض حياة فيحتمل.

قال: (**قُلْتُ: الصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ يَضُرُّ يَسِيرُ الْجَرَبِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) تقدم شرحه واضحًا.

فروع: قالا: لا تجزئ التي أخذ الذئب مقدارًا بيِّنا من فخذها بالإضافة إليه ولا يمنع قطع الفلقة اليسيرة من عضو كثير، انتهى.

وفيه نظر، وهو أولى بالمنع من قطع قدر يسير من الأذن، وأخشى أن يكون هذا من فقه الإمام، بل هو كذلك، فتأمل «النهاية» لو قطع ذنب أو غيره إليتها أو ضرعها لم يجز، وقيل قولان: وقيل تجزئ مقطوعة الضرع قطعًا كالخصي، وتجزئ المخلوقة بلا ضرع، ولا إلية على الأصح، قالا: والذنب كالإلية، وقضيته أنها لو خلقت بلا ذنب أجزأت على الأصح وفيه نظر، بل الظاهر أنها كالمخلوقة بلا أذن، [وأولى؛ إذ فقد الذنب بالجملة نادر بخلاف الأذن وتتبعت المسألة فرأيت الماوردي جزم بعدم الإجزاء] مع جزمه بأن المخلوقة بلا إلية تجزئ وجزم الْبَغَوِي بأن البعير المخلوق بلا ذنب لا يجزئ والبعير مثال كما دل عليه سياق كلامه.

وعبارة «تعليقه»: وإذا لم يكن للشاة إلية أو ذنب لم تجزئ، وإن كان ولكن صغرهما يجوز، قال: وفي البلاد التي [لا] تكون لشياههم إلية يجوز لهم ذلك إذا لم يجدوا غيرها، وقصيرة الذنب تجوز دون المعدومة، وقد ذكرناه، انتهى.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: ولو خلق بعير أو بقر بلا ذنب أو كان مقطوع الذنب لا يجوز، وجزم بأن المخلوقة بلا إلية لا تجزىء، قال: فقيل للقاضي في بعض البلاد لا يكون لأغنامهم إلية قال: يجوز هناك للضرورة، انتهى.

يخرج مما ذكرناه في فقيدة الإلية [خلقة] ثلاثة أوجه: أن المخلوقة بلا ذنب لا تجزىء مقطوعة بعض اللسان، قال في شرح «المهذب»: وتجزئ ذاهبة بعض الإنسان، فإن تكسرت جميع أسنانها أو تناثرت فقد أطلق الْبَغَوِي

……

وآخرون أنها لا تجزئ، وقال الإمام: قال المحققون: تجزئ، وقيل: لا تجزئ، وقال بعضهم: إن كان ذلك المرض يؤثر في الاعتلاف وينقص اللحم منع وإلا فلا، قال الرَّافِعِي وهذا حسن، ولكنه يؤثر بلا شك فرجع الكلام إلى المنع المطلق، هذا كلام الرَّافِعِي، والصحيح المنع مطلقًا، انتهى.

وهو الأظهر في«الشرح الصغير» ثم الظاهر من كلامهما أن ذهاب النقص أو انكساره لا يؤثر، ويشبه أن يقال: إن تناثرا وتكسر أكثرها لم تجز، فإنه علل المرجح بأنه يؤثر في الاعتلاف، وعبارة «تهذيب» الْبَغَوِي و«تعليقه» و«تعليق» إبراهيم المروزي و«العمد» وغيرها: ويجوز مكسورة سن أو سنين، وحينئذ ذهاب الأسنان السفلى، أو بالعكس يمنع الإجزاء على الصحيح، والذي نقله القاضيان أبو الطيب والْمَاوَرْدِي عن الأصحاب أن كسر السن إن منع الاعتلاف منع الإجزاء، وإلا فلا.

هل الحمل عيب يمنع الإجزاء؟ نقل في باب زكاة الغنم من شرح «المهذب» عن الأصحاب أنها لا تجزىء؛ لأن المقصود من الأضحية اللحم، والحمل يهزلها ويقل بسببه لحمها، وبه جزم الشيخ أبو حامد وأتباعه [والعمراني] والْمُتَوَلِّي هناك، ونقله في الاستقصاء عن الأصحاب، وفي بيوع «الروضة» وصداقها ما يوافقه، وكلامه وكلام الرَّافِعِي هنا يقتضي الجزم بخلافه في المتطوع بها، والمعية ابتداء، وعما في الذمة.

وقال العجلي: قال الصيمري في «الإيضاح»: والحابل والحامل سواء، ورأيت في تصنيف لبعض أصحابنا أنه لا يجوز التضحية ابتداء الحامل؛ لأن الحمل ينقص اللحم، انتهى.

وحكى ابن الرِّفْعَة هذا وجهًا عن روايته، وجعل المشهور الإجزاء خلافًا لما اقتضاه كلام «التنبيه» إن قيل أن الحمل عيب وهو الأصح.

قال: لأن ما حصل من نقص اللحم ينجبر بالجنين، فهو كالخصي، انتهى.

وكأنه أخذ كلام العجلي وما اقتضاه كلام الرَّافِعِي هنا فظن أن المشهور

وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا إِذَا ارْتَفَعَتْ الشَّمْسُ كَرُمْحٍ يَوْمَ النَّحْرِ ثُمَّ مَضَى قَدْرُ رَكْعَتَيْنِ وَخُطْبَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ، وَيَبْقَى حَتَّى تَغْرُبَ آخِرَ التَّشْرِيقِ.

الإجزاء مع نقله عن **الْمُتَوَلِّي** هناك ما سبق، وتقريره مقتصرًا عليه، وتوجيهه المتقدم ضعيف؛ لأن الجنين قد لا يبلغ حد الأكل كالمضغة ونحوها، وأيضًا فزيادة اللحم لا تجيز عيبًا كالعرجاء السمينة، فإن لحم الحامل رديء، والأصحاب مطبقون على أن عيب الأضحية المانع من إجزائها ما ينقص اللحم، وقضيته ألَّا تجزىء قريبة العهد بالولادة؛ لنقص لحمها، وقد ذكر بعضهم أنها لا تؤخذ في الزكاة؛ لنقصها، مع إجماعهم على إجزاء الحامل في الزكاة، والله أعلم. قال: (**وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا**) أي: وقت التضحية.

(**إِذَا ارْتَفَعَتْ الشَّمْسُ كَرُمْحٍ يَوْمَ النَّحْرِ ثُمَّ مَضَى قَدْرُ رَكْعَتَيْنِ وَخُطْبَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ**) أي: فإن ذبح قبل ذلك لم تقع أضحية لقوله ﷺ: «**من ذبح قبل الصلاة فإنما يذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين**»(١) متفق عليه، وفي المسألة أحاديث منها حديث جابر في «صحيح مسلم» أنه أمر بالإعادة من نحر قبله، وألَّا ينحروا حتى ينحر ﷺ.

إشارة: قوله: خفيفتين، [عائد] إلى الركعتين والخطبتين جميعًا، وكان الأحسن أن يقول خفيفات؛ لئلا [يفهم] القصر على الخطبتين.

قال: (**وَيَبْقَى حَتَّى تَغْرُبَ آخِرَ التَّشْرِيقِ**) لقوله ﷺ: «**في كل أيام التشريق ذبح**»(٢) رواه ابن حبان في «صحيحه» وإلى هذا ذهب جماعة من الصحابة والتابعين، وقول صاحب «نوادر الفقهاء»: أن الفقهاء أجمعوا على أن التضحية في ثالث التشريق غير جائزة إلا **الشَّافِعِي** غير مقبول أو محمول على ما في الأئمة الأربعة.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٠٩، رقم ٥٢٢٦) ومسلم (٣/ ١٥٥٢، رقم ١٩٦١).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٨٢، رقم ١٦٧٩٧)، وابن حبان (٩/ ١٦٦، رقم ٣٨٥٤)، والطبراني (٢/ ١٣٨، رقم ١٥٨٣)، والبيهقي (٩/ ٢٩٥، رقم ١٩٠٢١) والبزار (٨/ ٣٦٣، رقم ٣٤٤٤)، وابن عدي (٣/ ٢٦٩ ترجمة ٧٤١ سليمان بن موس الأسدي) قال الهيثمي (٣/ ٢٥١): رجاله موثقون.

قُلْتُ: ارْتِفَاعُ الشَّمْسِ فَضِيلَةٌ، وَالشَّرْطُ طُلُوعُهَا ثُمَّ مُضِيُّ قَدْرِ الرَّكْعَتَيْنِ وَالْخُطْبَتَيْنِ والله أَعْلَمُ.

قال: (**قُلْتُ: ارْتِفَاعُ الشَّمْسِ فَضِيلَةٌ، وَالشَّرْطُ طُلُوعُهَا ثُمَّ مُضِيُّ قَدْرِ الرَّكْعَتَيْنِ وَالْخُطْبَتَيْنِ والله أَعْلَمُ**) أي: الخفيفات لحصول الإجزاء بهما، والظاهر أنه ﷺ لو خففهما لضحى، أو أذن في التضحية، هذا ما رجحه الرَّافِعِي من الوجهين، قال: ويقال قولان:

ثانيهما: المعتبر صلاته وخطبته ﷺ وكان يقرأ في الركعتين سورتا «ق» و«اقتربت» ويخطب خطبة متوسطة لحديث جابر السابق.

وحكى الإمام عن المراوزة أن الخلاف في اعتبار الخفة في الركعتين، وأمَّا الخطبتان فالمعتبر فيهما الخفة قطعًا.

وعن «الحاوي» وجه أنه كان يعتبر في عهده ﷺ صلاته، وبعده المعتبر قدر الصلاة، وفي «النهاية» عن بعض التصانيف أنه يكفي مضي ما يسع ركعتين بعد انقضاء وقت الكراهة، ولا يعتبر مضي وقت الخطبتين، هذا ما اشتمل عليه كتاب الرَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ. والحاصل كما قال ابن الرِّفْعَة خمسة أوجه:

أحدها: قدر صلاته وخطبته ﷺ.

والثاني: قدر صلاته وخطبتين خفيفتين عملًا بظاهر النص.

والثالث: قدر ركعتين وخطبتين يأتي في كل تقدر ما يجزىء.

والرابع: قدر ركعتين يأتي فيهما بفاتحة الكتاب وسورتين خفيفتين، وخطبتين خفيفتين.

والخامس: لا يعتبر قدر الخطبة أصلًا، انتهى.

وفي اعتبار قدر ركعتين لا طويلتين ولا خفيفتين، واعلم أن اعتبار [ارتفاع] الشمس قدر رمح في دخول وقت الذبح كما سبق عن إيراد «المحرر» وهو الجواب في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي، و«تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه» وكافي الخوارزمي وغيرهم من المراوزة وأصل الخلاف هنا الخلاف السابق في أنه متى يدخل وقت صلاة العيد.

....

قال في «الروضة» هناك ويدخل وقتها بطلوع الشمس، والأفضل تأخيرها إلى أن ترتفع قدر رُمح، وعزاه إلى تصريح كثيرين، زاد وهو الصحيح أو الأصح، قال: ومقتضى كلام جماعة منهم الصيدلاني والْبَغَوِي: أنه لا يدخل إلا بارتفاع الشمس، قال في شرح «المهذب»: وبه قطع الْبَنْدَنِيجِي وصاحب «التنبيه» قال ابن الرِّفْعَة: وتقييد دخول وقت الأضحية بارتفاع الشمس، قاله القاضي أبو الطيب والْبَنْدَنِيجِي والْفُورَانِي والإمام.

وقال في «البحر» إن الشَّافِعِي أشار إليه في «المبسوط» بقوله: فإذا برزت الشمس يوم النحر. . . إلى آخره، انتهى.

وعبارة «الحاوي»: في أول وقت الأضحية مذاهب:

أحدها: ـ وهو مذهب الشَّافِعِي ـ أن وقتها في الأمصار والقرى للحاضر والمسافر واحد، وهو معتبر بوقت الصلاة لا بفعلها، وإذا طلعت الشمس وارتفعت حتى خرجت عن كراهة النفل بالصلاة، ومضى بعد ذلك قدر ركعتين وخطبتين دخل وقت النحر، وجاز ذبح الأضحية فيه، انتهى.

وممن نصَّ على اعتبار ارتفاع الشمس المحاملي في «المقنع» وهو ما نقله الإمام والْغَزَالِي عن العراقيين، وعليه جرى الرُّويَانِي في «الحلية» ومما نقلناه يظهر أن الجمهور على اعتبار ارتفاع الشمس وخروج وقت الكراهة كما صرحوا به.

تنبيهان:

الأول: قال الرَّافِعِي: وختم الفصلين بكلامين:

أحدهما: ذكر الإمام أن من فاته التضحية فلينتظر وقتها من قابل، وحينئذ يقع عن حق الوقت، ولا يصنفوا هذا عن الإشكال.

والثاني: جميع ما ذكرناه في الأضحية المتطوع بها، فأمَّا المنذور ففيها خلاف يأتي من بعد إن شاء الله تعالى، انتهى.

وما ذكره الإمام صرَّح به الأصحاب، حتى في «التنبيه» ولم يخرجوا على

وَمَنْ نَذَرَ مُعَيَّنَةً فَقَال: لِلهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِهَذِهِ؛ لَزِمَهُ ذَبْحُهَا فِي هَذَا الْوَقْتِ، فَإِنْ تَلِفَتْ قَبْلَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

الخلاف في قضاء الرواتب وليس ببعيد.

والثاني: قال الشيخ في شرح «المهذب»: قال الدَّارمِي: لو وقفوا بعرفات في اليوم العاشر غلطًا حسبت أيام التشريق على الحقيقة، لا على حساب وقوفهم، وإن وقفوا الناس وذبح يوم التاسع، ثم بان ذلك لم يجب إعادة التضحية؛ لأن الواجب يجوز تقديمه على يوم النحر، والتطوع تبع للحج، فإن علم ذلك قبل انقضاء أيام التشريق فأعاده كان حسنًا، انتهى.

ولم أر الدَّارمِي صرح بلفظ الأضحية، ولعله أراد الهدي، والشيخ فهم ذلك من ذكره المسالة هنا إثر كلامه في الأضحية، وسبق عن الرُّويَانِي أنه لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا ونحروا فوافق ما قبله يجوز بالإجماع، وحينئذٍ تستثنى هنا صور في النسيان والغلط، والفرق بين الواجبة وغيرها، ولا أحسب الأصحاب يسمحون بالتقديم [عمدًا] في الأضحية الواجبة أصلًا، والله أعلم.

قال: (**وَمَنْ نَذَرَ مُعَيَّنَةً فَقَال: لِلهِ عَلَيَّ أَنْ أُضَحِّيَ بِهَذِهِ؛ لَزِمَهُ ذَبْحُهَا فِي هَذَا الْوَقْتِ**) لأنه الوقت المقدر للتضحية شرعًا، وهذا في المعينة السليمة من المعيب كما دلَّ عليه التفريع.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَتْ قَبْلَهُ**) أي: قبل وقت النحر.

(**فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) أي: إذا لم يفرط؛ لأنها أمانة بيده.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «الحاوي» في كتاب النذر وجه: أنه [لا] يضمنها، والمشهور خلافه، وهكذا الحكم فيما إذا ضلت من غير تفريطٍ قبل أيام النحر، ولا يجب عليه في هذه الحالة طلبها إن كان له مؤنة، وإلا وجب، وكذا لا يضمنها إذا تغيبت فلا تفريط، انتهى.

ولعل وجه الضمان مبني على أنه يجوز ذبح المنذورة قبل يوم النحر، وكان قد تمكن منه والمذهب خلافه، وأمَّا إذا فرط فيهما ضمنها كالوديعة، قال ابن الرِّفْعَة: ولو لم يوجد منه تقصير في حفظها حتى ضلت لكنه أخر ذبحها عن

....

يوم النحر، وضلت في أيام التشريق، فهل يكون ذلك تفريطًا مضمنًا ويلزمه مؤنة طلبها؟ فيه وجهان في «الحاوي» ولو قصر في الذبح حتى غابت ذبحها، وتصدق بلحمها، وعليه ذبح بدلها، انتهى.

وفي الباب العاشر من كتاب الزكاة من «التتمة» أنه لو نذر أن يضحي بشاة بعينها، وتمكن من التضحية بها فلم يذبحها حتى تلفت، فضمانها مبني على أنه يسلك بالنذر واجب الشرع أم لا؟ إن قلنا نعم ضمنها وإلا فلا، وكلام المصنف يفهم أنها لو تلفت بعد دخول الوقت ضمنها، وليس على إطلاقه؛ لأن تلفها في الوقت قبل تمكنه من ذبحها كهو قبل الوقت قطعًا، وأمَّا إذا تمكن من ذبحها يوم النحر فلم يفعل حتى هلكت قالا: فهو كالإتلاف؛ لتقصيره بتأخيره. واقتضى كلامهما أن السرقة كالهلال، ثم قالا فيما لو ضَلَّت، وتأخير الذبح إلى مضي أيام التشريق بلا عذر بتقصير يوجب الضمان، وإن مضى بعض أيام التشريق ثم ضلَّت فهل هو تقصير؟ فيه وجهان.

قلت: الأرجح أنه ليس بتقصير، فمن مات في أثناء وقت الصلاة، الموسع لا يأثم على الأصح، وهذا منه ترجيح لعكس ما جزما به من قبل، إلا أن يتضح بين الإضلال والموت فرق.

فَرْعٌ: قال ابن الرِّفْعَة: ولو ضَلَّت بتفريط منه في حفظها منه قبل أيام النحر فعليه طلبها، فإن ماتت ضمنها، ولو علم أنه يجدها بعد أيام النحر لزمه بدلها في أيام النحر، ولم يجز أن ينتظرها بعد فوات زمانها، فإذا وجدها بعد فوات الزمان لزمه أن يضحي بها فيصير التفريط ملزمًا للأضحيتين، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره.

وفي «الوسيط»: أمَّا إذا ألزمناه البدل وضحاه، ففي انفكاك الضال قولان:

أحدهما: ينفك، ولا وجه للتضعيف وقد ضحى، وهذا ما صححه الْبَغَوِي.

والثاني: يضحي بها أيضًا؛ لأنها الأصل وإن لم يكن قد ضحى بالبدل اقتصر على الأصل إلا أن يكون قد عين البدل بلفظه، فأيهما يذبح؟ فيه أربعة أوجه:

أحدهما الأصل، وهو ما أورده الْمَاوَرْدِي.

وَإِنْ أَتْلَفَهَا؛ لَزِمَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِقِيمَتِهَا مِثْلَهَا، وَيَذْبَحَهَا فِيهِ.

والثاني: البدل، **والثالث**: كلاهما، **والرابع**: أيهما شاء.

وهذا الكلام ظاهر أنه مفروض فيما إذا كانت الضالة معينة ابتداء، والإمام أورده فيما إذا نذر شاة [في الذمة ثم عين شاة] وقلنا بالتعيين فضلَّت فهو كما لو تلفها، وفي وجوب البدل قولان، ولو لم يصح بالبدل لكنه عينه، وهو يعد باق، ثم وجد الضالة ففيه الأوجه الأربعة، ولو وجد الأصل قبل أن يعين البدل لم يلزمه غيره، قاله الْفُورَاني، انتهى والله أعلم.

قال: (**وَإِنْ أَتْلَفَهَا؛ لَزِمَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِقِيمَتِهَا مِثْلَهَا**) أمَّا تضمينه فواضح، والمتبادر من كلامه أنه يلزمه قيمتها يوم الإتلاف كالأجنبي، وهو أحد وجهين: وأصحهما في «الروضة» و«أصلها»: أنه يلزمه أكثر الأمرين من قيمتها، وتحصيل مثلها، كما لو باعها وتلفت عند المشتري.

واعلم أن في تمكينه من شراء بدلها فيما إذا أتلفها عمدًا أو باعها متعديًا وقفة؛ لأنها بالتعيين خرجت عن ملكه على المذهب، وصارت بيده أمانة، فلا يبعد أن يقال: إذا كان ببيع أو إتلاف أن الحاكم يأخذ القيمة منه ويشتري بدلها، وربما سبق شيء يشبه هذا في الوقف أو غيره، وأمَّا إذا أتلفها غاصب، أو مشترٍ من الناذر لزمه قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف.

قال في «الروضة»: ويشتري الناذر بتلك القيمة مثل التالفة جنسًا ونوعًا وسنًا، فإن لم يجد بالقيمة المثل لغلاء حدث ضم إليها [من ماله] في صورة البيع تمام الثمن، وهذا معنى قولهم: يضمن ما باع بأكثر الأمرين من قيمته ومثله، وإن كانت القيمة أكثر من ثمن المثل لرخص حدث ففي الزائد كلام مشهور، ثم إن اشترى المثل بعين القيمة صار ضحية بالشراء أو في الذمة، ونوى مع الشراء أنها ضحية فكذلك، وإلا جعله بعد الشراء ضحية.

قال: (**وَيَذْبَحَهَا فِيهِ**) أي: في الوقت المذكور؛ إقامة للمثل مقامها، وقضيته أنها لا تذبح إلا في يوم النحر وأيام التشريق، ولا شك فيه إذا أمكنه، ولا يجوز التأخير بلا عذر إلى بعدها، ولا إلى مثلها من قابل، أمَّا لو لم يتمكن

وَإِنْ نَذَرَ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ عَيَّنَ؛ لَزِمَهُ ذَبْحُهُ فِيهِ، فَإِنْ تَلِفَتْ قَبْلَهُ، بَقِيَ الْأَصْلُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

من تحصيلها فيه فيشبه أن يكون الحكم فيها كما قالوه في الضالة المتطوع بها أنه لو وجدها بعد الوقت ذبحها قضاء، ولا يلزمه الصبر إلى قابل وإذا ذبحها صرف لحمها مصرف الضحايا، وقيل إلى المساكين فقط، ولا يأكل ولا يدخر، وزيفه الشيخ، وهو متعين في المعينة في النذر؛ أعني: الذبح بعد أيام التشريق، وعدم التأخير، وعدم جواز الأكل، وكذلك المعين عما في الذمة فيما يظهر إذا قلنا يتعين بالتعيين كما سيأتي.

قال: (**وَإِنْ نَذَرَ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ عَيَّنَ؛ لَزِمَهُ ذَبْحُهُ فِيهِ**) إذا عين سليمة عما في ذمته تعينت على الصحيح ثم يلزمه ذبحها في وقت ذبح الأضحية على الصحيح؛ لأن الضحية مؤقتة فصار كالمعين ابتداء، والثاني لا كدماء الجبران.

قال: (**فَإِنْ تَلِفَتْ قَبْلَهُ**) أي: قبل وقت الذبح.

(**بَقِيَ الْأَصْلُ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) أي: الذي اقتصر عليه المعظم؛ لأن ما التزمه ثبت في الذمة، والمعين وإن زال ملكه عنهُ فهو من ضمانه، كما لو اشترى رب الديّن سلعة من المدين بدينه ثم تلفت قبل التسليم بيد المدين انفسخ البيع، وعاد الدين بحاله، كذا هاهنا يبطل التعيين ويعود ما في ذمته كما كان.

والثاني: لا يجب الإبدال؛ لأنها تعينت بالتعيين، فصار كما لو قال: جعلت هذه أضحية.

إشارات: الخلاف عنده في الإبدال طريقان:

المذهب: وبه قطع الجمهور: الوجوب، وقيل: وجهان، لم يقيد في «الروضة» التصوير بما قبل الذبح، بل أطلق وهو الأجود، فإنها لو تلفت في الوقت بقي الأصل عليه كما اقتضاه كلامهم، وقولهم: كمن اشترى سلعة مدينة فتلفت قبل قبضها، تقدم في الفرع السابق كلام الإمام فيما إذا ضَلَّت المعينة عما في الذمة بما فيه من التفصيل والخلاف.

فَصْلٌ

وَيُشْتَرَطُ النِّيَّةُ عِنْدَ الذَّبْحِ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ تَعْيِينٌ، وَكَذَا إِنْ قال: جَعَلْتُهَا أُضْحِيَّةً فِي الأَصَحِّ.

فصل:

قال: (**وَيُشْتَرَطُ النِّيَّةُ عِنْدَ الذَّبْحِ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ تَعْيِينٌ**)؛ لأنها عبادة والأعمال بالنيات وأمَّا كونها عند الذبح فهو أحد الوجهين؛ إذ الأصل في النية اقترانها بأول الفعل.

وأصحهما: في «الروضة» وشرح «المهذب» وشرحي الرَّافِعِي جواز تقديمها في غير المعينة كما تقدم في تفرقة الزكاة.

قال: (**وَكَذَا إِنْ قال: جَعَلْتُهَا أُضْحِيَّةً فِي الأَصَحِّ**) قال في «المحرر» فلا يكفيه التعيين السابق، بل يجب تجديد النية عند الذبح، وقال في «أصل الروضة» وشرح «المهذب»: لو قال جعلت هذه الشاة أضحية فهل يكفيه التعيين والقصد عن نية التضحية والذبح؟ وجهان:

أصحهما: عند الأكثرين لا يكفيه؛ لأن التضحية قربة في نفسها فوجب فيها النية، قال الرَّافِعِي: وليكن الوجهان مفرعين على جواز تقديم النية على الذبح، فإن لم يجوزه فليقطع باعتبارها عند الذبح، انتهى.

ولا شك في جواز تقديم النية في المعينة إذا جوزنا التقديم في غيرها، وهو الأصح كما سبق، فإذن ما اقتضاه كلام «المنهاج» و«أصله» في الصورتين يخالف للمرجح في كتبهما الأربعة، بل جزما قبيل النوع الثاني في المسألة العاشرة بذلك حيث قال: إنه لو ذبح أجنبي أضحية [معينة] ابتداءً في وقت الذبح فالمشهور [الجديد] أنه يقع الموقع فيأخذ صاحب الأضحية لحمها؛ لأنه مستحق الصرف إلى هذه الجهة، فلا يشترط فعله كرد الوديعة؛ ولأن ذبحها لا يفتقر إلى النية، فإذا فعله غيره أجزأ؛ كإزالة النجاسة.

قالا: ولو التزم أضحية في ذمته ثم عينها في شاةٍ يبنى على أن المعيَّنة هل يتعين عن المطلقة في الذمة؟ إن قلنا: نعم، فعلى الخلاف السابق في المعيَّنة

وَإِنْ وَكَّلَ بِالذَّبْحِ نَوَى عِنْدَ إِعْطَاءِ الْوَكِيلِ أَوْ ذَبْحِهِ، وَلَهُ الْأَكْلُ مِنْ أُضْحِيَّةِ تَطَوُّعٍ.

ابتداء، وإن قلنا: لا، قال الرَّافِعِي: فلا بد من نية الذبح، وعبارة «الروضة» وشرح «المهذب»: فلا بد من النية عند الذبح، وفيها تسامح؛ إذ تقديم النية فيها جائز على المذهب كما سبق، ولا يشترط كونها عند الذبح.

قال: (**وَإِنْ وَكَّلَ بِالذَّبْحِ نَوَى عِنْدَ إِعْطَاءِ الْوَكِيلِ أَوْ ذَبْحِهِ**) أي: أو عند ذبح الوكيل، وهذا التخير إنما يستمر على جواز تقديم النية على الذبح، ولهذا قالا في بقية كتبهما: إنه لو نوى عند إعطاء الوكيل فقط فهو على الوجهين في تقديم النية، والقول باشتراط النية عند ذبحه بنفسه، كما هو ظاهر لفظ «الكتاب» وأصله، والاكتفاء بالنية عن إعطاء الوكيل فلا يستقيم، قالا: ويجوز أن يفوض النية إلى الوكيل المسلم لا الكتابي، ولينظر هل محل جواز تقديم النية في ذبحه بنفسه أو عند إعطاء وكيله؟ إذا كان قد دخل وقت التضحية أو أعم من ذلك، وإطلاقهم يفهم الثاني، ويحتمل أن يقال محله إذا دخل وقت النحر، وهل يكفي تقديم النية قبل أن يعين شيئًا عما التزمه في الذمة؟ إذ لا بدَّ أن يكون بعده، سواء اعتبرنا التعيين أم لا.

قال: (**وَلَهُ الْأَكْلُ مِنْ أُضْحِيَّةِ تَطَوُّعٍ**) أي: بالاتفاق، بل يستحب لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] وقيل: يجب الأكل منها لظاهر هذا الأمر، والمذهب الفرق بين الأكل والصدقة، والجمع بين الأكل والصدقة لا يدل على استوائهما في الحكم كما في قوله تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] وقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] ومحل جواز الأكل إذا ضحى عن نفسه، أمَّا لو ضحى عن ميتٍ وجوزنا ـ كما سيأتي ـ فلا.

واعلم أن قضية كلامه أنه ليس له الأكل من الواجبة مطلقًا، وهو الصحيح المختار، والمنصوص في «الأم» في «مختصر الحج الأوسط».

وقال في أصل «الروضة»: إن كان نذر مجازاة لم يجز الأكل، ومقتضى كلامهم أنه لا فرق بين كون الملتزم معينًا أو مرسلًا في الذمة، ثم يذبح عنهُ، وإن أطلق الالتزام وقلنا بالمذهب أنه يلزم الوفاء، فإن عين بأن قال: لله عليّ أن

……

أضحي بهذه، أو أهدي هذه، ففي جواز الأكل قولان ووجه، أو ثلاثة أوجه.

زاد في شرح «المهذب»:

أصحهما: المنع فيهما.

والثالث: يجوز من الأضحية دون الهدي، قال الشيخ والرَّافِعِي: ومن هذا القبيل قوله: جعلت هذه أضحية من غير تقديم الالتزام.

قلت: بدل له قوله في «الأم»: وإذا أوجب الرجل الشاة أضحية، وإيجابها أن يقول: هذه ضحية ليس سواها، والنية أن يضحي بها إيجابًا، فإذا أوجبها لم يكن له أن يبدلها بخير ولا شر منها، ولو أبدلها فذبح الذي أبدل، كان عليه أن يعود فيذبح الأول، وليس له أن يمسكها، هذا نصه بحروفه.

والذي رأيته في كلام كثيرين من الأصحاب أن قول: جعلت هذه أضحية، لا يجعلها كالمنذورة في الأكل والتصرف، بل هو كالمتطوع بها جزمًا؛ إذ لا نذر، وهذه طريقة المراوزة أو معظمهم، وأشار الْغَزَالِي إلى بقائها في ملكه بخلاف المنذورة المعينة، وهذه طريقة متقاسة، لكن قضية نص «الأم» أن قوله: جعلتها أضحية، إيجابًا [كالمنذورة](١).

وفي شرح «المهذب»: إذا نوى جعل الشاة أضحية ولم يتلفظ بشيء أن الصحيح الجديد لا تصير أضحية.

وقال في القديم: [لا] تصير، واختاره ابن سُرَيْج والإصطخري، انتهى.

قال في «الروضة»: أمَّا إذا التزم في الذمة ثم عين شاة عما عليه، فإن لم يجز الأكل من المعينة ابتداء فهنا أولى، وإلا فقولان أو وجهان، هكذا فصل حكم الأكل في الملتزم كثيرون من المعتبرين، وهو المذهب، وأطلق جماعة وجهين، ولم يفرقوا بين نذر المجازاة وغيره، ولا بين الملتزم المعين والمرسل، وبالمنع قال أبو إسحاق، قال المحاملي: وهو ظاهر المذهب.

---

(١) في نسخة: (كالنذر).

……

قلت: وبه أجاب في «المقنع» وقال: صاحب المعين وإن كان نذرًا مطلقًا لم يجز أن يأكل منه على المذهب، هكذا قاله أصحابنا بالعراق، قاله الشيخ أبو حامد في «التعليق» في كتاب الحج، وحكاه في العزيز عن المحاملي، قال الفارقي: وهو الصحيح، انتهى.

ثم قال الرَّافِعِي: والشيخ متصلًا بما سبق، والجواز هو اختيار الْقَفَّال والإمام.

قال في العدة: وهو المذهب، ويشبه أن يتوسط، فيرجح في المعين الجواز، وفي المرسل المنع؛ سواء عين عنه ثم ذبح، أو ذبح بلا تعيين؛ لأنه عن دين في الذمة فأشبه الجرايات، وإلى هذا ذهب صاحب «الحاوي» وهو مقتضى سياق الشيخ أبي علي، انتهى.

والْمَاوَرْدِي أبداه احتمالًا لنفسه، وأنكره عليه الشَّاشِي فقال: وليس لما ذكره معنى يعول عليه، وهو كما قال: والفرق المذكور ضعيف، قد يقال أن المعيَّنة ابتداءً خرجت عن ملكه في الحال كالعتق فهي بالمنع أجدر، وبالجملة فالمذهب منع الأكل من الواجبة مطلقًا، وهو مع جعله المصنف مذهبنا في كلامه على مذاهب العلماء.

ونقل القاضي أبو الطيب في باب دخول مكة عن نصِّ الشَّافِعِي في «مختصر الحج» أنه لا يجوز الأكل من المعيَّنة، كما قال أبو إسحاق، فإن أكل ضمن ما أكله بقيمته في أصح الأوجه، وثانيها: يشارك في ذبيحة أخرى، وثالثها: يضمنه بمثله من اللحم، واختاره الفارقي وابن أبي عصرون.

وفي «تعليق» الشيخ المروزي: إذا قال: لله عليَّ أن أضحي بهذه الشاة، هل له الأكل منها؟ يبنى على أن النذر المطلق على ماذا يحمل؟ إن قلنا: على أقل إيجاب الله، لا يجوز، وإن قلنا: [يحمل] على أقل ما يتقرب به، يجوز، وإن كانت في الذمة فعينها في شاة ترتب على المعينة بالنذر، وإن قلنا: هناك، لا يجوز الأكل منها، فهنا أولى، وإلا فوجهان.

وَإِطْعَامُ الْأَغْنِيَاءِ، لَا تَمْلِيكُهُمْ، ....

ومن أصحابنا من [جعل في جواز الأكل من المعينة بالنذر وجهين، ومن أصحابنا من] قال: يجوز الأكل من الأضحية، سواء كانت معينة بالنذر أو في الذمة بعينها في شاة؛ لأنه كان في وقت الإيجاب متطوعًا، انتهى.

وأعرب القاضي ابن كج فقال في باب الهدي: ولو قال: إن شفا الله مريضي فلله عليَّ أضحية، فضحى بها، قال أبو إسحاق: لا يجوز أن يأكل منها، قال أبو حامد: وقد غلط في هذه المسألة، بل يجوز له أن يأكل منها؛ لأنه نذرها أضحية، ومن شأن الأضحية أن يؤكل منها، انتهى.

والمنصوص يوافق ما قاله أبو إسحاق وهو المذهب.

قال: (**وَإِطْعَامُ الْأَغْنِيَاءِ، لَا تَمْلِيكُهُمْ**) أي: كما لا يجوز له الأكل من أضحية التطوع له إطعام الأغنياء؛ كالضيف، والإهداء إليهم، ولا أعلم في جوازه خلافًا، ولا يجب بلا خلاف، قال: لا تمليكهم؛ يعني: أن له إطعام الأغنياء والإهداء إليهم منها، ولا يجوز تمليكهم.

قال الشيخ نقلًا عن الأصحاب: ولا يتصرفون فيما أهدي إليهم ببيع وهبة ونحوها، وأحسب أصل هذا قول الإمام: إنه إذا وهب الأغنياء شيئًا هبة تمليك حتى يتصرف فيه المتهيب بالبيع، وما يراه الملاك، فالذي يظهر لنا أن ذلك ممتنع، فإن الهبة ليست صدقة، والضحية ينبغي أن تكون مترددة بين التطعم والإطعام وبين الصدقة، وأن الأغنياء ضيفان الله على لحوم الأضاحي، فالضيف لا يهب ولكن يُطعم، انتهى.

وتبعه الْغَزَالِي والرَّافِعِي، والفقير بخلاف الغني فإنه يملك بما يتصدق به عليه ملكًا يتسلط به على التصرف التام فيه.

قال ابن الصلاح: وفيما ذكره الإمام نظر، وما أطلقه غيره من جواز الإهداء إلى الأغنياء ظاهره الهدية المقيدة للملك الممكنة من المالكين، لا أنه إطعام على وجه الضيافة فإنه لا يسمى هدية، انتهى.

وقال الكمال ابن يونس في شرح «الوجيز» قوله: ولا يجوز تمليك

وَيَأْكُلُ ثُلُثًا، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفًا. ....

الأغنياء البيع، فيه نظر؛ لأنه بعد أن يملكهم فلا حجر عليهم في تصرفهم في ملكهم، انتهى.

وقول «الوجيز»: للبيع، قد يفهم إنه لو أطلق الإهداء أن الحكم يختلف، وظاهر كلام الشيخين والإمام أنه لا يتصرف المهدي إليه بغير الأكل من صدقة وغيرها كالضيف، وفي منعه من الصدقة والإيثار بما أُهدي إليه بُعد يعم منعه من البيع ونحوه محتمل، فيكون كالمضحي، يمتنع عليه البيع دون الصدقة وإطعام غيره، والعلم عند الله، وقد يحتج لمنع البيع مطلقًا بقوله في «الْبُوَيْطِي»: ولا يباع أهب الضحايا ولا شيء من لحمها، انتهى.

والظاهر أن المراد بذلك المضحي لا كل أحد.

قال: (**وَيَأْكُلُ ثُلُثًا**) أي: ويتصدق بثلثين؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦] فجعلها أثلاثًا، ثم [قيل] القانع الذي يسأل، والمعتر المعرض بالسؤال، وقيل: القانع: الذي لا يسأل، والمعتر: الذي يسأل، وقيل: القانع: الطواف، والمعتر: الصديق الزائر، وقال الشَّافِعِي في اختلاف الحديث في «الأم»: القانع هو السائل، والمعتر هو الزائر والمار بلا وقت، انتهى.

وقال في «الْبُوَيْطِي»: القانع: الفقير، والمعتر: الزائر، وقد قيل: الذي يتعرض للفظة منها، انتهى.

وقيل: القانع: الجالس في بيته، والمعتر: الذي يسأل.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: نِصْفًا**) أي: ويتصدق بالنصف؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨] جعلها قسمين، والغرض أنه يستحب ألَّا يزيد في الأكل ونحوه على الثلث على الأظهر، ولا على النصف على القول الثاني.

وعبارة «البيان»: وفي القدر الذي يستحب له أكله قولان، فذكرهما، وليس بجيد.

....

وعبارة نص «الْبُوَيْطِي»: وأحب أن يبقي ثلثًا ويتصدق بثلثٍ ويهدي ثلثًا، انتهى.

وعبارة «الروضة»: وفي القدر الذي يستحب ألَّا ينقص التصدق عنه قولان: القديم: يأكل النصف ويتصدق بالنصف، واختلفوا في التعبير عن الجديد، فنقل جماعة أنه يأكل الثلث ويتصدق بالثلثين، ونقل آخرون عنه أنه يأكل الثلث ويهدي للأغنياء؛ أي: والمتجملين كما قاله الرَّافِعِي الثلث، ويتصدق بالثلث، كذا نقله الشيخ أبو حامد.

ثم قال: ولو تصدق بالثلثين كان أحب، ويشبه ألَّا يكون اختلاف [الحنفية](١)، لكن من اقتصر على التصدق بالثلثين ذكر الأفضل، أو توسع، فعد الهدية والصدقة.

والمفهوم من كلام الأصحاب أن الهدية لا تغني عن التصدق بشيء إذا أوجبناه، وأنها لا تحسب من القدر الذي يستحب التصدق به، زاد الرَّافِعِي: ولكن عن صاحب «الحاوي» أنه في الحكاية عن القديم جعل الهدية من حيز الأكل، فقال على القديم: يأكل ويهدي النصف، ويتصدق بالنصف.

قلت: لفظ «الحاوي»: قال في «القديم»: يأكل ويدخر ويهدي النصف، ويتصدق على الفقراء بالنصف، وقال في الجديد: يأكل، ويدخر الثلث، ويهدي الثلث، ويتصدق على الفقراء بالثلث.

وقال شيخه الصيمري في شرح «الكفاية»: أخبار في القديم أن يتصدق بنصفها، ويأكل ويهدي ويدخر النصف، وأخبار في الجديد أن يتصدق بثلثه ويهدي ويدخر ثلثًا، ويأكل ثلثًا، هكذا رأيته فيه.

وفي «الوجيز»: ويتأدى كمال الشعار بالتصدق بالثلث، [ويأكل الثلث] ويدخر الثلث.

قال الرَّافِعِي: والتثليث بالكيفية المذكورة يعيد نقلًا ومعنًا، ولا يكاد يوجد

---

(١) في نسخة: (الحقيقة).

وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ التَّصَدُّقِ بِبَعْضِهَا . ...

في كتاب متقدم ولا متأخر، وقرر أنه فهم، وصوَّب عليه في «الروضة» يقول الشَّافِعِي في «المبسوط»: وأحب ألَّا يتجاوز بالأكل والادخار الثلث، وأن يهدي الثلث ويتصدق بالثلث، انتهى.

وهذا هو الوجه، ولكن الْغَزَالِي سلف فإن القاضي الحسين حكى طريقًا آخر أن القول الجديد: إنه يستحب أن يأكل الثلث، ويدخر الثلث، ويتصدق بالثلث، لقوله ﷺ: «كُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا»(١) والحديث صحيح، وعبارة الصيمري قريبة من هذه الطريقة في نقل الجديد.

وقال ابن الصلاح: ادخار الثلث ذكره غير واحد، نعم استحباب الادخار منكر، والذي قاله الْمَاوَرْدِي وغيره: إنه لا خلاف أن الادخار غير مستحب، بل هو مباح وهو الصواب، وحينئذ فالإنكار متوجه على ظاهر لفظ «الوجيز» ومن أفهم كلامه موافقة.

قال: (**وَالْأَصَحُّ وُجُوبُ التَّصَدُّقِ بِبَعْضِهَا**) أي: بناء لقوله تعالى: ﴿ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] قيل: البائس الزَّمِنُ، وقيل: من أضر به الجوع، وقيل: السائل، حكاها الْمَاوَرْدِي، ويجزئ ما دفع عليه الاسم وإن قل.

قال الإمام: ويجب الثبت في هذا فإنه على ظهوره مذلة.

وقال الْمَاوَرْدِي: هو ما يخرج عن القدر التافه إلى ما جرى العرف أن يتصدق به منها من القليل الذي يؤدي الاجتهاد إليه.

قال الإمام وغيره: ويكفي صرفه إلى مسكين واحد، وذكر المصنف أنه متفق عليه ثم ما صححه.

قال الْمَاوَرْدِي: إنه مذهب الشَّافِعِي وما عليه جمهور أصحابه، والثاني قاله جماعة، وعزاه ابن القاصّ إلى النص بالمنع، ويجوز أكل الجميع، والثواب يحصل بإراقة الدم بنية القربة والتحرير، نقل الخلاف قولين، فإنه قال في اختلاف الحديث من «الأم» في باب الأضحية: وأحب لمن أهدى نافلة أن

---

(١) أخرجه مسلم (٥٢١٥).

وَالْأَفْضَلُ: بِكُلِّهَا، إِلَّا لُقَمًا يَتَبَرَّكُ بِأَكْلِهَا، ....

يطعم البائس الفقير للآية.

ثم قال بعده بأسطر: ولو ترك رجل أن يطعم من هدي تطوع أو ضحية فقد أساء وليس عليه أن يعود للضحية، وعليه أن يطعم إذا جاءه قانع أو معتر أو بائس فقير شيئًا يكون عوضًا مما منع، وإن كان في غير أيام الأضحى، انتهى لفظه.

وقد يفهم منه أنه لا يكفي إطعام واحد، والظاهر أنه ﷺ لم يرد إيجاب إطعام الجميع وإذا أوجبنا التصدق بشيء فأكل الكل، قال الْمَاوَرْدِي: ففي قدر ما يضمنه أربعة أوجه:

أحدها: الكل.

والثاني: النصف.

والثالث: الثلث.

والرابع: القدر المجزئ.

قلت: وهو الأصح، [قال] ولا يجوز أن يأكل من البدل وجهًا واحدًا.

قال: (**وَالْأَفْضَلُ: بِكُلِّهَا**) لأنه أعظم أجرًا، وما جاء من الإيثار من الفضل.

(**إِلَّا لُقَمًا يَتَبَرَّكُ بِأَكْلِهَا**) لأنه ﷺ «**كان يأكل من كبد أضحيته**»[1] رواه البيهقي، وسبق وجه ضعيف أنه يجب الأكل.

واعلم أن لفظ الْغَزَالِي والرَّافِعِي في «الشرحين»: إلا لقمة، قال الإمام: ولا شك أنه لو تصدق بالجميع كان أفضل غير أن [كان][2] شعار الصالحين أن يأكل من أضحيته مقدار وإن قل، وكان شيخي يرى ذلك مكرمة وإحياء للشعار، ثم قال: وكل ما قل المأكول، وكثر المتصدق به كان أحسن، وعبارة «المحرر»: لقمة أو لقمًا، وهي عبارة «الروضة» وغيرهما، وقال الصيمري: لو

---

[1] أخرجه البيهقي (٥٩٥٦).

[2] في نسخة: (ما يقتضيه).

وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ.

تصدق بجميعها أو بأكثر كان حسنًا.

وقال في «البيان»: الأكل من الهدي والأضحية المتطوع بهما مستحب.

قال البغداديون: وأشار المسعودي إلى أن الأكل منهما جائز غير [مستحب][١] والأول أصح للآية، ولفظ «الإبانة»: يفهم الجواز دون الاستحباب، كما ذكره الْعِمْرَانِي فحصل في الأكل أوجه: الإباحة، الاستحباب، الوجوب، والمذهب: الاستحباب.

قال في «الْبُوَيْطِي»: ويجب للرجل أن يأكل من أضحيته، فمن لم يأكل فلا باس، ولا يأكل أحد يوم النحر حتى يأكل من أضحيته وذلك أحب إليَّ، انتهى.

وعبارة جماعة منهم الرُّويَانِي في «الحلية»: والمستحب أن يأكل الثلث، وظاهرها أنه أفضل من غيره، والظاهر أن مرادهم ألَّا يزيد عليه؛ لأنه أفضل، نعم في كون الأفضل الاقتصار على لقمة أو لقم وقفة؛ لأنه خالف الغالب من أحوال السلف، ويدل على عدم الاقتصار على ذلك نحر النبي ﷺ بدنة بمنى وما طبخ من لحمها، ويشبه أن يقال: إن من له أهل وعيال وأطفال إن الأفضل له [أن][٢] يتصدق إلا بما فضل عن شبعهم مرة واحدة أو ما قارب الشبع.

وعبارة «الإبانة» تفهم وجوب التصدق، وقيل: الأكل وهو غريب، نعم [الأحسن][٣] أن يبدأ بالصدقة مبادرة الخيرات.

قال: (**وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا أَوْ يَنْتَفِعُ بِهِ**) أي: ولا يجوز له بيعه ولا هبته تمليكًا ولا دفعه للجزار أجرة، ولا أن يؤجره وله أن يغيره، ولا فرق في تحريم بيعه بين بيعه بشيء ينتفع به في البيت وغيره، كما لا يجوز له ذلك في لحمها وسائر أجزائها، والقرن كالجلد.

وحُكي قول غريب: أن له بيع الجلد ويصرف ثمنه إلى ما تصرف إليه

---

(١) في نسخة: (واجب).

(٢) في نسخة: (ألا).

(٣) في نسخة: (الأفضل).

....

الضحية، ووجه أنه لا يجوز أن ينفرد بالانتفاع بالجلد، بل يجب التشريك فيه كالانتفاع باللحم، كذا نقلهما الرَّافِعِي وغيره.

وعبارة أصل «الروضة» وحكى صاحبا «التقريب» قولًا غريبًا: إنه يجوز بيع الجلد، ويصرف ثمنه مصرف الأضحية، فيجب التشريك فيه كالانتفاع باللحم والمشهور الأول، انتهى.

وفي «صحيح» الحاكم مرفوعًا: «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَّةٍ فَلا أُضْحِيَّةَ لَهُ»(١) وقال: صحيح الإسناد.

وقال الدَّارمِي: ولا يجوز بيع شيء منها ولا المبادلة به.

وقال أبو محمد الفارسي: يكره.

وقال الصيمري: ولا بأس أن يتخذ منه نعلًا أو سقًا أو سفرة، ولا يبيع ذلك، بل يهديه ويتصدق به.

وفي «حلية» الرُّويَانِي: ولا يجوز بيع جلدها، ويحرم وله أن ينتفع به، ولا يتصدق به؛ أي: ولا يلزم التصدق به، وعبارته موهمة، ولا شك أن التصدق به أفضل، وعبارة «المنهاج» توهم التسوية بين الانتفاع والتصدق.

قال الشيخ: وما [ذكرناه] من الانتفاع به هو في جلد أضحية يجوز الأكل منها وهي الأضحية والهدي المتطوع بهما، وكذا الواجب إذا جوَّزنا الأكل منه، [قال]: فإن لم يجوِّزه وجب التصدق به كاللحم، وممن نبَّه عليه الشيخ أبو حامد في «تعليقه» وصاحب «البيان» وغيرهما، انتهى.

وما أحسن قول «مقنع» المحاملي: وجلد الأضحية بمنزلة لحمها [سواء] انتهى.

وعبارة «الروضة» وغيرها توهم أن له الانتفاع بجلد الواجبة كالمتطوع بها

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٢٢، رقم ٣٤٦٨) وقال: صحيح. والبيهقي (٩/ ٢٩٤، رقم ١٩٠١٥). والديلمي (٣/ ٤٨٦، رقم ٥٥٠٩).

وَوَلَدُ الْوَاجِبَةِ يُذْبَحُ، ....

وليس كذلك، فلا تغتر ممن أفهم كلامه من «الشارحين» التسوية.

إشارة: تخرج مما قدَّمناه أن يقال في المعاناة شخص يملك شيئًا ملكًا تامًا لازمًا لم يتعلق به حق أحد برهن ولا إجارة ولا وقف ولا وصية ولا كتابة ولا استيلاد ولا غيرها ولا يجوز له ولا لوارثه بيعه بحال، ولينظر ما لو مات من لا وارث لهُ عن جلود ضحاياه وهديه المتطوع بهما ماذا يصنع بها الإمام.

فروع وتتمات: للفقراء التصرف فيما تصدق به عليهم من الأضحية بالبيع وغيره كما تقدم، نعم يكره للمضحي أن يشتري ذلك منهم، فإن اشترى صح، قاله الصيمري، لو أصلح الطعام ودعا الفقراء.

قال إمام الحرمين: المنقدح عندي: إنَّا إذا أوجبنا التصدق أنه لا بدَّ من التملك كما في الكفارة، وبهذا صرَّح الرُّويَانِي فقال: لا يجوز أن تدعوا ليأكلوه مطبوخًا؛ لأن حقهم في تملكه، فإن دفعه مطبوخًا لم يجزه بل يفرقه نيئًا؛ لأن المطبوخ كالخبز في الفطرة ولهذا قيدت كلام «المنهاج» بالنيئ وهو ظاهر، أصح الوجهين أنه لا يجوز التصدق على كافر في الضحية، ووجه الجواز أنها تطوع، والكافر من أهله، قال المحب الطبري: وهو قياس جيد.

قلت: قال الشَّافِعِي ﷺ في «الْبُوَيْطِي»: ولا يطعم منها أحد على غير دين الإسلام، هذا نصه كما رأيته، وهو يشمل الهدية والصدقة، وعجب قول المصنف في شرح «المهذب» مع وقوفه على كتاب «الْبُوَيْطِي» ونقله منه أنه لم ير لأصحابنا في المسألة كلامًا، ومقتضى المذهب أنه يجوز إطعام فقراء أهل الذمة أضحية التطوع دون الواجبة، انتهى.

وهذا وجه، والمذهب ما نص عليه محل التضحية بلد المضحي؛ أعني: موضعه حيث كان وقت التضحية، وفي نقلها وجهان خرَّجا من نقل الزكاة وفيه وقفة في المتطوع بها.

قال: (**وَوَلَدُ الْوَاجِبَةِ يُذْبَحُ**) أي: سواء عينت في الابتداء أو عمَّا في الذمة؛ سواء علقت به قبل النذر أم بعده؛ لأنه معنى يزيل الملك فاستتبع الولد كالعتق.

وَلَهُ أَكْلُ كُلِّهِ، ....

قال: **(وَلَهُ أَكْلُ كُلِّهِ)** اقتضت هذا في قول «المحرر» وولد الأضحية الواجبة سواء كانت معينة في الأصل أو عينت عما في الذمة له، حكم الأم يذبح معها، لكن يجوز له أكل جميعه.

وقال في «الروضة»: ولو ولدت المعينة بالنذر ابتداء تبعها الولد؛ سواء كانت حاملًا عند التعيين أم حملت بعده، فإن ماتت بقي الولد ضحية، ولو عينها بالنذر عما في ذمته فالصحيح أن حكم ولدها كولد المعينة بالنذر ابتداء، وقيل: لا يتبعها بل هو ملك للمضحي، وقيل: يتبعها مادامت حيَّة، فإن ماتت لم يبق له حكم الأضحية، والصحيح بقاؤه، ثم إذا ذبح الأم والولد ففي تفرقة لحمها أوجه:

أحدها: لكل واحد منهما حكم أضحية ويتصدق من كل واحد بشيء؛ لأنهما أضحيتان.

والثاني: يكفي التصدق من أحدهما؛ لأنه بعضها.

والثالث: إنه لا بدَّ من التصدق من لحم الأم؛ لأنها الأصل، وهو الأصح عند الْغَزَالِي.

وقال الرُّويَانِي: الأول الأصح، زاد الشيخ في شرح «المهذب» وهو المختار: فلو ذبحها فوجد في بطنها جنينًا.

قال الرَّافِعِي: فيحتمل أن يطرد فيه هذا الخلاف ويحتمل القطع بأنه بعضها زاد الشيخ.

قلت: ينبغي أن يبنى على الخلاف المعروف في أن الحمل له حكم وقسط من الثمن أم لا إن قلنا: لا فهو بعض كبدها، وإلا فالظاهر طرد الخلاف، ويحتمل القطع بأنه بعض، والأصح على الجملة [الكل] أنه يجوز أكل جميعه، والله أعلم، انتهى.

وليس كما ظن - ﷺ - لما سيذكره، وقضية كلام «الروضة» و«الشرحين» أن الأوجه المذكورة في ولد الواجبة وإنما يستمر هذا على طريقة الْغَزَالِي وغيره من

……

المراوزة وهو جواز الأكل من المعينة، وكذلك قال ابن الرِّفْعَة: إذا ذبحها معها الولد، وقلنا: يجوز أكلها وأنه لا يجوز أكل الكل فهل يجب التصدق منهما؟ ثم ساق كلام الرَّافِعِي، وهذا كلام غث إن أراد به ولد الواجبة مطلقًا؛ إذ لا أعلم قائلًا يجوّز أكلها، نعم هذا قد يقال في المعينة من غير نذر، قال في «البسيط»: ولد المعينة ضحية له حكم الأم، فإن الملك كالزائل عنها فما تولد منها يكون نصفها، وهل يجوز أكل جميع الولد؟ إذا منعنا أكل جميع الأضحية فيه خلاف نقله في «التقريب» وهو لطيف من حيث أنه جزء من الأم فيكفي لفظًا حقه التصدق بجزء من الأم؛ ولأن الضحية كولدها، والأظهر جواز أكل الجميع؛ لأنه جزء وليس بمستقل للتضحية وهذا فيمن عين باللفظ، انتهى.

وعبارة إمامه إذ قال: جعلت هذه أضحية فولدت فولدها بمثابتها... إلى آخر ما لخصه صاحبه، فجعل الْغَزَالِي وإمامه هذا الكلام في المعينة من غير نذر، وحكمها عند جماعة حكم التطوع بها ابتداء بخلاف ما اقتضاه كلام الرَّافِعِي والمصنف وحينئذ لا يحسن إطلاق نقل الخلاف في ولد الواجبة من رأس.

وعبارة «الشرح الصغير»: والمعينة بالنذر ابتداء إذا ولدت تتبع ولدها الأم توجهًا بأن التعيين [يزيل الملك فيستتبع الولد كما لو أعتقها، وإن عينت عمًّا في الذمة فحكم الولد كما في المعينة ابتداء وفي] وجه يكون ملكًا للمضحي؛ لأن ملك الفقراء غير مستقر، بدليل أنها لو تعينت عادت إلى ملكه، والظاهر الأول، ثم إذا ذبح الولد والأم فأحد الوجوه أنه يسلك بلحم كل واحدٍ مسلك لحوم الضحايا، فيتصدق من كل واحد منهما بشيء تفريعًا على الصحيح أنهما أضحيتان.

والثاني: [يكفي التصدق من أحدهما.

والثالث: ينبغي أن يتصدق من لحم الأم؛ لأنها الأصل وهذا، والثاني:] يشتركان في تجويز أكل جميع الولد وهو الذي رجحه صاحب «الكتاب» وبه أجاب فنزله منزلة اللبن، وقال الرُّويَاني: [المذهب الأول، انتهى.

....

والروياني] ممن يرى ترجيح الأكل من الأضحية الواجبة، وقال المصنف في باب الهدي من شرح «المهذب»: إن المعينة ابتداء بالنذر هديًا أو أضحية يتبعها ولدها بلا خلاف؛ سواء كانت حاملًا عند النذر أو حدث الحمل بعده، ويجب ذبحه بكل حال كالأم، ماتت [أمه] أم لا، ولو عينها بالنذر عما كان التزمه في ذمته فثلاثة أوجه:

الصحيح: أن حكم ولدها حكمها كولد المعينة بالنذر ابتداء، **والثاني**: لا يتبعها بل هو ملك للمضحي.

والثالث: يتبعها مادامت حيَّة، وذكر ما تقدم عن «الروضة» إلى أن قال: والمذهب الأول، ثم قال: وإذا ذبح الأم والولد في أضحية التطوع ففي تفرقة لحمها ثلاثة أوجه:

أحدها: لكل واحد حكم أضحية مستقلة، ويتصدق من كل واحد بشيء؛ لأنهما ضحيتان.

والثاني: يكفي التصدق من أحدهما؛ لأنه بعضها.

والثالث: لا بدَّ من التصدق من الأم؛ لأنها الأصل وهو الأصح عند الْغَزَالِي، وصحح الرُّويَانِي الأول وهو المختار، ويشترك الوجهان الأخيران في أكل جميع الولد ثم ذكر بقية كلامه وكلام الرَّافِعِي المتقدم فيما إذا ذبحها فوجد في بطنها جنينًا وهذا منه تنزيل لكلام الرَّافِعِي والْغَزَالِي على ولد أضحية التطوع وهو فقه صحيح لكن الْغَزَالِي إنما تكلم في ولد المعينة كما سبق.

وعبارة «الوسيط» ولد المعينة له حكم الأم والصحيح أن التصدق بجزء من الأم يسلط على أكل جميع الولد كما يسلط على أكل جميع اللبن ولم يتعرض الإمام والْغَزَالِي والرَّافِعِي فيما علمت لحكاية خلاف في ولد المتطوع بها بل قضية كلام الرَّافِعِي وغيره أنه يتصرف فيه بما شاء بلا خلاف فإنما جاء الاضطراب والاشتباه بأن المعينة من غير نذرٍ عند الْغَزَالِي وإمامه في الأكل كالمتطوع بها وعند الرَّافِعِي والمصنف كالمنذورة وهو المذهب، وفي «تعليق»

وَشُرْبُ فَاضِلِ لَبَنِهَا، ....

الشيخ إبراهيم المروزي: ولو اشترى شاة ثم قال: هذه أضحية، أو جعلها أضحية ظاهر نص الشَّافِعِي يدل على أنها تصير أضحية كما لو قال جعلت داري وقفًا على الفقراء، وفي وجه آخر أنها لا تصير أضحية؛ لأنه لم يقل: لله عليَّ والأظهر الأول.

قلت: وبالجملة إنَّا إذا قلنا بالمذهب إنه لا يجوز أكل شيء من الواجبة فكذلك [لا يجوز] أكل شيء من ولدها، بل حكمه حكمها هذا ما يقتضيه كلام الجمهور، وعليه اقتصر المحاملي في «المقنع» ونقله الْعِمْرَانِي وغيره من العراقيين مطلقًا، وسواء في ذلك المعينة بالنذر ابتداء أو عما في الذمة أو المعينة من غير تلفظ بنذر ولا التزام كما سبق.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: وإذا أوجب الضحية فولدت ذبح ولدها معها كما يوجب البدنة فيذبح ولدها معها، وأحسن قاضي حماة ـ رحمه الله ـ حيث قال في شرح «الحاوي»: والفاصل بين مسائله بالميم ويجب على المضحي تمليك الفقراء من اللحم بناء أقل شيء من غير الواجب ومن الواجب الجميع ولا يكفي عليك غير اللحم كالجلد والقرن، أمَّا ولد غير الواجب فإنه لا يجب تمليك الفقير من لحمه؛ لأن الأم الأصل والولد تابع فأمَّا ولد الواجب سواء كان مجيبًا عند الوجوب أو حادثًا بعده فإن حكمه حكم الأم وإن ماتت الأم حتى تجب الصدقة بجميعه بعد الذبح وهو كلام «محرر» لا ما وقع في «المحرر» ويجب تنزيل كلام الرَّافِعِي و«الروضة» عليه.

قال: (وَشُرْبُ فَاضِلِ لَبَنِهَا) أي: فاضل لبن الواجبة عن ولدها.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: [ولبن] الأضحية كلبن البدنة إذا وجبت أضحية لا يشرب منه صاحبه إلا الفضل عن ولدها وما لا يهتك لحمها فلو تصدق به كان أحب إليَّ وإذا لم يوجب صنع ما شاء، انتهى.

وروى البيهقي عن علي رضي الله عنه: «أنه رأى رجلًا يسوق بدنة معها ولدها فقال: لا تشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها، فإذا كان يوم النحر فانحرها

……

وولدها عن سبعة»[(١)] رواه البيهقي، وقال أبو زرعة: إنه صحيح.

وقال الرَّافِعِي متصلًا بكلامه في أكل الولد ولبن الأضحية والهدي: إن كان قدر كفاية الولد، فإن حلبه ونقص الولد ضمن المنقص، وإن فضل عن ري الولد فيحلب؛ لأن في تركه إضرار بالبهيمة، ثم قال في «التتمة»: يبنى شربه على أكل اللحم، فإن لم يجوزه لم يشرب اللبن، وينقل لبن الهدي إلى مكة إن تيسر أو أمكن تجفيفه، وإلا فيتصدق به على الفقراء هناك، وإن جوزنا الأكل فيشرب اللبن، وهذا ما أورده الجمهور، وفرَّقوا بينه وبين الولد بأن اللبن يعسر حمله بخلاف الولد، وبأنه يستخلف فيتسامح به.

وعن تخريج ابن سلمة وجه: أنه لا يجوز [شرب لبنها، انتهى.

وكلامه وفرقه مسعر بأمرين: **أحدهما**: أن الجمهور على أنه لا يجوز] أكل ولد الواجبة؛ إذ محال أن يلزموه حمله إلى مكة، ويجوزوا له أكله كله.

والثاني: إن كلامه المتقدم في أكل ولد الواجبة لا المسنونة، وقال الإمام: لبن الشاة المعيَّنة بمثابة لحمها لو ضُحيت، ولعل الظاهر جواز استيعاب اللبن بالتعاطي إذا جوزنا الأكل من لحمها، انتهى.

وقد علمت رأي الإمام والْغَزَالِي في لحم المعيَّنة، ولم يفرض الكلام في كل واجبة، ويبعد كل البعد؛ إذ يقول بخروج المعيَّنة ابتداء عن ملكه، ثم يكون له شرب فاضل لبنها مطلقًا مجانًا؛ سواء قلنا يجوز له أكل شيء من لحمها أم لا، سيما إذا لم يكن قد نذر نحرها بمكة، بل أطلق أو عين بلد، فكيف يسوغ له شرب لبن حدث على ملك الفقراء وهم حاضرون يتمكن من دفعه إليهم؟ هذا محال، وإنما هو بمنزلة الأمين المودع، وإن تخيل مشقة حمل اللبن إلى مكة فيما إذا تعين ذبحها هناك فلا شبهة هاهنا، نعم لو قيل أن لبن المنذورة المعينة إن كان موجودًا حالة النذر كان للمالك بحدوثه على ملكه، بخلاف ما يحدث بعد النذر لم يبعد، وكذا يقال في لبن المعينة عمَّا في الذمة إذا قلنا يتعين وهو

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/ ٢٨٨، رقم ١٨٩٧٤).

....

الصحيح؛ لأن نذر الأضحية لا يتناول اللبن الموجود حالة النذر ولا حالة التعيين، وأمَّا الحادث فحدث على ملك الفقراء، ولا سيما إذا كانوا محصورين بالبلد، وقلنا: لا يجوز النقل.

وصور في «شرح المهذب» المسالة في لبن الأضحية والهدي المنذورين المحمولين إلى مكة، ثم قال: قال الجمهور: يجوز شرب الفاضل؛ لأنه أشق في نقله، وفيه وجه ضعيف أنه لا يجوز شربه بل يجب التصدق به، وقال الْمُتَوَلِّي: إن لم يجوز أكل لحم الهدي لم يجز شرب لبنه، بل يجب نقله إلى مكة إن أمكن، أو تجفيفه ونقله جافًا، فإن تعذر تصدق به على الفقراء في موضع الحلب، وإن جوزنا أكل لحمه جاز شرب [لبنه].

فهذه ثلاث طرق، المذهب منها: القطع بجواز شرب الفاضل عن حاجة الولد، نص عليه الشَّافِعِي في كتاب «الأوسط»، وفي غيره قال الشَّافِعِي والأصحاب: ولو تصدق به كان أفضل.

قال الشَّافِعِي والأصحاب: حيث جاز شربه جاز أن يسقيه لغيره بلا عوض، ولا يجوز بيعه بلا خلاف، قال الشَّافِعِي والأصحاب: ولو مات الولد كان حكم لبنه حكم الزائد على حاجة الولد كما ذكرناه، والله أعلم، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا احتلب الفاضل عن ري ولدها فالأولى به والأفضل أن يتصدق بجميعه، وإن لم يتصدق بجميعه فالأفضل بعده أن يسلك به مسلك اللحم، فيشرب منه ويسقي غيره، فإن لم يفعل وشرب جميعه جاز وإن كرهناه، انتهى.

فَرْعٌ: قالا عقب الكلام على جلد الأضحية: ولا يجز صوفها إن كان في بقائه منفعة لدفع حر أو برد، أو كان الذبح قريبًا ولا يضر بقاؤه، وإلا فيجزه وله الانتفاع به، والأفضل التصدق به، وفي «التتمة»: أن صوف الهدي يستصحبه ويتصدق به على مساكين الحرم كالولد، انتهى.

ولم يتعرضا لبيان أن الكلام في صوف الأضحية الواجبة بنذر أو تعيين أو

وَلَا تَضْحِيَةَ لِرَقِيقٍ، ....

أعم من ذلك، بل أطلقا الكلام، والظاهر أنه في غير المتطوع بها، وأمَّا ما أعده تطوعًا فالقياس أن له جزه قبل النحر وبيعه وغيره من التصرفات كهي، وأمَّا بعد الذبح فحكمه حكم الجلد.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: وإذا أوجب الضحية لم يجز صوفها، وما لم يوجبها فله أن يجز صوفها، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: ولا يجوز له أن يجز صوفها قبل أن يستنحر، ولو استنحر فإنه يجوز له جزها، لكن لا يجوز له بيعه، لكن يشتري به شيئًا ينتفع به أو يتخذ منه لبدًا ينتفع به، هو وغيره وله أن يتصدق به ولغيره، وكذا يجوز هبته كالصدقة، انتهى.

وفي «تعليق المروزي»: ولا يجز صوفها إلا أن يعلم أن ترك الجز يضر بها، وإذا استنحر الصوف وجزه لا يبيع بل ينتفع به ويعين الناس.

وقال بعض أصحابنا: يسلك به وباللبن مسلك اللحم، انتهى.

قال في «الحاوي»: قال الشَّافِعِي: ولا يجز صوفها، يمنع من جواز صوفها إذا لم يكن تركه مضرًا بها؛ لأنه أحفظ لها وأكمل؛ ولأنه يبعد استخلافه بخلاف اللبن، وإن كان جزه أنفع لها كزمن الربيع فإن قرب زمان نحرها تركه عليها حتى ينحرها، وإن بعد زمان نحرها جزه؛ لأنه أصلح لبدنها، فإن جزه وهو مأمور بتركه فقد أساء ولم يضمن، وإن تركه وهو مأمور بجزه كرهناه ولم يضمن، ولا يجوز له بيع الصوف؛ لأنه من جملة أضحية لا يجوز له بيعها، ونسلك بها مسلك اللبن على ما قدمناه، انتهى.

وفي كونه لا يضمن النقص عند أمرنا بترك الجز نظر، وإن أراد أنه لا يضمنه وإن أتلفه فمشكل.

قال: (وَلَا تَضْحِيَةَ لِرَقِيقٍ) أي: لا يجوز له ذلك؛ سواء القن والمدبر وأم الولد، نعم إن قلنا يملك وأذن له السيد في التضحية بما ملكه جاز، ووقعت عن الرقيق نفسه، وهذا في كامل الرق، أمَّا المبعض فله أن يضحي عن نفسه مما يملكه بحريته بغير إذن.

فَإِنْ أَذِنَ سَيِّدُهُ؛ وَقَعَتْ لَهُ، وَلَا يُضَحِّي مُكَاتَبٌ بِلَا إِذْنٍ، وَلَا تَضْحِيَةَ عَنْ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا عَنْ مَيِّتٍ إِنْ لَمْ يُوصِ بِهَا.

قال: (**فَإِنْ أَذِنَ سَيِّدُهُ؛ وَقَعَتْ لَهُ**) أي: للسيد، وكأنه كالآلة، هكذا أطلقوه وفيه نظر؛ إذ الغرض أنه أذن له أن يضحي عن نفسه لا عن سيده، فكيف عن السيد من غير نية منه، ولا من العبد نيابة عنه؟! نعم إن أذن له ونوى عن نفسه أو فوض النية إليه فهو نائب عنه في الذبح كغيره، وقد يرشد إليه قولهم؛ لأنه كالآلة.

قال: (**وَلَا يُضَحِّي مُكَاتَبٌ بِلَا إِذْنٍ**) لأنها تبرع، فإن أذن له فقولان بناء على القولين في نفوذ تبرعاته بإذن سيده.

قال الْبَغَوِي في «التعليق»: وإذا قلنا لا يجوز في القن أو المكاتب بإذن السيد يكون ثواب الأضحية حاصلًا للسيد، انتهى.

قال: (**وَلَا تَضْحِيَةَ عَنْ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ**) لأنها عبادة، والأصل ألَّا يفعل منها عن الغير إلا ما خرج بدليل؛ لا سيما مع عدم الإذن، هذا ما أورده، وهو الجواب في «التهذيب» و«الإبانة» و«العمد» و«العدة» وغيرها.

وقال الرَّافِعِي في «الوصايا»: ورأيت أبا الحسن العبادي أطلق القول بجواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثًا.

قلت: ويشبه أن يقال: يجوز له أن يضحي عن ولده الطفل ونحوه ممن في حجره، بخلاف غيره كما سبق في الفطرة، وفي قول الْمَاوَرْدِي وغيره: ولا يجوز التضحية عن الحمل كما لا يجوز عنه الفطرة، ولا يجوز لولي الطفل والمجنون والمحجور أن يضحي عنه من ماله ما يشعر بجواز التضحية عنهم من مال الولي خاصة.

وفي «الموطأ» عن نافع أن ابن عمر - رضي الله عنهما - لم يكن يضحي عما في بطن المرأة، قال ابن عبد البر وجمهور العلماء على ما روي عن ابن عمر: إنه لا يضحي عنه، وكان يضحي عن ولده الصغير، ويعق عن ولده كلهم، انتهى.

قال: (**وَلَا عَنْ مَيِّتٍ إِنْ لَمْ يُوصِ بِهَا**) هكذا قال في «العدة» و«التهذيب»

……

وغيرهما، وأشار الرَّافِعِي في الوصايا: بحثًا إلى أنه ينبغي أن يضحي وإن لم يوص بها، فإنها ضرب من الصدقة، وقال: إنه قياس ما ذكره في «العدة» وأيده بإطلاق العبادي السابق، ورأيت فيما علق عن الْبَغَوِي على «المختصر» قبيل باب العقيقة.

فَرْعٌ: إذا ضحى عن الغير بغير إذنه لا يجوز، وقد قيل أنه يجوز ويقع عنه، فعلى هذا هل يغرم تفاوت ما بين كونه حيًا ومذبوحًا؟ وجهان، انتهى.

وهذا كلام مظلم، وكأن الصورة فيما إذا ذبح ضحية الغير عنه بغير إذنه، وهذا غير ما نحن فيه، ثم قال: ولو أنه ضحى عن الميت إن أوصى بها يجوز، وإن لم يكن قد أوصى بها ينظر، إن كانت واجبة عليه جاز، وإلا فلا؛ كالعتق بخلاف التصدق عن الميت. قال المعلق: قال الإمام ﷺ يعني الْبَغَوِي: والقياس عندي أنه يجوز ذلك عن الميت كالتصدق، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال حكاية وجهين في التضحية عن الميت بغير إذنه، ونقلا عن رواية الْفُورَانِي أيضًا، قال الْقَفَّال: فإن جوزنا لم يجز للمضحي ولا لأحد الأكل منها؛ لأن من وقعت عنه لا يحل تناولها إلا بإذنه، وأذن الميت متعذر، فيجب أن يتصدق بها، انتهى.

وفي «سنن» أبي داود والترمذي والبيهقي و«صحيح» الحاكم عن علي ﷺ **«أنه كان يضحي بكبشين عن النبي ﷺ وبكبشين عن نفسه»**(١) وقال: إن رسول الله ﷺ أمرني أن أضحي عنه أبدًا، قال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال البيهقي: إن ثبت دل على صحة التضحية عن الميت، أي: وإن لم يوص به.

قال المصنف: وبه احتج العبادي وغيره في التضحية عن الميت.

فروع مبددة يختم بها الباب:

منها: قال في «الروضة»: لو ذبح أجنبي أضحية معينة ابتداء في وقت الأضحية أو هديًا معينًا بعد بلوغ المنسك، فالمشهور أنه يقع الموقع، فيأخذ

---

(١) تقدم تخريجه.

....

صاحب الأضحية لحمها ويفرقه؛ لأنه مستحق الصرف إلى هذه الجهة، فلا يشترط فعله؛ كرد الوديعة؛ ولأن ذبحها لا يفتقر إلى النية، فإذا فعله غيره أجزأه كإزالة النجاسة.

وحكى قول عن القديم: إن لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح ويغرمه القيمة بكمالها، بناء على وقف العقود، فعلى المشهور هل على الذابح أرش ما نقص بالذبح؟ فيه طريقين: أحدهما على قولين، وقيل وجهين: أحدهما: لا؛ لأنه لم يفت مقصودًا، بل خفف مؤنة الذبح، وأصحهما وهو المنصوص وهو الطريق الثاني، وبه قطع الجمهور: نعم.

وقال الْمَاوَرْدِي: عندي إنه إن ذبحها وفي الوقت سعة لزمه الأرش، فإن لم يبق إلا ما يسع ذبحها فلا أرش لتعين الوقت، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: والمشهور أنه يقع الموقع، ويأخذ صاحب الأضحية لحمها ويفرقه، وبناه الإمام والْغَزَالِي على أن التعيين السابق هل يغني عن النية عند الذبح؟ إن قلنا نعم وقع الموقع، وإلا لم يقع، وعلى صاحب الأضحية بدلها، وما يأخذه من الأرش ملكه، واحتج الأصحاب بأنه مستحق الصرف إلى هذه الجهة، فلا يشترط فيه فعله كرد الوديعة، وبأن ذبحها لا يفتقر إلى النية، فإذا أتى به غيره أجزأه كإزالة النجاسة، وهذا يؤيد قول من قال أن التعيين السابق يغني عن تجديد النية.

قلت: وما ذكره عن الأصحاب مشكل، وما أشار إليه من بناء القديم على وقف العقود إنما يحسن إذا كان الذابح قصد بالذبح النيابة عنه، وكذا صورها الشَّافِعِي في كتاب الأضحية من «الأم».

قال الربيع: قال الشَّافِعِي: وإذا أوجب الرجل أضحية أو هديًا وذبحا عنه في وقته بغير إذنه فأدركهما قبل أن يستهلك لحمهما أجزأتا معًا عنه، وكان له الرجوع على الذي تعدى مما بين قيمتهما قائمتين ومذبوحتين، ويجعله في سبيل الهدي وسبيل الأضحية لا يجزيه غير ذلك، انتهى.

……

فقوله: فذبحا عنه، يقتضي أنهما لو لم يذبحا لا يكون الحكم كذلك، وسبق في البيع أن قول وقف العقود منصوص في الجديد، وإلى ما ذكرناه من التصوير يرشد قول الْفُورَانِي في «العمد» و«الإبانة» لو قال: جعلت هذه أضحية فجاء فضولي فذبحها بغير أمره في وقت الذبح، فإنه يجزئ عنه قولًا واحدًا، ثم حكى ما نسب إلى القديم بقوله: فجاء فضولي فذبحها، يشير على أنه ذبحها أضحية عن صاحبها، وإلا لم يكن فضوليًا، بل كان غاصبًا أو سارقًا ذبح شاة لحم، نعم صور الْمُزَنِي المسألة فيما إذا غلط مضحيان فذبح كل واحد أضحية صاحبه [ظانًا أنها أضحيته] ولا يقدح هذا فيما ذكرناه؛ لأنها ذبحت أضحية.

وبنى في الذخائر هذه الصورة على اشتراط النية في الذبيحة المعينة، إن قلنا لا يشترط وقعتا الموقع وإلا فلا، ولم يذكر سواه، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: ولو أن المضحيين ذبح كل واحدٍ منهما أضحية صاحبه يوم النحر بدون إذن صاحبه عامدًا أو غالطًا وكان معينًا تقع الأضحية عن المالك.

وقال في القديم: إذا أجاز كل واحد يقع عن الذابح قال أصحابنا: هذا في المعين لا يتصور؛ لأنه لا يجوز إبداله، ولكن صورة المسألة إذا كان لهما شاتان وقد نويا أن يضحيا بهما، فذبح كل واحدٍ أضحية صاحبه، في الجديد هي شاة لحم للمالك؛ لأنها لا تصير أضحية بالنية، وفي القديم إذا أجاز المالك كانت أضحية عن الذابح، انتهى.

وما أبداه الْمَاوَرْدِي لنفسه من التفصيل بين ضيق الوقت وعدمه سبقه به صاحب «التلخيص» فإن الرَّافِعِي حكى عنه في أمر اللقيط أنه إذا وجد بعيرًا في الصحراء أيام منى مقلدًا أو خشي فوات وقت الذبح جاز له ذبحه، ولا فرق بين الأضحية والهدي، قاله ابن الرِّفْعَة، وهو مؤكد لما ذكرناه من أن الأجنبي إنما ذبحها أضحية عن صاحبها أو غالطًا لا مطلقًا، وللمسألة فروع يطول ذكرها.

ومنها: سبق أن المذهب المنصوص أنه لا يجوز الصرف من الأضحية المتطوع بها إلى كافر، وفي النفس منه شيء إذا صرف إلى الفقير المسلم ما يلزمه صرفه، وقضية النص أنه لا يطعم الكافر منها بضيافة ولا غيرها.

……

قال الدَّارمِي [وغيره]: ولا يجوز الصرف منها إلى عبد إلا أن يكون سيده يجوز له - يعني الأخذ منها - صدقة، أو يهدي إليه فيكون عبده رسولًا.

وقال المصنف في شرح «المهذب»: لا يجوز صرف شيء منها إلى عبدٍ إلا أن يجعله به رسولًا إلى سيده هدية، ذكره الدَّارمِي، ولفظ الدَّارمِي ما ذكرناه.

وقال الدَّارمِي: ولا يدفع إلى مبعضٍ إلا في يومه إذا كانت مهاباة، ويجوز الصرف من الأضحية إلى المكاتب على الأصح؛ أي: كتابة صحيحة، كالزكاة.

ومنها: قال المصنف: مذهبنا أن الأضحية أفضل من صدقة التطوع؛ للأحاديث الصحيحة في فضلها؛ ولأنه مختلف في وجوبها؛ ولأنها شعار ظاهر، وقال مالك وأبو ثور وغيرهما: الصدقة أفضل، انتهى.

ويشبه أن يقال: الأفضل ما كان أعم نفعًا وأعود على الفقراء، وحينئذٍ قد تكون التضحية أفضل في وقت من الصدقة، وبالعكس، وأقول: لو كان معه ما يتصدق به في أول العشر مثلًا ووجد محتاجين إلى الصدقة عليهم؛ لعري أو جوع أو غرم قد حبسوا عليه مثلًا أن البدار إلى الصدقة عليهم أولى من التأخير للتضحية به، وإنما ينقدح تفضيلها لو كان في وقتها، ولم يظهر ما يدل على أن الصدقة أعظم نفعًا منها، والله أعلم.

ومنها: إذا اشترك جماعة في بدنة أو بقرة على اختلاف أغراضهم، ثم أرادوا القسمة ففيها طريقان:

أحدهما وهو قول ابن القاص: القطع بالجواز للضرورة، والمذهب الذي أورده الجماهير أنه ينبى على أن القسمة بيع أو إقرار، قال الشيخ هنا في شرح «المهذب»: والأصح أن قسمة الأجزاء كاللحم وغيره إقرار فعلى، هذا يجوز القسمة، وإن قلنا بيع فبيع اللحم الرطب بمثله لا يجوز، ثم ذكر القسمة طرقًا ذكرتها في «الغنية» وصحح في باب الربا من «الروضة» هذه القسمة بيع، [وفي المسألة] اضطراب نبينه في القسمة إن شاء الله تعالى.

وفي «البيان» هنا: وإن أرادوا القسمة، فإن قلنا إقرار نصيب جاز أن

فَصْلٌ

يُسَنُّ أَنْ يُعَقَّ عَنْ غُلَامٍ بِشَاتَيْنِ وَجَارِيَةٍ بِشَاةٍ، ....

يقسموا اللحم وزنًا، وإن قلنا بيع فوجهان.

قال ابن القاص: يجوز للضرورة، وقال عامة أصحابنا: لا يجوز، وهو الصحيح، انتهى.

وكيف كان فالأصح المختار جواز القسمة، وهو المعهود من أحوال السلف، وقد كانوا يشتركون في الأضاحي وغيرها ويقتسمون اللحم طريًا من غير نكير، والله أعلم.

قال:

(فَصْلٌ:

يُسَنُّ) أي: مؤكدًا، ولفظ نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي»: والعقيقة سُنة واجبة وكأنه أراد متأكدة.

قال: **(أَنْ يُعَقَّ عَنْ غُلَامٍ بِشَاتَيْنِ وَجَارِيَةٍ بِشَاةٍ)** أي: لحديث أم كرز - رضي الله عنها - ترفعه «**عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة**» صححه الترمذي وابن حبان. وعن عائشة ترفعه بنحوه، وصححه الترمذي.

وروى البخاري من رواية سلمان بن عامر الضبي رضي الله عنه «**مع الغلام عقيقة فأريقوا عنه دمًا وأميطوا عنه الأذى**» رواه أبو داود والنسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة كأنه كره الاسم، فقالوا: يا رسول الله إنما نسألك عن أحدنا يولد له، قال: «**مَنْ أَحَبَّ مِنْكُمْ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ مُكَافَأَتَانِ وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةٌ**»(١) وهو دال

---

(١) حديث أم كرز: أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٤، رقم ٣٦٣٠٥)، وأحمد (٦/ ٤٢٢، رقم ٢٧٤١١)، وأبو داود (٣/ ١٠٥، رقم ٢٨٣٤)، والنسائي (٧/ ١٦٥، رقم ٤٢١٦)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٦، رقم ٣١٦٢)، وابن حبان (١٢/ ١٢٩، رقم ٥٣١٣)، والبيهقي (٩/ ٣٠٢، رقم ١٩٠٧٠)، والحميدي (١/ ١٦٧، رقم ٣٤٦)، والدارمي (٢/ ١١١، رقم ١٩٦٦)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٢٢٧، رقم ١٨١٨). =

....

على أن الأمر بذلك على الندب لا الوجوب، كما حكي عن الحسن البصري، قال الشَّافِعِي: أفرط في العقيقة رجل، قال: إنها بدعة، ورجل أوجبها؛ يعني: الحسن ومن تبعه، والأول هو أبو حنيفة ﷺ.

ويحصل أصل السنة عن الغلام بشاة لحديث البخاري المتقدم، وروى أبو داود بإسنادٍ صحيح عن ابن عباس - ﷺ - «**أنه ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشًا كبشًا**»(١).

وروى النسائي بإسناد صحيح «كبشين كبشين»(٢) فليطلب الجمع بين الروايتين، ويستحب أن تكون الشاتان متساويتان؛ لأن النفس قد تؤثر الأجود، فيختلف ما تطعم وما يُطعم.

فَرْعٌ: قالا: قال بعض [الأصحاب](٣): الغنم أفضل من الإبل والبقر، والصحيح خلافه، وبالمرجح أجاب الْمَاوَرْدِي.

وقال في شرح «المهذب»: إنه المذهب، والأفضل البدنة، ثم البقرة، ثم الضأن، ثم المعز كالأضحية.

ورأيت من حكى الخلاف عن «البحر» في الإجزاء، إلا في الأفضلية، فقال: وهل تقوم البدنة أو البقرة مقام الشاتين؟ قال بعض الأصحاب: لا.

ورأيت أبا نصر الْبَنْدَنِيجِي قال في «المعتمد»: ليس للشافعي نص في أن ما سوى الغنم يجري في العقيقة، والذي يقتضي المذهب عندي أنه لا يجزئ، ثم

= حديث عائشة: أخرجه أحمد (٦/ ٣١، رقم ٢٤٠٧٤)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٦، رقم ٣١٦٣)، وابن حبان (١٢/ ١٢٦، رقم ٥٣١٠)، والبيهقي (٩/ ٣٠٣، رقم ١٩٠٧٧)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٦/ ٦٨، رقم ٣٢٧٨)، وأبو يعلى (٨/ ١٠٨، رقم ٤٦٤٨).
حديث أسماء بنت يزيد: أخرجه الطبراني (٢٤/ ١٨٣، رقم ٤٦١)، قال الهيثمي (٤/ ٥٧): رواه أحمد والطبراني في الكبير ورجاله محتج بهم.

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٣).

(٢) أخرجه النسائي (٤٢٣٦).

(٣) في نسخة: (أصحابنا).

……

حكي عن أبي بكر الصديق وأنس بن مالك ـ ﵄ ـ أنهما عقا.

ثم أخذ في الاستدلال لما ذكره وأطال، ورأى أنه قياس المذهب، وهو معذور، فإن كتب الشَّافِعِي وجماهير أصحابه فيما أعلم ساكتة عن غير الغنم، ولم أر أفضلية الإبل والبقر إلا في «الحاوي» والظاهر أنه من تصرفه، وتبعه الرُّويَانِي، وصححه، وجرى عليه الرَّافِعِي ومن تبعه، والأخبار مقتصرة قولًا وفعلًا على الغنم، فإن صح ما حكي عن الصديق ﵁ وإلا ففي كون المذهب أن غير الغنم أفضل نظر، والإتباع أحسن.

وعن «البحر» نقل وجه: أن الزيادة على شاتين في الغلام لا يستحب، قال الرَّافِعِي والمصنف: وينبغي أن تتأدى السنة بسبع بدنة أو بقرة، قال في شرح «المهذب»: لو ذبح بدنة أو بقرة عن سبعه أولاد أو اشترك جماعة فيها جاز؛ سواء أراد كلهم العقيقة أو بعضهم العقيقة وبعضهم اللحم، وكأنه رأى ذلك منقولًا، ولم أره، وسبق في الحج عن «الأم» ما قد يشهد له.

فَرْعٌ: إنما يعق عن المولود من يلزمه نفقته من أصوله الذكور والإناث، وإن لم تجب نفقته في الحال لغناه، وليس للولي أن يعق عنه من ماله، فإن فعل ضمن، قال الْمَاوَرْدِي والرُّويَانِي: فإن كان المنفق عاجزًا فأيسر في الأيام السبعة استحب له أن يعق، وإن أيسر بعدها وبعد مدة النفاس سقطت عنه، وإن أيسر في مدة النفاس فوجهان أبداهما الْمَاوَرْدِي لبقاء أثر الولادة.

ونسب الشيخ ـ ﵀ ـ في شرح «المهذب» هذا جميعه إلى الأصحاب، وفيه شيء يأتي، قال: وأمَّا الحديث الصحيح أنه ﷺ عق عن الحسن والحسين ـ رضوان الله عليهما ـ قال الأصحاب قول على أنه أمرن أباهما بذلك أو أعطاه ما عق به، أو أن أبويهما كانا معسرين فيكونا في نفقة جدهما رسول الله ﷺ.

فَرْعٌ: لو مات المولود بعد اليوم السابع وبعد التمكن من الذبح فأصح الوجهين في شرح «المهذب» أنه يستحب أن يعق عنه، والثاني: يسقط بالموت، قال في آخر الباب: لو مات المولود قبل السابع استحب العقيقة

وَسِنُّهَا وَسَلَامَتُهَا، وَالْأَكْلُ وَالتَّصَدُّقُ كَالْأُضْحِيَّةِ، ....

عندنا خلافًا للحسن ومالك، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» صورة الوجهين كما سبق، ثم قال: وإن كان موته قبل السابع سقط حكمها وسياق كلامه يُفهم أن ذلك كله عن رواية صاحب «البحر» عن الأصحاب، وقال في «حليته»: ولو مات الصبي قبل سبعة أيام سقط سُنة العقيقة، ولو مات بعد سبعة أيام وإمكان الذبح يذبح بعد موته؛ لأنها استقرت سُنة، ذكره بعض أصحابنا، وهو غريب ولم يذكره الإمام الشَّافِعِي، وذكره في «التجربة» كـ«الحلية» عن بعض الأصحاب من غير استغراب، فليطلب النقل الذي ذكره الشيخ عن الاستحباب عند موته قبل السابع.

فَرْعٌ: قال ابن أبي عصرون: العقيقة ما يذبح للمولود، ولا يريد به ما يصنع لأجل الولادة؛ لأن ذلك يسمى: جريبًا، وإنما يذبح، أي: العقيقة بحلق الشعر الذي برأس الولد، ومنه سُميت عقيقة.

قال الرَّافِعِي [وغيره] وينوي بها العقيقة، فإن جعلها عقيقة من قبل ففي الحاجة إلى النية عند الذبح ما سبق في الأضحية.

ونص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» أنه يستحب ذبحها في صدر النهار، وتابعه الأصحاب، وكأنه للتبرك بالبكور.

وفي «حلية» الرُّويَاني في صدر النهار عند طلوع الشمس، انتهى.

ولا أدري ما وجهه قال أصحابنا: ويستحب أن يقول عند [الذبح]: باسم الله والله أكبر اللهم لك وإليك، هذه عقيقة فلان، رواه البيهقي مرفوعًا من رواية عائشة بلفظ: «قولوا باسم الله»(١) وإسناده حسن.

وفي «الانتصار»: ويستحب أن يقول: اللهم منك ولك عقيقة فلان تقبل مني.

قال: (**وَسِنُّهَا وَسَلَامَتُهَا، وَالْأَكْلُ وَالتَّصَدُّقُ كَالْأُضْحِيَّةِ**) قلت: وسبق بيان ذلك بما فيه.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَيُسَنُّ طَبْخُهَا، وَلَا يُكْسَرُ عَظْمٌ.

وعبارة شرح «المهذب» قال أصحابنا: حكم العقيقة في التصدق منها والأكل والهدية والادخار وامتناع البيع وتعين الشاة إذا عينت كما ذكرنا في الأضحية سواء لا فرق بينهما، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وفي وجه عن «الحاوي»: إنه يجزئ هنا ما دون الجذعة والثنية، ولتكن سليمة من العيوب المانعة عن التضحية، وفي العدة إشارة إلى وجه آخر مسامح انتهى.

وعبارة «الحاوي»: وإذا عق دون الجذع من الضأن ودون الثني من المعز، ففي إقامة سُنة العقيقة به وجهان: **أحدهما**: لا تقوم كالأضحية[1] وتكون ذبيحة لحم لا عقيقة، فعلى هذا لو عين العقيقة في شاة وأوجبها [وجبت كالأضحية ولم يكن له أن يبدلها بغيرها ويجب أن يتصدق منها على الفقراء لحمًا نيئًا، ولا يخص بها الأغنياء. **والثاني**: أنه يقوم سنة العقيقة بذلك لأن الأضحية أكل، فعلى هذا لو عين عن العقيقة شاة وأوجبها] لم يتعين، وكان له ذبح غيرها وأن يخص الأغنياء بها ولا يلزم التصدق بها على الفقراء وإن أعطاهم مطبوخًا جاز، انتهى.

قال: (**وَيُسَنُّ طَبْخُهَا**) عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وشرحه «للمهذب» وغيرها: يستحب وهي أخف إذا لم أر في طبخها سنة ثابتة قبل، وفي «سنن» البيهقي (٩/ ٣٠٠) عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «السنة شاتان مكافئتان عن الغلام وعن الجارية شاة ويطبخ جدولًا».

(**وَلَا يُكْسَرُ عَظْمٌ**) ويأكل ويطعم ويتصدق، وذلك يوم السابع، واحتج به صاحب «الانتصار» و«المهذب».

وقال المصنف في شرحه: رواه البيهقي من كلام عطاء بن أبي رباح.

قال في «المحرر»: ولا يفرقه نيئًا، وجعل الشيخ المذهب وقول الجمهور أنه يستحب الطبخ وأنه لا يستحب التصدق به نيئًا، ونسب وجوب التصدق

---

[1] في نسخة: الأضحية.

……

بلحمها نيئًا إلى الإمام الْمَاوَرْدِي، وكون المذهب ما ذكره فيه وقفة، وقضية ما سبق من تفريع الْمَاوَرْدِي أن المذهب وجوب التصدق بشيء منها نيئًا كالأضحية.

وقال الدَّارمِي: ويقسمها لحمًا كالأضحية قاله ابن المرزبان، وقال الطبري مطبوخًا، انتهى.

وقضية كلام التنبيه الأول وهو الأولى؛ لأن أخذه يتمكن من الانتفاع به كيف أحبّ قاله ابن الرِّفْعَة، ثم حكى استحباب الطبخ عن «التهذيب».

قال: وكلام القاضي الحسين يشعر بأنه مخير بين طبخه وتفرقته لحمًا على السواء، انتهى.

وجزم ابن الصلاح بأنه ينبغي أن يتصدق بشيء نيئًا على قولنا إنه لا بدَّ من التصدق بشيء.

قلت: ويجوز أن يكون مراد من استحب الطبخ القدر الزائد على أقل ما يجب التصدق به، وقد يرشد إليه قول الجرجاني في «التحرير» في شاة الوليمة، ويفرق اللحم على الفقراء ويطبخ منه ويُطعم، ثم قال في ذبيحة العقيقة: ويفعل بها ما ذكرناه في شاة الوليمة.

وعبارة «البيان»: ويستحب أن يطبخ منها... إلى آخره.

وقال الشيخ أبو حامد في الرد على من أوجبها، وهو ما حُكي عن بريدة الصحابي والحسن البصري وداود: لو كانت واجبة لوجب تفرقة لحمها على ذوي الحاجات؛ كالهدي والكفارات، انتهى.

فخدمته أن ما وجب التصدق به منها يجب أن يكون نيئًا كسائر الواجبات.

قال الإمام: أطلق الصيدلاني إنه يفرق اللحم طبيخًا مع المرق، وهذا شديد إن لم يوجب التصدق، وهو مستقيم فيما لا يوجب التصدق به، فأمَّا ما يجب التصدق به فلا وجه إلا ما ذكرناه؛ يعني: من تفرقته نيئًا، وإجراء التمليك فيه، وهذا ظاهر نص «الْبُوَيْطِي» كما سنذكره.

تنبيهات: **الأول**: قوله: ويسن طبخها، يقتضي طبخ الجميع، وبه صرَّح

....

بعضهم، وقال الشيخ أبو محمد والْغَزَالِي وغيرهما والرَّافِعِي والمصنف: ويُعطي القابلة رجل العقيقة إقتداءً بفاطمة - ﵂ -، والظاهر أنها تعطاه نيئًا، وإنما فعلته فاطمة بأمره ﷺ كما رواه الحاكم وقال: صحيح الإسناد.

الثاني: [الظاهر] الذي يقتضيه النظر أن جميع ما ذكروه من الطبخ والهدية والأكل ودعاء الفقراء أو بعثه إليهم مطبوخًا هو في العقيقة المتطوع بها، أمَّا المنذورة؛ فالظاهر أن حكمها حكم الأضحية المنذورة، كما تقدم بيانه، وحينئذ يجب التصدق باللحم نيئًا، هذا قضية القياس، ولا نقل عندي فيه، قال: ولا يكسر عظم؛ أي: يستحب ذلك تفاؤلًا بسلامة إعطاء المولود، وفيه حديث في «مراسيل» أبي داود، فلو كسر لم يكره على الأصح؛ لأنه طيره، وقد نهي عنها.

قال الْفُورَانِي في «العمد»: والمستحب ألَّا يكسر لها عظم، وتطبخ صحيحة، فإن لم يكن فيفصل إعطاء الشاة من غير كسر، والذي قاله غيره أنها تفصل، ولم يذكر طبخها صحيحة.

وعبارة «الشامل»: ويستحب أن تفصل أعضاؤها ولا يكسر عظمها، انتهى.

وقال صاحب «الانتصار»: ويستحب أن تفصل أعضاؤها وعظامها على أظهر الوجهين، انتهى.

وذكر في «الشامل الصغير» أنه يسن دفن عظمها، ولا أدري من أين له هذا.

فَرْعٌ: إذا قال تطبخ، فبم تطبخ؟ فيه وجهان أو قولان وهو الأصح:

أحدهما: بحموضة.

قال الْفُورَانِي في «العمد»: هو ظاهر المذهب، ونحوه قول إبراهيم المروزي: وتطبخ في حموضة، قاله الشَّافِعِي.

وقال صاحب «التقريب»: وذكر الوجه الآخر، وكذا نقل الْبَغَوِي الأول

عن النص، وبه جزم في «الكافي» قال المصنف: وأصحهما وأشهرهما وبه قطع الجمهور: تُطبخ بحلو، ولو طُبخت بحامض لم يكره على الأصح، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي، قال الشَّافِعِي: في موضع تطبخ بخل، فيحتمل أنه قال ذلك لما روي أنه ﷺ قال: «نِعْمَ الإِدَامُ الْخَلُّ»(١).

قال صاحب «التقريب»: رأيت نصًا للشافعي ﷺ أنه قال: تطبخ بشيء حلو تفاؤلًا به، انتهى.

أي: تفاؤلًا بحسن أخلاق المولود، وعن القاضي أبو الطيب أنه قال: العادة طبخها [بالماء والملح وعادة أهل طبرستان طبخها] بالأرز، وهو حسن، وفي «تجربة» الرُّويَاني.

قال أصحابنا: المستحب أن تطبخ بالحلو دون الحامض، وهو بالماء والملح، ولا يشترط الأرز، فإن كان يكون أولى، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وإذا طبخ يجعلها في الصفائح، ويفرق على الجيران والأصدقاء، ولا يتصدق بلحمها نيًّا، بل بعد الطبخ على ما ذكرنا، انتهى.

وأحسب لفظة الصفائح تحريف [لفظة] الصحاف من معلق أو ناقل.

قال الشيخ وغيره: وإذا طبخ فلا يجد دعوة، بل الأفضل أن يبعث به مطبوخًا إلى الفقراء، نص عليه، فلو دعاهم فلا بأس، قاله في شرح «المهذب».

قال الأصحاب: والتصدق بلحمها ومرقها على المساكين بالبعث إليهم أفضل، ولو دعي إليها قومًا جاز، ولو فرق بعضها ودعا ثانيًا إلى بعضها جاز.

قال المصنف والأصحاب: ويستحب أن يأكل منها، ويتصدق ويهدى كما قلنا في الأضحية، انتهى.

وفي «مختصر الْبُوَيْطِي» قال الشَّافِعِي: والعقيقة سُنة واجبة، ويتقى فيها من

---

(١) أخرجه مسلم (٤/ ١٨٨٧، رقم ٢٤٣٢). والبخاري (٣/ ١٣٨٩، رقم ٣٦٠٩).

وَأَنْ تُذْبَحَ يَوْمَ سَابِعِ وِلَادَتِهِ، ....

المعيب ما يتقى في الضحايا، ولا يباع لحمها، ولا إهابها، ولا تكسر عظامها، ويأكل أهلها منها ويتصدقون ويهدون، هذا نصه بحروفه.

وقال **الْقَفَّال**: لا يتخذ عليها دعوة، بل تطبخ ويبعث بمرقها إلى الفقراء؛ أي: ولحمها، لا كما فهمه الْغَزَالِي والصيدلاني، ثم اعترض عليه كما أوضحته في «الغنية».

قال: (**وَأَنْ تُذْبَحَ يَوْمَ سَابِعِ وِلَادَتِهِ**) لقوله ﷺ: «**كُلُّ غُلَامٍ رَهِينَةٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ ويحلق ويسمى**»(١) قال الترمذي: حسن صحيح.

قال الشيخ إبراهيم المروزي قوله: رهينة، أي: مرهون، والهاء للمبالغة.

قال أحمد بن حنبل ﷺ: يريد أنه إن لم يعق عن المولود فمات طفلًا لا يشفع في أبويه، وقال بعضهم: يريد به أنه مرهون بأذى شعره، ألا ترى قوله في حديث آخر: «**وَأَمِيطُوا عَنْهُ الأَذَى**»(٢) وهم ما تعلق به من دم الرحم.

تنبيهات: **منها**: هل يحسب يوم الولادة من السبعة؟ فيه وجهان: **أصحهما**: نعم، فيذبح في السادس مما بعده، وهذا ما نسب إلى الأكثرين خلافًا للزبيري.

والثاني: لا يحسب فيذبح في السابع مما بعده، وهو نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» ولفظه: وإنما يحسب السابع إذا وِلِدَ الصبي قبل الفجر، فإن وِلدَ بعد الفجر فإنه يلغى ولا يحسب، قال المصنف في شرح «المهذب»: ولكن المذهب الأول، وهو ظاهر الأحاديث، وصححه في «الروضة» هنا، وفي «شرح [مسلم]» وغيره: واعلم أنا قلدنا المصنف وغيره في نقل الوجه الثاني عن نص الشَّافِعِي في الْبُوَيْطِي، وفيه وقفة، ولفظ كتاب «الْبُوَيْطِي».

---

(١) أخرجه أحمد (٢٨٤٠).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٢١٤، رقم ١٧٩٠٧)، والدارمي (٢/ ١١١، رقم ١٩٦٧)، والبخاري (٥/ ٢٠٨٢، رقم ٥١٥٤)، وأبو داود (٣/ ١٠٦، رقم ٢٨٣٩)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٦، رقم ٣١٦٤) والترمذي (٤/ ٩٧، رقم ١٥١٥)، والبيهقي (٩/ ٢٩٩، رقم ١٩٠٤٦).

....

قال مالك: وإنما تكون العقيقة يوم السابع، وإنما يحسب السابع إذا ولد الصبي قبل الفجر، فذلك اليوم يحسب، وإن ولد بعد الفجر فإنه يلغى ولا يحسب، ولا يعق عن كثير، ويذبح في صدر النهار، انتهى.

وقد حكى المصنف وغيره هذه المسائل عن النص في «الْبُوَيْطِي» وظاهر اللفظ أنها من قول مالك ﷺ، وكذا نقلها ابن عبد البر عنه بهذا اللفظ ونحوه، فاعلم.

وقال في زيادات «الروضة» في كلامه عن الختان: وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة؟ وجهان في المستظهر: أصحهما: لا، وحكاه عن الأكثرين، وصححه في باب السواك من شرح «المهذب» وفيما شرحه من «التنبيه» ونسب إلى الجمهور خلافًا لابن أبي هريرة، وقضية كلام الأصحاب تصريحًا وتلويحًا أن يوم الختان هو يوم العقيقة، صرح به كثيرون، واقتضاه كلام الباقين.

ومنها: لو ذبح العقيقة بعد السابع أو قبله وبعد الولادة أجزأه، أو قبل الولادة فشاة لحم بلا خلاف، ولا يفوت بتأخيرها عن السبعة لكن يستحب [أن] تؤخر عن البلوغ.

وقال أبو عبد الله الْبَنْدَنِيجِي: إن لم تذبح في السابع ففي الرابع عشر وإلا ففي الحادي والعشرين، ثم هكذا في الأسابيع، وقيل: إذا تكررت السبعة ثلاث مرات فات وقت الاختيار.

قال الرَّافِعِي: فإن أخر حتى بلغ سقط حكمها في حق غير المولود وهو مخيّر في العقيقة عن نفسه، واستحسن الْقَفَّالُ الشَّاشِي أن يفعلها للحديث المروي أنه ﷺ عق عن نفسه بعد النبوة، ونقلوا عن نصه في «الْبُوَيْطِي»: أنه لا يفعله واستغربوه.

قال المصنف: رأيتِ نصه في «الْبُوَيْطِي» قال: ولا يعق عن كبير وليس مخالفًا لما سبق؛ لأن معناه لا يعق عن البالغ غيره وليس فيه نفي عقه عن

وَيُسَمَّى فِيهِ، ....

نفسه، وأمَّا الحديث المذكور فباطل، قال البيهقي: هو حديث منكر، ورواه من طريق آخر وقال: ليس بشيء وهو حديث باطل، انتهى.

وحينئذٍ يحمل نص الشَّافِعِي على إطلاقه؛ إذ لا أصل له بل هو بدعة؛ أعني: عق البالغ عن نفسه.

وقال الْمَاوَرْدِي: ليس يمتنع أن يعق الكبير عن نفسه فجعله جائزًا لا محبوبًا، قال: ويختار ألَّا يتجاوز بها مدة النفاس، فإن أخرها عنه فيجوز ألَّا تتجاوز بها مدة الرضاع؛ لبقاء أحكام الطفولية، فإن أخرها عنه فيختار ألَّا يتجاوز بها مدة الحضانة باستكمال سبع سنين، فإن أخرها فيختار ألَّا يتجاوز بها مدة البلوغ، فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها في حق غيره وكان الولد مخيرًا في حق نفسه، ثم قال في فصل آخر: وإن كان الأب معسرًا بالعقيقة ثم أيسر بها نظر يساره، فإن كان في وقتها المسنون وهو السابع كانت سنة ذبحها متوجه إليه، وإن كان بعد السابع وبعد مدة النفاس سقطت عنهُ، وإن كان بعد السابع في مدة النفاس احتمل وجهان: **أحدهما**: يكون مخاطبًا بسنة العقيقة لبقايا أحكام الولادة.

والثاني: لا يكون مخاطبًا بسنتها لمجاوزة المشروع من وقتها، انتهى.

وقضية هذا التوجيه سقوط سنتها بعد مدة النفاس مطلقًا، وإن كان الولي لم يزل موسرًا بها، على مقتضى النقلين جرى الرَّافِعِي والمصنف تبعًا للروياني، وقضية قولهما: فإن أخرها حتى بلغ سقط حكمها في حق غيره أن الاستحباب - والخطاب للولد - باق ما لم يبلغ الولد، وهو بعيد.

قال: (**وَيُسَمَّى فِيهِ**) أي: في اليوم السابع للحديث الصحيح السابق، ولحديث عَمْرو بْن شُعَيْب عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدّه «أَنَّ النَّبِيّ ﷺ أَمَرَ بِتَسْمِيَةِ الْمَوْلُود يَوْم سَابِعه، وَوَضْع الْأَذَى عَنْهُ وَالْعَقّ»⁽¹⁾ حسَّنه الترمذي.

قال في «الروضة»: ولا بأس أن يسمي قبله، واستحب بعضهم ألَّا يفعله، انتهى.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٠٦٦).

....

وهذا ليس بشيء، ففي «الصحيحين» عن أبي موسى قال: **«وُلِدَ لِي غُلَامٌ فَأَتَيْتُ بِهِ النَّبِي ﷺ فَسَمَّاهُ إِبْرَاهِيمَ وَحَنَّكَهُ بِتَمْرَةٍ»** زاد البخاري: **«وَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ»**(١).

وعنهما عن أنس رضي الله عنه قال: **«ولد لأبي طلحة غلام فأتيت به النبي ﷺ فَحَنَّكَهُ وَسَمَّاهُ عَبْدَ الله»**(٢) ومعلوم أن التحنيك إنما يكون عقب الولادة، والظاهر أنه سماه وقتئذٍ.

وفي «صحيح مسلم» عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **«ولد لي الليلة غلام فسميته باسم أبي إبراهيم»**(٣).

وهذه الأحاديث تدل على فضل المبادرة إلى التسمية، وكون التأخير إلى السابع أفضل في النفس منه شيء؛ إذ لو كان كذلك لما بادر إليه النبي ﷺ.

فروع: يستحب تحسين الاسم، والأفضل: عبد الله وعبد الرحمن كما نطق به الحديث الصحيح، وينبغي أن يسمي المولود إذا أخر تسميته إلى السابع قبل الذبح والحلق والختان، وإليه يرشد ما سبق في الحديث، وقولهم: اللهم لك وإليك عقيقة فلان.

يجوز التسمية عندنا وعند الجمهور بأسماء الملائكة والأنبياء.

وعن مالك كراهيته التسمية بجبريل وياسين، وحكى ابن العربي وغيره عنه ما يقتضي أنه لا يجوز التسمية بياسين، قال: وإنما منع مالكٌ من التسمية بياسين؛ لأنه اسم من أسماء الله لا يُدرى معناه، فربما كان مما ينفرد به

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٨٩، رقم ٥١٥٠)، ومسلم (٣/ ١٦٩٠، رقم ٢١٤٥)، وأحمد (٤/ ٣٩٩، رقم ١٩٥٨٨)، وأبو يعلى (١٣/ ٣٠٢، رقم ٧٣١٥)، وابن أبي شيبة (٥/ ٣٧، رقم ٢٣٤٨٢).

(٢) أخرجه البخاري (٥٤٦٧).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١٩٤، رقم ١٣٠٣٧)، ومسلم (٤/ ١٨٠٧، رقم ٢٣١٥)، وأبو داود (٣/ ١٩٣، رقم ٣١٢٦)، وابن حبان (٧/ ١٦٢، رقم ٢٩٠٢) وابن سعد (١/ ١٣٦)، وابن أبي شيبة (٣/ ٦٣، رقم ١٢١٢٦)، والبيهقي (٤/ ٦٩، رقم ٦٩٤٢).

……

الرب، فلا يجوز أن يقدم عليه العبد، فإن قيل فقد قال الله تعالى: ﴿سَلَٰمٌ عَلَىٰٓ إِلۡ يَاسِينَ ١٣٠﴾ [الصافات: ١٣٠] قلنا ذلك مكتوب هجاء، فيجوز التسمية به، وهذا ليس بمنهجي، وهو الذي تكلم مالك عليه لما فيه من الإشكال، انتهى.

وأصحابنا نقلوا عنه ما قدمته أول الفرع ولم يفرقوا، ولم أدر ما أراد ابن العربي بفرقه.

أفتى بعض فقهاء عصرنا من الحنابلة وتبعهم بعض فقهائنا بمنع اليهود والنصارى من التسمية بأحمد ومحمد [وأبي بكر وعمر وعلي والحسن والحسين ونحوهما، من أين لهما ذلك، أمَّا المنع من التسمية بمحمد وأحمد] فتميل إليه النفس، وقد توجه بخشية السخرية به أو إلى النسب له وفيه شيء، فإن اليهود تسمى بعيسى، والنصراني بموسى من غير نكير على ممر الأيام، وأمَّا غير ذلك فلا أرى له وجهًا [أصلًا] نعم، روي في عهد عمر ﷺ وعلى نصارى الشام ألَّا يكنوا بكنى المسلمين كما سبق، ومازالت أهل الذمة يتسمون بأسماء الأنبياء من غير نكير مع عداوة بعضهم لبعض الأنبياء وأتباعهم.

وقع في «الفتاوى» أن إنسانًا سمي بعبد النبي فهل يجوز ذلك؟ فتوقف في ذلك ثم قلت: بإنه لا يحرم إذا قصد به الشرف بالنسبة إليه ﷺ، ويعبر بالعبد عن الخادم.

وقد قال الصرصري في مدحه:

أنا عبدك الراضي برقي فأرضني عبدًا فلي في ذلك التمييز

ولم ينكر ذلك عليه منكر، ويحتمل أن يمتنع من ذلك خشية التشريك واعتقاد حقيقة العبودية، ولا شك أنه لا يجوز التسمية بعبد الكعبة وعبد العزى وعبد اللات ونحوها مما يسموا به، في الجاهلية، ويكره التسمية بالأسماء القبيحة وما يتطير بنفيها، ككلب وكليب وجري وشيطان وحرب ومرة وحزن وعاصية، ونحوها، وعد في «الذخائر» مما يكره: يسار ونجاح وأفلح وتركة وبره، يستحب تغيير الاسم القبيح بغيره كما وردت به السنة، ومن جهالات

وَيُحْلَقَ رَأْسُهُ بَعْدَ ذَبْحِهَا، ....

العوام تسمية البنات بست الناس وست البيت وست العجم وست العرب أو العلماء أو القضاة.

قال الشيخ: وهو مكروه كراهية شديدة؛ لأنه كذب، والست لا تعرف إلا في العدد، ومرادهم بذلك: السيدة تحرم التسمية بملك الأملاك وملك الملوك وشاهساة صرَّح به أصحابنا وغيرهم، ورأيت في «فتاوى» جمعت لأئمة من أصحابنا منهم القاضيان أبو الطيب والْمَاوَرْدِي جمعت في ذلك فصرَّحوا بالتحريم، وفي جواب بعضهم وأحسبه أبو الطيب، وفي معنى ذلك قاصر القضاة، أو قال: يقرب من ذلك قاصر القضاة وأقطع منه حاكم الحكام.

فائدة: في «منهاج» الْحَلِيمِي جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لَا تَقُولُوا الطَّبِيبُ وَقُولُوا الرَّفِيقُ فَإِنَّمَا الطَّبِيبُ اللهُ**»(١) قال: وفي معنى هذا إن المعالج وإن حذق في صناعته فقد لا يحيط علمًا بنفس الداء ولين عرقه وميزة لا يعرف مقداره ومقدار ما استولى عليه من البدل وقواه ومنزلته في علم الداء، فكذلك ربما يصيب، وربما يخطئ، وربما يزيد فيعلوا أو ينقص، فكنوا فاسم الرفيق به أولى من اسم الطبيب؛ لأنه يرفق بالعليل فيحميه مما يخشى ألَّا يحتمله بدنه ويطعمه ويسقيه مما يرى أنه أرفق به، فأمَّا الطبيب فهو العالم بحقيقة الداء والدواء، أو القادر على الصحة والشفاء وليس بهذه الصفة إلا الله تعالى فلا ينبغي أن يسمى بهذا الاسم أحد سواه، انتهى.

ولا أدري ما حال هذا الحديث، فإن صح وجب تحريم ذلك، والناس كالمجمعين على تسميته المتطبب بالطبيب.

وفي بعض الأخبار أو الآثار ما يدل على الجواز فيحتمل ذلك على الأدب دوُن التحريم.

قال: (**وَيُحْلَقَ رَأْسُهُ بَعْدَ ذَبْحِهَا**) أمَّا حلق رأسه في اليوم السابع فللحديث السابق وسواء فيه الذكر والأنثى.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الأسماء والصفات» (١/ ١٦١).

وَيَتَصَدَّقُ بِزِنَتِهِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً، ....

قال الْمَاوَرْدِي: ومن الناس من كرهه في الإناث؛ لأن حلق رؤوسهن مكروه.

ورأيت في «شرح مختصر الجويني» لِلْمُصْعَبِي: ويماط عنه في هذا اليوم الأذى - وهو الشعر - إن كان ذكر فيحلق، انتهى.

وظاهره تخصيص الحلق بالذكر وكأنه أخذه من ظاهر الخبر، وربما فهمه كلام الإمام، ثم اختلف أصحابنا في أن سنة الحلق تكون بعد ذبح العقيقة أو قبله على وجهين:

أحدهما: بعده، وهو الجواب في «المهذب» و«التهذيب» و«التحرير» وغيرهما وصححه المصنف، وقيل: إنه ظاهر حديث سمرة ﷺ: «**يُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ، وَيُلَطَّخُ رَأْسُهُ، وَيُسَمَّى**»(١).

وعن عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ عق عن الحسن والحسين وسماهما وأمر أن يماط عن رؤوسهما الأذى(٢).

والثاني: قبله، وبه أجاب المحاملي في «المقنع» وهو قضية كلام الْعِمْرَانِي وغيره، ورجحه الرُّويَانِي، ونقله عن نص الشَّافِعِي فهو المذهب، ودليله ما سبق فيما يقال عند الذبح: اللهم منك وإليك عقيقة فلان، وهو صريح في تسميته قبل الذبح، والاستدلال بحديث سمرة وعائشة لا يخفى ضعفه، نعم شبهه الْبَغَوِي في «التعليق» بالحاج فقال: يستحب أن يذبح العقيقة يوم السابع، ثم يحلق بعده كما يفعل للحاج بذبح أولًا ثم يحلق، وسيأتي عن «الحاوي» عن النص أن الحلق بعد الذبح وحينئذ يكون الخلاف قولان منصوصان، والله أعلم.

قال: (**وَيَتَصَدَّقُ بِزِنَتِهِ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً**) أي: خالصين، ويحصل الاستحباب لكل منهما ولا خفاء أن الصدقة بالذهب أفضل، قال في شرح «المهذب»: قال

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

أصحابنا: ويستحب أن يتصدق بوزن شعره ذهبًا، فإن لم يفعل ففضة سواء فيه الذكر والأنثى لما رواه مالك والبيهقي مرسلًا عن محمد بن علي بن الحسين قال: ورأيت فاطمة بنت رسول ﷺ شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدقت بزنة ذلك فضة، ثم ذكر أنه رُفع من طرق ضعيفة، ثم قال: وكل طرقة متفقة على أن التصدق بزنته فضة ليس في شيء منها ذكر الذهب بخلاف ما قاله أصحابنا، انتهى.

وعبارة «الروضة» ذهبًا، فإن لم يتيسر ففضة، وعبارة «المنهاج» توهم التسوية وتأويله ما سبق، وكلام الشيخ يفهم اتفاق الأصحاب على ما ذكره، وأنه استشكل بأنه ليس في الحديث إلا الفضة وليس كذلك، بل إنما ذكر الذهب طائفة منهم واقتصر طائفة على ذكر الفضة فقط منهم: الجويني في «مختصره» والْغَزَالِي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وقضية كلام هؤلاء تخصيص ذلك بالغلام، ولفظهم: ويتصدق بزنة شعر الغلام فضة.

وعبارة الْمَاوَرْدِي: ويحلق شعر المولود في اليوم السابع ويتصدق بوزنه فضة، قال الشَّافِعِي: وهذا أحب مما صنع بالمولود بعد الذبح، ولا فرق بين الذكر والأنثى، انتهى.

ونقل ابن الرِّفْعَة عن الأصحاب أنهم استحبوا أن يتصدقوا بوزن شعره فضة للخبر، قال: وقال في «البحر»: ولو تصدق بالذهب [كان أحب إليّ، وقال الغزالي وغيره: ذهبًا أو فضة، انتهى.

وقال الإمام: فضة أو ذهبًا، ولا شك أن التصدق بالذهب] أفضل من حيث المعنى، ويحتمل أن يقال: الفضة هنا أولى؛ للإتباع وتركته، والحديث رواه الحاكم عن علي مرفوعًا أنه ﷺ أمر فاطمة فقال: «**زِنِي شَعْرَ الْحَسَنِ وَتَصَدَّقِي بِوَزْنِهِ فِضَّةً**»(١).

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ١٩٧، رقم ٤٨٢٨) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٩/ ٣٠٤، رقم ١٩٠٨١).

وَيُؤَذِّنَ فِي أُذُنِهِ حِينَ يُولَدُ، وَيُحَنِّكَ بِتَمْرٍ.

ورواه الترمذي بلفظ أنه قال: «**احْلِقِي رَأْسَهُ وَتَصَدَّقِي بِزِنَةِ شَعْرِهِ فِضَّةً**» قال: فوزناه فكان وزنه درهمًا أو بعض درهم، ثم قال: حسن غريب وإسناده ليس بمتصل(١).

وروي مرفوعًا عن علي ﷺ وإذا قلنا: الذهب أفضل، أجيب بأنها كانت المقدور أو المتيسر، وقيد ويجوز أن يقال: الأفضل للموسر التصدق بالذهب ولغيره بالفضة، قال تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧].

قال: (**وَيُؤَذِّنَ فِي أُذُنِهِ حِينَ يُولَدُ**) السُّنة: أن يؤذن في أذنه حين يولد ذكرًا كان أو أنثى بلفظ الآذان للصلاة لحديث أبي رافع ﷺ: «**أنه ﷺ أذن في أذن الحسن حين ولدته فاطمة - ﷺ - بالصلاة**»(٢) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما.

قال الترمذي: حسن صحيح وصححه غيره، وعلى ذكر الأذان اقتصر الجمهور وقال جماعة من أصحابنا: يستحب أن يؤذن في أذنه اليمنى ويقيم الصلاة في أذنه اليسرى، وفيه حديث رواه ابن السني كذلك، وفعله عمر بن العزيز ﷺ. وروى عن بعض الصحابة ﷺ وممن ذكر الجمع بينهما أبو حامد في «الرونق» قال: ويستقبل القبلة فيهما.

قال في «الإبانة» و«البحر» و«العدة»: ويستحب مع ذلك أن يقرأ في أذنه أني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم.

قال: (**وَيُحَنِّكَ بِتَمْرٍ**) أي: عند ولادته للأحاديث السابقة في «الصحيحين» وغيرهما، وفي «سنن» أبي داود عن عائشة - ﷺ -: «**أنه ﷺ كان يؤتى بالصبيان فيدعو لهم ويحنكهم**» وفي لفظ: «**فيدعو لهم بالبركة**»(٣) والتحنيك: أن بمضغ التمر أو نحوه إنسان، وبذلك به حنك المولود ويفتح فاه حتى ينزل

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٩٩ رقم ١٥١٩) وقال: حسن غريب. والحاكم (٤/ ٢٦٥ رقم ٧٥٨٩) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٩/ ٣٠٤، رقم ١٩٠٨١) وقال: منقطع.

(٢) أخرجه أبو داود (٥١٠٧) والترمذي (١٥٩٦).

(٣) تقدم تخريجه.

....

إلى جوفه منه شيء.

وعبارة «الكافي»: وبذلك بها داخل فيه، وفي حديث أسماء بنت أبي بكر ـ رضي الله عنهما ـ: «أنها لما ولدت عبد الله بن الزبير أتت به رسول ﷺ فوضعه في حجره، ثم دعا بتمرة فمضغها، ثم تفل في فيه وكان أول شيء دخل جوفه ريق النبي ﷺ، ثم دعا له بالبركة وترك عليه.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وهو أن يأخذ تمرة أو شيئًا فيه حلاوة فيمضغها ويوصل رضابها إلى الحلق ويمسح بها حنكه، انتهى.

قال الشيخ: قال أصحابنا: فإن لم يكن تمر فشيء آخر حلو، وفي «الرونق»: يحنك بتمرة، أو رطبة، أو موزة، فإن لم يكن فلعقة من عسل، انتهى.

وذكر غيره: السكر، وينبغي أن يكون العسل أولى الأشياء بعد التمرة والرطب، وإن ما لم تمسه النار أولى مما مسته كما قيل في فطر الصائم، وينبغي أن يكون المحنك من أهل الخير، فإن لم يكن فامرأة صالحة، وأن تدعو للمولود بالبركة، وظاهر حديث عائشة وغيره يفهم تخصيص التحنيك بالصبيان ولم أر من خصصه بهم، والله أعلم.

فروع: يكره لطخ رأس المولود بدم العقيقة؛ لأنه من فعل الجاهلية كما سبق في غير هذا الباب، وشدد الشَّافِعِي رضي الله عنه النكير فيه، قال الأصحاب: ولا بأس بلطخه بزعفران ونحوه هذه عبارة أكثرهم، وقيل: يستحب ذلك، وبه جزم في «المهذب» وصححه الشيخ في «شرحه» بقول: أشهرهما يستحب، وبه قطع المصنف وغيره من غير زيادة عليه مع جعله في «الروضة» وجهًا ضعيفًا فقال: وقيل باستحبابه.

قلت: وهو الصحيح لرواية عائشة، قالت: «**كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَجْعَلُونَ قُطْنَةً فِي دَمِ الْعَقِيقَةِ وَيَجْعَلُونَهَا عَلَى رَأْسِ الْمَوْلُودِ، فَأَمَرَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَجْعَلُوا مَكَانَ الدَّمِ خَلُوقًا**»(١) قال الشيخ: رواه البيهقي بإسنادٍ صحيح، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/ ٣٠٣).

……

يستحب أن يهنأ الوالد بالولد، وأن يهيأ بما روي عن الحسن البصري كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره: إنه علم إنسانًا التهنئة فقال: قل بارك الله لك في الموهوب لك، وشكرت الواهب، وبلغ أشده، ورزقت برّه، وكلام الشيخ في شرح «المهذب» والأذكار يفهم أنه الحسن بن علي - ﵄ - وليس كذلك، ويستحب له أن يرد عليه ردًا جميلًا كجزاك خيرًا، وأحسن ثوابك، أو رزقك الله مثله، وهذا إنما نحسن في جواب التهنئة بالغلام، بل في النفس من التهنئة بالأنثى توقف ولا سيما إذا ظهر على المولود له الكراهة لها ذكره الحسن البصري، قول: ليهننك الفارس، فقال: وما يدريك أفارس هو أم حمار؟ ثم على القائل ما تقدم، قال البَغَوِي وغيره: يستحب أن يسمى السقط لحديث ورد فيه، وقال مالك: لا يسمى ما لم يستهل صارخًا، ولو قيل: إن كان بعد أوان نفخ الروح به سمي وإلا فلا يجز، لم يقض سُنَّة بخلافه.

وفي «تعليق البَغَوِي»: يستحب تسميته بحديث ما فيه؛ ولأن يوم القيامة يبعث كل أحد باسمه وفيه إشارة إلى ما ذكرته، والعلم عند الله يعتبر، وبه التوفيق وأساله الإعانة. تم الجزء المبارك بحمد الله وعونه.

وصلى الله على سيدنا محمدٍ وآله وصحبه وسلم والتابعين والحمد لله

قال المصنف: [حَيَوَانُ الْبَحْرِ السَّمَكُ مِنْهُ حَلَالٌ كَيْفَ مَاتَ، ....

قال الشارح: افتتحه الأئمة بآيات:

منها: قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤].

وقال في صفة النبي ﷺ: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وإنما خوطب به العرب الذين يسألون عنه، ونزلت عليهم الأحكام، وكانوا يتركون من خبائث المأكل ما لا يتركه غيرهم، والطيب في اللغة على أربعة أوجه:

أحدها: الحلال، ومنه: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْۚ﴾ [البقرة: ٥٧].

الثاني: استطابة النفس.

الثالث: الطاهر، ومنه: ﴿فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٤٣].

الرابع: ألَّا يكون به أذى، يقال: يوم طيب، أي: ليس به أذى من حرٍّ أو بردٍ، وما في الآيتين يحتمل أمرين: أحدهما: الحلال، والصحيح: استطابة النفس كما سيأتي بيانه.

ثم المأكول ضربان: حيوان ونبات، والأول ضربان: بري وبحري؛ والبري ضربان: دواب وطائر ووحشي وأهلي، وسكت المصنف عن البيان، وسنذكره إن شاء الله.

قال: (**حَيَوَانُ الْبَحْرِ السَّمَكُ مِنْهُ حَلَالٌ كَيْفَ مَاتَ**) لما سبق في الصيد، وقال ابن عباس - رضي الله عنهما -: طعامه ما مات فيه.

وقوله: (**كَيْفَ مَاتَ**) أي: من جميع الأسباب الظاهرة وغيرها؛ كضغطة، أو صدمة حجر، أو انحسار ماء، أو ضرب آدمي، أو غيره، أو وطئ بهيمة، أو ابتلعه حوت، أو غيره ولم يستحل، أو مات حتف أنفه، أو طفا على وجه

وَكَذَا غَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَقِيلَ لَا، وَقِيلَ إِنْ أُكِلَ مِثْلُهُ فِي الْبَرِّ حَلَّ، وَإِلَّا فَلَا: كَكَلْبٍ وَحِمَارٍ، ....

الماء أم لا كما سبق، ويشمل هذا حديث: «**الحل ميتته**»(١) نعم قيَّد بعض أئمتنا حل الطافي بماء إذا لم ينتفخ كثيرًا، فإن انتّفخ كذلك لطول بقائه؛ حرم لضرره الظاهر، وهذا صحيح، ونحوه قول الشيخ أبي محمد في «التبصرة»: وأنواع السمك سواء في التحليل إلَّا ما انتفخ منه بحيث يخشى أن يورث الأسقام؛ فهو حرام.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: السمك من حيوان البَحْر مما ليس على صورته، هذا هو المنصوص في «الأمِّ» و«المختصر» واختلاف العراقيين؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] وحديث: «**الحل ميتته**».

(**وَقِيلَ: لَا**) لحديث: «**أُحل لنا ميتتان**»(٢) فخصَّ السمك والجراد بالحل، فيبقى ما عداهما داخل تحت تحريم الميتة.

(**وَقِيلَ: إِنْ أُكِلَ مِثْلُهُ فِي الْبَرِّ حَلَّ، وَإِلَّا فَلَا: كَكَلْبٍ وَحِمَارٍ**) أي: وخنزير [الماء وإنسانه] اعتبارًا لما في البَحْر بما في البر؛ ولأن الاسم يتناوله فأجرى عليه حكمه، فعلى هذا إذا وجدَ ما لا نظير له في البر فهو حلال، لحديث العنبر المشهور في «الصحيحين» ولا يحل ما أشبه الحمار وإن كان يحل في البر حمار الوحش.

تنبيهات: منها: عللا وغيرهما المذهب المنصوص بأن اسم السمك يقع على جميعها [على الأصح، وقال الرَّافِعِي: وقد ينبني الخلاف على أن اسم السمك والحوت تتبع على جميعها] ولفظ «المنهاج» يفهم بخلاف ذلك، ومراده بيان تحليله وإن لم ينطلق عليه اسم السمك فهو يلحق به في الحل.

ومنها: حكى القاضي أبو الطيب وغيره هذا الخلاف أقوالًا.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٢٩)، وأحمد (١٨/ ٥٠٠).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٩٧)، وابن ماجه (٢/ ١٠٧٣).

وَمَا يَعِيشُ فِي بَرٍّ وَبَحْرٍ: كَضِفْدَعٍ وَسَرَطَانٍ وَحَيَّةٍ حَرَامٌ.

ومنها: إذا أبحنا الجميع حلَّت ميتته على الأصح، ويقال: الأظهر ويحل عن النص خنزير البَحْر وكلبه وفأره وإنسانه؛ إذ الكل سمك في الحكم، والاسم على الصحيح.

قال الرُّويَانِي في «التجربة»: خنزير الماء وكلب الماء وإنسان الماء والسرطان والسلحفاة يحل أكلها، نصَّ عليه في عامة كتبه، وأشار إلى أن جميع ما في البَحْر حوت يؤكل وإن اختلفت صورته ولا يحتاج إلى الذكاة فيها، نصَّ عليه وغلَّط من قال غيره. هذا لفظه.

قال: (**وَمَا يَعِيشُ فِي بَرٍّ وَبَحْرٍ: كَضِفْدَعٍ وَسَرَطَانٍ وَحَيَّةٍ حَرَامٌ**).

أمَّا الضفدع: فتحريمها هو المشهور، وادَّعى المَاوَرْدِي الاتفاق عليه، وصح النهي عن قتله، رواه أبو داود والنسائي، والمنهي عن قتله محرم؛ ولأنه مستخبث، وقيل: سم، وحكي قول شاذ في حِلها.

وأمَّا السرطان: فلاستخباثه وضرره، وفيه قول ذهب إليه الحَلِيمِي: إذا ذبح.

وأمَّا الحيَّة وجميع ذوات السموم: فللضرر والتمساح خبيث مضر على الصحيح، وعدَّه في «التَّنْبِيه» مما يتقوى بنابه وفيه نظر، وفي البَحْر حيوان كثير يفترس بنابه، كالقرش وهو حلال، ولا شك أن البحري مخالف للبري، وتحرَّم السلحفاة على الأصح، هذا ما اشتملت عليه «الرَّوْضَة» و«أصلها» وفي شرح «المهذب» بعد ذكره نحو ذلك.

قلت: الصحيح المشهور أن جميع ما في البَحْر تحل ميتته إلا الضفدع، ويحمل ما ذكره الأصحاب نحو من ذلك.

قلت: الصحيح المشهور أن جميع ما في البَحْر تحل ميتته] أو بعضهم من السلحفاة والحيَّة والنسناس على ما يكون في ما غير البَحْر، والله أعلم، انتهى لفظه.

وهو قضية ما في «الشَّامِل» وغيره، ولا شك أن ما فيه ضرر أو سُم حرام، وإن كان بحريًا إذا علم ذلك منه أهل البصر، وفي «طبقات» العبادي [بإسنادٍ]

……

عن حَسَن بْن مُيَسَّر، قال: حضرت مجلسًا بالعراق فيه الشَّافِعِي ؓ والفقهاء، فجرى ذكر ما يحل ويُحرم من حيوان البَحْر، فنقل الشَّافِعِي مذهب ابن أبي ليلى أنه يحل كل ما في الْبَحْر حتى الضفدع والسرطان إلا شيئًا فيه سُم وتكلم فيه فحسُن كلامه.

قال الربيع: فعلقته وعرضته عليه، فاستحسنه واختاره، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي بعد قول الشَّافِعِي في «المختصر»: وكل ما يعيش في الماء من حوت أو غيره فأخذه ذكاته.

اعلم أن الحيوان ثلاثة أنواع: بري وبحري وما جمع بين البر والبحر، فذكر البري ثم قال: وأمَّا البحري فثلاثة أقسام: مباح ومحظور ومختلف فيه؛ فالمباح: السمك على اختلاف أنواعه، والمحظور: الضفدع وحيَّات الماء وعقاربه، وجميع ما فيه من دواب السموم الضارة، وما يفضي إلى موت أو سقم فلا يحل أن تؤكل بحال، ثم ذكر النهي عن قتل الضفدع وقيل: إنه سم.

قال: واتفق أصحابنا على تحريمه، واختلفوا هل يُنجس بموته؟ على وجهين، ثم قال: وأمَّا المختلف فيه فهو ما له شبه حيوان البر من ذوات الماء من النسناس والكلاب والخنازير، وقيل: إنه ليس في البر حيوان إلا وفي البَحْر مثله، فاختلف الفقهاء في إباحة أكله على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي أن جميعه حلال مأكول يستوي فيه ما أشبه مباحات البر ومحرماته من كلابه وخنازيره، وقد قال في كتاب «السلم»: يُؤكل فأر الماء، قال الربيع: سُئِل الشَّافِعِي عن خنزير الماء فقال: يؤكل، ثم حكي عنه أنه قال به في «القديم» أيضًا، وإنه قول جمهور أصحابنا، ثم حكاه عن أبي بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة ؓ وغيرهم.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة ـ ؒ ـ إن جميعه حرام ولا يحل من حيوان البَحْر إلا السمك خاصة، وبه قال أصحابنا.

وقال الشَّافِعِي في بعض كتبه: لا يحل من صيد الْبَحْر إلا الحوت،

وَحَيَوَانُ الْبَرِّ يَحِلُّ مِنْهُ الْأَنْعَامُ ....

فاختلف أصحابه في اسم الحوت فقال بعضهم: هو من الأسماء العامة تطلق على جميع حيوان البَحْر إلا الضفدع، وما قيل أكله من ذوات السموم، فعلى هذا لا يختلف قوله في إباحة أكله.

وقال آخرون من أصحابه: إن اسم الحوت خاص بالسمك دون غيره فعلى هذا جعلوه قولًا ثالثًا للشافعي إنه كله حرام كقول أبي حنيفة.

والمذهب الثالث وهو قول [نص][1] الشَّافِعِي، وذكر الوجه الثالث السابق في الكتاب ثم قال: وأمَّا النوع الثالث من الحيوان وهو ما يجمع في عيشه بين البَحْر والبر فثلاثة أقسام:

أحدهما: ما مستقره البر ومرعاه في البَحْر كطير الماء فهو من حيوان البر ويجري عليه حكمه.

والثاني: ما مستقره في البَحْر ومرعاه في البر كالسلحفاة فهو من حيوان البَحْر ويجري عليه حكمه.

والثالث: ما يستقر في البَر والبحر ومَرعاه في البر والبحر فيراعى أغلب حاليه، فإن كان أغلبهما في البر مستقر أو مرعى أجرى عليه حكم البري أو بالعكس فبالعكس، وإن استوى فيه الأمران ولم يغلب أحدهما على الآخر فوجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم البريّ تغليبًا للحظر؛ لأنه مستغن عن البَحْر.

والثاني: عكسه تغليب للإباحة؛ لأنه مستغن عن البر، انتهى.

قال: (**وَحَيَوَانُ الْبَرِّ يَحِلُّ مِنْهُ الْأَنْعَامُ**) أي: وهي الإبل والبقر والغنم بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١] وقد فصَّلها في قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [الأنعام: ١٤٢] إلى قوله: ﴿ثَمَٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ﴾ [الأنعام: ١٤٣].

---

[1] في نسخة: (بعض أصحاب).

وَالْخَيْلُ، وَبَقَرُ وَحْشٍ وَحِمَارُهُ، وَظَبْيٌ وَضَبُعٌ ....

قال: (**وَالْخَيْلُ**) لما في «الصحيحين» من النهي يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية والرخصة في لحوم الخيل، وعن أسماء بنت أبي بكر - ﵄ - قالت: نحرنا فرسًا على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحر بالمدينة(١) متفق عليه أيضًا، ولا جمل فأكلناه نحن وأهل بيته، وغيرهما من الأحاديث، وأمَّا حديث خالد في النهي عن أكلها، رواه أبو داود وغيره.

قال الإمام أحمد: منكر، وقال أبو داود: منسوخ، وأشار ابن حزم إلى أنه موضوع؛ لأن فيه عن خالد: غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر، وهذا باطل؛ لأنه لم يُسلم إلا بعد خيبر بلا خلاف، انتهى.

وحكى ابن عبد البر فيه خلافًا.

قال: (**وَبَقَرُ وَحْشٍ وَحِمَارُهُ**) لأنهما من الطيبات، وثبت في «الصحيحين» أنه ﷺ أكل من حمار الوحش(٢).

قال: (**وَظَبْيٌ**) أي: بالإجماع.

(**وَضَبُعٌ**) لأنه ﷺ جعل فيه كبشًا إذا صاده المحرم(٣) صححه الترمذي وابن حبان.

وقال ﷺ: «**الضبع صيد، فإذا أصابه المحرم، ففيه جزاء كبش مسن ويؤكل**»(٤) رواه الحاكم، وقال: صحيح الإسناد.

وعن جابر «أنه سئل عنه أصيد هو؟ فقال: نعم [فقيل أيؤكل؟ قال: نعم، قيل: أسمعته من رسول الله ﷺ؟ قال: نعم»(٥) رواه النسائي وابن ماجه، وقال

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥١٩)، ومسلم (٥١٣٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٨١)، ومسلم (٢٩١٠).

(٣) انظر الذي بعده.

(٤) أخرجه البيهقي (٥/ ١٨٣، رقم ٩٦٥٥) وأبو داود (٣/ ٣٥٥، رقم ٣٨٠١)، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٠، رقم ٣٠٨٥)، وابن خزيمة (٤/ ١٨٣، رقم ٢٦٤٨)، وابن حبان (٩/ ٢٧٧، رقم ٣٩٦٤)، والحاكم (١/ ٦٢٣، رقم ١٦٦٣) وقال: صحيح.

(٥) أخرجه الترمذي (٨٦١) والنسائي (٢٨٤٩) وابن ماجه (٣٣٥٥).

وَضَبٌّ وَأَرْنَبٌ وَثَعْلَبٌ وَيَرْبُوعٌ ....

الترمذي: حسن صحيح.

وقال الشَّافِعِي: وما زال الناس يبيعونها ويأكلونها بين الصفا والمروة من غير نكير، وأمَّا ما يروى مرفوعًا أو يأكل الضبع أحد قال الترمذي: ليس إسناده بالقوي، وضعَّفه البَيْهَقِيّ وغيره.

قال: (**وَضَبٌّ**) لأنه أكل بحضرته ﷺ وقال: «**لست آكله ولا أحرمه**»(١) متفق عليه.

وأمَّا حديث عبد الرحمن بن شبل: «**إنه ﷺ نهى عن أكله**»(٢) رواه أبو داود. قال البَيْهَقِيّ: تفرَّد به إسماعيل بن عباس وليس بحجه، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه من روايته عن الشاميين فيكون صحيحًا كما قاله البَيْهَقِيّ في باب الوضوء، وقال غيره: وحينئذ يحتمل على التنزيه.

وفي «صحيح مسلم» عن جابر أنه ﷺ أتي بضب فأبى أن يأكل منه، وقال: «**لَا أَدْرِي لَعَلَّهُ مِنَ الْقُرُونِ الَّتِي مُسِخَتْ**»(٣) ولكن في «صحيح مسلم» أيضًا مرفوعًا: «**إن الله لم يجعل لمسخ نسل**»(٤) فلعله قال ذلك قبل علمه بذلك وإباحته أكله.

فَرْعٌ: أم حبين: حلال على الأصح، قال البَنْدَنِيجِي: وهي ضرب من الضباب.

قال: (**وَأَرْنَبٌ**) لأنه ﷺ أكل منها رواه البخاري، وأمر بالأكل منها رواه البخاري وغيره، ولم يبلغ أَبُو حَنِيفَةَ الأخبار؛ فحرَّمه.

قال: (**وَثَعْلَبٌ وَيَرْبُوعٌ**) لأنهما مستطابان ونابهما ضعيف كالضبع، وادَّعى

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٥٦، رقم ١٨٧٧)، وأحمد (٢/ ٩، رقم ٤٥٦٢)، والبخاري (٥/ ٢١٠٤، رقم ٥٢١٦)، ومسلم (٣/ ١٥٤٢، رقم ١٩٤٣)، والترمذي (٤/ ٢٥١، رقم ١٧٩٠)، والنسائي (٧/ ١٩٧، رقم ٤٣١٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٧٩٨).

(٣) أخرجه مسلم (٥١٥٣).

(٤) أخرجه مسلم (٢٦٦٣).

وَفَنَكٌ وَسَمُّورٌ، ....

الشيخ في شرح «المهذب» نفي الخلاف فيها، لكن في «طبقات» العبَّادي في «ترجمة» أبي سعد وعثمان الدَّارِمِي صاحب «البُوَيْطِي» أنه قال في كتاب «المطاعم»: إن الثعلب حرام.

وروي فيه خبر، وأنكر ابن الصلاح قول الغَزَالي: إنه ورد في حله أحاديث فقال: ليس في تحليله حديث، وفي تحليله حديثان وإسنادهما ضعيف، وحكى الرَّافِعِي وجهًا في تحريم اليربوع، وبه أجاب الْمحَامِلِيّ في لبابه في كتاب «الحج» وقال فيه قول آخر: إنه] يحل أكله، وبه جزم هاهنا.

قال: (وَفَنَكٌ) أي: بفتح الفاء والنون.

(وَسَمُّورٌ) أي: بفتح السين وتشديد الميم المضمومة، وما جزم به من الحل هو الأصح فيهما إلحاقًا لهما بالثعلب، قال ابن درستويه: السَمُّور دابة مثل النسور.

وقال اللَّبْلِيّ في «شرح الفصيح»: إنه ضرب من الجن.

وقال ابن طلحة: هو نبت، وقيل: حيوان.

وقال المصنف في «تهذيب اللغات»: إنه طائر معروف، وهو بعيد يأباه كلام الفقهاء، وقضية كلامهم أنه دابة وحشية كما قاله ابن درستويه.

فائدة: قال في «الرَّوْضَة»: فَرْعٌ: يُحل: الضبّ والضبع والثعلب والأرنب واليربوع، ويُحرَّم: ابن آوى وابن مقرض على الأصح عند الأكثرين، وبه قطع المراوزة، انتهى.

وفيه مخالفاتٌ للشرح؛ لسقوط مقدار سطرين من كثير من نسخه، فلخَّصه كما ذكره ظانًا صوابه، والصواب ما رأيته في نسخ قديمة معتمدة به، ولفظه: ويحل الأرنب واليربوع خلافًا لأبي حنيفة، ثم قال: وفي اليربوع وجه آخر؛ لأنه كالفأر. وفي ابن عِرس وجهان:

أحدهما: أنه حرام، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ وأحمد؛ لأنه ذو ناب، والأظهر: الحل؛ لأن العرب تستطيبه ونابه ضعيف، والوجهان يجريان في ابن مقرض

وَيَحْرُمُ بَغْلٌ وَحِمَارٌ أَهْلِيٌّ، ....

وهو الدَّلَقُ في ابن آوى أيضًا.

ثم في «تعليق» الشيخ أبي حامد: إن [الأشبه بالمذهب حله؛ لضعف نابه، لكن الذي رجحه أَبُو عَلِيٍّ الطبري وصاحب «التهذيب» والروياني]: المنع، وحكى الإمام عن المراوزة القطع به.

وفي «الحَاوِي» بناء الخلاف على أن تحريم ذي الناب، ثم بم يتعلل، فعلى تعليل الشَّافِعِي يحل؛ لأنه لا يتقوى ولا يعدد، وعلى تعليل أبي إسحاق لا يحل، انتهى.

وذكره في «شرحه الصغير» كذلك، وكذا أورده الزنجاني في اختصاره «الشَّرْح الكبير» فحصل في «الرَّوْضَة» و«أصلها» مخالفات:

أحدها: الجزم بحل اليربوع وفيه وجه.

وثانيها: إسقاط ابن عرس وهو حلال على الأصح، وقطع به جماعة وهو قضية تعليل الشَّافِعِي، وهي المحكي في «العمد» عن الْقَفَّال، وادَّعى أن الأصحاب حرموه.

وثالثها: أنه عكس الحكم في ابن مقرض، فذكر أنه حرام عند الأكثرين، وقضية كلام الرَّافِعِي ترجيح حله حيث جعله على الوجهين في ابن عرس، ولهذا أجاب عبد الغفار بحل ابن مقرض.

رابعها: نسبته إلى الأكثرين تحريم ابن آوى ولم يقله الرَّافِعِي. والذي رأيته في كتب العراقيين كـ«المقنع» و«الشافي»: إن ظاهر مذهب الشَّافِعِي الحل وهو المنقول عن العراقيين؛ لأنه لا يتقوى بنابه، ولا شك أن ظاهر كلام الشَّافِعِي وتعليله والمرجح تحريمه؛ لأنه من الخبائث كالكلب والذئب، وستأتي المسألة.

قال: (**وَيَحْرُمُ بَغْلٌ وَحِمَارٌ أَهْلِيٌّ**) ثبت في «الصحيحين» من طرق متعددة النهي يوم خيبر عن تحريم الحُمُر الأهلية والأمر بإكفاء القدور منها(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١٢١، رقم ١٢٢٣٨)، والدارمي (٢/ ١١٩، رقم ١٩٩١)، والبخاري (٤/ =

وَكُلُّ ذِي نَابٍ مِنْ السِّبَاعِ وَمِخْلَبٍ مِنْ الطَّيْرِ كَأَسَدٍ وَنَمِرٍ وَذِئْبٍ وَدُبٍّ وَفِيلٍ وَقِرْدٍ وَبَازٍ وَشَاهِينٍ وَصَقْرٍ وَنَسْرٍ وَعُقَابٍ ....

وفي روايات: التصريح بالتحريم، وعن ابن عباس: تحليلها ولم تبلغه الأحاديث الصحيحة، وعن مالك ثلاث روايات: الكراهة الشديدة، التحريم، والإباحة، وأمَّا حديث: «**أَطْعِمْ أَهْلَكَ مِنْ سَمِينِ حُمُرِكَ**»(١) رواه أبو داود.

قال الشيخ: هو حديث مضطرب، مختلف الإسناد، كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحُفَّاظ فهو حديث ضعيفٌ باتفاقهم، ولو صح لحمل على الأكل منها حالة الاضطرار؛ ولأنها قضية عين لا عموم لها ولا حجة فيها، انتهى.

وعجب قوله بعد هذا، وأمَّا البغل: فحرام عندنا، وبه قال جميع الأئمة إلا ما حكي عن الحسن البصري أنه أباحه، لنا حديث جابر؛ يعني قوله: «**ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل**»(٢) صحيح رواه أبو داود وآخرون بأسانيد صحيحة، قاله في شرح «المهذب».

والظاهر أن ابن عباس ومالك يبيحان البغل على رواية الإباحة، وفي «تعليق» البَغَوِي نقل ذلك عن أبي يوسف ومحمد.

وفي «الحَاوِي»: إن الخمر حرّمت بالنص أو باستخباث العرب، لها فيه وجهان.

قال: (**وَكُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَمِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ كَأَسَدٍ وَنَمِرٍ وَذِئْبٍ وَدُبٍّ وَفِيلٍ وَقِرْدٍ وَبَازٍ وَشَاهِينٍ وَصَقْرٍ وَنَسْرٍ وَعُقَابٍ**) أي: وجميع جوارح الطير.

وقال مالك: يُكره ولا يُحرَّم لما رواه مسلم عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «**أنه ﷺ نهى عن كل ذي نابٍ من السباع وكل ذي مخلب من الطير**»(٣).

= ١٥٣٨، رقم ٣٩٦٢) ومسلم (٣/ ١٥٤٠، رقم ١٩٤٠)، والنسائي (١/ ٥٦، رقم ٦٩)، وابن ماجه (٢/ ١٠٦٦، رقم ٣١٩٦)، وابن حبان (١٢/ ٧٩، رقم ٥٢٧٤).

(١) أخرجه أبو داود (٣٨١١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٧٩١).

(٣) أخرجه مسلم (٥١٠٣).

وَكَذَا ابْنُ آوَى وَهِرَّةُ وَحْشٍ فِي الْأَصَحِّ.

وفي «الصحيحين» من رواية أبي ثعلبة الخشني **«أنه ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع»**(١) ولمسلم من رواية أبي هريرة ﷺ: **«كل ذي نابٍ من السباع، فأكله حرام»**(٢).

إشارات: في الفيل وجه أنه حلال، وفي «تعليق» البَغَوِي حكايته قولًا للشافعي، وظاهر كلام الجُرْجَانِي من العراقيين أن القرد حلال على ظاهر المذهب كابن آوى عندهم، والصحيح المختار تحريمه؛ لاستخبائه، وقوله: وباز... إلى آخره.

سبق أن الصقر لغة: تشمل الجميع والنَسر بفتح النون، وعَدَّه الشيخ وجماعة من ذوات المخالب، وعَدَّه جماعة منهم القاضيان أبو الطيب والحسين مما لا مخلب له، وعللوا تحريمه باستخبائه، وقال الجوهري: يقال لا مخلب له، وإنما له ظفر كظفر الدجاجة.

قال: (**وَكَذَا ابْنُ آوَى وَهِرَّةُ وَحْشٍ فِي الأَصَحِّ**) أي: فيهما وجه: حرَّمة ابن آوى، وبه أجاب المراوزة كراهية ريحه بتناول الميتة، والعرب تستخبثه كالكلب والذئب، ووجه الحل ضعف نابه كما سبق، ووجه التحريم في الهِرَّة: إنها تعدو بنابها وهي في اللون والصورة والطبع [كالإنسية] وفي «الكَافِي» عن جابر أنه ﷺ نهى عن أكل الهِرَّة، انتهى.

ولا أدري ما حاله، ووجه الحل: الإلحاق بالثعلب وحمار الوحش، واحترز الشيخ بقوله: وحش عن الأهلية، وفيها وجه شاذ فلو حذف لفظة وحش لجاز، ويقال: إن الوحشية أهلية توحشت لجلاء أهلها ونحو ذلك.

فروع: يحل الوبر والقنفذ على الصحيح المنصوص، وقول الجمهور: والدُّلْدُل عظيم القنافذ، وهو فيها كالجواميس في البقر والبخاتى في الإبل، وفي «الوسيط» عن أبي محمد أنه قطع بتحريمه، وفي «البَسِيط» أنه عَدَّه من الخبائث.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٧٧) ومسلم (٥٠٩٨).

(٢) أخرجه مسلم (٥١٠١).

وَيَحْرُمُ مَا نُدِبَ قَتْلُهُ كَحَيَّةٍ وَعَقْرَبٍ وَغُرَابٍ أَبْقَعَ وَحِدَأَةٍ وَفَأْرَةٍ وَكُلِّ سَبُعٍ ضَارٍ،

قال ابن الصلاح: وهذا غير مرضي وكأنه لم يعرفه، واعتقد فيه ما بلغنا عن الشيخ أحمد الأسهمي أنه قال: الدُّلْدُل كبار السلاحف، والمحفوظ أنه نوع من القنافذ، ولم يقطع أبو محمد بتحريم القنفذ، بل تَردّد فيه، ورأى المصنف وغيره: حل أم حبين على الصحيح، وقد قال فيها البدوي ما قال، وأمّا النمس الذي يأوي الخراب من الدور ونحوها، فالظاهر: أنه حرام، فإنه يفترس الدجاج ونحوها ليلًا وهو أسوأ من الهرّ الأهلي.

وفي «فتاوى» ابن الصلاح أن الأصح تحريمه وتحريم القندس ولم أدر ما هو، ومن المتفق على تحريمه عندنا: الفهد البَبْر بالباء المكررة الأولى مفتوحة والثانية ساكنة حيوان معروف يعادي الأسد ويسمى: الفُرانِق بضم الفاء وكسر النون.

ومن زلة القلم وغيره قوله في شرح «المهذب»: الزرافة بفتح الزاي وضمها حرام بلا خلاف وليس كذلك، بل الوجه حلها نقلًا ودليلًا كما سيأتي.

قال: **(وَيَحْرُمُ مَا نُدِبَ قَتْلُهُ كَحَيَّةٍ وَعَقْرَبٍ وَغُرَابٍ أَبْقَعَ وَحِدَأَةٍ وَفَأْرَةٍ وَكُلِّ سَبُعٍ ضَارٍ)** لقوله ﷺ: «خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم: الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور»(١) متفق عليه، ولمسلم أيضًا يقتل في الحل والحرم.

تنبيهات: منها: ما أمر بقتله حرام أكله كالذي نهي عن قتله.

ومنها: ما ذكره في الحيّة والفأرة مخصوص بحيَّة البر ونحوه، وفأرته لا حيَّة البَحْر، وفأرته [كما سبق عن النص وغيره.

ومنها: قيل: السر في قتل الحيَّة جنايتها على آدم عليه السلام بإدخال إبليس الجنة

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٨٧ رقم ٢٤٦١٣) والبخاري (٢/ ٦٥٠، رقم ١٧٣٢)، ومسلم (٢/ ٨٥٧، رقم ١١٩٨)، والترمذي (٣/ ١٩٧ رقم ٨٣٧) قال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ٢٠٩، رقم ٢٨٨٧) والطبراني في الأوسط (٥/ ٣٣٧ رقم ٥٤٨٠)، والبيهقي (٢/ ٣٨٧، رقم ٣٨٧٠)، والديلمي (٢/ ١٩٦، رقم ٢٩٧٢).

....

بين فكها] والغراب بعثه نوح ﷺ من السفينة؛ ليأتيه بخبر الأرض فأقبل على جيفة، والفأرة عمدت إلى حبال السفينة فقطعتها وأخذت الفتيلة؛ لتحرق البيت، فأمر النبي ﷺ بقتلها.

ومنها: قوله: أبقع يوهم حِلّ غيره وليس كذلك.

قال في «الرَّوْضَة»: الغراب أنواع:

منها: الأبقع وهو حرام بلا خلاف.

ومنها: الأسود الكبير وهو حرام على الأصح، وبه قطع جماعة.

قلت: وهو أصح الطريقين في شرح «المهذب» وغيره.

ومنها: غراب الزرع [وهو أسود صغير وهو حلال على الأصح.

ومنها: غراب أسود] صغير أو رمادي اللون [وهو حرام على الأصح، وكذا العقعق، انتهى.

وهو مطابق لكلام الرَّافِعِي إلا في ترجيح تحريم الأسود الصغير، فقضية كلمه ترجيح حله كغراب الزرع فإنه صح حله.

ثم قال: **ومنها**: غراب أسود أو رمادي اللون] وفيه وجهان كالوجهين في النوع الذي قبله، وأجري الوجهان في العقعق، لكن في «التهذيب»: إن الأصح حرام، انتهى.

وهذا مختص بالعقعق فقط لا كما ظنه المصنف، وعبارة «التهذيب»: وفي اللقلق والعقعق وجهان: أصحهما: أنهما حرامان، والغداف الكبير حرام، وفي الغداف الصغير وغراب الزرع وجهان: أصحهما: حلال، وهذا ما صححه الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» فيهما، وجزم به الجُرْجَانِي في «التحرير» و«الشافي»؛ ولأنهما يأكلان الزرع لا الجيف فليس مستخبثين، وكل من حكى الوجهين سوى بينهما وعلل الحل بذلك.

وأمّا تصحيح الحل في غراب الزرع والحرمة في الآخر فلم أره إلا للمصنف، وذكره في شرح «المهذب»: إن الرَّافِعِي صحح فيه التحريم وهو

وَكَذَا رَخَمَةٌ وَبُغَاثَةٌ، وَالْأَصَحُّ حِلُّ غُرَابِ زَرْعٍ وَتَحْرِيمُ بَبَّغَاء وَطَاوُوسٍ، ....

سهو قلد فيه «الرَّوْضَة» وله من هذا الخبط أشياء، وسيأتِي أن بعضهم عَدَّ من أنواع الغربان الزرزور وحرَّمه وهو شاذ.

ومنها: قوله: وكل سبع ضار سبق بيانها في كلامه، وهو ما يتقوى بنابه ويعيش به وكأنه احترز بالضاري عن الضبع والثعلب ونحوهما إن كانت تُعدّ من السباع - والله أعلم - والأصح: حل غراب زرع سبق.

قال: (وَكَذَا رَخَمَةٌ) أي: لخبث غذائها وهو الجيف وفيها حديث مرفوع في النهي عن أكلها، قال الْبَيْهَقِيّ: ليس إسناده بالقوي(١).

(وَبُغَاثَةٌ) كالحدأة وهي بفتح الباء الموحدة والغين المعجمة المخففة، وهي طائر أبيض بطيء الطيران أصغر من الحدأة، قاله الرَّافِعِي، وقال غيره: في لونها غبرة، وعن الفراء: بغاث الطير شرارها.

وقال المطرزي: الْبُغَاثُ مَا لَا يَصِيدُ مِنْ صِغَارِ الطَّيْرِ كَالْعَصَافِيرِ وَنَحْوِهَا، قال هو وغيره: وهي مثلثة الباء الموحدة، وليس ما ذكروه مراد الفقهاء.

قال: (وَالأَصَحُّ حِلُّ غُرَابِ زَرْعٍ) سبق بيان حكمه وغيره، وقَصر الحل عليه قد يفهم تحريم ما عداه مطلقًا، وقد سبق بيان ذلك، وإن الأسود الصغير كذلك وقد يطلق عليه غراب زرع؛ لأنه يأكله، ويكون غراب الزرع نوعين، وعبارة «تعليق» البَغَوِي: وفي الغداف الصغير الذي يأكل الزرع وجهين: أصحهما: حلال.

قال: (وَتَحْرِيمُ بَبَّغَاء وَطَاوُسٍ) صححه في «التهذيب» فيهما، وبه أجاب الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية» قال: لأنهما مما تستخبثه العرب.

ورأيت في «تعليق» الشيخ الصالح إبراهيم المَرْوَزِيّ: والببغاء حلال، وفي الطاوس وجهان: أصحهما: حرام، وقيل: لحمه منتن، انتهى.

ورأيت في «تعليق» البَغَوِي: وفي الببغاء وجهان: الأصح: أنه حلال،

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٥٧، رقم ٢٣٢٤)، والضياء (٩/ ٥٥٠، رقم ٥٤٤)، قال الهيثمي (٨/ ٩٢): رواه أحمد وفيه قابوس، وهو ثقة وفيه ضعف وبقية رجاله رجال الصحيح.

....

والطاوس منتن وهو حلال في أصح الوجهين، وهذا اختلاف في الترجيح، فإن ثبت عن العرب استخبائها فذاك، وإلا فالقياس حلها جميعًا.

فائدة: والبَبَّغاء طائر أخضر اللون يسمى: الدرة بفتح البائين والثانية مشددة، وعن «الأنساب» للسمعاني: إن الثانية ساكنة عند ذكره الشاعر المسمى بذلك.

قال ابن خلكان: إنه وجد بخط ابن جني الففغاء بفاءين.

فروع: الشقراق: بكسر الشين المعجمة وفتحها وكسر القاف وتشديد الراء، حلله البَغَوِي وحرَّمه الصَّيْمَرِيّ، وفي «الكَافِي»: والشقراق حلال على الأصح، لكنه منتن فيكره، انتهى.

قال أبو عاصم العبادي: يحرم ملاعب ظله وهو طائر يسبح في الجو فرارًا كأنه ينصب على طائر، والبوم حرام كالرخم، والضوع حرام وفيه قول، وبحث الرَّافِعِي في إحرامه في البوم؛ لأنه ذكرها.

قال الشيخ: وهو بضم الضاد المعجمة وفتح الواو وعين مهملة، والأشهر أنه من جنس الهامّ ولا يلزم اشتراكهما في الحكم، انتهى.

وفي أواخر المناسك الكبير في «الأمّ»: في الضوع إذا قتله المحرم القيمة، قال الشَّافِعِي: الضوع طائر دون الحمام ولا يقع عليه اسم الحمام، انتهى.

وفي «تعليق» البَغَوِي: ويحرَّم الصدى وهو الذكر من الهامة.

قال أبو عاصم: النهاش حرام كالسباع التي تنهش، قال: واللقاط حلال إلا ما استثناه النص، وأحل البوشنجي اللقاط بلا استثناء.

قال إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: على أصلها كل طير يقاس وليس بناهش فهو حلال، قال أبو عاصم: وما تقوَّت بالطاهرات فحلال إلا ما استثناه النص، وما تقوَّت بالنجس فحرام، انتهى.

وعبَّر شارح: وما تقوت بالنجس فنجس وليس بجيد.

قال الرَّافِعِي: وأطلق مطلقون القول بحل طير الماء.

وَتَحِلُّ نَعَامَةٌ وكَرْكِيٌّ، وَبَطٌّ وَإِوَزٌّ وَدَجَاجٌ وَحَمَامٌ وَهُوَ كُلُّ مَا عَبَّ وَهَدَرَ وَمَا عَلَى شَكْلِ عُصْفُورٍ، وَإِنْ اخْتَلَفَ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ كَعَنْدَلِيبٍ وَصَعْوَةٍ وَزُرْزُورٍ، ....

قال أبو عاصم: هي أكثر من مائتي نوع لا يوجد لأكثرها اسم عند العرب؛ لأنها لا تكون ببلادهم وليس في شيء منها خلاف إلا في اللقلق ما مرَّ.

وفي «البَحْر»: إن الصَّيْمَرِيّ قال: لا يؤكل من طير الماء إلَّا البيض لخبث لحمها، انتهى.

والذي رأيته في شرح «الكفاية» للصَّيْمَرِيّ الجزم بتحريم اللقلق، ثم قال: وأمَّا القنابر وطيور الماء والكراكي وكله مأكول ولم يستثن شيئًا، وافهم أن اللقلق ليس من طير الماء، والله أعلم.

قال: (وَتَحِلُّ نَعَامَةٌ) لأنها من الطيبات وقضت الصحابة ﷺ فيها ببدنة.

(وَكَرْكِيٌّ وَبَطٌّ وَإِوَزٌّ) لأنها من الطيبات [وتدخل تحت اسم الإوز والبط بأنواعه.

قال: (وَدَجَاجٌ) أي: سواء إنسية أو وحشية؛ لأنه من الطيبات، وثبت في «الصحيحين»: أنه أكله ﷺ.

قال: (وَحَمَامٌ وَهُوَ كُلُّ مَا عَبَّ وَهَدَرَ) لأنهم من الطيبات] ومما يفدى ويدخل تحت اسمه كل ذات طوق كالقمري والدبسي واليمام والفواخت، وأدرج في هذا الاسم الورشان والقطا واليعاقيب.

قال الرَّافِعِي: الأشبه أن ما عَبَّ وَهَدَرَ فلو اقتصروا في تفسير الحمام على العَبِّ لكفاهم.

قال الشَّافِعِي: وما عَبَّ في الماء عبًّا فهو الحمام، وما شرب قطرة مقطرة كالدجاج فليس بحمام، والعَبُّ: شدة جرع الماء من غير تنفس، والهدير: ترجيع الصوت ومواصلته من غير تقطيع له.

قال: (وَمَا عَلَى شَكْلِ عُصْفُورٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَ لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ كَعَنْدَلِيبٍ) أي: وهو الهزاز، (وَصَعْوَةٍ وَزُرْزُورٍ) لأنه مستطاب، واحتج له بقوله ﷺ: «ما من

لَا خُطَّافٌ، ....

إنسان يقتل عصفور فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها، قيل: وما حقها؟ قال: أن يذبحها ويأكلها»[1] وهو صحيح رواه الشَّافِعِي والنسائي وغيرهم.

ووراء ما جزم به المصنف أشياء ضعيفة منها: وجه في العندليب أنه حرام، وفي الْحُمَّرَةُ وجه؛ لأنها نهاش، وحكى ابن الرِّفْعَة وجهًا في البلبل، وحكى عن «تعليق» البَنْدَنِيجِي: القطع بتحريم الزرزور وكنت أتعجب منه، ثم رأيت بعض اللغويين عدَّه نوعًا من الغِربان، ومنهم من عدَّه من الغداف الصغير على أن كلام الرَّافِعِي في البيع يوهم تحريمه حيث تكلم على منافع الحيوان المقصودة بالشراء فقال: ومنه ما ينتفع بلونه أو صوته كالطاوس والزرزور، وتبعه في «الرَّوْضَة» وشرح «المهذب» وفي «الْكَافِي» وتحل العصافير بأنواعها على أصح الوجهين، انتهى.

وهي عبارة موهمة للخلاف في جميعها، ثم بان لي خلل النسخة.

قال: **(لَا خُطَّافٌ)** أي: على المذهب المشهور؛ لنهي مرسل في النهي عن قتله، وقال البَيْهَقِيّ: منقطع، ولكن صح عن عبد الله بن عمرو كما سيأتي في الخفاش، وعن محمد بن الحسن: إن الخُطَّاف حلال؛ لأنه يتقوت بالحلال غالبًا.

قال ابن عاصم العبادي: وهو محمل على أصلنا وإليه مال أكثر أصحابنا، انتهى.

ورأيته منقوطًا بالباء الموحدة ولعله أراد الـمُزَنِيّ والبُوَيْطِي، ورأيت من كتبه بالثاء المثلثة وهو بعيد؛ لأنه غير مشهور، ثم قال الرَّافِعِي: وما نهى عن قتله للخُفَّاش ولم أجد فيه إلا التحريم وقد يجري للخلاف فيه.

وقال في «أصل الرَّوْضَة»: ما نُهي عن قتله فهو حرام، فتحريم النمل والنحل والخُطَّاف والصرد والهُدْهُدُ على الصحيح في الجميع، ويحرَّم

---

(١) أخرجه الشافعي (١/ ٣١٥)، والنسائي (٣/ ١٦٣، رقم ٤٨٦٠)، والحاكم (٤/ ٢٦١، رقم ٧٥٧٤)، وقال: صحيح الإسناد.

……

الخفاش قطعًا، وقد يجري الخلاف، انتهى.

والخلاف في النمل والنحل طريقة شاذة أشار إليها الرَّافِعِي، ولهذا قال في شرح «المهذب»: قال الشَّافِعِي والأصحاب: ما نهي عن قتله حرام أكله؛ لأنه لو حلَّ أكله لم ينه عن قتله، فمن ذلك النمل والنحل، وكذا الخُطَّاف والصرد والهدهد والثلاثة حرام على المذهب، وفيها وجه ضعيف: إنها مباحة، وحكاه الْبَنْدَنِيجِي في كتاب «الحج» قولًا، وجزم به في الصرد والهُدْهُدْ والخُفَّاش حرام قطعًا.

قال الرَّافِعِي: وقد يجري فيه الخلاف، انتهى.

تنبيهات: أحدها: قال شارح فهم الرَّافِعِي والمصنف: المغايرة بين الخُطَّاف والخُفَّاش وهو هو.

قال أهل اللغة: الوطواط هو الخُفَّاش والخُطَّاف، وقال ابن قتيبة: الوطواط: الخُطَّاف.

وقال البطليوسي: ذكر الخليل نحوه، وكذا في ديوان «الأدب» و«الصحاح»: إن الوطواط هو الخُفَّاش وكذا قاله الأصمعي، ويقال: إنه الخُطَّاف، وقال أبو عبيد: وهذا أشبه القولين عندي، انتهى.

والخُطَّاف عرفًا: هو الطائر الأسود الظهر الأبيض البطن يأوي البيوت في الربيع قاله المصنف في «تهذيب اللغات» وأمَّا الوطواط هو الخُفَّاش فطائر لطيف جدًا لا ريش له، يشبه الفلذة من اللحم يطير بين المغرب والعشاء في الليل قبل طلوع الشمس لا غير، ويأوي سقوف الجدر ونحوها؛ فلهذا أفردهما الفقهاء بالذكر، وإن أطلق اللغويون اسم أحدهما على الآخر.

قال الدَّارِمِي في عدة المحرمات: والهُدْهُدْ والخُطَّاف والخُفَّاش.

ثانيها: جزم الرَّافِعِي والمصنف في باب جزاء الصيد بأن في الوطواط القيمة، وقضية الجزم حل أكله وهو الخفاش بلا شك.

وقال الْمَاوَرْدِي هناك: إن كان مأكولًا ففيه قيمة.

……

ثالثها: لا أعلم خبرًا ثابتًا في النهي عن قتل الخُطّاف والهُدْهُدْ ونحوهما نعم، قال البَيْهَقِيّ (٢/ ٢٩٤): صح عند عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفًا عليه: **«لا تقتلوا الضفادع، فإن نقيقها تسبيح، ولا تقتلوا الخفاش، فإنه لمَّا خرب بيت المقدس قال: يا رب سلطني على البَحْر حتى أغرقهم»**[1] قال: وإسناده صحيح.

قلت: وهذا لا يقال إلا عن توقيف، وفي «غريب الحديث» للخطابي أنه ﷺ نهى عن قتل الهُدْهُدْ إكرامًا له؛ لأنه أطاع نبيًّا لا أنه حرام، ونهى عن قتل الصرد؛ لأن العرب تتشاءم به فيقتلونه لا أنه حرام، ورأيت في كتاب «الحج» من «تجربة» الرُّويَانِي: الهُدْهُدْ يؤكل ويلزم المحرم بقتله قيمته؛ لأنه ليس بذي مخلب، وإنما له منقار نص عليه، أي: في «الأمِّ» وقال في أول «التجربة»: إنه لم يسمع خلاف ما يذكره فيها فإنه لا قول ولا وجه سواه، وفي «تبصرة» الجويني: ما نهى ﷺ عن قتله فهو حرام، وهذا مما لا يعرف فيه خلافٌ بين عامة الفقهاء وهو الهُدْهُدْ والضفدع والنملة والنحلة والصرد، وما لم نذكره ملحق بما ذكرناه.

ثم قال في آخر كلامه: إن هذا إجماع وهذا بحث، والخلاف في حل الهُدْهُدْ مشهور في كتب المراوزة منها «تعليقي» إبراهيم المَرْوَزِيّ والبَغَوِي، واعتل المُبيح بأنه لم يثبت فيه نهي، ومن أصلنا أن كل طير يُقتات وليس بنهاش فهو حلال، والكراهة في قتله؛ لامتثاله أمر نبي من الأنبياء.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي عن بعض أصحابنا: إنه ﷺ أوجب الجزاء فيه، وهو قول عطاء: إن فيه درهمًا؛ لأنه أكبر من العصفور وأصغر من الحمام.

قال الشَّافِعِي: [ينبغي أن يكون أكثر من درهم؛ لأنه إلى الحمام أقرب، وقد ثبت من أصل الشَّافِعِي]: إنه لا جزاء فيما لا يؤكل لحمه، وقال في

---

[1] أخرجه أبو الشيخ (٥/ ١٧٤٤، رقم ١٢٢٦٥٢) وابن أبي حاتم في العلل (٢/ ٣٣٠، رقم ٢٥١٠)، وابن أبي شيبة (٥/ ٦٢، رقم ٢٣٧١٠).

وَنَمْلٌ وَنَحْلٌ وَذُبَابٌ وَحَشَرَاتٌ كَخُنْفُسَاءَ وَدُودٌ.

وَكَذَا مَا تَوَلَّدَ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ.

«القديم»: يجب في الصرد الجزاء، واستدل بنص آخر، وهذا منه يشعر بترجيح حل الهُدْهُدْ والحديث فيه غير ثابت، فالمختار مذهبًا ودليلًا حِله.

قال: (**وَنَمْلٌ وَنَحْلٌ**) لأنه ﷺ نهى عن قتلهما، رواه أبو داود وابن ماجه من رواية ابن عباس، وصححه ابن حبان، فلو أكلا لما نهى عنه؛ ولأنهما من الحشرات المستخبثة، وتضمن كلام «تبصرة» الجويني نقل الإجماع فيه، وفيه ما أشرنا إليه من الخلاف الشاذ.

قال: (**وَذُبَابٌ وَحَشَرَاتٌ كَخُنْفُسَاءَ وَدُودٌ**) لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف:١٥٧] وهذه منها، وسواء ما يدرج من الحشرات وما يطير، **فمنها**: ذوات السموم والإبر، **ومنها**: الْوَزَغ بأنواعها كحرباء الظهيرة، وَالعِضَاةُ ملساء شبه سام أبرص وهي أحسن منه، ووقع في كلام الرَّافِعِي: النهي عن قتل الوَزَغ وهو سهو، وصوابه: الأمر بقتله، كما ثبت في «الصحيح» وكان ينفخ نار إبراهيم من بين سائر الدواب فلُعِن، **ومنها**: جميع الديدان والقراد والجِعْلَان وبنات وردان، وحمار قبان.

تَنْبِيهٌ: يُستثنى من الحشرات الضب وكذا اليربوع والوبر والقنفذ وأم حبين على الأصح في الأربع لا الصرارة في الأصح، واستثنى من الدود ما سبق من دود الخل وغيره، وفي «الذَّخَائِر»: ذكر خلاف اللغويين في تفسير الحشرات لا فائدة لنا فيه.

قال: (**وَكَذَا مَا تَوَلَّدَ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ**) أي: تغليبًا للتحريم، فمنه المتولد بين الحمار الأهلي والوحشي أو البقر أو السِمع بكسر السين يتولد بين الذئب والضبع، ولا فرق عندنا بين كون الذكر حلال أو الأنثى، وعند أبي حنيفة: إن كانت الْأُمّ مأكولة حل وإلا فلا ذكره البَغَوِي في «التعليق».

قال: ولو ولدت شاة سخلة تشبه الكلب، وما رأينا كلبًا نزا عليها الورع ألَّا تؤكل ولا تُحرَّم؛ لأنه قد يحصل الخلق على خلاف صورة الأصل، انتهى.

وَمَا لَا نَصَّ فِيهِ إِنْ اسْتَطَابَهُ أَهْلُ يَسَارٍ، وطِبَاعٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعَرَبِ فِي حَالِ رَفَاهِيَةٍ حَلَّ، وَإِنْ اسْتَخْبَثُوهُ فَلَا، ....

ورأيت في كتب الحنفية في المسألة تفاصيل وعجائب فقالوا ما مُلَخَّصه: إنه إذا ولدت الشاة ولدًا بدنه شاة ورأسه رأس كلب تُضرب، فإن عوى فهو كلب، وإن ثَغَا فهو شاة تؤكل إلا رأسها، فإن عوى وثَغَا أطعم اللحم والشعير، فإن أكل اللحم فقط فكلب، أو الشعير فشاة فيؤكل إلا رأسه، وإن أكلهما معًا أحسبهم، قالوا: لم تؤكل، ولم يتحرر لي كلامهم فيه.

فائدة: قال المصنف هنا في شرح «المهذب»: الزرافة بفتح الزاي وضمها حرام بلا خلاف، وعدَّها بعضهم من المتولد بين مأكول وغير مأكول، انتهى.

وهذا عجبت منه، والمسألة من مفردات «التَّنْبِيه» وغرائبها، ومما انتقد عليه وعجب عدّها مما يتقوى بنابه، والذي اقتضاه كلام الشيخ أبي الحسن بن القطان في «فروعه» والقاضي ابْن كَجٍّ في «تجريده» في كتاب «الحج» والقاضي الحسين في كتاب «الشهادات» من «تعليقه»: حِلها بلا خلاف، وبه أفتى القاضي الحسين والغزالي وهو الصواب، والمنقول عن أهل اللغة: إنها متولدة بين مأكولين من الوحش وقد أوضحت ذلك في «الغنية» أكمل إيضاح.

واقتضى كلام القاضي ابْن كَجٍّ وشيخه نسبة ذلك إلى النص حيث قالا في جزاء الصيد: إن «الجديد» فيها القيمة، وفي «القديم» فيها شاة، وقد تتبعت المسألة سنين عديدة في كتبنا وكتب الناس فلم أر لها ذكرًا إلا لبعض متأخري الحنابلة، والظاهر أنه أخذها من «التَّنْبِيه» والمصنف ـ ﷺ ـ يقول في مقدمة شرح «المهذب» ما معناه: إنك قد تجد الشيء مجزومًا به في نحو عشر مصنفات ويكون شاذًا بالنسبة إلى المذهب فلا تغتر به.

قال: (**وَمَا لَا نَصَّ فِيهِ إِنِ اسْتَطَابَهُ أَهْلُ يَسَارٍ، وَطِبَاعٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعَرَبِ فِي حَالِ رَفَاهِيَةٍ حَلَّ، وَإِنْ اسْتَخْبَثُوهُ فَلَا**) قال أصحابنا: وإنما كان كذلك؛ لأن الله تعالى أناط الحل بالطيبات والتحريم بالخبائث كما سبق، وعلمنا أنه لم يرد ما يستطيبه ويستخبثه كل الناس؛ لاستحالة اجتماعهم على ذلك لاختلاف طبائعهم، فتعين إرادة بعضهم، وحينئذ فالعرب بذلك أولى؛ لأن القرآن نزل

وَإِنْ جُهِلَ اسْمُ حَيَوَانٍ سُئِلُوا وَعُمِلَ بِتَسْمِيَتِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ اسْمٌ عِنْدَهُمْ اُعْتُبِرَ بِالْأَشْبَهِ.

بلغتهم وهم المخاطبون به، ثم طبائعهم مختلفة فيتعذر اجتماعهم، فرجع إلى من كان في عهد النبي ﷺ لأن الخطاب لهم هكذا قاله جماعة، قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يقال يرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه وهذا صحيح، وفي كلام جماعة وإطلاق آخرين ما يرشد إليه إذا رجعنا إليهم، فالظاهر الذي يجب القطع به أنه يكفي إخبار عدلين منهم عن حاله كما في جزاء الصيد، وهل يكفي إخبار عدل واحد؟ فيه نظر، وظاهر كلامهم: المنع.

إشارات: قوله: وما لا نص فيه، أي: نص خاص ولا عام في تحليله ولا تحريمه، ولا ورد أمر بقتله ولا نهي عن قتله، أمَّا إذا وجدنا أصلًا من هذه الأصول عملنا بمقتضاه ولا نراجعهم.

وقوله: أهل يسار عبارة «الرَّوْضَة» و«أصلها» ويعتبر عادة أهل اليسار والثروة وحالة الخصب والرفاهية دون حالة الجدب والشدة، ولا عبرة بأهل الحاجة، ولا باختلاف البادية الذين يأكلون ما دب ودرج، بل إنما يرجع من العرب إلى سكان البلاد والقرى.

قال: (**وَإِنْ جُهِلَ اسْمُ حَيَوَانٍ سُئِلُوا وَعُمِلَ بِتَسْمِيَتِهِمْ**) أي: في حله وحرمته.

(**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ اسْمٌ عِنْدَهُمْ اعْتُبِرَ بِالْأَشْبَهِ**) أي: إمَّا في الصورة أو الطبع أو الطعم كما سيأتي، والمُلَخَّص أنهم إذا اتفقوا على شيء عُمل به، وإن استطاب بعض شيئًا واستخبثه بعضهم اتَّبعنا الأكثر، فإن افترقوا على السواء.

قال المَاوَرْدِي والقاضي الحسين والعبادي: يرجع بقريش، فإن اختلفت قريش ولم يُحكِّموا بشيء أو لم يجدهم ولا غيرهم من العرب رُجع إلى شبه الحيوان به، والشبه يكون تارة في الصورة، وتارة يكون في طبع الحيوان من السلامة والعدوان وأجري في طعم اللحم، واعتبرنا بالأشبه به، فإن تساوى الشبهات أو لم يوجد ما يشبهه فوجهان:

أحدهما: عن أبي إسحاق وأبي علي الطبري، وظاهر المذهب في العدة،

……

قال الإمام: وإليه ميل الشَّافِعِي وصححه الشيخ في «أصل الرَّوْضَة» وشرح «المهذب»: إنه حلال، وبه أجاب الفوراني في كتابيه.

والثاني: يحرم ورجحه ابْن كَجٍّ، ونقل في «الذَّخَائِر» الوجهين عن العراقيين، ثم قال: وأمَّا الخراسانيون ففي «البَسِيط»: إن ما لا تعرفه العرب يُحكم بتحريمه على مذهب في الشَّافِعِي ولم يحكوا خلافًا ولا تفصيلًا، انتهى.

ولكن رأيته في «البَسِيط»: فإن لم نعرف ذلك فميل الشَّافِعِي إلى الإباحة، وميل أبي حنيفة إلى التحريم، انتهى.

وصاحب «الذَّخَائِر» مع فقه نفسه كثير الوهم في النقل.

فَرْعٌ: قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» تبعًا للماوردي: هذا حكم ما في بلاد العرب، أمَّا لو لم يكن فيها بل في بلاد العجم اعتبر فيه حكمه في أقرب بلاد العرب عند جمع الأوصاف السالفة، فإن اتفقوا على شيء عُمِل به، وإن اختلفوا مع التساوي ولا شبيه له ففي «تعليق» القاضي أبي الطيب وغيره وجهان كما سبق.

وفي «الحَاوِي»: إنه يعتبر فيه حكمه في أقرب الشرائع للإسلام وهي النصرانية، فإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا من الوجهين، وهذا منه يدل على أن المُحرَّم في شريعة غير ما يُحرّم علينا عند إشكال الحال، وقال الْغَزَالِي فيه قولان بناهما الموفق بن طاهر على أن شرع من قبلنا إذا ثبت بالكتاب أو السنة أو بقول عدلين ممن أسلم منهم وهو يعرف المبدل من غيره هل يكون شرعًا؟ وفيه خلاف للأصوليين، انتهى.

وفي «أصل الرَّوْضَة»: إذا وجدنا حيوانًا لا يمكن معرفة حكمه من كتاب ولا سنة ولا استطابه ولا استخباث ولا غير ذلك مما تقدم من الأصول، وثبت تحريمه في شرع من قبلنا فهل يستصحب تحريمه؟ قولان: الأظهر: لا وهو مقتضى كلام عامة الأصحاب وإن استصحبناه، وساق نحو ما ذكره ابن الرِّفْعَة وهو حاصل كلام الرَّافِعِي، ولم يصرحا بكونه في بلاد العرب أو العجم.

وإِذَا ظَهَرَ تَغَيُّرُ لَحمِ جَلَّالَةٍ حَرُمَ أَكْلُهُ، وَقِيلَ يُكْرَهُ. قُلْت: الْأَصَحُّ يُكْرَهُ، والله أَعْلَمُ، ....

قال: (**وَإِذَا ظَهَرَ تَغَيُّرُ لَحمِ جَلَّالَةٍ حَرُمَ أَكْلُهُ**) أي: لأنها صارت من الخبائث، وفي السنن من رواية ابن عمر: النهي عن أكل الجَلَّالَة وشرب لبنها حسَّنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وبالتحريم قال أبو إسحاق والقَفَّال والشيخ أبو محمد وإبراهيم المَرْوَزِيّ ورجحه الإمام والغزالي، والبَغَوِي قال في «فتاويه»: قال أصحابنا: لا يحل أكلها.

قال: (**وَقِيلَ يُكْرَهُ. قُلْت: الأَصَحُّ يُكْرَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: لأن النهي لأجل تغيُّر اللحم، وذلك لا يوجب التحريم بدليل لحم المذكي إذا أُنتن، قالا: وهو ما أورده أكثرهم منهم: العراقيون والقاضي الرُّويَانِي وغيرهم وهم لا يحملون النهي على التنزيه.

تنبيهات وتتمات وفروع:

منها: الجَلَّالَة ما تأكل العذرة وغيرها من النجاسات، سواء كانت من الغنم أو الطير كالدجاج والبط والإوز، قال في «الأُمّ»: كل ما صنع هذا من الدواب التي تؤكل فهي جَلَّائل، وعبارته ﷺ وكثير من الأئمة: ما تأكل العذرة اليابسة وليس ذلك ببعيد.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وبما يناط الكراهة والتحريم في «تتمة التتمة» إنه إن كان أكثر علف الدابة النجاسات فهي جَلَّالَة، وهي قضية قول المصنف في «التحرير»: الجَلَّالَة هي التي أكثر أكلها العذرة، انتهى.

وإن كان الأكثر الطاهر فلا، والأظهر: إنه لا اعتبار بالكثرة بل بالرائحة والنتن، فإن كان يوجد فيها وفي عرفها ريح النجاسة فالموضع موضع النهي وإلا فلا.

قلت: وعلى ما في «تتمة التتمة» اقتصر المَاوَرْدِي والعمراني، ويعضده قول الشَّافِعِي في «الأُمّ» فأمَّا الإبل التي أكثر علفها العذرة اليابسة وكل ما صنع هذا من الدواب التي تؤكل فهي جَلَّائل، قال: والجَلَّالَة منهي عن لحومها حتى

....

تُعلف علفًا غيره فتنقلب إلى ما كان من قبل هذا لفظه ﷺ، وفي باب بيع الكلاب من «الْحَاوِي»: إن الأثر في ذبح الجَلَّالَة جاء بعد رعي الأقذار أربعين يومًا في البعير، والبقر ثلاثين، والشاة سبعة أيام، والدجاجة ثلاثة أيام.

ومنها: جعل المَاوَرْدِي موضع الوجهين في التحريم والكراهة ما إذا كانت توجد رائحة النجاسة بتمامها، أو كانت الرائحة تقرب من الرائحة، فأمَّا إن كانت الرائحة التي توجد يسيرة فلا اعتبار بها، انتهى وكلام غيره ينازعه في ذلك.

واعلم أن الذي ذكره الرَّافِعِي وغيره النظر إلى تغير الرائحة وسكتوا عما عداها، وقال الشيخ أبو محمد في كتابه «التبصرة»: إن تغير لون لحمها أو طعمه أو رائحته بالنجاسة التي كانت تأكلها كان اللحم حرامًا وكذلك اللبن، انتهى.

وفي «تعليق» البَغَوِي: وإن تغير فلا يحل ما دام الأثر موجودًا إلا أن يُعلف مدة علفًا طاهرًا، أو تزول رائحة النجاسة وطعمها عنه إذا ذبح، انتهى.

ومنها: حكم اللبن والبيض منها في التحريم والكراهة حكم اللحم والسخلة المرباة بلبن كلبة أو خنزيرة لها حكم الجَلَّالَة إذا تغير لحمها وظهرت رائحة الكلب ونحوه فيها قاله إبراهيم المَرْوَزِيّ، وبه جزم البَغَوِي في «الفتاوى» وجعل الشيخ أبو محمد في «التبصرة» حكم الرضيع بلبن الجَلَّالَة حكمها في التحريم على طريقتهم.

ومنها: قال أصحابنا: لا يزول المنع بغسل اللحم بعد الذبح ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة.

قال في «الإبانة» و«العمد» عن إسحاق؛ يعني: ابن راهويه: إنه يطهر بذلك ووقع في نسخ بـ«الإبانة» وقال أبو إسحاق: وهو من زيادات النساخ ظانًا أنه الصواب.

ومنها: قالا: ولا يزول المنع عند البَغَوِي بمرور الزمان، وقيل: بخلافه.

وقال الشيخ في شرح «المهذب»: قال الْبَغَوِي: لا يزول المنع، وقال غيره: يزول فأشعر بترجيح الزوال، ونص «الأمّ» السابق يشهد للبغوي، وذكر

فَإِنْ عُلِفَتْ طَاهِرًا فَطَابَ حَلَّ.

في موضع من «فتاويه»: أنه يحرم أكلها إذا تغير لحمها، فلو عولج حتى زال التغير قال القاضي: لم يطهر كما لو حلل الخمر بالعلاج وإن زال التغير بنفسه.

قال القاضي: طَهُر، قال البَغَوِي: وهذا مشكل وعندي إنه إذا زال لا يطهر سواء زال بنفسه أو بالعلاج، وإنما يطهر إذا زال في حال الحياة؛ لعلفها، وفي «تعليقه» وذكر تفصيل القاضي من غير نسبة، ثم قال المعلق: قال الإمام يعني: البَغَوِي: لا يحل؛ لأنه نجس، وغير الماء الكثير لا يطهر بزوال التغير، انتهى. وهذا هو القياس.

ومنها: قال البَغَوِي في «الفتاوى»: إذا رُبِّيت شاة بعلف مغصوب، فإن كان قذرًا لو كان نجسًا لظهر تغيره فيه حرم وإلا فلا ولا يخلو عن الشبهة، واقتضى سياقه نقل هذا عن الأصحاب، ثم قال: ويحتمل أن يقال: يحل أكله بكل حال؛ لأن العلف حلال في الأصل، وإنما حرم بحق الغير واستقرت القيمة في الذمة بخلاف المربى بلبن الكلب، فإن أكله حرام وهذا أشبه، انتهى.

قال: (**فَإِنْ عُلِفَتْ طَاهِرًا فَطَابَ**) أي: زال تغيره.

(**حَلَّ**) إذا عُلفت علفًا طاهرًا مع حبسها عن النجاسات فزال التغير بالرائحة الكريهة حل اللحم على قولنا بتحريمه، وادَّعى الإمام إنه المذهب وزالت الكراهة حل اللحم على قولنا بتحريمه، وادَّعى الإمام أنه المذهب وزالت الكراهة على الثاني، قال الرَّافِعِي: وعن بعض العلماء تقدير العلف في الإبل والبقر بأربعين يومًا، وفي الغنم بسبعة أيام، وفي الدجاج بثلاثة أيام وهو محمول عندنا على الغالب، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي: ويختار فيها إذا أريد أكل لحمها أو شُرب لبنها أن تُحبس عن الأقذار بالعلف الطاهر، وفي البعير أربعين يومًا، وفي البقر ثلاثين يومًا ثم ذكر بقية الكلام، وسبق عنه أن الأثر جاء بذلك، ثم قال هنا: إن هذه التقديرات ليست توقيفًا لا يزاد عليه ولا ينقص منه؛ لأن المقصود زوال ما أنتن من أبدانها والأغلب أنها تزول بهذه المقادير، فإن زالت في أقل منها زالت

....

الكراهة، وإن لم تزل فيها بقيت الكراهة حتى تزول.

قلت: وقال الشَّافِعِي في «الأُمِّ»: وقد جاء في بعض الآثار أن البعير تعلف أربعين يومًا، والشاة عنده أقل من ذلك، والدجاجة سبعًا، انتهى.

وهذا الأثر في «التهذيب» منسوب إلى ابن عمر - رضي الله عنهما -.

وقال في «البيان»: والدجاجة ثلاثة أيام، وقيل: سبعة أيام وليس ذلك بتقدير وإنما الاعتبار ما ذكرناه، وكذا قال في «الشَّامِل» وغيره: وجعلوا في الدجاجة مع هذه التقديرات خلافًا.

إشارات: الظاهر أن جميع ما سبق في اختلاف الجَلَّالَة خاص بالأعيان النجسة، أمَّا لو اعتلفت طاهرًا متنجسًا بنجاسة عارضة فلا، وكذلك لو اعتلف المحكوم بأنها جَلَّالَة بعلف متنجس فطاب لحمها فهل يحل كما لو اعتلفت بشعير أو حشيش أصابه ماء نجس؟ ولم أر فيه شيئًا.

فروع: لو أنتن اللحم الطري حل أكله، وقيل: يحرم، قال العِمْرَانِي: وليس بشيء هكذا ذكره، وحكى المصنف عنه أنه قال هاهنا: إنه نجس على هذا الوجه وليس بجيد، ولعل مراد صاحب هذا الوجه بالنتن: النتن الشديد القريب من الاستحالة والفساد لا مطلق النتن، ويشبه أن يرجع في ذلك إلى أهل البصر، فإن حكموا بضرره حرم تناوله وإلا فلا، لو خمر الشوي وغُطي حين خروجه من التنور، قال بعض أصحابنا: حرم أكله؛ لأنه سم قاتل، وقال أبو الحسن الكرجي بالجيم في كتابه «الذرائع إلى علم الشرائع»: ولا يحل تناول المسكر بحال ولا ما فيه ضرر كالسم، وما في معناه حتى الشوي الذي يغطى حارًا فيحتبس بخاره فيه ولا ما يستقذره في الغالب إلا الماء الآسن واللحم المنتن، انتهى.

سئلت عن شاة عضَّها كلبٌ كَلِبٌ فَكَلَبَتْ هل يحل أكلها إذا ذكت فتوقفت فيه خشية الإعداء من أكله؟ فيقال: إن الكلب من أشد الأدواء إعداءً، وقلت: ينبغي أن يراجع الأطباء في ذلك إذا أحاطوا به علمًا، ثم رأيت في كتاب

……

«الإمتاع والمؤانسة» للشيخ أبي حيان التوحيدي: إن الداء الذي يقال له الكلب يعرض للجمال أيضًا، فإذا كلب الجمل نحر ولم يؤكل لحمه، انتهى.

وأبو حيان هذا من متقدِّمينا، أعلم الرَّافِعِي لقوله في بعض رسائله: لا رياء في الزعفران، وذكره المصنف في «الطبقات» وله تواليف بديعة في فنون عدة، ذكر الشيخ في باب إزالة النجاسة من شرح «المهذب»: إذا صح الوجهين طهارة بيض ما لا يؤكل لحمه وعليه يجوز أكله بلا خلاف؛ لأنه غير مستقذر.

وفيما ذكره من الترجيح والتفريع والتوجيه نظر، والذي اقتضاه كلام الرَّافِعِي وغيره وأصل المسألة أن طهارته على الخلاف في مني ما لا يؤكل، وأمَّا ترجيح جواز أكله والجزم به على القول بطهارته فلم أره إلا له، وقوله إنه ليس مستقذر ممنوع، بل بيض لحيَّات والحشرات مستقذر قطعًا، ولا أحسب أحدًا منا يجيز أكله، وبيض الجوارح والرخم والبوم تعافه الأنفس كلحمه، وقد علل بعضهم تحريم لحوم الجوارح بما فيه من الضراوة والفساد، والذي أورده ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: إن حكم بيض ما ذكر في الباب في الحل والتحريم حكم لحمه وهذا هو المذهب.

ثم رأيت الشيخ أبا علي في شرح «التلخيص» إثر قوله: وبيض ما لا يؤكل لحمه نجس وهذا صحيح؛ لأن حكم البيض حكم اللحم، وكل ما لا يؤكل لحمه لا يؤكل بيضه ويكون نجسًا إلا في مسألة واحدة، واختلف أصحابنا فيه وهو برد الدود منهم من قال: إنه نجس؛ لأنه بيض ما لا يؤكل، وهذا منه يقتضي أن المذهب المعروف نجاسة غيره لا محالة، سُئِل البَغَوِي عن حِل أكل أثني الشاة المذبوحة والعرق الذي في ظهرها، فأجاب الكل: حلال إلا أنه يكره أكل أثنيها والعرق المذكور، وسبق في الأضحية إطلاق إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: إن الخصية لا تؤكل، وذكر أنه ﷺ نهى عن أكل سبعة أشياء من الحيوان: الذكر والفرج والخصيتن والمثانة والمرارة والمعدة والدم، انتهى.

ولا أحسب هذا الخبر يأتينا في «تعليق» البَغَوِي، قال بعض أصحابنا: حد ما يجوز أكله كل ظاهر لا يخاف الضرر من أكله إلا ثلاثة أشياء: المني وجلد

……

الميتة بعد الدباغ وكل ذي روح يبتلعه حيًا، وفي ابتلاع الجراد والحوت حيًا وجهان، انتهى.

وقال الشيخ في شرح «المهذب»: كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال إلا ثلاثة أنواع: **أحدها**: المستقذرات كالمخاط والمني ونحوهما وهي محرمة على الصحيح المشهور، وفيه وجه ضعيف حكاه الإمام وغيره: إنها حلال، وممن قال به في المني ونحوهما: أبو زيد المَرْوَزِيّ، وحكم العرق حكم المني والمخاط جَزَم بتحريم شربه الشيخ أبو حامد.

الحيوان الصغير يحرم ابتلاعه حيًا بلا خلاف إلا السمك والجراد على الأصح.

قلت: والأصح التفصيل السابق فيه الثالث جلد الميتة المدبوغ في حل أكله ثلاثة أقوال أو أوجه أصحها: تحريمه، انتهى.

وقال ابن الصلاح في باب الآنية من مشكل «الوسيط»: قال صاحب «التلخيص»: لا يجوز أكل المني.

قال الشيخ أبُو عَلِيّ في «شرحه»: أصحابنا قالوا: إن الشَّافِعِي ﵁ سُئِل عن أكله فقيل للسائل: إن استمرأت فكل، قال أبُو عَلِيّ: فكأنه لم يقطع بتحريمه، قال أبو عمرو: فأقول ليس الأمر على ما توهمه أبُو عَلِيّ، بل معناه - إن صح عن الشَّافِعِي - الاستبعاد والاطراح لسؤال السائل، ولمَّا سأل عنه وليس ذلك مصيرًا إلى أن الاستقذار ليس موجبًا للتحريم، بل المصير إلى أن من لا يستقذره فله أكله؛ لانتفاء الاستقذار في حقه نظر إلى تفسير الحكمة وإعراضًا عن المظنة، ووجدت ذلك بنيسابور بخط الشيخ أبي محمد الجويني فيما علَّقه عن شيخه القَفَّال المَرْوَزِيّ من شرحه «للتلخيص» قال: قال أصحابنا: من اشتهى فليأكل، هكذا ذكره غير منسوب إلى الشَّافِعِي وهذا أشبه، وقد يطلق أحدهم فيقول: قال أصحابنا: ومراده أهل طريقته لا جميع أصحاب الشَّافِعِي، فاعلم ذلك والله أعلم، انتهى.

وَلَوْ تَنَجَّسَ طَاهِرٌ كَخَلٍّ وَدِبْسٍ ذَائِبٍ حَرُمَ.

وفيما قاله وقفة، ويجوز أن يكون ما ذكره القَفَّال هو قول شيخه أبي زيد أنه يكره أكله ولا يحرم، ونحن إذا حرمنا شيئًا؛ لأنه مستقذر لا يبيحه لمن لا يستقذره، قال الشيخ في شرح «المهذب»: لا يحل أكل التراب الذي يؤذي البدن وهو ما تأكله بعض النساء وبعض السفهاء.

قال إبراهيم المَرْوَزِيّ: ورد إخبار في النهي عن أكل الطين ولم يثبت شيء منها، قال: وينبغي أن يحكم بالتحريم إن ظهرت المضرَّة فيه، وقد جزم المصنف وآخرون بتحريم أكل التراب منهم: القاضي الحسين في باب الرياء، انتهى.

ونقله في «البَحْر» عن اختيار والده والحناطي والزجَّاجي والمروزي وأنهم لم يفرقوا بين قليله وكثيره، وعن مشايخ خراسان: كراهته لا غير وهذا إذا لم يضره لقلته، وإن كان كثيرًا يضر فهو حرام قطعًا وبه أفتى، وفي «الذَّخَائِر»: إن التراب والطين إنما يُحرَّم على من يتضرر به لا على من اعتاد أكله من غير مضرة، قال: وسائر أجزاء الأرض تجري مجرى الطين لا يُحرَّم إلا أن يضر بالأكل، قال: والخبز لو كان يضر الأكل حرم أكله، انتهى.

والمراد الضرر: الضرر البين الذي لا يحتمل لا مطلق الضرر، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ تَنَجَّسَ طَاهِرٌ كَخَلٍّ وَدِبْسٍ ذَائِبٍ حَرُمَ**) أكله لقوله ﷺ: «**وقد سئل عن الفأرة تكون في السمن إن كان جامدًا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعًا فلا تقربوه**»⁽¹⁾ صحيح سبق بيانه في باب النجاسة، فإن قلنا بإمكان تطهيره وغسله؛ زال التحريم.

فَرْعٌ: في «الإحياء»: لو وقعت ذبابة أو نملة ونحوها في قدر طبيخ وانصهرت أجزاؤها فيه؛ لم يحرم أكله، ولو وقع فيه جزء من لحم آدمي ميت؛ لم يحل شيء منه لحرمة الآدمي، قال الشيخ في شرح «المهذب»: المختار الصحيح الحِل؛ لأنه صار مستهلكًا فيه فهو كالبول وغيره يقع في قُلتين من الماء، انتهى.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَمَا كُسِبَ بِمُخَامَرَةِ نَجِسٍ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ مَكْرُوهٌ، ....

قال العبدري: لو نصب قدرًا على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات؛ نُجس المرق ولا يجوز أكل اللحم حتى يغسل هذا مذهبنا، وعن مالك: روايتان: **أصحهما**: يراق المرق ويرمى اللحم فلا يؤكل، انتهى.

وكأنه رأى أن الغسل لا يطهره.

قال: (**وَمَا كُسِبَ بِمُخَامَرَةِ نَجِسٍ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ مَكْرُوهٌ**) أي: كراهة تنزيه سواء اكتسبه حرًّا أو عبدًا، وقد وردت الأحاديث بالنهي عن كسب الحجَّام وحملت على التنزيه؛ إذ في «الصحيحين»: إنه ﷺ احتجم وأعطى الحجَّام أجرة وحَاجِمه أبو طيبة وهل اسمه نافع أو ميسرة أو دينار؟ أقوال، وكان عبد بني بياضة قال ابن عباس: فلو كان حرامًا لم يعطه، وعن ابن خزيمة من أئمتنا: تحريم كسب الحجَّام على الحر دون العبد؛ لأنه صح عنه ﷺ أنه قال: «**كسب الحُجَّام خبيث**»(١) وأعطى أبا طيبة أجرة والمذهب ما سبق، والمراد بالخبيث: الدني، وهو المراد بقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ**﴾ [البقرة: ٢٦٧] واختلف أصحابنا في علة الكراهة على وجهين: فقيل: لأجل مخامرة النجاسة، وجعله الشيخ في شرح «المهذب».

وما به قطع الجمهور وفيه نظر، وعَدُّوا ذلك إلى كَنْسٍ كنَّاس الكنيف والقصَّاب والدبَّاغ والرمَّال والفاصد [والجراحي](٢) والخاتن.

قال ابن الرِّفْعَة: ومن العجائب قوله في «الوسيط»: لم يذهب إلى الكراهة في هذه الأشياء أحد، وقد صرَّح بالكراهة فيها إمامه.

قلت: عبارة «النهاية»: ولا تعاطي القاذورات بكسب الحجَّام، بل تعاطي

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٣٠، رقم ٩٦٦)، وأحمد (٤/ ١٤١، رقم ١٧٣٠٩)، والدارمي (٢/ ٣٥١، رقم ٢٦٢١)، ومسلم (٣/ ١١٩٩، رقم ١٥٦٨)، وأبو داود (٣/ ٢٦٦، رقم ٣٤٢١)، والترمذي (٣/ ٥٧٤، رقم ١٢٧٥) وقال: حسن صحيح. وابن حبان (١١/ ٥٥٦، رقم ٥١٥٣) والحاكم (٢/ ٤٨، رقم ٢٢٧٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والديلمي (٣/ ٢٩٩، رقم ٤٨٩٩).

(٢) في نسخة: (الحجامي).

وَيُسَنُّ أَنْ لَا يَأْكُلَهُ وَيُطْعِمَهُ رَقِيقَهُ وَنَاضِحَهُ.

القاذورات ومخالفة المروءة كلها بهذه المثابة، وذكر الغَزَالي في «البَسِيط»: إن ما اكتسب لمخامرة النجاسة كالحجامة حلال، والأولى ألَّا يرغب الإنسان فيه مع تمكنه من غيره ويطرد ذلك في كل حِرْفَة دَنيَّة، انتهى.

وجمع الْمَاوَرْدِي الجزَّار والقصَّاب، وحكي في كتبِ الفصاد وجهين، وصحح في «أصل الرَّوْضَة»: إنه لا يكره، والوجه الثاني: إن العِلة دناءة الحُجَّام عند الناس.

قال الـمَاوَرْدِي: وهذا هو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي؛ لأنه جعل من المكاسب دنيًّا وحسنًا، وعلى هذا اقتصر في «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما، وعليه تتعدى الكراهة إلى المكاسب الدنيَّة كالحلَّاق والسمَّاك والقيّم في الحمام.

قال ابن الرِّفْعَة: واختلف على هذا في كسب الحمامي على وجهين، ثم وجهه مما فيه مم يتعاطاه القيّم إلى تغسيل الناس، ولم أفهم الجمع بين القيّم في الحمام والحمامي كما ذكره، ولا شك أن كسب قيّم الحمام من أدنى الحرف الدنيَّة، وأمَّا الكسب باستئجار الحمامات واستغلالها فأخف، والعرف قاض بدناءته أيضًا، وصحح في «الرَّوْضَة»: إن كسب الحائك ليس بمكروه وكره جماعة كسب الصواغ.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: إن في الحديث ما يدل على كراهية حرفة الصياغة والصبغ، انتهى.

والحديث المشار إليه غير ثابت كما سيأتي في «الشهادات» إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيُسَنُّ أَنْ لَا يَأْكُلَهُ وَيُطْعِمَهُ رَقِيقَهُ وَنَاضِحَهُ**) لما حسَّنه الترمذي وصحَّحه ابن حبان أمر من اكتسب الحجامة أن يُعلفه نَاضِحَه.

وفي «الموطأ»: إنه نهى المستأذن في أجرة الحُجَّام فيها وكان له مولى حَجَّاما فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى قال آخر: أعلفه نَاضِحَك وأطعمه رقيقك، وفرَّق بين الحر والرقيق بأنه كسب دنيء والعبد دنيء، فصرف الدنيء إلى

....

الدنيء، وقيل: يكره الكسب به للعبد أيضًا كما سبق، ونسبه الْمَاوَرْدِي إلى الأكثرين، وقال المصنف: وفي كراهية ما سبق من الحرف للعبد وجهان في البيان: أصحهما: لا يكره؛ لأنه دنيء وبهذا قطع الجمهور، وهذا مباين لنقل المَاوَرْدِي وقوله، وبهذا قطع الجمهور زيادة للمصنف ليست من كلام البيان وليست بصواب، والله أعلم.

إشارات: ذِكره النَاضِح اتباعًا للفظ الحديث، والمراد: دوابه مما كانت هل يكره له التصدق به أم لا؟ فيه احتمال إن كان له غيره وأثره ظاهر الآية: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة:٢٦٧] وهل الكراهة للحر مقصورة على الأكل حتى لو اشترى به ملبوسًا ونحوه أو آلة للمنزل؟ لم يكره الظاهر التعميم لوجوه الاتفاق، وفي كلامهم إشارة إلى قصرها على الأكل خاصة لظاهر الخبر.

فَرْعٌ: قال الماوردي: أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصنعة وأيّها أطيب؟ فيه ثلاث مذاهب للناس: أشبهها بمذهب الشَّافِعِي: إن التجارة أطيب، قال: والأشبه عندي أن الزراعة أطيب؛ لأنها أقرب إلى التوكل، واختار الأول شيخه الصَّيْمَرِيّ.

وقال الشَّاشِي: إنه أظهرها، على مذهب الشَّافِعِي.

قال الْعِمْرَانِي: وقد جاء في فضل التجارة والبيع المبرور أحاديث، قال المصنف: والصواب ما نص عليه الشارع وهو عمل اليد لقوله ﷺ في «صحيح» البخاري: «مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَامًا قَطُّ خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ»(١) قال: فإن كان زرَّاعًا فهو أطيب المكاسب وأفضلها؛ لأنه عمل يده؛ ولأن فيه نفعًا عامًا للمسلمين وللدواب وتوكلًا؛ ولأنه لا بدّ في العادة أن يؤكل منه بغير عوضٍ؛ فيحصل له أجرة، وإن لم يكن من عمل يده، بل يعمل له غلمانه

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٣٢، رقم ١٧٢٢٩)، والبخاري (٢/ ٧٣٠، رقم ١٩٦٦)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢/ ٨٤، رقم ١٢٢٤).

وَيَحِلُّ جَنِينٌ وُجِدَ مَيِّتًا فِي بَطْنِ مُذَكَّاةٍ.

وأجراؤه فاكتسابه بالزراعة أفضل لما ذكرناه ورشح ذلك بأحاديث صحيحة.

قلت: وعلى ما ذكره فلا بدّ من استثناء ما يكره تعاطيه من الحرف كما تقدم، والأشبه بالمذهب: تفضيل التجارة كما قاله الأئمة والتجارة أو معظمها من عمل اليد، وقد جاء في «السنن» أنه ﷺ رأى في بعض دُور الأنصار آلة حرث، فقال: «**ما دخلت دار قوم إلا دخلها الذل**»(١) وهذا من أعلام النبوة ومُشاهَد في هذه الأعصار، وقد يُرجّح تفضيل التجارة بأن أكابر الصحابة - رضوان الله عليهم - تعاطوها دون الزراعة، والله أعلم.

قال: (**وَيَحِلُّ جَنِينٌ وُجِدَ مَيِّتًا فِي بَطْنِ مُذَكَّاةٍ**) لقوله ﷺ: «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**» صححه ابن حبان، وقوله: ذكاة أمه [الرواية بالرفع، أي: ذكاة أم الجنين ذكاة له يوضحه رواية البَيْهَقِيّ: «**ذكاة الجنين في ذكاة أمه**»] وفي لفظ: «**مُذَكَّاة أمه**»(٢).

---

(١) لم أقف على من خرجه.

(٢) حديث جابر: أخرجه الدارمي (٢/ ١١٥، رقم ١٩٧٩)، وأبو داود (٣/ ١٠٣، رقم ٢٨٢٨)، والبغوي في الجعديات (١/ ٣٨٨، رقم ٢٦٥٣)، والحاكم (٤/ ١٢٧، رقم ٧١٠٩) وقال: صحيح على شرط مسلم، والبيهقي (٩/ ٣٣٤، رقم ١٩٢٧٢).

حديث أبي أيوب: أخرجه الطبراني (٤/ ١٦٢، رقم ٤٠١٠)، قال الهيثمي (٤/ ٣٥): فيه محمد بن أبي ليلى وهو سيىء الحفظ ولكنه ثقة. والحاكم (٤/ ١٢٨، رقم ٧١١٢).

حديث أبي سعيد: أخرجه أحمد (٣/ ٣٩، رقم ١١٣٦١)، وأبو داود (٣/ ١٠٣، رقم ٢٨٢٧)، والترمذي (٤/ ٧٢، رقم ١٤٧٦) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ١٠٦٧، رقم ٣١٩٩)، وأبو يعلى (٢/ ٤١٥، رقم ١٢٠٦)، وابن الجارود (ص ٢٢٧، رقم ٩٠٠)، وابن حبان (١٣/ ٢٠٦، رقم ٥٨٨٩)، والدارقطني (٤/ ٢٧٤)، والحاكم (٤/ ١٢٨، رقم ٧١١٢)، والبيهقي (٩/ ٣٣٥، رقم ١٩٢٧٦).

حديث أبي أمامة وأبي الدرداء: أخرجه الطبراني (٨/ ١٠٢، رقم ٧٤٩٨) قال الهيثمي (٤/ ٣٥): فيه بشر بن عمارة وقد وثق وفيه ضعف.

حديث أبي هريرة: أخرجه الحاكم (٤/ ١٢٨، رقم ٧١١٠). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٤/ ٢٧٤).

حديث كعب بن مالك: أخرجه الطبراني في الكبير (١٩/ ٧٨، رقم ١٥٧) وفي الأوسط (٤/ ١٠٢، رقم ٣٧١١). قال الهيثمي (٤/ ٣٥): فيه إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف.

....

قال ابن المنذر: وكان الناس على إباحته لا يعرف أحد حرمته حتى جاء أَبُو حَنِيفَةَ فحرَّمه، وحكى الخطابي عنه أنه قال: لم يقل بقول أبي حنيفة غيره، قال: ولا أحسب أصحابه يوافقوه عليه، انتهى.

قال الشيخ أبو محمد: لو لم يحل بذكاة أمه لما جاز ذبحها مع ظهور الحمل كما لا تُقتل الحامل قودًا فألزم عليه مُكثه في بطنها فمنع ذبحها، ذكره الإمام والرَّافِعِي وأغفلته «الرَّوْضَة» وسواء أشعر الجنين أم لا هذا هو المشهور، وقيَّده التميمي في «المستعمل» بما إذا تم خلقه وأشعر وأوبر، قال: وهو قول ابن عمر هذا لفظه.

قال ابن المنذر: وقال أكثر أهل العلم: ذكاة الجنين ذكاة أمه، وعدَّ من القائلين بذلك الشَّافِعِي، ثم قال عبد الله بن كعب بن مالك: كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه.

ثم حكى عن جماعة ومنهم الشَّافِعِي أن ذكاته ذكاة أمه أشْعَر أم لم يُشعر، ولما ذكره أولًا حكى بعضهم رواية الشَّافِعِي قول: إنما يحل إذا أشعر.

تنبيهات: منها: قال الجويني في «الفروق»: إنما يحل إذا سكن في البطن عقب ذبح الأُمِّ، أمَّا لو بقي زمنًا طويلًا يضطرب ويتحرك ثم سكن، فالصحيح أنه حرام.

ومنها: قضية إطلاق المصنف وغيره: أنَّا إذا ركبنا البهيمة فوجدنا جنينًا ميتًا أنه يحل مطلقًا، والظاهر أن مرادهم بذلك ما أشار إليه الحديث وهو موته بسبب ذبح أمه، أمَّا لو مات قبل الذبح وعرف ذلك أهل الخبرة ثم ذبحت فهو ميتة لا محالة إذا لم تؤثر فيه ذكاة أمه، وإلى هذا يشير قول المَاوَرْدِي في باب الآنية: الميتة كلها نجسة إلا خمسة أشياء: الحوت، والجراد، والآدمي، والسخل إذا مات بعد ذكاة أمه، والصيد يموت في يد الجارح بعد إرسال مرسله، انتهى.

ولم أر ما يشوش ذلك إلا قول «التهذيب» هنا، ولو خرج بعض الجنين ميتًا فذبحت الأُمّ قبل انفصال الجنين؛ حلَّ، انتهى.

……

ولعلَّه أراد ما إذا لم يكن على حياته من قبل كما سيأتي في المضغة على وجه، والعجب أن الرَّافِعِي نقل كلام «التهذيب» قبل هذا الفَرْع وبعده ولم يتعرض له برد ولا قبول، ولفظ «تعليقه»: ولو أنه ذبح حيوانًا وفي بطنها جنين ميت أو فيه أدنى حياة فمات في الحال؛ يحل، وكذا لو كان يتحرك في بطن الأمِّ بعد الذبح ثم سكن؛ يحل سواء اسْتُخرج في الحال أو بعد ساعة لحصول ذكاة الأمِّ.

وقال القاضي: إن استخرج بعد ساعة؛ لا يحل، انتهى.

قلت: ووجه قول القاضي ظاهر، وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المَرْوَزِيِّ: ولو ذبحت البهيمة ولم يشق جوفها في الحال واختلج الجنين في البطن اختلاجًا فاحشًا، ثم شُق بطنها بعد ساعة وخرج ميتًا الظاهر أنه يحل، انتهى.

ومنها: قال في «الرَّوْضَة»: ولو خرج الجنين في الحال وبه حركة مذبوح؛ حل، وإن خرج رأسه وفيه حياة مستقرة.

قال القاضي الحسين وصاحب «التهذيب»: لا يحل إلا بذبحه.

وقال القَفَّال: يحل؛ لأن خروج بعض الولد كخروجه في العدة وغيرها.

قلت: قول القَفَّال أصح، انتهى.

وفيما قاله نظر، والقياس الأول وهو ظاهر قول الشَّافِعِي في «الأمِّ»: إن كل ما قدر عليه لا يحل إلا بالذبح غير السمك والجراد، وعبارات الأصحاب: إن كل ما قدر على ذبحه لا يحل إلا بالذبح إلا السمك والجراد يوافق ذلك.

وفي «تعليق» البَغَوِي: إنه القياس، وفي «تعليق» إبراهيم المَرْوَزِيِّ: لو أخرج الولد رأسه، ثم ذبحت الأمُّ ومات الجنين؛ تُذبح الأمُّ على قول بعض أصحابنا لا يحل، والأصح أنه يحل وهو اختيار القاضي، انتهى.

وكأن هذه صورة أخرى أو أن اختيار القاضي اختلف، ويُشبه أن تكون صورة المسألة فيما لو ذُبحت بعدما أخرج رأسه أو أخرجه إثر ذبحها وتمكن

فَصْلٌ

وَمَنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ مَوْتًا أَوْ مَرَضًا مَخُوفًا وَوَجَدَ مُحَرَّمًا لَزِمَهُ أَكْلُهُ.

من ذبحه، أمَّا لو أخرجه قبل الذبح ومات قبله فالقياس أنه ميتة لا يحل لما قدمته، وقد مرَّ ما في خروج بعض الجنين من الاضطراب في مواضع.

ومنها: قول «الرَّوْضَة»: ولو خرج الجنين في الحال وبه حركة مذبوح حلَّ، وعبارة «التهذيب»: ولو خرج الجنين وبه حركة المذبوح ومات في الحال حلَّ، وبين العبارتين فرق ولعلَّه قيَّد الخروج في الحال؛ ليشير إلى ما سبق عن الشيخ أبي محمد.

ومنها: قال البَغَوِي: ولو أخرج الجنين رجله، فقياس ما قاله القاضي، يعني: في صورة خروج رأسه أنه يجرحه بسكين ونحوه ليحل كالبعير المتردي في بئر، ولو وجِد في جوف المذكاة مُضغة لم يتبين فيها الصورة ولا تشكَّلت الأعضاء ففي حلِها وجهان بناء على وجوب الغرة فيها، وثبوت أمية الولد.

قلت: ويُشبه أن يُبنى على الخلاف في طهارة المُضغة، ويجوز أن يكونا مفرعين على القول بطهارتها، ووجه المنع: الاستقذار.

ومنها: إذا ذكى حيوان وله يد شلاء فهل يحل أكلها؟ أو هي ميتة؟ فيه وجهان: أصحهما الأول كذا قالاه في «الجنايات» ولعلهما مفرعان على أن الشلل هو موت العضو، أمَّا إذا قلنا: إنه نقص الحركة مع بقاء حياة فيه فيحل قطعًا، ويحتمل أن يُبنى الحل والحرمة على التفسيرين، ويجوز شرب لبن فرس ولدت بغلًا؛ لأن اللبن تولد من الفرس ولا نظر إلى كون العجل حمارًا قاله البَغَوِي.

فصل

قال: (**وَمَنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ مَوْتًا أَوْ مَرَضًا مَخُوفًا وَوَجَدَ مُحَرَّمًا**) أي: لا يخاف منه التلف كميتة ودم ولحم كلب وخنزير وغيرها.

(**لَزِمَهُ أَكْلُهُ**) كما يجب دفع الهلاك بأكل الحلال، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

وَقِيلَ: يَجُوزُ ....

قال: (وَقِيلَ: يَجُوزُ) أي: ولا يجب إذ قد يتورع لتردده في الانتهاء إلى حد الضرورة، وذكر أنه مخرج من جواز الاستسلام للصائل وفرق بان، ثم أثر مهجة على مهجة وطلب الشهادة وهنا بخلافه، والأصل في الإباحة قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل: ١١٥] أي: فأكل هو إثم عليه.

إشارات: يستثنى من المأكول والمشروب الخمر ونحوه من المسكرات على الأصح، ومن الآكِلِين بسفره على المذهب، وقيل: الأصح، ويُشبه أن يكون العاصي بإقامته كالمسافر، وإذا كان الأكل عونًا له على الإقامة، وقولهم: تباح الميتة للمقيم العاصي بإقامته على الأصح محمول على غير هذه الصورة، ولا يحل أكل شيء مطلقًا، ولا لذمي أكل مسلم على الأقيس في «الرَّوْضَة» الظاهر أن ما يأكله المضطر يوصف بأنه حلال، وقيل: إنه حرام رُخِّص فيه.

قال الشيخ: ولا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول الحرام، وأنه لا يجب الكف إلى أن يُشرف على الموت، بل من بلغ ذلك لا يحل له الأكل، فإنه غير مفيد، ولا خلاف في جواز الأكل عند خوفه لو لم يأكل من جوع، أو ضعف عن المشي، أو الركوب، وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك، فلو خاف حدوث مرض مخيف حبسه فهو كخوف الموت، وكذا خوف طول المرض على الأصح أو الأظهر في «الرَّوْضَة». **قلت**: ويتجه أن هذا في الجواز لا الوجوب.

وفي «البيان»: فإن كان به داء يطول ولكنه غير مخوف كحمى الرِّبع فلا يحل له تناول النجس لأجله، وإن كان داء لو لم يتناول النجس لاشتدَّ وصار مخوفا فهل له تناول الدواء النجس؟ فيه قولان، ولو عيل صبره وأجهده الجوع حلَّت له الميتة في الأظهر، والثاني: حتى يصير إلى أدنى الرَّمَق، ولا يشترط فيما يخاف منه تعين وقوعه لو لم يأكل بل يكفي عليه الظن، انتهى.

هكذا عبَّر المصنف عمَّا جعله الأظهر من القولين.

قال ابن الرِّفْعَة: والذي رأيته في «تعليق» القاضي الحسين في التعبير عنه

فَإِنْ تَوَقَّعَ حَلَالًا قَرِيبًا لَمْ يَجُزْ غَيْرُ سَدِّ الرَّمَقِ، وَإِلَّا فَفِي قَوْلٍ يَشْبَعُ، وَالْأَظْهَرُ سَدُّ الرَّمَقِ إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفًا إِنِ اقْتَصَرَ.

أن أبا عبد الله السرخسي حكى أيضًا عن الشَّافِعِي: أنه يَحلّ له أكل الميتة إذا اشتدَّ به الجوع وعيل صبره؛ لأنه إذا انتهى إلى تلك الحالة؛ يعني: خوف الهلاك لا يشتهي السكنجبين، فكيف يشتهي الميتة، انتهى.

وسلك الْمَاوَرْدِي طريقة فيها مخالفة لبعض ما تقدم.

قال: (**فَإِنْ تَوَقَّعَ**) أي: المضطر ونحوه.

(**حَلَالًا قَرِيبًا لَمْ يَجُزْ غَيْرُ سَدِّ الرَّمَقِ**) أي: قطعًا؛ لاندفاع الضرورة به.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يتوقعه.

(**فَفِي قَوْلٍ يَشْبَعُ**) لأن ما حَلّ منه ما سد الرَّمَق حل الشبع كالطعام المباح، وأيضًا فلو لم يشبع لا يقوى على السير ويحتاج إلى المعاودة من بعد مرة.

قال الإمام وغيره: وليس معنى الشبع أن يمتلئ حتى لا يجد مساغًا، فإنه حرام، ولكن إذا انكسرت سورة الجوع بحيث لا ينطلق عليه اسم جائع أمسك.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ سَدُّ الرَّمَقِ**) أي: وهو بقية الروح في الجسد، وسَدّ بالسين المهملة وقيل: إعجامها أنسب.

(**إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفًا إِنِ اقْتَصَرَ**) أي: على سَد الرَّمَق فإنه يشبع وجوبًا كما بيَّنه الإمام قريبًا لا أنه يمتلئ حتى لا يجد مساغًا، وهذا التفصيل بعضه للإمام وبعضه للأصحاب.

قال الشيخ في شرح «المهذب»: قال أصحابنا: لا خلاف أنه يُباح له سَد الرَّمَق، وأنه لا يُباح له الزيادة على الشبع، وفي حدّ الشبع قولان، وذكر الإمام وغيره عن نقل الأصحاب ثلاثة أقوال: ثالثها: إن كان بعيدًا حلّ الشبع وإلا فلا هكذا أطلق الجماهير في الطريقين، وكذا نقله عن الأصحاب، ثم أنكره عليهم.

وذكر هو والغزالي تفصيلًا حاصله: إن كان في بادية وخاف إن ترك الشبع ألَّا يقطعها ويهلك؛ وجب القطع بأنه يشبع، وإن كان في بلدٍ وتوقع طعامًا طاهرًا قبل عود الضرورة؛ وجب القطع بالاقتصار على سَدِّ الرَّمَق، وإن كان لا

وَلَهُ أَكْلُ آدَمِيٍّ مَيْتٍ وَقَتْلُ مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ، لَا ذِمِّيٍّ وَمُسْتَأْمَنٍ وَصَبِيٍّ حَرْبِيٍّ.
قُلْت: الْأَصَحُّ حِلُّ قَتْلِ الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ الْحَرْبِيَّيْنِ لِلْأَكْلِ، والله أَعْلَمُ.

يظهر حصول الطعام طاهر أو أمكنه عند الحاجة العود إلى أكل الميتة مرة بعد أخرى إن لم يجد الطاهر فهذا محل الخلاف، قال: وهذا التفصيل حسن وهو الراجح، وكذا قال في «الرَّوْضَة»: وهو ما في «المنهاج» و«أصله».

فَرْعٌ: له التزود من الميتة إن لم يرج وصوله الحلال، وكذا إن رجاه في الأصح. قال: (**وَلَهُ أَكْلُ آدَمِيٍّ مَيْتٍ**) إن كان كافرًا قطعًا، وكذا إن كان مسلمًا معصومًا على المذهب، وقيل: على الأصح؛ لأن حرمة الحيّ أعظم وحفظها أولى، ووجه المنع بحديث: «**كسر عظم الميت ككسره حيًّا**»⁽¹⁾ حديث صحيح رواه أبو داود وغيره وصححه ابن حبان.

قال في «الشَّامِل»: وهو محمول على غير حال الضرورة، ولو كان الميت نبيًّا من الأنبياء ـ عليهم السلام ـ لم يُبح أكله بلا خلاف، أو كان مسلمًا غير نبي ولكن المضطر ذمي فأقيس الوجهين: المنع؛ لكمال شرف الإسلام، وحيث جوزنا أكل الآدمي قال المَاوَرْدِي: لا يأكل منه إلا ما يسدّ الرَّمَق قطعًا حفظًا للحرمتين، قال: وليس له طبخه وشيّه، بل يأكله نيئًا بخلاف سائر الميتات، وهذا في الميت المحترم كما دلّ عليه كلامه.

فَرْعٌ: لو وجد ميتة وإن كان خنزير أو لحم آدمي أكلها ولم يجز أكله هكذا أطلقه الشيخ وغيره، ويشبه أن هذا في آدمي له نوع حرمه لا مرتد ونحوه وكافرًا أصلي.

قال: (**وَقَتْلُ مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ**) إذ لا عصمة لهما، وإنما يعتبر إذن الإمام في المرتد في حال الرفاهية، (**لَا ذِمِّيٍّ وَمُسْتَأْمَنٍ وَصَبِيٍّ حَرْبِيٍّ**) أي: لتحريم قتلهم.

قال: (**قُلْت: الأَصَحُّ حِلُّ قَتْلِ الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ الحَرْبِيَّيْنِ لِلأَكْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) وهو ما ذكره الإمام والغزالي وليس المنع من قتلهما لحرمة روحيهما،

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ١٠٠، رقم ٢٤٧٣٠)، وأبو داود (٣/ ٢١٢، رقم ٣٢٠٧)، وابن ماجه (١/ ٥١٦، رقم ١٦١٦) وابن حبان (٣٢٣٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ٥٨، رقم ٦٨٧٠).

وَلَوْ وَجَدَ طَعَامَ غَائِبٍ أَكَلَ وَغَرِمَ، أَوْ حَاضِرٍ مُضْطَرٌّ لَمْ يَلْزَمْهُ بَذْلُهُ إنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْهُ.

بل لحق الغانمين، ولا أثر لذلك في حالة الضرورة، ويحلُّ للمضطرِ المسلم قتل الزاني المحصن، والمحارب المقاتل، وتارك الصلاة عمدًا للأكل على الأصح، وليس له الأكل منه حيًّا كما قال المَاوَرْدِي، وكذا له قتل من له قتله قودًا أو أكله وإن لم يحضره السلطان ولا أذن فيه، ولو وجد صبيًّا حربيًّا وبالغًا منهم قتل البالغ فقط إن أمكنه، ولو كانا مكلَّفين تخير، إلا أن يكون أحدهما قريبه فيكره له أكله كما يُكره له قتله، قاله ابن عبد السلام، أطلقا وغيرهما أنه ليس للسيد قتل عبده للأكل؛ لأن الكفارة تلزمه بقتله.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذا ظاهر في العبد المسلم إذا ما كان كتابيًا فحقن دمه؛ لأجل حق السيد في ماليته حتى لا يضيع، فيشبه أن يكون كالحربيَّة وأطفالهم، ومن طريق الأولى إذا كان العبد وثنيًّا فإنه لا يقر بجزية لو كان حرًّا، انتهى.

وإذا كان الحقن إنما هو لأجل المالية فيه بلا فرق بين عبده وعبد غيره، فينبغي أن يعمم التجويز، ويغرم الغير للسيد كسائر الأموال.

قال: **(وَلَوْ وَجَدَ طَعَامَ غَائِبٍ)** أي: ولم يجد غيره.

(أَكَلَ وَغَرِمَ) أي: حفظًا للمهجة وحق الغائب، وقيل: [لا غرم] وفي وجوب الأكل والقدر المأكول الخلاف السابق، وقيل: يجوز الشبع قطعًا، وقيل: يقتصر على سَد الرَّمَق قطعًا وأغرب في «التَّرْغِيب» فقال: وإن لم يكن حاضرًا ينادي ثلاثًا وله أكله ثم حكى الطرق الثلاثة، ولو كان الطعام لصبي أو مجنونٍ ووليه غائب فالحكم كما مرّ، وإن كان حاضرًا فهو في مالهما كالكامل في ماله، وهذه من الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نَسِيئَة، ومن المعسر وبلا رهن للضرورة.

قال: **(أَوْ حَاضِرٍ مُضْطَرٌّ لَمْ يَلْزَمْهُ بَذْلُهُ إنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْهُ)** إبقاءً لمهجته إلا أن يكون الطالب نبيًّا، وهذه إنما تتصور في زمن نزول عيسى ﷺ وقد تكون مسألة علمية، وقول المصنف يفضل عنه، أي: في الحال، فإن فضل عنه في الحال؛ لزمه إطعامه، وإن احتاج إليه في باقي الحال على أصح الوجهين.

فَإِنْ آثَرَ مُسْلِمًا جَازَ، ....

قال: (فَإِنْ آثَرَ مُسْلِمًا جَازَ) قال في شرح «المهذب»: قال أصحابنا: فإن آثره المالك على نفسه فقد أحسن، قال الله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩] وتبع هو والرَّافِعِي في ذلك الإمام وأتباعه والْبَغَوِي والمروزي حتى قال الإمام في باب صول الفحل: ولا خلاف في استحباب الإيثار وإن أدى إلى هلاك المؤثر وهو شِيم الصالحين.

قلت: ولم يزل في نفسي شيء مما ذكروه، وفي الاستدلال بالآية وقفة وقد دلَّت السنة على البداءة بالنفس، ثم رأيت الْمُتَوَلِّي قال في كتاب «البغاة» في كلامه على دفع الصائل: إنه لو كان مضطرًا وولده مضطرًا لا يجوز له بذل الطعام له. هذا لفظه.

وغير الولد أولى بالمنع، وعلى الأول ينبغي تقييد ذلك بما إذا كان الغير معصومًا لا يجوز قتله للأكل، وقد يخطر للفقيه تفصيل وهو: أنه إن كان بقارب الطعام أنفع للدين والمسلمين لعلمه وشجاعته وغيرهما من النفع العام والغير عكسه، فالأولى ألَّا يؤثره إن لم يمنعه منه، وإن كان حالهما بالعكس له اسُتحب له الإيثار.

في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو كان بيد المضطر ميتة لم يكن أحق بها من مضطر غيره؛ لأن اليد لا تثبت عليها لذي اليد، ولذلك لو قال له على شيء وفسَّره بميتة لا تقبل، انتهى.

وفيه نظر، والمتوجَه: الجزم باختصاصه بقدر ضرورته منها إن كانت له في حياتها أو سبق إليها وهي ملقاة، وحازها كسائر المباحات لحديث: **«من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»**(١) والله أعلم.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٢/ ٢٦٣، رقم ٧٥٥٨)، والبخاري في الأدب (١/ ٣٨٨، رقم ١١٣٨)، ومسلم (٤/ ١٧١٥، رقم ٢١٧٩)، وأبو داود (٤/ ٢٦٤، رقم ٤٨٥٣)، وابن ماجه (٢/ ١٢٢٤، رقم ٣٧١٧)، والبيهقي (٣/ ٢٣٣ رقم ٥٦٩٤) وابن حبان (٢/ ٣٤٩، رقم ٥٨٨).

أَوْ غَيْرَ مُضْطَرٍّ لَزِمَهُ إِطْعَامُ مُضْطَرٍّ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، فَإِنِ امْتَنَعَ فَلَهُ قَهْرُهُ، وَإِنْ قَتَلَهُ.

قال: (**أَوْ غَيْرَ مُضْطَرٍّ**) أي: وإن كان يحتاج إليه من باقي الحال على الأصح.

(**لَزِمَهُ إِطْعَامُ مُضْطَرٍّ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ**) أي: أو مستأمن أو معاهد أو بهيمة محترمة، ولو لغيره نظر إلى الضرورة الناجزة المتيقنة.

قال: (**فَإِنِ امْتَنَعَ فَلَهُ قَهْرُهُ وَإِنْ قَتَلَهُ**) أي: للمُضطر قهر المالك ونائبه المانع، وأخذ ما اضطر إليه ومقاتلته عليه لتعديه بمنعه، وهذا حيث لا يجد المضطر ميتة ونحوها، فإن وجد فليس له المكابرة، نصَّ عليه في «**الأُمِّ**» فإن قتله المُضطر حيث لا يصل إلى ذلك إلا بالقتل كان المانع مهدرًا، والقتال والقتل هنا كما سبق في الصائل، وإن قتله المالك أو نائبه في الدفع عن الطعام لزمه القود؛ لعدوانه، وهل ما يجب بذله ويجوز له أخذه قهرًا، والقتال عليه ما يسدُّ الرَّمق أو قدر الشبع فيه قولان من القولين فيما يحل له من الميتة.

فَرْعٌ: هل يجب على المضطر الأخذ قهرًا والقتال؟ فيه خلاف مرتب على وجوب الأكل من الميتة وأولى بألَّا يجب، قال الشيخ: والمذهب: إنه لا يجب القتال كما لا يجب دفع الصائل وأولى، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن هناك له غرض وهو: الشهادة، بخلاف مسألتنا، وأيضًا فإنما لا يجب دفع الصائل إذا كان مسلمًا على المذهب لا مطلقًا، فينبغي أن يُفصل هنا بين المالك المسلم وغيره، وخصَّص **الْبَغَوِي** الخلاف هنا بما إذا لم يخف على نفسه، فإن خاف لم يجب القتال قطعًا، وينبغي أن يُقال: إن غلب على ظنه الأمن على نفسه وصاحبه المعصوم وجب القتال وإلا فلا.

فَرْعٌ: لو مات المضطر جوعًا فلا ضمان على مانعه وإن أثم، قال **الْمَاوَرْدِي**: ولو قيل يُضمن كان مذهبًا؛ لأن الضرورة أثبتت له في ماله حقًّا فكأنه منع منه طعامه وفي «**الشَّامِل**» نظر سبق بيانه.

= حديث وهب بن حذيفة: أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٢، رقم ١٥٥٢٣)، والطبراني (٢٢/ ١٣٥، رقم ٣٥٩) وأبو نعيم في المعرفة (٥/ ٢٧١٨، رقم ٦٤٩٠).

و إِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِعِوَضٍ نَاجِزٍ إِنْ حَضَرَ، وَإِلَّا فَبِنَسِيئَةٍ، ....

قال: (**وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ**) أي: بذله للمُضطر.

(**بِعِوَضٍ نَاجِزٍ إِنْ حَضَرَ، وَإِلَّا فَبِنَسِيئَةٍ**) أي: ولا يلزمه بذله مجانًا على الصحيح، وقيل: يلزمه إذا تعين عليه إطعامه وضعَّفه المصنف، وهو قوي عندنا لما سيأتي، وقد قالا في آخر الباب: إنه لو استضاف مسلم لاضطرار به مسلمًا استحب له ضيافته ولا يجب، فافهما وجوبها للمضطر، والضيافة لا تكون إلا مجانًا، وسيأتي من السنَّة، ونصّ الشَّافِعِي ما يدل على الوجوب مجانًا.

تنبيهات:

أحدها: قال القاضي أبو الطيب وغيره إذا لم يحتمل الحال التأخير إلا بقدر العوض لزم المالك الإطعام، ولا عوض له، وقضية كلام الشيخين الموافقة عليه، ثم ذكر من بعد: إنه لو أوجر المالك المضطر قهرًا أو وهو مغمى عليه أن أحسن الوجهين: إنه يستحق القيمة؛ لأنه خلَّصه من الهلاك، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك، ويخدش هذا قولهما: إن الجمهور فرَّقوا بين كونه يلزمه تخليص المشرف على الهلاك مجانًا لوقوعه في ماء أو نار، وبين كونه لا يلزمه بذل طعامه للمضطر مجانًا بأن هناك يلزمه التخليص، ولا يجوز له التأخير إلى تقرير الأجرة، وهنا بخلافه، وإن أبا الطيب وغيره سوُّوا بين الصورتين في احتمال التأخير للتقرير وعدمه، وإلَّا فلا فرق بينهما، وهو ما نقله الشيخ في آخر الباب من شرح «المهذب» عن الأصحاب مطلقًا، واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه، وهذا هو الوجه.

وفي «كفاية» ابن الرِّفْعَة: إنه لو أدى التشاغل بتعاطي الشراء أو تقدير الأجرة إلى التلف وجب الإطعام والبذل والتخليص مجانًا على الأصح، وهو ما أورده ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب، وزاد البَنْدَنِيجِي فقال: لو خاف المضطر على نفسه إذا تشاغل بالموافقة فاستلب المال وأكله فلا قيمة عليه.

الثاني: إذا بذل المالك طعامه مجانًا لزمه قبوله وأكله إلا أن يخشى أنه سمَّه فيه، وإن بذله بعوض ولم يُقدِّراه لزمه قيمة ما أكله في ذلك الزمان

فَلَوْ أَطْعَمَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ عِوَضًا فَالْأَصَحُّ لَا عِوَضَ.

والمكان، وله الشبع في الحالين، وإن قدَّراه ولم يفرد المأكول فكذلك وإن أفرداه وكان المقدر ثمن المثل فذاك، وإن كان أكثر والتزمه فأقيس الأوجه وأصحها: لزوم المسمى، وأصحها عند الرُّويَانِي والدَّارِمِي والفارقي وابن أبي عصرون: يلزمه ثمن المثل زمانًا ومكانًا، واختار الْمَاوَرْدِي: إن كانت الزيادة لأشق عليه ليساره لزمته، وإلا فلا، وجعله في «الانتصار» طريقة مرجوحة.

الثالث: قال في «الرَّوْضَة» ليس له الأخذ قهرًا إذا بذل المالك بثمن المثل، فإن طلب أكثر فله ألَّا يقبل ويأخذه قهرًا أو يقاتله عليه، فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهرًا لذمه المسمى بلا خلاف، والخلاف السابق فيمن عجز عن الأخذ قهرًا، انتهى.

وفي إطلاق القول بأنه إذا طلب أكثر أن له الأخذ قهرًا والمقاتلة نظر لا يخفى.

ثم رأيت الشَّافِعِي قال في «الأُمِّ»: فإن لم يبعه إلا بما لا يتغابن الناس بمثله كان له أكل الميتة والاختيار أن يغالي به ويَدع أكل الميتة، وليس له بحال أن يُكابر رجلًا على طعامه وشرابه وهو يجد ما يغنيه من شراب فيه ميتة أو ميتة، انتهى لفظه.

وقال في «المعين» بعد نقله الوجهين الأولين: فيما إذا كان المقدر أكثر من ثمن المثل وهذا إذا لم يقدر على مخادعته؛ كشرط مفسد للعقد، فإن قدر ولم يفعل لزمه الثمن وجهًا واحدًا بخلاف ما لو قدر على مكابرته فنزلها تجنبًا لإراقة الدم فإنه على الوجهين، قاله في «الشَّامِل» انتهى وذكره في «البيان» و«الانتصار».

قال: (**فَلَوْ أَطْعَمَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ عِوَضًا فَالْأَصَحُّ لَا عِوَضَ**) حملًا على المسامحة المعتادة في الطعام؛ سيما في حق المضطر.

والثاني: يلزمه؛ لأنه خلَّصه من الهلاك فرجع بالبدل لكان العفو عن القود، وإطلاق المصنف يشمل ما إذا وسع الوقت التوافق على العوض وما إذا لم يسع وما إذا أوجره وسبق ما فيه، قال في شرح «المهذب»: والخلاف يشبه

……

بالخلاف، فإن عرف بالعمل بأجرة إذا استعمله إنسان بغير شرط أجرة، والأصح: إنها لا تجب، ثم قال: ولو أوجر المالك المضطر قهرًا أو وهو مغمى عليه فأصح الوجهين: إنه يستحق القيمة، انتهى.

وفي هذا الترجيح نظر ظاهر، والصحيح في «العمد» و«التَّرْغِيب» وغيرهما: وهو الراجح المختار الجاري على قاعدة المذهب أنه لا يستحق شيئًا؛ وأحسن ابن الرِّفْعَة فصحح عدم الاستحقاق في الصور الثلاث، ويجب أن يكون موضع الوجهين ما إذا لم يقصد القربة بذلك وقصد العوض، أمَّا لو قصد به وجه الله تعالى أو أطلق لم يستحق عوضًا، ثم الكلام في المالك المطلق التصرف في ماله ولو كان المضطر محجورًا عليه بسفه فهل هو كالرشيد في الضمان إذا كان المالك مطلق التصرف؟ الأقرب: المنع لما سبق في البيع والقياس أن حكم إيجار المحجور والرشيد واحد، وإنما يفترقان في الإطعام والمعاقدة.

فَرْعٌ: لو اختلفا فقال: أطعمتك بعوض، فقال المضطر: بل مجانًا، فوجهان، وفي «العمد» و«البيان» قولان: أصحهما: في شرح «المهذب» و«الرَّوْضَة»: يُصدَّق المالك؛ لأنه أعرف بدفعه، والثاني: المضطر؛ لأن الأصل براءة ذمته، وعبارة الرَّافِعِي: رجح منهما الأول، وقال في كتاب «الهبة»: قال: وهبتك ببدل، وقال: بلا بدل، وقلنا: مطلق الهبة لا يقتضي ثوابًا فهل المصدق الواهب أو المتهب؟ وجهان: وبالأول أجاب ابْن كَجٍّ زاد المصنف، قلت: الثاني أصح، انتهى.

فإن كان التصور أنهما اتفقا على صدور لفظ الهبة، ثم اختلفا في ذكر البدل فترجيح المصنف ظاهر، وإن كان التصور أعم من ذلك فهي مسألتنا، ولعل المرجح الذي أبهمه الرَّافِعِي في الأولى هو ابْن كَجٍّ الذي صرَّح به في هذه ردًا، وعدَّ الرَّافِعِي في أوائل القرض: أنه لو اقتصر على قوله: ملَّكته، فهو هبة، فإن اختلفا في ذكر البدل [فالقول قول الأخذ، قال الشيخ: وحكي وجه شاذ: إن القول قول الدافع وهو متجه، انتهى.

وقوله: في ذكر البدل أو في] إرادته كما قاله غيره فتأمل هذه المسائل.

وَلَوْ وَجَدَ مُضْطَرٌّ مَيْتَةً وَطَعَامَ غَيْرِهِ، أَوْ مُحْرِمٌ مَيْتَةً وَصَيْدًا فَالْمَذْهَبُ أَكْلُهَا.

قال: (**وَلَوْ وَجَدَ مُضْطَرٌّ مَيْتَةً وَطَعَامَ غَيْرِهِ، أَوْ مُحْرِمٌ مَيْتَةً وَصَيْدًا فَالْمَذْهَبُ أَكْلُهَا**) فيه صورتان: الأولى: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير، فأمَّا أن يكون حاضرًا أو غائبًا، فإن كان غائبًا فثلاثة أوجه ويقال أقوال، كذا قالا، وفي «**الْكَافِي**» ثلاثة أقوال، وقيل: ثلاثة أوجه، انتهى.

أصحها: يجب أكل الميتة؛ لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، ولعدم الضمان.

وثانيها: الطعام؛ لأنه حلال العين، فأشبه ما لو حضر المالك وبذله، وصححه **الْفَارِقِيّ**.

والثالث: مخير بينهما لتعارض المعينين، وأشار الإمام إلى أخذ هذا الخلاف من الخلاف في اجتماع حق الله وحق الآدمي، وإن كان المالك حاضرًا فبذله أو بثمن مثله أو بزيادة يتغابن بمثلها ومعه ثمنه أو رضي بذمته منه لزمه القبول، وإن لم يبعه إلا بزيادة كبيرة، فالمذهب الذي أورده العراقيون والطبرانيون وغيرهم أنه لا يلزمه شراؤه ولكن يستحب، وحينئذ فهو كما لو لم يبذله أصلًا وإذا لم يبذله لا يقاتله المضطر عليه إن خاف من المقاتلة على نفسه أو إهلاك المال فيها بل يأكل الميتة، وإن لم يخف؛ لضعف المالك وسهولة دفعه فعلى الخلاف فيما لو كان غائبًا، وقال **البَغَوِي**: يشتريه بالثمن الغالي ولا يأكل الميتة، ثم يأتي الخلاف في لزوم المسمى أو ثمن المثل.

الصورة الثانية: إذا اضطر المحرم ولم يجد إلا صيدًا فله ذبحه وأكله ويفديه، وإن وجد صيدًا وميتة فقولان:

أحدهما: يأكله؛ لأن تحريم الميتة أغلظ وآكد؛ لأنه مؤبد، ويعم المحرم وغيره بخلاف الصيد، وأظهرهما: إنه يأكل الميتة؛ لأنه في الصيد يرتكب محظورين: [القتل والأكل ويلزم الجزاء أيضًا، ثم قيل: القولان متأصلان بأنفسهما] وقيل: مبنيان على أن ما يذبحه المحرم يصير ميتة، إن قلنا: نعم ـ وهو الجديد ـ أكل الميتة وإلا فالصيد، وقيل: إن جعلناه ميتة ترك الصيد

....

وأكل الميتة قطعًا وإلا فقولان، وعلى هذا جرى أكثر الأئمة، وفي وجه أو قول ثالث بتخير بينهما كما قيل في الصورة الأولى، وقيل: يأكل الميتة قطعًا ويشبه أن يجيء مثل هذا في الميتة والصيد الحربي.

وقال الدَّارمِي بعد ذكر الطرق في المحرم: وإذا كان عنده صيد مذبوح صاده هو وكان قد لزمه جزاؤه، فإن قلنا: ميتة أكل من أيهما شاء ويستحب من الميتة غير الصيد، وإن قلنا: ذكى فوجهان: أحدهما: يأكل منه، والثاني: من الميتة، انتهى.

وخصَّ الْمَاوَرْدِي الخلاف بما إذا لم تكن الميتة ميتة آدمي، فإن كانت فلا يأكل إلا الصيد قولًا واحدًا، قال: ولو وجد المحرم صيدًا وطعام الغير فهل يتعين الصيد أم الطعام أم يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه أو أقوال، سواء جعلنا ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة أم لا وهذا مع غيبة المالك، فإن حضر ومنعه تعين الصيد، وإن بذله له تعين الطعام صرَّح به الدَّارمِي وغيره، وإن وجد ميتة وصيدًا وطعام الغير فهل يتعين الميتة أو الطعام أو الصيد أو يتخير بينهما؟ أو بينها وبين الطعام والميتة؟ أو بين الصيد والميتة؟ أو بين الصيد والطعام؟ سبعة أوجه: أصحها أولها.

فروع: لو وجد [ميتة] مأكول وغير مأكول أو ظاهر في الحياة دون الأخرى فقيل: يتخير، وقيل: يتعين الشاة مثلًا.

قال في «الرَّوْضَة»: ينبغي أن يكون الراجح ترك النجس حيًّا والتخيير في الباقي، وصحَّحه في شرح «المهذب» انتهى.

وهذا في غير الآدمي، أمَّا الآدمي المحترم فيجب اجتناب أكله إذا وجد ميتة غيره، وليس مراده من غير المأكول الآدمي بل الحمار ونحوه، وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المَرْوَزِيّ: إنه إذا وجد مسلمًا ميتًا وكافرًا ميتًا يتناول الكافر؛ لأن حرمة المسلم مستصحبة، ولو وجد خنزيرًا ميتًا أو ذميًّا فالخنزير أولى بالتناول لئلا تُهتك حرمة المسلم مع الاستغناء عنه، انتهى.

وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ قَطْعِ بَعْضِهِ لِأَكْلِهِ.

وبهذا أجابا كما سبق وأطلقا ذكر الآدمي، وتوجيه المَرْوَزِيّ يقتضي التخصيص بالمسلم وهو حسن، أمَّا لو كان الميت مرتدًا أو كافرًا أصليًّا فلا وقدمنا ذلك بحثًا فتأمله.

في «تعليق» الْبَغَوِي: إن المضطر يجب عليه السؤال ويخبر بحاله ويسأل حتى يعجز عن السؤال.

وقال: قال القاضي: في كثيره لا يجب السؤال بل يأكل الميتة، قال: هذا إذا قلنا أن أكل الميتة أولى من طعام الغير. لو كان له كلب غير عقور جائع وشاة.

قال البَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» وتبعه في «الْكَافِي»: لزمه ذبح الشاة لإطعامه وله أن يأكل من لحمها؛ لأنه ذبحها للأكل، ورأيت من حكى في جواز أكله منها وجهين بلا ترجيح، والصحيح: الجواز نعم إنما يتضح وجوب ذبحها إذا لم يجوز له قتله، فإن جوَّزناه كما سبق عن النص؛ فالقياس أنه مخيَّر بين الأمرين، وهل ينوب إن سأله مناب إطعامه؟ إن كان بحيث يتوقع أنه يجد ما يسدّه فنعم، وإن كان يعلم أنه يموت جوعًا فلا، وإن جوَّزنا قتله فيما يظهر لما فيه من تعذيبه بالجوع حتى يموت منه.

فائدة: قال المحب الطبري: لو اضطرت امرأة إلى طعام الغير ولم يبذله لها إلا بوطئها لم أر فيه نقلًا، والذي يظهر لي أنه لا يجوز لها تمكينه.

قلت: هو الصواب بلا تردد، وقد يمنعها الفاجر الطعام بعد الوطء وعجب تردده في ذلك! والله أعلم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَحْرِيمُ قَطْعِ بَعْضِهِ لِأَكْلِهِ**) أي: بعض نفسه ليأكله هو حال اضطراره؛ لأنه قطع لحم حي قد يتولد منه الهلاك كقطعه من غيره، وهذا ما اختاره في «الإفصاح» وجماعة.

وصححه الفوراني والْبَغَوِي والقاضي أبو الطيب ونسبه في «التَّرْغِيب» إلى عامة الأصحاب، والثاني: يجوز؛ لأنه إتلاف بعض لاستيفاء الكل فأشبه قطع اليد بسبب الأكلة.

قُلت: الْأَصَحُّ جَوَازُهُ، وَشَرْطُهُ فَقْدُ الْمَيْتَةِ وَنَحْوِهَا، وَأَنْ يَكُونَ الْخَوْفُ فِي قَطْعِهِ أَقَلَّ، وَيَحْرُمُ قَطْعُهُ لِغَيْرِهِ وَمِنْ مَعْصُومٍ، والله أعلَمُ].

قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون أظهر وبه وقال الشيخ أبو حامد وغيره.

قال: (**قُلْت: الأَصَحُّ جَوَازُهُ، وَشَرْطُهُ فَقْدُ الْمَيْتَةِ وَنَحْوِهَا، وَأَنْ يَكُونَ الْخَوْفُ فِي قَطْعِهِ أَقَلَّ**) الحامل له على الترجيح من قول الرَّافِعِي ونسبه إلى آخره، وجعلا في «الشَّرْحين» و«الرَّوْضَة» موضع الخلاف في الجواز: إذا لم يكن الخوف في القطع كالخوف في الجوع أو أشد، وودت لو قيل: إن كان القطع غير مخوف جاز أو مخوفًا فلا، وإن كان ما يتوقع منه دون ما يتوقع من الجوع لئلا يكون متسببًا في قتل نفسه والجرح مخطر، ولا شك أنه ينزف معه دم كثير مع ما هو عليه من شدة الجوع إذ لا بدّ أن يقطع فلذة تسدّ مسدًا، ولينظر هل محل الجواز إذا كان [يتوقع] حصول شيء يتناوله في باقي الحال أم أعم من ذلك؟ والظاهر: إذا لم يتوقع حصول شيء من بعد أنه لا يجوز جزمًا؛ لأنه يهلكه لا محالة، أو يحتاج إلى القطع ثانيًا، وثالثًا حتى يهلك، والله أعلم.

فَرْعٌ: لو عمَّ الحرام الأرض بحيث لم يبق حلال جاز أن يستعمل منه ما تدعو إليه الحاجات، ولا يقف حله على الضرورات.

قال الإمام: ويقتصر على ما تمس الحاجة إليه دون أكله الطيبات وشرب المستلذات، قال ابن عبد السلام: وصوره أن يكون المستحقون بحيث يتوقع معرفتهم في المستقبل، فلو آيسنا منه لمَّا تصورت هذه المسألة؛ لأن المال حينئذ يكون للمصالح العامة، انتهى.

قال: (**وَيَحْرُمُ قَطْعُهُ**) أي: من نفسه.

(**لِغَيْرِهِ**) أي: بالاتفاق.

(**وَمِنْ مَعْصُومٍ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) إذ ليس فيه إتلاف البعض؛ لإبقاء الكل، والظاهر أن مراده بالمعصوم من لا يجوز قتله لغرض الأكل كما تقدم، وحينئذ يجيء في قطعه من عنده وغيره ما تقدم؛ لأن الغاية إزهاق روحه، فإذا جاز للأكل جاز قطع بعضه له، والله أعلم.

……

مَسْأَلَةٌ: أجمع المسلمون على مشروعية الضيافة، والسنن الصحيحة أمرت بها وحاثة عليها، وظاهرها وجوبها على الواجد لابن السبيل، وبه قال الإمامان: الليث بن سعد وأحمد بن حنبل فأوجباها يومًا وليلة، وعن أحمد: ليلة، وخصص ذلك بأهل القرى والبادية دون المدن، كذا نقله أصحابنا، وفي تحقيق ابن الجوزي: يجب على المسلم ضيافة المسلم المسافر المجتاز به ليلة.

وقال أكثرهم: لا يجب، ويدل للوجوب ما في «الصحيحين» وغيرهما: «**إذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف واقبلوا، فإن لم تفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم**»(١) وحمل الجمهور الأحاديث على تأكيد الاستحباب وفيه نظر؛ لأن في تجويزه لهم أخذ ما ينبغي للضيف ظاهر في الوجوب، وأن لهم أخذ ذلك رضا به المنزول بهم أم لا، وتأوَّله المانعون بأوجه ضعيفة:

أحدها: حمله على المضطر.

ثانيها: إن المراد أن لهم أن يأخذوا من أغراضهم بألسنتهم، ويذكروا للناس لومهم وبخلهم وهذان بعيدان.

وثالثها: إن هذا كان في أول الإسلام حيث كانت المواساة واجبة، وزيَّفه المصنف فقال: هو ضعيف أو باطل؛ لأن هذا لا يعرف.

ورابعها: حمله على من شرط عليه ذلك من أهل الذمة وليس بشيء، ويرد هذه التأويلات حديث الْمِقْدَامِ أَبِي كَرِيمَةَ ﷺ أنه سمع النبي ﷺ يقول: «**لَيْلَةُ الضَّيْفِ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، فَمَنْ أَصْبَحَ بِفِنَائِهِ فَهُوَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، إِنْ شَاءَ اقْتَضَى وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**» وفي لفظٍ: «**مَنْ نَزَلَ بِقَوْمٍ فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْرُوهُ، فَإِنْ لَمْ يَقْرُوهُ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُعَاقِبَهُمْ بِمِثْلِ قِرَاهُ**»(٢) رواهما أبو داود بإسنادٍ صحيح.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٩، رقم ١٧٣٨٣)، والبخاري (٥/ ٢٢٧٣، رقم ٥٧٨٦)، ومسلم (٣/ ١٣٥٣، رقم ١٧٢٧)، وأبو داود (٣/ ٣٤٣، رقم ٣٧٥٢)، وابن ماجه (٢/ ١٢١٢، رقم ٣٦٧٦).

(٢) أخرجه الطيالسي (ص ١٥٧، رقم ١١٥١)، وأحمد (٤/ ١٣٠، رقم ١٧٢١١)، وأبو داود =

وقال الإمام أحمد: وحديث حجاج بن شعبة قال: سمعت أبا الجودي يحدث عن أبي المهاجر عن المقدام أبي كريمة عن النبي ﷺ: **«أَيُّمَا مُسْلِمٍ أَضَافَ قَوْمًا، فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا فَإِنَّ حَقًّا عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ نَصْرُهُ حَتَّى يَأْخُذَ بِقِرَى لَيْلَتِهِ مِنْ زَرْعِهِ وَمَالِهِ»**(١) ورواه أبو داود بلفظه، وإسناده ثقات.

وقال المصنف: وإسناده حسن وهو نص في رد التأويلات السابقة، وأصحابنا كالمجمعين على عدم الوجوب في حال لا ما أفهمه كلام بعضهم بالمضطر كما سبق، ورأيت المسألة في المرشد للإمام أبي الحسن الجوري من متقدمينا أصحاب الوجوه المطلعين على نصوص الشَّافِعِي في باب قسم الفيء والغنيمة فقال بعد ذكره آية الزكاة: قال الشَّافِعِي: وعلى المسلم في ماله أشياء واجبة في كتاب أو سُنَّة، وذلك مثل نفقة من يلزمه نفقته والضيافة وغيرها، وما يلزمه بالجنايات والإقرار والبيوع، انتهى.

وجرى عليه الجوزي وقرره.

ورأيت في باب أخذ الولي بالولي من «الأمّ» قال بعد تقريره وجوب الدية على العاقلة: وعليهم في أموالهم حقوق سوى هذا من ضيافة وزكاة وغير ذلك، فهذان نصان لإمامنا ظاهرهما: وجوبها، ولم أر من يعرض لهما إلا ما ذكره الجوزي، ولعلّهم حملوا كلامه على التأكيد، وفيه نظر، وبالجملة فالمختار دليلًا أنه إذا لم يكن معه ما يقوته في يومه وليلته أو كان ولم يجد من يبيعه ذلك الوجوب، ويكون ذلك فرض كفاية على من علم به من المنزول بهم، فإن تركوه خرجوا أجمعين، وفي كتاب الجمعة من «النهاية»: إنه لو خلي بيت المال عن سدّ خلّات المحاويج وفاقتهم ففي كون سدّها على المسلمين

(٣/ ٣٤٢، رقم ٣٧٥٠)، وابن ماجه (٢/ ١٢١٢، رقم ٣٦٧٧)، والطبراني (٢٠/ ٢٦٣، رقم ٦٢١)، والبيهقي (٩/ ١٩٧، رقم ١٨٤٧٤).

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٥٦، رقم ١١٤٩)، وأحمد (٤/ ١٣١، رقم ١٧٢١٧)، وأبو داود (٣/ ٣٤٣، رقم ٣٧٥١)، والحاكم (٤/ ١٤٧، رقم ٧١٧٩)، والبيهقي (٩/ ١٩٧، رقم ١٨٤٧٥) والدارمي (٢/ ١٣٤، رقم ٢٠٣٧).

فرض كفاية نظر، انتهى.

وهو ظاهر عند الضرورة واستيلاء الظلمة على سهم المصالح كَعَدَمه.

مَسْأَلَةٌ: قال في «الذَّخَائِر»: إذا وقع في يده مال حرام لا يعرف له مالك فهل له أن يأخذ منه قدر حاجته؟

اختلف العلماء فمنهم من جوَّزه للفقير خاصة، ومنهم من منع من ذلك، ولا وجه له، فإذا جوَّزنا فما الذي يأخذه؟

اختلفوا، فمنهم من قال: يأخذ كفاية سنة لنفسه وعياله، وإن قدر على شراء ضيعة، أو تجارة يكسب بها لعياله فَعَل.

وقال آخرون: لا يجوز له ذلك، بل إن اضطر أخذ قدر قوت يومه ذلك ويكون قرضًا عنده متى وجد حلالًا قضاه، فإن وجد يومًا قوته من الحلال لم يجز أن يأخذ من ذلك الحرام شيئًا في ذلك اليوم، وهو مقتضى مذهب الشَّافِعِي، فإذا قلنا له أخذ قدر حاجته فإنه إذا انفق على نفسه فليضيق عليها ما قدر، وإذا أنفق على عياله فليتوسط النفقة ولا يتبسط، نعم إن تصدق بما في يده من الحرام فله أن يوسع على الفقراء ما قدر، فإن أنفق على ضيف منه قدم عليه، فإن كان فقيرًا جاز أن يوسع عليه ما شاء، وإن كان غنيًّا فلا يطعمه إلا لضرورة، بأن كان في برية، أو قدم ليلًا فلم يجد شيئًا، نعم؛ إن كان الضيف فقيرًا وفيه تقوى اعلمه بحال المال الذي في يده جمعًا بين القيام بحق الضيافة وترك الغش للمسلم.

قال في «الذَّخَائِر»: وإذا كان في يده حرام، وحلال، وشبهة، والكل لا يفضل عن حاجته، قال بعض العلماء: يخص نفسه بالحلال، فإن التبعة عليه في نفسه آكد؛ لأنه يعلم والعيال لا يعلمون، ولكن يجتهد في أن يقي عياله وأولاده الحرام؛ لقوله تعالى: ﴿قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارًا﴾ [التحريم: ٦] ثُمَّ الَّذِي يَجِيءُ عَلَى الْمَذْهَبِ أَنَّهُ وَأَهْلَهُ سَوَاء وليخص القوت بالحلال واللبس في نفسه وعياله دُونَ سَائِرِ الْمُؤَنِ مِنْ أُجْرَةِ حَمَّامٍ وَصَبَّاغٍ وَقِصَارَةٍ وَعِمَارَةِ مَنْزِلٍ وَفَحْمٍ

……

تنُّورٍ وشراء حطب وَدُهْنِ سِرَاجٍ وغيرها من المؤن، انتهى.

والصورتان أحدهما من «الإحياء» وتَصرُّف فيهما، وفي بعض ما ذكره فيهما نظر، وينبغي [أن يقال: يخص] المكلفين من العيال بالحلال دون الأطفال لرفع القلم. والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ: عدَّ في باب الوليمة من «الرَّوْضَة» في آداب الأكل: أنه يكره أن يأكل متكئًا وأن يأكل مما يلي أكيله وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه، ولا بأس بذلك في الفواكه، ويكره أن يعيب الطعام، وأن يقرن بين ثمرتين ونحوهما، وأن يأكل بشماله، ولا يكره الشرب قائمًا، زاد: والمختار أنه بلا عذر خلاف الأولى، وقال في هذا الباب: إنه يكره أن يأكل من الطعام الحلال فوق شبعه.

تنبيهات: **أحدها**: فسر الاتكاء بالتمكين في الجلوس من التربع وشبهه.

قال الخطابي: وكل من استوى قاعدًا على وطاء فهو متكئ، ويشبه أن يكون الآكل مضطجعًا بلا عذر، ومكروه أيضًا لخوف الشَرق وغيره.

ثانيها: قوله: وأن يأكل مما يلي أكيله ومن وسط القصعة وأعلى الثريد مراده: كراهة التنزيه كما صرَّح به غيره، وعدُّوه من سنن الأكل، لكن الشَّافِعِي في «الأمِّ» نص في باب نهي رسول الله على التحريم فقال: وقد روي عنه ﷺ أنه أمر الآكل أن يأكل مما يليه، ولا يأكل من رأس الثريد، ولا يغرس على قارعة الطريق [فإن أكل مما لا يليه أومن رأس الثريد أو غرس على قارعة الطريق يكون عاصيًا آثمًا إذا قامت عليه الحجة بأنه قد علم أن النبي ﷺ نهى عنه، هذا نصّه بحروفه.

ثالثها: قوله: ولا بأس بذلك في الفواكه، قال في «شرح مسلم»: وإن كان المأكول أجناسًا فقد نقلوا إباحة اختلاف الأيدي في الطبق ونحوه، قال: والذي ينبغي تعميم النهي على عمومه حتى يثبت دليل مخصص، وأشار في موضع إلى نقل الإجماع على الجواز وأنه لم يرد فيه حديث، انتهى.

....

قلت: بل فيه حديث ضعيف في «جامع» الترمذي.

رابعها: قوله: (ويكره أن يعيب الطعام) أطلق، والمراد: ما قدم للآكل ونحو ذلك، والكراهة ظاهرة إن كان لغيره للأذى والتخجيل، أمَّا لو كان له فلا، ولا سيما ما ورد خبثه كالثوم والبصل والكراث، وقد سبق في الحديث: «**إِنَّ لَحمَ البَقَرِ دَاءٌ**»(١) نعم، الأولى تركه؛ لأنه ﷺ ما عاب طعامًا قط إن أعجبه أكل وإلا ترك.

خامسها: أطلق كراهة القِران في التمر ونحوه، ونقل في «شرح مسلم» عن الظاهر به أن النهي للتحريم وعن غيرهم أنه للأدب، ثم قال: والصواب: التفصيل، وإن كان الطعام مشتركًا بينهم فالقِران حرام إلا برضاهم، ويحصل الرضا بتصريحهم به، أو بما يقوم مقام التصريح من قرينة حال، أو إدلال عليهم بحيث يعلم يقينًا، أو ظنًا قويًا أنهم يرضون به ومتى شك في رضاهم؛ فحرام.

قلت: وكأنه يريد بالشك التردد لمستوى الطرفين وفيه نظر، والظاهر إنه متى شك حرم، وإن غلب على ظنه الرضا [فلا] هذا هو المنقول في باب الوليمة عند قوله: وله أخذ ما يعلم رضاه عُدنا إلى بقية كلامه، وإن كان الطعام لغيرهم أو لأحدهم اشترط رضاه وحده، فإن قرن بغير رضاه؛ فحرام ويستحب أن يستأذن الآكلين معه ولا يجب، وإن كان الطعام لنفسه وقد ضيفهم به فلا تحرم عليه، ثم إن كان فيه قِلَّة فحسن ألَّا يقرن لتساويهم، وإن كان كثيرًا بحيث يفضل عنهم فلا بأس بقرانه، لكن الأدب مطلقًا التأدب في الأكل وترك الشره إلا أن يكون مستعجلًا أو يريد الإسراع لشغل آخر.

وقال الخطابي: إنما كان هذا في زمنهم، وحين كان الطعام ضيقًا، فأمَّا اليوم مع اتساع الحلال فلا حاجة إلى الإذن وليس كما قال، بل الصواب ما ذكرناه من التفصيل، انتهى.

سادسها: سبق قوله أن الشرب قائمًا بلا عذر خلاف الأولى.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ١٠٣).

....

وقال في «شرح مسلم»: إن الصواب أن النهي محمول على كراهة التنزيه، وأمَّا شربه ﷺ قائمًا فبيان للجواز، قال: وهذا ما يتعين المصير إليه، انتهى وهو كما قال.

سابعها: جزم بأن الأكل فوق الشبع مكروه وليس بحرام.

وقال ابن الرِّفْعَة في مسائل المضطر: ولا خلاف أنه إذا أذن له المالك في الأكل أكل حد الشبع.

قال في «الْبَحْر»: ولا يجوز الزيادة على الشبع.

قلت: وليس هذا؛ لأن الأكل الزائد على الشبع حرام [وإن كان من قال نفسه] بل؛ لأن الإذن مقيد به عرفًا فحمل عليه وإلا فالأكل فوق الشبع جائز، وإن كان مكروهًا كما صرَّح به الرُّويَانِي والقاضي الحسين هذا كلام ابن الرِّفْعَة، وسبق في باب الوليمة: إن الأكل فوق الشبع حرام وإن كان من مال نفسه صرَّحوا به لما فيه من المضرَّة وإضاعة المال، وبينَّا أن كلام الرُّويَانِي اختلف فيه، وأن الشيخ عز الدين قال: إن الضيف لو كان يأكل كعشرة والمضيف جاهل لم يجز أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار؛ لانتفاء الإذن اللفظي والعرف إلى آخر ما سبق عنه.

فائدة: في «طبقات» العبادي روى الربيع عن الشَّافِعِي أنه قال: في الأكل أربعة أشياء فرض، وأربعة سنة، وأربعة أدب؛ أمَّا الفرض: فغسل اليدين والقصعة والسكين والمغرفة، والسنة: الجلوس على الرجل اليسرى وتصغير اللقم والمضغ الشديد ولعق الأصابع، والأدب: ألَّا تمد يدك حتى يبتدئ من هو أكبر منك، وتأكل مما يليك، وقلة النظر في وجوه الناس، وقلة الكلام.

قلت: ولا أحسب هذا نصح عن الشَّافِعِي، ولا ذكر له فيما أعلم في «الأمّ» ولا غيره في كتب المذهب، فإن صح فكأنه أراد بالفرض ما لا بدّ منه في العادة، وأنه مفروض مرّده وعادة لا شرعًا، وقد سبق عنه أن الأكل من غير ما يليه معصية وقد توهن به هذه الحكاية الغريبة، والله أعلم.

……

خاتمة: في كتاب «وسائل الحاجات» للغزالي وقيل: إنه قاله في «الإحياء»: وإذا بدأت بالأكل فقل في اللقمة الأولى: بسم الله، وفي الثانية: بسم الله الرحمن، وفي الثالثة: بسم الله الرحمن الرحيم وتجهر بذلك لتذكِّر من معك.

قلت: أمَّا الجهر بالتسمية فحسن ذكره غيره، وأمَّا بقية كلامه فلا أحسب له أصلًا [يرجع إليه أصلًا] والصواب أن تقول في الأولى: بسم الله الرحمن الرحيم، والله أعلم وبه التوفيق.

قال المصنف: [هُمَا سُنَّةٌ]: ....

قال الأزهري: النضال في الرمي، والرهان في الخيل والسباق تكون فيهما، وتعلم الفروسية والرماية حث عليه الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] وقد أجمع المسلمون على جواز المسابقة والمناضلة في الجملة.

وثبت في «الصحيحين» وغيرهما: المسابقة على الخيل وعلى الإبل في «صحيح» البخاري، وهما محبوبان إذا قصد بهما التأهب للجهاد، وقال ﷺ: «ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا»(١) وقال مبينًا للآية الكريمة: «أَلَا إِنَّ القُوَّةَ الرَّمْي ثلاثًا»(٢) رواه مسلم، وهذا الباب كما قال المُزَنِيّ: لم يسبق الشَّافِعِي إليه.

قال الرَّافِعِي: أول من صنَّفه الشَّافِعِي ﷺ.

قال الشارح: قال: (هُمَا سُنَّةٌ) أي: للرجال خاصة لما سبق إذا قصد بهما التأهب للجهاد، قال الْمَاوَرْدِي: ومباح إذا قصد به غيره؛ لأنه قد يكون عدَّة للجهاد.

قلت: هذا إذا قصد به اللهو، أمَّا لو قصد تَعلُّمه لقطع الطريق أو غيره من الأغراض المحرَّمة فلا ويكره كراهة شديدة لمن تَعلَّم الرمي، ثم تركها بلا عذر لرواية مسلم من علَّم الرمي ثم تركه فليس منا، أو فقد عصى، وروى الحاكم

---

(١) حديث سلمة بن الأكوع: أخرجه أحمد (٤/ ٥٠، رقم ١٦٥٧٦)، والبخاري (٣/ ١٠٦٢، رقم ٢٧٤٣)، وابن حبان (١٠/ ٥٤٧، رقم ٤٦٩٣).
حديث أبي هريرة: أخرجه الحاكم (٢/ ١٠٣، رقم ٢٤٦٥) وابن حبان (١٠/ ٥٤٨، رقم ٤٦٩٥).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٦، رقم ١٧٤٦٨)، ومسلم (٣/ ١٥٢٢، رقم ١٩١٧)، وأبو داود (٣/ ١٣، رقم ٢٥١٤)، وابن ماجه (٢/ ٩٤٠، رقم ٢٨١٣)، والترمذي (٥/ ٢٧٠، رقم ٣٠٨٣).

وَيَحِلُّ أَخْذُ عِوَضٍ عَلَيْهِمَا. وَتَصِحُّ الْمُنَاضَلَةُ عَلَى سِهَامٍ، ....

بلفظ: «**فَهِيَ نِعْمَةٌ كَفَرَهَا**»(١) وقال: صحيح الإسناد.

قال: (**وَيَحِلُّ أَخْذُ عِوَضٍ عَلَيْهِمَا**) للحديث الآتي، ولما في تجويزه من التَّرْغِيب وفيهما تأهب للقتال وإعداد لأسبابه.

قال: (**وَتَصِحُّ الْمُنَاضَلَةُ عَلَى سِهَامٍ**) أي: عربية كانت أو عجمية وهي النشاب؛ لقوله ﷺ: «**لا سبق إلا في خفٍّ أو حافر أو نصل**» حسَّنه الترمذي، وصححه ابن حبان، وزاد: «**وصاع أو جناح**»(٢).

قال الرَّافِعِيُّ: والأثبت في الرواية: «**لا سبَق**» - بفتح الباء - وهو: المال الذي يدفع إلى السابق، ويروى بالتسكين وهو مصدر سبق يسبق، والمراد بالخف: الإبل، والحافر: الخيل، والنصل: السهام، وفي معناها: نصل السيف والرمح والمِزْرَاق والسكين، ويجوز على جميع أنواع القسي حتى على الرمي بالمسلات والإبر، قالا: ولا يجوز على رمي البندق والجلاهق.

وقال ابنُ الرِّفْعَة: ولا خلاف في أنه لا يجوز على الرمي بالجلاهق؛ يعني: قوس البندق.

قلت: المنقول في «الحَاوِي»: الجواز، وسياقه يقتضي إنه لا خلاف فيه

---

(١) حديث عقبة بن عامر: أخرجه الطيالسي (ص ١٣٥، رقم ١٠٠٦، ١٠٠٧)، وأحمد (٤/ ١٤٤، رقم ١٧٣٣٨)، والترمذي (٤/ ١٧٤، رقم ١٦٣٧)، وابن ماجه (٢/ ٩٤٠، رقم ٢٨١١)، والحاكم (٢/ ١٠٤، رقم ٢٤٦٧)، وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٠/ ١٣، رقم ١٩٥١٥).

حديث عبد الله بن عبد الرحمن المرسل: أخرجه الترمذي (٤/ ١٧٤، رقم ١٦٣٧)، وقال: حسن صحيح.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه الشافعي (١/ ٣٥٠)، وأحمد (٢/ ٢٥٦، رقم ٧٤٧٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩، رقم ٢٥٧٤)، والترمذي (٤/ ٢٠٥، رقم ١٧٠٠) وقال: حسن. والنسائي (٦/ ٢٢٧، رقم ٣٥٨٩)، وابن ماجه (٢/ ٩٦٠، رقم ٢٨٧٨)، والبيهقي (١٠/ ١٦، رقم ١٩٥٣٢) وابن حبان (١٠/ ٥٤٤، رقم ٤٦٩٠).

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١٠/ ٣١٤ رقم ١٠٧٦٤) قال الهيثمي (٥/ ٢٦٣): فيه عبد الله بن هارون الفروي وهو ضعيف.

وَكَذَا مَزَارِيقَ وَرِمَاحٍ وَرَمْيٍ بِأَحْجَارٍ وَمَنْجَنِيقٍ، وَكُلِّ نَافِعٍ فِي الْحَرْبِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

لَا عَلَى كُرَةِ صَوْلَجَانٍ وَبُنْدُقٍ وَسِبَاحَةٍ وَشِطْرَنْجٍ وَخَاتَمٍ، وَوُقُوفٍ عَلَى رِجْلٍ، وَمَعْرِفَةِ مَا فِي يَدِهِ، ....

حيث قال: وأمَّا النصل، وهو السهام فقياسه كل سلاحٍ فارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة على وجهين، انتهى.

والأصح: الجواز، ونص «الأم» في السيوف.

فائدة: قال ابن الجواليقي في «المغرب»: الجلاهق هو الطين المدور واحدة جلاهقة، قال الرَّافِعِي والمصنف: البندق والجلاهق عبارة قلقة، ولعل المراد: الرمي بالبندق عن قوسه، ولعلهما أراد بالبندق ما سيأتي عن الدَّارِمِي فيكون صورتان.

قال: (**وَكَذَا مَزَارِيقَ وَرِمَاحٍ**) أي: وأعمدة.

(**وَرَمْيٍ بِأَحْجَارٍ**) أي: بيد أو مقلاع ونحوها.

(**وَمَنْجَنِيقٍ**) أي: ونحوه.

(**وَكُلِّ نَافِعٍ فِي الحَرْبِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قياسًا على ما ورد به النص، والخلاف في المسألة طريقان: أشهرهما: على وجهين، أصحهما: الجواز، والثاني: الصحة قطعًا [وقيل: يصح قطعًا] على المزاريق والرماح وهو أشبه ولم أر من رجح القطع بالصحة في الكل غير المصنف.

قال: (**لَا عَلَى كُرَةِ صَوْلَجَانٍ وَبُنْدُقٍ وَسِبَاحَةٍ وَشِطْرَنْجٍ وَخَاتَمٍ، وَوُقُوفٍ عَلَى رِجْلٍ، وَمَعْرِفَةِ مَا فِي يَدِهِ**) أي: من شفع ووتر وكذا سائر أنواع اللَّعب؛ لأنها لا تنفع في الحرب، وهذا إذا عقد على جعل وإلا فمتاح إلا أن يكون للعب به محرمًا كالنرد، وما في معناه كما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

وعبارة «التهذيب» و«الكَافِي» تفهم المنع في الكل مجانًا، وأمَّا البندق فإن أراد به الرمي عن الجلاهق فقد ذكرناه، والمختار جوازه وفاقًا للماوردي، وإن أراد به الرمي به إلى حفرة ونحوها كما ذكره الشيخ ابن القطان والدارمي، والظاهر أنه مراد المصنف.

وَتَصِحُّ الْمُسَابَقَةُ عَلَى خَيْلٍ، وَكَذَا فِيلٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ فِي الْأَظْهَرِ، ....

وقضية كلام «الكَافِي» والبغوي: فإن كان بعوض فباطل، وإلا فلعب مباح، وأمَّا السباحة ففي صحة العقد على المسابقة عليها بعوض وجهان: أصحهما عندهما: المنع، وصحح إبراهيم الْمَرْوَزِيّ الصحة، وقيل: لا يصح قطعًا، قال الْمَرْوَزِيّ: وأمَّا الثقل في الماء إن جرت العادة أن يستعان به في الحروب فهو كالسباحة وإلا فلا يجوز، انتهى.

ولا يجوز عقدها على إشالة الحجر ونحوه باليد وتسميه العامة: العلاج، وقيل: فيه وجهان، وصحح إبراهيم الْمَرْوَزِيّ الجواز، ولا يجوز نقل الثقل كما يفعله الحمَّالون وأشباههم من السقَّايين والعتَّالين، ولا على المراماة بالأحجار بأن يرمي كل واحد إلى صاحبه كما لا يجوز أن يرمي كل واحدٍ إلى صاحبه بالسهام؛ لأنه يؤدي إلى العداوة، وسمَّاه الفقهاء: المداحاة، والعوام: الشلاق، وهو حرام مطلقًا، وهو غير الرمي بالأحجار السابق في الكتاب.

قال: (**وَتَصِحُّ الْمُسَابَقَةُ عَلَى خَيْلٍ**) أي: وإبل كما وردت به السنة من أي نوع كانت، قال الدَّارِمِي: والخيل قيل: ما يسهم له وهو الجذع أو الثني، وقيل: وإن كان صغيرًا وسكت عن سن الإبل، ويشبه أن يجيء فيها دون الثني منها خلاف، ويحتمل خلافه إذا أطاق الركوب والقتال إليه، وذكر الإمام أن الخلاف في استحقاق سهم الفارس بالفرس الأعجف والضعيف تقرب مجيئه هنا ويمكن الفرق.

قال: (**وَكَذَا فِيلٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ فِي الْأَظْهَرِ**) لعموم الحديث في الخف والحافر وأيد بالعدول عن ذكر الفرس والبعير إلى الخف والحافر، والثاني: المنع؛ لأنها لا تصلح للكرّ والفرّ ولا يقاتل عليها غالبًا لا سيما الحمار، وعبارة الرَّافِعِي: وفي الفيل وجهان، ويقال: قولان أصحهما: الجواز وبه أجاب في «الوجيز» وفي البغل والحمار مثل هذا الخلاف، وبالمنع أجاب في «الوجيز» ورجح الأكثرون إلحاقهما بالخيل، وقيل: بالجواز فيهما قطعًا، وقيل: عكسه، انتهى.

قلت: وفي «تعليق» البَغَوِي: إن منهم من نسَّب إلى الأكثرين المنع فيهما،

لَا طَيْرٍ وَصِرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

وعجبٌ قوله في «الرَّوْضَة»: يجوز على الفيل والبغل والحمار على المذهب، وقيل: بالمنع فيها، وقيل: بالمنع في البغل والحمار، وقيل: في الجميع خلاف، انتهى.

وكون في الجميع خلاف هو الطريق المشهور، والمرجح [في كلام الرَّافِعِي وغيره، وجعل الْجُرْجَانِي في «الشافي»: المذهب المنع في الفيل] والأصح: الجواز في البغل والحمار عكس ما جزم به في «الوجيز» وعكس ما رجحه في «الْبَسِيط» وغيره، وهو قضية كلام جماعة أن المذهب الجواز في الفيل دون البغل والحمار، ويجتمع في الثلاثة وجوه، ويحتمل أن يجوز على البغل دون الحمار؛ لأن البغال قد تُقاتَل عليها بل هو كثير، وكثير منها يسبق كثيرًا من الخيل ويكرّ ويفرّ بخلاف الحمار فإنه لم يُعْهَد المقاتلة عليه ولا كرّ فيه ولا فرّ غالبًا، ولا يجوز على البقر، وقيل: وجهان، ولا يجوز على الكلاب ومهارشة الديكة ومناطحة الكباش حرام مطلقًا بلا خلاف؛ لأنه سفه قاله الماوردي.

قال: (**لَا طَيْرٍ وَصِرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لظاهر الحديث السابق لا سبق؛ ولأن ذلك ليس من آلات القتال، ووجه الجواز على الطير: إنه يحتاج إليها في الحرب؛ لأنها تحمل الأخبار بسرعة، وأمَّا الصراع فلحديث مصارعته ﷺ وكأنه روي مرسلًا ومتصلًا، وأجيب عنه بأنه أراه شدته ليسلم فأسلم ورد عليه غنمه.

إشارات: المشهور أن الخلاف فيما إذا كانت المسابقة بعوض وإلا فمباحة على الوجهين، وفي «التهذيب» أن الصحيح أنه لا يجوز المصارعة بعوض ولا لغيره؛ لأنه يهيج العداوة وأول الحديث وجعله في «تعليقه» المذهب.

وقال صاحب «الْكَافِي»: يجوز مجانًا على الأصح، ولا يجوز بعوضٍ على الأصح، وإذا جوّزنا على المصارعة بعوضٍ ففي المشابكة باليد وجهان في «الْحَاوِي» والظاهر أنه لا يجوز وعلى اللكام، وأمَّا التفاف فلم يحضرني فيه شيء والأشبه جوازه؛ لأنه مما يحتاج إليه في حال المسابقة، وقد يمنع منه خشية الضرر؛ إذ كلٌّ يحرص على إصابة صاحبه كالمسابقة بالأحجار.

....

صوَّر «الْمُحَرَّر» وغيره المسألة في المسابقة على الحمام خاصة وهو المشهور؛ لأنها مختصة بحمل الأخبار، وقالا في «الرَّوْضَة» و«الشَّرْح»: الحمام وغيره، فإن كان غير الحمام يتأتّى منه ذلك وإلا ففي إجراء الخلاف فيه نظر؛ لأنه قمار ويجري الوجهان في المسابقة بالسفن والطيارات والزوارق ونحوها على الأقدام، والأصح: منع المعاوضة في الجميع، ونصّ الشَّافِعِي في «الْأُمّ» في الشهادات مصرِّح بنقل الإجماع على أنه لا يجوز عقد المسابقة بعوض على الحمام والأقدام وأنه قمار لا محالة ترد به الشهادة، قال: والعامة مجتمعة على أن هذا حرام.

فائدة: قال الرَّافِعِي وغيره: قال الصَّيْمَرِيّ في «الْإِيضَاح»: لا يجوز السبق والرمي من النساء؛ لأنهن لسن من أهل الحرب، انتهى.

والمراد: إنه لا يجوز بعوض لا المنع مجانًا، وكذلك اعترض ابن الرِّفْعَة على قول «التَّنْبِيه» يصح منه الإجارة، فإنه يشمل الرجل والمرأة.

ونحوه قول الحضرمي إثر قوله: إنها كالإجارة في أصح القولين، وموضع الخلاف في الرجال، أمَّا النساء فلا يصح منهن قطعًا، انتهى.

ويحتمل أن يقال: لا يجوز مجانًا لما فيه من التشبه بالرجال وهو ظاهر في بعض الصور بخلاف المسابقة على الأقدام، والأشبه: الجواز بلا عوض؛ لأن القتال جائز لهن.

فَرْعٌ: عن «الْبَحْر»: إنه ليس للولي صرف مال الصبي في المسابقة والمناضلة ليتعلم.

قلت: وفيما إذا كان من أولاد المرتزقة وقد راهق نظر، ولا سيما اليتيم الذي أثبت اسمه في الديوان وينبغي الجواز فيه، وفي السفيه البالغ لما فيه من المصلحة كتعلم المحترف الصنعة، ولا سيما السفيه المرتزق الضعيف في الفروسية والرمي ونحوهما، ولا وجه للمنع إذا حقت المؤنة وعظمت عائدة التعلُّم.

وَالْأَظْهَرِ أَنَّ عَقْدَهُمَا، لَازِمٌ لَا جَائِزٌ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهُ، وَلَا تَرْكُ الْعَمَلِ قَبْلَ الشُّرُوعِ وَبَعْدَهُ، وَلَا زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ فِيهِ، وَلَا فِي مَالٍ].

قال: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ عَقْدَهُمَا**) يعني: المسابقة والمناضلة.

(**لَازِمٌ لَا جَائِزٌ**) أي: كالإجارة، والثاني: جائز كالجعالة.

تنبيهات: موضع القولين كما دلَّ عليه سياقه فيما إذا كانت بعوضٍ وإلا فهي جائزة قطعًا، وقيل: على القولين، وزيف، وموضوعهما في عقدها من الرجال كما سبق، ثم قيل: القولان فيما إذا أخرجا العوض معًا، فإن أخرجه أحدهما أو غيرهما فجائز قطعًا، والمذهب: طرد القولين في الحالين، قاله في «الرَّوْضَة».

وعبارة الدَّارمي: وهل هو لازم أو جائز على قولين، وقال ابن القطان: ما يجعله الإمام أو غيره جعالة، والقولان إذا كان بين المتسابقين محلل، انتهى.

والظاهر أن مراده ما ذكره الشيخ، قال الشيخ أبو محمد والأئمة: والقولان فيمن التزم المال، فأمَّا من لم يلتزم المال فجائز في حقه قطعًا، وقيل: بطردهما فيمن لم يلتزم؛ لأنه قد يقصد بمعاقدته تعَلُّم الفروسية والرمي كالأجير، والمذهب: تخصيصها بالملتزم هكذا عبارة «أصل الرَّوْضَة».

قضية إطلاق المصنف: لزوم إتمام العمل مطلقًا وليس كذلك، بل محله إذا كان أحدهما منضولًا أو ناضلًا، وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه وإلا فله الترك؛ لأنه ترك حق نفسه كذا جزما به، وكان الأجود أن يقال: إن يسبقه، قال ابن الرِّفْعَة: وحكى في «الذَّخَائِر» وجهان في جواز امتناع الناضل من الإتمام، قال: مفرعًا على الأظهر.

قال: (**فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهُ**) لأن هذا شأن العقد اللازم، نعم لو بان العوض المعين عند ثبت حق الفسخ كما في الأجرة.

(**وَلَا تَرْكُ الْعَمَلِ قَبْلَ الشُّرُوعِ وَبَعْدَهُ**) أي: سواء كان منضولًا أو ناضلًا وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه وإلا فله الترك كما بيَّنَّاه بما فيه.

قال: (**وَلَا زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ فِيهِ، وَلَا فِي مَالٍ**) أي: للزوم العقد على ما شرط

قال المصنف: [وَشَرْطُ الْمُسَابَقَةِ عِلْمُ الْمَوْقِفِ وَالْغَايَةِ، وَتَسَاوِيهِمَا فِيهِمَا،

اللهُمَّ إلا أن يفسخا العقد الأول ويستأنفا عقدًا، والحاصل أن حكمهما على القول الأظهر المفرع عليه حكم الإجارة في الأغلب، وحينئذ ففي دخول الخيارين فيهم.

أمَّا ذكر في الإجارة: ويجوز أخذ الرهن والضمين هنا على المذهب ولا بدّ من إيجاب وقبول، وفي جواز الزيادة والنقص قبل اللزوم إن أثبتنا الخلاف المذكور في البيع، ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال على المذهب.

قال الشارح: قال: (**وَشَرْطُ الْمُسَابَقَةِ عِلْمُ الْمَوْقِفِ**) أي: الذي بيد أن بالإجراء منه (**وَالْغَايَةِ**) أي: التي يجريان إليها نفيًا للغرر؛ ولأنه ﷺ «**سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي قَدْ أُضْمِرَتْ مِنَ الْحَفْيَاءِ إِلَى ثَنِيَّةِ الْوَدَاعِ، وَكَانَ أَمَدُهَا ثَنِيَّةُ الْوَدَاعِ، وَسَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ مِنَ الثَّنِيَّةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ**»(١) متفق عليه.

قال: (**وَتَسَاوِيهِمَا فِيهِمَا**) أي: في الموقف والغاية، فلو شرط تقدم أحدهما أو تقدم غايته؛ لم يجز إذ المقصود معرفة فروسية الفارس وجودة جري الدابة، ولا يعرف ذلك مع تفاوت المسابقة إذ قد يكون السبق لقصر المسافة لا لحذق الراكب ولا لفراهة الدابة، ولو لم يعيّنا غاية وشرط المال للسابق حيث سبق لم يجز كما صرَّح به «**الْمُحَرَّر**» وغيره؛ لأنه إذا لم تكن غاية فقد يدمنان الركض حرصًا على الغنم والمال فتهلك الدابة.

وعن «**تعليق**» القاضي الحسين، وحكى عن الصَّيْدَلَانِيّ ذكر وجه في الجواز وهو شاذ، ولو عيَّنا غاية وشرطا أنه إن اتفق السبق في أثناء الميدان لأحدهما كان فائزًا؛ لم يجز على الأصح إذ لو اعتبر السبق في خلال الميدان لاعتبر بلا غاية معيَّنة.

وفي «**تعليق**» الشيخ إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: إنهما لو عيَّنا غاية وشرط بأن من

---

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٢٤٨٨، رقم ٦٣٩٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣١، رقم ١٧٠٦)، وأبو داود (٤/ ١٦٣، رقم ٤٤٧٩)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٢٥٠، رقم ٥٢٧٧)، وابن حبان (١٠/ ٢٩٩، رقم ٤٤٤٩)، والبيهقي (٨/ ٣١٩، رقم ١٧٣١١)، وأبو عوانة (٤/ ١٥٠، رقم ٦٣٣٣).

سبق صاحبه بأقدام معلومة يكون السبق له يجوز ولا يستحقه بما دونها؛ لتعلق الاستحقاق بها، وإن أطلق أن سبق أحدهما في خلال الميدان لا يُعدّ سابقًا على الأصح؛ لأن من الأفراس ما يشتد في الابتداء ثم يفتر في الانتهاء، ومنها ما يشتد في الانتهاء، ولو تعثر أحد المركوبين خلال الميدان، أو ساخت قوائمه في الأرض، أو أصابه علّة فوقّف وسَبَقه الآخر لم يُعدّ سابقًا؛ لأنه لم يسبق بجودة الجري، انتهى.

ولو عيَّنا غاية وقال: إن اتفق السبق عنده فذاك وإلا فغايتنا موضع كذا جاز على الأصح، قال الْمَاوَرْدِي: ومن شرط الغاية إمكان انتهاء شوط دابتهما إليها من غير انقطاع في العُرف، فإن زاد لم يجز لتحريمه، ويختلف مسافتها باختلاف كون المركوبين من الخيل العتاق والهجان والإبل، قال: والعلم بالغاية يكون من أحد وجهين، إمَّا بتعيين الابتداء أو الانتهاء، وأمَّا مسافة يتفقان عليها مزروعة بذراع مشهور كالإجارة المضمونة، فإن اتفقا على موضع رعا تلك المسافة حتى يعرف ابتداؤها وانتهاؤها، فإن أغفلا ذِكْر الأرض نظر، فإن كانت الأرض التي عقد فيها السباق يمكن إجراء الخيل فيها فهي أخص المواضع بذلك، وإن لم يمكن لِحُزُونَتِهَا وَأَحْجَارِهَا فأقرب المواضع إليها من الأرض السهلة، انتهى.

وقد يخطر بالبال أنه إذا كان للبلد أو للحلة ميدان مُعدّ للسباق أن يحمل الإطلاق عليه، والله أعلم.

قال: (**وَتَعْيِينُ الْفَرَسَيْنِ**) أي: الدابتين المعقود على المسابقة عليهما؛ لأن المقصود امتحان الدابة ليعرف سيرها، فإن أحضرت الأفراس مثلًا فذاك، وإن وصفاهما وعقدا على الوصف؛ فالأصح في متن «الرَّوْضَة» قال: وبه قال العراقيون.

قال الإمام وتبعه في «الْبَسِيط»: إنه الأوجه بالصحة، والثاني: المنع وهو ظاهر كلام «المنهاج» و«الْمُحَرَّر» و«المقنع» و«الْحَاوِي» و«البيان» وغيرها، وبه جزم الْجُرْجَانِي في «الشافي» و«التحرير» والصيمري والروياني والبغوي، وصححه الْغَزَالِي وصاحب «الذَّخَائِر» وهو الصحيح، وقضية كلام الجمهور

وَيَتَعَيَّنَانِ، وَإِمْكَانُ سَبْقِ كُلٍّ وَاحِدٍ، ....

لبُعد الوصف عن الإحاطة بالمقصود هنا، وبَنَى صاحب «التَّرْغِيب» الخلاف على الخلاف في جواز بيع الغائب، ويحتمل أن يبنى على أنه هل يسلك بهذا العقد مسلك الإجارة أو الجعالة؟ إن قيل بالثاني: كفى الوصف وإلا فلا.

واعلم أن كون العراقيين اكتفوا بالوصف عن التعيين نقله الإمام عنهم وكأنه رآه لبعضهم، وكلام كثيرين منهم يأباه، وقضية كلام الرَّافِعِي عند الكلام في تعيين المرامي اشتراط تعيين الفرس بالشخص أيضًا كالرامي.

وعبارة «شرحه الصغير» هنا: وإن عقد على الوصف ثم أحضرت فوجهان، الذي رجحه في الكتاب منهما المنع، ويحكى ذلك عن الشيخ أبي محمد، وأوجههما عند الإمام الجواز كما في السلم وعقود الربا، انتهى.

وكلامه يشعر بترجيح المنع وإليه صغوه في «الشَّرْح الكبير».

قال: (**وَيَتَعَيَّنَانِ**) أي: فلا يجوز إبدالهما وإن هلك فرس انفسخ العقد، وإذا عقد على الوصف وصححناه ثم أحضر أحدهما فرس، قال الرَّافِعِي: مما ينبغي أن يفسخ العقد بهلاكه، انتهى.

وقال الدَّارمِي: إن مات الفارس لم يبدل، وإن ماتت الدابة فإن قلنا: جائز بطلت، وإن قلنا: لازم فوجهان في أنها تبدل والعقد صحيح، وقال: قيل هذا وإذا انقطع الراكب والفرس أبدلا ولا تُبدَل الفرس ولا الرامي ويمكن الجمع بين كلامه.

قال: (**وَإِمْكَانُ سَبْقِ كُلٍّ وَاحِدٍ**) قال الرَّافِعِي: كذا أطلقه عامة الأصحاب، فإن قطع بسبق فرس أحدهما أو تخلفه؛ لم يجز ولو أمكن سبق أحدهما على نذور فوجهان.

قال في «متن الرَّوْضَة»: أصحهما وأقربهما إلى كلام الأصحاب: المنع، ولا اعتبار لاحتمال النادر، وقال الرَّافِعِي ما حاصله، وزاد الإمام: أنه لو أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز أحرز ما أخرج وإلا فهو لصاحبه وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يسبق فهذه مسابقة من غير مال، وإن كان يقطع بأنه

وَالْعِلْمُ بِالْمَالِ الْمَشْرُوطِ.

يسبق ففي صحة هذه المعاملة وجهان:

أصحهما: الصحة، وحاصلها إخراج المال للذي يقطع بسبقه، فأشبه قوله ارم كذا فإن أصبت منه كذا فلك كذا، ولو أخرج المال كل واحد من المتسابقين وأدخلا محللًا يقطع بتخلفه فكالعدم ويبقى العقد على صورة القمار وأن يتقن سبقه فعلى الوجهين، ولو أخرجا المال وأحدهما يقطع بسبقه ولا محلل فالذي سبق كالمحلل إذ لا يغرم وشرطه المال [كل واحد] من جهته لغو، قال الرَّافِعِي: وهذه تفاصيل حسنة.

فَرْعٌ: لا يضر اختلاف نوع المركوب كفرس عربي وعجمي، وعربي وتركي، وقال أبو إسحاق: إن تباعد النوعان كالعتيق الهجين من الخيل والنجيب والبختي من الإبل؛ لم يجز، قال: وينبغي أن يرجح وإن كان الأول أشهر؛ لأنه إذا تحقق التخلف فأي فرق بين أن يكون الضعف لعارض أو لرداءة النوع؟ قال المصنف: قول الأكثرين محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب كما ذكرنا، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا، فإن أراده ارتفع الخلاف، وإن اختلف الجنس كبعير وفرس أو فرس وحمار فالأصح المنع، وإن كان بغلًا وحمارًا وجوزنا فالأصح الصحة، انتهى.

وقضية كلام الجُرْجَانِي وغيره المنع عند اختلاف الجنس بلا خلاف؛ لأنهم قاسوا أوجه المنع على اختلاف النوع عليه.

قال: **(وَالْعِلْمُ بِالْمَالِ الْمَشْرُوطِ)** أي: كسائر الأعواض، ويجوز كونه عينًا ودينًا وحالًا ومؤجلًا وبعضه كذا وبعضه كذا، قاله الدَّارِمِي، ويعدلون ما يخرجونه، أو في يد أحدهم، أو يضمنونه كيف شاءوا، ويجوز أن يخرجوا بعضهم عرضًا، وبعضهم نقدًا، وبعضهم أكثر من بعض، وقال الرَّافِعِي: إن أخرجه غيرهما جاز أن يفاضل وكذا إن أخرجاه، وقال الصَّيْمَرِيّ والماوردي: إذا أخرجاه وجب التساوي جنسًا ونوعًا وقدرًا.

تَنْبِيهٌ: جعل في «الرَّوْضَة» شروط السبق عشرة اشتمل «المنهاج» منها على

وَيَجُوزُ شَرْطُ الْمَالِ مِنْ غَيْرِهِمَا بِأَنْ يَقُولَ الْإِمَامُ أَوْ أَحَدُ الرَّعِيَّةِ: مَنْ سَبَقَ مِنْكُمَا فَلَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَوْ فَلَهُ عَلَيَّ كَذَا].

قال المصنف: [وَمِنْ أَحَدِهِمَا فَيَقُولُ: إِنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا أَوْ سَبَقْتُكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ ....

سبعة، والثامن: أن يستبقا على الدابتين، فلو شرطا إرسالهما ليجريا بأنفسهما فالعقد باطل، وهذا ما استدركه الرَّافِعِي على «الوجيز» وهو المشهور، ورأيت في شرح «الكفاية» للصيمري: ولو شرطا أن تجري الفرسان بلا راكب على واحد منهما فذلك جائز، وإن شرطا أن تجري الفرسان أحدهما عري والآخر بسرج، أو على أحدهما راكب دون الآخر؛ لم يجز، انتهى.

والتاسع: أن تكون المسافة بحيث يمكن الفرسان قطعها ولا ينقطعان، فإن كانت بحيث لا يصلان غايتها إلا بالانقطاع وتعب فالعقد باطل كما سبق، والعاشر: اجتناب الشروط المفسدة، وسكتا عن التصريح باشتراط تعيين الفارسين، وقد صرَّحوا به وكأنه لوضوحه، نعم هل يكفي الوصف فيه؟ إن اكتفى به في الدابة فيه نظر، والأقرب المنع كالرامي، وسنذكر ما يفهم الجواز.

قال: (**وَيَجُوزُ شَرْطُ الْمَالِ مِنْ غَيْرِهِمَا بِأَنْ يَقُولَ الْإِمَامُ أَوْ أَحَدُ الرَّعِيَّةِ: مَنْ سَبَقَ مِنْكُمَا فَلَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَوْ فَلَهُ عَلَيَّ كَذَا**) أي: لما فيه من الحث على الفروسية وإعداد أسباب الجهاد؛ ولأنه بذل مال في طاعة يثاب عليه بقصدها، وسواء تسابق اثنان أو أكثر لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه ﷺ «**سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ، وَجَعَلَ بَيْنَهَا سَبَقًا، وَجَعَلَ بَيْنَهَا مُحَلِّلًا**»(١) رواه ابن حبان في صحيحه إلا أنه من رواية عاصم بن عبد الله العمري وهو ضعيف، قال البخاري وغيره: منكر الحديث، ولا خفاء في اختصاص قوله: فله في بيت المال كذا بالإمام أو ما دونه.

قال الشارح: قال: (وَمِنْ أَحَدِهِمَا فَيَقُولُ: إِنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا أَوْ سَبَقْتُكَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ) لحصول مقصود العقد مع خلوه من القمار إذ كل منهما

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٧٧٥).

فَإِنْ شَرَطَ أَنَّ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا فَلَهُ عَلَى الْآخَرِ كَذَا لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِمُحَلِّلٍ فَرَسُهُ كُفْءٌ لِفَرَسَيْهِمَا، فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَخَذَ الْمَالَيْنِ، وَإِنْ سَبَقَاهُ وَجَاءَا مَعًا فَلَا شَيْءَ لِأَحَدٍ، وَإِنْ جَاءَ مَعَ أَحَدِهِمَا فَمَالُ هَذَا لِنَفْسِهِ، وَمَالُ الْمُتَأَخِّرِ لِلْمُحَلِّلِ وَلِلَّذِي مَعَهُ، وَقِيلَ: لِلْمُحَلِّلِ فَقَطْ، ....

يحرص على الظفر (**فَإِنْ شَرَطَ أَنَّ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا فَلَهُ عَلَى الآخَرِ كَذَا لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِمُحَلِّلٍ فَرَسُهُ كُفْءٌ لِفَرَسَيْهِمَا**) لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «**مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ، وَلا يَأْمَنُ أَنْ تُسْبَقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ، وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يُسْبَقَ فَهُوَ قِمَارٌ**»(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم، وقال: صحيح الإسناد، وعلل بأن الثقات من أصحاب الزهري كمالك في «الموطأ» ويونس وعقيل والليث وغيرهم رووه عن الزهري عن سعيد بن المسيب قوله من غير رفع، قال أبو داود: وهو أصح، قال الأصحاب: فإذا كان قمارًا عند الأمن من سبق فرس المحلل فعند عدم المحلل أولى؛ ولأن معنى القمار موجود فيه إذ كل منهما يرجو الغنم ويخاف الغرم.

قال: (**فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَخَذَ الْمَالَيْنِ**) أي: لسبقه لهما جميعًا هذا إن جاء بعده معًا قطعًا، وإن تلاه أحدهما ثم الفسكل فالمحلل جعل من تلاه منهما قطعًا، وفي جعل الفسكل أوجه: أصحها: للمحلل فقط، وثانيها: له ولتاليه، وثالثها: لتاليه فقط.

(**وَإِنْ سَبَقَاهُ وَجَاءَا مَعًا فَلَا شَيْءَ لِأَحَدٍ**) أي: لعدم سبقه لهما، ولعدم سبق أحدهما الآخر. (**وَإِنْ جَاءَ**) أي: المحلل.

(**مَعَ أَحَدِهِمَا فَمَالُ هَذَا لِنَفْسِهِ**) لأنه لم يسبقه أحد.

(**وَمَالُ الْمُتَأَخِّرِ لِلْمُحَلِّلِ وَلِلَّذِي مَعَهُ**) أي: لأنهما سبقاه.

(**وَقِيلَ لِلْمُحَلِّلِ فَقَطْ**) قال ابن خيران: لمنعه اشتراط أخذ المحلل السبقين إن سبق، وإن كلا منهما إن سبق آخر وماله واستحق مال صاحبه، لكن الصحيح المنصوص الجواز.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٥١) وابن ماجه (٢٩٨٦) وأحمد (١٠٨٣٥) والحاكم (٢٥٣٦).

وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ الْمُحَلِّلُ ثُمَّ الْآخَرُ فَمَالُ الْآخَرِ لِلْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِنْ تَسَابَقَ ثَلَاثَةٌ فَصَاعِدًا، وَشُرِطَ لِلثَّانِي مِثْلُ الْأَوَّلِ فَسَدَ، وَدُونَهُ يَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ. وَسَبْقُ إِبِلٍ بِكَتِفٍ، ....

قال: **(وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ الْمُحَلِّلُ ثُمَّ الْآخَرُ فَمَالُ الْآخَرِ لِلْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ)** لأن المحلل مسبوق، والثاني: إنه له وللمحلل معًا؛ لأنهما سبقاه، والثالث: يختص به المحلل وزيِّف، والرابع: يحرزه فخرجه وليس بشيء، ولا خلاف أن الأول منهما يحرز ما أخرجه.

قال: **(وَإِنْ تَسَابَقَ ثَلَاثَةٌ فَصَاعِدًا، وَشُرِطَ لِلثَّانِي مِثْلُ الْأَوَّلِ)** أي: أو أكثر.

(فَسَدَ، وَدُونَهُ يَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ) لأنه يجتهد ليفوز بالأكثر، والثاني: المنع؛ لأنه إذا كان يتحصل على شيء فقد يتكاسل؛ ليفوت مقصود العقد.

اعلم إنما ذكره في الصورتين صحيح فيما إذا سابق اثنان وباذِل المال غيرهما كما نقلاه، وأمَّا ما جزم به من الفساد في تسابق الثلاثة والتصور كما ذكرنا فهو وجه، أفهم كلام «التهذيب» الجزم به وتبعه «الْمُحَرَّر» والأصح في «الشَّرْحين» و«الرَّوْضَة» خلافه، فإنهما قالا: وإن تسابق ثلاثة وشرط باذِل المال المالَ للسابق صح، وإن شرط للثاني أو شرط له أكثر [مما شرط] للسابق فوجهان: أصحهما: المنع؛ لأن السبق هو المقصود، وإن شرط مثل ما شرط للأول [لم يجز، وإن شرط للثاني أقل ممن شرط للأول] جاز على الأصح، ثم قالا: فخرج في شرط المال للثاني في تسابق الثلاثة وجوه الجواز والمنع [الجواز] إن فضل السابق عليه الجواز إن لم يفضل على السابق وهو الأصح.

وأمَّا الفسكل ـ وهو الأخير ـ فلا يجوز أن يساوى بمن قبله، ويجوز أن يشرط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح ويقاس بهذا، أمَّا إذا تسابق أكثر من ثلاثة، وشرط لكل واحد سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله فيجوز على الأصح.

قال: **(وَسَبْقُ إِبِلٍ بِكَتِفٍ)** تبع «الْمُحَرَّر» في قوله: بكتف بالفاء، وعبارة الشَّافِعِي و«الرَّوْضَة» و«الشَّرْحين» والجمهور: بكتد بالدال المهملة، قال

وَخَيْلٍ بِعُنُقٍ، ....

الرَّافِعِي: وهو مجتمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وذكر الْمَاوَرْدِي فيه تأويلين: أحدهما: إنه الكتف وعليه جرى «الْمُحَرَّر» و«المنهاج» وغيرهما، والثاني: إنه ما بين أصل العنق والظهر، وهو مجتمع الكتفين في موضع السنام من الإبل هذا لفظه وهو الصحيح: الكتد ما بين الكاهل إلى الظهر، وقال في كهل الكاهل: هو الحارك وهو ما بين الكتفين.

قال: (وَخَيْلٍ بِعُنُقٍ) هكذا أطلق غيره، وفصَّل الجمهور فقالوا: إن استوى الفرسان في طول العنق وقصره فالمتقدم ببعض العنق سابق، وإن اختلفا فإن تقدم أقصرهما عنقًا فسابق، أو الآخر نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فأقل فليس بسابق، وإن تقدم بأكثر من الزيادة فسابق.

وعبارة الْمَاوَرْدِي: وإن سبق بالعنق أطولهما عنقًا لم يكن سابقًا إلا أن ينضاف إليه سبق بكتدة.

وقال الدَّارِمِي: وأقل السبق أن يسبق بالهادي أو ببعضه وهو العنق إن كان عنقهما سواء وإلا فبالكتف أو بعضه ويقارنون عنق كل واحد مع عنق الآخر إن تساوت وإلا بالأكتاف، وإن ضبط سبق بأقل ذلك كان سبقًا، انتهى.

واعلم أن الجمهور أطلقوا الاعتبار في الإبل بالكتد، وفي الخيل بالعنق، وفرَّقوا بأن الإبل ترفع أعناقها في العدو فلا يمكن اعتباره والخيل تمدها، وكنت أقول من الخيل ما يمد عنقه، ومنها ما يرفع رأسه حال العدو كما يشاهد وهذا لا يمكن اعتبار سبقه بالعنق.

ثم رأيت الفوراني - ﷺ - قال في «العمد»: ثم السبق في الإبل يقع بالكتد والخيل بالعنق، والفرق أن الفرس يمدُّ العنق والإبل ترفعه، فلو تصوَّر فرس [يرفع] فبالكتد، فلو كان عنق أحدهما أطول فسبق الطويل بالهادي والقصير بالكتد، فالاعتبار بالهادي أو بالكتد وجهان هذا لفظه وسيأتي عن «الرَّوْضَة» جعله وجهًا ضعيفًا، وفيه نظر.

وعبارة «تحرير» الجُرْجَانِي: والسبق أن يسبق فرسه [بجزء] من رأسه أو

وَقِيلَ: بِالْقَوَائِمِ فِيهِمَا].

عنقه إذا استوى الفرسان في الخلقة وفي طولهما وفي طول الهادي، وإن اختلفا في الهادي فكان أحدهما في التقدير ذراعًا والآخر ذراعًا وشبرًا فهو أن يسبق بشبر من الهادي، وإن رفع الفرَسان أعناقهما أو رفعه أحدهما فالسبق بالكتد دون الهادي ولا اعتبار بالسبق بالأذن بحال هذا لفظه وذكره في «الشافي» وقال إثر قوله: بحال؛ لأن أحدهما قد يرفع رأسه عند العدو والآخر يمدّها فيسبق بأذنه ولو مدَّ الآخر أذنه لكان أسبق، وأنكر المصنف في «التحرير» على «التَّنْبِيه» اعتبار الرأس، وقال: إنه خلاف النص، وما في «المهذب» وسائر الأصحاب: إن الاعتبار بالعنق لا بالرأس.

قال: (**وَقِيلَ بِالْقَوَائِمِ فِيهِمَا**) أي: في الإبل والخيل، والظاهر أنَّ ما لحق بهما كذلك على هذا الوجه جزم به في «الوجيز» وفي «الْبَسِيط» إنه أقيس، لكنه خصَّ الخلاف بالخيل، وكذلك الفوراني في كتابيه.

وقال الإمام: إنه الأقيس فإنه السبق حقًا إذ العدو بالقدم، ثم أشار إلى أن المراوزة خصُّوا الخلاف بقوائم الخيل، وأن العراقيين ذكروه [في الإبل أيضًا، ثم قال: وكان شيخي يقطع بأن الاعتبار في التساوي في ابتداء الميدان بالقوائم] لا غير، وإنما التردد في آخر الميدان وهذا حسن متجه لا يجوز غيره، وما ذكره العراقيون من اعتبار الأعناق في أقدارها متجه إذا كان الفرسان يمدَّان أعناقهما فيتعين، والحالة هذه ولكن يشبه أنهم كانوا يعتبرون القدم فلم يلتفتوا إلى طول العنق وقِصَره، قال: فانتظم مما ذكرناه أن الفرسين إن تفاوتا في مدّ العنق أسبق في اعتبار العنق والقدم ولا نظر إلى أقدار الأعناق وإن كانا يمدَّان الأعناق، وقلنا: الاعتبار بها، اتجه اعتبار التساوي في العنق، انتهى.

وقال الرَّافِعِي بعد ذكره: إن الإمام نقل اختلاف وجه أو قول وأنه قال: إن الثاني أقيس، إن الذي يوجد لعامة الأصحاب في طريقهم، وفي نسخ في كتبهم، ومنها اختصرت «الرَّوْضَة»: أن الاعتبار [في الإبل] بالكتد، وفي الخيل بالهادي، وعبارته توهم توهيم الإمام في نقله، وعبارة «الشَّرْح الصغير» وقال أكثر الأصحاب: وهي الصواب، وممن حكى الخلاف الفوراني، وقال

……

الشيخ أبو محمد: ويكون السبق بالهادي أو بعضه [والكتف أو بعضه] والعدَّة مراعاة الأقدام، وتابعاه في «الخلاصة» و«المعتبر».

وعن الإمام ما نقله إلى العراقيين وإلى والده، وقال الْمَاوَرْدِي: اعتبار القوائم أصح عندي؛ لأن السعي بهما والجري عليهما، قال: لكن الشَّافِعِي اعتبره بالهادي والكتد، قال في «الرَّوْضَة» بعد قوله: إن الذي يوجد لعامة الأصحاب وفي كتبهم أن الاعتبار في الإبل بالكتد وفي الخيل بالهادي.

ثم حكى عنهم ما سبق من تساوي الفرسين في طول العنق وتفاوتهما، ثم قال: وحكيت أوجه ضعيفة:

أحدها: إن عند اختلاف خلقة العنق يعتبر في الخيل الكتد حكي عن أبي إسحاق ورجَّحه الرُّويَاني.

والثاني: إن عند اختلاف الخلقة إذا سبق أطولهما عنقًا ببعض عنقه وكتدهما سواء كان سابقًا.

والثالث: إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو واعتبر فيه الكتد كما في الإبل.

والرابع: إن التقدم بأيهما حصل السبق، وعلى هذا لو تقدم أحدهما بأحدهما والآخر بالآخر فلا سبق.

والخامس: لا يعتبر هذا ولا ذاك، بل يعتبر عرف الناس وما يُعِدُّونه سبقًا.

والسادس: إن المعتبر تقدم الأُذن.

والسابع: إن المعتبر ما شرط من الكتد أو الهادي.

قلت: هذا السابع ضعيف؛ لأن المسألة فيما إذا أطلقا، والله أعلم، انتهى.

ولم يصف الرَّافِعِي الأوجه السابقة بالضعف وقولهما: إن الإبل ترفع أعناقها في العدو فلا يمكن اعتبار العنق يمنع كون ما جعلاه وجهًا ثالثًا وجهًا فضلًا أن يكون ضعيفًا، بل يجب أن يكون محل كلام الجمهور في الخيل التي

....

تمدُّ أعناقها كما اقتضاه فرقهم بينها وبين الإبل، وإنما أطلقوا ذلك نظرًا إلى الغالب واتباعًا للفظ الشَّافِعِي؛ لأن مدّ العنق عادة الخيل العتاق بخلاف البرازين ونحوها، بل عدَّ في بعض الأوجه المذكورة بعد الوجه الثالث نظر ويعرف ذلك بمراجعة كلام الأصحاب مع ما سبق من كلام بعضهم، وروى الدارقطني (١١/ ٢٠٣) عن علي ﷺ «**إِذَا خَرَجَ أَحَدُ الفَرَسَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ بِطَرَفِ أُذُنَيْهِ أَوْ أُذُنٍ أَوْ عِذَارٍ فَاجْعَلُوا السُّبْقَةَ لَهُ**»(١) وما أحسن القول باعتبار العرف.

فروع: لو سبق أحدهما في وسط الميدان والآخر في آخره فهو السابق، ولو عثر الفرس أو ساخت قوائمه في الأرض فتقدم الآخر لم يكن سابقًا، وكذا لو وقف بعد جريه لمرض ونحوه ومثله الصدمة، فإن وقف لا لعلة فمسبوق، ولو وقف قبل جريه فليس بمسبوقٍ مطلقًا، ولو تسابقا على أن من سبق منهما بأقدام معلومة على موضع كذا فله السبق جاز على الصحيح، والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع لكنه يشترط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالمقدار المذكور، ولو تشارطا أن يكون التسابق من سبق في خلال الميدان لم يجز، وقيل: يجوز ذكره البَغَوِي في «تعليقه» ويُستحب أن يكون في الغاية قصبة مغروزة ليقطعها السابق فيظهر لكل واحد تقدمه.

قلت: وروى الدارقطني عن علي ﷺ «إنه كان يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطًّا ويقيم رجلين متقابلين عند طرفي الخط طرفه عند إبهامي أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين».

خاتمة: لو فسدت المسابقة وركضا وسبق من لو صحت لاستحق السبق فالمذهب وما أورده الجمهور: إنه لا يستحق أجرة المثل كالإجارة الفاسدة، وقيل: لا شيء له؛ لأنه لم يعمل لغيره شيئًا، وفائدة عمله تعود إليه بخلاف الإجارة، وقيل: إن كان الفساد لخلل في العوض وأمكن تقويمه بأن كان مغصوبًا وجبت قيمته فعلى المذهب في كيفية اعتبار أجرة المثل وجهان:

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٢، رقم ١٩٥٦٦) والدارقطني (٤٨٩٨).

فَصْلٌ

وَيُشْتَرَطُ لِلْمُنَاضَلَةِ بَيَانُ أَنَّ الرَّمْيَ مُبَادَرَةٌ وَهِيَ أَنْ يَبْدُرَ أَحَدُهُمَا بِإِصَابَةِ الْعَدَدِ الْمَشْرُوطِ، أَوْ مُحَاطَّةٌ، وَهِيَ أَنْ تُقَابَلَ إِصَابَاتُهُمَا، وَيُطْرَحَ الْمُشْتَرَكُ فَمَنْ زَادَ بِعَدَدِ كَذَا فَنَاضِلٌ.

أحدهما: بأجرة مثل الزمن الذي اشتغل بالرمي فيه، وأصحهما: بحيث ما يتسابق بمثله في تلك المسافة غالبًا هذا حاصل «الرَّوْضَة» وإيضاح القاعدة، والخلاف فيها مبين في الشَّرْح، وقولهما بالرمي فيه تسمح، والمراد بالإجراء فيه وحكم البابين فيما ذكره واحد، وعبارة الرَّافِعِي عن الثاني المصحح وهذا أقرب، ويمكن أن يقال: ليس للناس في هذا عرف غالب يُرجع إليه.

فصل

قال: **(وَيُشْتَرَطُ لِلْمُنَاضَلَةِ بَيَانُ أَنَّ الرَّمْيَ مُبَادَرَةٌ وَهِيَ أَنْ يَبْدُرَ أَحَدُهُمَا)** أي: بسبق **(بِإِصَابَةِ الْعَدَدِ الْمَشْرُوطِ)** أي: كما إذا شرط أن من سبق إلى إصابة خمسة مثلًا من عشرين فله كذا، فرمى كل واحدٍ عشرين فأصاب أحدهما خمسة والآخر دونها، فالأول ناضل، هذا هو المشهور في «تفسير» المبادرة.

وفي «الشَّامِل» إن الْبُوَيْطِي قال: المبادرة أن يعوقا سهميهما فأيهما وقع سهمه أولًا بدر بالسبق، قال: والأول أصح.

قال: **(أَوْ مُحَاطَّةٌ)** أي: بتشديد الطاء.

(وَهِيَ أَنْ تُقَابَلَ إِصَابَاتُهُمَا، وَيُطْرَحَ الْمُشْتَرَكُ فَمَنْ زَادَ بِعَدَدِ كَذَا فَنَاضِلٌ) مثاله: إن شرط خلوص خمسة من عشرين مثلًا فإذا رمياها فأصاب كل واحدٍ خمسة فلا ناضل، وإن أصاب أحدهما خمسة والآخر أكثر فناضل.

واعلم أن ما جزم به من اشتراط بيان أن الرمي مبادرة أو مُحَاطَّة هو أحد وجهين، ووجه بأن الأغراض تتفاوت في ذلك، فإن من الرماة من تكثر إصابته ابتداء ويقل انتهاء ومنهم من عكسه، فإذا تركاه فسد العقد، وأصحهما: في «الرَّوْضَة» و«الشَّرْح الصغير» و«التهذيب» وغيرها المنع، بل يصح العقد مطلقًا ويحمل الإطلاق على المبادرة فإنها الغالب في المناضلة.

وَبَيَانُ عَدَدِ نُوَبِ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ، ....

وقال المَاوَرْدِي: إن لم يكن للرماة عرف معهود بأحد الأمرين فسدَ العقد بالإطلاق وإلا فوجهان وهذا أحسن، وقضيته: إنه لو كان العرف المعهود هناك المُحَاطَّة نزل الإطلاق عليه.

قال: (وَبَيَانُ عَدَدِ نُوَبِ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ) أي: في المبادرة والمُحَاطَّة معًا ليكون للعمل ضبط، قال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: وفي اشتراط ذكر الأرشاق وعددها في العقد ثلاثة أوجه، وقيل: أقوال، أظهرها وبه قطع بعضهم: يشترط في المُحَاطَّة والمبادرة، والثاني: لا يشترط فيهما، والثالث: يشترط في المُحَاطَّة دون المبادرة.

ونقل في «شرحه الكبير» رواية الخلاف عن الإمام، ثم قال: والأول هو الذي أورده عامة الأصحاب، ونفى نافون الخلاف فيه، وذكر قيل هذا إن مما يشترط العلم به عدد الأرشاق وهي جمع رِشِق بكسر الراء، وهو النوبة من الرمي يجري بين الراميين سهمًا سهمًا أو خمسة خمسة أو ما يتَّفقان عليه، فإن اتَّفقا على أن يرمي زيد جميع العدد ثم عمرو جميعه جاز والإطلاق محمول على رمي سهم سهم [وقال الدَّارمِي: إن يشترطا على أن أحدهما يرمي الجميع قبل صاحبه قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز، انتهى.

وقول الرَّافِعِي والإطلاق محمول على رمي سهم سهم يشير] إلى أن بيان عدد ما يرمي كل واحد من الرشق مستحب وبه صرَّح المَاوَرْدِي، وأول تنبيه كلام المصنف قد يفهم أنه لا بد من نُوب متعددة وليس المراد، بل [لو تناضلا على رمية واحدة وشرطا المال للمصيب فأصح الوجهين الصحة].

والثاني: لا؛ لاحتمال الموافقة ورب رمية من غير رام، وقوله: والإصابة، أي: وبيان الإصابة، فإن تعددت اشترط بيان عددها كخمسة من عشرين مثلًا؛ لأن الاستحقاق بالإصابة وبها يُبين الحذق وجودة الرمي وكلامهما يُفهم خلافه، ويكفي أن يقال: يرمي عشرة فمن أصاب أكثر من صاحبه فناضل.

وَمَسَافَةِ الرَّمْيِ، ....

قال: (**وَمَسَافَةِ الرَّمْيِ**) أي: لاختلاف الغرض بها وهذا أحد القولين، وأظهرهما: التنزيل على العادة الغالبة وهو ما أورده ابْن كَجٍّ؛ لأن الشرط العلم بها فتارة يكون بالإعلام والمشاهدة، وتارة بقرينة الحال كنظائره، قالا: والقولان متفقان على أنه إذا لم يكن هناك عادة غالبة يجب الإعلام، وليحمل على هذه الحالة ما أطلقه الأكثرون من اشتراط إعلام المسافة، وفي «المهذب» و«التهذيب»: إنه إذا كان غرض معلوم المدى حمل مطلق العقد عليه، انتهى.

ويشبه أن يقال: لو كانت العادة هناك معروفة ولكن المتناضلون غرباء يجهلونها أنه لا بد من البيان، وكذا لو جهلها أحد الحزبين أو جهلوا أو أحدهما الغرض المنصوب المعهود هناك، وقال الْمَاوَرْدِي: والشرط الرابع أن يكون مسافة ما بين موقف الرامي والهدف معلومة، فإن أغفلاها نظر إن لم يكن للرماة هدف منصوب ولا عرف معهود فالعقد باطل، وإن كان للرماة الحاضرين هدف منصوب وللرماة موقف معروف صحَّ العقد وحمل على ذلك، وإن لم يكن لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود فوجهان: **أصحهما**: وفي نسخة أحدهما يصح العقد ويحمل الإطلاق عليه، والثاني: إنه باطل ما لم يوصف؛ لأن حذق الرماة مختلف.

فَرْعٌ: لو ذكرا غاية لا تبلغها السهام بطل العقد، وكذا إذا كانت الإصابة فيها نادرة على أرجح الوجهين أو القولين.

وقال الشيخ إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: إذا شرطا ما لا يُصاب غالبًا لبعد المسافة أو لصغر الغرض، ثم ذكر قولين ووجه المنع: بالندرة، فالاشتغال به تضييع للوقت، والجواز بأن به يتم حذق الرامي.

قال: والغالب أن الإصابة تقع في مائتين وخمسين ذراعًا أو أقل، وفي ثلاثمائة ذراع تكون نادرة، ولو شرط إصابة الرقعة لكن قَصَّر المسافة فردَّها إلى خمسين ذراعًا، أو ما أشبه ذلك بحيث تُصاب الرقعة في تلك المسافة كثيرًا جاز حينئذ قولًا واحدًا، والرقعة: سواد صغير في وسط الغرض، انتهى.

وَقَدْرِ الْغَرَضِ طُولًا وَعَرْضًا، إِلَّا أَنْ يَعْقِدَ بِمَوْضِعٍ فِيهِ غَرَضٌ مَعْلُومٌ، فَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ عَلَيْهِ.

ولو تناضلا على أن يكون السبق لا بعدهما رميًا ولم يقصدا غرضًا صحَّ العقد على الأصح، قال الإمام: والذي أراه على هذا اشتراط القوسين في الشدَّة ويراعى خفة السهم ورزانته، وقال الدَّارِمِي: والمُحَاطَّة أن يقول أينا سبق كذا ذراعًا حسب ويتحاطَّان فأيهما أفضل بكذا سبق فجائز أجازه الْمَرْوَزِيّ والطبري، وحكى الطبري المنع منه في الخيل عن بعضهم، انتهى.

قال: (**وَقَدْرِ الْغَرَضِ طُولًا وَعَرْضًا**) أي: لاختلاف الغرض بذلك.

(**إِلَّا أَنْ يَعْقِدَ بِمَوْضِعٍ فِيهِ غَرَضٌ مَعْلُومٌ، فَيُحْمَلُ الْمُطْلَقُ عَلَيْهِ**) هذا الاستثناء هو مثل ما سبق عن «المهذب» و«التهذيب» في المسافة [وذكر في «الشَّرْح» و«الرَّوْضَة» عوضًا عن هذا الاستثناء، والكلام فيه على ما] ذكرنا في المسألة، انتهى.

وحينئذ يأتي فيه جميع ما سبق فيها، والغَرَض بفتح العين المعجمة والراء هو: العلامة المرمي إليها من خشب أو قرطاس ودائرة.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي: ومنها ارتفاعه عن الأرض أو انخفاضه وهل يشترط بيانه أو لا يشترط؟ ويحمل على الوسط فيه مثل الخلاف السابق.

قلت: والمراد إنه يكفي في ذلك العرف إن كان وإلا فلا بدّ من الشرط، وفي قول أو وجه: إنه لا بد من الشرط وإن كان هناك عرف.

قالا: وينبغي إن بيَّنا موضع الإصابة أهو الهدف؟ أم الغرض المنصوب فيه؟ أم [الدائرة][1] في الشن؟ أم الخاتم في الدائرة؟ وقد يقال له: الحلقة أو الرقعة، وفي الصحة مع اشتراط إصابته الخلاف في الشروط النادرة، أي: والأصح الفساد، قال الْمَاوَرْدِي: والعلم بالغرض من ثلاثة أوجه: [موضعه] من الهدف في ارتفاعه أو انخفاضه، وقدره في ضيقته وسعته، وقدر الدائرة من الغرض إن شرطت الإصابة فيها، قال: ويشترط أن يكون محل الإصابة معلومًا

---

[1] في نسخة: (دارة).

وَلْيُبَيِّنَا صِفَةَ الرَّمْيِ مِنْ قَرْعٍ وَهُوَ إِصَابَةُ الشَّنِّ بِلَا خَدْشٍ، أَوْ خَزْقٍ وَهُوَ أَنْ يَثْقُبَهُ وَلَا يَثْبُتَ فِيهِ، أَوْ خَسْقٍ وَهُوَ أَنْ يَثْبُتَ فِيهِ، أَوْ مَرْقٍ وَهُوَ أَنْ يَنْفُذَ، ....

هل هو في الهدف؟ أو في الغرض؟ أو في الدائرة؟

فإن أغفل ذلك كان جميع الغرض مَحلًا للإصابة، وإن شرطت الإصابة في الهدف وهو ترابٌ يُجمع أو حائط يُبنى سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدائرة، انتهى.

وقال الدَّارمِي: لا بد من معرفة الرمي به وعدده، وصفة الصواب، والغرض، وعلوه وغير ذلك، فإن ترك شيئًا من ذلك بطل، انتهى.

وقضية إطلاقه أنه لا بد من البيان.

قال: (**وَلْيُبَيِّنَا صِفَةَ الرَّمْيِ مِنْ قَرْعٍ وَهُوَ إِصَابَةُ الشَّنِّ بِلَا خَدْشٍ، أَوْ خَزْقٍ وَهُوَ أَنْ يَثْقُبَهُ وَلَا يَثْبُتَ فِيهِ، أَوْ خَسْقٍ وَهُوَ أَنْ يَثْبُتَ فِيهِ، أَوْ مَرْقٍ وَهُوَ أَنْ يَنْفُذَ**) أي: يخرج من الجانب الآخر، وزاد الرَّافِعِي وغيره: الحرم بالراء المهملة، وهو أن يصيب طرف الغرض فيحرمه، وسيأتي في غير هذا، وكان الأحسن أن يقول المصنف: وليبيّنا صفة الإصابة؛ لأن ما ذكره صفة لها لا للرمي، ووجه ما تقدم: اختلاف الأغراض بهذه الصفات، والألفاظ الخمسة المذكورة مفتوحة الأولى ساكنة الثاني، والشَّنُّ ـ بفتح الشين ـ هو: الغرض، وَأَصْلُهُ الْجِلْدُ الْبَالِي والخرق والمرق بالراء.

وقال الأزهري والجوهري: الخازق بالخاء والزاي المعجمتين بمعنى الخاسق: خرق الغرض، ولم يثبت فيه، والفقهاء غايروا بينهما كما ذكره الشيخ، فلعلَّه عُرف الرماة، وكلام الصَّيْمَرِيّ في شرحه «للكفاية» قد يفهم أنهما شيء واحد، فإنه عدد أنواع الإصابة فذكر الخزق ولم يذكر الخسق.

ثم قال: والخزق هو ما يثقب الشَّنّ، وثبت فيه وإن قل، وفيها قول آخر: يحتسب به إذا خزق وإن لم يثبت، انتهى.

ففسر الخزق بما فسروا به الخسق، قاله الصَّيْمَرِيُّ أيضًا، ولا يجوز أن يشترط أحدهما قرعًا والآخر خرقًا.

فَإِنْ أَطْلَقَا اقْتَضَى القَرْعَ.

تنبيهات: العبرة في الإصابة بالنصل لا يفوق السهم وغرضه، وقوله: بلا خدش؛ أي: يكفي ذلك في حصول القرع، فإن خدش أو خزق أو خسق لم يضر وحسب له ولو كان الشَّنُّ باليًا فأصاب موضع الخزق منه حسب ذكره الْبَغَوِي وعدَّ الْجُرْجَانِي في «الشافي» من أصناف الإصابة: الخاصر قال: وهو إصابة أحد جانبي الغرض ولم يخدش شيئًا منه مشتق من الخاصرة، انتهى.

وقوله: أو خزق، وهو أن يثقبه ولا يثبت فيه، أي: يكفي ذلك في عدّه خازقًا ولا يضره ما فوقه.

قوله: خسق: وهو أن يثبت، ولا يضر سقوطه بعد ثبوته، وإن ثقبه ولم يثبت فليس بخاسق على الأظهر، ولو ثقب ومرق فخاسق على المذهب والمنصوص، وقيل قولان: ولو خرم طرف الغرض وثبت ثم فخاسق على الأظهر، وفي محل القولين، وفي محل القولين طرق: أصحهما: أنهما فيما إذا كان بعض جرم النصل خارجاً فإن كان كله داخلًا فخاسق قطعًا، قاله في «الرَّوْضَة».

قال: ولو وقع السهم في ثقبة قديمة وثبت حسب خاسقًا على الأصح؛ لأن السهم في قوته ما يخرق، ولو أصاب موضعه صح، وقضية هذا ألّا يحسب خاسقًا إذا لم يعرف قوة السهم، يوضحه أن الشَّافِعِي نص أنه لو أصاب موضع خرق في الغرض وثبت في الهدف كان خاسقًا، فقال الأصحاب: أراد إذا كان الهدف في قوة الغرض أو أصلب منه، فإن كان ترابًا أو طينًا لينًا لم يحسب له ولا عليه؛ لأنا لا ندري هل كان ثبت لو أصاب موضعًا صحيحًا أم لا، وقيل: لا يحسب خاسقًا، وإن كان الهدف في قوة المرمى وله خرق النصل موضع الإصابة أو خدشه بحيث يثبت فيه مثل هذا السهم لكنه رجع لغلظ لقيه كحصاة أو نواه حسب خاسقًا على الأظهر.

قال: (**فَإِنْ أَطْلَقَا**) أي: العقد.

(**اقْتَضَى القَرْعَ**) لأنه المتعارف قاله البَغَوِي وتابعاه.

قال في متن «الرَّوْضَة» بعد ذكره نحو ما سبق في الكتاب: ثم كتب كثير من

……

الأصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بدّ من ذكر ما يؤيد أن من هذه الصفات أن سوى الخرق والمرق فإنهم لم يشترطوا التعرض لهما، والأصح ما ذكره البَغَوِي بأنه لا يشترط التعرض منها كالخرق والمرق وكإصابة أعلا الشَّنِّ وأسفله، قال: وإذا أطلقا حُمل على القرع؛ لأنه المتعارف، وأحسن من هذه العبارة أن يقال: حقيقة اللفظ ما يشترط فيه جميع ذلك، انتهى.

وعندي فيما ذكره وقفة، والظاهر أن مراد جماعة من العراقيين وغيرهم أنه لا يلزم الأخذ بموجب ما أريد من هذه الصفات إلا مع التصريح بذكره؛ لأنه إذا أغفل ذكره يكون العقد فاسدًا وفاقًا وإنما قلت ذلك لأن الْمَاوَرْدِي عدَّ من الشروط أن تكون الإصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق. ثم قال: فإن أغفل هذا الشرط كانت الإصابة محمولة على القرع؛ لأن ما عداه زيادة، وكذا قال في «المهذب». وقال في «التهذيب»: يشترط في المناضلة بيان ستة أشياء، وعدَّ منها صفة الإصابة، ثم ذكر أن الإطلاق يُحمل على القرع كما قاله في «المهذب» فيجوز أن يحمل إطلاق كثيرين عليه، نعم كلام «الشَّامِل» يأتي ذلك، وسيأتي في كلام الرَّافِعِي والمصنف ما يقتضي موافقته.

ورأيت في «تعليق» البَغَوِي: وينبغي أن تكون صفة القرعات معلومة، وقد ذكر الشَّافِعِي - رَحِمَهُ اللهُ - أربعة أصناف الحواصل وهي التي تصيب الغرض [والخوارق والخواسق وفسرهما، والحوابي وهي: التي تمر قريبًا من الأرض فتصيب الغرض] وذكر الأصحاب أوصاف آخر ثلاثة وهي الموارق والخوارم فذكرهما، والمزدلف التي تصيب الأرض قريبًا من الغرض ثم يقوم شدته وقوته فربما يصيب الغرض وربما لا يصيب، ويعد هذا من الحذاقة، فلا بد من بيان هذه الأوصاف التي ذكرناها، انتهى.

ولم يرد على ذلك، وفي تعليق إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: ثم للإصابات [أسامي حواس وحواصل وخوازق وخوارم وقوارع وموارق وحوابي.

قال: والإصابات] والقوارع معلومة، والحوابي اختلفوا فيها، فمنهم من قال تصيب موضعًا قريبًا من الهدف ولا يصيب الهدف، ومنهم من قال: هو أن

وَيَجُوزُ عِوَضُ الْمُنَاضَلَةِ مِنْ حَيْثُ يَجُوزُ عِوَضُ الْمُسَابَقَةِ وَبِشَرْطِهِ. وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ قَوْسٍ وَسَهْمٍ، ....

يصيب السهم الأرض ثم يزحف إلى الهدف، انتهى.

وذكر الرَّافِعِي أن الحابي كالمزدلف، إلا أن الحابي أضعف حركة منه، وذكر ثلاثة أوجه في تفسيره تضمنها ما قدمناه، قال: ولم يجعل أكثر الأصحاب الحوابي صفة السهام، لكن قالوا: الرمي ثلاثة أنواع المبادرة، والمُحَّاطة، والحوابي، وهو أن يرميا على أن يسقط الأقرب والأشد الأبعد، انتهى.

قال: **(وَيَجُوزُ عِوَضُ الْمُنَاضَلَةِ مِنْ حَيْثُ يَجُوزُ عِوَضُ الْمُسَابَقَةِ وَبِشَرْطِهِ)** أي: فيجوز أن يكون من غيرهما كما سبق بيانه، ومن أحدهما ومنهما محلل كما سبق في المسابقة سواء.

(وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ قَوْسٍ وَسَهْمٍ) أي: لأن الاعتماد على الرامي بخلاف الفرس ونحوه في المسابقة، وقيل: يشترط أيضًا لاختلاف الأغراض وتفاوت الحذق في استعمالهما، وقيل: إن غلب نوع في الموضع المناضل فيه صح ونزل عليه، وإلا فباطل، وصححه ابن الرِّفْعَة.

إشارة: اتحاد الجنس شرط، فإن اختلف كسهام مع رماح لم يصح على الأصح، ولا يضر اختلاف أنواع القسي، قال الدَّارمِي: جميع أنواع القسي والنشاب سواء في الرمي، ويجوز أن تختلف قسيهم ونشابهم بتفاوت، انتهى.

نعم، قال المَاوَرْدِي: لا يجوز مناضلة أهل النشاب أصحاب الجلاهق، وهذا على طريقة كما سبق وقيل: لا يجوز على نبل ونشاب، وإذا عيَّنا نوعًا من الطرفين أو أحدهما وقيامه للشرط قالا: ولا يجوز العدول عن المعيّن إلى أجود منه، بأن عيَّنا القوس العربية ثم يعدلا إلى الفارسية، ولو عدلا إلى ما دونه لم يجز أيضًا على الأصح إلا برضا صاحبه.

قلت: صرح الْمَاوَرْدِي بأن العدول إلى النوع الأعلى وبالعكس بالتراضي جائز، انتهى.

ويمكن حمل قولهما: إلا برضا صاحبه، على إرادة النوعين، وظاهره

فَإِنْ عُيِّنَ لَغَا. وَجَازَ إِبْدَالُهُ بِمِثْلِهِ، فَإِنْ شُرِطَ مَنْعُ إِبْدَالِهِ فَسَدَ العَقْدُ.

قصره على العدول إلى الأدنى فقط، وأنه لا يجوز العدول إلى الأعلى مطلقًا.

وقال الدَّارمِي: إن من شرط بعربية لم يبدلها بعجمية أو بعجمية لم يبدلها بعربية، قال: وهذا يعنى من الشَّافِعِي يدل على أنه لا يجوز الإطلاق إلا جنس واحد، انتهى.

ولو شرط لأحدهما قوس عربية وللآخر قوس فارسية لم يجز لواحد منهما العدول عمَّا شرط إلى النوع الآخر.

قال: (**فَإِنْ عُيِّنَ لَغَا**) أي: فإن عيّن قوسًا أو سهمًا بعينه لَغَا تعينه.

(**وَجَازَ إِبْدَالُهُ بِمِثْلِهِ**) أي: سواء حدث فيه خلل يمنع استعماله أم لا؛ لأن موضوع النضال، على أن للمناضل إصلاح لبته، فإذا شرط قوسًا بعينها منع من الإصلاح والإبدال، فخرج عن موضوعه، وهذا بخلاف الفرس لما تلف.

قال الماوردي: لكن يجوز تأخير الرمي لإبدالها إذا اختلت، ولا يجوز تأخيره لإبدالها إذا لم يختل.

وقول المصنف بمثله احتراز من الانتقال من نوع إلى آخر، فإنه لا يجوز إلا بالتراضي كما تقدم؛ لأنه ربما كان به أدْرَب.

قال: (**فَإِنْ شُرِطَ مَنْعُ إِبْدَالِهِ فَسَدَ العَقْدُ**) أي: على الأصح كغيره من الشروط الفاسدة، وقيل: لا، والخلاف مفرع على الأصح، وهو فساد هذا الشرط؛ لأن الرامي قد تُعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال، وفي منعه منه تضييق لا فائدة فيه، وقيل: يصح الشرط إذ يتعلق بالمُعيَّن غرض، وتفاوت القوس الشديدة واللينة يقرب من تفاوت العربية والعجمية.

قال في «أصل الرَّوْضَة»: ويجري الوجهان في كل ما لو طرح من أصله لا يستقل العقد بإطلاقه، فأما ما لا يستقل العقد بإطلاقه لو طرح كإهمال ذكر الغاية في المسابقة، وصفة الإصابة في المناضلة، فإذا فسد العقد فسد بلا خلاف، انتهى.

وهو حاصل «الشَّرْحين» وقضيته أن العقد لا يستقل مع إهمال بيان صفة

وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ بَيَانِ البَادِئِ بِالرَّمْيِ. وَلَوْ حَضَرَ جَمْعٌ لِلْمُنَاضَلَةِ فَانْتَصَبَ زَعِيمَانِ يَخْتَارَانِ أَصْحَابًا جَازَ.

الإصابة، وقد سبق أنه يستقل على الأصح كما قاله الْبَغَوِي، ويُحمَل الإطلاق على الفرع.

قال: (**وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ بَيَانِ البَادِئِ بِالرَّمْيِ**) [لأن الأغراض تختلف بذلك وهو أقوى القرائن في الْمُحَرَّر والثاني لا يشترط إذ ليس في الابتداء بالرمي] كثير غرض، فعلى الأظهر: يفسد العقد، وعلى الثاني: يقرع، وقيل: ينزّل الإطلاق على عادة الرماة، وإذا قلنا ينزل على عادة الرماة فهي تفويض الأمر إلى المسبِق بكسر الباء، ومخرج السبق، فإن أخرجه أحدهما فهو أولى به، وإن أخرجه غيرهما قدم من شاء، وإن أخرجاه أقرع.

قال القَفَّال: والقولان في الأصل مبنيان على أنَّا نتبع القياس أم عادة الرماة؟ ويجري مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي، وهما متعلقان بالخلاف في أن سبيل هذا العقد سبيل الإجارة أم الجعالة؟

إن قلنا بالأول اتبعنا القياس، وإن قلنا بالثاني اتبعنا العادات، وقيل في المسألة طريقان آخران: القطع بالفساد، والقطع بالقرعة.

إشارة: لا خفاء أن من شروط الصحة: تعيين الرامي في العقد بالشخص، قالوا: هنا كما يشترط تعيين الفرس في المسابقة، وهو يعرِّفك أن المذهب أنه لا بد من تعيين الفرس بالشخص، وأنه لا يكفي الوصف كما سبق، ولا أحسب أحدًا يكتفي في تعيين الرامي بالوصف، وقد قالوا: إن الرامي هنا بمنزلة الفرس هناك.

قال الشارح: قال: (**وَلَوْ حَضَرَ جَمْعٌ لِلْمُنَاضَلَةِ فَانْتَصَبَ زَعِيمَانِ يَخْتَارَانِ أَصْحَابًا جَازَ**) لأنه العُرف، ويكون كل حزب في الإصابة والخطأ كالشخص الواحد، وقيل: لا يجوز؛ لئلا يأخذ بعضهم برمي بعض، فعلى الصحيح لا بد من زعيمين كما ذكره، وإذا تراضا الزعيمان يوكل كل واحد عن أصحابه في العقد، ولا يصح العقد قبل تعيين الأصحاب، وطريق التعيين الاختيار بالتراضي، فيختار

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ تَعْيِينِهِمَا بِقُرْعَةٍ، فَإِنِ اخْتَارَ غَرِيبًا ظَنَّهُ رَامِيًا فَبَانَ خِلَافُهُ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ. وَفِي بُطْلَانِ الْبَاقِي قَوْلَا الصَّفْقَةِ. وَسَقَطَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرِ وَاحِدٌ، ....

زعيمًا واحدًا ثم الآخر واحدًا في مقابلته، ثم الأول واحدًا ثم الآخر واحدًا وهكذا، ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولًا لجواز أن يعيّن الأقوياء، ولا أن يعينا الأعوان بالقرعة لما سيأتي، ويشترط استواء عدد الحزبين عند العراقيين وغيرهم، وقال الإمام ومن تبعه: إنما يشترط التساوي في الرمي.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ تَعْيِينِهِمَا بِقُرْعَةٍ**) لأنها قد تجمع الحذاق في جانب وحدهم في جانب [وضدهم في جانب] فيفوت مقصود المناضلة، قال الرَّافِعِي: ولو عَدَلا الحزبان حذقًا وخرقًا ثم أقرعا بينهما قال الإمام: لا بأس به، والذي أورده صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما المنع؛ لأن التعيين بالقرعة لا يجوز في المعاوضات، وجعل في «الرَّوْضَة» هذا الخلاف في الصورة التي قبلها؛ لسقوط الثانية من بعض الأصول.

قال: (**فَإِنِ اخْتَارَ غَرِيبًا ظَنَّهُ رَامِيًا فَبَانَ خِلَافُهُ**) أي: بان أنه لا يحسن الرمي أصلًا (**بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ**) وسقط من الحزب الآخر واحد.

(**وَفِي بُطْلَانِ الْبَاقِي قَوْلَا الصَّفْقَةِ**) وهذا ما جعله الرَّافِعِي أشهر الطريقين ولذلك قال في «الرَّوْضَة» فيه قولًا تفريق الصفقة، وقيل: يبطل قطعًا، انتهى.

وقضية كلام الْمَاوَرْدِي أنه المذهب، وأن التخريج على تفريق الصفقة، ذكره الشيخ أبو حامد، وهو وهم منه؛ لأن من مقابلته من الحزب الآخر غير متعين، وليس لزعيمهم تعيينه في أحدهم؛ لأن جميعهم في حكم العقد سواء، وليس بإبطال العقد في حق أحدهم أولى من إثباته فيه، وليس لدخول القرعة فيه تأثير؛ إذ لا مدخل لها في إثبات عقد ولا إبطاله، فوجب أن يكون العقد في حق الجماعة باطلًا، انتهى.

وهذا حسن صحيح إلا أن يقال: إن البطلان يختص بمن اختير في مقابلته خاصة [كما سيأتي بما فيه] لكن قوله: (**وَسَقَطَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرِ وَاحِدٌ**) يأبى ذلك.

فَإِنْ صَحَّحْنَا فَلَهُمْ جَمِيعًا الخِيَارُ، فَإِنْ أَجَازُوا وَتَنَازَعُوا فِيمَنْ يَسْقُطُ بَدَلُهُ فَسَدَ الْعَقْدُ. وَإِذَا نَضَلَ حِزْبٌ قُسِمَ الْمَالُ بِحَسَبِ الإِصَابَةِ. وَقِيلَ بِالسَّوِيَّةِ.

(فَإِنْ صَحَّحْنَا فَلَهُمْ جَمِيعًا الخِيَارُ) أي: بين الفسخ والإجازة.

(فَإِنْ أَجَازُوا وَتَنَازَعُوا فِيمَنْ يَسْقُطُ بَدَلُهُ فَسَدَ الْعَقْدُ) أي: لتعذر إمضائه، هذا ما أورده، وقضيته: عدم تعيين البطلان فيمن اختير في مقابلته، لكن المذكور في «الشَّامِل»: إنه يبطل فيمن اختاره الزعيم في مقابلته، وقضيته: تعيين البطلان فيه، وعبارة «التَّرْغِيب»: سقط وسقط مقابله، وعبارة الشَّاشِي: انفسخ العقد فيه وفيمن يقابله من الحزب الآخر، ثم قرع على عدم البطلان في الباقين لو اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج في مقابلته [من الحزب الآخر ونسخ العقد، وهذا عجب لأنه إذا تعين إخراج من اختبر في مسائلته] كما قاله في شيخه في «الشَّامِل» فلا وجه للإفساد عند التنازع بل إذا جاز لزم العقد وكان الأخرق ومقابله كالعدم، وسبق أن الاختيار أن يختار زعيم واحدًا ثم الآخر واحدًا في مقابلته، وقد يقال: إن سقوط من يقابل من الأخرق يعتبر فيه رضاهم؛ لأنه قد يكون حاذقًا فيتضرروا بسقوطه، وقد يفرق بين علمهم بتعينه للسقوط وعدمه، فإن علموا بالحكم وأجازوا فلا وجه للتنازع، ويلزم العقد لا محالة.

تَنْبِيهٌ: قال الأئمة: وإن بان أن الغريب ضعيف الرمي أو قليل الإصابة، فلا فسخ لأصحابه، ولو بان حاذقًا فلا فسخ للحزب الآخر، قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون فيه الخلاف في أنه هل يشترط كون المتناضلين متدانيين، وقد يستدل بإطلاقهم على أنه لا بأس بهذا التفاوت، انتهى.

وقد يقال: لا يلزم من اعتقاد التفاوت البيّن في فرد من كل حزب اعتقاده في متناضلين منفردين، وقد أطبقوا على أنه إذا كان قليل الإصابة لا يضر، وقد يقال: إذا نذرت إصابته كان كالأخرق، ولا عبرة بما نذر أو يجيء فيه خلاف.

قال الشارح: قال: **(وَإِذَا نَضَلَ حِزْبٌ قُسِمَ الْمَالُ بِحَسَبِ الإِصَابَةِ)** أي: لأن الاستحقاق بالإصابة، هذا أشبه الوجهين في «الْمُحَرَّر» فعليه من لا إصابة له لا شيء له، ومن أصاب أخذ بحسب إصابته **(وَقِيلَ بِالسَّوِيَّةِ)** أي: لأنهم

....

كالشخص الواحد فيأخذون بالسوية، كما أن المنضولين يعطون بالسوية.

قلت: وهذا هو الأشبه في «الشَّرْحين» وحكى الإمام القطع به.

وقال في «الرَّوْضَة»: إنه الصحيح، ومنهم من قطع به، وبه جزم الغَزَالي، وقال في «الْبَسِيط» و«النهاية»: إنه مقطوع به، وهو الجواب في «الشَّامِل» وغيره، وقضية كلام الجمهور، وأرسل أصحاب «المهذب» و«التهذيب» و«البيان» وغيرهم الوجهين، وقال الْمَاوَرْدِي: إذا استحق الحزب الناضل المال قُسِّم بين جميعهم، وفي قسمته بينهم وجهان:

أحدهما: بالسوية مع تفاضلهم في الإصابة.

والثاني: تقسم بينهم على قدر إصاباتهم؛ لأنهم بها استحقوه، فلا يكافئ نقل الإصابة أكثرها، فعلى هذا لو أخطأ واحد من الحزب الناضل جميع سهامه ففي خروجه من الاستحقاق وجهان:

أحدهما: لا؛ إذا قيل أنه مقسوم بينهم بالسوية.

والثاني: يخرج بالخطأ من الاستحقاق إذا قيل بقسمته على قدر الإصابة، ويقابل هذا أن يكون في الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه، ففي خروجه من التزام المال وجهان: **أحدهما:** مخرج منه إذا قيل بخروج المخطئ من الاستحقاق.

والثاني: لا يخرج من الالتزام إذا قيل بدخول المخطئ في الاستحقاق وأن فيه أسوة من أصاب، انتهى.

والظاهر أن ما وقع في «الْمُحَرَّر» من الترجيح سبق قلم، وأراد أن يكتب أشبههما الأول كما في «الشَّرْحين» فسبق القلم، فكتب الثاني، وقالا: بعد ترجيح القسمة بالسوية: هذا إذا أطلقوا العقد فإن شرطوا أن يقسموا على الإصابة فالشرط متبع، وللإمام فيه احتمال.

فَرْعٌ سبق أكثره مدرجًا في الشَّرْح:

لا بدّ في صحة تناضل الحزبين من أربعة شروط يمتاز بها:

وَيُشْتَرَطُ فِي الْإِصَابَةِ الْمَشْرُوطَةِ أَنْ تَحْصُلَ بِالنَّصْلِ، فَلَوْ تَلِفَ وَتَرٌ أَوْ قَوْسٌ أَوْ عَرَضَ شَيْءٌ انْصَدَمَ بِهِ السَّهْمُ وَأَصَابَ بِهِ حُسِبَ لَهُ وَإِلَّا، لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِ.

أحدهما: أن يكون لكل حزب زعيم، قال القاضي الحسين: ويحتاج أن يكون الزعيم أحذقهم وأعرفهم باختبار الرجال.

ثانيها: تعيين رماة كل حزب كما سبق، نعم؛ للقرعة مدخل في تعيين المبتدئ من الزعيمين بالتعيين كما قاله العراقيون، فإذا تنازعا فيمن يختار أولًا أقرع بينهما.

ثالثها: أن يكون عدد الحزبين متساويين كما سبق خلافًا للإمام وأتباعه، قالوا: إنما يشترط التساوي في الرمي وعدد الإصابة، فيكون الواحد حزبًا يرمي بسهمين، والثاني حزبًا يرمي كل واحدٍ سهمًا ثم المحلل في الحزب يجوز كونه من الحزبين، وكونه خارجًا عنهما يناضلهم أو لا يناضلهم.

ورابعها: أن يمكن قسمة السهام بينهم بلا تفاوت ولأكثر، فإذا تحزبوا ثلاثة ثلاثة اعتبر أن يكون للسهام ثلث صحيح كالثلاثين، وإن كان الحزب أربعة فربع صحيح كالأربعين.. وهكذا.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الْإِصَابَةِ الْمَشْرُوطَةِ أَنْ تَحْصُلَ بِالنَّصْلِ**) لأنه المفهوم من الإصابة عند الإطلاق، وعبارة «**الْمُحَرَّر**»: إذا شرط الإصابة مطلقًا أو إصابة [موصوفة](١) يشترط حصولها بالنصل.

قلت: لكن لو اقترن بابتداء الرمي ريح عاصف فأصاب لم يحسب له في الأصح، والأغلب إن أخطأ.

قال: (**فَلَوْ تَلِفَ وَتَرٌ أَوْ قَوْسٌ أَوْ عَرَضَ شَيْءٌ انْصَدَمَ بِهِ السَّهْمُ وَأَصَابَ بِهِ حُسِبَ لَهُ**) أي: على الأصح؛ لأن الإصابة مع النكبة يدل على جودة الرمي.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يصب (**لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِ**) أي: أحاله على السبب العارض.

---

(١) في نسخة: (مخصوصة).

وَلَوْ نَقَلَتْ الرِّيحُ الغَرَضَ فَأَصَابَ مَوْضِعَهُ حُسِبَ لَهُ، وَإِلَّا فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ.

واعلم أنه أطلق المسألة.

وقال في «الرَّوْضَة»: لو انقطع الوتر إذا انكسر السهم أو القوس إن كان بتقصيره وسوء رميه حُسب عليه، قال الرَّافِعِي: ليتعلم، وإن كان لضعف الآلة وغيره لا لتقصيره وإساءته لم يحسب عليه على الصحيح المنصوص، كما لو حدث في يده علة أو ريح، وقيل: إن وقع عند هذه العوارض قريبًا من الغرض حُسب عليه، وقيل: إن وقع السهم مجاوزًا للغرض حُسب عليه؛ لأن المجاوزة تدل على أن العارض لم يؤثر وإنما هو لإساءته.

تَنْبِيهٌ: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق فيما ذكره بين أن يكون تلف القوس والوتر وانكسار السهم قبل خروج السهم من القوس أو بعده.

وقال في «أصل الرَّوْضَة» بعد ذكره ما تقدم: ثم في كتاب ابْن كَجٍّ أن الانقطاع والانكسار [إنما يؤثر حدوثهما قبل خروج السهم من القوس أما بعده فلا أثر له وصور الْبَغَوِي انكسار] السهم فيما إذا كان بعد خروجه من القوس وجعله عذرًا، انتهى.

قال: (**وَلَوْ نَقَلَتْ الرِّيحُ الغَرَضَ فَأَصَابَ مَوْضِعَهُ حُسِبَ لَهُ**) أي: إن كان الشرط الإصابة على الصحيح؛ إذ لو كان مكانه لأصابه، وإن كان الشرط الخسق فبسبب صلابة الموضع بصلابة الغرض، وقيل: لا يحسب له ولا عليه، رواه ابن الرِّفْعَة عن «الحَاوِي» ولم أر فيه.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ**) أي: وإن لم يصب موضعه لم يُحسب عليه، هذا الإطلاق مُنتقد؛ لأنه يدخل فيه ما إذا أصاب دون موضعه أو فوق موضعه أو عن يمين موضعه أو عن شماله مع إصابة الغرض ودونه؛ لأنه في ذلك كله لم يصب موضعه، وعبارة «المُحَرَّر»: وإلا فلا، أي: فلا يُحسب له، وفي «الشَّرْح» و«الرَّوْضَة» بعد قولهما: فثبت صلابة الموضع بصلابة الغرض، وإن أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه لا يُحسب له، بل يُحسب عليه، وهو لفظ «التهذيب» ولا شك فيه، وما في «المنهاج» سبق قلم.

وَلَوْ شُرِطَ خَسْقٌ فَثَقَبَ وَثَبَتَ ثُمَّ سَقَطَ أَوْ لَقِيَ صَلَابَةً فَسَقَطَ حُسِبَ لَهُ.

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا وقع السهم في غير الشَّنِّ وفي غير موضعه الذي كان فيه احتسب به مخطئًا وإن وقع في موضعه من الهدف حسب مصيبًا؛ لوقوعه في محل الإصابة، وإن وقع في الشَّنِّ بعد زواله عن موضعه نظر إن زال الشَّنّ عن موضعه بعد خروج السهم عُدَّ في الخطأ، وإن خرج السهم بعد زوال الشَّنّ عن موضعه وعلم الرامي بزواله، فإن كان ما صار فيه خارجًا عن الهدف لم يحسب مصيبًا ولا مخطئًا، وإن كان مماثلًا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبًا؛ لأنه قد صار محلًا للإصابة، انتهى.

وهذا تفصيل حسن، وقد يتوقف في كونه إذا كان خارجًا عن الهدف، ويقال: إن قرب من الهدف حُسب عليه، وإن بعد بحيث لا يقع الخطأ في مثله لَغَا.

قال: (وَلَوْ شُرِطَ خَسْقٌ فَثَقَبَ وَثَبَتَ ثُمَّ سَقَطَ أَوْ لَقِيَ صَلَابَةً فَسَقَطَ حُسِبَ لَهُ) أمَّا في الأولى فكما لو نزعه غيره، وأمَّا في الثانية فلظهور سبب منع الخسق وهو الصلابة المانعة منه، وحكي قول أنه لا يُحسب له ولا عليه، ولو اختلفا فقال الرامي: خسق لكن لم يثبت لغلظ لقيه، وأنكر الآخر إن كان فيه خروق ولم يعلم موضع الإصابة صدق الآخر؛ لأن الأصل عدم الخسق والخدش، وكذا الحكم لو عيَّن الرامي موضعًا، وقال: هذا الخرق حصل بسهمي وأنكر صاحبه، ثم إن فتّش الغرض فلم يوجد فيه حصاة ولا ما في معناها لم يحلف، وإن وجد فيه مانع حلف، وإذا حلف لم يحسب للرامي، وهل يحسب عليه؟ أصح الوجهين: لا، وإن علم موضع الإصابة، ولم يكن هناك مانع، أو كان ولم يؤثر السهم فيه بخدش وخرق صدق بلا يمين، وحُسبت الرمية على الرامي.

فائدة: قال الرَّافِعِيُّ: لو شرطوا احتساب القريب من الغرض نظر إن ذكروا حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر جاز، وصار الحد المضبوط كالعرض والشَّن في وسطه كالدارة، وإن لم يذكروا حد القرب فإن كان للرماة هناك عادة مطردة حمل الإطلاق على القدر المعتاد عندهم، وإن لم يكن عادة مطردة

....

فوجهان: أصحهما: ما ذكر الإمام الْغَزَالِي أن العقد فاسد للجهالة، وإن قلنا بالثاني فوجهان: أحدهما: ينزل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان، والثاني: ينزل فيه سهم، وادَّعى كل واحد من صاحبي الوجهين أن ما ذكره عادة الرماة، وإن شرطوا صريحًا أن يسقط القريب البعيد أو الأقرب الأبعد فهو صحيح، والشرط متبع، وعن «الْحَاوِي» ما يشير إلى خلاف فيه، والمذهب الأول، انتهى.

ووقع هنا في «الرَّوْضَة» خلل في التفريع يتبع فيه أصلًا سقيمًا فجاء الكلام غير مستقيم.

فائدة: ذكر الجُرْجَانِي في «الشافي» أن المتناضلين كالمتسابقين فيما تقدم من الجعل ومخرجه، واعتبار المحلل، قال: وإنما يختلفان في أن الرهان يفتقر إلى أن يشاهد كل واحد منهما فرس صاحبه، وإذا تلف أحد الفرسين بطل الرهان، فلا يقتصر النضال إلى مشاهدة القوس، وإذا انكسرت قوس أحدهما كان له الإبدال؛ لأن القصد من السياق معرفة جري الفرس فالفرس هو المقصود، والقصد من النضال معرفة حذق الرامي، فالرامي هو المتبوع والقوس تابع، وكذلك إن أراد الرامي أن يقيم غيره مقامه لم يكن له لأن المقصود [دون القوس ولو أراد أحد المتسابقين أن يقيم غيره مقامه كان له لأن] المقصود فرسه دونه، ولو مات أحد المتناضلين قبل الرمي أو في أثنائه بطل النضال، وإن مات أحد الفرسين وقلنا إجارة لم يبطل لبقاء الفرس المتبوع، ثم قال: ولا يصح النضال إلا باثني عشر شرطًا، ثم أخذ في بيانها.

وفي قوله: إنه لو أراد أحد المتسابقين أن يقيم غيره مقامه فإن له وقفة ظاهرة، وفي الباب زيادات وبيان أمور معتبرة في النضال وصفات الرمي والإصابة يطول ذكرها فأضربنا عن بيانها؛ لعدم استعمال فقه الباب، والسؤال عن أحكامه وأكثر ما يقع منه بين الناس على الوجه القمار.

فائدة: قال الحليمي: لا يحل أن يتراهن رجلان على قوة يختبرانها من أنفسهما على عمل، فيقول أحدهما: إن قدرت على رمي هذا الجبل، أو إن

……

أقللت هذه الصخرة فلك كذا، أو إن أكلت كذا وكذا من شيء يذكره فلك كذا، أو إن طفرت من جانب هذا النهر إلى ذلك كانت لك كذا، فهذا كله في أكل المال بالباطل وكله حرام، انتهى.

وهذا واضح، وقد يخفى بعض الواضحات، ومن هذا اللفظ ما شغف به جهلة الغوغاء أن يقول قائلهم: إن حملت كذا من بلد كذا إلى بلد كذا فلك كذا، وكذلك الجعل للساعي الذي يقطع مسيرة أيام من طلوع الشمس إلى قبل غروبها عدد أو أشباه هذا، ويدع الواحد منهم صلاة يومه ويترتب على ذلك من المفاسد ما لا يجوز، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الأَيْمَانِ

لَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِذَاتِ اللهِ تَعَالَى أَوْ صِفَةٍ لَهُ كَقَوْلِهِ: وَٱلله، وَرَبِّ الْعَالَمِينَ وَالْحَيِّ الَّذِي لَا يَمُوتُ وَمَنْ نَفْسِي بِيَدِهِ، وَكُلُّ اسْمٍ مُخْتَصٍّ بِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَلَا يُقْبَلُ ....

أصل اليمين في اللغة: اليد اليمنى، وأُطلقت على الحلف؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل واحدٍ بيمين صاحبه، قاله الجوهري والماوردي وغيرهما، وقيل: لأنها تحفظ الشيء على الحالف كما تحفظه اليد.

وهي في الشرع: تحقيق ما يحتمل المخالفة أو تأكيده بأسماء الله تعالى وصفاته كما سيأتي، واليمين، والحلف، والقسم، والآلية، ألفاظ مترادفة، وأصل الباب: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] وغيرها من الآيات الكريمة.

وأما السُّنَّة: فما لا يحصى، منها: قوله ﷺ: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لِيَقْتَطِعَ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَقِيَ اللهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ**»(١) والإجماع منعقد على أصل الباب، وانعقاد اليمين وتعلق الكفارة بالحنث فيها.

قال الشارح: [قال: (**لَا تَنْعَقِدُ**) أي: اليمين.

(**إِلَّا بِذَاتِ اللهِ تَعَالَى أَوْ صِفَةٍ لَهُ كَقَوْلِهِ: وَٱلله، وَرَبِّ الْعَالَمِينَ وَالْحَيِّ الَّذِي لَا يَمُوتُ وَمَنْ نَفْسِي بِيَدِهِ، وَكُلُّ اسْمٍ مُخْتَصٍّ بِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَلَا يُقْبَلُ**

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٣٥، رقم ٢٦٢)، وأحمد (١/ ٣٧٩، رقم ٣٥٩٧)، والبخاري (٤/ ١٦٥٦، رقم ٤٢٧٥)، ومسلم (١/ ١٢٢، رقم ١٣٨)، وابن الجارود (ص ٢٣٣، رقم ٩٢٦)، وابن حبان (١١/ ٤٨٥، رقم ٥٠٨٨)، وأبو داود (٣/ ٢٢٠، رقم ٣٢٤٣)، والترمذي (٣/ ٥٦٩، رقم ١٢٦٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٦/ ٣٠٨، رقم ١١٠٦٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨، رقم ٢٣٢٣).

قَوْلُهُ: لَمْ أُرِدْ بِهِ الْيَمِينَ.

قَوْلُهُ: لَمْ أُرِدْ بِهِ الْيَمِينَ: اعلم أن الأيمان معقودة بمن عَظُمت حرمته ولزمت طاعته، وإطلاق هذا مختص بالله تعالى، فاقتضى أن تكون اليمين مختصة به جلَّت عظمته، وله سبحانه أسماء وصفات، فأما أسماؤه فأخصه بها قولنا: الله؛ لأن أحدًا لم يتسم به غيره تعالى.

قال الْمَاوَرْدِي والمحاملي وغيرهما: قيل: إنه اسمه الأعظم، قال الْبَنْدَنِيجِي: وبه قال أكثر أهل العلم، وأما غير هذا الاسم من أسمائه تعالى فيقسَّم ثمانية أقسام سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

والأئمة في ضبط ما يحلف به طريقان:

أقصرهما: أن اليمين إنما ينعقد بما مفهومه ذات البارئ سبحانه أو صفة له، وأقربهما إلى سياق «المختصر» أنها لا تنعقد إلا بالحلف بالله تعالى، أو باسم من أسمائه، أو صفة من صفاته، وأرادوا بالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذاته تعالى، ولا يحتمل غيره من غير أن يأتي باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنى، وذلك كقوله: والذي أعبده أو أسجد له أو أصلي أو أصوم أو أحج، أو والذي خلق الحبة، أو والذي خلقني، أو والذي صورني أو نحوهما، أو ومقلب القلوب، ونحو ذلك ممَّا ذكره المصنف وغيره، فينعقد به يمينه نوى اليمين أو أطلق، أو قصد غير الله تعالى، كما ينعقد في قوله: والله؛ لأنها صرائح لا تحتمل غيره تعالى، فإذا قال: قصدت غيره، لم يقبل ظاهرًا قطعًا ولا باطنًا على الصحيح المعروف، وقيل: يُقبل إذا عرفت هذا رجعنا إلى بيان الحَلِف بالأسماء، وهي ثلاثة أنواع، وتشتمل على ثمانية أقسام كما ذكرها الْمَاوَرْدِي وأشرنا إليه:

النوع الأول: ما يختص به تعالى ولا يُطلق في حق غيره؛ كالله والرحمن ورب العالمين ومالك يوم الدين، وخالق الخلق، والحي الذي لا يموت، ومحيي الموتى... ونحو ذلك، فحكم الحلف به حكم الحلف بالقسم الأول، وهو بمنزلة قوله: والله، وقيل: ليس في الأسماء صريح في الحلف إلا الله، ذكره ابْن كَجٍّ، وقال الدَّارِمِي: الصريح من الأسماء اثنان: الله، والرحمن،

قال المصنف: [وَمَا انْصَرَفَ إِلَيْهِ سُبْحَانَهُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ كَالرَّحِيمِ، وَالْخَالِقِ، وَالرَّازِقِ، وَالرَّبِّ ....]

وفي غيرهما وجهان: **أحدهما**: صريح عن أهل باب الشام.

والثاني: بالنيَّة ابن سُرَيْج وغيره، وقيل: الرحيم صريح وجهًا واحدًا، انتهى.

ولعل صوابه: وقيل: الرحمن، وأشار بقوله: عن أهل باب الشام.. إلى آخره أن أصحابنا البغداديون اختلفوا في ذلك، فذهب أهل باب الشام منهم إلى الصراحة وذهب ابن سُرَيْج وغيره إلى خلافه، وعدَّ الشَّاشِي وشيخه أبو إسحاق الشيرازي وجماعة من هذا النوع قوله: والقدوس، والمهيمن، والقيوم، والخالق، والبارئ، هذا ما يجتمع من كلامهم، والمرجح خلافه.

تَنْبِيهٌ: كلام المصنف وغيره صريح في أن قوله: والله، صريح في اليمين لا يقبل قوله: لم أُرِد به اليمين، وعبارة «الْمُحَرَّر» وبعض نسخ «المنهاج»: الله رب العالمين بغير واو عاطفة، لكن قوله بعد ذلك: وكل اسم مختص بالله تعالى صريح في موافقة الأول، وهو قضية كلام «الشَّرْحين» و«الرَّوْضَة» هنا، وذكرا في كلاميهما على حروف القسم ما يخالف ذلك، وصرَّح في «الرَّوْضَة» هناك أن المذهب أنه لو قال: والله لأفعلن كذا، ونوى غير اليمين يُقبل منه ظاهرًا، خلافًا للإمام وسنذكره، والظاهر أن الأمر ليس كذلك.

فَرْعٌ: قال [الْمَاوَرْدِي][1]: ولو قال الحالف: والإله، انعقدت يمينه في الظاهر والباطن إن كان من أهل الملك؛ لأن جميع أهل الملك لهم إله غير الله، وإن كان من غير أهل الملك كعبدة الأصنام انعقدت به اليمين في الظاهر، وكان في الباطن موقوفًا على إرادته؛ لأنهم يجعلون هذا الاسم مشتركًا بين الله تعالى وبين أصنامهم.

قال الشارح: قال: **(وَمَا انْصَرَفَ إِلَيْهِ سُبْحَانَهُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ كَالرَّحِيمِ، وَالْخَالِقِ، وَالرَّازِقِ، وَالرَّبِّ)** أي: ونحوها كالجبار والحق والمتكبر والقاهر والقادر.

---

(١) في نسخة: (الرَّافِعِي).

تَنْعَقِدُ بِهِ الْيَمِينُ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ غَيْرَهُ]. وَمَا اسْتُعْمِلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ سَوَاءً: كَالشَّيْءِ وَالْمَوْجُودِ وَالعَالِمِ وَالْحَيِّ لَيْسَ بِيَمِينٍ إِلَّا بِنِيَّةٍ.

(تَنْعَقِدُ بِهِ الْيَمِينُ) أي: سواء أراد به الله تعالى أو أطلق؛ لأن الإطلاق منصرف إلى الله تعالى.

(إِلَّا أَنْ يُرِيدَ غَيْرَهُ) أي: فيقبل ولا يكون يمينًا؛ لأنه قد يستعمل في حق غيره تعالى كرحيم القلب، وخالق الكون، ورازق الجيش، ورب الدار.. ونحوها.

فهذا هو النوع الثاني، وهو ما يطلق في حق غيره تعالى، والغالب استعماله في حقه تعالى وتقييده في حق غيره؛ كالجبار والمتكبر والقادر والقاهر... ونحوها كما سبق.

وقيل: إن الخالق والرازق والرحيم من النوع الأول.

وقيل: الرحيم صريح قطعًا، وإليه ذهب القاضي أبو الطيب وزيِّف.

وقيل: الأسماء التسعة والتسعون المروية في الحديث صرائح، وفي كون الربّ معرفًا من هذا النوع عند الإطلاق وقفة، وسيأتي عن «الحَاوِي» خلافه.

قال الشارح: [قال: **(وَمَا اسْتُعْمِلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ سَوَاءً: كَالشَّيْءِ وَالْمَوْجُودِ وَالعَالِمِ وَالْحَيِّ)** أي: استعمل في حقه سبحانه وفي حق غيره من خلقه على حدٍ سواء.

و**(لَيْسَ بِيَمِينٍ إِلَّا بِنِيَّةٍ)** أي: إلا أن ينوي به اليمين به تعالى هذا النوع الثالث، فعدَّ منه: المؤمن، والكريم... ونحوها.

وعدَّ الْمَاوَرْدِي منه: الرحيم، والعزيز، والعظيم، والقادر، و[الناصر] والملك، فإن نوى به غير الله أو أطلق فليس بيمين، وإن نوى به الله تعالى فوجهان:

أحدهما: أنه يمين، وبه قطع جماعة ومنهم الْمَاوَرْدِي، ونُقِل عن شيوخ الأصحاب.

ثانيهما: وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومعظم العراقيين، والإمام،

……………………………………………………………

والغزالي، ونسبه في «البيان» إلى الأكثرين أنه يمين؛ لأنها إما تنعقد باسم مُعظم، وما أطلق في حقِّه تعالى وحق المخلوق إطلاقًا واحدًا ليس ذلك، وهذا ما رجَّحه الرَّافِعِي في «الشَّرْحين» عكس ما أورده «المُحَرَّر» وخالفه في «الرَّوْضَة» ونُقِل القطع به عن جماعة من العراقيين؛ لأنه اسم يطلق على الله تعالى، وقد نواه، قال: وقولهم ليس له حرمة مردود، انتهى.

والظاهر أن مرادهم ليس له حرمة عند الإطلاق، فإذا كان كذلك فلا يصير يمينًا بالنيّة؛ لا إنه لا حرمة له مطلقًا وإن عُني به البارئ تعالى، وطريقة الْمَاوَرْدِي أنه إذا أراد بالأسماء المشتركة أسماءه تعالى كان خالفًا أو أسماء خلقه فلا، فإن لم يكن له إرادة فوجهان:

أحدهما: يكون حالفًا تغليبًا لأسمائه تعالى؛ لأنها المقصودة بالأيمان غالبًا.

والثاني: لا للتساوي والاحتمال فتصير كناية، قال: فلو كثر استعماله في أسماء الله تعالى، وقَلَّ حَلِفه صار حالفًا بها ظاهرًا فقط، وإن كثر في حلفه وقَلَّ فيه تعالى لما بان حالفًا به ظاهرًا أو إن جاز أن يكون حالفًا به باطنًا، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وعدَّ الْبَغَوِي: (السميع)، و(البصير) من النوع الثاني، ويشبه أن يكونا من هذا النوع، وعدَّ الْغَزَالِي: (العليم)، و(الحكيم) من النوع الثاني، ويشبه أن يُعدَّ من هذا النوع، ويدل عليه أن (العالم) في «التهذيب» مدرج في هذا النوع، انتهى.

وقال الزنجاني في «مختصر الشَّرْح»: بل الأشبه في (السميع) و(البصير) ما ذكره البَغَوِي.

قلت: وسيأتي تفصيل للماوردي فيهما، وقد يفرق بين (العالم) و(العليم) بغلبة الاستعمال في (العالم) للمخلوق دون (العليم)، وجعل المَاوَرْدِي الأسماء ثمانية أقسام:

أحدها: ما يجري اختصاصه مجرى العلم من أسمائه وهو: (الرحمن)،

....

فهو كقوله: والله.

وثانيها: ما اختص باسم المعبود فقط، وهو: (الإله) وحكمه ما سبق في الفرع.

وثالثها: ما اختص إطلاقه به تعالى، وكان في الإضافة مشتركًا وهو(الربّ)، وينقسم اليمين به أربعة أقسام:

الأول: يكون يمينًا ظاهرًا وباطنًا وهو أن يصفه بما لا يستحقه إلا الله، كقوله: ورب العالمين، ورب السماوات والأرض، ولا يقبل منه إرادة غيره.

والثاني: يكون حالفًا ظاهرًا، ويجوز ألَّا يكون حالفًا باطنًا كقوله: والرب، معرفًا ولا يُقرنه بصفة، فإن قال: أردت به ربَّ الدار، ديِّن باطنًا.

والثالث: ما لا يكون حالفًا ظاهرًا ويجوز أن يكون حالفًا باطنًا كقوله: وربُّ هذه الدار؛ لأنه في العرف إشارة إلى مالكها، فإن أراد به خالقها تعالى كان حالفًا.

والرابع: ما اعتبر فيه عُرف الحالف، وهو أن يقول: وربّي، فإن كان من قوم يسمُّون السيد في عرفهم ربًّا لم يكن حالفًا ظاهرًا إلا أن يريد به الله تعالى فيصير به حالفًا، وإن كان ممن لا يسمُّون الربّ في عرفهم إلا الله تعالى كان حالفًا في الظاهر إلا أن يريد به غير الله تعالى، فلا يكون حالفًا باطنًا اعتبارًا بالعرف في الحالين.

ورابعها: ما كان إطلاقه مختصًا بالله تعالى في الظاهر، واختلف في جواز العدول به في الباطن على وجهين، وهو ثلاثة أسماء: (القدوس)، و(الخالق)، و(البارئ)، فالقدوس: مختص به سبحانه في العرف، وهل معناه المبارك أو الظاهر أو المنزه عن القبائح أو أنه مشتق من تقديس الملائكة؟ وجوه للمفسرين، فإذا حلف به كان حالفًا بالله تعالى ظاهرًا، فإن عدل به باطنًا إلى غيره فوجهان:

أحدهما: يجوز ولا يصير حالفًا باطنًا إذا قيل معناه المبارك أو الظاهر.

....

والثاني: لا يجوز وكان حالفًا ظاهرًا وباطنًا إذا قيل بأنه مشتق من تقديس الملائكة أو أنه المنزه من جميع القبائح، وفي معنى الخالق وجهان:

أحدهما: إنه المحدث للأشياء على إرادته.

وثانيهما: إنه المقدر لها بحكمته، فالحالف به حالفًا ظاهرًا، فإن عدل به باطنًا إلى غيره فوجهان:

أحدهما: يجوز، و[لا] يصير حالفًا باطنًا إذا قيل إنه المقدر للأشياء.

ثانيها: لا يجوز، ويصير حالفًا باطنًا إذا قيل بالمعنى الأول، وهل معنى (البارئ) المنشئ للخلق أو المميز للخلق؟ وجهان، فإذا حلف به كان حالفًا ظاهرًا، فإن عدل به باطنًا، فوجهان:

أحدهما: يجوز إذا قيل: إنه المميز للخلق.

وثانيهما: لا إذا قيل: إنه المنشئ للخلق.

وخامسها: ما كان بإطلاقه مختصًا به ظاهرًا، وجاز أن يعدل به إلى غيره باطنًا، وهو اسمان: المهيمن، والقيوم، فالمهيمن: هل معناه الشاهد أو الأمين أو المصدق أو الحافظ؟ وجوه لأهل التأويل، فالحالف به حالف بالله تعالى ظاهرًا، فإن عدل به إلى غيره باطنًا جاز، وهل معنى القيوم: القائم بتدبير خلقه أو القائم بالوجود أو القائم بالأمور أو مشتق من الاستقامة؟ وجوه، فإذا حلف به كان حالفًا ظاهرًا، فإن عدل به إلى غيره باطنًا جاز، ولم يكن حالفًا لجواز استعمال معانيه في غيره.

وسادسها: ما كان إطلاقه مختصًا بغيره ظاهرًا وإن كان من أسمائه تعالى باطنًا، وهو: (المؤمن) و(العالم) و(الكريم) و(السميع) و(البصير) فهذه صارت في العرف مستعملة في المخلوقين فإذا حلف بأحدهما لم يكن حالفًا بالله تعالى ظاهرًا إلا أن يريده بها تعالى في الباطن، فيصير به حالفًا ولو كثر استعمالها في الله تعالى وقَلَّ في المخلوقين كان حالفًا به ظاهرًا لا باطنًا.

وسابعها: ما كان إطلاقه مشتركًا بينه تعالى وبين خلقه على سواء

قال المصنف: [وَالصِّفَةُ كَوَعَظَمَةِ اللهِ وَعِزَّتِهِ وَكِبْرِيَائِهِ وَكَلَامِهِ وَعِلْمِهِ وَقُدْرَتِهِ وَمَشِيئَتِهِ يَمِينٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِالْعِلْمِ الْمَعْلُومَ، وَبِالْقُدْرَةِ الْمَقْدُورَ.

(كالرحيم) و(العزيز) و(العظيم) و(القادر) و(الناصر) و(الملك)، فيرجع إلى إرادة الخالق، فإن أراد بها أسماءه تعالى كان حالفًا أو أسماء خلقه، وإن لم يكن له إرادة فوجهان: أحدهما: يكون حالفًا تغليبًا لأسمائه.

وثانيها: لا للتساوي والاحتمال، فيصير كناية، فلو كثر استعماله في أسمائه تعالى وقَلَّ في خلقه صار حالفًا ظاهرًا فقط كالقسم الخامس، وإن كثر في خلقه وقَلَّ فيه تعالى لم يكن حالفًا به ظاهرًا، وجاز أن يكون حالفًا به باطنًا كالقسم السادس.

وثامنها: من أسمائه تعالى ما إن خرج مخرج المدح والتعظيم كان مختصًا به تعالى، أو مخرج الذم اختص بالمخلوقين، وهو اسمان: الجبار والمتكبر؛ لأنهما من صفاته تعالى مدح، وفي صفات المخلوقين ذم، فيصير حالفًا إن خرجا مخرج المدح؛ لاختصاصه تعالى بالمدح بهما، ولا يصير بهما حالفًا إن خرجا مخرج الذم؛ لانتفائه عن صفاته تعالى، فهذه ثمانية أقسام يعتبر بها أسماء الله تعالى إذا حلفه، فيُحمل جميع ما جاء به الأمر من أسمائه عليها، فإنه لا يَخرج من أحدها، انتهى ملخصًا.

قال الشارح: قال: **(وَالصِّفَةُ كَوَعَظَمَةِ اللهِ وَعِزَّتِهِ وَكِبْرِيَائِهِ وَكَلَامِهِ وَعِلْمِهِ وَقُدْرَتِهِ وَمَشِيئَتِهِ يَمِينٌ)** أي: لأنها صفات لم يزل سبحانه موصوفًا بها فكانت كاليمين بأسمائه المختصة، فينعقد اليمين بها وإن أطلق.

قال: **(إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِالْعِلْمِ الْمَعْلُومَ، وَبِالْقُدْرَةِ الْمَقْدُورَ)** أي: فلا يكون يمينًا لاحتماله، ألا ترى أنه يقال: اغفر لنا علمك فينا، أي: معلومك، وانظر إلى قدرة الله، أي: مقدوره، فيصير كقوله: ومعلوم الله ومقدوره وخلقه ورزقه.

اعلم أن ظاهر كلامه تخصيص الاستثناء بصفتي العلم والقدرة دون ما ذكره قبلهما من الصفات، وهو وجه جزم به كثيرون، وهو ظاهر كلام «التهذيب» و«التَّنْبِيه» و«الْحَاوِي» وغيرها، وعليه جرى «الْمُحَرَّر».

....

وقال في أصل «الرَّوْضَة»: وإن قال: وعظمة الله، وكبرياء الله، وعزته وجلاله وبقاؤه، فالحكم كما في العلم والقدرة، ولم يفرِّقوا بين الصفات المعنوية الزائدة على الذات وغيرها، هذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور في هذه الصفات.

وحكى الإمام وجهًا: إن الحلف بهذه الصفات كالحلف بالله تعالى، حتى لو قال: أردت غير اليمين لا تُقبل ظاهرًا، ووجهًا: إنه إن أراد غير اليمين يُقبل في العلم والقدرة الاحتمال المذكور، ولا يُقبل في العظمة والجلال والكبرياء؛ إذ لا يحتمل منها مثل ذلك الاحتمال، وضعف هذا الوجه.

وقال: قد يقال: عاينت عظمة الله وكبرياءه ويريد مثل ذلك، انتهى.

وأقراه على ما ذكره، وهذا التفصيل هو ظاهر كلام من ذكرناهم والمتولي [وغيره من الفريقين وصرَّح الْمَاوَرْدِي والمتولي وخلائق أن قوله: وعظمة الله، وجلال الله، وكبرياء الله وعزة] الله.. ونحوها يمين مطلقًا أراد اليمين أم لا، وبعضهم يقول: أراد اليمين أو غير اليمين.

والظاهر أن التفصيل قول الجمهور كما أفهمه كلام «الْمُحَرَّر» و«المنهاج» ومن هذا القسم قوله: وإرادة الله، وسمع الله، وبصر الله، قال إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: القسم الثالث ما يكون يمينًا إن أراد به اليمين، أو أطلق كالحِلف بصفات الذات؛ كالقدرة، والعلم، والسمع، والبصر، والإرادة، والبقاء، والكلام، والحياة، والعظمة، والكبرياء، وإن أراد به غير اليمين لا يكون يمينًا؛ لأن قوله: وقدرة الله يحتمل أنه أراد به، وقدرة الله ماضية، غير أنه أخطأ في الإعراب فكسر ما استحق الرفع، وقوله: وعظمة الله، معناه: لا تساويها عظمة، وكذلك قوله: وجلال الله يمين إلا أن يريد به غير اليمين، ولو قال: وقدرةُ الله بالرفع إن أراد به اليمين كان يمينًا، وإن أراد غير اليمين لا يكون يمينًا، وإن أطلق فوجهان للقاضي الإمام يعني الحسين رَحِمَهُ اللهُ: **أحدهما**: ليس بيمين مراعاةً للفظ وهو الأظهر، **والثاني**: يمين؛ لأنه قد يخطئ في الإعراب، ولو قال: وقدرةَ الله بالنصب ترتب على الرفع إن قلنا هناك يمين،

……

فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لأن النصب أقرب إلى الخفض من الرفع؛ لأن الخافض ينزع فتُنصب الكلمة، انتهى.

وقال الْمُتَوَلِّي: لو قال: وعلمُ الله بالرفع إن نوى به اليمين فيمين، وإن أطلق فلا، انتهى.

ولم يفرِّقوا بين النحوي وغيره، ومعلوم أن العامي لا يُفرِّق بين الجر والرفع والنصب في جميع ما سبق، فلو حمل إطلاقه على اليمين لم يتعد إلا أن يفسره بخلافه.

فَرْعٌ: قال الْمُتَوَلِّي وغيره: لو قال: ورزق الله، أو وإحياء الله، أو وإماتة الله، أو وتصوير الله ونعمة الله، أو وثواب الله، أي: ونحو ذلك من صفات الله الفعل لم يكن يمينًا، وإن نوى به اليمين؛ لأنها كلها مخلوقة له تعالى، واليمين بالمخلوق لا يَنعقد.

فروع: لو قال: وكلام الله انعقدت يمينه، وفيه وجه شاذ وتضمن كلام [الْمَرْوَزِيّ][1] وغيره أنه إن أراد به غير اليمين لا يكون يمينًا كما سبق بيانه في غيره من الصفات، قال إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: ولو قال: والقرآن أو بما هو مثبت في المصحف يكون يمينًا كما لو حلف بكلام الله، انتهى.

وصرَّح الجمهور بأن قوله: والقرآن صريح، وأشار ابن الصلاح إلى الاتفاق على صراحته، قال: ولا يجيء فيه الوجه الضعيف في قوله: وكلام الله، انتهى.

لكن في «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو قال: والقرآن لا يكون يمينًا، والحق الْمُتَوَلِّي قوله: والقرآن بالنوع الثاني، وهو أنه إن أراد اليمين أو أطلق كان يمينًا، وإلا فلا قال: لأنه قد يستعمل في الصلاة، قال تعالى: ﴿وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ﴾ [الإسراء: ٧٨] وفي الخطبة كما قال تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥ وَأَنصِتُوا۟ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ۝٢٠٤﴾ [الأعراف: ٢٠٤] انتهى.

---

[1] في نسخة: (الْمَاوَرْدِي).

....

وهذا ما تضمنه كلام الْمَرْوَزِيّ.

قال الْمحَامِلِيّ والبغوي وغيرهما: ولو قال: وكتاب الله وقرآن الله انعقدت يمينه.

قال ابن الرِّفْعَة: وألحق القاضي الحسين حلف المسلم بالتوراة والإنجيل أو بآية منسوخة من القرآن بالحلف بالقرآن، وقال بانعقاد اليمين؛ لأنه من كلام الله ومن صفات الذات، انتهى.

قال الْمُتَوَلِّي: وإن حلف بالمصحف، فإن قال: وحُرمة ما هو مكتوب فيه فهو يمين، وكذا لو قال: وحُرمة هذا المصحف وأطلق، فإن أراد الورق والجلد لم يكن يميناً؛ لأنه غير المكتوب، قال المصنف: ولم يتعرض لما إذا قال: والمصحف وأطلق، وهو يمين، صرَّح به بعض الأصحاب، وأفتى به الإمام الدَّوْلَعِيّ خطيب دمشق، قال: لأنه إنما يقصد به الحَلِف بالقرآن المكتوب فيه، لا نفس الورق والمداد، ويؤيده أن الشَّافِعِي استحسن التحليف بالمصحف، واتفق الأصحاب عليه، ولو لم ينعقد اليمين عند الإطلاق لم يحلف به، انتهى.

قلت: قال الْمَاوَرْدِي: إنما استحسنه فيما يغلظ فيه اليمين بالزمان والمكان، ثم قال فيما بعد: وهل يجزئ الحَلِف به عن الحلف بالله تعالى على وجهين:

أحدهما: يجزئ، ويسقط به وجوب اليمين؛ لاشتراكهما في الحنث بهما، ووجوب التكفير فيهما.

والثاني: لا يجزئ ولا يسقط وجوب اليمين؛ لأن من الفقهاء من لا يعلق به حنثًا ولا يوجب به تكفيرًا، وقال الشيخ أبو حامد في «تعليقه»: وأما إذا حلف بالمصحف فاختلف أصحابنا، فمنهم من قال: لا يلزمه الكفارة، ومنهم من قال: يلزمه، وهو يمين؛ لأنه قَصَد ما له حُرمة، وهو المتلو دون الجلد والحبر. هذا لفظه.

وقضيته أنه لا يكون يمينًا عند الإطلاق.

وَلَوْ قَالَ وَحَقِّ اللهِ فَيَمِينٌ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ العِبَادَاتِ.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو قال: والقرآن، وكتاب الله، فهو كما لو قال: وكلام الله، فأما إذا قال: والمصحف، لا يكون يمينًا.

[ولم يخالفه الْبَغَوِي وهو جامعها في ذلك، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: لو قال: والقرآن وكتاب الله فهو كما لو قال: وكلام الله يكون يمينًا، فأما إذا قال: والمصحف، لا يكون يمينًا] ولو قال: بما هو مكتوب في المصحف فهو يمين، وقال الشيخ أبو زيد: لو قال بالذي في هذا الدفتر، ليس بيمين؛ لأن ما فيه سواد وبياض.

قال الْبَغَوِي: وهو عندي يمين، إلا أن يريد غيره، انتهى، والله أعلم.

قال الشارح:

قال: (**وَلَوْ قَالَ وَحَقِّ اللهِ فَيَمِينٌ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ العِبَادَاتِ**) إذا قال: وحق الله لأفعلنَّ كذا ونوى اليمين فيمين، أو غيرها فلا، وإن أطلق فوجهان:

أحدهما: ليس بيمين، حكي عن أبي إسحاق والمزني في «المنثور» و«نصرة» الإمام، وأجاب به في «الوجيز».

وأصحهما: وهو المنصوص، والذي يؤخذ للجمهور أنه يمين، وبه قال مالك وأحمد، ووجه تغليبه الاستعمال، وبأنه حقَّه تعالى القرآن، ولأن الحَلِف بالقرآن يمين عند الإطلاق، والتوجيه الأول أشهر، هذا حاصل كلام الرَّافِعِي.

وقال الْغَزَالِي في «الْبَسِيط»: ولو قال: وحق الله فهو كناية، وإنه يتردد بين الواجبات له على عباده فلا يكون يمينًا، وبين استحقاقه الإلهية فيكون يمينًا، وقيل: إن قوله: وحق الله كحلفه بصفات الله، وقيل: إن قوله: وعظمة الله مردد؛ كقوله: وحق الله، وهما بعيدان، انتهى.

وقال إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: ولو قال: وحق الله فيمين، إلا أن يريد به غير اليمين، فإن قيل: لم يجمع الشَّافِعِي بين قوله: وحق الله وعظمة الله ولا مجانسة بينهما؛ لأن حق الله عبارة عن الواجبات علينا، وليس صفة لله تعالى.

قلنا: لغلبة الفرق ألحقه به وجعله يمينًا، ومعناه: وحقيقة الإلهية؛ لأن

....

الحق ما لا يمكن جحوده، فهو في الحقيقة اسم من أسماء الله، وعلى هذا قوله: وحُرمة الله تُجعل يمينًا لغلبة العرف عليه، انتهى.

وفي «الْحَاوِي»: إن قوله: وحق الله، وقدرة الله، يكون يمينًا إن أرادها أو أطلق، وإن أراد غير اليمين، فقد قال الشَّافِعِي ﷺ تعالى: يعمل على إرادته، فلا يكون يمينًا؛ لجواز أن يريد: وحق الله واجب، وقدرة الله ماضية، فاختلف أصحابنا فيه، أي: إذا أراد به غير اليمين على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكون يمينًا على ما أجاب به الشَّافِعِي، وعلَّل به.

والثاني: [وهو قول أبي إسحاق لا يكون يمينًا في حقوق الله، ويكون يمينًا في حقوق الآدميين.

والثالث] وهو قول ابن أبي هريرة: لا يكون يمينًا بالإرادة إذا عزاه إلى أمر محتمل، ويكون يمينًا إذا لم يعزه إلى أمرٍ محتمل.

فروع: قال الْمُتَوَلِّي: لو قال: وحق الله بالرفع ونوى اليمين فيمين وإن أطلق فلا، وإن قاله بالنصب، وأطلق فوجهان.

وقال الْبَغَوِي: لو قال: وحق الله وقدرة الله بالرفع أو بالنصب لا يكون يمينًا إلا أن يريد به اليمين؛ لأنه يريد وحق الله واجب، وقدرته ماضية، وسبق كلام إبراهيم الْمَرْوَزِيّ وترتيبه وترجيحه، فراجعه في كتب أصحاب أبي حنيفة إنه لو قال: وسلطان الله، فهو يمين إن أراد به القدرة، وإن أراد المقدور، فلا.

قال الرَّافِعِي: وبه يقول، وإنه لو قال: ورحمة الله وغضبه، لم يكن يمينًا، قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يقال: إن أراد إرادة النعمة وإرادة العقوبة فهو يمين، وإن أراد الفعل فلا.

قال الرَّافِعِي في «شرحيه»: لو قال: وحُرمة الله، فطريقان في «النهاية»:

أحدهما: إنه كقوله: وحق الله.

وأظهرهما: إنه كالحلف بالصفات، حتى يكون يمينًا عند الإطلاق.

وعبارة «النهاية»: قال بعض الأصحاب: هو كقوله: وحق الله، وقال

....

طوائف من المحققين: إنه بمثابة الحلف بصفات الله تعالى، ولم يفهم الْغَزَالِي من هذا ترجيح من الإمام، فقال في «الْبَسِيط»: منهم من قال: هو كقوله: وحق الله، ومنهم من قال: هو كالحلف بصفات الله، انتهى.

ووقع في «الرَّوْضَة»: هو كقوله: وحق الله، ومنهم من قال: هو كقوله: وعظمة الله، انتهى.

وسببه: اختصاره من أصل سقيم، وجعل الْمَاوَرْدِي والمتولي قوله: وأمانة الله، كناية إن نوى بها اليمين فيمين، وإلا فلا.

وقال الرَّافِعِي: لو قال: عليّ عهد الله وميثاقه وأمانته وكفالته لأفعلن كذا، إن أراد به اليمين فيمين، والمراد من عهده: استحقاقه لإيجاب ما وجب علينا، وتعبدنا به، وإذا أراد غير اليمين لم يكن يمينًا، والمراد: العبادات التي أمرنا بها، وإن أطلق فعلى وجهين عن أبي إسحاق: إنه يمين للعادة الغالبة، والأظهر: خلافه لتردد اللفظ.

قلت: أطلق حكاية مذهب أبي إسحاق، وقال الدَّارِمِي: وإن أطلق، نص لا يمين، قال الْمَرْوَزِيّ: فيمن لا عُرف لهم، فأما من له عُرف فصريح، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ ينعقد يمينًا واحدة، والجمع بين الألفاظ تأكيدًا، كما لو قال: والله الرحمن الرحيم، ولا يتعلق بالحنث فيها إلا كفارة واحدة، فقال مالك: يتعلق بكل لفظ كفارة، ولك أن تقول: إن قصد بكل لفظٍ يمينًا فليكن كما لو حلف على الفعل الواحد مرارًا، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: إن قال: عليَّ عهد الله وميثاقه وأمانته، والله الرحمن الرحيم، وأطلق فكفارة، وإن نوى التوكيد فكذلك، وإن نوى التكرار قال ابن القطان: قولان: بناء والله لأفعلن، والله لأفعلن، انتهى.

ولهذا قال في «الرَّوْضَة»: قلت: هذا الذي استدركه الرَّافِعِي صحيح موافق للنقل، قال الدَّارِمِي: قال ابن القطان... فذكر ما حكاه مختصرًا.

قال الْمُتَوَلِّي: لو قال: وعهد الله، وميثاق الله، وأمانة الله، فإن نوى به

وَحُرُوفُ القَسَمِ بَاءٌ وَوَاوٌ وَتَاءٌ: كَبِاللهِ وَوَاللهِ وَتَاللهِ، وَتَخْتَصُّ التَّاءُ بِاللهِ تَعَالَى.

اليمين فهو يمين، وإن أطلق.

قال إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: لو قال: عليَّ يمين لأفعلن كذا، لا يكون يمينًا، أي: يحال في كتب الحنفية أن بعضهم قال: لو قال: بسم الله لأفعلن كذا، فهو يمين، ولو قال: وصفة الله، فلا؛ لأن الأول من أيمان الناس.

ألا ترى القائل يقول: باسم الذي أنزلت من عنده السور، قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول: إن قلنا: إن الاسم هو المسمى فالحلف بالله تعالى، وكذا إن جعلنا الاسم صلة، وإن أراد بالاسم التسمية لم يكن يمينًا، وقوله: بصفة الله، يشبه أن يكون يمينًا إلا أن يريد الوصف، انتهى.

قال: (**وَحُرُوفُ القَسَمِ بَاءٌ وَوَاوٌ وَتَاءٌ: كَبِاللهِ وَوَاللهِ وَتَاللهِ، وَتَخْتَصُّ التَّاءُ بِاللهِ تَعَالَى**) كذا قاله كثيرون وفي «الباب» الْمحَامِلِيّ: هي أربعة: الألف، والباء، والتاء، والواو، انتهى.

وإنما بدأ الشيخ بالباء؛ لأنها ـ كما قال الرَّافِعِي ـ الأصل عند أهل اللسان، وهي من صلة الحلف أو الإقسام، وكان الحالف يقول: حلفت، أو أقسمت، أو آليت بالله، ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود حذف الفعل.

وثنى بالواو؛ لأن الباء تدخل على المضمر، يقول: بك وبه لأفعلن، والواو تختص بالمظهر، وأخَّر التاء؛ لأنها تختص بالله تعالى، ولا تدخل على سائر الأسماء.

وقال الْمَاوَرْدِي: أصلها: الواو، ثم الباء، ثم التاء، إذا عرفت هذا، فإذا قال: بالله بالموحدة لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين على ذلك الفعل فيمين قطعًا، وكذا إن أطلق لاشتهار الصيغة في الحلف شرعًا وعُرفًا، وإن نوى غير اليمين بأن قال: وثقت بالله، واعتصمت به، أو أستعين أو أؤمن بالله ثم ابتدأت لأفعلن، قال الرَّافِعِي: فالذي أورده أصحابنا العراقيون وعليه جرى الْبَغَوِي والروياني وغيرهم: إنه لا يكون يمينًا، وتصير النيَّة صارفة إلى المحمل المذكور؛ لاحتماله، واستبعد الإمام ما ذكروه، وعدَّه ذللًا منهم أو خللًا من

....

ناسخ، ونقل: إنه لو نوى غير اليمين وادَّعى التورية لم يُقبل ذلك فيما يتعلق بحق الآدميين، كما في صورة الإيلاء، وهل يُقبل فيما بينه وبين الله تعالى؟ عن القاضي الحسين القطع بأنه لا يُقبل أيضًا، وعن الشيخ أبي محمد والفوراني فيه وجهان.

وحكى القاضي ابْن كَجٍّ: إن من الأصحاب من لم يفرق بين قول الحالف: بالله، وبين قوله: تالله، وهذا يقتضي إثبات خلاف في كونه يمينًا عند الإطلاق، كما سنعرفه في قوله: تالله، والأكثرون جروا على ما قدَّمناه، وأشار جماعة في قوله: والله لأفعلن إلى أنه يمين بكل حال، ولكن الأشبه أنه كقوله: تالله، وقد يقول المتلفظ به: والله المستعان، ثم ابتدأت لأفعلن، وليس في ذلك إلا لحن في الإعراب، وسيأتي له نظائر.

وأما إذا قال: تالله لأفعلن كذا، فالمنصوص هنا وفي الإيلاء: أنه يمين، وعن نصه في القسامة: إنه ليس بيمين، وفيه طرق للأصحاب، قيل: فيها قولان، وقيل: ليس بيمين في القسامة، وهو يمين في غيرها، وأظهرها: القطع بأنه يمين، وأطال في بيان الطرق، ثم قال: واعلم إن الخلاف المذكور فيما إذا قال: تالله، ولم يقصد اليمين ولا غيرها، فأما إذا نوى به غير اليمين فإنه لا يكون يمينًا بلا خلاف، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» عن أبي إسحاق: إن قول: تالله، إنما يكون يمينًا في خواص الناس الذين يعرفون حروف القسم، ولا يكون يمينًا من العامة الذين لا يعرفون ذلك، انتهى.

ولخَّص في «الرَّوْضَة» ذلك فقال: إذا قال: بالله بالموحدة لأفعلن، ونوى اليمين أو أطلق، فيمين على المذهب وإن نوى غير اليمين، وذكر ما تقدم بالمذهب، وبه قطع العراقيون والبغوي، والروياني، وغيرهم: إنه ليس بيمين، ثم حكى ما سبق عن الإمام، والقاضي، ثم قال: والمذهب إن قوله: والله، كقوله: بالله، على ما ذكرنا، وأشار بعضهم إلى القطع بأنه يمين بكل حال، انتهى.

……

وهنا كلمات:

الأولى: ما نسبه الرَّافِعِي إلى إيراد العراقيين و«الرَّوْضَة» إلى قطعهم في قولهم له: بالله بالموحدة فيه وقفة، فإن الْمَاوَرْدِي منهم قال: إن فيها بعض احتمال، فإن أراد اليمين أو أطلق كان يمينًا ظاهرًا أو باطنًا في الحقّين، وإن أراد: بالله أستعين أو أثق ديّن باطنًا حملًا على ما نواه وكان حالفًا في الظاهر اعتبارًا بالغالب من حال الظاهر، وقال الدَّارمِي: إن قال: والله بالواو فصريح، أو بالله بالمعجمة بنقطة، قال الْمَرْوَزِيّ: صريح، وعن بعضهم كالتاء، انتهى.

وهذا تصريح منه بما نقله الرَّافِعِي عن مقتضى حكاية ابْن كَجٍّ.

واعلم أني لم أر في كلام بقية العراقيين التصريح بما ذكراه إلا في «الشَّامِل» وتبعه الْعِمْرَانِي، والمتولي، والروياني والبغوي، وما نقله الإمام هو المحكي عن الصَّيْدَلَانِيّ، والشيخ أبي محمد، والمذكور في «الإبانة» و«العمد» وقاله القاضيان الحسين والماوردي، والشيخ إبراهيم الْمَرْوَزِيّ حيث قال: الألفاظ التي يُقسَم بها على أربعة أقسام:

قسم يكون يمينًا سواء أراد به اليمين، أو نوى غير اليمين، أو أطلق، وهو قوله: بالله، أو والله، ثم حكى الطرق في قوله: تالله بنقطتين، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: لو قال: بالله، أو والله، أو قال: بالرحمن، أو والرحمن الرحيم، أو قال: والرحيم لا أفعل كذا، أو غير ذلك من الأسماء - أي: المختصة - فهو يمين، نوى اليمين أو نوى غير اليمين، فيكون يمينًا بكل حال، وأعرض عن قوله في «التهذيب» فإن أراد بالباء بواحدة - بالله أستعين - فلا يكون يمينًا، وبالجملة: فما ذكره الإمام وموافقوه هو الظاهر المختار، وهو مذهب المراوزة كما قاله المصعبي: إلا من شذَّ منهم، خلافًا لبعض العراقيين ومن تبعهم.

الثانية: قوله في «الرَّوْضَة»: والمذهب أن قوله: والله كقوله بالله على ما ذكرنا وفيه نظر، ظاهر من وجهين:

أحدهما: إن لفظ الرَّافِعِي: والأشبه كذا كما سبق، ولم يقل التصريح ولا

وَلَوْ قال: أَللهُ وَرَفَعَ أَوْ نَصَبَ أَوْ جَرَّ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ إِلَّا بِنِيَّةٍ.

التلويح به عن الأصحاب، بل رأى أنه أشبه، نظرًا لما وجهه به، ولا يعرض له في «شرحه الصغير» بل طرحه، وما نسبه إلى إشارة جماعة هو المصرح به في كتب المذهب، وكيف لا وهو صريح شرعًا وعرفًا؟!

والثاني: إن الرَّافِعِي والمصنف والأصحاب من الطريقتين بنوا القول في أول الباب بأن قوله: والله، صريح في كل الأحوال، وأنه لا يُقبل قوله: أردت به غير اليمين، وكذا صرَّح به جماعة منهم هاهنا، وهو المذهب أو الصواب، فمن المصرحين: الْمَاوَرْدِي، والدارمي، والجرجاني، والبغوي، والمتولي، وإبراهيم الْمَرْوَزِيّ، والمحاملي، وابن الصباغ، والقاضي الحسين، والفوراني، والإمام ووالده، والغزالي، والعمراني، وغيرهم، ولم يذكر ابن الرِّفْعَة غيره، ولا أحسب فيه خلافًا محققًا بين الأصحاب في الحكم الظاهر، بخلاف قوله: بالله بالموحدة، ففيه ما سبق، وفي «المعتبر»: إذا حلف بالله أو باسم من أسمائه ـ يعني المختصة به تعالى ـ فذلك يمين بكل حال للإجماع.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: ولو قال: واللهُ بالرفع فهو يمين، سواء فهمه أو لم يفهمه، والخطأ في الإعراب لا يمنع انعقاد اليمين، وكذا لو قال: واللهَ ونصب الهاء، هكذا ذكره في «البيان» وحكي عن الْقَفَّال في قوله: واللهُ بالرفع: إنه لا يكون يمينًا إلا أن ينوي به اليمين، وطرحت «الرَّوْضَة» قوله: هكذا ذكره في «البيان» وليس بجيد، والأقرب ما حكي عن الْقَفَّال: ولم لا يفرق بين العامي وغيره؟

قال: (**وَلَوْ قال: أَللهُ وَرَفَعَ أَوْ نَصَبَ أَوْ جَرَّ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ إِلَّا بِنِيَّةٍ**) إذا حذف حرف القسم وقال: الله لأفعلن كذا، إن نوى به اليمين فهو يمين، سواء رفع الهاء أو نصبها أو جرّها.

قال الرَّافِعِي: ويُحتج له بما روي أنه ﷺ قال في حديث ركانة: «**أَللهُ مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً**»(١) رواه صاحب «البيان» بالرفع، والروياني بالجر، وروي أنه

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٠٢٣).

……

قال لابن مسعود: «**ألله قتلت أبا جهل**»(١) بالنصب، وإن أطلق فالمشهور في الرفع أنه لا يكون يمينًا، وفي «البيان» وجه: إنه يكون يمينًا، وفي النصب والجر وجهان:

أظهرهما: إنه لا يكون يمينًا أيضًا، ووجه بأن العامة لم تستمر بالحلف لذلك، ولا يعرفه إلا خواص الناس.

والثاني: إنه يمين، وحكي عن أبوي جعفر الترمذي والْإِسْتِرَابَاذِيِّ وجه: بأن حروف القسم تظهر تارة وتحذف أخرى، ويقتصر على إضمارها، وبهذا أجاب في «الوجيز» و«الوسيط» و«الْبَسِيط» في صورة الجر، وسيأتي ما يُعضده.

قال الرَّافِعِي: والأول أرجح عند المعظم، والخلاف على ما يتبين حاصل في الأحوال الثلاثة، لكن الجر أولاها بأن يكون يمينًا؛ لإشعاره بالصلة الخافضة، ويليه النصب، وربما يقال: إنه نصب بنزع الخافض، ويليه الرفع، وبحسب هذه المراتب قد يرتب الخلاف على الخلاف، انتهى.

ولما أشار إليه قال في «الرَّوْضَة» وإن لم ينْوها فليس بيمين في الرفع على المذهب، لا في النصب على الصحيح، ولا في الجر على الأصح، انتهى.

وفي «التجربة» للروياني عن النص: إنه لو قال: الله لأفعلن كذا، إنه لا يكون يمينًا إلا بالنية؛ لأن قوله: الله، تحتمل ابتداء كلام، وتحتمل بمعنى والله، ولم يثبت لذلك أحد العراقيين، انتهى.

وفي «تعليق» إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: إذا قال: الله لأفعلن كذا، قال الشَّافِعِي: فهذا ابتداء كلام لا يمين، إلا أن ينوي بها، فمن أصحابنا من قرأ بالرفع وهو الصحيح؛ لأنه علل، وقال: هذا ابتداء كلام، وهذا القائل يقول: لو قاله [بخفض الهاء فهو يمين، سواء أراد به اليمين أو أطلق؛ لأن المخفوض أقرب إلى قوله والله، ومن أصحابنا من قرأ] بالخفض، فعلى هذا عند الإطلاق وجهان، ولو قال: اللهَ بالنصب، فهو أقرب إلى كونه يمينًا من الرفع؛ لأن

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٧/ ٤٨٧) وابن عساكر (٣٣/ ١١٣).

الخافض قد ينزع فينصب الكلام، انتهى.

إشارات: منها: أفهم كلام الْمَرْوَزِيّ أن الصحيح في صورة الجر ما سبق عن الْغَزَالِي، والصحيح في «تعليق» الْبَغَوِي المنع خلافًا لصاحب «التلخيص» لأنه غير معهود في الشرع ولا في العُرف.

ومنها: قال ابن الصلاح: الأقوى من حيث العرف في النصب والرفع أنهما يمين عند الإطلاق، ولا يتعد مجيء وجه ثالث مفصل بين العارف بالعربية وغيرها.

قال سيبويه: لا يجوز حذف حرف الجر وإبقاء عمله إلا في القسم.

قلت: في «مختصر» الجويني و«خلاصة» الغَزَالي وغيرهما: إنه لو قال برفع الهاء لم تكن يمينًا حتى ينوي، ولو كسر الهاء ـ وهو من الأعراف ـ كان يمينًا.

قال في «المعتبر»: لأن ذلك مستعمل في العرف، وقياسهم في النصب أن يفرِّقوا بين المُعرب وغيره.

ومنها: سكتوا عمَّا لو سكَّن الهاء، فقال: اللهْ لأفعلن، وقضية إطلاق الرُّويَانِي في «التجربة»: إنه لا يكون يمينًا إلا بالنية ويُحتمل أن يُجعل يمينًا عند الإطلاق.

فَرْعٌ: قال في «الرَّوْضَة»: لو قال بِلّه فشدَّد اللام كما كانت وحذف الألف [بعدها] فهو غير ذاكر لاسم الله تعالى ولا حالف؛ لأن البلَّه هي الرطوبة، فلو نوى بذلك اليمين، قال الشيخ: أبو محمد والإمام [والإمام] والغزالي هو يمين، ويُحمل حذف الألف على اللحن؛ لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوام والخواص.

قلت: ينبغي ألَّا تكون يمينًا؛ لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى، أو صفة، ولا نسلم أن هذا لحن؛ لأن اللحن: مخالفة صواب الإعراب، بل هذه كلمة أخرى، والله أعلم، انتهى.

وَلَوْ قال: أَقْسَمْت أَوْ أُقْسِمُ، أَوْ حَلَفْت أَوْ أَحْلِفُ بِاللَّهِ لَأَفْعَلَنَّ فَيَمِينٌ إِنْ نَوَاهَا أَوْ أَطْلَقَ، ....

وعضَّد في «الْبَسِيط» قول أبي محمد بجريانه على الألسنة، وأن العرب تعتاد حذف الألف في الوقف، انتهى.

وقال ابن الصلاح في «مشكله»: قوله: يحمل حذف الألف على لحن قد تجري به العادة عند الوقف ليس كما ذكره، بل ذلك لغة بعض العرب، وممن حكاها: الزجاجي في غير الجُمل، ويفعلون ذلك مع الواو وغيرها فيقولون في الوقف: وَلَه.

وأنشَد الزجاجي وغيره:

أَقبَلَ سَيلٌ جاءَ مِن أَمرِ الله يَحرُدُ حِردَ الجَنَّةِ المُغِلَّه

وهذه اللغة شائعة في ألسنة العامة فينبغي أن نجعل ذلك يمينًا عند الإطلاق، انتهى.

وهذا منه يقتضي الجزم بأنه إذا نوى كان حالفًا، وهو المختار، وقد قال الشَّافِعِي في كتاب «الْبُوَيْطِي»: وكل من حلف [بنيّة][1] اليمين فلا شيء عليه إلا أن ينوي اليمين مثل الطلاق، وإذا صرَّح به لزمه، وإن تكلم بما يشبه الطلاق لم يلزمه إلا أن ينوي الطلاق، وكذلك النذور والأيمان، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قال: أَقْسَمْت أَوْ أُقْسِمُ، أَوْ حَلَفْت أَوْ أَحْلِفُ بِاللهِ لَأَفْعَلَنَّ**) أي: كذا (**فَيَمِينٌ إِنْ نَوَاهَا أَوْ أَطْلَقَ**) أي: لاطِّراد العرف باستعمال ذلك في الحلف، وقد نواه، قال تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ١٦] وقال تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا۟ بِٱللَّهِ﴾ [الأنعام: ١٩] ولا بد أن يأتي بلفظ: بالله في كل لفظة مما ذكره، بأن يقول: أقسمت بالله [أو أقسم بالله] أو حلفت بالله، أو أحلف بالله، فإن لم يقل: بالله، لم يكن يمينًا إن نوى اليمين؛ لأنه لم يحلف بالله، ولا بصفة له، خلافًا لأبي حنيفة، هذا هو المعروف.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي بعد ذكر المذهب، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: هو يمين.

---

[1] في نسخة: (بشيء يُشبه اليمين).

وَإِنْ قال: قَصَدْتُ خَبَرًا مَاضِيًا أَوْ مُسْتَقْبَلًا صُدِّقَ بَاطِنًا وَكَذَا ظَاهِرًا عَلَى الْمَذْهَبِ.

قلت: عندي كذا، انتهى.

وكذلك حكم ما يأتي من الفروع، وسياق الكتاب يُفهم أنه إذا أطلق يكون يمينًا بلا خلاف، وليس كذلك، بل هو المذهب عند الجمهور خلافًا لترجيح الإمام والغزالي؛ لتردد اللفظ واحتماله، والخلاف قيل: وجهان، وقيل: قولان، وقيل: أقسم بالله صريح لا أقسمت وضعِّف فإن العرف فيهما على وتيرة واحدة.

قال: (**وَإِنْ قَالَ قَصَدْتُ خَبَرًا مَاضِيًا أَوْ مُسْتَقْبَلًا صُدِّقَ بَاطِنًا**) أي: قطعًا لاحتمال ما ذكره، (**وَكَذَا ظَاهِرًا عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: لظهور الاحتمال أيضًا، وعليه اعتراضان:

الأول: إطلاقه يقتضي نقل طرق في المسألة، سواء عُرف له يمين ماضية أم لا، والذي أورداه أنه إن علم له يمين ماضية قبل قوله في إرادتها بأقسمت وحلفت بلا خلاف.

الثاني: لم يذكرا طريقة قاطعة بتصديقه.

وعبارة «الرَّوْضَة»: إنه إن لم يُعرف له يمين سابقة فالنص قبول قوله في إرادة الوعد والإخبار، وقال في الإيلاء: إذا قال: أقسمت بالله لَا وَطِئْتُك، ثم قال: أردت يمينًا ماضية لم يُقبل، وفيها طرق:

المذهب: في الإيلاء وسائر الأيمان قولان:

أظهرهما: القبولذ.

والثانية: القطع بالمنع.

والثالثة: تقرير النصين، والفرق تضييق حق الآدمي بخلاف الكفارة؛ لأنها حق الله تعالى، ومُبناه على المساهلة.

وعبارة «الكتاب» تُفهم التصديق ظاهرًا في جميع الصيغ السابقة، ونقل الخلاف في أُقسم وأحلف فهو في أقسمت وحلفت، ولم أره.

فروع: لو قال: آلَيْتُ أَوْ أُولِي بالله، قال الدَّارِمِي: هو كحلفت، أو

وَلَوْ قَالَ: لِغَيْرِهِ أُقْسِمُ عَلَيْكَ بِاللَّهِ أَوْ أَسْأَلُك بِاللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ وَأَرَادَ يَمِينَ نَفْسِهِ فَيَمِينٌ، وَإِلَّا فَلَا.

أحْلِف، لو قال: أشهد بالله، أو شهدت بالله، قال في «الرَّوْضَة»: فيمين إن نواها، وإن نوى غيرها فلا، وكذا إن أطلق على المذهب، وعبارة الرَّافِعِي: وإن أطلق فطرق:

أشهرها: على وجهين: أرجحهما: إنه ليس بيمين، والثانية: يمين قطعًا، والثالثة: عكسها، ونسبها الإمام إلى العراقيين، ولو قال: أَعْزِمُ بالله، أو عزمت بالله لأفعلنَّ لم تكن يمينًا إلا أن ينوي به اليمين، ولو قال: وايم الله، أو وايمن الله لأفعلن كذا، فيمين إن نواها، لا إن أطلق في الأصح، وبه جزم المَاوَرْدِي.

ورأيت في «البُوَيْطِي»: إنه لو قال: وايم الله، أو ايم إنها ثم الله، فهو بمنزلة قوله: والله، وإن قال: أحْلِف بالله فلا شيء عليه، إلا أن يكون نوى اليمين، انتهى.

ولو قال: لاها الله، فليس يمين إلا أن ينويها، ولو قال: لعمر الله فيمين إن نواها، لا إن أطلق في الأصح، وفي «الْبَسِيط» منهم من قال: هو حلف ببقاء الله، فليلحق بصفاته، ومنهم من جعله كناية.

وقال الشيخ أبو محمد: إن قال: لعمر الله فهو كناية، وإن قال: وعمر الله، فهو كصفة من صفاته، وفي «الخصال» أن قوله: وعمر الله، ولعمر الله ليس بيمين، إلا أن يريد بها يمينًا، انتهى.

قال الرُّويَانِي في «تجربته»: لو قال: نذرت لله لأفعلن كذا، أو أراد به اليمين كان يمينًا، ذكره أصحابنا، وهو اختيار الْقَفَّال، ويحتمل خلافه لو قال: أعتصم بالله أو أستعين بالله أو أتوكل على الله، أو أثق بالله.

قال الْبَغْوِي: لا يكون يمينًا، نوى أو لم ينو، انتهى، وهو واضح.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ أُقْسِمُ عَلَيْكَ بِاللهِ أَوْ أَسْأَلُك بِاللهِ [لَتَفْعَلَنَّ]**) أي: أو أحلف عليك بالله ونحوها.

وَأَرَادَ يَمِينَ نَفْسِهِ فَيَمِينٌ، وَإِلَّا فَلَا) أمَّا في قوله: أقسم، فظاهر، وأمَّا في

……

الثانية فكأنه قال: أسألك، ثم قال: أقسم بعد ذلك، وقوله: بالله، والمرء قد يحلف على فعل نفسه، وعلى فعل غيره، وقيل: ليس بيمين وإن قصدها، وزيِّف.

قال الأصحاب: ويُستحب للمخاطب أن يبر قسَم الحالف، أي: حيث أمكنه شرعًا، ورجِّحت مصلحة إبرار قسمه، وسبق في صدقة التطوع عن الحليمي أن السائل بالله إن علم أن المسئول بالله تعالى ممن يهتز لإعطائه جاز سؤاله به سبحانه، وإن كان ممن يتلوى ولا يأمن أن يرده فحرام عليه أن يسأله بالله، انتهى.

وقضيته: إنه لو كان المقسم هنا يعلم أنه لا يَبر قسمه أو يغلب ذلك على ظنه أو تردد في إبراره قسمه أنه يحرم عليه أن يقسم عليه، أو يسأله بالله سبحانه، وفي صورة التردد تردد.

فائدة: ذكر الْمحَامِلِيّ وغيره هنا أن مما يؤكد به اليمين قوله: والله الطالب الغالب المدرك [المهلك] وجرى عليه الشيخان وغيرهما فيما تغلظ به اليمين في الدعاوى.

قال ابن الرِّفْعَة: وقضية كلام الْمحَامِلِيّ وغيره: إن حَلفه بالطالب الغالب يمينًا صريحة، وسماعي من أقضى القضاة أبي الحسين خليفة الحكم بمصر أن الحَلِف بالطالب الغالب لا يشرع، وكان يذكر أنه ينقله عن أئمة المذهب، ويوجهه بأن الله تعالى وإن كان طالبًا غالبًا فأسماؤه توقيفية، ولم ترد تسميته بذلك، انتهى كلام ابن الرِّفْعَة.

والظاهر أن أصل ذلك قول الإمام الخطابي في كتاب «الدعاء»: ومما جرت به عادة الحكام في تغليظ الأيمان وتوكيدها إذا حَلَّفوا الرجل بخصمه أن يقولوا: بالله الطالب الغالب المدرك المهلك في نظائرها، وليس يستحق شيئًا من هذه الأمور أن يُطلق في باب صفات الله تعالى وأسمائه، ولو جاز أن يُعد ذلك من أسمائه وصفاته لجاز أن يُعد في صفاته المخزي والمضل؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَأَنَّ ٱللَّهَ مُخْزِى ٱلْكَٰفِرِينَ﴾ [التوبة: ٢] وقال: ﴿كَذَٰلِكَ يُضِلُّ ٱللَّهُ مَن يَشَآءُ﴾

وَلَوْ قال: إنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْ بَرِيءٌ مِنَ الْإِسْلَامِ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ].

[المدثر: ٣١] وإذا لم يصح أن يدخل مثل هذا في صفاته؛ لأنه كلام لم يُرصد للمدح والثناء عليه لم يصح أن يعد منها سائر ما تقدم ذكره، انتهى.

وهذا صحيح، وقد أوضحته في «الغنية» أتم إيضاح، وسيأتي هناك جواب ابن الصلاح عنه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ إنْ فَعَلْتُ كَذَا**) أي: أو إن لم أفعله.

(**فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْ بَرِيءٌ مِنَ الْإِسْلَامِ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ**) إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله، أو من القرآن، أو الإسلام، أو كافر بالله، أو خارج من دين الإسلام، أو يهودي، أو نصراني، أو وثنيّ، أو مشرك بالله، أو بريء من رسوله أو من الكعبة، أو مستحل الخمر أو الميتة... وأشباه هذا لم ينعقد يمينه، ولا يلزمه بالحنث كفارة عنه بلا خلاف فيها؛ لأنه قول عري عن اسم الله وصفته ولا حرمة له، والتفلظ بهذه الألفاظ ونحوها حرام، صرَّح به **الْمَاوَرْدِي** والدارمي والمصنف في «أذكاره» وهو واضح وإن لم يصرِّح به **الرَّافِعِي**، وأفهم كلام بعضهم أنه مكروه، ثم إن قصد بذلك تبعيد نفسه لم يكفر أو الرضا بذلك، وما في معناه، إذا فعله كفر في الحال.

قال الأصحاب: وإذا لم يكفر في الصورة الأولى فليأت بالشهادتين، ويستغفر الله، وفي «الصحيحين» مرفوعًا: «**من حلف منكم فقال في حلفه: باللات والعزى، فليقل: لا إله إلا الله**»[1].

وفي «صحيح» ابن حبان من حديث مصعب بن سعد عن أمية قال: «**حلفت** باللات والعزى، فقال أصحابي: قلت هجرًا، فأتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله، إن العهد كان قريبًا وحلفت باللات والعزى، قال: **قل لا إله إلا**

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٠٩، رقم ٨٠٧٣)، وعبد الرزاق (٨/ ٤٦٩، رقم ١٥٩٣١) والبخاري (٤/ ١٨٤١، رقم ٤٥٧٩)، ومسلم (٣/ ١٢٦٧، رقم ١٦٤٧)، وأبو داود (٣/ ٢٢٢، رقم ٣٢٤٧)، والترمذي (٤/ ١١٦، رقم ١٥٤٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي في الكبرى (٦/ ٢٤٦، رقم ١٠٨٢٨) والبخاري فى الأدب المفرد (١/ ٤٣١، رقم ١٢٦٢)، وابن خزيمة (١/ ٢٨، رقم ٤٥)، وأبو عوانة (٤/ ٢٧، رقم ٥٩٠٨)، والبيهقي (١/ ١٤٨، رقم ٦٦٦).

قال المصنف: [وَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى لَفْظِهَا بِلَا قَصْدٍ، لَمْ تَنْعَقِدْ.

الله وحده ثلاثًا ثم اتفل عن يسارك ثلاثًا وتعوَّذ بالله من الشيطان الرجيم ثلاثًا ولا تعد»(١).

قال: (**وَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى لَفْظِهَا**) أي: لفظ اليمين.

(**بِلَا قَصْدٍ**) أي: كقوله في حال غضب أو لجاج أو عجلة أو صلة كلام: لا والله، وبلى والله.

(**لَمْ تَنْعَقِدْ**) أي: لقوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] قالت عائشة - رضي الله عنها -: **«أُنزلت هذه الآية في قول الرجل: لا والله وبلى والله»**(٢) رواه البخاري، وذكره أبو داود مرفوعًا، ثم ذكر أن الموقوف أصح، وصحَّح ابن حبان رفعه.

وإن كان يحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره فهو من لغو اليمين، وإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين صدق في الحلف بالله تعالى، وفي الطلاق والعتاق لا يصدق في الظاهر؛ لتعلق حق الغير به.

قال الإمام: في [العرف] جرت العادة بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد، بخلاف الطلاق والعتاق، فدعواه فيهما تخالف الظاهر، فلا يُقبل، فلو اقترن باليمين ما يدل على القصد لم يُقبل قوله على خلاف الظاهر.

إشارات: قضية كلام الرَّافِعِي والمصنف أن من اللغو قول الواحد: لا والله، بلى والله في محاورته.

وقال ابن الصلاح: قول «الوسيط»: لا والله بلى والله ليس مقولًا على الاجتماع، بل أحدهما تارة، والآخر أخرى.

قال: وما فسر به لغو اليمين أتبع فيه شيخه، وهو يشبه الهزل المذكور في الطلاق في أنه يقصد اللفظ ولا يقصد الحكم، والمعروف في تفسير لغو اليمين على مذهبنا أنه الذي يسبق إليه اللسان من غير قصد إلى اللفظ أصلًا، انتهى.

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٤٤١).

(٢) أخرجه البخاري (٤٦١٣) وأبو داود (٣٢٥٤) وابن حبان (٤٤١٠).

وَتَصِحُّ عَلَى مَاضٍ وَمُسْتَقْبَلٍ.

وقال إبراهيم المَرْوَزِيّ: لغو اليمين أن يجري على لسانه في عرض كلامه في حالة اللجاج والغضب والعجلة من غير قصد إلى اللفظ وإلى المعنى، لا والله بلى والله أفعل أو فعلت كذا، زاد البَغَوِي في «التعليق»: ولو أنه قصد اللفظ، ولم يقصد المعنى ينعقد يمينه، وكذلك في الطلاق.

وقال المَاوَرْدِي: قال الشَّافِعِي: لغو اليمين ما سبق به لسانه من غير قصد ولا عقد كقوله: لا والله بلى والله، ثم قرره، ثم قال: فإذا قال: لا والله، أو قال: بلى والله عن قصد لعُقد اليمين، فلا أثم عليه ولا حنث، فأما إن قال: لا والله بلى والله فجمع بينهما كانت الأولى لغوًا؛ لأنها غير مقصودة، وكانت الثانية منعقدة؛ لأنها استدراك، فصارت مقصودة، انتهى.

قال الرَّافِعِي: حكى ابْن كَجٍّ إن ابن سُرَيْج قال: يحتمل أن يكون لغو اليمين عند الشَّافِعِي عبارة عمَّا إذا حلف على شيء وظنَّه فتبين خلافه؛ لأنه قال: وجماع اللغو الخطأ.انتهى.

وفي «تعليق» البَغَوِي: لغو اليمين عند أبي حنيفة أن يحلف على أمرٍ ماضٍ فبان خلافه، إن كان عالمًا فهو اليمين الغموس، وإن كان جاهلًا فهو يمين اللغو، وهذا أحد قولنا، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: لغو اليمين قول الرجل: لا والله، بلى والله، عند اللجاج والغضب والمجادلة من غير قصد، فإن حلف قصدًا تقديرًا فلم يكن كقوله: والله إن زيدًا في الدار، فلم يكن ونحوه فوجهان، انتهى.

والحاصل: أما إذا لم يحنث الجاهل كانت يمينه لغوًا.

قال: (وَتَصِحُّ) يعني: اليمين.

(عَلَى مَاضٍ وَمُسْتَقْبَلٍ) أي: إذا كان ممكنًا، نفيًا وإثباتًا فيهما وفاقًا، قال تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَالُوا﴾ [التوبة: ٧٤] ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] ﴿وَيَحْلِفُونَ عَلَى الْكَذِبِ﴾ [المجادلة: ١٤] وقال ﷺ: «وَاللهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشًا»(١).

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٨٧)، والطبراني (١١/ ٢٨٢، رقم ١١٧٤٢) وفي الأوسط (١/ ٣٠٠، =

....

أما غير الممكن كحلفه ليصعدن السماء، أو ليقلبن الحجر ذهبًا... ونحوه، فأصح الوجهين: انعقاد يمينه، ثم أصحهما: وجوب الكفارة في الحال لا قبيل موته، فإن قيد بوقتٍ، كلا صعدته غدًا، فهل يجب في الحال؟ حكمه حكم ما لو حلف ليأكلن رغيفًا غدًا فأكله في يومه وسيأتي، ولو حلف لا يصعد السماء ولا يقتل ميتًا... ونحو ذلك، لم تنعقد يمينه على الأصح.

فَرْعٌ: قالا: لو حلف على ماضٍ كاذبًا، وهو عالم بالحال فهو اليمين الغموس، سُميت به؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم، أو في النار وهي من الكبائر، ويتعلق بها الكفارة، أي: خلافًا للأئمة الثلاثة، فإن كان جاهلًا أو ناسيًا ففي وجوب الكفارة القولان فيمن فعل المحلوف عليه ناسيًا، ثم اليمين الغموس يمين منعقدة عندنا، كذا قاله جماعة.

وفي «تعليق» إبراهيم الْمَرْوَزِيّ: اليمين الغموس عندنا تنعقد موجبة للكفارة، وعندهم ـ يعني الحنفية ـ لا تنعقد، وقال الإمام: يستحيل فرض انعقادها.

قال ابن الصلاح: ووجوب الكفارة إنما هو بالحنث والعقد، لا بالانعقاد وبعدم انعقادها، صرَّح المَاوَرْدِي قال: لأن عقدها إنما يكون فيما ينظر بعدها من بر وحنث هذه اليمين قد اقترن بها الحنث بعد استيفاء لفظها، فلذلك لم تنعقد.

قلت: فلو حلف على ماضٍ كاذبًا عالمًا لكنه غير فيتعد فيما حلف عليه بأن قيل: من استحق عليه النفوذ فادَّعى عليه قبله، ولا بيّنة له ولا عليه، أو قبل من علم رِدَّته، ومن توجه قتله شرعًا كالزاني المحصن، والقاتل حرابة، أو سرق قدر حقه من مال غريمه... ونحو ذلك، ولو أقرَّ لقتل، أو قطع، فحَلف

= رقم ١٠٠٤)، قال الهيثمي (٤/ ١٨٢): رجاله رجال الصحيح. وأبو يعلى (٥/ ٧٨، رقم ٢٦٧٤)، وابن حبان (١٠/ ١٨٥، رقم ٤٣٤٣)، والبيهقي (١٠/ ٤٧، رقم ١٩٧١٢)، والديلمي (٤/ ٣٦٠، رقم ٧٠٣٦).

وَهِيَ مَكْرُوهَةٌ إِلَّا فِي طَاعَةٍ.

أنه لم يقتله، أو لم يسرق ولم يؤذِ؟ فهل يكون يمينه غموسًا كبيرة؟ فيه نظر، فإن صحَّ أنها ليست كذلك فينبغي أن يقال: لو حلف على ماضٍ كاذبًا ظالمًا عالمًا بالحال فهي يمين غموس كبيرة.

قال: (**وَهِيَ مَكْرُوهَةٌ**) أي: وفي الجملة، كما قاله في «المُحَرَّر» وعبارة «تعليق» البَغَوِي: وفي الجملة كثرة اليمين مكروهة.

وقال ابراهيم المَرْوَزِيّ: الإكثار من اليمين مكروه بكل حال للآية، وأصل اليمين أيضًا مكروه، إلا إذا قصد به الحنث على فعل أو تأكيد الاختيار معصية، انتهى.

وقد تكون واجبة، ومستحبة، ومباحة، ومكروهة، ومحرمة، وقد استثنى من بعد بعض ذلك، وإنما كرهت لغير حاجة شرعية، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ولأنه ربَّما عجز عن الوفاء بما حلف عليه.

قال: (**إِلَّا فِي طَاعَةٍ**) أي: فلا تكره، لحديث: «**وَاللهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشًا**»(١) وهو صحيح، وقد تجب، وقد تستحب، وقد يكون الأولى تركها، وأمثلة ذلك لا تخفى، ومما يستثنى من الكراهة: الأيمان البارة الواقعة في الدعاوى، وما لو دعت حاجة إليها؛ لتوكيد كلام، وتعظيم أمر، كما في «الصحيح»: «**فَوَالله لَا يَمَلُّ اللهُ حَتَّى تَمَلُّوا**»(٢) وقوله ﷺ: «**وَالله لَوْ تَعْلَمُونَ مَا أَعْلَمُ**»(٣) وأشباههما.

ومن ذلك لو ظن به أو بغيره سوءًا أو خيانة، أو ركوب فاحشة، وهو يعلم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٣٨٦، رقم ١١٠٠) والنسائي (٨/ ١٢٣، رقم ٥٠٣٥)، وابن ماجه (٢/ ١٤١٦، رقم ٤٢٣٨) وأحمد (٦/ ٥١، رقم ٢٤٢٩٠).

(٣) أخرجه مالك (١/ ١٨٦، رقم ٤٤٤)، وأحمد (٦/ ١٦٤، رقم ٢٥٣٥١)، والبخاري (١/ ٣٥٤، رقم ٩٩٧)، ومسلم (٢/ ٦١٨، رقم ٩٠١)، وأبو داود (١/ ٣٠٧، رقم ١١٨٠)، وليس فيه موضع الشاهد. والنسائي (٣/ ١٣٢، رقم ١٤٧٤). وأخرجه أيضًا: ابن ماجه (١/ ٤٠١، رقم ١٢٦٣)، وابن الجارود (ص ٧٣، رقم ٢٤٩)، وابن خزيمة (٢/ ٣١٩، رقم ١٣٨٧).

فَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَاجِبٍ أَوْ فِعْلِ حَرَامٍ عَصَى وَلَزِمَهُ الْحِنْثُ، وَكَفَّارَة، أَوْ تَرْكِ مَنْدُوبٍ، أَوْ فِعْلِ مَكْرُوهٍ سُنَّ حِنْثُهُ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ.

براءته، فحلف على نفي ذلك، بل ينبغي استحباب الحلف إذا كان يصدق فيه؛ ليدفع ظن السوء عن نفسه، وعن عرض أخيه، وسيأتي إن شاء الله في الدعاوى أن قول الإمام: لا يجب اليمين، فليس على إطلاقه، بل يجب في صور كثيرة.

قال: (**فَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَاجِبٍ**) أي: لله أو لعباده.

(**أَوْ فِعْلِ حَرَامٍ**) أي: كالزنا والسرقة، وغيرها من المعاصي.

(**عَصَى**) أي: بحلفه.

(**وَلَزِمَهُ الْحِنْثُ، وَكَفَّارَةٌ**) أي: يجب عليه أن يحنث نفسه ويُكفّر عن حنثه؛ لأن الإقامة على ذلك معصية، ويسم ذلك حلفه على فعل واجب أو ترك حرام، فيمينه طاعة، والإقامة عليها واجبة، والحنث معصية موجب للكفارة.

قال: (**أَوْ تَرْكِ مَنْدُوبٍ**) أي: كالنوافل أو فعل معروف مثل: إن حلف ألَّا يعود مريضًا، أو لا يزور صديقًا، أو لا يكلمه أو لا يبرَّن جاره... وغير ذلك.

قال: (**أَوْ فِعْلِ مَكْرُوهٍ**) أي: في صلاته أو غيرها.

(**سُنَّ حِنْثُهُ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ**) لقوله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: «**إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَائتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»[1] متفق عليه، ولفظه للبخاري، ولهما من حديث أبي موسى «**وَإِنِّي وَاللهِ لَا أَحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، إِلَّا كَفَّرْتُ عَنْ يَمِينِي، وَأَتَيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»[2].

إشارات: لا خفاء أن الحلف على فعل المكروه مكروه، ويشبه أنه إذا حلف على فعله عالمًا بالنهي الوارد فيه ذاكرًا له أن الحلف معصية، ولا شك

---

[1] أخرجه البخاري (٦/ ٢٤٤٤، رقم ٦٢٤٩)، ومسلم (٣/ ١٢٧٠، رقم ١٦٤٩)، وأبو داود (٣/ ٢٢٩، رقم ٣٢٧٦)، وابن ماجه (١/ ٦٨١، رقم ٢١٠٧).

[2] أخرجه البخاري (٦/ ٢٤٤٤، رقم ٦٢٤٩)، ومسلم (٣/ ١٢٧٠، رقم ١٦٤٩)، وأبو داود (٣/ ٢٢٩، رقم ٣٢٧٦)، وابن ماجه (١/ ٦٨١، رقم ٢١٠٧).

....

فيه إذا قيل له: لا تفعل كذا، فقد نهى النبي ﷺ عنه فقال: والله لأفعلنَّه.

وسبق عن الشَّافِعِي أن الآكل من غير ما يليه أو من رأس الثريد، أو غرس على قارعة الطريق يكون عاصيًا آثمًا إن علم النهي، فما ظنك بمن حلف على فعلها عالمًا بالنهي، وإن عدَّها الأصحاب من الآداب.

وأما الحلف على [ترك] المندوب فإن كان تركه مكروهًا، فلا شك في كراهة الحلف على تركه، ويجيء فيه مثل ما ذكرنا في فعل المكروه، وأما إن كان تركه خلاف الأولى، فهل يكون الحلف على تركه مكروهًا؟ قضية إطلاقهم: نعم، وقد يقال: اليمين خلاف الأولى أيضًا.

وفي «شرح» المصعبي: وإن كان المحلوف عليه مكروهًا فعله، بأن حلف لا يدخل هذه البلدة، وهي بلد الأهواء والبدع، ويُخاف من دخولها تعدي بدعتهم إليه، فقد قيل: هو مكروه كما كان، وقيل: الأولى أن يدخل مراغمة يدخل مراغمة أثرًا، والأول: أصح، انتهى، وهذا غريب.

وقضيته: طرد الوجهين في كل حالفٍ عل ترك مكروه، والوجه أن البقاء على اليمين أفضل، ولا خفاء أنَّا متى كرهنا اليمين فالإقامة عليها مكروهة، قالا: وعدَّ الشيخ أبو حامد وجماعة من أهل القبيل ما إذا حلف لا يأكل طيبًا ولا يلبس ناعمًا، وقالوا: اليمين عليه مكروهة؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِۚ﴾ [الأعراف: ٣٢].

واختار القاضي أبو الطيب أنها يمين طاعة؛ لما عرف من اختيار السلف خشونة العيش، وقال ابن الصباغ: يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس وقصودهم وفراغهم للعبادة، واشتغالهم بالضيق والسعة، وهذا أصوب، انتهى لفظ «الرَّوْضَة».

قلت: هو صواب إذا أضرب المستقل بأمر نفسه عن ذلك من غير يمين تورعًا وزهدًا و[استقلالًا](١) من الدنيا، كما فعل عمر رضي الله عنه.

---

(١) في نسخة: (استقذارًا).

....

أما الحلف على تركه فلا، بل أقل درجاته الكراهة، بل تحريم الحلف محتمل، ولا نعرف مقتدٍ به من السلف حلف على ترك ذلك، وفي «الصحيح» وغيره ما يشير إلى المنع؛ لأنه أراد أن يَحظر على نفسه بيمينه ما أحلَّ له، وقد قال الله تعالى معاتبًا لعثمان بن مظعون وأصحابه ﷺ لما همُّوا بمثل ذلك: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧] فزجرهم رسول الله ﷺ عن ذلك.

قال المفسرون: في هذه الآية الكريمة ردٌّ على غلاة المتزهدين، وقال الإمام محمد بن جرير الطبري من أئمتنا: لا يجوز لأحدٍ من المسلمين تحريم شيء مما أحَلَّ الله لعباده المؤمنين على نفسه من طيبات المطاعم والملابس، وشدَّد القول فيه، وأكثر النكير فيه على من ظنَّ خلافه.

فإن قلت: هذا لم يحرم الطيبات على نفسه بل فطم نفسه بالحلف على تركها زهدًا وورعًا.

قلت: بل هو تحريم عليها، ولا يقصد الحالف بذلك إلا حظره على نفسه أبدًا، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝١﴾ [التحريم: ١] الآية.

وكان النبي ﷺ قد حلف ألَّا يشرب عسلًا والقصة مشهورة في [«الصحيح»][1] ولهذا اختار الشيخ أبو حامد والبندنيجي والشيخ أبو محمد وغيرهم أن حِلّ هذا اليمين أفضل.

قال الإمام: ويشهد له صدر سورة التحريم فذكر الآية، ثم استحثَّه على الفعل بقوله تعالى: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ وَٱللَّهُ مَوۡلَىٰكُمۡۖ وَهُوَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ ۝٢﴾ [التحريم: ٢] انتهى.

فإن قلت: ما أردت وعمَّ احترزت بقولك: إذا أضرب المستقل بأمر نفسه؟

قلت: احترزت به عن الزوجة إذا رامت ذلك، وكذلك السّرية وغيرها من

---

[1] في نسخة: (الحديث).

أَوْ تَرْكِ مُبَاحٍ أَوْ فِعْلِهِ فَالأَفْضَلُ تَرْكُ الْحِنْثِ، وَقِيلَ: الْحِنْثُ.

الرقيق وأَمَرَهم الأزواج والسادات بخلافه، فلا وجه إلا طاعتهم، وكذلك الولد إذا علم أنهما أو أحدهما يكرهه، ويشق عليه ذلك، فلا شك في كراهة حلف هؤلاء على الترك، والله أعلم.

قال: (**أَوْ تَرْكِ مُبَاحٍ**) أي: مستوى الطرفين.

(**أَوْ فِعْلِهِ فَالأَفْضَلُ تَرْكُ الْحِنْثِ وَقِيلَ الْحِنْثُ**) قال في «الرَّوْضَة»: وإن حلف على فعلٍ مباح لا يتعلق به مثل الغرض السابق، أي: الذي قدمنا الكلام فيه؛ كدخول الدار، وأكل الطعام، ولبس ثوب، وتركها فهل الأفضل الوفاء باليمين أم الحنث أم يخير بينهما ولا ترجيح كما كان قبل اليمين؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وعدَّد جماعة ممن اختاره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] ولما فيه من تعظيم اسم الله تعالى، انتهى.

ويشبه أن محل الخلاف إذا لم يكن في ذلك أذى للغير، أمَّا لو كان بأن حلف لا يدخل دار أحد أبويه أو أقاربه أو صديقه يكره [ذلك] والأفضل الحِنْث قطعًا، وعقد اليمين على ذلك بلا عذر مكروه بلا شك، وكذا حكم الأكل واللبس.

وقال الْمَاوَرْدِي في صورة الكتاب: عقد هذه اليمين ليس مستحب، واختلف أصحابنا هل هو مباح أو مكروه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة أن عقدها مباح وحلها مباح.

والثاني: وهو ظاهر كلام الشَّافِعِي هنا أن عقدها مكروه وحلها مكروه؛ لأنه ربما عجز عن الوفاء بها.

وفي «تهذيب» الْبَغَوِي و«تعليقه» عن القاضي الحسين أنه قال في كره الحِنْث: أولى، وقال في كره: إن كان قد حلف مؤقتًا، فالحفظ أولى، وإن كان قد حلف على التأبيد فالحنث أولى، قال: وسائر الأصحاب أطلقوا وجهين، هذا لفظ «تعليقه».

إشارات: قضية كلام «الرَّوْضَة» وغيرها أن التصور في ترك مباح معين،

……

كدخول الدار، أو لبس الثوب، أو أكل طعام مُعيّن، وقضية كلام غيره: إنه لا فرق بين المعيَّن والجنس.

وعبارة الصَّيْمَرِيّ: والله لا مشيت في سوق كذا، أو لا اتجرت في نوع كذا.

وعبارة «تعليق» البَغَوِي: مثل: ألَّا يدخل البيت، أو لا يأكل اللحم، أو لا يأكل الخبز. . . ونحوه، ولعلَّ الأول أقرب، وأما الحلف على ترك أكل الخبز أو اللحم وغير ذلك مطلقًا، أو شرب الماء، فالظاهر أنه مكروه.

وعبارة «تعليق» الْمَرْوَزِيّ: إذا حلف أن يفعل مباحًا أو يتركه فوجهان:

أحدهما: الوفاء أولى مراعاةً للعقد.

والثاني: الحِنْث أولى؛ لأنه يرى أن تغير موجِب الشرع، وما يُحيل الفساد يجب قطعه، انتهى.

وينبغي أن يكون محل الخلاف حنث لم يظهر في الحال، أو في ثاني الحال أن المصلحة الدينية أو البدنية في الحنث، أما لو ظهر كما أشرنا إليه من تأذي والد، أو قريب، أو جار، أو صاحب كما أشرنا إليه، فالوجه أن الحنث أفضل، والإقامة على اليمين مكروهة، وكذا لو كان ترك المباح المحلوف عليه يُضرُّ به في بدنه في الحال، أو طرأت الحاجة إليه من بعد فالحنث أولى قطعًا، وكل هذا في المستقل بأموره كما سبقت الإشارة إليه.

بقي من أقسام المسألة: ما لو حلف أنه يفعل المندوبات كقوله: والله لأصلين النوافل، ولأتطوعن بالصدقة، ولأصومن أيام البيض، ولأنفقن على الأقارب . . . . وما أشبه ذلك.

قال المَاوَرْدِي: يعقدها، والمقام عليها بفعل ذلك مستحب، وحلها والحنث بتركه مكروه.

قلت: في استحباب عقدها نظر ظاهر للمتأمل؛ إذ قد يعجز عن الوفاء بها، بل ذلك غالب أو أكثر، قال في «الرَّوْضَة» عقب ما سبق: وقد حصل مما

……

ذكرناه أن اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عمَّا كان وجوبًا وتحريمًا وندبًا وكراهةً وإباحةً، انتهى.

أي: خلافًا لأبي حنيفة، قال إبراهيم المَرْوَزِيّ: اعلم أن الأيمان لا تغير الأشياء عن حقائقها، بل هي باقية على ما كانت قبل اليمين، وعند أبي حنيفة [أن][1] اليمين تحرم الواجب وتوجب المحظور، حتى لو حلف على سبّ الأنبياء، والكفر بالله، وجب ذلك عليه باليمين، ولو حلف ألَّا يُصلي يحرُم عليه فعلها، انتهى.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وعند أبي حنيفة تغير الأشياء عن حقائقها حتى لو حلف ألَّا يصلي، قال: يجب بحكم اليمين ترك الصلاة، ويلزمه الإتيان بحكم الشرع، ولو حلف ليشربن الخمر يجب الشرب بحكم اليمين، ولا يجب بحكم الشرع. قال البَغَوِي: وهذه من المسائل التي يكفي بيان المذهب بشاعةً وفصيحةً على قائلها من إقامة الدليل عليها، انتهى.

يجوز تعقيب اليمين بالاستثناء، وإنما سكت الشيخ عنه؛ لذكره له في كتاب الطلاق، ومما قدَّمناه قول الصَّيْمَرِيّ هنا: والله لأفعلن كذا إلا أن أرى رأيًا، أو قال: إلا أن يُغير الله ما بقلبي، فإذا تغيَّر رأيه فلا يمين، وذكرت نحوه عن غيره وعن نصِّ الشَّافِعِي، وإن في كلام الرَّافِعِي وغيره ما يخالفه، فأوضحت ذلك فراجعه إن شئت، فإنه [لا] يسع جهله.

فائدة: قال في «البُوَيْطِي»: ومن حلف فقال: إلا أن يشاء الله، أو إلا أن يريد الله، أو أن لا يقضي الله، أو [أن لا][2] يحب الله، أو إن لم يشأ الله [فهو بمنزلة قوله: إن شاء الله، وكذا إلا أن يحول الله بيني وبين ذلك، قال: وإن قال: إلا أن أقدر، أو إلا أن أستطيع، أو إلا أقول، ولا أكلمك، وأنا أقدر، أو وأنا أستطيع، أو إلا أن أغلب، فإن كان أراد بذلك كله التقدير فلا

---

[1] في نسخة: (عقد).

[2] في نسخة: (إلا أن).

....

شيء عليه، فإن لم يرده ولم يحضره نيَّة نظر إلى سبب يمينه، واستدل على ما أراد عليه عليك بذلك، انتهى لفظه].

فَرْعٌ: قال الشَّافِعِي في «المختصر»: ومن حلف بغير الله فهي يمين مكروهة، وأخشى أن يكون معصية، قال الأصحاب: أي محرَّما مأثومًا به، وأشار إلى تردد فيه، والمشهور الصحيح عند أكثرهم: إنه مكروه غير محرَّم.

قال الرَّافِعِي: قال الإمام: والأصح القطع بأنه ليس محرَّم، والاقتصار على الكراهة، وهذا محمول على ما إذا حلف بمعظَّم من المخلوقات كالنبي، والكعبة، والعرش، والسماء... وغير ذلك.

قال الدَّارِمِي: ومن حلف بغير الله فمكروه ومعصية إن كان بصنم، أو كَفَر، وهذا صحيح، وصرَّح المَاوَرْدِي في موضع: بأن الحلف بالمخلوقات محظور، وظاهر كلامه هنا الكراهة فقط كقول الجمهور، وعبارة الجويني في «مختصره» ومن تبعه: ولا يجوز الحلف بغير الله تعالى، وهو المختار دليلًا للنهي الصحيح الصريح، نعم يشبه أن يُقيَّد التأثيم بالعالم بالنهي عن ذلك، كما في كثير من المناهي، وهذا في القاصد إلى الحلف بذلك، أما إذا جرى على لسانه في عرض كلامه الحلف بها من غير قَصدٍ فلا بأس، وعليه حمل ما يروى: وأبيك لو طعنت في خاصرته لا جزاك **«أَفْلَحَ وَأَبِيهِ إِنْ صَدَقَ»**[1].

قال أصحابنا: لو اعتقد الحالف مخلوق فيه من التعظيم ما يعتقده في الله تعالى كفر، وعليه يُحمل الحديث: **«مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ»** وروي: **«فَقَدْ كَفَرَ»**[2] وكما يكره الحلف بغير الله يكره أن يحلف غيره بغير الله تعالى.

قال الْمَاوَرْدِي: لا يجوز للحاكم أن يُحلّف أحدًا بطلاق ولا عتاق ولا

---

(١) أخرجه البيهقي (٢/٤٦٦)، وابن خزيمة (٢/٥٩).

(٢) أخرجه الطيالسي (ص ٢ ٥٧، رقم ١٨٩٦)، وأحمد (٢/ ١٢٥، رقم ٦٠٧٢)، والترمذي (٤/ ١١٠، رقم ١٥٣٥) وقال: حسن. والحاكم (١/ ٦٥، رقم ٤٥) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (١٠/ ٢٩، رقم ١٩٦١٤)، والضياء (١/ ٣١٣، رقم ٢٠٥) وأبو داود (٣/ ٢٢٣، رقم ٣٢٥١)، وأبو عوانة (٤/ ٤٤، رقم ٥٩٦٧)، وابن حبان (١٠/ ١٩٩، رقم ٤٣٥٨).

....

نذر؛ لأنها تخرج عن حكم اليمين إلى إيقاع فرقة والتزام غرم، وإذا حلف الحاكم بذلك عزله الإمام؛ لجهله، وسيأتي إيضاح ذلك.

هناك مَسْأَلَةٌ مهمة: ثبت في «صحيح» مسلم من حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: **«الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ»** وفي رواية: **«يَمِينُكَ عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ»**(١) واختلف الناس في ذلك، فجرى قوم على ظاهره، واعتبروا نيَّة المستحلف دون الحالف، وفصَّل قوم فقالوا: إن كان الحالف مظلومًا اعتبرت نيته، أو ظالما اعتبرت نيَّة المستحلف، وهو مذهب حسن.

وقال أصحابنا: الاعتبار في الأيمان بالله تعالى، وبالطلاق والعتاق بنيَّة الحالف، إلا أن يكون المستحلف قاضيًا، فحلفه بالله تعالى لدعوى اقتضته، فالاعتبار يثبته القاضي [أو نائبه في التحليف](٢) إن كان الحالف يوافقه في اعتقاده، فإن خالفه كحنفي استحلف شافعيًّا في شفعة الجوار ففيمن تعتبر نيّته؟ وجهان، وسيأتي إيضاح ذلك، وسيأتي أيضًا حكاية خلاف في جواز التورية للمعسر الحالف من حبسه على الديّن، والتورية أن توافق يمينه قصده، وإن خالفت ظاهر لفظه إذا كان ما قصده من مجاز اللفظ كما سيأتي، والتورية عند تحليف غير الحاكم ونحوه، إن كان لا يحنث بها فلا يجوز فعلها، حيث يبطل بها حق المستحق، وهذا مجمع عليه، كما قاله الشيخ في «شرح» مسلم، إذا عُرف هذا فقد ذكروا مسائل مختلفة في التورية والمعاريض؛ ليفزع إليها الملتجئ إلى الحلف وغيره، وليخرج من خلاف من يحنث المكره بتركه التورية، وغير ذلك من الفوائد.

لكن ما أورده الأصحاب مفرق في الأبواب على نذارته، وقد أفرده بالتصنيف اثنان من الشافعية: أحدهما: أبو بكر محمد بن دريد اللغوي وضع كتابًا لطيفًا في ذلك سماه: «الملاحن» والآخر: أبو عبد الله محمد بن أحمد

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٤، رقم ١٦٥٣)، وابن ماجه (١/ ٦٨٥، رقم ٢١٢٠).

(٢) في نسخة: (أو يثبته في الحلف).

……

ابن عبيد الله البصري، أحد أصحاب أبي عبد الله الزبيري، وضع في ذلك مجلدًا جيدًا سماه: «المنقذ» أبدع فيه وأكثر من ذكر الشواهد الدالة على فعل ذلك من السلف والحث عليه.

قال: ومن شرطنا على قارئه: صونه، والضن به عن من لم يكن من الحكمة وأهل الشرف والأدب والدين واستقامة المذهب؛ لئلا يستعمله من لا يرجع إلى دين وأمانة، وإنما ألفناه طلبًا لوجوه الصلاح وإفادة الجزم، ومجانبة الغباوة، قال: وقد عارض في الكلام النبيون - عليهم السلام - والأئمة الراشدون والتابعون وغيرهم. ثم حُكي عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنه كان له جارية يطأها سرًّا من أهله، فوطئها ليلة، وأراد أن يغتسل وكره أن يعلم أهله، فقال: إنَّ مَرْيَمَ بِنْتَ عِمْرَانَ - عَلَيْهَا السَّلَامُ - كَانَتْ تَغْتَسِلُ فِي مِثْلِ هَذِهِ اللَّيْلَةِ فَلَمْ يَبْقَ فِي مَنْزِلِهِ أَحَدٌ إِلَّا اغْتَسَلَ، وَاغْتَسَلَ هُوَ مَعَهُمْ، وَكَانَتْ مَرْيَمُ تَغْتَسِلُ كُلَّ لَيْلَةٍ، وَكَانَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ قَدْ خَطَّ فِي دَارِهِ مَسْجِدًا، فَإِذَا جَاءَ مَنْ لَا يُرِيدُ دُخُولَهُ عَلَيْهِ قَالَ لِلْجَارِيَةِ قَوْلِي: هُوَ فِي الْمَسْجِدِ.

وقال سلمان الفارسي ﷺ: «أصبحت صائمًا» وكان مفطرًا، وأراد أنه أصبح صائمًا فيما سلف يومًا قبل ذلك اليوم.

وحضر سفيان الثوري - ﷺ- مجلس المهدي فحلف له أنه يعود [إليه] ثم نهض وترك نعله كالناسي ثم رجع من ساعته فأخذه وخرج فلم يره بعدها، فقال المهدي: أترى سفيان حلف كاذبًا، فذكره بعض أصحابنا أمر النعل فعرف أنه صدق وأنه عارضه، ودخل زاهد على جبار وعنده مغنٍ [يغني] فجعل الزاهد يقول للمغني كلما سكت: أحسنت؛ ليدفع عن نفسه شر الجبار، فلما خرج قيل له في ذلك، فقال: إنما كنت أقول أحسنت إذا سكت، وأكثر من الآثار في هذا، وروى أحاديث في المعاريض، وقد ذكرت من كلاميهما جملة صالحة في «الغنية» وألخص منها طرفًا هنا.

فمما ذكره ابن دريد قولك: والله ما رأيت فلانًا ولا كلمته، أي: ما ضربت [رئته ولا جرحته ولا بطنه، أي: ضربت] بطنه، وما أعلمني ولا أعلمته، أي: ما

……

جعلني أعلم، يعني: يثقب الشفة العليا، ولا جعلني كذلك، وما ضربت له [بطنًا وظهرًا، الظهر المرتفع من الأرض، والبطن العارض، وما ضربت له] رجلًا، وهي القطعة من الجراد، ولا يدًا وهي واحدة الأيادي المصطنعة، ما ذكرته، أي: ما ضربت ذكره، وما أخذت منه خفًا ولا نعلًا، الخف: من الإبل، والنعل: قطعة من الجرة، وهي الأرض الصلبة، وما لفلان عندي جاريه، أي: سفينة، وما أملك فهذا، ولا عندي كلب ولا أعرف لهما موضعًا، الكلب: المسمار في قائم السيف، والفهد مسمار في وسط الرجل، وما أخذت منه شعرة فما فوقها، الشعيرة: رأس المسمار من فضة أو حديد في قائم السيف، وما كسرت له سنًا ولا ضرسًا، السن: القطعة من العشب في الأرض، وعند بعضهم: الثور الوحشي، والضرس: قطعة من المطر متفرقة في الأرض، وما أخذت منه جبة ولا لبستها، وهي جُبة السنان وهي ما يدخل فيه رأس الرمح، والجبة: رأس الرسغ من الحافر، وما كنت عاملًا ولا أصلح لذلك العامل قدر ذراع أو ذراعين من أعلى الرمح، ما كتبت له ولا أعرف كاتبًا من كتبت كذا إذا حزرته، وكتبت النقلة ما دخلت له بها ولا رأيت له بيتًا، البيت: القبر وبيت النمل وبيت العنكبوت وبيت النحل، ما ينصح فلان ولا يحسن ينصح، النصح الخياطة، ما أخذت له حليًا ولا رأيته هو ضرب من النبت، ما ظلمته، أي: ما سقيتُه ظليمًا، وهو اللبن قبل أن يروب، ولا حمارًا، وهو أحدُ الحَجَرين اللذين تنصب عليهما العَلاة، وهي صَخْرَة رقيقة يجفّف عليها الأقِط، ولا أتَانًا، وهي الصَّخْرة تكون في بطن الوادي، والجحشة: صوفة تُلف كالحلقة يضعها من يغزل في ذراعه، والدجاجة الكُبَّة من الغزل، ولا ثَوْرًا، وهو القِطعة العظيمة من الأقِط، والبقر: العيال الكثير، والجمل السحاب الكثير، والعنز أكمة سوداء، وما أعرف له وجهًا، أي: ناحية يقصدها، وما كسرت له قناة، فالقناة قناة الظهر، والواحد من القنا، ما سببت له أمًا ولا جدًا ولا خالاً، فالأم: أم الدماغ، والجد: الحظ، والخال الأكمة الصغيرة، القَلوص: فرخ الحبارى، الحصير: لحمة معترضة في جنب الفرس، والحصير: الملك، ما أمليت هذا

....

الكتاب وما قرأته، أي: ما أحدثته ولا جمعته، ما أفسدت له كرمًا ولا دخلته، الكرم: القلادة، ما رأيت سعدًا، أي: النجم، ولا سعيدًا، أي: النهر، يسقي الأرض منفردًا بها، ما كلمت جعفرًا، أي: نهرًا، أو لا عَمرًا أي: واحد عُمور الأسنان، ولا كلمت بكرًا : فتيًّا من الإبل، الحلقة أصل الكرم، ما دخلت له أرضًا ولا وطئتها، والأرض باطن حافر الفرس، الخراب خراب البئر وما حولها من باطنها، ما أخذت له بيضة، أي: بيضة حديد أو خصية.

الفرخ: مستقر الدماغ، العسل: ضرب من عدو الذئب. ما عرفت له طريقًا ولا سلكته، الطريق: النخل الذي ينال باليد. ما أمرت، أي: ما صرت أميرًا، ولا أحببت من أحب.

البعير: إذا برك فلم يثر، ما بعت ولا اكتريت، أي: ما اشتريت ولا تاجرت.

ما زرته، أي: ما صرت أزوره، وما رأيته راكعًا ولا ساجدًا أو لا مصليًا، فالراكع العاثر الذي كبا لوجهه، والساجد: المُدْمن النظر في الأرض، والمصلي تالي خيل السباق، ما أعرف من بني فلان ذكرًا ولا أنثى، فالذكر ذكر الرجل، والأنثى الخصية، ما رأيت عليًّا، العلي: الفرس الشديد الخلق، ما أخربت له قرية، أي: قرية النمل، ولا أتلفت له ثمرة، الثمرة: طرف السوط أيضًا، ما عندي عنبر أو ترس، ما قبلت: أي: ما مزحت، ولا خرجت، أي: كسبت، ما مسست له خدًّا، أي: شقًّا في الأرض، ولا ظفرًا هو ما قدام مقعد الوتر من القوس العربية، الحشفة: التمرة الرديئة، وحشفة الذكر، وصخرة رخوة تنفرد في فضاء من الأرض، ما مسست ساقه، فالساق ساق الشجرة، والذكر من الحمام.

الألية: أصل الإبهام، المكر: ضرب من النبت، الفروة معروفة، وجلدة الرأس.

ما كشفت له قناعًا، أي: طبقًا. ما لي مركوب: هو بنية بالحجاز. ما لي

....

فرش، أي: صغار الإبل. ما رأيت له بطنًا ولا فخذًا، البطن: البطن من العرب، والفخذ: أصل من البطن. ما عندي تبن، أي: غير عظم من الخشب، كل راعية لي صدقة: ما دب في رأسه من القمل، ما عندي شك في كذا ولا امتراء، فالشك ضلع يصيب البعير من وجع في جنبيه، والامتراء: مصدر امتريت الناقة إذا مسحت ضرعها لتدر، ما لعبت: ما سال لعابي، ولا عبثت من العبثية، أقط وسمن ما ودعت في هذه الأرض ولا مسحتها بالذرع أن تضع قدمك على ذراع البعير البارك ليركبه صاحبك، والمسح مسحك الشيء بيدك، الخسيس: ولد الناقة أو الشاة، يبقى في بطنها، ثم تطرحه في العام المقبل، ما جلست أي: دخلت حدًا، ما عرفت لها بعلًا، أي: فحلًا مستبعلًا، ولا زوجًا [أي: غطاء يطرح على الهودج، ما قدمت في هذا الأمر رجلًا] أي: من الجراد، ولا أخّرتها ولا بسطت يدًا ولا قبضتها، أي: من الفضل. الصبي: ملتقى المنكبين من الذقن، الحمل: سمكة معروفة، والظبي: كثب معروف، والظبية معروفة، ولا أملك له قوسًا، القوس التمر في أجزاء النخلة، والمتعفف شارب العفافة، وهي باقي اللبن في الضرع، والمتحمل الذي أكل الحميل، وهو الشحم المذاب. ما جرد فلان ولا جلد، أي: لم يصبه الضرب ولا الجلد، وهو الندى الجامد الذي يسقط من السماء كالثلج، وكذلك ضَرِيبِ.

ما لقي فلان في هذا اليوم، أي: ما أصابه لقوة، ويقول: والله ما لفلان عندي ذهب، ولا أخذته الذهب مكيال باليمن، ما عندي حرق، أي: قطعة من الجراد، قال أبو زيد ﷺ: وكل ما كان في الفرس من أسماء الطير فلك أن تحلف عليه نحو الحمامة والقطاة وما أشبه ذلك، فالقطاة مقعد الردف والحمامة الموضع الذي يصيب الأرض من صدر الفرس.

ما أخفيت هذا، أي: لم يكن عليه الخفاء، وهو كساء يطرح على السقاء حتى يروب.

ما تقدمته، أي: لم أضرب قدمه، البول معروف، والرسول مبين القوم في السير.

....

ما عندي خرج ولا أخذته، الخرج الوادي الذي لا منفذ له، الخلخال والسوار معروفان، والخلخال: الرمل الحريش، والسوار الفارس من فرسان العجم.

أحللت فلانًا ولا أكرمته، أي: لم أعطه الحلة، وهي البعد، ولا أعطيته الكرم، وهي قلادة ما سمته ولا سمني، أي: لم أقل له: إنك سنم الوجه، والشتم القبيح.

ما أنعم علي، أي: ما أعطاني نعمًا، النهب وادٍ معروف، السبب حبل معروف، القصب معروف، وكل عظم فيه مخ، التابوت معروف، وما اجتمعت عليه ضلوع الصدر، الجداد معروف، ويقال للسحاب وللحاضر على الشيء، اللوح معروف، وكل عظم عريض في الدابة والإنسان، واللوح العطش، واللوح الهواء، يقول: والله ما عرفت مالًا من قولهم: رجل مال، إذا كان كثير المال، والله ما حجبته ولا أمرت من يحجبه، أي: ما ضربت حاجبه.

ما رأيت بعين، أي: بعين ماء، ولا كلمته بلسان، واللسان ألا يبلغه، قال أعشى بأهله، أي: بيني لسان لا أشربها، والله ما هجرته، أي: ما شددته بالهمات، والله ما أملك عبدًا، عبد جبل من جبال بمنى، قلت: واسم رجل، ما رأيت في الدار إنسان ولا كلمته هو ماء من مياه العرب، ما عرفت له خدمًا، الخدم جمع: خدمة، وهي السيور، ما أفرحني ولا سرني، أفرحني أثقلني، وأسرني أصاب سرتي، والسرير معروف، والسرير الماء المجتمع أو المنفرد، والسرير مركب الرأس من العنق، الإصبع معروفة وهي الأثر الحسن، والقبح وأكثر ما يكون في الحسن، العجلة معروفة، وضرب من السحر، الحبل معروف، وواحد حبال الرمل، السلاسل معروفة، وسلاسل البرق، وسلاسل الرمل، الملح معروف، وهو الشحم واللبن أيضًا.

ما رنا فلان، أي: ما صعد في الجبل، الإوز معروف، وهو الرجل القصير الضخم، والإوزة المرأة القصيرة.

……………………………………

ما رأيته شاكيًا، أي متخذًا شكوة، وهي سقاء صغير للبن، والعجوز الحفية، والشيخ الرذاذ من المطر أول ما يقع على الأرض، الدلو معروفة وهي السبيل السهل، والله ما لي دار، ودار وادٍ معروف.

قلت: ودار اسم ملك العقار معروف، وهو الخيط الذي شد في طرفه حلقة القرط، والله ما شهدت فلانًا، أي: ما صادقت عنده شهدًا، ولا أشهد لي، أي: ما صادف عبدي شهدًا، انتهى ما لخص من كلام ابن دريد على سقم في النسخة.

ومن المنتخب من كتاب أبي عبيد الله البصري على طوله: إذا قال لك المسلط: أي كل عبد لك حر قبل، وأعني بالحرية غير ما هو ضد العبد، فالحر الحية الذكر، والحر من الرمل ما وطئ، والحر ذكر الحمام، والحر الفعل الحميد، والجارية السفينة، والريح أيضًا، والعادة التي جرت لك، فعن أيتهن شئت، وأعني بالحرة الإذن، والحرة السحابة الغزيرة المطر، والحرة الظبية، والحرة الناقة الضخمة، فإن قال: كل شيء في ملكك صدقة، فقيل، وأعني: محجة الطريق، والعرب تسمى المحجة الملك، فإن قال: كل ما تملك وقف على المساكين، فقبل، وأعني بالوقف السوار من العاج، فإن قال: وإلا عبيدك أحرار، فقبل، وأعني أحرار البعد، وهو الناعم منه، فإن قال: وإلا فأنت كافر بكذا، فقبل، وأعني المستتر به، والكافرون الزراع، والكافر البحر، والكافر المكان وأعني استترت به.

الصوم معروف، والصوم ذَرْق النعام، وضرب من الشجر، صليت أخذت نصل الفرس وهو ما اتصل بخاصرته إلى فخذيه وصليت شويت في النار، وصمت قمت على رجل، ومن باب معارضة القضاة.

قال: وإنما رخصَّ في هذا الباب للرجل المعدم المعسر، فإذا استحلفك الحاكم، وأنت معسر أن تقول: ما لهذا الرجل عليَّ حق، فينوي الإيجاب، ويقيم ما قام الذي لا يعني بها الحجة.

……

فإن قلت: ما له قبلي درهم ولا دينار ولا أقل من ذلك، ولا أكثر فدرهم قبله، ودينار اسم رجل معروف.

فإن قلت: ما له قبلي أقل من ثوب ولا شقة، والثوب الرجوع، والشُّقَّةُ البُعْدُ، والقميص غشاء القلب.

فإن قلت: ما له عندي شيء بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب، فالشيء المصدر من قولك شويت اللحم أشويه شيًا، والوجوه صور من صفر تركت على أبواب الدور، الواحد وجه، والأسباب الجبال، فإن قال: ولا دعوى، ولا طلبة فأعني بالدعوى الدعاء، وأعني بالطلبة اسم رجل مشهور، وهو طلبة بن قيس بن عاصم المنقري، ما وكلت فلانًا، أي: ما جعلته وكيلًا، ووكلته أكلته، على أنك تسقط الهمزة من أول الكلمة، وتقول: من خاصم عني، أي: نظر في جوانبه، يقال: جعلته في خصم فراشه، أي: في جانبه، ولا ناظر عني عند قاضٍ، فالقاضي القائل، ولا حضر معي عند الشهود، تعني جمع شهد من العسل، ولا جعلته رسولًا ولا حملته مقالًا، فالرسول الرسالة بعينها، والمقال مكان القيلولة، وتقول: ما شاركت فلانًا، ولا عاملته ولا انصعت معه، أي: ما مشيت معه على شركة الطريق إن سعت، جعلته من شراك البغل، ومن شرك الصائد، وعاملته من عامل الرمح، أي: طاعنته به، أو نظرت أعامل مجيء لصدق، أم عامل رمحه وانصعت سلكت البحر وهو البضع.

فَرْعٌ آخر: ما ضمنت له درهمًا فما فوقه، وما له في عنقي ضمان، فيجعل ذلك من الزمانة وهي الضمانة، والضمن الزمن، والضمان الزمانة أيضًا، تقول العرب: ضمن فلان فهو ضمين إذا زمن، وما تكفلت لفلان، فتجعله من التكفيل، وهو العجز، أو من الكفل، وهو كساء يحشى تبنًا ويجعل خلف الرجل، والكفل من الرجال من لا يثبت على ظهر الدابة، وما اشترط فلان عليَّ شرطًا ولا بيننا شرط معنى قول اشترط استسقى بنوء الشرطين، وإن شئت جعلته من الشرط وهو صغار الإبل وبالشرط شرط الحجام، والشرط الرديء من كل شيء، وتقول: ما أودعني ولا استودعته، أي: ما علق على الودع،

ولا طلبت منه الدعة، وهي الراحة، وتقول: ما أوصى إليَّ ولا أوصيت إليه، أي: ما دخل على الواصي، وهو بيت، وتقول: ما أحلت فلانًا على فلان بدرهم، ولا أحلت، أي: مضى على حول راحلته حملته على ظهر دابة، واحتلت تغيرت، وتقول: ما عضلت فلانة ولا أضررت بها، ولا منعتها الزوج من الأنماط، أي: ما ضربت عضابها، وأضررت بها: صرت بها جانبي الوادي، والزوج من الأنماط، وتقول: ما لها في يدي مال، أي: في وقتي الذي أحلف فيه الآن، وتعني الجارحة، وتقول: ما جوعتها أي: ما نسبتها إلى ربيعة الجوع قبيلة، وما أعريتها، أي: أعطيتها العرايا، وإن قلت: عريتها، أي: أبرزتها للريح العرية، أي: البارزة، ولا أحفيتها، أي: سميتها، وما ضربتها، أي: ألقيتها على الضريب، أي: الجليد، وما فضلت عليها ضرة، والضرة أصل الضرع، وأصل الإبهام من اليد، والمال الكثير، وما نقصتها من الفرض وهو تمر نعمان، والفرض سية القوس.

ومن باب معارضة الرجل أهله: ما تزوجت، أي: ما اتخذت زوجًا من الأنماط ضرب من الفرش، وما تسريت، أي: ما اشتريت سرورًا، وهو شجر، وإن شئت جعلته من السر، والرجل السري أو من السري وهو النهر الصغير، ولا تطيبت بعدك، أي: ما أتيت الطيب مدينة بين واسط والسوس، أو ما أتيت طيبة، وما تمسكت، أي: ما ليس مَسكًا بفتح الميم وهو الجلد المسلوخ، وما أدهنت، أي: انتسبت إلى دهن قبيلة من بجيلة منهم عمار الدهني المحدث، وما تبحرت، أي: ما أتيت البحراء من منازل البحرين.

ومن باب معارضة من استزاد تنبيهه: تقول: والله لقد افتقرت في خدمتك، وتعني: اشتد فقار ظهري، ومال مركوب من ضربت ركبته، وسبق: ما لي عبد ولا جارية، وما استخففت، أي: ما اتخذت خفًا، ولا أخذت منه بالقهر، القهر موضع معروف، ودرهم ودينار رجلان، وما في ملكي يقصد بالملكة محجة الطريق، والله ما أضعت ولا فرطت ولا قصرت ولا أهملت شيئًا من أمرك، ولا سامحت أحدًا من أهل عملك، ولا تركت له واجب، ولا ارتفقت بحبة فما

....

فوقها، ولا أبقيت غاية في مناصحتك، ما أضعت كثرة ضياعي، وفرطت: بعثت فارطًا، وهو من يطلب الماء، وقصرت بنيت بيتًا قصرًا، وأهملت كثرت عندي الهوامل وهي الإبل لا راعي معها، ويعني: بالشيء ما سبق، وسامحت: نظرت أبناء أسمح، والواجب الشيء الساقط، وأتعبت قصدت، والعانة راية الخمار كان ينصبها في الجاهلية، وتقول: ما اكتسيت من عملك غير ما ترى، أي: ما انتسب إلى كسائي، وهي أرض، وتقول: والله ما داهنتك من الدهن، ولا سايرتك، أي: شربت معك إلى التسيار، وهو بلد، ولا أضمرت، أي: يشاء من الخيل، ولا عارضتك، أي: ما نظرت أعرضي أوسع أم عرضك، وإن تثبت جعلته من العرض، أي: أعرضي أصون أم عرضك، أو ما أكلت معك عريضًا، وهو الجدي، ويقول: ما سامحت في عملك حميمًا ولا نسيبًا، الحميم العرق، والنسيب بسبب الشعر.

ومن باب التنصل: ممن أسأت به ما ضربته، أي: ما صببت عليه الضريب من اللبن، وما أمرت بضربه، أي: بشبهة من الناس، وما عرفت له ضاربًا، هو موضع كثير الشجر، والضارب الناقة قل لبنها، وما هدمت له دارًا، سبق أنها بلد، وما أخربت له دارًا، أي: ما أدخلها اللصوص، وهم الخراب، الواحد: خارب، وما أدخلتها الخربان، وهو جمع: خرب، وهو ذكر الحبارى.

وتقول: ما هجمت وراءه بأحد، أي: أمامه، والخلف الرذل من الناس، ومن الكلام، وما خدعته، أي: ضربت أخدعيه، وما مكرت، أي: رعيت المكر، وهو نبت.

فَرْعٌ آخر: تقول: والله ما احتملت له غلة، وتعني: المرة من الغلول، ولا أتلفت شيئًا من كرومه، الكرم ضرب من الحلي، وهو القلادة، الواحدة كرم، واقتربت لبست القرد، وافتريت: أكلت لحم الفَرَأ، مقصور وهو حمار الوحش، وما أضمرت، أي: رعيت الضَّيمُرَان، وهو بنت، وتقول: ما عاديت فلانًا، وتعني: العدو لا العداوة، والمعاداة الموالاة بين شيئين، ما روعته، أي: ما ألقيت في روعه شيئًا، وما هولت عليه من التهايل، وهو ألوان نور

……

الروضة، وهي أيضًا ما يعلق على الهودج من ألوان، ما أهنته: من الإهان وهو عود العِذْق الذي تتعلق فيه الشَّمارِيْخُ، وتعني: ما جعلته إهانًا، ما طلبته في معاملة، أي: ما نظرت أعامل رمحي أجد دام عامل رمحه، وقد سبق، ولا تعديت عليه من مقاسمة، أي: من القسام، وهو الحسن، وإن شئت جعلته من القسمة، وهو الوجه، أو من القسامي وهو الذي يطوي الثياب، أو من القسم وهو ما وقع في قلبك وظننته ولا أصل له، أو من القسم قاسمته حالفته.

فَرْعٌ آخر: قال أبو عبد الله: تقول: ما علمت أن أحدًا من أصحابه أخذ من منزله فراشًا ولا لحافًا وعدد أشار بينها تفسيرها، أي: إن قال فالمقاعد موضع، والفراش الأرض، واللحاف عشر الطاس تجمع لحفًا، والطبق الداهية، وفقار الظهر أيضًا، والمطر العام والحصير الخبث، والملك والحصن والجرح جمع أحرج، وهو ما قد لون بياض وسواد، والحرج موضع، ووادٍ لا منفذ له كما مر، والجراب طول البلد عن داخلها من أعلاها إلى أسفلها، والجراب الإبل الجربى، والبقل قطعة من الأرض تنبت البقل، وسبق ذكر الجف والجب ضد البعض، ذكور قبيلة من بني ضبة، والمرجل يرد من غصب، وهو المشط، والطست نقرة في ظهر الإبهام، والإبريق السيف، يقال: حارثة أبريق، وسيف إبريق، من البريق، والمعلى خشبة يلعب بها الصبيان يضربون بها خشبة أخرى، والسطيل اسم من أسماء البحر، يقال للبحر: سطل وسطيل، والمبادة المصباح بعثه، وهو السراج، وسبق ذكر الفرش، وزاد هنا أنها دق الشجر، والبسيط جمع بِسْطٌ، وهي الباقة معها ولدها، والبساط المكان الواسع من الرمل يجمع بسطًا أيضًا، والمعارش النساء.

فَرْعٌ آخر: تقول: ما شتمت له أبًا ولا عمًّا ولا خالًا ولا خالة، فتعني بذلك إباد العنزى المعز فتموت، وعم قرية بالشام، والعم قطعة من الناس، والعمة النخلة، والخال الكبير، والخال من السحاب، والخال الرجل المختال، والخال في الوجه، والخالة جمع خائل من الكبر.

وتقول: ما ناظرته ولا جادلته ولا نازعته، أي: ما نظرت أنا ناظري أجد

……

أو أصح أم ناظره، وجادلته جالسته على الأرض، وتقول: ما سلطت عليه أحد من أصحابي، ولا أغريت به أحدًا سلطت دهنت بالسليط، وهو دهن السمسم، وأغرت أتيته الغرى، وهو بلد يقال به قبر علي ﵁، وما صانعته، أي: ما نظرت إليه لحكم صنعه، ولا قاطعته، أي: ما نظرت أقطعي أحق دام قطعة، والقطع السوط، وما توسطت، أي: ما انتسبت إلى واسط، وما اتخذت منهما واسطًا، وهو أحد أعمدة الخباء، أو عود من عيدان الرجل.

وتقول: ما أغضبني كلامه، ولا حملني على الجرد، أغضبني جعلني أحمر شديد الحمرة، والجرد اعوجاج في قوائم الرأس، وقيل هو في الناقة أشهر، أجردني أفردني، والجارد المنفرد، وما بكيته، أي: ما نسبته إلى بني البكاء، وهم من قيس، فإن قلت: ما أبكيته عنيت أرعيته البكاء وهو نبت.

ومن باب التبرؤ من رجل وهو لك صديق، تقول: والله ما جالسته، تعني: ما نظرت أثناء حسن جلسته، ولا عاشرته، تعني: أثناء أعشر عشره، أو أكثر عشار أجمع عشرًا وهي الناقة الحامل، ولا استعان بي في شيء من أموره، يعني: صار بي إلى إعانة، وهي بلد، وإن شئت عنيت بقولك: استعان حلق عانته.

وتقول: ما كاتبته، تعني: كتابة العبد، وما راسلته، تعني: أننا أكثر رسلًا، وهو اللبن، وما نادمته من الندم، ولا شاربته، شربت معه السمار وهو اللبن الممزوج بالماء، وسامرته سرت معه إلى سهر، وهو طريق، وإن شئت عنيت ما صرت معه إلى السمار وهو بلد معروف، وحادثته صرت معه إلى الحدث، وهو بلد، وتعني: بقولك ما رآني أحد عنده جالسًا، أي: مصعدًا من بلاد نجد، وما قعدت عنده، أي: ما تخلقت عن المكارم، وما جلست إليه، أي: ما أتيت نجدًا.

وتقول: ما اجتمعنا على مؤاكلة ولا مشاربة، والمؤاكلة أن يهدي المدين إلى رب الدين شيئًا ليفسح له في الأجل، منه حديث النبي ﷺ أنه نهى عن المؤاكلة، والمشاربة أن يجلس معه في غرفة، وهي المشربة.

……

وتقول: ما كتبت إليه حرفًا، والحرف الناقة الضامرة، والكتب الجزر، والكتاب السير الذي تحرز به، وما كلمته، أي: ما جرحته مرة بعد مرة، وما ناطقته من المنطاق الذي تشده المرأة في وسطها.

وتقول: ما سررت بسلامته، أي: ما طعنت في سرتي، وما لحقني بقدوم فلان سرور، ولا كان ذلك من مسرتي، قال الخليل: المسرة أطراف الرياحين، والسرور من النبات شرفه الأعالي، وما أحببت عافيته، أي: عوافي الطير والسباع، أنشدنا أبو العباس رحمه الله:

لعز علينا ونعم الفتى مصيرك يا عمرو للعافية

يعني: ما طافت به عوافي السباع.

وتقول: ما خاطبته قط، وتعني: أنها أبلغ في الخطاب، وإن شئت جعلته من خطبة النساء، أي: ما خطبت امرأة.

وتقول: ما بيني وبينه عهد ولا ذمة ولا مواصلة ولا علقة، فالعهد مطر بعد الولي، والذمة البئر القليلة الماء، والمواصلة اجعلها من الوصية التي في القرآن العزيز، أو من الوصيلة وهو ثوب توصل بآخر، والعقلة شجر تبقى في الشتاء تعلف به الإبل حتى تدرك الربيع.

وتقول: ما تعصبت معه، أي: ما أكلت العصب، أو ما تجوعت، يقال: عصبت الرجل إذا جوعته، وما تعممت، العامة، العصابة وتقول: ما رأيته من دهر، ودهر قبيلة من إياد، ودهر بلد معروف.

وتقول: ما كان لي خليلًا، وتعني الخلة، وهي الحاجة، وخليل الرجل أنفه، وما ودعته، أي: ما علقت عليه الوداع، وما شيعته، أي: ما جعلته صار بأسماعنا، وشيعته أوقدت عنه دق الحطب.

وتقول: ما صحبته في سفر، أي: ما منعته منه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا هُمْ مِّنَّا يُصْحَبُونَ﴾ [الأنبياء: ٤٣] أي: يمنعون.

وتقول: ما أصفته، أي: ما أخفته، والمصوفة المخافة، وتقول: ما

……

أحسنت إلى فلان في حال من الأحوال، ولا أحملت ولا مننت ولا أوليته معروفًا، أحسنت، أي: أتيت الحسن، وهو نهر معروف، وأحملته من حملة الحساب، أو ما كثر عندي الحميل، وبلغت آخر منتي، وهو القوة، وإن شئت جعلته من المنِّ المذموم، ومعروف رجل مشهور.

وتقول: ما اعتذرت إليه ولا تنصلت، أي: ما سلكت العذار، وهو طريق في البر من البصرة إلى الكوفة، وتنصلت الحدث المحدث نصلًا، وقرية أدخلت في أدنة.

وتقول: ما أكرمته، أي: ما أقطعته كرم عنب، أو علقت عليه كرمًا، وهي: القلادة، وما رأيته أهلًا للكرامة، عن الخليل: إنها كرسي يوضع على رأس البئر.

وتقول: ما صرت إليه، ولا سلمت عليه، ولا صافحته، ولا عانقته، صرت قطعت، وصرت ماء من مياه العرب، وسلمت: عملت سلمًا، وهو دلو يعرفوه واحدة، وصافحته: نظرت أصفحة عنقي أحسن أم صفحة عنقه، وعانقته إن شئت جعلته من العنق في المشي مثل خاصرته، أو من العنق، أي: نظرت أعنقي أطول أم عنقه.

وتقول: ما قبضت من فلان ولا تسلمت، أي: ما شقت شوقًا شديدًا، وما تسلمت، أي: ما رغبت السلم وهو شجر معروف، وما هممت بنصر فلان ولا نصر من جهتي، فتعني بقولك: بنصر فلان: أنصاره الذين ينصرونه، ونُصر: جمع ناصر، وتعني: بما نصر، أي: ما غيث عليه من الغيث والمطر، يقال: نصرت بلاد كذا إذا أمطرت.

وتقول: ما أبصرته، أي: ما طرحت عليه البصر، وهو قش أعلى الجلد، أو ما رميته بالبصرة وهي حجارة بيض وسود، وبها سميت البصرة.

وتقول: ما عرفت فلانًا بالوفاء ولا هو من أهله، فالوفاء موضع بالبادية.

وتقول: ما قدرت عليه، أي: ما ضيقت عليه.

……………………………………………………………

فَرْعٌ آخر: تقول: ما هو لي بعشير ولا صاحب ولا خل ولا حل مني محل الرفيق، فتعني بالعشير جزءًا من ستين جزءًا من درهم، والصاحب تحتمل ثلاث معانٍ: فصاحبك الذي تصحبه وتتبعه، وصاحبك الذي يصحبك ويتبعك، والذي تصاحبه وأنتما متكافئان، معارض بأنها سبب، والرفيق من المرافقة، ومن الرفق، والرفيق موضع قلب، والرفيق الطبيب.

وتقول: ما مقلته، ولا وقعت عيني عليه، ولا دريت أين كان، ولا توهمت أنه يتغيب، ولا ظننت به الفرار، ما مقلته، أي: ما ضربته بمقلة، والمَقلة بفتح الميم حصاة يقسم فيها الماء في المفازة، والعين أشياء كثيرة منها القوم يتخبرون لك الأخبار، والعين الذهب، وعين الماء، وعين الشيء نفعه، والمطر يجيء من ناحية القبلة، وأشياء كثيرة، ولا دريت، أي: ما اتخذت درية، وهي حلقة ترمي بها، ولا توهمت، أي: ما ركبت جملًا وهمًا، وهو المسن الهرم، أو طريقًا قديمًا، وظننت تيقنت، والظن يكون شكًا، ويكون يقينًا، وإن شئت عنيت ما ظننته بل تيقنته.

ومن باب حسن المحضر عند السلطان: قال: وهو باب كرم وسؤدد، وسئل الشعبي عن رجل خياط، فقال: إنه النافذ الطعنة، تقول: ما رأيت عليه سوءًا، أي: برصًا، وما بلغني أنه ارتكب فرخًا حرامًا، تعني به الثغر، والموضع المخوف، يقال: للثغور الفروخ، وما عرفته يربي، أي: يقوم على رابية، ولا عرفته ضالًا، أي: ضل عن الطريق، ولا مضلًا، أي: أضل إبله أو غيرها، وما علمته [مبتدعًا](١) في الدين، وهو الذي يسوق بعيرًا [خبيرًا](٢) والمبتدع المتخذ رقًا، والبديع: الرق، والدين الحساب، والدين الجزاء، والدين السلطان، والدين الملة.

وتقول: ما سمعته طعن في الأئمة، ولا وقع في السلف، ولا عرف

---

(١) في نسخة: (متهاونًا).

(٢) في نسخة: (أخذًا).

....

بخلاف السنة، فالأئمة جمع إمام، وهو الخيط الذي يعمل عليه البناء، والسلف القوم المتقدمون في السنين، والسنة سنة الوجه.

وتقول: ما علمته لا يطأ ولا يلوط، فاللائط الذي يصلح الحوض ويطينه، ويلوط يلصق، يقال: هو أليط بقلبي وألوط، أي: ألصق وأعلق.

وتقول: ما ذكر بردة ولا كفر ولا شرك، فالردة أن يجتمع ماء الرجل في صلبه، والكفر تغطية الشيء، والشرك من المشاركة في تجارة وغيرها.

وتقول: إنه ليحفظ القرآن، أي: يجله ويصونه، ويعرف السنة، أي: سنة الوجه.

[وتقول: ما بلغني أنه ينقص أصحاب النبي ﷺ فالنبي التراب المجتمع أو الرمل، والنبي مكان مرتفع].

وتقول: ما دخل فلان بستانك، وتعني: قرية أسفل واسط اسمها هكذا، ولا هجم قصرك، أي: هدمه، والهجم الهدم، والقصر وقت صلاة العصر من النهار، ولا يعرض، أي: أكل عريضًا وهو الجَدي.

وتقول: ما وقفت له على سقطة ولا عثرة ولا قلته، فالسقطة سقوطه من رابية أو سطح، والعثرة عثرة القدم، والقلة آخر يوم من الشهر الذي بعده الشهر الحرام.

وتقول: ما قيل لي أنه فاجر ولا فاسق، ولا علمته على طريقة مذمومة، فالفاجر المائل إلى الحرام في أحد جانبيه، والمائل في كلامه، والفاسق الخارج من ثيابه، أو سجيته التي هو عليها، والطريقة النّخلَة الطّويلَة، والحرام الرجل المحروم، والفجور معلوم وهو أيضًا نقض العهد، والفاجر الغني الموسر، والمريب من كثر عنده اللبن الرايب، اقترف اتخذ جرابًا، والجراب يقال له: العرف، اقتحم صار شيخًا كبيرًا.

تقول: إنه لكثير النحو، أي: الميل، قليل اللحي، أي: اللغة، عالم بأيام الناس، أي: أيام الأسبوع.

……………………………………………………………………

وتقول: ما قلت هذه الرحمة لحدة مني، فالرحمة المطر والرزق والجنة، وتقول: ما هو من أهل المكر ولا المكائد ولا الخداع، فالمكر نبت، والمكائد نوق يدوم درتها ولا ينقطع، والخداع من خادعته إذا استترت أنت وهو.

ومن باب الاعتذار:

تقول: ما شكوته، ولا تظلمت منه، ولا رفعت عليه قصة، ولا ذكرته بقبيح، ما سكوته: ما أخذت سكوته، وتظلمت، أي: ما كنت ظالمًا، فالمتظلم الظالم، وشاكي الظلم جميعًا، ولا رفعت قصة، أي: ما ادخرتها وصنتها، والقصة: الجص بلغة أهل الحجاز.

وتقول: ما عرضت، أي: ما أعطيت، تقول العرب: عرضت فلانًا كذا، أي: أعطيته.

وتقول: ما كذبت عليه قط يعني: ما أغريته بنفسي ما ذكرت أنه ظالم، الظالم من يسقي اللبن أو يشربه قبل أن يروب، والظالم: حافر الأرض المستوية التي لم تحفر قط.

وتقول: ما أخبرت بشيء من أخباره، أي: ما أعطيت الخيرات، وهي النوق الغزار، وإن شئت جعلت أخبرت من الخيرة وهو النصيب، وإن شئت جعلت أخيرته حملته على الخيار، وهي أرض فيها تراب وحصى، والخبير: المزارع.

وتقول: ما ذكرت أنه مسرف، أي: أتى سرفًا، وهو موضع معروف، ولا عجول، العجول: الناقة التي تُلقي ولدها قبل أن تُتمه بشهر أو بشهرين، وما تمسيت معه، أي: ما رعيت المساء، هو نبت يشبه الجزر.

وتقول: ما قلت له كاتب الأكراد ولا راسل الأعراب، فالأكراد جمع: كرد، وهو أصل العنق، واجعل راسل فاعل من الرسل، وهو اللبن.

وتقول: ما قلت إنه ضرب بغير حق، أي: يسير سيرًا شديدًا.

ومن باب الشكوى: تقول: حبسني فما رأيت السماء ولا رقدت ولا اضطجعت، فتعني بالسماء: المطر، ورقدت: أتيت راقدًا وهو بلد،

....

واضطجعت وعنيت الضجع وهو بقلة ببادية عمان، وإن شئت عنت ما أتيت ضاجعًا وهو واد بنجد، وما كان لي قرار، فالقرار جمع قرارة، وهي مثل المدهن تجتمع فيها الماء، والقرار صغار الغنم، ورد إليها.

وتقول: ما أكلت أدمًا، ولا ذقت دسمًا، تعني بالأدم جمع أدماء، إن شئت من الإبل أو من الظباء، الدسم الوسخ، وما تكبرت، أي: ما أكلت الكبر، وما تخيرت، أي: ما اتخذت الخيار من النخل.

وتقول: ما حجيتك قط، أي: ما كنت حاجًا لك، أو ما ضربت حجبتك، وتعني حاجب عنه، أو ما ضربت حجبتك، والحجة ما بين الخاصرة والورك، وما أمرت بحجابك، أي: ما أمررته بهتك أو بقلع أو بوطء، والحجاب غشاء القلب، والحجاب ما اتسع من الأرض، وما أعرضت عنك، أي: ما أتيت العرض وهو وادٍ باليمامة، وما تنحيت عن مجيئك، أي: ما اتخذت بحياء، وهو وعاء من أوعية السمن.

فائدة: قال أبو عبد الله الزبيري: تزوج رجل من الفقهاء فبلغ امرأته، وكانت تؤذيه وتسأله أن يحلف لها بالطلاق على بطلان ما بلغها، فقال لزوجته الثانية والأولى لا تعرفها: تعالي إليَّ كأنك تسأليني عن مسألةٍ فجاءت إلى داره، فقال: ما تقولي في امرأة بلغها أن زوجها قد تزوج، فسألته عن ذلك فأنكر فسألته أن يحلف لها فقال مجيبًا لها وامرأته الأولى تسمع: معاشر النساء ما حرم الله التزوج على الرجال، ولا ينبغي لكل أن يمنعنهم ما أحل الله لهم، ها أهلي تطالبني بمثل ما سألت عنه، وأنا أشهد الله أن كل امرأة لي في غير هذه الدار طالق، فطابت نفس امرأته وسكتت، انتهى المختار من «المنقذ» وهو نبذة منه وإن أطلنا بما ذكرناه، والنسخة على قدمها وقراءتها على الإمام السيرافي فيها سقم، ونسأل الله التوفيق.

فائدة: بحث: هند وعمرة وزينب وله ثوبان، فحلف أن كل واحدة منهن تلبس الثوب الواحد عشرين يومًا من الشهر في مدة شهر، فتلبس هند ثوبًا العشر الأول والعشر الأخير، وعمرة تلبس الثوب الآخر العشرة الأولى

فَصْلٌ

وَلَهُ تَقْدِيمُ كَفَّارَةٍ بِغَيْرِ صَوْمٍ عَلَى حِنْثٍ جَائِزٍ قِيلَ: وَحَرَامٍ. قُلْتُ: هَذَا أَصَحُّ والله أَعْلَمُ.

والوسطى، وتلبس زينب ثوب هند العشرة الوسطى، وثوب عمرة العشرة الأخيرة، ذكره ابن الجوزي في «الأذكياء» وهذا ما يسجد الفهم له، ويورث الفطنة، والله أعلم.

فصل

قال: (**وَلَهُ تَقْدِيمُ كَفَّارَةٍ بِغَيْرِ صَوْمٍ عَلَى حِنْثٍ جَائِزٍ**) لرواية أبي داود والنسائي في حديث عبد الرحمن بن سمرة: «**إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَائتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»(١) وفي الصحيحين: «**فَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ، وَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»(٢).

ولأن الكفارة حق مالي يتعلق بسببين، فجاز تعجيله بعد وجود أحدهما كالزكاة بعد وجود النصاب، والأولى ألا يكفر حتى يحنث للخروج من خلاف أبي حنيفة، واحترز بقوله: (بغير صوم) عنه وإن الصحيح أنه لا يجوز تقديم التكفير به على الحنث؛ لأنه عبادة بدنية فلم يجز تقديمها على وقت وجوبها بغير حاجة كصوم رمضان، وأخرج بغير حاجة الجمع بين الصلاتين.

وقيل: يجوز كالإطعام، ولا يجوز تقديمها قبل عقد اليمين فلا خلاف.

قال: (**قِيلَ: وَحَرَامٍ. قُلْتُ: هَذَا أَصَحُّ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) إذا كان الحنث معصية كما لو حلف لا يزني، فهل يجزئه التكفير بالمال قبله، فيه وجهان، أصحهما في «تعليق» البغوي و«التهذيب» و«الكافي» و«المحرر» المنع.

قال البغوي في «التعليق»: لأنه يؤدي إلى إغراء الناس بالفواحش والمناهي، وعلله غيره بأنه رخصة ليتوصل به إلى الحنث، فلا يباح للعاصي،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

……

وأصحهما في «الشرح الصغير» الجواز؛ لوجود أحد السببين، والتكفير لا يتعلق به استباحة ولا تحريم، بل المحلوف عليه حرام قبل اليمين وبعدها.

وقيل: التكفير وبعده لا أثر لهما فيه، ونسب ترجيحه في «الكبير» إلى الشيخ أبي حامد والإمام والروياني وغيرهم.

وقال في متن «الروضة»: إنه الأصح عند الأكثرين، وقال ابن الرفعة: إنه الذي صار إليه معظم الأصحاب.

قلت: وفيه وقفة، بل سكت كثيرون عن الترجيح أو الأكثرون، وهو وإن كان أقيس، والمختار الأول لئلا يتخذ الجاهل ذلك ذريعة إلى ما منع نفسه من باليمين المؤكدة، فإن الظاهر أنه يريد بالتعجيل موافقة المعصية.

فَرْعٌ: قالا: سبب وجود الكفارة عند الجمهور اليمين والحنث قبل أن يتصور سبب وجوبها اليمين إلا أنها لا تجب إلا بالحنث، وكأن قائله جعل الحنث شرطًا، وقال الماوردي: إنه الظاهر من مذهب الشافعي، ثم قال: وَالْأَصَحُّ عِنْدِي مِنْ إِطْلَاقِ هَذَيْنِ الْمَذْهَبَيْنِ أَنْ يُعْتَبَرَ حَالُ الْيَمِينِ، فَإِنْ كَانَ عَقْدُهَا طَاعَةً وَحَلُّهَا مَعْصِيَةً وَجَبَتْ بِالْيَمِينِ وَالْحِنْثِ؛ لِأَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْمَعْصِيَةِ أَخَصُّ.

ثم هذا التردد في اليمين على المستقبل، أما على الماضي فقال الماوردي: سببها فيها عند الكذب الحلف وحده، وقال الْمَحَامِلِيّ والبندنيجي: إنما تجب الكفارة باليمين والحنث، وهما متعاقبان فيها بخلاف المستقبل، فإنهما متراخيان، وقال الشيخ برهان الدين في «تعليقه»: تحصل من كلام الأصحاب فيما تجب فيه الكفارة وجوه:

أحدها: باليمين فقط قبل الحنث؛ لكي لا تخرج إلا بعد الحنث، ورده الإمام.

والثاني: باليمين لكن بعد الحنث، ورجحه الإمام والغزالي.

والثالث: اليمين والحنث جميعًا، وجعله الرافعي أظهر عند عامة الأصحاب.

وَكَفَّارَةِ ظِهَارٍ عَلَى الْعَوْدِ. وَقَتْلٍ عَلَى الْمَوْتِ. وَمَنْذُورٍ مَالِيٍّ].

والرابع: تجب بالحنث وحده، وجعله الماوردي الظاهر من مذهب الشافعي.

والخامس: أنه يعتبر حال اليمين، وحكى اختيار الماوردي السابق.

قال: ولم أجد التصريح يثمره الخلاف، انتهى.

فائدة: يشترط في إجزاء العتق المعجل عن الكفارة بقاء العبد حيًّا مسلمًا إلى الحنث، فلو مات أو ارتد قبله لم يجزه، وفيه احتمال للبغوي من موت الشاة المعجلة، وحرم فيه في فتاويه.

قال: ولو مات الحالف قبل حنثه كان عتقه تطوعًا.

فائدة: قال الدارمي: إذا قدم ثم لم يحنث استرجع كالزكاة، أي: حنث يقتضي الحال الاسترجاع كما تقدم بيانه.

قال: (**وَكَفَّارَةِ ظِهَارٍ عَلَى الْعَوْدِ**) أي: ويجوز التكفير بالمال بعد الظهار على العود على المذهب؛ لأنه تقديم بعد وجود أحد السببين، وقيل: فيه الخلاف في الحنث المحرم، وليس بشيء، إذ العود ليس بحرام، وصور التكفير بين الظهار والعود بأن ظاهر من زوجته الرجعية ثم كفر، ثم راجعها، وفيما إذا ظاهر ثم طلق رجعيًّا ثم كفر ثم راجع، وفيما إذا أقت الظهار، وصححناه وكفر وصار عائدًا بالوطء، وعود هذه الصور.

قال: (**وَقَتْلٍ عَلَى الْمَوْتِ**) أي: ويجوز أيضًا تقديم كفارة القتل [بالمال] على الموت بعد حصول الحرج؛ لوجود السبب، وكذا تقديم جزاء الصيد بعد جرحه، وقبل موته، وقيل: فيه الخلاف في تقديم الكفارة على الحنث المحرم؛ لأن سراية فعله كفعله، وزيفه الإمام.

ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بمالٍ لا في آدمي ولا صيد، وفيه احتمال لابن سلمة، وحكى ابن كَجٍّ وجهًا في جواز التقديم على جرح الصيد ووجهًا أنه إن كان بقتله مختارًا بلا ضرورة لم يجز، وإن اضطره الصيد إليه جاز.

قال: (**وَمَنْذُورٍ مَالِيٍّ**) أي: ويجوز أيضًا تقديم منذور مالي مثل أن يقول: إن

قال المصنف: [فَصْلٌ: يَتَخَيَّرُ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ بَيْنَ عِتْقٍ كَالظِّهَارِ، وَإِطْعَامِ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدُّ حَبٍّ مِنْ غَالِبِ قُوتِ بَلَدِهِ، أَوْ كِسْوَتِهِمْ بِمَا يُسَمَّى كِسْوَةً كَقَمِيصٍ أَوْ عِمَامَةٍ أَوْ إِزَارٍ ....

شفا الله مريضي أو شفاني أو رد غائبي أو مالي فلله عليَّ أن أعتق أو أتصدق بكذا، فيجوز تقديم الإعتاق والتصدق على حصول ما علق عليه مالًا، وفي «فتاوى» القفال: ما تنازع فيه، وقال الرافعي في باب تعجيل الصدقة: قال ابن عبدان: لا تجزئ في أصح الوجهين، وأقره وجزم به في أصل «الروضة» بأنه الأصح، وصححه هناك في «شرح المهذب» واحترز بالمالي عن البدني، فإنه لا يجوز تقديمه على ما ذكرنا فيه من الاضطراب كما سنذكره هناك إن شاء الله تعالى.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

يَتَخَيَّرُ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ بَيْنَ عِتْقٍ كَالظِّهَارِ، وَإِطْعَامِ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدُّ حَبٍّ مِنْ غَالِبِ قُوتِ بَلَدِهِ، أَوْ كِسْوَتِهِمْ بِمَا يُسَمَّى كِسْوَةً كَقَمِيصٍ أَوْ عِمَامَةٍ أَوْ إِزَارٍ) لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩] وقوله: **(عِتْقٍ كَالظِّهَارِ)** أي: كالعتق المجزئ في الظهار يُجاء مع التكفير.

وبقوله: **(وَإِطْعَامِ...)** إلى آخره يقتضي أنه لا يجزئ التمر ولا الأقط وغيرهما مما ليس بحَبٍّ، وسبق أن جنس طعام الكفارة حسن طعام الفطرة كما هي في كفارة الظهار، وصرح به جماعة هنا، وفي الأقط الخلاف السابق في «مختصر» الجويني، ويعطيهم من الحَبِّ الذي يقتاته مدًّا مدًّا، وعليه جرى الغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» والمصعبي في «شرحه» بلفظ: فيجب أن يعطيهم من الحَبِّ الذي يقتاته على الصفة المذكورة في زكاة الفطر، وقضيته: اعتبار قوت نفسه، ولفظ نص البويطي: يعطي من أغلب ما يأكل، وهو ظاهر الآية، فإن رجح ما ذكره المصنف، وقال الماوردي هنا: إن كل ما

……

جاز من الحَبِّ فطرة أجزأ كفارةً، وهل يخير بين جميع الأقوات أم يجب؟ من الغالب قولان، وهل يعتبر غالب قوت بلده أو غالب قوت نفسه؟ وجهان، فإن عدل عن الغالب إلى أدنى منه لم يجز، أو إلى الأعلى فوجهان.

ثم حكى في الأقط، ثم قال: وإن كان قوتهم اللحم أو السمك أو اللبن، فإن قلنا: لا يجزئ الأقط لم يجزئ غيره من لحم ولبن وسمك، وإن قلنا: يجزئ، ففي هذه الأشياء وجهان، فإن منعنا عدل في الفطرة والكفارة إلى قوت غيرهم، وهل يتخيرون أو يعدلون إلى الأغلب من قوت أقرب البلاد إليهم؟ قولان في العدول إلى الأدنى، أو الأعلى ما سبق، انتهى مخلصًا.

واعلم أنه سبق عن جماعة الإفتاء بإجزاء الخبز في الكفارة، وعن الصَّيْمَرِيِّ أنه قال هاهنا: وأصحابنا يفتون لكل واحد برطلين من خبز للضرورة، وكره وقوع ذلك، وليس بمذهب للشافعي، بل مذهبه: الحَبّ كما في الفطرة.

وكفارة الوطء في رمضان، قال الشيخ: ونحن نفتي في الأيمان برطلين خبز، ولو كان مع شيء من الأدم كان حسنًا، وكان أبو ثور يفتي بنحو ذلك، قال الصَّيْمَرِيّ: ولو أعطاهم خبزًا يابسًا أو دقيقًا أو عصيدةً لم يجز، إما الحَب وإما الخبز اللين؛ لأن ذلك غالب أكل الناس، انتهى.

وهذا ما نقله الرُّويَانِي في «الحلية» عن جماعة، واختاره، وقال في «التجربة»: بإجزاء الخبز أفتي، وكذا قال صاحبه الْمَاوَرْدِي هنا اعتبارًا بالأرفق الأنفع في الغالب، قال: وإن يعطي كل مسكين رطلين منه، وقال قبل هذا: المدُّ برطل وثلث، فإذا خُيّر كان رطلين من الخبز، انتهى.

وبما أفتى هؤلاء أفتيت مرات، وبه أفتى خلائق من السلف، ولعلَّه أقرب إلى ظاهر القرآن، وأما الاكتفاء برطل وثلث من الحَبّ فأطلقه جماعة، وذلك فيما يستوي كيله ووزنه، فأما إذا اختلفا فالمعتبر الكيل لا الوزن، وإنما اعتبر المدَّ؛ لأنه سداد الراغب، وكفاية المقتصد، ونهاية الزهيد، والعمدة فيه حديث المُجامع في رمضان، فإنه ﷺ دفع إليه عرقًا من تمر، وقال: «تصدق به

لَا خُفٌّ وَقُفَّازَيْنِ وَمِنْطَقَةٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ صَلَاحِيَّتُهُ لِلْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ فَيَجُوزُ سَرَاوِيلُ صَغِيرٍ لِكَبِيرٍ لَا يَصْلُحُ لَهُ، وَقُطْنٌ، وَكَتَّانٌ وَحَرِيرٌ لِامْرَأَةٍ، وَرَجُلٍ وَلَبِيسٍ لَمْ تَذْهَبْ قُوَّتُهُ،

على ستين مسكينًا»(١) والعرق يسع خمسة عشر صاعًا، فإذا قُسِّم على ستين حصل لكل واحد مدّ، قاله الْمَرْوَزِيّ.

وأما ما رواه ابن ماجه مرفوعًا «أنه ﷺ كفَّر بصاعٍ من تمرٍ» وأمر الناس بذلك فغير ثابت.

قال: (**لَا خُفٌّ وَقُفَّازَيْنِ وَمِنْطَقَةٍ**) أي: لخروج ذلك عن الكسوة الملبوسة والمِنْطَقَة بكسر الميم؛ وهي: النطاق، وهو ما تشد به المرأة وسطها كالمنطقة، لم أرَ فيه شيئًا، ويحتمل الفرق بينهما، ولا تجزئ التِّكَّة، قاله في «الْمُحَرَّر» وعن الرُّويَانِي طرد خلاف فيها.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ صَلَاحِيَّتُهُ لِلْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ فَيَجُوزُ سَرَاوِيلُ صَغِيرٍ لِكَبِيرٍ لَا يَصْلُحُ لَهُ، وَقُطْنٌ، وَكَتَّانٌ**) أي: وصوف ووبر ونحوهما.

(**وَحَرِيرٌ لِامْرَأَةٍ، وَرَجُلٍ وَلَبِيسٍ لَمْ تَذْهَبْ قُوَّتُهُ**) أي: لوقوع اسم الكسوة على ذلك.

تنبيهات وفروع:

منها: يجب في الكسوة التمليك كما في الطعام.

ومنها: في «الرَّوْضَة» مما يجزئ الطيلسان والرداء والمنديل، الذي يُحمل في اليد.

ومنها: ما ذكره من إجزاء سراويل صغير لكبير لا يصلح له، هو أصح الوجهين في «الرَّوْضَة» وبه قال القاضي الحسين.

قلت: وبمقابله قال الشيخ أبو محمد، وهو قضية ما في «الخلاصة» و«المعتبر» لقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فأضاف الكسوة إلى من

---

(١) أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٨٩، رقم ٥٧٢٥)، والطبراني في الكبير كما في مجمع الزوائد (٣/ ١٦٨)، وفي الأوسط (٨/ ١٣١ رقم ٨١٨٤). قال الهيثمي (٣/ ١٦٨): رجاله ثقات.

....

يكتسي، وقضية كلام «الذَّخَائِر»: إنه الأصح حيث قال: قال القاضي يجزئ، وقال غيره من الأصحاب: لا يجزئ، وكذا قال الغَزَالي في «البَسِيط» وهذا هو المختار؛ لأمرين:

أحدهما: إنه قول جمهور العلماء وظاهر القرآن.

والثاني: أن الرَّافِعِي والمصنف [وغيرهما] قد رجحوا أن التُّبَّانَ - وهو سروال قصير لا يبلغ الركبة - لا يجزئ؛ لعدم اسم الكسوة، وإجزاؤه أشبه من إجزاء دفع سراويل رضيع لكبير؛ لأن التُّبَّانَ يستر سوءته، وسراويل الطفل لا يُستر بها، وعدم الكسوة فيه منها في التُّبَّانِ.

ومنها: حكى الرَّافِعِي عن «القديم» ورواية البُوَيْطِي أنه يشترط أن يكون المعطي ساترًا لعورة الآخذ؛ بحيث تصح فيه صلاته، ويختلف [بالذكورة والأنوثة](١) وبه قال مالك وأحمد، والمشهور خلافه، وعبارة الدَّارِمِي بعد نقله المشهور، وفي «مختصر» الربيع: ما يستر من السرة إلى الركبة، والأشهر الأول وعندي متطابق، انتهى.

وبين النقلين تفاوت، فلعلَّه أراد بالتطابق حمل رواية الـمُزَنِيّ على هذه و«مختصر» الربيع وهو «مختصر» الْبُوَيْطِي؛ لأن الربيع رواه عنه عن الشَّافِعِي.

ومنها: ما جزم به من إجزاء دفع الحرير للرجل هو المرجح في «الرَّوْضَة» قال: وفيه وجه ضعيف، وهو قضية قول الدَّارِمِي: فالحرير للمرأة، ويشمل ذلك وغيره قول من قال: وفي وجه يشترط تمكن الآخذ من لبسه، لقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] ومادة الخلاف ما سبق في لباس الصبي.

ومنها: قالا: وسواء في كل جنس الجيد، والرديء، والمتوسط، وللقاضي الحسين احتمال في اشتراط الكسوة الغالبة في البلد كالطعام، وفي الدرع والمكعب ـ وهو المداس ـ والنعل والخف والقلنسوة، التُّبَّان وهو

---

(١) في نسخة: (بالأمومة والأبوة).

....

سروال قصير لا يبلغ الركبة وجهان:

أصحهما: المنع، وقيل: لا يجزئ الخف والنعل والجورب قطعًا.

وحكى الْمَاوَرْدِي وجهًا ثالثًا في القلنسوة: إنها إن كانت صغيرة تغطي قحف الرأس لم تجزئ، وإن كانت كبيرة تعم الرأس وتغطي الآذان والقفا أجزأت.

ومنها: قال أصحابنا: لا يشترط دفع المخيط، بل يجوز دفع الكرباس، قال الْمَاوَرْدِي: لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا طويلًا نظر إن دفعه إليهم بعد قطعه أجزأه؛ لأنه قد صار كل قطعة منه كسوة، وإن دفعه صحيحًا لم يجزئه؛ لأنه ثوب واحد، انتهى.

وفي إطلاقه إجزاء القطع منه نظر إذا لم يُسم القطعة كسوة كذراعين مثلًا.

ومنها: قال الماوردي: يجوز دفع الثوب المتنجس، ويُعلمهم بنجاسته، ولا يجزئ ما نسج من صوف ميتة ونحوه لعموم تحريمه وامتناع طهارته.

ومنها: قال في «الرَّوْضَة»: قال الصَّيْدَلَانِيّ: يجزئ قميص اللبد في بلد جرت عادة غالب الناس ونادرهم بلبسه، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» وغيره: لا يجزئ البسط، ولا الأنطاع، بخلاف الأكسية؛ لأنها تلبس دثارًا، وإن لم تلبس شعارًا، وهل يجزئ ما يلبس من الجلود واللبود والفراء، نظر إن كان ببلد يلبسه أهله أجزأه، وإلا فوجهان من القولين في الحبوب في الطعام، هل يكون مخيرًا أو معتبرًا بالغالب؟ وقول [الحسين](١) أن محل الوجهين ما إذا كان ببلد يلبس أهله ذلك أخذه من «حلية» الشَّاشِي، وهو غريب، والظاهر أنه سقط عليه بعض كلام «الْحَاوِي».

وقال الدَّارمِي: ولا يجزئ ما لا يُعتاد لبسه كجلود ونحوها، وفي «حلية» الرُّويَانِي: لا يجوز النطع ونحوه إلا إذا جوَّزنا القيمة وهو الاختبار، وتجوز الفروة والمرقع، وكذلك لباس الجلد واللبد في موضع العادة.

---

(١) في نسخة: (الجيلي).

……

وفي «الرَّوْضَة»: لا يجزئ المرقع إن رقِّع للتخرق والبلى، وإن خيط في الابتداء مرقعًا لزينة أجزأه، ولو كساه ثوبًا لطيفًا مهلل النسج غير بالٍ في جنسه لكن مثله إذا لُبس لا يدوم إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي، قال الإمام: يظهر أنه لا يجزئ لضعف النفع به، انتهى.

ومنها: قوله: ولبس لم يذهب قوته، قالا: يستحب أن يكون جديدًا، فإن كان ملبوسًا نظر، إن تخرق أو ذهبت قوته لمقاربة الانمحاق لم يجزئه كالطعام المعيب، وإن لم ينته [إلى ذلك أجزأه، انتهى.

وظاهر كلاميهما أن التخرق مانعًا مطلقًا، وفي «الذَّخَائِر»: إن كل ما تخرق لا يثبت بلاه مثل جديد أو] تخرق فهو مأخوذ، وهو قضية كلام غيره، والمخرق يبلى فليعد قولهما لمقاربة الانمحاق على الضربين.

وقال الْمَاوَرْدِي: إن أذهب اللبس أكثر منافعه لم يجزئه، وإن أذهب أقلها أجزأه. وقال الدَّارِمِي: لا يجوز إلا الجديد، أو ما منفعته قائمة، وإن كان غسيلًا.

وفي «التَّنْبِيه» وغيرها: ويجزئ ما غسل دفعة أو دفعتين كالطعام العتيق، والعبد المعيب بعيب لا يُضر بالعمل.

فَرْعٌ: لا يجوز أن يطعم خمسة ويكسو خمسة، خلافًا لأبي حنيفة، قاله في «مختصر» الْبُوَيْطِي [وكان الخيار بين أن يطعم خمسة مع الخمسة الأولى، وإن شاء كسا خمسة مع الخمسة الأخرى].

وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: الاختيار جواز ذلك بالقيمة، ويجوز أن يؤدي القيمة في الكفَّارة، كما ذكرنا في الزكاة، يشير إلى قوله: قال الشَّافِعِي: لا يجوز الفضة عن الذهب، ولا عكسه، ولا أداء القيمة، وقال مالك وأَبُو حَنِيفَةَ وجماعة: يجوز، وهو الاختيار عند كثير من أصحابنا، انتهى.

ويشهد لاختياره ما في البخاري عن معاذ ﷺ **«أنه كان يأخذ الحلل باليمن عن الذرة وغيرها ويقول: هذه أنفع لأصحاب رسول الله بالمدينة»**(١) كما سبق،

---

(١) أخرجه البخاري (٥٨١٣).

فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الثَّلَاثَةِ لَزِمَهُ صَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَلَا يَجِبُ تَتَابُعُهَا فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ غَابَ مَالُهُ انْتَظَرَهُ وَلَمْ يَصُمْ، وَلَا يُكَفِّرُ عَبْدٌ بِمَالٍ إِلَّا إِذَا مَلَّكَهُ سَيِّدُهُ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً، وَقُلْنَا يَمْلِكُ، ....

وإن كان المذهب خلاف ما اختاره في البابين.

قال: (**فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الثَّلَاثَةِ**) أي: المخير فيها، وهي العتق والإطعام والكسوة. (**لَزِمَهُ صَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].

قال: (**وَلَا يَجِبُ تَتَابُعُهَا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لإطلاق الآية.

والثاني: يجب، لقراءة أبي بن كعب وابن مسعود - ﵄ -: (**ثلاثة أيام متتابعات**) ذكره الإمام أحمد عنهما في رواية الأثرم عنه، والقراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل، وقياسًا على الظهار والقتل، وحملًا للمطلق على المقيَّد، وأجيب بأن الشاذ إنما يكون كالخبر إذا ثبت قرآنًا ولم يوجد، والصوم هاهنا خفف نقل عدده، فكذا بالتفريق بخلاف الصورتين، والمطلق هنا متردد بين ما يجب تتابعه وهو الظهار، وبين ما لا يجب وهو قضاء رمضان، فليس الحمل على ذاك بأولى من هذا.

قال: (**وَإِنْ غَابَ مَالُهُ انْتَظَرَهُ وَلَمْ يَصُمْ**) أي: لقدرته على التكفير بالمال، ويخالف نظيره من التمتع فإنه يصوم، فإن كان الدم يمكن باعتبار يساره بها، ومكان الكفارة مطلق، فاعتبر يساره مطلقًا، ولو لم يجد الرقبة وماله حاضر انتظر وجودها.

قال: (**وَلَا يُكَفِّرُ عَبْدٌ بِمَالٍ**) أي: لعدم الملك.

(**إِلَّا إِذَا مَلَّكَهُ سَيِّدُهُ طَعَامًا أَوْ كِسْوَةً**) أي: ليكفِّر بذلك أو ملكه مطلقًا.

(**وَقُلْنَا يَمْلِكُ**) ثم أذن له في الكفارة به، أما لو لم يأذن له لم يكفِّر به، وقوله: ملكه سيده بناء على [ما قرراه][1] أنه لا يملك بتمليك غيره، وليس

---

(١) في نسخة: (على قراره).

بَلْ يُكَفِّرُ بِصَوْمٍ وَإِنْ ضَرَّهُ وَكَانَ حَلَفَ وَحَنِثَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ صَامَ بِلَا إِذْنٍ، أَوْ وُجِدَا بِلَا إِذْنٍ لَمْ يَصُمْ إِلَّا بِإِذْنٍ، وَإِنْ أَذِنَ فِي أَحَدِهِمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْحَلِفِ، ....

كذلك كما بينَّاه في باب العبد المأذون، وأخرج بقوله طعامًا أو كسوة ما لو ملَّكه عبدًا ليعتقه عن الكفارة ففعل لم يقع عنها على المذهب؛ لأنه يستعقب الولاء، ولا يمكن إثباته للعبد، نعم لو أعتق المكاتب كتابة صحيحة عن كفارته بإذن سيده وصححنا تبرعاته بإذنه.

قال الصَّيْدَلَانِيّ: قال الأصحاب: تبرأ عن الكفارة، وعندي أن الأمر موقوف إن عتق المكاتب أجزأ، وإن رقَّ فلا.

تَنْبِيهٌ: إذا ملك السيد القن ما يُكفِّر به، وقلنا: يملك، قال الرَّافِعِي في كفارة الظهار: جاز وعليه التكفير بما ملكه.

وقال ابن الرِّفْعَة هنا: إن الرَّافِعِي أبدى في كتاب الظهار أنه يجب عليه ذلك، وليس له العدول عنه إلى الصوم، والذي يقتضيه إيراد «التَّنْبِيه» هاهنا عدم الوجوب.

قال: (**بَلْ يُكَفِّرُ بِصَوْمٍ**) أي: لما سبق من أنه لا يملك، وإن ملك على الأظهر.

(**وَإِنْ ضَرَّهُ**) أي: الصوم لشدة حر أو طول نهاره.

(**وَكَانَ حَلَفَ وَحَنِثَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ**) أي: فنهاه.

(**صَامَ بِلَا إِذْنٍ**) أي: على الأصح؛ لإذن السيد فيهما.

(**أَوْ وُجِدَا**) أي: الحلف والحنث.

(**بِلَا إِذْنٍ لَمْ يَصُمْ إِلَّا بِإِذْنٍ**) أي: إذا كان الصوم يضره؛ لأن السيد لم يأذن في السبب، وفيه ضرر عليه، فكان له منعه منه وإخراجه منه كالحج، أمَّا إذا لم يكن يضره ولم يمنعه من الخدمة، قالا: فلا منع على الأصح، وكان هذا في العبد، أمَّا لو كانت أمة تحل له فله المنع؛ لأجل الاستمتاع بها، نعم ينبغي أنه لو حلف وحنث قبل أن يملكه فليس له منعه، إن قلنا التكفير على الفور، وإلا فله ذلك.

قال: (**وَإِنْ أَذِنَ فِي أَحَدِهِمَا فَالْأَصَحُّ اعْتِبَارُ الْحَلِفِ**) أي: فينظر إن كان

....

بإذن أو دونه؛ لأن إذنه في الحلف إذن فيما يترتب عليه، كما أن إذنه في النكاح إذن في اكتساب المهر والنفقة.

والثاني: لا لأن اليمين مانعة من الحنث، فليس إذنه فيها إذن في التزام الكفارة، وهذا قول الجمهور، وأما إذا حلف بغير إذنه وحنث بإذنه فأحد الوجهين: إنه لا يصوم إلا بإذنه؛ لأن السيد لم يأذن في السبب الأول وهو الحلف، وإنما العبد ورَّط نفسه فيه، وهذا ما صححاه في «المنهاج» و«المُحَرَّر».

وأصحهما: وهو المذهب أن له الصوم بلا إذن؛ لأن الحنث يستعقب الكفارة، فالإذن فيه يكفي إذنًا في التكفير، كما أن إذنه في الإحرام يكون إذنًا في الأفعال، وبه جزم المَاوَرْدِي، وأحال في «الرَّوْضَة» المسألة على كتاب الكفَّارات، والذي ذكره هناك في كفَّارة اليمين: أنه لو حلف بإذنه وحنث بغير إذنه لم يستقل بالصوم على الأصح، أي: عند الجمهور، خلافًا لترجيح الْبَغَوِي كما قاله الرَّافِعِي، وفي عكسه يستقل على المذهب، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي في هذا القسم فيه طريقان:

أحدهما: وهو ما أورده في الكتاب أن فيه وجهين.

والثانية: القطع بالجواز، وهو الأظهر على طريقة إثبات الخلاف، وعبارة «شرحه الصغير» فيه وجهان: **أظهرهما**: أن له ذلك، وبه قطع قاطعون، وبهذا يعرف أن ما في «المنهاج» وأصله من الترجيح في الصورتين خلاف ما في «الرَّوْضَة» و«الشَّرْحين».

قيل: ولعلَّ ما في «المختصرين» سبق قلم من الحنث إلى الحلف، وعندي أنه من متابعات «الْمُحَرَّر» و«التهذيب».

إشارات: لو كان الحلف والحنث في ملك زيد ثم انتقل منه ببيع أو غيره إلى عمرو هل يكون لعمرو من المنع ما كان لزيد أم لا؟ ولو كان زيد قد أذن فيهما أو في أحدهما، ثم انتقل قبل أن يصوم إلى ملك عمرو فما الحكم؟ ولو

وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وَلَهُ مَالٌ يُكَفِّرُ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ لَا عِتْقٍ].

كان الحلف في ملك زيد ثم حصل الحنث في ملك عمرو بلا إذن فما الحكم؟ هذا يحتاج إلى تأمل، وحيث كان للسيد المنع فهل على العبد الامتناع منه؟ وإن كان السيد غائبًا كما لو كان حاضرًا؟ الظاهر لا، حيث لا ضرر على السيد في صومه في غيبته من فوات منفعة، واستخدام، واستمتاع، ولو كان السيد قد أجرَّ عنه لخدمة إنسان ورضي المستأجر بصومه عن الكفارة هل للسيد منعه أم لا؟ إذا كان الضرر إنما هو بالنسبة إلى نقص العمل والخدمة، الأقرب: لا؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وحيث احتاج إلى الإذن فصام بلا إذن أجزأه كصلاته الجمعة بلا إذن.

أطلقوا الكلام في المسألة ولم يفرقوا بين كون الحِنث واجبًا أو مندوبًا أو مكروهًا أو مباحًا أو حرامًا، فلينظر هل الحكم لذلك أم لا؟ ويتجه أنه إذا كان واجبًا له الصوم بلا إذن، ولا بد من النظر إلى أن التكفير هل يجب على الفور أم لا؟ وقد قال المُتَوَلِّي: إن كان الحِنث معصية نعم وإلا فلا، وعن القَفَّال أنه إن وجب بغير عدوان فعلى التراخي، أو بعدوان فوجهان.

قال: **(وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وَلَهُ مَالٌ يُكَفِّرُ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ)** أي: لا بصوم على الأصح المنصوص؛ لقدرته على المال كالحر، ولهذا لو وجد من الماء لا يُباح له التيمم، ووجه مقابله نقصه بالرق.

قال: **(لَا عِتْقٍ)** لأنه ناقص الحرية، فلم يصح عتقه عنها؛ لأنه ليس أهلًا للولاء كالقن، وقيل: قولان كالمكاتب إذا أعتق عن كفارته بإذن السيد، وصححا في كتاب الكتابة المنع بالإذن.

فائدة: عن كتاب «اختلاف الفقهاء» للإمام محمد بن نصر المَرْوَزِيّ من اعتناء إذا حلف بثلاثين حجة، أو حج، أوجبه على نفسه أو بغير ذلك سوى الطلاق والعتاق، ففي قول أصحابنا كلهم: عليه كفارة يمين، وليس عليه أكثر من ذلك، فإن حلف بطلاق فقد أجمعت الأمة على أن الطلاق لا كفارة فيه، وإن حنث في يمينه فالطلاق لازم له، انتهى.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: حَلَفَ لَا يَسْكُنُهَا أَوْ لَا يُقِيمُ فِيهَا فَلْيَخْرُجْ فِي الْحَالِ، فَإِنْ مَكَثَ بِلَا عُذْرٍ حَنِثَ، وَإِنْ بَعَثَ مَتَاعَهُ، ....

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ: حَلَفَ لَا يَسْكُنُهَا أَوْ لَا يُقِيمُ فِيهَا**) أي: وهو فيها عند الحلف.

(**فَلْيَخْرُجْ فِي الحَالِ فَإِنْ مَكَثَ بِلَا عُذْرٍ حَنِثَ، وَإِنْ بَعَثَ مَتَاعَهُ**) لأن اسم السكنى والإقامة يقع على الاستدامة، فيقول: مكثت شهرًا، أو أقمت يومًا، وسواء أطال مكثه بعد حلفه أم لا، وسواء أخرج أهله وأثاثه وبقي وحده أم لا؛ لأنه حلف على سكنى نفسه لا أهله وماله.

تنبيهان:

أحدهما: أطلق الشيخان وغيرهما الخروج، وقضيته الاكتفاء بمطلق الخروج، سواء قصد به الانتقال من المكان أم لا، واغتر به ابن الرِّفْعَة فقال بعد كلامه على قول «التَّنْبِيه»: وإن خرج منها بنيّة التحول لم يحنث.

واعلم أن تقيده الخروج بنية التحول، وكذلك كلام ابن الصباغ يشعر بأنه إذا خرج لا بنية التحول، وترك أهله [وقماشه يحنث ومما يؤيده أن جعلها ابن الصباغ ردًّا على من ألزمنا أنه لا يقال سكن إلا أن يكون أهله وماله، ولا يقال له ذلك دونهم فإنه إنما يقال له ذلك؛ لأن الظاهر من حاله أنه إذا ترك أهله] وماله في بلد آخر لا بقصد السكنى، والأمر في مسألتنا محمول على قصد التحول، لكن لم أجد التصريح بذلك، والذي ذكره غيرهما مجرد الخروج من غير تقييد بما ذكراه، انتهى.

والتقييد ظاهر نص «الأمّ» و«المختصر» حيث قال فيهما: إذا كان في دار فحلف لا يسكنها أحد في الخروج مكانه، فإن تخلف ساعة يمكنه الخروج منها حنث، ويخرج ببدنه متحولًا، انتهى.

وممن قيَّد الخروج بنية التحول: نصر المقدسي في «الكَافِي» وأبو نصر البَنْدَنِيجِي في «المعتمد» وابن الصباغ والجرجاني في «التحرير» وصاحب «التتمة» والمستظهري، وصاحب «الانتصار» وقيَّد به ابن الصلاح إطلاق

……

«الوسيط» فقال: هذا بشرط أن يخرج على قصد الانتقال؛ ليقع الفرق بينه وبين الساكن الذي من شأنه أن يخرج ويعود، انتهى.

وإلى ذلك يشير قول المَاوَرْدِي: مذهب الشَّافِعِي أنه يبرأ إذا انتقل منها ببدنه، فقوله: إذا انتقل يشعر بذلك؛ إذ لا يقال انتقل إلا لمن خرج بنية التحول، وعبارة الدَّارمِي: إن حلف لينتقلن من موضع، وانتقل بنفسه برّ.

واعلم أني كنت أقول: إطلاق من أطلق محمول على تقيد من قيَّد، ولا ينقدح خلاف في المسألة، ويرشد إلى ذلك أن صاحب «الكَافِي» أطلق الكلام أول المسألة، ثم لمَّا تكلم مع الخصم قال: ونحن نقول متى خرج بنية الانتقال لا يبقى ساكنًا فيها، ويمينه انعقدت على نفسه لا على أهله وماله، انتهى.

ثم رأيت المصنف ـ رحمه الله ـ قال فيما علقه على مواضع من «المهذب»: وهو مجلد عندي بخطه، ثم إن المصنف شرط في عدم الحنث أن يخرج بنيّة التحول، وقد وافقه عليه بعض الأصحاب، منهم الشيخ نصر في كتابه وصاحب «الْكَافِي» والمستظهري، والجرجاني في «التحرير» ولم يشترطه بعضهم، والذي قاله المصنف أظهر؛ لأن من كان ساكنًا في دار فخرج منها إلى السوق مثلًا فأهل العرف يعدونه ساكنًا بها، نظرًا إلى أن عادة الساكن أن يخرج ويدخل، وليس من شرطه الملازمة، فإذا خرج من غير نية التحول فهو يسمى ساكنًا فيحنث، وأمَّا إذا خرج بنية التحول فليس هو بساكن حقيقة، وهو الاستقرار في المكان، ولا ساكن في المعنى؛ لأنه ليس في عزمه العود، فإن قيل: فأهل العرف يعدُّونه ساكنًا، قلنا: إنما يعدُّونه بناء على الغالب من عادته أنه يخرج ويعود، وقد زالت العادة، فإذا علم أهل العرف أنه نوى ألَّا يعود لا يعدُّونه في هذه الحالة ساكنًا، ومن عدَّه ساكنًا بناء على الظاهر من عادته فلجهله بنيته، فحصل من هذا فيما إذا خرج بنيّة التحول لا يعد ساكنًا لا حقيقةً ولا عرفًا، بخلاف خروجه بلا نيّة، والله أعلم. هذا لفظه من خطه رحمه الله.

واعلم أن موضع التردد أن يثبت هو ما إذا خرج لا بقصد التحول ولا بقصد العود، أمَّا لو خرج ليشتري حاجة أو يصلي ونحو ذلك ويعود فلا

....

أحسب أحدًا يقول أنه لا يحنث؛ لأنه ساكن حكمًا وعرفًا، هذا في المستوطن، أمَّا لو دخل دارًا لينظر إليها هل يسكنها؟ فحلف لا يسكنها وخرج في الحال [لم يستقر إلى نية التحول قطعًا وكذلك الغريب إذا دخل بلدًا أو لم يستوطنه فحلف لا يسكنه وخرج في الحال] منه وفي تحنيثه بالمكث اليسير أو دون مقام المسافر نظر؛ إذ الظاهر أن قوله: لا أسكنه، لا أتخذه وطنًا.

التَّنْبِيه الثاني: احترز المصنف بقوله: بلا عذر عمَّا لو مكث بعذر، كما سيأتي بيانه بما فيه، فإن مكث بلا عذر حنث، وإن قلَّ مكثه حتى لو وقف ليشرب حنث، كما صرَّح به في تعليقه على «المهذب» عن الأصحاب.

وعبارة «الروضة»: فمكث ساعة بلا عذر حنث، وفيها إيهام، ولا شك أنه لم يرد الساعة الزمانية من ساعات اليوم الاثني عشر، بل مراده المكث اليسير كعبارة الفقهاء.

قال في «الروضة»: ولو مكث لعذر بأن أغلق عليه الباب، أو منع من الخروج إذ خاف على نفسه أو ماله لو خرج أو كان مريضًا أو زمنًا لا يقدر على الخروج ولم يجد من يخرجه لم يحنث، وإن مرض وعجز بعد الحلف ففي الحنث الخلاف في حنث المكره، وقد يخرج سائر الصور على ذلك الخلاف، فإن وجد المريض من يخرجه فينبغي أن يأمره بإخراجه، فإن لم يفعل حنث، انتهى.

وقال فيما كتبه على «المهذب» ولو منعه من الخروج مانع تعذر بسببه؛ كمرض أو زمن لا يجد من يحمله، وكمن حبسه فيها ظالم أو كان يخاف من ظالم في خروجه، أو كان في الليل، أي: يخاف العسس، فالمذهب أنه لا يحنث في كل ذلك.

وحكى جماعات من الأصحاب في ذلك قولين كالمكره والناسي، وعزا صاحب المستظهري هذا الطريق لابن أبي هريرة، وليس بشيء، هذا لفظه من خطه.

وَإِنِ اشْتَغَلَ بِأَسْبَابِ الْخُرُوجِ: كَجَمْعِ مَتَاعٍ وَإِخْرَاجِ أَهْلٍ وَلُبْسِ ثَوْبٍ لَمْ يَحْنَثْ.

وفي بعض ما أطلقه نظر، وعدَّ الماوردي من الأعذار ضيق وقت الفريضة، بحيث لو خرج قبل أن يصليها فاتته، وستأتي تتمات للمسألة.

قال: (**وَإِنِ اشْتَغَلَ بِأَسْبَابِ الْخُرُوجِ**) أي: متصلًا بحلفه.

(**كَجَمْعِ مَتَاعٍ وَإِخْرَاجِ أَهْلٍ وَلُبْسِ ثَوْبٍ لَمْ يَحْنَثْ**) أي: على الأصح في «الروضة» و«الشرح الصغير»؛ لأنه لا يُعد ساكنًا.

والثاني: يحنث؛ لأنه أقام مع التمكن من الخروج.

قال الرافعي: وينسب إلى العراقيين، قال: وأرجحهما عند الأكثرين من المفسرين، وربما لم يذكروا سواه المنع، ويؤيده ما ذكروا أنه لو خرج في الحال ثم عاد لنقل المتاع أو زيارة أو عيادة أو عمارة لا يحنث، وكلامه ظاهر في ترجيحه كـ«الروضة» وقوله: إن التحنث ينسب إلى العراقيين يفهم أنه لم يثبت عنده عنهم، وكلام غيره يقتضي ترجيحه، بل جزم به كثيرون.

وقال ابن الصلاح: قالت المراوزة: لا يحنث، وقال العراقيون: يحنث، وجعل صاحبا «الشامل» و«الحاوي» القول بالحنث مذهبنا من غير خلاف، انتهى.

وقال في «البيان»: فيه وجهان: قال القفال: لا يحنث، وقال البغداديون من أصحابنا وهو المشهور: إنه يحنث؛ لأنه أقام بعد تمكنه من الخروج، كما لو أقام لا لنقل قماشه، انتهى.

وما أيد به الرافعي عدم الحنث، أشار الماوردي إلى الجواب عنه بأنه إذا خرج عقب اليمين فقد زال السكن، فإن عاد لنقل متاعه لم يعد ساكنًا سكنًا جديدًا والسكن الأول زال، وأمَّا إذا استمر بعد اليمين لنقل قماشه فإنه كان ساكنًا، ولم يزل ذلك، فلهذا حنث.

قال الشيخ برهان ما حاصله: إن تجويز الغرض باشتغاله بأسباب الخروج يعد ساكنًا عازمًا على الانتقال، أمَّا [إنه يعد غير ساكن فلا يسلم، بل هو مستمر على سكنه، لكنه صار عازمًا على الانتقال، أمَّا] إذا خرج ثم عاد لنقل

....

القماش فإنه لا يعد ساكنًا أصلًا.

وصرَّح الشيخ أبو حامد في «التعليق» بالفرق أيضًا، فقال: والفرق أنه إذا خرج عقب اليمين فقد قطع فعله، فإذا عاد إليها بعد ذلك فقد عاد بعد قطع الفعل، وإذا اشتغل بحمل المتاع فقد استدام الفعل، وقد بيَّنا أن استدامة الفعل بمنزلة ابتدائه، انتهى.

تنبيهات: منها: قال في «الروضة» متصلًا بنقله عن الأصحاب إنه لو فارقها في الحال ثم عاد لنقل متاع إلى آخره، ولو احتاج إلى أن يبيت فيها ليلة لحفظ متاع ففيه احتمالان لابْن كَجٍّ، والأصح عنده أنه لا يحنث، انتهى.

وهذا مختص بمن خرج وعاد للنقل وغيره، وأمَّا من لم يخرج فالظاهر أنه يحنث عند العراقيين دون القفالين.

ومنها: جعلا حكم الاشتغال بلبس ثوب للخروج حكم من اشتغل بنقل رحله، والماوردي جزم بحنثه بمكثه، سواء شرع في إخراج رحله أم لا، ثم قال من بعد: إن كان قادرًا على الخروج فتوقف للبس ثيابه التي جرت عادته في الخروج بها لم يحنث، وقد يفرق بأن نقل المتاع يمكن النيابة فيه، أو العود له بخلاف لبس ثيابه.

ومنها: قال الماوردي: لو وقف لغلق أبوابه وإحراز ما يخاف على تلفه من أمواله، فإن كان يقدر على استنابة أمين فيه حنث، وإلا لم يحنث على الصحيح من المذهب؛ لأن أخذه في ذلك شروع في الخروج، ويحتمل [وجهًا آخر أنه يحنث؛ لأنه مانع لا يختص ببدنه، انتهى.

ويظهر من تفصيله وتعليله] أن مراده بقوله في أول المسألة أنه يحنث، شرع في نقل رحله أم لا ما إذا أمكنه استنابة فيه فلم يفعل ولم يخف تلف ماله فترك نقله، فإن لم يمكنه الاستنابة فيه وخاف تلف ماله بترك نقله قبل خروجه فلا حنث على الصحيح، كما ذكره هنا، وهذا ما فهمه المصنف حيث قال فيما علَّقه على «المهذب» وإن وقف فيها لإغلاق الباب وإحراز ماله ولم يقدر على

……………………………………………………………………

من يستنيبه لم يحنث على الصحيح من المذهب.

قال: وقد قيل يحتمل وجهًا: إنه يحنث، انتهى.

وسبق ما ذكره عن ابْن كَجٍّ، فإن كان ذلك مع إمكان الاستنابة وعدمها فهو مخالف لهذا، وإن كان في حال عدم إمكان الاستنابة فهي مسألة «الحاوي» و«المهذب» وغيرهما.

ومنها: لا يعذر بمكثه لأكل وشرب، ولو كان لخروجه بابان خُيِّر في الخروج من أيهما شاء، ولا يحنث بالخروج من أبعدهما، فلو صعد إلى علوها ليخرج من سطحها وله باب يخرج منه حنث؛ لأنه بالصعود في حكم المقيم، ولو لم يقدر على الخروج من بابه لم يحنث بالصعود للخروج، قاله الماوردي.

قلت: فلو لم يمكنه الخروج من الباب لإغلاقه أو غيره وأمكنه من السطح أو بسور الجدار، فلم يفعل هل يحنث لتمكنه من الخروج في الجملة أم لا؟ لم أر فيه نصًا وهو محتمل، وإطلاقهم أن إغلاق الباب عذر قد يفهم بأنه لا يحنث، ويجوز أن يراد بذلك حنث لا مخرج له سواه، أمَّا إذا أمكنه الخروج من غيره بلا ضرر ولا حظر فالأشبه أنه يحنث بتركه.

ومنها: قال في «الروضة»: لو خرج في الحال ثم دخل أو كان خارجًا حين حلف ثم دخل لا يحنث بالدخول ما لم يمكث، فإن مكث حنث إلا أن يشتغل بحمل متاع كما في الابتداء، انتهى.

وقال الماوردي: إذا عاد لنقل عياله أو ماله لم يحنث، سواء قدر على الاستنابة في ذلك أو لم يقدر؛ لأنه لا يكون بالعود لنقل رحل أو أهل ساكنًا، فإن لبث بعد العود لغير نقل رحل أو أهل حنث، قَلَّ زمان لبثه أو كثر، ويراعي في لبثه لنقل الرحل والأهل ما جرى به العرف من غير إرهاق ولا استعجال، انتهى.

ولا يحنث بالعود لعيادة مريض كما حكى عن الأصحاب، وفي حكم عوده لزيارة أو لعمارة ونحوها، وهذا ظاهر إذا خرج بنية الانتقال، ثم عاد لهذه الأمور، أمَّا إذا خرج بلا نيّة الانتقال، وقلنا يبر بذلك، فيظهر أن العود

وَلَوْ حَلَفَ لَا يُسَاكِنُهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا فِي الْحَالِ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا لَوْ بُنِيَ بَيْنَهُمَا جِدَارٌ وَلِكُلٍّ جَانِبٍ مَدْخَلٌ فِي الْأَصَحِّ.

بهذه النيات صار قاله عن السكنى التي قطعها الخروج فلا يحنث بالمكث لها، وفيه [بعض] احتمال وتوقف.

ومنها: إذا أطلق اليمين ولم يقيّدها بمدة، ثم قال: أردت لأسكنها شهرًا مثلًا، قال الماوردي والجرجاني: إن كانت يمينه بالله تعالى حمل على ما نواه ظاهرًا وباطنًا؛ لأنها مختصة بحق الله تعالى الذي يحمل فيه على نعته، وإن كانت بطلاق أو عتاق حمل على التأبيد في ظاهر الحكم لوجود خصم فيه وديّن باطنًا فيما نواه، وجزم المتولي بأنه لا تُقبل منه ظاهرًا في الحلف بالله تعالى، قال: وكان إطلاق اللفظ محمولًا على التأبيد، وكذا قال المَحامِلِيّ في «المقنع».

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يُسَاكِنُهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ فَخَرَجَ أَحَدُهُمَا فِي الحَالِ لَمْ يَحْنَثْ**) أي: لعدم المساكنة، ويجيء ما سبق من الفرق بين الخروج بنيّة التحول وعدمها، ويبعد كل البعد أنه لو خرج المحلوف على عدم مساكنته لصلاة أو حمام أو حانوت ونحوها، ومكث الحالف في الدار أنه لا يحنث لبعده عن العرف، والمقصود به يتحقق الفرق بين الخروج بنية التحول وعدمها، ولا فرق بين قوله: لا ساكنته، أو لا سكنت معه، أو لا سكن معي في بره بخروج أحدهما.

وحكى الماوردي وجهًا أنه إن قال: لا سكنت معه إن البر يتعلق بخروج الحالف لا غير، ولو قال: لا سكن معي، تعلق البر بخروج المحلوف عليه، قال: وله وجه، والصحيح الأول.

قال: (**وَكَذَا لَوْ بُنِيَ بَيْنَهُمَا جِدَارٌ وَلِكُلٍّ جَانِبٍ مَدْخَلٌ فِي الأَصَحِّ**) أي: لاشتغاله برفع المساكنة.

والثاني: يحنث لحصول المساكنة إلى تمام البناء من غير ضرورة، وهذا ما صححه الجمهور كما قالاه في «الروضة» و«الشرحين» وبه جزم المتولي وغيره.

....

وقال المصنف فيما علقه على «المهذب»: إنه المذهب، وفيه وجه صححه البغوي.

قلت: وتبعه في «المحرر» كعاداته، وتبعته أنت في «منهاجك».

وقال في «الكافي»: حنث في طريقة العراقيين وجهًا واحدًا، وفي طريقتنا وجهان: أصحها: لا يحنث، انتهى، والله أعلم.

نعم، لو خرج أحدهما في الحال وفيه ما سبق من اعتبار نية التحول وعدمها، ثم بنا الجدار، ثم عاد لم يحنث.

قال المتولي: ولو أرخيا بينهما سترًا أو أقام كل واحد في جانب حنث إلا أن يكونا من أهل الخيام، فإن أحدثا حاجزًا بينهما فقد اختلف المسكن، انتهى.

وفيه نظر إلا أن يقضي العرف بأنهما بيتان مسكنان، ولا يكفي مجرد إرخاء الستر فيما أراه قطعًا.

تنبيه: صورة المسألة: أن يقيد لفظه، كقوله: في هذا البيت، أو هذه الدار، فلو لم يقيده نظر إن نوى مكانًا معينًا من بيت أو دار أو محلة أو بلد.

قال في أصل «الروضة»: فالمذهب، أي: المنصوص الذي قطع به الجمهور إن يمينه محمولة على نيته، وإن لم ينو موضعًا، وأطلق المساكنة حنث بالمساكنة في أي موضع كان.

وحكي قول: إنه إذا أطلق وكل منهما في دار منفردة حملت على الاجتماع الحاصل، فإذا كانا في درب فلا بد من مفارقة أحدهما المحلة، والمشهور الأول، فعليه لو كانا عند الحلف في بيتين من خان فلا مساكنه، ولا حاجة إلى نقله ومفارقة، وعلى القول الشاذ: يشترط مفارقته.

قال ابن الرفعة: ولا خلاف أنه لا يجري هذا القول في البلد، صرَّح به الإمام، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: ولو حلف لا يساكن فلانًا ونوى تقلبه في البلد لم يصح، كما لو نوى ألَّا يساكنه في خراسان؛ لأن هذه ليست بمساكنه، وقيل: إنه على ما نوى، انتهى.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا وَهُوَ فِيهَا أَوْ لَا يَخْرُجُ وَهُوَ خَارِجٌ فَلَا حِنْثَ بِهَذَا، ....

فروع: لو حلف لا يساكن زيد أو عمر أبرّ بخروج أحدهما، ولو قال: لا يساكن زيدًا ولا عمرًا لم يبر بذلك، ولو قال: لا أساكنه شهر رمضان تعلق الحنث بمساكنه جميع الشهر، نقلاه في الطلاق عن أبي بكر الشاشي، وكأنه فيما إذا أطلق، أمَّا لو نوى من حنث بجزء منه، وينبغي أن يستفسر ويعمل بقوله، فإن تعذر استفساره حمل على جميعه، ولو قال: لا أو أنت عند فلان أو في بيت فلان أو في داري فمكث زمانًا حنث، فإن الإيواء هو السكون في المكان، ذكره البندنيجي، ثم قال: وأما البيتوتة فليس لأصحابنا فيها نص، والذي يجري على المذهب أنها عبارة عن السكون في المكان أكثر من نصف الليل، ذكره ابن الرفعة.

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا**) يعني: الدار.

(**وَهُوَ فِيهَا أَوْ لَا يَخْرُجُ وَهُوَ خَارِجٌ فَلَا حِنْثَ بِهَذَا**) أي: في الصورتين، أمَّا في الأولى فإنه لا يسمى دخولًا؛ لأنه الولوج من خارج، ولم يوجد، والاستدامة لا تسمى دخولًا، هذا هو الأصح المنصوص في حرملة، وفي قول أو وجه: إنه يحنث؛ لأن استدامة الدخول في حكم الابتداء كما في اللبس والركوب والسكنى، والمذهب الأول، نعم لو نوى الِاجْتِنَابَ فأقام حنث، وقيل: لا؛ لأن اللفظ إذا لم يصادف المقصود تجردت النية، والنية المجردة لا تلزم شيئًا، وأمَّا في الثانية: فلا يحنث بترك الدخول؛ لأنه لا يوجد خروج، فإن دخل ثم خرج حنث؛ لوجود المحلوف عليه، نعم؛ لو أراد الحالف الخارج بقوله: لا أخرج، لا أنقل متاعي وأهلي حنث بإبقائهما بها؛ لأنه يعبر بالخروج عن الانتقال بالأهل والمال أو نقلهما، كذا ظننته وما نقلته، وقال ابن الرفعة: غيره يجري الخلاف في أن الاستدامة كالابتداء فيما لو حلف لا يخرج منها، وهو خارج عنها، انتهى.

وكنت أود لو قيل: إن لم يكن للحالف بها مال ولا أهل لم يحنث، وإن كان أو أحدهما حنث؛ لأن الظاهر أنه أراد بالخروج تفريغها من ذلك لا الانتقال ببدنه منها، وهو حين حلف خارجها أو أن الإطلاق ينزل على ذلك.

أَوْ لَا يَتَزَوَّجُ أَوْ لَا يَتَطَهَّرُ أَوْ لَا يَلْبَسُ أَوْ لَا يَرْكَبُ أَوْ لَا يَقُومُ أَوْ لَا يَقْعُدُ فَاسْتَدَامَ هَذِهِ الْأَحْوَالَ حَنِثَ.

قُلْت: تَحْنِيثُهُ بِاسْتِدَامَةِ التَّزَوُّجِ، وَالتَّطَهُّرِ غَلَطٌ لِذُهُولٍ، وَاسْتِدَامَةُ طِيبٍ لَيْسَتْ تَطَيُّبًا فِي الْأَصَحِّ، وَكَذَا وَطْءٌ وَصَوْمٌ وَصَلَاةٌ، والله أَعْلَمُ.

قال: (**أَوْ لَا يَتَزَوَّجُ أَوْ لَا يَتَطَهَّرُ أَوْ لَا يَلْبَسُ أَوْ لَا يَرْكَبُ أَوْ لَا يَقُومُ أَوْ لَا يَقْعُدُ فَاسْتَدَامَ هَذِهِ الْأَحْوَالَ حَنِثَ تَحْنِيثُهُ بِاسْتِدَامَةِ التَّزَوُّجِ، وَالتَّطَهُّرِ غَلَطٌ لِذُهُولٍ**) إنما قال ذلك؛ لأن المذكور في «الشرح» وغيره أن الاستدامة فيهما ليست كالابتداء؛ إذ لا يقال: تزوجت شهرًا وتطهرت شهرًا، بل منذ شهر، بخلاف غيرهما يقول: لبست الثوب شهرًا وركبت الدابة شهرًا، وكذلك الباقي.

واعلم أن نسخ «المحرر» مختلفة، فبعضها كما ذكره الشيخ، وبعضها على الصواب، ولفظها: ولو حلف لا يتزوج أو لا يتطهر فاستدام الطهارة أو النكاح لم يحنث، وبعضها: ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يتطهر وهو متطهر، أو لا يتطيب وهو متطيب، لم يحنث بالاستدامة، ولو حلف لا يلبس إلى آخر ما تقدم، وبهذا يعلم أن التحريف من ناقل لا من الرافعي.

قال: (**وَاسْتِدَامَةُ طِيبٍ لَيْسَتْ تَطَيُّبًا فِي الْأَصَحِّ**) لأنه لم يحدث فعلًا، ولهذا لو تطيب ثم أحرم واستدام لا يلزمه الفدية.

والثاني: نعم؛ لأنه منسوب إلى التطيب، والثالث: إن استدام أثره حنث، أو رائحته فلا، اعتبارًا لانتفاء العين وزوالها، حكاه الماوردي.

قال: (**وَكَذَا وَطْءٌ وَصَوْمٌ وَصَلَاةٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: فلا يحنث باستدامتها على الأصح أيضًا، ويتصور في الصلاة أن يحلف ناسيًا أن يحلف غيره، والله أعلم.

تنبيهات: ذكر الأئمة مسائل ليست الاستدامة فيها كالابتداء، ومسائل بالعكس، ومسائل اختلفوا فيها.

فمن القسم الأول: ما لو حلف لا يتزوج أو لا يتطهر أو لا يتوضأ، باستدامتها لم يحنث، هذا ما أورده الرافعي.

……

وفي «الحاوي»: ما يحنث بابتدائه دون استدامته خمسة أشياء: النكاح، والإحرام، والرهن، والشراء، والوقف؛ لأنها عقود، فلم يحنث باستدامتها لتقدم العقد فيها.

القسم الثاني: ما قطعوا فيه بأن الاستدامة كالابتداء فمنه: اللبس، والركوب، والقيام، والقعود، والسكنى، واستقبال القبلة، وجعل ابن الصلاح استدامة الشركة كالابتداء، وتعليل الماوردي ينازعه في إطلاقه.

القسم الثالث: المختلف فيه، فمنه: الطيب، والدخول على المرجح فيهما، وفي نسخ «المحرر» الجزم في صورة الطيب بعدم الحنث.

قال ابن الرفعة: كما سبق، ويجري الخلاف فيما لو حلف لا يخرج منها وهو خارج عنها، ومنه: الوطء، والصوم، والصلاة كما سبق، ومنه: السفر، قالا: لو حلف لا يسافر وهو في السفر فوقف، أو أخذ في العود في الحال لم يحنث، وإن عاد على وجهه حنث، وكان التصوير فيما لو حلف على الامتناع من ذلك السفر، وإلا فهو في العود مسافر أيضًا.

وقال صاحب «الذخائر» بعد نقله عن «المهذب»: لم يحنث بالرجوع؛ لأنه تارك للسفر، وفيه نظر؛ لأن ترك السفر إنما يكون بضده، وهو الإقامة، وهو في عوده مسافر، فكيف يكون تاركا للسفر؟ نعم هو تارك لقصده الأول، فأمَّا السفر فلا، بدليل قصر الصلاة في عوده، ثم قال: وهذا كله إذا أطلق، فإن قيَّد لفظًا أو نيّة ببلد أو ربط قصده به لا يحنث بالعود؛ لأن عوده ترك للسفر إلى تلك البقعة المعينة، انتهى.

وفي «الحاوي»: لو حلف لا يسافر حنث بأن يستأنف السفر، طويلًا كان أو قصيرًا أو إن كان مسافرًا فأخذ في العود فلا حنث؛ لأنه أخذ في ترك السفر، وإن بقي على وجهه في السفر حنث، وإن أقام بمكانه في سفره ففي حنثه وجهان، فأذن في صورة السفر ثلاث مسائل كل مسألة من قسم.

و[قد] يقال: أراد الرافعي بقوله: فوقف، أي: ناويًا للإقامة، وأراد

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا حَنِثَ بِدُخُولِ دِهْلِيزٍ دَاخِلَ الْبَابِ، أَوْ بَيْنَ بَابَيْنِ

الماوردي إنه أقام بمكانه غيرنا وللإقامة، ومن هذا القسم الغصب، ذكره البغوي، وجزم به في «الروضة» وحذف النسبة، وجزم الماوردي بحنثه باستدامته، وهو أظهر، وكيف يجزم بأنه لا يحنث مع جريان خلاف في استدامة البقاء في الدار؟ وكيف يقال: إنه دخل بالاستدامة، ولا يقال: إنه غصب بالاستدامة مع أنه في كل لحظة غاصب؟ وفي «التتمة» ما يعضد ذلك.

ورأيت في «تعليق» البغوي هنا، فإن قيل: لو لبس الخف لا على كمال الطهارة، ثم غسل الرجل فيه لا يجوز المسح، ولم يجعل الاستدامة كالابتداء، قلنا: أخذنا في الموضعين بالاحتياط، انتهى.

فائدة: ذكرنا من مسائل القسم الثاني استقبال القبلة، وهو المنقول في «الشرح» و«الروضة» و«التهذيب» و«الكفاية» وجزم شارح «للمنهاج» بأنه لا يحنث، والظاهر أنه سبق قلم منه، لكن رأيت في «تعليق» البغوي: إنه لو حلف: لأستقبل القبلة، فاستدام ذلك لا يحنث، انتهى.

والظاهر الأول؛ لأنه يقال: استقبل القبلة يومًا مثلًا، فإن ثبت خلاف كانت من صور القسم الثالث.

قال: (**وَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارًا حَنِثَ بِدُخُولِ دِهْلِيزٍ دَاخِلَ الْبَابِ أَوْ بَيْنَ بَابَيْنِ**) لأنه من الدار، ومن جاوز الباب عُدَّ داخلًا، وحكي نص: أنه لا يحنث، وتأوله الجمهور على ما قدام الباب، ومال الإمام إلى إثباته؛ لأنه يقال: دخل الدهليز ولم يدخل الدار.

قلت: ويخطر بالبال إنه إذا كان الدهليز بين بابين وهو طويل جدًا كدهاليز دور الملوك ونحوهم يجعلونه نحو علوه منهم أنه لا يحنث بدخوله، ولا سيما إذا كان خارجًا عن تربيع الدار؛ لأنه بمنزلة الزقاق والعلمان، وغيرهم فيه شرع، بخلاف دور الآحاد، فإنها ليست كذلك، وقول المتولي: إن الدرب المختص بالدار أمامها إن كان داخلًا في حدّها، ولم يكن في أوله باب

لَا بِدُخُولِ طَاقٍ قُدَّامَ الْبَابِ، وَلَا بِصُعُودِ سَطْحٍ غَيْرِ مُحَوَّطٍ وَكَذَا مُحَوَّطٌ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَدْخَلَ يَدَهُ أَوْ رَأْسَهُ أَوْ رِجْلَهُ لَمْ يَحْنَثْ فَإِنْ وَضَعَ رِجْلَيْهِ فِيهَا مُعْتَمِدًا عَلَيْهِمَا حَنِثَ،

كالطاق، وإن كان عليه باب فهو من الدار مسقفًا كان أو غيره، فيه نظر للمتأمل.

قال: (**لَا بِدُخُولِ طَاقٍ قُدَّامَ الْبَابِ**) لأنه لا يعد ممن دخل الدار، ثم إن كان خارجًا عن تربيعها فلا حنث به قطعًا، وكذا إن من تربيعها على المذهب، وقيل: على الصحيح، والمراد بالطاق هنا: ما يعقد بين يدي أبواب دور الكبراء حشمة، والناس فيه فوضى غالبًا.

قال: (**وَلَا بِصُعُودِ سَطْحٍ غَيْرِ مُحَوَّطٍ**) أي: ولا سترة عليه؛ لأنه يعد داخلًا وقيل: يحنث وزيِّف.

قال: (**وَكَذَا مُحَوَّطٌ فِي الْأَصَحِّ**) كما لو حصل على بعض جدرانها؛ لأن السطح حاجز يقي الدار الحر والبرد [كالجدار قال] فيما علقه على «المهذب» وفي ترجيحه نظر، وهو كما قال.

والثاني: يحنث إن حوط من الجوانب الأربعة، وقضية كلام القاضي الحسين في «الفتاوى» أنه الأصح.

والثالث: إن كانت السترة عالية يحنث بحجز مثلها لو كان في العرصة حنث، وإلا فلا، والمحوطة المحجزة، وفي «العمد»: وإن كان محوطًا ببناء مرتفع فوجهان، ويحتمل أن يقال: إن كان التحويط متصلًا ببناء جدار الدار من الأصل فهو منها، وذلك بأن يبني جدرانها عالية، ثم يسقف في أثناء الجدار، وإن كان التحويط أحدث بعد ذلك فهو موضع التردد، وجزم الماوردي بأن المحصن بالقصب أو الخشب الضعيف ليس كالمحجز.

قال: (**وَلَوْ أَدْخَلَ يَدَهُ أَوْ رَأْسَهُ أَوْ رِجْلَهُ لَمْ يَحْنَثْ**) لأنه لا يعد داخلًا، وسواء اعتمد عليها مع الأخرى أم الخارجة فقط، أمَّا لو اعتمد على الداخلة فقط ففيه وقفة يسيرة؛ لأنه لم يدخل بجميع بدنه.

قال: (**فَإِنْ وَضَعَ رِجْلَيْهِ فِيهَا مُعْتَمِدًا عَلَيْهِمَا حَنِثَ**) لأنه يسمى داخلًا وهو

....

واضح إذا لم يبق إلا بعض بدنه خارجًا من الباب، أمَّا لو بقي ففيه وقفة.

وقد قال [الماوردي](١) في الصورة قبلها لم يحنث بما لم يدخل بجميع بدنه.

وقوله: (**مُعْتَمِدًا عَلَيْهِمَا**) إنما يحتاج إليه إن كان بعض بدنه خارجًا من الباب، أمَّا لو لم يكن كما لو تعلق بحبل أو جذع داخل الباب حنث، وإن لم يعتمد على رجليه ولا إحداهما، ولو حلف لا يخرج لم يحنث بإخراج اليد والرجل لا بإخراج رجليه وهو قاعد في الدار.

فروع وتتمات:

منها: قال الروياني في «التجربة»: لو حلف لا يدخل الدار وفيها شجرة عالية فصعد إليها من مكان آخر، فإن كان فوق السطح أو محاذيًا له لم يحنث، وإن نزل عن الشجرة إلى ما دون السطح حنث؛ لأن الدار أحاطت به، وإن كان في الهواء.

ومنها: لا فرق فيما سبق بين قوله: هذه الدار، أو دار كذا، أو دارًا، أو البيت فيما ذكرناه كالدار، والظاهر أن المدرسة والرباط ونحوهما كالدار.

ومنها: إذا لم يحنثه برقي السطح من خارج فَرَقاه، ونزل إلى الدار وخرج منها فقد أطلق الإمام الغزالي ـ ﷺ ـ وغيره وجهين في حنثه، ووجه المنع: يحمل اللفظ على الدخول من الباب، وقضية كلام «التجربة» السابق وغيره الجزم بحنثه، وهو الظاهر، كما قال [الرافعي](٢): والتردد حنث لا نية له، فإن نوى شيئا حمل عليه.

ومنها: في «الروضة»: لو حلف ليخرجن من الدار، فهل يبر بصعود السطح؟ وجهان: **أحدهما**: لا، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأنه لا يعد خارجًا حتى يفارق السطح.

---

(١) في نسخة: (المروزي).

(٢) في نسخة: (الغزالي).

وَلَوِ انْهَدَمَتْ فَدَخَلَ وَقَدْ بَقِيَ أَسَاسُ الْحِيطَانِ حَنِثَ، ....

وأصحهما: نعم، وبه قال القاضي الحسين؛ لأنه يصح أن يقال: ليس هو في الدار، وإذا لم يكن فيها كان خارجًا، ويؤيده أن ابن الصباغ حكى عن الأصحاب أنه إذا حلف لا يخرج من الدار فصعد سطحها حنث، ولا يخفى أن ينظر في الخروج أيضًا إلى كون السطح محوطًا أو غيره، انتهى.

قلت: هذا متعين، وذكره جماعة، لكن في «الترجيح» وقفة، وإن كان قياس ما سبق في الدخول، ويخرج منه أنه لو حلف بالطلاق أنها لا تخرج إلا بإذنه فرَقت السطح أنها تطلق، وإن كان محوطًا على الأصح، وهو خارج عن العرف المطرد، وما حكاه ابن الصباغ هو أحد الوجهين.

قال الإمام: قال القاضي، يعني الحسين: إذا قلنا الحاصل على السطح ليس داخلًا، فالذي رقى من الدار إلى السطح خارج في حكم البر والحنث، وكان شيخي يقطع بأنه ليس بخارج، ويقول: الحاصل على السطح ليس خارجًا ولا داخلًا وهذا متجه، انتهى، وهذا هو المختار.

قال: (**وَلَوِ انْهَدَمَتْ**) أي: الدار المحلوف عليها.

(**فَدَخَلَ وَقَدْ بَقِيَ أَسَاسُ الْحِيطَانِ حَنِثَ**) هذا لفظ «التهذيب» وتبعه في «المحرر» ولم أره لغيره؛ إذ حقيقة الأساس ما مدفون في الأرض تحت الجدار البارز، ويعبر بالأساس عن الأرض المبني عليها.

وعبارة «الروضة» و«الشرح»: إن بقي أصول الحيطان والرسوم حنث، وهي أمثل، ولم يعطيا المسألة حقها، قال الشافعي في «الأم»: وإذا حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت حتى صارت طريقًا ثم دخلها لم يحنث؛ لأنها ليست بدار، انتهى.

وما أحسن قول «البسيط»: ولو انهدمت ولم يبق إلا العرصة لم يحنث، ولو خربت وبقي ما يقال: إنها دار خربة حنث، ولو لم يبق إلا ما يقال: إنها كانت دارًا، وهو رسوم دار لم يحنث، وقال إمامه: ولو خربت السقوف وبقيت الجدران، وانهار من الجدران أقدار، وبقيت بعضها شاخصة، فالذي يحنث

……………………………………………………………………………

اعتماده في ذلك البقعة التي دخلها إن كان يقال فيها إنها دار خربة حنث، وإن قيل: كانت دارًا فلا حنث، وإن قيل: هذه رسوم دار فلا حنث، فالمتبع في النفي والإثبات هذا، انتهى.

وما ذكره قضية كلام الجمهور، وهو إدارة الحكم على بقاء اسم الدار وعدمه، وقال المصنف فيما علقه على «المهذب» نقلًا عن الأصحاب: إذا انهدمت وصارت ساحة لم يحنث، أمَّا إذا بقي منها ما تسمى معه دار إقامة يحنث بدخولها، انتهى.

وقال الماوردي: إذا حلف على دخول دار فحصل انهدام لم يمنع المستهدم من سكنى شيء منها حنث بدخول المستهدم والعامر، وإن منع المستهدم من سكنى الجميع لم يحنث بدخول ما بقي ولا ما انهدم، وإن منع الهدم من سكنى ما استهدم دون ما بقي عامرًا لم يحنث بدخول المستهدم منها، ويحنث بدخول الباقي من عامرها، ولو انهدمت [سقوفها][1] وبقي سورها، فإن كان السور مانعًا؛ لِعُلُوِّهِ حنث، وإن كان غير مانعٍ؛ لقِصَره، فالصحيح أنه لا يحنث بدخوله.

وخرَّج بعض أصحابنا وجهًا آخر ممن حلف لا يدخل الدار وَرَقِيَ عَلَى سَطْحِهَا أَنَّهُ يَحْنَثُ إِذَا كَانَتْ عَلَيْهِ سُتْرَةٌ وَلَيْسَ هَذَا التَّحْرِيمُ صَحِيحًا؛ لِأَنَّ السَّطْحَ مُمْتَنِعٌ بِسُكْنَى أَسْفَلِهِ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ قِصَرُ سُتْرَتِهِ مَانِعًا فَخَالَفَ الْبَاقِيَ مِنْ سُتْرَةِ الدَّارِ، انتهى.

وقال الفوراني في «العمد»: وإن بقي طلل مما يُسمى في العادة دارًا خربة حنث، وبالجملة فظاهر نص «الأم» و«المختصر» وكلام الأصحاب ومنهم الإمام: إنه إذا زال بالانهدام اسم الدار فدخل العرصة لم يحنث، وإن بقي بعض الجدران بارزًا، ثم قال الإمام بعد ذلك في حصول الحنث بدخول العرصة [لم يحنث، وإن بقي بعض الجدار] وجهين كما لو حلف لا يأكل هذه

---

(١) في نسخة: (بيوتها).

وَإِنْ صَارَتْ فَضَاءً أَوْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا أَوْ بُسْتَانًا فَلَا.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ حَنِثَ بِدُخُولِ مَا يَسْكُنُهَا بِمِلْكٍ، لَا بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ وَغَصْبٍ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ، ....

الحنطة فغيَّر اسمها، وجعل الشيخان كلام الإمام هذا فيما إذا صارت فضاء، وجعلا المذهب القطع بعدم الحنث، وهو كذلك بلا شك.

قال: (**وَإِنْ صَارَتْ فَضَاءً أَوْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا أَوْ بُسْتَانًا فَلَا**) أي: لزوال الدار كما بيَّناه.

فروع: قالا: لو حلف لا يدخل هذا، وأشار إلى دار فانهدمت حنث بدخول عرصتها، لو أعيدت الدار المحلوف عليها بآلة أخرى لم يحنث، أو بآلتها الأولى فدخلها حنث في الأصح.

لو حلف لا يستند إلى هذا الجدار فانهدم ثم أُعيد بناؤه فاستند إليه يظهر أن يكون في حنثه الوجهان، لكن القاضي أبو الطيب جزم في كتاب الصلح بالحنث.

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ حَنِثَ بِدُخُولِ مَا يَسْكُنُهَا بِمِلْكٍ لَا بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ وَغَصْبٍ**) أي: وموصي له بمنفعتها أو سُكناها، أو وقعت عليه لذلك أو غيره؛ لأن الإضافة إلى من يملك يقتضي الملك حقيقة بدليل أنه لو قال: هذه الدار لزيد، ثم قال: أردت سكنها، لم يقبل، والظاهر أن الموقوفة عليه يجري فيها خلاف من أقوال الملك، وبالبناء صرَّح المتولي وأقراه.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ**) أي: يحنث في الجميع؛ لأنه مجاز مستعمل فأثرت فيه النية، وفي المغصوبة وجه، ولو حلف لا يدخل مسكنه لم يحنث بما يملكه ولا يسكنه، وقيل: [يحنث، وقيل:] إن سَكنه يومًا حنث وإلا فلا، فإن أراد بيمينه مسكنه المملوك لم يحنث بغيره بحال.

واعلم أن ما قدمه من أنه لا يحنث عند الإطلاق إلا بدخوله المملوكة هو نص «الأم» و«المختصر» وقول الجماهير.

وعن القاضي الحسين: إنه إذا حلف بالفارسية حمل على المسكن.

قال الرافعي: ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين.

وَيَحْنَثُ بِمَا يَمْلِكُهُ وَلَا يَسْكُنُهُ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ.

وقال الجيلي: إن الفتوى في زماننا على الحنث.

وقال الروياني [في «الحلية»]: ولو حلف لا يدخل بيت فلان فدخل عليه بيت يكرى لم يحنث، هكذا قال الشافعي، وقد جرت العادة عندنا أنهم يريدون البيت الذي يسكنه ويأوي إليه، وإن لم يكن مالكًا، ولو قيل للحالف: أي بيت أردت؟ لا يشير إلا الذي يسكنه، فأقول بحنثه إلا أن يقول: نويت عند اليمين ملكه، فيقبل قوله ظاهرًا وباطنًا، انتهى.

وهذا هو المختار للعرف المطرد، وبه قال الأئمة الثلاثة وغيرهم، وقد نقلا في آخر [الباب](١) عن الروياني: إنه لو قال: لا أدخل حانوت فلان فدخل بيتًا يعمل فيه وهو ملك غيره لم يحنث، هكذا نصَّ عليه الشافعي.

قال الروياني: والفتوى إنه [يحنث](٢) لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه، ويعمل فيه، **وَأَفْتَيْت فِيمَنْ قَالَ لآخر: تَعَالَ إِلَى قَرْيَتِي فَحَلَفَ بِالطَّلَاقِ إِنَّهُ لَا يَأْتِيهَا ثُمَّ أَتَى القَرْيَةَ التي يَسْكُنُهَا القَائِلُ، وَهِيَ لِغَيْرِهِ أَنَّهُ يَحْنَثُ وَلَا شَكَّ** فيه.

فَرْعٌ: إذا كان بالبلد خان أو سوق أو حمام مضاف إلى رجل كسوق بحي ببغداد مثلًا فحلف لا يدخل خانه أو سوقه حنث بدخوله ذلك الموضع، وإن كان من يضاف إليه ميتًا؛ إذ المقصود من اسم الرجل تعريف الموضع، قاله [المتولي](٣) وغيره، وهو ظاهر، وقس به نظائره.

قال: (**وَيَحْنَثُ بِمَا يَمْلِكُهُ وَلَا يَسْكُنُهُ**) لأنه دخل دار زيد حقيقة.

(**إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَسْكَنَهُ**) أي: فلا يحنث بذلك اعتبارًا بقصده، وهذا متفق عليه فيما إذا كان الحلف بالله تعالى، فإن كان بطلاق أو عتاق لم يقبل في الحكم، ذكره في «الشامل» وغيره، ثم الغرض إذا كان يملك الجميع، أمَّا لو كان بعضها لغيره فلا، صرَّح به الأصحاب، وهو قياس ما نصَّ عليه في «الأم»

---

(١) في نسخة: (الدعاوي).

(٢) في نسخة: (لا يحنث).

(٣) في نسخة: (الماوردي).

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ أَوْ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ فَبَاعَهُمَا أَوْ طَلَّقَهَا فَدَخَلَ وَكَلَّمَ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا أَنْ يَقُولَ دَارِهِ هَذِهِ أَوْ زَوْجَتَهُ هَذِهِ أَوْ عَبْدَهُ هَذَا فَيَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَا دَامَ مِلْكَهُ.

وأطبقوا عليه أنه لو حلف لا يسكن دارًا لزيد فسكن دارًا له فيها حصة لم يحنث، وإن كثر نصيبه.

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ أَوْ لَا يُكَلِّمُ عَبْدَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ فَبَاعَهُمَا أَوْ طَلَّقَهَا فَدَخَلَ وَكَلَّمَ لَمْ يَحْنَثْ**) لأنه لم يدخل داره، ولا كلَّم عبده وزوجته؛ لزوال الملك بالبيع والطلاق، ولا خفاء أن البيع والطلاق مثالان، والمراد زوال الملك كيف فرض.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَقُولَ**) أي: ينوي على المشهور.

(**دَارِهِ هَذِهِ أَوْ زَوْجَتَهُ هَذِهِ أَوْ عَبْدَهُ هَذَا فَيَحْنَثُ**) أي: تغليبًا للتعيين فإنه أقوى، وفي الصورة الأولى وجه: إنه لا يحنث؛ لأنه ربط اليمين بإشارة وإضافة فلا يحنث بأحدهما.

قال: (**إِلَّا أَنْ يُرِيدَ مَا دَامَ مِلْكَهُ**) أي: فلا يحنث عملًا بإرادته، وضبط الشيخ بخطه الكاف بالفتح وبالضم، وضابط هذا النوع أن يعلق اليمين بشيء بعينه مضافًا إلى غيره، وضابط النوع قبله أن يعلق اليمين بشيء غير معيّن مضافًا إلى غيره إضافة ملك لا تعريف.

ومن فروعه: لو دخل دارًا موقوفة عليه إن قلنا الملك له حنث وإلا فلا، وكذا حكم دار وقفها، وإنه لو كان مكاتبًا فدخل دارًا له قال جماعة: إن قلنا: يملك حنث، وإلا فلا، والمذهب: إنه يحنث؛ لأنها في حكم ملكه، وإنه لو كانت له دار حالة اليمين فباعها، ثم اشترى أخرى فدخلها، قال الصيدلاني: إن قال أردت الدار الأولى لم يحنث، أو أي دار تكون في ملكه حنث، وسكت عن حالة الإطلاق، وأظهر الوجهين في «زيادات» العبادي: إنه لا يحنث والمذكور في «التهذيب» و«الحاوي» و«الشامل» وغيرها الحنث، والظاهر مجيء هذا الخلاف فيما يتخذ من عبد أو زوجة ونحوهما.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا مِنْ ذَا الْبَابِ فَنُزِعَ وَنُصِبَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالثَّانِي، وَيَحْنَثُ بِالْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا حَنِثَ بِكُلِّ بَيْتٍ مِنْ طِينٍ أَوْ حَجَرٍ أَوْ آجُرٍّ أَوْ خَشَبٍ أَوْ خَيْمَةٍ

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: أن اليمين متى عقدت على ما يملك يقع على المالك حتى لو حلف لا يكلم عبد فلان أو عبدًا لفلان، فاشترى عبدًا فكلَّمه حنث، ومتى عقدت على ما لا يملك تقع على المحلوف دون الحالف حتى لو حلف لا يكلم ابن فلان ولا ولد فلان فولد له ولد بعد فكلمه لا يحنث، حكي هذا الفصل عن الحليمي.

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُهَا مِنْ ذَا الْبَابِ فَنُزِعَ وَنُصِبَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالثَّانِي، وَيَحْنَثُ بِالْأَوَّلِ فِي الْأَصَحِّ**) عبارته توهم أن اليمين محمولة على الخشب المنصوب لا المنفذ في الأصح، وليس كذلك.

وعبارة «المحرر»: ولو حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب فنزع الباب من ذلك الموضع ونصب في غيره، فالأصح حمل اللفظ عند الإطلاق على ذلك الموضع، والحاصل أن اليمين هل يحمل عند الإطلاق على المنفذ الأول أو على الخشب المنصوب عليه؛ لأن اللفظ له حقيقة حتى يحنث بالمنفذ المحول إليه من الدار، ويحمل عليهما فلا يحنث إلا بالمنفذ الأول مع بقاء الباب الخشب عليه؛ لأن الإشارة وقعت عليهما أوجه: **أصحها**: الأول حملًا لليمين على المنفذ؛ لأنه المتبادر والمحتاج إليه في الدخول، هذا كله إذا أطلق، فإن قال: أردت بعض هذه المحامل حمل عليه، وارتفع الخلاف.

إشارة: لو لم ينصب الباب المنزوع بل طرح حنث بالمنفذ الأول على الأصح.

قال: (**أَوْ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا**) أي: ولا نية له.

(**حَنِثَ بِكُلِّ بَيْتٍ مِنْ طِينٍ أَوْ حَجَرٍ أَوْ آجُرٍّ أَوْ خَشَبٍ**) أي: أو قصب محكم كما قاله الماوردي.

قال: (**أَوْ خَيْمَةٍ**) أي: ونحوها، حضريًا كان الحالف أو بدويًا على

....

الأصح المنصوص كما قاله المروزي، وقال غيره: ظاهر النص؛ لأن اسم البيت يقع على ذلك حقيقة في اللغة؛ لأنه كل ما جعل للسكن وهذا كذلك، فصار كما لو حلف لا يأكل الخبز يحمل على جميع أنواعه، وقولهم: خيمة، أو مضرب، ونحوهما أسماء أنواع للبيوت، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا﴾ [النحل: ٨٠].

والثاني: عن ابن سريج وابن أبي هريرة، إن كان حضريًا لم يحنث بالخيمة ونحوها، إذا كان لا يعرف بيوت البادية، كما صرَّح به البندنيجي؛ لأن المتعارف عند أهل الحضر، والمفهوم من اسم البيت هو المبني؛ فنزلت اليمين المطلقة عليه.

قال ابن الرفعة: ومقتضى تصوير البندنيجي، والتوجيه المذكور أن البدوي إذا كان لا يعرف بيوت الحاضرة فدخل البيت المبني لا يحنث، وقد جزم بحنثه، ونقل البغوي الاتفاق عليه في «تعليقه».

والثالث: رواه المراوزة: أن الحضري القريب من البادية يحنث بدخول بيت الشعر والأدم دون البعيد عنها، وفي «الشامل» رمز إليه حيث قال: الذي نصَّ عليه الشافعي أنه يحنث، سواء كان بدويًا أو قرويًا قريبًا من أهل البادية.

وعبارة [البسيط]: وأما القروي ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنه يختص لفظه بالمبني؛ لأنه لا يعني في الغالب إلا ذلك.

والثاني: إنه كالبدوي تعلقًا بوضع الصنعة.

والثالث: إن كان من قرية قريبة من البادية فطرقها أهل البوادي حنث، وإلا فلا.

إشارات: قال الإمام والغزالي [البدوي] إذا وطن البلد وصار يناطق أهله بما يتعارفونه فحكمه حكم القروي، والقروي إذا ابتدأ وصار يناطق أهل البادية بلغتها فهو كالبدوي، وجميع ما سبق إذا أطلق، فإن نوى نوعًا منها حمل عليه، وهذا في الباطن، وأمَّا في الظاهر فالظاهر أنه إن كان الحلف بالله تعالى

فكذلك أو بالطلاق أو بالعتاق فلا، ولم أر فيه نصًا، وسبق ما يوافقه عن القفال: إنه لو حلف على ذلك بالفارسية لم يحنث ببيت الشعر والأدم والخيام؛ لأن العجم [لا يطلقون] الاسم عليها بل على المبني، وإن اعتبر اللفظ فاللفظ أعجمي لا يراد به الخيام، وعلى ذلك جرى الإمام، والغزالي، وإبراهيم المروزي، والروياني، والبغوي، وغيرهم من المراوزة.

قال الرافعي: وفي «التتمة» وجه آخر: إنه لا فرق بين العربية والفارسية، ويكون الحكم على ما سبق، انتهى.

وهذا من الرافعي يقتضي ترجيح الأول، وقضية إطلاق «المنهاج» و«المحرر» والنص والجمهور [الثاني] وأغفلت «الروضة» الفرع بالكلية.

ورأيت في «تعليق» البغوي: فلو قال بالفارسية لم يحنث إلا بدخول بيت مبني؛ لأنهم لا يعرفون البيت إلا المبني؛ يعني العوام، انتهى.

والظاهر أن قوله: يعني العوام، من كلام المعلق عنه.

لو دخل عند إطلاق البيت دهليز دار أو صحنها أو صُفَّتِهَا لم يحنث على الأصح، وعن القاضي أبي الطيب الميل إلى الحنث؛ لأن جميع الدار بيت بمعنى الإيواء.

قلت: وهو عرف كثير من الناس يقولون: بيت فلان، ويريدون داره، وفي «حلية» الشاشي و«الذخائر»: لو حلف لا يدخل على فلان في بيت فدخل عليه دارًا حنث، وعن ابن سريج: إنه لا يحنث حتى يدخل عليه، وهو في بيت من الدار، انتهى.

وفي «الحاوي» تفصيل سيأتي.

قال ابن الرفعة: ولو دخل غرفة فوق البيت لم يحنث، حكاه البندنيجي، انتهى.

فيه نظر؛ لأنها بيت فوق بيت حقيقةً وعرفًا فيما يتعارفه بالشام وغيره.

قال: (**وَلَا يَحْنَثُ بِمَسْجِدٍ وَحَمَّامٍ وَكَنِيسَةٍ وَغَارِ جَبَلٍ**) أي: على المذهب؛

……

لأنها ليست للإيواء والسكنى، ولا يقع عليها اسم البيت إلا بتقييد، وقيل في الجميع قولان، وقيل: يحنث بدخول الكعبة والمساجد دون الباقي؛ لأن القرآن سمَّاها بيوتًا.

تتمات: المراد بالكنيسة والبيعة موضع تعبدهم الخاص، أمَّا لو دخل بيتًا في الكنيسة أو البيعة حنث قطعًا، ولا شك أنه لا يحنث بدخول ساحة المدرسة، والرباط، والخان، ونحوها، وكذلك الإيواء فيما يظهر؛ لأنه لا يسمى بيتًا ويحنث ببيوتها كغيرها، زاد في «الروضة»: ولا يحنث بدخول بيت الرجاء على الصحيح، انتهى.

وهل إسطبل الدواب المختص بها كبيت السكنى أم لا؟ لم أر فيه نصًا ولا شك أن ما اتُخذ سكنًا لا يزول عنه اسم البيت بإيواء الدواب إليه، وإنما ينقدح التردد فيما اتخذ لها لا على هيئة بيوت السكنى، ويبعد الحنث بالإسطبل الكبير؛ لأنه بالخان أشبه، وقد علَّل الإمام الوجه المحنث بدخول المسجد بأنه كان يحنث بدخوله قبل أن يجعله مسجدًا، قال: والنجس والضرر إلى جهة الخير لا يمنع الاسم، انتهى.

وقد يفهم هذا التوجيه قصره على بيت اتُخذ بعد بنائه بيتًا مسجدًا فإن منها ما اتخذ مسجدًا من الابتداء.

قال الماوردي: ولا يحنث ببيوت الرعاة من الهشيم والجريد والحشيش؛ لأنه يستدفع بها أذى الوقت، من حرٍّ أوبردٍ، ولا يستدام سُكناها، انتهى.

وفي معناها ما يتخذه النواطير للكروم والبساتين والزروع، ويسمى: مظلة، ومنظرة، وعريش، وخيمة الناطور.

يشبه أن يكون ما أطلق من المنع في الغار محمول على الغَيران والكهوف في الجبال والأودية التي لا تُتخذ للسُكنى، بل خلقت أو أكثرها لذلك، أمَّا ما اتخذ منها بيوتًا للسكن فيظهر الحنث بدخولها؛ لأنها للإيواء والسُكنى، وقد رأيت بلادًا كثيرة لا بيوت لهم إلا الغَيران ينقبونها في الجبل، ويسمونها بيوتًا،

أَوْ لَا يَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ فَدَخَلَ بَيْتًا فِيهِ زَيْدٌ وَغَيْرُهُ حَنِثَ، وَفِي قَوْلٍ إِنْ نَوَى الدُّخُولَ عَلَى غَيْرِهِ دُونَهُ لَمْ يَحْنَثْ، فَلَوْ جَهِلَ حُضُورَهُ فَخِلَافُ حِنْثِ النَّاسِي.

ولا شك عندي في حنث أهلها بها، وأمَّا غيرهم ومن لا يعرفها بيوتًا فيُحتمل.

فروع: من «الكافي»: لو حلف لا يدخل بغداد فركب سفينة في دجلة ومرَّ بها فقياس مذهبنا أنه يحنث، وهو قول محمد بن الحسن خلافًا لأبي يوسف، ولو حلف لا يدخل مدينة السلام لا يحنث حتى يدخلها من الجانب الذي يلي الكوفة، ولو حلف لا يدخل بغداد ففي أي الجانبين دخل حنث، انتهى.

قال في «الأم»: لو حلف لا يدخل دار فلان إلا أن يأذن له، فمات الذي حلف على إذنه فدخلها حنث، فلو لم يمت فأذن له ثم رجع عن الإذن فدخل بعد رجوعه لم يحنث؛ لأنه قد أذِن له مرة، هذا لفظه.

وكأن الصورة في دارٍ معينة مُشار إليها، ولم أر للأئمة كلامًا على هذا النص، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: لو حلف لا يدخل خان الجنيد فدخلها حنث، وإن كان جنيد قد مات قبل هذا بزمان طويل؛ لأن قصده التعريف لا الملك، وهذا صحيح.

قال: (**أَوْ لَا يَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ**) أي: بيتًا، أو لم يقل بيتًا.

(**فَدَخَلَ بَيْتًا فِيهِ زَيْدٌ وَغَيْرُهُ**) أي: عامدًا عالمًا به ذاكرًا لحلفه مختارًا.

(**حَنِثَ**) أي: لوجود الدخول على الجميع.

(**وَفِي قَوْلٍ: إِنْ نَوَى الدُّخُولَ عَلَى غَيْرِهِ دُونَهُ لَمْ يَحْنَثْ**) أي: كما في صورة السلام الآتية، والأظهر الأول، وعبَّر عنه في «الروضة» بالمذهب فأشار إلى القطع به، والفرق أن الاستثناء لا يصح في الأفعال، بدليل أنه لا يصح أن يقال: دخلت عليكم إلا زيد، أو يصح سلمت عليكم إلا زيد.

قال: (**فَلَوْ جَهِلَ حُضُورَهُ فَخِلَافُ حِنْثِ النَّاسِي**) أي: والجاهل، وقد قدمنا الكلام عليه والترجيح فيه في كتاب الطلاق، وإن منهم من فرق بين الحلف بالله تعالى وبالطلاق، ورجح المصنف وغيره عدم الحنث للظواهر برفع الخطأ والنسيان، وقيل: لا حنث قطعًا، وقيل: الجاهل أولى بالحنث من الناسي،

....

وقيل: بالعكس، وصحح الحنث جماعة من المتأخرين منهم: ابن عبد السلام، وابن الصلاح، وقال: إنه الأرجح دليلًا، وقول أكثر العلماء، وهو أثبت القولين عن الشافعي، وسبق كلام ابن رزين في ذلك في «الغنية» واضحًا.

وعبارة «الروضة»: ولو دخل بيتًا فيه زيد، ولم يعلم به فقولان: حنث الجاهل والناسي، ولو كان في جماعة ولم يعلم به فأولى بعدم الحنث، وإن دخل لشغل ولم يعلم أنه في البيت فأولى بعدم الحنث؛ لانضمام قصد الشغل إلى الجهل، قال الإمام: نص الشافعي في هذه الصورة أنه لا يحنث، وخرَّج الربيع قولًا وجعله كالناسي، انتهى.

وعبارة إبراهيم المروزي: إذا قال: والله لا أدخل على فلان بيتًا، فدخل على رجل بيتًا ووجد المحلوف عليه فيه ولم يعلم به، قال هاهنا: لم يحنث، وكان الربيع يحتمل أن يقال: يحنث كالناسي، فمن أصحابنا من صحح تخريج الربيع، وجعل فيه قولين، ومنهم من قال: لا يحنث هاهنا قولًا واحدًا بخلاف الناسي.

قال في «أصل الروضة»: ولو علم أنه في البيت [وقصد الدخول](١) لشغل فقيل: يحنث قطعًا، وقيل: هو كما لو دخل على قوم هو فيهم، واستثناه ثعلبة، انتهى.

وقال إبراهيم المروزي: لو دخل البيت لحمل متاع، والمحلوف عليه فيه وحده، فإن قلنا: لو كان فيه جماعة يحنث فهاهنا أولى، وإن قلنا: هناك لا يحنث فهاهنا وجهان، والفرق أن المتاع لا يوصف بالدخول عليه بخلاف الجماعة، وسُئل القاضي عمَّا لو دخل البيت وهو عالم بأنه فيه وحده، ولا متاع فيه، فقال: يحتمل وجهين، فذكرهما.

قلت: والظاهر الحنث، وقال الماوردي: لو دخل عليه دارًا صغيرة لا يفرق المتتابعين فيها، حنث، أو كبيرة وكل واحد منهما بمكان يفترق

---

(١) في نسخة: (ودخل).

قُلْت: وَلَوْ حَلَفَ لَا يُسَلِّمُ عَلَيْهِ فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ وَاسْتَثْنَاهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ أَطْلَقَ حَنِثَ فِي الْأَظْهَرِ، والله أَعْلَمْ].

المتتابعان فيه، لم يحنث، وقال ابن سريج: لا يحنث حتى يدخل عليه، وهل في بيت من الدار؟ فإن دخل عليه وهو في صحنها أو صُفَّتِهَا لم يحنث، انتهى.

فَرْعٌ: إذا لم يحنثه بالدخول عليه لجهله أو نسيانه فبادر أحدهما الخروج، لم يحنث، وإن مكثا فقولان من القولين فيمن حلف لا يدخل دارًا وهو داخلها، إن جعلنا الاستدامة كالابتداء حنث وإلا فلا، ولو دخل المحلوف عليه بيتًا على الحالف، فإن ابتدر الحالف الخروج لم يحنث، وإلا فإن قلنا الاستدامة ليست بدخول لم يحنث، وإن جعلنا كالابتداء ففي حنثه وجهان في «الحاوي» والمذهب أنه لا يحنث بالمكث عند دخول المحلوف عليه البيت عليه.

قال: (**قُلْت: وَلَوْ حَلَفَ لَا يُسَلِّمُ عَلَيْهِ فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ**) أي: وهو عالم به (**وَاسْتَثْنَاهُ لَمْ يَحْنَثْ**) أي: إن استثناه لفظًا قطعًا، وكذلك بالنية على المذهب؛ لأنه سلم بلفظ عام يحتمل إرادة الكل وإرادة البعض، فإذا نوى أحد محتمليه كان بحسبه، وقيل في حنثه قولان.

قال: (**وَإِنْ أَطْلَقَ حَنِثَ فِي الْأَظْهَرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: نظرًا إلى عموم اللفظ.

والثاني: لا يحنث، وصححه بعضهم؛ لأن اللفظ يصلح للجميع وللبعض، فلا يحنث بالشك، وقد توجه بأنه لم يسلم عليه خاصة، وهو المفهوم من مطلق لفظه، وقضية ذلك ألَّا يحنث، وإن قصد السلام عليه، وقد أبداه العمراني احتمالًا وهو بعيد، ومحل الخلاف إذا علم أنه فيهم، أمَّا لو لم يعلم أو سلم عليه في ظلمة، وقلنا: إنه يحنث عند العلم، ففي حنثه القولان في حنث الجاهل، وسيأتي في الكلام على ما لو حلف لا يكلم فلانًا أنهما قالا تبعًا [للمتولي](١) إنه لو سلم من صلاته والمحلوف عليه من المأمومين، إن فيه هذا التفصيل، وفيه نظر ظاهر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

---

(١) في نسخة: (للبغوي).

قال المصنف: [فَصْلٌ]: حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّؤُوسَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ حَنِثَ بِرُؤُوسٍ تُبَاعُ وَحْدَهَا، لَا طَيْرٍ وَحُوتٍ وَصَيْدٍ إِلَّا بِبَلَدٍ تُبَاعُ فِيهِ مُفْرَدَةً، ....

قال الشارح: [قال: (**فَصْلٌ: حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّؤُوسَ وَلَا نِيَّةَ لَهُ حَنِثَ بِرُؤُوسٍ تُبَاعُ وَحْدَهَا**) أي: وهي رؤوس الغنم والبقر والإبل؛ لأنها المتعارف أكلها، وتفرد وتقصد بالأكل، وقيل: لا يحنث [إلا برؤوس الإبل، وقيل: لا يحنث إلا برؤوس الغنم، وقيل: إن كان ببلد لا تباع فيه إلا رؤوس الغنم لم يحنث بغيرها.

قال: (**لَا طَيْرٍ وَحُوتٍ وَصَيْدٍ**)] لأنها لا تفرد للبيع، ولا تفهم من اللفظ عند الإطلاق، وفي قول: يحنث بها تمسكًا بحقيقة اللغة، وقيل: يحنث بما يسمى رأسًا.

قال: (**إِلَّا بِبَلَدٍ تُبَاعُ فِيهِ مُفْرَدَةً**) أي: فيحنث بأكلها هناك كرؤوس الأنعام في غيرها، وهل يحنث بأكلها في غير ذلك البلد؟ وجهان:

أحدهما: نعم كما يحنث بخبز الأرز في غير طبرستان، قال الرافعي: وتبعه في «الروضة» وهذا أقوى وأقرب إلى ظاهر النص، وأيَّده بأن رأس الإبل لا يعتاد أكله وبيعه إلا في بعض المواضع، والحنث يحصل به.

والثاني: لا، ورجَّحه الشيخ أبو حامد والروياني والمحاملي وغيرهم؛ لأنه لا يطلق عليه الاسم فيه، وهذا ظاهر كلام «المنهاج» و«المحرر» وصرَّح بتصحيحه في «تصحيح التنبيه» وفيما علقه على «المهذب» وقال: صحَّحه صاحب «العمد» وغيره، وبه قطع الْمحَامِلِيّ في «المقنع» والرافعي في «المحرر» قال: وقول [المهذب][1]: إن كان في موضع يباع فيه رؤوس الصيد؛ يعني وكان من أهل ذلك الموضع، فإن كان غريبًا وطال مقامه هناك حتى عرف عاداتهم فحكمه حكمهم، وإن كان غريبًا لا يعرف عاداتهم، فهو كمن في غير ذلك الموضع، فيكون على الوجهين، ذكره المتولي، انتهى.

وقال ابن الرفعة: لا فرق بين أن يكون الحالف من أهل ذلك البلد أو

---

(١) في نسخة: (التهذيب).

وَالْبَيْضُ يُحْمَلُ لَا سَمَكٍ وَجَرَادٍ عَلَى مُزَايِلٍ بَائِضَهُ فِي الْحَيَاةِ كَدَجَاجٍ وَنَعَامَةٍ وَحَمَامٍ.

غيره، وقيل: لا يحنث ما لم يكن من أهل تلك الناحية، وسكتوا عن رؤوس الخيل، والظاهر الحنث بها في موضع يؤكل فيه، وتباع منفردة، ويحتمل غيره لندرته، فلا يحمل الإطلاق عليها.

تنبيهات: لا خفاء أن الحلف على ترك الشراء وغيره كالحلف على ترك الأكل. قال المتولي: ما سبق كله عند الإطلاق، أمَّا لو كان قد قصد ألَّا يأكل ما يسمى رأسًا حنث بأكل ما يسمى رأسًا، وإن كان قصد نوعًا خاصًا لم يحنث بغيره، ظاهر كلامهم أو صريحة أن إطلاق اليمين محمول على الجنس، حتى لو أكل رأسًا أو بعضه حنث.

وفي «فروع» ابن القطان: إذا قال: والله لا آكل رؤوسًا، فعندي لا يحنث حتى يأكل ثلاثًا؛ لأن الإطلاق يقع على ثلاثة، ولو قال: لا أكلت خبز بغداد، فإن كانت له نيّة صرنا إليها، وإلا حنث بأكل جزء منه، والفرق أن يمكنه أن يأكل ثلاث رؤوس، ولا يمكنه جمع خبز بغداد وأكله، انتهى.

والفرق بين قوله: الرؤوس ورؤوسًا ظاهر، كما في قوله: الخبز، وخبز بغداد، وغيرها من النظائر، على أن الرافعي نقل عن القاضي أبي الطيب أن الأصحاب قالوا في مسألة الخبز: إنه لا يحنث بأكل بعضه، إلا أن ينوي غير ذلك، وهذا هو الخلاف الآتي في ماء البحر ونحوه.

قال: (**وَالْبَيْضُ يُحْمَلُ لَا سَمَكٍ وَجَرَادٍ**) أي: عند الإطلاق.

(**عَلَى مُزَايِلٍ بَائِضَهُ فِي الْحَيَاةِ كَدَجَاجٍ وَنَعَامَةٍ وَحَمَامٍ**) أي: وغيره من الطير؛ لأنه المفهوم عند الإطلاق، وقيل: لا يحنث إلا ببيض الدجاج والإوز، وقيل: بالدجاج فقط، وقيل: يحنث ببيض النعام أهل البادية دون غيرهم، وقيل: وارتضاه الإمام.

لا يحنث إلا بما يفرد في العادة بالأكل، فلا يحنث ببيض الحمام والعصافير، وقيل: إنما يحنث بأكل المعتاد أكله؛ كبيض الدجاج والبط لا بالنادر من بيض الإوز والعصافير، رواه الماوردي عن ابن سريج.

وَاللَّحْمُ عَلَى نَعَمٍ وَخَيْلٍ وَوَحْشٍ وَطَيْرٍ ....

إشارات: قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين بيض المأكول وغيره، لكن تمثيلهم يشعر بتخصيصه ببيض المأكول، فيحتمل أن يجري فيه خلاف مبني على حِل أكله، ثم رأيت من نقل أنه على الوجهين الآتيين في لحم ما يؤكل.

قوله: (عَلَى مُزَايِلٍ بَائِضَهُ فِي الحَيَاةِ) يفهم أنه لو خرج من الدجاجة مثلًا بعد موتها أنه لا يحنث، وفيه وجهان، صحح في «زوائد الروضة»: الحنث، وقيل في أصلها وغيره: الحنث بما إذا خرجت البيضة، وهي منعقدة، انتهى.

ويحتمل أن يناط الحنث بالاسم، فمتى سُميت بيضة حنث، ويحتمل أن يبني الحنث على الخلاف في طهارتها.

وقال ابن الرفعة: وألحق البندنيجي ببيض السمك والجراد البيض المأخوذ في جوف الدجاجة يطبخ ويشوى معها، وفي الرافعي وغيره حكاية وجه في الحنث به، انتهى.

والذي ذكره الرافعي ما قدمته، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: لو ذبحت دجاجة وفي جوفها بيضة منعقدة فأخرجها وأكلها حنث، ولو ماتت فأخرج من بطنها بيضة منعقدة هل يحنث بأكلها أم لا؟ فيه وجهان، انتهى.

قال: (لَا سَمَكٍ وَجَرَادٍ) لأنه لا يؤكل منفردًا فلا ينزل [اليمين](١) عليه، قال الجيلي: وهذا لا يستقيم، فإن أهل بلاد جيلان، وأهل بغداد وواسط وغيرهم يأكلون بيض السمك منفردًا فيحنث بأكله كما سبق، يعني في [«الروضة»](٢).

قال المتولي: لا يحنث بأكل خصية الشاة ونحوها؛ لأنها لا تفهم منه عند الإطلاق، أي: وإن سميت بيضة.

قال: (وَاللَّحْمُ عَلَى نَعَمٍ وَخَيْلٍ وَوَحْشٍ وَطَيْرٍ) أي: لتناول اليمين الجميع هذا في المأكول، وأمَّا الحرام كالميتة، والخنزير، والذئب، والحمار

---

(١) في نسخة: (الأمر).

(٢) في نسخة: (الرؤوس).

لَا لَحمِ سَمَكٍ وَشَحْمِ بَطْنٍ، وَكَذَا كَرِشٍ وَكَبِدٍ وَطِحَالٍ وَقَلْبٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

الأهلي، والبغل، والآدمي وغيرها ففيها وجهان، رجَّح الشيخ أبو حامد، والمحاملي، والروياني، والبغوي وغيرهم المنع، وجعله في «الروضة» أقواهما، وصحَّحه في «فتاويه» واختيار القفال وجماعة الحنث.

قال البغوي في «تعليقه»: وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ، وهو القياس، ثم قال: والأصح لا يحنث؛ لأن قصده بيمينه الامتناع عمَّا تعارفه الناس مأكولًا.

قلت: ويشبه أن يفصل في المختلف فيه بين العلماء كون بين الحالف ممن يستحله يحنث به وإلا فلا.

قال: (**لَا لَحمِ سَمَكٍ**) أي: على الصحيح؛ لأنه لا يسمى لحمًا عرفًا، وإن سمَّاه الله تعالى لَحمًا، ولأنه يقال: ما أكلنا لحمًا بل سمكًا، ولا يفهم من إطلاق اسم اللحم، قالوا: ولو حلف لا يجلس في ضوء سراج ولا يحنث بجلوسه في الشمس، وإن سمَّاها الله تعالى سراجًا، أو لا يجلس على بساط لا يحنث بالجلوس على الأرض، وإن سمَّاها الله تعالى بساطًا، ولو حلف لا يعلق على وتد شيئًا لا يحنث بتعليقه على جبل، وإن سمَّاها الله تعالى أوتادًا.

والثاني: يحنث تمسكًا بقوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤] والظاهر أن المراد هنا بالسمك جميع حيوان البحر المأكول، وإن لم نُسمه سمكًا على رأي، ولا يحنث بالجراد قطعًا، وقيل: على الصحيح.

قال: (**وَشَحْمِ بَطْنٍ**) أي: وشحم عين؛ لأنهما يخالفان اللحم اسمًا وصفة.

قال: (**وَكَذَا كَرِشٍ وَكَبِدٍ وَطِحَالٍ وَقَلْبٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنها ليست لحمًا؛ ولأن مطلق اللحم لا يتناولها، ويجوز نفي اسم اللحم عنها، وأسماء الحقائق لا يصح نفيها عن مسمياتها.

والثاني: يحنث؛ لأنها في معنى اللحم.

قال الإمام: والكلية عندي في معنى القلب، وجعل الشيخ رتبة الخلاف في هذه الأشياء متحدة، وذكر الإمام في القلب خلافًا مرتبًا على الحنث بالكرش والكبد والطحال، إن حنث بها فالقلب أولى، وإلا فوجهان، وقال:

وَالْأَصَحُّ تَنَاوُلُهُ لَحْمَ رَأْسٍ وَلِسَانٍ وَشَحْمِ ظَهْرٍ وَجَنْبٍ، ....

إن الخلاف في حنثه بالكرش والأمعاء والكبد والطحال والرئة غريب جدًا لم يحكه غير الشيخ؛ يعني أبا علي، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: ولو أكل الكرش أو ما في البطن من الأمعاء من القلب والكبد والطحال والشحم... ونحوها، هل يحنث؟ حكى الشيخ أبو زيد قولين لأبي العباس ولابن سريج، انتهى.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لا يحنث بأكل الكبد والطحال والكرش، ويحنث بالقلب، ولم يذكر غيره.

وفي [تعليق] «الروضة»: المذهب: إنه لا يدخل في اللحم الأمعاء والطحال والكرش والكبد والرئة ولا القلب على الأصح، انتهى.

وقد يدخل في لفظه الخصية، ولم أر فيها شيئًا فتحصلنا على أوجه في المسألة، ولا يحنث بأكل المخ [قالا]: وقد يطرد الخلاف فيه، وهل يجري الخلاف في الجلد السميط كالجدي ونحوها الأقرب نعم ولم يحضرني فيه نقل، وحُسّن بأنه في المخ بعيد جدًا.

قال: (**وَالْأَصَحُّ تَنَاوُلُهُ**) يعني اللحم.

(**لَحْمَ رَأْسٍ وَلِسَانٍ**) أي: وفخذ وأكارع لصدق الاسم عليها، ولعلَّ وجه المنع أن المتبادر غيره، ويصح أن يقال لم أكل لحمًا بل رؤوسًا وأكارع، وصحَّح صاحب «الانتصار» في لحم الرأس والخد واللسان المنع، قال: لأنها لا تدخل في مطلق الاسم، قال: ولا يحنث بأكل قانصة الدجاج، وجهًا واحدًا لما ذكرته، انتهى.

وطريقة الوجهين ضعيفة، والمذهب عندهما وغيرهما القطع بالتناول؛ لأنه لحم حقيقة، وخصَّ الصيمري الوجهين بلحم الرأس، وجزم بأنه لا يحنث باللسان والعين والدماغ والأذن.

قال: (**وَشَحْمِ ظَهْرٍ وَجَنْبٍ**) أي: وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر؛ لأنه لحم سمين [ومنه شحم الزور، كما قاله الماوردي] **وَلِهَذَا يَحْمَرُّ عِنْدَ الْهُزَالِ**.

وَأَنَّ شَحْمَ الظَّهرِ لَا يَتَنَاوَلُهُ الشَّحْمُ، وَأَنَّ الْإِلْيَةَ وَالسَّنَامَ لَيْسَا شَحْمًا وَلَا لَحْمًا، وَالْإِلْيَةُ لَا تَتَنَاوَلُ سَنَامًا وَلَا يَتَنَاوَلُهَا، وَالدَّسَمُ يَتَنَاوَلُهُمَا، وَشَحْمُ ظَهْرٍ وَبَطْنٍ وَكُلُّ دُهْنٍ، وَلَحْمُ الْبَقَرِ يَتَنَاوَلُ جَامُوسًا.

والثاني: لا؛ لأنه شحم، قال الله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] وإذا كان شحمًا كان كشحم البطن والعين.

قال: (**وَأَنَّ شَحْمَ الظَّهرِ لَا يَتَنَاوَلُهُ الشَّحْمُ**) لما قدمنا من كونه لحمًا.

والثاني: يتناوله لظاهر الآية، وقال الشيخ أبو زيد: إن كان عربيًّا حنث به؛ لأنهم يعرفونه شحمًا، وإن كان أعجميًّا لا يحنث.

قلت: وهو حسن، وله نظائر تؤيده.

قال: (**وَأَنَّ الْإِلْيَةَ وَالسَّنَامَ لَيْسَا شَحْمًا وَلَا لَحْمًا**) أي: لمخالفتهما لهما في الاسم والصفة، وهذا ما عزاه الماوردي إلى البصريين في الألية.

والثاني: إنها من الشحم؛ لتميزها من اللحم، **والثالث**: إنها من اللحم؛ لاتصالها بالعظم، وهو قول البغداديين، انتهى.

ولم يذكر السنام، وحكى الشيخان الأوجه في الألية، ثم قالا: والسنام كالألية، وفيه وقفة، والأقرب إلى عرف الشام أن السنام من الشحم بخلاف الألية.

قال: (**وَالْإِلْيَةُ لَا تَتَنَاوَلُ سَنَامًا وَلَا يَتَنَاوَلُهَا**) لاختلافهما اسمًا وصفة.

قال: (**وَالدَّسَمُ يَتَنَاوَلُهُمَا وَشَحْمُ ظَهْرٍ وَبَطْنٍ وَكُلُّ دُهْنٍ**) لصدق الاسم على الجميع.

إشارة: الأشبه أن المراد بما أطلقوه من قولهم: وكل دهن ما يؤكل، أمّا غيره كدهن اللوز المر ونحوه فلا، ولم أر فيه تصريحًا، قال البغوي: ولا يحنث بأكل السمسم، انتهى.

وكذلك الجوز واللوز والفستق والبندق ونحوها، وفيه احتمال؛ لاشتمالها على الدسم.

قال: (**وَلَحْمُ الْبَقَرِ يَتَنَاوَلُ جَامُوسًا**) أي: لدخوله تحت اسم البقر، وكذا البقر الوحشي على الأصح، ويجريان فيما لو حلف على ركوب حمار فركب

وَلَوْ قَالَ مُشِيرًا إِلَى حِنْطَةٍ لَا آكُلُ هَذِهِ حَنِثَ بِأَكْلِهَا عَلَى هَيْئَتِهَا وَبِطَحْنِهَا وَخَبْزِهَا،

حمارًا وحشيًا، وفيما لو حلف لا يأكل لحم عنز، فأكل لحم عنز وحسَّنه، وأصل الخلاف أنهما جنسان في الربا أو جنس واحد.

فَرْعٌ: لو حلف لا يأكل ميتة لم يحنث بسمك وجراد على الأصح؛ للعرف، كما لو حلف لا يأكل دمًا لم يحنث بكبد وطحال.

قال: (**وَلَوْ قَالَ مُشِيرًا إِلَى حِنْطَةٍ**) أي: مثلًا.

(**لَا آكُلُ هَذِهِ حَنِثَ بِأَكْلِهَا عَلَى هَيْئَتِهَا**) أي: بلا خلاف للإشارة.

(**وَبِطَحْنِهَا وَخَبْزِهَا**) أي: ونحوهما على الأصح عملًا بالإشارة، وهذا عند الإطلاق، فإن نوى شيئًا اعتبرت نيته.

واعلم أن كلامهم مصرح في هذه الصورة وأشباهها أنه إنما يحنث بأكل الجميع، وقالوا: لو قال: لا آكل هذا الرغيف فبقي منه ما يمكن التقاطه وأكله أنه لم يحنث [أيضًا، فأفهم أنه إذا بقي ما لا يمكن التقاطه وأكله أنه لا يحنث] ولا شك أن الحنطة إذا طحنت يبقى في ثقوب حجر الرحى منها بقية دقيق ويطير إلى الجدران منه شيء، وإذا عجنت يبقى في المعجن غالبًا منها بقية، وإذا أكل الخبز يبقي منه فتات يسير، وهذا كله يوجب توقفًا في الحنث بأكل خبزها عند من ينظر إلى حقيقة اللفظ، ويطرح العرف، ولا سيما إذا كان دقيقًا قد نخل ثم عجن لُبَه وخبز.

وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين كون الحنطة المشار إليها قليلة يمكن أكلها ولو في زمن طويل، أو لا يمكن لكثرتها، وفيه للنظر مجال، ومما يرشح النظر إلى اعتبار اللفظ والوقوف معه ما ذكره أبو بكر بن العربي المالكي في فوائد رحلته، قال: وكنت كثيرًا في مجلس الشاشي ـ يعني صاحب «الحلية» ـ فيأتي الرجل فيقول: حلفت بالطلاق ألَّا ألبس هذا الثوب، وقد احتجت إلى لبسه، فيقول: سل منه خيطًا مقدار الشبر أو الإصبع، ثم يقول: ألبس لا شيء عليك، قال ابن العربي: خطر لي وقد أبى القلب، هذا قوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] فأخذ بيده على أنه دليل على اعتبار اللفظ لا

وَلَوْ قَالَ لَا آكُلُ هَذِهِ الْحِنْطَةَ حَنِثَ بِهَا مَطْبُوخَةً وَنِيئَةً وَمَقْلِيَّةً لَا بِطَحِينِهَا وَسَوِيقِهَا وَعَجِينِهَا وَخُبْزِهَا، وَلَا يَتَنَاوَلُ رُطَبٌ تَمْرًا وَلَا بُسْرًا، وَلَا عِنَبٌ زَبِيبًا وَكَذَا الْعَكُوسُ. وَلَوْ قَالَ لَا آكُلُ هَذَا الرُّطَبَ فَتَتَمَّرَ فَأَكَلَهُ، أَوْ لَا أُكَلِّمُ ذَا الصَّبِيَّ فَكَلَّمَهُ شَيْخًا فَلَا حِنْثَ فِي الْأَصَحِّ.

المعنى المفهوم من العرف، انتهى.

ولا أحسب ما نقله عن فتوى الشاشي محل وفاق للأصحاب.

قال: (**وَلَوْ قال: لَا آكُلُ هَذِهِ الحِنْطَةَ حَنِثَ بِهَا مَطْبُوخَةً وَنِيئَةً وَمَقْلِيَّةً**) أي: لبقاء الاسم، والمراد ما إذا طبخت مع بقاء حبَّاتها، أمَّا لو هرست أو عصدت فلا؛ لزوال الاسم.

قال: (**لَا بِطَحِينِهَا وَسَوِيقِهَا وَعَجِينِهَا وَخُبْزِهَا**) أي: ونحوها على الأصح؛ لزوال الاسم كما لو أكل حشيش زرعها، أو أكل فرخ من بيض حلف على عدم أكله، ومنهم من قطع بهذا، وقيل: يحنث بذلك للإشارة إلى العين؛ ولأنها تؤكل كذلك غالبًا، فصار كقوله: لا آكل هذا الكبش فذبحه وأكله، وفرقوا بأنه لا يؤكل بخلافها، ويجري الخلاف فيما لو قال: لا آكل هذا الدقيق فأكل عجينه أو خبزه، أو هذا العجين فأكل خبزه.

والثاني: يحنث تغليبًا للإشارة.

فَرْعٌ: لو قال: لا آكل من هذه الحنطة فكما مرَّ إلا أن هنا يحنث بأكل بعضها، وقيل: بما يُتخذ منها.

قال: (**وَلَا يَتَنَاوَلُ رُطَبٌ تَمْرًا وَلَا بُسْرًا، وَلَا عِنَبٌ زَبِيبًا**) أي: لعدم الدخول تحت الاسم.

(**وَكَذَا الْعَكُوسُ**) أي: لا يتناول تمر ولا بسر رطبًا ولا زبيب عنبًا لما ذكرناه.

قال: (**وَلَوْ قال: لَا آكُلُ هَذَا الرُّطَبَ فَتَتَمَّرَ فَأَكَلَهُ، أَوْ لَا أُكَلِّمُ ذَا الصَّبِيَّ فَكَلَّمَهُ شَيْخًا فَلَا حِنْثَ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لزوال الاسم كما في الحنطة.

والثاني: يحنث لعدم تبدل الصورة هنا، وإنما تغيرت الصفة فصار كقوله:

وَالْخُبْزُ يَتَنَاوَلُ كُلَّ خُبْزٍ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَأَرُزٍّ وَبَاقِلَّا وَذُرَةٍ وَحِمَّصٍ، ....

لا آكل هذا اللحم فشواه وأكله، وقوله: (شيخًا) مثال ولو قال: بالغًا أو شابًا لدخل الشيخ من باب أولى، ولو قال: هذا الشاب فكلمه كهلًا أو ذا الكهل فكلمه شيخًا، فعلى الوجهين، وأجزنا فيما لو قال: لا أكلم هذا العبد فعتق، أو لا آكل لحم هذه السخلة أو الخروف فكبر أو هذا البسر فصار رطبًا، أو هذا الرطب فصار تمرًا، أو هذا العنب فصار زبيبًا، أو لا آكل هذا التمر فاتخذه عصيدة [أو لا أشرب الخمر فتخلل، أو العصير فتخمر] وغير ذلك، ولا خفاء أن هذا فيما إذا أطلق أو قصد تقييد يمينه بالوصف المذكور، أمَّا لو قصد الامتناع من كلام هذا الشخص أو أكل أو شرب هذا الشيء حنث بالكلام والأكل والشرب في كل الأحوال والصفات.

فَرْعٌ: قال المتولي: لو قال: والله لا آكلن هذه الحنطة فطحنها وأكل دقيقها أو خبزه، أو اتخذ منها سويقًا أو هرسه وأكله، فالمنصوص أنه لا يحنث، وهو مذهب أبي حنيفة، ومن أصحابنا من حنثه، ووجه ظاهر المذهب أن الاسم قد زال، ثم قال: وللمسألة نظائر:

منها: إذا قال: بعتك هذا الفرس وهو بغل، وقاعدة الفصل أن الحكم يبق على الإشارة أو الاسم.

قال: (**وَالْخُبْزُ يَتَنَاوَلُ كُلَّ خُبْزٍ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ وَأَرُزٍّ وَبَاقِلَّا وَذُرَةٍ وَحِمَّصٍ**) أي: وعدس ولوبيا ودخن ونحوها من الحبوب المأكولة؛ لصدق الاسم عليه، ولا يضر كونه غير معهود ببلده، قال الصيدلاني والمتولي: وبلّوط، وفيه وقفة، قالوا: كما لو حلف لا يلبس ثوبًا، حنث بأي ثوب كان، وإن لم يعهد ببلده، وقيل: لا يحنث بخبز الأرز إلا بطبرستان، قال الرافعي: وينبغي أن تكون جيلان كطبرستان.

قلت: بل ينبغي أن كل بلد كان قوتهم الأرز كبعض نواحي اليمن وغيرها، كذلك والخلاف شاذ، وجزم الغزالي بهذا الوجه، ونسبته إلى الصيدلاني غلط، ويحنث بأكل الأقراص والرُّغْفَانُ وخُبْزُ الْمَلَّةِ والمشحم وغيره، ولا يحنث بأكل اللوز على الأصح، زاد في «الروضة»: قلت: وأمَّا الرقاق

فَلَوْ ثَرَدَهُ فَأَكَلَهُ حَنِثَ، ....

والبقسماط والبَسِيس ثم بيَّض له، ولعلَّه أراد أن يكتب فيحنث به؛ لأنه خبز ثم توقف لطلب النقل، ولا شك فيه في البقسماط، وهو الظاهر في الرقاق، وأمَّا البَسِيس فإن كان يخبز ثم يبس، كعادة كثير من البلاد، فخبز متردد قطعًا، وإن كان يقلى [كما يصنع في بعض البلاد] ففيه نظر، ويشبه ألَّا يحنث؛ لأنه ليس بخبز، ولا كان خبزًا بخلاف ما خبز منه، والقطائف خبز، ويحتمل أن يجري فيها الوجهين في اللوزينج، وينبغي أن يفرق فيهما بين ما يخبز وما يقلى، فيحنث بالأول دون الثاني، والسنبوسك كاللوزينج.

قال: (فَلَوْ ثَرَدَهُ فَأَكَلَهُ حَنِثَ) أي: لصدق الاسم عند أكله له ثريدًا، نعم لو صار في المرقة كالحشو فحشاه لم يحنث، وسواء ابتلعه بعد مضغ أو ابتلعه على هيئته فحنث في الحالتين، ولو عصّده ثم أكله عصيدًا فلا بخلاف الثريد؛ لأنه لم يأكل خبزًا [وعبارة الصيمري: فلو جَعَلَهُ فَتِيتًا وَسَفَّهُ أَوْ عَصِيدًا لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْكُلْ خُبْزًا].

قال ابن الرفعة: ويظهر أنه لو دق الخبز اليابس ثم أكله لم يحنث؛ لأنه اتخذ اسمًا آخر كالدقيق.

تنبيه: جزما بأن الابتلاع من غير مضغ أكل في مواضع من هذا الباب، منها: قولهما: لو حلف لا يأكل السكر فابتلعه بلا مضغ فقد أكله، كما لو ابتلع الخبز على هيئته، انتهى.

وقال الرافعي في الطلاق: وإذا علق الطلاق بالأكل ففي الحنث بالابتلاع وجهان في «التتمة» والأظهر: المنع؛ لأنه يصح أن يقال: ابتلع وما أكل، كذا جزم الرافعي بالترجيح، ونسبه في «أصل الروضة» إلى المتولي، وفي «تعليق» البندنيجي: إن الأكل أن يلوك الشيء ويردده، وهو موافق للأصح، والمذكور في «الحاوي» في الخبر: إنه لو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث؛ لأنه ليس بأكل، وهو قضية ما في «البيان» والظاهر أنه طريقة العراق وغيرها.

ألا ترى قول إبراهيم المروزي في «تعليقه»: لو قال: والله لا آكل الفانيد

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ سَوِيقًا فَسَفَّهُ أَوْ تَنَاوَلَهُ بِأُصْبُعٍ حَنِثَ، وَإِنْ جَعَلَهُ فِي مَاءٍ فَشَرِبَهُ فَلَا، أَوْ لَا يَشْرَبُهُ فَبِالْعَكْسِ. أَوْ لَا يَأْكُلُ لَبَنًا أَوْ مَائِعًا آخَرَ وَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ حَنِثَ، أَوْ شَرِبَهُ فَلَا، أَوْ لَا يَشْرَبُهُ فَبِالْعَكْسِ.

فامتصه حتى ذاب كله ووصل إلى جوفه لا يحنث؛ لأن الأكل هو المضغ والابتلاع، انتهى.

وفي «النهاية»: لو قال: لا آكل السكر فوضعه في فيه فذاب وابتلعه، فالذي قاله الأكثرون: إنه لا يحنث، وفيه وجه متجه؛ لأنه ليس بشرب، ولو مضغ وازدرد الرصاص حنث، وإن مضغ حتى انماع بمضغه، ففي حنثه الخلاف، والحنث هنا أولى مما إذا لم يوجد مضغ، انتهى.

فحصل على قول الجمهور أن الأكل يتوقف وجوده على ثلاثة أمور: المضغ، والترديد، والابتلاع، وقد يقال: المضغ والترديد واحد، والحاصل فيمن ابتلع ذوب السكر [ونحوها أوجه: ثالثها: إن مضغه حنث وإلا فلا] وفي «الذخائر»: فإن قيل: ما حقيقة الأكل؟ قلنا: أشارا في [التهذيب] و«الشامل» حكاية عن المذهب: إنه المضغ والازدراد، وفي «البسيط» حكاية عن المذهب: إنه لا يشترط في حصول اسم الأكل المضغ والترديد، بل يكفي ابتلاع العين المحلوف عليها.

قال: (**وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ سَوِيقًا فَسَفَّهُ أَوْ تَنَاوَلَهُ بِأُصْبُعٍ**) [أي مثلا].

(**حَنِثَ**) لأنه يعد آكلًا.

(**وَإِنْ جَعَلَهُ فِي مَاءٍ فَشَرِبَهُ فَلَا**) إذ الحلف على أكله ولم يوجد، هذا هو الصواب المذكور في «المحرر» و«الشرح» وغيرهما من الكتب، ووقع في كثير من نسخ «الشرح»: ولو ماثه في الماء فشربه حنث، وهو ذلك من ناقل.

قال: (**أَوْ لَا يَشْرَبُهُ فَبِالْعَكْسِ**) أي: فيحنث لوجود المحلوف عليه، وهو الشرب.

قال: (**أَوْ لَا يَأْكُلُ لَبَنًا أَوْ مَائِعًا آخَرَ وَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ حَنِثَ**) لأنه كذلك يؤكل.

(**أَوْ شَرِبَهُ فَلَا، أَوْ لَا يَشْرَبُهُ فَبِالْعَكْسِ**) [أي: لعدم الأكل].

أَوْ لَا يَأْكُلُ سَمْنًا فَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ جَامِدًا أَوْ ذَائِبًا حَنِثَ، وَإِنْ شَرِبَهُ ذَائِبًا فَلَا، وَإِنْ أَكَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ حَنِثَ إِنْ كَانَتْ عَيْنُهُ ظَاهِرَةً.

قال: (**أَوْ لَا يَأْكُلُ سَمْنًا فَأَكَلَهُ بِخُبْزٍ جَامِدًا أَوْ ذَائِبًا حَنِثَ**) أي: على المذهب المشهور؛ لأنه يعد آكلًا له، كما لو أكله جامدًا وحده، وكما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على زيد وعمرو، وقيل: لا يحنث؛ لأنه لم يفرده بالأكل، فأشبه ما لو حلف لا يأكل ما اشتراه زيد فأكل ما اشتراه زيد وعمرو، وقيل: إن أكله جامدًا مع غيره لم يحنث، وإن أكله ذائبًا مع غيره حنث.

قال: (**وَإِنْ شَرِبَهُ ذَائِبًا فَلَا**) لأنه شرب لا أكل.

قال: (**وَإِنْ أَكَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ حَنِثَ إِنْ كَانَتْ عَيْنُهُ ظَاهِرَةً**) أي: ممتازة بحس كما قاله الإمام؛ لأنه فعل المحلوف عليه، وزاد كما سبق، وإن كانت يمينه مستهلكة فلا.

واعلم أنه نص في مسألة الكتاب على الحنث، وفيما لو حلف لا يأكل خلًا فأكل سكْباجًا على عدمه، فقيل: قولان، أو وجهان، وهذا ضعيف؛ لأنه قال في «الأم»: لو حلف لا يأكل خلًا فأكل ما فيه خل لا يحنث؛ لأن الخل مستهلك فيه، ولم يزد على هذا، وهو يدل على أنه إن كان غير مستهلك فيه بأن بقي لونه وطعمه يحنث، قاله الروياني في «التجربة» وقيل: على اختلاف حال، وهو الظاهر.

وقال الشيخ برهان الدين - رحمه الله - في «تعليقه»: والحاصل من كلام الرافعي والماوردي في أكله العصيدة آراء:

أحدها: حنثه مطلقًا، ثانيها: عكسه، ثالثها: إن كان السمن ذائبًا حنث، أو جامدًا فلا، رابعها: إن كان ظاهرًا فيه إن بقي لونه إمَّا وحده أو مع غيره حنث، وإلا فلا، قال الماوردي: وهو مذهب الشافعي، وعليه جمهور أصحابه، وخامسها: إن كان ظاهرًا يُرى جزمه بأن بقي لونه وطعمه حنث، وإن كان مستهلكًا لم يحنث، وهذا ما رجَّحه الرافعي على أن كلامه محتمل، انتهى.

قال: لو حلف لا يأكل الدهن هل يحنث بالسمن؟ قال القاضي الحسين:

وَيَدْخُلُ فِي فَاكِهَةٍ رُطَبٌ وَعِنَبٌ وَرُمَّانٌ وَأُتْرُجٌّ وَرُطَبٌ وَيَابِسٌ .

قُلْتُ: وَلَيْمُونٌ وَنَبْقٌ وَكَذَا بِطِّيخٌ وَلُبُّ فُسْتُقٍ وَبُنْدُقٍ وَغَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ، ....

إن حلف بالعربية فلا، أو بالفارسية حنث، وجرى على ذلك [الماوردي][1] والبغوي في «تعليقهما».

قال: (**وَيَدْخُلُ فِي فَاكِهَةٍ رُطَبٌ وَعِنَبٌ وَرُمَّانٌ وَأُتْرُجٌّ وَرُطَبٌ وَيَابِسٌ**) أي: لوقوع اسم الفاكهة عليها.

قال المطرزي: الفاكهة ما نتفكه به، أي: يتنعم بأكله.

وقال الراغب: الفاكهة، وقيل: الثمار كلها، وقيل: الثمار ماعدا العنب والرمان، انتهى.

وهذا شاذ ولعلَّه من كلام الحنفية، وعطفها في قوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ۝٦٨﴾ [الرحمن:٦٨] لتخصيصهما وتمييزهما كقوله تعالى: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة:٩٨].

قال: (**قُلْتُ: وَلَيْمُونٌ وَنَبْقٌ**) أي: وتين وتفاح وكمثرى وسفرجل وخوخ ومشمش وَإِجَاص وموز.

قال في «البيان» و«الذخائر» و«الحاوي» و«التهذيب»: وتوت، وعدَّ جماعة منها النارنج كالليمون.

قال الْفَارِقِيّ: هذا إذا كانا طريين.

قلت: وعدُّها من الفاكهة بعيد من العرف [جدًّا وإن كانا طريين].

قال: (**وَكَذَا بِطِّيخٌ وَلُبُّ فُسْتُقٍ وَبُنْدُقٍ وَغَيْرُهُمَا**) أي: من اللبوب كَلُبِّ اللوز، والجَوز.

(**فِي الْأَصَحِّ**) لأنها مما نتفكه به، والترجيح في البطيخ ظاهر، وقيل: لا كالخيار ونحوه، وأمَّا في اللبوب فلما ذكرناه من التفكه [ووجه المنع: إنها لا تعد عرفًا من الفاكهة] وهو الظاهر المختار.

---

(١) في نسخة: (المروزي).

……

تنبيهات: اعلم أن تحنثه باليابس ممنوع، وإن جزم به جماعة، قال الماوردي: يحنث بجميع أنواع الفاكهة من ثمار الأشجار كلها؛ كالتفاح والمشمش والكمثرى والسفرجل والنبق والتوت والرمان والعنب والرطب، ثم قال: إذا ثبت ما يدخل في اسم الفاكهة حنث بأكله رطبًا، فإن أكله يابسًا فهو على ضربين: أحدهما: ما ينتقل عن اسمه بعد يبسه كالتمر والزبيب فلا يحنث بأكله، وقد خرج عن الفاكهة بزوال اسمه.

والثاني: لا ينتقل اسمه بعد جفافه؛ كالتين والخوخ والمشمش، ففي تحنيثه بأكله وجهين: أحدهما: يحنث لبقاء اسمه، والثاني: لا؛ لانتقاله عن صفته.

قال ابن الصلاح: والتسوية بين الرطب واليابس هو المذكور في «النهاية» و«الوسيط» و«تعليق» [الشاشي][1] و«التهذيب» والمقطوع به في «التتمة» أن الفاكهة لا تتناول اليابس، وأحسن الماوردي ثم ذكر كلامه، انتهى.

وفي «شرح الكفاية» للصيمري: ولو حلف لا يأكل فاكهة فأكل التمر لم يحنث، وقيل: إن كان بالبصرة وسوادها لم يحنث، وإن ببغداد حنث لأنه يعدّ فاكهة فيحنث، انتهى.

وممن اقتضى كلامه أنه لا يحنث باليابس الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» حيث قال: إذا قال: والله لا آكل الثمار أو الفاكهة حنث بأكل ما يتفكه به من الرطب، والعنب، والرمان، وسائر الفواكه والبطيخ، والظاهر أنها طريقة العراقيين.

وحكى الماوردي وجهًا أن الرطب فاكهة في بلدٍ يقل فيه كبغداد دون ما يكثر به كالبصرة.

قال: والجمهور أنه فاكهة في جميع الأمصار كالعنب والرمان، انتهى.

وبالجملة: فالأظهر المختار طريقة العراق، ويعتد عرفًا كون الزبيب

---

[1] في نسخة: (القاضي الحسين).

لَا قِثَّاءٌ وَخِيَارٌ وَبَاذِنْجَانٌ وَجَزَرٌ، ....

والتمر ونحوهما ولب الجوز واللوز ونحوهما من الفاكهة، وإن اقتضى الاشتقاق ذلك، وكذلك الليمون والنارنج، ومما نتفكه به أشياء من النبات البري والبستاني، ولم يعدها أحد - فيما أعلم- من الفاكهة، وقول الرافعي في كلامه على الأدم الواجب للزوجة: وَقَدْ تَغْلِبُ الفَوَاكِهُ فِي أَوْقَاتِهَا فَتَجِبُ، مشيرًا إلى اختصاصها بالرطب دون اليابس؛ إذ هو مستمر الوجود.

قال: (لَا قِثَّاءٌ وَخِيَارٌ وَبَاذِنْجَانٌ وَجَزَرٌ) لأنها من الخضراوات لا الفواكه.

قال ابن الرفعة: وأبدى بعضهم في القثاء تردد، انتهى.

وعرف أهل العصر عد الخيار من الفاكهة، ولعلَّه أولى من الليمون والنارنج، ووقع في [«الوسيط»][(١)]: وفي القثاء تردد، وصوابه ما في «النهاية» و«البسيط» [والوجيز] وغيرها: إنه لا يحنث بالقثاء، وفي البطيخ تردد، قاله [ابن الصباغ][(٢)] والمشهور عرفًا أن الخيار غير القثاء.

وقال الجوهري: القثاء الخيار، وقال في خبر: الخيار والقثاء[(٣)].

فروع: لو حلف لا يأكل الرمَّان والعنب فامتص ماءه ورمى ثُفْله لم يحنث، قاله القاضي الحسين ومن تبعه، وجرى عليه الرافعي والمصنف.

قال الإمام: وفيه احتمال، فإن كان يمج الثُفْل يسمى آكلًا للرمان والعنب، والمتبع في الأيمان خاصة العرف والإطلاق لا حقائق الصور، نعم لو جمع ماء الرمان والعنب وشربهما فليس آكلًا، انتهى.

لو حلف لا يأكل رطبًا فَأَكَلَ مُنَصَّفًا، فإن أكل ما رطب منه حنث، أو ما لم يرطب منه فلا، وإن أكل حنث، قال الروياني في «التجربة»: وغلط من قال غيره.

قال: ولو قال: [آكل][(٤)] رطبة فَأَكَلَ مُنَصَّفًا لم يحنث؛ لأنه يقتضي كون جميعها رطبة، وفي اندراج الزيتون في الفاكهة وجهان عن «البحر» والوجه

---

(١) في نسخة: (البسيط). (٢) في نسخة: (ابن الصلاح).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٠٦) ومسلم (٥٤٥١).

(٤) في نسخة: (لا آكل).

وَلَا يَدْخُلُ فِي الثِّمَارِ يَابِسٌ، والله أَعْلَمُ، ....

المنع: ولو حلف لا يأكل بسرًا أو لا رطبًا منصَّفًا حنث على ظاهر المذهب؛ لأن فيه رطبًا وبسرًا، وفيه وجه: إنه لا يحنث.

قال: (وَلَا يَدْخُلُ فِي الثِّمَارِ يَابِسٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ) ونسبه في أصل «الروضة» إلى الجمهور، وقلّ من ذكر المسألة، وعبارة الرافعي: وذكروا أنه لو حلف لا يأكل الثمار اختصت بالرطب، انتهى.

ووجَّهه إبراهيم المروزي بأن الثمرة اسم للرطب من الفواكه، وقضية كلام الْمحَامِلِيّ وغيره أن الثمار والفواكه شيء واحد، وفي «الحاوي»: الاستدلال على أبي حنيفة بأن العنب والرطب والرمان فاكهة، ودليلنا: «إنه ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ قِيلَ: وَمَا تُزْهِي؟ قال: حَتَّى تَحْمَرَّ»(١).

والدليل من وجهين: أحدهما: أن الفواكه هي الثمار والرطب من أجلها، ثم قال: وقال الخليل: الفاكهة الثمار، ثم قال: فأمَّا ثمار ما عدا الأشجار، فالموز فاكهة [والبطيخ فاكهة] انتهى.

واستشكل الشيخ برهان الدين ـ ﵀ ـ ما جزم به المصنف [في الثمار] وقطعه بدخول اليابس في الفاكهة دون الثمار.

قال: ولا يظهر لذلك معنى، ومن العجائب كون الخيار ليس من الفاكهة، ولب الفستق والبندق منها، والعرف قاضٍ بالعكس، فإن كان هذا من حيث اللغة فمن نقله، وإن كان من حيث العرف فممنوع.

واعلم أن كلام الرافعي على الصورتين كلام من لم يتبع النقل، فإنه ادعى أن المشهور في الفاكهة ما سبق من التعميم، ثم قال: وذكروا إنه لو حلف لا يأكل الثمار اختصت اليمين بالرطب، ولم يتناول الفواكه اليابسة، وسوى في «التتمة» بينهما، وقال: الفاكهة لا بتناول اليابس كالثمرة، فإن هذا عن تحقيق أحوج إلى إعلام قوله في الكتاب، ويحنث بيابس الفواكه في العراق، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٨٧)، ومسلم (٣٩٤١).

وَلَوْ أَطْلَقَ بِطِّيخٌ وَتَمْرٌ وَجَوْزٌ لَمْ يَدْخُلْ هِنْدِيٌّ.

وَالطَّعَامُ يَتَنَاوَلُ قُوتًا وَفَاكِهَةً وَأُدْمًا وَحَلْوَى.

فأفهم استغراق ما ذكره المتولي، وتردد في ثبوته وجهًا، وهو الوجه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَ بِطِّيخٌ وَتَمْرٌ وَجَوْزٌ لَمْ يَدْخُلْ هِنْدِيٌّ**) هذا ما أورده في «التهذيب» و«التعليق» وتبعه في «المحرر» كعاداته، وقال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وإن حلف على الجوز حنث بالهندي، [أو على التمر لم يحنث بالهندي] أو على الخيار لم يحنث بالخيار شنبر، انتهى.

وفي «البسيط» و«النهاية»: لو حلف على الجوز حنث بالهندي، أو على التمر لم يحنث بالهندي، هكذا قاله القاضي، وهو حسن، فإن اسم التمر لا يطلق فيه ما لم يصف بالهندي، زاد في «النهاية» ولهذا اتجاه في الجوز الهندي أيضًا، ولكنه في التمر الهندي أظهر، والعرب لا تسمي التمر الهندي تمرًا، وإنما تسميه: الحمر، فإن عورضنا بتسمية الجوز الهندي الرَّانِج فالعرب لا تعرف ذلك، وأنا أراه اسمًا معربًا، انتهى.

وأمَّا ما ذكره في البطيخ الهندي وهو الأخضر، ولم أره إلا في كلام البغوي، والقاضي حسين، ونقله عرفهم هناك، وأمَّا أهل الشام ونحوهم فلا يعرفون ذلك، بل الأخضر عندهم أشهر، وأكثر ويبقى عندهم غالب الحول، فالظاهر المختار عدم الفرق بين النوعين، والله أعلم.

قال: (**وَالطَّعَامُ يَتَنَاوَلُ قُوتًا وَفَاكِهَةً وَأُدْمًا وَحَلْوَى**) كذا قال هنا، وقال في باب الربا: الطعام ما قصد للطعم اقْتِيَاتًا أَوْ تَفَكُّهًا أَوْ تَدَاوِيًا، وسبق بيانه بما فيه واستشكاله، وإن اختلف بأحد البابين؛ لأنَّا إن نظرنا إلى حقيقة اللفظ لغةً اتحد الموضعان، وإن نظرنا هنا إلى العرف فأهله لا يسمون الفاكهة والحلوى أو نحوهما طعامًا.

قال الماوردي: اسم الطعام في الشرع فيطلق على كل مطعوم، وفي العرف بالعراق على الحنطة، وحمله على عرف الشرع أولى، فإن كان له نيّة

……………………………………………………………………

حمل على نيّته.

قلت: ونص الشافعي: إنه لو وكَّله ليشتري له طعامًا انصرف إلى الحنطة، قال الأصحاب: اعتبارًا بعرفهم، والعجب أن الأدم طعام لغة، ولم يذكره المصنف هناك، وفي «المهذب» وغيره: إنه لو حلف لا يأكل طعامًا حنث بكل ما يطعم من قوت وغيره من أدم وفاكهة وحلوى، وهل يحنث بأكل الدواء؟ فيه وجهان: **أحدهما:** لا؛ لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الطعام. **والثاني:** يحنث؛ لأنه يتطعم في حال الاختيار، ولهذا يحرم فيه الربا، ولم يرجح الرافعي والمصنف منهما شيئًا، وبالأول جزم الماوردي، وقال الْفَارِقِيّ: الصحيح الثاني، فإن كل ما جعل طعامًا في الربا كان طعامًا في غيره، وبه جزم ابن أبي عصرون في «تنبيهه» وفي «انتصاره» ثم قال: وفيه وجه: إنه لا يحنث بالأدوية، ولنا: أن اسم الطعام يقع على الجميع.

قال تعالى: ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [آل عمران: ٩٣] وكالربا؛ لأن الجميع مطعوم، وهذا قضية ما في «تعليق» البغوي حيث قال: فإنه يتناول جميع الأطعمة، فلو قال: أردت به نوعًا من الطعام، أو قال: لا ألبس ثوبًا، ثم قال: أردت ثوبًا دون ثوبٍ، أو قال: لا أشرب شرابًا، وقال: أردت نوعًا، فيقبل في الباطن دون الظاهر، انتهى.

واعلم أن في النفس جوازه من المسألة، وعرف أمصار الشام وغيرها أن الطعام عبارة عمَّا يطبخ في القدر ونحوها، ولا يسمّون غيره طعامًا، وإذا سأل واحدٌ صاحبه: أكلت اليوم طعامًا أو كان غداؤكم أو عشاؤكم طعامًا، [فيحلف](١): لا والله بل خبزًا أو لبنًا وجبنًا ونحو ذلك من الأدم، ويقول قائلهم: لم يتفق لنا طعام اليوم لشغل الأهل عن الطبخ ونحو ذلك من عباراتهم، ولا يعرفون أن الطعام ينطلق على الرُّبُوب والحلوى والفواكه وغيرها، فكيف يحمل إطلاق الحالف منهم على ذلك وغيره من الأدوية،

---

(١) في نسخة: (فيحنث).

وَلَوْ قَالَ لَا آكُلُ مِنْ هَذِهِ الْبَقَرَةِ تَنَاوَلَ لَحْمَهَا دُونَ وَلَدٍ وَلَبَنٍ، أَوْ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ فَثَمَرٌ دُونَ وَرَقٍ وَطَرَفِ غُصْنٍ].

وتحنيثه به؟ هذا بعيدٌ جدًّا، فالعلم عند الله العظيم.

قال: (**وَلَوْ قال: لَا آكُلُ مِنْ هَذِهِ الْبَقَرَةِ، تَنَاوَلَ لَحْمَهَا دُونَ وَلَدٍ وَلَبَنٍ، أَوْ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ فَثَمَرٌ دُونَ وَرَقٍ وَطَرَفِ غُصْنٍ**) أي: إلا أن ينويه، كما قاله البغوي، وقد عدَّ الرافعي من أصول الباب تبعًا للقاضي الحسين أنه إذا كان لليمين حقيقة متعارفة ومجاز غير متعارف، حُمل اللفظ على الحقيقة المتعارفة، ومثل بالصورة الأولى، زاد في «التهذيب»: حتى لو كانت حاملًا أو لَبُونًا فأكل من لحم ولدها أو شرب من لبنها لم يحنث، قالوا: وإن كان لها مجاز متعارف وحقيقة غير متعارفة حُمل على المجاز المتعارف، ومثَّلوا بصورة الشجرة.

واعلم أن المتبادر من قولهم: يتناول لحمها قصر الحنث على أكل اللحم، كما لو حلف لا يأكل اللحم.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو حلف لا يأكل من هذه الشاة يُحمل على اللحم والشحم والألية دون لبنها، وما اتخذ منه، انتهى.

وكذا قاله في «الكافي» والظاهر هو أن الكرش والكبد وغيرهما من أجزائها، والمخ والدماغ وجميع ما يؤكل منها في حكم اللحم؛ لأنه أكل منها، بخلاف قوله: لا آكل اللحم، نظرًا إلى الاسم، وحينئذ يُحمل قولهم: يتناول لحمها على أن المراد اللحم وغيره من أجزائها المأكولة، دون اللبن والولد خاصة.

فرع: قاله في «الروضة»: يدخل في اللبن لبن الأنعام، والصيد، والحليب، والرائب والماست والشيراز والمخيض، وتوقف بعضهم في الشيراز.

قال القاضي أبو الطيب: ولا معنى للتوقف، وفي المخيض وجه ضعيف، انتهى.

ورأيت في «تجربة» الروياني: لو حلف لا يأكل لبنًا، فأكل لبنًا أو رائبًا أو شيرازًا.

....

قال القاضي الإمام أبو الطيب: يحنث في كل ذلك، وسائر أصحابنا قالوا: لا يحنث في شيء منها؛ لأن الاسم لا يقع عليها عرفًا، وهذا أصح، انتهى.

وكأن قائل هذا يحمل إطلاق اللبن على الحليب خاصةً، وهو غريب، والظاهر أن ما ذكره سهو من ناقل، أو من خلل وقع في النسخة.

ولو أكل الزبد فأوجه: أصحها: إن كان اللبن ظاهرًا [حنث] أو مستهلكًا فلا، ولا يحنث بالسمن والجبن والبصل والأقط، قيل: يحنث بكل ما يستخرج من اللبن، والصحيح الأول.

فَرْعٌ: قال في «الروضة»: وإن حلف لا يأكل أدمًا حنث بكل ما يؤتدم به، سواء كان مما يصطبغ به؛ كالخل والدبس والشيرج والزيت والسمن والمري، أو لا يصطبغ به كاللحم والجبن والبقل والبصل والفجل والثمار، وكذا التمر والملح على الصحيح فيهما، انتهى.

ورجَّح في «التنبيه» أنه لا يحنث بالتمر.

قال الْفَارِقِيّ: وهو الصحيح؛ إذ ليس بأدم في العرف والعادة، وفي معناه: العسل، والزبيب، والتين، وما أشبه ذلك، وإنما سمى ﷺ التمر أدمًا على سبيل المجاز لا أنه أدم حقيقة وعرفًا، وقال صاحب «الانتصار»: لا يحنث بالتمر والزبيب في أقيس الوجهين.

وفي «التتمة»: إنه إن كان بدويًا حنث بالملح؛ لأنهم يسمونه أدمًا، وإن كان من غيرهم فوجهان، فحصل فيه ثلاثة أوجه.

وعدَّ في «البيان» من الأدم: الفانيد والسكر، وهو بعيد، وقال الماوردي: يحنث بأكل اللحم والسمك والجبن والملح والزيتون وبما يصطبغ به كالخل والزيت واللبن والسمن، ثم قال: مما يستطاب به أكل الخبز أربعة أقسام:

أحدها: ما يكون أدمًا يحنث بأكله منفرد، أو بالخبز وهو ما يؤدم في الأغلب من اللحم والسمك والبيض واللبن وما في معناه.

والثاني: ما لا يكون أدمًا فلا يحنث بأكله منفرد، أو لا مع الخبز، وهو

....

الفواكه كلها؛ لأن اسم الأدم لا ينطلق عليها في عرف عام ولا خاص، والمستأدم بها خارج عن العرف.

والثالث: ما لا يكون أدمًا إذا انفرد عن الخبز، ويصير أدمًا مع الخبز، وهو ما يستأدم به في خصوص العرف دون عمومه؛ كالعسل، والدبس، والتمر، فلا يحنث بأكله منفردًا، ويحنث بأكله مع الخبز.

والرابع: ما اختلف فيه لاختلاف أحواله، فيؤكل تارة قوتًا، وتارة أدمًا؛ كالأرز والباقلاء، وله أحوال:

أحدها: أن يأكله مخبوزًا فهو قوت لا يحنث بأكله.

والثانية: أن يأكله مطبوخًا بخبز ويصطبغ به، فقد صار بهذه الصفة أدمًا يحنث به.

والثالثة: أن يأكله مطبوخًا منفردًا بغير خبز ففي حنثه بأكله أوجه:

ثالثها: يعتبر عرف بلده، فإن كان في عرفهم أدمًا كأهل العراق حنث بأكله، وإن كان في عرفهم قوتًا كأهل طبرستان لم يحنث بأكله، انتهى.

واعلم أن الشيخين صورا الفرع فيما لو حلف لا يأكل أدمًا، وصوره المروزي والبغوي في «تعليقهما» فيما لو حلف لا يأكل خبزًا بأدم، وقالا: حنث بأكله مع اللحم، وكل ما يتعين على الخبز، انتهى.

فَرْعٌ: قال في «الروضة»: لو حلف لا يأكل قوتًا حنث بكل ما يقتات به من الحبوب، ويحنث بالتمر والزبيب واللحم إن كان ممن يقتات بها، وإلا فوجهان.

وقال الماوردي: لو قال: والله لا أكلت قوتًا، فالأقوات ما قامت بها الأبدان، وأمكن الاقتصار عليها، وهو معتبر بالعرف، والعرف فيه ضربان: عرف شرع، وعرف استعمال.

فأمَّا عرف الشرع: فهو منطلق على ما وجبت فيه زكاة العين، [وجاز فطره فيحنث، سواء دخل في عرف قوت الحالف أو خرج عنه.

……

وأمَّا عرف الاستعمال]: فما خالف فيه عرف الشرع ضربان: عرف اختيار، وعرف اضطرار.

فأمَّا عرف الاختيار فَكَالْبَوَادِي يَقْتَاتُونَ أَلْوَانَ الْحُبُوبِ وَسُكَّانِ جَزَائِرِ الْبِحَارِ يَقْتَاتُونَ لُحومَ السمك وَسُكَّانِ تِلْكَ الْجِبَالِ يَقْتَاتُونَ لُحُومَ الصَّيْدِ، فَيَحْنَثُ كُلُّ قَوْمٍ مِنْهُمْ بِأَكْلِ عُرْفِهِمْ فِي أَقْوَاتِهِمْ، وَلَا يَحْنَثُونَ بِعُرْفِ غَيْرِهِمْ؛ لِخُصُوصِهِ فيهم، وَيَحْنَثُونَ بِالْعُرْفِ الشَّرْعِيِّ؛ لِعُمُومِهِ فِيهِمْ، وَلَا يَحْنَثُ غَيْرُهُمْ بِعُرْفِهِمْ.

وَأَمَّا عُرْفُ الِاضْطِرَارِ: فَكَأَهْلِ الْفَلَوَاتِ يَقْتَاتُونَ الْحَشِيشَ فِي زَمَانِ الْجَدْبِ، وَيَقْتَاتُونَ الْأَلْبَانَ فِي غَيْرِهَا فِي زَمَانِ الْخِصْبِ، فَيَحْنَثُونَ فِي زَمَانِ الْجَدْبِ بِقُوتِهِمْ فِي الْجَدْبِ وَالْخِصْبِ، وَيَحْنَثُونَ فِي زَمَانِ الْخِصْبِ بِقُوتِهِمْ فِي الْخِصْبِ دُونَ الْجَدْبِ، وَيَكُونُ عُرْفُ الزَّمَانِ معتبرًا كما كان عرف المكان معتبرًا ثم قال فإن له نية حمل في جميع ما ذكرناه على نيته، انتهى.

فَرْعٌ: لو قال: لا أذوق، قال إمام الحرمين: فأدرك الطعام وازدرد منه المقدار الذي يزدرده الذائق، فهذا ليس أكلًا ولا شربًا، هكذا ذكره القاضي والأصحاب، ثم قال بعد ذلك: وفيما قدمته دقيقة يجب التنبه لها، وهي: إن من حلف على الأكل حنث بالقليل والكثير، وإذا كان كذلك فالمقدار الذي يتجرعه الذائق لم يخرج عن الأكل والشرب مع قول الأصحاب: إن الحنث يحصل بالقليل حصوله بالكثير، وإذا جمع بين هذا، وما ذكروه من أن ما يحصل الذوق به ليس حنثًا في الأكل والشرب بيّنا له بعد هذا التنبيه مسلكان:

أحدهما: إن المقدار الذي هو على حد الذوق ليس أكلًا ولا شربًا، وإنما يحصل الأكل والشرب بعد ذلك، ثم تنقسم إلى القلة والكثرة.

والمسلك الثاني: أن يقال الزائد على حد الذوق لا يعتبر فيه القصد، وهو أكل وشرب، والقدر الذي يحصل به الذوق يختلف الأمر فيه بالقصد، فإن قصد الأكل ولم يبغ درك طعمه فهو آكل وشارب، وإن قصد درك الطعم فهو ذائق وليس بآكل ولا شارب، فهذا هو الممكن عندنا، انتهى.

....

وقال الرافعي: وإن أدرك طعم الشيء، والإمساك في الفم، ثم مجه ولم ينزل إلى حلقه فوجهان: أصحهما: الحنث؛ لأن الذوق عبارة عن إدراك الطعم، وقد حصل.

قال الشيخ برهان الدين في «تعليقه»: ويشكل على هذا التعليل قوله من بعد: لو حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتى حصل في جوفه لم يحنث، جزم بذلك مع أنه أدرك الطعم.

قال: والحاصل في الذوق ثلاثة أوجه: أصحها: إنه إدراك الطعم سواء كان مع وصول شيء إلى الباطن أم لا، والثاني: إدراكه مع وصول شيء نزر إلى الباطن، والثالث: أنه الاقتصار على إدراك الطعم، انتهى.

وكنت أجبت عن استشكاله بأنه حلف على فعله، والمؤجر كرهًا لا فعل له، ولا اختيار، والمؤجر طوعًا لا فعل له، وإن أدرك الطعم ثم توقفت فيه، فإن الرافعي نقل هذا الفصل كله عن «البيان» ولفظه: وإن حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر نفسه أو أجره غيره باختياره في حلقه حتى وصل إلى جوفه لم يحنث؛ لأنه [لم يأكل ولم يشرب] ولم يذق، انتهى.

فقوله: فأوجر نفسه يدفع الجواب، فلم يبق فيه إلا تخيل أن الإيجار لا يكون معه ذوق، وهو بعيد، وفي «الانتصار»: ولو حلف لا يأكل، ولا يشرب، ولا يذوق، ولا يطعم، فأوجر في حلقه فوصل إلى جوفه بغير اختياره لم يحنث في شيء من ذلك؛ لأنَّا كما جعلنا كأنه لم يذق، وإن عرف طعمه لعدم الاختيار جعلناه كأنه لم يطعم، وإن صار طاعمًا لعدم الاختيار، وذكر في «المهذب»: إنه يحنث في الطعام؛ لأنه جعله له طعامًا، وفيه نظر، فإنه جعله له طعامًا، وإنما غيره جعله له طعامًا، ولو أراد بقوله: لا طعمته: لا وجدت طعمه، حنث؛ لأنه قد وجد طعمه، انتهى.

فَرْعٌ: قال في «البيان»: وإن قال: والله لا طعمت هذا الطعام، فأوجر نفسه، أو أوجره غيره باختياره حنث؛ لأن معناه: لا جعلته لي طعامًا، وقد

جعله طعامًا له، انتهى.

ونقله الرافعي عنه فيما إذا أوجر نفسه وحذفت «الروضة» لفظة: (نفسه)، انتهى.

وهذا إخلال، وعبارة «المهذب»: وإن قال: لأطعمت هذا الطعام، فأوجر في حلقه حنث؛ لأن معناه، وذكر ما سبق.

قال الْفَارِقِيّ: والقياس يقتضي ألَّا يحنث؛ لأنه ما جعله طعامًا له، وإنما جعل بغير اختياره، وهو كما لو قال: لا ذقت هذا، فأوجر في حلقه، فإنه وإن حصل الذوق له لم يحنث؛ لأنه لم يذقه بفعله، وإنما حصل بفعل غيره، فكذلك هاهنا.

قلت: وهذا ظاهر، لكن لعلَّ مراد «المهذب» ما ذكره العمراني، وإلا فما أطلقه مشكل كما صنع في «الروضة» وقال ابن أبي عصرون: فلو قال: والله لا طعمت طعم هذا الطعام، أو لا عرفت حلاوته، أو مرارته، فأوجر في حلقه لا يحنث؛ لأنه ما عرف حلاوته، وتطعم طعمه بفعله، وإنما يريد بهذه اليمين الحلف على فعله، وهو لم يفعل فهو كقوله: لا ذقت هذا الطعام وقد بيّناه، وفيه نظر، هذا لفظه.

فَرْعٌ: اسم الماء يتناول العذب والمالح وذوب الثلج والجمد لا أكلها، والثلج ليس بجمد، ولا العكس، ولو حلف لا يأكلها لم يحنث بشرب ذوبهما، وفي ماء البحر وجه، فقضية كلام الماوردي في الربا موافقته، وفي الماء المنجس وجهان كما مرّ في لحم الميتة، ولو قال: لا أشرب ماء هذا النهر أو البحر أو البئر العظيمة فهل يحنث بشرب بعضه؟ وجهان: أصحهما وبه قال الجمهور: لا، كمسألة الإداوة.

قال القاضي أبو الطيب: وينبغي أن يقال: لا تنعقد يمينه، ولو حلف: لتشربن ماء هذا النهر أو البحر فوجهان: أصحهما: لا يبر ببعضه، وتلزمه الكفارة في الحال على الأصح، وصور الحلف على شرب الماء كثيرة واضحة.

قال المصنف: [فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مَنْثُورَةٍ]: حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ التَّمْرَةَ فَاخْتَلَطَتْ بِتَمْرٍ فَأَكَلَهُ إِلَّا تَمْرَةً لَمْ يَحْنَثْ، أَوْ لَيَأْكُلَنَّهَا فَاخْتَلَطَتْ لَمْ يَبَرَّ إِلَّا بِالْجَمِيعِ.

أَوْ لَيَأْكُلَنَّ هَذِهِ الرُّمَّانَةَ فَإِنَّمَا يَبَرُّ بِجَمِيعِ حَبِّهَا.

ووقع في «الروضة» في نسخة المصنف وغيرها، ولو قال: لا أشرب ماء الفرات، أو لا أشرب من الفرات، فسواء أخذه بيده، أو في إناء، أو كرع فيه حنث، وصوابه: لا أشرب من ماء الفرات، فسقط عليه لفظة: (من) الدالة على التبعيض.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مَنْثُورَةٍ: حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ التَّمْرَةَ فَاخْتَلَطَتْ بِتَمْرٍ فَأَكَلَهُ إِلَّا تَمْرَةً لَمْ يَحْنَثْ**) لجواز أنها المحلوف عليها [والأصل براءة ذمته، وكذلك الحكم لو ضاع من الجميع تمرة أو أخذها طائر، وجاز أنها المحلوف عليها].

(**أَوْ لَيَأْكُلَنَّهَا فَاخْتَلَطَتْ لَمْ يَبَرَّ إِلَّا بِالْجَمِيعِ**) أي: إذا لم يحصل اليقين إلا به؛ لاحتمال أن يكون المتروكة هي المحلوف عليها، قال الإمام: وهذا بناه الأصحاب على طلب اليقين، وقد يعرض صور ويحصل اليقين فيها دون ذلك، وذلك بأن تقع التمرة في جانب [من الصُّبْرَةِ، ولا شك أنها لم تغص فيها، فإذا أخذ الحالف بلفظ التمر فأكل من الجانب] الذي وقعت التمرة عليه استيقن أنه أتى عليها فالمتبع اليقين لا غير، انتهى.

وهذا ظاهر، وقد يقال: إذا أخذ في التقاط الحبات التي على وجه ذلك الجانب، فإن تيقن أنه لم يتساقط شيء من الطبقة العليا على ما تحتها فذاك، وإن تردد فيه فلا؛ لأن الغالب أن بعض الحبات تستند إلى بعض، فبرفع الدنيا تسقط العليا، ويتصور اليقين في صور كثيرة، فإن تقع على رَأْسِ قَوْصَرَّةٍ وجَوالق فيأكل الطَّبَقَةَ الْعُلْيَا مِنْه أو على صُبرة [ويحتمل جانبها فيرفع جميع ما وجه للصبرة] فيأكله، أو تكون متميزة بصفة فيأكل ما هو كذلك كله، أو يكون التمر من أنواع، وهي من أحدها، فيأكل جميع ذلك النوع.

قال: (**أَوْ لَيَأْكُلَنَّ هَذِهِ الرُّمَّانَةَ فَإِنَّمَا يَبَرُّ بِجَمِيعِ حَبِّهَا**) لأن يمينه تعلقت

أَوْ لَا يَلْبَسُ هَذَيْنِ لَمْ يَحْنَثْ بِأَحَدِهِمَا، فَإِنْ لَبِسَهُمَا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا حَنِثَ، أَوْ لَا أَلْبَسُ هَذَا وَلَا هَذَا حَنِثَ بِأَحَدِهِمَا، ....

بالجميع، ولو قال: لا آكلها، فترك حبه لم يحنث، وهو إن صدق عرفًا أنه أكلها، لكن من قال ما أكلها ليس جائزًا على الظاهر، فإذن العرف متردد، والوضع يقتضي عدم الحنث فيقين. قاله الإمام.

قال: (**أَوْ لَا يَلْبَسُ هَذَيْنِ لَمْ يَحْنَثْ بِأَحَدِهِمَا**)؛ إذ الحلف عليهما.

(**فَإِنْ لَبِسَهُمَا مَعًا أَوْ مُرَتَّبًا حَنِثَ**) لوجود ما حلف عليه.

(**أَوْ لَا أَلْبَسُ هَذَا وَلَا هَذَا حَنِثَ بِأَحَدِهِمَا**) أي: لأنهما يمينان لا تحل أحدهما بالحنث، في الأخرى، ومن أمثلة المسألة: لا آكل هذا ولا هذا، ولا آكل هذا ولا هذا، ولا أستر هذا ولا هذا، أو لا أدخل هذا ولا هذا... وغير ذلك.

ووقع في «الوسيط»: إنه لو قال: لا آكل، ولا أكلم زيدًا لم يحنث إلا بمجموعهما، وهو منتقد ومأخوذ مما تقدمه بحث لإمامه كما سيأتي، وعجب نقله في «البسيط» عن الأصحاب، واستشكاله.

فَرْعٌ: لو قال: لا أكلم أحدهما، أو قال: واحدًا منهما، ولم يقصد واحدًا بعينه حنث بكلامه لأحدهما، ويحل اليمين فلا يحنث بكلام الآخر، قال الرافعي والمصنف: قال المتولي: وكذا في الإثبات إذا قال: لألبسن هذا الثوب وهذا الثوب، فهما يمينان لوجود حرف العطف، ولكل واحدة حكمها.

قال الرافعي: وفي هذا توقف، ولو أوجب حرف العطف كونهما يمينين لأوجب في قوله: لا أكلم زيدًا أو عمرًا، ولا آكل اللحم والعنب كونهما يمينين، لا كما إذا قال: لا أكلم هذين الرجلين، أو لا آكل هذين الطعامين، انتهى.

وقال عمرو بن الصلاح عن كلام المتولي: وأحسب هذا من تصرفه، وما نقله الإمام عن الأصحاب هو المعتمد في نقل المذهب، يعني نقله عنه أنه حكى عنهم أنه لو قال: لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف أنه لا يحنث إلا بأكلهما كما في صيغة التثنية، وذكر الإمام أن فيه إشكالًا من حيث أن العطف

……………………………………………………………………

يقتضي الشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في المذكور فيه، فهو في التقدير كأنه قال: والله لا آكل هذا الرغيف والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال كذلك محققًا حنث بأحدهما، فكذا إذا كان ذلك مقدرًا، انتهى.

وعبارة الإمام على ما رأيته: لو قال: لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف، فالذي ذكره الأصحاب أنه لا يحنث إلا بأكلهما، كما لو عبَّر عنهما بصيغة التثنية قائلًا: لا آكل هذين الرغيفين، وهذا قد يعترض فيه إشكال من جهة أن المعطوف إذا ارتبط بفعل صدر الكلام به كان صدر الكلام في حكم المستأنف مع المعطوف، فإذا قال الرجل: رأيت زيدًا وعمرًا كان التقدير: رأيت زيدًا ورأيت عمرًا، وإذا قال: لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف، أو قال: والله لا آكل هذا الرغيف ولا أكلم زيدًا فالتقدير: والله لا آكل هذا الرغيف، والله لا أكلم زيدًا، ولو كرر اليمين تحقيقًا لانفردت كل يمين عن الأخرى، ولاستقلت كل واحدة بعقودها، ثم يترتب عليه أنه يحنث بأحد المذكورين في اليمين المربوطة به، هذا هو السؤال.

واقتضى ما ذكره الأصحاب أن الاسم المعطوف على الاسم بمثابة الاسمين المجموعين في صيغة التثنية، هذا وجه التثنية، والإشكال قائم في المسألة، وما قطع به ما نقلته، انتهى.

ومن هنا أخذ الغزالي ما ذكره، قال أبو عمرو: والاعتذار للأصحاب عن الإشكال المذكور بأن المقدر ليس بلازم أن يكون كالمحقق، ولذلك شواهد كثيرة منها: قولهم: بالله، تقديره على ما عرف: أقسمت أو أقسم بالله، ومن المعلوم أن قولنا: بالله صريح في القسم، وقولنا: أقسمت أو أقسم بالله تردد غير صريح في القسم، ومن ذلك فيما نحن فيه أنه لو قال: إن كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق، لم يطلق إلا بمجموعهما، والتقدير فيه: إن كلمتك وإن دخلت، ولو قال ذلك محققًا فمقطوع بأنه يحنث بأحدهما، وإن فعلهما طلقت طلقتين، وإذا عرفت ما أسلفناه وحققناه عرفت أن ما في «الوسيط» من التسوية بين قوله: لا آكل هذا الرغيف وهذا الرغيف، وبين قوله: لا آكل ولا أكلم

أَوْ لَيَأْكُلَنَّ ذَا الطَّعَامَ غَدًا فَمَاتَ قَبْلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ تَلِفَ الطَّعَامُ فِي الْغَدِ تَمَكُّنِهِ مِنْ أَكْلِهِ حَنِثَ، وَقَبْلَهُ قَوْلَانِ كَمُكْرَهٍ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ بِأَكْلٍ أَوْ غَيْرِهِ قَبْلَ الْغَدِ حَنِثَ،

زيدًا غير مرضي، فإنه مذكور في قوله: لا آكل ولا أكلم بحرف النفي مع حرف العطف، وذلك يقتضي كونهما يمينين كما في تكرير حرف الشرط، انتهى.

ثم نقل عن الكتب الجزم بأنه لو قال: لا أكلم زيدًا ولا عمروًا إنه يحنث بكل واحد منهما، بخلاف ما اقتضاه كلام «الوسيط» وهو صحيح، لا شك فيه، وفي «حلية» الروياني: ولو حلف لا يفعل فعلين، أو لا يكون أمران لم يحنث حتى يفعلهما، أو يكون الأمران جميعًا، نص عليه.

وقال بعض أصحابنا: هذا إذا قال: والله لا أدخل هذه الدار وهذه الدار الأخرى، ولو قال: لا أدخل هذه الدار، ولا أدخل هذه الدار الأخرى فهما يمينان، ولو قال بالفارسية: [لا أدخل دار خانه] فهما يمين واحدة، والاختيار في الفتوى هذا، انتهى.

والظاهر أن مراده: إذا قال ذلك بالفارسية فهما يمين واحدة مطلقًا.

قال: (**أَوْ لَيَأْكُلَنَّ ذَا الطَّعَامَ غَدًا فَمَاتَ قَبْلَهُ**) أي: قبل الغد.

(**فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) لأنه لم يبلغ زمن البر وحده، وقيل: هو كتلف الطعام، فيكون على الخلاف.

قال: (**وَإِنْ مَاتَ أَوْ تَلِفَ الطَّعَامُ فِي الْغَدِ تَمَكُّنِهِ مِنْ أَكْلِهِ حَنِثَ**) لأنه تمكن من البر فلم يفعل فصار كقوله: لآكلن هذا الطعام، فتمكن منه ولم يأكله حتى تلف، هذا هو الأظهر، وقيل: يحنث قطعًا، وفي قول: وقيل: قطعًا لا يحنث؛ لأن جميع اليوم وقت له لم يقصر بالتأخير، والمذهب الأول، وهل يحنث في الحال أو قبل الغروب؟ فيه الخلاف الآتي.

قال: (**وَقَبْلَهُ**) أي: وإن مات في الغد أو تلف الطعام قبل تمكنه من أكله (**قَوْلَانِ كَمُكْرَهٍ**) لفوته بغير اختياره، ولا تقصير، والأظهر: عدم الحنث.

قال: (**وَإِنْ أَتْلَفَهُ**) أي: عامدًا عالمًا مختارًا.

(**بِأَكْلٍ أَوْ غَيْرِهِ قَبْلَ الْغَدِ حَنِثَ**) لأن البر يقيد بزمان، فكان شرطًا كالمقيد

وَإِنْ تَلِفَ أَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ فَكَمُكْرَهٍ.

أَوْ لَأَقْضِيَنَّ حَقَّك عِنْدَ رَأْسِ الْهِلَالِ فَلْيَقْضِ عِنْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ آخِرَ الشَّهْرِ فَإِنْ قَدِمَ أَوْ مَضَى بَعْدَ الْغُرُوبِ، قَدْرُ إِمْكَانِهِ حَنِثَ، وَإِنْ شَرَعَ فِي الْكَيْلِ حِينَئِذٍ وَلَمْ يَفْرُغْ لِكَثْرَتِهِ إِلَّا بَعْدَ مُدَّةٍ لَمْ يَحْنَثْ.

بمكان، وقد فوّته باختياره، نعم يحنث في الغد لا عند الأكل على الأصح عند الإمام، وعليه هل يحنث إذا مضى من الغد وقت إمكان الأكل أو قبل الغروب؟ وجهان صحح البغوي وغيره الأول.

وثمرة الخلاف تظهر في أن الاعتبار في صفة الكفارة بحالة الحنث أو بحالة الأداء، ولو صام أجزأه إن حكمنا بالحنث، وإلا فلا عند الأئمة الثلاثة أنه إذا أكله قبل مجيء الغد لا يحنث.

قال: (**وَإِنْ تَلِفَ أَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ**) أي: والصورة ما ذكرناه.

(**فَكَمُكْرَهٍ**) أي: والأظهر عدم الحنث؛ لأن البر فات من غير اختيار ولا تقصير منه.

فَرْعٌ: لو قال: لآكلنه اليوم، فيقاس بما ذكرناه في الغد.

قال: (**أَوْ لَأَقْضِيَنَّ حَقَّك عِنْدَ رَأْسِ الْهِلَالِ**) أي: أو معه، أو عند الاستهلال، أو مع رأس الشهر.

[(**فَلْيَقْضِ عِنْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ آخِرَ الشَّهْرِ**) لأن هذا اللفظ يقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر] ولفظه: عند ومع، يقتضيان المقارنة.

قال: (**فَإِنْ قَدِمَ**) أي: القضاء.

(**أَوْ مَضَى بَعْدَ الْغُرُوبِ، قَدْرُ إِمْكَانِهِ حَنِثَ**) لأنه فوَّت البر على نفسه.

قال: (**وَإِنْ شَرَعَ فِي الْكَيْلِ**) أي: والوزن ونحوه.

(**حِينَئِذٍ وَلَمْ يَفْرُغْ لِكَثْرَتِهِ إِلَّا بَعْدَ مُدَّةٍ لَمْ يَحْنَثْ**) لأنه أخذ في القضاء عند ميقاته، والظاهر اعتبار تواصل الكيل ونحوه إلى إكمال الحق حتى لو تخللت فترات لا يعد الكيل معها متواصلًا حنث لا عذر فيه، ولم أر فيه نصًا، قالا: وبمثله أجيب، فيما إذا ابتدأ بأسباب القضاء ومقدماته كحمل الميزان، انتهى.

……

وكان ينبغي ذكر هذه الصورة في الكتاب؛ لتدل على صورة الشروع في الكيل ونحوه من طريق الأولى، قال الرافعي في «شرحه الصغير»: وكان يجوز أن يقال: ينبغي أن يقدم الأخذ، أي: في القضاء على الاستهلال، بحيث يفرغ عند رؤية الهلال؛ ليكون قضاء الحق بتمامه مقارنًا له.

تتمات ونكت: قال الماوردي: عليه أن يأخذ في القضاء مع رأس الشهر، فإن كان الحق مما لا يطول الزمان لوزنه من ذهب أو فِضَّةٍ ضَاقَ زَمَانُ بِرِّهِ، فَإِنْ أَخَّرَ عَنْهُ بِأَقَلِّ زَمَانٍ حَنِثَ، فَإِنْ شَرَعَ فِي حَمْلِهِ إِلَيْهِ مَعَ رَأْسِ الشَّهْرِ وَكَانَ بَعِيدَ الدَّارِ مِنْهُ حَتَّى مَضَتْ اللَّيْلَةُ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَبَرٌ فِي الْإِمْكَانِ، وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَطُولُ زَمَانُ قَضَائِهِ كَمِائَةِ كرٍ مِنْ بُرٍّ اتَّسَعَ زَمَنُ بِرِّهِ إِذَا شَرَعَ فِي الْقَضَاءِ مَعَ رَأْسِ الشَّهْرِ وَامْتَدَّ بِحَسَبِ الْوَاقِعِ مِنْ كَيْلِ هَذَا الْقَدْرِ حَتَّى رُبَّمَا امْتَدَّ أَيَّامًا فَإِنْ أَخَذَ عِنْدَ رَأْسِ الشَّهْرِ فِي جَمِيعِ مَا يَقْضِيهِ وَتَحْصِيلِهِ لِلْقَضَاءِ حَنِثَ، وَإِنْ أَخَذَ فِي نَقْلِهِ إِلَيْهِ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّ نَقْلَهُ شُرُوعٌ فِي الْقَضَاءِ وَلَيْسَ جَمْعُهُ شُرُوعًا فِيهِ، انتهى لفظه.

وفيه فوائد، وقد يقتضي أن مواصلة الكيل لا تعتبر مطلقا بخلاف ما أبدناه، وينبغي أن يقيد ذلك بإمكان المواصلة المعتادة، ويختلف ذلك بكثرة الحق وقلته. واعلم أن عبارة «شرحي» الرافعي و«الروضة»: فينبغي أن يعد المال، ويترصد فيقضيه حينئذ، ولفظ «الشرح الصغير»: عند الإهلال، وقضيتها: أنه لو أخَّر الشروع في القضاء بعد الغروب لحظة مع إمكانه حنث، وعبارة «المنهاج» و«أصله»: يقتضي أنه إنما يحنث إذا مضى زمان يسع القضاء.

قال الرافعي بعدما سبق عنه: وذكر الإمام والغزالي أن هذا لا يكاد يقدر عليه، فإما أن يتسامح فيه ويقنع منه بالممكن، أو يقال: التزم محالًا، فحنث بكل حال، وهذا لا ذاهب إليه، لكن ذكر بعض الأصحاب أن له فسخه في الليلة الأولى وفي يومها؛ لأن رأس الهلال ورأس الشهر يقع عليهما، انتهى.

ولو أخَّر القضاء عن الليلة الأولى للشك في الهلال فبان أنها كانت من الشهر ففي حنثه قولًا: حنث الناسي والجاهل.

....

فروع: لو قال: لأقضين حقك أول الشهر، فكقوله: عند رأس الشهر، وعند استهلال الهلال ولو قال: أول اليوم، قال الرافعي: فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر، ولو قال: لأقضين حقك إلى رأس الشهر أو إلى رمضان، فالأصح أنه يشترط تقدم القضاء على رأس الشهر وعلى رمضان، وقيل: هو كقوله: عند رأس الشهر، وجعل الماوردي قوله: إلى رمضان غاية وفاقًا.

قال: والمختلف فيه قوله: عند رأس الهلال، أو إلى رأس الشهر، وحكى فيهما ثلاثة أوجه:

أصحها: الفرق بين [عند وإلى][1]، فيكون البر في قوله: عند، مع رؤية الهلال، وفي قوله: إلى، يكون البر من وقت يمينه إلى رؤية الهلال، وتكون رؤيته وفيه يحنثه.

والثاني: أن رأس الهلال وقت البر فيهما.

والثالث: إنه إذا قال: (عند) لم يبر إلا بدفعه مع رأس الشهر، وإن قال: إلى، بر بدفعه في وقته (وإلى) عند رأس الشهر؛ لأن (إلى) وضعت للمقارنة تارة وللحد أخرى.

قال: ولو شرع في قضاء الحق قبل رمضان وتممه في رمضان لطول زمانه بر؛ لأن الشروع في القضاء كالقضاء، فإن قال: أردت بقولي :إلى رمضان، أي: في رمضان، ديّن باطنًا، أمَّا في ظاهر الحكم فحنث إذا تعلق بيمينه حق آدمي من طلاق أو عتاق اعتبارًا بحقيقة لفظه، دون مجازه، فلو قال: عند رمضان [لم يبر بقضائه قبل رمضان] فإذا أهلَّ رمضان احتمل ما يعتبر في بره وجهين:

أحدهما: يعتبر بإمكان القضاء عند دخوله، فإن أخَّره حنث، كما لو قال: عند رأس الشهر.

والثاني: يكون جميع الشهر وقتًا للبر؛ لأنه لم يعين جزءًا منه، انتهى.

---

[1] في نسخة: (عنه وإلي).

أَوْ لَا يَتَكَلَّمُ فَسَبَّحَ أَوْ قَرَأَ قُرْآنًا فَلَا حِنْثَ. أَوْ لَا يُكَلِّمُهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ حَنِثَ، ....

قال: **(أَوْ لَا يَتَكَلَّمُ)** أي: وأطلق.

(فَسَبَّحَ) أي: أو كبَّر وهلَّل أو دعا.

(أَوْ قَرَأَ قُرْآنًا فَلَا حِنْثَ)؛ لأن الكلام في العرف ينصرف إلى كلام الآدميين، وقيل: يحنث بما عدا القرآن من التسبيح وغيره، قال في «الشامل»: وهو القياس؛ لأن الحنث [المنع][1] منها.

قلت: وسبق نقل قول: إن الحنث يجوز له القراءة، فقد يقال عليه: إنه يحنث كالذكر، قال القفال: لو قرأ التوراة الموجودة اليوم لم يحنث؛ لأنَّا نشك أن ما قرأه مُبدل أم لا، وأطلق البندنيجي أنه لا يحنث بترديد الشعر وإنشاده، وجزم الرافعي والماوردي بالحنث، ومراد البندنيجي بما إذا لم يخاطب به، أمَّا لو خاطب به ممدوحًا أو غيره حنث لا محالة كالنثر، وينبغي أن يفصل حيث لا مخاطبة، فيقال: إن كان ذكرًا وتحميدًا لله لم يحنث كالنثر، وإلا حنث كسائر الكلام.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو حلف الأخرس ألَّا يقرأ القرآن فقرأه بالإشارة حنث، وفيه نظر، ولو حلف لا يسمع كلام زيد فسمعه يقرأ القرآن لم يحنث، حكاه الجيلي ﷺ.

قال: **(أَوْ لَا يُكَلِّمُهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ)** أي: الناطق لفظًا.

(حَنِثَ) أي: لأنه نوع من الكلام وإطلاقه يشمل ما إذا أسمعه السلام، وما إذا لم يسمعه، وما إذا كان نائمًا أو مغمى عليه، أو مجنونًا أدرك السلام والكلام أم لا، وستتكلم عليه إن شاء الله تعالى.

وإن سلَّم على قوم هو فيهم وقصده بالسلام حنث، وأشار العمراني إلى تخريج قول فيه، وإن استثناه فلا، وكذا بالنية على المذهب، وإن أطلق حنث على الأظهر.

---

(١) في نسخة: (لا منع).

....

قال الرافعي: ولو سلَّم من صلاته، والمحلوف عليه من المؤتمين به فعليه هذا التفصيل.

قلت: كذا قاله المتولي أخذًا من قول ابن الصباغ: إذا كان الحالف الإمام والمحلوف عليه مصل خلفه فسلم من الصلاة، فالذي يقتضيه المذهب: إنه كما لو سلم على جماعة وهو فيهم.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لا يحنث؛ لأن سلام الصلاة ليس بكلام، قال: ووجه ما ذكرنا أنه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين، فأخذه المتولي كعاداته فقال: إن نوى السلام على جميعهم وعلم أنه فيهم حنث، وإن أطلق أو استثناه فعلى ما ذكرنا، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: لا يحنث؛ لأنه لا يُعد كلامًا في العادة، انتهى.

ونقله أصحاب «البيان» و«المعتمد» و«الذخائر» عن ابن الصباغ، وسكتوا عليه، وفيه نظر، والراجح المختار الذي دلَّت عليه قواعد الباب، والعرف الظاهر أنه لا يحنث؛ لأنه لا يقال كلمة، بخلاف السلام مواجهة خارج الصلاة، ولا سيما إذا بعد عن الإمام بحيث لا يسمع سلامه.

وفي مسائل الطلاق عن «الروضة» و«الشرح» ما يقتضي بأنه إذا لم يكن بحيث يسمعه أنه لا يحنث، وقد قال الإمام هنا: والقول الجديد إنه لا يحنث بالرمز؛ لأنه لا يسمى كلامًا ومن فرع مسائل الأيمان على غير اتباع العرف فهو حائد عن وضع الكتاب.

وقد قال الشاشي في «الحلية» وصاحب «الترغيب» من المراوزة: لو حلف لا يكلم فلانًا فكلَّمه وهو أصم لم يحنث في أصح الوجهين، وفي «الذخائر» و«الانتصار»: إنه الصحيح كما لو كلَّمه وهو غائب.

قلت: ومن هذا يخرج إنه لو كلم السميع كلامًا لا يسمعه لبعده أو مخافته لم يحنث، وبه صرَّح البغوي.

في فروع الطلاق، وفي «الترغيب» و«الانتصار» وغيرهما: إنه لو كلَّمه ميتًا

……………………………………

أو نائمًا أو في موضع لا يسمع لم يحنث، قال: ولو لم يسمع لانشغاله بشيء حنث، وقال الماوردي: ولو كلَّمه وهو بعيد منه، فإن كان بحيث يجوز أن يسمع كلامه حنث به، سمع أو لم يسمع، وإن كان بحيث لا يجوز أن يسمعه لم يحنث.

قال: وإن كلَّمه والمحلوف عليه مجنون، أو مغمى عليه، وكان لا يعلم بالكلام لم يحنث، وإن علم بالكلام ولم يفهم حنث، ولو كلَّمه وهو نائم فإن كان كلامًا يوقظ مثل النائم حنث به، وإلا فلا.

تنبيه: أطلقا أنه لو سلم على قوم وهو فيهم وقصده بالسلام حنث، وهو ظاهر إذا كان الجمع قليلًا أو كثيرًا، وهو قريب منه بحيث يسمع كلامه، أمَّا لو كثر الجمع ولم يبلغه صوته لبعده عنه ففيه نظر، يؤيّده أن المصنف قال في «شرح المهذب»: إنه إذا سلَّم على جمع كبير كان مؤديًا سنة السلام في حق كل من سمعه، ويتوجه فرض كفاية الرد على كل من سمعه، فإن جلس فسقط عنه سنة السلام على من لم يسمعه، وإن أراد أن يتجاوز ويجلس فيمن لم يسمعوا سلامه المتقدم فوجهان:

أحدهما: إن سنة السلام حصلت بسلامه على أولهم؛ لأنهم جمع واحد، فعلى هذا يكتفي برد من لم يسمعه.

والثاني: إنها باقية، ولا تسقط فرض الرد عن الأولين برد واحد ممن لم يسمع، ولعلَّ هذا الثاني أصح، انتهى.

وهو الأصح بلا تردد، وقضيته: إنه لا يكون مسلِّمًا ولا مكلِّمًا، وكلام الماوردي وغيره شاهد لذلك.

فَرْعٌ: فالأول: لو قال: والله لا كلمتك فتنح عني، أو قم، أو اخرج، أو شتمه أو زجره حنث، وقيل: لا يحنث إذا وصله بيمينه؛ لأن القصد به تأكيد اليمين، ويظهر طرده فيما ذكره الماوردي من إعادة اليمين، فإنه جزم بأنه لو قال: والله لا كلمتك والله لاكلمتك حنث بإعادة اليمين.

وَإِنْ كَاتَبَهُ أَوْ رَاسَلَهُ أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِ بِيَدٍ أَوْ غَيْرِهَا فَلَا فِي الْجَدِيدِ.

قال: **(وَإِنْ كَاتَبَهُ أَوْ رَاسَلَهُ أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِ بِيَدٍ أَوْ غَيْرِهَا فَلَا فِي الْجَدِيدِ)** [تناول الاسم لذلك حقيقة، ويصح نفي الكلام عنه فيقال ما كلمه بل كاتبه أو أشار إليه] ولقوله تعالى: ﴿فَلَنْ أُكَلِّمَ ٱلْيَوْمَ إِنسِيًّا﴾ [مريم: ٢٦] ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾ [مريم: ٢٩] قالا: وسواء أشار الناطق أو الأخرس المفهم، وإنما جعلت إشارته كالنطق في المعاملات للضرورة، وفيه ما سأذكره، والقديم: يحنث؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآئِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا فَيُوحِيَ بِإِذْنِهِۦ مَا يَشَآءُ إِنَّهُۥ عَلِيٌّ حَكِيمٌ ۝٥١﴾ [الشورى: ٥١] فاستثنى الرمز والرسول من التكليم، والمذهب الأول، وقيل: لا يحنث قطعًا، والقديم: إنما هو فيما إذا نوى بيمينه المكاتبة، وقيل: القولان في الغائب لا الحاضر في المجلس قطعًا، ويجريان في الإشارة بالرأس والعين، قاله في «الروضة» وقيل: لا يحنث بالإشارة قطعًا.

وقال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما ذكره في «القديم» فجعله بعضهم قولًا ثانيًا، وذهب جمهورهم إلى أنه حكاية عن غيره، وليس بمذهب له فلا يحنث بذلك قولًا واحدًا.

فروع: سبق أنه لا أثر لإشارة الأخرس هنا، وقال الإمام: إذا فرَّعنا على الجديد فقد يتردد الفطن في إشاراته، والوجه أن الخُرس إذا ترامزوا لم يكن ذلك منهم كلامًا، وإنما إشاراتهم خلف للعبارات، وتبعه الشيخان كما سبق، لكن في «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو حلف الأخرس لا يقرأ القرآن فقرأه بالإشارة حنث، وإنه لا يجوز له وهو جنب أن يقرأ القرآن بالإشارة، قال: لأن إشارته كعبارة الناطق، انتهى.

وهو تنازع فيما قدمنا من أنها إنما جعلت كالنطق بالنسبة إلى العقود والمعاملات، قال الماوردي: لو تكلم بكلام يسمعه ولم يكن فيه تعريض له لم يحنث، وإلا فإن كان مواجهًا له بالكلام حنث، وإلا فلا؛ لأن أم سلمة نهت عائشة - ﵂ - عن الخروج إلى البصرة وحلفت إن خرجت لا تُكلمها، فَلَمَّا خَرَجَتْ وَعَادَتْ إِلَى الْمَدِينَةِ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ مُعَرِّضَةً بِهَا: يَا حَائِطُ أَلَمْ أَقُلْ لَكَ؟

وَإِنْ قَرَأَ آيَةً أَفْهَمَهُ بِهَا مَقْصُودَهُ وَقَصَدَ قِرَاءَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَإِلَّا حَنِثَ.

يَا حَائِطُ، أَلَمْ أَنْهَكَ؟ فَبَلَّغَتْ غَرَضَهَا، وَسَلِمَتْ مِنَ الْحِنْثِ.

وفي «فتاوى» القفال: لو حلف لا يكلمه ثم جلس معه في البيت، فأقبل على الجدار وقال: يا جدار، افعل كذا وكذا، وكان غرضه إفهامه لم يحنث، وإن لم يقل يا جدار ولا يا فلان ولكنه قال: افعل كذا وكذا لا يحنث أيضًا، انتهى.

وفي هذا نظر عند قصده إفهامه.

قال: (**وَإِنْ قَرَأَ آيَةً أَفْهَمَهُ بِهَا مَقْصُودَهُ وَقَصَدَ قِرَاءَةً لَمْ يَحْنَثْ**) لأنه لم يكلمه، وعبارة «المحرر» وغيره: إذا قصد قراءة القرآن، وعبارة «الشرح» و«التهذيب» و«تجربة» الروياني وغيرهما: إذا قرأ آية فهم فلان منها مقصوده، فإن قصد قراءة القرآن [مثل: إن دق الباب فقال: ﴿ٱدۡخُلُوهَا بِسَلَٰمٍ ءَامِنِينَ ٤٦﴾ [الحجر: ٤٦] فإن قصده قراءة القرآن لم يحنث] وهذه العبارة محتملة لأمرين:

أحدهما: أن يكون قصد القراءة فقط، ولا شك أنه لا يحنث.

والثاني: أن يقصد القراءة والإعلام، والمتبادر من لفظ «المنهاج» أنه لا يحنث أيضًا؛ لأنه قصد قراءة، والمتبادر من عبارة «التهذيب» و«التجربة» و«الشرح» وغيرها الحنث، ويشبه أن يخرج المسألة على وجهين يمكن بناؤهما على لو حلف أنه لا تخرج إلى غير الحمام إلا بإذنه كما سبق، وسيأتي بيانه.

وقضية ما سبق عن الماوردي والقفال عدم الحنث؛ لأنه لم يخاطبه ولا كلمه، وقد قال المصنف في شروط الصلاة: إنه لو نطق بنظم القرآن بقصد التفهيم كـ﴿يَٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَٰبَ بِقُوَّةٖ﴾ [مريم: ١٢] إن قصد معه قراءة لم تبطل، وإلا بطلت، فصححها في صورتين، وأبطلها في أخرتين، وسبق أن الحنث لو قصد القراءة والذكر أثم.

وفي «الترغيب» هنا: ولو قرأ آية مثل: ﴿ٱدۡخُلُوهَا بِسَلَٰمٍ ءَامِنِينَ ٤٦﴾ [الحجر: ٤٦] قصدًا للدخول ولو في الصلاة حنث أو غيرها إلا عند وصوله إليه، ولم يقصد، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا حَنِثَ**) الظاهر أن المراد: وإن لم يقصد القراءة بل الإفهام،

....

وهو ظاهر إذا قصد خطابه، وإطلاقه يشمل ما إذا قصد بذلك خطابه، ولا شك في حنثه، وما إذا قصد القراءة والإفهام إن كان مراده بما تقدم قصد القرآن فقط، وهو بعيد من لفظه، وما إذا أطلق وتحنيثه في هذه بعيد، ولا شك أنه لا يحنث إذا كان قد انتهى في قراءته إليها، ولم يقصد الإفهام، ولا يبعد الفرق بين أن يقصد الخطاب وبين أن يقصد الإفهام لا الخطاب، فتحنيثه بالأول لا شك فيه بخلاف الثاني.

ونقلا في كتاب الطلاق عن أبي العباس الروياني أنه قال: إن أجبتني عن خطابي فأنت طالق، ثم خاطبها فقرأت آية تتضمن جوابه، فإن قصدت بقراءتها جوابه طُلِّقت، وإن قصدت القراءة أو لم يبن قصدها فلا طلاق.

فروع: قال في «الترغيب»: لو قال: لا أكلم زوجة زيد، فقبل وكيله نكاح امرأة حنث بكلامها، أو لا أكلم عبدًا اشتراه زيد فكلم من اشتراه وكيله لم يحنث، ولو قال: لا أكلم من تزوجها زيد، فقبل وكيله له لا يحنث على الأشهر، وقيل: بل يتشوف إلى المعنى، انتهى.

لو حلف لا يكلم الناس أو ليكلمن الناس، كما قاله الروياني وغيره تناول الرجال والصبيان والخناثى والنساء، فحنث بكلام واحد منهم ويبر به في صورة الإثبات وفيه نظر، قالوا: كما لو حلف لا يأكل الخبز، ولو قال ثانيًا.

قال البغوي، والروياني وجماعة: انصرف إلى ثلاثة أنفس.

قال صاحب «الكافي»: وفيه نظر، والذي يقتضيه المذهب أنه متى كلَّم واحدًا حنث، لو حلف لا يأكل خبزًا فمتى أكل شيئًا منه حنث وإن قلّ، انتهى.

قال في «الكافي»: لو حلف لا يكلم أحدًا إلى قدوم الحاج فبقدوم واحد منهم ينتهي يمينه، ولو قال: إلى الصيف أو إلى الشتاء، يرجع في ذلك إلى أهل الخبرة من عوام الناس، فيما يعرفونه دخول صيف وشتاء، إما بالحساب، أو بالأمارات الدالة على دخوله عندهم، فهو أول الصيف وأول الشتاء فتنتهي به يمينه، انتهى.

……………………………………………………………

قال في «الكافي»: قال القفال: إذا حلف في خلال شهر لا يكلم فلانًا شهرًا، يكون الشهر بالأيام ثلاثين يومًا، فإذا دخل يوم الثلاثين انتهت يمينه، ولا يتوقف بانتهائها بمجيء الوقت الذي حلف فيه من ذلك اليوم، فإنه ﷺ آلى من نسائه شهرًا، فلما كان اليوم التاسع والعشرون دخل على نسائه ولم يحفظن الوقت الذي حلف فيه من ذلك اليوم، انتهى لفظه. وهو كلام مظلم، والذي يقتضيه المذهب: إنه لا يخرج من اليمين إلا بالانتهاء إلى ذلك الوقت الذي حلف فيه من اليوم الثلاثين.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو حلف لا يكلم غلاما فكلَّم ملتحيًا لا يحنث؛ لأنه لا يسمى غلامًا، وهذا واضح إذا كان القصد أنه لا يكلم صبيًا، وإلا فأهل العرف والشرع يطلقون الغلام على الخادم من كان، فإذا أطلق ولم يقصد نوعًا فهو موضع نظر، ولا سيما إذا كان الحالف ممن لا يعرف الأول، قال: ولو حلف لا يكلم أمرد فكلَّم غلامًا حنث؛ لأن الاسم يتناوله.

قلت: وينبغي ألَّا يحنث بتكليم الكهل ونحوه من الرجال، والخادم الذي لم ينبت لهم اللحية؛ لأن الأمرد عرفًا إنما يطلق على قريب العهد بالصبى، قال: ولو حلف لا يكلم امرأة فكلَّم مراهقة حنث، انتهى.

وفي «الكافي»: إنه لو قال: إن كلَّمت امرأة فامرأتي طالق، فكلَّم صبية لا يحنث، ولو قال: إن تزوجت امرأة فامرأتي طالق، فتزوج صبية يحتمل وجهان، والفرق أن الصبى مانع من الكلام، ولا تراد الصبية باليمين، وليس كذلك التزويج، انتهى.

وفي «فتاوى» القفال: لو قال: والله لا أكلم فلانًا ولا فلانًا حنث بكلام كل واحد منهما، ولو قال: فلانًا وفلانًا لم يحنث إلا بأن يكلمهما؛ لأن الأول على سبيل البدل، والثاني على سبيل الضم، وإنه لو قال: لا أكلم فلانًا يومًا ولا يومين انعقدت اليمين على يومين فلا يحنث بكلامه في الثالث، ولو قال: لا أكلمه يومًا ويومين، انعقدت على ثلاثة أيام، وإنه لو قال: لا أكلم فلانًا ثم فلانًا، فإن كلَّم المذكور أولًا ثم المذكور ثانيًا حنث، ولا يحنث بكلام

أَوْ لَا مَالَ لَهُ حَنِثَ بِكُلِّ نَوْعٍ، وَإِنْ قَلَّ حَتَّى ثَوْبِ بَدَنِهِ، وَمُدَبَّرٍ وَمُعَلَّقٍ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ، وَمَا وَصَّى بِهِ، وَدَيْنٍ حَالٍّ، ....

أحدهما، وإن قدَّم كلام الثاني على الأول لم يحنث، وأنه لا ترتيب في قوله: فلانًا وفلانًا، فإذا كلَّمهما حنث بأيهما، انتهى.

حكى ابن الصباغ في كتاب «الإيلاء» عن شيخه القاضي أبي الطيب قال في «المجرد»: ولو قال: والله لا أكلِّمن كل واحد من هذين فكلَّم أحدهما حنث، وبقيت اليمين في حق الآخر، قال: وهذا غير مُسلَّم له، بل انحلت اليمين الأخرى، والمتبادر ما قاله شيخه.

قال: (**أَوْ لَا مَالَ لَهُ**) أي: وأطلق أو عمم.

(**حَنِثَ بِكُلِّ نَوْعٍ**) أي: من المال.

(**وَإِنْ قَلَّ حَتَّى ثَوْبَ بَدَنِهِ**) أي: ونحوه مما عرف وغيره.

(**وَمُدَبَّرٍ وَمُعَلَّقٍ عِتْقُهُ بِصِفَةٍ وَمَا وَصَّى بِهِ**) أي: لصدق الاسم على الجميع، وبقاء الملك في المدبر، والمعلق والموصى به.

واعلم أن الرافعي قال في الإقرار: إنه لو قال له: على مال أن الإمام قال: الوجه القبول بالتمرة الواحدة حنث بكنز، وتوجيهه أنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع، هكذا ذكره العراقيون، ويقولون: كل متمول مال، ولا ينعكس، ويلتحق الحبة من الحنطة بالتمرة الواحدة، انتهى.

وهو يفهم أنه يحنث بالحبة الواحدة من الحنطة والزبيبة والتمرة وغيرها، وهو بعيد جدًّا، وقد قال الإمام: هذا إذا حلف على المال انصرف إلى كل ما يتمول ويتهيأ للتصرفات التي تستدعي الملك، انتهى.

وهذا الكلام محتمل، ومثله قول الفوراني، وإبراهيم المروزي: حنث بكل ما يتمول، وعبارة [الجرجاني][1] وكان له ما يتمول في العادة حنث.

قال: (**وَدَيْنٍ حَالٍّ**) هذا إن كان على مليء مقر؛ لأنه متى شاء أخذه

---

(١) في نسخة: (الزجاجي).

وَكَذَا مُؤَجَّلٍ فِي الأَصَحِّ، ....

كالمودع، وفيه وجه شاذ مخرج من قوله: لا زكاة في الدين، وإن كان على معسر، فوجهان: قال الرافعي: أقواهما الحنث، ورجح المتولي المنع، وأجرى الوجهين في الدين على الجاحد.

وفي «تعليق إبراهيم المروزي»: أنه إن كان له نية حنث وإلا فلا، انتهى.

وعبارة الْمُتَوَلِّي: إن كان الدين على ذي حاجة أو معسر لم يحنث على الصحيح من المذهب؛ لأنه لا يُعد به غنيًا في العادة، وبه جزم إبراهيم المروزي.

قال ابن الرِّفْعَة: يُعد هذا ولا يخفى أن ذلك فيما لم يكن منه يعني: على الجاحد الموسر.

قال: (**وَكَذَا مُؤَجَّلٍ فِي الأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور؛ لأنه ثابت في الذمة يصح الاعتياض عنه والإبراء منه.

والثاني: المنع؛ لأن المال صفة لموجود ولا موجود هنا، وهذا الوجه عزي إلى ابن أبي هريرة.

قال الْمَاوَرْدِي في كتاب الزكاة: إنه صرح أنه غير مملوك له.

وقال الإمام: هذا الوجه هو مما لا يعتد به، وكيف لا يكون مملوكًا وقد ثبت عوضًا في المبيع مع استحالة تعرضه عن العوض المملوك، انتهى.

والظاهر أن محل ترجيح الجمهور في المليء المقر، وأما الجاحد والمعسر فعلى ما سبق في الحال، وأولى بالمنع وينتظم بذلك وجوه، واختصر في «الرَّوْضَة» كلام أصلها، فقال: وإن كان مؤجلًا أو على معسر أو جاحد حنث على الأصح، وقيل في الجاحد وجه ثالث التزامه أنه إن كان عليه بينة حنث وإلا فلا، انتهى.

وبينه وبين كلام الرَّافِعِي تفاوت ظاهر، والوجه الجزم بأنه إذا كان على الجاحد المليء بينة عادلة أنه يحنث كما لو كان له مال مغصوب يمكنه انتزاعه بنفسه أو يبيعه لمن يقدر على انتزاعه أو من الغاصب كما صرح به الْمُتَوَلِّي.

لَا مُكَاتَبٍ فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(لَا مُكَاتَبٍ)** أي: كتابة صحيحة.

(فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه كالخارج عن ملكه؛ إذ لا يملك منافعه ولا أرش الجناية عليه، ومنهم من حكى الخلاف قولين وهو الأشبه، ثانيهما: المنع ووجهه أنه عبد ما بقي عليه درهم، قال الرَّافِعِي: وقد بني الخلاف على ما لو قال: مماليكي أحرار هل يدخل المكاتب؟

قلت: جزم إبراهيم المروزي بهذا البناء، والمذكور في «الإبانة» و«العمد» و«الْحَاوِي» أنه يحنث بالمكاتبة وهو الأظهر المختار؛ لأنه بين ملك الرقبة أو النجوم، وأيما كان فهو مال، وقول الرَّافِعِي في «البيان» طريقة قاطعة بأنه لا يحنث بالمكاتب منتقد، والذي فيه أنه لو حلف لا يملك عبدًا وله مكاتب فقيل قولان، وقيل: لا يحنث قولًا واحدًا وهو المنصوص، ولم يذكر في «البيان» صورة المكاتب في حلفه أنه لا مال له أصلًا.

فروع: قال الرَّافِعِي: وفي العبد الآبق، والمال الضال والمغصوب والمسروق المنقطع خبرهما وجهان: وجه الحنث بقاء الملك، ووجه المنع الشك في البقاء، وفي «التَّرْغِيب»: أنه يحنث بالعبد الآبق والمال الضال على المذهب، ويحنث بأم الولد على الأصح لبقاء ملك الرقبة والمنفعة، كالمرهون لو كان يملك منفعة بوصية أو إجارة لم يحنث على الصحيح، وحكى الإمام إجماع الأصحاب في الطرق عليه، قال الرَّافِعِي وغيره: لأن المفهوم من لفظ المال عند الإطلاق الأعيان.

قلت: وقضيته إنه لا يحنث بما له من الدين؛ إذ ليس بعين، والجمهور على تحنيثه بالدين الحال على مليء مقر كما سبق، وبنى إبراهيم المروزي الوجهين في المنافع على أن التاجر إذا صرف مال التجارة إلى المستغلات هل ينقطع حول التجارة أم لا؟ فيه وجهان: إن قلنا: ينقطع لم يحنث، وإن قلنا: لا ينقطع حنث، انتهى.

قال إبراهيم المروزي: وهل ينصرف اليمين إلى المال الموقوف عليه؟

....

إن قلنا: الملك فيه لله أو الواقف فلا، وإن قلنا للموقوف عليه فوجهان، انتهى.

ويشبه أن يرجح الحنث لملكه الرقبة والمنفعة كأم الولد، قال: ولو حلف لا ملك له؛ حنث بآبق ومغصوب لا بزوجة على المختار.

وإن قلنا: النكاح عقد تمليك أو حل خلافًا للمتولي، ويحنث بأم الولد وبالمنفعة المستحقة له وبالدين كذا جزم به الرَّافِعِي، ولا يحنث بما ينتفع به من النجاسات، وربما حكي في ملكيتها خلافًا شاذًا، وذكره الْمَاوَرْدِي في أوائل «الدعاوى» وهو ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يده عليها يد ملك كغيرها.

وثانيها: يد انتفاع لا ملك.

وثالثها: الفرق بين جلد الميتة وغيره كما سبق بيانه، ولا بالدهن المنجس إذا منعنا بيعه وهو المذهب.

ولو حلف لا رقيق له أو لا عبد له وله مكاتب لم يحنث على المنصوص وهو المذهب في «الرَّوْضَة» والمراد الكتابة الصحيحة لكن لو عجز هل يقال تبيينًا إنه حنث أم لا أثر لذلك؟ لم أر فيه شيئًا.

لو قال: والله ما لي عبيد، حنث بالذكور دون الإناث، وقيل: يدخلن تحت الاسم كما يدخلن تحت اسم الرقيق وزيف فعليه، لو قال: عبيدي أحرار دخلت، وعلى المذهب: لا.

ولو قال: والله ما لي مملوك، حنث بالذكور والإناث؛ لأن الكل مماليك، وينطلق عليهم الاسم، ولهذا لو قال: مماليكي أحرار عتق الجميع، وفي المكاتب خلاف، قال في «الذَّخَائِر»: قال بعض أصحابنا: ويدخل فيه أم الولد وقطع به هاهنا، وذكر فيما إذا حلف لا مال له خلافًا، ولا فرق بين الصورتين من حنث المعنى؛ لأن المال كل عين مملوكة وهذه عين مملوكة، وهو ممنوع من التصرف فيها، فأي فرق بين الصورتين من حيث المعنى، وإنما

أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ فَالْبِرُّ بِمَا يُسَمَّى ضَرْبًا، وَلَا يُشْتَرَطُ إِيلَامٌ إِلَّا أَنْ يَقُولَ ضَرْبًا شَدِيدًا،

يفترقان لفظًا ولا طائل فيه؟! انتهى.

قال: (**أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ**) أي: فأطلق.

(**فَالْبِرُّ**) أي: بكسر الباء.

(**بِمَا يُسَمَّى ضَرْبًا**) أي: لصدق الاسم ولا يبر بوضع اليد ونحوها عليه ورفعها إذ لا ضرب.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ إِيلَامٌ**) أي: على الصحيح المنصوص، وقول الجمهور كما سنوضحه.

(**إِلَّا أَنْ يَقُولَ**) أي: أو ينوي.

(**ضَرْبًا شَدِيدًا**) أي: يتعين في بره لتعرضه له، قال الإمام: ولو قال ضربًا شديدًا فلا بد من الإيلام الناجع، ثم لا حد يقف عنده في تحصيل البر والرجوع إلى ما يسمى شديدًا، وهذا يختلف لا محالة باختلاف حال المضروب.

تَنْبِيهٌ: اضطرب كلام «الرَّوْضَة» فقال هنا: ولا يشترط إيلام بخلاف الحد والتعزير؛ لأن اليمين معلق بالاسم، وحُكي وجه ضعيف أنه يشترط الإيلام، وقد سبق في كتاب الطلاق وهو مطابق للشرحين هنا، وقال هناك: لو علق الطلاق بالضرب طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز، ولا يشترط ألا يكون شديدًا، ويشترط الإيلام على الأصح، وقيل: لا يشترط وإلى هذا مال الإمام، انتهى.

ووقع في نسخ من «الشَّرْح» «هناك» والأظهر في نسخ «والأشهر»: أنه يعتبر أن يكون فيه إيلام، ومنهم من لم يشترط الإيلام إلى قوله، وإلى هذا مال الإمام، ووقع في نسخ «منه» وهي الصحيحة: واعتبر بعضهم أن يكون فيه إيلام، ومنهم من لم يشترط الإيلام إلى أن قال: وإلى هذا مال الأكثرون ومنهم الإمام.

وعبارة «شرحه الصغير» هناك: وشرط بعضهم أن يكون فيه إيلام، ولم يشترطه الأكثرون واكتفوا بالصفة التي يتوقع فيها الإيلام، انتهى وهذا صواب كلام الرَّافِعِي.

وَلَيْسَ وَضْعُ سَوْطٍ عَلَيْهِ، وَعَضٌّ، وَخَنْقٌ، وَنَتْفُ شَعَرٍ ضَرْبًا، قِيلَ وَلَا لَطْمٌ وَوَكْزٌ، أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ سَوْطٍ أَوْ خَشَبَةٍ فَشَدَّ مِائَةً وَضَرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً أَوْ بِعِثْكَالٍ ....

عبارة الإمام في البابين قلق أشرت إليه في «الْغُنْيَة» ومنه ما سبق.

[وفي «الذَّخَائِر» هنا قال أصحابنا العراقيون: لا يشترط حصول الألم؛ لأن اسم الضرب يتناوله، أو غير مؤلم فاكتفى به.

وقال الخراسانيون: لا بد من زيادة على الأساس بأن يؤثر فيه بعض التأثير، انتهى.

وهو ملخص من «الْبَسِيط» وأصله من «النِّهَايَة» وسيأتي ما يقتضي أن في ترجيحه نظر، وإن كان المذهب خلافه، قال الرُّويَانِي في «التَّجْرِبَة»: لو حلف ليضربنه فضربه ضربًا وقع عليه اسم الضرب، وسواء آلمه ذلك أو لم يؤلمه نصَّ عليه؛ لأنه يقال ضربه ولم يؤلمه، انتهى].

قال: (**وَلَيْسَ وَضْعُ سَوْطٍ عَلَيْهِ، وَعَضٌّ، وَخَنْقٌ**) أي: أو قرص.

(**وَنَتْفُ شَعَرٍ ضَرْبًا**) لأنه لا يتناول ذلك بدليل صحة نفيه.

قال: (**قِيلَ: وَلَا لَطْمٌ وَوَكْزٌ**) أي: لطم ولكم ورفس وصفع، وكأن قائله يرى أنه ليس بضرب عرفًا والصحيح خلافه، وجزم الرُّويَانِي في «الحلية» بأن اللكز واللكم واللطم والرفس ضرب [زاد الْبَغَوِي في «التعليق»: والصفع ضرب].

إشارة: جمعت «الرَّوْضَة» و«أصلها» بين الوكز واللكز وهو هو، قال المهدوي وغيره في «غريب القرآن»: وكزه ولكزه ولهزه ضرب صدره بجميع كفه، وأطلقا كما سبق أنه لا يشترط في البر ألا يكون حائل، وقال الْمَاوَرْدِي: إن كان عليه لباس نظر إن كان كثيفًا يخرج عن العرف، ويمنع من الإحساس بالضرب لم يبر بالضرب، وإن كان مألوفًا لا يخرج عن العرف ولا يمنع من الإحساس بالضرب بر وإن لم يألم، انتهى.

قال: (**أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ سَوْطٍ أَوْ خَشَبَةٍ فَشَدَّ مِائَةً وَضَرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً أَوْ بِعِثْكَالٍ**) أي: عرجون.

عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ، بَرَّ إِنْ عَلِمَ إِصَابَةَ الْكُلِّ، أَوْ تَرَاكَمَ بَعْضٌ عَلَى بَعْضٍ فَوَصَلَهُ أَلَمُ الْكُلِّ.

(عَلَيْهِ مِائَةُ شِمْرَاخٍ؛ بَرَّ إِنْ عَلِمَ إِصَابَةَ الْكُلِّ، أَوْ تَرَاكَمَ بَعْضٌ عَلَى بَعْضٍ فَوَصَلَهُ أَلَمُ الْكُلِّ).

اعلم أنه وقع في هذه المسألة خبط يحتاج بيانه إلى البسط والأصل في الاكتفاء بالشمراخ ونحوه قوله تعالى في قصة أيوب ﷺ: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] قال الشيخ إبراهيم المروزي وغيره من أئمة المراوزة: وكان قد حلف ليضربن زوجته مائة سوط لما باعت دوابها بطعام حملته إليه فأمره الله تعالى بما ذكره، قالوا: وهذا وإن كان شرع من قبلنا إلا أنه قرر في شرعنا، وذكروا قصة المخدج الذي زنى، فإن النبي ﷺ قال: «**خذوا أثكال النخل عليها مائة شمراخ واضربوه بها مرة**»(١).

إذا علمت هذا فقد تكلم الشيخ الإمام برهان الدين الفزاري - رحمه الله- وقد أدركته وسمعت كلامه في «تعليقه» على هذه المسألة وأشبع القول فيها وأطال فلنورد مقاصد كلامه ونضم إليه ما تيسر ونوضح الغرض في كلمات:

الأولى: قول المصنف: (**أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ سَوْطٍ**. . .) إلى آخره، يقتضي الجزم بأنه إذا حلف ليضربنه مائة سوط فضربه بعثكال عليه مائة شمراخ أنه يبر وهو وجه.

قال ابن الرِّفْعَة: إنه ظاهر كلام الشَّافِعِي والْبَنْدَنِيجِي والْمَحَامِلِيّ وابن الصباغ والْبَغَوِي وفي «الوسيط» وغيره أنه لا يكفي على الصحيح؛ لأنه من جنس الأخشاب لا السياط، انتهى.

وفي كون ما ذكره أولًا ظاهر كلام الشَّافِعِي نظر يدرك مما سيأتي، والمجزوم به في «تجربة» الرُّويَانِي: أنه لو قال: مائة سوط لم يبر بأثكال النخل، ولو قال: مائة خشب بر بالأثكال، انتهى وهذا ظاهر المذهب.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٢٢، رقم ٢١٩٨٥)، والطبراني (٦/ ٦٣، رقم ٥٥٢٢) والنسائي في الكبرى (٤/ ٣١٣، رقم ٧٣٠٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٩، رقم ٢٥٧٤)، قال البوصيري (٣/ ١١٠): هذا إسناد ضعيف. وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٤/ ٧٤، رقم ٢٠٢٤).

……

وقال الرَّافِعِي في «شرحيه»: إن الظاهر أنه لا يبر بالعثكال، ولكن يبر بأن يجمع مائة سوط ويضربه بها دفعة واحدة، أو خمسين ويضربه بها دفعتين إلى آخر كلامه، وقال الإمام والغزالي: إنه الذي قطع به الجمهور.

وقال في «الرَّوْضَة»: ولو قال: مائة سوط، فالصحيح أنه لا يبر بعثكال عليه مائة شمراخ، وإنما يبر بأن يجمع مائة سوط إلى آخره، واعترض الشيخ برهان الدين، فقال: قال الرَّافِعِي: لو حلف ليضربنه بالسوط لم يحنث بالعصا والشماريخ؛ لأنه لا يقع عليها اسم السوط، وإذا قال: مائة سوط، فالظاهر أنه لا يحصل البر بعثكال عليه مائة شمراخ، وفيه وجه أنه وإن ذكر السوط يبر بالعثكال كما في لفظ الخشبة، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» انتهى وعليه مناقشتان:

الأولى: أنه لم يبين وجه هذا الوجه مع قوله: إنه لا يقع اسم السوط على الشماريخ.

الثانية: أن مقتضى كلامه أنه لو حلف ليضربنه بالسوط لم يحنث بالعصا والشماريخ جزمًا، فإنه إذا قال: مائة سوط حنث بالشماريخ على وجه جزم به في «الْمُحَرَّر» وهذا لا يظهر له توجيه، فإن الذي يصدق عليه اسم المفرد في السوط هو الذي يدخل تحت جميع الأسواط، فكان ينبغي أن يحكي الخلاف في الصورة الأولى.

الثانية: إذا حلف ليضربنه مائة خشبة، فقد ذكر الرَّافِعِي فيه التفصيل فيما لو حلف ليضربنه مائة سوط، وكأنه أخذه من «النِّهَايَة».

قال الشيخ برهان الدين: وفيه إشكال؛ لأن لفظ الخشبة لا يتناول الشماريخ في العرف المسمى عندنا، فينبغي ألا يبر بالشماريخ جزمًا، أو على الراجح، ويحتاج في ذلك إلى تحقيق مسمى الخشبة ليعرف المطلوب ولم أجده.

قال ابْن الصَّلَاحِ: اعلم أن الاكتفاء في هذا بالضرب بالشمراخ وقع في «النِّهَايَة» وبعض كتبِ الخراسانيين، وهو بعيد يأباه لفظ الخشبة.

....

وفي «النِّهَايَة» عن جماهير الأصحاب في قوله: مائة سوط، أنه لا يحنث بقضبان الشماريخ؛ لأنه لا تسمى سياطًا، قال ابْنُ الصَّلَاحِ: وهكذا لا تسمى خشبًا على ما هو المعروف في اللسان العربي، وصاحب المذهب الشَّافِعِي فرض المسألة فيما إذا حلف ليضربن عبده مائة سوط فجمع السياط فضربه بها، انتهى.

قال الشيخ برهان الدين: وقد قال الرَّافِعِي في توجيه ضربه بالشمراخ عند حلفه على ضربه مائة خشبة أن المعتمد فيه قوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ [ص: ٤٤] قال: وفيه عدول عن موجب اللفظ، فإنه لم يضربه بمائة خشبة.

فإن قلت: قال في «الوسيط»: هذا بعيد على خلاف موجب اللفظ في ذكر الآية.

قلت: ليس في لفظها إنه ﷺ حلف ليضربنها مائة خشبة فلعله وقع على وجه يتناول الضغث، وقول الإمام: إنه ﷺ كان حلف ليضربنها مائة خشبة ممنوع، وقد نقل غيره خلافه، انتهى.

قلت: يشير بذلك إلى قول والد الإمام الشيخ أبي محمد وغيره من الأئمة: أنه كان حلف ليضربنها مائة سوط.

قال ابْنُ الصَّلَاحِ: ولا نص يلجئ إلى القول بما ذكروه على إطلاقه، وأما الآية فهي واردة في واقعة معينة ولا عموم متمسك به، فإن وقائع الأعيان لا عموم لها، والصواب تخصيص ما ذكروه بعرف قوم يطلقون اسم الخشب على عيدان الشماريخ، انتهى.

وما قاله حق والبغداديون ونحوهم من المشارقة والعجم يسمون العصي والقضبان الدقاق خشبًا، فيقولون: ضرب الأمير فلانًا مائة خشبة، هذا ظاهر مشهور بينهم لا يختلفون فيه، وأحسبه عرف خراسان، ومن يطلق على القضبان الدقاق اسم الخشب يطلقه على عيدان الشماريخ، وقد صرحوا بتسميتها قضبانًا فيختص ذلك بعرفهم، كما قاله أبو عمرو.

تَنْبِيهٌ: قال في «الرَّوْضَة»: لو حلف ليضربن عبده مائة خشبة أو ليجلدنه

....

مائة، فإن شد مائة سوط فضربه بها فقد وفى بموجب اللفظ، وإن ضربه بعثكال [عليه مائة شمراخ] ضربة واحدة حصل البر، انتهى.

ولفظ الرَّافِعِي: ولو حلف ليضربن عبده مائة خشبة، أو ليجلدنه مائة فضربه بعثكال عليه مائة شمراخ ضربة واحدة حصل البر واستدل بالآية، ثم قال: وفيه عدول عن موجب اللفظ فإنه لم يضربه مائة، فإن شد مائة سوط فضربه فقد وفى بموجب اللفظ، انتهى.

فقوله: «فضربه بعثكال..» إلى آخره، بيان بحكم صوره الخشبة ولقوله: أو ليجلدنه مائة، وأما قوله آخرًا: «شد مائة سوط...» إلى آخره، فكلام سقط صدره وهو: «ولو حلف ليجلدنه مائة سوط» فبين أولًا صورتي الخشبة والإطلاق، ثم أراد ذكره صورة السوط كما نصَّ عليها الشَّافِعِي في «الْأُمِّ» وغيره، وكذلك الأصحاب، والذي أجزم به أنه بين أولًا صورة الخشبة ثم مسألة السوط كما ذكره في «شرحه الصغير» والإمام والغزالي في كتبه، ويشهد لصحة سقوط لفظة (سوط) قوله: فقد وفَّى بموجب لفظه.

وأما المصنف في «الرَّوْضَة» فقدم وأخر وزاد الكلام لبسًا على لبسه، وناقض قوله: «ولو قال مائة سوط» فالصحيح أنه لا يبر بعثكال عليه مائة شمراخ.

فإن قلت: يجوز أن يكون الرَّافِعِي جرى هنا على الوجه السابق عن «التهذيب» أن الحالف على الضرب بالسوط يبر بالشماريخ.

قلت: يرده قوله: فقد وفَّى بموجب اللفظ.

الثالثة: قول المصنف بر إن علم إصابة الكل، أي: إصابة كل واحد من السياط أو الشماريخ، ويحصل ذلك فيما إذا كانت متفرقة غير مقتصدة بعضها على بعض، وهل يشترط ذلك أو يكفي أن تنكبس بعضها على بعض بحيث يناله ثقل الكل، ولا يضر كون البعض حائلًا بين بدنه وبين البعض؟ فيه وجهان: قال الرَّافِعِي: الظاهر أنه لا يشترط أن يلاقي بدنه أو ملبوسه.

....

والثاني: أنه لا يكفي الانكباس بل لا بد من ملاقاة الجميع بدنه أو ملبوسه ووجه بأنه لم يوجه الضرب بمائة خشبة مثلًا، وبالأول جزم المصنف، فقال: أو تراكم بعض على بعض فوصله ألم الكل.

إشارات: **منها**: قال الشيخ برهان الدين ظاهر نصِّ الشَّافِعِي يقتضي اشتراط المماسة، فإنه قال: ولو حلف ليضربن عبده مائة سوط فجمعها فضربه بها، فإن كان العلم محيط أنها ماسته كلها بر، وإن أحاط أنها لم تماسه كلها لم يبر، وإن شك لم يحنث في الحكم ويحنث في الورع، هكذا نقله الشيخ أبو حامد والماوردي.

ومنها: قال: وإذا شرطنا أن تصيب كل واحدة منها بدنه وملبوسه فجمعها وضربه بها؛ فالغالب وقوع بعضها فوق بعض، ولا يكاد يماس كل واحد منها المضروب إلا إذا بسطها كلها كالحصير، أو ميل آحادها بيده، وليس ذلك بمعتاد في المائة المشددة، وقد قال الشيخ أبو حامد في بيان ذلك: بأن يأخذ أضغاثًا مشدودة الأسفل محلولة الأعلى فيضربه بها، قال الشيخ برهان الدين: والذي ينبغي أنا إذا شرطنا المماسة بالجميع أنه يحنث؛ لأن الظاهر عدمها، وإن لم نشترطها لم يحنث؛ لأن الظاهر حصول المقصود.

ومنها: قال: والعلم بإصابة الكل يحصل بالمعاينة عند بسطها واحد بعد واحد كالحصير، والمراد بالعلم واليقين في قول المصنف وغيره إما ذلك أو غلبة الظن، وإذا اكتفينا بانكباس بعضها على بعض فضربه بالمائة المشدودة غلب على الظن أنه أصابه ثقل الكل، وقد نبه عليه الإمام فقال: الضغث إذا تحقق الضرب به وكانت قضبانه لديه لينة المهز والمعطف فيغلب على الظن إذا كان ما جاء به الحالف ضربًا أن المقصود يحصل، هذا لفظ الإمام ومثله يقال في الأسواط.

ومنها: قول المصنف: «فوصله ألم الكل» يفهم اشتراط الإيلام، وقد صدر كلامه بأنه لا يشترط، وهو المنصوص عليه وما عليه الجمهور من الطريقتين، وعبارة شرح الرَّافِعِي كما سبق: يناله ثقل الكل، وكذا قال غيره

قُلت: وَلَوْ شَكَّ فِي إِصَابَةِ الْجَمِيعِ بَرَّ عَلَى النَّصِّ والله أَعْلَمُ، ....

فيحمل عليها كلام «التحرير» و«المنهاج» أو يقال: إذا وصله ثقل الكل بالضرب حصل إيلام، وإن قل كما نبه عليه الإمام، أعني: أنه لا بد في حصوله من إيلام، وهو المختار، وإن كان ظاهر النص وكلام الجمهور يأباه؛ لأنه المقصود باليمين الباعث عليها زجرًا وحث والضرب من السيد ونحوه بلا إيلام نوع من الملاعبة والمداعبة.

قال: (**قُلت: وَلَوْ شَكَّ فِي إِصَابَةِ الْجَمِيعِ؛ بَرَّ عَلَى النَّصِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) قال الرَّافِعِي: وإن شك في إصابة الكل، فالنص أنه لا يحنث، ونصّ فيما إذا حلف ليدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد ولم يدخل ومات زيد ولم يعلم هل شاء أم لا أنه يحنث، وفيهما طريقان:

أحدهما: تقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والثقل، فيكتفي به ولا أمارة هنا تدل على مشيئته والأصل عدمها.

والثاني: أن في الحنث فيهما قولان:

وجه الحنث أن الأصل عدم الإصابة والمشيئة، وبه قال الـمُزَنِيُّ.

ووجه المنع أنا لا نتحقق بحالة اليمين، والأصل عدم الحنث وبراءة الذمة، والظاهر هنا أنه لا يحنث، وإن ثبت الخلاف في مسألة المشيئة أنه يحنث، انتهى.

قال في «الرَّوْضَة»: قلت: هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك، وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي: إنه إذا شك حنث، وإنما لا يحنث على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع، وهذا حسن، لكن الأول أصح؛ لأنه بعد هذا الضرب شك في الحنث والأصل عدمه.

قال الشيخ برهان الدين: وعليه مناقشتان: إحداهما: من حيث النقل، والأخرى من حيث العقل، أما الأولى فما نقله عن الدارمي وغيره من تصوير المسألة لا يخالف كلام الجمهور عند تأمله، فإنهم صرحوا في التعليل بما يقتضي ذلك أيضًا، وهو في كلام «المهذب» والرَّافِعِي والإمام وفي «الرَّوْضَة»

……………………………………………………………………………………

أيضًا، فإنه قال قبيل كلامه هذا تعليل: والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس، وفي مسألة المشيئة لا أمارة لها، انتهى.

وإذا وجد سبب ظاهر غلب على الظن حصول الانكباس غير أنه فرض جماعة أصل المسألة فيما إذا شك، وذكروا بعده في التعليل ما ذكرته؛ فعلم بذلك أنهم لم يردوا بالشك الاحتمالين على السواء بل أرادوا الاحتمالين اللذين رجح أحدهما، وهو إصابة الكل فقد توافق النقل المعروف كله على ذلك إما تصريحًا وأما تلويحًا، ولم أجد نقلًا مصرحًا بفرض الخلاف في الشك المتساوي، ووجدنا نقلًا صريحًا بأن فرض الخلاف فيما إذا غلب على ظنه إصابة الكل.

قلت: والأمر كما قال، وممن صرح بذلك من المتأخرين نقلًا من المذهب صاحبا «الانتصار» و«الذَّخائِر» فإنه قال: وإن غلب على ظنه إصابة الكل بر، وقال أَبُو حَنِيفَةَ والـمُزَنِيّ: لا يبر؛ لأن الأصل عدم الإصابة لنا إن غلب الظن أجريت في الحكم مجرى اليقين، كالحكم بخبر الواحد والقياس وشهادة اثنين، وإنما تحصل بقولهما: ظن، وقال الخراسانيون في صورة الشك في إصابة الجميع وذكر تخريج المسألة على الطريقين والفرق السابق، وأنهم عضدوا المسألة بظاهر الآية، فإنها تشعر بنوع تخفيف ورخصة يكتفي فيه غلبة الظن، ثم قالوا: نعم لو كان الأمر يحنث لا يحصل ظن بل حصل مجرد احتمال، فلا ينبغي أن يحكم بنفي الحنث؛ لأنه يبعد الاكتفاء بمجرد الاحتمال؛ فيحصل من مجموع كلامهم هذه الموافقة في صورة الشك، وهو التردد بين محتملين لا يترجح أحدهما أنه لا يحصل البر، وردوا الخلاف إلى صورة الظن وتخريجها على الطريقين، أحدهما القطع بالاكتفاء بالظن، وهو الذي ذهب إليه الخراسانيون، انتهى.

الثانية: قوله: (لكن الأصح الأول) لأنه بعد هذا الضرب يشك في الحنث، والأصل عدمه هذا تعليل ضعيف، فإنه إذا كان الفرض في احتمال الإصابة وعدمها على السواء، وقد لزمه حكم اليمين، فلأصل عدم إصابة

……………………………………

الكل، والظاهر يدل على خلافه فالأصل على هذا التقدير حنثه لا عدمه، وأيضًا فإذا كان الاحتمالان على السواء، فلا يظهر فرق بين مسألة الضرب ومسألة المشيئة.

فإن قلت: هناك لم توجد أمارة وهنا وجدت وهو الضرب.

قلت: يعني بالأمارة ما يفيد ظن إصابة الكل أم غير ذلك إن عنيت الأول فقد فرضت المسألة فيما إذا حصل ظن إصابة الكل وهو المطلوب، وإن أردت بالأمارة غير ذلك فلا بد من بيانه.

فإن قلت: المراد بالأمارة ما يحتمل معه إصابة الكل، ولا يوجد مثله في المشيئة إذا لم توجد أمارة أصلًا.

قلت: لا نسلم أن هذا يسمى أمارة وعلى تسليمه فلا أثر لمجرد وجود شيء يحتمل معه إصابة الكل احتمالًا غير راجح، فإنه وإن لم يوجد في مسألة المشيئة أمارة فهي محتملة احتمالًا غير راجح فهذا القدر مشترك بين المسألتين، ومجرد وجود شيء لا يرجح أحد الاحتمالين على الآخر، وتحريره أن هذا السبب رجح احتمال إصابة الكل أم لا، فإن رجح فهو المطلوب وإلا فلا أثر له.

قال: ومن النقل الدال على أن صورة النص إذا ظن إصابة الكل قول الشيخ أبي حامد في «التعليق» في كلامه على النصين: قلنا: لا فرق بين الموضعين، وإنما الحكم بالظاهر فيهما؛ لأن هناك إذا مات زيد فالأصل ألا مشيئة وجدت منه، وهاهنا لم يحنثه؛ لأنه ضربه بها، والظاهر أنها مسته كلها، وصرح الشيخ أبو حامد بأن الشَّافِعِي حكم بالظاهر فيهما، وعند تساوي الاحتمالين لا ظاهر، انتهى كلام الشيخ برهان الدين وهو وجه.

وقد صرح الإمام باشتراط غلبة الظن، وقال: لا أقل من ذلك، وقال الْغَزَالِي في «الْبَسِيط» بعد إشارته إلى الفرق السابق: ولو كان الضرب بحيث لا يشترط الانكباس، قيل: يبر احتمالًا مجردًا، فلا ينبغي أن نحكم بنفي الحنث،

أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ مَرَّةٍ لَمْ يَبَرَّ بِهَذَا.

فطلب ظن قريب أما الاكتفاء بمجرد الاحتمال بعيد، انتهى.

ومن هنا أخذ صاحب «الذَّخَائِر» ما قدمناه عنه، وقال القاضي أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيّ تنبيهًا من فرض المسألة فيما إذا شك هل أصابه الجميع، وعلل بأن الظاهر إصابة الجميع، وهو يناقض ظاهره، فإن الشك تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر، والظاهر تجويز أمرين يترجح أحدهما على الآخر، فهما في الحقيقة متضادان، فلا يجوز جعلهما واحدًا، والصحيح أنه إذا غلب على ظنه إصابة الجميع بر خلافًا للمزني، والفرق ما سبق، انتهى.

وإذا تأملت كلام الأصحاب في كل الطرق علمت أنهم أرادوا ما ذكره من أن شرط البر ظن إصابة الكل، والفقهاء يطلقون الشك مع رجحان أحد الطرفين، كما صرح به المصنف وغيره في باب الإحداث.

وقال في «الرَّوْضَة» في حد الزنا: أنه إذا شك في إصابة الكل لا يسقط الحد ولم يذكر سواه، ويتعين حمله على ما إذا لم يغلب على ظنه إصابة الجميع أما إذا غلب على ظنه ذلك فيسقط لا محالة وبه يتضح ما سبق على وضوحه.

قال: (**أَوْ لَيَضْرِبَنَّهُ مِائَةَ مَرَّةٍ؛ لَمْ يَبَرَّ بِهَذَا**) لأنه لم يضربه إلا مرة واحدة، وكذا لو قال: مائة ضربة على الأصح؛ لأنه لم يضربه إلا ضربة واحدة.

والثاني: يبر لأنه يحصل بكل واحد ضربة، ولهذا يسقط به حد الزنا.

إشارة: قال الشيخ برهان الدين وغيره: فإن قلت كيف يحل للسيد أن يبر في يمينه إذا حلف ليضربن عبده مائة سوط، فإن ذلك معصية فقد حلف على مستحيل شرعًا؟

قلت: لم أجد تصريحًا في المنقول بذلك، وقد يقال الإيلام ليس بشرط في ذلك، فللسيد أن يضربه مائة لا إيلام فيها؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا يحتاج إلى نقل يجوزه أيضًا، وقد قال الإمام: إنه لا بد من أدنى أثر، وإذا حصل من كل واحدة أدنى أثر فيحصل من المائة المتوالية ألم كثير أو قليل.

وقد قال ابْن الصَّلَاحِ: إن الإمام ذكر على القول بتعدد الضربات يشترط

أَوْ لَا أُفَارِقُك حَتَّى أَسْتَوْفِيَ فَهَرَبَ وَلَمْ يُمْكِنْهُ اتِّبَاعُهُ لَمْ يَحْنَثْ، قُلْت: الصَّحِيحُ لَا يَحْنَثُ إذَا أَمْكَنَهُ اتِّبَاعُهُ، والله أَعْلَمُ، ....

فيها التوالي، وهذا فيه نظر، وينبغي ألا يشترط ذلك هنا بخلاف الحد، فإنه يكتفي هنا بما يقع عليه الاسم، ولهذا يكتفي فيه بضرب فيه أدنى إيلام وبعض أصحابنا عبر عن هذا بأنه يكفي ضرب غير مؤلم والعبارة الأولى أولى، فإن ما يسمى ضربًا لا يخلو من إيلام وذلك بخلاف الحد هذا كلام ابْن الصَّلَاحِ.

قال الشيخ برهان الدين: وقد يكون العبد قد استحق تعزيرات متعددة تبلغ كلها مائة، وهذا يحتاج إلى تحرير النقل، انتهى.

وهذا عجبٌ منه؛ فإن الشَّافِعِي والأصحاب لم يتكلموا في حل البر وعدمه ولا الكلام مسبوق لذلك أصلًا بل المقصود أن عدم الحنث لم يحصل، وكونه يأثم بالضرب كلام آخر كما لو حلف ليفعلن كذا من قتل أو زنا أو شرب أو سرقة وغيرها ففعل ذلك يخلص من الحنث، وليس في كلامهم تعرض لجواز ضربه مائة أصلًا، فلا وجه لهذا التكلف، وأما بحث أبي عمرو في عدم اشتراط الموالاة يحتمل لكن يبعده أن الباعث على الحلف على ضربه العدد المذكور إنما هو شدة الحنق والغضب والقصد به المبالغة في التنكيل والزجر، وذلك لا يحصل بالضرب المتفرق تفريقًا، يعد الثاني ضربًا جديدًا منقطعًا عن الأول، فلذلك وجب تنزيل إطلاق اليمين على الموالاة المعتادة كما لو قصدها والعرف دال على ذلك فإن من حلف ليضربن عبده مائة سوط مثلًا ثم ضربه سوطًا ثم تركه أسبوعًا أو شهرًا مثلًا ثم ضربه آخر إلى أن أكمل مائة سوط لا يعد بارًا في يمينه في العادة، والله أعلم.

قال: (**أَوْ لَا أُفَارِقُك حَتَّى أَسْتَوْفِيَ**) أي: حقي منك كما قاله في «**الْمُحَرَّر**» وغيره (**فَهَرَبَ وَلَمْ يُمْكِنْهُ اتِّبَاعُهُ؛ لَمْ يَحْنَثْ**) لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد.

قال: (**قُلْت: الصَّحِيحُ: لَا يَحْنَثُ إذَا أَمْكَنَهُ اتِّبَاعُهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) لما ذكرنا من أنه حلف على فعل نفسه فلا يحنث بفعل غريمه وهذا عند إطلاقه اليمين، أما لو كانت له نية أنه لا يدعه يفارقه وغير ذلك من النيات المعتبرة في الحلف فعلى ما نوى.

وَإِنْ فَارَقَهُ أَوْ وَقَفَ حَتَّى ذَهَبَ وَكَانَا مَاشِيَيْنِ أَوْ أَبْرَأَهُ أَوِ احْتَالَ عَلَى غَرِيمٍ ثُمَّ فَارَقَهُ أَوْ أَفْلَسَ فَفَارَقَهُ لِيُوسِرَ حَنِثَ، ....

قال في «الرَّوْضَة»: إن فارقه الحالف مختارًا حنث، أو ناسيًا أو مكرهًا فعلى القولين فيهما، ولو فارقه الغريم وفر منه فقيل قولان كالمكره.

قلت: قال الْمَاوَرْدِي وهي وهم، انتهى.

والمذهب القطع بأنه لا يحنث سواء تمكن من التعلق به ومنعه أو من متابعته أم لا بل لو كانت مفارقته بإذن الحالف لم يحنث، وقال ابْن كَجٍّ: يحنث إن أذن له.

وقال الصيدلاني: يحنث إن أمكنه متابعته؛ لأنه بالمقام مفارق والصحيح الأول، انتهى.

قال: **(وَإِنْ فَارَقَهُ)** أي: الحالف ذاكرًا مختارًا **(أَوْ وَقَفَ حَتَّى ذَهَبَ وَكَانَا مَاشِيَيْنِ أَوْ أَبْرَأَهُ أَوِ احْتَالَ عَلَى غَرِيمٍ ثُمَّ فَارَقَهُ، أَوْ أَفْلَسَ فَفَارَقَهُ لِيُوسِرَ؛ حَنِثَ)** **قلت**: هذا إذا فارقه لفلسه مختارًا، أما لو منعه الحاكم من ملازمته ففارقه ففيه قولان حنث المكره، ووجه باقي الصور ظاهر، نعم؛ إن احتال أو أحيل ثم فارق، فقيل: إن قلنا الحوالة استيفاء لم يحنث، والمذهب القطع بالحنث بكل حال؛ لأنها ليست باستيفاء حقيقة بل كالاستيفاء في الحكم، نعم لو نوى أنه لا يفارقه وعليه حقه لم يحنث، ولو أخذ عوضًا عن حقه وفارقه حنث سواء قلّت قيمته أم كثرت، إلا أن ينوي ذكرنا، ولو استوفى من وكيل غريمه أو من أجنبي تبرع عنه ثم فارقه، فإن كان قال: حتى أستوفي حقي منك كما صورها في «الْمُحَرَّر» وغيره حنث، وإن قال: حقي، أو قال: حتى أستوفي كما قال في «المنهاج» فلا.

فَرْعٌ: قال الْمَاوَرْدِي: لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي ما عليه، ولم يقل: أستوفي حقي فأخذ بحقه بدلًا، ولو احتال بالحق حنث، ولو أحاله بالحق على الغريم بر؛ لأنه قد استوفى بالحوالة حقه، ولو جنى عليه عمدًا ما يوجب المال فأرشها في ذمته وحقه في ذمة غريمه، فإن كانا من جنس واحد فعلى أقوال:

أحدها: يكون قصاصًا، وإن لم يتراضيا فعلى هذا قد بر في يمينه.

وَإِنْ اسْتَوْفَى وَفَارَقَهُ فَوَجَدَهُ نَاقِصًا إنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، لَكِنَّهُ أَرْدَأُ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِلَّا حَنِثَ عَالِمٌ، وَفِي غَيْرِهِ الْقَوْلَانِ.

والثاني: لا، وإن تراضيا فلا بر.

والثالث: يتوقف على التراضي؛ فإن تراضيا قبل التفرق بر وإلا فلا، انتهى.

قال: (**وَإِنْ اسْتَوْفَى وَفَارَقَهُ فَوَجَدَهُ نَاقِصًا إنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، لَكِنَّهُ أَرْدَأُ؛ لَمْ يَحْنَثْ**) لأن الرداءة لا تمنع الاستيفاء.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن من جنس حقه بأن كان حقه دراهم، فخرج المأخوذ فلوسًا أو مغشوشًا.

(**حَنِثَ عَالِمٌ**) أي: بالحال للمفارقة قبل الاستيفاء.

(**وَفِي غَيْرِهِ**) أي: وهو الجاهل.

(**الْقَوْلَانِ**) أي: في حنث الجاهل، ونيته قولان؛ فإنه لم يتقدم ذكرهما في كلامه هذا ما نقلاه.

وقال الْمَاوَرْدِي: فيما إذا وجده معيبًا، وهو من جنس الحق نظر إن أخرجها عيبها عن إطلاق اسم الحق عليها؛ لأن حقه دنانير مغربية وأعطاه دنانير مشرقية كان خلاف الصفة في اليمين كخلاف الجنس، فإن علم به قبل فراقه حنث، أي: بالمفارقة بعد العلم، وإن لم يعلم به إلا بعد فراقه ففيه قولا حنث الجاهل، وإن لم يخرجها عيبها من إطلاق اسم الحق عليها؛ لأنها مغربية لكنها معيبة نظر، فإن كان عيبها مما يسمح به في الأغلب لقلة أرشه بر، وإن كان بضد ذلك لكثرة أرشه حنث، فإن قيل: نقصان القدر موجب للحنث فيما قل وكثر فَهَلَّا كَانَ نُقْصَانُ الْأَرْشِ بِمَثَابَتِهِ فِي وُقُوعِ الْحِنْثِ بِمَا قَلَّ أَوْ كَثُرَ؟ قِيلَ: لِأَنَّ نُقْصَانَ الْقَدْرِ مُسْتَحَقٌّ يَمْنَعُ مِنَ التَّمَاثُلِ فِي الرِّبَا، وَنُقْصَانَ الْأَرْشِ مَظْنُونٌ لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّمَاثُلِ فِي الرِّبَا، وَيَمْنَعُ مِنَ الْبِرِّ فِي الْيَمِينِ.

فَإِنْ قِيلَ: فَهَذَا يَنْكَسِرُ بِكَثِيرِ الْأَرْشِ لَا يَمْنَعُ مِنَ التَّمَاثُلِ فِي الرِّبَا وَيَمْنَعُ مِنَ الْبِرِّ فِي الْيَمِينِ، قِيلَ: لِأَنَّ الظَّنَّ فِي كَثِيرِهِ أَقْوَى، وَفِي قَلِيلِهِ أَضْعَفُ فَافْتَرَقَا فِي بِرِّ الْيَمِينِ، وَإِنِ اسْتَوَيَا فِي تَمَاثُلِ الرِّبَا، انتهى.

أَوْ لَا رَأَى مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي فَرَأَى وَتَمَكَّنَ فَلَمْ يَرْفَعْهُ حَتَّى مَاتَ حَنِثَ، وَيُحْمَلُ عَلَى قَاضِي الْبَلَدِ، فَإِنْ عُزِلَ فَالْبِرُّ بِالرَّفْعِ إِلَى الثَّانِي، أَوْ إِلَّا رَفَعَهُ إِلَى قَاضٍ بَرَّ بِكُلِّ قَاضٍ، ....

قال: **(أَوْ لَا رَأَى مُنْكَرًا)** أي: أو غيره كلقطة.

(إِلَّا رَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي) أي: ولم يزد على هذا اللفظ بقول ولا نية.

(فَرَأَى وَتَمَكَّنَ) أي: من الرفع إليه.

(فَلَمْ يَرْفَعْهُ حَتَّى مَاتَ) أي: الحالف.

(حَنِثَ) لأنه فوت البر باختياره وإن لم يتمكن فقولا حنث المكره.

قال: **(وَيُحْمَلُ)** أي: عند الإطلاق.

(عَلَى قَاضِي الْبَلَدِ) أي: على الصحيح؛ لأن التعريف بالألف واللام يرجع إليه.

(فَإِنْ عُزِلَ فَالْبِرُّ بِالرَّفْعِ إِلَى الثَّانِي) لما قدمناه، وقيل: لا يختص بقاضي البلد، ويبر بالرفع إلى أي قاضٍ كان والألف واللام للجنس، وقيل: يتعين قاضي البلد في الحال ولا يقوم غيره مقامه، وعلى هذا فالأصح أن الاعتبار بحالة اليمين لا بحالة رؤية المنكر ونحوه، ولو كان للبلد قاضيان أو أكثر وجوزناه يخير في أيهما شاء. ولو رأى المنكر بين يدي القاضي المرفوع إليه، قال **الْغَزَالِي**: لا معنى للرفع إليه وهو يشاهده، وقال الإمام: يبعد أن يقال برفعه إليه وهما مشتركان في الاطلاع عليه، وقال **الْمُتَوَلِّي**: إنما يبر بأن يخبره.

ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي عليه بر بالإخبار وصورة الرفع، وقيل: فات البر بغير اختياره فيكون على قولين.

إشارة: إنما يبر إذا رفعه إلى القاضي في محل ولايته ونفوذ حكمه، فلو رفع إليه وهو في غير محل ولايته ونفوذ قضائه لم يبر؛ إذ لا يمكنه إقامة موجبه، قاله **الْبَغَوِي** ولا فرق في هذا بين القاضي المعين وغيره.

قال: **(أَوْ إِلَّا رَفَعَهُ إِلَى قَاضٍ بَرَّ بِكُلِّ قَاضٍ)** أي: في ذلك البلد أو غيره من البلاد لصدق الاسم عند التنكير، وعبارة **الْمَاوَرْدِي** من قضاة الأمصار،

أَوْ إِلَى الْقَاضِي فُلَانٍ فَرَآهُ ثُمَّ عُزِلَ فَإِنْ نَوَى مَا دَامَ قَاضِيًا حَنِثَ إِنْ أَمْكَنَهُ رَفْعُهُ فَتَرَكَهُ وَإِلَّا فَكَمُكْرَهٍ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بَرَّ بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ عَزْلِهِ].

والظاهر أنه لم يرد التقيد بقاضي المصر، ويحتمل أن يريد به المولى من الإمام لا خلفاء القضاة، فإن صحّ هذا لم يبر بالرفع إلى خلفاء القضاة بالأمصار؛ لأن القاضي حقيقة عرفًا الكبير لا خليفته، ولهذا يقال لمن قال: أهذا القاضي؟ فيقال: لا، بل نائبه، وفيه نظر.

قال: (**أَوْ إِلَى الْقَاضِي فُلَانٍ فَرَآهُ**) أي: رأى الحالف منكرًا.

(**ثُمَّ عُزِلَ فَإِنْ نَوَى مَا دَامَ قَاضِيًا حَنِثَ إِنْ أَمْكَنَهُ رَفْعُهُ فَتَرَكَهُ**) لتفويته البر باختياره.

(**وَإِلَّا فَكَمُكْرَهٍ**) أي: وإن لم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس أو جاء إلى القاضي فحجب ففيه قولا حنث المكره، كذا قاله في «الرَّوْضَة» وسيأتي أنه يكفي في الرفع المكاتبة والرسالة فينبغي أنه إذا تمكن منهما فتركهما حنث، ولو بادر بالرفع فمات القاضي قبل وصوله إليه قيل: فيه القولان، وقيل: لا يحنث قطعًا وهو المذهب، وعليه اقتصر القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما.

ولو مات الحالف في صورة المبادرة قبل وصوله إلى القاضي، قال **الْمُتَوَلِّي**: لا كفارة بلا خلاف، وقال **الْمَحَامِلِيّ** وغيره: فيه القولان.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَنْوِ**) أي: ما دام قاضيًا.

(**بَرَّ بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ عَزْلِهِ**) هنا صورتان:

إحداهما: أن ينوي عين ذلك القاضي ويذكر القضاء تعريفًا له؛ فيبر بالرفع إليه بعد عزله قطعًا.

والثانية: أن يطلق، ففي بره **بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ بَعْدَ عَزْلِهِ** وجهان لتقابل النظر إلى التعيين والصفة، قال **الرَّافِعِي**: وأُلحق الوجهان بالوجهين فيما إذا قال: لا أكلم هذا الصبي فكلمه شيخًا، وفي نظائره لكن رجح القاضي **الرُّويَانِي** وصاحب «البيان» وغيرهما: أنه يبر كما لو قال: لا أدخل دار زيد هذه فباعها

قال المصنف: [فَصْلٌ]: حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي فَعَقَدَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ حَنِثَ،

حنث بدخولها تغليبًا للتعيين، انتهى.

وجزم في «الرَّوْضَة» بهذا الترجيح، وفيه وقفة والأقرب أنه لا يبر تغليبًا للوصف؛ لأنه المتبادر والمقصود غالبًا أن المنكرات ترفع إلى الحكام ليزيلوها لا إلى الآحاد، وقد تتبعت الكتب فمنهم من حكى الخلاف وجهين، ومنهم من حكاه قولين، وسكتوا عن الترجيح، وقد يخطر بالبال الفرق بين قوله فلان القاضي، وكذا صورها مصورون منهم الإمام والغزالي، وبين قوله القاضي فلان فيبر في مسألتنا في قوله فلان القاضي لا في قوله القاضي فلان، ولا يخفى وجهه، وبالله التوفيق.

إشارة: مدة الرفع العمر فمتى رفع بر ويكفي أن يحضر وحده إلى القاضي ويخبره أو يكتب إليه بذلك، أو يرسل رسولًا إليه فيخبره بذلك، ولا يشترط أن يذهب إليه مع صاحب المنكر، وسُئل عمّا لو كان القاضي غير أهل ولم تنعقد ولايته باطنًا أو انعقدت ثم انعزل بسبب يقتضيه، ثم استمر قاضيًّا ظاهرًا فالحالف يعلم ذلك بعد حلفه هل يبر بالرفع إليه أو كما لو انعزل ظاهرًا.

قلت: لم أر فيه شيئًا وهو محتمل.

قال الشارح: [قال: **(فَصْلٌ: حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي فَعَقَدَ لِنَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ)**] أي: عقدًا صحيحًا بوكالة أو ولاية.

(حَنِثَ) أي: عند الإطلاق إما لنفسه فبالاتفاق، وإما لغيره فعلى الأصح، وهو ما أطلقه جماعة لصدق الاسم، وقيل: لا يحنث، وقيل: إن صرح بالإضافة إلى الموكل لم يحنث، وإن نواه فقط حنث، قاله في «الرَّوْضَة» وهو ملخص من تصرف الرَّافِعِي، وقضية كلام الإمام والغزالي أنه إذا صرح في العقد باسم الموكل لا يحنث بلا خلاف، وعارضه الرَّافِعِي بإطلاق غيرهما القول بالحنث.

فَرْعٌ: لو اشترى لغيره بغير أمره بثمن في ذمته حنث على أصح الوجهين؛ لأن العقد قد صحَّ لنفسه، ذكره الْبَغَوِي في «تعليقه».

وَلَا يَحْنَثُ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ، أَوْ لَا يُزَوِّجُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ أَوْ لَا يَعْتِقُ أَوْ لَا يَضْرِبُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَهُ لَا ....

قال: (**وَلَا يَحْنَثُ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ**) لأنه لم يفعل، وذكر الربيع قولًا أنه إذا كان ممن لا يتولى ذلك الشيء بنفسه كالسلطان ونحوه أنه يحنث للعرف، فمنهم من أثبته قولًا، ومنهم من منعه، ومنهم من جعله من تخريجه، ومنهم من جعله من نقله، وقد أوضحت ذلك في «الْغَنِيَّة» مع فوائد عديدة من كلام الْمَاوَرْدِي.

وفي «شرح الكفاية» للصيمري: أنه لو حلف الإمام ونحوه ألا يشتري خبزًا أو سمكًا أو بقلًا فأمر من ابتاع ذلك حنث، انتهى.

فأفهم أنه لو أمر بشراء شيء [نفيس لم يحنث؛ لأنه قد باشره بنفسه بخلاف الشيء الخسيس] وهو تفصيل حسن غريب.

إشارات: يدخل في إطلاق الشراء والبيع السلم والتولية والتشريك.

قال الْمُتَوَلِّي: لا ما إذا صالح من دين على عين، وهذا ما نقله الإمام عن الصيدلاني واختار خلافه، وقال: لو أخذ طعامًا عن أجرة دار فلست أراه مشتريًا، وحكي أن الإقالة وإن قلنا إنها بيع لا تندرج تحت اسم البيع؛ لأن ذلك من طريق الحكم، وكذلك القسمة إذا قلنا إنها بيع، وأطلق إبراهيم المروزي أنه لا يحنث بالإقالة ولا بالمصالحة على طعام ولا بالقسمة، وإن قلنا القسمة بيع والإقالة والصلح شراء؛ لأن ذلك من طريق الحكم يسمى بيعًا وشراءً لا من حيث الحقيقة، قال: وكذلك لا يحنث بالأخذ بالشفعة؛ لأنه شراء من طريق الحكم دون الحقيقة.

قلت: ويشبه إنه لو أجر أو استأجر، وقد حلف ألا يبيع ولا يشتري أن يجري في حنثه تردد وجه المنع العرف ووجه الحنث النظر إلى الحقيقة كالسلم، ولم أرَ فيه شيئًا.

ثم رأيت في «الذَّخَائِر» أن الإمام قال: إن الإجارة لا تسمى شراء، وهو ظاهر من حيث العرف.

قال: (**أَوْ لَا يُزَوِّجُ أَوْ لَا يُطَلِّقُ أَوْ لَا يَعْتِقُ أَوْ لَا يَضْرِبُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَهُ لَا**

يَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ أَنْ لَا يَفْعَلَ هُوَ وَلَا غَيْرُهُ، ....

يَحْنَثُ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ أَنْ لَا يَفْعَلَ هُوَ وَلَا غَيْرُهُ) فيه صورتان: إحداهما: إذا حلف ألا يفعل ما ذكره من الصور وأشباهها وأطلق فأمر أو وكل من فعلها، فإن كان ممن يتعاطى ذلك بنفسه لم يحنث؛ لأنه لم يفعله، وإن كان ممن جرت عادته بالاستنابة فيه؛ لكونه يترفع عن ذلك، فالمشهور أنه لا يحنث، وفيه ما سبق من رواية الربيع أو تخريجه في البيع والشراء اعتبارًا بالعادة، وعدّ الرَّافِعِي والمصنف من صور الخلاف المذكور ما إذا كان الحالف لا يعتاد فعل المحلوف عليه، أو لا يجيء منه كالبناء والتطيين؛ فجعلا المذهب عدم الحنث في الجميع، قالا: ولو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه، فقيل: يحنث للعرف، وقيل: فيه الخلاف كالبيع، انتهى.

وبالطريق الأول أجاب الصيمري والماوردي، وقال صاحب «الكافي» ﷺ: لا يحنث على الأصح؛ لأن الحلق لم يوجد منه حقيقة، انتهى.

وقال الإمام بعد تضعيفه الحنث في البيع ونحوه: ولو قال الرجل لا أبني بيتًا، وكان لا يحسن البناء، أو لا أطين السطح وهو ممن لا يحسنه، فتخريج الربيع في أمثال هذه الصورة أظهر، انتهى.

وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: إنه الاختيار، وقال الْمَاوَرْدِي: ما حاصله من حلف لا يفعل شيئًا فأمر من فعله، فإن نوى ألا يفعله بنفسه لم يحنث بلا خلاف جل قدره أم قل، وإن نوى أنه لا يكون منه ما يقتضي ذلك الفعل، ولا يكون باعثًا عليه فحنث، كما لو فعله بنفسه جل قدره أم قل، وإن أطلق فالفعل المحلوف عليه أقسام ثلاثة:

الأول: أن يكون العرف جاريًا بالأمر به دون المباشرة من جميع الناس، كقوله: والله لا احتجمت ولا افتصدت ولا حلقت رأسي ولا بنيت داري، فإذا أمر بحجامته وفصده وحلق رأسه وبناء داره حنث جل قدره أم قل اعتبارًا بالعرف الناقل عن الحقيقة.

والثاني: أن يكون العرف أن يفعله بنفسه فقط كقوله لا كتبت، ولا قرأت

....

ولا حججت ولا اعتمرت فأمر غيره بها لم يحنث [وإن جل قدره.

قلت: لكن لو حلف من لا يحسن الكتابة على عدمها فقياسه أن يحنث] بكتابة غيره بأمره مثاله أن يقال لمن لا يحسنها: أكتب إلى زيد في كذا، فيقول: والله لا أكتب ثم يأمر بذلك.

والثالث: أن يختلف العرف فباشره من دنا دون من علا، فهذا ضربان:

أحدهما: أن يقترن بعرف الاستعمال في الاختلاف بينهما عرف الشرع، وهو إقامة الحدود التي لا يقيمها شرعًا وعرفًا إلا أولو الأمر من ذي ولاية وسلطان فيحنث الآمر بها إن كان من أولي الأمر وإن لم يباشرها، كما قيل حدّ النبي ﷺ زانيًا ورجم ماعزًا وقطع سارقًا، ولا يحنث بها غير أولي الأمر حتى يباشرها بفعله.

الثاني: أن ينفرد الاختلاف بينهما بعرف الاستعمال دون عرف الشرع فباشره من دنا دون من علا تصونًا كالبيع والشراء وتأديب العبيد والخدم، فينقسم حال الحالف والمحلوف عليه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون عرف الحالف مباشرته كأحد السوقة حلف لا باع، ولا اشترى ولا تزوج ولا طلق ولا ضرب عبدًا ولا أدب خادمًا فأمر غيره بذلك لم يحنث.

والثاني: أن يجري عرف الحالف بالاستنابة فيه دون مباشرته، وإن باشره استنكر منه كالسلطان أو من قاربه في رتبته إذا حلف لا باع ولا اشترى ولا ضرب عبدًا ولا أدب خادمًا فاستناب فيها ففي حنثه قولان: أحدهما: تفرد الربيع بنقله، وقال بعض أصحاب الشَّافِعِي: إنه يحنث اعتبارًا بالعرف والأظهر، وما عليه الأكثرون أنه لا يحنث اعتبارًا بالحقيقة، وهذا عرف خاص فلم يجز أن ينتقل به عن الحقيقة.

والقسم الثالث: أن يجري عرف الحالف بالاستنابة فيه لكن إن باشره لم يستنكر منه كالنكاح والطلاق والعتاق فإذا حلف سلطان لا نكح ولا طلق ولا

……………………………………………………………………………………………

أعتق فوكل فيها فطريقان:

أحدهما: يعتبر حكم عرفه؛ لأنه أخص به فيكون حنثه على قولين.

والثاني: يعتبر ما لا يستنكر من فعله؛ لأنه أعم، فعلى هذا لا يحنث قولًا واحدًا، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره الرَّافِعِي في صورة البناء أشبه؛ لأنه يختلف باختلاف الناس.

قلت: هذا ظاهر لكن يبعد أن يستقل واحد ببناء داره وإن كان بناءً، وإذا شورك في البناء لا يحنث، ولعل مراد الرَّافِعِي بقوله: (من جميع الناس) من لا يتعاطى ذلك منهم أصلًا ولا يجيء منه لا جميعهم مطلقًا للعلم بأن بعضهم يتعاطى ما ذكره، ويجيء منه فعله، وممن جزم أن الإمام لو حلف لا يجلد زانيًا ولا يقطع سارقًا فأمر بذلك حنث.

[قال الصيمري في «شرح كفايته»: لأن الإمام] لا يفعله بنفسه ولا من جرى مجراه، انتهى. والمختار ما قاله الْمَاوَرْدِي في جلد الزاني ونحوه إلا أن يكون الحالف سندًا للمحدود وجعلنا له ذلك.

فَرْعٌ: لو فوض طلاقها إليها فطلقت نفسها لم يحنث على المذهب بخلاف ما لو علقه بمشيئتها أو على فعلها ففعلت أو شاءت، هذا ما أورداه وغيرهما.

ورأيت في «الكافي» هنا أنه لو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، لم يحنث؛ لأنه لم يطلق، هكذا جزم إثر قوله: لو حلف لا يطلق امرأته فجعل أمرها في يدها فطلقت نفسها لم يحنث.

الحالة الثانية: أن يريد الحالف بيمينه ألا يفعل هو ولا غيره ذلك، فإنه يحنث بفعل وكيله ومأموره فيما ذكره المصنف وأمثاله اعتبارًا بإرادته.

قال الرَّافِعِي: كذا أطلقوه مع قولهم: إن اللفظ حقيقة لفعل نفسه واستعماله في المعنى الآخر مجاز، وهذا استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعًا وهو بعيد عند أهل الأصول، والأولى أن يؤخذ معنى مشترك بين الحقيقة والمجاز،

أَوْ لَا يَنْكِحُ حَنِثَ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ لَا بِقَبُولِهِ هُوَ لِغَيْرِهِ.

فيقال: إذا نوى أن يسعى في تحقيق ذلك الفعل حنث بمباشرة والأمر به لشمول المعنى، وإرادة هذا المعنى إرادة المجاز في «الرَّوْضَة».

قلت: هذا الذي ذكره الرَّافِعِي حسن، والأول صحيح على مذهب الشَّافِعِي وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز لفظ واحد، والله أعلم.

قال: (**أَوْ لَا يَنْكِحُ**) أي: وأطلق.

(**حَنِثَ بِعَقْدِ وَكِيلِهِ لَهُ**) أي: لأن الوكيل هنا سفير محض هذا ما أورده الرَّافِعِي في كتاب النكاح من الشَّرْح وأرسلا هنا وجهين بلا ترجيح.

ثانيهما: لا يحنث كالبيع والشراء، ولو حلف السفيه لا ينكح أو العبد فقبل له الولي، أو السيد بإذنه فالحكم ما ذكرناه والأصح الحنث، والفرق أن النكاح لا يقع للوكيل بالمخالفة بخلاف الشراء، وفي النكاح يسميه شرط بخلاف الشراء.

قال في «الذَّخَائِر» بعد ذكره صورة الكتاب وكذلك كل عقد يفتقر إلى الإضافة إلى الموكل، انتهى. وسبق تفصيل الْمَاوَرْدِي ونقله طريقين فيما إذا حلف السلطان لا نكح.

قال: (**لَا بِقَبُولِهِ هُوَ لِغَيْرِهِ**) هذا قضية الحنث في التي قبلها، وحكى الإمام عن الأصحاب القطع به وهو الوجه؛ لأنه ما نكح حقيقة ولا عرفًا.

وأما إذا قلنا: لا يحنث الأول، كما جزم به الصيدلاني والغزالي فقضيته الحنق هاهنا، ودخل في لفظ المصنف الوكيل والولي والسيد.

فَرْعٌ: لو قال: لا أكلم عبدًا اشتراه زيد لم يحنث بتكليم عبدًا اشتراه وكيله، ولو قال: لا أكلم امرأة تزوجها وكلم من تزوجها زيد بوكيله ففيه الوجهان، فيما لو حلف لا يتزوج فتزوج وكيله له، ولو حلف لا يكلم زوجة زيد حنث بمن تزوجها بنفسه أو بوكيله ونحوه بلا خلاف.

واعلم أن جميع ما سبق من الصور فيما إذا أطلق كما نبهنا إليه مرات،

أَوْ لَا يَبِيعُ مَالَ زَيْدٍ فَبَاعَهُ بِإِذْنِهِ حَنِثَ، وَإِلَّا فَلَا.

فأما إن نوى ألا يفعل ولا يفعل [بإذنه][1] أو لا يفعل ولا يأمر به فحنث إذا أمر به، وفيه بحث الرَّافِعِي السابق في إطلاقهم.

قال: (**أَوْ لَا يَبِيعُ مَالَ زَيْدٍ فَبَاعَهُ بِإِذْنِهِ**) أي: بيعًا صحيحًا أو بإذن من ناب منابه.

(**حَنِثَ**) لوقوع المحلوف عليه.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن باعه بغير إذنه لم يحنث لفساد البيع، ولا خفاء أن بيعه له بإذن الحاكم لحجر أو عينه أو امتناع يحنث به، وكذا بيعه مال المحجور عليه بولاية لصغر أو سفه أو جنون، أو بيعه لذلك بإذن الولي، وكان الأحسن أن يقال: أو لا يبيع مال زيد فباعه بإذن صحيح حنث، وإلا فلا أو يقال: فباعه بيعًا صحيحًا؛ ليدخل الحاكم إذا باشر البيع، وقد حلف ألا يبيعه وما لو ظفر بغير جنس حقه وجوزنا له بيعه كما سيأتي، والمرتهن يتعذر عليه مراجعة المالك والحاكم، ومراد المصنف إخراج البيع الفاسد لا عدم الحنث إذا لم يكن بإذن زيد نفسه.

فَرْعٌ: حلف لا يبيع من زيد فباع من وكيله أو وكل من باع منه لم يحنث عند الإطلاق.

قلت: فلو كان زيد طفلًا أو مجنونًا لا يتصور البيع منه، فهل يحمل إطلاقه على البيع من وليه حتى يحنث ببيعه لوليه إذا اشتراه له؟ فيه نظر ولو حلف لا يبيع لزيد مالًا؛ فوكل زيد وكيلًا في بيع ماله وأذن له أن يوكل الحالف ففعل فباع وهو لا يعلم نص في «الْأُمِّ» أنه لا يحنث وهو تفريع على عدم حنث الجاهل.

وقال الْمُتَوَلِّي: إن كان قال وكيل عني حنث مع علمه أو إن حنثنا الجاهل، وإن جعلناه وكيلًا للوكيل لم يحنث، وإن أطلق الإذن في التوكيل فعلى الخلاف في أنه وكيل منه.

---

(١) في نسخة: (إلا بإذنه).

أَوْ لَا يَهَبُ لَهُ فَأَوْجَبَ لَهُ فَلَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا إِنْ قَبِلَ وَلَمْ يَقْبِضْ فِي الْأَصَحِّ، ....

ولو قال: لا يبيع زيد لي مالًا؛ فوكل الحالف رجلًا في بيعه وأذن له في التوكيل؛ فوكل زيدًا فباع حنث الحالف علم زيد أم لا؛ لأن النسيان والجهل يعتبر في المباشر للفعل لا في الحالف، هكذا قاله [المراوزة][1] وتبعهم الشيخان، وقد يتوقف في صحة توكيل الوكيل زيدًا وبيعه ولا سيما إذا علم الوكيل بحلف الموكل.

قال: (**أَوْ لَا يَهَبُ لَهُ فَأَوْجَبَ لَهُ فَلَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَحْنَثْ**) أي: على الصحيح خلافًا لابن سُرَيْج؛ لأن العقد الفاسد لا يدخل تحت مطلق اليمين، فكيف ما لم تتم العقود؟ ووجه قوله بأنه يقال: وهبت فلانًا فلم يقبل مني، قال الإمام: ولا شك أنهم يطردون هذا الخلاف في البيع وغيره من العقود المشتملة على الإيجاب والقبول، انتهى. وهذا بعيد جدًّا ويرده قياسهم المنع على الإيجاب في البيع.

قال: (**وَكَذَا إِنْ قَبِلَ وَلَمْ يَقْبِضْ فِي الْأَصَحِّ**) لأن مقصود الهبة نقل الملك ولم يوجد، وهذا ما صححه الْبَغَوِي وتبعه في «الْمُحَرَّر».

وَالثَّانِي: يَحْنَثُ لِأَنَّ الْهِبَةَ قَدْ حَصَلَتْ وَالْمُتَخَلِّفُ الْمِلْكُ، وهذا ما صححه الْمُتَوَلِّي هكذا قال الرَّافِعِي، وزاد في «الرَّوْضَة»: أن الأول صححه آخرون غير الْبَغَوِي.

وفي «النِّهَايَة» نقل الوجهين عن رواية القاضي الحسين بلا ترجيح، ثم قال: وذكر العراقيون الخلاف على وجه آخر، فقالوا: إذا حصلت الهبة والقبول؛ فالذي جرى هبة في حكم الحنث والبر بلا خلاف، وإنما التردد فيما إذا قال: وهبتك فهل نقول يحنث بمجرد ذلك قبل القبول المذهب لا خلافًا لابن سُرَيْج.

قلت: وما حكاه عن العراقيين ذكره الْبَنْدَنِيجِي وغيره من أتباع الشيخ أبي حامد، وعليه جرى الشَّاشِي والعمراني وهو قضية كلام «الشامل» لكن الجواب

---

(١) في نسخة: (الْمَاوَرْدِي).

وَيَحْنَثُ بِعُمْرَى وَرُقْبَى، وَصَدَقَةٍ لَا إِعَارَةٍ، وَوَصِيَّةٍ وَوَقْفٍ، ....

في «الْحَاوِي»: أنه لا يحنث بالعقد قبل القبض، وهو المرجح في البينة، وقضية كلام «الانتصار» الجزم به، وفي «تعليق الْبَغَوِي»: أنه المذهب، وفيه قول بعيد، انتهى.

قال الْمَاوَرْدِي: ثُمَّ إِذَا قُبِضَتِ الْهِبَةُ عَنْ عَقْدٍ تَقَدَّمَهَا، فَفِي زَمَانِ حِنْثِهِ وَجْهَانِ مُخَرَّجَانِ مِنِ اخْتِلَافِ قَوْلَيْنِ حَتَّى يَمْلِكَ الْهِبَةَ:

أَحَدُهُمَا: بِالْقَبْضِ، فَعَلَى هَذَا يَحْنَثُ وَقْتَ إِقْبَاضِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَدُلُّ الْقَبْضُ عَلَى مِلْكِهَا وَقْتَ عَقْدِهَا، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ حَانِثًا وَقْتَ الْعَقْدِ.

قال: (**وَيَحْنَثُ بِعُمْرَى وَرُقْبَى وَصَدَقَةٍ**) أي: صدقة تطوع على الصحيح المشهور في الثلاث؛ لأنها أنواع خاصة من الهبة، وسواء تطوع بصدقة على فقير أو غني، وقيل: لا يحنث بما سوى الهبة، وقيل: يحنث بالعمرى والرقبى دون الصدقة، ولا يحنث بزكاة وفطرة قطعًا، وقيل على الأصح، والكفارات كالزكاوات صرح به الْمَاوَرْدِي، ويشبه أن يجيء في الصدقة المنذورة خلاف من الخلاف المشهور فيم يسلك النذرة، ويحنث بالهدية المقبوضة، وإن لم يتقدمها عقد؛ لأنه لا يعتبر فيها كما قاله الْمَاوَرْدِي وغيره، وهل يحنث بالمنحة وإباحته ثمرة بستانه ونحوه إلا شبه الحنث، ولم أرَ فيه نصًا، وقد شمله قول الرَّافِعِي وغيره: إنه يحنث بكل تمليك في الحياة خالٍ عن العوض، انتهى.

ولا يحنث بالضيافة، وقيل: يحنث إن ملكنا الضيف، والصحيح الأول، ولا يحنث بمحاباته في البيع ونحوه قطعًا، كما لو حلف لا يستوهب فغابن في بيع، قاله الْمَاوَرْدِي وغيره.

قال: (**لَا إِعَارَةٍ، وَوَصِيَّةٍ وَوَقْفٍ**) أما الإعارة: فإنه لا تمليك فيها، ولم يخلو فيه خلافًا، ويشبه أن يجري فيها خلاف مما سبق في كتاب العارية أو الإجارة، ولأنه يقال عرفًا: تصدق عليه بسكنى داره.

وأما الوصية: فلأنها تمليك بعد الموت والميت لا يحنث، وقيل: يحنث

أَوْ لَا يَتَصَدَّقُ لَمْ يَحْنَثْ بِهِبَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

بها وليس ببعيد من العرف، ولو حلف لا يقبل صدقة تطوع فأوصى له بشيء فقبله؛ فالظاهر الحنث ولم يحضرنِ فيه نص.

وأما الوقف عليه: فلأنه لا يملكه على المذهب، فإن قلنا: يملكه الموقوف عليه حنث قطعًا، وقيل على الصحيح، وممن صرح بالوجهين الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» وأشار إليهما الْمُتَوَلِّي والإمام تخريجًا.

فَرْعٌ: لو أبرأه من دين إن شرطنا القبول في صحته، فقيل: حنث وإلا فوجهان، وأطلق في «الانتصار» القول بأنه لا يحنث، قال: لأنه لا يملك على نفسه، ولأنه كناية عن الإبراء، ولهذا سقط بنفس القبول، قال: وإن وهبه دينًا، وقلنا: تصح هبة الدين فإذا أقبضه المدين حنث.

[**فَرْعٌ**: قال إبراهيم المروزي: لو حلف لا يهبه فوهب لعبده لم يحنث؛ لأنه عقد مع العبد بدليل أن القبول إليه يكون].

قال: (**أَوْ لَا يَتَصَدَّقُ لَمْ يَحْنَثْ بِهِبَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنها ليست صدقة؛ ولهذا تحل له ﷺ بخلاف الصدقة، نعم كل صدقة هبة ولا عكس، وما صححه هو المنسوب في «فتاوى الْقَفَّال» إلى عامة الأصحاب خلافًا للقفال، ووجه قوله بالقياس على ما لو حلف لا يهب فتصدق، ويشبه أن يقال: إن وهب غني لمثله أو أعلا منه لم يحنث قطعًا، وكذا لو وهب لمن دونه من الأغنياء، ويختص التردد بالهبة للفقير ونحوه، ولا يخفى وجه هذا التفصيل، وصور الْمُتَوَلِّي وغيره المسألة فيما إذا حلف لا يتصدق عليه، والظاهر أن التردد حنث لا نية للواهب أما لو نوى بالهبة الصدقة، وإنما سماها هبة أنه يحنث قطعًا اعتبارًا بقصده.

ثم رأيت الإمام صرح بذلك: ويحنث عند الإطلاق بصدقة الفرض والتطوع وبالصدقة على غني وفقير.

قال الْمُتَوَلِّي: لو دفع إلى ذمي لا يحنث؛ لأنه ليس في وضع المال فيه قربة.

قال الشيخان: وهذا ممنوع وهو كذلك، ويحنث بالعتق لا بالعارية

أَوْ لَا يَأْكُلُ طَعَامًا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ لَمْ يَحْنَثْ بِمَا اشْتَرَاهُ مَعَ غَيْرِهِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ زَيْدٌ فِي الْأَصَحِّ، ....

والضيافة؛ لأن الضيف لا يملك الطعام على الصحيح من المذهب قاله الْمُتَوَلِّي، وبه جزم الْمَاوَرْدِي هنا، والرافعي أيضاً قال: لما ذكرنا أن الضيف لا يملك، وسبق فيه اضطراب في كلام الشيخين، ولا يبعد أن يقال: ضيافة الفقراء والمساكين صدقة عليهم بخلاف ضيافة الأغنياء ونحوهم، والعرف يشهد للفرق وكذلك إسكان الفقير وإيوائه، قال الْمُتَوَلِّي: ويحنث بالوقف؛ لأنه صدقة وبناه غيره على أقوال الملك، إن قلنا للواقف لم يحنث أو لله تعالى حنث أو للموقوف عليه فوجهان كما لو وهب، كذا في تعليقي الْبَغَوِي والمروزي و«التهذيب».

فَرْعٌ: لو حلف لا يبر فلانًا.

قال الْمُتَوَلِّي: دخل فيه جميع التبرعات من الهبة والهدية والضيافة والإعارة والوقف وصدقة التطوع لا المفروضة، ويحنث بعتقه إن كان عبده وبإبراءه من دينه لا بيعه منه محاباة، انتهى.

وبذلك جزم الشيخان، وسكتا عن صورة البيع محاباة هنا، وفي كونه لا يحنث بإعطائه الصدقة المفروضة وقفة من حيث العرف؛ إذ في قصده إياه دون غيره بر له عرفًا، قال: ولو حلف لا يصرف ماله في البر فقد ذكرنا وجوه البر في الوصايا فيمينه المطلقة محمولة على تلك الجهات، انتهى.

فَرْعٌ: حلف لا يستودع فأعطاه رجل درهمًا ليشتري له به شيئًا فأمسكه إلى الغد ثم اشترى به، قال العماد بن يونس: لم يحنث؛ لأن هذا وكالة لا وديعة والعرف ينازعه ويعده وديعة.

قال: (**أَوْ لَا يَأْكُلُ طَعَامًا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ لَمْ يَحْنَثْ بِمَا اشْتَرَاهُ مَعَ غَيْرِهِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ زَيْدٌ فِي الْأَصَحِّ**) فيه صورتان:

الأولى: أن يحلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد فأكل ما اشتراه زيد وعمرو أو زيد والحالف صفقة واحدة، كما قال الْمَاوَرْدِي والجرجاني وغيرهما.

……

قال الرَّافِعِي: ولم يورد الجمهور سواه وفيه ما سيأتي، أو كل واحد منهما نصفه في صفقة لم يحنث هذا ما نصَّ عليه الشَّافِعِي وفقهاء أصحابه كما قاله الإمام في المثال الأول، قال: ولا يجوز غيره؛ لأن تقدير كلامه لا آكل مما ينفرد زيد بشرائه ولم يشتره زيد بل هو وعمرو، وكما لو حلف لا يدخل دار زيد فدخل مشتركة بينه وبين عمرو بشراء أو غيره، وغيرها من النظائر كلبس الثوب وركوب الدابة وأكل طعام طحنه زيد، فإنها محل وفاق، وقيل: يحنث في مسألتنا كمذهب أبي حنيفة إذ ما من جزء إلا وقد ورد عليه شراء زيد واختاره القاضي أبو الطيب.

وفي «تعليق الْبَغَوِي» أن القاضي الحسين اختاره، وهو خلاف النص.

والثاني: إن أكل أكثر من النصف حنث وإلا فلا، وأشار الإمام إلى انفراد الفوراني بنقلهما وزيفهما، قال: ولم يطرد إلا وجه فيما لو حلف لا يدخل دارًا اشتراها فلان فاشترك فلان وفلان في شرائها، وقال في كلامه مع أبي حنيفة: حيث حنثه في الطعام دون الدار ولا فرق بينهما، وإن تخيله إنسان ببوادر الفهم لم يستمر له.

الثانية: إذا حلف لا يأكل من طعام اشتراه زيد فأكل مما اشتراه زيد وعمرو أو زيد والحالف والمرجح فيهما المنع أيضًا لما ذكرنا، وتوجيه الحنث ما سبق وهذه الصورة هي التي حكى الفوراني في «الإبانة» الأوجه الثلاثة والإمام رواها عنه في الأولى، وكأنه رأى ألا فرق بين الصيغتين كما سيأتي، ولفظ «الإبانة»: إذا حلف لا آكل طعامًا اشتراه زيد، فذهب زيد مع آخر واشتريا معًا طعامًا فهل يحنث بأكله؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يحنث لأنه لم ينفرد بالشراء.

والثاني: يحنث وإن أكل منه لقمة أو حبة.

والثالث: وذكر ما سبق، وأجاب في «العمد» بأنه لو حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد بأنه لا يحنث بما سبق عن النص والجماهير.

....

تنبيهات: أحدها: الخلاف فيما إذا أطلق ولم يكن له نية، أما لو أراد ألا يأكل طعامه أو من طعامه، قال الْبَغَوِي: فيحنث بالمشترك وأقره الرَّافِعِي، وفيه للنظر مجال إلا أن يكون المراد ألا يأكل من طعام لزيد فيه شرك ونحو ذلك من النيات التي تقتضي إرادة ألا يأكل له شيئًا.

ثانيها: اقتضى سياق «الْمُحَرَّر» و«المنهاج» أنه يحنث في صورة الأولى بلا خلاف، وأن الخلاف مختص بالثانية و«الْمُحَرَّر» تابع «للتهذيب» في ذلك كما صرح به في «الشَّرْح الكبير» مع قوله: إن الأكثرين لم يفرقوا بين أن يقول: لا آكل طعامًا اشتراه زيد أو من طعام اشتراه زيد، ثم حكى التخصيص عن «التهذيب» وعبارة «شرحه الصغير» وقيل: الوجوه فيما إذا قال من طعام اشتراه زيد ولا يحنث فيما إذا كان طعامًا اشتراه زيد بلا خلاف، انتهى. وحكي مثله عن الفوراني وقد يخرج ذلك من كتابيه كما سبق.

ثالثها: لخص الشيخ برهان الدين -ﷺ- في الصورتين خمسة أوجه:

أحدها: لا يحنث سواء أكل كله أو بعضه.

والثاني: عكسه.

والثالث: إن أكل أكثر من النصف حنث وإلا فلا.

والرابع: إن قال لا آكل طعامًا اشتراه زيد لم يحنث وإن أكله جميعه، وإن قال: من طعام اشتراه زيد حنث وبكله وببعضه.

والخامس: إن قال لا آكل طعامًا اشتراه زيد لم يحنث مطلقًا، وإن قال: من طعام اشتراه زيد لم يحنث بأكل النصف فأقل، وإن أكل أكثر من النصف حنث، قال: ومن تأمل كلام الرَّافِعِي وفهمه علم أنه تتحصل منه الوجوه الخمسة.

رابعها: سوى الرَّافِعِي كما سبق بين أن يشتريا الطعام صفقة واحدة وبين أن يشتري كل واحد نصفه في صفقة واحدة مشاعًا كما صنع صاحبا «البيان» و«الذَّخَائِر» وقيدها الشيخ أبو حامد والماوردي والدرامي وابن الصباغ والمتولي وخلائق بما إذا اشترياه صفقة واحدة.

وَيَحْنَثُ بِمَا اشْتَرَاهُ سَلَمًا، ....

وقال الْمَاوَرْدِي: وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يحنث كما لو اشترياه في صفقتين مشاعًا، وأجاب بأن كل جزء من أجزاء الطعام قد اشترى زيد نصفه بعقد تام فوجد شرط الحنث، وإذا كان بعقد واحدٍ فهو مشترك فلم يكمل شرط الحنث فافترقا، انتهى.

خامسها: لا يحنث في مسألة الكتاب بما رد على زيد بعيب أو رجع إليه ما قاله، وإن جعلنا الإقالة بيعًا كما سبق إذ لا يسمى بيعًا عرفًا ولا يحنث بما خلص له بالقسمة مما كان بينه وبين غيره، وإن جعلناها بيعًا ولا يحنث بما صالح عليه عن دين خلافًا للإمام والغزالي؛ لأنه يسمى شراء في العرف، ولا يحنث بما اشتراه لزيد وكيله ونحوه ويحنث بما اشتراه زيد لغيره بوكالة أو ولايةٍ عند الإطلاق، فإذا كانت له نية حمل في الحنث على نيته، ولو اشتراه زيد ثم باعه من غيره فأكل منه الحالف حنث، وكذا لو باع بعضه فأكل منه الحالف، هكذا أورد الرَّافِعِي هذه الصور فيما لو حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد أو من طعام اشتراه زيد، ويحنثه بأكل البعض في صيغة من حنث ويقتضي تحنيثه ظاهرًا دون صيغة طعامًا، وينبغي ألا يحنث إلا بأكل كله نظرًا إلى ظاهر اللفظ، كما لو قال: لا آكل رغيفًا أو خبزًا أو تمرًا اشتراه زيدًا، نعم كان مراد الحالف بقوله طعامًا من طعام فواضح.

قال: (وَيَحْنَثُ بِمَا اشْتَرَاهُ سَلَمًا) وكذا ما ملكه بالتولية والإشراك؛ لأنه شراء في الحقيقة والإطلاق يقال: اشتراه سلمًا واشترى بكذا في عقد التولية هكذا قاله الرَّافِعِي في شرحه، وتبعه في «الرَّوْضَة» وهو ظاهر فيما اشتراه سلمًا أو تولية ومشكل في صورة الإشراك، ولم أرها في غير كلام الإمام من فقهه، فإنه حكى عن الصيدلاني ما سبق: أنه لا يحنث بطعام أخذه صلحًا عن دينه؛ لأنه ليس مما اشتراه في حكم اليمين فإن الصلح لا يسمى شراء.

قال الإمام: وهذا لست أراه كذلك، فإنه شراء على الحقيقة مشتمل على الإيجاب والقبول وهبة الدين الذي في ذمة البائع وغلبة اسم الصلح عليه بمثابة غلبة السلم.

وَلَوْ اخْتَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ بِمُشْتَرَى غَيْرِهِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَتَيَقَّنَ أَكْلَهُ مِنْ مَالِهِ ....

ولو ملك ذلك المعين عن الإشراك والتولية؛ فالحاصل مشتري عندي لا شك فيه؛ لأنه تملك اختياري مبني على الإيجاب والقبول، ولو أخذ طعامًا عن أجرة دار فلست أراه مشتريًا؛ لبعد الإجارة وعوضها في حكم اللسان والعرف عن اسم الشراء، وإن قال الشَّافِعِي الإجارة صنف من البيوع، انتهى.

وتبعه الإمام الْغَزَالِي على ما ذكره في الإشراك وهو ظاهر على فرق الْمَاوَرْدِي السابق في التنبيه الرابع، وليس بظاهر على ما ذكره الرَّافِعِي وغيره من عدم الفرق، وقد قالوا: إنه لو اشترى زيد وعمرو طعامًا ثم اقتسماه فأكل الحالف فما صار لزيد بالقسمة لا يحنث كما لو أكل منه قبل القسمة؛ لأنه ما أكل مما اشتراه زيد، وسبق أن تقدير كلامه كما قاله الْمَاوَرْدِي، واقتضاه كلام الرَّافِعِي والإمام وغيرهما من الأصحاب أن لا آكل مما ينفرد زيد بشرائه، ولا شك أنه إذا أكل مما اشترى زيد بعضه على وجه الإشراك لم يكن آكلًا مما ينفرد زيد بشرائه ولا سيما إذا كان البائع له على وجه الإشراك قد اشتراه فتأمله!

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ**) أي: زيد بانفراده.

(**بِمُشْتَرَى غَيْرِهِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَتَيَقَّنَ أَكْلَهُ مِنْ مَالِهِ**) صورتها أن يشتري زيد طعامًا ويخلط أحدهما بالآخر، فيأكل الحالف من المخلوط.

قال الرَّافِعِي: ففيه وجوه أحدها: عن الإصطخري إن أكل النصف فما دونه لم يحنث أو أكثر من النصف حنث، وهذا عند استواء القدرين؛ لأنا نتحقق حينئذٍ أنه أكل مما اشتراه زيد [فصار كما لو اشتراه زيد].

وثانيها: وبه قال ابن أبي هريرة أنه لا يحنث وإن أكل الجميع؛ لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء منه بأنه اشتراه زيد فصار كما لو اشتراه زيد مع غيره وأصحهما، وبه قال أبو إسحاق: إنه إن أكل من المخلوط قليلًا يمكن أن يكون مما اشتراه الآخر كالحبة أو الحبتين من الحنطة والعشر والعشرين لم يحنث، وإن أكل قدرًا صالحًا كالكف والكفين يحنث لأنا نتحقق أن فيه مما اشتراه زيد وإن لم يتعين لنا، وقول «الوجيز»: حنث إذا أكل المختلط يقع ظاهره على

....

الجميع، وإذا أكل جميع المختلط يحنث باتفاق الوجه الأول والثالث الأصح، ولفظ «الوسيط»: إذا أكل من المختلط، وهذا يخالف الوجوه الثلاثة وهو بعيد في نفسه فحسن أن يؤول وينزل على الوجه الأصح، انتهى.

قال الشيخ برهان الدين: ظاهر كلام الرَّافِعِي أن لفظ «الوسيط» يخالف الوجوه الثلاثة، ولفظ «الوجيز» يوافق بعضها، وعندي أن لفظ الوجيز على ما حكاه يخالف الوجوه الثلاثة أيضًا، وذلك أن ظاهره يقتضي أنه إذا أكل جميع المختلط يحنث وإن أكل بعضه لم يحنث، وهذا ليس بوجه منها، وقوله: إنه يقع ظاهره على الجميع، وإن الحنث بالجميع متفق عليه بين الوجه الأول والثالث يلزمه منه أنه يخالف الوجوه الثلاثة؛ لأنه أخذ قدرًا مشتركًا بين الوجه الأول والثالث، ونزل عليه كلام «الوجيز» والقدر المشترك بين الوجهين المتغايرين مخالف لكل منهما قطعًا، فإن الذي يمتاز به كل منهما عن الآخر مغاير لما يشتركان فيه، وإلا لما كان وجهين وحينئذٍ فكلام «الوجيز» يقتضي وجهًا مغايرًا للوجوه الثلاثة وهو أنه: إن أكل جميع المختلط حنث وإلا فلا، ويؤخذ من منطوق كلامه ومفهومه، وكلام «الوسيط» يقتضي وجهًا آخر أنه يحنث بأكله منه سواء أكل بعضه أو كله، وحكي وجه آخر عن البصريين كما سيأتي، قال: وبالنظر إلى هذه العبارات يحصل ستة أوجه وكلام الرَّافِعِي على «الوسيط» ممنوع على الإطلاق، انتهى.

قلت: وعبارة «الْبَسِيط» إذا اختلط بشراء غيره خلطًا لا يتميز فإن أكل قدرًا علم قطعًا أن فيه جزءًا مما اشتراه زيد حنث، وقيل: إنه لا يحنث، وإن أكل الجميع؛ لأنه لا يحلف على المختلط، انتهى.

وزيف الإمام ما عدا الثالث الذي رجحه الرَّافِعِي وجزم به المصنف ورأى القطع به، وكلام «الوسيط» عن التأمل للوجه الأصح عند الرَّافِعِي والإمام، وما في «الْبَسِيط»: وعلى ذلك ينطبق قول الدارمي، ولو اشتراه منفردًا فخلطه بما اشتراه غيره فأكل منه حنث، وقيل: لا يحنث، انتهى.

والظاهر أنه سقط من نسخ «الوجيز» لفظه من قبل قوله المختلط.

……

وقال الْمَاوَرْدِي: فيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يحنث بحال.

وثانيها: إن أكل أكثر من النصف ونسبه إلى أبي إسحاق، وذكر الأول في كلام الرَّافِعِي.

والثالث: هو مذهب البصريين، ويشبه أن يكون قول ابن أبي هريرة أنه إن كان الطعام مائعًا كالعسل واللبن حنث بأكل قليله وكثيره؛ لامتزاجه، وكذلك الدقيق؛ لأنه كالمائع في الامتزاج، وإن كان متميزًا كالرطب والتمر لم يحنث حتى يأكل أكثر من النصف لدخول الاحتمال في التمييز وانتفائه عن الممتزج، انتهى.

وعدّ في «الذَّخَائِر» وتبعه صاحب «الانتصار» وهذا وجه رابع مضموم إلى الثلاثة السالفة، ولم يضيفا شيئًا، وإذا تأملت كلام الأئمة علمت أن الوجه الأول في كلام الرَّافِعِي وغيره هو الثالث في كلام المرجح، والثاني في «الْحَاوِي» وهو قول أبي إسحاق كما ذكره الرَّافِعِي في الثالث، وإذا تصفحت أكثر الكتب بان لك أنه ليس في المسألة إلا وجهان كما أوردهما الدارمي والغزالي، أحدهما: لا حنث والمذهب الحنث إن حصل اليقين بأنه أكل مما اشتراه زيد سواء أكل فوق النصف أو دونه، والتوجيه في كلامهم ناطق بما ذكرته وإنما يجمع الوجوه من اختلاف العبارات وعدم تحرير التصوير.

إشارات: سياق الرَّافِعِي يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون قد قال لا أكل طعامًا اشتراه زيد أو من طعام اشتراه زيد في أنه متى تحقق أنه أكل مما اشتراه زيد أنه يحنث، وفي النفس شيء فيما إذا كان اللفظ طعامًا قدمناه، ولكن كلامهم كالمتفق على أنه يحنث بأكل بعضه.

قول المصنف: (بمشترى غيره) مثال لا شرط ولا فرق بين اختلاطه بمشترى غيره أو تملك غيره بلا شراء أو تملك زيد الحاصل عن غير الشراء اشتمل كلام الكتاب على ثلاث صور، أن يشتريا دفعة واحدة، أن يشتريا كل واحد جزءًا مشاعًا، أن يشتري كل واحد شيئًا منفردًا، ثم يخلط بما اشتراه الآخر وقد أوضحنا ذلك بحمد الله ومنه.

أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارًا اشْتَرَاهَا زَيْدٌ لَمْ يَحْنَثْ بِدَارٍ أَخَذَهَا بِشُفْعَةٍ].

فَرْعٌ: في «تعليق» إبراهيم المروزي أنه لو حلف لا يأكل طعام زيد فأكل طعامًا مشتركًا بينه وبين غيره حنث، قال الرَّافِعِي: وسبق عن «التهذيب» ما يوافقه.

قال: ولو حلف لا يلبس ثوب فلان ولا يركب دابة فلان فلبس ثوبًا مشتركًا أو دابة مشتركة بينه وبين غيره لا يحنث، وفرق بأن في مسألة الطعام انعقدت اليمين على أنه لا يطعم طعامًا مملوكًا له، وقد طعم طعامًا مملوكًا له لكنه لم يلبس ثوبًا مملوكًا ولم يركب دابة مملوكة له قال الرَّافِعِي: وهذا ينزع إلى مذهب أبي حنيفة حيث قال: إذا حلف لا يأكل طعامًا اشتراه زيد فأكل طعامًا اشتراه زيد وعمرو يحنث، إذا حلف لا يلبس قميصًا اشتراه زيدًا ولا يسكن دارًا اشتراها لا يحنث بما اشتراه مع غيره، وفرق بأن بعض القميص ليس بقميص وبعض الدار ليس بدار، ولم يشتر زيد جميع القميص والدار واسم الطعام يقع على القليل والكثير، ففي المأكول طعام اشتراه زيد.

وأما نحن فإذا قلنا: الطعام الذي اشتركا في شراء ولبس ولا بعضه المعين مشترى زيد جاز أن يقول الطعام المشترك ليس هو ولا بعضه المعين مال زيد، ولا يبعد التسوية بينهما، انتهى.

وما نقله عن المروزي لخصه من كلامه، ولو كان ذكره برمته أولى وأوضح وفي «تعليق الْبَغَوِي» بعد ذكره نحو كلام المروزي في الطعام والدار والثوب.

وقال القاضي: في ذكره إذا قال: لا ألبس ثوب فلان فلبس ثوبًا مشتركًا بينه وبين غيره كما في الطعام، قال: وعندي، إذا قال: من طعام اشتراه فلان فاشترى هو مع غيره وجب أن يحنث والنص خلافه.

قال: **(أَوْ لَا يَدْخُلُ دَارًا اشْتَرَاهَا زَيْدٌ لَمْ يَحْنَثْ بِدَارٍ أَخَذَهَا بِشُفْعَةٍ)**.

قلت: كذا عبارة «الْمُحَرَّر» وغيره وفيها تسمح؛ إذ لا يمكن أخذ ملك دار تامة بالشفعة عندنا، وعبارة «الشَّرْح» لم يحنث بالدار الذي ملك بعضها بالشفعة.

قال إبراهيم المروزي: لأن الأخذ بالشفعة شراء من طريق الحكم دون الحقيقة، انتهى.

....

وكذا يعتبر الشراء ما كان، ولو كان يملك منها شقصًا لا بشراء ثم اشترى باقيها لم يحنث الحالف بدخولها بلا خلاف عند الإطلاق، ونصّ الشَّافِعِي في «الأُمّ»: على أنه لو قال لا أسكن دارًا لفلانٍ فسكن دارًا لغيره فيها شرك قليل أو كثير لم يحنث، انتهى.

وسكتوا عليه، وفي النفس منه شيء من حيث العرف إذا كانت معروفة بفلان منسوبة إليه لا تعرف بغيره. انتهت مسائل الباب، والله الموفق للصواب.

ونختمه بمسائل مبددة وفروع منثورة ختم الله لنا بالحسنى بمنه ولطفه:

مسائل مبددة وفروع منثورة:

مسألة: حلف لا يلبس ثوبًا وأطلق حنث بلبس القميص والرداء والسراويل والجبة والقباء ونحوها سواء المخيط وغيره سواء لبسه على ما يعتاد أو بخلافه بأن ارتدى أو اتزر بالقميص أو تعمم بالسراويل، وسواء ثوب القطن والكتان والحرير والصوف ونحوه لا بالجلود وما يتخذ منها ولا بالقلنسوة والحلي، ولا بوضع الثوب على الرأس ولا بفرشه تحته وكذا لا يحنث بالتدثر به على الأصح.

ولو قال: لا ألبس هذا الثوب وكان المحلوف عليه قميصًا أو رداءً ففتقه واتخذ منه نوعًا آخر بأن جعل القميص رداء أو الرداء جبة أو تككًا أو الخف نعلًا ثم لبس المتخذ حنث على الأصح إلا أن ينوي لا ألبسه ما دام على هيئته، فلو لم يذكر الثوب بل قال بل هذا القميص لم يحنث على الأصح كنظائره.

ولو قال: لا ألبسه وهو قميص فارتدى به أو تعمم أو اتزر حنث؛ لأنه لبسه وهو قميص وإن اتخذ منه غير قميص ولبسه لم يحنث هذا حاصل «الرَّوْضَة».

قلت: أطلق أنه لا يحنث بلبس الجلود ويشبه أنه إذا كان في ناحية يلبسُونها ويعدونها ثيابًا أنه يحنث بل هي ثياب بعض النواحي كما سبق في النفقات.

وفي «الكافي»: لو حلف لا يلبس ثوبًا فألقى القميص في عنقه، فإن لم ينزل إلى سرته لم يحنث، وإن أنزل إليها حنث، وإن لم يدخل اليدين في الكمين، انتهى.

....

وقال الْمَاوَرْدِي: إذا قال لا ألبس هذا الثوب أو هذا القميص فتغير عن صفته أو لبسه على غير عادته، فهذه مسألة اختلط فيها كلام الأصحاب حتى خبطوا خبط عشواء، وسنذكر ما ييسره الله تعالى، وأرجو أن يكون بالصواب مقرونًا، وقد اختلفوا فيما يقع به حنثه على ثلاثة أوجه، **أحدها**: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي أنه يحنث بلبسه على أي صفة كانت، فإن غير القميص سراويل أو ارتدى به أو غير السراويل منديلًا أو اتزر به حنث، وهو قول الجمهور من أصحابنا تغليبًا بحكم العين على الصفة وبحكم الفعل على العادة، وقد نصّ عليه بقوله: فهذا كله ليس يحنث به.

والثاني: وينسب إلى الـمُزَنِيِّ وطائفة من متقدمي أصحابنا أنه لا يحنث بلبسه إذا غيره عن صفته ولا إذا لبسه على غير عادته.

والثالث: وهو قول أَبِي إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيِّ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى الثَّوْبِ حَنِثَ بِلُبْسِهِ، عَلَى جَمِيعِ الأَحْوَالِ، فَإِنِ اشْتَمَلَ بِهِ أَوِ ارْتَدَى أَوْ تَعَمَّمَ، أَوْ قَطَعَهُ قَمِيصًا، أَوْ سَرَاوِيلَ حَنِثَ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى قَمِيصٍ لَمْ يَحْنَثْ إِذَا غَيَّرَهُ فَجَعَلَهُ سَرَاوِيلَ، أَوِ ارْتَدَى بِهِ، وَلَمْ يَتَقَمَّصْ، وَفَرَّقَ بَيْنَ اسْمِ الثَّوْبِ وَالْقَمِيصِ بِأَنَّ اسْمَ الثَّوْبِ عَامٌّ، يَنْطَلِقُ عَلَى كُلِّ مَلْبُوسٍ، وَلَا يَزُولُ عَنْهُ اسْمُ الثَّوْبِ وَإِنْ تَغَيَّرَتْ أَوْصَافُهُ، وَاسْمَ الْقَمِيصِ خَاصٌّ، يَزُولُ عَنْهُ اسْمُ الْقَمِيصِ، إِذَا غَيَّرَهُ فَجُعِلَ سَرَاوِيلَ، أَوْ يَخْرُجُ عَنِ الْعُرْفِ، إِذَا لُبِسَ عَلَى غَيْرِ الْمَعْهُودِ مِنَ الِارْتِدَاءِ بِهِ، فَلَمْ يَحْنَثْ بِتَغْيِيرِ لُبْسِهِ، ولا بتغير اسمه، ومن حكى عن أبي إسحاق غير هذا حرف عليه؛ لأن شرحه دلَّ على ما ذكرناه، انتهى. وما حكاه عن أبي إسحاق هو ما رجحه الشيخان وغيرهما.

فروع: أحدها: في «فتاوى الْقَفَّال» أنه لو حلف لا يلبس ثوبًا نسج من غزلها فتعمم بعمامة نسجت من غزلها.

قال الشيخ الْقَفَّال: ينظر إن كان حلف بالعربية يحنث؛ إذ هو لبس، وإن حلف بالفارسية لا يحنث؛ لأنه لا يسمى بالفارسية لبسًا، انتهى ونقلاه عنه

ملخصًا في موضع وأقراه وأطلقا الكلام هنا.

ثانيها: في «الرَّوْضَة»: لو حلف لا يلبس من غزل فلانة أو ثوبًا من غزلها لم يحنث بما خيط من غزلها، وأما ما سداه من غزلها ولحمته من غيره، فإن قال: لا ألبس ثوبًا من غزلها لم يحنث، وإن قال: لا ألبس من غزلها حنث، انتهى.

ويأتي في هذه وجه مما سبق في مسائل طعام زيد أنه لا يحنث؛ لأنه ما لبس من غزلها بل منه ومن غيره.

ثم رأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: لو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ثوبًا خيط بخيوط من غزلها أو ثوبًا لحمته من غزلها دون سداه أو سداه من غزلها دون لحمته لا يحنث، هذا لفظه.

وفي «الكافي»: ولو لبس ثوبًا خيط بغزلها أو نسج بشيء مما غزلت في كرباس نسج من غزل غيرها لم يحنث، ثم قال: ولو لبس ثوبًا مما غزلت فلانة وغيرها هل يحنث؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يراعى فيه الكثرة كالثوب المنسوج من غزل إبريسم، إن كان الغزل أكثر حل لبسه أو الإبريسم أكثر لم يحل، وإن استويا فوجهان كذا هاهنا.

والثاني: لا يحنث كما لو حلف لا يلبس ثوبًا لفلانة، فلبس ثوبًا مشتركًا بينها وبين غيرها لم يحنث، انتهى.

وقيل: إن حلف لا يلبس من غزلها أو من الذي غزلت فلانة، فإذا لبس ثوبًا من غزلها وغزل غيرها لم يحنث، انتهى.

واعلم أن ما ذكره الرَّافِعِي والمصنف من التفصيل هو المنقول في «الشامل» ولفظه: ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبًا نسج من غزلها وغزل غيرها حنث؛ لأنه لبس من غزلها، ولو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فنسج من غزلها وغزل غيرها لم يحنث؛ لأن الثوب ليس من غزلها خاصة، انتهى.

ونقل الإمام في «النِّهَايَة» عن القاضي الحسين أنه لو قال: لا ألبس من غزلها فلبس ما لحمته من غزلها وسداه من غير غزلها، أو على العكس أنه لا

....

يحنث؛ لأن اسم الملبوس يتناول الثوب والبعض لا يسمى ثوبًا، ثم أبدى فيه احتمالًا، ولخصّ الْغَزَالِي ذلك في «الْبَسِيط» و«الوسيط» وهذا لفظه: ولو قال من غزلها وكان السدى من غزلها واللحمة من غزل غيرها فالمشهور أنه لا يحنث؛ لأن اسم الثوب لا يتناول بعض الغزل واسم اللبس يتناول الثوب.

قال الإمام: وهذا يقتضي أن يقال: لو حلف لا يلبس من غزل نسوته فنسج ثوب واحد من غزلهن لا يحنث وهذا بعيد، وإنما يتجه هذا إذا قال: لا ألبس ثوبًا من غزل فلانة، فإن البعض لبس بثوب أما إذا قال: لا ألبس من غزل فلانة، فهذا فيه غزلها، فلا يبعد أن يحنث، انتهى. وعلى ما ذكره في «الشامل» من الفرق جرى الْمُتَوَلِّي وتبعه الرَّافِعِي واقتضى إيراد «الوجيز» الجزم به حنث.

قال: ولو قال: لا ألبس ثوبًا من غزلها، فليس ما خيط بغزلها لم يحنث، وكذا لو لبس ما سداه من غزلها دون اللحمة لم يحنث إذا ذكر الثوب في اليمين، انتهى.

فحصل في قوله: (من غزلها) من غير ذكر الثوب وجهان، الذي قاله القاضي الحسين وإبراهيم المروزي وغيرهما: أنه لا يحنث، وفي «الوسيط» أنه المشهور.

فائدة: ذكرا في آخر الباب عن «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فرقع ثوبه برقعة كرباس من غزلها حنث.

وقال أبو عاصم العبادي: لا يحنث، وزاد المصنف: إنه الصحيح؛ لأنه لا يسمى لابسًا ثوبًا من غزلها. **قلت:** أما الترجيح فظاهر، وأما بالنسبة إلى أبي عاصم العبادي فسهو، والذي رأيته في نسخ لـ«فتاوى الْقَفَّال»: وإن رقع ثوبه كرباس من غزلها وإن قَلت حنث.

وقال القاضي أبو عاصم العامري: لا يحنث؛ لأن تلك الرقعة اليسيرة تابعة لثوبه، فكانت المسألة خلافًا بين الشيخ والقاضي، انتهى كلام المعلق للفتاوى، وأبو عاصم العامري حنفي المذهب قطعًا كان قاضي خراسان زمن الْقَفَّال.

....

وقد أوضحت ذلك في أواخر كتاب الطلاق من «الغُنْيَّة» وما قاله العامري ظاهر، وفي «الكافي» متصلًا بما سبق عنه قريبًا: ولو جعل في قميصه من غزلها أو جيبه أو كمه هل يحنث؟ يحتمل وجهين أصحهما: يحنث؛ لأن شرط الحنث أن يلبس ثوبًا من غزلها أو بعض ثوب من غزلها هو أصل في كونه بعضًا في ذلك الثوب، ولو وضع قلنسوة على رأسه من غزلها أو شبكة يحنث؛ لأنه يسمى لابسًا من غزلها، وفي لبس التكة وجهان أصحهما: لا يحنث، انتهى وفي النسخة سقم.

ثالثها: رأيت في شرح «صحيح» البخاري المسمى «بالإعلام» للإمام أبي سليمان الخطابي من أصحابنا في كلامه على لبس الحرير: أنه لو حلف لا يلبس غزل فلانة فاتخذ قميصًا ورداءً من غزلها وغزل أخرى معها، فإن كانت حصة الغزل المحلوف عليه لو انفردت لكان يبلغ إذا نسج أدنى شيء يقع على مثله اسم اللبس حنث، وإن لم يبلغ قدر ذلك لم يحنث، قال: والعلم لا يبلغ هذا القدر، انتهى.

وهذا تفصيل غريب وقضية ما سبق قال الْبَغَوِي والمروزي: إنه إذا حلف ألا يأكل طعام فلان فأكل من مشترك بينه وبين غيره أنه يحنث تحنيث هذا، والعلم عند الله.

رابعها: حلف لا ألبس ثوبًا منَّ به فلان عليَّ، فلبس ما وهبه له أو أوصى له به حنث، ولو لبس ما باعه بمحاباة لم يحنث؛ لأن المنة في بعض الثمن لا بالثوب، وكذا لو باعه ثوبًا ثم أبرأه من ثمنه فلبسه أو أبدل الموهوب أو الموصى به بغيره، أو باعه واشترى بثمنه ثوبًا لم يحنث؛ لأن الأيمان تبنى على الألفاظ لا على القصود التي لا يحتملها اللفظ، ولهذا لو منّ عليه رجل فحلف لا شرب له ما من عطش فشربه من غير عطش، أو أكل له طعامًا، أو لبس له ثوبًا لا يحنث؛ لأن اللفظ لا يحتمله، وإن كان يقصد في مثل هذا الموضع الامتناع من جميع هذا، انتهى لفظ «الرَّوْضَة».

خامسها: يراعى اللفظ في هذه المسألة ومسألة غزل فلانة ونظائرهما في

....

تناول الماضي والمستقبل أو أحدهما، فإذا قال: لا ألبس ما منَّ به عليَّ فإنما يحنث بلبس ما تقدمت المنة به بالهبة وغيرها، ولا يحنث بما يمن به بعده، كذا أطلقاه، ويظهر أنه إذا منَّ به بعد أن يحنث باللبس الطارئ بعد المنة، وكان المراد بالنسبة إلى اللبس الماضي، وإذا قال: لا ألبس ما غزلته فلانة، فإنما يحنث بما غزلته من قبل دون ما تغزله فيما بعد.

قلت: وفي «الذَّخَائِر»: إذا قال ما منَّ به فلان عليَّ، أو ما وهبه فلان مني، فمطلق اللفظ يدل على ما سبقت هبته لا المستقبل؛ لأن الصيغة للماضي، قال أبو المعالي الجويني: إذا قال ما منَّ به حمل على الماضي، وإذا قال ما ذهب مني حمل على المستقبل، قال الْغَزَالِي: لا فرق بين اللفظتين، انتهى.

والذي في «الْبَسِيط» عن الإمام عكس هذا، ولفظه: ولو قال لا ألبس ثوبًا منَّ به فلان، فالذي ذكره الإمام أنه يحنث بالمستقبل، ولو قال لا ألبس ما وهب فلان مني ينزل على الماضي، ولا فرق بين اللفظتين إلا على العادة، وحاول تأويل كلام إمامه فاعلم ولم يفرقوا بين العالم والجاهل باللسان، ويشبه أن يستفسر الجاهل عمّا يفهمه من هذا الإطلاق إذا سمعه من غيره، وينزل إطلاقه عليه.

ولو قال: لا ألبس ما يمن أو ما يغزله، حنث بما يحدث المنة به وغزله دون ناسجه، ولو قال لا ألبس من غزلها دخل فيه الماضي والمستقبل، كذا قاله في أصل «الرَّوْضَة» والمفهوم منه أن قوله: من غزلها ينزل على ما تغزله خاصة.

وفي «الكافي»: لو حلف لا يلبس من غزل فلانة يحمل على الملك، ولو قال: مما غزلت أو مما تغزل يحمل على الفعل، انتهى.

وقوله: يحمل على الملك الظاهر أن المراد به غزلته أم لا بخلاف ما يفسره كلام «الرَّوْضَة».

سادسها: حلف لا يلبس شيئًا، وأطلق حنث بلبس الثياب والحلي

……………………………………………………………

والقلنسوة والجلود وفي الدروع والجوشن والخف والنعل والخاتم كما قاله في «البيان» وغيره وجهان أصحهما: يحنث، قالا: وقد يطرد الخلاف في الحلي والقلنسوة. **قلت**: طرده في الحلي قريب وفي القلنسوة بعيد.

سابعها: لو قال لا ألبس حليًّا حنث بالسوار والخلخال والطرق والدملج وخاتم الذهب والفضة والمتخذ من جوهر، قال الْفَارِقِيّ: وهو قضية إطلاق غيره، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة، قالا: ولا يحنث بالمتخذ من شبه أو حديد كذا أطلقاه، ويشبه أنه إذا كان ممن يعدونه حليًّا أنه يحنث، ويحنث بمخنقة اللؤلؤ والجواهر وإن لم يكن فيها ذهب.

قلت: كذا جزما به في ظاهر كلامهما إن الرجل يحنث بذلك، والمجزوم به في «الكافي»: أنه لو جعل في عنقه مخنقة لم يحنث، قال: ولو جعل في يده سوارًا من ذهب أو فضة يحتمل وجهين على الصحيح؛ لأن إطلاق يمين الرجل ينبغي أن يحمل على ما يلبسه الرجل، ولو جعل في أذنه قرطًا فإن كان من الأتراك أو من يعتاد جعل القرطين في آذانهم يحتمل وجهين، انتهى.

وينبغي أن يقال: إن كان ممن يتحلى به حنث وإلا فوجهان، ولعل الخلل من ناقل ولا يحنث بالسيف المحلى والمنطقة المحلاة من حلي الرجال على الأصح.

قال في «الرَّوْضَة»: ويحنث بلبس الخرز والسبج إن كان الحالف ممن يعتاد التحلي بها كأهل السواد، أي: والبادية، وفي غيرهم وجهان، كما لو حلف غير البدوي لا يدخل بيتًا فدخل بين شعرٍ، انتهى.

وتقدم الحنث في تحلي غيرهم بذلك جزم الْمَاوَرْدِي ولا أدري لأي معنى أطلق أنه لا يحنث بلبس الحلي من الشبه ونحوه من النحاس، وفصل في الخرز مع أن التحلي بالشبه والنحاس معتادة ممن يتحلى بالخرز من أهل القرى والبوادي، والله أعلم.

ثامنها: قال في «الكافي»: لو حلف لا يجلس على بساط فلان فبسط على

……

بساطه ثوبًا وجلس عليه.

قلت: ويقدح في حنثه خلاف مما سبق في الجلوس على الحرير أن التحريم يندفع بذلك أم لا؟ قال: ولو جلس على ثيابه التي هو لابسها حنث، انتهى. وهذا كلام عجيب ولعل الخلل في النسخة أو من ناقل.

[**قلت**: ليس كذلك بل هو كلام صحيح لا خلل فيه ومراده أن الجالس إذا جلس على شيء من ثيابه التي هو لابسها كان جلس على طرف ردائه، والحال أنه مترد به حال الجلوس، فإنه يحنث لا محالة؛ لأن لباسه منسوب إليه بخلاف ما إذا بسط ثوبًا منفصلًا عنه، ولعل الآخذ عنه فهم أن المراد جلوس الشخص أو إزاره أو قميصه؛ إذ لا يشترط للحنث جلوسه عريانًا، ومثل هذا لا يقع في تردد، فلهذا قال الآخذ عنه ما قال، والله أعلم].

تاسعها: ذكر الجيلي أنه لو حلف لا يكتسي أن الحكم فيه كما لو حلف لا يلبس، وأقره ابن الرِّفْعَة ذكره إثر كلامه على قول «التنبيه»: وإن حلف لا يلبس ثياب، وحكاية الوجهين في الدرع والخاتم وغيرهما ما سبق، والظاهر أن الكسوة تنصرف عند الإطلاق إلى اللبس من الثياب، فلا يحنث بالدرع والجوشن والخف والنعل والخاتم ونحوها قطعًا، ولو حلف لا يلبس قميصًا معينًا فجعله رداء، وقلنا: لا يحنث بلبسه فأعاده كما كان ففي حنثه بلبسه وجهان ذكرا فيما تقدم إذا اعتدت الدار نقصها.

عاشرها: قال في «الرَّوْضَة»: حلف لا يلبس الخاتم فجعله في غير الخنصر من أصابعه، فعن الـمُزَنِيّ في «الجامع»: أنه لا يحنث، وتابعه الْبَغَوِي، وقاسه على ما لو حلف أنه لا يلبس قلنسوة فجعله في رجلها، والذي حكاه الرُّويَانِي عن الأصحاب: أنه يحنث، انتهى.

وممن جرى على ما ذكره الـمُزَنِيّ صاحب «المهذب» وغيره، قال الْفَارِقِيّ وغيره: وهذا في حق الرجل أما المرأة فتحنث في أي إصبع لبسته؛ لأنها العادة في حقهن.

……

قلت: ويجوز أن يفرق بين كون الحالف ممن يعتاد لبسه في غير الخنصر، كما يفعله بعض العوام فيحنث كالمرأة وبين من لا يعتاده إلا في الخنصر، ويحتمل أن يحنث مطلقًا لوجود حقيقة اللبس وصدق الاسم، وإن لم يكن ذلك معتادًا في الخاتم عرفًا ما له فص منه أو من غيره.

حادي عشرها: لو حلف لا يلبس ثوب فلان، قال **الْمُتَوَلِّي**: يتعلق الحنث بثوب مملوك له على الكمال، فلو لبس ثوبًا مشتركًا بينه وبين غيره لم يحنث؛ لأن اسم الثوب لجميعه، والجميع ليس له، فأما إن قال: لا ألبس ملك فلان فلبس ثوبًا مشتركًا بينه وبين غيره حنث لوجود المحلوف عليه، وعلى هذا لو قال: لا أدخل دار فلان فدخل دارًا له فيها شريك لم يحنث، وإن قال: لا أدخل ملك فلان فدخل الدار المشتركة حنث، انتهى.

مسألة: حلف لا يبيع فباع بيعًا فاسدًا، أو لا يهب فوهب هبة فاسدة، وهكذا لم يحنث وينزل ألفاظ العقود على الصحيحة هذا إذا أطلق اليمين، أما إذا أضاف في اليمين لفظ العقد إلى ما يقبله بأن حلف لا يبيع الخمر أو المستولدة أو مال امرأته أو غيرها بغير إذن ثم أتى بصورة البيع؛ فإن كان مقصوده ألا يتلفظ بلفظ العقد مضافًا إلى ما ذكره حنث لا محالة، وإن أطلق لم يحنث؛ لأن البيع عبارة عن سبب الملك، وذلك لا يتصور في الخمر، وكذا لو قال: لا يبعن الخمر، لا يبر بصورة البيع خلافًا للمزني وبعض الأصحاب، ولو حلف لا يبيع بيعًا فاسدًا كما نقلا عن الصيدلاني والروياني، ونقله في كتاب العتق من «الإبانة» خلافًا للمزني لكن في «**النِّهَايَة**»: أنه لا وجه عندنا إلا القطع بحنثه بصورة البيع والشراء، واقتضى كلام **الرَّافِعِي** والمصنف ترجيح الأول واختيار الإمام أشبه.

وقال **الْغَزَالِي** في «**الْبَسِيط**»: ولو صرح وقال: لا أشتري شراءً فاسدًا، حنث بالفاسد لا محالة، وإنما كلامنا في المطلق، انتهى.

وسياق «**الرَّوْضَة**» يفهم أنه لا يحنث بالبيع الفاسد عند الإطلاق بلا خلاف ولا بما إذا قال: لا أبيع الخمر يفعل، وإن الوجه الذي حكاه الإمام عن رواية

……………………………………………………………………

صاحب «التقريب» في حنثه مختص بصورة ما إذا قال: لا يبعن الخمر وليس كذلك، وعبارة الرَّافِعِي ظاهرة في نقل خلاف الـمُزَنِيّ وغيره فيما إذا قال: لا أبيع الخمر أو لا يبعن الخمر جميعًا، وإن ما حكاه صاحب «التقريب» مختصر بصورة بيع الخمر، كما حكى عن الـمُزَنِيّ وليس كذلك، وعبارة «البَسِيط» وهي ملخصة من «النِّهَايَة».

ولو قال الزوج: لا أبيع مال زوجتي، أو قالت الزوجة ذلك لا يحنث ببيعه فإنه بيع فاسد، وذكر صاحب «التقريب» وجهًا أنه يحنث؛ إذ المراد بذلك الكف عن التبسط في مالها فإن بيع مال الزوجة على الصحة دون إذنها غير ممكن، وهذا لا ينبغي أن يحرم المذهب، فلو قال: لا يبعن الخمر لم يتصور البر في هذه اليمين بحال، قال الـمُزَنِيّ: إذا قال لا أبيع الخمر يحنث ببيع الخمر، والمراد هاهنا صورة البيع قطعًا وهو متجه منقاص، ووجه صاحب «التقريب» هاهنا أوجه لكن المذهب ما سبق يعني: عدم الحنث مطلقًا، ثم قال: ولو صرح وقال: لا أشتري شراء فاسدًا حنث بالفاسد لا محالة، وإنما كلامنا في المطلق، انتهى.

والظاهر أن عدم الحنث ببيع مال الغير ومال الزوجة بلا إذن مفرع على أظهر القولين، وقد أشار إلى ذلك من قال: حنث على المذهب، وأما إذا قلنا: بأنه ينعقد موقوفًا كما سبق فيشبه أن يقال بالحنث أو باقي فيه ما سبق في الهبة بعد الإيجاب والقبول وقبل الإقباض، ولينظر في هذه الصورة وغيرها ما لو كان الحالف يرى القول بوقف العقود هل يحنثه اعتبارًا باعتقاده أم لا.

مسألة: قال الْمَاوَرْدِي: إذا قال: والله لا أكلت الحلوى حنث بما عقد بالسكر أو العسل أو الدبس حتى امتزج بغيره من جوز أو لوز أو دقيق أي ونحوه؛ فيصير بالمزج داخلًا في اسم الحلوى، أو لا يحنث لو انفرد بأكل السكر أو الدبس؛ لأنه حلو وليس بحلوى، أو لو حلف لا يأكل حلاوة حنث بأكل هذا كله منفردًا وممتزجًا لا يأكل الفواكه الحلوة، ولو حلف لا يأكل شيئًا حنث بهذا كله وبالفواكه الحلوة.

……………………………………

قلت: والفرق في هذه الأعصار بأمصار الشام ومصر فيما علمت مطرد بأن الحلوى عبارة عن شيء واحد، وهو ما اتخذ مما ذكره من السكر أو العسل أو الدبس أو العصير أو رب الخرنوب، نعم الأعراب وأهل القرى غالبهم يطلقون اسم الحلاوة على الدبس ونحوه وعلى التمر والزبيب والتين اليابس، وعلى الحلاوة المعقودة.

وفي «الرقم» للعبادي: لو حلف على الحلوى دخل فيه المتخذ من الفانيد والسكر والعسل والقند وفي اللوزينج وجهان، وحكى الرَّافِعِي عن الحنفية: أن الحلوى كل حلو ليس في جنسه حامض، كالخبيص والعسل والسكر دون العنب والإجاص والرمان.

قال: والأشبه إنه يشترط في إطلاق الحلوى أن يكون معمولًا، وأن يخرج عنه العسل والسكر والحلو غير الحلوى، قال الشيخ: قلت: ما اختاره هو الصواب الحديث، وفي الحديث الصحيح: **«كان ﷺ يُحِبُّ الْحَلْوَاءَ وَالْعَسَلَ»**(١) انتهى.

وهذا منهما يدل على أنهما لم يستحضرا نقلًا عن الأصحاب في المسألة، والله أعلم.

فروع: قال الْمُتَوَلِّي: لو حلف لا يأكل السكر، فإن نوى حلاوة السكر فعلى ما نوى، وإن أطلق حمل على معنى السكر المتخذة منه، وكذا الحكم في العسل والتمر والعنب.

قلت: لو قال الحالف على السكر أردت به النوع من التمر المسمى بالكسر، فإن كان ممن لا يعرف ذلك أو كان ليس فيه شيء منه، فالظاهر أنه لا يقبل منه ممن يعرفه وفي موضعه فلا شك أنه مدين، وأما في الظاهر فإن كان الحلف بطلاق أو عتاق فلا، وإن كان بالله تعالى فيه احتمال، ويحتمل أن يقبل ظاهرًا إذا كان لم يعهد هناك السكر ولا يقبل عندي في ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٣١) ومسلم (٣٧٥٢).

……

وفي «الْحَاوِي»: أنه وَلَوْ حَلِفَ لَا يَأْكُلُ لَذِيذًا، فَأَكَلَ مَا يَسْتَلِذُّهُ هُوَ، وَلَا يَسْتَلِذُّهُ غَيْرُهُ حَنِثَ، وَلَوْ أَكَلَ مَا يَسْتَلِذُّهُ غَيْرُهُ، وَلَا يَسْتَلِذُّهُ هُوَ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَلِذٍّ بِمَا أَكَلَ، وَأنه لَوْ حَلَفَ لَا أَكَلْتُ مُسْتَلَذًّا حَنِثَ بِمَا يَسْتَلِذُّهُ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَلَذَّ مِنْ صِفَاتِ الْمَأْكُولِ، وَاللَّذِيذَ مِنْ صِفَاتِ الْآكِلِ.

قلت: وليس ما ذكره من الفرق الواضح، ويشبه أن يقال يحنث بما يعد مستلذًا عرفًا وإن لم يستلذه هو، وإلا فقد يستلذ بعض الأجلاف بما لا يستلذ أصلًا، ويستلذ المريض ونحوه بما لا يعد لذيذًا عرفًا، والله أعلم.

فائدة: قال الْفَارِقِيّ: لو حلف لا يشرب ماءً لم يحنث بشرب الماء النجس، انتهى.

وينبغي أن يجري فيه الخلاف فيما لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل لحم ميتة كما سبق، وهل يحنث بشرب ماء طاهر غير طهور كالمستعمل أو المتغير كثيرًا بمخالطة فيه نظر، والمتبادر أنه لو أكل لحمًا متنجسًا أنه يحنث فإن صحّ هذا فما الفرق بينه وبين الماء فتأمله.

ثم رأيت الْمَاوَرْدِي قال: لو حلف لا يشرب ماء يشربه عرفًا حنث، وإن مزجه بغيره حنث إن غلب على غيره بلونه وطعمه، ولم يحنث إن غلب عليه غيره بلونه وطعمه، انتهى.

فَرْعٌ: حلف لا يتكفل لفلان فتكفل بوجهه لم يحنث، وفاقًا لأبي حنيفة خلافًا لأحمد وبناه على أصله في الكفالة أنه متى تعذر تسلمه وجب المال لنا أنها كفالة ببدنه، وبدنه ليس بمال فلم يتناوله عنه وما ذكره لا يسلم ولا يصح؛ لأنه إنما يلزمه المال عند تعذر تسليمه؛ لأن الكفالة بالمال.

قال في «الذَّخَائِر»: كذا قاله بعض أصحابنا وفيه نظر، فإن الكفالة تكون بالمال وتكون بالبدن وهو الظاهر من إطلاقه سيما إذا قال لفلان، فإنها قرينة تنصرف إلى البدن فيحنث بذلك لا محالة إذا صححنا كفالة البدن إلا أن يكون نوى ضمان المال؛ فيحمل على ما نواه، انتهى.

....

مسألة مهمة: قال في «الرَّوْضَة»: حلف لا يخرج فلان بغير إذنه أو إلا بإذنه فخرج بغير إذنه حنث، وإن خرج بإذنه لم يحنث، وعلى التقديرين ينحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن أو بغير إذن لم يحنث، كذا لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني فأنت طالق، فإن خرجت بغير إذن طلقت، وإن خرجت بالإذن لم تطلق، وينحل اليمين على التقديرين، وكذا الحكم إن قال: إن خرجت حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك أو إلا أن آذن لك فأنت طالق.

وحكي قول ووجه وهو اختيار الـمُزَنِيّ والقفال: أنه لا ينحل اليمين بخروجها بالإذن كما لو قال: إن خرجت لابسة الحرير فأنت طالق، فخرجت لابسة لا ينحل اليمين حتى لو خرجت بعده لابسة طلقت، والمذهب الأول وهو المنصوص؛ لأن اليمين تعلقت بخرجة واحدة وهي الأولى، انتهى.

قلت: وقال أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا قال بغير إذني أو إلا بإذني لا ينحل اليمين بخروجها الأول بالإذن، قال إمام الحرمين: وهذا هو القياس وقرره وحكاه قولًا، ونقل أن شيخه كان يفتي به.

قال الْفَارِقِيّ: وهو الصحيح عندي؛ لأن اليمين إنما ينحل بفعل المحلوف عليه، وليس الخروج بالإذن محلوفًا عليه ترك الخروج، واستثنى مع ذلك طريقًا للخروج من وقوع اليمين عليه، وهو الخروج بالإذن، وأطال في تقريره، واختاره صاحبه في «الانتصار» والقلب إليه أميل، وإن كان المذهب خلافه، والظاهر أن الخلاف فيما إذا أطلق.

وقال منصور التميمي في «المستعمل»: إذا قال إلا بإذني فعلى كل مرة، وإذا قال حتى آذن فعلى مرة هذا قولي، فأما الشَّافِعِي فهما عنده سواء، انتهى.

قال أصحابنا: وإن قال: حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك، أو قال: متى خرجت أو متى ما خرجت أو مهما خرجت أو أي وقت أو أي حين أو أي زمان فهذا كله يتناول خرجة واحدة، وتنحل اليمين في الخروج بالإذن وغيره لوفاق أبي حنيفة قاله الْبَغَوِي في «التعليق» ورأيت في «الكافي» بعد ذكره

....

المذهب المشهور السابق.

ولو قال لها: إن خرجت إلا راكبة فأنت طالق، فخرجت راكبة لم تنحل يمينه حتى لو خرجت بعد ذلك راجلة طلقت، هذا قول الأصحاب، ويحتمل ألا تطلق إذ لا فرق بين قوله: إلا بإذني، وقوله: إلا راكبة من حيث الصيغة، وأصحابنا فرقوا بينهما بفرق لا يصح قالا: وقوله متى أو مهما أو أي وقت كقوله بغير إذن، انتهى.

وهذا يشعر بجريان الخلاف السابق في هذه الصيغ، وليس ببعيدين في «الرقم» للعبادي إلحاق متى ما ومهما، وكلما وهو خلاف النص وما نقله عن الأصحاب غريب.

فروع: منها: لو قال بعد خروجها خرجت بإذني فقالت بل بغيره.

قال الْمُتَوَلِّي وإبراهيم المروزي: فالقول قولها للأصل.

وفي «فتاوى» البَغَوِي نقل وجهين:

أحدهما: هذا قاله القاضي الحسين في كتبه، ثم قال: وسئل عمّا إذا قال لها: إن لم أسلم إليك اليوم ما فرض لك القاضي فأنت طالق، فقال: سلمت وأنكرت، فالقول قولها في المال، والقول قوله في الطلاق.

قال الْبَغَوِي: وهذا دليل للوجه الأول أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل دوام النكاح يشير بذلك إلى ما خرجه قبل هذا من وجهين في المسألة.

وفي «الكافي» رأيت للقاضي أن القول قولها، وكأنه أجاب على أحد الوجهين، وإلا فالمسألة على وجهين لتعارض الأصلين.

ولو قالت: تخرج إليّ تجارة وتتركني بلا نفقة، فقال: إن خرجت إليها دون إذنك فأنت طالق، ثم خرج إليها ثم رجع فتنازعا الإذن يحتمل وجهين؛ إذ الأصل عدم الإذن والأصل بقاء النكاح، انتهى.

واعلم أنهم قالوا: لو أذن لها الزوج بالخروج فخرجت ولم تشعر به لم تطلق.

....

ثم رأيت الْمَاوَرْدِي قال بعد قوله: إن العلم بالإذن ليس بشرط، وإنما أمر الشَّافِعِي بالإشهاد ليكون حجة له إن ادعاه ليدفع به الطلاق إذا أنكرته لتطلق، وإنما الشرط في صحة الإذن أن يكون مسموعًا منه، فإن لم يذكره لمستمع لم يصح الإذن؛ لأنه يصير من حديث النفس الذي لا يصح به الإذن، انتهى.

وظاهر هذا أنه لو قال: حاليًا أذنت لها في الخروج يكون ذلك لغوًا حيث لا مستمع، وفيه نظر إلا أن يؤول كلامه، فتأمله.

قال المروزي: لأنه بالإذن يبرئها عن وقوع الطلاق عليها، وعلم المبرئ ليس بشرط في الإبراء كما لو أبرأه عن دينه، وهو جاهل به قال: والأولى أن يشهد على الإذن، فإن لم يفعل يجعل القول قولها، انتهى.

وفيه ما ذكرناه من الوجهين، وملت في «الغَنِيَّة» إلى ترجيح تصديقه تفقهًا ثم توقفت الآن فيه لفساد الزمان، ونقل الإمام وجهين فيما إذا خرجت غير عالمة، وقال: الظاهر أنه لا تطلق.

ومنها: لو قال: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، ثم قال الزوج: أذنت لك، فقالت: إني لا أريد الإذن فخرجت لم تطلق؛ لأن الإذن لا يرتد بردها ولا يعمل ردها وإباؤها الإذن في رده ذكره الْبَغَوِي في «التعليق».

ومنها: قال في «الرَّوْضَة»: ولو قال: إن خرجت أبدًا إلا بإذني فأنت طالق، لم يلزم التكرار أيضًا بل معناه في أي وقت خرجت قريبًا أم بعيدًا، وإذا علق الطلاق كما صورناه ثم أذن لها في الخروج، ثم رجع عن الإذن وخرجت بعده نص في «الأمِّ» أنها لا تطلق؛ لأن الإذن قيد وجد فزال حكم اليمين والمنع بعده لا يفيد، وعبارة الرَّافِعِي: لا يعيده، أي: لا بعد حكم اليمين كما قاله الرُّويَانِي.

قالا: ورأى أبو بكر الفارسي والمحققون تنزيل النص على ما إذا قال في التعليق حتى آذن لك؛ لأنه جعل إذنه غاية اليمين، وقد حصل الإذن فأما إذا قال بغير إذني أو إلا بإذني، ثم رجع ثم خرجت فهذا خروج بغير إذن، وهو

……………………………………………………………………

أول ما وجد بعد اليمين فيقع الطلاق، وعبارة الرَّافِعِي: فينبغي أن يقع الطلاق، ومنهم من قال قوله إلا بإذنه يحتمل أيضًا للغاية فيحمل عليها، انتهى.

وعبارة الرُّويَانِي في «التَّجْرِبَة»: لو قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فأذن لها في الخروج ثم رجع عن الإذن قبل الخروج لا يضر رجوعه، فلو خرجت لم تطلق نصّ عليه في «الأُمّ» لأن الإذن قد وجد وزال حكم اليمين والمنع في المستقبل لا يعيد حكم اليمين، انتهى.

وفي «الشامل» قال في «الأُمّ»: فإن قال إن دخلت دار زيد إلا بإذنه فامرأتي طالق فمنعه زيد من الدخول بعد الإذن لم يقدح في ذلك، وهذا فيه نظر؛ لأن رجوعه عن الإذن يبطله ويكون داخلًا بغير إذنه ولهذا يأثم به ومجرد الإذن لا يحل اليمين؛ لأن المحلوف عليه الدخول دون الإذن، انتهى.

قال صاحب «الكافي»: ويمكن الأول أن نقول بالرجوع فترتفع إباحة الدخول ولا يرتفع وجود الإذن حقيقة وهو كان لسقوط الحنث، انتهى.

ومنها: قال في «الشامل»: إذا قال لها: إن خرجت إلى العرس فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام فرأت عرس فدخلت إليه لم يحنث؛ لأنها لم تخرج إليه، فإن خرجت بقصد العرس والحمام طلقت؛ لأنها خرجت إلى العرس.

ومنها: قال الرَّافِعِي في كتاب الطلاق: إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام ثم مضت في حاجة لم تطلق، وإن خرجت لحاجة أخرى ثم عدلت إلى الحمام طلقت، وإن خرجت إلى الحمام وغيره ففي وجه تطلق كما لو قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق، فكلمت زيدًا أو عمرًا وفي وجه لا تطلق؛ لأن المفهوم من قوله: إن خرجت إلى غير الحمام الخروج لمقصود أجنبي عن الحمام وهاهنا الحمام مقصود بالخروج، زاد في «الرَّوْضَة»: قلت: الأصح الوقوع، وممن صححه الشَّاشِي، والله أعلم.

وقال الرَّافِعِي هنا: ولو قال: إن خرجت بغير إذني لغير عيادة المريض، فأنت طالق فخرجت لعيادة المريض لم تطلق، فإن خرجت لعيادة وغيرها

……

المذكور في «الشامل» منسوبًا إلى نصه في «الأمّ» أنه لا يحنث، وذكر صاحب «التهذيب» أنه الأصح، ويشبه أن يقال: إن كان المقصود من قوله: لغير عيادة المريض ما هو بمعزل عن العيادة فلا يحنث، وهذا هو السابق إلى الأفهام منه، وإن كان المقصود ما يغايره في الحقيقة فمجموع العيادة والحاجة الأخرى يغاير مجرد العيادة، زاد في «الرَّوْضَة»: قلت: الصواب الجزم بأنه لا يحنث، والله أعلم.

واعلم أن المسألة واحدة، وإن اختلفت الألفاظ في تصويرها وهناك ذكرها البَغَوِي، وصحح عدم الحنث ولم يذكر في تعليقه هنا سواه، وعليه اقتصر الشيخ أبو حامد والمحاملي في «المقنع» وغيرهما، وقال صاحب «الكافي» من المراوزة: قال في «الأمّ»: إن خرجت من الدار إلا بإذني إلا لعيادة المريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض وأمر آخر لم تطلق، انتهى.

وصورها الشَّاشِي في «الحلية» بالصيغة الأولى في كلام الرَّافِعِي وصحح الحنث، وكذا ابن أبي عصرون في «الانتصار» قال: لأنه وجد ما علق عليه، وإن ضمت إليه غيره بالصيغة التي ذكرها الرَّافِعِي هنا، وجزم بالحنث في «تنبيهه» وأصل ترجيح الشَّاشِي ومن تبعه.

قول الْمَاوَرْدِي هنا: إذا قال لها: إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق إلى أن قال: وَالضَّرْبُ الثَّالِثُ: أَنْ تَخْرُجَ جَامِعَةً فِي قَصْدِهَا بَيْنَ الْحَمَّام وَغَيْرِ الْحَمَّام، فَيَحْنَثُ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهَا إِلَى غَيْرِ الْحَمَّام مَوْجُودٌ، فَلَمْ يَمْنَع اقْتِرَانُهُ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْحَمَّام مِنْ وُقُوعِ الْحِنْثِ بِهِ، وَوَهِمَ أَبُو حَامِدٍ الْإِسْفَرَائِينِيُّ، فَقَال: لَا يَحْنَثُ بِهِ تَغْلِيبًا لِمَا لَا يُوجِبُ الْحِنْثَ عَلَى مَا يُوجِبُهُ، وَزَلَلُه فِيهِ وَاضِحٌ، لِمَا عَلَّلْنَاهُ، أَلَا تَرَاهُ لَوْ قَالَ لَهَا: إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا، إلى آخره، ولو رأى الْمَاوَرْدِي نصَّ الشَّافِعِي في «الأمّ» على ما قاله أبو حامد لتأدب.

وعبارة «الشامل» عن نصّ «الأمّ»: إلا بإذني إلا لعيادة المريض فخرجت لعيادة المريض وغير ذلك كأنها قصدت بخروجها أشياء منها عيادة المريض لم تطلق؛ لأن الخروج كان لعيادة المريض، وإن قصدت معه غيره، انتهى.

....

ووقفت على نصه في «الأُمِّ» أنه قال: لأنها لم تخرج لغير عيادة المريض كأنه يريد لم يخص خروجها لغيره والمذهب نقل، وكنت أود لو قيل: إن كان الباعث لها على الخروج والعيادة ولولاها لما خرجت ولكن ضمت إلى ذلك قصد قضاء حاجة أو حاجات على وجه التبعية لم تطلق، وإن كان الأمر بالعكس وجعلت بالعيادة ضمًا وتبعًا طلقت، وسبقت المسألة في الطلاق، وإنما أعدتها هاهنا تبعًا للجمهور وبيانًا أن اختلاف الصيغ لا تختلف به حكمها والمسألة مما تعم به البلوى وتتفرع عليها فُرُوعٌ كثيرة.

قال الرَّافِعِي هنا متصلًا بالمسألة: ولو قال: إن خرجت لا لعيادة المريض فينبغي أن يحنث؛ لأنه يصدق أن يقال لم تخرج للعيادة وإنما خرجت لها ولغيرها.

قلت: وفيه وقفة إذ يقال: ما خرجت محضًا لغير عيادة المريض فيكون المحلوف عليه خروجها متمحضًا لغير العيادة ولم يوجد، والله أعلم.

مسألة: قال في «الرَّوْضَة»: حلف لا يصلي فهل يحنث بالتحرم بالصلاة أم لا يحنث حتى يركع، أم حتى يفرغ من الصلاة؟ فيه أوجه أصحها الأول، ولو أفسدها بعد الشروع حنث على الأول ولا يحنث على الثالث ولا على الثاني إن لم يكن ركع، ولا يجيء الثاني إذا صلى على جنازة، انتهى.

وهذا منه ومن الرَّافِعِي يقتضي أنه لو حلف لا يصلي، وأطلق أنه يحنث بصلاة الجنازة، والذي في «الْحَاوِي» وذكره الْقَفَّال أنه إذا حلف لا يصلي، وأطلق حملت يمينه على ذات الركوع والسجود، ولو أحرم مخلًا بشرط غير مفتقر لم يحنث؛ لعدم الانعقاد.

ولو حلف ما صليت لم يحنث بصلاة فاسدة، ولو لم يجد ماءً ولا ترابًا وصلى حنث إلا أن يريد الصلاة المجزئة وقس على هذا كل صلاة أمر بها ووجب قضاؤها وبه صرح الْمُتَوَلِّي، ولو قال: لا أصلي صلاة لم يحنث حتى يفرغ، هذا ما أورداه، وقضيته الجزم بحنثه بركعة تامة.

....

وفي «حلية» الرُّويَانِي أنه لا يحنث إلا بصلاة ركعتين في أصح القولين، وحكى القاضي أبو الطيب الخلاف قولين: ثانيهما: يحنث بركعة واحدة، والظاهر أن الخلاف هو الخلاف الآتي في النذر أو مبني عليه. ولو حلف لا يصوم فأصبح صائمًا أو نوى تطوعًا قبل الزوال شرطه حنث على الأصح، وبه أجاب العراقيون، وقيل: لا يحنث حتى يتمه، وأما الاعتكاف.

قال المصنف: فيحنث بنيته، أي: مع لبث وإن قل، قال: ويحتمل أن يجيء خلاف في اشتراط ساعة بناء على أنه لا يصح اعتكاف لحظة، انتهى.

ويظهر أن يجيء في ذلك الوجوه السابقة هناك.

قال في «الرَّوْضَة»: وينبغي أن يكون في الحج خلاف أنه يحنث بمجرد الإحرام أم بعد الفراغ، وقياس من شرط الركوع في الصلاة؛ لكونه معظم الركعة مجيء وجه ثالث باشتراط الوقوف بعرفة، انتهى.

وفي «النِّهَايَة»: لو قال: والله لا أحج ويحرم بالحج على الفساد فالذي أراه أنه يحنث، فإن الحج الفاسد حج موصوف بالفساد، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو حلف لا يؤم الناس فأحرم بالصلاة منفردًا، ثم جاء قوم واقتضوا به لم يحنث إلا أن ينوي في خلال صلاته أنه يؤم الناس وأنه لو قال: والله لا أصلي فصلى على جنازة لم يحنث؛ لأنها غير المعهود، انتهى.

فَرْعٌ: لو قال: لأصلين على النبي ﷺ أفضل الصلاة عليه.

قال إبراهيم المروزي في «تعليقه»: إنما يبر بأن يقول: اللهم صلِّ على محمدٍ وعلى آل محمد كلما ذكره الذاكرون وكلما سها عن ذكره الغافلون، هذا لفظ «تعليقه».

قال في زيادة في «الرَّوْضَة»: هذا ما ذكره إبراهيم المروزي وحده، وقد يستأنس لذلك بأن الشَّافِعِي كان يستعمل هذه العبارة، ولعله أول من استعملها؛ ولكن الصواب والذي ينبغي الجزم به أن أفضل ما يقال عقب التشهد في الصلاة: اللهم صلِّ على محمد وعلى آل محمد كما صليت على

……

إبراهيم إلى آخره، فقد ثبت في «الصحيح»: أنهم قالوا: يا رسول الله، كيف نصلي عليك؟ فقال: «**قولوا: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ كَمَا بَارَكْتَ عَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ فِي الْعَالَمِينَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ**»⁽¹⁾ انتهى.

أي: أنه لا يختار لنفسه الشريفة إلا الأفضل الأكمل ينبغي أن يكون الأفضل منه ما ورد في أتم الروايات، والاحتياط أن تقول مع ذلك ما سبق، وقوله: ذكره جعل الضمير للنبي ﷺ.

وأصل هذه الصلاة أن الشَّافِعِي قال في أول «الرسالة» مقدمة «الأُمّ»: وصلى الله على محمد كلما ذكره الذاكرون إلى آخرها.

والذي أراه أن الشَّافِعِي إنما أراد بقوله: ذكره الرب سبحانه؛ لأنه الذي يستعمل فيقال ذكر الله فلان وسها عن ذكره الغافلون، فيكون الوجه أن يقال: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كلما ذكرك الذاكرون وكلما سها عن ذكرك الغافلون⁽²⁾.

---

(١) أخرجه أخرجه مسلم (١/ ٣٠٥، رقم ٤٠٥)، والترمذي (٥/ ٣٥٩، رقم ٣٢٢٠)، وقال: حسن صحيح، والنسائي في الكبرى (١/ ٣٨١، رقم ١٢٠٨)، وابن حبان (٥/ ٢٩٦، رقم ١٩٦٥)، والبيهقي (٢/ ١٤٦، رقم ٢٦٧١). ومالك (١/ ١٦٥، رقم ٣٩٦)، وعبد الرزاق (٢/ ٢١٢، رقم ٣١٠٨)، والدارمي (١/ ٣٥٦، رقم ١٣٤٣)، وأبو عوانة (١/ ٥٢٦، رقم ١٩٦٦).

(٢) في نسخة زاد ما نصه: [حكى الرَّافِعِي في شرح «المسند» عن الشَّافِعِي ﵁ كلامًا في الرسالة دلالة على ما ذكره المروزي من عود الضمير في «ذكره» إلى النبي ﷺ أقرب من دلالته على ما ذكره الأذرعي فقال: قال الشَّافِعِي: لما روى الأثر عن المحامد في قوله تعالى: ﴿وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ ۝﴾ [الشَّرْح: ٤] «لَا أُذْكَرُ إِلَّا ذُكِرْتَ» قال -أي الشَّافِعِي: يعني ذكره عند الإيمان بالله تعالى، ويحتمل ذكره عند تلاوة الكتاب، وعند العمل بالطاعة والوقوف عن المعصية، وصلى الله على محمد نبينا كلما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون، وصلى الله عليه في الأولين والآخرين أفضل وأكثر وأزكى ما صلى على أحد من خلقه وزكانا وإياكم بالصلاة عليه أفضل ما زكى أحدًا من أمته بالصلاة عليه والسلام عليه ورحمة الله وبركاته وجزاه الله عنا أفضل ما جزى مرسلًا عن من أرسل إلينا فإنه أنقذنا به من الهلكة وجعلنا في خير أمة أخرجت للناس، انتهى ما حكاه الرَّافِعِي من كلام الشَّافِعِي ﵁].

....

وقول المصنف: ولعل الشَّافِعِي أول من استعملها كأنه يشير إلى ما حكي عن بعض الأئمة على ما ذكره أبو نعيم وغيره: «رَأَيْت النَّبِيَّ ﷺ فِي الْمَنَام، فَقُلْت: يَا رَسُولَ اللهِ، مُحَمَّدُ بْنُ إدْرِيسَ الشَّافِعِي ابْنُ عَمِّك هَلْ خَصَصْتَهُ بِشَيْءٍ؟ قال: نَعَمْ، سَأَلْتُ رَبِّي أَنْ لَا يُحَاسِبَهُ، قُلْت: بِمَاذَا يَا رَسُولَ الله؟ قال: إِنَّهُ كَانَ يُصَلِّي عَلَيَّ صَلَاةً لَمْ يُصَلِّ عَلَيَّ بِمِثْلِهَا»(١) وذكر ما سبق أو نحوه، فإن كان هذا شبهة المروزي؛ فالأحكام لا تثبت بمثل هذا.

فَرْعٌ: قالا: لو حلف ليثنين على الله أحسن الثناء فطريق البر أن يقول: لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك، زاد إبراهيم المروزي في آخره: فلك الحمد حتى ترضى، وصورها الْمُتَوَلِّي فيما لو قال: لأثنين على الله تعالى بأجل الثناء وأعظمه، وزاد في أول الذكر: سبحانك، ولو قال: لأحمدن الله تعالى بمجامع الحمد، وقال الْمُتَوَلِّي: بأجل التحاميد، فطريق البر أن يقول: الحمد لله حمدًا يوافي نعمه ويكافئ مزيده، زاد الشيخ أن هاتين الصورتين ذكرهما جماعة من متأخري الخراسانيين وليس لهما دليل، انتهى.

وعبارة «النِّهَايَة»: ولو قال: لأحمدن الله تعالى بمجامع الحمد، فقد قيل مجامع الحمد ما ذكره جبريل لآدم صلوات الله عليهما؛ إذ قال له: علمني مجامع الحمد فذكره، ورأيت من يتوقف في جواز التلفظ بهذا، ويقول تجويزه يحتاج إلى دليل قوي عن آدم عليه السلام في ذلك لا يعرف، قال الشيخ: ومعنى يوافي نعمه: يلاقيها فيحصل معه، ومعنى: يكافئ مزيده: يقوم بشكر ما زاد عن النعم والإحسان، انتهى. وهذا التفسير مما يؤكد الإشكال.

مسألة: لو حلف على ترك التسري فيما يحصل الحنث، قال الرَّافِعِي في باب الرجوع عن الوصية: إن فيه عن ابن سُرَيْج ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه الوطء من غير عزل.

والثاني: مجرد الوطء.

---

(١) ذكره ابن حجر في «تحفة المحتاج» (٩/ ٣٩١).

....

والثالث: أنه الوطء مع المنع من الخروج، وعلى هذين الوجهين لا فرق بين أن يعزل أو لا يعزل، ونقل عن نصِّه في «الإملاء»: إن وطئ ولم يعزل، ثم قال: هنا فيه ثلاثة أوجه عن ابن سُرَيْج أظهرها، ويحكي عن نصِّه في «الإملاء»: أن التسري يحصل بثلاثة أمور، ستر الجارية عن أعين الناس، والوطء، والإنزال.

وجمعت من عبارتيه في «الْغُنيَّة» وعبارة الْمُتَوَلِّي: إن أمرها بالستر عن أعين الناس ووطئها وأنزل في فرجها حنث، فإن ستر ووطئ وعزل لم يحنث على المشهور، وعن ابن سُرَيْج: أنه يحنث إن وطئها ولم يأمر بالستر لم يحنث على المشهور، وقيل: يحنث، وقيل: رأيت في «مجموع» الْمحَامِلِيّ، وذكر أبو العباس في صفة التسري ثلاثة أوجه:

أن يخص الجارية للوطء، ويمنعها من الدخول والخروج، ويطأها أنزل أو لم ينزل.

والثاني: أنه بالوطء يحنث أنزل أم لا.

والثالث: وهو المنصوص في كتاب اللعان من «الإملاء»: أنه الوطء الذي يطلب به الولد، وهو أن يطأ وينزل أحبل أو لم يحبل، انتهى.

وظاهره أنه لا يتوقف على سترها عن الأعين، والله أعلم.

مسألة: نقلًا عن «المبتدأ» للروياني: أنه لو قيل له كلم زيد اليوم، فقال: والله لا كلمته، انعقدت اليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فإن كان ذلك في طلاق، وقال: أردت اليوم لم يقبل في الحكم زاد في «الرَّوْضَة»: قلت: الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتاب الطلاق، انتهى.

وكأنه يشير إلى ما تقدم مما إذا دلت قرينة سابقة على إرادة ما فسر به إطلاقه، والمنقول في «البيان» عن المذهب ما ذكره الرُّويَانِي، ولم يورد كثيرون أو الأكثرون سواه، وفي «الذَّخَائِر» بعد ذكره نحو كلام «البيان» فقال بعضهم: يمنيه على الفور، تخصيصًا بدلالة الحال إلا أن يطول بينهما كلام

....

مثل أن يقول: أتيتك وما أتيتني وقد أتيتك مرات، ونحوه فيقول: والله، لا آتيك فيكون على العموم لنا أن يمينه مطلقة، فهو كما لو قال ابتداء أو طال الكلام، انتهى.

وقال **الْمُتَوَلِّي**: هنا إذا قال لآخر خاطب فلانًا اليوم، فقال: والله لا أكلمه، فإن قال ذلك بعد طول الفصل كانت يمين مبتدأة وتنعقد على الأبد، وإن قاله موصولًا بكلامه، فإن قصد التأبيد أو اليوم اعتبر قصده فيهما، وإن أطلق اللفظ حمل على ذلك اليوم بعينه على الصحيح من المذهب؛ ولهذا قال **الشَّافِعِي**: لو قال رجل لآخر: تعال تغد معي، فقال: والله لا أتغدى، تقيدت يمينه بالأكل معه في تلك الحالة حتى لو أكل وحده أو مع غيره أو معه في يوم آخر لم يحنث، قال: وفيه وجه آخر أن اليمين ينعقد مؤبدًا حملًا للإطلاق على العموم، قال: وعلى هذا لو طالبت زوجها بالوطء في ليلتها، فقال: والله لا أطأك، فهل ينعقد حكم الإيلاء حتى يضرب المدة فعلى ما ذكرنا، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» القاضي الحسين أنه أجاب فيمن وقعت بينه وبين امرأته خصومة فصعدت بالمفتاح إلى السطح، فقال: إن لم تسقط المفتاح فأنت طالق؛ فأسقطته ونزلت، أنه يحمل على التأبيد، فإذا صعدت فيما بعد وأسقطته ينحل اليمين، ولو لم تفعل حتى مات أحدهما يتبين وقوع الطلاق قبل الموت، فقيل له: أليس العادة محكمة في الأيمان والطلاق، وهاهنا قصده حصول المفتاح في يده في الحال فوجب أن يقع الطلاق، فقال: العادة محكمة في الأيمان، ولكن الحقيقة مقدمة عليها، وهذا كما قال أصحابنا: إنه لو دخل على صديقه فقدم الطعام، وقال: تغد معي فامتنع، فقال صاحب البيت: إن لم تتغد معي فامرأتي طالق فلم يفعل، لا يقع الطلاق حتى لو دخل عليه بعد ذلك وتغد معه تنحل اليمين، فإن مات أحدهما قبل التغدي طلقت قبل الممات، فجعلوا التغدي على التأبيد، وإن كانت العادة أنه يريد به في ذلك اليوم، قال **الْبَغَوِي** وهو «جامع فتاوى» شيخه القاضي: قلت: الذي عندي إنه يراعي العادة، فإن لم تسقط المفتاح في الحال طلقت، وكذلك في التغدي إذا

....

لم يتغد معه في تلك الحالة حنث، وكذا لو أراد أن يضرب عبده فقال آخر: عبدي حر وامرأتي طالق إن ضربته فكف عن الضرب سقطت اليمين، فإن فعله بعد ذلك لم يحنث، انتهى وهذا هو المختار.

فإن قلت: ثم يحصل البر في التغدي المحلوف عليه، هل هو بلقمة أو لقم أو الشبع أو دونه؟

قلت: البر بلقمة ولقم يسير بعيد، واعتبار الشبع محتمل، وحكى الرَّافِعِي عن كتب الحنفية أن مقدار العشاء والغداء أن يأكل أكثر من نصف شبعة، ثم أشار إلى التوقف فيه، والأشبه أن يقيد ذلك بالعرف وهو ما يصدق عليه اسم التغدي من غير ضبط بمقدار معين، والله أعلم، ويختلف ذلك الرغبة والزهادة والعلم عند الله.

مسألة: قال في أصل «الرَّوْضَة»: إذا وجد القول أو الفعل المحلوف عليه على وجه الإكراه والنسيان أو الجهل سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق فهل يحنث؟ قولان أظهرهما: لا يحنث ممن صححه أبو حامد القاضي والشيخ وابْن كَجٍّ والروياني وغيرهم، وقال ابن سلمة: لا حنث قطعًا، وقيل: الناسي أولى بالحنث من المكره، وقيل عكسه، وقيل: الجاهل أولى بالحنث من الناسي.

وقال الْقَفَّال: يحنث في الطلاق دون اليمين وهو ضعيف والمذهب ما سبق، فإذا قلنا: لا حنث لم تنحل اليمين على الأصح، انتهى.

وقال أبو عمرو بن الصلاح في «مشكل الوسيط»: قد أمعنت النظر في المسألة ودليلها تمسيس الحاجة إليها في الفتوى أحدث كثيرًا من أصحابنا العراقيين ذهبوا إلى أن الأصح عدم الحنث، والبغداديون هم جمهور العراقيين.

قال الْمَاوَرْدِي: وَالْبَغْدَادِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا يَذْهَبُونَ إِلَى تَصْحِيحِ الْقَوْلِ بِأَنْ لَا حِنْثَ عَلَى النَّاسِي، لِمَا يَرْتَكِبُونَهُ مِنْ خِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَمَّا الْبَصْرِيُّونَ فَقَالَ لِي أَبُو الْقَاسِمِ الصَّيْمَرِيُّ: مَا أَفْتَيْتُ فِي يَمِينِ النَّاسِي بِشَيْءٍ قَطُّ، وَحَكَى عَنْ

……

شَيْخِهِ أَبِي الْغِيَاضِ أَنَّهُ لَمْ يُفْتِ فِيهَا بِشَيْءٍ قَطُّ، وَحَكَى أَبُو الْغِيَاضِ عَنْ شَيْخِهِ أَبِي حَامِدٍ الْمَرْوَزِيِّ أَنَّهُ لَمْ يُفْتِ فِيهَا بِشَيْءٍ قَطُّ، فَاقْتَدَيْتُ بِهَذَا السَّلَفِ وَلَمْ أُفْتِ فِيهَا بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَ التَّوَقِّي أَحْوَطُ مِنْ وَرَطَاتِ الْإِقْدَامِ.

قال أبو عمرو: ومع هذا فالقول بالحنث أرجح دليلًا، وإن كان أعوض، وهو قول أكثر العلماء السالفين والخالفين ﵃ وهو قول أئمة المذاهب الأربعة والشافعي وأحمد وإن اختلفت الرواية عنهما، فالتحنيث أثبت عنهما، حكى الثقة أبو بكر بن المنذر في كتابه «الأشراف»: يحنث الناسي في يمين الطلاق والعتاق وسائر الأيمان هو المشهور من مذهب الشَّافِعِي عند أصحابه.

وفي «الهداية» للحنابلة: أنه يحنث في الطلاق والعتاق، ولا يحنث في اليمين بالله تعالى والظهار، قال: وهو اختيار أكثر شيوخنا وعنه أنه لا يحنث في الجميع وعنه أنه يحنث في الجميع، وأما من حيث الدليل فأقول: أطلق يمينه ولم يستثن حالة النسيان والإكراه على أنه لم يقصر يمينه على مقصود المنع، فالحق بما لو صرح وقال مثلًا: والله لا أدخل عامدًا ولا ناسيًا، فدخل ناسيًا؛ فإنه يحنث بلا خلاف، كما نقله القاضي الحسين، وفي هذا جواز عن تمسكه بأن المقصود المنع، وهو أقوى.

وأما الحديث يعني رواية ابن عباس - ﵄ -: «**إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**» رواه ابن ماجه وقال الترمذي: وإسناده حسن، ولفظ «السنن الكبرى» للبيهقي: «**تجاوز الله عن أمتي الخطأ...**» إلى آخره(١).

قال: فهو محمولٌ على نفي المؤاخذة لا على نفس الحكم بمطلقه بدلًا له ثبوت حكم النسيان والإكراه في الحديث والإتلاف، وإن ذلك المفهوم هو المفهوم بالاستعمال قبل الشرع، ولا عموم فيه من حيث أن نفس الخطأ والنسيان موجودان فتقدر محذوف هو المراد ولا عموم فيما يقدر ويضمر على

---

(١) تقدم تخريجه.

....

ما تقرر في أصول الفقه، انتهى.

قلت: في بعض ما ذكره مضايقة بطول الكلام: وإنما قطع أبو الطيب بن سلمة بعدم الحنث؛ لأنه قال كما ذكره الرَّافِعِي عنه: إن الشَّافِعِي ﷺ اختاره وأبطل القول الآخر، انتهى.

ونصَّ في «الْأُمِّ»: على عدم حنث الجاهل، قال الشَّافِعِي: إذا حلف الرجل ألا يدخل على رجل بيتًا، فدخل على رجل غيره، فوجد ذلك المحلوف عليه في ذلك البيت لم يحنث، قيل: إنه ليس على ذلك دخل قال الربيع: وللشافعي قول آخر أنه يحنث؛ لأنه قد دخل عليه بيتًا كما حلف.

فروع: حلف لا يدخل طائعًا ولا مكرهًا ولا ناسيًا حنث مكرهًا وناسيًا لو انغلب في نومه فحصل فيها لم يحنث لو حمل قهرًا وأدخل فقيل قولان: كالمكره، والمذهب القطع بعدم حنثه لو حُمل بغير إذنه وأمكنه الامتناع فلم يمتنع لم يحنث على الصحيح، ولو حمل بأمره حنث كالراكب.

ومن صور الجهل أن يسلم في طلبه على من حلف ألا يسلم عليه جاهلًا أنه هو، وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنه لو حلف لا يفعل كذا ففعله في حال جنونه هل يحنث؟ قولان، والناسي مرتب على المجنون إن حنثنا المجنون فالناسي أولى، وإلا ففي الناسي قولان، والعرف أن الناسي لا يتعمد قصده إلى الفعل، وأحكام الشرع تنبني على قصوده والمجنون لا يخاطب بأمر ولا نهي إقدامًا وإحجامًا، ولا حكم لقصده عاجلًا ولا آجلًا فافترقا، فإذا صح هذا فكل موضع حسبناه بالفعل حكمنا بانحلال اليمين وكل موضع لا يحنثه، فهل تنحل اليمين بصورة الفعل؟ فوجهان.

قاعدة: قال الإمام: إذا كانت للحالف نية اتبعناها إذا كنا نجد بين اللفظ وبين النية ارتباطًا، وإن كان على بعد، وإن لم يكن بين اللفظ وبين النية ارتباطًا فلا تعويل على النية، وإن كان قد يطلق مثل ذلك على اللفظ على إبعاد في التجوز، وهذا كقول والله: ما ذقت لزيد ماء، فهذا قد يستعمله المبالغ

....

وغرضه: أني لم أذق له طعامًا، فلو كان قد أكل طعامه ولم يشرب له ماء لم يحنث، فإن حمل الماء على الطعام ميل عن صريح اللفظ وإزالة الحقيقة، وإذا لم يكن من اللفظ بد فلا سبيل إلى تعطيل أصله، وإن ذكر الحالف لفظًا له عرف عند أهل اللسان، وعرف اللافظ بخلافه فإن قصد تنزيله على عرفه نزل عليه، وإن لم يقصد ذلك، وتحقق لم يقصد شيئًا فهو موضع التردد، فمن أصحابنا من اعتبر اللفظ وعرفه ومنهم من اعتبر اللافظ وعرفه وميل النص إلى اعتبار اللفظ إذا تحققنا أنه لم يكن للافظ قصدًا، وهذا إنما نص حسن، وفي نسخ عارض فقهه؛ لأنه لم يصرفه عن موضوعه بقصد وليس هو من لغة الحالف، ولا سبيل إلى إبطال اللفظ ومن راعى عرف اللافظ نظر إلى الملتزم واللائق بحاله، وجعل كأن اللفظ منه لغته ولفظ العرب تتبع فيه عرف العرب، فكذلك لفظ هذا اللافظ ينبغي أن يعتبر فيه عرف اللافظ، ولو اعتبر عرف غيره لكان هو خارج عن طريق يخاطب أقرانه وهذا بعيد، فلا يحمل البعيد إلا بقصد، وهذا فيما إذا أخبر أنه لم يقصد شيئًا، فلو قال: قصدت ثم ذهلت فالظاهر هنا اتباع عرف اللافظ، فإن الغالب أنه يخاطب على موجب العرف الغالب إذا كان يقصد إجراء الكلام على حد التفاهم من بني جنسه والأصحاب طردوا الخلاف في هذه الصورة أيضًا، انتهى.

فُرُوعٌ منثورة ذكروا فروعًا كثيرة عن الحنفية:

منها: لو حلف ليضربن زوجته حتى يغشى عليها أو تبول حُمل على الحقيقة، ولو قال: حتى أقتلها أو ترفع ميتة حُمل على أشد الضرب، قالا: ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضًا، انتهى.

قلت: لكن في «الْحَاوِي» في كتاب الطلاق: إنه لو حلف بالطلاق ليضربنها حتى تموت فضربها ضربًا مؤلمًا وجعًا بر في يمينه اعتبارًا بالعرف هذا إذا أطلق، ولم يرد حقيقة اللفظ، فإن أراده حمل عليه وهكذا نظائره وأشباهه، انتهى.

ومنها: لو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل للزيادة حنث، ولو حلف لا يكتب بهذا القلم، وهو مبري فكسره ثم براه وكتب به لم يحنث، قال

……

الرَّافِعِي: وتجمع هذه الأوجه نقول إلا في مسألة القلم زاد في «الرَّوْضَة».

قلت: في موافقتهم في مسألة المسجد نظر وينبغي ألا يحنث بدخولها؛ لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف، وأما قول الإمام الرَّافِعِي: في أن نخالفهم في مسألة القلم فليس كما قال مذهبنا فيه كما ذكروه.

قال القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من «تعليقه»: لو حلف لا يكتب بهذا القلم وهو مبري، فكسره ثم براه وكتب به لم يحنث وإن كانت الأنبوبة واحدة؛ لأن القلم اسم للمبري دون القصبة قبل البري قلمًا مجازًا؛ لأنها ستصير قلمًا، انتهى لفظ «الرَّوْضَة».

ولفظ الرَّافِعِي: ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل موضع الزيادة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل مسجد بني فلان فزيد فيه فدخل موضع الزيادة حنث، ثم ذكر مسألة القلم إلى آخر ما سبق، فزاغ بصر المصنف من الصورة الأولى إلى الثانية فاعتراض على ما ذكروه في مسجد بني فلان إن كانت الزيادة منهم فواضح، أو من غيرهم ففيها وقفة للمتأمل والعرف المطرد شاهد للرافعي في مسألة القلم، ورأيت في «الكافي» هنا ما قاله القاضي أبو الطيب فيه.

لو حلف لا لبست له ثوبًا فوهبه ثوبًا فلبسه لم يحنث، ولو قال: لا أخذت له درهمًا فوهبه درهمًا فقبضه حنث؛ لأنه أخذ له درهمًا؛ لأنه إنما يملكه بعد قبضه فحالة القبض هو قابض درهمًا لغيره، وأما الثوب فإنما لبسه بعد أن صار له.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه لو حلف لا يزني فتلوط بغلام، قال: عندي يحنث، ويحتمل أن ينوي فيه؛ لأن الأيمان المطلقة محمولة على المتعارف بين الناس واللواط زنا في طريق اسمًا، وفي طريق أخرى كالزنا معناه في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو حلف لا يشرب الخمر لم يحنث بالنبيذ؛ لأن الشَّافِعِي ميز بينهما، فقال: خلا السكران من خمر أو نبيذ.

قلت: ولنا خلاف أن اسم الخمر، هل يتناول النبيذ المسكر فلا يبعد مجيئه هنا، وأكثر العامة لا يميزون بينهما ويسمون الخمر نبيذ، فينبغي أن يعتبر

....

عرف الحالف وينزل إطلاقه عليه على ما فيه من النزاع، وأنه لو حلف لا يبيع عبده ولا يعتقه فباع نصفه لم يحنث وإن أعتق نصفه.

فإن قلنا: يعتق الجزء ثم يشتري لم يحنث.

وإن قلنا: هو عبارة عن كل البدن حنث، انتهى.

ويحتمل أن يحنث على الوجهين للعرف، وأنه لو حلف لا يدخل عند زيد ملكي فورثه منه يحنث، وإن كان مضطرًا إليه؛ لأن في الأيمان لا يراعى هذا كما لو حلف لا يطير طائرًا في هواء سطحه، فطار حنث وإن لم يمكنه دفعه، انتهى.

ولا يبعد أن يخرج تحنيثه بإذن العبد على حنث المكره.

وأنه لو حلف لا يشتري فاشترى في الذمة شيئًا أو تزوج على صداق في الذمة يحنث؛ لأنه يسمى دينًا.

قال الْبَغَوِي: قلت: ينبغي ألا يحنث؛ لأنه لا يسمى استقراضًا، ولعلها ليست عن القاضي الإمام، انتهى.

وهذا هو الوجه بلا شك في «فتاوى» البَغَوِي: أنه لو حلف لا يأكل الرطب فأكل عصيدة لا يحنث، وأنه لو حلف لا يأكل البطيخ فأكل الشمام حنث بخلاف العكس، وأنه لو حلف لا يذبح الجنين فذبح شاة في بطنها جنين حنث؛ لأن زكاتها زكاته، ولو كان حلف لا يذبح شاتين لم يحنث؛ لأن الأيمان يراعى فيها العادة، قال: ويحتمل ألا يحنث في الصورة الأولى، انتهى وهذا الاحتمال أقرب.

وأنه لو قال: لا أخرج حتى استأذنك فاستأذنه فلم يأذن فخرج حنث إلا أن يكون قد قصد الإعلام فلا يحنث، انتهى.

وعن أصحاب أبي حنيفة أنه لو قال: لا أكلمه اليوم ولا غدًا لم تدخل الليلة المتخللة في اليمين، ولو قال: لا أكلمه اليوم وغدًا دخلت.

قال الرَّافِعِي: والوجه التسوية يعني في عدم الدخول عند الإطلاق، وعبر في «الرَّوْضَة»: بالصواب، وفيه نظر والمسألة محتملة، ولنا في نذر الاعتكاف

....

خلاف في دخول الليلة بينهما في الثانية، وأيضًا فالغالب إنما يراد بها مواصلة المهاجرة فلا يبعد تنزيل الإطلاق على ذلك في اليمين الواحدة بخلاف الصورة الأولى.

فُرُوعٌ من «الكافي» لمظهر الدين الخوارزمي ﷺ:

لو حلف أنه لا يأكل طعام فلان ما دام بخوارزم فخرج منها ثم عاد إليها فأكل منها لم يحنث؛ لأنه قيد بالدوام بها وبالخروج ارتفع الدوام.

قلت: وهذا عند الإطلاق، وإنه لو حلف بعد طلوع الفجر ليفعلن الليلة كذا، فإن كان عالمًا بالفجر أو لم يعلم به ونوى الليلة المستقبلة انعقدت يمينه على الليلة القابلة؛ لأنه حلف بالنهار فيصرف يمينه إليها، وإن لم ينو الليلة المستقبلة، وكان ظانًا أنه لم يصبح لم ينعقد يمينه، كما لو حلف ليضربن فلانًا أمس كان لاغيًا.

وأنه لو حلف لا يكلم زوجته ما دام أبواك حيين؛ فمات أحدهما فكلمها لم يحنث لانعدام الشرط.

وأنه لو قال: والله لا أتزوج امرأة قد كان لها زوج فطلق امرأته ثم نكحها لم يحنث؛ لأن اليمين تنعقد على غير زوجته التي هي في نكاحه وإن كانت بائنة فتزوجها حنث.

وأنه لو حلف لا يشرب شرابًا ولا نية له لم يحنث بشرب الماء؛ لأنه في العرف لا يسمى شرابًا.

وأنه لو حلف لا يتزوج سرًّا فتزوج بولي وشاهدين حنث؛ لأن التزويج لا يصح بدون هذا ولو شهد ثلاثة لم يحنث.

وأنه لو حلف لا يخرج من البلد حتى أريك نفسي، فإذا أراه نفسه من قريب أو بعيد بر، عرفه أو لم يعرفه.

وأنه لو حلف لا يمس شعر فلان فحلقه فنبت شعر آخر فمسه حنث.

وأنه لو حلف لا يأكل حرامًا فأكل مغصوبًا حنث، ولو أكل ميتة حالة

……

الاضطرار لم يحنث على الأصح.

وأنه لو حلف ليأخذن من مديونه فأخذه من الكفيل أو المحال عليه لم يحنث، وإن أخذه من الوكيل فقياس مذهبنا أنه على وجهين كما لو حلف لا ينكح فوكل من قبل له النكاح.

قلت: في بره في الأخذ من الكفيل والمحال عليه نظر ظاهر، ولعل النسخة مختلفة.

وأنه لو حلف لا يشارك أحدًا في هذه البلدة فدفع إليه إنسان مضاربة حنث؛ لأنه نوع من الشركة، انتهى. وفي الحنث نظر قبل حصول ربح فتأمله.

خاتمة ونسأل الله الكريم حسن الخاتمة:

قال الْمَاوَرْدِي: سأوضح في الأيمان أصلًا يحمل عليه أحكامها، وذكر فصلًا طويلًا جدًا لخصت مقاصده في «الغُنْيَة» وأشير إلى جملة منها هاهنا، وفي كثير مما ذكره نزاع للأصحاب، والمرجح في بعض الصور خلاف ما جزم به.

قال ﷺ: إِنَّ كُلَّ يَمِينٍ انْعَقَدَتْ عَلَى اسْمٍ يُعْتَبَرُ بِهِ الْبِرُّ وَالْحِنْثُ لَمْ يَخْلُ ذَلِكَ الِاسْمُ مِنْ أَمْرَيْنِ مُجْمَلٍ وَمُفَسَّرٍ، فَإِنْ كَانَ الِاسْمُ مُجْمَلًا كَقَوْلِهِ فِي الْإِثْبَاتِ: وَاللهِ لَأَفْعَلَنَّ شَيْئًا، وَفِي النَّفْيِ: وَاللهِ لَا فَعَلْتُ شَيْئًا، فَاسْمُ الشَّيْءِ يَعُمُّ كُلَّ مُسَمًّى، فَلَا يُحْمَلُ عَلَى جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ لِخُرُوجِهَا مِنَ الْقُدْرَةِ وَالْعُرْفِ، وَوَجَبَ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى بَعْضِهَا، وَلَا يَتَعَيَّنُ بَعْضُهَا إِلَّا بِالْبَيَانِ، فَوَجَبَ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا إِلَى بَيَانِهِ، وَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ وَقْتَ يَمِينِهِ، فَيُحْمَلُ إِجْمَالُ يَمِينِهِ عَلَى نِيَّتِهِ، فَيَصِيرُ بِالنِّيَّةِ مُفَسَّرًا، وَبِالْقَوْلِ مُخْبَرًا، كَأَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ: لَا فَعَلْتُ شَيْئًا؛ أَيْ: لَا دَخَلْتُ هَذِهِ الدَّارَ، وَبِقَوْلِهِ: لَأَفْعَلَنَّ شَيْئًا، أَيْ: لَأَدْخُلَنَّ هَذِهِ الدَّارَ، فَتَعَلَّقَ بِرُّهُ وَحِنْثُهُ بِدُخُولِ الدَّارِ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَ عَلَى بَيَانِهِ أَوْ تَأَخَّرَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِهِ مِنَ الْأَشْيَاءِ، بِرٌّ وَلَا حِنْثٌ.

وَالْحَالُ الثَّانِيَةُ: أَلَا تَكُونَ لَهُ نِيَّةٌ وَقْتَ يَمِينِهِ، فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَهَا بَعْدَ الْيَمِينِ فِيمَنْ

شَاءَ، وَيَعْمَلُ فِيهَا عَلَى خِيَارِهِ، ثم اليمين ضربان:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ قَدْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عِتَاقٍ، فَيُؤْخَذُ حَتْمًا بِتَعْيِينِ يَمِينِهِ، فِيمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الْأَشْيَاءِ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْآدَمِيِّ بِهَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ قَدْ حَلَفَ بِاللهِ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى تَعْيِينِ مَا يَخْتَارُهُ، وَتَكُونُ مَوْقُوفَةً عَلَى إِرَادَتِهِ فِي التَّعْيِينِ مَتَى شَاءَ، وَلَا حِنْثَ فِيهَا قَبْلَ التَّعْيِينِ.

فَإِذَا عَيَّنَهَا بِاخْتِيَارِهِ فَجَعَلَ قَوْلَهُ: لَأَفْعَلَنَّ شَيْئًا مُعَيَّنًا فِي أَنْ يَرْكَبَ هَذِهِ الدَّابَّةَ، وَقَوْلُهُ: لَا فَعَلْتُ شَيْئًا مُعَيَّنًا فِي أَنْ يَرْكَبَ هَذِهِ الدَّابَّةَ، صَارَ هَذَا التَّعْيِينُ هُوَ الْمُرَادُ بِالْيَمِينِ، فَتَعَلَّقَ بِهِ الْبِرُّ وَالْحِنْثُ دُونَ غَيْرِهِ.

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَخْلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ وُجِدَ مِنْهُ رُكُوبُ الدَّابَّةِ قَبْلَ التَّعْيِينِ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ رُكُوبُهَا قَبْلَ التَّعْيِينِ تَعَلَّقَ الْبِرُّ وَالْحِنْثُ بِمَا يَسْتَأْنِفُهُ مِنْ رُكُوبِهَا بَعْدَ التَّعْيِينِ.

وَإِنْ كَانَ قَدْ رَكِبَهَا قَبْلَ التَّعْيِينِ، فَفِي وُقُوعِ الْبِرِّ وَالْحِنْثِ بِهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى تَعْيِينِ الطَّلَاقِ الْمُبْهَمِ هل يوجب وقوعه وقت اللفظ دون التعيين؟ إن أوقعناه باللفظ المتقدم تعلق البر والحنث بما تقدم من الركوب دون ما تأخر عنه، وإن أوقعناه من وقت التعيين تعلق بالبر والحنث بالركوب بعد التعيين دون ما تقدمه.

قلت: والمرجح في الأصل المذكور الأول.

قال: وَأَمَّا الِاسْمُ الْمُفَسَّرُ فَضَرْبَانِ، خَاصٌّ وَعَامٌّ: فَأَمَّا الْخَاصُّ فَضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا كَانَ لَهُ حَقِيقَةٌ وَمَجَازٌ، كَالسِّرَاجِ حَقِيقَةً مَا اسْتَصْبَحَ بِهِ مِنَ النَّارِ وَمَجَازُهُ الشَّمْسُ، وَالْبِسَاطُ حَقِيقَةُ الْفَرْشُ الْمَبْسُوطُ، وَمَجَازُهُ الْأَرْضُ، فَيَنْقَسِمُ فِي الْأَيْمَانِ خَمْسَةَ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْحَقِيقَةَ دُونَ الْمَجَازِ، من لفظ اليمين المفسر الخاص، فَيُحْمَلُ عَلَى حَقِيقَةِ ظَاهِرِهِ لَفْظًا وَمُعْتَقَدًا، سَوَاءٌ كَانَ مَا أَرَادَهُ مِنَ الْحَقِيقَةِ شَرْعِيًّا أَوْ لُغَوِيًّا.

……

ثانيها: أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْمَجَازَ دُونَ الْحَقِيقَةِ، من لفظ اليمين المفسر الخاص فَيُرِيدُ بِالسِّرَاجِ الشَّمْسَ دُونَ الْمِصْبَاحِ، وَبِالْبِسَاطِ الْأَرْضَ دُونَ الْفَرْشِ، وَبِاللَّحْمِ السَّمَكَ دُونَ اللَّحْمِ، وَبِلَمْسِ الزَّوْجَةِ وَطْئَهَا دُونَ مُلَامَسَتِهَا، فَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِاللهِ تَعَالَى حُمِلَتْ عَلَى الْمَجَازِ دُونَ الْحَقِيقَةِ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ؛ لِاسْتِثْنَاءِ الْحَقِيقَةِ بِنِيَّتِهِ، وَإِنْ حلف بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ حُمِلَتْ عَلَى الْمَجَازِ فِي الْبَاطِنِ، وَحُمِلَتْ عَلَى أَغْلَظِ الْأَمْرَيْنِ فِي الظَّاهِرِ، وَسَوَاءٌ مَا كَانَ مَا أَرَادَهُ مِنَ الْمَجَازِ شَرْعِيًّا أَوْ لُغَوِيًّا.

وثالثها: أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْجَمْعَ بَيْنَ حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ، من لفظ اليمين المفسر الخاص، فَيُحْمَلُ عَلَيْهَا مِنْ بِرِّهِ وَحِنْثِهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ يَمِينُهُ بِاللهِ أَوْ بِطَلَاقٍ وَعَتَاقٍ.

رابعها: أَنْ يُرِيدَ بِهِ غَيْرَ حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ، من لفظ اليمين المفسر الخاص كَمَنْ أَرَادَ بِالسِّرَاجِ غَيْرَ الْمِصْبَاحِ وَالشَّمْسِ ونحو ذلك، فَلَا يُحْمَلُ عَلَى مَا أَرَادَ غَيْرَ الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ، لِخُرُوجِهِ عَنْ مُقْتَضَى لَفْظِهِ مِنْ صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ، كَمَنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ بِمَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ، وَلَا يُحْمَلُ عَلَى الْمَجَازِ، لِتَجَرُّدِهِ عَنْ النِّيَّةِ، فَأَمَّا حَمْلُهُ عَلَى الْحَقِيقَةِ، فَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ، حُمِلَتْ عَلَى الْحَقِيقَةِ فِي الظَّاهِرِ لَا مِنَ الْبَاطِنِ، وَكَانَتْ فيه لَغْوًا.

خامسها: أَنْ تَتَجَرَّدَ يَمِينُهُ عَنْ نِيَّةٍ وَإِرَادَةٍ، من لفظ اليمين المفسر الخاص فَيُحْمَلُ فِي الْبِرِّ وَالْحِنْثِ عَلَى الْحَقِيقَةِ دُونَ الْمَجَازِ؛ لِأَنَّ افْتِقَارَ الْمَجَازِ إِلَى النِّيَّةِ يُسْقِطُ حُكْمَهُ عند فقدها.

قال: فَإِنِ اخْتَلَفَ الشَّرْعُ وَاللُّغَةُ فِي حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ، كَالنِّكَاحِ هُوَ فِي الشَّرْعِ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ، وَمَجَازٌ فِي الْوَطْءِ، وَهُوَ فِي اللُّغَةِ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ، وَمَجَازٌ فِي الْعَقْدِ، كَالصَّلَاةِ هِيَ الشَّرْعُ حَقِيقَةً فِي الدُّعَاءِ فِي ذَاتِهِ الرُّكُوعُ وَالسُّجُودُ، وَمَجَازٌ فِي الدُّعَاءِ، وَهِيَ فِي اللُّغَةِ حَقِيقَةٌ فِي الدُّعَاءِ مَجَازٌ فِي غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ الزَّكَاةُ وَالصِّيَامُ وَالْحَجُّ، فَيُحْمَلُ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي الشَّرْعِ دُونَ اللُّغَةِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ نَاقِلٌ، فَيُحْمَلُ النِّكَاحُ عَلَى الْعَقْدِ دُونَ الْوَطْءِ، وَتُحْمَلُ الصَّلَاةُ عَلَى ذَاتِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ دُونَ الدُّعَاءِ.

فَقَدْ تَرَتَّبَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَا قَدَّمْنَاهُ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الدَّقِيقَ، فَأَكَلَ الْخُبْزَ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشَمُّ الْبَنَفْسَجَ فَشَمَّ دُهْنَ الْبَنَفْسَجِ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ، فَعَضَّهُ لَمْ يَحْنَثْ.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي فِي الِاسْمِ الْخَاصِّ: أَنْ تَكُونَ لَهُ حَقِيقَةٌ وَلَيْسَ لَهُ مَجَازٌ، فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: مُبْهَمٌ، وَمُعَيَّنٌ، وَمُطْلَقٌ، وَمُقَيَّدٌ.

فَالْمُبْهَمُ أَنْ يَقُولَ: لَا كَلَّمْتُ رَجُلًا، فَيَحْنَثُ بِكُلِّ مَنْ كَلَّمَهُ مِنَ الرِّجَالِ، وَلَا يَحْنَثُ بِكَلَامِ صَبِيٍّ وَلَا امْرَأَةٍ.

وَالْمُعَيَّنُ أَنْ يَقُولَ: لَا كَلَّمْتُ زَيْدًا، فَيَحْنَثُ بِكَلَامِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا، وَلَا يَحْنَثُ بِكَلَامِ غَيْرِهِ.

وَالْمُطْلَقُ أَنْ يَقُولَ: لَا شَرِبْتُ مَاءً، فَإِطْلَاقُهُ أَنْ لَا يَذْكُرَ لَهُ قَدْرًا، وَلَا يُعَيِّنَ لَهُ زَمَانًا أَوْ مَكَانًا، فَيَحْنَثُ بِشُرْبِهِ فِي كُلِّ مَكَانٍ وَزَمَانٍ إِذَا شَرِبَهُ صَرْفًا، فَإِنْ مَزَجَهُ بِغَيْرِهِ حَنِثَ إِذَا غُلِبَ عَلَى غَيْرِهِ بِلَوْنِهِ وَطَعْمِهِ، وَلَمْ يَحْنَثْ إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ بِلَوْنِهِ وَطَعْمِهِ، كَمَنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ خَلًّا، فَأَكَلَ سِكْبَاجًا، أَوْ لَا يَأْكُلُ سَمْنًا، فَأَكَلَ عَصِيدًا.

وَالْمُقَيَّدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: مُقَيَّدًا بِمَكَانٍ كَقَوْلِهِ: لَا شَرِبْتُ بِالْبَصْرَةِ، وَمُقَيَّدًا بِزَمَانٍ كَقَوْلِهِ: لَا شَرِبْتُهُ شَهْرًا، وَمُقَيَّدًا بِصِفَةٍ كَقَوْلِهِ: لَا شَرِبْتُهُ صَرْفًا، وأحكامها بينة.

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ حَنِثَ بِالْمُبْهَمِ فِي الْمُعَيَّنِ لا بالعكس، وحنث في المطلق بالمقيد لا بالعكس؛ لعموم المبهم والمطلق، وخصوص المعين والمقيد، فإن أراد بالمبهم معينًا، وبالمطلق مقيدًا، حمل لفظه على إرادته ظاهرًا وباطنًا، إن كان حلفه بالله تعالى، وفي الباطن فقط إن كان بطلاق وعتاق؛ لأنه استثنى بعض ما شمله عموم الجنس، ومثل بما في بعضه نزاع طويل.

قال: وَأَمَّا الِاسْمُ الْعَامُّ فَضَرْبَانِ: **أَحَدُهُمَا**: عَامُّ اللَّفْظِ عَامُّ الْمُرَادِ فَيَنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ:

……

الأول: مَا كَانَ عُمُومُهُ فِي لَفظِهِ وَمَعْنَاهُ، كقَوْلِهِ: وَاللهِ لَا كَلَّمْتُ النَّاسَ، فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِ لَفظِهِ وَمَعْنَاهُ فِي حِنْثِهِ بِكَلَامِ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْ صَغِيرٍ وَكَبِيرٍ ذَكَرٍ وَأُنْثَى بِكُلِّ نَوْعٍ مِنَ الْكَلَامِ مِنْ سَلِيمٍ وَسَقِيمٍ، وَمِثْلُهُ فِي التَّنْزِيلِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البَقرة: ٢٣١] وَقِيَاسُهُ فِي الْأَيْمَانِ أَنْ يَقُولَ: وَاللهِ لَا أَكَلْتُ اللَّحْمَ، فَيُحْمَلُ عَلَى عُمُومِ لَفظِهِ وَمَعْنَاهُ، فَيَحْنَثُ بِكُلِّ نَوْعٍ مِنَ اللَّحْمِ عَلَى كُلِّ صِفَةٍ مِنَ الْأَكْلِ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ.

وَالثَّانِي: مَا كان عُمُومُهُ فِي لَفْظِهِ دُونَ مَعْنَاهُ، كقَوْلِهِ: وَاللهِ لَا أَكَلْتُ الْحِنْطَةَ، فَيَحْنَثُ بكُلِّ نَوْعٍ مِنَ الْحِنْطَةِ، وَلَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ مَا حَدَثَ منها.

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: لَا أَكَلْتُ الرُّطَبَ يَحْنَثُ بِكُلِّ نَوْعٍ مِنَ الرُّطَبِ، وَلَا يَحْنَثُ بِمَا حَدَثَ عنه، وقوله: لا أكلت اللبن يحنث بكل نوع منه لا بما حدث عنه من جبن ومصل وزبد وسمن، وَهَذَا مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا تَغَيَّرَ عَنْ حَالِهِ، وَزَالَ عَنِ اسْمِهِ، فَاجْعَلْ ذَلِكَ قِيَاسًا مُطَّرِدًا فِي نَظَائِرِهِ.

والثالث: وَهُوَ مَا كَانَ عُمُومُهُ فِي مَعْنَاهُ دُونَ لَفْظِهِ، كقَوْلِهِ: وَاللهِ لَا أَكَلْتُ عَسَلًا، فَأَكَلَ خَبِيصًا فِيهِ عَسَلٌ وَلَا أَكَلْتُ دَقِيقًا، فَأَكَلَ خَبِيصًا فِيهِ دَقِيقٌ، وَلَا أَكَلْتُ سَمْنًا، فَأَكَلَ خَبِيصًا فِيهِ سَمْنٌ، حَنِثَ فِي هَذِهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ فِي الْخَبِيصِ عَسَلًا وَدَقِيقًا وَسَمْنًا، فَيَصِيرُ ذَلِكَ مَحْمُولًا عَلَى عُمُومِ مَعْنَاهُ دُونَ لَفْظِهِ، وَهَذَا مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا حَدَثَ لَهُ اسْمٌ بِالْمُشَارَكَةِ لَمْ يَزُلِ الِاسْمُ الْخَاصُّ عَنْ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى خَبِيصًا إِلَّا بِاجْتِمَاعِهَا، وَلَا يَزُولُ اسْمُ كُلِّ نَوْعٍ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ هَذَا خَبِيصٌ فِيهِ عَسَلٌ، وَفِيهِ دَقِيقٌ، وَفِيهِ سَمْنٌ.

فَإِنْ قِيلَ: أَفَلَيْسَ لَوْ قال: لَا أَكَلْتُ دَقِيقًا وَأَكَلَهُ خُبْزًا لَمْ يَحْنَثْ؟ فَهَلَّا كَانَ فِي الْخَبِيصِ كَذَلِكَ؟ قِيلَ: لِوُقُوعِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا بِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ: هَذَا خَبِيصٌ فِيهِ دَقِيقٌ، وَلَا يَقُولُونَ: هَذَا خُبْزٌ فِيهِ دَقِيقٌ فَصَارَ اسْمُ الدَّقِيقِ فِي الْخَبِيصِ بَاقِيًا، وَفِي الْخُبْزِ زَائِلًا، فَلِذَلِكَ مَا افْتَرَقَا فِي حُكْمِ الْحِنْثِ، فَاجْعَلْ ذَلِكَ قِيَاسًا مُطَّرِدًا فِي نَظَائِرِه.

……

والضَّرْبُ الثَّانِي: وَهُوَ مَا كَانَ عَامَّ اللَّفْظِ خَاصَّ الْمُرَادِ، فَهُوَ مَا خُصَّ عُمُومُ لَفْظِهِ بِسَبَبٍ أَوْجَبَ خُرُوجَهُ عَنْ عُمُومِهِ، كَمَا خُصَّ عُمُومُ الْكِتَابِ بِالسُّنَّةِ.

وَتَخْصِيصُ اللَّفْظِ الْعَامِّ فِي الْأَيْمَانِ يَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: **أَحَدُهَا**: تَخْصِيصُ عُمُومِهِ بِالْمَعْقُولِ، فَهُوَ مَا امْتَنَعَ اسْتِيفَاءُ عُمُومِهِ فِي الْعَقْلِ كَقَوْلِهِ: وَاللهِ لَآكُلَنَّ الْخُبْزَ، وَلَأَشْرَبَنَّ اللبن، وَلَأُكَلِّمَنَّ النَّاسَ، وَلَأَتَصَدَّقَن عَلَى الْمَسَاكِينِ، لِمَا امْتَنَعَ فِي الْعَقْلِ أَنْ يَأْكُلَ كُلَّ الْخُبْزِ، وَيَشْرَبَ كُلَّ الْمَاءِ، وَيُكَلِّمَ جَمِيعَ النَّاسِ، وَيَتَصَدَّقَ عَلَى جَمِيعِ الْمَسَاكِينِ، خَصَّ الْعَقْلُ عُمُومَ الْجِنْسِ، فَتَعَلَّقَ الْبِرُّ وَالْحِنْثُ بالبعض من ذلك.

ثُمَّ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ ضَرْبَانِ: مَعْدُودٌ وَغَيْرُ مَعْدُودٍ:

فَأَمَّا غَيْرُ الْمَعْدُودِ فَكَالْخُبْزِ وَالْمَاءِ، فَيَتَعَلَّقُ الْبِرُّ وَالْحِنْثُ بِقَلِيلِ الْجِنْسِ وَكَثِيرِهِ، فَأَيُّ قَدْرٍ أَكَلَهُ مِنَ الْخُبْزِ، وَأَيُّ قَدْرٍ شَرِبَهُ مِنَ الْمَاءِ بَرَّ بِهِ فِي الْإِثْبَاتِ، وَحَنِثَ بِهِ فِي النَّفْيِ.

وَأَمَّا الْمَعْدُودُ: فَكَالنَّاسِ وَالْمَسَاكِينِ، فَإِنْ كَانَ يَمِينُهُ عَلَى إِثْبَاتٍ كَقَوْلِهِ: لَأُكَلِّمَنَّ النَّاسَ وَلَأَتَصَدَّقَن عَلَى الْمَسَاكِينِ، لَمْ يَبَرَّ حَتَّى يُكَلِّمَ مِنَ النَّاسِ ثَلَاثَةً، وَيَتَصَدَّقَ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنَ الْمَسَاكِينِ، اعْتِبَارًا بِأَقَلِّ الْجَمْعِ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى نَفْيٍ كَقَوْلِهِ: لَا كَلَّمْتُ النَّاسَ، وَلَا تَصَدَّقْتُ عَلَى الْمَسَاكِينِ، حَنِثَ بِكَلَام وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ، وَبِالصَّدَقَةِ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الْمَسَاكِينِ، اعْتِبَارًا بِأَقَلِّ الْعَدَدِ فِي النَّفْيِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ نَفْيَ الْجَمِيعِ مُمْكِنٌ، وَإِثْبَاتَ الْجَمِيعِ مُمْتَنِعٌ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: فِي تَخْصِيصِ الْعُمُوم بِالشَّرْعِ فِي الأيمان فَضَرْبَانِ: **أَحَدُهُمَا**: تَخْصِيصُ اسْم كَالصِّيَام، فِي اللُّغَةِ هُوَ: الْإِمْسَاكُ عَنِ الطَّعَامِ وَالْكَلَامِ وَالشَّرَابِ، ثُمَّ خَصَّهُ الشَّرْعُ بِالْإِمْسَاكِ عَنِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ فِي النَّهَارِ، وَيَكُونُ عُمُومُهُ فِي اللُّغَةِ مَحْمُولًا عَلَى خُصُوصِهِ فِي الشَّرْعِ فلا يتعلق بر ولا حنث إلا بالصوم الشرعي، وَكَذَلِكَ الْحَجُّ فِي اللُّغَةِ هُوَ الْقَصْدُ إِلَى كُلِّ جِهَةٍ، وَخَصَّهُ الشَّرْعُ بِقَصْدِ الْبَيْت الْحَرَامِ لِأَفْعَالِ الْحَجِّ، فيتعلق البر والحنث بخصوص الشرع

……

دون عموم اللغة، وعلى هذا قياس نظائره.

والضرب الثاني: تَخْصِيصُ الْحُكْمِ، فَكَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ، خُصَّ بِالتَّحْرِيمِ مِنْ عُمُومِ اللُّحُومِ الْمُبَاحَةِ، فَفِي تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِهِ فِي الْأَيْمَانِ وَجْهَانِ: **أَحَدُهُمَا**: يَخْتَصُّ عُمُومُهَا بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، كَمَا خُصَّ بِالِاسْمِ الشَّرْعِيِّ، فَلَا يَحْنَثُ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ اللَّحْمَ بِأَكْلِ اللُّحُومِ الْمُحَرَّمَةِ، وَلَوْ حَلَفَ لَيَأْكُلَنَّ اللَّحْمَ لَمْ يَبَرَّ بِأَكْلِ اللُّحُومِ الْمُحَرَّمَةِ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا وَطِئَ لَمْ يَحْنَثْ بِالْوَطْءِ فِي الدُّبُرِ، وَلَوْ حَلَفَ أَنَّهُ يَطَأُ لَمْ يَبَرَّ إِلَّا بِالْوَطْءِ فِي الْقُبُلِ، وَيَبَرُّ وَيَحْنَثُ بِوَطْءِ الزِّنَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ الْمُبَاحِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ إِذَا حَلَفَ لَا يَتَيَمَّمُ، حمل على الشرعي دون اللغوي، فَإِنْ تَيَمَّمَ لِمَرَضٍ أَوْ فِي سَفَرٍ حَنِثَ، وَإِنْ قَصَدَ جِهَةً لَمْ يَحْنَثْ، ثُمَّ عَلَى هَذَا الْقِيَاسُ فِي نَظَائِرِهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَتَخَصَّصُ عُمُومُ الْأَيْمَانِ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، بل يُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهَا فِيمَا حَلَّ وَحَرُمَ، اعْتِبَارًا بِالِاسْمِ دُونَ الْحُكْمِ، فَيَحْنَثُ فِي اللَّحْمِ بِكُلِّ لَحْمٍ، وَفِي الْوَطْءِ بِكُلِّ وَطْءٍ، ثُمَّ عَلَى هَذَا الْقِيَاسُ فِي نَظَائِرِهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: وهو تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْعُرْفِ في الأيمان فَضَرْبَانِ: عَامٌّ وَخَاصٌّ.

فَأَمَّا الْعُرْفُ الْعَامُّ: كقوله: لَأَخْدِمَنَّكَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ، فَيُخَصُّ بِالْعُرْفِ مِنْ خِدْمَةِ النَّهَارِ زَمَانَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالطَّهَارَةِ وَالصَّلَاةِ وَالِاسْتِرَاحَةِ بِحَسَبِ مَا يُخْدَمُ فِيهِ مِنْ شَاقٍّ وَسَهْلٍ، وَمِنْ خِدْمَةِ اللَّيْلِ وَقْتَ النَّوْمِ وَالْمَأْلُوفِ، فَإِنْ تَرَكَ الْخِدْمَةَ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ، لِخُرُوجِهَا بِالْعُرْفِ مِنْ عُمُومِ يَمِينِهِ.

وَلَوْ حَلَفَ لَأَضْرِبَنَّكَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ خَرَجَ بِالْعُرْفِ مِنْ زَمَانِ الليل والنَّهَارِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ زَمَانِ الِاسْتِرَاحَةِ فِي الْخِدْمَةِ، فَلَا يَكُونُ بِتَرْكِ الضَّرْبِ فِيهَا حَانِثًا، وَخَرَجَ بِالْعُرْفِ مِنْ بَقِيَّةِ الزَّمَانِ فِي الضَّرْبِ خُصُوصًا فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَكُونُ أَلَمُ الضَّرْبِ فِيهِ بَاقِيًا، فَيَكُونُ بَقَاءُ أَلَمِهِ كَبَقَاءِ فِعْلِهِ، فَإِنْ تَرَكَ ضَرْبَهُ مَعَ بَقَاءِ الْأَلَمِ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ تَرَكَهُ مَعَ زَوَالِ الْأَلَمِ حَنِثَ؛ لِأَنَّ مِنْ دَوَامِ فِعْلِهِ أَنْ تَتَخَلَّلَهُ فَتَرَاتٌ فِي

الْعُرْفِ، فَاعْتُبِرَ به بِدَوَامِ أَلَمِهِ الْحَادِثِ عَنْهُ.

وَلَوْ قَالَ لِغَرِيمِهِ: وَاللهِ لَأَخْدِمَنَّكَ حَتَّى أَقْضِيَكَ دَيْنَكَ، لَمْ يَحْنَثْ بِتَرْكِ الْخِدْمَةِ فِي زَمَانِ الِاسْتِرَاحَةِ، قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْخِدْمَةَ خَبَرًا، وَلَمْ يَجْعَلْهَا شَرْطًا، ثُمَّ عَلَى قِيَاسِ هَذَا فِي نَظَائِرِهِ.

وَيَنْسَاقُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرؤوسَ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ بِرُؤُوسِ غَيْرِ الْغَنَمِ؛ لِخُرُوجِهَا بِالْعُرْفِ مِنْ عُمُومِ الِاسْمِ، وَإِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ لَمْ يَحْنَثْ بِبَيْضِ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ، وَكَذَلِكَ فِي نَظَائِرِهِ.

وَيَطَّرِدُ عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ إِذَا حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الْقَمِيصَ، حَنِثَ بتقمصه دون ارتدائه بِهِ، وَإِذَا حَلَفَ: لَا يَلْبَسُ هَذَا الْخَاتَمَ حَنِثَ بِلُبْسِهِ فِي الْخِنْصَرِ، وَلَمْ يَحْنَثْ بِلُبْسِهِ فِي الْإِبْهَامِ اعْتِبَارًا بِالْعَادَةِ، وَتَخْصِيصًا بِالْعُرْفِ.

وَأَمَّا الْعُرْفُ الْخَاصُّ فَكَقَوْلِهِ: وَاللهِ لَا قَتَلْتُ، وَلَا ضَرَبْتُ، فَأَمَرَ بِالْقَتْلِ وَالضَّرْبِ، حَنِثَ بِهِ الْمُلُوكُ دُونَ السُّوقَةِ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ فِي أَفْعَالِ الْمُلُوكِ الْأَمْرُ بِهَا، وَفِي أَفْعَالِ السُّوقَةِ مُبَاشَرَتُهَا.

وَلَوْ قال: وَاللهِ لَا نَسَجْتُ ثَوْبًا، فَاسْتَنْسَجَهُ حَنِثَ بِهِ مَنْ لَا يُحْسِنُ النِّسَاجَةَ، وَلَمْ يَحْنَثْ بِهِ مَنْ يُحْسِنُهَا.

وَلَوْ قال: وَاللهِ لَا تَصَدَّقْتُ حَنِثَ الْأَغْنِيَاءُ بِدَفْعِهَا، وَحَنِثَ الْفُقَرَاءُ بِأَخْذِهَا اعْتِبَارًا بِالْعُرْفِ في الْفَرِيقَيْنِ.

قلت: في الثاني نظر.

وَلَوْ قال: وَاللهِ لَا طُفْتُ وَلَا سَعَيْتُ حَنِثَ أَهْلُ مَكَّةَ بِالطَّوَافِ بِالْبَيْتِ، وَبِالسَّعْيِ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، وَحَنِثَ أَهْلُ الْوُشَايَةِ بِالسَّعْيِ إِلَى الْوُلَاةِ.

وَلَوْ قال: وَاللهِ لَا خَتَمْتُ، حَنِثَ الْقَارِئُ بِخَتْمِ الْقُرْآنِ، والتَّاجِرُ بِخَتْمِ كِيسِهِ، أي: وصندوقه وخزانته ونحوها؛ لِأَنَّهُ عُرْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَلَوْ قال: وَاللهِ لَا تَكَلَّمْتُ حَنِثَ بِجَمِيعِ الْكَلَامِ، وبِإِنْشَادِ الشِّعْرِ، لا بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ عندنا، فهذا حكم المخصوص بالعرف فقس به نظائره.

……………………………………………………

قلت: سبق في إنشاد الشعر كلام.

والوجه الرابع: فِي تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالِاسْتِثْنَاءِ في الأيمان فَهُوَ الْقَوْلُ الْمُخْرِجُ مِنْ لَفْظ اليمين بعض ما اشتملت عليه، وله شرطان الاتصال، وأن يخالف حكم اليمين، فإن كانت على نفي كان إثباتًا أو على إثبات فبالعكس، واختلف أصحابنا في هذا الاستثناء هل يفتقر إلى بينة في أول اليمين؟ على وجهين، ثم هو أربعة أضرب: استثناء زمان ومكان وعدد وصفة، وفي ذكر أحدها بيان لجميعها، فإذا قال: والله لأضربن زيدًا إلا في داري بر بضربه في غيرها لا فيها، وحنث إن لم يضربه في غيرها، ولا يحنث إن لم يضربه فيها، ثم على هذا قياس نظائره.

والوجه الخامس: تخصيص العموم بالنية، وهو أن ينوي في قلبه بعقد يمينه ما يصح أن يذكره لفظه، فيحمل فيها على نيته إذا اقترنت بعقد يمينه، ولا يصح إن تقدمت النية عن اليمين أو تأخرت عنها مثاله: والله لا كلمت زيدًا ونوى به شهرًا، أو لا أكلت خبزًا ونوى به ليلًا، أو لا لبست ثوبًا ونوى به قميصًا، ونظائر ذلك، فيكون في الحلف بالله تعالى محمولًا على نيته ظاهرًا وباطنًا، وفي الحلف بالطلاق والعتاق محمولًا عليها باطنًا لا ظاهرًا، فَهَذَا أَصْلٌ فِي الْأَيْمَانِ لَا يُخْرِجُ أَحْكَامَهَا مِنْهُ، فَإِذَا حُمِلَتْ عَلَيْهِ سَلِمَتْ مِنَ الْخَطَإِ وَالزَّلَلِ، وَاللهُ يُوَفِّقُ مَنِ اسْتَرْشَدَهُ، انتهى.

وفي بعض ما ذكره ومثل به خلاف مشهور وغير مشهور، وقد يكون المرجح خلاف ما أفهم كلامه الجزم به كما أشرنا إليه في أول الخاتمة، ومن أراد تحقيق المسائل يراجعها في مظانها من المبسوطات وبالله التوفيق وأسأله الإعانة ﴿إِنَّ رَبِّي لَطِيفٌ لِّمَا يَشَآءُ﴾ [يوسف: ١٠٠].

كِتَابُ النَّذْرِ

قال المصنف: [وَهُوَ ضَرْبَانِ نَذْرُ لَجَاجٍ: كَإِنْ كَلَّمْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ ....

هو لغة: الوعد بخير أو شر.

وفي الشرع: الوعد بالخير دون الشر، قال ﷺ: «لا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ»⁽¹⁾ قاله الْمَاوَرْدِي.

وقال الرَّافِعِي: هو التزام شيء، ثم قال من بعد: روي عن ثعلب أن النذر عند العرب: وعد بشرط [وحكاه عنه الخطابي في «المعالم»] وقال غيرهما: هو التزام قربة غير لازمة بأصل الشرع، وزاد بعضهم: مقصودة.

وقال إبراهيم المروزي: النذر التزام قربة أنشأها من بعد، وثمرة هذا الخلاف تظهر من بعد أن يشاء الله تعالى، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ [الإنسان: ٧] ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُهُۥ وَمَا لِلظَّٰلِمِينَ مِنْ أَنصَارٍ ﴿٢٧٠﴾﴾ [البقرة: ٢٧٠] أي: ليجازيكم به، وفيها حث عليه في الجملة.

وقال ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَهُ فَلَا يَعْصِهِ»⁽²⁾ رواه البخاري.

والإجماع منعقد على جوازه في الجملة، وهل هو مكروه أو قربة أو خلاف الأولى؟ فيه نزاع وبحث طويل سنوضحه إن شاء الله في خاتمة الباب كما صنعناه في «الْغُنْيَة».

قال الشارح: قال: (وَهُوَ ضَرْبَانِ نَذْرُ لَجَاجٍ: كَإِنْ كَلَّمْتُهُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقٌ أَوْ

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٤٧، رقم ٢٦١٤٠)، وأبو داود (٣/ ٢٣٣، رقم ٣٢٩٢)، والترمذي (٤/ ١٠٣، رقم ١٥٢٤) والنسائي (٧/ ٢٦، رقم ٣٨٣٤)، وابن ماجه (١/ ٦٨٦، رقم ٢١٢٥)، والبيهقي (١٠/ ٦٩، رقم ١٩٨٤٦).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٣٦، رقم ٢٤١٢١)، والبخاري (٦/ ٢٤٦٤، رقم ٦٣٢٢)، وأبو داود (٣/ =

صَوْمٌ، وَفِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَفِي قَوْلٍ مَا الْتَزَمَ، وَفِي قَوْلٍ أَيُّهُمَا شَاءَ. قُلْت: الثَّالِثُ أَظْهَرُ وَرَجَّحَهُ الْعِرَاقِيُّونَ، والله أَعْلَمُ، ....

صَوْمٌ) أي: ونحو ذلك (**وَفِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**) أي: لقوله ﷺ: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ**»(١) رواه مسلم.

وحمله الجمهور على نذر اللجاج والغضب؛ إذ لا خلاف أن نَذْر التَّبَرُّرِ لا يكفر، وهذا القول رجحه كثيرون، وبه جزم الحليمي قال: وهو قول الصحابة رضي الله عنهم.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ مَا الْتَزَمَ**) أي: لأنه التزم عبادة في مقابلة شرط عند وجود الشرط، كما لو قال: إن شفى الله مريضي فله عليَّ كذا، قال في «البيان»: وليس بشيء.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ أَيُّهُمَا شَاءَ**) لأنه يشبه النذر من حيث إنه التزام قربة، واليمين من حيث إن مقصوده اليمين، ولا سبيل إلى الجمع بين موجبها، ولا إلى تعطيلهما فوجب التخيير.

قال: (**قُلْت: الثَّالِثُ أَظْهَرُ وَرَجَّحَهُ الْعِرَاقِيُّونَ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: لما ذكرناه.

وقال الْمَاوَرْدِي وابن الصباغ: إنه مذهب الشَّافِعِي، واختاره من المراوزة القاضي الحسين لنفسه بعد نقله أن الصحيح من المذهب الأول كما هو لم يفهم، وظاهر نصِّ «الأُمِّ» و«المختصر» لكن حملها العراقيون على ما ذكروه من

= ٢٣٢، رقم ٣٢٨٩)، والترمذي (٤/ ١٠٤، رقم ١٥٢٦) وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٧، رقم ٣٨٠٦)، وابن ماجه (١/ ٦٨٧، رقم ٢١٢٦)، وابن حبان (١٠/ ٢٣٥، رقم ٤٣٨٩) ومالك (٢/ ٤٧٦، رقم ١٠١٤)، والشافعي (١/ ٣٣٩) وإسحاق بن راهويه (٢/ ٣٩١، رقم ٩٤٤)، وابن أبي شيبة (٣/ ٦٦، رقم ١٢١٤٦)، والدارمي (٢/ ٢٤١، رقم ٢٣٣٨)، وأبو عوانة (٤/ ١٣، رقم ٥٨٥٢)، والطحاوي (٣/ ١٣٣)، والبيهقي (٩/ ٢٣١، رقم ١٨٦٣٢).

(١) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٤، رقم ١٧٣٣٩)، ومسلم (٣/ ١٢٦٥، رقم ١٦٤٥)، والترمذي (٤/ ١٠٦، رقم ١٥٢٨)، وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٧/ ٢٦، رقم ٣٨٣٢) والطبراني (١٧/ ٢٧٣، رقم ٧٤٧)، وأبو عوانة (٤/ ١٥، رقم ٥٨٦٢)، والبيهقي (١٠/ ٤٥، رقم ١٩٦٩٧)، والطحاوي (٣/ ١٣٠).

……………………………………

التخيير، وقال الْعِمْرَانِي: إنه المشهور من المذهب.

وقال في «العدة»: إن الشيخ أبا حامد حكى للشافعي قولًا آخر إنه يلزمه كفارة يمين، وله إسقاطها بأن يفي بما نذر، وإن كان أكثر من الكفارة وإن كان أقل لم يكن له ذلك، وهو قول عطاء، كما يقول في خمس من الإبل شاة، وله إسقاطها ببعير منها، قال الطبري: وهذا أجرى على القياس، انتهى.

وخرج قول آخر: أنه إن كان الملتزم حجًا أو عمرة وجب الوفاء به؛ لأنه يلزم بالدخول بخلاف غيره وزيف.

تنبيهات وفروع:

منها: هذا النوع من النذور يقال له نذر اللجاج والغضب، وهو أن يمنع نفسه من فعل أو يحثها عليه بتعليق التزام قربة بالفعل أو بالترك، ويقال فيه: يمين اللجاج والغضب، ويقال: يمين الغلق، ويقال: نذر الغلق بالغين المعجمة، وسمي بهذا؛ لأنه يغلق على نفسه طريق الفعل أو الترك.

ومنها: قال الإمام الرَّافِعِي بعد ذكره الأقوال الثلاثة في الكتاب: هذا هو الطريق المعتمد، أي: المشهور المسلوك، ثم ذكر وراءه طرقًا: أحدها: القطع بالتخيير، وثانيها: نفيه، والاقتصار على القولين الأولين، وثالثها: الاقتصار على قولي التخيير ووجوب الكفارة، ورابعها: الاقتصار على التخيير ولزوم الوفاء ونفى وجوب الكفارة.

ومنها: إذا قلنا بوجوب الكفارة فوفى بما التزم به لم تسقط الكفارة على الأصح بل قطعًا، قال الرَّافِعِي: إن كان الملتزم من جنس ما تتأدى به الكفارة فالزيادة على قدر الكفارة يقع تطوعًا، انتهى.

وهذا كلام موهم؛ لأنه إن نوى به النذر الملتزم، فالظاهر كما قال الرَّافِعِي: إنه لا يسقطها يعني الكفارة، وإن نوى به الكفارة فإن كان الملتزم صدقة ونحوها فواضح، وإن كان عبادة بدنية فيشبه أن يقال: إن كان عالمًا بالحكم فالزيادة على قدر الكفارة لا تصح لتلاعبه، وإن كان جاهلًا فيقدح فيه خلاف مما لو صلى

وَلَوْ قَالَ إِنْ دَخَلْت فَعَلَيَّ كَفَّارَةُ يَمِينٍ أَوْ نَذْرٍ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ بِالدُّخُولِ، ....

الظهر قبل الزوال ظانًا دخول الوقت، ونقل في آخر كتاب الأيمان عن «فتاوى القَفَّال»: أنه لو كان الملتزم صوم ثلاثة أيام، وقلنا: واجبة كفارة يمين، وكان معسرًا فصامها بنية ما التزم لا بنية الكفارة لا تجزيه عن الكفارة.

ومنها: إذا خيرناه فسواء الحج والعمرة وغيرهما على المذهب، وفيه القول المخرج السابق أنه يلزمه الوفاء بالحج والعمرة يمينًا، وأصل هذا أن الشَّافِعِي قال في «الأمِّ»: في نذره الحج فيه قولان.

قال الْمَاوَرْدِي: فيتمسك أبو حامد الإِسْفَرَايِينِيّ بظاهر كلامه، ووهم في مراده فخرج مذهبه فيه على قولين، قال: وذهب جمهور أصحابنا إلى أن مذهبه لم يختلف فيه كما لم يختلف في غيره، وأنه مخير بين الحج والكفارة، وحملوا قوله فيه قولان يعني للفقهاء؛ لأن لهم في الصدقة أقاويل حكاها، وليس لهم في الحج إلا قولان: إِمَّا التِزَامُهُ، وَإِمَّا التَّخْيِيرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّكْفِيرِ.

ومنها: لو عدد أجناسًا من القرب، فقال: إن فعلت فعليَّ حج وعتق وصدقة، قال في «الروضة» وغيرها: فإن أوجبا الوفاء لزمه ما التزمه أو الكفارة فواحدة على المذهب، وحكى الإمام عن والده احتمالًا في تعددها، قال الإمام: ولا خلاف إنه لو ذكر حجًا لم تتعدد الكفارة.

ومنها: التزم لجاجًا إعتاق عبد معين، فإن أوجبنا الوفاء لزمه إعتاقه كيف كان، وإن أوجبنا الكفارة كفر، ويجزئه عتقه عنها إن كان بصفة الإجزاء، وإن خيرناه أجزأه كيف كان إن اختار الوفاء، وإن اختار التكفير اعتبر صفة الأجزاء، ولو قال: إن فعلت كذا فعبدي حر ففعله عتق بلا خلاف، وإنما التفصيل فيمن التزم العتق في العبد التزامًا.

قال: (**وَلَوْ قالَ: إِنْ دَخَلْت**) الدار.

(**فَعَلَيَّ كَفَّارَةُ يَمِينٍ أَوْ نَذْرٍ**) أي: وقال فعليَّ نذر أو لله عليَّ نذر؛ لأن ما يوهمه لفظه أنه يلفظ بذلك على الترديد.

(**لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ بِالدُّخُولِ**) أي: في الصورتين أما الأولى: فلا خلاف فيها

....

على الأقوال كلها، ولو قال: فعلي يمين أو فلله علي يمين لغا عند الجمهور، وقيل: يلزمه كفارة يمين.

وأما في الثانية: فهو المنصوص، وعليه جرى الماوردي والبغوي والمروزي وغيرهم، واحتج له بالحديث: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**»(١) رواه مسلم.

وقال القاضي الحسين: إن وجوب الكفارة هو المنصوص، وإن أصحابنا ذكروا وجهين، وعندي أنه تفريع على وجوب الكفارة، أي: في نذر اللجاج فإن أوجبنا الوفاء بالملتزم لزمه قربة والتعيين إليه، ويشترط أن يكون المعين مما يصح التزامه بالنذر، وعلى قول التخيير يتخير بين ما ذكرناه والكفارة، انتهى. وحكاه الرافعي عن القاضي الحسين وغيره.

فَرْعٌ: ولو قال: نذرت لله لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين فيمين، وإن أطلق فوجهان، قال الرافعي: أوردهما للفوراني، وصاحب «التهذيب» وأجريا فيما لو قال: إن أخذا نذير فتم، وينبغي أن يجعل هذا نذرًا، وينظر في الملتزم أهو طاعة أم لا، ويجري على كل قسم حكمه، انتهى.

وحذف من «الروضة» وغيرها قوله: وأجريا .... إلى آخره، ظنًا أن قوله: وينبغي مقصور على ذلك، ويشبه أن يكون المراد عوده إلى الجميع، وعلى التقدير فالأقرب أنه ناذر كما لو نوى به النذر؛ إذ هو المفهوم المتبادر من لفظه، وجعل الماوردي النذر سبعة أقسام، وعدَّ منها قوله: إن شفى الله مريضي فعليَّ نذر، قال: فينصرف إطلاقه هذا النذر إلى الصدقة؛ لأنها الأغلب من عرف النذر، ولا تقدر الصدقة بقدر، فيجوز تقليل المال اعتبارًا بالاسم.

ومنها: ما يلزم فيه الكفارة وحدها، وذكر مسألة الكتاب، قال: تغليبًا لحكم اليمين.

ومنها: ما اختلف حكمه باختلاف مراده بأن قال: إن دخلت البصرة فما

---

(١) تقدم تخريجه.

وَنَذْرُ تَبَرُّرٍ ....

لي صدقة، أو إن رأيت زيدًا فعليَّ الحج، فينظر إن أراد به الترجي لدخول البصرة وللقاء زيد فهو نذر جزاء وتبرر فيلزمه الوفاء بنذره، وإن أراد منع نفسه منهما كان مخيرًا بين الوفاء والتخيير، أي: بناء على قول التخيير السالف، ويجوز أن يكون دخول مسألة الدار في الكتاب من هذا القسم بأن يمنع منها، ويكون في دخولها طاعة من صلة رحم وغيرها، فيريد: إن رزقني الله دخولها ومكث فيه فعليَّ نذر فيلزمه الوفاء بما يخرج به عن مطلق نذر المجازاة، ويخرج فيما يلزمه خلاف من كلام القاضيين الماوردي والقاضي الحسين، وحينئذ لا يجزئه التكفير.

فَرْعٌ: قال البغوي في «تهذيبه» و«تعليقه» واللفظ «للتهذيب»: ولو التزم في مقابله نعمة ما لا يكون قربة، مثل أن قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن آكل الخبز، أو ردَّ غائبي فلله عليَّ أن أدخل الدار؛ فالمذهب أنه يمين، فإن لم يوجد الشفاء ولا رجوع الغائب لا يلزمه شيء، وإن وجد فعليه كفارة يمين.

وكذلك لو قال: إن دخلت الدار فلله عليَّ أن آكل الخبز، فإن دخل فالمذهب أن عليه كفارة يمين، وهو كقوله: والله لا أدخل الدار، وفيه وجه آخر: أنه لغو لا يجب به شيء، ولو قال: إن دخلت الدار فلله عليَّ أن أكلم فلانًا، فإن كلم قبل الدخول فلا شيء عليه، وإن كلم بعده؛ فالمذهب أن عليه كفارة يمين، وكذا لو قال [ابتداء: لله علي أن أدخل الدار اليوم فالمذهب أنه يمين فإن لم يدخل فيه لزمه كفارة اليمين وكذلك لو قال:] لامرأته إن دخلت الدار فلله عليَّ أن أطلقك، فهو كقوله: إن دخلت الدار فو الله لأطلقنك حتى إذا مات أحدهما قبل التطليق لزمه كفارة يمين، قال الرافعي: ذلك أن يقول الملزم في هذه الصور فعل مباح والصيغة صيغة نذر، وسيأتي القول فيما نذر مباحًا، انتهى.

وحذف هذا من «الروضة» و«شرح المهذب» وفي عبارته إبهام، ويجيء في بعض الصور ما سبق عن الماوردي في اعتبار قصده، والله أعلم.

قال: (**وَنَذْرُ تَبَرُّرٍ**) هذا هو الضرب الثاني الذي أشار إليه في أول الباب، والتبرر: طلب البر والتقرب إلى الله تعالى.

بِأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ أَوْ ذَهَبَتْ نِقْمَةٌ كَإِنْ شُفِيَ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَوْ فَعَلَيَّ كَذَا فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إِذَا حَصَلَ الْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ كَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ لَزِمَهُ فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (**بِأَنْ يَلْتَزِمَ قُرْبَةً إِنْ حَدَثَتْ نِعْمَةٌ أَوْ ذَهَبَتْ نِقْمَةٌ كَإِنْ شُفِيَ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَوْ فَعَلَيَّ كَذَا فَيَلْزَمُهُ ذَلِكَ إِذَا حَصَلَ الْمُعَلَّقُ عَلَيْهِ**) للحديث الصحيح السابق: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ»(١) وقال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ [الإسراء: ٣٤] وذم على ذلك بقوله: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ﴾ [التوبة: ٧٥] إشارة ما ذكره أحد نوعي التبرر وهو: أن يعلق الوفاء بالملتزم على وقوع نعمة يرجوها أو اندفاع نقمة يحذرها ولا نزاع فيه، وعدوا من هذا النوع ما إذا علق على حصول مال أو ولد، وضبطه الصيمري بأن تعلق القربة على حصول ما يجوز أن يدعو الله تعالى به وأن يسأله إياه، فإذا حصل لزمه الوفاء بنذره.

قال الإمام: طرد القاضي الحسين ذلك في كل مباح، وكان شيخي خصص النذر بما يظهر كونه مقصود أو حصوله على نذور، وقد وافقه طائفة من الأصحاب، وحاصل هذه الطريقة [أن التبرر] لا يتحقق في النعم المعتادة كما لا يستحب سجود الشكر لها، وإن كانت نعمًا، قال: وما ذكره القاضي أفقه وأوقع، انتهى.

واعلم أنه إن قال في نذره: فلله عليَّ كذا انعقد بلا خلاف، وكذا إن لم يقل فلله بل قال فعليَّ قطعًا [كما جزم به المصنف، وقيل: على الأصح، وسواء فيه نذر المجازاة والتبرر المحض ونذر اللجاج والغضب].

قال: (**وَإِنْ لَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ كَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ لَزِمَهُ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: لإطلاق الحديث: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ»(٢).

والثاني: لا يصح، ولا يلزمه شيء؛ لأنه العرف، قالوا: كما رواه ثعلب النذر، وعدٌ بشرط ولا شرط هنا فلا نذر، وردَّ بقوله تعالى عن أم مريم: ﴿رَبِّ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

....

﴿إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا﴾ [آل عمران: ٣٥] وغير ذلك.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: ما ذكره هو النوع الثاني من نذر التبرر، وهو أن يقول ابتداء من غير تعليق على شيء: لله عليَّ أن أصلي أو أصوم أو أحج أو أعتكف أو أتصدق بهذا أو بمالي، وغير ذلك من أنواع القرب، قالا: فيه قولان، ويقال: وجهان، وأنكر ابن الصلاح على «الوسيط» قوله: فيه قولان مشهوران، فقال: ليس كذلك بل هما غريبان، والمشهور القطع بلزومه وهو المنصوص، ومنهم من قال: فيه وجهان، وأما ذكر قولين فيه فغريب غير معروف، وكأن الثاني منها مخرج، انتهى.

وفي آخر الأيمان من «البحر»: أن الجمهور قطعوا بالصحة وصحح هذه الطريقة، وحكى العمراني وغيره من العراقيين الخلاف وجهين: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وأبي بكر الصيرفي: أنه لا يلزمه لكن يستحب له الوقاية، والصحيح لزومه للخبر، قالوا: وكما لو نذر أضحية، وممن صرح باستثناء الأضحية من الخلاف البندنيجي.

وقضية كلام جماعة: أنه لا خلاف في لزوم الاعتكاف أيضًا، وكأنه للنص فيه وحكى الماوردي والبندنيجي فيه الخلاف، وقال القاضي الحسين في آخر الأيمان: لو شفى الله مريضه فقال: لله عليَّ عتق رقبة لما أنعم عليَّ من شفاء مريضي، لزمه الوفاء بالمنذور قولًا واحدًا، كما لو علق بشفائه الثاني، للنذر ثلاثة أركان: أولها: الناذر وهو كل مسلم مكلف مختار مطلق التصرف فيما ينذره، فلا يصح نذر الكافر على الصحيح، هكذا أطلقه المصنف وغيره، وقال ابن القطان: إذا نذر النصراني صلاةً أو صومًا أو اعتكافًا أو حجًا لم يلزمه شيء، فإن أسلم فهل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان، ولو نذر أن يذبح عن عيسى عليه السلام فهل يصح أم لا؟ على وجهين، انتهى.

ويصح نذر السكران على المذهب، وفي نذر العبد كلام يأتي، قال في

....

أصل «الروضة» هنا: ويصح من السفيه والمحجور عليه بفلس نذر القرب البدنية، ولا يصح المالية من السفيه هكذا أطلقه هنا، وقال في كتاب الحجر: إن نذر في عين ماله لم ينعقد، أو في الذمة ينعقد، انتهى.

وأما المفلس، فإن التزم في ذمته، فالأصح صحة نذره، وإن عين مالًا ففيه خلاف مبني على تصرفه، والصحيح بطلانه، فيكون نذره باطلًا، وإن توقفنا في تصرفاته توقفنا في النذر أيضًا.

قال المتولي: ولو نذر عتق المرهون انعقد نذره إن نفذنا عتقه في الحال، أو عند أداء المال، وإن ألغيناه فكمن نذر عتق عبده لا يملكه وسيأتي.

ثانيها: الصيغة فلا يصح النذر من الناطق إلا باللفظ، وفي قول قديم: تصير الشاة ونحوها هديًا بالنيَّة أو بها مع [التقليد](١) وسبق في الأضحية عن «الأم» في ذلك كلام.

ثالثها: المنذور الملتزم، وسيأتي بيانه في الكتاب الثالث.

قال في «الروضة»: لو عقب النذر بالمشيئة لم يلزمه شيء، ومراده إذا قصد التعليق على المشيئة على أنه سبق في الصوم في ذلك خلاف.

أما لو قصد التبرك أو الاستعانة بالله تعالى على الوفاء فالوجه الصحة لا محالة، فلو أطلق، فهل يحمل على التعليق أو على الاستعانة؟ فيه نظر، والظاهر أنه معلق، ولو علقه على مشيئة زيد لم ينعقد، نصَّ عليه في «الأم» وجرى عليه جماعة منهم القاضي الحسين والماوردي؛ لأنه لم يوجد منه التزام جازم كما يليق بالقربات.

وقال الإمام: هذا عندي خطأ، فإن تقديره: إن شاء زيد فلله عليَّ صوم، فهو بمثابة ما لو قال: إن قدم زيد فلله عليَّ صوم أو غيره، انتهى.

ولفظ الإمام الشافعي في «الأم»: وإذا قال عليَّ نذر حج إن شاء فلان

---

(١) في نسخة: (التعليق).

……

فليس عليه شيء، وإن شاء فلان إنما النذر وما أريد الله ﷻ به ليس علي معاني التعلق ولا مشيئة غير الناذر، انتهى.

وفي «الإبانة» و«العدة» و«البيان»: أنه إذا أراد التعليق على مشيئة لم يصح؛ لأن العقود لا تتعلق بالصفات، وإن أراد به عقد النذر في الحال إلا أنه علق توقفه على مشيئة فلان فلا يكون نذر تبرر، قال الطبري: فيخرج على الأقوال في نذر الحاج، وفي «الروضة»: نص الشافعي -﵀- في نذر اللجاج: أنه لو قال: إن فعلت كذا فلله عليَّ نذر حج إن شاء فلان، فشاء لم يكن عليه شيء.

قال في «التتمة»: هذا إذا غلبنا في اللجاج معنى النذر، فإن قلنا يمين فهو كمن قال: والله لا أفعل كذا إلا إن شاء زيد، [وسيأتي أنه إن شاء زيد] قال: انعقدت يمينه وإلا فلا، انتهى.

وفي «عمد» الفوراني بعد إيراده النص قال شيخنا: صورة المسألة كأنه قال: عليَّ أن أنذر فكأنه علق الالتزام بمشيئة فلان؛ لأنه التزم برًا وقربة، ولا أخرجه مخرج التعليق واليمين، فأما إن قال: لله عليَّ حج إن شاء فلان، فإذا شاء فلان فماذا يلزمه؟ فخرج على الأقوال؛ إذ لا فرق بين أن يعلق بدخول الدار أو بمشيئة فلان، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: أنه أراد به - يعني الشافعي- إذا قال: لله عليَّ أن أنذر حجًا إن شاء فلان فلا يكون شيئًا؛ لأنه ما التزم به قربة، ولا خرج مخرج المعلق، فلو قال: لله عليَّ حج إن شاء فلان، فهو نذر اللجاج والغضب، انتهى.

فهذه طريقة المراوزة، وقال الماوردي: الْقِسْمُ السَّابِعُ: مَا لَا يَلْزَمُهُ فِي النَّذْرِ بِهِ وَفَاءٌ وَلَا كَفَّارَةٌ، سَوَاءٌ جَعَلَهُ نَذْرَ تَبَرُّرٍ، أَوْ نَذْرَ يَمِين، فالأول: لِله عَلَيَّ الْحَجُّ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ، والثاني: إن دخلت الدار تصدقت بمالي إن شاء عمرو، فلا يلزمه في الحالين وفاء ولا كفارة؛ لأن النذر ما علقه بفعل الله، واليمين ما علقه بفعل نفسه، وهذا النذر واليمين معلقان بمشيئة غيره فخرجا عن شرط النذر وشرط اليمين، فلم يتعلق بهما وجوب بمشيئة لا مدخل لها في

وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ، ....

الوجوب، انتهى، والله أعلم.

الرابع: في باب الاعتكاف من «النهاية» عن صاحب «التقريب»: أنه لو قال: لله عليَّ أن أتصدق بعشرة دراهم إلا أن أحتاج قبل التصدق واحتاج هل يسقط واجب المنذور؟ إن المسألة محتملة، وكذا لو فرض في نذر الصلاة والصوم وغيرهما من القرب الملتزمة بالنذر، وطرد هذا فيما إذا قال: لله عليَّ بشيء من ذلك إلا أن يبدو لي، وزعم أن المسألة محتملة إذا بدا له.

نعم؛ ذكر شيخي: أنه لو استثنى في هذه القربات ما تتعلق به غرض كالافتقار في نذر الصدقة، أو كلما شاء كل هذا في كل قربة، فالاحتمال لائح، فأما إذا قال: إلا أن يبدو لي، فالأوجه إبطال هذا الاستثناء، وقد يتجه عندنا إفساد النذر في هذه الصورة.

قلت: وسبق هناك أنه لو قال في هذه القرب كلها: إلا أن يبدو لي لم يصح الشرط على الأصح، قال البغوي: ولا ينعقد النذر، وقد يشكل على هذا قول الشافعي السابق، ولا يشبه عن الناذر؛ إذ فيه إشارة إلى أن تعليقه القربة على مشيئة نفسه صحيح، وأيضًا فقد قال في «الأم» هاهنا: وإذا قال الرجل: غلامي حر إلا أن يبدو لي في ساعتي هذه، أو في يومي هذا، أو أشاء، أو يشاء فلان ألا يكون العبد حرًا إلى أن قال: فشاء أو شاء الذي استثنى بمشيئته لم يكن العبد حرًا، انتهى.

فقد يقال: إذا صح تعليق العتق المنجز فما المانع منه في النذر، لكنه نصَّ على أن تعليق النذر بمشيئة الغير لا يصح.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ مَعْصِيَةٍ**) أي: كشرب الخمر والزنا والقتل والسرقة وغيرها من المعاصي؛ لقوله ﷺ: «**لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ**»(١) رواه مسلم، ثم إن لم يفعل المعصية المنذورة، فقد أحسن ولا تلزمه الكفارة على المشهور وإيراد الجمهور، وفيه قول عن الربيع: إنها تلزمه، واختاره البيهقي للحديث:

---

(١) تقدم تخريجه.

……………………………………………………………………………

«كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ»(١) قال المصنف: وحمل الجمهور هذا الحديث على نذر اللجاج والغضب، قالوا: ورواية الربيع من تخريجه لا من كلام الشافعي، انتهى.

وقال ابن الصلاح في نذر المعصية حديث صريح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«لا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ، وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»**(٢) أخرجه أبو داود وغيره، وذكر روايات ثم قال: والأحاديث الواردة في ذلك قد عضد بعضها بعضًا فيقوى إيجاب الكفارة في نذر المعصية قوة فوجب اختياره، ثم نذر [اللجاج](٣) لاحق به في ذلك، انتهى.

إشارات: المشهور عدم صحة نذر المعصية مطلقًا.

قال ابن الرفعة: ورأيت في «تعليق» القاضي الحسين في كتاب الاعتكاف أنه لو نذر أن يعتكف حينًا فالأصح أنه ينعقد نذره، وهل يخرج عن نذر قراءة القرآن إذا قرأه حينًا؟ الأصح: لا، ومقابله نعم كما يحنث الحالف بقراءته حينًا، انتهى.

ورأيت ما ذكره في كلام القاضي قال: وسيأتي في نذر صوم يوم العيد ونحوه خلاف ثم لم أره ذكر شيئًا، نعم رأيت الإمام حكى عن القاضي الحسين في «الأساليب» أنه طرد الوجهين في نذر صوم يوم الشك وفي نذر صوم يوم العيد، قال الإمام: وهذا بعيد عندي، انتهى.

وفي «التهذيب» عن أبي يوسف أنه لو نذر أن يصلي محدثًا أو بلا قراءة ينعقد ويصلي متطهرًا بقراءة، كما لو نذر أن يصلي في أرض مغصوبة يلزمه الصلاة في موضع آخر، قال البغوي: قلنا: الغصب معصية في غير الصلاة بخلاف الحدث وبغير قراءة، بدليل أنه لو نذر مطلقًا أن يصلي فصلى في أرض

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في نسخة (المباح).

وَلَا وَاجِبٍ]

مغصوبة خرج عن نذره، انتهى.

وفيه تسليم لصحة نذر الصلاة في الأرض المغصوبة وبه يظهر الفرق بين ما أورده ابن الرفعة وما ذكروه من عدم صحة نذر المعصية، وقطع الْمحَامِلِيّ في «المقنع» بأنه لو نذر أن يصلي في ثوب مغصوب أو دار مغصوبة أنه لا ينعقد نذره، وأبدى الماوردي في انعقاده احتمال وجهين، ولو نذر الصلاة في أوقات النهي فأوجه: **ثالثها**: يصح ويصلي في غير هذا.

قال: (**وَلَا وَاجِبٍ**) أي: كالصلوات الخمس وصوم رمضان وغيرهما من الواجب على الإيمان؛ لأنها واجبة بالشرع ابتداءً فلا معنى لالتزامه، وكذا لو نذر ألا يزني أو لا يشرب الخمر ولا يغتاب ونحوها؛ لأن الامتناع واجب عليه شرعًا فلا معنى إلا التزامه وسواء علق ذلك بحصول نعمة أو التزمه ابتداءً.

وإذا خالف ما ذكره ففي لزوم الكفارة ما سبق في قسم نذر المعصية، وفي «التهذيب» أن الظاهر هاهنا وجوبها وبه جزم في «تعليقه» قال: كما لو قال: والله لا أشرب الخمر فشربها، قال المصنف في «شرح المهذب»: والصحيح الأول، وأما الواجب على الكفاية ففي «الروضة» أن الإمام قال: وفروض الكفاية التي يحتاج في أدائها إلى نذر مال أو مقاساة مشقة يلزم بالنذر كالجهاد وتجهيز الموتى، ويأتي وجه أنها لا تلزم، وعن القفال أن من نذر الجهاد لا يلزمه شيء، وفي صلاة الجنازة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وما ليس فيه بذل مال ولا كثير مشقة وجهان: أصحهما: لزومها بالنذر أيضًا، انتهى.

وقال ابن الصلاح: قطع في «الوسيط» هاهنا بصحة ذلك الجهاد وسبق منه في كتاب السير أن الصحيح أن الجهاد لا يلزمه بالنذر، وذلك هو الأقوى، والله أعلم، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن كان معذورًا بعرج ونحوه انعقد نذره، وإن كان من أهل فرض الجهاد فلا، وفي «الذخائر» بعد ذكره ما سبق عن الإمام: هذا إذا لم تتعين فرائض الكفايات، فإن تعينت التحقت بفرائض الأعيان، أي: فلا

يصح نذرها بلا خلاف، وما ذكره إنما يظهر إذا نذر فعلها في حال تعينها عليها وإلا فكل فرض كفاية منها قد يتعين في وقت آخر.

[وما صححه في الصلاة على الجنازة قال في «الأم»: محله إذا لم يصل أحد عليها لمن كان قد صلى عليها مرة، ففي صحة النذر وجهان حكاهما في «البحر»].

وذكر المتولي أنه لو نذر أن يصلي على الجنازة لم ينعقد نذره على المذهب؛ لأنها فرض بحكم الشرع، كما لو نذر التيمم، وقد ذكر في الصورتين وجه بعيد على مقتضى طريقة في استحباب تجديد التيمم والنفل بصلاة الجنازة أن النذر ينعقد، انتهى.

وقد توجه ما رجحه بأن الفرض، وإن لم يتعين عليه فبالشروع يقع فعله عن واجب الشرع، ويخرج من هذا أنه لو نذر الحج كل سنة لا ينعقد لما قررنا أنه يقع فرض كفاية ولا أحسب الأصحاب يسمحون بعدم الانعقاد؛ بل لم يسمحوا به يقينًا لا ظنًا.

قال الشارح: [قال: (وَلَوْ نَذَرَ فِعْلَ مُبَاحٍ أَوْ تَرْكَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ) أي: لرواية البخاري عن ابن عباس - ﷺ - قال: بَيْنَا النَّبِي ﷺ يَخْطُبُ إِذَا هُوَ بِرَجُلٍ قَائِمٍ فَسَأَلَ عَنْهُ، فَقَالُوا: أَبُو إِسْرَائِيلَ نَذَرَ أَنْ يَقُومَ وَلَا يَقْعُدَ وَلَا يَسْتَظِلَّ وَلَا يَتَكَلَّمَ وَيَصُومَ، فقال النبي ﷺ: «مُرُوهُ فَلْيَتَكَلَّمْ، وَلْيَسْتَظِلَّ، وَلْيَقْعُدْ، وَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ»(١).

قلت: فسر الرافعي المباح هنا بما لم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب، وقال في «شرح المهذب»: هو الذي استوى فعله وتركه شرعًا فلم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب كالأكل والنوم والقيام والقعود، قالا: قال الأئمة وقد يقصد بالأكل التقوي على العبادة، وبالنوم النشاط على التهجد؛ فينال الثواب لكن الفعل غير مقصود والثواب يحصل بالقصد الجميل، انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٠٤).

……………………………………………………………

ونقل هذا في «شرح المهذب» عن الأصحاب مطلقًا.

وفي «الحاوي» وأما المباح فهو أن يقول: إن كان كذا فلله عليَّ أكل لذيذ ولبس جديد، ثم ذكر قسم النفي، وصرح بعدم الانعقاد فيهما.

ثم ذكر آخر الفصل: إن أهلك الله فلانًا فلله عليَّ **أَنْ أَهَبَ مَالِيَ لِزَيْدٍ**؛ أنه ينظر **إِنْ كَانَ فُلَانٌ مِنْ أَعْدَاءِ اللهِ وَزَيْدٌ مِمَّنْ يُقْصَدُ بِهِبَتِهِ** الأجر **لَا التَّوَاصُلُ وَالمَحَبَّةُ انْعَقَدَ نَذْرُهُ**، وإن لم يكن فلان من أعداء الله وزيد ممن يقصد بهبته التواصل والمحبة لم ينعقد.

وكذا لو قال: لله علي أن أتزوج؛ نظر فإن قصد به غض الطرف وتحصين الفرج فإنه يكون قربة ويكون واجبًا على أصح الوجهين، يعني: في نذر التبرر غير المعلق على شيء، وإن قصد الاستمتاع والتلذذ [كان ملغى](١) لا يحنث على الوجهين.

قال: ثم قياس هذا في نظائره، قال ابن الرفعة: يعني: كالأكل إذا قصد التقوية على العبادة، والنوم إذا قصد به طرد الغفوة حتى إذا قام في جوف الليل كان صاحي القلب منتفض النفس فيلزم بالنذر، وقد ادعى الإمام والغزالي في هاتين الصورتين ونظائرهما أنه لا خلاف في عدم لزومها بالنذر، انتهى.

والأحاديث في «الصحيحين» وغيرهما ناصة في أمر من ينعس في الصلاة بالنوم حتى يذهب ذلك وأقل درجات الأمر الاستحباب.

وقال الشيخ في «شرح» مسلم: إن هذا عام في صلاة الفرض والنفل والليل والنهار وإنه مذهبنا ومذهب الجمهور؛ لكن لا يخرج فريضة عن وقتها، انتهى.

فيشبه أنه إذا نذر لهذا المعنى ولشبهه أنه ينعقد نذره، وإذا علم من عادته أنه إذا لم يقل نعس بالليل وعجز عن القيام استحب له القيلولة لا محالة، فتوجه انعقاد نذره له، وقد أول الأصحاب حديث المرأة: **إِنِّي كُنْتُ نَذَرْتُ إِنْ رَدَّكَ اللهُ تَعَالَى سَالِماً أَنْ أَضْرِبَ عَلَى رَأْسِكَ بِالدُّفِّ**، وقال لها ﷺ: **«أَوْفِ**

---

(١) في نسخة: (كان مباحًا).

……………………………………………………………………

بِنَذْرِكِ»[1] على أنه إنما أمرها بذلك؛ لأنه كان فيه إظهار السرور بقدومه ﷺ ومغايظة المنافقين والكفار وفي ذلك قربة، هكذا ذكره المتولي وغيره، [ونقل في «البحر» عن الخطابي كما في «الكفاية»] وفيه تأييد لما سبق من أن المباح قد يصير قربة بضميمة أخرى ونية صالحة فيه.

وقد ذكر جماعة وتبعهم الشيخان أن الصيغة قد تتردد فتحتمل نذر التبرر ونذر اللجاج فيرجع فيه إلى قصد الشخص وإرادته وفرقوا بينهما بأنه في نذر التبرر ترغيب في السبب وهو شفاء المريض مثلًا بالتزام المسبب وهو القربة المسماة، وفي نذر اللجاج يرغب عن السبب بكراهته الملتزم.

قالا: وذكر الأصحاب في ضبطه إن الفعل طاعة أو معصية أو مباح والالتزام في كل واحد منها تارة يعلق بالإثبات وتارة بالنفي، إلى أن قالا: وأما المباح فيتصور في طرفي النفي والإثبات منه النوعان معًا، فالتبرر مثل أن يقول: إن أكلت كذا فلله عليَّ صوم يريد إن يسره الله لي، ونذر اللجاج بأن يؤمر بأكله فيقول: إن أكلته فلله عليَّ كذا، والتبرر بالنفي بأن يقول: إن لم آكل كذا فعليَّ صوم، يريد إن أعانني الله على كسر شهوتي فتركته، واللجاج بأن يمنع من الأكل فيقول: إن لم آكل فعليَّ كذا.

وفي «الوسيط» أن من الأصحاب من منع التبرر في المباحات، وإذا قال: إن رأيت فلانًا فلله عليَّ صوم أو حج، أراد إن رزقني الله رؤيته، فهو نذر تبرر، وإن ذكره لكراهة رؤيته فهو نذر لجاج، انتهى لفظ الرافعي.

وقد يكون رؤية من نذر رؤيته معصية كأجنبية يعشقها، أو أمرد فلا يكون ذلك تبررًا وهذا شيء آخر، وما ذكروه من تصور التبرر في المباحات هو عين ما سلف عن الماوردي في نذر التزوج ونحوه، فتأمله.

[وهذا عجب؛ لأن كلام الماوردي: فمن التزام فعل المباح بالنذر،

---

[1] أخرجه أبو داود (٣/ ٢٣٨، رقم ٣٣١٣)، والطبراني (٢/ ٧٥، رقم ١٣٤١)، والبيهقي (١٠/ ٨٣، رقم ١٩٩٢٦).

لَكِنْ إِنْ خَالَفَ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ عَلَى الْمُرَجَّحِ.

وكلام الشيخ هذا فيمن التزام صومًا أو نحوه من القرب معلقًا على فعل مباح مرغوب فيه فلا شبه بين الكلامين فضلًا أن يكون أحدهما أخذ عن الآخر] .

قال: (**لَكِنْ إِنْ خَالَفَ لَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ عَلَى الْمُرَجَّحِ**) هذا الكلام يحتمل قصره على مسألة [نذر اللجاج][1] أو تركه، وهو ظاهر في «الأم» و«المحرر» حيث قال: إن نذره لا يوجب الوفاء؛ لكنه يمين على ما رجح في المذهب حتى إذا نذر أن يفعل فلم يفعل أو ألا يفعل ففعل؛ عليه كفارة يمين، انتهى.

ويحتمل عود كلام «المنهاج» إلى نذر المعصية والواجب والمباح وهو بعيد، وإن فهمه عنه الشيخ برهان الدين، وقال: إنه مخالف لـ«الروضة» ويؤيد هذا الاحتمال أنه موافق لما في «التهذيب» و«المحرر» يتفق كثيرًا، وقطع القاضي الحسين بوجوب الكفارة في نذر المباح وخص الخلاف بنذر المعصية، ووجه ذلك بأن بين المعصية والنذر منافرة شديدة تقتضي إلغاء النذر بالكلية.

وبالغ الشيخ في «شرح المهذب» فقال في آخر كلامه: والصواب في الجملة أنه لا كفارة مطلقًا لا عند المخالفة ولا غيرها في نذر المعصية والفرض والمباح مع تقرير البغوي على أنه لو قال ابتداءً: لله عليَّ أن أدخل الدار اليوم أن المذهب أنه يمين، فيكفرها إن لم يدخل إلى آخر ما قدمناه عنه، وسكت هو والرافعي عليه، وتأمل ما سبق فيما إذا قصد بالمباح التبرر وخالف.

فَرْعٌ: إذا قال: ابتداءً مالي صدقة أو في سبيل الله، فأوجه:

أحدها: وبه جزم القاضي الحسين وصححه الغزالي أنه لغو.

وثانيها: يلزمه التصدق به كقوله: لله علي أن أتصدق به.

وثالثها: يصير ماله بهذا اللفظ صدقة.

وقال المتولي: إن كان المفهوم من هذا اللفظ في عرفهم، يعني: النذر أو نواه فهو كقوله: لله عليَّ أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله وإلا فيلغو،

---

(١) في نسخة: (نذر الفعل المباح).

....

أما إذا قال: إن كلمت زيدًا أو فعلت كذا فمالي صدقة؛ قال المصنف: فالمذهب والذي نص عليه الشافعي وقطع به الجمهور أنه بمنزلة قوله: فلله عليَّ أن أتصدق بمالي أو بجميع مالي وطريق الوفاء أن يتصدق بجميع أمواله.

وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع أمواله على الغزاة، وقال الإمام والغزالي: يخرج على الأوجه الثلاثة في الصورة الأولى، انتهى.

هكذا أفرد المصنف هذا في فرع مستقل في «الروضة» و«شرح المهذب» فأوهم لزوم الوفاء بذلك لا محالة وأنها مسألة مستقلة.

وقد قال ابن الصلاح بعد نقله عن الإمام والغزالي حكاية الأوجه: والمسألة منصوصة أي: في «الأم» و«المختصر» وقد نص فيها على كفارة اليمين، ثم هل يصير ذلك على التعيين أو التخيير؟ حكوا فيه ما سبق في نذر اللجاج، هذا لفظه وهو واضح صرح به الأصحاب، وهو مراد الرافعي والمصنف ولكنه في عبارته إيهام.

فَرْعٌ: قال المتولي: إذا نذر ما لا يمكنه الوفاء به مثل إن كان بعيدًا من «مكة» وقد قرب وقت الحج فقال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أحج هذه السنة لم يكن نذرًا، وإذا نذر ما لا يقدر عليه فهل يلزمه كفارة اليمين؟ فيه وجهان، قال الرافعي وحكى ابْن كَجٍّ وجه: أنه ينعقد نذره بالحج ويقضيه.

فَرْعٌ: إذا نذر الجهاد في جهة بعينها وصححنا نذر الجهاد فهل يتعين أو لا؟ بل يجزئه غيرها مطلقًا أو لا يتعين؛ لكن يجب أن تكون الأخرى كالمعينة في المسافة والمؤنة؟ أوجه أعدلها عند الرافعي ثالثها، وجعله في أصل «الروضة» و«شرح المهذب» أصحها، ويظهر أن يقال: إن كانت المعينة أهم الجهات وأفضلها تعينت قطعًا، وإن لم تكن أشق؛ بل أسهل وإن كان الجهاد في المعدول إليها أهم وأفضل أجزأت، نظيره ما لو عدل عن المسجدين في نذر الصلاة أو الاعتكاف إلى المسجد الحرام بخلاف العكس، فإن استوت الجهات في ذلك وغيره فهو محل الخلاف.

وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ نُدِبَ تَعْجِيلُهَا، فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالَاةٍ وَجَبَ، ....

فَرْعٌ: لو نذر تبررًا محضًا أو مجازاة التصدق بجميع ماله؛ لزمه ذلك عندنا حتى ثياب بدنه، هكذا أطلقه كثيرون، وحكى الماوردي في آخر كتاب الأيمان فيما يستر به عورته وجهين: **أحدهما**: يتصدق به؛ لأنه من ماله.

والثاني: لا يجوز له التصدق به لاستثنائه بالشرع في حقوق الله تعالى فيخرج من عموم نذره.

واعلم أن إطلاقهم هنا يقتضي أنه لا فرق بين من عليه دين لا يرجو له وفاء، أو له من يلزمه نفقته وهو محتاج إلى صرف ماله في الدين والنفقة وبين غيره، وقد جزم المصنف في آخر صدقة التطوع بأن الأصح تحريم الصدقة بما يحتاج إليه لنفقة من يلزمه نفقته، أو لدين لا يرجو له الوفاء، وإذا كان كذلك ففي صحة انعقاد نذر من هذا حاله بماله، ولزوم التصدق به نظر للمتأمل.

قال: (**وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ**) أي: مطلقة.

(**نُدِبَ تَعْجِيلُهَا**) أي: مسارعة إلى براءة الذمة وهذا ظاهر حيث لا معارض، أما لو كان بأن كان مجاهدًا والصوم يضعفه عنه، أو مسافرًا ويلحقه به مشقة شديدة، أو كان أجيرًا والصوم يضعفه عن العمل أو يضر بالرضيع إذا كانت مرضعة وما أشبه ذلك، فالظاهر أن التأخير إلى ما بعد ذلك أفضل إن لم يخش الفوت لطول زمن ما هو فيه، وكذا لو كانت مزوجة أو مملوكة والزوج أو السيد يمنع من تعجيله، وقد يجب التعجيل بأن يخشى الناذر أنه لو أخر الصوم عجز عنه مطلقًا، إما لزيادة مرض لا يرجى برؤه أو لهرم كما سبق في الحج.

قال: (**فَإِنْ قَيَّدَ بِتَفْرِيقٍ أَوْ مُوَالَاةٍ وَجَبَ**) أما إذا قيد بالموالاة وجبت قطعًا، وأما إذا قيد بالتفريق فوجهان، أحدهما: تجب، وبه أجاب البغوي وابن كَجٍّ وغيرهما، ورأيناه في «الروضة» وأصلها أقرب، وصححه في «شرح المهذب» ولم يفصح في «الشرح الصغير» بترجيح أصحهما في «النهاية» و«الوسيط» والصحيح في «البسيط» والجواب في «الوجيز»: لا يحنث.

وقد قالا في كتاب الاعتكاف: إنه لو شرط تفريقه أجزاءه التتابع على

وَإِلَّا جَازَ. أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ صَامَهَا وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ ....

الأصح؛ لأنه أفضل، وبه أجاب البغوي هنا لهذه العلة بخلاف ما جزم هاهنا في مسألتنا، مع قوله هنا: إنه إذا أطلق نذر صوم أيام، أن المستحب تعجيلها وأن يصومها متتابعة، وقضية ذلك أنه يحرمها صومًا متتابعًا؛ لأنه أفضل، وما علل به وجوب التفريق عند نذره من أنه مما يلزم بالشرع كالتتابع وهو في صوم التمتع، فيلزمه بالنذر ليس بالقوي عندي؛ لما فيه هناك من البعيد، فالمختار ما صححه الإمام والغزالي لا سيما إذا كانت المدة محثوث على تتابعها، كصيام ثلاثة أيام من كل شهر، وستة من شوال، وعشر من ذي الحجة.

فَرْعٌ: إن ذكر عدد الأيام المنذورة بلفظ أو بنية فذاك، وإن أطلق بأن قال: لله عليَّ صوم أيام لزمه ثلاثة أيام، وإن قال: أيامًا كثيرة، قاله في «الكافي» ويحتمل أن يجيء فيه وجه في الاكتفاء بيومين من الخلاف في أقل الجمع.

ولو قال: لله عليَّ صوم الأيام، وأطلق فهل يحمل على صوم الدهر أو يكفيه صوم ثلاثة أيام أو صوم أسبوع أو صوم سنة؟ لم أر فيه شيئًا، وسبق في الطلاق أو في «الغنية» كلام يتعلق بذلك.

قال في «الروضة»: ولو قال أصوم حينًا أو دهرًا كفاه صوم يوم، انتهى. وفي النفس منه شيء وسيأتي عن الماوردي ما ينازع فيه.

قال: (**وَإِلَّا جَازَ**) وإن لم يقيد بتفريق ولا موالاة، جاز التفريق والموالاة لحصول الوفاء بكل منهما والموالاة أفضل؛ حيث لا عذر لما سبق وللخروج من خلاف أبي حنيفة ﷺ.

قال: (**أَوْ سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ**) أي: بأن قال: لله عليَّ صوم سنة من غد أو سنة كذا، أو قال: في غرة سنة هذه السنة ونحو ذلك.

(**صَامَهَا وَأَفْطَرَ الْعِيدَ**) أي: العيدين وجوبًا بلا خلاف لتحريم صومهما، (**وَالتَّشْرِيقَ**) أي: وأيام التشريق الثلاثة على الجديد [كما ذكرناه ولا قضاء، أي: للعيدين قطعًا ولا لأيام التشريق] على الجديد، كما صرح به جماعة؛ لأن هذه الخمسة لو نذر صومها لم ينعقد نذره، فإذا أطلق فأولى ألا يدخل في

وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلَا قَضَاءَ، وَإِنْ أَفْطَرَتْ بِحَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَظْهَرِ. قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يَجِبُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، والله أَعْلَمُ، ....

نذره، وما ذكره في أيام التشريق مفرع على المذهب وهو تحريم صومها.

قال: (**وَصَامَ رَمَضَانَ عَنْهُ وَلَا قَضَاءَ**) أي: عن رمضان؛ إذ لا يصلح لصوم غيره؛ لأن زمانه متعين له بالشرع، قال أصحابنا: فلو نوى بصومه النذر لم ينعقد لا للنذر ولا لرمضان.

قال: (**وَإِنْ أَفْطَرَتْ بِحَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَجَبَ الْقَضَاءُ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن الزمان قابل للصوم، وإنما أفطرت لعلة فيها فتقضي كصوم رمضان؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع، وهذا ما رجحه أصحاب «التنبيه» و«التهذيب» و«الانتصار» وجزم به في «التنبيه» والإشارة.

قال: (**قُلْتُ: الْأَظْهَرُ لَا يَجِبُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لأن أيام الحيض والنفاس لا يقبل الصوم فيها، فلم يدخل في نذرها كالعيدين وأيام التشريق ورمضان، وهذا ما عزاه الرافعي في «شرحه الصغير» ترجيحه إلى الأكثرين.

وقال في «الكبير» بعد نسبة تصحيح الوجوب إلى البغوي: والأولى ـ يعني: عدم الوجوب ـ أصح عند أبي عليٍّ الطبراني، وأبي الحسين بن القطان، ونسبه القاضي ابْن كَجٍّ إلى الجمهور وتابعهم الروياني، انتهى.

هذا صواب النقل، وصحح صاحب «التنبيه» وجوب القضاء.

قال ابن الرفعة: ووافقه على تصحيحه البندنيجي وابن القطان وأَبُو عَلِيٍّ الطبري، وقال ابْن كَجٍّ: إنه المشهور، وحكى في «البحر» طريقة قاطعة به، ثم نقل التصحيح الثاني عن المصنف فقط، والظاهر أنه انعكس عليه كلام الرافعي، ومثله في السهو قول الحضرمي اليماني في «المعين»: قضت في أصح القولين، قاله في «التنبيه» وحكاه في «الغريب» عن «التهذيب» والطبري والروياني وأكثرهم، انتهى.

وهذا الرجل كثير الوهم في العزو فليحذر كتابه، والمجزوم به في «حلية»

وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا بِلَا عُذْرٍ وَجَبَ قَضَاؤُهُ وَلَا يَجِبُ اسْتِئْنَافُ سَنَةٍ، فَإِنْ شَرَطَ التَّتَابُعَ

الروياني: عدم القضاء.

واعلم أن في نسبة ترجيح الثاني إلى الجمهور نظر؛ فضلًا عن القطع به، وقد تصفحت أكثر الكتب المشهورة كـ«الحاوي» و«الشامل» وكتابي الدارمي والصيمري و«المهذب» و«الشافي» و«التحرير» و«البيان» و«حلية» الشاشي و«التتمة» و«الإبانة» و«العمد» و«النهاية» و«البسيط» و«الوسيط» فلم أرَ فيها ترجيحًا، ونسخ «مقنع» الْمحَامِلِيّ مختلفة، ففي بعضها: وعليها القضاء في أحد القولين، وفي بعضها: على أصح القولين، فالله أعلم.

قال: (**وَإِنْ أَفْطَرَ يَوْمًا بِلَا عُذْرٍ وَجَبَ قَضَاؤُهُ**) أي: بلا خلاف لتفويته.

(**وَلَا يَجِبُ اسْتِئْنَافُ سَنَةٍ**) أي: لأن التتابع كان للوقت؛ [لا أنه][1] مقصود كما في رمضان، ولا فرق في ذلك بين أن يفطر بعذر أو بغيره، ولو أفطر جميع السنة لم يلزمه التتابع في قضائها كصوم رمضان.

واعلم أن قضية كلامه أنه لو أفطر بعذر كمرض أو سفر أنه لا يجب القضاء، والذي قالاه: أنه لو أفطر بعذر المرض ففيه مثل الخلاف السالف، ورجح القاضي ابْن كَجٍّ فيه: وجوب القضاء، وهو الأظهر كما قاله ابن الرفعة، وفي «الشرح الصغير»: إنه المرجح، وفرقا بأنه لا يصح أن تنذر صوم أيام الحيض، ويصح أن تنذر صوم أيام المرض، وأشار الرافعي إلى ترجيحه من بعده.

ولو أفطر بعذر السفر، فالظاهر وجوب القضاء، وبه قال ابن القطان، وهو المذكور في «الوجيز» ومنهم من طرد الخلاف فيه، وبه قال ابْن كَجٍّ، انتهى.

وفي «شرح المهذب»: إن أصح الطريقين وجوب القضاء بعذر السفر قطعًا، وقيل فيه قولان، وقال الدارمي: إن أفطر بغير عذر قضا، وإن كان بحيض ومرض ونحوه فقولان.

قال: (**فَإِنْ شَرَطَ التَّتَابُعَ**) أي: في نذره السنة المعينة.

---

(١) في نسخة: (لأنه).

وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ.

أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّتَابُعَ وَجَبَ، وَلَا يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ وَيَقْضِيهَا تِبَاعًا مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ، وَلَا يَقْطَعُهُ حَيْضٌ، ....

(وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ) أي: استئناف السنة؛ لأن ذكره التتابع يدل على كونه مقصودًا، قال الرافعي: وهذا ما يوجد لأصحابنا العراقيين.

والثاني: لا يجب؛ لأن شرط التتابع مع تعيين السنة لغو، قاله القفال والقاضي الحسين، وقال في «البحر»: إنه غلط، أما وجوب التتابع في الأداء عند الشرط فلا خلاف فيه، قال الماوردي: والنذر في ذلك كاللفظ.

فَرْعٌ: لو قال في أثناء سنة: لله عليَّ صوم هذه السنة فصام باقيها وإن كان يومًا، وكأنه قال باقي هذه السنة.

قال: **(أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ وَشَرَطَ التَّتَابُعَ وَجَبَ)** أي: عملًا بالتزامه، وكذلك بأن يقول: لله عليَّ صوم سنة متتابعًا، ويجيء في نية التتابع ما صرح به الماوردي وسكت غيره عنه.

قال: **(وَلَا يَقْطَعُهُ صَوْمُ رَمَضَانَ عَنْ فَرْضِهِ وَأَفْطَرَ الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ)** لأنه مستثناة شرعًا، وقوله: (عن فرضه) احترز به عمّا لو صامه لا عن فرضه، أما عن نذره أو غيره، فإنه لا يصح صومه لما سبق وينقطع به التتابع قطعًا.

قال: **(وَيَقْضِيهَا)** أي: رمضان والعيدين والتشريق.

(تِبَاعًا مُتَّصِلَةً بِآخِرِ السَّنَةِ) هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الجمهور، وقيل: وجهان أصحهما هذا، **والثاني**: لا يلزمه القضاء كالسنة المعينة.

وقال القاضي أبو الطيب: إن القول بوجوب القضاء غلط عندي بل لا يجب، وصححه المتولي، وأجاب الأول: بأن المعين في العقد لا يبدل، والمطلق إذا عين قد يبدل، وشبه ذلك بالبيع إذا خرج معيبًا لا يبدل والمسلم فيه إذا سلمه فخرج معيبًا يبدل.

قال: **(وَلَا يَقْطَعُهُ حَيْضٌ)** لأنه لا يمكن الاحتراز منه.

وَفِي قَضَائِهِ الْقَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ لَمْ يَجِبْ.

(وَفِي قَضَائِهِ الْقَوْلَانِ) أي: السابقان في المعيبة، وتخصيصه الحيض بالذكر قد يفهم منه أن غيره بقطعه، والذي قالاه هنا: أن في المرض والسفر ما ذكرناه في صوم الشهرين المتتابعين، وفي قضاء أيام المرض والحيض الخلاف المذكور في الحالة الأولى يعني السنة المعينة، وقد ذكرت طرفًا صالحًا من كلام الأصحاب فيما يقطع صوم الشهرين في كفارة الظهار، وقد استقصينا الكلام في ذلك هناك.

قال: **(وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ)** يعني: التتابع.

(لَمْ يَجِبْ) أي: لعدم التزامه، زاد في «المحرر»: فإن أراد بصوم متتابعًا صام رمضان عن الفرض وقضى عن النذر، ويفطر العيد وأيام التشريق ويقضي، انتهى.

ويستحب له المبادرة إلى صومها ولا يجب، ويجيء فيمن خشي العجز لو أخر ما سبق وله أن يصومها يومًا ويومًا وشهرًا وشهرًا وغير ذلك، فإن صام بالأيام لزمه ثلاثمائة وستون يومًا، أو بالأشهر لزمه اثنا عشر شهرًا، ثم إن صام بين الهلالين حسب شهرًا وإن نقص، وإن أفطر في رمضان يومًا قضاه إن كان كاملًا وقضى معه يومًا آخر إن كان ناقصًا؛ لأن صومه فيه انقلب إلى الأيام.

وهكذا نقول: إذا صام شوال لزمه يوم إن كمل ويومان إن نقص، وفي ذي الحجة يلزمه أربعة أيام إن تم وخمسة إن نقص، وهذا إذا ألزمناه الصوم بدلًا عن رمضان والعيدين وأيام التشريق كما ذكره العراقيون، فإن قلنا: لا يلزمه ذلك كما قاله القاضي أبو الطيب من عند نفسه، وعليه اقتصر القاضي الحسين، قال ابن الرفعة: فيظهر أن يقال إن كان شوال تامًا أو ناقصًا فصامه حُسب له شهرًا كاملًا، ثم وراء ما ذكرناه وجوه:

منها: في «البحر» وغيره وجد أنه لو ابتدأ في هذه السنة من المحرم إلى المحرم، يقال: صام سنة فالقياس أنه لا يلزمه قضاء هذه الأيام، وقال الإمام: إنه زلل وغفلة من الصيدلاني، وحكى الرافعي عنه أنه قال: إذا صام من

……………………………………

المحرم إلى المحرم أو من شهر إلى آخر مثله خرج عن نذره؛ لأنه يقال: إنه صام سنة، وعن ابن القطان: إنه إنما يخرج عن النذر لصيام ثلاثمائة وستين يومًا؛ لأن السنة تنكسر بسبب رمضان وأيام الفطر فتعود إلى العدد، انتهى.

وقال الدارمي: من نذر صوم سنة مطلقًا فعليه بعدد أيامها، وعندي يخير بين أن يصوم كما يصوم بالتقييد وبين صوم اثني عشر شهرًا، هذا لفظه، انتهى.

فروع: لو قال: لله عليَّ صوم هذه السنة، تناول السنة الشرعية، وهي من المحرم إلى المحرم، فإن كان في أثنائها لم يلزمه إلا ما بقي كما سبق، فإن كان رمضان باقيًا لم يلزمه قضاؤه عن النذر ولا قضاء العيدين، وفي أيام التشريق والحيض والمرض ما سلف في جميع السنة، وهاهنا شيء ينبغي تأمله وهو أن شريح الروياني حكى عن جده أبي العباس الروياني: أنه لو أطلق عقد الإجارة سنة فثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح العقد.

والثاني: يصح وتنصرف إلى الهلالية.

والثالث: تنصرف إلى العددية، قال شريح: وعندي أنه إذا كان عرف الناس في ذلك البلد الهلالي انصرف إليه أو العددي انصرف إليه، وإن جرى العرف بهما انصرف إلى الأغلب، وإن استويا لم تصح الإجارة، انتهى.

والذي قاله الرافعي وغيره هنا: إنه يحمل الإطلاق على السنة الهلالية، وقضية كلام القاضي شريح أنه لو كان عرفهم مطرد بالعددية في معاملاتهم وغيرها أن يحمل إطلاق الناذر عليها لا على السنة الشرعية، لو نذر صوم ثلاثمائة وستين يومًا صامها كيف شاء، فإن قال: من الآن وجب النذر حيث لا عذر، وإن قال: متتابعة لزمه التتابع، وقيل: يلغوا شرطه هنا وهو شاذ، ثم يقضي عن رمضان والعيدين والتشريق على الاتصال، وقد قال: إذا شرط متابعها فقد أدخل في نذره رمضان والأيام المحرمة الصوم، فلم لا يبطل نذره في ذلك ويصح فيما عداه ولا يلزمه غيره.

....

تنبيه: لا يجوز تقديم الصوم المعين عن وقته ولا تأخيره عنه بغير عذر على المشهور، وقيل: يجوز الأمران كما لو عين له مكانًا.

وقال الإمام: إنه منقاس، وأجرى فيما لو نذر حجًا في وقت معين أو صلاة في وقت مخصوص غير وقت كراهة، وقع هنا في كتب الشيخين اضطراب في هذه المسائل، أما إذا عين وقتًا للحج، فجزما في باب محرمات الإحرام بأنه لا يتعين حتى لو نذر الإحرام في شوال له تأخيره.

قالا: وأظن هذا لا يخلو عن نزاع، ثم قالا هنا: لو نذر أن يحرم بالحج في شوال لزمه على الأصح، كذا وقع في «الروضة» وأصلها و«شرح المهذب» واقتصر في «الشرح الصغير» على الموضع الأول.

وأما مسألتا الصوم والصلاة فذكرا في باب الاعتكاف أنه لو عين صوم يوم تعين على المذهب، وبه قطع الجمهور، فلا يجوز الصوم قبله، فإن أخره صار قضاء ويأثم غير المعذور، ثم قالا هنا: إن الخلاف في اليوم المعين هل يتعين؟ يجري مثله في الصلاة إذا عين لها في نذرها وقتًا، وفي وقت الحج إذا عين له سنة، وجزم البغوي بالتعين، وقال في «شرح المهذب»: إن الذي جزم بتعينه هو الصلاة، انتهى.

قلت: وفي «الحاوي» إنه إذا عين للصلاة وقتًا نظر إن جعل الزمان أصلًا لوقت النذر استحق فعل الصلاة فيه، فإن صلاها فيه فقد أداها أو بعده فقد قضاها، وإن صلاها قبله لم تجزئه كالفريضة بخلاف الحج المنذور؛ إذ يجوز تقديمه في أحد الوجهين؛ لجواز تقديم الحج قبل وجوبه، وإن قصد تفضيل ذلك الزمان على غيره بأن نذر أن يصلي في يوم السبت، فيجوز أن يصلي في يوم الأحد؛ إذ لا فضيلة للسبت عليه، وإن كان له فضيلة على غيره كليلة القدر، فقال: لله عليَّ أن أصلي ليلة القدر، فلم تجزئه الصلاة في غيرها ويلزمه أن يصليها في كل ليلة من ليالي العشر الأُخر من رمضان ليصادفها في إحدى لياليه، كما لو نسي صلاة من الخمس ولم يعرف عينها، فإن لم يصلها في كل ليلة لم يقضها إلا في مثله، انتهى.

أَوْ يَوْمِ الِاثْنَيْنِ أَبَدًا لَمْ يَقْضِ أَثَانِيَ رَمَضَانَ، وَكَذَا الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ فِي الْأَظْهَرِ، فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تِبَاعًا لِكَفَّارَةٍ صَامَهُمَا، وَيَقْضِي أَثَانِيهِمَا، وَفِي قَوْلٍ لَا يَقْضِي إِنْ سَبَقَتِ الْكَفَّارَةُ النَّذْرَ. قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ والله أَعْلَمُ، ....

هذا هو الصواب في نقل كلام «الحاوي» ونقل ابن الرفعة عنه: أنه إذا عين لها وقتًا كيوم الخميس، فإن قصد به تفضيل ذلك الزمان يجوز أن يصلي يوم الأربعاء ويوم الجمعة؛ لأنه لا فضل ليوم الخميس، ثم ذكر بقية كلامه على وجهه، ثم ما ذكره الماوردي هنا مخالف لقوله في أول الاعتكاف: إنه لو قال: أنت طالق ليلة القدر طلقت في أول ليلة تسع وعشرين؛ لأنها التعين، وهذا جنوح منه إلى أنها في أوتار العشر الأخير؛ لكن الذي قاله الأصحاب أنها لا تطلق حتى تدخل ليلة الثلاثين منه، وقياس ما قاله لا يخفى في مسألة الصيام.

قال: (**أَوْ يَوْمِ الِاثْنَيْنِ أَبَدًا لَمْ يَقْضِ أَثَانِيَ رَمَضَانَ**) لأن النذر لم ينعقد عليها لسبق وجوبها النذر، فلا يدخل فيه، نعم في خامسها إن اتفق القولان الآتيان.

قال: (**وَكَذَا الْعِيدَ وَالتَّشْرِيقَ فِي الْأَظْهَرِ**) كأثاني رمضان؛ لأن هذه الأيام الخمسة متعينة للإفطار، كما أن أثاني رمضان متعينة لصوم رمضان، والثاني: يجب القضاء؛ لأن ذلك قد يتفق وقد لا يتفق، فيتناولها النذر بخلاف أثاني رمضان، ويخالف وقوعها في نذر سنة معينة حيث قلنا: لا يقضي؛ لأن السنة لا تنفك عنها، وما ذكرناه في التشريق مفرع على المذهب في تحريم صومها، وضم الروياني في «الحلية» إلى العيدين والتشريق يوم الشك وفيه نظر؛ لأنه لو صامه عن نذر أو وافق عادة له في النفل صح صومه عند الأصحاب بخلاف العيد والتشريق، وما ذكره يأتي مثله في أثاني النصف الأخير من شعبان إذا منعنا صومه على ما سبق بيانه، وممن صحح وجوب قضاء يوم العيد هنا المَحَامِلِيّ في «المقنع» و«التجريد» والبندنيجي وشيخهما أبو حامد، وصاحب «التنبيه» وغيرهم، ثم المسألة مفرعة على المذهب، وهو أنه إذا عين يومًا معين، والخلاف في أيام التشريق مفرع على المذهب وهو كما سبق، وهو أنها لا تقبل الصوم كالعيد.

قال: (**فَلَوْ لَزِمَهُ صَوْمُ شَهْرَيْنِ تِبَاعًا لِكَفَّارَةٍ صَامَهُمَا، وَيَقْضِي أَثَانِيهِمَا، وَفِي قَوْلٍ: لَا يَقْضِي إِنْ سَبَقَتِ الْكَفَّارَةُ النَّذْرَ. قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) إذا

……………………………………………………………………………………

نذر صوم الأثانين ثم لزمه صوم الشهرين لكفارة صامهما، ويقضي أثانيهما قطعًا لسبق النذر وإن لزمه صومهما أولًا، ثم نذر صوم الأثانين أبدًا. قالا: ففي قضاء الأثاني الواقعة، فيهما وجهان، وقيل: قولان.

قال الرافعي في «شرحه الصغير»: أظهرهما عند الإمام والغزالي لا قضاء كأثاني رمضان، وأظهرهما عند آخرين منهم العراقيون والبغوي بحيث لم يفصح في «شرحه الكبير» بترجيح، ورأى المصنف: أن الأصح المختار أنه لا يحنث، ونقله عن الْمحَامِلِيّ والقاضي أبي الطيب والإمام والغزالي، انتهى.

والأظهر الوجوب؛ لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة ولو صام في الشهرين أثانيهما عن نذره لوقعت عنه، فإذا تركه قضى بخلاف أثاني رمضان، وقد قال البندنيجي: بأن ذلك الوجه أو القول سهو أن المذهب القضاء، وكذا في «المهذب»: أنه المذهب، وممن صححه من المراوزة الشيخ أبو محمد في «مختصره» و«فروعه» والغزالي في «خلاصته» وغيرهما.

قال العمراني: إنه المنصوص في رواية الربيع، وبالجملة فالجمهور من الفريقين على ترجيحه [وهو ظاهر نص «المختصر»] وقول الإمام: إنه ليس بشيء ممنوع، وفرقوا بين ذلك وبين الأثاني الواقعة في رمضان بفروق:

منها: أن صوم رمضان لزمه بالشرع، ولا صنع له فيه بخلاف الكفارة فإنه التزمها بفعله، وهذا الفرق منصوص عليه، وبعيد أن يصح من الْمحَامِلِيّ ترجيح عدم القضاء مع تصريحه بترجيح قضاء يوم العيد.

فَرْعٌ: قال في «البيان»: تفقهًا لو نذر صوم شهرين معينين ثم نذر صوم كل اثنين صام شهرين عن نذره الأول؛ لأن صومهما قد استحق عليه، وإن نذر صوم الأثانين أبدًا، ثم صوم الشهرين قضاء بهما عن الشهرين عن الأثانين فإنه يصومها عن النذر الأول ولا يقضيها عن النذر الثاني؛ لأنها مستحقة للنذر الأول فلم يتناولها الثاني.

فَرْعٌ: قال المتولي: إذا نذر صوم يوم الإثنين أبدًا ثم صامه عن قضاء أو

وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ فِي الْأَظْهَرِ.

نذر آخر مطلق لم يصح عن النذر المعين بلا خلاف وهل يجزئ عما نوى؟ فعلى قولين.

قلت: والمذهب الإجزاء، ونقل الإمام الاتفاق فيه، ولا يقدح الخلاف في قضاء رمضان أصلًا، ثم قال المتولي: وإذا نذر صوم الإثنين أولًا ثم نذر صوم شهر متتابع أو لزمه صوم كفارة فأراد أن يصوم عن الكفارة أو عن النذر الثاني، ففي صحة الصوم ما ذكرنا من القولين، وسواء صححناه أم لا فعليه القضاء؛ لأنا قلنا: لا يصح فواضح وإن صححنا فهو الذي ألزم نفسه ذلك بنذره الثاني وارتكاب سبب الكفارة.

قال: (**وَتَقْضِي زَمَنَ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ**) أي: وقع في الأثانين.

(**فِي الْأَظْهَرِ**) أي: المنصوص وهو المختار والصحيح، كما قال الماوردي، قال: وخرج بعض أصحابنا قولًا إنها لا تقضى إذا صادفت العيد والتشريق، قال: وهذا التخريج غير صحيح؛ لأن تحريم العيد والتشريق عام في جميع الناس، وتحريم الحيض خاص بها؛ فافترقا، وفي أصل «الروضة» و«شرح المهذب»: أن القضاء على القولين كالعيد، وبه قطع الجمهور، وقيل: يحنث قطعًا؛ لأن واجبه شرعًا يقضي [وهو شهر رمضان فكذا النذر زاد في «شرح المهذب» والصحيح الأول، وقضيته أن الأظهر أنها لا تقضى] كما رجحه في العيد.

وعبارة شرح الرافعي: فيه طريقان قال الأكثرون: فيه قولان كالعيد، وقطع آخرون بالوجوب، ثم في «تعليق» أبي حامد وغيره ترجيح وجوب القضاء هاهنا، والمفهوم من إيراد من طرد القولين هنا ترجيح المنع، وإليه ذهب ابن الصباغ، وهذا كما مرَّ فيما إذا نذر صوم سنة معينة، ويشبه أن يرجح وجوب القضاء فيه في المسألتين جميعًا، انتهى.

قلت: والذي مرَّ أن الأصح عند الجمهور أنها لا تقضى، قال: ثم الطريقان فيمن لا عادة لها غالبة، فإن كانت ففي القضاء فيما وقع في عادتها

……

أظهر، وربما قطع به؛ لأنها لا تقصد صوم اليوم الذي وقع في عادتها غالبًا في مفتتح الأمر، وقيل: بخلافه؛ لأن العادة قد تختلف بالزيادة والنقصان، وما يختلف فقد يقع في عادتها، وقد لا يقع فهو على الخلاف فيما إذا لم يكن لها عادة مثاله إذا كانت عادتها أن تحيض عشرة أيام فلا بد أن يقع فيها يوم إثنين، ويجوز أن يتكرر مرتين ففي الثاني الخلاف، انتهى.

وميثاق ما رمز إليه أنها لو كانت ممن لا تحيض، فإن بلغت ثلاثين سنة مثلًا ولم تر حيضًا أو انقطع دمها لعلة أو لهرم فنذرت ثم حاضت أن يقال: تقضي أيام الحيض إما قطعًا أو على الأظهر؛ لأنها قصدت صومها بناء على استمرار عدم الحيض، لكن في «تعليق» إبراهيم المروزي: أنه لو كان عادتها في الحيض العشر الأواخر من كل شهر، فنذرت أن تصوم العشر الأوسط من كل شهر فانتقل حيضها إلى العشر الأوسط هل يلزمها القضاء فيه القولان، وذكر فروعًا إلى أن قال: وعقد الباب أن كل موضع يتيقن وقوعه ضرورة لا يلزمه القضاء، وكل موضع يحتمل في وجوب القضاء قولان، ورأيت في «تعليق» البغوي بعد ذكر الطريقين السابقين، قال المعلق عنه قال الإمام - يعني البغوي - إن كانت حاملًا يوم النذر، وكان كالحيض إن كان عادة نفاسها سبعة فأكثر فلا قضاء عليها، وإن كانت أقل فعلى الخلاف السابق، قال: وإن حبلت بعد النذر، ويحتمل أن يقال: إنه يجب القضاء كما لو نذر صوم شهرين بعد نذر الإثنين، ويحتمل أن يكون على الاختلاف؛ لأنها قد توطأ ولا تحبل، وقد تنفس ولا يمتد زمن نفاسها، انتهى.

فَرْعٌ: لو أفطر بعذر المرض، قال الرافعي: فالمشهور وجوب القضاء، وفي إيراد موردين ما يقتضي القطع به، وجعله الغزالي وابْن كَجٍّ على الخلاف المذكور فيما إذا نذر صوم سنة معينة، ويشبه أن يرجح وجوب القضاء في المسألتين جميعًا، وصرح غيره بنقل الطريقين والمذهب القطع بالقضاء، وقيل على ذلك الخلاف: وبعيد أن يجري هنا خلاف في عدم القضاء بعذر السفر بل الوجه القطع به كما ذكره البغوي، وربما ذكر فيه خلاف مرتب على المريض

أَوْ يَوْمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ. أَوْ يَوْمًا مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ وَقَعَ قَضَاءً.

وأولى بالقضاء، وهذا إن صح يجب تقييده ببعض الأسفار كسفر الجهاد والحج الواجب لا في كل سفر مباح.

تنبيه: قوله في أثاني رمضان قال في «شرح المهذب»: هو الصواب، قال: ووقع في «المهذب» أثانين، انتهى.

ووقع في «المحرر» و«الشرح» و«الروضة» وغيرها، وفي كلام المصنف نفسه في «شرح المهذب»: وفي كتب الأصحاب، وليس هو بخطأ كما تفهمه تصويبه، قال ابن السكت في كتاب الشهور: والأيام جميع الإثنين أثانين والأثاني أكثر في كلام العرب، وفي كتاب «صناعة الكتاب» للنحاس عن الفراء: الجمع الأثانين والأثاني للكثرة.

قال: (**أَوْ يَوْمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَصُمْ قَبْلَهُ**) أي: على الصحيح كالواجب بالشرع، وقيل: يجوز، والمذهب الأول، وكذا لا يجوز تأخيره عنه بلا عذر عليه، كما بيناه قريبًا بما وقع فيه من التعارض، وتقرب أن موضع التردد في يوم لم يشهد الشارع لصومه بالفعل كيوم عرفة [وعاشوراء وما أشبه ذلك كصوم المحرم والأشهر الحُرم وشعبان وأيام البيض.

فَرْعٌ: لو نذر صوم يوم الشك لم يصح] على الأصح، فإن صححناه فليصم غيره، قال في «الروضة» هناك: فإن صامه خرج عن نذره، وهذا يتماشى إذا قلنا صومه مكروه لا غير كما اقتضاه كلام جماعة، أما إذا حرمناه فلا، بل عليه أن يصوم غيره. والظاهر أنه لا فرق في جريان الوجهين في انعقاد نذره بين أن يقول صومه مكروه أو محرم، كما سيأتي في نذر الصلاة في وقت النهي، ويظهر جريان الوجهين في نذره صوم النصف الثاني من شعبان، أو نذر صوم يوم منه لما بيناه هناك، وكذا في نذر إفراد يوم الجمعة بالصيام إذا كرهناه.

قال: (**أَوْ يَوْمًا**) أي: عينه.

(**مِنْ أُسْبُوعٍ ثُمَّ نَسِيَهُ صَامَ آخِرَهُ وَهُوَ الْجُمُعَةُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ وَقَعَ قَضَاءً**)

……

أي: وإن كان تعدت فإنما التزامه هذا الذي ذكره المصنف، قاله البغوي وغيره تفريعًا على المذهب في المسألة قبلها، ونسبه في «شرح المهذب» إلى الأصحاب، واستدل له بالحديث الصحيح: «خَلَقَ اللهُ التُّرْبَةَ يَوْمَ السَّبْتِ» إلى أن قال: «وَخَلَقَ آدَمَ ﷺ بَعْدَ العَصْرِ يَوْمَ الجُمُعَةِ آخِرَ الخَلْقِ» (١) رواه مسلم، لكن رأيت عن البيهقي أنه قال: زعم بعض أهل العلم أنه غير محفوظ لمخالفة ما عليه أهل التفسير والتواريخ من أن ابتدأ الخلق إنما هو في يوم الأحد لا في السبت.

قال البيهقي: وزعم بعضهم أن إسماعيل بن أمية - يعني أحد رواته- إنما أخذه عن إبراهيم بن أبي يحيى عن أيوب وإبراهيم غير محتج به.

قال البيهقي: وقد تابعه عليه موسى بن عبيدة الزيدي عن أيوب إلا أن موسى ضعيف، انتهى.

وفي «روض» السهيلي: إن أول الأسبوع السبت، وأن المشهور من أن أوله الأحد خلاف الصواب، ولم يقل به إلا ابن جريح، انتهى وفيه نظر!

وذكر المصنف في «تهذيبه» عن «المحكم»: أن أوله الأحد، وذكر نحوه في «التحرير» وكذا قاله النحاس وغيره من أئمة اللغة، وقالوا: إنما سمي يوم الإثنين بذلك؛ لأنه ثاني الأيام وكذا في الثلاثاء والأربعاء والخميس، وقضية ذلك أن يقال: يصوم السبت، ويحتمل أن يقال: يصوم الجمعة والسبت ليبرأ بيقين.

قال ابن الرفعة: ويجوز أن يقال يلزمه صوم جميع أيام الأسبوع عملًا بما قاله الماوردي أي: في نذر الصلاة ليلة القدر كما سبق عنه.

إشارة: لو كان الناذر ممن يرى كراهية إفراد الجمعة بالصوم كما جزم به المصنف وغيره وبينا الخلاف فيه، فالظاهر أنه لا يقصد إفراده بالنذر، وحينئذ

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٧، رقم ٦٣٢٣) والبخاري في التاريخ (١/ ٤١٣) وقال قال بعضهم: عن أبي هريرة عن كعب وهو أصح. ومسلم (٤/ ٢١٤٩، رقم ٢٧٨٩)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٢٩٣، رقم ١١٠١٠) وابن خزيمة (٣/ ١١٧، رقم ١٧٣١)، وأبو يعلى (١٠/ ٥١٣، رقم ٦١٣٢) والديلمي (٢/ ١٨٤، رقم ٢٩٢٧).

وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمِ نَفْلٍ فَنَذَرَ إِتْمَامَهُ لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ لَمْ يَنْعَقِدْ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ.

لا يقال يصوم الجمعة بل الخميس، وقس بهذا ما إذا كان ممن يرى كراهة إفراد السبت أو الأحد كما قدمناه عن بعضهم في باب صوم التطوع.

قال: (**وَمَنْ شَرَعَ فِي صَوْمِ نَفْلٍ فَنَذَرَ إِتْمَامَهُ لَزِمَهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: الذي أورده الجمهور؛ لأن صومه صحيح، فيصح التزامه بالنذر ويلزمه إتمامه، والثاني: لا يصح؛ لأنه نذر صوم بعض اليوم، وأجريا فيما لو نذر أن يتم كل يوم نوى فيه صوم التطوع، أما لو أصبح ممسكًا، ولم ينو فهو متمكن من صوم التطوع فلو نذر صوم هذا اليوم ففي انعقاد نذره، ولزوم الوفاء به وجهان، وقيل: قولان، بناء على أن النذر يحمل، قال الإمام: والذي أراه اللزوم.

وقال العمراني: إن المشهور عدم انعقاده، وهذا قضية البناء على القاعدة المذكورة.

قال: (**وَإِنْ نَذَرَ بَعْضَ يَوْمٍ لَمْ يَنْعَقِدْ**) إذ صوم بعض اليوم ليس بقربة.

(**وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ يَوْمٌ**) إذ قد ورد الأمر بإمساك بعض النهار، كمن أصبح مفطرًا يوم الشك، ثم بان أنه من رمضان ولا سبيل إلى صوم بعض يوم؛ إذ لم يعهد شرعًا فلزمه يوم كامل وبنى المتولي المسألة على أنه إذا نوى النفل نهارًا من متى يكون صائمًا؟ إن قلنا: من وقت النية لا ينعقد نذره.

وإن قلنا: من ابتداء النهار فوجهان: وجه المنع أن المنذور ليس بقربة ولا معنى لإيجاب زيادة لم يلتزمها.

فَرْعٌ: لو نذر بعض ركعة أو ركوعًا لم ينعقد، وقيل: ينعقد ويلزمه ركعة، ولو نذر سجدة لم ينعقد، وقيل: يلزمه سجدة فرده، وبه جزم في «الكافي» وذكر الإمام تفريعًا على أنه لو نذر صوم بعض يوم أنه يلزمه صوم يوم كامل أنه لو قال: لله عليَّ أن أركع أو أسجد، فهل يلزمه ما يلزم ناذر الصلاة؟ فيه خلاف، وكان شيخي يقطع بأن السجدة المفردة لا تلزم بالنذر، انتهى ويخرج من كلام الإمام وجوهًا لم أرها منقولة.

أَوْ يَوْمَ قُدُومِ زَيْدٍ فَالْأَظْهَرُ انْعِقَادُهُ، فَإِنْ قَدِمَ لَيْلًا أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

قال: (**أَوْ يَوْمَ قُدُومِ زَيْدٍ فَالْأَظْهَرُ انْعِقَادُهُ**) أي: لأنه نذر صومًا يمكنه فعله بأن يعلم أنه يقدم غدًا فنوى ليلًا، وما أمكن صومه صح نذره كنذر صوم اليوم التالي ليوم قدومه، فإنه يصح قطعًا.

قال المزني وغيره: لأنه قد يجب الصوم في زمن لا يمكن فعله فيه كالصبي يبلغ في أثناء اليوم والمغمى يفيق فيلزمهما القضاء، وكذلك الحائض تطهر، **والثاني**: لا ينعقد؛ لأنه لا يمكنه الصوم بعد القدوم لعدم التثبت فتعذر الوفاء، وقد يقدم ليلًا وإن أخبر ليلًا بأنه قادم فقد يتخلف فلا يمكنه جزم النية ولا صوم إلا بنية مجزومة، قال البندنيجي: والأول اختيار الشافعي، وكأنه يشير إلى قوله في «الأم»: إن القضاء أصح في القياس.

قال: (**فَإِنْ قَدِمَ لَيْلًا أَوْ يَوْمَ عِيدٍ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) ووجه بأن الأوقات لا تقبل الصوم، قال الشافعي والأصحاب: ويستحب له صوم الغد، قال البغوي والرافعي: شكرًا لله تعالى، وكلام الماوردي يفهم أن الشافعي إنما استحبه خروجًا من خلاف من أوجبه من الفقهاء.

تنبيهات: عبارته في «شرح المهذب»: وإن قدم ليلًا فلا صوم عليه ولو عني اليوم بالوقت لم يلزمه أيضًا، قال أصحابنا: ويستحب أن يصوم الغد أو يومًا آخر، انتهى.

وهو توهم أن استحباب صوم الغد محله ما إذا عني باليوم الوقت لا مطلقًا، ويوهم التسوية بين صوم الغد وغيره في الاستحباب وليس كذلك، وقوله: أو يوم عيد، أي: أو تشريق، وهذا جواب منهما على أحد القولين، فيما إذا صادف أحد [الأيام][1] المذكورة عيد أو نحوه وسبق بيان ذلك، وممن صرح بأن أصح القولين هنا وجوب القضاء صاحبا «الحاوي» و«التنبيه» والبندنيجي والمحاملي وشيخهما أبو حامد، فلعل ما جزما به هاهنا طريقة،

---

(١) في نسخة: (الأثاني).

أَوْ نَهَارًا وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْرًا وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا، ....

ولم أرها ويجيء في قدومه في يوم الشك ونحوه ما سبق عن الروياني وغيره، والظاهر فيه لزوم القضاء.

وقوله: (أو في رمضان) قضية كلام الشيخين وكثيرين أنه لا يلزمه صوم يوم عنه بلا خلاف، كما لو قدم ليلًا، والظاهر أن في قضائه يوم القدوم في رمضان الخلاف في يوم العيد كما ذكرته في «الغنية» بحثًا [لأنه قد يقدم في غيره وقضيته كلام الماوردي الجزم بقضائه].

ثم رأيت القفال قال في «الفتاوى» إذا قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أصوم الشهر الذي يشفى فيه فشفي في رمضان فهل يلزمه القضاء؟ فيه قولان بناء على أنه لو قال: لله عليَّ صوم كل إثنين فوافق بعض الأثانين يوم العيد، ففي قضائه قولان.

ورأيت في «تعليق» البغوي أنه لو قدم في يوم العيد أو في يوم من أيام التشريق هل يلزمه القضاء؟ هذا مرتب على ما لو قدم في اليوم الذي يقبل الصوم، إن قلنا: لا يجب فهاهنا أولى، وإن قلنا: يجب فهاهنا وجهان.

قال البغوي: والأصح عندي إنه لا قضاء عليه؛ لأن من أوجب القضاء يجعله كأنه التزم صوم ذلك اليوم من أوله، ولا يجوز التزام صوم يوم العيد، انتهى. وكتب المعلق تجاهه بأنه التزم صوم مثل اليوم يجب أن يصح التزامه.

قال: (**أَوْ نَهَارًا وَهُوَ مُفْطِرٌ أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْرًا وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا**) كما لو نذر صوم يوم معين.

تنبيهات: أحدها: قال في أصل «الروضة»: إذا قدم وهو مفطر يلزمه أن يصوم عن نذره يومًا وهل يقول لزمه بالنذر الصوم من أول اليوم، أو من وقت القدوم وجهان أصحهما الأول، وبه قال ابن الحداد، وتظهر فائدة الخلاف في صور عد منها ثلاثة.

قلت: وفي إطلاقهما لزوم صوم يوم تفصيل، فأقول: إن أصبح مفطرًا بأكل أو جماع أو مرض أفطر له أو إغماء فواضح، وكذا لو أصبح ممسكًا من

....

غير نية لزمه صوم يوم آخر، ولا يكفيه أن ينوي ويصوم يومه، وقيل: يكفيه، وقيل: يجب عليه أن ينوي ويجزئه، وأما لو أصبح مفطرًا بجنون طرأ عليه.

قال الماوردي: فلا قضاء عليه كصوم رمضان، وإن أصبحت مفطرة بحيض أو نفاس فعلى الطريقين السابقين في مسألة الأثاني، وفي «التهذيب» وغيره: أنها لو نذرت صوم يوم بعينه فحاضت فيه هل يجب القضاء؟ فيه قولان، كما ذكرنا في السنة المعينة، ونقل الرافعي وغيره في نظير المسألة من الاعتكاف وجهًا عن القاضي أبي حامد وصاحب «الإفصاح»: أنه إذا أصبح يوم قدوم زيد مريضًا فلا شيء عليه لعجزه وقت الوجوب، كما لو نذرت صوم يوم بعينه فحاضت فيه ولم يذكروه هنا، فاسأل عن الفرق.

الثاني: إذا قدم نهارًا والناذر مفطر؛ قال الماوردي وغيره: يستحب له أن يمسك بقية يومه [كالمسافر في رمضان مفطرًا].

ثم قضية كلام الشيخين في كتاب الصيام أنه لا يلزم الناذر الإمساك بلا خلاف، وحكى ابن الرفعة فيه هنا طريقتين:

إحداهما: وهي التي أوردها الإمام والقاضي الحسين والماوردي القطع بالمنع، وحكى الروياني ومُجَلِّيٌّ عن بعض المراوزة أنا إذا قلنا: يجب القضاء يجب الإمساك، وإلا فلا، انتهى. وهذا ما في «عمد» الفوراني، وصرح في «الإبانة» بنقل الطريقتين.

قال ابن الرفعة: وقال الغزالي أطلق الأصحاب القول في هذا، وظني أنه إنما يجب الإمساك إذا كان لم يأكل، فإن كان قد أكل فكيف يلزمه الإمساك وهو من خصائص رمضان.

قال ابن الرفعة: وهذا ما اقتضاه كلام أبي الطيب فإنه قال: إذا قدم نهارًا أو كان مفطرًا ولم يطعم ذلك اليوم شيئًا أمسك يومه وقضى، انتهى.

وقدمت في كتاب الصيام عن نصِّه في «البويطي» أنه يجب الإمساك في الصوم المنذور كرمضان وهو يقدح فيما ذكره.

....

الثالث: ذكر الشيخان من ثمرة الخلاف السابق في أنه هل يلزمه بالنذر الصوم من أول اليوم أو من وقت القدوم؟ أنه لو نذر اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم نصف النهار، وإن قلنا بالأصح اعتكف باقي اليوم وقضى ما مضى، قال الصيدلاني: أو يعتكف يومًا مكانه، قال الرافعي: والظاهر والمصنف والصحيح أنه يتعين أي: اعتكاف باقي اليوم وإتمامه من يوم آخر، ولا يجوز العدول إلى غيره بلا عذر.

وإن قلنا بالوجه الثاني كفاه اعتكاف باقي اليوم ولا يلزمه شيء آخر، هذا حاصل «الشرحين» و«الروضة» و«شرح المهذب» غير أنه في «شرح المهذب» أعادها بعد ورقتين، وحكم بأن الصحيح أنه لا يلزمه قضاء ما مضى، وذكرا جميعًا في كتاب الاعتكاف أنه إذا قدم نهارًا لزمه اعتكاف بقية النهار ولا يلزمه قضاء ما مضى على أظهر القولين، وعلى الثاني يلزمه فيقضي بقدر ما مضى من يوم آخر.

قال المتولي: **الأولى**: أن يستأنف اعتكاف يوم ليكون اعتكافه متصلًا هذا ما في «الروضة» وأصلها، وزاد في «شرح المهذب» هناك: واتفقوا على أن الأصح أنه لا يلزمه قضاء ما مضى من يومه وهو المنصوص، هكذا ذكر المسألة الأصحاب في كل الطرق إلا المتولي فقال: إن قدم وقد بقي معظم النهار لزمه الاعتكاف بلا خلاف، وفيما يلزمه وجهان: المذهب: ما بقي من النهار.

والثاني: قاله المزني وابن الحداد يلزمه ذلك مع قدر ما مضى، فإن قدم وقد بقي من النهار دون نصفه فأربعة أوجه:

أحدها: لا شيء عليه.

والثاني: يلزمه ما بقي مع قضاء ما مضى، والثالث: ما بقي فقط، والرابع: ما بقي مع ساعة من أول الليل بحيث تسمى تلك الساعة اعتكافًا، انتهى.

فنقلا الخلاف قولين وعكسا الترجيح، وهو المذهب الصحيح لا ما رجحاه هنا تبعًا للمزني وابن الحداد، وكذا قال العمراني وغيره هاهنا: إن

....

المذهب أنه لا يلزمه قضاء بقية اليوم خلافًا للمزني.

الرابع: قوله: (أَوْ صَائِمٌ قَضَاءً أَوْ نَذْرًا؛ وَجَبَ يَوْمٌ آخَرُ عَنْ هَذَا) أي: عن نذره للقدوم، كذا قاله الأصحاب ومنهم الماوردي، قالوا: واستحب الشافعي في «الأم» و«المختصر» أن يعيد صوم اليوم الواجب الذي دخل فيه، قالوا: لأنه بان أنه صام يومًا مستحق الصوم لكونه يوم قدوم زيد.

قال البغوي: وفي النص دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه ثم صامه عن نذر آخر أنه ينعقد ويقضي نذر هذا اليوم، وهذا جعله البندنيجي المذهب، وحكى هو والبغوي وجهًا أنه لا ينعقد، وحكاه المتولي قولًا، ووقع لابن الرفعة في «الكفاية» سهو في نقل كلام الماوردي أوضحته في «الغنية» وسقت كلام «الحاوي» ولخصه الشاشي في «الحلية» على الصواب فقال: وإن كان صائمًا قضاءً أو كفارة؛ لزمه إتمامه عن فرضه الذي دخل فيه، وهل يلزمه قضاؤه عن ذلك الفرض؟ فيه وجهان:

ثانيهما: أنه يستحب قضاؤه، ويقضي صوم النذر للقدوم، وإن كان صائمًا في يوم القدوم عن فرض متعين كصوم رمضان والنذر المعين؛ أكمل صومه عن فرضه ولم يلزمه قضاؤه ويستحب له قضاؤه ويقضي عن النذر، هذا كله ذكره في «الحاوي» وعندي أن ذكر القضاء للصوم الذي وافق يوم القدوم لا وجه له واجبًا ولا مستحبًا؛ لأنه معتد به عما شرع فيه لا خلاف فيه، وموافقة النذر له ما أوجبت حالًا فيه بحال، انتهى لفظه.

ونقله عن «الحاوي» محرر لا كما نقله ابن الرفعة، وأما بحثه فلا شك أنه إذا قدم في رمضان لا يجب قضاء صوم يوم عن رمضان، ولا يستحب بلا خلاف، وأما إذا وافقه صائمًا عن قضاء أو نذر مطلق فالخلاف في وجوب القضاء عما هو فيه من القضاء والنذر والكفارة مشهور، وحكاه بعضهم قولين، وبعضهم وجهين.

وحكم من قال: يقضي وجوبًا بعدم انعقاده، وأما من حكم بألا قضاء وهو

أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفْلًا فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ يَجِبُ تَتْمِيمُهُ وَيَكْفِيهِ، وَلَوْ قال: إنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ الْيَوْمِ التَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ، وَإِنْ قَدِمَ عَمْرٌو فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ فَقَدِمَا فِي الْأَرْبِعَاءِ وَجَبَ صَوْمُ الْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ النَّذْرَيْنِ وَيَقْضِي الْآخَرَ].

المذهب فأطبقوا على استحباب القضاء احتياطًا، ونص عليه في «الأم» و«المختصر» وفيه الخروج من الخلاف فدعوى الشاشي الاتفاق على الاعتداد به ممنوع ولأجله أنكر الاستحباب فنقله صحيح، وبحثه مدخول.

الخامس: لو تبين للناذر أن زيدًا يقدم غدًا فنوى من الليل؛ أجزأه على الأصح عند الجمهور خلافًا للقفال والقاضي الحسين، ويفتقر التردد في النية إذا غلب على ظنه قدومه، وخصص المتولي الوجهين بما إذا قلنا يلزمه الصوم من أول النهار، وذكر أنا إذا قلنا باللزوم من وقت القدوم فلا يجزئ الصوم بنية من الليل؛ لأن سبب الوجوب لم يوجد في أول النهار حتى ينوي انقطاع صوم منه عن الواجب.

قال: (**أَوْ وَهُوَ صَائِمٌ نَفْلًا فَكَذَلِكَ**) أي: يلزمه يوم آخر عن نذره، هذا هو المنصوص في «الأم» وغيره.

(**وَقِيلَ: يَجِبُ تَتْمِيمُهُ وَيَكْفِيهِ**) أي: يجب أن يتمه ويكون أوله تطوعًا وآخره فرضًا كمن دخل في صوم تطوع ثم نذر إتمامه، ولا بد أن يتمه بنية صومه المنذور للقدوم وإلا فمجرد إتمامه بنية التطوع لا تجزئ بلا شك، هكذا أرسلوا الوجهين، وذكرا عن البغوي والمتولي في ذلك شرحًا يطول ذكره بلا فائدة.

قال: (**وَلَوْ قال: إنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ الْيَوْمِ التَّالِي لِيَوْمِ قُدُومِهِ، وَإِنْ قَدِمَ عَمْرٌو فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمُ أَوَّلِ خَمِيسٍ بَعْدَهُ فَقَدِمَا فِي الْأَرْبِعَاءِ وَجَبَ صَوْمُ الْخَمِيسِ عَنْ أَوَّلِ النَّذْرَيْنِ**) أي: لسبق وجوبه.

(**وَيَقْضِي الْآخَرَ**) أي: لتعذر صومه، وأبدى البغوي في انعقاد النذر الثاني احتمالًا، وكأنه يريد أثانين بالآخر أنه لم ينعقد، فلو صام الخميس عن النذر الثاني صح صومه على الأصح أو الأظهر، ويلزمه قضاء يوم عن النذر الأول.

فَرْعٌ: قال البغوي: لو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبدًا [فقدم يوم

الإثنين] فهو كما لو نذر صوم الأثانين كلها أبدًا، وقد ذكرنا حكمه، انتهى. ولو كان قد سبق منه نذر صوم الإثنين أبدًا فأما الحكم فلا يخفى استخراجه مما سبق.

فَرْعٌ: لا ينعقد نذر صوم يوم العيد كيوم الحيض وكذا أيام التشريق على المذهب، قال ابن القطان: ولو نذر صوم يوم بغير نية؛ ففي انعقاد نذره وجهان.

ولو نذر شيخ هرم أو مريض عاجز لا يرجى برؤه صومًا في خلال عجزه؛ فأصح الوجهين في زيادة «الروضة» أنه لا ينعقد.

وقال ابن الرفعة: إن عدم الانعقاد مبني على أن الواجب عليه الفدية، وإن الصحيح خلافه.

فَرْعٌ: قال الرافعي: إذا نذر صوم الدهر انعقد نذره، وقد ذكرنا في آخر الصيام أن منهم من أطلق القول بكراهته، ولا يتعد أن يتوقف على ذلك التقدير في صحته؛ لأن النذر تقرب والمكروه لا يتقرب به، والمذهب انعقاده ثم يستثنى منه العيدان، وأيام التشريق، وقضاء رمضان إن كان عليه، وكذا إن كان عليه كفارة عند النذر.

وإن لزمت الكفارة بعد النذر فقد أطلقنا هناك أنه يصوم عن الكفارة، ويفدي عن النذر، وأن المتولي بنى على أن النذر هل يسلك به مسلك واجب الشرع أم الجائز؟

إن قلنا: بالأول فلا يصوم عن الكفارة ويصير كالعاجز عن جميع الخصال.

وإن قلنا بالثاني فيصوم عن الكفارة، ثم إن لزمت بسبب هو فيه مختار؛ فعليه الفدية؛ لأنه تارك لصوم النذر بما فعل، وإلا فلا فدية عليه، فهو كمن أفطر بعذر.

ولو أفطر هذا الناذر في رمضان بعذر أو غير عذر؛ فعليه القضاء ويقدمه على النذر كما يقدم الأداء، ثم إن أفطر بعذر فلا فدية، أو متعديًا لزمته الفدية؛ لأنه فوت صوم النذر بعدوانه.

……

ولو أفطر يومًا من الدهر فلا سبيل إلى القضاء لاستغراق العمر بالأداء، ثم ينظر إن أفطر بعذر مرض أو سفر فلا فدية عليه كرمضان وأولى، وإن أفطر عمدًا بلا سبب فعليه الفدية لتقصيره كمن أفطر في رمضان متعديًا ومات قبل التمكن من القضاء، ثم أفاد الإمام هنا شيئين: أحدهما: قال: لو نوى في بعض الأيام قضاء يوم أفطر فيه متعديًا؛ فالوجه أنه يصح وإن كان.

الواجب غير ما فعل، ثم يلزمه المد لتركه الأداء في ذلك اليوم ذلك أن يقول: يجيء في الصحة الخلاف المذكور فيما إذا عين وقتًا للنذر هل ينعقد فيه صوم آخر؛ لأن أيام العمر قد عينها بنذره للصوم.

والثاني: قل هي يجوز أن يصوم عن المفطر المتعدي وليه في حياته تفريعًا على أنه يصوم عن الميت، والظاهر عندنا جوازه لتعذر القضاء منه، وفيه احتمال من جهة أنه قد فطر لعذر يجوز ترك الصوم له ويتصور تكلف القضاء منه، وقد يستفاد مما ذكره أنه إذا سافر قضى ما أفطر فيه متعديًا، وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي، انتهى كلام الرافعي ﷺ، وتبعه الشيخ في «الروضة» و«شرح المهذب» وهنا أمور:

منها: ادعى في «شرح المهذب» نقلًا عن الأصحاب: أنه لو نذر صوم الدهر صح بلا خلاف، ولزمه الوفاء به بلا خلاف، وفيه إشكال بيِّن والمتوجه إنا إذا قلنا: بكراهية عدم الانعقاد كما رمز إليه الرافعي، ثم العجب من البغوي: أنه جزم بالكراهة للنهي عنه وهو الأقوى، وليس عنه جواب مرضي، ثم حكم بانعقاد نذر صومه على أن القول بعدم الكراهة له شروط لا يمكن العلم بها، فينبغي ألا يصح نذره مطلقًا، كما قاله بعض الشيوخ؛ لأنه وإن كان قادرًا فلانًا من العجز من بعد، ولهذا ردَّ ﷺ على عبد الله بن عمرو وغيره مع ظهور قدرتهم في الحال وظنهم قدرتهم عليه أبدًا.

قال: ومن يعلم من نفسه إنه لا يعجز في الثاني، وأنه لا يفوت حقًّا من الحقوق الواجبة ولا المنذر به، ولا يفوته شيء من أعمال البر المطلوبة، ولا يحصل له ضرر في بدنه، انتهى. وهذا حق وليس عنه جواب مرضي.

....

ومنها: قضية إطلاقهم كما سيأتي انعقاده من كل مكلف، وانعقاده من المرأة المزوجة ومن الرقيق بغير إذن السيد والزوج أشكل وأبعد؛ لأنه محجور عليهم في الصيام لحقوق الأزواج والسادات، ويحرم عليهم الدخول في التطوع بلا إذن كما سبق.

ومنها: قالوا لو نذرت المرأة صوم الدهر، أي: بعد النكاح فللزوج منعها من فعله، فإن منعها من فعله فإن منعها فلا قضاء ولا فدية؛ لأنها معذورة، وإن إذن لها أو مات، أي: أو فارقها لزمها الصوم، فإن أفطرت بلا عذر أثمت ولزمها الفدية، ولك أن تقول لم تلزمها الفدية إذا منعها الزوج؛ لأنها متعدية بنذرها بلا إذن وعاصية بالصوم بلا إذن؛ إذ يحرم عليها أن تصوم وهو شاهدًا إلا بإذنه كما سبق، وقضية إطلاقهم أنه إذا منعها أنه لا قضاء ولا فدية مادامت في حبالته، وينبغي أنه إذا سافر سفرًا طويلًا أن يلزمها الصوم زمن غيبته؛ إذ لا مزاحم كما قدمناه في صوم التطوع، وأشار إليه الحديث الصحيح.

ومنها: جزم الرافعي: بأنه إذا أفطر بعذر النذر في رمضان بعذر قضى ولا فدية عليه للنذر.

قال الشيخ في «شرح المهذب» هناك: وهل يكون نذره متناولًا لأيام القضاء؟ فيه طريقان: أحدهما: لا، فعليه يقضي عن رمضان ولا فدية، وبه قطع البغوي وغيره، وأشهرهما فيه وجهان: ثانيهما: أنه يتناولها، فعلى هذا إذا قضى رمضان هل يلزمه الفدية؟ قال ابن سريج: يحتمل وجهين: ثانيهما: يلزمه؛ لأنه كان قادرًا على صومه عن النذر، فعلى هذا له أن يخرج الفدية في حياته ليأسه عن القدرة، هكذا ذكر المسألة جماعة وعددهم فيمن فاته صوم رمضان بعذر.

وقال البغوي والرافعي: إن هذا الحكم جاز سواء فاته بعذر أم بغيره، قال أصحابنا: وهذا الحكم إذا نذر صوم الدهر ثم لزمته كفارة بالصوم؛ فيصوم عنها لوجوبها بالشرع، فعلى هذا يكون حكم الفدية عن صوم النذر ما سبق هكذا صرح به ابن سريج وهؤلاء المذكورون يعني البندنيجي والكرخي

....

وأصحاب «الشامل» و«العدة» و«البيان» وغيرهم، قال: وقطع البغوي والرافعي بوجوب الفدية إذا صام عن الكفارة، انتهى. وفيما أطلقه عنهما نظر يدرك بمراجعة كلامهما.

ومنها: قال في «البحر» عن والده: إنه لو أفطر يومًا في غير رمضان هل يقضيه؟ قال أصحابنا: لا، فلو قضاه يومًا آخر هل يصح عن القضاء أو لا يصح قضاء ولا أداء؟ فيه وجهان.

قال ابن الرفعة: ويمكن أحدهما من وجهين عن ابن سريج فيما إذا نذر صوم يوم بعينه، ثم أراد أن يأتي فيه بفرض آخر عن النذر هل يصح؟ وجهان: أحدهما: لا كما في رمضان، ثم على الثاني: يلزمه الإطعام في الحال؛ لأنه ليس من قضاء هذا اليوم، قاله في «البحر» ويحتمل وجهًا آخر، انتهى. وقد تضمن هذا الكلام نقلًا ما أبداه الرافعي استفهامًا وبحثًا.

ومنها: لو سافر هذا الناذر، هل يحل له الفطر؟ وهل عليه الإطعام في الحال؟ فيه وجهان الذي أورده الرافعي: عدم الوجوب، بخلاف ما لو أفطر بغير عذر، فإنه جزم بالوجوب كما سبق، وأطلق الرافعي: أنه إذا أفطر بعذر سفر أنه لا فدية عليه، وقضية تجويز الفطر له بكل سفر مباح وفيه نظر، ويتجه أن يفصل عن سفر الحاجة والنزهة، فيجوز في سفر الحاجة دون النزهة، وإن جوزنا للمسافر في رمضان للنزهة الفطر؛ لأن ذلك لا ينسد عليه باب القضاء بخلاف هذا؛ ولأن هذا أوجب على نفسه الصوم بنذره في الأزمان، ولهذا اختلفوا في جواز الفطر له بالسفر بخلاف صوم رمضان، والوجه أنه إذا سافر للنزهة أنه لا يجوز له الفطر، فإن أفطر افتدى هذا قضية النظر، والعلم عند الله.

ومنها: جزم الرافعي: بأنه لو نذر صوم يوم آخر لم ينعقد نذره؟ قال ابن الرفعة: ويتجه أن يكون كنذر الشيخ الهرم الصوم وقد تقدم، وأشار إلى قوله هناك بعد ذكره الخلاف في الشيخ الهرم هل واجبه الصوم أو الفدية أو أنه لو نذر صومًا لم ينعقد؟ على قولنا: بأن واجبه الفدية، قال: وهو ما صححه في «الروضة» يعني: عدم الانعقاد لعجزه عنه فلا يلزمه الفدية؛ لأنه لم يلتزم إلا

قال المصنف: [فَصْلٌ]: نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ إِتْيَانِهِ؛ فَالْمَذْهَبُ وُجُوبُ إِتْيَانِهِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، ....

الصوم، بخلاف ما إذا قلنا بمقابله فإنه يلزمه الفدية.

وقال القاضي الحسين وآخرون كما قال الرافعي: يحتمل أن نبني صحة نذره على أن النذر ما سلك به، قال: والصحيح إن الصوم واجب على الشيخ الهرم ومن في معناه، وهو مخير بين أن يأتي به وبين أن يطعم، على القول بوجوب الفدية للآية.

ومنها: ما ذكر الإمام أنه الظاهر أن الولي يصوم عن هذا الناذر في حياته إذا تعدى بالفطر تفريعًا على أنه لا يصوم [أحد عن أحد][1] فيه نظر، [وقد أطلق الماوردي والمصنف: نقل الإجماع على أنه لا يصوم أحد عن أحدٍ في حياته].

قال الماوردي: عاجزًا كان أو قادرًا بأمر وغير أمر، وأيضًا فالولي إنما له سلطة الصوم عنه بعد وفاته، أما في حياته فهو كالأجنبي، وقد قال الرافعي في «الوصايا»: إنه لو أوصى إلى أجنبي ليصوم عنه صح، وحينئذٍ على التجويز يكون المرجع إليه، وينتج ذلك أنه يلزمه أن يستأجر من يصوم عنه حيث لا يجد متبرعًا معجلًا، فإن قضى ما عصى بفطره فوريًّا، وقد جوزوا هناك للولي أن يستنيب من يصوم عنه ولو بأجرة، وإذا جاز للولي ذلك كان له أجور.

ومنها: قول الرافعي ﷺ: وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي؟ فيه نظر ظاهر؛ لأنه يفوت به الأداء الذي تحصيله أهم من تحصيل القضاء؛ بل يتجه ألا يجوز له السفر بهذا الغرض لتفويته أداء الصوم الواجب مع ما في صحة صوم القضاء منه من الخلاف لتعين الوقت للأداء.

قال الشارح:

قال: **(فَصْلٌ: نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى بَيْتِ اللهِ تعَالى أَوْ إِتْيَانِهِ فَالْمَذْهَبُ: وُجُوبُ إِتْيَانِهِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ)** هنا صور: إحداها: إذا نذر الذهاب إلى بيت الله الحرام أو إلى الكعبة أو المسجد الحرام بحج أو عمرة لزمه ما التزمه لا محالة سواء

---

(١) في نسخة: (عن الميت).

بلفظ بذكر البيت الحرام أو نواه.

الثانية: إذا نذر اثنان بيت الله الحرام أو الكعبة أو المسجد الحرام ولم يسم حجًا ولا عمرة ولا نوى؟ أحدهما بل أطلق فطريقان: المذهب منهما القطع بأنه يلزمه إتيانه لحج أو عمرة حملًا للإطلاق على ما ثبت له أصل في الشرع كما لو نذر أن يصلي حمل على الصلاة المعهودة لا الدعاء، وقصد البيت الحرام في الحج هو بحج أو عمرة هذه طريقة أكثر العراقيين.

والثانية: للمراوزة أن فيه قولان مبنيين على أن مطلق النذر علام تحمل؟ إن قلنا على واجب الشرع لزمه الإحرام بحج أو عمرة، وإن حمل على مجرد الاسم بني على أصل آخر، وهو أن دخول الحرم هل يوجب إحرامًا؟ إن قلنا: يوجبه لزمه ذلك وصح النذر وإلا فكما لو نذر المشي إلى المسجد الأقصى أو المدينة هكذا نقل في «الذخائر» وبنى المتولي المسألة من زائد على هذا الأصل الثاني.

وقال الدارمي من العراقيين: وإن أطلق فوجهان، يعني: طريقان: **أحدهما**: يحمل على العرف فيحرم بحج أو عمرة أو قرآن.

والثاني: لا يكون إلا المضي فيكون على القولين هل يجوز دخولها بغير إحرام؟ فإن قلنا: لا دخلها محرمًا بشيء، وإن قلنا: يجوز فقولان كبيت المقدس والمدينة، وإذا قلنا: يجب فجأة نظر إليه، وقيل يصلي أو يطوف أو يعتكف، انتهى.

فالوجه الأول في كلامه طريقة أكثر العراقيين، **والثاني**: طريقة خراسان على أن هذا الخلاف ذكره الماوردي وغيره عن العراقيين.

الثالثة: إذا نذر المشي إلى بيت الله تعالى أو إتيانه ونحو ذلك من الألفاظ ولم يقل الحرام ونحوه ولا نوى ذلك فقد اقتضى كلام «المحرر» و«المهذب» وغيرهما نقل الطريقين السابقين فيه كما لو صرح بذلك أو نواه وليس كذلك، والمنقول في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها أنه إذا قال: إلى بيت الله، ولم يقل الحرام ولا نواه أن الأصح من الوجهين أو القولين أنه لا ينعقد نذره، وهو

....

الأصح في «التهذيب» و«النهاية» و«العمد» و«البسيط» وغيرها ونسبه في «الذخائر» إلى الأكثرين.

وقال الشيخ في «شرح المهذب»: إنه الصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب من الطريقين، وصححه المصنف في «التنبيه» كالجمهور، وقال: إنه ظاهر المذهب، أي: والمنصوص في «الأم»؛ لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى ولم يقيد بلفظ ولا نية.

والثاني: حمل إطلاقه على البيت الحرام؛ لأنه السابق إلى الفهم فيكون كالمذكور لفظًا أو نيته، والمذهب الأول وممن صرح بأن الأصح أنه لا ينعقد نذره من العراقيين الْمحَامِلِيّ في كتبه، والقاضي أبو الطيب في «المجرد» والجرجاني وآخرون، وقال الروياني في «التجربة»: إذا قال: لله علي أن أمشي إلى بيت الله ولم يقل الحرام؛ قال عامة أصحابنا: لا ينعقد نذره إلا أن ينوي بيت الله الحرام نص عليه في «الأم» وغلط المزني في نقله أنه ينعقد ويلزمه المشي إلى بيت الله الحرام بنسك؛ لأن مطلق بيت الله يرجع إلى الكعبة، انتهى.

إشارات: **منها**: اختلفوا هل هذا الخلاف وجهان أو قولان؟ قالوا: نقل المزني إنه يلزمه، ونص في «الأم» أنه لا ينعقد نذره، ونص «المختصر» ظاهر لا صريح ونص «الأم» صريح.

قال في «الشامل»: ففي المسألة قولان؛ لكنها مشهورة بالوجهين، وأما ما أفهمه كلام «المنهاج» من أن المذهب القطع بذلك فغريب، وإنما ذلك في الصورة الثانية وغالب الظن أنه سقط من نسخ «المحرر» لفظة الحرام، وجرى على ذلك في «المنهاج».

ومنها: إذا التزم إتيان المسجد الحرام أو الكعبة ونحو ذلك سواء التزمه بلفظ المشي أو الإتيان والانتقال والذهاب والسعي والمضي والقصد والمسير ونحوها، ولو نذر أن يمس بثوبه حطم الكعبة أو يضربه به، فهو كما لو نذر إتيانها صرح به الإمام والمراوزة وعزاه في «البسيط» إلى الأصحاب.

....

ومنها: لو قال: أمشي إلى الحَرم أو إلى مكة أو ذكر بقعة من الحرم كالصفا أو المروة أو مَسْجِدِ الْخَيْفِ، أو منى أو مزدلفة أو مقام إبراهيم أو بئر زمزم وغيرها، فهو كما لو قال: إلى بيت الله الحرام، قال الشيخ باتفاق الأصحاب: حتى لو قال إلى دار أبي جهل أو دار الخيزران كان الحكم كذلك لشمول حرمة الحرم.

وذكر المتولي ما سبق عنه فيما إذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام أو إلى المسجد الحرام، ثم قال: وأما إذا قال: لله عليّ أن أمشي إلى مكة أو إلى الصفا أو المروة أو إلى منى أو إلى بقعة من بقاع الحرم، فإن قلنا: دخول الحرم يقتضي إحرامًا انعقد نذره وإلا فلا، وعلى هذا الطريق اقتصر الدارمي وهو قادح فيما ادعاه الشيخ من الوفاق، وسنذكر عن الماوردي ما يخالف ذلك أيضًا.

وفي «تعليق» البغوي: ولو نذر أن يأتي «مكة» فهل يلزمه الإتيان بنسك؟ إن قلنا دخول الحرم يقتضي الإحرام لزم، وإلا فلا.

ومنها: إذا نذر المشي إلى الكعبة أو قال إلى البيت الحرام بلا حج ولا عمرة؟ فوجهان قال الشيخ في «شرح المهذب» **أصحهما**: ينعقد نذره وممن صرَّح بتصحيحه الدارمي وغيره، وعلى هذا يلزمه قصد الكعبة بحج أو عمرة على الصحيح، انتهى.

ولم أر ما نسبه إلى الدارمي ولا المسألة هنا في كتابه فلعلها سقطت من أصلي أو ذكرها في موضع آخر، ولم أر من صحح انعقاد نذره غير المصنف وأبي علي الْفَارِقِيّ، وقضية كلام الشيخ أبي حامد وأتباعه بترجيح المنع كما أشرت إليه في «الغنية» وسلك الماوردي وغيره في المسألة طريقًا آخر فقال: في انعقاد نذره وجهان، فإن صححناه فهل يلغى الشرط أو يصح؟ وجهان فإن قلنا [يصح][1] لاتصاله بالنذر فثلاثة أوجه:

أحدها: يلزمه أن يصلي ركعتين هناك وهو ما حكاه القاضي أبو الطيب.

---

[1] في نسخة: (لا يصح).

……………………………………………………………………

والثاني: يلزمه أن يضم إلى قصد البيت من طواف أو صلاة أو صوم أو اعتكاف.

والثالث: لا يلزمه ذلك؛ لأن قصد البيت طاعة ومشاهدته قربة.

قال ابن الرفعة: وبذلك يحصل في المسألة خمسة أوجه: النذر باطل، النذر صحيح والشرط باطل، هما صحيحان وعليه فعل ركعتين، هما صحيحان وعليه فعل عبادة، هما صحيحان وليس عليه سوى القصد، انتهى.

ورأيت في «شرح كفاية» الصيمري ما لفظه: ففيه أربعة أوجه: **أحدها**: نذره باطل.

والثاني: صحيح ولا يأتيه إلا حاجًا أو معتمرًا، وصحيح ولا يلزمه أكثر من أن يأتي الحرم، **والرابع**: يلزمه أن يأتي الحرم فيعمل فيه عملًا من طواف أو صلاة أو اعتكاف، انتهى.

ومنها: لو نذر أن يأتي عرفات، فإن أراد التزام الحج، وعبر عنه بذلك أو نوى أن يأتها محرمًا انعقد نذره بالحج وأن [ينوي][1] ذلك لم ينعقد، كما لو نذر أن يأتي بقعة أخرى من الجبل.

قال الرافعي: وعن ابن أبي هريرة إنه إن نذر إتيان عرفات [يوم عرفة] لزمه أن يأتيها حاجًا، وقيد في «التتمة» هذا الوجه بما إذا قال: يوم عرفة بعد الزوال، انتهى.

والمراد أنه قيد الإتيان بما بعد الزوال؛ لأنه وقت الوقوف.

وعبارة «تعليق» البغوي: وقال القاضي: إذا قال: آتي عرفة يوم عرفة بعد الظهر، وجب أن يلزمه إتيانه، فإذا أتى يحج، انتهى.

ووقع في أصل «الروضة» و«شرح المهذب» وقيد في «التتمة» هذا الوجه بما إذا قال ذلك يوم عرفة بعد الزوال، والصواب حذف قوله: ذلك، وحكى

---

(١) في نسخة: (لم ينو).

فَإِنْ نَذَرَ الْإِتْيَانَ لَمْ يَلْزَمْهُ مَشْيٌ، وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيَ أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِيًا فَالْأَظْهَرُ وُجُوبُ الْمَشْيِ، ....

الإمام عن القاضي الحسين أنه تردد جوابه في المسألة، فقال مرة: إنه يلزمه الحج إذا أطلق اثنان عرفة، فهذا ما أبداه الماوردي احتمالًا، وقال مرة: إن خطر له شهود عرفة في يوم عرفة لزمه، انتهى.

وإذا كان هذا مع خطورة بباله فمع تصريحه أولى، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب والمذهب ما سبق.

قال المصنف وبه قطع جماهير الأصحاب، ورأيت في «تعليق» البغوي وإبراهيم المروزي أنه لو نذر المشي إلى عرفة إن أراد يوم عرفة فهو كما لو نذر حجًا وإن لم يرد يوم عرفة، قال عامة أصحابنا: لا يلزمه شيء، وقال القاضي مرة: يلزمه حج، انتهى. وهذا منه يقتضي أنه إذا أراد يوم عرفة يلزمه حج باتفاق الأصحاب، وهو غريب، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ نَذَرَ الْإِتْيَانَ لَمْ يَلْزَمْهُ مَشْيٌ**) أي: بلا خلاف؛ لأنه لم يلتزمه؛ بل له الركوب وكذا حكم الصيغ السالفة ونحوها التي ليس فيها تعرض الالتزام أو المشي.

قال: (**وَإِنْ نَذَرَ الْمَشْيَ، أَوْ أَنْ يَحُجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِيًا؛ فَالْأَظْهَرُ: وُجُوبُ الْمَشْيِ**) الخلاف مبني على أن الحج أو الاعتمار راكبًا أفضل أو ماشيًا، وفيه قولان: أحدهما: أن الركوب أفضل وصححه المصنف، وزاد أنه الصواب اقتدائه ﷺ ولأن فيه يحمل زيادة مؤنة وإنفاق في سبيل الله.

والثاني: أن المشي أفضل وصححه الرافعي وغيره؛ لأن التعب فيه أكثر، وفي الصحيحين. أنه ﷺ قال لعائشة: «**أجرك على قدر نصبك**»⁽¹⁾ وقد يجاب عن حجه ﷺ بأنه لو مشى في حجه لمشى جميع من حج معه وهم الجمع الغفير وفيهم من لا يطيق المشي أو يشق عليه مشقة لا يحتمل؛ فأراد ألا يخرج أمته ذلك الوقت ولا فيما بعد.

---

(١) أخرجه البخاري (١٧٨٧) ومسلم (٢٩٦٨).

……………………………………………………………………

وحكي قول ثالث: أنهما سواء لتعارض المعنيين، وقال ابن سريج: هما سواء ما لم يحرم، فإذا أحرم فالمشي أفضل، وقال الغزالي في «الإحياء»: من سهل عليه المشي فهو أفضل في حقه ومن ضعف وساء خلقه لو مشى فالركوب أفضل، وهذا حسن ولو لم يضعف ولا ساء خلقه به؛ لكن يفوته به من الذكر والتلاوة ما لو كان راكبًا لأتى منه إضعاف ما يأتي به ماشيًا، وكذلك صلاة النافلة فينبغي أن يكون الركوب له أفضل. إذا عرفت هذا فإن قلنا: المشي أفضل لزم بالنذر، وإن قلنا الركوب أفضل أو سوينا لم يلزمه المشي بالنذر، كذا ذكره في «الروضة» وغيرها تبعًا للرافعي، ثم قال: إن الصواب أن الركوب أفضل لما سلف.

تنبيهات: **منها**: قوله: (وإن نذر المشي) عطفًا على ما قدمه يقتضي أنه لو نذر المشي إلى بيت الله الحرام ولا نواه أنه لا يلزمه المشي على الأظهر بحج أو عمرة، وقد بينا ما فيه.

ومنها: اضطرب كلام المصنف في لزوم المشي فقال في «الروضة» في النوع الثاني من أنواع النذر: كما يلزم أصل العبادات بالنذر يلزم الوفاء بالصفة المستحبة فيها إذا شرطت كمن شرط في المشي في الحج الملتزم إذا جعلناه أفضل من الركوب، ونقل هذا بهذا اللفظ إلى أوائل باب النذر من «شرح المهذب» هو ناص على أنه إنما يلزمه المشي المشروط إلا إذا جعلنا المشي أفضل من الركوب، ثم ذكر هنا ما سبق من التصويب.

وصرح في مواضع من «شرح المهذب» بأن الأصح لزوم المشي وبأن أصح الطريقين القطع بأن الركوب أفضل وفيه اطراح للبناء السابق.

ومنها: إذا ألزمناه المشي وفاء بالتزامه لم يجز له الركوب إن قدر على المشي من غير مشقة شديدة، فإن عجز عنه؛ جاز له الركوب ما دام عاجزًا، فمتى قدر لزمه المشي، وينبغي حمل إطلاقهم أن الأظهر وجوب المشي على ما إذا كان الناذر حين نذر ممن يمكنه المشي، أما لو كان لا يمكنه بحال لهرم أو زمانة ونحوهما أو يمكنه مع مشقة لا يحتمل؛ فالوجه إلغاء هذا الوصف؛

فَإِنْ كَانَ قَالَ أَحُجُّ مَاشِيًا فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ، ....

لأنه نذر ما لا يمكنه الإتيان به ويؤيده حديث أنس: «أنه ﷺ **رَأَى شَيْخًا يُهَادَى بَيْنَ ابْنَيْهِ** قال: «**مَا بَالُ هَذَا؟**» **قَالُوا: نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ**، قال: «**إِنَّ اللهَ عَنْ تَعْلِيبِ هَذَا نَفْسَهُ لَغَنِي، وَأَمَرَهُ أَنْ يَرْكَبَ**»(١) صححه الترمذي.

وقد يؤخذ منه أن المشي للقادر، بلا مشقة أفضل.

ومنها: ما سبق من الخلاف فيما إذا نذر المشي ظاهرًا إذا كان الناذر ممن لا يطلقه إلا على المشي بالعدم أو لا يفهم منه إلا ذلك، أو لا عرف فهم فيه فيحمل إطلاقه على حقيقته، أما لو كان ممن يطلقه على المضي والذهاب كيف فرض كأهل بغداد ونحوهم عن الذهاب إلى مكان بالمشي إليه كيف أنفق، فيقول قائلهم: مشى الخليفة أو الأمير أو فلان من مكان إلى بلد كذا أو إلى مكة، يعنون بذلك ذهب ومضى وسافر، فيظهر أن هذا لا يلزمه المشي عند إطلاق ذكر المشي، فإن قصده أو صرح به جرى الخلاف، فتأمله، هذا كله فيما إذا أتى بلفظ المشي، أما لو قال: أحج أو أعتمر ماشيًا فلا.

قال: (**فَإِنْ كَانَ** قال: **أَحُجُّ مَاشِيًا فَمِنْ حَيْثُ يُحْرِمُ**) أي: سواء أحرم من الميقات أو قبله؛ لأنه التزم المشي في الحج، وابتداؤه من الإحرام، هذا هو الأصح، ومنهم من قطع به، وقيل: يلزمه المشي من بلده وموضعه؛ لأنه المفهوم من قولهم: حججت ماشيًا المشي في جميع الطريق، وبنى المتولي الوجهين على أنه من أين يلزمه الإحرام؟ قيل: من دويرة أهله، وقيل: من الميقات كحجة الإسلام، فعلى الأول يمشي من دويرة أهله، وعلى الثاني من الميقات، وقوله: أمشي حاجًا، كقوله: أحج ماشيًا، وقيل: أمشي حاجًا، يقتضي المشي من مخرجه إلى الحج.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١٨٣، رقم ١٢٩١٢)، والبخاري (٦/ ٢٤٦٤، رقم ٦٣٢٣)، ومسلم (٣/ ١٢٦٣، رقم ١٦٤٢)، وأبو داود (٣/ ٢٣٥، رقم ٣٣٠١)، والترمذي (٤/ ١١١، رقم ١٥٣٧)، والنسائي (٧/ ٣٠، رقم ٣٨٥٢)، وابن خزيمة (٤/ ٣٤٧، رقم ٣٠٤٤)، وابن حبان (١٠/ ٢٢٧، رقم ٤٣٨٢). وعبد بن حميد (ص ٣٦١، رقم ١٢٠١)، وأبو عوانة (٤/ ١٣، رقم ٥٨٥٤)، وأبو يعلى (٦/ ٤٥٣، رقم ٣٨٤٢)، والبيهقي (١٠/ ٧٨، رقم ١٩٨٩٦).

وَإِنْ قَالَ أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَمِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِي الأَصَحِّ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْمَشْيَ فَرَكِبَ لِعُذْرٍ أَجْزَأَهُ ....

قال: (**وَإِنْ** قال: **أَمْشِي إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى فَمِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِهِ فِي الأَصَحِّ**) لأن قضية قوله إن يخرج إليه من مكانه ماشيًا، والثاني: من الميقات؛ إذ المقصود الإتيان بحج أو عمرة فيتم من حيث يحرم وجمع في «تعليقي» إبراهيم المروزي والبغوي تبعًا للقاضي الحسين بين هذه والتي قلنا، وحكى فيها ثلاثة أوجه: ثالثها: ما رجحه المصنف.

إشارة: لا يغفل هنا عما أسلفناه فيما إذا اقتصر على قوله: بيت الله، ولم يقل الحرام ولا نواه.

فَرْعٌ: في نهاية المشي في الحج طريقان:

المذهب: أنه يلزمه المشي حتى يتحلل التحليلين، وبهذا قطع الجمهور، وهو المنصوص، وله الركوب بعدهما، وإن بقي عليه الرمي أيام منى.

والثاني: فيه وجهان، ثانيهما: له الركوب بعد التحلل الأول، وأصل الطريقين أن الشافعي قال: يمشي إلى أن تحل له النساء، قيل: أراد وطئًا، وقيل: أراد عقدًا، وأما العمرة فليس لها إلا تحلل واحد، فيمشي حتى يفرغ منها، قاله في «الروضة».

وعبارة «تعليق» البغوي: فيمشي إلى أن يحلق، إن قلنا: الحلق نسك، أو إلى أن يطوف، وينبغي إن قلنا الحلق ليس بنسك وهو كـ«الشرح» و«الروضة» قال إبراهيم المروزي: وإذا فاته الحج يمشي إلى أن يتحلل من الفائت، ويمشي في القضاء من قابل، انتهى.

قال الشيخان: والقياس إنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها له أن يركب ولم يذكروه.

قلت: لظهوره؛ لأنه ليس من النسك في شيء فلا حجر عليه فيه فيما يظهر، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْمَشْيَ فَرَكِبَ لِعُذْرٍ أَجْزَأَهُ**) أي: عن نذره بلا خلاف

وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ بِلَا عُذْرٍ أَجْزَأَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَيْهِ دَمٌ.

لعذره للحديث كالسابق.

(**وَعَلَيْهِ دَمٌ فِي الْأَظْهَرِ**) لحديث ابْنِ عَبَّاسٍ: «**أَنَّ أُخْتَ عُقْبَةَ بْنَ عَامِرٍ نَذَرَتْ أَنْ تَمْشِيَ إِلَى الْبَيْتِ فَأَمَرَهَا النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَرْكَبَ وَتُهْدِيَ هَدْيًا**»(١).

والثاني: لا دم كما لو نذر الصلاة قائمًا فصلى قاعدًا للعجز، وفرق بأن الصلاة لا تجز بخلاف الحج، ويدل لهذا القول الحديث السالف من رواية أنس: «**إن كان في الحج**»(٢).

وهو الظاهر، ثم الدم هنا شاة تجزئ في أضحية لظاهر الحديث: «**وَتُهْدِيَ هَدْيًا**» وقيل: قولان أظهرهما هذا، وثانيهما بدنة لرواية: «**وَلْتُهْدِ بَدَنَةً**»(٣) وعللها البيهقي.

قال: (**أَوْ بِلَا عُذْرٍ أَجْزَأَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: مع عصيانه؛ لأنه أتى بأصل الحج ولم يدع إلا هبة صار كترك الإحرام من الميقات والمبيت بمنى، والثاني: لا يجزئه؛ لأنه لم يأت بما التزم وحقيقة الخلاف طريقان: أحدهما: وبه قال العراقيون الإجزاء.

وثانيهما: فيه قولان الجديد الأصح الإجزاء.

قال: (**وَعَلَيْهِ دَمٌ**) لأنه ترفه بترك نسك، وقال الرافعي للحديث السابق: لكن فيه أنها كانت عاجزة، وهل هذا الدم شاة أو بدنة؟ فيه الطريقان السابقان.

تنبيه: ما حقيقة العجز هنا عن المشي؟

قال المصنف: الظاهر إن المراد أن يناله به مشقة ظاهرة كما قالوه في العجز عن القيام في الصلاة، وفي العجز عن صوم رمضان بالمرض.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٣/ ١٣٣)، وأبو داود (١٠/ ٥٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٢٣٩، رقم ٢١٣٤)، والطبراني (١١/ ٣٠٨، رقم ١١٨٢٨) وابن الجارود (ص ٢٣٦، رقم ٩٣٦)، وأبو داود (٣/ ٢٣٥، رقم ٣٣٠٣)، وابن خزيمة (٤/ ٣٤٧، رقم ٣٠٤٥).

……………………………………………………………………

فَرْعٌ: قال في «شرح المهذب»: إذا نذر الحج راكبًا، فإن قلنا: المشي أفضل أو هما سواء، خيرناه بينهما، وإن قلنا: الركوب أفضل لزمه الوقاية، فإن مشى، قال في «البيان»: لزمه دم على المشهور، وفيه وجه، وقال الخراسانيون: إن قلنا: المشي أفضل أو هما سواء فلا دم، وإن قلنا بالمذهب إن الركوب أفضل لزمه الدم، كذا قطعوا به، وقال البغوي: وعندي إنه لا دم؛ لأنه أسبق وكيف كان، فالمذهب وجوب الدم، انتهى.

وحكى الماوردي في لزوم المشي والركوب أوجهًا: **ثالثها**: قال وهو أشبه: إن المشي يلزم باشتراطه، ولا يلزم الركوب باشتراطه، ثم حكى في وجوب جبران ما تركه من مشي أو ركوب أوجهًا: **ثالثها**: قال: وَهُوَ أَشْبَهُ أَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَفْتَدِيَ المَشْيَ، إِذَا رَكِبَ وَلَا يَفْتَدِيَ الرُّكُوبَ إِذَا مَشَى؛ لأنه قد ترفه بترك المشي ولم يترفه بترك الركوب، انتهى.

فَرْعٌ: لو نذر الحج حافيًا لزمه الحج لا الحفاء، قال الشيخ: ولا يلزمه فدية بترك الحفاء بلا خلاف؛ لأنه ليس بقربة ولا ينعقد نذره، وذكر في أوائل صفة الحج والعمرة أن الأصح أن دخول مكة ماشيًا أفضل، وإن قلنا بالمذهب أن الركوب في الطريق أفضل، فإذا دخل ماشيًا فالأفضل أن يكون حافيًا إن لم تلحقه مشقة ولا خاف نجاسة رجله، انتهى.

وهو ينازع إطلاقه أنه ليس بقربة.

فَرْعٌ: صحح الحاكم من رواية ابن عباس يرفعه: **«من حج من مكة ماشيًا حتى يرجع إليها؛ كتب له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنات الحرم، وحسنات الحرم الحسنة مائة ألف حسنة»**(١) لكن ضعفه البيهقي وغيره، فينبغي تعلق المشي أن يعمل به، ولو من الاحتمال صحته.

---

(١) أخرجه الطبراني (١٢/ ١٠٥، رقم ١٢٦٠٦)، والحاكم (١/ ٦٣١، رقم ١٦٩٢) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي في شعب الإيمان (٣/ ٤٣١، رقم ٣٩٨١)، وفي الكبرى (٤/ ٣٣١، رقم ٨٤٢٩) وقال تفرد به عيسى بن سوادة هذا وهو مجهول. وابن خزيمة (٤/ ٢٤٤، رقم ٢٧٩١).

وَمَنْ نَذَرَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوبًا اسْتَنَابَ. وَيُنْدَبُ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ حُجَّ مِنْ مَالِهِ.

قال: (**وَمَنْ نَذَرَ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً لَزِمَهُ فِعْلُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ مَعْضُوبًا؛ اسْتَنَابَ**) أي: كما في حجة الإسلام، وقضية إطلاقه جواز الاستنابة هنا من المعضوب مطلقًا، وسبق هناك عن المتولي أنه إذا كان المعضوب بمكة أو دون مرحلتين منها لم تجز الاستنابة في حجة الإسلام إذ لا تكثر المشقة وتبعه المصنف هناك، وتكلمنا عليه وتناول إطلاقه الاستنابة بالأجرة والجعل والبذل كما سبق.

قال: (**وَيُنْدَبُ تَعْجِيلُهُ فِي أَوَّلِ الْإِمْكَانِ**) أي: مبادرة لبراءة الذمة، وهذا إذا لم يخش العضب لو أخر لزمته المبادرة كما قالوه في حجة الإسلام.

قال: (**فَإِنْ تَمَكَّنَ فَأَخَّرَ فَمَاتَ؛ حُجَّ مِنْ مَالِهِ**) أي: كحجة الإسلام، قال في «شرح المهذب»: فإن مات قبل الإمكان فلا شيء عليه كحجة الإسلام، قال: وهذا لا خلاف فيه.

قلت: ليس كذلك؛ بل هو المرجح؛ إذ في «فتاوى» القفال أن ما التزم بالنذر يستقر عليه بنفس النذر، وعلى هذا لو نذر حجة ومات قبل إمكان الحج يحج من ماله، وكذا لو قال: لله عليَّ ألف حجة ومات في الحال فإنه يخرج من ماله ألف حجة، أو ما أمكن وقد تعرض المصنف لهذا الخلاف، ورجح خلاف قول القفال.

وفي «الحاوي» وغيره: أنه إذا أطلق ولم يعين وقتًا فقال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أحج فشفي؛ لزمه الحج ولا يعتبر في وجوبه وجود الزاد والراحلة، وفي اعتبار وجودهما في أدائه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يعتبر وجودهما في الأداء؛ لأنهما من شرائط الإمكان.

والثاني: لا يعتبر وجودهما في الأداء؛ لأنه قد كان قادرًا على الاستنابة في نذره، وهو قول من لا يطرح الغلبة في الأيمان فلم يطرحها في النذور، وفي وجوب تعجيله على الفور وجهان مضيا، انتهى.

فروع: قال في «الروضة» وغيرها: إذا نذر حجات كثيرة انعقد نذره ويأتي

وَإِنْ نَذَرَ الْحَجَّ عَامَهُ وَأَمْكَنَهُ لَزِمَهُ، ....

بهن على توالي السنين بشرط الإمكان إن أخر استقر في ذمته ما أخره، فإذا نذر عشر حجات ومات بعد خمس سنين أمكنه الحج فيهن فقضى من ماله خمس حجات، ولو نذرها المعضوب ومات بعد سنة وكان يمكنه أن يحج عن نفسه يعتبر الحج في تلك السنة قضيت من ماله، وإن لم يفِ ماله إلا بحجتين أو ثلاث لم يستقر إلا بالمقدور عليه، انتهى.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إذا نذر المعضوب ألف حجة ينعقد نذره فإن مات وخلف مالًا يحج عنه ألف حجة، والصحيح: إذا نذر ألف حجة ينعقد نذره؛ ولكن إذا مات نظر فإن كان قبل التمكن وذكر بقية الفرع كما ذكره المصنف، وفي انعقاد نذر الصحيح ألف حجة وقفة.

ثم قال القاضي: والفرق أن المعضوب كما ذكره المصنف إنما ينعقد نذره على معنى أن يحج عنه الغير، وهذا ممكن بعد موته، والصحيح إنما عقده ليحج بنفسه فلا يحج عنه إلا ما يمكن منه والباقي يسقط عنه، في «فتاوى البغوي»: إنه لو نذر المعضوب حج نفسه لم ينعقد النذر، والصحيح: إن نذر يحج بماله انعقد؛ لأن المعضوب أيسر من الحج بنفسه، والصحيح: لم ييأس من الحج بماله بعضب أو موت، فإذا حج بماله نظيره المريض الذي لا يمكنه؛ لكنه مرجو الزوال؛ إذا نذر الحج بنفسه ينعقد ثم إذا صح حج بنفسه.

قال: ولو نذر المعضوب الميئوس الحج بنفسه، وقلنا: لا ينعقد فبرأ؛ وجب أن يلزمه الحج؛ لأنه بان أنه غير ميئوس، ويمكن بناؤه على ما لو حج عن نفسه حجة الإسلام ثم برأ هل يحسب؟ قولان: إن قلنا يحسب انعقد نذره، وإلا فلا، قال الرافعي في المسألة الآتية: ولو كان الناذر معضوبًا وقت النذر أو طرأ العضب ولم يجد المال حتى مضت السنة المعينة؛ فلا قضاء عليه.

قال: (**وَإِنْ نَذَرَ الْحَجَّ عَامَهُ وَأَمْكَنَهُ لَزِمَهُ**) أي: الحج فيه تفريعًا على الصحيح، وهو التعين كما سبق بيانه في نذر الصوم بما فيه، قالا: فإن لم يفعل مع الإمكان صار دينًا في ذمته يقضيه بنفسه، فإن مات قبل قضائه وجب الإحجاج من تركته، انتهى.

فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ وَجَبَ الْقَضَاءُ، ....

وقال الماوردي: إذا أخر لغير عذر؛ فعليه قضاؤه في العام الثاني، ولا يجوز تأخيره عنه؛ لأن فرضه مستحق على الفور دون التراخي، انتهى.

وإذا لم يمكن الحج في عامه بأن كان على مسافة لا يمكنه الحج فيها في ذلك العام فمقتضى كلام الشيخين وغيرهما القطع بأنه لا يلزمه القضاء، وذكروا أنه لا ينعقد نذره وهو أحد الوجهين في «الحاوي» حيث قال: وفي لزوم نذره ووجوب الحج عليه وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه النذر.

والثاني: يلزمه، ويجب عليه الحج يقضيه بعد عامه؛ لأنه قد كان قادرًا على استنابة في نذره، وهو قول من لا يطرح الغلبة كما ذكرنا من الوجهين في وجود الزاد والراحلة، انتهى. وسبق قول القفال أنه يستقر عليه النذر بنفس النذر.

قال: (**فَإِنْ مَنَعَهُ مَرَضٌ، وَجَبَ الْقَضَاءُ**) في هذا الإطلاق على طريقتهما نظر، والذي قالاه في «الشرح» و«الروضة» و«شرح المهذب» من غير مخالفة وإن لم يمكنه، قال المتولي: إن كان مريضًا وقت خروج الناس ولم يتمكن من الخروج معهم، أو لم يجد رفقة وكان الطريق مخوفًا لا يتأتى للآحاد سلوكه فلا قضاء عليه؛ لأن المنذور إنما هو الحج في تلك السنة ولم يمكنه، وكما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هذه، انتهى.

وإطلاق «العدة» و«التهذيب» [و«الكافي» وغيرهما في المريض يخالفه وعليه جرى في «المحرر» وتبعه في «المنهاج»] وما نقلاه عن المتولي هو الظاهر المتبادر؛ لكن في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: لو نذر أن يصوم غدًا فمرض أو حاضت.

قال القاضي: عليه القضاء كما لو نذر أن يحج في سنة بعينها فمرض في تلك السنة، انتهى.

ثم ذكر الرافعي أنه لو منعه المرض بعد الإحرام أن المشهور وجوب القضاء، قال الشيخ: وهو المذهب وبه قطع الجمهور، ولا ينزل منزلة الصيد؛ لأنه يتحلل به لا بالمرض، وحكى الإمام تخريجه على الخلاف في الصيد،

أَوْ عَدُوٌّ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

وكذا حكى الخلاف فيما إذا امتنع الحج في ذلك العام بعد الاستطاعة.

قال الرافعي: وإذا نظرت في كتب الأصحاب رأيتها متفقة على أن الحجة المنذورة في ذلك كحجة الإسلام، إن اجتمعت شرائط حجة الإسلام في ذلك العام وجب الوفاء واستقر في الذمة وإلا فلا، انتهى.

وما سبق عن القفال والماوردي ينازع فيما ذكره من التسوية، قالا تبعًا للبغوي: والنسيان وخطأ الطريق والضلال كالمرض.

قال: (**أَوْ عَدُوٌّ فَلَا فِي الْأَظْهَرِ**) قال الرافعي: ولو صده عذر أو سلطان بعدما أحرم حتى مضى العام؛ قال الإمام: أو امتنع عليه [الإحرام لمكان العدو فالمنصوص أنه لا قضاء عليه] كحجة الإسلام إذا صد عنها في أول سنة الإمكان لا يلزم قضاؤها، وخرج ابن سريج قولًا: أنه يجب القضاء، كما لو قال: أصوم غدًا فأغمي عليه حتى مضى الغد؛ يلزمه القضاء كما لو منعه مرض في باب النذر أوسع، إلى أن قال: وظاهر المذهب الأول، قال: وإن منعه عدو أو سلطان وصده أو منعه رب الدين وهو لا يقدر على أدائه، ففي القضاء قولان: أظهرهما: أنه لا يجب، وفيه طريقة قاطعة بالوجوب ويجريان معًا الحج الخاص في حجة الإسلام، انتهى.

قلت: وقال الدارمي: ولو نذر حجًا في سنة فحال بينه وبين الحج حائل؛ فإن قلنا لا يدخل في نذره ما لا يقدر عليه فإن كان الحصر عامًا فلا قضاء، وإن كان خاصًا فواجب كدين ونحوه قضى، وإن كان خاصًا ظلمًا فقولان.

ولو كان خاصًا فامتنع غيره لأجله فهو عام، وإن قلنا: يدخل في نذره ما لا يقدر عليه إلا أن يستثنيه قضى بكل حال، وقيل: يقضي إذا كان خاصًا ولا يقضي إذا كان عامًا، انتهى.

وقد قال الماوردي: إن أخر عن عامه لعذر فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يموت قبل وقت الحج فلا حج عليه لموته قبل وقت الأداء كموت المزكي قبل الحول، وموت المصلي قبل الوقت.

أَوْ صَلَاةً أَوْ صَوْمًا فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ وَجَبَ الْقَضَاءُ.

والثاني: أن يؤخره بإحضار سلطان قاهر أو عذر غالب فحكم الإحضار في حجة الإسلام أنه إن كان عامًّا سقط به القضاء، وإن كان خاصًّا فقولان.

واختلف أصحابنا في المنذورة على وجهين يعني: طريقين:

أحدهما وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَامِدٍ الإِسْفَرَايِينِيِّ: إنه على حكمه في حجة الإسلام إن كان عامًّا يسقط عنه القضاء، وإن كان خاصًّا فعلى قولين.

والثاني: وهو قول ابن أبي هريرة أنه على العكس من حجة الإسلام، فإن كان الإحضار خاصًّا وجب به القضاء، وإن كان عامًّا فعلى قولين وهذا أشبه؛ لأن حجة النذر أغلظ.

والقسم الثالث: أنه يؤخره لعذر يعود إليه من مرض أو نسيان أو تلف مال أو خطأ عدد، أو ضلال طريق فالقضاء واجب عليه لاختصاص الإعذار به كما لا يسقط عنه صوم رمضان بمرضه وأعذاره مع إمكان استنابها في نذره، انتهى.

وذكرت في آخر الحج من «الغنية» كلامًا في الخاص يتعين مراجعته ربما أوردته في هذا «الشرح» هناك.

قال: (**أَوْ صَلَاةً أَوْ صَوْمًا فِي وَقْتٍ فَمَنَعَهُ مَرَضٌ أَوْ عَدُوٌّ وَجَبَ الْقَضَاءُ**) هذا أخذه الرافعي من قول «التهذيب» ولو نذر صلاة أو صيامًا أو اعتكافًا أو صدقة في شهر بعينه فمنعه مرض أو سلطان عليه القضاء؛ لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع، والصلاة والصوم والصدقة قد تجب ابتداء مع العجز والمرض فكذلك يلزم بالنذر، أما الحج فلا يجب بالشرع إلا بشرط الاستطاعة فكذلك النذر، انتهى.

وتخصيص المصنف المرض بالذكر قد يفهم منه قصر القضاء على المريض فقط، وقد سبق بيان الأعذار التي يسقط معها القضاء وضدها على أن في تصوير منع العدو من الصوم عسر؛ إذ لا يتصور منعه من النية، وغاية ما فيه أن يؤخره الطعام كرهًا ولا يفطر به على المذهب قطعًا.

وكذا لو أكرهه على أكل بنفسه على الأظهر عند المصنف، وأما الصلاة

أَوْ هَدْيًا لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَى مَكَّةَ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَى مَنْ بِهَا.

فالظاهر أنه يجب عليه أن يصلي كيف أمكن في الوقت المعين، ثم يتطرق النظر إلى القضاء وعدمه؛ ولكن لو أخر الصلاة للإكراه أو الصوم ولم ينو كان عليه القضاء، ثم ما ذكره المصنف مفرع على تعين الصلاة والصوم في الوقت المعين في النذر، وقد سبق بيان ما فيه من الاضطراب وتفصيل الماوردي.

قال: (**أَوْ هَدْيًا؛ لَزِمَهُ حَمْلُهُ إِلَى مَكَّةَ**) إذ هي محل الهدي وإن لم يسمها ولا نذرها، قال تعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥].

(**وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عَلَى مَنْ بِهَا**) أي: غريبًا أو قاطنًا ونوضح الغرض برسم مسائل:

إحداها: إذا نذر أن يهدي إلى مكة أو الحرم أو لأفضل بلد أو لأشرف بلد كان لقوله: إلى مكة، فإذا نذر أن يهدي بدنة أو شاة أو أن يتقرب بسوقها إليها ويذبحها وتفرقة لحمها على فقرائها؛ لزمه الوفاء، ولو لم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم؛ لزمه الذبح بها أيضًا وكذا تفرقة اللحم على الأصح.

ولو قال: لله عليَّ أن أنحر أو أذبح بمكة ولم يزد على ذلك؛ انعقد نذره على الأصح، وبه أجاب الجمهور، وعليه يجب التصدق به على فقرائها على الأصح، قال القاضي الحسين: ولا يختص الذبح بيوم النحر، وله النحر في جميع الأوقات كدماء الجبرانات، قال الماوردي: ولو طبخ اللحم لم يجز وإذا دفعه إليهم مطبوخًا؛ ضمن ما بين قيمته مطبوخًا ونيئًا إن كان الطبخ قد نقص منه.

الثانية: إذا قال: لله عليَّ أن أهدي بعيرًا أو بقرة أو شاة وأطلق فهل يشترط السن المجزئ في أضحية والسلامة من العيوب؟ فيه قولان بناء على أن مطلق النذر يحمل على ما وجب من ذلك الجنس، أو على أقل ما يتقرب به، والأظهر: الأول، قال الإمام: وبالاتفاق لا يجزئ الفصيل؛ لأنه لا يسمى بعيرًا ولا العجل إذا ذكر البقرة ولا السخلة إذا ذكر الشاة، انتهى.

ورأيت في «المستعمل» لمنصور الفقيه التميمي من متقدمي أئمتنا أصحاب

……

الوجوه ممن أخذ عن الربيع وأمثاله، وإذا قال: بعيرًا أو جملًا أو ناقة أجزأ ما وقع عليه الاسم صغيرًا أو كبيرًا، صحيحًا أو معيبًا هذا قولي، يريد أنه من تخريجه.

الثالثة: لو قال: لله عليَّ هدي أو لم يسم شيئًا ولا نواه؛ فطريقان:
أحدهما: طرد القولين وعليه اقتصر الشيخان.

والثانية: حكاه ابْن كَجٍّ عن الدارمي عن أبي إسحاق أنه لا يجوز إلا ما يجوز أضحية قولًا واحدًا، فعلى الأول إن حملناه على أقل ما يتقرب به من جنسه خرج عن نذره بكل متجه حتى الدجاجة والبيضة وكل ما يتمول لوقوع الاسم عليه، وعلى هذا فالصحيح: أنه لا يجب إيصاله إلى مكة وصرفه إلى فقرائها؛ بل يجوز صرفه إلى غيرهم، وهذا ما يحكى عن «الإملاء» و«القديم» وصححه الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» في هذه الصورة والجرجاني في «التحرير».

وإن حملنا على أقل ما يجب من جنسه حمل إطلاقه على ما يجزئ في أضحية وينسب هذا إلى الجديد، وعلى هذا يجب إيصاله مكة لما قدمناه، وقيل: لا يجب إلا أن يصرِّح به كذا نقلاه، وقضيته: أن النية لا تكفي، وهو غريب.

فَرْعٌ: قال الرافعي: لو قال: لله عليَّ أن أهدي الهدي، انصرف النذر إلى المعهود الشرعي، ولم يجروا فيه الخلاف، وادَّعى في «الروضة» وغيرها: أنه لا خلاف فيه وليس كذلك؛ بل هذه طريقة الشيخ أبي حامد.

قال الماوردي: إن سائر أصحابنا، قالوا: لا فرق بين الصورتين، يعني: التعريف والتنكير، خلافًا لأبي حامد.

فروع: عن الإمام لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذرًا فعليه أن يهديها إلا أن تكون نيته أني سأحدث نذرًا أو سأهديها، ولو نذر أن يهدي هديًا ونوى جديًا أو رضيعًا أجزأه، والخلاف السابق فيما إذا أطلق نذر الهدي ولم ينو شيئًا، ولو نذر أن يهدي شاة عوراء أو عمياء أو ما لا يجوز أضحية أهداه، قال: ولو أهدى تامًّا كان أحب إليَّ، انتهى.

....

وهذا في الملتزم في الذمة دون المعين لو نذر شاة في الذمة فجعل بدلها بدنة جاز، وهل يكون الكل فرضًا؟ فيه وجهان، فلو كانت الشاة معينة قال العمراني: فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يجزئه عنها بدنة ولا بقرة؛ لأنها قد تعين المقر به، كما يقول في العتق، انتهى. وهذا لا ريب فيه.

الرابعة: إذا نذر أن يهدي مالًا معينًا؛ وجب صرفه إلى مساكين الحرم، وقيل: لا يتعينون، ثم إن كان المعين من النعم وجب التصدق به بعد الذبح كما سبق، ولا يجوز التصدق به حيًّا ويجب الذبح في الحرم، وقيل: يجوز خارجه بشرط نقل اللحم قبل بعيره، كذا نقلا الخلاف وجهين، وقال ابْن كَجٍّ: لا يجوز، وقيل: فيه قولان، وقيل: يجوز قولًا واحدًا إذا وصل اللحم إلى الحرم غير متغير، وموضع قال: لا يجوز هو أنه أوصله إليهم وقد تغير، انتهى.

وإن كان من غير النعم وتيسر نقله إلى الحرم بأن قال: أهدي هذه الظبية أو الطائر أو اللحم أو الثوب؛ وجب حملها إلى الحرم، قالا: وأطلق مطلقون أن مؤنة النقل على الناذر فإن لم يكن له مال بيع بعضه لنقل الباقي، واستحسن ما حكي عن القفال أنه إن قال: أهدي هذا فالمؤنة عليه، وإن قال: جعلته هديًا فالمؤنة فيه يباع بعضه.

قلت: وهذا ما في «الزوائد» عن «العدة» وعليه جرى الفوراني وغيره، قال الرافعي: لكن يقتضي جعله هديًا أن يوصله كله الحرم فليلتزم منه مؤنته، كما لو قال: أهدي ثم إذا بلغ الحرم وجب صرفه إلى مساكينه؛ لكن لو نوى صرفه إلى تطييب الكعبة أو جعل الثوب سترًا لها أو قربة أخرى هناك صرفه إلى ما نوى، وقيل: له صرفه إلى ما يرى وأطلق، وقيل: إن الثوب الصالح للستر يحمل عليه عند الإطلاق، وهما ضعيفان.

قلت: ويوافق قول الرافعي لكن مقتضى جعله هديًا قول الشيخ إبراهيم المروزي، وإن أمكن نقل المتاع إلى مكة نقله إليها وتصدق به على مساكينها، ومؤنة النقل على الناذر؛ لأن مؤنة الحق على الموفي، انتهى.

....

ثم قال: ولو نذر أن يجعله في رِتَاجُ الكعبة وطيبها نقله إليها وسلمه إلى القيم ليصرفه إلى رِتَاجُ الكعبة وطيبها إلا أن نص في نذره أن يتولى ذلك بنفسه، قال: وليس له بيعه قبل أن يوصله إلا أن يختلف ثمنه باختلاف البقاع، انتهى. وهذا التفصيل حسن ظاهر مما عظمت قيمته بموضعه.

وقلت: بمكة، وأمَّا عند تقارب القيم ففيه وقفة.

فروع: قال الإمام: قياس المذهب، والذي صرَّح به الأئمة، إن ذلك المال المعين يمنع بيعه وتفرقة ثمنه؛ بل يتصدق بعينه وينزل تعيينه منزلة تعيين التضحية، وتعين الشارع في الزكاة ويتصدق بالطائر والظبية وما في معناه في الحياة، ولا يذبح؛ إذ لا قربة في ذبحها.

ولو ذبح فنقصت القيمة تصدق باللحم وغرم ما نقص.

وفي «التتمة» وجه آخر: أنها تذبح فطردهما، فيما أطلق ذكر الحيوان، وقلنا: لا يشترط أن يهدي ما يجزئ في الأضحية، والظاهر: الأول، وأعرب صاحب «الكافي» فقال إثر قوله: ولو نذر أن ينحر بدنة بمكة.

المسألة: ولو أطلق، وقال: لله عليَّ أن أنحر بدنة، فوجهان: أصحهما: عليه النحر بمكة وتفرقة اللحم على مساكينها؛ لأنه المعهود في الشرع، انتهى.

ولعل صواب الكلام أن أهدي بدنة، وأمَّا أنحر فالقياس أنه لا يتعين مكة، وهل تعين موضع النذر ـ أعني الصدقة ـ بها على مساكينه؟ فيه نظر.

ولو نذر أهدي بعير معيب لم يذبحه على الأصح كالظبية هذا كله فيما نقل، أمَّا إذا كان المال المعين لا ينقل أو لا يلبس أو لا يتيسر نقله كالدور والأراضي والشجر وحجر الرحى يباع وينقل ثمنه ويتصدق به على مساكين الحرم.

قال البغوي: ويتولى الناذر البيع والنقل بنفسه، قال الرافعي: ولم يذكروا أنه يتصدق بنفسه حيث هو على المساكين هناك ولا يعد فيه.

قلت: هذا ينقدح؛ إذا أطلق ولم يكن له نية، أمَّا لو نوى به الهدي لمكة أو الحرم فلا ويقوى ما أبداه الرافعي لا ما إنما حملنا الإطلاق في النعم

....

وغيرها من المنقولات على الإهداء إلى مكة؛ لأنه المعهود شرعًا وعرفًا بخلاف العقار والشجر ونحو ذلك.

واعلم أن ظاهر كلام البغوي والشيخان وجوب بيعه، وعبارة الدارمي: وإن نذر أن يهدي ما لا يمكن نقله فقيمته، انتهى. وظاهرها أنه يكفيه بدل قيمته ولا يتعين بيعه.

الخامسة: إذا نذر إهداء بدنة.

قال في «الروضة»: قال الإمام: البدنة في اللغة الإبل، ثم الشرع يقيم مقامها بقرة أو سبعًا من الغنم.

وقال الشيخ أبو حامد: فله إخراجها من الإبل، هل له العدول إلى البقرة أو سبع من الغنم؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا، والثاني: نعم، والصحيح المنصوص: أنه إن وجدت الإبل لم يجز العدول، وإلا جاز، انتهى.

وعبارة «البيان» قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: إذا أطلق فإنه يخرج بدنة من الإبل ذكرًا كان أو أنثى، فإن لم يجد بدنة أجزأته ثلاثة من البقر، فإن لم يجدها أجزأه سبع من الغنم، هذا هو المنصوص، ومن أصحابنا من خيَّره بين البدنة والبقرة والغنم.

وقال في «العدة»: هذا إذا قلنا مطلق النذر بحمل المعهود في الشرع، أمَّا إذا قلنا بالقديم وهو اعتبار ما وقع عليه الاسم فلا تجزئه البقرة والغنم هنا؛ لأن اسم البدنة من جهة اللسان غير واقع على هذا الجنس، قال العمراني: وهذا تفصيل حسن الحال.

الثاني: أن يقيد فيقول: بدنة من الإبل أو ينوها منهن إن وجدت بلا خلاف، فإن عدمت، فقيل: يصير إلى أن يجدها، والصحيح المنصوص: أن البقرة تجزئه بالقيمة، فإن نقصت قيمتها عن قيمة البدنة من الإبل فعليه إخراج الفصيل، وقيل: لا تعتبر القيمة كحالة الإطلاق، وفرَّق الروياني في «التجربة» بأنه إذا لم يقصد الإبل فالأجناس الثلاثة متساوية في الجواز، وإن كان على

……

الترتيب، وإذا قصد الإبل بالنذر تعلق بجنس البدنة فلا يجوز أن ينتقل إلى غيرها إلا بقيمتها، انتهى.

ثم ذكرا في كيفية إخراج الفصيل خلافًا مشهورًا يدرك بالمراجعة، وإذا عدل إلى الغنم في هذه العبارة اعتبرت القيمة، ثم نقل الروياني أنه إذا لم يجد الإبل في حالة التقييد يخيَّر بين البقر والغنم، والذي ذكره ابْن كَجٍّ والمتولي: أنه لا يعدل إلى الغنم مع القدرة على البقر؛ لأنها أقرب.

قلت: وهذا هو المذهب لما سبق عن رواية العمراني في الحالة الأولى، وهو ما ذكره الرافعي وما في «التجربة» ولفظه: وإذا نذر بدنة، وأطلق يقتضي بدنة من الإبل، فإن لم يجد فبقرة ثنية، فإن لم يجد فسبعًا من الغنم، وهذا على الترتيب الصحيح من المذهب، انتهى والله أعلم.

تنبيهات تتعلق بلفظ الكتاب وغيره:

قوله: (أو هديًا) لزمه حمله إلى مكة، أي: عند الإمكان سواء الحيوان وغيره، وسبق نقل وجه أنه إذا لم ينو مكة ونحوها أنه لا يلزمه الحمل إليها، ورأيت في «تعليق» المروزي: أنه لو قال: لله عليَّ أن أهدي هديًا، هل يخرج عن موجب نذره بأقل من شاة أم لا؟ فيه قولان بناء على أن مطلق النذر علام يحمل، وذكر نحو ما سبق.

وقوله: (لزمه حمله) يعرفك إن المؤنة عليه، وقد أسلفنا ما قيل فيه، وعليه أيضًا علف الحيوان كما صرَّح به الماوردي، فإن عطب الهدي في الطريق فحكمه معروف، وإن أحضر ذبحه حيث أحضر كما سبق.

وقوله: (والتصدق به) قد يؤخذ منه أنه يجب نقل صوف الشاة ونحوه إلى مكة، والتصدق به.

وقال في باب الهدي من «شرح المهذب»: إن كان في بقاء صوف الهدي المنذور مصلحة لدفع حر أو برد أو نحوهما أو كان وقت ذبحه قريبًا ولم يضره بقاؤه؛ لم يجز جزه، وإن كان في جزه مصلحة بأن يكون وقت الذبح بعيدًا جزه

أَوْ التَّصَدُّقَ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ.

وله الانتفاع به، والأفضل أن يتصدق به، هكذا قاله الجمهور، وقال المتولي: يستصحب الصوف إلى الحرم ويتصدق به هناك على المساكين كالولد، وقطع الدارمي بأنه لا يجوز الصوف والمذهب الأول، انتهى.

وهذا مشكل وما قاله المتولي هو القياس الظاهر وربما تكلمنا عليه في باب الأضحية؛ لأنه إن كان موجودًا حالة النذر فقد زال ملكه عنه بالنذر وإلا فهو حادث على ملك المساكين، ويؤخذ من كلام الكتاب: أنه لا يجوز له الأكل من الهدي المنذور ولا من حمله لو كان أنثى حاملًا ولا الإهداء إلى الأغنياء بالحرم منه وهو الوجه.

وقوله: والتصدق به على من بها أحسن من قول «المحرر»: على أهلها؛ لإيهامه اعتبار الاستيطان، وليس بشرط وقد يجيء فيه شيء سبق في كتاب الحج، نعم في عبارتهما شمول الأغنياء وذوي القربى وغيرهم وليس بمراد، أمَّا الهدي من النعم فيختص به فقراء الحرم ومساكينه، وكذا غير الحيوان.

وقيل: لا يتعينون عند الإطلاق، وهل يجوز صرف ذلك إلى ذوي القربى؟ فيه وجهان في «الحاوي»: أحدهما: لا لوجوبه كالزكاة والكفارة، والثاني: نعم؛ لأنه تطوع بنذره فأشبه تطوع الصدقات، وأحسب أنهما مبنيان على الأصل المشهور فيم يسلك بالنذر، وفي «شرح الكفاية» للصيمري: ولو نذر التصدق بمائة درهم لم يكن له التصدق بها على كافر ولا عبد ولا أم ولد؛ لأنه واجب وأشبه الزكاة والكفارة.

قال: (**أَوِ التَّصَدُّقَ عَلَى أَهْلِ بَلَدٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ**) هكذا أطلقه البغوي وغيره، قال البغوي في «تعليقه»: من التزم قربة في موضع من المواضع بحيث يعود النفع إلى ساكن ذلك البلد أو تلك البقعة يلزمه ذلك حتى لو نذر أن يضحي في بلد، أو يتصدق بلحم في بلد يلزمه أن يفعل ذلك في ذلك البلد، انتهى. ولم أر فيه خلافًا إلا قول الدارمي رحمه الله.

ولو نذر أن ينحر بغير مكة لم يلزمه إلا أن ينذر الصدقة هناك فيجب، وإن

……………………………………………………………………………

نذر أضحية بموضع قال الطبري، يعني أبا علي: يلزم؛ لأن الأضحية بكل موضع بر وعندي لا يلزم، انتهى.

وحكى الإمام خلافًا فيما إذا قال: لله عليَّ أن أتصدق على زيد، وهو فقير هل يتعين لذلك؟ قال الرافعي: والظاهر التعين، انتهى.

وقد قال الإمام: إنه لا خلاف أن التصدق إذا أضيف إلى مكة وجب الوفاء أحدًا من القرابين، وفيه إشعار بأن غيرها لا تساويها في ذلك، إمَّا وفاقًا أو على خلاف.

واعلم أن قضية إطلاق الكتاب وأصله و«الشرح» و«الروضة» و«التهذيب» و«التعليق»: أنه لا فرق بين كون أهل البلد فقراء أو أغنياء أو من النوعين مسلمين أو كفارًا، وأحسبه غير مراد، وأن المراد به فقراء ومساكين المسلمين لا غير حتى لو تمحضوا أغنياء أو كفارًا لم يعطوا بل؛ إمَّا أن يقال يرصد إلى وجود متصف بالاستحقاق أو بلغوا التعيين، وهو بعيد من كلامهم، وهذا إنما يتفق في بلد أو قرية صغيرة، نعم حكى الرافعي عن بعضهم أنه لو نذر أن يكسو يتيمًا أنه لا يخرج عن نذره باليتيم الذمي؛ لأن مطلقه في الشرع يقع على المسلم.

قال الشيخ في «شرح المهذب»: وينبغي أن يكون فيه خلاف على أنه يسلك بالنذر ماذا كما لو نذر عتق رقبة؛ إن قلنا: مسلك جائز جاز صرفه إلى ذمي، وإلا فلا، انتهى وفيه نظر.

وظني أنه صرَّح بأنه لو نذر الصدقة على الفقراء اختص بالمسلمين، ثم رأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: أنه لو نذر كسوة يتيم إنما يخرج عن موجب نذره بأن يكسو طفلًا مسلمًا لا أب له، فلو كسا طفلًا ذميًا لا يخرج؛ لأنه لا يجوز وضع الكفارة في أهل الذمة كذا المنذور، انتهى.

وقد يتمسك لاختصاص فقراء البلد المعين ومساكينه من المسلمين بعموم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠].

فإن قلت: يلزم طرده في نفيه الأصناف غير الساعي.

....

قلت: جوابه أن العرف خصص النذور والكفارات والوصايا المطلقة بالفقراء والمساكين وغيرهم، وقد قالوا: لو أوصى بثلث ماله ولم يعين مصرفًا وصححنا صرف إلى الفقراء والمساكين؛ لما أشرنا إليه.

وقد نقل المصنف عن «فتاوى» القاضي الحسين أنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق بدينار فشفي؛ فإن أراد التصدق به على ذلك المريض وهو فقير فإن كان لا يلزمه نفقته جاز، وإلا فلا فقيد الجواز بكونه فقيرًا لا يلزمه نفقته.

فإن قلت: قد نقل عن «فتاويه» أيضًا إنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق على ولدي أو على زيد وهو موسر لزمه الوفاء؛ لأن الصدقة على الغني جائزة، وحينئذٍ يقال بمثله إذا عيَّن أهل بلدة لا يختص به فقراؤه ولا يوقف ولا ينقل إذا تمخض أهله أغنياء.

قلتُ: على تسليم ما قاله القاضي ينقدح الفرق بين التعيين بالشخص وبين الإضافة إلى بلد أو ناحية، فإن المفهوم عرفًا وشرعًا إرادة الفقراء من أهل الناحية كما سبق في الهدايا ونحوها بالنسبة إلى مكة، وفي «تجربة» الروياني: أنه لو نذر أن ينحر بغير مكة لا يجب النحر فيه إلا أن يشرط التصدق به على مساكينه أو ينوي ذلك نص عليه في «الأم» وسبق كلام الصيمري فيما إذا نذر التصدق بمائة؛ أنه لا يجوز صرفها كذا وكذا؛ لأنه واجب فأشبه الزكاة والكفارة، ويجوز أن يخرج للدفع على الأغنياء في البلد على الأصل المشار إليه.

وفي الباب العاشر من كتاب الزكاة من «التتمة»: أنه لو نذر التصدق بدراهم معينة، فإن تلفت قبل التمكن من تفرقتها فلا شيء عليه، وإلا أنبنى على إيلام يسلك بالنذر؟

إن قلنا: يسلك به مسلك واجب الشرع ضمنها، وإلا فلا، وعلى هذا لو نذر التضحية بشاة معينة وتمكن من التضحية بها، فالأمر على ما ذكرناه، انتهى. وربما قدمت كلامه وذكرت ما يخالفه والله أعلم.

……………………………………………………………

فروع: في «فتاوى» القفال أنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق بعشرة دراهم، ثم قال في اليوم الثاني مثل ذلك؛ نظر إن أراد في اليوم الثاني تكرار الأول لم يلزمه إلا عشرة، وإن لم يرد التكرار وأطلق لزمه عشرون درهمًا. وأنه لو قال: لله عليَّ أن أعطي الفقراء عشرة دراهم ولم يرد به الصدقة ولم يلزمه شيء، كما قال: لله عليَّ أن أهب الفقراء؛ لا يلزمه بذلك شيء لو عيَّن فقيرًا وقال: لله عليَّ أن أعطي هذا الفقير منا خبزًا إن أراد به الهبة لم يلزمه شيء، وإن أراد الصدقة يلزم، انتهى.

وينبغي أن يلزم أيضًا عند الإطلاق على أن ما ذكره في لفظ الهبة مشكل؛ إذ المفهوم منه التصدق، وهو التزام صدقة في الذمة بلفظ الهبة، وهل يجزئ؟ فيه خلاف منشأه أن النظر إلى اللفظ أو إلى المعنى؟ فيه احتمال عندي.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدق بشيء؛ لزمه أن يتصدق بشيء مما قلَّ أو كثر، فأمَّا لو قال: لله عليَّ ألف، ولم ينو بذلك الألف شيئًا؛ قال القفال: لا يلزمه شيء؛ لأنه لم ينو شيئًا بل أطلق، انتهى.

وقد يقال: ينعقد نذره ويعين ألفًا مما يريد ويلزمه التصدق به، كما لو قال: لله عليَّ أن أتصدق بألف؛ لأنه المتبادر من قوله لله عليَّ ألف، فتأمله.

وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو قال أحد هذين للفقراء هو نذر وإن نواه أو أطلق كما لو قال: مالي في سبيل الله، فإذا تلف أحدهما عليه أن يعطي الآخر، وإن أراد به الإقرار على معنى أن غيري جعل أحدهما للفقراء، والآخر ملكي فإذا تلف أحدهما وعين الثاني للفقراء يقبل قوله.

وأنه لو نذر أن يتصدق بأحد هذين الشيئين فتلف أحدهما؛ لزمه التصدق بالآخر، وأنه لو نذر أن يتصدق كل يوم بدرهم فمضت أيام ولم يجد فيها صارت دينًا في ذمته.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أسبل هذا بعد موتي وشفي لزم ولا يجوز بيع ذلك الشيء، وأنه لو نذر أن يتصدق في وقت كذا؛ جاز

أَوْ صَوْمًا فِي بَلَدٍ لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَكَذَا صَلَاةٌ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَفِي قَوْلٍ: «وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى». قُلْت: الْأَظْهَرُ تَعْيِينُهُمَا كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، والله أَعْلَمُ.

تقديمه عليه بخلاف الصوم والصلاة.

قال: (**أَوْ صَوْمًا فِي بَلَدٍ، لَمْ يَتَعَيَّنْ**) أي: بل له الصوم في غيره سواء عيَّن مكة أو غيرها كما أن الصوم الذي هو بدل جبرانات الإحرام لا يختص بالحرم، هذا قول الجمهور خلافًا لصاحب «التلخيص» والشيخ أبي علي ومن وافقهما، ومال إليه الشيخ أبو زيد قال: لأن الحرم يختص بأشياء، وبهذا جزم الروياني في «الحلية» كالاعتكاف والصلاة، وقد ترجح بالأخبار الواردة في تضعيف حسنات الحرم، وبحديث ابن عباس المتقدم، وفي كتاب ابن ماجة وغيره: أن الصوم بالحرم بمائة ألف صوم بغير الحرم، ولك أن تقول على الأول هب أنه لا يلزم الصوم بمكة أليس قد تَضَمَّنَ نذره إتيان مكة فينبغي أن يأتي في لزوم إتيانها ما سبق فإن لم يلزمه الصوم بها.

ثم رأيت الرافعي ذكر في آخر الباب عن ابْن كَجٍّ أنه لو نذر أن يصوم ثلاثة أيام بمكة فلا يختص الصوم بمكة، وهذا قد سبق ذكره، زاد - يعني: ابْن كَجٍّ - فقال: إن قلنا: لا يجوز دخول مكة إلا بحج أو عمرة انعقد نذره ولزمه قصد مكة بحج أو عمرة، وإن قلنا: يجوز فهل يلزمه قصد مكة؟ فيه قولان كما لو نذر المضي إلى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس، انتهى. وأغفلت «الروضة» هذا كله.

قال: (**وَكَذَا صَلَاةٌ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ**) أي: فيتعين لعظم فضله وتعلق النسك به وصح: «**أن الصلاة فيه بمائة ألف**» رواه الإمام أحمد (٣١/ ١٠٥) وصححه ابن حبان، وقال ابن عبد البر في «التمهيد»: إنه حديث ثابت لا يطعن لأحد فيه.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَالْأَقْصَى**) لأنهما مسجدان يشد إليهما الرحال بالنص الصحيح فتعينا بالنذر كالمسجد الحرام.

قال: (**قُلْت: الْأَظْهَرُ: تَعْيِينُهُمَا كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لما

....

ذكرناه، وهذا نصه في «البويطي».

قال في «الروضة»: وبه قطع المراوزة على أنه إذا نذر إتيانهما لا يلزمه، ويلغو نذره كما صححه العراقيون والروياني وغيرهم لحديث جابر: «أَنَّ رَجُلًا قَامَ يَوْمَ الفَتْحِ فَقال: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي نَذَرْتُ لِلهِ إِنْ فَتَحَ اللهُ عَلَيْكَ مَكَّةَ أَنْ أُصَلِّي فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ رَكْعَتَيْنِ. قال: «صَلِّ هَا هُنَا» ثُمَّ أَعَادَ عَلَيْهِ فَقال: «صَلِّ هَا هُنَا» ثُمَّ أَعَادَ عَلَيْهِ، فَقَالَ: «شَأْنَكَ إِذًا»⁽¹⁾ رواه أبو داود، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ومعلوم أن نذره تضمن الإتيان ولأنهما لا يقصدان بالنسك فأشبها سائر المساجد.

تتمات وتنبيهات وفروع:

قوله: (كالمسجد الحرام) أي: في أصل التعين لا مطلقًا، فإنه إذا عينهما وقلنا به وصلى في المسجد الحرام خرج عن نذره على الصحيح للحديث بخلاف العكس، وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الآخر أوجه: أصحها: وهو المنصوص في «البويطي» أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى دون عكسه.

وقضية كلام الكتاب أنه لو نذر صلاة في حرم مكة خارج المسجد أنه لا يلزمه قطعًا؛ بل التعين خاص بالمساجد الثلاثة، ويفيد حمل كلامه على إرادة الحرم، وإن كان المسجد الحرام أطلق عليه في القرآن فإن سلم ذلك قد تضمن نذره إتيان الحرم فيأتي فيه ما سبق فيما إذا نذر الصوم بمكة سواء بسواء.

وقال الماوردي: إذا نذر صلاة ركعتين في مسجد في الحرم كمسجد الخيف؛ ينظر إن كان مكيًا لم يلزمه بنذره أكثر من صلاة ركعتين، وإن كان من أهل الحل ففيما ينعقد به نذره وجهان:

أحدهما: لا يتعين وله فعلها في أي موضع شاء من الحرم.

والثاني: يتعين فعلها في مسجد الخيف ولا يجزؤه في غيره اعتبارًا بصريح

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٠٧)، والحاكم (٧٩٥٠).

....

نذره، والوجه الثاني في الأصل أنه يلزمه بانعقاد نذره أن يحرم بحج أو عمرة، إذا قلنا: لا يجوز دخول الحرم إلا بإحرام، وعلى هذا في التزامه بما عقده من نذره الصلاة وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه؛ لأن الشرع قد نقل نذره إلى ما هو أعظم منه فلم يجمع عليه بين بدل ومبدل، انتهى.

وهذا الثاني أشبه لو نذر الصلاة في الكعبة انعقد نذره، وهل يتعين داخلها أو يجزؤه فعلها خارجها في المسجد الحرام؟ لم أر فيه شيئًا، وقد قال الشافعي والأصحاب: إن الصلاة داخلها منفردًا أفضل منها خارجها منفردًا وهذا يشعر بالتعين؛ إذ الفاضل لا يقوم مقام الأفضل.

ثم رأيت الإمام قال: وفي بعض الأخبار: «**صلاة في المسجد الحرام تعدل مائة ألف صلاة في غيره، وصلاة في الكعبة تعدل مائة ألف صلاة في المسجد الحرام**»(١).

وكان شيخي، يقول هذه الزيادة لم يصححها الإثبات فلا تعويل عليها، فلو نذر صلاة في الكعبة فصلى في أرجاء المسجد الحرام أجزأه ذلك هذا ما كان يقوله، والعلم عند الله تعالى، انتهى.

قضية كلام المصنف وغيره أنه لا خلاف في عدم تعين غير المساجد الثلاث من المساجد إذا عينه في نذره؛ بل له أن يصلي حيث شاء، وهو المشهور ورواه وجوه جمعها ابن الرفعة:

أحدها: إذا عين مسجد الصلاة ركعتين فيه تعين، حكي عن ابن العاص وأنكره الخبر عنه.

وثانيها: إذا نذر الصلاة في الجامع تعين عليه.

والثالث: حكاه في «البحر» أنه إذا نذر الصلاة في الجامع له أن يصلي في مسجد، وإن لم يكن جامعًا يعني: لا يجزؤه في غير مسجد، وكلام «الإبانة»

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٤٣، رقم ١٤٧٣٥)، وابن ماجه (١/ ٤٥١، رقم ١٤٠٦) قال البوصيري (٢/ ١٣): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات. والطحاوي (٣/ ١٢٧)

أَوْ صَوْمًا مُطْلَقًا فَيَوْمٌ، ....

يشعر به لو نذر أن يصلي صلاة في وقت النهي بغير مكة لم ينعقد نذره على أصح الوجهين عندنا على أن ما لا سبب لها هل ينعقد؟ والأصح المنع سواء، قلنا الكراهة للتنزيه أو للتحريم هذا هو الوجه، فإن قلنا: ينعقد صح نذره وإلا فلا، وإذا صح نذره قال قبل صلاة الجماعة من «شرح المهذب»: فالأولى أن يصلي في وقت آخر فإن صلى فيه أجزأه. وحكى الماوردي في المسألة هنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النذر باطل؛ لأن الصلاة في أوقات النهي معصية.

والثاني: النذر صحيح فيصلي فيها ولا يعصى؛ لأن النهي متوجه إلى ما لا سبب له.

والثالث: أنه صحيح ينعقد بالقضاء دون الأداء فيلزمه أن يصليها في غير هذه الأوقات، ولا يجوز فعلها فيها ليفي بالنذر ويسلم من المعصية.

قالا: لو قال: أصلي الفرائض في المسجد، قال في «الوسيط»: يلزمه إذا قلنا صفات الفرائض تفرد بالالتزام، أي: وهو الأصح، وقال في «البيان»: قال المسعودي: إن نذر صلاة الفرض في مسجد غير المساجد الثلاثة فانتقل إلى غيره، فإن كان الذي انتقل إليه الجمع فيه أعظم وأكثر، فظاهر كلامه - يعني الشافعي - يدل على أنه يلزمه صلاة الفرض في المسجد الذي عينه بالنذر إن كانت فيه جماعة، وله أن يسقط ذلك بأن يصلي مع جماعة أكثر منها، انتهى.

والظاهر أنه أراد بالمسعودي الفوراني كما استقرئ من كلامه، والذي ذكره في «الإبانة» و«العمد» أنه إذا نذر صلاة الفريضة في غير المساجد الثلاثة فانتقل إلى مسجد آخر تكون الجماعة فيه أعظم وأكثر جاز، وإلا فلا، قال في «العمد»: والفرق بين الفرض والنفل أن أداء الفريضة في المسجد أفضل، انتهى.

لو قيل: إنه لو نذر الصلاة في مسجد قباء تعين ولا يقوم غيره مقامه إلا أن يكون أحد المساجد الثلاثة لم يبعد لما جاء في فضله وفضل الصلاة فيه.

قال: (**أَوْ صَوْمًا مُطْلَقًا**) أي: من غير تعرض لعدد بلفظ ولا نية.

(**فَيَوْمٌ**) لأن الصوم اسم جنس يقع على الكثير والقليل والمتيقن يوم فلا

أَوْ أَيَّامًا فَثَلَاثَةٌ. أَوْ صَدَقَةً فِيمَا كَانَ ....

يلزم زيادة عليه هذا ما اتفقت عليه نصوص الشافعي وأصحابه.

وقال الماوردي: ولو قيل: يلزمه صيام ثلاثة أيام لكان مذهبًا؛ لأنها أقل صوم ورد في الشرع نصًّا، انتهى.

وقد خطر بالبال أن الناذر إن كان يظن أن الصوم اسم جمع يلزمه ثلاثة أيام تنزيلًا لإطلاقه على معتقده، وإن كان يعلم أنه اسم جنس لا يلزمه بإطلاقه إلا صوم يوم واحد، قال الرافعي: ويجيء وجه أنه يخرج عن النذر بإمساك بعض يوم بناء على أن النذر على ما يصح من جنسه، وأن إمساك بعض اليوم صوم، انتهى.

وهذا بعيد، والظاهر أنه لو قال: صومًا كثيرًا أو طويلًا أنه لا يلزمه أكثر من يوم، وقد صرح به في «الكافي» في تعرضه للأيام كما سبق عنه، قال في «الروضة»: ولو قال: أصوم دهرًا أو حينًا كفارة يوم.

قلت: وفي النفس منه شيء، والظاهر أنه لا فرق بين إطلاقه، وبين قوله: دهرًا أو زمنًا أو صومًا طويلًا أو كثيرًا إذا لم يكن له نية.

قال: (**أَوْ أَيَّامًا فَثَلَاثَةٌ**) أي: لأنها أقل الجمع على الصحيح، ولا يبعد تخريج وجه على مقابله كما أشرت إليه من قبل.

إشارة: هل يجب التثبت من النية لصوم النذر؟ الأصح نعم بناء على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع.

قال: (**أَوْ صَدَقَةً فِيمَا كَانَ**) أي: ولا يتقدر بخمسة دراهم ولا بنصف دينار، وإن قلنا النذر يحمل على الواجب من جنسه؛ لأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب فيجب على أحدهم شيء قليل فيكفيه التصدق بدانق فما دونه مما يتمول.

قال الرافعي: كذا ذكر حكمًا وتعليلًا، وإنما يستمر هذا التوجيه على قولنا بتأثير الخلطة في النقود ثم ذلك أن تقول: إذا حملنا المطلق على الواجب على أقل واجب من ذلك الجنس، والأقل من الصدقة غير مضبوط جنسًا، وقدر إبل الأموال الزكاتية مختلفة الجنس، وليس لواجبها قيمة مضبوطة، وصدقة الفطر

أَوْ صَلَاةً فَرَكْعَتَانِ، وَفِي قَوْلٍ رَكْعَةٌ فَعَلَى الْأَوَّلِ يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ، وَعَلَى الثَّانِي لَا .

أيضًا واجبة وليس لها قيمة مضبوطة فامتنع إجراء هذا القول في الصدقة وتعين اتباع اللفظ، انتهى.

قال: (**أَوْ صَلَاةً فَرَكْعَتَانِ**) أي: حملًا على أقل واجب الشرع.

(**وَفِي قَوْلٍ: رَكْعَةٌ**) أي: حملًا على أقل جائز.

(**فَعَلَى الْأَوَّلِ: يَجِبُ الْقِيَامُ فِيهِمَا مَعَ الْقُدْرَةِ**) أي: كالمكتوبة لأنا ألحقناه بواجب الشرع.

(**وَعَلَى الثَّانِي: لَا**) إلْحَاقًا له بِجَائِزِهِ.

تنبيه: قال في «الروضة» هنا: إذا التزم عبادة بالنذر، وأطلقها فعلى أي شيء ينزل نذره؟ فيه قولان مأخوذان من كلام الشافعي:

أحدهما: ينزل على أقل واجب من جنسه وجب بأصل الشرع؛ لأن المنذور واجب فجعل كواجب الشرع ابتداءً.

والثاني: ينزل على أقل ما يصح من جنسه، وقد يقال: على أقل جائز الشرع؛ لأن لفظ الناذر لا يقتضي زيادة عليه، وهذا الثاني يصح عند الإمام والغزالي، أي: وغيرهما من المراوزة؛ لكن الأول أصح، وقد صححه العراقيون والروياني وغيرهم، ثم فرع على هذا الأصل مسائل:

منها: اشتراط تثبت النية لصوم المنذور.

ومنها: صورة الكتاب في الركعة والركعتين.

ومنها: جواز الصلاة قاعدًا مع القدرة على القيام.

ومنها: إذا نذر إعتاق عبد وسيأتي، وزاد أن الأصح عند الأكثرين إجزاء كافرة ومعيبة، وقال ابْن كَجٍّ في باب الهدي: اشترط أبو إسحاق كونه مسلمًا، وإن أبا حامد قال: إنه غلط في هذه المسألة، وأحسن ﷺ حيث قال في كتاب الرجعة: والمختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين؛ بل يختلف الراجح منهما بحسب المسائل؛ لظهور دليل أحد

أَوْ عِتْقًا فَعَلَى الْأَوَّلِ رَقَبَةُ كَفَّارَةٍ، وَعَلَى الثَّانِي رَقَبَةٌ. قُلْت: الثَّانِي هُنَا أَظْهَرُ، والله أَعْلَمُ، أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ مَعِيبَةٍ أَجْزَأَهُ كَامِلَةٌ، ....

الطريقين في بعضها، وعكسه في بعض.

قال: وكذلك الخلاف في أن الرجعية زوجة أم لا؟ وفي أن الإبراء إسقاط أو تمليك، انتهى.

واعترض عَصْرِي على كلامه الأول بهذا وجعله تناقضًا، وليس كما ظنه وكان اعتراضه ببعض كلامه المذكور هنا على بعضه أقرب، وما ذكره في الرجعة اختيار وتحقيق وعليه يجتمع كلام الأصحاب.

قال: (**أَوْ عِتْقًا فَعَلَى الْأَوَّلِ: رَقَبَةُ كَفَّارَةٍ**) حملًا لإطلاقه على الواجب شرعًا.

(**وَعَلَى الثَّانِي: رَقَبَةٌ**) أي: ولو كفارة ويعينه لوقوع الاسم.

قال: (**قُلْت: الثَّانِي هُنَا أَظْهَرُ**) قال في «الروضة»: ورجحه الأكثرون، وهو الراجح في الدليل.

(**وَاللهُ أَعْلَمُ**) وسبق أن أبا حامد غلط أبا إسحاق في اعتبار الإسلام.

وقال التميمي في «المستعمل»: قال ـ يعني الشافعي: وإذا نذر عتق رقبةٍ ولم ينوها بصفة فأي رقبة أعتقها أجزأته، قال منصور: إذا قال: رقبة فالرقبة التي تجزئ في الواجب لا ما دونها.

وإذا قال: نسمة فأي نسمة أعتقها أجزأته كما لو نذر أن ينحر بدنة، كانت البدنة السالمة من العيب التي تجوز في الأضاحي، وإذا قال: بعيرًا أو حملًا أو ناقة أجزأه ما وقع عليه الاسم صغيرًا أو كبيرًا صحيحًا أو معيبًا، وهذا قولي، انتهى لفظه.

وقضية كلامه أن يفرق بين قوله: رقبة وبين قوله: عبدًا أو أمة، كما فرق بين قوله: بدنة وبين قوله: بعيرًا أو ناقة، وهذا وجه ثالث في المسألة ولأبي إسحاق سلف في اشتراط الإسلام فإن منصور قبله.

قال: (**أَوْ عِتْقَ كَافِرَةٍ أو مَعِيبَةٍ**) أي: التزمها في ذمته.

(**أَجْزَأَهُ كَامِلَةٌ**) أي: على الأصح المنصوص لإتيانه بالأفضل، وقيل: لا

فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً تَعَيَّنَتْ، ....

تجزئ المسلمة ولا السليمة وليس بشيء.

وقوله: كافرة معيبة، كذا وقع في النسخ المقابلة بنسخته، وفي نسخ: كافرة أو معيبة بزيادة: (أو) وأحسبها من إلحاق تلميذه ابْنِ جِعْوَانٍ، وهي عبارة «المحرر» و«الروضة» و«أصلها» والحكم لا يختلف.

قال: (**فَإِنْ عَيَّنَ نَاقِصَةً تَعَيَّنَتْ**) أي: بأن قال: لله عليَّ أن أعتق هذا العبد الكافر أو المعيب تعين عتقه ولم يجزئه غيره؛ لتعلق النذر بعينه هذا هو الصحيح، وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو قال: لله عليَّ أن أعتق هذا العبد الكافر لا يلزم؛ لأنه جعل الكفر صفة له أما إذا قال: هذا العبد، وكان كافرًا يلزم النذر، قال: وعلى هذا لو قال: وقفت على أهل الذمة؛ لا يصح، ولو قال: وقفت على هؤلاء؛ لا يصح وإن كانوا كفارًا، انتهى.

ورأيت في «تعليق» لابن الصلاح: أنه رأى بخط الشيخ أبي محمد أنه لو قال: لله عليَّ أن أعتق هذا العبد الكافر أو أتصدق بهذا المال على أهل الذمة، ففي لزومه وجهان، انتهى.

وقول القاضي: إنه جعل الكفر صفة له بعيد، بل الظاهر أنه أراد به التعريف، كقوله: هذا العبد الأسود أو الرومي أو الهندي أو الزمن ونحوها، وقوله: هذا العبد اليهودي أو النصراني، كقوله: هذا العبد الكافر فيكون على الوجهين.

[وفي «تعليق» البغوي: وأما إذا عين بأن قال: لله عليَّ أن أعتق هذا العبد الكافر] أو الذمي تعين فيه ولا يجوز غيره، وقال القاضي في ذكره: إنه لو نذر إعتاق رقبة كافرة لم يصح؛ لجعله الكافر صفة للقربة، انتهى. وهذه صورة أخرى محتملة.

فائدة: قال الرافعي والبغوي في «التعليق» و«التهذيب»: فلو قال: لله عليَّ إعتاق رقبة مؤمنة سليمة لم تجزئه الكافرة ولا المعيبة، وأسقطت «الروضة» لفظة: (سليمة) فيما رأيته فيها ولعله من ناقل.

أَوْ صَلَاةً قَائِمًا لَمْ يَجُزْ قَاعِدًا، بِخِلَافِ عَكْسِهِ، أَوْ طُولَ قِرَاءَةِ الصَّلَاةِ، أَوْ سُورَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ الْجَمَاعَةَ لَزِمَهُ.

قال: (**أَوْ صَلَاةً قَائِمًا لَمْ يَجُزْ قَاعِدًا**) أي: مع القدرة على القيام؛ لأنه دون الملتزم، ولينظر فيما لو نذر المقعد الصلاة قائمًا، ثم شفي وأمكنه القيام قبل أن يصلي هل يلزمه اعتبارًا بالتزامه أو لا اعتبارًا بحالة نذره؟ وسبق عن المتولي أنه لو نذر ما لا يقدر عليه لم يكن نذرًا، وهل يلزمه كفارة يمين؟ فيه وجهان.

قال: (**بِخِلَافِ عَكْسِهِ**) أي: وهو ما إذا نذر صلاة قاعدًا، فإنه يجوز أن يصليها قائمًا؛ لأنه أفضل ولو فعلها قاعدًا، كما لو صرح في نذره بركعة له الاقتصار عليها جزمًا، قالا: هنا ويجوز القعود قطعًا، يعني: على القولين السابقين فيما يسلك بالنذر، ثم نقلا بعد هذا عن الإمام عن الأصحاب أنه لو قال: عليَّ أن أصلي كذا قاعدًا لزمه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، انتهى.

وذكر القاضي ابْن كَجٍّ في كتاب الصلاة في لزوم القيام وجهين وهو موافق لنقل الإمام، واعلم أن صورة مسألة الكتاب في صلاة نذرها غير موصوفة بأن يقول: لله عليَّ أن أصلي صلاة قائمًا، أما لو قال: لله عليَّ أن أصلي النفل قائمًا فقد قال الشيخ إبراهيم المروزي: وجد ما ينعقد النذر عليه ما يتقرب بجنسه إلى الله تعالى إذا لم يكن فيه إبطال رخصة [والاحتراز عما لو نذر أن يصوم في السفر، وأن يصلي النفل قائمًا لا ينعقد نذره عند عامة أصحابنا؛ لأن فيه إبطال رخصة].

وقال القاضي: ينعقد نذره؛ لأن الصوم في السفر أفضل من الإفطار، وصلاة النفل قائمًا أفضل، انتهى. وسيأتي نقل الرافعي لبعض كلامه ويزيد مسألة الكتاب كلامًا.

قال: (**أَوْ طُولَ قِرَاءَةِ الصَّلَاةِ، أَوْ سُورَةً مُعَيَّنَةً**) أي: يقرأها في صلاته.

(**أَوِ الْجَمَاعَةَ؛ لَزِمَهُ**) قال الإمام الرافعي: كما يلزم أصل العبادة بالنذر يلزم رعاية الصفة المشروطة في التزامها إذا كانت مستحبة كما إذا شرط في

....

الصلاة التي التزمها إطالة القيام أو الركوع والسجود أو شرط المشي في الحجة الملتزمة إذا جعلنا المشي في الحج أفضل من الركوب، ولو أفردت الصفة بالالتزام والأصل واجب شرعًا كتطويل القراءة والركوع والسجود في الفرائض فوجهان:

أحدهما: أنها أوصاف لا تستقل بنفسها فلا تفرد بالالتزام، وأشبههما: اللزوم فإنها عبارات محبوكة، وفي معناها ما إذا نذر أن يقرأ في صلاة الصبح سورة كذا، وباللزوم أجاب «التهذيب» ولو نذر أن يصلي الظهر أو الفرائض بالجماعة ففي انعقاد نذره وجهان أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» اللزوم؛ لأن الجماعة مستحبة فقد تعلق النذر مستحب.

والثاني: المنع؛ لأن الفرائض أوجبها الشرع على صفة، وفي تصحيح النذر إبطال لتلك الصفة، والنذر التزام ما ليس بلازم ولا يوجب التغيير لأوضاع الشرع في العبادات.

ولو نذر إقامة بعض الرواتب كالوتر وركعتي الفجر ففيه هذان الوجهان، ولو نذر ألا يفطر في السفر في رمضان فأحد الوجهين، وهو المذكور في «الوجيز» ونسبه إبراهيم المروزي إلى عامة الأصحاب: إنه لا ينعقد نذره وله أن يفطر إن شاء؛ لأن في التزامه إبطال رخصة الشرع، وقد قال فيه ﷺ: «صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ اللهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ»(١).

والثاني: وهو اختيار صاحب «التهذيب» وشيخه القاضي: انعقاده ووجوب الوفاء كما في سائر المحبوبات، وكذلك الحكم فيما لو نذر إتمام الصلاة في السفر إذا قلنا: الإتمام أفضل، ويجري الوجهان فيما لو نذر أن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢/ ٢٠٣، رقم ٨١٥٩)، وأحمد (١/ ٢٥، رقم ١٧٤)، ومسلم (١/ ٤٧٨، رقم ٦٨٦)، وأبو داود (٢/ ٣، رقم ١١٩٩)، والنسائي (٣/ ١١٦، رقم ١٤٣٣)، وابن ماجه (١/ ٣٣٩، رقم ١٠٦٥)، وابن الجارود (ص ٤٦، رقم ١٤٦)، وابن خزيمة (٢/ ٧١، رقم ٩٤٥)، والطحاوي (١/ ٤١٥)، وأبو يعلى (١/ ١٦٣، رقم ١٨١)، وابن حبان (٦/ ٤٥٠، رقم ٢٧٤١).

....

يقوم السنن ولا يقعد فيها، أو نذر غسل الرجل واستيعاب الرأس بالمسح في الوضوء، أو التثليث في الغسل والوضوء، أو أن يسجد للتلاوة أو الشكر عندما يقتضي السجود، وذكر الإمام على مساق الوجه الأول: إنه إذا نذر المريض أن يقوم في الصلاة ويتكلف المشقة لم يلزمه الوفاء، وإنه لو نذر صومًا، وشرط ألا يفطر بالمرض لم يلزمه الوفاء؛ لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعًا والمرض مرخص فيه، انتهى لفظ الرافعي برمته وجرى عليه في «الروضة» ملخصًا له مع بعض تغيير في التعبير.

إشارات: منها: قوله: كما إذا شرط في الصلاة التي التزمها، أي: المنذورة إطالة القيام والركوع والسجود، ورأيت في «الروضة» أو السجود، وهذا تفريع منه على المشهور أن إطالة القيام ونحوه للمنفرد أفضل من التخفيف.

أما إذا قلنا ما نقله ابْن كَجٍّ والدارمي عن بعض الأصحاب هناك أن التخفيف أفضل فلا، ويشبه أن يختلف ذلك باختلاف حال المصلي والناذر في النشاط والجلد، فمن الناس من يسلبه طول القيام والخشوع الذي هو لب الصلاة، ومنهم من يزيده خشوعًا ويتلذذ به.

ومنها: قوله: (ولو أفردت الصفة بالالتزام. . . .) إلى آخره، يأتي فيه ما رواه ابْن كَجٍّ وما أبديناه.

ومنها: قوله: وفي معناها ما إذا نذر أن يقرأ في صلاة الصبح، أي: مثلًا سورة كذا أو أن يصلي الفرائض في جماعة إلى آخره، أما نذره قراءة سورة كذا في صلاة الصبح كما قاله «المحرر» أيضًا أو غيرها كما أشار إليه في «الروضة» بقوله مثلًا، فأقول: إن كانت السورة قصيرة، فلا وجه للزوم ذلك، وليس بمشروع ولا محبوب أن يلزم الإنسان قراءة سورة العصر أو الكوثر مثلًا في صلاته دائمًا، وإن أريد بذلك مرة، فما الدليل عليه إذا لم يكن الشرع حث عليها كما في صحيح الجمعة، فإن السنة أن يقرأ فيها بالسجدة، ﴿هَلْ أَتَىٰ﴾ [الإنسان: ١] وإن كان المراد أنه نذر قراءة سورة طويلة كالبقرة في الصبح أو

……………………………………………………………………

غيرها، فإن أريد به أنه نذر المحافظة على ذلك ففيه ما ذكرناه لا سيما في صلاة المغرب، وفيه شيء آخر وهو أن يؤدي إلى ترك الجماعة؛ لأنه إن كان إمامًا فواضح، وإن كان مأمومًا فكذلك فينتج اللزوم إلى أنه يلزمه أن يصلي منفردًا إما أبدًا إذا عمم أو خصص صلاة واحدة أو صلوات فتأمله.

ومنها: وأما إذا نذر أن يصلي الفرائض في جماعة، فقد علل ذلك بأن الجماعة مستحبة؛ فأبان أن المسألة مفرعة على استحباب الجماعة، أما إذا ظنا أنها فرض كفاية؛ فالظاهر أنه يجيء في ذلك على تسليم اللزوم ما سبق في ما إذا نذر فرض الكفاية، وعلى تقدير أن الجماعة سنة ففي لزوم الوفاء وقفة من وجه آخر، وهو أنه لو كانت الجماعة لا تقام في البقعة إلا في موضع واحد أنه يلزمه فعلها فيه ولا يجزئه الانفراد بحال، وفيه تضييق للرخصة الوارد بها النص وهو: «**جُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِدًا**»(١).

وقضية ما سبق من الحد عن المروزي أن يكون عامة الأصحاب على خلاف ما رجحاه خلافًا للقاضي الحسين والبغوي، ولينظر فيما لو كان ترك الجماعة أفضل كما ذكره في «الوسيط» في صور هل يلزم هذا الناذر؟ فعل المكتوبة في الجماعة مع إدراكها أفضل له في تلك الحالة؟

ومنها: قوله: ولو نذر إقامة بعض الرواتب كالوتر وركعتي الفجر، ففيه الوجهان عبارة «الروضة» عن ذلك: ولو نذر السنن الراتبة لكذا وكذا فعلى الوجهين، والظاهر أن صلاة الضحى على الوجهين، ويحرمان فيما لو نذر فعل المكتوبة أول الوقت كما قاله ابن القطان، وقد يتوقف فيه إذا كانت الجماعة تتأخر عن أوله يسيرًا لما فيه من تفويتها ولا يغنيه أن يصليها منفردًا ثم يعيد مع الجماعة لما أسلفناه في كتاب التيمم أو غيره.

---

(١) أخرجه الدارمي (١/ ٣٧٤، رقم ١٣٨٩)، وعبد بن حميد (ص ٣٤٩، رقم ١١٥٤)، والبخاري (١/ ١٢٨، رقم ٣٢٨)، ومسلم (١/ ٣٧٠، رقم ٥٢١)، والنسائي (١/ ٢٠٩، رقم ٤٣٢)، وأبو عوانة (١/ ٣٣٠، رقم ١١٧٣)، وابن حبان (١٤/ ٣٠٨، رقم ٦٣٩٨).

وَالصَّحِيحُ انْعِقَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لَا تَجِبُ ابْتِدَاءً كَعِيَادَةٍ، وَتَشْيِيعِ جِنَازَةٍ، وَالسَّلَامِ].

ومنها: قوله: ولو نذر صوم رمضان في السفر إلى آخره سبق ما ذكره إبراهيم المروزي فيه وحكاه عنه، وعلى ما اختاره القاضي والبغوي يجب أن يكون محله حيث يقول الصوم أفضل له وهو المراد كما دلَّ عليه كلام الرافعي، وذكر المسألة في «شرح المهذب».

ثم قال: هكذا أطلقوه والظاهر أنهم أرادوا من [لا يتضرر](١) بالصوم في السفر أما من يتضرر به فالأفضل له الفطر فلا ينعقد نذره؛ لأنه ليس بقربة.

وقوله: وكذلك إذا نذر إتمام الصلاة في السفر إلى آخره، قضية كلام المروزي فيما ذكره من الحد أن عامة الأصحاب على عدم الانعقاد.

وقوله: [ويجري الوجهان] فيما إذا نذر أن يقوم في السنن، سبق تصريح المروزي بأن عامة الأصحاب قالوا: لا ينعقد نذره خلافًا للقاضي الحسين.

وقوله: إذ نذر غسل الرجل، أي: ولا يمسح الخف، لم أره في «الروضة» وحد المروزي السابق مصرح بأن عامة الصحاب على منع الانعقاد.

وأما استيعاب الرأس بالمسح فيرجح الانعقاد فيه ظاهر، وكذلك تثليث الوضوء، وأما تثليث الغسل فبناه على استحبابه كالوضوء وفيه كلام طويل سبق هناك وأوضحته في «الوسيط».

وقوله: وعلى مساق الوجه الأول إلى آخره؛ يشعر بأنه على الثاني لا يكون كذلك، وينبغي ألا ينعقد نذره على الوجهين؛ إذا كان يتضرر بالقيام أو الصوم في المرض، والله أعلم.

قال: (**وَالصَّحِيحُ: انْعِقَادُ النَّذْرِ بِكُلِّ قُرْبَةٍ لَا تَجِبُ ابْتِدَاءً كَعِيَادَةٍ، وَتَشْيِيعِ جِنَازَةٍ، وَالسَّلَامِ**) عبارة «المحرر»: والأظهر انعقاد النذر بكل ما يتقرب به إلى الله تعالى، وإنْ لم يجب ابتداءً من جهة الشرع كعيادة المريض وتشييع الجنازة والسلام على الغير، انتهى.

---

(١) في نسخة: (من يتضرر).

……………………………………………………………………

وقال في «الشرح» بعد ذكره ما سبق في النوع الثاني والثالث: القربات التي لم توضع لتكون عبادة، وإنما هي أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعموم فائدتها، وقد يبتغي بها وجه الله تعالى فينال الثواب كعيادة المرضى وزيارة القادمين وإفشاء السلام على المسلمين، زاد في «الروضة» في الأصل: وتشميت العاطس ففي لزومها بالنذر وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنها ليست على أوضاع العبادات، وأظهرهما: اللزوم؛ لأن الشارع يرغب فيها والعبد يتقرب بها فهي كالعبادات، ولو نذر تجديد الوضوء لزمه على الأصح.

قال في «التتمة»: ولو نذر الاغتسال لكل صلاة لزمه الوفاء، وليبن هذا على أن تجديد الغسل هل يستحب؟ قال: ولو نذر الوضوء انعقد نذره ولا يخرج عنه بالوضوء عن الحدث؛ بل بالتجديد، زاد في «الروضة»: وبلزوم التجديد بالنذر جزم القاضي الحسين.

وفي «التهذيب» وجه ضعيف أنه لا يلزم، وقولهم: لا يخرج عن النذر إلا بالتجديد معناه بالتجديد حيث شرع، وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاة على الأصح، والله أعلم، انتهى.

ذكرت في «الغنية» وغيرها خلافًا في أنه متى يشرع التجديد، وربما وقع في الترجيح اضطراب، قال يعني المتولي: ولو نذر أن يتوضأ لكل صلاة لزمه الوضوء لكل صلاة، وإذا توضأ لها عن [حدث](١) لا يلزمه الوضوء لها ثانيًا؛ بل يكفي الوضوء الواحد عن واجب الشرع والنذر.

قال: ولو نذر ألا يهرب من ثلاثة فصاعدًا من الكفار، فإن علم من نفسه القدرة على مقاومتهم انعقد نذره، وإلا فلا.

وفي كلام الإمام أنه لا يلزم بالنذر انكفاف قط حتى لو نذر ألا يفعل مكروهًا لا ينعقد نذره، انتهى.

---

(١) في نسخة: (جنابة).

....

عدنا إلى الكلام على ألفاظ الكتاب شمل إطلاقه نقل الوجهين فيما لو نذر زيارة قبر رسول الله ﷺ وقال القاضي ابْن كَجٍّ: عندي أنه يلزمه ذلك وجهًا واحدًا.

قول المصنف: (والسلام) قال في «الدقائق»: قول «المحرر» (والسلام على الغير) الأجود حذف الغير؛ إذ لا فائدة فيه، وقد توهم الاحتراز من سلامه على نفسه عند دخوله بيتًا خاليًا، ولا يصح الاحتراز فإنهما سواء، انتهى.

وهذا من تصرفه - رحمه الله - فإني لم أره صريحًا، والمنقول ما سبق وكأنه أخذه من قول «المحرر» بكل ما يتقرب به، وعلى كل تقدير يجب أن ينظر في صيغة النذر، وقصد الناذر فإن اقتضت صيغة النذر شمول ذلك أو نواه فذاك، وإن كانت الصيغة تقتضي القصر على السلام على الغير فلا يلزمه غير مقتضاها.

وإن أطلق فقال: لله عليَّ البداية بالسلام، فالظاهر حمله على السلام على من يشرع ابتداؤه بالسلام؛ لأنه المفهوم من إطلاقه فلا يلزمه ما ذكره من سلامه على نفسه عند دخوله البيت خاليًا، وإن كانت الصيغة: لله عليَّ السلام أو أن أسلم ولم يقصد بذلك شيئًا ففي انعقاد نذره تعدٍ، ويدخل في كلام المصنف التسليمة الثانية من الصلاة، والتسليم من سجود الشكر والتلاوة، وهل يتضمن إيجاب نية الإيجاب والمأمومين السلام على من على اليمين واليسار؟ إذا لم يقصد ذلك بالنذر.

الظاهر: لا، ويدخل في لفظ الكتاب صور كثيرة مما سبق في النوع الثاني حيث يحكم بفضله أو أفضليته.

وقد بينا ما قيل في ذلك، وما خطر لنا فيه وفعل المكتوبة أول الوقت وصلاة الضحى وقيام الليل المستحب، والتراويح وتحية المسجد، وركعتي الإحرام والطواف إذا لم يوجبهما، فإن صح ذلك اقتضى ألا يسقط التحية ولا ركعتي الإحرام بصلاة أخرى من نفل أو فرضٍ؛ إذ الفرض لا يتداخل والنفل لا

....

ينوب عن الواجب.

وقضية عبارة الكتاب لزوم الصوم والإتمام في السفر حيث يحكم بأفضليتها وسبق نقل المروزي أن عامة الأصحاب قالوا: إنه لا ينعقد نذره ولم يصرح الشيخان بمخالفته كما سبق.

واعلم أنهما أوردا في آخر الباب فروعًا منثورة، وقد تضمن كلام «المحرر» و«المنهاج» بعضها.

قالا: واللفظ لـ«الروضة» نقل ابْن كَجٍّ وجهين فيمن قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعجل زكاة مالي؛ قيل: يصح نذره.

ووجهان فيما لو قال: إن شفى الله مريضي فلله علي أن أذبح لابني، هل يلزمه الذبح عن ولده لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به؟ وجهان فيما إذا قال: إن شفى الله مريضي فلله علي أن أذبح ابني، فإن لم يجز فشاة مكانه، هل يلزمه ذبح شاة؟ وجهان فيما إذا نذر النصراني أن يصلي أو يصوم ثم أسلم، هل يلزمه أن يصلي صلاة شرعنا وصومه؟ قال: قلت: الأصح في الثانية الصحة، وفي الثاني البطلان، والله أعلم.

ويشبه أن يقال: الترجيح في الأول؛ أظهر لما فيه من القربة الظاهرة ولا سيما مع حاجة المستحقين وطلبهم أو طلب الإمام لهم لعلمه بحاجتهم، وهذا في تعجيل زكاة عام فقط، في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو نذر أن يقرأ الفاتحة إذا عطس، قال: إن كانت به علة وبرئ شفاؤه في العطاس ينعقد بلا خلاف، وإن لم يكن به علة عندي ينعقد نذره؛ لأن الشرع ورد بالتحميد عقب العطاس، وكذا كل ما هو مستحب في الشرع، فإذا نذره ينعقد ولو نذر أن يحمد الله تعالى عقب شرب الماء ينعقد نذره.

قلت: وكذا عقب الأكل والتسمية قبلهما.

قال: فلو عطس هذا الناذر في ركوع أو سجود أو تشهد فعليه أن يقرأ الفاتحة إذا فرغ من الصلاة، وإن عطس في القيام قرأها في الحال؛ لأن تكرير

....

الفاتحة في الصلاة لا يبطلها، انتهى.

وفي انعقاد نذره قراءة الفاتحة بعد العطاس نظر حيث لا علة، ولم يقصد ما ذكره لأنا لا نعرف من استحب قراءتها عقب العطاس، وفي التزامه بقراءتها في القيام بُعد وإن لم تبطل به الصلاة.

ونختم الباب بفروع مبددة مفيدة

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي الحسين: أنها لو كانت تلد أولادًا ويموتون، فقالت: إن عاش لي ولد فلله عليَّ عتق رقبة؛ قال: يشترط للزوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أكبر أولادها الموتى، وإن قلت تلك الزيادة.

وقال العبادي: متى ولدت حيًّا لزمها العتق، وإن لم يعش أكثر من ساعة؛ لأنه عاش، قال في «الروضة» و«شرح المهذب»: والأول أصح، انتهى.

ورأيت عن «شرح الوسيط» لابن أبي الدم وجهًا ثالثًا: إنه لا يستقر النذر ما لم تمت الأم والابن حي فيخرج العتق من ثلثها.

ووجهًا رابعًا: إنه إذا عاش واستغنى عن الحضانة لزم العتق، انتهى.

وما قبله أشبه الوجوه عندي؛ لأنها إنما تقصد ألا تفجع به، ومتى مات في حياتها فات الغرض، وقول العبادي بعيد وجمود على ظاهر اللفظ.

فَرْعٌ: قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو قال: إن شفى الله مريضي صمت أو صليت أو حججت أو أعتقت سالمًا أو غانمًا؛ فشفي كان بالخيار بين أحد هذه الأمور، وقس على هذا.

فَرْعٌ: في «فتاوى» البغوي: أنه لو نذر شيئًا إن رده الله سالمًا ثم شك أو لم يدر أنذر صدقة أم عتقًا أم صلاة أم صومًا؟ يحتمل أن يقال: عليه الإتيان بجميعها كمن نسي صلاة من الخمس، ويحتمل أن يقال: يجتهد بخلاف أن الصلوات لأنا تبعنا هناك وجوب الكل عليه، فلا يسقط إلا باليقين، وهاهنا أن الكل لم يجب عليه إنما وجب واحد وإن اشتبه يجتهد كالقبلة والأواني، انتهى.

……………………………………………………………………

ذلك أن يقول على القبلة والأواني أمارات غالبًا ولا أمارة هاهنا غالبًا فكيف يجتهد.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي الحسين: إذا قال: إن شفى الله مريضي؛ فلله عليَّ أن أتصدق بخُمس ما يحصل لي من المعشرات، فشفي، يجب التصدق به، وبعد إخراج الخمس يجب العشر في الباقي إن كان نصابًا ولا عشر في ذلك الخمس؛ لأنه لفقراء غير معينين، فأما إذا قال: لله عليَّ أن أتصدق بخمس مالي، يجب إخراج العشر، ثم ما بقي بعد إخراج العشر يخرج منه الخمس، انتهى.

ويشبه أن يفصل في الصورة الأولى، فإن تقدم النذر على اشتداد الحب فكما قال، وإن نذر بعد اشتداده وجب إخراج العشر أولًا من الجميع، ثم يخرج خمس الباقي عن نذره ووجهه ظاهر.

فَرْعٌ: قال في «الروضة» عن المتولي: لو قال: إن شفى الله مريضي فكل عبد أملكه حر فعبد فلان حر إن ملكته؛ لم ينعقد نذره قطعًا، كما لو قال: إن ملكت عبدًا أو عبد فلان فهو حر لا يصح قطعًا، ولو قال: إن ملكت عبدًا فلله عليَّ أن أعتقه انعقد نذره.

قال: ولو قال: إن ملكت عبد فلان فلله عليَّ أن أعتقه؛ انعقد نذره على الأظهر هذا إذا قصد الشكر على حصول الملك، فإن قصد الامتناع من ملكه فهو نذر اللجاج، انتهى.

ورأيت في «تعليق» القاضي الحسين في باب الطلاق قبل النكاح أنه لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعتق عبد فلان إذا ملكته انعقد النذر على قول أصحابنا، قال القاضي: وعندي أنه يخرج على وجهين.

فأما لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ عتق عبد فلان إذا ملكته جاز، وربما نسبه إلى الأصحاب، أجاب الماوردي قائلًا: إنه علق العتق بذمته فلزمه؛ لأنه قد تعلق بذمته ما لا يملكه.

....

وفي «التهذيب» هناك أنه لو قال: لله عليَّ أن أعتق عبد فلان إذا ملكته؛ ففيه وجهان أرسلهما بلا ترجيح.

فَرْعٌ: قال في «الروضة»: لو نذر صوم شهر ومات قبل إمكان الصوم يطعم عنه لكل يوم مد، بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان ومات قبل إمكان القضاء لا يطعم عنه؛ لأن المنذور يستقر بنفس النذر، قاله القفال، وبنى على هذا أنه لو حلف وحنث في يمينه وهو معتبر فرضه الصيام فمات قبل الإمكان يطعم عنه، وأنه لو نذر حجة ومات قبل إمكان الحج يحج عنه وهذا بخلاف ما قدمناه في الحج.

زاد في «شرح المهذب» قلت: الصحيح إنه إذا مات قبل إمكان الصوم والحج المنذورين وكفارة اليمين المذكورة فلا حج عليه، ولا يطعم عنه، ولا يصام عنه، والله أعلم، انتهى.

وعلى ما صححه ينطبق ما رجحاه فيما إذا نذر حجات كثيرة كألف حجة، فالقفال يرى إخراجها من ماله عند المكنة، ورجحا خلافه فلا يحسن سكوتهما على ما ذكراه عنه في الفرع فاعلم، وفروع الباب لا تنحصر.

فائدة: قال في آخر الباب من «الروضة»: وما يحتاج إليه إذا نذر زيتًا أو شمعًا أو نحوه ليسرج في مسجد أو غيره، إن كان بحيث قد ينتفع به ولو على نذور، فصَّل هناك أو نائم أو غيرهما صح ولزم، وإن كان تعلق ولا يتمكن أحد من الدخول والانتفاع به لم يصح، ولو وقف شيئًا من غلته زيتًا أو غيره ليسرج في مسجد أو غيره فحكمه في الصحة ما ذكرناه في النذر.

قلت: ومسألة النذر مما عمت به البلوى، ولم أر للأصحاب فيها نصًا، والظاهر أن ما ذكره الشيخ قاله تفقهًا.

وفي «فتاوى أبي عمرو بن الصلاح» ما يقتضي موافقته المصنف في بعض كلامه، ومن كلام أبي عمرو أخذوا الذي اعتقده وأفتيت به أنه إن كان النذر لمسجد؛ فالأمر كما ذكره في «المصباح» ونحوه، إذا كان يستضيء به من يكون

……

هناك، وأما إيقاد الشموع ليلًا على الدوام لهذا الغرض ففيه نظر؛ لما فيه من الإسراف وإضاعة المال لا سيما إذا كثرت الشموع وعظمت قيمتها، وكذا ينبغي أن يقال في المصابيح الكبيرة بخلاف ما تدعو إليه الحاجة.

وأما النذور للمشاهد التي بنيت على قبر ولي أو شيخ لو على اسم لكل من الأولياء أو رؤى في تلك البقعة من الأنبياء والصالحين؛ فإن قصد الناذر بذلك التنوير على من سكنها أو ورد إليها فهذا في غير ما بني من القبر نوع من القرب وحكمه ما بيناه.

وإن قصد بنذره وهو الغالب أو الواقع من قصود العامة تعظيم البقعة والمشهد والزاوية أو تعظيم من دفن بها ممن ذكرنا أو نسبت إليه أو بنيت على اسمه؛ فهذا النذر باطل غير منعقد، فإن معتقدهم أن لهذه الأماكن خصوصيات لأنفسها، ويرون أنها مما يُدفع به البلاء، ويُستجلب به النماء، ويُستشفى بالنذر لها من الأدواء، حتى أنهم ينذرون لبعض الأحجار لما قيل إنه جلس عليها أو استند إليها عبد صالح، وينذرون لبعض القبور السرج أو الشموع والزيت، ويقولون: القبر الفلاني أو المكان الفلاني يقبل النذر، يعنون بذلك أنه يحصل بالنذر الغرض المأمول من شفاء مريض وقدوم غائب، وسلامة مال، وغير ذلك من أنواع نذر المجازاة، فهذا النذر على هذا الوجه باطل لا شك فيه؛ بل نذر الزيت والشمع ونحوهما للقبور باطل مطلقًا.

ومن ذلك نذر الشموع الكبيرة العظيمة وغيرها لقبر الخليل ﷺ ولقبر غيره من الأنبياء والأولياء عليهم السلام، فإن الناذر لا يقصد بذلك إلا الإيقاد على القبر تبركًا وتعظيمًا ظانًا أن ذلك قربة، وأكثر من ينذر ذلك يصرح بمقصوده فيقول: لله عليَّ كذا من الشمع مثلًا ليوقد عند رأس الخليل ﷺ أو على القبر الفلاني أو قبر الشيخ فلان، فهذا مما لا ريب في بطلانه، والإيقاد المذكور محرم سواء انتفع به منتفع هناك أم لا؛ لأن الناذر لم يقصد ذلك ولا مر بباله؛ بل غرضه وقصده ما أشرنا إليه، فهذا الفعل من البدع الفاحشة التي عمت بها البلوى، وفيها مضاهاة اليهود

....

والنصارى الذين لعنوا في الحديث الصحيح على تعاطيهم ذلك على قبور أنبيائهم عليهم الصلاة والسلام، وإنما أوضحت فساد ذلك مع وضوحه خشية أن يتمسك جاهل بقول المصنف: (في مسجد أو غيره) وليس ذلك مراده.

وكذا قوله: ولو وقف شيئًا ليشتري من غلته زيتًا أو غيره ليسرج في مسجد أو غيره؛ حكمه في الصحة ما ذكرناه في النذر ليس على إطلاقه وفهم التعميم منه غلوًا، وحكمه ما فصلناه في النذر، والله أعلم.

خاتمة نسأل الله الكريم حسنها سبق الوعد بها:

قال في زيادة في «الروضة»: اعلم إنه ثبت في صحيح البخاري (٢٢/ ٢١) ومسلم (١١/ ٨٩) عن ابن عمر - رضي الله عنهما - **«أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنِ النَّذْرِ»** انتهى.

وصرح في «شرح المهذب» بكراهة النذر واستدل بهذا الحديث، وذكر بقيته، وقال: **«إِنَّهُ لَا يَرُدُّ شَيْئًا، وَإِنَّمَا يُسْتَخْرَجُ بِهِ مِنَ الْبَخِيلِ»** وبحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَا تَنْذِرُوا؛ فَإِنَّ النَّذْرَ لَا يُغْنِي مِنَ الْقَدَرِ شَيْئًا، وَإِنَّمَا يُسْتَخْرَجُ بِهِ مِنَ الْبَخِيلِ»**(١) رواه الترمذي والنسائي بإسناد صحيح.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، قال الترمذي: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم كرهوا النذر، قال ابن المبارك: الكراهة في النذر في الطاعة والمعصية، قال: فإن نذر طاعة ووفى به فله أجر الوفاء، ويكره النذر، هذا كلام الترمذي.

قلت: وهذا من المصنف - رحمه الله - كالصريح في أنه لم يقف على نقل في المسألة لا عن الشافعي ولا عن الأصحاب، وقد جمع القاضي الإمام المحقق

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١١٨، رقم ٥٩٩٤)، والحاكم (٤/ ٣٣٨، رقم ٧٨٣٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبخاري (٦/ ٢٤٦٣، رقم ٦٣١٤)، ومسلم (٣/ ١٢٦١، رقم ١٦٣٩).

……

أبو إسحاق بن أبي الدم الحموي - رَحِمَهُ اللَّهُ- في ذلك ثلاثة آراء للأصحاب.

أحدها: إنه مكروه، ونقله عن حكاية الشيخ أبي علي في «شرحه الكبير» عن نصِّ الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ والظاهر أن مستند الكراهة ظواهر الأحاديث وسنتكلم عليها.

والثاني: إنه لا خلاف الأولى، واختاره ابن أبي الدم في شرحه «للوسيط» وضعف بأن الفرق بين المكروه ونزل الأولى وورود النهي المقصود، كما قاله الإمام، والنهي قد ورد في النذر، فإن أوَّل النهي وتمسك بالقياس لزم استحبابه كما سنذكره، وإن لم يؤله وأجراه على ظاهره لزمه أن يقول بالكراهة كما رواه عن النصِّ.

والثالث: إنه قربة، نقله ابن أبي الدم عن جماعة من الأصحاب، وبه جزم القاضي الحسين.

قال: وقد يكون له غرض في أن يثاب ثواب الواجب لكثرته، فإنه كما قال الإمام أكثر بسبعين درجة، وعن القاضي أو عن غيره: إنه كان إذا أراد التصدق بشيء نذره ثم تصدق به، وهذا ما جزم به الرافعي هنا، والمتولي في كتاب الوكالة، والغزالي في كتاب الكفارات، كلهم صرح بأنه قربة لا تصح من الكافر ولا يصح التوكيل فيه.

ويقرب منه قول المصنف في «شرح المهذب»: إنه لو نذر في الصلاة عامدًا لم يبطل على الأصح؛ لأنه مناجاة لله تعالى كالدعاء، ولأنه يشبه قوله سجد وجهي للذي خلقه، انتهى.

واستأنس له بقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٧٠] أي: ليجازيكم به، ففيه حث على الإنفاق والنذر في الطاعة فدل على أنه قربة، ومن حيث المعنى أنه وسيلة إلى القربة وللوسائل

....

حكم المقاصد، ويجاب عن ظواهر الأخبار الناهية بحملها على علم من حاله أو غلب على ظنه عدم الصيام بما التزمه أو على من يعتقد أن النذر إياه بالخير، أو دفع عنه الضير كما أشار إليه الحديث.

وأحسن ابن الأثير الجزري في «نهايته» حيث قال: تَكَرُّرُ النَّهْيِ عَنِ النُّذُورِ فِي الْحَدِيثِ وَهُوَ تَأْكِيدٌ لِأَمْرِ وَتَحْذِيرٌ عَنْ التَّهَاوُنِ بِهِ بَعْدَ إِيجَابِهِ.

قال: وَلَوْ كَانَ مَعْنَاهُ الزَّجْرَ عَنْهُ حَتَّى لَا يَفْعَلُ لَكَانَ فِي ذَلِكَ إِبْطَالٌ لِحُكْمِهِ وَإِسْقَاطٌ لِلُزُومِ الْوَفَاءِ بِهِ، إِذَا كَانَ بِالنَّهْيِ يَصِيرُ مَعْصِيَةً فَلَا يَلْزَمُ وَإِنَّمَا وَجْهُ الْحَدِيثِ أَنَّهُ قَدْ أَعْلَمَهُمْ أَنَّ ذَلِكَ الْأَمْرَ لَا يَجُرُّ لَهُمْ فِي العَاجِلِ نَفْعًا.

وَلَا يَصْرِفُ عَنْهُمْ ضُرًّا وَلَا يَرُدُّ قَضَاءً، فَقَالَ: لَا تَنْذِرُوا عَلَى أَنَّكُمْ تُدْرِكُونَ بِالنَّذْرِ شَيْئًا لَمْ يُقَدِّرْهُ اللهُ تَعَالَى لَكُمْ، أَوْ تَصْرِفُونَ بِهِ عَنْكُمْ مَا قَدَّرَ عَلَيْكُمْ، فَإِذَا نَذَرْتُمْ وَلَمْ تَعْتَقِدُوا هَذَا فَأَخْرِجُوا عَنْهُ بِالْوَفَاءِ؛ فَإِنَّ الَّذِي نَذَرْتُمُوهُ لَازِمٌ لَكُمْ، انتهى.

ولا يبعد أن يفرق بين ناذر وناذر، أو بين نذر ونذر، فيكون نذر المجازاة إما مكروه مطلقًا للظواهر، أو مكروه للجاهل لما سبق دون العالم، وأما نذر التبرر لا في مقابله شيء بل التزام عبادة لله تعالى تقربًا إليه، وهو قادر على القيام أو الدوام عليها لحقيتها أو صدقة أو صلة رحم ونحوها، فالظاهر أنه قربة.

وقد لوح ابن الرفعة بهذا فقال: ويمكن أن يتوسط فيقال: الذي دلَّ عليه الخبر كراهية نذر المجازاة، وأما نذر التبرر فيظهر أنه قربة، انتهى.

فإن قلت: كان من حق المتبرر في أن يفعل ما التزمه من غير التزام لما في الالتزام من الخطر.

قلت: قد يحمله عليه أمران:

أحدهما: ما سبق من طلب زيادة أجر الواجب.

……

والثاني: إنه قد يأنس من نفسه بخلًا بالمال، أو كسلًا وفتورًا عن العبادة المنذورة قبل نذرها، فإذا نذرها تحتم عليه فعلها وإلزام نفسه القيام بها، وقد يعلم من نفسه أنه لو لم يلتزمها لفرط فيها غالبًا، ولو نذرها لقام بها وحافظ عليها خشية الإثم، وتحمل الأحاديث ونص الشافعي على ما ذكرنا ومن ذكرناه من قبل، والله أعلم وبه التوفيق.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ ٣
كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ ٧٢
كِتَابُ المُسَابَقَةِ وَالمُنَاضَلَةِ ٢٠٣
كِتَابُ الأَيْمَانِ ٢٣٩
كِتَابُ النَّذْرِ ٤٤٧

قُوتُ ٱلمُحْتَاج

في

شَرْحِ ٱلمِنْهَاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء الحادي عشر

القضاء - الشهادات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف: فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق: عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes) 7280 (12 مجلداً) عدد الصفحات
Size 17x24 cm قياس الصفحات
Year 2015 A.D - 1437H. سنة الطباعة
Printed in : Lebanon بلد الطباعة: لبنان
Edition : 1st الطبعة: الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: +٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8
90000
9 782745 180254

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القضاء

هو بالمدّ: ولاية مخصوصة، قال الأزهري: وهو في الأصل: أحكام الشيء وفروعه، ويكون القضاء إمضاء الحكم، وقال الجوهري: قضى بمعنى: أنهى وفرغ، ومنه ﴿فَوَكَزَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥] فالقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه، وقضى بمعنى: أوجب، ومنه ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾ [الإسراء: ٢٣] فالقاضي يوجب الحكم على من حكم عليه، ويقال: بمعنى الإتمام، ومنه: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٠٠] وبمعنى: أدى وبمعنى قدر، وقيل غير ذلك، وسمي القضاء حكمًا فيه من منع الظالم مأخوذ من الحكمة بالتحريك، وهي حكمة اللجام لمنعها الدابة، وقيل: الحكمة مأخوذة منه، وقيل: أخذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء في مجلد، والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وقوله: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

ومن السنة ما لا يحصى كثرة كقوله ﷺ: «إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ»(١) الحديث متفق عليه.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٤/١٩٨، رقم ١٧٨٠٩)، والبخاري (٦/٢٦٧٦، رقم ٦٩١٩)، ومسلم (٣/١٣٤٢، رقم ١٧١٦)، وأبو داود (٣/٢٩٩، رقم ٣٥٧٤)، والترمذي =

قال المصنف: [هُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَإِنْ تَعَيَّنَ لَزِمَهُ طَلَبُهُ].

وأما الإجماع فمنعقد عليه وهو من مهمات الدين والدنيا، وقد ورد فيه من التحذير والتشديد ما لا يحصى كثرة، وورد فيه ترغيبات أيضًا، وقد أوردت من كل من النوعين طرفًا صالحًا هناك في «الغنية» مشتملًا على فوائد حسنة ونفائس مهمة يتعين الوقوف عليها، وكنت في زمن الشباب قد عزمت على جمع مؤلف يشتمل على القضاء والشهادات والدعوى والبينات لما رأيته من افتقار الناس إلى ذلك وجهل أكثرهم بأحكامه فلم يقدر لي ذلك، فلما يسر الله سبحانه بكتابة «الغنية» ذكرت في كل من الأبواب الثلاثة جملًا متكاثرة، فمن أحب الوقوف عليها رأى فيها ما يقر به عينه من الفروع المستفادة والنقول الغريبة، والله يجعل ذلك وجميع ما نأتيه لوجهه خالصًا، وأن ينفعني به إذا الكل أضحى خالصًا إن ربي لطيف لما يشاء.

قال الشارح: قال: (هُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ) أي: بالإجماع كما قاله الرافعي وغيره؛ لأن الظلم من شيم النفوس، فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من الظالم، ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه فوجب عليه نصب القضاة في بلاد الإسلام بحسب الحاجة هذا هو الصواب.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: إنه يستحب نصب القضاة في البلدان، قال ابن الرفعة: ولم أره لغيره ولم يحصل الفرض، سيأتي في بيانه - إن شاء الله- عند الكلام في الاستعداد وإحضار الخصوم.

قال: (فَإِنْ تَعَيَّنَ) أي: للقضاء.

(لَزِمَهُ طَلَبُهُ) أي: لم يعرض عليه ذلك بأن يكون في الناحية واحد لا غير

= (٣/ ٦١٥، رقم ١٣٢٦) وقال: حسن غريب. والنسائي (٨/ ٢٢٣، رقم ٥٣٨١)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦، رقم ٢٣١٤)، وابن حبان (١١/ ٤٤٥، رقم ٥٠٦٠)، والبيهقي (١٠/ ١١٩، رقم ٢٠١٥٥).

حديث عمرو بن العاص: أخرجه الشافعي (١/ ٢٤٤)، وأحمد (٤/ ١٩٨، رقم ١٧٨٠٩)، والبخاري (٦/ ٢٦٧٦، رقم ٦٩١٩)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢، رقم ١٧١٦)، وأبو داود (٣/ ٢٩٩، رقم ٣٥٧٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦، رقم ٢٣١٤)، وابن حبان (١١/ ٤٤٧، رقم ٥٠٦١).

أهلًا للقضاء، ولم يجد الإمام غيره أهلًا في بلدٍ أو ناحية أخرى يجيب إلى التولية بالناحية الخالية؛ فيتعين على الحاضر الأهل الطلب والإجابة خروجًا من الواجب كسائر فروض الكفاية إذا اتصفت إذا علمت هذا ووجد الإمام في بلد آخر من يصلح وامتنع لم يجزه لما فيه من إلزامه الخلاء والبعد عن أهله ووطنه، وفيه كلام سيأتي بخلاف الحاضر الأهل، فيتعين على الإمام نصبه إذا علم به ويجبره على الصحيح، ويلزمه القبول، وإن لم يعلم به الإمام أو علم ولم يستدعيه للولاية لزمه طلبها، ويشهر نفسه عنده إن كان خاملًا.

قال في «المهذب» وغيره: ولو احتاج في هذه الحالة إلى بذل مال في تحصيله لزمه بذله كما يلزمه شراء الرقبة للكفارة والإطعام في المجاعة، ولا يعذر بأن يخاف على نفسه ميلًا أو خيانة بل عليه أن يتولى ويحترز هكذا أطلقوا أنه يلزمه الطلب، وقال الماوردي: يتعين عليه فرض الإجابة إذا دعي ولا يتعين عليه طلبه، والمشهور الأول وبه جزم الماوردي من بعد ولعله أراد بهذا ما إذا علم الإمام به، وإلا وجب عليه إعلامه كما أطلقه غيره.

وينبغي أن يكون موضعه ما إذا أراد الإجابة أو تردد فيها على السواء، أما لو غلب على ظنه عدم إجابته لما علمه من فساد الزمان وأئمته، فالظاهر أنه لا يلزمه الطلب نعم، يجب عليه القبول إن دعي فإن امتنع عصى، وهل يجبره الإمام؟ فيه وجهان: أحدهما: لا.

قال الرافعي: لما يروى أنه ﷺ قال: **«إنا لا نكره القضاء على أحد»**(١) وهذا الحديث غير معروف.

والثاني: نعم، وهو المشهور، قال الرافعي: والأكثرون حملوا الحديث حالة عدم التعين وحكموا بالإجبار لاضطرار الناس علمه، ونظره كمالك

---

(١) قال الحافظ: قَوْلُهُ: رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِنَّا لَا نُكْرِهُ أَحَدًا عَلَى الْقَضَاءِ». لَمْ أَجِدْهُ هَكَذَا، وَفِي الْمَعْنَى حَدِيثُ أَبِي مَسْعُودٍ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَاعِيًا وَقَالَ: «لَا أُلْفِيَنَّكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تَجِيءُ وَعَلَى ظَهْرِكَ بَعِيرٌ لَهُ رُغَاءٌ قَدْ غَلَلْتَهُ» قَالَ: إِذًا لَا أَنْطَلِقُ، قَالَ: «إِذًا لَا أُكْرِهُكَ» أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ.

الطعام، قال الرافعي: وربما يتردد الناس في الإجبار من جهة أن الامتناع من هذا الفرض الذي هو مناط بالمصالح العامة بعدما تعين يشبه أن يكون من الكبائر، وحينئذ فيفسق به، ويخرج عن أهلية القضاء لفوات شرط العدالة، فكيف تولى وجبر على القبول، قال: ويمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتولية أولًا فإذا تاب تولى، انتهى.

قال أبو القاسم الزنجاني في «مختصر الشرح»: أقول: لا يسلم أن بالامتناع يفسق مطلقًا، بل إنما يفسق لو امتنع بلا تأويل للتحذيرات الواردة في الباب، واستشعاره من نفسه العجز وعدم اعتماده على نفسه الأمارة بالسوء، وكيف وقد امتنع عنه كبار الأئمة كأبي حنيفة وسفيان وعبد الله وأضرابهم مع أنه قد تعين كل واحد في زمانه وما قاله صحيح، لكن دعواه التعيين على أبي حنيفة وغيره في زمنهم ممنوع، وكيف يفسق من امتنع منا ولا تأويلًا سائغًا أداه اجتهاده إليه، وأن المنجي له من عذاب الله وسخطه عدم التلبس بهذا الأمر، وقد يرى هو أنه لك يتعين عليه ذلك، وإن رآه الإمام نعم إن ظهر منه الامتناع عنادًا محضًا فذاك، وهذا لا يعرف إلا باعترافه فالوجه عدم فسقه بمجرد امتناعه خوفًا على دينه أو غير ذلك من الأعذار الباطنة الخفية علينا، قال في «الروضة»: قلت: وينبغي أن يقال: لا يمتنع غالبًا إلا متأولًا وهذا ليس بعاص قطعًا، وإن كان مخطئًا، انتهى.

وقيل: يلزم الرافعي إذا فسقه أن يوجب الاستبراء ولم يوجبه، بل ظاهر قبول توبته في الحال وتوليته، والله أعلم.

فَرْعٌ: إذا كان في البلد جماعة صالحون فهو فرض كفاية في حقهم، ويقال: فرض عين على جميعهم على معنى أنهم إن امتنعوا كلهم أثموا، وإن قام به أحدهم سقط الجرح عن الباقين، فلو امتنع واحد منهم فهل يخيره الإمام؟ فيه وجهان مرتبان على المتعين عليه وأولى بالمنع، وهذا ما صححه شريح الروياني، وصاحب «الفروع» وابن أبي الدم؛ لوجود غيره.

والثاني: يخيره؛ لئلا يؤدي إلى التواكل وامتناع الكل، ورجحه الرافعي

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ، وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ، وَقِيلَ: لَا، وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ فَلَهُ الْقَبُولُ.

وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا يَرْجُو بِهِ نَشْرَ الْعِلْمِ أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالْأَوْلَى تَرْكُهُ. قُلْت: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، والله أَعْلَمُ.

والمصنف وابن أبي عصرون.

قال في «الذخائر» تفريعًا على الأول: وعلى هذا فإن عين الإمام واحدًا هل يتعين عليه الدخول فيه؟ على وجهين.

قال ابن الرفعة: والذي ذكره البندنيجي وابن الصباغ أن الإمام لو عين شخصًا للقضاء ابتداءً هل يتعين عليه؟ وجهان من غير بناء على ما ذكره مع أني لم أفهم معنى البناء، وقد قال بعد نقل هذين الوجهين: إن الغزالي قال يعني في «البسيط» وقاله إمامه: ولم يجزم الإمام بتعيينه، انتهى.

قلت: والظاهر أن التفريع انعكس على صاحب «الذخائر».

وعبارة «النهاية» بعد نقله الوجهين عن العراقيين فيما إذا كان تقليده جازمًا فإن كان على غيره فلا وجوب، ثم الوجهان فيه إذا لم يستشعر من نفسه المخالفة؛ فإن استشعر فالجدارة ما وجد إليه سبيلًا، انتهى.

وحسن أن يقال: ينبغي للإمام أن يدعو الأتقى الأعلم، فإن أبى دعا إليها من يليه في ذلك وهكذا، فإن أجاب واحد منهم فذاك وإلا اختار أحدهم وألزمه بها، ولا يبعد أن يقرع بينهم وإن لم تدخل القرعة العقود ليكون ذلك أنفى للتهمة وقصد الضرار بالمجبر، فإذا أدت القرعة إلى واحد أجبره حينئذ.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يتعين عليه.

(**فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ، وَقِيلَ: لَا، وَيُكْرَهُ طَلَبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ، وَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ فَلَهُ الْقَبُولُ، وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلًا يَرْجُو بِهِ نَشْرَ العِلْمِ أَوْ مُحْتَاجًا إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالْأَوْلَى تَرْكُهُ، قُلْت: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) إذا لم يتعين التولية عليه لوجود من يصلح غيره فذلك الغير إما أن يكون أصلح وأولى منه، أو يكون مثله أو دونه.

الحالة الأولى: أن يكون الغير أصلح منه، قال الرافعي: فترتب على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول؟ وفيه قولان للمتكلمين والفقهاء، أحدهما: المنع رعاية لزيادة الفضيلة، وأصحهما: الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة والقضاء أولى بأن يجوز تفويضه إلى المفضول؛ لأن الفائت بتولي المفضول الإمامة لا يتدارك، والفائت في القضاء يتدارك بنظر من فوقه من الولاة، قال الماوردي: هذا إذا لم يكن عذر في توليته المفضول، فإن كان بان كان أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب، أو كان الأفضل غائبًا أو مريضًا انعقدت قولًا واحدًا، انتهى.

فإن لم يجوز المفضول القضاء حرمت توليته وحرم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه جاز القبول، وأما الطلب فيكره أو يحرم فيه وجهان أظهرهما وبه جزم البغوي: الأول، وإن كان الأصلح لا يلي فكما لو عدم الأصلح.

قلت: وينازع في الترجيح في الإمامة قول الإمام في «الإرشاد» الذي صار إليه معظم أهل السنة: إنه يتعين الإمامة أفضل أهل العضر إلا أن يكون في نصبه هرج وهيجان فتن فيجوز نصب المفضول، انتهى وهذا حسن وعليه درج السلف.

تنبيه: قضية تحريم الطلب تحريم التولية، وصرح القاضي الحسين بخلاف في تحريمها واستشكله الإمام، واحترز المصنف بقوله: وكان يتولاه عمّا إذا كان الأصح يمتنع فهو كالمعدوم.

الحالة الثانية: إن يكون هناك مثله فله القبول إذا قلد، وفي وجوب القبول وجهان قريبان من الوجهين في أنه إذا امتنع الكل، هل يجبر الإمام أحدهم؟ قال الرافعي: والأظهر هنا عدم الوجوب؛ لأنه قد يقوم به غيره، وهذا ما أشرت إليه قريبًا وسبق كلام الغزالي وإمامه فيه، وقال الماوردي: إذا تكافأت الجماعة، وكان فيهم طالب للولاية وممسك عنها، فالأولى بالإمام أن يقلد الممسك دون الطالب؛ لأنه أرغب في السلامة، فإن امتنع بغير عذر ففي جواز إجباره وجهان، قال الرافعي: وأما الطالب، فإن كان خامل الذكر ولو ولي

……

القضاء لاشتهر وانتفع الناس بعلمه، فيستحب له الطلب وإن كان مشهورًا انتفع الناس بعلمه، فإن لم تكن له كفاية، ولو ولي لصار مكفيًا من بيت المال، فعبارة الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب: والمعظم أنه يستحب له الطلب أيضًا لينتفع به وضايق بعضهم في الاستحباب هاهنا، واقتصر على نفي الكراهة، وعن القفال: إنه لا يستحب الطلب بحالٍ لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمرة: «**لَا تَسْأَلِ الإِمَارَةَ. . . .**» الحديث.

وقوله: «**وَإِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ إِلَيْهَا**»(١) متفق عليه.

قال الرافعي: والأظهر الأول، أي: الندبة، كما جزم به المصنف، وفيه نظر؛ لإطلاق الأحاديث الصحيحة في ذم الطلب والحرص على الولاية وتطرق التهمة إلى الطالب مع وجود من يقوم بالأمر سواه ونشر العلم، وطلب الرزق ممكن بغير ارتكاب هذا الحظر لا سيما في هذه الأعصار، وفي «الصحيحين» مرفوعًا: «**إِنَّا وَاللهِ لا نُوَلِّي هذا العملَ أحدًا سَأَلَهُ، أو أحَدًا حَرَصَ عَلَيْهِ**» و«**لَنْ أَوْ لَا نَسْتَعْمِلُ عَلَى عَمَلِنَا مَنْ أَرَادَهُ**»(٢).

وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ سَأَلَ الْقَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ. . .**»(٣) حسنه الترمذي، وأحاديث يطول ذكرها.

وقد قال الصيمري في «شرح الكفاية»: والسلف على قولين، منهم من كره القضاء وذم الدخول فيه، ومنهم من أحبه وآثر الدخول فيه، وأجمعوا على

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤١٩ رقم ٣٢٥٤٣)، وأحمد (٥/ ٦٣، رقم ٢٠٦٤٧)، والبخاري (٦/ ٢٤٤٣، رقم ٦٢٤٨) ومسلم (٣/ ١٢٧٣، رقم ١٦٥٢)، وأبو داود (٣/ ١٣٠، رقم ٢٩٢٩)، والترمذي (٤/ ١٠٦، رقم ١٥٢٩) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٠، رقم ٣٧٨٤).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٥٦، رقم ١٧٣٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ٤١٩، رقم ٣٢٥٤١) والبخاري (٦/ ٢٦١٤، رقم ٦٧٣٠)، وابن الجارود (ص ٩٢، رقم ٣٣٧)، وأبو عوانة (٤/ ٣٧٨، رقم ٧٠١٦)، وابن حبان (١٠/ ٣٣٣، رقم ٤٤٨١).).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١١٨، رقم ١٢٢٠٥)، والترمذي (٣/ ٦١٣، رقم ١٣٢٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤، رقم ٢٣٠٩).

....

كراهية أن يطلبه الرجل ويحرص عليه، أي: إذا لم يتعين عليه كما دلَّ عليه كلامه من بعد وسيأتي كلام الماوردي وتقسيمه الطالب، قال الرافعي: وإن كان مع الشهرة مكتفيًا فيكره له الطلب، وهذا ما رجحه المصنف في «زيادته» وهو الوجه، قال: ومنهم من اقتصر على أن الأولى ألا يطلب، وهذا ما ذكره في «المحرر» قال: وكما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول لو قلد من غير طلب تفريعًا على القول بعدم الوجوب، وعلى هذا ينزل امتناع السلف.

إشارات: في كراهية القبول على الإطلاق نظر، وجعله بمنزلة الطلب بعيد لما سيأتي عن الماوردي، ثم موضع الكراهة في حالتي الطلب والقبول [إذا علم أنه لو كف لولي من هو كاف] أما لو علم أنه لو كف عن الطلب أو القبول لولي من لا يصلح فلا، بل يتأكد الاستحباب له وإن كان غنيًّا مشهورًا إذا ظن إجابته عند الطلب إذا قصد بذلك الدفع عن الدين والمسلمين، ويظهر وجوب الطلب والقبول، والحالة هذه ذكر الرافعي هنا أنه يروى أن الشافعي أوصى المزني في مرض موته ألا يتولى القضاء وعرض عليه كتاب الرشيد بالقضاء وأنه لم يجبه إليه، انتهى، والمعروف أن الذي كتب بالقضاء إلى الشافعي إنما هو المأمون ابن الرشيد.

الحالة الثالثة: وسكت عنها في الكتاب أن يكون هناك من هو دونه، فإن لم يجوز تولية المفضول فهو كما لو تعين عليه وقد بيناه، وإن جوزناه وهو المذهب ويستحب له القبول، وفي الوجوب الوجهان، وحسن أن يتوسط فيقال: إن علم أنه إذا عرض قام به من هو أهل، وإن كان دونه لم يلزمه القبول، وإن علم لو أبى من ليس بأهل لزمه القبول لما أشرنا إليه قريبًا، قال الرافعي في هذه الحالة: ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه، وفيه ما قدمناه، قال: وهكذا حيث استحببنا الطلب والتقلد، فكذلك عند الوقوف وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الاستشعار فينبغي أن يحترز فإن أهم الغنائم حفظ السلامة.

قلت: وفي «ملجأ الحكام عند اشتباه الأحكام» لابن شداد: إذا كان القضاء فرض كفاية واستشعر من نفسه الميل واتباع الهوى وجب عليه

الامتناع، هذا إذا كان ثم مساو له، فإن كان هو أفضل، فإن استشعر من نفسه ميلًا؛ فليجتنب وإلا فإن لم يصحح، ولأنه المفضول مع وجود الفاضل فكما لو لم يكن ثم سواه وقد بيناه، قال: هكذا قاله في «الذخائر» ولو كان التفضيل على العكس كان أولى.

قال: وإن جوزنا ولاية المفضول؟ قال في «الذخائر»: ينظر فإن كان قد اختبر نفسه ووثق بدينه وأمانته لم تكره له الولاية، وإن لم يختبر نفسه ولم يستشعر ميلًا، فإن لم يكن له كفاية لم يكره.

وقال القاضي الحسين: إذا كان مفضولًا حرم عليه الطلب، وكره الإمام توليته، قال الغزالي وإمامه: وفيه نظر، وجعل الماوردي الطلب خمسة أقسام:

الأول: أن تكون الحقوق مضاعة والأحكام فاسدة بجهل أو هوى؛ فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الأحكام على وفق الشرع فهذا الطلب المستحب وهو به مأجور.

والثاني: أن يقصد بالولاية انتقامًا من أعداء أو اكتساب بارتشاء؛ فهذا الطلب المحرم.

والثالث: أن يطلبه لطلب رزقه أو لدفع ضرر به فهو الطلب المباح.

والرابع: أن يطلبه للجاه والاستعلاء فهو مكروه.

والخامس: أن يطلبه رغبة في الولاية والنظر في الأحكام، وللعلماء وأصحابنا فيه ثلاثة مذاهب: أحدها: يكره له طلبه، والإجابة إن طلب إليه، وهو مذهب ابن عمر وجماعة ومن تحسن من الفقهاء وطلب السلامة لما ورد فيه من التحذير.

وثانيها: يستحب له الطلب والإجابة وعزاه إلى جماعة ومن يستأهل من الفقهاء ومال إلى التعاون على البر والتقوى وأعد لها أن يكره له الطلب، ويستحب له الإجابة، وهو قول أكثر المتوسطين من الفقهاء لحديث عبد الرحمن بن سمرة، انتهى.

....

وهذا هو المختار لمن جمع شرائط القضاء وأيس من نفسه القيام بحقوق الله وحقوق عباده وإلا فالنجاة النجاة.

تنبيهات: ثم أعرف هاهنا أمور التفصيل الذي ذكرناه في الطلب إذا لم يكن في الموضع المطلوب قضاؤه قاض، فإن كان فيه من يلابس القضاء نظر إن لم يكن مستحقًا بجور أو جهل بالحكم فهو كالعدم.

قلت: بل أولى، وإن كان مستحقًا والطالب يروم عزله.

قال الماوردي: هذا الطلب محظور والطالب بالتعرض له مجروح، أي: سواء كان المنصوب فاضلًا أو مفضولًا، وجوزنا توليته.

الثاني: حكم الطلب بلا بذل ما بيناه، فأما إذا بذل مالًا ليتولى قال ابن القاص: وآخرون أطلقوا القول بأنه محظور بأن قضاءه مردود، والأشبه تفصيل أورده القاضي الروياني: وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له القضاء فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وإن لم يتعين عليه، ولا هو ممن يستحب له، فلا يجوز له بذل المال ليتولى ويجوز له ـ أي: إذا كان أهلًا ـ بذل المال بعدما ولي؛ لئلا يعزل والآخذ ظالم بالأخذ، وأما بذل المال لعزل من هو ملابس للقضاء، فإن لم يكن بصفات القضاء فهو مستحب ليخلص الناس منه وأخذه حرام على آخذه، وإن كان بصفات القضاء فهو حرام، فإن فعل وعزل الأول برشوته وولي الباذل مكانه من غير رشوة، قال ابن القاص: توليته باطلة والمعزول على قضائه؛ لأن العزل بالرشوة حرام وتولية المرشي للمراشي حرام، وليكن هذا محمولًا على الأصل الممهد في الشرعية، وأما عند الضرورات وظهور الفتن فلا بدّ من تنفيذ التولية والعزل جميعًا كتولية الباغين، انتهى.

وما حكاه عن ابن القاص نقل في كتابه «أدب القضاء» إجماع الشافعي والكوفي عليه لكن سياق كلامه يقضي أنه فيمن ارتشى عاصيًا بها لعدم أهليته، وهو قضية كلام الدبيلي فلا يكون مخالفًا لكلام غيره، وأما التسوية في البذل بين من تعين عليه ومن استحب له ففيها نظر، وظاهر كلامه الجواز فقط، وسبق

وَالِاعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ.

عن «المهذب» وغيره وجوبه عند التعيين، وبه صرح الْفَارِقِيّ وغيره.

وقال الماوردي: البذل على القضاء أقسام، **أحدها**: أن يكون واجبًا لتعيين فرصة عليه عند انفراده بشروط القضاء أو مستحبًا له ليزيل جوز غيره أو تقصيره فبذله على هذا الطلب مستحب وقبوله منه محظور على قابله.

والثاني: أن يكون طلبه محظورًا أو مكروهًا فبذله على هذا الطلب محظور.

والثالث: أن يكون طلبه مباحًا فينظر إن كان بعد التقليد لم يحرم على الباذل وحرم على القابل، وإن كان البذل قبل التقليد حرم عليهما جميعًا، فإن عدم الطالب بعض شروط القضاء حرم طلبه وإجابته لفساد التقليد ويحرم النظر وصار بالطلب مجروحًا، انتهى.

ووقع في «الروضة» هنا خلل فاحش تبع فيه أصلًا سقيمًا، فقال: والصحيح تفصيل ذكره الروياني، وذكر الكلام على وجهه إلى أن قال: وإن لم يتعين ولم يكن مستحبًا جاز بذل المال ليتولى، انتهى.

والصواب ما سبق أنه لا يجوز له بذله في هذه الحالة عدنا إلى كلام الرافعي.

الثالث: طرق الأصحاب متفقة في تعيين القضاء، وعدم تعيينه على النظر إلى البلد والناحية وذكر ما سنذكره عقب كلام المصنف.

إشارة: ذكرت في «الغنية» هنا فرعًا طويلًا عن كلام ابن شداد و«الذخائر» يتضمن فوائد يتعلق بما قدمناه يتعين الوقوف عليها.

قال: (وَالِاعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ) أي: فلا يجب على الصالح للقضاء طلبه ببلد آخر لا صالح بها، ولا قبوله إذا ولي لما قدمناه من مشقة مفارقته الوطن، وفيه ما سيأتي وعبارة «المحرر» والنظر في التعيين وعدم التعيين إلى البلد والناحية وحافظ عليها من اختصره عن المصنف، وهي عبارة الشرحين وغيرهما، وقيل: اتفاق الطرق على ما ذكره، ثم قال: وقضيته ألا

....

يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلد آخر لا صالح فيها، ولا قبوله إذا ولي، ويجوز أن يفرق بينه وبين سائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما بأنه يمكن القيام بتلك الأمور والعود إلى الوطن وعمل القضاء لا غاية له، فالانتقال له هجرة وترك للوطن بالكلية، انتهى.

وحكى ابن الرفعة ذلك عن مقتضى كلام جماعة ثم قال: وفيه نظر؛ لأن ابن الصباغ وغيره قالوا: إذا كان الإمام في بلدٍ واحتاج بلد آخر إلى قاضٍ فإنه يلزمه أن يبعث إليهم قاضيًا؛ لأنه لا غناء بهم عنه، ولا يكلفون المصير في خصوماتهم إلى بلد الإمام، وقد بعث ﷺ عليًّا رضي الله عنه إلى اليمن قاضيًا، وإذا كان بعث القاضي على الإمام متعينًا فلا بدّ من مبعوث يجب عليه المضي، وحينئذ فيعود الكلام إلى تعيينه للولاية لكونه لا صالح له غيره أو لكونها فرض كفاية لصلاحية جميع له، وأيضًا فإن الإمام لو ولى البلد لواحد من غيرها مع وجود صالح فيها صح، وهذا يمنع حقيقة التعين لو كان التصوير خاصًا بما ذكره، انتهى وسيأتي تصريح الرافعي بذلك.

ويتعين تأويل كلام الأئمة على ما إذا كان في البلاد القاصية أو يقرها من يصلح فتتوجه الفرض عليهم دون غيرهم أما لو لم يكن ثم صالح فلا بدّ للإمام من بعث من يدفع به حاجتهم ولا ينقدح فيه خلاف أصلًا، وعلى ذلك درج الخلفاء الراشدون أعني البعث إلى قاضي البلاد، ولا ريب في وجوب ذلك على الإمام ووجب امتثال أمره حيث لا يلزم منه ضرر، ولا يحتمل ولو سلم ما فرق به الرافعي -رحمه الله- لأدى إلى عدم نصب الولاة في الأطراف البعيدة وشحن الثغور الشاسعة إذا لم يكن هناك من يصلح لها ولا سبيل إليه لما نشأ عن إهماله من الفساد وعدم السداد، وعبارة «تعليق» البغوي: ويجب على الإمام أن يبعث إلى كل بلد من بلاد المسلمين قاضيًا ينصبه للقيام بمصالح العباد ورعاية حقوق الشرع ومواجبه، والقيام بأموال اليتامى وتزويج الأرامل والأيامى وإصلاح أحوالهن، والقيام بأمور الأوقاف ونصر المظلومين والإنصاف من الظالمين، انتهى.

وَشَرْطُ الْقَاضِي مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ ....

ولا أحسب في وجوب البعث خلافًا نعم، قد يقال يراوح بين المنصوبين لذلك في البلاد النائية إذا لم يختر المنصوب الإقامة هناك والاستيطان كما يراوح في المغزى بين الجند؛ فينصب القاضي عامًا مثلًا ثم يعفيه إن طلب الإعفاء وينصب غيره عند المكنة، والله أعلم، على أن هذا باب قد شذ من أعصار ولم يبق إلا التكالب وبذل الأموال الكثيرة على تولية البلاد القاصية والدانية ولا قوة إلا بالله.

فَرْعٌ: قال الماوردي: إذا خلا العصر عن إمام فقلد أهل بلد قاضيًا عليهم، فإن رجي نصب إمام تعذر من قريب أو أمكنهم التحاكم إلى قاضٍ أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم باطلًا وإلا فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه، فكذلك وإن أمكنهم نصره وتقويته كان تقليدهم جائزًا؛ إذ أجمع عليه جمع أهل الاختيار منهم، وإن لم يعتبر في تقليد الإمام إجماع أهل الاختيار كلهم، وعلى هذا لو قلده بعضهم وظهر الرضا من الباقين بالسكوت وعدم الاختلاف كفى وينفذ قضاؤه طوعًا وكرهًا وجبرًا، وإن ظهر منهم الإنكار بطل التقليد لعدم قوة اليد، فلو كان للبلد جانبان فرضي أحد الجانبين فقط صحت ولايته فيهم دون الجانب الآخر كالبلدين، فإن تحدد إمام فله عزله واستمراره وليس لهذا القاضي أن يستأنف النظر إلا بعد إذن الإمام بخلاف المقلد عن إمام تقدم، ويكتفي في هذا القاضي بإذن الإمام عن تحديد تقليد ويقوم الإذن مقام التقليد وإن لم يجز الاقتصار على الإذن في الولايات المستحدثة، وسنذكر كلام إمام الحرمين فيما إذا خلا العصر عن إمام إن شاء الله.

قال: (**وَشَرْطُ القَاضِي: مُسْلِمٌ**) أي: مطلقًا فلا يجوز تقليد كافر بحال لا على المسلمين ولا على الكفار خلافًا لأبي حنيفة في الثانية، قال الماوردي: وما جرى في العرف من نصب حاكم على أهل الذمة فهو زعامة ورئاسة لا تقليد قضاء وما يلزم من حكمه لأهل دينه فلالتزامهم لا للزومه لهم، ولا يقبل قوله فيما حكم له، ولو امتنعوا من التحاكم إليه لم يجبروا عليه.

قال: (**مُكَلَّفٌ**) أي: فلا يصح تولية الصبي والمجنون؛ لأنه مولى عليهما،

حُرٌّ ذَكَرٌ عَدْلٌ ....

وهو إجماع في الجنون المطبق، وفي حكمه المنقطع الطويل بل المدة أو القصير إن أعقبه غفلة ودهشة، فلو قصر كساعة ثم تعود إلى الاستقامة، فوجهان في «الحاوي» وشبه وجه الجواز بالنوم مع جزمه بأنه لو طرأ عليه جنون انعزل من غير تفصيل.

قال الماوردي: ولا يكتفي بالعقل الذي يتعلق به التكليف حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدًا من السهو والغفلة ليتوصل إلى وضوح المشكل وحل المعضل.

قال: (**حُرٌّ**) أي: كامل الحرية، فلا يجوز تولية من فيه جزء من الرق، وإن قل ولا مكاتب ولا غيرهما وفاقًا؛ لأن الرقيق ناقص عن ولاية نفسه فعن غيره أولى وبالقياس على الشهادة وأولى.

قال: (**ذَكَرٌ**) أي: فلا يصح تقليد امرأة لقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤] ولقوله ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً»(١).

ولا تصح تولية الخنثى المشكل وإن زال إشكاله بعد زمان، وخلافًا لما في «الحاوي» وفي «البحر»: إنه المذهب، وقيل: فيه وجهان.

قال في «البحر»: وإن بانت رجوليته قبل التولية صحت جزمًا، ويشبه أن يكون موضع الجزم ما إذا بانت لا بقوله بمجرده، وأن يكون موضع الوجهين ما إذا ظنه المولي ذكرًا.

فَرْعٌ: أبعد ابن جرير فجوّز تقليد المرأة القضاء مطلقًا، وجوزه أَبُو حَنِيفَةَ فيما يكون شاهده فيه فلو ولاها حنفي على معتقده فحكمت.

قال الإصطخري: ينقض، وخالفه غيره.

قال: (**عَدْلٌ**) لأن الفسق يمنع النظر في مال الولد مع عظيم الشفقة بالنظر في أمر الكافة أولى بالمنع، والعدالة معتبرة في سائر الولايات الشرعية

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٥١، رقم ٢٠٥٣٦)، والبخاري (٦/ ٢٦٠٠، رقم ٦٦٨٦)، والترمذي (٤/ ٥٢٧، رقم ٢٢٦٢)، وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ٢٢٧، رقم ٥٣٨٨).

سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ ....

والقضاء من أهمها، وقال الماوردي: لما فسق ضربان:

أحدهما: ما يتعلق بأفعال تتبع فيها الشهوة، فلا يصح تقليده ولا ينفذ حكمه، وإن وافق الحق لفساد ولايته خلافًا للأعم لنا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] الآية فمنع من قبول قوله فأولى أن يمنع من نفوذ حكمه، ولأن العدالة لما جعله الله تعالى شرطًا في الشهادة فأولى أن يجعلها شرطًا في القضاء.

الضرب الثاني من الفسق: ما اختص باعتقاده لتعلقه بشبهة تناول بها في خلاف الحق، ففي جواز تقلده وجهان، ثم قال: ولو طرأ عليه الفسق بعد الولاية الصحيحة بطلت ولايته بالضرب الأول، وفي بطلانها بالضرب الثاني الوجهان أصحهما هاهنا: لا يبطل، وفي أصل التقليد أصحهما: إنه لا يصح التقليد؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ولا ينعزل إلا بجرح كامل.

قال: (سَمِيعٌ) أي: فلا يصح تقليد أصم لا يسمع أصلًا، فإن كان يسمع إذا صح به جاز تقليده، فإن طرأ عليه الصمم انعزل.

قال في «الذخائر»: وأشار الفوراني إلى جواز تقليد الأصم، وذلك أنه قال: هل يشترط العدد المسمع بأن يكون القاضي؟ وجهان، والوجهان في «الإبانة» و«العمد» وهما في تقييد السمع لا فيمن لا يسمع أصلًا.

قال: (بَصِيرٌ) أي: فلا يصح تقليد الأعمى؛ لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب، وحكى الجرجاني فيه وجهًا في «تحريره» وهو في «البحر» ورأيت من نقله قولًا قديمًا، وعجب من ترجيح ابن أبي عصرون له في جزء صنفه في المسألة لما كفَّ نعم، لو كان أعشى - يبصر نهارًا لا ليلًا- جاز تقليده، قاله الماوردي وغيره، وينبغي أن يكون يبصر ليلًا لا نهارًا كالأعمى وإن كان في بصره ضعف بحيث يبصر من قريب فقط جاز تقليده، وإن كان بحيث يرى الإنسان ولا يفرق بين الصور فكالأعمى.

قال: (نَاطِقٌ) فلا يصح تولية الأخرس الذي لا يفهم قطعًا؛ لأنه كالجماد،

....

ولا من له إشارة مفهمة على المذهب، وقيل على الصحيح، ونسب الماوردي القول بالجواز إلى ابن سريج والمنع إلى الجمهور، ويشبه أن يكون موضع التردد فيمن طرأ خرسه بعد العلم بأهليته، فإن من ولد أخرسًا يبعد أن يرقى رتبة الاجتهاد، ويظهر أن يقال لا يصح تقليد أعجمي اللسان على عرب لا مترجم عندهم للسان ولا بالعكس، أي: لا يفهم عنهم ولا يفهمون عنه، ثم رأيت الإمام قال: لا يتصور أن يكون القاضي أعجميًا؛ لأن الشرط أن يكون مجتهدًا على المسلك الأصح، ومن ضرورة ذلك أن يكون عليمًا بلغة العرب، انتهى.

وقال صاحب «الانتصار»: فيه وفي غيره، ولا يجوز أن يكون جاهلًا بلغات أهل ولايته؛ لأنه لا يتمكن من الحكم بينهم إلا بمعرفتها، انتهى.

والذي في «الشامل» وغيره عند هذا من المستحاب كما سيأتي، ولعله أراد ما ذكره الإمام دون ما ذكره هؤلاء وسكوت المصنف عن اعتبار كونه كاتبًا يفهم جواز تقليد الأمي الذي يكتب، وهو أصح الوجهين، وصحح الجرجاني اشتراط كونه كاتبًا، وفي «مقنع» الْمَحَامِلِيِّ أنه الصحيح من المذهب، وصححه في «الانتصار» وجزم به في «التنبيه» و«الإشارة» إلى الأحكام المختارة، وهو المختار بل متعين في هذا الزمان، ولعل محل التردد إن كان موضع فيه من يكتب من أهل العدالة ما يتفق للناس من أهل الحكومات، ونقل الكتب الحكيمات وقبولها ونحوها وإلا لضاعت الحقوق، وتعطّلت كثير من المصالح، قال الروياني: ولا يشترط أن يكون عارفًا بالحساب على المذهب، وصحح ابن الصلاح مقابله وعبارة «الروضة»: وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصحح به المسائل الحسابية الفقهية؟ فيه وجهان، ولم يزد، وبقيت أشياء يأتي ذكرها من بعد.

وما صدرنا به الفرع نقله ابن الرفعة عن ابن شداد كذلك، وعبارته في كتابه.

قال الأصحاب: أجرة المترجم على صاحب الحق؛ لأن بها تم الحق له، وكذلك الكاتب لوثيقة الدين، ومنهم من قال: لا يجب على صاحب الحق كما

كَافٍ ....

لا يجب عليه رزق الحاكم، وهكذا الحكم في المسمع، ثم ذكر قدر الواجب على صاحب الحق على ما سبق، وسيأتي الكلام في آخر أعوان القاضي مبسوطًا إن شاء الله تعالى.

قال: **(كَافٍ)** الكفاية: كلمة جامعة، وهي شرط في صحة كل ولاية، وهي هاهنا: النهضة والقيام بعمل القضاء.

قال الرافعي في عدة شروح: ومنها الكفاية فلا يجوز قضاء المغفل، والذي اختل رأيه ونظره بكبر ومرض ونحوهما.

وعبارة الإمام - الذي أراه أن يضم إلى ما ذكرناه - الكفاية اللائقة بالقضاء، وهي عبارة عن التَّشْمِيرُ والاستقلال بالأمر وموافاة النفس في الحد فيما إليه، وهذا أيضًا من صفات الإمام كالنجدة.

[وقال في «البسيط»: ثم ينبغي أن يضم إلى هذه الخصال: الكفاية اللائقة بالقضاء، وهي من القضاء كالنجدة] من الإمامة، فلا بدّ من رعايتها مع ما يليق بها من المروءة وغيرها، انتهى.

وسبق قول الماوردي: إنه لا يُكتفى بالعقل الذي يتعلق به التكليف. . . . إلى آخره، ولا بدَّ مما ذكره وإلا لضاعت الحقوق وكثر العقوق، وقال ابن الرفعة: ولم يفسر الغزالي معنى الكفاية فاعترض عليه صاحب «الذخائر» فقال: إن عُنِيَ بالكفاية استقلاله بالأحكام فقد ذكره في الصفة، وإن عُنِيَ كونه ذا مال فذلك لا يشترط وفاقًا، بل يجوز أن يكون فقيرًا.

قال ابن شداد: ويمكن أن يقال: عُنِيَ بما قاله صاحب «الشامل» وهو أن يكون متثبتًا ذا فطنة ويقظة، لا يولَّى من غفلة، ولا يخدع لغرة، لكن المشكل قوله: لا بدَّ منه، وقد ذكر الأصحاب ما قلناه في فضل الاستحباب، انتهى.

وعندي أن مراد الغزالي وإمامه غير ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وأن مرادهما ولاء الكمال فيما ذكروه من الصفات، وإلا فالخلو عنها جملة تجعله كالعدم وشر من العدم، والله أعلم.

مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ، وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمُتَّصِلَ وَالْمُرْسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعًا وَاخْتِلَافًا وَالْقِيَاسَ، بِأَنْوَاعِهِ، ....

قال: (**مُجْتَهِدٌ وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصَّهُ وَعَامَّهُ**) أي: ومطلقه ومقيده.

(**وَمُجْمَلَهُ وَمُبَيَّنَهُ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ، وَمُتَوَاتِرَ السُّنَّةِ وَغَيْرَهُ، وَالْمتَّصِلَ وَالْمرسَلَ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا**) أي: وبذلك يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه [وتقييده] وإجماله وبيانه.

(**وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعًا وَاخْتِلَافًا وَالْقِيَاسَ، بِأَنْوَاعِهِ**) أي: فيعرف جليه من خفيه، وصحيحه من فاسده، هذا ما يعتبر في المجتهد المطلق.

قال أصحابنا: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وزاد الغزالي تحقيقات ذكرها في أصول الفقه:

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب، كذا قاله الرافعي في «الشرح».

زاد في «الروضة»: **قلت**: لا يصح التمثيل بسنن أبي داود، فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه وذلك ظاهر، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع، وكم في «الصحيحين» من حديث حكمي ليس في «سنن» أبي داود، أمَّا ما في كتاب الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرته وشهرته غنية عن التصريح بها، والله أعلم، انتهى.

وهذا الاعتراض والتشنيع على الإمام والغزالي إنما أوجبه قول المصنف بجمع- من غير ياء بعد الميم - وهذا صحيح، وقد سبقه إليه البندنيجي، ولا

....

يُخفى على من عنده أدنى علم ما ذكره، وإنه لم يقع لأحدٍ جمع جميع أحاديث الأحكام في تصنيف؛ لأن ذلك غير ممكن، وليس الاطلاع على جميعها شرط في صحة الاجتهاد.

ومنها: أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، بل يعلم أنه موافق بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسالة لم يتكلم فيها الأوَّلون بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على [قبوله، أو تواترت](١) عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته، وما عدا ذلك ينبغي أن يُكتفى في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عُرف صحة مذهبه في الجرح والتعديل، زاد في «الروضة»: قلت: هذا ما أطبق جمهور الأصحاب عليه، وشذ من شرط في التعديل اثنان، وقوله: تواترت عدالة رواته؛ يعني: مع ضبطهم، ولو قال: أهلية رواته كان أولى؛ ليشمل العدالة والضبط، وقوله: أجمع السلف على قبوله؛ يعني: على العمل به، ولا يكفي علمهم على وقفه فقد يعلمون على وقفه بغيره، والله أعلم.

ومنها: أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون [للحاكم](٢) منصب الاجتهاد في باب دون باب، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد: معرفة أصول الاعتقاد.

وقال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها، انتهى.

ولم أرَ فيما وقفت عليه من كتب أصحابنا [من عدَّ](٣) معرفة أصول الدين من شروط الاجتهاد.

---

(١) في الأصل: (قوله أو تولدت).

(٢) في نسخة: (العالم).

(٣) في نسخة: (تعرضًا لعدِّ).

....

قال ابن الرفعة: قال القاضي أبو الطيب: ولم يرد الشافعي بما سبق أن يكون في كل نوع منها مبرزًا، بل المعتبر من ذلك ما يوصله إلى معرفة الحكم وذلك ممكن، وهذا ما حكاه ابن الصباغ مختصرًا عند الكلام في الاستشارة عن الأصحاب، وقال: إن في ذلك تسهيل على متعلمه الآن، فإنه قد جُمع ودُون، وكلام الروياني قريب منه، انتهى.

وذكر القاضي أبو سعيد الهروي في «الأشراف» شروط المفتي، وعدَّ منها أن يكون ذكيًّا، ثم قال: قالوا: لعل الشافعي أراد أن يعرف الناس ألَّا مفتي سواه، قال: هذه العلوم لا يقف عليها واحد، والجواب: لا فقيه إلا وهو واقف على آيات ذكرت الأحكام فيها، وسنن تعلقت بها، ومن العربية ما يقف به على معانيها، ومن الإعراب ما يميز به بين الفاعل والمفعول، والماضي والمستقبل، والنكرة والمعرفة، والجمع والتثنية والواحد، إن والى تعليق علق وهو حال من هذه المعاني، وأي مفتي أفتى وعلمه غير محيط بها وليس كما قدر، ثم إنه يجب عليه معرفة اللغات العربية وطرق النحاة وأقاويل المفسرين والإحاطة بها، قال: وحد القاضي حد المفتي، وأن يكون حرًّا ذكرًا بصيرًا، انتهى.

وذكر القاضي شريح الروياني نحوًا مما سبق في صفة القاضي، ثم قال: ولا يشترط أن يعلم جميع ذلك حتى لا يخفى عليه شيء منه؛ لأن ذلك لا يمكن، وإنما يعتبر أن يعلم الجمل منه، على وجه يخرج عن حكم الجاهل به إلى أدنى اسم العالم به، ويمكنه البحث والتدبر لا على طريق التقليد، ثم أورد سؤال «الأشراف» وأجاب عنه بما ذكره بحروفه.

وحكى القاضي الروياني في «البحر» في صحة تولية من لا يعرف الحساب وجهين، وقال: إن المذهب الصحة، وذكر القاضي الإمام أبو إسحاق [ابن] أبي الدم الحموي في «أدب [القاضي](١)» بعد ذكره نحو ما سبق.

واعلم أن هذه الشرائط يعتبر وجودها في زماننا في شخص من العلماء، بل

---

(١) في نسخة: (القضاء له).

……

لا يوجد اليوم في البسيطة مجتهد يطلق هذا مع تدوين العلماء كتب هذه العلوم، وسهَّل على الفقيه المتأخر تناول ذلك، وحفظه ودرك الأحكام منه، ومع هذا فليس يوجد في ناحية مجتهد مطلق، بل ولا مجتهد في مذهب إمام واحد تعتبر أقواله وجوهًا مخرجة في مذهب إمامه، وما ذلك عندي إلا أن الله تعالى أعجز الخلائق في هذا؛ أو حرَّف هممهم عن دركه وبلوغه؛ إعلامًا منه ﷻ عباده بتصرم الزمان وقرب الساعة، وأن ذلك من أشراطها ودلائلها.

وقد قال الشيخ أبو بكر القفال المروزي: المنقول قسمان:

أحدهما: من [جمع] شرائط الاجتهاد فيقضي ويفتي باجتهاده، وهذا لا يوجد.

والثاني: من ينتحل مذهب واحد من الأئمة، الشافعي أو غيره، وعرف مذهب إمامه وصار حاذقًا فيه بحيث لا يشذ عنه شيء من أصول مذهبه ومنصوصاته، فإذا سئل عن حادثة إن عرف لصاحبه نصًا أجاب، وإلا اجتهد فيها على مذهبه، وخرجها على أصول صاحبه، ويفتي بما أداه إليه اجتهاده، وهذا أيضًا أعزُّ من الكبريت الأحمر.

قال الحموي: فإذا كان هذا قول القفال مع جلالته في العلم، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة؟! ثم ادَّعى أن الوجوه انقطع تخريجها وأصحابها من خراسان بموت أصحاب القفال كالقاضي الحسين، والشيخ أبي محمد، والفوراني، والصيدلاني، والمسعودي، وأبي علي السنجي، ومن العراق بموت أصحاب الشيخ أبي حامد كالمحاملي، والماوردي، وأبي الطيب الطبري.

قلت: وما صدر به كلامه دالٌّ على أنه حمل كلام الأئمة على ظاهره، وإنه لم يقف على ما قدَّمناه عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والروياني، ومن بعدهم من تأويله وصرفه عن ظاهره، ولو وقف على كلام القاضيين شريح والهروي، وقد أدركنا ووُجِدَ قبلنا بزمن قريب [من اتصف] بما حمل من ذكرنا

....

عليه كلام الشافعي والأصحاب في المجتهد، ودعواه أن الوجوه انقطعت بعد موت من ذكره ممنوعة؛ إذ هي دعوى مجردة، بل الإمام والغزالي والبغوي والمتولي، وأضرابهم من المراوزة، وصاحبا «الشامل» و«المهذب» و«الشافي» ونحوهم من العراقيين منهم؛ لاتصافهم بما اعتبر في صاحب [الوجه في المهذب](١)، وقد صرَّح بذلك في بعضهم أبو عمرو بن الصلاح وغيره، بل الإمام والغزالي فيما يغلب على الظن أجلُّ من كتب فيمن عُدت مقالاتهم وجوهًا في المذهب، وكم من اختيار الإمام والغزالي والبغوي ونحوهم جزم به الإمام الرافعي أو رجحه.

ثم قال ابن أبي الدم: قال الأصحاب: المجتهد في مذهب واحد هل له أن يقضي أو يفتي؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا غريب، وقضاة الأصحاب كلهم من هذا الطرف.

فَرْعٌ: ذكر جماعة من أصحابنا استحباب صفات في القاضي كسلامة أطرافه، ونهجة صورته، وزيادة ورعه وذكائه وتقواه، وحسن الأحدوثة عنه، وخلوه عن الشبه في الاعتقادات، وتضلعه من علم الشروط والأقضية، فإنها أمور وراء الفقه واستمداده من علم الأدب المانع من اللحن والسقطة، وكذلك كما قال بعضهم: حسن الحظ، واتصافه بكل صفة جميلة تزيده هيبة في النفوس وعظمة في القلوب، وخلوه من كل ما ينقص قدره ومنزلته في أفعاله وأقواله.

قال الرافعي: والأولى أن يكون قرشيًا، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب.

وفي «الشامل» وغيره: ويستحب أن يكون القاضي مع ما ذكرناه من الشرائط حليمًا متثبتًا ذا فطنة ويقظة، لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة، صحيح حاستيْ السمع والبصر، عالمًا بلغات أهل ولايته، جامعًا للعفاف، نزِّهًا بعيدًا من الطمع، توَّبًا من الشحناء، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة، إذا وعد

---

(١) في نسخة: (الوجوه في المذهب).

فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ.

وفى، وكلامه لين، وعليه سكنية وهيبة ووقار.

حُكِي أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ﷺ وَلَّى أَبَا الْأَسْوَدِ الدُّؤَلِيَّ الْقَضَاءَ سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ ثُمَّ عَزَلَهُ، فَقَالَ لَهُ: لِمَ عَزَلْتَنِي! فَوَاللهِ، مَا خُنْتُ وَلَا جَنَيْتُ، قال: بَلَغَنِي أَنَّ كَلَامَكَ يَعْلُو كَلَامَ الْخَصْمَيْنِ، وسيق في كلام بعض الأصحاب [عدّ بعضهم] مما سقناه من الذكاء والفطنة، والعلم بلغات أهل عمله من الشروط لا الآداب.

وقال الشافعي ﷺ: واجب ألَّا يكون القاضي جبارًا عنوفًا ولا ضعيفًا مهينًا.

قال الأصحاب: [وينبغي أن يكون وسطًا بين الرجلين كما قال بعض السلف] وينبغي أن يكون شديدًا من غير عنف لينًا من غير ضعف؛ لأن الجبار يهابه الخصم فلا يستوفي في حجته، والضعيف يطمع فيه الخصم فيبسط لسانه.

وقد روي عن عمر ﷺ: لقد هممّت أن أنزع هذا الأمر من هؤلاء، وأضعه فيمن إذا رآه الفاجر فزع منه، وروي فرق منه، ذكره في «البيان» وهذا متأكد في هذا الزمان، ويكاد أن يتعين وإلا لكثر العقوق وضاع على الضعفة الحقوق، وتجرأ أهل العدول والفسوق كما هو مشاهد مرموق، وقد جاء عن سعيد بن المسيب ﷺ: لا بدَّ أن يكون القاضي صارمًا يقولها ثلاثًا.

قال: (**فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ**) قال الرافعي: إن علم الإمام فيمن يوليه الصفات المشروطة، فذاك وإلا بحث عن حاله، كما اختبر رسول الله ﷺ معاذًا، ولو ولي من لم يجتمع فيه هذه الصفات [أي:] التي تقدم اعتبارها في القاضي على علم بحالة توجه الجرح على المولِّي والمولَّى، ولم ينفذ قضاؤه بصواب ولا خطأ، هذا هو الأصل في الباب.

وقال في «الوسيط»: لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا؛ لخلو العصر عن المجتهد المستقل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو

....

[شوكة]⁽¹⁾، وإن كان جاهلًا أو فاسقًا كيلا تتعطل مصالح الناس، ويؤيده إنَّا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة وهذا حسن، لكن في بعض الشروح: إن قاضي أهل البغي إذا كان منهم نظر إن كان بغيهم لا يوجب الفسق كبغي أصحاب معاوية جاز قضاؤه، وإذا وجب كبغي أهل النهروان لم يجز، وذكر أن القاضي العادل إن استقصاه أمير باغ أجابه إليه، فقد سئلت عائشة - رضي الله عنها - عن ذلك لمن استقصاه زيادة، فقالت: إن لَم يقضِ لهم خياركم قضي لهم شراركم، انتهى.

وما ذكره من توجه الجرح يجب أن يكون محله عند وجود المتصف بالأهلية، وهذا لا ريب فيه، وإن لم يقل بما قاله الغزالي على الإطلاق، نعم يقع النظر هنا في اعتبار الأمثل فالأمثل والوجه اعتباره، وإن جوزنا في المجتهدين تولية الفاضل مع وجود الأفضل.

وقوله: مع علم بحاله قد يفهم منه أنه مع الجهل به ينفذ قضاؤه وليس بمراد، بل هما سواءً إلا في الإثم إذا لم يقصر ودلس عليه، وقول الغزالي: وإن كان جاهلًا لعل مراده المقلد، والأصوليّون يسمون المقلد جاهلًا، لا أنه أراد الجاهل الصرف.

وقوله: وفي بعض الشروح هو مشهور في بعض كتب المذهب ذكره، وذكرناه عنهم في «الغُنية» في كتاب البغاة، إذا عرفت هذا فاعلم إن ما في «الوسيط» لم يسبقه إليه أحد - فيما نعلم - في الفاسق في دينه وأمانته، ولا ذكره هو في «بسيطه» ولا إمامه في «نهايته» وقد انتقده عليه كثيرون من المتأخرين.

قال ابن شداد: ما ذكره الغزالي لم أجده لغيره، وقال ابن أبي الدم: لا تصح ولاية الفاسق، ولا ينفذ حكمه، ولا يقبل قوله؛ لأنه لا تقبل شهادته فرد حكمه أولى، فلو ولاه الإمام أو نائبه أو ذو الشوكة وحكم بين الناس على

---

(١) في نسخة: (سلولة).

....

فسقه لم تنفذ أحكامه قطعًا لا شك فيه لا يعرف فيه خلافًا وبه قطع العراقيون والمراوزة إلا الغزالي، فقال: كذا فلا أعلم أحدًا نقله غيره مع تصفح شرح المذهب والمصنفات فيه، انتهى.

وقال ابن الصلاح في «مشكل الوسيط»: وما ذكره من تنفيذ أحكام الفاسق أو الجاهل إذا ولاه السلطان للضرورة [تنفذ] كما ينفذ قضاء أهل البغي للحاجة، هذا خلاف ما قاله غيره، فإن المنقول في «تعليق» القاضي [الحسين] وغيره: إنه لا تنفذ أحكامه وإن ولاه الإمام، وأمَّا ما احتج به من قضاء أهل البغي ففي «التهذيب» وغيره أنهم إذا ولوا قاضيًا غير عدل لم تنفذ أحكامه، نعم ما ذكره توجه بإجماع الأمة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولوا غير أنه يورد عليه ما إذا ولى السلطان قاضيًا كافرًا، فإنه لا ينفذ أحكامه مع وجود الضرورة وإن ارتكب وطرد فقد أبعد، والله أعلم، انتهى.

وقال صاحب «الانتصار»: لا يجوز أن يكون القاضي فاسقًا، خلافًا للأصم لنا أنه إذا [لم يكن](١) مفتيًا ولا شاهدًا فلأن لا يكون حاكمًا ملزمًا أولى، انتهى.

ورأيت في «الكافي» للشيخ مظهر الدين الخوارزمي: وشرائط أهلية القضاء ثمانية وهي: أن يكون رجلًا مسلمًا حرًّا مكلفًا عدلًا مجتهدًا سميعًا بصيرًا، ثم قال: ولو أن المتغلب على إقليم نصب قاضيًا غير عالم أو غير عدل والناس غير قادرين على دفعه فهل تنفذ أحكامه وقضاياه من تزويج الأيامى والتصرف في أموال اليتامى؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا، كما لو نصب صبيًا أو عبدًا وطريق المسلمين التحاكم إلى من هو أهل للقضاء في حوادثهم، فإن لم يجدوا أهلًا للقضاء نفذت أحكامه لمكان الضرورة.

والثاني: تنفذ لمكان الضرورة لئلا تتعطل على المسلمين أحكامهم ولا

---

(١) في نسخة: (لم يوجد أن يكون).

....

تضيع الأيامى وأموال اليتامى، وفي التحاكم إلى غيره فتنة، انتهى.

وهذا من تفقهه، ولعله أخذ كلام الغزالي وغيره وتصرف فيه بما أبداه، ورأيت في «الاستذكار» لأبي فرج الدارمي: القضاء فرض على الكفاية، فإذا قام به أهل العلم والأمانة والستر والصيانة سقط عن غيره، وإن ولِّي من ليس بأهل فعلى كل واحد عزله وتولية غيره، فإن لم يقدروا قضى [بهم أي لهم][1] هذا لفظه، وهو مؤيد لما قاله الغزالي، وممن وافق الغزالي ابن عبد السلام إذ لا بدَّ للناس من قضاة، نعم، يجب تولية الأمثل فالأمثل.

تنبيهات وفروع:

أحدها: قيل: هل مراد الغزالي بالجاهل المقلد أو أعم منه؟

قلت: الذي فهمه الشيخان الأول، ولذلك عبَّرا به في «المحرر» و«المنهاج» وفي «زيادة الروضة» وقد جزم الرافعي في «المحرر» بما ذكره الغزالي، وقال في كلامه على ألفاظ «الوجيز» وقوله: الجاهل والمقلد لا ضرورة إلى الجمع بين اللفظين، فإنه لو اقتصر على المقلد كتناول العامي الصرف وغيره، بل أهل الأصول يجعلون المقلد كيف كان جاهلًا ويخصون في اصطلاح الباب اسم العالم باسم المجتهد، وإذا جمع بينهما، فكأنه أراد بالجاهل العامي الصرف، وبالمقلد الذي حصَّل شيئًا من العلم ولم يبلغ رتبة الاجتهاد، انتهى.

قلت: لكن المقلد لم ينفرد الغزالي بذكره، بل ذكره القفال وغيره والإجماع الفعلي عليه من أتباع [المذهب][2]، وهذا مما يبعد إرادة الغزالي أتباع المذهب الواقفين معها، اللهم إلا أن يريد بالمقلد الجاهل الصرف المعتزي إلى مذهب إمام من غير تبحر فيه، وبالجاهل الذي انتحل مذهبًا وطرفًا منه كما سيأتي من غير فهم ولا دراية، وهو كمن لم ينتحل مذهبًا ولا عوَّل على

---

(١) في نسخة: (قضى لهم أي بهم).

(٢) في نسخة: (المذاهب).

....

رأي مجتهد ألبتة، وهذا بعيد ولا أحسب أحدًا منا يقول بنفوذ أحكام هذا كما هو قضية كلام «المحرر» و«المنهاج» وجميع الكتب.

وفي «الحاوي»: إن القاضي المعتزي إلى مذهب إمام كالشافعي وأبي حنيفة لا يجوز له تقليد صاحب مذهبه بل يعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعْتَزَى إليه، وقال بعض الفقهاء وساعده بعض أصحابنا: لا يجوز لمن اعْتَزَى إلى مذهب أن يحكم بغيره، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه، وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه، وقال أصحاب أبي حنيفة: الحاكم مخيَّر بين أن يحكم باجتهاد نفسه، أو باجتهاد من هو أعلم منه [من أهل عصره] أو بمن اعْتَزَى إلى مذهبه، انتهى.

وهذا عجب وما الدليل على هذا التشهي.

ثانيها: هل يفترق الحال في تنفيذ أحكام الفاسق بين كون من ولاه عالمًا بفسقه أم لا؟ [وهل الفسق الطارئ منه لا أثر له في نفوذ أحكامه؟ وهل يقال: إن ولاية هذا والجاهل انعقدت أم لا؟] وإن نفذت أحكامه للضرورة وما حكم من ولاه القاضي الكبير بالإقليم في النواحي والقرى الكبار من الفساق والجهال، هل نفوذ أحكامهم كنفوذ من ولاه ذو الشوكة أم لا؟ ويفرق بما يخشى من سطوته وبأسه بخلاف القاضي الكبير غالبًا كل هذه [الصور][1] محتملة.

وقد أطلق الرافعي القول بأنه إذا استخلف من لا يصلح للقضاء أن أحكامه باطلة، ولا يجوز إنفاذها، وهل يجب على المدعو إلى مَنْ هذه حاله في نفس الأمر أن يجيب إلى المحاكمة إليه باطنًا ويأثم بعدم الإجابة؟ في النفس من هذا حزازة، وصرَّح ابن عبد السلام في «قواعده» بصحة الولاية لمن تقدم ذكره كما حكيته عنه في شهادات «الغنية».

ثالثها: إذا قلنا: لا يجوز تولية الفاسق وأعرضنا عن طريقة الغزالي، قال ابن أبي الدم: فلا بدّ من القطع بتولية من اتصف بصفة العلم في مذهب أحد

---

(١) في نسخة: (الضرورة).

....

الأئمة، وهو أن يكون عارفًا، بغالب مذهبه ومنصوصاته وأقاويله المخرجة وأقاويل أصحابه عالمًا بذلك، جيد الذهن، سليم الفطرة، صحيح الفكرة، حافظًا للمذهب، صوابه أكثر من خطئه، مستحضرًا لما قاله أئمته، قادرًا على استخراج المعاني المفهومة من الألفاظ المنقولة، عارفًا بطرق النظر وترجيح الأدلة، قيّاسًا، فهمًا، فطنًا، قادرًا على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها وإقامتها على الأحكام المختلف فيها، متمكنًا من ترجيح الأدلة بعضها على بعض، فالمتصف بهذه الصفات هو الذي تصح توليته القضاء في زماننا هذا ولا أقل من ذلك، ويجب القطع بنفوذ أحكامه وصحة تقليده وقبول فتواه، ثم ينبغي أن يضم إلى ما ذكرناه من الشروط وفاقًا وخلافًا الكفاية اللائقة بالقضاء.

وذُكر ما سبق عن الإمام، وما ذكر ـ ﷺ ـ أنه لا أقل منه، فالمتصف به نادر أو معدوم في وقتنا، وأفضل من يتصدر فيه للقضاء فيه من قرأ مختصرًا مذهبنا، ويفهم بعض مسائله أو أكثرها، وصارت له ملكة أن ينظر عليه في المبسوطات، ويفهم منها الواضحات وبعض الخفيات، والمتصف بهذا أفراد يشار إليهم، وقد قال الصيمري في شرح «الكفاية» بعد ذكره الشروط السابقة: فإذا جمع هذه الآلات وحاز هذه الأدوات صلح أن يكون قاضيًا، وجاز أن يستقضى، فأمًّا الرجل من العامة يقلد العلماء ويحكم، أو يعمل على كتاب أو صحيفة فلا يصلح أن يكون قاضيًا، ومتى قضى وحكم فمردودة أحكامه، هذا مذهب الشافعي، انتهى.

رابعها: خطر ببالي ولم أره نصًّا أنه إذا أراد الإمام أو القاضي الكبير أن يولِّي قاضيًا أو نائبًا في عمله أنه لا يجوز له تولية المفضول، ويلزمه أن يولِّي الأمثل فالأمثل؛ لأنًا إن أوجبنا تولية الأفضل فواضح، وإن قلنا: لا يجب وتصح تولية الفاضل مع وجود الأفضل فذاك إنما ذكروه في المجتهدَيْن اللّذين اجتمعت فيهما شروط الأهلية، ولكن أحدهما أكمل، وأمًّا ما نحن فيه فليس كذلك بل موضع ضرورة، فيجب مراعاة الأصلح فالأصلح؛ تخفيفًا للمفسدة ما أنكر هذا متعين عندي، ثم رأيت الرافعي قال: وفي «الوسيط»: إن المقلد

إذا كان مجتهدًا في المذهب وجب تقديمه للقضاء على من لم يبلغ رتبة الاجتهاد في المذهب، انتهى.

وهذا مؤيد لما ذكرناه، بل ما نحن فيه أولى باعتبار تقديم الأقل جهلًا.

خامسها: في تفسير الماوردي اختلف الناس في جواز الولاية من قِبل الظالم على قولين: أحدهما: الجواز، والثاني: المنع، والأصح أن يفضل فيقال ما يتولاه من جهته ثلاثة أقسام:

أحدها: ما جوز لأهله فعله من غير اجتهاد في تنفيذه كالصدقات والزَّكَوَاتِ فيجوز توليته من جهته؛ لأن النص على مستحقيه أغنى عن الاجتهاد فيه؛ لجواز انفراد أربابه به.

والثاني: ما لا يجوز أن ينفردوا به، ويلزم الاجتهاد في مصرفه كأموال الفيء فلا يجوز توليته من جهته.

والثالث: ما يجوز أن يتولاه أهله وللاجتهاد فيه مدخل كالقضايا والأحكام، فإن كان تنفيذ الحكم بين متراضيين؛ جاز، وإن كان إلزام إجبار؛ لم يجز، انتهى.

وسبق أن العادل إذا استقصاه أمير باغٍ أجابه، وما روي عن عائشة فيه وهو المختار، بل الصواب والمختار في الجميع الجواز ما لم يحمل المولِّي من ولاه على مخالفة الشرع، وقد تولى الزياد والحجاج ونحوهما جماعات من سادات التابعين، وقسموا الغنائم والفيء والزَّكَوَاتِ وقضوا بين الناس، وعلى ذلك جرى الناس في سائر الأعصار.

سادسها: لو استولى- والعياذ بالله - على إقليم من دار الإسلام الكفار فولوا القضاء رجلًا مسلمًا، قال ابن عبد السلام في «القواعد»: الذي يظهر إنفاذه، قال: ولو ابتلينا بولاية امرأة أو صبي؛ يعني: الإمامة العظمى، فولَّى قاضيًا ففي نفوذه وقفة، انتهى.

وما ذكره في تولية الكفار قاضيًا يؤيد ما اخترناه في مسألة الماوردي، وما

....

ذكره في تولية المرأة والصبي القضاة، فانعقاد الولاية منهما بعيد، ولكن لو ولّوا وحكموا ففي عدم نفوذ أحكام القاضي إذا كثرت وطالت المدة نظر، ويقرب من هذا تصرفات الغاصب إذا كثرت هل يتبع بالنقص؟ ومسألتنا أولى بالمنع؛ لعموم التصرفات وتعسر أو تعذر التتبع، نعم إذا استقام الحال كان هذا القاضي معزولًا حكمًا فلا ينفذ له تصرف إلا بولاية مستجدة بشرطها، وهل يسوغ بعد استقامة الحال تنفيذ ما سلف من أحكامه في حالة الضرورة أو لا؟ هذا محل نظر، والظاهر المنع وفيه وقفة.

سابعها: إذا لم يجد من يتولى القضاء إلا فقيهًا فاسقًا أو عاميًا دنيًا وجوّزنا للضرورة، فعن الشيخ عز الدين وغيره إنَّا نقلد الفاسق الفقيه؛ لأنه يعلم ما يأتي وما يذر، وعن غيره إنَّا نولي الآخر؛ لأن دينه وورعه يحمله على ألَّا يدخل في حكم باطل، بل إنما يحكم على بصيرة واسترشاد ويشبه أن يفضل، فإن كان فسق الفقيه فيما بينه وبين الله فتوليته أولى وفسقه على نفسه وقوته وعلمه للمسلمين، وإن كان فسقه فيما يتعلق بالأحكام من الظلم والجور والرِّشَا وأكل أموال الوقوف والأيتام فتولي الجاهل العفيف، وعليه ألَّا يحكم إلا بعد تعرف الحكم ولو باستفتاء كما جوزه الحنفية، وهذا كلام مصلحي خارج عن سنن القياس دعت إليه الضرورة، وحاصله إن من كان منهما أخف ضررًا وفسادًا نُصِّب ما دامت الضرورة ماسة، فإذا وجد من هو أمثل منه أو أهل وجب صرفه ونصبه قطعًا.

ثامنها: قال الرافعي: من لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يجوز تقليده القضاء، قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا القول في قضاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلًا بل يتبعون النصوص، فإذا لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم، وإن كانوا يجتهدون في [فحوى](١) الكلام ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها ففي تقليدهم وجهان، زاد

---

(١) في نسخة: (مجرى).

....

الرافعي وتبعه الشيخ، الأظهر: جوازه، ولم يرجح الماوردي شيئًا، وفي الترجيح نظر لما سبق في شروط المجتهد، وأطبق عليه الأصحاب أن منها أن يكون عالمًا بالقياس وأنواعه، فمن لا يقول به فهو مخل بشرط من شروط الاجتهاد، وأيضًا فقد ذكر المصنف في مواضع: إن الأصح أنه لا يعتد بخلاف أهل الظاهر، وقال القاضي الحسين في «فتاويه»: لو أوصى للفقهاء لم يصرف إلى من يعتقد مذهب داود والظاهرية؛ لأن الفقه معنى الكلام، ومن لا يقول به لا يكون فقيهًا، وقال الإمام في كتاب السرقة: وقد ذكرنا في مواضع من الأصول والفروع أن أصحاب الظاهر ليسوا من علماء الشريعة، انتهى.

تاسعها: قال الرافعي: [لا يجوز للمجتهد أن يقلد][1] لضيق الوقت ولا غيره.

وقال ابن سريج فيما حكاه عنه ابن القاصّ: يجوز له عند ضيق الوقت للعمل به ولا يجوز ليفتي به غيره، وقياس ذلك: ألَّا يجوز القضاء بطريق الأولى.

وفي «الشامل» و«التهذيب»: طرد قول ابن سريج في التقليد في القضاء، وصوَّر ضيق الوقت فيه فيما إذا تحاكم إليه مسافران والقافلة ترحل، ومن قال به ينبغي أن يطرده في الفتوى، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن القاضي لو لم يصل إلى حكم الحادثة باجتهاده في جواز تقليده فيها وجهان: **أحدهما**: قاله ابن سريج: يجوز أن يقلد فيها للضرورة، وقال أبو إسحاق: لا يجوز، ويستخلف عليها من يحكم باجتهاده إن ضاق وقت الحادثة؛ لأن الحاكم ملزم فلا يجوز أن يلتزم ما لا يعتقد لزومه، انتهى وهذا هو المذهب.

عاشرها: قال ابن عبد السلام في كتابه «القواعد»: تصحيح ولاية الفاسق مفسدة لما يغلب عليه من الخيانة في الولاية، لكنا صححناها في حق الإمام الفاسق والحاكم الفاسق لما في إبطال ولايتهما من تفويت المصالح العامة،

---

[1] في نسخة: (لا يجتهد التقليد).

وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ، ....

ونحن لا ننفذ من تصرفاتهم إلا ما ينفذ من تصرف الأئمة المقسطين والحكّام العادلين، قال: وإذا تفاوت الحكام في الفسوق قدَّمنا أقلهم فسوقًا، ولو فاتت العدالة في شهود الحاكم فهذا فيه وقفة من جهة أن مصلحة المدعي معارضة لمفسدة المدعى عليه، والمختار أنها لا تقبل؛ لأن الأصل عدم الحقوق المتعلقة بالذمم والأبدان، والظاهر مما في الأيدي أنه لأربابها، انتهى.

وقد ذكرت في شهادات «الغنية» في ذلك بحثًا فراجعه.

قال: (**وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ**) هذه الولاية تصدر من أصل وفرع.

أمَّا الأصل: فهو الإمام وتولية القضاة في بلاده فرض عين عليه إمَّا بنفسه أو بمن يأذن له فيه، لكن لو رُد الأمر إلى أمراه حتى يولِّي قاضيًا لم يجز؛ لأنه إذا لم يصلح للقضاء لم يصلح أن يوليه غيرها، ولو رُد إليها اختيار قاض جاز؛ لأنه عمل اجتهادي فلم يمنع منه الأنوثة كالفتوى قاله الماوردي، وقد يؤخذ من توجيه المنع أنه لا يصح رد الأمر في التولية إلى رجل ليس بأهل وفيه نظر، وقد يفرق بأنه من نوع من يليه بخلاف المرأة، وهذا قضية قول «التهذيب».

أمَّا إذا جعل التولية إلى ولي الإقليم وهو غير صالح القضاء جاز؛ لأنه سفير، ويكون متوليًا من جهة الإمام، وهل لوالي الإقليم أن ينصب فيه القضاة مطلق ولايته، كلام القاضي الحسين يقتضي ذلك، ولعل عرف زمانهم اطرد به أو كان يصرَّح به في عهودهم، وأمَّا في وقتنا فيظهر أنه لا يجوز له ذلك إلا بتفويض صريح من الإمام أو ما يقاربه إذ لا بدَّ من قرينة لفظية أو عرفية أو نص صريح.

وعبارة البغوي: لا يتولى أحد القضاء إلا بتولية الإمام أو بتولية من فوَّض إليه الإمام أي التولية، وعلى كل تقدير لا بدَّ أن يكون المولي عالمًا بتكامل شروط القضاء فيمن يوليه يقع العقد صحيحًا، فإن عرف تكاملها جاز اعتماد علمه فيه.

فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ، ....

قال ابن شداد: وإن كان عنده جماعة يصلحون وعرفت عدالتهم وصلاحهم قلد من رآه منهم، وإن لم يعرف ذلك جمعهم وناظر بينهم وسألهم، فإذا علم المجتهد منهم بحث عن عدالته، فإذا ثبت ولاه.

قال شريح الروياني وغيره: ويستحب مشاورة أهل الحل والعقد من الرعية لاختيار واحد للقضاء، وألَّا يقلد من يكرهونه، قال: فإن قلد جاز، وإن اختلفوا فالأولى: ألَّا يقلد من يكرهه أكثرهم، انتهى.

وإن لم يعرف حاله سأل عنه، فإن استفاض الخبر بتكامل الشروط فيه فذلك أوكد من الشهادة، قاله الماوردي، وإن لم يستفض الخبر به جاز أن يقتصر على شهادة عدلين بتكامل شروط القضاء فيه، ثم يختبره المولى ليتحقق باختباره صحة معرفته، وهل يكون اختباره بعد الشهادة واجبًا أو مستحبًا؟ فيه وجهان، إن لم يشهد بتكامل الشروط فيه اثنان كان التقليد باطلًا، وإن علمها فيه بعد ذلك لوقوع التقليد مع الشك، وسبق الكلام فيما إذا خلا الوقت عن إمام فنصب أهل البلد لهم قاضيًا، ويظهر أن البلد الشاسع الذي لم يتصل به نظر الإمام حكمه حكم خلو العصر.

وأمَّا الفَرْعُ: فهو القاضي المنصوب من جهة الإمام، وهذه صورة الكتاب، فيستحب للإمام إذا ولى قاضيًا أن يأذن له في الاستخلاف؛ ليكون أسهل عليه وأقضى إلى فصل الخصومات، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة وكثرة الرعية واتساع العمل.

قال: (**فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ**) أي: لم يجز له ذلك؛ لأنه لم يرض بنظر غيره، فإن كان ما فوَّضه إليه أكثر مما يمكنه القيام به، ففي «الشامل»: إن القاضي أبا الطيب جعل وجود النهي كعدمه والأقرب أحد احتمالين: إمَّا إبطال التولية، وحكى عن ابن القطان: أو اقتصاره على ما تقدم وعليه وترك الاستخلاف، ورجحه المصنف.

وقال ابن الرفعة: إنه المشهور، قالا: وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف

فَإِنْ أَطْلَقَ اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ، ....

العام، أمَّا في الأمور الخاصة كتخليف وسماع نيته، فمنهم من جعله على الخلاف، وهو قضية إطلاق الأكثرين، وعن القفال القطع بجوازه؛ لأن القاضي لا يستغنى عنه، وهو جار مجرى التوكيل.

قلت: وصححه في «التهذيب» و«الكافي» وهو المختار إلا أن ينص الإمام على المنع منه، ويحمل إطلاقه المنع على الاستخلاف العام إذ هو المفهوم من ذلك.

قال: (**فَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: التولية.

(**اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرافعي: إذا أطلق نظر إن كان ما فوَّضه إليه مما يمكنه القيام به كقضاء بلدة صغيرة، فأصح الوجهين: إنه ليس له الاستخلاف، وإن لم يمكنه القيام بما فوِّض إليه كقضاء بلدتين فصاعدًا، أو قضاء بلدة كبيرة فله أن يستخلف؛ لأن قرينة الحال مشعرة بالإذن، وشبهوه بما إذا دفع متاعًا إلى إنسان ليبيعه وهو [ممن لا يعتاد][1] الطواف بالأمتعة والنداء عليها، فإنه يكون إذنًا له في دفعه إلى من يقوم بذلك، ثم فيم يستخلف أفي القدر الزائد على ما يمكنه القيام به أم في الكل؟ فيه وجهان: أصحهما الأول؛ لأن ذلك القدر هو المعلوم من القرينة، والقياس فيما إذا أذن له في الاستخلاف أن يكون في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرِّح بالإذن في الكل، وقطع القاضي ابْن كَجٍّ: بأنه عند الإذن المطلق يستخلف في الكل.

قلت: وبه صرَّح الدارمي وغيره، وهو قضية كلام كثيرين وإطلاق الأكثرين.

وقال الماوردي: فإن أذن جاز وله أن يستخلف سواء قل عمله أو كثر، لكنه إن قلَّ وقدر على مباشرته بنفسه [كان في الاستخلاف مخيَّرًا، وإن كثر ولم يقدر على مباشرته بنفسه] كان الاستخلاف عليه واجبًا، انتهى.

---

(١) في نسخة: (ممكن الانقياد).

……………………………………………………………………

تتمات وفروع:

منها: حُكي في «الوجيز» عند الإطلاق ثلاثة أوجه: الثالث: يستخلف إن اتسعت الخِطّة وإلا فلا، واستغرب الرافعي نقل وجه مطلق مع اتساع الخِطّة والتعذر، وقال: الذي ذكره الأئمة جواز الاستخلاف كما بيَّنا، ثم حاول إثباته من الخلاف المذكور في الوكيل، وقد صرَّح الإمام بنقل الأوجه كما في «الوجيز» وصرَّح بها الماوردي والهروي وشريح الروياني والقاضي الحسين وغيره من المراوزة، ونسب الماوردي الثالثة إلى جمهور البصريين، وقيَّد الزبيلي ذلك بما إذا علم الإمام أنه لا يقدر على الحكم في الجميع، وهو حسن وسبيله مراجعة الإمام كما سيأتي.

ومنها: قال ابن شداد: إذا عجز القاضي عن النظر في جميع العمل لسعته لزمه تقليد من ينوب عنه فيما عجز عنه، ثم إن كان بعيدًا عن الإمام صار التقليد عليه فرض عين، وإن كان [قريبًا منه صار فرض] التقليد مشتركًا بينه وبين الإمام، فإن قلَّد القاضي كان نائبًا عنه فيما ولاه، وإن قلَّد الإمام كان عزلًا للقاضي فيما قلَّده إياه إلا أن يصرِّح في الولاية بأنه قلده نائبًا عن القاضي، هكذا نقله الماوردي.

ومنها: إذا أذن له في الاستخلاف، فهل يكون الخليفة نائبًا عنه أو عن الإمام؟ ستتكلم عليه عند الكلام في العزل والانعزال إن شاء الله تعالى.

واعلم أن ما سبق من أن قرينة الحال مشعرة بالإذن إنما يتضح إذا كان الإمام عالمًا باتساع العمل، أمَّا لو جهل ذلك وظن أن من نصَّبه يمكنه القيام بقضائه من غير خليفة ففيه وقفة للمتأمل.

ومنها: قال ابن شداد: إذا مرض القاضي أو أراد أن يغيب عن البلد لشغلٍ جاز أن يستخلف وجهًا واحدًا ذكره في «التهذيب» انتهى.

وهذا الفرع ذكره البغوي إثر كلامه على الإطلاق، وإن أصح الوجهين: أنه لا يجوز أن يستخلف فيما يمكنه القيام بنفسه، ثم قال: أمَّا إذا مرض القاضي أو

....

أراد أن يغيب عن البلد لشغلٍ جاز له أن يستخلف وجهًا واحدًا، والظاهر: أن هذا الاستثناء من الخلاف إنما هو في حالة الإطلاق، أمَّا في حالة النهي عن الاستخلاف، فالظاهر أنه لا يجوز على المشهور مطلقًا، بل طريقه عند العجز لمرضٍ أو إرادة سفر أن يرفع الأمر إلى الإمام؛ ليأذن له فيه أو يستخلف.

ومنها: ذكر شريح بعد ذكره الأوجه الثلاثة السابقة، وإن جعل إلى رجل التزويج والنظر في أمر اليتامى لم يكن له أن يستنيب غيره؛ يعني: قطعًا، وإنما محل الخلاف في القاضي العام الولاية، وقياسه أنه لو فوِّض إليه القضاء في قضية أو قضايا، وأطلق أنه لا يستنيب فيها قطعًا.

ومنها: إذا ولي القاضي الكبير كقاضي الشام مثلًا قاضيًا في بلده هل يكون حال هذا القاضي في الاستخلاف وعدمه كما سبق في قاضي الإمام عند الإطلاق؟ لم أر فيه شيئًا، ويشبه أن يكون هذا بمنزلة الوكيل، فما جاز له جاز لهذا وما لا فلا، ويفرق بقوة ولاية منصوب الإمام؛ لأنه ليس بنائب له، ولهذا لا ينعزل بموته وانعزاله بخلاف خليفة القاضي الكبير.

ومنها: إذا أطلق الإمام التولية وجوزنا الاستخلاف فنهاه بعد ذلك، قال ابن أبي الدم: ينبغي أن ينبني على انعزال القاضي بالعزل، إن قلنا: نعم فعليه أن ينتهي، ولا يجوز له أن يستخلف، وإن قلنا: لا ينعزل فهذا فيه نظر عندي وما عده إلا أنه يقتضي أنه متى نهاه ابتداءً أو دوامًا لا يجوز له الاستخلاف، انتهى.

وهذا هو الوجه أمَّا عند التمكن من القيام بالجميع فلا شك فيه، وأمَّا عند العجز عن البعض فهو الظاهر.

ومنها: قال الماوردي: فيما إذا كان قد نهى عن الاستخلاف يلزم القاضي عند كثرة تحمله أن يعلم الإمام بعجزه عن النظر في جميعه؛ ليكون الإمام بالخيار بين أن يأذن له في الاستخلاف أو يصرفه عمَّا عدا المقدور عليه ويولِّي فيه، والثاني أولى ليكون هو [المولى](١) للاختيار، فإن لم يعلم الإمام أو

---

(١) في نسخة: (المتولي).

....

أعلمه ولم يأذن له في شيء نظر إن كان ما ولاه مصرًا كثير السواد؛ يعني: الأعمال البرانية والقرى كالبصرة كان نظره مختصًا بالبلد اعتبارًا بالعرف، فإن استعداه أحد على أهل السواد، فإن كان دون مسافة القصر لزمه إحضاره، وإن كان على مسافة القصر فأكثر ففي وجوب إحضاره وجهان، وإن كان العمل مشتملًا على مصرين متباعدين كالبصرة وبغداد فهو بالخيار في النظر في أيهما شاء، فإذا نظر في أحدهما ففي انعزاله عن الآخر وجهان محتملان:

أحدهما: قد انعزل عنه لتعذر حكمه فيه بالعجز فصار كتعذر حكمه بآفة [سماوية].

والثاني: [لا] ويكون باقي الولاية عليه لصحة الولاية عليهما مع العجز عنهما، فعلى هذا يجوز أن ينتقل من أحدهما إلى الآخر، ولا يجوز ذلك على الوجه الأول.

قلت: وفي صحة ولايته عليهما المقرونة بالنهي عن الاستخلاف نظر، ويشبه أن يقال على الثاني يلزمه المناوبة بينهما في الحكم كشهر وشهر مثلًا، والله أعلم.

ومنها: إذا قلنا: يمنع الاستخلاف فاستخلف في أمر عام فهل يلزم حكمه؟ قال القاضي أبو الطيب وغيره: إن حكم مجبرًا لم ينفذ، وإن حكم يجبر عليه كان كالتحاكم إلى محكم في لزومه بنفسه، أو توقفه على الرضا بعد الحكم، قال في «الذخائر»: وفيه نظر؛ لأنهما إنما ترافعا إليه لاعتقادها أنه حاكم منصوب يلزم حكمه، فإذا لم يكن كذلك فكيف يلزمهما [حكمه] وهو فاسدٌ لنصبه بخلاف من تراضيا [به] لأنهما نصباه لأنفسهما نعم لو علما فساد توليته وتراضيا بما حكم بينهما فإنه يكون على القولين، فأمّا مع عدم علمهما بذلك فلا وجه له.

قال ابن الرفعة: وقد يتخرج على الخلاف فيما إذا باع بتعين في بيعه وباعه الثاني ما عيَّنه في البيع الأول بناء على أنه وجب عليه الوفاء بالبيع لأجل

وَشَرْطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي، إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ: كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، ....

الشرط في البيع الأول، وفي الرافعي: إنه ليس للقاضي إنفاذ حكم الخليفة، بل يستأنف الحكم بين الخصمين، وهو محمول على ما إذا كان حكمه جبرًا؛ لأنه قد حكى ما تقدم، أي: من جعله كالمحكم عن ابن الصباغ وهو غيره.

قال: (وَشَرْطُ المسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي) لأنه قاض فاشترط فيه [ما يشترط فيه].

واعلم أنه قد يدخل من كلامه هذا أن للقاضي استخلاف ابنه وأبيه الصالح للقضاء، وبه صرَّح الماوردي والبغوي وغيرهما كما أن الإمام أن يستخلف في أعماله من يرى من أولاده، وفي الفرع بحث وفوائد أوردتها في «الغنية» يطول ذكرها.

قال: (إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ، كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِي عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ) أصل هذا قول الرافعي بعد ذكره أنه يعتبر في الخليفة ما يعتبر في القاضي، نعم؛ قال الشيخ أبو محمد وغيره: لو فوَّض إليه أمرًا خاصًا كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى أن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوَّض إليه سماع البينة ونقلها دون الحكم كفاه العلم بشرائط سماع البينة، ولا يعتبر فيه رتبة الاجتهاد، انتهى.

قال الإمام والغزالي: وهذا يحوج إلى حظ صالح من الفقه، وظن شارح أن هذا الكلام هنا مخالف لقول الرافعي في الكلام على التزكية أنه إذا نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل، فإنه يعتبر فيه صفات القضاء وليس كما توهمه، نعم يشبه أن يُكفى بكونه مجتهدًا في هذا الباب وما يتفرع عليه ولعله المراد.

قال شريح الروياني: وإذا أمر القاضي رجلًا بسماع البينة فسمعها لم يكن للمأمور أن يحكم بها، فإن أخبر القاضي بسماعها لم يحكم أيضًا حتى تعاد الشهادة.

قلت: فأي ثمرة لسماع المأمور البينة إذا اشترط إعادة الشهادة عند أمره، وقد يجاب عنه بأن هذا إنما يقع في بينة غائبة سبق إحضارها على غير بصيرة

وَيَحْكُمَ بِاجْتِهَادِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ إنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ.

بحالها، فيبعث الحاكم إليها من يسمعها ويختبرها، فإذا توجه قبولها والحكم بها أعلم القاضي بذلك فأحضرها حينئذ وسمعها وإلا فلا.

قال: (وَيَحْكُمَ) أي: الخليفة.

(بِاجْتِهَادِهِ أَوْ بِاجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ) أي: بفتح اللام.

(إنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ) لا خفاء أن الخليفة المجتهد مطلقًا يحكم باجتهاده، وأمَّا إذا كان مجتهدًا في مذهب إمام معين ويسمى المجتهد المقيد فقد تقدم قول الماوردي أنه لا يجوز له أن يقلِّد صاحب مذهبه، بل يعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعتزى إليه، وعن بعض أصحابنا أنه لا يجوز لمن اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه، قال: وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه، انتهى.

وإطلاق الشيخين وغيرهما هنا يوافق الثاني اللهم إلا أن يحمل ذلك على من لم ينته إلى رتبة الاجتهاد في مذهب إمامه كما هو الغالب، وطريق هذا الوقوف مع إمامه لا محالة إذا علمت هذا فقد قال الرافعي: قال القاضي الروياني في «التجربة» نصَّ الشافعي ﷺ في «المبسوط» يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمذهب المشهور خلافه؛ لأن الحاكم يعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، بل لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذا إذا جاز تولية المقلد للضرورة فاعتقاد تقلده في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشرط عليه الحاكم بخلاف اعتقاد مقلده، فلو خالف شرط الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة.

قال في «الوسيط» له الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين، وفي المختلف فيها لا يحكم إمَّا بمذهب أبي حنيفة؛ فلأنه يخالف معتقده، وإمَّا بمذهب الشافعي؛ فلأنه غير مأذون فيه، وهذا حكم بصحة الاستخلاف ورعاية الشرط، لكن الماوردي وصاحبا «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما قالوا: لو

....

قلد الإمام رجلًا القضاء على أن يقضي بمذهب عينه بطل الشرط والتقليد جميعًا، فقضية هذا بطلان الاستخلاف هناك.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إن الإمام الحنفي إذا ولى شافعيًّا بشرط ألَّا يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب فصحّت التولية، وبلغوا الشرط حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده، وقضية هذا ألَّا يُراعى الشرط هناك.

قال الماوردي: ولو لم يجز صيغة الشرط، ولكن قال الإمام: فكذلك القضاء فاحكم بمذهب فلان أو لا يحكم بمذهب فلان [صح] التقليد وبلغوا الأمر والنهي، وكما يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطًا وتقييدًا كما لو قال: قلدتك القضاء فاقض بموضع كذا في يوم كذا، قال: ولو قال لا يحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد جاز، وكان قصرًا لعمله على سائر الحوادث.

وحُكي وجهان فيما لو قال: لا يقض فيهما بالقصاص أنه يلغو أو يكون منعًا له من الحكم بالقصاص نفيًا وإثباتًا، هذا لفظ الرافعي - رحمه الله - والحاصل: إنه ليس من شرط الاستخلاف أن يتوافقا في المذهب، بل يجوز للشافعي أن يستخلف حنفيًّا ومالكيًّا كما أجاب به الماوردي في كتابيه، لكنه قال في أحكامه: إن النائب يحكم باجتهاده، وإن خالف معتقد إمامه كحنفي رأى مذهب الشافعي في مسألة أو بالعكس.

قال: ومنع بعض الفقهاء وذكر ما سبق عنه، ونقله في «الحاوي» عن بعض الفقهاء، وأن بعض أصحابنا وافقه كما تقدم، وما قاله ظاهر في الخليفة المجتهد، ولعل صورة المسألة عند متقدمي أصحابنا [فيه] لا كما يفهمه إطلاق الرافعي والمصنف من شمول كل مقلد مخالف، ألا ترى قول القاضي أبي الطيب: إن المذهب جواز استخلافه المخالف؛ لأن على الحاكم أن يجتهد في الحكم عند كل حادثة وربما تغير اجتهاده واختلف، وحكى هو والماوردي في قتال البغاة في جواز ذلك وجهين.

وقال أبو الطيب: إن الذي نصَّ عليه الشافعي المنع، فإنه قال: وهكذا من

وَلَّى شيئًا فينبغي ألَّا يولِّيه من يعلم أنه يعمل بخلاف الحق فيه، وهذا ما نسبه الروياني إلى «المبسوط» وفي كون هذا النص نصًّا على المنع نظر.

قال شريح: والأصل أن الخليفة يحكم باجتهاد نفسه على مذهبه دون مذهب المولي، وحكى جدي عن ابن أبي هريرة أنه يحكم بمذهب من ولاه واستضعفه.

قال جَدي: وحكى عنه أنه يكون خليفة فيما يوافقه دون ما يخالفه، انتهى، هكذا إطلاق الحكاية.

والظاهر أن هذا فيما إذا شرط عليه ذلك، وهذا الوجه هو ما سبق عن «الوسيط» وعبارة القاضي أبي الطيب في قتال البغاة، فإن قيل: جوزتم للحاكم أن يستخلف من يعتقد خلاف مذهبه فيولي الشافعي مالكيًّا وحنفيًّا وغيرهما من أهل المذاهب، فالجواب: إن أصحابنا اختلفوا فيه على ما حكاه ابن أبي هريرة، وقال: قد نص الشافعي على المنع، وذكر ما تقدم، فإن قلنا: لا يجوز سقط السؤال، وإن قلنا: يجوز فالفرق أن الحاكم يحكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد، وليس كذلك قتال أهل البغي مولين والجرحى والأسرى منهم، فإنه لا يسوغ فيه الاجتهاد، انتهى.

تنبيهات: كلام الأئمة نص في أن المنصوص فيمن له أهلية النظر والاجتهاد والترجيح في مذهب إمامه لا ما يتبادر من إطلاق الكتاب، فإن حُمل إطلاقه عليه فذاك وإلا فالوجه المنع، بل إذا آل الحال إلى استنابة الجهَّال فلا يحتمل هذا التوسع قطعًا، بل يتعين تقليل المفسدة ما أمكن؛ لأنها حالة ضرورة فلا يعدل إلى أمرٍ دون ما هو أخف وأقرب إلى الحق، أو إلى مذهب الإمام فيه هذا ما يقتضيه النظر عندي، وكيف يجوز أن يقال: إن الحكم الأصلي المنصوب من قِبل الإمام لا يحكم إلا باجتهاد مقلده، وأن له التوسع في استنابة المخالفين المقلدين الذين حالهم ما وصفنا الذين يحكمون بما لا يجوز لهم الحكم به هذا بعيد جدًّا على أني أقول أن ما أُعتيد في هذه الأعصار من نصب أربعة من القضاة في المصر على المذاهب الأربعة إذا جوَّزناه إنما يؤولون على أن يحكم كل قاض بمذهب إمامه، وإن لم يجز اشتراط ذلك في

....

عقد التولية إذ المراد ذلك والغرض منه، وحينئذ في جواز استخلافه المخالف نظر؛ لأنه لا إنما يقصد بتوليته أن يحكم هو وخلفاؤه على مذهب ذلك الإمام لا غير، وسبق قول الرافعي قال الماوردي: ولو لم يجز صيغة الشرط إلى آخره، وكان يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطًا وتقييدًا كما لو قال: قلدتك القضاء فاقض في موضع كذا وفي يوم كذا، انتهى.

وما ذكره من جواز أن يجعل هذا الأمر شرطًا ظاهر، لكن قوله كما لو قال: يقتضي أن ذلك ليس بتقييد قطعًا بوفاق الماوردي، والظاهر أنه لا فرق عنده، فإنه لو قال: قلَّد القاضي جميع البلد لينظر في أحد جانبيه أو في محلة منه لم يصح ويبطل التقليد إن كان شرطًا، وإن كان أمرًا بطل، انتهى.

حكى الرافعي من بعد أن المقلد المستقصي للضرورة لو حكم بمذهب غير مقلده أن الغزالي قال في «الأصول»: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده فينقض حكمه، وإن جوزنا تقليد من شاء فلا ينقض، انتهى.

قلت: والوجه سد هذا الباب على [التجويز][1] أيضًا في هذا الزمان؛ إذ لو فتح لأدى إلى مفاسد لا تحصى ومحن لا تستقصى، فالصواب سد هذا الباب، وإسدال الحجاب، وفطم الجهال عن هذا المجال.

سبق كلام «الوسيط» وغيره فيما إذا شرط الحنفي على الشافعي مثلًا أن يحكم بمذهب أبي حنيفة وهو وجه نقله الماوردي وغيره، وقال شريح: إن قلده على أن يحكم بمذهب المولِّي دون مذهب نفسه لم يجز على ظاهر المذهب.

وحكى ابن أبي الدم عن القاضي أبي منصور بن الصباغ وهو ابن أخي الشيخ أبي نصر أنه قال: سألت قاضي القضاة الدامغاني عمَّا إذا ولى الحنفي نائبًا شافعيًّا وشرط عليه ألَّا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفة هل يصح؟ فقال: نعم، فإن قاضي القضاة أبا حازم: وليَّ أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد

---

(١) في نسخة: (التحرير).

....

على ألَّا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه، انتهى.

والدامغاني وأبو حازم حنفيان، وفي صحة هذه الحكاية عن ابن سريج بعد.

وفي «الأشراف» للهروي: أن الشرط باطل ويحكم بما يؤدي إليه اجتهاده، وسبق عن القاضي الحسين نحوه، ولعل ابن سريج التزم ذلك لمصلحة أو ضرورة دعت إليه، أو رآه لاغيًا لا أنه عمل فيه فيما يخالف اجتهاده واجتهاد إمامه، أو التزمه وعمل به فيما يوافق عليه فقط وأعرض عن الحكم فيما لا يراه.

وفي «الحاوي»: إن الشرط إن كان عامًا بأن قال: لا يحكم في جميع الأحكام إلا بمذهب أبي حنيفة فالشرط باطل؛ لأنه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد، ثم ينظر فإن أخرج ذلك مخرج الأمر بأن قال: أحكم بمذهب فلان، أو مخرج النهي بأن قال: لا يحكم بمذهب فلان صح التقليد، ويبطل ما أمره به أو نهاه عنه، وإن جعله بلفظ الشرط فقال: على أن يحكم بمذهب فلان أو على ألَّا يحكم بمذهب فلان بطل التقليد؛ لأنه معقود على شرط فاسد، انتهى.

وقال في «أحكامه»: ولو كان المولي عالمًا بأن اشترط ما لا يجوز كان قد جاء فيه دون ما إذا لم يعلم، ثم ساق ما لخصه الرافعي عنه بعبارة مبسوطة، قال شريح الروياني: لو استخلف في حكومة خاصة ليحكم على مذهب نفسه ففي جوازه وجهان حكاهما جدي، انتهى.

ويجب أن يكون محلهما فيما لا ينتقض فيه حكم الحاكم، أمَّا ذاك فالوجه أنه لا يجوز، وأمَّا ما لا ينقض فيه حكم الحاكم فضربان:

أحدهما: أن يكون مأخذه ظاهرًا، وشبهته قوية لا يتطرق إلى الحكم به نقض فهذا محتمل.

والثاني: أن يكون مأخذه ضعيفًا، وإن لم ينتقض الحكم به أو كان في نقضه خلاف كالنكاح بلا ولِّي ونحو ذلك فالظاهر المنع، ويجب الجزم بأنه لا

وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ،

يجوز استنابته في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد والقاتل عمدًا عند طلب بعض الورثة مع صغر بعضهم ونحو ذلك.

فَرْعٌ: لو كتب القاضي إلى فقيه في تزويج فلانة وعنده أن المكتوب إليه فلان فتبين له أنه كان غيره، قال القاضي الروياني: قال والدي: والظاهر عندي أنه لا يكون إذنًا قياسًا على من صلَّى خلف من يظنه زيدًا فبان عَمرًا، انتهى.

وفي [هذا] الأصل كلام سبق في صلاة الجماعة.

قال: (**وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللهِ تَعَالَى؛ جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ**) لأن عمر وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت في نخل، وعثمان وطلحة ﷺ إلى جبير بن مطعم ولم ينكره أحد فكان إجماعًا، قاله الماوردي.

وفي «سنن» أبي داود والنسائي، و«صحيح» ابن حبان وغيره من حديث هانئ أنه لما وفد مع قومه سمعهم النبي ﷺ يكنونه بأبي الحكم فدعاه، فقال: «**إِنَّ اللهَ هُوَ الْحَكَمُ وَإِلَيْهِ الحكْمُ فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ**» فَقال: **إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِيَ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ**، فقال النبي ﷺ: «**مَا أَحْسَنَ هَذَا**»(١) ثم كنَّاه بأبي شريح.

احترز بقوله: (في غير حد الله تعالى) عن حدوده تعالى، وأنه لا يحكم فيها؛ إذ ليس لها طالب معين.

وفي «التهذيب» وغيره ما يقتضي أن بعضهم طرد الخلاف فيها، وقوله: حدود الله بالدال هو الموجود في أصل المصنف، ويقع في نسخ حق بالقاف، وقوله: مطلقًا، أي: سواء كان هناك قاضٍ أو لم يكن، وسواء كان المحكم فيه قصاصًا أو نكاحًا أو غيرهما، وفيه ما سيأتي.

واحترز بقوله: (بشرط أهلية القضاء) عمَّا إذا كان غير أهلٍ، فإن حكمه لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/٢٨٩، رقم ٤٩٥٥)، والنسائي (٨/٢٢٦، رقم ٥٣٨٧)، والحاكم (١/ ٧٥، رقم ٦٢)، وابن حبان (٢/٢٥٧، رقم ٥٠٤) والبيهقي (١٠/١٤٥، رقم ٢٠٢٩٨).

وَفِي قَوْلٍ لَا يَجُوزُ. وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ. وَقِيلَ يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا، ....

ينفذ لكن هل المراد بالأهلية: المطلقة، أو في تلك الواقعة: الخاصة؟ والأقرب: الثاني، وقد بني على أن الاجتهاد هل يتجزأ أم لا؟

قال: (**وَفِي قَوْلٍ: لَا يَجُوزُ**) لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام فلا يثبت للآحاد؛ ولأنه يؤدي إلى تفويت الحكومات على القاضي وتفويت رأيه ونظره، وهذا ما رجحه الغزالي وإمامه، قال في «المحرر»: والأقوى الأول، أي: عند المعظم كما قاله في «الشرح» قال: ومنهم الشيخ أبو حامد وأتباعه والقاضي الروياني، انتهى.

لكن في «الذخائر» فيه طريقان:

أحدهما: يجوز قولًا واحدًا قاله العراقيون.

والثاني: فيه قولان، وسيأتي ما حُكي من الطرق في محل القولين.

قال: (**وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ**) أي: فيجوز للضرورة بخلاف حالة وجوده؛ لأن فيه عزلًا للحاكم وافتياتًا على [الأحكام][1].

قال: (**وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِمَالٍ**) أي: لأنه أخف.

(**دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا**) أي: كلِعان وحد قذفٍ لخطرها فتناط بالحكام، وصححه الْمَحَامِلِيّ وغيره، والحاصل أن التحكم في الأموال هو المقطوع بجوازه والمشهور في طريقة العراق، وأشار الماوردي وغيره في موضع إلى أنه إجماع الصحابة.

وقال البندنيجي في كتاب اللعان: إنه المذهب لم يختلف فيه، وسواء كان في البلد حاكم أو لم يكن، صرَّح به جماعة منهم: البندنيجي وابن الصباغ، وفي محل القولين طرق:

أحدهما: [هما حيث] لا قاضي بالبلد، فإن كان لم يجز قطعًا، [وهل][2]

---

[1] في نسخة: (الإمام).

[2] في نسخة: (هذا).

وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ ....

الكلام فيما إذا [كانا] بنفس البلد أو أعم من ذلك حتى يكون من يلزمه الحضور من مسافة العدوى كالحاضر بالبلد؟ فيه احتمال، وأظهرهما عند الشيخين أجزاؤهما في الحالين.

قال ابن الرفعة: والصحيح في «الكافي» وعند الجمهور ما جزم به العراقيون [أي:] من الجواز في المال مع وجود القاضي.

وقال الإمام: إنه متجه في القياس، وإذا جوزنا التحكيم ففيم يجوز فيتحصل فيه وجوه بل طرق:

أحدها: في الأموال خاصة، ورجحه القاضيان ابْن كَجٍّ والفارقي.

والثاني: يجوز فيه، وفي القصاص وحد القذف وحقوق النكاح وإثابته والملاعنة وغيرها من حقوق الآدميين دون [حدود](١) الله تعالى وهذا ما رجحاه.

والثالث: ذكره الزبيلي وغيره يجوز في جميع الحكومات لا في النكاح واللعان والحدود، وعبارة بعضهم: لا ، يجوز في النكاح واللعان وحد القذف والقصاص، ويجوز فيما عداها، وهو الأصح في «المقنع».

والرابع: يجوز في الجميع.

والخامس: يجوز في حقوق الآدميين إذا اختص ذلك بإقرار واحد وإعطاء، فأمَّا ما يحتاج إلى شهود وتعديل فلا رواه شريح الروياني، وعن الداركي: إنه جوز التحكيم عند فقد الحاكم فقط اعتبارًا بالضرورة، وفي «التتمة» هناك أنه لو كان اللعان لنفي الولد لا يجوز إلا أن يكون كثيرًا ؛ لأن له فيها حقًّا.

قال: (**وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ**) لا بدَّ من التراضي في ابتداء التحكيم، وعن أبي الفرج السرخسي: إن هذا فيما إذا لم يكن أحد الخصمين القاضي نفسه، فإن كان وهو الراضي فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف

---

(١) في نسخة: (حقوق).

فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ امْتَنَعَ الْحُكْمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ فِي الْأَظْهَرِ.

نص، والظاهر أنه لا يشترط، قال الرافعي: وليكن ذلك مبنيًا على جواز الاستخلاف إن جاز بالرجوع إليه؛ لأنه نائب القاضي، قال ابن الرفعة: وقد قدمت عن ابن الصباغ وغيره أن التحاكم إلى الشخص لا يكون تولية، فلا يحسن أن يكون هذا مبنيًا على ذلك.

وقيل في كتاب الشهادات من «الحاوي»: إذا تحاكم الإمام وخصمه إلى واحد من رعيته جاز، ثم ينظر فإن قلده خصوص هذا النظر صار قاضيًا قبل الترافع إليه ولم يعتبر فيه رضا الخصم، وإن لم يقلده النظر قبل الترافع اعتبر رضا الخصم.

قال: (**فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ**) أي: على الأصح ومبنيًا، كما قال الماوردي وغيره: على أن الدية تجب عليه ابتداء، ثم تنتقل إليهم أم عليهم ابتداء.

وقال السرخسي: هما على قولنا تجب عليه ثم تحملها العاقلة.

فإن قلنا: يجب عليها ابتداء، فلا خلاف أنها تضرب عليهم عند عدم الرضا.

قال الرافعي: وهو حسن.

قال: (**وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الحكْمِ امْتَنَعَ الحكْمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الحكْمِ فِي الْأَظْهَرِ**) للراجع أحوال:

أحدها: أن يرجع قبل الخوض في الحكم بينهما، والاشتغال به فله ذلك قطعًا هذا هو المعروف، وقال شريح الروياني: إذا قلنا: يلزم حكمه بنفس الحكم؛ فأراد أن يحكم فامتنع أحدهما فهل له ذلك؟ فيه وجهان، وهذا الإطلاق غريب، نعم ذكروا أنه لو أقام المدَّعي بينة فقال المدعي عليه: عزلتك امتنع الحكم، وقال الإصطخري: إن أحس المدعي عليه بالحكم فرجع ففي تمكينه من الرجوع وجهان، وعلى هذا ينزل إطلاق شريح، والمذهب أن له الرجوع.

....

وعبارة «البسيط»: لو رجع قبل القضاء، ولكن بعد الخوض فيه ففيه خلاف مرتب على اعتبار الرضا بعد الحكم، وهذا أولى بصحة الرجوع، انتهى.

فإن كان هذا عمَّا قدَّمناه خرج في رجوعه بعد الرضا وجوه:

الثاني: أن يرجع بعد الحكم وبعد الرضا به فلا عبرة برجوعه قطعًا.

الثالث: أن يرجع بعد الحكم عليه، فقولان: أظهرهما عند الأكثرين كما قاله الماوردي هنا: إنه لا عبرة برجوعه كحكم الحاكم، والثاني: يصح ويشترط رضاه بعد الحكم؛ لأن رضاهما معتبر في الحكم، فكذا في لزومه، والقولان منصوصان في اختلاف العراقيين وحكاهما الإمام وجهين.

فروع: حضرت من لا ولي لها مع خاطبها إلى رجل، ورضيا أن يعقد النكاح لها ففي «الحاوي»: أنهما إن كانا في دار الحرب، أو في بادية نائية لا يصلان إلى حاكم جاز وزوجها المحكم، فإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم، ففي جوازه وجهان، وسبق في كتاب «النكاح» هنا أو في «الغنية» كلامًا شافيًا في ذلك فراجعه.

وقال الروياني في «الحلية» هنا: إنه يجوز التحكيم والتزويج في أصح الوجهين، وهو اختيار أبي طاهر الزيادي وأبي إسحاق الإسفراييني، ومشايخ العراق وخراسان، والفتوى على هذا خاصة في هذا الزمان، انتهى.

وإذا جوَّزنا التحكيم وكانت بكرًا، فقال لها المحكم: حكميني لأزوجك من هذا فسكتت.

قال البغوي في «فتاويه»: كان سكوتها إذنًا، وينبغي أن يجري في الاكتفاء به خلاف إذا ثبت عند المحكم الحق وحكم به أو لم يحكم فله أن يشهد على نفسه بذلك في المجلس الذي حكم بينهما فيه، قيل: التفرق خاصة؛ لأن قوله بعده لا يقبل كقول الحاكم بعد عزله قاله الماوردي، وإذا رفع حكمه إلى القاضي لم ينقضه إلا حيث ينقض حكم قاضي الإمام صرَّح به الأصحاب.

قال شريح الروياني: إذا سمع البينة أي: بناء على الأصح أنه له سماعها،

وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ جَازَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الْأَصَحِّ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ].

ثم ولي الحكم حكم بها؛ لأنه كان حاكمًا، أي: ولا يحتاج إلى إعادة الشهادة بعد الولاية هل للحاكم أن يحكم بعمله كالحاكم على المرجح أم لا لانحطاط رتبته؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويحتمل أن يجري فيه خلاف مرتب وأولى بالمنع، ويحتمل أن يقطع بالمنع لا يجوز أن يحبس في دين على المذهب، كما لا يجوز له استيفاء [القصاص] العقوبات كذا قاله ابن الرفعة.

وعبارة ابن شداد تفهم جريان خلاف فيها، وإن الصحيح المنع.

وقال ابن أبي الدم: لا خلاف أنه ممنوع من استيفاء العقوبات إن جوَّزنا التحكيم فيها إذا حكمه من لا يقبل شهادته له مع غيره كأبيه وابنه مع أجنبي، ففي جوازه وجهان عن السرخسي.

وفي «الحاوي»: أنه إن حكم على أبيه وابنه نفذ أو على الأجنبي ففي نفوذه وجهان: وجه المنع القياس على الحاكم الحقيقي، ووجه الجواز أن التحكيم باختيارهما، فصار المحكوم عليه راضيًا بحكمه ولو بُني على اعتبار الرضا بعده لم ينفذ، وهكذا الحكم فيما لو تحاكم إليه عدوه وغيره فحكم له أو عليه ذكره الماوردي وحكى وجهًا: إنه ينفذ حكم منصوب الإمام على عدوه وسيأتي.

قال: (**وَلَوْ نَصَبَ**) أي: الإمام.

(**قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ؛ جَازَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخُصَّ فِي الْأَصَحِّ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ**) تقدم قبل الخوض في مسائل الكتاب ما ذكره الماوردي وهو أنه يلزم الإمامَ إن تعين البلد الذي يقلده [قضاة][1] فيقول: قلدتك قضاء البصرة، أو يقول: قلدتك قضاء الكوفة، فلو قال: قلدتك قضاء البصرة أو الكوفة لم يجز للجهل بالعمل، ومثله قلدتك بقضاء أي بلد شئت، وأي بلد رضيك أهله، وكان التقليد فاسدًا للجهل بالعمل، فإذا قلده قضاء البصرة مثلًا فإن نص على دخول نواحيها وأعمالها

---

[1] في نسخة: (قضاؤه).

....

فذاك، وإن نص على إخراجها من العقد اختص التقليد بالبصرة دون أعمالها، وإن سكت عن ذكر أعمالها نظر في العادة المستمرة كيف كانت؟ فإن كان الفرق المتقدم يقتضي بإفرادها عن قاضي البصرة لم يندرج تحت ولايته، وإن جرى العرف بالعكس دخلت، وإن اختلف العرف في ذلك روعي أكثرهما عرفًا، فإن استويا روعي أقربهما عهدًا، فإن كان الأكثر أو الأقرب إفرادها خرجت من ولايته، وإن كان الأكثر أو الأقرب إضافتها دخلت تحت ولايته، ولو قال: قلدتك جميع البلد لتنظر في محلة منه، أو في أحد جانبيه، أو في جامعه لا غير لم يصح؛ لعموم ولايته وخصوص محل نظره، وكان التقليد باطلًا إن جعل ذلك شرطًا فيه للتنافي بين حكم الشرط والإطلاق، وإن خرج مخرج الأمر صح التقليد وبطل الشرط وله أن ينظر في أي موضع شاء منه؛ إذ لا يملك الحجر عليه في موضع جلوسه، لكن لو قال: إن قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من حال فيه صح، ولم يجز أن يحكم في غيره؛ لأن الولاية خرجت مقصورة على من جاءه في الجامع، انتهى.

إذا علمت هذا قول الإمام قاضيين فأكثر ببلد نظر إن خصَّ كل واحد بجانب منه أو محله أو بزمان أو جعل هذا قاضيًا في الأموال، وهذا في الدماء والفروح، أو هذا في النساء وهذا في الرجال، أو في العرب والآخر في العجم، وما أشبه هذا جاز.

قال ابْن كَجٍّ: وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه.

وفي «الحاوي» هنا زيادات وتفريعات غريبة أوردتها في «الغنية» وأمَّا إذا عمم ولايتهما مكانًا وزمانًا، فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم لم يجز.

قال ابن الرفعة باتفاق الأصحاب؛ لأن اختلاف الاجتهاد غالب والتقليد ممتنع، فيؤدي إلى بقاء الخصومات واستمرار المنازعات، واختلفوا في الصحة عند إثبات الاستقلال لكل واحد على وجهين: أصحهما عند الإمام في «الْغِيَاثِيِّ» المنع.

……………………………………

وقال في «الذخائر»: إن الأصحاب صححوه، واختاره صاحب «الانتصار» لإفضاء ذلك إلى التشاجر والتنازع لعدم مزية أحدهما على الآخر بخلاف القاضي مع خليفته لترجيح داعي الأصل، كما أشار إليه في «النهاية» وسيأتي عن «الحاوي» مثله، والثاني قال الماوردي والروياني: إنه قول الأكثرين، وصححه الرافعي الجواز في نقله في «البحر» عن النص، انتهى.

وما ذكر من ترجيح إجابة داعي الأصل.

قال ابن الصلاح: إنه رأي رآه الإمام وكلام غيره مطلق، والظاهر أن الأصل وفرعه في ذلك كالقاضيين؛ لأن الفرع كالأصل في وجوب إجابته ونفاذ حكمه، ولا تأثير لكونه أصلًا فيما نحن فيه، انتهى لفظه.

بقي ما لو نصب اثنين وأطلق ولم يشترط عليها اجتماعًا ولا صرَّح باستقلال، قال الرافعي: فعن صاحب «التقريب»: [إنه يحمل على الاستقلال تنزيلًا للمطلق على ما يجوز، وعن غيره: إن التولية فاسدة ما لم يصرَّح بإثبات الاستقلال، زاد في «الروضة» قول صاحب] «التقريب» أصح، وبه قطع في «المحرر» انتهى.

والذي في «المحرر» هو ما في «المنهاج» وكان الصواب أن يقال: وقضية إطلاق «المحرر» ترجيحه.

فروع وتنبيهات:

منها: إذا قلنا: بالمنع، قال الماوردي والرافعي وغيرهما: فجمع بينهما في التقليد بطلت ولايتهما وإلا صحت ولاية الأول وبطلت ولاية الثاني.

قال ابن الرفعة: والأشبه بناء ذلك على الإمام إذا عزل القاضي من غير مستند هل ينعزل؟ وسيأتي بيانه.

فإن قلنا: لا، فالأمر كما قالوه.

وإن قلنا: ينعزل وهو ما أورده وغيره، فينبغي أن يكون ولاية القاضي الثاني صححه متضمنة لعزل الأول، واستشهد له بما ذكرته في «الغنية» وأيده

بأن الرافعي حكى عند الكلام في العزل عن بعض الشروح ذكر وجهين في أن تولية قاضٍ بعد قاضٍ، هل يكون عزلًا للأول أم لا؟ ثم قال: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في البلد قاضيان؟ وهذا عين المدعي، انتهى.

وذكر شريح الروياني: إنه إذا ولى السلطان رجلًا قضاء بلد ولم يعزل الأول، فإن قلنا: لا يجوز فوجهان:

أحدهما: ينعزل الأول وتصح تولية الثاني.

والثاني: لا ينعزل الأول ولا تصح تولية الثاني ما لم يعزل الأول ثم يولي الثاني، انتهى.

وفي النسخة سقم، ولكن هذا ما ظننته صواب كلامه، ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: وإذا ولى الإمام القضاء رجلًا انعزل من كان قبله هناك؛ لأن العادة ألَّا يولي واحدًا إلا بعد عزل الأول فيقيد هذا بالعادة، انتهى.

وهذا ظاهر لا شك فيه وجميع ما تقدم في المجتهدين وفيما مضى من الزمان، وأمَّا في وقتنا هذا فالذي اقتضاه العرف أنه إن كانت التولية في بلدة صغيرة كان ذلك عزلًا للأول، وإن كانت في مصر كبير كدمشق نظر، فإن كان مذهب الثاني مذهب الأول كان ذلك عزلًا للأول وإلا فلا، هذا مما لا يتمارى فيه ولم لا يقال فيما ذكروه يراجع الإمام ويعمل بإرادته.

ومنها: إذا جوَّزنا قول آخر، قال الماوردي: عند كلامه في العزل إن اقترن بتقليد الثاني بشواهد عزل الأول انعزل بتولية الثاني وإلا كانا شريكين في النظر، وفي هذه الحالة إذا استحضر رجلان شخصًا كل منهما إلى قاض أجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع بينهما قاله القاضي الحسين والإمام وغيرهما.

قال ابن الرفعة: وقد نسب هذا إلى الشيخ أبي علي، وفي بعض الكتب إن في «الذخائر»: إنهما إذا جاءا معًا قدم بالقرب، فإن استويا في القرب فبالرقعة ولم أره كذا، انتهى.

نقل ابن الرفعة: والذي رأيته في «الذخائر» الإقراع لا غير، ولو دعا كل

....

خصم خصمه إلى قاضٍ فقد أطلق الغزالي تحكيم القرعة.

وقال الماوردي والروياني: يغلب جانب الطالب، فلو كان كل منهما طالبًا ومطلوبًا لتحاكمهما في قسمة ملك لو اختلفا في ثمن مبيع، أو قدر صداقٍ اختلافًا يوجب تخالفهما قدم قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فوجهان، قال الرافعي: أظهرهما: يقرع، والثاني: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما.

قلت: وقال شريح: إذا جوَّزنا فأراد المدعي التحاكم إلى أحدهما وخصمه الآخر فثلاثة أوجه:

أحدها: إن الاختيار للمدعي الطالب.

والثاني: إنه المدعى عليه؛ لأن جانبه أقوى ولهذا صدق بيمينه.

والثالث: يقرع بينهما، انتهى.

ولم يذكروا من يقرع بينهما، ولعل ذلك لكل من الحاكمين.

ومنها: سبق أنه إذا نصَّب قاضيين وشرط اجتماعهما على الحكم بطل، قال ابن الرفعة: بالاتفاق.

قلت: هو المشهور، ورأيت في «الذخيرة» أو «المجرد» من «تعليق» الشيخ أبي حامد لأبي علي البندنيجي صاحبه في كلامه على الحرص، فأمَّا الحاكم فلا يجوز في بلد واحد كما كان؛ لأنه يؤدي إلى أن يخالف أحدهما صاحبه فيكون فسادًا.

وقال بعض أصحابنا: إلا أن يوليا على شرط أن يحكما برأيهما جميعًا، فإن اختلفا في حكم توقفا فيه، فأمَّا إذا حكم أحدهما بحكم والآخر يناقضه فلا يجوز، وصرَّح الجرجاني في «الشافي» و«التحرير» بهذا الخلاف فقال: وقيل: إن شرط عليهما ألا يحكما إلا بعد اتفاقهما جاز والأول أصح، والحاصل من اختلاف الطرق وجوه:

ثالثها: إن شرط اجتماعهما على الحكم جاز وإلا فلا.

....

والرابع: يمكنه وهو الأقرب، وقد يفرق بين متفقي المذهب المقلدين بلا تصرف ولا اجتهاد كما هو الواقع في الغالب وبين غيرهما.

ومنها: لو نصبهما على أن يحكم كل واحد في أيام معينة من كل أسبوع أو أسبوعًا ونحو ذلك جاز، وتبقى ولايته مستمرة على النحو المشروط، وليس له أن يحكم في غير نوبته، وحكى ابْن كَجٍّ وجهَيْن: إن التولية تبطل إذا قال: قلدتك القضاء سنته كما في الإمامة وهو ضعيف؛ إذ لو كان كالإمامة لما جاز تخصيصه ببعض الأمور، وقال شريح: المذهب أنه لا يجوز تفويض القضاء في شيء بعينه، ويجوز تفويض القضاء مؤقتًا، وإذا قلنا لا يجوز عزل من يصلح لا يجوز مؤقتًا، انتهى.

وأحسب أن لفظة: (لا) في قوله: (أولًا لا يجوز) زائدة من ناقل.

ومنها: قال الإمام قبيل باب القيام: إن لصاحب الأمر أن ينصب قاضيًا في تزويج الأيامى، وقاضيًا في الرجال، وآخر في النساء، وإذا اختصم رجل وامرأة لم يفصل واحد منهما الخصومة، ولا بدّ من ثالث يتولى القضاء بين الرجال والنساء، انتهى، وقس بهذا ما يشبهه مما سبق.

فصل: يتضمن مسائل مهمة تتعلق بالتولية سبقت الإشارة إلى بعضها:

الأولى: قال الرافعي وغيره: يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية عرف أنها خالية عن القاضي، إمَّا بأن يبعث إليهم قاضيًا من عنده، أو بأن يختار من يصلح منهم لذلك.

وقال الماوردي: على الإمام أن يشير أحوال البلاد في القضاء، ويكشف عن أحوال القضاة، فإذا علم أن في البلد قاضيًا أهلًا فذاك، وإن علم ألَّا قاضي فيه أو فيه من لا يستحق النظر، وجب عليه أن يقلد فيه قاضيًا، وكان ذلك عليه فرضًا متعينًا، فإن كان في البلد من يصلح كان تقليده لمعرفته به وتأهله أولى من تقليد الغريب، فإن عدل عنه إلى غريب صح تقليده، انتهى.

وينبغي في عصرنا أن يعكس ذلك لما لا يخفى، وقد تخلف ذلك

……

باختلاف الأشخاص والبلاد.

فروع: هل الأولى أن يفوض الإمام قضاء إقليم أو ناحية متسعة إلى قاضٍ واحد، ويأذن له في الاستخلاف في بلادها، أو أن الإمام يتولى ذلك بنفسه؟ سكتوا عنه، والظاهر في عصرنا: أن الأولى أنه إذا كان المنصوب في الإقليم والناحية الكبيرة من أهل العلم والورع والقسم الأول، وإلا فالثاني، وعلى الإمام بذل وسعه في تولية الأمثل فالأمثل، ويستشير في ذلك أهل العلم، وقدَّمنا أن تولية الأفضل في زماننا متعينة حتمًا، وأشرنا إلى وجهه أطلقوا أنه ينصب في كل بلدة وناحية قاضيًا ولم يبينوه بيانًا شافيًا، ولا بدّ فيه من ضبط لما في إحضار الخصوم أو حضورهم إلى البلد البعيد من المشقة والأضرار.

وفي كلام شريح عن الإصطخري ما يشير إلى اعتبار مسافة الأعداء فأجازوها لزم أن يكون حاكمًا، قال الرافعي والبغوي: يجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة، وإن لم يكن المجعول إليه صالحًا للقضاء، وإن كان فاسقًا كما صرَّح به البغوي في «التعليق»؛ لأنه سفير محض.

قلت: ويؤخذ من هذا أنه ليس لوالي الإقليم نصب القضاة مطلق ولاية الإقليم، وإنما يستفيد ذلك بالنص عليه من الإمام.

وعبارة إبراهيم المروزي والإمام: إذا ولى واحدًا تولية القضاء بإقليم مثل ما يفعله الخليفة مع ولاة الأقاليم لا يتولى القضاء بنفسه، وإذا مات لا تنعزل القضاة، انتهى.

وسبق ذلك لكن السفارة المحضة إنما تظهر إذا كان قد نص له على شخص أو أشخاص معينين.

قال الرافعي: ولو قال لأهل بلده: اختاروا رجلًا منكم أقلده القضاء حكى ابْن كَجٍّ فيه وجهين: أشبههما: الجواز، انتهى.

ويجب أن يكون محلها إذا كان فيهم من هو أهل الاختيار وإلا فلا عبرة باختيار من ليس بأهل الاختيار، ولا شك أن الإمام بعد الاختيار ينظر في حال

....

المختار وأهليته على التقديرين المسألة الثانية.

قال الرافعي: وفي «الأحكام السلطانية» للماوردي: أن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة وهو المشافهة باللفظ والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة، ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف مما مرَّ في الوكالة، وإن كان الظاهر ما ذكره.

قلت: وذكر شريح أنه لو بعث إلى رجل يقلده القضاء أن أقيس الوجهين أنه لا ينعقد، انتهى.

قال الرافعي: وفيه أن صريح اللفظ قوله: وليتك القضاء واستخلفتك واستنبتك، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر بأن يقول: اقض بين الناس أو احكم ببلدة كذا، وهو ملحق بالصريح كما في الوكالة، وفيه أن الكنايات اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت، أو رددته إليك، أو وكلت، أو أسندت، فينبغي أن يقرن بها ما لحقها بالصرائح، ولا يكاد يتضح فرق بين أن يقول: وليتك القضاء، وبين أن يقول فوضته إليك.

قال في «الروضة»: والفرق واضح بأن قوله: وليتك متعين لجعله قاضيًا وفوضت إليك يحتمل أن يريد توكيله في نصب قاض، انتهى.

وقال ابن الرفعة: إن الرافعي نقل عن الأحكام أن من الكنايات فوَّضت إليك ولم أره، انتهى.

ونقل الرافعي عنها صحيح ولفظه فيما رأيته، وأمَّا «الكفاية» فقد ذكر بعض أصحابنا أنها سبعة ألفاظ قد اعتمدت عليك، أو علوت عليك، أو رددت إليك، أو فوَّضت إليك، أو وكلت إليك، أو أسندت إليك؛ يعني: القضاء في كل لفظ منها.

قال الرافعي: وفيه أن عند المشافهة يعتبر القبول على الفور، وفي المكاتبة والمراسلة لا يعتبر الفور، لكن سبق في الوكالة خلاف أنه هل يشترط القبول؟ وذلك أنه إذا كان شرطًا فالأظهر أنه لا يعتبر الفور فليكن كذلك هاهنا.

....

قلت: قد يفرق بأن ضرورة الرعية تمس إلى قاضٍ يفصل بينهم، وجعل القبول على التراخي بضربهم بخلاف الوكالة الخاصة، وقال في «الحاوي»: الصريح أربعة ألفاظ: قلدتك القضاء، ووليتك القضاء، واستخلفتك على القضاء، واستنبتك على القضاء، والكتابة أربعة ألفاظ: اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت عليك، أو عهدت إليك بالقضاء، أو وكلت إليك القضاء، فلا ينعقد القضاء بأحدهما حتى يقترن به ما يزول به الاحتمال، ويزول بأحد لفظين أن يقول: فاحكم أو فانظر؛ فيصير بالقرينة كالصريح في صحة التقليد، وأمَّا المختلف فيه فأربعة ألفاظ أيضًا: فوَّضت إليك القضاء، ورددت إليك القضاء، وجعلت إليك القضاء، وأسندت إليك القضاء، وفيها وجهان:

أحدهما: إنها صريحة في التقليد، وأصحهما: إنها كتابة، وتبعه ابن شداد وابن أبي الدم على ذلك، قال الماوردي: وتمام العقد معتبر بالقبول فيقول الحاضر على الفور: وقد قبلت، أو قد تقلدت فيتم، ولهذا القبول شرطان:

أحدهما: أن يكون المتولي عالمًا بأن المولى يستحق التولية التي استنابه فيها، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله.

والثاني: أن يعلم المولي من نفسه أنه يستشكل للشروط المعتبرة في القضاء، فإن علم أنه إن لم يستكملها لم تصح قبوله وكان بالقبول مجروحًا، انتهى، وهذا سبق وإيراده هنا أليق.

ثم ذكر أن قبول الغائب على التراخي وفيه نظر لما أشرنا إليه من الضرر، قال: فإن شرع في النظر قبل القبول فهل يكون شروعه قبولًا منه؟ على وجهين:

أحدهما: نعم، كالنطق فعلى هذا أحكامه نافذة.

والثاني: لا يكون قبولًا حتى يصرِّح بالقبول نطقًا فعلى هذا أحكامه مردودة، ثم ذكر لزوم العقد وجوازه وسيأتي بيانه، ورأيت في «فتاوى» القفال: إنه سئل عن حاكم كتب إلى فقيه: إن وليتك القضاء والتزويج في تلك الناحية، ولم يقل ذلك بلسانه هل يكون خليفة بمجرد الكتابة دون التفويض اللفظي؟ قال: نعم،

……

المسألة الثالثة، قال الرافعي: من ولي القضاء مطلقًا استفاد بالتولية المطلقة سماع التنبيه والتحليف، وفصل الخصومات بحكم بات، أو يصلح عن تراض، واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة والتعزير، وإقامته الحدود، وتزويج اللواتي ليس لهن ولي خاص، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء، والنظر في الضوال، والوقوف حفظًا للأصول، وإيصالًا للغلات إلى مصارفها، وبالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متولي، وبالقيام به إذا لم يمكن.

قال الماوردي: ويعم النظر في الوقوف العامة والخاصة؛ لأن الخاصة تستثنى في العموم أيضًا، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه إذا كانت الوصية لجهة عامة، وبالقيام بها إن لم يكن وصي، وبالتفحص عن حاله إن كان، والنظر في الطرق والمنع من التعدي فيها بالأبنية، وإسراع ما لا يجوز إسراعه من الأجنحة ونحوها.

قال القاضي أبو سعيد الهروي: ونصَّب المتقين والمحسنين وأخذ الزكوات، وفصَّل الماوردي أمر الزكوات فقال: إن أقام الإمام بها ناظرًا خرجت من عموم ولاية القاضي وإلا فوجهان، ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في المحتسبين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الخراج والجزية التولية المطلقة في أظهر الوجهين هذا لفظ الرافعي بحروفه، وتبعه في «الروضة».

تنبيهات: في «الحاوي» أنه إذا قلَّده النظر في جميع الأحكام فتكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاء وتشتمل على عشرة أقسام يذكرها، ثم ذكر بعد ذلك ما يفتقر عند التقليد إلى ذكره، وينبغي أن ينظر في الجمع بين كلاميه وتحقيق ما أورداه مما ذكره ثانيًا، وأمَّا كلام الرافعي فقوله: وإقامة الحدود تقتضي التعميم، وكذا عمم الماوردي في الأحكام.

قال في «الحاوي»: إِقَامَةُ الْحُدُودِ عَلَى مُسْتَحِقِّيهَا فِيمَا تَعَلَّقَ بِحُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ مِنْ إِقَامَةِ حَدِّ الْقَذْفِ بِالزِّنَا وَالْقِصَاصِ فِي الْجِنَايَاتِ عَلَى النُّفُوسِ وَالْأَطْرَافِ.

……

فَأَمَّا مَا تَعَلَّقَ مِنْهَا بِحُقُوقِ اللهِ الْمَحْضَةِ كَحَدِّ الزِّنَا وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَتَارِكِ الصَّلَاةِ فَإِنْ تَعَلَّقَتْ بِاجْتِهَادٍ كَانَ الْقَاضِي أَحَقَّ بِهَا لِاخْتِصَاصِهِ بِالِاجْتِهَادِ فِي الْأَحْكَامِ وَيَأْمُرُ وُلَاةَ الْمَعَاوِنِ بِاسْتِيفَائِهَا، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ مُبَاشَرَتِهَا بِنَفْسِهِ، وَعَلَيْهِمْ أَنْ يَعْمَلُوا بِأَمْرِهِ فِيهَا.

وإن لم يتعلق باجتهاد وكان الأمير أحق بها لتعلقها بتقويم السلطة، فإن تعلق بها سماع البينة سمعها القاضي واستوفى الأمير.

وقوله: اللواتي ليس لهن ولي خاص، أي: أو كان وعضل أو لم يكن أهلًا أو عاب، لكن هل ذلك بالولاية أو نيابة شرعية؟ فيه نزاع.

وقوله: والولاية في أموال الصغار والمجانين والسفهاء، أي: عند عدم الأولياء أو عدم أهليتهم أو غيبتهم، وإنما أطلق ذلك لوضوحه وتبينه ذلك في باب الحجر، قال الماوردي: وأمَّا أموال الغائبين فإن علموا بها فلا نظر للقاضي عليها، وإن لم يعلموا بها فإن ورثوها وهم غيب لا يعلمون فهي داخلة تحت نظره وعليه حفظها إلى قدومهم وسيأتي.

فَرْعٌ: في أموال الغُيَّب لا يسع جهله.

وقوله: والنظر في الضوال والوقوف إلى قوله: الفحص عن حاله إن كان... إلى آخره، والذي في «الحاوي»: وَالْقِسْمُ الثَّامِنُ: النَّظَرُ فِي الْوُقُوفِ وَالْوَصَايَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا نَاظِرٌ تَوَلَّاهَا، وَإِنْ كَانَ فِيهَا نَاظِرٌ - أي: بولاية صحيحة كما زاده ابن شداد وهو واضح- وَاعَاهَا، فَإِنْ كَانَتْ لِمُعَيَّنِينَ سَقَطَ الِاجْتِهَادُ فِيهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ لِمَوْصُوفِينَ تَعَيَّنُوا بِاجْتِهَادِ النَّاظِرِ قَبْلَ الْحُكْمِ وَبِاجْتِهَادِ الْقَاضِي عِنْدَ الْحُكْمِ، هذا لفظه.

وقوله: والنظر في الطرق... إلى آخره، وكذا أطلقه في «الأحكام» وقال في «الحاوي»: وَالْقِسْمُ الرَّابِعُ: فَصْلُ التَّشَاجُرِ فِي حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ مِنَ الشُّفْعَةِ وَالْمِيَاهِ وَالْحُدُودِ وَالِاسْتِطْرَاقِ وَالْعَمَلِ بِشَوَاهِدِ الْأَبْنِيَةِ.

فَأَمَّا مَخَارِجُ الْأَبْنِيَةِ وَالْأَجْنِحَةِ إِلَى الطُّرُقَاتِ وَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ، فَإِنْ جَاءَهُ

……

فِيهِ مُتَظَلِّمٌ نَظَرَ فِيهِ وَدَخَلَ فِي وِلَايَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فِيهِ مُتَظَلِّمٌ دَخَلَ فِي الْحِسْبَةِ، وَكَانَ أَحَقَّ بِالنَّظَرِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى اجْتِهَادٍ تَفَرَّدَ الْمُحْتَسِبُ بِهِ، وَإِنِ افْتَقَرَ إِلَى اجْتِهَادٍ كَانَ الْقَاضِي أَحَقَّ بِالِاجْتِهَادِ فِيهِ وَأَوْلَى مِنَ الْمُحْتَسِبِ يَكُونُ الْمُحْتَسِبُ فِيهِ مُنَفِّذًا لِحُكْمِ الْقَاضِي.

وقوله: وقال القاضي أبو سعيد... إلى آخره، أمَّا صلاة الجمعة والعيدين فقد فصل الماوردي فيها كما فصل في الزكوات سواء بسواء، وصرَّح في «الانتصار» بنقل الوجهين في إقامة الجمعة والعيد، وقال: أقيسهما أن له ذلك، والثاني: يتولاهما الأمير، انتهى.

ويشبه أن يتبع العرف المطرد في ذلك حيث لا نص من الإمام، وأمَّا المحتسبون فظاهر كلامه في «الحاوي» وغيره: إن نصبهم إلى الإمام خاصة كولاية المظالم وغيرها من الولايات العامة، وهو القياس والعرف المطرد في هذه الأعصار بالأمصار، وقياس ما ذكره أن يقال في الوقوف: إن الإمام إذا نصب لها ناظرًا خاصًا إنها تخرج من ولاية القاضي، وهو الظاهر، وكذلك كل أمر يقتضيه إطلاق الولاية ويدخل في عمومها إذا نصب له الإمام إنسانًا وفوَّضه إليه فقد أخرجه من عموم ولاية القاضي، قال الماوردي: فأمَّا أموال الفيء فليس له التعرض لها وجهًا واحدًا؛ لأن وجوه مصرفها موقوفة على اجتهاد الأئمة، انتهى.

وفي «أشراف» الهروي: إن ما يستفيده القاضي بالتولية المطلقة إقطاع أرض التي ورثها المسلمون في ولايته، وأطلق شريح الروياني: إن إليه إقطاع الأراضي، وقال في آخر الباب: وإقطاع الموات ومقاعد الأسواق إلى الإمام، قال: وفرش الأحجار في الطرق وبناء مسجد لا يضر بالمارة، أو اتخاذ سقاية إلى الإمام، وهكذا القناطر، وتعليق القناديل في المساجد، واللعان للفرقة، ونفي الولد إلى ولاية الإمام [والقاضي لا يملك الشوارع].

وقيل: يجوز ببدلٍ هذا لفظه، وجميع ما ذكره من قوله: وإقطاع الموات... إلى آخره مذكور في «الأشراف» بحروفه أنه مما للقاضي فتعبيره

قال المصنف: [فَصْلٌ]: جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ، ....

بالإمام أوهم خلاف الصواب، ولعل قوله: إلى ولاية الإمام تحريف ناقل، وصوابه: ولاه الإمام وعنى قضاءه، أو ولاه الناحية من قبل الإمام، والوجه في اللعان: إنه إلى القاضي قطعًا، والله أعلم.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ: جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبْطِهِ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ**) أي: لانعزاله بذلك؛ ولأن هذه الأمور تمنع ولاية الأب فالحاكم أولى، وتفصيل القول في ذلك: أنه إذا جن انعزل على المشهور، وقيل: لا ينعزل به، وإذا أفاق استمرت ولايته، وقيل: إن طال زمانه انعزل به وإلا فلا كالنوم.

وأمَّا الإغماء فجزم الرافعي وغيره أنه كالجنون، وجزم الماوردي بأنه لا يؤثر؛ لأنه مرض لا يمنع النبوة وهذا هو المختار، وأرسل شريح في انعزاله بالجنون والإغماء وجهين.

وأمَّا العمى الطارئ فيمنع الاستدامة، وحكى الجرجاني في كتابه وجهًا شاذًا فيه واختاره ابن أبي عصرون، وصنف في المسألة جزءًا للأعمى ووقفت عليه وأطنب في توجيهه وتقريره وعمدته أنه لا يقدح في النبوة التي هي أعلى من القضاء والفرق ظاهر، والظاهر أن طرد الصمم الكلي والخرس لمقاربتهما لابتداء العقد وقد بيناه، ويستثنى من إطلاق المصنف ما إذا سمع البينة وعدلها ثم عُمي، فإنه يحكم في تلك الواقعة بعد العمى على الأصح كذا قالاه، وإطلاق كثيرين ينازع في هذا الاستثناء، والله أعلم.

وقوله: أو ذهبت أهلية اجتهاده وضبطه عبارة «المحرر» أو خرج عن أهلية الاجتهاد والضبط وهي أحسن؛ لأنه يخرج عن الأهلية باختلال ذلك ونقصه، وإن لم يذهب كله، وهذا كلام في المجتهد المطلق، أمَّا قضاة العصر، فإن اعتبرنا الاجتهاد في المذهب الذي هو عليه فمتى خرج عن أهلية الاجتهاد فيه فحكمه كذلك وأولى، ومن لم يبلغ هذه الرتبة وهو الموجود اليوم غالبًا فلم أرَ فيه شيئًا، ويشبه أنه إذا حصل له أدنى تغفل ونحوه لم ينفذ حكمه؛ لانحطاط

وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ.

رتبته فيقدح في ولايته ما عسى أن يفتقر في حق غيره، والعلم عند الله.

قال: (**وَكَذَا لَوْ فُسِّقَ فِي الْأَصَحِّ**) هذه المسألة مكررة، فإنه ذكرها في الوصايا، وسبق كلام الماوردي في الفسق المانع من الانعقاد، ثم قال: فلو صحت ولاية الحاكم العدل ثم طرأ عليه الفسق، فإن طرأ فسقه بأفعال تبع بها شهواته بطلت ولايته، وإن طرأ فسقه باعتقاد تأول فيه فهل تبطل ولايته؟ وجهان: أصحهما: لا تبطل كذا نقله ابن أبي الدم عنه، ثم قال: واختلف الأصحاب في القاضي إذا فسق هل ينعزل بنفس الفسق أم لا بدَّ من عزله من جهة الإمام؟ فيه وجهان: أصحهما: ينعزل بمجرد فسقه ويحرم عليه، والحالة هذه متى فسق أن يحكم بين اثنين، ويجب عليه رفع حالة السنة إلى ولي الأمور؛ ليولي على المسلمين عدلًا غيره، انتهى.

وعبارته موهمة والواجب عليه الكف عن الحكم بعد انعزاله، وإعلام الإمام أو مستخلفيه بانعزاله محملًا؛ لينصب غيره، أو يقلده هو بعد توبته وإنابته، وكنت أود لو قيل: إنه ينعزل بفسقه فيما يتعلق بالأحكام دون ما بينه وبين الله من المعاصي إذا لم يجاهر بها إذ قل من يخلو منها بخلاف الجور في الأحكام والرشاء وأكل أموال الأيتام ثم، وهذا كله في القاضي العدل إذا طرأ فسقه.

أمَّا الفاسق المنصوب للضرورة أو من ذوي الشوكة إذا قلنا بتنفيذ أحكامه كما سبق فهل يؤثر في نفوذها ما يطرأ من فسقه أم لا؟ لأن ما لا يمنع في الابتداء لا يمنع دوامًا لم أرَ فيه شيئًا، والحق أنه متى أمكن صرفه والاستبدال به فأحكامه مردودة، ويجب على كل من علم حاله السعي في صرفه، نعم لو علم الإمام به وأقره فالظاهر أنه كابتداء تقليده، وقد ترددت في هذا مرارًا، ولم يقع لي فيه ما يشفي الغليل والمواضع المظلمة كذا تكون، ولا قوة إلا بالله تعالى.

قال: (**فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنه بانعزاله صار على ما كان عليه قبل التولية فاحتاج إلى تجديدها، والثاني: يعود من غير استئناف كالأب إذا جن ثم أفاق، وقطع السرخسي بعودها في الإغماء بخلاف الجنون، وقد سويا بين جميع الصور في عدم عود الولاية إلا بولاية

……

جديدة، ويحتمل أن يقال: إن تعين للقضاء أدت ولايته بلا تجديد وإلا فلا.

وقال ابن أبي الدم: قال الأصحاب: فلو تاب الفاسق وحسنت حاله فهل يعود قاضيًا من غير تولية جديدة؟ فيه وجهان: أصحهما عندي: لا يعود، على هذا لو جن أو أغمى عليه هل ينعزل؟ فيه وجهان: فإن قلنا: ينعزل فمتى أفاق هل يعود قاضيًا من غير تولية؟ فيه وجهان: أصحهما عندي: أنه يعود، انتهى.

وقال القاضيان أبو سعيد الهروي وشريح الروياني: أنه لو ولي عدلًا ففسق انعزل، فإن تاب صار واليًا نصَّ عليه قياسًا على الأب يتوب بعد الفسق؛ ولأنه يسد باب الأحكام فإن الإنسان لا ينفك غالبًا من أمور يعصى بها فيفتقر إلى مطالعة الإمام؛ يجوز للحاجة، انتهى.

والرافعي حكى هذا عن تخريج ابن القاص، وحكوا القول بالمنع عن الشيخ أبي زيد، وتفصيل السرخسي في الإغماء مبني على انعزاله به والمختار خلافه، ويحتمل أن يفرق بين أن يطول زمنه فينعزل أو لا فلا يؤثر كالنوم.

وفصل الماوردي في أوائل «الشهادات» فقال: وإن حدث الفسق في القاضي فإن استدامه مصرًا انعزل به، وإن عجل الإقلاع عنه فإن كان من غير ندم وتوبة انعزل به، وإن كان إقلاعه عن ندم وتوبة نظر، فإن كان فسقه قد ظهر قبل التوبة انعزل به، وإن لم يظهر حتى تاب منه لم ينعزل به؛ لانتفاء العصمة عنه، وإن هفوات ذوي الهبات مقالة قل إن يسلم منها إلا من غنم.

قال: وإذا انعزل بالفسق فحكم في حال انعزاله، فإن كان إلزامًا بإقرار صح، وإن كان حكمًا بشهادة بطل وعليه أن يمتنع من الحكم، وينهي حاله إلى الإمام أو إلى من ولاه من القضاة ليقلد غيره، وهو في أنها حالة بين أمرين: إمَّا أن يظهر الاستغفار ويكتم حاله وهو الأولى، وإمَّا أن يخبر حاله وسبب انعزاله، وإن كره له هتك ستره، انتهى.

فَرْعٌ: قال الدبيلي: إذا فسق القاضي يعزل وكل ما حكم به في فسقه باطل، فإن تاب ورجع من غير تجديد ولاية، وإن لم يول غيره، وهذا منه جزم

بالوجه المرجوح، قال: وإن كان فيه فسق لا يعلمه الناس، وهو يقضي عنهم، فالظاهر أن ذلك صحيح للناس وأتم تلك الأحكام التي صحت بقضائه عليه كإمام يصلي بالناس جنبًا عالمًا بجنابته إذ لا مطالبة على الناس معرفة باطن القاضي والإمام، انتهى.

فعلى ما قاله لو بان فسقه الذي يستره، فهل تبين بطلان أحكامه الواقعة في حال فسقه الباطن أم لا؟ فيه نظر، وقضيته التشبيه المذكور، وهو بعيد.

ثم قال في كلامه على أرزاق القضاة: وقاضٍ فيه فسق باطن لا يعلمه بعد الله إلا هو، فأحكامه على الظاهر صحيحة، ولا نصيب له في بيت المال، فإن أخذه أخذ ما لا يحل له، ولا يحل له أن يقضي.

فَرْعٌ: قال الماوردي: لو أعجزه المرض عن النهضة دون الحكم لم ينعزل به، وإن أعجزه عن النهضة والحكم فإن كان مرجو الزوال لم ينعزل به وإلا انعزل به.

فَرْعٌ: قال الرافعي: لو أخبر الإمام بموت القاضي أو جنونه أو فسقه فولى قاضيًا، ثم بان خلافه لم يقدح ذلك في تولية الثاني، وتبعه في «الروضة» وقضيته انعزال المخبر عنه، إذ الثاني أقيم مقامه، وفي انعزاله وانعقاد ولاية الثاني بناء على ظن ليس بمطابق نظر، ولا أقل من جريان الخلاف الآتي، ثم رأيت المسألة مصرحًا بها كما سيأتي، ولله الحمد.

فَرْعٌ: لو سافر القاضي سفرًا طويلًا بغير إذن الإمام ولم يستخلف حيث له ذلك هل ينعزل بذلك ويعد معرضًا، أو يقدح ذلك في عدالته؟

فيه للنظر مجال، والأقرب الانعزال، ولم أرَ فيه صريحًا.

فَرْعٌ: إذا عزل القاضي نفسه حيث لم يتعين عليه، وقلنا بالأصح أنه ينعزل فلو أنكر كونه قاضيًا.

قال في «البحر»: قال جدي صار معزولًا كالوكيل، وفيه وجه ضعيف؛ لأنه لا يصير معزولًا، وأقره ابن الرفعة، ويشبه أن يقال: لو كان له غرض في

وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ، وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ أَوْ مِثْلُهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ.

الإخفاء بأن أراد ظالم على حمله على الحكم بما لا يجوز، أو خاف الأذى إن اعترف بالولاية لم يكن إنكاره انعزالًا، وقد يحتاج القاضي في مواضع إلى إنكار أنه قاضٍ.

وإن لم يكن ثم غرض في الإخفاء، فهو محل التردد وجه المنع أنه ارتكب صغيرة، ولا ينعزل بها، ووجه مقابله أخذه باعترافه، والله أعلم.

قال: (**وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ**) وللإمام عزل قاضٍ ظهر منه خلل، قال الرافعي: إذا ظهر من القاضي خلل فللإمام عزله.

قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن.

قلت: وقال الإمام: وللإمام عزل القاضي إذا رابه منه أمر، ويكفي فيه غلبة الظن بذلك، انتهى.

والواضح أن يقال: إذا ظهر منه خلل لا يجوز معه التولية ابتداء، ولا التقرير دوامًا لزمه المبادرة إلى صرفه، وإن ارتاب في أمره وظن ذلك بقرينة أو قرائن لا يصلح الاعتماد عليها في حكم أو شهادة، وهذه مسألتنا جاز له عزله احتياطًا ونظرًا للمسلمين، ومن القرائن المغلبة الظن كثرة الشكاوى منه واشتهار جوره وسوء طريقته واعتماده.

ورأيت من يحكي عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه إذا كثرت الشكوى منه وجب عليه عزله.

قال: (**أَوْ لَمْ يَظْهَرْ**) أي: له منه خلل بأن لم يعلم، ولم يظن به إلا خيرًا كما قاله جماعة، فإن لم تكن ثم من يصلح للقضاء لم يجز عزله، ولو عزله لم ينعزل.

قال: (**وَهُنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ**) لما فيه من المصلحة للمسلمين.

(**أَوْ مِثْلُهُ**) أو دونه .(**وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ**) قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن لم يكن فيه مصلحة لم يجز عزله به.

(**لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: للمصلحة وطاعة السلطان.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ ....

قلت: وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإن عزله بمن هو دونه.

(**وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ**) لأنه قيم المسلمين فيتصرف لهم بشرط[الغبطة] والنظر، انتهى.

أي: فله عزله في كل هذه الصور للمصلحة إلا بتعين كما بيناه.

قال الإمام: ومهما كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا اعتراض فيه على الإمام، ويحكم بنفوذه هذا ما أورده الرافعي، وقال ابن أبي الدم: فلو لم يظن إلا خيرًا.

قال الأصحاب: إن عزله بأفضل منه نفذ أو بمن دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب، وبمثله فيه وجهان.

قال الإمام: وإطلاق القول على هذا النسق غفلة، فأقول: حق على الإمام ألا يصدر شيئًا من أمور المسلمين إلا عن رأي ثاقب ونظر في الصلاح، فإن عزل القاضي بمن هو دونه لمصلحة رآها نفذ العزل، ولا يجوز تقدير خلاف فيه، وإن فرض عزلًا مطلقًا فلا اعتراض عليه مهما أمكن بطرق إمكان النظر، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف.

ولو عزله لا عن نظر هل ينفذ عزله؟ فيه تردد لبعض المنتمين إلى الأصول، والذي أقطع به أنه ينفذ عزله، ولكنه يتعرض لخطر الإثم، ولو عزل القاضي نفسه انعزل هذا ملخص ما ذكره الإمام.

وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ في «شرحه الكبير»: إذا ولى الإمام قاضيًا إن لم يتعين عليه بعزله بمثله أو بمن هو أصلح منه، قال الشيخ القفال: لا ينعزل؛ لأنه صار قاضيًا من جهة الله تعالى، وقال بعض شيوخنا: ينعزل، وعلى هذا الوجه أخبر الإمام أن قاضي بلد كذا قد مات فولي غيره، ثم بان كونه حيًّا لم ينعزل عند القفال، وعلى الوجه الثاني ينعزل، وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه إن يعين عليه لم ينعزل، وإن لم يعين عليه فوجهان أصحهما ينعزل، انتهى.

وقال شريح الروياني: ولو عزل السلطان قاضيًا من غير موجب لعزله فهل

....

ينعزل؟ وجهان، وقيل: إن تعين عليه لم ينعزل وإلا انعزل، ولو عزل نفسه انعزل إن لم يعين عليه، وإن تعين عليه لم ينعزل في أظهر الوجهين، انتهى.

واختلف كلام الماوردي فقال في أوائل الباب في كلامه على العقد وصفته وشروطه: وأما الشرط الثالث وهو لزوم العقد فهو معتبر في لزومه لأهل العمل، وليس بشرط في لزومه للمولي والمولى؛ لأنه في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأنها استنابة كالوكالة فلا يلزم في حق المستنيب ولا في حق المستناب، ويجوز للمولي أن يعزله إذا شاء، والأولى ألا يعزله إلا من عذرٍ وألا ينعزل المولى إلا لعذر، فإن كان العزل من المولي أشاعه حتى لا ينظر المولى بعد العزل، ثم أشار إلى الخلاف الآتي في وقت عزله.

ثم قال: وإن كان الاعتزال من المولي أشاعه لتقلد المولى غيره، فإن حكم بعد انعزاله رد حكمه، انتهى.

ثم قال قبيل كتاب الشهادات: الأولى أنه إن عزله الإمام المولي فإن كان عزله عن اجتهاد أدى إليه إما لظهور ضعفه، وإما لوجود من هو أكفأ منه جاز أن يعزله، وإن لم يؤده اجتهاده إلى عزله لاستقلاله بالنظر في عمله على الصحة والاستقامة لم يكن له أن يعزله؛ لأنه لا مصلحة في عزل مثله، فإن عزله انعزل، وإن كان الاجتهاد بخلافه؛ لأن عزله حكم من أحكام الإمام وأحكام الإمام لا ترد إذ لم يخالف نصًا ولا إجماعًا، وعزله يكون بالقول، فإن قلده غيره واقترن بتقليده شواهد العزل كان الأول على ولايته، والثاني مشاركًا له في نظره.

قال: وإن عزل نفسه، فإن كان لعذر جاز اعتزاله، وإن كان لغير عذر منه من الاعتزال وإن لم يجبر عليه؛ لأن ولاية القضاء من العقود الجائزة دون اللازمة؛ ولذلك نفذ فيه عزل الإمام، وإن خالف الأولى لكن لا يجوز أن يعتزل إلا بعد إعلام الإمام واستعفائه؛ لأنه موكول بعمل يحرم عليه إضاعته، وعلى الإمام أن يعفيه من النظر إذا وجد غيره حتى لا يخلو العمل عن ناظر، فإن أعفاه قبل ارتياد غيره جاز، وإن كان لا يتعذر ولم يجز أن يعذر، ويتم عزله باستعفائه وإعفائه ولا يتم بأحدهما، فإن نظر بين استعفائه وإعفائه صح نظره،

قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ.

ولا يكون قوله: قد عزلت نفسي عزلًا ؛ لأن العزل يكون من المولي، وهو لا يجوز أن يولي نفسه فلم يجز أن يعزلها، وإنما هو أن يستعفي فيُعفا، هذا لفظه بحروفه في الموضعين.

وفي الثاني غرائب لم أرها لغيره، وقال في «الإقناع»: وإذا رأى الإمام نقل قاضٍ من عمل إلى عمل جاز ولا يجوز أن يعزله إلا أن يتغير حاله، أو يجد من هو أولى منه، وإذا عزل القاضي نفسه لم ينعزل إلا بعلم من قلده، وما أحب له ذلك إلا بعذر، انتهى.

فَرْعٌ: سبق أنه إذا لم يظهر للإمام من القاضي خلل، ولكن هناك أفضل منه أنه يجوز للإمام عزله، ويشبه أن يكون هذا في الكاملين الجامعين للشروط فيجوز عزل الفاضل بالأفضل، فأما في الناقصين المقلدين فيظهر أن يقال: إذا ولينا مقلدًا أو جاهلًا للضرورة، ثم وجدنا من هو أهل أو أمثل منه من المقلدين أنه يجب عزله ونصب الثاني لزوال الضرورة لوجود غيره أو لتقليل المفسدة ما أمكن.

فَرْعٌ: قال: شريح الروياني: لفظ العزل صريح، ولو قال: صرفته عن القضاء أو رجعت عن توليته فهل يكون صريحًا؟ وجهان، انتهى.

والظاهر صراحة صرفته، وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو قال الإمام للقاضي: عفوتك ينعزل كما لو قال: عزلتك، انتهى.

قال: (**قَبْلَ بُلُوغِهِ خَبَرَ عَزْلِهِ**) أي: قطعًا لعظم الضرر في بعض تصرفاته، أو قضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، والطريق الثاني فيه قولان، وقيل: وجهان كالوكيل، ونقل ابن أبي الدم في حواشٍ كتبها على «أدب القضاء» له طريقة ثالثة أنه ينعزل قولًا واحدًا للاحتياط، ولا يبعد أن يقال: إن تراخى بلوغ الخبر لبعد أو غيره لم ينعزل، وإن لم يتراخَ بلغه عن قرب انعزل من حين اللفظ كالوكيل على الأظهر، ولم يبينوا بما يحصل بلوغ الخبر، والظاهر أنه يكفي فيه إخبار عدل واحد ولو عبد وامرأة كالرواية، ويحتمل أن يجيء

وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ فَقَرَأَهُ انْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ.

فيه من الخلاف ما سبق في الشفعة وغيره.

قال: (**وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعْزُولٌ فَقَرَأَهُ انْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ**) قال الرافعي بعد ذكره الطريقين السابقين: ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظًا أو كتب إليه: إني عزلتك، أو أنت معزول، فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول، فلا ينعزل قبل إتيانه الكتاب بحال، وإن كتب: إذا قرأت كتابي فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يقرأه بنفسه، وإن قُرِئ عليه فوجهان أصحهما الانعزال؛ لأن الغرض إعلامه صورة الحال لا قراءته بنفسه، والثاني: لا ينعزل لصورة اللفظ، ولو كان القاضي أميًّا وجوزنا فقُرِئ عليه فالحكم بالانعزال أولى.

قلت: الوجه أن الإمام إذا علم أميته أنه ينعزل بقراءة غيره عليه قطعًا، وإنما ينقدح التردد إذا جهل أميته، ولينظر فيما لو كان قارئًا، ولكن قال الإمام: قصدت تعليق عزله على قراءته بنفسه لا إعلامه بصورة الحال، هل يعتبر ذلك؟ ويبين بقاء ولايته حتى يقرأه الظاهر اعتباره، والظاهر أنه يكفي هنا قراءة موضع العزل فقط لا جميع الكتاب ولا يجيء فيه من الخلاف السابق في الطلاق، ثم إذا ذهب بعضه أو انمحى وغير ذلك إذ الغرض الإعلام بالعزل والله أعلم.

ثم رأيت الإمام قال: ولو قال: إذا قرأت كتابي فأنت معزول، فلم يقرأه بنفسه وقُرِئ عليه، قال الصيدلاني: ينعزل وجهًا واحدًا، وقد ذكرنا في مسائل الطلاق تفصيلًا في ذلك فدام الفرق بينهما [صائرًا][1] إلى أن تفاصيل الصفات مرعية في تعلق الطلاق، فإن ذكرنا خلافًا في صورة فسببه هذا، وأمر العزل يراعى فيه الإعلام، ولا تردد على دقائق الصفات، فإن قصد الإمام هذا والقصد أبلغ من صفة اللفظ ولو راعى الإمام غير الإعلام في ذلك لكان في مقام العابث.

قال الإمام: هذا كلامه وهو حسن، ولكن اتفق الأصحاب على التسوية

---

[1] في نسخة: (ظاهر).

وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ وَالْأَصَحُّ انْعِزَالُ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ، أَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أَوْ أَطْلَقَ، فَإِنْ قَالَ اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا.

بين هذا وبين الطلاق في الخلاف والوفاق، انتهى كلامه فافهم منه ما يفهم.

قال: **(وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَانْعِزَالِهِ مَنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَغْلٍ مُعَيَّنٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيِّتٍ)** أي: لو غائب أو يتيم سفيه أو مفلس أو رهن أو مال ممتنع من الوفاء ونحوها وسماع شهادة في حادثة معينة وما أشبه ذلك كالوكيل بموت موكله.

قال: **(وَالْأَصَحُّ انْعِزَالُ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ)** أجيز لحاجته إلى معاون في العمل، وقد زالت حاجته بزوال ولايته.

(أَوْ قِيلَ لَهُ: اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ أَوْ أَطْلَقَ) أي: لظهور عرض المعاونة كما سبق.

(فَإِنْ قَالَ: اسْتَخْلِفْ عَنِّي فَلَا) أي: لأنه مأذون من جهة الإمام فكان الأول سفيرًا في التولية، وجمع ابن الرفعة في انعزال نائب القاضي بموته ونحوه من انعزاله طرقًا للأصحاب تخرج منها عند الاختصار خمسة أوجه:

أحدها: ما قدمناه من التفصيل.

ثانيها: ينعزل مطلقًا كالوكيل بموت موكله.

ثالثها: لا مطلقًا رعاية لمصلحة الرعايا.

رابعها: إن استخلف بالإذن لم ينعزل وإلا انعزل، وبه جزم الغزالي.

خامسها: إن كان يستخلف القاضي الكبير العام الولاية في جميع الأمصار لم ينعزل خلفاؤه بموته كقضاء الإمام بأنهم لا ينعزلون بموته وإلا انعزلوا، قاله الماوردي، ويخرج من كلامه وكلام الروياني السالف في الوكالة أنه إذا قال: استخلف فلانًا كان كقوله: استخلف عني فلا ينعزل بعزل القاضي وانعزاله؛ لأنه قطع نظره بالتعيين وجعله سفيرًا بخلاف ما لو أطلق ولم يعين أحدًا.

فَرْعٌ: لو نصب الإمام بنفسه نائبًا عن القاضي، قال الرافعي: ذكر السرخسي أنه لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، ويجوز أن

……………………………………………………

يقال: إذا كان الإذن مقيدًا بالنيابة ولم يبق الأصل لم يبقَ النائب، انتهى.

وحكى الماوردي أن الإمام إذا استناب شخصًا، وصرح في التولية بأنه نائب عن القاضي المولى من جهته قبل ذلك أنه هل لذلك القاضي عزله أم لا؟

فيه وجهان، فإن قلنا: لا لم ينعزل بموته وعزله، وإن قلنا له عزله يشبه أن يخرج على الخلاف قاله ابن الرفعة.

فَرْعٌ: قال الرافعي بعد ذكره الخلاف في انعزال خليفة القاضي بعزله وانعزاله وجواز عزل القاضي بسبب وغيره: ويتخرج على هذا الخلاف والتفصيل أن القاضي هل له أن يعزل الخليفة، انتهى.

وفي «الحاوي» أن للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب، ولا يجوز للإمام أن يعزل القاضي بغير موجب.

وفي «الشامل» أنه يجيء على قول من قال: إن خليفة القاضي لا ينعزل بموته أنه ليس له مع سلامة الحال، وهذا ما ذكره القاضي أبو الطيب لا بصيغة الاحتمال والتخريج، بل كما يحكي غيره عن المذهب، وفي المسألة مزيد كلام ونقل، ذكرته في «العنية».

فرع سبقت الإشارة إليه: وهو أنه إذا تنازع خصمان في الحضور إلى الأصل والنائب، وطلب أحدهما الترافع إلى الأصل والآخر إلى الفرع قال في «الحاوي»: إن كان القاضي في يوم التنازع ناظرًا فالداعي إليه أولى، أي بالإجابة من الداعي إلى نائبه؛ لأنه الأصل، وإن كان الناظر نائبه فالداعي إليه أولى؛ لأنه أعجل، انتهى.

وسبق عن الغزالي وإمامه أنه يجاب داعي الأصل.

وقال ابن الصلاح: إنه رأي رآه الإمام، وأن كلام غيره مطلق إلى آخر ما سبق عنه، وما ذكره ظاهر، وينبغي أن يكون محله فيما إذا كانا حاله التنازع متصديين للحكم أما لو كان أحدهما جالسًا فقط فيجاب الداعي إليه قطعًا، ولا شك فيه إذا كان الداعي إليه المستحق، فإن كان كل واحد مدعٍ ومدعًا عليه

وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ ....

أجيب السابق منهما بطلب الترافع إلى الجالس، فإن كانا معًا جالسين للحكم، فهذا محل النظر والبحث.

قال: (**وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ**) أي: ولا بانعزاله لشدة الضرر في تعطيل الحوادث هذا ما أورده الشيخان وهو المشهور، وحكى الإمام وغيره فيه خلافًا، وفي «الحاوي» في باب القضاء على الغائب أنه لو مات الخليفة أو خُلِعَ لم ينعزل به القاضي بخلاف خليفة القاضي، والفرق أن الخليفة يستنيب القضاة في حقوق المسلمين، فلم ينعزلوا بموته وتغير حاله، والقاضي يستنيب خليفة في حق نفسه فانعزل بموته وتغير حاله، فعلى هذا الفرق يجوز للقاضي أن يعزل خليفته بغير موجب سوى بعض أصحابنا بين موت الخليفة، والقاضي في انعزال من ولياه، وسوَّى آخرون منهم في بقاء ولاية من ولياه، والذي عليه جمهورهم ما ذكرناه من الفرق بينهما، انتهى.

وقال قبيل كتاب الشهادات: إن الإمام العام الولاية على القضاء وغيره لا يبطل بموته ولا بموت القاضي، فلو مات قاضي ناحية أو صقع قد استخلف فيه من ينوب عنه في القضاء كان موته مبطلًا لولا مات خلفاؤه لمعنيين:

أحدهما: إنه خاص النظر خاص العمل فخالف موت الإمام في عموم النظر والعمل.

والثاني: أن الإمام يقدر على استدراك الأمر في موته بتقليد غيره، وإن كان المتوفى هو قاضي القضاة العام الولاية في جميع الأمصار، فهو عام العمل خاص النظر فعموم عمله أن والٍ على البلاد كلها، وخصوص أنه مقصور على القضاء دون غيره فشابه الإمام في عموم عمله، وخالفه في خصوص نظره، ففي انعزال القضاة بموته وجهان:

أحدهما: لا؛ لعموم نظره كالإمام.

والثاني: نعم؛ لخصوص نظره كقاضي إقليم، انتهى.

وقال شريح الروياني: إذا مات الخليفة أو خلع فهل ينعزل قضاته؟

وَلَا نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ.

وجهان: فإن قلنا ينعزلون فلو مات السلطان هل ينعزل القضاة؟ وجهان: ثانيهما: لأنهم قضاة الخليفة فإن السلطان نائب الخليفة، انتهى.

وقال القاضي الحسين: إذا مات الإمام لم ينعزل القضاة من جهته، وكذا والي الإقليم إذا مات لم ينعزل القضاة من جهته فسوى بين الإمام الأعظم ووالي الإقليم، وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي قاضي الشام ـ رحمه الله ـ في باب محرمات الإحرام ما ملخصه: وفي نفسي من القاضي الكبير كقاضي الديار المصرية مثلًا، أو إذا ولى الإمام قاضيًا لجميع الدنيا هل نوابه كنواب الإمام لا ينعزلون بموته أو ينعزلون لظاهر إطلاقهم؟ لم أر في ذلك تصريحًا، ثم حكى كلام القاضي الحسين وأبدى احتمالين لنفسه.

وقد صرح الماوردي بالمسألة في القاضي العام في جميع الأمصار، وأن قضية كلام الجمهور عدم الفرق بين القاضيين، وذكر الصيمري في «شرح الكفاية» أن نواب القاضي الكبير كقاضي خراسان ينعزلون بموته، وصرفه على الصحيح بخلاف قضاة الإمام وسبق الكلام على كلام القاضي الحسين وغيره في والي الإقليم.

فَرْعٌ: قضية كلام الجمهور تصريحًا وتلويحًا أن حكم ولاة الإمام فيما سبق حكم قضائه، ولذا يجب أن يكون حكم كل من ولاه أمرًا عامًا يختص بمصالح الأمة كولاية بيت المال ونظر الجيوش والحسبة والوقوف وغير ذلك، وقد اغتر بعض من يفتي في عصرنا فأفتى بانعزال الناظر في أمور بيت المال المسمى في وقتنا بوكيل بيت المال بموت السلطان ظنًا منه أنه مقتضى قول الأصحاب أن الوكيل ينعزل بموت الموكل، وهذا جمود على الأسماء وذهول عن المعنى، وليس بصواب بل غلط.

قال: (**وَلَا نَاظِرُ يَتِيمٍ وَوَقْفٍ بِمَوْتِ قَاضٍ**) إذا نصب القاضي قوامًا على الأيتام أو الأوقاف ثم ماتَ أو عُزِلَ.

قال الرافعي: فالمشهور أنهم لا ينعزلون بذلك من غير خلاف كالّا يحتل

....

أبواب المصالح، ويستلهم سبل القوام المنصوبين من قبل الواقفين، وجعلهم الغزالي في «الوسيط» أي و«البسيط» في معنى الخلفاء، أي: فأجرى فيهم الخلاف السابق في انعزالهم.

قلت: قال الإمام في «النهاية»: إذا عزل القاضي أو انعزل أو مات وله مستخلفون فكل من كان في أمر جرى لا يستقل كمن [لا] يصغي إلى شهادة في صورة فإنه ينعزل، وإن كان في أمر مستقل كمستخلف بحكم أو قيم في مال طفل، فحاصل ما ذكره الأصحاب في انعزال هؤلاء ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزلون فإنهم فرعوه.

والثاني: لا، فإنهم صاروا ولاة بأنفسهم.

والثالث: أنه إن استخلفهم بالإذن لم ينعزلوا إلى آخره.

ثم قال: وهذا التفصيل يحتمل، فإنا إذا ملكناه الاستخلاف وصدوره عن الإمام أيضًا، انتهى.

وما جعله الرافعي المشهور هو ما أجاب به الماوردي وتبعه الروياني، وسيأتي في آخر الفصل عن الماوردي ما قد يخالف ذلك فراجعه.

والمتوجه عندي ما نقله الإمام؛ لأن الخليفة في أمر جرى دون الخليفة في الأمر العام الذي أقامه فيه مقام نفسه، وإذا كان الخليفة في عموم الأشياء فيه خلاف فمن دونه أولى بالخلاف؛ لأن ما فوض إليه جزئية مما تضمنته ولاية الخليفة في جميع الأمور، ويلزم من يقول: لا ينعزل ناظر يتم ووقف بموت القاضي أن يقول: لا ينعزل نائبه المطلق عن هذين الأمرين كمن أفرد لهما، ولا سيما إذا دخلا في نيابته نصًا صريحًا من مستخلفه، نعم إن ثبت أن الخلاف في انعزال الخليفة عمومًا إنما هو فيما يتعلق بفصل الخصومات أو في خليفة نصب لفصل الخصومات خاصة فحينئذ ينظر في الفرق بين الموضعين، ولم لا يفصل في ناظر اليتم والوقف بين من يكون ببلد الإمام وقربه وبين البعيد عنه وكذلك خليفة القاضي؛ لأنهم إذا كانوا بحضرته أمكنه سد الرتق عن قرب

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انْعِزَالِهِ: حَكَمْت بِكَذَا، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

بالنصب في أعمالهم بخلاف البعيد من الدار عنه فتأمله.

فائدة: ما يستفيده القاضي بالولاية في الأوقات على ضربين:

أحدهما: أن يؤول إليه بكون أن الواقف لم يشترط في وقفه ناظرًا أو بتفرد من شرط له النظر أو يخرج عن الأهلية.

والثاني: أن يقول الواقف في شرطه والنظر فيه لحاكم المسلمين ببلد كذا ونحو هذا فهل حكم من ينصبه الفاضل لضربين:

الأول: حتى لا ينعزل بموته وانعزاله على ما جزم به المصنف، أو أن المراد الضرب الأول فقط؟

أما الضرب الثاني: فهل ينعزل المنصوب فيه من جهة المنعزل ويعود النظر فيه إلى القاضي الجديد؟ الظاهر انعزاله قطعًا؛ لأنه آل إلى القاضي الجديد بشرط الواقف كما لو شرط النظر لزيد ثم لعمرو فنصب زيد لنفسه نائبًا فيه ثم مات زيد، فإنه ينعزل نائبه لا محالة ويصير النظر لعمرو بالشرط، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ انْعِزَالِهِ: حَكَمْت بِكَذَا**) أي: كنت حكمت بكذا أو كنت حكمت لفلان بكذا؛ لأنه لا يملك الحكم حينئذ، فلا يقبل إقراره به بخلاف ما لو قاله في حال ولايته.

قال الماوردي: وهذا أصل مطرد، يعني أن من ملك أشياء شيء ملك الإقرار به وصح منه ومن لا فلا، كما لو قال بعد العدة: كنتُ راجعتها في العدة، أو بعد لزوم البيع: كنت أعتقته قبل البيع.

فَرْعٌ: لو قال: هذا الشيء الذي في يد فلان الأمين لزيد دفعته إليه أيام قضائي، فأنكر زيد القبض منه واعترف الأمير لآخر، فالقول قول الأمين، ذكره شريح والهروي وزاد: وإن سلم القبض منه، فالقول قول القاضي.

قال: (**فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: باتفاق الأصحاب كما قاله الرافعي.

أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الْحُكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال الماوردي: وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شهد على فعل نفسه، والثاني: يقبل؛ لأنه لا يجر بها إلى نفسه نفعًا ولا يدفع ضرًا، ولو شهدت مرضعة على إرضاعها فوجهان، واختلف في الراجح، فمن رجح المنع استوى البابان عنده، ومن رجح القبول فرق بأن فعل الحاكم مقصود وفعلها لا اعتبار به، بل العبرة بوصول إلى الجوف، وبأن شهادته على حكم نفسه تتضمن تزكية نفسه؛ لأن الحاكم لا بد وأن يكون عدلًا والمرضعة بخلافه.

قاله الرافعي: وفرق الماوردي بأن الرضاع من فعل الولد فجازت شهادتها فيه والحكم من فعل نفسه فلم يجز أن يكون شاهدًا فيه.

فَرْعٌ: لو شهد المعزول أن فلانًا أقر في مجلس حكمي بكذا أو أنه ملك زيد.

قال الرافعي وغيره: قبلت، فإنه لم يشهد على فعل نفسه.

قال الماوردي: ولا يحتاج في هذا الإقرار إلى استرعاء؛ لأن الإقرار في مجلس الحكم استرعاء، وأشار بهذا إلى وجهٍ سيأتي أنه لا بد في التحمل من الاسترعاء.

قال: (**أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الحكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) أي: وظاهر المذهب كما قاله الإمام، كما لو شهدت المرضعة على رضاع محرم ولم يذكر فعلها، والثاني: المنع؛ لأنه قد يريد نفسه فيجب البيان ليزول اللبس.

تنبيهات: عبارة «المحرر» وبقية كتبهما وغيرهما، ولو شهد مع آخر على حكم حاكم جائز الحكم، وعبارة «الحاوي»: إذا شهد بأن حاكمًا حكم بكذا، وأرسل ذكر الحاكم فوجهان، وعبارة ابن شداد وغيره: ولو شهد أنه قضى به قاضٍ، وقضية ذلك أن قولهم جائز الحكم تأكيد، وعبارة ابن أبي الدم: لو قال: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل ففي قبول هذه الشهادة والحالة هذه وجهان ذكرهما العراقيون والمراوزة عنهم هكذا ذكره الإمام والقاضي أبو الطيب وغيرهما وسياق كلامه يقتضي أنه لا بد من قوله: عدل، وهو معنى قوله: غيره جائز الحكم.

ثم قال: وهاهنا بحث في مسألة لم أجدها مسطورة وإنما استخرجها الفكر وهو إنا إذا جعلنا المعزول شاهدًا فيما إذا أضاف القضاء إلى نفسه وإذا أطلق، فإذا قال: أشهد أني قضيت لفلان بكذا، وقبلنا ذلك فهو شهادة بلا شك وليس بحكم منه الآن فلا بدّ من شاهد آخر يشهد معه، وصيغة شهادته أن يقول: أشهد أن هذا قضى في زمن ولايته، ومحل حكمه لفلان بكذا، فيثبت حينئذ الحكم بالحق المشهود بالحكم به.

أما إذا قال: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل وحضر شاهدًا آخر يشهد بذلك فصيغة شهادته أن يقول: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل لتتفق الشهادة في المعنى، فلو قال الشاهد الآخر: أشهد أن هذا قضى في حال ولايته بكذا مع قول المعزول: أشهد أنه قضى لفلان قاضٍ عدل ثم تُلفق الشهادتان قطعًا فلا يثبت الحق فلو قال المعزول: أشهد أن قاضيًا قضى بكذا فالآخر كيف يشهد أيقول: أشهد أن قاضيًا قضى بكذا؟ أو: أشهد أن القاضي الذي شهد هذا أنه قضى بكذا؟

وهكذا في الصيغة الأولى أيقول: أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضٍ عدل كما تلفظ به الحاكم المعزول؟ أو يقول: أشهد أن القاضي العدل الذي شهد هذا أنه قضى لفلان بكذا؟

هذا عندي فيه تردد ظاهر ولم أظفر به مسطورًا، ومستند التردد، وفي إحمال الشاهد الآخر اسم الحاكم الذي شهد عليه أنه حكم بكذا أن أصحابنا قالوا: لو شهد شاهدان لم يقضيا قط على قاضٍ عدل، ولم يسمياه ولا عيناه، بل قالا: نشهد أن قاضيًا عدلًا قضى لفلان بكذا أو: شهدنا على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله هل يقبل؟ فيه وجهان.

قال الإمام: وظاهر المذهب قبول ذلك، فالتردد الذي أبديته في الشاهد الذي يشهد مع الحاكم المعزول يجرح لفظ شهادته وسماعها على هذه المسألة، وهذا من لطيف الفقه ودقيقه فليفهم، انتهى لفظه.

وَيُقْبَلُ، قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْت بِكَذَا، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحِلِّ وِلَايَتِهِ فَكَمَعْزُولٍ.

وما جعله الإمام ظاهر المذهب هو ما جعله جماعة حجة للوجه المرجح في صورة الكتاب، وقال الرافعي: إنه المشهور، وأشار بعضهم إلى وجه آخر، فعلى ذلك الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما، ثم يجوز أن يقال الوجهان فيما إذا علم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه أما إذا لم يعلم فتقبل لا محالة لجواز أن يريد حكم غيره.

قال: وعلى هذا الاحتمال فلو شهد المعزول أن حاكمًا حكم به وشهد معه أن المعزول قد حكم به وجب أن تقبل؛ لأنا لا نعتبر على هذا التقدير إلا بأن يصحح الصيغة ولا يشهد على فعل نفسه، انتهى.

قال: (**وَيُقْبَلُ، قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: حَكَمْت بِكَذَا**) أي: لقدرته على الإنشاء في الحال حتى لو قال على سبيل الحكم: نساء هذه القرية طوالق من أزواجهن فيُقبل ولا حاجة إلى حجة، كذا جزم به الرافعي.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحِلِّ وِلَايَتِهِ فَكَمَعْزُولٍ**) إذ ليس له ابتداء الحكم هناك فليس له الإقرار به، وقوله: فكمعزول قد يؤخذ منه ما سبق في شهادات المعزول على حكمه إذا أتى بصيغة الشهادة حتى يجري فيه ما تقدم من الخلاف ولم أره.

وقال ابن أبي الدم: إذا قال وهو حاكم: قضيت لفلان بكذا على فلان قبل قوله بالإجماع عندنا وعند الخصم، وإن منعنا القضاء بالعلم على قول؛ لأنه أهل لإنشاء القضاء الآن فكان أهلًا للإخبار عنه، وشرط هذا أن يلفظ به في عمله فلو خرج منه إلى غيره فقال: كنت حكمت بكذا في عملي لم يقبل منه حتى يرجع إلى عمله فيقوله فيه، انتهى.

إشارات: ما ذكروه من قبول قوله في دوام ولايته: حكمت بكذا بلا حجة ظاهر في القاضي الكامل المجتهد، وأما المقلد ففي قبوله منه وقفة إلا أن يكون مجتهدًا في مذهب إمامه، ولا ريب عندي في عدم قبوله من الجاهل والفاسق الذي ينفذ قضاؤه للضرورة، وقد استخرت الله تعالى وأفتيت فيمن سُئِلَ عن قضاة العصر عن مستند قضائه، فلم يذكر شيئًا أنه يلزمه بيان ذلك؛

وَلَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا أُحْضِرَ وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا.

لأنه قد يظن ما ليس بمستند كما هو كثير وغالب، وفيما ذكره من القبول، وإن منعنا القضاء بالعلم نظرًا لأن علة القبول بالمنع موجود هنا، وقول الرافعي: حتى لو قال على سبيل الحكم إلى آخره يشبه أن يكون محله في قرية قليل عدد أهلها، أما لو كانوا غير محصورين لسعة البلدة أو في مصر كدمشق وبغداد فلا للقطع ببطلان قوله ومجازفته.

فَرْعٌ: حمل قول المصنف فـ(كمعزول) قوله في «البيان»: ولو خرج القاضي من عمله إلى غيره لم يجز له أن يكتب إلى حاكم آخر بما ثبت عنده ليحكم به لينفذه، فإن فعل ذلك لم يعتد بكتابه، وهكذا إن وصله كتاب من حاكم فقرأه في غير بلد عمله وشهد عنده شاهدان بذلك لم يجز له العمل لموجب ما كتب إليه حتى يرجع إلى بلد عمله ويقرأ الكتاب ثانيةً ويعيد الشاهدان الشهادة؛ لأنه في غير عمله كسائر الرعية، وإن حضر إليه خصمان في غير عمله فحكم بينهما لم يعتد به، وإن كانا من بلد عمله هكذا قاله أصحابنا، والذي يقتضيه المذهب أنه يكون كما لو تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء وليس بقاضٍ على ما مضى، انتهى وفيه نظر؛ لأنه إنما حكم وتحاكما إليه بناء على أنه قاضٍ لا بالتحكيم.

قال: ولو أذن الإمام للقاضي أن يحكم بين أهل ولايته حيث ما كانوا جاز له الحكم بينهم في ولاية غيره، انتهى.

ولو أذن له أن يحكم في الناس مطلقًا حيث حل من البلاد هل يصح؟ فيه للنظر مجال.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى مَعْزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَبْدَيْنِ مَثَلًا**) أي: ومعتقده أنه لا يجوز الحكم بشهادتهما.

(**أُحْضِرَ**) أي: إن لم يوكل حيث يكفي التوكيل.

(**وَفُصِلَتْ خُصُومَتُهُمَا**) قال الرافعي: إذا جاءه القاضي الجديد متظلم من

....

القاضي المعزول فطلب منه إحضاره لم يتسارع إلى إجابته، بل يسأله عما يريد منه، فإن ذكر أنه يدعي عليه دينًا أو عينًا عن معاملة أو إتلاف أو غصب أحضره وفصل الخصومة بينهما كسائر الناس، ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذ مني بشهادة عبدين أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته ودفعه إلى فلان فكذلك الجواب؛ لأن هذا الأخذ كالغصب لفلان الذي تدفع إليه إن قال: أخذته بحكم المعزول لي لم يقبل قوله ولا قول المعزول، بل يحتاج إلى بينةٍ تشهد على حكم المعزول له أيام قضائه، فإن لم يكن له بينة انتزع المال منه، وإن اقتصر على أنه له ولم يتعرض الآخذ من المدعي ولا يحكم المعزول، فالقول قوله مع يمينه، انتهى.

تنبيهات: عبارة «البيان»: وإن تظلم منه متظلم وسأل القاضي الثاني إحضاره لم يجز أن يحضره حتى يسأله عن دعواه عليه إذ قد لا يكون له عليه حق، وإنما قصد ابتذاله بالخصومة، وللقاضي أعداء فلا يجوز إحضاره من غير تحقيق الدعوى، انتهى.

وعبارة «النهاية»: وإن حضر رجل وادعى أن الأول ارتشى منه، فالجديد تعدى على المعزول، وتفصل الخصومة بينهما، فأما إذا ادعى أنه ترك الصواب في حكومة وقضى بشهادة عبدين أو معلنين بالفسق فهل يقبل القاضي الجديد هذه الدعوى؟

ذكر العراقيون وجهين: **أحدهما**: أنه لا تقبل ولا يستحضر المعزول لذلك، وهذا ليس بشيء، والوجه القطع باستحضاره، والبحث عن حقيقة الحال، ثم إذا أحضره ولا بينة للمدعي فهل يحلفه؟ ذكروا وجهين؛ فإن أقصى درجات المعزول أن يكون مؤتمنًا، والمؤتمن يحلف، والثاني: لا يحلف؛ فإنه لا يدعي عليه مالًا.

وذكر في «التقريب» هذا الخلاف، وزاد فقال: من أصحابنا من قال: الدعوى مسموعة على الإطلاق، ثم فرع المذهب كما مضى، ومنهم من قال: لا تسمع الدعوى حتى يقول: أخذ مني المال ظلمًا، انتهى.

وَإِنْ قَالَ حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُحْضِرَ. وَقِيلَ: لَا حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ، فَإِنْ أُحْضِرَ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ، والله أَعْلَمُ.

وبالتحليف صرح الماوردي وغيره، وهو ظاهر كلام الشيخين، وذكر القاضي أبو الطيب أن في تحليفه في دعوى الرشوة ما سيأتي، وذكر شريح الروياني أنه إذا عزل القاضي في تحليفه فادعى أنه حكم عليه أيام قضائه بغير حق، وأنه يلزمه ضمان ما أتلفه عليه بحكمه، فأنكر أن الشافعي نص أنه لا يمين عليه، انتهى.

وهو متوجه عند عزله وانعزاله بغير فسق، ولعله مراد النص.

أما لو كان قد ظهر فسقه وجوره وأخذه الرشا، فالوجه الجزم بتحليفه كغيره من الناس ويحسن أن يأتي هذا التفصيل في طلب المتظلم إحضاره، فإن كان مستورًا عدلًا في الظاهر، وإنما انعزل لعجز طرأ أو عزله الإمام ونحوه بلا سبب ونفذناه لم يجز استحضاره إلا بعد سؤال المتظلم، وبيانه ما يوجب إحضاره، وإن كان عزله وانعزاله لما ظهر من سوء حاله أحضره بلا استكشاف كغيره من الناس، وهذا كله في الحاضر بالبلد، فإن كان غائبًا عنه، فسيأتي الكلام فيه.

قال: (**وَإِنْ قَالَ: حَكَمَ بِعَبْدَيْنِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَالًا أُحْضِرَ، وَقِيلَ: لَا حَتَّى يُقِيمَ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ فَإِنْ أُحْضِرَ وَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ بِيَمِينٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) ما سبق فيما إذا تعرض لأخذ المال بالرشوة أو بشهادة العبدين ونحوهما، أما لو لم يتعرض لذلك في صورة الشهادة بل قال: حكم علي بشهادة عبدين أو فاسقين.

قال في «البيان»: أو قال: حكم بغير الحق ففيه وجهان:

أحدهما: يحضره كما لو قال: غصبت مني، قاله الإصطخري وابن القاص، وهو الأصح عند الروياني وغيره.

والثاني: لا يحضره حتى يقيم البينة على ما يدعيه أو على إقرار المعزول بما يدعيه؛ لأنه كان أمين الشرع، والظاهر أن أحكامه على الصواب فيُكتفى

....

بهذا الظاهر إلى أن تقوم الحجة على خلافه، وهو الأصح عند البغوي، فعلى هذا قال الرافعي: ليس المعنى أن البينة تقام في غيبته ويكتفى بها، بل الغرض أن يكون إحضاره عن تثبت فيحضر المدعي الشهود ليعرف القاضي منهم أن لدعواه صحة وحقيقة، ثم إذا حظر المعزول ادعى عليه وشهد الشهود في وجهه على المعهود، انتهى.

وحكى الماوردي وجهًا ثالثًا أنه إن اقترن بدعواه ما يدل على صحتها من كتاب أو محضر ظاهر الصحة أحضره، وإن تجردت الدعوى عن أمارة لم يحضره.

وقال في «البيان» تفريعًا على الثاني: وإذا قلنا بهذا فاختلف أصحابنا في كيفية الشهادة التي لا يجوز إحضاره إلا بها فمنهم من قال: لا يحضر حتى يقيم البينة على إقرار القاضي المعزول أنه حكم عليه بغير حق أو على حكمه بشهادة عبدين أو فاسقين؛ لأن من شرط البينة أن تكون موافقة للدعوى، ومنهم من قال: إذا أقام بينة أنه قضى عليه قضاء ما أحضره؛ لأنه يتعذر عليه إقامة البينة عما زاد على ذلك، انتهى.

ثم إذا أحضر بعد البينة أو دونها وأقر طولب بمقتضاه، وإن أنكر بعد الدعوى المحررة بأن يكون حكم علي بشهادة عبدين أو فاسقين بكذا، وهو يعلم ذلك وأنه لا يجوز وأنا أطالبه بالغرم، فإن لم تكن بينة ناصة على ما ذكره صدق المعزول، وكيف يصدق أبيمين أم بغير يمين؟ فيه الوجهان:

أحدهما: بيِّن، قال الرافعي: وهو اختيار العراقيين والقاضي الروياني كالمودع وسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم جناية، وهذا ما صححه المصنف، واختاره أبو العباس الروياني كما قاله حفيده شريح وهو القياس.

والثاني: يصدق بغير يمين وبه قال الإصطخري وابن القاص؛ لأنه كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال بالمنازعات الباطلة.

قال الرافعي: وهذا أحسن وأصح عند الشيخ أبي عاصم وصاحب

……

«التهذيب» وبه قال صاحب «التقريب» والقاضي الماوردي وسبق رواية شريح له عن النص، ولا فرق بين أن يدعي عليه ذلك في مال أو دم حتى لو ادعى عليه أنه قتل أباه ظلمًا بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف عليه البينة؟ وفي أنه هل يحلف إذا حضر وأنكره؟

وقال أبو سعد الهروي: إذا ادعى عليه بعد العزل أنه قتل ابنه، فقال: قتلته أيام قضائي قودًا، وعرف قاضيًا فيما سبق، فهذه المسألة على قول أبي حامد يعني أنه يحلف يمكن بناؤها على قولين في نقيض الإقرار كقوله لفلان: علي ألف من ثمن خمرٍ؛ لأنه وصل بكلمة الالتزام قرينة تمنع الالتزام في المسلمين، انتهى.

تنبيهات: أحدها: قال الرافعي: هذا ما ذكروه، وهم متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة، وعلى أن بينة المدعي محكوم بها، قال: ونصب في «الوجيز» الخلاف في سماع أصل الدعوى، وقال: إنه مبني على الخلاف بأن الحكم بشهادة العبدين ومن في معناهما هل يقتضي غرمًا؟ وهذا الخلاف غير معروف، نعم إن كان المحكوم به قتلًا أو قطعًا فعن الإصطخري أن القاضي إنما يضمن إذا استوفى بنفسه أو أمر به من استوفاه، فأما إذا استوفاه الولي بإذن القاضي فلا ضمان على القاضي، وخالفه الأكثرون وقالوا: لا فرق فإن القاضي هو المسلط للولي فيمكن أن يجري هذا الخلاف في الأموال، والقول في أن القاضي كيف يغرم؟ يبسط في موضعه، انتهى.

وإنكاره على الغزالي رواية الخلاف غير متوجه، وقد نقله الإمام كما قدمناه بلفظه، وأطلق الهروي أن محمد بن جرير الطبري وغيره من أصحابنا قالوا: لا ينبغي أن يفوق سهم هذه الدعوى نحو القاضي؛ لأن فيه تشنيعًا عليه، وهو مستغنٍ عن هذا التشنيع عليه بأن يقيم بينة على فسق الشهود، وعن بعض الأصحاب أنه قال: دعوى الطعن في الشهود مسموعة على القاضي؛ لأنه ربما يتعذر عليه إقامة البينة، انتهى.

وبهذا تبين أن قول «الروضة»: إنه إذا لم يتعرض للأخذ بل قال: حكم

....

علي بشهادة عبدين ونحوهما فقد حكى الغزالي وجهًا أن دعواه لا تسمع ولا يصغى إليه، وهذا الوجه خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسموعة وبينة محكوم بها ليس بجيد، بل الوجه المذكور ثابت في «النهاية» وغيرها وإن كان مرجوحًا.

ثانيها: قال في «المهذب»: إذا ادعى أنه حكم عليه بشهادة عبدين أو فاسقين، وأقام بينة استحضره فإن جحد فالقول قوله مع يمينه.

قال القاضي الْفَارِقِيّ: وهذا إذا لم يكن الشاهدان موجودَيْن ولا يمكن معرفة حالهما في الحال بأن يكون قد ثبت عدالتهما عنده ثم عدما أو غابا، أما مع الحضور وإمكان معرفة الحال فلا حاجة إلى الاختلاف واليمين والبينة، انتهى.

وهذا من تصرفه وأقره تلميذه عليه في «الفوائد» وأعرض عنه في «الانتصار» وهو الرأي؛ لأن الفسق يطرأ على العدالة وبالعكس، وإنكار القاضي أن يقول: لم أحكم عليه بشيء أو يقول: إنما حكمت عليه بشهادة عدلين حرين فيصدق بيمينه على الأصح، صرح به مصرحون.

ثالثها: كلامهما هنا يفهم أن الحكم بشهادة العبدين والفاسقين منقوض لا محالة، وقالا في الشهادات واللفظ «للروضة»: إذا حكم باثنين ثم بان أنهما كانا عبدين أو كافرين أو صبيين أو امرأتين [نقض] حكمه؛ لأنه تيقن الخطأ كما لو حكم باجتهاد، فوجد النص بخلافه، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضًا، فإن قيل: فقد اختلف العلماء في شهادة العبد فكيف ينقض الحكم في محل الخلاف والاجتهاد؟

فالجواب: إن الصورة معروضة فيمن لا يعتقد الحكم بشهادة العبيد وحكم بشهادة من ظنهما حرين ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين نقض حكمه على الأظهر، وقيل: قطعًا، انتهى.

وقضية كلامهما الجزم بالنقض فيما إذا بانا عبدين وهو لا يرى قبولهما،

……………………………………………………………………

ويعدمه إذا كان يراه، وقال شريح الروياني في باب نقض الحكم: إذا بان أنه قضى بشهادة عبدين، وقد قيل: لا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، وقيل: إن كان الحاكم الذي حكم يذهب إلى جواز شهادتهما لم ينقض، انتهى وستأتي المسألة هناك.

رابعها: سبق تصحيح المصنف أن المعزول إنما يصدق بيمينه ولم يفصح في «الروضة» هنا بترجيح، وقال في «أصلها» في الباب الثالث من كتاب الدعاوى: إن الأصح تصديقه بلا يمين لقول الرافعي هناك أن الكلام هنا قابل إلى ترجيحه، واختاره القاضي الإمام أبو الحسن السبكي - ﷺ - في «الْحَلَبِيَّاتِ»: إنه لا يحلف أيضًا.

قال: ولكني لا أشتهي أن أبوح به مخافة قضاة السوء وشهود السوء فعلى المحتاط لذمته إذا رُفِع إليه ذلك أن يقصد الحق ويفحص عن باطن الحال، انتهى.

والظاهر يختلف من ظهرت خيانته وسوء سيرته قطعًا وأن التردد في غيره.

خامسها: قال الرافعي: والدعوى على نائب المعزول في القضاء كالدعوى على المعزول، أي: لانعزاله بعزله على الأصح.

قال: وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة، فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء فقال: أخذت هذا المال أجرة على عمل فصدقه المعزول لم ينفعه تصديقه، ولكن يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدق بيمينه في أجرة المثل؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل عليه البينة على جريان ذكره الأجرة.

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل مجانًا.

قال الإمام: والخلاف مبني على أن من عمل لغيره، ولم يجز ذكر أجرة هل يستحق أجرة المثل؟

……………………………………………………

قلت: وهذا البناء نقله ابن شداد عن بعض الأصحاب بعد قوله: إن الوجهين في استحقاقه أجرة المثل كالوجهين فيما إذا ادعى راكب الدابة إعارتها والمالك إجارتها، فإن قلنا: له الأجرة، فللأمين أجرة مثله وإلا فلا.

وقال الماوردي: أنهما مأخوذان من ذينك القولين، وقضيته التشبيه والأخذ بترجيح الاستحقاق بخلاف قضية البناء المذكور، والتشبيه أقرب من البناء.

فائدة: قال الرافعي: هنا ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله اكتفاء بأن الظاهر منها السداد لعلمهم وعدالتهم.

قلت: فافهم أنهم إذا لم يكونوا كذلك أن عليه التتبع، وهذا لا يمكن حمله على إطلاقه بل يجيء فيه التفصيل الآتي.

قال: وفي تتبع جواز تتبعها وجهان اختيار الشيخ أبي حامد الجواز احتياطًا، انتهى.

ونسب الماوردي المنع إلى جمهور البصريين، وبه جزم الْمحَامِلِيّ في «المقنع» وصححه الْفَارِقِيّ، واقتضى كلام الرافعي في الكلام على مسائل النقض الجزم به، وما ذكرناه في أحكام الصالح للقضاء، فأما من لا يصلح فتنقض أحكامه كلها أصاب أم أخطأ؛ لأنه لا يصح حكمه هذه عبارة «البيان» وصرح بذلك جماعات من الطريقين، ولم يفصحوا بوجوب ذلك عليه ولا باستحبابه بل أطلقوا ذلك، ولا شك أنه يجب من غير ترافع في صورة كبيرة كما سيأتي.

قال ابن الرفعة: وكلام «الوسيط» المتقدم مصرح بأن من ولاه السلطان ذو الشوكة تنفذ أحكامه وسبق عن صاحب «الكافي» أنه أبداه احتمالًا، وفي «البحر»: لو أن امرأة قلدت القضاء على مذهب أبي حنيفة فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه فحكمت، هل للشافعي نقض حكمها؟

قال الإمام: عندي فيه وجهان:

أحدهما واختاره الإصطخري: ينقض.

والثاني: لا؛ لأنه مجتهد فيه.

وَلَوْ أُدُّعِيَ عَلَى قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ، ....

قال في «البيان»: وإذا كان الأول يصلح للقضاء فلا يجب على الثاني تصفح أحكامه من غير متظلم؛ لأن الظاهر منها الصحة، وهل يجوز أن يتصفحها من غير متظلم؟

وجهان، فعلى المنع لو خالف، أي: اجتهادًا وتصفحها منتقضًا.

قال ابن الصباغ: فإن كان يتعلق بحق الله تعالى كالطلاق والعتاق نقضها؛ لأن النظر في حقوق الله تعالى إليه، وإن كان فيما يتعلق بحق آدمي ولا ولاية له عليه لم يجز له نقضه؛ لأنه لا يستوفي من غير مطالبة ممن له الحق، انتهى.

وكذا قال القاضي أبو الطيب.

قلت: والظاهر أن كل محجور عليه لصبى أو سفهٍ أو جنون أو كان له ولي خاص في حكم من هو في ولاية القاضي بخلاف المكلف الرشيد، نعم سيأتي عن القفال أن القاضي إذا خاف ضياع حقوق الغائبين لطول الغيبة أنه يستوفها، وهل على القاضي أن يوقف الخصمين ليترافعا إليه فينقض الحكم؟

حكى ابْن كَجٍّ عن ابن سريج أنه لا يجب إذا عرف أنه بان الخطأ، وعن سائر الأصحاب أنه يجب وإن علما أنه بان الخطأ؛ لأنهما قد يتوهمان أنه لا ينقض الحكم وتعريفهما يرفع التوهم.

قلت: والمتبادر إلى الفهم أن الواجب عليه تعريف المظلوم المحكوم عليه فقط، نعم إعلام الآخر متجه من جهة النصيحة في الدين فيخرج من الظلامة، والله أعلم.

قال: (وَلَوْ أُدُّعِيَ عَلَى قَاضٍ) أي: في حال ولايته.

(جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ بَيِّنَةٌ) قال الرافعي: إذا ادعى على القاضي المولى ظلمًا في الحكم وأراد تغريمه لم يمكن، ولم يحلف القاضي ولا تغني إلا البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور وأراد تغريمه؛ لأنهما أمينان شرعًا، ولو فتح باب تحليفهما لاشتد الأمر ورغب القضاة عن القضاء والشهود عن أداء الشهادات، وكذا لو قال للقاضي: قد عزلت وأنكر.

وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك كسائر الأمناء إذا ادعيت عليهم الخيانة، انتهى.

وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي قاضي الشام - ﷺ - في «الْحَلَبِيَّاتِ» التي سألته عنها قديمًا أن القاضي والشاهد لا يحلفان قطعًا، وذكر القاضي الحسين أنا إذا قلنا: إن اليمين المردودة كالإقرار يحلف القاضي، فإن نكل كانت يمين الرد كإقراره واستبعده الإمام، وكلام الغزالي يقتضي أن الدعوى على القاضي فاسدة، ومقتضاه أنه لا يسمع البينة وهو صحيح؛ لأنه نائب الشرع فقوله: (أصدق من البينة) وفي كلام الرافعي ما يقتضي سماع البينة فإنه قال: ولا تغني إلا البينة، ووافقه ابن الرفعة وليس بصحيح.

قال: وتوقفت في كتابه، وخشيت أن يداخلني شيء لكوني قاضيًا حتى رأيت ورقة بخطي من نحو أربعين سنة كلامًا في هذه المسألة وفي آخره: وما ينبغي أن يسمع على القاضي بينة، ولا أن يطلب بيمين، وما ذكرناه من كونه نائب الشرع هو السر في كونه لا يضمن ولا يُدّعى عليه، وهذا كله فيما يتعلق بالقضاء، فأما ما يتعلق بخاصة نفسه فهو فيها كآحاد الناس.

قال: ويمكن أن يتناول قول الرافعي: ولا تغني إلا البينة، على أن البينة تقام في المحكوم به على مضادة الحكم الأول فينقض الحكم، انتهى لفظه ﷺ.

أما ما ذكره عن القاضي الحسين واستبعاد الإمام فأصله أن الإمام قال قبيل باب كتاب القاضي إلى القاضي: ومما ذكر القاضي أن الخصم المحكوم له لو ادعى على القاضي أنك قضيت لي ورفعه إلى قاضٍ آخر وأراد تحليفه فالذي ذكره الأصحاب أنه لا يملك ذلك.

قال القاضي: ينبني هذا على أن اليمين المردودة مع النكول تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار، فإن قلنا: مجرى البينة فلا حكم لها، وإن قلنا: تجري مجرى الإقرار فيحلف، وإذا نكل رد، ثم يمين الرد بمنزلة إقرار، وهذا الذي ذكره كلام مختلط، والظن أن الخلل من الناقل، ثم شرع في بيانه إلى أن قال:

فلو أراد الخصم أن يحلف القاضي عند ذلك القاضي أنك قضيت، فالذي أراه أن القاضي - يعني الحسين - تكلم في هذه الصورة، وحكى عن الأصحاب أنه لا يحلف، وقال من عند نفسه: يجوز أن يحلف في مجلس القاضي الآخر، ثم التحليف ينبغي أن يقع على التذكر، فإن حلف لا أذكر أني قضيت له انقطع الكلام، وإن نكل وحلف من يدعي القضاء فقد يتخيل أن يمين الرد كإقرار القاضي وهذا بعيد، والوجه ما ذكره الأصحاب من أنه لا يحلف فإنه لا خصومة معه، وإنما قوله حجة كقول الشهود فإذا لم تقم الحجة فالتحليف لا أصل له هذا لفظ «النهاية».

والحق أنه وقع خلل من الناقل كما قال الإمام، وصواب النقل عن القاضي ما ذكره الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» في الموضع المذكور: وإن استحلفه الخصم أن القاضي لم يحكم به عليه، قال أصحابنا: لا يحلف، وقال القاضي: عندي إن قلنا: إن النكول ورد اليمين بمنزلة البينة لا يحلف، وإن قلنا: بمنزلة الإقرار يحلف؛ لأنه يقضي عليه بإقراره، وإن لم يتذكر أي القاضي أنه خطه، انتهى.

وعبارة «تعليق» البغوي، ولو كان القاضي لا يعرف حكمه، فقال المدعي: حلف المدعى عليه أنه لا يعرف حكمك هل يحلف أم لا؟ قال: يحتمل وجهين: إن قلنا النكول ورد اليمين كالبينة لا يحلف، وإن قلنا كالإقرار يحلف؛ لأن إقرار المدعى عليه مقبول، انتهى.

فهذه مسألة القاضي الحسين لا ما ظنه الإمام - ﷺ - وأيضًا فاليمين المردودة لا يتعدى حكمها إلى ثالث على جادة المذهب، فالصواب أن القاضي لا يحلف في هذا المقام وجرى الغزالي في «البسيط» على ظن إمامه، فقال: فإن قيل: فلو ادعى الخصم على قاض أنه قضى فأنكر، فرفعه إلى قاض آخر، فهل له تحليفه.

قلت: قال: الأصحاب لا يملك ذلك، وقال القاضي: ينبني على أن اليمين المردودة، وذكر ما سبق.

....

ثم قال: وعلى القاضي استدراك على الوجهين، فإنا إنما نقبل إقرار القاضي في محل ولايته ووقته، فاليمين النازلة منزلته لا تزيد عليه، فكيف يقبل في مجلس قاضٍ آخر ولا يتصور ذلك إلا على أحد الوجهين في نصب قاضيين في بلدة واحدة على العموم؟!

وأما قوله: إن القضاء لا يثبت بالبينة ليس كذلك إذا ثبت بالبينة عندنا قاضٍ آخر، ولكن يحتمل أن يمنع من التحليف، فإن قضاءه كتحمل الشهادة، وليس له أن يحلف على أن لي شهادة وأنت تكتمها، فالأصح ما ذكره الأصحاب أنه لا يملك تحليفه تنزيلًا منزلة الشهود، ثم إن قبلت الدعوى فينبغي أن يذكر التذكر، فإنه لو صدقه في قوله وقال: لا أتذكر، انقطعت الخصومة عنه، ويحتمل أن يقال: أراد القاضي أنه لا يثبت بالبينة، أي: لا يثبت عند إنكاره بالبينة عند قاضٍ آخر كما لا تثبت بشهادة الفرع مع إنكار شهود الأصل، وهذا ما أراده القاضي فيما أظن، والله أعلم، انتهى.

وأما تأويله لكلام الرافعي على ما ذكره فعجيب بعيد، وأما ما ذكره عن مقتضى كلام الغزالي فكأنه أخذه من قوله في «الوجيز»: ومن ادعى عليه أنه قضى له فأنكر لم يكن له التحليف كما لا يحلف الشاهد، هذا لفظه في آخر فصل مسند قضاء القاضي، وكذا أورد المسألة في «وسيطه» و«بسيطه» في هذا الفصل.

ومراده أن القاضي لا يحلف عند إنكاره الحكم له كما لا يحلف الشاهد أنه لم يشهد أو لم تحمل الشهادة المطلوبة منه، وحينئذ لا تسمع البينة على القاضي بالحكم له على الخصم مع إنكاره ولا على الشاهد مع إنكاره التحمل أو التذكر، وأما الدعوى على القاضي أو الشاهد للتغريم وإقامة البينة على ما يقتضيه، فلا أحسب أحدًا من الأصحاب يساعد على ذلك أصلًا وكلامه - رحمه الله - لو ثبت لكان في القاضي العدل الأمين الظاهر الستر والخير لا في كل قاضٍ، وأما إلحاق الرافعي الشاهد فيما ذكره بالقاضي فقد يؤخذ منه أنه لا يسمع الدعوى عليه ولا يطالب بالجواب.

وفي «البيان»: قال ابن الصباغ: إذا شهد على رجل بطلاق أو عتاق أو حد

……………………………………………………………………

فادعى عليهما بأنهما شهدا عليه بذلك بالزور، وسأل القاضي إحضارهما فإنهما يحضران لجواز أن يقرا فيلزمهما الغرم، فإذا حضرا فإن أنكر فأقام المدعي عليهما بينة، أي: بإقرارهما بأنهما يشهدا عليه بالزور ولا يتصور إقامتهما إلا على الإقرار، كما قاله شيخه القاضي أبو الطيب، وقد يتصور إقامتهما على غيره كما سنذكره إن شاء الله، فإذا قامت البينة لزمهما الغرم، وإن لم تقم البينة بذلك لم يحلفا، انتهى.

وذكر شريح الروياني نحوه، والظاهر أن مراد الرافعي أنه يسمع الدعوى على القاضي بالجور في الحكم وطلب الغرم منه إذا كانت له بينة بما ادعاه ولاحتمال أن يقر بغرم، فإن أنكر لم يحلف ويجوز أن يكون مراده ومراد المصنف أنه لا تسمع الدعوى عليه بالجور ويستحضر لها إلا بعد إقامة البينة على ما ذكر كما هو أحد الوجهين السابقين في الدعوى على المعزول، ولا يحلف هنا إلا عند أبي حامد، وأما سد الباب بالجملة فلا، وقد جزم الرافعي وغيره في باب القسمة أنه لو أقام بينة على ظلم القاضي، يعني في الحكم سمعت كما سيأتي هناك إن شاء الله تعالى.

وقال البغوي في «تعليقه»: هناك وتسمع البينة على ظلم القاضي وكذب الشهود أو على إقرار القاضي أنه ظلمه أو على الشهود أنهم كذبوا، وقد عمت البلوى في هذا الوقت بالمحكوم عليه يدعي أن بينه وبين القاضي الحاكم عليه عداوة دنيوية يمنع نفوذ حكمه عليه وأن له بينة تشهد له بذلك، والمفتي به بلا تردد سماع دعواه وبينته، وقول أبي الحسن السبكي ﷺ: إن الشاهد لا يحلف قطعًا ممنوع، بل حكى الجرجاني في «الشافي» في باب اليمين عند الحكام أنه لو ادعى أنه شهد عليه بالزور وأتلف عليه بشهادته مالًا ففيه قولان مبنيان على وجوب الغرم بالإتلاف بالشهادة الباطلة.

وقال في «التحرير»: لو ادعى على شاهد إتلاف مال بشهادة الزور، وقلنا: لا يجب الضمان، لا يحلف، وقضية البناء أن يكون الأصح التحليف، وهو قضية قول الرافعي والمصنف وغيرهما في كتاب الدعاوى أن كل من توجهت عليه

وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ].

يمين، وبعضهم يقول: دعوى لو أقر بمطلوبها لزمه حكمه فأنكر، فإنه يحلف.

واعلم أن فساد الوقت وغالب أهله يوجب التوقف في كثير فما أطلقه الأئمة هنا بناء منهم على كمال القاضي ووجود أهليته العامة، وقول الرافعي في توجيه منع التحليف أنه لو حلف القاضي لاشتد الأمر ورغب القضاة عن القضاء مشيرًا إلى ما ذكرته، ونحن نقطع بأن غالب من يلي القضاء اليوم لو حلف الواحد منهم كل يوم سبعين مرة على عدم جوره في الحكم لم يرده ذلك عن الحرص على القضاء والاستمرار عليه إذا ترك، وقول الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف هو الوجه في هذا الزمان، ولا شك أنه - ﷺ- يسمع البينة ولا شك فيه.

ثم رأيت القاضي شريح الروياني قال: لو ادعى على القاضي أنه قضى بشهادة فساق قال بعض أصحابنا: لا تسمع هذه الدعوى ويؤمر بإقامة البينة.

وقال بعضهم: تسمع الدعوى، فعلى هذا لو أن أنكره القاضي قيل: لا يحلف، وقال أبو حامد: قضية مذهب الشافعي ﷺ أنه يحلف؛ لأنه دعوى خيانة على أمين، انتهى.

ولا شك أن القاضي لا يحلف أنه لم يظلم ولا الشاهد أنه لم يكذب إذا لم يدعِ الخصم إلا ذلك من غير زيادة ولا تسمع البينة على ذلك بمجرده، وأما إذا ادعى المحكوم عليه دعوى تامة على القاضي أو الشاهد فطلب الغرم فلم يقل أحد - فيما أعلم- أنه لا يلتفت إلى دعواه ولا إلى بينته.

قال: (وَإِنْ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ) إذا ادعى مدع على القاضي حقًا لا يتعلق بل يتعلق بخاصة نفسه فهو في ذلك كالآحاد، فإن ترافعا إلى الإمام أو قاضٍ آخر بالبلد أو غيره قضى بينهما ولا إشكال، وإن ترافعا إلى خليفته قضى بينهما على الصحيح المشهور، فإن لم يكن له خليفة وفي بلده قاضٍ مستقل ولا إمام ترافعا إلى قاضي بلد آخر، وقيل: إذا قلنا: إن خليفته ينعزل بموته لم يحكم له كذا قاله الغزالي.

قال الرافعي: وهو مطرد في أبعاضه، وجعله الشاشي في «حليته» الأظهر

....

وتبعه ابن يونس فيما إذا كانت الخصومة له، والوجه محكي في «الحاوي» من غير بناء، وقضية البناء أن يقال: إذا ترافع الإمام وغيره إلى قاضٍ أنه لا يحكم له إذا قلنا: إنه ينعزل بموته، والمنقول الجواز ولا شك فيه، والفرق أن القاضي يمكنه الترافع إلى قاضٍ آخر أو إلى الإمام وليس الإمام - ولا خفاء أن كل ما لم يستفده القاضي بالولاية- هو في الخصومة فيه كالخصومة فيما يتعلق بخاصة نفسه، وذلك في ولايته على أولاده، وما استفاده لا من جهة القضاء كالوصاية إليه، ونظره في وقف شرط نظره له قبل القضاء ونحو ذلك، أما لو شرط نظره له بعد القضاء لكونه القاضي، فهذا موضع تأمل والأقرب أنه يحكم في الواقعة بأن ينصب خصمًا يحاكم المدعي، وقضية فساد الزمان المنع، أما لو شرط له لا لكونه قاضيًا كما لو وقف أبوه وقفًا عليه وشرط نظره لولده، ثم ولد ولده وهكذا فلا يقضي فيه؛ لأنه متعلق بخاصة نفسه، هذا ما ظهر لي والعلم عند الله.

فَرْعٌ: كان من حقه أن يقدم عقب مسائل العزل إذا شرع القاضي في أمر ثم مات أو عزل قبل تمامه فهو ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجوز البناء فيه على فعل الأول، وهو كل ما لا يجوز أن يعاد ولا يزاد كحد قذف استوفي بعضه، أو وجود بعض ألفاظ اللعان، وكيمين أحد المتبايعين في التحالف، وكأيمان القسامة إذا عزل بعد حلف بعضها فينبني في ذلك، ونظائره إذا تصادق الخصمان عليه أو قامت به بينة.

الثاني: ما يستأنفه الثاني، ولا يبني على حكم الأول، وهو كل ما كان الفعل فيه مقترنًا بالحكم كحكمه بفسخ نكاح بإعسار الزوج ولم يفسخ أو ببيع مال المفلس ثم عزل قبل بيعه، وكإذنه لولي اليتيم في بيع ماله في مصالحه وأشباه هذا.

والثالث: ما اختلف أحواله في البناء والاستئناف وهو سماع البينة وله في العزل بعد سماعها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسمعها ولا يحكم بقبولها فتعاد.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لِيَكْتُبِ الْإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ، ....

والثاني: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وبعد إلزام الحق بها، فعلى الثاني إذا شهد الأول على نفسه بالإلزام أن يبني على حكم الأول في تنفيذ الإلزام.

والثالث: أن يعزل بعد الحكم بقبولها وقبل الحكم بإلزام ما تضمنته، فينظر إن كان الشهود أحياء موجودين لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول حتى يستأنف سماع الشهادة والحكم؛ لأن القدرة على شهود الأصل يمنع من الحكم بشهود الفرع، وإن كانوا موتى أو غير موجودين في الأحياء فللثاني أن يبني على حكم الأول فيحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول؛ لأن تعذر القدرة على شهود الأصل ينتج الحكم بشهادة الفرع، وكما يجوز للقاضي المكتوب إليه أن يحكم بالإلزام بحكم الكاتب بالقبول قاله الماوردي.

قال الشارح: [**فصل**: قال: (**لِيَكْتُبِ الْإِمَامُ لِمَنْ يُوَلِّيهِ**) أي: استحبابًا وكذلك القاضي الكبير لمن يوليه في أعماله الخارجة عن موضع إقامته؛ لأنه ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا حين بعثه إلى اليمن، وكتب أبو بكر لأنس - رضي الله عنهما - حين بعثه إلى البحرين، وعمر لابن مسعود لما بعثه قاضيًا إلى الكوفة.

قال الشاشي: وينبغي للإمام أن يتخذ لنفسه نسخة منه حتى يتذكر بها إن نسي أنه ولاه عمل كذا، انتهى.

ومن فوائده: أن يتذكر به ما أخذه عليه من شرط وأدب ليطالبه بها وتتعاهده هذه بالعمل بمقتضاها وينكر عليه إن خالفها، وإلى هذا أشار الماوردي، وليس كتب العهد شرط في التقليد وإنما يراد لتكون شاهدًا بما تضمنه من صفات التقليد وشروطه، انتهى.

ويكتب في العهد ما يحتاج إلى القيام به، ويعظه فيه، ويجوز ترك الكتابة؛ لأنه ﷺ لم يكتب لمعاذ رضي الله عنه، قال الصيمري في «شرح الكفاية»: وينبغي للإمام إذا ولى رجلًا أن يسلم عهده إليه بيده أو يسلم ذلك إليه بحضرته خوفًا من الزيادة فيه والنقصان، ويوصيه بتقوى الله ومراقبته ويقول: هذا عهدي وحجتي عند الله عليك، انتهى.

وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ، وَتَكْفِي الِاسْتِفَاضَةُ فِي الْأَصَحِّ ....

وقال الدارمي: يقول له: احكم بكتاب الله تعالى، فإن لم تجد فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم تجد فباجتهادك ما لم يكن إجماع على شيء فيترك كل ما ظهر له من دليل، انتهى.

وهذا كلام في المجتهدين رحمهم الله تعالى.

قال: (**وَيُشْهِدُ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ**) أي: وإن قرب.

(**يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ**) أي: لأهل عمله.

قال الرافعي: قال الأئمة: وليس ذلك على قواعد الشهادات إذ ليس هناك قاضٍ يؤدي عنده الشهادات، أي: غالبًا.

وقال الماوردي: وحيث يحتاج إلى الشاهدين، فإن عرف أهل العمل عدالتهما وشهدا عندهم بذلك لزمتهم الطاعة، وإن لم يعرفوهما لم يلزمهم الطاعة حتى يكشفوا عن العدالة.

قال: (**وَتَكْفِي الِاسْتِفَاضَةُ فِي الْأَصَحِّ**) إذا لم يؤثر عنه ﷺ ولا عن الخلفاء بعده الإشهاد بل كانوا يقنعون بالإشهار والاستفاضة، والثاني: المنع؛ لأن التولية عقد والعقود لا تثبت بالاستفاضة كالإجارة والوكالة هذا ما ذكر في البلد البعيد.

قال الرافعي: ومن الأصحاب من أطلق الوجهين من غير فرق بين أن يكون البلد بعيدًا أو قريبًا، ويشبه ألا يكون في هذا خلاف، ولكن الانتشار والاستفاضة إنما تحصل في مدة وتختلف المدة بحسب قرب المسافة وبعدها، فمن قال: لا بد في المدة البعيدة من الإشهاد إنما قاله لأن الاستفاضة لا تحصل بها غالبًا في مدة مسير القاضي، ومن أطلق فإنه إذا تأخر حتى حصلت الاستفاضة فلا فرق بين القرب والبعد، وحكى في «الوسيط» وجهين في أن مجرد الكتاب من غير استفاضة ولا شهادة شاهدين هل يعتمد عليه أحدهما؟ نعم، لبعد الجراءة في مثل ذلك، والثاني: لا بد من عدلين يخبران عن التولية،

....

وهذا هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب وهو قياس أصلنا في امتناع الاعتماد على الخط.

تنبيهات: هذان الوجهان في «النهاية» وغيرها قال الإمام: فإن لم يستفض فمن أصحابنا من اكتفى بكتاب، وهو عندي مشروط يظهر مخايل الصدق، وهو بين في خطوط الكتاب المشهورين وانشراح الآتي به، فإن الجواب في مثل هذا على وفاق من أمره، وقال قائلون: لا بد من شاهدين، وهذا لا يأمن به، والمراد بالشاهدين: عدلان يشيعان، وإذا استخلف القاضي حاكمًا في قرية فقد لا يستفيض مثل هذا فلا يشترط الإفاضة، بل ينقدح فيه الكتاب أو شاهدان، انتهى.

وهذا الكلام يفهم أن الاستفاضة فوق الشاهدين، وأنها تغني عنهما في البلد البعيد، وأنهما لا يغنيان عنها، ولا أحسبه مرادًا له في «الحاوي» ولو لم يشهد بالولاية شاهدان وورد القاضي المولي فأخبر بولايته لم تلزمهم طاعته إن لم يصدقوه، وفي لزومها لهم إن صدقوه وجهان:

أحدهما: تلزمهم؛ لأنهم اعترفوا بحق عليهم.

والثاني: لا، لما تضمنه من إقرارهم على المولي، أي: بكسر اللام، ولعل الأول أشبه لا سيما إذا عرفوه بالصدق والأمانة، وفي الآثار والأخبار ما يؤيده، ولم ينقل أنه خرج مع معاذ ﷺ من يشهد بولايته اليمن.

ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يكفي خبر العدل الواحد بولاية القاضي، والقبول محتمل؛ لأنه خبر في الحقيقة لا شهادة عند حاكم، ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة وفاقًا فلم لا يكفي خبر العدل، ويلزم العمل به كسائر أخبار الآحاد، ولا سيما إذا عرفوه وعلموا صدقه ويشبه أن يجري الوجهان في تصديق القاضي هنا، وأولى بلزوم الطاعة من خبره عن ولاية نفسه إذا بعث الإمام شاهدين أشهدهما على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب وليقرأه أو يقرأه الإمام عليهما، وإن قرأه الإمام عليهما فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه قاله الرافعي.

قال في «الانتصار»: ثم بعد القراءة يقول الإمام: أشهد على أني قد قلدته

لَا مُجَرَّد كتاب عَلَى الْمَذْهَبِ. وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ،

قضاء البلد الفلاني، وتقدمت إليه بما اشتمل العهد عليه، انتهى.

قال: **(لَا مُجَرَّدُ كتاب عَلَى الْمَذْهَبِ)** أشار إلى نقل طريقين، ولم أرَهما لغيره ـ رحمه الله ـ وكأنه أخذهما مما لخصه في «الروضة» من كلام الرافعي السابق، فقال: إنه المذهب، والمفهوم من كلام الجمهور، وذكر الغزالي في «اعتماده» وجهين، انتهى.

وعبارة «المحرر»: هل يكفي الكتاب من غير شاهدين ولا استفاضة؟ فيه وجهان: أظهرهما: لا، وهذا هو النقل «المحرر».

قال: **(وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ)** أن ينبغي أن يسأل عن حال من في البلد من العلماء والعدول قبل أن يخرج، فإن لم يتيسر سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد، فإن لم يجد من يسأله سأل حين يدخل، قاله الرافعي وغيره.

وعبارة إبراهيم المروزي: من تولى القضاء فعليه أن يتعرف على المزكين والمشايخ والأعيان ببلد ولايته، ويتخذ كتابًا من الوالي كي يستفيض فيما بين الناس خبره، ولا يكون دخوله عليهم فجأة فربما ينكرونه، والحاكم المعزول ربما يجحده فيسمح له لو احتاج إلى إقامة البينة على أنه ولي القضاء ببلدهم ولا يتصور إقامة البينة؛ لأن في اعتقاده أن الذي كان قاضيًا ببلده معزول، انتهى لفظه.

وقال الإمام: ينبغي له أن يقدم كتبه إلى محل ولايته، ويتعرف على أحوال العدول والمزكين وأركان القضاء، ويكتب إليهم ليستعدوا، ويكون هذا من أسباب الاستفاضة حتى لا يكون مقدمه فجأة إذ لو فاجأهم وتفاوض الناس بالتثبيت بتكذيبه سمج الأمر وانكسرت النبوة، انتهى.

وما ذكره المروزي من بعث كتاب الوالي أحسن، والمراد بالوالي الإمام ونحوه، وقال ابن أبي الدم: إذا قصد عمله قدم بين يديه كتابًا أو رسولًا إلى أهله يعلمهم بقدومه ليتهيأوا للقائه، فإذا تلقوه أكرمهم على أقدارهم، وينبغي أن يكون بين يديه من يعرفه بذلك، انتهى.

وَيَدْخُلُ يَوْمَ الاثْنَيْنِ، ....

وقال الماوردي: أول آدابه إذا بدأ عمله أن يعلمهم قبل دخوله بوروده قاضيًا فيه، إما بكتاب أو رسول ليعلم ما هم عليه من موافقة أو اختلاف، فإن اتفقوا جميعًا على موافقته دخل، وإن اتفقوا جميعًا على مخالفته توقف، واستطلع رأي الإمام، والأولى أن يستصحب القاضي كتاب الإمام إلى أمير البلد بتقليده القضاء حتى يجمعهم على طاعته جبرًا إن خالفوه، فإن وافقه بعضهم اعتبر حال موافقيه، فإن كانوا أكثر عددًا من مخالفيه وأقوى يدًا دخل، وإن كانوا أقل عددًا وأضعف يدًا توقف، وعلى الإمام رد مخالفيه إلى طاعته ولو بقتالهم حتى يذعنوا له بالطاعة ويعينه بما ينفذ أمره فيهم، فيبسط يده عليهم ليقدر على الانتصاف من القوي للضعيف، ومن الشريف للمشروف ثم ينادي في البلد بوروده؛ ليعلم به الداني والقاصي والعام والصغير والكبير، فيكون أهيب في النفوس وأعظم في القلوب.

قال: (**وَيَدْخُلُ يَوْمَ الاثْنَيْنِ**) هذا ما اقتصر عليه الماوردي والبغوي والرافعي وغيرهم؛ لأن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الإثنين حين اشتد الضحى، أي: تعالى النهار، وقال جماعة يسيرة منهم صاحب «التنبيه»: يستحب أن يدخل صبيحة يوم الإثنين، فإن فاته دخل السبت أو الخميس لما روي: «**بورك لأمتي في سبتها وخميسها**»(١) وهذا لا يعرف، قال بعض الحفاظ: بل لا أصل له، وزاد في «الروضة»: قلت: قال الأصحاب: فإن تعسر يوم الإثنين فالخميس وإلا فالسبت، وعبارة غيره: فإن فاته فليكن الخميس أو السبت، وذكر ابن أبي الدم أنه إن تعذر يوم الإثنين، فيوم الخميس ولم يذكر السبت، وقد يحتج له بما رواه الحافظ عبد القادر الرهاوي وغيره: «**اللهم بارك لأمتي في بكورها، واجعله يوم الخميس**»(٢) لكن الثابت إلى قوله: «**في بكورها**» لا غير، نعم، جاء أن صخر

---

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ١٨٧).

(٢) حديث صخر الغامدي: أخرجه الطبراني (٨/ ٢٤ رقم ٧٢٧٧) وأحمد (٣/ ٤٣١ رقم ١٥٥٩٥)، والدارمي (٢/ ٢٨٣، رقم ٢٤٣٥)، وأبو داود (٣/ ٣٥، رقم ٢٦٠٦)، والترمذي (٣/ ٥١٧، رقم ١٢١٢) وقال: حسن. وابن حبان (١١/ ٦٢، رقم ٤٧٥٤)=

……

الغامدي الصحابي ﷺ كان يبعث غلمانه يوم الخميس.

فَرْعٌ: قال جماعة: يستحب أن يدخل البلد لابس السواد؛ لأنه ﷺ دخل مكة وعلى رأسه عمامة سوداء، ولأنه أهيب له، وزاد الماوردي استحباب الطيالسة السود في حق الممازج لأبناء الدنيا، ويزيد عليهم بما يتميز به في هيبته بلباس لا يشاركه فيه غيره، وإن كان موصوفًا بالزهد، فالتواضع والخشوع أبلغ في هيبته وأبلغ في رهبته، انتهى.

ولا ينبغي لبس الطيالسة السود في عصرنا لاستهجانه، وإن كان هذا وقع للسلف فقد هجر، فالاختيار تركه إلا في موضع يعتادونه للتجمل في زماننا، إذا دخل البلد بدأ بالجلوس في المسجد الجامع ويجمع الناس بأن يبعث مناديًا ينادي في البلد بأن فلانًا القاضي قد حضر فاحضروا لسماع عهده في وقت كذا، ويكون ذلك في يومه إن كان البلد صغيرًا أو ثلاثةً ونحوها إن كان كبيرًا، فإذا اجتمعوا قرئ عليهم ليعلموا تفاصيل ولايته فيطيعوه فيها، هكذا أورده بعضهم.

وقال الرافعي: إذا دخل فإن رأى اشتغل بقراءة عهده في الحال، وإن رأى نزل منزله وأمر مناديًا ينادي يومًا أو أكثر أو أقل على حسب كبر البلد وصغرها

= والطيالسي (ص ١٧٥، رقم ١٢٤٦)، والبيهقي (٩/ ١٥١، رقم ١٨٢٣٧).

حديث عبد الله بن سلام: أخرجه أبو يعلى (١٣/ ٤٨٨، رقم ٧٥٠٠)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٦١) قال الهيثمي: فيه هشام بن زياد، وهو ضعيف جدًا. وابن عساكر (٢٩/ ٩٨).

حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٢، رقم ٢٢٣٨). والطبراني في الكبير (١٢/ ٣٧٥، رقم ١٣٣٩٠) وفي الأوسط (٣/ ٣٣٠، رقم ٣٣١٢)، والقضاعي (٢/ ٣٤٢، رقم ١٤٩٠). قال الهيثمي (٤/ ٦٢): رواه الطبراني في الكبير، وفيه محمد بن عبد الرحمن الجدعاني، وثقه أحمد وأبو زرعة، وقال النسائي وغيره: متروك.

حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١٢/ ٢٢٩، رقم ١٢٩٦٦) قال الهيثمي (٨/ ١٩٤): فيه عمرو بن مساور وهو ضعيف. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ١٤٩، رقم ٧٧٥٠ مكرر)، والقضاعي (٢/ ٣٤١، رقم ١٤٨٩).

حديث أنس: أخرجه ابن عساكر (٥٥/ ٦٣). والخطيب (١٠/ ١٠٢)، وأبو يعلى في المعجم (١/ ٢٢٤، رقم ٢٧٢).

وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ. وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ، ....

إلا أن فلانًا قدم قاضيًا وأنه يخرج يوم كذا لقراءة عهده فمن أحب فليحضر، فإذا اجتمعوا قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود شهدوا، وقال الماوردي: ويختار أن يبدأ بقراءة عهده قبل نظره ليعلم الناس ما تضمنه من حدود علمه من صفة ولايته في عموم أو خصوص، فيجتمع الناس في أفسح بقاعه من جوامعه ومساجده؛ لأنه يتضمن طاعة الله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم ينظر بعد قراءته، ولو بين خصمين لتستقر ولايته بالنظر، وليتواطأ له الخصوم في الحكم، وليعلم الناس قدر علمه وضعفه.

قال: (**وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ**) أي: هو الأولى طلبًا للتسوية بين أهله، نص عليه في «الأم» وجرى عليه الأصحاب، ويتأكد ذلك عند اتساع الخطة، فإن كانت ولايته على ناحية وعمل منتشرًا استحب أن ينزل وسط العمل لما ذكرناه، قال ابن أبي الدم وغيره: ويتخذ له مسكنًا سريًا يليق به، ثم يتخذ له مكانًا للحكم كما سيأتي، ثم إذا انصرف بعد قراءة العهد إلى منزله استحضر الناس وسألهم عن الشهود والمزكين سرًّا وعلانية، كذا قاله الرافعي وغيره، والأحوط السؤال سرًا؛ لأنه أعون له على اطلاعه على أحوالهم، إذ الغالب أن المسؤول لا يتمكن من إبداء جميع ما عنده جهرًا لما يخشى من العداوة أو الأذى، فيجوز أن يكون المراد سرًّا عند التيسر، وعلانية إن لم يتيسر، أو علانية عند الحاجة إليه علانية؛ لأنه أنفى للتهمة.

قال الأصحاب: ويتسلم ديوان الحكم، وهو ما كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات وحجج الأيتام وأموالهم وكتب الأوقاف وأموالها والضوال وأسماء المحسنين وغيرهم وحجج الناس المودعة في الديوان؛ لأنها كانت في بدء الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه.

قال الماوردي وجماعة: وهذا أول الأمانات التي يفعلها القاضي في ولايته قبل النظر في المحسنين وغيرهم، وعند أخذه المحاضر ونحوها إن أمكنه تصفحها ومعرفة ما فيها فعل.

قال: (**وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ**) يعني أنه إذا تصدى للنظر العام بعد

....

نقله ما سبق وبعد تسلمه المحاضر والأموال التي في ديوان الحكم كما بيناه، واقتضى إيراد الرافعي نقله عن الأصحاب فأول ما ينظر بعد ذلك في المحبسين؛ لأن الحبس عذاب فينظر هل يستحقونه أم لا، وصرح الإمام بأن هذه البداءة واجبة، حيث قال: وتقديم هذا حتم وليس من الآداب.

وظاهر كلام «المحرر» و«المنهاج» و«النهاية» وغيرها أن أول ما يبدأ به قبل كل شيء النظر فمنهم قال في «البسيط»: فيبتدئ أولًا كما قدم بالكشف عن أحوال المحبسين، ولا يقصر فيه، ولا يتصدى لفعل خصومة ما لم يفرغ قبله منهم، وذكر نحوه في «الوسيط» وظاهرها البداءة بذلك قبل ما ذكرناه، وجعل ابن شداد ذلك خلافًا، فقال: قال الماوردي: أول ما يبدأ به النظر في أمانات الحكم والأمانة ما يلزمه النظر فيها من غير مستعد، وأمانات الحكم خمس، إلى قوله: هكذا ذكر صاحب «الحاوي».

وقال صاحب «المهذب» و«الشامل» والغزالي: أول ما ينظر في أمر المحبوسين، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: أول ما ينظر في أمر المحبوسين، وطريقة طلب ديوان الحكم ممن كان قاضيًا قبله فيها ذكر المحبوسين، فإذا حضرت بين يديه تصفحها واستعلم أحوالهم منها، ثم أمر مناديًا ينادي ثلاثةً إن اتسعت خطة البلد، أو يومًا واحدًا إن لم تتسع: إن الإمام عازم على كشف حال المحبوسين في اليوم الفلاني، فمن كان له غريم محبوس فليحضر.

قال الماوردي والبندنيجي: وليكن اليوم الرابع من ندائه إذا نادى ثلاثًا عند الحاجة إليه.

قال في «البحر»: وقيل ينادي هكذا أولًا، ثم يبعث الثقة فيكتب أسماء المحبوسين.

قال ابن الرفعة: وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي والرافعي، قال الروياني: ولا بأس به عندي، انتهى.

....

ثم إن أمكن إحضارهم جملة واحدة أحضرهم وكشف حال واحد واحد بالقرعة وإن لم يمكن إحضارهم واحدًا واحدًا من السجن بالقرعة من السجن، انتهى.

وعبارة الرافعي: ويبعث إلى الحبس أمينًا من أمنائه ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به ومن حبس له في رقعة، وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب أن يبعث أمينين، وهو أحوط فإذا جلس اليوم الموعود وحضر الناس صبت الرقاع بين يديه، فيأخذ واحدة وينظر في اسم المثبت فيها ويسأل عن خصمه، فمن قال: أنا خصمه، بعث ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويخرجه، وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر ما تعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم، قال: وفي «أمالي» أبي الفرج أنه يقرع بينهم للبداية، انتهى.

وعن «البحر» أنه يرسل أولًا رجلين من أمنائه، وساق ما تقدم من عبارة الرافعي، قال: وقال بعض أصحابنا: يبعث ثقة ولا يتعين العدد.

قال الروياني: وعندي الاحتياط في العدد، ويجوز أن يقتصر على واحدٍ؛ لأن طريقه الخير، انتهى.

وما في «الأمالي» هو ما أورده الماوردي وجماعة وما في «الأمالي» من الأنواع هو الأحسن الأقيس، وعليه اقتصر القاضيان ابن أبي الدم وابن شداد.

قال: ولا يؤخر بعد النداء النظر في أمرهم، فإذا اجتمع الخصوم وازدحم المحبوسون أقرع بينهم لا بين الخصوم؛ لأن النظر للمحبوس، فإذا وقعت القرعة لواحدٍ أخرجه من الحبس ونادى بإحضار خصمه، ولا يحتاج إلى إذن خصمه في إخراجه؛ لأنه يخرج لحقه لا لحق حابسه، ثم إن كان الحبس قريبًا لم يخرج الثاني إلا بعد فراغه من الأول، وإن كان بعيدًا عن مجلس الحكم أخرج بالقرعة كل من يقدر على النظر في حقهم في يومه، انتهى.

وكذا قال في «البحر»: إنه لا يحتاج إلى إذن خصمه في إحضاره قال: وقيل إذا تبين خصم للمحبوس الذي خرجت القرعة له وجهه القاضي مع أمينه

فَمَنْ قَالَ حُبِسْت بِحَقٍّ أَدَامَهُ، أَوْ ظُلْمًا فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ.

إلى الحبس حتى يأخذ بيد خصمه، ويأتي به إلى مجلس الحكم، وهذا ما أورده أبو الطيب وابن الصباغ، وهو أحسن؛ لأنه أطيب لقلب الخصم فيتوجه أو يوجه عنه من يراه.

قال: (**فَمَنْ قَالَ: حُبِسْت بِحَقٍّ أَدَامَهُ، أَوْ ظُلْمًا فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ، فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ لِيَحْضُرَ**) قال الرافعي: فإذا اجتمع المحبوس وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه.

وقال ابن شداد تبعًا للماوردي: وإذا تقدم المحبوس سأله عن سبب حبسه، ولم يقتصر على السؤال الأول في الحبس، فإن اتفق الجوابان عمل عليهما، وإن اختلفا عمل على أغلظهما فإن أثبت في ديوان الحكم حبسه قابله بما قاله في الأول والثاني، وعمل على أغلظ الأحوال الثلاثة، انتهى.

قال الرافعي والجواب يفرض على وجوه:

منها: أن يعترف بالحبس بالحق، فإن كان ما حبس به مالًا أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما ذكرنا في التفليس، ثم إذا لم يؤدِّ ولم يثبت الإعسار؛ فيُرد إلى الحبس، وإن أدى أو أثبت الإعسار نودي عليه، فلعل له خصم آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر أحد خلي، وإن كان ما حبس به حدًا أقيم عليه، وخلي على ما ذكرنا، انتهى.

وذكر الماوردي هنا تفاصيل حسنة أوردتها في «الغنية» يتعين الوقوف عليها لما تضمنته من الفوائد والزوائد.

ومنها: أن يقول شهدت على البينة فحبسني القاضي ليبحث عن حال الشهود فللأصحاب في جواز الحبس اختلاف يأتي، فإن قلنا: لا يحبس به لم يرده إلى الحبس، وإن قلنا: يحبس رده، وبحث عن حال الشهود، انتهى.

وقال الماوردي: إن قيل بجواز حبسه لم يجز إطلاقه ولا إعادته إلى حبسه من غير استدعاء خصومه؛ لبقائه على حاله، وإن قيل: لا يجوز حبسه نظر،

……

فإن كان القاضي قد قال: حكمت بحبسه لزمه حبسه؛ لأنه حبسه باجتهاده، ولم يجز إطلاقه، وإن لم يقل قد حكمت بحبسه وجب إطلاقه لكن لا يعجل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيام أن القاضي قد حكم بإطلاق فلان من حبسه، فإن كان له خصم قد حبس له؛ فليحضر، ثم يطلقه بعد الثلاثة.

قال ابن أبي الدم: وفيما قاله الماوردي نظران: أحدهما: إنه قال: وإن قلنا: لا يجوز حبسه للأول، فهذا إذا لم ير ذلك رأيًا ومذهبًا، وإلا فلو رأى الأول حبسه، وحبسه جاز ذلك قولًا واحدًا؛ لأنها مسألة مجتهد فيها، ثم إذا رأى القاضي الأول حبسه؛ فالثاني إن رأى حبسه سائغًا بذلك فله استدامته قولًا واحدًا، وإن لم يره والتفريع أن القاضي الأول رأى جوازه وحبسه، فهل يديم الثاني حبسه بطلب الخصم إمضاء لفعل الحاكم الأول أو يطلقه؟ فيه وجهان، النظر الثاني أنه قال: إن قال الأول: حكمت بحبسه لزم الثاني حبسه وإلا أطلقه الثاني، وفي هذا إشارة إلى أن فعل الحاكم أوامره بالفعل ليس بحكم إنما الحكم قوله لفظًا: حكمت بكذا أو لفظة أخرى تقوم مقامها، ويلزم عليه أنه لو ثبت عليه قصاص ثم أمر بقتله أن أمره لا يكون حكمًا، وهكذا أمر رب الدين بعد ثبوته بأخذ دينه من مال المديون حيث يجوز ذلك أنه لا يكون حكمًا بل لا بد من التلفظ بالحكم، وهذا عندي فيه تردد ظاهر.

ثم ناقض قوله هذا فإنه قال متصلًا بما ذكره: أما إذا قال: حبسني تعديًا بغير حق ولغير خصم فدعواه تخالف الظاهر من أحوال القضاة وحبسه حكم فلا ينقض إلا بتعين الفساد، فقوله: وحبسه حكم، دليل على ما ذكرناه قطعًا، انتهى.

قال ابن الرفعة: وكان الجواب عمًا ادعاه من المناقضة أن الحبس حكم بالحق لا حكم بالحبس، والكلام هاهنا في الحبس لا في الحق، وفي «تعليق» القاضي: إنه إذا قال: حبسني بشهود غير عدول لم تقبل، ولكن يسأل عن عدالتهم، فإن كانوا عدولًا حبسه، وهل يحبسه في المدة التي يتعرف فيها أحوال الشهود؟ فعلى وجهين، انتهى، وسيأتي أن تصرفاته هل هي حكم؟ وبيان ما في ذلك من الاضطراب.

ومنها: أن يقول: حبست بخمرٍ أو كلب أتلفته على ذمي، والقاضي لا يعتقد التغريم بذلك، فأصح القولين أنه يمضيه، والثاني يتوقف، ويسعى في اصطلاحهما على شيء، هذا لفظ الرافعي، وكان الأحسن أن يقول: خمر أو خنزير أتلفته على ذمي، كعبارة الماوردي وغيره؛ لأن الكلب الصائد مضمون للمسلم عند مالك وأبي حنيفة كالشاة، ولا يختص ضمانه بالذمي.

ولفظ «الحاوي» فيما رأيته: وإن كان القاضي الأول حنفيًّا يرى وجوب الغرم في الحبس، والثاني يرى مذهب الشافعي لم ينقض حكم الأول لنفوذه في اجتهاد مسوغ، وفي وجوب إمضائه على الثاني قولان: أحدهما: يجب عليه أن يمضيه، ولا يحكم به ويلزم المحبوس حكم إقراره، والثاني: لا يمضيه لبطلانه عنده ويعيده إلى حبسه من غير أن يلزمه القضاء؛ لأنه لا يراه ولا يطلقه؛ لأنه لا ينقض الحكم به وأقره فيه حتى يصطلحا، انتهى.

ولفظ ابن شداد في نقله عنه: فيه قولان: أحدهما: يجب عليه إمضاء حكم الأول ويلزم المحبوس حكم إقراره وأغفل لفظ: ولا يحكم به، ثم ساق في كلامه ما ذكرناه، ثم قال: وقال صاحب «الشامل»: فيه قولان: أحدهما: لا يغرمه، ولكن يتوقف ويجتهد أن يصطلحا؛ لأنه لا يمكنه نقض ما فعله الأول باجتهاده ولا يمكنه إلزامه الغرم؛ لأنه عنده لا يستحق، والثاني: أنه ينفذ حكم الأول ولا يتوقف فيه، وهذا ما في «الذخائر» وما ذكره الماوردي أجمع وقوة كلام «الشامل» والرافعي يفهم أنه على قول الوقف أنه لا يعيده إلى الحبس بخلاف صريح الماوردي.

ومنها: أن يقول: حبست ظلمًا، فإن كان الخصم معه فعليه الحجة، والقول قول المحبوس مع يمينه، وإن ذكر خصمًا حاضرًا في البلد فوجهان: أحدهما: أنه يطلق؛ لأن الأصل أنه لا شيء عليه، والخصم يحتاج إلى حجة فيستأنف الخصومة ويقيم الحجة متى شاء وأظهرها أنه يحضر الخصم أولًا، فإن الظاهر أنه حبس بحق، ثم إذا حضر فالحكم على ما ذكرنا، وإن ذكر خصمًا غائبًا فطريقان: أحدهما: القطع بأنه يطلق؛ لأن الحبس عذاب وانتظار الغائب

....

يطول، وأظهرهما أنه على وجهين، فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل، وإن قلنا: لا يطلق فيكتب إلى خصمه ليعجل الحضور، فإن لم يفعل فحينئذ يطلق، وإن قال: لا خصم لي أصلًا، أو قال: لا أدري لما حبست، نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يحضر أحد حلف وأطلق، وإنما حلف هاهنا ولم يحلف في الأجوبة السابقة؛ لأن هناك ظهر الخصم وفضل الأمر فدعوى أنه ليس له خصم آخر لا يخالف الظاهر، وأما الحبس من غير خصم فإنه خلاف الظاهر.

قال في «الوسيط» أي تبعًا لإمامه: وفي مدة المناداة لا يحبس ولا يخلى بالكلية، لكن يرتقب، وحكى في «الذخائر» و«البسيط» وجهًا آخر عن الفوراني أنه يخلى على الفور، فإن المراقبة تعذيب والأمر فيها يطول، انتهى.

ولعل المراد أنه يراقب من حيث لا يشعر، وأحسبني رأيته كذلك وإلا فالتوكيل به أخو الحبس كما قاله الإمام أو أشق.

قال الرافعي: وحيث أطلق من ادعى أنه مظلوم فهل يطالب بكفيل؟

فيه وجهان: أظهرهما: لا، ثم قال في كلامه على ألفاظ «الوجيز» تفريعًا على الإطلاق: ثم إذا حضر خصمه مجلس الحكم وادعى عليه فعليه إتيان الحق الذي يدعيه ببينة تقوم على نفس الحق أو على أن القاضي المصروف حكم عليه بذلك.

وفي «أمالي» أبي الفرج: إنه يكفي لاستدامة الحبس قيام البينة أن القاضي المصروف حبسه بحق هذا المدعي، وإن لم يبين جنس الدين وقدره، انتهى.

وفي «البحر»: إنه إذا ادعى أنه حبس في غير حق نودي عليه ثلاثة أيام: ألا من كان له عند فلان بن فلان حق فليحضر في يوم كذا فإن القاضي عازم على إطلاقه من السجن.

وفي «تعليق» القاضي الحسين أن بعضهم قال: ينادى عليه ساعة أو ساعتين، فإن كان له خصم وإلا خلي سبيله، وقال بعضهم: ينادى عليه حتى يشتهر في البلد.

....

وما ذكره الرافعي من تحليفه هو المشهور، وكيفيته أن يحلف بالله أنه حبس بغير حق كما قاله القاضي أبو الطيب.

وفي «الذخائر» صورة: لا أدري لم حبست، وحُكِي فيها نحو ما ذكره القاضي الحسين ولم يتعرض لتحليفه.

قال ابن الرفعة: وفهمت مما حكاه القاضي عن بعضهم أنه لا يحتاج في الإطلاق إلى اليمين، وجزم الفوراني بأنه إذا قال: حُبست بظلم، لا يقبل قوله.

وفي «الحاوي»: إن دعواه مخالفة للظاهر من أحوال القضاة، أي: قضاة العدل.

قال: وحبسه حكم لا ينتقض إلا بيقين الفساد ويطلب منه البينة، فإن شهدت أنه حبسه بحق عزر، وإن شهدت أنه حبسه بظلم نادى عليه ثلاثةً كما ذكرنا، ثم يطلق إن لم يحضر خصم، وإن لم يبينه بأحد الأمرين أعاده إلى الحبس ويكشف عن حاله حتى يأنس بعد الكشف من ظهور حق عليه ويطالبه بكفيل بنفسه؛ لأن الحبس واجب عليه، فإن عدم كفيلًا استظهر في بقاء حبسه على طلب كفيل، ثم يطلقه عند إعوازه، وهذا غاية ما يقدر عليه القاضي هذا حاصل «الحاوي».

وفي «البحر»: لو قال: حبسني ظلمًا، عن الحاكم لم يقبل منه؛ لأنه خلاف الظاهر كما لو قال: حبسني الحاكم ظلمًا، وقيل: إن كان فلان حاضرًا أحضر حتى يقيم البينة أن له عليه حقًا وإلا أطلق، وإن كان غائبًا فوجهان: أحدهما: يطلق؛ لأن الأصل ألا حبس، والثاني: لا؛ لأن الظاهر أنه حبسه القاضي بحقٍ، ذكره بعض أصحابنا بخراسان، يعني الفوراني في «الإبانة».

والإمام حكى الوجهين في حال الغيبة البعيدة عن بعض المصنفين وعناه أيضًا، وقال: أنا على القول بعدم الإطلاق يكتب إلى الموضع الذي فيه الخصم حتى يحرص على إظهار حجته، فإن قصر أحلفناه وعلى مقابله يراقب، فأما الرد إلى الحبس فإدامة للعذاب، ولا سبيل إليه.

قال: وقد يرى الإنسان في مجموعات الأصحاب عبارات موهمة، انتهى.

فَرْعٌ: في «الوسيط» و«الوجيز» أن القاضي يطلق من كان الأول حبسه تعزيرًا.

قال الرافعي: وسكتت معظم الكتب عنه، ولعل وجهه أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت عنه الجناية، ولا يدري هل كان الحاكم المصروف يديم حبسه لو لم يصرف؟ لكن لو تلفت جنايته عند الثاني، وقد صرح الماوردي ورأى إدامة حبسه فالقياس الجواز، انتهى.

وقال ابن الصلاح: إن كلام الغزالي محمول على ما إذا كان فيما مضى من حبسه كفاية في تعزيره، وهو صحيح فيما إذا علم الثاني جنايته، وقد صرح الماوردي بالمسألة لكنه قصرها على تعزير اللدود وعليه اقتصر ابن شداد.

إشارات: تتعلق بلفظ المصنف وغيره قوله: فمن قال: حبست بحق إدامة عبارة «المحرر» فإن اعترف أنه حبس بالحق أمضى عليه الحكم، وصورتها كما قاله الإمام وغيره أن يقر أنه حُبِس بحق، وصورها في «الشامل» وغيره بما إذا أقر أنه حُبِسَ بدين، وهو قادر أو أنه حُبِسَ بثمن مبيع أو قرض أو عن غصب ولم يقم بينة بتلفه.

وقال الماوردي: الخامس أن يقول: حبسني لخصم بحقٍ، فإذا حضر الخصم وطلب، فإن كان الحق في بدن كقصاص وحد قذف فالحبس غير مستحق؛ لأنه يمكن تعجيل استيفائه فيستوفى ويخلى بعد النداء عليه على ما بيناه، وإن كان بحق مالي نظر إن كان عينًا فإن استحق بعقد حكم فيها بما يقتضيه العقد، وإن استحق بغيره كالغصوب، فإن ثبت عند القاضي عنه حكم الثاني بتسليمه إليه أو بإقراره رفع يده عنه، ولم يحكم بتسليمه إليه لجواز أن يكون لغيره، ولا يمنع المدعي منه وإن كان مالًا في الذمة فيأمره بقضائه إن كان ماليًّا، وإن ادعى الإعسار نظر في سبب الاستحقاق، فإن كان في مقابله قال: صار إليه كثمن مبيع أو قرض لم تقبل دعوى الإعسار إلا بعد الكشف،

ثُمَّ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَمَنْ ادَّعَى وِصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ.

وإن كان عن غير مال صار إليه كقيم المتلفات أو مهر مثل أو صداق صدق في إعساره بيمينه ووجب إطلاقه بعد النداء عليه على ما بيناه، وذكر ما سقناه عنه في «الغنية» من إقامة الخصم البينة بأن له كذا.

قلت: وقد يفهم من قول المصنف: بحق، أنه إذا كان حُبِسَ تعزيرًا للدد أو غيره أنه يديمه وقد بينا ما قيل فيه، ولا خفاء أنه لو قضى الأول بحبسه مدة معينة يجوز حبس المعزر إليها أن الثاني يديمه إلى نهايتها.

وقوله: فإن كان غائبًا كتب إليه ليحضر، أي: أو يوكل، وقياس ما سلف أن يقال: كتب إلى قاضي بلده لا إليه نفسه، ويشبه أنه المراد إذ لا يكتب القاضي إلى من لا يعرفه ولا إلى بعض من يعرفه، والغرض إعلامه كيف اتفق ولو باطلاع عدل فيما أراه سبق كلام الرافعي في أن الخصم تارة يحضر معه المجلس وتارة يكون حاضرًا في البلد لا المجلس، وحكى فيها وجهين، وحكى فيما إذا كان غائبًا عن البلد طريقين كما تقدم إلى قوله: فإن قلنا: يطلق فيحسن أن يؤخذ منه كفيل، وإن قلنا: لا يطلق، فيكتب إلى خصمه في الحضور، ولم يرجح شيئًا، ووقع في «الروضة»: وإن قلنا: لا يطلق حبس أو يؤخذ منه كفيل، وهو خلاف ما في «الشرحين» وأغفل صورة ما إذا كان حاضرًا في البلد لا المجلس لسقوطها من نسخ، وأغفل التفريع وما ذكر عن أبي الفرج في الكلام على لفظ «الوجيز».

قال: (**ثُمَّ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَمَنْ ادَّعَى وِصَايَةً سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ**) إذا فرغ من المحبوسين نظر أولًا في أمر الأيتام الذين في عمله والأوصياء عليهم، وكذا على المجانين والسفهاء وعلى تفرقة الصدقات، وكذا سائر الجهات العامة لتوليهم مال من لا يملك المطالبة ولا يعبر عن نفسه فكان النظر فيهم أولى.

قال الماوردي: ويبدأ بمن يرى من الأوصياء من غير قرعة بخلاف

....

المحبوسين؛ لأن النظر فيهم لهم وهاهنا عليهم لا لهم ما إذا كان الأوصياء عليهم في عمله، وللولي عليهم في غيره فنظره في ذلك مبني على أنه هل له في ذلك المال الذي في عمله لهم أم لا؟

تردد فيه جواب القاضي الحسين والأصح في «أدب القضاء» لابن أبي الدم: وإليه مال الإمام، وسبيل تصرفه فيه كتصرفه في أموال الغُيَّب، وسيأتي بيانه.

وإطلاق الرافعي والمصنف وغيرهما يفهم القول بمقابله، ثم نظره في الأوصياء بعد ثبوت الوصاية لديه، إما تنفيذ من قبله لها، وإما بقيام بينة عنده بها يكون باختياره في أمانته وقوته وسيجده لا يخلو فيها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون أمينًا كافيًا فيقره وليس له أن يشتد به، وسبق عن الإمام ووالده كلام فيما إذا كان الموصي جعل له جعلًا ووجد القاضي متبرعًا فراجعه.

الثاني: أن يكون أمينًا ضعيفًا لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية إما لكثرة المال أو لضعفه في نفسه، فعلى القاضي أن يضم من أمنائه من يقوى به ولا يرفع يده.

قلت: هذا ظاهر إذا كانا متبرعين أما لو كانا مستجعلين فهو موضع نظر يحوج إلى تفصيل وفكر فيما يصنع في ذلك.

الثالث: أن يكون خائنًا في الأمانة، فاسقًا في الديانة؛ فيجب انتزاعها منه، وردها إلى أمين كافٍ غيره.

الرابع: أن يكون ثقة في الأمانة، فاسقًا في الديانة، فينظر فإن كانت الوصية على أطفال ونحوهم أو تفرقة الثلث في غير معينين انتزعها منه وردها إلى أمين، وإن كانت في تفرقته على معيّنين أو قضاء دين لمسميين.

قال الماوردي: جاز أن يقرها في يده، والفرق أن تلك ولاية واجتهاد وليس الفاسق من أهلها، وهذه مقصودة بالتعيين على التقيد دون اجتهاد، والمذكور في «البحر» وغيره إطلاق القول بنزع المال منه في حال قوة أمانته وفسقه في الديانة، وعليه ينطبق إيراد كثيرين وإطلاقهم أنه ينتزع المال من

……

المال؛ لأن فسقه في الديانة قد يجره فسقه في الأمانة.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: بقي حالة خامسة: وهي أن يشك القاضي في عدالته، وقد حُكِي فيها وجهان في «الشامل» وغيره أحدهما عن الإصطخري أنه يقول: المال في يده، والثاني: عن أبي إسحاق واختاره صاحب «المرشد» أنه ينزعه منه حتى يتحقق عدالته، والأول أقرب إلى كلام الشيخين بل هو ظاهر كلام الجمهور، ولك أن تسأل عن صورة المسألة هي فيما إذا قامت بينة عنده بأصل الوصية، ثم بعدالة الوصي من غير أن يتقدم لغيره من الحكام، نظر في ذلك بتنفيذ أو غيره، وبقي عنده مع البينة شك، أو هي فيما إذا نفذ غيره الوصية، والذي قاله البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما: إنه لو أقام الوصي بينة بأن القاضي المتصرف بعد وصيته، وأطلق تصرفه في المال لم يكن للثاني التعرض له، ويمضيه على ما ثبت عنده من حكم الأول؛ لأن الظاهر أن الأول لم ينفذه إلا بعد ثبوت أهليته نعم يراعيه، فإن تغير حاله إلى حالة من الأحوال الثلاث عامله بما ذكرناه.

ولعل صورة الفرع فيما إذا طرأ له الشك في عدالته بعد ظهورها له على كلا التقديرين، ويجب أن يكون ما ذكرناه من التقدير الثاني فيما إذا كان القاضي الأول من أهل الدين والستر والعلم وإلا فلا عبرة بما تقدم منه من ذلك، بل هو كالعدم أو شر منه.

وذكر القاضي الإمام أبو الحسن السبكي - رحمه الله - في أواخر المساقاة من «شرحه» تفقهًا أن هل للقاضي أن يضم إلى الوصي غيره بمجرد الريبة من غير ثبوت خلل؟ الذي يظهر من كلام الأصحاب والرافعي هنا المنع وفساد الزمان يقتضي الجواز ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

قال: وهذه المسألة لم أرها منقولة، وقد يقال: يتخرج على جواز الحكم مع الريبة، وفيه وجهان هذا في الابتداء، أما في الدوام فلا ترفع يده بالريبة، وأما ضم آخر إليه فالذي أراه الجواز ابتداء ودوامًا؛ لأنه إذا جاز عند أمانته

....

وضعفه ضم آخر إليه فعند الريبة أولى، انتهى.

وهذه الأولية محتملة إذا كانا متبرعين، ثم ما ذكره إنما يجيء على قول الإصطخري، أما على قول أبي إسحاق فينزع المال منه، ويشبه أن يقال: إن قويت الريبة ضم إليه أمينًا، وإن ضعفت فلا؛ لما فيه من الحجر عليه ومشاركته في ولايته من غير سبب أو قرينة ظاهرة تقتضي ذلك، وهذا إذا كان الأمين متبرعًا، أما لو كان مستجعلًا فلا ينبغي الضم إلا عند الضعف للضرورة اللهم إلا أن يحصل بضمه ضعف أو إضعاف ما يجعل له.

ولو كان للوصي جعل فهل نقول: يشاركه المضموم فيه إذا لم يتبرع بالعمل أو يجعل القاضي له جعلًا آخر بحسب العمل؟ هذا موضع نظر واجتهاد من أهله.

الثاني: إذا قلنا: يقر المال في يده لو كان موجودًا، فلو لم يجده وادعى أنه صرفه في جهاته.

قال ابن الرفعة: قال الرافعي: فإن كان مستحقوه بالوصية معينين لم يتعرض له؛ لأنهم يطالبوه لو لم يصل إليهم، وإن كانوا غير معينين فالقول قوله ولا يضمنه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إن للوصي إذا كان قد نفذ الوصاية وفرغ فالقاضي بالخيار إن شاء حاسبه، وإن شاء ترك.

قلت: وهو اختيار اجتهاد لا خيار شهوة.

قال: وفي الحالة التي ينزع المال من يده لو كان باقيًا فلو كان قد تصرف فيه.

قال الماوردي وغيره: إن كان مستحقه متعينًا بالوصية تبرعًا أو في وفاء دين فلا يتعرض له والمستحق هو المخاصم، وإن كان غير معين أو كان طفلًا، أي: ونحوه.

قال الماوردي: فإن كان فسقه خفيًا يفتقر إلى اجتهاد نقد تصرفه، ولم يضمن إلا بالتعدي ما لم يحكم القاضي بفسقه، وإن كان فسقه ظاهرًا لا يفتقر

....

إلى اجتهاد رد تصرفه وغرمه إذا لم يمكن بالتدارك كما إذا فرق على المساكين.

قال: وليس له أن يرجع على المساكين بما فرقه، وإن صدقوه على الوصية؛ لأنه يقر بوصوله إليهم بحق.

وفي «المهذب» حكاية وجهين في ضمانه في هذه الصورة، ووجه المنع بأنه دفعه إلى مستحقه فهم كالمعينين، والمختار في «المرشد» الأول، وأطلق الرافعي القول بالضمان عند وجوده فاسقًا؛ لتصرفه لا عن ولاية من غير تفصيل بين فسق خفي وظاهر، نعم حكي أنه لو ادعى أنه فرق الثلث الموصى به لغير معين خوفًا عليه من أن يضع وجهين في ضمانه، وأظهرهما الوجوب، ويظهر أنه يبني الخلاف فيما إذا فرقه الوصي الفاسق في حال الخوف ما إذا فرقه من ليس بوصي في هذه الحالة، وهو عدل، وفيه وجهان، فإن ضمناه وهو الصحيح في «تعليق» القاضي أبي الطيب والمختار في «المرشد» فالوصي الفاسق أولى وإلا فوجهان، وإذا جمعت بين نقل «المهذب» وغيره واختصرت قلت في ضمانه عند تفرقته في غير معين ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان في حال الخوف عليه لم يضمن وإلا ضمن، وقد اتفق الكل على أن يستحق إليك لو كان معينًا لم يضمن ولا الأجنبي وإن لم، ثم خوف لا للمعين الاستقلال بالأخذ، انتهى.

قلت: في «روضة» شريح الروياني: إنه إذا أوصى عليه بتفريق مال ففرق وكان عدلًا جاز، وإن كان فاسقًا فإن كانت الوصية لفقراء غير معينين ضمن، وإن كانت لمعينين قال جدي: يجوز في أظهر الجوابين؛ لأنهم لو أخذوا المال من غير دفعه جاز، انتهى لفظه.

والظاهر أن المراد إجراء الدفع وأنه لا يضمن على المرجح؛ لأنه ساق الكلام فيه؛ لأن الخلاف في جواز التفريق مع بقاء المال في يده، والله أعلم.

الثالث: إذا فرغ من النظر في أمر الأوصياء نظر في أمناء القاضي الذي كان قبله المنصوبين للنظر في أموال الأيتام والمحجور عليهم الذين هم أوصياء لهم، وكذا في تفرقة الوصايا لما سبق.

قال الماوردي: والخيرة في التقديم إليه، فإن كانوا باقين على حالهم عدالة وكفاية أقرهم.

قال ابن الصباغ: ولا يحتاج إلى تولية؛ لأن من قبله ولاهم.

قلت: وهذا جواب على أنهم لا ينعزلون بموت القاضي الأول وانعزاله، وأما إذا قلنا: ينعزلون كسائر خلفائه كما سبق بيانه بما فيه فلا بدّ من تولية جديدة فاعلم، وإن كان قد تغير حال أحدهم بفسق عزله أو بضعفٍ ضم إليه معينًا.

قال ابن الرفعة: وفي «تعليق» القاضي الحسين و«البحر»: إنه بالخيار إن شاء انتزع ذلك منه عند بقائه على الاستقامة، وإن شاء أقره وحده أو ضم إليه غيره، والأمر في باقي الأحكام على ما سبق في الأوصياء، ولا بد من إقامة البينة على أن القاضي المنصرف قد ولاه ولا يكفي قول المنصرف: إني وليته، فلو لم يقم بينة بكل ما اتفق وادعى غرمه على اليتيم وعلى غيره حكمه فيه كالمستولي عليه من غير تولية أحد، قاله القاضي الحسين.

وإذا فعل الأمين ما لا يجوز عن جهل لم ينعزل ويرد فعله، فإن أمكن استدراكه لم يغرمه وإلا غرمه، وسبق بيان ما إذا ادعى الأمين أجرة قدرها القاضي المنصرفة له، وأنه إذا لم تكن بينة ففي الأجرة وجهان أو قولان.

قال الماوردي وغيره: إنهما مأخوذان من الخلاف فيما إذا ادعى الراكب الإعارة والمالك الإجارة، وذكرنا أنه أوجه من البناء الذي ذكره الإمام.

واعلم أن كلامهم مصرح بتقديم النظر في الأوصياء على النظر في أمناء الحاكم على الأيتام ونحوهم، وهو ظاهر فيما إذا كان الحاكم المنصرف عدلًا مرضيًا، أما لو كان فاسقًا خائنًا فالمتجه أن يبدأ القاضي الجديد في أمر منصوبيه، فإن الغالب أنه إنما ينصب أمثاله فالمبادرة إلى النظر فيهم أهم من البداءة بالأوصياء من قبل الآباء، قال الماوردي: على القاضي، وعبارة «البحر»: يجب على القاضي بعد تصفح حال الأمناء والأوصياء أن يثبت في ديوانه حال كل أمين ووصي وما في يده من الأموال، ومن يلي عليه من الأيتام

……

ليكون حجة في الجهتين، فإن وجد ذكره في ديوان القاضي الأول عارض به وعمل بأحوطهما، انتهى.

ثم إذا فرغ من الأمناء قال الرافعي: ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها وفي اللقط والضوال، فما لا يجوز تملكه للملتقط أو يجوز، ولم يختر تملكه بعد الحول حفظه على صاحبه أو باعه وحفظ ثمنه لمصلحة المالك، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال، ويقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحادثة أو فيما هو فيه، انتهى.

وفي جواز الخلط نظر إذا لم يظهر فيه مصلحة للمالك ولا دعت إليه حاجة بيت المال، وفي نظر القاضي في أموال بيت المال كلام قدمنا بعضه.

وقال الماوردي: ينظر في الوقوف العامة والخاصة.

أما العامة: فلأن مستحقيها لا يتعينون فلم يقف النظر على مطالب.

وأما الخاصة: فلأن مفضاها إلى من لا يتعين من الفقراء والمساكين، ويكون نظره هل أفضت إليهم أم لا؟ وهل يستحق الولاية على من تعين منهم لصغر أو جنون أو سفه؟ وليعلم سبلها فيحمل على شروط واقفيها.

وإن تغير حال الوالي عليها فعلى ما قدمناه في الأولياء، ومن تمام نظره فيها يعاهدها بالأسجال عند تطاول المدة لتكون الحجة باقية ومثبتة في ديوانه.

وفي كتاب الجزية من «الشامل»: يستحب للقضاة أن يجددوا إسجالات الوقوف التي في ديوانهم كلما مضى فيه زمان يخاف فيه موت الشهود.

وحكى القاضي أبو الطيب هذا هناك عن لفظ الشافعي، وأنه علله بكيلا ينقرض شهودها فيؤدي ذلك إلى خفاها وبطلان الوقوف يعني تملكها واستهلاكها.

قلت: ويقوى إيجاب ذلك في هذا الزمان، والله أعلم.

وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًا مُكَاتِبًا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلَّاتٍ،

قال: (**وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًا مُكَاتِبًا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرَ وَسِجِلَّاتٍ**) قال الرافعي: يرتب القاضي بعد ما ذكرنا أمر الكاتب والمزكي والمترجم.

قلت: جواز اتخاذ الكاتب لا شك فيه، وقد يجب إذا كان القاضي أميًّا لا يكتب وجوز توليته أو كثرت الحاجة إلى ذلك لاتساع عمله.

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: يستحب اتخاذه؛ لأن النبي ﷺ كان له كُتّاب وكذلك الخلفاء الأربعة ﷺ والمعنى فيه أن الحاكم مشغول بالحكم والاجتهاد فاشتغاله بالكتابة يقطعه عن ذلك، وموضع الاستحباب إذا كان الكاتب لا يطلب أجرًا أو طلب وكان له رزق من بيت المال، أما إذا لم يكن في بيت المال ما يرزق منه الكاتب.

فقد قال البغوي في كتاب «القسمة»: إنه لا يعين في هذه الحالة كاتبًا، وعبارة الرافعي في كلامه على رزق القاضي وأعوانه: وإن لم يكن في بيت المال مال فلا يعين قسامًا ولا كاتبًا كيلا يغالي في الأجرة.

وقال القاضي الحسين هناك: إنه لا يجوز أن يعين له كاتبًا، وقال جماعة منهم الفوراني والروياني: لا يستحب له اتخاذ كاتب معلوم؛ لأنه يؤدي إلى التحامل على الناس، ولكنه يخلي بينهم وبين من يستأجرونه.

قلت: وهذا حسن إذا كان هناك جمع أهل لذلك الأهلية المعتبرة، أما لو انفرد واحد أو جماعة لا تندفع الحاجة بدونهم تعينوا بحكم الحاجة وعدم من يشاركهم في ذلك ويتخذ من العدد ما يقع به الكفاية.

وقال شريح الروياني في باب تعيين الحاكم الشهود: وليس له تعيين الشهود في البلد، وله أن يعين من يكتب الوثائق في أصح الوجهين، وأما اشتراط إسلامه فهو المذهب الصحيح وقيل: يجوز كونه كافرًا؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن فيه الخيانة وهذا قضية كلام «التنبيه».

قال ابن الرفعة: وحُكِي عن «البيان» تصحيحه.

وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ، وَوُفُورُ عَقْلٍ، وَجَوْدَةُ خَطٍّ، ....

قلت: ولم أرَ في «البيان» إلا حكايته، وكأن قائله أخذه من قول الشافعي في «الأم» ما ينبغي لقاضٍ ولا والٍ أن يتخذ كاتبًا ذميًّا، ولا يضع الذمي موضعًا يفضل فيه مسلمًا ويعز على المسلمين أن تكون لهم حاجة إلى غير أهل دينهم، والقاضي أقل الخلق في هذا عذرًا، انتهى.

فظن أنه أراد الكراهة والجمهور على المنع وهو الصواب لنهي القرآن عن اتخاذ بطانة من غيرنا.

قال ابن القاص: أجمع الشافعي والكوفي على ألا يجوز للقاضي أن يتخذ كاتبًا لأمور القضاء إلا مسلمًا عدلًا جائز الشهادة حرًا بالغًا، انتهى.

وهذا الوجه الشاذ لا يجيء فيما أراه إذا كان القاضي أميًّا، وجوزناه وينبغي أن يشترط العدد في كاتبه، وأن يقرأ عليه الكتاب معًا، ويشهدا بذلك ثم يمضيه، وإذا جوزنا كونه كافرًا جاز كونه فاسقًا، وعلى هذا الوجه لا بد أن يكون ثقة غير معروف بكذب ولا تزوير، كما أشار إليه العمراني.

وأما اشتراط كون الكاتب عارفًا بكتابة المحاضر والسجلات وغيرها من الكتب الحكيمات فظاهر لئلا يفسدها، ولا خفاء في اشتراط ذكورته، وصرحوا باشتراط حريته، وسبق عن النص ومن يجوز كونه كافرًا وفاسقًا يجوز كونه رقيقًا فيما أراه، وأما المزكي وما يعتبر فيه فسيذكره من بعد.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ فِقْهٌ**) أي: لئلا يؤتي من جهل.

(**وَوُفُورُ عَقْلٍ**) أي: لئلا يخدع ويدلس عليه.

(**وَجَوْدَةُ خَطٍّ**) أي: ليزين ما يكتبه ولا يترك فسحة يمكن إلحاق شيء منها يفسد المعنى، ويوضحه فلا يكتب السبعة مثل التسعة وما أشبه ذلك، ويروى عن علي ﷺ: «الخط الحسن يزيد الحق وضوحًا» واعلم أنه وقع هنا خبط.

فقال ابن الرفعة في «الكفاية»: الرابعة: الفقه ليعلم صحة ما يكتبه من فساده، وقد وافق الشيخ على استحباب هذا الوصف القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر» وإليه يرشد قول الشافعي، ويحرص أن يكون فقيهًا، والمراد

....

بالفقه هنا كما أشار إليه القاضي أبو الطيب والماوردي: الفقه في أحكام الكتابة وما يتعلق بالشروط من المحاضر والسجلات، واستعمال الألفاظ الموضوعة لها، والتحرز من الألفاظ المحملة، وفي ابن يونس أنه قيل: باشتراط وصف الفقه، وكلام الماوردي يشير إليه؛ لأنه قال في صفة الكاتب للقاضي ما ذكره الشافعي من أوصافه، وهي أربعة: العدالة والعقل والفقه والنزاهة، فإذا ظفر القاضي بمن فيه هذه الأوصاف الأربعة، وأرجو أن يظفر به جاز أن يستكتبه، وقضية ذلك أن تكون النزاهة شرطًا أيضًا، وهو ما يفهمه كلام صاحب «البحر» حيث قال: وتعتبر النزاهة كيلا يستمال بالطمع والقاضي أبو الطيب عطفها على الفقه، فأفهم أن المراد به الاستحباب، وإليه يرشد قول الشافعي، وبه صرح الرافعي، انتهى.

والظاهر الذي اقتضاه كلام الرافعي وغيره، ولا يجوز فرض خلاف فيه على المذهب اشتراط كونه عارفًا بما لا بد منه من الفقه في كتابه ما ذكروا أن الاستحباب فيما زاد على ذلك مما هو من باب التتمات والتكميلات والاحترازات عن مذهب المخالفين، وتأويلات الخصوم وغير ذلك من صفات الكمال، وهذا هو الوجه، ويتعين حمل كلام من أطلق استحباب الفقه عليه لا على إطلاقه، وعبارة «الحاوي»: الثالث: أن يكون فقيهًا ليعلم صحة ما يكتب من فساده، فإن لم يكن فقيهًا في الأحكام، فينبغي أن يكون فقيهًا في أحكام كتابته، وما يتعلق بالشروط.

وعبارة «البيان» وغيره: ومن شرط الكاتب أن يكون حافظًا لئلا يغلط، ويكون ثقة لئلا يزور عليه، وينقل عليه سره وأخبار مجلسه إلى غيره، ويستحب أن يكون فقيهًا يعرف مواقع الألفاظ، ويفرق بين الجائز والواجب، وأما صفة النزاهة فقال الرافعي: ويستحب أن يكون وافر العقل عفيفًا عن المطامع الفاسدة لِئَلَّا يُسْتَمَالَ بِالطَّمَعِ، انتهى.

وفي عبارته إيهام لا من ليس بعفيف عن المطامع الفاسدة لا يكون عدلًا، فإذن العفة عنها شرط، فالوجه طرح لفظة الفاسدة كما صنع في «الروضة»

والغرض أنه يستحب أن يكون عالي الهمة شريف النفس غير متطلع إلى طمع ورعًا، وأما العقل فقد ذكره الشافعي والأصحاب ولم يريدوا به ما يتعلق به التكليف، وإنما أريد به شدة العقل والذكاء والفهم حتى لا يخدع أو يدلس عليه.

قال ابن الرفعة: وقد جزم القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما باشتراط ذلك لظاهر النص والرافعي وافق الشيخ على استحباب ذلك، انتهى.

وأحسب القاضيان وغيرهما أرادوا أن يكون ضابطًا غير معقل كثير السهو والغلط، وذلك من شروط قبول الشهادة بلا نزاع، وإليه يرشد قول العمراني وغيره، ومن شرط الكاتب أن يكون حافظًا لا يغلط، ومراد من أطلق الاستحباب نازلًا على ذلك من الذكاء والفطنة والسقط التام، وحينئذ لا خلاف في المسألة، وأما جودة خطه وضبطه وحسنه ووضوحه فمن الكمالات بلا شك، واستحب الأصحاب فيه أن يكون حاسبًا؛ لأنه يحتاجه في كتب المقاسمات والمواريث.

قال ابن القاص في «أدب القضاء»: ويحرص أن يكون فصيحًا عالمًا بلغات الخصوم، ضابطًا لتغير العجمية إلى العربية فقيهًا فطنًا مسقطًا لا يؤتى من جهالة عاقلًا لا يخدع من غرة، نَزِهًا من الطمع لا يستمال بهدية، قوي الخط، قائم الحروف، عالمًا بمواضع التدليس في الخط، ضابطًا لنظمها وضمها لا ملبس في خطه سبعة بتسعة، ولا ثلاث بثلاثين، ولا خمسة عشر بخمسة وعشرين، انتهى لفظه.

فَرْعٌ: قال الرافعي: والأولى أن يجلس الكاتب بين يديه ليملي عليه ويشاهد ما يكتب، انتهى.

وقال الماوردي: ويجلسه في الاختيار عن يساره، وهو مخير بين أمرين، إما أن يلقي عليه حتى يكتب من لفظه، وإما أن يكتبه الكاتب بألفاظه والقاضي ينظر إليه أو يقرأه بعد كتابته.

وقال ابن القاص: ويجلس الكاتب موضعًا لا يغيب عنه ما يكتب، فإن

وَمُتَرْجِمًا، وَشَرْطُهُ عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ، ....

الشافعي قال: ولا ينبغي للقاضي أن يخلي الكاتب يغيب عن شيء من الإيقاع في كتاب الشهادة.

فَرْعٌ: قال شريح في باب صفة الكاتب والوكلاء: ويكون الوكلاء رجال ثقات لا يلقنون الباطل يعرفون طرفًا من الفقه، ويكون الأعوان ثقات.

قال: واختيار الكاتب الذي يكتب له الحجة والوكيل والعون إلى من له الحق، فإن سأل من الحاكم وكيلًا أو عونًا اختار الأفضل والأورع، وقيل: الأسبق بالحضور، وقيل: يقرع ويختار القارع.

قلت: والأحسن أن القاضي لا يختار؛ لئلا يتهم بالميل، بل يقول له: اختر لنفسك من شئت.

وقال الدبيلي: وعون القاضي يكون عدلًا صدوقًا، وقال ابن أبي الدم: ينبغي أن يكونوا من ذوي الدين وأهل الثقة والأمانة والقنع والبعد عن الطمع، انتهى.

وما فسرناه على قضاة بهذه الصفات، وقال ابن شداد: يجوز للقاضي أن يتخذ أجراء على بابه لإحضار الحضور وتوجيههم بتقوى الله والرفق بالخصوم، ويوصي الوكلاء بذلك وطلب الحق وأداء الأمانة فيما يوكل فيه ذكره كله المشايخ، انتهى.

قال: (**وَمُتَرْجِمًا**) أي: ويتخذ القاضي مترجمًا؛ لأنه قد لا يعرف لسان بعض الخصوم والشهود لكونه عربيًا والخصم والشاهد أعجميًا؛ لأن القاضي لا يتصور أن يكون أعجميًا كما قاله الإمام والقاضي الحسين لما سبق في شروط القاضي.

لكن في «البيان»: إذا كان القاضي عربيًا فيتحاكم إليه أعجميان لا يعرف لسانهما أو كان القاضي أعجميًا فتحاكم إليه عربيان لا يعرف لسانهما لم يفيد الحاكم في الترجمة إلا شاهدين.

قال: (**وَشَرْطُهُ عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ**) لأنه ينقل إلى القاضي قولًا واحدًا

لا يعرفه فأشبه الشاهد والمزكي، ولهذا اعتبرنا العدد فيه بخلاف الكاتب، وقيل: يكفي مترجم واحد، ورأى الإمام أن يطرد في المترجم الوجوه الثلاثة الآتية في اشتراط العدد في المسمع، ثالثها فيه: إن كان الخصمان عارفَيْن بالعربية لكن لا يحسنان التعبير لم يشترط العدد، وإن كانا لا يعرفانها اشترط، وميله إلى ترجيح الثالث فيهما جميعًا، ولا بد أن يتحقق الشاهد معرفة ذلك اللسان فلو شك فيه لم يقبل نص عليه في «الأم».

ثم قال الأصحاب: إن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين قبلت الترجمة منهم ومن رجلين.

قال الدبيلي: وكل أصل على حسب شهود أصله، وقال البغوي: وجب ألا يقبل إلا من رجلين كما لا تثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء، وإن كان الحق مما يثبت وامرأتين وهذا ما أورده الإمام والقاضي الحسين، وقاساه على الوكالة، والوجهان في «الكافي» وعلى الأول ينبغي أن تسمع الترجمة منهن منفردات فيما يقبلن فيه منفردات، وهو قضية قولهم: ما تقبل فيه شهادة المرأة تقبل فيه ترجمتها.

وأطلق الماوردي أن الولد والوالد لا تقبل ترجمتهما، ولعله أراد ترجمتهما بإقرار خصم قربهما، وأما العكس فلا يتجه إلا سماعها، وأما ما لا يثبت برجل وامرأتين فلا تقبل الترجمة إلا من رجلين، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم لا بدَّ من أربعة كما في الشهادة بالإقرار به؟

فيه ما سبق، وقيل: يكفي رجلان بلا خلاف، وحكى الماوردي وغيره هنا الخلاف وجهين وبنوهما على ما ذكر.

وقال الماوردي في كتاب اللعان: إن قلنا: لا يقبل في الإقرار إلا أربعة، فهل يشترط هنا أربعة أو يكفي اثنان؟

فيه وجهان:

أصحهما: الاكتفاء، وأجرى بعضهم الخلاف في ترجمة اللعان، وقال

وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى، وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ.

القاضي الحسين: ثم إنه يجري في نقل لعان الزوج؛ لأنه مسوق لإثبات الزنا، وأما لعانها فيكفي فيه مترجمان؛ لأنها تنفي به الزنا.

وفي «مجموع» الْمحَامِلِيِّ ثم طريقة قاطعة بأنه يكفي في الطرفين مترجمان، وقال: إنها المذهب، وضعف طريقة إجراء القولين.

ولو كان الشاهدان معًا أعجميين فيكفي لهما مترجمان أم لا بد لكل واحد من مترجمين؟ فيه قولان كالقولين في شهود الفرع، وبالأول أجاب في الرقم.

قال: (وَالْأَصَحُّ جَوَازُ أَعْمَى) لأن الترجمة تفسير للفظ فلا يحتاج فيه إلى معانيه وإشارة بخلاف الشهادة، فعلى هذا يكلف القاضي الحاضرين السكوت حتى لا يتكلم غير الخصم، والثاني لا كالشاهد.

قال: (وَاشْتِرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ) أي: كالمترجم، والثاني: لا؛ لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم والحاضرون بخلاف المترجم، والثالث: إن كان الخصمان سميعَيْن لم يشترط العدد، وإن كانا أصمين اشترط، فإن الحاضرين لا يعينون بما يقول اعتبار الخصم، وقيل: إن كانا أصمين اشترط العدد قطعًا، وهذا في إسماع القاضي، فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي وما يقوله خصمه، فحكى القاضي الروياني في «جمع الجوامع» أنه لا حاجة فيه إلى العدد، وبه أجاب الشيخ أبو محمد في «الفروق» في إسماع الخصم الأصم كلام الخصم الأصم.

قال: لأنه ليس طريقه طريق الشهادة فاكتفى بواحد، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: وإذا شرطنا العدد في المسمع للقاضي ففي اشتراط لفظ الشهادة وجهان: أصحهما: نعم، فيقول: أشهد أنه يقول كذا وكذا، والثاني: لا، لأنا وإن استظهرنا بالعدد فليست شهادة محققة، وإن لم يشترط العدد ففي اشتراط الحرية وجهان: الأصح: الاشتراط، وأنه لا يسلك بها مسلك الروايات، وَلْيَجْرِ الْخِلَافُ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَالْحُرِّيَّةِ مَعَ مَا بَعْدَهُ فِي الْمَتَرْجِمِ، انتهى.

وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ، وَسِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَعْزِيرٍ.

وقوله: **وَلْيَجْرِ الْخِلَافُ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ**، صرح الماوردي بنقل وجه أنهما يذكران ذلك بلفظ الخبر وزيفه، وهذا في «الترجمة» عن الخصم للقاضي، فأما في «الترجمة» للخصم عما يقوله خصمه، فإنه خبر محض لا شهادة، فيجوز فيها ترجمة الواحد، وإن كان عبدًا، ويجوز أن يكون المترجم لأحد الخصم هو المترجم للآخر وجهًا واحدًا، قاله ابن الرفعة تبعًا للماوردي، وفي «الفرع» زيادة مذكورة في «الغنية».

فَرْعٌ: أجرة المترجم على صاحب الحق أم في بيت المال؟ فيه وجهان، قال ابن شداد: إن قلنا بالأول: فالواجب عليه أجرة المثل فيما يتعلق بخاصته في مثل حقه، وقال الرافعي: أقرب الوجهين أنه يرزق من بيت المال، وثانيهما: المنع كالوكيل.

قال: وعلى هذا فمؤنة من يترجم للمدعى عليه، ومؤنة من يترجم للمدعي عليه على المدعى عليه، انتهى.

قال: (**وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ**) اقتداءً بعمر ﷺ، فإنه أدب بها، ولا يعرف له مخالف، وقيل: إنه أول من اتخذها، وعن دلائل النبوة للبيهقي فيها حديث مرفوع لا أدري ما حاله، وسبق أن الضرب بها مفوض بها إلى اجتهاد القاضي، وأن بعض أكابر العلماء لمَّا ولي القضاء منع نوابه من ضرب المستورين بها، وقال: لا يجوز في هذا الزمان؛ لأنه صار يعير به ذرية المضروب وأقاربه، بخلاف أراذل الناس، وقلنا: إنه حسن غريب، والآن عندي فيه نظر، فإن الأراذل لا يتأثرون بها، ومن لا يتأثر بها ينبغي ألَّا يؤدب بها، والأحكام لا تتغير بتغير الزمان.

قال: (**وَسِجْنًا لِأَدَاءِ حَقٍّ وَلِتَعْزِيرٍ**) أي: اقتداءً بعمر أيضًا، فإنه اشترى دارًا بمكة بأربعة آلاف وجعلها سجنًا، رواه البيهقي(١)، وفي البخاري(٢) بأربعمائة، واستدل ابن القاص لجواز اتخاذه بحديثين أسندهما، الأول: عن

---

(١) في الكبرى (٢/ ٣٨٨).

(٢) في جامعه الصحيح (٩/ ٥٧).

أبي هريرة أن النبي ﷺ «سجن في تهمة يومًا وليلة استظهارًا واحتياطًا»(١) والثاني: عن ابن عباس أنه ﷺ قال: «من بات في محبس ليلة مظلومًا خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»(٢).

ثم حكاه عن الخلفاء الراشدين، وحكى الماوردي عن عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد أنه لا يجوز الحبس في الدين؛ لأنه لم يؤثر، والجواز متفق عليه، وصرَّح في «المهذب» وغيره باستحباب اتخاذه؛ لأن الحاجة ماسة إليه للتأديب واستيفاء الحقوق، قال الْفَارِقِيّ: ولو علل بذلك الوجوب كان حسنًا، انتهى.

وللقول بالوجوب وجه؛ لأن من الخصوم من لا يمكنه ملازمة خصمه، ولا التوكيل به، وإن أمكن ففيه كلفة، وقد يقتضي الحال تعين الحبس؛ كحبس القاتل إلى بلوغ الأطفال، وغير ذلك.

فصل

ذكرت في «الغنية» فروعًا مهمة تتعلق بالحبس في كراسة فأكثر مشتملة على فوائد ولنورد منها طرفًا.

فَرْعٌ: قال الدبيلي: لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْفَلَ عَلَى المَحْبُوسِ، أي: بالدين بَابُ السِّجْنِ، وَلَا أَنْ يُجْعَلَ فِي بَيْتٍ مُظْلِمٍ، وَلَا يُؤْذَى بِحَالٍ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنَ الكَسْبِ بِجُلُوسِهِ فِيهِ، قال: وإذا لازمه المستحق بنفسه أو بأجيره فذلك في الجامع أو مسجد آخر، فإن أراد أخذه إلى بيته أو حانوته لئلا يتعطل عن كسبه، ويلزمه هناك لم يكن له ذلك، وفي «فتاوى» البغوي: إنه يمنع من الجمعة والجماعة، ولو صلى ليصلي بكفيل فلا بأس، انتهى.

وفيما إذا كان الحبس تعزيرًا أو لكشف حاله في عسره ويسره وقفة، ويشبه أن يجب تمكينه من الجمعة، ويصحبه من يحفظه إن خيف هربه جمعًا بين المصلحتين.

---

(١) أخرجه الحاكم (٣٨٦/١٦).

(٢) لم أجده.

....

فَرْعٌ: قال الرافعي: قال ابن القاص: إذا استشعر القاضي من المديون بعدما حبسه الفرار من حبسه فله نقله إلى حبس الجرائم، وعبارة «أدب القضاء»: له على ما رأيته في نسخ وكذا نقل عنه، وإن كان القاضي يخاف من المديون أن يفر من حبسه نقله إلى حبس اللصوص ظنه على مذهب الشافعي تفريعًا، وفي «أدب القضاء» للقفال الكبير: إنه إذا خاف القاضي هربه له تقييده، وقال شريح الروياني: لا يقيده إلا إذا وجد منه ما يقتضيه من خوف هرب، ولا يضرب ولا يمنع من دخول الناس عليه إلا إذا كان ما يقتضيه، وقال ابن القاص متصلًا بكلامه السابق: ولا يقيد المحبوس في الدين عند الفريقين.

لا أعلم الشافعي والكوفي ذكرا القيد في الديون في شيء من كتبهما، وهذا ظاهر في مخالفة القفال.

وقال شريح: وقد قيل: هل يقيد المحبوس إذا تقاعد عن الأداء وكان لجوجًا؟ فيه وجهان.

فَرْعٌ: لو مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج، فإن وجد من يخدمه فيه ففي وجوب إخراجه وجهان في «البيان» وغيره، أصحهما: في «الشافي»: لا يخرج.

وقال شريح: إن زال عقله بالمرض أطلق، وإن لم يزل لكن احتاج إلى من يخدمه، فإن أمكن هناك لم يخرج، وإلا أخرج بكفيل، فإن لم يمكن كفيل فبغير كفيل، قالوا: وإن جُنّ خلي، وفي «فتاوى» صاحب «الشامل»: إنه لو أراد شم الرياحين إن احتاج إليه لمرض ونحوه لم يمنع، وإلا منع.

قال بعض الشيوخ: والوجه ألَّا يمنع مطلقًا إلا أن يكون الحبس للتأديب، ويقتضي نظر الحاكم أنه من حمله التأديب، وهذا حسن، فإذا مات في الحبس أخرج ودفع إلى أهله ليتولوه، وليس للغرماء دفنه، فإن منعوا نهوا، فإن انتهوا وإلا عزروا، قاله الماوردي.

فَرْعٌ: قال الماوردي وغيره: لا يمنع محادثة من يزوره، وفي «فتاوى»

....

الغزالي: إن الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع بزوجته، ومحادثة الصديق.

وعن «فتاوى» ابن الصباغ: إنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة لا من دخولها لحاجة؛ كحمل طعام ونحوه، وقال ابن القاص: وإن أراد أن تكون معه في السجن فرضيت لم يمنع، فإن امتنعت وكانت حرة لم تجبر عليه، قلته تخريجًا؛ لأن ذلك حبس، ولا يحبس ظلمًا، إنما يجب عليها لزوم المنزل، وإن كانت امرأته أمة فرضي السيد أجبرت وإلا لم تجبر، وإن طلب المحبوس امرأته في وقت ليقضي حاجته منها أُجبرت على ذلك إن كان في الحبس موضع خال يصلح أن يكون لمثله سكنًا، قلته تخريجًا، هذا لفظه.

وعبارة الرافعي عنه: ولو دعا المحبوس أمته أو زوجته إلى فراشه لم يمنع إذا كان في الحبس موضع خالٍ، فإن امتنعت أجبرت الأمة ولا تجبر الزوجة الحرة؛ لأنه لا يصلح للسكنى، وإنما هو حبس، ولا حبس عليها، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها، وكان يجوز أن يقال: الحبس زجر وتأديب، فإن اقتضى الحال أن يمنع منه زوجته فعل، انتهى.

وفي نقله لكلام ابن القاص خلل ظاهر، قال بعض الشيوخ: وكلام ابن القاص يوهم أن الزوجة الأمة تجبر مطلقًا إذا رضي سيدها، والظاهر أن مراده أنها تجبر على ما تجبر عليه الحرة عند رضاه لا على ملازمة الحبس؛ إذ ليس ذلك للسيد في حقها فيما يظهر، والعلم عند الله تعالى، انتهى.

وما قاله ظاهر، وعبارة الدبيلي: وإن كان محبوسًا بصداق امرأته، أو بديون الناس، فدعاها إلى الحبس، يلزمها أن تأتيه إذا كان الموضع خاليًا يصلح أن يخلو الرجل بامرأته لحاجته فيه، وإن قال لها: كوني معي في الحبس، لم يلزمها ذلك، وإنما عليها أن تأتيه في الأوقات إذا استدعاها، ثم الرجوع إلى منزلها كما كانت، وهو من كلام ابن القاص، وصواب نقله، وقول الرافعي: وكان يجوزه، وما قاله الغزالي فحصل في استمتاعه بالزوجة والأمة آراء:

....

أصحها: قول ابن القاص: إنه لا يمنع من واحدة منهما.

وثانيها: إنه إلى رأي الحاكم، قاله الغزالي.

والثالث: المنع مطلقًا، وهو قضية إطلاق ابن الصباغ إلا أن ينزل على ما قاله الغزالي.

فَرْعٌ: في «تفليس الروضة»: إنه يمكن من عمل صنعة في الحبس على الأصح، وبه أجاب شريح، وصححه الماوردي.

والثاني: يمنع إن علم منه مماطلة بسبب ذلك، انتهى.

وأطلق الديبلي منعه منه، والمتجه أنه إذا ظهر منه أنه إنما يعمل للدين، أو لقوت نفسه وعياله لم يمنع جزمًا أو تمردًا ومطلًا منع، ولا وجه لمنعه إذا حبس لكشف حاله يسارًا وإعسارًا.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الغزالي: من توجه حبسه وكان مستأجرًا لعمل، فإن أمكن العمل في الحبس جمع بينهما، وإن تعذر فإن كانت إجارة عين قدم حق المستأجر كما تقدم حق المرتهن، سيما والعمل مقصود بالاستحقاق، والحبس لا يستحق في نفسه، وإنما يرهق إلى غيره، ثم للقاضي أن يستوثق عليه في مدة العمل إن خاف هربه على ما يقتضيه رأيه، وإن كانت إجارة ذمة طولب بتحصيله ببذل غيره، فإن امتنع حبس بهما، انتهى.

واستغرب السبكي ما قاله مع [استجادته]⁽¹⁾ وقياسه: إنه لو استعدى على من هو أجير عين، وكان حضوره مجلس الحكم يعطل حق المستأجر، ينبغي ألَّا يحضر، لكنهم اتفقوا على إحضار المرأة البرزة من غير فرق بين الزوجة وغيرها، ومقتضى كلامهم حبس الزوجة، وقد يفرق بأن الإجارة أمد ينتظر ولا لذلك الزوجية، وفي المسألة بحث طويل لبعض المتأخرين أوردته في «الغنية» بما فيه فراجعه.

---

(١) في نسخة: (استحداثه).

……

فَرْعٌ: تحبس المرأة عند نساء ثقات أو ذوي رحم محرم، ولا تمنع من إرضاع ولدها في الحبس ما لم يوجد منه بد.

قال الماوردي والروياني: ويمنع الزوج منها، ووافقهما ابن الرفعة، قال أبو الحسن السبكي: وفيه نظر، فيحتمل أن يقال: إنها كالرجل فلا تمنع على الأصح، ويحتمل أن يقال: إنها أولى؛ لأن حق الزوج واجب عليها، فكيف يمنع منها، ويحتمل أن يقال: إن عادتها ملازمة المنزل، فإذا مكن منها صار الحبس كالمنزل، فيتأخر الحق فتمنع، والاحتمال الأول أظهر.

فَرْعٌ: قال شريح: لو أراد الزوج السفر بها، فأقرت بدين لإنسان فله حبسها ومنعها من الخروج مع زوجها، ولا يقبل قول الزوج إن قصدها بالإقرار الامتناع من المسافرة، فإن أقام بينة بأن إقرارها كان قصدًا إلى منع الزوج من المسافرة بها فهل يقبل؟ وجهان، انتهى.

والقبول غريب؛ إذ لا مطلع على القصد وإن دلت عليه قرينة، وقد بانت القرائن حتى تقارب القطع، فإن اتفق ذلك فهذا محتمل، وقد تعرفوا ذلك بإقرارها وإقرار المقر له بذلك من قبل، وينبغي للقاضي أن يسمعها وأن يستفسر البينة عن مستندها.

فَرْعٌ: ظاهر كلام الدبيلي وغيره أن المخدرة تحبس كغيرها، فإنه لمَّا ذكر الدعوى على المرأة وذكر أن المخدرة لا تحضر إلى مجلس الحكم قال متصلًا به: إنه إذا توجه على المرأة الحبس حبست عند امرأة ثقة، نعم ولم يخص.

وقال العبَّادي في «أدب القضاء»: ولا تحبس المخدرة بل يوكل بها، والأجرة على المرأة كأجرة السجان على المحبوس، حيث لا مال في بيت المال، وتبعه عليه شريح، والهروي، في باب الحبس، وجرى عليه الرافعي، فقال: وأجرة السجَّان على المحبوس، وأجرة الموكل على من وكل به، انتهى.

وقال العبادي، والهروي، وشريح في باب الأرزاق: وأجرة السجَّان على المسجون، وأجرة الحافظ على المحفوظ له، والوكلاء إجراء أجرتهم على من

....

أمرهم، هذا لفظهم في البابين، والظاهر أن الحافظ هو الموكَّل بفتح الكاف المسمى في عصرنا المترسم، وبالترسم، وإن جوابهم اختلف فيه، والقياس أن أجرته على ربِّ الدين؛ لأنه نائبه في حفظ مديونه، أقامه في ملازمة غريمه مقام نفسه؛ ولهذا قال الصيمري: ولربِّ الدين ملازمة غريمه بنفسه وتأجيره، فإن قلت: هذا مشكل بأجرة السجَّان، وقد صرَّح جماعة بأنها على المسجون مع أنه في معنى المترسم الموكل بالمديون.

قلت: صرَّح الدبيلي بأنها على ربِّ الدين، فقال: أمَّا كريّ الحبس فهو على المحبوس، حيث لا بيت مال، وأمَّا كريّ السجان إذا لم يكن بيت مال فعلى صاحب الحق؛ لأنه كالأجير له بحفظ مديونه، انتهى.

فإمَّا أن يجري خلاف في السجان والموكل، وإمَّا أن يقال: إن حبس أو وكل به بطلب صاحب الحق، فإن كان ذلك لا خفاء به ماله ومنعه الحق مع يساره وعناده، فأجرة السجَّان والمتوكل به عليه، وإن كان ذلك لاستكشاف حاله من يسار أو إعسار فالأجرة على ذي الحق؛ لأنَّا لم نتحقق عناده بمنع الحق، فلا يكلفه الأجرة، ولا سيما إن ظهر صدق دعواه الإعسار بِبَيِّنَة أقامها من بعد، ويشهد لما ذكرنا من الفرق قول شريح الروياني، والهروي، وأجرة العون على الطالب، فلو امتنع المطلوب من الحضور بعث الوالي إليه، والأجرة عليه؛ لأنه متعدٍ كأجرة الجلاد.

وذكر في «الروضة»: إنه الصحيح، وقيل: إنها على المدعي، والصحيح الأول، ولا شك أنه لو اختار صاحب الحق ملازمته ثم استناب فيها أن أجره على ذي الحق، وإنما موضع التردد ما إذا طلب من المحاكم حبسه أو الترسيم عليه ليؤدي حقه ففعل الحاكم ذلك، ويحتمل أن يقال: إن ادَّعى الاعتبار وبان صدقه ببينة أو بتصديق غريمه أو بيمين مردودة فالأجرة على رب الدين، وإن ظهر غِناه وكذبه في دعوى عسرته فالأجرة عليه، ويقرب من هذا ما سيأتي في باب القضاء على الغائب، إنه إذا وجب المدعي به الغائب فأحضر، فإن ثبت للمدعي استقرت مؤنة الإحضار على المدعى عليه، وإن لم يثبت فهي، ومؤنة

....

الرد على المدعي، وقد يشكل على هذا ما أطلقوه في أجرة المترجم والمسمع.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة في كلامه على قول صاحب «التنبيه»: فإن كان قد عرف له قبل ذلك حبس إلى أن يقيم البينة على إعساره، ولا فرق في ذلك على ما حكاه الإمام بين أن تكون البينة معدلة أم لا، وقد شرع في طلب الاستزكاء؛ لأن الحبس على الجملة من بعض العقوبات، انتهى.

وهذا أشهر، والذي قاله الإمام: إذا قامت البينة، أي: بإعساره، وجرى البحث عن التعديل فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك، فإنه على الجملة من قبيل العقوبات، وكأنه فهم من قول الإمام: وجرى البحث عن التعديل أنه في مدة، فنقله على ما ذكره، وليس مراد الإمام إلا أنه جرى البحث عن التعديل، وتم وكمل الاستزكاء على مقابله ما نقله بعد ذلك عن أبي حنيفة، وكيف يتوهم أن يقول الإمام أو غيره أن المحبوس يطلق من الحبس بشهادة من لا يدري عدالته من فسقه، وعبارة الإمام لا تسوغ إدامة الحبس قطعًا، إنما أراد ما قلناه، ولو كان الفرض قبل الحبس، وأقام بينة بإعساره، وهو في مدة الاستزكاء لأمكن بمشيئة كلام ابن الرفعة، وتوجه بأن مع ظهور صدق دعواه يتوقف في حبسه إلى البحث، على أن الآخر باطل؛ لأنه ثبت يساره، فلا يطلق إلا بثبوت الإعسار، وأمّا بعد الحكم بالحبس فلا شك أنه لا يسوغ إطلاقه حتى تعدل البينة فما ذكره ابن الرفعة سهو بلا شك.

فإن قلت: قد قالوا: إذا شهدا بالدين ولم يعدلا، حبس على الأصح مدة، حتى يظهر للقاضي الجرح أو التعديل، فكما اعتمدها في الحبس فقد يعتمدها في الإطلاق.

قلت: بل العكس، فإنه إذا ابتدأ الحبس قبل ثبوت الدين احتياطًا للحق، فلأن يستدام مع ثبوت الدين قبل ثبوت الإعسار؛ احتياطًا للحق أولى.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو الحسن ﷀ: قال الشافعي: إذا حبس القاضي المديون فلا يغفل عنه بالكلية، بل يستكشف حاله، فإن كان غريبًا فينبغي أن

……

يوكل به القاضي من يبحث عنه من منشئه ومتقلبه، ويتفحص عن أحواله بحسب الطاقة، فإذا غلب على ظنه شهد به عند القاضي؛ كيلا يتخلد عليه الحبس، وصرَّح الروياني بأنه لا يجوز التغافل عنه، انتهى.

وهذا الكلام مصرح بأن الغريب الفاجر عن بينة الإعسار يحبس في الحال، وسبق هناك التصريح به، وأن كلام الإمام يقتضي أنه لا يحبس، وهو ظاهر كلام المصنف هناك، بل يوكل به من يبحث عن حاله، وقال صاحب التعجيز: إنه متى رآه الإمام وأبداه، والقلب إلى موافقة الإمام أميل، فإن خيف هربه وكِّل به من يحفظه، فلعله يجد من يعرف حاله وعسرته، وسيأتي أن ابن السبيل لا يحبس، والظاهر أن المراد ما ذكرناه لا أنه يطلق مطلقًا.

فَرْعٌ: صحح الغزالي في «التفليس» أن الأب يحبس بدين ولده، وذكر في شهادات «وسيطه» أن المذهب المنع، ونسبه الإمام هناك إلى المعظم، وصححه البغوي وغيره، وعزاه القاضي الحسين إلى العراقيين، ولا فرق بين الولد الصغير والكبير، ولا بين دين النفقة وغيرها.

قال الإمام: وذكر بعض أصحابنا وجهًا ثالثًا، واختاره صاحب «التلخيص»: إنه يُحبس في نفقة ولده إذا امتنع من الإنفاق عليه، ولا يحبس في غيره من الديون، والأجداد والجدات كالآباء والأمهات في ذلك، قال أبو الحسن السبكي ﷺ: قال الرافعي: وقياس حبس الوالد بدين الولد أن يحبس المريض، والمخدرة، وابن السبيل منعًا لهم من الظلم، وعن أبي عاصم العبادي: إنهم لا يُحبسون، بل يوكل بهم ليترددوا ويتمحلوا.

قلت: إن ثبت أن لهم مالًا ولم يتمكن الحاكم منه فالوجه حبسهم، وإن أمكن القاضي بيعه فلا وجه للحبس، وإن ادعوا الإعسار مع احتماله، وكان قد عرف لهم مال فهاهنا يظهر التردد، ويقوى في الوالدين عدم الحبس لحرمتهم مع احتمال صدقهم وعدم الظلم، وفي المريض والمخدرة وابن السبيل الحبس بشرط أن يجد المريض من يمرضه في الحبس، وإلا فهو محل ضرورة، انتهى.

....

وقال الهروي: إن القاضي الحسين قطع بحبس الولد لولده لدفعه عن الظلم، كما لو قصده، وهذا التوجيه يشعر بأن محل التردد في حبسه إذا علم يساره وعاند، فلو جهل لم يكن كالصائل، ولا يتحقق ظلمه، وحينئذ يمكن أن يقال: إن جهل حاله لم يحبس قطعًا، وإن علم يساره وظفر الحاكم بماله أدى دين ولده منه قطعًا، فإن أخفاه ولم يصل الحاكم إليه فوجهان.

قال شريح: ولا يحبس الممتنع عن الكفارات في أصح الوجهين؛ لأن الكفارة تؤدى بغير المال، بخلاف الزكوات والعشور، قال: ولا يحبس المديون ليكتسب في الدين إلا إذا كان في نفقة الولد، انتهى.

وهذا الاستثناء شاذ غريب، وما ذكره في الكفارات ينبغي أن يُلتفت على أنه هل يجب إخراجها على الفور بأن يكون قد عصى بسببها أم لا؟ فإن كان وهي مرتبة وهو موسر ألحقت بالزكاة.

فَرْعٌ: لو حبس في حق رجل فجاء آخر فادّعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرده، ولا يتوقف ذلك على إذن غريمه، وقال مالك: لا يجوز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى؛ لما فيه من إسقاط حق الأول لنا أنه توصل إلى الحقين، والتوكيل به في حالة الإحضار، ورده إلى الحبس في معناه.

قلت: والأحوط أنه لو حبس على شيء خطير وخيف هربه عند إخراجه أن يبعث الحاكم من يسمع الدعوى عليه في الحبس، ولو حبس لجماعة لم يكن لواحد منهم إخراجه حتى يتفقوا عليه، ولو حبس لغريم ثم استحق آخر حبسه للاثنين، فلا يخرج إلا باجتماعهما، ولو ثبت إعساره أخرجه الحاكم بغير إذن الغريم، كذا أطلق، وكان المراد به بعد الإعذار إلى الخصم، وأمَّا إذا لم يعلم بذلك وكان حاضرًا بالبلد، فلا بدّ من إعلامه، فإن لم يكن له دافع أخرج، شاء أو أبى.

فَرْعٌ: نفقة المحبوس في ماله على المذهب، وحكى الماوردي وشيخه الصيمري وجهًا: إنها على غرمائه الحابسين له، قال الماوردي: وهذا مذهب

....

مطرح، وقولٌ مردود، وبالغ في تزييفه، ويجب أن يكون محله على سقوطه في حبس الاستكشاف لا في حبس التعدي بالامتناع.

فرعٌ مهمٌ سبق الوعد به، وذكرته في «الغنية» في نحو كراسة وحاصله:

إنه قال في «تفليس الروضة»: ومن له مال وعليه ديون، فيجب أداؤه إذا طلب، فإن امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله، وقسَّمه بين غرمائه.

زاد: قلت: قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار، وإن شاء باع ماله بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره، والله أعلم.

فإن التمس الغرماء الحجر عليه حجر عليه على الأصح؛ كيلا يتلف ماله، فإن أخفى ماله حبسه القاضي حتى يظهره، فإن لم ينزجر بالحبس زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره، وإن كان ماله ظاهرًا فهل يحبسه لامتناعه؟ قال في «التتمة»: فيه وجهان، الذي عليه عمل القضاة الحبس، انتهى.

وفي عبارته إيهام يُدرك بالتأمل، وقد أطنب القاضي أبو الحسن فيما كتبه من شرح «المهذب» في الفرع وحقق، فمن مقاصد كلامه قول المصنف: وإن امتنع؛ يعني: من الوفاء، فإن كان له مال ظاهر باعه عليه، أي: إذا كان يقدر على الدين، فإن كان أكثر منه لم يبع إلا بمقدار الدين، وعلى هذا عمل إطلاق المصنف وغيره.

قلت: إلا ألا يجد راغبًا في شراء البعض، وهو الغالب في الأمتعة، فقد يقال ببيع الكل للضرورة، ويرد عليه الفاضل عن الدين، وله نظائر.

قال: وما أحسن عبارة الجرجاني حيث قال: إن ظهر له مال أمره الحاكم ببيعه وقضاء دينه، فإن امتنع منه باع الحاكم من ماله بقدر دينه، سواء كان له عرضًا أم دراهم والدين دنانير، أم دنانير والدين دراهم؛ لتعذر البيع من جهته، فهو كما لو تعذر بجنون أو صغر، وما ذكره المصنف والجرجاني من كون الحاكم يبيع لا خلاف فيه عندنا، ونصَّ عليه الشافعي في البويطي، فقال: وإذا

....

وجب على الرجل الدين وله مال فقال: لا أبيع، باع السلطان عليه.

فإن قلت: كيف يقول: لا خلاف أن القاضي يبيع، وقد قال المتولي: إذا امتنع وماله ظاهر هل يحبسه القاضي حتى يبيع الأموال بنفسه أو يبيع من غير حبس؟

اختلف أصحابنا، فقيل: لا يحبسه؛ لأنه يتضمن تأخير الحقوق، وقيل: الأولى حبسه، وبه جرت عادة القضاة؛ لأنه إذا تولى البيع بنفسه يكون القاضي أبعد عن التهمة.

قلت: ليس هذا خلافًا في منع البيع، بل في جواز الحبس، فعلى الأول: لا يجوز، وعلى الثاني: يجوز كل من الأمرين، وادعى المتولي أولوية الحبس وعدم البيع لأجل التهمة، ولا شك أن بيعه بنفسه أبعد عن التهمة، فلذلك تجنب القضاة البيع وحبسوا، فساوى فعلهم فعل الحنفية عملًا لا اعتقادًا، ويخرج من هذا أن البيع من الحاكم جائز قطعًا، وهل يجب؟ وجهان، والحبس في هذه الحالة لا يجب قطعًا، وهل يجوز؟ وجهان، ويحتمل أن يكون البيع والحبس جائزَيْن قطعًا، والوجهان في الأولوية، وعلى هذا يستمر ما في «الروضة» من التخيير أو لا، ثم حكاية الخلاف بعد ذلك في الحبس.

فإن قلت: فما الراجح من الوجهين، وعلى ماذا يُحمل قول الشافعي والأصحاب أن الحاكم يبيع هل هو على الوجوب أو الجواز؟

قلت: أقدم عبارات الأصحاب، ثم ساق عبارات خلائق منهم بلفظها في نحو عشرين مصنفًا أن الحاكم يبيع من غير بيان أنه على سبيل الوجوب أو الجواز، قال: وقدمنا في كتاب الرهن عن الماوردي أنه رد على أبي حنيفة بأن كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز للحاكم أن يحبس فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه كالديون، فيتولى الحاكم بيعه بنفسه، أو بأمين، وهذا منه يقتضي وجوب بيع الحاكم وتعينه، وقال القاضي أبو الطيب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار، وإن شاء باع ماله عليه بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزَّره

……

بالحبس وغيره حتى يبيعه، ووافقه على هذا جماعة، ونسبه في «الروضة» إلى الأصحاب، وغيره إلى الشيخ أبي حامد.

ومن كلام الماوردي وأبي الطيب يحصل وجهان:

أحدهما: يعين البيع، والثاني: التخيير بينه وبين الحبس والتعزير حتى يبيع، والمختار الأول تعجيلًا بأداء الحق الواجب على الفور، إلا أن يكون عذرًا في تأخير البيع، وسبق في كتاب الرهن عن أبي إسحاق أن الحاكم يحبسه ويجبره على البيع، فإن أصرَّ، عزّره حتى يبيع، فإن أقام على الامتناع باع عليه، وهذه العبارة تقتضي وجهًا ثالثًا: إن البيع ممتنع إلا بعد الحبس والتعزير، وهذا الوجه ليس مصرَّحًا به؛ لاحتمال أن يريد أبو إسحاق ذلك على سبيل الاختيار، كما حكاه المتولي، وقال: إنه عمل القضاة، وهو راجع إلى قول التخيير.

فالمحقق في المسألة وجهان: **أحدهما**: التخيير، كما ذكره أبو الطيب وغيره. **والثاني**: تعين البيع ووجوبه وامتناع الحبس إلا أن يكون للقاضي عذر في تأخير البيع.

وهذا الوجه محقق من كلام الماوردي، وهو الراجح لما قلناه، وعليه ينبغي أن يحمل عبارة الشافعي والمصنف، ومن وافقه وهم أكثر الأصحاب، والوجه الأول في كلام المتولي يحتمل أن ينزل عليه، ويحتمل أن ينزل على أن الأولى البيع مع التخيير، ويكون الوجهان في كلامه فيما هو الأولى، فإن عبارته محتملة لذلك، وقد بان بما ذكرناه بيان الراجح من الوجهين بزيادة كشف عن حقيقتهما، وبيان ما يحمل عليه كلام الشافعي والأصحاب وأنه الوجوب على المختار، والاختيار على رأي القاضي أبي الطيب، وهذا كله في غير المفلس المحجور عليه، سواء كانت أمواله زائدة على ديونه أم ناقصة، ولكن لم يحجر عليه، أمَّا المحجور عليه فيظهر القطع بأن القاضي يتولى بيع أمواله، ولا يأتي فيه خلاف؛ لأن أمواله بالحجر صارت كأنها في يد القاضي، فلا معنى لحبسه حتى يبيعها؛ ولهذا قال المزني في «المختصر» فِي بَابِ

……

المفلِسِ: قال الشافعي: إذا ثبت عليه الدين بيع ما ظهر له، ودفع ولم يحبس، وإن لم يظهر حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، انتهى.

وهو محتمل أن يراد به المفلس المحجور عليه، أو المفلس مطلقًا، فدلالته على المحجور عليه نص لا يحتمل التأويل مع ما ذكرناه من المعنى، فإنه محول بينه وبينها، ودلالته على غير المحجور عليه محتملة، فلذلك اكتفينا فيه بكلام الأصحاب، وقد ظهر بهذا أن ما ادَّعاه المتولي ونقله عن القضاة في حبس الممتنع الذي له مال ظاهر يقدر على الوفاء منه بعيد، وإنما ألجأ القضاة إليه قصدهم تجنب التهمة، أو خوفًا من قضاة السوء، على أن دعوى عمل القضاة على ذلك نظر، وإنما المعروف من عملهم إذا لم يمكن الوفاء بأن أخفى ماله، وادَّعى إعساره حيث لا يقبل قوله فيه، وما أشبه ذلك، وأمَّا إذا كان له مال ظاهر يتيسر بيعه الآن فالعدول عنه إلى الحبس، وتركه يتمرد على غريمه ليس معروفًا من عمل القضاة في هذا الزمان، ولو عملوه لم يلتفت إليهم؛ إذ لا دليل عليه ولا نقل يُعضده.

تنبيهات:

أحدها: إذا قلنا بالتخيير، فالذي يظهر أن محله إذا طلب المدعي حقه من غير تعيين طريق، فلو عين طريقًا، فينبغي ألَّا يجوز للقاضي فعل غيرها؛ لأنه إنما يفعل بسؤال صاحب الحق، وكلام القفال الكبير يرشد إليه، فإنه؛ أي: في أدب القضاء، فقد حصل فيما حكيناه عن الشافعي جواز الحبس لمن وجب عليه حق فامتنع منه، وجواز الملازمة، وجواز بيع ما يقدر عليه الحاكم من مال يقضي منه الحق، ثم قال: وما ذكرناه فما للحاكم بفعله قد يخرج على ما يسأله صاحب الحق إن سأل إطلاق ملازمته له دون الحبس، أو سأل الحبس دون بيع المال، أو سأل وقف المال، قضى له الحاكم بما سأل؛ لأن جميع ذلك حقه، إنما يفعل الحاكم فيه ما سأل.

قلت: وفيما ذكره أبو الحسن - ﷺ - من رد الحيرة في التعيين إلى صاحب الحق، وإنه لا يجوز للحاكم العدول عمَّا يعينه مطلقًا نظر يأباه كلام المخيرين،

كالقاضي أبي الطيب وموافقيه، وليس لصاحب الحق الاقتراح على القاضي في أن يُعزِّر خصمه بالضرب والحبس؛ لأن ذلك تأديب راجع إلى اجتهاد القاضي، والذي لذي الحق طلب حقه، والقاضي يجتهد في الطريق الموصلة إلى استخراجه، وما ذكره عن القفال يشكل على ما رجَّحه وقرره، فإن القفال نسب ذلك إلى الشافعي كما قدمته في نقله عبارات المصنفين، وقول القفال: وما ذكرناه إلى آخره يتعين تأويله أو قصره على ما إذا طلب الملازمة دون الحبس، أو بالعكس، أو طلب وقف ماله أو بيعه بلا وقف فتأمله.

التنبيه الثاني: قال الرافعي: هل يحجر عليه؟ فيه وجهان: أظهرهما: إنه يحجر إذا التمسه الغرماء إلى آخره، ثم يشرع أبو الحسن في بيان ضعف هذا الحجر ومأخذه، والذي فهمه من كلام المتولي نقل الخلاف، وأن الحاكم إذا أراد البيع هل يحتاج إلى الحجر أولًا بل يبيع من غير تقدم حجر، وذكر أن ذلك لا يتوقف على سؤال الغرماء، وأنكر ما ذكره الرافعي واستغربه، وبسط ذلك في عدة أوراق، وأفاد أشياء ذكرتها في «الغنية».

التنبيه الثالث: لا شك أن المحجور عليه يُقسِّم ماله على قدر أموال الغرماء، ولا يجوز غيره، وأمَّا غيره فإن قسَّم بنفسه صحَّ أن يُقسِّم كيف شاء، قال أبو الحسن، وأطلق الأصحاب الجواز، وفيه نظر؛ لأنهم إذا طالبوه، ولم يف المال بحقوقهم يجب عليه أن يدفع إليهم على الفور، فإذا كان تخصيص بعضهم منقصًا للباقي لم يحل له لما فيه من تأخير الواجب على الفور، وأمَّا القاضي فليس له أن يقسم إلا على قدر الحصص، وبه صرَّح الرافعي في بيع مال الممتنع، انتهى.

والظاهر أن مراد الأصحاب بالجواز: صحة الإبقاء وعدم المزاحمة فيه، لا إباحة ذلك للمديون.

التنبيه الرابع: حيث جوَّزنا للحاكم البيع، قال الفوراني في «العمد»: إن للقاضي أن يملك عين مال الممتنع من الوفاء للغرماء بديونهم إذا رأى ذلك، وقال في «الإبانة»: إنه لو أراد أن يملك عين ماله من الغرماء ليس له ذلك، ولعلَّ ما قاله

....

في العمد إذا كان برضاهم، وما قاله في «الإبانة» إذا كان بغير رضاهم، انتهى.

ولفظ «الإبانة» فيما رأيته: إنه لو أراد أن يملك عين ماله للغرماء فله ذلك، كما في «العمد» وكأنه ـ رحمه الله ـ وقف على أصل سقيم.

التنبيه الخامس: إذا أراد الحاكم البيع فهل يكفي في نسبة المال إليه كونه في يده حتى لا يحتاج إلى بينة تقام عنده بأن الملك له قبل بيعه أو لا بدَّ من ذلك؟ قال الماوردي: لم يجز للحاكم أن يبيعه عليه إلا بعد ثبوت البينة عليه بملكه له، وقال القاضي الحسين في باب ما على القاضي في الخصوم: فيما إذا ادَّعى الخصم أن للمديون عقارًا في موضع كذا، وطلب منه بيعه، وامتنع من بيعه، قال: لا يبيعه القاضي حتى يقيم المدعي بينة بأنه للمدعى عليه؛ لأنه قد يكون لغيره، وبيع القاضي إياه يكون حكمًا بأنه له، وليس فيه من الصراحة ما في كلام الماوردي؛ إذ قد يكون مقصود القاضي حسين حيث لم تكن الدار في يد المديون، أو لم يثبت كونها في يده، وقوله أن بيع القاضي إياه يكون حكمًا بأنه له سنتكلم عليه.

قد قال في باب القسمة: إذا قالا: قسِّم الدار بيننا لم يجب عليه بلا خلاف، وهل يجوز بقولهما؟ قولان: أظهرهما: لا؛ لأنها ربما تكون مستحقة، فإذا قسَّمها كان ذلك منه لهما نوع حكم بأنها لهما، وفي قوله: نوع حكم، إشارة إلى أنه ليس حكمًا من كل وجه.

وقال أبو عاصم العبادي: شرط صحة بيع الرهن ثبوت الدين، وصحة الرهن، وملك الراهن أو يده يوم الاقتصاص، قال الهروي: هكذا ذُكر، وهو في كتب أصحابنا بالعراق، إلا أنه قول أبي حنيفة، وعندنا مجرد اليد لا تدل على الملك بل يشترط مع اليد قرينة وامتداد المدة وعدم المنازع، ويشترط في بيع التركة ثبوت الدين والملك والموت والتركة والشهادة على أنه ملك الميت إلى أن مات، أو في يده، وتصرفه تصرف المالكين، وفي الرهن يكتفى بأن يقولوا: رهن، وكان في يده وسلمه، وقد أنكرت هذين الفصلين الآخرين، انتهى كلام الهروي في «إشراقه».

....

وما ذكره الهروي من أن مجرد اليد لا تدل على الملك صحيح فيما يشترط فيه ثبوت الملك، وقد صرَّح أبو عاصم بأن الشرط ثبوت الملك أو اليد فهو ظاهر في أنه يكفي، ويشهد له قول «المهذب» فيما إذا وجد في يده مال وادَّعى أنه لغيره، وكذَّبه المقر له أنه يباع في الدين، وذكر في مسألة الظفر وابن الصباغ ما يوافقه، وقال الماوردي: إذا ادَّعى المفلس أن المال الذي وجد في يده ملكٌ لنفسه قسَّمه الحاكم بين الغرماء، وإن قال: مضاربة أو وديعة لفلان وكَذَّبه فلان انتزع المال من يده، وقسَّمه بين غرمائه، وقال الروياني: إن كذَّبه فلان حكمنا بالمال للمفلس.

وقال في «الحلية»: دفع إلى غرمائه، وقال الرافعي: صرف إليهم، وقال الْمحَامِلِيّ في «المجموع»: إذا أقر أن في يده مالًا، فإن ادعاه لنفسه تعلقت حقوق الغرماء به، ويعاد الحجر عليه، وإن ذكره لغيره وكان حاضرًا فلم يدعه لنفسه لم يقبل إقرار المفلس به، فيباع المال ويفرق على غرمائه، وكذا قاله الشيخ أبو حامد، سواء وزاد فيما إذا لم يدعه الحاضر لنفسه أنه يحكم بأنه للمفلس، ويفرق على غرمائه، وكذا قاله الْمحَامِلِيّ في «التجريد» وفرضها فيما إذا ظهر في يده مال، وكذا ابن الصباغ وسليم، فانظر كيف حكموا بالمال وقسمته بين غرمائه بمجرد اليد من غير ثبوت ملكه له.

ألا ترى تصريح الماوردي بأنهم لم يشهدوا له تملكه، وما صرَّح به هؤلاء الأئمة يفهمه كلام الشافعي، فإنه قال في «المختصر»: فإن شهدوا أنهم رأوا في يده مالًا سألته، فإن قال: مضاربة، قُبلت منه مع يمينه، ومفهومه: إنه لو لم يحلف حكم بأنه له كما صرح به الأصحاب، فكيف الجمع بين هذا وبين ما سبق من الماوردي، واقتضاه كلام إطلاق القاضي الحسين، والإمام، والهروي، وينتظم من ذلك وجهان:

أحدهما: إن القاضي يكتفي باليد كما قاله أبو عاصم والماوردي في كلامه الأخير، واقتضاه كلام العراقيين، وهو الصحيح.

والثاني: لا بدَّ من ثبوت الملك، وإذا قيل بهذا، قال ابن الرفعة عن

....

الماوردي: تعين حبس الممتنع يبيع بنفسه؛ لأنه لا معترض عليه، وهكذا إذا قلنا: لا يكتفى باليد، ويقدر بعد إثبات اليد والملك جميعًا، ولك أن تقول: إجبار القاضي الغريم على أن يبيع بنفسه حكم، فكيف يسوغ بدون ثبوت اليد دون الملك؟ فإن كفى ذلك للحكم بالإجبار فليكف لمباشرة البيع، بل أولى؛ لأن البيع ليس بحكم، والإجبار حكم صريح.

والذي قاله الماوردي في باب أدب القاضي: إنه إذا أقام صاحب الدين البينة على أن هذه الدار للمحبوس، فإن اعترف المحبوس وامتنع من القضاء باعها الحاكم عليه، وإن أقرّها لغيره فكذّبه المقر له يبعث، ووكّل القاضي عنه وكيلًا عليه، ولا يتولى القاضي بيعها مع إنكاره، ولعلّه من الماوردي على سبيل الأولى والاحتياط؛ ليصان فعل القاضي عن النقص، وإلا فما الفرق بين بيع القاضي وتوكيله عن الممتنع، ثم إجباره على البيع. وعلى كل حال ما ذكره في الأقضية ثبت فيه الملك بالبينة، فلا يرد على الماوردي في عدم الاكتفاء باليد، وإنما ذكرناها لقوله: يوكل على الممتنع ولا يبيع عليه، وهو يوافق قوله: إنه يحبسه حتى يبيع عليه.

قال: ولا مأخذ لهذا عندي سوى صيانة أفعال القاضي عن التعريض للنقص ما أمكن، وليس لهذا بالواجب، فإنه متى استحقت العين نقص، سواء كان الصادر منه فعلًا أم حكمًا، ولو وقفنا فعل القاضي على ثبوت الملك لأدى إلى أن من ثبت عليه دين، والمال في يده بين يدي القاضي، وصاحب الدين مطالب لا ينتزعه القاضي منه حتى يثبت ملكه، وهذا في غاية البعد.

وقد قال الأصحاب في المرأة إذا ادعت أنها خلية من النكاح أن القاضي يُزوجها على الصحيح من غير بينة، وإذا جاز هذا في عقد النكاح مع حظر البضع ففي البيع أولى، ولو قلنا: إن القاضي لا يبيع مال المفلس حتى يثبت ملكه، ولا التركة حتى يثبت الملك للميت، لأدى إلى حرج عظيم وتعطل الحقوق مع كثرة التركات، ومتى ثبتت في جميع التركة أنها ملك الميت، هذا لا يكاد يوجد أبدًا، فأي طريق للقاضي إلى البيع إلا كونها في يد الميت

....

ومخلفة عنه، وما برح عمل الناس، والقضاة، وأمناء الحكم، والأوصياء على هذا في جميع الأعصار، والقول بتكليف البينة على ملك ذلك مُنكر لا يتوهم في عالم القول به، وأطنب في ذلك وحاول تأويل ما تقدم عن الماوردي بحمله على إرادة ثبوت الملك أو إليه، وأنه يجوز بإطلاق الملك على السبب المسوغ للبيع من ملك أو يدًا إمَّا مقيدة بتصرف الملاك وإما مجردة. وأمَّا كلام الهروي فينظر فيه أنه بناه على أنه لا بدَّ من ثبوت الملك ولم ينقله صريحًا عن الأصحاب فلا يسلم له، انتهى.

وهو معذور فيما ذكره، ولكن الظاهر ثبوت خلاف في ذلك، والراجح المختار والإجماع الفعلي عليه.

إشارة: ذكرت في «الغنية» هنا ثلاث فوائد:

الأولى: إن فعل القاضي وتصرفه هل هو حكم أم لا؟ وثبت ذلك بيانًا شافيًا.

الثانية: وهي من نتائج الأولى وتفريعها مع زيادات مهمة.

الثالثة: فيما إذا أخفى المديون ماله، فإن الحاكم يحبسه ويعزّره، وبيَّنا ما قيل في ذلك فراجعه.

فصل في رزق القاضي وأعوانه: قال أبو العباس بن القاص: قال الشافعي أي في «الأم» و«المختصر»: ولو أن القاضي، وكاتبه، والقاسم، وصاحب الديوان، وصاحب بيت المال لم يأخذوا جعلًا وعملوا محتسبين كان أحب إليّ، وأسند ابن القاصّ عن عمر ﷺ أنه قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرًا.

قال: ومعنى ذلك عندنا ـ والله أعلم ـ على وجهين: أحدهما: على وجه الاختيار الآخر أن يأخذ من غير بيت المال لما روي عن شريح أن عمر ﷺ كان يرزقه في كل شهر مائة درهم⁽¹⁾، وأسند أيضًا عن بريدة أن رسول الله ﷺ قال:

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٦/ ١٥).

....

«أَيُّمَا عَامِلٍ اسْتَعْمَلْنَاهُ، وَفَرَضْنَا لَهُ رِزْقًا، فَمَا أَصَابَ بَعْدَ رِزْقِهِ فَهُوَ غُلُولٌ»(١).

قال: وأيضًا فإن القاضي عامل من عمال المسلمين، وقد جعل الله للعاملين على الصدقات في كتابه سهمًا، وهذا كله إذا كان من بيت المال، فإمَّا أن يجري عليه أهل عمله رزقًا فلا يجوز له قبوله، وكذلك لو أجراه رجل منهم، أو أجراه السلطان من مال نفسه، قلته على مذهبهما تخريجًا، انتهى.

وقال الماوردي: يجوز له أخذ الرزق من بيت المال، ويكون هذا الرزق جعالة، ولا يكون أجرة؛ لأن الأجرة مستحقة بعقد لازم، والجعالة مستحقة بعقد جائز، والقضاء من العقود الجائزة دون اللازمة وإنما يرزق الإمام على القضاء إذا لم يجد متطوعًا به فإن وجده لم يجز أن يعطى عليه رزقًا، انتهى.

وإطلاقه يقتضي أنه لا فرق في جواز الأخذ بين من تعين عليه القضاء وغيره، وقوله: إن القضاء من العقود الجائزة تقدم الكلام عليه، وسيأتي من كلامه أنه يجوز أن يفرض له أهل عمله رزقًا عند الضرورة، وقال القاضي شريح الروياني: الأولى للقاضي ألَّا يأخذ الرزق، وله ذلك، كذا أطلقه كثير من أصحابنا.

وقال جدي: له ذلك إن لم يتعين عليه، وإن تعين عليه فإن لم تكن له كفاية ومنعه الاشتغال بالقضاء عن الاكتساب جاز، وإن كانت له كفاية يجز أخذ الرزق على ظاهر المذهب، انتهى.

وفي «شرح الكفاية» للصيمري: إنه إذا كان غنيًّا وقد تعين عليه فقال: لا أعمل إلا برزق، يأخذ الرزق ويعمل، وقال إبراهيم المروزي في أول باب القسام: ويرزق القاضي من بيت المال موسرًا كان أو معسرًا إذا لم يتبرع بالقضاء، ثم قال قبيل كتاب الشهادات: ذكر في طريقة العراق أن من تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز له أخذ الرزق عليه، وإن لم يكن له كفاية فله أخذه؛ إذ لا بدَّ منه، ولا بدّ من الكفاية، وإن لم يتعين عليه فإن كان في كفاية

---

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٥/ ٤٨٩).

....

كره أن يأخذ عليه رزقًا؛ لأنه قربة، وإن أخذ جاز، وإن لم يكن له كفاية لم يكره له أخذ الرزق عليه لقصة الصديق ﷺ.

وقال الدبيلي: إذا كان القاضي مستحقًا للقضاء يكون له في مال بيت المال نصيب، وإن لم يكن مستحقًا للقضاء لم يكن له فيه نصيب، فإن لم يكن في بيت المال مال قضى حسبه وأجره على الله، ثم قال: وإن طلب القضاء ليقوم به تطوعًا وهو يستحقه فلا يعطى من بيت المال.

قال: وقاضٍ فيه فِسْق باطن لا يعلمه بعد الله إلا هو في نفسه، فأحكامه على الظاهر صحيحة، ولا نصيب له في بيت المال أيضًا، فإن أخذ منه ما لا يحل له والله يسائله عن فساد سره وخدْعته للخلق بحسن ظاهره ﴿وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [البقرة: ٩] انتهى.

وقال ابن أبي الدم في «أدب القضاء»: إذا تقلده فإنه يعين عليه بالشروط السابقة، وكانت له كفاية من أمواله لم يجز له أخذ الرزق عليه؛ لفريضته عليه وكفايته، وإن كان فقيرًا أو مسكينًا لا يكفيه ما يملكه جاز له أن يأخذ قدر كفايته من بيت المال، وإن لم يتعين عليه، فإن كان محتاجًا جاز له أخذ الرزق على قدر الكفاية، وإن كان غنيًّا فالأولى له ألَّا يأخذ شيئًا، وقال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ: يُكره له أخذه، والحالة هذه.

قال: وحكى صاحب «التقريب» قولًا: إنه يجوز لمن تعين عليه، وله كفاية أخذ الرزق، قال أَبُو عَلِيٍّ: والمعروف عند أصحابنا أنه لا يجوز، انتهى.

وقال ابن شداد: قال في «الشامل»: أخذ الرزق جائز لمن لم يتعين عليه، محتاجًا كان أو غير محتاج، هكذا نقله عن نص الشافعي، قال: أمَّا لو تعين عليه وذكر التفصيل السابق بين المكفي وغيره، وقال الرافعي: إن لم يجد كفاية جاز له أن يأخذ من بيت المال رزقًا ليتفرغ للقضاء، وإن وجد كفاية فينظر إن تعين عليه لم يجز له أخذ شيء؛ لأنه يؤدي فرضًا تعين عليه، وإن لم يتعين عليه فيجوز والمستحب تركه.

قلت: ويشبه أن يخرج الأخذ عند التعيين على الخلاف فيمن تعين عليه تعليم الفاتحة، ثم قال في آخر الفصل، وفي شرح «أدب القضاء» لأبي سعيد الهروي: إن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وكان محتاجًا ولم يتعين عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله، وإن تعين قال أصحابنا: لا يأخذ عنه بدلًا.

وقال القاسم - يعني صاحب «التقريب»: يأخذ كصاحب الطعام في المخمصة، والفرع غريب، ومشكل.

قلت: الفرع من كلام أبي عاصم العبادي في «أدب القضاء» الذي شرحه صاحب أبي سعيد الهروي، ولفظه: وأمَّا إذا طلب القاضي من الخصم، وليس له رزق من بيت المال يفي بقوته وقوت عياله، ولم يتعين عليه القضاء، وجاز أخذ أجرة مثل عمله، فإن تعين قال أصحابنا: وذكر ما سبق إلى قوله في المخمصة، ثم قال: وإن لم يحتج إليه فجوزه أصحابنا بالعراق، ومنعه أصحابنا بخراسان، وحكاه ابن القاص نصًا في الشاهد، انتهى.

والمتبادر من قوله: وإن تعين. . . . إلى آخره أنه في الأخذ من الخصم، وبه صرَّح الرافعي من بعده، وفيه نظر، والذي فهمه ابن الرفعة من ذلك أن المراد به عند التعين الأخذ من بيت المال لا من الخصم، وهو الأقرب، وما قاله العبادي في طلب القاضي الأجرة من الخصم في الحالة المذكورة هو وجه ضعيف، وفيه فتح باب لارتشاء قضاة السوء، وعلى شذوذه ينبغي أن يكون محله فيما إذا عمل ما يقابل بأجرة، كما قالوه في بابي: الإجارة، والجعالة.

وقد قال شريح الروياني في باب هدية القاضي: وإن دفع إليه شيئًا ليحكم له بحق على سبيل الإجارة لم يحل؛ لأن الحكم واجب عليه، وقيل إن لم يكن له رزق حل، ثم قال في باب الأرزاق: وإن وُلي الحاكم ولا رزق له من بيت المال فقال للمتخاصمين: لا أحكم بينكما إلا بأجرة، لم يكن له ذلك في أصح الوجهين.

قال جدي: وهو المذهب، وذكر الشيخ أبو عاصم العبادي، وساق ما تقدم إلى أجرة، وقضية كلام ابن القاص المتقدم أول الفصل: المنع، وهو المختار، وإن كان الرافعي حكى مقابله عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وغيرهما مقتصرًا عليه.

وفي «البيان»: وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد والقاضي أبا الطيب قالا: إذا كان القاضي لا يأخذ رزقًا من الإمام فقال: لست أقضي بينكما حتى تجعلا لي عوضًا جاز، قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون أخذه من أحدهما؛ ليحكم بالحق يجري مجرى الهدية على ما يذكرها، انتهى.

قال ابن الرفعة: واعتبر البندنيجي في جواز أخذ الجعل من الخصوم أن يكون القاضي مشغولًا في معاشه بحيث يقطعه النظر عن اكتساب المادة كما قاله الماوردي، انتهى.

وقال الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم: وَإِذَا تَعَذَّرَ رِزْقُ القَاضِي مِنْ بَيْتِ المالِ وَأَرَادَ أَنْ يَرْتَزِقَ مِنَ الْخُصُومِ فَإِنْ لَمْ يَقْطَعْهُ النَّظَرُ عَنِ اكْتِسَابِ الْمادَّةِ إِمَّا لِغِنَائِهِ بِمَا يَسْتَجِدُّهُ وَإِمَّا لِقِلَّةِ الْمحَاكَمَاتِ الَّتِي لَا تَمْنَعُهُ مِنَ الِاكْتِسَابِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْتَزِقَ مِنَ الْخُصُومِ، وَإِنْ كَانَ يَقْطَعُهُ النَّظَرُ عَنِ اكْتِسَابِ الْمادَّةِ مَعَ صِدْقِ الْحَاجَةِ جَازَ لَهُ الِارْتِزَاقُ مِنْهُمْ عَلَى ثَمَانِيَةِ شُرُوطٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَعْلَمَ بِهِ الْخَصْمَانِ قَبْلَ التَّحَاكُمِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْتَزِقَهُمَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ رِزْقُهُ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ عَنْ إِذْنِ الْإِمَامِ لِتَوَجُّهِ الْحَقِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ بِهِ الْإِمَامُ لَمْ يَجُزْ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ لَا يَجِدَ الْإِمَامُ مُتَطَوِّعًا، فَإِنْ وَجَدَ مُتَطَوِّعًا لَمْ يَجُزْ.

وَالخامِسُ: أَنْ يَعْجَزَ الْإِمَامُ عَنْ دَفْعِ رِزْقِهِ فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ لَمْ يَجُزْ.

وَالسَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ مَا يَرْتَزِقُهُ مِنَ الْخُصُومِ غَيْرَ مُؤَثِّرٍ عَلَيْهِمْ، وَلَا مُضِرٍّ

....

بِهِمْ، فَإِنْ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ أَثَّرَ عَلَيْهِمْ لَمْ يَجُزْ.

وَالسَّابِعُ: أَنْ يَسْتَزِيدَ عَلَى قَدْرِ حَاجَتِهِ، فَإِنْ زَادَ عَلَيْهَا لَمْ يَجُزْ.

وَالثَّامِنُ: أَنْ يَكُونَ قَدْرَ الْمَأْخُوذِ مَشْهُورًا يَتَسَاوَى فِيهِ جَمِيعُ الْخُصُومِ، وَإِنْ تَفَاضَلُوا فِي الْمَطَالَبَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُه عَلَى زَمَانِ النَّظَرِ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ مَقَادِيرُ الْحُقُوقِ، فَإِنْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَتَفَاضَلُوا فِي الزَّمَانِ فَيَجُوزُ وَفِي مِثْلِ هَذَا مَعَرَّةٌ تَدْخُلُ عَلَى جَمِيعِ الْمسلِمِينَ، وَلَئِنْ جَازَتْ فِيهِ الضَّرُورَاتُ، فَوَاجِبٌ عَلَى الْإِمَامِ وَكَافَّةِ الْمسلِمِينَ أَنْ تُزَالَ - أي المعرة - مَعَ الْإِمْكَانِ، إِمَّا بِأَنْ يَتَطَوَّعَ مِنْهُمْ بِالْقَضَاءِ مَنْ يَكُونُ مِنْ أَهْلِهِ؟ وَإِمَّا أَنْ يُقَامَ لِهَذَا بِكِفَايَتِهِ؛ لأَنَّهُ لَما كَانَتْ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، كَانَ رِزْقُ الْقَاضِي بِمَثَابَةِ وِلَايَتِهِ فَإِنِ اجْتَمَعَ أَهْلُ الْبَلَدِ، مَعَ إِعْوَازِ بَيْتِ الْمَالِ عَلَى أَنْ يَجْعَلُوا لِلْقَاضِي مِنْ أَمْوَالِهِمْ رِزْقًا دَارًا جَازَ، وَكَانَ أَوْلَى مِنْ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ أَعْيَانِ الْخُصُومِ، انتهى لفظه.

وما ذكره من الشروط غريب، وبعضها بعيد، وفي تحقيقه وتصويره نظر، ولا شك أن المطلوب لا يسمح ببذل الأجرة وإجباره عليها بعيد، وما ذكره أجزاء من اجتماع أهل عمله على جعل رزق له أقرب مما قبله، وإطلاق ابن القاص يقتضي المنع فيها أيضًا، وقد أطلق الماوردي والروياني في «البحر» في باب القسمة: القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ شيئًا من الرعية إذا لم يكن له رزق في بيت المال، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

فروع وتتمات: قال الرافعي: ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه أو رزقه أهل ولايته أو واحد؛ فالذي خرَّجه صاحب «التلخيص»: إنه لا يجوز له قبوله، لكن ذكرنا أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال يجوز أن يكون مال الإمام أو واحد من الرعية.

وذكر الصيمري في المفتي أنه يجوز أن يرزقه أهل بلده، ويمكن أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمة وميلًا في حق المؤذن؛ لأن عمله لا يختلف، والقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي، انتهى.

والمختار أنه إذا كان أهلًا للقضاء وهو محتاج إلى الرزق وتعذر من بيت المال، ولم يجد متطوعًا أهلًا بالقضاء أن يجوز لأهل عمله أن يفرضوا له كفايته كما سبق عن «الحاوي» وهو أخف ما قدمه عن الشيخ أبي حامد وغيره.

قال الرافعي: لا يجوز عقد الإجارة على القضاء لما سبق في الإجارة.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إلحاقه بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي، انتهى.

وسبق كلام الماوردي في ذلك، وأصل هذا فيما إذا استأجره الإمام من بيت المال لا من ماله، ولا آحاد الرعية، وحينئذ تتجه الصحة؛ لأن ذلك رزق في المعنى، ولا يجب التعرض لذكر المدة كما قيل في الأذان، وبعيد أن تكون هذه إجارة لازمة من الطرفين، فالوجه المنع إذا جعل الإمام على القضاء رزقًا، فإن سمَّاه الأصل اختص به، وإن سمي للقضاء شاركه فيه خلفاؤه بحسب كفاياتهم في النظر وكثرة العمل، فإن عزل من استخلفه وقام بعمله جاز أن يأخذ رزقه، وإن لم يقم به لم يجز أن يأخذه، قاله في «البحر» عند الكلام في الاستخلاف.

قال أصحابنا: ويرزق القاضي من مال المصالح مُيَاوَمَةً، أو مُشَاهَرَةً، أو مُسَانَهَةً، بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرهما من غير إسراف ولا تقتير، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر إذا لم يكن له ما يكفيه؛ سواء تعين عليه أم لا، أمَّا إذا لم يتعين عليه وكان له ما يكفيه فينبغي ألَّا يفرض له إلا أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته، إلا ألا يجد الإمام من يقوم بالقضاء بأقل من كفايته، فيفرض هو كما يرزق الإمام القاضي برزق من ترجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين؛ كالأمير، والمفتي، والمحتسب، وإمام الصلاة، والمؤذن، ومن يُعلِّم الناس القرآن، أي: وغيره، كما حكاه الهروي، وشريح عن الشيخ أبي زيد، ومن يقيم الحدود، والقسام، وصاحب الصكوك.

قال الرافعي: فإن لم يكن ببيت المال مال فلا يعين قسامًا ولا كاتبًا؛ كيلا يغالي في الأجرة، وفي «المترجم» وجهان: إنه كهؤلاء، وثانيهما: المنع

....

كالوكيل، وفي مؤنة المسمع هذان الوجهان، وهما جاريان في المزكي، والقول في الشاهد أجرياه إلى الشهادات، انتهى.

وعبارة شريح الروياني: في عدة من يرزق من بيت المال، وكاتب القاضي، وأصحابه وفيها شمول، وصرح الدبيلي بأن رزق العون يكون من بيت المال، فإن لم يكن بيت مال فكراؤه على من أفقده في طلب خصمه، أو استدعاه من قبل القاضي لعقد نكاح، فيعطى أجرة مثله، وسكتوا عن مقدار ما يرزق الإمام أعوان القاضي.

وعبارة الماوردي تقتضي أنها الكفاية كالقاضي، حيث قال: ورزقه مقدَّر بالكفاية من غير إسراف ولا تقصير، وكذلك أرزاق أعوانه من كاتب، وحاجب، وقاسم، وسجَّان حتى لا يستجعل واحد منهم خصمًا، انتهى.

إذا لم يكن في بيت المال مال، أو كان له مصرف لهم، أو تعذر وصول الحاكم إلى شيء منه يفرضه لأعوانه كعصرنا فالقول الجملي: إن كل من عمل منهم عملًا لغيره فأجرته عليه، فأجرة الكاتب على من يكتب له، والقسامة على المتقاسمين كما سيأتي، وأجرة السجن على المسجون، وفي أجرة السجَّان خلاف سبق.

وأما الموكل بالمديون ونحوه فسبق فيه خيط، وقضية القياس: إنه إن نصبه المستحق نائبًا عنه فهو أجرة ونائبه في حفظه، وإن نصبه الحاكم بدلًا عن الحبس لكونه رآه أو فوّض المدعي ذلك إلى رأيه، فإن كان ذلك لكشف حاله عند دعواه الإعسار واحتمال صدقه، فإما أن يكون على المدعي، أو توقف على استبانة صدقه وضده.

وقريب من هذا إذا ادَّعى الأداء أو الإبراء وغيرهما من الدوافع، فوكل به ليبيّن ذلك ويظهر أنه إذا تبيَّن صدقه وثبت إعساره بطريق شرعي الجزم بأنها على المدعي، وإن تبيَّن كذبه ويسره فعليه لظلمه ومطله، وإن لم يُبين الحال فتردد، وأما لو كان التوكيل به لعناده مع ظهر غناه، وإخفائه ماله، فوكل به الحاكم

ليحضر دينه، أو يبيع متاعه، فالأجرة عليه كأجرة الجلاد، وأما أجرة العون ـ وهو رسول القاضي ـ فعلى من أرسله خلف خصمه، كما صرح به الأئمة.

نعم، لو امتنع من الحضور فأجرة من يحضر عليه، كما سبق عن شريح، والهروي، وهو ظاهر إذا ثبت عليه الحق، أما لو لم يثبت فيُحسن أن يقال: إن خرج منه بيمينه فالأجرة عليه أيضًا، أو ببينة، أو تبين بطلان دعوى خصمه وتعديه عليه في استعدائه، فيحتمل أن يقال أنها عليه؛ إذ كان يجب عليه الحضور بكل حال، كما سيأتي أنه المذهب، فهو مُتعدٍ بامتناعه، ويحتمل أنها على الطالب؛ لظهور بطلان دعواه كما سبق، ويأتي في إحضار الغائبة إن شاء الله تعالى.

ثم هل موضع ثبوت الأجرة لمن ذكرنا إذا سمي لهم من تتوجه عليه الأجرة أجرة، أو ذكر ما يدل على التزامها، أو أن الحاكم يوظفها، وإن لم تذكر ـ وهي أجرة المثل ـ لعمله، ويكون نصيب الحاكم لهم لذلك كافيًا في استحقاق الأجرة عن بذل باذل لها وتسميتها؟ أو يخرج على الخلاف السابق فيمن عمل لغيره عملًا من غير إجارة هل يستحق أجرة؟ وفيه وجوه سبقت، والأقرب تخريجه على ذلك الخلاف، ويحتمل غيره، وسيأتي في القسمة عن «الحاوي» ما قد يعضده، ولم أر في ذلك كلامًا شافيًا.

فائدة: قال الماوردي قبيل الكلام في العزل: وإن كان القاضي مرتزقًا لم يستحق رزقه قبل وصوله إلى عمله، فإذا وصله ونظر استحق رزقه، وإن وصل ولم ينظر، فإن كان متصديًا للنظر استحقه، وإن لم ينظر كالأجير في العمل إذا سلَّم نفسه استحق وإن لم يستعمله المستأجر، وإن لم يتصد للنظر فلا رزق له كالأجير إذا لم يُسلِّم نفسه للعمل، وتبعه ابن شداد وابن الرفعة، وما قاله ظاهر لا ينقدح فيه خلاف، وإنما سكتوا عنه لوضوحه.

وقال الصيمري: وَإِذَا قُرِئَ عَهْدُهُ حَكَمَ مَكَانَهُ وَلَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَيَكُونُ قَدْ أَخَذَ فِي عَمَلِهِ وَيَسْتَحِقُّ رِزْقَهُ وَلَا أَدْرِي مَا شُبْهَةُ مِنْ قُضَاةِ الْعَصْرِ يَتَوَلَّى أَحَدُهُمْ الْقَضَاءَ في بلد بعيد، ثم تقدم بعد شهرٍ أو أكثر فيطلب رزقه من تاريخ ولايته لزمن ماضٍ لم يدخل فيه عمله، وَأَفْظَعُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُمْ يَسْتَخْرِجُونَ مَا وُظِّفَ لَهُمْ مِنَ الأَوْقَافِ

وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَائِقًا بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ

عَلَى نَظَرٍ وَتَدْرِيسٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا عُرِفَ بِالْحَاكِمِ وَلَا شَكَّ فِي عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِم ذَلِكَ الْمعلُومِ فِيمَا غَبَرَ مِنَ الزَّمَانِ، وبالله التوفيق.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَذَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لَائِقًا بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ**) قال الرافعي: يستحب كون مجلسه فسيحًا؛ لئلا يتأذى الحاضرون فيه لضيقه، وأن يكون بارزًا لا يكون دونه حجاب؛ ليهتدي إليه المتوطن والغريب، ويصل إليه كل أحد فلا يجلس للقضاء في بيت كبير، وإن أقام على بابه من يأذن؛ لأنه لا يظهر جلوسه فيه، ولا يهتدي إليه الغرباء، ويستحب أن يكون نزهًا لا يؤذي فيه الحر والبرد والروائح والغبار والدخان، فيجلس للصيف حيث يليق به، وللشتاء حيث يليق به، واستحب أبو عبيد بن حربويه وغيره أن يكون موضع جلوسه مشرفًا كدكة ونحوها؛ ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة، وحسن أن يوطأ له الفرش، وتوضع له الوسائد؛ ليعرفه كل داخل وليكون أهيب عند الخصوم وأرفق به فلا يمل، والأولى أن يكون مستقبل القبلة، انتهى.

وقال ابن القاص في «أدب القضاء»: يُستحب له إذا خرج إلى مجلس القضاء يستحب له أن يدعو بالحديث: «**اللَّهُمَّ أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَضِلَّ أَوْ أُضَلَّ أَوْ أَزِلَّ أَوْ أُزَلَّ**»(١).

قال: وسمعت أن الشعبي كان يدعو به إذا خرج إلى مجلس القضاء ويزيد فيه: أَوْ أَعْتَدِيَ أَوْ يُعْتَدَى عَلَيَّ: اللَّهُمَّ أَعِنِّي بِالعِلْمِ، وَزَيِّنِّي بِالحِلْمِ، وَأَلْزِمْنِي التَّقْوَى حَتَّى لَا أَنْطِقَ إِلَّا بِالحَقِّ، وَلَا أَقْضِيَ إِلَّا بِالعَدْلِ، فإذا دخل المجلس عمَّ الحاضرين بالسلام، ثم يتصدى في مجلسه مستندًا في أرفق المجالس، وأحْراها ألَّا يسرع إليه ملله مرتقيًا إلى الله في العون على ما ولاه، عازمًا على العدل والإنصاف، ووجهه لأهل مجلسه وهم مستقبلون القبلة، كمقابلة

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٤/ ٩، رقم ١١)، وفي الأوسط (٣/ ٣٤، رقم ٢٣٨٣) قال الهيثمي (١٠/ ١٢٩): فيه أبو بكر الهذلي، وهو ضعيف.

....

الخطيب للناس يوم الجمعة، انتهى.

وهذا وجه حكاه الشيخ أَبُو عَلِيٍّ، ويعضده ما روي عن الشعبي قال: رأيت عمر بن الخطاب مستندًا إلى القبلة يقضي بين الناس، لكن في ثبوته نظر، والمشهور أنه هو يستقبل القبلة ولم يذكر كثيرون غيره.

قال ابن القاص: ولا يدع الناس يقومون له إذا دخل، ولا يتكئ من غير عذر إذا جلس، انتهى.

قال الماوردي: وللقضاة آداب تزيد بها هيبتهم، وتقوى بها رهبتهم، والهيبة والرهبة فيهم من قواعد نظرهم؛ ليقود الخصوم إلى التناصف، وتكفهم عن التجاحد، وآدابهم أقسام:

فمنها: آدابهم في أنفسهم، وهو يعتبر بحال القاضي، فإن كان موصوفًا بالزهد والتواضع والخشوع أبلغ في هيبته، وأزيد في رهبته، وإن كان ممازجًا لأبناء الدنيا تميَّز عنهم بما يزيد في هيبتهم من لباس لا يشاركه فيه، ومجلس لا يشاركه غيره فيه، وسَمْت يزيد على غيره فيه، وذكر: وَيَكُونُ نَظِيفَ الْجَسَدِ، يَأْخُذُ شَعْرَهُ وَتَقْلِيمَ ظُفُرِهِ، وَإِزَالَةَ الرَّائِحَةِ الْمَكْرُوهَةِ مِنْ بَدَنِهِ، وَيَسْتَعْمِلُ مِنَ الطِّيبِ مَا يُخْفِي لَوْنَهُ، وَتَظْهَرُ رَائِحَتُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي يَوْمٍ يَنْظُرُ فِيهِ بَيْنَ النِّسَاءِ، فَلَا يَسْتَعْمِلُ مِنَ الطِّيبِ مَا نَمَّ، وأما مجلسه في الحكم... إلى أن قال: ويختص فيه، أو وسادة لا يشاركه غيره فيها، وليكن جلوسه في صدر مجلسه؛ ليعرفه الداخل ببديهة النظر، ويستفتح مجلسه بركعتين يدعو بعدهما بالتوفيق والتسديد، ثم يطمئن في جلوسه سريعًا، وأطلق: إنه يصلي ركعتين، وقال من قبل: إن في المسجد كانت الصلاة تحية مسنونة في كل وقت، وإن كان جلوسه في غيره كانت الصلاة تطوعًا في غير أوقات النهي، ويدعو بعدها بما سبق، وهذا أصوب.

وقال شريح الروياني: وإن كان جلوسه في غير مسجد فقد قيل: لا يصلي، وقيل: يصلي ركعتين، انتهى.

قال الماوردي وَأَمَّا سَمْتُهُ: فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ غَاضَّ

لَا مَسْجِدًا.

الطَّرْفِ، كَثِيرَ الصَّمْتِ، قَلِيلَ الْكَلَامِ، يَقْتَصِرُ مِنْ كَلَامِهِ عَلَى سُؤَالٍ أَوْ جَوَابٍ، وَلَا يَرْفَعُ بِكَلَامِهِ صَوْتًا، إِلَّا لِزَجْرٍ أَوْ تَأْدِيبٍ، وَلْيُقَلِّلَ الْحَرَكَةَ وَالْإِشَارَةَ، وَلْيَقِفْ مِنْ أَعْوَانِهِ بَيْنَ يَدَيْهِ مَنْ يَسْتَدْعِي الْخُصُومَ إِلَيْهِ، وَيُرَتِّبُ مَقَاعِدَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِهِ، وَيَكُونُ مَهِيبًا مَأْمُونًا؛ لِيَنْصَانَ بِهِ مَجْلِسُهُ، وَتَكْمُلَ بِهِ هَيْبَتُهُ، انتهى.

وهذا ما يسمى اليوم: نقيب القاضي، والله أعلم.

قال: (لَا مَسْجِدًا) هذه عبارة قاصرة عن الغرض، فإن المذهب المنصوص المشهور وبه قطع الجمهور: إنه يكره أن يُتخذ المسجد مجلسًا للقضاء قصدًا واعتمادًا، ونصَّ الشافعي في موضع: إنه لا يستحب، فقيل: لا يكره لهذا النص، وحكاه الرافعي وجهًا، وبه قال مالك وأحمد وأَبُو حَنِيفَةَ في رواية استدلالًا بفعله ﷺ وفعل خلفائه الراشدين ﵃.

لنا: قوله ﷺ: «مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ فِي الْمسجِدِ ضَالَّةً فَلْيَقُلْ: لَا ردهَا اللهُ إِلَيْكَ»(١).

وعن بريدة: أَنَّ رَجُلًا نَشَدَ فِي المسجِدِ فَقال: مَنْ دَعَا إِلَى الجَمَلِ الأَحْمَرِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا وَجَدْتَ، إِنَّمَا بُنِيَتِ الْمَسَاجِدُ لِمَا بُنِيَتْ لَهُ» رواهما مسلم.

وفي رواية: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة»(٢).

حديث واثلة بن الأسقع ﵁ أن رسول الله ﷺ قال: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ

---

(١) أخرجه أحمد (٢/٣٤٩، رقم ٨٥٧٢)، ومسلم (١/٣٩٧، رقم ٥٦٨)، وأبو داود (١/١٢٨، رقم ٤٧٣)، وابن ماجه (١/ ٢٥٢، رقم ٧٦٧) وابن خزيمة (٢/ ٢٧٣، رقم ١٣٠٢)، وأبو عوانة (١/ ٣٣٩، رقم ١٢١٢)، وابن حبان (٤/ ٥٢٩، رقم ١٦٥١)، والبيهقي (٢/ ٤٤٧، رقم ٤١٤٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١/ ٤٤٠، رقم ١٧٢١)، والطيالسي (ص ١٠٨، رقم ٨٠٤)، وأحمد (٥/ ٣٦١، رقم ٢٣١٠١)، ومسلم (١/ ٣٩٧، رقم ٥٦٩)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٥٢، رقم ١٠٠٠٢)، وابن ماجه (١/ ٢٥٢، رقم ٧٦٥)، وابن خزيمة (٢/ ٢٧٢، رقم ١٣٠١)، وابن حبان (٤/ ٥٣٠، رقم ١٦٥٢).

……

صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ وَشِرَارَكُمْ وَبَيْعَكُمْ وَخُصُومَاتِكُمْ وَرَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ وَإِقَامَةَ حُدُودِكُمْ وَسَلَّ سُيُوفِكُمْ، وَاتَّخِذُوا عَلَى أَبْوَابِهَا الْمَطَاهِرَ وَجَمِّرُوهَا فِي الْجُمَعِ»(١) رواه ابن ماجه، وليس إسناده بذاك، وقد روي من وجوه، وله شواهد.

قال الماوردي: وروى ابن المسيب أن عمر ﷺ كتب إلى القضاء: ألَّا تقضوا في المساجد.

قال أصحابنا: ولأن الخصوم يكثر بينهم اللغط والتكاذب، وربما تعدى إلى السب والشتم، ويكون في الخصوم الحائض، والمستحاضة، والنفساء، والجنب، والكافر، والمساجد تُصان عن هذا، وربما قطعوا خشوع المصلين، وسواء صغر المسجد أو كبر، وما روي عنه ﷺ وعن أصحابه من القضاء في المسجد إنما كان قليلًا، لا أنهم اتخذوه مجلسًا للحكم دائمًا كما هو محل النزاع.

قلت: ولأن الخصومات كانت في زمنهم قليلة جدًّا، ويخرج من كلام الأصحاب ثلاثة أوجه:

الكراهة، عدمها خلاف الأولى.

قال الروياني: وعلى المذهب هي كراهة تنزيه بلا خلاف، وفيه وقفة، إذا اتسع البلد، وكثر الخصوم، وإقامة الحدود في المسجد أشد كراهة، نص عليه.

وفي «الشامل» وغيره: إنه لا يجوز إقامة الحدود فيه، وبه جزم صاحب «الخصال» واستثنى الأصحاب من الكراهة صورتين:

إحداهما: في التغليظ بالأيمان.

والثانية: أن يحضر القاضي لأمر، فيتفق خصومه ونحوها فلا يكره تعجيل الحكم فيه، قال أبو الحسن العبادي: وإذا جلس للحكم فيه لا يدع الخصوم يجتمعوا فيه ويتشاتمون، بل يقعدون خارجه، وينصب من يدخل عليه خصمين

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/٢٤٧، رقم ٧٥٠)، قال البوصيري (١/٩٥): هذا إسناد ضعيف. والطبراني (٢٢/٥٧، رقم ١٣٦) والديلمي (٢/١٠٨، رقم ٢٥٦٦) وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (ص ١٠٣، رقم ٣٩٥) وقال: قال السخاوي: سنده ضعيف.

....

خصمين، وهذا حسن، ولو جلس للقضاء في بيته كره لما سبق، فإن اتفقت فيه حكومة أو حكومات يسيرة فلا بأس، وكذا لو منعه المطر والثلج ونحوهما من الخروج إلى مجلسه العام، فيحكم في بيته للضرورة لم يكره، وكذلك في المسجد، قاله بعضهم.

تنبيه: قال ابن القاص في «أدب القضاء»: وأجمعوا أن القاضي حيث يجلس للحكم في بلد قضائه ـ أي: في عمله ـ من مسجد أو غيره جاز حكمه، وهذا واضح، وظن بعض الأغبياء كما وهم بعض أكابر المصنفين أنه لا ينفذ حكمه في غير مجلسه المعد للحكم، وهو خطأ صريح نبّه عليه ابن الصلاح والمصنف في «الطبقات» نعم، لو سمع الدعوى والبينة خارج ولايته، وأبرم الحكم في موضع ولايته لم يجز كعكسه، ولو سمع الدعوى والبينة في موضع ولايته ثم خرج منه لحاجة، فسأل عن عدالتهم خارج عمله فعدلوا، فرجع إلى عمله، قال ابن القاص: فقياس قول الشافعي: إنه على القولين في القضاء بعلمه.

فَرْعٌ: حكى الصيدلاني وجهين في كراهية اتخاذ القاضي حاجبًا وبوابًا، قال الرافعي: ويمكن أن يوجه.

أحدهما: بما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا فَاحْتَجَبَ، حَجَبَهُ اللهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(١).

والثاني: إنه لو دخل عليه من شاء متى شاء ليطلب هيبته وسقط وقعه، لكن المفهوم من كلام أكثرهم أن الوجهين ليسا بمطلقين، بل إذا جلس للقضاء وازدحم الناس عليه، فلو نصب بواب وحاجب يدفعان الزحمة عنه، ويدخلان الناس على الترتيب، لا محالة، وإنما الوجهان فيما إذا جلس للقضاء ولا زحمة، وفي أوقات خلوته، والأظهر: الكراهة في الحالة الأولى دون الثانية، انتهى لفظه.

---

(١) أخرجه الطبراني (٢٢/ ٣٠١، رقم ٧٦٥) قال الهيثمي (٥/ ٢١١): رواه الطبراني عن شيخه جبرون بن عيسى عن يحيى بن سليمان الجفرى ولم أعرفهم وبقية رجاله رجال الصحيح. وأبو نعيم في الحلية (٨/ ١٣٠) وقال: غريب.

وعبارة جماعة من العراقيين: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا من غير حاجة، أو إلا لحاجة، وعبارة الصيمري في «شرح الكفاية»: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا إلا أن تدعو إلى ذلك ضرورة؛ لأنه ربما منع الحاجب والبواب قومًا وأذن لغيرهم، وسبيل مجلس الحكم أن تكون مبذولة، ولأنه لا يؤمن منهم أخذ الرشوة.

وقال في «التنبيه»: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا، فإن احتاج اتخذ حاجبًا عاقلًا أمينًا بعيدًا من الطمع.

قال ابن الرفعة: ويظهر أن تكون هذه الأوصاف واجبة، وإن لم توجب في الكاتب؛ لأن جناية الكاتب يزيحها القاضي بنظره، بخلاف ما يصدر من حاجب وبواب، فلا مستدرك له. قال: ويقوي ذلك أن الماوردي قال: والشروط المعتبرة في الحاجب نوعان: واجب، ومستحب.

فَأَمَّا الوَاجِبُ: فَثَلَاثَةٌ: العَدَالَةُ، وَالعِفَّةُ، وَالأَمَانَةُ.

وأمَّا المستحبة: فخمسة: أَنْ يَكُونَ حَسَنَ الْمنظَرِ، جَمِيلَ الْمَخْبَرِ، عَارِفًا بِمَقَادِيرِ النَّاسِ، بَعِيدًا مِنَ الْهَوَى وَالْعَصَبِيَّةِ، مُعْتَدِلَ الْأَخْلَاقِ بَيْنَ الشَّرَاسَةِ وَاللِّينِ، واستحب ابن المنذر أن يكون خصيًّا حتى يكون أبلغ في العفة.

وفي «الروضة» قال ابن المنذر: ويستحب أن يكون خصيًا لمكان النساء، وهذا في وقت انتصابه للأحكام، أما إذا اتخذه في غيره لم يكره، قال الماوردي: بل إذا احتجب عن الناس في ذلك الوقت أحظى لحشمته وأعظم لهيبته، وكان بعض أصحابنا يقول: إنما يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله، فأما في زمان الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والعامة، فالمستحب له أن يتخذ حاجبًا؛ لحفظ هيبته، ويمنع من استطالة الخصوم.

قال في «البحر»: وبهذا أقول في زماننا، وقال القاضي أبو الطيب في أول الباب: يستحب له أن يتخذ حاجبًا يقوم على رأسه إذا قعد، ويقدم الخصوم ويؤخرهم، فإذا حكم بين الخصمين وقاما دعا بغيرهما، قال ابن أبي الدم: وهذا هو الصحيح، ولا سيما في زماننا مع فساد العوام، وأطنب في تعزيز ذلك.

....

قال: وكلام الشافعي محمول على ما إذا قصد بالحاجب الاحتجاب عن الناس، وخوفًا من ارتشائه، وبين موضع الحاجة إليه، وما قاله صحيح، ولا ينقدح فيه خلاف، وكلام الأصحاب وتوجيههم الكراهة يدل على ما حمل عليه كلام الشافعي، وقد صرح الرافعي وغيره: بأنه يستحب أن يقوم على رأسه أمين ينادي: هل من خصم؟ ويرتب الناس، ويقدم الأول فالأول.

قال ابن الرفعة: وفي «النهاية» أن الصيدلاني ذكر وجهين، والثانية اتخاذه الحاجب، ثم ذكر طريقين في محلهما:

أحدهما: إذا لم يجلس للحكم، وإن جلس ففيه وجهان.

والثاني: عكس هذه.

قال الإمام: ولا معنى عندنا للخلاف، ولكن إن كثرت الزحمة وكانت المصلحة في اتخاذ الحاجب ليمنع الزحمة، اتخذه، وإن كانت المصلحة على خلاف ذلك اتبعها، وهذا ينطبق على ما حكاه الشيخ، وصاحب «الكافي» انتهى.

وكأنه نزَّل الحاجة في كلامهم على ذلك، ولهذا نسب الرافعي نحو هذا التفصيل إلى المعظم، والظاهر أن الرافعي لم يقف على كلامٍ هنا، وحاصله أربعة أوجه:

أحدها: لا يتخذه.

والثاني: له أن يتخذه مطلقًا.

والثالث: إن جلس للقضاء لم يتخذه، وإلا فله اتخاذه، وهذه الثلاثة تحصلت مما نقله.

والرابع: التفصيل الذي اختاره، ويخرج من كلام «الحاوي» وجه خامس يعرف بالمراجعة، وكلام «الوسيط» فيه مخالفة لكلام الإمام، قال الماوردي: وأما الأئمة فلا يكره لهم اتخاذ الحاجب، بل يُستحب.

فرع مهم:

قال الرافعي: إذا ولي القاضي فالمستحب أن يدعو أصدقاءه الأمناء،

ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه؛ ليسعى في إزالتها، ويستحب أن يكون راكبًا في مسيره إلى مجلس حكمه، انتهى.

وهذا بعد منزله عنه، وكان ممن يضع المشي قدره، أما لو كان زاهدًا خاشعًا فقد يكون المشي أليق به وأكمل، كما سبق عن «الحاوي» في الملبس.

قال: ويسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دخل، وأن يدعو إذا جلس، ويسأل الله التوفيق والتسديد، ثم ذكر أمينًا يقوم على رأسه كما سبق، ثم قال وهو مقصود الفَرْعُ: ويجوز أن يعين للقضاء يومًا أو يومين على حسب عادة الناس به ودعاويهم، وأن يُعين وقتًا من النهار، ثم إذا حضر خصمان في غير الوقت المعين سمع كلامهما، إلا أن يكون في صلاة أو على طعام فيؤخر قدر ما يفرغ منه، انتهى.

وفي «البيان» وغيره: ولا يحجب القاضي من غير عذر، وسقت في «الغنية» حديثين في التسديد في ذلك والوعيد، وهما يدلان على أن الاحتجاب عن ذوي الحاجات من غير عذر، ولا يجوز، وإنه يجب على القاضي ونحوه من المنصوبين لعموم حاجات المسلمين صرف أوقاته لفصل القضاء ونحوه حيث لا عذر له؛ لأنه أجير المسلمين إذا ارتزق من بيت المال، أمَّا المتبرع بالقضاء ففيه وقفة، ومن تعين عليه القضاء كالمرتزق في ذلك.

وقال الخفاف في «الخصال»: واعلم أن على القضاة ألَّا يمتنعوا من الأحكام في كل حال إلا عند وجود تسع خصال فمن ذلك: أن يكون غضبان، أو قد غلبه الجوع، أو العطش، وكذلك إن احتاج إلى حاجة الإنسان، وكذلك إذا أحسَّ من نفسه بتغير، أو احتاج إلى أكل وشرب، أو وقت لا يأمن على نفسه فيه، أو وقت حاجته إلى النوم، انتهى.

وقال الشافعي في «المختصر»: وأرفق الأماكن به... إلى آخره.

قال الماوردي: يريد بأرفق الأماكن به: أن يكون الموضع إن احتاج فيه إلى الغائط والبول قدرًا عليه، وإن عطش شرب الماء فيه، وإن جاع أكل فيه

....

الطعام؛ لأنها أحوال لا يستغنى عنها، انتهى.

وقال شريح في «روضته»: وإن كان يقضي، يُرزق من بيت المال، ويلزمه أن يقضي في كل نهاره، إلا في وقت قضاء الحاجة، والطهارة، وصلاة الفريضة والنافلة المؤكدة، وتناول الطعام على الوجه الذي يجوز للأجير أن يستقل عن العمل للمستأجر، وقد قيل: إنه يلزمه ذلك على حسب العادة والعرف، وإن كان متبرعًا بالقضاء فقد قيل: يجلس في أي وقت أراد، والصحيح أنه يقعد ـ أي: المتبرع ـ على حسب عادة الحكام، ثم هل يعتبر عادة سائر حكام البلاد أو عادة حكام ذلك البلد؟ وجهان، انتهى.

والأشبه في المتطوع ما ذكرناه أنه إن تعين عليه القضاء مجانًا فكالمرتزق، وقال ابن الرفعة بعد قول «التنبيه»: ولا يحتجب إلا لعذر ظاهر، هذا الكلام من الشيخ يقتضي أن أوقات القاضي كلها يصرفها في الانتصاب لفصل القضاء إذا لم يكن له عذر، وعليه ينطبق قول القاضي الحسين: إنه يكره للقاضي أن يعين يومًا أو يومين في الأسبوع للقضاء بل ينبغي أن يكون مرصدًا للقضاء في جميع الأوقات، إلا في أوقات الاستراحة والأكل والشرب.

وفي «الحاوي»: إنه يجعل زمان نظره معينًا من الأيام؛ ليتأهب الناس للتحاكم إليه، فإن كثرت المحاكمات ولم يتسع لها بعض الأيام لزمه النظر في كل يوم، ويكون وقت نظره من اليوم معروف، لتكون باقية مخصوصًا في أمور نفسه ولراحته ودعته، فإن قلَّت المحاكمات واتسع لها بعض الأيام جعل نظره في الأسبوع مخصوصًا بحسب الحاجة من يوم فيه أو يومين أو ثلاثة، ويختار أن يكون في أيام نظره من الأسبوع السبت والإثنين والخميس، وإن تحدد في غير يوم النظر ما لا يمكن تأخيره نظر فيه، ولم يؤخره.

وقال في «التهذيب»: إنه لا يجوز أن يؤخر النظر إذا وقعت لإنسان خصومه، إلا أن يكون مستقلًا بصلاة أو أكل، أو مهم فلا بأس بالتأخير إلى الفراغ، انتهى.

وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشِبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلِّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقُهُ فِيهِ،

وقال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: وليس للقاضي تأخير الخصوم إذا ترافعوا إليه إلا من عذر، وله أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة، انتهى.

وهذا ظاهر إذا لم يكن في البلد سواه، أمَّا لو كان به قضاة كما في الأمصار في هذه الأعصار فهل لمن رفعت إليه خصومة منهم ولا شاغل له عن فصلها أن يدفعها إلى غيره حيث لا يخشى ضياع حق بالتأخير أم لا؛ لئلا إلى التدافع والتواكل؟ يشبه أن يجري فيه الخلاف في تدافع الأولياء التزويج، والشهود، والأداء، والحاكم المرتزق من بيت المال أولى بالمنع من الولي والشاهد.

قال: **(وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشِبَعٍ مُفْرِطَيْنِ، وَكُلِّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقُهُ فِيهِ)** أي لما في «الصحيحين» من حديث أبي بكر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»(١) وفي لفظ: «لَا يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»(٢) وفي رواية لأبي عوانة: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»(٣) ولا مهموم ولا مصاب محزون ولا يقضي وهو جائع، وعن أبي سعيد يرفعه: «لَا يَقْضِي القَاضِي إِلَّا وَهُوَ شَبْعَانُ رَيَّانُ»(٤) والآثار في هذا كثيرة.

قال أصحابنا: لا ينبغي للقاضي أن يقضي وهو غضبان، وكذا في كل حال يسوء خلقه فيها، ويتغير عقله، ويختل فهمه من جوع وشبع مفرطين، وألم

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٥٢، رقم ٢٠٥٤١)، والبخاري (٦/ ٢٦١٦، رقم ٦٧٣٩)، وأبو داود (٣/ ٣٠٢، رقم ٣٥٨٩)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦، رقم ٢٣١٦) وابن الجارود (ص ٢٥٠، رقم ٩٩٧)، وابن حبان (١١/ ٤٤٩، رقم ٥٠٦٣).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٢، رقم ١٧١٧)، والترمذي (٣/ ٦٢٠، رقم ١٣٣٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٨/ ٢٣٧، رقم ٥٤٠٦) وأحمد (٥/ ٤٦، رقم ٢٠٤٨٥).

(٣) أخرجه أبو عوانة (٥١٥٥).

(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦)، والخطيب (٦/ ٢٧٦)، والبيهقي (١٠/ ١٠٥ رقم ٢٠٠٦٩) وقال: تفرد به القاسم العمري وهو ضعيف. والحارث كما في بغية الباحث (١/ ٥١٩، رقم ٤٦١)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٣٦، رقم ٤٦٠٣)، قال الهيثمي (٤/ ١٩٥): فيه القاسم ابن عبد الله بن عمر وهو متروك كذاب. وابن عدي (٦/ ٣٤، ترجمة ١٥٧٧ قاسم بن عبد الله العمري)، وقال: عامة رواياته مما لا يتابع عليه.

……

مؤلم، وخوف مزعج، وفرح وحزن شديدين، وعند غلبة النعاس، أو الملال، ولا وهو يدافع الأخبثين، ولا بحضرة طعام تتوق نفسه إليه.

والغرض أن يكون في حال يتمكن فيها من استيفاء الفكر والنظر، بحيث يكون ساكن النفس معتدل الأحوال؛ ليقدر على الاجتهاد في النوازل، ويحترس من الزلل في الأحكام، فلا يخلص للحكم العام كما قال الماوردي إلا بعد سكون نفسه بالأكل، والشرب، وَيَتَعَرَّضَ لإزالة لِلْأَخْبَثَيْنِ، وَيَسْتَوْفِيَ حَظَّهُ مِنَ النَّوْمِ وَالدَّعَةِ، وَيَقْضِيَ وَطَرَهُ مِنَ الْجِمَاعِ حَتَّى يَغُضَّ طَرْفَهُ عَنِ الْحُرُمِ، وَيَلْبِسَ مَا يَسْتَدْفِعُ بِهِ أَذَى وَقْتِهِ مِنْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ، وَيَفْرَغَ مِنْ مُهِمَّاتِ أَشْغَالِهِ؛ لِئَلَّا يَهْتَمَّ بِمَا يَشْغَلُ خَاطِرَه.

تنبيهات: منها: قال الشافعي: وَالْحَاكِمُ أَعْلَمُ بِنَفْسِهِ، فَأَيُّ حَالٍ أَتَتْ عَلَيْهِ تَغَيَّرَ فِيهَا عَقْلُهُ أَوْ خُلُقُهُ أحببت أَلَّا يَقْضِيَ حَتَّى يَذْهَبَ.

قال أصحابنا: فإن قضى في هذه الأحوال السالفة نفذ حُكمه إن وافق الحق لقصة الزبير المشهورة.

قلت: وفي الاستدلال بها نظر، والفارق العصمة، وعبارة جماعة: يكره له القضاء في هذه الأحوال، والظاهر أنها كراهة تنزيه.

وعبارة الماوردي وغيره تقتضي أنه خلاف الأولى، كما هو ظاهر النص، ولفظ أبي العباس بن شريح في كتابه «الودائع»: ولا يجوز له أن يقضي وهو غضبان، ولا يتغير الحال، وكذا جزم بذلك ابن أبي عصرون في «التنبيه».

وفي «الانتصار» أيضًا، ولفظه: ولا يجوز للقاضي أن يقضي في حال الغضب، ولا الجوع، ولا العطش، ولا الحزن، ولا الفرح، ولا يقضي والنعاس يغلبه، أو المرض يعلقه، أو يدافع الأخبثين، أو في حرٍّ مزعج، أو بردٍ مؤلم، ولفظه: لا يجوز إنما يستعملها المستأخرون للتحريم، انظر قول صاحب «الكافي» في كلامه على القياس وقوله: لا يقضي القاضي وهو غضبان، يعلم أن ذلك بزوال طبعه عن الاعتدال، ولا يمكنه في هذه الحالة

وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ.

التنبه، والاجتهاد، وإعمال الفكر على وجهه، فاقتضى أن يكون متهيئًا عن القضاء في حال ذهاب طبعه عن الاعتدال؛ لغلبة، أو نوم، أو جوع شديد، أو خوف هائل، انتهى.

ويقوى القول بالتحريم عند اشتداد الغضب وغيره مما يخرجه عن حيز الاعتدال والضبط.

قال الرافعي: وذكر جماعة من الأئمة منهم الإمام، والبغوي: إن المنع من القضاء في حالة الغضب مخصوص بما إذا لم يكن لله تعالى، فأمَّا إذا غضب لله تعالى في حكومة وهو يملك نفسه فيما يتعلق بحضه فلا بأس بإمضائه، لحديث الزبير والأنصاري حين اختصما في سراج، لكن احتج آخرون به؛ لأنه لو قضى في حال الغضب نفذ وإن مكروهًا، وهذا مصير منهم إلى قيام الكراهة في هذا النوع من الغضب.

قلت: وهو الموافق لإطلاق الأحاديث، ونصوص الشافعي والجمهور، والراجح من حيث المعنى؛ لأن المحذور عدم توفره على الاجتهاد، وتشويش فكره، وذلك لا يختلف بين كونه لله تعالى أو لغيره لا جرم.

قال في «البحر» بعد نقله الفرق عن بعض الأصحاب بخراسان: وهذا غريب، نعم ينبغي أن تنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة لأجل الدين، وعلم أن ذلك لا يمنع من توفية الحقوق، والله أعلم.

قال: (وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ) لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال الحسن: كان غنيًّا عن مشاورتهم، ولكن ليستن به الحكام بعده؛ ولأن ذلك أبعد من التهمة وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء.

قال جماعة من أصحابنا: وهم الذين يجوز توليتهم القضاء.

وقال آخرون: الذين يجوز لهم الإفتاء، وهو الظاهر، فيشاور الأعمى والعبد والمرأة، لكن لا تحضر النسوة المجلس كما قاله الماوردي، ولا يشاور الفاسق، قال: وفي جواز مباحثه وجهان.

....

قال القاضي الحسين: وإنما يشاور من فوقه في العلم لا من دونه على الأصح، وفيه نظر، قال القاضي: وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة.

وقال الرافعي: وموضع المشاورة موضع تعارض الآراء، واختلاف وجوه النظر، قلنا: الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي، فإنه لا يحتاج إلى المشاورة، انتهى.

وهذا قد تنازع فيه كلام القاضي، وقال الدبيلي: إن كان الشيء جليًّا كالنكاح في العدة فلا يحتاج إلى مشاورة، وإن كان لشفعة الجار ونحوها فيجوز أن يشاور، وألَّا يشاور لظهوره، فإن كان مما يلتبس في نكاح أو طلاق وغيرهما فإنه يحتاج إلى المشاورة.

وممن اقتضى كلامه وجوب المشاورة: الماوردي، حيث قال عقب قول الشافعي: ويجمع المختلفين؛ لأنه أشد لتقفية العلم، وهذا مختص بالحوادث المشكلة والنوازل الملتبسة، دون ما استقر بالنصوص والإجماع أو بالقياس الذي لا يحتمل غيره، فيجمع له المختلفين من أهل الاجتهاد ... إلى أن قال: وإنما لزمه أن يفعل هذا لثلاثة أمور: اقتداءً بالصحابة، وَالثَّانِي: قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَخْفَى عليه مِنْ أَحْكَامِ الْحَوَادِثِ وَالنَّوَازِلِ مَا يَكُونُ عِلْمُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُمْضِيَ حُكْمَهُ عَلَى احْتِمَالٍ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ مُجْتَهِدٌ، وَعَلَى المجتَهِدِ التَّقَصِّي فِي اجْتِهَادِهِ، وَمِنَ التَّقَصِّي أَنْ يَكْشِفَ بِالسُّؤَالِ وَيُنَاظِرَ فِي طَلَبِ الصَّوَابِ، فإن تفرد الحاكم باجتهاده فقد أساء وقصَّر وكان حكمه نافذًا، انتهى.

قال الرافعي: وإذا حضر المشاورون فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم، ولا يبتدرون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان مما ينقض، أي: ليس لهم قبل المشاورة ذلك إلا إذا حكم بما يسوغ نقضه، وإن كان قد أساء بتركه المشاورة، قالوا: ونصَّ عليه الشافعي، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب

……………………………………………………………………

المختلفة، ليذكر كل واحد منهم دليل مذهبه، فيتأمل! ويأخذ بالأرجح عندهم، أي: إذا ظهر له تطابق ما عنده لا أنه يقلّدهم بحال.

تنبيهات: أحدها: قال الرافعي: ثم الذين يشاورهم إن شاء جمعهم عنده، وإن شاء أقعدهم إلى ناحية، فإذا احتاج استدعاهم.

قال: وقول الغزالي: إنه يخرج بعد اجتماع الفقهاء كالصريح في أنه يحضرهم قبل أن يجلس للحكم، وهذا وإن لم يتعرض له المعلم، يجوز أن يوجه بأنهم بانتظاره أولى منه بانتظارهم، انتهى.

وقال ابن سريج في «الودائع»: فإذا صار إلى مجلسه ابتدأ باستعمال قربة من صلاة أو ذكر، ثم جلس وسما بهمته إلى ربه سائلًا له التوفيق للحق في القول والفعل، ثم أحضر العلماء إلى مجلسه، وهذا كالصريح، بخلاف كلام الغزالي.

وعبارة ابن القاص: ويجمع الفقهاء العدول، ويخليهم عن يمينه وشماله بحيث يسمعون كلامه وكلام الخصمين، ويرفع مجالسهم، وينزلهم على قدر مراتبهم من العلم والنهي.

ثانيها: جميع ما سبق هو في الحاكم المجتهد، واستحضاره أمثاله، وأما في زماننا فيشاور الذين بلغوا رتبة الاجتهاد المفيد في المذاهب إن كان هو ممن بلغ رتبة الاجتهاد في مذهب إمامه، وأين ذاك الواحد، وأمَّا من سدا طرفًا من فقه المذهب وليس من خيل هذا الميدان فكيف الحال؟ وما الفائدة في إحضار المخالفين؟ فيقرب أن يقال: يقتصر على إحضار فقهاء مذهبه، فلعلّهم يُنبهونه على نصٍ لإمامه، أو قيد، أو شرط للمسألة، أو نقل خاص فيه لم يظفر به، أو ترجح.

ولم أر في هذا كلامًا، مع أن الحاجة ماسة إليه، وقد صرَّح جماعة بإيجاب المشاورة فيما أشكل كما سبق على المجتهد، فما الظن بالمقلد الضعيف؟

ثالثها: يستحب ألَّا يحكم إلا بحضور جماعة من العدول، أقلّهم: اثنان؛

وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ، ....

ليشهدوا عليه بما حكم به، وعلى الخصوم بما يصدر منهم، ولأنه أبعد عن التهم، وللخروج من خلاف مالك وغيرها من وجوه المصالح.

قال أصحابنا: ويستحب إذا أراد أن يحكم أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قد قامت عليك البينة بكذا، ورأيت الحكم عليك بكذا؛ لتكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة، وهذا بعد الإعذار.

وعن نصِّه في «الأم»: إنه يبديهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم اليوم واليومين، إذا سألهما فجعلاه في حلٍّ من التأخير، وإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخره؛ لأن الحكم إذا بان وجهه كان على الفور، وتأخيره ظلم.

وقال ابن سريج عقب ما سبق عنه: وإن توجه له الحكم، وقام في نفسه صحة ذلك، شاور فيه العلماء، فإن خالفوه على ما في نفسه توقف عن إمضاء الحكم، حتى يتيقن ما في ذلك من الحكم، وإن لم يخالفوا أمضى الحكم، هكذا يفعل في كل مجالسه، ولا ينزل الدرس في العلم، ومجالسة أهله، ونقل مواكلة الناس ومصاحبته لهم، وقبول برهم، والتجارة في عمله، والتعرض لما لا يؤمن فيه المحاباة، فيكون ذلك ناكبًا في سيرته، قادحًا في عدالته. هذا لفظه ﷺ، ثم انقضت تلك السنون وأهلها، فكأنها وكأنهم أحلام.

قال: (**وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ**) أي: في عمله.

وعطفه هذا قوله: (**وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ**) يفهم أنه [لا](١) خلاف الأولى، وقد قال هو والأصحاب: إنه يكره له أن يتولى ذلك بنفسه، أمَّا في غير مجلس الحكم فلأنه قد يحابي للقضاء، فيميل قلبه إلى المحابي، وربما خان خصمه من ميل القاضي إليه فيمتنع من رفعه، وأمَّا في مجلس الحكم فلهذا المعنى، ولئلا يشتغل قلبه، وعن شريح قال: شرط علي عمر ﷺ حين ولَّاني ألَّا أبيع ولا أبتاع ولا أقضي وأنا غضبان.

---

(١) ليست في نسخة.

وَلَا يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ، ....

قال: (وَلَا يَكُونَ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ) أي: كيلا يحابي أيضًا، قال في «الأم»: ويجب للقاضي والوالي أن يولي الشراء له والبيع رجلًا مأمونًا غير مشهور بأنه يبيع له ويشتري خوف المحاباة فيهما، فإن هذا من مأكل كثير من الحكام، انتهى.

قال أصحابنا: فإذا وكَّل وعرف بوكالته أبدله بآخر، فإن لم يجد من يوكله عقد بنفسه للضرورة، ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله أناب، أي: ندبًا، كما أشار إليه الماوردي من يحكم بينه وبين خصمه خوفًا من الميل إليه، ولا يختص ما ذكرنا بالبيع والشراء بل الإمارة والاستئجار وسائر المعاملات في معناهما، بل نصَّ فِي «الأُمِّ»: عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْظُرُ فِي نَفَقَةِ عِيَالِهِ وَلَا أَمْرِ ضَيْعَتِهِ، وَيَكِلُهُ إِلَى غَيْرِهِ تَفْرِيغًا لِقَلْبِه، هذا ما نقله الرافعي، وسبق كلام ابن سريج في اتخاذه في عمله.

وقال غيره: هو مكروه لما روي مرفوعًا: «مَا عَدَلَ وَالٍ اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ أَبَدًا»(١).

قالوا: ولأنه يشغل به عن القضاء الذي أخذ الرزق عليه، وقضية الحديث إن صح، وهذا التوجيه التحريم.

تنبيه: المحاباة: الزيادة فيما اشترى منه، والتنقيص في ثمن ما اشتراه، وإذا تحققت المحاباة فهي كالهبة والهدية كما سيأتي.

قال في «الذخائر»: ينبغي أنه إذا تحققت المحاباة تحرم الهبة، وقلنا: يمتنع الملك أن يفسد البيع في قدرها، وفي الباقي قولًا تفريق الصفقة، انتهى.

ووددت لو قيل: إنه يحرم عليه أن يبيع أو يشتري من أحد الخصمين في دوام المحاكمة للتهمة الظاهرة، وسوء الظن به، وذكر الدارمي أنه إذا اشترط المهدي مدحه جاز، وإن كانت له حكومة، وفيه نظر ظاهر للتهمة وخوف القالة، ولا سيما إذا كان الثواب دون الهدية، بل ذلك طريق إلى الرشوة،

---

(١) أخرجه الرامهرمزي في المحدث الفاصل (١/ ٤٩٢) وأورده الحافظ في اللسان (٧/ ١٠، ترجمة ٦١ أبو الأسود المالكي) وقال: قال أبو أحمد الحاكم: حديثه ليس بالقائم.

فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ حَرُمَ قَبُولُهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدَى وَلَا خُصُومَةَ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا.

فالسلامة سد الباب.

قال: (**فَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ حَرُمَ قَبُولُهَا، وَإِنْ كَانَ يُهْدَى وَلَا خُصُومَةَ جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا**) هذه مسألة عظيمة عمَّت البلوى بوقوع أكثر ولاة الأمور فيها، وتساهلهم في قبول هدايا رعاياهم، وأعرضوا عن الأحاديث والآثار الناهية عنها، واقتحموا مخالفتها، إلا من رحم ربك، فيقدم على الخوض في مسائل الكتاب، مقدمة، وهي الرشوة، وهي ضربان:

أحدهما: أن يبذل الخصم للحاكم شيئًا ليحكم له بغير الحق، أو ليدفع عنه حقًا، ولا خلاف بين الأمة في تحريمها، وقد أشارت الآيات الكريمة في مواضع إلى ذم آكليها.

والضرب الثاني: أن يبذل الخصم شيئًا للحاكم ونحوه ليقضي له بحقه، ولولا البذل لما قضى له به، ولا أعرف في هذا خلافًا، وصرَّح به مصرحون، ولا شك فيه، ولكنه أخف مأثمًا من الضرب الأول، والأحاديث والآثار الواردة في الذم كثيرة، فمنها: حديث أبي هريرة أنه ﷺ قال: «**لَعْنَةُ الله عَلَى الرَّاشِي وَالْمرتَشِي فِي الحكْمِ**»(١) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما، ولهما ولغيرهما: «**الرَّاشِيَ وَالْمرتَشِيَ وَالرَّائِشَ**»(٢) رواه الإمام أحمد.

---

(١) حديث ابن عمرو: أخرجه الطيالسي (ص ٣٠٠، رقم ٢٢٧٦)، وأحمد (٢/ ١٦٤، رقم ٦٥٣٢)، وأبو داود (٣/ ٣٠٠، رقم ٣٥٨٠)، والترمذي (٣/ ٢٣، رقم ١٣٣٧)، وقال: حسن صحيح. والحاكم (٤/ ١١٥، رقم ٧٠٦٦)، وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٠/ ١٣٨، رقم ٢٠٢٦٥).

حديث عائشة: أخرجه أبو يعلى (٨/ ٣٦٠، رقم ٤٩٤٧). قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): رواه البزار، وأبو يعلى، وفيه إسحاق بن يحيى بن طلحة، وهو متروك.

حديث عبد العزيز بن مروان: أخرجه عبد الرزاق (٨/ ١٤٨، رقم ١٤٦٧٠).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢٧٩، رقم ٢٢٤٥٢)، والطبراني (٢/ ٩٣، رقم ١٤١٥)، قال الهيثمي (٤/ ١٩٨): رواه أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، وفيه أبو الخطاب، وهو مجهول. ـ

……

وَالرَّائِش: الماشي بينهما، وإنما يتوجه الذم على الراشي إذا توصل بذلك إلى أخذ ما ليس له، أو إبطال حق عليه، وأما لو حيل بينه وبين حقه، وعلم أنه لا يصل إليه إلا بسحتٍ يبذله لظالم أو قاضي سوء، فالوزر خاص بالمرتشي وحده منهما، وأما المتوسط بينهما ـ وهو الرائش ـ فحكمه حكم موكله منهما، فإن توكل عنهما فعاصٍ لا محالة.

وفي «عمد» الفوراني وغيره من كتب الفقه مرفوعًا: «الرَّاشِي وَالْمرتَشِي فِي النَّارِ»⁽¹⁾.

وقال الحافظ أبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه»: حدثنا خلف بن خليفة عن منصور عن الحكم عن أبي وائل وهو شقيق بن سلمة التابعي الجليل، وأحد المخضرمين ـ ﵀ تعالى. قال: «القاضي إذَا أَخَذَ الْهَدِيَّةَ فَقَدْ أَكَلَ السُّحْتَ، وَإِذَا أَخَذَ الرِّشْوَةَ بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْر»⁽²⁾ وهذا إسناد صحيح، والظاهر أنه أراد إذا أخذها مستحلًا بلا تأويل ولا شبهة، ويحتمل أنه أراد أنها طريق وسبب موصل إليه، كما قال بعض السلف: المعاصي تزيد الكفر.

وما أحسن منصور التميمي الفقيه من أئمتنا؛ إذ قال:

إِذَا رِشْوَةٌ مِنْ بَابِ بَيْتٍ تَقَحَّمَتْ لِتَدْخُلَ فِيهِ، وَالْأَمَانَةُ فِيهِ
سَعَتْ هَرَبًا مِنْهُ وَوَلَّتْ كَأَنَّهَا حَلِيمٌ تَنَحَّى عَنْ جِوَارِ سَفِيهِ

هذا حكم الرشوة.

وأمَّا الهدايا فقال الرافعي وكثيرون: إن الأولى سد الباب، وألَّا يقبلها

والبيهقي (٤/ ٣٩٠، رقم ٥٥٠٣) والديلمي (٣/ ٤٦٣، رقم ٥٤٣٨).
حديث أبي هريرة: أخرجه الحاكم (٤/ ١١٥، رقم ٧٠٦٧).

(1) حديث عبد الرحمن بن عوف: أخرجه البزار (٣/ ٢٤٧، رقم ١٠٣٧). قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): فيه من لم أعرفه.
حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه الطبراني في الصغير (١/ ٥٧، رقم ٥٨) قال الهيثمي (٤/ ١٩٩): رجاله ثقات. وفي الأوسط (٢/ ٢٩٥، رقم ٢٠٢٦).

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٩٥٢).

مطلقًا؛ لأنه أبعد عن التهمة، هكذا أطلقوه، ويشبه أن يكون هذا في هدية غير أصوله وفروعه لانتفاء المعنى؛ إذ لا ينفذ حكمه لهم على المذهب الظاهر، وقد يتوقف فيه من جهة الحكم عليهم، ولا يبعد أن يقال: الأولى قبول هدية ذي الرحم المهادي قبل الولاية بالشرط الآتي، ذكره حيث لا حكومة، ولا يخشى الميل إليه لأجلها، لو حاكم إليه وبينته عليها، فإن الرد عليه يؤدي إلى القطيعة والعداوة، فتترجح مصلحة القبول على مصلحة الرد بالشرط الذي ذكرناه، ولكنه عسر، نعم إن وثق بدين قريبه وعقله وقبول عذره في الرد فالأولى سد الحجاب وسد الباب، كما أطلقه الأصحاب، وهذا فيمن عدا الأصول والفروع، وفي كلام الماوردي إشارة إلى استثناء الوالد مطلقًا، والولد كالوالد، وأولى من جهة أنه لا يحتمل ما يحتمله الوالد من الجفاء.

والأصل في ذم هدايا الولاء والعمال ما ثبت في «الصحيح» من طرق من حديث أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قال: اسْتَعْمَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ رَجُلًا مِنَ الأَسْدِ يُقَالُ لَهُ: ابْنُ اللُّتْبِيَّةِ - قَالَ عَمْرٌو وَابْنُ أَبِي عُمَرَ: عَلَى الصَّدَقَةِ - فَلَمَّا قَدِمَ قال: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا لِي أُهْدِيَ لِي، قال: فَقَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى الْمِنْبَرِ فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ وَقال: **«مَا بَالُ عَامِلٍ أَبْعَثُهُ فَيَقُولُ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِيَ لِي، أَفَلَا قَعَدَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ فِي بَيْتِ أُمِّهِ حَتَّى يَنْظُرَ أَيُهْدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَا يَنَالُ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْهَا شَيْئًا إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى عُنُقِهِ بَعِيرٌ لَهُ رُغَاءٌ أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا خُوَارٌ أَوْ شَاةٌ تَيْعِرُ»** ثُمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى رَأَيْنَا عُفْرَتَيْ إِبْطَيْهِ، ثُمَّ قال: **«اللَّهُمَّ هَلْ بَلَّغْتُ»** مَرَّتَيْنِ(١).

وعنه ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ **«هَدَايَا العُمَّالِ غُلُولٌ»** رواه الإمام أحمد بإسناد حسن، وفي لفظ للبيهقي في «السنن الكبير»: **«هَدَايَا الأُمَرَاءِ غُلُولٌ»**(٢) وهو بمعنى الأول، والآثار عن عمر ﵁ في التشديد في ذلك،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٩٧) ومسلم (٤٨٤٣).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٤ رقم ٢٣٦٤٩)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٥/ ٢٤٩) قال الهيثمي: رواه الطبراني من رواية إسماعيل بن عياش عن الحجازيين وهي ضعيفة. وابن عدي=

……

وقصته مع من أهدى له رجل جزور مشهورة.

روى البيهقي في «السنن الكبير»: أَنَّ رَجُلًا كَانَ يُهْدِي إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ كُلَّ سَنَةٍ فَخِذَ جَزُورٍ، قال: فَجَاءَ يُخَاصِمُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ المؤمِنِينَ، اقْضِ بَيْنَنَا قَضَاءً فَصْلًا كَمَا تُفْصَلُ الفَخِذُ مِنَ الْجَزُورِ، قال: فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ إِلَى عُمَّالِهِ: لَا تَقْبَلُوا الْهدي، فَإِنَّهَا رِشْوَةٌ.

وأحسن من رأيته تكلم على المسألة وأقسامها: الماوردي، فلنورد ملخص كلامه، ثم تبعه بكلام غيره، والكلام على ألفاظ الكتاب، فلا تمل، فإن الحاجة ماسّة إلى بيان ذلك، وعليَّ أن أسعى، وليس عليَّ إدراك النجاح.

قال الماوردي ﷺ: مُهَادَاةُ الْوُلَاةِ، فَهُمْ ثَلَاثَةُ أَصْنَافٍ: وُلَاةُ سَلْطَنَةٍ، وَوُلَاةُ عِمَالَةٍ، وَوُلَاةُ أَحْكَامٍ.

الصِّنْفُ الْأَوَّلُ: وَهُمْ وُلَاةُ السَّلْطَنَةِ، فَكَالْإِمَامِ الْأَعْظَمِ وَمَنْ قَامَ مَقَامَهُ، فَكُلُّ النَّاسِ تَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَمِنْ جُمْلَةِ رَعِيَّتِهِ، فإن هاداه أهل دار الحرب جاز له قبول هداياهم كما يجوز له استباحة أموالهم، ثم إن كانت الهدية لأجل سلطانه كان بيت المال أحق بها، وإن كانت لما لا تختص بالسلطنة بل لمودةٍ سلفت فله تملكها، وإن هاداه لحاجة عرضت، فإن كان لا يقدر على قضائها إلا بالسلطنة كان بيت المال أحق بها منه، وإن كان يقدر عليها بغير السلطنة فهو أحق بها، وأما هدايا دار الإسلام فثلاثة أقسام:

أحدها: أن يهدي إليه من يستعين به، إمَّا على استيفاء حق، أو دفع ظلم، وإمَّا على باطل يعينه عليه، فهذه الرشوة المحرمة عليه، فأمَّا باذلها فإن كانت لاستخلاص حق أو لدفع ظلم لم يحرم عليه بذلها كفداء الأسير، وإن كان لباطل معان عليه حرم بذلها كقبولها، ووجب ردّها عليه، ولم يجز أن توضع في بيت المال.

= (١/ ٣٠٠ ترجمة ١٢٧ إسماعيل بن عياش)، والبيهقي (١٠/ ١٣٨، رقم ٢٠٢٦١) والبزار (٩/ ١٧٢، رقم ٣٧٢٣).

....

والثاني: أن يهدي إليه من كان يهاديه قبل الولاية؛ لنسب أو مودة، فهي هدية لا رشوة، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون بقدر ما كان قبل الولاية لغير حاجة عرضت، فيجوز له قبولها.

والثاني: أن يقترن بحاجة عرضت إليه فيمتنع قبولها عند الحاجة، ويجوز قبولها بعد الحاجة.

والثالث: أن يزيد في هديته على قدر العادة لغير حاجة، فينظر فإن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها؛ لدخولها في المألوف، وإلا منع من قبولها لخروجها عن المألوف.

والقسم الثالث: أن يهدي إليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية، فهذا أضرب:

أحدها: أن يهدي إليه من يخطب منه الولاية على عمل يقلده، فهذه رشوة تحرم عليه أخذها، سواء كان الخاطب مستحقًا للولاية أم لا، وعليه ردّها، ويحرم على باذلها إن لم يكن مستحقًا للولاية، وإن كان مستحقًا لها فإن كان مستغنيًا عن الولاية حرم عليه بذلها، وإن كان محتاجًا إليها لم يحرم عليه بذلها.

والضرب الثاني: ألّا يهدي إليه من شَكره على جميل كان منه، فهذا خارج من الرشا، وملحق بالهدايا؛ لأن الرشوة ما تقدمت، والهدية ما تأخرت، وعليه ردّها، ولا يجوز له قبولها؛ لأنه يصير مكتسبًا مجاملته ومعتاضًا على جاهه، وسواء كان ما نقله من الجميل واجبًا أم تبرعًا ولا يحرم بذلها على المهدى.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه من ينتدبه بالهدية لغير مجازاة على فعل سالف، ولا طلبًا لفعل مستأنف، فهذه هدية بعث عليها جاه، فإن كافأ عليها جاز له قبولها وإلا فوجهان:

أحدهما: يقبلها لبيت المال؛ لأن جاه السلطنة لكافة المسلمين.

والثاني: يردها ولا يقبلها؛ لأنه المخصوص بها.

....

قلت: وهو الصحيح، والله أعلم.

الصنف الثاني: العمال، كعمال الخراج والصدقات، فإن كان المهدي من غير عمله فكهدايا الرعايا.

قلت: ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يكن لأجل بعض من في عمله من قريب ونحوه، وإن كان من أهل عمله فأضرب:

أحدها: أن تكون الهدية قبل استيفاء الحق من الهدي، فهي رشوة محرَّمة، سواء كان العامل مرتزقًا أم لا، فإن أضاف العامل ولم يهاده نظر، فإن كان العامل مستوطنًا لم يجز له أن يدخل في ضيافته، وإن كان مختارًا جاز دخوله فيها بعد استيفاء الحق منه، لا قبله.

والضرب الثاني: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق منه على جميل قدَّمه إليه نظر، فإن كان ذلك الجميل مما يجب على العامل أن يفعله بحق عمله وجب ردّها، وحرم قبولها، وإن كان مما لا يجب عليه لم يكن له أن يتملكها ما لم تعجل المكافأة عليها، وهل تعاد إلى مالكها أو تكون لبيت المال؟ وجهان.

والضرب الثالث: أن يهدي إليه بعد استيفاء الحق على غير سبب أسلفه، فإن عجل المكافأة عليها مثل قيمتها جاز أن يتملكها، وإن لم يكافئ عليها فقد خرجت عن الرشوة والجزاء فلم يجب ردها، وتعرض بها للتهمة وسوء المقالة.

واختلف أصحابنا فيها على أوجه:

أحدها: تقر على العامل؛ لأنه ﷺ أقر ابن اللتبية على الهدية ولم يسترجعها منه.

والثاني: يسترجعها منه لبيت المال؛ لأنه أخذها تجاه العمل، ويضم إلى المال الذي استعمل فيه.

قلت: ورأيت في «تعليق» البغوي: هذا مثل ما فعل رسول الله ﷺ في هدايا ابن اللتبية، انتهى.

قال: فَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ فِي اجْتِهَادِهِ أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهَا جَازَ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ يَجُوزُ

أَنْ يَبْدَأَ بِمِثْلِهَا، وَإِنْ رَأَى أَنْ يُشَاطِرَهُ عَلَيْهَا جَازَ، كَمَا فَعَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي ابْنِيه، أي: في القصة المشهورة المذكورة في باب القراض.

والثالث: إِنَّهُ إِنْ كَانَ العَامِلُ مُرْتَزِقًا قَدْرَ كِفَايَتِهِ أُخِذَتْ مِنْهُ الْهَدِيَّةُ لِبَيْتِ المالِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُرْتَزِقٍ أُقِرَّتْ عَلَيْهِ لحديث: «مَنِ اسْتَعْمَلْنَاهُ عَلَى عَمَلٍ فَرَزَقْنَاهُ رِزْقًا فَمَا أَخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ غُلُولٌ»⁽¹⁾ فَلَوْ كَانَ مُرْتَزِقًا، وَلَمْ يَكْتَفِ بِرِزْقِهِ، فَقَدْ رَوَى الْأَوْزَاعِيُّ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ جُبَيْرٍ عَنِ الْمُسْتَوْرِدِ بْنِ شَدَّادٍ، قال: سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ كَانَ لَنَا عَامِلًا فَلْيَكْتَسِبْ زَوْجَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ فَلْيَكْتَسِبْ خَادِمًا، فَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَسْكَنٌ فَلْيَكْتَسِبْ مَسْكَنًا»⁽²⁾ فَدَلَّ هَذَا الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّ الْغُلُولَ الْمُسْتَرْجَعَ مِنْهُ ما كان تَجَاوَزَ قَدْرَ حَاجَتِهِ.

الصِّنْفُ الثَّالِثُ: وَهُمْ قُضَاةُ الْأَحْكَامِ، فَالْهَدَايَا فِي حَقِّهِمْ أَغْلَظُ مَأْثَمًا، وَأَشَدُّ تَحْرِيمًا وهداياهم ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ الْهَدِيَّةُ فِي عَمَلِهِ فَلِلْمُهْدِي ثَلَاثَ أَحْوَالٍ:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَمْ يُهَادِهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ، فَلَا يَجُوزُ قبولها، سَوَاءٌ كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْهَدِيَّةِ مُحَاكَمَة أم لا؛ لأنه مُعَرَّض لأن يُحاكَم أو يُحاكِم.

والثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُهَادِيهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ لَرَحِمٍ أَوْ مَوَدَّةٍ وَلَهُ فِي الْحَالِ مُحَاكَمَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ قَبُولُ هَدِيَّتِه.

والثَّالِثَةُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُهَادِيهِ قَبْلَ الْوِلَايَةِ وَلَيْسَ لَهُ مُحَاكَمَةٌ فَيُنْظَرُ؛ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ ما تقدم بأن كَانَ يُهَادِيهِ بِالطَّعَامِ فَصَارَ يُهَادِيهِ بِالثِّيَابِ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْبَلَهَا لأن الزِّيَادَةُ هَدِيَّةٌ بِالْوِلَايَةِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ مَا تقدم الوِلَايَةِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٤٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣٤، رقم ٢٩٤٥)، والطبراني (٢٠/ ٣٠٥، رقم ٧٢٧)، والحاكم (١/ ٥٦٣، رقم ١٤٧٣) وقال: صحيح على شرط البخاري. والبيهقي (٦/ ٣٥٥، رقم ١٢٧٩٧). وابن خزيمة (٤/ ٧٠، رقم ٢٣٧٠) والديلمي (٣/ ٥١٦، رقم ٥٦٠٩).

……

فَفِي جَوَازِ قَبُولِهَا وَجْهَانِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الْهَدِيَّةُ فِي عَمَلِهِ، مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِ فينظر إن دخل بها إلى عمله فقد صار بدخوله بها من أهل عمله، فلا يجوز قبولها كانت له محاكمة أم لا؛ لجواز حدوث المحاكمة، وإن لم يدخل بها المهدي وأرسلها وله محاكمة وهو طالب أو مطلوب فهي رشوة محرمة، وإن أرسلها ولم تكن له محاكمة ففي جواز قبولها وجهان.

والقسم الثالث: أن تكون الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عن عمله فنزاهته عنها أولى ليحفظ صيانته فإن قبلها جاز.

قلت: وهذا إذا لم تدل قرينة على أنها مقدمة للمحاكمة إليه إذا عاد إلى عمله، أمَّا لو دلَّت كما لو شكا إليه أن له مظالم بعمله، وإنه عجز عنها ونحو ذلك فهي رشوة محرمة سلفًا وتعجيلًا.

قال: وأما نزوله ضيفًا على غيره فإن كان في عمله لم يجز، وإلا جاز، ولم يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيمًا، إذا تقرر هذا فإن أبيحت له الهدية جاز أن يتملكها، وإن حرمت عليه نظر، إن كانت رشوة لتقدمها على المحاكمة وجب ردّها قبل الحكم نفذ حكمه أو بعده، فإن كان حكمه على الباذل نفذ، وإن كان للباذل ففي نفوذه إذا وافق الحق وجهان.

قلت: في نفوذ حكمه قبل ردها نظر؛ لأن يفسق بأخذها فردّها بعد الحكم ينبغي أن يؤثر في صحته مطلقًا، اللهم إلا أن يكون قد أخذها عازمًا على ردها بعد الحكم؛ لفصل القضية على مقتضى الشرع؛ إذ لو ردّها قبل الحكم لذهب لخصم ببعض الحق أو به أو بالهدية إلى من لا يردّها ويقضي بالباطل، فهذا محتمل.

وحكي عن بعض قضاة الموصل المتأخرين ـ رحمهم الله ـ أنه قامت عنده بينة بإحداث كنيسة، فعزم على هدمها فحمل إليه النصارى ليلًا مالًا جزيلًا، فوعدهم بالحكم إلى القديم، جمع الناس وأمير البلد وأحضر المال والنصارى

ظانين أنه يحكم لهم، فحكم بهدمها وبيّن حالهم، وما حملوا وأمر برفعه إلى بيت المال، وإن كانت الهدية جزاء لتأخرها عن الحكم وجب ردّها على مهديها، والحكم معها نافذ، سواء كان الحكم للمهدي أم عليه.

قلت: وهذا إذا لم يتقدم الحكم مواطأة عليها، فإن تقدمه ذلك كما هو الواقع لبعض قضاة السوء فهي رشوة محرَّمة كالمأخوذة قبل الحكم، وفي نفوذ الحكم ما ذكرناه، وإن خرجت الهدية عن الرشوة والجزاء لابتداء المهدي بها تبرعًا، فلا يجوز للقاضي تملكها لحظرها عليه، وفيها وجهان:

أحدهما: ترد على مهديه لفساد الهدية.

والثاني: توضع في بيت المال لبذلها طوعًا لنائب المسلمين، انتهى.

حاصل «الحاوي»: والمختار وجوب ردّها؛ لبقاء ملك مالكها عليها؛ لأنه لم يقصد بها إلا تمليك القاضي لا غير ولما في إمساكها من العار والقالة، وسيأتي ترجيح الثاني عن حمله، والمختار الأول.

وفي «البيان»: إذا أهدى إلى القاضي أو العامل على الصدقة هدية نظر، فإن كان المهدي ممن لم يجز له عادة بالهدية قبل الولاية حرم قبولها، إذ الظاهر إنما أهدي له لخصومة حاضرة، وإن كان المهدي ممن عادته مهاداته قبل الولاية بقرابة، أو صداقة، وله حكومة، لم يجز قبولها، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يجوز لعموم الأحاديث.

والثاني: يجوز، وهو المنصوص، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره إلا أن الأولى له ألَّا يقبل لجواز أنها لحكومة منتظرة، وذكر الشيخ أبو إسحاق: إنه إذا لم تكن له حكومة، فإن كان أكثر مما كان يهدى أو رفع منه لم يجز قبولها لم يجز له قبولها، وإن كان مثله جاز قبولها، هذا ترتيب أصحابنا العراقيين.

وقال الخراسانيون: إن كان المهدي أحد المتحاكمين لم يجز قبول الهدية منه، وإن كان غيرهما فإن كان من أهل ولايته لم تقبل منه، سواء كان ممن هدى قبل الولاية أم لا، وإن كان من غير أهل ولايته فالأولى ألَّا تقبل منه،

……

وإن خرج القاضي عن بلد ولايته فأهدى إليه، فهل يجوز قبولها منه؟ فيه وجهان: المنصوص: الجواز، والثاني: المنع، كما لا يجوز أخذ الرشوة هناك وكل موضع قلنا: لا يجوز له قبول الهدية فقبلها لم يملكها، وهل يردّها إلى المهدي أو إلى بيت المال؟ فيه وجهان: ظاهر المذهب الثاني.

وكذلك الوجهان في العامل إذا قبل الهدية، هذا ترتيب أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: هل يملكها المهدي إليه؟ فيه وجهان، انتهى.

وما نسبه إلى الخراسانيين أخذه من «الإبانة» للفوراني، وقال الفوراني في «العمد»: ولو أهدى إليه أحد المتحاكمين أو كلاهما فلا تحل له، فلو قيل: هل يملك؟ وجهان: أصحهما: لا يملك.

وقال صاحب «التقريب»: يملك وتوضع في بيت المال، فأمَّا إذا أهدى إليه من لم يتحاكم إليه فإن كان من أهل ولايته فلا تحل له أن تقبل سواء كان ممن يهدي إليه قبل الولاية أو لا يهدي فإن قبله أثابه، وإن لم يثبه جعله في بيت المال، فأمَّا إن أهدى إليه من هو من غير أهل عمله أثابه، وإن لم يثبه حل له؛ لأنه غير متهم، انتهى لفظه.

وقال الإمام في «النهاية»: قال الأصحاب: إن كانت للمهدي خصومة حرم قبول هديته، فإن قبل فالذي ذهب إليه الأكثرون أنه لا يملك، وهذا معنى التحريم، وقيل: يملك، وقرب الخلاف من الخلاف في هبة ماء الطهارة بعد دخول الوقت وإن لم يكن للمهدي خصومة فإن لم يكن بين بلد ولايته نظر إن كان يهدي إليه قبل أن ولي، فقبولها قريب إذا اجتمع عدم الخصومة، وإنه ليس من أهل ولايته، واعتياد الإهداء قديمًا، والمستحب الامتناع، وإذا قَبِل ملك، وإن كان لا يهدي إليه من قبل ولا خصومة، وليس هو من ولايته فيكره القبول، فإذا قَبِل ملك، والأولى أن يثيب، فإن لم يفعل وضع الهدية في بيت المال، وإن كان من بلد ولايته وكان يهدي قديمًا فلا كراهية، والمستحب الامتناع، ولا يخفى ما بعده، وإن كان لا يهدي قديمًا وهو من أهل ولايته ولا خصومة له اشتدت الكراهية، والذي عليه الجريان أنه لو قبل ملك.

……

وقال القفال في بعض طرقه: وإذا حرَّمنا قبول الهدية وهو ما إذا كان له خصومة، فلا يحصل الملك بالقبول، وإذا لم تكن خصومة، ولكنه من أهل ولايته، وما كان يعتاد الإهداء، ففي حصول الملك وجهان، هكذا قال، وإذا أجرى الوجهين، فإن أحدهما يحرم قبول الهدية لا محالة، والطريقة المشهورة للأصحاب: إن الهدية إذا لم تكن في حال الخصومة فهي ملكه، ولا يطلق إلا الكراهية، وإن كان في حال الخصومة قطعنا بالتحريم، وفي حصول الملك وجهان، انتهى.

وقال البغوي في «التعليق»: إن كان للمهدي خصومة جزم قبوله، ووجب رده، ولو قبله لا يجوز تملكه، بل يضعه في بيت المال، وإن لم تكن له خصومة إن كان عادته بالإهداء قبل الولاية، فالأولى والمستحب: إنه لا يقبل، ولكن يجوز القبول، ولا يكره، وله أن يتملكه، ولو كان ممن لا يهدي من قبل لا شك أنه يكره له القبول، ولو قبل وأثاب تملك، ولو لم يثب يجعله في بيت المال، وهل له أن يتملكه؟ ينظر إن كان المهدي من غير أهل ولايته جاز له التملك مع الكراهة، وإن كان من أهل ولايته فوجهان.

وذكر الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» مثل هذا التفصيل، إلا أنه قيَّد القبول من المهادي قبل الولاية بألَّا يكون أكثر مما كان يهدي إليه من قبل، والحاصل من كلام الأصحاب على اختلاف عباراتهم وطرقهم: إن قبول الهدية من الخصمين أو من أحدهما حال المحاكمة حرام مطلقًا من المهادي قبل الولاية وغيره، سواء كان من أهل العمل أم لا، نعم، قال الدارمي: إن كان شرط أن يثنيه جاز، وإن كانت حكومة، انتهى.

وفي هذا الإطلاق نظر إلا أن تكون معاوضة بثمن المثل فأكثر، ودفع الثمن جهارًا، وحكم ما لو أحسن أن قديم المهاداة إنما أهدى إليه لحكومة تحريم القبول كحالة المحاكمة، صرَّح به البندنيجي، واقتضاه كلام غيره ولا شك فيه.

وأفهم كلام شريح الروياني نقل خلاف فيه حيث قال: ومن كان يهدي إليه قبله، فإن كانت له خصومة لم يحل قبول هديته قبل الحكم، نصَّ عليه في

«الأم» وقد قيل فيه قول آخر: إنها لا تحرم، فافهم قبول هدية المهادي مطلقًا على قول، وهو غريب، وإن لم يكن للمهدي عادة بالهدية قبل الولاية، وكان من أهل عمله أو غيرها، وأهداها بنفسه في عمله، ولا حكومة له، ولا أحس القاضي بأن ذلك لأجل حكومة يأتي بها من بعد ذلك، فالذي أورده العراقيون وجماعة من المراوزة؛ كالفوراني، وصاحبا «التهذيب» و«الكافي» وغيرهم: تحريم القبول، وهو المذهب، خلافًا لما ذكره الغزالي وغيره ومن تبعهم.

وقال ابن القاص في «أدب القضاء»: قال الشافعي في كتاب الصدقات: ولو أهدى إلى الساعي رجل من أهل عمله فأخذ هديته وأثابه عليها حلَّت له، وإن لم يثبه عليها جعلها في الصدقات لا تحل له، عندي غيره، وإن أعطاه رب المال فحرم أخذه.

وقال الشافعي في كتاب أدب القاضي: ولا تقبل من واحد من الخصمين هدية حتى تنفذ خصومتهما، قال ابن القاص: وينبغي للقاضي على مذهب الشافعي أن يثيب على الهدايا، فإن لم يثب عليها ولم يرد صاحبها الثواب ففيها قولان:

أحدهما: ما قاله في أدب القاضي من جواز قبول الهدية إذا نفذت الخصومة، والآخر ما قاله في كتاب الصدقات: إنه إذا لم يثب على ذلك فهو حرام، انتهى.

وقال الدارمي بعد جزمه: بأنه إذا أهدى من لا حكومة له، ولم تجر عادته من قبل بالمهاداة بالتحريم، فإن قبل ما لم نأمره من غير الرشوة، فأثابه به، جاز، وإن لم يثبه قبل لبيت المال، وقول آخر: يملكه.

وقال ابن القطان ثالث: لا ينتقل كالرشوة، ويستحب وإن أثابه أن يجعله في بيت المال، وكذلك إن قلنا: يملكه، وإن لم يثب، انتهى.

والقول الثالث هو المختار والأحوط والأقيس عندي، وإن جرت عادة المهدي حال الولاية بالهدية قبلها ولا خصومة له، ولا أحس القاضي بأنه

مقدمة لخصومة ففي جواز قبولها خلاف المذهب المشهور، والمنصوص في «الأم»: الجواز.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لإطلاق الأحاديث.

قال الماوردي: ولجواز حذف المحاكمة، فيكون تسبب بالهدية إلى الممايلة، وقضية هذا الوجه والتوجيه: إنه لا يجوز للقاضي قبول الهدية بحال.

وقال ابن الرفعة: إنه الذي أورده الفوراني والمسعودي، واقتضى كلام الماوردي في «الأحكام» الجزم به، انتهى.

والذي قاله الفوراني فيما إذا كان من أهل ولايته لا مطلقًا، وإن كانت الهدية في غير عمله ومن غير أهل عمله لسفره عنه، فسبق كلام الماوردي فيه، وذكر غيره الجواز.

ولفظ الشافعي كما قال ابن الصباغ: فإن أهدي إليه في غير عمله كرهت له ذلك، فإن قبل جاز، فأجراه مجرى من جرت عادته بالهدية له، ومن أصحابنا من حرَّمه، وهذا الوجه حكاه جماعة، وكنت أود لو فرق بين مهد ومهد قبل الولاية وبعدها، وحسن أن يفصل في قبوله الهدية خارج عمله من غير أهل عمله إذا لم يحس بأن ذلك مقدمة لخصومة في عمله، كما قدمته، فيقال: إن كان الموضع بعيدًا من عمله جدًّا لا يتوقع مرافعة المهدى إليه، فلا حرج في القبول كالآحاد، وإن كان الموضع قريبًا من عمله ففيه نظر، ولا سيما من جرت عادتهم بالترافع إلى قاضي عمله، فالظاهر إذ هؤلاء بمنزلة أهل عمله.

تنبيهات وفروع مهمة: ويقع في بعضها تكرار لحاجة الإيضاح.

أحدها: إذا أهدى من له عادة بالمهاداة قبل الولاية والتفريع على الجواز حيث لا خصومة؛ ولأنها مقدمة لها، فقد قال الأصحاب: الأولى ألَّا تقبل حسمًا لمادة التهمة بكل حال، وفيه شيء قدمته بحثًا، وظاهر النص السابق: إنه يستحب ألَّا تقبل، وجرى عليه خلائق، وصرَّح بعض الأصحاب بكراهة القبول، وبه أجاب الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» ثم محل الجواز ما إذا أهدى مثل ما

……

كان قبل الولاية لا أكثر ولا أرفع منه جنسًا، كما صرَّح جماعة من الطريقتين، وإطلاق جماعة ينازع فيه، ولذلك حكى ابن شداد وغيره التفصيل عن بعض الأصحاب، والصحيح الأول، وعليه ينزل إطلاق المطلقين؛ لأن الزيادة هدية للولاية، نعم الجواز ظاهر على طريقة الإمام.

ثانيها: سبق عن «الحاوي» أن نزوله ضيفًا على أهل عمله كقبول هداياهم، وفي هذا الإطلاق نظر، وأن نزوله على غيرهم لا يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيمًا، وقضية كلام غيره: إنه في غير عمله كالآحاد، نعم إن كان الموضع قريبًا من عمله، بحيث يترافع أهله إليه في العادة فحكمه ما أشرنا إليه، في هداياهم وإن كان نائبًا عنه فلا، وهذا حيث لا قرينة تشعر بأن ذلك لأجل الترافع إليه إذا رجع إلى عمله؛ لأن ذلك رشوة معجلة.

ثالثها: وقع في «الروضة» خلل لاختصاره من أصل سقيم، فقال: إن كان للمهدي خصومة في حال حرم قبول هديته في محل ولايته، وهديته في غير محل ولايته، كهدية من عادته أن يهدي قبل الولاية، ولا يحرم قبولها على الصحيح، وعبارة الرافعي: فإن كان للمهدي خصومة في الحال حرم قبول هديته؛ لأنه يدعو إلى الميل إليه، وينكسر قبل خصمه، وإن لم تكن له خصومة، فإن لم يعهد منه الهدية قبل تولي القضاء حرم قبول هديته في محل ولايته، ووجهه ثم قال: وهديته في غير محل ولايته كهدية من عهد منه، الهدية قبل تولي القضاء.

رابعها: قال الرافعي: حيث حكمنا أن القبول ليس بحرام فله الأخذ والتملك والأولى أن يثيب عليها أو يضعها في بيت المال، وإذا قلنا بالتحريم، فلو قبل هل يملك؟ وجهان: أحدهما: نعم، وأشملهما: لا؛ لأنه قبول محرم، فلا يفيد الملك، انتهى.

وهذا ما نسبه الإمام إلى الأكثرين، لكنه فرض الكلام فيما إذا أهدى من له خصومة، ثم قال: ولو كان لا يهدي قديمًا وهو من أهل ولايته ولا خصومة له اشتدت الكراهة، والذي عليه الجريان: إنه لو قبل ملك، وقال القفال في

……

بعض طرقه: وساق ما قدمناه. . . إلى آخره، وتبعه في «البسيط» وهو جري منهما على جواز القبول ممن لا خصومة له، وإن لم تجر عادته بهدية قَبل الولاية، والجمهور على عدم الملك إذا حكمنا بالتحريم.

قال ابن الرفعة: وفي «التهذيب» و«الكافي» حكاية الخلاف فيما إذا لم يثبه، أما لو أثابه ملكه، وسبق عن النص الذي رواه ابن القاص، إشارة إلى ذلك.

خامسها: قال الرافعي: وذكر العراقيون تفريعًا على تحريم القبول وجهين أو قولين فيما يصنع بها لو قيل: أحدهما: يضعها في بيت المال، والثاني: يردها إلى مالكها وهذا فيه اضطراب، والقياس ما حكاه أبو الفرج الزاز وهو أنه إذا لم يملك فيردها على مالكها فإن لم يعرفه وضعها في بيت المال، انتهى.

ويوافقه أن الماوردي أطلق في «الأحكام» تحريم قبول الهدية من أحد من أهل عمله فإن قبل وعجل المكافأة عليها ملكها، وإن لم يعجل المكافأة عليها كان بيت المال أحق بها إن تعذر ردها إلى المهدي، وهذا التفصيل هو القياس الظاهر وسبق رواية الدارمي من ثلاثة أقوال، والمذهب في «تعليق» البندنيجي وشيخه وظاهر المذهب في «البيان» كما سبق أنها تجعل في بيت المال.

وحكى هؤلاء الخلاف وجهين وخصهما في «الحاوي» بالهدية المبتدأة التي لا مقابل لها، وأما إذا وقعت قبل الحكم فهي رشوة فترد إلى مالكها، وإن وقعت بعد الحكم جزاء ردت إلى مهديها، أي: بلا خلاف وفي «روضة» شريح الروياني، وإن دفع إليه ليحكم له بحق على سبيل الإجارة لم تحل؛ لأن الحكم واجب عليه، وقيل: إن لم يكن له رزق حل، وإن كان مرتزقًا من الإمام فهل يملكه؟ فيه وجهان، فإن قلنا: يملكه، فهل يملك لنفسه أو يلزم وضعه في بيت المال؟ وجهان، وإذا قلنا: لا يملكه رد على الدافع، انتهى.

سادسها: قال الرافعي وإذا عرفت أن قبول الرشوة حرام مطلقًا، وقبول الهدية جائز في بعض الأحوال طلبت الفرق بينهما.

وقلت: باذل المال راضٍ فيهما جميعًا فبما يميز بينهما؟ والذي وجدته في

....

الفرق شيئين:

أحدهما: في كلام القاضي ابْن كَجٍّ أن الرشوة هي التي يشرط باذلها الحكم بغير الحق والامتناع من الحكم بالحق، والهدية هي العطية المطلقة.

والثاني: قال الغزالي في «الإحياء»: المال إما أن يبذل بغرض آجل فهو قربة وصدقة، أو لغرض عاجل وهو إما مال فهو هبة بشرط الثواب، أو توقع الثواب أو عمل، فإن كان ذلك العمل حرامًا أو واجبًا متعينًا فهو رشوة، وإن كان مباحًا فإجارة له وإما للتقريب والتودد إلى المُهدى إليه، وذلك إما أن يطلبه لنفسه فهو هدية، أو ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب أو الصلاح فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل فرشوة، انتهى.

وسبق كلام الماوردي في تفسيرها وما زدناه.

سابعها: في الكلام على ألفاظ الكتاب.

قوله: فإن أهدى إليه من له خصومة لك أن تحمله ما إذا كان ذلك في مدة المخاصمة أو قبلها واستشعر القاضي أو علم أنها لأجل خصومة يحدثها بعدها كما بيناه.

وقوله: أو لم يهد قبل ولايته يشمل من هو من أهل عمله وغيره دخل بها أو يجهزها إليه ولم يكن له خصومة، وما إذا كان القاضي قد خرج من عمله فأهدى إليه من ليس هو من عمله شيئًا، والمنقول في هاتين الصورتين الأخيرتين الجواز، وتكلمنا عليه والظاهر أنه لو سمع رجل من بلد شائع بعلم فلان وصلاحه ولم يعلم بولايته القضاء فجهز له هدية لعلمه ودينه أن له قبولها قطعًا، ولا تكون من هدايا القضاء.

وقوله: وإن كان يهدي ولا خصومة له أي: في الحال أو قبله، وأهدى ليخاصم بعدها كما بيناه، وقضية إطلاقه جواز القبول قبل الخصومة وبعدها وفيما قبلها ما ذكرناه وحملنا كلامه عليه، وأما بعدها ففيه تفصيل الماوردي بين قصده الجزاء على الحكم أو الهدية، ومواضع الخلاف فيما جزم به تعرف مما أسلفناه.

……

فرع: قال الشافعي في «المختصر»: ولا ينبغي أن يضيف الخصم دون صاحبه.

قال الماوردي: إذا أمسى الخصمان عند القاضي، أو كانا غريبين لم يجز له أن يضيف أحدهما دون صاحبه، وذكر فيه حديثًا مرفوعًا، وقيل له: إما أن يضيفهما معًا أو يصرفهما معًا وتأول بعض أصحابنا قول الشافعي ولا يضيف أحد الخصمين دون صاحبه، أي: لا يقدمه عليه في مجلسه فيضيفه إلى نفسه بتقديمه وهذا تأويل بعيد؛ لخروجه عن حقيقة اللفظ إلى مجازه، انتهى.

وقال الإمام: كان الشيخ الحضرمي يقرأها ولا يضيف بفتح الياء يعني لا يكون القاضي ضيفًا لأحدهما، والجمهور قالوا: هي يضيف بضم الياء يعني يكون أحدهما ضيفًا للقاضي وهما في الحكم سواء.

وقال ابن أبي الدم: وقال الداركي: هذا إذا كانت دار الخصم بعيدة عن دار القاضي فإما إن كان أحد الخصمين جارًا للقاضي أو من أقاربه جاز للقاضي أن يدعوه إلى داره وضيافته؛ لأن فيه قضاء حق الجوار والقرابة فلا تهمة.

قال ابن أبي الدم: وهذا عندي على العكس مما ذكر، فإن التهمة تمكن من الجار والقريب أكثر من البعيد لقربهما من قلب الحاكم ومودته، فكلما قرب الخصم من الحاكم بجوار أو قربة كانت التهمة إتمًا، ثم يلزم على مساق ما ذكره، وجواز قبول هدية أحدهما إذا كان جارًا أو قريبًا ولا قابل به مع قيام الخصومة فما ذكرناه أولى، انتهى.

ولعل الداركي أراد أنه يجوز أن يدعو من ذكره إلى ضيافته ووليمته العامة الشاملة للأقارب والجيران لا أنه يتخذ ضيافة للخصم بمفرده، ويتميز الجار والقريب على غيره بدخوله في عموم دعوته للأقارب والجيران بخلاف من لم يتصف بواحد من الوضعين فلا تكون دعوته إلى هذه الوليمة العامة دون صاحبه دالة على الميل إليه.

واعلم أن الجمهور أطلقوا القول بأن له أن يضيفهما معًا، وهو قضية

....

النص، وهو قضية ما احتجوا به عن علي يرفعه: «**لا يضيف أحدكم أحد الخصمين إلا أن يكون صاحبه معه**»⁽¹⁾.

قال الرافعي: وعن أبي الحسين أن أبا إسحاق قال: لا يضيفهما معًا؛ لأنه قد يتوهم كل واحد منهما أن المقصود بالدعوة صاحبه وأنه تبع فينكسر قلبه، لكن هذا يشكل بسائر وجوه التسوية.

قلت: يشبه أن يكون موضع إطلاق الجمهور، وإشارة النصفي جواز ضيافتهما جميعًا فيما إذا استويا عنده من كل وجه أما لو كان لأحدهما خصومة أو كان معظمًا أو ذا سلطان أو جاهه وجاه خصمه بالضد من ذلك، ويعلم بالعادة أنه لو انفرد الخامل الوضيع لم يضيفه الحاكم ولا بالى به أنه يمتنع عليه ضيافتهما معًا لما فيه من انكسار قلب الخصم وقطعه وغيره بأن الضيافة لأجل خصمه لا غير، ولا سيما إذا صدر من في المجلس ووضعت له الفرش والوسائد وسيأتي ما يؤكد هذا إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الأصحاب: لا يجوز للقاضي أن يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتهما ولا وليمتهما؛ لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه فيميل قلبه إليه، وهل يأتي ما سبق عن الداركي هنا إذا اختص القاضي بجوار أو قرابة لأحدهما؟

فيه احتمال ولا سيما إذا كان إحالة ونحوه، وأما وليمة غيرهما ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب الإجابة إذا أوجبناها على غيره.

والثاني: لا يجوز أصلًا؛ لأنه أجير المسلمين ولا يدري متى يتحاكم إليه الخصمان.

والثالث: قال الرافعي: وهو ظاهر المذهب التوسط أنها لا تجب ولا تحرم، ولكنها مستحبة بشرط التعميم، فإن كثرت وقلعته عن الحكم ترك إجابة

---

(١) أخرجه إسحاق بن راهويه (١/ ٨٢، رقم ٣٢) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٣٥).

....

الكل ولا يخصص بعض الناس، نعم لو كان يخصص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمته قيض الشافعي فيما حكاه ابْن كَجٍّ أنه لا بأس بالاستمرار عليه، وحكى الماوردي في المسألة ثلاثة أوجه:

الوجوب والاستحباب والثالث: إن كان مرتزقًا لم يحضر؛ لأنه أجير المسلمين فلم يجز أن يفوت عليهم حقهم في زمانه، وإن كان متطوعًا غير مرتزق حضر وكان كغيره من الناس، وهكذا حكم الأئمة.

ثم على كل حال إذا حضر المرتزق فإن قل زمن حضوره كاليوم وما قاربه، أي: من الأسبوع لم يلزمه رد شيء من رزقه وإن طال، وأقل زمان طوله ثلاثة أيام رد من رزقه بقسط ما أخل من نظره، انتهى.

ومتى عملت للقاضي بخصوصه فهي كالهدية عند الأصحاب سواء كان لصاحبها خصومة أم لا.

وفي «التهذيب»: إنه يكره أن يجيب إلى دعوة خص بها القاضي أو الأغنياء، فإن دعا جيرانه وهو فيهم أو العلماء والقاضي منهم لم تكره الإجابة، وعلى ما ذكره اقتصر الشيخان مع أن ما ذكره الأصحاب في كلام الغزالي والإمام وهو ظاهر.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: إنه إذا دُعِي مع العامة لا تكره له الإجابة وكذلك إذا دعاه مع جيرانه، وإن دعاه مع السادة والمشايخ تكره الإجابة له؛ لأن الداعي ربما نظر أنه يتخذ عنده يدًا لجمعه بينه وبينهم فيطمع أن يميل فيما يرفع إليه من خصوماته.

قال ابن الرفعة: وما أطلقه من ذكر العامة لعله محمول على من ليس بسفلة منهم ولا من أراد لهم، فأما المتصفون بذلك فقدمنا في الوليمة أن أظهر الوجهين أنه لا يجب الإجابة في هذه الحالة بل ولا يستحب، وإذا كان كذلك فقد حضر إلى ما ليس بمطلوب للشارع فينبغي أن يمتنع منها، انتهى.

وأحسب مراد القاضي بالعامة عموم الناس لا أنه خص القاضي بها،

وسيأتي فيما إذا دُعِي مع السوقة كلام.

قال الرافعي: واعلم أن إجابة غير الوليمة من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأئمة ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضًا، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد، ومنهم من خصص الاستحباب بالوليمة ويحكى هذا عن ابن القاص، انتهى.

والذي رأيته في «أدب القضاء» له الاقتصار على الإجابة إلى الوليمة.

قال الشافعي: ليس له إلا أن يجيب كلًا أو يدع كلًا، ثم قال: والذي يجيء على مذهب الشافعي أنه لا يجيب في دعوة الخاص واحدًا من الخصمين حتى تنفذ الخصومة على ما قاله في «الهدية» انتهى.

وأما كون الإجابة إلى غير الوليمة من الدعوات مستحبة هو المشهور، وفيه خلاف ضعيف أشرت إليه في باب الوليمة فيما ذكره من استحباب حضور القاضي عند وليمة العرس نظر، فظاهر كلام الأكثرين أو كثيرين تخصيص الاستحباب في حقه بوليمة العرس نعم في «البسيط» و«النهاية» بعد الكلام على الوليمة وكل مائدة عامة يدخلها الفقراء والأغنياء فلا بأس بحضورها، والمحذور ظهور تخصيصه على الجملة.

وعبر لذلك ابن أبي الدم تقدم الكراهة، وذكر الدارمي نحوه.

قال الماوردي: وإذا دُعِي إلى وليمة فإن منع منها لم يحضر على الأحوال كلها، وإن أمر بالحضور وهو مختص بوليمة العرس دون غيرها، ثم فصل بين أن يقطعه عن الأحكام أو لا، فإن قطعته عذر وسألهم التحليل، وإن أجاب عم بالإجابة كل داعٍ، وإذا امتنع عم بالامتناع كل داعٍ.

قال: والأولى عندي في مثل هذا الزمان أن يعم بامتناعه جميع الناس؛ لأن السرائر قد خبثت والظنون قد تغيرت.

قال ابن شداد: هذا في زمانه فكيف اليوم؟ وفي «حلية» الروياني: والاختيار في زماننا ألا يجيب أحدًا ويعتذر، وألحق البغوي في «التأكيد» وليمة

....

الختان بوليمة العرس فقال: ولا يستحب للقاضي التخلف عن الولائم إذا دعي إليها خصوصًا وليمة العرس والختان.

وذكر في «البيان»: إنه إذا دُعِي إلى الوليمة فالمستحب أن يجيب، فإن كثرت عليه الدعوات إليها وكان ذلك يشغله عن الحكم لم يحضرها، والمستحب أن يعتذر إلى من دعاه ويعرفه اشتغاله بالحكم، ويسأله أن يحلله ولا يخص بالإجابة قومًا دون قوم.

قال الطبري: وقد قيل: إنها عند تساوي أحوال أصحاب الولائم أو تقارب أحوالهم في علمهم وفضلهم وصلاحهم، فأما من ليس في درجتهم من الفساق أو السوقة فلا بأس عليه ألا يجيبهم، وإن كان يجيب غيرهم والأول هو المشهور.

هذا ترتيب أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: إن دعاه الخصمان أو أحدهما إلى ضيافة لم يجب أو غيرهما، فإن دعاه إلى غير الوليمة لم يجب أو إلى الوليمة فإن كانت الدعوة جعلًا بأن فتح الباب لكل من أراد أن يدخل لم يجب وإن كانت الدعوة تقرأ بأن خص قومًا من أهل كل طائفة بأعيانهم لم يجب، وإن دعا طائفة واستوهبهم فإن كان الحاكم يجد من طبعه أنه يجيب غيره أجابه، وإن كان يجد من طبعه أنه لا يجيب غيره لم يجبه، انتهى.

وهذا من «الإبانة» بغالب لفظه ويخرج في «إجابة» القاضي الوليمة وغيرها من الضيافات وجوه، وفي المسألة خبط كبير أشرت إلى بعضه في «الغنية».

فَرْعٌ: أطلق شريح في «روضته» نقل وجهين في أن القاضي هل يجوز له أن يهادي بعض أهل عمله؟ ويشبه أن يكون محلهما فيما إذا لم يكن للمهدي إليه خصومة عنده، فإن كان فهو كضيافته له وأولى بالمنع؛ لأنه يفت عضد خصمه، فإن أهدى إليهما معًا وساوى بينهما ففيه نظر إذا كان أحدهما ممن لا يهادي القاضي مثله، وينبغي أن يفصل حيث لا خصومة على وجه المنع بين من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته وغيره، ولا يخفى هنا اعتبار قدر العادة لظهور

الفرق، وهذا كله إذا لم يكن القصد استجلاب المكافأة، فإن كان فهي مصادرة محرمة ولا خفاء أن الخصمين لو كانا فقيرين فتصدق عليهما بشيء فحسن، ولا يبعد كراهة تخصيص أحدهما بالصدقة، وإذا لم يكن فيه معنى يقتضيه [إلا أن][١] يتصدق عليه بما يقضي به غريمه فذاك قربة.

فَرْعٌ: سألت القاضي الإمام السبكي - كَلَلهُ- قديمًا في الجلسات أنه لو كان القاضي فقيرًا يتصدق عليه بعض أهل عمله تطوعًا ولا حكومة له فهل تحل له قبولها لأنها ليست بهدية أم لا؟ نظرًا إلى المعنى وهو خوف الميل، وربما اتخذ ذلك وسيلة إلى الرشوة وهل يمكن تقريبه من الخلاف فيما لو تصدق على ولده بعين فهل له الرجوع فيها كالهبة؟ فأجاب كَلَلهُ: الذي يظهر في جواز ذلك وليس عندي فيه نقل، والأولى التنزه بقدر الإمكان، أما الجواز فلأن الصدقة يقصد بها وجه الله تعالى والمتصدق في الحقيقة مقرض له والفقير يأخذها من الله لا من المتصدق، والهدية يقصد بها التودد والميل، والميل هو المحذور في القاضي فافترقا وأطال القول في تقرير ذلك، ثم قال: ولو حرمنا عليه الصدقة حرمنا عليه الوقف؛ لأنه صدقة وأما الخلاف في رجوع الوالد في صدقته على ولده فقد يكون لهذا المعنى، وأن كونه تمليكًا لله تعالى يقتضي عدم الرجوع ويعلل الوجه الآخر بأن ذلك أمر تقديري لا تحقيقي، وكون الصدقة بقدر انتقال الملك فيها إلى الله ثم إلى الفقير بحث ابتكرته ليس عندي فيه نقل، انتهى.

وما ذكره في الوقف إن أراد به أن أحد رعيته غير ولده أو والده ينشئ عليه وقفًا فهو من مجال النظر.

فَرْعٌ: هل للقاضي أن يستعير من رعيته ممن لم تجز له عادة بالاستعارة منه قبل الولاية ما يمكنه الاستغناء عنه بشراء أو كري كالدار والدابة والملبوس ونحوها؟ لم أر فيه شيئًا والظاهر أن المنافع كالأعيان نعم لا بأس باستعارة كتب العلم ويتأكد التجنب مطلقًا حالة المحاكمة إليه، والله أعلم.

---

(١) في نسخة: (اللهم إلا أن).

....

فَرْعٌ: سبق أنه لو حين إنسان ولده وأولم فأهدى الناس إليه فهل تكون الهدية له أو لولده؟ فإن قلنا: الهدية للأب فحكمها هاهنا ما سبق، وإن قلنا: أنها للولد فهذا موضع نظر يحتمل أن يقال يجوز للقاضي قبولها له كغيره، ويحتمل أن يقال لا يجوز سدًا للباب، ويحتمل الفرق بين المهادي قبل الولاية وغيره، وموضع هذا التردد حيث لا خصومة للمهدي وإلا فهي رشوة في المعنى، وإن صرح بأنها للولد وسبق عن القاضي الحسين أنه لو وهب لطفل شيء لزم الولي قبوله له وتكلمنا عليه، وينبغي أن يكون هذا في غير القاضي وإلا فهو فتح باب للرشوة، وبلغنا أن غالب من يرتشي يقول هذا الشيء يرسم الولد أو نحوها من العبارات التي تقطع بأن حقائقها غير مرادة ﴿وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِذَاتِ ٱلصُّدُورِ﴾ [التغابن: ٤].

فَرْعٌ: قال الرافعي: للقاضي أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويزور القادمين لما فيها من البر والثواب، وإذا لم يمكنه الاستيعاب أتى ما يمكنه من كل نوع ويخص به من عرفه، وفرقوا بين إجابة الوليمة حيث يترك الكل إذا لم يمكنه الاستيعاب بما لا تسكن النفس إليه وهو أن أظهر الأغراض في إجابة الوليمة إكرام صاحبها فالتخصيص إيثار وميل وأظهر الأغراض في العبادة وما في معناها الثواب، فلا يترك المعذور منها كيلا يفوته الثواب، ولعدم اتضاح هذا الفرق ذهب القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن المرزبان عنه سماعًا أنه كالإجابة إلى الوليمة إما أن يستوعب أو يترك، ولم يفرق الأكثرون في العيادة وشهود الجنازة بين المتخاصمين وبين سائر الناس وذلك مناسب لقولهم أن النظر فيها إلى الثواب دون الأشخاص، وفي «أمالي أبي الفرج»: إنه لا يعود الخصم إذا مرض ولا يزوره إذا قدم ولكن يشهد جنازته إذا مات، انتهى.

وجزم الماوردي: بأنه لا يأتي مقدم الغائب إذا كان له خصم؛ لأنه يضعف نفس خصمه بظهور الممايلة وكلام صاحب «التنبيه» يقتضي ذلك وهو المختار، وذكر الماوردي مع الفرق السابق فرقًا آخر وهو: أن في الولائم ظنه ليست في العبادة وشهود الجنائز.

وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ، ....

وقال القاضي أبو الطيب وغيره: ولأن عيادة المرضى والجنائز تكثر، وفي حضور كلها مشقة شديدة وانقطاع عن ما عليه وفي ترك البعض تقريب الأجر بالكلية بخلاف الولائم فإنها قليلة، فالاستيعاب لا يقطعه ولأن ما لا يمكن استيعابه لا يكون تخصيص بعض فيه دون بعض مثلًا وتفصيلًا ألا ترى أنه لو أصلح هو دعوة كان له أن يدعو البعض ويدع البعض لعدم إمكان الاستيعاب، قال في «الشامل»: ويقدم فيها الأقرب فالأقرب، وقال ابن أبي الدم: ومما يدور في خلدي ولم أجده منقولًا أنه لو مرض أحد الخصمين هل يستحب له عيادته أو تكره أو تحرم أو مات أحدهما هل تشيع جنازته أما لو مات له حميم أو قريب أو ولد هل تشيع جنازته؟ هذا كله فيه تردد عندي والنظر فيه مجال، انتهى.

والفرق بين تشييع جنازة الخصم وقريبه ظاهر نعم لو فرق بين عيادة مريض وشهود مقدم غائب بين من سبق ذلك له من القاضي وبين غيره قبل الخصومة أو الولاية لكان متجهًا، كذا بين له حرمة رحم أو جوار وبين الأجنبي المحض الذي ليس له شيء مما ذكرنا، والله أعلم.

قال: (**وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرَكِ**) أي: للتهمة ولأن الشهادة لهم مردودة فالحكم أولى وليس من حكمه لنفسه تعزير من أساء الأدب عليه فيما يتعلق بأحكامه كقوله: حكمت علي ما يجوز ونحو ذلك كما سنوضحه إن شاء الله تعالى، واعلم أن الحكم للعبد القن إنما يتصور في القصاص على رأي أو في التعزير كما قاله جماعة، أما في المال فلا نعم إن كان مكاتبًا أو مبعضًا فيتصور منه الدعوى بالمال ولا خفاء في نفوذ حكمه على رفيقه.

فروع: إذا ولي وصي اليتيم القضاء، قال ابن الحداد: لا يقضي له كنفسه، وقال القفال: يقضي له كسائر الأيتام، وصححه الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» والهروي والرافعي، وقال ابن أبي الدم: إنه الصحيح عند متأخري الأصحاب وعليه العمل في الأمصار، وذكر شريح الروياني: إنه الصحيح.

قال: وإنما لا يجوز ذلك إذا كان وصيًا فدفع دينًا للصغير إلى أجنبي ثم ولي القضاء، انتهى.

وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

وكأنه يريد أنه يحكم فيما كان دينًا لابنه كما صرح به الأصحاب دون ما ثبت بمعاملته هو بعد الوصاية، وفي «زوائد العمراني» أن ابن الصباغ نقل عن القاضي يعني أبا الطيب أن الصواب ما قاله ابن الحداد وبالغ في تقريره وتبعاه عليه، وقضية كلام «البسيط» و«الذخائر» تبعًا «للنهاية»: أنه المذهب خلافًا للقضاء، ويعضده قول الشافعي في «المختصر» وكل ما حكم به لنفسه وولده ووالده ومن لا يجوز شهادته له ردَّ حكمه، ولا شك أن الوصي لا تجوز شهادته للموصى عليه فيما وُصِّي فيه، وقال ابن أبي الدم: إن المشهور أنه لا يقضي له، وإن الصحيح عند المتأخرين الجواز هل يحكم لجهة وقف كل ناظرها الخاص قبل الولاية ولمدرسة هو مدرسها وما أشبه ذلك، والظاهر تفقهًا لا نقلًا المنع إذ هو الخصم وحاكم لنفسه وشريكه فإن كان متبرعًا بالنظر فكوصي اليتيم، وذكر شريح الروياني أنه لا يحكم في الغنيمة بالغلول إلا إذا عفا عن حقه وهو مؤيد لما أبديناه.

قال الماوردي: وأما حكمه على نفسه فمقبول، وهل يكون إقرارًا أو حكمًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون إقرارًا فعلى هذا يصح في كل ما يصح الإقرار به ويرد فيما لا يلزم بالإقرار كشفعة الجوار، إذا قال: حكمت بها على نفس للجار لزمته، وإذا حكم عليها بمقاسمة لأخوه للحد في الميراث وكان جدًا نفذ حكمه عليها، وإن كان أخًا لم ينفذ حكمه؛ لأنه حكم لها، انتهى.

قال: (**وَكَذَا أَصْلُهُ وَفَرْعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ**) لأنهم أبعاضه فأشبه قضائه لنفسه، وسواء سفلت الفروع وعلت الأصول أم لا، وسواء الوارث وغيره هذا هو المذهب المنصوص والخلاف مفرع على الشهادة لهم، والجديد المشهور المنع، والقديم الجواز.

ونقل الرافعي هنا عن ابن القاص كلامًا وبينه وبين كلام ابن القاص مخالفة ظاهرة ذكرتها في «الغنية» واختلف كلام الماوردي في المسألة فقال قبيل كتاب الشهادات: إن حكمه لهم مردود في قول جميع الفقهاء خلافًا لأبي ثور قال:

....

وهو خطأ؛ لأن الحكم أغلظ من الشهادة وهو ممنوع منها لهم فكان أولى أن يمنع من الحكم، وقال قبيل كتاب قاضٍ إلى قاضٍ بأوراق: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع كالشهادة.

والثاني: الجواز؛ لأن طريق الحكم ظاهر وطريق الشهادة باطن فمنعت.

والثالث: يجوز أن يحكم لهم بالإقرار دون البينة لانتفاء التهمة عند الإقرار وقيامها مع البينة إذ قد يعدل من ليس بعدل، انتهى.

ونقل الإمام المنع عن الأصحاب، ثم قال: والأصح تفصيل فيقول: قضاؤه له بعلمه مردود، وإن جوزنا القضاء بالعلم، وأما إذا قضى له ببينة فوجهان.

قال ابن الرفعة: أصحهما كما قال عند الكلام في تزكية الولد للوالد أنه يقضي، انتهى لفظه فيما رأيته هناك، والأصح عندنا أنه يقضي بشهادة ابنه إذا عدله شاهدان كما يقضي لابنه على خصمه إذا أقام البينة، انتهى.

فروع: إذا قلنا بالمذهب أنه لا ينفذ حكمه لهم قال شريح: ينقض قولًا واحدًا، وقيل: لا ينقض لو رضي الخصم الأجنبي بمحاكمة بعضه إليه لوثوقه بدينه هل ينفذ حكمه عليه؟

لم أرَ فيه شيئًا ولكن إن رضيا به تحكيمًا فكتحكيم غيره، وإن رضيا به لكونه قاضيًا فالظاهر أنه لا ينفذ وقد يمنع نفوذ حكمه بالتحكيم؛ لأنه إذا لم ينفذ بالأقوى لم ينفذ بما دونه أو يبنى على اعتبار الرضا بعد الحكم كما مر إذا تحاكم إليه والده أو ولده ونحوهما ففي الحكم لأحدهما على الآخر وجهان محتملان في «الحاوي».

وبالمنع جزم البغوي وهو الظاهر عند الرافعي، وقال أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيّ: الصحيح الجواز والتعليل الصحيح فيه أن يقال: استويا في مثله إلى كل منهما فهما كالأجنبيين في عدم الميل وتابعه تلميذه في «المرشد» و«التنبيه» و«الإشارة» وصححه في «الانتصار».

……………………………………

ولو سمع القاضي البينة وفوض القضاء إلى غيره فيه وجهان رواهما الإمام، ثم قال: والوجه عندنا أن يقال: لا يقبل تعديله البينة فيما يتعلق بولده، وكذلك إذا كان هو الناقل كذا ذكره ابن الرفعة.

وعبارة «البسيط» بعد إيراده الوجهين: قال الإمام: الوجه القطع بأن تعديله لا ينفذ وكذا إذا نقل بنفسه فلو نقل الشهادة شاهدان عدلان عن الأصلين فلا بأس إذ ذاك.

قال ابن الرفعة: وفي «تعليق» القاضي الحسين أن ظاهر ما ذكره في «المختصر» أنه تسمع منه الدعوى وتسمع البينة ولا يقضي له؛ لأنه قال رد حكمه فخص الحكم بالرد، ونص عليه فدل على أن ما عدا الحكم غير مردود.

وحكى مع ذلك احتمالًا للقفال في المنع فإن كان في «تعليق» القاضي التصريح بذكر القفال وإلا فابن الرفعة فهمه من قول المعلق.

قال الشيخ: وإنما يراد بذلك المعلق النقل عنه وكذا يقع في «التهذيب» وغيره، وعبارة إبراهيم المروزي بعد ذكره عن ظاهر النص ما سبق بنحو لفظه: وقال القاضي: لا تسمع البينة؛ لأن فائدة سماع البينة هو الحكم فإذا قطع بأنه لا ينفذ حكمه لم يكن لسماع البينة فائدة، انتهى.

لك أن تأخذ من قصر المصنف وغيره منع الحكم لمن ذكره جوازه لأخوته وجميع من عدا أصوله وفروعه من زوجة وعتيق، والظاهر أن حكمه لهم مبني على قبول شهادته لهم حالة الحكم، وكذلك مورثه على ما يأتي بيانه من خلاف ووفاق فحيث امتنعت الشهادة امتنع الحكم بطريق الأولى وحيث جازت جاز، ولم أر فيه تصريحًا وفي «تعليق» إبراهيم المروزي ما يقتضيه ونحوه قول الصيمري وغيره وأي قاضٍ قضى لمن لا يصح أن يشهد له كان حكمه باطلًا، قال الرافعي: يجوز أن يقضي القاضي على أصوله وفروعه.

وفصل في «التهذيب» فقال: يجوز أن يحلف القاضي ابنه على نفي ما يدعى عليه؛ لأنه قطع للخصومة وليس حكمًا [له] ويجوز أن يسمع بينة المدعي

……

على ابنه، ولا يجوز أن يسمع بينة الدفع من ابنه.

وفي «تعليق البغوي»: ويجوز للقاضي أن يقضي على ولده على ظاهر المذهب كما تقبل شهادته عليه إلى آخر ما تقدم، وصرح هو وصاحب «الكافي» بأن بينة الدفع يسمعها خليفته.

وفي «تعليق» القاضي إبراهيم المروزي: إن له تحليفه وإن كان فيه تفريغ ذمته زاد إبراهيم: إذ لا تهمة فيه، وقال القاضي أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِقِيّ: ولا يجوز أن يحكم عليهم؛ لأنه متهم أيضًا في التخفيف عنهم؛ ولأنه ممنوع من الحكم له، وإذا كانت الدعوى عليه ابتداء لم يؤمن أن يبطلها ويدفعها فمنع من الجميع سواء كان يدعي حقًّا لنفسه أو يدعي عليه غيره، انتهى.

فإن أراد أنه لا ينفذ حكمه عليهم فقد أبعد، وقال صاحبه في «الانتصار»: ولو تحاكم إليه ولده وأجنبي فحكم على ولده نفذ حكمه عليه وجهًا واحدًا لانتفاء التهمة في الحكم عليه كالشهادة عليه، انتهى.

وينبغي أن ينفذ قضاؤه عليهم بعلمه قطعًا لانتفاء التهمة بخلاف العكس قطعًا كما مر جوابه.

فَرْعٌ: قال إبراهيم المروزي: كل من لا تقبل شهادة القاضي له لا ينفذ قضاؤه له، ومن لا تقبل شهادته عليه لم ينفذ قضاؤه عليه كالعدو، انتهى.

والمذهب المشهور أنه لا ينفذ حكمه على عدوه، وإذا حكم له نفذ حكمه كما حكاه القاضي الحسين وإبراهيم المروزي والغزالي وغيرهم وفي «الحاوي» عند الكلام في التحكيم: إن في نفوذ حكمه عليه **ثلاثة أوجه**:

أحدها: لا يجوز أن يحكم عليه لا بالقضاء ولا بالتحكيم كالشهادة.

والثاني: يجوز بهما بخلاف الشهادة، وفرق بأن أسباب الحكم ظاهر، وبهذا أجاب في أحكامه السلطانية.

والثالث: يجوز بالتحكيم دون القضاء، انتهى.

ويجيء هنا وجه أنه يحكم عليه بإقراره دون البينة خشية تساهله فيها بخلاف

وَيَحْكُمُ لَهُ وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ، وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِيَ أَنْ ....

الإقرار ولا يتصور خلاف في نفوذ قضائه عليه بعلمه وإن جوزنا القضاء به.

وذكر في «الحاوي» عقب ذكره الأوجه السابقة في حكمه لوالديه ومولديه: إنه يجوز أن يحكم لعدوه على عدوه وجهًا واحدًا وأن لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين وفرق بوجهين:

أحدهما: إن أسباب العداوة طارئة تزول بعد وجودها وتحدث بعد عدمها، وأسباب الأنساب لازمة لا تزول فغلظت هذه وخفت تلك.

والثاني: إن الأنساب محصورة متعينة والعداوة منتشرة مشتبهة يفضي ترك الحكم معها لامتناع كل مطلوب بما يدعيه من العداوة هذا لفظه.

ونقل ابن الرفعة ذلك عنه في حكمه على عدوه مطلقًا كما هو الوجه الثاني في كلامه المتقدم، والذي في نسخ «الحاوي» على كثرتها ما ذكرته.

وكذلك حُكِيَ ذلك عنه وهذه صورة أخرى غير ذات الأوجه وفي هذه نظر أن يكون المحكوم عليه أشد عداوة وضررًا من المحكوم له بأضعاف، والتهمة قائمة فالوجه سد الباب كما اقتضاه إطلاق الجمهور والله أعلم.

قال: (وَيَحْكُمُ لَهُ)، أي: للقاضي (وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ)، أي: مستقل أجنبي لانتفاء التهمة.

(وَلِهَؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ وَكَذَا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ)؛ لأنه حاكم فأشبه سائر الحكام هذا هو المشهور وقطع به قاطعون، والثاني: لا للتهمة، وهذا ما رجحه الشاشي وغيره فيما إذا كان الحكم بين القاضي نفسه وبين غيره.

قال الرافعي: وبنوا هذا الخلاف على أن نائب الحاكم هل ينعزل بموته وانعزاله؟ انتهى.

وقضية البناء أن يكون الأصح المنع وبه قال الشاشي وغيره وهذا البناء ذكره الغزالي ولم يتعرض له كثيرون، والمأخذ عندهم التهمة بالمماثلة.

قال: (وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي وَسَأَلَ الْقَاضِيَ أَنْ

يُشْهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوْ، الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ.

أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجِلًّا بِمَا حَكَمَ أُسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ، وَقِيلَ: تَجِبُ، وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيوَانِ الْحُكْمِ.

يُشْهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ أَوْ، الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزِمَهُ) لأنه قد ينكر من بعد فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إذا قلنا: لا يقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه فقد ينسى أو يعزل فلا يقبل قوله فيضيع حق المدعي؛ ولأن في الإشهاد تعديلًا وإثباتًا لحقه وإلزامًا لخصمه.

قال في «الشامل» وغيره: وإذا طلب الحق أن يحكم له بما يثبت لزمه أن يحكم فيقول: حكمت له به، أو: أنفذت الحكم به، أو: ألزمت صاحبه الحق، أي: ونحو ذلك ولو أقام المدعي بينة بما ادعاه، وسأل القاضي الإشهاد عليه فهل يلزمه؟ وجهان أقر بهما في الرافعي وأصحهما في «الروضة» نعم، والثاني: لا؛ لأن له بينة فلا حاجة إلى بينة أخرى، ولو أنكر المدعى عليه وحلف وسأل القاضي الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى، فلذلك يجيبه إليه هذه عبارة الرافعي وعبارة «الروضة»: لزمه إجابته وهذا منهما يقتضي انقطاع المطالبة عنه بيمينه أو يفهمه وليس على إطلاقه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: **(أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجِلًّا بِمَا حَكَمَ اسْتُحِبَّ إِجَابَتُهُ)**؛ لأن الحق يثبت بالمشهود لا بالكتاب.

(وَقِيلَ: تَجِبُ، وَيُسْتَحَبُّ نُسْخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيوَانِ الْحُكْمِ)، أي: توثيقًا لحقه كما يجب الإشهاد وجعل الشيخان محل الوجهين فيما إذا كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتى به الطالب، فإن لم يكن ولم يأتِ به الطالب لم يلزمه إجابته، وسيأتي فيه خلاف ضعيف أنه يلزم القاضي القرطاس من ماله.

قال الرافعي: وحكى ابن كَجٍّ وجهًا ثالثًا أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل والوقوف وأمال المصالح، ولا يجب في الديون الحالة والحقوق الخاصة، انتهى.

……

وحاصل «الحاوي» على ما ذكره ابن الرفعة: إنه ينظر فإن كان دينًا يستوفى عاجلًا لم يلزمه، وإن كان في دين مؤجل أو في ملك متأبد، فإن كان في صورة يجب على الحاكم الإشهاد عليه فيها جزمًا، كما إذا ثبت الحق عنده بإقرار الخصم، وقلنا له: القضاء بعلمه أم لا، كما قاله البندنيجي أو ثبت بنكول الخصم، وحلف المدعي عليه، فوجهان: أصحهما: في «تعليق» القاضي الحسين وتعليقه وغيره يجب؛ كالإشهاد، وإن كان في صورة الخصم وحلف المدعي فوجهان: أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين قد اختلف في وجوب الإشهاد وهي ما إذا ثبت الحق بشهادة عدلين، فإن لم يوجب الإشهاد لوجود البينة فكتابة المحضر أولى، وإن أوجبناه، ففي إيجاب كتب المحضر الوجهان.

وعن ابن جرير الطبري: إنه لا يكتب المحضر إذا لم يعرف الخصمين حتى لا يصير محضره الذي ثبت له حجة على من يكون باسمهما ونسبهما.

قال القاضيان أبو الطيب والروياني: وهذا غلط؛ لأنهما إذا لم يكونا معروفين بعينهما فإنه يذكر حليتهما، ولا يجوز له ترك ذلك، والمعول عليه الحلية فصار بمنزلة معرفة العين.

ونسب الإمام ما حكي عن ابن جرير إلى ابن خيران، وقال: إنه ليس بشيء، ونسبه القاضي الحسين إلى الإصطخري، وإنه قال: إذا أقر المجهول عنده لم يقبل إقراره؛ لأني لو قبلت ذلك لا آمن أن يكون واطأه المدعي حتى يقر له ويستعير اسم إنسان فيسمي به نفسه، فإذا مات ادعى على ورثته ولا ينفع القاضي كتب الحلي؛ لأن المستعار اسمه قد مات وهو يدعي على ورثته، ثم قال: وهذا غلط؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام فإنه لا يعرف جميع الخصوم، انتهى.

ولا أحسب أن الإصطخري أراد أنه لا يقبل إقرار المجهول بحال، بل في المثال الذي ذكره ونحوه من التسجيل بالحقوق المؤخرة الاستيفاء، ولا شك أنه لا يقضي بالحلية بعد الموت والدفن، وسيأتي في آخر الفصل في هذا مزيد كلام وبحث.

……

وقال شريح الروياني: إذا حكم فهل يلزمه أن يسجل له كتابًا ويبدل فيه خطه ويكتب شهادة الشهود على حكمه؟ فيه وجهان.

وقال ابن سريج في قضيته مع علي بن الحسين الوزير: لا يلزمه أن يكتب، وإن كان بالعقار فعلى الوجهين، وإن كان للصبي والمجنون أو عليهما لزم، وقيل: إن كان حكمًا مشهورًا ظاهرًا يؤمن نسيانه لم يلزم التسجيل به، وإن كان لا يؤمن نسيانه لزم، وأما الإشهاد على الحكم فقيل: يجب، قولًا واحدً، وقيل: هو على الخلاف كالتسجيل، وإذا أوجبناه فأشهد فاسقين لم يخرج على الواجب في أظهر الوجهين وأصلهما الوجهان فيما إذا طولب الفاسق بأداء شهادة عنده هل يلزمه الإجابة، انتهى ويخرج من كلامه وجوه وفوائد.

وقال الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم: إذا لم يسألا القاضي الكتب ندب القاضي إلى إثبات محاكمتهما في ديوانه مشروحة بما انفصلت عليه من إلزام أو إسقاط احتياطًا لهما، ووجوب ذلك معتبر بالحكم، فإن كان مما استوفي وقبض لم يجب عليه إثباته وكان بإثباته مستظهرًا، وإن كان فيما لم يقبض ولم يستوفَ، فإن كانت الحالة مشهورة ولا ينسى مثلها لم يجب إثباتها، وإن جاز أن ينسى مثلها وجب عليه إثباتها ليذكر بخطه ما حكم وألزم؛ لأنه كفيل بحفظ الحقوق على أهلها فالتزم بذلك ما يؤول حفظها، انتهى.

وهذا التفصيل حكاه شريح وجهًا في التسجيل للخصم، والظاهر أن هذا الذي قاله الماوردي فيما خطر لا في كل شيء لما فيه من المشقة ويحتمل أن يقال: إن تعلقت الخصومة والحكم بغائب وجب عليه التسجيل حفظًا لحقه وإن لم يسأل فيه كما تقدم في حق الصبي ونحوه، ثم رأيت الديلمي قال: السجلات على ثلاث مراتب:

إحداها: لا يحتاج إليها وهو أن يدعي معينًا كثوب أو طعام وما أشبهه.

والثانية: واجب أن يكتب السجل أو حتى مثل أموال الأوقاف واليتامى وما أشبه ذلك.

....

والثالثة: حكم بين نفسين في دار أو عقار فهل يجب أن يكتب السجل أو حتى نطلب المحكوم له ذلك فعلى وجهين:

أحدهما: يكتب؛ لأن ذلك من تمام الحكومة، والثاني: لا يجب حتى يسأله المحكوم له، انتهى.

فروع وتتمات:

أحدها: قال الرافعي وسواء أوجبنا الكتابة أو استحببناها فيحتاج إلى بيان المكتوب وإلى بيان أنه كيف يضبط ويحفظ، فالمكتوب محضر وسجل وذكر صورتهما وما بينهما من الفرق، والحاصل أن:

السجل: ما يشتمل على الحكم.

والمحضر: هو الذي فيه ذكر ما جرى من غير حكم.

ثم قال: وأما أنه كيف يضبط ويحفظ فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات على نسختين يدفع منهما واحدة إلى صاحب الحق غير مختومة، أي: لينظر فيها ويعرضها على الشهود في الأوقات؛ لئلا ينسوا ويحفظ الأخرى بديوان القضاء ويختمها ويكتب على رأسها اسم الخصمين ويضعها في حرز له وقِمَطْرٍ وهو السقط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم ختمه بنفسه أو ختمه أمين له بمرأى منه وأمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي أسبوع فإن كثرت جعلها في إضارة أي: بكسر الهمزة وهي الحزمة ويكتب عليها خصومات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا وسجلاتها وعزلها، وإن لم تكثر تركها حتى يمضي شهر ثم يعزلها، فإذا مضت سنة جمعها وكتب عليها كتب سنة كذا وذلك ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة وليجعلها في موضع لا يصل إليه غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى الأخذ بنفسه ونظر أولًا إلى ختمه وعلاماته، انتهى.

وهذا من المهمات وقد اتفق عليه الأصحاب وقد أهمله قضاة العصر أو

……

غالبهم، وهو فيه أكد لغلبة الفساد فيه والتزوير، فإذا علم المفسد أن القاضي معين بذلك وأن في ديوان الحكم بما جرى نسخة أحجم عن التزوير والتغيير.

الثاني: قال الديلمي: ويجب أن يطالع القاضي ما كتب من النسخة التي في قطره؛ لئلا يقع لها نسيانًا، انتهى.

والظاهر أنه أراد ونحب بالنون والحاء لا الوجوب بالياء والجيم.

قال شريح الروياني: إن كان الشهود معروفين فذاك وإلا كتب حلاهم وأسماءهم وأنسابهم ورفع فيها، وإن كانوا مَوَالِيًا كتب أسامي المعتقين ويكتب صنائعهم وحرفهم، وما شهدوا به ومن شهدوا له وعليه، ويكتب سوقهم ومشاهدهم ومحالهم، وهل يلزم ذلك عند سؤال الشهود عليه أو يبتدئ الحاكم به من غير سؤال؟ فيه وجهان.

الثالث: قال الشافعي والأصحاب: ينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئًا برسم القراطيس التي تكتب فيها الحكومات والمحاضر والسجلات، فإن لم يكن أو احتج إليه لما هو أهم قلت: أو حالت الظلمة دونه فإن أبى الخصم توزيعه يكتب فيها خصومته وشهادة الشهود وأجرة الكاتب فذاك وإلا لم يجبر عليه، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى بالكتابة فقد نسي شهادة الشهود وحكم نفسه.

وأشار القاضي الحسين: إنا إذا أوجبنا الكتابة ولم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال ولا أحضره الطالب أنه يجب من مال القاضي على وجه، ثم قال: والصحيح أنه لا يجب على القاضي شيء من ماله، انتهى.

وكان محل هذا الوجه على سدوده ما إذا كان للقاضي رزق من بيت المال، وكان فيه ما يسع ذلك.

الرابع: قال القاضي أبو سعد الهروي: إن أخذ الأجرة على التسجيل ينبني على الخلاف في وجوبه إذا طلب صاحب الحق، وقد أطلق في بعض المسودات القول بجواز استئجار القاضي للتسجيل، وهو ينطبق على منع الوجوب الذي هو

....

أظهر الوجهين، وكذلك استئجار المفتي أن يكتب على الفتوى.

قلت: وعلى ما جزم به شريح من وجوب التسجيل إذا تعلقت الحكومة بصبي ونحوه لا يجوز له أخذ الأجرة وهو ظاهر إذا كان القاضي هو الناظر في أمره دون ولي وصبي خاص، أما لو كان له ولي خاص فلا يظهر الفرق بينهم وبين غيرهم، وكذا ينبغي أن يقال في كتب الأوقاف الخاصة والعامة، فيقال: إن كان مرجعها إليه بالولاية العامة وجب عليه تسجيلها مجانًا؛ لأنه من جملة قضايا الولاية وهذا ظاهر في المرتزق من بيت المال، وأما غيره وهو محتاج إلى الكفاية فمنعه الأجرة بعيد، وأما الوقف على معينين له ناظر خاص فيشبه أن يكون كما مر في كتب الأملاك، وحيث جوزنا له أخذ الأجرة فيجب ألا يزد على أجرة المثل كما سبق، وأنه لا بد من إعلامه هو أو أمينه من يكتب له قبل الكتابة أنه إنما يكتب له بأجرة المثل ويرضى بذلك، وإلا فهو كمن عمل لغيره عملًا كما مر ولا أجرة له على الصحيح، وأما ما يصنعه بعض قضاة السوء من أخذ أضعاف أجرة المثل أو طلب ذلك، وألجأ صاحب الكتاب في المعنى إلى بذل ذلك فحرام قطعًا شبيه بالمكس إذ لا يمكن غيره من كتابته ولا يكتبه وثبته إلا أن يبذل له بالقيمة من السحت، ويصنعون ذلك في كتب الأيتام والأوقاف، والظاهر من أحوالهم استحلال ذلك لا عن عقل ولا نقل فإنا لله وإنا إليه راجعون.

الخامس: قال شريح في باب حين الحكم: قال في «الأم»: إذا كان الأمر بينًا عند الحاكم فيجب أن يأمر المتخاصمين بأن يتصالحا ويستحلل في تأخير الحكم يومًا ويومين، فإن لم يحللاه لم يجز تأخير الحكم، وإن كان الأمر مشكلًا لم يجز أن يحكم حتى يبلغ الغاية في البيان طال أو قصر، والحكم قبل البيان ظلم، وترك الحكم بعد البيان ظلم، فظاهره أنه إذا تبين له الحق لا يجوز له تأخير الحكم فيما هو ظاهر إلا برضاهما.

وقد قيل: يجوز له تأخيره يومًا ويومين وأكثره ثلاثةً للاحتياط، فربما يأتي المدعى عليه بدفع، وقيل: وإن ثبت الحق لا يبادر إلى إمضاء الحكم، لكن يؤجل ثلاثةً أو ثلاثة مجالس على ما يراه، وقيل: لا يفعل ذلك إلا إذا سأله

....

المدعى عليه؛ لأن النفع فيه يعود إليه.

قال - ﷺ -: ولا يقدم الحكم بالشفاعات ولا يؤخر لأجلها ومن فعل ذلك حق أن يستوجب عذابًا شديدًا.

قال: وأحب(١) للحاكم أن يصلي ركعتين ويستخير الله تعالى فيه، قال: ويستكشف إذا أراد الحكم غاية الاستكشاف ويستعمل الاستقصاء والاحتياط ولا يترك موضعًا يعرف به ما هو حق أو باطل إلا وقف منه على حقيقة الحال ويتصور الأمر فيه، والله أعلم، انتهى.

وفي «البيان» بعد إيراده النص في التحليل منهما: هكذا ذكره ابن الصباغ والذي يقتضي المذهب أن التحليل بتأخير الحكم إنما يطلب من المحكوم له وكذلك وجوب الحكم إنما يتوجه طلبه من المحكوم له دون المحكوم عليه؛ لأن الحق في الحكم للمحكوم له دون المحكوم عليه، انتهى.

وقد يريد المحكوم عليه فصل الحكومة في الحال ليتخلص أو ليسافر وغير ذلك من المقاصد فلا يؤخره إلا برضاه، وإن كان ما أبداه هو الغالب وقوعًا ومحل الفرع باب الدعوى ولكنه ذكر هاهنا.

السادس: قال شريح في باب إلزام القاضي: إذا أقر بين يدي القاضي فقال القاضي: ألزمتك موجب إقرارك فقد قيل: لا معنى لذلك؛ لأن الحق قد كان واجبًا قبل الإقرار وصح وجوبه بالإقرار فلا معنى للإلزام، وقد قيل: فيه فائدة فإن الإقرار قد يكون مختلفًا في صحته فإذا ألزمه كان حكمًا بصحته حتى لو ادعى أن الإقرار يلجئه، وزور، يعني: إكراهًا لم يسمع بعد الإلزام ولم يسمع البينة لو أقامها، وإن قلنا: لا معنى للإلزام سمعت وإذا قلنا بصحة الإلزام فلو ألزم بعد يمينه المقر كان كالحكم على الغائب، انتهى.

وفيما انتهى وفيما ذكر من أنه لا تسمع دعوى الإكراه بعد إلزام الحاكم بالإقرار نظر للمتأمل.

---

(١) في نسخة: (وأوجب).

....

السابع: قال شريح في باب ما يكون حكمًا: إنه إن قال القاضي حكمت بكذا، كان حكمًا، وقوله: قضيت، في أظهر القولين، وفي قوله ثبت عندي أو صح عندي، وجهان قال أبو بكر: هو حكم، انتهى.

ولعل المراد بأبي بكر القفال المروزي أو الصيدلاني.

وقال الهروي: إذا قال بعد تعديل البينة: ثبت هذا عندي بالبينة العادلة، أو: صح، قيل: إنه حكم؛ لأن البينة العادلة توجب الحكم بها، والمذهب أنه عبارة عن قبول البينة فإنه لا بد من قبولها لتصير شهادة وبينة ثم بعد مصيرها شهادة وبينة بالقبول لا بد من الحكم بها بعد ذلك، انتهى.

وهذا ما اقتضاه كلام الرافعي وغيره الجزم به وهو قضية كلام المصنف هنا أيضًا.

وقالا بعد هذا: لو قال: ثبت عندي كذا بالبينة العادلة، أو صح فهل هو حكم؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأنه قد يراد قبول الشهادة واقتضاء البينة صحة الدعوى نصًا لقوله: سمعت البينة وقبلتها؛ ولأن الحكم هو الإلزام والثبوت ليس بإلزام، وأما ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو: «صح ورود هذا الكتاب عليَّ فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه» فليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة هذا لفظ «الروضة».

وقال ابن أبي الدم: إذا ثبت الحق بشهادة عدلين ولم يقل: حكمت ولا ألزمت فهل مجرد قوله: ثبت الحق عندي حكم منه حتى لا يفتقر بعده إلى قوله: حكمت أو ألزمت أو ما يقوم مقامهما؟ فيه وجهان مشهوران أصحهما أنه ليس بحكم صرح به هكذا الماوردي، وأشار إليهما القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر والشيخ أبو إسحق من العراقيين، والقاضي الحسين والشيخ أَبُو عَلِيٍّ والإمام من المراوزة، ثم حكى الوجه القائل بأنه حكم عن الشيخ أبي حامد واختيار ابن أبي عصرون.

قال: والمختار أنه ليس بحكم وهو ما عليه أكثر الأصحاب، ونقله في

....

«البحر» عن نصه في «الأم» فاعلمه.

قال: ويبنى على هذا الخلاف رجوع الحاكم وتغريم الشاهد إذا رجع واليمين المستحقة للحكم على الميت والغائب على أحد القولين، وحضور شاهد الأصل من الغيبة وبرؤه من المرض، أي: وغير ذلك فإن قلنا: الثبوت ليس بحكم، كان للحاكم التوقف في الحكم إذا رابه أمر، ولو رجع الشاهد بعد الثبوت وقبل الحكم لا يغرم على أحد القولين، ولو حضر شاهد الأصل أو برأ بعد أداء شهود الفرع وقبل الحكم لم يعمل شهادتهم، بل يجب على شاهد الأصل أداء الشهادة ليعمل بها، انتهى.

وربما نعيد في هذا كلامًا من بعد إن شاء الله خاتمة ضمنها.

تنبيهات تتعلق بالمحاضر والسجلات: إذا عرف الحاكم الخصم ونسبه رفع في نسبه ما يميزه عن غيره ويكتب حليته استحبابًا وإلا كتب كما قال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ والإمام وغيرهم: حضر فلان إلى آخره من ذكر أنه فلان ابن فلان الفلاني، وكتب الحلية هنا واجب كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره وجرى عليه الرافعي، وادعى على فلان ابن فلان الفلاني، ويرفع في نسبه ويذكر حليته استحبابًا إن كان معروف النسب وإلا فيذكرها وجوبًا؛ لأن المقول عليها هكذا ذكره الرافعي وابن الرفعة، وسيأتي في الشهادات ما قد يوجب التوقف في التعويل عليها أو يوجبه.

ثم رأيت ابن أبي الدم قال: إن عرف الحاكم الخصمين اسمًا ونسبًا فذاك وإلا فهو محل النظر والإشكال.

قال القاضي أبو الطيب وتلميذه أبو نصر وغيرهما: إذا سأل الحاكم كتبة المحضر كيف حضر رجل ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كيت وكيت، وأحضر رجلًا ذكر أنه فلان بن فلان ومن حليته كيت وكيت، فادعى عليه فأنكر فطلب إحلافه فأحلفه أو فأقر أو فنكل ورد اليمين على المدعي فحلف بإحلافي، قالوا: ثم إذا طلب الحالف من الحاكم التسجيل له بذلك والحكم له

....

أجابه إليه، وحكم هذا ملخص ما ذكروه وفي النفس منه شيء ظاهر وذلك أن عقد هذا المحضر وحكم الحاكم له عليه إذا لم يعرفهما هذا الحاكم إن كان الغرض منه تذكر الواقعة عند حضورهما والعلم بأنهما اللذان تداعيا أولًا وجرى بينهما ما شرح في المحضر ليعمل هو بما جرى عنده إذا حضرا لديه بعلم علمه بما كان حرًا عنده، فهذا غرض صحيح وطريق سائغ ومقصد حسن، وإن كان الغرض من عقد هذا المحضر وتسجيله على الحاكم بالحكم على حلية من لا يعرفه لمن لا يعرفه المكاتبة بذلك إلى بلد آخر إذا غاب الحالف المدعي مثلًا إليه ليستفيد به أنه إذا أحضره المدعي المستحلف إلى حاكم البلدة الثانية وادعى عليه بذلك المدعي به في البلدة الأولى عند حاكمها وأنكر وطلب إحلافه فحلف أن يذكر لحاكم البلدة الثانية أن معه محضرًا من حاكم البلدة الأولى يتضمن تداعيهما وإنكاره واستحلافه على نفي الدعوى، وحكم الحاكم الأول بذلك ويقيم بينة تشهد على الحاكم الأول بذلك ليقابل الحاكم الثاني بين صفات المتداعيين المذكورة في المحضر وبين صفاتهما المشاهدة ويعمل بها إن أنكر المدعى عليه وادعى أن لهما مثلًا قابلًا لشياههما الموصوفات في المحضر، فالعمل في هذا على الحلي، والصفات في غاية الإشكال، وأشكل منه ما لو كان المدعى عليه المجهول المحلى في المحضر قد اعترف بالدين المدعى به عند الحاكم فكتب للمدعي محضرًا بما جرى بينهما واعتراف المدعى عليه وحكم عليه على حليته في سجل عقده المدعى وأشهد عليه بذلك، فلو غاب المقر المحكوم عليه إلى بلد فظفر به المحكوم له بها فادعى عليه عند حاكمها بذلك الدين فأنكره فأحلفه الحاكم، وطلب المدعي فأحضر المدعي المحضر وبينة شهدت عنده على الحاكم الأول باعتراف رجل من حليته كيت وكيت ذكر أن اسمه فلان بن فلان فلو قال هذا المدعى عليه كتب المقر المحلى في هذا الكتاب والصفات تتشابه أو قال: أنا المقر ولكن لرجل آخر غير هذا المدعي، أو لم أذكر أن اسمي واسم أبي ما ذكر في هذا المحضر، فالذي يفعله هذا الحاكم بعد قيام البينة على الحاكم الأول بما في

……

محضره، وسجله لا سبيل إلى إلزام الخصم مع إنكاره وحلفه وعدم بينة تشهد على يمينه بإقرار المشاهدة في حلفه المدعى عليه لأنه يقول أنا مظلوم دعوى هذا علي وليس له علي حق والحلى تشابه وقد حلفت على عدم استحقاقه فلا يجوز إلزامي مشقة السفر والتعطيل عن المعيشة إلى حاكم بلده أنا مدع أني لم أحضر عنده ولا أقررت بشيء فالحرية تأبى هذا التكليف فهذا منه كلام سائغ وإلزامه العود إلى الحاكم الأول في غاية البعد وربما لم يذهب إليه ذاهب، وهذا كله بخلاف ما إذا ثبت عند حاكم ملكية زيد لعبد أو بتهمة موصوفة بصفات مشاهدة قائمة به إشهاد حاكم بلد المدعي أن زيدًا مالكًا لعبد من صفته كيت وكيت، وقوبلت تلك الصفات بصفات العبد المشار إليه فوافقت ألزم في يده العبد إذا أنكر استحقاق مدعيه الأول له حمله إلى حاكم بلد زيد مدعيه حتى إذا حضر عنده أشار الشهود الذين يعلمون بذلك وشهدوا عند الحاكم بأن هذا العبد ملك زيد وأنه هو الذي شهدوا على صفاته بأنه ملك زيد، والفرق بين المدعى عليه أولًا وبين المدعى به إذا كان عبدًا من وجهين:

أحدهما: أن العبد ملحق بالأموال في غالب الأشياء فألحق بالبهيمة؛ لكثرة تبدل الأيادي والأملاك عليه بالبيع والشراء والهبات بخلاف الحر المدعى عليه.

والفرق الثاني: أن المدعى عليه يمكن في الغالب معرفة نسبه بالاستخبار عنه والاستفاضة السابقة بين الناس فهو في الجملة في مظنة العلم بنسبه بخلاف العبد، فظهر الفرق بينهما فثبت بهذا أن عقد المحضر وتسجيله على مجهول يجليه وصفه عديم الجدوى على تقدير إنكاره ببلد آخر عند حاكم آخر وهذا قريب من شهادة الشاهد على رجل لا يعرفه عينًا ولا اسمًا ولا نسبًا اعتمادًا على صفته وحليته، فإن كثيرًا من جهلة الشهود يشهدون ومتى طلب منهم أداؤها على المشهود عليه في غيبته أو موته بادروا إلى أدائها، وهذا لا يجوز منهم قولًا واحدًا، ولا تسمع شهادتهم على من لا يعرفونه نسبًا واسمًا قطعًا هذا لا أعرف فيه خلافًا.

....

والعلماء من الشهود المتورعين لا يشهدون على مجهول عندهم أصلًا خوفًا من الوقوع في مثل ذلك، وإن وقعت منهم مسامحة في تحمل مشاهدة على مجهول بجليه وصفه، فإنما يفعلون ذلك اعتمادًا على أدائهم الشهادة في حضور الشهود عليه وعلى يمينه إذا تذكروا الشهادة عليه بما اعترف به عندهم، ويكون ذكر الحلية والصفة في الكتاب والدستور مساعدًا على التذكر ومعينًا على حصول العلم بما سبق منه في الإقرار، وينعقد في هذا فصلًا حسنًا في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى، انتهى.

قلت: وسبق ما حكي في أصل المسألة عن ابن خيران والإصطخري وتضعيف الأئمة له، وجعل الحلية في المجهول معول عليها كالاسم والنسب في المعروف.

وقال الرافعي: إن المذهب خلاف ما قاله ابن خيران، فإن أراد ابن خيران أن القاضي لا يقضي بين المجهولين أصلًا فمذهبه باطل وهذا لا أحسب أحدًا يقوله، وإن أراد أنه لا يسجل على مجهول اكتفاء بالحلية واعتمادًا عليها عند الحاجة إلى الإثبات والحكم ثابتًا فما قاله صحيح، وإن أراد بإيجاب إثبات الحلية أنها تكون سببًا لتذكر القاضي الواقعة والحكم ومعرفة المحكوم في باقي الحال بعينه فهذا قريب لكنه بعيد من كلامهم، والموضع مشكل والله أعلم.

إذا كان المدعى عليه قد أقر بالحق كتب في المحضر إقراره به قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: ولا يحتاج أن يقول أنه أقر له في مجلس حكمه؛ لأن الإقرار يصح منه في غيره، ونسب الماوردي هذا إلى الشيخ أبي حامد وأنه قال: إن ثبت ببينة ذكر ذلك، وهو في تعليق البندنيجي.

قال الماوردي: وفرق بأن سماع البينة حكم، وليس في الإقرار حكم، قال: وهذا الفرق ليس له وجه؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه؛ ولأنه يتعلق بالإقرار إلزام، والإلزام حكم، انتهى.

وذكر في «الانتصار»: أنه لا يحتاج في صورة الإقرار إلى أن يذكر أنه في

……

مجلس حكمه وقضائه لما سبق، وأنه إن ثبت الحق عنده بيمين المدعي مع نكول المدعى عليه، فسأله المدعي أن يشهد على نفسه بذلك لزمه، وإذا طلب منه كتب المحضر كتبه له ويذكر فيه عرض اليمين والنكول ورد اليمين وحلف المدعي، ويذكر أنه في مجلس حكمه وقضائه لأن ذلك بمجلس الحكم بخلاف الإقرار ثم ذكر ما إذا حكم له بالبينة ويذكر أن ذلك في مجلس حكمه لأن البينة لا تسمع إلا في مجلس الحكم، انتهى.

ومراد الأئمة بمجلس الحكم محل ولايته حيث كان منها لا الموضع الذي أعده للجلوس فيه للحكم كما غلط فيه غالط في «الحاوي» و«البحر» في باب ما على القاضي في الخصوم: إن في تسميته الشهود الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل وجهان:

أحدهما قاله الإصطخري: إن ترك تسميتهم أولى.

والثاني قاله ابن سريج: إن تسميتهم أولى وأحوط للمشهود عليه، فلعله يقدر على جرحهم.

قال الماوردي: وكل واحد من الأمرين جائز.

قلت: حكى جماعة الخلاف في وجوب التسمية، ولفظ أبي الحسن الديلمي في «أدب القضاء»: اختلف أصحابنا هل يجب أن يذكر أسماء الشهود؟ على وجهين:

منهم من قال: يجب أن يذكر وهو أولى لطلب المشهود عليه لجرحهم وذكرهم خير له.

ومنهم من قال: إذا قال الحاكم: شهد عندي جماعة عدول أرضاهم وأعرفهم، أو قال: سألت عنهم، فرجعت المسألة إلى تزكيتهم وعدالتهم فقبلت شهادتهم ولم يذكر أسامي الشهود وجاز وترك أسمائهم أنفع للمشهود له، وذكر أسمائهم أولى وأعذر للحاكم، انتهى.

قلت: والمختار في وقتنا وجوب التسمية، ويتعين إذا كان الحكم على

....

غائب أو محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه احتياطًا لهم؛ ولئلا ينشد باب الجرح، وغيره على الغائب إذا حضر والناقص إذا أكمل إذ قد ينسى الحاكم الشهود الذين أيهم ذكرهم أو يموت أو يعزل فلا يصدق بعد انعزاله وغير ذلك، ولما في التسمية من دفع الريب والتهم التي يجب صيانة هذا المنصب الشريف عنها ولا سيما مع فساد الزمان وأكثر شهوده وقضائه، وإذا ذكر الشهود عنده ذكر أسماء المزكين أيضًا لما ذكرنا.

وصرح به جماعة وهو متعين في وقتنا، وإذا أقام المدعي شاهدًا واحدًا وحلف معه ذكر ذلك وأن الشهادة واليمين وفقًا في مجلس الحكم، وفي وجوب تسمية الشاهد ما سبق.

قال شريح الروياني: وإذا كان الحكم على غائب في وجه وكيل منصوب عنه فأراد أن يكتب على وجه لا يطعن فيه من لا يرى الحكم على الغائب كتب وأحضر معه من جاز له سماع البينة على وجهه، وإن كان بشاهد ويمين كتب أنه حكم له بالبينة العادلة التي يوجب الشرع الاستماع إليها والحكم بموجبها، وقيل: لا يجوز ذلك؛ لأن الخصم لا يتمكن من الطعن في الشهود، انتهى. وهذا الخلاف راجع إلى ما تقدمه.

قال العبادي والهروي وشريح الروياني في باب نسخة السجل وكتاب القاضي: ويقول: وأحضر معه فلانًا وقد عرفه خصمًا؛ لأن أبا حنيفة لا يُجيز الدعوى على مسخر فادعى عليه كذا ويصف الدعوى نحو ما أثبت في المحضر ونسخ الصك الذي فيه، وأنه سأل القاضي أن يسأل خصمه فسأله فأنكر، فأحضر شهودًا عدولًا أحرارًا مسلمين بالغين عقلاء وهم فلان وفلان، فسأل القاضي أن يسألهما فشهدا، ويصف لفظ الشهادة في حظ القاضي، ويكتب أنهم شهدوا في مجلس حكمه؛ لأن الشهادة تختص به بخلاف الإقرار، وأنهم أشاروا إليه؛ لأنه شرط عند قوم، فإن كانت الشهادة على الملك.

قال: وإنهم يهتدون إلى البقعة ويعرفونها؛ لأن أبا حنيفة يشترط ذلك، فإن اتهم البينة ففيه خلاف سبق ثم يكتب وأنه سأل القاضي مرة ثانية بعد أن أمكن

فَصْلٌ

وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيٍّ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ ....

الخصم من الطعن في الشهود والإتيان بحجة دافعة فلم يأتِ بها، فإن أبا حنيفة يذهب إلى أن بينة المحكوم عليه لا تسمع بالملك المطلق فيحتاط قبل الحكم.

قال القاضي أبو سعد: واختار هذا المذهب القاضي الحسين وهو خلاف نص الشافعي، ويكتب أنه سأل عن البينة فعدلت وعدلها فلان وفلان إذا جرى له رسم التعديل.

قال شريح: ثم يقول: وإنه استخار الله تعالى وحكم بكذا ونفذه وترك كل ذي حق على حقه وحجته ومتى أوردها فهي مقبولة، انتهى.

فصل

قال: **(وَإِذَا حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ)** أي: وهو من أهله.

(ثُمَّ بَانَ خِلَافَ نَصِّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ)، أي: أو نص السنة المتواترة أو خبر آحاد ثابت، وسيأتي في هذا خلاف غريب.

(أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسٍ جَلِيٍّ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ) لأن الاجتهاد إنما يسوغ إذا لم يخالف ذلك فإن خالفه رد.

وفي «الصحيحين»: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد»(١).

وروي عن عمر ﷺ في ذلك آثار لم ينكرها أحد، فكان إجماعًا.

فمنها ما رواه الحاكم أبو عبد الله بإسناده عن أبي العوام البصري قال: «كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري: إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٧).

....

المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا.

ومن ادعى حقًّا غائبًا أو بينة فاضرب له أمدًا ينتهي إليه، فإن جاء ببينة أعطيته حقه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق؛ لأن الحق قديم، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادات، أو قال: زاهر في الشهادة إلا مجلود في حد أو مجرب عليه شهادة الزور أو ظنين في ولاء أو قرابة، فإن الله ﷻ تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن أو سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى أشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتكبر، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذخر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شأنه الله، فإن الله لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصًا، وما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته».

قال الشيخ الصالح إبراهيم المروزي: وهذا كتابٌ مشهور لا بدَّ للقضاء من معرفته، انتهى.

وجاء عن عمر ﵁ آثار كثيرة في رد قضائه بالأخبار التي بلغته بعد قضائه ونقض علي ﵁ قضاء شريح في المسألة المشهورة في الفرائض.

قال الإمام في «النهاية»: ولو أخطأ القاضي، وتعين عليه الخطأ فحق عليه أن يتبع خطأه بالنقض ويستفرغ في استدراكه الجهد، ولو علم أنه أخطأ في قضيته، لكنها اشتبهت عليه واختلطت عليه بالأقضية فتعين عليه البحث فإن بذل الجهد فلم يعثر فلا عليه، انتهى.

لَا خَفِيٍّ.

وذكرنا من قبل أنه هل يلزمه تعريف الخصمين صورة الحال وبينا ما فيه من خلاف ووفاق وبينا نقضه بحكم غيره فراجعه سنعيد بعض ذلك لفائدة إن شاء الله تعالى.

قال: (لَا خَفِيٍّ) أي: إذا ظهر له قياس خفي رجح عنده على ما حكم به ورأى أنه الصواب حكم به فيما يستقل من أخوات الحادثة إذا استقر رأيه عليه، ولا ينقض به ما حكم به أولًا بل يمضيه؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الأمر على الناس.

ومشهور عن عمر ﷺ أنه حكم بحرمان الأخ من الأبوين في التركة ثم ترك بعد ذلك ولم ينقض قضاة الأول، وقال: وذلك على ما قضينا وهذا على ما يقضي.

قال الرافعي: وما ينقض به قضاء نفسه ينقض به قضاء غيره، وما لا يَنْقِضُ لا يُنْقَضُ لا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره وإنما ينقضه إذا رفع إليه، وله أن يتبع قضاء نفسه لينقضه، انتهى.

وسبق قول الإمام: إن ذلك واجب عليه، وجزم الرافعي هنا بأنه لا يتبع قضاء غيره، وحكى عند الكلام في العزل وجهين في جواز التتبع، وإن اختيار الشيخ أبي حامد منهما الجواز وهذا كله في القاضي الأهل أما غيره فسبق الكلام هناك في تتبع أحكامه.

وقال الدارمي هنا: وليس عليه تتبع أحكام من كان قبله، فإن تظلم إليه في حكم من قبله فقيل: ينظر فيه، وقيل: لا ينظر حتى يشهد بينة، انتهى.

وهذا الإطلاق يفهم أنه لا فرق بين أن يكون المتظلم من القاضي الأول أو من الخصم ولعل مراده الأول.

فَرْعٌ: قال شريح: وإذا أراد بعض الحكم بقول: نقضته أو نسخته أو أبطلته، ولو قال: ليس هذا بصحيح أو باطل فوجهان، وهل يجوز للابن تنفيذ حكم الأب؟ وجهان حكاهما جدي وقيل: يجوز قولًا واحدًا؛ لأنه لا يعود

نفع الحكم إليه فلا تهمة فيه.

وقال ابن الرفعة: المعنى ينقض الحكم كما قال الإمام: التبين وإلا فليس القضاء أمر يعقد ويحل، وحكى الماوردي في باب شهادة النساء أن الحكم إذا وقع بأضعف المذهبين أصلًا مما ينقضه عليه غيره من القضاء فحكمه باطل في الباطن والظاهر لكن هل يفتقر بطلانه إلى حكم الحاكم ؟على وجهين، انتهى.

والراجح عدم الافتقار ويجب القطع به في بعض المسائل والعلم عند الله تعالى.

إشارات: ذكرنا في «الغنية» طرفًا من الكلام على قول الصحابي وطرفًا من الكلام على الاستحسان وطرفًا من الكلام على القياس.

قال الرافعي: اختلفت عبارات الأصحاب في تقسيمه والأقرب إلى كلام الشافعي أنه نوعان: جلي وغيره.

فالجلي: ما عرف به موافقة الفرع الأصل بحيث لا يبقى احتمال مفارقتهما أو يبعد ذلك [كظهور][1] التحاق الضرب بالتأفيف المنصوص وما فوق الدرة والنقير المنصوص عليهما والدينار بالقنطار، ومن عرف مساق هذه النصوص لم يرتب في أن الفرع أولى بهذه الأحكام من الأصول.

وبعض الأصحاب لا يسمي هذا النوع قياسًا، ويقول: هذه إلحاقات مفهومة من النصوص ويقرب منها التحاق العمياء بالعوراء في الأضحية، ويليها إلحاق سائر النعرات المزعجة بالغضب في حديث: **«لا يقضي القاضي وهو غضبان»**[2] وسائر المشبهات بالفأرة وغير السمن بالسمن في حديث الفأرة تقع في السمن وما أشبه هذا.

ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كما روي أنه ﷺ سها فسجد وأن ماعزًا زنا فرجم وأن بريرة عتقت فخيرت.

---

(١) في نسخة: (كلحوق).

(٢) تقدم تخريجه.

وأما غير الجلي: فهو ما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعده كل البعد فمنه ما كانت العلة فيه مستنبطة كقياس الأرز على البر بعلة الطعم.

وعن ابن القاص أنه من الجلي والظاهر الأول، ومنه قياس الشبه وهو أن [تشبه][1] الحادثة أصلين إما في الأوصاف بأن يشارك كل واحد من الأصلين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة فيه أو في الأحكام كما أن العبد يشارك الأحرار في بعض الأحكام والأموال في بعضها [فلحق][2] بما المشاركة معه أكثر من الأصلين، وربما سمي قياس الشبه خفيا والذي قبله من غير الجلي واضحًا، وربما خص الجلي ببعض النوع الأول وهو ما كان الفرع بحكم الأصل وما عداه واضحًا وهذه أمور اصطلاحية، انتهى كلام الرافعي.

وقد اختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه وأنه حجة أم لا؟

ورأيت في «تعليق» البغوي - رَحِمَهُ اللَّهُ - هنا شيئًا غريبًا وذلك أن المعلق عنه ذكر أنه قال: سمعت أستاذي القاضي الإمام الحسين يقول: كنت أختلف رجلًا بمرو من تلاميذ الغزالي الأكبر فسألته يومًا عن القياس الجلي فقال: ما عبر الأصحاب عنه ما زال عنه عوارض الشبه والاحتمال وعلم علة الأصل فيه وزال الطمع عن تجويز علة للأصل غيرها كقوله: تعالى: **﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ﴾** [النساء: ٢٥] فعليه قِيسَ العبد على الأمة، وكقوله ﷺ: **«من أعتق شركًا له في عبد قوم عليه»**[3] فقيست الأمة عليه؛ لأنها في معناه ثم تكلم على القياس الخفي، ثم قال: وأما الطرديات التي أخذها المتأخرون قال القاضي: لا يجوز أن يدان به وحده هو حمل الفرع على الأصل ببعض أوصاف الأصل من غير أن يكون لذلك الوصف تأثير في إثبات الحكم وذكر له أمثلة منها: قول بعض أصحابنا في نية الوضوء: عبادة يبطلها الحدث وينتظر بعذر السفر فيشترط فيها النية كالصلاة ولا تأثير للفطر بعذر السفر في إثبات النية.

---

(١) في نسخة: (تشدد).

(٢) في نسخة: (فيلتحق).

(٣) تقدم تخريجه.

وقول بعضهم في القهقهة في الصلاة اصطكال إحرام علومه، فلا ينقض الوضوء كالرعد، وقالوا - يعني الحنفية- في مس الذكر معلق منكوس فلا ينتقض الوضوء بمسه دليله الديوس أو قالوا طويل مشقوق، فلا ينتقض الوضوء بمسه كالعلم والبرق، قالوا: وهذا سخفٌ يتحاشى العامي عن ذكره فضلًا عن الفقيه، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن القياس الجلي ما كان معناه في الفرع زائدًا على معنى الأصل وله ثلاثة ألقاب: جلي، وقياس في معنى الأصل، وقياس لا يحتمل إلا معنى واحدًا.

ومعنى الجلي: يجلي معناه تجلية لا تفتقر إلى سبرٍ وبحث.

وذكر أن قياس الشبه نوعان:

قياس تحقيق: فيكون الشبه في أحكامه.

وقياس تقريب: فيكون الشبه في أوصافه.

ثم ذكر أن قياس التحقيق ثلاثة أضرب، وأطنب - ﷺ - في بيان أنواع القياس وأقسامه وألقابه، وذكر ما لم أره لغيره.

ومعدن بيان القياس كتب الأصول، وإنما لوحنا بطرف منه هنا تأسيًا بالأئمة.

سبق أنه إذا بان للقاضي المتأهل الخطأ فيما قضى فيه بالاجتهاد أنه إن بان أنه خالف أمرًا مقطوعًا به كنص الكتاب أو السنة المتواترة أو الإجماع نقضه لا محالة، وكذا لو خالف مظنونًا محكمًا بخبر الواحد أو بالقياس الجلي لزمه نقض قضائه هذا ما أورده الرافعي وغيره في خبر الواحد.

وفي «روضة» شريح الروياني: وإن كان الحكم مخالفًا لخبر الواحد فهل ينتقض؟ فيه وجهان.

وقال ابن أبي الدم: وينقض قضائه المستند إلى اجتهاده المخالف لخبر الواحد الصالح الصحيح الذي لا يحتمل إلا تأويلًا بعيدًا ينبو الفهم عن قبوله

على الأصح، وقيل: لا ينقض مثاله قضاء الحنفي بنفي خيار المجلس وفي العرايا وزكاة الجنين والنكاح بلا ولي، انتهى.

فَرْعٌ: تكلم الأئمة هنا وفي مواضع متفرقة على صور مما ينقض فيه قضاء القاضي على خلاف ووفاقٍ وذكرت من ذلك طرفًا صالحًا في «الغنية» فقف عليه إن شئت.

ولا خفاء أنه لو كتب إليه بما ينقض فيه الحكم أنه لا يقبله ولا ينفذه، وأما ما لا ينقضه ويرى غيره أصوب منه فحكى ابْن كَجٍّ عن النص أنه يعرض عنه ولا ينفذه؛ لأن البعيد أعانه على ما هو خطأ عنده.

وقال ابن القاص: لا أحب أن ينفذه كما لا يبتدئ الحكم بما يرى غيره أصوب منه.

قال الرافعي: وفي قوله: لا أحب إشعار بأصل التجويز فيشبه أن تكون المسألة على وجهين.

وقد صرح بنقلهما أبو الفرج السرخسي، فقال: إذا رفع إليه حكم الحاكم قبله فلم يرَ فيه ما يقتضي النقض، لكن أدى اجتهاده إلى غيره فوجهان: أحدهما: أنه يعرض عنه، وأصحهما: أنه ينفذه، وهذا ما عليه العمل وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ، ويؤيده أنه لو حكم بنفسه ثم تغير اجتهاده تغيرًا لا يقتضي النقض، وترافع خصما الحادثة إليه يمضي حكمه الأول وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه، انتهى.

وحكى شريح الروياني عن رواية جده أبي العباس الروياني في المسألة قولين: أحدهما: يمضيه، والثاني: لا، بل يتوقف، وكذا رواهما الْمحَامِلِيّ والبندنيجي والماوردي وصاحب «الكافي» وغيرهم.

كما قال ابن الرفعة قولين وحكى في «التنبيه» هذا الخلاف في نقض الحكم واستغرب.

قال بعض الشارحين: والقول بالنقض في هذه الصورة لم يذكر في مشاهير

الكتب، وقال غيره: إنه خلاف الإجماع وأطنب في رده، ذكره في «الكفاية».

فَرْعٌ: لو تقدم إلى القاضي خصمان وقالا: كان بيننا خصومة كذا ففصلهما القاضي الذي كان بيننا وحكم بكذا ولكنا نريد أن يستأنف الحكم بيننا باجتهادك فهل يجيبهما إليه أو يتعين إمضاء الحكم الأول ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد وجهان أشبههما في الرافعي وأصحهما في غيره الثاني.

فَرْعٌ: قال شريح: إذا قلنا: ينفذ حكم من قبله فإنه يقول: نفذت حكم فلان القاضي وأمضيته، وقال بعض أصحابنا: لو قال: أجزته كان تنفيذًا، ولو قال: هذا الحكم صحيح أو جائز، فهل يكون تنفيذًا؟ وجهان.

قلت: الأشبه المنع، وظاهر كلامه أنه لا بد في التنفيذ من لفظ الحاكم به، وهو صحيح ورأيت قضاة الزمان لا يصنعون ذلك، وإنما يقول: نفيت الحكم بعد كتابة الكاتب السجل، والحكم يشهد الجماعة على مولانا بما نسب إليه في هذا السجل أو الكتاب، فيقول: نعم، أو يقول: اشهدوا علي فيرسم الشهود شهادتهم بأنه أشهدهم على نفسه بذلك، وهو شهادة بإقراره بالحكم لا عليه بالحكم ولا بالتنفيذ إن كان منفذًا، وحينئذ ينبغي أن يتلفظ بما حكم به وبتنفيذه ما بعده، ثم يشهدهم عليه ويشهدون عليه بذلك، وإن لم يسترعهم، وأما إذا وقع الإشهاد [عليهم] على المعتاد فسبيل الشاهد أن يرسم شهادته على إقراره بالحكم، ويؤدي ذلك، وفي كون ذلك حكمًا نظر، إذًا الحكم يكون باللفظ لا بالقصد والخط.

فَرْعٌ: سبق أن قوله: [ثبت] عندي كذا ليس بحكم على الأصح، وذكرنا [للخلاف](١) فوائد ومما لم يذكره أنه لو قامت بينة على ميت أو غائب، فقد ثبت الحكم بمعنى ظهر للحاكم صدق المدعي، فلو سأل من الحاكم الحكم له فلا بدّ [للحكم](٢) على الميت من يمين قولًا واحدًا، والحكم للغائب على الأظهر.

قال ابن أبي الدم: وإذا قلنا الثبوت حكم، فمتى قال الحاكم ثبت عندي

---

(١) في نسخة: (للحكم).

(٢) في نسخة: (للحاكم).

....

[الحق] فهذا حكم منه به، فينبني عليه أحكام الحكم ولا يحتاج معه إلى قوله: وحكمت به وذكر بحثًا في التفريع على أن الثبوت حكم أوردته في «الغنية» يتضمن: إنه يحلفه الحاكم اليمين المعتبرة فيه، ثم يقول: ثبت عندي حق هذا المدعي على الميت المدعى عليه، ثم قال: نعم.

قال الشيخ أَبُو عَلِيٍّ في «شرحه الكبير»: إذا ادعى على ميت أو غائب حقًا ماليًا، وشهد له به شاهد واحد وحلف مع شاهده ثبت الحق، وأعنت هذا اليمين المكملة للبينة عن يمين الحكم [على الميت] فلا يجب عليه يمين ثانية على أصح الوجهين، هكذا قال، وهو حسن غريب، وسئل الغزالي في «فتاويه» عن هذه المسألة فقال: يكفي يمين واحدة تكمل البينة مع الشاهد والحكم، والذي عندنا في هذا كله ما هو المختار، وهو: أن الثبوت ليس حكمًا، وأنه لا بد من يمين الحكم على الغائب كالميت، وأنه إذا حلف مع شاهده فيما يثبت بشاهد ويمين، وطلب الحكم واستيفاء الحق من مال الميت أو الغائب، فلا بدّ من يمين كما سيأتي صفتها في موضعه، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: المقلد المستقصي للضرورة لو حكم بمذهب غير مقلده، قال الغزالي في «الأصول»: إن قلنا: لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده فينقض حكمه، وإن جوزنا تقليد من شاء فلا ينقضه.

ثم قال في المستفتي: إذا وجد من المفتين اثنين فصاعدًا، فهل عليه أن يجتهد فيسأل أعلمهم؟ فيه وجهان أصحهما عند عامة الأصحاب: أنه يخير فيسأل من شاء منهم، وذكر الغزالي في «الأصول»: إنه إذا كان يعتقد أن أحدهما أعلم لم يجز له أن يقلد غيره وإن كان لا يجب عليه البحث عن الأعلم إذا لم يعتقد اختصاص أحدهما، بمزيد قال الشيخ برهان الدين: ومقتضى ما ذكره أولًا أنه لا يلزمه اتباع من هو أعلم عنده على وجه وله تقليد غيره ومقتضى هذا النقل الثاني أنه يجب عليه تقليد من هو أعلم عنده جزمًا، انتهى.

فَرْعٌ: قال في مقدمة «شرح المهذب»: إذا أفتى في حادثة ثم حدث مثلها

وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا.

قال: ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة إلى أصل الشرع إن كان مستقلًا أو إلى مذهبه إن كان منتسبًا أفتى بذلك بلا نظر، وإن ذكرها ولم يذكر دليلها ولا طرأ ما يوجب رجوعه، فقيل: له أن يفتي بذلك والأصح وجوب تجديد النظر، ومثله القاضي إذا حكم بالاجتهاد ثم وقعت المسألة، انتهى.

وقال شريح: إذا اجتهد الحاكم فحكم أو لم يحكم ثم حدثت تلك النازلة فهل يستأنف الاجتهاد؟ وجهان: الصحيح: إنه إذا كان الزمان قريبًا لا يختلف في مثله الاجتهاد لا يستأنفه، وإن بعد [الزمان](١) استأنف، انتهى.

والظاهر أن هذا محمول على ما ذكره المصنف وليس بوجه ثالث، والله أعلم.

قال: (وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا) قضاء القاضي قسمان:

أحدهما: ما ليس بإنشاء وإنما هو تنفيذ لما قامت به الحجة، وهذا مراد المصنف فينفذ ظاهرًا لا باطنًا حتى لو حكم له بشهادة الزور بظاهر التعديل لم ينفذ حكمه الحل باطنًا سواء فيه المال والنكاح وغيرهما.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رحمه الله ـ: ينفذ في العقود والفسوخ ظاهرًا وباطنًا حتى إذا قضى بالنكاح بشهادة الزور حل للمشهود له وطئها، وإذا قضى بالطلاق حرم على المشهود عليه الوطء، وساعدنا في الأملاك المطلقة أنه لا ينفذ فيها إلا ظاهرًا، هكذا ذكره الرافعي.

وقال غيره: حكم الحاكم ألا يحيل الأمور عما هي عليه عندنا، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يحيلها في الفروج والنسب دون الأنفس والأموال، وجوز لأحد شاهدي الزور بالطلاق أن ينكحها مع علمه بالحال.

ولو شهد شاهد زور أن هذه المرأة ابنته.

قال أَبُو حَنِيفَةَ: ثبت نسبها منه ظاهرًا وباطنًا، وصار محرمًا لها ووافقنا

---

(١) في نسخة: (الفصل).

……

على أنه إذا ادعى على حرة أنها أمته، وحكم الحاكم له بشهادة الزور ليس له وطؤها، وكذا لو طلق زوجته ثلاثًا ثم ادعى أنها زوجته وشهد شاهدا زور له بذلك، وقضي له بالزوجية لا يحل له وطؤها، ووافق أن الأموال والقصاص لا تحل له بالحكم بشهادة الزور لنا الأحاديث الصحيحة كقوله ﷺ: **«فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»**(١) متفق عليه، وفي لفظ للبخاري: **«فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ»** والقياس على ما وافق عليه، ولهم تفاريع عجيبة لا نطيل بذكرها.

قال الرافعي: وعلى المرأة المحكوم عليها بالنكاح الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها.

قلت: والظاهر أنه صائل، فيكون حكمه ما سبق حتى يلزمها دفعه، وإن أدى إلى قتله؛ ولهذا قال الشيخ أبو حامد: إن المحكوم له إذا وطأ حُدَّ.

قال الرافعي: ولم يأخذ به صاحبا «الشامل» و«البحر» لأنه وطأ في نكاح مختلف في صحته وهو شبهة دارئة للحد.

قلت: سبق قول الإمام ووالده أن الخلاف نفسه ليس شبهة، وإنما الشبهة ما أخذه وهو التحقيق كما بيناه في الحدود ويجيء وجه فارق هنا بين معتقد الحل وضده.

قال الرافعي: ولو كان المحكوم به الطلاق حل للمحكوم عليه وطؤها إن ظفر بها لكنه يكره؛ لأنه يعرض نفسه للتهمة ويبقى التوارث بينهما ولا تبقى النفقة للحيلولة، وإذا نكحت فالحل مستمر للمحكوم عليه نعم لو وطئها الثاني جاهلًا بالحال فهو وطء شبهة فيحرم في مدة العدة على الأول، وإن كان الثاني عالمًا أو نكحها أحد الشاهدين، فقيل: لا يحرمها وطؤها على الأول ويجب به الحد، والأشبه ما ذكره الروياني وهو أن يجعل وطء شبهة لما سبق، وقد سمعته من بعض شيوخنا في النظر ولم أره في كتب المذهب، انتهى لفظ

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٦٩) ومسلم (٤٥٧٠).

....

الرافعي وهو صريح في أن المنقول الوجه الأول.

وقوله: لما سبق، يعني من شبهة الخلاف، وفيه ما أشرنا إليه.

القسم الثاني: الإنشاءات كالتفريق بين المتلاعنين وفسخ النكاح بالعيب والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحوها؛ فإن ترتب على أصل كاذب فالحكم كما في القسم الأول ومثاله الفسخ بعيب قامت عليه شهادة زور وإن ترتب على أصل صادق، فما لم يكن في محل اجتهاد المجتهدين نفذ ظاهرًا وباطنًا، وما كان مختلفًا فيه فينفذ ظاهرًا، وفي الباطن وجهان:

أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق الإسفراييني لتعارض الأدلة ومقابل النظر.

والثاني: إنه ينفذ؛ لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لا يعتقد [لم يتهيَّأ له الأخذ وإذا حكم الشافعي على الحنفي] بما لا يعتقده سرقة الحنفي إذا وجد فرصة، وهذا الخلاف مبني على أن كل مجتهد مصيب أو الصواب في واحد إن قلنا بالأول نفذ ظاهرًا وباطنًا، وإن قلنا بالثاني لم ينفذ باطنًا.

وفي «التهذيب» وجه ثالث فارق بين من يعتقد حله من الخصمين فينفذ في حقه ظاهرًا أو باطنًا ومن لا يعتقد فلا ينفذ، وهذا يشبه الخلاف في أنه إذا اقتدى الحنفي بالشافعي يعتبر اعتقاد الإمام أو اعتقاد المأموم، وإذا منعنا النفاذ باطنًا إما مطلقًا أو في حق من لا يعتقده فلا يحل للشافعي الأخذ إذا حكم له الحنفي بشفعة الجوار وبالتوريث بالرحم، وهذا ما ذكره في «الوجيز».

والأصح عند جماعة منهم البغوي وأبو عاصم العبادي أنه ينفذ في حق معتقده وغيره فعلى الأول هل يمنعه القاضي لاعتقاده أو لا يمنعه لاعتقاد نفسه؟

حُكِي في «الوسيط» تردّدٌ، والصحيح أنه لا يمنع ومن منعه، فقد قال: لا ينفذ القضاء ظاهرًا ولا باطنًا، هذا كلام الرافعي.

وقال ابن أبي الدم: قضاء القاضي في المجتهدين بما غلب على ظنه وأدى

وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ، ....

إليه اجتهاده ذهب المتقدمون من أصحابنا وجماهير الفقهاء إلى أنه ينفذ ظاهرًا وباطنًا، وذلك مثل قضاء الحنفي بشفعة الجوار للشافعي ينفذ ظاهرًا وباطنًا، ويحل للشافعي الأخذ لهذه الشفعة، ثم حكى مذهب الأستاذ أبي إسحاق.

ثم عن بعض أصحابنا: إن كان المحكوم له عالمًا بالدليل لم ينفذ القضاء في حقه باطنًا، وإن كان عاميًّا نفذ وكان له [الأخذ] بها، أما المقضي عليه إن كان شافعيًا والقاضي حنفيًّا، والمقضي له بشفعة الجوار حنفيًّا فحق على المقضي عليه أن يدعي لقضائه.

وأصل الخلاف في هذه المسألة يُبْنَى على أن المجتهد المصيب واحدٌ، وكل مجتهد مصيب، فمن قال بهذا كان الحق على مذهبه في جهات متعددة فينفذ حكم الحاكم في المجتهدات ظاهرًا وباطنًا، ومن قال: المصيب كل واحد، فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله تعالى فينفذ ظاهرًا فقط، انتهى.

وهذه قاعدة أصولية ينبني عليها فروع مذهبية في المجتهدات والأصول لا تقليد فيها، وإنما نقل عن الشافعي اختلاف رواية.

قال الرافعي والأصحاب: طريقان في المسائل الشرعية التي هي في محل الاجتهاد واختلاف المجتهدين:

أشهرهما: إن فيها قولين:

أصحهما: إن الحق فيها واحد، والمجتهد مأمور بإصابته، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ.

والثاني: إن كل مجتهد مصيب.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول.

قلت: وهو المذهب نقلًا ودليلًا كما أوضحت النقل فيه في «الغنية» وبينته أكمل بيان.

قال: (**وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ**) أي: بأن يشهد شاهدان بزوجية بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقًا بائنًا، أو يشهد بموت إنسان في

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ ....

تاريخ وهو يعلم حياته فيه، أو برق شخص لشخصٍ والقاضي يعلم أنه أعتقه وغير ذلك.

والذي في «المحرر» وغيره نفي الخلاف لا دعوى الإجماع.

وفي «الحاوي»: إنا إذا لم نجوز له الحكم بالعلم فأدى عنده شاهدان بما يعلم خلافه هل يجوز أن يحكم بشهادتهما؟

فيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: نعم؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه، وهذا يوافقه الوجه الصائر إلى أنه لا يقضي في الخراج بعلمه.

وأصحهما: إنه لا يجوز؛ لأنه متحقق لكذبهما وهذا هو الصواب.

وقال الدارمي: إذا شهد عند الحاكم بما يعلم خلافه ولا يمكن حدوث ما شهد به بعده لم يجز أن يحكم به، انتهى.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ) أي: على من تسوغ له الشهادة عليه ولمن يسوغ شهادته له؛ لأنه إذا حكم بما يفسد الظن وهو شاهدان أو شاهد ويمين؛ فالعلم أولى هذا ما صححه على الجملة عامة الأصحاب ومنهم الربيع والمزني وخلائق، وقطع به بعضهم ونص عليه في «الرسالة» حيث قال: وأقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين وشاهد وامرأتين وشاهد ويمين ومن النكول ورد اليمين.

قال الربيع: كان الشافعي يرى [القضاء][1] بالعلم، وكان لا يبوح به لقضاة السوء، والثاني: لا؛ لأن فيه تهمة والتهمة تمنع القضاء، كذلك لا يقضي لولده ووالده.

وصححه في «الوجيز» عكس «الخلاصة» واختاره الروياني لفساد الزمان.

والمذهب الأول وشرط ابن عبد السلام في «القواعد» عليه أن يكون ظاهر

---

(١) في نسخة: (القاضي).

إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى.

التقوى والورع، وأجيب عن التهمة بأنه لو قال: ثبت عندي، وصح كذا لزم قبوله بلا خلاف قاله في «الروضة» وغيرها ولم يبحث عمّا ثبت به وصح، وهذا في القاضي وسوء فهمه، وسبق في هذا ونحوه كلام.

قال: (**إِلَّا فِي حُدُودِ اللهِ تَعَالَى**) أي: على المذهب؛ لأنها تدرأ بالشبهات ويندب سترها، وروى الإمام أحمد بسند صحيح عن أبي بكر الصديق ﷺ لو رأيت رجلًا على حدٍ من حدود الله تعالى ما أحدته به، ولا دعوت له أحدًا حتى يكون غيري، وقيل على القولين.

تنبيهات وفروع:

أحدها: أطلق الشيخ ذكر القولين من غير بيان لرتبة الخلاف ولا لرتبته، وقال في «الروضة»: وإذا قلنا: يقضي بعلمه فذلك في المال قطعًا وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر، وقال الغزالي وغيره من المراوزة: للشافعي قولان في الأموال وفي العقوبات قولان مرتبان وأولى بأن لا يقضي، وعقوبات الآدميين تترتب على عقوبات الله تعالى.

قال في «البسيط»: هذا هو المشهور، ومنهم من لم يرتب، وقال: العلم لا تتفاوت درجته وإنما يحسن الترتيب في المظنونات.

وقال الدارمي: إن علم أمرًا فهل يحكم به؟

فإن كان لآدمي فعلى قولين سواء تعلق بمال أو دم أو حد، وقيل: القصاص مرتب على المال وما كان حقًا لله تعالى في مال فالقولان، وإن كان في حد رتبه الشافعي على غيره، وإن كان رؤية هلال وإلحاق نسب قال ابن القطان: على القولين، وقال ابن المرزبان: يقبل فإن قلنا: يحكم حكم رجع أم لا أنكر أم لا.

وإن قلنا: لا يحكم بعلمه فأقر الخصم وأقام على إقراره حكم وإن أقر بزنا ثم رجع، قيل: فإن قال: لم أقر عندك، فعلى القولين وإذا رآه يزني فعلى القولين، انتهى.

....

وقال الرافعي بعد ذكره الترتيب السابق: ويجوز أن ينزل الترتيب والتفريع ويقال في القضاء بالعلم أقوال: ثالثها يجوز في الأموال دون العقوبات، أو أربعة أقوال: رابعها يجوز فيما سوى الحدود.

ثانيها: عن الإصطخري أنه يتعين القضاء بالعلم في مواضع:

منها: أن يقر عنده أنه طلق امرأته ثلاثًا، ثم يدعي زوجيتها، **ومنها**: أن يدعي أن فلانًا قتل مورثه وهو يعلم أنه قد قتله غيره.

ومنها: أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّ فُلَانًا قَتَلَ أَبَاهُ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ قَتَلَهُ غَيْرُهُ.

ومنها: أن يدعي أن المرأة التي في يده أمته وتصدقه عليه، والقاضي يعلم أنها ابنته، وهذه الصورة إن سلمت له ألحق بها ما في معناها وأولى منها وهو كبير لمن يتبعه.

ثالثها: قال ابن الرفعة: إن كلام «التنبيه» يقتضي أن محل جواز الحكم بالعلم التعين لا الظن، وفسر قوله: إذا علم الحاكم وجوب الحق، أي: بالمشاهدة، قال: وعليه ينطبق قول الإمام: إنا إذا جوزناه فهو فيما يستيقنه لا فيما يظنه، وإن غلب على الظن.

وقال في كتاب التفليس: ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة به إلى التعين فلو علمه القاضي بنفسه اختلف القول في جواز قضائه بعلمه، ولو انتهى القاضي فيما لا علم له إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها فلا يحل له القضاء، وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به وظهر عنده، فليتأمل الناظر في هذا فإنه من أسرار القضاء.

والذي ذكره من الأصول في الشهادة على ألا مال له ولا وارث له، والشهادة بالتعديل والشهادة على الأملاك.

وسبك الغزالي ذلك فقال: ولا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلى بينة وكلام غيرهما ينازعهما.

قال الماوردي في كتاب اللقيط: إذا رأى الشاهد رجلًا [يتصرف] في دار

....

مدة طويلة من غير معارضة جاز له أن يشهد له بالملك على قول، كما يجوز للحاكم أن يحكم به والحكم أوكد من الشهادة، والثاني: لا يجوز ذلك للشهود وإن جاز للحاكم؛ لأن للحاكم أن يجتهد بخلاف الشهود، وليس هذا إلا بناء على جواز القضاء بالعلم الذي هو محل الخلاف وهو غير حاصل في هذه الصورة.

وكذلك صاحب «التهذيب» والأئمة كما قال الرافعي: مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل الخلاف بما إذا ادعى عليه مالًا وقد رآه القاضي أقرضه ذلك أو سمع المدعى عليه أقر بذلك.

قال الرافعي: ومعلوم أن رؤية الافتراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت الحكم [به](١) وقت القضاء فيدل ذلك على أن المراد من العلم ليس اليقين بل الظن المؤكد.

قال ابن الرفعة: ولا شك في أن ما قاله الماوردي مخالف لما قالاه، وأما ما ذكره البغوي وغيره فقد يجاب عنه بأن ما استند القاضي إليه هو الإقرار والإقراض الذي هو السبب ولا شك في أنهما معلومان؛ فلذلك نفذنا قضاء القاضي إذا كان ذلك مستنده بخلاف ما إذا كان مستنده في القضاء التصرف والتسامع ونحوهما فإنه لم يستند إلى معلوم وسيأتي ما يعضد ذلك، انتهى.

رابعها: إذا علم وجوب الحق بالخبر المتواتر، فإن قلنا: يقضي فيما علمه بالمشاهدة فهاهنا أولى وإلا فوجهان ذكرهما الإمام قبيل باب كيف تفرق الصدقات، أحدهما: لا، كالمعلوم بالمشاهدة، والثاني: يقضي؛ لأن المحذور من منع القضاء بالعلم [تعرضه للتهمة](٢).

فإذا شاع هذا الأمر زال هذا المعنى، وإلى هذا أشار ابن أبي الدم بقوله: وإن منعناه فهل يقضي بما علمه من أخبار التواتر؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا علمه بالمشاهدة وأولى بالجواز هاهنا؛ لأنه لا تهمة تلحقه، ذكره في موضع

---

(١) في نسخة: (فيه في).

(٢) في نسخة: (لغرض التهمة).

……

من «النهاية» وهو في غاية الحسن.

خامسها: إطلاق المصنف وغيره يقتضي أنه لا فرق في جريان القولين بين أن يكون ما حصل له من العلم قبل ولايته أو بعدها في محل ولايته أو غيرها صرح به جماعات من الطريقتين، ونقله الماوردي عن نص «الأم» وفي «النهاية» و«الإبانة» وغيرهما: إنا إذا قلنا: لا يقضي بعلمه فأقر شخص على رؤوس الأشهاد حكم عليه قولًا واحدًا بأن الإقرار في محل الحكم حجة ظاهرة.

قال الغزالي: لأنه أقوى الحجج ولأجله قال في أصل «الروضة»: ولو أقر بالمدعي في مجلس قضائه قضى وذلك قضاء بإقراره لا بعلمه، وإن أقر عنده سرًّا فعلى القولين، وقيل: يقضي قطعًا، وما ذكره أولًا هو ما حكاه الماوردي عن الأكثرين مع وجه آخر كمذهب مالك أنه لا يقضي إذا أقر عنده [إلا أن](١) يشهد بإقراره شاهدان كيلا يصير حاكمًا بعلمه، وقد منعناه ذلك.

قال ابن الرفعة: وعلى هذا الوجه ينطبق ما حكيته عن البندنيجي، وغيره يشير إلى قوله من قبل قال ابن الصباغ والبندنيجي: وإن كان القاضي ممن لا يقضي بعلمه أجلس الشهود بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين، ويحفظوا على المقر إقراره؛ كيلا ينكر بعد ذلك ويجحد.

قال البندنيجي: فإن جحد شهدوا عليه [بذلك وحكم عليه وعلى هذا جرى في «البحر» وظاهر نص «الأم» يدل عليه] أيضًا نعم الخلاف المشهور فيما إذا أقر عنده سرًّا هل يحكم به على قول المنع ؟

قال ابن الرفعة: وفي توجيه الإمام الجواز ما يعرفك أن المراد بالسر ما إذا أقر في محل ولايته لا في مجلس الحكم.

وقال ابن أبي الدم: إذا أقر مجلس الحكم بمحضر من حاضريه فليس هذا حكمًا بالعلم بلا خلاف سواء حقق الحاضرون إقراره أم لم يحققوه؛ لغفلتهم

---

(١) في نسخة: (ألا يشهد).

....

واشتغالهم، أو أنهم حققوه ولكنهم ليسوا عدولًا هذا هو المشهور في المذهب.

قال ابن الرفعة: وقد أشار الماوردي إلى تلخيص محل الخلاف في الإقرار في مجلس الحكم في موضعين فقال: هنا إذا ادُّعِيَ على رجل حقًّا فأجاب بالإقرار قبل سؤال القاضي، صار القاضي حاكمًا فيه بعلمه، فإن قلنا: لا يحكم بعلمه لم يجز أن يحكم عليه بالإقرار إلا أن يقر بعد سؤاله.

وقال في كتاب الإقرار: لا يصح الإقرار إلا بأربعة شروط: الرابع: المقر عنده وهو من يصير الحق به محفوظًا، وهو أحد نفسين إما حاكم ملزم أو شاهد محتمل، فإن كان الإقرار عند حاكم فمن شرطه أن يكون بعد سماع الدعوى، فإن أقر قبل سماع الدعوى عليه أو من غير دعوى ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان: أصحهما: يصح، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي، والثاني: لا يصح.

قال: ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجًا على اختلاف قوله في أن الحاكم هل له الحكم بعلمه أم لا، انتهى.

ورأيت في شهادات «الأم» قال الشافعي: إذا كان القاضي عدلًا فأقر رجل بين يديه بشيء كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من شهد؛ لأنه قد يمكن أن يشهدوا بزور والإقرار عنده ليس فيه شك، وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلًا إلى أن يجوروا على الناس، انتهى لفظه.

وإطلاقه يفهم أن قضاءه بإقرار الخصم في مجلس حكمه قضاء بالعلم من غير فرق بين أن يكون هناك أحد أو لم يكن.

سادسها: قال ابن أبي الدم متصلًا بما سبق عنه: وقد ذكر الماوردي شيئًا بديعًا في مواضع [فقال في كتاب الإقرار وساق ما تقدم إلى آخره].

وقال في كتاب القضاء: إذا قلنا بجواز حكمه بعلمه على أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبرًا بشرطين: أحدهما: أن يقول للمنكر: قد علمت أن له عليك ما ادعاه، والثاني: أن يقول له: وحكمت عليك بعلمي، فإن

....

اقتصر على أحد هذين الشرطين وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه.

وقال في الموضع الثالث من الأقضية: إذا ادعى على رجل حقًا وساق ما قدمناه إلى قوله إلا أن يقر بعد سؤاله، ثم قال: وهذا الذي ذكره غريب وهو كما قال، ثم قال: وإن أقر في موضع خلوة الحاكم كان حكمًا بالعلم، وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس وليس به أحد سوى الخصمين أو كان فيه جمع، ولكن سار القاضي بالإقرار فهل يكون هذا من باب الحكم بالعلم؟ فيكون على القولين أم لا فيه قولان.

سابعها: إطلاق المصنف وغيره الخلاف يشمل التعديل والجرح وغيرهما وهو طريقة شاذة، وقال [العراقيون][1]: يقضي بعلمه في الجرح والتعديل وجهًا واحدًا، وأشار الماوردي هنا إلى نقل الإجماع فيه حيث قال في صدر المسألة: لا اختلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل، وإن اختلفوا في حكمه بعلمه في الحقوق والحدود على مذاهب شتى.

وقال في موضع آخر: إنه مما يختلف فيه مذهب الشافعي، وهذا ما وعد ابن الرفعة بأنه يدل على أن المراد بالعلم الظن المؤكد؛ لأن العدالة لا تعلم يقينًا.

قال: وبعض المراوزة لما نظر إلى ذلك ونظر إلى أنه لا يحكم إلا بما علمه منع القضاء بالتعديل إلا بعد تزكية شاهدين.

قال: وهذا رأي الإمام والقاضي الحسين رأى تخريج الحكم بالعدالة على القضاء بالعلم وفي «الذخائر» طرده في الحكم بالجرح أيضًا، والماوردي حكى هذا طريقة في كتاب الشهادات، فقال: وكان بعض أصحابه - يعني الشافعي - يقول: هل يحكم بعلمه في الجرح والتعديل أم لا؟ فيه قولان، انتهى والمشهور الأول.

ثامنها: إذا منعناه القضاء بالعلم فشهد عنده عدل واحد فهل يغنيه علمه عن شاهد آخر؟ فيه وجهان: أصحهما: لا؛ لأن الحجة لم تتم، والثاني: ويحكى

---

(١) في نسخة: (القاضي).

وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّك حَكَمْت أَوْ شَهِدْتَ بِهَذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ ....

عن مالك نعم؛ لانكسار سورة التهمة.

وحكى شريح الروياني هذا الخلاف قولين وأفاد فقال بعد ذكره الخلاف في القضاء بالعلم وقال بعض أصحابنا: إن أقر في مجلس الحكم يقضي به قولًا واحدًا، وإن خرج ثم عاد فهل يقضي؟ به قولان، وإذا أقر بين يدي الحاكم قضى عليه، فإن ادعى أنه غلط فيه أو سبق على لسانه ولم يقصد الإقرار فهل يحكم عليه؟ وجهان حكاهما جدي بناء على ما إذا ادعى سبق الطلاق على لسانه.

تاسعها في فتاوى البغوي: إنه إذا قال القاضي: إني حكمت بشهادة فلان وفلان لفلان على فلان بكذا والشاهدان ميتان هل يكون قضاء بعلم نفسه؟

أجاب: لا يكون قضاء بعلم نفسه وقوله مقبول؛ لأن إقرار القاضي بالحكم في أيام قضائه كالحكم وهو أن يقول: حكمت بشهادة الشهود فيكون مقبولًا ، انتهى.

وهذا ظاهر ولكن أحببت نقله وليس فيه إلا الخوف من قضاة السوء؛ لئلا يتخذوه وسيلة إلى أباطيلهم ﴿وَٱللَّهُ مِن وَرَآئِهِم مُّحِيطُۢ ۝٢٠﴾ [البروج: ٢٠].

عاشرها: إذا نفذنا أحكام القاضي الفاسق للضرورة كما سبق بما فيه فينبغي ألا ينفذ قضاء الذي أسنده إلى علم نفسه بلا خلاف، ولا أحسب أحدًا ينازع فيه إذ الضرورة لا تدعو إلى تنفيذ هذه الحرية مع فسقه الظاهر وعدم قبول شهادته وروايته وفاقًا، وربما قدمت هذا أو نحوه وهو واضح، وإنما لم يذكره الأصحاب؛ لأنهم لا يرون نفوذ حكم الفاسق بحال خلافًا للغزالي ومن تبعه كما سبق بيانه.

قال: (**وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّك حَكَمْت أَوْ شَهِدْتَ بِهَذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ**) أي: القاضي.

(**وَلَمْ يَشْهَدْ**) أي: الشاهد.

حَتَّى يَتَذَكَّرَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا ....

(**حَتَّى يَتَذَكَّرَ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا**) فيه صور، إحداها: إذا رأى القاضي مسطورًا فيه حكمه لإنسان، وطلب منه ذلك الإنسان أو من يخلفه شرعًا إمضاءه والعمل به [نظر أن يذكره القاضي أمضاه] وعمل به كما لو طلب منه العمل في الابتداء هذا هو المشهور.

قال الرافعي: وفي «أمالي» أبي الفرج الزاز طريقة أخرى: إن أمضاه على القولين في قضائه بعمله، وإن لم يتذكر لم يعتمده لإمكان التزوير ومشابهة الخطوط، وهكذا لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر، ولا أعلم في هذا خلافًا في المذهب إذا لم يكن الخط محفوظًا عنده وعمل غالب قضاة العصر وغالب شهوده على خلافه، فمتى رأى الواحد منهم ما يظنه خطه أو حكمه في كتاب يحضره الخصم بادر القاضي إلى إمضائه والشاهد إلى الأداء فيه بلا توقف.

الثانية: إذا كان الكتاب محفوظًا عنده وبعد احتمال التزوير والتحريق كالمحاضر والسجلات التي يحتاط فيها القاضي قال الرافعي: فالمشهور المنصوص أنه لا يمضي أيضًا ما لم يتذكر لإمكان التحريف، وإن بعد وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد، وعن الشيخ أبي محمد وغيره وجه أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق به ولم يتداخله ريبة، انتهى.

وفي «روضة» شريح الروياني في باب كتاب القاضي إلى القاضي أن جده حكى عن بعض أصحابنا: إنه إذا وقع الحكم للحاكم المكتوب إليه بمضمون الكتاب إما بخط أو بعلامات بينهما فهل يقبله بغير بينة؟ قولان بناء على القولين في قضاء القاضي بعلم نفسه، قال وأشار الإصطخري في «أدب القضاء» إلى قبوله، انتهى.

وفيه موافقة للشيخ أبي محمد ومن وافقه من باب أولى، والقلب يميل إليه عند عدم تداخل الريبة، وإن كان خلاف المذهب [ألا ترى قوله ﷺ: «**الْبِرُّ مَا اطْمَأَنَّتْ إِلَيْهِ النَّفْسُ**»(١).

---

(١) أخرجه أحمد (٤/٢٢٨، رقم ١٨٠٣٠) واللفظ له، وأبو يعلى (٣/ ١٦٠، رقم ١٥٨٦) قال=

....

تنبيه: ما المراد بالتذكر المسوغ للإقدام على إمضاء حكمه وأداء شهادته هل هو التذكر للحكم والتحمل مفصلًا أو يكفي التذكر الإجمالي وهو تذكر أصل الحادثة دون تفاصيلها؟

إن أريد الأول وهو الظاهر فلا عبرة بالتذكر الإجمالي فيما إذا لم يكن الخط محفوظًا عنده لاحتمال التزوير والتحريف، وأما إذا كان محفوظًا عنده كما بيناه وذكر أصل القضية دون تفاصيلها فهذا محتمل جدًا، وظاهر كلامهم المنع، والمختار الجواز عند الجزم بانتفاء الريب والشكوك.

عبارة «الحاوي»: وإن عرف صحة خطه ولم يذكر وقت حكمه لم يجز أن يحكم بخطه، وإن صح في نفسه، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يجوز أن يحكم بخطه إذا عرف صحته وإن لم يذكر.

قال: وهو عرف القضاة في عصرنا.

الثالثة: إذا شهد اثنان عند الحاكم بأنك قد حكمت لفلان بكذا، وهو لا يتذكره لم تقبل شهادتهما ولم يحكم بقولهما هذا هو المذهب المشهور.

وعن ابن القاص أنه يجوز له الحكم إذا شهدا عنده أنه حكم؛ لأن الشافعي قال: وينظر القاضي في المحضر فإن لم يتذكر شهدوا عليه ففهم أنهم يشهدون عليه بحكمه عنده.

وكلامهم في «أدب القضاء» كالمصرح به ولهذا نقله بعضهم عن روايته عن النص، والمذهب الأول.

قالوا: والضمير في قول الشافعي: (شهدوا عليه) أي: على المحكوم عليه إذا كان قد أقر عند الحاكم بالحق كما ذكره الأصحاب، قالوا: ولو شهد شاهدان أنك تحملت هذه الشهادة في واقعة كذا ولم يتذكر لم يجز أن يشهد

= الهيثمي (١/ ١٧٥): فيه أيوب بن عبد الله بن مكرز قال ابن عدي: لا يتابع على حديثه ووثقه ابن حبان. والدارمي (٢/ ٣٢٠، رقم ٢٥٣٣)، والحارث كما في بغية الباحث (١/ ٢٠١، رقم ٦٠).

....

بخلاف الرواية، والفرق أنها مبينة على المسامحة ولذلك لم يشترط فيها العدد، وقبلت من العبد والمرأة بخلاف الشهادة.

وفي «الأشراف» للهروي: إذا قال المدعى عليه للقاضي: أنت حلفتني على هذه الدعوى، فقال القاضي: لا أعلم، قال ابن القاص: فأقام المدعى عليه بينة على هذا سمعت وعزاه إلى الشافعي، والمذهب لا يسمع إلا أن يتذكر القاضي تحليفه فحينئذ ينتهي عن تحليفه، انتهى.

وإذا لم يتذكر القاضي حكمه فحقه أن يتوقف ولا يقول: لم أحكم، وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي؟

قال البغوي: يحتمل وجهين، وهما مما سيأتي، أي: ما ليس تعين الحق ولكنه ينفع في نفس الحق هل تسمع الدعوى به؟ فيه خلاف.

ولو شهد الشاهدان عند غيره على حكمه قبلهما وأمضى الحكم إلا أن تقوم البينة على أن الأول أنكر حكمه أو كذبهما، وإن لم يصدر منه تكذيب ولا إنكار ولكنه توقف فوجهان.

قال الرافعي: أوفقهما لكلام الأكثرين أنه تقبل شهادتهما وهو المذكور في تعليقي القاضيين أبي الطيب والحسين وعليه يدل النص كما بينته في «الغنية» والثاني المنع وهو ما في المهذب واختاره ابن أبي عصرون كما لو شهد الفروع فقامت بينة أن شاهدي الأصل توقفا عن الشهادة وقال الروياني: إنه غلط لمخالفته النص، وعبارة ابن شداد: فلو شهدا عنده بأن الحاكم قبله حكم به فإنه يقبله ويلزم به الخصم هذا إذا لم يكن يراجعه القاضي الأول فإن أمكن مراجعته روجع إلى أن قال وإن توقف فوجهان، انتهى.

وحسن أن يتوسط فيقال إن كان توقفه لريبة حصلت عنده لم يجز العمل به [وإن كان لعدم التذكر لا غيره كان لغيره تنفيذه والعمل به] ولعل هذا موضع التردد.

فَرْعٌ: ادعى على القاضي الثاني الولاية أنك حكمت لي بكذا قال الإمام،

....

قال الأصحاب: ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر ولا يحلفه كالشاهد إذا أنكر الشهادة، وحكي عن القاضي الحسين أنا إذا جعلنا اليمين المردودة كالإقرار فله أن يحلفه ليحلف أن إن نكل فيكون كقول القاضي حكمت فإن ادعى عليه بعد عزله أو في غير محل ولايته ورفعه إلى قاضٍ هناك، حكى الإمام أنه يجوز سماع البينة ولا يقبل إقراره، ولا يحلف إن جعلنا اليمين [المردودة كالإقرار وإن جعلناها كالبينة فيحلف] هنا كالبينة فيحلف.

قال الرافعي: ولك أن تقول قبول قول المولى حكمت بكذا وعدم القبول من المعزول واضح لكن سماع الدعوى عليه معزولًا كان أو غير معزول بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما المقصود منها التدرج إلى إلزام الخصم فإن كانت له بينة فليقمها في وجه الخصم وما ينبغي أن تسمع على القاضي بينة ولا أن يطالب بيمين كما لو ادعى على إنسان أنك شاهدي.

قلت: وهذا هو الصواب كما بيناه عند الكلام في الدعوى على القاضي المعزول، وإنما وقع في نقل كلام القاضي الأول خلل ونزله الإمام تفقها على ذلك، وتبعه الغزالي [وليس كذلك كما أوضحناه، وأما حكاية الإمام جواز الدعوى على القاضي المستمر في غير ولايته] بحكمه وسماع البينة وما بعده فغريب جدًّا بل غلط ولعله نشأ من الغلطة الأولى، والله أعلم.

فَرْعٌ: إذا ادعى حقًّا عند الحاكم وذكر أن له بينة تشهد أن خصمه أقر له به عنده وأقامها حكم له به، وإن لم يذكره لأنها لو شهدت على إقراره مطلقًا كفى؛ فلذا إذا شهدت على إقراره وإن لم تقم بينة وذكر الحاكم أنه أقر عنده بذلك فهل يحكم عليه بعلمه فيه قولان، وإن ذكر المدعي أنه حكم له بالحق عليه حاكم غيره وأقام بينة على ذلك ألزمه الحاكم بالحق، وإن لم تكن بينة وادعى عِلم الحاكم وعَلم الحاكم فهل يحكم بعلمه، فعلى القولين، وإن ادعى أنك حكمت عليه بهذا الحق فإن ذكر ذلك ألزمه إياه، ولا يكون هذا حكمه بعلمه فعلى القولين، وإنما هو إمضاء لما حكم به هكذا أورده ابن شداد وفي عبارته قلق.

وَلَهُ الْحَلِفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ. وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطٍّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ].

قال: (**وَلَهُ الحلِفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقٍّ أَوْ أَدَائِهِ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ مُوَرِّثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ**) قال القفال: وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تذكرته لفلان علي كذا لم يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به بل يؤديه من التركة وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعام ولأنهما يتعلقان به ويمكن فيهما التذكر والتيقن وخط المورث لا يتوقع فيه يقين فجاز اعتماد الظن فيه.

تنبيهات: قوله: اعتمادًا على خط مورثه يفهم أنه لا يعتمد خط نفسه ولا خط غير مورثه وبالأول صرحا هاهنا فقالا له: الحلف اعتمادًا على خط مورثه لا على خط نفسه إلا أن يتذكر ونسباه إلى «الشامل». زاد في «الشرح الصغير» وغيره: وسويا بين خط مورثه وخط نفسه في باب اليمين في الدعاوى، فقالا: يجوز له الحلف على البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه، ولم يذكرا سواه، وهو ما أورده الإمام والغزالي وسنبينه إن شاء الله تعالى.

وأما الثاني: وهو خط غير المورث، فالظاهر أن المورث مثال فلو رأى بخط مكاتبه الذي مات في أثناء الكتابة أو خط مأذونه القن بعد موته أو عامله في القراض أو شريكه في التجارة شيئًا من ذلك جاز أن يحلف عليه إذا وثق بخطه وأمانته إذ عمدة الإقدام الظن المؤكد.

وقال الرافعي في الشفعة: قد تسند اليمين إلى التخمين، فلهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه، وقال الفوراني في «العمد»: لو أخبره ثقة عدل أن لأبيك على فلان كذا جاز له أن يدعيه ويحلف عليه، وقال الدارمي في آخر باب التحفظ في الشهادة: ويحلف إن عرف بقول عبد أو امرأة أو خط أبيه، ونحو ذلك إذا وقع العلم ـ يعني الظن المؤكد ـ لأن اليمين يتعلق بنفسه والشهادة تتعلق بغيره، انتهى.

قال: (**وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الحدِيثِ بِخَطٍّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ**) أي: لعمل العلماء به سلفًا وخلفًا؛ لأن الرواية على التوسعة ولهذا كفى فيها الواحد،

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لِيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ، ....

وقبلت من العبد والمرأة بخلاف الشهادة، والثاني: المنع إلى أن يتذكر كالشهادة ولا تكفيه رواية السماع بخطه أو خط ثقة.

تنبيه: كلامه يفهم أنه إنما يجوز له الرواية بشرط كون الخط محفوظًا عنده قطعًا.

وقال في أصل «الروضة»: إنه لو كتب إليه الشيخ بالإجازة، وعرف خطه جاز له أن يروي عنه اعتمادًا على الخط فيقول: أخبرني فلان كتابةً، أو في كتابه، أو كتب إلي، وهذا على تجويز الرواية بالإجازة، وهو الصحيح.

وأظهر قولي الشافعي والمشهور من مذاهب السلف صحتها ووجوب العمل بها، وهي سبعة أنواع عددها، وذكر أن منها ما يجوز العمل به ومنها ما لا يجوز فراجعه.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين أنه سئل عمن رأى اسمه مكتوبًا في جزء حديث بخط الثقات ويعلم أنه قد أدرك المسموع منه، لكن لا يذكر سماع ذلك الجزء بعينه هل له روايته؟ قال: جوَّز المحدثون ذلك جوزوا الإجازة ولا يجوز من طريق الفقه ما لم يذكر سماعه وعكسه أنه لو تحقق أنه سمع ذلك الجزء ولم يرَ اسمه مكتوبًا عليه لم يجوِّز المحدثون روايته ويجوز من طريق الفقه كالشهادة، انتهى.

والقاضي الحسين والماوردي ممن يمنع الرواية بالإجازة من الفقهاء.

قال الشارح: قال: (**فَصْلٌ: لِيُسَوِّ بَيْنَ الْخصمَيْنِ فِي دُخُولٍ عَلَيْهِ**) أي: وإن اختلفا حرية ورقًا وشرفًا وغيره فلا يدخل أحدهما قبل الآخر، ولا شك أنه لو أذن لأحدهما وحجب الآخر عالمًا أنهما جاءا في خصومة أن ذلك جور محرم سواء كان ذلك في مجلسه العام أو في منزله لظهور الميل وقت عضد الخصم، أما لو أذن لهما فتقدم أحدهما من تلقاء نفسه فدخل أولًا أو تقدم على صاحبه في الدهليز والممر [فقريب](١).

---

(١) في نسخة: (فغريب).

وَقِيَامٍ لَهُمَا، وَاسْتِمَاعٍ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ، وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسٍ، ....

قال: (**وَقِيَامٍ لَهُمَا**) أي: بأن يقوم لهما جميعًا أو يتركه ولا يقوم لأحدهما فقط.

قال ابن أبي الدم: وعندي أنه يكره القيام لهما جميعًا فإنه قد يكون أحدهما شريفًا والآخر وضيعًا فإذا قام لهما علم الوضيع أن قيامه للشريف [وكذلك][1] القيام لهما أقرب إلى العدل وأنفى للتهم، وعلى هذا سير الحكام الماضين.

وحكي ما روي في ذلك عن [علي][2] ﷺ وعن المهدي ووالده المنصور مع قضائهم، ثم قال: نعم إن دخل خصم ذو هيبة فقام له القاضي إما ظنًا منه أن لم يأته محاكمًا أو جهل ذلك أو ارتكب المحذور فيه، فإما أن يقوم لخصمه كقيامه له جبرًا لما فعله أو يعتذر إليه بأنه قام له ولم يشعر بمجيئه مخاصمًا، انتهى.

وينبغي أن يقال في هذا: إن كان الخصم ممن يقام له فليقم له تحقيقًا للتسوية، وإن كان ممن لا يقوم له القاضي اعتذر إليه أنه إنما قام لخصمه لعدم علمه بالحال لا تخصيصًا ولا معنى لإطلاق كراهة القيام لهما معًا إذا كانا أهلًا له كما سوًى في السير.

قال: (**وَاسْتِمَاعٍ، وَطَلَاقَةِ وَجْهٍ**) أي: ونظر ونحوها من وجوه الإكرام، ويقبل عليهما بمجامع قلبه ويصغي إليهما على السواء وعليه السكينة والوقار، ولا يمازح أحدهما ولا يضاحكه، ولا يشير إليه إشارة إكرام، وكذا لا يجوز له أن ينهرهما، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعلا ما يقتضي التأديب.

قال الإمام: ويتجنب عن الجملة ما [يقتضي أو] يشعر بتخصيصه أحدهما بمكرمة أو إقبال.

قال: (**وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسٍ**) قال الرافعي: فإن سلما أجابهما معًا، وإن سلم أحدهما دون الآخر قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر فيجيبهما، وقد يتوقف في ذلك عند طول الفصل فإنه يمنع من انتهاضه جوابًا، وذكروا أنه

---

[1] في نسخة: (ونزل).

[2] في نسخة: (عمر).

....

لا بأس أن يقول للآخر: سلِّم، فإذا سلَّم أجابهما، وفي هذا اشتغال منه بغير الجواب ومثله يقطع الجواب عن الخطاب، وكأنهم احتملوا جميع ذلك؛ لئلا يبطل معنى التسوية، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقًا واستبعده، انتهى.

وهنا كلمات:

الأولى: قوله: قال الأصحاب: هو وجه في المسألة وذكر الصيمري والماوردي وغيرهما من العراقيين عن الأصحاب في المسألة ثلاثة أوجه، ولفظ الماوردي: حضور الخصم في المحاكمة يسقط عنهم سنة السلام، فإن سلما جميعًا رد القاضي عليهما، وإن سلم أحدهما فقد اختلف أصحابنا في فرض رده عليه على ثلاثة أوجه:

أحدها: يرد السلام في الحال.

والثاني: بعد الحكم.

والثالث: يرد في الحال عليهما جميعًا، أي: فيقول: وعليكما السلام كما صرح به الصيمري.

قال الماوردي: ومنعه بعض الفقهاء من الرد في الأحوال كلها؛ لأن الخصم أوقع السلام في غير موضعه فلم يستحق الرد، والظاهر أنه أراد ببعض الفقهاء من غير أصحابنا لما عرف من عادته، لكن الإمام حكاه عن بعضهم وهو ظاهر إذا كان القاضي مشتغلًا بالكلام في خصومة أو مناظرة ونحو ذلك كما سبق في السير.

الثانية: قوله: وذكروا... إلى آخره، وقوله: وحكى الإمام أنهم [لو] جوزوا له ترك الجواب مطلقًا واستبعده فيه خلل في النقل، وإنما ذلك وجه مزيف، والذي رأيته في نسخ «النهاية» على كثرتها: وإن سلم أحدهما فقد أفرط بعض الأصحاب وقال: لا يرد جوابه، بل يسكت بناء على أنه وضع السلام في غير موضعه، فإن القاضي في شغل شاغل ولا ينبغي أن يسلم عليه

....

وهو كذلك، وإن أراد الرد قال لخصمه: سلِّم، ثم يرد الجواب عن سلاميهما، وهذا عندي سرف، وإن ذكره القاضي فإن رد جواب السلام محمول على ابتدار أحدهما بالسلام وهذا مما لا يخفى ولا يظهر ميلًا، انتهى.

وعبارة «البسيط»: فقد أفرط بعض الأصحاب... إلى آخره كـ «النهاية» وبالجملة فالصحيح ـ وبه جزم شريح الروياني ـ أنه يجب رد السلام على المسلم إذا لم يكن القاضي مشتغلًا كما سبق، والأولى أن يكون بلفظ الجمع أو التثنية؛ لأن ابتداء السلام سنة على الكفاية، وأنه لا يؤخر الرد إلى ما بعد الحكومة، ولا يأمر الآخر بالسلام لما فيه من التخجيل و[تأخر][1] الرد.

الثالثة: إذا سلم أحدهما ثم سلم الآخر، فإن كان قد رد على الأول رد على الثاني مثله بلا زيادة ولا نقص؛ لئلا يظهر التخصيص، وإن لم يكن رد على الأول رد عليهما بصيغة الجمع أو التثنية، ولا ينبغي له أن يشير بالرد إلى أحدهما، بل يرد من غير إشارة أو يشير إليهما معًا، وهذا كله في الخصمين المسلمين.

والظاهر أن يوجه الرد على القاضي محله إذا لم يرد [بعض][2] حاضري المجلس، أما لو رد بعضهم سقط الفرض برده اللهم إلا أن يخص الداخل القاضي بالسلام كقوله: السلام على القاضي ونحو ذلك.

قال: (ويجلس) أي: فيجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله إن كانا شريفين أو يجلسهما بين يديه وهو أولى على الإطلاق لحديث رسول الله ﷺ: «**أَنَّ الْخَصمَيْنِ يَقْعُدَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْحكَمِ**»[3] رواه أبو داود بإسنادٍ ضعيف، ولكن الحاكم صححه؛ ولأن النظر إليهما والاستماع لكلاميهما يكون أسهل.

قال ابن شداد: ويجلس الخصوم بين يديه؛ ليتميز عن جلوس غير

---

(١) في نسخة: (تأخير).

(٢) في نسخة: (بعد).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٢، رقم ٣٥٨٨) وأحمد (٤/ ٤، رقم ١٦١٤٩).

……

الخصوم، قال الماوردي: وينبغي أن يكون مجلس الخصوم أبعد من مجالس غيرهم، فإن اختلف جلوسهما بين يديه فيقدم أحدهما على صاحبه فالقاضي بالخيار بين أن يؤخر المتقدم أو يقدم المتأخر فالأولى أن ينظر فإن كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم وتأخر عنه الآخر قدمه إليه، وإن كان المتأخر قد جلس في مجلس الخصوم وتقدم صاحبه أخره إليه حتى يتساويا فيه.

قال: ومن عادة جلوس الخصوم أن يجلسوا في التحاكم بروكًا على الركب؛ لأنه عادة العرب في التنازع وعرف الحكام في الأحكام، فإن كان التحاكم بين النساء جلسن متربعات؛ لأنه أستر لهن، وإن كان بين رجل وامرأة برك [الرجل] وتربعت المرأة، وإذا جلس الخصمان تقاربا إلا أن يكونا رجلًا وامرأة أجانب فيتباعدا ولا يتلاصقا، وأبعد ما يكون الخصمان أن يسمع كلاميهما، وأبعد [ما] يكون بين الخصمين أن يسمع كل واحد منهما كلام صاحبه، انتهى.

تنبيه: هذه التسوية فيما ذكرناه ونحوه مستحبة أو واجبة فيه وجهان: أحدهما: وعليه اقتصر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وجماعة أنها مستحبة، والثاني: إنها واجبة ونسبه الرافعي إلى نص الأكثرين وحكاه العمراني عن الشيخ أبي حامد.

قال الجرجاني في «الشافي»: يجب على القاضي التسوية بين الخصمين المسلمين أو المشركين في خمسة أشياء: في الدخول عليه، والجلوس بين يديه، والإقبال [عليهما] والإصغاء إليهما، والعدل في الحكم بينهما.

وصرح الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» بوجوب التسوية في الخمسة المذكورة، وقضية كلاميهما أنه لا يجب في غيرها، وأفهم كلام ابن أبي الدم أن المنقول صريحًا هو الأول.

قال: وجماعة ذكروا لفظه: ينبغي وهي قريبة من الاستحباب، قال: والذي أراه أن ذلك واجب عليه لأدلة كثيرة ظاهرة غير أن المنقول ما ذكرناه،

وَالْأَصَحُّ رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ.

ولفظ «المهذب»: وعلى الحاكم ولفظه على الوجوب، انتهى.

وحسن أن يقال: كل ما يظهر منه الميل وينكسر لأجله قلب الخصم أو يخاف منه الحيف فالتسوية فيه واجبة، وما لا يكون كذلك فالتسوية فيه مستحبة احتياطًا.

وفي «الحليات» بعد الإشارة إلى نقل الوجهين في الوجوب: والذي عندي في ذلك أن الواجب على القاضي أن يظهر عدم الميل، وأما تعيين المجلس عن يمينه أو شماله أو بين يديه فأمره سهل، والأظهر فيه الاستحباب لا الوجوب فإنه أدب، والمبالغة في إظهار ذلك أدب ومستحب، وإظهار ما يفهم الخصمان استوائهما عند القاضي واجب إما بمجلس أو غيره، وهذا المعنى [يؤول] إلى تحريم [رفع] أحدهما على الآخر في المجلس ووجوب إنزاله إلى منزلة غريمه إلا أن يجيز ذلك بما يفهم به غريمه أن ذلك ليس رفعًا [له] عليه وأنهما عنده في الحق سواء فحينئذ يرخص فيه، انتهى.

وما ذكره حسن [إلا] الاستثناء والترخيص ففيه وقفة إذ لا تسكن نفس الخصم إلى ذلك وتستوطنه ويقصر عن بعض حجته، فالوجه اجتناب ذلك والتسوية في المجلس.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: جوازه.

(**رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ فِيهِ**) أي: في المجلس وبه جزم كثيرون وفيه أثر حسَّنه البيهقي، والثاني: يسوي بينهما للحديث السالف، ولإطلاق كتاب عمر إلى أبي موسى: فآسِ بين الناس في وجهك ومجلسك؛ ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما والاستماع منهما فكذا في المجلس.

قال الرافعي: ويمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس [جاريين] في سائر وجوه الإكرام.

وعبارة «الروضة»: ويشبه أن يجري الوجهان وبين العبارتين تفاوت، ووقع في «التنبيه»: وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا قدم المسلم على الكافر في

وَإِذَا جَلَسَا ....

الدخول، ورفعه عليه في المجلس، وانتقد عليه في قوله في الدخول، فإن المنقول فيه صريحًا وتلويحًا أنه يسوي بينهما فيه جزمًا كما أوضحته في «الغنية».

وقول ابن الرفعة: إن الفوراني صرح بذلك قبله ممنوع كما بيَّنته أيضًا، ولعل مراد «التنبيه» أن يكون المسلم مقدمًا عليه في حال دخولهما جميعًا بخطوة ونحوها، ويليه الكافر إظهارًا لمرتبة الإسلام، وقد يتعين هذا عند ضيق الممر لا أنه يؤذن للمسلم بالدخول بمفرده أولًا كما فهمه المعترض، والمراد بالرفع عليه في المجلس أن يجلس المسلم أقرب إلى القاضي منه، فإن تحاكما من قيام كما هو الغالب اليوم قدم المسلم عليه في الموقف.

فَرْعٌ: عمت البلوى في عصرنا أن الخصم إذا كان معظمًا يجلس إلى جانب القاضي ويوكل عنه وكيلًا يقف مع خصمه، ويقول: وكيلي واقف مع خصمي، ويظن بعض جهلة القضاة وغيرهم أن ذلك كافٍ في التسوية، ويبقى غالب النزاع والحجاج والأجوبة من الخصم الجالس المتصدر وذلك خلاف قضية كلام الأصحاب، وقد صرح به الشيخ أبو الحسن الديلمي فقال: ولا يجوز للقاضي أن يجلس واحدًا بجنبه والآخر بين يديه، وإن كان أحد الخصمين وكَّل وكيلًا يتكلم عنه وحضر مجلس القاضي فيجب أن يكون الموكل والوكيل والخصم يجلسون بين يديه، ولا يجوز أن يجلس الموكل بجنب القاضي ويقول: وكيلي جالس مع الخصم، انتهى.

وهذا حق لأنه الخصم حقيقةً والوكيل آلة له، وأمن المحذور من عدم التسوية موجود هنا نعم لو وكلا وكيلين وحضر الأربعة مجلس الحكم، فإذا جلس الخصمان على السواء والموكلان على السواء في مجلس دونهما أو جلس الخصمان وقام الوكيلان كما أعتيد في عصرنا، فالظاهر الجواز ولا يقال: يجب التسوية بين الأربعة في المجلس، بل يكفي جلوس الأصل مع الأصل والفرع مع الفرع.

قال: (**وَإِذَا جَلَسَا**) أي: أو انتصبا بين يديه قائمين للخصومة كما هو الواقع غالبًا وهو خلاف الأولى والأدب، بل قال الماوردي: ولا تسمع

فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ، وَأَنْ يَقُولَ: لِيَتَكَلَّمْ الْمُدَّعِي.

الدعوى بينهما وهما قائمان حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه.

قال: (**فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ**) لأنهما سيتكلما.

(**وَأَنْ يَقُولَ لِيَتَكَلَّمْ الْمدَّعِي**) إذ ربما [هابها][1] ولا يقول لأحدهما: تكلم؛ لئلا ينكسر قلب الآخر قاله القاضي أبو الطيب وغيره.

وقال البغوي والرافعي: له أن يقول للمدعي إذا عرفه: تكلم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه كان أولى؛ لأنه أحفظ لحشمته.

قال ابن أبي الدم: لا بأس أن يقول: من المدعي منكما؟ أو ما خطبكما؟ وقيل: يسكت ولا يقل شيئًا فإن ادعى أحدهما وإلا أقيما، وأغرب شرح الروياني فقال: هل يلزم الحاكم النظر بين الخصمين والحكم قبل السؤال منهما[2]؟

قال بعض أصحابنا: لا يلزم؛ لأن الحق لهما فلا بدّ من سؤالهما، وقال بعضهم: يلزم ذلك وإن لم يسألاه ويكون جلوسهما بين يديه سؤالًا، ونظير الوجهين في أن جلوسه بين يدي الحلاق هل يكون إذنًا في الحلق؟ وتقديم الطعام إلى الضيف هل يكون إذنًا في تناوله؟ وجهان.

وقال الدارمي: وإذا جلسا نظر إليهما مستنطقًا فإن نطق أحدهما سمع وسأل خصمه، وإن تكلما معًا قال: ليتكلم أحدكما أو الطالب، فإن عيَّن أحدهما أشاء نفذ حكمه، انتهى.

وقضية إطلاقه أن التعيين إساءة، وإن علم أن المعين المدعي وسبق قول القاضي أبي الطيب وغيره في ذلك، وعبارة «البيان»: ولا يجوز أن يقول لأحدهما: تكلم؛ لأن فيه كسر قلب الآخر ونحوه قول «البسيط»: قال العلماء: لا يخصص أحدهما بالنظر إليه ولا بالتبسم في وجهه، بل يطرق أو ينظر إليهما على وتيرة، ولا يفاتح أحدهما بالكلام ولا بأس لو قال: من المدعي منكما، انتهى.

---

(١) في نسخة: (هابه).

(٢) في نسخة: (قبلهما).

فَإِذَا ادَّعَى طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ، ....

ويجوز أن يجمع بين كلام البغوي والرافعي وبين كلام غيرهما وفيه وقفة.

قال الصيمري: أما قوله لأحدهما: تكلم أنت، أو قل ما عندك فهذا ميل.

وقال الماوردي: فإن أمسكا عن الكلام بعد جلوسهما قال: ليتكلم من شاء منكما، والأولى أن يقوله القائم بين يديه، وإن تنازعا في الكلام كفهما عن التنازع حتى يتفقا على المبتدئ منهما فإن أقاما على التنازع ففيه وجهان: أحدهما: يقرع بينهما ويبتدئ بالكلام من قرع، والثاني: يصرفهما حتى يتفقا على المبتدئ.

ثم قال بعد هذا: والأولى في أدب الخصمين إذا جلسا للتحاكم أن يستأذن القاضي في الكلام ليتكلم بعد إذنه، فإن بدأ أحدهما بالكلام من غير إذنه جاز، وإن خالف فيه إذنه، فإن سكتا ولم يتكلم واحد منهما بعد خلوتهما، فإن كان السكوت للتأهب للكلام أمسك عنهما حتى يتحرر للمتكلم ما يذكره، وكذا إن كان سكوتهما لهيبة حضرتهما عن الكلام توقف حتى تسكن نفوسهما فيتكلمان، فإن أمسكا لغير سبب لم يتركهما على تطاول الإمساك، وقال لهما: ما خطبكما؟ وهو أحد الألفاظ في استدعاء كلامهما؛ لأنه في كتاب الله تعالى محكي عن موسى ﷺ فإن عدل عنه وقال: تكلما، أو يتكلم المدعي منكما، أو يتكلم أحدكما، جاز والأولى أن يقوله القائم على رأسه أو بين يديه.

قال: **(فَإِذَا ادَّعَى)** أي: دعوى صحيحة محررة [جاز] كما سيأتي.

(طَالَبَ خَصْمَهُ بِالْجَوَابِ) أي: على الصحيح؛ لأن به تفصل الخصومة فيقول: ماذا يقول؟ ونحو ذلك، وقيل: لا يطالبه بالجواب حتى يسأل المدعي عن ذلك كما لا يطالبه بإبقاء الحق حتى يسأل المدعي وصححه الهروي.

وقال شريح الروياني: إنه الصحيح من المذهب، والمشهور الأول، قال الهروي: وأصل الوجهين إذا جلس بين يدي الحلاق ولم يسمِ له أجرة فهل يستحق أجرة؟ وأصله مسألة التعاطي في البيع.

فَرْعٌ: لو كتب الطالب دعواه في رقعة ثم دفعها إلى القاضي، وقال: قد

فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ، ....

[أثبت][١] دعواي في هذه الرقعة وأنا مطالب له بما فيها، فوجهان: أحدهما: لا يقبل القاضي هذا منه حتى يذكره نطقًا بلسانه أو يوكل من ينوب عنه؛ لأن الطلب يكون باللسان دون الخط، والثاني: أنه يقرأها على الطالب ويقول: أهكذا تقول وتدعي؟ فإذا قال: نعم، سأل المطلوب عن الجواب، ولا يجوز أن يسأله قبل قراءتها على الطالب واعترافه بما تضمنته، فإن فعل المطلوب في جواب الدعوى مثل ذلك فكتب جوابه في رقعة ودفعها إلى القاضي، فقال: هذا جوابي عن الدعوى كانا في القبول والامتناع على سواء إن جوزناه في الطالب جوزناه في المطلوب، وإن منعناه في الطالب منعناه منه في المطلوب، قاله في «الحاوي» في نسخ: وفي «الفروع» زيادة وخبط وقع في نقل الوجهين أشرت إليه في «الغنية» ولم أرَ في ذلك ترجيحًا والأشبه المنع من غير حاجة إلى ذلك لخروجه عن المألوف ولما فيه من التطويل وربما ولد تهمة وظن المدعى عليه السوء بالقاضي وكذلك المدعي.

قال: (**فَإِنْ أَقَرَّ فَذَاكَ**) أي: فقد لزمه ما أقر به لكن القاضي لا يحكم عليه حتى يطالبه المدعي.

قال الماوردي: فيقول: قد أقر لك بما ادعيت فماذا تريد؟ ولا يقول: قد سمعت إقراره؛ لأن قوله قد أقر حكم بصحة إقراره، وليس قوله: قد سمعت الإقرار حكمًا بصحته.

قال: وقيل: الحكم ليس للمقر له ملازمة المقر، قال ابن الرفعة: ويجيء وجه أنه لو حكم قبل السؤال في هذه الحالة ينفذ كما لو قيل بمثله إذا حكم قبل السؤال وبعد البينة، وعن «العدة»: إنه لا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على أصح الوجهين، ولم يخص ذلك بما إذا كان الحق قد ثبت بالبينة، انتهى.

قال الماوردي: فإن لم يطالبه المدعي أمسك عنه وصرفهما، وقال

---

[١] في نسخة: (سردت).

....

الرافعي: إن أقر بالمدعى فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، قال الشيخ أبو حامد: وحينئذ يحكم بأن يقول له: اخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك وما أشبهها.

وقال في «الدعاوى»: وإذا ادعى ولم يقل للقاضي: مره بالخروج من حقي، أو سله الجواب عن دعواي فهل يطالبه القاضي؟ وجهان.

قال ابن الصباغ: الأصح: نعم، للعلم بأنه الغرض من الحضور وإنشاء الدعوى، وقال القاضي أبو سعد: الأصح: لا؛ لأنه حقه فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين.

قال في «الروضة»: والأول أقوى، وقال الماوردي: وإن سأله الحكم عليه بإقراره حكم عليه بأحد ثلاثة ألفاظ: حكمت عليك بإقرارك، أو ألزمتك ما أقررت به، أو اخرج إليه من حقه في إقرارك.

قال الرافعي: ويثبت المدعى بمجرد الإقرار أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ فيه وجهان: أحدهما: يفتقر إليه كالثبوت بعد إقامة البينة، وأصحهما: المنع فإن دلالة الإقرار على الحق بينة إذ الإنسان على نفسه بصيرة، والبينة يحتاج قبولها إلى النظر والاجتهاد، ثم ليستشكل المسألة.

وقال: إن الطبع لا يقبل الخلاف فيها، وذكر ما أوردته في «الغنية» ويحتاج إلى تأمل تام.

فَرْعٌ: إذا أقر قبل سؤال القاضي أو بعده، وقد صدر بدون إذن المدعي واعتبرنا إذنه في صحة السؤال، قال الماوردي: فإقراره يؤخذ به، لكن في حكم القاضي به خلاف، والقضاء بالعلم فإن أجزناه أمسك عن سؤاله لاعترافه بالمراد منه، وإن منعناه صار شاهدًا فيه ولم يجز أن يحكم به إلا أن يقر بعد سؤاله، ويكون وجوب السؤال باقيًا، ولو كان المدعي قد انفرد بسؤال المدعى عليه بعد الدعوى لا يلزمه الجواب، لكن لو أجاب بإقرار أو إنكار فهل يقوم سؤاله مقام سؤال القاضي؟ فيه وجهان يبنيان على أن للقاضي التفرد بالسؤال

وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: لَكَ بَيِّنَةٌ، وَأَنْ يَسْكُتَ، ....

من غير طلب أم لا؟ فإن قلنا: بالأول لم يقم مقامه كما لو أقر قبل السؤال، وإن قلنا: بالثاني قام مقامه وكان كإقراره بعد سؤال القاضي المعتد به، هذا حاصل كلامه في آخر الباب، وقال قبله نحو كراسة: فإن قدم المطلوب الإقرار قبل استيفاء الدعوى لزمه الإقرار ويسقط جوابه عن الدعوى إذا وافقت [إقراره][1] وإن قدم الإنكار لم يقنع به في الجواب وطولب به بعد استيفاء الدعوى؛ لأن الإقرار التزام فجاز تقديمه والإنكار إسقاط فلم يجز تقديمه.

وعنه كلام آخر في الإقرار عند الحاكم قبل سماع الدعوى أو من غير دعوى ذكرته في «الغنية» عند الكلام في قضاء القاضي بعلمه.

قال: (**وَإِنْ أَنْكَرَ**) أي: والدعوى فيما لا قسامة فيه.

(**وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**) لقوله ﷺ للحضرمي: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟**» قال: لا، قال: «**فَلَكَ يَمِينُهُ**» رواه مسلم.

قال: (**وَأَنْ يَسْكُتَ**) أي: تحررًا من اعتقاد ميل، وقيل: لا [يقل][2] شيئًا؛ لأن قوله: ألك بينة؟ كالتلقي.

وقال الإمام: إنه ليس بشيء، وقيل: إنما يسكت إذا علم المدعي أن ذلك موضع إقامة البينة، وهذا ما أفهمه كلام «المهذب» وأنه على وجه الوجوب وعلى ما في «المهذب» جرى جماعة منهم صاحبا «البيان» و«الترغيب».

وقال الماوردي في أوائل باب ما على القاضي في الخصوم: وإن أنكر بعد استيفاء الدعوى فقد اختلف فيما يختار أن يقول القاضي للطالب فاختار بعض أصحابنا أن يقول له: قد أنكرك ما ادعيته فماذا تريد؟ وقال آخرون منهم: الاختيار أن يقول: قد أنكرك ما ادعيت فهل لك من بينة؟ وهو الأشبه للحديث، ثم قال في آخر الباب: وإن أنكر فيجوز للقاضي أن يقول للمدعي: قد أنكرك، ويجوز أن يقول له: قد سمعت إنكاره، ويكون القاضي في إخباره بالإنكار بين خيارين إما أن يقول له: قد أنكرك فهل لك بينة؟ وإما أن يقول له: قد أنكرك فما

---

[1] في نسخة: (الإقرار).

[2] في نسخة: (يقبل).

فَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

عندك فيه، والأول أولى مع من جهل، والثاني أولى مع من علم وهذا حسن، وأغرب أبو الحسن الديلمي فقال: وإن أنكر، قال القاضي للمدعي: أمعك بينة؟ ولا ينبغي أن يقول: ألك بينة؟ فإنه إذا قال: لا بينة لي، ثم أقام البينة بعد ذلك لم تقبل منه، أي: على ما رجحه هو من الوجهين لتقدم اعترافه بألا بينة له، قال: فيجب أن يقول: أمعك بينة؟ حتى إذا قال: لا بينة معي لم يضره بلا خلاف، ثم حكى أن من الناس من سمع البينة من الجاهل دون العالم، قال: وإذا احترز القاضي، وقال: أمعك بينة؟ يخلص من هذا كله، انتهى.

وما قاله حسن لولا مخالفته للفظ الحديث.

قال: (**فَإِنْ قَالَ: لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيفَهُ فَلَهُ ذَلِكَ**) أي: على المشهور، وقول الجمهور، ومنهم الرافعي هنا قال: لأنه إن تورع عن اليمين وأقر سهل الأمر على المدعي واستغنى عن البينة، وإن حلف أقام البينة وأبان كذبه وخيانته فله في التحليف إذن عرض ظاهر، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن ذكر أن له بينة غائبة أحلفه قطعًا، وإن ذكر أنها حاضرة فوجهان: الأظهر من مذهب الشافعي: أن له إحلافه لما سبق، والثاني وهو قول أبي حنيفة: المنع؛ لأن مقصود المدعي إثبات الحق دون إسقاطه، وصححه القفال في «الفتاوى» وعبارته: من أصحابنا من قال: على الحاكم تحليفه، والصحيح عندي أنه لا يجب على الحاكم تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، وعلى هذا لو كانت البينة حاضرة فقال: حلفه لعله يقر، فلا يجوز وجهًا واحدًا، وكذا لو أقام البينة فقبل أن يحكم قال: لا نحكم بشيء حتى يحلفه [لم يسمع منه إلا أن يريد أن بينته باطلة]، انتهى.

وأبديت في «الغنية» في موضع الوجهين كلامًا ينفع الوقوف عليه، وفي «الروضة»: قبيل باب السكون من «فتاوى» القفال وغيره أنه لو أقام المدعي البينة، ثم قال للقاضي: لا تحكم حتى يحلفه [بطلت بينته] لأنه كالمعترف أنها مما لا يجوز الحكم بها.

أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

زاد: قلت: هذا مشكل فقد يقصد تحليفه ليقيم بعده البينة ويظهر إقدامه على يمين فاجرة وغير ذلك من المقاصد لا التي لا تقتضي قدحًا في البينة، والله أعلم، انتهى.

وهذا غير مطابق لما نقلناه من أصل «فتاوى» القفال وربما انبسط الكلام في الفرع من بعد.

قال: (**أَوْ لَا بَيِّنَةَ لِي ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) له أحوال:

إحداها: أن يقول لا بينة لي حاضرة فحلفه القاضي، ثم جاء ببينة سمعت فلعلها حضرت.

الثانية: أن يقول: لا بينة لي مقتصرًا عليه، قال البغوي: هو كقوله: لا بينة لي حاضرة، ومنهم من قال: هو كقوله: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، وهو ما أورده في «الوجيز» وقال الإمام: إنه على الوجهين أيضًا مع تخيل ترتيب، وزعم ابن الرفعة أن الإمام جزم بالقبول كالبغوي، وقال الماوردي: فيه وجهان: مذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أنها تسمع، والثاني: لا تسمع.

وفصَّل بعض أصحابنا فقال: إن كان هو الذي استوثق بإشهاد البينة لم تسمع، وإن كان قد استوثق بها وليه أو وكيله قبلت؛ لأنه لا يجهل فعل نفسه ويجهل فعل غيره.

قال: وهذا لا وجه له أي: لأنه قد ينسى ثم يتذكر أو تحملت البينة ولم يشعر بها وغير ذلك.

الثالثة: أن يقول: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو قال: كل بينة أقيمها فهي باطلة أو كاذبة أو بينة زور، ثم جاء ببينة فوجهان قال الرافعي: أظهرهما على ما ذكر الغزالي والعراقيون: أنها تسمع؛ لأنه [ربما لم](١) يعرف أو نسي ثم عرف أو تذكر، والثاني: المنع للمناقضة.

---

(١) في نسخة: (الحاكم).

....

قلت: ونسبه الماوردي والروياني إلى الأكثرين في قوله: لا حاضرة ولا غائبة، وما ذكراه يدفع النسبة إلى العراقيين مطلقًا، نعم صححه جماعة منهم والشيخ أَبُو عَلِيٍّ السنجي والعمراني وسكت آخرون عن الترجيح، ولوح ابن الرفعة بالإنكار فقال: وادعى الغزالي والرافعي أن الأظهر القبول ـ يعني مطلقًا ـ لكن في «أشراف» الهروي: أنه لو قال: كل بينة لي بعد اليمين أو قبلها هي بينة زور أو كاذبة فأقامها قبلت على النص؛ لأنه يجوز ألا يعرفها أصلًا، وقال بعض أصحابنا: لا تقبل؛ لأنه سبق منه تكذيبها، وفي «روضة الحكام» لشريح الروياني: لو قال: لا بينة لي أصلًا، وعرفت باطن الحال وظاهره، ثم أقام البينة ففي قبولها وجهان، وقيل: لا تقبل إلا إذا قال: عرفت هذه البينة بعدما قلت ذلك، ولو قال: ما لي شهادة عند فلان وفلان ثم شهدا له بذلك حكى جدي فيه وجهين، وكذا لو قال: كل شهادة يشهد لي فلان وفلان فهي باطلة ثم شهدا له، ولو قال: لا شهادة لي على فلان ثم شهد وقال: علمت بذلك قبل وجهًا واحدًا، ولو قال: كل حق يثبت لي عليك بشهادة فلان وفلان فأنت بريء منه لم تصح البراءة، وهل يكون جرحًا لشهوده؟ وجهان، ولو قال: لا شهادة عندي لفلان ثم شهد وقال: كنت نسيت، فهل تقبل؟ وجهان حكاهما جدي، ولو قال: لا أعلم أن له عندي شهادة أو لا أتذكر، ثم قال: تذكرت أو علمت قبل قطعًا.

فَرْعٌ: قال الرافعي وغيره: لو قال: شهودي فسقة أو عبيد، ثم أتى ببينة قبلت إن مضى زمان قابل للعتق والاستبراء.

قلت: هذا ظاهر فيما إذا اعترف أن هذه البينة هي التي نسب إليها ذلك، أما لو أحضر بينة عن قرب، وقال: هذه بينة عادلة جهلتها أو نسيتها غير تلك، ثم علمت وتذكرت، فيشبه أن يقبل ولا سيما إذا كانت حرية المحضرين وعدالتهم مشهورة.

فَرْعٌ: لو قال المدعي بعد إنكار المدعى عليه، وقوله: ما لك علي شيء، نعم بطلت دعواه إن كان عالمًا وإلا فوجهان، قال الماوردي كما ذكرنا في «الإقرار»: قلت: وقد جرت عادة كثيرين من الناس إذا لم يفهم ما قيل له يقول:

....

نعم يعني ما قلت لي؟ يستفهم بها فإذا كان المدعي ممن جرى عرفهم بذلك، وقال: أردت بقولي: نعم الاستفهام ينبغي أن تقبل منه، ولا سيما عند خفاء صوت خصمه أو لثقل سمعه هو فرع «المذهب» والمشهور أن القاضي لا يحلف المدعى عليه قبل المدعي، فلو فعل قبل الطلب لم يعتد بها، وقيل: يعتد بها.

قال الروياني: وهو غلط، وعن القفال الشاشي أنه المذهب، وصححه السرخسي، قال القاضي الحسين: والذي قاله أكثر أصحابنا الأول، وعبارة شريح الروياني: وإن أنكر حلفه القاضي إن طلب المدعي يمينه، وإن لم يطلب يمينه ولم يخاصمه لم يحلفه، وإن خاصمه ولم يطلب يمينه قال أصحابنا: لا يحلفه وهو قول أبي حنيفة، وقال القفال الشاشي: المذهب أن للقاضي تحليفه، انتهى.

وعلى المشهور قال الإمام: حق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردت وإلا فأقطع طلبك عنه واترك رفعه إلى مجلس الحكم، وكما لا يعتد باستحلاف القاضي قبل الطلب لا يعتد به بعد الطلب، وقيل: إحلاف القاضي صرح به القاضي الحسين، وفي «الحاوي»: إنه هل يجوز للقاضي أن يعرض اليمين قبل مسألة المدعي إذا لم يعتد باليمين قبل الطلب؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ ليعلم إقدامه عليها ويحذره، وحكى شريح الوجهين عن رواية جده أبي العباس أحدهما: ليس له ذلك، والثاني: له ذلك، قال ابن سريج: وهو ظاهر قول الشافعي ﷺ، انتهى.

وقال الماوردي في باب موضع اليمين: لو فوض الحاكم إلى الحالف اليمين فاستوفاها على نفسه كان الحاكم مقصرًا، وهل يجوز؟ فيه وجهان محتملان أحدهما: يحتسب بها؛ لأنها باجتهاد الحاكم وعن أمره، والثاني: لا؛ لأنها تصير محمولة على نية الحالف وهي مستحقة على نية المستحلف فكانت غير المستحقة.

فَرْعٌ: لو قال المدعي للمدعى عليه: قد أبرأتك من اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى وله استئناف الدعوى وتحليفه ذكراه في «المهذب» و«التهذيب».

وَإِذَا ازْدَحَمَ خُصُومٌ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، فَإِنْ جَهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعًا أُقْرِعَ.

قال ابن الرفعة: ويظهر أنه مبني على مذهب العراقيين الذي سنذكره، أما إذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر ألا تسوغ الدعوى عليه ثانيًا، انتهى. وفيما قاله وقفة للمتأمل.

وقال شريح الروياني: لا يجوز أن يفتدي عن اليمين بشيء يعطيه خلافًا لمالك، ولو قال المدعي: [أبطلت][1] مطالبتي بتحليفه لم تسقط عنه اليمين بذلك، وحكى جدي عن بعض أصحابنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يصح وله أن يحلفه.

والثاني: يصح كما لو أبرأه من الحق لم تكن له مطالبته به، انتهى.

وهذا ينازع ما في «المهذب» و«التهذيب».

قال: **(وَإِذَا ازْدَحَمَ خُصُومٌ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ فَإِنْ جَهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعًا أُقْرِعَ)** يستحب للقاضي أن يقدم كل يوم ثقة إلى مجلس حكمه حتى يثبت أسامي الخصوم، ويكتبها الأول فالأول، والأسبق، فالأسبق، فإذا جلس للحكم تقدم من سبق على الترتيب، فلو ضاق ذلك المجلس الأول عن استيعابهم بدأ في المجلس الثاني بالذين تأخروا في المجلس الأول على ترتيبهم في السبق ويقدمون على من [حضر] في المجلس الثاني قبلهم، وهكذا يفعل في المجلس الثالث والرابع.

قال الأصحاب: والاعتبار في السبق بحضور المدعي دون المدعى عليه إذا [عرف][2] هذا فجاؤوا على التعاقب وعرف الترتيب بما ذكرناه [أو ببينة] أو [بالتصادف][3] قدم منهم الأسبق فالأسبق رعاية للسبق، وإن جاؤوا معًا أو لم يعرف الترتيب أقرع بينهم، وقدم القارع هكذا أطلقه مطلقون.

وقال الرافعي وغيره: يقدم من قرع فإن كثروا وعسر الإقراع [كتبت][4] أسماؤهم في رقاع وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدًا واحدًا وتسمع

---

[1] في نسخة: (بطلت).

[2] في نسخة: (عرفت).

[3] في نسخة: (بالتصادق).

[4] في نسخة: (كتب).

وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِزُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا، ....

دعوى من خرج اسمه في كل مرة، انتهى.

وهذا قريب من الإقراع، بل جعله الروياني إقراعًا.

وذكر الهروي والروياني في «الحلية»: إنه إذا استوى جماعة في [الحضور][1] أن القاضي يقدم من شاء إن شاء بقرعة وإن شاء باجتهاده.

قال الروياني: والقرعة أولى، والمشهور الإقراع عند التنازع، وظاهر كلامهم يحتمه؛ لئلا ينسب إلى الميل والمحاباة.

قال: (وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِزُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا) قال الرافعي: ولا يقدم بعض المدعين بشرف وغيره إلا في موضعين: أحدهما: إذا كان المدعون مسافرين [مستوفزين] وهم الذين شدوا الرحال ليخرجوا ولو أخر أمرهم [تخلفوا][2] عن رفقائهم فإن قلوا قدموا؛ لئلا يتضرروا بالتخلف، وإن كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يقدموا وكانوا كالمقيمين، فيراعى السبق والقرعة.

وفي «المهذب» وغيره وجه أنه لا يقدم بالسفر أصلًا، انتهى.

قلت: وددت لو فرق بين مسافر لنزهة ولعب وغيره.

وعبارة الإمام: إن قل المسافرون وهم على وقار، وربما ينقطعون عن الرفاق لو أخِّروا فالأصح أن القاضي لو أراد تقديم المسافرين ورآه رأيًا فله ذلك.

وقال الماوردي: إن قلوا قدمهم القاضي، واختلف أصحابنا هل يعتبر في بقائهم استطابة نفوس المقيمين؟ على وجهين: أحدهما: لا ويجوز له تقديمهم وإن كره المقيمون، والثاني: نعم فإن أبوا لم يجبروا لاستحقاقهم التقديم بالسبق فحصل في المسألة وجوه.

قال الرافعي: وينبغي ألّا يفرق بين أن يكون المسافر مدَّعيًا أو مدّعى عليه، والثاني: لو كان في الحاضرين نسوة ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن

---

[1] في نسخة: (الخصومات).

[2] في نسخة: (لتأخروا).

وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى.

قدمهن، وفيه وجه آخر أنهن لا يقدمن وليكن التقديم فيما إذا لم يكثرن كما مر في المسافرين، انتهى.

والظاهر أن الكلام في النساء الخلص أما لو كان أحد الخصمين رجلًا والآخر امرأة فهل الحكم كما لو كانا امرأتين طلبًا لستر المرأة؟ لم أرَ فيه شيئًا وقد يفرق بين أن تكون طالبة أو مطلوبة، فإن كانت طالبة قُدِّمت وإلا فلا، ولا يبعد أن يجعل العجز الهرم كالرجال بخلاف الشابة الجميلة ونحوها.

قال: (**وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى**) أي: واحدة لئلا يتضرر الباقون إلا أن يرضوا بذلك، بل ينصرف ثم يحضر في مجلس آخر، وينتظر فراغ دعاوى الحاضرين فحينئذ تسمع دعواه الثانية وغيرها إن لم يضجر القاضي، قال الرافعي: ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على المدعى عليه الدعوى الأولى أو غيره، وفيه وجه أن الزيادة على الدعوى الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه، ويجعل اتحاد المتداعيين كاتحاد الدعوى، ثم القائلون بهذا منهم من أطلق وقيَّد في «الوسيط» فقال: تُسمع إلى ثلاث دعاوى.

قلت: وكلام الدارمي يُفهم أنه إنما تسمع منه دعوى ثانية فقط، حيث قال: فإن ادَّعى آخر دعوى لم تسمع، فإن ادَّعى على خصمه دعوى آخر، قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز، انتهى.

وقال القاضيان الهروي وشريح الروياني: إن الإصطخري قال: تجوز الدعاوى، أي: من مدعٍ واحد على رجال، ولا تجوز على رجل واحد، قالا: وليس بقوي.

قال الرافعي: وتسمع على من ادَّعى عليه دعوى ثانٍ وثالث؛ لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد المدعون، انتهى.

وهذا فيما إذا كان المدعي ثانيًا وثالثًا مترتبين على المدعي الأول وإلا فلا يتقدمون على غيرهم، وحكى ابْن كَجٍّ هاهنا وجهين غريبين:

أحدهما: إن المقدم بدعوى واحدة لا تسمع منه الدعوى الثانية إلا في

....

مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من سماع دعوى الحاضرين فعليهم بعد ذلك ترفيهه.

الثاني: لا يسمع على الواحد إلا دعوى واحدة، كما لا يسمع من المدعي إلا دعوى واحدة، انتهى.

وقال الدارمي: وإذا كان لجماعة على واحد دعاوى سمع من جميعهم ولا يسمع من واحد دعوتين، فإن عاد في آخرهم وقد جاء بعدهم قوم فهل يقدّمه؟ على وجهين.

تنبيهات وفروع:

منها: تقديم القاضي الأول فالأول على سبيل الوجوب كما اقتضاه كلام «الحاوي» وغيره.

قال الماوردي: على القاضي أن يُقدِّم السابق، ثم قال: فإذا وجب تقديم أحدهم بالسبق أو القرعة لم يجز أن يقدم عليه غيره فيصير بتقديمه جائرًا، فَإِنْ قَدَّمَ مَسْبُوقًا عَلَى سَابِقٍ بِغير طِيبِ نَفْسٍ منه ظَلَمَهُ ونفذ حُكْمُهُ لِلْمَسْبُوقِ، انتهى.

ولكن هذا فيما إذا قدم المسبوق جورًا، أمَّا لو قدَّمه باجتهاد لمعنى ظهر له فلا جور، نعم إذا عصيناه بالتقديم جورًا فيجيء في نفوذ حكمه إذا تكرر منه ذلك، وفي تفسيقه وعدم نفوذ حكمه الخلاف المذكور في تكرر الصغيرة.

ومنها: قال الماوردي: إذا كَانَ الْمسبُوقُ مَرِيضًا يَسْتَضِرُّ بِالصَّبْرِ، فإن آثره الباقون فهو أَوْلَى بِهِمْ، وَإِنْ شَاحُّوهُ قَدَّمَهُ الْقَاضِي إِنْ كَانَ مَطْلُوبًا لا طالبًا؛ لِأَنَّ الْمطلُوبَ مُجْبَرٌ وَالطَّالِبَ مُخَيَّر، انتهى.

وقضية هذا مجيئه في المرأة والمسافر، وقد قال الرافعي: وما ينبغي أن يفرق بين أن يكون المسافر مدعيًا أو مدعى عليه.

ومنها: قال الرافعي: إن تقديم المرأة والمسافر ليس بمستحق، وإنما هو نوع رخصة، وبذلك يشعر لفظ «المختصر» ويوافقه قوله في «الوجيز»: إن رأى فيه مصلحة، ومنهم من يشعر إيراده بالاستحقاق.

……

وعبارة «الروضة»: ليس بمستحق على الصحيح هو رخصة وهذا ظاهر نصه في «المختصر» ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق.

زاد، قلت: المختار أنه مستحب لا يقتصر على الإباحة، انتهى.

وفي انطباق كلامه على كلام الرافعي نظر من وجهين، وعبارة «النهاية» و«البسيط» و«الوسيط» مصرِّحة بأن الكلام في الجواز.

وعبارة «البسيط»: لو اجتمع مسافرون ومقيمون جاز له تقديم المسافرين إن رأى المصلحة فيه، وذلك إن حضر خصومهم وكانوا على وفاق ولم يظهر الضرر على الآخرين بالقدر من التأخير، وكذلك تقديم النساء على الرجال.

وعبارة الْمَحَامِلِيِّ في «المقنع»: وأكثر الكتب تبعًا للنص، ولا بأس أن يبدأ بالمسافرين إلا أن يكثروا . . . إلى آخره.

ومنها: قول الرافعي في المسافرين: وإن كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم كالحجيج بمكة لم يقدموا، قد يُفهم أن المسافرين الحاضرين المجلس للخصومة تعايروا في القِلة وأكثر بأهل البلد.

وعبارة غيره: إلا أن يكثروا، فإن كانوا مثل المقيمين أو أكثر، وقضيتها اعتبار الخصوم بعضهم ببعض لا غير وهي أجود، وعليها ينزل كلام الرافعي.

ومنها: قال الرافعي: ثم لا يخفى أن السفر والأمومة إنما يقتضيان التقديم على المقيمين وعلى الرجال، فأمَّا المسافرون بعضهم في بعض، والنسوة بعضهن في بعض، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة، انتهى.

ويشبه أن يقال: تَقْدِيمُ الْمُسَافِرِ الَّذِي شَدَّ رَحْلَهُ وَخَافَ الضَّرَر بتخلفه عن الرفقة على المسافر الذي لَا يَخْشَى التَّخَلُّفَ عَنْ الرُّفْقَةِ أَوْ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ؛ لِكَثْرَةِ الرِّفَاقِ، وَأَمْنِ الطَّرِيقِ، وَقُرْبِ مَقْصِدِهِ، وَأَنْ يُقَدَّمَ الْمُسَافِرَ لِضَرُورَةٍ أَوْ حَاجَةٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى الْمُسَافِرِ لِنُزْهَةٍ وَبَطَالَةٍ كما أشرنا إليه من قبل.

ومنها: قال بعض من أدركنا تفقهًا: ويحسن أن يقال: تقدم المسلم على الكافر كالرقعة في المجلس، أو يجعل على الخلاف في المسألة وإلا

....

فما الفرق، انتهى.

وقضية قول الغزالي: ولا يقدم تفضيله إلا إن المسافر.. إلى آخره يقتضي أنه لا يقدم المسلم على الكافر، وما ذكره محتمل وفي الفرق للرضا عسر، والله أعلم.

ومنها: قال الرافعي: المقدم بالسفر يجوز أيضًا ألَّا يتقدم إلا بدعوى واحدة، ويجوز أن يتقدم بجميع دعاويه؛ لأن الغرض من تقديمه ألَّا يتخلف عن رفقائه، ويجوز أن يقال: إذا عرف له دعاوى فسبيله سبيل المقيمين؛ لأن في تقديمه بجميع الدعاوى إضرار بغيره، وتقديمه بدعوى واحدة لا يحصل الغرض زاد في «الروضة».

قلت: الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة أو خفيفة بحيث لا يضر بالباقين إضرارًا بيّنًا قدم بجميعها وإلا فيقدم بواحدة؛ لأنها ما دون فيها، وقد يقنع بواحدة ويؤخر الباقي إلى أن يحضر، والله أعلم، انتهى.

لكن لو علم القاضي أنه لا يقنع وأنه يتخلف لبقية دعاويه وحقوقه فلا وجه لتقديمه بواحدة، بل إمَّا أن يقدم بالكل أو لا يقدم شيء، والله أعلم.

ومنها: إذا قدَّمنا السابق من المقيمين أو غيرهم بدعوى واحدة فهل المراد التقديم بنفس الدعوى وجوابها من الخصم؟ ثم إن تأخر الحكم، أو فصل الخصومة لإحضار بينة، أو تزكية، أو تغليظ يمين، أو إحضار دافع مع تقارب الوقت أن القاضي يسمع دعوى من بعده من السابقين، وهكذا إلى أن يحضر المدَّعي الأول بينة أو تزكية، فيشتغل بإتمام حكومته حينئذ أو أنه لا يسمع دعوى غيره حتى ينهي خصومتهما لم أر فيه شيئًا، والأقرب: الأول، وعليه العمل ولا وجه لتعطيل الخصوم من غير اشتغال القاضي بشيء، ويحتمل غيره إن قرب الوقت لئلا تختلط عليه الخصومات ويتشتت فهمه ويكثر اللغط والتنازع من الخصوم، وسيأتي عن «الحاوي» شيء يتعلق بهذا، ويأتي مثل هذا التردد في المسافر والمقيم وفي سائر من تقدمه لسبق أو غيره.

....

ومنها: إذا تنازع الخصمان، وزعم كل منهما أنه المدعي.

قال الأصحاب: وإن سبق أحدهما إلى الدعوى لم يلتفت إلى قول الآخر أني كنت المدعي، بل يقال له: أجب دعواه، ثم ادعِ عليه إن شئت، وإن لم تسبق الدعوى من أحدهما.

قال الرافعي: سأل القاضي العون، أي: الثقة المقبول الخبر، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بيّنة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه، قال: استوي الطرفان أقرع بينهما، فمن قرع ادعى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده، انتهى.

وفي «الحاوي» وجه آخر: أن القاضي يصرفهما حتى يتفقا على ابتداء أحدهما.

وقال شريح الروياني بعد التصوير: حكى ابن المنذر عن قوم أنه يقرع بينهما، وعن قوم أن الحاكم يقدم من أراده، وعن قوم أن الحاكم يصرفهما ليعودا من بعد، وعن قوم أنه يحلف كل واحد منهما أن صاحبه لم يحضره ولم يحضر قبله ثم يصرفهما.

قال جدي: من أصحابنا من خرج على هذه الأقاويل، ومنهم من قال: المذهب الإقراع، انتهى.

والثلاثة الأول في كلام الأصحاب والرابع التحليف غريب، ووجهه إن عرض اليمين قد يستخرج الصدق، فإن حلف أحدهما قدَّمه أو حلفا صرفهما حينئذ، وحكى الصيمري في شرح «الكفاية» عن قوم أنه يصرفهما؛ لأن ظاهرهما العبث، وقال آخرون: يقدم بالدعوى أشبهها، وقيل: بل من شاء والأولى صرف القرعة عندنا في مثل هذا، انتهى.

وبقي هاهنا تتمات كثيرة أوردتها في «الغنية».

فصل في مسائل منثورة نختم بها الفصل:

أحدها: ليس للقاضي أن يلقن أحد الخصمين دعوى ولا حجة مثل أن

....

يقول: قل كذا لما فيه من إظهار الميل وكسر قلب الخصم.

قال القاضي أبو الطيب: وضابطه ألَّا يلقن أحدهما ما هو ضرر على الآخر، ولا يهديه إليه مثل أن يقصد الإقرار فيلقنه الإنكار، أو يقصد النكول فيجريه على اليمين، أو يقصد اليمين فيلقنه النكول وليس له أن يعلم الخصم كيف يدَّعي؛ لأن فيه إعانة على خصمه، وقيل: يجوز أن يعلمه إذ لا يستضر الآخر بصحة دعواه، فإن الحق لا يثبت بقوله، قاله الإصطخري وعليه اقتصر القاضيان الهروي وشريح الروياني، والصحيح الأول وعليه سائر الأصحاب كما قاله القاضي أبو الطيب، وعلى هذا يقول له: إن حققت دعواك سمعتها وإلا صرفتك حتى تتحقق لك، ولا بأس على الوجهين بالاستفسار مثل أن يدَّعي دراهم فيقول: أصحاح أم مكسرة؟ أو قتلًا فيقول: عمدًا أم خطأ؟ ونحو ذلك صرَّح به القاضي الحسين والبغوي والرافعي وغيرهم، وحكى الإمام في كتاب القاضي إلى القاضي الخلاف فيه، لكن قال: إن ظاهر النص يميل إلى الجواز.

الثانية: لو قال القاضي للخصم: استعن بمن ينوب عنك، قال الماوردي: فإن أشار بذلك إلى الاستعانة في الاحتجاج عنه لم يجز، وإن أشار به إلى الاستعانة في تحقيق الدعوى جاز ولا يعين له من يستعين به، أي: خوفًا من التهمة، بل يقول: استنب من شئت، والخلاف السابق في تعليم الدعوى جاز في تعليم الشاهد كيفية أداء الإشهاد، صرَّح به الماوردي وغيره، وقال في «العدة»: إن الأصح الجواز فيها، وظاهر النص المنع، أمَّا إذا لقَّنه ما يشهد به لم يحرر، وربما يفيد الكلام في هذا من بعد.

الثالثة: قال أصحابنا للقاضي: أن يؤدي عن أحدهما ما لزمه؛ لأن فيه نفعًا لهما، وهل له أن يقول للمحكوم له على ضمان هذا المال مثلًا؟ فيه نظر؛ لأنه قد يتهم بالمدافعة، نعم له أن يشفع له إلى خصمه؛ لأن إجابة شفاعته إلى خبرة المشفوع إليه؛ ولأن الشفاعة إنما تكون بعد وجوب الحق وحينئذ ينبغي الميل هكذا أطلق، وينبغي أنه إذا غلب على ظن الحاكم أنه لا يشفعه لما علمه من حنقه أو شدة حاجته أو حلفه ونحو ذلك ألَّا يشفع لما فيه من الاستهانة برد

شفاعته، وقد يحرم بعدم الإجابة؛ لتقدم إتمامه بالطلاق وغيره أنه لا يمهله ولا يضع عنه شيئًا ولو ظن أنه يشفعه، لكن حياء من القاضي أو خوفًا لا عن طيب نفس منه ففي الجواز نظر.

الرابعة: قال أصحابنا: لا يجوز للقاضي أن ينهر الخصمين ولا أحدهما من غير سبب يقتضيه؛ لأنه إذا فعل ذلك لحقه الحصر والقصور عن القيام بحجته، وعبارة جماعة: يكره للقاضي، فإن أرادوا إكراهه التحريم فذاك وإلا فالصحيح التحريم لما ذكرناه ولما فيه من الأذى من غير موجب، نعم لو ظهر من أحدهما لدد وهو على الأصح الالتواء في الخصومة مثل إن قال: استحلفه فلمَّا شرع الحاكم في استحلافه قال: أقطع حتى أقيم البينة، أو قال لما أراد الحكم بينهما لي بينة أقيمها وانصرف، ثم عاد ورفعه ثانيًا ولم يقم بينة وما أشبه ذلك مما يعلم منه قصد الإضرار والعبث أو سوء أدب مثل: إن عرض للحاكم بأنك ظلمتني أو حكمت بغير الحق نهاه؛ ليرجع إلى الحق فيقول له: هذا لا يجوز لك فلا تبتذل الناس، فإن عاد زبره، وهو: أن يغلظ له في الكلام بأن يصيح عليه أو يتوعده، فإن عاد عزَّره إذا رآه هذا ما أورده ابن الرفعة.

وقال الروياني في «الحلية»: لو ظهر من أحدهما ما لا يحسن من القول أو الفعل زبره القاضي، فإن عاد واستحق التأديب أدبه بسؤال الخصم.

وقال الدارمي: وإن بان له من أحدهما لجاج ولدد نهاه، فإن زاد زبره، فإن زاد لم يحبسه ولم يضربه إلا أن يظهر ما يوجب ذلك فيفعله إن رآه، وفي «الترغيب»: وإن بان من أحدهما إساءة أدب في الخصام أو مشافهة الشهود بالتكذيب زجره باللسان، وإن عاد عزره ولا يضربه ولا يحبسه، انتهى.

وفي هذا الإطلاق نظر ظاهر، وقال الرافعي: من أساء من الخصوم الأدب في مجلسه بأن صرَّح بتكذيب الشهود، أو أظهر فيه مع الخصم لدد ومجاوزة حد فيزجره وينهاه، وإن عاد ثانيةً هدده وصاح عليه، فإن لم ينزجر عزَّره على ما يقتضيه الاجتهاد من التوبيخ وإغلاظ القول له بأن يقول: أنت معتد أو غير متصف، ومن الحبس والضرب ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد.

……

وعن الإصطخري أنه على قولين، وذكر في «تتمة التتمة»: إنه إنما يضربه بالدرة دون السياط؛ إذ الضرب بالسياط من شأن الحدود وهذا غير مسلم، بل الضرب بالسياط مشروع في غير الحدود، ألا ترى من لفظ الشافعي في تعزير القاضي شاهد الزور قال: عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطًا، انتهى.

وقال ابن شداد عن «الحاوي»: اختلف أصحابنا في اللدد، فقال البصريون: هو الشدة في الخصومة، وقال البغداديون: هو الالتواء عن الحق، فيبدأ القاضي بنهيه من غير زجر ولا زبر، فإن لم ينكف قابله بِالزَّجْرِ وَالزَّبْرِ قولًا، ولا يتعداه إلى الضرب والحبس، ويكون ذلك على قدر لدده، وقيل: على قدر منزلته، وإن لم ينكف عاد بعد الثالثة إلى الضرب والحبس وتعزيرًا مجتهدًا فيه، فإن كان في لدده فحش وشتم ضربه بالعصي أو بالنعل على مقداره، وإن كان لدده تمانعًا عن الحق وخروجًا عن الواجب حبسه، وإن جمع بين الأمرين جمع في التأديب بين الضرب والحبس، قال: وينبغي ألَّا يكون القاضي في تعزير عسوفًا ولا ضعيفًا مهينًا.

الخامسة: قال الْمحَامِلِيّ والعمراني وغيرهما: إذا أغلظ الخصم للحاكم بالقول بأن يقول: جرت عليّ في الحكم، أو حكمت عليّ بغير حق وما أشبهه فعل الحاكم ما يرى فيه مصلحة من تعزيره أو تركه، فإن كان الخصم جاهلًا يرى إن ترك تعزيره للعجز عنه عزَّره؛ لئلا يتسلط عليه بأكثر من ذلك، وإن كان عاقلًا إلا أنه أخطأ في ذلك زجره بالكلام، وهذَّب الرافعي ذلك فقال: لو اجترأ خصم على القاضي، وقال: أنت تجور أو تميل، أو أنت ظالم جاز له أن يُعزره وأن يعفو، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه، والتعزير أولى إن حمل عليه، انتهى.

وقال الروياني في «الحلية»: وإن أغلظ أحدهما في القول للحاكم، أو استقبله بما لا يجوز، فإن احتمله فحسن، وإن أدَّبه فجائز.

قلت: ويشبه أن يقال: الأولى في هذا الزمان تعزير الجاهل والعاقل جميعًا، أمَّا الجاهل فلما سبق، وأمَّا العاقل فليرتدع به غيره من الجهال؛ لئلا

وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ.

يعتدوا به في سفهه إذا خوصموا إلى الحاكم ويظنوا أنه إنما تركه عجزًا وضعفًا، ولا سيما إذا اشتهر شتمه للقاضي، واستفاض بخلاف ما إذا لم يظهر، وينبغي للقاضي ألَّا يقصد الانتقام لنفسه بل لمنصب الشرع، والأحسن في هذا الزمان رفعه إلى قاض غيره أو والٍ آخر؛ ليؤدبه على فحشه، فإنه أسلم للقاضي وأبرأ لساحته.

قال: (**وَيَحْرُمُ اتِّخَاذُ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ، لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ**) لمخالفة قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والإجماع منعقد على قبول كل عدل ولما فيه من التضييق والمشقة على الناس؛ إذ يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبلهم ضاع الحق، وعبارة جماعة: يكره للقاضي اتخاذ شهود معينين ويحرم عليه ألَّا يقبلهم، وعبارة شريح الروياني: ليس للحاكم تعيين الشهود في البلد، بل شهادة من استجمع الشرائط مقبولة، فإن التعيين تصنيفٌ على الناس، وجوَّزه بعض أصحابنا، وكان المراد مع قبول غيرهم.

قال: وله أن يعين من يكتب الوثائق في أصح الوجهين، وإلى الحاكم تعيين المعدلين والمزكِّين، انتهى الماوردي.

أمَّا تمييز الشهود وتعيينهم من جميع الناس حتى يعتمد الحاكم عليهم، ولا يسمع شهادة غيرهم كالذين عليه الناس في زماننا فهو مستحدث، أول من استحدثه: إسماعيل بن إسحاق القاضي، وكان مالكيًا ميَّز شهوده، واقتصر على الحكم شبهًا، ولم يقبل شهادة غيرهم، وتلاه من تعقبه من القضاة إلى وقتنا؛ ليكون الشهود أعيانًا معدودين حتى لا يستشهدوا بمجهول العدالة فيعزروا ولا يطمع في الشهادة غير مستحق لها فيسترسلوا، وهذا مكروه من أفعال القضاة؛ لأنه مستحدث خولف فيه الصدر الأول، وليس يكره أن يكون له شهود يقبلهم، وإنما المكروه ألَّا يقبل غيرهم اقتصارًا عليهم؛ لأن في الناس من العدول أمثالهم فلم يجز أن يقتصر على بعض العدول دون بعض، وقد عمَّ الله تعالى ولم يخص؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يَتَجَدَّدُ لِلنَّاسِ حُقُوقٌ يَشْهَدُهَا مَنِ اتَّفَقَ، فَإِذَا لَمْ يَسْمَعْ إِلَّا شَهَادَةَ مُعَيَّنٍ بَطَلَتْ؛ وَلِأَنَّ فِي التَّعْيِينِ مَشَقَّةً؛ وَلِأَنَّ مَنْ قَلَّتْ أَمَانَتُهُ مِنَ النَّاسِ إِذَا عَلِمُوا

وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ، وَإِلَّا وَجَبَ الِاسْتِزْكَاءُ،

أنه **لَا تُقْبَلَ فِيهِمْ شَهَادَةُ مَنْ حَضَرَهُمْ تَجَاحَدُوا، وَإِذَا لَمْ يَعْلَمُوا تَنَاصَفُوا**، انتهى.

وفهم ابن الرفعة أنه أراد كراهة التنزيه، فقال: وهذا المنع، قال في «الحاوي»: إنه مكروه، وتبعه صاحب «البحر» والذي جزم به أبو الطيب وغيره أن ذلك حرام وأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع، انتهى.

والماوردي صرَّح بأنه لا يجوز الاقتصار على بعض العدول ومراده كراهة التحريم، وبالجملة فالصواب: الجزم بتحريم رد شهادة العدل غير المعين بغير سبب يقتضي ردّها، ولا أحسب أحدًا من الأمة يخالف في هذا، ومن أطلق الكراهة فمراده كراهة التحريم، كما دلَّ عليه كلام الماوردي، أو أنه يكره للقاضي تعيين شهود مع قبول غيرهم؛ لما فيه من المشقة وخوف التهمة؛ وللمغالاة في الأجرة إذا كانوا يرتزقون على الشهادة، كما هو الغالب في الأمصار في هذه الأعصار.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةً أَوْ فِسْقًا عَمِلَ بِعِلْمِهِ**) أي: في الطرفين ولا حاجة إلى تعديل في الأولى وإن طلبه الخصم خلافًا لأبي حنيفة، هذا هو المذهب، وفيه خلاف ضعيف ذكرناه في فصل القضاء بالعلم.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يعرف منهم عدالة ولا فسقًا.

(**وَجَبَ الِاسْتِزْكَاءُ**) أي: فلا يجوز له قبول شهادتهم والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيه أم سكت، وسواء في ذلك الشهادة بالمال وغيره؛ كالقصاص، والحدود، وغيرها.

وروى ابْن كَجٍّ وجهًا: إن الاستزكاء إنما يجب إذا طلبه الخصم؛ لأنه حقه.

وفي «العدة»: لو استفاض فسق الشاهد بين الناس فلا حاجة إلى البحث والسؤال، وينزل المستفيض منزلة المعلوم، وسكت الشيخان عليه، وفيه شيء؛ لكثرة الكذب في زماننا، وتجد الشيء يشتهر غاية الشهرة ثم يتبين أنه لا أصل له، ثم شرع المصنف في بيان كيفية الاستزكاء.

بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ وَكَذَا قَدْرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَبْعَثَ بِهِ مُزَكِّيًا ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمُزَكِّيَ بِمَا عِنْدَهُ، وَقِيلَ: تَكْفِي كِتَابَتُهُ.

قال: (**بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمشهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ وَكَذَا قَدْرُ الدَّيْنِ عَلَى الصَّحِيحِ وَيَبْعَثَ بِهِ مُزَكِّيًا ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمزَكِّيَ بِمَا عِنْدَهُ، وَقِيلَ تَكْفِي كِتَابَتُهُ**) هذا الفصل معقود لبيان كيفية الاستزكاء وكيفيته، وما يعتبر فيه، وهو أصل عظيم من أصل القضاء، وقد أُهمل في هذه الأعصار، وقَلَّ الاعتناء به جدًّا.

قال الرافعي رحمه الله: إذا أراد القاضي البحث عن حال الشهود وكتب اسم الشاهد وكنيته إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده، وكل ذلك؛ لئلا يشتبه بغيره، فإن كان مشهودًا وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف اكتفى به، ويكتب في الكتاب المشهود عليه، فقد يكون بينه وبين الشاهد عداوة، واسم المشهود له قد يكون بينه وبين المشهود له ولادة أو شركة، أي: وغير ذلك مما يمنع قبول الشهادة.

وقال الماوردي: لَا يَخْلُو حَالُ مَنْ خَفِيَتْ ولادته من الشهود من أَنْ يَرَاهُمْ عَلَى كَمَالٍ أَوِ اخْتِلَالٍ، فَإِنْ رَآهُمْ عَلَى وُفُورِ الْعَقْلِ وَشِدَّةِ التَّيَقُّظِ وَظُهُورِ الْحَزْمِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى اخْتِبَارِهِمْ وَأَنْ تفرَّقَوا لِسُؤَالِهِمْ وَاقْتَصَرَ عَلَى إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ واختيارهم؛ لِيَتَوَلَّى أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ الْبَحْثَ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَإِنْ رَآهُمْ عَلَى اخْتِلَالٍ مِنَ الْحَزْمِ وَضَعْفِ الرَّأْيِ وَاضْطِرَابِ الْعَقْلِ اخْتَبَرَهُمْ قَبِيلَ إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ وَاخْتِبَارُهُمْ يَكُونُ بِتَفْرِيقِهِمْ، وَسُؤَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى انْفِرَادِهِ عَنْ صِفَةِ شَهَادَتِهِ، وسَبَبِهَا، وَزَمَانِهَا، وَمَكَانِهَا لِوُرُودِ الشَّرْعِ بذلك عِنْدَ الِارْتِيَابِ.

ثم ذكر في ذلك آثارًا عن داود ودانيال عليهما السلام- وعن علي رضي الله عنه أوردتها في «الغنية» وثم قال: فَثَبَتَ أَنَّ تَفْرِيقَ الشُّهُودِ مَعَ الِارْتِيَابِ نُدِبَ مِنْ سُنَنِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْأَئِمَّةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الِاحْتِيَاطِ وَنَفْيِ الِارْتِيَابِ، فَإِنِ اخْتَلَفُوا عَلَيْهِ فِي الشَّهَادَةِ عِنْدَ تَفَرُّقِهِمْ رَدَّهُمْ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى إِثْبَاتِ أَسْمَائِهِمْ وَالْبَحْثِ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَإِنِ اتَّفَقُوا وَلَمْ يَخْتَلِفُوا وَعَظَهُمْ بِمَا يَخَافُونَ بِهِ فَضِيحَةَ الدُّنْيَا وَعَذَابَ الْآخِرَةِ.

رَوَى أَبُو حَنِيفَةَ قال: كُنْتُ عِنْدَ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ وَهُوَ قَاضِي الْكُوفَةِ، فَجَاءَهُ رَجُلٌ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَأَنْكَرَ، فَأَحْضَرَ الْمُدَّعِيَ شَاهِدَيْنِ فَشَهِدَا لَهُ بِمَا

……

ادَّعَاهُ، فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ: وَالَّذِي بِهِ تَقُومُ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ مَا كَذَبْتُ فِي إِنْكَارِي، وَلَقَدْ كَذِبَا عَلَيَّ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَوْ سَأَلْتَ عَنْهُمَا لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِمَا اثْنَانِ، وَكَانَ مُحَارِبُ بْنُ دِثَارٍ مُتَّكِئًا فَاسْتَوَى جَالِسًا، وَقال: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: **«إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفِقُ بِأَجْنِحَتِهَا وَتَرْمِي بِمَا فِي حَوَاصِلِهَا مِنْ هَوْلِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَإِنَّ شَاهِدَ الزُّورِ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»**(١) فَإِنْ صَدَقْتُمَا فَاثْبُتَا وَإِنْ كَذَبْتُمَا فَغَطِّيَا رأسَيكُمَا وَانْصَرِفَا فَغَطَّيَا رأسَيهُمَا وَانْصَرَفَا.

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ﷺ عَلَى رَجُلٍ بِالسَّرِقَةِ فَقَالَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ: وَاللهِ مَا سَرَقْتُ، وَوَاللهِ لَقَدْ كَذَبَا عَلَيَّ، فَوَعَظَهُمَا عَلِيٌّ ﷺ وَاجْتَمَعَ النَّاسُ فَذَهَبَا فِي الزِّحَامِ فَقَالَ ﷺ: لَوْ صَدَقَا لَثَبَتَا وَلَمْ يَقْطَعِ الرَّجُلَ؛ وَلِأَنَّ الْحَسَدَ وَالتَّنَافُسَ قَدْ يَبْعَثُ مَنْ قَلَّتْ أَمَانَتُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالْكَذِبِ: إِمَّا اعْتِمَادًا لِإِضْرَارٍ، أَوِ ارْتِشَاءٍ عَلَى شَهَادَةِ الزُّورِ، فَلَزِمَ الْحَاكِمَ فِيمَنْ جَهِلَ حَالَهُ بِمَا أَمْكَنَ مِنَ الِاخْتِبَارِ وَالْوَعْظِ فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ وَعْظِهِ سَتَرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَفْضَحْهُ إِلَّا أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْهُ أَنَّهُ شَهِدَ بِزُورٍ فَيَكْشِفُ حَالَهُ لِيَتَحَرَّزَ مِنْهُ الْحُكَّامُ إِنْ أَقَامَ بَعْدَ الْوَعْظِ عَلَى شَهَادَتِهِ أَثْبَتَ اسْمَهُ لِلْبَحْثِ عَنْ عَدَالَتِهِ.

وما ذكره من التفصيل هو ما أورده العراقيون وغيرهم، وحكاه الإمام عن نص الشافعي، وقال الرافعي: إنه الوجه كما سيأتي، ثم ذكر إنما يؤمر الحاكم بإلقائه إلى أصحاب مسائله أربعة أشياء:

أَحَدُهَا : صِفَاتُ الشُّهُودِ.

وَالثَّانِي : مَنْ شَهِدُوا لَهُ.

وَالثَّالِثُ : مَنْ شَهِدُوا عَلَيْهِ.

وَالرَّابِعُ : مَا شَهِدُوا بِهِ مِنَ الْحَقِّ كما سيأتي.

قال: وَهَذَا أَحْوَطُ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ فَيُثْبِتُ هَذِهِ الْأَرْبَعَةَ لِأَصْحَابِ

---

(١) أخرجه الحاكم (٧٠٤٢) وصححه ووافقه الذهبي.

……

مَسَائِلِهِ فِي رِقَاعٍ وَسُمى أَصْحَابُ الْمَسَائِلِ الْمُزَكِّينَ ثُمَّ الْحَاكِمُ بِالْخِيَارِ مَعَهُمْ بَيْنَ أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْأَحْوَطُ أَنْ يَكْتُبَ بِذَلِكَ أَرْبَعَ رِقَاعٍ يَدْفَعُ مِنْهَا رُقْعَتَيْنِ إِلَى مُزَكِّيَيْنِ آخَرَيْنِ لِيَسْأَلَا عَنْ أَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ وَيَدْفَعَ رُقْعَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ إِلَى مُزَكِّيَيْنِ آخَرَيْنِ لِيَسْأَلَا عَنِ الشَّاهِدِ الْآخَرِ فَيَسْمَعُ تَزْكِيَةَ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ مِنْ مُزَكِّيَيْنِ، وَيَصِيرُ الْمُزَكُّونَ أَرْبَعَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى رُقْعَتَيْنِ فِيهِمَا ذِكْرُ الشَّاهِدَيْنِ، فَيَدْفَعُ إِحْدَاهُمَا لِيَسْأَلَ عَنِ الشَّاهِدَيْنِ، وَالْأُخْرَى إِلَى الْآخَرِ لِيَسْأَل عَنهما فَتَصِيرُ التَّزْكِيَةُ فِيهِمَا مَسْمُوعَةً مِنْ مُزَكِّيَيْنِ فَإِذَا تَوَجَّهَ بِهَا أَصْحَابُ الْمَسَائِلِ الْمُزَكُّونَ، كَانَ أَوَّلُ مَا يَسْأَلُونَ عَنْهُ أَحْوَالَ الشُّهُودِ فَإِنْ وَجَدُوهُمْ مَجْرُوحِينَ لَمْ يَسْأَلُوا عَنْ غَيْرِهِمْ أو مُعَدَّلِينَ سَأَلُوا عَمَّنْ شَهِدُوا لَهُ فَإِنْ ذَكَرُوا أَنَّ بَيْنَهُمْ وَبَيْن الشهود مَا يَمْنَعُ مِنْ شَهَادَتِهِمْ لَهُ، لَمْ يَسْأَلُوا عَمَّا عَدَاهُ وإِلَّا ذَكَرُوا حِينَئِذٍ الْقَدْرَ الَّذِي شَهِدُوا به ثُمَّ عَلَى أَصْحَابِ الْمَسَائِلِ أَنْ يَشْهَدُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ بِمَا عَرَفُوهُ مِنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ الْأَرْبَعِ إِنِ اجْتَمَعَتْ أَوِ افْتَرَقَتْ، فَإِنَّ لِكُلٍّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حُكْمًا فِي غَيْرِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، انتهى.

قال: وكذا قدر الدين على الصحيح، أي: المنصوص، وبه جزم الماوردي والمحاملي وغيرهما من العراقيين والفوراني وغيره.

قال الإمام: إنه غير سديد، وإن الذي ذهب إليه معظم الأئمة أن ذكر المال احتياط وليس باشتراط، وتبعه الغزالي وغيره، والمشهور الأول، وفي «تعليق» البغوي: ذكر الدين وجنسه، وفي غيره: ونوعه.

قال الرافعي: وقول قائله: إن العدالة لا تتجزأ، حكى أبو العباس الروياني فيه اختلافًا عن الأصحاب منهم من منعه، وقال: قبول الشهادة مبنية على غلبة الظن بصدق الشاهد، وقد يغلب على الظن الصدق في القليل دون الكبير، ومنهم من سلمه، وقال: إنما يذكره؛ لأن الكثير أجدر بالاحتياط، وذكر المال قد يكون أطيب لقلب المزكي وبني على الخلاف في أن العدالة هل

....

تتجزأ؟ إنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كبير هل يحتاج إلى التزكية، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: التزكية المقيدة إن شهد شاهد بحق فتزكية شاهدَيْن في هذا المشهود به خلصاء، وفي سماع هذه التزكية وقبولها خلاف مشهور، المشهور في المذهب: عدم قبولها، وأصل هذا الخلاف أن العدالة هل تتبعض أم لا؟ المشهور في المذهب لا وإن كان عدلًا في درهم فهو عدل في ألف.

قال: أو يبعث به مزكيًا، أي: بما كسبه مما تقدم ليعرف الحال، وعبارة «المحرر» والجمهور، ويبعث به إلى المزكي، وهي أجود؛ لأن أصحاب المسائل وإن سموا بذلك فالمزكي إنما هو المبعوث إليهم كما سيأتي.

قال الرافعي: ويكتب إلى كل مزكٍّ كتابًا ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفي كل كتاب عن غير من يدفعه إليه، وغير من يبعثه إليه احتياطًا، وسبق كلام الماوردي في كيفية سؤالهم، وهو مصرِّح بإيجاب البحث عن الصفة التي ذكرها، قال ابن الرفعة: وعليه ينطبق قول الفوراني: يشترط أن يذكر المال والمشهود له والمشهود عليه إذا استزكى الشهود؛ لأن ذلك يختلف، وكذلك قول الإمام، لكنه قال بعد قوله: أمَّا المدعي فلا بدّ من أعلامه، وأمَّا المدعى عليه، فقد يدرك المزكي بينه وبين الشهود عداوة أو لددًا في خصومة، يوجب مثلها رد الشهادة، فإن لم يقع التعرض لما ذكرناه فالتعديل في الشهود يثبت، ولكن يبقى على القاضي نظر فيما وراء التعديل.

قال: ثم يشافهه المزكي بما عنده، أي: فإن كان مجروحًا لم يظهره، وقال للمدعي: زدني شهودًا، أو إن كان تعديلًا عمل بمقتضاه، والمراد بالمزكي المبعوث إليه كما اقتضاه كلام «المحرر» وغيره، ثم الأكثرون كما قال الماوردي: إن الحكم بقول المزكيين لا بقول المسؤولين من الأصدقاء والجيران وصحَّحه القاضي أبو الطيب وغيره.

قال: وقيل يكفي كتابته هذا الكلام يفهم بأنه يكفي الكتابة فقط على هذا

الوجه بل يقتضي الاكتفاء بكتابة المبعوث، وهذا لم يقله أحد فيما أعلم، قال الرافعي: ولا تثبت العدالة بمجرد رفعه المزكي؛ لأن الخط لا يعتمد على ما سبق، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي؛ لأنه قد يحتاج إلى البحث والنذير الطويل، فكانت المراجعة بالرقاع أحسن ثم الاعتماد على ما يجري آخر، وعن القاضي الحسين جواز اعتماد الرقعة كما عليه العمل، انتهى.

وفي «الكافي»: ولا يقبل القاضي التعديل بالكتبة حتى يذكره الأصحاب المسائل للقاضي صريحًا مواجهًا به.

وقال أبو يوسف: يقبل الكتبة، وهو اختيار القاضي الحسين وأصحابه بـ«مرو» وردوا عليه الأحكام في بلاد الإسلام، انتهى.

قلت: وهذا ممنوع إلا أن يريد به ما سيأتي عن الإصطخري، ولم أر من حكى هذا عن القاضي غير البغوي، ولم يذكره إبراهيم المروزي عنه، وهو يقفوه.

قال الرافعي: ثم ذكر في «الوسيط» تفريعًا على الأول أن الإصطخري قال: يكفي رسولان مع الرقعة، وأن الأظهر وجوب المشافهة، وهذا ما أورده في «الوجيز» وهو بيِّن، إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكيين، أمَّا إذا ولي بعضهم العدالة والجرح فليكن كتابه ككتاب القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي، انتهى.

واعترض ابن الصلاح على «الوسيط» بما أوردته في «الغنية» إلى أن قال: ثم ما ذكره في هذه المشافهة من أنه يشترط لفظ الشهادة، إن قلنا: تجب المشافهة، وإن اكتفينا بالرقعة مع الرسول ففي اشتراطه خلاف يوهم أن في صحة أصل التزكية من غير مشافهة خلافًا، وليس كذلك، وإنما الخلاف في وجوب المشافهة من المزكي، ومن لا يوجبها يوجب المشافهة من الرسول الحامل المرقعة، واكتفى بشهادته بذلك مع حضور شاهد الأصل، وهو المزكي للحاجة؛ كيلا يعرف المزكي ويشتهر، انتهى.

وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّعْدِيلِ، وَخُبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يَعْدِلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ، ....

وقال الإمام: ذكر العراقيون في التزكية وما يقع به تعديل الشهود طريقين:

أحدهما: لأبي إسحاق وذلك أنه قال: لا يثبت التعديل ما لم يصرِّح المزكيان بالتعديل أو الجرح ولا تعويل على الرقاع وأجوبتها، ولا على أقوال الرسل المترددين بين القاضي وبينهما، وهذا قياس بَيِّن، قالوا: وقال الإصطخري: إذا أخبر الرسل عن أقوال المزكين كفى ولا يكلف حضور المزكيين في كل تعديل، ثم قال الإصطخري: لا يقع الاكتفاء بأجوبة الرقاع أصلًا بل لا بدَّ من تصريح رسولين بما سمعاه من قول المزكيين، فيخبران عن كل مزكٍ، والقدر الذي احتمله الإصطخري الاكتفاء بأقوال الرسل، وإن كانوا في مقام الفروع مع القدرة على السماع من الأصول، وإنما احتمل هذا القدر؛ لئلا يشتهر المزكون ولا يكثر ترددهم، انتهى.

وهاهنا تنبيهات وتتمات ذكرتها في «الغنية» في عدة أوراق يطول ذكرها، فلتطلب منه.

قال: (**وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ**) أي: يشترط في المزكي ما يشترط في الشاهد.

(**مَعَ مَعْرِفَةِ الْجرحِ وَالتَّعْدِيلِ**) ويزكى الفاسق.

(**وَخُبْرَةِ بَاطِنِ مَنْ يَعْدِلُهُ**) أي: في حال الأداء أو قريبًا منه، كما قاله الشافعي ﷺ.

(**لِصُحْبَةٍ أَوْ جِوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ**) أي: ونحوها هذا فيمن شهد بالعدالة والفسق، وأمَّا من نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة، هكذا أطلقه الرافعي، وظاهره أنه يعتبر فيه كل ما يعتبر في القاضي، وهو موضع تأمل، ويشكل عليه قول الرافعي في كلامه على الاستخلاف بشرط، والخليفة ما يشترط في القاضي.

قال الشيخ أبو محمد وغيره: فإن فوَّض إليه أمرًا خاصًا كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب، حتى أن نائب القاضي في القرى إذا فوِّض إليه

……

سماع البيّنة دون الحكم كفاه العلم بشروط سماع البيّنة، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد، انتهى.

وقضية هذا: إنه يكفيه أن يكون عالمًا بالجرح والتعديل دون ما زاد على ذلك، واستدلوا لمسألة الكتاب بما رواه أبو القاسم البغوي بإسناد حسن عن خَرَشَةَ بْنِ الْحُرِّ، قال: «شهد رجل عند عمر بن الخطاب ﷺ شهادة، فقال: إِنِّي لَسْتُ أَعْرِفُكَ وَلَا يَضُرُّكَ أَنْ لَا أَعْرِفَكَ فَائْتِ بِمَنْ يَعْرِفُكَ، فَقَالَ رَجُلٌ من القوم: أَنَا أَعْرِفُهُ، فقال: بِأَيِّ شَيْءٍ تَعْرِفُهُ؟ قال: بِالْعَدَالَةِ وَالْفَضْلِ، قال: هُوَ جَارُكَ الْأَدْنَى تَعْرِفُ لَيْلَهُ وَنَهَارَهُ وَمَدْخَلَهُ وَمَخْرَجَهُ؟ قال: لَا، قال: فَمُعَامِلُكَ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمِ اللَّذَيْنِ يُسْتَدَلُّ بِهِمَا عَلَى الْوَرَعِ؟ قال: لَا، قال: فَرَفِيقُكَ فِي السَّفَرِ الَّذِي يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ؟ قال: لَا، قال: لَسْتَ تَعْرِفُهُ، ثُمَّ قَالَ لِلرَّجُلِ: ائْتِ بِمَنْ يَعْرِفُكَ»(١) وبهذا اللفظ رواه البيهقي، وأورده جماعة من الأصحاب وهو الأجود ويقع في كتب الأصحاب أن رجلين شهدا عند عمر الأثر .. إلى آخره.

وأسند ابن أبي الدنيا في كتاب «الصمت» في باب ذم المداحين أن عمر ﷺ سمع رجلًا يثني على رجل فقال: أسافرت معه؟ قال: لا، قال: أخالطته؟ قال: لا، قال: والله الذي لا إله إلا هو ما تعرفه(٢).

قال الأئمة: والمعنى في اعتبار الخبرة الباطنة ألَّا يسأل بخفي أسباب الفسق غالبًا، فلا بدّ من معرفة بباطن حاله، وهذا كما أن الشهادة على الإفلاس يعتبر فيها الخبرة الباطنة ألَّا يسأل مشغوف بإخفاء المال، وفي الشهادة على أنه لا وارث سواه تعتبر الخبرة الباطنة؛ لأنه قد يتزوج في السفر أو في الحضر ويخفيه فيولد له، قال الرافعي: قال في «الوسيط»: ويجب على القاضي أن يعرف بأن المزكي هل هو خبر بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٢٥، رقم ٢٠١٨٧).

(٢) أخرجه ابن أبي الدنيا في الصمت (١/ ٢٧٤، رقم ٦٠٣).

....

علم من عدالته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، انتهى.

وقال في «البسيط»: قال الأصحاب: يجب على القاضي أن يبحث عن خبرة المزكي بباطن حاله خيفة أن يبنى على الظاهر، وإن عرف من دأب المزكي أنه يخبر الباطن ثم يزكي فلا يشترط مراجعته، وأبعد بعض الأصحاب فقال: يجب الاقتداء بعمر، وهذا ضعيف.

وعبارة إمامه: إذا عدّل المزكي فحق على القاضي أن يبحث عن علمه بباطنه بحث عمر ﷺ في الأثر المروي والسبب فيه أنه قد يعتقد جواز البناء على الظاهر، والأخذ بتحسين الظن، وإذا بحث القاضي أزال الشك ببحثه، وإن علم أن المزكي خبير بالتزكية عالم بأن التعويل على البواطن، وقد ألف ذلك منه وراجعه فيه فيبينه خبيرًا بصيرًا غير مكتفٍ بالظاهر، فإذا أطلق مثل هذا المزكي التعديل؛ فالأصح أن القاضي لا يحتاج إلى مراجعته في إسناد تزكيته إلى الباطن.

ومن أصحابنا من شرط هذه المراجعة في كل تزكية تمسكًا بأثر عمر، وهذا غير سديد، والأثر محمول على علمه ﷺ بأن المعدل لم يكن خبيرًا بمأخذ التعديل، وقد تحقق ذلك لما راجع كما روينا الأثر، انتهى.

تتمات وفروع:

أحدها: قال الرافعي: وظاهر لفظ الشافعي اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة، ووجه ذلك بأنها إذا لم تتقادم لم يمكن الاختيار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: إن شدة التفحص والإمعان فيه تقوم مقام التقدم، ويمكن الاختيار في المدة اليسيرة، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط، بل إن الغالب أن المعرفة الباطنة حينئذ تحصل، ويوضحه ما ذكرنا أن القاضي قد يأمره بالبحث والفحص عن حال الشاهد؛ ليعرف فيشهد، ولو اعتبر التقادم لطالت المدة وتصور المتداعيان بالتأخير الطويل، انتهى.

وهذا في المزكيين المنصوبين من جهة القاضي لذلك، أمّا غيرهم من

الناس؛ فالذي اشتملت عليه الكتب اعتبار تقادم المعرفة، وممن صرَّح بذلك: الدارمي، وابن الصباغ، ونقل الماوردي الاتفاق عليه، وبه جزم في «الترغيب» وغيره.

وعبارة «النهاية»: ومستند شهادة المعدل انتفاء الجرح بظن غالب تلقاه من طول المخالطة، وقال في «البيان»: ولا يقبل التعديل إلا ممن له خبرة باطنة وخبرة طويلة بالشاهد؛ لأن المقصود معرفة حال الشاهد في الباطن، وذلك لا يدركه إلا من خبر باطنه وطالت خبرته، فأمَّا من عرفه في شهر أو شهرين فلا يقبل منه التعديل؛ لأنه ربما تقدم منه فسق لم يعرفه فلم يقبل تزكيته، انتهى.

ثانيها: قال ابن الرفعة بعد سياقه كلام الإمام السابق إلى آخره وغيره مما تقدم: وهذا بخلاف أصحاب المسألة إذا عدلوا عند القاضي واكتفينا بهم كما هو الصحيح، فإنه لا يشترط أن يكونوا من أهل الخبرة، قال الماوردي: ولا يجوز للحاكم أن يسألهم من أين علمتم التعديل، وكذا الجرح إن عادوا به، وكلام ابن الصباغ قريب منه؛ لأنه قال: وليس للحاكم أن يقول كذا، ولفظ البندنيجي: إنه لا يسألهم من أين تحملوا الشهادة، ولا عن من أخبرهم بذلك، انتهى وهذا شاهد لما قدمناه قبله.

ثالثها: اعتبار العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما، كما قاله الرافعي وغيره في جانب التعديل؛ لأنه إذا لم يعلم المعدل العادلة وشروطها وأسبابها وموانعها لا يدري بما إذا كان يشهد، ومن هذا يؤخذ أن ما يعتمده كثيرًا من حكام العصر أو أكثرهم من قبول التزكية من العوام المقبولين عندهم غير سديد؛ لأنَّا نقطع بأنهم لا يعرفون ذلك، ويبنون الشهادة على ما يظهر لهم من خبر بظنونه بالمزكي، وأكثر الناس تجهل معرفة العدالة وأسبابها، ويجهلون اعتبار المعرفة الباطنة، وحينئذ يجب على القاضي البحث والسؤال والاستفسار.

وأمَّا الجرح فلا يحتاج الجارح إلى معرفة الفسق وأسبابه؛ لأنه لا يقبل إلا مفسرًا بما هو جارح فذاك، وإلا فلا عبرة بما ذكره وظنه جارحًا كما سيأتي، والظاهر أن مراد الرافعي صورة التعديل فقط؛ لأنه إذا لم يعرف المعدّل أسباب

الفسق ظن أن ما هو فسق ليس بفسق فيعدل جهلًا.

رابعها: إذا سمع شخص من الأفواه دين شخص وأمانته وصلاحه وشهد جماعة بأنه عدل، فهل يسوغ له تعديله وليس هو من أهل الخبرة بحاله؟

قال القاضي الحسين: له ذلك إذا تكرر ذلك على سمعه مرة بعد أخرى في مقامات مختلفة يخرج عن حد التواطؤ، فإمَّا أن يشهد عنده عدلان أو أكثر؛ فلأنه يحتمل التواطؤ في ذلك، هكذا حكاه ابن الرفعة وأقره وتنازع فيه إطلاق الجمهور اعتبار الخبرة الباطنة.

وقال الغزالي في «الوجيز»: ولا يجوز الجرح والتعديل بالتسامع، ونازعه الرافعي فيهما، فتكلم معه في الجرح، ثم قال: وأمَّا في طرق التعديل فقد مرّ أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة، فيوافقه القول بأنه لا يجوز التعديل بالتسامع، ولكن التعديل ولكن المخبرين الذين يحصل بهم الاستفاضة لو كانوا خبيرين بباطن حاله وسمع منهم عدالته، فلا يبعد أن يجوز له التعديل، وتُقام خبرتهم مقام خبرته كما أقيم في الجرح رتبهم مقام رتبه، انتهى.

وهو مؤيد لما قلناه، وقال الهروي: وقال الشاشي: إنه يسمع في العدالة الشهادة بالشيوع إلا أنه اعتبر جماعة وأقرّه، ورأيت في «روضة» شريح، وقال الشافعي: فذكره، والصواب: الشاشي، ولفظ الشافعي: تحريف من ناقل، وأشار الهروي قبل هذا إلى خلاف في المسألة حيث حكى عن ابن القاص أنه قال: إذا سمع القاضي تعديلًا في غير عمله له أن يحكم، أي: به في عمله، وأن العبادي قال: القياس عندي بخلافه، قال أبو سعيد: قول ابن القاص يخرج على قول من يقول: إن الشهادة على العدالة بالاستفاضة يجوز، انتهى.

وربما يتكلم على هذا في «الشهادات» إن شاء الله تعالى.

خامسها: إذا عدل مرة ثم شهد أخرى فهل يجب إعادة استزكائه؟ قال ابن الرفعة: قال الأصحاب: إن قصرت المدة فلا، وعن الثقفي أنه يحتاج إلى البحث وتجديد المسألة؛ لاحتمال أن يكون بينه وبين الثاني قرابة أو عداوة أو

……………………………………………………………

نحوهما وإن طالت المدة والقاضي خبير بحاله في المدة المتحللة فهل بحث فيه؟ وجهان: قال الإمام: الذي مال إليه الجمهور الوجوب ورجحه الرافعي والمصنف؛ لأن الأحوال تتحول والإنسان عرضة التغاير والحدثان قبل وهذا القائل يقول ينبغي ألَّا يغفل القاضي المسألة عن صفة الشهود الذين يتناوبون مجلسه للشهادة، وعلى هذا لو ترك البحث عن من تثبت عدالته ثلاثة أيام كان ذلك محتملًا، كذا نقل عن العراقيين.

قال الإمام: وفحوى كلامهم إيجاب البحث وراء ثلاثة أيام، ولست أرى أن يتعذر ذلك، ولكن الرجوع في قرب الزمان وبعده إلى العرف الغالب، وكل مدة يتوقع في مثلها تغاير طارئة، فإذا حلَّت عن المسألة فلا بدّ من تجديد البحث بعدها عنه، والمرجع إلى ما يغلب على ظن القاضي.

وفي «البحر» عن «الحاوي» أن بعض أصحابنا قال: يسأل عنه بعد كل ستة أشهر، ثم رده، والمذهب أنه توقف على اجتهاد القاضي ورأيه، والذي رأيته في «الحاوي» نسبه هذا إلى بعض الفقهاء كما هو في «الشامل» وغيره وهو الصواب في النقل، وقد نسب ابن شداد اعتبار ستة أشهر أيضًا إلى بعض أصحابنا أيضًا، وليس بجيد، والظاهر أن ذكر الأيام الثلاثة في كلام العراقيين مثال للمدة القريبة على ما دلّ عليه سياق «البيان».

ثم قال: وحكى أبو إسحاق أن بعض الناس قال: يسأل عنه كل ستة أشهر وليس مذهبنا، ولكن على ما يراه الحاكم، وقال شريح: وحكى أبو إسحاق عن قوم فذكره، ثم قال: وهذا تقريب لا تجديد، انتهى.

سادسها: قال القاضيان أبو سعيد الهروي وشريح الروياني: إذا عدّل شاهد عند القاضي فإن هذا القاضي لا يشهد عند قاض آخر بأنه عدل، بل يقول: سألت عنه فعدّل عندي، فهذا شيء يعمل به القاضي ولا يقبل منه، وقال أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: يجوز ذلك، قال القفال: الشاشي، وهذا محتمل.

قلت: وما ذكراه في غاية الحسن، وقَلَّ من يتفطن له، والظاهر أن الصورة

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ، ....

فيما إذا لم يظهر له عدالته لقرب الوقت أو غيره، أمَّا لو طالت مخالطته وتبين له عدالته فلا منع إذا انتهت المعرفة إلى حد يجوز أن يشهد له بالعدالة وقد ينازع فيما ذكراه ما سبق في أخبار من نصَّب حاكمًا في الجرح والتعديل فتأمل الموضعين.

سابعها: شهادة الأب بتعديل الابن وبالعكس هل يسمع؟ وجهان الصحيح في «الروضة» وغيرها المنع وبه جزم الماوردي والفوراني والروياني وغيرهم وهل يجوز إذا كان أحدهما حاكمًا أن يحكم بشهادة الآخر لأنه يتضمن التعديل؟ فيه وجهان: الأصح: المنع أيضًا، وقد يفرق بين أن يستند في قبولها إلى علمه وبين أن يزكي عنده وتكلمت على الفرع في «الغنية» عند الكلام في استحلافه أباه.

ثامنها: قال ابن الرفعة: هل يحل للأب تزكية ولده؟ إذا كان القاضي لا يرى ذلك وهو يجهل أنه أبوه لم أر فيه نقلًا، والذي يظهر تخريجه على أن الفاسق في الباطن إذا علم حقًا وطلب لأداء الشهادة به، وهو ظاهر العدالة مسموع الشهادة، هل يحل له الإقدام على الأداء؟ فيه وجهان في «البحر» بناء على وجهين في أن الفاسق هل عليه إقامة الشهادة؟ وجه الجواز: إنه يشهد بالحق ليصل الحق إلى مستحقه، ووجه المنع: إن في أدائه إيقاع الحاكم في حكم باطل؛ لأنه إذا حكم بمستند باطن في نظر الشرع في حق في نفس الأمر كان باطلًا، انتهى.

قلت: والمختار بل الصحيح الجواز، نظرًا إلى ما في نفس الأمر، وسيأتي له نظائر وشواهد، بل المتجه الجزم بالوجوب إذا كان فيه دفع استحلال بضع، أو ذم بغير حق، والله أعلم.

قال: (وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ) أي: فيقول المزكي: أشهد أنه عدل، قال ابن أبي الدم: هذا هو المذهب الصحيح في التزكية وغيرها، وحكى الإمام وجهًا غريبًا بعيدًا: إنه لا يتعين لفظة: أشهد، بل يقوم مقامها: أعلم وأتحقق... وغيرهما، وهذا الوجه لم أر أحدًا نقله سواه، انتهى.

وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ، وَقِيلَ يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي، ....

وفي «روضة» شريح في باب لفظ الشهادة: لا بدَّ أن يذكر الشهود لفظ الشهادة أو معناه، وهل يحتاج إلى لفظ الشهادة في رواية هلال رمضان؟ فيه وجهان، انتهى.

والأحاديث تقتضي الجواز بغير لفظة: أشهد، وقول شريح أو معناه يقتضي عدم تعين لفظة: أشهد.

وفي «فتاوى» القفال الجزم بأنه لا يحتاج المزكي في التزكية إلى لفظ الشهادة، وكذا في الجرح، وفي «النهاية» و«فروعها» واللفظ «للبسيط»: ولا بدّ من لفظ الشهادة إن شرطنا سماع القاضي منه من غير اكتفاء برسول ورفعه، وإن اكتفينا بالرسول فقد ذكر صاحب «التقريب» وجهين في لفظ الشهادة، انتهى.

وهذا يقتضي إنَّا إذا قلنا بالأصح ـ وهو اعتبار المشافهة ـ أنه يشترط لفظ أشهد قطعًا.

فائدة: قال في «الترغيب»: يكتب المزكي: عدل لي وعليّ، وإن كتب: الله أعلم بالسرائر، فهو متوقف في الحال، وإن كتب: يزاد في عدد الشهود، فهو مفسق، انتهى.

وكان المراد أنه مشير إلى ذلك ومعرض به، وفيه وقفة؛ إذ يكون المانع قرابة أو غيرها مع العدالة، إلَّا أن يكون هذا أمرًا مصطلحًا عليه بين الحاكم والمزكيين يعبر به عن ذلك.

قال: (**وَأَنَّهُ يَكْفِي: هُوَ عَدْلٌ**) لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وهذا ما نص في حرملة له القاضي أبو الطيب، وزاد في «البحر» عن حرملة عدل مرضي واعتبره بعضهم.

(**وَقِيلَ: يَزِيدُ عَلَيَّ وَلِي**) قال الإمام: وهو أبلغ عبارات التزكية، وهذا ما نصّ عليه في «الأم» و«المختصر» فقال: لا يقبل التعديل حتى يقول: هو عدل عليّ ولي، ونقلاه في «الشامل» و«البيان» عن الأكثرين، ووجه بأن قوله: عدل لا يثبت العدالة على الإطلاق؛ لجواز أن يكون عدلًا في شيء دون شيء، فهذه

....

الزيادة تُزيل الاحتمال، قاله أبو إسحاق وعلَّله غيره بأن المعدل قد يكون ممن لا تقبل شهادته له لتعصيبه أو لا تقبل عليه لعداوة، فإذا قال: عليّ ولي زال هذا الاحتمال، قال الرافعي: والمعنيان ضعيفان وبسط القول في تضعيفهما كما سقناه في «الغنية» وتأول النص على إرادة التأكيد لا الشرط ورشح ذلك بأن ابْن كَجٍّ نقل جماعة من الصحاب أنهم جعلوا قول المزكي هو عدل مرضي أو رضي أو مقبول الشهادة كافيًا مغنيًا عن قوله: عليّ ولي وحكوه عن نصه في حرملة ومعلوم أن هذه الزيادات لا تشتمل على معنى عليّ ولي فدل على أن ما ذكره يعني في «الأم» و«المختصر» جرى تأكيدًا، انتهى.

قلت: والنقل عن نصه في حرملة مختلف فحكى عنه في «الإشراق» أن يقول: هو جائز لشهادة، وحكى في موضع ما سبق عن «البحر» وصححه، وما رجحه الرافعي والمصنف من الاكتفاء بقوله: هو عدل تبعًا للقفال والقاضي الحسين وصاحب «الإفصاح» وغيرهم ظاهر من حيث المعنى، لكن قضية كلام الجمهور الوقوف مع نص «الأم» و«المختصر» كما بيّنته في «الغنية» وصرَّح بنقله عن الأكثرين جماعة خلافًا لأبي علي الطبري والإصطخري، وقال الدارمي: ولا يقبل التعديل حتى يقول المعدل: عدل عليّ ولي، أو عدل رضي، أو مرضي، انتهى.

فلم يجعل نص حرملة مخالفًا لنص «الأم» بل اكتفى بكل من اللفظين.

وقال الإمام: إن قوله عدل عليّ ولي من أبلغ عبارات المزكين وأوقعها، وهي شائعة على ممر الدهور والأصحاب مجمعون على موجب ما يتفاهمون منها.

وقال شريح الروياني بعد ذكره الخلاف في قوله عليّ ولي، وقيل: يكفي أن يقول: عدل أو ثقة أو جائز القول أو مقبول القول أمين، وقيل: لا بدَّ أن يقول عدل.

وقال في حرملة: لا بدَّ أن يقول هو جائز الشهادة أو عدل مرضي، انتهى.

....

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي قال في «المختصر» ولا يقبل التعديل إلا بأن يقول عدل عليّ ولي، قال أصحابنا: فيه خلل؛ لأنه ليس من الشرط أن يكون الشاهد عدلًا على المزكي؛ لأن تزكيته لعدوه تقبل، ومعنى هذا الكلام حتى يقول هو عدل عليه وله؛ لأن شهادة العدو على العدو لا تقبل وشهادة الوالد للولد لا تقبل، وقيل: قصد الشافعي أن تزكية الوالد لولده لا تقبل فيجب أن يكون الشاهد عدلًا له لتقبل تزكيته، انتهى لفظه.

وهو عجيب وغريب ما رأيته في «الرونق» المنسوب إلى الشيخ أبي حامد و«اللباب» المنسوب إلى الْمَحَامِلِيّ مختصره: ولا يقبل التعديل حتى يقول المعدل هو عدل لي وعليّ، فإن قال: عدل عليّ ولي لم يقبل قوله على أحد الوجهين، والثاني: يقبل سواء قدّم أم أخّر، انتهى.

والذي رأيته في «الأم» و«المختصر» وكتب الأصحاب ما سبق لا غير إلا قول صاحب «الترغيب» ولفظ الشافعي: أن يقول لي وعليّ وله ولي واعتبار هذه الدقيقة حسن، انتهى.

وقال الدبيلي: قال الشافعي: ولا تقبل حتى يقول: عدل لي وعليّ وهذا هو الأشبه، انتهى.

ويخرج مما قدَّمناه في أقل ما يجري في لفظ التزكية وجوه، وحكى الماوردي أن بعض البصريين من أصحابنا ذهب إلى أن شهادته بأنه رضي شرط في صحة التعديل، انتهى.

وأمّا صورته الكاملة أن يقول: أشهد أن هذا أو أن فلانًا إن كان يعرفه اسمًا ونسبًا عدل عليّ ولي مقبول الشهادة قاله ابن أبي الدم، قال: وإنما احترزنا بهذا القيد الأخير؛ لأنه قد يكون عدلًا عليه وله ولا تقبل شهادته ليغفله، انتهى.

وعندي أن صورته الكاملة أن يأتي بكل ما قيل أنه لا بدَّ منه ليكون التعديل صحيحًا بالاتفاق وذلك لا يحصل بما ذكره بمفرده لما قدمناه.

……

تنبيه: قال الرافعي: لا حاجة في التعديل إلى بيان السبب؛ لأن العدالة بالتحرز عن أسباب الفسق وهي كبيرة يعسر ضبطها وعدّها، وفي «العدة» ذُكِرَ وجه ضعيف أنه يجب بيان سبب التعديل أيضًا، انتهى.

وجزم في «الحاوي» في موضعين بأنه يجب ذكر سبب العدالة كالجرح، ثم حكى خلافًا في أنه شرط أو مستحب، ثم قال: فإن قلنا إن ذكر السبب شرط جاز أن يكون الشاهد بالتعديل من غير أهل الاجتهاد، انتهى.

فإن أراد الرافعي هذا القسم فذاك، وعليه ينطبق ما سبق من أنه لا بدَّ أن يكون شاهد التعديل عالمًا بأسباب العدالة على المشهور بخلاف الخارجين، وإن أراد تعميم كل مزكٍ، ففيه نظر، وقد قال الدبيلي: إن الشهادة بالرشد لا بدَّ فيها من بيان الرشد ما هو؛ لأن العلماء مختلفون فيه كما في الجرح، وكذلك يقول في التعديل؛ لأن من الناس من يرى قبول من يرده غيره، هذا بالنسبة إلى الفقهاء، أمَّا العوام فالوجه أنه لا بدَّ من استفسارهم وكشف عمدتهم في ذلك.

وسبق أن النص والجمهور على أنه لا بدَّ من الخبرة الباطنة المتقادمة، وأيضًا فإذا كان من شرط المعدل المنصوب كونه عالمًا بأسباب التعديل تعين استفصال أكثر من يشهد بالتعديل ويزكي؛ لأن أكثر الناس يجهل ذلك، ويعتقدون عدالة بعض الفساق المجمع على فسقهم؛ لما ألفوه منهم من صدق اللهجة وغير ذلك، ولفظ الشافعي في «الأم»: ولا يقبل التعديل إلا بأن توقف المعدل عليه فيقول: عليّ ولي، ثم لا يقبل ذلك، هكذا حتى يسأله عن معرفته، فإن كانت معرفته باطنة متقادمة قبِل ذلك منه، وإن كانت معرفته حادثة ظاهرة لم يقبل ذلك منه، انتهى.

وسيأتي عن الإمام، ووافقه الرافعي أن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة تحوج الحاكم إلى الاستفسار، وقد أوضحت المسألة في المسائل المنثورة في آخر الباب من «الغنية» وذكرت أن الماوردي قال في باب الشهادة على الحدود: إن التعديل لا يحتاج إلى تفسير، بخلاف الجرح على الصحيح من المذهب، وقال إبراهيم المروزي: لأن الخلاف أن التعديل يسمع مطلقًا،

....

والجرح لا يسمع مطلقًا عندنا، انتهى.

فَرْعٌ: لا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيرًا؛ لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام، ولا بقوله: لا أعلم منه ما يوجب رد الشهادة؛ لأنه قد لا يعرف منه ما يوجب القبول أيضًا، قاله الرافعي: ويفهم منه أنه لو قال: لا أعلم منه ما يوجب رد الشهادة، وأعلم منه ما يوجب قبولها أنه يحصل التعديل، وفيه نظر؛ لأنَّا إذا اعتبرنا لفظه أشهد كما صححه لا يحسن أن يقول المزكي: أشهد أني لا أعلم منه كذا بل أعلم منه كذا فتأمله.

فَرْعٌ: لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر وجهه ظاهر، وقيل: يجوز وهو ما في «الإشراق» للهروي وحكاه شريح عن العبَّادي.

وقال الرافعي في باب الشهادة على الشهادة أن المشهور المنع، وحكوا عن نصه في حرملة أنه لو شهد شاهدان وعدلهما آخران لا يعرفهما الحاكم وزكى الآخرين من كتاب آخر جاز.

فَرْعٌ: قالا: تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق؛ لأن البحث عن عدالة الشهود ومنع الحكم شهادة الفاسق حق لله تعالى، وهذا ما أورده الهروي وشريح الروياني.

وقال ابن الرفعة: قال القاضي الحسين: يشترط في التزكية سؤال الحاكم عنها فلو عدل المزكي من غير سؤال فالقاضي لا يصغي لقوله؛ لأن التعديل حسبة لا يسمع، انتهى.

ثم حكى عن القاضي من بعد أنه قال: ولا تتوقف الشهادة بالجرح على سؤال القاضي؛ لأنه يسمع فيه شهادة الحسبة فيحصل من هذا أن القاضي الحسين يقول: تقبل شهادة الحسبة في الجرح دون التعديل، ولعل مراد القاضي بالمنع ما إذا شهد شهود بحق آدمي وتوقف الحكم على تزكيتهم، فلا تقبل التزكية هنا حسبة، كالشهادة بنفس الحق لما فيها من المبادرة وظهور التهمة، أمَّا لو شهدوا لهم بالعدالة ولم يتقدم ذلك شهادة منهم فلا منع،

وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ، وَيَعْتَمِدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةَ أَوْ الِاسْتِفَاضَةَ، ....

ويجمع بين الكلامين، ويشبه أن يقال: يجب الجرح والتعديل حسبة إذا تعين ذلك طريقًا في حفظ دم، أو بضع، أو مال من لا يعبر عن نفسه.

قال: (**وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجرحِ، وَيَعْتَمِدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةَ أَوْ الِاسْتِفَاضَةَ**) عبارة «المحرر»: والاعتماد فيه على المعاينة بأن يراه يزني أو يشرب الخمر أو السماع بأن يسمعه يقذف، وإن سمع من غيره، فإن بلغ المخبرون عدد التواتر واستفاض وانتشر جاز الاعتماد عليه وإلا فلا، انتهى.

قال أصحابنا: يعسر ذكر سبب الجرح؛ لأن أسبابه مختلفة فيها، فقد يظن الشهادة ما ليس بجرح عند القاضي جرحًا مع أن الاعتبار فيه بما يراه القاضي، بل قد يظن ما ليس بجرح أصلًا جرحًا، وذكروا الحكاية التي ذكرها الشافعي في «الأم» فيمن جرح فاستفزه القاضي فامتنع من تفسيره، وقال: مثل لا يخفى عليه الشهادة المجروحة فألح عليه، وقال: لا أقبل حتى يتبين السبب، فقال: رأيته يبول قائمًا، فقال: وإيش فيه؟ قال: يترشش البول على ثيابه ورجليه ويصلي فيها، فقال: أرأيته يفعل ذلك؟ قال: أراه سيفعل ذلك فأسقط شهادته، انتهى.

ولفظه: شهدت رجلًا صالحًا شهد. . . إلى آخرها، وأوردها الرافعي وغيره بالمعنى بألفاظ مختلفة فإذا فسَّر الشاهد السبب نظر فيه القاضي، فإن رآه سببًا حكم به وأسقط شهادته وإلا توقف، كما قاله الماوردي، قالوا: وبيان السبب أن يقول: رأيته يزني، أو يلوط، أو يسرق، أو يغصب. . . ونحو ذلك، أو يقول: أقر عندي بذلك، أو سمعته يقذف بكذا، أو يكذب، أو يمشي بالنميمة.

قال الماوردي: أو يقول ما يعتقده من البدع المنكرة ونحو ذلك، وهذا ما أراده الشافعي بقوله: لا أسمع الجرح إلا بالمشاهدة أو السماع.

قال البندنيجي وابن الصباغ: إن هذا القول من الشافعي عائدًا إلى أصحاب المسائل؛ لأنه يحتاج إلى أن يعلم منه ما هو نصه الحاكم إليه من ذلك ليشهد به عنده، وإنما يصير عالمًا بأن يعلم ذلك مشاهدة أو سماعًا، وألحقوا بالسماع ما إذا سمع من عدد التواتر، أو الاستفاضة ذلك عنه وحصل له العلم،

……

قالوا: وتطلق الشهادة في هذه الحالة كما يشهد بالموت والنسب والمطلق.

قال ابن الرفعة: هذا ما أورده العراقيون، قال الرافعي: وهل يشترط التعرض لسبب رؤية الجرح أو سماعه؟ قال قائلون: نعم فلا بدّ أن يقول: رأيته يزني، وسمعته يقذف، وعلى هذا القياس استفاض عندي.

وفي «الشامل»: إنه لا حاجة إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عرفت حاله؟ وعلام بنيت شهادتك؟ كما في سائر الشهادات. وهذا أقيس، والأول أشهر، انتهى.

ولعلَّ من قال بالأول لا يكفي بقوله: استفاض عندي، لما سيأتي في «الشهادات» إن شاء الله تعالى.

قال الرافعي: ولا يجلس الجارح يذكر الزنا قاذفًا، كما لا يجعل الشاهد قاذفًا، فإن لم يساعده غيره فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا هل يجعلون قذفه؟ قال الشيخ: قلت: المختار الصواب أنه لا يجعل قاذفًا، وإن لم يوافقه غيره؛ لأنه معذور في شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنها، وهي في حقه فرض كفاية، أو متعينة فهو معذور بخلاف شهود الزنا، فإنهم مندوبون إلى الستر، فهم مقصرون، والله أعلم.

وبهذا ونحوه فرَّق الغزالي في «البسيط» وهو ملخص من «النهاية» نعم؛ إذا قلنا بما سبق عن الماوردي وابن الصباغ أنه لا حاجة إلى ذكر سبب الجرح من المزكي المنصوب، وأنه ليس للحاكم سؤاله عنه انقدح ما قاله الرافعي.

وقال الإمام: إن من أصحابنا من لم يشترط هذه المبالغة في ذكر السبب، وعنى بالمبالغة ما سبق من قوله: رأيته يزني. . . ونحو ذلك، واكتفى بذكر ما ينبه على ما يقع به الجرح لا محالة.

قال الإمام: ووراء هذا كثير، وهو أن المزكيين إذا جرحا بالنسبة إلى الزنا ففي العلماء من جعلهما قاذفين إذا لم يساعدهما عليه شاهدان آخران، وبه قال بعض أصحابنا، ومنهم من يستثني مقام الجرح، ولا يجعل نسبته إلى الزنا في

……

هذا المقام قذفًا، والسبب فيه الحاجة، فإن المزكي مراجع مستخبر، والقاذف من يبتدئ من غير مراجعة، فعلى الأول لا يكلفون التصريح، ثم يجب احتمال ما يأتون به إذا عرضوا حتى لا يقضى عليهم عند التصريح بالحد، وهذا تمهيد لعذر المراجع المستخبر، وعليه يحمل الحديث: «**أُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ**»(١) انتهى.

وصرَّح الشيخ أبو حامد أن القاضي إذا سأل الشاهدين عن سبب الجرح وكان زنًا لم يكن قذفًا؛ سواء كان بلفظ الشهادة أو بغير لفظها، وقاله الماوردي فيما إذا كان الشاهدان من أصحاب المسائل، وقال فيما إذا كانا من الجيران أنهما قاذفان إذا لم تكمل الشهادة، والفرق أن أصحاب المسائل نُدِبُوا لِلْإِخْبَارِ بِمَا سَمِعُوهُ، بخلاف الجيران.

قال ابن الرفعة: وكلام البندنيجي يقتضي أن ما حكي عن شيخه، أي: الشيخ أبو حامد في أصحاب المسائل أيضًا.

إشارة: قال ابن الرفعة إثر كلام الإمام: وفيما أبداه من عند نفسه في التوجيه نظر من حيث إنه يقتضي اختصاص الاكتفاء بالتعريض بالنسبة إلى الزنا، أمَّا في غيره فلا، وقد أفهم كلامه أولًا الاكتفاء بالتعريض فيه، وفي كل ما ينسبه إليه، انتهى.

وتوقف ما أشار إليه الإمام من الاختصاص بالزنا قول الدبيلي: فإن كان فاسقًا يجب أن يذكر فسقه من أي جهة هو، ويبين الجرح، فإن كان يشرب

---

(١) أخرجه الحكيم الترمذي (٢/ ٢٥٧)، والحاكم في الكنى (١/ ٤١٤)، وابن أبي الدنيا في «ذم الغيبة» (١٤٦، رقم٨٣) وفي «الصمت» (ص ١٤١، رقم ٢٢٠) والطبراني (١٩/ ٤١٨)، والعقيلي (١/ ٢٠٢)، وقال: ليس له أصل. وابن عدي (٢/ ١٧٣)، والبيهقي (١٠/ ٢١٠) وقال: هذا حديث يعرف بالجارود بن يزيد النيسابوري، وأنكره عليه أهل العلم بالحديث، وقد سرقه عنه جماعة من الضعفاء فرووه عن بهز بن حكيم، ولم يصح فيه شيء. والخطيب (٧/ ٢٦٨) وأبو بكر الإسماعيلي في معجمه (٢/ ٦٣٣)، والمحاملي في أماليه (ص ٢٦٦، رقم ٢٦٢)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٧/ ١٠٩، رقم ٩٦٦٦).

وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ، فَإِنْ قَالَ الْمُعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ قُدِّمَ.

الخمر فيقول: شرب الخمر المتفق على تحريمها، وإن كان يشرب النبيذ فيقول: يشرب النبيذ حتى يسكر، وإن كان يأخذ الأموال ظلمًا بينوا، وإن كان يقذف المحصنات والمحصنين وغير ذلك ذكروا، وإن كان بزنا فلا يمكن أن يُصرِّحوا بذلك؛ لأنهم يصيروا قذفة، بل يعرضوا للقاضي بأنه يتبع المرأة الأجنبية بما لا يحل له منها، ويخلو بها الخلوة المذمومة، وما أشبه ذلك مما لا يلزمهم أنهم قذفة، ويقع للقاضي علم ذلك فترد شهادته، انتهى.

فخص التعريض بالزنا فقط كما اقتضاه آخر كلام، وهذا كله على وجه المرجح خلافه.

قال: (**وَيُقَدَّمُ عَلَى التَّعْدِيلِ**) أي: يقدم بينة الجرح على بينة التعديل؛ لزيادة علم الجارح؛ لأن التعديل بأمر ظاهر والجرح باطن فقدم؛ لأن شاهده علم ما خفي على غيره، كما لو قامت بينة على الحق وبينة على الإبراء تقدم بينة الإبراء.

قال: (**فَإِنْ قال: الْمُعَدِّلُ: عَرَفْتُ سَبَبَ الْجرحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ قُدِّمَ**) أي: لأن المعدل والصورة هذه زيادة علم.

قال ابن الرِّفْعَة: وذكر الأصحاب مسألة أخرى، وهي إذا شهد بجرحه ببلد ثم انتقل إلى غيره فعدَّله آخران منها فيُقدّم التعديل، كذا أطلقوه، ويظهر محله فيما إذا كان بين انتقاله من الأولى إلى الثانية مدة الاستبراء وإلا لم يقدم، انتهى.

وفي «البيان»: قال: أصحابنا: ولا تُقدم بينة التعديل على بينة الجرح إلا في مسألتين فذكرهما، وعلَّل الثانية بأن العدالة هنا طارئة على الجرح، والتوبة ترفع المعصية، وعبارة الجرجاني: إذا عرف بالجرح في بلده وانتقل إلى غيره فجرحه اثنان من أهل بلده، وزكاه اثنان من البلد الذي انتقل إليه قُدمت التزكية؛ لأنها ناقلة، ومعها زيادة علم، وزاد في الشَّافِعِي فقال: وهكذا لو غاب الشاهد فجرحه اثنان من أهل بلده، وزكاه اثنان من رفقائه في سفره، لأن من شهد بالجرح بنى على الأصل، ومن شهد بالتزكية، فهو ناقل، انتهى.

فافهم أن التزكية الطارئة على الجرح مقدمة، وإن لم يقل المزكي عرفت

سبب الجرح، وقد تاب عنه، وحسنت حاله، ونحو ذلك، وهو قضية نص الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين فإنه إنما شرط أن تمضي مدة تغير الحال في مثلها التغير الذي لو كان بمصرهما مجروحين فتغير إليها قبل شهادتهما، ولم يلتفت إلى الجرح.

قال: أبو عمرو بن الصلاح بعد نقله تعديله في البلد المنتقل إليه: وينبغي أن يكون هذا مخصوصًا بما إذا كان من عدَّله عالمًا بما جرى من جرحه، وإلا فقد يكون مستصحبًا في ذلك أصل القدم، انتهى.

وما ذكره ظاهر، ويجوز أن ينزل عليه إطلاقهم، وكلام الجرجاني ظاهر فيه، وأمَّا ما استدركه ابن الرِّفْعَة على إطلاقهم، وإنه يظهر أن يكون محله كذا؛ فصحيح.

وفي عبارة «الْحَاوِي» إشارة إليه، ثم رأيته منصوصًا في اختلاف العراقيين، نعم هذا فيما إذا كان الحال مما يقتضي اعتبار الاستبراء كما سيأتي.

تَنْبِيهٌ: ينبغي أن يأتي في صورة الكتاب ما أبداه ابن الرِّفْعَة، ونقلناه في صورة الانتقال: إذا كان الحال ما يحوج إلى الاستبراء، أو يقال: يسألهما الحاكم عن ذلك إن كانا ممن يجهله فيقول: متى تاب، أو من أي وقت تاب وحسنت حاله عندهما . . . ونحو ذلك.

وقد يؤخذ مما سنذكره عن الْمَاوَرْدِي أنه إذا علم أن السبب الجارح تقدم على التعديل بسنةٍ مثلًا أنه يكفي التعديل المطلق، ولا يشترط أن يقول ببينة: علمنا سبب الجرح وقد تاب منه، وحسنت حاله.

واعلم أن عبارة «الشامل»: ولا يقدم التعديل على الجرح إلا في مسألة، وهو أن يشهد على رجل بالجرح في بلد وينتقل إلى غيره، فيشهد شاهدان بتعديله في البلد الآخر، فإنه ثبتت عدالته؛ لأنها طارئة بعد الجرح، والتوبة ترفع المعصية، انتهى.

وأحسب الرَّافِعِي رأى في الصورتين مسألة واحدة وإن اختلفت العبارة،

……

وعبارة المَاوَرْدِي: ولو شهد اثنان بجرحه في سنة أو في بلد، ثم شهد اثنان بتعديله في سنة بعدها أو في بلد آخر، حكم بتعديله دون جرحه؛ لأنه قد يتوب، وينتقل عن الفسق إلى العدالة، ويهفوا كثيرٌ من الناس ثم يستقيموا، انتهى.

وقد يشعر كلامه بأنه لا يشترط في صورة التحول إلى بلد آخر مضي مدة الاستبراء.

فَرْعٌ: لو بيَّن الجارح السبب المفسق، وأسند صدوره من المجروح إلى زمن متقدم يحصل في مسألة الاستبراء، فقضيته ما سيأتي عن «الْحَاوِي» في القضاء عن الغائب أنه لا يؤثر ويعمل بالتعديل، وحينئذ يجوز أن يقال: وإذا بين السبب أن مسألة الحاكم عن زمنه، ويتعين هذا الاستفسار في العامي الجاهل؛ لأنه قد يكون رأى من الشاهد هنا في حال الشباب، ومن عليه أعوام كثيرة وتاب منها وأصلح.

فَرْعٌ: قال: الرُّويَانِي: لو قال: رجل للحاكم: لا تقبل شهادتي لأني جرحت، أو جرحت نفسي لم يرده ما لم يتيقن، انتهى.

ولعلَّ المراد: إنه لا يصير مجروحًا عنده بمجرد ذلك لا أنه يقبله من غير كشف عن كلامه، والمتوجه استفساره، فإن ذكر ما هو جرح عند القاضي فذاك، وإلا فلا عبرة بما أبداه على احتمال فيه؛ إذ ربما قدم فلم يصدق في التفسير خوف الفضيحة أو العقوبة، أمَّا إذا لم يفسر فيتجه التوقف عن قبول شهادته، كذا ذكرته بحثًا في «الْغُنْيَة».

ثم رأيت القاضي أبا سعيد الهروي قال: في «الإشراق»: إنه لو قال: الشاهد: أنا مجروح، قُبِل قوله على نفسه من غير تفسير، بخلاف قول المجرح لا يقبل من غير تفسير، وجعل ذلك أصلًا لفرع ذكره، ثم أشار في آخر كلامه إلى تخريج وجه: إنه لا يقبل إقراره بالتجريح مطلقًا كما لو قاله على غيره، أي: فيستفسر فيهما جميعًا، وهو القياس، ويحتمل أن يُفرق بين العالم الموافق للقاضي في المذهب وبين غيره.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ].

قال: (**وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمدَّعَى عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ**) أي: فيما شهد به عليّ، بل لا بد من البحث؛ لأن التعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفاسق وإن رضي الخصم، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله، وهي لا تثبت بقول واحد.

والثاني: يحكم؛ لأن البحث عن عدالته لحقه، وقد اعترف بها، واختلفت العبارة عن المسألة، فقال الرَّافِعِي تبعًا للمراوزة: إذا أقرَّ الخصم بعدالة الشاهدين، ولكن أخطأ في هذه الشهادة، وعبارة العراقيين: إذا قال: هم عدول ولم يرد، وموضع الوجهين ما إذا جهل الحاكم فسقهم، فلو علمه لم يحكم بلا خلاف.

وعبارة شُرَيْح الرُّويَانِي: لا يحكم بشهادة مجهول الحال، فإن قال: المشهود عليه: هو عدل فاحكم عليّ بشهادته فوجهان، أخبار جدي: إنه لا يحكم لما سبق، وقيل قوله: هو عدل فاحكم علي بشهادته، إقرار وهو ضعيف، انتهى.

ولو قال: هما عدلان فيما شهدا علي، أو صادقان، حكم عليه بغير تزكية لإقراره.

وقال: القاضي الحسين: إذا قال: صدق علي الشاهد، أو هو عدل فيما شهد به عليّ، كان إقرارًا، وهل يكون تعديلًا للشهود حتى لا يحتاج إلى المسألة عنهما؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا فيه شيء؛ لأنه إذا كان إقرارًا، فأي حاجة بنا إلى المسألة عنهما؟ اللهم إلا أن يقال: إن الحكم يقع بشهادتهما السابقة لا بإقراره اللاحق، كما هو وجه في المسألة، وقد قال الرَّافِعِي: لو صدَّقهما فيما شهدا به قضى القاضي عليه بإقراره بالحق، واستغنى عن البحث عن حال الشاهدين، وكذا لو شهد واحد فصدَّقه، كذا أورده هاهنا.

وذكر في كتاب «الإقرار»: إنه لو شهد عليه شاهد فقال: هو صادق، أو

....

عدل، فليس بإقرار، وإن قال: هو صادق فيما شهد به، أو عدل فيه كان إقرارًا، قاله في «التهذيب».

قال: في «الرَّوْضَة»: في لزومه بقوله عدل نظر، وفي «الإشراق»: إنه لو قال: بعد أداء الشهادة: هو صادق علي، فهو إقرار، قاله: الْقَفَّال الشاشي.

ولو شهد معلومَ العدالة، ثم أقرَّ الخصم قبل حكم القاضي استند الحكم إلى الإقرار على المذهب، وقيل: إليهما جميعًا.

قلت: وقيل: إلى الشهادة، وذكر أنه لو أقرَّ بعد الحكم بشهادتهما فقد مضى الحكم مستندًا إلى الشهادة؛ سواء وقوع إقراره بعد تسليم المال إلى المدعي أم قبله، وفيما قبل التسليم وجهه، وإنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة: ما تشهد به علي فأنت عدل صادق، لم يكن ذلك إقرارًا لكنه تعديل إن كان من أهل التعديل، كذا نقلاه عنه وأقرَّاه.

وذكرا في كتاب الإقرار: إنه لو قال: أشهد علي فلان وفلان، أو شاهدان بكذا فهما صادقان، فهو إقرار على الأظهر، وإن لم يشهدا وكان الفرق أنه عين هاهنا المشهود به بقوله: بكذا، بخلاف مسألة الهروي، وفيه نظر إذا كان ذلك عقب المدعي عليه بشيء معين، وقد أحضر الشاهد ليشهد به عليه، وكذا في قوله: لكنه تعديل للشاهد؛ لأن الهروي يرى أن المذهب أنه يشترط أن يقول المعدل: أشهد أنه عدل كما سبق، نعم هذا اعتراف منه بعدالته وقد سبق ما فيه.

فَرْعٌ: لو جهل القاضي إسلام الشاهد قال: الْبَغَوِي وتبعاه: رجع فيه إلى قوله، انتهى.

وقيل: لا يقع بقوله: إلى مسلم حتى يختبر بالشهادتين، وأيد بحديث الأعرابي الذي شهد برؤية هلال رمضان، وقيل: شوهد في دار الإسلام على قديم العهد وحديثه حكم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا ولا يسأل، حكاهما المَاوَرْدِي في «الشهادات» وقال: الجمهور: لا يعمل هنا في الإسلام بظاهر الدار من غير

....

سؤال، وإن جهل حريته لم يقبل منه إلا ببينة على الأصح، في «الْحَاوِي» و«المهذب» وغيرهما.

والثاني: قال: في «المهذب» وهو ظاهر النص: إنه يرجع فيها إليه كالإسلام.

قال ابن الرِّفْعَة: لأن الشَّافِعِي قال: في «الشهادات»: ولا يقبل الشاهد حتى يثبت عنده بخبر منه أو ببينة أنه حر، انتهى.

ولفظ نص «المختصر»: بخبرة منه، ولفظ «الأم»: حتى يثبت عنده بخبرة منه بهم، أو ببينة أنهم أحرار، انتهى.

ولا بشاهد في النص للوجه الآخر، بل هو شاهد للوجه الأصح، قال المَاوَرْدِي: واختلف أصحابنا في مراد الشَّافِعِي بكلامه هذا على وجهين:

أحدهما: لا يسمع الشهادة حتى يعلم حرية الشاهد وإسلامه، فيسمعها ثم يسأل عن العدالة لظهور الحرية والإسلام وخفاء العدالة.

والثاني: لا يحكم بها حتى يعلم حريته وإسلامه، ويجوز أن يسمعها قبل العلم بحريته وإسلامه.

فَرْعٌ: لا يصغي القاضي إلى شهادة المعلن بفسقه، وبه قطع الشيخ أبو محمد، وقيل: يصغي ثم يردها؛ لأنه أبلغ في التنكيل والتوبيخ من الرد قبل الإصغاء إليها، وأمَّا من علم بفسقهم أو قامت عنده بينة به، وهم غير مجاهرين فهل يصغي إليهم؟ يخرج من كلامهم فيه وجهان أيضًا: **أحدهما**: يصغي، ويقول للمدعي: زدني في الشهود تحسينًا للرد، ووجه: بأنه لو منعهم من إقامة الشهادة كان هتكًا للستر، وبه جزم القاضي الحسين أنه لا يصغي إليهم إذا تحقق فسقهم؛ لأنه إذا اشتغل بما لا يعنيه شغله عما يعنيه.

قال الإمام بعد نقله: وقد قدمت فيه ترددًا، والقياس: إنه لا يصغي إلى من يعلم أنه مردود، والوجه أن يقدم النذير إلى من يريد الإقدام على الشهادة من هؤلاء حتى لا يتعرضوا، فإن فعلوا فهم الذين هتكوا أستارهم.

……

ونختم الباب بمسائل مهمة:

إحداها: إذا شهد عنده عدول أو مجهولون بحق، وارتاب فيهم لعدم وفور عقولهم كما قاله جماعة، أو لنظرٍ له في الواقعة وخيال قد يدركه الفطن كما قاله الإمام، استحب له أن يُفرّقهم ويسألهم على الانفراد كيف تحملوا؟ فيقول: من تحمل منكم أولًا وثانيًا؟ ومتى تحملتم أفي شهر كذا أم في يوم كذا أم في ساعة كذا؟ وعن المكان فيقول: أفي دار وفي أي مكان منها؟ لأن مع قصور العقل وخيال النفس لا تطيب النفوس بقولهم، وقيل: وأول من فرَّق الشهود دانيال، وقيل: سليمان بن داود عليهم الصلاة والسلام.

قال: الأصحاب: ولا يدع من يسأله منهم يرجع إلى أصحابه قبل أن يسألهم؛ لاحتمال أن يعيد عليهم ما قاله فيوافقوه.

قلت: وينبغي أن يُفرِّقهم فجأة قبل أن يفهموا عنه ذلك فيحتالوا، فيجعل كل واحد بمكان بمفرده كما صنع علي ﷺ ثم يستدعيهم واحدًا واحدًا، فإن اتفقوا وعظهم وخوفهم فيقول: شهادة الزور من أكبر الكبائر، وغير ذلك مما قدمناه، فإن ثبتوا استحب أن يقول للخصم: شهد عليك فلان وفلان بكذا، أو شهد عليك هذين وقبلت شهادتهما، وقد مكنتك من جرحهما إن كان ممن لا يعلم أن له الجرح؛ لأن فيه تنبيهًا له على حفظ حقه، وانتفاءً للتهمة.

أمَّا لو علم أن له ذلك ففي «المهذب» والتهذيب قبيل كتاب «الدعاوى» أن له أن يقول ذلك، وأن يسكت.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يجيء فيه ما حكيناه من قول القاضي للمدعي: ألك بينة؟ فإن قال: المدعى عليه: لي بينة بالجرح، أُمهل ثلاثة أيام فما دونها على حسب ما يراه القاضي على ما سيأتي، وللمدعي ملازمته إلى أن يثبت الجرح؛ لثبوت حقه في الظاهر، فإن لم يأت بالجرح في المدة المضروبة كان للمدعي المطالبة بالحق؛ لتعين حقه، وعدم المانع منه، قال: ابن يونس وغيره: ويجب على الحاكم الحكم وإن بقيت الريبة، وكذا لو رجعوا في بيان

مكان التحمل وزمانه، فقالوا: لا نذكر الزمان والمكان، ولكنا نتحقق ما شهدنا به، فليس للقاضي أن يجبرهم على التعرض لذلك، ولكن لو بقيت ريبته وازداد ارتيابًا من إصرارهم على ما يراجعون فيه.

قال الإمام: فللقاضي أن يبحث عن جهات أُخر فعساه أن يطلع على مطعن، فإن لم يكن يحتم عليه إمضاء القضاء مع انطوائه على الريبة لقيام البينة العادلة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي في باب الشهادة على الشهادة أن الأولى أن يبين المدعي والشهود السبب في الدعوى والشهادة، فإن ارتاب القاضي بحال الشهود طلب منهم أن يبينوا السبب، فإن امتنعوا عنه فوقعت له ريبة بهم ردّ شهادتهم، وإن لم يقع له ريبة بامتناعهم عن ذكر السبب لم يحل له أن يرد شهادتهم، انتهى.

وأما إذا كان الشهود وافري العقول فقهاء ظاهرهم حسنًا، فلا يُفرقهم؛ لأن فيه تهمة لهم، فظننا فيهم، قال: القاضي أبو الطيب: حكي أن رجلًا شهد عند أبي عمر القاضي ـ أي المالكي قاضي العراق ـ ببيع بستان فقال: له: كم نخلة في البستان؟ فقال: لا أشك أن القاضي أعلم بداره مني بالبستان، فقال: له: نعم، فقال: له: كم جذع في دارك؟ فسكت عنه، وحكم بشهادته لما ظهر من وفور عقله، ولو سألهم فلهم ألا يجيبوه ولا يزيدوا على أداء الشهادة.

تنبيهان:

أحدهما: قال ابن الرِّفْعَة: كلام «التَّنْبِيه» و«المهذب» يقتضي استحباب التفريق بمن هو ثابت العدالة عنده، قال: والأصحاب من العراقيين لما حكوا قول الشَّافِعِي، وأحب إن لم يكن لهم شدة عقول أن يفرقهم المسألة، قالوا: هذا التفريق في حالة الجهل بعدالتهم قبل أن يبحث عنها؛ لأنهم إذا اختلفوا رد شهادتهم واستغنى عن البحث، وإن بينوا بعد التفريق والوعظ حينئذ يسأل، وأطلقوا القول بأنهم إذا كانوا عدولًا أمضى شهادتهم، قال: لكن ما ذكره الشيخ من التفريق ليس بعيدًا عن القياس، وعليه ينطبق إيراد الإمام هنا.

....

وفي كتاب «الإقرار» حيث قال: وليس ما ذكرناه من جواز الاستفصال من القاضي يعود إلى خبرته، ولكنه ينظر إلى حال الشاهد، فإن رآه على عدالته خبيرًا بشرائط الشهادة فطنًا مستقلًا فله ترك الاستفصال حتمًا، وإن تمادى في أمره فلا بدّ من الاستفصال، وقد يقع حالة تجب المباحثة فيها حتمًا، والاحتياط لقضيتها، ومن هذا القبيل كما قاله في كتاب «الشهادات» سماع شهادة العوام، وإن كانوا عدولًا يتعين الاستفصال فيها، وليس الاستفصال مقصودًا في نفسه، وإنما الغرض تبين تثبتهم في الشهادة.

وكذا قول صاحب «الْحَاوِي» و«الْبَحْر»: إذا استقرت العدالة بالبحث، فإن تحددت فيه استبراؤه أعاد البحث والكشف، وإلا فلا يعيده، وقال: القاضي الحسين: إن محل البحث إذا عرف القاضي عدالة الشهود، ثم طالت المدة واحتمال التغير، وعلى هذا يمكن حمل كلام الشيخ: ولمنازع إن تنازع في حمل كلامه عليه، انتهى.

قلت: والظاهر أن كلام الجميع متفق، وإنه متى ارتاب شرع له التفريق، سواء كانوا عدولًا عنده أم لا كما صدرنا به المسألة، وإنما أطلق مطلقون أن التفريق يكون في حالة الجهل بعدالتهم نظرًا إلى الغالب، فصدر كلام الرَّافِعِي يوافق ما قلنا حيث قال: فإذا ارتاب القاضي بالشهود أو توهم غلطهم فينبغي أن يُفرِّقهم ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمل الشهادة عامًا وشهرًا ويومًا وغدوة وعشية، وعن مكان محلة وسكة ودارًا وصفة أو صحنًا. . . . إلى أن قال: ومهما اتفقوا في الجواب ولم يتعرضوا للتفصيل، ورأى أن يعظهم فعل، فإن أصرّوا وجب القضاء إذا تحقق شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة عقل ومخيلة نقص؛ فالمنصوص والمشهور أنه لا يُفرِّقهم؛ لأن فيه غضًا منهم.

وفي «جمع الجوامع» للروياني: إنه يُفرِّقهم أيضًا؛ ليقف على عورة إن كانت، وفي «التهذيب»: إن فرقهم بمسألة الخصم فلا بأس، انتهى.

ولم يفرق بين المجهول عنده وغيره، لكن قوله فيما بعد، فإن قلت: متى

....

يُفرقهم القاضي قبل التزكية أو بعدها، وأجاب بأن الغزالي أمر بالبحث والاستفصال على الاستزكاء وهو الوجه، فإنه إن اطلع على عورة استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، فإن لم يطَّلع فإن عرفهم بالعدالة قضى، وإن لم يعرفهم فحينئذ يستزكي، قد يفهم أن ما صدَّر به كلامه في المجهولين، وفيه نظر، فإن قوله: وإن عرفهم بالعدالة قضى. . . إلى آخره، يشير إلى ما قلناه؛ إذ لا يُعرف المجهولون بالعدالة بمجرد اتفاق كلمتهم، بل لا بد من التزكية.

الثاني: قدَّمنا أن التفريق مستحب، وقضية جواز تركه والحكم بشهادتهم.

وقال الإمام في كتاب «الإقرار» ما تقدم، وقال: هنا: وتبعه الغزالي في «البَسِيط» و«الوسيط» أنه حتم، فلو ابتدر القضاء والإمضاء لم يمض قضاؤه، فإن حقه أن لا يقضي إلا بعد بذل المجهود في التبيين، وطلب غلبة الظن، انتهى.

وما قاله ظاهر، قال الرَّافِعِي: وعامة الأصحاب اقتصروا على الاستحباب، وهو الموافق للمختص، وربَّما يفهم إيراد بعضهم الفرق بين أن يسأل الخصم التفريق، فيجب لأنه قد تعرف منهم ما لا يعرفه القاضي أو لا يسأل فيجب، انتهى.

وفي «روضة» شُرَيْح: إن كانوا موضع تهمة فرَّقهم، وهل يلزم الحاكم تفريقهم؟ فيه وجهان، فتحصلنا على ثلاثة أوجه يستحب إن طلبه الخصم وجب وإلا فلا، ويشبه أن يقال: إن قويت الريبة وجب وإلا فلا.

المسألة الثانية: هل يتعين على الشاهد التفصيل؟ فيه وجهان في إقرار «النهاية» قال: ولا خلاف أنه لا يجب على الشاهد تفصيل الزمان والمكان وإن استفصل القاضي، والفرق أن الجهل بالشرائط يقدح والجهل بالزمان والمكان لا يقدح، انتهى.

ويجب أن يكون موضع الوجهين ما لو علم الشاهد أنه لو ترك التفصيل لم يفت بذلك حق من دم أو مال أو بضع، أمَّا لو علم أنه لو لم يفصل لفات بذلك حق الطالب، أو المطلوب، فالوجه وجوب التفصيل قطعًا.

……

وفي «روضة» الرُّويَانِي: إنه إذا شهد الشهود بالمال فليس للقاضي أن يسألهم عن جهة ثبوت هذا المال، فإن اتهمهم فهل له أن يسألهم؟ حكى جدي فيه وجهين.

قلت: وهذا غريب، أمَّا كونه لا يجوز أن يسألهم عن جهة ثبوت المال فإن كانوا بارزي العدالة عنده عالمين، ولم ينقدح عنده تهمة، ولا تُلمح ريبة، فظاهر لما فيه من التعنت والأذى، أمَّا لو اتهمهم أو جهلهم ففي كونه لا يجوز سؤالهم على وجهٍ مطلقًا بُعد كبير، وسبق عنه رواية وجهين أنه هل يلزمه أن يفرقهم إذا كانوا موضع تهمة؟ فيه وجهان: فبحث تنزيل الخلاف الثاني على غيرهم ممن أشرنا إليه.

المسألة الثالثة: المشهور وبه جزم جماعة أنه لا يجب التفسير في التعديل، وحكى الرَّافِعِي كما تقدم فيه وجهًا، وتكلمنا عليه، وجزم به المَاوَرْدِي في موضعين، ثم حكى الخلاف في موضع ثالث بلا ترجيح، ثم ذكر في باب الشهادة على الحدود أنه لا يحتاج إلى تفسير بخلاف الجرح على الصحيح من المذهب، وسبق أنه يشترط فيمن يشهد بالعدالة والفسق أن يكون عالمًا بهما، وقلنا أن غالب الناس تجهل ذلك، وحينئذ لا يسوغ إطلاق القول بأنه تقبل الشهادة بالعدالة مطلقًا.

وقد قال الإمام: إن الحق أنه إن كان المزكي عالمًا بأسباب الجرح والتعديل اكتفينا بإطلاقه وإلا فلا، واختاره الغزالي، ذكراه في «الأصول» والرافعي والمصنف في «الرَّوْضَة» وغيرها، وسبق كلام الإمام المذكور في كتاب «الإقرار» وغيره في استفصال الشاهد عن الشهادة من حيث هي، وما أبداه من التحقيق في ذلك يتعين اعتماده، وسيأتي عنه ما يقتضي وجوب استفسار العامي ونحوه.

إذا علمت هذا فاعلم أن أكثرهم يقلل وجوب التفسير والتفصيل في الجرح وغيره مما يجب فيه التفصيل أو التفسير بأن العلماء مختلفون فيه، وقد يكون الشاهد مخالفًا للقاضي، وقد يظن ما ليس يجرح جرحًا، وما ليس يرشد

……

رشدًا، وما ليس بموجب للنفقة موجبًا، وغير ذلك مما يطول عده، وحينئذ يجب أن يقال: إذا لم يكن المزكي متصفًا بما سبق من المعرفة وجب التفسير كالجرح، وهذا متعين في الجاهل وكذا في العالم المخالف للقاضي في المذهب؛ لأنه قد يرى من ليس بعدل عند القاضي عدلًا، فيأتي التفصيل السابق في الإخبار عن نجاسة الماء.

وقال المَاوَرْدِي إثر قول «المختصر» في الجرح: ولا تقبله إلا من كذا، وهذا كما قال: لا يجوز للحاكم أن يقبل شهادة الشهود بالجرح والتعديل حتى يذكروا أسباب الجرح والتعديل، خلافًا لأبي حنيفة؛ لأن الجرح والتعديل إلى الحاكم دون الشهود فاعتبر فيه اجتهاده، ولأن الناس مختلفون في الجرح والتعديل، ثم قال: فإذا ثبت أن الحاكم لا يسمع الشهادة فيهما حتى يسأل الشهود عن سببهما، فيستوي سؤاله عن الشهادة بالتعديل، وعن الشهادة بالجرح؛ لأنه قد يجوز أن يعدل من ليس بعدل، كما يجوز أن يجرح من ليس بمجروح، فوجب على الحاكم أن يسأل عنهما جميعًا، فإن قلت: ثم فرّق من قال: أن المذهب المشهور الفرق بين التجريح والتعديل.

قلت: فرّق الرَّافِعِي وبعض الفريقين من المراوزة والعراقيين بما سبق، وهو أن العدالة تكون بالتحرز عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطها وعدّها، وفرَّق الهروي، والعبادي، وشريح الرُّويَانِي بأن العدل بقول: لا أعرف ما يسقط عدالته، ومن لا يعرف لا يطالب بالتفسير، ومن يجرح يعرف فيفسر، ولا يخفى ما في الفرقين من اللين، ولم أر للشافعي ما يدل بدلالة ظاهرة على الفرقة.

المسألة الرابعة: سبق أنه يقبل شهادة الحسبة بالتعديل والجرح، وأن القاضي الحسين قال: به في الجرح دون التعديل، وظاهر إطلاق الرَّافِعِي وغيره: إنه لا فرق بين كون ذلك بعد الأداء والحاجة إلى الجرح أم لا، وقال ابن أبي الدَّم: وشهادة الحسبة عبارة عن أدائه شهادة تحملها ابتداء لا بطلب طالب، ولا بتقدم دعوى مدع، ومعنى حسبة، أي: احتسابًا بالله تعالى، وعليه

حمل حديث خبر الشهود، ورأيت في «شافي» الجرجاني قبيل باب شهادة القاذف ما لفظه: ولا يجوز إثباته قبلها لعدم الحاجة، ولا يجوز التسجيل بالفسق؛ لأن الفاسق يقدر على إبطاله بالتوبة فلا فائدة فيه، انتهى.

وهذا عجيبٌ، ولعلَّ المراد به إذا لم تدع حاجة إليه، أمَّا لو دعت إليه فيجوز، بل يجب في أحوال وإبطاله بالتوبة إنما يؤثر في المستقبل لا في دفع ما شهد، وحكم به في حال فسقه.

المسألة الخامسة: سبق أن المذهب وقول الجمهور أن قول الحاكم ثبت عندي كذا ليس بحكم وأن الرُّويَاني نقله عن نص «الأم» ورأيت من توقف فيه، ثم وقفت على «الأم» فرأيته ﷺ قال: وإذا كتب القاضي إلى القاضي بما ثبت عنده ثم مات القاضي الكاتب أو عُزل قبل أن يصل كتابه إلى القاضي المكتوب إليه، ثم وصل قبله، ولم يمنع من قبوله بموته ولا عزله؛ لأنه يقبل بينته كما يقبل حكمه.

ألا ترى أنه لو حكم ثم عزل أو مات قبل حكمه هكذا يقبل كتابه، ثم قال: الربيع بعد ذلك بأسطر: قال: الشَّافِعِي: كتاب القاضي كتابان: أحدهما: كتاب يثبت وكتاب يستأنف المكتوب إليه به الحكم، والآخر كتاب حكم فيه، فإذا قبله أشهد على المحكوم له أنه قد ثبت عنده حكم قاضي بلد كذا، ثم قال: بعده بدون قائمة: قال: وإذا كان ببلدته قاضيان كبغداد، فكتب أحدهما إلى الآخر بما ثبت عنده من البينة لا ينبغي أن يقبلها حتى يعاد عليه، إنما يقبل البينة في البلد الثانية التي لا يكلف أهلها إتيانه، انتهى.

فهذه النصوص مصرحة، أو كالمصرحة بما ذكرناه، والله أعلم.

المسألة السادسة: في «فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح» أن الشيخ أبا علي السنجي ذكره في «شرحه الكبير» أنه إذا شهد على إقرار رجل بحق ثم صار الشاهد حاكمًا في تلك البلدة، فشهد على شهادته شاهدان، ومضى صاحب الحق بهما إلى حاكم بلد آخر، وشهد له الفرعان وحلف معهما، فحكم له

....

الحاكم مستوفيًا شرطه، ثم أشهد عليه الشاهدين بالثبوت والحكم، ونقلت القضية إلى الحاكم الشاهد بأصل الحق، وأثبت عنده إشهاد الحاكم بالثبوت والحكم وبين البلدين مسافة العدوى فأكثر.

قال الشيخ أبو علي: يجوز للحاكم المذكور أن يثبت ذلك والحكم به عن الحاكم الثاني ولم يحك فيه خلافًا، ثم ذكر أنه لو شهد شاهدان عند حاكم دمشق بحق، حكم به بشهادتهما أنه يجوز أن يشهدهما بأعيانهما أنه حكم بالحق بشهادتهما، ويتحملا هذه الشهادة عنه، ويمضيا إلى حاكم مصر مثلًا، فإذا ادعى بالحق عنده فقالا: أشهدنا حاكم دمشق أنه حكم بهذا الحق بشهادتنا، فعلى حاكم مصر العمل بها إذا كانا عدلين عنده، وأيضًا قال: وقال: أبو طاهر الزيادي: صح وجهٌ واحدٌ، وعلى هذا تفقهت وفقهت الناس بخراسان، وما وراء النهر.

وقد ذُكر عن الشيخ أبي علي أنه ذكر في هذه المسألة الثانية وجهين، فالمختار عندكم في ذلك كله، قال أبو عمرو: في المسألة الثانية خلاف، وعن الإصطخري المنع من قبول شهادتهما وهو الأظهر الأقوى؛ لأن أصل ثبوت الكتاب عند الحاكم.

الثاني: تقع بشهادتهما مع تمكن التهمة منهما، وفي المسألة الماضية الصادر من الحاكم الثاني ليس عن التنفيذ بحكم، ثم من غيره والعمل به، وليس في ذلك إثبات ولا إنشاء حكم بقول منهم، وقطع أبو طاهر بالجواز في ذلك غير مرضي، انتهى.

وربما تأتي المسألة في موضع آخر بزيادة إن شاء الله تعالى.

المسألة السابعة: تعجلتها في «الْغَنِيَّة» هنا من كتاب «الشهادات» خشية الفوت بالموت، وهي مهمة، وفيها شاهد بعض ما أسلفناه، قال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» قبيل باب اختلاف الشهود: هل يجوز للشاهد أن يشهد باستحقاق زيد على عمرو درهمًا مثلًا، إذا عرف سبب شغل ذمته أم لا؟ قال: ابن أبي

……

الدَّم في موضع من أدب القضاء: فيه وجهان شائعان في لسان أئمة المذهب، والمشهور فيما بينهم أنها لا تسمع، قال: وهذا لم أظفر به منقولًا مصرحًا به هكذا غير أني تلقيته من كلام المراوزة، وفهمته من كلام مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها، بل وظيفته نقل ما سمعه من إقرار أو عقد سائغ أو غير ذلك، أو شاهد من غصب أو إتلاف ونحو ذلك، ثم الحاكم ينظر فيما نقله الشاهد إليه، فإن كان شيئًا صالحًا عنده رتب عليه موجبه، وإن لم يره سببًا صالحًا وهو مجتهد فيه لم يعمل به، والسبب في ذلك أن الأسباب الملزمة متنوعة مختلف فيها، فقد يظن الشاهد شيئًا شيئًا وليس هو سبب عند أحدٍ من الأئمة، أو عند الحاكم فقط، فكلف الشاهد نقل ما سمعه أو رآه لنظر الحاكم فيه، والذي رأيته منقولًا ما حكاه المَاوَرْدِي في مسألة رهن الشيء بدين ثم يرهنه بدين آخر، عند المرتهن مسألة الخلاف المشهورة وهي: إنه إذا أقرَّ الراهن والمرتهن عند شاهدين أن العبد رهن بألفين، نظر إن قيدا إقرارهما بشرح الحال، فعلى الشاهدين أن يؤديا إلى الحاكم ما سمعاه من إقرارهما مشروحًا، فلو أراد الشاهدان أن لا يذكرا شرح الإقرار بل يشهدان أن العبد رهن بألفين، فإن كانا من غير أهل الاجتهاد لم يجز ووجب عليهما شرح الحال، وإن كانا من أهل الاجتهاد فهل يجوز لهما أن يجتهدا في الإقرار ويؤديا بالشهادة عند الحاكم على ما يصح في اجتهادهما؟ فيه وجهان: الأصح: المنع، وعليهما نقل الإقرار إلى الحاكم مشروحًا على صورته، وهكذا القول في كل شهادة طريقها الاجتهاد، وإن كان إقرار المتراهنين مطلقًا بأن أقرا عندهما أن هذا العبد رهن بألفين مطلقًا، ولم يقيدا لكن علم الشاهدان أن الذي وقع في الباطن هو رهن العبد أولًا على دين ثم على دين آخر، فهل يجوز لهما أو يجب عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق، وليس عليهما الإخبار بما علماه في الباطن؟ فيه وجهان: أصحهما: إن عليهما أن يشهدا بالإقرار، وعليهما أيضًا أن يشهدا بالإقرار، وعليهما أيضًا أن يشهدا بما علماه في الباطن، وهكذا القول في كل ما علمه الشاهد مع ما يحمله إلا

……

أن يكون ما علمه ينافي ما تحمله، أو يعتقد أنه مناف لما تحمله، فيلزمه الإخبار بما علمه، وهذا كله مبني على الوجهين في اجتهاد الشاهد، هذا كلام المَاوَرْدِي، وملخصه: إن العامي لا يجوز له إطلاق الشهادة المقيدة باجتهاده، وهل يجوز للشاهد المجتهد؟ فيه خلاف في طريقة الاجتهاد، ومفهوم هذا أن السبب إذا كان مجمعًا عليه جاز أن يشهد بالاستحقاق، والذي أراه أن لا يسمع هذا من الشاهد، وعليه بيان السبب كيف كان سدًا لباب الاحتمال ونفيًا للريب، كما فعلنا ذلك في شهادة النفي المحصور المضاف إلى زمن مخصوص محصور، فإن الشهادة مما ينبغي أن يحتاط لها، وقال: قبل ذلك بأوراق: إن الشاهد إذا قال: أشهد أن هذا يستحق في ذمة هذا درهمًا هل تسمع هذه الشهادة؟ فيه ثلاثة أوجه حكيناها من قبل المذهب أنها تسمع ويعمل بها.

والثاني: لا تسمع؛ لأن هذا من وظيفة الحاكم.

والثالث: إن كان الشاهد متمذهبًا بمذهب القاضي سمعت، وإلا فلا، وكلامه في الموضعين متناقض لا شك فيه، نعم؛ كلام المَاوَرْدِي مع هذا لا تناقض فيه؛ لأن ذلك محمول على جواز الإقدام للشاهد، وهذا في جواز الحكم بتلك الشهادة، هذا كلام ابن الرِّفْعَة، وقد تصفحت «أدب القضاء» المذكور تصفحًا شافيًا فلم أر فيه إلا الموضع الثاني فقط، والقلب إلى ما حكاه من كلامه الأول أميل.

لكن ما ذكر أنه المذهب هو ظاهر نص «الأم» و«المختصر» في باب الشهادة على الشهادة، فإنه قال: وإذا سمع الرجلان الرجل يقول: أشهد أن لفلان على فلانٍ ألف درهم، ولم يقل: لهما اشهدا، فليس عليهما أن يقوما بهذه الشهادة، فإن قاما بها فليس للقاضي أن يحكم بها؛ لأنه لم يسترعهم الشهادة فيكون إنما شهد بحق ثابت عنده، وقد يجوز أن يقول: أشهد أن لفلان عليه ألف درهم وعده إياها، أو من وجه لا يجب؛ لأنه غير مأخوذ بها، فإذا كان مؤديها إلى القاضي أو يسترعي من يؤديها إلى القاضي لم يكن ليفعل إلا وهي عنده واجبة، وأحب للقاضي أن لا يقبل هذا منه وإن كان على الصحة حتى يسأله من أين هي له عليه؟

فإن قال: بإقرار منه، أو ببيع حضرته أو سلف، أجازه، فإن قال: هذا ولم يسأله القاضي كان موضع عناء، ورأيته جائزًا من قبل أنه إنما شهد بهذا على الصحة، هذا لفظ «الأم» ولخَّصه المُزَنِيّ.

وقال: القاضي شُرَيْح الرُّويَانِي: قال الشَّافِعِي: وإن شهد الشاهد بالمال، فأحب ألَّا يقبل هذا منه، وإن كان على الصحة حتى يسأله من أين هو؟ وهذا صحيح، وإذا استراب فإنه يسألهما، وإن لم يكن فيهما ريبة لم يسألهما، ومتى قلنا: يسأل في موضع الريبة فهل يلزم الحاكم السؤال؟ وجهان، انتهى.

وقال في «الشامل» عقب إيراد النص: إن هذه المسألة ليست من باب الشهادة على الشهادة، وإنما هي من باب شاهدي الأصل إذا شهدا أن لفلان على فلان كذا، وكذا فإن نسبا ذلك إلى جهة جاز، وإن أطلقا استحب للحاكم - إن كان ممن لا يثق شدة عقولهما وقوة تحصيلهما - أن يسألهما عن جهة الحق فإن ترك السؤال جاز، وهذا كما قلنا في تفريق الشهود، يعني من التفصيل.

وفي «الْحَاوِي»: وإن أغفل الشاهد ذكر السبب وقال: أشهد أن لفلان عليه ألف درهم فينبغي للحاكم أن يقول: من أين شهدت عليه؟ ولا يقول: كيف شهدت عليه؟ لأن قوله: كيف شهدت عليه قدح، وقوله: من أين شهدت استخبار، وللحاكم أن يستخبر الشاهد، وليس له أن يبتدئ بالقدح فيه، فإذا سأله الحاكم أين شهدت؟ فينبغي أن يبين له هل شهد على إقراره بالحق أو عن حضور السبب الموجب للحق؛ ليزول به الاحتمال عن شهادته، فإن سأله الحاكم فلم يخبره، نظر فيه، فإن كان فيه غفلة لم يحكم بشهادته؛ لاحتماله مع الغفلة، إِنْ كَانَ ضَابِطًا مُتَيَقِّظًا، حَكَمَ بِشَهَادَتِهِ؛ لِانْتِفَاءِ الِاحْتِمَالِ بِالضَّبْطِ وَالتَّيَقُّظِ، وَإِنْ لَمْ يَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ فَالْحَاكِمُ هُوَ الْمُقَصِّرُ، وَحُكْمُهُ إِنْ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ نَافِذٌ؛ لِأَنَّ سُؤَالَهُ اسْتِظْهَارٌ، وَتُحْمَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى ظَاهِرِ الصِّحَّةِ إِلَى أَنْ يَثْبُتَ مَا يُنَافِيهَا، انتهى.

وعلى ظاهر النص جرى الدَّارِمِي والمحاملي وغيرهما من العراقيين، ولا أحسب بينهم خلافًا في ذلك، وهو قضية كلام الجويني في «مختصره» والغزالي

……………………

في «خلاصته» وغيره من كتبه، وبه صرَّح الْفُورَانِي في «العمد» وهو قضية ما في «الإبانة» و«النهاية» وكلام الْقَفَّال المروزي، والْبَغَوِي، والرافعي، وغيرهم.

وبهذا بان أن المذهب ما نقله ابن أبي الدَّم من القول، وأن ما بحثه وتلقاه من مدارج كلام المراوزة غريب في النقل، وإن كان هو المختار الراجح دليلًا، فإن أكثر الناس يعتقد ما ليس بملزم ملزمًا، وما ليس بسبب سببًا، والمذاهب في الأسباب الملزمة مختلفة جدًا، فالحنفي يرى إتلاف خمر الذمي موجبًا للضمان، وهو والمالكي تصححا بيع الكلب الصائد ويوجبا ضمانه، إلى غير ذلك، وسبق قول الإمام وتبعه الرَّافِعِي وغيره: إن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة، تحوج الحاكم إلى الاستفسار.

والوجه الثالث: الفارق بين الموافق في المذهب وغيره حسن، ويقرب من مسألتنا ما ذكره القاضي أبو سعد الهروي في «الإشراق»: إنه لو حكم الحاكم لإنسان بالملك في شيء وهو صاحب اليد عليه فادَّعى خارج انتقال: الملك إليه، وشهد له شهود على انتقال: الملك منه بسبب صحيح يوجب نقل الملك ولم يبينوا سبب النقل.

قال: أبو سعيد: وقعت هذه المسألة فأفتى فقهاء همذان بأن البينة مسموعة محكوم بها للخارج، كما لو بينوا السبب، وهي طريقة فقهاء العراق.

قال: ورأيت بذلك فتوى المَاوَرْدِي وأبي الطيب بخطهما، قال: وميلي إلى أن البينة لا تسمع ولا يحكم بها للخارج، وهو طريقة الْقَفَّال وغيره من فقهاء مرو؛ لأن أسباب الانتقال: مختلف فيها بين أهل العلم، فصار كما لو شهدوا على أنه الوارث، أو ثبوت الشفعة للشفيع مبهمًا، وأطال إلى أن قال: فخرج في المسألة ثلاثة أوجه:

طريقة العراق: إنه لا يضر إبهام السبب، وطريقة مرو: إنه يجب بيان السبب، ووجه ثالث: إن كان الشاهد فقيهًا على مذهب القاضي يعرف صحة السبب لم يضر الإبهام، وإن لم يكن فقيهًا أو لم يكن على مذهب القاضي فإنه

باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

قال المصنف: [هُوَ جَائِزٌ ....

لا بد من بيان السبب، والتفصيل لا بأس به، انتهى كلام أبي سعيد.

والظاهر أن ابن أبي الدَّم من هنا أخذ الأوجه الثلاثة السابقة، لكن سبق عن الْقَفَّال وغيره من المراوزة في مسألة الإقرار: الجري على ظاهر النص كما سبق، ومأخذ الصورتين واحد فيما يظهر، بل قد يقال: إن أسباب الانتقال: أوضح وأبين من أسباب شغل الذمة، فتلك الصورة أولى بالخلاف.

وفي «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي في باب أحكام البينات عن ابن سُرَيْج أنه قال: لو ادَّعى على آخر مالًا في يده وطلب يمينه، فأقام المدعى عليه بينة على ما يدعيه من ميراث أو بيع، فله ذلك، ويسقط عنه اليمين.

قال: ابن سُرَيْج: وهل يحتاج إلى بينة المدعى عليه إلى الكشف عن سبب الملك أم يكفي أن يشهد أن الشيء له مطلقًا؟ وجهان، انتهى وبالله الإعانة والتوفيق.

قال الشارح: قال: (هُوَ جَائِزٌ)، استدل له الأصحاب بقوله ﷺ لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمعرُوفِ»(١) وجعلوا ذلك قضاء على غائب، وكذا ترجم عليه البخاري في «الصحيح» وذكر السهيلي وأبو نعيم الأصبهاني أنه كان حاضرًا بمكة.

بل نقل القرطبي في تفسير سورة الممتحنة أنه لما قال: النبي ﷺ: «ولا تسرفن» قالت هند: إن أبا سفيان رجل شحيح وإني أصيب من ماله، فقال أبو سفيان: هو لك حلال، وهذا إن صحَّ كان نصًّا في حضوره مقالتها السابقة.

ورأيت في «صحيح» الحاكم: ثم قالت هند: «لا أبايعك على السرقة، فإني أسرق من مال زوجي، فكفَّ النبي ﷺ يده وكفَّت يدها حتى أرسل إلى أبي سفيان يتحلل لها منه، فقال أبو سفيان: أما الرطب فنعم، وأما اليابس فلا

---

(١) أخرجه البخاري (٩٥).

....

ولا نعمة»(١) قال: الحاكم: حديث صحيح، وأقره الحافظ الذهبي في «مستخرجه» على تصحيحه.

وذكر الرَّافِعِي في «النفقات» ما يدل على أن ذلك إفتاء.

وقال المصنف في «شرح مسلم»: لا يصح الاستدلال به؛ لأن هذه القضية كانت بمكة وكان أبو سفيان حاضرًا بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبًا عن البلد، أو مستترًا لا يقدر عليه، أو متعززًا ولم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجودًا، فلا يكون قضاء على الغائب بل هو إفتاء، انتهى.

وهذا واضح، وكيف يكون قضاء ولم يقدر ما حكم به، ولم يجز دعوى ولا تحليف، وقال ابن الرِّفْعَة تبعًا للماوردي: قوله: خذي، دليل على أنه ليس بفتوى، وإلا لقال: لا بأس عليك ونحوه، وقد قام ﷺ بالزوجية مقام البينة، انتهى.

وهذا لا يقوى، واستدلوا أيضًا بحجر عمر رضي الله عنه على الأسيفع الجهني، وأنه باع ماله في ديونه، وذكروا أنه كان غائبًا، وأيضًا فالبينة مسموعة باتفاق الخصم على الحاضر الساكت، وبأن الحكم على الصغير والميت جائز، وهما أعجز في الدفع من الغيبة، وحكى الرَّافِعِي عن رواية صاحب «التقريب» أنه حكى قولًا: إنه لا يقضي على الغائب إلا إذا اتصل به حاضرًا، كمذهب أبي حنيفة.

والذي في «النهاية» عن صاحب «التقريب»: إنه حكى قولًا غريبًا في منع القضاء على الغائب رواية حرملة عنه، فإن كان هذا قولًا مطلقًا حصل في المسألة ثلاثة أقوال.

وغلَّط المَاوَرْدِي في «الدعاوى» أبا إسحق في تخريجه القضاء على الغائب على قولين، قال: وأوهمه كلام الـمُزَنِيّ، وهو وهم منه، ولم يخلف قول الشَّافِعِي في جوازه.

وفي «روضة» شُرَيْح: يجوز القضاء على الغائب، وحكى الإصطخري أن

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٣٧٦٤).

إِنْ كَانَ بَيِّنَةٌ، وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قال: هُوَ مُقِرٌّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ.

فيه قولين، ونسب بعضهم قول المنع إلى القديم.

إشارة: ألحق القاضي الحسين بالغائب ما إذا أحضره المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة أو بعده وقبل الحكم، فإنه يحكم عليه قطعًا، وهذا في معنى قول غيره يجوز على المتمرد والمتواري في البلد كما سيأتي، وألحق في «الإشراق» وغيره به الأخرس الذي لا يفهم؛ لأنه في معنى والمجنون في ذلك.

قال: (**إِنْ كَانَ بَيِّنَةٌ**) أي: ولو شاهد ويمين فيما يقضي فيه بهما وإلا فلا فائدة لدعواه، قال: في «**الْبَسِيطِ**»: وينبغي أن يذكر أنه يريد إقامة البينة حتى يسمع دعواه.

وفي «**الْحَاوِي**»: إن أشبه الوجهين أنا نجعل المتغيب والمتعزز في حكم الناكل، فيحلف المدعي من غير إقامة بينة فخذ منه أنه لو ثبت أنه غاب تغيبًا أو هرب من المجلس عند إحضاره للدعوى عليه، وغاب أو توارى أن يكون كالناكل، والمراد بالبينة: البينة التي يمكن العمل بها، أمَّا لو كانت غائبة لا يمكن إحضارها، ولا التفريع عليها، فالظاهر أنها كالمعدومة بالنسبة إلى تعجيل سماع دعواه؛ لعدم الفائدة.

قال: (**وَادَّعَى الْمُدَّعِي جُحُودَهُ، فَإِنْ قال: هُوَ مُقِرٌّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ**) أي: لأنها لا تقام على مقره.

(**وَإِنْ أَطْلَقَ**) أي: بأن لم يتعرض لجحوده، والإقرار.

(**فَالأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ**) لأنه قد لا يعلم جحوده، ويحتاج إلى الإثبات، فجعلت الغيبة كالسكوت. والثاني: إنها لا تسمع إلا عند التعرض للجحود؛ لأن البينة إنما يحتاج إليها عنده، فعلى هذا يشترط أن يقول: هو جاحد، وعلى الأول: الشرط أن لا يقول: وهو مُقر.

قال الإمام **الرَّافِعِي**: ورأيت فيما جُمع من «فتاوى **الْقَفَّال**» أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما

....

إذا كان للغائب قال: فأحضروا، أراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي، فإن القاضي يسمع بينته ويوفيه سواء قال: هو مُقر أو جاحد، أو قال: لا أدري هل هو مقر أو جاحد، انتهى.

واعلم أني وقعت على نسختين بما جمع من «فتاوى الْقَفَّال» ورتبت مسائلها على الأبواب فإنها مبددة، ولم أر بعد التقصي فيها ما نقله الرَّافِعِي وهو الثقة الأمين، فلعلها غيره أو أُغفلت، أو جمع له فتاوى أخرى، والذي رأيته فيها: إنه لو جاء رجل إلى الحاكم وقال: كان لفلان الغائب عليّ ألف درهم، وقد قبضها في حضوره وإلا هو ينكر القضاء، ولي بينة أقيمها على ذلك لتحكم بها، أجابه إلى ذلك وحكم بها، فإن لم يقبل هو منكر، لكن قال: قضيت حقه وأقيم البينة عليه، أو قال: أخاف أن ينكر القضاء، فإن القاضي لا يسمع بينته، ولا يحكم بها، ولا يلتفت إلى دعواه، وصار كما لو ادَّعى على غائب ألف درهم، فما لم يقل للحاكم: هو منكر، لا تسمع دعواه ولا بينته، حتى لو قال: لي عليه ألف درهم، ولا آمن أني إذا حضرت ذلك البلد ربما ينكر، لا تسمع بينته ولا دعواه ما لم يقل: هو منكر، كذا هاهنا، انتهى.

إشارات: منها: ينبغي أن يكون موضع التردد في حاجة إلى دعوى إنكار الغائب والتصريح به، ما إذا كان ممن يعتبر إقراره، أمَّا لو كان مجنونًا أو صغيرًا أو محجورًا بسفه قد أتلف عليه مالًا، فالظاهر أنه لا حاجة إلى دعوى الإنكار قطعًا، كما لو كان حاضرًا.

ومنها: لو قال: وهو مُقر، ورددنا دعواه، فهل يسد عليه الباب مع تمادي يمينه الخصم مطلقًا؟ أو أنه لو جاء المدعي من بعد وقال: كنت ظننت أنه مُقر وقد بان لي أنه جاحد، وطلب الدعوى، هل تسمع؟ فيه نظر ولا يحضر لي فيه نقل.

ومنها: قضية كلام «الْبَسِيط» أن الوجه الثاني هو المذهب، حيث قال الرَّافِعِي: إن البينة لا تقام إلا على جاحد، فينبغي أن يدَّعي جحود الغائب، ثم لا يطالب بإثبات جحوده بالبينة، هكذا ذكره الصيدلاني وأئمة المذهب، وهذا

وأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَلَى الْغَائِبِ.

مشكل من حيث أنه إذا ادَّعى جحوده في الحال فيم يعلم، وإن ادَّعى جحوده قبل هذا فيم يعلم بقاؤه على الجحود، وكيف ترتبط البينة في الحال بجحود سابق؟ وعن هذا قال: بعض أصحابنا: لا يشترط التعرض للجحود، وأيَّده بالاكتفاء بسكوت الحاضر، قال: ولكن المشهور ما ذكرناه.

ومنها: قال: في «الْبَسِيط» مفرعًا على المرجح في الكتاب: فلو قال: هُوَ مُقِرٌّ ولكني أُقِيمُ الْبَيِّنَةَ اسْتِظْهَارًا؛ مَخَافَةَ أَنْ ينكر، لم تسمع، ومع هذا فلا خلاف أنه لو اشترى عينًا وخرجت مستحقة فادّعى الثمن على البائع الغائب سمع، وإن لم يذكر الجحود وإقدامه على البيه كان في الدلالة على جحود، وهذا لا خلاف فيه، فوقع الاكتفاء بما يقوم مقام الجحود وفاقًا، انتهى.

وهو ملخص من «النهاية» وذكر الإمام أن الذي أراده بدعوى الجحود هو الجحود السابق، والبناء على إصراره عليه، فإنه الظاهر ما لم يثبت بقضية، انتهى.

وهذا جيد إذا كان الأمر كذلك، أمَّا لو كان يعلم أنه مُقر ويجهل حاله، فدعواه وجحوده كذب وبهت، فكيف يسوغ له ذلك وكأنه اغتفر للحاجة، وإذا قلنا: بما رجَّحه المصنف فينبغي ألا يسوغ له أن يقول: وهو منكر إلا إذا علم ذلك منه لعدم الحاجة إليه، والله أعلم.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَصْبُ مُسَخَّرٍ يُنْكِرُ عَلَى الْغَائِبِ**) لأن الغائب قد يكون مُقرًا فيكون المُسخَّر كذبًا، ووجه اللزوم لتكون البينة على إنكار منكر، قال الرَّافِعِي: وقضية توجيه الأول أنه لا يجوز نصب المُسخَّر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخيَّر، إن شاء نصبه عنه، وإن شاء لم ينصب، انتهى.

وعن القاضي الحسين أن هذا كذب محظوظ، وتورع بما ذكرته في «الْغُنْيَة» والمذهب كما قاله أبو العباس الرُّويَانِي، وصححه الشيخ أبو علي والْبَغَوِي ما رجحه المصنف(١).

---

(١) قال الخطيب (وَ) الْأَصَحُّ (أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي) (نَصْبُ مُسَخَّرٍ) بِفَتْحِ الْخَاءِ الْمُعْجَمَةِ (يُنْكِرُ عَلَى ـ

وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ إِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ.

قال: (**وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ**) أي: إن كان هو المستحق لما ادَّعاه.

(**بَعْدَ الْبَيِّنَةِ**) أي: وتعديلها.

(**إِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ**) أي: احتياطًا للغائب؛ لأنه لو حضر لربما ادَّعى ما يبرئه (**وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ**) أي: لأن باب التدارك إن كان له دافع غير منحسم.

قال: (**وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ**) أي: أو ميت، والوجوب فيهم أولى لعجزهم عن التدارك، وقيل: يجب التحليف والدعوى على الثلاثة قطعًا.

وقال ابن أبي الدَّم: لا خلاف أن اليمين للحكم على الميت أو صبي أو مجنون مستحقة قولًا واحدًا، وهو ملخص لذلك من كلام الإمام.

ويخرج من كلامه: إنه لو كان الغائب منقطع الخبر وله مال حاضر يريد المدعي القضاء منه أن اليمين تختم على هذه الطريقة، ويلتحق بالصبي الأخرس الذي لا يفهم.

وحكي قول غريب: إنه لا يحلف في الدعوى على الغائب مع البينة، وهو مذهب الـمُزَنِيّ، والمشهور التحليف، إذا عرفت هذا، فقد قال الرَّافِعِي: يحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها بأنه ما أبرأ عن الدين الذي ادّعاه ولا عن شيء منه ولا اعتاض ولا استوفى ولا أحال عليه ولا أحد من جهته بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه، يلزمه توفيره، ويجوز أن يقتصر فيُحلّفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب التسليم، انتهى.

= الْغَائِبِ) عِنْدَ الدَّعْوَى عَلَيْهِ. قال: فِي أَصْلِ الرَّوْضَةِ: لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مُقِرًّا فَيَكُونُ إِنْكَارُ الْمُسَخَّرِ كَذِبًا. قال: وَمُقْتَضَى هَذَا التَّوَجُّهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ نَصْبُهُ لَكِنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ الْعَبَّادِيُّ وَغَيْرُهُ: أَنَّ الْقَاضِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ النَّصْبِ وَعَدَمِهِ انْتَهَى، فَقَوْلُ ابْنِ الْمُقْرِي: أَنَّ نَصْبَهُ مُسْتَحَبٌّ قال: شَيْخُنَا: قَدْ يَتَوَقَّفُ فِيهِ. وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ لِتَكُونَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِنْكَارِ مُنْكِرٍ. وَيَجِبُ أَنْ يُحَلِّفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ إِنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ، وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ. انظر: مغني المحتاج (١٩/ ٢٣٠).

....

وعن «تعليق» القاضي أبي الطيب أن الحي الحاضر إذا ادعى البراءة مطلقًا فيمكن حصر الألفاظ التي ذكرها الشَّافِعِي بقوله: والله ما يرى إلي من الحق، ولا من شيء منه بقول ولا فعل، وإذا كان هذا في حق الحي، فكذلك في حق الميت، وقال: البَنْدَنِيجِي: يحلف في حق الغائب، والهارب عن مجلس الحكم أن حقه الذي شهد له الشهود به ثابت عليه إلى وقتنا هذا.

وقال المَاوَرْدِي: أقل ما يجريه أن يحلف في حق الغائب والصبي والميت والمجنون أن حقه هو الثابت عليه، وهذا ما في «المنهاج» وذكر ابن أبي الدَّم التحليف المبسوط الذي ذكروه، ثم قال: وأن يقول: وإني مستحق تسليمه الآن أو في وقتي هذا، قال: وهذا لا بد من ذكره، ولم يذكر أصحابنا في كتبهم؛ لأنه لو كان الدين مؤجلًا على غائب وسمعنا الدعوى به على رأي، فلا بدّ عند الدعوى من طلب التسليم عقب اليمين، انتهى.

وأحسن من ذلك أنه قد يكون مؤجلًا، فيدَّعي حلوله، ويقيم البينة بالدين من غير تعرض لحلول ولا تأجيل؛ احتياطًا للغائب على استحقاق تسليمه الآن.

قال: الْفُورَانِي في «العمد»: كل موضع حكم فيه على غائب بحق فلا يلزمه ولا ينفذه حتى يحلف المدعي مع بينته أنه محق في دعواه.. إلى قوله: وبالجملة أن كل ما لو كان المدَّعى عليه حاضرًا لكان له أن يطالب المدعي باليمين عليه، فإن الحاكم ينوب منابه فيحلِّفه، انتهى.

وقال: القاضي الحسين والإمام: إنه يستظهر في تحليفه بالاحتياط التام، وذكرا من «الْبَسِيط» نحو ما سبق، إلى أن قالا: وإنه يلزمه تسليم المدعي إلي، وأن شهوده شهدوا له بالحق، وهذا فيه ما سيأتي.

قال الإمام: وقد تعرض في التفريع على الوجه الأصح، أي: وهو وجوب التحليف الاكتفاء بتحليفه على أنه يستحق الحق الآن من غير بسط في ذكر الجهات، وهذا الاحتمال هو ما سبق عن المَاوَرْدِي والبندنيجي، وهو المذكور في «التهذيب» وبه يحصل في إيجاب البسط على النحو السابق وعدمه خلاف،

وذكر شُرَيْح: اليمين مبسوطة، ثم قال: وحكى جدي والشيخ أبو عاصم عن بعض أصحابنا: إنه إن حلف ما برئ إليه بقول ولا فعل كفى، والباقي احتياط، قال: وهذا هو الصحيح عندي.

فَرْعٌ: قال: ابن أبي الدَّم لا يحتاج في اليمين لحكم إذا كان قد ثبت بشهادة شاهدين إلى تصديق الشاهدين، وحكى الإمام فيه وجهًا أنه يشترط تصديق الشهود، وهو بعيد، وذكر في «الوسيط» تصديق الشهود في يمين الحكم، ولم يحك فيه خلافًا وهو هفوة، انتهى.

وهذا عجب منه، فإنه ذكر صيغة التحليف كما ذكرها إمامه، وفيها التعرض لتصديق الشهود، ثم صرَّح عقبه بنحو ثلاثة أسطر: إنه لا يجب التعرض لتصديق الشهود، وكذا قال في «الْبَسِيط»، وعبارة الإمام لما ذكر كيفية اليمين ذكر فيها التعرض لتصديق الشهود، ثم قال: من بعد: والتعرض لتصديق الشهود فيه بُعد عندنا، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن الغزالي حكى التعرض لتصديق الشهود وجهًا أشعر إيراده بضعفه، ولم أر ما ذكره في كلام الغزالي هنا، وجزم الرَّافِعِي بأنه لا يشترط ثم قال: وفيه وجه أنه يشترط.

قلت: وبه جزم الدَّارِمِي والماوردي، ونص عليه في «الأم» كما سيأتي في «الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

وقد بيّن المَاوَرْدِي المراد بتحليفه هناك، ويشبه أن يكون هو المذهب المنقول لا لأجل تصديق الشهود بل لمعنى آخر كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

واعلم أن مقتضى ما سبق عن «عمد» الْفُورَانِي، ومقتضى كلام الرَّافِعِي وغيره أيضًا أن الحاكم يُحلّفه على كل ما لو كان المدعى عليه حاضرًا، وطلب إحلافه عليه أجبناه إليه أنه يُحلّفه: إنه لا يعلم كذب شهوده، ولا فسقهم، ولا عداوتهم عليه، كما هو أصح الوجهين هناك، ولعلَّ هذا الوجه المذكور هنا هو المرجح هناك، أو مُفرع عليه.

……

فَرْعٌ: المتغيب في البلد أو المتعزز إذا سمعت الدعوى عليه كما سيأتي، وقامت عليه البينة فالتمس المدعي الحكم عليه بالحق فهل يُحلفه الحاكم تفريعًا على إيجاب اليمين؟

أطلق الأكثرون القول بأن المتغيب أو المتعزز حكمه حكم الغائب.

وقال في «الرَّوْضَة»: هل يحلف المدعي كما يحتلف المدعي على غائب؟ وجهان.

وقطع في «العدة» بأنه لا يحلف؛ لأن الخصم قادر على الحضور.

وقال المَاوَرْدِي: لا يجب اليمين للحكم على المتغيب ولا المتعزز، بخلاف الغائب، والفرق أن المتغيب ظالم بتغيبه، وكذا المتعزز غير معذور فيه، فلم يحلف المحكوم له بخلاف الغائب، فإنه معذور في غيبته.

قلت: وقضية الفرق: إنه لو غاب مدافعة لصاحب الحق بعد توجه الوفاء عليه ونحو ذلك أنه لا يحلف، وسبق عن البَنْدَنِيجِي أنه يحلف.

وصرَّح المَحَامِلِيّ في «المقنع» بأنه يحلف للحكم على الغائب، وعلى المستتر في البلد وعلى الهارب من مجلس الحكم قبل أن يسمع الحاكم البينة عليه، أو بعدما سمعها، وقبل الحكم، فسوى بين الجميع.

وقال في «المجموع»: إنه لا خلاف فيه، وبالتحليف للحكم على المتواري جزم الرُّويَاني في «الحلية» في كتاب الدعاوى.

ثم قال المَاوَرْدِي: وهل يجعله بغيبته ويعززه في حكم الناكل حتى يحلف المدعي من غير إقامة بينة، فيه وجهان: أشبههما: إنه يجعل ناكلًا بفرض أن المتعزز حضر، وتوجهت عليه البينة فنكل عنها، قال: ابن أبي الدَّم: وهذا فيه بُعد لا يخفى على المتأمل، انتهى.

ولا يبعد ما ذكره المَاوَرْدِي إذا نوى على المتواري في البلدان: لم تحضر لسماع الدعوى وإلا سمعت عليك، وجعلت ناكلًا عن اليمين، وقضينا عليك بيمين خصمك، وكذا يقال: للمتعزز، وإلا انسد على المدعي الوصول إلى

حقه إذا لم تكن له بينة، ويحسن أن يقال: في النداء: وللمتعزز أن المدعي يدعي بكذا وكذا، فإن لم يحضر... إلى آخر ما قدمناه.

والذي أفهمه إطلاق الجمهور وتصريح كثيرين، وأفهمه سياق كلام الرَّافِعِي ترجيح التحليف تغريم المتواري، والمتعزز، والهارب من المجلس كالغائب، والمختار المنع؛ لوضوح الفرق.

فَرْعٌ: لو كان للمتمرد وكيل نصَّبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان لأبي العباس الرُّويَانِي؛ لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان للغائب وكيل، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» تبعًا للعبادي والهروي: لو كان للغائب وكيل لم يحتج إلى ضم اليمين إلى البينة، وكان القضاء مجمعًا عليه.

قال: وفي الرَّافِعِي أن لأبي العباس الرُّويَانِي جوابين فذكرهما، ثم قال: لكن المشهور الأول، وحينئذ يجب تقييد إطلاق «المنهاج» وغيره وجوب التحليف.

فَرْعٌ: لو كان القضاء على الغائب بشاهد ويمين فهل يكفي يمين واحدة أم لا بد من يمينين، يمين تكمل البينة ويمين للحكم؟

فيه وجهان: أشبههما: كما قال الرَّافِعِي، الثاني: لأن الثبوت قبل الحكم، والثبوت يتوقف على اليمين أولًا، وكلام «النهاية» و«الْبَسِيط» مائل إلى الأول، وصححه الشيخ أبو علي، وأفتى به الغزالي، ثم موضع الاتفاق على القضاء بالشاهد، واليمين على اليمين إذا لم يقتض الحال المكاتبة، أمَّا لو اقتضت ذلك ففي «الْحَاوِي»: إن في جواز الحكم بالشاهد واليمين فيما يكتب به إلى غيره وجهان:

أحدهما: يجوز كالحكم على الحاضر.

والثاني: لا يجوز أن يكتب به؛ لأن المخالف فيه يرى بعض الحكم به، فلم يكن له أن يُعرّض حكمه للنقض، والأولى من إطلاق الوجهين أن يعتبر

....

رأي المكتوب إليه، فإن كان يرى ما يراه كتب به إليه وإلا فلا.

فَرْعٌ: ذكر العبادي، والهروي، وشريح الرُّويَانِي: إنه لو أقام بينة على أن هذه الدار التي في يد هذا المدعى عليه كانت ملكًا له لا يعلم زوال ملكه عنها، قال: ابن المنذر: قال: الشَّافِعِي: يحلف مع البينة، فإن شهدوا مع هذا بأنه غاصب جاز، ولا يمين مع البينة، انتهى.

وهذا النص ينفع في بعض مسائل هذا الباب إذا ضاهت هذه، فإنه يحتاج أن يحلف مع البينة، وظاهر النص أن ذلك لا يتوقف على طلب الخصم، وكذا لو توقف عليه وهو غائب حلف هنا مع البينة.

فَرْعٌ: إذا أوجبنا اليمين في الحكم على الغائب ونحوه فحكم عليه قبل التحليف فقضية كلام الجمهور أنه لا ينفذ، بل اليمين ركنٌ فيه، وفي «روضة» شُرَيْح: إذا قلنا: يجب التحليف فحكم قبله فهل ينفذ؟ فيه وجهان، ويشبه أن يقال: إن كان عن اجتهاد معتبر نفذ، وإلا فلا.

فَرْعٌ: إذا شهدا عند الحاكم بالبيع بشرطه والتقايض من الطرفين، وكان البائع ميتًا أو غائبًا، وطلب المشتري من الحاكم أن يحكم له بذلك، فهل يفتقر الحكم إلى يمين المشتري المعتبرة في الحكم؟ فإن وجبت فما كيفيتها؟ وأي فائدة لها هاهنا؟ مع أن اليمين إنما شرعت خوفًا من إبراء أو حوالة أو اعتياض، وهل يفرق بين شهادة الشاهدين بحضور عقد البيع والقبض، أو يشهدا على إقرار المتتابعين في اليمين للحكم على البائع؟ وهل لو شهدا على ميت بإبراء مدين عن دين، وحكيا صورة الإبراء أو إقراره بالإبراء هل يفتقر الحكم عليه إلى يمين المدعي بالإبراء؟

أجاب ابن الصلاح: نعم يفتقر ذلك إلى تلك اليمين خوفًا من مفسد قارن العقد أو مزيل طرأ بعده، ويكفي في كيفيتها أن يحلف أنه الآن مستحق لما ادَّعاه، وكذلك يكفي مثله في سائر الصور من غير حاجة إلى تفصيل الأسباب، ولا فرق في ذلك بين أن يشهدا على الإقرار وبين أن يشهدا بصورة العقد،

....

وكذلك الإبراء، انتهى.

وأعيدت مسألة البيع في آخر «الفتاوى» وزيد في السؤال، فإن قلتم: لا بد من يمين فما كيفيتها وصورتها؟ وما الفرق بين هذا وبين ما لو ادعى أن الدين الذي لزيد الغائب أبرأني منه بعد أن ادَّعى عليه به؟ وأقام على البراءة شاهدين، وطلب من الحاكم أن يحكم به على إقرار المبرئ الغائب، فإنه يحكم له ولا حاجة إلى اليمين قولًا واحدًا، والحالة هذه، فأجاب: لا بد في ذلك من يمين على القول الأصح في الباب، ويجيء في كيفية اليمين الصفتان الجاريتان في سائر الباب، الإجمال: بأن يحلف أنه الآن يستحقه، والتفصيل: بأنه لم يزل ملكه عن ذلك بردٍ ولا إقالة، ويذكر نحوهما من مزيلات الملك، ومن الفرق بين ذلك وبين الإبراء إنه إذا وجد الإبراء وصح فلن يعقبه ما يزيل حكمه، فلم يحتج إلى يمين ينفي احتمال ذلك، انتهى.

وأخذ أبو عمرو مسألة الإبراء مسلمة من السائل، وفيها نظر، وربما سبق فيها كلام وسنعيدها مع زيادات إن شاء الله، وقد يدعي لو كان حاضرًا الإكراه على الإبراء أو على الإقرار به.

فَرْعٌ: في «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح: إنهم لو شهدوا حسبة على إقرار غائب أنه أعتق عبدًا له، حكم الحاكم عليه بالعتق حسبة من غير توقف على طالب العبد، ولا يتوقف الحكم على يمين العبد، والحالة هذه، وإن طلب العبد الحكم إذا لاحظ في حكمه جهة الحسبة معرضًا فيه عن طلبه، انتهى.

ويجيء ما ذكره في نظيره من الطلاق وغيره من حقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين، وفيها: إنه لو أقام بينة بدين على ميت بحضور الوارث المنكر للدين، وسكت الوارث عن طلب اليمين للحكم، قال: إن كانوا ممن يخفى عليهم أن لهم تحليفه فعلى الحاكم تعريفهم ذلك، فإن سكتوا بعد ذلك عن التحليف، وصَّى القاضي بالبينة من غير تحليف.

وقد يأتي ما ذكره من التعريف في الولي والوصي والوكيل، وفيه وقفة؛

وَلَوْ ادَّعَى وَكِيلٌ عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ.

وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقال: لِوَكِيلِ الْمُدَّعِي أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُك أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ.

لأنه نوع تلقين، والوجه: إنه لا يتوقف اليمين على طلب الولي نظرًا للطفل ونحوه، ولينظر لو كان على الميت ديون مستغرقة، أو كان الوارث غير جائز، فعلى القاضي تحليفه لحق الغرماء وبيت المال أم لا؟ الأقرب: التحليف.

فَرْعٌ: وكَّله في شراء ملك ببلد آخر ففعل، وأثبته الوكيل على قاضي بلد البائع، وحكم فيه بالصحة، ثم نفَّذه حاكم آخر، ثم نقل الوكيل الكتاب إلى بلد موكّله، وطلب من حاكم بلده تنفيذه، فهل يتوقف الحكم على تحليف الموكل؟ أفتى الشيخ برهان الدين المراغي والشيخ نجم الدين الْوَفَاتِيُّ من معاصري المصنف بدمشق بأنه لا يتوقف على تحليفه، فإن سلم ذلك عن منازعة استثنى هو وأمثاله عن إطلاق المصنف وغيره؛ لأنه قضاء على غائب. فتأمله.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى وَكِيلٌ**) أي: لغائب.

(**عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ**) أي: فلا يحلف الوكيل بل يوفر الحق إن كان للمدعى عليه، وأمَّا التحليف على البت فلا سبيل إليه، وأمَّا على نفي العلم بالمسقطات فسيأتي ما فيه.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقال: لِوَكِيلِ الْمُدَّعِي**) أي: الغائب.

(**أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُك أَمَرَ بِالتَّسْلِيمِ**) أي: إلى الوكيل في الحال، ثم يثبت الإبراء من بعد أن كانت حجة؛ لأنَّا لو رفعنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لَانْجَرَّ الْأَمْرُ إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، ويقال: أن المسألة وقعت بمرو وتوقف فيها فقهاء الفريقين، ثم أفتى الْقَفَّال بما ذكرنا.

قال الرَّافِعِي: ووجدت في «تعليق» الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب في باب الوكالة، انتهى.

وهو هناك في «تعليق» القاضي أبي الطيب، و«الشامل» و«الْحَاوِي» و«التحرير» وغيرهما، وحكوه عن أبي حنيفة أيضًا، ولا فرق في ذلك بين الدعوى بالدين والعين، ولا بين أن يدَّعي علمه بالإبراء أو الاستيفاء أولًا.

....

قال الرَّافِعِي: وكذا لو ادَّعى قيِّم صبي دينًا للصبي، فقال: المدعى عليه: إنه أتلف من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه، لم ينفعه، بل عليه أداء ما أثبته القيِّم، فإذا بلغ الصبي حلَّفه، قال: ولو أن المدعى عليه قال في مسألة الوكيل: أبرأني موكلك الغائب فاحلف أنك لا تعلم ذلك.

قال الشيخ أبو حامد: عليه أن يحلف على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه فيه، ولا يحلف الوكيل.

قلت: وما قاله أبو حامد من تحليفه على نفي العلم بالقبض والإبراء هو ما ذكره العراقيون هناك كما ذكره ابن الصلاح وغيره وحكاه شُرَيْح الرُّويَانِي عن ابن سُرَيْج وهو الصحيح الموافق لما صححه الرَّافِعِي والمصنف في كتاب الوكالة فيما إذا ادَّعى البالغ أن الموكل علم بالعيب ورضي به، فإن الوكيل يحلف على نفي العلم، وفيه وجه ضعيف: إنه لا يحلف.

قال الرَّافِعِي هناك: ولك أن تقول: قضية ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء، وسائر الأسباب المسقطة نائبة عن المدعى عليه فيما يتمكن منه لو حضر كما مات عنه في تحليف من يدعي بنفسه، انتهى.

وما ذكر أنه قضية قول الشيخ أبي حامد ظاهر، لا يأباه العراقيون وإن لم يصرِّحوا به، وأمَّا قوله قبل هذا: وكذا لو ادَّعى قيِّم الصبي دينًا للصبي، أي: ومن في معناه، فينبغي تأمله مع قوله قبله بأسطر: وبني على الخلاف، أي: في أن اليمين لحكم واجبة أم لا ما لو أقام قيِّم الطفل البينة على قيِّم طفل، فإن قلنا بوجوب التحليف فينتظر إلى أن يبلغ المدعي له فيحلف، وإن قلنا: بالاستحباب فيقضي بها، أي: في الحال، وقضية البناء الانتظار هاهنا إلا أن يظهر فرق.

فَرْعٌ: قال: لآخر: أنت وكيل زيد الغائب، ولي عليه كذا، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك.

قال الرَّافِعِي: فإن علم أنه وكيل وأراد أن لا يخاصم فليعزل نفسه، وإن لم

وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، ....

يعلم فينبغي أن يقول: لا أعلم أني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل فيكون مكذبًا لبينة عساها تقوم على الوكالة، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالته؟ فيه وجهان.

ظاهر كلام أبي عاصم العبادي: نعم؛ لأن له فيه فائدة، وهي أن تستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وأن يكون القضاء مجمعًا عليه، والأظهر: المنع؛ لأن الوكالة حق للوكيل فكيف تقام البينة عليها قبل دعواه، انتهى.

وقضية كلامه: إنه لو صدق المدعي على الوكالة سمعت دعواه عليه من غير بينة، وهذه طريقة الْبَغَوِي والرافعي تبعا فيها ابن القاصّ والقاضي الحسين وابن سُرَيْج، وذكرت في كتاب الوكالة من «الْغُنْيَة» في ذلك كلامًا شافيًا، ومنه أن الْمَاوَرْدِي والروياني قالا: إن مذهب الشَّافِعِي أنه لا يسمع مخاصمتها إلا ببينة.

خلافًا لابن سُرَيْج، ولفظ الهروي في «إشراقه»: إذا تعلق بإنسان في مجلس الحكم وقال: أنت وكيل فلان بالمخاصمة عنه، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ليقع الحكم عليك وأنت حاضر، فاستغنى عن ضم اليمين إلى البينة، وساق ما سبق عن كلام الرَّافِعِي، ثم قال أبو سعد: هذه المسألة فيها غموض؛ لأن الوكالة حق الوكيل، فإذا لم يدعها فلا معنى لإقامة البينة؛ لأن الشهادة لا تسبق الدعوى، وتصحيح هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: إنه لم يرد ـ يعني العبادي ـ به إثبات التوكيل في مجلس الحكم بالبينة، وإنما أراد إعلام الوكيل بالوكالة، وإذا أعلمه من يعتمده وثق به جاز أن يعمل على حكم التوكيل، فالأصوب أن يقول: لا أعلم، ولا يسبق إلى الإنكار الصريح حتى لا ينتصب لتكذيب المخبر فيما أخبره به.

والوجه الثاني في التصحيح وهو ضعيف أن يقال: الوكالة وإن كانت حقًّا للوكيل ففيها فائدة للمدعي أنه إذا خاصم وكيل المدعى عليه وهو حاضر والموكل غائب ينفذ القضاء على وجه الوكيل، فيكون القضاء مجمعًا عليه ويستغني المدعي عن ضم اليمين إلى البينة.

قال: (**وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ**) أي: إذا ثبت

وَإِلَّا فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِيَ.

وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، ....

مال على غائب ومن في معناه، وله مال حاضر وجب على الحاكم القضاء منه بشرطه إذا طلبه المدعي أو من قام مقامه بولاية أو وصاية أو وكالة، وكذا لو كان الحاكم وليًّا محجورًا عليه لصبى أو جنون أو سفه بالولاية العامة، وجب عليه استخلاص ذلك بشرطه؛ لأنه حق وجب على الغائب وتعذر وفاؤه من جهته، فقام الحاكم مقامه، كما لو كان حاضرًا فامتنع، وإذا وفىٰ الحاكم المدعي فهل يطالبه بكفيل؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ إذ قد يكون للغائب فدفع إذا حضر فيحتاط له، وأصحهما: المنع؛ لأن الحكم قد تم في الحال، والأصل عدم الدفع، ويجري الوجهان فيما لو حكم لحاضر على غائب تعين حاضره، وينفذ جريًا فيما إذا قضى بدين أو عين على متوار أو متعزز لتقصيره، بخلاف المعذور «بالغنية» ولا يجريان فيما إذا كان للغائب وكيل حاضر فيما يظهر.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن للغائب مال حاضر.

(**فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيُنْهِي سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِيَ. وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ**) أي: بما جرى عنده من ثبوت أو حكم يخرجان إلى ذلك البلد، وللمدعي في سؤاله المكاتبة حالان: أحدهما: إن ثبت عند الحاكم شيئًا بدون علمه ولم يحكم به، والتفريع على المذهب، وهو أن الثبوت ليس بحكم، فيسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي بلد الخصم بما يثبت عنده ليحكم به عليه، وفي اعتبار بُعد المسافة ما سيأتي في آخر الفصل.

واقتضى كلام ابن الرِّفْعَة هنا في «الكفاية» أن المذهب اعتبار مسافة القصر، فجزم باعتبارها، ثم قال: وقيل يقوم ما فوق مسافة العدوى مسافة القصر في الموضعين، وهذا ما رجَّحه ابن الرِّفْعَة هناك تبعًا للرافعي والمصنف.

....

قال: ولا يكفي فيهما مسافة العدوى فما دونها، وسنذكر الكلام في الشهادة على الشهادة شيئًا آخر لا يستغني عنه من يتكلم في هذه المسألة، ثم ما ذكره الأصحاب هنا يقتضي أن الاعتبار في القرب والبعد بالقاضي الكاتب دون الشهود الذين شهدوا عنده.

قال: وجزم الإمام بأن القاضي في الجانب الشرقي من البلد لو كتب إلى قاضي الجانب الغربي بأني سمعت بيِّنة على فلان، ووصفها على شرطها فاقض بها، وكان الذين قد شهدوا عند الكاتب قد غابوا أو ماتوا، ساغ للمكتوب إليه القضاء بذلك، بخلاف ما لو كان الذين شهدوا حضورًا بعد في البلد فإنه لا يقضي بالكتاب؛ لأن استحضار الشهود فهم الأصل، وقول القاضي في حكم شهادة هذا الفرع على الأصل فيستحضرهم القاضي الثاني وتستعيد الشهادة شرطها.

قال ابن الرِّفْعَة: والقاضي الحسين أطلق القول في هذه الصورة، وهو قضية لفظ الشَّافِعِي في «الأم» حيث قال: كما نقله في «الْبَحْر»: وإذا كان فيه قاضيان كبغداد، فكتب أحدهما إلى الآخر بما يثبت عنده من البينة، لا ينبغي أن يقبلها حتى تعاد عليه، وإنما تقبل البينة في البلد الثاني الذي لا يكلف أهله إثباتها.

قلت: توجيه النص يشهد بموافقة الإمام لا بمخالفته، قال: وطرد الإمام ما ذكره من التفصيل فيما لو وقَّت كل قاض في طرف محل ولايته، وقال: أحدهما للآخر: إني سمعت شهادة فلان وفلان على فلان، وحلفته على موجب، فاقض بالبينة في جانبك، فقال: إن كان شهود الأصل قد غابوا أو ماتوا قضى المقول له بذلك وإلا فلا، ثم حكى الإمام فيما بعد في حالة وجود شهود الأصل في البلد خلافًا في جواز المشافهة مبنيًّا على أن سماع البيِّنة من القاضي حكم بقيام البينة أم سبيله سبيل نقل بتأهل الفرع شهادة شاهد الأصل، فيكون القاضي فرعًا إذًا؛ فعلى الأول وهو ما نقله عن الأكثرين ورآه أظهر وتبعه الغزالي: لا يستعيد الثاني الشهادة ويقضي، والقاضيان على هذا يتعاونان على القضية الواحدة.

……

والثاني وهو ما عليه الأصحاب كما قال الرَّافِعِي وأنه نص عليه في «العيون»: إنه يستعيدها، وللشافعي نص يأتي في أوائل «الدعاوى» يدل على الوجه الأول، فتكون المسألة على قولين، وهذا الخلاف إذا عدل القاضي الناقل البينة، فلو لم يعدلهم قال الإمام: فهذا يكاد يكون نقلًا محضًا، وبه يتأيد وجه أنه نقل وليس بحكم، وقد اتفق الأصحاب على أنه إذا عدل الشهود وحكم بعد التهم فهو سائغ، ولكن هل للمكتوب إليه البحث وإعادة التعديل أم لا؟

لفظ «الوجيز» يشعر بالأول؛ لأنه قال: جاز أن يعتمده إن رأى ذلك، قال الرَّافِعِي: والقياس الثاني، وزاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصواب، أمَّا إذا جعلناه حكمًا فظاهر، وأمَّا إذا جعلناه نقلًا فإن شاهد الفرع إذا عدل شاهد الأصل وهو بصفة المزكيين كفى على ظاهر النص، نعم لو قامت بينة بالجرح قدمت بلا خلاف، وكذا للمدعى عليه الاستمهال ثلاثة أيام؛ لإقامة بينة بالجرح، ولا يحتاج في هذا القسم إلى تحليف المدعي، ولو فوَّض الكاتب النظر في العدالة والجرح إلى المكتوب إليه جاز.

قال الإمام: لكن النقل من غير تعديل قريب من التعطيل، ولكنا مع ذلك نجوّز تفويض التعديل إلى المكتوب إليه على شرط الإبلاغ في الإعلام، والإعلام الذي ذكرناه يكون مؤكدًا بالاسم والرفع في النسب وغيرهما من الأسباب إذا لم يحصل الإعلام بذلك، أمَّا إذا حصل بالاسم المحض كما إذا كان الشاهد مذكورًا في البلاد بعيد الصيت كفى ذلك والماوردي أن للشهود في هذه الحالة ثلاث أحوال:

إحداها: أن يكونوا من أهل البلد الذي يصل إليه الكتاب، وهم على العود إليه فلا تسمع شهادتهم وإن سمعها لم يكتب بها، وقال: للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم ليشهدوا عنده بما شهدوا به عندي، فإن كُتُب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يجز فيه المكاتبة كالشهادة على الشهادة.

والثانية: أن يكون الشهود من البلد الذي يكتب إليه، ولا يريدون العود

……

إليه، والبينة بتعديلهم فيه، فيجوز أن يكتب القاضي بشهادتهم عنده ليكشف عن عدالتهم، فإذا صحَّت عنده حكم بشهادتهم.

والثالثة: أن يكون الشهود من البلد الذي يكتب إليه، فيجوز بعد سماع شهادتهم أن يكتب إلى قاضي بلدهم ويسأله عن عدالتهم، فإن عرفها كتب بها إلى القاضي الأول؛ ليتولّى الحكم بشهادتهم، هذا كله فيما إذا كان ذلك بالبينة، أمَّا إذا كان الحق قد ثبت عنده لكونه علم به، وعلم كتب به إلى غيره ليقضي ذلك الغير بموجب علمه على المدعى عليه ففي «العدة» و«الْبَحْر»: إنه لا يجوز القضاء به، وإن قلنا: يجوز القضاء بالعلم؛ لأنه في هذه الحالة شاهد، وبالكتبة لا تحصل الشهادة الكاملة ولا غيرها.

وعن «أمالي» السرخسي: إنه يجوز، ويقضي المكتوب إليه إذا جوَّزنا القضاء بالعلم؛ لأن إخباره عن علمه كإخباره عن قيام البينة، ثم كيفية الكتاب في هذه الحالة بعد ذكره المدعي والمدعى عليه، والقاضي المكتوب إليه، وتحرير الدعوى وغير ذلك مما سيأتي في الحالة الثانية أن يكتب، وقد شهد عندي بذلك فلان وفلان، وقد ثبت عندي.

وقال الشيخ أبو حامد: لا يقول: ثبت عندي بناء على رأيه أن الثبوت حكم، والصحيح المنصوص وقول الجمهور خلافه، كما تم ما ذكرناه من تسمية الشهود في هذه الحالة واجب، صرَّح به القاضي الحسين، والإمام، والغزالي.

وقال الرَّافِعِي: القياس: التجويز، يعني تجويز ترك التسمية، كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود، وأن هذا هو المفهوم من إيراد صاحب «التَّنْبِيه» نقل الشهادة أو حكم بسماعها، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وإن «التهذيب» وغيره: إنه يجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة نقل للشهادة، أو حكم بسماعها، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وإن قلنا: نقل، فلا بدّ من التسمية كما أنه لا بد أن يسمى شاهد الفرع بتأهل الأصل.

....

قال ابن الرِّفْعَة: وفي هذا البناء نظر؛ لأن من قال: الثبوت ليس بحكم، قال: تسمية الشهود في هذه الحالة لا بد منها، وذلك دليل على أنه ليس بحكم؛ إذ لو كان حكمًا لما احتيج إلى ذلك وإذا كان هذا دليله لم يحسن بعده ما ذكر من البناء، نعم حكي في «الْبَحْر» عن بعض أصحابنا بخراسان أنهم قالوا: يجوز أن يكتب: ثبت عندي بشهادة العدول، ولا يسميهم، فإن لم يثبت عدالتهم سمَّاهم وهو ضعيف.

فَرْعٌ: إذا قال: القاضي صح مورد هذا الكتاب وقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه.

قال: الهروي: سئلت عنها بأصبهان هل هو حكم أم لا؟ فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم فهو حكم، وإن تعذر الرجوع إليه فالاعتماد على ما عرف الحكام، إن اعتقدوه حكمًا فهو حكم، ثم استقر رأي لمَّا وليت القضاء بهمذان على أنه ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، وهذا ما أورده في «أصل الرَّوْضَة» وقال الرَّافِعِي: إنه الصواب.

الحالة الثانية لمسألة الكتاب أن يحكم له القاضي بما ثبت عنده، فيسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما حكم به لينفذه، فإنه يكتب إليه بالإجماع، كما ذكره ابن الصباغ وغيره، والمعنى فيه ظاهر، فإن بالناس حاجة إليه؛ لأن بينة الشخص قد تكون في بلد وخصمه في آخر، ولا يمكنه حمل البينة إلى بلد الخصم، ولا حمل الخصم إلى بلد البينة، وإذا أخَّر ذلك ضاع الحق، فدعت الحاجة إلى شهادة البينة في بلدها، ويكاتب القاضي قاضي بلد الخصم بذلك.

قال ابن أبي الدَّم: وهذه المكاتبة واجبة على وجه، ولا فرق في هذه الحالة بين قرب المسافة وبُعدها، بل لو كان لكل جانب من البلد قاض والخصم في أحدهما كتب إلى حاكمه قاضي الجانب الآخر؛ لأن ما حكم به لزم، وليس بعده إلا استيفاء الحق، فوجب تنفيذه وهذا بخلاف ما لو ثبت عنده

وَيُسْتَحَبُّ كتاب بِهِ ....

ولم يحكم كما سبق وسيأتي(١).

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ كتاب بِهِ**) أي: ولا يجب؛ لأن الاعتماد على الشهادة،

---

(١) (وَإِذَا) (ثَبَتَ) عِنْدَ حَاكِمٍ (مَالٌ عَلَى غَائِبٍ) وَحَكَمَ بِهِ عَلَيْهِ (وَلَهُ مَالٌ) حَاضِرٌ وَطَلَبَهُ الْمُدَّعِي (قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ عَلَيْهِ وَتَعَذَّرَ وَفَاؤُهُ مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ فَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا فَامْتَنَعَ. تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَقْضِيه وَلَا يُطَالِبُ بِكَفِيلٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الدَّفْعِ (وَإِلَّا) بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ (فَإِنْ سَأَلَ الْمُدَّعِي إنْهَاءَ الْحَالِ) مِنْ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينٍ بَعْدَ ثُبُوتِ عَدَالَةِ الشَّاهِدِ أَوْ سَأَلَ إنْهَاءَ حُكْمٍ (إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ) لِذَلِكَ إنْ عَلِمَ مَكَانَ الْغَائِبِ مُسَارَعَةً إلَى قَضَاءِ الْحُقُوقِ (فَيُنْهِي) إلَيْهِ (سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِيَ الْمَالَ) وَيَكْتُبُ فِي صِفَةِ إنْهَائِهَا: سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَادِلَةً قَامَتْ عِنْدِي بِأَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا فَاحْكُمْ بِهَا وَهُوَ مَشْرُوطٌ بِبُعْدِ الْمَسَافَةِ كَمَا سَيَأْتِي (أَوْ يُنْهِي إلَيْهِ (حُكْمًا) إنْ حَكَمَ (لِيَسْتَوْفِيَ) الْمَالَ، وَيُكْتَبُ فِي إنْهَاءِ الْحُكْمِ: قَامَتْ عِنْدِي بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ عَلَى فُلَانٍ لِفُلَانٍ بِكَذَا وَحَكَمْتُ لَهُ بِهِ فَاسْتَوْفِ حَقَّهُ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو لِذَلِكَ فَإِنَّ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فِي بَلَدٍ وَخَصْمُهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ لَا يُمْكِنُهُ حَمْلُهَا إلَى بَلَدِ الْخَصْمِ وَلَا حَمْلُ الْخَصْمِ إلَى بَلَدِ الْبَيِّنَةِ فَيَضِيعُ الْحَقُّ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بُعْدُ الْمَسَافَةِ كَمَا سَيَأْتِي. تَنْبِيهٌ: اعْلَمْ أَنَّ لِإِنْهَاءِ الْحَالِ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ ثَلَاثُ دَرَجَاتٍ: الْأُولَى: سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ. وَالثَّانِيَةُ: قَوْلُ الْحَاكِمِ: ثَبَتَ عِنْدِي وَهِيَ تَسْتَلْزِمُ الْأُولَى بِخِلَافِ الْعَكْسِ. وَالثَّالِثَةُ: الْحُكْمُ بِالْحَقِّ وَهُوَ أَرْفَعُ الدَّرَجَاتِ وَتَسْتَلْزِمُ مَا قَبْلَهَا، وَحِينَئِذٍ فَالَّذِي يُرَتَّبُ عَلَيْهِ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ الْحُكْمُ هُوَ الثَّانِيَةُ لا الْأُولَى. قال: ابْنُ شُهْبَةَ: فَإِذَا تَعْبِيرُ الْمُصَنِّفِ لَيْسَ بِمُحَرَّرٍ، وَقَوْلُهُ: إلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ يُوهِمُ أَنَّهُ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ مُعَيَّنًا وَلَيْسَ مُرَادًا، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ إلَى مَنْ يَصِلُ إلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ، فَمَنْ بَلَغَهُ عَمِلَ بِهِ، وَلَوْ كَتَبَ لِمُعَيَّنٍ فَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عِنْدَ غَيْرِهِ قَبِلَ شَهَادَتَهُمَا وَأَمْضَاهُ اعْتِمَادًا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ: سَمَاعُ بَيِّنَةٍ لِيَحْكُمَ بِهَا يُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ سَمِعَ الْبَيِّنَةَ وَلَمْ يُعَدِّلْهَا وَفَوَّضَ تَعْدِيلَهَا إلَى الْمَكْتُوبِ إلَيْهِ لَا يَجُوزُ وَلَيْسَ مُرَادًا، وَيُوهِمُ أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَهُ بِعِلْمِهِ وَكَتَبَ لِيَقْضِيَ لَهُ بِمُوجِبِ عِلْمِهِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الْعُدَّةِ فَقَالَ: : لَا يَجُوزُ وَإِنْ جَوَّزْنَا الْقَضَاءَ بِالْعِلْمِ؛ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ هُوَ كَالشَّاهِدِ، وَالشَّهَادَةُ لَا تَتَأَدَّى بِالْكِتَابَةِ، وَفِي أَمَالِي السَّرَخْسِيِّ جَوَازُهُ، وَيَقْضِي بِهِ الْمَكْتُوبُ إلَيْهِ إذَا جَوَّزْنَا الْقَضَاءَ بِالْعِلْمِ؛ لِأَنَّ إخْبَارَهُ عَنْ عِلْمِهِ إخْبَارٌ عَنْ قِيَامِ الْحُجَّةِ فَلْيَكُنْ كَإِخْبَارِهِ عَنْ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ. قال: الْإِسْنَوِيُّ: وَبِمَا قاله فِي الْعُدَّةِ جَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْبَحْرِ وَجَرَى عَلَيْهِ ابْنُ الْمُقْرِي وَقَال الْبُلْقِينِيُّ: الْأَصَحُّ الْمُعْتَمَدُ مَا قاله السَّرَخْسِيُّ، انتهى. وَهَذَا هُوَ مُقْتَضَى كَلَام أَصْلِ الرَّوْضَةِ؛ وَلِهَذَا قال: شَيْخُنَا مَا قاله الْمُصَنِّفُ يَعْنِي ابْنَ الْمُقْرِي عَكْسَ مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ أَصْلِهِ، وَلَعَلَّهُ سَبْقُ قَلَمٍ. وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهِدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ، وَيُسْتَحَبُّ كِتَابٌ بِهِ يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيَخْتِمُهُ، وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إنْ أَنْكَرَ، فَإِنْ قَال: : لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ اسْمُهُ ـ

يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيَخْتِمُهُ، وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إنْ أَنْكَرَ، ....

وفائدة الكتاب يذكر الشهود وإكرام المكتوب إليه.

وقال ابن أبي الدَّم: على الحاكم الإشهاد بذلك، وهل يجب استحالة إن طلب؟ فيه وجهان.

وفي «روضة» شُرَيْح: ولو لم يكتب كتابًا ولكنه أشهد شاهدين جاز.

قال: وقال جدي: وقد قيل: إن قلنا: كتب السجل واجب، وجب عليه أن يكتب إلى القاضي كتابًا، وإن قلنا: لا يجب التسجيل لم يلزمه أن يكتب، وقيل: لا بد من الكتاب إلى القاضي، فالغالب أنه ينسى الشهود أو تُختلف شهادتهم فيؤدي إلى ضياع الحق، انتهى.

وهذا وإن كان غريبًا فمتجه جدًّا مع طول المسافة أو الكتاب أو هما جميعًا.

قال: (**يَذْكُرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمحكُومُ عَلَيْهِ**) أي: من اسم، واسم أب، وجد، وكنية، وقبيلة، وحرفة، وحلية، وكذا المحكوم له أيضًا؛ ليسهل التمييز، وصفه الكتاب مبسوطة أوضحتها في «الْغُنْيَة» ويذكر أسماء شهود الكتاب وتاريخه.

قال: (**وَيَخْتِمُهُ**) أي: ندبًا حفظًا له وإكرامًا للمكتوب إليه، ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة؛ ليطالعاها ويتذكرا عند الحاجة.

قال: (**وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إنْ أَنْكَرَ**) إذا انتهى الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أحضر من يزعمه حامل الكتاب المحكوم عليه، فإن أقرَّ فذاك، وإن أنكر شهد الشاهدان بحكم القاضي الكاتب.

تنبيهات وتتمات تتعلق بكتاب القاضي:

منها: لو كان قد حكم عليه بإقراره ذكر في كتابه أنه أقر عندي بكذا في صحة

= وَنَسَبُهُ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَال: لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أُحْضِرَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا بَعَثَ إلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا. [مغني المحتاج ١٩/ ٢٣٠].

……………………………………………………………………………

منه، وسلامة وجواز أمر، فلو لم يذكر ذلك فهل يقوم حكمه عليه مقام ذكر الطواعية والصحة وجواز الأمر؟ فيه وجهان، ولو كان الحكم عليه بنكوله ويمين الطالب شرح ذلك في كتابه، وهل ذكر السبب الذي اقتضى الحكم من البينة والإقرار أو النكول ورد اليمين واجب؟ فيه وجهان، إن قلنا: لا يجب، كفاه أن يقول في الكتاب: ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق، وحكمت به، وبهذا جزم الإمام حيث قال: يكفيه أن يقول: قضيت لفلان بحجة شرعية تقتضي القضاء.

وعلى هذا لو سأل المحكوم عليه القاضي الكاتب عن السبب الذي حكم به قال الْمَاوَرْدِي في فصل آخر: ينظر، فإن كان قد حكم عليه بالإقرار لم يلزمه أن يذكره له؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بنكوله ويمين الطالب لزمه أن يذكره له؛ لأنه يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بالبينة فإن كان الحكم بحق في الذمة لم يلزمه ذكرها؛ لأنه لا يقدر على دفعها بمثلها، وإن كان قد حكم عليه بيمين قائمة لزمه أن يذكرها؛ لأنه يقدر على مقابلتها بمثلها، فتترجح بينة باليد.

وإن قلنا بالوجوب وكان السبب البينة فهو مخير بين أن يسمي الشهود أو لا يسميهم، ويقتصر على وصفهم بالعدالة، فلو لم يصفهم بها فهل يكون ذكرهم تعديلًا؟ فيه وجهان في «الْحَاوِي» المذكور في «العدة»: إنه تعديل، أمَّا لو كان قد حكم عليه بشاهد ويمين ففي جواز المكاتبة به ثلاثة أوجه سبقت.

ولو أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين ألَّا يذكره في كتابه، ويطلق الحكم بالبينة أو بثبوت الحق عنده جاز؛ لأنه يحكم باجتهاد نفسه، ولو كان المحكوم به على الغائب عقارًا في غير البلدة التي فيها الخصم فلا يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم، ويجوز أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه العقار، قاله الْمَاوَرْدِي، ولو كان المدعي به عينًا منقولة ففي جواز الحكم بها مع الغيبة خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

رأى الرَّافِعِي تبعًا للإمام أن المذهب المشهور: إنه لا يجب التعرض لذكر الشهادة، فقال: ويجوز ألَّا يتعرض لأصل الشهادة فيكتب: حكمت بكذا بحجة

أوجبت الحكم؛ لأنه قد يحكم بشاهد ويمين، وقد يحكم بعلمه إذا جوَّزناه، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح أصحاب الرأي إذا حكم بشاهد ويمين.

قال: وفي فحوى كلام الأصحاب وجه، زاد في متن «الرَّوْضَة»: ضعيف مانع من إبهام الحجة لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم، انتهى.

وصرَّح كثيرون بنقل وجهين في وجوب تسمية الشهود بلا ترجيح، ووجه الوجوب ظاهر وهو كالمتعين في هذا الزمان، قال: الْعِمْرَانِي: ويقرأ القاضي الكاتب الكتاب عليهما أو يقرأه غيره بحضرته وهو يسمع.

قال الشَّافِعِي: وأحب للشاهدين أن ينظر في الكتاب عند شرائه؛ لئلا يُغَير منه شيء، فإن لم يفعلا ذلك جاز؛ لأن الاعتماد على ما يسمعان، ثم قال: فإن المكتوب قليلٌ يحفظانه اعتمادًا على حفظه، وإن كان كبيرًا كتب كل واحد منهما ما سمعه في نسخه وقابله بالكتاب؛ ليتذكر ما شهد عليه.

قال الشَّافِعِي: وقبضا الكتاب قبل أن يغيبا عنه، وكذا قاله في «الشامل» عن الشَّافِعِي، ولم يتعرض لهذه الزيادة في المختصر، ورأيت في «الأم» قال: الشَّافِعِي: لم يجز أن يقبل من الشهود حتى يقرأ عليهم الكتاب ويقبضوه قبل أن يغيب عنهم. وقد ضبط الكاتب ذلك بالخط، فنقَّط على الحرف الذي بعد القاف فوقه، وشدد الصاد وجعله من الاقتصاص لا من القبض، ويشبه أن يكون صحيحًا، وأن التعبير بالقبض تصحيف؛ إذ العبرة بإحاطتهم علمًا فيه لا بقبضه، وإذا غاب عنهم بعد أن يفتضوه بالفاء ثم التاء لم تحصل لهم الإحاطة بما فيه، ويجوز أن يكون: يقتصوه بالقاف والصاد المهملة، وأحسب ما في «الشامل» و«البيان» تحريف من ناقل.

قال الرَّافِعِي: وأمَّا الإشهاد فإن أشهدهما أنه حكم ولا كتاب شهدا به وقبلا، وإن أنشأ الحكم بحضرتهما فلهما أن يشهدا به، وإن لم يشهدهما، وإن كتب ثم أشهد فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما، ويقول لهما: اشهدا عليّ بما فيه أو على حكمي المبين فيه.

فَإِنْ قال: لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ، ....

وفي «الشامل»: إنه لو اقتصر على قوله بعد القراءة: هذا كتابي إلى فلان أجزأ.

وفي «الشرح الصغير»: وقيل: أنه لو اقتصر فذكره، وهو ما أورده في «البيان».

وقال ابن الرِّفْعَة: إن قوله اشهدا عليّ، مذكور على وجه التأكيد، جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، وحكى المَاوَرْدِي وجهًا: إنه لا يكفي بناء على منع الشهادة على المقر من غير استدعائه الشهود، وهذا ما اقتضى كلام الهروي أنه المذهب، انتهى.

وما أشار إليه المَاوَرْدِي من البناء يدل على أنه وجه ضعيف كأصله، وهو كذلك وقد جزم الرَّافِعِي بأنه لو أنشأ الحكم بين يديهما فلهما أن يشهدا به، وإن لم يشهدهما وهو يدل على أن قوله: اشهدا عليّ، ليس بشرطٍ في ذلك.

وقال: الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية»: ولا يسعهما أن يشهدا بذلك إلا بعد أن يكون القاضي الكاتب قد قرأه عليهما، وقال لهما: اشهدا أن هذا كتابي إلى القاضي فلان، ويُسلّمه إليهما، أو يقرأ الكتاب عليهما وهو يسمع أو يقرأه الشاهدان، ثم يقول لهما: اشهدا أنه كتابي إلى فلان، ولا يجوز عند الشَّافِعِي أن يدفع إليهما الكتاب مختومًا فيقول: هذا كتابي إلى فلان فاشهدا به، ولا بد من قراءته عليهما حتى لو كتبه قاض بخط يده بحضرتهما، ثم قال: لهما: اشهدا أن كتابي إلى فلان لم يجز، انتهى.

وهنا زيادات وتتمات يطول ذكرها أوضحتها في «الْغُنْيَة» أتم إيضاح.

قال: (فَإِنْ قال: لَسْتُ الْمسَمَّى فِي الْكِتَابِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) أي: إذا لم يكن معروفًا بذلك، فأمَّا إذا كان معروفًا بهذا الاسم فيحكم عليه ولا يفيده إنكاره.

(وَعَلَى الْمدَّعِي الْبَيِّنَةُ بِأَنَّ هَذَا الْمكتُوبَ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ) لأن الأصل عدم تسميته بذلك، وصدقه محتمل؛ إذ الغرض أنه مجهول الحال.

فَإِنْ أَقَامَهَا فَقال: لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أُحْضِرَ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا.

قال: (**فَإِنْ أَقَامَهَا**) أي: بذلك (**فقال: لَسْتُ المحكُومَ عَلَيْهِ لَزِمَهُ الحكمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الِاسْمِ وَالصِّفَاتِ**) لأن الظاهر أنه المحكوم عليه.

(**وَإِنْ كَانَ**) أي: هناك مشارك له فيها بأن عرفه القاضي أو قامت به بينة.

قال: (**أُحْضِرَ**) يعني: المشارك.

(**فَإِنِ اعْتَرَفَ بِالْحقِّ طُولِبَ وَتُرِكَ الْأَوَّلُ، وَإِلَّا**) أي: أنكر.

(**بَعَثَ**) يعني القاضي المكتوب إليه.

(**إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا**) أي: ويرتب المكتوب إليه على ذلك حكمه، فإن لم يجد عندهم من بدا وقف الأمر حتى ينكشف، هكذا قاله الرَّافِعِي.

وقال: الْبَنْدَنِيجِي وغيره: وإن أنكر قيل للمحكوم له: ألك بينة تفرق بين الرجلين؟ فإن أتى بها حكم له، وإن لم يأت بها كتب المكتوب إليه إلى الكاتب، وذكروا ما سُقناه من كلام الرَّافِعِي، وهذا أحسن وأوضح.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: إذا لم يكن للمدعى عليه بينة على اسم المحضر ونسبه، ونكل المحضر عن اليمين، حلف المدعي وتوجه عليه الحكم، وإن قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فالمذكور في «الوجيز» واختيار الإمام: إنه لا يقبل منه اليمين هكذا، وعن الصيدلاني القبول، كما لو ادَّعى عليه قرضًا فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء، فإنه يقبل، وفرّق بأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه، وهاهنا قامت البينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك توجه الحق عليه إن ثبت كونه سُمي بهذا الاسم.

قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول: حكمنا في تنازع المتنازعين في قدم العيب

……

وحدوثه أن البائع إن قال: إنه لا يستحق الرد علي فيحلف هكذا، وإن قال: ما أقبضه إلا سليمًا وأراد أن يحلف أنه لا يستحق الرد عليه لم يمكن على أظهر الوجهين، بل يلزمه التعرض لما أجب به.

إذا تذكرت ذلك فالمسألة مصورة فيما إذا أنكر كونه مسمى بذلك الاسم، وحينئذ فالقول بأنه لا يكفيه الحلف على أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه مستمر على أظهر الوجهين، ونظيره في مسألة العرض أن يقول في الجواب: ما أقرضتني ولا يكفيه الحلف على أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه على هذا الوجه، إنما يكفيه ذلك إذا كان جوابه في الابتداء أنه لا يلزمه تسليم شيء إليه، ونظيره هاهنا أن يقول المحضر: لا يلزمني تسليم شيء إليه، وأراد أن يحلف عليه فيشبه، أن يمكن منه، وحينئذ فلا فرق بين المسلمين.

وقال في «الشرح الصغير»: وإن قال: لا أحلف على أنه ليس باسمي ونسبي ولكن أحلف على أنه لا يلزمني شيء لم يمكن منه على أظهر الوجهين، بل يلزمه التعرض لما أنكره، وقد سبق نظيره ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يلزمني شيء فيكفيه ويحلف عليه، انتهى.

ثانيها: سبق أنه إذا ادَّعى المحضر مشاركًا فأحضر وسئل، فإن اعترف بالحق طولب به، وتبعنا في إطلاق ذلك الرَّافِعِي وغيره.

وعبارة «البيان»: فإن اعترف بأنه المحكوم عليه وصدَّقه المدعي لم يسأل عن الأول، أي: بل يحكم على هذا المعترف باعترافه ويترك الأول، لكن قد يقال: كيف يلزم القاضي هذا المعترف بالخروج من الحق ويحبسه عليه عند الحاجة بعد أن سبقني من المدعي أن حقه على من أحضر أولًا، وكان تصديقه الثاني رجوع غير ذلك واعترافه أولًا، والثاني مؤاخذ باعترافه، فلا يقدح فيه ما سبق من الدعوى على الأول.

ثالثها: ما سبق فيما إذا كان المشارك له في الاسم وجميع الصفات حيًّا، فإن كان ميتًا.

....

قال المَاوَرْدِي وغيره: فإن لم يكن قد عاصر الحي فلا أثر لهذه المشاركة، وإن كان قد عاصره.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ويمكن أن يكون عامله، فإن كان قد مات بعد الحكم فهو كما لو كان حيًّا وإن كان موته قبل الحكم فوجهان.

وقال: شُرَيْح الرُّويَانِي: وإن كان ميتًا فقد قيل: إن كان قد مات قبل تاريخ الكتاب ويكون القاضي الكاتب عرف موته فإنه يتوجه ـ أي: الحق ـ على هذا، ولا يقبل دعواه، وإن كان مات بعده لم يتوجه عليه إلا بكتاب جديد، وقد قيل: إن كان الميت ممن يجوز أن يكون بينه وبين المحكوم له معاملة، فلا بدّ من كتاب جديد وإلا لم يلزمه بجديد الكتاب، انتهى.

وعبارة الرَّافِعِي: ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك، وقد مات فإن مات بعد الحكم فقد دفع الإشكال، وإن مات قبله ولم يعاصر المحكوم له فلا إشكال، وإن عاصره فوجهان:

أظهرهما: حصول الإشكال، وبه قال: صاحب «التقريب» انتهى.

والتقييد بإمكان المعاملة متعين، سواء مات قبل الحكم أو بعده، ولا سيما إذا كانت الشهادة على بيع أو شراء أو إقرار، وكلما لا يصح إلا من المكلف وكان الموافق صغيرًا إذ ذاك.

رابعها: قال الرَّافِعِي إثر ما سبق: هذا إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه وصفته كما قدمنا، أمَّا إذا اقتصر على قوله: حكمت على محمد بن أحمد مثلًا، فالحكم باطل؛ لأن المحكوم عليه مبهم، ولم يتعين بإشارة ولا وصف كامل، بخلاف ما إذا استقصى الوصف ولم يقصر، وظهر اشتراك واشتباه على الندور، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد، وإنه المعني بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم؛ لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق فيؤاخذ به.

هذا ما نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وهو المتوجه إلا أن في «آداب القاضي» لابن القاص، وفي «إفصاح» أبي علي: إنه إذا ورد الكتاب أحضر

……………………………………………………

القاضي المكتوب عليه وقرأ عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه أخذه به، سواء كان قد رفع في نسبه أو لم يرفع، وذكر صناعته أو لم يذكر، ولا شك أنه لو شهد الشهود على الحكم كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه، يقبل الشهادة ويعمل بمقتضاها؛ لما سبق أن الاعتبار بشهادة الشهود لا بالكتاب.

وجزم في «شرحه الصغير» بما صدر به كلامه من بطلان الحكم، وعدم مؤاخذة المعترف بأنه المعني بالكتاب، ثم قال: وفيه وجه، وذكر ما حكاه عن ابن القاص وغيره.

وعبارة «أصل الرَّوْضَة»: الصحيح ما ذكره الإمام والغزالي.

واعلم أن ابن القاص لم يقل ذلك تفقهًا ولا تخريجًا عن النص، فقال: قال الشَّافِعِي: وينبغي للقاضي إذا كتب كتابًا بذكر رجل أن يرفع في نسبه، ويذكره بصناعته وقبيلته، أو أمر يُعرف به، فإذا أورد الكتاب على القاضي دعا المكتوب فيه، وقرأ عليه ذلك الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه ذلك الكتاب أخذه به، سواء كان قد رفع في نسبه أم لم يرفع أو ذكر صناعته أو لم يذكر، وكان الرَّافِعِي قد ظن أن قوله: سواء كان... إلى آخره من كلام ابن القاص لا من تتمة النص، وليس كذلك بل هو نص الشَّافِعِي في «الأم» وهو غير ما أورده في «الإفصاح» ونص «المختصر» ملخص من «الأم» إذا علمت هذا فالذي رأيته من كتب الطريقتين التي وقعت عليها موافق لنص «الأم» ولما أفهمه نص «المختصر».

وعبارة «التَّرْغِيب»: ولو اقتصر على قوله: حكمت على زيد بن عمرو، وهناك واحد مشاركه في هذا النسب لا يلزمه؛ لأن الحكم في نفسه باطل، ولا يتم إلا باعترافه أنه المعني به، والحاصل أن النص وقضية كلام الجمهور: إنه متى اعترف أنه المقضي عليه في الكتاب أو المعني به أنه يؤاخذ بالحق، والظاهر أن الشَّافِعِي والجمهور نزَّلوا هذا منزلة إقراره بالحق المشهود به، وأكاد أقطع بأن ما ذكره الإمام من تصرفه، وقد سُقت عبارته في «الْغُنْيَة» وبه يتبين ما ذكرته وابن الرِّفْعَة لما فهم اقتضاء كلام «الشامل» ما سبق.

قال: فيه نظر، واعترض عليه بكلام الغزالي، ثم قال: لكن قد يمنع ابن الصباغ الحكم المذكور، ويقول: إذا قال شخص: إنه المعني بالكتاب يلزمه الحق، كما حكاه الرَّافِعِي عن ابن القاص، وإفصاح أبي علي، ولم يدر ابن الرِّفْعَة أنه المذهب، المنقول ويمكن حمل النص، وقول الجمهور على حاله، وكلام الإمام ومن تبعه على أخرى من غير إثبات خلاف، وأحسن في «الذَّخَائِر» فقال: فيما قاله الغزالي نظر، فإن الكتاب قد تضمن وجوب حق على من له هذا الاسم، فإذا اعترف أنه المعني به والمسمى فيه فلا وجه لتوقف الحكم وردّه، انتهى.

خامسها: لو أقرَّ المحضر بأنه المحكوم عليه، لكن طلب يمين المدعي على عدم القبض أو الإبراء لم يجب إلى ذلك؛ لأن الكاتب قد حلَّفه، صرَّح به المَاوَرْدِي والبندنيجي والقاضي أبو الطيب وغيرهم، وفي «التهذيب» في مسألة دعوى الإبراء أنه يحلِّفه على أنه لم يبره، قال الرَّافِعِي: فحصل في المسألة وجهان، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن محلهما إذا لم يصرح الكاتب بالتحليف، أمَّا لو صرَّح به فلا معنى لإعادته، أمَّا لو لم يصرح به وكان ممن يعتبر التحليف في الحكم على الغائب، فكما لو صرَّح به ويحتمل أنه أغفله فحسن التردد، إلا أن يقوم بنيه بالتحليف على ما طلب الخصم التحليف عليه، ولا شك أنه لو ادَّعى قبضًا أو أبرأ متأخرًا عن حكم الكاتب، أنه يحلف له، قال ابن الرِّفْعَة: ولو طلب يمين الخصم على عدالة من شهد له لم يلزمه اليمين، وكذا لو سأل إحلافه على ألا عداوة بينه وبينهم، نعم لو سأله أن يحلف على أن لأولاده بينه وبينهم ولا شركة وجب إحلافه على ذلك؛ لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم، كذا حكاه المَاوَرْدِي، ونسبه الرَّافِعِي إلى العدة، انتهى لفظه رحمه الله. وهو وهم على الرَّافِعِي، والذي في «الشرح» و«الرَّوْضَة» وفي «العدة»: إنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم على ألا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجاب إليه، ولو سأل إحلافه على عدالتهم لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم. هذا لفظهما، ولم يذكرا مسألة دعوى الولادة والشركة.

....

وقال المَاوَرْدِي: إن سأل إحلافه على عدالة شهوده لم يلزمه؛ لأن تعديلهم إلى الحاكم، ولا مدخل لليمين فيه، ثم ذكر ما سبق دعوى الشركة والولادة، ثم قال: ولو سأل إحلافه على ألا عداوة بينه وبينهم فهذا مما يخفى عليه، فلا يلزمه إحلافه عليه، انتهى.

ولعلَّه فيما إذا طلب يمينه على القطع، أمَّا لو طلبها على نفي العلم أجيب إليه، فلا يكون مخالفًا لكلام «العدة» وسيأتي أنه لو طلب يمينه أنه لا يعلم فسق شاهده أو كذبه أنه يحلف على الصحيح، فإن أراد المَاوَرْدِي التحليف على نفي العلم فهو جواب منه على الوجه الآخر، وفي إرادته ذلك بعد، والظاهر أنه حصل في النسخة خلل من ناقل.

سادسها: إذا لزم القاضي المكتوب عليه أو المعترف بأنه المراد بذلك بأداء الحق فأداه، ثم قال: للقاضي: اكتب لي إلى الكاتب بأنك حكمت عليّ للمدعي، وبأني وفيت ما حكمت به حتى لا يدَّعي به مرة أخرى، فهل يلزم القاضي إجابته؟ فيه وجهان.

قال الأكثرون: لا يلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به بعد دعوى محررة، ولم يجز واحد منهما عنده، قال الرَّافِعِي: ويكفي للاحتياط إشهاد المدعي على قبض الحق، وقال الإصطخري: يلزمه إجابته لاحتمال ما ذكره، ولأنه لو طلب الإشهاد على الخصم بالقبض لأجل ذلك وجب قولٌ واحدٌ، وبه جزم السرخسي، وصححه غيره.

وعبارة «التَّنْبِيه» عن المسألة فقد قيل: يلزمه، وقيل: لا يلزمه، إلا إذا ادَّعى عليه ذلك مرة أخرى.

قال ابن الرِّفْعَة: وهذه الزيادة لم أرها لغيره، وإن كان الفقه يقتضيها؛ لأنه إذا ادَّعى عليه مرة أخرى توجهت دعوى الدافع بالإقباض، والقاضي بعلمه، فساغ له الكتابة به، انتهى.

وينبغي أن يقال: تجب عليه الكتابة، أو الإشهاد عليه بذلك؛ ليخلصه من

وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحَاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلَايَتِهِمَا أَمْضَاهُ، ....

ظلم المدعي، وربما سبق في أول الباب عن «فتاوى» الْقَفَّال ما يوافق كلام «التَّنبيه».

سابعها: لو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه قد يكون ملكه، قالوا: ولو لم تكن الورقة ملكه فله غرض في إمساكه لتذكار الشهود، فربما احتاج إلى شهادتهم، وكذا من له كتاب بدين فاستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفي منه ولا إلى المشتري؛ لأنه ملكه، وقد يظهر استحقاق فيحتاج إليه.

قال: (**وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ بِبَلَدِ الْحاكِمِ فَشَافَهَهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمْضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرَفَيْ وِلَايَتِهِمَا أَمْضَاهُ**) إنهاء الحكم وسماع التَّنبيه إلى قاضي بلد آخر يحصل بطريقين:

أحدهما: الحكم والإشهاد، والمكاتبة، وقد سبق.

والثاني: المشافهة، ويتصور من وجوه:

أحدها: أن يجتمع القاضي الذي حكم وقاضي بلد الغائب في غير عملهما.

والثاني: أن يخرج الذي حكم إلى بلد الآخر ويخبره، ففي الحالتين لا يقبل قوله، ولا يمضي حكمه؛ لأن إخباره في غير علمه كإخباره بعد العزل، نعم لو كان الإمام قد أذن له أن يحكم جل البلد، فيظهر تخريج حكم المجر بذلك في الحالة الأولى إذا عاد إلى علمه على القضاء بالعلم، كما سيأتي، وفي الثانية هو كما لو أخبر أحد الحاكمين في البلد الواحد الآخر بحكمه.

والثالث: وهو مسألة الكتاب، أن يحضر قاضي بلد الغائب إلى بلد من حكم فيخبره بحكمه، فهل يمضيه إذا عاد إلى عمله ينوه على أنه هل يقضي بعلمه؟ إن قلنا: نعم، فنعم، وإن قلنا: لا، قال الرَّافِعِي: فعن بعضهم تجويزه، والأصح وبه قال الإمام: إنه لا يجوز كما لا يجوز الحكم بشهادة سمعها خارج عمله، وكما لو قال: ذلك القاضي: سمعت البينة على فلان

وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ، وَيُسَمِّيهَا الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا، وَإِلَّا فَالْأَصَحُّ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ.

بكذا، فإنه لا يرتب الحكم عليه إذا عاد إلى عمله.

قلت: وقضية طريقة الإمام وموافقيه: إنه لا يعمل بذلك على القولين لما سبق عنه في ذلك، قال: ولو ناداه في طرفي ولايتهما أمضاه إذا كانا جميعًا في محل الولاية بأن وقف الذي حكم في طرف ولايته، ونادى صاحبه بأني قد حكمت بكذا وبيّن الحال، فعلى صاحبه إمضاؤه بشرطه؛ لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب، وأولى بأن يعتمد عليه.

قال الرَّافِعِي وغيره: وكذا لو كان في البلد قاضيان، فقال أحدهما للآخر: حكمت بكذا فإنه يمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد، وبالعكس ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب، فأخبر أحدهما الآخر عن حكمه أمضاه الآخر؛ لأن القرية محل ولايتهما جميعًا، ولو دخل النائب البلدة فقال للقاضي: حكمت بكذا لم يقبله، ولو قال له القاضي: حكمت بكذا ففي إمضائه إذا عاد إلى عمله الخلاف في القضاء بالعلم، انتهى.

قال: (وَإِنْ اقْتَصَرَ) أي: القاضي الكاتب.

(عَلَى سَمَاعِ بَيِّنَةٍ كَتَبَ) إلى قاضي بلد الخصم.

(سَمِعْتُ بَيِّنَةً عَلَى فُلَانٍ) أي: ابن فلان، ويصفه بما لا يشاركه فيه غيره من الصفات كما سبق بكذا، وكذا ليتولى المكتوب إليه الحكم عليه.

قال: (وَيُسَمِّيهَا الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا) أي: لينظر المكتوب إليه فيها، ويبحث عن عدالتها وغيرها؛ ليرتب الحكم على شهادتها.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن عدَّلها الكاتب.

(فَالْأَصَحُّ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ) أي: اكتفاءً بتعديل الكاتب لها، وعبارة «المحرر»: والأشبه كذا، ولم يصرح الرَّافِعِي بنقل خلاف في المسألة ومقابل الأصح، نقله الإمام والغزالي كما سنوضحه.

قال الرَّافِعِي: والقياس الأول، وهو المفهوم من إيراد الْبَغَوِي وغيره،

……

وبهذه المسألة جعلنا شرحها وأوضحناها في «الْغَنِيَّة» من كلام الأصحاب خلاف فيها، كما صرَّح به «المنهاج» ونعيد طرف مما سبق رجاء.

فائدة: إذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى وإقامة الحجة؛ ليعرف المكتوب إليه ثم يحكم، وقد يرى بعض ذلك حجة، وإذا كتب بقيام الحجة فليسم الشاهدين لما سبق، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدلهما، فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما، فإن لم يفعل فعل المكتوب إليه البحث والتعديل، هكذا أطلقه الرَّافِعِي وغيره، وهذا فيما إذا كان هناك من يمكن أن يعدلهما، أمَّا لو لم يكن وعلم الكاتب أنه لا يمكن تعديلهما هناك، إمَّا لعدم من يعرفها هناك للبعد أو غيره فالوجه تعين تعديلهما ببلدهما، ثم المكاتبة بما شهدا به، وإذا عدَّلهما الكاتب فهل يجوز أن يترك تسميتهما أم لا؟

قال الإمام: أجمع الأصحاب على أن القاضي إذا لم يقض وضمن كتابة سماع الشهادة فلا بدّ من ذكر الشهود وتعريفهم، ولا يكفي أن يقول: سمعت بينة توجب الحكم، وعلى ما نقله جرى الغزالي وغير.

وقال الرَّافِعِي: إن القياس التجويز... إلى آخر ما سبق عنه.

قال: ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناء على ما سيأتي من أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة تقبل شهادة أحكم بقيام البينة، إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله قامت عندي بينة عادلة بكذا، وإن قلنا: يقبل، فلا بدّ من التسمية كما أنه لا بد من أن يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل.

قلت: وسبق أن في هذا البناء نظر، والمختار ما نقله الإمام ومتابعوه، وبه صرَّح القاضي الحسين؛ لأن في عدم التسمية نوع تهمة، وإذا أطلق ذكرهم فربما لا يرى الثاني القضاء بمثل تلك البينة لو عرفها، والمذاهب في الحجج مختلفة، وقول الرَّافِعِي: إنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود غير متفق عليه، بل أطلق جماعة نقل وجهين فيه، والمختار وجوب التسمية، وإن كان المشتهر خلافه؛ لئلا يسد باب الطعن على المشهود عليه، ولا سيما مع تباعد البُلْدَان وعسر

....

التدارك بمراجعة القاضي الكاتب، أو تعذره، ثم الظاهر من إطلاقهم أنه لا فرق بين كون مذهب الكاتب كمذهب المكتوب إليه فيما يعتبر في قبول الشهادة أولًا، وسبق عن الهروي وغيره: إنه لو عدل شاهد عند قاض أنه لا يجوز أن يشهد عند قاض آخر أنه عدل، بل يقول عدل عندي أو نحو هذا.

فروع وتتمات:

منها: سبق قول الرَّافِعِي أن القياس أن يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب، زاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصواب، وفيه نظر، وينبغي أن يكون موضعه في الموافق في التعديل على أن ما يشعر به لفظ «الوجيز» من الجواز هو ما يفهمه كلام الإمام وغيره، ولا أحسب أحدًا يمنعه ذلك إذا حصل له رتبة أو توقف في القضية، وقول الرَّافِعِي: والقياس كذا يفهم أنه يجب عليه الأخذ به من غير كشف عن تعديل البينة، وهو بعيد عند اختلاف المذهب، وحصول الريب والشكوك وفساد الزمان.

ومنها: لا حاجة هنا إلى تحليف المدعي، ولا شك فيه إذا لم يتعرض الكاتب للثبوت، فإن تعرض له وقلنا: إنه حكم حلَّفه، وإلا فلا، كلام الإمام يُفهم أنه يحلفه في هذا القسم، وهو غريب، والقول في أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق، فإذا أنهى سماع البينة فقط أو تعديلها بعد السماع قال: ثم فوضت القضاء إليك بهذه البينة المنقولة إلى مجلسك، فانظر نظرك ورأيك موفقًا مسددًا إن شاء الله. هذا لفظ الإمام، وينبغي أن يكون هذا الدعاء إذا كان الكاتب أعلى رتبة من المكتوب إليه، فإن كان دونه أتى بما يناسبه.

ومنها: إذا عدَّل الكاتب الشهود فجاء الخصم ببينة على جرحهم سمعت وقدمت؛ ولذلك الحكم لو جرحت حسبة كما سبق، ونزيد هنا أنه لو أقام بينة بأن لهم فيما شهدوا به شركاء أو أن بينهم وبين المشهود له ولادة بطل الحكم عليه بها، وإن أقام بينة بجرحهم بالفسق في وقت شهادتهم بطل بها الحكم، وإن شهدوا بحدوث فسقهم بعد الحكم لم تسمع أو به قبل سماع شهادتهم

اعتبر ما بين زماني الجرح والشهادة، فإن كان قريبًا لا يتكامل صلاح الحال فيه سمعت الجارحة وحكم بسقوط شهادتهم، وإن تطاول ما بينهما لم تسمع الجارحة وحكم بشهادتهم؛ لأن الحال تصلح مع تطاول الزمان، ويرتفع الفسق بما حدث بعده من العدالة، قاله المَاوَرْدِي، وفي إطلاقه وقفة للمتأمل.

وقال ابن الرِّفْعَة: والمعتبر في بينة الجرح أن يشهد بجرح بينة المدعي حالة الحكم أو قبله، كما قاله الْبَنْدَنِيجِي وغيره، ولا يكفي أن تطلق البينة الشهادة بالجرح لجواز أن يكون حادثًا بعد الحكم، وذلك لا يؤثر على الأصح، انتهى.

وكلام المَاوَرْدِي ينازع فيما أطلقه عن الْبَنْدَنِيجِي وغيره من القبيلة للحكم عند طول الزمان، والله أعلم.

ومنها: يمهل ليأتي بجارح ثلاثًا، فلو قال: لي دافع بذلك البلد كلفه القاضي أداء المال، ثم هو يتمكن من الإتيان بالدافع متى أمكنه، هكذا أطلقوه من غير فرق بين قرب البلد وبعده، وقد يقال: إذا كان يؤمن هربه والحال لا يجاوز ثلاثة أيام أنه يمكن من ذلك قبل الأداء، كما لو رام إحضاره من خارج البلد الذي هو به عند المكتوب إليه في الثلاثة فما دونها، وقد لا يمكن من جرحهم إلا هناك لمعرفة أهل بلدهم، والغرض أن الموضع قريب، فيشبه أن يكون مراد الأئمة ما إذا كان الأمر بخلاف ما ذكرناه، فإنهم علَّلوا المنع بأن الأمر يطول، فلو فعلنا هذا، والظن بالقاضي كما قال الإمام إنه لم يأل جهدًا ولم يقصر، لبطل أثر القضاء على الغائب، انتهى.

ورأيت في «عمد» الْفُورَانِي: فإن قال المكتوب عليه: أنا أُقيم البينة على جرحهم، فله ذلك بشرط أن يثبت أولًا أن الذين شهدوا عليه هؤلاء، ثم يقيم البينة على جرحهم، فإن استمهل مدة ليخرج إلى القاضي الكاتب وينجز كتابًا بأسماء الشهود، ثم يقيم البينة هاهنا على الجرح، فإنه يمهل قدر ما يمكنه ذلك، انتهى لفظه.

....

وقال في «الإبانة»: إذا استمهل حتى يذهب إلى القاضي الكاتب، ويبين الشهود بالجرح يمهل، ولم يفرق بين طول المدة وقصرها، وما ذكرناه من التوسط حسن متعين.

ومنها: قال الإمام: ومن لطيف ما تبنى عليه: إنه لو حكم بشهادة شاهدين على حاضر ثم بان فسقهما حالة القضاء نقض الحكم بلا خلاف، فإنَّا لو لم نقل ذلك لجر هذا حيفًا على الغائب المقضي عليه، بخلاف الحاضر، فهو المقصر لما لم يبحث، وعلى ما ذكره من نفي الخلاف جرى الغزالي وغيره، ورأيت من نقل ذلك طريقين هذه، والثانية: إنه على القولين فيما لو بان فسقهما، والقضاء على الحاضر، وقضية الفرق أن الحاضر الغبي الجاهل كالغائب، فيأتي فيه ما سنذكره، وهل المتواري الحاضر والمتعزز كالغائب كالحاضر؛ لتقصيره بالتغيب والتعزز، فيه نظر.

ومنها: لا خفاء أنه إذا قدم الغائب أو كمل الناقص بصبي أو غيره أنه على حجته من قادح في البينة، أو معارضة بينة يقيمها على قضاء، أو إبراء، أو حوالة، ونحوها لدفع الظلم عنه.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الأصحاب: وإذا كان يجهل ذلك عرفه الحاكم به، وإن كان يعرفه فهو مخيَّر، إن شاء عرّفه وإن شاء سكت.

قلت: وسبق عن ابن الصلاح: إنه إذا خفي على الوارث طلب اليمين للحكم على بينة أن على الحاكم تعريف ذلك، ثم ظاهر كلام كثيرين أو الأكثرين يفهم أن الغائب على حجته، وإن لم يشترط ذلك الحاكم في الحكم.

قال ابن الرِّفْعَة: وقال المَاوَرْدِي: إن القاضي يشترط في حكمه على الغائب أنه على حق وحجة إن كانت له؛ لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حججه وتصرفه، انتهى.

وفي كلامه شيئان:

أحدهما: إنه قال: ظاهر كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أن الغائب على حجته،

وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ].

وإن لم يشترط الحاكم ذلك في الحكم، وقد قال المَاوَرْدِي كذا، فافهم أن ذلك ظاهر كلام «التَّنْبِيه» فقط، وليس كذلك، بل قضية كلام الجمهور القطع به، بل قال: الْقَفَّال ما معناه: إن ذكر ذلك فضول؛ لأن كل ذي حجة على حجته كتب ذلك في السجل، أو لم يكتب.

الثاني: ليس كلام المَاوَرْدِي تصريحًا فيما ذكره، فإنه ذكر في موضع ما تقدم.

وقال في موضع: وينبغي للقاضي أن يكتب بعد إنفاذ حكمه أنه قد جعل كل ذي حق وحجة على ما كان له.

قال: (**وَالْكِتَابُ بِالحكم يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبِسَمَاعِ الْبَيِّنَةِ لَا يُقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةِ قَبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ**) أي: وهي مسافة العدوى لا القصر على الأصح عندهما، لكن في «أدب القضاء» للعبادي: إن الشهادة على نقل البينة إنما تسمع إذا كانت المسافة مسافة القصر، ولا تقل فيما دونها، وعليه سوغ الأصحاب إلا ابن أبي هريرة، وهذا تصريح منه بأن المذهب اعتبار مسافة القصر، وهو ظاهر نصه في «الأم».

إذا عرفت هذا فاعرف أن المذهب المشهور المعروف أن الكتاب بالحكم يمضي مع بعد المسافة وقربها، وحيث لا مسافة بأن كان في البلد قاضيان وجوَّزناه، والمشافهة في ذلك كالكتاب، أمَّا إذا شافهه والحالة كما وصفنا بسماع البينة فقط أو بالثبوت، وقلنا: إنه ليس حكم، فهل للآخر أن يحكم؟ بنى الإمام والغزالي ذلك أن سماع البينة والإنهاء نقل شهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول، أو حكم بقيام البينة، وفيه جوابان: وجه الأول: إنه لو كان حكمًا لما افتقر إلى تسمية الشهود.

وثانيهما: إنه لو كان نقلًا لما كفى ناقل واحد، وقد اكتفينا بالقاضي المنهي، فعلى الأول لا يجوز للمنقول له الحكم كما لا يجوز بشهادة الفروع

....

مع حضور الأصول، وعلى الآخر يجوز كما في الحكم المبرم.

قال الرَّافِعِي: وهذا ظاهر عند الإمام والغزالي، لكن عامة الأصحاب منعوا وقالوا أيضًا سماع الكتاب إذا كانت المسافة بين الكاتب، والذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهي مسافة العدوى لا القصر على الأصح كما سيأتي، لكن ظاهر نصه في «الأم» هنا يشير إلى اعتبار مسافة القصر، أمَّا إذا كانت المسافة دونها أو دون مسافة قبول الشهادة على الشهادة فلا تقبل، وهذا ما نص عليه في عيون المسائل، ويخالف الكتاب المبرم بالحكم حيث تقبل، قربت المسافة أم بعدت، وفرَّقوا بأن الحكم هناك قد تم وليس بعده إلا الاستيفاء وسماع البينة بخلافه.

وقد وجدت في نسختين من «أمالي» السرخسي عكس ما أورده الجمهور وهو أن كتاب السماع نقل مع قرب المسافة وبعدها، وكان الحكم لا يقبل إلا إذا بعدت المسافة، وهو غلط من ناقل أو ناسخ وليس وجهًا آخر، انتهى.

وحذفت «الرَّوْضَة» هذا لما ذكره الرَّافِعِي، ولا أحسبه غلطًا في النقل، بل له وجه عند التأمل، وسيأتي ما يشير إلى إثبات خلاف في النوعين.

تنبيهات: سبق إطلاق الرَّافِعِي وغيره والمصنف أن كتاب الشهادة لا يمضي مع قرب المسافة على الأصح، ومثله المشافهة بقيام البينة، وأولى بالمنع، وجزم الإمام بأنه لو كتب قاضي جانب من البلد إلى قاضي الجانب الآخر بأني قد سمعت بينة فلان على فلان فاقض بها، وكان من شهد عنده قد مات أو غاب أنه يسوغ للمكتوب إليه القضاء بذلك، بخلاف ما إذا كان الشهود حضورًا في البلد.

وقال في المشافهة: أنه إذا قال أحدهما للآخر: إني سمعت شهادة فلان وفلان وحلَّفته على موجب الشرع فاقض بالبينة في جانبك، فإن كان شهود الأصل قد غابوا أو ماتوا قضى المقبول له بذلك وإلا فلا، وسبق عن ابن الرِّفْعَة كلام في ذلك.

وفي «الْحَاوِي» ما يوافق الإمام فيما إذا أخبره بإقرار الخصم، وذكر الْفُورَانِي أنه يقبل منه المشافهة بالإقرار دون الشهادة، وتبع الغزالي إمامه فيما ذكره.

ولفظ «الْبَسِيط»: إذا سمع أحدهما شهادة وقال: ألا سمعت الشهادة فاقض به، فإن قلنا: هو حكم فليس على الثاني استعادة الشهادة، وكأنهما تعاونا على إتمام القضاء، وإن قلنا هو نقل فإن حضر الشهود فلا بدّ من استعادة الشهادة، وهذا قطعنا به من قبل، وهذا الخلاف منقول كما ذكرناه، انتهى.

وأشار الرَّافِعِي فيما سبق إلى ذلك، فخرج من هذا كله أنه يحكم على الوجهين مع قرب المسافة إذا مات الشهود أو غابوا أو مرضوا ونحوها كما سيأتي هناك حرفًا بحرف، وتعليل الأئمة المنع بسهولة إعادة الشهادة يوافقه، ثم قال الإمام: فإن قيل إذا كان التنادي والإعلام من طرفي الولايتين ممكنًا، فإذا كتب أحدهما وأشهد على كتابة شاهدين وكان قادرًا على أن يشافه القاضي ويناديه فهلا كان ذلك ممنوعًا؛ لأن كتابة القاضي وشهادة الشهود على سماعه بمثابة الفرع للقاضي، وقوله في نفسه أصل، فكيف القضاء بالفرع مع التمكن من الوصول إلى الأصل، ويخرج من موجب هذا السؤال أنه يتعين أن يعلم أحد القاضيين الآخر بسبيل التنادي في طرف الولايتين، وهذا وجه بين القياس، ولكن الذي دلّ عليه كلام الأصحاب أنَّا لا نشترط ذلك، فإن فيه الغض منصب القاضي وتكليفه ما لو تكلفه كان جزمًا للمروءة وحظها، انتهى.

وقال في أواخر الباب: كل حق تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، ثم قال: والأصحاب شبهوا شيئًا بشيء، وعندي أن كتاب القاضي إلى القاضي بمثابة الأصل، وليس مشبهًا بالشهادة على الشهادة، بل هو عينها، فإن القضاء إن كان مبرمًا فيقول القاضي بمثابة الأصل، وشهود الكتاب فروعه، وإن سمع القاضي البينة ولم يقض بها فهذا بعينه تقبل البينة، انتهى.

فيخرج من كلامه هذا، وما سنذكره أن ما ذكره الرَّافِعِي عن «أمالي»

……

السرخسي ليس غلطًا محضًا، وقوة كلام الإمام يفهم أنه لو كان بالبلدان قاضيان ومشافهة أحدهما الآخر مبشرة لاجتماعه به كل وقت أنه لا تجوز المكاتبة، والحالة هذه بالحكم المبرم لانتفاء ما ذكره، وسيأتي عن «عمد» الْفُورَانِي ما يفهمه على توقف فيه، ويخرج مما ذكرناه أيضًا أنه لو بعدت بلد القاضي المكتوب إليه عن بلد الكاتب، ولكن قبل وصول كتابه إليه انتقل شهود الواقعة إلى بلد المكتوب إليه، أو إلى قريب منه بحيث لا تسمع شهادة الفرع، ثم أتاه كتاب القاضي بشهادتهم أنه لا يجوز العمل به في هذه الحالة؛ لحضور شهود الأصل فتأمله.

ورأيت في «عمد» الْفُورَانِي ما لفظه: إذا كان ببلد واحد حاكمًا فهل يجوز كتاب أحدهما إلى الآخر؟ ينظر فإن كان كل واحد منهما حاكمًا في جميع البلد، فلا يجوز فيما يتعلق به الحك بحال ولكن عليه أن يخبر صاحبه مواجهة؛ لأنه لا يتعذر، فإذا أخبره فهل للقاضي المخبر أن يقضي به أم لا؟ ينظر، فإن كان أخبره بشهادة شهود، فإنه لا يقضي حتى يشهدوا عنده كما شهدوا عند الأول؛ لأنه لا يتعذر، وإن كان أخبره بإقراره منه فإنه يقضي به؛ لأنه لا يمكنه إعادة إقراره، وإن كان كل واحد على جانبٍ من البلد كما يكون ببغداد، فإن كتب شهادة شهود لم يجز؛ لأن المشافهة لم توجد، وإن كتب بحكم منفذ مبرم فإنه يقبل؛ لأنه لا يمكنه أن يخبره به مواجهة إلا أن يكون أحدهما خارجًا عن ولايته في الغالب، انتهى.

وعبارته قلقة، وقد تفهم أنهما لو كانا حاكمين في جميع البلد أنه لا تجوز المكاتبة بحال، لإمكان المشافهة بالحكم وإعادة الشهادة حيث لا حكم، وربما في «الْحَاوِي» وغيره ما يفهم ذلك أو يقتضيه، وللدارمي عبارة طويلة قلقة سُقتها في «الْغُنْيَة» لينظر فيها.

قال الرَّافِعِي: إذا قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان وبينته ولا تحكم به حتى تعرفني ففعل، هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس: إنها كأنها أحد القاضيين في البلد إلى الآخر لإمكان حضور الشهود عنده، لكن الأشبه هاهنا

....

أن له الحكم؛ لأن تجويز الاستخلاف للاستعانة بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه، بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبو العباس الرُّويَاني في الجرح إثبات في تلوم فيه، انتهى.

ويحسن أن يجري فيه خلاف مبني على أنه هل ينعزل بعزله وانعزاله أم لا؟ إن قلنا: لا فكمستقبل وإلا جاز وفاء يقتضيه الاستعانة ولا يخفى عليك بعدما ذكرناه تقييد إطلاق المصنف، ولينظر فيما ذكره الرَّافِعِي هل هو مقصور على ما صوره أو لا فرق بان أن يأمره مستخلفة بذلك أو لا عملًا بمقتضى الاستعانة.

وفي «فتاوى» ابن الصلاح أنه سئل عن كتاب إنهاء الحكم هل يتوقف إثابته في البلد المنقول إليه على حضور الخصم، أو ثبوت بينته؟ فأجاب: لا يتوقف على ذلك، ويتوقف على إصابة نص فيها عن معتمد، هكذا رأيته، وكان في النسخة سقم، وحكى عنه أنه قال: الأظهر أنه لا يتوقف على ذلك، وذكر نفيه ما تقدم.

كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، ومنع أبو حنيفة الإطلاق الكلي.

قال: شُرَيْح الرُّويَاني: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أنه لا بدَّ من تعيين المكتوب إليه وهو غريب.

وقال الهروي: تحملت شهادة مع الشيخ أبي سعيد المتولي على كتاب حكمي من قاضي هراة إلى مجلس القاضي الحسين، وكانت الشهادة على الختم والعنوان إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فرد القاضي الكتاب.

وقال: الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب غير مقبولة عند الشَّافِعِي، والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه غير جاز عند أبي حنيفة فلا أقبل كتابًا أجمع الإمامان على رده كما أن من احتجم ومس ذكره وصلى لا تصح صلاته على المذهبين.

ومنها: إذا كتب إلى معين فشهد شاهدا الحكم عند غيره أمضاه وإن لم يكتب إليه ولا كتب، وإلى كل من يصل إليه من القضاة، اعتمادًا على الشهادة،

....

وعند أبي حنيفة: لا يقبل غير المعين شهادتهما إذا لم يكتب، وإلى كل من يصل، ويجري فيه خلافه فيما لو مات الكاتب وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب، وشهدا عند من خلفه فعندنا تقبل شهادتهما ويمضي الحكم في الحالين خلافًا له هكذا ذكره الرَّافِعِي.

وفي «الْحَاوِي»: إنه لو مات المكتوب إليه وأقيم غيره مقامه فوجهان: أحدهما: هذا قاله البغداديون، وثانيهما: قاله البصريون من أصحابنا: إنه لو تغير حال القاضي بموت أو عزل أو جنون أو فسق وتقلد غيره مكانه لا يجوز له قبول كتاب إلى غيره كالشهادة عند المعزول؛ لأنه يحكم بها المولى بعده، وفي «الْبَحْر»: إن بعض أصحابنا بخراسان قال: إن الكتاب يخرج بموت الكاتب عن أن يكون بينة وهو غلط، انتهى.

وقال شُرَيْح: إذا مات المكتوب إليه أو عزل، ثم ولي غيره ووصله الكتاب أو وصل في حياة المكتوب إليه إلى قاضٍ غيره قبله في أصح الوجهين، ولا يتعين قاضٍ وإن عينه في كتابه، والثاني: إن كان المخاطب هو لا يعمل به غيره.

ثم قال الرَّافِعِي موجهًا للمذهب: أما إذا كان الكتاب بالحكم المبرم، فكما لو قامت البينة على حكم القاضي بعد موته، وإذا كان بقبول الشهادة؛ ولأنه مشبه بالشهادة على الشهادة، وشهادة الفرع بعد موت الأصل مقبولة.

قال: والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت، انتهى.

وجزم الْمَاوَرْدِي بالجنون كالفسق، وسيأتي بيانه ومع تفصيل آخر في الفرع إنما أغفلناه هنا.

ومنها: قال الرَّافِعِي: لو كتب القاضي إلى خليفته ثم مات أو عزل تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا: ينعزل بانعزال أصله، ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل كتابه إلى المكتوب إليه فجواب ابن القاصّ وبه أخذا في «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما أن الكتاب إن كان بالحكم المبرم أُمْضي ولم يرد؛ لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان

....

بسماع الشهادة فلا يقبل ولا يحكم به كما لو فسق الشاهد قبل الحكم بالشهادة.

قلت: وهذا ما أورده الْمَحَامِلِيّ في «المقنع» والماوردي والبندنيجي والقاضي أبو الطيب في «مجرده» وغيره والجرجاني في «شافيه» و«تحريره» وشريح الرُّويَانِي وصاحب «البيان» ولم أرَ في الكتب بعد التنقيب غيره.

ثم قال الرَّافِعِي: وأطلق القاضي ابْن كَجٍّ القول بأنه لا يقبل كتابه إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب وكتاب وفرق بينه وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالخبث، وقيام الفسق به يوم الحكم، وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، انتهى.

ولفظ «الشامل»: فأما إن تغيرت حال الكاتب بفسق نظرت، فإن كان ذلك تعذر وصول الكتاب إلى المكتوب إليه وحكمه به لم يتغير كما لو حكم بشيء، ثم بان فسقه فإن الحكم الماضي لا ينقض، وإن كان بان فسقه قبل حكم المكتوب إليه به، فإنه لا يحكم به كما لا يقبل حكم الحاكم بعد فسقه، انتهى.

والظاهر أن مراده بهذا كتاب الشهادة فيكون موافقًا للجمهور لا لكلام ابْن كَجٍّ، وأما الشيخ أبو حامد فالذي رأيته في «تعليقه» و«مجموع» الْمَحَامِلِيّ، وهو مختصرها أنه لا أثر لطرآن فسقه بعد الحكم، وإن كان قبل الوصول إلى المكتوب، وهذا منطبق على إيراد أصحاب الشيخ أبي حامد وأتباعهم، والظاهر أنه صواب النقل، ويتعين حمل كلام «الشامل» على ما سبق أو على الثبوت المجرد إذا لم يجعله حكمًا ولم يبقَ إلا ما حكاه عن إطلاق ابْن كَجٍّ، فإن لم يؤول فهو وجه شاذ.

ومنها: الأحوط إذا كتب إلى قاضٍ معين أن يقول: وإلى من يبلغه من قضاة المسلمين؛ ليأمن الوقع في الخلاف عند موت المكتوب إليه أو عزله وغير ذلك، وسبق أنهما لو شهدا عند غير المكتوب إليه وهو حي باقٍ على عمله جاز، وكذا لو ولي المكتوب إليه موضعًا آخر فحمل الكتاب إليه.

قال القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي: وفي «تعليق» الْبَغَوِي ما

....

معناه: أنه لو آثر شهود الكتاب المنجز من حاكم حلب مثلًا إلى حاكم مصر المقام بدمشق أو العود إلى حلب أو قالوا: لا يصحبك إلا بجعل، يجوز لهما ذلك ثم المدعي بالخيار بين أن يشهد على شهادتهم جماعة يصحبونه إلى مصر ويشهدون له عند قاضيها، وليس لهم أن يقولوا: لا تشهد على شهادتنا إلا بجعل، وبين أن يثبت ذلك الحكم عند قاضي دمشق وينجز كتابه إلى قاضي مصر.

قال: وكذا لو استقبله الخصم في الطريق له أن يبعث ذلك في مجلس كل قاضٍ أمكنه.

وفي «التهذيب» و«تعليق» صاحبه أنهم لو أرادوا المقام في موضع ليس فيه قاضٍ ولا شهود ليس لهم ذلك، بل عليهم المضي إلى موضع فيه قاضٍ أو شهود وأنهم الأجرة في هذه الحالة فليس لهم إلا نفقتهم وكري دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب حيث لا يكلفون الخروج والقناعة؛ لأن هناك يمكن إشهاد غيرهم وهاهنا حامل الكتاب مضطر إليهم، انتهى.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو مات القاضي الكاتب أو عزل وولي غيره فرفع إليه كتاب الذي قبله فهل يعمل به؟

قال: في «الْحَاوِي» و«الْبَحْر»: إن تضمن كتابه سماع البينة دون الحكم بقبولها فلا بدّ للثاني من استئناف الشهادة، ولا يجوز له أن يحكم بقولها بسماع الأول، وأن يضمن السماع والحكم بقبولها وإلزام الحق الذي يضمنها عمل به الثاني وبعده وأن يضمن السماع والحكم بقبولها دون الحكم بإلزام ما تضمنها، فإن كان من شهد عنده حيًّا موجودًا لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول ليحكم بالإلزام بحكم الأول بالقبول؛ لأنه تعذر القدرة على شهود الأصل ينتج الحكم بشهادة الفرع.

قال: وينبغي أن يتخرج هذا على ما لو ثبت عند القاضي حق ولم يحكم به فعزل ثم ولي هل يسوغ له أن يحكم به أم لا؟

....

وما قاله الإمام وغيره أنه إذا أقيمت بينة في مجلس القاضي، فغاب قبل القضاء بها عن عمله، ثم عاد فهل يبنى القضاء على البينة أم يستعيدها؟

وجهان: أصحهما: لا، وثانيهما: نعم، كما لو عزل وولي ثانيًا فإنه لا خلاف أنه يستعيدها، ولعله محمول على حالة وجود الشهود كما يرشد إليه قوة الكلام، أو محمول على سماع البينة دون الحكم بقبولها، وإليه يرشد التصوير على أن الإمام قال: إن في المسألة احتمالًا، وقد حكاه الْبَغَوِي في كتاب «القسامة» وجهًا: أنه إذا ولي المعزول ثانيًا لا يستأنف البينة، فإن قلت ما ذكره المَاوَرْدِي يظهر أنه مفرع على ما حكي عن عامة الأصحاب من أن سماع البينة من القاضي سبيله نقل شاهد الفرع شهادة شاهد الأصل، أما إذا قلنا سبيله سبيل الحكم بقيام البينة كما رآه الإمام الأظهر، فيظهر أن يقال: هاهنا: أن للثاني أن يحكم وإن كان من شهد عند الموت أو المعزول حاضرًا كما ينقل هو بنفسه ذلك إليه، قلت: وكلام الإمام المتقدم يأباه بل هو مصرح بنفيه لكن النص الذي وعدت به ثم لا يأباه بل مصرح به، انتهى.

ومنها: قال الرَّافِعِي في «الوسيط»: إن القاضي إذا حكم بالحق وشافه واليًا غير القاضي ليستوفي فله أن يستوفي في محل ولايته القضاء وكذا خارجة على الصحيح؛ لأن سماع الوالي مشافهة كشهادة الشهود عند القاضي.

قال: ولا يكاتب القاضي واليًا غير القاضي؛ لأن الكتاب إنما يثبت بشهادة الشهود ومنصب سماع البينة يختص بالقضاء، وليحمل هذا على الوالي الذي لا يصلح للقضاء والذي لم يفوض إليه الإمام نظر القضاة، وإن كان صالحًا أما الصالح الذي مكن من النظر بنفسه ومن تقليد من يراه، فإنه يجوز للقاضي مكاتبته كما يجوز مكاتبة الإمام الأعظم، نص عليه في «المختصر» انتهى.

قلت: وفي «النهاية» أنه لا يصح المكاتبة بالحكم المبرم إلى غير قائم بالقضاء حتى لو [كان](١) ذا ولاية وليس إليه القضاء فلا يملك استيفاء الحق

---

(١) في نسخة: (كانت).

....

من حيث إنه لا يتوصل إلى سماع الشهادة فلو وقف القاضي في شرقي بغداد على طرف ولايته ونادى والي الجانب الغربي وليس قاضيًا بـ: إني قضيت على فلان ببينة أو إقرار فاستوف ذلك الحق منه، فالوجه عندنا ألّا يستوفي أيضًا فإنه ليس إليه سماع قول القاضي كما ليس له سماع شهادة الشهود، ويتجه أن يستوفيه من جهة أن القضاة قد يستعينون بالولاة المرتبين لاستيفاء الحقوق من الممتنعين، ولا خلاف أن القاضي في محل ولايته لو استعان بالوالي في محل ولايته فحتم على الوالي أن يطيعه ويتبعه وحكمه نافذ على الوالي، وإذا كان الوالي في غير محل ولايته فلا حكم له عليه وإنما هو إسماع وإبلاغ، وذلك الوالي ليس من أهل السماع، والمسألة على الجملة محتملة، انتهى.

وسيأتي عن «الْحَاوِي» قصر كتاب القاضي إلى الأمراء على الحكم المبرم فقط، ولفظ «المختصر»: وكتاب القاضي إلى الخليفة، والخليفة إلى القاضي، والقاضي إلى الأمير، ولفظ «الأم»: وكتاب القاضي إلى الأمير، والأمير إلى القاضي، والخليفة إلى القاضي سواء لا تقبل إلا ببينة كما وصفت من كتاب القاضي إلى القاضي، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي بعد ذكره نص «المختصر»: وهذا صحيح وجميع هذه الكتب إذا تعلقت بأحكام وحقوق لم تثبت إلا بالشهادة في التحمل والأداء، ثم حكى خلافًا خارجًا عن المذهب في الفرق بيَّنته في «الْغُنْيَة».

ومنها: في «الْحَاوِي»: إن من شرط عمل القاضي المكتوب إليه بكتاب القاضي الكاتب أن يكون الثاني عالمًا بصحة ولاية الأول، وأن يكون عالمًا بصحة أحكامه وكمال عدالته، وأن يعلم صحة كتابه فيما تضمنه من حكمه، وتابعه في «الْبَحْر» ولم أر لغيره كلامًا في ذلك، وهو ظاهر لكن تجويز الجمهور الكتاب المطلق والي معين، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين قد ينازعه؛ لأن من المعلوم أن غالب قضاة البلاد المتنائية لا يعرف بعضهم من حال بعض شيئًا ألبتة، وحينئذ قد يتعذر العمل بالكتاب في كثير من الأحوال فتأمله فإنه من المهمات.

....

ولكن عدم اعتبار ما ذكره بعيد وإن أشعر به إطلاق الجمهور، وقد توجه بأن الظاهر صحة الولاية وهذا غير مقنع، لا سيما في هذه الأعصار وأكثر الأمصار، فإن قلت: قد يعدله شهود الكتاب ويشهدون بما اعتبره المَاوَرْدِي، قلت: هذا جيد إن كان شهود الكتاب أهل الشهادة بذلك على نظر فيه في الكتاب الحكمي.

ومنها: من عليه دين في الظاهر لغائب، ولم يطالبه به وله حجة على الإبراء فأراد إقامتها هل له ذلك؟

وفي كتاب اللعان من «التتمة» ما يقتضي الجزم بالسماع كما قاله ابن الرِّفْعَة، والمذكور في «الْحَاوِي» هنا عدم السماع وطرده فيما إذا ادعى القبض أو ادعى أنه اشترى شقصًا مشفوعًا وأراد إقامة البينة على العفو عن الشفعة، أو ادعى أنه اشترى شيئًا وأراد إقامة البينة على إقباض الثمن، أو ادَّعت امرأة أن زوجها طلقها وأنها لا تأمن أن يتعرض لها وأرادت إقامة بينة بذلك ولذلك لو ادعت ذلك والزوج حاضر ولم يخالطها، وحكى وجهين في السماع إذا كان الزوج غائبًا وأرادت الخروج إلى موضعه.

وذكر القاضي الحسين في «الفتاوى»: إن الحيلة فيما إذا أراد أن يقيم البينة على البراءة قبل الدعوى أنه ينصب مسخرًا ويدعي على من عليه الدين بـ: إن لي على فلان كذا فمره بتسليمه إلي، فيدَّعي المدين الإبراء منه، ويقيم البينة عليه فإن القاضي يسمعها ويكتب له إلى قاضي بلد رب الدين بسماع البينة أو الحكم إن كان قد حكم، انتهى.

لكن في جواز مثل هذه الدعوى الكاذبة من المسخر نظر سبق.

وذكرنا أول الباب في «الْغَنِيَّة» الوجهين المحكيين عن «الْحَاوِي» في الصورة المذكورة وغيرها عن رواية الإصطخري.

وعن «فتاوى الْقَفَّال» في دعوى الإبراء وغيره والمكاتبة به فراجعه ففيه فوائد.

……

ومنها: لو كان له بينة بدين على غائب مجهول المكان ولا نية له في الخروج في طلبه، أو كان المدين أسيرًا بدار الحرب ولا مال له بدارنا فأراد رب الدين أن يثبت القاضي دينه عليه بلا حكم أو يحكم رجاء عوده هل يلزم الحاكم إجابته أو يجوز له ذلك ولا يجب أو لا تصح دعواه لعدم الفائدة في الحال، أو يجري الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل؟

لم أرَ في ذلك شيئًا لكن الوجوب بعيد في الجواز محتمل، ويقرب من هذا لو كان له دين على معسر منكر معلوم الإعسار باعتراف رب الدين أو ببينته، وأراد إثبات الدين بالبينة هل يجاب؟ وجه المنع أن الدعوى غير ملزمة في الحال وخوف موت الشهود أو غيبتهم يندفع بأن يظاهر على شهادتهم، والإصغاء إلى الدعوى مع ثبوت الإعسار بعيد والعلم عند الله.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه إذا حكم حاكم عليه بدين وحبسه وغاب المدعي فوكَّل المحبوس رجلًا فأقام شهودًا بأنه أبرأه منه وحكم حاكم ذلك البلد بالإبراء وكتب إلى هذا الحاكم ليطلق عنه صح ويلزمه إطلاقه.

ومنها: قال المَاوَرْدِي: إذا حكم بحق حاضر في عين منقولة أو غير منقولة، فسأل المحكوم له القاضي أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا بِاسْتِحْقَاقِ الْمِلْكِ الْحَاضِرِ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ الْمحكُومُ بِهَا مَنْقُولَةً لَمْ يُكْتَبْ بِهَا لِانْبِرَامِ الْحُكْمِ بِهَا، وَانْقِطَاعِ الْعَلَقِ فِيهَا، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَنْقُولَةٍ كَالْعَقَارِ أَجَابَهُ إِلَيْهِ وَكَتَبَ لَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ قَدِ انْبَرَمَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ عَنْ ذَلِكَ أُجْرَةً يُطَالِبُ بِهَا الْمحكُومَ عَلَيْهِ، انتهى.

قلت: وقد يستحق للمنقول أجرة أيضًا فيطالب بها، والله أعلم.

خاتمة: جعل المَاوَرْدِي كتاب القاضي على أربعة أقسام:

الأول: كتابه إلى قاضٍ آخر، وقد ذكرناه.

والثاني: مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي لِلْأَمِيرِ.

قال: فَهِيَ مَقْصُورَةٌ عَلَى مُكَاتَبَةِ أَمِيرِ الْبَلَدِ الَّذِي فِيهِ الْخَصْمُ الْمطلُوبُ، أَوِ

الْمِلكُ الْمَحْكُومُ بِهِ، دُونَ غَيْرِهِ مِنَ الْأُمَرَاءِ، وَلَا يَكْتُبُ إِلَيْهِ إِلَّا بِمَا حَكَمَ بِهِ، وَأَمْضَاهُ، لِيَكُونَ الْأَمِيرُ مُسْتَوْفِيًا لَهُ وَلَا يَكُونُ حَاكِمًا بِهِ؛ لِأَنَّ الْحماةَ وَالْأُمَرَاءَ أَعْوَانٌ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْحُقُوقِ، وَلَيْسُوا بِحُكَّامٍ فِيهَا، بِخِلَافِ الْقُضَاةِ الْمندُوبِينَ لِلاسْتِيفَاءِ وَالْأَحْكَامِ، وحينئذ فَمُكَاتَبَةُ الْقَاضِي لِلْأَمِيرِ مَقْصُورَةٌ عَلَى أَحَدِ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِمَا حَكَمَ بِهِ مِنْ مِلْكِ الطَّالِبِ فِي بَلَدِهِ، لِيُمَكِّنَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَيَرْفَعُ عَنْهُ يَدَ مَنْ سُوَاهُ، فَهَذَا يَجُوزُ إِذَا أَمِنَ عُدْوَانَ الْأَمِيرِ، فَلَوْ كَانَ لِبَلَدِ الْمِلكِ أَمِيرٌ، وَقَاضٍ، كَانَتْ مُكَاتَبَةُ الْأَمِيرِ بِذَلِكَ أَوْلَى مِنْ مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ بِالْيَدِ أَخَصُّ، مَا لَمْ يُعَارِضْهُ الْقَاضِي فِيهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِمَا حَكَمَ بِهِ عَلَى الْخَصْمِ الْمطلُوبِ، لِيَسْتَوْفِيَهُ لِلطَّالِبِ، فَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بِهِ الْأَمِيرَ، فَلَوْ كَانَ لِبَلَدِ هَذَا الْمَطْلُوبِ أَمِيرٌ وَقَاضٍ، كَانَتْ مُكَاتَبَةُ الْقَاضِي بِذَلِكَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ بِإِلْزَامِ الْحُقُوقِ أَخَصُّ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِإِحْضَارِ الْمطلُوبِ إِلَيْهِ، فَهَذَا مُعْتَبَرٌ بِوِلَايَةِ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ بَلَدُ الْأَمِيرِ دَاخِلًا فِي وِلَايَتِهِ جَازَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ بِإِحْضَارِ الْمطلُوبِ وَلَزِمَ الْأَمِيرَ إِنْفَاذُهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِنْ وِلَايَتِهِ لَمْ يَجُزْ لِلْقَاضِي أَنْ يَكْتُبَ [إِلَى الْأَمِيرِ] بِإِحْضَارِهِ، وَلَمْ يَجُزْ لِلْأَمِيرِ أَنْ يُنَفِّذَهُ إِلَيْهِ.

قلت: وفي إطلاقه لزوم إيفاده إذا كان في محل ولايته نظر يعرف بما سيأتي إن شاء الله في الكلام على الأعداء.

القسم الثالث: فِي مُكَاتَبَةِ الْقَاضِي لِلشُّهُودِ، فَلَيْسَ لِلشُّهُودِ تَنْفِيذُ حُكْمٍ وَلَا اسْتِيفَاءُ حَقٍّ، وَإِنَّمَا هُوَ وَثَائِقُ فِيمَا يَتَحَمَّلُونَهُ مِنَ الْحُقُوقِ لِيَشْهَدُواْ بِهَا لِمُسْتَحِقِّيهَا عِنْدَ مُسْتَوْفِيهَا. وحينئذ للقاضي في مكاتبتهم ثلاثة أحوال:

أحَدُهَا: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِتَنْفِيذِ الْحُكْمِ، فَهَذَا مِنْهُ اسْتِخْلَافٌ لَهُمْ عَلَى الْحُكْمِ، وَهُوَ اسْتِئْنَافُ وِلَايَةٍ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ:

الأول: أَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

……

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مِنْهُمْ لَمْ يَجُزْ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَذْكُرَ لَفْظَ التَّقْلِيدِ فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ لَمْ يَجُزْ وَيَصِيرُ هَذَا تَقْلِيدًا خَاصًّا فِي هَذَا الْحُكْمِ دُونَ غَيْرِهِ عَلَى اجْتِمَاعٍ فِيهِ، وَلَا يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمْ.

وثانيها: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ: فَجَوَازُ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونُوا مِنْ عَمَلِهِ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْمطلُوبُ فِي عَمَلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

قلت: وفي «النهاية»: فإن قيل لو كتب القاضي بعد إبرام القضاء إلى واحد من عرض الناس في البلدة التي بها الخصم يأمره باستيفاء الحق المستحق، قلنا: هذا غفلة من القواعد فإن هذا لا يتأتى إلا بسماع شهادة شهود الكتاب، وهذا لا يصح إلا من قائم بالقضاء حتى لو كانت له ولاية وليس له القضاء فلا يملك استيفاء الحق، انتهى.

ولعل مراده ما إذا كان المكتوب إليه من غير عمله ولم يتعرض لاستخلافه فلا يكون مخالفًا لكلام المَاوَرْدِي.

وثالثها: أَنْ يُكَاتِبَهُمْ إِشْهَادًا لَهُمْ عَلَى حُكْمِهِ، لِيَكُونُوا وَثِيقَةً لِلطَّالِبِ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهُ إِنْفَاذَ حُكْمِهِ لَهُ، فَجَرَى هَذَا مَجْرَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَيَصِحُّ أَنْ يُكَاتِبَهُمْ بِهِ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ عَمَلِهِ وَيَصِحُّ أَنْ يَتَحَمَّلُوهُ عَنْهُ إِذَا أَشْهَدَهُمْ شُهُودُ الْمتَحَمِّلِينَ لِلْكِتَابِ، وَيَصِحُّ أَنْ يُؤَدُّوا ذَلِكَ إِذَا تَعَذَّرَ ثُبُوتُهُ بِمَنْ تَحَمَّلُوا ذَلِكَ عَنْهُ وَهُوَ الْقَاضِي أَوْ شُهُودُ الكِتَابِ كَمَا نَقُولُهُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ.

القسم الرابع: مُكَاتَبَةُ الْمحكُومِ عَلَيْهِ القاضي، فَالْكِتَابُ إِلَيْهِ إِلْزَامٌ لَهُ وَحُكْمٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ عَمَلِهِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ إِذَا كَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَلْتَزِمَ كِتَابَهُ وَلَا يَقْبَلُهُ؛ لِأَنَّهُ فِي طَاعَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْقُضَاةِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ عَمَلِهِ جَازَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَيْهِ، وَلَزِمَهُ إِذَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهُ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَزِمٌ لِطَاعَتِهِ، فَإِنْ خَرَجَ إِلَى الطَّالِبِ مِنْ حَقِّهِ وَإِلَّا لَزِمَهُ الْمصِيرُ مَعَ الطَّالِبِ إِلَى

قال المصنف: [فَصْلٌ]: ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنْ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي

الْقَاضِي إِذَا دَعَاهُ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةٍ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ الْحُضُورُ إِلَّا بِالِاسْتِحْضَارِ، انتهى وسيأتي بيان هذا الكلام الأخير في مسائل الأعداء إن شاء الله تعالى وأسأله التوفيق.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

ادَّعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنْ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ اشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدَّعِي) أي: كما تسمع البينة ويحكم بها على الغائب ولم يذكرا في هذا خلافًا.

وقضية كلام المَاوَرْدِي أن التفصيل طريقة ضعيفة في العبد والفرس ونحوهما وإطلاق كثيرين يوافقه.

قال المَاوَرْدِي: وأما غير المنقول كالضياع والعقار فالحكم على الغائب لا يكون إلا بالبينة، فإن ثبت عدالة شهودها حكم بثبوتها وكتب بذلك إلى قاضي بلد الملك المستحق، وإن لم يعدلوا عنده وكانوا غرباء، وذكر الطالب أن له بينة بتزكيتهم يقيمها عند قاضي بلدهم فينظر إن كان الشهود من بلد الملك وهم على العود إليه لم يسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها، وقال: للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم وبلد ملكك ليشهدوا عنده بما يشهدوا به عندي، فإن كتب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها وثبوت هذا بالشهادة ممكن فلم يحكم فيه بالمكاتبة كالشهادة على الشهادة لا يحكم بها مع القدرة على شهود الأصل، وإن كانوا من بلد الملك وَلَا يُرِيدُونَ الْعَوْدَ إِلَيْهِ، وَالْبَيِّنَةُ بِتَعْدِيلِهِمْ فِيهِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ عِنْدَهُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الملك فَيَصِيرُ التَّعْدِيلُ وَالْحُكْمُ مُخْتَصًّا بِالْقَاضِي الْمكتُوبِ إِلَيْهِ، وَيَكُونُ كِتَابُ الْقَاضِي الْأَوَّلِ مَقْصُورًا عَلَى نَقْلِ الشَّهَادَةِ، وَلَا وَجْهَ لِمُكَاتَبَةِ الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ لِيَتَوَلَّى الْأَوَّلُ الْحُكْمَ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ قَادِرٌ عَلَى تَنْفِيذِ الْحُكْمِ فَلَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى الْأَوَّلِ، وإن كان الشهود من غير

وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ، أَوْ لَا يُؤْمَنُ ....

بلد الملك جاز للقاضي بَعْدَ سَمَاعِ شَهَادَتِهِمْ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِهِمْ، وَيَسْأَلَهُ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، فَإِنْ عَرَفَهَا كَتَبَ بِهَا إِلَى الْقَاضِي الْأَوَّلِ، لِيَتَوَلَّى الْحُكْمَ بِشَهَادَتِهِم، وهذا التفصيل قدمناه عنه وهذا موضعه.

ولا فرق في مسائل الفصل بين حضور المدَّعى عليه وغيبته، وإنما ذكر هنا لمناسبة الحكم على الغائب، وسبق قول الْمَاوَرْدِي أن مكاتبة الأمير بهذا أولى من مكاتبة القاضي إذا أمن جوره ما لم يعارضه القاضي، وقول: معروفات، غلب فيه ما لا يعقل على من يعقل والقاعدة العكس فيقال: «معروفين».

وكذا قاله في «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة».

قال: (**وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ**) أي: ليتميز وموضعه كما قاله «المحرر» وعبارة «الشرحين» و«الرَّوْضَة»: ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود، قالا: وينبغي أن يتعرض للحدود الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة كذا أورده ابن القاص في «أدب القاضي».

قلت: وفي «فتاوى» الْقَفَّال أنها إذا صارت معروفة بثلاثة حدود جاز الاقتصار على ذكرها.

وفي دعاوى «الْحَاوِي» أنه لا يكفي ذكر ثلاثة حدود، وقال في البيوع: في الاكتفاء بذكر ثلاثة حدود وجهان، وهذا في الدار المجهولة عند الحاكم أمَّا لو كانت مشهورة باسم ينفرد به كدار الندوة بمكة ميَّزها بذكر الاسم كذا قاله الْمَاوَرْدِي.

قال ابن الرِّفْعَة: وكلام القاضي الحسين يقتضي أن محل اشتراط ذكر الحدود الأربعة إذا لم يحصل العلم إلا بها فإنه قال: وذكر الحدود الأربعة ليس بشرط حتى لو كان يصير معلومًا بذكر حد أو حدين يكتفي به، وسنعيد هذا مع زيادات في الدعاوى إن شاء الله تعالى، ولا يجب التعرض للقيمة في هذا القسم على الأصح لحصول التمييز والتعريف بدون ذلك.

قال: (**أَوْ لَا يُؤْمَنُ**) أي: اشتباهه كغير المعروف فما مثل به ونحوه.

فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ، وَيُبَالِغُ الْمُدَّعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيمَةَ، وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا

(**فَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ**) أي: كما تسمع على الشخص الغائب اعتمادًا على الصفة؛ ولأنه يحتاج إليه كالعقار والثاني لا لكثرة الاشتباه هكذا نقلا الخلاف قولين إلا في «الشرح الصغير» فحكاه في وجهين.

قال: (**وَيُبَالِغُ الْمدَّعِي فِي الْوَصْفِ**) أي: بما يمكن من الاستقصاء، وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان:

أحدهما: لتعرض الأوصاف المعتبرة للسلم فيه.

والثاني: يتعرض للقيمة ويكفي عن ذكر الصفات، وينافي أن الصحيح أن الركن في تعريف المثليات ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب، والركن في المتقومات ذكر القيمة وذكر الصفات مستحب، قيل: وبه جزم المصنف وكلامه محتمل.

والظاهر أن الرَّافِعِي في «المحرر» تبع الغزالي وإمامه في اعتبار المبالغة في الأوصاف، ولفظ الإمام: إن حكمنا بسماع البينة فعمادها غاية الوصف، وينبغي أن ينتهي إلى مبلغ يحصل التمييز به ويبعد التوافق معه وذلك في الغالب يحصل بنهاية الوصف وذكر الشامة والعلامة إن كان عظيم الغنى في ذلك، ولا يرى الاكتفاء بذكر صفات السلم والمدعي عين بخلاف الدين.

وعبارة «الْبَسِيط»: ولا بدّ من الاستقصاء في الإعلام على حد الإمكان، ثم فرقا بين المبالغة هنا وفي السلم بفرق واضح، وفي «الْحَاوِي»: إن الاقتصار على ذكر صفات السلم إنما يكون في المثليات، أمَّا في غيرها كالثياب والعبيد فيلزم أن يستوفي جميع أوصافه.

قال ابن الرِّفْعَة: وهو ما في «النهاية» وما ذكراه منطبق على ما شرطاه في وصف المدعى عليه الغائب من ذكر النسب والصيغة والقبيلة وغيرها وتبعهما الرَّافِعِي عليه.

قال: (**وَأَنَّهُ لَا يَحْكُمُ بِهَا**) أي: بالبينة المقامة بصفة المدعي؛ لأن الحكم بما وصفته مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد، والثاني: يحكم بالعقار، وقيل:

……

لا يحكم قطعًا، وإنما القولان في سماع البينة والإنهاء وهي ما في «العمد» والحاصل ثلاثة أقوال: لا تسمع البينة ولا يحكم عكسه تسمع ولا يحكم هذه طريقة عامة الأصحاب وطردوها في جميع المنقولات التي لا تعرف.

وقال الإمام والغزالي: ما لا يؤمن فيه الاشتباه ضربان أحدهما ما يمكن تعريفه وتمييزه بالصفات والحلي كالرقيق والدواب وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس وجعلا الضرب الأول على الأقوال الثلاثة وقطعا في الكرباس ونحوه بأنه لا ترتبط الدعوى والحكم بالعين، هذا ما رواه الرَّافِعِي والمصنف، ويشبه أن بعض الرقيق وبعض الحيوان وهو ما يكثر أشباهه كالسودان من الرقيق والمعز كالكرباس ونحوه.

تنبيهات: منها: أطلق كثيرون حكاية الخلاف في الحكم بالعين المنقولة الغائبة بالصفات من غير فرق بين المعروفة والمجهولة، وفصَّل كثيرون كما ذكره المصنف بأن كان المدعى به مشهورًا كعبد مشهور معروف من عبيد السلطان أو دابة كذلك أو ثوب مشهور لا نظير له كما قاله الْبَنْدَنِيجِي سمعت البينة وحكم بها كالعقار، وجرى عليه الرَّافِعِي.

وقال المَاوَرْدِي في الحكم بشهادتهم بالصفة وذكرها قولين، ثم قال: بعد التوجيه والترجيح: وَخَرَّجَ ابْنُ سُرَيْج مِنْ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ وَجْهًا ثَالِثًا، فَقال: إِنْ كَانَ هَذَا الْعَبْدُ الْمدَّعِي فِي عَيْنِهِ يَخْتَصُّ بِوَصْفٍ يَنْدُرُ وَجُودُهُ فِي غَيْرِهِ كَشَامَةٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ جَسَدِهِ أَوْ إِصْبَعٍ زَائِدَةٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ يَدِهِ، أَوْ كَانَ مَشْهُورًا مِنْ عَبِيدِ السُّلْطَانِ لَا يَشْرَكُهُ غَيْرُهُ فِي اسْمِهِ وَمَنْزِلَتِهِ وَصِفَتِهِ جَازَ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ [مَعَ غَيْبَتِهِ] وَإِنْ شَابَهَ عُمومَ النَّاسِ فِي صِفَتِهِ وَنَعْتِهِ لَمْ يُحْكَمْ فِيهِ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا مَعَ التَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ، وَأَجْرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْأَنْسَابِ فِيمَنْ غَابَ إِذَا رُفِعَتْ حَتَّى [تَرَاخَتْ](١) وَزَالَ الِاشْتِرَاكُ فِيهَا حُكِمَ فِيهَا بِالشَّهَادَةِ، [وَإِنْ قَرُبَتْ حَتَّى اشْتَبَهَ الِاشْتِرَاكُ فِيهَا لَمْ يُحْكَمْ بِالشَّهَادَةِ إِلَّا مَعَ التَّعْيِينِ] وَلِهَذَا التَّخْرِيجِ وَجْهٌ لَكِنَّهُ

---

(١) في نسخة: (تأخرت).

……………………………………………………………………

نَادِرٌ، وَإِطْلَاقُ الْقَوْلِ يَكُونُ عَلَى الْأَعَمِّ الْأَغْلَبِ، انتهى بلفظه.

فحصل في الحكم بما يؤمر أشباهه من الأعيان المنقولة الغائبة طريقان: أصحهما: القطع بالحكم صرح به كثيرون، واقتضاه تعليل آخرين ممن أطلق حكاية الخلاف، والثاني: أنه على الخلاف لندرته ويعضد إطلاق الشَّافِعِي.

ومنها: سبق أنه يعتمد في العقار حدوده بما فيه، وعبارة الإمام: فإن كان المدعي عقارًا فقد أجمع الأصحاب على تصحيح الدعوى، ثم شرطوا المبالغة في الوصف وذلك هين في العقار وهو يذكر المحلة من البلد والسكة منها، وذكر موضع الدار من السكة وأنها الدار الأولى أو غيرها على يمين الداخل أو يساره أو في صدر السكة إن لم تكن نافذة ثم التعرض للحدود وينهي الأمر إلى غاية تفيد اليقين في التعيين، انتهى.

وقضية كلامه اشتراط التعرض لكل ما ذكره وهو غريب.

ومنها: قضية كلام الشيخين وغيرهما: إنه لا فرق في العقار المقضي به بين أن يكون في محل ولاية القاضي الكاتب أو في غيرها وبهذا المقضي صرح الإمام والغزالي.

قال الإمام: فإن قيل: كيف يقضي بنفقة ليست في محل بولايته؟

قلنا: هذه غفلة عن القضاء فلئن كان يقضي على رجل ليس في محل ولايته فيقضي بنفقة ليست في محل ولايته، وعن هذا قال: العلماء بحقائق القضاء: قاضٍ في قرية ينفذ قضاؤه في بقاع الدنيا في دائرة الآفاق ويقضي على أهل الدنيا، ثم إذا ساغ القضاء على غائب فالقضاء بالدار الغائبة قضاء على الغائب والدار مقضي بها، ثم سر هذا الفصل أن الكتاب إذا انتهى إلى البلدة التي بها العقار فالغالب أن الشهود على الدار لا يصحبون الكتاب، وإنما يصحبه شهود الكاتب، فإن قال: الخصم: لا تزيلوا يدي عن غير إشارة إلى الدار، قلنا: تعين التعيين كالإشارة فكاد الشهود على بعد الدار أشاروا إلى الدار وهذا واضح بيِّن، انتهى.

……

وكنت أرى ما ذكره تفريعًا منه في العقار مطلقًا ثم رأيته بعد قال: إنه لا خلاف فيه، ثم رأيت في «روضة الحكام» لشريح الرُّويَانِي في باب التقاء القاضيين ما لفظه: وهل يجوز للحاكم أن يحكم بقطعة أرض في غير موضع عمله؟ فيه قولان.

وقال في باب الحكم فيما ليس في موضع عمله: وإذا كانت الدعوى في منقول أو عقار في غير موضع عمل الحاكم ففيه قولان:

أحدهما: يقضي بالاسم والصفة ويكتب كتابًا إلى قاضي بلد الشيء كما يحكم على الغائب، فإذا ورد على القاضي وقبله استحلفه إذا أحضره العين بالله أن هذا حقك الذي شهد لك به شهودك عند القاضي فلان.

والثاني: إن الأول لا يحكم بما يثبت عنده ولا يقبل فيه كتاب القاضي حتى يأتي الشهود فيشهدوا على غيبته، انتهى.

ويجوز ألا يكون ما ذكره أولًا في قطعة الأرض من القولين مخالفًا لما ذكرناه في الدار ونحوها من العقار، وظني أني رأيتهما لغيره ولعل محلهما في قطعة الأرض بمزارع لا يؤمن أشباهها بغيرها؛ لكثرة أمثالها في الصفات والحدود هناك، وقد يشير إليه قول «الْبَسِيط» في تعليل سماع الدعوى بعد غائب ونحوه أن الحيوان على الجملة يتميز بعلامات، فإن فرض استهام فقد يفرض ذلك في أراضي القرى، انتهى.

على أن كلام الشيخين يفهم الفرق بين العقار المعروف وغيره في جريان الخلاف، ثم رأيت الدَّارِمِي قال: إن ثبت عنده على غائب حق غيره متعلق بعين كتب فيه، وإن تعلق بعين في بلد المكتوب إليه بعبد أو عقار أو عرض.

قال: ابن القاص والطبري: فقولان: أحدهما وساق كلام شُرَيْح، الثاني بنحو لفظه: وقضية ذلك التسوية بين العقار والمنقول مطلقًا من غير فرق بين عقار وعقار.

فائدة مهمة: رأيت تعجيلها وضمنا فوائد تتعلق بما سبق.

بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ، ....

قال: القاضي شُرَيْح الرُّويَاني في باب الحد والتعيين: ليس للشاهد أن يشهد بالملك إلا أن يكون قد رآه وعرفه بعينه، ويجوز على الإقرار إذا ذكر الحدود أو اللقب على وجه يمتاز عن غيره، فإن قال: الشاهد أقر بهذه الأرض، فلا بدّ أن يعرفها، وإن قال: الشاهد إن يعرف عين هذه الأرض ومنتهاها ولكن لا يمكننا تسمية الحدود، قبلت الشهادة ولم يحكم بها حتى يبعث بعد قبول شهادتهما معهما أمينًا حتى يعينا الأرض التي شهدا بها، وإن كانت الدار المدعاة مشهورة كدار الزبير بالبصرة ودار القطن ببغداد ودار عمرو بن الحرث بالكوفة سمع الشهادة وحكم بها، وإن شهدا بدار وذكرا حدودها وقالا: رأيناها، وقال: المشهود عليه: لم يرياها قط، فالقول قولهما، فإن سأل المشهود عليه أن يبعثهما القاضي مع أمين حتى يعيناها ويقولا: هذه الدار التي شهدنا بها إجابة إلى ذلك، فإن امتنعا وقالا: نعرفها ولا نحضرها لم يجبرا على ذلك.

وقال: بعض أصحابنا: إن استبرأ بهما الحاكم بعثهما وإلا لم يحكم بشهادتهما، وإن شهدا بأرض وذكرا الحدود ثم بان الخطأ في الحدود فقال الشاهد: أنا أحضر ذلك الموضع وأعين الأرض التي شهدت بها فقد قيل: يسمع ذلك ولا تبطل شهادته بالخطأ، وقيل: تبطل ولا يقبل تعيينه؛ لأنه بشهادته قد بين الأرض التي على تلك الحدود، ولو رجع الشاهد وذكر الحدود بعد ذلك وقال: كنت غلطت في الأول فقد قيل: يقبل، وقيل: لا يقبل، وقيل: إن غلط بحد واحد جاز أن يعيد الشهادة ويذكر الحدود، وإن كان الغلط في أكثر لم يجز، قال: جدي ﷺ: وفيه نظر، انتهى.

قال: في تتمة التفريع على الأظهر: وهو أنه لا يحكم بالعين المنقولة الغائبة، (**بَلْ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ**) أي: القاضي المكتوب إليه.

(**وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ**) أي: لينتفي الريب ويحصل التعين بعدم الغلط.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ بِبَدَنِهِ ....

قال: (**وَالْأَظْهَرُ**) عبارة «المحرر» و«الشرحين» والأشهر.

(**أَنَّهُ يُسَلِّمُهُ إِلَى الْمُدَّعِي بِكَفِيلٍ**) يتكفل (**بِبَدَنِهِ**) وعبارة «الرَّوْضَة» أظهرهما وأشهرهما وفيه نظر، فإن في «العمد» أن الشَّافِعِي زيف هذا القول للحيلولة بين الرجل وماله.

وقال في «الإبانة»: وزيفه الشَّافِعِي للحيلولة بينه وبين ملكه قبل إقامة البينة؛ لأنا إنما نحكم به تعيين الشهود ذلك، وأشار بذلك إلى قول الشَّافِعِي بعد ذكره هذا القول، ومنعني من القول بهذا أنها إن كانت جارية لا يؤمن أن يطأها المدعي وأنه يؤدي إلى الحيلولة بين المالك وملكه.

والقول الثاني: إن القاضي بعد الانتزاع يبيعه المدعي ويقبض الثمن ويعدله أو يكفله بالثمن كما سيأتي.

قال الرَّافِعِي متصلًا بقوله: ويأخذ منه كفيلًا ببدنه.

وقال أبو الحسن العبادي: يكفله قيمة المال، قال: ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم حتى لو كان المدعي عبدًا فيجعل في عنقه قلادة ويختم عليها، والمقصود من الختم ألا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له واحد الكفيل ختم والختم ليس بختم؛ لذلك حكى المتلقي عن أبي بكر الأرغياني الإمام وبهذا جزم في «الرَّوْضَة» بلا نسبة وكلاميهما كلام من لم ير غيره، وفي «النهاية» وما ذكرناه واحد الكفيل احتياط في الواقعة، فلو تركه القاضي المكتوب فيترتب القضاء ونظمه لا يختلف، ولكن اختلف أئمتنا في أن المكتوب إليه هل يكون تاركًا احتياطًا مؤكدًا مأمورًا به من غير إيجاب، وهذا الخلاف أجروه في كفالة البدن وإيجاب كفالة البدن ضعيف.

وعبارة «الْبَسِيط»: والختم احتياط وطلب الكفيل مستحب أم واجب؟ فيه وجهان وظاهر ما في «الوسيط» الوجوب، وهو قضية كلام الْبَغَوِي وغيره ولم يذكر الْفُورَانِي في كتابيه التكفيل، وعبارة إبراهيم المروزي بعد ذكره الختم وسلمه إليه بعدما يأتي بكفيل يتكفل قيمته أو يأخذ منه قيمة العبد، انتهى.

فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ، ....

وعلى هذا القول لو كان المدعي جارية فهل هي كالعبد أو لا يبعث أصلًا أو تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي أوجه؟

قال الرَّافِعِي: ثالثها أحسنها، زاد في «الرَّوْضَة»: إنه الصحيح أو الصواب، وبه جزم الإمام والغزالي، انتهى.

وقال الشَّافِعِي: التسليم استحسان مخالف للقياس على أن في التسليم إلى الأمين الأجنبي وليس معه امرأة ثقة بعد، ولا سيما مع طول المسافة.

قال: (فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ) أي: عند القاضي الكاتب.

(كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ) قال الإمام: إذا رفع المدعي العبد الذي شهد به شهوده استعاد القاضي شهادتهم على غير ذلك العبد، فإن شهدوا افتتح القضاء له بالملك فيه ثم تبرأ الكفيل بالبدن.

قالا: المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب سلَّمه إلى المدعي وقد تم الحكم له، ثم يكتب إلى الكفيل.

وفي «الفروق» للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختمًا ثانيًا ويكتب بأني حكمت به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب له ليرده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب ويطلق الكفيل ويسلم العبد إلى المدعي، ثم ذكر القول الثاني المقابل للأظهر في الكتاب أنه بعد الانتزاع يبيعه من المدعي ويقبض الثمن ويضعه عند عدل أو يكفله بالثمن.

وعلى ذكر التكفيل اقتصر الإمام وقال: إنه واجب جزمًا على هذا القول ولا يجري فيه التردد السابق وتبعه الغزالي، وإذا صححنا فإن سلَّم المدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب كتب برد الثمن أو براءة الكفيل وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح ويسلم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة كما بيع الضوال.

وحكى الْفُورَانِي بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ويأخذ القيمة فيدفعها إلى المدعى عليه للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكًا له.

....

قلت: عبارة «الإبانة» تفهم ذلك حيث قال: ينتزعه من يده ويدفع إليه قيمته ويبعث به إلى القاضي الكاتب حتى إذا ضاع ذلك في الطريق ضاع للمدعي، وعبارة «العمد» عنه: إن القاضي يجبر المدعى عليه أن يسلم العبد إليه بالثمن حتى إذا هلك العبد في الطريق هلك من ماله، انتهى.

فقوله: بالثمن إلى آخره يقتضي موافقة المشهور في الحكاية فلعله أراد في «الإبانة» بالقيمة الثمن كما يقع ذلك في كلام الشَّافِعِي والأصحاب فلا يكون مخالفًا للمشهور، والظاهر أنه إنما أراد في الكتابين أخذ القيمة للحيلولة كما هو ظاهر نص «الأم».

وقضية كلام المَاوَرْدِي الآتي وسبقت عبارة المروزي فيه ثم هذه القيمة مستردة سواء ثبت أن المال للمدعي أو لم يثبت، أما إذا ثبت فظاهر، وأما إذا لم يثبت فلأنَّا أخذناها للحيلولة، فإذا ارتد المال المدعى عليه فلا بدّ من رد القيمة هذا لفظ الرَّافِعِي وما زدناه.

ولم يجعل الْبَغَوِي في «التهذيب» و«التعليق» المسألة على قولين بل قال: ثم للمكتوب إليه بعدما أتاه الكتاب طريقان: أحدهما: وذكر القول الأظهر في الكتاب وتفريعه، ثم قال: والطريق الثاني وذكر القول الثاني كما أورده الرَّافِعِي، وهذا منه تخيير للقاضي بين الطريقين وأنه لا يتعين عليه سلوك أحدهما، فإن صح كان تخيير اجتهاد لا شهود.

وقال المَاوَرْدِي متصلًا بما تقدم من القولين في الحكم بالموصوف: وتخريج ابن سُرَيْج فإذا قلنا: بأن الحكم لا يجوز إلا مع التعيين نفي جواز سماع البينة والمكاتبة بها قولان: أحدهما: لا تسمع؛ لأنها تراد للحكم، فإذا لم يتعلق بها حكم لم تسمع، ذكره في «أدب القاضي» والثاني نص عليه في كتاب الدعوى: يجوز أن يسمع القاضي الشهادة به ويكتب إلى قاضي البلد الذي فيه العبد المطلوب، فإذا وصفه الكتاب، ثم حكم بالعبد لا أن يغيبه بشهوده.

قال: الشَّافِعِي: وَيُسْتَفَادُ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ لَمْ يَقَعِ الْحُكْمُ بِهَا إِلَّا مَعَ

……

التَّعْيِينِ مِنَ الْجِهَتَيْنِ أَلَّا يَتَكَلَّفَ الثَّانِي الْكَشْفَ عَنْ عَدَالَتِهِمْ، وَلَا يَتَكَلَّفَ الشُّهُودُ إِعَادَةَ شَهَادَتِهِمْ، وَإِنَّمَا يَقْتَصِرُونَ عَلَى الْإِشَارَةِ بِالتَّعْيِينِ، فَيَقُولُونَ: هَذَا هُوَ الْعَبْدُ الَّذِي شَهِدْنَا بِهِ لِفُلَانٍ عِنْدَ الْقَاضِي فُلَانٍ، وَيُسْتَفَادُ بِهَا عِنْدِي فَائِدَةٌ ثَالِثَةٌ: أَنْ يَمُوتَ الْعِبَادُ فَيُسْتَحَقُّ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمطلُوبِ ذِي الْيَدِ قِيمَتُهُ عَلَى نَعْتِهِ وَصِفَتِهُ، وَإِذَا قِيلَ بِالْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّ الْحُكْمَ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مَعَ عَدَمِ التَّعْيِينِ جَائِزٌ أَحْضَرَ الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ الْعَبْدَ وَصَاحِبَ الْيَدِ وَقال: لَهُ: هَذَا الْعَبْدُ هُوَ الْمَنْعُوتُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، فَإِنِ اعْتَرَفَ بِهَا حَكَمَ عَلَيْهِ بِتَسْلِيمِ الْعَبْدِ إِلَى طَالِبِهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَوْصُوفُ الْمَحْكُومُ بِهِ فَقَدِ اخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِهَذَا الْقَوْلِ فِيمَا يُحْكَمُ بِهِ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: حَكَاهُ الشَّافِعِي عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْقَاضِيَ يَخْتِمُ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ، وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الطَّالِبِ الْمَشْهُودِ لَهُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا، وَيُنَفِّذُهُ إِلَى الْقَاضِي الأَوَّلِ لِيَحْضُرَ الشُّهُودُ لِتَعْيِينِهِ، فَإِنْ عَيَّنُوهُ وَأَنَّهُ الْعَبْدُ الَّذِي شَهِدُوا بِهِ لِلطَّالِبِ، حَكَمَ بِهِ لَهُ وَكَتَبَ إِلَى الْقَاضِي الثَّانِي بِاسْتِحْقَاقِ الطَّالِبِ، وَبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا بِهِ لِلْمَطْلُوبِ بِعَيْنِهِ أَلْزَمَهُ رَدَّهُ عَلَى مَنْ كَانَ فِي يَدِهِ، وَأَخَذَهُ بِنَفَقَةِ عَوْدِهِ وَضَمَانِ نَفْسِهِ إِنْ تَلِفَ.

وَلَوْ كَانَ بَدَلَ هَذَا الْعَبْدِ أَمَةٌ، [فَقَدِ] اخْتَلَفَ مَنْ قال: بِهَذَا فِي إِجْرَائِهَا مَجْرَى الْعَبْدِ، فَمَنَعَ أَبُو يُوسُفَ مِنْ تَسْلِيمِهَا؛ لِأَنَّهَا ذَات فَرْجٍ وَرُبَّمَا كَانَتْ أُمَّ وَلَدٍ لِصَاحِبِ الْيَدِ، وَجَعَلَ هَذَا الْحُكْمَ مَقْصُورًا عَلَى الْعَبْدِ.

وَسَوَّى ابْنُ أَبِي لَيْلَى بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ [في التسليم لكنه أوجب في تسليم الأمة] أَنْ تُضَمَّ إِلَى أَمِينٍ ثِقَةٍ يُحْتَاطُ بِهِ حَذَرًا مِنَ التَّعَرُّضِ لِإِصَابَتِهَا.

قال الشَّافِعِي عِنْدَ حِكَايَةِ هَذَا الْقَوْلِ عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ وَلَيْسَ بِقِيَاسٍ، وَأَخَذَ بِهَذَا الْقَوْلِ مِنْ أَصْحَابِنَا أَبُو سَعِيدٍ الإصطخري مَذْهَبًا لِنَفْسِهِ، وَلَا يَصِحُّ تَخْرِيجُهُ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِي؛ لِأَنَّهُ يَتْرُكُ الِاسْتِحْسَانَ بِالْقِيَاسِ، وَقَدْ جَعَلَهُ اسْتِحْسَانًا.

……

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: مِنْ مَذَاهِبِ الْقَائِلِينَ بِجَوَازِ الْحُكْمِ بِهِ حَكَاهُ الشَّافِعِي عَنْ بَعْضِ الْحُكَّامِ: أَنْ يُنَادِيَ الْقَاضِي عَلَى الْعَبْدِ فِيمَنْ يَزِيدُ، فَإِذَا انْتَهَى ثَمَنُهُ قال: لِمُدَّعِيهِ: ادْفَعْ ثَمَنَهُ يَكُونُ مَوْضُوعًا عَلَى يَدِ عَدْلٍ وَخُذِ الْعَبْدَ مَعَكَ، فَإِنْ عَيَّنَهُ شُهُودُكَ حَكَمَ بِهِ الْقَاضِي لَكَ، وَكَتَبَ بِرَدِّ الثَّمَنِ عَلَيْكَ، وَإِنْ لَمْ يُعِينُوهُ لَكَ لَزِمَكَ رَدُّهُ وَاسْتِرْجَاعُ ثَمَنِهِ.

وَهَذَا الْقَوْلُ إِنْ أَجَابَ إِلَيْهِ الطَّالِبُ جَازَ الْعَمَلُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ وَالأَصَحُّ عِنْدِي مِنْ هَذَا كُلِّهِ أَنْ يَقْبَلَ الْقَاضِي الثَّانِي الْكِتَابَ، وَيحْكُمَ بِوُجُوبِ مَا تَضَمَّنَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ فِيهِ، وَيُخَيَّرُ صَاحِبُ الْيَدِ فِي الْعَبْدِ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ:

بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَهُ بِالصِّفَةِ الْمشهُودِ بِهَا إِلَى طَالِبِهِ [فَيَنْبَرِمُ](١) الْحُكْمُ بِهَا.

وَبَيْنَ أَنْ يَمْضِيَ بِالْعَبْدِ مَعَ طَالِبِهِ عَلَى احْتِيَاطٍ مِنْ هَرَبِهِ إِلَى الْقَاضِي الأَوَّلِ، فَإِنْ عَيَّنَهُ الشُّهُودُ سَلَّمَهُ إِلَى الطَّالِبِ بِحُكْمِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ الشُّهُودُ خَلَّى سَبِيلَ الْعَبْدِ مَعَ صَاحِبِ الْيَدِ.

وَبَيْنَ أَنْ يَعْدِلَ بِالطَّالِبِ إِلَى دَفْعِ الْقِيمَةِ لِلْعَبْدِ الْموصُوفِ دُونَ الْعَبْدِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَأَيُّ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ فَعَلَ صَاحِبُ الْيَدِ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ حَقِّ الطَّالِبِ، وَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ جَمِيعِهَا، وَقَدْ ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ الْعَبْدِ الموصُوفِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُسْقِطَ شَهَادَةَ عُدُولٍ تَثْبُتُ بِمِثْلِهِمُ الْحُقُوقُ، وَأَخَذَهُ الْقَاضِي الثَّانِي جَبْرًا بِدَفْعِ قِيمَةِ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ بِالإِشْتِبَاهِ غَيْرَ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ جَرَى مَجْرَى الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ [أَوِ الآبِقِ](٢) لَزِمَ دَفْعُ قِيمَتِهِ كَذَلِكَ، هَذَا وَلَا يُجْبِرُهُ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَبْدِ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الِاشْتِبَاهِ، وَلَا يُجْبِرُهُ عَلَى السَّفَرِ بِالْعَبْدِ إِلَى [الْقَاضِي الأَوَّلِ] لِأَنَّهُ لَا إِجْبَارَ عَلَيْهِ فِي السَّفَرِ بِمَالِهِ وَلَا عَلَى المحَاكَمَةِ إِلَى غَيْرِ قَاضِي بَلَدِهِ، انتهى.
وفيه فوائد ومخالفات لما أورده الرَّافِعِي.

---

(١) في نسخة: (فيلتزم).

(٢) في نسخة: (إذا أبق).

وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدَّعِي مُؤْنَةُ الرَّدِّ.

وذكر الشاشي في «الحلية» قوله: والأصح عندي وأقره، وسلك الإمام والغزالي طريقة ثالثة ذكرها الرَّافِعِي لا نطيل بذكرها.

تنبيهات: سبق عن الْفُورَانِي أنه يؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة وهو قضية ما في «الْحَاوِي» وغيره الموافق لنص «الأم».

قال: الشَّافِعِي في «الأم»: إذا أقام الرجل البينة على عبد موصوف له ببلد آخر وأحلفه القاضي أن هذا العبد الذي شهد لك به الشهود لعبدك أو دابتك لفي ملكك ما خرجت من ملكك بوجه من الوجوه كلها، وكتب بذلك كتابًا من بلده إلى كل بلد من البلدان فأحضر عبدًا بتلك الصفة أو دابة بتلك الصفة، فقد قال: بعض الحكام وذكر ما حكاه الْمَاوَرْدِي من أنه استحسان، ثم قال: وقال غيره: إذا وافق الصفة حكمت عليه، والقياس ألا يحكم حتى يأتي الشهود الموضع الذي فيه تلك الدابة فيشهدوا عليها، وكذلك العبد ولا يخرج من يدي صاحبه الذي هو في يديه بهذا إذا كان يدعيه أو يقضي له بالصفة، كما يقضي على الغائب يشهد عليه باسمه ونسبه، وهكذا كل ما يملك من حيوان وغيره، انتهى لفظه.

وبه يبين أن مذهبه خلاف ما رجحاه في الجملة إلا أن يثبت عنه ما يخالف هذا، وإن القول ببيع العين الموصوفة للمدعي فيه نظر.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن لم يشهدوا بعينه.

(**فَعَلَى الْمدَّعِي مُؤْنَةُ الرَّدِّ**) هذه بقية ما فرعه على ما رجحاه، وعليه أيضًا أجرة مثل المدة إن كانت له منفعة قاله الأئمة وصرحوا بأنه من ضمانه.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ولا يزول ضمانه حتى يرده إلى يد من قبضه منه ذكره ابن الرِّفْعَة.

وقال الرَّافِعِي: إذا كتب بما جرى عنده من مجرد قيام البينة، أو مع الحكم إن جوزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبدًا آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده، أو في يد غيره فقد صار القضاء مبهمًا وانقطعت المطالبة في الحال كما سبق في المحكوم عليه.

أَوْ غَائِبَةً عَنْ الْمَجْلِسِ لَا الْبَلَدِ أُمِرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ.

قلت: ويجيء فيما لو اعترف ذو اليد بأن هذا العبد هو المعني بالمكاتبة ما سبق، وإن كان ثم مشاركة له في الاسم والصفات فتأمله.

وإن لم يأتِ بمدفع، فإن كان الكتاب كتاب حكم على قولنا بتجويزه فحلف المدعي كما سبق عن النص ويسلم إليه وأغرب في «التَّرْغِيب» فصححه.

قال الرَّافِعِي: وإن كان كتاب سماع بينة، فينتزع المكتوب إليه المال وساق ما سبق عنه.

واعلم أن ظاهر كلامه يقتضي أنه إذا أظهر الخصم هناك عبدًا بالاسم والصفات أن الطلبة تنقطع حتى يأتي المدعي بصفة مميزة سواء كان الكتاب كتاب حكم على القول بتجويزه أو كتاب أنها شهادة فقط على المرجح، والذي رأيته في كلام غيره وذكره ابن الرِّفْعَة إنما هو فيما إذا كان قد حكم الكاتب بالصفة على التجويز وسكتوا عن التفريع المذكور على قول أنها الشهادة، والظاهر أنه لا فرق كذا قلته في «الْغُنْيَة» وفيه نظر إذا كان المحضر المشابه في يد غيره؛ لأن من بيده يحمل إلى بلد القاضي الكاتب فيشهد شهود الصفة على منتفي المحذور بخلاف ما لو كان الموافق له في الصفات بيد غير المدعى عليه فتأمله.

قال: (أَوْ غَائِبَةً عَنْ الْمجلِسِ لَا الْبَلَدِ) أي: ما سبق فيما إذا كانت العين غائبة عن البلد فإن كانت فيه.

(أُمِرَ) أي: الخصم الحاضر أو من يخلفه.

(بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ) أي: بتيسر.

(لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةٍ) قال الرَّافِعِي: هذا هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال تشبيهًا بما إذا كان المدعى عليه حاضرًا في البلد لا تسمع الشهادة وهو غائب عن مجلس الحكم، وفي المشتبه به خلاف يأتي ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف هاهنا أيضًا، فإن جاء انتظم أن يرتب فيقال: إن لم تسمع البينة على العين الغائبة عن البلد اعتمادًا على الصفة فأولى ألا تسمع إذا كانت

....

حاضرة، ويأمر بإحضارها، وإن سمعناها هناك فهاهنا وجهان، ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر، أما ما لا يمكن إحضاره كالعقار فيجده المدعي ويقيم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال الشهود: نعرف العقار بعينه ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى حكم وإلا فلا، ولو كان العقار مشهورًا لا يشبه، فلا حاجة إلى التحديد، وسبق في هذا زيادة إيضاح.

قال الرَّافِعِي: وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل، وما أثبت في الأرض، أو ركب في الجدار وأورث قلعه ضررًا فيصفه المدعي ويحضر القاضي أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يمكن وصفه حضر عنده القاضي أو بعث من يسمع الدعوى على عينه.

وذكر في «الوسيط» و«الوجيز»: إن العبد المدعي لو كان يعرفه القاضي حكم به دون الإحضار هذا إن كان المراد به العبد المعروف بين الناس فواضح كما ذكرنا في العقار المعروف، وفي العبد المشهور الغائب عن البلد، فأما العبد الذي يختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالمًا بصدق المدعي وحكم بناء على علمه تفريعًا على جوازه فهو قريب أيضًا، أما إذا كان يحكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع البينة على الصفة وجب أن يمتنع الحكم.

وذكر في «الوسيط» أيضًا: إنه لا يلزم إحضار الكرباس ونحوه؛ لأنه يتماثل وإن أحضر وفي هذا إشعار بأن الكرباس الحاضر لا يمكن توجيه الدعوى والبينة على عينه ولا شك في بعد هذا الكلام، انتهى.

تنبيهات: قوله في الكتاب: غائبة عن المجلس لا البلد، يقتضي أن الخارجة عنه ولو على ميل أو فرسخ مثلًا كالغائبة بمكان بعيد، وإن كانت في عمله ويشبه أن تكون القرينة من البلد المتيسر إحضارها إليه كالتي بالبلد، ولو كانت بعمله أيضًا، ولكن بمسافة العدوى مثلًا ولم يكن ثم نائب هل يكلف إحضارها إذا شهد كما يكلف الحضور بنفسه؟ لم أرَ فيه نقلًا وهو محتمل.

....

وقوله: أمر بإحضار ما يمكن إحضاره، إطلاقه يقتضي أنه لا فرق بين كونه معروفًا متميزًا لا يشتبه بغيره أو لا يكون كذلك، ويشبه ألا يجب إحضار الأول إذا كان القاضي والشهود يعرفونه معرفة لا اشتباه معها، فإذا شهدوا به حكم به وأجبر الخصم على تسليمه ما لم يأتِ بمدفع، وأحسب هذا مراد الغزالي في كتبه الثلاثة وأصله قول إمامه: إنه لو تعين العبد المدعي للقاضي فيجوز سماع البينة عليه، وإن لم يكن حاضرًا في مجلس القضاء وجهًا واحدًا، أي: بخلاف الخصم الحاضر بالبلدة.

قال: والفقه فيه أن الخصم المتعين إذا لم يحضر فسماع البينة لم يمتنع لجهالة، وإنما امتنع لترك المسلك الأقرب، وهذا لا يتحقق في العبد المعين الذي يعرفه القاضي والشهود، وليس يبعد اشتراط الحضور فيه أيضًا، فإن الإشارة أوجز من الوصف وأنفى للتهمة، انتهى.

فافهم أن المذهب ما أورده الغزالي، وأن فيه احتمالًا وحينئذ أقول: إن قول الرَّافِعِي في اعتراضه: أما إذا كان الحكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع البينة على الصفة وجب أن يمتنع الحكم ليس هذا من الحكم بالصفة المحضة ولا من سماع البينة عليها، بل الصفة هاهنا كالإشارة إلى العين الحاضرة لإحاطة القاضي علمًا بما وصفوه فهي إشارة إلى معهود معلوم للقاضي ولهم ألا ترى قول الإمام السابق: إن الخصم إذا قال: لقاضي بلد المال: لا تزيلوا يدي عن غير إشارة إلى الدار، قلنا: تعين التعيين كالإشارة، فكان الشهود على بعد الدار أشاروا إلى الدار وهذا واضح بيِّن، انتهى.

ويظهر صحة ما قاله الغزالي وإمامه بأمثلة واضحة لا يعجز الفطن تصويرها، وقول الرَّافِعِي: وذكر في «الوسيط» أيضًا إلى آخره، مراده به ما ذكره إمامه أن المدعي إذا لم يمكن تمييزه بالوصف كأذرع من كرباس فلو قال المدعي: في يد هذا عشرة أذرع من الكرباس، فإنه لو قال: في يدي ألف ذراع من الجنس الذي قال: فأحضر منها أيها فهذا قسم لا يتصور فيه الوصول إلى التعيين ولا يكلف

وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ فَقَال: لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ثُمَّ لِلْمُدَّعِي

المضارعين إلا أن يصادف المدعي عينًا في يد المدعى عليه فيدعيها، انتهى.

نعم ما ذكراه الظاهر أنه مبني على طريقتهما في الدعوى بالكرباس الغائب، وبه صرح في «الْبَسِيط» فقال: بعد ذكره نحو كلام إمامه: فليذكر القيمة وليدع المالية كما ذكرنا في الخصم الغائب، وقد استشكل الرَّافِعِي طريقتهما، وأشار إلى مخالفتهما لطريقة الجمهور، وقد لا يكون ذلك مبنيًا على ذلك، فإن في تكليفه إحضار جميع ما بيده من ذلك النوع بعد، عند كثرته وحينئذ يبعث القاضي من يشهد على عين ما ادعاه إذا تميز لشهوده كما سبق في الشيء الثقيل ونحوه إذا لم يرَ الدعوى بالقيمة المجردة ولا يلزم الإشعار الذي ذكره الرَّافِعِي بعدما بيَّناه.

قال: (**وَإِذَا وَجَبَ إِحْضَارٌ، فَقَال: لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ**) أي: حيث لا بينة للمدعي باشتمال يده على عين بالصفة المذكورة.

قال الإمام: إذا قال: ليس بيدي ما وصفه قلنا للمدعي: إن كتب بنفي العبد فأثبت الحجة يكون هذا الموصوف في يده وله مسلكان:

أحدهما: أن يقيم بينة أن هذا العبد الموصوف رأيناه في يده، وهذا يحصل بأن يشهد شهود المدعي بذلك أيضًا، وبأن يشهد شاهدان على وجدان ذلك العبد بيده ولا علم عندهما بملك المدعي فيثبت بها كون الموصوف في يده على الجملة، وهذا القدر كافٍ في أن يقال: له: أحضر هذا الموصوف لتعرف أن شهود الملك هل يشيرون إليه أم لا؟

وإن تعرض شهود الملك لذلك لم تفد شهادتهم في الحال إثبات ملك المدعي وتفيد تكليفه الإحضار، ثم الشهادة المثبتة للملك تنشأ مقيدة بالإشارة، انتهى.

ولو اعترف أن بيده عين بالصفة المذكورة، وقلنا: يلزم الإحضار كلف إحضارها لا محالة.

قال: (**ثُمَّ لِلْمُدَّعِي**) أي: بعد حلف المدعى عليه.

دَعْوَى الْقِيمَةِ فَإِنْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً كُلِّفَ الْإِحْضَارَ وَحُبِسَ عَلَيْهِ وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ، وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا فَقَالَ: غَصَبَ مِنِّي كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ، وَقِيلَ لَا بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيمَةَ ....

(**دَعْوَى الْقِيمَةِ**) لاحتمال أنها هلكت وكان التصوير فيما إذا كانت العين من المتقومات.

قال: (**فَإِنْ نَكَلَ**) أي: المدعى عليه عن اليمين المذكورة.

(**فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً**) أي: بأن العين الموصوفة كما بيناه.

(**كُلِّفَ الْإِحْضَارَ**) أي: ليشهد الشهود على عينه كما سبق بما فيه.

(**وَحُبِسَ عَلَيْهِ**) أي: عند امتناعه منه إذا لم يبين عذره فيه.

(**وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِحْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلَفٍ**) أي: فتؤخذ منه القيمة وتقبل منه دعوى التلف بيمينه، وإن كان خلاف قوله الأول؛ لأنه قد يكون صادقًا ولو لم يقبل قوله لتخلد جنسه، وقيل: لا يطلق إلا بإحضار أو بأن يقيم بينة على التلف وكان التصوير على الأصح فيما إذا أطلق دعوى التلف أو استدعى إلى جهة خفية كسرقة، أما لو أسندها إلى سبب ظاهر فالوجه تكليفه البينة على وجود السبب كما مر في الوديعة، ثم يصدق في دعوى التلف به بيمينه.

قال: (**وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيمَةً أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا؟ فَقَالَ: غَصَبَ مِنِّي كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ لَزِمَهُ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيمَتُهُ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ**) أي: للحاجة وهذا أقرب الوجهين في «المحرر» وأولاهما في «الشرحين» وأصحهما في «الرَّوْضَة» وعليه عمل القضاة وعليه فيحلف أنه لا يلزمه رد العين ولا قيمتها.

قال: (**وَقِيلَ: لَا بَلْ يَدَّعِيهَا وَيُحَلِّفُهُ**) أي: على العين.

(**ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيمَةَ**) أي: بعد حلفه تنسى الدعوى بالقيمة؛ لأن الدعوى المردودة غير جازمة، وهذا ما نسبه الإمام إلى القياسين والْبَغَوِي في «تعليقه» إلى القاضي الحسين إذا عرفت هذا، فقد قال في «النهاية»: إذا عسر على

....

المدعي استحضار العين بألا يجد بينة على كونها في يد المدعى عليه ولو حلفه لحلف فسأله أن يرد الدعوى إلى المالية إذا استشعر ذلك منه.

وعبارة «الْبَسِيط»: لو عجز عن إقامة البينة على أنه في يده واستشعر أنه لو حلفه لحلف فطريقه أن يرد الدعوى إلى المالية والقيمة حتى تسمع الشهادة على الوصف إذا كان المقصود المالية، وله أن يجزم الدعوى بالقيمة.

وقال الرَّافِعِي: قوله في «الوجيز» هنا: فإن القيمة تثبت بالشهادة على الصفة إن كان المراد منه أنه إذا شهد الشهود على أنه غصب منه عبدًا بصفة وكتب ثم فرض موت العبد يستحق المشهود له بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة فهذا صحيح، وقد حكاه صاحب «العدة» لكن طلب القيمة من غير أن يعلم موته فيه إشكال.

وقال في «الرَّوْضَة»: ولو شهدوا أنه غصب منه عبدًا بصفة كذا فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة، وهذا اختصار مخل.

وكلام «النهاية» و«الْبَسِيط» كالمصرح بأن الكلام مع بقاء العين للضرورة، وإذا كان طلب القيمة لأجل الحيلولة، فأي إشكال فيه، وسبق عن «الْحَاوِي» ما يوافق ذلك وأنه يجري مجرى العبد المغصوب إذا أبق يلزم بدفع قيمته، وذكر شُرَيْح الرُّويَانِي: إنه لو ادعى أنه أتلف له عبدًا بصفة كذا وذكر الأوصاف المعتبرة في السلم فقد قيل: يصح ثم يقوم عند تلك الصفة، وقيل: يقوم بأقل ما تقع عليه تلك الصفة، وقد قيل: تقوم تلك العين من شاهدها، وإن لم يكن من يقوم فالقول قول الغارم، انتهى.

إشارة: قوله: فإن بقي لزمه رده وإلا فقيمته، ظاهر إذا كان المدعي متقومًا، فإن كان مثليًا فينبغي وإلا فمثله، وهو ما نقله الْبَغَوِي في «تعليقه» هناك عن القاضي الحسين، وربما نعيد المسألة في الدعاوى رجاء فائدة زائدة، وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضرًا، وإن كان غائبًا والمال في البلد كما وصفا فيحضر مجلس الحكم أيضًا ويؤخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَّالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ، أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَتَهُ أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ ....

قال: (وَيَجْرِيَانِ) يعني الوجهين.

(**فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَّالٍ لِيَبِيعَهُ فَجَحَدَهُ وَشَكَّ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ أَمْ أَتْلَفَهُ فَقِيمَتَهُ أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ**؟) فعلى الثاني يدعي العين في دعوى ويدعي القيمة في أخرى والثمن في أخرى، وعلى المرجح يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه إن باعه وأخذ ثمنه، وإلا قيمته في أخرى والثمن في أخرى، وعلى المرجح يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه إن باعه وأخذ ثمنه وإلا قيمته ويحلف الخصم يمينًا واحدة بأنه لا يلزمه الثوب ولا ثمنه ولا قيمته.

فَرْعٌ: لو كان حاضرًا والمدعي ببلدة أخرى.

قال **الرَّافِعِي**: فقياس ما سبق أنا إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب ويحكم به فالقاضي يحكم عليه، وإن لم يجوز إلا السماع، فإذا سمع البينة أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ليشهد الشهود على عينه كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم، انتهى. ولا نقل عنده.

وقال **المَاوَرْدِي**: إذا حكم لحاضر على حاضر بعين غائبة، فهذا مما كتب بمسألة القضاة، فإن ثبت استحقاقه فإقرار المطلوب فالقاضي فيما يكتب به من حكمه مخير بين أن يذكر ثبوت استحقاقه بإقراره أو لا يذكره؛ لأن المقر لو أقام بينة باستحقاقه لم تقبل منه، وإن ثبت استحقاقه بيمينه بعد نكول المطلوب ذكره؛ لأن المطلوب لو أقام بينة قبلت منه.

قلت: فيه نظر إذا قلنا: اليمين المردودة بمنزلة الإقرار لا البينة.

قال: وإن ثبت استحقاقه ببينة شهدت به ففي وجوب ذكرها في كتاب القاضي وجهان: أحدهما: أنه مخير كالإقرار، والثاني: يلزمه ذكرها لجواز أن يعارضها المطلوب ببينة فيقدم لأجل يده، انتهى.

وقضية كلامه أنه لا يلزمه الإحضار إلا حيث يلزم المطلوب الغائب الإحضار، وكلام **الرَّافِعِي** يقتضي إلزامه إحضار المدعى به حكم به القاضي

حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَتَ لِلْمُدَّعِي اسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِيَ وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدَّعِي].

للمدعي أو لم يحكم وسمع البينة فقط، وفي إطلاق القول بإلزامه الإحضار من غير مكاتبة بعد لا سيما مع تباعد البلدين بخلاف العين الحاضرة المتيسر إحضارها مجلس الحكم، فإن الشيء الخفيف يحتاج إحضاره من المكان البعيد إلى مؤنة كبيرة كالأمتعة الثقيلة الحاضرة في البلد نعم إن كان التصوير فيما لو أقر بغصب ونقل أو قامت به بينة أو حلف المدعي اليمين المردودة فواضح، وإن كان في الإقرار المجرد والبينة بالملك من غير بيان سبب أو كان الغرض أعم ففيه ما ذكرناه.

وفي «العمد» و«الإبانة»: إن المدعي إذا كان غائبًا فحكمه حكم ما لو كان المدعى عليه غائبًا أيضًا وقد بيناه وهو موافق لكلام «الْحَاوِي» والله أعلم.

قال: (**حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَتَ لِلْمُدَّعِي اسْتَقَرَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَى الْمدَّعَى عَلَيْهِ**) أي: لأنه المحوج إلى ذلك.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يثبت له.

(**فَهِيَ وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمدَّعِي**) أي: لأنه المحوج إلى ذلك وسواء أحضرت العين من البلد أو غيره كما اقتضاه كلام الأئمة، وكلام «القواعد» كالمصرح به، وذكر في «الوجيز»: إنه لو أحضر العبد الغائب ولم يثبت ملك المدعي فيه فعليه مؤنة الرد ومؤنة الإحضار ولا يغرم منفعة العبد التي تعطلت كما لا يلزمه منفعة المحكوم عليه ويحتمل هذا للحاجة.

قال الرَّافِعِي: ذكرنا أن المدعي إذا كان في البلد يكلف المدعى عليه إحضاره، وإن كان غائبًا عن البلد يبعثه القاضي المكتوب إليه على يدي المدعي، ولم يقل هناك ولا يكلف هاهنا.

قلت: وهو ظاهر مع تباعد العملين أما مع التقارب كجاءني بغداد فلا.

قال: إذا عرف ذلك فحيث يؤمر المدعى عليه بالإحضار.

قال في «التهذيب»: إن ثبت أنه للمدعي وذكر صورتي «المنهاج» كما

....

سبق، ثم قال: وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب ولم يثبت أنه للمدعي فعليه رده إلى موضعه بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده، وإن ثبت أنه له فقياس ما حكينا عن «التهذيب»: إنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: إن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن فيه شيء استقرض، فإن ثبت كون المال للمدعي كلف المدعى عليه رد القرض لظهور تعديه وإلا كلف المدعي رده لظهور بغيته.

قلت: ووقع في «الرَّوْضَة» هنا خلل فاحش يعرف بالمراجعة.

ثم قال الرَّافِعِي: وذكر أصحابنا العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم: إنه إذا نقل المدعي المال إلى بلد الكاتب ولم يثبت كونه له أنه يلزمه مع مؤنة الرد أجرى المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطيل المنفعة إذا أحضره المدعى عليه وهو في البلدة فأفهم سكوتهم عنه أنهم سامحوا به في هذه الحالة ولو يوجبوا الأجرة وعلى هذا المفهوم جرى في «الوجيز» فقال: وساق ما قدمناه عنه قال: وليحمل ما ذكره على إحضار المدعى عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة؛ لأنه لو أجرى على إطلاقه لكان ما ذكره مخالفًا لكلام الأصحاب في الغائب عن البلد وسبب احتمال تعطل المنفعة توقير مجلس الحكم واقتضاه مصلحة الإمالة ترك المضايقة في حضوره وسبب الفرق بين الحالتين زيادة الضرر هناك، انتهى لفظه.

قلت: وقضية كلام «الوسيط»: إنه لا يجب أجرة العبد المحضر مطلقًا عند الأصحاب وكأنه لم يقف على نقل.

فإنه قال: فَرْعٌ: إذا أحضر العبد الغائب فلم يثبت ملك المدعي فعليه مؤنة الإحضار ومؤنة الرد إلى مكانه هذا ما ذكره الأصحاب ولم يتعرضوا لأجرة منفعته التي تعطلت ولا لمنفعة المحكوم عليه إذا تعطل بالحضور، وكأنهم احتملوه لمصلحة الإمالة، وجعل ذلك واجبًا لإجابة القاضي فلم يلزم بدله

....

وأصل هذا قول إمامه، ومن الأمور البينة التي يجب ألا يغفل عنها أما إذا كلفنا المدعى عليه إحضار العين فالتزم مؤنة في إحضارها، فإن ثبت استحقاق المدعي فالمؤنة على المحضر وإن لم يثبت استحقاق المدعي فقد قال: الأصحاب: يغرم المدعي مؤنة النقل ومؤنة إلى المكان الذي كان المتاع فيه وهذا ـ أرشدكم الله ـ فيه أدنى نظر نقدمه بشيء، وهو أن الخصم المحضر قد يناله كد في الحضور، وربما ينقطع به عمل له تقابل بأجر فهل يقول: إذا بان كون المدعي مبطلًا يلتزم المستحضر أجره؟

الذي نراه أنه لا يلتزم هذا، فإن الغالب في استحضاره حق القاضي، ودليله أنه مستحضره من غير ثبوت حق عليه وهذا ما يجب القطع به، فإذا ثبت هذه المقدمة فلست أبعد أن يكون إحضار المال منها فإنها متعلقة بالإيالة، وأسباب الولاية، وهذا احتمال حسن بالغ ولا آمن أن يكون التسامح في إحضار الخصم لقرب الزمان الذي لا يكون لمثله حظ من الأجرة، وإن كان فنزر لا يحتفل به، وأقصى ما على البينة ثم الآراء السديدة يشترك في النظر، والله المستعان، انتهى.

وحينئذ أقول تقرر في كتاب «الغصب»: أن منفعة الحر لا تضمن إلا بالتفويت على الأصح، وهو استيفاؤها قهرًا بخلاف منفعة العبد ونحوه من المال، ولعل العراقيين وغيرهم إنما اقتصروا على التصريح بذكر أجرة مثل العبد المحضر بكتاب القاضي؛ لأن الغالب أن ذلك يطول زمنه إلى أن تنتهي الخصومة بخلاف الحاضر في البلد، فلو تقارب عمل القاضيين بحيث تنفصل القضية في زمن يسير، فالظاهر أنه كالحاضر بالبلد إذا انفصلت القضية في زمن قريب، وقد يزيد زمن تعطيل العين الحاضرة بالبلد على زمن تعطيل المحضرة من عمل قاض آخر، إما لإحضار الشهود ليشهدوا بالعين المدعاة، وإما لاستزكائهم أو غير ذلك مما يتوقف أنها الخصومة عليه، وإذن القياس أنه إن كان لمثل العين المحضرة أجرة وجب، وإلا فلا سواء الحاضرة بالبلد والمحضرة من بلد، أو عمل قاض آخر بحصول التفويت في الحالين ظلمًا وإلا

قال المصنف: [فَصْلٌ]: الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ وَهِيَ الَّتِي لَا يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ مَسَافَةُ قَصْرٍ، ....

فلا، وهذا كله إذا ألزم الحاكم المطلوب بإحضار العين المدعاة لشخصها الشهود، أما لو أحضرها باختياره فلا أجرة له بحال، وقد يقال: إن أجرة العين المحضرة من بلد آخر على يد الطالب أو غيره إنما وجبت لرفع يد صاحبها عنها والحيلولة بينه وبينها بخلاف الحاضرة في البلد، فإنها بيده إلى فراغ الخصومة فلا يستحق لها أجرة؛ لأنها في يده، فإن اعترف هذا وجب أن يفرق بين أن يرفع يده عنها في الحالين، أو لا يرفع فيلزم الأجرة فيهما حيث يرفع يده عنها، ولا يجب إذا لم ترفع فيهما فتأمله.

وقد يكون المدعى عليه بالعين الحاضرة غائبًا فتؤخذ من داره أو بدا منه، وتعطل منفعتها عليه مدة إتمام الخصومة، فتروَ فيما ذكرناه.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ مَنْ بِمَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ، وَهِيَ الَّتِي لَا يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ مَسَافَةُ قَصْرٍ) قال الإمام الرَّافِعِي: الأصل ألا يسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة الخصم، أما أنه لا يسمع البينة فليأمن من خطأ الشهود في المشهود عليه، وليطعن فيهم الخصم إن وجد مطعنًا، وليمتنعوا إن كانوا كذبةً حياءً منه أو خوفًا، وأما ألا يحكم فليأت بمدفع إن وجده إلا أن هذا الأصل قد يترك الأسباب بقضية، وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم حاضرًا في مجلس الحكم، فإما أن يكون في البلد أو لا يكون إن كان فيه، وكان ظاهرًا يتأتى إحضاره فأصح الوجهين، وقطع به بعضهم أنه لا يجوز سماع الدعوى والبينة عليه؛ لأن أمر القضاء مبني على الفصل بأقرب الطرق، ولو حضر فربما أقروا فيغني عن سماع البينة والنظر فيها.

والثاني: يجوز لأنه إما منكر فهذا سماع بينة على منكر، أو مقر فتؤكد البينة إقراره.

……………………………………………………………………

وعبارة الإمام: فهل يجوز سماع الدعوى عليه قبل سماع البينة؟ فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز تعيين إحضاره، وإقامة البينة على وجهه إن أمكن وحق على القاضي أن يسلك أقرب الطرق وأقصدها في فصل القضاء، والسبب فيه أنه لو طول فقد يكون مؤخرًا حق مستحق مع القدرة على تعجيله، وهذا لا سبيل إليه.

والثاني: إن الدعوى والبينة مسموعتان، فإن المدعى عليه إذا تعين وتميز كفي، والبينة بيان والمدعى عليه بين أن يقرأ وينكر حضر أو غاب، ثم قال: من بعد مشيرًا إلى موضع الخلاف إنما يسمع القاضي البينة على الحاضر في البلد إذا كان يعرفه وتعين له، فإن لم يكن كذلك لم تسمع بخلاف البينة على الغائب، وإذا سمعنا الدعوى والبينة، فهل يحكم عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالغائب، وأصحهما في الرَّافِعِي: المنع، وقال الإمام: إنه المذهب الذي يجب القطع به؛ لأنه قد يعرف مطعنًا في البينة يمتنع به نفوذ القضاء وهو حاضر، فالهجوم على تنفيذ القضاء محال، فإن القضاء يقع وراء كل احتياط ممكن، هذا قطع به الصيدلاني، وهو الحق عندنا.

ثم حكى الوجه الأول وقال: إنه غفلة من مسالك القضاء، وأجرى الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل تسمع البينة؟ ويحكم عليه من غير سؤاله ومراجعته والمنع هنا أولى وأظهر والحاصل في الصورتين ثلاثة أوجه صرح بها الإمام، وغيره.

فرع تعم به البلوى ولم أره منقولًا:

إن القاضي يسمع الدعوى والبينة على ناظر وقف على معين، ويحكم مع حضور المستحق بالبلد، والظاهر الجواز كما في ولي الطفل ونحوه، وفي النفس منه شيء، وكذلك يكون الوقف على جماعة معينين لا ناظر له، فيسمع القاضي الدعوى فيما يتعلق بالموقوف في وجه أحدهم أو جماعة منهم مع

وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّرِهِ.

حضور الباقين في البلد، وإمكان إحضار الجمع، وتسمع البينة ويحكم والأقرب هنا أنه يشترط حضور الجميع؛ لأنه إن كان كل واحد ينظر في نصيبه بشرط الواقف فواضح، وإن كان القاضي هو الناظر بالشرط أو غيره؛ فيحتمل أن يقال: ينصب مسخرًا، ويكتفى به، والأشبه المنع، وأنه لا بدَّ من كون الدعوى والحكم في وجه المستحق وفيه توقف وسبق توقف في حكمه فيما شرط له نظره قبل القضاء أو بعده ومن هذا الطرز الدعوى على الميت في وجه بعض الورثة مع حضور الباقين بالبلد، وهذا كله في الخصم الحاضر الأهل لسماع الدعوى عليه والجواب عنهما وليس بمتوارٍ ولا متعزر.

قال: (وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ) أي: فيجب إحضاره على المذهب كالحاضر ليأتي بمطعن إن أمكنه بخلاف البعيد فإن انتظاره يطول، وبما يضبط القرب والبعد؟ فيه وجهان: أحدهما: إن البعيدة مسافة القصر والقريبة ما دونها.

قال الرَّافِعِي: وأرجحهما على ما ذكره الغزالي أن المسافة التي يتمكن المنكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلًا قريبة، وتسمى هذه مسافة العدوى فإن زادت فهي بعيدة فللقاضي أن يحكم على من غاب إليها؛ لأن في إحضاره مفارقة الأهل بالليل، وجزم في «المحرر» و«شرحه الصغير» بترجيحه وكذا صححه في أصل «الرَّوْضَة» وفيه نظر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قال: (إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّرِهِ) إذا تعذر إحضار من بمسافة قريبة أو من هو في نفس البلد بأن كان متواريًا أو متعززًا متغلبًا فيجوز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه إذا تقرر امتناعه عند الحاكم وتواريه بلا عذر كما سيأتي، وإلا لاتخذ التواري والتعزز ذريعة إلى إبطال الحقوق، وقيل: لا يجوز ولا يلحق الامتناع بالعجز، والمذهب الأول، فعليه هل يحلف المدعي؟ وجهان: المرجح: نعم، والمختار وفاقًا للماوردي وغيره لا كما سبق ولا خفاء أن المسجون في سجن سلطان ونحوه بحيث لا يمكن الوصول في معنى الغائب وأن الأخرس الذي لا يفهم في معنى المعتوه.

وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى.

تَنْبِيهٌ: قضية كلام كثيرين أنه إذا لم يكن للمدعي بينة أنه ينسد باب الحكم للطالب على المتواري والمتعزز.

وقال المَاوَرْدِي: إذا قال: ليست لي بينة فقد اختلف أصحابنا هل يكون امتناعه من الحضور كالنكول في رد اليمين؟

على وجهين: الأشبه: إنه يجعل كالنكول، فعلى هذا يسمع القاضي الدعوى محررة ثم يعيد النداء كما سيأتي علي بابه ثانية بأنه يحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حكم بنكوله ورد اليمين على المدعي وحكم له بالمدعي إذا حلف.

قال: (**وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدٍّ لِله تَعَالَى**) لا خفاء أن التفريع على المذهب، وهو جواز ذلك في الأموال.

والحاصل ثلاثة أقوال أظهرها ما فصله؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة والتشديد، وحدود الله تعالى مبنية على المساهلة والدرء، والثاني: المنع مطلقًا؛ لأن الحد يسعى في درئه ولخطر الدماء، والثالث: الجواز مطلقًا كالأموال، فيكتب إلى قاضي بلد المشهود عليه؛ ليأخذه بالعقوبة، وهذا ما صححه المَحَامِلِيّ في «المقنع» و«المجموع» والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» في باب الشهادة على الشهادة، وهو قضية كلام جماعة هناك، ويتعين الجزم به إذا تعين استيفاء الحد، ولم يؤثر فيه الرجوع ولا التورية كما سبق بيانه، وإلا لاتخذ الفساق ذلك طريقًا إلى تعطيل الحدود، وحقوق المالية كحقوق الآدميين على المذهب، ولا فرق بين كتاب «النقل» وكتاب «الحكم» عند الجمهور.

قال الرَّافِعِي: وفي «الإبانة»: إن الخلاف في كتاب «النقل» فأما كتاب الحكم، فإنه يقبل في حقوق الله تعالى، وحق الآدمي قولًا واحدًا، انتهى.

قلت: هكذا قاله في «الإبانة» و«العمد» في باب الشهادة على الشهادة، قال: لأن إنفاذ الحكم بمنزلة شهادة الأصل يقبل في الحقين جميعًا قولًا

وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِدْهَا بَلْ يُخْبِرُهُ وَيُمَكِّنُهُ مِنْ جَرْحٍ.

واحدًا، وهذا قوي جدًا عند ثبوت الحد بالبينة على الفعل، لكنه قال: في «الإبانة» هنا بعد كلامه في المكاتبة في الأموال: وكل ما ذكرناه فهو في الأموال، فأما في الحدود فهل يقضي على الغائب، فقولان:

أحدهما: يقضي ويكتب إلى قاضي بلده حتى يجده.

والثاني: لا، وذكر في «العمد» نحوه، ويحتمل أن يقال: يجب أن يجعل الخلاف في كتاب الحكم، أما إنهاء الشهادة فلا يجوز جزمًا ووجهه بيّن، والظاهر أنه لو نادى أحد قاضيين الآخر في طرفي ولايتهما أنه قد حكم على فلان الصائر على عمله بحد الله تعالى أنه يستوفيه منه قطعًا، أو على الأصح إذا تحتم ولم أرَ فيه شيئًا.

قال: (وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحكمِ لَمْ يَسْتَعِدْهَا) أي: لم [يجب] استعادتها.

(بَلْ يُخْبِرُهُ) أي: بالحال.

(وَيُمَكِّنُهُ مِنْ جَرْحٍ) أي: ويمهله ليأتي بجارح الإمهال المعتبر كما سبق ويأتي، وأما إذا قدم بعد الحكم فهو على حجته في إقامة البينة بالأداء، أو الإبراء وجرح الشهود أو بيان ما يمنع شهادتهم عليه.

قال الرَّافِعِي: ولكن لا بدَّ وأن يؤرخ الخارج فسقه بيوم الشهادة؛ لأنه إذا أطلق أمكن حدوثه بعد الحكم، انتهى.

وسبق عن «الْحَاوِي» أنهم إذا شهدوا بفسقهم قبل سماع شهادتهم وعينوا الوقت أنه يعتبر ما بين زمن الجرح والشهادة، فإن كان قريبًا لا يتكامل صلاح الحال فيه سقطت الشهادة كما لو شهدوا بفسقهم يوم الشهادة، وعليه جرى غيره، وهو أنه إن مضى زمن الاستبراء لم يؤثر الجرح وإلا أثر وهو ظاهر.

قال الرَّافِعِي: وبلوغ الصبي بعد سماع البينة أو بعد الحكم كقدوم الغائب، قلت: وكان المراد بلوغه رشيدًا، أما لو بلغ سفيهًا، فالظاهر أن

وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجَبَتْ الِاسْتِعَادَةُ.

وَإِذَا اُسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ أَحْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتْمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ،

الحكم كما لو لم يبلغ؛ إذ العبرة بالولي كما قبل البلوغ ولا عبرة ببلوغه مجنونًا وإفاقة المجنون كبلوغ الصبي.

فَرْعٌ: لو حكم عليه بناء على أنه بمسافة بعيدة، فبان أنه كان قد قدم البلد أو صار على مسافة قريبة منه، فهل يقول أن الحكم صحيح بناء على ظاهر الحال أم فاسد بناء على ما في نفس الأمر المتبادر من كلامهم الأول؟ وفيه نظر.

وفي «فتاوى» القَفَّال: إنه لو زوجها الحاكم على ظن أن لا ولي لها ثم بان أن لها وليًا على ثلاثة فراسخ لم يصح النكاح، وأيضًا فقضية إطلاق المصنف وغيره القول أن من بمسافة قريبة كالحاضر يقتضي أن الحكم غير صحيح لفوات شرطه، وهذا أقرب عندي، وليجرِ ما أشرنا إليه في الصبي يبلغ رشيدًا، والمجنون يفيق والسفيه يرشد قبل الحكم، ثم يحكم القاضي بناء على بقاء الحجر عليهم، ونحو هذا لو حكم على موقوف عليه غائب أو على مديون غائب ثم بان أنه قد مات قبل الحكم، وأن الوقف والمال قد انتقل إلى خصم حاضر، فإن صححنا أمضي الحكم ومكن الرشيد والقادم ومستحق الوقف والإرث من إبداء ماله من دافع أو معارض.

قال: (وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجَبَتْ الِاسْتِعَادَةُ) أي: على الصحيح كما سبق وادعى الإمام وغيره أنه لا خلاف فيه قالوا: لأن السماع الأول بطل بالعزل، وسبق أنه لو خرج عن محل ولايته ثم رجع لم يستعدها، بل يحكم بالسماع السابق على الصحيح فحصل فيهما ثلاثة أوجه، ورأيت منقولًا: إنه لو سمع البينة بالتحكيم ثم ولي القضاء لم يستعدها ويحكم بذلك السماع.

قال: (وَإِذَا اُسْتُعْدِيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ) أي: متأهل لسماع الدعوى والجواب عنها (أَحْضَرَهُ بِدَفْعِ خَتْمِ طِينٍ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ) أي: لتعرضه الطالب على المطلوب، وإنما ذكروا ختم الطين؛ لأنه كان عادة قضاة السلف.

أَوْ بِمُرَتَّبٍ لِذَٰلِكَ، ....

قال القاضي أبو الطيب: والخاتم حديدة مكتوب على رأسها: أجب القاضي.

وقال غيره: يبعث إليه خاتمه أو طينًا بخاتمه، وقد هجر هذا من أعصار، فالأولى تركه وفعل ما اعتيد من الكاتبة على كاغد؛ لأنه يستهجن ويسخر منه.

وفي «روضة الحكام»: إذا طلب استحضار خصمه بالبلد استحضره القاضي، وقيل: يبعث إليه طينة مختومة، وقيل: لا يبعث الختم أصلًا، بل يبعث رسولًا، وأحسن من قيد بعث الطين بما إذا كانت العادة جارية به، وعليه جرى ابن الرِّفْعَة.

قال: **(أَوْ بِمُرَتَّبٍ لِذَٰلِكَ)** أي: وهم الأعوان، وهم الرسل الذين رتبهم ببابه لذلك، ولا فرق عندنا بين أن يعرف بين الطالب والمطلوب معاملة أم لا صيانة للحقوق، ولجواز أن عليه حقًّا بجهة إرث أو وصية أو إتلاف وغيرهما مما يخفى سببه.

وعن ابن سُرَيْج: إنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم العام، وعن «العدة»: إنه إن كان بالصفة المذكورة ويتوهم القاضي أن المستعدي يقصد ابتذاله بذلك لا يستحضره مجلس الحكم، بل ينفذ إليه من يسمع الدعوى عليه ويحلفه إن لزمته يمين؛ لأنه لما ظهر عليه من الصيانة والمروءة يجري مجرى المخدرة، وحكاه في «البيان» عن بعض الأصحاب ثم قال: والمشهور الأول، وفي «الْحَاوِي» بعد ذكره المشهور: ويجوز للقاضي في أهل الصيانة أن يفردهم عن مجلس العامة وينظر بينهم في منزله بحيث يحفظ صيانتهم.

تنبيهات وفروع:

أحدها: ظاهر كلامه التخيير بين ختم الطين أو غيره كالشمع، وبين بعث العون، ويجوز أن يراد به التنويع بحسب ما يراه وسبق نقل وجهين في ختم الطين واخترنا تركه.

....

وفي «الْحَاوِي»: إنه مخير بين إبعاد عون من أمنائه يحضره، وبين أن يختم في طين بخاتمه المعروف، وبين أن يجمع بين العون والختم بحسب ما يؤديه الاجتهاد إليه من قوة الخصم وضعفه، انتهى.

وينبغي أن يختلف باختلاف الحال باختلاف مراتب المبعوث إليهم دناءة ورفعة، فيعامل كل واحد بما يلائمه.

ثانيها: قوله: أحضره، أي: وجوبًا، قال المَاوَرْدِي وجماعة: يجب على القاضي أن يعدي من استعدى إليه إذا لم يعلم كذبه وحينئذ يلزم المطلوب الإجابة.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الإمام: وإيجاب الحضور عليه لأجل إجابة القاضي حتى لو لم يطلبه القاضي وطلبه الخصم لم يجب الحضور، بل الواجب إن كان عليه حق وفاه.

وفي «المهذب» و«الْحَاوِي»: إنه إذا دعا أحد الخصمين صاحبه إلى مجلس الحكم لزمته الإجابة لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٥١] الآية.

وقال ابن أبي الدَّم: إذا استحضره الحاكم وجب عليه الإجابة إلا أن يوكل أو يقضي الطالب الحق ولو استدعاه رب الدين إلى مجلس الحكم يلزمه إجابته، بل يلزمه قضاء الدين بخلاف إجابة الحاكم هكذا ذكره المراوزة.

وقال العراقيون: إذا كان بين اثنين حكومة ودعا أحدهما الآخر إلى مجلس الحاكم وجبت الإجابة للآية، قال: ويمكن أن يقال: لا خلاف بين الطريقتين فما ذكره المراوزة فيما إذا قال: لي عليك كذا فاحضر معي إلى الحاكم، لم يلزمه الحضور وإنما عليه وفاء الدين، والذي ذكره العراقيون فيما إذا قال: بيني وبينك محاكمة ولم يعلمه بها ليخرج عنها فيلزمه الحضور إذا لم يعلمه بها لم يمكنه الخروج إليه منها.

وأما إن علم بالحق الذي يطالبه به، فهذا موضع النظر هل يجب عليه أن

....

يحضر معه باستدعائه؟ هذا لم يفصله الأصحاب والتردد فيه ظاهر لا سيما إذا لم يعلم أن له عليه حقًا، وأما الآية فيمكن حملها على إجابة داعي الحاكم ولا خلاف في وجوب إجابته، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» في باب كتاب القاضي إلى القاضي: إن المطلوب إن خرج إلى الطالب من حقه وإلا لزمه المصير معه إلى القاضي إن كان على مسافة أقل من يوم وليلة، وإن كان على أكثر منها لم يلزمه الحضور إلا بالاستحضار.

قلت: وفي إطلاقه اللزوم وقفة تبين مما سيأتي.

ورأيت في «روضة الحكام»: إنه إذا سأل الحاكم إحضار خصمه لزمه ذلك وعلى المدعو إجابة الحاكم محقًا كان المدعي أو ظالمًا إظهارًا لطاعة الحاكم إلا أن يبعث الحق إلى الحاكم فلا يلزمه الحضور، وقد قيل: إذا عرف المدعى عليه أن المدعي ظالم لم يلزمه الحضور؛ لأن الحاكم يحضره لأجل المدعي، وإذا كان المدعى عليه معذورًا اعتذر إلى الحاكم واستمهله في الحضور ويذكر أنه يحضر إذا زال عذره أو يوكل وكيلًا ينوب عنه، انتهى.

وقال: الشيخ عز الدين في «القواعد»: يلزم الخصم إجابة الحاكم إذا دعاه من مسافة العدوى فأقل أو دعاه خصمه إلى الحاكم، فإن كان مبطلًا لم يلزمه إجابته، وإن كان محقًا فللحق حالتان: إحداهما: ألا يتوقف القيام به على حكم حاكم، فإن قدر عليه لزمه أداؤه ولا يحل المطل به إلا بعذر شرعي ولا يلزمه حضور الحاكم، وإن كان معسرًا لم يلزمه الحضور أيضًا، فإن علم عسرته لم يحل له مطالبته بالحق ولا بالحضور إلى الحاكم، وإن جهلها فينبغي أن يخرج على جواز إحضاره إلى الحاكم على الخلاف في حبس المعسر المجهول اليسار، وكذلك لو دعاه الحاكم وعلم أنه يحكم عليه بالباطل بناء على الحجة الظاهرة فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى ألا يأتيه ولا سيما فيما يتعلق بالدماء والفروج وسائر العقوبات الشرعية.

الحالة الثانية: أن يتوقف القيام بالحق على حكم الحاكم كضرب أجل

....

الغيبة أو قسمة يتوقف على الحكم فيخير بين الفرقة وتمليك العين وبين الحضور وليس له الامتناع منهما، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحضور عند الحاكم، ولو دعا خصمه إلى التحاكم في مختلف في ثبوته فإن اعتقد المطلوب ثبوته فعلى ما مضى، وإلا لم يلزمه إجابة خصمه ويلزمه إجابة القاضي، وأما النفقات فإن كانت للأقارب وجبت الإجابة إلى الحضور عند الحاكم لتعذرها، وإن كانت لرقيق أو زوجة يخير بين تمليك الرقيق وإبانة الزوجة وبين الإجابة إلى الحضور عند الحاكم، انتهى فتحصلنا على تفصيل وخلاف في القسمين.

ثالثها: قضية كلام المصنف أن المستعدي على من بالبلد يسعف بإحضاره من غير استفسار مما يدعيه عليه وبه صرح الرَّافِعِي وغيره قالوا: لأنه ليس في حضور المطلوب مؤنة ولا مشقة شديدة بخلاف الغائب نعم؛ الأولى استفساره ولا يلزم.

وفي «روضة الحكام»: إنه يسأله عن وجه دعواه فإن كانت بحثث يجب الجواب عنها استحضره وربما أشعر كلامه بوجوبه وليس ببعيد، فإن انزعاج المطلوب من منزله أو سوقه أو حرفته على عمى مما يطلب منه ليس بالواضح لا سيما مع اتساع المصر وبعد موضعه عن الحاكم أو كثرة المستعدين عليه، وقد يحضر وقد سبقه جماعات من الخصوم فلا تصل النوبة إليهما إلا بعد زمن طويل واستقصاء المستعدي سهل فيقرب إيجابه احتياطًا، وقد يفرق بين الطالب العالم وغيره فيستفسر الثاني، وقد استفسرت خلائق من المستعدين فيذكرون ما ليس بسبب شرعي أصلًا.

رابعها: يوم الجمعة كغيره في استحضار من يطلب استحضاره بمجلس الحكم نعم إذا صعد الخطيب المنبر فلا يحضر أحد إلى الفراغ من الصلاة كذا قاله الرَّافِعِي، وينبغي أن ينظر فيما قبل صعود الخطيب المنبر.

فإن كان لو أحضر المطلوب لأمكنه بعد ذلك إدراك الجمعة أحضر وإلا أخر إلى ما بعد الصلاة فيكون المعتبر إدراكها في حقه، ويختلف ذلك باختلاف مواضع المطلوبين، ومثال ذلك أن يحضر من موضع فيه جمعة إلى ما

....

لا جمعة فيه وقد سبق في التساهل بالبيع وغيره يوم الجمعة ما ينبغي أن يأتي مثله هاهنا فحيث حرمنا الاشتغال به هناك لم نعد هناك في ذلك الوقت واليهودي يحضر يوم السبت ويكسر عليه سبته.

خامسها: لو علم المطلوب أن القاضي الطالب يقضي عليه بالجور برشوة أو غيرها فيسعه باطنًا أن يمتنع من الحضور، بل ينبغي أن يجب عليه ذلك إذا كان فيه استحلال دم أو بضع، وأما في الظاهر فالظاهر أنه لا يسوغ له ذلك ويحتمل أن يجيء فيه وجه ولينظر فيما لو كان معسرًا ولا بينة له باعتباره ولا يصدق فيه وعلم أنه لو حضر لحبس وطال حبسه.

سادسها: سبق ولكن ذكره هنا أليق إذا كان بالبلد قاضيان فاستحضر اثنان شخصًا كل منهما إلى قاضٍ أجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع بينهما، قاله القاضي الحسين والإمام وغيرهما، ولم يذكروا من يقرع ولو دعا كل خصم خصمه إلى قاضٍ فأطلق الغزالي تحكيم القرعة.

وقال المَاوَرْدِي والروياني: يغلب جانب الطالب فلو كان كل واحد منهما طالبًا ومطلوبًا لتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلفا فيما يوجب تخالفهما قدم من دعا إلى أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب فوجهان: أصحهما: يقرع، والثاني: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما.

وفي «روضة» شُرَيْح ثلاثة أوجه إجابة الطالب عكسه يقرع هذا كله في القاضيين المستقلين، أما لو دعي أحدهما إلى الأصل والآخر إلى خليفته فالذي أشار إليه الإمام والغزالي ترجيح الداعي إلى الأصل.

قال: ابن الصلاح: وهذا شيء رآه الإمام وكلام غيره مطلق، والظاهر أن الأصل وفروعه في ذلك كالقاضيين؛ لأن الفرع كالأصل في وجوب إجابته ونفاذ حكمه ولا أصل لكونه فرعًا فيما نحن فيه وما قاله متجه، لكن في «الْحَاوِي»: إنه لو تنازع خصمان في الأصل وخليفته؛ لأنه أصل وإن كان القاضي يوم التنازع ناظرًا فالداعي إليه أولى من الداعي إلى خليفته؛ لأنه أصل

فَإِنْ امْتَنَعَ بِلَا عُذْرٍ أَحْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ.

وإن كان القاضي فيه تاركًا كان الداعي إلى خليفته أولى من الداعي إليه؛ لأنه أعجل وهو مؤيد لكلام الإمام إن كان مراده أنهما كانا ينظران في وقت واحد كما هو القسم الأولي في كلام «الْحَاوِي».

قال: (**فَإِنْ امْتَنَعَ بِلَا عُذْرٍ أَحْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ**) أي: بما يراه ومؤنة المحضر والحالة هذه عليه لامتناعه، وقيل: على المدعي، وليس التعزير بختم بل إن شاء عفا عنه وإن شاء عزره بالكلام أو الضرب أو الحبس على حسب اجتهاده، وكذلك العفو وعدمه يكون بحسب المصلحة.

وقال الْمَاوَرْدِي وغيره: إذا امتنع بلا عذر بعد وقوفه على ختم أو رقعته أشهد عليه الخصم شاهدين أنه ممتنع، فإذا ثبت عند القاضي امتناعه بعث إلى صاحب الشرطة ليحضره ولا يبالغ القاضي في طلب تزكية الشاهدين بالامتناع.

قال الشَّافِعِي: ويسأل عن عدالتهما ويخفف السؤال، وفي «روضة الحكام»: ويقبل في امتناعه شاهدان وإن لم تعرف عدالتهما، وقيل: لا بدَّ من العدالة.

قال جدي: وهو القياس وكان المراد بالوجه الأول الاكتفاء بالستر أو العدالة في الظاهر، وأما إذا كان امتناعه بعد إرسال العون إليه، وأخبر العون الأمين القاضي بذلك قبل قوله من غير بينة كما قاله الْمَاوَرْدِي والروياني وابن عمه شُرَيْح وغيرهم.

قال شُرَيْح: لأنه من باب الإخبار فيؤدب بقوله، قلت: وإذا كان كذلك فلما لا يكفي إخبار عدل واحد عن امتناعه عن إجابة الختم أو الرقعة التي بيد الخصم، وقد يفرق بين رسول وغيره، ولا بدّ من كون العون ممن يقبل خبره كما قيد بأنه إطلاق من أطلق وبه صرح بعضهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي و«الْكَافِي»: إنه عند الاستعداء يبعث معه الختم، فإن حضر وإلا بعث بعض أعوانه فإن حضر وإلا بعث شاهدين يشهدان على امتناعه فإن حضر، وإلا استعان بالسلطان على إحضاره.

……

وعبارة الرَّافِعِي: وإن بعث الختم فلم يجب بعث إليه العون، وإذا ثبت عنده امتناعه من غير عذر أو سوء أدب بكسر الختم ونحوه استعان على إحضاره بأعوان السلطان، انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: والبينة أن يكون بين يديه شمعًا أو طينًا يختم عليه: أجب الداعي، فإن أبى بعث رجلين في طلبه وسأله عن امتناعه، فإن رأى الطالب وامتنع بعث أصحاب الشرط، فإن غاب أمر بختم بابه أو دكانه حتى يحضر، فإن رد الطابع أو كسره سأله، فإن أنكر أنه رآه ذكر للطالب، فإن أقام بينة سمعها وإن لم يكن استحلفه؛ لأن هذه اليمين حق للقاضي فإن اتهمه عند اليمين هدده وأوعده، فإن رد اليمين على الطالب إن رأى ذلك جاز، فإذا ثبت عنده رد الطابع أدبه زجرًا، انتهى.

تَنْبِيهٌ: هذا كله إذا لم يكن عذر مانع من الحضور، فإن كان لم يكلف الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه أو يوكل.

قال الرَّافِعِي: والعذر كالمرض وحبس الظالم والخوف منه، وقيد غيره المرض الذي تعذر به أن يكون بحيث يسوغ بمثله شهادة الفرع على شاهد الأصل، وسيأتي الكلام في المخدرة، وسبق ذكر من ألحق بها على وجهٍ.

فَرْعٌ: إذا استخفى قال الرَّافِعِي: يبعث من ينادي على باب داره: إن لم يحضر إلى فلان سمر باب داره أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاثة وسأل المدعي التسمير أو الختم أجابه وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره، انتهى.

وفي «الْكَافِي»: إنه يبعث من ينادي على بابه ثلاثة أيام: إن لم يحضر فلان سمر بابه وختم، ويخبر جيرانه بذلك فإن لم يحضر سمر باب داره إذا عرف وختم عليه، فإن لم يحضر بعد التسمير أو الختم وكل القاضي عنه وكيلًا فيدعي عليه المدعي.

وفي «الشامل» وغيره وابن القاص حكي ذلك عن الشَّافِعِي ﷺ لكنه قال: إنه يفعل ذلك بعد أن يبعث من ينادي على بابه بمحضر من شاهدي عدل: إنه

إن لم يحضر مع خصمه فلان وكل عليه، قال: وحسن أن يعذر إليه بذلك ثلاثًا، فإن لم يحضر فأقام عنه وكيلًا ولو أخبر القاضي أنه في دار فلان أنفذ الخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا الحلم والثقات من النساء ويبعث معهن عدلين من الرجال، فإذا دخلوها وقف الرجال في الصحن وأخذ الخصيان في تفتيش الدار والنساء.

قال: **الْبَنْدَنِيجِي**: وينبغي أن يفعل التفتيش والهجوم عليه أولًا إن عرف له مكان.

وفي «روضة» **شُرَيْح الرُّويَانِي**: وإذا بعث وتغيب بعث القاضي إليه ثقة ينادي على بابه ثلاثًا وأعذر إليه في النداء، وذكر أنه إن لم يحضر مجلس الحكم سمر بابه أو ختم عليه، فإن لم يظهر ولم يحضر وسأل المدعي تسمير باب داره أو الختم عليه وضح عند الحاكم أنه منزله وأنه نادى إليه ويشهد به عدلين سمر بابه أو ختم على ما يراه، وقيل: إذا لم يحضر وتوارى فإن شاء سمر بابه وإن شاء هجم بأن يبعث نساء ثقات وصبيانًا وخصيانًا يدخلون على الترتيب ولا هجوم في الحدود إلا في حد قاطع الطريق، فإن لم يحضر بعد التسمير أو الختم، فإنه يوكل عنه وكيلًا بعد أن يبعث المنادي لينادي على بابه بحضور عدلين: إنه إن لم يحضر لوقت كذا مع خصمه فلان فإنه يوكل عنه، وقيل: الأحسن أن يعذر إليه بذلك ثلاثًا، ولا يرفع الختم والمسمار إلا بعد الفراغ من الحكم، وإن سأل الطالب رفع الختم والمسمار ففيه وجهان: **أحدهما**: يرفعه؛ لأن ذلك كان لحقه. **والثاني**: لا يرفعه؛ لأنه من حق الحاكم حيث امتنع عن حضور مجلسه، فإذا ثبت الحق عليه ولم يظهر باع ماله وعقاره ووفى من ثمنه حق صاحب الحق، فإن لم يظهر له مال فإنه يهجم عليه إذا صح تواريه في بيته.

ويبعث الحاكم الأعوان والخصيان ومراهقين ونساء فيقدم النساء المراهقون ثم الخصيان ثم الأعوان، وإذا توسط النساء صحن الدار مع الغلمان واتخاذ من في الدار من الرجال والنساء إلى بيت أو إلى جانب يدخل الخصيان ويفتشون الرجال ويؤمر ثقات النساء فيفتشن النساء، وإذا وجد

أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وِلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ، أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضِرْهُ بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ، ....

المتواري نظر الحاكم في حبسه وتأديبه بعد سماع الكلام ودعوى الخصم، وقيل: هذا قبل ثبوت المال إذا كان الحاكم لا يحكم على غائب أو كأن يحكم عليه ولكن لم تكن له بينة، فإذا كان يحكم على الغائب وهناك بينة فإنه لا حاجة إلى ذلك ويحكم بالبينة، انتهى لفظه وفيه فوائد.

وإذا تعذر إحضاره بعد هذا كله ولا بينة للمدعي فأشبه الوجهين في «الْحَاوِي»: إنه يجعل كالناكل بعد النداء على بابه بمبلغ الدعوى وإعلامه بأنه يحكم عليه بالنكول، ثم يسمع القاضي الدعوى محررة إلى آخر ما سبق عنه.

واعلم أن إطلاقهم ختم باب داره أو تسميره ظاهر إن كان لا يأويها غيره أما لو كان فيها أهله وأولاده مثلًا فلا سبيل إلى السمر والختم عليهم ولا إلى إخراجهم منها فيما يظهر فكيف الحال ويتوجه هنا بعد الإنذار الهجم دون الختم.

قال: (**أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وِلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ**) أي: لعدم ولايته عليه، فإن استحضره لم يلزمه إجابته.

قال: (**أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضِرْهُ، بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ**) هذا هو الصحيح؛ لأن في إحضاره مشقة عليه مع إمكان الحكم هناك، وقيل: يلزم إحضاره إذا طلبه الخصم وهو قضية إيراد الْبَغَوِي إذا كان المطلوب في مسافة الْعَدَوِيِّ، وبه أجاب في «العدة».

وفي «أمالي» السرخسي: إنه يتخير القاضي بين إحضاره وبين سماع البينة ومكاتبة نائبه.

وفي «النهاية»: إن له إحضاره بعد إقامة البينة كما سيأتي، وفي «الْحَاوِي» قبيل باب القسام: إن القرى إن كانت قريبة من المصر ولم يسبق على أهلها التحاكم إلى قاضي المصر كان هو القاضي بينهم وجروا منه مجرى أهل المصر ولم يجز لقاضي المصر أن يقبل منهم كتاب قاضٍ إن كان لهم في حكم؛ لأن من شهد بالحكم عند قاضيهم يقدر على الشهادة به عند قاضي المصر، انتهى.

أَوْ لَا نَائِبَ فَالْأَصَحُّ يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ، وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ لَيْلًا.

وهو كلام مظلم وقد يفهم أن الكتاب بالحكم لا يمضي مع قرب المسافة من خليفته ولعله أراد كتاب إنهاء الشهادة، لكنه قال: في باب ما على القاضي في الخصوم: قال: وإن كان الخصم المطلوب غائبًا في أعمال القاضي، فإن كان له هناك نائب لم يلزمه إحضاره وكان بالخيار في الأصلح للخصم من إيفاده إلى خليفته لمحاكمة خصمه أو سماع البينة عليه ومكاتبة خليفته به، انتهى.

وإطلاقه يشمل الموضع القريب والبعيد، لكن في قبول كتاب إنهاء الشهادة إليه مع قرب المسافة نظر يدرك مما تقدم في ذلك.

فَرْعٌ: قال: الدَّارِمِي في باب موضع اليمين: ولا يجلب أحد من بلده إلى غيره من بلد خليفة أو غيره إلا أن يكون المحكوم عليه بقهر حاكم بلده فترفع إلى غيره من أقربهم إذا قدروا عليه، انتهى.

قال: (**أَوْ لَا نَائِبَ فَالْأَصَحُّ يُحْضِرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ، وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكِّرٌ لَيْلًا**) أي: إلى موضعه، والحاصل أنه إذا كان الخصم غائبًا في عمل القاضي ولا نائب له هناك وجوه:

أحدها: قال الرَّافِعِي وبه أجاب أصحابنا العراقيون: إنه يحضر قربت المسافة أم بعدت نعم له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدين.

وثانيها: إن كان على دون مسافة القصر أحضره، فإن زادت فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العدوى أحضره فإن زادت فلا، وهذا أظهر عند الإمام وبه أجاب في «الوجيز» انتهى.

والرابع: إنه إلى رأي الحاكم؛ لأن عمر ﷺ استحضر من نيف وعشرين يومًا وعنه أنه استحضر قومًا من قسرين إلى المدينة.

والخامس: إنه يحتمل استحضاره من أقل من مسيرة ثلاثة أيام؛ لأنه ﷺ قال: «**لَا تُسَافِرِ الْمرأَةُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ**»(١).

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٣٥٧، رقم ٢٧٣٢)، وأحمد (١/ ٢٢٢، رقم ١٩٣٤)، والبخاري (٢/ -

……

وهذان الوجهان ذكرهما شُرَيْح في «روضته» مع احتمالات أخر للإصطخري موافقة للثاني والثالث في المعنى وألفاظها مختلفة.

تنبيهات:

أحدها: ما رجحه «المنهاج» أخذه من قول «المحرر» وهذا ما رجح والذي اقتضاه كلام «الرَّوْضَة» و«الشرح» موافقة العراقيين.

وقال المَاوَرْدِي: وإن لم يكن له في بلد الغائب خليفة، قال أبو يوسف: إن كان على مسافة يرجع منها إلى وطنه قبل نيام الناس أحضره، وإن بعد عنها لم يحضره، وعند الشَّافِعِي يحضر إذا كان على مسافة تقصر فيها الصلاة، واختلف أصحابنا إذا كان على مسافة القصر فذهب أكثرهم، وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي إلى أنه يحضره للمحاكمة؛ لئلا يتمانع الناس في الحقوق بالتباعد، ثم حكى عن بعض أصحابنا أنه لا يحضره من مسافة القصر.

قال: وهذا ليس بصحيح لما ذكرناه من التعليل.

قلت: والأول هو المذهب ويعضده أن عمر استدعى المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - في القصة المشهورة من البصرة إلى المدينة، وإذا كان هذا في حق الله تعالى ففي حق الآدمي أولى، وما رجحه المصنف حكاه العراقيون عن أبي يوسف فقط وإنما نقله وجهًا الهروي وغيره، وفي نسبة الرَّافِعِي في «شرحيه» ترجيحه إلى الإمام نظر! والذي رأيته في «النهاية» هنا: إنه إنما تعدى القاضي على الخصم إذا كان على مسافة العدوى وبينها، ثم قال: فإن كانت المسافة أبعد من ذلك فإن كان ثم قاضٍ فكتب إليه ما يقتضيه الحال على ما فصلناه في كتاب القاضي إلى القاضي، وإن لم يكن ثم قاضٍ وكان ذلك من ولاية القاضي لم يعد عليه ولم يستحضره أصلًا من غير بينة يقيمها المدعي، وإذا أقام البينة فإن أراد القضاء قضى وإن تعذر استيفاء الحق دون حضوره استحضره بعد قيام

٦٥٨، رقم ١٧٦٣)، ومسلم (٢/ ٩٧٨، رقم ١٣٤١) والطحاوي (٢/ ١١٢)، والطبراني (١١/ ٤٢٥، رقم ١٢٢٠٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٤/ ٣٦٩، رقم ٥٤٤٠).

....

البينة، وإن بعدت المسافة وبلغت مسافة القصر، والغرض مما ذكرناه أن القاضي تعدى في مسافة العدوى من غير حجة، وإذا زادت المسافة فلا إعداء من غير حجة وما ذكرناه متفق عليه ذكره العراقيون وغيرهم، انتهى لفظه. فصرح بموافقة العراقيين نعم ما ذكره من اعتبار قيام البينة مستغرب، والذي ذكروا أنه يحرر الدعوى كما سيأتي بما فيه.

ثانيها: قال **الرَّافِعِي**: وإذا قلنا: لا يحضره إذا كان هناك حاكم فلذلك لا يحضره إذا كان هناك من يتوسط ويصلح، فإن تعذر فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضره فقد ذكر الإمام والغزالي أنه إنما يحضر إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فإنه قد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار، وبمثله أجاب في «العدة» لكن قد لا يكون له حجة ويريد تحليفه فلعله ينزجر، ولم يتعرض الأكثرون لما ذكروه، ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه وعن جهتها فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده كالذمي يريد إحضار المسلم للمطالبة بضمان الخمر التي أراقها عليه، انتهى.

وقال **الْمحَامِلِيّ** في «المجموع»: إن كان له هناك خليفة كتب إليه حتى ينظر بينهما، فإن لم يكن وكان هناك رجل مستور كتب إليه حتى يتوسط بينهما، فإن لم يكن فإنه لا يحضره حتى يحقق المدعي دعواه ويعلم صحتها، وإذا حقق ذلك أحضره سواء قربت المسافة أم بعدت ثم حكى خلاف الناس، ثم قال: دليلنا هو أن الحق قد ثبت مع قرب المسافة وبعدها فوجب إحضاره بكل حال ولا فرق بين حالة الغيبة وحالة الحضور إلا في شيء واحد وهو أن الحاضر بحضرة الحاكم وإن لم يحقق خصمه الدعوى، والغائب لا يحضره إلا بعد أن يحقق الدعوى، انتهى.

وهو شاهد للإمام والظاهر أنه طريقة الشيخ أبي حامد وشيعته.

وقال **المَاوَرْدِي**: وإذا لزم إحضار الغائب على ما بيناه لم يجز للقاضي أن يحضره إلا بعد تحرير الدعوى وصحة سماعها؛ لأنه يجوز أن يدعي ما لا تصح فيه الدعوى، ثم ذكر حكاية ثم قال: ولذلك لم يجز أن يحضر الغائب إلا

……………………………………………………………………

بعد تحرير الدعوى بما يصح سماعها والحكم فيها ببينة أو يمين، انتهى.

وعبارة «البيان»: وإن لم يكن له هناك خليفة وهناك من الرعية من يصلح للقضاء ورأى القاضي أن يكتب إليه لينظر بينهما فعل، وإن رأى أن يتقدم من يحكم بينهما هناك فعل، وإن لم يكن شيء من ذلك وسأل الخصم إحضاره، فإن حرر دعواه جاز إحضاره وإلا فلا؛ لأنه قد يدعي ما ليس بحق عليه كسعاية به إلى السلطان أو منفعة جوار أو بقيمة كلب والحاكم لا يرى وجوب ذلك، انتهى.

وصرَّح غيره بأن من شرط المتوسط صلاحيته للقضاء واتفقوا على أن وجود المتوسط الصالح للقضاء بمنزلة وجود خليفة للقاضي فقيد به إطلاق الكتاب إذا عرفت هذا فكان الإمام ومن تبعه أخذوا ذلك من قول الْمَحَامِلِيّ وغيره من شيعته أبي حامد، دليلنا أن الحق قد ثبت كما سبق وكلام غيرهم يقتضي الاكتفاء بتحرير الدعوى إلا أن يراد بإقامة البينة إظهار المستعدي صحة دعواه وأنها مما يجب سماعها والجواب عنها لإقامة البينة بعد الدعوى المحررة بنفس الحق، فإما أن يجمع بين الكلامين أو يقدر خلاف في المسألة بين العراقيين والجمهور فيما أحسب على الاكتفاء بتحرير الدعوى.

ثالثها: قال الإمام متصلًا بما سبق من قوله: وما ذكرناه متفق عليه إلى آخره، ومما يجب التَّنْبِيه له أنه إذا كان في جانب من ولاية القاضي ناحية أهله فلا يجوز له إخلاؤها عن مستخلف، وذلك بأن يقيم فيها قاضيًا أو يقيم بالقرب منها حاكمًا بحيث يقع بين المستحقين أو بين المستخلف والقاضي مسافة العدوى، وعلى ذلك جرى الغزالي وغيره فقالوا: يجب على القاضي، ولا تخلي مثل هذه المسافة عن حاكم وأصل هذا ما ذكره من أنه لا تعدي على من فوق مسافة العدوى.

وفي «روضة الحكام» في نقله الوجوه المتقدمة، وقيل: إذا كان في موضع إذا رجع يأويه الليل استحضر، وإن كان أبعد لم يستحضر، قال: الإصطخري: ومن يقول بهذا يقول: يجب أن يجعل في كل قرية يكون مقدار ما بينها وبين البلد أو القرية الأخرى التي يقرب منها هذا المقدار ألا يأويه الليل ناظرًا ينظر بين الناس، انتهى.

وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ.

فيجوز أن يكون هذا من تفاريع هذا الوجه، ويجوز أن يقال: يجب ذلك رفعًا للمشقة عن الناس، وإن جاز الإعداء من فوق هذه المسافة، وحينئذ إن كانت تلك المواضع في ولاية قاضٍ، وأذن له في الاستخلاف أو جوزناه لزمه أن يستخلف فيها أو يعلم الإمام لينصب من يراه فيها، وإن لم يجوز له ذلك بوجه النصب فيها على الإمام، فإن لم يعلم بذلك وجب إعلامه لينصب فيها أو يأذن فيه رفعًا للمشقة عن الرعية وهذا ما سبق الوعد به.

قال: (**وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ، وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ**) في تكليف المخدرة حضور مجلس وجهان: أحدهما: يكلفه كالبرزة والرجل، وبه أفتى الْقَفَّال.

وقال: لا معنى للتخدير عندي، قال: وليس له أصل في الشرع، وثانيهما: وهو المشهور للأصحاب، وبه أجاب الأكثرون، وحكاه القاضي الحسين عن النص والرافعي عن أبي حنيفة وصححه أنها لا يكلفه كالمريض، واستدلوا للفرق بينها وبين البرزة بأنه ﷺ رجم الغامدية ظاهرًا، وقال في غيرها: «**وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**»(١).

وقالوا: كانت الغامدية برزة والأخرى بالضد، وهذا منتقد فإن الغامدية حضرت بنفسها ولم تستحضر وإرسال أنيس إنما كان لإعلامها بالقذف ولتطلب حده أو يعفو أو تصر بما ذكره، وعضد الْقَفَّال ما ذكره بأنه لا يلزم الحاكم حضور دارها ولو أراده فلخصمها أن يمتنع من دخول دارها، وليس للحاكم إجباره.

قال: وأبلغ من هذا أن الشهود لو أرادوا أن يشهدوا على عين المرأة، وقال: أنا نشهد على عينها، فإنا نعرف عنها ولا يعرف نسبها، وكانت هي لا

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٨٩، رقم ١٣٣٣)، وأحمد (٤/ ١١٥، رقم ١٧٠٧٩)، والبخاري (٢/ ٩٧١، رقم ٢٥٧٥)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤، رقم ١٦٩٧)، والنسائي (٨/ ٢٤١، رقم ٥٤١١)، والترمذي (٤/ ٣٩، رقم ١٤٣٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٢، رقم ٢٥٤٩).

……

تكشف وجهها أجبرها عليه.

قال: القَفَّال: وسألت قاضي القضاة ـ يعني أبا عاصم العامري الحنفي ـ عن هذه المسألة فقلت: أي حجة عندك لهذا؟ فقال: هذا مدون في الكتب ولا نص لأبي حنيفة فيه، ولعل من حجته أنها لا تتعود الخروج فأشبه المريض، فإن الحاكم يحضر دار المريض فيحكم عليه فكذا هاهنا.

قال: القَفَّال: قلت له: هناك ضرورة ولا فرق بين الرجل والمرأة وهاهنا لا ضرورة؛ لأن لهذه أن تخرج إلى بيت والديها ولأشغالها فلا تخرج إلى مجلس الحكم ولا مانع حسيًّا ولا شرعيًّا، انتهى.

وما ذكره ظاهر الرجحان لعدم دليل مرضي على التقدير، نعم إن كانت القضية مما ينوب الوكيل فيها مناب الخصم قنع منها بالتوكيل قطعًا كما سنوضحه.

تنبيهات وفروع:

منها: قال الرَّافِعِي: ومن المخدرة لا شك أن الذي لا تخرج أصلًا إلا لضرورة مخدرة، وأما التي لا تخرج إلا نادرًا لعزاء أو زيارة أو حمام ففيها وجهان: أشبههما: إنها مخدرة، ويكفي ألا تصير مسدلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة كشراء الخبز والقطن وبيع الغزل ونحوها، والثاني: إنها التي لا تخرج أصلًا إلا لضرورة واختاره الإمام، ومنهم من لم يجعل الخروج إلى الحمام بالليل مبطلًا للتخدير، انتهى.

وفي باب موضع اليمين من «الشامل»: والمخدرة هي التي لا تخاطب الرجال ولا تحضر المأتم والأعراس.

وقال ابن الرِّفْعَة: المشهور المحكي عن النص أنها لا تخرج لحوائجها، ولو يورد أبو الطيب وجماعة سواه.

وقال المَاوَرْدِي: إنها التي لا تخرج لحوائجها، ولم يورد أبو الطيب وجماعة سواه، وقال المَاوَرْدِي: إنها التي لا تخرج لحوائجها، وإن خرجت

....

استخفت ولم تعرف وحكى القاضي الحسين عن أصحابنا أنهم قالوا: هي التي لا تخرج لحوائجها، وإن كانت تخرج إلى العزايا والمآتم.

ثم قال: وعندي أنها التي لا تخرج لحوائجها ولا إلى الزيارات والعزايا إلا نادرًا، فإن اعتادتها لم تكن مخدرة، وفي «التهذيب»: إنها لا تخرج إلى السوق لحوائجها ولا إلى الولائم ولا إلى الحمام نهارًا.

وقال ابن أبي الدَّم: الأولى في ذلك رده إلى العرف واتباع العادات وهو حسن.

ومنها: حكى ابن الرِّفْعَة عن جماعة: إنه يبعث إليها ثم يحكم بينهما، قال: ولم يتعرضوا للتوكيل ولا شك في جواز الأمرين عند الجمهور، لكن الذي حكاه القاضي الحسين عن النص: إنها لا تكلف الحضور بل توكل، وعن الْقَفَّال: إنها تحضر مجلس الحكم كالبرزة، انتهى.

فأوهم أن الْقَفَّال أو غيره يمنعها التوكيل، ولا شك في جوازه فيما ينوب التوكيل فيه مناب الموكل.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لا بأس للمخدرة ألا تحضر مجلس الحكم إن رضي خصمها، فإن لم يرضَ إلا بإحضارها كان له ذلك للتحليف، وكذلك الدعوى عليها وسماع البينة إن لم توكل.

ومنها: على قول الجمهور: إذا حضر الحاكم دارها ولا محرمية بينهما جلست خلف ستر، فإن اعترف الخصم بأنها خصمه حكم بينهما أيضًا، وإن أنكر ذلك فشهد شاهدان أنها خصمه حكم بينهما أيضًا، وإلا كلفها أن تخرج من وراء الستر، كذا قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما وفي الاكتفاء بتصديق الخصم وقفة.

وسبق عن الإمام أن القاضي لا يقضي على حاضر في البلد إذا لم يعرفه ولفظه: إنما يسمع القاضي البينة على الحاضر في البلد إذا لم يعرفه ويتعين له وهذا ينازع فيما ذكروه؛ لأنها بتصديق الخصم لا يتعين له ولا شهادة الشهود

……

أنها خصمه إذا لم تكن بارزة للقاضي فيما أحسب.

ومنها: قال القاضي أبو الطيب وغيره: إن البرزة حكمها حكم الرجل في جميع ما ذكرناه.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي الرَّافِعِي الاستعداء لو كان على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها وهي عورة؟

وهل يشترط أن يكون الطريق آمنًا ومعها نسوة ثقات؟ وهل على القاضي أن يبعث إليها محرمًا لتحضر معه؟

قال أبو العباس الرُّويَانِي: كل ذلك على وجهين: الأصح: إنه يبعث إليها محرمًا لها نسوة ثقات كما في الحج.

قلت: كذا نقله الرَّافِعِي عنه قبل كلامه على المخدرة، وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين المخدرة وغيرها، ويجب تنزيله على البرزة بدليل قول حفيده شُرَيْح في «روضته»: وإحضار المرأة الغائبة التي تبرز كإحضار الرجل والاختيار أن يخرج معها محرم، فإن لم تفعل خرجت معها نسوة ثقات، انتهى.

ومنها: قضية إطلاق «التَّنْبِيه» وغيره أنه إذا لزم المخدرة يمين أن القاضي ينفذ إليها من يحلفها أنه لا فرق بين ما يوجب التغليظ وغيره، وهو وجه جزم به المَاوَرْدِي لأجل صيانتها واختاره ابن أبي الدَّم، واستدل له بأنهم صرحوا بأنه يسمع الشهادة على شهادتها مع حضورها وألحقوا تخديرها بالمرض والسفر في ذلك، والثاني: أن التخدير لا يسقط التغليظ بالمكان الشريف إلا إذا كانت حائضًا فتحلف على باب المسجد، وهو ما صححه الشيخ أبو علي، وحكى الإمام عن العراقيين القطع به في باب موضع اليمين، وأورده الغزالي في الدعاوى وعزاه الرَّافِعِي إلى الشيخ أبي حامد وأتباعه.

قال ابن الرِّفْعَة: ورأيته في «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي.

قلت: أطلق ابن الرِّفْعَة هذا الخلاف هنا، وقال في الدعاوى: إنا إذا قلنا باستحباب التغليظ لم تكلف الخروج قولًا واحدًا، وخص الوجهين بقول

....

الوجوب وهو متجه. وفي دعاوى «الرَّوْضَة»: إنها تكلف حضور الجامع على الأصح، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ومتابعوه ولم يصرح الرَّافِعِي هناك بترجيح، ثم قال: وقيل: بيَّنا هذا الخلاف على أن التغليظ مستحق أو مستحب.

قال: وقضية هذا البناء ترجح الوجه الثاني، وقوله: لكن قيل: ليس مراده، به تضعيف البناء لكنها عادتها فيما لم يره مشهورًا في الكتب، وإن لم ير خلافه كما بيناه في كتاب الطلاق، وحكى شُرَيْح الرُّويَاني هذا الخلاف قولين.

ومنها: لو اختلفا في التخدر ففي «فتاوى» القاضي الحسين أن عليها إقامة البينة عليه، وأنها تمهل حتى يقيمها.

وقال المَاوَرْدِي والروياني: ينظر فإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم التخدير صدقت بيمينها، وإن كانت من قوم الأغلب على نسائهم البروز صدق الخصم بيمينه، وكان المراد حيث لا بينة لها تصدق دعواها التخدير.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ثبت سترها بالبينة وحكم به الحاكم ثم خرجت بعد مدة لحوائجها فادعى مدعٍ عليها وأحضرها مجلس الحكم، فقالت: حكم الحاكم بتستري، سمعت دعواها وتحلف في بيتها أنها لم تهتك الخدر، انتهى.

وقضيته أن بروز المخدرة بحوائجها يبطل تخديرها.

ومنها: لو كانت برزة ثم لزمت التخدر فثم ذا يحصل، قال: القاضي الحسين في «الفتاوى»: حُكْمُهَا حُكْمُ الْفَاسِقِ يَتُوبُ، فَلَا بدّ مِنْ مُضِيِّ سَنَةٍ فِي قَوْلٍ، أَوْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فِي قَوْلٍ.

قلت: ويحتمل أن يقال: إنها إذا كانت من سفلة الناس، فلا عبرة بتخدرها الحادث وإن طال زمنه ولا عبرة بترفعها، وربما قدمت في أخدام الزوجة المدينة المترفعة ما يوافقه، ويحتمل أن يفرق بين تخدرها لرفعة بعلها وعدمها بأن تكون خلية، أو كان زوجها دينًا أيضًا.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: إن الحاكم إذا ذهب إليها برضا الخصم كان

....

حسنًا، وإن وكل القاضي رجلًا حتى ذهب إليها وحلفها جاز، وإن لم يؤذن له في الاستخلاف؛ لأن هذا توكل وليس باستخلاف كما لو قال: زوج فلانة من؟

هذا كان توكيلًا، وإذا ثبت أنه يبعث من يحلفها فلا بدّ أن يحضر تحليف الوكيل لها رجلان ليشهدا عند الحاكم أنها حلفت فيحكم بالبراءة، فأما إذا وكل الحاكم رجلًا ليحضرها وتسمع الشهادة في وجهها، فهذا استخلاف فإن كان مأذونًا في الاستخلاف جاز، وإلا لم يكن للوكيل أن يسمع البينة، فإن ذهب وسمعها وشهد شاهدان عند الحاكم أنه قد يسمع شهادة فلان وفلان في وجهها كانت هذه شهادة على الشهادة عند الحاكم فلا يجوز، أي: لأن سماع البينة للخلفاء بخلاف التحليف.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الغزالي: إنه إذا توجه الحبس على رجل وعينه مستأجرة ولم يمكن القيام بالعمل في الحبس أنه يقدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن سيما والعمل مقصود بالاستحقاق والحبس لا يستحق في نفسه، وإنما يرهق به إلى غيره قيل: وما ذكره غريب لكنه فقه جيد، وعلى قياسه أنه لو استعدى عليه وكان حضوره تعطل حق المستأجر ينبغي ألا يحضر، لكن اتفق الأصحاب على إحضار المرأة البرزة ولم يفرقوا بين المزوجة والخلية.

وقضية كلامهم أن المزوجة تحبس، وقد يفرق بأن للإجازة أمدًا ينتظر بخلاف المزوجة نعم تطلب من الأصحاب الدليل على إحضار المزوجة مع منع زوجها لها، والأقرب إحضارها؛ لئلا تضيع الحقوق.

ويحتمل تعطيل حق الزوج في هذا الزمن اليسير، وكذلك المستأجر إذا لم يفوت زمنًا مقصودًا، فإن فوت وكان حق المستأجر يزول عن قرب فلا يبعد أن يؤجر القاضي إحضاره كذا بحثه بعض أكابر العصر، وأشعر كلامه بأن اغتفار إحضار الزوجة، وإنما هو في الحاضرة أو القريبة من البلد، وأنها لو كانت بمسافة بعيدة ومنع الزوج إحضارها أحسب إليه تقديمًا لحقه وما أحسب الأصحاب يوافقونه، وظاهر إطلاقهم التسوية بين الرجل وبينها، وقد صرحوا بحبس المزوجة.

ولم يجعلوا تقدم حق الزوج مانعًا منه بكذا لا يمنع من إحضارها بل لولي نعم ما ذكره في المستأجر محتمل، ولينظر فيما لو كان المحضر الغائب مديونًا هناك هل يتوقف إحضاره على إذن رب الدين كما لو أراد سفر حاجة أو لا عبرة بمنعه؟ لم أر فيه شيئًا، وكلامهم في البابين مطلق، ويحتمل أن يفرق بين إحضاره من مسافة القصر وبين إحضاره من دونها؛ لأنه كالحاضر بالبلد، والله أعلم.

فَرْعٌ: سبق أن القاضي لا يزوج امرأة خارجة عن عمله، وإن أذنت وحضر الخاطب؛ لعدم ولايته عليها، قال أبو العباس الرُّويَانِي: ومن جوزه فقد أبعد، فأشار إلى خلاف فيه، والظاهر أنها لو أذنت له وهي في عمله ثم انتقلت قبل العقد إلى غيره أنه يمتنع العقد حينئذ فلو تمادت إلى عمله فهل يكون إذنها السابق أم لا بد من إذن لاحق؟ فيه نظر! والأحوط تحديد الاستئذان.

فَرْعٌ: لو كان ليتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر، فله التصرف فيه بالحفظ والتعهد، أي: وليس له استيفاء ديونه في غير ولايته، قاله الشيخ إبراهيم المروزي، انتهى.

وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال على شرط الغبطة اللائقة، قاله الرَّافِعِي قال: وهذا سبيله في مال كل غائب أشرف على الهلاك، فلو كان حيوانًا وخيف عليه الهلاك تبعه وإن حصله الصيانة بالإجارة اقتصر عليها، انتهى.

فله التصرف فيه بالحفظ يوهم الجواز فقط، ولا شك في وجوب الحفظ والتعهد عند خوف الهلاك، وقد أوضح الْقَفَّال المسألة في «الفتاوى» فقال: إِذَا غَابَ رَجُلٌ فَأَخْبَرَ الْحَاكِمُ بِأَنَّهُ غَائِبٌ وَمَالُهُ ضَائِعٌ كَانَ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يُنَصِّبَ قَيِّمًا فِيمَا لَهُ يَتَعَهَّدُهُ، وَلَيْسَ لِلْقَيِّمِ بَيْعُهُ وَلَا الِاتِّجَارُ فِيهِ وَلَا الْأَخْذُ لِلْغَائِبِ بِالشُّفْعَةِ فَإِنْ كَانَ الْمَالُ مِمَّا يَضِيعُ كَالْبِطِّيخِ وَالْبَقْلِ فَلِلْقَيِّمِ بَيْعُهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَاجُ إِلَى النَّفَقَةِ كَانَ لَهُ بَيْعُهُ، أَيْ: يَأْذَنُ الْحَاكِمُ إِذَا كَانَ الصَّلَاحُ فِي بَيْعِهِ، فإن باع شيئًا للمصلحة، ثم قدم الغائب ليس له الفسخ؛ لأن ما فعله الحاكم كان بنيابة شرعية، وكذا له أن يؤجر داره؛ لأن المنافع تقوى بمضي الوقت، وإذا أجرها بأجرة مثلها، ثم قدم الغائب فليس له الفسخ كالصبي يبلغ، انتهى.

....

وينبغي أن يقتصر في الإجارة على أقل زمن يستأجر فيه ذلك الشيء إذا أمكن لتوقع قدوم الغائب وحاجته إلى الانتفاع بالمأجور، وذكر في جواب آخر أن له بيع مال الغائب إذا خاف فوته أو كان له مؤنة تلحقه، وأنه لو استولى رجل على عقار الغائب أو غصب شيئًا من ماله فأخبر محتسب الحاكم بذلك فعلى الحاكم أن ينصب قيمًا يدعي ليخرج الشيء من يد الغائب، وكذا لو غصب ماله ثم غاب فعلى الحاكم أن يسترجع ماله، وكذا لو كان للغائب دين فجحده المديون فللحاكم أن ينصب قيمًا ليدعي على المدين وينتزعه منه، أما لو كان له دين على وفيٍّ إلا أنه خيف عليه الفلس فللحاكم نصب قيم لاستيفائه كيلا يتلف بفلسه، أما إذا كان الدين على وفيٍّ فغاب، أي: ولم يحسن فلسه فليس للحاكم أن ينصب قيمًا ليستوفيه.

قال جامع الفتاوى: إلا أن الشيخ ـ يعني الْقَفَّال ـ قال: له أن ينصب قيمًا وسلم الشيخ أنه لا يسترد وديعته، فقيل له: لو جاز نصب القيم لوجب، فقال: ليس كل ما يجوز يجب، انتهى.

وما ذكره من استيفاء الدين من الوفي إذا كان مليًا ولم يخش قلبه بعيد، نعم لو طالت غيبة الدائن وخيف القوي توجه الاستيفاء، وقد سئلت عمن غاب وترك ديونًا على الناس وجاوزت غيبته ثلاثين سنة، ولا يعرف له مكان وخاف ورثته على ديونه الفوات فاستخرت الله وأفتيت بأن الحاكم ينصب عدلًا يستوفيها، وينفق على من يلزمه نفقته واستنبطت ذلك من كلام الأصحاب، ثم رأيت كلام الْقَفَّال هذا فحمدت الله تعالى.

وذكر الرَّافِعِي هنا عن صاحب «التلخيص» أنه يجوز للقاضي إقراض مال الغائب واليتيم وأقره وبيَّنا في كتاب الحجر أن الصحيح المنع وأوضحناه في «الْغُنْيَة» أتم إيضاح.

قال الرَّافِعِي: أما ما لا يتعين له مالك وحصل اليأس من معرفته ذكر بعضهم أن للقاضي أن يبيعه ويصرف ثمنه إلى المصالح، وله أن يحفظه زادت «الرَّوْضَة»: هذا المحكي عن بعضهم فإنه يعرضه للنهب، بل ينبغي وجوبه إذا

……………………………………………………………………

غلب على ظنه متعين، وقد قال: به جماعة ولا يعرف خلافه، انتهى.

والأحوط عندي صرفه لا حفظه، فإنه يعرضه للنهب بل ينبغي وجوبه إذا غلب على ظنه أنه لو تركه لأكله ظالم أو جائر كما شاهدنا وسمعنا، فالتأخير لا معنى له مع اليأس الكلي من العثور على مالكه أو وارثه.

فَرْعٌ: هل للحاكم التصرف في مال اليتيم الغائب عن محل ولايته للاستنماء، وأن ينصب قيمًا لذلك؟

قال الرَّافِعِي: فيه وجهان عن القاضي الحسين؛ لأن نصب القيم مرتبط بالمال والمالك جميعًا فلو جاز النصب بحضور المال جاز لقاضي بلد اليتيم لحضور المالك وحينئذ يتمانع تصرفاتها.

قال: في «الوسيط»: والأول أن يلاحظ مكان اليتيم دون المال.

قلت: وقال في «الْبَسِيط»: تردد القاضي في هذا وقال: لست أبت فيه جوابًا، والمسألة محتملة، وهو ملخص من «النهاية» وصرح الغزالي وإمامه أن القاضي قال: لست أبت فيها جوابًا، ولم يصرحا عن غيره بشيء، وحينئذ ليس فيها إلا توقف القاضي وميله إلى ملاحظة بلد اليتيم ورجحه ابن الرِّفْعَة في «المطلب» والوجهان أخذا من تردد القاضي فيكون أحدهما: أن التصرف لقاضي بلد المال نظرًا إليه وهو بعيد؛ لأنه في غير ولايته، والثاني: لبلد اليتيم نظرًا إليه، والمجنون كاليتيم، وأما المحجور بسفهٍ، فإن كان قد نزح عن بلد ماله، وهو محجور عليه فهو كاليتيم فيما يظهر، وإذا كان الحجر طرأ عليه هناك، فالظاهر أن التصرف في ماله لقاضي وطنه بلا تردد، ويحتمل غيره وقد ينقدح فرق بين يتيم ونحوه كان في ولايته ثم نزح به وبين من لم يكن فيها أصلًا كما أشرنا إليه في السفيه.

وبالجملة فالمختار في اليتيم والمجنون والسفيه أن التصرف بالاستنماء في أموالهم لقاضي بلد إقامتهم؛ لأنه وليهم في المال والنكاح إلا الصغير فأشبه فيهما الأب والجد، وفي المال الوصي إذا كانا معه هناك، وحينئذ فلقاضي

....

وطنهم العدل الأمين أن يطلب من قاضي بلد المال إشخاصه إليه عند أمن الطريق وظهور المصلحة فيه ليتجر له هناك، أو يشتري له عقارًا ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك إذا ثبت عنده طلبه إياه وأهليته لتسلمه فيسلمه إلى ثقة يوصله إليه، وهذه المسألة تعم بها البلوى، ولم أرَ فيها سوى ما تقدم، وبالله التوفيق.

بَابُ الْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ.

وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ: ذَكَرٌ حُرٌّ عَدْلٌ، يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ وَالْحِسَابَ، ....

الأصل فيها قبل الإجماع على أصلها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ﴾ [النساء:٨] الآية، وقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»(١) وقسم ﷺ وخلفاؤه الراشدون الغنائم وكان لهم ﷺ قسّام، وحاجة الخلق داعية إليها.

قال: (**قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ**) أي: بأنفسهم.

(**أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ**) أي: ونحوه كأمير الإقليم أو قاضيه؛ لأن الغرض يحصل بذلك كله.

قال: (**وَشَرْطُ مَنْصُوبِهِ**) أي: منصوب الإمام ونحوه.

(**ذَكَرٌ حُرٌّ عَدْلٌ**) لأنها ولاية ومن لم يتصف بذلك فليس بأهل للولاية؛ ولأنه يلزم كالحاكم من حيث إن الحاكم ينظر في الحجة ثم يجتهد ثم يلزم والقسّام يجتهد مساحة وتقديرًا ثم يلزم بالاقتراع.

قال: (**يَعْلَمُ الْمِسَاحَةَ**) أي: بكسر الميم.

(**وَالْحِسَابَ**) لأنهما آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء، وحذف المصنف ذكر «المحرر» التكليف اكتفاء بشرط العدالة، وكان الأحسن أن يقول مقبول الشهادة إذ لا بدَّ من كونه ضابطًا بصيرًا.

وعبارة «التَّرْغِيب»: ومن كان من جهة القاضي يشترط فيه صفات القضاة وزيادة علم الحساب وكيفية القسمة، وهذا قضية كلام جماعة حيث جعلوه خليفة للقاضي، وقال: الجرجاني في «الشافي» يفارق منصوب الحاكم الحاكمَ

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن حبان (١١/ ٥٩٠، رقم ٥١٨٥)، والبيهقي (٦/ ١٠٣، رقم ١١٣٤٥)، وابن عساكر (١٢/ ٣٥٥).
حديث جابر: أخرجه الشافعي (١/ ١٨١)، والبيهقي (٦/ ١٠٤، رقم ١١٣٥٤).

....

في أربعة أشياء:

الأول: أن الحاكم يجب أن يكون مجتهدًا فيما إليه من أحكام القسمة.

والثاني: يجب أن يكون القاسم عارفًا بالحساب بخلاف الحاكم، أي: على الصحيح.

والثالث: أن الحاكم يكون واحدًا، وذكر التفصيل السابق عن العراقيين في القسّام.

والرابع: أن للحاكم أخذ الرزق من بيت المال دون الأجرة؛ لأن عمله مجهول كالإمام، وللقاسم أخذ الرزق وأخذ الأجرة منه؛ لأن عمله معلوم فجاز أخذ الأجرة عليه أيضًا كبناء القناطر والمساجد، واعتبر المَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما أن يكون قليل الطمع نزه النفس حتى لا يرتشي فيما يلي ويخون، وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ويشترط أن يكون القاسم والكاتب عدلَيْن عاقلَيْن نزيهين عن الطمع والارتشاء، عالِمَيْن بالحساب.

وقال المَاوَرْدِي عند الكلام في صفة كاتب القاضي: إن الشَّافِعِي قال: في صفة الكاتب عالمًا بالكتاب لا يخدع وهذا صحيح؛ لأن القاسم أمين الحاكم فوجب أن يكون على صفات الكتاب من العدالة والأمانة واستعمال الأوصاف الأربعة، أي: المذكورة هناك، ويزيد عليها أن يكون عارفًا بالحساب والمساحة والقسمة، وأن يكون عارفًا بالقيم، فإن خفيت عليه القيمة لاختلاف الأجناس المقومة لم يعد ذلك تقصيرًا في صنعته ورجع الحاكم في الْبَغَوِي إلى غيره.

وقال: القاضيان أبو الطيب والبندنيجي: يستحب أن يكون عارفًا بقيم الأشياء التي يقسمها، فإن جهلها جاز ويرجع ويسأل مقومين عدلين عن قيمة ما يقسمه إذا أراد القسمة ومنعهما ابن الصباغ، وحكى القاضي الحسين وغيره في احتياج القاسم إلى معرفة القيم وجهين أرسلهما الشيخان، ومقتضى سكوت «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما عن ذكره يفهم أنه ليس بشرط، وهو الأقرب إلى كلام الجمهور.

……………………………………………………

تنبيهان:

أحدهما: قول المصنف: وشرط منصوبه يقتضي أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء، وقد يفهم جواز نصبهم امرأة، ولم أره نصًّا بل المنقول أنهم إن لم يجعلوه حكمًا في ذلك جاز أن يكون عبدًا وفاسقًا صرح به العراقيون، ووجه بأنه نائب عنهم فيها ووكيل لهم، ولو اقتسموا هم جاز على كل حال فكذلك وكيلهم فيها.

قال القاضي أبو الطيب: غير أنه إذا قسم وأقرع بينهم لم يلزم القسمة حتى يتراضوا بها بعد الإقراع، وأشار الرَّافِعِي إلى أنه ينبغي أن يكون توكيل العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء، وقد يفرق بتعلق العهدة به هناك، وإن كانوا قد حكموه في القسمة بينهم فعن العراقيين أنه يعتبر فيه صفات القاسم الذي ينصبه الحاكم بناء على جواز التحكيم.

وقال: ابن الصباغ بعد إيراده: وينبغي إذا قلنا: لا يلزمهم - أي: قسمته - إلا بتراضيهم ألا يشترط في الابتداء الحرية والعدالة.

قال ابن الرِّفْعَة: وفيما قاله نظر بل لا ينبغي جواز ذلك، وإن قلنا: لا بدَّ من التراضي بعد القرعة؛ لأن القائل بهذا يجعل تمام التحكيم موقوفًا على هذا التراضي كما قال: بمثله في التحكيم في الأموال، وإن لم يلزم حكمه إلا بالرضا بعده وهو كما قال: ﷀ.

ثانيهما: ما ذكرناه في منصوب الشركاء هو فيما إذا كانوا بأجمعهم مطلقين التصرف أما لو كان فيهم محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فقاسم عنه وليه أو وصيه أو قيمه حيث يجوز فلا بدّ في المنصوب أن يكون عدلًا بكل حال، ورأيت في «روضة الحكام»: إذا قسم الشركاء فليس للإمام أن يعين قاسمًا بغير رضاهم، فإن كان أحد الشركاء صبيًا أو غائبًا فتعين القاسم إلى الإمام، وكأن مراده في صورة الصبي ونحوه فيمن وليه القاضي، ويحتمل أن يجب على الوصي والقيم مراجعته لينصب قاسمًا بخلاف الأب والجد، وقد يؤيده قول الدَّارِمِي: إذا كان

فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ، وَإِلَّا فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ اثْنَانِ.

في الشركاء صبي أو مجنون أو مولى عليه فقسموا من غير أمر الحاكم أو الولي فباطل، وهذا المفهوم ظاهر إن أراد بالولي الأب والجد خاصة.

قال: (**فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ**) أي: لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين كذا جزما به وكثيرون، وقضية ما قاله ابن الرِّفْعَة: إن الحاكم لو فرض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم به أنه لا يكفي، وقد قال الإمام: إنه سائغ وعليه ينطبق ما سبق عن القاضي أبي الطيب وغيره في صفة القاسم، انتهى.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن في القسمة تقويم وقد أمر بها الحاكم.

(**فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ: اثْنَانِ**) مأخذهما أن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد.

قال الرَّافِعِي: والأصح الأول، وبه أجاب المعظم وقطع به قاطعون، ووراء ما ذكره طرق:

إحداها: إنه لا بد من اثنين من غير تفصيل، وبهذا صدر الدَّارِمِي كلامه، فقال: ولا يجوز إلا قاسمان.

والثانية: في اشتراط العدد قولان من غير تفصيل كالخرص، وبها أجاب ابْن كَجٍّ في كتاب الزكاة والفوراني هنا في «العمد».

والثالثة: إن كان المقسمون حاضرين رشدًا كفى واحد وإلا فاثنان، ذكرها الدَّارِمِي والماوردي تنزيلًا لاختلاف على ذلك، ونقل الإمام عن صاحب «التقريب»: إنه إن كان فيهم طفل أو مجنون فلا بدّ من اثنين وإلا فقولان، ولعلها التي قبلها ويحتمل أنها طريقة أخرى فإنه لم يذكر الغائب.

وفي «الذَّخَائِر»: وفي اعتبار العدد لأصحابنا أربع طرق:

إحداها: إن كان فيها تقويم وجب قاسمان، وإلا فقاسم، وهي طريقة العراقيين.

وثانيتها: إن كان فيها تقويم اشترط اثنان وإلا فقولان.

وثالثتها: نقل قولين بلا تفصيل يكفي واحد لا بد من اثنين إن تعلقت بصبي

....

أو مجنون اشترط اثنان وإلا فلا ، قال ابن الرِّفْعَة: وكلامه يفهم طرد الثالثة.

والرابعة: فيما فيه تقويم ولم أره لغيره، انتهى.

وما أفهمه كلامه هو قضية إطلاق من ذكرناه، ويعضده قول شُرَيْح الرُّويَانِي: ويجوز قاسم واحد على أحد القولين، وقيل: إن كان في القسمة رد فلا بدّ من اثنين، واقتضى كلامه ترجيح جريان القولين مطلقًا.

فَرْعٌ: إذا اكتفينا بواحد حيث لا تقويم، ولكن كان في القسمة خرص، قال العراقيون: فيه قولان، وقيل: وجهان: أحدهما: يكفي واحد وصححناه هناك، والثاني: لا بد من اثنين كالتقويم لشبهة به قال الإمام، وهو القياس، ولا يتجه بين التقويم والخرص فرق، فإن كل واحد منها يبني قوله على التخمين والحدس مع التمسك ببصيرة عنده، وصححه الفارقي كالتقويم، وفرق الأول بأن الخارص يجتهد ويعمل باجتهاده، فكان كالحاكم والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو بمنزلة الشاهد، وفي هذا الفرق نظر.

فَرْعٌ: إذا اكتفينا بواحد قبل الحاكم قوله وحده؛ لأنه خليفته كغيره من خلفائه، وإن لم يكتفِ بواحد فلا بدّ من اثنين، قاله المَاوَرْدِي والروياني.

قال: في «الْبَحْر»: ولا يفتقر القاسم إلى لفظ الشهادة، وقيل: فيه وجهان وليس بشيء وهو ما في «الإبانة» و«العمد» ثم ما مرَّ في العدد إذا كانت القسمة بأمر الحاكم كما أشرنا إليه، أما لو كان المفوض لهما الشركاء ففي «الْحَاوِي» و«الْبَحْر» وأشار إليه الرَّافِعِي أنهم يحملون في العدد على ما أنفقوا عليه من واحد فأكثر كما حملوا فيه اختيارهم القاسم، وإن لم يكن مختارًا ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم؛ لأنه ليس نائبًا عنه قالا: ولا يسمع شهادته؛ لأنه يشهد على فعل نفسه، وسيأتي ما في هذا إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: هل للقاضي أن يحكم ببصيرته في التقويم حكى في «الوسيط» طريقين:

أحدهما: أنه على القولين في قضائه بعلمه.

وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ، وَيَقْسِمُ.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن التقويم تخمين مجرد وللأولين أن يقولوا: إنه وإن كان تخمينًا فلا يبعد أن يقام ظنه مقام الشهادة المبنية على الظن، وأيضًا فقد مر أنه يعتمد في عدالة الشهودنه أنه يعتمد في على بصيرة نفسه، ومعلوم أن المستند فيه الظن، والطريق الثاني هو المذكور في الكتاب، والأول أشبه وهو اختيار الإمام فيما أظن. وقال في أصل «الرَّوْضَة»: فيه قولان كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعًا، وعبارة «الشرح الصغير» كـ«الرَّوْضَة» وليس بجيد.

والذي في «النهاية»: له الاعتماد على بصيرته في التزكية مذهبًا واحدًا، وإن اختلف القول في القضاء بالعلم، ولو كان القاضي خبيرًا بمعرفة القيم فأراد بناء الأمر على بصيرته في التقويم، فالذي تلقيته من كلام الأصحاب شيئين: أحدهما: لا يسوغ وإنما اختلاف القول في القضاء بالعلم والتعيين المستدرك والقضاء في العدالة مستثنى عن قياس الأصول لاتساع النظر في التعديل والتجريح، وخروجهما عن الضبط، وليس التقويم كذلك، فإنه أمر قريب من الضبط والرجوع فيه إلى معرفة قيم الأمثال مع تداني الصفات.

ومن أصحابنا من جعل علم القاضي فيما يرجع إليه بالقيم خارجًا على القولين في القضاء بالعلم هذا لفظه واختصره ابن عبد السلام في «الغاية» فقال: وللحاكم أن يعول على بصيرة نفسه في التزكية، وليس له ذلك في القيمة، وخرجها بعضهم على القولين في القضاء بالعلم، انتهى.

وكذا قاله صاحب «التَّرْغِيب» وعبارة «الْبَسِيط» من الأصحاب من بناه على القولين في كذا، ومنهم من قطع بأنه لا يسوغ؛ لأنه إنما يقضي بعلمه، وهذا تجويز محض لا يقين فيه، انتهى.

وهذا منه ومن إمامه بناء على أن القضاء بالعلم لا يعتمد فيه الظن، وذلك ممنوع كما سبق بيانه، وبالجملة فقد بان أن ما ظنه الرَّافِعِي من اختيار الإمام ليس كما ظنه وأن الراجح عند الإمام طريقة القطع وليست براجحة.

قال: **(وَلِلْإِمَامِ جَعْلُ الْقَاسِمِ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بِعَدْلَيْنِ وَيَقْسِمُ)**

وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، ....

أي: بنفسه (**وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ**) كما فعل عمر ﷺ؛ لأنه من جملة المصالح، وله استئجاره بأجرة مقدرة، وأن يرزقه رزقًا راتبًا كالحاكم قاله جماعة.

وقال المَاوَرْدِي: إن كثرت القسمة رزقهم من سهم المصالح مشاهرة، وإلا أعطوا أجرة المثل سواء كانت من بيت المال أو من الملاك؛ لأنه إن كان من بيت المال فهو معد للمصالح، وليس منها أن يزاد على أجرة المثل، وإن كان من الملاك فإنهم لم يشترطوا شيئًا بأنفسهم حتى يلزمهم الشرط فلا يلزمهم بالشرع إلا أجرة المثل، وسواء كان قد شرط له أكثر من أجرة المثل أو أطلق فإنه لا يعطى زيادة عليها، انتهى.

ومراده إذا شرط له الإمام أو القاضي أكثر من أجرة المثل، وصرح الدَّارِمِي بأنه لا يجوز أن يزاد من بيت المال على أجرة المثل، وقيل: لا يرزق القاسم من بيت المال؛ لأنه لا يحتاج إلى تفريغ النفس لذلك بخلاف القاضي.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي: ومهما كان في سهم المصالح من بيت المال، قال: يتفرغ لمؤنة القاسمين، فعلى الإمام أن ينصب في كل بلد قاسمًا، فإن لم تحصل الكفاية بواحد زاد بحسب الحاجة، وإن لم يكن فيه مال أو لم يتفرغ لهذه الجهة فقد ذكر في «آداب القاضي» أنه لا يعين حينئذ قسامًا لئلا يغالي في الأجرة، وأيضًا قليلًا بغرة بعض الشركاء فحيف بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا، انتهى.

وقال في «الذَّخَائِر» قال: أصحابنا: لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام عن قسام، كما لا يخليها من حكام لمسيس الحاجة إليهم في الأملاك، وهذا قضية كلام «النهاية» و«الْبَسِيط» ثم قال: ومن أصحابنا من قال: ينبغي ألا يكون للحاكم قسام راتب معين إذا كانوا مستأجرين.

وقال الْبَغَوِي في «التعليق»: الواجب على الإمام أن يبعث إلى كل بلد من بلاد المسلمين قاسمًا القدر الذي تقع بهم الكفاية فلوقعت لهم الكفاية بواحد

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأُجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ، ....

فهل يكفي أم يعتبر فيه اثنان؟ قولان كالخارص، وأما المقوم فلا بدّ من اثنين كالمزكي، انتهى.

فاقتضى كلام هؤلاء وجوب نصب القسام، واقتضى سياق «الذَّخَائِر» و«النهاية» أن الوجوب على إطلاقه على الصحيح سواء كان في بيت المال ما يرزق منه القسام أم لا، وقضية كلام جماعة أن نصب القسام مستحب ليس بواجب، وعبارة بعضهم: الأولى له أن ينصب والفرق بينه وبين القضاة ظاهر فإنه أجير من الإجراء؛ فأشبه الوزان والكيال بخلاف الحاكم، ولهذا له أخذ الأجرة حيث لا رزق له بخلاف المزكي والحاكم على المذهب الذي أورده المراوزة هنا.

ثم رأيت ابن الرِّفْعَة قال: قال أصحابنا كما حكاه صاحبا «التهذيب» و«الْكَافِي» وغيرهما: لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام من قسام تحصل بهم الكفاية كالحكام.

ورأيت في «تعليق» القاضي أبي الطيب: إنه يستحب للإمام أن يتخذ قسامًا، وهذا إذا كان رزقه من بيت المال فلو لم يكن، فلا ينبغي أن يجعل له قسامًا بل يدع الناس يستأجرون من يختارونه، وهل هذا على أوجه الوجوب أو الندب؟ الكلام فيه كما قدمناه في اتخاذ الكاتب كما صرح به الأصحاب، انتهى.

وذكرنا ثم ما أشار إليه وزيادة.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: وإذا لم يرزق القاسم من بيت المال لم يجز له أن يعين واحدًا للقسمة؛ لأنه إذا لم يرزق ويعين فغالى في الأجرة فيتضرر به أرباب الأملاك، انتهى.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ**) أو كان ولكن كان مصرف لهم من ذلك.

(**فَأُجْرَتُهُ عَلَى الشُّرَكَاءِ**) أي: إذا لم يجدوا متبرعًا؛ لأنه يعمل لهم.

قالوا: وخالف القاضي حيث تمتنع عليه الأجرة على الحكم؛ لأن القضاء حق لله تعالى بخلاف القسمة، وهذا يفهم أنهم لو طلبوا من القاضي أن يقسم

……………………………………………………………………

بينهم أن له طلب الأجرة على القسمة إذ عليه الحكم لا القسم وفيه وقفة، ويشبه أن يجري فيه ما سبق من طلبه الأجرة على التسجيل لا سيما إذا لم يكن من يعرف القسمة غيره.

وفرَّق المَاوَرْدِي بما سبق وبان للقاسم عملًا يباشره بنفسه فصار كصانع عمل، والقاضي مقصور على الأوامر والنواهي التي لا يصح الاعتياض عنها.

وفي «الْبَحْر» فرق ثالث وهو أن القضاة يعملون للشرع وينوبون عن كافة المسلمين، فإن الحكم فرض كفاية، وليست القيمة فرض عين ولا كفاية، انتهى.

تَنْبِيهٌ: عبارة «المحرر»: فإن لم يكن فيه مال أو لم يتفرغ فأجرته على الشركاء وهي أحسن، ولا خفاء أن منع الظلمة منه مع الكمية كعصرنا تجعله كالعدم، ولا فرق بين كون الأجرة على جميعهم بين إن طلبوا كلهم القسمة أو بعضهم، وقيل: إن الأجرة على الطالب كمذهب أبي حنيفة.

وقال الدَّارِمِي: إن طلبوا معًا فعليهم أو بعضهم قيل: عليهم، وقيل: على الجميع.

وقال ابن القطان: بنى على جدارين بين رجلين هل يجبر على البناء؟

وعندي لا يبني على هذا؛ لأن القسمة تجبر عليها قولًا واحدًا إذا كان مما يمكن ولكن من طريق آخر، انتهى.

ولا فرق بين كون شريك الطالب بينهما ونحوه أو لا.

وفي «الْحَاوِي» وغيره: إنه إن كان يتيمًا وعليه ضرر في القسمة.

قال الشَّافِعِي: فِي نَفْسِي مِنْ أَنْ أَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئًا وَهُوَ مِمَّنْ لَا رِضَا لَهُ شَيْءٌ.

قال: واختلفوا في إشارته، فقيل: أشار إلى أصل القسمة؛ فخرجت على وجهين: ثانيهما: يجاب عنه الطالب، وبه أجاب الْفُورَانِي والإمام، وقيل: أشار إلى أجرة القسمة فتكون في لزوم الأجرة؟

فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلٌّ قَدْرًا لَزِمَهُ، ....

له وجهان:

أحدهما: إنه كغيره.

وثانيهما: يقول الحاكم للطالب: إن أردت القسمة فالتزم المؤنة، وهو الجواب في «العدة» و«روضة الحكام».

وقال: الْفُورَانِي: إنه أصح القولين.

وفي «الْبَحْر»: إنه اعتبار أكثر أصحابنا بخراسان وضعفه الإمام وقال: إنه لا أصل له، وأن من القائلين به من طرده، وإن لم يكن ضرر في القسمة وطلب من وليه القسمة قال: وهذا على نهاية الضعف.

قال: (**فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلٌّ قَدْرًا لَزِمَهُ**) أي: سواء قل أم جل اعتبارًا بالتزامه، نصَّ عليه الشَّافِعِي والأصحاب.

قال الإمام الرَّافِعِي وغيره: وهو واضح إن فرض اجتماعهم على الاستئجار بأن قالوا: استأجرناك ليقسم كذا بدينار على فلان وديناري على فلان، وثلاثة على فلان، أو وكلوا من عقد لهم، وإن فرضت عقود مترتبة فقد ذكروا فيه إشكالًا وهو أن الشركاء إن كانوا ثلاثة مثلًا فعقد واحد لإقرار نصه ثم الثاني لذلك فعلى القسام إقرار النصين، فإذا أفرزهما تميز نصيب الثالث فعقده إذًا على عمل مستحق على الأجير، وأجاب عنه القاضي الحسين بأن إفراز النصيبين من غير عمل في النصيب الثالث بالمساحة والتخطي فيه مما لا يتأتى فيقع استئجار الثالث على ذلك، ولم يرفض الإمام هذه المعارضة سؤالًا وجوابًا؛ لأنهما معًا مبنيان على استقلال بعضهم باستئجار قسام لإقرار نصيبه ولا سبيل إليه إلا برضاهم نعم؛ يجوز انفراد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصلًا ووكيلًا ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد منهم بالتراضي فذاك، وإن أطلق جاء الخلاف الآتي في كيفية التوزيع، انتهى الكلام في قسمة التراضي.

أما قسمة الإجبار القسام يتصرف في نصيب الممتنع بأمر القاضي، وفي «الْبَحْر»: إنه لو قال: أجرت نفسي منك لإفراز نصيبك، وهو النصف من هذه

وَإِلَّا فَالْأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ.

الدار على كذا صح إن رضي الباقون بالقسمة، أو كانت بحيث لا تحتاج إلى رضاهم، فإن احتاجت إليه ولم يرضوا بعد فعقده فاسد في نصيب هذا.

قال: **(وَإِلَّا فَالْأُجْرَةُ مُوَزَّعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ)** أي: وإن استأجروه وسموا له أجرة وأطلقوا التسمية، فأجرته موزعة على مقادير الحصص؛ لأنها من مؤن الملك، فأشبهت النفقة.

(وَفِي قَوْلٍ عَلَى الرُّؤُوسِ) لأن العمل في النصيب القليل كهو في الكثير إذ لا يتميز أحدهما إلا بالعمل فيهما، وقد يكون العمل في اليسير أكثر منه في الكثير هذه طريقة ذكرها المراوزة، وطريقة العراقيين الجزم بالقول الأول، وهو المنصوص.

قال ابن الرِّفْعَة: وهي أصح باتفاق الأصحاب، وصححهما في «الرَّوْضَة» إذ قد يكون له سهم من ألف سهم، فلو ألزم نصف الأجرة فربما استوعبت فيه نصيبه، وهذا مدفوع في العقود، وعجب قول القاضي الحسين: إن القولين هنا مبنيان على أن الشفعة تقسم على الأنصباء أو الرؤوس.

وقوله: ثم إن القولين في الشفعة مبنيان على هذين القولين هنا، وفرق القاطعون هنا بأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر وقطع ضرر الدخيل، وضرر صاحب اليسير كضرر صاحب الكبير، فاستويا في قدر الشفعة، وأجرة القاسم ليتحقق بالعمل، والعمل لصاحب الكبير أكثر؛ فإنه يكيل لصاحب العشر مرة ولصاحب الباقي تسع مرات، وفي الأرض إذا فرغ من العمل والتمييز يعلم أن الذي وقع في أكثرهما أكثر، فإنه إذا زرع زرعًا كان سدسه لصاحب السدس مثلًا وباقيه لصاحب الباقي، فوجب أن تختلف الأجرة باختلاف الأنصباء، وإن كان العمل لا يتميز ألا ترى أنهما لو استأجرا راعيًا ليرعى لهما مائة شاة بينهما ولأحدهما عشرها فإن الأجرة تكون على الأنصباء، وإن كان حفظ العشر لا يحصل إلا بحفظ الجميع ومراعاته، هكذا قاله القاضي أبو الطيب.

وقال الرَّافِعِي بعد إيراده الطريقين: وعلى هذا الخلاف ما إذا استأجروا

ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمْ الْقَاضِي، وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ ....

القاسم استئجارًا فاسدًا فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟

وكذلك إذا أمروا قسامًا فقسم ولم يذكروا أجرة، وقلنا له أجرة المثل، ويطرد هذا الخلاف في قسمة الإجبار إذا أمر القاضي قسامًا فقسم.

تَنْبِيهٌ: للمسألة حالان:

إحداهما: أن يستأجره الشركاء بعقد واحد بأجرة مطلقة فيستحقها عليهم، فإن استأجروا اثنين استحقا المسمى الصحيح، وهل يقتسماه نصفين اعتبارًا بالعدد أو على قدر أجرة مثليهما اعتبارًا بالعمل؟ فيه وجهان، وإن استحقا أجرة المثل لفساد المسمى أو غيره فلكل أجرة مثله قطعًا قاله الْمَاوَرْدِي.

الثانية: أن يكون الحاكم قد أمر بالقسمة ولم يسم للقسام شيئًا، قالا في «الْبَحْر» و«الْحَاوِي» فله أجرة المثل، وإن كان المقسومون دعوه إليها فأوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشَّافِعِي أنه لا أجرة له، وذكرا الأوجه الثلاثة المشهورة فيما إذا لم يسم المستصنع للصانع أجرة أصلًا ولا عرض له بها، وقد قدمنا فيها وجوهًا خمسةً أو ستة، وأشار الرَّافِعِي هنا إلى جريانه.

وفي «حلية» الرُّويَانِي هنا أن غير المرتزق يستحق عليهم الأجرة في مسألتنا في أصح القولين للعادة، وكلام جماعة يفهم أن منصوب الحاكم غير المرتزق يستحق عليهم الأجرة، وإن سألوه القسمة بأنفسهم.

قال: (**ثُمَّ مَا عَظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَزَوْجَيْ خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشُّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمْ الْقَاضِي، وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنْفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ**) عبارته تفهم أو توهم أن يمنعهم من كسر السيف، وليس كذلك على ما جزما به.

وعبارة «المحرر»: أما ما يعظم الضرر في قسمته كزوجي الخف وكالجوهر النفيس بكسر، والثوب الرفيع بقطع، فإن طلب أحد الشريكين أو

الشركاء قسمته فلا يجاب إليها، ولو التمسوا جميعًا من القاضي قسمته لم يجبهم إليها أيضًا لكن لا يمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم إذا لم تبطل المنفعة بالكلية كالسيف بكسر، أي: فلا يمنعهم من كسره؛ لأن منفعته لا تبطل بالكلية، وكذلك كل ما لا تبطل منفعته بالكلية بالكسر، فحذف «المنهاج» لفظة: (بالكلية) ليس بجيد.

وعبارة الرَّافِعِي: وإن تراضوا بالقسمة في مثل ذلك والتمسوها من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية لم يجبهم ويمنعهم أن يقتسموا بأنفسهم أيضًا؛ لأنه سفه، وإن كانت لا تبطل المنفعة بالكلية كالسيف بكسر فلا يجبهم في أصح الوجهين، لكن لا يمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم، وأحسن في «الرَّوْضَة» فقال: فإن بطلت المنفعة بالكلية لم يجبهم ويمنعهم، وإن نقصت كالسيف بكسر لم يجبهم على الأصح لكن لا يمنعهم لكن لا يمنعهم.

وقال ابن الرِّفْعَة في «كفايته»: وفي الرَّافِعِي أنهم إذا التمسوا قسمة ما فيه ضرر من القاضي، فإن كانت المنفعة تبطل بالكلية كالسيف بكسر فلا يجبهم في أصح الوجهين لكن لا يمنعهم، قال: في «الْبَحْر»: وهو اختيار القاضي الطبري، وهو ظاهر المذهب، انتهى.

فسقط عليه أو على الناسخ من قول الرَّافِعِي: أولًا بالكلية إلى قوله: ثانيًا بالكلية، وهو كذلك في نسخ منه، والصواب عنه ما سبق، وقضية كلام الدَّارِمِي: إنه يمنعهم من كسر السيف ونحوه حيث قال: وإن كان بينهم جوهرٌ أو لؤلؤٌ أو سيفٌ ونحو ذلك لم تجز القسمة مراضاة ولا إجبارًا.

ونحوه قول إبراهيم المروزي: وكذلك السيف والإناء الواحد تجوز قسمته؛ لأنه يضيع المال، وإن تراضيا والصحيح ما سبق وبه جزم المَاوَرْدِي، ومفهوم كلام «التَّنْبِيه» وغيره: إنه لا منع من القسمة بالتراضي، وإن تعطلت المنفعة بالكلية، والمنقول في «الْحَاوِي» وغيره امتناع قسمة الجوهرة، وكل ما يتلف بالقسمة وإن وجد التراضي المنهي عن إضاعة المال، قال المَاوَرْدِي: وإنه سفه يستحق به الحجر.

……

قلت: وجزم الشيخ إبراهيم المروزي وأنه لا يجوز قسمة الثوب الرقيق الذي تنقص قيمته بالقطع نقصًا متفاحشًا وإن تراضيا، ثم قال: وكذلك السيف إلى آخر كلامه السابق، وذلك أن يكون إنما يكون ذلك تضعيفًا للمال إذا لم يكن لهم في قسمته أغراضٌ صحيحة مقصودة بأن يريد كل واحد أن يكسوا أهله أو ولده بما يخصه منه وهو مما يكفيه أو يتمم به ثوبًا ناقصًا عنده من نوعه، وسبق في بيع ذراع منه كلام ينبغي مراجعته، ويشبه أن يلحق بالتلف بالكلية كسر الزجاج النفيس والخزف الصيني ونحوه، وكذا ما بقي له منفعة نافعة كالخزف الخسيس وأقداح الخشب والقصاع وحجر الرحى ونحوها، وأما كسر السيف فإن كان نفيسًا منعوا منه أو خسيسًا لثلمه أو رداءة حديده بحيث تتقارب قيمته مكسورًا أو غير مكسور فلا يمنعهم منه قطعًا ويجيبهم إلى قسمته كالكرباس الخسيس، ولهم في قسمته أغراض صحيحة كاتخاذه مدى ونحوها.

وأما الجوهر فإن كان عددًا يتصور قسمته بلا كسر فلا منع منه بالتراضي قطعًا، وأما إذا لم تتأت قسمته إلا بكسره كالواحدة فينظر إن كان لهم غرض صحيح في كسره لاستعماله في دواء أو كحل فلا منع منه كما لو كان لواحد وأراد كسره لذلك، وأما اللؤلؤ الصغار جدًا الذي لا يتفاوت أفراده تفاوتًا معتبرًا، بل النظر فيه إلى الوزن كالذهب فيجابون إلى قسمته وكذلك ما نقص نقصًا محتملًا فلا منع منه عند التراضي على المختار، وذلك كالثوب النفيس ومصراعي الباب وزوجي الخف والنعل ونحوها؛ لأنه يبقى له مالية معتبرة وقد يضم إليه مثله في الحال باستصناع أو شراء نعم؛ لا يجابون إلى قطع فرد الزوجين منه في الخف ونحوه، وأما مصراع الباب فإن كان يفصل من غير كسر فلا منع وإلا ففيه وقفة، ويشبه أن يفصل بين النفيس منه كالصندل فيمنع منه وبين الخسيس فلا؛ لأنه كالحطب وينبغي أن ينظر إلى القصد المعتبر لهم وعدمه هذا ما ظهر نقلًا وبحثًا.

وفي «الْحَاوِي»: إن الثوب الواحد إذا اختلفت قيمته لاختلاف نقوشه وألوانه يقسم اختيارًا لا إجبارًا، وإن تماثل ولم يختلف ولم تنقص قيمته بقطعه

وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ فِي الْأَصَحِّ،

ففي قسمته إجبارًا وجهان بناهما الْفُورَانِي على بيع ذراع منه، وفي «الْبَحْر»: إن قيمته إن نقصت بالقطع لم يجبر الممتنع وإلا فوجهان، وعن ابن سلمة أنه قال: يجوز بكل حال كذا ذكره ابن الرِّفْعَة، وهو مبني على أن الضرر المنظور إليه إنما هو نقص القيمة كما سيأتي.

قال: (**وَمَا يَبْطُلُ نَفْعُهُ الْمقصُودُ**) أي: منه.

(**كَحَمَّامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ لَا يُجَابُ طَالِبُ قِسْمَتِهِ**) أي: جبرًا.

(**فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الإمام.

وفي «الْبَسِيط»: إنه المذهب وبه جزم في «الإبانة» وشرط مع ذلك ألا تنقص القيمة أيضًا ووجه بالحديث المشهور: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»⁽¹⁾.

وفي ضبط الضرر المانع من الإضرار على القسمة وجوه:

أحدها: ما صححه المصنف وبسطه أنه إن أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، فإن كان المقسوم مزرعة أمكن الزراعة في كل حصة، أو دارًا أمكن السكن فيما يقسم قال الإمام، وإن كان بتحديد مرافق ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه آخر لعظم التفاوت بين أجناس المنافع.

وثانيها: إنه الذي يبقى منتفعًا به بعد القسمة بوجه، وقد يؤيده ما نقله الْبَنْدَنِيجِي عن النص أنه إذا كان ينتفع كل منهم بما يصير إليه أجبرهم.

وثالثها: إنه الذي لا تنقص قيمته نقصانًا فاحشًا بأن تكون قيمة الدار مائة فتعود بالقسمة قيمة كل نصف إلى ثلاثين.

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه أحمد (١/ ٣١٣، رقم ٢٨٦٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٤، رقم ٢٣٤١) قال البوصيري (٣/ ٤٨): هذا إسناد فيه جابر (يعني الجعفي) وقد اتهم. والطبراني (١١/ ٢٢٨، رقم ١١٥٧٦).
حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤، رقم ٢٣٤٠)، قال البوصيري (٣/ ٤٨): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع. والبيهقي (٦/ ١٥٦، رقم ١١٦٥٧).
حديث ثعلبة بن أبي مالك: أخرجه الطبراني (٢/ ٨٦، رقم ١٣٨٧).

فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ. أُجِيبَ، ....

قال الْبَنْدَنِيجِي: وهذا ما صار إليه عامة الأصحاب والشيخ ـ يعني شيخه أبا حامد الإسفراييني ـ وادعى الإمام أن العراقيين زيفوه.

وفي «الذَّخَائِر» بعد البسط: فتحرر في المسألة أربعة أوجه:

أحدها: يعتبر نقصان القيمة.

الثاني: نقصان المنفعة الأولى التي كان عليها.

الثالث: وجود نقص في قيمته أو منفعته فأيهما وجد كفى في المنع، قال: الشاسي، يعني في «الحلية»: وهو الأشبه.

الرابع: نقصان المنفعة على الجملة، انتهى.

وقضية إطلاقه وغيره تفهم أنه لا فرق بين نقص القيمة القليل والكبير، فإن صح كان مغايرًا لنقل الْبَنْدَنِيجِي، وفي «الوسيط» نقل وجه أن المعتبر أن تبقى تلك المنفعة من غير تضايق كالدار الضيقة وعرصة الأرض.

قال ابن الرِّفْعَة: وعليه ينطبق قول المَاوَرْدِي أن ظاهر مذهب الشَّافِعِي أن النقصان الذي يحصل به الضرر المانع من القسمة نقصان المنفعة، انتهى.

وكلامه يشعر بأن هذا وجه آخر سوى ما سبق وفيه نظر.

قال: (**فَإِنْ أَمْكَنَ جَعْلُهُ حَمَّامَيْنِ أُجِيبَ**) إذا أمكن جعل الحمام حمامين والطاحون طاحونين، وهكذا أجبر الممتنع هكذا جزما به تفريعًا على ما رجحاه.

قال الرَّافِعِي: فإن كان يحتاج إلى إحداث مستوقد أو بئر فوجهان: أحدهما: لا يجبر الممتنع لتعطل المنفعة إلى إحداث ما يحتاج إليه، وأشبههما: الإجبار لتيسر التدارك بأمر قريب.

قلت: إنما تيسر ذلك إذا كان ما يريد إحداث ذلك فيه يلي أرضًا له أو مواتًا، أما لو كان يلي وقفًا أو شارعًا أو ملكًا لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا، وحينئذ يجزم بنفي الإجبار ولانتفاء ما ذكره على أن في الطاحون والحمام آلات لا يمكن قسمتها كأحجار الطحن وآلاتها إذا كانت وترًا، وقدرة الماء فإنه لا يأتي قسمتها إلا بكسرها وذلك يذهب معظم قيمتها، وإن خص أحدهما

وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى، وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ.

به عظم الضرر على صاحبه، وقسمة الرد لا إجبار فيها فتأمله.

ولعل لأجل ما ذكرنا أطلق المَاوَرْدِي وغيره القول بأنه لا إجبار في قسمة الحمام من غير فصل بين كبير وصغير، وقال المَاوَرْدِي في موضع آخر: فإن قيل: هل تكون قسمة الإجبار في الحمامين المتماثلين على قياس الحيوان والثياب؟ قيل: خرج بعض أصحابنا بناء ذلك على وجهين كالحيوان والثياب، وفرق بين قسمة الدارين حيث لم يقع في إفرادهما إجبار ووقع في قسمة الحمامين إجبار بأن كل واحدة من الدارين يمكن قسمتها إجبارًا فلم يقع في إفرادهما إجبار والحمام الواحد لا يقع في قسمته إجبار فجاز أن يقع في إفرادهما بالقسمة إذا اجتمعا إجبار.

وقال: ابن سُرَيْج: لا يقع في قسم الحمامين إجبار كما لم يقع في قسم الواحد وفرق بين الحمامين والحيوان، فإن بناء الحمام يمنع من قسمة أرضه والحيوان أصل في نفسه، انتهى.

واقتضى كلام الرَّافِعِي وغيره الإجبار على قسمة البئر وبه صرح غيره حيث اتسعت وجُعلت بئران. وعن «المهذب» وغيره يلزم قسمته وبه جزم المَاوَرْدِي، ويؤيد ما قدمناه قول «روضة الحكام» أنهما لو اقتسما دارًا فلم يكن لأحدهما طريق ولم يقدر على طريق قال: أصحابنا لا تصح القسمة، وإن كان له حائط يقدر على فتح باب داره فيه جازت القسمة.

وقال: بعضهم: هذا إذا قلنا القسمة بيع، وقلنا لا يجوز بيع دار لا ممر لها فأما إذا قلنا القسمة إفراز حق جاز، انتهى.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لَهُ عُشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى، وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعُشْرِ بِطَلَبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ**) إذا ضرت القسمة أحدهما دون الآخر وفيه صورتان:

الأولى: أن يطلب صاحب الأكثر القسمة؛ لأنه ينتفع بسكن ما يحصل له،

....

إما لاتساعه أو لضيقه، ومجاورته لملكه بحيث إذا أضيف إليه انتفع بهما جميعًا، ولم يوجد لصاحبه مثل ذلك، ففيه طريقان:

أحدهما: وعليها اقتصر في «التَّنْبِيه» والرافعي وأكثر المراوزة في إجابته وجهان أصحهما: إجابته، وهو كما قال: في «الْبَحْر» المنصوص، والثاني: المنع لما فيه من إضرار صاحب العشر مثلًا.

والثاني: القطع بالأول، ونسب إلى العراقيين، وهي الجواب في «تعليقي» القاضيين أبي الطيب والبندنيجي.

وفي «الشامل» و«المهذب» وغيرها قالوا: لأنه طلب حقًّا له ينتفع به؛ فوجبت إجابته، وإن أضر ذلك بصاحبه كما يطالب الغريم بدينه، وإن لم يملك غيره ويتضرر بدفعه إليه.

والثانية: أن يطلب القسمة صاحب العشر مثلًا وحاله كما بيناه، فطريقان أيضًا:

أحدهما وأشهرهما كما قال الإمام: القطع بمنع إجابته؛ لأنه مضيع لماله ومتعنت، وبها أجاب في «التَّنْبِيه» وجمع من المراوزة فنسبت إليهم.

والثاني: وهي ما أورده معظم العراقيين فيه وجهان: المذهب منهما المنع، قال الإمام: إجراؤهما في حق صاحب القليل من جهة أن يقول: إن أبطل حقي وأنت لا تتضرّر ضررًا معتبرًا فما عليك فأجبني ولا تشقق علي فإني مطلق التصرف في حصتي، وهذه الطريقة لا بأس بها والأشهر الأولى، انتهى.

وفي تعليلهم المنع بأنه مضيع لماله ومتعنت ما يفهم بأنه إذا لم يكن له غرض صحيح بأن يضم ذلك إلى ملك له يجاوره أو لا يكون كذلك ولكنه ينتفع بنقص نصيبه بأن يبني به أو يبيعه لنفاسته، وعدم نقص له بال يقع في قيمته أنه يجاب لفقد العلة المذكورة إشارة قيد قوله دون عكسه لما أشرنا إليه.

فَرْعٌ: فرعوا في حال كون الضرر على الممتنع أنه لو كان بين أربعة أرض أو دار ونحوها لواحد نصفها ولكل واحد من الباقين السدس، ولا ضرر في

وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِيٍّ وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الْأَبْنِيَةِ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ فَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ ....

قسمتها نصفين وفي قسمتها أسداسًا بمن له سدس وطلب صاحب النصف القسمة أن الثلاثة بالخيار بين أن يفرد لهم النصف مشاعًا، وبين أن يفرد لكل واحد سهمه.

قالوا: وهذا معنى قول الشَّافِعِي: وأقول لمن كره القسمة لقلة حصصهم: إن شئتم جميعًا حقوقكم وكانت مشاعة بينكم، وإذا رضوا بقسمتها نصفين ثم أراد واحد من الثلاثة إفراز نصيبه لم يجب إليه؛ لأن هذه القسمة ضررها يلحق الجميع، ولو طلب الثلاثة من صاحب النصف أن يقاسمهم فترك لهم نصفًا مشاعًا ويأخذ النصف أجيبوا قاله الإمام والروياني وغيرهما، ولو كان الملك بين عشرة فطلب خمسة منهم القسمة ليكون النصف بينهم يجابون، وقس على هذا.

فَرْعٌ: إذا قلت الأرض لم تقسم وإن كانت تنقسم وطلباها قسمت، وإن طلباها وكانا ينتفعان بما يحصل لهما أجير الممتنع، وكذا إن كان الممتنع ينتفع وإن كانا لا ينتفعان بما يحصل لهما لقلته لم يقسم وإن تراضيا، انتهى.

وقوله: وكذا إن كان الممتنع ينتفع، لعل صوابه لا ينتفع فأغفل ناقل لفظة: (لا).

قال: (**وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرَرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٌ: أَحَدُهَا بِالْأَجْزَاءِ كَمِثْلِيٍّ**) وقد فسره في كتاب الغصب، ويشترط في الحبوب كونها سليمة والنقد كونه خالصًا، فإن الحبوب المعيبة معدودة من المتقومات وكذلك النقد المغشوش، ويظهر أثر ذلك فيما إذا جعلنا القسمة بيعًا وفي حكم المثلى الثوب الغليظ الذي لا تنقص قيمته بالقطع، وكذا كل متساوي الأجزاء حتى اللبن المسبوك في قالبٍ واحد لا متفاوت الأشكال لتفاوت القوالب ففيه الخلاف الآتي في قسمة التعديل، وهذا النوع يسمى قسمة المتشابهات.

قال: (**وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الْأَبْنِيَةِ، وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ**) أي: وما في معناهما.

(**فَيُجْبَرُ الْمُمتَنِعُ**) أي: سواء تساوت السهام أم لا لينتفع الطالب بماله على

فَتُعَدَّلُ السِّهَامُ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ ذَرْعًا بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ، وَيُكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمَ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءًا مُمَيَّزًا بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُهَا مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءَ ....

الكمال ويتخلص من سوء المشاركة، وعن ابن هريرة: «إنه لا إجبار في المتفاوتة» وأحسب قوله في غير المثلى.

قال: (**فَتُعَدَّلُ السِّهَامُ كَيْلًا**) أي: في المكيل (**أَوْ وَزْنًا**) أي: في الموزون.

(**أَوْ ذَرْعًا**) أي: في المزروع كالأرض المتساوية.

(**بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ**) أي: كما لو كانت بين ثلاثة أثلاث فجعل ثلاثة أجزاء متساوية.

قال: (**وَيُكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ**) أي: وتؤخذ ثلاث رقاع متساوية، ويكتب في كل رقعة.

(**اسْمَ شَرِيكٍ أَوْ جُزْءًا مُمَيَّزًا بِحَدٍّ أَوْ جِهَةٍ**) أي: أو غيرهما كما قالاه.

(**وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ مُسْتَوِيَةٍ**) أي: وزنًا وشكلًا من طين مجفف أو شمع، ويجعل في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج فإن كان صبيًا أو أعجميًا كان أولى، وإنما ذكروا تسوية البنادق؛ لأنه لو اختلف قدرها لسبقت الكبيرة إلى اليد فيجرح، وفيه ترجيح لصاحبها، وهذه التسوية من طريق الوجوب أو الاحتياط فيه تردد للشيخ أبي محمد واختار الإمام الثاني، وبه جزم الغزالي، وسيأتي في باب الإقراع زيادة إيضاح في ذلك.

قال: (**ثُمَّ يُخْرِجُهَا مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا**) كذا قال: بضمير مؤنث مفرد.

وعبارة «الرَّوْضَة» وأصلها ما قدمناه قيل: فكان ينبغي أن يقول: من لم يحضرهما قلت: وكان مراده من لم يحضر هذه الأمور إلا الكتابة.

وعبارة «المحرر»: من لم يحضر ذلك وهي أحسن، وما أحسن قول «الْبَسِيط»: ثم يطرح في حجر من لم يشهد تفصيل الأمر ليكون أبعد عن الميل، وهذا التفصيل احتياط وليس باشتراط، والغرض ألا يصدر التعيين عن معرفة.

قال: (**رُقْعَةً عَلَى الجزءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءَ**) أي: في الرقاع.

فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ، أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ، فَإِنِ اخْتَلَفَتِ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزِّئَتِ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَرِزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ.

(فَيُعْطِي مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ) ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يلي الأول فمن خرج اسمه من الآخرين أخذه، وتعين الثالث للثالث، وقس بهذا المثال.

قال: **(أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ)** أي: وإن كتب في الرقاع أسماء الأجزاء أخرج رقعة باسم زيد ثم أخرى باسم عمرو، ويتعين الجزء الثالث للثالث ويتعين من يبدأ به من الأجزاء أو الشركاء منوطًا بنظر القسام فيقضي أولًا على أي طرف شاء ويسمى أي شريك شاء.

قلت: ويتخيل أنه يفرغ للتسمية أولًا ولا سيما لو قال: واحد منهم: ابدأ باسمي.

قال: **(فَإِنِ اخْتَلَفَتِ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزِّئَتِ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ وَقُسِّمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَرِزُ عَنْ تَفْرِيقِ حِصَّةِ وَاحِدٍ)** قيل: قوله كما سبق يعطي أنه يكتب اسم شريك أو جزء كما سبق، وذلك خلاف المذهب، فإنه قال في «الرَّوْضَة»: المذهب أنه لا يكتب عند اختلاف الأنصباء الأجزاء، بل يكتب أسماء الشركاء وجوبًا أو على الأولى.

قلت: هذا الاعتراض فاسد؛ لأنه إذا كان الأرجح أن الخلاف الآتي في الأولوية في الجواز صح التخيير، واستمر كلام «المنهاج» على الصحة.

قال الرَّافِعِي: ما حاصله بعد ذكره صورة الكتاب، وأنه يجعل الأجزاء ستة، ثم النص أنه يثبت أسماء الشركاء في رقاع ويخرج الرقاع على الأجزاء، وقال في العتق على رقعتين رق وعلى رقعة حرية، ويخرج أسماء العبيد ولم يقل: يكتب أسماء العبيد فقيل: فيهما قولان: ففي قول: يخرج اسم الشركاء والعبيد، وفي قول: تثبت الأجزاء هنا والرق والحرية هناك، وعامتهم فرقوا وقالوا: سلك في العتق ما شاء من الطريقتين، وهاهنا لا يثبت الأجزاء على الرقاع؛ لأنها لو أثبتها وأخرج الرقاع على الأسماء ربما خرج لصاحب

……

السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق ملك أحد صاحبيه، وأيضًا ففي «المهذب» أي: وغيره أنا لو فعلنا ذلك ربما يخرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول: أخذه وسهمين قبله، ويقول الآخران: بل خذه وسهمين بعده فيفضي إلى التنازع، وهذا الخلاف في الجواز أو الأولوية عبارة كثيرين من شيوخنا يشعر بالأول، وذكر طائفة منهم الإمام والغزالي أنه في الأولوية وهو الأولى، أي: لأن كل مسلك أفضى إلى المقصود أجزأ، وحصل به الغرض.

قال: وسنوضح ما يحترز به عن تفريق الملك، وذكر ما سقته في «الْغُنْيَة» بطوله ثم قال: ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع وتكتب في إحداها الأول والثاني والثالث والرابع، وفي الثانية الثاني والثالث والرابع والخامس، وفي الثالثة الثالث والرابع والخامس والسادس، وتخرجها على سهامهم.

فإن خرجت الأولى أولًا لزيد ـ يعني صاحب النصف ـ والثانية أو الثالثة لعمرو ـ يعني صاحب الثلث ـ فلزيد الأول الأول والثاني والثالث، ولعمرو الرابع والخامس، والآخر السادس، وكذا الحكم لو خرجت الثالثة أولًا لعمرو فيعطى الرابع والخامس ويتعين السادس للثالث، والثلاثة الأولى لزيد.

وإن خرجت الأولى لزيد ثم الثانية أو الثالثة للثالث فلزيد الأول والثاني والثالث، وللثالث الرابع ولعمرو الخامس والسادس، وإن خرجت الثانية لزيد أولًا فله الثاني والثالث والرابع، ويتعين الأول للثالث والخامس والسادس لعمرو.

وكذا لو خرجت الأولى للثالث والثانية لزيد ولو خرجت الأولى لعمرو أو الثانية لزيد فلعمرو الأول والثاني ولزيد الثالث والرابع والخامس ويتعين السادس للثالث ولزيد الثلاثة الأخيرة، وإن خرجت الأولى للثالث ثم الثانية لعمرو ثم الثالثة لزيد فللثالث الأول ولعمرو الثاني والثالث ولزيد الثلاثة الأخيرة، وفي قوله ثم الثالثة لزيد تجوز.

قال: وضابط هذه الطريقة أن يعطي من خرجت رقعة باسمه قدر حقه مما

....

فيها الأول فالأول، وإن تعذر فما بعد الأول الأقرب فالأقرب، والغرض يحصل بإخراج رقعة واحدة وقد يحتاج إلى رقعتين وهو الآخر غلب، انتهى.

وحذفت «الرَّوْضَة» قوله: ولك أن تقتصر على ثلاث رقاع... إلى آخره.

تنبيهات: كيفية إدراج الرقاع وإخراجها لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي كذلك في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق يجوز بالأقلام والعصا والحصى ونحوها.

قال ابن الرِّفْعَة كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أنه لا فرق في الأرض والدور والثوب بين أن تتساوى الأجزاء في ذلك أو تختلف وتعدل بالقيمة، وهو ما أورده الْبَنْدَنِيجِي وغيره وفي «الْحَاوِي» وساق ما سبق عنه وعن غيره في الثوب.

وقال الإمام: أطلق الأصحاب قسمة الدور وأجروا فيها الإجبار كما في العرضان وفيه نظر، فإن الدار تشتمل على أبنية وسقف وبيوت وأروقة، وهي ذوات أشكال مختلفة والأغراض في السكون تتفاوت تفاوتًا بيِّنًا أزيد من الأغراض المفروضة في العبيد، وقد أجرى الخلاف في الإجبار على قسمتها فكيف يطلق الوفاق على قسمة الدور مع ما وصفناه؟

فالوجه أن يقال: إن استوت الأبنية، وكان في شرقي الدار صفة وبيت، وكذلك في غربها ويتأتى التعديل بتبعيض العرصة، وتشتمل كل حصة على ما تشتمل عليه الأخرى فيجوز أن يقال: يجري الإجبار على مثل هذه القسمة، فأما إذا اختلفت أشكال الأبنية فيتعين عندي قطعًا تخريج الخلاف المذكور في قسمة النقل والتعديل في إجراء القسمة فيها لما أشرت إليه من تفاوت الأغراض واختلاف المنافع، وهذا ما أورده في «الوسيط» و«الوجيز».

وحكي عن الأصحاب أنهم قالوا: إذا اختلفت قيمة العرصة لقرب بعضها من الماء بحيث يكون الثلث بالمساحة نصفها بالقيمة أنه يجبر على قسمتها كذلك، ولم يخرجوه على الخلاف وفي «المهذب» و«الْحَاوِي» و«الْبَحْر» حكاية قولين في الإجبار على هذه القسمة، وصحح الْبَغَوِي المنع.

....

وقال القاضي الحسين: إنه المذهب أما إذا أمكن قسمة الأكثر قيمة والأقل قيمة بأن كان الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها وإذا قسمت بينهما نصفين صار لكل منهما مثل ما لصاحبه من الجيد فيدخلها الإجبار، أي: قطعًا، انتهى.

وفي «الْبَسِيطِ»: فإن قيل: قطع الأصحاب القول بالإجبار على قسمة الدور وأبنيتها مختلفة والعمارة فيها تتفاوت، وذلك يزيد على ما بين العبيد والحيوانات من التفاوت، قلنا: لعلهم أرادوا بذلك، وذكر ما سبق عن إمامه من بيتين وصفتين وإمكان تبعيض العرصة فيجبر ولا يكون ذلك كدارين متماثلتين في سكة، فإن ذلك من قبيل التعديل، فأما إذا اختلفت الأبنية والأغراض فيجب القطع بتخريجه على الخلاف في التعديل وإلا فلا فرق، انتهى.

وذكر الرَّافِعِي ما معناه أن الأظهر جريان الخلاف في قسمة التعديل عند اختلاف أشكال الأبنية، وما رجحه راجح من حيث القياس، والذي يقتضيه إطلاق العراقيين وغيرهم القطع بالإجبار على قسمة الدار من غير نظر إلى اختلاف هيئات الأبنية كما أشار إليه في «الْبَسِيطِ» وما فرضه الإمام نادر يبعد حمل إطلاقهم عليه، بل صرح بعضهم بما يأباه نعم العراقيون جعلوا القسمة على ضربين:

قسمة إفراز: يجبر الممتنع عليها، وأدخلوا فيها قسمة المتماثلات والمتشابهات والدور وغيرها، وقطع قاطعون منهم بالإجبار على قسمة التعديل فلعل ما سبق طريقة المجبر قطعًا على قسمة التعديل، وحينئذ ينتظم في الدار المختلفة الأبنية طريقان: القطع بالإجبار، والثاني على القولين المشار إليهما.

والضرب الثاني: قسمة الرد: ولا إجبار فيها.

واعلم أنه قد يكون أحد جانبي الدار مع تماثل الجانبين في البناء والهيئة وغير ذلك أكثر قيمة بأن يكون مجاورًا لسوق بحيث يساوي ذلك الجانب أضعاف ما يساوي الآخر؛ لأنه يعمل حوانيت وعضائد أو غيرها فيرغب فيه

الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسْبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ، وَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ، ....

إرتاب الأموال لهذه الأغراض بأضعاف ما يرغب في الجانب الآخر، وحينئذ فيجري فيها الخلاف أيضًا، وحذفت «الرَّوْضَة» هنا جملة من كلام الرَّافِعِي وهو إخلال بين.

قال: (**الثَّانِي بِالتَّعْدِيلِ كَأَرْضٍ تَخْتَلِفُ قِيمَةُ أَجْزَائِهَا بِحَسْبِ قُوَّةِ إِنْبَاتٍ وَقُرْبِ مَاءٍ**) أي: وفي أن بعضها يسقى من النهر وبعضها بالنضح لارتقاء أو غيره، والباقي سقيًا أو عامرًا فيكون يليها لجودته بالقيمة مثل ثلثيها مثلًا فيجعل هذا سهمًا وهذا سهمًا إن كانت بينهما بالسوية.

قال: (**فَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْصِبَاءُ كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ**) فيجعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة.

قال: (**وَيُجْبَرُ الْممتَنِعُ عَلَيْهَا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: إلحاقًا للتساوي في الأجزاء، وهذا ما رجحه العراقيون وغيرهم والرافعي في «شرحه الصغير» وأشار إليه في «الكبير» والثاني: المنع لاختلاف الأغراض والمنافع وصححه الْبَغَوِي وغيره وسبق عن القاضي الحسين أنه قال: إنه المذهب فعلى الأول أجرة القسام توزع على المأخوذ قلة وكثرة لا تحسب الشركة في الأصل على أصح الوجهين في «الرَّوْضَة» وغيرها؛ لأن العمل في الكبير أكثر.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي: واعلم أن الخلاف في الإجبار كما أنه يجري فيما إذا اختلاف الأجزاء لاختلاف الصفات يجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس كالبستان الواحد الذي بعضه نخيل وبعضه كرم، والدار المبني بعضها بالآجر وبعضها بالخشب والطين.

ثم قال: مؤيدًا لترجيح العراقيين وغيرهم الإجبار: ولو لم يقل بذلك لامتنع الإجبار في البستان المشتمل على الأشجار المختلفة، وفي الدار المشتملة على الحيطان والأجذاع والأبواب وهو شأن البساتين والدور غالبًا، وينجز ذلك إلى ألا يثبت فيها الشفعة كالطاحونة والحمام، ومعلوم أنه بعيد

وَلَوْ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ، ....

وأنه يشبه أن يكون الخلاف في الإجبار مخصوصًا بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده وقسمة الرديء وحده.

قلت: هذا هو المنقول، قال: وإن لم يكن الخلاف مخصوصًا به فيشبه أن يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصًا به، فإن أمكن أن يقسم كل واحد منهما وحده فلا يجبر على قسمة التعديل كما لو كانا شريكين في أرضين يمكن قسمة كل واحدة منهما بالأجزاء لا يجري الإجبار على التعديل، انتهى.

وأخلت «الرَّوْضَة» ببعض كلامه، وعبارة «الشرح الصغير»: ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصًا بكذا أو يكون ترجيح قول الإجبار مخصوصًا به فإن أمكن وساق ما سبق.

قال: (**وَلَوْ اسْتَوَتْ قِيمَةُ دَارَيْنِ أَوْ حَانُوتَيْنِ**) أي: وما أشبه ذلك.

(**فَطَلَبَ جَعْلَ كُلٍّ لِوَاحِدٍ فَلَا إِجْبَارَ**) أي: سواء تجاورا الحانوتان والداران أم تباعدا لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية فيلحقان بالجنسين المختلفين، ولا فرق بين أن يكون أحدهما كبيرًا والآخر صغيرًا ينفذ إلى الدار ولا ينفذ لها حجرة أولًا، وحكى وجه أنه يجبر من غير فرق بين التجاوز والتباعد.

وفي «الإبانة»: إنه لو كان بينهما قطعتا أرض في قريتين أو محلين أو بستانين في موضعين مختلفين فدعا أحدهما إلى القسمة فهل يقسمان جبرًا بالقرعة أم لا؟

فيه وجهان **أحدهما**: نعم؛ لاتفاق الجنس والمنفعة. **والثاني**: لا؛ لاختلاف المحل والغرض.

وقال في «العمد»: ولو كان قطعتا أرض أو داران أو حديقتان متفرقتان في المحل إلا أنهما متساويتان من جهة الحاجة والصورة وسائر الوجوه فهل يقسمان جبرًا بالقرعة؟ فيه وجهان، انتهى.

وهذا الكلام قد يفهم أن الدارين والحانوتين المتلاصقين كالدار

والحانوت الواسعين فيجبر الممتنع جزمًا، والمشهور ما سبق.

قال المَاوَرْدِي: ولو تراضيا بذلك لم تكن قسمة وكانت بيعًا محضًا يبيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الأخرى فيكتب فيه كتاب ابتياع لا كتاب قسمة فيكون بيع مناقلة، انتهى.

فروع: أحدها: لو كان بينهما دكاكين متلاصقة لا يحتمل إحداها القسمة، ويقال: لها: عضائد، وطلب أحدهما قسمتها أعيانًا، ففي إجبار صاحبه وجهان:

أحدهما: لا.

وقال: الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب كالدور، وكما لو كانت.

قال الرَّافِعِي: وأصحهما على ما ذكر الرُّويَانِي وغيره: نعم؛ للحاجة وينزل منزلة الخان المشتمل على البيوت، كذا صورها أكثر ناقليها وهو قويم.

وفي «الرَّوْضَة»: وهو الصواب، وصور صاحب «المهذب» فيما إذا احتمل كل واحد منها القسمة، وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعيانًا، والآخر قسمة كل واحد منها يجاب الأول إلحاقًا لها بالدار المشتملة على البيوت، والثاني: لا إلحاقًا لها بالدور، انتهى.

وفي التصويب نظر، وقد صورها غير صاحب «المهذب» كذلك ولعلها مسألة أخرى وعبر في «المهذب» عن الدكاكين بالعضائد.

وعبارة «الْحَاوِي»: وإن كان بينهما عضائد متصلة أو دكاكين متضايقة، ولكل واحد منهما طريق، وفي قسمة كل واحد تضييق فأحد الوجهين: إنها كالدور المختلفة، فلا يقع الإجبار إلا في كل عضادة وفي كل دكان؛ لانفراد كل واحد بطريقه وسكناه، والثاني: إنها كالقرية تقسم جبرًا نصفين كالدار ذات البيوت.

الثاني: قال المَاوَرْدِي إذا كان بينهما قرية ذات مساكن فطلب أن تقسم جميع القرية وطلب الآخر أن يقسم كل مسكن منها قسمت القرية بينهما نصفين

……

لكل منهما نصفها بما اشتمل عليه من مساكنه؛ لأن القرية حاوية لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها، ولا يجوز أن يقع الإجبار في قسمة الدار على بيت منها كذلك القرية.

الثالث: لو كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمتها علوًا وسفلًا أجبر إلا عند الإمكان، وإن طلب جعل العلو لواحد والسفل لآخر لم يجبر عليه.

قال الرَّافِعِي: هكذا أطلقوه، وجهه بأن العلو تابع والسفل متبوع، وبأن العلو مع السفل كدارين متلاصقتين؛ لأن كل منهما يصلح اتخاذه مسكنًا، ويجوز أن يقال: إن لم تمكن القسمة سفلًا وعلوًا، فجعل السفل لواحد والعلو لآخر من جملة قسمة التعديل، وإن طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما ويترك العلو على الإشاعة لم يجبر صاحبه؛ لأنهما قد يقتسمان العلو بعد ذلك فيقع ما فرق نصيب هذا من السفل كذلك.

قلت: وأبدى ابن الرِّفْعَة في هذه الصورة الأخيرة احتمالًا ذكرته في «الْغُنْيَة».

وقال الدَّارِمِي: لا يجعل لأحدهما العلو والآخر السفل إلا بالتراضي إن كان علو مشتركًا فتراضوا جاز، وإن طلبوا الإجبار.

قال ابن خيران: يجوز، وقال: ابن القطان: لا يجوز، انتهى.

وكأن الصورة فيما إذا كان العلو مشتركًا فقط والسفل لأحدهما أو لآخر.

واعلم أن المسألة منصوصة في «المختصر» و«الأم» وعلل في «الأم» المنع.

في جعل العلو لواحد، والسفل لآخر بأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته وما فوقه من الهواء، فإذا أعطي هذا سفلًا لا هواء له وهذا علوًا لا سفل له فقد أعطي كل منهما على غير أصل ما يملك، أي: ووضع القسمة التمييز، وأجمع الأصحاب فيما أعلم على ذلك ولم يخرجوه على الخلاف في قسمة التعديل.

……

وقول الرَّافِعِي: ويجوز أن يقال: إلى آخره، فيه نظر؛ لأن قسمة التعديل في غير هذه الصورة تقطع العلق بينهما واعتراض أحدهما على الآخر، وهو المقصود الأعظم من القسمة، وهاهنا لو أخبرنا لم ينقطع العلق والاعتراضات بينهما بل لو أراد صاحب العلو البناء عليه لاعترضه صاحب السفل بِأَنَّ مَا تُحْدِثُهُ يُثْقِلُ بِنَائِي ويفسده، وَكَذَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَضَعَ عَلَى أَرْضِ الْعُلْوِ شَيْئًا ثَقِيلًا أَوْ يَتِّدِ فِيهِ وَتَدًا لَنَازَعَهُ، وَمَنَعَهُ وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ السُّفْلِ أَنْ يَحْفِرَ تَحْتَ بِنَائِهِ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ الآخرِ بِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ جِدَارَك الْحَامِلَ لِعُلْوِّي وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنْ الِاعْتِرَاضَاتِ وَفِيمَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِي رَمْزٌ إلَى الْفَرْقِ الرابع.

قال الرَّافِعِي: والْأَقْرِحَةُ إن تفرقت فكالدور، وإن تجاورت ففي «الشامل» أن أبا إسحاق نزلها منزلة القراح الواحد المختلف الأجزاء، وإن غيره قال: إنما تكون كالقراح الواحد إذا اتخذ الشرب والطريق، فإن تعدد فهي كما لو تفرقت، قال: وهذا أشبه بكلام الشَّافِعِي، انتهى.

وقال الْبَنْدَنِيجِي وأبو الطيب: إنه ظاهر قول الشَّافِعِي.

وفي «الْحَاوِي»: إن الأراضي المزروعة والمغروسة في حالة التجاور واتصال بعضها ببعض إن تماثلت في الثمن والمؤنة والمنفعة ضُم بعضها إلى بعض، وقسمت جبرًا كأراضي القرية التي تتصل جميعها ولا يتميز شيء منها وإن اختلفت أسماؤها.

وفي حال التجاور، واختلاف المنفعة بأن تكون بعضها زرعًا وبعضها شجرًا، أو في بعضها كرم وبعضها نخيل، أو تختلف في مؤنة بأن يكون بعضها يشرب سيحًا من نهر أو عين وبعضها يَشْرَبُ بِنَضْحٍ أَوْ غَرْبٍ أو يختلف في الثمن لنفاسة بعضها على بعض، فَقَدِ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ فِيهَا عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبَ: مَذْهَبُ الشَّافِعِي مِنْهَا: أنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ وَاقِعَةٌ عَلَى كُلِّ أرض مِنْهَا، وَلَا يُضَمُّ بَعْضُهَا إلَى بَعْضٍ إجبارًا مع اختلافها، انتهى ولم يذكر غير المذهب غيره.

....

وقال في «الذَّخَائِر» بعد ذكره كلام «الشامل» وغيره فتحرر من هذا في الأَقْرِحَة المتجاورة ثلاثة أوجه:

أحدها: إنها كالمتفرقة من غير تفصيل.

والثاني: إنها كالقراح الواحد.

والثالث: إن اتحد طريقها ومشربها فهي كالواحد وإلا فكالمتفرقة هذا إذا كانت الأرض بياضًا وهي متساوية الأجزاء، فإن اختلفت أجزاؤها في الجودة والرداءة والقوة والصلابة أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالنضح، أو في بعضها نخل وفي بعضها شجر أو بعضها بياض وبعضها فيه نخل أو شجر، فإن أمكن قسمة كل عين منها قسمة إقرار قسمت كذلك ولا إجبار أولًا فلا وجه لقسمتها إلا قسمة التعديل، فيكون على القولين، وإن أمكن قسمتها بهما جميعًا وطلب أحدهما قسمة الإقرار وطلب الآخر قسمة التعديل قسمت قسمة الإقرار إجبارًا على ما ذكرناه، انتهى.

وأورد ابن الرِّفْعَة كلام «الشامل» و«الْحَاوِي» مختصرًا، ثم قال: وعلى كل حال فلا فرق كما قاله القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ في الإجبار على قسمة كل قراح من الأرض بين أن يكون فارغًا أو ما فيه من الأشجار من نوع أو أنواع مختلف الأجناس كالكرم والنخل وغير ذلك، فيضم بعض ذلك إلى بعض ويعدل ويكون بمنزلة الثوب والأثواب والسقوف في دار واحدة.

وقال الرَّافِعِي: إن الخلاف في قسمة التعديل يجري فيما إذا كان البستان الواحد بعضه نخيل وبعضه كرم إلى آخره، وجريان الخلاف في البستان المشتمل على نخيل وكرم صرح به الْفُورَانِي في كتابيه والدارمي. ولفظه: ولا عنب مع نخيل فقيد بظاهره، وقيل: إذا كان في حائط واحد جاز؛ لأن القسمة للأرض، وكذلك لو كانت العمارة في بعض دون بعض قسم على الإجبار.

وفي «روضة الحكام»: إذا كان بينهما أجناس من المال أو أنواع على بعضها نخيل وعلى بعضها أشجار ويشرب بعضها بالسيح وبعضها بالنضح،

……

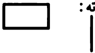
فأراد أحدهما أن يجعل لكل واحد جنسًا مفردًا لم يجبر صاحبه ويقسم كل جنس بانفراده كالدور المتفرقة فإن تراضيا جاز.

وقال ابن أبي هريرة: إن كان الجميع من بستان واحد مثل أن يكون النخيل في جانب والكرم في جانب، وكذا الخلاف في حائط واحد بجميع البعل والنضح والسيح، انتهى.

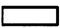
إشارة: قال الجوهري: القراح المزرعة التي ليس لها بناء ولا فيها شجر والجمع أقرحة، والماء القراح ما لا يشوبه شيء، وفي الحكم القراح من الأرضين [التي ليس فيها بناء ولم يختلط بها شجر بمنزلة الماء القراح والقراح من الأرض] كل قطعة على جبالها من منابت النخل وغير ذلك والجمع أقرحة.

وقال أبو حنيفة: القراح الأرض المخلصة للزرع أو الغراس، وفي «فقه اللغة» للثعالبي: لا يقال: قراح إلا إذا كانت مهيأة للزراعة وإلا فهي براح.

الخامس: لو كان بين ملكيهما عرضة حائط هدماه أو انهدم، أو كانت عرضة لم يبن فيها شيء وهي مشتركة بينهما فطلب أحدهما قسمتها بأن يجعل لكل واحد نصف الطول في كمال العرض صورته:



يجيب لإمكان انتفاعهما به بعد القسمة من غير صور، وإن طلب قسمته عرضًا فيكون لكل منهما نصف العرض في كمال الطول وصورته:



ففي إجابته وجهان:

قال أبو إسحاق: لا يجب صاحبه، وبه جزم الْبَغَوِي لامتناع القرعة؛ إذ قد يخرج لكل ما يلي [ملك] الآخر فلا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالتي فيها الرد. وقال ابن أبي هريرة: يجبر لإمكان انتفاع كل واحد بحصته، وصححه العراقيون وغيرهم، وفي صلح «الشامل» أنه ظاهر كلام الشَّافِعِي وأنه الصحيح وعليه فرعان:

أحدهما: لا حاجة إلى القرعة بل يجعل لكل واحد ما يلي ملكه جدارًا

مما قاله الأول قاله الْبَنْدَنِيجِي والماوردي والعمراني وجماعة.

والثاني: لو طلب أحدهما أن يقسم طولًا في كمال العرض، وطلب الآخر أن يقسم عرضًا في كمال الطول.

وقال ابن الرِّفْعَة: لم يجبر واحد منهما بل يتركا حتى يصطلحا كذا قاله ابن يونس وابن شداد، وفيما وقفت عليه من «الشامل» أنها تقسم عرضًا في كمال الطول ويحصل لكل واحد ما يلي ملكه بخلاف ما إذا قلنا لا يجبر على قسمتها عرضًا في كمال الطول فإنها تقسم، والحالة هذه طولًا [لا] في كمال العرض، انتهى.

فنقله عن ابن يونس وابن شداد صحيح رأيته في كتابهما كذلك، وقد أخذه من نسخ سقيمة، والذي رأيته فيه تفريعًا على الأصح فعلى هذا إذا قسم لم يقرع بينهما ويجعل لكل واحد مما يلي ملكه، وإن طلب أحدهما أن يقسم وذكر التصوير المتقدم أجيب من دعا إلى قسمة طولها في كمال عرضها، وإن قلنا يجبر من امتنع من قسمة عرضها في كمال طولها لم يجبر أحدهما بل يتركان حتى يصطلحا؛ لأن قول أحدهما ليس بأولى من الآخر، انتهى.

ومن هذه النسخة نقلا ما ذكراه تفريعًا على الأصح، والظاهر أن صواب الكلام وإن قلنا: لا يجبر إلى آخره فسقط لفظة: (لا) من ناقل أو غيره، وأما «الشامل» فرأيت في نسخة منه كما ذكره وفي نسخة، وإن قلنا: يجبر عليها، قال الشيخ الإمام: فينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته أجيب إلى دعواه، وذكر تفريع قول أبي إسحاق كما سبق وكذلك ذكره ابن شداد، وهذا عجيب.

السادس: قال الـمَاوَرْدِي وغيره: [إذا كانت الأرض مما تصح قسمتها بالتعديل وبالرد فدعا أحدهما إلى التعديل والآخر](١) إلى الرد، فإن أجبرنا على قسمة التعديل أجيب الداعي إليها وإلا وقف على تراضيهما بأحدهما.

السابع: قال الـمَاوَرْدِي: الأرض ضربان أحدهما: أن تكون متساوية

---

(١) في نسخة: (بالتعديل أجيب الداعي إليها وإلا إلى التعديل والآخر إلى الرد).

....

الأجزاء فتقسم جبرًا كما سبق، والثاني: أن تكون مختلفة الأجزاء بأن يكون بعضها عامرًا وبعضها خرابًا أو قويًا وضعيفًا أو في بعضها شجر بلا بناء وفي الباقي بناء بلا شجر، أو بعضها على سبيل ماء أو طريق سائل وبعضها ليس كذلك إلى ما جرى هذا المجرى فذلك ضربان:

أحدهما: إن تمكن تساوي الشريكين بالقسمة في جيدة ورديئة فهذه تقسم إجبارًا كمتساوية الأجزاء.

والثاني: ألا يمكن تساويهما في الجيد والرديء فهذا يكون على أربعة أضرب:

أحدها: أن يقسم بالتعديل بالقيمة على زيادة الزرع، وفيه القولان السابقان.

والثاني: أن يقسم قسمة ويدفع التساوي في الزرع وسيأتي بيانها.

والثالث: أن تقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ويبقى البناء والشجر بينهما مشتركًا فإن تنازعا في هذا فلا إجبار، وإن اتفقا عليه دخل في قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق، وقسمت بينهما جبرًا بالقرعة، وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار ووقفت على التراضي.

والرابع: أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه من البناء والشجر على الشركة ففي حكم هذه الأرض إذا تميّز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان: أحدهما: أن حكمها حكم أرض واحدة لا فضاء لها فعلى هذا لا يدخلها قسمة الإجبار في بياضها؛ لأنه لا يدخلها في شجرها وبنائها، والثاني: أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها فصارت باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقتين فتدخلها قسمة الإجبار في البياض كما لو انفرد ولا يدخلها قسمة الإجبار في البناء والشجر كما لو انفرد، انتهى.

والفرع وإن تكرر ففيه فوائد وقال في آخر الباب: وأما قسمة البناء والشجر دون أرضه فلا يجوز إجبارًا ويجوز اختيارًا، وفي إطلاقه نظر، ولعل الصورة فيما إذا اشتركوا في الأرض أيضًا لا مطلقًا.

أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ، أَوْ نَوْعَيْنِ فَلَا ....

الثامن: قال المَاوَرْدِي: وقسمة الدار المشتركة تكون على ما ذكرناه من الضروب الأربعة، فَإِذَا قُسِّمَتْ عَلَى إِجْبَارٍ أَوْ تَرَاضٍ، وَكَانَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنَ السَّهْمَيْنِ طَرِيقٌ مُفْرَدٌ يَخْتَصُّ بِهِ انْقَسَمَتِ الْقِيْمَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ إِلَّا أَنْ يُحَازَ مِنَ الْمِلْكِ مَا يَكُونُ طَرِيقًا لَهُمَا؛ وَجَبَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْمِلْكِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مَا يَكُونُ طَرِيقًا لَهُمَا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا ثُمَّ يُقَسَّمُ بَعْدَهُ مَا عَدَاهُ، فإن تنازعا في مقداره، فعند الشَّافِعِي يكون معتبرًا بما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج وما جرت العادة بحمل مثله عليها ولا تعتبر سعة الباب؛ لأنهما قد يختلفان في سعة الباب كما اختلفا في سعة الطريق؛ ولأن طريق الباب في العرف أوسع من الباب، انتهى.

التاسع: لو كان بينهما حائط وعرضه لهما فطلب أحدهما قسمته عرضًا في كمال الطول وامتنع الآخر لم يجبر على الصحيح، وقيل: يجبر ولا يقرع؛ بل يخص كل واحد بما عليه ولا نزاع في جواز هذه القسمة بالتراضي وللفرع تتمات ذكرتها في «الْغُنْيَةِ».

قال: (**أَوْ عَبِيدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أُجْبِرَ، أَوْ نَوْعَيْنِ فَلَا**) إذا اشتركا في عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب أو غيرها من الأواني والأمتعة وسائر العروض فإما أن تكون من نوع واحد أو لا تكون:

الحالة الأولى: إذا كانت من نوع واحد وأمكن التسوية بين الشريكين عددًا وقيمة كعبدين متساويي القيمة بين اثنين، وكثلاثة أعبد متساوية القيمة بين ثلاثة بالسوية وهكذا.

قال الرَّافِعِي: فظاهر المذهب، أي: والمنصوص وعليه أكثر أصحابنا ومنهم ابن سُرَيْج وأبو إسحاق: إنه يجبر على قسمتها أعيانًا، ويكتفى بالتساوي في القيمة بخلاف الدور لشدة اختلاف الأغراض فيها، وعن أبي علي ابن خيران وابن أبي هريرة: إنها كالدور، وحكى جماعة القطع بالإجبار في العبيد.

وحكاه في «الْبَحْر» عن نصِّ الشَّافِعِي في كتاب العتق لحديث تجزئة الستة

....

الذين عتقهم الأنصاري في مرضه وهو في «الصحيحين» ويخصص الخلاف بغيرهم وهو ما نسباه إلى الأصحاب؛ لكن المَاوَرْدِي والبندنيجي وصاحب «المهذب» والإمام وغيرهم حكوا الخلاف في الرقيق، وذكر الْبَنْدَنِيجِي أن ابن خيران قال: إنما فعل رسول الله ﷺ ذلك لمزية الحرية وفي مسألتنا لا مزية، انتهى.

أما إذا لم يمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد بين اثنين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة.

فإن قلنا: بالإجبار عند إمكان التسوية، قال الرَّافِعِي: فهاهنا قولان، وقال الإمام وغيره: وجهان ينظر في أحدهما إلى تعادل القيمة، وفي الثاني إلى اختلاف العدد وتفاوت الأغراض بذلك، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء لا كإفتاء الأعيان المتماثلة بالأرض المتشابهة الأجزاء.

قال ابن الرِّفْعَة: إن أراد الإلحاق في أصل إجراء الخلاف فنعم، وإن أراد أنه كهو من كل وجه فلا؛ لأن الصحيح عند العراقيين وبه جزم أكثرهم الإجبار ثم والمنع منه هاهنا إذا كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به، ويكون له مع ذلك ربع النفيس فهذا يترتب على الصورة السابقة إن قلنا لا إجبار ثم فهاهنا وجهان أو قولان والأصح المنع؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية هكذا أورده الرَّافِعِي.

الحالة الثانية: أن تكون الأعيان أنواعًا من جنس واحد كعبد تركي مع هندي وثوب حرير مع كتان أو قطن، أو كانت أجناسًا مختلفة كعبد وحنطة وشعير ودابة ونحوها فطلب أحدهما أن يقسم أنواعًا أو أجناسًا لم يجبر الآخر، وإنما يقسم كذلك بالتراضي، هذا ما جزم به العراقيون وهو ما أورده الجمهور وقطعوا به.

وفي «النهاية» وفروعها أنه لو كان بين الشركاء عبد وطاحون وحمام

الثَّالِثُ بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ، ....

وأمكن التعديل بجعل كل صنف بينهما ففي الإجبار وجهان أنه لو كان مرتبًا على ما إذا لم تختلف الأصناف وهذه الصورة أبعد عن الإجبار، ونسب الرَّافِعِي هذا الطريق إلى السرخسي عند اختلاف النوع، قال: وزاد الإمام والغزالي فأجريا الخلاف عند اختلاف الجنس والصحيح الأول.

قلت: وفي «الْحَاوِي»: إنه لو اختلف النوع نظر إن اختلفت منافعه كالضأن والمعز كاختلاف أجناسه، وإن لم تختلف منافع أجناسه كالحنطة العراقية والشامية نظر إن اختلفت قيمة أنواعه فكالجنسين تقسم على الانفراد وإن تماثلت قيمة أنواعه فوجهان: أحدهما: يغلب حكم الجنس يعني: الأصناف المتماثلة فيجوز أن يقع الإجبار في إفراد كل واحد بنوع، والثاني: أنه يغلب حكم النوع لامتيازه فيقسم كل نوع على انفراده وهذا أشبه، انتهى.

وعبر ابن الرِّفْعَة عن هذه الجملة، وفي «الْحَاوِي»: أنه لو اختلف النوع واتحدت القيمة فهل يكون كاختلاف الجنس أو اتحاد النوع؟ فيه وجهان، انتهى وليس باختصار وافٍ.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي: أجاز الشَّافِعِي قسمة الكلاب مع الغنم، كما أجاز الوصية بها فقيل: يجوز قسمتها إجبارًا قطعًا للنص عليه، وأنها بخروجها عن القيمة تصير كالمثليات، وقيل: تخريج الإجبار على قسمتها على الوجهين يعني: في العبيد والمواشي، قال: وجعل - يعني صاحب هذه الطريقة - النص دليلًا على أنه أصحهما يعني: الإجبار، ونسب ابن الرِّفْعَة هذا الجعل إلى المَاوَرْدِي وإنما حكاه عن غيره.

قال: (**الثَّالِثُ بِالرَّدِّ بِأَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِئْرٌ أَوْ شَجَرٌ**) أي: أو كان في الدار بيت.

(**لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ**) كما قاله «المحرر» وغيره.

(**فَيَرُدُّ مَنْ يَأْخُذُهُ قِسْطَ قِيمَتِهِ**) أي: بأن كل جانب يساوي ألفًا، وفي أحدهما

وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ، ....

بئر أو شجر أو بيت تساوي ألفًا فيرد آخذه خمسمائة، وعبارة الكتاب قلقة.

قال: **(وَلَا إِجْبَارَ فِيهِ)** أي: في هذا النوع؛ لأنه دخله ما لا شركة فيه كذا علله الرَّافِعِي، قال: وكذلك لو كان بينهما عبدان بالسوية وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين يستويان هذا هو المشهور.

وفي «أمالي» أبي الفرج: أن بعضهم خرج في الإجبار قولًا مأخوذًا من الخلاف فيما إذا كان بينهما عبدان قيمة واحد ألف والآخر ستمائة فطلب أحدهما ليخلص النفيس لأحدهما، وفي هذه الصورة طريقان: أحدهما: القطع بأنه لا إجبار، وثانيهما: أنه على الخلاف في قسمة التعديل؛ لكن إطلاق القول بالتخريج بعيد؛ لأنه لا رد في تلك الصورة قولًا يصرف بخلاف ما نحن فيه، ولو لم يكن رد وترك ما فيه الفصل على الإشاعة فالصورة كالصورة؛ ولذلك قال بعض المتلقين عن الإمام: لا يجري الإجبار في قدر الرد والميل في الثاني إلى المنع، فأشار إلى تخصيص الخلاف بما وراء قدر الرد، انتهى.

إشارات: في أصل «الرَّوْضَة» أن القول المخرج غلط ولم يقله الرَّافِعِي؛ بل استبعد إطلاقه، وحكى الْفُورَانِي في كتابيه أن القولين في صورة العبد المشار إليها ذكرهما الشَّافِعِي نصًا ونقلهما ابن الرِّفْعَة عن «الْبَحْر» وقال: إنه يظهر رجحان طريقة القولين، حكى الرَّافِعِي كما سبق طريقة بعدم الإجبار.

وحكى ابن الرِّفْعَة عنه أنه نقلها في الإجبار، وأيد بها ترجيحه طريقة القولين وهو سهو تبع فيه بعض النسخ السقيمة، فاعلم ما ذكره الرَّافِعِي عن إشارة بعض المتلقين عن الإمام من تخصيص الخلاف بما وراء قدر الرد والميل فيه إلى المنع ذكره غيره.

قال: الفارقي إثر قول «المهذب»: فإن كان في القسمة رد فهو بيع يريد أن القدر الذي وجد فيه الرد بيع وما عداه فعلى القولين يعني: التعديل إلا أنه لا يتميز ذلك وسيأتي إيضاحه، قال الرَّافِعِي: إذا حصل التراضي على قسمته

وَهُوَ بَيْعٌ، وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

الرد، فيجوز أن يتفقا على أن من يأخذ النفيس يرد ويجوز أن يحكم القرعة ليرد من خرج له النفيس.

قلت: في «الْحَاوِي» أنهما لو تراضيا بالقرعة فيها، ففي جواز الإقراع وجهان: **أحدهما**: لا يجوز؛ لأنه بيع وليس في البيع إقراع، والثاني: يجوز الإقراع تغليبًا لحكم القسمة واعتبارًا بالمراضاة فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم فلا خيار لهما بعد القرعة، وإن كان من قبلهما ثبت لهما خيار بعد القرعة، وفيه وجهان: أحدهما: أنه كَخِيَارِ الْعَيْبِ مُعْتَبَرٌ بِالْفَوْرِ، والثاني: أنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق، انتهى.

قال: (وَهُوَ بَيْعٌ) أي: هذا النوع وهو قسمة الرد بيع على المشهور في الطريقتين، وقيل: هي بيع في القدر المقابل المردود ويجيء فيما وراءه الخلاف في قسمة التعديل وعليه نزل الفارقي إطلاق «المهذب» كما تقدم، وفي «الْبَسِيط» و«النهاية» قطع الأصحاب بأنه بيع لا سيما على بدل مال جديد وذلك لا يجبر عليه، والوجه أن يقال: القدر الذي قابل العوض الجديد لا شك أنه بيع، والثاني: يبنى على الإجبار، وعلى هذا جرى صاحب «التَّرْغِيب».

قال: (وَكَذَا التَّعْدِيلُ عَلَى الْمَذْهَبِ)؛ لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها الإجبار للحاجة كما يبيع الحاكم مال المديون جبرًا، واعلم أن يعتبره بالمذهب هنا.

وفي «الرَّوْضَة» يقتضي ترجيح القطع بأنها بيع ولم يقله الرَّافِعِي.

وعبارة «المحرر»: على الأصح، وعبارة «الشرح»: فيها طريقان:

أحدهما: وهو قضية إيراد صاحب «المهذب» وأبي الحسن العبادي أنها على القولين في قسمة المتشابهات.

والثاني: القطع بأنها بيع وهو الأصح عند الغزالي، قال: ويشبه أن يكونا مبنيين على أن قسمة التعديل هل يجبر عليها؟

إن قلنا: نعم، ففيها القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيع، وهذا منه جنوح

وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ.

إلى طريقة القولين وهي ما أورده العراقيون، وخصص في «الوسيط» الطريقين بقولنا إن قسمة التعديل يجبر عليها، فإن لم يقل بالإجبار فهي بيع لا محالة.

وقال في «الْبَسِيط»: وأما قسمة التعديل فمنهم من قطع بأنه بيع وإن أجبرنا، ومنهم من قال: إن قلنا لا إجبار فهو بيع، وإن قلنا: يجبر فعلى القولين، ومنهم من قال: وإن قلنا لا يجبر فقولان.

قال: (**وَقِسْمَةُ الْأَجْزَاءِ إِفْرَازٌ فِي الْأَظْهَرِ**) عبارة «المحرر» وهذا ما ذكر أن الفتوى عليه كذا قاله في «العدة» وقال ابن أبي الدَّم: إنه الصحيح عند العراقيين، وصححه الغزالي في كتاب الرهن وفي «الخلاصة» هنا، وكذلك الجويني في «مختصره» وصاحب «المعتبر» وغيرهم.

قال الرَّافِعِي: ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تتفرع على القولين ثم المراد بالإقرار أنا نتبين أن ما حصل لكل واحد منهما هو الذي ملكه كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض، وإن لم تكن العين المقبوضة دينًا ولا يجعلها عوضًا عن الدين؛ إذ لو قدرنا ذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض عنه؛ ولأنها لو كانت بيعًا لما دخلها الجبر ولما تعين حق كل واحد منهما بالقرعة، وليثبت فيها الشفعة للشريك الثالث كما إذا تقاسم شريكاه حصتهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه كما سبق.

والقول الثاني: أنها بيع لنصيب أحدهما في الجانب الأيمن مثل نصيب الآخر في الجانب الأيسر؛ لأن كل حر مشترك بينهما فإذا أخذ أحدهما أحد الحزبين فقد ابتاع حق صاحبه منه بحقه من الآخر.

وهذا أصح عند صاحبي «التهذيب» و«الْكَافِي» وآخرين ومنهم الإمام والشيخ أبو علي، وفي باب الربا من «الْحَاوِي»: إنه الأشهر وفي زكاة الثمار من «الشامل» أن المزكي قال: إن القسمة بيع عنده يعني: عند الشَّافِعِي، وصححه الرَّافِعِي هناك.

وقال: ابن الصلاح في «فتاويه»: إنه الصحيح مطلقًا في كل حال وأجاب

....

مرجحوه عن الإجبار وعن دخول القرعة بأن ذلك جوز للحاجة بدليل بيع الحاكم مال المديون جبرًا للحاجة ولا يخرجه ذلك عن كونه بيعًا.

تنبيهات وفروع:

منها: في محل القولين طريقان: أحدهما: أنهما فيما إذا جرت بالإجبار فإن جرت عن تراضٍ فهي بيع لا محالة، والثاني: طردهما في الحالين.

ووقع في «الشرح الصغير» و«الرَّوْضَة» وبعض نسخ «الكبير» أن الْبَغَوِي قال: إن الطريق الأول أصح، وفي بعض نسخ «الكبير» أنه قال: الأصح الثاني وهو الصواب الموافق لما رأيته في نسخ «التهذيب» ولفظه: والصحيح أنه لا فرق بين أن تكون قسمتها بالتراضي أو بالجبر أنه على القولين، وقيل القولان فيما إذا اقتسما جبرًا فإن كان بالتراضي فلا خلاف أنه بيع، انتهى.

وقال في تطبيقه: ولا فرق بين أن تكون القسمة بالجبر أو بالتراضي فيكون فيه قولان، وقيل: إذا كان بالتراضي يكون بيعًا قولًا واحدًا، وفي حالة الجبر قولان. ونقل ابن الرِّفْعَة الترجيح عن «التهذيب» و«الْكَافِي» على الصواب وعن القاضي الحسين ترجيح طريقة التفصيل، والذي يدل عليه كلام الجمهور وتفاريعهم جريان القولين مطلقًا.

ومنها: اعلم أن القول بأن القسمة بيع لا يمكن إجراؤه على إطلاقه؛ لأن النصف المفروز لم يكن كله لصاحبه؛ بل ما يأخذه كان نصفه له ونصفه لصاحبه فالقسمة إفراز فيما كان له منه وبيع فيما كان لصاحبه، قاله الرَّافِعِي.

ومنها: قال الرَّافِعِي: إذا جعلنا القسمة بيعًا فاقتسما ربويًا وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة الرطب والعنب وما أثرت فيه النار وينعقد الإجراء، وإن جعلناها إفرازًا فالحكم بخلافه أي: فيجوز بكل ذلك، قاله في «الرَّوْضَة».

وفي «الْحَاوِي» هنا على قول البيع وتدخل القرعة في قسمته إجبارًا لا اختيارًا.

وقال: الْمحَامِلِيّ وغيره: ولا تجوز قسمة الطعام ولا غيره جزافًا أي:

....

على القولين جميعًا وإذا جعلناها بيعًا لم تجز قسمة الطعام المملوك وفي معناه المسوس، ولهذا عد من المتقومات وكذلك الفواكه الرطبة كما قيده المَاوَرْدِي وما لا يجوز بيع بعضه ببعض.

ومنها: إذا جعلناها بيعًا وتقاسما ربويًا يجوز بيع بعضه ببعض، قال المَاوَرْدِي في باب الربا: فلهذه القسمة خمسة شروط أوردتها في «الْغُنْيَّة» هنا مع فوائد يطول ذكرها فراجعها إن شئت.

ومنها: قال الرَّافِعِي: ولا تقسم الثمار على رؤوس الأشجار بالخرص وإن جعلناها بيعًا، كما لا تباع خرصًا وإن قلنا إفراز فإن كان ثمره غير النخل والكرم لم تقسم أيضًا؛ إذ الخرص لا يدخلها وإن كانت ثمره نخل أو كرم جازت القسمة خرصًا كما يجوز خرصها للفقراء، انتهى.

وقال المَاوَرْدِي هنا: وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب والفواكه الرطبة فإن قلنا القسمة إفراز حق؛ جازت إجبارًا واختيارًا بكيل أو وزن، وفي جوازها بالخرص في نخله وشجره قولان الجواز والبطلان، والأصح إطلاقهما أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار؛ [لأن المقصود بها التحقق المعدوم في الخرص بخلاف قسمة الاختيار] لأنها محمولة على التراضي هذا إذا قيل أنها إفراز فإن قيل إنها بيع لم يجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يبعها فلا يدخلها قسم إجبار ولا اختيار، انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن السبكي رحمه الله في باب الربا من تكملة «شرح المهذب»: قال الشَّافِعِي: كل ما لم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع فذكر الأصحاب لذلك فروعًا:

منها: لو كانت الثمرة على أصلها مشتركة بين رجلين واقتسماها خرصًا وقلنا القسمة بيع لم يصح، وإن قلنا إفرازًا فإن كانت الثمرة مما لا زكاة فيه لم يصح؛ لأن خرصه لا يجوز، وإن كانت مما فيه العشر كالرطب والعنب فإن كان قبل بدو الصلاح لم يجز، قاله الْمَحَامِلِيّ، وإن كان بعد بدو الصلاح

……

فقولان نقلوا عن نصه في الصرف الجواز؛ لأنه إذا جاز خرصه لمعرفة حق الفقراء جاز لتمييز أحد الحقين عن الآخر، ونقل الْمحَامِلِيّ عن نصه في سائر كتبه إنه لا يجوز وسكت غير الْمحَامِلِيّ عن التفصيل بين ما بعد بدو الصلاح وقبله، ثم ذكر الْبَغَوِي وغيره ثم قال: فخرج من ذلك ثلاثة طرق:

أحدها: صحة القسمة مطلقًا.

ثانيها: امتناعها مطلقًا وهو الصحيح.

ثالثها: إن جعلناها إفرازًا صح أو بيعًا فلا، انتهى. ويخرج من تفصيل المَاوَرْدِي طريقة رابعة، والله أعلم.

ومنها: أورد ابن الرِّفْعَة على قول الأصحاب هنا بامتناع القسمة إذا جعلناها بيعًا حكايتهم الخلاف في قسمة المكيل والموزون بين أهل السهمان وأرباب الأموال على وجه الأرض، وكذلك قسمة الأضحية ونحوها، وأجاب بأن الضرورة داعية إلى تلك المسائل بخلاف ما نحن فيه وفي «شرح المهذب» للمصنف في باب الأضحية.

قال أصحابنا: وإذا اشترك [جماعة] في بدنة أو بقرة وأرادوا القسمة فطريقان:

أحدهما: القطع بجوازها للضرورة، وهذا قول ابن العاص.

والثاني: وهو المذهب وبه قال جماهير الأصحاب أنه ينبني على أن القسمة بيع أو إفراز إن قلنا: إفراز وصححه جازت، وإلا فلا، ثم ذكر طرقًا مشهورة في تحصيل القسمة على هذا القول.

ومنها: إذا أراد قسمة الثمار ومنعنا على قولنا أنها بيع.

قال المَاوَرْدِي: فالوجه في ارتفاع الشركة بينهما أن يجعلاها حصتين متميزتين ثم يبيع أحدهما حقه من إحدى الحصتين على شريكه بدينار ويبتاع منه حقه من الحصة الأخرى بدينار، ثم يتقاضان فيكون هذا بيعًا يجري عليه أحكام البيوع.

....

ومنها: إذا قلنا: القسمة إفراز؛ قال المَاوَرْدِي: يجوز لأحدهما أن ينفرد بأخذ حصته من الثمار كالحبوب والأدهان بإذن شريكه بخلاف ما تختلف أجزاؤه كالثياب والحيوان؛ لأن ذلك يفتقر إلى اجتهاد فلم يجز لأحدهما أن ينفرد، وإن أذن الشريك، وبخلاف ما إذا قلنا القسمة بيع لا ينفرد أحدهما بإذن الشريك، ولو انفرد بأخذ نصيبه من المتماثل على قول الإفراز من غير إذن شريكه؛ قال المَاوَرْدِي: فوجهان: **أحدهما**: المنع للإشاعة فعلى هذا المأخوذ مشترك مضمون عليه.

والثاني: يجوز لأنه لو استأذنه لم يكن له منفعة.

قال الرُّويَانِي: والوجه الأول أصح عندي، قال: وإن قلنا القسمة بيع لم يجز أن ينفرد بحال لا بإذن ولا بغيره.

قلت: وأطلق غيرهما أنه إذا كان بينهما دراهم أو حنطة فليس لأحدهما أخذ نصيبه بدون إذن الآخر من غير بناء، ورأيت في «فتاوى» القَفَّال أنه لو كان بينهما حنطة مشتركة فأخذ نصيبه دون إذن صاحبه [ولم يكن صاحبه] يمتنع من مقاسمته لم يحل له ذلك فإن كان يمتنع منها حل له أخذه ولم ينبه على شيء، والظاهر أنه فرعه على قول الإفراز وأفتى المصنف وجماعة من قوم جمعوا دراهم لأمر واختلطت ثم أرادوا ردها إلى أصحابها أن لأحدهم أن يأخذ قدر حقه منها من غير رضا بقية الجماعة وخالفهم في ذلك الشيخ تاج الدين الفزاري رحم الله الجميع.

ومنها: بينهما أرض مزروعة ببذرهما فأرادا قسمة الأرض فقط جاز، ومن طلبها أجبر الآخر قطع به الأصحاب هنا، وأشار الرَّافِعِي إلى مجيء وجه فيه على قولنا القسمة بيع ولا فرق بين كون الزرع بذرًا بعد أو قصيلًا أو حبًّا مشتدًا؛ لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار.

قال المَاوَرْدِي: وهذا بخلاف البناء والشجر؛ لأن للزرع أمد بخلافهما وإن أرادا قسمة الأرض وما فيها قال الرَّافِعِي وغيره، فإن اشتد الحب أو كان

....

بذرًا بعد لم يجز أما على الإفراز فلأنه قسمة معلوم ومجهول وأما على قول البيع فلأجل الربا قال: وإن كان قصيلًا جاز؛ لأنه معلوم مشاهد، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنهما لو أرادا أن يقتسماها بزرعها الأخضر جاز على القولين ولا يحتاج إلى شرط القطع، وإن كان قد سنبل لم يصح كالنخل المثمرة؛ لأجل الربا وإن كان بذرًا لم ينبت بعد فهو كبيع الأرض المنذورة إن قلنا: إن القسمة بيع [وإن كان في الأرض كرات كمسألة النخل لأنه طعام، انتهى.

وقضيته أنا إذا قلنا: القسمة إفراز الجواز كما سيأتي عن «الْحَاوِي».

وفي «الشامل»] وإن كان قد خرج ولم يشتد جاز ويكون تبعًا للأرض فيجوز مطلقًا كبيعه معها مطلقًا، انتهى.

والمنقول في «الْحَاوِي» في هذه الحالة: إنه إن كان صار قصيلًا صح فيها قسمة الإجبار وكان الزرع تبعًا للأرض كالبناء والشجر لا يدخله قسمة الإجبار على انفراده ويدخله مع الأرض بيعًا، وإن كان الزرع بذرًا أو حبًا مشتدًا يدخله الربا، فإن قلنا: القسمة بيع لم يدخله إجبار ولا تراض خوف الربا وإن قلنا: إفراز صح فيه الإجبار والتراضي؛ لأن الزرع بيع للأرض، انتهى.

وإن أراد قسمة الزرع وحده قال الرَّافِعِي: فإن كان بذرًا بعد أو قد اشتد لم يجز وإن كان قصيلًا جاز، انتهى.

وفي «الشامل» إن كان حبًا لم يخرج أو صار حبًا مشتدًا لم يجز للجهالة، وإن كان قد خرج ولم يصر حبًا فالذي حكاه الشيخ أبو حامد أنه لا يجبر الممتنع على قسمته؛ لأنه لا يمكن تعديله وذكر القاضي يعني أبا الطيب أنه مبني على القولين.

إن قلنا: بيع لم يجز؛ لأنه لا يمكن إلا بشرط القطع، وإن قلنا: إفراز جاز، هذا أشبه لأنه إذا أمكن تعديله مع الأرض أمكن منفردًا وتابعه صاحبا «البيان» و«الذَّخَائِر» وزاد فقال: قول الشيخ أبي نصر: إنه إذا كان قد صار حبًا لم يجز؛ لأنه مجهول فيه نظر وينبغي أن يفصل فإن كان مما لا يستتر كالشعير جاز على

....

قول التمييز أو مما يستتر كالحنطة فعلى قولي بيع الحنطة في سنبلها إن جوزناه جاز هنا وإلا بطل في الزرع، وفي الأرض قولًا تفريق الصفقة إن دخلت في القسمة، انتهى وهذا ضعيف بل غلط وفي الفرع زيادة ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

ومنها: يجوز قسمة الحص ونحوه كيلًا ووزنًا على القولين، ولو اقتسما ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع صحت الإقالة وعاد الشيوع وإلا لغت الإقالة، كذا قاله الْبَغَوِي وجماعة وتبعهم الشيخان.

قال ابن الرِّفْعَة: وأطلق في «الْبَحْر» القول بأنهما إذا تقابلا عادت الإشاعة واتفقوا على أن أحدهما إذا وجد بما صار إليه عيبًا أن له فسخ القسمة صرح به المَاوَرْدِي والْبَغَوِي وغيرهما أي سواء قلنا إنها بيع أو إفراز.

ومنها: في «روضة شُرَيْح الرُّويَانِي» لو اقتسموا دورًا وقبض كل نصيبه ولم ير بعضهم ما حصل له، ثم رآه لمن لم ير فهو بالخيار في رد القسمة وإمضائها على قولنا بجواز خيار الرؤية، وقولنا: القسمة بيع وإن قلنا إفراز حق، قال: جدي: يجوز، وقيل لا يجوز للجهالة.

وفي «الْبَحْر»: لو قال: والله لا بعت شيئًا فقاسم، وقلنا: إنها بيع ففي حنثه وجهان، واقتضى إيراده ترجيح عدم الحنث وكأنه للعرف لكن في عدم حنثه في قسمة الرد توقف، وفي «الْبَحْر» أنهم لو أرادوا قسمة المأجور [فإن قلنا أنه بيع خرجت على القولين يعني في بيع المأجور].

وإن قلنا: إنها إفراز فإن لم يتضرر المستأجر صارت وإلا فلا، وسيأتي إن شاء الله تعالى زيادة تفريع على القولين بيع زيادات مهمة.

فَرْعٌ: قسمة الوقف عن الملك إذا قلنا: [إنها بيع لا يجوز].

وإن قلنا: إنها إفراز جازت، واختاره الرُّويَانِي والمصنف في زوائد «الرَّوْضَة» وقال المَاوَرْدِي: إن قلنا إنها إفراز جاز جبرًا وإن قلنا: بيع ففي الجواز قولان:

أحدهما: المنع مطلقًا تغليبًا للوقف.

……………………………………………………………

والثاني: عكسه تغليبًا للملك، انتهى.

قال المصنف بعد اختياره السابق: وهذا حيث لا رد لو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من المالك لم يجز ذكره في «المهذب» وغيره، انتهى.

قال في «الذَّخَائِر»: وهذا لا يجيء على قولنا القسمة التي فيها الرد يكون بيعًا؛ لأنها بوجود الرضا صارت جملتها بيعًا فيكون مضمونها بيع الوقف، وهذا لا يجوز وإنما يتخرج هذا على قول من قال: إن ما يقابل العوض المردود يكون بيعًا وما لا يقابله يكون إفرازًا، انتهى وهذا حسنٌ.

وتابعه عليه ابن شداد وسبق أن الفارقي ترك كلام «المهذب» في قسمة الرد على هذا التفصيل، فإن صح انتظم كلام «الذَّخَائِر».

وقال ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» وفي «المهذب» وتبعه في «المرشد»: إن قلنا القسمة بيع لم تصح أو إنها تميز الحقين نظرت، فإن لم يكن فيها رد صحت، وإن كان فيها رد فإن كان من أهل الوقف جاز؛ لأنهم يبتاعون الطلق، وإن كان من أهل الطلق لم يجز؛ لأنهم يبتاعون الوقف، قال: وفي هذا نظر من جهة اقتضائه أن القولين في أنها بيع أو تمييز جاز بأن قسمة الرد أيضًا، كما قلنا: إن كلام الْبَنْدَنِيجِي يفهمه وأن قسمة الرد يكون بيعًا في شيء دون شيء، وقدمنا عن العراقيين وغيرهم أن قسمة الرد بيع نعم هذا موافق لما قاله الإمام تفقهًا واستنباطًا من كلام الأصحاب، انتهى.

وسقت كلام الإمام بطوله في «الْغُنْيَة» وقال: إن التفصيل لا بد منه، قال: ولم يذكره إلا بعد أن رأينا في كلام الأئمة ما يدل عليه، وعليه اقتصر في «الوسيط» وقضية إيراده ما أبداه ابن الرِّفْعَة من قياس كلام الإمام فإنه قال: وأما قسمة الرد فبيع في القدر الذي يقابله العوض إلى آخره.

وقال أبو محمد المقدسي في أصل المسألة حيث لا رد إن كان المالك هو الطالب أجبر أهل الوقف على قول الإفراز، وإن طلب أهل الوقف لم يجابوا؛ لأنهم معتبرون للشيوع الذي توجه الوقف إليه، ولأن الظن الثاني قد لا يرى

....

القسمة مصلحة فيسعى في الرد إلى الإشاعة، قال: في «النهاية»: المحذور يعتبر شرط الواقف من الدين عليهم الوقف، انتهى.

وقال: ابن الصلاح بعد اختياره الصحة: ثم الظاهر أنها لا تلزم في حق البطن الثاني، انتهى.

لكن قد يتعذر على أهل البطن الثاني الإشاعة مع كون مصلحتهم ومصلحة الوقف فيها، فيكون قد تصرف الأولون عليهم بما يضر بهم وبالوقف في المستقبل، واعلم أن في صورة الرد شيء وهو أن ظاهر كلام «المهذب» وغيره أنه لا يحتاج أهل الوقف إلى إنشاء وقف أصلًا مع جعلهم مشاعين للطلق، ويجب أن يقال: يجب أن ينشئوا وقف الجزء المقابل بالرد وإلا فكيف يصير وقفًا [بمجرد] الابتياع.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي [وغيره]: وأما قسمة الوقف بين أربابه فلا يجوز على القولين؛ لأن فيها تغيير شرط الواقف، وقيل يجوز على قول الإفراز إذا قلنا الملك في الوقف موقوف عليه ليرغبوا في العمارة ولا تتواكلوا فلو انقرض البطن الأول وصار الوقف للبطن الثاني انفضت القسمة، انتهى.

وعبارة الإمام: وكان شيخي يقول: أبعد بعض الأصحاب فأجرى القسمة في الموقوف عند مسيس الحاجة والإشراف على الخراب وهذا بعيد لا أصل له.

وقال المَاوَرْدِي في كتاب الوقف: إن قلنا القسمة بيع لم يجز وإن قلنا إفراز حق نظر في القسمة فإن كانت فيما قد تميز حكمه عن الوقف لكون بعضه ملكًا وقفًا أو بعضًا وقف لزيد على سبيل وبعضه وقفًا لعمرو وعلي على سبيل صحت القسمة فيه وجازت لتميز حكم التبعيض، ثم إذا تمت القسمة فهي لازمة لأهل الوقف في الحال ولم يقضِ إليه، وإن كانت القسمة فيما جميعه وقف واحد على سبيل واحدة ففي جوازها وجهان:

أحدهما: لا يجوز إذا قلنا أن رقبة الوقف لا تملك.

والثاني: يجوز إذا قيل رقبة الوقف تملك ثم هي لازمة للمتقاسمين دون

وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ، وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ أُشْتُرِطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ، ....

من بعدهم من البطون، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة وهو قول الشيخ أبي محمد: وليس كما قال: لما سبق عن ولده الإمام، وبالأول جزم القاضي الحسين والماوردي والْبَغَوِي هنا؛ لأن حقوق أهله مقصورة على منافعه وهذا هو المذهب المشهور.

وقال الدَّارِمِي في كتاب الوقف: إذا كان وقفًا على نفسين فأراد قسمته، قال: ابن القطان: على القولين، وقيل: يجوز، وقيل: لا يجوز، وهذا الخلاف ثلاث طرق والجزم بالجواز غريب، وذكر الجوري في كتاب الوقف: إنه لو وقف رجلان أرضًا فأراد أحد الوقف قسمتها لم يجز؛ لأن الغلة بينهم بالسواء، فإن تراضوا بذلك جاز ما أقاموا على التراضي، فإن بدا لأحدهم رددنا قسمتهم وقسمنا بينهم على ما شرط لهم فإن أراد الواقفان أن يقتسما أرض الوقف جاز؛ لأنهما عقدان مختلفان ولكل منهما إفراد وقفه وملكه، انتهى.

ولعله مبني على قول بقاء ملك الواقف على الرقبة أو يكون مراده ما إذا اختلف سبيل الوقفين كما سبق عن «الْحَاوِي» ولهذا قال: إنهما عقدان مختلفان، وهذا فيما إذا جعلنا له النظر في الوقف لو شرطه لنفسه، وقول الرَّافِعِي أول الرفع لا يجوز على القولين؛ لأن فيه تغيير شرط الواقف قد يشعر بأن الكلام فيما إذا كانت القسمة تخرج إلى التمييز كدار واحدة أو بستان كما صور بعضهم المسألة فيهما أما لو لم يكن كذلك كما سبق في العضائد ونحوها، فيجوز وكذا لو كان الوقف دارين على اثنين وجوزنا إفراد كل بدار أو بشطر دور القرية سالمة كما سبق والأقرب أنه لا فرق لأن فيه يعتبر الوقف.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقُرْعَةِ**) أي: كما في الابتداء وقيل يلزم بخروج القرعة كالقسمة المجبر عليها والمذهب الأول.

قال: (**وَلَوْ تَرَاضَيَا بِقِسْمَةِ مَا لَا إِجْبَارَ فِيهِ أُشْتُرِطَ الرِّضَا بَعْدَ الْقُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ**) قال: الشيخ برهان الدين معترضًا على «المنهاج»: قسمة ما لا إجبار

فيه قسمة الرد فقط أما قسمة التعديل فجعل الأظهر فيها الإجبار، وقسمة المتشابهات قطع فيها بالإجبار فانحصر قوله: ما لا إجبار فيه في قسمة الرد وقد يقطع أولًا فيها باشتراط الرضا بعد القرعة [فكرر وناقض أما إنه كرر فإنه أعادها وأما إنه ناقض فلأنه قطع أولًا باشتراط الرضا] بعد القرعة، وقال: هنا في الأصح وليس كلامه مطابقًا لكلام «المحرر» فإنه قال: فيه: والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة فيه وجهان وهذا ما هنا، انتهى وناقشته في تعبيره بالأصح لما سيأتي.

ورأيت في نسخ بـ«المحرر» فيه قولان، وفيها تخبط أوجب ما وقع في «المنهاج» قال الرَّافِعِي: قسمة الإجبار لا يعتبر فيها الرضا لا عند إخراج القرعة ولا بعد خروجها، ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول؟ فيه قولان كالقولين فيما إذا حكما رجلًا فحكم بينهما، والذي يميل إليه كلام المعتبرين أنه يعتبر وذكروا أنه المنصوص وبه أجاب الشيخ أبو حامد فيما لو اقتسما، انتهى وهذا ما تضمنه «شرحه الصغير» و«المحرر» و«الرَّوْضَة». أعني اعتبار تكرر الرضا في قسمة الإجبار إذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما، ورأيت في بعض نسخ «الشرح الكبير» والذي يميل إليه كلام المعتبرين أنه لا يعتبر وذكروا أنه المنصوص ولفظه لا سبق قلم من ناقل، والذي تحرر أن قسمة الإجبار إن تولاها الحاكم أو منصوبه جبرًا لم يعتبر فيها التراضي مطلقًا، وإن حكَّم الشركاء رجلًا فقسم بينهم فطريقان:

إحداهما: القطع باعتبار الرضا بعد القرعة؛ لأنه لا بد في ابتدائها من التراضي فكذا في الانتهاء كقسمة الرد وأشهرها فيه قولان وقيل وجهان، وممن حكى الطريقتين شُرَيْح الرُّويَانِي واقتضى إيراده ترجيح الأولى حيث جزم بها، ثم قال: وقيل فيه قولان.

تنبيهان:

أحدهما: قول «المحرر»: والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر الرضا بعد خروج القرعة فيه وجهان وفي نسخ قولان يقتضي أنه لا

....

فرق بين أن يقتسموا بأنفسهم بلا قاسم أو ينصبوا حكمًا بينهم فيها أو وكيلًا فيها في جريان الخلاف، والذي أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: إنهم لو نصبوا وكيلًا عنهم فيها إنه لا بد من الرضا بعد القرعة جزمًا.

وقال ابن الرِّفْعَة عند كلام في دعوى الغلط في القسمة: إنه لا خلاف عند الأصحاب في ذلك وكذلك الحكم لو اقتسموا بأنفسهم صرح به الشيخ أبو حامد، وجزم به الإمام والغزالي وغيرهما، وهنا زيادات ذكرتها في «الْغُنْيَةِ» وسيأتي ما يقدح في دعواه الوفاق، وكان التجويز أن يقال: في «المنهاج» وأصله، ولو تراضوا بأنفسهم أو بوكيل عنهم بالقسمة التي يجبر عليها اعتبر الرضا بعد خروج القرعة على المذهب، وكذا لو نصبا فيها حكمًا على الأظهر كقسمة الرد الثاني قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه لا فرق على المذهب وهو اعتبار الرضا بعد خروج القرعة في قسمة الرد بين أن يتولى الشركاء ذلك بأنفسهم أو بمنصوب الحاكم أو بمنصوبهم وبه صرح الفارقي.

قال صاحبه ابن أبي عصرون: والمعنى فيه أن هذه القسمة حكمها البيع فلا يلزم إلا بالتراضي بخلاف قسمة الإجبار، وقال المَاوَرْدِي: لهما في قسمة الرد أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد أو بالعكس قسم بالمراضاة بعد تلفظهما بالتراضي؛ لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون لفظهما بالرضا جار مجرى البذل والقبول وهما خيار المجلس واشتراط خيار الثلاث.

والثاني: أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان، أو في طلب الأدنى ويتناقصان، ثم يستقر بينهما على أحد الأمرين قسم هذه القسمة بالمراضاة ويبطل بها ما تقدم من تقويم القاسم ثم الخيار كما تقدم.

والثالث: أن يتنازعا في طلب أخذ الأعلى أو بالعكس ولا يتراضيا فيه بقرعة فيقطع التنازع بينهما وتبقى الأرض على الشركة.

والرابع: أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة ففي جواز الاقتراع بينهما وجهان،

كَقَوْلِهِمَا رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ.

وجه المنع: إنه بيع وليس في البيوع إقراع، ووجه الجواز: تغليب حكم القسمة فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم فلا خيار لهما بعد القرعة، وإن كان من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار، وفيه وجهان: أحدهما: إنه كخيار العيب يعتبر بالفور، والثاني: إنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق، انتهى وهنا زيادات عن «الذَّخَائِر» وغيره ذكرتها في «الْغُنْيَة».

قال: (**كَقَوْلِهِمَا رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ، أَوْ بِمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ**) هذان مثالان لصيغة الرضا المعتبر بعد القرعة وعبارة «المحرر» وصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة إلى آخره، وقد يفهم أنه لا يكفي رضينا بهذا ونحوها.

وقال في «الشرح»: وإذا اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة فصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة أو بما جرى ولا يشترط لفظ البيع، وإن جعلنا القسمة بيعًا هذا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران بنيا على أن القسمة بيع:

أحدهما: إنه لا بد من لفظة البيع أو التمليك.

والثاني: إنه لا يكفي قولهما رضينا بما جرى أو بهذا بل لا بد من أن يتلفظا بالقسمة بأن يقولا تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة؛ ليؤدي معنى التمليك والتملك وما ذكر أنه الظاهر هو المذكور في «الْحَاوِي» وغيره، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب والغزالي إجماعهم عليه.

وفي «التهذيب» و«الْكَافِي»: أنه لا بد في قسمة الرد وقسمة التعديل من لفظ البيع أو التمليك وطرده في كل قسمة تفتقر إلى التراضي، وإذا قلنا به؛ قال: الْبَغَوِي: فيقول من اختار الأجود في قسمة الرد ليرد شيئًا اشتريت منك مالك فيما صار إلي بمالي فيما صار وبعشرة دنانير فيقول الآخر بعتك أو ملكتك، انتهى.

وفي «النهاية»: إنا إذا قلنا القسمة الجبرية بيع فلا يبعد أن يجبر كل واحد على أن يقول بعت مالي ونصيبك بمالك في نصيبي، ثم قال: وهذا لم يشترطه

وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٍ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ، ....

أحد من الأصحاب زاد في «الْبَسِيط» وإن كان ممكنًا، وقال الإمام في كلامه على دعوى الغلط إنهما لو علما في الابتداء بالتفاوت في المقسوم فالذي يقتضيه كلام الأصحاب صحة هذا وفيه غائلة، والوجه أن يقول إن قلنا القسمة إفراز فلا تصح القسمة إلا مع التعديل. وإن قلنا أنها بيع فيجوز أن تلزم بالرضا مع العلم ثم يتضح عندي اشتراط لفظ البيع هنا فإنا نقيم لفظ القسمة مقام لفظ البيع إذا جريت حقيقة القسمة وحقيقتها التعادل وهذا حسن لطيف، انتهى.

وتبعه في «الْبَسِيط» على هذا.

وقال في «الذَّخَائِر»: ولو تفاضلا وعلما تفاوتا في القسمة فقد قال الأصحاب: هو لازم، وقال الغزالي: وساق نحو كلام الإمام.

إشارة: ظاهر كلام الرَّافِعِي أن الصيغ السابقة كلها صرائح في الرضا، وقولهما رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة ظاهر وما عداهما يحتمل أنه كناية.

قال: (**وَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ غَلَطٍ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نُقِضَتْ**) إذا قسم قسام القاضي جبرًا، ثم ادعى أحد المتقاسمين غلطًا أو حيفًا نظر إن لم يتبين ما يزعم به الحيف أو الغلط لم يلتفت إليه، وإن بينته لم تمكن من تحليف القاسم كما لا يحلف القاضي إنه لم يظلم ولا الشاهد إنه لم يكذب لكن إن أقام بينة سمعت ونقضت القسمة كما لو أقامها على ظلم القاضي وكذب الشهود.

قال الشيخ أبو حامد وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا ويمتحنا ويعرفا الحال فيشهدا، وألحق السرخسي بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع ومستحبا ما أخذه فإذا هو سبعمائة، هذا ما ذكره الرَّافِعِي ووراءه كلمات الأولى.

قوله: القاسم لا يحلف كما لا يحلف القاضي إلى آخره، ليس بمحل وفاق، وسبق عن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف وعن القاضي الحسين في ذلك كلام فراجعه.

....

الثانية: قوله: كما لو قامت بينة على ظلم القاضي، سبق هناك أن بعضهم زيفه وأوله وأطلنا الكلام فيه في «الْغُنْيَة».

الثالثة: قوله: قال الشيخ أبو حامد وغيره وطريقه إلى آخره، يقتضي أنه لا يقبل الشهادة بالغلط إلا من عدلين ذكرين، وبه صرح الدَّارِمِي فقال: ولا يقبل إلا عدلان، ورأيت في «روضة الحكام» إذا اقتسما قسمة إجبار، فادعى أحدهما غلطًا في القسمة لم يقبل، قوله: لأن القاسم كالحاكم ويحلف المنكر، فإن شهد شاهدان من أهل العلم بالقسمة ينقضان في حق أحدهما نقضت القسمة، ثم ذكر دعوى الغلط في قسمة المراضاة كما سيأتي، ثم قال: والبينة على الغلط شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين؛ لأن ذلك كله مال، وقد قيل: لا يقبل إلا شاهدان ذكران، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: وإن طالب الشريك بإقامة البينة على أن القسمة الجارية عادلة اكتفاء بأن الظاهر الصواب، وذكر ابْن كَجٍّ عن الشيخ أبي الحسن عن ابن أبي هريرة حكاية قول أن عليه البينة إنها عادلة وإن مدعي الغلط لا يحتاج إلى بينة وإن أبا إسحاق فصل فقال: إن قال: مدعي الغلط أن القسام الذي قسم لا يحسن القسمة ولا يعرف المساحة والحساب فالأصل ما يقوله وعلى صاحبه البينة، وإن قال: إنه سها فعليه البينة، انتهى.

وظاهر كلامه أن هذا الخلاف والتفصيل في دعوى الغلط في قسمة الإجبار التي يتكلم فيها، وكذا فهمه ابن الرِّفْعَة و«الرَّوْضَة» وزاد فيها: والمذهب الأول، وظاهر كلام الدَّارِمِي أن المدعي يكلف البينة في دعوى الغلط في قسمة الإجبار لا محالة وهو ظاهر؛ لأن القسام هنا كالحاكم، وإنما كلام ابن أبي هريرة وأبي إسحاق فيما إذا اقتسما من غير حاكم، فإن قال: فإن ادعى بعضهم غلطًا كلف البينة، فإن جاء بها رد القسم ولا يقبل إلا عدلان.

ثم قال: إذا قسما من غير حاكم بناء على أن غير الحاكم يحكم، فإن قلنا: يرجعان فبسبب وغير سبب، وإن قلنا: ليس لهما فإن اتفقا على أنه غلط أو لا يحسن بطلت وإن ادعى أحدهما قال ابن أبي هريرة: لا يقبل.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ.

وقال المروزي: يقبل ويحلف أنه لا يحسن القسم، وإن ادعى ألا عدالة حلف خصمه وإن ادعى أحدهما الغلط لم يقبل إلا ببينة؛ إذا كان من جهة الحاكم فادعى أحدهما الغلط ولم يأت ببينة فقال: حلفوا خصمي لم يفعل، انتهى لفظه.

وفيه فوائد وعادته إذا قال: إذا من غير عطف بواو وكان ذاكرًا لمسألة أخرى ويمكن الجمع بين كلامه وكلام الرَّافِعِي، نعم عن ابن أبي هريرة عدم القبول غير ما سبق عنه.

قال: (**فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَادَّعَاهُ وَاحِدٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ شَرِيكِهِ**) أي: لاحتمال ما ذكره فإن نكل حلف المدعي ونقضت القسمة هذا ما أورده وهو المشهور ولكن في دعواه الغلط، وجزم الدَّارِمِي بأنه لا يحلف شريكه.

وقال شُرَيْح: إن لم تكن له بينة فهل يحلف الشريك المنكر؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحلف أنه لم يغلط، **والثاني**: لا يمين عليه كما لو حكم الحاكم لواحد على آخر لم يلزمه أن يحلف على أن المحكوم حق.

والظاهر أنه لو ادعى أنه يعلم أنه غلط أنه يحلف على الوجهين، وأما لو ادعى حيف القاسم جبرًا، فقضيته كلام الكتاب أنه يحلف ولم أره وفيه نظر، وهو كطلب المحكوم عليه يمين المحكوم له أن الحاكم له عليه بالحق أو لم يحف عليه، نعم؛ لو ادعى أنه يعلم أن القاسم حاف له عليه في القسم فهل يحلف كما لو ادعى أنه يعلم فسق شهوده أو كذبهم؟ وفيه وجهان:

أصحهما: التحليف فيه احتمال، والظاهر التسوية فيحلف هنا على الأصح وخذ من قول المصنف ولو ادعاه واحد أنهما لو تصادقا على الغلط أو الحيف نقضت لا محالة ولو حلف بعض الشركاء ونكل بعض، فحلف المدعي لنكولهم نقضت القسمة في حق الناكلين فقط، وقيل: ينقض في حق الكل بناء على أنها كالبينة وزيفه الإمام بأنها إنما تكون كالبينة في حق الناكل فقط، أما الحالف فقد رد يمين الرد عن نفسه.

وَلَوْ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى .

قُلْت: وَإِنْ قُلْنَا إفْرَازٌ نُقِضَتْ إنْ ثَبَتَ، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ، والله أَعْلَمُ.

فَرْعٌ: لو اعترف القسام بالغلط أو الحيف، فإن صدقه الشركاء نقضت القسمة، وإلا فلا، وعليه رد الأجرة.

قال: **الْبَغَوِي**: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف فإن صدقه المحكوم له استرد المال، وإلا فلا وعلى القاضي الغرم.

وقال **الدَّارِمِي**: إذا أقر القسام بغلطه وصدقاه نقض، وإن قال: أحدهما: لم يغلط ولم يبين غلطه للحاكم فهل يغرم القاسم لمن صدقه؟ على وجهين.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ، وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى، قُلْت: وَإِنْ قُلْنَا إفْرَازٌ نُقِضَتْ إنْ ثَبَتَ، وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) قال **الرَّافِعِي**: إذ جرت القسمة بالتراضي بأن نصبا قسامًا أو اقتسما بأنفسهما ثم ادعى أحدهما غلطًا، فإن لم يعتبر الرضا بعد خروج القرعة؛ فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة ففي «الوجيز»: أنه مبني على أن القسمة بيع أو إفراز حق.

إن قلنا إفرازًا فهو لا يتحقق مع التفاوت فتنتقض القسمة إن قامت عليه البينة ويحلف الخصم إن لم يقم، وإن قلنا بيع فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل.

وأظهرهما: أنه لا فائدة لهذه الدعوى ولا أثر للغلط، وإن تحقق كما لا أثر للعين في البيع والشراء، وبهذا أجاب أكثرهم وكأنهم اقتصروا على الجواب الأصح.

تنبيهات: قوله: (قسمة تراضٍ) يشمل قسمة الرد وغيرهما من الأنواع الثلاثة.

والحاصل أنا حيث قلنا: لا يعتبر الرضا بعد خروج القرعة فهو قسمة الحاكم جبرًا فلا تقبل دعوى الغلط إلا ببينة، فإن تعدت، ففي التحليف ما

....

سبق، وقيد ابن الرِّفْعَة الكلام في قسمة الرد بما إذا قسم قاسم الحاكم، والظاهر أنه ليس بقيد إذا قيل بمذهب الإصطخري، وإذا نصبا قاسمًا وقلنا لا يعتبر التراضي فهو كالحاكم لوقوع الجبر.

قال الإمام: وفيه نظر، فإن قاسم الحاكم مولى أو شاهد ومنصوبهم ليس في هذا المعنى والمسألة محتملة، قال ابن الرِّفْعَة: المسألة مصورة فيما إذا نصباه حكمًا وصححناه، وقال: إن حكمه يلزم نفسه، وحينئذٍ فهو كقاسم الحاكم، نعم ما ذكره يتجه أن لو كان الخلاف فيما لو نصباه وكيلًا، وليس فيها اختلاف في اعتبار الرضا بعد خروج القرعة، ولهذا قال القاضي أبو الطيب: لا تسمع الدعوى جزمًا كما لو تقاسما بأنفسهما وأشار إليه ابن الصباغ، انتهى.

وادعاؤه الوفاق ممنوع، وقد سبق في المسألة وجهان، ويخرجان من كلام الرَّافِعِي فيما إذا اقتسما بأنفسهما، ولا ينقدح فرق بين أن يقتسما بأنفسهما أو بوكيلهما؛ ولهذا قال في «الذَّخَائِر»: وإذا لم يكن إجبار بأن كان القسام من جهتهما لا من جهة القاضي.

فإن قلنا يلزم بالإقرار فكقسمة الإجبار، وإن قلنا: يعتبر التراضي فتراضيا بها لم تسمع دعوى الغلط، وكذلك إذا وكلا قاسمًا أو حكمًا.

وقلنا: لا يلزم إلا بالتراضي هذا ما ذكره العراقيون، انتهى.

واعلم أن قول المصنف: إنه لا أثر للغلط فلا بدّ لهذه الدعوى يجب أن تكون في غير قسمة الربوي أما لو كان المقسوم ربويًا وتحقق الغلط في كيل أو وزن؛ فالقسمة باطلة لا محالة للربا.

فَرْعٌ: يتنازعا بيتًا من دارٍ اقتسماها فكل يدعي أنه وقع في سهمه، ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة كالمتبايعين، كذا قاله في «الْحَاوِي» و«المهذب» وغيرهما.

قال ابن الرِّفْعَة: والتنازع المذكور يفرض فيما إذا ادعى كل واحد أن البيت ما دخل في حد الآخر وأن حده ينتهي بدونه كما صوره في «الْبَحْر»

وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمَقْسُومِ شَائِعًا بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ،

وقال: إنما ذكرناه من الحكم منصوص عليه، ثم حكى أن أحدهما لو قال: لصاحبه: حدي ينتهي إلى كذا فأنت غصبته وأضفته إلى حصتك، فالقول قول ذي اليد؛ لأنه اعترف له باليد وادعى الغصب.

فَرْعٌ: ادعى أحدهم القسمة وأنكرها الباقون فإن لم تكن متعلقة بقاسم من جهته الحاكم، قال الإمام: فالقول قول النافي، وإن تعلقت بقاسم القاضي فالرجوع إليه؛ لأنه حاكم أو شاهد ولو قسم إجبارًا، وهو على ولايته قبل قوله قسمت كقول الحاكم في حال ولايته، وإلا لم يسمع قوله ولا شهادته لأحدهما على الأصح، وقيل: يسمع أن يطلب أجرة، وهذا هو الخلاف في شهادة الحاكم بعد الحاكم بعد عزله على فعل نفسه.

قال: (**وَلَوْ أُسْتُحِقَّ بَعْضُ الْمقسُومِ شَائِعًا**) أي: كربعه مثلًا.

(**بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ**) أي: فيبطل في الكل في قول، وتصنح على الأظهر في الباقي ويثبت الخيار.

قال الرَّافِعِي: وبهذا الطريق أخذ أكثرهم.

وقال أبو إسحاق: تبطل القسمة قولًا واحدًا؛ لأن مقصودها تمييز الحقوق وبالاستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد؛ ولأنهما إذا اقتسما، فلا بدّ أن يحدثا ما يتميز به نصيب كل منهما، وذلك في حق المستحق؛ فكان له نزعه فتعود الإشاعة، ولأن المستحق كان شريكًا، وانفراد بعضهم بالقسمة ممتنع؛ وبهذا الطريق جزم الرُّويَانِي في «الحلية» وصححه في «الْبَحْر» والمحاملي في «المقنع» وصاحب «التَّنْبِيه».

وقال الْبَنْدَنِيجِي: إنه المذهب، والفارقي: إنه الصحيح، وبه جزم القاضي أبو الطيب وإبراهيم المروزي في «تعليقه» وابن أبي عصرون في «مرشده» و«تنبيهه» ونسبه المَاوَرْدِي إلى أبي إسحاق وجمهور أصحابنا والطريق الأول إلى ابن أبي هريرة فقط، قال المَاوَرْدِي: ولا فرق بين أن يقول: القسمة بيع أو إفراز، انتهى.

أَوْ مِنَ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سَوَاءٌ بَقِيَتْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ، والله أَعْلَمُ].

وأحسب الرَّافِعِي اعتبر نسبة الإمام والغزالي الطريقة الأولى إلى العراقيين مقتصرين عليها؛ فنسبها إلى الأكثرين، وممن أرسل الطريقتين بلا ترجيح أصحاب «الاستذكار» و«الشامل» و«المهذب» و«المستظهري» و«التهذيب» و«البيان» و«روضة الحكام».

فَرْعٌ: قال الفارقي بعد ترجيح البطلان: هذا إذا كان الجزء الشائع في حصتهما، فإن كان في نصيب أحدهما ويبعد تصوره، فإن فرض فيمن ملك أرضًا هذا الشخص جزءًا مشاعًا من أحد جانبيها ثم مات وورثه أبناؤه ولم يعلما بالتمليك فاقتسما ثم علما فإن القسمة تبطل كما لو كان المستحق جزءًا معينًا في حصة أحدهما.

قال: (**أَوْ مِنَ النَّصِيبَيْنِ مُعَيَّنٌ سَوَاءٌ بَقِيَتْ، وَإِلَّا بَطَلَتْ، والله أَعْلَمُ**) إذا استحق شيء معين نظر إن اختص المستحق بنصيب أحدهما أو كان المستحق من نصيب أحدهما أكثر بطلت القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع وتعود الإشاعة وإن تساوى المستحق في السهمين معًا بقيت القسمة في الباقي؛ لأنه لا تراجع بين الشريكين فيه وفيه وجه أنها تبطل لمعنى التفريق.

قال الرَّافِعِي: ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة فإن كانت مرسلة فكما لو ظهر دين في التركة، وإن كانت بجزء شائع أو تعين فعلى ما ذكرنا في الاستحقاق، قال: وظهور الدين والاستحقاق ودعوى الغلط لا تختص بقسمة المتشابهات، أي: بل يعم أنواع القسمة ولا يغفل عما نبهنا عليه في قسمة الجنس الواحد الربوي في دعوى الغلط.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: وإذا اقتسم الورثة أرضًا ورثوها عن أبيهم ثم ادعى أحدهم أنها كانت لأمه وأقام بينة لم تقبل منه وإقراره بالقسمة يبطل دعواه.

قلت: وهذا وجه نبهنا عليه في أجزاء المرابحة من «الْغُنْيَة» وفي المسألة خبط كثير.

....

فَرْعٌ: اقتسموا التركة ثم ظهر دين ببينة أو بإقرارهم كما قاله المَاوَرْدِي وغيره.

إن قلنا: القسمة إفراز لم تبطل، وتباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه، هذا هو المشهور، وحكاه الإمام عن العراقيين، ثم قال: وليسوا مساعدين عليه؛ فإن الإقرار يصرف في متعلق الدين فيظهر فساده كالبيع، انتهى.

وإن قلنا: إنها بيع فقد سبق في كتاب الرهن خلاف في بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وصحح الشيخان المنع وسويا بين الدين المستغرق وغيره على الأصح، وذكرا هناك أنه لو تصرف ولا دين ظاهر، ثم ظهر دين أي حدث بعد الموت أن الأصح صحة التصرف، قالا هنا: ففي القسمة ذلك الخلاف إن صححنا البيع؛ فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين استمرت وإلا نقضت وبيعت التركة في الدين، وإن لم يصحح فالقسمة باطلة.

والمراد بالدين المذكور أولًا ما لزم ذمة الميت في حياته، وقيد مقيدون الخلاف المذكور في صحة القسمة بما إذا علم الورثة بالدين.

وقال في «الذَّخَائِر»: لا فرق بين وقوع القسمة والبيع مع العلم بالدين أو الجهل، وهو الظاهر بناء على أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن.

والمراد بظهور الدين بعد القسمة المذكور ثانيًا أن تحدث عليه دين بعد موته، وبعد القسمة بأن باع شيئًا، وأكل ثمنه ثم رد البيع بعد موته، أو كان قد حفر بئرًا عدوانًا ثم تردى بعد موته فيها مترد بصحته.

وفي «روضة الحكام»: إن قلنا: الدين السابق على الموت لا يبطل التصرف فهاهنا أولى، وإن قلنا: يبطل فقد قيل لا يبطل هنا، ويقال: للوارث إما أن يقضي الدين أو تبطل القسمة.

فصل

بقي من مسائل الباب جملة صالحة أوردت منها طرفًا في «الْغُنْيَة»:

المسألة الأولى: رهنا شيئًا وانفك نصيب أحدهما فأرادا القسمة، فإن كان

……

مما ينقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون فله أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه، نص عليه الشَّافِعِي، وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كعبدين متساويي القيمة فأراد أن ينفرد بأحدهما فلا يجاب، وإن كان أرضًا مختلفة الأجزاء كالدار، قالوا: يلزم الشريك موافقته ولا يلزم المرتهن الموافقة على الأصح لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة هذا ما ذكره العراقيون كما نقلاه.

قالا: وزاد آخرون ومنهم أصحاب الْقَفَّال فقالوا: تجويز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق فإن جعلناها بيعًا فهو بيع المرهون بغيره، وهو ممتنع واختاره بعض المتأخرين وهو قوي، وأطبق الجمهور على تجويز القسمة هنا وجعلوا تأثير كونها بيعًا افتقارها إلى إذن المرتهن وإلا فيرفع الأمر إلى القاضي؛ ليقسم وفي وجه لا حاجة إلى إذن الشريك في المتماثلات، والصحيح الأول.

ولو قاسم المرتهن وهو ما دون له من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك أو غيبته جاز وإلا فلا، قالا: ولو رهن واحد من اثنين ووصى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي فيه الرهن، ففي اشتراط إذن الذي بقي رهنه ما ذكرناه، وإذا منعنا القسمة فرضي المرتهن قالا: فالمفهوم من كلام الجمهور صحتها.

وقال الإمام: لا تصح وإن رضي؛ لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن، فأما بيعه ما ليس برهن ليصير رهنًا فلا.

قال الرَّافِعِي: وهذا إشكال قوي.

قال المصنف: قلت: ليس بقوي لمن تأمله، ولا يسلم الحكم الذي ادعاه؛ فالمعتمد ما قاله الأصحاب، والله أعلم، انتهى.

وقد قال قبل هذا الموضع: إنه لو أذن المرتهن في بيع الرهن بشرط أن يجعل ثمنه رهنًا مكانه أن أظهر القولين بطلان الإذن والبيع، وحينئذ فيلزمه أن يسلم الحكم الذي ادعاه الإمام، فالإشكال قوي كما قاله الرَّافِعِي، وإنما

....

يجاب عنه بأن يقال: القسمة ليست بيعًا من كل وجه، واغتفر فيها هذا.

قال الرَّافِعِي: ولو أراد المتراهنان القسمة قبل انفكاك شيء منه؛ فعلى التفصيل الذي بيناه، قيل: وهذا ما يفهمه كلام «المهذب» وغيره لكن الشَّافِعِي والجمهور إنما صوره فيما إذا انفك نصيب أحدهما، فيجوز أن يكون سببه أنه حينئذ تكون القسمة أثر ظاهر في إطلاق تصرفه في المنفك.

وقيل: انفكاكه لا يظهر فائدة، ويجوز أن يكون حكم الحالين مختلفًا، وهو الذي يظهر وحينئذ فالتقيد بحالة الانفكاك لا بد منه على قولنا القسمة بيع للحاجة إلى القسمة حينئذ، كما يباع الرهن في الجناية للحاجة إلى أداء حق المجني عليه، وأما بيعه لا لحاجة فغير جائز، ولهذا لا يجوز بيعه ليكون عنه رهنًا مكانه، ولعل كلام الشَّافِعِي والجمهور مختصًا بالمسألة الأولى وكلام القفاليين بالثانية، انتهى.

فَرْعٌ: إذا رهن نصبه بكماله من مشترك مشاع جاز قطعًا، وكذا لو عمد إلى موضع معين منه كتب من الدار فرهن نصيبه منه بإذن شريكه، وكذا يعتبر إذنه على الأصح، فإن كانت الدار لا تحتمل القسمة صح الرهن قطعًا؛ ولبعض المتأخرين المحققين كلام مقيد على المسألة ذكرت منه طرفًا صالحًا في «الْغُنْيَة» يتعين الوقوف عليه.

المسألة الثانية: وطريق قسمتها المهايأة مُيَاوَمَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُسَانَهَةً ونحو ذلك، فإن كانت العين قابلة للقسمة فلا إجبار على المهايأة بحال إذا ملكاها، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض، والآخر بعضها أو يسكن هذا بعض الدار وهذا بعضها، وامتنع الآخر لم يجبر، وإن تكن قابلة للقسمة كالعبد والدابة والقناة والدار والطبقة والحمام الصغير، أو كانت تقبلها ولكنها مستأجرة لهما أو موصى لهما بمنافعها فإن اتفقا على المهايأة فذاك وإلا لم يجبر الممتنع على الأصح المنصوص، وظاهر المذهب في «فتاوى» الْقَفَّال لما فيها من تأخير حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان.

……

والثاني: عن ابن سُرَيْج أنه يجبر كما في قسمة الأعيان، وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنه مخرج من القول بإجبار الشريك على العمارة، وعلى هذا الوجه يقرع للبداءة، قال الرَّافِعِي: ويجوز أن يكون الحكم في قدر النوبة كذلك.

فروع: أحدها: إذا تهايأ فالنفقة المعتادة على العين إذا احتج إليها كنفقة العبد والبهيمة على ذي النوبة، قال: الْبَغَوِي في «تعليقه»: على الأصح، والثاني يكون عليهما أي يوم كان، انتهى.

والمؤن النادرة [كالفطرة وأجرة الفَصد والحجامة والتطبيب حكمها حكم الأكساب النادرة] كَالْوَصِيَّةِ وَالْهِبَةِ وَوُجِدَ أَنَّ الرِّكَازَ فِي زَمَنِ الْمُهَايَأَةِ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهَا لِذِي النَّوْبَةِ فَعَلَى هَذَا تَكُونُ الْمُؤَنُ النَّادِرَةُ عَلَيْهِ إِلَّا أَرْشَ الْجِنَايَةِ كَمَا سَيَأْتِي.

واختاره صاحب «الانتصار» في «مرشده» و«تنبيهه» أن يكون بينهما.

قال في «البيان»: وعلى هذا لا تحسب المدة التي كسب فيها ذلك من مدة ذي النوبة، وتكون المؤن النادرة عليها.

قال ابن الرِّفْعَة: وكذلك المعتادة في زمن تحصيل ذلك.

قال الرَّافِعِي: وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى يبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة موائمة أي ونحوها.

ثانيها: إذا استوفى نوبته ثم رجع عن المهايأة، أطلق القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» القول بأنه لا ينفعه الرجوع حتى لو اتفقا على المهايأة لزمت؛ لأنها نوع قسمة والقسمة تلزم بالتراضي، وجزم في «الذَّخائِر» بجواز الرجوع بعد التراضي، وحكى وجهين في جواز رجوعه بعد استيفاء نوبته [والرافعي جزم بجواز الرجوع في أثناء نوبته وحكى الوجهين في الجواز بعد استيفائها] وهما في «النهاية» وغيرها مفرعان على المذهب وهو عدم الإجبار عليها، فإن قلنا: لا يجبر مكن ويعرف نصف الأجرة، وإلا فلا يمكن ويستوفى الأجر مدته، وقضية هذا [البناء](١) ألا يفرق بين ما قبل

---

(١) في نسخة: (البيان).

....

الاستيفاء [وما بعده وبنى الْبَغَوِي وتبعه الرَّافِعِي على الخلاف ما إذا جاءت بتوبته فامتنع من استيفائها].

فإن قلنا: يجبر فهو مضيع لحقه ولا أجرة له وإلا فله الامتناع، وطلب نصف أجرة المثل.

قال ابن الرِّفْعَة: وينبغي أن يجب عليه نصف المؤنة، وهو كما قال ﷺ: ولو انهدمت الدار أو مات العبد ونحو ذلك بعد نوبة الأول فعليه نصف أجر المثل، وفي رجوعه بنصف بدل المؤنة ما سبق.

ثالثها: إذا لم يجبر على المهايأة وأصروا على النزاع وأهملوا الملك فماذا يصنع به؟

قال في «الذَّخَائِر»: قال: أصحابنا: يتركوا إلى أن يصطلحوا، وقيل: إنه يباع ويقسم الثمن.

قال الإمام: ولا أعده من المذهب، وإنما هو قول السلف، وحكى الوجهين في كتاب الصلح عن القاضي الحسين، وهما هناك في «تعليقه»، وفي «فتاويه»: إنه لو كان بينهما دار لا تحتمل القسمة، فقال: أحدهما: لا يسكنها ولا أمكنه من سكناها أن الحاكم إما أن يجبرهما على المهايأة أو يبيعها عليهما، انتهى.

وقال الْبَغَوِي: المذهب أنها لا تباع بل تؤجر عليهما، وتصرف الأجرة إليهما، وهذا ما أورده ابْن كَجٍّ وغيره، وصححه في أصل «الرَّوْضَة» وابن الصلاح، والخلاف قريب من الخلاف في الإجبار على العمارة، وينبغي إذا أجر الحاكم عليهما أن يقتصر على أقل مدة تؤجر تلك العين فيها في العادة إذ قد يتوافقا عن قرب، وهل تتوقف الإجارة على ثبوت الملكية لهما ببينة أم يكفي تصادقهما؟

لم أرَ فيه شيئًا، وإنما تكلموا فيه في القسمة بينهم بالتصادق، ويشبه أن يجيء فيه ما قدمناه في مواضع في بيع مال المديون، وهنا أولى بالمسامحة

……………………………………………………………………

والاكتفاء بالنذر والتصرف، وهذا كله في الكاملين المتصرفين فلو كان أحدهما محجورًا لصغر ونحوه فالمولى يقوم مقامه في الأحظ له إن جرت المهايأة فلو تمانع الولي [والشريك](١) المطلق التصرف فالوجه أن الحاكم يؤجر هنا جزمًا عليهما حيث لا يجد راغبًا في استئجار نصيب المحجور بمفرده، ولو طلب الرشيد المهايأة ولا حظ للمحجور فيها، لم يجز للولي إجابته على المذهب، ولم أرَ في ذلك جميعه نصًّا.

رابعها: قال الرَّافِعِي: لو استأجر أرضًا وطلب أحدهما المهايأة فأبى الآخر وجب أن يعود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها ففي «فتاوى» القاضي الحسين أنها جائزة على قول ابن سُرَيْج ثم إذا اقتسما وحدث بنصيب أحدهما عيب فله الفسخ، قال: وينبغي أن يقال: لشريكه الفسخ أيضًا، ولو طلب أحدهما القسمة، وامتنع الآخر هل يجبر عليه جعله على وجهين، انتهى.

ولفظ «الفتاوى»: استأجرا قطعتي أرض منفصلتين ثم أرادا القسمة ليزرع كل واحد قطعة، لا يجوز جبرًا، فإن كان المأجور قطعة واحدة غير متفاوتة الأجزاء فطلب أحدهما القسمة، هل يجبر الآخر؟ يبنى على أنه هل يجبر على المهايأة؟

وفيه وجهان: **أحدهما**: نعم كقسمة الرقاب.

والثاني: لا، لمعنيين أحدهما ما فيه من تقديم حق أحدهما والثاني؛ لأن الرقعة ليست مملوكة له.

جئنا إلى ما نحن فيه، فإن قلنا: هناك يجبر، أجبر هنا، والآن قلنا: هناك لا يجبر، فهاهنا وجهان بناء على المعنيين، فإن قلنا: المعنى تقديم حق أحدهما على الآخر، فهاهنا يجبر لعدم المضي، وإن قلنا: عدم ملك الرقبة لم يجبر، انتهى.

خامسها: لو كان بينهما بقرة حلوب ونحوها فأراد المهايأة في لبنها لم

---

(١) في نسخة: (الشريف).

....

يجز؛ لأن اللبن ربوي، وهو مجهول، قاله القاضي الحسين والْبَغَوِي وإبراهيم المروزي، وبه جزم الرَّافِعِي فيها، وفي الشجرة المثمرة لتكون ثمرتها لهذا عامًا لما فيه من الزيادة والنقصان.

قال المصنف: وطريقهما أن يبيح كل واحد لصاحبه مدة، انتهى.

ويظهر أن يقال: إن قصدا به المعارضة بأن تواطأ عليه أولًا لم يجز، وإن قصد كل واحد المتجه والإباحة، وعبارة إبراهيم المروزي بعدما سبق: ولو قال لصاحبه: أبحت لك حلب شاتي، فهو إباحة المجهول، كما لو قال: لغيره: أبحت لك ما تأكله من هذا الطعام، فيجوز مسامحة.

المسألة الثالثة: لو كان بينهما دين وأرادا قسمته.

قال المَاوَرْدِي: إن كان على غريم واحد فقسمته فسخ للشركة فيه، فإذا فسخت انقسم الدين في ذمة الغريم، وصار لكل واحد منهما قدر حقه، وله أن ينفرد باقتضائه وقبضه منه، وكان ما يقبضه مشتركًا بينهما إن قبضه عن غير إذن شريكه.

وإن أذن له في قبض حصته منه جاز وكان إذنه فسخًا للشركة، ولا وجه لمن خرجه على القولين في أداء المكاتب إلى أحد الشريكين، قال: كتابته بإذن الآخر، والفرق ثبوت الحجر على المكاتب وعدمه في الغريم، وفي بعض ما ذكره نظر يحتاج إلى تأمل، وينبغي في بعض أن يتأمل ما ذكره مع ما ذكره في باب الشركة فيما إذا باع أحدهما العبد المشترك بإذن شريكه وقبض جميع ثمنه.

وفي «الإبانة» حكاية وجهين في انفراده بما أخذه مع الإذن، وإن كان الدين على جماعة فلا يجبر واحد منهما على انحصار حقه على شخص من الغرماء لتفاوت الذمم واليسار وغيرهما.

قال المَاوَرْدِي: وفي جواز قسمته وغيره، وفي جواز قسمته اختيارًا قولان، صحح السرخسي المنع، وبناهما المَاوَرْدِي على أن القسمة بيع أو إفراز؟

……

إن قلنا: إفراز جازت، وإلا فلا، وبيع الدين بالدين ممتنع، وقيل: لا يجوز على القولين قطعًا، وهو الجواب في «العمد» و«الإبانة» و«العدة» وصححها الرَّافِعِي، وقال: إن قلنا: إفراز فإفراز ما في الذمة ممتنع إلا بقبضه، وعبارة «العمد» و«الذَّخَائِر»: ولا يجوز قسمة الديون مثل أن تكون الشركة ألفين، فقال: أحد الاثنين: لك الألف الذي على فلان ولي الألف على الآخر لم يصح، فإن قال: خذها حقًا لك حتى آخذ أنا الآخر، فأخذ المأذون له الألف فهل يملكه أم لا؟ فيه وجهان، وعبارة «الإبانة» و«التَّرْغِيب» فهل يصح أم لا؟

فيه وجهان، وحكاهما الرَّافِعِي عن رواية السرخسي قولين أصحهما: المنع، قال المَاوَرْدِي والروياني: وطريق صحتها على قول المنع أن يحيل كل واحد منهما لصاحبه على الغريم الذي اختاره فتعين ذلك بالحوالة دون القسمة، انتهى.

وهذا ظاهر إذا كان لكل واحد من الشريكين ما يحيله به أما إذا لم يكن فطريقة التوكيل لا الحوالة الحقيقية.

المسألة الرابعة: جماعة بيدهم عقار وطلبوا من القاضي قسمته بينهم، فإن أقاموا بينة على أنه ملكهم أجابوا بهم، هذا هو المشهور والمنصوص واعترض ابن سُرَيْج، فقال: إنما تقام البينة، وتسمع على خصم ولا خصم هاهنا، وأجاب ابن أبي هريرة: بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصم غائب فتسمع البينة؛ ليحكم لهم عليه، وفي الجواز نظر لا يخفى، وإن لم يقيموا بينة، ولكنه بأيديهم ولا ينازعه بينهم فيه ولا بينهم وبين غيرهم في ملكيته فطريقان أظهرهما: فيه قولان، أحدهما: لا يجيبهم؛ لأنه قد يكون لغيرهم ويدهم بإجارة أو إعارة أو غيرهما، فإذا قسمه كان منصرفًا في ملك الغير وأيضًا فقد يتعلقون بقسمته ويعدونها حجة في بيوت الملك، وهم مبطلون.

قال الرَّافِعِي: وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد وطبقته، وممن صححه المَاوَرْدِي والجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وثانيهما: وبه قال الإمام أحمد أنه يجيبهم اكتفاء بدلالة اليد على الملك، ولكن يكتب ويشهد أنه

....

إنما قسم بينهم بقولهم؛ لئلا يتمسكوا بقسمته، وينبغي الاحتمال المذكور، قال ابن الرِّفْعَة: وصححه الْبَنْدَنِيجِي والإمام والغزالي في بقية كتبه وابن أبي الدَّم، وإليه ميل القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والرافعي في «شرحه الصغير» حيث حكى ترجيحه عن الإمام والغزالي بلا زيادة، وهو المختار.

قال الإمام: واحتمال كون الملك للغير فيكون منصرفًا فيه قبل ثبوت موجبه مندفع بجواز دخول القاضي تلك الدار للعبادة ونحوها، وما زال الأتقياء الأبرار يعتادون مثل ذلك، ويبنون الأمر على ظاهر اليد، وإن لم يقم عندهم حجج في الأملاك ولا نعلم خلافًا أن من باع دارًا في يده، وأشهد على البيع القاضي أنه يثبت إقراره، ولا يطالب بتثبيت الملك قبل البيع، انتهى.

وقال الْمَاوَرْدِي والروياني: يستظهر القاضي على هذا القول بأمرين: أن ينادي هل من منازع ليستدل بعدمه على ظاهر الملك، والثاني: أن يحلفهم أنه لا حق لغيرهم فيه، وهل اليمين استظهار أو واجبة؟

فيه وجهان، فعلى الثاني: لا تجوز القسمة قبل التحليف، وعلى إيراد هذه الطريقة اقتصر القاضي الحسين، ونسبها الْمَاوَرْدِي إلى الأكثرين.

والطريقة الثانية: القطع بالقول الأول، وذكر في «الْبَحْر» أنها أصح، واقتضى كلام المصنف في زيادة له في «الرَّوْضَة» ترجيحها، فقال: قلت: المذهب أنه لا يجيبهم، وجعل قائلها القول بالإجابة حكاية عن الغير حيث قال: في «المختصر» بعد حكاية القول الأول، وقد قيل: يقسم، ويشهد أنه قسمها على إقرارهم، ولا يعجبني ذلك.

تنبيهات:

منها: قضية كلام الإمام أن الخلاف في الجواز، وعبارة الأكثرين: هل يجيبهم أولًا؟ ولم يبينوا هل تمتنع الإجابة أو أن ذلك مفوض إلى رأي الحاكم؟

ابن الرِّفْعَة في «الكفاية»: اعلم أن الخلاف في جواز إقدام القاضي على

……

القسمة، أما وجوبها عليه فلا خلاف في عدمه كما قاله القاضي الحسين والفوراني وصاحب «الْبَحْر» وعكس الإمام فقال: وليس ينقدح عندي الامتناع عن القسمة وجه نعم يجوز القطع بجوازها وأما وجوبها، ولم يثبت «عمد» القاضي الملك ففيه تردد من جهة أن الوجوب يستدعي موجبًا فأما الجواز فيكفي فيه ظاهر الحال.

وكذلك قال: في «الْبَسِيط»: ولا يتجه خلاف في جواز الإجابة بل يجب القطع بجوازها، وإن اتجه ففي الوجوب من حيث إن الإيجاب عليه من غير ثبت فيه نظر، فأما الجواز بناء على الظاهر مع تقييد المكتوب بالاعتماد، على قولهم لا يبين لمنعه وجه.

وقال في «الذَّخَائِر»: إن لم يمنعوا الملك لم يجب عليه إجابتهم قولًا واحدًا، وهل يجوز إجابتهم؟ فيه طريقان، ولم يعرج على كلام «الْبَسِيط» مع أنه عمدته غالبًا.

وعبارة الْبَغَوِي: فهل له أن يقسم بينهم؟ فيه قولان والمشهور ذكر الخلاف في الجواز لا في الوجوب.

ومنها: علل الجرجاني منع إجابته بأن من الناس من يرى قسمة الحاكم حكمًا منه بالملك فلا يأمن أن يكون لغيرهما، فيرفع إلى حاكم بعده فيحكم لهما بالملك، وهذا منه يقتضي أنا لا نقول أن القسمة حكم بالملك بخلاف غيرنا.

وقال المَاوَرْدِي: إذا كانت الدار في يدي رجلين وأراد من الحاكم قسمتها بينهما نظر إن نازعهما غيرهما لم يجز له إذا حكم لهما باليد أن يقسم ما بينهما مع ظهور المنازع إلا ببينة تشهد بها لهما قولًا واحدًا؛ لأن قسمة الحاكم إثبات لملكيهما واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك، وإن تنازعا هل كل منهما ملكًا جعلها بينهما بأيديهما وأعانهما، ولا يجوز له أن يقسمها بينهما إن سألاه ذلك ولا يمنعهما منه، وإن لم يكن لهما منازع، وهما معترفان بالشركة، وإذا سألاه القسمة كلفهما البينة، فإن أقاماهما قسمهما بينهما إجبارًا أو

....

اختيارًا، وإن عدما البينة وتفردا باليد وعدم المنازع، فقد نصَّ الشَّافِعِي فيها على مذهبه أنه لا يجوز له مع عدم البينة، ويقول لهما: إن شئتما فاقسماها بينكما باختياركما، ولا أحكم بقسمها منكما لجواز أن يكون لغيركما فيجعلا حكمي بالقسمة حجة لكما في الملك، ودفع لمن يعلمه أحق منكما به، فإن أقاما البينة بابتياعهما لها لم تكن بينة بالملك، وكذا لو أقاما هنا بأنها صارت إليهما ميراثًا من ابنهما لم يكن بينة بالملك؛ لأن يد البائع ويد الأب كأيديهما، ثم حكى القول الآخر واختلاف الأئمة في تخريجه قولًا ثانيًا للشافعي، وفي كون الشهادة بأنها صارت ميراثًا إليهما من ابنهما لا يتضمن إثبات الملك لهما بوقف بخلاف صورة الابتياع.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وإذا قلنا: لا بد من البينة كفى رجل وامرأتان، قال: ابْن كَجٍّ: ولا يكفي شاهد ويمين؛ لأن اليمين إنما تسرع كون هناك خصم يرد عليه لو فرض نكول، وعن ابن أبي هريرة أنه يكفي، وبه جزم الدَّارِمِي وهو المختار، ثم قال: وعندي يسمع شهادة دون يمينه؛ يعني: قول شاهد واحد دون يمينه وكان وجهه أن القاضي يستأنس به في جواز الإقدام على القسمة، وتضعف معه التهمة وكونه ملكًا للغير، وإن لم يثبت بالشاهد الواحد ملك، وهذا قبول خبر لا شهادة محضة، وله نظائر تأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: الذي رأيته للأصحاب إلا ما سيأتي عن الدَّارِمِي ذكر الطريقتين السابقتين فيما إذا سأل جميع الشركاء من الحاكم أن يقسم بينهم أو ينصب قاسمًا بينهم، وإن الخلاف إنما هو في الجواز وعدمه كما صرح به جماعة، واقتضاه كلام كثيرين إلا ما سبق عن الإمام والغزالي وهو من تصرف الإمام قطعًا، ولا أنكر وجهه وإنما الكلام في المنقول إذا عرفت هذا فقد حكى الإمام فيما إذا جاء واحد من الشركاء طالبًا للقسمة مع امتناع الباقين، طريقتين:

إحداهما: تجب القسمة في هذه الحالة قطعًا للخصومة.

والثانية: طرد القولين، وفي «الْبَسِيط»: ولو انفرد واحد واستدعى إجبار الباقين، فطريقان فذكرهما.

……………………………………………………………………………

وعبارة **الرَّافِعِي**: ولو طلب بعضهم القسمة وامتنع الآخرون بيع اتفاقهم على الملك فهل يقسم القاضي؟

فيه الخلاف يعني الطريقتين السابقتين في حال طلب جميعهم القسمة، وهذا منه يحتمل أمرين: **أحدهما**: إنه جرى منه على طريقة الإمام والغزالي.

والثاني: إنه رأى جريانها عند طلب البعض كجريانهما عند طلب الكل، وإن كان الخلاف في الجواز، فإذا أداه النظر إلى إلزام الممتنع مؤاخذة له بإقراره جاز له إجباره على قول أو طريقة، والظاهر من كلام الجمهور القطع بأنه لا يجب على القاضي إجبار الممتنع إلا أن يقيم بينة بالملكية لجميعهم إن تصور من الطالب إقامتها أو علم القاضي ملكيتهم العين وجوز له القضاء بالملك، وأما من يقول الخلاف في الوجوب فيوجب عليه إن تعسف الطالب، ويجبر الممتنع ويحكم عليه بموجب إقراره وموافقته على أن ذلك مشتركٌ بينهم.

وقد يقال: وجوب الإجبار هنا أظهر من صورة الاتفاق؛ لأن هناك يصح أن يقتسموا بأنفسهم من غير حاكم فلا ضرورة إليه بخلاف مسألتنا، فإذا لم يسعف الطالب تصور ترك القسمة، وينبغي أن يكون محل الخلاف إذا كان غير الطالب موافقًا على غير القسمة من التصرفات الجائزة للشركاء أما لو كان ممتنعًا ولم يجبره على المهايأة ولا البيع فيشبه أن يقطع هنا بوجوب إخباره عملًا بموجب إقراره، ويكتب في كتاب القسمة إنه قسم بينهم بتصادقهم على الملك، وهذا ما ظهر لي في ذلك.

ومنها: إذا جوزنا للقاضي القسمة بمجرد تصادقهم على الملك وعدم المنازع مطلقًا، فلا بدّ أن يكتب في كتاب القسمة أنه قسم بينهم بقولهم وتصادقهم من غير بينة كما سبق، ونقل **الدَّارِمِي** وغيره وجهًا: إنه لا يجب أنه يكتب إنه قسم بينهم بقولهم؛ لأنه وإن لم يذكر فكل ذي حجة على حجته هكذا ذكره **الدَّارِمِي** وغيره، والمشهور المنصوص الأول، وفي عبارة **الدَّارِمِي** فوائد.

قال: فإن جاءاه يطلبان أو أحدهما قسم ما لا يعلمه لهما، فقولان:

....

أحدهما: يقسم ويكتب في كتاب القسم بقولهما، وقيل: لا يجب.

والثاني: لا يقسم إلا ببينة يشهد بها لهما فإن قسم، وقلنا: لا يقسم لم ينقض حكمه ما لم تكن بينة، وإن قلنا: يقسم من غير بينة فجاءا ببينة، قال: ابن سُرَيْج: لا تسمع؛ لأنه لا مدعي.

وقال ابن أبي هريرة: يسمع ذلك اختلفا في رجل أقام بينة على شيء بيده لا مدعى عليه، فأفاد أن الخلاف يجري مجرى طلب أحدهما، وأن محله ما إذا لم يعلم أنه لهما، وهو من فروع القضاء بالعلم، وأما إذا قلنا: لا تقسم إلا ببينة فقسم ولا بينة لم ينقض ذلك إلا ببينة، وإن كلام أبي علي وابن سُرَيْج مفرع على القول بأنه يقسم بلا بينة وأن ابن سُرَيْج، قال: إنها لا تسمع وإن خلافهما فيمن أقام بينة على شيء في يده أنه ملكه، ولا منازع له، هل يسمع ويقدم عنه فائدتان أخريان.

فَرْعٌ: جميع ما تقدم في قسمة العقار، وأما المنقول إذا ترافعوا فيه وهو ما بأيديهم، قال الرَّافِعِي: حكى ابْن كَجٍّ طريقين: أظهرهما: أنه كالعقار، والثاني: القطع بأنه يقسم، وإن لم تكن بينة؛ لأن العقار يتأبد ضرره فيكون أجدر بالاحتياط، وكذلك خص بإثبات الشفعة فيه، وأرسل الدَّارِمِي وغيره ذكر الطريقين بلا ترجيح وفي «روضة» شُرَيْح بعد الاقتصار ذكر القولين في العقار، وإن كان ذلك في الدراهم والدنانير والأموال عن العقار.

قال أبو إسحاق: يقسم بينهم.

وقال ابن أبي هريرة: فيها أيضًا قولان.

وقال الإصطخري: إن الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن يقسم بينهم بغير بينة، ولا أعلم فيه خلافًا.

قال: وكذلك الغنم والبقر والإبل والثياب الهروية والمروية، وإن كان ثوب من صنف وثوب من صنف فلا يقسم بينهم بإقرارهم وأيديهم كثوب خز ووشي وملجم وكتان، انتهى.

....

وهذا يفهم أنه يقسم عند اختلاف الصفة بالبينة، وهو ظاهر إن أراد الجواز لا الإجبار، واعلم أن القول بأنه لا يجب عليه إجبار الممتنع من القسمة، وهذا النوع بعيد ونحن نقطع بأنه لو ادعى مدعٍ على آخر بألف درهم في ذمته عن ثمن أو قرض أو بدل متلف وغيرها فاعترف له بذلك وفي يده من جنس الحق المدعى به، وهو يزعم ملكه أنه لا طريق له إلى الإبقاء إلا منه؛ ولكنه لا يوفيه منه أن القاضي يجبره على الإبقاء منه أو ينتزع قدر الحق منه ويدفعه إلى المدعي، وإذا كان ذلك لذلك فما نحن فيه أولى عند امتناع الشريك من المقاسمة؛ لما فيه من الضرر البين، ويقرب منه ما لو أقر له بعين وعانده في تسليمها، ولا شك في إلزامه بدفعها إليه يقتضي إقراره له وإلا لضاع حقه وانتفاعه بماله من غير منازع فيه، وقد لا يمكنه الظفر بأخذ قدر نصيبه منه عند امتناع شريكه وليس هذا كما لو اتفقوا على الملكية وطلبوا من القاضي القسمة؛ لأنه بسبيل من أن يقول لهم لا ضرورة بكم إليَّ فاقتسموا بأنفسكم إن نسيتم إن كنتم صادقين.

فَرْعٌ: في «فتاوى القَفَّال»: أنه لو كان بين قَيم الصبي أو وصيه وبينه حنطة مشتركة لم يصح أن يقاسمه بنفسه، سواء قلنا: القسمة بيع أو إفراز؛ لأنه لا يجوز أن يبيع من نفسه، ولا أن يقبض من نفسه لنفسه، ويجوز للأب والجد على القولين جميعًا.

المسألة الخامسة: ذكرها المصنف في آخر إحياء الموات، ويعيدها هاهنا لفائدة نسخ، قال في «الرَّوْضَة»: هذا الذي سبق إذا لم تكن الأنهار والسواقي مملوكة، أما إذا كانت مملوكة بأن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم أو من النهر المنخرق منه فالماء باقٍ على إباحته؛ لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرضين.

وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال الشيخ أبو عاصم والمتولي: ليس له المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلوًا، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهرًا إن لم يضيق عليه، وإن ضيق فلا، فإن اشترك

....

جماعة في الحفر اشتركوا في الملك على قدر عملهم، فإن شرطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض، فليكن عمل كل واحد على قدر أرضه، فإن زاد واحد متطوعًا فلا شيء له على الباقين، وإن زاد مكرهًا أو شرطوا له عوضًا رجع عليهم بأجرة ما زاد، وليس للأعلى حبس الماء عن الأسفل بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكًا، وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات؛ جاز ولكل واحد الرجوع متى شاء؛ لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته، وقبل أن يستوفي الشريك ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء، وإن اقتسموا الماء نفسه فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة، ولو أرادوا قسمة النهر، وكان عريضًا جاز ولا يجري فيها الإجبار كما في الجدار الحائل، ولو أراد الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع النهر لئلا يقصر الماء عنهم لم يجز إلا برضا الأولين.

وكذا لا يجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضا الآخرين، وليس بناء قنطرة أو رحى عليه ولا غرس شجرة على حافته إلا برضا الشركاء، وإن أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري الماء فيها إلى أرضه أو تأخيره؛ لم يجز بخلاف تقديم باب داره إلى رأس السكة المنسدة؛ لأنه يتصرف هناك في جداره، وهنا في الحافة المشتركة.

ثم ذكر أن حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهها على الأصح، وفي وجوب البدل وغيره، وأنه متى اشترك المتملكون في الحفر اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل والاتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك، ثم لهم قسمة الماء بأن تنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر، ويفتح فيها ثقب متساوية على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبًا والآخر ثقبين، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحى بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحى، وإن اقتسموا بالمهايأة جاز أيضًا، وقد يكون الماء قليلًا ينتفع به إلا كذلك، ولكل واحد الرجوع كما

……

ذكرنا في البئر، هذا هو الصحيح المعروف، وقيل: تلزم المهايأة ليثق كل واحد بالانتفاع، وقيل: لا تصح القسمة بالمهايأة؛ لأن الماء يقل ويكثر وتختلف فائدة السقي بالأيام، انتهى.

تنبيهات:

منها: صرح بأن النهر المحفور للتملك يملك دون مائه، وبه صرح جماعة، وظاهر كلام «التَّنْبِيه» يقتضي أن الخلاف في ملك الماء جاز، وفي النهر والقناة والبئر، وأن المذهب يملكه، ويوافقه قول الإمام: إن الماء يجري في النهر المملوك كماء القنوات مملوك على الرأي الظاهر.

ومنها: يتأمل قوله: فإن اشترك جماعة في الحفر، إلى آخره، مع قول ابن الرِّفْعَة: إنهم إذا ملكوا ما حفروه إذا هيّأوه لما أرادوا ويكون ملكهم على قدر ما شرطوه في ابتداء الحفر وأخرجوه من النفقة؛ لأنه إنما يملك بالعمارة والعمارة بالنفقة فكان الملك موزعًا عليها، فإن أنفقوا على السواء ملكوه على السواء، وإن أنفق واحد نصف النفقة واثنان نصفها بالسوية كان للأول النصف، ولكل من الآخرين الربع وهكذا، فإذا حصل الماء في المحفور كان بينهم على قدر أملاكهم؛ لأنه المقصود بالحفر ما ملكوه بعد الوصول إليه كما لو حفروا معدنًا فوصلوا إلى نيله؛ فإنه يكون بينهم على حسب ما اتفقوا، انتهى.

ومنها: جزم الجمهور ما رجحه من جواز المهايأة، وأن يجعل لكل منهم شرب معلوم كالمهايأة في المنافع بخلاف ما سبق في لبن الشاة والبقرة، قالوا: لأن ذلك مجهول، وفيه إشكال إذا قلنا بالمذهب إن الماء يملك، وإنه ربوي، ولم يتعرضوا لبناء ذلك على أن القسمة بيع أو إقرار، وقياس قولنا: إنها بيع ألا تصح المهايأة هنا كما حكي عن القاضي الحسين، ووجهه بما سبق، وأما إذا قلنا: إنها إقرار ففيه إشكال للجهالة، وكأنهم اغتفروا ذلك، وسمحوا به للضرورة، وعدم القدرة على تحقيق التعادل والمماثلة، ولهذا قالوا: إنما يحتاج إلى الثقب إذا كان في الماء ضيق، أما إذا اتسع يجب تحصيل لكل واحد منهم فوق حاجته فلا حاجة إلى ذلك عند التراضي.

....

فَرْعٌ: لو تنازع الشركاء في النهر أو القناة على قدر الملك ولا بينة؛ فوجهان:

أحدهما: يقسم الماء على قدر الأراضي [لأن المقصود من النهر سقي الأراضي] والظاهر: أن حقوقهم على قدر أملاكهم وبهذا قال: الإصطخري، وصححه المصنف في زيادة «الرَّوْضَة».

والثاني: يقسم بالسوية؛ لأن الحيازة باليد لا بالملك والنهر في [أيديهم] فظاهر كلام الرَّافِعِي أن المسألة فيما إذا كان النهر مملوكًا لهم دون مائه، وكلام ابن الرِّفْعَة يفهم جريان الوجهين كذلك في الماء المملوك في النهر المملوك.

فَرْعٌ: لو صادفنا نهرًا تسقى منه أرضون ولم يدر أحفر أم انخرق؛ حكمنا بأنه مملوك؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع فلا يقدم بعضهم على بعض، هكذا نقلاه، وفي «الْحَاوِي»: أنه لو كان النهر الصغير غير معروف الأصل هل هو مباح أو مملوك؟ اختلف أصحابنا هل يجري عليه حكم الإباحة أو حكم الملك؟

على وجهين مبنيّين على أن أصل الأشياء على الإباحة أو الحظر، وعلى الثاني اقتصر المتولي؛ لأن كل من له إلحاقه فله عليه يد، وفرع على هذا صورتين:

الأولى: إذا كان بقرب النهر أرض يمكن سقيها منه إما على الحافة، فإن رأينا ساقية مادة من النهر إليها حكم بأن لها شربًا منه للظاهر، وإلا فإن كان لها شرب من نهر آخر لم يجعل لها شرب من هذا عند التنازع وإلا لكان صاحبها شريكًا لهم؛ لأن الأرض المعدة للزراعة لا تستغني عن شرب ولها شرب آخر؛ فالظاهر أن شربها من هذا النهر. **قلت**: ليس استحقاقه بالواضح عند التأمل.

الثانية: إذا كان النهر يصب في أجمةٍ مملوكة وحوالي النهر أرض مملوكة فتنازع أرباب الأراضي ورب الأجمة فهو مقسوم بينهم.

فَرْعٌ: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضًا ليس لها شرب منه [منع] لأنه يجعل لها شربًا لم يكن.

……

وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يجوز أن يسقي بهذا الماء بعد القسمة أرضًا أخرى، وأنه شبيه بالوجه المجوز فتح باب بين الدارين، وفرق بأن الدار لا يستطرق منها إلى الدار الأخرى، ومن الأخرى إلى الدرب، وهنا يحمل الماء في الساقية إليها فيصير لها رسم في الشرب.

قلت: وقضية هذا الفرق أنه لو كانت الأرض الأخرى مجاورة للأرض المستحقة للشرب فنفذ الماء منها إليها أنه لا يمنع، وقال ابن الصباغ: لو أراد أن يفعل هذا في النهر الذي ليس مملوكًا؛ فينبغي أن يجوز، انتهى وهذا ظاهر عند سعة الماء والأمن من النقص لا مطلقًا.

فَرْعٌ: الذين يسقون أراضيهم من الأودية المباحة لو تراضوا بمهايأة وجعلوا للأولين أيامًا وللآخرين أيامًا؛ فهذه مسامحة من الأولين بتقديم الآخرين وليست بلازمة، والظاهر: أن من رجع من الأولين مكن من سقي أرضه كذا قالاه، وسبق ما يقتضي نزاع فيه إذا كان قد شرع في أرضه.

خاتمة الباب بفروع منثورة: ونختم الباب بفروع منثورة من «فتاوى الشيخ الإمام أبي عمرو بن الصلاح» - ﷺ - في بعضها نظر يعرف مما سبق وغيره:

سُئل أنهما اقتسما دارًا نصفين بالتراضي، ودخل بابها في قسم أحدهما وبنى الآخر الأمر على أنه يفتح في قسمه بابًا إلى الشارع فمنعه ذو سلطان من ذلك؛ لكونه نفعًا قريبًا من قرب لهم، فهل يثبت له الاستطراق من الباب الأصلي أو يفسخ القسمة؟

فأجاب: إذا تقاسما على أن المذكور يستطرق إلى نصيبه من باب يفتحه من الجهة المذكورة، فله فسخ القسمة عند امتناع ذلك عليه، وعند امتناع شريكه من تمكينه من الاستطراق في ملكه، ولا نقول يثبت له الاستطراق في ملك صاحبه من الباب الأصلي.

قلت: في تمكينه من فسخ القسمة بمنع الظالم له من الفتح إلى الشارع نظر، واقتضى كلامه أن شريكه لو مكنه من الاستطراق لا يفسخ وفيه نظر؛ لأن

……………………………………………………………………

غايته إباحة يرجع فيها متى شاء، ثم قال: بل لو لم يكن قسمة بصدد أن يفتح بابًا إلى الشارع، ولا إلى ملك له ولم يكن له مستطرق إلا في قسم مقاسمة، فهذا يلحق بمثله في البيع، وعند الإطلاق يثبت له الممر في قسم مقاسمة على أحد الطريقين وهو الأظهر، وقد ذكر الرُّويَانِي أبو مضر فيما إذا لم يكن لأحد المتقاسمين ممر عن بعض أصحابنا أنه أفسد القسمة كبيع دار لا ممر لها، ومقتضى ما حكاه جريان ما ذكرته في القسمة على حسب جريانه في البيع.

وسُئل عن جماعة عمَّروا بيت رحى وأداروا فيه حجرًا واحدًا، ويمكن أن يديروا فيه حجرًا آخر وطلب بعضهم ذلك؟

أجاب: لم يلزمهم زيادة حجر، فإن أراد الطالب زيادة من عنده، وتكون المنفعة بين الجميع ولا ضرر فيه عليهم لم يكن لهم الامتناع من ذلك والمنع منه؛ ولكن إذا منعوه من الانتفاع أصلًا بنفسه أو من الانتفاع المذكور الزائد بنفسه؛ أجبر الحاكم الجميع على الإجارة من غيرهم على وجه تدخل الزيادة المذكورة من الانتفاع في الإجارة، وتكون الأجرة بين الجميع.

قلت: وهذا مشكل؛ لأنه إذا لم يكن لهم منعه منه، فسبيل الحاكم أن يمكنه منه أو يجبرهم على تمكينه منه، ولا يؤجر عليهم حيث لا مندوحة عن الإجارة كذا ظننته.

وسُئل عن أرضٍ فيها أشجار ثلثاها وقف على ولد زيد وأولاده وقفًا متصلًا، وثلثها ملكٌ لآخر فتراضى هو والموقوف عليه على القسمة؛ فإن صحت بالتراضي ثم انتقل الوقف إلى البطن الثاني فهل لهم نقضها؟

أجاب: تصح القسمة على المختار، ثم الظاهر أنها لا تلزم في حق البطن الثاني.

وسُئل عن جماعة بينهم بستان فيه أنواع من الأشجار كبيرة، وأن بعضهم يقصد إماتة شجرة، فهل يلزمه الحاكم أن يسقيه معهم وتمكينهم من عمارته أو يقسمه؟

....

أجاب: يلزم بالسقي معهم على الرأي المختار الصحيح عند من يعتمد من اعتناء، وإذا طلب قسمة التعديل من لا يستنصر بها أجبر الممتنع عليها، ويمكن ما في الشركاء من عمارته.

قلت: وافق في الترجيح ابن الصباغ وغيره كما سبق في الصلح، والمشهور خلافه.

وسُئل عن ملك مشترك بين جماعة فتنازعوا وطلب بعضهم الغلق على باقي الشركاء؟

فأجاب: إغلاق الملك المشترك عند تشاجرهم ولم ينفصل الأمر بينهم بقسمة ولا غيرها مذهب فاسد تأباه قواعد الشريعة وقواعد المذهب، وإنما هو زلة عالم صدرت من بعض علمائنا.

قلت: الخلاف في الغلق غريب، وإنما الخلاف المشهور أنه هل يعرض عنهم أو يبيع عليهم أو يؤجر، ولعل الغلق فتوى متأخر لا يعد قوله وجهًا، ثم رأيته عزى ذلك إلى الإمام والغزالي وزيفه وسنوضحه بما فيه.

وسُئل عن أرض بين أربعة بالسوية فحضر ثلاثة واقتسموا حصصهم أثلاثًا وتركوا حصة الغائب بينهم مبتاعة، ثم حضر ورضي، فهل يصح ذلك؟ ولو اقتسموها أرباعًا وعينوا حصة الغائب ثم حضر ورضي هل تصح القسمة؟ وإن حضر ولم يرض بواحدة من القسمتين فهل يحكم بفسادهما أم بصحتهما أم بصحة الأولى فقط؟

فأجاب: القسمة المذكورة أولًا باطلة، فإن رضي بها على وجه الإجارة لما مضى لم تصح بذلك، وإن رضي على وجه الإنشاء منه للقسمة جاز مع رضاهم ذلك وصح، فإنها ليست قسمة إجبار وقسمة الرضا واسعة يحتمل فيها الرد، وما هو أكثر من ذلك، والقسمة الثانية إذا لم تكن بحكم حاكم باطلة، فإذا رضي الرابع منشأ للقسمة على ذلك الوجه جاز ذلك، وكانت قسمة لازمة، وجعل الإقرار السابق للرضا كالإقرار المقرون بالرضا.

....

قلت: وهذا غير متضح ولا سيما على ما صححه من أن القسمة بيع في كل الأحوال ولا ينبغي أن يكفي رضاهم السابق ورضاه اللاحق بل ينبغي أن يستووا جميعًا تراضيًا مستأنفًا، فإن التراضي منهم كما قاله المَاوَرْدِي منزل منزلة الإيجاب والقبول ليس هو بواقع هنا.

وسُئل عن قرية بعضها وبعضها وقف على مواضع، ولكل موضع واقف مستقل، وفي كتب الملك والوقف أن القرية كلها مشاعة والآن في يد كل واحد منهم أراضي معينة وبيوت معينة منها تنصرف فيها من سنين عدة، ويعمر البيوت من ماله من غير منازعة من شركائه، وقد ادعى بعضهم أن الإشاعة باقية وأن اختصاص كل منهم وقع بطريق التراضي لا بقسمة شرعية، فهل يقبل قوله أم لا؟

فإن ثبتت الإشاعة وطلب بعضهم القسمة في الأراضي وألزمته مع عينه بعض الملاك، فهل يجبر الممتنع منهم على القسمة؟ وما الحكم في العمارة المحدثة في البنيان هل لمحدثها أخذها؟ وهل لمتولي الوقف إن كان في القسمة رد أن يدفع من مال الوقف ردًا واحدًا.

فأجاب ﷺ: إذا ثبتت الإشاعة من الأصل فالقول قول من يدعي استمرارها إذا لم تقم بينة على قسمة صحيحة، وإذا طلب بعضهم القسمة، فإن كان الطالب من جانب الوقف لم يجب، وإن كان من جانب الطلب ومطلوبه قسمة ماثلة ثم قسمة تعديل أجبر الممتنع، ثم من كانت له عمارة ليست من نفس الأرض المشتركة بل جاءتها من خارج أبقيت عليه وتمكن من نقلها ولا رد إلى جانب الوقف ولا بد منه من غير شرط الواقف.

قلت: وفي بعض ما ذكره مخالفة لبعض ما سبق عن الأصحاب.

وسُئل عن أيتام لهم خشب مدرك قد جاء أوان قطع أكثره والباقي لغائب لا نائب له خاص، وهم محتاجون إلى بيعه ولا يشتري نصبهم مشاعًا من غير أن يتيسر القطع فيه للمشتري، فهل يجوز قطعه وحفظ نصيب الغائب أو ثمنه؟

……

فأجاب: إن كان يخاف من إبقائه في الأرض غير مقطوع فواته أو فوات بعضه قطع بالحاكم، ثم إن تيسر حفظ نصيب الغائب منه، وأمكنت قسمة مماثلة أو تعديلًا بالقيمة قسمه الحاكم باستقسام ولي اليتيم، وإن لم يتيسر حفظ نصيب الغائب [من أعيان الخشب المقطوع بيع جميع الخشب ويحفظ الحاكم نصيب الغائب من الثمن] وإن أمكن حفظ نصيب الغائب منه لكن ليس مما ينقسم قسمة إجبار لا مماثلة ولا تعديل، فإن وجد من يشتري نصيب الأيتام بيع منه مشاعًا، ولا ينبغي بيعه مشاعًا إلا بمثل عنه لو بيع مع الجميع، فإن كان يوكس في ثمنه بسبب الإشاعة فلا يسوغ احتمال ذلك بل تعدل إلى بيع الجميع على الجمع، فإن هذا المشترك قد دار بين أقسام كل منهما لا يخلو عن صور فيتعين أهدافها لما عرف وتقرر، وقد اختلفوا في نظائره؛ ليتطرق إليها الإجبار على القسمة منهم من صارفها إلى الإجبار على المهايأة وهو ضعيف على المذهب الصحيح، ومنهم من صار إلى التعطيل، الإمام أبو المعالي والغزالي وهو أفسدها وأبعدها عن قوانين الشريعة، ومنهم من صار إلى أن يؤجر على جميع الشركاء ويقسم أجرته عليهم، وهذا هو الصحيح عند صاحب «التهذيب» وبه يفتي؛ ولكن هذا فيما نؤجر، ومنهم من صار إلى أنه يباع ويقسم عنه على الشركاء، وهذا مزيف لكن حيث يمكن الإجارة وما نحن فيه الإجارة فيه ممتنعة والتعطيل والمهايأة والقسمة فلم يبق إلا البيع فكان المصير إليه في هذا وأمثاله صحيحًا.

وأصل هذا الوجه قد صار إليه أحمد بن حنبل ﷺ فيما لا ينقسم كما وجدته في كتاب أبي يعلى وابن عقيل من أصحابه، ووجهه أنه قد تعددت قسمة عينه فانتقل إلى ما لا يتعذر قسمته وهو عوضه، وقد عرف من أصلنا نحن أنه إذا امتنع السيد من الإنفاق على مملوكه باعه الحاكم عليه، فإذا صرنا إلى ذلك دفعًا للضرار عن مملوك له عليه حق وملك فلم [لا] يصير إلى ذلك دفعًا للضرار عن شريك لا حق له عليه ولا ملك، والله أعلم.

أما إذا كان الخشب لا يسوغ بيع نصب الغائب منه بطريق الخوف عليه، فإن كان مما ينقسم مماثلة أو تعديلًا كما سبق فالطريق فيه أن يقسمه الحاكم

....

على الغائب باستقسام ولي اليتيم، وليكن ذلك في الأوان التي جرت العادة فيه بقطع الخشب من غير إضرار به وبأصوله الثانية الباقية في الأرض حتى لا تتأخر قطعة فيختلط بما ينشأ من نمائه الشائع، فإذا تميز نصيب كل بالقسمة؛ بودر إلى قطعه قبل نمو بذر أو يباع حينئذ، وقطع نصيب الغائب بطريق طلبنا صيانة نصيبه ونصيب غيره من الاختلاط، ويولي ذلك الحاكم بطريق ولايته المقتضية وجوب صون أموال الغائبين، وإن كان مما لا ينقسم إجبارًا بيع الجميع ثم تبادر المشتري إلى القطع قبل النمو هذا ما ظهر، والله أعلم.

قلت: والشيخ بنى الكلام في المسألة على أن مال الغائب لا يباع بل يحفظ، وقد بينا كلام الأئمة فيه، وإذا جاز بيعه عليه بمفرده لمصلحته بيع هنا مع نصيب اليتيم في مثل هذه الحالة بلا شك كما بيناه في الباب قبله، وأما تزييفه كلام الغزالي وإمامه فكأنه يرى أنهما أرادا الغلق والتعطيل على الشركاء من الحاكم كما أشار إليه قبل هذا، وليس ذلك بمراد لهما فإنه غلط بل إنما أرادا أن الحاكم يعرض عنهما ولا يأمر بغلق ولا غيره، فإن الحجر على العاقل الرشيد في ملكه وبيعه أو بيع منفعته عليه بعيد كما لو انفرد بتعطيل ملكه الخالص له، وسبيل الشريك الآخر أن يبيع نصيبه أو يؤجره، وعندي أن المسألة راجعة إلى القول بالإجبار على العمارة وعدمه.

إذا علمت هذا فقد تضمن كلامه جواز قسمة الشجر فإنما دون أرضه، وقد جزم المَاوَرْدِي وغيره: بامتناعه كما تقدم، وإنما يقسم مع الأرض بيعًا، فإن كان هذا محل وفاق وهو الراجح فالطريق أن يقطع أولًا في مسألتنا ثم يقسم أو يباع جملة على حسب ما تظهر المصلحة ويقتضيه النظر لليتيم وللغائب، والله أعلم.

وسُئل عمن معه خمسة دراهم وقع فيها درهم حرام فاختلط ولم يتميز فكيف يتصرف فيه؟

فأجاب: يأخذ منها درهمًا على نية القسمة ويتصرف في الباقي ويسلم الدرهم المعزول إلى صاحبه [وإن لم يعلم صاحبه] تصدق [به] عنه أي عند يأسه من العلم به والعثور عليه، وسبق في جواز انفراد الشريك بمثل هذه

....

القسمة بلا إذن وجهان: والظاهر منهما عند إمكان إذنه المنع فإن لم يمكنه استئذانه أو أمكنه ولم يأذن أخذ قدر حصته حينئذٍ ولا يبعد أن يقال: [لا] يرفع الأمر إلى الحاكم إن أمكن التخلص من جهته ولا يستقل بالقسمة، والله أعلم.

وسُئل عن بستان بين اثنين أجر أحدهما نصيبه مشاعًا ثم أراد قسمته فهل يصح؟ وإذا صحت، فكيف حكم المستأجر في انتفاعه؟

فأجاب: تصح القسمة على الصحيح، ثم مقتضى كون القسمة بيعًا، وهو الصحيح مطلقًا في كل حال أن يبقى حق المستأجر على الإشاعة، ولا ينحصر في قسمته المستأجر، انتهى.

وهذا صحيح وقضيته ألا يمكن أحدهما من إحداث فواصل بين القسمين قبل انقضاء مدة الإجارة بل يفصل بعلامة لا ينقص بها انتفاع المستأجر بجزء من الأرض.

خاتمة نسأل الله الكريم حسنها

أرض وقف على مدرسة فيها خشب له قريب من عشرين سنة قد أدرك فبيع فهل يكون ثمنه مقسومًا على المستحقين من حين بنائه إلى حين تمام إدراكه؟ أم يكون مخصوصًا بالذين أدرك في زمنهم؟

فأجاب: المصنف والبرهان المراعي أن قيمته تنقسم بين السنين، ويقسم ثمنه على حساب السنين وتوقف الشيخ تاج الدين الفزاري- ﷺ - الجميع في ذلك.

قلت: وينبغي أن ينظر إلى تفاوت القيمة في كل سنة، ولا يقسم على عدد السنين بالسوية قطعًا؛ إذ قيمة كل سنة دون قيمة التي بعدها لما يحدث من الزيادة؛ لكن في ضبط ذلك عسر أو تعذر، والعلم عند الله وبه التوفيق، وأسأله حسن الخاتمة ﴿إِنَّ رَبِّي لَطِيفٌ﴾ [يوسف: ١٠٠].

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

قال المصنف: [شَرْطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ حُرٌّ ....

الشهادة: الإخبار بما شوهد، مأخوذة من الشهود وهو الحضور، والشاهد شاهد لما غاب عن غيره، وقيل: مأخوذة من الإعلام، قال: الله تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨].

أي: علم وبيَّن، والأصل فيها قبل الإجماع: الآيات الكريمات والأحاديث المشهورة في الباب، وافتتح «المحرر» الباب بحديث: «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ**» وهو غير محفوظ ولا معروف في شيء من الكتب المشهورة، وأسند في بعض الأجزاء بلفظ: «**أَكْرِمُوا الشُّهُودَ؛ فَإِنَّ اللهَ تَعَالَى يَسْتَخْرِجُ بِهِمْ الْحقُوقَ وَيَدْفَعُ بِهِمْ الظُّلْمَ**»(١) وإسناده ضعيف كما أوضحته هناك في «الْغُنْيَة» وينكر قول جماعة من أئمتنا، قال: رسول الله ﷺ كذا بصيغة الجزم، وهو حديثٌ لا يقوم على ساق.

قال الشارح: قال: (**شَرْطُ الشَّاهِدِ مُسْلِمٌ**) أي: فلا تقبل شهادة كافر بحال ذميًا كان أو غيره شهد على مسلم، أو كافر من أهل ملته أو غيرها في حضر أو سفر في وصية أو غيرها كان هناك مسلم أو لم يكن، قال: الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكافر ليس من رجالنا، ولأنه أفسق الفساق، ولأنه يكذب على الله سبحانه فلا يؤمن من الكذب على خلقه.

قال: (**حُرٌّ**) أي لا تقبل شهادة من فيه جزء من الرق وسواء المكاتب والمدبر وغيرهما لقوله تعالى: ﴿ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والخطاب للأحرار، والحرية شرط في قبول الشهادة لا في العدالة، فإن روايته وفتياه

---

(١) أخرجه أبو الشيخ في «طبقات الأصبهانيين» (ص ٣٠٨)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٨٤)، والخطيب في «التاريخ» (٥/ ٩٤ و ٦/ ١٣٨ و ١٠/ ٣٠٠)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٢/ ٦٢)، والديلمي (١/ ٣٤)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٢/ ٥٢)، والدامغاني الفقيه في «الأحاديث والأخبار» (١/ ١٠٧).

مُكَلَّفٌ عَدْلٌ ذُو مُرُوءَةٍ ....

مقبولة كالحر، وأشرت إلى خلاف العلماء في قبول شهادته [في «الْغُنْيَة»].

قال: (مُكَلَّفٌ) أي: فلا تقبل شهادة صبي بحال عندنا وإن راهق، ولا مجنون وكل من ليس بعاقل إجماعًا، قال ابن المنذر: وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية.

قال: (عَدْلٌ) أي: فلا تقبل من فاسق، قال: تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

وقال ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وقال ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والفاسق ليس بمرضى، وقبله أبو حنيفة إذا غلب على الظن احترازه من الكذب.

وقال الموفق الحنبلي: الفسق نوعان:

أحدهما: من حيث الأفعال، ولا نعلم خلافًا في رد شهادته.

والثاني: من جهة الاعتقاد كالمبتدعة وسنذكره.

قال: (ذُو مُرُوءَةٍ) أي: على المذهب كما سيأتي، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن حفظها من الحياء ووفور العقل وطرحها إما لبخلٍ أو قلة حياء وعدم مبالاة بنفسه، ومن لا حياء له يصنع ما يشاء كما نطقت به السنة الصحيحة.

إِشَارَةٌ: المروءة بالهمز وتركه، قال الجوهري وغيره: هي الإنسانية.

وقال ابن فارس: هي الرجولية، وقيل: ذو المروءة من يصون نفسه عن الأدناس ولا يشينها عند الناس، وقيل: من يسير بسيره أمثاله في زمانه ومكانه، ثم قيل: المراد بالمروءة هنا عليها على أضدادها كما سيأتي في الطاعات.

قال الدَّارِمِي: قيل: المروءة في الحرفة، وقيل: في أدب الدين كالأكل ومد الرجل بحضرة الناس، والصياح في الحقير، وأنهار السنابل وقلة فعل الخير مع القدرة عليه، وكثرة الاستهزاء ونحو ذلك.

وقال ابن المرزبان: على العرف في جميع ذلك من صنعة ولبس وحلق.

غَيْرُ مُتَّهَمٍ. وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ، وَالْإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ.

قال: (**غَيْرُ مُتَّهَمٍ**) فلا تقبل شهادة المتهم كما سيأتي قال تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة هنا خالصة، وفي «صحيح الحاكم» عن أبي هريرة برفعه قال: «**لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ ذِي الظِّنَّةِ وَلَا ذِي الْحِنَّةِ**»(١) ثم قال: صحيح على شرط مسلم، والظنة: التهمة، والحنة: العداوة.

تَنْبِيهٌ: أهمل الشيخ شرطًا سابقًا في الشاهد وهو الظن، وقد قالا: شهادة الأخرس إن لم تعقل إشارته مردودة وكذا إن عقلت على الأصح عند الأكثرين ونسبه غيرهما إلى النص، وفي «معتمد» أبي نصر الْبَنْدَنِيجِي أن ظاهر المذهب القبول، خلافًا لأبي حنيفة وسنوضح اختلاف الأصحاب في الترجيح.

قالا: وذكر الصَّيْمَرِيّ أنه لا تجوز شهادة المحجور عليه بالسفه، فإن سلم ذلك زاد شرطًا ثامنًا، وكان الأحسن عند التيقظ وعدم الغفلة من الشروط كما ذكره الجرجاني وجماعة، وذكرها مع الأسباب الآتية من بعد.

قال الهروي: وشهادة الصبيان والنسوان والعبيد والكفار في اللوث إذا جاءوا في الحال متفرقين مقبولة في أحد القولين.

قال: (**وَشَرْطُ الْعَدَالَةِ اجْتِنَابُ الْكَبَائِرِ، وَالْإِصْرَارِ عَلَى صَغِيرَةٍ**) نوضح الغرض بذكر أمور:

أحدها: الجمهور على أن المعاصي تنقسم إلى كبائر وصغائر، وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٣١] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ﴾ [الشورى: ٣٧].

وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني وغيره من أئمتنا: الذنوب كلها كبائر.

قال صاحبه الأستاذ أبو بكر بن فورك في «تفسيره»: معاصي الله عندنا كلها كبائر، وإنما يقال: لبعضها صغيرة بالإضافة إلى ما هو أكبر منها، قال:

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٢٠، رقم ١٥٣٦٦)، والحاكم (٤/ ١١١، رقم ٧٠٤٩) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (١٠/ ٢٠١، رقم ٢٠٦٤٨) والديلمي (٥/ ١٤٤، رقم ٧٧٦٧).

……

ومعنى الآية إن اجتنبتم أكبر ما نهيتكم عنه، وهو الكفر بالله كفرت عنكم سيئاتكم التي دون الكفر إن شئت، وقالت المعتزلة: الذنوب على ضربين: كبائر وصغائر، وهذا ليس بصحيح، وربما ادعى في موضع اتفاق الأصحاب على ما ذكره خلافًا للمعتزلة، والظاهر أن القائل بذلك لا يخرج عن العدالة بكل ذنب، وإن نازع في التسمية.

الثاني: قوله: (اجتناب الكبائر) أي: جملةً ورأسًا، فمن ارتكب كبيرة فسق وردت شهادته؛ لأن الله تعالى حكم في قذف المحصنات برد الشهادة، وفيه تنبيه على ردها في سائر الكبائر، وأما الصغائر فقل من يسلم منها إلا من عصمه الله، وحديث: «**ما منا إلا من عصى أو هم بمعصية إلا يحيى بن زكريا ﵇**».

وفي رواية: «**ما من أحد من بني آدم إلا قد أخطأ أو هم بخطيئة إلا يحيى ابن زكريا ﵇**»(١) فحديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به، ولا يغتر بذكر أصحابنا له في كتب المذهب.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وقد قيل: إنه لا يقوم أحد يوم القيامة لم يذنب ذنبًا ولا هم بذنب إلا يحيى بن زكريا ﵇.

إذا عرفت هذا فظاهر كلام المصنف أن الإصرار على صغيرة مبطل للعدالة مطلقًا، وهو وجه ظاهر المذهب خلافه كما سيأتي، ويجوز أن يحمل كلامه على أن يكون الغالب من أفعاله ليوافق ظاهر المذهب.

الثالث: قال الشَّافِعِي - ﵀ - في «الأم»: لَيْسَ مِنَ النَّاسِ أَحَدٌ نَعْلَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا يُمَحِّضُ الطَّاعَةَ وَالْمرُوءَةَ حَتَّى لَا يَخْلِطَهُمَا بِمَعْصِيَةٍ، وَلَا يُمَحِّضُ الْمعصِيَةَ وَتَرْكَ الْمرُوءَةِ حَتَّى لَا يَخْلِطَهُمَا شَيْئًا مِنَ الطَّاعَةِ وَالْمرُوءَةِ، فَإِذَا كَانَ الْأَغْلَبُ عَلَى الرَّجُلِ الْأَظْهَرَ مِنْ أَمْرِهِ الطَّاعَةَ وَالْمرُوءَةَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَإِذَا كَانَ الْأَغْلَبُ الْأَظْهَرُ مِنْ أَمْرِ الْمعصِيَةَ وَخِلَافَ الْمرُوءَةِ، رُدَّتْ شَهَادَتُهُ،

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٥٤، رقم ٢٢٩٤)، وأبو يعلى (٤/ ٤١٨، رقم ٢٥٤٤)، وابن عدي (٦/ ٢٤٤، ترجمة ١٧٢١ محمد بن عون).

....

وذكر مثله في «المختصر».

إذا عرفت هذا فقد قال الرَّافِعِي: قال الأصحاب: يعتبر في العدالة اجتناب الكبائر فمن ارتكب كبيرة فسق وردت شهادته، وأما الصغائر فلا يشترط تجنبها بالكلية؛ لكن الشرط ألا يصر عليها فإن أصر كان الإصرار كارتكاب الكبيرة، وأما الإصرار السالب للعدالة أهو المداومة على نوع من الصغائر أم الكبائر من الصغائر سواء كانت من نوع أو أنواع مختلفة؟ منهم من يفهم كلامه الأول، ومنهم من يفهم كلامه الثاني، ويوافقه قول الجمهور: إن من تغلب طاعاته معاصيه كان عدلًا، ومن تغلب معاصيه طاعته كان مردود الشهادة، ولفظ الشَّافِعِي في «المختصر» قريب منه، وإذا قلنا به لم تصر المداومة على نوع واحد من الصغائر؛ إذا غلبت الطاعات وعلى الاحتمال الأول يصر، انتهى.

قلت: وهو قضية إطلاق «المنهاج» والمذهب وقول الجمهور وما تضمنته النصوص إن من كان الأغلب عليه الطاعة والمروءة قبلت شهادته، ومن كان الأغلب عليه المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته.

قال الإمام: وهذا فيما إذا لم تعظم، أما ما تعظم فترد به الشهادة بالمرة الواحدة يريد بذلك الكبيرة، وسبق عن الشيخين أن ولي النكاح إنما يفسق بالعضل إذا تكرر منه مرات أقلها فيما حكى بعضهم ثلاث، وتكلمنا عليه وبينًّا أنه إنما يتأتى على هذا الاحتمال الضعيف لا على المذهب المشهور المنصوص، وقول الجمهور كما بيناه هنا.

فَرْعٌ: اختلف الصحابة ﷺ ومن بعدهم في الكبائر وفي الفرق بينها وبين الصغائر، وقال الواحدي وغيره: الكبائر كلها لا تعرف، أي: لا تنحصر، وقال الأكثرون: إنها معروفة، واختلفوا هل تعرف بحدٍ وضابط أو بالعدد؟ وللأصحاب في حدها وجوه:

أحدها: أنها المعصية الموجبة للحد.

....

وثانيها: أنها التي تلحق صاحبها الوعيد الشديد بنص كتاب أو سنة، قال الرَّافِعِي: وهذان الوجهان أكثر ما يوجد لهما وهما إلى ترجيح الأول أميل؛ ولكن الثاني أوفق لما ذكروه في تفصيل الكبائر.

قلت: وهو أميل مما قبله فإن أكل الربا ومال اليتيم وقطع الرحم والعقوق والسحر والنميمة وشهادة الزور وغيرها من الكبائر، ولا حد فيها.

والثالث: ما قاله الإمام في «الإرشاد» وغيره: كل جريمةٍ تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة فهي مبطلة للعدالة، كذا نقله الرَّافِعِي.

وعبارة «الإرشاد»: كل جريرة إلى آخره، ثم قال: وكل جريرة لا تؤذن بذلك يبقى حسن الظن ظاهرًا بصاحبها فهي التي لا تحبط العدالة، وهذا أحسن ما نميز به أحد الضربين عن الآخر.

والرابع: أن الكبيرة كل فعل نص الكتاب على تحريمه، وكل معصية توجب في نفسها حدًّا من قتل أو غيره، وترك كل فريضة مأمور بها على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هكذا نقله الرَّافِعِي عن الهروي، وكذا قاله في «الإشراف» بزيادة: وكل قول خالف الإجماع العام، انتهى.

والخامس: ذكره الشيخ شُرَيْح الرُّويَانِي في «روضة الحكام»: أن حد الكبيرة ما يوجب الحد أو القتل عمدًا بغير حق أو شبه عمد، أو القدرة من الفعل والعقوبة ساقطة للشبهة وهو عامد آثم، وذلك مثل السرقة والزنا وقطع الطريق، وإن لم يثبت بشبه أو عدم حرز وهو عامد آثم، وترك الفرائض الفورية والكذب في الرواية والشهادة واليمين، وكل قول خالف الإجماع، انتهى، والظاهر أنه ما قبله بزيادة إيضاح.

والسادس: أنه ما أوجب الحد أو توجه إليه الوعيد، والصغير ما قل فيه الإثم، ذكره في «الْحَاوِي».

والسابع: حكاه القاضي الحسين عن الْحَلِيمِي أن الكبيرة كل محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه، فإن فعله على وجه يجمع وجهين أو وجوهًا من

……………………………………………………………………………………

التحريم كان فاحشة، فالزنا كبيرة وبحليلة الجار فاحشة، قال: والصغيرة تعاطي ما ينقص رتبته عن المنصوص عليه أو تعاطيه على وجه دون المنصوص عليه ولا يستوفى في معنى المنصوص عليه، فإن تعاطاه على وجه يجمع وجهين أو وجوهًا [من التحريم] كان كبيرة فالقبلة واللمس والمفاخذة صغيرة، ومع حليلة الجار كبيرة، كذا نقله ابن الرِّفْعَة وغيره، وهو غير وافٍ بكلامه في «منهاجه» وسأفرده بفرع، ففيه عجائب ووراء ما سبق عبارات للمتأخرين:

إحداها: قال الغزالي: كل معصية يقدم المرء عليها من غير استشعار خوف ووجدان ندم تهاونًا واستجراء عليها فهي كبيرة، وما يحمل على فلتات النفس وما ينفك عن ندم فليس بكبيرة، وقال مرة أخرى: لا مطمع في معرفة الكبائر مع الحصر؛ إذ لا يعرف ذلك إلا بالسمع ولم يرد.

الثانية: قال ابن عبد السلام: الأولى ضبط الكبيرة بما يشعر بتهاون مرتكبها بدينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها، [قال: وإذا أردت الفرق فاعرض مفسدة الذنب على مفاسد الكبائر المنصوص عليها] فإن نقصت عن أقل الكبائر فهي صغيرة، وإلا فكبيرة.

قلت: وكيف السبيل إلى الإحاطة بالكبائر المنصوص عليها حتى ينظر في أقلها مفسدة ونقيس بها مفسدة الذنب الواقع هذا متعذر.

الثالثة: قال ابن الصلاح: الكبيرة: كل ذنب عظم عظمًا يصح معه أن يطلق عليه اسم الكبيرة، ويوصف بكونه عظيمًا على الإطلاق، ولها أمارات:

منها: إيجاب الحد.

ومنها: الإيعاد عليها بالعذاب بالنار ونحوها في الكتاب أو السنة.

ومنها: وصف فاعلها بالفسق.

ومنها: اللعن، انتهى.

وقال قاضي «حماة» ﷀ: التحقيق أن الكبيرة كل ذنب قرن به وعيد أو لعن أو أكثر من مفسدته، أو أشعر بتهاون مرتكبه في دينه إشعار أصغر الكبائر

....

المنصوص عليها بذلك، كما لو قتل من يعتقده معصومًا فظهر أنه مستحق لدمه أو وطأ امرأة ظانًا أنه زانٍ فإذا هي زوجته أو أمته، انتهى.

وهذا لخصه مما تقدم وما ذكره آخرًا قاله ابن عبد السلام في «القواعد» وضبط ما لا مطمع في ضبطه متعذر وكل هذه تقريبات.

فَرْعٌ: فصل جماعة الكبائر بالعدد وعدوا منها جملًا ولا مطمع في الاستيعاب.

قال في «التَّرْغِيب»: قيل: الكبائر خمس عشرة، وهو غريب.

وقال الديلمي: اختلف الناس في الكبائر فقيل سبع، وقيل أربع عشرة.

وقال ابن عباس: هي إلى السبعين أقرب منها إلى السبع، قال: وذكرنا عددها في تأليف لنا فزادت على أربعين كبيرة فتؤول إلى ما قاله ابن عباس، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: فصَّل الرُّويَانِي فقال: الكبائر سبع: قتل النفس بغير حق، والزنا، واللواط، وشرب الخمر، والسرقة، وأخذ المال غصبًا، وشرب كل مسكر ملحق بالخمر، ولا فرق في الخمر بين يسيره والقدر المسكر، وقال الهروي: في غير الخمر خلاف إذا تعاطاه شافعي، وشرط في غصب المال أن يبلغ ربع دينار.

قلت: وقوله: (ربع دينار) وهو ما في «الإشراف» وغيره، ونسخ الرَّافِعِي الصحيحة ووقع في نسخ منه.

وفي «الرَّوْضَة»: أن يبلغ دينارًا، وهو تحريف من ناقل، وضم في «الشامل» إلى السبع المذكورة: شهادة الزور، وأضاف إليها في «العدد»: أكل الربا، والإفطار في رمضان بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، وعقوق الوالدين، والفرار من الزحف، وأكل مال اليتيم، والخيانة في الكيل والوزن، وتقديم الصلاة على وقتها وتأخيرها عنه بلا عذر، وضرب المسلم بغير حق، والكذب على النبي ﷺ وسب أصحابه ﷺ وكتمان الشهادة بلا عذر، وأخذ

....

الرشوة، والدياثة، والقيادة بين الرجال والنساء، والسعاية عند السلطان، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، واليأس من رحمة الله، والأمن من مكره، ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن، ومن الكبائر أكل لحم الخنزير، والميتة بلا ضرورة.

قال الرَّافِعِي: وللتوقف مجال في بعض هذه الخصال كقطع الرحم، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار.

وقد أشار الغزالي في «الإحياء» إلى مثل هذا التوقف، وقيل: ترك الصلاة الواحدة إلى خروج فيها غير كبيرة، وإنما ترد الشهادة به إذا اعتاده، انتهى.

قلت: أطلق الرُّويَانِي القذف وقيد غيره بالمحصن، وبعضهم بالقذف الباطل وفصل فيه وفي العقوق كما سيأتي.

وقوله: وأكل مال اليتيم، قال الهروي وغيره: أكل مال اليتيم وغيره وسيأتي في أكل ماله والضرب تفصيل أيضًا، وفي تقييده بالمسلم نظر.

وقوله: والقيادة لا حاجة إلى زيادة بين الرجال والنساء؛ بل هي بينهم وبين المراد أقبح وينبغي أن يفصل في النهي عن المنكر فيقال: إن كان كبيرة فالسكوت عليه مع إمكان دفعه كبيرة، وإن كان صغيرة؛ فالسكوت عليه صغيرة وقس ترك المأمور به بهذا إذا قلنا: إن الواجبات تتفاوت وهو الظاهر، وفي نسيان القرآن حديث ضعيف وموضع كون نسيانه كبيرة؛ إذا كان عن تهاون وتكاسل، ومن الكبائر السحر وفي «صحيح مسلم» عده من السبع الموبقات، والوطء في الحيض كبيرة، نص عليه الشَّافِعِي، والنميمة كبيرة كما ثبت في «صحيح» البخاري مرفوعًا.

وقوله: ويقال: الوقيعة في أهل العلم وحملة القرآن هذا مبني على أن الغيبة من الصغائر وسيأتي بيانها، ويشبه أن يكون قتل الهر الذي ليس مؤذيًا

عمدًا من الكبائر «**لأنَّ امْرَأَةً دَخَلَتِ النَّارَ فِي هِرَّةٍ**. . . الحديث»⁽¹⁾ ويلحق بها ما في معناها، وكذلك التصوير وغيره مما ثبت لعن فاعله، وعد بعضهم منها الشرب من إناء ذهب أو فضةٍ والتختم بالذهب، ولبس الحرير والجلوس عليه للرجال، وعد العراقيون منها سماع الأوتار والمعازف والمزمار العراقي ونحوها، وردوا الشهادة بالمرة الواحدة والمشهور أن ذلك كله من الصغائر.

قلت: وفي «النهاية»: وكان شيخي يقول: الاستماع إلى الأوتار في رتبة الصغائر، والإدمان فيه مفسق، وقطع العراقيون ومعظم الأصحاب بأنه من الكبائر، ثم قال: الغزالي وإمامه: وما ذكرناه في سماع الأوتار مفروض فيما إذا لم يكن الإقدام عليها مرة يشعر بالانحلال وإلا فالمرة الواحدة ترد به الشهادة، وطرد الإمام ذلك كما سبق في كل ما جانس ذلك، وإذا حرمنا الرد.

قال الإمام: فالصحيح أنه من الكبائر، كذا ذكره الرَّافِعِي عنه.

وقال من بعد: إنه طرد فيه التفصيل المذكور وهذا باب واسع ولشيخنا أبي عبد الله الذهبي ﷺ حزو عدد فيه جملة صالحة غير ما ذكرناه استخرجها من الآثار.

فَائِدَةٌ: في «قواعد ابن عبد السلام» أن الظاهر أن من قذف محصنًا في خلوته بحيث لا يسمعه إلا الله تعالى والحفظة أن ذلك ليس بكبيرة موجبة للحد؛ لانتفاء المفسدة، وقد ذكرت كلامه بطوله في «الْغُنْيَةِ» [وما قاله محتمل إذا كان صادقًا، فإن كان كاذبًا ففيه نظر للجراءة على الله سبحانه كالفجور].

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: قال في «العدة»: ومن الصغائر: النظر بالعين إلى ما لا يجوز، والغيبة، والضحك من غير عجب، والكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر، والاطلاع على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاثة، وكثرة الخصومات وإن كان الشخص محقًا، والسكوت على الغيبة، والنياحة،

---

(1) أخرجه أحمد (٢/ ٢٦٩، رقم ٧٦٣٥)، والبخاري (٣/ ١٢٠٥، عقب رقم ٣١٤٠)، ومسلم (٤/ ٢١١٠، رقم ٢٦١٩)، وابن ماجه (٢/ ١٤٢١، رقم ٤٢٥٦).

....

والصياح، وشق الجيب في المصائب، والتختر في المشي، والجلوس مع الفساق إيناسًا لهم، والصلاة المكررة في الأوقات المنهية، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصغار والمجانين والنجاسات المسجد، وإمامة القوم وهم له كارهون لعيب فيه، والعبث في الصلاة والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبلًا القبلة وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام.

قال الرَّافِعِي: ولك أن تتوقف في كثرة خصومات المحق، وتقول ما ينبغي أن تكون معصية أصلًا إذا راعى حد الشرع، وفي تخطي رقاب الناس يوم الجمعة فإنه معدود من المكروهات دون المحرمات، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأصح.

زاد الشيخ، قلت: المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه، والصواب في الخصومات ما قاله الرَّافِعِي، وأن البيع والشراء في المسجد، وإدخال الصبيان إذا لم يغلب بحبسهم إياه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلافًا سبق، ومن الصغائر القبلة للصائم الذي تحرك شهوته والوصال، والصوم على الأصح والاستمناء، وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم ولا نسوة ثقات، والبخس، والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصرية، وبيع العيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يباح اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم للكافر، وكذا المصحف وسائر كتب العلم الشرعي، واستعمال النجاسة في البدن لغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه، والله أعلم.

قلت: وفي بعض ما أطلقه في زيادته نظر، وقوله: وبيع العبد المسلم للكافر؛ كان ينبغي أن يقول: وكذا العبد المرتد على الأصح، وسائر كتب

العلم الشرعي في إطلاقه نظر يعرف مما سبق في البيع، وقد فهم هو والرافعي أنه أراد في «العدة» بما عدده من الصغائر المعاصي التي يأثم فاعلها كما هو المتبادر والمشهور في اصطلاح الفقهاء، ويجوز ألا يريد ذلك ولا بديل إن أراد عد جملة منه ومن غيره مما ترد به الشهادة وإن لم يأثم به، وسيأتي ما يؤيده؛ إذ يبعد أن يقال: يتأثم المحق في الخصومة إلا أن يقال: من أكثر الخصومات وقع في الإثم، وقد أقراه على أشياء فيها نظر، أما النظر إلى من لا يجوز النظر إليه من أجنبية وأمرد فقد أطلق المَاوَرْدِي وغيره: أنه إن تعمده بشهوة لغير حاجة فسق وردت شهادته، وكذا لو عاوده عبثًا لا لشهوة وفيه نظر، والمختار أنه لا يفسق بذلك بمجرده؛ إذا غلبت طاعاته كما قررناه ولا يكون ذلك كبيرة تخرج من العدالة، نعم لو ظن الفتنة ثم أقحم النظر فيظهر كونه كبيرة، وأما الغيبة فإطلاق القول بأنها من الصغائر ضعيف أو باطل.

وقد نقل القرطبي المفسر وغيره الإجماع على أنها من الكبائر ويوافقه كلام جماعة من أصحابنا كما سبق في حد الكبيرة، وقد غلظ أمرها في الكتاب والسنة ومن تتبع الأحاديث فيها علم أنها من الكبائر، ولم أرَ من صرح بأنها من الصغائر غير الغزالي وصاحب «العدة» والعجب أنه أطلق أن ترك النهي عن المنكر من الكبائر، وقضيته أن يكون السكوت عن النهي عنها من الكبائر؛ إذ هي من أقبح المنكرات لا سيما غيبة الأولياء وأهل الكرامات، وأقل الدرجات أنه لم يثبت إجماع أن يفصل بين غيبة وغيبة، ويجوز ألا يفصل سدًّا للباب كما سبق في الخمر، فيقال: للغيبة حلاوة كحلاوة التمر وضراوة كضراوة الخمر - عافانا الله - منها وقضى عنا حقوق أربابها فلا يحصيهم غيره سبحانه، ولا خفاء أن الكلام حيث لا سبب لا يبيحها أو يوجبها بل يكفها وأذى، وأما الضحك من غير عجب فقد يكون مكروهًا، وقد يكون مستحبًا وقد يكون مباحًا وقد يكون محرمًا، وكذلك الكذب الذي لا حد فيه ولا ضرر أيضًا قد يكون واجبًا وأمثلته واضحة، ذكر في «القواعد» منها جملة.

وقال في «الْبَحْر»: من كذب قصدًا ردت شهادته، وإن لم يضر بغيره؛ لأن

....

الكذب حرام بكل حال، قال: الْقَفَّال: إلا أن يقول ذلك على مذهب الكتاب والشعراء في المبالغة في الكلام.

قلت: وهذا محمول على ما إذا لم تدع إليه حاجة، وقد تكون الكذبة الواحدة كبيرة.

وقال الشَّافِعِي في «الأم»: كل من كان منكشف الكذب مظهره غير مستتر به؛ لم تجز شهادته، وفي كون هجرة المسلم فوق ثلاث بلا سبب يجوزها صغيرة نظر، ويقرب أن يكون كبيرة لما فيه من التقاطع والأذى والفساد، وأما السكوت على الغيبة رضاءً بها مع القدرة على دفعها فيشبه أن يكون حكمه حكمها، نعم لو لم يمكنه دفعها فيلزمه عند المكنة مفارقة المغتاب، وأما النياحة وما بعدها، فإن كان ذلك تسخطًا بالقضاء وعدم رضا بالمقضي، فالظاهر أنه كبيرة، وإن كان لفرط الجزع والضعف عن حمل المصيبة من غير استحضار بسخط ونحوه فيحتمل، وهل يعذر الجاهل؟

فيه نظر، وأما البيع والشراء في المسجد فهو كما قال: ؛ لكن يشبه أن يكون الإكثار منه فيه واتخاذه في المسجد له كالحانوت أو يشوش به على المصلي والتالي والذاكر وتضييقه على المصلّين فالجلوس له معصية ويؤيده الحديث: «**إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ فِي المَسْجِدِ، فَقُولُوا: لا أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ**»(١).

وكذا إنشاد الضالة ونشدانها.

وأما إمامة من كرهه المعتدون فمعدود من المكروهات وتكلمنا عليه هناك، وكذلك العبث في الصلاة.

وأما التغوط في طريق الناس فعدوه من المكروهات، وبينا هناك أن الصحيح تحريمه.

وأما مسافرة المرأة وحدها أو مع امرأة ثقة ففيه تفصيل لا كما أطلقه

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٦١٠ رقم ١٣٢١) وقال: حسن غريب. والنسائي (٦/ ٥٢ رقم ١٠٠٠٤).

....

المصنف هنا من اعتبار النسوة والمنع وحدها مطلقًا، وتعرضنا لبعض ذلك في كتاب الحج وغيره، وذكروه في سفر الهجرة والصغائر لا يحويها عدد.

فَائِدَةٌ: رأيت في «فتاوى» الْقَفَّال: أنه سُئل عن حد الغيبة، فقال: إن كان فيه صفة مذمومة كشرب الخمر والزنا جاز أن يذكره لقوله: «**أُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ**»[1] غير أن المستحب ألا يذكره، وكذا يستحب الستر هذا إذا لم يكن في ذكره غرض فإن شهد على إنسان أو أريد مشاركته أو مناكحته فعليه إذا سُئل أن يبين، انتهى.

وما ذكره من الجواز لا لغرض شرعي ضعيف ممره، والحديث المذكور غير معروف وسنذكره، ولو صح لتعين حمله على حالة الحاجة.

فرع وعدنا به: قال الإمام الْحَلِيمِي في «منهاجه»: إن سأل سائل عن كبار الذنوب وصغائرها وفواحشها؟ فالجواب: أنه ما من ذنب إلا ومنه صغيرة وكبيرة وقد تنقلب الصغيرة كبيرة بقرينة تضم إليها، وتنقلب الكبيرة فاحشة بانضمام قرينة إليها إلا الكفر بالله تعالى، فإنه أفحش الكبائر وليس من نوعه صغيرة، وأما ما عداه فالأمر فيه على ما ذكرت فقتل النفس بغير حق كبيرة فإن قتل أبًا أو ذا رحم في الجملة، أو أجنبيًا محرمًا بالحرم أو بالشهر الحرام فهو فاحشة فأما الخدشة والضربة مرة أو مرتين فمن الصغائر.

قلت: فيه نظر ولا سيما إذا عظم ألم الضربة.

قال: والزنا كبيرة فإن كان بحليلة الجار أو بذات رحم أو بأجنبية؛ لكن في شهر رمضان أو في البلد الحرام فهو فاحشة.

قلت: الزنا فاحشة مطلقًا، قال: تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ۝٣٢﴾ [الإسراء: ٣٢] وأما ما دون الزنا الموجب للحد فإنه من الصغائر، فإن كان مع امرأة الأب أو حليلة الابن أو مع أجنبية على سبيل القهر والإكراه كان كبيرة.

---

(١) تقدم تخريجه.

....

وقذف المحصنات كبيرة، فإن كانت أمًا أو أختًا أو امرأة فاتنة كان فاحشة، وقذف الصغيرة والمملوكة والحرة المتهكة من الصغائر.

قلت: هذا في صغيرة لا تحتمل الوقاع بحيث يقطع بكذب قاذفها.

وأما المملوكة ففي كون قذفها صغيرة مطلقًا وقفة ولا سيما أمهات الأولاد لما فيه من أذى الأمة وسيدها وولدها وأهلها، والله أعلم.

والفرار من الزحف كبيرة، فإن كان من واحد أو اثنين ضعيفين هو أقوى منهما، أو اثنين حملا عليه بلا سلاح، وهو شاكي السلاح فذاك فاحشة، وعقوق الوالدين كبيرة فإن كان معه سب أو شتم أو ضرب فهو فاحشة، وإن كان العقوق الاشتغال لأمرهما ونهرهما والعبوس في وجههما والتبرم بهما مع بذل الطاعة ولزوم الصمت، فهذا من الصغائر فإن كان ما يأتيه من ذلك يلجئهما إلى أن ينقبضا فلا يأمراه ولا ينهياه ويلحقهما من ذلك ضرر فهذا كبيرة، والسرقة كبيرة وأخذ المال في قطع الطريق فاحشة، والقتل في قطع الطريق فاحشة، وسرقة الشيء التافه صغيرة، فإن كان المسروق منه مسكينًا لا غناء به عما أخذ منه؛ فذلك كبيرة، وإن لم يجب الحد.

قلت: قد يكون صاحبه غنيًا ولا غناء به عما سرق منه، وإن كان تافهًا كمائه في المفازة أو رغيفه الذي لا يجد هناك غيره.

قال: وأخذ أموال الناس بغير حق كبيرة، فإن كان المأخوذ ماله يفتقر أو كان أبًا أو أمًا للآخذ أو كان الآخذ بالاستكراه والقهر فهو فاحشة، وكذلك إذا كان على سبيل القمار وكان المأخوذ شيئًا تافهًا والمأخوذ منه غنيًا لا يبين عليه من ذلك ضرر؛ فذلك صغيرة، وشرب الخمر كبيرة، فإن استكثر منه حتى سكر أو جاهر به ففاحشة، فإن مزج خمرًا بمثلها من الماء فذهبت شربها وشربها فذلك من الصغائر.

قلت: فيه نظر ولا يسمع الأصحاب بذلك فيما أراه.

وترك الصلاة كبيرة فإن اتخذه عادة فهو من الفواحش، فإن أقامها ولم

……

يوفها حقها من الخشوع لكنه التفت فيها أو فرقع أصابعه أو استمع إلى حديث الناس أو سوى الحصى أو أكثر من اللحية؛ فذلك من الصغائر، وترك الجمعة بلا عذر كبيرة فإن اتخذه عادة فهو من الفواحش، وإن ترك إتيان الجمعة لغيرها فذاك من الصغائر، فإن اتخذ ذلك عادة وقصد مباينة الجماعة والانفراد عنهم فذاك كبيرة، وإن اتفق على ذلك أهل قرية أو بلد فهو من الفواحش.

قلت: قوله: **(كغيرها)** أي: صلى الظهر وأعرض عن الجمعة لا عن اجتهاد معتبرة ومنع الزكاة كبيرة ورد السائل صغيرة، فإن اجتمع على منعه أو كان المنع من واحد إلا أنه زاد على المنع الانتهار والإغلاظ فذاك كبيرة، وهكذا إن رأى محتاج رجلًا موسعًا على طعام فتاقت إليه نفسه وسأله منه فرده فذلك كبيرة.

قلت: هذا وما قبله من أن مطلق رده صغيرة مشكل إلا أن يؤول كما سيأتي.

قال: والأصل في هذا الباب أن كل محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه، فإن تعاطيه كبيرة وتعاطيه على وجهٍ يجمع وجهين أو أوجهًا من التحريم فاحشة، وتعاطيه على وجه يقصر عن رتبة المنصوص أو تعاطي ما دون المنصوص لا يستوفى معنى المنصوص الذي نهى عنه لئلا يكون ذريعة إلى غيره فهذا كله من الصغائر، وتعاطي الصغيرة على وجه يجمع وجهين أو أوجهًا من التحريم كبيرة مثال ذلك قتل النفس بغير حق محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه وهو انتهاك حرمة الله تعالى، فإن كان عمدًا فكبيرة فإن كان المقتول أبًا أو ذا رحم من كان أو كان القتل في البلد الحرام أو الشهر الحرام أو في قطع طريق ففاحشة، وإن ترك القتل إلى شيء دونه من إيلام بضرب غير منهك أو جرح لا ينقص من المجروح به عضوًا ولا يتعطل عليه من منافع بدنه منفعة لم يكن ذلك كبيرة، فإن فعل ذلك بأب أو أم أو ذي رحم من كان أو فعله في حرم أو شهر حرام أو استضعافًا لمسلم واستعلاء عليه فذلك كبيرة، وإن دلَّ على مطلوب لقتل ظلمًا وأحضر لمريد القتل سكينًا فهذا كله محرم لدخوله في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟

عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] لكنها صغائر؛ لأن النهي عنها ليس لا بعينها لكن أنها ذرائع إلى التمكين من ظلمه فأكثر ما في إعانة القاتل بها أن المعين يصير مشاركًا له في القصد والقصد إذا خلا عن الفعل لم يكن كبيرة.

قلت: هذا مشكل ولا يسمح الأصحاب بموافقته عليه، وقد عُد من الكبائر السعاية إلى السلطان والدلالة على قتل المعصوم ظلمًا من أقبحها وفي الحديث المشهور: «**مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، لَقِيَ اللهَ وَهُوَ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ: آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللهِ**»(١). وحديث: «**لَعَنَ اللهُ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِّله وَشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبَه**»(٢) صححه الترمذي، قال: وكذلك سؤال الرجل غيره الذي لا يلزمه طاعته وإن [لم يقتل](٣) آخر ليس من الكبائر؛ لأنه ليس فيه إلا إرادة هلاكه من غير أن يكون معها فعل.

قلت: وفيه نظر! ولا سيما إذا علم أو ظن أنه يطيعه ويسارع إلى امتثال أمره، والله أعلم.

فائدة وعدنا بها: عدَّ القاضي الحسين والْبَغَوِي من الصغائر تركَ السنن الراتبة وكذا دعاء الاستفتاح أو تسبيح الركوع والسجود، وألحق في «الذَّخَائِر» تأخير الصلاة عن أول وقتها بإخراجها عن وقتها وهو غريب.

وقال ابن الرِّفْعَة بعد سرده ما سبق عن «العدة» واستدراك الرَّافِعِي عليه، وهذا منه يدل على اختصاص الصغائر بالمحرمات، وهو الأقرب لكن سنذكر أن اللعب بالشطرنج ليس بمحرم على المذهب، وقد عده الغزالي من الصغائر.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه البيهقي (٨/ ٢٢، رقم ١٥٦٤٣) وابن ماجه (٢/ ٨٧٤، رقم ٢٦٢٠). قال البوصيري (٣/ ١٢٢): هذا إسناد ضعيف.
حديث الزهري أخرجه البيهقي (٨/ ٢٢، رقم ١٥٦٤٦).
حديث ابن عباس: أخرجه الطبراني (١١/ ٧٩، رقم ١١١٠٢). قال الهيثمي (٧/ ٢٩٨): فيه عبد الله بن خراش ضعفه البخاري وجماعة ووثقه ابن حبان وقال: ربما أخطأ وبقية رجاله ثقات.
حديث ابن عمر: أخرجه ابن عساكر (٨/ ٢٣٢).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٩، رقم ١٥٩٨)، وأحمد (٣/ ٣٠٤، رقم ١٤٣٠٢).

(٣) في نسخة: (يقتل).

……

قلت: في «الإحياء»: إن المباح يصير صغيرة بالمواظبة كاللعب بالشطرنج والترنم بالغناء على الدوام وغيره عن الْحَلِيمِي: إن رد السائل صغيرة إلى آخر كلامه، ويجب حمل كلامهم على أن حكمه ورد الشهادة حكم الصغيرة أو الكبيرة؛ لأنه ضرب من ترك المروءة، ويبعد القول بتحريم ترك التوجه، وترك التسبيحات وترك الرواتب ونحو ذلك، ويؤيد ما ذكرته قول صاحب «الْكَافِي» والْبَغَوِي في «التعليق» ومن اعتاد ترك السنن الرواتب أو شيء منها أو تسبيحات الركوع والسجود سقطت شهادته لتهاونه بالسنن، انتهى.

وحكى السرخسي وجهًا: أن ترك غير الوتر وركعتي الفجر لا ترد به الشهادة، وقول الرُّويَانِي في «التجربة» قال: أصحابنا: الرقص مكروه فإن اتخذه حرفة أو داوم عليه فسق، أي: ردت شهادته لتركه المروءة كما ترد شهادة الفاسق.

وقول القاضي الحسين: إنه لو أبدل السنن بقضاء الفرائض سوى الوتر وسنة الفجر لا ترد شهادته، وإن أبدل الوتر وسنة الفجر بقضاء الفوائت ردت، وتوضح ذلك أن الرَّافِعِي عند اعتبار ترك السنن الرواتب والتسبيح في الركوع والسجود مما ترد به الشهادة إثر كلامه على المروءة وضبطها ووجهه بتهاونه بالسنن، وإشعار هذا التهاون بقلة المبالاة والاهتمام بالمهمات، وعن النص أن مستحل إلا بنده إذا أدام المنادمة عليها والحضور مع أهل السفه ردت شهادته لطرحه المروءة وإن لم يفسق المستحل.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي قال القاضي: ومن تعود ترك غسل الجمعة ترد شهادته كمن تعود ترك السنن الرواتب، وهذا كله ظاهر في أن المراد ذكر ما ترد به الشهادة، وإن لم تكن معصية يأثم بها وسمي صغيرة توسعًا في العبارة والغرض بيان ما ينافي العدالة في أحكام الدنيا، وهذا كله ظاهر، ولكن كلام الْحَلِيمِي مصرح بأن ما ذكره من رد السائل معصية صغيرة أو كبيرة لا تقبل التأويل كما هو مبين في «منهاجه» وهو مشكل لا يساعده عليه، والله أعلم.

فَائِدَةٌ: جميع ما سبق ويأتي هو في معتقد تحريم ما يتعاطاه أما إذا كان

وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ، ....

معتقدًا للإباحة بدليل أو تقليد لمجتهد فلا ترد شهادته به كما سيأتي إلا أن يضم إليه ما تسقط به المروءة.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: وكل من تأول شيئًا فأتى مستحلًا كان فيه حد أو لم يكن لم ترد شهادته بذلك ألا ترى أن من حمل عنه الدين ونصب علمًا في البلد أن من يستحل المتعة فبقي بأن ينكح الرجل المرأة أيامًا بدراهم مسماة، وذلك عندنا وعند غيرنا من أهل الفقه محرم، وإن منهم من يستحل الدينار بعشرة دنانير يدًا بيد، وإن منهم من تأول سفك الدماء ولا نعلم شيئًا أعظم منه بعد الشرك، ومنهم من تأول بشرب الخمر كل مسكر غير الخمر وعاب على من حرمه، ومنهم من أحل إتيان النساء في أدبارهنّ، ومنهم من أحل بيوعًا محرمة عند غيره.

قال: وإذا كان هذا منهم على وجه الاستحلال كان جميع أهل الأهواء في هذه المنزلة وإذا كانوا هكذا فاللاعب بالشطرنج وإن كرهنا له أخف حالًا من هو لا بما لا يحصى ولا يقدر.

وقال في «الرَّوْضَة»: إن في «روضة الحكام» والأظهر أنه أراد بسفك الدَّم أهل البغي الذين يقاتلون أهل العدل.

قال: (**وَيَحْرُمُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ عَلَى الصَّحِيحِ**) لحديث أبي موسى عن النبي ﷺ: «**مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدِ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ**»(١) رواه أبو داود وغيره وصححه ابن حبان والحاكم، وقيل: إنه منقطع، وفي «صحيح» مسلم: «**مَنْ لَعِبَ بِالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا صَبَغَ يَدَهُ فِي لَحمِ خِنْزِيرٍ وَدَمِهِ**».(٢)

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٨٥، رقم ٤٩٣٨)، وابن ماجه (٢/ ١٢٣٧، رقم ٣٧٦٢)، والحاكم (١/ ١١٤، رقم ١٦٠) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (١٠/ ٢١٤، رقم ٢٠٧٣٩) ومالك (٢/ ٩٥٨، رقم ١٧١٨)، وأحمد (٤/ ٣٩٤، رقم ١٩٥٣٩)، والبزار (٨/ ٧٧، رقم ٣٠٧٥)، وابن حبان (١٣/ ١٨١، رقم ٥٨٧٢).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٥٧، رقم ٢٣٠٧٥)، وأبو داود (٤/ ٢٨٥، رقم ٤٩٣٩)، وابن ماجه (٢/ ١٢٣٨، رقم ٣٧٦٣) وابن حبان (١٣/ ١٨٢ رقم ٥٨٧٣) والبيهقي (١٠/ ٢١٤ رقم ٢٠٧٣٨)، والقضاعي (١/ ٣١٧، رقم ٥٣٤).

....

والثاني: إنه كاللعب بالشطرنج لكن كراهته أشد، وحكى عن ابن خيران وأبوي إسحاق المروزي والإسفراييني واختاره القاضي أبو الطيب، وهو ظاهر نص «الأم» كذا نقل الرَّافِعِي.

وقال في «البيان»: وأكره اللعب بالنرد للخبر واختلف أصحابنا، فقال أبو إسحاق: لا يحرم بل يكره تنزيهًا أشد من الشطرنج، وقال أكثر أصحابنا: يحرم اللعب به، وهو المنصوص في «الأم» ويفسق به وترد به الشهادة، انتهى.

وذكر في «الْحَاوِي» مثله بلا نسبة إلى النص وفي «تجربة» الرُّويَانِي.

قال بعض أصحابنا: يحرم فإن فعل فسق وردت شهادته.

وقال القاضي أبو الطيب نص في «الأم»: إنه كالشطرنج، وهذا يوافق نقل الرَّافِعِي لكنه في «الحلية» نقل عن أكثر أصحابنا أنه حرام، وقالوا: إنه مذهب الشَّافِعِي، ونقل الموفق الحنبلي في «المغني» الإجماع على تحريم اللعب بالنرد، ولعل محله إذا قامر به وكان من لم يحرمه حمل الحديث على القمار به كما هو الغالب بل لا غرض به، كما قال الصَّيْمَرِيّ: إلا القمار، وفرق بينه وبين الشطرنج على كلا الوجهين بأن التعويل فيه على ما تخرجه المكعبتان، فهو كالأزلام وفي الشطرنج على الفكر والتأمل، وإنه ينفع في تدبير الحرب.

قال المَاوَرْدِي: وقيل: إنه موضوع على البروج الاثني عشر والكواكب السبعة؛ لأن بيوته اثني عشر كالبروج ونقطه من جانبي الفص سبع كالكواكب السبعة، فعدل به إلى تعديل الكواكب والبروج.

تتمات:

منها: المشهور نقل الخلاف وجهين ونقله الجرجاني في «شافيه» و«تحريره» قولين وسبق ما يؤيده.

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي: الصحيح، والمنصوص في «الأمالي القديمة» أنه حرام.

ومنها: وعلى التحريم فعن الشيخ أبي محمد أنه من الصغائر، قال الإمام:

……

والصحيح أنه من الكبائر، قاله الرَّافِعِي.

وحكى ابن الرِّفْعَة عن الإمام أنه طرد فيه التفصيل السابق عنه، وكذا نقله عنه الرَّافِعِي فيما بعد، وصحح الرَّافِعِي والمصنف أنه من الصغائر وعلى تسليمه فيجب أن يكون في اللعب به مجانًا.

ومنها: قال الشَّافِعِي: وأكره اللعب بالحزة والقرق، قال الرَّافِعِي: والحزة قطعة خشب تحفر فيها حفرة ثلاثة أسطر، ويجعل فيها حصى صغار تلعب بها، وقد تسمى الأربعة عشر، والقرق أن يخط على الأرض خط مربع ويجعل في وسطه خط ويجعل على رؤوس الخطوط حصى صغار يلعب بها.

قال: واللفظة فيما رأيت بخط القاضي الرُّويَانِي: بفتح القاف والراء، وبعضهم قيده بكسر القاف وتسكين الراء.

قال: وفي «الشامل»: إن اللعب بها كهو بالنرد، وفي «تعليق» الشيخ: إنه كالشطرنج، ويشبه أن يقال: ما يعتمد فيه على إخراج الكعبتين فهو كالنرد وما يعتمد على الفكر كالشطرنج، انتهى.

وجعلهما كالنرد هو ما في «الْحَاوِي» و«الشَّامِلِ» وَ«الْبَيَانِ» وَلَفْظُهُ بَعْدَ أَنْ قال: إنَّ الصَّحِيحَ الَّذِي ذَهَبَ إلَيْهِ الْأَكْثَرُونَ تَحْرِيمُ اللَّعِبِ بِالنَّرْدِ، وَهَكَذَا اللَّعِبُ بِالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ الْمفَوَّضَةُ إلَى الْكِعَابِ وَمَا ضَاهَاهَا، فَهِيَ فِي حُكْمِ النَّرْدِ فِي التَّحْرِيم.

قُلْت: وَقَضِيَّةُ هَذَا وَكَلَامُ الرَّافِعِي تَحْرِيمُ اللَّعِبِ بِمَا تُسَمِّيهِ الْعَامَّةُ الطَّابَ وَالدُّكَّ فَإِنَّ الِاعْتِمَادَ فِيهِ عَلَى مَا تُخْرِجُهُ الْقُضْبَانُ الْأَرْبَعَةُ، وفي النفس منه شيء إذا خلا عن القمار والسفه لكنه قد يجر إليهما، وألحق الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية» النرد واللعب بالأربعة عشر وبالصدر والسفلة والنوافل والكعاب والرباب والدوامات.

قال: وكل من لعب بهذا الجنس فيخيف مردود الشهادة قمارًا أو غيره، انتهى وبعض ما ذكراه لا أعرفه.

وَيُكْرَهُ بِشِطْرَنْجٍ، فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ.

قال: (**وَيُكْرَهُ بِشِطْرَنْجٍ**) أي: تنزيهًا على الصحيح المشهور، واختلف في سبب كراهته فقيل: لأنه ضَرب من اللعب، وقيل لما تحدث عنه من الخلاعة ووراء ظاهر المذهب وجهان:

أحدهما: إنه حرام كالنرد، واختاره الرُّوياني، وبه جزم الْحَلِيمِي، وجزم الديلمي: بأنه من الصغائر، ثم قال: ولا يسمع قول من قال: إنه من الأدب.

والثاني: إنه مباح لا كراهة فيه، وهو ظاهر ما يحكى عن الصعلوكي وغيره وهو شاذ، وقال الغزالي: يباح اللعب به، ويصير بالمواظبة عليه مكروهًا، وقال في «الإحياء»: الإكثار منه صغيرة، وقد ذكرت في «الْغَنِيَّة» مذاهب العلماء فيه وما وقع في النقل عنهم من الاختلاف.

وقال المصنف: إن الجمهور منهم على تحريمه، قال أصحابنا: والأصل الإباحة، ولأن فيه تدبير الحروب فأشبه اللعب بالحراب، وإنما كرهناه وإن لم يثبت فيه نهي؛ لأثر مروي فيه عن علي ﷺ وخوف الانشغال به عن الصلاة وغيرها واحتج محرموه بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] وأخبار ضعيفة ذكرتها في «الْغَنِيَّة».

قال الإمام أحمد: أصح ما في الشطرنج قول علي، يعني قوله للاعبين بها: «مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ»(١)، وقد ذكرت الجواب عنه وعن حجتهم في «الْغَنِيَّة» وإنه ليس في الباب حديث صحيح ولا حسن وأسبغت القول في ذلك. قال: (**فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مَالٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَقِمَارٌ**) أي: وهو حرام وفاقًا، وأشار في «الأم» إلى نقل الإجماع فيه، أما لو أخرجه أحدهما على أنه إن غلب عاد إليه وإن غلب أخذه الغالب.

قال المَاوَرْدِي: فقد اختلف أصحابنا في جوازه بناء على اختلافهم في حديث: «**لا سَبَقَ إلا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصْلٍ**»(٢) هل هو أصل بذاته أو

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٢٨٧، رقم ٢٦١٥٨)، والبيهقي (١٠/ ٢١٢، رقم ٢٠٧١٩).

(٢) تقدم تخريجه.

....

استثناء من جملة محظورة، فعلى الأول يجوز القياس عليه ولا يكون هنا حظر ولا جرح، وعلى الثاني لا يجوز هنا، ويكون إخراج العوض فيه محظور أو مجرحة مجروحًا.

قلت: والتحريم هو المذهب، وبه قطع الأصحاب ولو صح البناء لكان المذهب الجواز لما عرف هناك.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: ولا يعلم أحدًا استحلَّ القمار ولا تأوله، ولكنه لو جعل فيها سبقًا متأولًا كالسبق في الرحى، قيل له: قد أخطأت خطأ فاحشًا، ولا ترد شهادته بذلك حتى يقوم عليه بعدما تبين له، وذلك لا غفلة في هذا على أحد، وإن العامة مجتمعة على أن هذا محرمٌ، انتهى.

فروع وفوائد:

أحدها: لو لم يقترن به قمار ولا أخذ عوض من جانب بل اقترن به فحش أو تفويت فريضة عمدًا [ردت الشهادة بذلك المقارن، ولو لم تخرج الصلاة عن وقتها عمدًا لكن شغله اللعب به حتى خرج الوقت وهو غافل.

قال ابن الرِّفْعَة: فإن لم يتكرر منه ذلك لم ترد شهادته] وإن كثر وتكرر فسق وردت شهادته؛ لأنه شغل نفسه بما فات به الصلاة، هكذا ذكروه وفيه إشكال لما [سبق] من معصية الغافل وللاهي تم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات، وأشار القاضي الرُّويَانِي إلى وجه أنه يفسق تكرر أو لم يتكرر، وفي «المهذب» اشتراط التكرار في إخراجها عن الوقت عمدًا من الكبائر.

قلت: والمذكور في «الْحَاوِي» وغيره أنه ليس بكبيرة، وإنما ترد به الشهادة إذا اعتاده وهو ما في «المهذب» وحكاه الْبَغَوِي وجهًا ومنه أخذه وهو شاذ، نعم؛ المشهور اعتبار التكرار في النسيان فقط.

وفي «الذَّخَائِر» إن أخرجا الفريضة عن وقتها عمدًا ردت شهادتهما، وإن كان يشغل عن الصلاة في أول وقتها ويؤخرانه عنه مع العلم به، فإن لم يكثر ذلك منهما لم ترد به الشهادة وإن كثر ردت.

....

قال صاحب «المهذب»: لأنه من الصغائر يفرق بين قليلها وكثيرها، قال: فظاهر قوله اعتبار إخراج الصلاة عن وقتها، انتهى.

وكأنه لما استغرب ظاهر كلامه حاول تنزيله على ما ذكره من تأخيرها عن أول الوقت، وهو غريب قريب لما فيه من التهاون بالدين كترك الشيخ في الركوع والسجود، وقال الدَّارِمِي: إن شغلته عن وقت الصلاة لم يقبل، وقيل: إذا سها بها عن الصلاة عذر مرة فإن عاد لم يقبل.

قلت: ويقرب أن يقال: إنه لو علم من عادته أنه لو لعب به وقع ذلك منه وجب أن يحرم عليه ويفسق بالمرة الواحدة كما لو تعمد إخراجها تهاونًا، وقول الرَّافِعِي: تم قياسه الطرد في شغل النفس بسائر المباحات إن أراد به المستوى الطرفين فرق بالتغليظ عن المشتغل بالمكروه، وإن أراد به المكروه التزم الطرد، والحق أن ما ذكروه من التفسيق مشكل ويجب تأويله على إرادة رد الشهادة به كالفسق بالمحرم؛ لأن الناسي والغافل مأثوم، وقد ناقش الإمام والغزالي في «الْبَسِيط» الأصحاب في قولهم اللعب بالشطرنج حرام عند اقترانه بشيء من ذلك وقالا: حكمه لا يتغير بذلك، وهذه أمور مستقلة بالتحريم اتصلت به أم لا، وعبارة جماعة أن شهادته ترد به بلا زيادة، وعبارة «تجربة» الرُّويَانِي: لو داوم على اللعب به وترك المهمات بسببه فهو سفه وترك مروءة فترد به الشهادة ذكره أصحابنا، انتهى.

وقد يقال: إذا علم من نفسه الاسترسال [والاشتغال] به أنه يحرم إعطاء للوسائل حكم المقاصد.

ثانيها: قال الرَّافِعِي: عبّر الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني عن سلامته عن القرائن الفاسدة بأن قال: وقد سُئل عن اللعب به إذا سلم المال عن الخسران والصلاة عن النسيان واللسان عن البهتان أرى ذلك أنسًا بين الإخوان حكاه الرُّويَانِي في «جمع الجوامع» ورأيته بخطه والذي منسوبًا إلى الصعلوكي.

قلت: وقال صاحب «التَّرْغِيب» وكتب الصعلوكي: إذا سلمت الأموال من

....

الخسران، واللسان من الطغيان، والصلاة من النسيان؛ رأيته أنسًا بين الخلان كتبه سهل بن سلمى، انتهى.

وهكذا رأيته في «تعليقي» الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي، زاد الْبَغَوِي: لكن مع هذا اللعب مكروه؛ لأنه اشتغال بما لا يعينه.

ثالثها: لو تجرد اللعب به عن المحرمات لكن داوم عليه فسيأتي أن شهادته مردودة وزاد الخوارزمي عدم الجواز وفي «الشامل» لا ترد وإن أكثر، وفي «الإحياء» يصير صغيرة وأولناه، ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: ولا يجوز شهادة اللاعب به قمارًا أو على أجزاء وعلى أظهر الطريق أو هدى عليها أو ترك عليها صلوات أو كانت عليه مصورة على شكل الحيوان فمردود الشهادة إجماعًا.

رابعها: لو لعب به مستحلة مع محرمة فهل يقضي الأول ويظهر تخريجه على الوجهين فيما لو تابع بعد الأذان بين يدي الخطيب من لا يلزمه حضور الجمعة من يلزمه، وأصحهما: التحريم؛ لأنه ساعد الآخر على المعصية، فكذلك هاهنا.

خامسها: اتخاذ الحمام للبيض والفرخ والأنس بها وبحمل الكتب جائز بلا كراهة، وأما اللعب بها بالتطيير والمسابقة فقيل حكمه كذلك، والظاهر كراهته كالشطرنج، وقال مالك وأبو حنيفة: ترد الشهادة بمجرده قاله الرَّافِعِي: وذكر الْمَاوَرْدِي له ثلاثة أحوال اتخاذه للفرخ وغيره مما سبق فلا ترد به الشهادة، والثاني: إن يخرج باتخاذها إلى الشفاهة إما للبذلة في أفعاله أو الحناء في أقواله فترد بذلك شهادته، والثالث: ما اختلف في رد الشهادة به وهو اتخاذهما للمسابقة وفيه وجهان بناء على ما سبق في حديث لا يسبق وقد سبق.

واقتضى كلام الدَّارِمِي وغيره: أنها كالشطرنج فيما ذكرناه سواء، حيث قالوا يكره اللعب بالشطرنج والحمام والمختار الجاري على القواعد أن من أظهر اللعب بها بالتطيير أو المسابقة وعرف بذلك مردود الشهادة؛ إذ العرف

وَيُبَاحُ الْحُدَاءُ وَسَمَاعُهُ.

في هذه الأعصار مطرد بأنه إنما يتعاطى ذلك أراذل الناس، ومن خلع جلباب الحياء والمروءة.

وقال الموفق الحنبلي: اللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له؛ لأنه سفه دناءة وقلة مروءة، ويتضمن أذى الجيران بتطييره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة، وقد رأى ﷺ رجلًا يبيع حمامة فقال: «شيطان يبيع شيطانة»⁽¹⁾ انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: اللعب به مكروه واقتناؤه مباح إلا إذا اقتناه لسرقة حمام غيره، وفي «تعليق» الْبَغَوِي وإبراهيم المروزي أن اللعب بالحمام أخف كراهة من اللعب بالشطرنج زاد الْبَغَوِي؛ لأنه يستعان على أنها الأخبار في الأسفار البعيدة، انتهى.

فَرْعٌ: قال الصَّيْمَرِيّ: اللاعب بالمداحي والخاتم مجانًا مقبول الشهادة إذا لم يتظاهر بذلك وجزم بعضهم بتحريم اللعب بالجوز.

وقال شُرَيْح: اللعب به أخف من اللعب بالحمام والشطرنج، وهذا حيث لا قمار وإلا فهو حرام إجماعًا، ولا يجوز عقد المسابقة على المداحاة وهي من بنادق أو حصى إلى حفرة.

قال الدَّارِمِي: فإن كان مجانًا فهو لعب، وما أظهره للترك في هذه الأعصار أوراقًا مزوقة بأنواع من النقوش يسمونها كنجفة يلعبون بها فإن كان فيها عوض فحرام بلا شك؛ لأنه قمار وإلا فهي كالنرد ونحوه لما سبق من التوجيه.

قال: (وَيُبَاحُ الْحدَاءُ) وهو بالمد وضم الحاء وكسرها لغتان، وضمه ضبطه المصنف بالضم.

(وَسَمَاعُهُ) وكان الأحسن أن يقول وأسماعه، والأحاديث في «الصحيحين» وغيرهما مصرحة بذلك، وصرح بنفي الخلاف فيه ابن عبد البر وغيره.

وفي «الرعاية الكبرى» لابن حمدان الحنبلي ما يقتضي نقل خلاف فيه،

---

(١) لم أجده.

وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ، وَسَمَاعُهُ.

ولم يذكره الموفق في «مغنيه»، والسنة ترده بل قال ابن العباس القرطبي المالكي: ربما يندب أي لما فيه من طرد النوم وتنشيط الإبل للسير ونشاط النفس ونحوها، وهذا ظاهر عند القصد الصالح.

قال المَاوَرْدِي: الحداء تحسين الرجز المباح بالصوت الشجي لتخفيف كلل السير ونشاط النفس، ولم يقصره غيره على الرجز وهو الصحيح.

وقال الأزهري: هو ما ينشد الحادي خلف الإبل من رجز شعر وغيره.

قال: (**وَيُكْرَهُ الْغِنَاءُ بِلَا آلَةٍ، وَسَمَاعُهُ**) قيل: الصواب أن يقال: واستماعه لا سماعه واستدل لكراهته بآيات شريفة:

منها: قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] قال ابن مسعود: هو الغناء، قال الحاكم: صحيح الإسناد، وعن ابن عباس: أنه الغناء وأشباهه، رواه البيهقي، قال: ورويناه عن إبراهيم النخعي ومجاهد وعكرمة، وزاد غيره: روايته عن الحسن وسعيد بن جبير وقتادة.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ﴾ [الإسراء: ٦٤] وفسره مجاهد بالغناء والمزامير.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢] قال ابن الحنفية ومجاهد: إنه الغناء.

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمۡ سَٰمِدُونَ ۝٦١﴾ [النجم: ٦١] قال: عكرمة: هو الغناء بلغة حمير، وحكاه أبو العباس القرطبي عن ابن عباس، قال: وقال مجاهد: هو الغناء بلغة أهل اليمن، وقال المهدوي في تفسير «غريب القرآن»: سامدون: لاهون، والسامد على خمسة أوجه: اللاهي، والمعرض، والهائم، والساكت، والحزين الخاشع، واستدل الرَّافِعِي وغيره بحديث مرفوع عن ابن عباس: «**الْغِنَاءُ يُنْبِتُ النِّفَاقَ فِي الْقَلْبِ كَمَا يُنْبِتُ الْمَاءُ الْبَقْلَ**»(١) وهو ضعيف

---

(١) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٢٣، رقم ٢٠٧٩٦) وفي شعب الإيمان (٤/ ٢٧٨، رقم ٥٠٩٨) وأبو داود (٤/ ٢٨٢، رقم ٤٩٢٧)، والمروزي في تعظيم قدر الصلاة (٢/ ٦٢٩، رقم ٦٨٠) قال=

……

رواه البيهقي، وفي إسناده مجهول، ثم رواه موقوفًا عليه، وذكر أن وقفه عليه هو الصحيح.

وقال ابن طاهر المقدسي: رواه الثقات عن شعبة عن مغيرة عن إبراهيم، قال: وهذا أصح الإسناد فيه يعني: أنه من قول إبراهيم النخعي، وذكر أبو العباس القرطبي أنه رواه مرفوعًا أبو داود، قال: ورواه غيره من حديث أبي هريرة.

قال المَاوَرْدِي: اختلف أهل العلم في الغناء فأباحه قوم، وحظره آخرون، وكرهه مالك والشافعي وأبو حنيفة في أصح ما قيل عنهم.

قلت: واختلف أصحاب أحمد في أنه حرام أو مكروه وحكوا عنه ما يحتمل القولين، وأحسن الإمام المحقق أبو العباس القرطبي في كتاب «كشف القناع عن حكم الوجد والسماع» في كلامه على الغناء واستماع الملاهي ولخصت مقاصده في «الْغُنْيَة» مع تحقيقات يطول ذكرها، وإنكارات على مبتدع أو متساهل مجازف في النقل.

ومن مقدمة ما ذكرناه أن الغناء بالمد والكسر عند العرب: هو رفع الصوت بالشعر أو ما قاربه من الرجز على نحو مخصوص، وقيل: إنه صوت فيه تمطيط، وهو يجري مجرى الحداء ويسمونه النصب، قال الهروي: والنصب صوت من غناء الأعراب، وحكى غيره أنه يسمى الركباني.

قال أبو العباس: فالغناء على ضربين:

ضرب: جرت عادة الناس باستعماله عند محاولة أعمالهم، وحمل أثقالهم وقطع مفاوز أسفارهم يسلون بذلك نفوسهم وينشطون به على مشاق أعمالهم كحداء الأعراب بإبلهم، وغناء النساء لتسكين صغارهم، ولعب الجواري بلعبهن

= ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٤٤٠): رواه البيهقي بإسناد ضعيف وقال المناوي (٤/ ٤١٣): قال النووي: لا يصح. وأقره الزركشي، وقال العراقي: رفعه غير صحيح لأن في إسناده من لم يسم. وأورده القاري في الموضوعات الكبرى (١٦٤/ ٦٣١).

....

وما شاكل ذلك، فهذا النحو إذا سلم المغني به من فحش أو ذكر محرم كوصف الخمور والقينات فلا شك في جوازه ولا يختلف فيه؛ بل ربما يندب إليه إذا بسط على البر ورغب في تحصيل الخير كالحداء في الحج والغزو، وكقول الصحابة في غزوهم: اللهم لولا أنت ما اهتدينا ولا تصدقنا ولا صلينا إلى آخره، وقولهم في حفر الخندق: هين لين قصدنا والنبي يعمل كذاك منا العمل المفضل، وكأمره ﷺ للنساء: أتيناكم أتيناكم فحيونا نحيكم، وكالأشعار المزهدة في الدنيا المرغبة في الآخرة كإنشاد بعض السلف الصالح:

يا غاديًا في غفلة ورائحا ... إلى متى تستحسن القبائحا
واعجبًا منك وأنت مبصر ... كيف تجنبت الطريق الواضحا

فهذا وشبهه من أنفع الوعظ والحاصل عليه أعظم أجر.

والضرب الثاني: غناء ينتحله المغنون العارفون بصنعة الغناء المختارون المارق من غزل الشعر الملحنون بالتلحينات الأنيقة، المقطعون لها على النغمات الدقيقة التي تهيج النفوس وتطربها، فهذا هو الغناء المختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه محرم وهو مذهب مالك، قال أبو إسحاق الطباع: سألت مالكًا عما يترخص فيه أهل المدينة من الغناء؟، فقال: إنما يفعله عندنا الفساق، وقال إذا اشترى جارية فوجدها مغنية كان له ردها، وهو مذهب سائر أهل «المدينة» في الغناء إلا إبراهيم بن سعد وحده فإنه لم ير به بأسًا، وإلى تحريم ذلك ذهب أبو حنيفة وسائر أهل الكوفة إبراهيم النخعي والشعبي وحماد وسفيان الثوري وغيرهم لا اختلاف بينهم فيه.

وقال المحاسبي: الغناء حرام كالميتة، ثم حكى عن أحمد ما يقتضي التحريم وما يقتضي الكراهة، قال: وأما الشَّافِعِي فروي عنه ما يدل على التحريم وذكر نصوصًا له.

والقول الثاني: الكراهة وهو أحد قولي الشَّافِعِي وأحمد، وقول أهل

البصرة، قال: غير واحد من العلماء: لا يعرف بين أهل البصرة خلاف في كراهته إلا ما روي عن عبيد الله بن الحسن العنبري فإنه لم ير به بأسًا.

والقول الثالث: الإباحة وهو المروي عن إبراهيم بن سعد والعنبري، وهما شاذان والعنبري مبتدع في اعتقاده غير مرضٍ في عمله، وإبراهيم بن سعد ليس من أهل الفتيا، وقد حكى أبو طالب المكي الإباحة عن جماعة من الصحابة ﵃ عبد الله بن جعفر وابن الزبير والمغيرة، ومعاوية، وقال إنه نقل فعل ذلك عن كثيرين من السلف صحابي وتابعي ولم يزل الحجازيون عندنا بمكة يسمعون السماع في أفضل أيام السنة الأيام المعدودات.

قال أبو العباس: وهذا إن صح فهو محمول على سماع النوع الأول لا على الثاني، وقد حكاه بعض الشافعية والصيمري عن مالك، ولا يصح عنه بوجهٍ ولا عن أحد من أصحابه، انتهى.

ولم يصب من قال من شارحي «المنهاج»: إن الدليل على إباحته الكتاب والسنة والإجماع إلى أن قال: وأما الإجماع، فقال ابن طاهر بعد أن ساق ذلك بأسانيد عن الصحابة والتابعين: هذا إجماع منعقد من غير خلاف وقع بين هذه الفرق وهم أهل الحل والعقد، وليس لمن بعدهم إحداث شيء، ونقل هو وغيره إجماع أهل المدينة عليه.

قال هذا الشارح سامحه الله: وقد روى الغناء وسماعه من جماعة عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الرحمن بن عوف، وأبو عبيدة بن الجراح وسعد بن أبي وقاص، وأبو مسعود الأنصاري، وبلال، وعبد الله بن الأرقم، وأسامة بن زيد، وحمزة بن عبد المطلب، وقضيته في الصحيح، وابن عمر، والبراء بن مالك، وعبد الله بن جعفر، وعبد الله بن الزبير، وقرظة بن كعب، ومعاوية، وخوات بن جبير، ورباح بن أبي معروف، والنعمان بن بشير والمغيرة بن شعبة، وحسان بن ثابت، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعائشة أم المؤمنين، والربيع بنت معوذ.

....

قال: وأما التابعون: فسعيد بن المسيب، وسالم، وسرد اثني عشر اسمًا، قال: وأما تابعوهم فخلق لا يحصون منهم الأئمة الأربعة وسفيان بن عيينة وجمهور الشافعية.

قلت: وقد تساهلت في كثير مما نقلت، أما بن طاهر المقدسي وإن كان حافظًا مكثرًا فليس بظاهر النقل في هذا النوع. وفي كتابه «صفوة التصوف» وكتابه «في السماع» فضائح وتدليسات قبيحة لأشياء موضوعة ومختلقة على بعض الأئمة كما سيأتي، ودعواه إجماع الصحابة مجازفة وتدليس، وأما نسبة هذا الشارح إلى هؤلاء الصحابة مجملًا فبعضه نسبه إلى تخريج البيهقي، وبعضه إلى ابن أبي شيبة وإلى ابن عبد البر، وبعضه إلى ابن طاهر، وإلى أبي نعيم وأبي طالب المكي، وابن قتيبة وصاحب «الأغاني» والزبير بن بكار، وأكثره لا يثبت ولو ثبت لم يظهر منه أن ذلك الصحابي يبيح الغناء المتنازع فيه، فالمروي عن عمر ﷺ أن فلانًا دخل عليه فوجده يترنم ببيت أو نحوه، فقال: إذا خلونا قلنا كما يقول الناس، فالله أعلم ما كان ذلك البيت وما كان ترنمه وما صفته.

وصحَّ عن عثمان ﷺ أنه قال: ما تغنيت وما تمنيت، فإطلاق القول بنسبة الغناء واستماعه إلى إمام الهدي يتجاسر ولا يفهم الجاهل والضال إلا هذا الغناء الذي يتعاطوه المغنيون المتخنثون.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وعن عمرو عبد الرحمن بن عوف وأبي عبيدة بن الجراح وأبي مسعود الأنصاري ترنمهم بالأشعار في أشعارهم، وكذلك أسامة بن زيد وعبد الله بن الأرقم وعبد الله بن الزبير وبلال في مجالسهم، انتهى.

[والظاهر](١) الذي يجب القطع به أن غالب الصحابة ومن بعدهم من الأئمة من الضرب الأول وليس بمحل النزاع، قال: الإمام القدوة خطيب الشام أبو القاسم الدَّوْلَعِيُّ في «مصنفه» في السماع: إنه لم ينقل عن أحد من

---

(١) في نسخة: (الطالب).

....

الصحابة - رضوان الله عليهم - الغناء، أي: المتنازع فيه، ولا جمع له جموعًا ولا دعا الناس إليه ولا حضره في ملأ في خلوة ولا خلوة ولا مدحه، ولا أثنى عليه؛ بل ذمه وقبحه وذم الاستماع إليه، ولا نقل إلينا أنه علم ذلك ولده ولا نبه عليه، ولا أعلم أنه مكرمة هذا لفظه من خطه.

وقد نقل هذا التنازع عن العسكري أن أكثر أهل العلم على أن أول من غنى الغزل طويس، وعن أبي الفرج الأصفهاني أنه لم يكن للعرب إلا الحداء والنشيد وكانوا يسمونه الركباني، وقد أوضحت في «الْغُنِيَّة» من حجج القول بالتحريم والكراهة والرد على المبيحين المتساهلين ما ينشرح له القلب المنور كأتباع السنة الخالي من البدعة، ومما يستدل به على ذمه وذم متعاطيه من المتفق على صحته قوله ﷺ: **«مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فِيهِ فَهُوَ رَدٌّ»** وفي لفظ: **«من صنع شيئًا ليس عليه أمرنا فهو رد»**[1].

قال أبو العباس: وجه الدليل أن الغناء المطرب لم يكن من عادته، ولا فعل بحضرته، ولا اتخاذ المغنين والاعتناء بهم منقول في سيرته، ولا سيرة الخلفاء ولا سيرة أصحابه ولا عترته فلا يصح بوجه نسبته إليه، ولا أنه من شريعته وما كان كذلك فهو من المحدثات التي هي بدعة ضلالة، وقد تبعا ما من غلب عليه الهوى وقد قال ﷺ: **«كل لهو يلهو به الرجل فهو باطل إلا رميه بقوس، تأديبه فرسه، وملاعبة أهله»**[2] قال الترمذي: حسن صحيح، وأطال ﷺ وأطال استدلالًا وجوابًا.

قلت: ومن الأحاديث المختلفة ما رواه ابن طاهر المقدسي: **«أنه ﷺ تواجد حتى سقطت البردة عنه وتواجد أصحابه»** فقال في كتابه «صفة التصوف»:

---

[1] أخرجه البخاري (٢٦٩٧) ومسلم (٤٥٨٩) وأبو داود (٤/ ٢٠٠، رقم ٤٦٠٦).

[2] أخرجه أحمد (٤/ ١٤٤، رقم ١٧٣٣٨) والترمذي (٤/ ١٧٤، رقم ١٦٣٧) وأحاله على حديث قبله والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٢٣٦ رقم ٦٤٩٦) والطيالسي (ص ١٣٥ رقم ١٠٠٧) والدارمي (٢/ ٢٦٩ رقم ٢٤٠٥) والطبراني (١٧/ ٣٤١ رقم ٩٤١) كلاهما معطوفًا على لفظ سابق. والبيهقي في الكبرى (١٠/ ١٤ رقم ١٩٥١٧).

……

أخبرنا أبو منصور محمد بن عبد الملك بسرخس قال: أخبرنا أبو علي الفضل بن منصور بن نصر الكاغذي السمرقندي أجازه، ثنا الهيثم بن كليب، ثنا أبو بكر عمار بن إسحاق، ثنا سعيد بن عامر عن شعبة عن صهيب عن أنس قال: «كنا عند رسول الله ﷺ إذ نزل عليه جبريل ﵇ فقال: يا رسول الله، إن فقراء أمتك يدخلون الجنة قبل الأغنياء بنصف يوم وهو خمسمائة عام، ففرح رسول الله ﷺ وقال في‌كم من ينشدنا؟ فقال بدوي: نعم يا رسول الله فأنشد:

قَد لَسَعت حيّة الهَوى كَبدي فَلا طَبيب لَها وَلا راقي
إلّا الحَبيب الَّذي شغفت بِهِ فَإِنَّهُ رقيَتي وَترياقي

فتواجد رسول الله وتواجد أصحابه حتى سقط رداؤه عن منكبيه، فلما فرغوا أوى كل واحد إلى مكانه، فقال معاوية بن أبي سفيان: ما أحسن لعبكم برسول الله، فقال: «يا معاوية، ليس بكريم من لم يهتز عن السماع للحبيب ثم قسم رداءه ﷺ على من حضره بأربعمائة قطعة».

قال ابن طاهر: وهذا الحديث نص على أن مذهب الصوفية كان معلومًا عندهم معمولًا به بينهم فإنكاره جهل بالمنقول والمتمادي على إنكاره بعد هذا ليس له محصول(١).

قال أبو العباس القرطبي: وابن طاهر وإن كان حافظًا فلا يحتج بحديثه لما ذكره السمعاني عن جماعة من شيوخه أنهم تكلموا فيه ونسبوه إلى مذهب المباحية، وعنده هنا كثير في هذا الكتاب روى فيه عن مالك وغيره من أئمة الهدى حكايات منكرة باطلة قطعًا.

وقال محمد بن ناصر - يعني السلامي: الحافظ محمد بن طاهر ليس بثقة، وفي هذا السند عمار بن إسحاق ولا يحتج به، يرويه عن سعيد بن عامر وهو كثير الغلط قاله السمعاني، ثم العجب من غلبة الهوى والميل عليه أنه لما استكمل سياق هذا الحديث قال في آخره كلامًا أوهم به الضعفاء أنه على شرط

---

(١) انظر: صفة التصوف (١/٤٦٨).

....

«الصحيحين» فقال: اعلم أن هذا الإسناد من أبي محمد سعيد بن عامر إلى أنس ابن مالك من شرط الكتابين أخرجا بهذا الإسناد غير حديث في «الصحيحين» فلولا قصد الإيهام والتلبيس لما قال: هذا، وإلا فأي فائدة فيه إذ كل من قبل سعيد ليس على شرط الصحة، وسعيد نفسه ليس من شرط الكتابين فكيف يحتج أحد بمثل هذا لولا غلبة الهوى، وأيضًا فالواقف على متن هذا الحديث من قوله: فقال فيكم من ينشدنا إلى آخره إذا كان له إلمام بمعرفة السنة يعلم على القطع أنه مصنوع موضوع وشعره لا يليق بحرًا بأشعار العرب ولا ألفاظهم؛ بل يليق بشعر مخنثي شعراء المولدين، يدرك ذلك بالذوق من له خبرة بشعر العرب، وكذلك ألفاظ متن الحديث لا تليق بكلامه ﷺ وكذلك تمزيق الرداء على أربعمائة قطعة، وأطال القرطبي في رد هذا الحديث المختلق، وما قاله حق وصدق لا ينازع فيه أحد من أهل المعرفة بالحديث ولا شك فيه فالله حسيب مختلقة، وقد ذكره صاحب «عوارف المعارف» ثم قال: لكن يخالج سري أن هذا الحديث ليس فيه ذوق اجتماع النبي ﷺ بأصحابه ويأبى القلب قبوله، انتهى وما خالج سره رحمه الله يعين عند غيره قد خالط قبله وبالله التوفيق.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: قال: من أشرنا إليه من شارحي «المنهاج» ما جزم به المصنف من كراهة الغناء هو المشهور من عدة أوجه:

ثانيها: إنه حرام على الإطلاق، وبه جزم الرَّافِعِي في البيوع والغصب، فقال: إنه معصية وتابعه في «الرَّوْضَة» على الثاني وحذف الأول لكونه تعليلًا.

قلت: وهذا قول الْحَلِيمِي.

وثالثها: يحرم كثيره دون قليله ذكره الرَّافِعِي، رواية أبي الفرج الرازي وهو السرخسي، واقتضى إيراد ابن أبي هريرة إنه المذهب، فإنه قال الشَّافِعِي: لا يتجه مطلقًا ويقول: إن كان كثيرًا دخل في باب الشفعة.

قلت: وهذا الكلام لا يتضمن القول بالتحريم؛ بل ترك المروءة.

……

ورابعها: ما ذكره بعض تلامذة الْبَغَوِي في «التقريب» حيث قال: الغناء حرام فعله وسماعه فإن كان في بيت فله وجهان.

قلت: وهذا راجع إلى رد الشهادة بالمجاهرة دون الإخفاء.

وخامسها: قول الْحَلِيمِي في «منهاجه»: هو مباح إلا أن يكون في جنس غير حلال ويشترط ألا يقترن به منكر ونحوه، وذكر في موضع آخر منه حمل الأخبار والآثار الواردة في ذمه على ما إذا كثر منه وانقطع إليه أو وجد فيه مكروه، وقال فيه أيضًا: إذا اتصل الغناء المباح بطريق صحيح مثل أن يكون برجل وحشة أو علة عارضة لفكره فأشار عدل من الأطباء بأن بر الشاكي النزهة ويغني ليفرح بذلك وينشرح صدره؛ ارتفع اسم الباطل في هذه الحالة وكان اسم الحق أولى به.

سادسها: قاله الخوارزمي في «كافيه»: إن صحت النية فيه لم يكره.

سابعها: ما قاله الأستاذ أبو منصور: إذا سلم من يضيع فرض ولم يترك حفظ حرمة المشايخ فهو محمود وربما كان السامع له مأجورًا، قال: ومذهب الشَّافِعِي الجواز بالقول والألحان إذا سمعه رجل من الرجال أو محرم ولم يسمعه على قارعة الطريق، ولم يقترن به مكروه، قال: ونص الشَّافِعِي في بعض كتبه على أن الذي يحرم من الغناء ما يغني به المغني على جعل.

وفصَّل ابن حزم ونحا نحوه الغزالي وغيره: من نوى بالغناء ترويح القلب ليقوى على الطاعة فهو مطيع، ومن نوى به التقوية على المعصية فهو عاص، وإن لم ينو طاعة ولا معصية فهو لغو معفو عنه كخروج الإنسان إلى بستانه وقعوده على بابه متفرجًا.

قلت: وكأنه جعل هذا وجهًا ثامنًا، وفي عده ثمانية أوجه في المسألة تساهل ظاهر وصاحب «الْكَافِي» ليس من ذوي الوجوه، ويخرج من كلام الأصحاب غير ما ذكره؛ لكن باعتبار آخر وضمائم.

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: ومن ترنم مع نفسه أحيانًا لا ترد شهادته اللهم إلا

....

إذا داوم ومن سمع بيتًا ذا وجهين فقال: وضرب برجليه طربًا إلى ذكر الله فلا ترد شهادته، فأما الذي يسمع بيتًا ذا وجهين فهو مباح، وإن لم يحتمل إلا وجهًا واحدًا وهو وجه الفسق؛ فحرام الثاني إذا استمع إلى غناء امرأة أجنبية اشتدت الكراهة.

ونقل القاضي أبو الطيب في مصنفه في السماع تحريمه عن الأصحاب سواء كانت حرة أو أمة مكشوفة، أو من وراء حجاب، ونقله السهروردي على اتفاق الأصحاب ونحوه قول القاضي الحسين: لا خلاف في التحريم والحالة هذه.

قال الرَّافِعِي: وهذا هو الخلاف في أن صوتها عورة أم لا؟ وتبعه في «الرَّوْضَة» وفيه وقفة؛ لأن ذلك الخلاف في مطلق سماع صوتها وأما الغناء الملحن بالنغمات الموزونات مع التخنث والتقبح كما هو شأن المغنيات ففيه أمور زائدة على مطلق سماع الصوت فينبغي التحريم هنا، وإن قلنا: صوتها ليس بعورة على أنه قد اضطرب كلام الشيخين في ذلك ففي باب الآداب من «شرح المهذب» وإذا قلنا: يؤذن فلا ترفع صوتها فوق ما تسمع صواحبها اتفقوا عليه، ونص عليه في «الأم» فإن رفعت فوق ذلك حرم؛ لأنه يفتن بصوتها كوجهها وصرح به في «الرَّوْضَة» هناك، قال: وممن صرح بتحريمه إمام الحرمين والغزالي والرافعي وأشار إليه القاضي الحسين، وقال السرخسي: رفع الصوت مكروه وصرح في باب الإحرام بأن الصحيح أن رفع صوتها بالتلبية مكروه، وكذا صنع في «الرَّوْضَة».

قلت: وذكرت في «الْغُنِيَّة» أن الوجه الجزم بتحريم سماع غناء الأجنبية.

وإن قلنا: صوتها ليس بعورة؛ لأن الصوت بالغناء الملحن المزين بالنغمات الرائقة والأشعار الرقيقة الفائقة مع ما تضمه إليه من الزيادة في التأنيث والتخنث تجنبًا للغناء لا يشبه الصوت الخالي عن ذلك الذي يجب أن يكون محل الخلاف، وأما هذا فحاث على الفسوق.

قال أبو العباس القرطبي: وجمهور من أباح سماع حكموا بتحريمه من

....

الأجنبية على الرجال، ومن الأمرد الحسن على الرجال والنساء، قال: ولا فرق بين سماع الشعر وسماع القرآن وهو الصحيح؛ لما فيه من تهييج الشهوة وخوف الفتنة لا سيما إذا لحنته وقطعته فسماعه منها كالاطلاع على محاسن جسدها الحاصل من غنائها من المفسدة أسرع من كل ذلك؛ لأن السماع يؤثر في النفس قبل رؤية الشخص وإنما تهييجه الشهوة وإيقاعه في الفتنة فلا شك فيه، والحاصل أن سماع غنائهن مظنة المفاسد قطعًا، وأطال في تقريره وهو كما قال: الثالث موضع التردد السابق؛ إذا لم يخف الفتنة أما إن خيفت فحرام بلا خلاف، وكذا السماع من أمرد يخاف منه الفتنة لا للغناء؛ بل كان في القراءة والمحاورة حرم قاله في «الإحياء» وجرى عليه الشيخان وهو الحق؛ بل أقول: لو لم يكن هو محل فتنة؛ ولكن غناؤه يبعث على الافتتان بغيره من الناس أن استماعه منه ومن العجوز الشوهاء حرام قطعًا؛ لما فيه من الحث وتحريك القلب إلى ما يهواه لا سيما أهل الفسق والشغف، ومن له مستقل بصورة خاصة محرمة عليه لا يشك في هذا منصف.

وقول المَاوَرْدِي: إن كان الغناء من غلام لم ترد شهادته، وإن كان من حرة أجنبية ردت شهادة مستمعها إذا تعمد السماع، وإن كان من أمةٍ فهو أخف لنقصها في العورة وهو أغلظ من سماع الغلام لزيادتها عليه في العورة كلام ضعيف؛ لأن المفسدة وخوف الفتنة لا تختلف بالحرية والرق كما في الخلوة والنظر والسماع من المرد الحسان عند خشية الفتنة أغلظ تحريمًا وأشد قبحًا لا ينكره إلا مكابر، ومن غطى هواه على بصيرته.

فَرْعٌ: قال الْحَلِيمِي في «منهاجه»: إن كان تعليم الغناء بالأوتار بحيث لا يحسن يعني: إلا بالمزهر فهو حرام، وإلا فإن كان الغناء حلالًا فتعليمه حلال، أو حرامًا فتعليمه حرام.

قلت: وفي القسم الثاني نظر؛ إذا كان المتعلم إنما يتعلمه ليتخذه حرفة ومكسبة لما في التعليم من الإعانة على ما يوقع غالبًا في المحظورات، فإن من يتخذه معيشة ممتعة لكل أحد من أهل الفسوق وغيرهم.

وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرَبَةِ كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ

فَرْعٌ: تحسين الصوت بالقرآن مسنون وأما القراءة بالألحان فقال في «المختصر»: لا بأس بها، وروى الربيع الجبرتي أنها مكروهة، قال الجمهور: ليست على قولين؛ بل المكروه أن يفرط في المد وإشباع الحركات حتى يتولد من الفتحة ألف، ومن الضمة واو، ومن الكسرة ياء، أو يدغم في غير موضعه، فإن لم ينته إلى هذا الحد فلا كراهة.

وقيل: لا يكره وإن أفرط، والصحيح: أنه إذا أفرط على الوجه المذكور حُرم، وبه صرح المَاوَرْدِي فقال: هو حرام يفسق به القارئ والمستمع؛ لأنه عدل به عن نهجه القويم وهذا مراد الشَّافِعِي بالكراهة.

وقال الشاشي في «الحلية»: أباح القراءة بالألحان قوم وخطأها آخرون، واختيار الشَّافِعِي التفصيل وهو أنه إن كانت الألحان لا تغير الحروف عن نظمها جاز، وإن غيرتها إلى زيادة فيها لم تجز.

وقال الدَّارِمِي: القراءة بالألحان مستحبة ما لم يزل حرفًا عن حركته أو يسقطه فإن ذلك محرم والحذر التحذير أفضل.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: تجوز القراءة بالألحان وتحسين الصوت بأي وجه كان؛ إذا كان لا يجاوز الحد فيه ويستحب أن يقرأ حذرًا، قال: وليس المراد بأن يمد مدًا يجاوز الحد ويشبهه بألحان المغنّين وذلك لا يجوز وربما تكون المداومة عليه توجب رد الشهادة.

قال إبراهيم المروزي: والحذر أن يخفض الصوت كما ابتدأ ثم يرفعه ثم يخفضه، وأفتى المصنف بأن ما يفعله الجبابرة من التمطيط الفاحش والتغيير الزائد بإدخال حرف منكر ظاهر حرام بإجماع العلماء، وقد نقل الإجماع فيه المَاوَرْدِي وغير واحد ويجب على ولي الأمر زجرهم وتعزيرهم واستتابتهم، ويجب إنكاره على كل مكلف يمكن إنكاره، والله أعلم.

قال: (**وَيَحْرُمُ اسْتِعْمَالُ آلَةٍ مِنْ شِعَارِ الشَّرَبَةِ كَطُنْبُورٍ وَعُودٍ وَصَنْجٍ وَمِزْمَارٍ عِرَاقِيٍّ**) أي: وسائر المعازف والأوتار ومنها: الرباب والْجُنْكُ والكمنجة آلات

وَاسْتِمَاعُهَا، ....

مشهورة عند أهل اللهو والمجون، فيحرم الضرب بها، واستعمالها في كلام المصنف.

(وَاسْتِمَاعُهَا) المعازف الملاهي.

قال الشيخان: والمزمار العراقي وما تضرب به الأوتار حرام بلا خلاف، وقال الغزالي: القياس تحليل العود وسائر الملاهي، ولكن ورد ما يقتضي التحريم.

وقال الإمام في بعض آلات القياس تحليلها، فإن صحَّ الخبر قلنا، وإلا توقفنا.

قال الشارح المقدم ذكره: لم يصح، وكون المزمار من شعار الشربة قد يمنع، والغالب أنهم لا يحضرونه فإن فيه إظهارًا لحالهم، انتهى.

وهذا باطل، بل يحضرونه في مكامنهم التي لا يظهر فيها أصوات المعازف، ويظهرها أرباب الولايات المجاهرون بالفسوق، قال الغزالي في «الإحياء»: والمنع من الأوتار كلها لثلاث علل:

إحداها: إنها تدعو إلى شرب الخمر، فإن اللذة الحاصلة تدعو إليه، ولهذا حرم شرب قليله.

الثانية: إنها بقريبة الحال تذكره مجالس الشرب، والذكر سبب انبعاث الشوق، وانبعاث الشوق إذا قرب سبب الإقدام.

والثالثة: إن الاجتماع على الأوتار لما صار من عادة أهل الفسق منع التشبه بهم «وَمَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ»(١).

وقال الإمام أبو العباس القرطبي في «كشف القناع»: أمَّا المزامير والأوتار والكوبة فلا يختلف في تحريم استماعها، ولم أسمع عن أحد ممن يعتبر قوله

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٤، رقم ٤٠٣١) وابن أبي شيبة (٤/ ٢١٢، رقم ١٩٤٠١)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢/ ٧٥، رقم ١١٩٩).

……

من السلف وأئمة الخلف من يبيح ذلك، وكيف لا يُحرّم وهو شعار أهل الخمور والفسوق ومنهج الشهوات والفساد والمجون! وما كان كذلك لم يشك في تحريمه، ولا في تفسيق فاعله وتأثيمه، ومما دل على تحريم الملاهي قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] وفسَّره ابن عباس والحسن: بالملاهي.

وقوله: ﴿وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ﴾ [الإسراء: ٦٤] فسَّره مجاهد بالغناء. والمزامير في «الصحيحين» عن الصدِّيق: «المزمور الشيطان» وذكروا أحاديث أكثرها لا يستقيم على السير، وأصحُّها ما علَّقه البخاري: «**لَيَكُونَنَّ في أُمَّتِي قَوْمٌ يَسْتَحِلُّونَ الْحِرَ وَالْحرِيرَ وَالْخمرَ وَالْمعَازِف**»⁽¹⁾ أي: وهي آلات اللهو، وقول ابن حزم: إنه منقطع ولا حجة فيه، مردود، بل تعليقات كتاب البخاري المجزوم بها حجة عند الأئمة، وقد وصله الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه بأسانيد صحاح لا مطعن فيها، وصحَّحه جماعة من الأئمة كما قاله بعض الحُفَّاظ المتأخرين.

وقول ابن حزم: لم يصح في تحريم العود حديث، وقد سمعه ابن عمر وابن جعفر مردود، ولا يثبت ذلك عنهما، وحاشا ابن عمر من ذلك مع شدة ورعه وتحريه واتباعه وبُعده من اللهو، وقوله: لم يصح فيه حديث محمود منه على ظاهريته، وفي عموم الأحاديث الناصة على ذم البدع والمحدثات وإنكارها ما يدل على تحريمه دلالة لا مدفع لها.

نعم قال المَاوَرْدِي: كان بعض أصحابنا يخص العود بالإباحة من بين الأوتار، ولا يحرمه؛ لأنه موضع على حركات ينفي الهم، ويقوي المنَّة ويزيد في النشاط.

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٢١٢٣، رقم ٥٢٦٨)، وأبو داود (٤/ ٤٦، رقم ٤٠٣٩)، وابن حبان (١٥/ ١٥٤، رقم ٦٧٥٤)، والطبراني (٣/ ٢٨٢، رقم ٣٤١٧)، والبيهقي (٣/ ٢٧٢، رقم ٥٨٩٥).

قال: وهذا لا وجه له، وقيل: ومال إليه أبو منصور البغدادي، وحكاه ابن طاهر عن صاحب «التَّنبِيه» قال: وكان مذهبه وأنه مشهور عنه، وإن أحدًا من علماء عصره لم ينكره عليه، قال ابن طاهر: وهو إجماع أهل المدينة.

قلت: هذه مجازفة، وإنما فعل ذلك بها أهل المجانة والبطالة، ونسبته ذلك إلى صاحب «التَّنبِيه» كما رأيته في كتابه في «السماع» نسبة باطلة قطعًا.

وقد صرَّح في «مهذبه» هنا وفي «الوصايا» بتحريم العود، وهو قضية ما في «تنبيهه» ومن عرف حاله وشدة ورعه ومتين تقواه جزم ببعده وطهارة ساحته من ذلك، وكيف يظن ذو لب في هذا العبد القانت أنه يقول في دين الله ما يفعل ضده، مع ما في ذلك من غليظ الذم والمقت، وكل من ترجمه - رحمه الله - لم يذكر شيئًا من هذا فيما نعلم، ومن المجازفة قوله: وإنه مشهور عنه، ودعوى ابن طاهر إجماع أهل المدينة من طرد دعواه إجماع الصحابة والتابعين على إباحة الغناء والهوى تعمي وتصم.

تَنْبِيهَاتٌ: ما جزم به المصنف هو المشهور، وقال المَاوَرْدِي: هو مكروه مع الغناء، ولا يكره إذا انفرد وهو شاذ، قال الجوهري وغيره: الصَّنْجُ هو الذي يُتَّخَذُ مِنْ صُفْرٍ يُضْرَبُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ مختص بالعرب، وذو الأوتار مختص بالعجم، وهما معربان، وزعم قاضي حماة أن مراد الرَّافِعِي الثاني، وهذا عجبٌ منه، وقد قال الرَّافِعِي بعد: إن الضرب بالصفاقتين حرام، ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، وتوقف الإمام فيه، انتهى.

والصَّنْجُ العربي كالصفاقتين أو هو هي، وقال ابن معن في التعقيب على «المهذب»: قوله: ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود، والطنبور، والمعزف، والصليل، والمزمار، وأمَّا العود والطنبور فقد فسَّرها الشيخ، والمعزفة: أصوات الْقِيَان إذا كانت مع العود وإلا فلا، يقال: وقيل كل ذلك وتر معزاف، والصِلِّيل - بكسر الصاد وتشديد اللام المكسورة - هو: الصنج، واشتقاقه من الصولة، وهو صوت الحديد إذا وقع بعضه على بعض، وفي نسخ «المهذب»: مكان الصِلِّيل الطبل، وليس بشيء بل هو غلط وتصحيف، انتهى.

لَا يَرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ. قُلْت: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ، والله أَعْلَمُ.

وفي «المحكم»: صل اللجام: امتد صوته وتصلصل مُصَوّت وقال والصنج الذي يكون في الدفوف عربيًا، فأمَّا ذو الأوتار فدخيل، وقد تكلمت به العرب، وحينئذ يجوز حمل كلام الرَّافِعِي في الصنج على النوعين لا كما ظنّه ابن البارزي.

وأمَّا الطُّنْبُور فبضم الطاء معروف، وفي كتب اللغة: الطُّنْبُور العود، والمشهور في العرف وعند أهل الصنعة: إنه غيره، وكان كل واحد من العود والطُّنْبُور وغيرهما اسم جنس تحته أنواع، وقد يشمل اسم العود سائر الأوتار. انظر قول الْعِمْرَانِي، وخلائق من الأصحاب: الأصوات المكتسبة ثلاثة أضرب: ضرب محرم: وهي التي تطرب من غير غناء؛ كالعيدان، والطنابير، والطبول، والمزامير، والمعازف، والنايات، والأكتار، والرباب وما أشبهها، انتهى.

والمزامير تشمل الصرناي وهو قصبة ضيقة الرأس متسعة الآخر يُزمَّر به في المواكب، وعلى الزَّفات، وفي الحرب، وتشمل الكرخة، وهي مثل الصرناي، إلا أن في أسفل القصبة قطعة نحاس معوجة يُزمَّر بها في أعراس البوادي وغيرها، وتشمل الناي وهو: أطرب من الأولين، وتشمل المقرونة: وهما قصبتان ملتقيتان، وقيل: إن أول من اتخذ المزامير بنو إسرائيل.

وقول المصنف وغيره مزمار عراقي يحتمل أن يكون المراد به التعريف، والظاهر أنه احتراز من النزاع فإنه مختلف فيه.

قال: (**لَا يَرَاعٍ فِي الْأَصَحِّ**) هذا ما جعله الرَّافِعِي أقرب في «شرحه الكبير» وصحَّحه في «شرحه الصغير» معاً للغزالي وهو شاذ، ولم أر للغزالي سلفًا في ترجيحه، ووجه بأنه ينشط على السير فأشبه الحذاء.

قال: (**قُلْت: الْأَصَحُّ تَحْرِيمُهُ، وَٱللهُ أَعْلَمُ**) أي: كسائر المزامير وصححه الْبَغَوِي وصاحب «الْكَافِي» قال: لأنه من جنس المزامير، وعن الشيخ أبي علي: إنه القياس، وبه جزم ابن أبي عصرون وهو المذهب، وقضية كلام العراقيين وغيرهم إذ عباراتهم: الأصوات المكتسبة بالآلات ثلاثة أضرب،

....

وعدّوا منها المزامير، واستدلوا على تحريمها بحديث الراعي المشهور، وقد بسطت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة»، وأحسن في «الذَّخَائِر» فنقل عن الأصحاب تحريم المزامير مطلقًا.

ثم قال: وقال الغزالي: يحرم المزمار العراقي الذي يضرب به مع الأوتار وفيما سواه وجهان، وأمَّا العراقيون فحرَّموا المزامير كلها من غير تفصيل فإذن المذهب الذي عليه الجماهير تحريم الْيَرَاع وهو الشَّبَّابَة.

وقَدْ أَطْنَبَ الإمام الدَّوْلَعِي خَطِيب الشَّام - ﷺ - في دلائل تحريمه وتقريرها كما رأيته بخطه في «مصنفه» قال: والعجب كل العجب ممن هو من أهل العلم يزعم أن الشَّبَّابَة حلال، ويحكيه وجهًا لا مستند له إلا خيال، ولا أصل له، وينسبه إلى مذهب الشَّافِعِي، ومعاذ الله أن يكون ذلك مذهبًا له، أو لأحد من أصحابه الذين يقع عليهم التعويل في علم مذهبه، والانتماء إليه، وقد علم من غير شك أن الشَّافِعِي حرَّم سائر أنواع الزمر، والشَّبَّابَة من جملة الزمر وأحد أنواعه، بل هي أحق بالتحريم من غيرها؛ لما فيها من التأثير فوق ما في ناي وصرناي، وما حرِّمت هذه الأشياء لأسمائها وألقابها؛ بل لما فيها من الصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، ومفارقة التقوى، والميل إلى الهوى، والانغماس في المعاصي، وأطال النَّفَس في تقرير التحريم، وإنه الذي درج عليه الأصحاب من لدن الشَّافِعِي وإلى آخر وقت من المصريين، والبغداديين، والخراسانيين، والشاميين، ومن سكن الجبال، والحجاز، وما وراء النهر، واليمن، كلهم يستدل بقصة ابن عمر - ﷺ - يعني حديث زمارة الراعي، وأحسبه عرض في صدر كلامه بالغزالي فإنه من معاصريه.

وقال الإمام جمال الإسلام ابن البرزي في «فتاويه»: الشَّبَّابَة زمر لا محالة، حرام بالنص، والمشهور تحريمها، ويجب إنكارها، ويحرم استماعها، ولم يقل العلماء المتقدمون ولا أحد منهم بحلِها، وجواز استماعها، ومن ذهب إلى حلِها وسماعها فهو مخطئ، انتهى.

وفي المسألة وجه ثالث قاله الْمَاوَرْدِي: إنها في الأمصار مكروهة، مباحة

……

في الأسفار؛ لأنها في الأمصار مستعملة في السُّخْف، وفي الأسفار والمرعى تستعمل للحث على السير وجمع البهائم إذا سرحت، انتهى.

قلت: إن كان يصفر فيها كالأطفال والرعاة على غير قانون، بل صفة مجرد على نمط واحد فقريب، وإن كان المسافر والراعي يصفر بها على القانون المعروف من الإطراب فهي حرام مطلقًا، بل هي أجدر بالتحريم من سائر المزامير المتفق على تحريمها؛ لأنها أشد طلبًا وهي شعار الشربة وأهل الفسوق.

قال بعض أهل هذه الصناعة: الشَّبَّابَة آلة كاملة وافية بجميع النغمات، وقال آخرون: تنقص قيراطًا.

قال أبو العباس القرطبي: هي من المزامير، وكل ما لأجله حرمت المزامير موجود فيها، وزيادة فيكون أولى بالتحريم، وما قاله حق واضح، والمنازعة فيه مكابرة، وقد اختلف الحُفَّاظ في حديث نافع ابن عمر سمعت صوت زمارة راعٍ فجعل إصبعيه في أذنيه وعدل عن الطريق وجعل يقول: يا نافع أتسمع؟ فأقول: نعم.

قلت: لأرجع إلى الطريق، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله يفعله، قال أبو داود: إنه حديث منكر، وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» وسُئل عنه الحافظ محمد بن ناصر السلامي، فقال: حديث صحيح.

قال: وكان ابن عمر بالغًا إذ ذاك عمره سبع عشرة سنة، قال: وهذا من الشارع ليُعرِّف أمته أن استماع الزمارة والشَّبَّابَة وما يقوم مقامها محرَّم عليهم استماعه، ورخَّص لابن عمر؛ لأنها حال ضرورة ولم يكن إلا ذلك، وقد يباح المحظور للضرورة، ومن رخَّص في ذلك فهو مخالف للسنة، انتهى.

وبهذا الحديث استدل أصحابنا على تحريم المزامير، وعليه بنوا التحريم في المسألة، واستدل به من أباح الشَّبَّابَة تمسكًا بأنه لم يأمر ابن عمر بسد أذنيه ولا نهى الراعي، فدلَّ على أنه إنما فعله تنزيهًا، أو أنه كان في حال ذكر أو فكر، وكان السماع يشغله فسد أذنيه لذلك، وأجيب عن هذا بأمور:

……………………………………………………………………

منها: إن تلك الزمارة لم تكن مما يتخذه أهل هذا الفن الذي هو محل النزاع من الشبابات التي يتقنونها، وتحتها أنواع كلها مطرب، ومعلوم أن زمر الراعي في قصبته ليس كزمر من جعله صنعة وتأنق فيه.

ومنها: إنه ربما لم يره، وإنما سمع صوت ولم ير شخصه، أو لعلَّه كان على رأس جبل أو مكان لا يمكن الوصول إليه، أو لعلَّ الراعي لم يكن مكلفًا فلم يتعين الإنكار عليه أو غيره، نقله السيوطي عن شرح «سنن» أبي داود، وفي طرائقه التي اخترعوا فيها نغمات تحرك إلى الشهوات.

ومنها: إنه ﷺ إنما لم يأمر ابن عمر بسد أذنيه؛ لأنه تقرر عندهم أن أفعاله حجة كأقواله، فحين فعل ذلك بادر ابن عمر إلى التأسي به، وكيف يظن به أنه ترك التأسي وهو من أشد الصحابة تأسيًا.

قال الدَّوْلَعِي: هذا لا يخطر ببال محصل قط عرف قدر الصحابة، واطَّلع على سبيلهم، قال: ومعنى قوله ﷺ: يا عبد الله هل تسمع؟ معناه: تسمع هل تسمع؟ وإنما أسقط تسمع لدلالة الكلام عليه؛ إذ من وضع إصبعيه في أذنيه لا يسمع، وإنما أذن له في هذا القدر لموضع الحاجة.

ومنها: إن الاستماع هو الممنوع لا مجرد السماع اتفاقًا لا عن قصد وإصغاء، وقد صرَّح أصحابنا بأنه لو كان في جواره شيء من الملاهي المحرَّمة ولا يمكنه إزالتها لا يلزمه النقلة، ولا يأثم بسماعها لا عن قصد، وصرَّحوا هاهنا بأنه إنما يأثم بالاستماع لا بالسماع، وأجيب عن ترك الإنكار على الراعي بأمور واضحة لا نطيل بذكرها.

وقول من قال: قوله: زمارة راع، لا يتعين أنها الشَّبَّابَة، فإن الرعاة يضربون بالشعيبيَّة، توهم أن ما يسمى شعيبيَّة مباح مفروغ منه، وهذا لم أره لأحد، وهي عبارة عن قضبان عدة صغار تحضر صفًا وتقرض رؤوسها، يتعاطها بعض المجان، ولها أطراب بحسب حذق متعاطيها، وهي شبَّابَة أو مزمار لا محالة. والله أعلم.

وَيَجُوزُ دُفٌّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٍ، ....

قال: (وَيَجُوزُ دُفٌّ لِعُرْسٍ وَخِتَانٍ) أمَّا جوازه في العرس فثابت في «الصحيح» من حديث الربيع بنت معوذ، وترجم عليه البخاري باب الضرب بالدف في النكاح أو الوليمة، وصحح ابن حبان وجماعة حديث: «فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحلَالِ وَالْحرَامِ الصَّوْتُ وَضَرْبُ الدُّفِّ»(١) وحسَّنه الترمذي، وألزم الدارقطني مسلمًا إخراجه.

وعلى ذكر العرس اقتصر جماعة، وجزم في «الشامل» وغيره من كتب العراقيين بإباحته في العرس وكراهته في غيره، وألحق آخرون به الختان، وروي عن عمر ﷺ ما يدل عليه.

وفي «الإحياء»: يباح في العرس، والعيد، وقدوم الغائب، وكل سرور حادث، وقال المَاوَرْدِي: اختلف أصحابنا هل ضرب الدف على النكاح عام في جميع البلدان والأزمان؟ فقال: بعضهم: نعم؛ لإطلاق الحديث، وخصَّ به بعضهم بعض البلدان التي لا يتناكره أهلها في المناكح؛ كالقرى والبوادي، ويكره في غيرها.

قال: وفي مثل زماننا؛ لأنه عدل به إلى السُخف والسفاهة، وهذا حسن غريب، وينبغي أن يكون المكروه المعدول به إلى ما ذكر لا أصل الضرب لعموم الأحاديث.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف والجمهور الإباحة المجردة في العرس ونحوه، وقد يُفهم قوله: يجوز الترخيص، وإن تركه أفضل، ويعضده رواية

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤١٨، رقم ١٥٤٨٩)، والترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٨) وقال: حسن. والنسائي (٦/ ١٢٧، رقم ٣٣٦٩)، وابن ماجه (١/ ٦١١، رقم ١٨٩٦)، والطبراني (١٩/ ٢٤٢، رقم ٥٢)، والحاكم (٢/ ٢٠١، رقم ٢٧٥٠) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٧/ ٢٨٩، رقم ١٤٤٧١)، وسعيد بن منصور (١/ ٢٠٢، رقم ٦٢٩) وأورده ابن حبان في المجروحين (٣/ ١١٣، ترجمة ١١٩٧ يحيى بن أبي سليم أبو بلج الفزاري) وقال: كان ممن يخطئ لم يفحش خطؤه حتى استحق الترك ولا أتى منه ما لا ينفك البشر عنه فيسلك به مسلك العدول فأرى ألا يحتج بما انفرد من الرواية وهو ممن أستخير الله فيه. والديلمي (٣/ ١٤٣، رقم ٤٣٨٣).

وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاجِلُ.

الدارقطني وغيره عن عامر بن سعد أنه دخل على أبي مسعود الأنصاري وغيره، وجواز تعيين بدفوف لهن، فقلت: أيفعلون هذا وأنتم أصحاب محمد؟ فقالوا نعم، رُخصَّ لنا في ذلك، قال: الحاكم وغيره: وهو على شرطهما.

وقال بعض أصحابنا المتأخرين: هو مستحب في العرس والوليمة، يعني وليمة العرس.

وفي «شرح السنة» للبغوي: إن إعلان النكاح وضرب الدف فيه مستحب، وحديث فصل ما بين الحلال والحرام السابق يقتضي تأكده، وكذا غيره من صيغ الأمر الواردة في الأحاديث، نعم؛ يتعين أن يكون محل ندبه إذا ضرب النساء والجواري بالدفوف الخالية عن الصنوج ونحوها، ولا يصنع بل يكون ضربًا بالكف كما يضرب الطبل ونحوه، وسنذكر ما قيل في ذلك ومن يتعاطاه.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي الْأَصَحِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاجِلُ**) أي: لإطلاق الأخبار.

وعبارة «المحرر»: وأقرب الوجهين، فيحتمل أن يزيد المصنف بقوله: وكذا غير العرس والختان من أنواع السرور الحادث؛ كقوم الحجيج والغزاة، وشفاء المريض، والولادة ونحوها، وهو الأشبه، ويحتمل أن يريد به الإباحة مطلقًا.

وعبارة الرَّافِعِي: وأمَّا غير الأملاك والختان ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما إطلاق القول بأنه حرام، ويدل عليه أثر عمر، يعني: ما روي أنه كان إذا سمع صوتًا أنكره، فإن كان عرسًا أو ختانًا أقرَّه، كذا رواه ابن أبي شيبة، وذكر الرَّافِعِي وغيره: إنه كان إذا سمع الدف بعث فإن كان في النكاح والختان سكت، وإن كان في غيرهما عمد بالدرة، قال: ومنهم من أطلق حله، وعليه جرى الإمام والغزالي وذكر الاحتجاج بحديث الناذرة، وقوله ﷺ: «**أَوْفِي بِنَذْرِكِ**»(١) قال: وأيضًا فقد يراد إظهار السرور لسائر الأسباب الحادثة، كما يراد للأملاك، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣١٤) والبيهقي (٢/ ١٤٥).

……

وهذا منه ظاهر في إرادة إلحاق غير العرس والختان من أسباب السرور بهما لا الإباحة مطلقًا، لكن كلام «الْبَسِيط» ظاهر في الإباحة مطلقًا، حيث لا جلاجل فيه، وادَّعى الوفاق عليه، وليس كذلك، بل ظاهر كلام العراقيين إباحته في العرس، وبعضهم أو أكثرهم يزيد: والختان، وتحريمه في غيرهما.

قال في «البيان»: يجوز ضربه في العرس والختان، ولا يجوز ضربه في غيرهما.

ومن أصحابنا من قال: إن صحَّ - يعني حديث الناذرة - دلَّ على أنه لا يكره ضربه في جميع الأحوال، والمشهور الأول، ونسبه في «الذَّخَائِر» إلى العراقيين.

وقال في «الانتصار» بعد جزمه بالمنع لغير العرس والختان.

وقال بعض أصحابنا: إن صحَّ الحديث جاز ضربه في كل حال، وينبغي إن صحَّ الحديث دلَّ على جوازه في كل مسرة تشبه المسرة بقدومه ﷺ، وقال الإمام الدَّوْلَعِي: حرَّم الشَّافِعِي الدف في غير العرس والختان.

قلت: وحسن أن يلحق بالعرس والختان كل حادث سرور له وقع دون الإباحة مطلقًا؛ إذ لا دليل عليها، والاستدلال لها بلعب الجواري بهن ضعيف؛ لأنه يغتفر لهن لا يغتفر لغيرهن.

ومن مصائب محمد بن طاهر المقدسي وفضائحه قوله في كتابه في السماع: وأمَّا ضرب الدف فأقول: إنه سنة رسول الله ﷺ وقد قال: «فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»⁽¹⁾ انتهى.

فجعل اللهو بالدف والضرب به من السنة الشريفة، وحثَّ عليه بقوله، وقد قال: كذا، ولا حول ولا قوة إلا بالله مع علمه بقول الصديق للجواري بحضرة

---

(1) أخرجه أحمد (٣/ ٢٤١، رقم ١٣٥٥٨)، وعبد بن حميد (ص ٣٩٢، رقم ١٣١٨)، والبخاري (٥/ ١٩٤٩، رقم ٤٧٧٦)، ومسلم (٢/ ١٠٢٠، رقم ١٤٠١)، والنسائي (٦/ ٦٠، رقم ٣٢١٧)، وابن حبان (١/ ١٩٠، رقم ١٤).

……

رسول الله ﷺ «أَمَزَامِيرُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللهِ ﷺ»(١) ولم ينكر عليه هذه التسمية، نعوذ بالله من اتباع الهوى.

تَنْبِيهَاتٌ: **قوله**: وإن كان فيه جلاجل، يشير إلى وجه ثالث مفصَّل.

قال الرَّافِعِي: وحيث قلنا بالحل؛ فذلك إذا لم يكن فيه جلاجل، وإن كان فوجهان: أشبههما: الحل أيضًا، وهو الجواب في «الوجيز» و«الإحياء» انتهى.

ولم أر في كتب المذهب ذكر الخلاف في الجلاجل إلا في كلام الغزالي، وأرسل في «الْبَسِيط» و«الوسيط» هذين الوجهين بلا ترجيح تبعًا «للنهاية»، ولم يبينا ما هذه الجلاجل، فإن أريد بها ما يعتاده العرب وأهل القرى وبعض متفقدة الأمصار، وهو الظاهر من وضع حلق حديد داخل الطار شبه السلاسل فقريب، وإن أريد به ما يصنعه أهل الفسق وأعوان شربة الخمور من الصنوج اللطاف التي توضع في خروق يفتح لها في جوانب الدف الصغير فممنوع؛ لأنها أشد إطرابًا وتهجيًا من كثيرين من الملاهي المتفق على تحريمها، وتحريم الصفاقتين والكوبة ونحوهما، وإباحة هذه محال، لا يقال: إنما حرمت تلك لأنها شعار المخنثين؛ لأنَّا نقول: وهذه شعار العواهر ونحوهن من فسقة الرجال ومخنثيهم.

وسبق عن الحكم أن الصنج الذي يكون في الدف عربي، فدخل في إطلاق الأصحاب تحريم الصنوج، بل هذه أولى بالخطر من الصنج الكبير ولا غيره.

يقول صاحب «الْحَاوِي الصغير»: ويدق بصنج، لأن من ذكر المسألة إنما قال: جلاجل.

ومنها: ظاهر إطلاقهم أنه حيث جاز ضرب الدف لا فرق فيه بين هيئةٍ وهيئة، وقال القاضي الإمام أبو علي الفارقي في «فوائده»: إنما يباح الدف الذي تضرب به العرب من غير زمن، فأمَّا الدف الذي يزفن به وينقر ـ أي: برؤوس الأنامل ونحوها ـ على نوع الإيقاع فلا يحل الضرب به؛ لأنه أبلغ في

---

(١) رواه البخاري (٩٥٢)، ومسلم (٢٠٩٨).

……

الإطراب من الطبل، أي: طبل اللهو الذي جزم العراقيون بتحريمه، وتابعه صاحبه ابن أبي عصرون عليه، وهو حسن، فإنه إنما يتعاطاه على هذا الوجه من ذكرناه.

ومنها: حكى الإمام البيهقي في «شعب الإيمان» له عن الإمام الْحَلِيمِي، ولم يخالفه أنَّا إذا أبحنا الدف فإنما يجوز تعاطيه للنساء خاصة، ووقفت على كلام الْحَلِيمِي في «منهاجه» فقال في باب حفظ اللسان: وضرب الدف لا يحل إلا للنساء؛ لأنه في الأصل من أعمالهن، ولعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، انتهى.

ونازعه عصري بأن الجمهور لم يفرقوا، قال: وفرق الْحَلِيمِي ضعيف، والأصل اشتراك الذكور والإناث في الأحكام إلا ما ورد الشرع فيه بالفرق، ولم يرد هنا، وليس ذلك مما يختص بالنساء حتى يقال: يحرم على الرجال التشبه بهن فبقي على العموم، وقد جاء: «أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ»(١) فلو صحَّ لكان فيه حجة؛ لأن «اضربوا» خطاب للذكور، لكنه ضعيف، انتهى.

ويشهد للحليمي أنه لم يحفظ عن أحد من السلف الصالح أنه ضرب به، والأحاديث والآثار إنما وردت في ضرب النساء والجواري، فقد يكون سكوت الجمهور عن بيانه لدلالة الأخبار على أنه في العادة من أعمال النساء.

وفي «مغني» الموفق الحنبلي: أمَّا الضرب للرجال فمكروه على كل حال؛ لأنه إنما كان تضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن، ففي ضرب الرجال تشبه بالنساء، انتهى.

وظاهر كلامه: إرادة كراهة التحريم، ثم قال في آخر الفصل: ومذهب

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٨، رقم ١٠٨٩) وقال: غريب حسن. والديلمي (١/ ١٠١، رقم ٣٣٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٢٧ رقم ١٠٣٤) وقال: ضعيف جدًّا. وقال الحافظ في الفتح (٩/ ٢٢٦): سنده ضعيف.

....

الشَّافِعِي في هذا الفصل كما قلنا.

ومنها: قيل: إذا قصرنا إباحته على العرس والختان ـ كما هو قضية كلام الجمهور ـ فمتى يجوز؟ وإلى متى؟ قلت: لم أر فيه تصريحًا، بل بعضهم يقول في الأملاك، وبعضهم يقول في العرس والأملاك، والمعهود عرفًا وقت العقد والعرس وقت الزفاف وبعده بقليل.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: ضرب الدف في النكاح جائز وقت العقد، والزفاف قريبًا منه من قبل ومن بعد، ويجوز الرجوع فيه إلى العادة، وحديث الربيع دال على جواز فعله بعد الزفاف، ويحتمل أن يضبط بأيام الزفاف التي تؤثر بها العروس.

وأمَّا الختان فالمرجع فيه إلى العرف، ويحتمل أن يجوز في حين الأخذ في أسبابه القريبة منه.

ومنها: في «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح: إن الدف والشَّبَّابَة إذا اجتمعا حرام عند أئمة المذهب، ولم يثبت عن أحد من يعتد بقوله في الإجماع والاختلاف أنه أباح هذا السماع، والخلاف المنقول عن بعض أصحاب الشَّافِعِي إنما نقل في الشَّبَّابَة منفردة والدف منفردًا، فمن لا يحصل ولا يتأمل ربما اعتقد خلافًا بين الشافعيين في هذا السماع الجامع لهذه الملاهي، وهذا وهم من الصائر إليه، إلى أن قال: وهذا السماع حرام بإجماع أهل الحل والعقد من المسلمين، وتوزع فيما ذكره، وكأنه عرض بابن عبد السلام، فإنه حكى خلافًا بين العلماء في السماع بالدف والشَّبَّابَة، وحكى الخلاف في اجتماعهما ابن المنير المالكي في فتوى له.

وفي الإنكار على ابن الصلاح بالنسبة إلى مذهبنا نظر؛ إذ لا يلزم من ثبوته في حالة الانفراد ثبوته في حالة الاجتماع، إلى أن يثبت من أباح الدف بانفراده من أصحاب الوجوه يقول بإباحة الشَّبَّابَة بانفرادها، وهيهات على أن ذلك ليس بلازم؛ إذ قد يجوز على الانفراد ويمنع من الاجتماع لشدة الاضطراب وغيره

وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ، وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ.

المتولد من الهيئة الاجتماعية، وأمَّا الخلاف عن العلماء فالبيان في ثبوته عن أحد من الأعلام السالفين، بل من اعتبر سير الصحابة والتابعين وتابعيهم يعلم يقينًا أن أحدًا منهم لم يجمع بينهما، ولا صح عنه قولًا ولا فعلًا.

ومنها: الدف بضم الدال وفتحها لغتان، وعلى الضم اقتصر المصنف، قال ابن درستويه: هو مضموم في لغة الحجاز، ومفتوح في سائر اللغات، وفي «شرح السنة» للبغوي عن أبي عبيد أنه زعم بعض الناس أن الدف لغة؛ يعني بالضم، فأمَّا الحديث بالدف بالفتح لا اختلاف فيه، ثم المراد بالدف الدائر المفتوح شبه الغربال، وسُمي في الحديث به، أمَّا المغلوق فيسمى: مزهرًا عند الفقهاء، والمعروف في اللغة أن المزهر: العود.

قال: (وَيَحْرُمُ ضَرْبُ الْكُوبَةِ) أي: بضم الكاف وإسكان الواو.

(وَهِيَ طَبْلٌ طَوِيلٌ ضَيِّقُ الْوَسَطِ) اعلم أنه جاء في تحريمها أحاديث عن ابن عباس وابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْخمرَ وَالْميسِرَ وَالْكُوبَةَ» رواه الإمام أحمد وأبو داود وصححه ابن حبان، وفي رواية لأحمد: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَى أُمَّتِي الْخمرَ وَالْميسِرَ وَالْقِنِّينَ وَالْكُوبَةَ»⁽¹⁾.

قال الرَّافِعِي تبعًا للغزالي: ولا يحرم ضرب الطبول إلا الطبل الذي يسمى الكوبة، قال الإمام: ليس فيه من جهة المعنى ما يميزه من سائر الطبول، إلا أن المخنثين يعتادون ضربه ويتولعون به، فإن صحَّ حديث علمنا به قال: والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان إن لم تلحق بالطبول الكبار فهي كالدف، وليست كالكوبة بحال، انتهى.

وهذا من فقه الإمام، وتبعه الغزالي.

قال في «الذَّخَائِر»: وأمَّا العراقيون فحرَّموا الطبول كلها من غير تفصيل،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣١، رقم ٣٦٩٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٢١، رقم ٢٠٧٧٩) وأحمد (١/ ٢٧٤، رقم ٢٤٧٦)، وأبو يعلى (٥/ ١١٤، رقم ٢٧٢٩)، وابن حبان (١٢/ ١٨٧، رقم ٥٣٦٥).

لَا الرَّقْصُ ....

وهو كما قال، إلا أنهم أرادوا الطبول اللهو، كما صرَّح به غير واحد، وممن أطلق تحريم الطبول التي يلهى بها الْعِمْرَانِي والْبَغَوِي وصاحب «الانتصار» وهو المحكي عن الشيخ أبي حامد، وقضية ما في «الْحَاوِي» و«المقنع» وغيرهما.

وقال القاضي الحسين في «تعليقه»: أمَّا ضرب الطبول فإن كان طبل لهو فلا يجوز، واستثنى الْحَلِيمِي من الطبول طبل الحرب والعيد، وأطلق تحريم سائر الطبول، وخصَّ ما استثناه في العيد بالرجال خاصة، وطبل الحجيج مباح كطبل الحرب، وعدَّه جماعة من العراقيين من المحرمات.

قال الْحَلِيمِي: وجاء في الحديث النهي عن الخمر والميسر والكوبة، والغبيراء وكل مسكر، قال: وفيه ذكر الكفارات أيضًا، قال: ويقال: إنها العيدان، ويقال: الدفوف، انتهى.

تَنْبِيهٌ: ما فسر به الكوبة ذكره الإمام والغزالي، قال الجوهري: الكوبة: الطبل الصغير المحصر، وبهذا فسَّرها عبد اللطيف بن يوسف البغدادي المشهور في كتابه «التجريد في لغة الحديث» ثم قال: الْكُوبَةُ: النَّرْدُ، وَقِيلَ: الْبَرْبَطُ.

وقال المجد بن تيمية في «أحكامه»: الكوبة: الطبل، قاله سفيان عن علي ابن نديمة.

وقال ابن فارس: الكوبة الطبل على ما قيل، ويقال: النرد.

وقال الخطابي: غلط من قال: الكوبة الطبل، بل هي النرد، وكذا قاله غيره، وكلام عبد اللطيف يقتضي إطلاقها عليهما، وعلى تفسيرها بالطبل اقتصر الْمَاوَرْدِي، وهو مراد الفقهاء.

وقال صاحب «التنقيب»: الصحيح أن الكوبة: طبل ضيق الوسط واسع الطرفين كان يلعب به شباب قريش بين الصفا والمروة، وقال الشيخ: هو الطبل، وقال محمد بن كثير هو النرد بلغة أهل اليمن، انتهى.

قال: (**لَا الرَّقْصُ**) أي: فلا يحرم، واستدل له بزفن الحبشة في المسجد وهو في «الصحيحين»، والزفن وفي دلالته نظر، واستدل بغيره مما لا يثبت،

إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ كَفِعْلِ الْمُخَنِّثِ.

قيل: ولأنه مجرد حركات على استقامة أو اعوجاج.

وقال الْقَفَّال: يكره الرقص، وعن الأستاذ أبي منصور أن تكلّفه على الإيقاع مكروه، وعن إشارة القاضي الحسين في «التعليق» والغزالي في «الإحياء» التفرقة بين أرباب الأحوال الذين يقومون بوجد، فيجوز ويكره لغيرهم، وصرَّح به الأستاذ أبو منصور.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: وأمَّا الرقص فإن كان شيخ يغلبه وجد فتحرك لا بأس به، والذي يرقص لشيء من عند الله شوقًا فطربًا لا يقدح ذلك في شهادتهم.

قال القاضي: هؤلاء الشباب الذين يرقصون، ويقصدون تسوية الرقص على ضرب القصب ترد به شهادتهم.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ تَكَسُّرٌ كَفِعْلِ الْمخَنِّثِ**) أي: فيحرم عن الرجال والنساء، كذا حكاه الرَّافِعِي عن الْحَلِيمِي، فقال: قال الْحَلِيمِي: الرقص الذي فيه تكسر وتثن يشبه أفعال المخنثين حرام على الرجال والنساء، انتهى.

وثبت القول به في «شرحه الصغير» و«المحرر» وعن الشيخ أبي علي الكراهة فقط، والذي رأيته في «منهاج» الْحَلِيمِي: وأمَّا الرقص فإن لم يكن فيه تكسر ولا تخنث، فلا بأس به، ولم يزد على ذلك، فلعلَّه صرَّح به في باب آخر، وأمَّا كلامه هذا فليس فيه تصريح بتحريم ولا يذكر النساء.

وفي «التَّرْغِيب»: أمَّا الرفض إذا اتخذه حرفة أو قصد به تسوية الإقدام على الإيقاع ترد به الشهادة وكذا المداومة عليه، انتهى.

وما أحسن قول صاحب «القواعد» أمَّا الرقص والتصفيق فخفة ورعونة مشبهة لرعونة الإناث لا يفعلهما إلا أرعن أو متصنع جاهل ويدل على جهالة فاعليها، إن الشريعة لم ترد بهما في كتاب ولا سنة ولا فعل ذلك أحد من الأنبياء ولا معتبر من أتباع الأنبياء وإنما يفعله الجهلة السفهاء الذين التبست عليهم الحقائق بالأهواء، وقد حرَّم بعض العلماء التصفيق على الرجال لقوله ﷺ: «إِنَّمَا

وَيُبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ ....

التَّصْفِيقُ لِلنِّسَاءِ»(١) انتهى.

وكلام الْحَلِيمِي يقتضي تحريمه على الرجال حيث قال: يكره للرجال فإنه مما يختص به النساء، وقد منعوا من التشبه بهن كما منعوا من لبس المزعفر لذلك.

تَنْبِيهٌ: المخنث ـ بكسر النون وفتحها والكسر أفصح والفتح أشهر ـ وهو الذي خلقه خلق النساء في حركاته وهيئاته وكلامه، فإن كان خلقة لا صنع له فيه فلا إثم عليه ولا ذم؛ إذ لا فعل له ولا كسب، وإن كان يتكلفه ويتطبع به فهو الآثم الذي صحَّت الأحاديث بلعنه، وسبق عن النص وغيره نفي المخنثين، وسُمي مخنثًا لانكسار كلامه ولينه.

قال: **(وَيُبَاحُ قَوْلُ شَعْرٍ وَإِنْشَادُهُ)** أي: في الجملة وهو إجماع، وقد كان له ﷺ شعراء يصغي إليهم منهم: حسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة، وكعب ابن مالك **«واستنشد من شعر أمية ابن أبي الصلت مائة بيت»**(٢) رواه مسلم، وقاله وأنشده واستنشده خلائق من الصحابة والتابعين.

قال الأصمعي: وإنه شعر الهذلي علي محمد بن إدريس ـ يعني الشَّافِعِي ـ وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونة على معرفة الكتاب والسنة.

وفي «صحيح» البخاري من حديث أبي بن كعب **«إِنَّ مِنَ الشِّعْرِ لَحِكْمَةً»**(٣).

وفي الحديث المرفوع **«الشِّعْرُ كَلَامٌ حُسْنه كَحُسْن الكَلَام وَقُبْحَهُ كَقَبِيحه»**(٤)

---

(١) أخرجه مالك (١/ ١٦٣، رقم ٣٩٠)، والشافعي (١/ ٥٤)، وأحمد (٥/ ٣٣٨، رقم ٢٢٩١٤)، والبخاري (١/ ٢٤٢، رقم ٦٥٢)، ومسلم (١/ ٣١٦، رقم ٤٢١)، وأبو داود (١/ ٢٤٧، رقم ٩٤٠)، والنسائي (١/ ٢٨٠، رقم ٨٥٩).

(٢) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٦٧، رقم ٢٢٥٥).

(٣) أخرجه الطيالسي (ص ٣٤٨، رقم ٢٦٧٠)، وأحمد (١/ ٣٠٣، رقم ٢٧٦١)، وأبو داود (٤/ ٣٠٣، رقم ٥٠١١)، والطبراني (١١/ ٢٨٧، رقم ١١٧٥٨) وأبو يعلى (٤/ ٢٢٠، رقم ٢٣٣٢)، وابن حبان (١٣/ ٩٦، رقم ٥٧٨٠).

(٤) حديث عائشة: أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٣٩، رقم ٢٠٩٠٢). وأبو يعلى (٨/ ٢٠٠، رقم=

إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ ....

رواه الشَّافِعِي مرسلًا، قال البيهقي: وهو الصحيح، وقد أشبعت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة» لمعنى أوجب ذلك تعرفه بالوقوف عليه.

وما أحسن قول الْمَاوَرْدِي: الشعر في حكم الكلام مستحب ومباح ومحظور، والمستحب: ما حذَّر من الآخرة، أو حثَّ على مكارم الأخلاق، والمباح: ما سلم من فحش أو كذب، والمحظور نوعان: كذب، وفحش، وهما جرح في قائله، وأمَّا منشده فإن حكاه اضطرارًا لم يكن جرحًا، أو اختيارًا كان جرحًا.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَهْجُوَ**) أي: فيحرم صدق أم كذب، وترد شهادته، وليس إثم حاكيه كإثم منشئه، ويشبه أن يكون التعريض هجوًا كالتصريح.

وقال ابْن كَجٍّ: ليس التعريض هجوًا، كذا قاله في «الرَّوْضَة»، وجزم به في «الشرح الصغير» ولفظه: وإن هجا الشاعر في شعره بما هو صادق أو كاذب فيه تصريحًا أو تعريضًا رُدت شهادته.

قلت: قوله: وليس آثم حاكي الهجو... إلى آخره صحيح إذا استويا، أمَّا لو أنشأه ولم يذعه، فأذاعه الحاكي فإثمه أشد بلا شك، وإطلاق القول برد الشهادة بمطلق الهجو بعيد؛ إذ النظم كالنثر، وعبارة الدَّارِمِي: وإن لم يمدح ـ يعني الشاعر ـ بالكذب ولم يذم به إلا يسيرًا، أو شبب بغير معين قبلت،

= ٤٧٦٠)، والدارقطني (٤/ ١٥٥). وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية (١/ ١٣٧، رقم ١٩٨) وقال: قال الدارقطني: تفرد به حسان. قال ابن حبان: لا يحل الاحتجاج به بحال.
حديث ابن عمرو: أخرجه البخاري في الأدب المفرد (١/ ٢٩٩، رقم ٨٦٥)، والطبراني في الأوسط (٧/ ٣٥٠، رقم ٧٦٩٦) قال الهيثمي (٨/ ١٢٢): إسناده حسن. وابن الجوزي في العلل المتناهية (١/ ١٣٧، رقم ١٩٩) وقال فيه عبد الرحمن بن زياد قال أحمد: ليس بشيء. وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات ويدلس. قال الحافظ في الفتح (١٠/ ٥٣٩): أخرجه البخاري في الأدب المفرد من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعًا وسنده ضعيف وأخرجه الطبراني في الأوسط وقد اشتهر هذا الكلام عن الشافعي.
حديث عروة المرسل: أخرجه الشافعي (١/ ٣٦٦)، والبيهقي (٥/ ٦٨، رقم ٨٩٦٣) وقال: هذا منقطع.

أَوْ يُفْحِشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ.

وأصله قول الشَّافِعِي في «الأم»: ومن أكثر الوقيعة في الناس على الغضب أو الحرمان حتى يكون ذلك منه ظاهرًا كثيرًا مستعلنًا كذبًا محضًا رُدت شهادته بالوجهين وبأحدهما لو انفرد به. هذا نصه في باب شهادة الشعراء.

وحينئذ يجب أن يقال: إن أكثر منه أو عرف به أو هجا بما يفسق به؛ لكون التلفظ به كبيرة، رُدَّت شهادته لا محالة، أمَّا لو لم يكثر ولم يعرف به ولا كان التلفظ به كبيرة فلا، اللهم إلا أن يقول الغيبة كبيرة، أو يتضمن ذلك شيئًا مؤذيًا يحفظ عنه كل وقت فيتأذى به المهجو وولده، فهذا محتمل بخلاف النثر، وقضية إطلاق الشيخين: إنه لا فرق بين مهجو ومهجو.

وفي «شافي» الجرجاني: ولا ترد شهادة من ينشد الشعر أو ينشئه، ما لم يكن هجو مسلم أو فحشًا أو كذبًا فاحشًا، ولا ترد شهادة من يهجو الكفار.

وقيَّد في «التحرير» والمحاملي وغيره الهجو بالمسلم، وقال في «البيان»: إن هجا مسلمًا فسق، أو مشركًا فلا بأس، وفي إطلاقه نظر، إذا كان المهجو حيًّا له ذمة أو عهد أو كان ميتًا، ولكن يتأذى به أهله وولده من الذمة أو المسلمين، ولا يقاس هذا بهجو حسان بن ثابت وغيره كفار قريش، والذب عن الله وعن رسوله، فإن ذلك من القُرب، ولا يتأذى به مسلم يحب الله ورسوله، ويحسن أن يقال: الهجو المحرم مطلقًا هجو المسلم، وأمَّا الكافر فلا بل يفصل فيه، وهل يؤثر هجو الفاسق المجاهر بفسقه من المسلمين فيه احتمال، نعم لو هجا مبتدعًا ببدعة تحذيرًا منها، ونحوه من المقاصد الشرعية فالظاهر الجواز.

قال: (أَوْ يُفْحِشَ، أَوْ يُعَرِّضَ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ) أي: فترد شهادته بذلك؛ لما فيه من الإيذاء والإشهار والقذف إن صرَّح، وإن صدق في أنه فعل كذا فلفسقه بما أخبر به عنه أيضًا، وكذا ترد شهادته لو كان نصف الأعضاء الباطنة: لما فيه من هتك الستر، قاله الرَّافِعِي.

وقال الدَّارِمِي: إذا شبَّب بامرأة بعينها لا تحل له لم يقبل، وإن شبَّب بغير معين قبلت، انتهى.

....

وإذا شبب بزوجته أو جاريته فوجهان: أحدهما: تجوز ولا ترد شهادته، قال في «الْبَحْرِ»: وبه قال عامة الأصحاب، وعلى هذا لا ترد شهادته إذا لم يعين لجواز أن يريد من تحل له.

قال الرَّافِعِي بعد نقله الوجه مطلقًا: ومنهم من قال ترد شهادته إذا كان يذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء؛ لأنه ساقط المروءة، وهذا هو الحق على ما سيأتي في فصل المروءة.

وعبَّر عنه في «الرَّوْضَة» بالصحيح، وبه أجاب الْفُورَانِي في «العمد» لما ذكره، وفيه نظر ودعوى سقوط المروءة بكل ما حقه الإخفاء ممنوع، وعبارة الكتاب وغيره تفهم أن مطلق التشبيب بهما لا يضر، كما نسبه الرُّويَانِي إلى عامة الأصحاب، ويجب القطع بأنه إذا شبَّب بأمته أو زوجته ولم يذكر سوى المحبة والشوق، أو ذكر شيئًا من الأوصاف والتشبيهات الظاهرة.

وكذا إذا سمى امرأة لا يعرف من هي ولم يذكر سوءًا أنه لا يضر أصلًا وقال في «روضة الحكام»: إذا شبَّب بامرأة وذكرها بالفحش فهو فاسق، وإن ذكرها بطولٍ أو قصرٍ فإن عيَّنها وكانت أمته أو امرأته لم يفسق؛ لأنه سفه يسير، وقيل: تُرد شهادته، وإن ذكر أجنبية فسق، وإن ذكر امرأة بغير عينها لم يفسق، وقيل يفسق؛ لأنه بسفه، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في باب شهادة الشعراء من «الأم»: ومن شبَّب بامرأة بعينها ليست مما يحلّ له وطؤها حين شبَّب، فأكثر فيها وشهَّرها بما شبَّب وإن لم يكن زنا، رُدت شهادته، ومن شبَّب بامرأة ولم يسم أحدًا لم تُرد شهادته؛ لأنه يمكن أن يُشبب بامرأته أو جاريته، انتهى.

وقال في «المختصر»: ومن لا يعرف بشتم المسلمين وآذاهم ولا يمدح فيكثر الكذب المحض، ولا يُشبب بامرأة بعينها، ولا ينتهرها بما يشينها فجائز الشهادة، وهذا محمول على نص «الأم» كما فهمه الجمهور.

قال في «الذَّخَائِر»: الانتهار أن يقذفها بنفسه، وإن لم يكن فعل، والانتهار

أن يقذفها بنفسه وقد فعل، ويقال: الانتهار في الفرية أن يبالغ فيها، وكذلك في كل شيء باطل، وهكذا قال: الأزهري في كلامه على ألفاظ «المختصر»، ولعلَّ ما سبق عن «الأم» من لفظ: شهَّرها تصحيف كما بينته في «الْغُنْيَةِ».

إذا عرفت هذا فالذي يجب القطع به أن تسميته من لا يدر أمن هي، وذكر محاسنها الظاهرة، والشوق والمحبة من غير فحش ولا ريبة لا يقدح فيه ولا يتحقق فيه خلاف، وذلك مثل ما توارد عليه الشعراء من ذكر ليلى، ولبنى، ودعد، وهند، وسعدى، وسلمى، كيف وقد أنشد كعب بن زهير النبي ﷺ:

بانَت سُعادُ فَقَلبي اليَومَ مَتبولُ

الأبيات، وفيها من الاستعارات والأوصاف كل بديع، وهو ﷺ يسمع ولا ينكر شيئًا منها، قال ابن عبد البر: ولا ينكر الحسن من الشعر أحد من أهل العلم ولا من أولي النهى، وليس أحد من كبار الصحابة وأهل العلم وموضع القدرة إلا وقد قال: الشعر، وتمثل به، أو سمعه فرضيه ما كان حكمه، أو مباحًا ولم يكن فيه فحش ولا خبث، ولا لمسلم أذى.

وكان عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد فقهاء المدينة العشرة، ثم المشيخة السبعة شاعرًا منجدًا، وللزبير بن بكار في إشعاره كتاب، وكانت له زوجة تسمى عثمة، فعتب عليها في بعض الأمر فطلقها، وله فيها أشعار كثيرة منها قوله:

تَغَلغَلَ حُبُّ عَثمَةَ في فُؤادي   فَباديهِ مَعَ الخافي يَسيرُ
تغلغل حيث لم يبلغ شرابٌ   ولا حزنٌ ولم يبلغ سرور
أكادُ إذا ذكرت العهد منها   أطيرُ لو أن إنساناً يطيرُ

وقال ابن شهاب: قلت له: يقول الشعر في نسكك وفضلك، فقال: إن المصدور إذا نفث يراد، وجمع الحافظ الطبراني حزوًا في غزل التابعين وتابعيهم، وعن جماعة من الصحابة أنهم سمعوا ذلك ولم ينكروه، وللقاضي شُرَيْح الإمام التابعي في زوجته زينب أشعار، ولعبد الله بن المبارك في جاريته

……

أشعار، قال: قال الطبراني: حدثنا محمد بن حاتم المروزي بن سويد بن نضرٍ قال: اشترى ابن المبارك جارية فأحبها فكتب إليها:

هبَّتِ الريح من الشر   قِ فجاءتني بريحِك
فتَنشَّقتُ نسيم الـ   ـعيش من طيب نفوحِك
فتَوهَّمتُك حتَّى   خلتُني بينَ كشوحِك
كيف أنساكِ وروحي   صنعت من جنس روحك

وللشافعي ﷺ غزل فهذا وأمثاله من الأئمة مغتفر وإنما يشار به إلى زوجة أو سرية.

تَنْبِيهٌ: قد يفهم من قول المصنف: إلا أن يهجو. .. إلى آخره أنه يحرم على غير الشاعر إنشاد الهجو والنسب المحرم كما يحرم على الشاعر إنشاؤه، وإن الاستثناء عائدٌ إليهما، ولا يمكن حمل هذا على إطلاقه، وقد أحسن الشيخ الموفق حيث قال: ذكر أصحابنا أن التشبيب بامرأة بعينها بالإفراط في وصفها محرَّم، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فصحيح، وأمَّا على راويه فلا يصح، فإن المغازي روي فيها قصائد الكفار الذين هجوا فيها الصحابة، لا ينكر ذلك أحد، وقد روي أنه ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما، إلا قصيدة أمية ابن أبي الصلت الحائية، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير، وقد سمع ﷺ قصيدة كعب بن زهير ولم يزل الناس يرووا أمثال هذا، ولا ينكر، وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلسًا فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس المذكور، فلما دخل النعمان سكَّتوه حيث فيها ذكر أمه، فقال النعمان: دعوه فإنه لم يقل بأسًا، إنما قال:

وَعَمرَةُ مِن سَرَواتِ النِسا   ءِ تَنفَحُ بِالمِسكِ أَردانُها

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكَّتوه، فقال: دعوه، فإن قائل هذا الشعر كان زوجها، انتهى

ولا شك فيما قاله إذا لم يكن فيه فحش ولا أذى لحي ولا ميت من المسلمين، ولم تدع حاجة إليه، وقدم ذم العلماء جريرًا والفرزدق في تهاجيهما، ولم يذموا من استنشد بذلك على إعراب وغيره من علم اللسان، وسيأتي عن الشَّافِعِي ما يُعضده، فيجب حمل كلام الأئمة على غير ذلك مما هو عادة أهل اللعب والبطالة، وعلى أن إنشاد شعر شعراء العصر إذا كان إنشاؤه حرامًا عليهم؛ إذ ليس فيه إلا أذى أو وقيعة في الأحياء، أو إشارة الأحياء في أمواتهم، وذكر مساوئ الأموات وغير ذلك؛ إذ ليس هم ممن يحتج بهم في لغة ولا غيرها، فلم يبق فيه إلا التفكه بالأعراض.

فَرْعٌ: لو شبَّب بغلام وذكر أنه يعشقه، قال الرُّويَانِي: يفسق وإن لم يعين؛ لأن النظر بالشهوة إلى الذكور حرام بكل حال، وفي «تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه» وغيرهما اعتبار التعيين في الغلام كما في المرأة، وهو أقرب، والأول ضعيف جدًا، وليس في التشبيب ما يدل على النظر بالشهوة ولا تأثيمه بالعشق المذكور، والغالب أن الشاعر بقوله ترقيقًا لشعره وإظهارًا للصنعة لا أنه عاشق حقيقة، فالوجه أنه لا يفسق بمجرد التشبيب لمجهول، ورأيت في «مناقب الشَّافِعِي» للإمام الرازي، وقال الْبُوَيْطِي: قلت للشافعي ذكرت الشعر في الزهد، فهل ذكرت في الغزل؟ فقال:

يا كاحل العين بعد النوم بالسهر   ما كان كحلك بالمبعوث للبصر
لو أن عيني إليك الدهر ناظرة   جاءت وفاتي ولم أشبع من النظر
سقيا لدهرٍ ما كان أظنيه   لولا التفرق والتنغيص بالسفر
إن الرسول الذي يأتي بلا عدة   مثل السحاب الذي يأتي بلا مطر

لكن هذا ليس بنص بأنه في غلام؛ إذ قد يكون في زوجة أو سرية، وإنما ذكر الألفاظ والله أعلم.

إِشَارَةٌ: ذكرت في «الْغُنْيَةِ» هنا فروعًا منثورة مفيدة:

منها: ما لو كان الشاعر يمدح ويطري، فإن أمكن حمله على ضرب مبالغة

وَالْمُرُوءَةُ تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ، ....

جاز، وإلا كان كذبًا محضًا، فقد بينت كلامهم فيه أكمل بيان بما يطول ذكره.

ومنها: قول الشَّافِعِي متصلًا بما سبق عنه: وإن كان يسل بالشعراء ولا يسل فسواء وفي مثل معنى الشعر في رد الشهادة من خرق أعراض الناس وسألهم أموالهم، فإذا لم يعطوه إياها شتمهم، فأمَّا أهل الرواية للأحاديث التي فيها مكروه على الناس، فيكره ذلك لهم ولا ترد شهادتهم؛ لأن أحدًا قَلَّ ما يسأل من هذا إذا كان من أهل الرواية، فإن كانت تلك الأحاديث نفي نسب رد بذلك شهاداتهم إذا أكثروا روايتها وعمدوا أن يرووها فتحدثوا بها، وإن لم يكثروا، وأمَّا من روي الأحاديث التي ليست بمحض الصدق، ولإثبات الكذب، وإن كان الأغلب أنها كذب فلا ترد الشهادة بها، وكذلك رواية أهل زمانك من الإرجاف وما أشبهه، وكذلك المزاح لا ترد به الشهادة ما لم يخرج من المزح إلى غضة النسب أو غضة بحر أو فاحشة، فإذا خرج إلى هذا وأظهره كان مردود الشهادة هذا نصه بحروفه، وذكرت من كلام الأصحاب جملًا لا يسع جهلها، لا سيما لها على فوائد غزيرة، ومباحث نفيسة في أنواع شتى مما يتعلق بقبول الشهادة وردها من الأقوال والأفعال، والله أعلم.

قال: (**وَالْمُرُوءَةُ تَخَلُّقٌ بِخُلُقِ أَمْثَالِهِ فِي زَمَانِهِ وَمَكَانِهِ**) لا تقبل شهادة من لا مروءة له؛ لأن طرح المروءة إمَّا لخبل أو نقصان، وإمَّا لقلة مبالاة وحياء، وعلى التقديرين تبطل الثقة بقوله: أمَّا المخبل فظاهر، ومن لا حياء له يصنع ما شاء كما جاء معناه في الحديث، قال الرَّافِعِي: وفي ضبط المروءة عبارات متقاربة قبل صاحبها من يَصُونَ نَفْسَهُ عَنْ الْأَدْنَاسِ، وَلَا يَشِينُهَا عِنْدَ النَّاسِ وقيل: من يحترز عَمَّا يُسْخَرُ مِنْهُ وَيُضْحَكُ بِهِ، وقيل: الذي يسير سير أمثاله في زمانه ومكانه، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: قيل: المروءة في الحرفة كما سيأتي، وقيل: في آداب الدين؛ كالأكل، ومد الرجل بحضرة الناس، والصياح في الحقير، والانتهار للسائل، وقلة فعل الخير مع القدرة عليه، وكثرة الاستهزاء والضحك... ونحو ذلك قال ابن المرزبان: على العرف في جميع ذلك من صنعة ولبس وخلق، انتهى.

فَالْأَكْلُ فِي سُوقٍ، وَالْمَشْيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ، ....

وهذا ما ذكره في «المنهاج» والرافعي أخذ كلامه، وهو أحسن العبارات، وقال المَاوَرْدِي المروءة ثلاثة أضرب:

أحدها: شرط في العدالة، وهو مُجَانَبَةُ مَا سَخُفَ مِنَ الْكَلَامِ الْمؤذِي أَوْ الْمضحِكِ، وَتَرْكُ مَا قَبُحَ مِنَ الفعل الَّذِي يَلْهُو بِهِ أَوْ يُسْتَقْبَحُ لِمَعْرِفَتِهِ أَوْ أَدَائِهِ، فارْتِكَابُهَا مُفْضٍ إِلَى الْفِسْقِ، وَكَذَلِكَ نَتْفُ اللِّحْيَةِ مِنَ السَّفَهِ الَّذِي تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ، وَكَذَلِكَ خِضَابها - أي بالسواد - سفه ترد به الشهادة، لما فيه من تغيير خلق الله.

والثاني: ما ليس بشرط في العدالة، وهو: الْإِفْضَالُ بِالْمالِ وَالطَّعَامِ، وَالْمسَاعَدَةُ بِالنَّفْسِ وَالْجَاهِ.

والثالث: مُخْتَلَفٌ فِيه، وهو صَنَائِع وعَادَاتٌ سيأتي بيانها.

قال: **(فَالْأَكْلُ فِي سُوقٍ)** أي: والشرب من سقايات السوق، إلا أن يكون سوقيًا أو شرب لغلبة عطش، وكذا لو لم يكن سوقيًا، وإنما يأكل حيث يجد لتقلله وبراءته من التكلفات العادية كما سيأتي.

وقال المَاوَرْدِي: وأمَّا الْعَادَاتُ، فإن يُقْتَدَى فِيهَا بِأَهْلِ الصِّيَانَةِ دُونَ أَهْلِ الْبَذْلَةِ، فِي مَلْبَسِهِ وَمَأْكَلِهِ وَتَصَرُّفِه، أَمَّا الأكْلُ فَلَا يَأْكُلُ عَلَى قَوَارِعِ الطُّرُقِ وَلَا فِي مَشْيِهِ، وَلَا يَخْرُجُ عَنِ الْعُرْفِ قبل مَضْغِهِ، وَلَا يُعَانِي بِكَثْرَةِ أَكْلِه.

إِشَارَةٌ: ذكر استثناء الشرب في السوق لغير أهله؛ لغلبة العطش، وسكتًا عن الأكل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وأمَّا الفقيه إذا أكل أو شرب في السوق تُرد شهادته، إلا إذا أكل أو شرب عند شدة حاجته يكون معذورًا به، بخلاف السوقي الذي يكثر مقامه إذا فعل ذلك في موضع بياعاته بالنهار، انتهى، وكلامه يشعر بأنه لا يفتقر للسوقي مطلقًا فتأمله.

قال: **(وَالْمشيُ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ)** أي: أو البدن إذا لم يكن ممن يليق به، قاله الرَّافِعِي.

وقال المَاوَرْدِي: ولَا يَتَعَرَّى عَنْ ثِيَابِهِ فِي بَلَدٍ يَلْبَسُ فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ

وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ، وَلُبْسُ فَقِيهٍ قَبَاءً وَقَلَنْسُوَةً حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ يُسْقِطُهَا، ....

ثِيَابَهُمْ، وَلَا يَنْزِعُ سَرَاوِيلَهُ بِبَلَدٍ يَلْبَسُ فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ سَرَاوِيلَهُمْ، وَلَا يَكْشِفُ رَأْسَهُ فِي بَلَدٍ يُغَطِّي فِيهِ أَهْلُ الصِّيَانَةِ رُؤُوسَهُمْ، فَإِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ لَا يُجَافِي أَهْلُ الصِّيَانَةِ ذَلِكَ فِيهِ كَالْحِجَازِ وَالْبَحْرِ الَّذِي يَقْتَصِرُ أَهْلُهُ فِيهِ عَلَى لُبْسِ الْمِئْزَرِ كَانَ عَفْوًا، وهذا صحيح وهو كالشرح لكلام الرَّافِعِي.

قال: (**وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ بِحَضْرَةِ النَّاسِ، وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ، وَلُبْسُ فَقِيهٍ قَبَاءً وَقَلَنْسُوَةً حَيْثُ لَا يُعْتَادُ، وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ، وَإِدَامَةُ رَقْصٍ**) أي: الإكثار منه.

(**يُسْقِطُهَا**) أي: يسقط المروءة لمنافاة ذلك لها، والظاهر أنه لا فرق في الإكثار من الرقص بين الفقراء وغيرهم من الناس، وربما أوهم بعض ما سبق خلافه، وكان الأحسن أن يقول: وقبلة زوجة أو أمة أو كذا أو كذا، كما قالاه في «الرَّوْضَة» و«أصلها»؛ لئلا يتوهم غير أن المسقط للمروءة اجتماعها.

وقوله: (**وَقُبْلَةُ زَوْجَةٍ**) أي: ونحوها من وجوه الاستمتاع كوضع يده موضع اللثام تمتعًا، أو على الصدر بلا حائل، وغير ذلك، والظاهر أن المراد بالناس هنا الجنس لا الجمع، لكنه في الجمع أفحش.

وقوله: (**وَإِكْثَارُ حِكَايَاتٍ مُضْحِكَةٍ**) أي: عن غيره أو عن نفسه؛ لأنه يجعل نفسه ضحكة، وكذا لو لم يكثر بل يتحدث بما يجري بينه وبين زوجته أو أمته في الخلوة.

وقوله: (**وَلُبْسُ فَقِيهٍ قَبَاءً**. . .إلى آخره) ومثله: لبس التاجر ثوب الجمال، وتعمم الجمال أو تطلس، وركب بغلة وطاف في الأسواق، واتخذ نفسه ضحكة.

وقوله: (**وَإِكْبَابٌ عَلَى لَعِبِ الشِّطْرَنْجِ**) أي: بحيث يغلب عليه ويشغله عن مهماته، وهذا في الخلوة، أمَّا اللعب به على قارعة الطريق فخارم للمروءة،

....

وإن قلَّ فاللعب به في الخلوة مرارًا لا يكون كاللعب به في سوق ونحوه مرة على ملأ من الناس.

وقوله (**أَوْ غِنَاءٍ أَوْ سَمَاعِهِ**) أي: أو استماعه، وقيل: الصواب ذلك لا قوله: سماعه، وأمَّا المداومة على الغناء لنفسه، والمراد الإكثار منه أو كان يأتي الناس، أو يأتون له فمسقط للمروءة، فإن اتخذ جارية أو غلامًا ليغنيا للناس، فذلك دناءة فلا وجه لاعتبار الإكثار والمداومة.

قال **الرَّافِعِي** بحثًا: وإذا عهد صنعة الغناء المباح حرفة وتكسبًا فالاشتغال به ممن يليق بحاله لا يكون تركًا للمروءة، وكلام الأصحاب محمول على من لا يليق به.

قلت: الوجه إجراء كلام الأصحاب في المغني على إطلاقه، فإنه وضيع عند كل أحد، كاشف لجلباب الحياء وفاقًا، بخلاف أرباب الحرف الدنيئة بحيث يأنف منه الناس والزبال ونحوهما، وأيضًا فيجده حرفة، ينفق غالب أوقاته في الاعتناء به ويبيعه لا الفسوق والمجون، وقد نصَّ في «الأم» والأصحاب أنه إذا اتخذ الغناء صنعة وعرف به واشتهر به بحضرة الناس، ويدعونه له رُدت شهادته.

قال **الشَّافِعِي**: لأن من صنع هذا نسب إلى السفه، وساقط المروءة، ومن رضي به لنفسه كان مسخفًا، وإن لم يكن محرمًا بين التحريم.

وقال **المَاوَرْدِي**: من سمي مغنيًا يأخذ عليه أجرًا يدعي له، ويغني لأجله فهو سفيه مردود الشهادة؛ لأنه تعرض لأخنث المكاسب.

وفي «روضة الحكام»: وقيل في شهادة القوالين وجهان، والصواب أن المحترف بالغناء مردود الشهادة مطلقًا بإجماع الأصحاب.

وقوله: (**وَإِدَامَةُ رَقْصٍ**) يعني: الإكثار منه ممن كان، وهذا ينبغي أن يكون فيمن يتعاطاه في الخلوات مع أمثاله، من أهل الستر، أمَّا من يرقص مع من أنفق حيث ما أنفق فتارك للمروءة معرضٌ عنها، وسئل القاضي الحسين عن

....

السماع فقال: من تعوده من الفقهاء وغيرهم في كل أسبوع مرارًا، وفي كل شهر مرارًا فسق، وترد شهادته، فقيل: إذا شهده في كل شهر مرة، فقال: لا ترد شهادته، وهو فسق، وليس كل فسق يوجب رد الشهادة، انتهى.

وهذا خلاف المفهوم من كلام الفقهاء في الفسق، ومما يخرم المروءة: مد الرجل بين الناس بلا مرض، ومنه: أن يخرج عن حسن العشرة مع الأهل والجيران والمعاملين، ويضايق في اليسير ويضايق.

ومنه: أن يبتذل الرجل المعتبر بنقل الماء والأطعمة إلى بيته شحًا، فإن فعله استكانة وإقتداء بالسلف التاركين للتكلف لم يقدح في مروءته، وكذلك لو كان يلبس ما يجد ويأكل حيث يجد؛ لتقلله وبراءة عن التكلفات العادية، ويعرف هذا بتناسب حاله في الأعمال والأخلاق، وظهور مخايل الصدق ما يبديه.

ومنه: اعتياد الرجل البول قائمًا أو البول في الماء، قال: القاضي الحسين في «فتاويه» قال: لأنه يعد سفهًا، انتهى.

وهذا حيث لا عذر في البول قائمًا وأن يجاهر به لا خاليًا وأمَّا البول في الماء فلا شك أنه ليس على إطلاقه، ومنه في السوق والطرق ممن لا يليق به.

قال [الديلمي](١): لا يتبرز على الطريق ومواضع ترى من غير ضرورة.

تَنْبِيهَاتٌ: ظاهر كلام المصنف وغيره من أتباع المراوزة أن بعض ما عدده من قبلة زوجته ونحوه يسقط العدالة المرة الواحدة منه، وأن بعضه يعتبر فيه التكرار المعبر عنه بالإكباب، وأطلق العراقيون وهو ظاهر نصوص الشَّافِعِي: إن من وجد منه بعض ما هو خلاف المروءة قُبلت شهادته، إلا أن يكون الأغلب عليه ذلك، فترد به شهادته.

وقضية ذلك اعتبار التكرار والإكثار في كل واحدة، وفيه وقفة، نعم؛ بعض الأمور يتعين اعتبار التكرار فيها، كمد الرجل، والأكل في السوق من الرجل الجليل، وما ضاهى ذلك دون قبلة الزوجة ونحوها من الاستمتاع

---

(١) في نسخة: (الدبيلي).

....

بحضرة الناس، لا سيما في الطريق أو السوق أو مجلس الحاكم مثلًا، وكذا مشي الرجل العالم المشهور أو الوجيه في السوق ونحوه مكشوف الرأس أو البدن غير العورة بلا حاجة ببلد يتحاماه أهل الصيانة، ويُعد ذلك منه خرمًا للمروءة، ويظهر اختلاف ذلك باختلاف طبقات الناس والأماكن والمفعول بحضورهم، وقد قالوا في الأفعال المبطلة للصلاة: يعتبر التكرار فيها إلا أن تكون وثبة فاحشة، فإنها مبطلة بمفردها.

سبق عن «الْحَاوِي» أن المروءة أضرب: ثالثها: مختلف فيه وهو ضربان: صنائع وعادات، أمَّا العادات: فقدمنا الكلام على حفظ مروءته في مأكله وملبسه، وبقي ألَّا يباشر مأكوله ومشروبه وحمله بنفسه ببلد يتحاماه أهل الصيانة إلى نظائر هذا، وفي اعتبار هذا الضرب جميعه في شروط العدالة أربعة أوجه:

ثالثها: إن نشأ على ذلك من صغره لم يقدح في عدالته، وإلا قدح.

ورابعها: إن اختص ذلك بالدين قدح؛ كالبول قائمًا وفي المال الراكد، وكشف العورة إذا خلا، والتحدث بمساوئ الناس، وإن اختص بالدين لم يقدح فيها؛ كالأكل في الطريق، وكشف الرأس بين الناس، والمشي حافيًا؛ لأن مروءة الدين مشروعة، ومروءة الدنيا مستحسنة، وأطنب في توجيه عدم الاعتبار مطلقًا، وبه صدر كلامه، وكذا في توجيه مقابله، وهو المشهور.

وفي «روضة الحكام» وقد قيل: هل تشترط المروءة في الشهادة؟ وجهان، فإن قلنا تشترط، فهي التصون وحفظ الجاه وترك الجلوس على الطريق، أي: بلا حاجة، وتجنب إساءة الأدب من الملاعنة بين الناس، والأكل في السوق، ويختلف ذلك باختلاف مراتب الناس، وألَّا يأمر جواريه بقران للناس بالإلحان، وقيل: لا تسقط شهادة أهل التصوف بالأكل في السوق، وهل تسقط الشهادة بالكذب مرة؟ وجهان، انتهى.

وأفهم سياقه أن الأصح أنه لا فرق في الأكل في السوق بين المزهد المطرح للكلفة وغيره.

وَالْأَمْرُ فِيهِ يَخْتَلِفُ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَاكِنِ، ....

قال: (**وَالْأَمْرُ فِيهِ**) أي: فيما ذكره من إدامة الرقص هذا هو المتبادر من كلامه ويحتمل أن يريد الرقص وغيره مما يقدمه، وهو الأقرب إلى قول «المحرر» والغناء وسماعه والمداومة على الرقص كل ذلك يسقط المروءة، والأمر في ذلك.

(**يَخْتَلِفُ بِالْأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ وَالْأَمَاكِنِ**) ووجه من مدار الأمر في ذلك على العرف وقد يستقبح من شخص ما لا يستقبح من غيره، وقد يستقبح الشيء في حال دون حال، وفي مكان دون مكان، وفي بلد دون بلد، والظاهر أنه لم يرد بقوله: والأمر في ذلك ما قبل الغناء من الإكباب على الشطرنج، وما تقدمه من إكثار المضحكات، والعلم عند الله.

فَرْعٌ: في «روضة الحكام»: هل تقبل شهادة صاحب الصدغين؟ وجهان:

أحدهما: نعم إذا لم يعرف فسقه.

والثاني: لا؛ لأنه علامة، وقيل: إن كان من قوم عادتهم ذلك لم تُردّ شهادته، وإلا رُدَّت، انتهى.

وكأنه أراد إرسال الصدغين على الحدين، أو إرسال الذؤابة، ويقال: لها الدبوقة[1] والوجه الثالث أرجح.

فَرْعٌ: سبق عن الْحَاوِي أن نتف اللحية سفه تُرد به الشهادة، وصحَّحه الرُّويَانِي هنا، وذكر قبيل كتاب الأقضية أن نتفها لا تُرد به الشهادة؛ لأنه مكروه لا حرام، والصواب: إن نتفها طلبًا لإبقاء المرودة أو عبثًا لا لعلة، أو تدينًا سفه تُرد به الشهادة حرَّمناه أم لا، قال: [الديلمي][2]: لأنه يهجو نفسه بتغيير خلق، ورتبته إلا أن يكون به علة لا يمكنه الإمساك عنه فعذر، ومن نتف إبطه بحضرة الناس ساقط المروءة، وهذا كله في استئصالها، أمَّا الأخذ منها وتقصير طولها المفرط فهل يباح أو يكره؟ فيه خلاف للسلف، واختار المصنف الكراهة، ويشبه ألَّا تُرد به الشهادة إلا أن يفرط في الأخذ منها بحيث يستنكر،

---

(١) الدبوقة: ذو الشعر المضفور.

(٢) في نسخة: (الديبلي).

....

ويعد خرمًا للمروءة، وأمَّا نتف الشيب فمكروه قطعًا.

قال المصنف: وينبغي أن يُحرَّم للنهي الصريح «**لَا تَنْتِفُوا الشَّيْبَ**»(١) وأمَّا رد الشهادة به فيجوز أن يقال: إن أفحش فيه بعد الطعن في السن وغلبة الشيب رُدت شهادته وإلا فلا.

فَرْعٌ: أطلق المَاوَرْدِي أن خضاب اللحية سفه، وحملناه على خضابها بالسواد؛ لأنه إذا كان بصفرة أو بحمرة فهو سُنّة وفاقًا، وأمَّا خضاب الرأس واللحية بالسواد فقال جماعة: إنه مكروه.

قال المصنف: والصحيح بل الصواب أنه حرام، وبه صرَّح المَاوَرْدِي في باب الصلاة بالنجاسة، وفي أحكامه، وفيه حديث في «صحيح» مسلم وفي «السنن» مرفوعًا: «**يَكُونُ قَوْمٌ يَخْضِبُونَ فِي آخِرِ الزَّمَانِ كَحَوَاصِلِ الْحَمَامِ لَا يَرِيحُونَ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ**»(٢) قال: ولا فرق في المنع منه بين الرجل والمرأة عندنا، ورخَّص فيه للمرأة إسحاق بن راهويه.

قلت: وهو قوي، والنهي متوجه للذكور، قال الْحَلِيمِي: أمَّا السواد فيشبه أن يكون مطلقًا للنساء إن تخضبن به لأجل أزواجهن، فأمَّا الرجل فلا، وذكر فيه للمرأة أثرًا عن عائشة ﵂، واتفقوا على الرخصة للمجاهد؛ إرهابًا للعدو بإظهار الشباب والقوة، صرَّح به المَاوَرْدِي والغزالي وغيرهما، فإن صحَّ الحديث السابق كان كبيرة من العالِم بما جاء فيه من الوعيد، وأمَّا خضاب اليدين والرجلين بالحناء للرجل فحرام، إلا لحاجة التداوي؛ لأنه من افتعال أهل التخنيث والبذالة، فتُرد به الشهادة لسقوط المروءة.

فَرْعٌ: قال في «الأم» ومن تأكد عليه أن يغشى الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة ولا يستحل صاحب الطعام، فتابع ذلك منه رُدت شهادته؛ لأنه يأكل

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٨٥، رقم ٤٢٠٢)، والخطيب (٤/ ٥٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٨٧، رقم ٤٢١٢)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٤١٥، رقم ٩٣٤٦)، وابن سعد (١/ ٤٤١)، والبيهقي (٧/ ٣١١، رقم ١٤٦٠١).

……

محرمًا إذا كانت الدعوة دعوة رجل بعينه، فأمَّا إذا كان طعام سلطان أو رجل يتشبه بالسلطان فيدعو الناس إليه فهذا طعام عامة مباح ولا بأس به. هذا لفظه.

قال في «الشامل» وإنما اشترط تكرار ذلك؛ لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر صار دناءة وقلة مروءة، وأشار غيره إلى أنه صغيرة، فإذا تكرر صار في حكم الكبيرة، وقد تقدم اعتبار ربع دينار في جعل الخضب كبيرة، والأكل مرة أو مرتين لا يبلغه غالبه، لكنه ترك مروءة، نعم؛ ما يقصده بعض السفل من المتطفلين إذا حضر الدعوة الخاصة ينهب منها شيئًا كثيرًا من الأطعمة النفيسة والحلوى ويحمله، ويسبق ذلك مشقة شديدة على صاحب الدعوة، وإنما يسكت حياء من الناس ومروءة، فهو خرق للمروءة، ونزع لجلباب الحياء، فيكفي في رد الشهادة المرة الواحدة.

وفي «مغني» الموفق الحنبلي: ولا تُقبل شهادة الطفيلي الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة، وبه قال الشَّافِعِي، ولا نعلم فيه مخالفًا لما روي مرفوعًا: «مَنْ دَخَلَ عَلَى غَيْرِ دَعْوَةٍ دَخَلَ سَارِقًا وَخَرَجَ مُغِيرًا»(١) ولأنه يأكل محرمًا ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة، فإن لم يتكرر منه لم ترد شهادته؛ لأنه من الصغائر، انتهى.

وفي هذا الأكل المجرد دون النهب كما بيناه.

فَرْعٌ: قال في «الأم»: وإذا نثر على الناس في الفرح، فأخذه بعض من حضره لم يكن هذا مما تخرج به شهادة أحد؛ لأن كثيرًا يزعم أن هذا مباح حلال؛ لأن مالكه إنما طرحه لمن أخذه، فأمَّا أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أنه لا يأخذه من أخذه إلا بغلبة لمن حضره، إمَّا بفضل قوة وإمَّا بفضل قلة حياء والمالك لم يقصد قصده وإنما قصد به قصد الجماعة فأكرهه لأخذه؛ لأنه لم يعرف خطه من خط من قصد به بلا أذية وأنه خلسة وسخف. هذا لفظه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤١، رقم ٣٧٤١)، والبيهقي (٧/ ٦٨، رقم ١٣١٩٠). والقضاعي (١/ ٣١٤، رقم ٥٢٨)، وابن عدي (١/ ٣٩٠، ترجمة ٢٠٨ أبان بن طارق).

....

قال في «الذَّخَائِر» وغيره: ولم يجعل من باب ترك المروءة وإن كان مكروهًا.

قلت: لعلَّ مراد الشَّافِعِي ما إذا فعله مرة ونحوها، وكان ممن لا يزري به التقاطه، أمَّا لو أكثر منه أو كان ممن يزري به التقاطه فهو ترك للمروءة، كما أشار إليه بقوله: وإنه خلسة وسخف، ويشبه أن يختلف ذلك باختلاف عادات البلاد في عدِّه من الدناءة وترك المروءة، وعدم عدِّه مع مراعاة مراتب الآخذين، وهذا في الشار العام دون الخاص بقوم، فالأخذ من غيرهم كالطفيلي المنتهب وأولى.

فَرْعٌ: سبق أن من داوم على ترك السنن الرواتب، وغُسل الجمعة، رُدّت شهادته، ونص الشَّافِعِي والأصحاب: إن مستحل الأنبذة إذا أدام المنادمة عليها، والحضور مع أهل السفه ورُدَّت شهادته لطرحه المروءة، وذكر العلامة ابن رزين قاضي مصر وصاحب ابن الصلاح ثلاثة أوجه في تعاطي ما يخل بالمروءة: التحريم وضده، والثالث إن تعلقت به شهادته حرم وإلا فلا، وهذا في غير الحرف الدنية فأوهم جريانها فيهم.

فَرْعٌ: الخمرة العنبية التي لم تشب بماء ولا طبخت بنار محرمة إجماعًا ووقع فيها نزاع ضعيف في الصدر الأول، ثم ارتفع ورجع فاعله، فمن شرب منها شيئًا ـ وإن قَلَّ ـ عامدًا عالمًا بحالها حُدَّ ورد، وكذا حكم بائعها ومشتريها في الرد، وفي لعن فيها عشرة، وسبق عن الْحَلِيمِي: إنه إذا مزجها بالماء فذهبت شرتها إن شربها صغيرة.

وقال المَاوَرْدِي: لا فرق بين شربها صرفًا وممزوجة، وشذَّ قوم فقالوا إذا مزجها بما غلب لم تحرم، وهو فاسد، لكن لو مُزجت بالماء قبل أن تسكر ثم صارت بعد المزج مسكرًا كانت في حكم النبيذ دون الخمر، كذا لو طبخت بالنار بعد إسكارها كانت خمرًا، ولو غليت بالنار قبل إسكارها ثم أسكرت بعد غليها كانت نبيذًا لا خمرًا.

……………………………………………………………………………………

وأطلق الرَّافِعِي القول بأنه لا ترد الشهادة باتخاذها وإمساكها؛ إذ يجوز أن يقصد به التحلل أو التحليل وفيه نظر فإن اتخاذها بقصد الخمرية حرام وإمساكها للتحلل حرام أيضًا، بل يجب المبادرة إلى إراقتها، ولا فرق عند جمهور العراقيين في وجوب الإراقة بين المحترمة وغيرها، والإمساك بقصد التحليل عند من يمنعه لغو، على أن هنا نظرًا من وجه آخر وهو: إن من علم بيده خمرًا ولم يبادر إلى إراقتها والتبرؤ منها، ساءت به الظنون وعُدَّ تاركًا للمروءة، ونازعًا لجلباب الحياء؛ لا سيما إن كان ممن يتطرق إليه إليهم، وعبارة «الْحَاوِي»: وأمَّا اتخاذ الخمر وإمساكها فيعتبر بمقصوده، فإن قصد به أن ينقلب خلًا جاز ولم يفسق به، وإن قصد ادخارها على حالها كان محظورًا يفسق به؛ لأن إمساكها داع إلى شربها، وما دعا إلى الحرام محظور.

وفي «البيان»: وأمَّا عاصِرها وممسكها فقال الشيخ أبو حامد: لا يفسق بذلك، ولا ترد شهادته؛ لجواز أن يرجع عن إرادته فيتخذها خلًا.

قال ابن الصباغ: ويحتمل أنه قصد بعصرها أن تصير خمرًا فيشربها كان محرمًا وتُرد به شهادته، انتهى.

فَرْعٌ: المطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه وسائر الأنبذة إن شرب منها القدر المسكر حُدَّ ورُدت شهادته، وإن شرب منها القليل مستحلها كالحنفي فأوجه: ثالثها وهو المنصوص والأظهر عند عامة الأصحاب: إنه يحد ولا تُرد شهادته، واستبعده الـمُزَنِيّ فقال: الحد أعظم من الرد، فكيف يحد وتُقبل شهادته؟ وأجاب الأصحاب بأن الحد إلى الإمام فاعتبر فيه اعتقاده، والرد يعتمد عقيدة الشاهد، ولهذا لو عضها ووطئها ثم بانت أنها أمته فسق وردت شهادته، ولو وطئها بظنها أمته لم ترد، وأيضًا فالحد للزجر، وشربه يحتاج إلى الزجر والرد لسقوط الثقة بقوله، وإذا اعتقد الحِل لم يسقط وإن كان الشارب ممن يرى التحريم كشافعي، فإن حددنا ذاك فهذا أولى، وإلا فوجهان:

أصحهما: المنع لشبه الاختلاف، وأمَّا الرد فإن ردت شهادة ذاك فهذا

....

أولى وإلا فوجهان:

أظهرهما: في «الشامل» و«المهذب»: إنها لا ترد، وعلى هذا إنما علم بالفسق ورد الشهادة إذا ارتكب مجمعًا على تحريمه.

وأصحهما عند القاضيين أبي الطيب والروياني وغيرهما: إنه ترد وهو ما أورده الإمام ويوافقه قول الْقَفَّال: إن من نكح بلا ولي ووطئ لا تُرد شهادته إن اعتقد الحِل، وتُرد إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياس سائر المجتهدات، لكن قد حكي عن النص أنه لا ترد شهادة المستحل لنكاح المتعة، والمعني به والعامل به، ونقل أبو الفياض البصري مثله في «تتمة الجامع الصغير» لأبي حامد القاضي، هذا حاصل كلام الرَّافِعِي في الأنبذة، وحاصله ما رجحاه في «الرَّوْضَة» و«الشرح الصغير»: إن المستحل يُحد ولا يُرد، والمحرم يُحد ويُرد وهو المصرح به في «روضة الحكام» وغيرها.

وقال في «الشامل»: إنه خلاف ظاهر كلام الشَّافِعِي وخلاف القياس؛ لأنه وإن اعتقد تحريمه فمن طريق مظنون، والشبهة فيه قائمة، أي: فيُحد ولا ترد شهادته، والخلاف في الحد والرد إذا لم يعاقر، فإن عاقر عليه قال المَاوَرْدِي: أو تكلم بالخنا والهجر. قال الدَّارِمِي: أو شربه مع السفهاء رُدَّ؛ لتركه المروءة.

قال المَاوَرْدِي: وإن لم يعاقر ولم يسكر فإن اعتقد تحريمه باجتهاد أو تقليد فسق وحُدَّ، وإن استباحه باعتقاد أو تقليد فالمذهب ما سبق.

وقال المُزَنِيّ: لا حد ولا رد، وإن شرب غير معتقد لحلٍ ولا حرمة عالمًا باختلاف العلماء في إباحته وحظره ففي فسقه ورد شهادته بعد وجوب الحد عليه وجهان، قال البصريون: يفسق ويرد، وعكس البغداديون، وقال الدَّارِمِي: إن شربه شافعي حد، وقال المروزي: فسق، وقال ابن أبي هريرة: وجهان.

إشارات: لو قال: الحنفي وغيره قصدت التداوي، يتجه اندفاع الحد عنه قطعًا؛ لاجتماع الشبهتين، وكذا ينبغي أن يقبل ذلك فلا يحد ولا يرد على الوجهين إذا جوزنا التداوي به، رأيت في ما وقفت عليه من «البيان»: إذا لم

……………………………………………………………………………

يسكر الشارب لم يفسق ولم ترد شهادته، سواء اعتقد تحليله أو تحريمه، وحكى القاضي أبو الطيب في «المجرد» أن معتقد تحريمه ترد شهادته والمذهب الأول، انتهى.

وبه جزم أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»، وهما متابعان «للشامل» و«المهذب» والمستظهري فيه، وعند هؤلاء إنما يفسق وترد شهادته، إذا ارتكب مجمعًا على تحريمه يشكل على ترجيحه هنا قوله في «زوائد الرَّوْضَة» في السير: ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع على إنكاره، فأمَّا المختلف فيه فلا إنكار فيه؛ لأن كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد لا يعلمه وإلا أثم على المخطئ إلى آخر ما ذكره وسقته في «الْغُنْيَّة»، وكلامه برمته مؤيد لما قاله صاحب «الشامل» وموافقوه بل قضيته ألَّا يحد أحد سواء اعتقد حله أم حرمته؛ إذ الحد غاية الإنكار.

فَرْعٌ: عدَّ الجرجاني في «التحرير» من مسقطات المروءة الموجبة لرد الشهادة لبس الثياب المصنعة.

وقال في «الشافي»: ولبس الثياب المصنعة في أغلب أحواله، وفي هذا الإطلاق نظر، ولعلَّه أراد ما سيأتي عن الْحَلِيمِي، نعم؛ سبق في الجمعة عن القاضي الحسين أنه إن صبغ الثوب بعد النسج ليمنع الوسخ جاز لبسه، أو للزينة لم يجز للرجال لبسه، وهو غريب نعم الصحيح المختار تحريم لبس المزعفر على الرجال، وذكر الخطاب أنه كره لهم الحمرة في اللباس، قال: وهو ينصرف إلى ما صبغ بعد النسج، دون ما صبغ غزله ثم نسج، انتهى.

وأطلق غيره كراهة لبس الأحمر للرجال لحديث روي فيه، وهو ظاهر في حق العالم والزاهد، ومن لا يليق به في العادة ويستخف بلابسه منهم دون الجندي وغيره من العوام.

قال الْحَلِيمِي: وأمَّا الثياب المصبوغة فكل ما كان صبغة ورسًا أو زعفرانًا أو عصفرًا فهو للنساء، ولا ينبغي للرجال لبسه، وذكر أحاديث، قال: ولا

ينبغي لأحد أن يلبس مشهرة من الثياب لا في النفاسة ولا في الخساسة، ووجه الكراهة بامتداد الأنظار إليه، وفخره وخيلائه على من لبس في مثل حاله.

ثم قال: وأمَّا من وسع عليه ووفق أن يوسع على المحاويج فليس المشهور لنرى بر نعمة الله عليه، رجوت ألَّا يكون عليه بأس في ذلك، قال: ولا ينبغي لأحد أن يوسع لباسه أكثر مما يحتاج إليه في تقلبه وركوبه؛ لأن فيه إفساد الثوب وإضاعة له وإسراف مع ما يتصل به من البذخ والخيلاء وإيذاء الضعفاء أنه يجد من الفضل عن حاجته ما لا يجدونه من قدر حاجتهم، وكل ذلك حرام قبيح، وينبغي أن يعد من مسقطات لبس المشهر من الثياب المصبغات لمن لا يليق به، فإنه مستنكر عرفًا من أهل الصيانة والدين.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: وشهادة الطواف على الأبواب وسائر السؤال مقبولة، إلا أن يكثر الكذب في دعوى الحاجة، وهو غير محتاج، أو يأخذ مالًا يحل له أخذه فيفسق بذلك، وفي إطلاقه القول بفسقه بمجرد أخذه ما لا يحل له نظر يتلقى مما أسلفناه في المتطفل والغاصب قال: وعن أبي حنيفة رد الشهادة بسبب الطوف على الأبواب، وهو قضية الوجه الذاهب إلى رد شهادة أصحاب الحرف الدنية؛ لأن اختيار ذلك يدل على الخسة، انتهى.

قلت: وكلامه يشعر بجواز السؤال للمحتاج القادر على الكسب، وسبق في صدقة التطوع أن المصنف صحح التحريم، وخالفه غيره، وهذا حيث لا ضرورة، قال الشَّافِعِي في «الأم»: لا يحرم المسألة في الجائحة تأتي على ماله، ولا في حمالة الرجل بالديّات والجراحات، ولا في الغرم؛ لأنها مواضع ضرورات وليس فيها كبير سقاطة مروءة.

وهكذا لو انقطع رجل ببلد فسأل، لم أر هذا يحرم عليه إذا كان لم يجد المضي منها إلا بمسألة، ولا ترد شهادة أحد بهذا أبدًا، فأمَّا من يسأل عمره كله أو أكثر عمره أو بعض عمره وهو غني بغير ضرورة، ولا معنى من هذه المعاني ويشكو الحاجة، فهذا يأخذ ما لا يحل له، ويكذب بذكر الحاجة فترد بذلك حاجته قال: ومن سأل وهو فقير لا يشهد على غناه لم تحرم عليه

وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ وَدَبْغٍ مِمَّنْ لَا تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا، فَإِنْ اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ.

المسألة، وإن كان ممن يعرف بأنه صادق ثقة لم ترد شهادته، وإن كانت تغلبه الحاجة وكانت عليه دلالات أن يشهد بالباطل على الشيء لم تقبل شهادته، وهكذا إن كان غنيًا يقبل الصدقة المفروضة من غير مسألة كان قابلًا ما لا يحل له، وإن كان ذلك يخفى عليه أنه محرم عليه لم ترد شهادته، وإن كان لا يخفى عليه أنه محرم عليه رُدَّت شهادته.

فأمَّا غير الصدقة المفروضة يتصدق بها على رجل غني فقبلها فلا يحرم عليه، ولا تُرد بها شهادته، هذا نصه بحروفه، وسبق تقييد ما أطلقه، ونصه محتمل للوجهين السابقين.

وقال ابن عبد السلام: إن الصحيح من مذهبه الجواز.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإن تكدى وسأل الناس إن كان محتاجًا إليه، وكان ذلك معتادًا في تلك البلدة بحيث لا يستنكرون ذلك لم يصر به تاركًا للمروءة، وإن كان بخلافه صار به تاركًا للمروءة وهذا حسن.

قال: (**وَحِرْفَةٌ دَنِيئَةٌ كَحِجَامَةٍ وَكَنْسٍ**) أي: للأخلية.

(**وَدَبْغٍ**) أي: ونحوها كقيم حمام وزبَّال، وحارس، ونخَّال تراب، كما قيَّده الجرجاني في «التحرير»، وإسكافٍ وقصابٍ ونحوهم.

(**مِمَّنْ لَا تَلِيقُ بِهِ تُسْقِطُهَا**) أي: لإشعار ذلك بدناءته وقلة مروءته.

قال: (**فَإِنْ اعْتَادَهَا وَكَانَتْ حِرْفَةَ أَبِيهِ فَلَا فِي الْأَصَحِّ**) أي: لأنها حرفة مباحة، وبالناس حاجة إليها، وهي من فروض الكفايات، فلو رددنا شهاداتهم لم يؤمن تركها فيعم الضرر، والثاني: يسقطها؛ لأن اشتغاله بها ورضاه بها يشعر بقلة المروءة.

واعلم أن هذا التفصيل بين من يليق به، أو كانت حرفة أبيه، ذكره الغزالي واستحسنه الرَّافِعِي.

قال: ومقتضاه أن يقال: الإسكاف والقصاب إذا اشتغلا بالكنس تطب

....

مروءتهما، بخلاف العكس، زاد في «الرَّوْضَة»: ولم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي ألَّا يقيد بصنعة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا؟

قلت: وأطلق الْبَغَوِي وغيره نقل وجهين بلا تقييد أصلًا، وصحَّحوا القبول.

وقال في «الْكَافِي»: إنه الأصح في طريقتنا.

وقال القاضي الحسين: إن استعمل الإسكاف شعر الخنزير ولم يغسل ثوبه وبدنه منه لم يقبل، وكذا إن غسلهما على الأصح، وإن استعمل غيره وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح، انتهى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: إن استعماله الهُلب هل يكون فسقًا؟ يحتمل وجهين.

إن قلنا: فسق ردت شهادته، وإلا فوجهان.

وتقدم أن المَاوَرْدِي حكى وجهًا فارقًا في ترك المروءة العادية بين أن يكون نشأ عليه أم لا، وهو قريب من كلام الغزالي، وفي المسألة وجه ثالث: إنه تقبل شهادة من لا يحتاج إلى مباشرة نجاسة وقذر؛ كنخَّال التراب من الطرق، والحارس ونحوهما دون من يباشر النجاسات.

وعبارة «الْحَاوِي»: والثالث يقدح في العدالة ما استرذل في الدين لا في ما استرذل في الدنيا؛ لا سيما الحياكة لكثرة الخير في أهلها، وهذا يجوز أن يُجعل وجهًا رابعًا، ثم من يباشر النجاسات إن اتخذوا ثيابًا طاهرة للصلاة وحافظوا عليها في أوقاتها، وإلا ففاسق قطعًا، وفي الحائك طريقان: أشهرهما: فيه وجهان، وثانيهما: القبول قطعًا، واختارها الْقَفَّال والقاضي الحسين وغيرهما، ومنهم من رتَّبه على غيره، وهو أولى بالقبول، وفي الصبَّاغ والصوَّاغ طريقان: أصحهما: القطع بالقبول، وقيل: على الوجهين نعم من أكثر منهم ومن سائر المحترفة خلفًا في وعد أو كذب ردت شهادته بذلك، وألحق المَاوَرْدِي السمَّاك والقصَّاب بالحائك، وقال في «الْبَحْر»: وهما أحسن حالًا منه، انتهى.

....

وهذا فيمن يحمل إليه اللحم ليبيعه بحانوته بعد تنقيته، وأمَّا من يذبح ويسلخ ويباشر الدَّم والفرق غالبًا يسترذل، وفي «تعليق» الْبَغَوِي تعلق الوجهين في القصَّاب والجزَّار والسلَّاخ إذا احترزوا من النجاسات.

وحكى في «الْكَافِي» الخلاف في الأَتُّونِيِّ، وهذا إنما يظهر فيمن يعد بالزبل ونحوه، كوقاد الحمام، أمَّا من يستعمل الحطب كأتوني الكلس والآجر فبعيد، واقتضى كلام الصَّيْمَرِيِّ في شرح «الكفاية» تفصيلًا غريباً في قبول شهادة ذوي الحرف الدنية إذا كانوا على الطريقة المرضية، حيث قال: وردَّ كثير من أصحابنا شهادة الحجَّامين والحاكة وباعة الكروش والصحاني والكوامنج والسوقين والأسمدة، وزعموا أن الغالب منهم قلة الدين وسقوط المروءة.

قال: ويلزم هذا القائل أن يلحق كثيرًا من الملَّاحين والمكَّارين وبعض الحمَّالين بهم وأجاز بعض أصحابنا شهادة كل هؤلاء إلا من ظهر فسقه، ولعمري أن الغالب على أهل هذه الصناعات السُفهاء والسُخفاء إلا من شذَّ، وقد تم.

قال: وهذا اختلاف بين أصحابنا، وفي الزمان ففيه، وأمَّا الآن فحديث آخر، ثم قال: مسألة: لا تجوز شهادة قيّم ولا حمامي؛ لأن هؤلاء لا ينفكون عن مس عورة أو نظر إليها، وهذا هو الفسق بعينه، وهذا منه إخراج لهذا النوع من الخلاف لما ذكره، وكان المراد بالحمَّامي الناطور ونحوه الجالس في موضع الثياب، وبالقيّم: من يغسل الناس داخل الحمام.

وفي «تحرير» الجرجاني: ولا تُقبل شهادة الزبال، والكناس، ونخَّال التراب، والقوَّال والمشعبذ؛ لسقوط مروءتهم، وتقبل شهادة أهل الحرف الدنية إذا حسنت طريقتهم في أصح الوجهين، والمعروف المنصوص أن من اتخذ الغناء حرفة مردود.

وسبق عن شُرَيْح الرُّويَانِي نقل وجهين في القوَّالين واستغربناهما، ويقرب أن يكون محلهما فيمن يقول بلا آلة، ولأهل الستر بالشعر المباح؛ كبعض قوَّالي الصوفية ونحوهم دون من يبيعه لأهل الفسق والمجون، وينشد الأشعار

....

المذمومة الحائة على اللهو الفسق فتأمله، وحكى القاضي الحسين طريقًا: إنه تُقبل شهادة الحمَّال والدلَّال وتارك المروءة ونحوهم في اليسير من المال وكذا في كثير لا يقصد بالإشهاد كالغصب لا في كثير يقصد بالإشهاد عليه، وهذا شاذ يخرج مما قدمنا وجوه كثيرة، وسبق عن أبي العباس الرُّويَاني نقل وجهين في أن الشاهد هل يكون عدلًا في يسير المال فقط؟ إن المذهب المشهور والمنصوص في «الأم»: عدم الفرق وأن من قَبِل في درهم قَبِل في مائة ألف.

فَرْعٌ: قال شُرَيْح الرُّويَاني: قيل في شهادة الأقلف وجهان، والصحيح إنا إن أوجبنا الختان فتركه - أي بلا عذر - فهو فاسق لا تقبل شهادته.

قلت: وإن لم يوجبه فتركه تهاونًا عدم مروءة وشفاء له، فينبغي أن تُرد شهادته بتركه بلا عذر له فاته، ويحتمل أن يفرق بين معتقد وجوبه وغيره.

فَرْعٌ: إذا قلنا بالمذهب الصحيح المشهور أن التصوير حرام وجب رد شهادة كل مصور من الحاكة، وصاحب كل حرفة دنية وغيرها؛ كالحلاوي والشمَّاع والحدَّاد والنحَّاس والصوَّاغ وغيرهم.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولا تجوز شهادة منجم معروف، والعرَّاف ضرب من الكاهن إلا أنه يختص بصلاح مريض، وإنه يأخذ ذلك من الجن، وأمَّا الذوَّاق فأمر لا يختل، انتهى.

ولم أر هذه اللفظة لغيره، وفي «غريب الحديث»: فلان يذوق الحديث، أي: يزيد فيه ولعلَّه أراد بالذوَّاق المصور، والظاهر أنه أراد به المشعبذ، وعبارة غيره: ولا تُقبل شهادة الكاهن والعرَّاف والمشعبذ يعضده، ولعلَّ صواب كلامه فأمره لا يخفى، والله أعلم.

فَائِدَةٌ: ذكرت في «الْغُنْيَة» طرفًا صالحًا من الأحاديث الغريبة التي أوردها في هذا الكتاب، وتنقسم إلى: ضعيف ومنقطع وموضوع، وما له إسناد غريب، وما لا يُعرف له إسناد أصلًا لا يقوم بها حجة فراجعها ففيها فوائد لا يسع جهلها.

منها: «اخْتِلَافُ أُمَّتِي رَحْمَةٌ»(١).

ومنها: «إِنَّ أَكْذَبَ النَّاسِ الصَّوَّاغُونَ وَالصَّبَّاغُونَ»(٢).

ومنها: «أَكْرِمُوا الشُّهُودَ»(٣) وسبق بيانه.

ومنها: «أُذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ كَيْ يَحْذَرَهُ النَّاسُ»(٤).

مثله: «لَا غَيْبَةَ لِفَاسِقٍ»(٥).

ومثله: «مَنْ أَلْقَى جِلْبَابَ الْحَيَاءِ فَلَا غِيبَةَ لَهُ»(٦).

ومنها: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ»(٧) بطوله، وعدَّ من الموضوعات.

ومنها: «الشطرنج ملعونة معلون من لعب بها»(٨) ولم يصح فيها حديث.

ومنها: ما يذكر في ذم الحاكة في غير كتب أصحابنا فكله كذب موضوع، وما يحتجّون به أنه ﷺ «أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض»(٩) لا يعرفه أهل الحديث، فاعلم.

[وَلَما قَدَّمَ الْمصَنِّفُ مِنْ شُرُوطِ الشَّاهِدِ كَوْنَهُ غَيْرَ مُتَّهَمٍ بِتُهْمَةٍ تَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَيَّنَهَا بِقَوْلِهِ](١٠).

---

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (١/ ٦٤).

(٢) رواه أحمد (١٨/ ٥٦)، والبيهقي (٢/ ٤٢٤).

(٣) أخرجه العقيلي في «الكبير» (١/ ١٧٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ذكره السيوطي في «الدرر» (١/ ٢١).

(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» رواية محمد بن الحسن (٣/ ٤٦٢).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٣٤٢).

(٨) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (٢/ ٢٧٦).

(٩) لم أجده.

(١٠) لم يشرحه المصنف، وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» بقوله: (وَالتُّهْمَةُ) بِمُثَنَّاةٍ فَوْقِيَّةٍ مَضْمُومَةٍ بِخَطِّهِ فِي الشَّخْصِ (أَنْ) (يَجُرَّ إلَيْهِ) بِشَهَادَتِهِ (نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ) بِهَا (ضَرَرًا) وَبِمَا تَقَرَّرَ انْدَفَعَ مَا قِيلَ: إنَّ كَلَامَهُ أَشْعَرَ بِعَوْدِ ضَمِيرِ إلَيْهِ لِلشَّاهِدِ، فَيَصِيرُ التَّقْدِيرُ أَنْ يَجُرَّ الشَّاهِدُ. إلَى الشَّاهِدِ، وَفِيهِ قَلَاقَةٌ، وَأَيْضًا فَالنَّفْعُ يَنْجَرُّ لِلْمُسَمَّى لَا لِلِاسْمِ، فَلَوْ قَالَ: أَنْ يَجُرَّ إلَى نَفْسِهِ أَوْ=

وَالتُّهْمَةُ أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتَرُدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ وَمُكَاتَبِهِ ....

قال: (**وَالتُّهْمَةُ أَنْ يَجُرَّ إِلَيْهِ نَفْعًا أَوْ يَدْفَعَ عَنْهُ ضَرَرًا فَتَرُدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ**) أي: المأذون له في التجارة وغيره بنكاح أو غيره.

(**وَمُكَاتَبِهِ**) أي: لشدة عُلقة في ماله حال الكتابة؛ ولأنه بصدد العود إليه بعجز أو تعجيز، وعن أبي علي بن خيران أن تجويز شهادته له وهو في ذي الكتابة الصحيحة على ضعفه، نعم قد يجيء وجه في شهادته لأحد مكاتبيه على الآخر من شهادته لأحد ولديه على الآخر، وعدّوا من هذا القسم: شهادته لمكاتب أصله أو فرعه بمال أو إخراجه، وكذا شهادته لعبد أحدهما المأذون له، وفي شفعة «الرَّوْضَة»: لو شهد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه.

قال الشيخ أبو محمد: تُقبل شهادته، قال الإمام: وكأنه أراد أنه يشهد للمشتري إذا ادَّعى بشراء ثم ثبتت الشفعة تبعًا، فأمَّا شهادته للمكاتب فلا تُقبل بحال.

قلت: وعبارة الإمام: ففي ثبوت الشراء على هذا الوجه احتمال، ثم إن أثبتناه لم ينفع ترتب الشفعة عليه تبعًا ثم، ما ذكرناه في السيد والمكاتب يجري في الولد والوالد على الترتيب الذي طردناه، **وَلَوْ شَهِدَ لِمُبَعَّضٍ لَهُ وَلِغَيْرِهِ**

يَدْفَعَ عَنْهَا كَانَ أَوْلَى.

ثُمَّ أَشَارَ الْمصَنِّفُ لِصُوَرٍ مِنْ جَرِّ النَّفْعِ بِمَا تَضَمَّنَهُ قَوْلُهُ: (فَتَرُدُّ شَهَادَتُهُ لِعَبْدِهِ) سَوَاءٌ أَكَانَ مَأْذُونًا لَهُ كَمَا فِي «الْمحَرَّرِ» أَوْ لَا كَمَا شَمِلَهُ إِطْلَاقُهُ؛ لِأَنَّ مَا يَشْهَدُ بِهِ فَهُوَ لَهُ (وَمُكَاتَبِهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ فِي مَالِهِ عُلْقَةً؛ لِأَنَّهُ بِصَدَدِ الْعَوْدِ إِلَيْهِ بِعَجْزٍ أَوْ تَعْجِيزٍ. نَعَمْ لَوْ شَهِدَ بِشِرَاءِ شِقْصٍ لِمُشْتَرِيهِ، وَفِيهِ شُفْعَةٌ لِمُكَاتَبِهِ قُبِلَتْ نَبَّهَ عَلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ (وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ) وَإِنْ لَمْ تَسْتَغْرِقْ تَرِكَتَهُ الدُّيُونُ (أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ)؛ لأَنَّهُ إِذَا أَثْبَتَ لِلْغَرِيمِ شَيْئًا أَثْبَتَ لِنَفْسِهِ الْمُطَالَبَةَ بِهِ، وَأَلْحَقَ الْمَاوَرْدِي بِذَلِكَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا مُعْسِرًا بِنَفَقَتِهَا فَشَهِدَتْ لَهُ بِدَيْنٍ وَتُقْبَلُ لِغَرِيمِهِ الْموسِرِ، وَكَذَا الْمعسِرِ قَبْلَ الْحَجْرِ وَالْموتِ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِذِمَّتِهِ بِخِلَافِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ أَوْ الموتِ؛ لِأَنَّهُ يُحْكَمُ بِمَالِهِ لِغُرَمَائِهِ حَالَ الشَّهَادَةِ، وَخَرَجَ بِحَجْرِ الْفَلَسِ حَجْرُ السَّفَهِ وَالْمَرَضِ وَنَحْوِهِمَا. نَعَمْ لَوْ شَهِدَ غَرِيمُ الْمُرْتَدِّ بِمَالٍ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّه أَشَدُّ مِنَ المفلِسِ، وَقَرِيبٌ مِنَ الْميِّتِ (وَ) تُرَدُّ شَهَادَتُهُ أَيْضًا (بِمَا هُوَ) وَلِيٌّ أَوْ وَصِيٌّ أَوْ (وَكِيلٌ فِيهِ) وَلَوْ بِدُونِ جُعْلٍ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ سَلْطَنَةَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ.

انظر: «مغني المحتاج» (١٩/ ٣٦٧).

وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ، ....

فَكَشهادته لِشَرِيكٍ بِمُشْتَرَكٍ وَلَوْ كَانَ بَاقِيهِ حُرًّا، فَيَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ أُطْلِقَ فَكَشريكٍ، وَإِنْ قُيِّدَ بِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا مِمَّا يَمْلِكُهُ بِبَعْضِهِ الْحُرِّ قُبِلَ، وَلْيُنْظَرْ فِيمَا لَوْ تهَايَا، وَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مِمَّا يَكُونُ لِذِي النَّوْبَةِ، هَلْ يُقَال: إِنْ كَانَ فِي نَوْبَةِ الْعَبْدِ قُبِلَ وَإِلَّا فَلَا.

إِشَارَةٌ: قضية إطلاق المصنف القبول ومكاتبة سواء المال وما يوجب القصاص والتعزير والنكاح، ويشبه أنه إذا ثبت إذنه له فيه متقدمًا على العقد أن تقبل شهادته له به، ويحتمل غيره.

قال: (**وَغَرِيمٍ لَهُ مَيِّتٍ أَوْ عَلَيْهِ حَجْرُ فَلَسٍ**) لأنه إذا ثبت له شيئًا أثبت لنفسه المطالبة، هكذا أطلق المصنف، وقضيته: إنه لا فرق بين كون الشاهد ممن يضارب مع الغرماء أو لا لمانع، وقد يقال: إذا لم يتسلط على مضاربتهم فيما شهد به لتأجيل دينه، أو لأنه عامله بعد الحجر عالمًا بحاله، أو شهد له بعين مرتهنة عند بعض الغرماء بما يستغرقها أنه تقبل شهادته لضعف التهمة وعدم عود النفع إليه غالبًا، ويحتمل غيره.

تَنْبِيهٌ: أفهم قبول شهادته لغريم لم يحجر عليه، وهو مجزوم به في الموسر، وفي المعسر وجهان: أصحهما عندهما: القبول، قال ابن الرِّفْعَة: وبه جزم القاضيان الحسين وأبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهم، وأصحهما في «**الْحَاوِي**»: المنع؛ لأنه يستفيد بها المطالبة بدينه، فكان كالمحجور، وفرَّق الأولون بأن المحكوم بفلسه يحكم بماله لغرمائه حال الشهادة، بخلاف المعسر، فإن مطالبته إنما يستفاد بيساره وليس حاصلًا، وأشار في «**الْبَحْرِ**» إلى أن هذا الفرق لا يمنع تساويها في الرد، وهو أصح عندي.

قلت: وهو المختار، وزيَّف في «**الذَّخَائِرِ**» الأول، وقال: إنه ليس بشيء، ولوَّحت بحثًا في «**الْغُنْيَةِ**» بأنه يحتمل أن يفرق بين أن يسبق من الغريم الشاهد اعترافًا بإعساره وبين ألَّا يسبق منه ذلك، ومثلت ذلك بما لو ادَّعى عليه بدينه فأجاب بأني معسر، لا قال: لي وهو يعلم، فاعترف بذلك وصدَّقه، ثم ادَّعى المدين في الحال أو عن قرب على إنسان أو جماعة بديون أو أعيان، فشهد له رب الدين بذلك، فالتهمة هنا تقوى، وإن احتمل النسيان ثم التذكر للشهادة

وَبِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ.

وتحملها، وعبارة «روضة الحكام»: وإذا شهد عن مال المفلس له بمال ففيه وجهان: أحدهما: لا تقبل؛ لأنه إذا ثبت وجب صرفه إلى دينهم، فأشعر بنقلهما في المحجور أيضًا.

واعلم أن قضية كلام الشيخين وغيرهما أن غريم الميت لا تقبل شهادته بمال مطلقًا؛ لتعلق حقه بالتركة.

وعبارة «البيان» وغيره بعد الجزم بأنه لا تقبل شهادة غرماء المفلس المحجور عليه، وكذلك لو مات وعليه ديون تحيط بتركته فشهد بعض غرمائه له بدين لم تقبل؛ لأنه إذا ثبت الدين تعلق به حق الشاهد.

وعبارة الدَّارِمِي: وإن شهد الغرماء للمفلس حيًّا أو ميتًا.

قال ابن القطان: وجهان، وكذلك المرأة زوجها بنفقتها تشهد له بدين، انتهى.

والظاهر أن إحاطة الديون بالتركة أو كون الميت مفلسًا ليس بقيد، بل المنع مطرد مطلقًا للتوجيه المذكور ويحتمل أنه قيد.

قال: (وَبِمَا هُوَ وَكِيلٌ فِيهِ) أي: لما سبق، ولا شهادة الوصي وقيّم الحاكم والوقف والمودع ونحوهم في محل تصرفهم، وفي «روضة الحكام»: إن الأجير المتقاضي لرجل إذا شهد له، فقد قيل: تُقبل إذا لم يكن خاصمه، وقيل: لا تقبل للتهمة، قال شُرَيْح: وعندي أنه بمنزلة الوكيل شهد، انتهى.

وهو وكيل بجعل، وفي معناه شهادة الأجير في محل عمله الذي استؤجر عليه، وعامل القراض والمساقاة بما في أيديهما، والمرتهن بملكية الرهن.

فُرُوعٌ:

منها: لو عزل الوكيل نفسه، ثم شهد، قُبلت إلا أن يكون قد خاصم فلا تقبل أبدًا، ذكره الهروي وغيره، وفي «روضة الحكام»: إنه إذا شهد بعدما عزل نفسه.

قال ابن سُرَيْج: إن كان قد شرع في الخصومة لم يُقبل، وإلا فوجهان، وإنه لو خاصم الوصي عن الميت ثبتت المخاصمة بينهما، فإن عزل نفسه عن

....

الوصاية ففيه وجهان، وذكر الرَّافِعِي في كتاب «الوكالة» أن شهادة الوكيل لموكله بما وكّل فيه، لا تسمع في حال وكالته، وكذا بعد عزله إن انتصب فيها مخاصمًا، وإن لم ينتصب فيها مخاصمًا فوجهان: أصحهما: القبول.

قال الإمام: وقياس المراوزة أن يعكس فيقال: إن لم يخاصم لم تُقبل شهادته، وإن كان قد خاصم وعزل فوجهان، ورأى أن هذا فيما إذا جرت الشهادة على تواصل، فأمَّا إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه، انتهى.

والمجزوم به في «أدب القضاء» لابن القاص وللعبادي: إنه إذا كان قد خاصم لا تُقبل شهادته به أبدًا، وقضيته عدم الفرق، ولا يبعد أن يقال: إن كان قد حصل بين الوكيل والخصم في حال المخاصمة والمحاكمة مناقشة رُدت مطلقًا وإلا فلا.

ومنها: في «إشراق» الهروي وغيره: إن شهادة المشتري شراء فاسدًا بعدما قبض لا تقبل للأجنبي؛ لأنه ينقل الضمان الثابت عليه للبائع إلى غيره، وإن شهادة المشتري شراءً صحيحًا بعد الإقالة أو الرد بالعيب لا تقبل للبائع؛ لأنه يستقي لنفسه الفوائد إذا ادَّعى الخصم الملك من تاريخ سابق للبيع، ولو شهد بعد الفسخ بخيار المجلس أو الشرط فوجهان بناء على أنه يقع من أصله، وترتد الفوائد إلى البائع أو من حينه فلا ترتد.

ومنها: لو شهد على شريكه ببيع ينقص ثبتت له فيه شفعة قبل عفوه عنها لم تُقبل، ولا تُقبل لشريكه ببيع التنقيص أيضًا، فإن لم تكن شفعة بأن كان لا ينقسم.

قال الرَّافِعِي: قال الشيخ أبو حامد: تُقبل.

قلت: وفيه وقفة عند ظهور سوء المشاركة من الشريك البائع؛ لتهمة الخلاص من مشاركته.

ومنها: قضية كلام المصنف وغيره القطع بقبول شهادة الوكيل لموكله بما

……………………………………………………………………

ليس بوكيل فيه، وقال المَاوَرْدِي: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لعدم تصرف فيه.

والثاني: لا؛ لأنه صار بالنيابة عن ذي الحق متهومًا، وذكر في نظيرها من الموصي له أنه يقبل وجهًا واحدًا، وفرَّق بأن الوكيل يجوز أن يتقرب بشهادته إلى موكله، بخلاف الموصي له، فصار الوكيل متهومًا والموصى له غير متهوم؛ لأنه لا يتقرب بها إلى الموصي بعد موته.

قلت: لكن قد يتقرب بها إلى الوارث ليعجل له الموصي به ولا ينازعه فيه أو يجحده، حيث لا بينة له بذلك، ولا سيما إذا خاف جحوده لو لم يشهد له، وأطلق في موضع بأن شهادة الوكيل تخرج من شهد على موكله غير مقبولة، فيحتمل أنها فيما إذا كانت في محل الوكالة أو أنه جواب منه على أحد الوجهين، والظاهر الأول؛ لأنه ذكره في فصل دفع الضرر.

ونقل ابن الرِّفْعَة كلام «الْحَاوِي» السابق بلفظ: إنه لو شهد الوصي للموصى عليه بما لم يكن له التصرف فيه سمعت بلا خلاف، ثم ذكر الفرق، والذي في «الْحَاوِي» ما ذكرته وذكر قبله أنه لا تجوز شهادة الوصي للموصي بعد موته لولايته على شهادته، وتجوز شهادته له قبل موته لعدم ولايته.

قلت: تهمة التقرب إلى الموصي موجودة كما سبق في الوكيل على رأي، بل أولى ولا سيما إذا كان قد قبل الوصاية قبل الموت وبدت أماراته على الموصي.

فَائِدَةٌ: في «الإشراق» في فصل الحيل المباحة: وكيل باع فأنكر المشتري الثمن للوكيل أن يشهد لموكله، ويشهد بأن له عليه كذا وكذا، قال: عندي أن هذه المسألة غلط، فإنها شهادة جارة نفعًا، فإنه يثبت لنفسه القبض ويسقط الضمان أيضًا؛ لأن الوكيل إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن يضمن كالبائع لا يشهد للمشتري؛ لأنه يسقط العهدة عن نفسه، انتهى.

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي في باب الحيل المباحة: إذا باع الوكيل فأنكر المشتري

وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ.

الثمن كان للوكيل أن يشهد لموكله بالثمن، ولا يذكر أنه كان وكيلًا بذلك البيع، قال أبو عاصم العبادي: وهذا غلط، فإنه يزيل العهدة عن نفسه، انتهى.

والمغلط الهروي لشيخه العبادي، وهذا التغليط هفوة، والصواب: جواز هذه الشهادة له فيما بينه وبين الله؛ إذ الفصل معقود للتوصل إلى خلاص الحقوق بطريق مباح في الباطن على خلاف ما في الظاهر، وعجب قوله فإنه يثبت لنفسه القبض إلى آخره؛ إذ ليس في الكلام ما يدل على التسليم، ولا أنه سلم بلا إذن، ولو فرض ذلك فقرار الضمان على المشتري، فإذا تحقق الوكيل ملكية الموكل المبيع وطلب منه الشهادة له بالثمن من غير تعرض للشراء منه، ويبعد ذلك؛ لأنها شهادة صحيحة، وهو لا يثبت لنفسه قبضًا، ولا يضيف إليها شيئًا أصلًا، لا في حال الشهادة ولا بعدها، وقوله: كالبائع لا يشتري للمشتري ممنوع، بل له في الباطن أن يشهد له بالملك المنتقل منه إليه إذا علم بقاءه على ملكه لو لم يعلم زواله عنه، وهذا واضح، وإنما وقع الوهم من النظر إلى ما يتعلق بالأحكام الظاهرة والمغفلة عن المقصود، وهو التوصل إلى استخراج الحقوق على خلاف ما جرى في الظاهر، نعم قد يتوقف في جواز الشهادة للوكيل من وجه آخر، وهو أنه يحمل الحاكم على الحكم بشهادته التي لو ظهر له فيها باطن القضية لم يكن له الحكم بشهادته وكانت غير مسموعة، وقد سبق بحث في مثل هذا أو قريب منه.

قال: (وَبِبَرَاءَةِ مَنْ ضَمِنَهُ) أي: بأداء أو إبراء؛ لأنه يدفع بها الغرم عن نفسه، ويشبه أن في معناها ما لو شهد بجريان شرط يفسد البيع الذي ضمن الثمن فيه، أو باستحقاق أجنبي المبيع، وكل ما يخرج به نفسه من الضمان، وسبق عن «الْبَحْر»: إنه لو زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه، وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه، إن كان الضمان بغير إذنه صحت شهادته وإلا فلا.

قلت: ولم ينظر إلى رفع تهمة الأداء عنه ولا إلى أنه قد يرفع بعد الأداء إلى حاكم يرى أن له الرجوع عليه بذلك، كما هو مذهب مالك ورواية عن الإمام أحمد، كما لو ضمن بإذنه.

وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ، وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**وَبِجِرَاحَةِ مُوَرِّثِهِ، وَلَوْ شَهِدَ لِمُوَرِّثٍ لَهُ مَرِيضٍ أَوْ جَرِيحٍ بِمَالٍ قَبْلَ الِانْدِمَالِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ**) هاتان الصورتان ذكرهما في باب دعوى الدَّم، وشرحناهما ونعيده رجاء فائدة فنقول: إذا شهد غير أصل وفرع لمورثه يخرج قبل الاندمال، وهو مما يمكن أن يفضي إلى هلاكه، كما قيَّده الإمام لم تقبل، هكذا أطلقوه تبعًا لنصه في «الأم» في باب الشهادة في الخيانة حيث قال: وإذا ادَّعى رجل على رجل جراحًا عمدًا أو خطأً لم أقبل له شهادة وارث له بحال؛ لأنه قد يكون مهلكًا، فيستوجب بشهادته الدية.

وقال القاضي أبو علي الفارقي: إلا أن يكون على المجروح ديون تستغرق جميع التركة فيقبل؛ لأنه لا يجر بذلك إلى نفسه نفعًا، وتابعه صاحبه أبو سعد ابن أبي عصرون في «التَّنْبِيه» و«المرشد» نظر، وقد تقرب فيما إذا كان الدين مما لا يمكن الإبراء منه كالزكوات والكفارات وللوقوف العامة أو بيعه الإبراء كدين طفل ونحوه أمَّا لو كان لمطلق التصرف فقد يطمع في الإبراء والمصالحة والرضا بالبعض على تقدير موته، فتقوى التهمة، وسبق وجه في القبول والمشهور المنصوص، ووجهه المَاوَرْدِي بأمرين:

أحدهما: إنها قد تسري إلى النفس فيصير شاهدًا لنفسه.

والثاني: إن للورثة الاعتراض على المجروح ومنعه من التصرف فيما زاد على الثلث كما بعد موته، ولا تجوز شهادته بعد الموت، فكذا في المرض، وسبق الكلام على قبول الشهادة بعد اندمال الجرح، وأمَّا إذا شهد لمورثه المريض أو الجريح بمال قبل الاندمال، وقد صحح الرَّافِعِي القبول ونسبه هناك إلى الأكثرين، وذكرنا عن جماعات ترجيح المنع، وهو المنسوب إلى العراقيين والمختار، وأحسب الرَّافِعِي استند في ترجيح القبول إلى «التهذيب»، وفي النسبة إلى الأكثرين على دعوى الإمام والغزالي نفي الخلاف فيه.

قال في «الْبَسِيط» تبعًا لإمامه: ولا خلاف أنه لو شهد لمورثه في مرض

وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ. وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ.
وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا ....

الموت قبل إذا لم يكن بينهما بعضه، وليس كذلك، بل نقلا الوجهين هناك بلا ترجيح، والظاهر أن الجمهور على المنع، وفصَّل ابن أبي عصرون هاهنا أيضًا بين أن يكون عليه دين مستغرق أو لا، وفيه ما ذكرنا.

فَرْعٌ: شهد لأخيه بمال ثم مات المشهود له قبل استيفائه، والأخ وارثه، فإن كان بعد حكم الحاكم أخذه أو قبله فلا، كما لو شهد أن فلان قتل أخاه، وللمقتول ابن، ثم مات الابن وصار الأخ وارثًا بعد حكم الحاكم لا ينقض، وإن كان قبله لا يحكم، قاله الْبَغَوِي في «الفتاوى».

قال: (**وَتُرَدُّ شَهَادَةُ عَاقِلَةٍ بِفِسْقِ شُهُودِ قَتْلٍ**) أي: تحمله، كما صرَّح به هناك، والمسألة مكررة أيضًا، والرد بين إذا كانوا بصفة التحمل حال الشهادة، أمَّا لو كانوا من فقراء العاقلة الذين لا يتحملون قالا: فالنص المنع أيضًا، وإن كانوا من الأباعد، وفي الأقربين وفاءً بالواجب فالنص قبولهم، فقيل: فيهما قولان، ورجِّحت في «النهاية» و«الْبَسِيط»، ورجح الجمهور تقرير النصين، وسبق الفرق.

قال الدَّارِمِي: لو كان الجاني كافرًا والعاقلة مسلمين فعلى الطريقتين في الفقير، وكان الأحسن أن يقول المصنف: وتُرد شهادة العاقلة بفسق شهود ما تحمله ليدخل ما دون النفس، ويخرج ما لو شهدوا بفسق بينة العمد وبينة الإقرار بالخطأ؛ إذ لا تهمة.

قال: (**وَغُرَمَاءِ مُفْلِسٍ بِفِسْقِ شُهُودِ دَيْنٍ آخَرَ**) لتهمة دفع ضرر المزاحمة، وفي حكم هذا ما لو شهدوا بالإبراء من دين كتاب على المفلس أو قبضه ونحو ذلك من هذا النوع: شهادة السيد تخرج من شهد على عبده، أو مكاتبه، أو الوكيل، يخرج من شهد على موكله، كذا أطلقه الْمَاوَرْدِي، وكأنه فيما إذا كانت الشهادة في محل تصرفه، أمَّا في غيره فالصحيح القبول وشهادة الوصي بالإبراء من دين على الموصي أو بفسق شهوده، ونظائر هذا كثيرة واضحة.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَا لِاثْنَيْنِ بِوَصِيَّةٍ فَشَهِدَا**) أي: المشهود لهما.

لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ قُبِلَتْ الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ.

(لِلشَّاهِدَيْنِ بِوَصِيَّةٍ مِنْ تِلْكَ التَّرِكَةِ قُبِلَتْ الشَّهَادَتَانِ فِي الْأَصَحِّ) قال الرَّافِعِي بعد التصوير: فعن صاحب «التقريب» أنها لا تقبل لتهمة المواطأة، ويقال: أنها رواية الربيع عن النص، ومذهب أبي حنيفة، وليكن المنع المطلق فيما إذا شهد الآخران قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأولين، فإن حكم ثم شهد الآخران فيجوز أن يختص المنع بالآخرين، ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشهود بعد الحكم.

قال: والصحيح قبول الشهادتين؛ لأن كل بينة منفصلة عن الأخرى، ولا يجر شاهد بشهادته نفعًا إلى نفسه، ولا تدفع عنها ضررًا، وكذلك يقول في رفقاء القافلة يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق إذا قال: كل واحد منهم أخذ مال فلان، ولم يقل أخذ مالنا على ما هو مذكور في باب قاطع الطريق، انتهى.

وهو متبع في ترجيح قبول الشهادتين للإمام والغزالي.

قال في «الْبَسِيط»: وما ذكره صاحب «التقريب» لا أصل له، ولم يعرف في كتاب آخر، بل يجب القطع بالقبول، واستشهد بما ذكروه في مسألة الرفقة والقطاع.

وقال في «النهاية»: قال صاحب «التقريب»: قال الشَّافِعِي: لا تقبل شهادتهما فإنهم متهمون، قال صاحب «التقريب»: كذلك لو كان لرجل ديون على طائفة من الغرماء ولقوم عليهم ديون أيضًا فتناوبوا في الشهادة على الصورة التي ذكرناها فالشهادة مردودة، وعندي أن ما ذكره صاحب «التقريب» مشكل، والقياس القطع بالقبول، ومن أحكم الأصول لم يخف عليه ما ذكرناه، ولم أر ما حكاه صاحب «التقريب» في شيء من الكتب.

قال ابن الرِّفْعَة: حكاه القاضي الحسين في «تعليقه»، قال: إن أصحابنا قالوا لو شهد بعضهم لبعض بالدين على رجل واحد، نظر إن كان الرجل مفلسًا لا تقبل؛ لأنهم يشتركون في ماله، وإن لم يكن مفلسًا قبلت، وهذا على ظاهر

……………………………………………………………………………

المذهب الذي لا تقبل شهادة الشريك في حصة شريكه إذا كان له فيه شرك، انتهى.

والظاهر أن النص المشار إليه في رواية الربيع قول الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم» وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم لبعض لم يجز؛ لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم، هذا لفظه ﷺ.

وقال العبادي، وأبو سعد الهروي، والقاضي شُرَيْح الرُّويَاني:

قال الشَّافِعِي في رواية الربيع، وهو قول أبي حنيفة وجواب الزجاجي: إن هذه البينة لا تُسمع؛ لتهمة المواطأة، وجوَّز الثقفي ذلك، قال الهروي: وهو قياس المسألة السابقة يشير إلى قول العبادي: إنه إذا شهد اثنان أن للميت على هذين ألف درهم، وشهد المشهود عليهما على الشاهدين بألف للميت جازت الشهادتان، وثبت ألفان، قال الهروي: في الشهادة الثانية قليل إشكال؛ لأن شهادة الأولين عليهما غاظتهما وأوغرت صدورهما، فأورثت تهمة، قال: والمسألة الثانية تؤكد ما قلته من التحريم، ثم ذكر مسألة الوصية السابقة عن النص، وإذا عرفت هذا توقفت في ترجيح الشيخين القبول في صورة الكتاب من حيث النقل.

فَرْعٌ: قال الرُّويَانِي: لو شهد فقيران أن له هذا المال من أول الحول إلى آخره، فإن كانا من جيران المال لا تقبل للتهمة، وإن كانا بعيدين فوجهان خوفًا من التهمة بأن تؤول الصدقة إليهما.

قلت: والصحيح القبول، ويظهر أن موضع القطع بالمنع في الجيران فيما إذا كان فقراء البلد محصورين، وأوجبنا الاستيعاب أمَّا في غيرها فيظهر جريان خلاف في القبول وسيأتي عن «التهذيب»: إنه لو شهد عدلان من الفقراء أن فلانًا أوصى بثلث ماله للفقراء تقبل شهادتهما.

فروع يختم بها الفصل:

ذكر العبادي وبايعه شُرَيْح الرُّويَانِي والهروي والرافعي: إنه لو كان لميت

……

دين على شخصين فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه لم تُقبل شهادة الغريمين؛ لأنهما ينقلان ما وجب للأخ عليهما إلى من شهدا له بالبنوة، بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين وأنه لا تقبل شهادة الوارثين بموت المورث، ولا شهادة الموصي له بموت الموصي.

قلت: ولا شهادة الموصى إليه بموت الموصي كما صرَّح به غيرهم، وتقبل شهادة الغريمين على موت رب الدين؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، قاله العبادي، قال الهروي: وفيه إشكال؛ لأنه لزمهما التسليم إلى المورث، فإذا شهدا بموته فقد نقلا التسليم إلى وارثه، ولا تقبل شهادة من ينقل حق زيد عليه إلى عمرو، قال: إلا أنه هكذا ذكر العبادي، والمعنى فيه أن وارثه خليفته، فكأنه هو وعبارة الرَّافِعِي عن كلام الهروي ولا ينظر هاهنا إلى نقل الحق من شخص؛ لأن الوارث خليفة الموروث فكأنه هو.

قلت: لعلَّ مراد العبادي بقوله: لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة أنها لا تنقل الدين من ذمتهما على كل تقدير، فتأمله.

ذكر شُرَيْح أنه لو كان بيده شيء فشهد أن فلانًا الذي كان يملكه تصدق به على فلان، فقد قيل: يقبل إن كان المشهود له حاضرًا ولا يقبل إن كان غائبًا؛ لأنه متهم، وقال الإصطخري: يحتمل ألَّا يقبل أصلًا؛ لأنه يدفع عَنْ نفسه ضمانه، فمن ادَّعى أنه ملكه، عن «الْبَحْر»: إنه لو ادَّعى على آخر شيئًا في يده، وأقام بينة، فأقام المدعى عليه شاهدين على أن الشيء له، فعاد شهود المدعي وشهود وأخرجهما فالأظهر قبول هذه البينة؛ إذ لا مانع منه من قرابة وعداوة وغيرهما، وقيل: لا تقبل؛ لأنها متهمة في تنفيذ شهادتها، وضعَّفه بقبول تعديل الفروع شاهد الأصل، وبقبول شهادة الابن مع أبيه مع وجود التهمة المذكورة في هذين الموضعين.

قلت: ويحتمل أن يفرق بين أن يخرجا محتسبين، أو عن مسألة لهما من الحاكم، أو طلب المشهود له؛ لأنا وإن قبلنا الجرح حسبه في الجملة، فالتهمة هنا فيها قوية، بخلاف ما إذا خرجا مسؤولين فلا وجه للرد، وكذا يقال في

....

تزكية شاهد الفرع لأصله: ولا يتضح كون شهادة الابن مع أبيه من هذا الطرز.

قال ابن الرِّفْعَة: والحق في «التهذيب» و«الْكَافِي» في باب قاطع الطريق: تقسم الشهادة الجارة نفعًا ما إذا شهد اثنان من الفقراء بأن فلانًا أوصى بثلث ماله لنا معشر الفقراء، والماسرجسي وغيره ألحقوا ما إذا شهد اثنان أنه أوصى بوصية لنا فيها نصيب أو إشراف، نعم؛ لو قال الفقير: أشهد أنه أوصى بثلث ماله للفقراء، قبلت، قاله في «التهذيب» و«الْكَافِي»؛ لأنه لا يتعين الصرف إليه، وكذا لو قال الأخران: نشهد بالوصية سوى ما يتعلق بنا من المال والإشراف، قبلت شهادتهما، كما حكاه الرَّافِعِي ثم انتهى.

وعبارة «التهذيب» في الصورة الثانية: ولو شهد عدلان من الفقراء أن فلانًا أوصى للفقراء بثلث ماله، يقبل، زاد في «التعليق»: ويدخلان فيها.

قلت: ويتعين كون الصورة فيما إذا كان الفقراء غير محصورين، أمَّا لو كانوا محصورين فلا تقبل لقوة التهمة، ولا سيما إذا قلُّوا وكثر الموصى به، وقدمنا خلافًا في جواز نقل الوصية عن بلدها، ويظهر الرد إذا منعنا النقل، وكان الموصى به مما ينالهما منه نصيب؛ لكثرته وقلة الفقراء.

قال الْمَاوَرْدِي في كتاب «الإقرار»: لو قال: استعرت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو، سمعت شهادته لعمرو؛ لأن شهادة المستعير مسموعة، انتهى.

ولم أره لغيره، وفي النفس منه شيء، ولا سيما إذا كان قد توجه عليه ضمان بسبب انهدام أو غيره، وقضية إطلاقه قبولها للمعير، وهو بعيد حيث يقتضي الحال تضمنه أو لا يقتضيه، والإعارة باقية، وينبغي ألا يقبل جرحه شهود المدعي للتهمة المذكورة، والأقرب أن مراده أنها مسموعة على المعير لا له.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْبَغَوِي: لو حلف بالطلاق أنه لا يبيع عبده من امرأته، ولا من غيرها فباعه من غيرها فجاء المشتري، وشهد عند القاضي أنه باعه مني وحنث، لم تقبل، وكذا لو كان حلف لا يبيع من امرأته، ولا ممن يبيع منها، فشهد رجل أنه باعه مني وأنا بعته منها، لا يثبت، وإن شهد مطلقًا أنه باع العبد

....

وحرمت عليه المرأة ولم يضف إلى نفسه، تقبل.

قلت: يجب عليه أن يشهد لذلك إذا كان معه من يكمل به البينة، قال: ولو قال: باعه ولم يقل: حرمت المرأة عليه لا يحكم بالطلاق، فلو سأله القاضي حين شهد على البيع من فلان هل هذه المرأة محرمة عليه؟ فقال: لا أدري لا يحكم بالطلاق، فلو شهد بعد ذلك مطلقًا أنها محرمة عليه يقبل؛ لأن امتناع الحكم بشهادته في الابتداء لم يكن لنقص فيه، بل لأنه لم يكملها وقد أكملها الآن.

قلت: وفي بعض ما قاله نظر، وربما سبق ما ينازع فيه، والله أعلم.

فَرْعٌ: لا يثبت قطع الطريق إلا بشهادة رجلين، ويشترط في الشهادة التفصيل وتعيين قاطع الطريق، ومن قتله، ومن أخذ ماله، ويقاس صوره بما ذكر في الشهادة على السرقة، ولو شهد اثنان من الرفقة ولم يتعرضا لقصد المشهود عليه لهما نفسًا ولا مالًا قبلت شهادتهما.

قال الإمام وتبعه الشيخان: وليس على القاضي أن يبحث عنهما هل هما من أهل الرفقة أم لا؟ فإن بحث فلهما ألَّا يجيبا، وإن بنيا على الشهادة، وإن قالا: قطع هذا أو هؤلاء علينا الطريق فأخذوا مالنا أو مال رفقتنا، رُدَّا في حق أنفسهما، وكذا في حق غيرهما على المذهب، وقيل في حق غيرهما قولان، انتهى.

وعبارة «الْبَسِيط»: وليس القاضي أن يبحث ويقول: هل أنتم من أهل الرفقة؟

وفي «التَّرْغِيب»: وليس له أن يكشف أحوالهم؛ إذ يتعذر كل التعذر، أي: إثبات ذلك بشهادة غيرهم، ولفظ «مقنع» الْمحَامِلِيِّ: وليس للحاكم أن يقول: هل نالوا منكم شيئًا أم لا؟ ولفظ نص «المختصر»: وليس على الإمام أن يكشفهما عن غير ذلك.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وليس على القاضي أن

وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ وَلَا فَرْعٍ ....

يستكشف ويبحث هل أنتم من أهل الرفقة أم لا؟ والضرورة ألجأتنا إلى قبول شهادتهما؛ لأنه لا يطَّلع على قطع الطريق إلا أهل الرفقة، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: إن ادَّعى عليهم فأنكروا حلفوا، فأقامت عليهم بينة أو أقروا فذاك، وإن شهد شاهدان من أهل الرفقة عليهم لم يقبلا، فإن زالت العداوة وأبرأهم فقد قيل: تقبل، وقيل: لا تقبل، ويسعهم أن يشهدوا أن هؤلاء عرضوا لهؤلاء ففعلوا بهم كذا، وليس عليه أن يسألهم أكنتم فيهم أم لا؟ فإن قالوا كنا معهم، لم تقبل حتى يعلم أنهم لم يقصدوا بالقطع ولا عداوة، ويصفون المتاع المأخوذ كالسرقة، انتهى.

وكلامه يشعر بأن علم الحاكم بكون الشاهدين من أهل الفرقة يوجب التوقف عن الحكم بشهادتهما، حتى يعلم أنهما لم يقصدا بالقطع، وكلام غيره مصرِّح بأن هذا بمجرده لا يضر إذا لم يصتفيا إلى أنفسهما شيئًا خصوصًا ولا عمومًا.

قال: (**وَلَا تُقْبَلُ لِأَصْلٍ**) أي: وإن علاه.

(**وَلَا فَرْعٍ**) أي: وإن سفل، سواء منهما الوارث وغيره، قال تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والريبة هنا حاصلة لشدة الميل والمحبة، وقال تعالى: ﴿وَجَعَلُواْ لَهُۥ مِنْ عِبَادِهِۦ جُزْءًا﴾ [الزخرف: ١٥] أي: ولدًا.

وفي «الصحيحين»: «**فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي**»(١) والبَضعة - بفتح الباء - القطعة، فشهادته لولده كشهادته، وأمَّا حديث: «**لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا المولى لعبده ولا الأجير لمستأجره**»(٢) ذكره من ألف في الموضوعات ونحوها من علماء الحديث،

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٢٦، رقم ١٨٩٣٣)، والبخاري (٣/ ١٣٦٤، رقم ٣٥٢٣)، ومسلم (٤/ ١٩٠٣، رقم ٢٤٤٩)، وأبو داود (٢/ ٢٢٥، رقم ٢٠٦٩)، وابن ماجه (١/ ٦٤٤، رقم ١٩٩٩). وابن حبان (١٥/ ٤٠٧، رقم ٦٩٥٦).

(٢) قال الزيلعي: قُلْت: غَرِيبٌ، وَهُوَ فِي مُصَنَّفِ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ، وَعَبْدِ الرَّزَّاقِ مِنْ قَوْلِ شُرَيْحٍ، قَالَ عَبْدُ الرَّزَّاقِ: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ جَابِرٍ عَنْ عَامِرٍ عَنْ شُرَيْحٍ، قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الِابْنِ لِأَبِيهِ، =

……

واحتج به صاحب «البيان» وغيره في مسألتنا، قال: رواه التاجي بإسناده إلى قوله: **«والولد لولده»** ثم قال: قال التاجي: وهذا لا يثبته أهل النقل. وروى ابن القاص عند القديم أنها تقبل، وحكاه الْفُورَانِي وجهًا لبعض أصحابنا، وبه قال الْمُزَنِيّ وأبو ثور وابن المنذر؛ لأن الشخص لا يكون صادقًا في شيء دون شيء، ورد تمنع شهادته لنفسه.

وأشار الشَّافِعِي ـ ﷺ ـ في «الأم» إلى نقل الإجماع على المنع حيث قال: ولا تجوز شهادة الوالد لولده ولا لبني بنيه ولا لبني بناته وإن سفلوا ولا لآبائه، وهذا ما لا أعرف فيه خلافًا. هذا نصه، ويشير بهذه العبارة إلى نقل الإجماع كما استقرأته من كلامه، وإنما يعبر بهذه العبارة تورعًا.

إشارات: عرف من إطلاق المصنف أنه لا تقبل تزكية الوالد لولده، وهو الأصح ولا شهادته له بالرشد، سواء كان في حجره أم لا، وإن أخذ بإقراره برشد محجوره كما تقدم، وسبق في «أدب القضاء»: إنه لو شهد لأحد ابنيه أو أبويه على الآخر ذكر خلاف في القبول.

وقضية إطلاق المصنف وغيره المنع، وجزم ابن عبد السلام في «قواعده» بأنه لو شهد لأحد ابنيه على الآخر قُبِل؛ لأن الوازع الطبيعي قد تعارض، فظهر الصدق لضعف التهمة المتعارضة.

قلت: ويقوى الجزم بالقبول إذا شهد لأصل أو فرع قريب مع سلامة الحال بينه وبين المشهود عليه، كما لو شهد لبنت بنت بنته مثلًا على ولده الطفل الذي في حجره.

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ادَّعى عليه نسب ولد، فأنكر، فشهد أبوه وأجنبي على إقراره، قُبِلت شهادة الأب في الأصح، وإن كان في

وَلَا الْأَبِ لِابْنِهِ، وَلَا الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ، وَلَا الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِي شَيْءٍ بَيْنَهُمَا لَكِنْ فِي غَيْرِهِ، وَلَا الْأَجِيرِ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ، وَلَا الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ انْتَهَى.
وَقَالَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ ثَنَا سُفْيَانُ بِهِ، وَأَخْرَجَا نَحْوَهُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ، وَقَالَ فِي «الْخُلَاصَةِ»: رَوَاهُ الْخَصَّافُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ. [نصب الراية ٩/٤٦٧].

وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا ....

ضمنه الشهادة لحفيده.

قال: (**وَتُقْبَلُ عَلَيْهِمَا**) لانتفاء التهمة، وفي قول أو وجه: لا يقبل على أصله بما يقتضي قصاصًا أو حد قذف، والصحيح القبول.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: الجزم بأنه لو شهد على عمه أو أبيه بقتل يوجب القصاص أو بالزنا وهو محصن، وكان وارثه.

قال الشيخ الْقَفَّال: لا تقبل؛ لأنه متهم بجر ميراثه، ويجري الخلاف فيما لو شهد بردته أو جرايته بالنسبة إلى القتل أو القطع دون المال، وفيما لو شهد عليه بحد لله تعالى؛ كالزنا وشرب الخمر.

والحاصل أنه إذا شهد عليه بما يوجب حدًّا أو قتلًا أو قطعًا ففيه طريقان بالقبول، فيه قولان أو وجهان: أصحهما: القبول، ولو كان بينهما عداوة، فهل يرد كالأجنبي أو لا؟ لأن الوازع الطبعي يمنعه من الشهادة عليه بالباطل، بخلاف الأجنبي، فيه احتمال يقرب مما سبق في إجبار الأب البكر في هذه الحالة.

فَرْعٌ: لو شهد ولده بتوكيله لزيد في بعض حقوقه.

قال المَاوَرْدِي: قلت: لأنهما يشهدان على أبيهما، وجزم الْمَحَامِلِيّ والبندنيجي بالمنع؛ لأنها شهادة له، فإنهما يثبتان له تصرفًا عن الموكل، وحكاه ابن الصباغ عن بعض الأصحاب، ثم قال: وفيه نظر؛ لأن هذه وكالة تثبت بقول الموكل، يستحق الوكيل بذلك المطالبة بالحق، وما يثبت بقوله يثبت بشهادة القرابة عليه كالإقرار، انتهى.

ولا شك أنه لو كان الموكل حاضرًا وأنكر التوكيل في القبض الواقع يروم به الرجوع على خصمه أن شهادتهما عليه بالتوكل مقبولة، وإنما التردد فيما إذا كان غائبًا والوكيل يروم القبض له بشهادتهما.

فَرْعٌ: في «روضة» شُرَيْح الرُّويَانِي: إذا شهدا على مولي أمهما أنها أعتقته على ألف تسمع في العتق، وهل تسمع في الألف؟ فيه قولان سواء أدَّعت أم أنكرت، انتهى.

وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ.

وهذا ذكره العبادي في «أدب القضاء»، هكذا قال: صاحبه أبو سعد الهروي في «الإشراق»، وأنا قد بينت أنه يفصل بين ما لو سبق منها الدعوى أو لم تسبق على ما حكيته عن القاضي الإمام الحسين، انتهى وهذا هو القياس.

فَرْعٌ: قال القاضي أبو سعد الهروي في «الإشراف»: إذا ادَّعى شراء جارية من يد إنسان غير معين، وإن ذلك المشتري قبل ذلك كان قد اشتراها من ذي اليد بكذا، أو تسلمها ثم باعها من المدعي بكذا، وذكر الشاهدان تسليم الجارية إلى المشتري الثاني أو لم يذكراه فشهد به أبناء صاحب اليد، وقد أنكر أبوهما ذلك، وأنكره أيضًا المشتري الأول قبلت الشهادة في أصح القولين؛ لأن المشهود له في الحال أجنبي من الشاهد، والثاني: لا يقبل لتضمنها إثبات الملك لأبيهما في الأصل ولم يرجح شُرَيْح في «روضته» شيئًا.

وقال الرَّافِعِي: عبد في يد زيد ادَّعى مدع أنه اشتراه من عمرو، وبعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد وقبضه وطالبه بالتسليم، فأنكر زيد جميع ذلك، فشهد ابناه للمدعي بما يقوله، حكى القاضي أبو سعد فيه قولين: أصحهما: القبول، انتهى. فتأمله مع عبارة الهروي.

قال: (**وَكَذَا عَلَى أَبِيهِمَا بِطَلَاقِ ضَرَّةِ أُمِّهِمَا أَوْ قَذْفِهَا فِي الْأَظْهَرِ**) أي: والجديد كما صرَّح به جماعة في صورة القذف، منهم صاحب «المهذب».

وفي «الشامل»: إن قول السماع فيها هو القديم، ونسب المَاوَرْدِي في كتاب «اللعان» القولين في الصورتين إلى القديم، وأن الـمُزَنِيّ نقلهما في «جامعه الكبير»، واختار السماع.

قال ابن الرِّفْعَة: وفي «تعليق» الْبَنْدَنِيجِي أنه نص في «الأم»: إنه لو شهد على أبيه بقذف ضرة أمه أنه يقبل، فأطلق ذلك، وقال: إنه إذا شهد أنه طلَّق ضرة أمه، قد قيل: لا يقبل.

قال الْبَنْدَنِيجِي: ولا فرق بين شهادته بطلاقها وقذفها، فالكل على قولين، وهذا منه يفهم أنهما بالنقل والتخريج.

وحكى الإمام القولين في صورة القذف عن الجامع، وإن أظهرهما القبول، وإن العراقيين ألحقوا بذلك شهادته بطلاقها، ولا شك أن المسألة كالمسألة والطلاق أوقع إن كان لهذه التهمة موقع في رد الشهادة، ولا وجه لقول الرد فيهما، أي: لضعف تهمة تقع لهما بذلك، وفي «الإشراف» نقل القولين عن الجامع في صورة القذف، وأن القبول اختيار الشَّافِعِي.

قال: ولا معنى لاعتبار النفع إلى الأم؛ لأنه مهما أراد طلقها أو نكح عليها مع إمساكها، ثم قال: وهكذا لو شهدا بطلاقها، فعلى قولين.

قال أبو بكر: يجب ألَّا تسمع هذه الشهادة، وأنا قد ذكرت التفصيل الذي عليه تعويلي واعتمادي، وعنى ما قدَّمه عن شيخه القاضي الحسين فيما إذا شهد بأن امرأة أبيه قد زنت كما سيأتي، وعنى بأبي الْقَفَّال الشاشي وافهم أنه قطع بعدم سماع الشهادة بالطلاق من غير تجريح على القولين في القذف، ويخرج مما سقناه أقوال، ووقع في «روضة الحكام» تخبط في النقل ذكرته في «الْغَنِيَّة».

تنبيهات وفُرُوعٌ:

منها: صور في القواعد المسألة بما إذا شهد أنه طلقها ثلاثًا، وهو حسن يشعر بأنهما لو شهدا بطلاق رجعي قبلا قطعًا.

ومنها: محل الخلاف في الصورتين إذا كانت أمهما تحته، ولو ادَّعت الضرة أنه قذفها بما يحد به فأنكر فشهدا عليه بطلبها فلا يجئ هنا خلاف تهمة نفع الأم، ويجئ الخلاف السابق في قبول شهادتهما عليه به، ولو ادَّعت الطلاق أو الخلع فأنكر فشهدا لها بذلك، فالوجه القبول قطعًا، كما أشار إليه الهروي، ولو ادَّعى الأب طلاقها في زمن سابق ليسقط ما يدعيه عليه من نفقة ماضية ونحوها أو أنها خالعته على مال بذلته له، فشهد له ابناه لم يقبلا قطعًا بالنسبة لمال، وتقع الفرقة باعترافه قطعًا.

ومنها: في «روضة الحكام»: لو شهد برده زوجه قبل الدخول، وأم الشاهد ميتة، وكان الأب يدعيه لم تقبل؛ لأنه يشهد بسقوط المهر عن أبيه،

……

وإن كان الأب يجحد قبلت شهادته؛ لأنها شهادة على الأب بالتحريم.

ومنها: قال الرَّافِعِي تبعًا للهروي: لو ادَّعت امرأة الطلاق وشهد لها ابناها لم تقبل، ولو شهدا ابتداء حسبة قبلت، وكذلك الرضاع، هكذا أطلقا، وكلام بعضهم يشعر بتصويرها في زوج أجنبي، ويحتمل أن يجئ في شهادتهما على أبيهما ما أشرنا إليه قريبًا، وقدمناه في «أدب القضاء» والظاهر عدم الفرق في هذه الصورة، وفي الأب صورها غيرهما، وذكرها الْقَفَّال، كذلك في «الفتاوى».

وقال أبو الفضل الكرخي: إنه لا تقبل شهادتهما حسبة؛ لأن فيها الدرء عن الأم، وهي نفع إلا أنه يتمشى هذا خاصة إذا كانت الأم منكوحة لغير الأب، انتهى.

وما أبداه محتمل، ويحتمل أن يقال: إذا كان الحال بين الأم والزوج صالحًا فشهدا حسبة بطلاقها قبلا، وإن كان الحال بينهما فاسدًا وهي تروم فراقه، ويبعد أنهما لو شهدا بعتق أمهما حسبة أن شهادتهما تقبل.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: لو شهد ابناه عليه بأنه قذف أمهما لم تسمع، وإن كان الأب معترفًا بالقذف فشهد ابناها منه بإقرارها بالزنا، لم تسمع، ولو شهد أربعة من بنيها عليها بالزنا.

قال المَاوَرْدِي: لم يسقط الحد عن الأب، وفي وجوبه على الأم قولان مبنيان على القولين في تبعيض الشهادة، وهذا بناه على الصحيح في قبول شهادته على الأب بما يوجب العقوبة، إلا أن يخص الخلاف بحق الآدمي، فحينئذ يكون هنا بلا خلاف، وكلام الإمام هاهنا يقتضي تعميمه وهو ما أفهمه كلام الْبَنْدَنِيجِي وغيره، انتهى.

وفي «الذَّخَائِر»: قال الشيخ أبو حامد الإسفرائيني: في قبولها في الحدود والقصاص قولان، وذكر غيره نحوه. والحاصل أن شهادته عليه في غير العقوبات قولان، ثم حكى عن النص: إنهما لو شهدا على أبيهما أنه قذف أمهما وأجنبية، قبلت للأجنبية ولم تقبل للأم، قال: والقبول هو الصحيح.

وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ.

ومنها: قال العبادي وشريح الرُّويَاني: إذا شهد مع ثلاثة بأن امرأة ابنه زنت، نظر فإن سبق من الابن قذف لم تقبل؛ لأنه شهد لابنه، وإن لم يكن الابن قذفها قبلت.

قال أبو سعد الهروي: أو سبق القذف من الابن، وطولب بالحد فادَّعى زناها لإسقاط الحد عن نفسه لا تقبل هذه الشهادة، فأمَّا إذا لم يدع هو زناها ولا طولب بالحد، فإن شهادة الحسبة على الزنا مقبولة، وتبعه الرَّافِعِي فقال: ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنا فإن سبق من الابن قذف وطولب بالحد، فحاول إقامة البينة لدفع الحد عن نفسه لم تقبل شهادة الأب، وإن لم يقذف أو لم يطالب بالحد وشهد الأب حسبة، قبلت شهادته.

قلت: قبوله حسبة حيث لم يعلم قذف الابن أو حيث لم يقذف واضح، أمَّا لو علم بقذفه ففي قبوله حسبة، وإن لم يطالب الولد بحد القذف ففي قبوله نظر لا يخفى.

قال: (**وَإِذَا شَهِدَ لِفَرْعٍ وَأَجْنَبِيٍّ قُبِلَتْ لِلْأَجْنَبِيِّ فِي الْأَظْهَرِ**) عبارة الرَّافِعِي: فيه وجهان، ويقال: قولان، والخلاف كالخلاف المشهور في تفريق الصفقة، بل هو هو، وقال: قيل هذا أنه لا تقبل شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه بأن يقول: هذه الدار أو العبد بيننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، انتهى.

وكان الفساد في الصورة الأولى من جهة الصنعة المذكورة، أمَّا لو قال: أشهد أن هذه الدار لزيد ولي، فيحتمل أن يكون كقوله هي لزيد وأجنبي، حتى يجري الخلاف في تفريق الصفقة في نصيب شريكه.

واعلم أن قضية كلام الرَّافِعِي في صورة الكتاب أنه إذا قال: هذا العبد أو الدار لابني ولفلان أنه يحكم للأجنبي بالنصف على الأظهر بمجرد ذلك، وفيه وقفة، بخلاف ما إذا صرَّح بالتنصيف أو غيره، وإن قلنا بالمشهور أنه إذا قال: هذه الدار لي ولزيد وعمر أنه يحمل على التنصيف؛ لأن باب الشهادة أضيق من باب الإقرار، فيصان عن الإجمال والاحتمال، ولا يقنع فيها إلا بالتنصيص

قُلْت: وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ وَلِأَخٍ وَصَدِيقٍ، والله أَعْلَمُ.

والتعيين، وقد يمر بالباب فرق بين قوله لابني ولفلان وبين عكسه.

وقال في «التَّرْغِيب» إثر كلامه على شهادة بعض الرفقة لبعض على القطاع مستدلًا كما في العبد المشترك إذا قتله إنسان فشهد أحدهما أنه قتل العبد المشترك بيننا لا تسمع، وإن قال: قتل العبد الذي فيه شركة لهذا، وشهد شريكه كذا، وذكر هنا أن كل شهادة له ولغيره فيها حق إذا لم يتعرض لنفسه قبلت، والقياس في شهادة الشريك كذا إلا أن الرد أولى، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: ولا تقبل شهادته بمال الشركة لا في حصته، ولا في حصة شريكه.

قال: (**قُلْت: وَتُقْبَلُ لِكُلٍّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ**) أي: شهادة الآخر كالأجير والمستأجر، هذا ما أورده جماعة، ورجَّحه الْبَغَوِي وغيره، ونقله في «الذَّخَائِر» عن العراقيين مطلقًا.

قال: وحكى الخراسانيون ثلاثة أقوال كالأقوال في قطع السرقة:

أظهرها: القبول كالأجير، وثانيها: المنع؛ لأن كل واحد منهما وارث لا يحجب فأشبها الأب، والثالث: تُقبل شهادته لها دون عكسه؛ لأن لها النفقة عليه فهي متهمة.

قال شُرَيْح في «روضته»: وقد قيل تقبل شهادتها إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا فوجهان، وقيل: إذا شهدت له بمال هو قدر قوتها ذلك اليوم، ولا مال للزوج غيره لم تقبل؛ لأن النفع يعود إليها يقينًا، وإن كان في غير هذه الحالة قبلت؛ لأنه لا يتحقق عود النفع إليها.

فَرْعٌ: تقبل شهادة أحدهما على الآخر؛ إذ لا تهمة إلا شهادته بزناها، وظاهر كلام الماوردي أن الزوجة إذا زنت على فراشه أن شهادته لا تقبل عليها مطلقًا؛ لحصول العداوة.

قال: (**وَلِأَخٍ وَصَدِيقٍ، والله أَعْلَمُ**) لضعف التهمة، ونبّه الشيخ بالأخ على جميع الحواشي، وهم من عدا الأصول والفروع، ولا خلاف عندنا في ذلك،

وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ، ....

وسواء شهد له بالنسب أو بغيره، ولا عبرة بأبوة الرضاع ولا ببنوته، وسواء عندنا الصديق الملاطف وغيره، خلافًا لمالك، وما قاله محتمل جدًا؛ لا سيما عند ظهور شدة الصداقة والمحبة المفرطة، ومن هذا حالة قد تربوا بهمته على التهمة في حق كبير من أصوله، وقد لوَّح الإمام باحتمال في المسألة فقال: ولو طرد طارد القياس الذي يبتدره الوهم فجعل الصداقة ضد العداوة.

وقال شهادة الصديق مردودة، وهي عليه مقبولة، ولكن الفرق أن الصديق الصدوق إذا كان عدلًا لا يحب لصديقه إلا ما يحب لنفسه، والعدل الرضا لا يؤثر لنفسه إلا الخير، فالصداقة تحمل على طلب الخير للصديق، والعداوة تحمل على طلب الشر للعدو، انتهى.

ولا يخفى ما في هذا الفرق من الضعف، ولو انقطع إلى كيف رجل ينفق عليه لم يمنع بذلك قبوله له عندنا، وفيه ما رمزت إليه على أن الإمام أحمد وأبا داود أخرجا من حديث عمرو بن شعيب مرفوعًا: «**ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت**»(١) والقانع من ينفق عليه أهل البيت، وذكره صاحب «الإلمام» ولفظه: «ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم» رواه أبو داود والترمذي من حديث عائشة مثله. وهذا إن ثبت وجب إتباعه، ولا مدفع له، وسمعت عن بعض متأخرينا أنه قال في تصنيف له: ولا تقبل شهادة الفاسق لمعشوقه، وما ذكره ظاهره، فإذا ثبت أن شخصًا مشغوفًا بامرأة أو أمرد ولم يظهر منه ما يقدح في عدالته أن شهادته لا تقبل؛ لشدة التهمة.

فَرْعٌ: **شهادة المولي من أعلى وأسفل قبلها جمهور الأئمة، ومنعها شُرَيْح التابعي وأنكرها علي ﷺ.**

قال: (**وَلَا تُقْبَلُ مِنْ عَدُوٍّ**) أي: لرواية أبي هريرة: «**لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة**»(٢) قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٢٠، رقم ١٥٣٦٤)، وأحمد (٢/ ٢٠٤، رقم ٦٨٩٩).

(٢) تقدم تخريجه.

وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ، ....

والظنة: التهمة، والحنة: العداوة، وفي «الذَّخائِر» وغيره: ولا ذي أحنة.

قال: وذو الأحنة هو العدو، وقال الإمام أحمد: حدثنا عبد الرزاق ثنا محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله ابن عمرو - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ **«لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت وتجوز شهادته لغيرهم»**[1] ومحمد بن راشد هذا هو المكحولي، قال عبد الرزاق: ما رأيت أحدًا أروع في الحديث منه، وفي رواية: أو أشد توفيًا، وقال يحيى: ثقة، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال ابن المبارك: صدوق، وأراه أتهم بالغدر، وقال الإمام أحمد: ثقة، ثقة، وأطلت الكلام عليه في «الْغَنِيَّة»، وذي الغمر: من بينه وبين المشهود عليه عداوة ظاهرة.

وقال الصَّيْمَرِيّ: ذو الغمر هو ذو الحقد، . والغِمْر بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وبعدها راء مهملة، قال أبو داود: هو الأحنة والشحناء، وقال غيره: العداوة، قال القاضي الحسين: ويروى: ولا ذي ظعن.

قال: (وَهُوَ مَنْ يُبْغِضُهُ بِحَيْثُ يَتَمَنَّى زَوَالَ نِعْمَتِهِ، وَيَحْزَنُ بِسُرُورِهِ وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَتِهِ) هذا التفسير لخصه في «المحرر» و«الشرحين» من كلام الغزالي لكن الغزالي لم يذكر تمني زوال النعمة في كتبه الثلاثة.

قال الرَّافِعِي: وقد تكون العداوة من الجانبين، وقد تكون من أحدهما فيختص برد شهادته على الآخر، فإن أفضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجب المفسق، فهو مردود الشهادة على الإطلاق.

واعلم أني لم أر هذا التفسير للعداوة المانع من قبول الشهادة، كما ذكره الرَّافِعِي، وتبعه الشيخ إلا الرَّافِعِي، وقضيته: إنها إذا لم تبلغ الحد المذكور، ولا يمنع القبول، وفيه نظر يعرف مما سنورده.

وعبارة «الْبَسِيط»: وقد لا تستند العداوة إلى فعل يفسق به، فرب عداوة

---

[1] تقدم تخريجه.

....

عن عصبية موروثه أو سبب قديم يترشح في النفس، بحيث يحبب إليه مساءات المعادي، ويحزن بمسراته، ويفرح له بكل شر، ويحزن بكل خير يناله، انتهى.

وقال الإمام: والعداوة التي نعنيها ونحكم بأنها توجب رد الشهادة من غير فسق هي العداوة الجبلية أو المترتبة على سبب قدري لا انتساب فيه إلى معصية، فإذا كان الإنسان مع الآخر بحيث يغلب على الظن أنه يتمنى له كل سوء، ويود له كل شر، ويحزن بمسراته، ويشمت بمصائبه، ولا فسق فهذه العداوة توجب رد شهادته على عدوه، وإن كانت العداوة مترتبة على فسق فهي مردودة عمومًا للناس وعليهم، انتهى.

وقال القاضي الحسين: وغيره العداوة التي ترد بها الشهادة مع العدالة هي أن تظهر منه من اللسان، والفعل ما يغلب على القلب أنه يعاديه، يشمت بمصائبه، ويحزن بمساره، ويتمنى له كل شر، انتهى.

وفي «التَّرْغِيب»: وتعرف العداوة بشماتته بمكارهه وكراهيته مساره، وقد نص الشَّافِعِي أنه لا تقبل شهادة خصم على خصم، فقيل: تُقبل شهادة المدعي دون المدعى عليه، انتهى.

وقال الْفُورَانِي في «العمد»: العصبية والعداوة توجب رد الشهادة، وهو أن يبغض الرجل؛ لأنه من بلد كذا، أو من نسب كذا؛ لما كان بينهم وبين أسلافهم من المعاداة، وما أشبه ذلك، انتهى.

وسيأتي نحو هذا عن نص «الأم»، وإنما تتبعت هذه العبارات؛ لأنها أخف من عبارة الكتاب، وما تضمنه لا ينفك عن معصيته؛ لا سيما تمني زوال النعمة مطلقًا، وقَلَّ أن تجتمع هذه الأمور إلا ويضم إليها المهاجرة والمقاطعة والمدابرة المحرمات.

لم أر هذا التفسير السابق عن المراوزة لأحد من العراقيين، وأذكر في ذلك ما يسره الله تعالى، وبالجملة فلا ينبغي أن يتوقف الرد على اعتبار اجتماع هذه الصفات في المعادي، كما هو المتبادر من لفظ المصنف.

....

وقال صاحب «الانتصار»: ولا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة بينهما في أمور الدنيا، وله صورتان:

إحداهما: أن يقذف إنسانًا ثم يقيم البينة بقذفه ثم يشهد المقذوف على القاذف بشيء لا يقبل، وإن كان عدلًا في نفسه.

والثانية: أن يقطع الطريق على قافلة، فيجيء رجل من أهلها، فيشهد على قاطع الطريق بحق لغيره فلا تقبل شهادته، وإن كان عدلًا في نفسه، انتهى.

إذا عرفت هذا قال الرَّافِعِي بعد التفسير السابق للعداوة: وإذا عاداه من يريد أن يشهد عليه وبالغ في خصومته، فلم يجب وسكت، ثم شهد عليه قبلت شهادته، وإلا لاتخذ الخصماء ذلك ذريعة إلى إسقاط الشهادات، هكذا رواه الرُّويَاني عن الْقَفَّال، وذكره جماعة منهم صاحب «التهذيب».

قلت: قطع به كثيرون، ولا أحسب فيه خلافًا لما ذكره بل هو إجماع إذا كان قد تحمل الشهادة عليه من قبل، ولم يجد من الشاهد معاداة له.

وقد نصَّ عليه في «الأم» قال الإمام: ولم يختلف العلماء في أن شهادة المخاصم مردودة على المخاصم، وشهادة المخَاصَم ـ أي: بفتح الصاد ـ ليست مردودة على المخاصِم بكسرها، قال: وسبب ذلك، وذكر ما أشار إليه الرَّافِعِي من العلة.

ثم قال الرَّافِعِي: والذي أورد الْبَغَوِي في كتاب «اللعان» أن شهادة المقذوف على القاذف قبل طلب الحد مقبولة، وبعد الطلب غير مقبولة؛ لظهور العداوة، وإنه لو شهد بعد الطلب ثم عفا، وأعاد تلك الشهادة لا تقبل كالفاسق، إذا شهد ثم تاب وأعاد تلك الشهادة، وإنه لو شهد قبل الطلب ثم طلب الحكم لم يحكم شهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره أن الشَّافِعِي صور العداوة الموجبة للرد فيما إذا قذف رجل رجلًا، أو ادعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله فقال: يصيران عدوين، فلا تُقبل شهادة واحد منهما على الآخر، فاكتفى بالقذف

……

دليلًا على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحد.

وقال القاضي الرُّويَانِي: ولعل الْقَفَّال أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره في «التهذيب» الحكم غير منوط بأن يطلب المقذوف الحد بل تظهر العداوة؛ لأنه قال: لو شهد رجل على رجل وقال قذفني، أو قذف زوجتي وفلانًا، لم تقبل شهادته لفلان؛ لأنه أظهر العداوة بقوله: قذفني أو قذف زوجتي بينه وبين المشهود عليه، ولو قال: قذف أمي وفلانًا لم تقبل شهادته للأم، وفي قبولها لفلان قولًا التبعيض، قال: لأن سبب الرد في الصورة الأولى العداوة بينه وبين المشهود عليه فيعمم أثرها، وسبب الرد في الصورة الثانية البعضية، فجاز أن يختص أثرها بالأم.

قال الرَّافِعِي: وقد يقول الناظر لما كان قوله قذف زوجتي إظهارًا للعداوة، ولم يكن قوله قذف أمي إظهارًا لها، وقد يقول: إن كان قول المقذوف: قذفني دليلًا على العداوة، فنفس قذف القاذف أدل عليها، فهلا اكتفى كما دلَّ عليه النص، ولا شك أنه لو شهد على إنسان فقذفه المشهود عليه لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، وقد نصَّ عليه، انتهى لفظه رحمه الله.

وما ذكره الْبَغَوِي من قولي التبعيض في مسألة الأم هو ما أورده الْمَاوَرْدِي قبيل كتاب الدعوى والبينات، والأقوى الرد مطلقًا؛ لتضمن الشهادة إظهار الحقد والعداوة البينة، والظاهر أن الأم مثال، وفي حكمها سائر الأصول والفروع والمحارم، وكل من يعتبر به الشاهد لو أم ولد له، ونحو ذلك.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي في «اللعان»: ولو شهد أنه قذف زوجتيهما وفلانة لا تقبل شهادتهما [لزوجتيهما وهل تقبل لفلانة يبنى على تبعيض الشهادة والأصح أنه لا تقبل شهادتهما] لفلانة أيضًا؛ لأنهما أظهرا العداوة له؛ لأن الإنسان يعادي قاذف زوجته أشد العداوة، ولو شهدا أنه قذف أمهما وفلانة، منهم من قال: تُرد للأم، وهل ترد لفلان؟ قولان على تبعيض الشهادة، وهذا أصح، وقد قيل لا تقبل؛ لأنه يعادي قاذف أمه في الغالب وإنما قلنا أن الأول أصح؛ لأن الحمية التي يأخذها من قذف زوجتيهما أكثر

....

من التي يأخذها من قذف الأم والأخت والبنت، انتهى.

وفيما قاله نظر، بل الحمية لقذف الأم والبنت والأخت أشد، والعار فيه أكثر، وألزم منه والزوجة؛ لأنه يتخلص منه بطلاقها، بخلاف المحرم فتأمله، وعدَّ المَاوَرْدِي من الأسباب المقتضية للعداوة: القذف والغصب والسرقة والقتل وزنا الزوجة على فراشه، وكذا قطع الطريق كما ذكره هنا، فلا تُقبل شهادة المقذوف على القاذف، والمغصوب منه على الغاصب، والمسروق منه على السارق، وولي المقتول على القاتل، وظاهر إطلاقه أن بمجرد هذه الأمور تحصل العداوة.

وقال في اللعان: إن شرط سماع شهادة المقذوف على القاذف أن يعفو عن الحد قبل الشهادة، وأن تكون قد حسنت حاله معه، قال: ولا يضر إذا وجد ذلك أن يذكر في شهادته عليه يقذفه لغيره قذفه له إخبارًا عن الحال؛ لأنه بالعفو خرج عن أن يكون خصمًا، ويحسن ما بينهما أن يكون عدوًا.

قلت: وفي النفس من هذا شيء؛ لأنه قد يعفو خديعة لتقبل شهادته عليه، ولا سيما إذا قرب العهد بأن قذفه اليوم فعفا ثم شهد في الغد بالقتل العمد أو بالزنا وهو محصن، نعم النص السابق يشهد لما أطلقه أولًا، وسيأتي ما يوافقه، وفي «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب» وغيرهما هناك أن المقذوف لو شهد على القاذف بقذف أجنبي منفردًا عن قذفه المشهود عليه بأن الشهادة لا تبطل، فلفظ نص الشَّافِعِي في «الأم» أصل ما يذهب إليه إنا لا نجيز شهادة خصم على خصمه؛ لأن الخصومة موضع عداوة، وسيما إذا كان الخصم بطلبه يشتم.

قال: ولو أن رجلًا قذف رجلًا أو جماعة فشهدوا عليه بزنا أو بحد غيره لم أجز شهادة المقذوف؛ لأنه خصم له، وطلب القذف وإن كانوا قد شهدوا عليه قبل القذف ثم قذفهم كانت الشهادة ما كانت أنفذتها؛ لأنّها كانت قبل أن يكونوا له خصمًا، ولكنهم لو زادوا عليه فيها بعد القذف لم أقبل الزيادة؛ لأنها كانت بعد أن أصبحوا له خصمًا، انتهى لفظه.

……

وهو المذهب وفيه فوائد جليلة.

فروع وتتمات:

أحدها: عن «الْبَحْر»: إنه إذا شهد على الميت وهو خصم الوارث هل تسمع شهادته؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الضرر يلحق الورثة، فهي شهادة على الخصم في الحقيقة.

والثاني: تسمع؛ لأنهم لا يستحقون التركة مع بقاء الدين ولو كان الشاهد خصمًا للميت دون الوارث، فوجهان: فعلى الوجه الأول: تقبل، وعلى الثاني: لا.

قال ابن الرِّفْعَة: ويظهر أن يخرج على هذا ما إذا ادعى أولاد ميت على شخص بدين ورثوه من أبيهم فأسقط أحدهم حقه، وأراد أن يشهد به، فعلى الثاني: لا تسمع؛ لأنها شهادة للأب، وعلى الأول: ينبغي أن تسمع.

ثانيها: أطلق العراقيون وغيرهم القول برد شهادة العدو، وسكتوا عن التفسير السابق عن الرَّافِعِي وغيره، وأحسب أن إطلاق الجمهور محمول على العرف ممن عدَّه أهل العرف عدوًا للمشهود عليه ردت شهادته عليه، وأطلق الهروي في «الإشراق» أنه لا تقبل شهادة أحد الخصمين على الآخر، كما لا تقبل شهادة أحد العدوين على صاحبه، فافهم المغايرة، وعلل غيره رد شهادة الخصم بأنه قد صار عدو المخاصمة، ولا شك أن أهل العرف يقطعون بحصول العداوة بين الشخصين، وإن لم ينتهِ الحال بينهما إلى ما ذكره المصنف، فإن تمنى زوال النعمة عن المسلم لحظ نفس دنيوي إنما يتولد غالبًا من الحسد، وهو من أقبح الذنوب.

وفي «المهذب»: ولا تقبل شهادة العدو على عدوه للخير؛ ولأنه متهم بسبب منهي عنه، قال: الفارقي: وهذا يحتاج إلى تفصيل فنقول: العداوة على ضربين: عداوة في الدين، وهي لا تمنع شهادة المحق على المبطل، كالمسلم

....

مع الكافر، والمحق مع المبطل، وأمَّا العداوة في الدنيا التي تمنع قبول الشهادة من غير أن تجعل بالعدالة، فتصور بصورتين، ثم ذكر ما ذكره تلميذه في «الانتصار» كما سبق، ثم قال: ولا نحتاج إلى قول الشيخ أنه متهم بسبب منهي عنه، بدليل ما بيَّناه من هاتين الصورتين.

ثالثها: في «روضة» شُرَيْح: ادَّعى مالًا وأقام بينة، وحكم له الحاكم، فشهد المحكوم له على المحكوم عليه قبلت؛ لأنه إذا أقام بينة بأن الخصومة كانت بحق، ولو ادَّعى وحلف المدعى عليه ولم يجز بينهما نشأ، ثم وجد أن لم يمنع بذلك شهادة أحدهما على الآخر، وقد قيل: يسقط؛ لأن كل واحد منهما صار خصمًا لصاحبه، ولو شهد رجل على رجل ثم ادعى المشهود عليه على الشاهد لم تسقط شهادته؛ لأنه يصير ذريعة إلى إسقاط الشهادة، ولا يعجز عنه كل مشهود عليه، وقد قيل: إن كانت الخصومة صغيرة لم تسقط بها الشهادة، وإن كانت كبيرة سقطت، قال: ولو شتم إنسانًا ولم يشتمه صاحبه فهل يصير المشتوم خصمًا؟ وجهان.

قلت: الأشبه أنه لا يصير بمجرد ذلك خصمًا سدًا للذريعة، ويحتمل أن يفصل بين شتم وشتم، فلا يؤثر الخفيف ويؤثر الغليظ الموغر للصدر كالقذف.

رابعها: قال الشَّافِعِي في «الأم»: ومن أظهر العصبية بالكلام فدعا إليها وتألف عليها وإن لم يكن يشهر نفسه بقتال فيها فهو مردود الشهادة؛ لأنه أتى محرمًا لا اختلاف بين علماء المسلمين فيه، وإن خصَّ امرؤ قومه بالمحبة ولم يحمل على غيرهم ما ليس تحل له فهذه ليست بعصبية، وقل أثر إلا وفيه محبوب ومكروه.

فالمكروه: في محبة الرجل من هو منه أن يحمل على غيره ما حرم الله عليه من البغي والطعن في النسب والعصبية على النسب، لا على معصية الله، ولا على جناية من المبغض على المبغض، ولكن يقول أبغضه؛ لأنه من بني فلان، فهذه العصبية المحضة التي ترد بها الشهادة، واستدل بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] وبالحديث الصحيح «وكونوا عبادًا لله

....

إخوانًا»⁽¹⁾ قال: فإذا صار رجل إلى خلاف أمر الله تبارك اسمه وأمر رسوله بلا سبب يعذر به يخرج من العصبية كان مقيمًا على معصية لا تأويل فيها ولا اختلاف بين المسلمين فيها، ومن أقام على مثل هذا كان حقيقًا أن يكون مردود الشهادة، هذا نصه ﷺ بحروفه.

وقضيته الاكتفاء في العداوة المانعة من قبول الشهادة بذلك من غير تمني زوال النعمة وغيرها مما سبق، وعليه جرى العراقيون وغيرهم، وقد يؤخذ من هذا النص أن الإصرار على نوع واحد من الصغائر إن كان هذا صغيرة يجعله بمنزلة الكبيرة، وقد سبق أنه رأي ضعيف فتأمله.

قال في «البيان»: ولو كان الرجل يحب عشيرته وقومه وأهل مذهبه أو أهل بلده فليس بمكروه، بل مندوب إليه وذكر حديث: **«وكونوا عبادًا لله إخوانًا»** وغيره.

قال: وإنما العصبية أن يبغض الرجل قومًا؛ لأنهم بنو فلان من غير إساءة منهم إليه، فإن أبغضهم بقلبه ولم يظهر ذلك على لسانه لم يؤثر ذلك في رد شهادته عليهم؛ لأن ما في القلب لا يمكن الاحتراز منه، وإن ظهر ذلك على لسانه بأن يؤلب عليهم، ويدعو إلى عداوتهم من غير أن يظهر منه فيهم فحش ولا شتم.

قال ابن الصباغ: فإن كان في أمر الدين لم تُرد شهادته بذلك، وإن كان في أمر الدنيا فهو عداوة فترد شهادته عليهم خاصة لأجل العداوة.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا تكرر ذلك منه فسق وردت شهادته، وإن كان يشتمهم ويفحش عليهم بالقول فهو فاسق لا تقبل شهادته على أحد، انتهى.

خامسها: وهو تتمة ما قبله، قال المَاوَرْدِي بعد قوله في «المختصر»: وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه إلى آخر الكلام في أربعة فصول، الأول في المحبة، وتحدث عن أسباب مستحبة، ومباحة، ومكروهة.

---

(١) أخرجه ابن حبان (٥٧٥٢).

....

فالمستحب: المحبة في الدين وظهور الخير، والمباح: المحبة على النسب وعلى التجانس في علم أو أدب، وعلى ما أنتج من صناعة أو مكتسب، وهذا مراد الشَّافِعِي بقوله: وليس من العصبية أن يحب الرجل قومه، والمكروه: هو المحبة على الموافقة في المعاصي، وأمَّا المحبة لاستحسان الصورة فإن كانت لهوى يفضي إلى ريبة كرهت، وإن كانت لاستحسان صنع الله وبديع خلقه لم تكره، وكانت بالمستحبة أشبه.

قلت: وتكلمت على هذا في «الْغُنْيَة» في كتاب «النكاح» ورددته عليه، ولا يعجز كل فاسق وما رد أن يدعي ذلك كما عاينته، ورأيت من يحتج بكلامه هذا على ذلك ليقضي به أوطاره ممن يتعشقه، ولا قوة إلا بالله.

الفصل الثاني في العصبية وهي شدة المماثلة لقوم على قوم، وهي ضربان:

أحدهما: أن تكون عصبيته لهم عامة في كل حق وباطل على كل محق ومبطل، فهذا فسق ترد به الشهادة.

والثاني: أن تكون عصبية لهم مقصورة على أخذ الحق لهم ودفع الظلم عنهم، فيكون بها على عدالته وقبول شهادته، ثم إن كانت هذه العصبية لنصرة القوم فهي مباحة، وإن كانت لنصرة الحق فهي مستحبة.

قلت: بل واجبة؛ إذ نصرة الحق واجبة، وسيما إن تعينت عليه.

والثالث: في البغض، وهو ثلاثة أضرب: مستحب، ومباح، ومكروه.

فالمستحب: بغضه لأهل المعاصي، وذلك طاعة يؤجر عليها، والمباح: بغضه لمن لوى حقه أو تظاهر بعداوته، فيكون السبب الباعث عليها من أمور الدنيا مباحًا لا أجر فيه، ولا إثم، وهو فيه على عدالته وقبول شهادته ما لم يتجاوز البغض إلى غيره، والمكروه: بغضه من خالفه في نسب أو علم أو صناعة، فيكون هذا السبب مكروهًا؛ لما فيه من التقاطع، فإن ألب عليه وتعصب فيه كان جرحًا ترد به الشهادة، وإن لم يتجاوز البغض إلى ما سواه

وَتُقْبَلُ لَهُ، ....

كان على عدالته وقبول شهادته؛ لأنه لا يملك قلبه، وإن كان عامًا لكل أحد، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «شر الناس من يبغض الناس ويبغضونه»(١) فيكون ذلك جرحًا ترد به شهادته لخروجه عن المأمور به من الألفة إلى المنهي عنه من التقاطع.

والرابع: في العداوة والفرق بين البغض والعداوة أن البغض بالقلب، والعداوة بالفعل، ومع كل عداوة بغض، وليس مع كل بغض عداوة، فصارت العداوة أغلظ من البغض، وهي ثلاثة أضرب: مستحبة، ومباحة، ومكروهة، فالمستحبة: لمن خرج عن طاعة الله تعالى أو تعرض لمعاصيه.

قلت: قضية كلام غيره أن هذا البغض من واجبات الدين، والأحاديث ناصة عليه أو ظاهرة في أبحاثه والمباحة ففي حق نفسه إذا نودي بالعداوة فقابل عليها بما لم يتجاوز حكم الشرع فهو مستوف لحقه منه غير قادح، وشهادته مقبولة على غيره، فأمَّا قبولها عليه فمعتبرة بحاله بعد المقابلة، فإن سكن بعد نفوره قبلت شهادته عليه، وإن كان على نفوره ردت، والمكروهة هي أن يبتدئ بها من غير سبب يوجبها، فيكون بها متجوزًا، فإن قرنها بفحش في قول أو فعل صار به مجروحًا في حقوق الكافة، فلا تقبل شهادته له ولا عليه، وإن تجردت عن فحش في قول أو فعل فهو على عدالته مقبول الشهادة على غيره، ومردود الشهادة على عدوه، ومقبول الشهادة لعدوه، انتهى لفظه ﷺ.

قال: **(وَتُقْبَلُ لَهُ)** أي: لانتفاء التهمة إلا أن يكون المشهود عليه عدوًا للشاهد أيضًا، فلا تقبل شهادته عليه لعدوه المشهود له بخلاف القضاء على

---

(١) أخرجه الطبراني (١٠/ ٣٢٠، رقم ١٠٧٨١)، قال الهيثمي (٨/ ٥٩): فيه هشام بن زياد أبو المقدام، وهو متروك. والعقيلي (٤/ ٣٤٠، ترجمة ١٩٤٦ هشام بن زياد بن سعدويه)، وقال: ليس لهذا الحديث طريق يثبت. والحاكم (٤/ ٣٠١، رقم ٧٧٠٧)، وقال: صحيح. قال الذهبي: هشام متروك ومحمد بن معاوية كذبه الدارقطني، فبطل الحديث. والبيهقي (٧/ ٢٧٢، رقم ١٤٣٦٥) وقال: وروى ذلك أيضًا عن هشام بن زياد أبي المقدام عن محمد بن كعب، وروي من وجه آخر منقطع عن محمد بن كعب ولم يثبت في ذلك إسناد. وابن عساكر (٥٥/ ١٣٢).

وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكَفِّرُهُ.

رأي تقدم.

قال: (**وَكَذَا عَلَيْهِ فِي عَدَاوَةِ دِينٍ كَكَافِرٍ وَمُبْتَدِعٍ**) العداوات لا توجب رد الشهادة وفاقًا، فتقبل شهادة المسلم على الكافر، والسني على المبتدع.

قال القاضي الحسين: والجلاد على المضروب، ومن أبغض الفاسق لفسقه قبلت شهادته عليه، ولو قال العالم: لا تسمعون الحديث من فلان فإنه غلط، أو لا تستفتوا منه فإنه لا يحسن الفتيا، لم ترد شهادته؛ لأن هذا يصح للناس، نصَّ عليه في «الأم»، قال: وليس هذا بعداوة ولا غيبة إن كان يقوله لمن يخاف أن يتبعه فيخطئ باتباعه.

قال: (**وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ مُبْتَدِعٍ لَا نُكَفِّرُهُ**). هذه مسألة عظيمة وفيها نزاع كبير بين أصحابنا، فنورد كلام «الرَّوْضَة» أصلًا وزيادة ملخصًا، ثم نضم إليه ما يحضرنا.

قال جمهور العلماء من أصحابنا وغيرهم: لا يكفرون أحدًا من أهل القبلة، لكن اشتهر عن الشَّافِعِي تكفير الذين ينفون علم الله تعالى بالمعدوم ويقولون: ما يعلم الأشياء حتى يخلقها، ونقل العراقيون عنه تكفير النافين للرؤية، والقائلين بخلق القرآن وتأوله الإمام فقال: ظني أنه ناظر بعضهم، فألزمه الكفر في الحجاج، فقيل: فقيَّد به كفرهم زاد الشيخ.

قلت: أمَّا تكفير منكر العلم بالمعدوم أو بالجزئيات فلا شك فيه، وأمَّا من نفى الرؤية أو قال: بخلق القرآن؛ فالمختار تأويله، وسيأتي عن نصه في «الأم» ما يؤيده، وما ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام البيهقي وآخرون تأويلات متعاضدة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار والله أعلم.

ثم من كفر من أهل البدع مردود الشهادة، وأمَّا غيره من أهل البدع والأهواء قد نص في «الأم» و«المختصر» على قبول شهادتهم، إلا الخطابية، وهم قوم يرون جواز أحدهم لصاحبه إذا سمعه يقول: لي على فلان كذا

……

فيصدقه بيمين أو غيرها، ويشهد له اعتمادًا على أنه لا يكذب، هذا نصه.

والأصحاب فيه ثلاث فرق: فرقة جرت على ظاهر نصه، وقبلت شهادة جميعهم، وهذه طريقة الجمهور منهم: ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقضاة: ابْن كَجٍّ، وأبو الطيب والروياني؛ لأنهم مصيبون في زعمهم ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وقيل هؤلاء لا شهادة لمن سب الصحابة والسلف؛ لأنه تقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة وعناد.

قالوا ولو شهد خطابي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال اعتماده على قول المدعي كسمعت زيدًا يُقرّ لفلان بكذا، أو رأيته قرضه قبلت شهادته، وقيل: لا تقبل في هذه الحالة أيضًا، وفرقة منهم: الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا هم بالرد أولى من الفسقة، وفرقة ثالثة توسطوا فردوا شهادة بعضهم دون بعضٍ.

قال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر ﷺ ردت شهادته لمخالفته الإجماع، ومن فضَّل عليًا - كرم الله وجهه- عليه لم ترد شهادته، وردَّ الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة ﷺ ويقذفون عائشة - ﷺ - فإنها محصنة كما نطق به القرآن، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي والْبَغَوِي، وهو حسن، وفي «الرقم» أن شهادة الخوارج مردودة؛ لتكفيرهم أهل القبلة زاد المصنف.

قلت: الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو: قبول شهادة الجميع، فقد قال الشَّافِعِي - ﷺ - في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تباينًا شديدًا، واستحل بعضهم من بعض من تطول حكايته، وكان ذلك تفاديًا منه ما كان في عهد السلف وإلى اليوم فلم يعلم أحد من سلف الأمة يقتدي به، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله ورآه استحل ما حرَّم الله تعالى عليه فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه.

وفيه التصريح بما ذكرناه وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق

....

القرآن، ولكن قاذف عائشة ﵂ كافر فلا تقبل شهادته، انتهى.

وقوله عن طريق الشيخ أبي محمد وهو حسن، وعبارة الرَّافِعِي: وخير الأمور أوساطها، وهو اختيار منه لها، وقال في «شرحه الصغير» بعد ذكره من ذهب إليها: وقد أحسنوا.

قال في «الكبير»: ووافق أبو حنيفة الفرقة الأولى من الأصحاب، ومالك الثانية، وأحمد رد شهادة ثلاثة أصناف: القدرية، والجهمية، والروافض، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: في كون طريقة الجمهور قبول شهادة جميع أهل الأهواء إلا الخطابية وقفة، وإن كانت ظاهر النص، وقد حمل الشيخ أبو حامد وخلائق النص الذي لأجله صوب المصنف الطريقة الأولى على ما ذكره، وهو صحيح يجب اعتماده، فمذهب الشَّافِعِي كما قال: المَاوَرْدِي وغيره أن من سب الصحابة أو لعنهم أو كفَّرهم فهو فاسق مردود الشهادة، والأحاديث الصحيحة ناصة على أن لعن المسلم أو المؤمن كقتله، وأن سبابه فسوق وأنه إذا «**قال: لأخيه يا كافر فقد باء بها أحدهما**»⁽¹⁾ وأنه إن لم يكن المقول له، كذلك رجعت اللعنة على قائلها إلى ما لا يحصى كثرة، وأي وجه في تجويز هذا محتملة، على أن أكثر هؤلاء ضلالهم تقليد لأسلافهم الفجرة لا شبهة عندهم، ولا تأويل بل هم كمن قال الله تعالى فيهم: ﴿إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ﴾ [الزخرف: ٢٢] لا يرجعون إلى علم ولا فهم فالصواب رد شهادة هؤلاء وهو قول جمهور العلماء وأكثر غلاة الروافض، وهم جمهور يستحلون أموال أهل السنة بكل طريق ولو بشهادة الزور المحضة، كما هو مدون في كتبهم.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٧، رقم ٥٠٧٧)، والبخاري (٥/ ٢٢٦٤، رقم ٥٧٥٣)، ومسلم (١/ ٧٩، رقم ٦٠)، والترمذي (٥/ ٢٢، رقم ٢٦٣٧) وقال: حسن صحيح غريب. وأبو عوانة (١/ ٣٢، رقم ٥٤)، وابن حبان (١/ ٤٨٤، رقم ٢٥٠)، وابن منده في الإيمان (٢/ ٦٠١، رقم ٥٢١)، والبيهقي في شعب الإيمان (٥/ ٢٨٢، رقم ٦٦٦٤).

……

وقد صرَّح باستثنائهم مع الخطابية: الدَّارِمِي، أعني مال الغير بشهادة الزور، ولا شك فيه، وهؤلاء شر من الخطابية ويزيدون عليهم بما لا يحصى من القبائح المخالفة لنصوص الكتاب والسنة وإجماع من يعتد به من الأمة، وقد صرَّح القاضي الحسين بأن من سبَّ القرابة من الخوارج أو الصحابة من الروافض فهو فاسق مردود الشهادة، ولم يحك فيه خلافًا، وذكر في باب إمامة المرأة أن من سبَّ الشيخين أو الختنين هل يكفر أو يفسق؟ فيه وجهان.

وقال الْبَغَوِي في «تعليقه»: وكل من استحل سب الصحابة يكفر؛ لأن من استحل سب واحد من المؤمنين يكون كافرًا، ففي الصحابة أولى.

وقال في «التهذيب»: ومن سبَّ الصحابة والسلف ترد شهادته، وإن استحله كفر، وقال صاحب «الْكَافِي»: تقبل شهادة أهل الأهواء والبدع؛ لأن فيهم من يرى الكذب كفرًا فيكون أكف عنه إلا أن يقول في بدعته أو يرتكب ما يخرجه إلى الكفر أو الفسوق، فإن من سبَّ الصحابة أو واحدًا منهم يفسق كما لو سب واحدًا من المسلمين، ومن استحله كفر.

وقال القاضي أبو الحسن السبكي - رَحِمَهُ اللَّهُ - في «الحلبيات»: ومن سبَّ الشيخين ففي كفره لأصحابنا وجهان، فإن لم يكفر فهو فاسق مردود الشهادة، ومن سبَّ بقية الصحابة، فهو فاسق مردود الشهادة، ولا يغلط فيقال: شهادته مقبولة، انتهى.

فجعل - رَحِمَهُ اللَّهُ - غلطًا وهو كما قال.

ومنها: وهو تتمة لما قبله سبق أن تأويل البغاة إن كان مظنونًا اعتبر وإن كان مقطوعًا ببطلانه لم يعتبر على الأصح عند الجمهور.

وقال في «أصل الرَّوْضَة»: هناك شهادة البغاة مقبولة بناء على أنهم ليسوا فسقة أي إذا كان خطأهم مظنونًا فإن كان مقطوعًا به فهم فسقة كما صرح به الأئمة.

قال: وإن كان لهم قاض في بلد قال المعتبرون من الأصحاب: نظر؛ إن

كان يستحل دماء أهل العدول لم ينفذ حكمه؛ لأنه ليس بعدل ومن شرط القاضي العدالة، وكذا يقول هؤلاء فيما لو كان الشاهد يستحل دماء أهل العدل وأموالهم ومنهم من يطلق نفوذ قضاء البغاة لمصلحة الرعية، انتهى.

وهذا منه كالمصرح بالاتفاق على أن الشاهد إذا استحل دماء أهل العدل وأموالهم بتأويل فهو مردود الشهادة، بخلاف القاضي على وجه لمصلحة الرعية، وعلى هذا ينطبق قول الشيخ أبي حامد وغيره من المعتبرين هاهنا أن من استحل الدَّم والمال استحل شهادة الزور بقتل من يستحل دمه.

وسئل بعض أئمة الروافض إيفاد المتوالي بالناصبي؟ فأجاب: لا ولا بأس بأكل ماله ولو بشهادة الزور، هذا مدون في كتبهم، فانظر كيف يتبرع هذا الخبيث بهذه الزيادة، فإن قلت لم يقل في «الرَّوْضَة» في مستحل الدَّم والمال أنه استحلهما بتأويل، فكيف قيدت كلامه بذلك؟

قلت: هو مراده بلا شك؛ إذ لا نزاع أن غير المتأول كافر، ولا نزاع في رد قضائه وشهادته عندنا، ولا أعلم أحدًا يجيز حكم المرتد ولا شهادته، والمستحل بلا شبهة مرتد وعليك أن تتأمل ما قدمناه في كتاب البغاة مع ما ذكرناه هاهنا؛ فبذلك يبين لك اضطراب كلام المصنف، وإن تصويبه هنا للطريقة الأولى فيه مخالفة لما ذكره هناك، وأنه قول المعتبرين وذكر هو قول الشيخ أبي حامد وأتباعه وأتباعهم، وأصل ما نسبه إلى المعتبرين هناك قول الشَّافِعِي في «الأم» هناك، ومن شهد من أهل البغي عند قاضٍ من أهل العدل في الحال التي تكون فيها محاربًا، أو ممن يرى رأيهم في غير محاربة، فإن كان يعرف باستحلال بعض ما وصفت من أن يشهد لموافقه بالتصديق على ما لم يعاين ولم يسمع، أو باستحلال المشهود عليه أو دمه، أو غير ذلك من الوجوه التي بطلت بها الذريعة إلى منفعة المشهود له، أو نكاية المشهود عليه استحلالًا لم تجز شهادته في شيء وإن قل، وإن كان من هذا بريئًا أو من غيرهم عدلان جازت شهادته، انتهى.

ومنها: قال في «الأم» متصلًا بالنص الذي ساقه المصنف، وصوَّب لأجله

……

الطريقة الأولى ما لفظه: وذلك إنا وجدنا الدَّم أعظم ما يعصى الله به بعد الشرك، ووجدنا متأولين يستحلونها بوجوه. . . . إلى أن قال: فكل مستحل لشيء بتأويل من قول أو غيره فشهادتهم ماضية لا ترد من خطابه في تأويله، وذلك أنه قد يستحل من خالفه الخطأ، إلا أن يكون فيهم من يعرف باستحلال شهادة الزور على الرجل؛ لأنه يراه حلال الدَّم أو حلال المال، فترد شهادته أو يكون ممن يستحل أو يرى الرجل إذا وثق به. . . إلى أن قال: فترد شهادته من قبل استحلاله الشهادة بالزور، أو يكون منهم من يباين الرجل المخالف له مباينة العداوة، فترد شهادته من جهة العداوة، فإن كان فيهم أو في غيرهم ممن لا ينسب إلى هوى ردت شهادته به وأيهم سلم من هذا أجزت شهادته، انتهى.

ومن هذا التقرير يؤخذ أن شهادة غلاة الرافضة وأهل البدع المتغالين فيها مردودة على أهل السنة والجماعة، فإنهم يعادونهم معاداة ليس وراءها معاداة على وجه العصبية والنخوة لأهل نحلتهم، ويفرحون بمساءتهم ويحزنون بمسراتهم، حتى إن الواحد منهم إذا علم ممن لا يعرفه أصلًا ولا رآه فيما سبق أنه ليس على طريقته، وأنه ينكرها ويسعه معتقدها، مقته أشد المقت وأبغضه وعاداه أشد المعاداة، بل ينعي له الغوائل، ولو أمكنه الفتك به بلا تبعه لأسرع إليه، فلا ريب أنه لا تقبل شهادته عليه.

ومنها: قال الأستاذ أبو منصور البغدادي في كتابه «في الأسماء والصفات»: أجمع أصحابنا على تكفير المعتزلة، والخوارج، والنجارية، والجهمية، والمشبهة، وأجازوا معاملتهم في المعاوضات دون الأنكحة، فأمَّا مناكحتهم وموارثتهم والصلاة عليهم وأكل ذبائحهم فلا يحل شيء من ذلك، إلا الموارثة ففيها خلاف بين أصحابنا، قيل: لأقربائهم من المسلمين، وقيل: لأهل بدعتهم، وذكر في كتابه «الناسخ والمنسوخ» تحريم ذبائحهم عن أصحابنا، أو أكثرهم.

قال أبو الحسن السبكي ـ ﷺ ـ في «الحلبيات»: لا شك أن أبا منصور من القائلين بالتكفير ودعواه الإجماع، أمَّا أن يكون لعدم اعتداده بالخلاف

وهو قد نقله، وأمَّا أنه يحمل على قطعه بتكفير بعض الطوائف، وهذا لا شك فيه أن مِنَ الفرق من لا يتردد في كفره فيه، ومنهم من لا يتردد في عدم كفره، ومنهم من هو محل الخلاف، فإذا حمل دعواه الإجماع على الغلاة من كل فرقة صحَّ، غير أنه أطلق المعتزلة، والمختار عدم تكفيرهم إلا من قال: بالقدر على القول الذي يقول به مَعْبَدِ الْجُهَنِيِّ، وإلا من قال: الله سبحانه لا يعلم الأشياء قبل وقوعها، وما أشبه ذلك، ولا شك في كفر هؤلاء، وأمَّا بقية بدع المعتزلة كخلق القرآن، وقد أطبق السلف منهم الأئمة الأربعة على تكفيرهم، والمتأخرون من أصحابنا ومن المالكية يرون عدم التكفير بذلك، وتأول البيهقي قول السلف بأن مرادهم كفر دون كفر، وليس هو الكفر المخرج عن الملة، ووافقه النووي وغلاة الروافض منهم الغرائبة، ولا شك في كفرهم.

وأصحابنا وغيرهم يطلقون الخلاف في التكفير، ويختارون عدمه، ونحن نوافقهم على ذلك، وعلى الإطلاق المذكور، ونستعظم القول بالتكفير، ثم بين ذلك واحتياج القول بالتكفير إلى أمور، وأنه مع الصعوبة من جهة ما قدمه يتطرق إليه شيء آخر، وهو أن غالب الفرق عوام لا يعرفون الاعتقاد، وإنما يحبون مذهبنا ينتمون إليه من غير إحاطة بكنهه، فلو أقدمنا على تكفيرهم جرَّ ذلك فسادًا عظيمًا باطلًا، وبهذا يجاب عن قول النووي: لو كان المراد الكفر المخرج عن الملة لقتلوا وقوتلوا، ويجاب بأن ذلك إنما لم يقع لعدم تعينه، وإن كان يحكم من حيث الجملة على من اعتقد ذلك،. ولا ينكر إذا حصل شرطه.

قال أبو منصور: ولا إشكال لذي لب في تكفير الكرامية مجسمة خراسان في قولهم: إنه تعالى جسم وله حد ونهاية من تحته، وإنه مماس لعرشه، وإنه محل الحوادث وإنه يحدث فيه قوله وإرادته.

قال أبو الحسن: ولا خلاف أن أهل البدع إذا لم نقل بتكفيرهم فُسَّاق، ولا خلاف أنهم آثمون مخطئون، إلا على قول القاضي العنبري البصري: وقد خرق الإجماع في ذلك وابتدع القول بأنهم مصيبون، بمعنى نفي الإثم لا بمعنى مطابقة الاعتقاد، ولا خلاف في رد شهادتهم إذا قلنا بتكفيرهم، وأمَّا إذا قلنا

……

بفسقهم دون كفرهم ففيه خلاف وتفصيل، انتهى.

ويخرج من هذا قبول شهادة جمع ممن يحكم بفسقهم.

ومنها: قول الرَّافِعِي: ووافق أبو حنيفة الفرقة الأولى، ومالك الثانية، وأحمد رد شهادة ثلاثة أصناف. . . . .إلى آخره فيه نظر، إلا أن تكون الرواية قد اختلفت عنهم لما سأذكره من نقل «الْحَاوِي» وغيره عنهم رحمهم الله، وأحسن المَاوَرْدِي في كلامه على المسألة فنورده ملخصًا وإن تكرر، قال بعد قول «المختصر»: ولا رد شهادة الرجل من أهل الأهواء إذا كان لا يشهد لموافقه بتصديقه، وقبول يمينه، هذا فصل اختلط كلام الأصحاب فيه ممن تفرد بالفقه دون أصوله، فنقول: من تدين بمعتقد من جميع الناس صنفان: من لا ينطلق عليهم اسم الإسلام وهم الكفار، وحكمهم ظاهر، ومن ينطلق عليهم اسمه، وهم ثلاثة أقسام: موافق، ومتبع، ومخالف.

فالموافق: من اعتقد الحق وعمل به، والمتبع: من عمل بالحق ولم يخالف في المعتقد كالمقلد من العامة للعلماء، فإن قلّد في الفروع فهو فرصة أو في أصول التوحيد، فمن جوَّز التقليد فيها جعله عدلًا في معتقده وعمله، ومن منعه جعله مقصرًا في معتقده، وعدالته معتبرة بسكون نفسه وبفوزها، فإن سكنت إلى صحة التقليد لم يخرج عن العدالة، وإن تفرق منه خرجت من العدالة، ثم تكلم على المخالف في العمل ثم قال: وأمَّا الفروع فالخلاف في الآراء المنتحلة على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما اعتقد به تكفير مخالفه، وإباحة ماله ودمه كمن يرى من الخوارج بمولاتهم لأبي بكر وعمر ﵄ تكفير جميع الأمة، وكالغلاة يرون بمعتقدهم في عليٍّ تكفير جميع الأمة، ثم يرى الفريقان بهذا المعتقد أن دار الإسلام دار إباحة في قتل رجالها، وسبي ذراريها، وغنيمة أموالها، فيحكم بكفر من هذا اعتقاده من الفريقين.

والضرب الثاني: من يعتقد تكفير مخالفه ولا يرى استباحة دمه، فينظر أن

....

تقديراته لتكفير الصدر الأول من الصحابة والتابعين لهم بإحسان، حكم بكفره لرده على قوله تعالى: ﴿لَقَدْ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الفتح: ١٨] وعلى قول رسوله ﷺ: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم»(١) وإن لم يكفروا الصدر الأول، واعتقدوا إيمانهم، وانفردوا بتكفير أهل عصرهم فهم أهل ضلال يحكم بفسقهم دون كفرهم، وتسقط عدالتهم، وترد شهادتهم بالفسق.

والضرب الثالث: أن يبتدع رأيًا لا يعتقد به تكفير مخالفه، وهو ضربان:

أحدهما: أن يرتكب فيه الهوى ولا يتمسك فيه بتأويل، فهو ضال بحكم فسقه، ورد شهادته، وسن عمر ﷺ في ضبيع، وكان من أهل المدينة يطوف بها ويسأل عن الشبهات ويميل للمخالفة، فأمر به فضرب بالجريد وشُهِّر بالمدينة ونُفي عنها.

وقال الشَّافِعِي في بعض أهل الأهواء: استن فيه سنة عمر في ضبيع.

والضرب الثاني: أنه يتمسك فيما ابتدعه بتأويل فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالف به الإجماع، إمَّا يدفع ما اعتقده الإجماع، وإمَّا أن يدفع بمعتقده الإجماع فينظر، إن خالف فيه إجماع الصحابة ضل به، وحُكم بفسقه، ورد شهادته، وإن خالف به إجماع غيرهم، فإن كان ممن يقول بأن الإجماع هو إجماع الصحابة دون غيرهم أو يعتقد استحالة إجماع غيرهم لتباعد أوطارهم كان على عدالته وقبول شهادته، وإن كان ممن يقول بإجماع كل عصر فسق لمخالفته الإجماع وردت شهادته.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٤٠٤، رقم ٣٢٤٠٧)، وأحمد (١/ ٤٣٤، رقم ٤١٣٠)، والبخاري (٢/ ٩٣٨، رقم ٢٥٠٩)، ومسلم (٤/ ١٩٦٢، رقم ٢٥٣٣)، والترمذي (٥/ ٦٩٥، رقم ٣٨٥٩) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٢/ ٧٩١، رقم ٢٣٦٢). والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٩٤، رقم ٦٠٣١)، وأبو يعلى (٩/ ٤٠، رقم ٥١٠٣)، وابن حبان (١٦/ ٢٠٥، رقم ٧٢٢٢)، والبيهقي (١٠/ ٤٥، رقم ١٩٦٩٦)، والطبراني (١٠/ ١٦٥، رقم ١٠٣٣٨).

....

والضرب الثاني: أن يخالف بمعتقده الإجماع فهو على ضربين:

أحدهما: أن تفضي به المخالفة إلى القدح في الصحابة، وهو على ضربين: سب، وجرح، فإن كان سبًا فُسق به وعُزِّر من أجله، وإن كان القدح جرحًا نسب به بعضهم إلى فسق وضلال، فإن كان من العشرة المشهود لهم بالجنة صار باعتقاده فسقه فاسقًا، مردود الشهادة، وإن لم يكن من العشرة نظر، فإن كان من أهل بيعة الرضوان صار بتفسيق أحدهم فاسقًا؛ لأن الله تعالى أخبر بالرضى عنهم، وإن لم يكن منهم فإن كان قبل تنازع الصحابة في قتال الجمل وصفين صار بتفسيقه فاسقًا مردود الشهادة، وإن دخل في المتنازعين في ذلك فقد اختلف أهل العلم من أصحابنا وغيرهم في تنازعهم، هل نقلهم عن الحكم المتقدم فيهم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أكثرهم: إنه لم ينقلهم عنه، وهم على عدالتهم ظاهرًا وباطنًا استدامة لحكم الصحبة فيهم، ومن فَسَّق أحدهم كان بتفسيقه فاسقًا.

والثاني: إنهم بعد التنازع صاروا كغيرهم من أهل الأعصار عدولًا في الظاهر دون الباطن، وزال عنهم القطع بعدالتهم في الظاهر والباطن، فلا تقبل شهادة أحدهم إلا بعد الكشف عن عدالته الباطنة، ومن فَسَّق أحدهم لم يفسق بتفسيقه، وكان على عدالته وقبول شهادته.

قلت: هذا الوجه منكر من القول والله أعلم.

والضرب الثاني: ألَّا تفضي به المخالفة إلى القدح في الصحابة، فينظر إن أفضت به المخالفة إلى البغي على إمامه بمشاقته وخلع طاعته لشبهة تأول بها فساد إمامته، فله حالان: **أحدهما**: أن يكف عن القتال فيكون على عدالته وقبول شهادته، **والثاني**: أن يقاتل أهل العدل فإن بدأهم به فسق وردت شهادته؛ لتعديه بالقتال مع خطأه في الاعتقاد، وإن بدؤوه فدفع عن نفسه فينظر إن دُعي إلى الطاعة ليكف عنهم فامتنع منها فسق، وإن بدؤوه بالقتال من غير استدعاء إلى الطاعة لم يفسق بقتاله؛ لأنه دافع عن نفسه فتقبل شهادته، وإن لم تفض المخالفة

إلى البغي فله حالان: أن تفضي به المخالفة إلى منابذة مخالفيه بالتحزب والتعصب، فينظر إن بدأ بها ليستطيل على مخالفيه فذلك فسق ترد به شهادته، وإن استدفع بها منابذة خصومه، فإن وجد إلى دفعهم بغير المنابذة سبيلًا بالمنابذة صار سفيهًا مردود الشهادة، وإن لم يجد إلى دفعهم بغيرها سبيلًا فإن لم يستضر بها والصبر عليها كأن يفعلها سفهًا مردود الشهادة، وإن استضر بها كان في دفعها بالمقابلة على عدالته وقبول شهادته، وإن لم تفض به المخالفة إلى المنابذة فإن كان ممن يعتقد تصديق موافقته في دعاويهم ويشهد لهم بها على خصومهم كالخطابية فهو ساقط العدالة مردود الشهادة، وإن كان ممن لا يعتقد تصديق موافقته على مخالفيه ويتحفظ في الشهادة لهم وعليهم، وهم صنفان: منهم من يرى المعاصي شركًا، وأهل الوعيد يجعلونها خلودًا، أو صنف يرون تخفيفها في أرجائها وتفويضها، وكلا الصنفين في العدالة وقبول الشهادة سواء.

قال: فصار هذا التفصيل مفضيًا إلى قبول شهادة أهل الأهواء والبدع بستة شروط: أن يكون ما انتحلوه بتأويل سائغ، وألَّا يدفعه إجماع منعقد، وألَّا يفضي إلى القدح في الصحابة، وألَّا يقاتل عليه ولا ينابذنفيه، وألَّا يرى تصديق موافقه على مخالفه، وأن تكون أفعالهم مرضية وتحفظ في الشهادة ظاهرًا، هذا حكم ما يتعلق بالنِّحَل.

وأمَّا الاختلاف في الفروع ثلاثة أضرب:

الأول: ما ضل به فإن خالف إجماع الخاصة دون العامة؛ كالإجماع على أن لا ميراث لقاتل، ولا وصية لوارث، وألَّا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، فالمخالف فيه ضال يحكم بفسقه وردت شهادته.

والثاني: ما أخطأ فيه وهو ما شد الخلاف فيه كاستباحة المتعة، وبيع الدينار بالدينارين نقد، أو مسح الرجلين في الوضوء، وقطع السارق من المنكب فيحكم بخطئه لظهور الدليل على فساد رأيه، ولا يبلغ به حد الضلال للشبهة المعترضة في احتماله، فتقبل شهادته.

……

والثالث: ما ساغ من الخلاف وهو أسهل الاختلاف في الدين، وجميعهم على العدالة وقبول الشهادة، هذا تفصيل مذهب الشَّافِعِي في عدالة المختلفين في الأصول والفروع، وأنه لم تقبل شهادة جميعهم ولا رد شهادة جميعهم حسب ما فصَّلناه على ما اقتضاه مذهبه، وأوجبته أصوله، وخالفه فيها أبو حنيفة ومالك، فخفف أبو حنيفة الأمر فيها وأجاز شهادة كل من انطلق عليه اسم الإسلام، واعتبر العدالة بالأفعال دون الاعتقاد، وشدد مالك الأمر فيها ورد شهادة جميعهم، واقتصر بالعدالة على أهل الحق، وكل واحد من قوليهما مدفوع بما أوضحناه من دلائل القبول، والرد هذا ملخص من كلامه على طوله.

وقال شيخه الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية» بعد نقله عن مالك وأبي حنيفة نحو ما ذكره المَاوَرْدِي عنهما في أهل الأهواء: وأجازهم الشَّافِعِي إذا كانوا عدولًا، وإن غلطناهم في معتقدهم إلا الخطابية وبين صفتهم، ثم قال: فأمَّا شهادة من كفر السلف أو فسقهم، وزعم أن أبا بكر وعمر - ﭬ - لم يكونا أهلًا للخلافة فلا تقبل شهادتهم؛ لأن قائل هذا مخالف للكتاب والسنة والإجماع، فأمَّا من فضَّل بعضهم وقدَّم قومًا على قوم في قبول الشهادة وإن غلطناه، وأمَّا من زعم أن جبريل غلط بالوحي على علي ﭬ إلى رسول الله ﷺ وهم طائفة يسمون الغرابية فهو مباح الدَّم، وكذا من زعم أن الله لا يعلم الشيء حتى يكون فهو كافر، انتهى.

قلت: وحمل الشيخ أبو حامد ومن تبعه قول الشَّافِعِي: ولا أرد شهادة أحد من أهل الأهواء على الهوى في الأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد، وقال أنه ظاهر كلامه؛ لأنه قال في جملة كلامه: لم ترد الشهادة بشيء من التأويل إذا كان له وجه يحتمله، ثم عطف فقال: وكذلك أهل الأهواء، فثبت أنه أراد أهل الأهواء الذين يذهبون إلى تأويل محتمل، وقد نصَّ على أنه لا تقبل شهادة الخوارج والقدرية، انتهى المقصود من كلامه.

ونحوه قول الْفُورَانِي في «العمد»: ومن كان من أهل الأهواء له تأويل محتمل قبلت شهادته المسألة.

وقال صاحب «التَّرْغِيب» بعد ذكره اختلاف الأصحاب: وعندي أن الغالي

في التعصب من أهل الأهواء لا تقبل شهادته؛ لأنه يستجيز سفك دم مبغضه، فكيف لا يستجيز أن يشهد زورًا، انتهى.

ومنها: قال أبو إسحاق المروزي: من قال: أن الإمامة كانت لعلي بعد النبي ﷺ دون غيره ردت شهادته؛ لأنه خالف الإجماع، ومن نفى إمامة أبي بكر أو قال: كان ظالمًا فقد كفر.

قال في «الْبَحْر»: قال القاضي أبو الطيب: وهذا لم يذكره في «الشرح» وإن كان صحيحًا فهو مخالف للنص على أن من شتم قومًا بتأويل لا ترد به شهادتهم وأراد به هؤلاء.

قلت: في كونه أراد به هؤلاء نظر وقد صرَّح في «الشامل» و«البيان» و«الذَّخَائِر» قال: ما حكي عنه في «الشرح» وصرَّح القاضي وغيره بما قدمناه.

وقال الشيخ الموفق الحنبلي في «المغني»: الفسق نوعان:

أحدهما: من حيث الأفعال ولا نعلم خلافًا في رد شهادته.

والثاني: من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة، فيوجب رد الشهادة، وبه قال: مالك، ثم حكى عن الشيخ أبي حامد أن من سب القرابة كالخوارج أو الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة، وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء، قال: وقال أحمد: ما تعجبني شهادة الجهمية، والرافضة، والقدرية المعلنة، ثم حكى خلاف الناس، ثم استدل للرد مطلقًا فقال: إمَّا أنه أحد نوعي الفسق فردت به الشهادة كالنوع الآخر، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية، ومعنى وهذا منه دال على الاتفاق على تسميتهم بالفُساق وأن الراجح عندهم خلاف ما حكاه الرَّافِعِي عن أحمد ﷺ.

فَائِدَةٌ: قال المتولي في صلاة الجماعة: المبتدع الذي لا يكفره هل يقطع بأنه من أهل النار أم لا؟ ظاهر المذهب وعليه يدل كلام الشَّافِعِي - ﷺ - أن ذلك معصية من جملة المعاصي، وحاله في المتشبه كسائر العصاة، ومن أصحاب من قال: يقطع بأنه من أهل النار لحديث **«إياكم والحدث في الدين،**

لَا مُغَفَّلٍ لَا يَضْبِطُ، ....

فإن كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار»(١) فقطع بأن الضلالة في النار، انتهى لفظه. وهذا الوجه شاذ بل غلط فاحش.

فَائِدَةٌ: قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: هنا قال أبو علي زاهر ابن أحمد السرخسي: لما قرب أجل أبي حسن الأشعري - ﷺ - في داري ببغداد دعاني فأتيته فقال: اشهد علي أني لا أكفر أحدًا من أهل هذه القبلة؛ لأن الكل يشيرون إلى معبود واحد وإنما هذا كله اختلاف العبارات، انتهى.

فائدة: قال ابن عبد السلام في «القواعد»: إذا تفاوت الحاكم في الفسوق قدمنا أقلهم فسوقًا، ولو كانت العدالة في شهود الحاكم فهذا فيه وقفة من جهة أن مصلحة المدعي معارضة بمفسدة المدعى عليه، والمختار أنها لا تقبل؛ لأن الأصل عدم الحقوق المتعلقة بالذمة والأبدان والظاهر مما في الأيدي أنه لأربابها، انتهى.

ولم أر لأصحابنا في هذا كلامًا وظاهر كلامهم المنع كما اختاره وقد يستشكل من جهة تعطيل غالب الحقوق وذكر ابن أبي زيد المالكي إذا قعدت العدالة وعمَّ الفسوق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل، انتهى.

وما قاله غير بعيد من النظر، ويحتمل أن يقال: ينظر إلى ما يغلب على ظن الحاكم في الحادثة ويعمل به بعد التقصي أن معظم الأحكام مبنية على الظنون، ويحتمل أن يفرق بين فسق وفسق، ثم من كان فاسقًا في دينه ولكنه صادق اللهجة لم يؤثر عنه الكذب بعيد من شهادة الزور اعتمده للضرورة، ومن كان فسقه لكذبه في كلامه وبُعده من الصدق لخسة نفسه ودناءتها لم يعتمده لقربه من شهادة الزور، لعمري أن أكثر شهود عصرنا غير مرضيين وإن كان ظاهرهم العدالة والله أعلم.

قال: (**لَا مُغَفَّلٍ لَا يَضْبِطُ**) أي: فلا تقبل شهادته؛ لعدم الوثوق بقوله،

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣١٠، رقم ١٤٣٧٣)، ومسلم (٢/ ٥٩٢، رقم ٨٦٧)، والنسائي (٣/ ١٨٨، رقم ١٥٧٨)، وابن ماجه (١/ ١٧، رقم ٤٥).

....

واقتضى إطلاقه عدم قبوله مطلقًا، وهو المنقول عن العراقيين، وظاهر نص «المختصر» وعليه جرى الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» ويجوز أن يحمل كلام «المنهاج» على من لا يحفظ شيئًا أصلًا فلا يكون مخالفًا لما سنذكره، وكان المحرر أخذه من قول «التهذيب»، ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ شيئًا، ثم قال: وكذا شهادة من يكثر الغلط؛ لأنه لا يؤمن وتقبل شهادة من نقل منه الغلط وإن شهد من يكثر الغلط مفسرًا بأن بين الوقت والمكان الذي تحمل الشهادة فيه بحيث زالت الريبة عن شهادته تقبل، وتبعه الرَّافِعِي فقال: ولا تقبل شهادة من يكثر غلطه، وأمَّا الغلط القليل فإنه لا يقدح في الشهادة؛ لأن أحدًا من الناس لا يسلم منه.

قال الإمام: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة فيحوج إلى الاستقصاء كما مر في «أدب القضاء» انتهى.

وعبارة «النهاية»: ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة وإن كانوا عدولًا فيتعين الاستفصال، ولذا الاستفصال مقصودًا في نفسه، وإنما الغرض تبين تثبتهم في الشهادة التي أقاموها، وهذا كشف سرٍّ يُغتبط الفقيه به، انتهى.

وجرى عليه الغزالي في «الْبَسِيط» وقد يظهر بالتأمل تفاوت بين عبارة الْبَغَوِي والرافعي.

وقال في «البيان»: إن كان السهو والغلط من الشاهد نادرًا قبلت شهادته، وإن كان يكثر منه السهو والغلط وهو الذي يسمى المغفل لم تقبل شهادته؛ لأن في قبولها تضييعًا للحقوق؛ لأنه لا يؤمن غلطه وسهوه على ما هو الأغلب من أمره هل نقل أصحابنا العراقيين، وقال الخراسانيون: تقبل شهادة المغفل إن كانت مفسرة، مثل أن يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا أقر له به، أو اقترض منه وما أشبهه، ولا تقبل شهادته إذا كانت غير مفسرة مثل أن يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا وكذا فلا تقبل، انتهى.

وعبارة الإمام في رد شهادة المغفل على ما ذكر ابن الرِّفْعَة، وهذا إذا

……

أطلق الشهادة فلو أتى بها مفصلة، ووصف المكان والزمان وتأنق في ذكر الأوصاف فالشافعي قد يقبلها، فإنه إذا فصلها وهو عدل لا يظن به اعتماد الكذب.

قال ابن الرِّفْعَة وهذا ما أورده الْفُورَانِي والمسعودي والغزالي.

قلت: وعبارة الإمام في أوائل الشهادات الثانية بعد قول «المختصر» ومن لا يعرف بكثرة الغلط والغفلة إلى آخره العدل المغفل ليس مردود الشهادة على الإطلاق وليس مقبولها على الإطلاق، ولكن كل ما نقلت على القلب غفلته فيه فشهادته مردودة فيه، وذلك الشهادة المرسلة، فأمَّا الشهادة المفصلة إذا امتحناها الرجل عدل فلم يضرب فهي مقبولة؛ إذ ليست الغفلة معنى يقتضي الرد عمومًا بخلاف الفسق، انتهى.

ثم ذكر ما يقارب حكاية ابن الرِّفْعَة، لكن لم يقل قد يقبلها.

وعبارة «الْبَسِيط» كالنهاية، وعبارة «عمد» الْفُورَانِي: ومن عرف بكثرة الغلط لا تقبل شهادته حتى يفسر فيقول: أقر فلان لفلان فقال: لفلان علي ألف وما أشبه ذلك، وذكر نحوها في الإبانة، فحصل ما ذكره صور إحداها أن المغفل الذي لا يحفظ شيئًا لا تقبل شهادته كما قاله الْبَغَوِي واقتضاه كلام «المحرر» و«المنهاج» وغيرهما، وإيراد الرَّافِعِي يفهم أن التفصيل فيه.

الثانية: إن كان الأغلب منه الضبط والحفظ فهو مقبول، فإن غلط في شيء ردَّ غلطه فيه وقيل في غيره.

الثالثة: إن كان الأغلب منه الغلط والنسيان، وبعضهم يقول: من كثر ذلك منه، والظاهر أن المراد به الأكثرية لا مطلق الكثرة، فتكون الصورة واحدة فهذا ما فيه التفصيل وعبارة الإمام والْبَغَوِي: إنه لا بدَّ من التفصيل على الوجه المتقدم الذي أورده ابن الرِّفْعَة، وعبارة «البيان» و«العمد» و«الْبَسِيط» وغيرهما لا تقتضي اشتراط ذلك، بل يكفي ما تقدم ذكره من غير حاجة إلى ذكر زمان ومكان، وأحسب المراد واحد، وإنما اختلفت العبارة والغرض أن يظهر

وَلَا مُبَادِرٍ.

للحاكم انتفاء السهو والغلط منه في الموافقة.

الرابعة: لو تعادل غلطه وضبطه فلم أر فيه شيئًا، والظاهر أنه كمن غلب عليه الغلط، وتشمله عبارة من يقول: من كثر غلطه والله أعلم.

قال: (**وَلَا مُبَادِرٍ**) من أسباب التهمة الحرص على الشهادة بالمبادرة كما سنصفه في شهادة الحسبة، فحيث لا تجوز المبادرة لا تقبل شهادته للتهمة، فإن كانت المبادرة قبل الدعوى لم تسمع قطعًا أو على المشهور، وكذا إن شهد بعد الدعوى وقبل أن يستشهد على أصح الوجهين للتهمة.

تنبيهات وفُرُوعٌ:

أحدها: ثبت في «الصحيحين» من حديث عمران بن الحصين أنه ﷺ قال في معرض الذم لمن يأتي بعد القرون التي ذكرناها «**خير القرون ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون**»(١).

وثبت في «صحيح» مسلم حديث زيد بن خالد الجهني أنه ﷺ قال: «**أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا**»(٢) فجميع الأئمة من الحديثين يحمل الثاني على ما يجوز المبادرة إليه، وهو شهادة الحسبة إذ قد تستحب المبادرة في صور وتجب في صور، وتجوز في صور لا يعسر استخراجها على الفطن، وحملوا الأول على ما لا تجوز المبادرة إليه، ومنهم من حمل الحديث الثاني على ما تعلمه دون غيره، ولو لم يظهره لضاع حكم من أحكام الدين وقاعدة من قواعد الشرع، أو على الشهادة في الأمانة

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٤٢٧، رقم ١٩٨٤٨)، والبخاري (٢/ ٩٣٨، رقم ٢٥٠٨) ومسلم (٤/ ١٩٦٤، رقم ٢٥٣٥)، وأبو داود (٤/ ٢١٤ رقم ٤٦٥٧)، والترمذي (٤/ ٥٠٠ رقم ٢٢٢٢) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ١٧، رقم ٣٨٠٩).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٢٠، رقم ١٤٠١)، وعبد الرزاق (٨/ ٣٦٤، رقم ١٥٥٥٧)، وأحمد (٥/ ١٩٣، رقم ٢١٧٢٩)، ومسلم (٣/ ١٣٤٤، رقم ١٧١٩)، وأبو داود (٣/ ٣٠٤، رقم ٣٥٩٦)، والترمذي (٤/ ٥٤٤، رقم ٢٢٩٥)، وابن حبان (١١/ ٤٧٠، رقم ٥٠٧٩) والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٩٤، رقم ٦٠٢٩).

....

والحقوق تكون لليتيم والمجنون والزكاة والكفارة، فإن الشهادة تسمع عندنا كما قال ابن الرِّفْعَة قبل الاستشهاد كما صرَّح به المَاوَرْدِي والروياني وقالا: إنه يندب إلى ذلك، انتهى.

هذا ممنوع في الشهادة للصبي والمجنون كما سيأتي، نعم طريقه أن يعلم الولي أو الحاكم بما عنده من ذلك فإذا سئل عنه شهد به وحمل بعضهم **الأول**: على الكاذب في شهادته إذ في الحديث المذكور: **«ثم يفشو الكذب»** **والثاني**: على سرعة إجابة الشاهد إذا استشهد فلا يمنعها ولا يؤخرها.

الثاني: قال الرَّافِعِي: وإذا رددنا شهادة المبادر ففي صيرورته مجروحًا وجهان: أشبههما: المنع، ويحكى القطع عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه وظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق، ويؤيده أن القاضي أبا سعد قال: الوجهان مبنيان على أن المبادرة من الكبائر أو الصغائر، لكن منهم من يفهم كلامه وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة منه إذا أعادها، الغزالي يقول في «الوسيط» في باب دعوى الدَّم في وجه: لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلة الفسق، وعلى وجهٍ تقبل وفي وجه إن تاب عن المبادرة فتقبل، وفي «التهذيب»: إنا إذا قلنا يصير مجروحًا فلا يشترط استبراء الحال حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل، فأشهر ذلك بكون الخلاف في تلك الشهادة لا غير، انتهى.

والوجه: عدم جرح من جهل منعه المبادرة، فإنه مما يخفى على غالب الناس، وقد يبادر الجاهل تأثمًا، وأمَّا بناء أبي سعد فيشبه أن يحمل على أن المبادرة هل تعطي حكم الصغيرة أو حكم الكبيرة بالنسبة إلى الرد والقبول لو أعادها، أو شهد غيرها، لا أن مجرد المبادرة من كبائر الذنوب.

وقد صرَّح المَاوَرْدِي قبيل باب من تقبل شهادتهم: إن ذلك مكروهٌ لا غير نعم صرَّح الإمام في أوائل الدعاوى بأنه لو ادَّعى ألفًا فشهدت له البينة بألفين لم يثبت الألف الزائد وفي ثبوت الألف المدعى به وجهان فإن لم يثبت ورددنا الشهادة فاختلف الأصحاب في جرح الشهود فعلى وجه ترد شهادتهم عمومًا

....

وفي كتاب الإقرار من «التهذيب» نحو ما ذكره الإمام، وقول الرَّافِعِي: لكن منهم من يفهم كلامه إلى آخره، هو ما صرح به القاضي الحسين في كتاب «الإقرار» حيث قال: لا خلاف أنه لا يصير مجروحًا في غير تلك القضية، وفي تلك القضية وجهان: وذكر الإمام مثله هناك، فقال: هل يصير مجروحًا في تلك القضية منهم من قال: لا؛ لأن ما جرى منه لم يحرم عدالته، بدليل قبوله في سائر القضايا سوى هذه، وهذا ما لم يختلف فيه المحققون، لكن شهادته مردودة لانعدام الدعوى، ثم قال: وهذا هو القياس الذي لا تعارض فيه ومنهم من قال: يصير مجروحًا في تلك القضية، فحصل في المسألة طريقان.

قلت: لو قيل: لو علم أنه بادر لرد، وأن لا شاهد في القضية يسد مسده، وإن الحق يضيع بمبادرته كانت المبادرة كبيرة؛ لأنه تسبب بها إلى ضياع الحق أو استحلال محرم مع علمه بالحال.

الثالث: في «النهاية» في باب الشهادة على الجناية في سماع الشهادة في حقوق الآدميين من القصاص والمال قبل الدعوى أوجه: ثالثها: إن كان صاحب الحق جاهلًا سمعت وإلا فلا، والمذهب منها، والأصح كما قاله في كتاب السرقة: عدم السماع، وسبق هناك أن في سماعها قبل الدعوى ثلاثة أوجه:

أحدها: تسمع إذا كان ولي الدَّم طفلًا أو غائبًا لا أن يكون بالغًا حاضرًا.

والثاني: تسمع إذا لم يعرف الولي شهوده، ولا تسمع إذا عرفتهم وهذا ما قبله جعلهما القاضي أبو الطيب وجهًا واحدًا.

وثالثها: قال المَاوَرْدِي، وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة والجمهور: إنها تسمع في الدماء خاصة دون غيرها فلا تسمع إلا بعد الدعوى، وفرق بوجهين: تغليظ الدماء على غيرها، وبأنها من حقوق المقتول يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه فجاز للحاكم أن ينوب عنه في سماع الشهادة قبل دعوى أوليائه قال: ويجيء على هذا التعليل أن يسمعها في ديون الميت

……

دون ديون الحي، وهذا قد حكاه الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ عن أبي إسحاق، وعلى التعليل الأول لا يسمعها في ديون حي ولا ميت، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: إذا كانت الشهادة لميت في الدين أو لغير مكلف قبلت قبل الاستشهاد، وإن كانت لحي على فعل كالبيع لم تسمع في أظهر الوجهين، وإن كانت في مال أو ما يؤول إلى مال فهل تسمع؟ وجهان فإن قلنا: لا تقبل فإن كان في قذف أو قتل وجهان، وقيل: يجوز لمن لا يعلم أن له عنده شهادة ولا يجوز لمن يعلم، انتهى.

وما نسبه الْمَاوَرْدِي إلى الجمهور جعله الرَّافِعِي هناك وجهًا ضعيفًا، وأن ظاهر المذهب أنها لا تقبل في حقوق الآدميين المحضة قبل الدعوى أصلًا.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: تقبل شهادة من أجنبي، وجلس في زاوية أو نحوها مستخفيًا لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص إذ الحاجة قد تدعو إليه بأن يقر الخصم في الخلوة دون الخلوة، وعن مالك: إن المشهود عليه إن كان جلدًا لا ينخدع قبلت هذه الشهادة وإلا فلا، وحكى الْفُورَانِي عنه أن شهادة المختبئ لا تقبل أصلًا، وأن للشافعي قولًا قديمًا مثله، وأن على المذهب الصحيح يستحب أن يخبر الخصم: إني شهدت عليك، حتى لا يتبادر إلى تكذيبه إذا شهد فيعزره الحاكم، انتهى.

وما ذكره عن الْفُورَانِي ذكر القاضي الحسين مثله عن مالك وعن «القديم».

وقال شُرَيْح الرُّويَانِي: تقبل شهادة المختبئ وهو ناظر يسمع إقرار المقر ويراه، وهل يكره ذلك؟ وجهان فإن قلنا: لا يكره فهل يندب؟ فيه وجهان: وجه الندب: إحياء الحق، ووجه المنع: أن فيه نوع تعزير، وإذا لم ير المقر ولم يسمع صوته لم يجز أن يشهد عليه، وقال في باب العلم بالشهادة: وتحمل الشهادة في مجلس التوسط جائز، ويجب أداؤها وفي شهادة المختبئ قولان، انتهى.

وقال الصَّيْمَرِيّ في «شرح الكفاية»: شهادة المختبئ عن المقر تسمع إقراره وتراه، والمقر لا يسمع جائزة عندنا، لكن لا يقول: أشهدني، بل أشهد عليه

بكيت وكيت، ولكن لو علم الشاهد أن ذلك خرج منه مخرج المزح أو الجواب لرد كلامه لم يسمعه أن يشهد، انتهى وسيأتي المَاوَرْدِي نحوه.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق: ولو قال رجلان لثالث: توسط لنتحاسب ونتصادق على ألا تشهد علينا بما جرى، فهذا الشرط لاغ، وله بل عليه أن يشهد بما علم، وسياق كلامه يفهم أنه لا يجري القول القديم، وخلاف مالك في المختبئ هنا وظاهر كلام «عمد» الْفُورَانِي في جريان ذلك هاهنا.

وقال الصَّيْمَرِيّ: لو قال رجل لشاهد: أخبرك بما جرى بيني وبين فلان على أنك لا تشهد على ما أقول، فأجابه أو سكت عنه فأقر عنده بما يوجب الشهادة عليه وسعه عندنا أن يشهد عليه، لكن لا يقول: أشهدني على نفسه أشهد عليه بكذا وكذا.

تتمات: نقل الْعِمْرَانِي في «البيان» القول القديم في المختبئ، ثم قال: والمشهور الأول كما لو شهد المختفي بالقتل والغصب فإنه يقبل بلا خلاف، وذكر في «الزوائد» عن رواية الطبري عن أبي إسحاق أنه قال: لا يجوز أن يشهد على الشخص ما أشهده على نفسه عنه، وسواء في ذلك بين أن يقر بين يديه بدين أو عين أو يراه يعقد عقد بيع أو إجارة ويسمع كلامه أو يراه، وقد قتل شخصًا أو جرحه أو أتلف ماله، انتهى.

وعن أبي إسحاق اشتراط ذلك في الشهادة على الإقرار والسكوت عما عداه، وعليه جرى «المهذب» والمذهب خلافه.

قال المَاوَرْدِي في باب الشهادة على الشهادة: هل يفتقر الإقرار إلى الاسترعاء بأن يقول المقر: أشهد على أن لفلان علي كذا؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: نعم، وظاهر مذهب الشَّافِعِي أن تحمل الإقرار صحيح وإن تجرد عن الاسترعاء والشهادة به جائزة، فعلى هذا إذا اختبأ الشاهد حتى يسمع إقرار المقر أن لزيد علي ألفًا، والمقر غير عالم بحضور الشاهد، وسماعه له أن يتحمل هذه الشهادة ويشهد بها على المقر إلا أن يكون في المقر غفلة يتم بها

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ

عليه الحيلة والخداع فلا يصح تحمل الشهادة من المختبئ حتى يراه المقر أو يعلم به، وسوى أبو حنيفة بين ذي الغفلة وغيره في صحة التحمل عنه، والفرق بينهما أولى لتمام الحيلة عن الغافل وانتفائها عن الضابط.

وفي «الْبَحْر» أن صاحب «الْحَاوِي» قال: عند الشَّافِعِي وذكر التفصيل بين المغفل وغيره.

قال الرُّويَانِي: وهذا أصح عندي.

قال المَاوَرْدِي: والأصح عندي من إطلاق الوجهين في وجوب الاسترعاء أن يعتبر حال الإقرار، فإن اقترن به قول أو أمارة تدل على الوجوب استغنى عن تحمله عن الاسترعاء بالقول أن يقول له: علي ألف درهم بحق واجب، والأمارة أن يحضر المقر عند الشاهد ليشهده على نفسه فيعلم بشاهد الحال أنه إقرار بواجب، وإن تجرد الإقرار عما يدل على الوجوب من قول أو أمارة افتقر إلى الاسترعاء ولم يصح تحمل الشهادة على إطلاقه، انتهى.

وتبعه في «الْبَحْر» وستأتي المسألة بزيادة في محلها إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى، وَفِيمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ**) أي: لا يتأثر له برضا الآدمي، أي: (**كَطَلَاقٍ**) أي: بائن أو رجعي وكذا الخلع ليثبت الفراق لا المال كما نقله الإمام والغزالي وغيرهما، وأطلق الْبَغَوِي القول بمنع شهادة الحسبة فيه، وسنعيد المسألة لغرض.

قال: (**وَعِتْقٍ**) أي: عبدًا كان المعتق أو أمة خلافًا لأبي حنيفة في العبد، وفي «روضة الحكام»: المذهب قبول شهادة الحسبة في عتق العبد، وحكى جدي وجهًا أنها لا تقبل، وليس بمذهب، انتهى.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وتقبل شهادة الحسبة عندي في الطلاق إذا كان الزوجان ينكران ذلك، وتقبل على عتق العبد والأمة إذا كان السيد والمملوك ينكران العتق، انتهى.

وهي تفهم أنه لو ادعت الزوجة الطلاق أو الرقيق العتق ليس له أن يؤدي

وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ، وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا، وَحَدٍّ لَهُ، ....

حسبة من غير طلب منه، وإليه يرشد قول الإمام، والمعني بشهادة الحسبة شهادة من غير تقدم دعوى.

قال: **(وَعَفْوٍ عَنْ قِصَاصٍ)** أي: على الصحيح، وقيل: لا؛ لأن الطباع تميل إلى الحياة، وفي ترك القاتل الدعوى تهمة في الشهود، ويخرج من هذا التوجه أنه لو جن مطبقًا عقب القتل أو العفو أو كان أخرس لا يفهم فإن القتل قطعًا.

قال: **(وَبَقَاءِ عِدَّةٍ وَانْقِضَائِهَا)** قلت: ومن ذلك تحريم الرضاع والمصاهرة والبلوغ والإسلام والكفر، والزكوات والكفارات، والوقوف والوصايا العامة، ومنه وقف مسجد أو خان سبيل أو مقبرة أو بما أخذ من خشب مسجد أو أرضه ونحو ذلك.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: قبولها بالسفه، وللقاضي الحجر عليه في غيبته؛ لأنه يتعلق به حقوق الله تعالى، وسبق في الأقضية على قبولها في التعديل والجرح وفيه فوائد.

قال: **(وَحَدٍّ لَهُ)** أي: كالزنا والشرب وقطع الطريق وكذلك السرقة على الصحيح، قال الرَّافِعِي: لكن الأولى فيها الستر.

قلت: وقع في ذلك اضطراب سبق مع تفصيل في الاستحباب، وأطلق الرَّافِعِي في باب حد الزنا أن أصح الوجهين: أنه لا يستحب كتمان الشهادة كيلا يتعطل.

وقال المَاوَرْدِي: إن هذا فيما إذا لم يتعلق بترك الشهادة إيجاب حد على الغير، فإن تعلق كمن شهد عليه ثلاثة بالزنا فيجب على الرابع الأداء ويأثم بالتوقف، وتبعه الرُّويَانِي وأمثلة هذا كثيرة، وهل من هذا لو كان قد شتمه بما يوجب التعزير وطلبه المشتوم وعلم عدلان وقوع ذلك منه لمعاينة أو إقرار منه هل يلزمهما الأداء كحماية لظهر الشاتم؟ الظاهر نعم إذا دعاهما للأداء، ويلزمهما أن يعلماه بما عندهما من الشهادة إن كان جاهلًا بها.

وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال: (**وَكَذَا النَّسَبُ عَلَى الصَّحِيحِ**) لأنه يتعلق بحقوق الله تعالى كالطلاق والعتاق.

وقال القاضي الحسين: لا تقبل، وصححه الغزالي في «الوجيز» عند الكلام في الشهادة على المنتقبة، وجزم به في «الْبَسِيط» هناك، وقال إمامه: المسألة محتملة، ولم يرجح شيئًا.

قال الرَّافِعِي: وتقبل في الاستيلاد.

قال في «التهذيب»: ولا تقبل في التدبير وتعليق العتق، وكان شيخي والقاضي يقول: تقبل كالاستيلاد.

قال الرَّافِعِي: كان الفرق عند من فرق أن الاستيلاد يفضي إلى العتق لا محالة، وهما بخلافه، انتهى.

ولا خفاء أن الكلام في الشهادة بهما حال حياته وقبل وجود الصفة، أما لو كانت بعد موت المدبر وبعد وجود الصفة قبلت لا محالة، فإن ادعى الوارث أو المعلق زوال الملك ثم عوده فعليه البينة إذ الأصل عدمه هذا ما ظهر لي.

ورأيت عن «تعليق» القاضي الحسين وفي الشهادة بالتدبير وجهين.

فَائِدَةٌ: وقع في «أصل الرَّوْضَة»: ومنه العتق والاستيلاد دون التدبير، وتقبل في العتق بالتدبير، وهذه الزيادة ـ أعني قوله: وتقبل في العتق بالتدبير ـ لم يصرح بها الرَّافِعِي هنا، وكأنه أخذها من الفرق السابق.

فَرْعٌ: لا تقبل شهادة الحسبة في الكتابة، فإن أدى النجم الأخير شهدوا على العتق، قال: القاضي الحسين: ويجب أن يُشهد من شاهد إذا النجم الأخير ووجود الصفة لأجل ما شاهده بالعتق حسب.

قال في «الرَّوْضَة»: ولا تقبل في شراء القريب، ولا في الوقف على جهة خاصة على الأصح فيهما، انتهى.

والمراد بالجهة الخاصة الوقف على معين، والرافعي تبع في نقل الوجهين

....

في شراء القريب الغزالي، والذي في «تعليق» القاضي الحسين: إن الظاهر من المذهب أنها لا تقبل ويحتمل أن يقال: تسمع، انتهى.

ولعل هذا الاحتمال للمعلق لا للقاضي، ولا تقبل في شراء الأب من غير ذي دعوى وإن كان عقد عتاقته، أن المقصود منه التملك ثم العتق يترتب عليه، هكذا ذكره القاضي.

وحكى الإمام عن القاضي الجزم بعدم القبول، ثم قال: وفي القلب منه شيء، وليس يبعد أن يقول: تثبت بشهادة الحسبة، والأوجه ما ذكره القاضي، فإن العوض ركن في البيع، فلو أثبتناه لأثبتنا العوض من غير دعوى، ولو أثبتنا العتق من غير مال لكان هذا إجحافًا وليس كالخلع، فإن العوض غير مقصود فيه، ولست أبعد في الخلع ثبوت المال تبعًا حتى لا يتعطل حق الزوج بالكلية، ولا أبعد أن يثبت الطلاق ولا يثبت المال كما لو خالع الرجل محجوره بالسفه، انتهى لفظه.

وأما الوقف على معين ففي «الوسيط» و«الْبَسِيط» أن الصحيح فيه عدم القبول.

وعبارة «النهاية»: وإن كان الوقف على معينين.

فإن قلنا: الملك في الرقبة لله تعالى، فالذي قطع به الصيدلاني أن شهادة الحسبة تقبل من غير دعوى من الموقوف عليه، والذي ذهب إليه معظم الأصحاب خلاف ذلك، فإن الغالب على هذا الوقف حقوق خاصة معلقة بأشخاص، فيبعد قبول شهادة الحسبة فيها، انتهى.

وأطلق الرَّافِعِي حكاية عن الصيدلاني القول بالقبول، وهو ما أورده الرُّويَانِي في «جمع الجوامع» و«الحلية» وهو المختار بناء على ما تقدم أن المذهب أنه لا يشترط القبول فيه خلافًا للإمام ومن تبعه؛ لأنه تحرز بلفظ الواقف كالعتق ومآله إلى الجهات العامة.

وفي «تعليقي» القاضي الحسين والْبَغَوِي واللفظ له: إنه يبنى على أنه هل

....

تثبت بشاهد ويمين وبرجل وامرأتين؟ إن قلنا: تثبت، فلا تقبل كما في المال، وإن قلنا: لا تثبت، تقبل كما قلنا: في الوقف على عامة المسلمين والرباطات، ويشبه أن يبنى على قبول المعين إن قلنا: يشترط لم تسمع وإلا سمعت.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: احترز المصنف بقوله حقوق الله عن حقوق الآدمي، وسبق ما يخرج منه خمسة أوجه، وقال الرَّافِعِي: المذهب المشهور المنع مطلقًا، وقال المَاوَرْدِي: الجمهور على قبولها خاصة في الدماء خاصة، ويقرب أن يقال: إن كان للدم مستحق معين لم تسمع وإلا سمعت.

ومنها: ما تسمع فيه شهادة الحسبة فيه وجهان، والمنع محكي عن الْقَفَّال ومقابله عن القاضي الحسين، ولعله في غير الحدود أما حدود الله تعالى فقد قال ابن الصباغ وغيره: إنه لا تسمع الدعوى فيها إذا لم يتعلق للآدمي بها حق؛ لأنه يستحب سترها، وهذا التقليد قد يرشد إلى أن محل الخلاف إذا كان الستر مستحبًا، أما إذا قلنا: لا بل للمصلحة في الأداء كما سبق فتسمع.

قال الرَّافِعِي: وشهود الحسبة بالزنا يجيؤون إلى القاضي ويقولون: نشهد على فلان بكذا فأحضره لنشهد عليه، فإن جاءوا وقالوا: إن فلانًا زنا فهم قذفه، انتهى.

فإن كان هذا فيما إذا اقتصر على ذلك فواضح، وإن وصلوا: ونحن نشهد عليه فأحضره، ففيه وقفة وقال المَاوَرْدِي قبيل كتاب الشهادات: كل حق لله تعالى لا يتعلق به حق آدمي لا تصح الدعوى فيه ولا يلزم الجواب عنه كحد الزنا وشرب الخمر، وقد يشير إلى أن الخلاف في غير الحدود قول «التهذيب» في هل تسمع دعوى الحسبة فيما تقبل فيه شهادة الحسبة مثل أن يدعي على رجل أنه طلق زوجته أو أعتق عبده أو وقف داره؟ قيل: لا تسمع؛ لأن ثبوته بالبينة لا بها أن يشهد حسبة فلا ضرورة إلى الدعوى، وكان شيخي يقول: تسمع؛ لأنه يطلب بالدعوى إقراره وربما لا يكون له عليه بينة، انتهى.

……

وهذا يشبه في الصور الممثل بها ونحوها.

ومنها: قال الرَّافِعِي: وفي «الفتاوى» للقفال: إنه لو جاء رجلان وشهدا أن فلانًا أخو فلانة من الرضاع لم يكف حتى يقولا ، وهو يريد أن ينكحها وأنه لو شهد اثنان بالطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم جاء آخران يشهدا بأخوة الرضاع بين المتناكحين لم تقبل إذ لا فائدة لها في الحال ولا عبرة بقولهما : نشهد لئلا يتناكحان من بعده، وأن الشهادة على أنه أعتق إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترق من أعتقه.

قال الرَّافِعِي: وهذه الصورة تفهم أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة، ورأيت في «فتاوى» القَفَّال عقب مسألة الرضاع: وأما الوالد إذا جاء وقال بين بنتي وفلان خاطبها رضاع ينظر إن كان قد شهد الولي قبل ظهور العضل منه قبلت شهادته، وإن كان قد خطبها الرجل بعضلها ثم جاء وشهد لم تقبل شهادته، وعلى هذا إذا جاء رجلان وشهدا أن هذا يوم العيد فإن لم يكونا أكلا قبلت شهادتهما، وإن كانا قد أكلا لم تقبل، انتهى.

ومنها: في «روضة الحكام»: إذا أنكر الزوجان الطلاق قبلت شهادة الحسبة، وكذا في سائر المسائل، ولو ادعت أنه طلقها وأقامت بينة، ثم رجعت عن الدعوى وكذبت البينة حكى جدي عن بعض أصحابنا فيه وجهين: أحدهما: تسقط شهادة الشهود؛ لأن بينتها مضافة إلى دعواها فتسقط بتكذيبها والأصح أنها مقبولة في الابتداء من غير دعواها.

فَرْعٌ: قال القاضي الحسين: لو شهدوا بأن هذه الدار للمسجد الجامع أو بأن للمسجد الجامع في ذمته كذا هل تسمع هذه الشهادة أم لا؟ فيه جوابان بناء على أنه إذا أقر للحمل بمال مطلقًا هل يقبل؟ وفيه قولان ووجه الشبه أنه لا يتصور المعاملة بينه وبين الحمل كما لا يتصور أن يعامل المسجد، وكذا الخلاف لو أقر بأن هذه الدار التي في يدي للمسجد.

قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره من جريان الجوابين في قول الشاهدين: نشهد بأن

هذه الدار ملك لهذا الرجل، فأقر بأنها ملك للمسجد نظر؛ لأن كونه ملكه يمنع صحة إقراره بها للمطلق التصرف فكيف للمسجد، انتهى وهذا كلام مضطرب.

فَرْعٌ: في شهادة الأخرس المعقولة قولان عن تخريج ابن سُرَيْج أصحهما في «الروضتين»: إنها لا تقبل.

قال الرَّافِعِي: وهو الأظهر عند الأكثرين منهم: ابن القاص والشيخ أبو حامد.

قال ابن الرِّفْعَة: وحكاه الْبَنْدَنِيجِي في باب حد الزنا عن النص.

وقال هو والماوردي: إنه المذهب، وقاله المَاوَرْدِي في الأقضية، وقال في اللعان: إنه الذي عليه جمهور أصحابنا، قال: وهما في ذلك متبعان لطريقة أبي حامد، فإن هذه طريقته، والثاني: يقبل وهو المشهور عن ابن سُرَيْج.

وقال الحناطي: إنه المذهب وأبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد» أنه ظاهر المذهب والجرجاني في «الشافي» أنه الصحيح وهو المذكور في «الْحَاوِي» في مواضع وصححه في «التَّنْبِيه» موافقة للحناطي وشيخه القاضي أبي الطيب فإنه حكاه في «الحدود» عن رواية ابن المنذر عن الـمُزَنِيّ عن مذهب الشَّافِعِي، وقال هنا: إنه حكاه ابن المنذر عن الـمُزَنِيّ، وإني سمعت أبا عبد الله الحناطي أنه المذهب، وأن أبا العباس قال: لا تسمع وكان رجلًا حافظًا لكتب الشَّافِعِي وكتب أبي العباس. وذكر الـمُزَنِيّ المسألة في«الجامع الكبير»، وذكر أن الذي يجيء على قياس قول الشَّافِعِي أن شهادته تصح كما في نكاحه، ولم أجد للشافعي فيه نصًّا، وإنما وجدت هذا في كلام الـمُزَنِيّ، وهو أعلم بمذهب الشَّافِعِي وما تقتضيه أصوله من غيره، وقولهم: إن به حاجة إلى العقود دون الشهادة لا تصح؛ لأنه يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في العقود وإن لم تدعُ الحاجة إليه، وقد يتعين عليه شهادة قبل الخرس فتدعو الحاجة إلى سماعها منه.

قلت: وكذا بعد الخرس بأن يعاين قتلًا أو غصبًا وغيرهما ولا يتم النصاب إلا به والمختار القبول؛ لأن عبارته المفهومة تقوم مقام تعلقه في أحكامه.

وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ، ....

قال: (**وَمَتَى حَكَمَ بِشَاهِدَيْنِ فَبَانَا كَافِرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ**) أي: أو امرأتين.

(**نَقَضَهُ هُوَ وَغَيْرُهُ**) لأنه تيقن بالخطأ في الحكم كما لو حكم باجتهاده ثم بان النص بخلافه، فإن قيل: شهادة العبد مختلف فيها فلم ينقض الحكم في محل الخلاف والاجتهاد أجيب بأن الفرض فيمن لا يعتقد جواز الحكم بشهادة العبد وحكم ظانًّا حريتهما، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، وأيضًا فإنما لا ينقض الحكم إذا لم يخالف القياس الجلي وهذا يخالفه؛ لأن العبد ناقص في الولاية وسائر الأحكام فكانت الشهادة في معناها كذا أجاب ابن الصباغ وغيره، وتبعهما الرَّافِعِي، وقال القاضي الرُّويَانِي: لا فرق بين أن يكون الحاكم يرى قبول شهادة هؤلاء أو لا، وسبق عن شُرَيْح أنه قال في «روضته»: وإذا بان له أنه قضى بشهادة عبدين ينقضه، وقيل لا ينقض؛ لأنه مختلف فيه، وقيل: إن كان الحاكم الذي حكم يذهب إلى جواز شهادتهما لم ينقض، انتهى.

وأصح الأوجه التفصيل خلافًا للروايتين، فإن قلت: يلزم مما ذكرته أنه لو كان الحاكم يرى قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أو في الوصية وغير ذلك مما أجاز بعض العلماء شهادتهم فيه أنه إذا حكم بشهادتهم من يراها، ثم رفعت إلى غيره ممن لا يراها أنه لا ينقضها؛ لأنه حكم في محل الاجتهاد.

قلت: لم أرَ فيه شيئًا، وظاهر كلام الرَّافِعِي وجماعة النقض مطلقًا إذ لم يستثنوا إلا مسألة العبد، وحينئذ يمكن أن يفرق بضعف مأخذ القول بقبول شهادة الكفار لمخالفته ظواهر النصوص بخلاف العبد، فإن الخلاف فيهم متماسك جدًا وهم من أهل الرواية والفتيا بخلاف الكفار ويحتمل أن يقال: بالتزامه؛ لأنه موضع اجتهاد ثم رأيت شريحًا الرُّويَانِي: إنه إذا حكم الحنفي بشهادة أهل الذمة هل ينقض؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الرد بالنص يعني قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ﴾ [الحجرات: ٦].

……

والثاني: لا ينقض لقوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] لكن هذا فيما إذا حكم بهما عالمًا بحالهما، أما لو حكم بهما ظانًا إسلامهما فهل يختلف الحال؟ هذا موضع نظر كما قدمناه.

تَنْبِيهَاتٌ: لو حكم بمن ظنهما رجلين فبانا خنثيين، ثم علم بذلك قبل اتضاح حالهما هل يكون كما لو بانا امرأتين لو يقال: يوقف الأمر على تبين حالهما لم أرَ فيه نصًا والظاهر الأول؛ لأن من شرط الحكم فيما يظهر العلم بذكورتهما عند الحكم، فإن صح هذا فلم يطلع على خنوثتهما إلا بعد اتضاح ذكورة بعضه أيضًا لفقدان الشرط المذكور، ويحتمل ألا يشترط ذلك، ويكفي الظن فعلى هذا يظهر عدم النقض، ويحتمل أن يخرج على ما لو اقتدى بخنثى ظانًا ذكورته، ثم بانت ذكورته من بعد هل يقضي؟

إن قلنا: نعم، وهو الأظهر نقض الحكم هاهنا وإلا فلا، وربما سبق في شهود النكاح شيء من هذا، وينبغي أن ينظر هل بانت الذكورة بقولهما أو غيره وقد لا يفرقه.

قال الإمام والغزالي: والمعني بالنقض إنا نتبين أن القضاء لم ينفذ وتظهر ثمرة هذا في العوائد الحادثة من العين المحكوم بها من وقت الحكم إلى أن يقضي فتكون لرب العين.

وقال الرُّويَانِي: إذا بان الرق المذهب أنه يقف على النقض، وما ذكره أخذه من قول المَاوَرْدِي أنهما إذا بانا كافرين لم تحتج إلي، أي: بل بذلك وقوعه باطلًا، وأما إذا بانا عبدين فوجهان مبنيان على أن الاختلاف في شهادة العبد لماذا ردت هل بنص أو إجماع عن ظاهر أو اجتهاد ظاهر؟

فمن جعل دليله النص أو الإجماع جعله باطلًا لا يفتقر إلى الحكم بنقضه، لكن على الحاكم أن يظهر بطلانه، ومن جعل دليله قوة الاجتهاد في شواهده جعله موقوفًا على الحكم بنقضه وهو مذهب الشَّافِعِي رضي الله عنه؛ لأنه قال: من بعد: وَرَدُّ شَهَادَةِ الْعَبْدِ إِنَّمَا هُوَ بِتَأْوِيلٍ.

وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال المَاوَرْدِي: وَلَيْسَ بِتَحْرِيفِ السِّجِلِّ نَقْضًا لِلْحُكْمِ حَتَّى يَنْقُضَهُ بِالْحُكْمِ قَوْلًا، وَوَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُسَجِّلَ بِالنَّقْضِ كَمَا أَسْجَلَ بِالْحُكْمِ لِيَكُونَ السِّجِلُّ الثَّانِي مُبْطِلًا لِلسِّجِلِّ الْأَوَّلِ، كَمَا صَارَ الْحُكْمُ الثَّانِي نَاقِضًا لِلْحُكْمِ الْأَوَّلِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ أَسْجَلَ الْحُكْمَ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِسْجَالَ بِالنَّقْضِ، وَإِنْ كَانَ الْإِسْجَالُ بِهِ أَوْلَى.

قال: ولو كان ذلك في عقد نكاح عقد بشهادتهما افتقر إلى حكم الحاكم بنقضه؛ لأن مالكًا يجيز عقد النكاح بغير شهود إذا أعلن به، وهل يحتاج في نقض الحكم بشهادة الفاسق إلى الحكم به قال ابن الرِّفْعَة، قال المَاوَرْدِي: نعم حكي ذلك فيما ثبت النكاح بشهادتهما ثم ظهر فسقهما، وقال إنه لا ينتقض بمجرد فسقهم، انتهى.

وما أطلقه فيما إذا بانا كافرين لعل محله إذا كان من حكم بشهادتهما يرى بطلانها، أما لو كان ممن يراها ثم رفع حكمه إلى من يرى بطلانه فالظاهر افتقاره إلى النقض كما لو بانا عبدين.

قال: (**وَكَذَا فَاسِقَانِ فِي الْأَظْهَرِ**) كسائر من سبق وبل أولى؛ لأن اعتبار العدالة منصوص عليه في غير آية، والثاني: لا ينقض؛ لأن فسقهم إنما يعرف ببينة تقوم به، وعدالة تلك البينة إنما تدرك بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وقيل: ينقض قولًا واحدًا، وعزاها المَاوَرْدِي وغيره إلى الجمهور، وأن ذلك مذهب الشَّافِعِي لا يختلف قوله فيه، وأنه المنصوص عليه في جميع كتبه، وصححهما الرُّويَانِي وغيره وهي الحق البين، ومنعوا التخريج وتخريج الرَّافِعِي طريقة القولين ضعيف.

قال الشَّافِعِي في «الأم»: بل القاضي بشهادة الفاسق أبين خطأ من القاضي بشهادة العبد وذلك أن الله تعالى قال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقال ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وليس الفاسق واحدًا من هذين فمن قضى بشهادته فقد خالف حكم الله ﷻ وعليه رد قضائه، ورد شهادة العبد إنما هو تأويل ليس ببين، واتباع بعض أهل العلم، أي: بخلاف الفاسق فإنه مردود بالنص والإجماع.

……

وقول الثاني: إن فسقهم إنما يدرك بالاجتهاد غير مسلم على الإطلاق، بل قد يعلم يقينًا بأن يعاينهم الحاكم المرفوع إليه الحكم بشهادتهم قبيل شهادتهم على ما يقطع بفسقهم به من الكبائر، وأيضًا فخبر الواحد العدل ينقض به الحكم، وإن لم تدرك عدالته إلا بالاجتهاد.

وقد ذكر الرَّافِعِي أنه لو بان فسق شاهدي النكاح عند عقده طريقتين:

إحداهما: إنا نتبين البطلان؛ لأنه بان فوات شرط العدالة كما لو بانا كافرين أو عبدين.

والثانية: على قولين: قال: وهما كالطريقتين فيما إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين هل ينقض الحكم؟ والأصح تبين البطلان وإن أثبتنا الخلاف فظاهر كلامه ترجيح طريقة القطع بالبطلان وهو ما أورده في «الرَّوْضَة» و«المنهاج» هناك.

فَرْعٌ: لو سمع القاضي شهادة عدلين ثم فسقا قبل الحكم لم يجز الحكم لوقوع الريبة، فإن الفسق مما يخفى غالبًا فربما كانا فاسقين يوم الشهادة، وكذا لو ارتدا على الصحيح، وقيل: لا يمنع الحكم بشهادتهما المسموعة، وقيل: يفرق بين المعلن والمشترك، ولو أديا ثم ماتا أو جنا أو عميا أو خرسا ويجوز تعديلهما بعد حدوثها.

قال الرَّافِعِي: وألحق الـمُزَنِيّ ظهور الفسق والردة بعروض هذه الأحوال، ولم يجعلهما ما تعين من الحكم، ولو فسقا أو ارتدا بعد الحكم والاستيفاء لم يؤثر بحال، وإن وقع ذلك بعد الحكم وقبل الاستيفاء فكرجوع الشاهدين في هذه الحالة وفيه تفصيل وخلاف يأتي، والأصح أنه لا أثر له في المال بل يستوفى ولا يقدر استناد الفسق بعد نفوذ الحكم إلى الماضي.

قال الرَّافِعِي: وأصحاب الطريقة القاطعة بالنقض فيما إذا بان أنه حكم بشهادة فاسقين منهم من ينزل الخلاف على هذه الصورة، انتهى.

وسبق في القضاء على الغائب عن ابْن كَجٍّ وغيره أنه إذا حدث فسق القاضي

……

الكاتب قبل العمل بكتابه أنه لا يمضي من غير فرق بين كتابي الحكم والإشهاد وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالحنث وقيام الفسق به يوم الحكم.

وقال الرَّافِعِي هناك: إنه قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، وتكلمنا معه هناك، وقال ابن الرِّفْعَة هناك إثر قول «التَّنْبِيه»: وإن كان قد حكم لم يبطل وقد بطلت الفرق بينه وبين ما لو فسق الشاهد في الواقعة بعد الحكم بشهادته، فإن في نقض الحكم طريقين:

أحدهما: القطع بعدم النقض وهو نظير ما قالوه هنا، يعني في حكم القاضي.

والثاني: حكاية قولين، وعلى هذا يطلب الفرق، ولكن في الرَّافِعِي أن القاضي ابْن كَجٍّ وذكر ما تقدم وقضية إطلاق ابن الرِّفْعَة نقل الطريقين في الشهود يفهم أنه لا فرق بين أن يقع بعد الحكم بنص أم لا، وإليه يشير فرق ابْن كَجٍّ نعم ينبغي أن يفرق بين بعد العهد وقربه، لكن ابن الرِّفْعَة قال: قبيل باب الإقرار من «الكفاية»: وقد أفهم قول الشيخ: وإن بان أنهما كانا فاسقين عند الحاكم الاحتراز عما إذا بان أن فسقهما حدث بعد الحكم، وقد قال المَاوَرْدِي في هذه الحالة: ينظر فإن كان بعد استيفاء الحق فلا يجوز النقض كان الحق لله تعالى أو لآدمي، وإن كان قبل الاستيفاء فإن كان الحق مالًا أو في معنى المال لم ينقض الحكم أيضًا ويجب استيفاؤه، وإن كان حدًّا لله تعالى سقط بحدوث الفسق فلا يستوفى، وإن كان حدًّا لآدمي أو قصاصًا نفى سقوطه.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: أطلق المصنف وغيره أنه لو بان فسقهما عند الحكم نقضه كما سبق، وقيده القاضي الحسين بما إذا كان الفسق ظاهرًا غير مجتهد فيه، ونزل ابن الرِّفْعَة إطلاق «التَّنْبِيه» عليه، قال القاضي الحسين: أما إذا كان الفسق مجتهدًا فيه فلا خلاف أنه لا ينقض.

قلت: وبسط هذا ما ذكره الْبَغَوِي في «تعليقه» ولو بانا فاسقين بأن شهد

....

شاهدان بفسقهما يوم القضاء لم تقبل شهادتهما مطلقًا حتى تبينا السبب؛ لأنهما ربما يريان ما ليس بفسق فسقًا، ثم ينظر بعد ذلك في الفسق إن كان مجتهدًا فيه مثل شرب النبيذ، فإنه لا ينقض قضاءه الاجتهاد بالاجتهاد، وإن كان الفسق مقطوعًا به كالزنا واللواط وشرب الخمر فهل ينقض قضاءه أم لا؟ فيه قولان إلى آخره، وذكره في «التهذيب» ملخصًا، وفي «شرح مختصر الجويني»: وإذا قضى القاضي فبان في الشهود فسق متقادم مستند إلى حالة القضاء فالمذهب أنه ينقض ذلك الحكم، وإنما ينقض إذا كان هذا الاجتهاد في معرفة فسقهم أجلى وأوضح من ذلك الاجتهاد الذي كان في معرفة عدالتهم عند الحاكم بشهادتهم؛ وذلك لأنه إنما يعرف فسقهم بشهادة الشهود وهو بناء على الظاهر فيحتاج فيه أيضًا إلى الاجتهاد فيشترط أن يكون هذا الاجتهاد أوضح من الأول لئلا ينقض المثل بالمثل هذا لفظ المعتبر في «شرح المختصر» وعلى ذلك جرى الغزالي في «الخلاصة».

ومنها: محل الخلاف عند الإمام والغزالي وغيرهما كما ذكرناه في كتاب القضاء إذا كان المحكوم حاضرًا قادرًا على النطق بحجته أما إذا لم يقدر عليها لصغر أو جنون أو غيبة، فإنه ينقض قولًا واحدًا، وذكرنا هناك فيما أحسب أن كلام غيرهم يقتضي جريان الخلاف في هؤلاء أيضًا.

ومنها: في «فتاوى الْقَفَّال»: إنه إذا حكم له الحاكم نحو شاهدين، فقال: إن الشاهدين كانا كاذبين لزمه أن يرد ما أخذ؛ لأنه أقر أنه أخذه ظلمًا بغير حق، وإن قال: كانا فاسقين وكانا صادقين أو كانا كافرين أو عبدين لا يلزمه رده؛ لأن الحكم قد استقر ويجوز أن يكونا صادقين مع كفرهما ورقهما.

قلت: إن أراد أنه لا يلزمه باطنًا فلا فرق في جميع الصور إن كان يستحقه، وإن أراد ظاهر وهو الظاهر فإن أراد أنه لا يلزمه من غير طلب المحكوم عليه وهو محق في الأخذ فصحيح، وإن أراد أنه لا يلزمه مع طلب المحكوم عليه أو من يقوم مقامه من ولي وحاكم أو قيم وقف فممنوع؛ لأنه اعترف بأخذه من غير طريق صحيح وهو أبلغ من قيام بينة بفسقهما أو كفرهما

....

أو رقهما، ولا يصدق في الاستحقاق باطنًا؛ لأنا لا نعلمه إلا بالطريق التي اعترف ببطلانها.

ومنها: قالا: لو قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين قد بان لي أنهما كانا فاسقين ولم تظهر بينة تشهد بفسقهما، قال الغزالي في «الفتاوى»: إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك قال: ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما وكنت أعرف فسقهما قبل قوله من غير بينة بالإكراه، ولو بان بالبينة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود أو ولدين أو عدوين للمشهود عليه فكذلك ينقض الحكم.

قلت: الفرعان الأولان في «الفتاوى»: وينبغي أن يكون موضع قبول قوله في صورة الإكراه إذا كان الإكراه مما يسوغ الإقدام على ذلك الحكم وإلا فهو معترف على نفسه بالخطأ فلا يتعدى اعترافه إلى غيره إلا أن يقال: إنه لو قال: كنت يوم الحكم فاسقًا، فلم يقع الحكم فبلغه أنه يقبل منه ذلك وينقض حكمه الماضي على الصفة في الظاهر وهو بعيد وينبغي القطع بأنه لا ينقض كما لو قال الشاهد بعد الحكم بقوله: كنت فاسقًا أو عدوًا لمن شهدت عليه يوم القضاء بشهادتي فلا يلتفت إليه والله أعلم.

ومنها: في «القواعد» أنه لو أكره بالقتل على شهادة الزور أو الحكم بباطل، فإن كان مما أكره على الشهادة أو الحكم به قتلًا أو قطع عضو أو إحلال بضع محرم لم تجز الشهادة ولا الحكم، وإن كانت الشهادة أو الحكم بمال لزمه إتلافه حفظًا لمهجته كما يلزمه حفظها بأكل مال الغير، وقال بعد هذا لو أكره على شهادة الزور بالقتل أو بما يؤدي إليه كقطع عضو، فإن كان المشهود به يتضمن قتل نفس معصومة أو زنا أو لواطًا لم تجز الشهادة، وإن كانت الشهادة بغير ذلك جازت لحرمة النفس والإكراه على الحكم كهو على شهادة الزور وصور ـ ﷺ ـ وقت البحث وقوع ذلك في اللواط بأن يكرهه بأن يشهد أن هذا غلامه وهو يعلم أنه إذا شهد له بذلك لاط به بعد استيلائه عليه وكذلك الزنا بالأمة.

وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، ....

قال: **(وَلَوْ شَهِدَ كَافِرٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ ثُمَّ أَعَادَهَا بَعْدَ كَمَالِهِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ)** أي: لعدم تهمتهم بدفع عار الرد بخلاف الفاسق كما سيأتي، وأطلق «المحرر» و«المنهاج» الكافر وهو محمول على من يظهره، أما لو كان بسره ثم أعادها بعد التوبة؛ فالأصح في «الرَّوْضَة» وهو القياس في أصلها عدم القبول، وكذا ينبغي أن يكون حكم كل من يكفره ببدعته إذا رجع عنها وتاب، وإن كان يظهرها من قبل بخلاف الكافر الأصلي كذا خطر لي ولم أر فيه نصًا، لكن في «فتاوى الْقَفَّال»: إن المرتد لو شهد فرد ثم أعادها بعد الإسلام قبلت كالكافر بخلاف الفاسق، وكأنه أراد المرتد المظهر للردة أو يكن يرى أنه لا فرق بين المعلن بالكفر والمسر به.

وقال ابن الرِّفْعَة: إنه لا فرق فيمن ردت شهادته بالكفر ثم أسلم وأعادها بين أن يكون متظاهرًا بكفره أو كاتمًا له، وعن ابْن كَجٍّ حكاية وجهين في قبول شهادة الكافر، وقال الرَّافِعِي: إن قضية كلام الأصحاب تقتضي المنع، انتهى.

وهذا منه يفهم أن المذهب هو عدم الفرق بين المعلن وغيره، فإن صح هذا بقي كلام «المنهاج» وأصله على إطلاقه والمختار ما قدمناه.

فَائِدَةٌ: وذكر في «الْبَسِيط» في باب الرجوع عن الشهادة: إنهم إذا رجعوا وقالوا: تعمدنا الكذب، لم تقبل شهادتهم إلا بعد التوبة ثم بعدها تقبل في غير تلك الواقعة، فلو عادوا وشهدوا وقالوا: كذبنا في الرجوع لم تقبل تلك الشهادة بحال؛ لأن الفاسق مؤاخذ بقوله في إسقاط شهادته، وهذا من أثر الرجوع والتكاذب لا من أثر الفسق حتى يجب طرد ذلك في العبد إذا شهد وكذب نفسه ثم أعاد بعد العتق هذا ما يظهر لي، وإن لم يجر على هذا الوجه بل ما اعتمدناه في رد الشهادة، انتهى.

وقال صاحب «المستعمل»: قال - يعني الشَّافِعِي -: ولو شهد وهو حر بشهادة فإن كان فاسقًا ردت، فإن صلحت حاله فأداها بعينها لم تقبل ولو كان حين أداها عبدًا ليس بفاسق أو صبي أو كافر فردت ثم أعادها وهو ممن تقبل شهادته قبلت، انتهى.

أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا، ....

وقضيته أن موضع قبول المعادة من العبد إذا كان عبدًا عند شهادته الأولى، وإنما ردت للرق فحسب، وهو قضية كلام الأصحاب وإنما أردت البينة عليه.

قال: (**أَوْ فَاسِقٌ تَابَ فَلَا**) أي: لأنه كان يخفي فسقه والرد يظهره فينبغي في دفع عار الرد السابق، وقال المُزَنِيّ في «المنثور» وأبو ثور: تقبل كما لو أعادها الثلاثة قبله.

قال الرَّافِعِي: والفرق من وجهين:

أحدهما: أن العدالة والفسق يدركان بالنظر والاجتهاد، والظاهر من حال المسلم العدالة، لكن القاضي بعد البحث قد يؤدي اجتهاده إلى فسق الشاهد فيحكم بردها، وما يحكم برده لا يحكم بقبوله كعقد أبطله ليس له أن يصححه والعبد والصبي والكافر ليس لهم أهلية الشهادة، وما أتوا به ليس بشهادة حتى تقبل أو ترد ولو علم القاضي حالهم لم يصغ إلى كلامهم، وهذا الفرق هو ما أشار إليه الشَّافِعِي.

والثاني: قال الأصحاب هؤلاء الثلاثة لا يعتبرون بالرد، أما العبد والصبي فنقضهما ليس إليهما، وأما الكافر، فلا يرى كفره نقصًا، بل يفتخر به ولا يبالي برد شهادته لأجله والفاسق يتغير بالرد؛ لأنه يظهر فسقه الذي يسعى في إخفائه ويعتبران بأنه نقض؛ ولأنه يتهم بالكذب والمجازفة إذا ردت شهادته، فإذا أعادها فقد يريد دفع غضاضة الكذب، أو ترى أنه كان القاضي مخطئًا في ظن الفسق به فلما تبين له خلافه قبل شهادته، وقد يتوهم أنه على فسقه لكن أظهر التوبة ليعيد الشهادة ويدفع العار، ومثل هذا لا ينفذ في بلوغ الصبي وما في معناه، فإن كان الفاسق معلنًا بالفسق حين شهد ففي قبول شهادته المعادة بعد التوبة وجهان، والأئمة إلى أنها لا تقبل أميل، واختاره القاضي الرُّويَانِي وينسب إلى ابن أبي هريرة، واختار القاضي أبو الطيب القبول وينسب إلى أبي إسحاق، والوجهان يتخرجان على الفرقين إن قلنا بالثاني فرد شهادته لا يظهر فسقه؛ فإنه ظاهر، وهو غير مبالٍ لا يعده عارًا كالكافر فوجب

....

أن تقبل، وإن قلنا بالأولى فقد جرى الحكم برد شهادته، لكن هذا إنما يتضح أن لو أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها وفيه وجهان الذي ذكره الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام أنه لا يصغي إليها كشهادة العبد والصبي، انتهى لفظه.

تنبيهات ونكت:

منها: قال في «أصل الرَّوْضَة» مختصرًا لكلام الرَّافِعِي في الفاسق المعلن: فلو كان معلنًا بفسقه حين شهد ففي قبول شهادته المعادة وجهان: أصحهما عند الأكثرين: لا تقبل أيضًا، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي إلى شهادته مع ظهور فسقه ثم ردها، وفي الإصغاء وجهان: أصحهما، وبه قال الشيخ أبو محمد واستحسنه الإمام: لا يصغي كشهادة العبد والصبي، انتهى.

فزاد أشياء:

أحدها: إن الرَّافِعِي لم يثبت بصحيح الرد إلى الأكثرين، وإنما أشار إلى ميل الأئمة إليه، ولفظه بقوله: الإمام وسعته ويريدون بها الْقَفَّال والقاضي الحسين ونحوهما من المراوزة لا الأصحاب.

وعبارة «الشرح الصغير» أرجحهما: لا تقبل ولم ينسبه إلى أحد بل قضية ما نسبه إلى الأصحاب من الفرق الثاني القبول كما صرح به في كلامه على تخريج الوجهين على الفرقين.

الثاني: قوله: وإنما يجيء الوجهان، يشعر بنقل ذلك، ولم أر من صرح به، وإنما هو بحث واستنباط من الرَّافِعِي، وغيره أطلق الخلاف من غير فرق بين الإصغاء والرد وعدمهما.

الثالث: قوله: أصحهما وبه قال الشيخ أبو محمد عبارة الرَّافِعِي ما سبق نعم صرح به في «شرحه الصغير» بأنه أظهر وفي «الْبَسِيط» و«الذَّخَائِر» أنه الظاهر، والثاني يصغي ثم يرده زجرًا، وهو بعيد.

قلت: وكلام صاحب «التَّنْبِيه» وغيره من العراقيين يقتضي الإصغاء حيث

....

قالوا فإن شهدوا وكانوا فساقًا عند القاضي لعلمه به أو لقيام بينة به، قال: للمدعي: زدني شهودًا تحسينًا للرد، وبسطت الكلام هنا في «الْغُنْيَة» والصحيح على الجملة عدم الإصغاء إلى شهادة المعلن بفسقه بل يجب الجزم به.

ومنها: حكى الرَّافِعِي عن أخبار القاضي أبي الطيب قبول شهادة المعلن المعادة تبعًا «للشامل» والذي رأيته في «تعليقه» الجزم بعدم الفرق فلعله اختاره في غيره.

قال ابن الرِّفْعَة: وادعى القاضي الحسين في موضع أنه لا خلاف في قبول شهادة المعلن بالفسق المعادة بعد التوبة، وهو قضية التعليل السابق عنه؛ لأن الرد في هذه الحالة لم يكن بالاجتهاد بل ملحق برد شهادة الكافر؛ ولذلك قال المَاوَرْدِي بعدما ذكرناه عن القاضي من التعليل: وقضية هذه العلة سماع شهادة المعلن بالفسق إذا أعادها بعد التوبة ولو قيل به لكان وجهًا، وهذا الكلام منه يقتضي أن المذهب عدم القبول، وقد حكى القاضي الحسين الوجهين في موضع آخر كغيره من المراوزة.

ومنها: في حكم من رد لفسقه ثم أعاد بعد التوبة من رد لطرحه المروءة ثم أعادها بعد التزامه المروءة نص عليه الشَّافِعِي فيهما، وما أحسن قول «التَّنْبِيه»: وإن شهد الفاسق أو من لا مروءة له فردت شهادته وحسنت طريقته، وإنما تلك الشهادة لم تقبل وهل يجيء الوجه الفارق بين المعلن بالفسق وغيره في المعلن بطرح المروءة وغيره؟ فيه نظر.

ورأيت في «روضة الحكام» عكس التفصيل المشهور في الفاسق المعلن ولفظه: وقد قيل: إن كان معلنًا بفسقه لم تقبل، وإن لم يكن معلنًا قبلت، انتهى.

وهو غلط من ناقل أو غيره، ورأيت فيها في باب إعادة الشهادة المردودة أن يكون قد أبطلها ـ يعني لفظًا ـ وقيل: الرد ألا يحكم بها بعد مطالبة المدعي بالحكم بها، وقيل: إذا لم يحكم بها فقد ردها سواء طالبه المدعي بقبولها أم لا، انتهى.

وفي نقل الوجه الأول خلل في النسخة وظننته كما ذكرته، فالله أعلم.

فُرُوعٌ: لو ردت شهادته لعداوة فزالت ثم أعادها لم تقبل على الأصح، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبة بمال أو لعبده بنكاح فردت فأعادها بعد عتقهما، وبالقبول أجاب ابن القاص واقتضى كلام «الشامل» هنا ترجيحه وصححه الفارقي وجزمه ابن أبي عصرون في المكاتب، ومقابله هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال، ويجريان فيما لو شهد شقيقان بعفو نالت قبل عفوهما فردت ثم عفو أرادها، وفيما لو شهد لمورثهما بجراحة غير مندملة فردت ثم أعاداها بعد الاندمال وأجريا فيما شهد بالجراحة قبل الاندمال وهو وارث، ثم حدث للمجروح من يحجبه فأعادها ذكره الْمَاوَرْدِي وغيره.

إذا قلنا: لا تقبل شهادة الحسبة بحق آدمي فأعادها المبادر في محلها.

قال في «الذَّخَائِر»: فأظهر الوجهين قبولها.

وإن قلنا: لا تقبل شهادة الفاسق المعادة، وسيأتي بيان ذلك من كلام الإمام والغزالي.

لو ردت شهادة الفرعين لفسق الأصل ثم تاب فأعادا تلك الشهادة أو أعادها الأصل لم تقبل، وكذا لو شهد على شهادته عين هذين الفرعين قبل أن ترد شهادة هذين أو بعده فجاء فشهدا لا تقبل قاله القاضي الحسين، ونقله الرَّافِعِي عن «أمالي السرخسي».

قال السلمي في كتابه في الخناثى: إذا أقر الخنثى بالذكورة قبل وحكمنا برجولته، وإذا شهد بعد ذلك قيل: ولو شهد بذلك قبل أن يقر بزوال الإشكال فرد فعاد وقال أنا رجل قبل إقراره وحكم برجوليته ولم تقبل شهادته المردودة؛ لأنه متهم في الإقرار ليروج الشهادة كالفاسق يعيدها بعد العدالة للتهمة، ولو شهد فردت شهادته ثم زال إشكاله بعلامة وثبت كونه رجلًا ثم أعاد الشهادة قبل؛ لأنه غير متهم كالعبد يعيدها بعد العتق وسواء زال إشكاله بعلامة قطعية كالإحبال، أو ظنيّة كنبات اللحية ونحوه، أي: إذا جعلناه علامة.

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ، ....

قال: (**وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي غَيْرِهَا**) أي: لعدم التهمة فيها بخلاف المعادة بعد الرد بالفسق.

قال: (**بِشَرْطِ اخْتِبَارِهِ بَعْدَ التَّوْبَةِ مُدَّةً يُظَنُّ بِهَا صِدْقُ تَوْبَتِهِ، وَقَدَّرَهَا الْأَكْثَرُونَ بِسَنَةٍ**) هذا الكلام مسوق لبيان التوبة من المعصية الفعلية كالزنا والسرقة والغصب وغيرها من الكبائر إذا ظهرت على مرتكبها فمجرد إظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول شهادته وعود ولايته؛ لأن التوبة من أعمال القلوب وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته وعود ولايته فلا بدّ من يضمن اختباره مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته وأنه صادق في توبته، وهل تتقدر تلك المدة؟

قال جماعة: لا، وإنما المعتبر حصول غلبة الظن للحاكم بصدقه، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق، ومن صححه القاضي الحسين والإمام والغزالي والعبادي كما قاله الرَّافِعِي وصاحب «التَّرْغِيب» وغيره، واختاره ابن عبد السلام في «القواعد».

وفي «تعليق الْبَغَوِي»: إنه الصحيح وهو المختار كما سيأتي المختار تقريره.

وقال آخرون: تتقدر، فعلى هذا قال الأكثرون، ولم ينقل في «التهذيب» عن الأصحاب سواه، فإن لمضي الفصول الأربعة أثرًا بيِّنًا في تهييج النفوس وانبعاثها لمشتهياتها، فإذا مضت على السلامة أشعر ذلك بحسن السريرة، وأيضًا فإن لها اعتبارًا في الشرع في مدة العنة وحول الزكاة والدية والجزية، وهل السنة تحديد أو تقريب؟ وجهان في «الْحَاوِي».

قلت: والثاني أشبه، وقيل يكفي ستة أشهر لظهور عورة إن كانت، قاله جماعة.

قال الرَّافِعِي: ونسبوه إلى النص.

قلت: ولا يصح عنه، وبه أجاب العبادي في «أدب القضاء» وهو شاذ.

قال القاضي أبو الطيب: ولا معنى له فإنه لم يرد في الشرع التقدير بها في الأحكام، وقضية كلام «الشامل» و«البيان» و«الْحَاوِي»: إنه ليس وجهًا لنا حيث قالوا ومن الناس من قدرها بستة أشهرٍ، ولعل قائله من الأصحاب أخذه من قوله في «الأم»: فلا تقبل شهادته إلا عدة أشهر يختبر فيها ولا يصح الأخذ منه، والأقرب أنه أشار بذلك إلى اعتبار مدة طويلة يظهر فيها صدقه لا أشهرًا معدودة وإلا لاكتفى بثلاثة أو أربعة، وهي معتبرة في مواضع.

وعبارة الدَّارِمِي: والمدة أشهر ونحو ذلك، وحكى إبراهيم المروزي عن اختلاف أصحابنا أربعة أوجه: منهم من قال: سنة، ومنهم من قال: ستة أشهر، ومنهم من قال: شهر واحد، ومنهم من قال: قدر ما يقع في قلب القاضي أرعواؤه عن غيِّه وحسن حاله، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي في كلامه على توبة القاذف: ثم إذا تاب فإنه تقبل شهادته في الحال اللهم إلا إذا كان به فسق سابق سواه فحينئذ لا تقبل شهادته إلا بعد استبراء حاله وحسن طريقته بأن يمضي بتبين القاضي توبته، وذلك إنما يعرف بالعادة، وقد قيل: سنة وقيل: ستة أشهر وقيل: شهران وقيل: شهر واحد، إلا أن الصحيح أنه لا تقدير له لكن إذا استفاض فيما بين الناس توبته وغلب على قلب القاضي، وقيل في القذف وجه آخر أنه يستبرأ حاله كما لو كان فاسقًا قبله.

قال: وقال النَّجَّارِيُّ: يستبرأ حاله خمسين يومًا، يعني حال الفاسق غير القاذف بدليل المتخلفين عن غزوة تبوك فما قبل توبتهما إلا بعد خمسين يومًا، انتهى لفظه.

واشتمل على نقل خمسة أوجه في مسألتنا إذا عرفت هذا فقد قال الإمام في تضعيف التقدير: وكيف الطمع والتقدير لا يثبت إلا توفيقًا.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط»: الاستبراء واجب في جميع الكبائر إذ لو حكمنا بمجرد قول الفاسق ثبت ولصار ذلك ذريعة هينة للفاسق فلا بدّ وأن

....

يراقبه سرًا وجهرًا حتى يتبين لنا اعتداء لإثم، قيل: يتقيد بسنة، وقيل: إنها ستة أشهر، والكل يحكم فقد قال الشَّافِعِي: يسير به أشهرًا فلا ضبط، ويختلف ذلك بالأحوال والأشخاص فرب شخص كتوم يعسر الوقوف على سرائره فيطول استبراؤه، ورب معلن لأسراره لا يتماسك في الإخفاء فيقرب والمراد حصول الظن بالعدالة، انتهى.

وما قاله غاية في الحسن وقوله: فقد قال الشَّافِعِي، يشير به إلى أن النص يدل على عدم التقدير لا عليه كما أشرنا إليه من قبل.

وقال ابن المنذر في شاهد الزور إذا تاب وظهرت توبته: فعلى مذهب الشَّافِعِي والكوفي يجب قبول شهادته إذا أتت على ذلك مدة يظهر في مثلها بتوبته وبه قال أبو ثور، انتهى.

وقال الشَّافِعِي في «الأم» في اختلاف العراقيين: والتوبة مما كان ذنبًا بالفعل مثل الزنا وما أشبهه فبترك الفعل مدة يختبر فيها حتى يكون ذلك معروفًا، وإنما يخرج من الشيء بترك الذي به فيه، انتهى.

فهذا النص لم يذكر فيه أشهرًا بل أحاله على ما يعرف فهذا هو المذهب، وقال ابن عبد السلام في «القواعد»: التقدير بحكم والمختار أن ذلك يختلف باختلاف ما ظهر من التائبين من التلهف والتأسف والتندم والإقبال على الطاعات وحفظ المروءات والتباعد عن المعاصي والمخالفات.

تَنْبِيهَاتٌ: قضية كلام الرَّافِعِي وغيرهما أن المعصية الفعلية إذا ظهرت وجب الاستبراء لا محالة، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي تخصيص ذلك إذا تظاهر بالمعصية أو ظهرت عليه، أما لو تاب أولًا منها وسلم نفسه لإقامة الحد عليه من غير ظهور المعصية، فإنه يعود بعد التوبة إلى حاله قبل المعصية، فإن كان مقبول الشهادة قبل المعصية قبل بعد التوبة ولم يتوقف لاستبراء حاله؛ لأنه لم يظهر التوبة عما كان مستورًا عليه إلا عن صلاح يغني عن الاستبراء، وإن كان غير مقبول قبلها وجب الاستبراء لجواز التصنع به.

……………………………………………………

قول «الْبَسِيط»: الاستبراء واجب في جميع الكبائر، لا يفهم منه أنه لا يجب في الصغائر إذا رددنا بها الشهادة لكثرتها، بل متى حكمنا بفسقه بفعل محرم وجب الاستبراء لوردت شهادته بفعله ما أخل بمروءته من غير المحرمات كما بيناه، فهل يحتاج إلى الاستبراء إذا رجع عنه وأقلع ولزم الصيانة أم لا؟ لم أر فيه تصريحًا إلا قول صاحب «التَّنْبِيه»: ومن ردت شهادته بمعصية غير الكفر أو لنقصان مروءة فتاب لم تقبل شهادته حتى يستمر على التوبة سنة، فصرح بأن من رد لنقصان مروءته إذا ترك ذلك لم يحتج إلى استبراء كالكافر يسلم، والظاهر أنه لا بد منه في الجملة، وحصول غلبة الظن بالعود إلى حفظ المروءة من غير تقدير بأشهر أصلًا.

سبق عن «الذَّخَائِر»: إنا إذا لم نقبل شهادة الحسبة بحق آدمي فأعادها المبادر في محلها فأظهر الوجهين قبولها، وإن قلنا: لا تقبل المعادة كما سبق في الفاسق وجرى استبراء يليق به وهو دون استبراء الفاسق فهل يقبل؟ وجهان، انتهى.

وأخذه من قول «الْبَسِيط» في آخر دعوى الدَّم: فإن قلنا: تقبل المعادة، فلا كلام وإن قلنا: لا تقبل، فلو تاب عن المبادرة إلى الشهادة وجرى استبراء يليق به دون استبراء الفاسق لا محالة فهل تقبل إذا أعاد؟ وجهان، وأصله قول إمامه هناك نقلًا عن الأصحاب أنهم قالوا لو رددنا الشهادة المعادة فالمخلص من ذلك أن يتوب ويذكر أنه لا يعاود مثله، ولا يبادر الشهادة قبل الاستشهاد، ثم الفاسق إذا تاب لا تقبل توبته حتى يستبرأ أشهرًا، قال الأصحاب: هذا المبتدر يستبرأ أيضًا، ولا يبلغ استبراؤه مبلغ استبراء الفاسق يتوب، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وحد القاضي الحسين ذلك في «تعليقه» بيومين أو ثلاثة.

وقال الإمام متصلًا بما قدمته عنه: فإن الغرض يحصل بأن يبين لنا شبهة لإقامة الشهادة في حينها ووقتها، وترك ما يدل على غرضه في التسوف والابتدار، وهذا المسلك، وإن كان ظاهرًا فليس على ما أوثره وأحبه، انتهى.

جزم الْبَغَوِي بأنا إذا قلنا: يصير المبادر مجروحًا بالمبادرة، أنه لا يشترط استبراء حتى لو شهد في حادثة أخرى يسمع، ولو أعاد تلك الشهادة في غير ذلك المجلس تقبل كذا نقلاه عنه وأقراه كما سبق وفيه نظر، والوجه إنا إذا حكمنا بجرحه بالمبادرة أنه يجب الاستبراء.

اعلم أن قول «الْبَسِيط»: فلا بدّ أن يراقبه سرًّا وجهرًا حتى يبين لنا اعتدالًا هو من كلام إمامه ويوافقه كلام غيره إذ الاستبراء مأخوذ من الستر وهو الاختيار، وسبق في فصل الجرح ما قد يشكل على هذا فمنه قول المَاوَرْدِي: لو شهدا بجرحه في سنة أو بلد ثم شهد اثنان بتعديله في سنة بعدها أو في بلد آخر انتقل إليه حكم بتعديله دون جرحه؛ لأنه قد يتوب وينتقل عن الفسق إلى العدالة ويهفو كثير من الناس ثم يستقيموا، وقضية هذا وما سبق معه هناك الاكتفاء بالتعديل الطارئ على الفسق السابق؛ لأنه قد يتوب وهذا حكم بالتعديل بمضي الزمان من غير مراقبة ولا اعتبار غاية ما يقال: إنهم إنما يشهدون بعدالته إذا علموا سبب الجرح وأنه تاب منه وأصلح؛ لأنا نقول الظاهر أنهم بنوا ذلك على الظاهر من حاله من غير مراقبة ولا اختبار؛ لأن من انتقل إلى بلد ولازم فيه سبل التقوى مدة شهد فيه أهل ذلك البلد بالعدالة وقبول الشهادة سواء مضت مدة الاستبراء أم لا إذا لم يروا سوى أمارتها، وأكثر الناس يخفى عليهم اشتراط مدة الاستبراء وأنه سنة على المرجح، وقد نازع الرَّافِعِي فيما سبق في اشتراط تقدم المعرفة في التعديل وحاول تأويله وهو خلاف النص.

وقول الجمهور: وقضية اعتبار مضي سنة أو غيرها كما سبق أنه لا بد أن يعلم القاضي أن المعدلين بعد الفسق السابق المحقق خيروه الاختيار المعتبر هاهنا، ولا سيما إذا كانوا ممن يخفى عليهم اعتبار ذلك وأنه لا يكتفى بإطلاقهم القول بأنه عند انتقاله إلى بلد آخر أو بأنهم عرفوا سبب الجرح وأنه تاب منه هذا ما ظهر لي.

وقضية كلام الْقَفَّال في «الفتاوى» الاكتفاء بمضي زمن الاستبراء من غير اختيار حيث قال: إذا شهد له بدين وأقام الخصم بينة أن المدعي أقر قبل

وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ الْقَوْلُ فَيَقُولُ الْقَاذِفُ قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ.

شهادتها بأنهما فاسقان، فإن كان بين زمن قوله وبين شهادتهما زمان يسير بطلت الشهادة؛ لأنه لا يحتمل حسن الحال فيه، ولو أقام بينة بأن المدعي قال: إنهما شربا الخمر في يوم كذا، وكان ذلك قبل شهادتهما بزمان يسير بطلت شهادتهما، وإن كان يحتمل حسن الحال فيه لم تبطل، وإن أقام البينة على إقرار المدعي مطلقًا بأنهما شربا الخمر فقال المدعي: نعم وقد كان ذلك قبل أداء هذه الشهادة بخمس سنين مثلًا، فالقول قوله ولا يحلف المدعي لهذه الدعوى، انتهى.

وبقي تنبيهات أخرى تأتي آخر الفصل إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ فِي تَوْبَةِ مَعْصِيَةٍ قَوْلِيَّةٍ**) أي: ظهرت عليه.

(**الْقَوْلُ فَيَقُولُ الْقَاذِفُ: قَذْفِي بَاطِلٌ وَأَنَا نَادِمٌ عَلَيْهِ وَلَا أَعُودُ إِلَيْهِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزُّورِ**) فاسق في التوبة من المعاصي الفعلية، والكلام في التوبة من المعصية القولية، أما القذف فقال الرَّافِعِي: لا بد من التوبة عنه بالقول كما أن التوبة عن الردة بكلمتي الشهادة.

قال الشَّافِعِي: والتوبة إكذابه نفسه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفته به لما روي مرفوعًا: «**تَوْبَةُ الْقَاذِفِ إِكْذَابُهُ نَفْسَهُ**»(١).

وقال أبو إسحاق: الجمهور لا يكلف ذلك فإنه قد يكون صادقًا فكيف نأمره بأن يكذب، ولكن يقول: القذف باطل وإني نادم على ما فعلت ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت محقًا في قذفي وقد تبت منه، وما أشبه ذلك.

قال: والخبر محمول على الرجوع والإقرار ببطلان ما صدر منه فإنه نوع إكذاب، وكذلك لفظ الشَّافِعِي، أي: محمول على ذلك.

قال: وقد يعني الشَّافِعِي عقيب ما حكيناه: والتوبة أن يقول: القذف باطل كأنه جعل هذا اللفظ توبة.

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٦/ ٤٣).

....

قال: ولا فرق في ذلك بين القذف على سبيل السب والإيذاء وبين القذف على صورة الشهادة إذا لم يتم العدد وأوجبنا الحد على من شهد، فإن لم يوجبه فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريانه بين يدي القاضي، انتهى.

وقال الْبَنْدَنِيجِي والجرجاني والْبَغَوِي وابن الصباغ واللفظ له: المذهب ما ذهب إليه أبو إسحاق وهو أن يقول: القذف باطل حرام ولا أعود إلى ما قلت، وأما قذف الشهادة إذا قلنا: يجب الحد، فإذا تابوا قبلت شهادتهم والتوبة أن يقول: ندمت على ما كان مني ولا أعود إلى ما أتهم فيه.

وعلى هذا التقسيم جرى الْعِمْرَانِي في «البيان» وظاهر كلامهم أن الصيغة تختلف باختلاف النوعين إلا أن الجرجاني قال في قذف السب يقول: القذف حرام، ولم يذكر لفظة البطلان، ونسب في «الذَّخَائِر» هذا التقسيم إلى العراقيين مطلقًا.

قال الرَّافِعِي: ولا فرق في رد الشهادة وكيفية التوبة بين أن يقذف محصنًا أو غيره حتى لو قذف عند نفسه ترد شهادته ويكفي تحريم القذف سببًا للرد.

قلت: قيد جماعة عد القذف من الكبائر بقذف المحصن وبعضهم بالقذف بالباطل، وكأنهم احترزوا بذلك عما إذا ظهر صدقه كما سيأتي، وسبق عن الْحَلِيمِي: إن قذف الصغيرة والمملوكة والحرة المتهتكة من الصغائر، وما ذكره في المملوكة بعيد بخلاف الطفلة التي لا توطأ بحال، والأشبه إذا قلنا بأنه صغيرة لا يجب الاستبراء عامًا على رأي الجمهور، وهل يجب أو لا يجب أصلًا؟ فيه نظر.

قال الرَّافِعِي: ومن غلط في الشهادة فلا حاجة إلى استبرائه وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط ولا تقبل فيها ما ذكره في «التهذيب».

تتمات وفُرُوعٌ:

أولها: عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة» والجمهور والنص أن

....

يقول: القذف باطل، قال الْفُورَانِي في «العمد» شارحًا للنص ـ أي: قذف الناس باطل ـ: وما كان لي أن أقذف وقد رجعت عما قلت وتبت عنه فلا أعود إليه، وعبارة الجرجاني: القذف حرام، وجمع ابن الصباغ وغيره بين اللفظين كما سبق.

وفي «تعليق الْبَغَوِي» أن يقول: القذف باطل، أو ندمت على ما قلت، أو رجعت عنه، أو لا أعود إليه، ولا يقول: كذبت إلى آخره، وظاهر هذا الاكتفاء بكل واحد مما ذكره فتأمله.

وفي «تعليق المروزي» نحوه وعبر في «المنهاج» بقوله: قذفي باطل، وعبارة الجمهور أَسَدُّ وأبعد من تكذيبه نفسه إذ قد يكون قذفه صحيحًا، وكأن الشيخ قصد الاختصار ويصح ذلك وإن كان صادقًا بمعنى أن الشرع حظره علي ومنعني من التفوه به، وعبارة «الْحَاوِي» في قذف السبب كـ «المنهاج» فقال: أن يقول: قذفي له بالزنا كان باطلًا، ولا يقول: كنت كاذبًا في قذفي، وهل يحتاج أن يقول في التوبة: ولا أعود إلى مثله أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العزم على ترك مثله يغني عنه.

والثاني: لا بد أن يقول: لا أعود إلى مثله؛ لأن القول في هذه التوبة معتبر والعزم ليس بقول، ثم قال: وأما قذف الشهادة فيعتبر في توبتهم من الشروط في قذف السبب أن يقول: قذفي باطل، ولا يحتاج إلى الندم وترك العزم؛ لأنها شهادة في حق الله تعالى، ولا أن يقول: إني كاذب، ولا يقول: لا أعود إلى مثله؛ لأنه لو كمل عدد الشهود لزمه أن يشهد، انتهى.

ثانيها: إذا قلنا بالمذهب فهل يكفيه أن يكذب نفسه كما اعتبره الاصطخري قضية كلام الْفُورَانِي في «العمد»: إنه لا يكفيه حيث قال: اختلف أصحابنا في التوبة منهم من قال: هي أن يكذب نفسه فيقول: كذبت فيما قلت، ومنهم من قال: وهو الأصح: هذا لا يكون توبة؛ لاحتمال صدقه في القذف، لكن التوبة أن يقول: القذف باطل، أي: قذف الناس إلى آخر ما سبق عنه.

وعبارة الرَّافِعِي السابقة تفهم أنه يكفي ذلك ويجوز، ولكن لا نكلفه إياه، والوجه فيه أنه إذا كان صادقًا فيه إنه لا يجوز له أن يقول ذلك وبه صرح الأصحاب؛ لأنه كذب ولا يكفيه، ويصير كما قال المَاوَرْدِي: عاصيًا بكذبه كما كان عاصيًا بقذفه، وإن كان كاذبًا في قذفه جاز له أن يقوله، وهو أبلغ وتجزيه غيره مما سبق.

واعلم أن قول كثيرين عن الاصطخري: إنه لا بد أن يقول: كذبت، يفهم أن ذلك فيمن جهل صدقه وكذبه؛ لأنه قد يكون صادقًا فيكذب بقوله كذبت، وهو معصية أخرى، وصرح بعضهم أن مذهبه أنه لا بد من قوله كذبت، وإن صدق باطنًا؛ لأنه كاذب حكمًا وشرعًا، ولم يحك ابن الرِّفْعَة عنه غيره وهو بعيد جدًا.

ثالثها: قول الرَّافِعِي: ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريانه بين يدي القاضي ظاهر فيمن قذف بحضرة القاضي أو اتصل به قذفه ببينة، أو اعتراف وغير ظاهر فيما إذا لم يتصل بالقاضي أصلًا بل في جواز إتيانه القاضي، وإعلامه له بالقذف بعد لما فيه من الأداء، وإشاعة الفاحشة ويشبه أن يكون مراده القسم الأول، وتأمل قول «البَسِيط» في رده على الاصطخري في اشتراطه تكذيبه نفسه، قال الأصحاب: يقول: ما كنت محقًا بالقذف ولا أعود إليه، وكلام الشَّافِعِي محمول على تكذيبه نفسه في قوله: أنا محق في الإظهار والمجاهرة دون الحجة، انتهى.

وكذا قاله غيره، وسيأتي عنه ما يقتضي أنه يكذب نفسه عند من قذفه بحضرته، ووجهه ظاهر وأنه مع ذلك يستحل المقذوف.

رابعها: قضية إطلاق المصنف وغيره: إنه لا بد في التوبة الظاهرة من القذف أن يقول ما سبق، وهذا ظاهر إذا كان قد اشتهر، أو بلغ المقذوف، أو اتصل بالقاضي، أما لو لم يكن شيء من ذلك بأن قذفه خاليًا مع نفسه بحيث لا يسمعه إلا الله والحفظة، أو عند من لم يفه به، فقد يقال: يكفيه التوبة الباطنة ولا يلزمه التوبة القولية، اللهم إلا أن يوجب عليه إتيان المقذوف وإعلامه به كما سيأتي،

فإن تعذر إعلامه لموته أو غيره فيشبه أن تكفيه التوبة القلبية، وهذا ظاهر إذا قذفه في خلوته كما وصفنا، وقد قال في «القواعد»: إنه صغيرة وهو شبيه بالمعاصي القلبية، وفيما سبق عن «الْبَسِيط»: إشارة إلى أن التصوير فيمن جاهر به.

خامسها: قال الرَّافِعِي ثم إذا تاب بالقول، فهل يستبرأ المدة المذكورة إذا عرف عدلًا إلى أن قذف ينظر إن كان القذف على صورة الشهادة فلا حاجة إليه، وحكى الإمام طريقة أخرى أنه على القولين الآتيين في قذف السب، والظاهر الفرق بأن ذلك فسق مقطوع به والفسق عند الشهادة غير مقطوع به، ولهذا نقل رواية من شهد بالزنا وإن لم يثبت، انتهى.

وما ذكر أنه الظاهر هو المشهور، وذكر القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني: إنه لا خلاف فيه وعلى إيراده اقتصر غيرهم، وهو النص في «الأم» في غير موضع، وعلى هذا من قبلت شهادته بنفس توبته للقاضي أن يقول به تب أقبل شهادتك، كما قال لأبي بكر ﷺ، وأما قبول الرواية من الشاهد، فقال ابن شداد: حكى الشاشي وجهًا أنها لا تقبل قال: وقال صاحب «الْحَاوِي»: إنه الأقيس، انتهى.

والذي رأيته في «الْحَاوِي» هنا الجزم بالقبول أو فرق بتغليظ الشهادة وتخفيف الرواية، والمشهور القبول، وقيل: إنه لا خلاف فيه.

سادسها: قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق، وإن كانت في قذف سب وإيذاء، فظاهر نصه في «المختصر»: إنه لا يشترط الاستبراء وتقبل شهادته في الحال.

قلت: وصححه الشاشي وغيره وجزم به الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وغيرهم.

قال الرَّافِعِي: وعن نصه في «الأم»: إنه يشترط وفيهما طريقان: أشهرهما: إن المسألة على قولين، أصحهما: الاشتراط كقوله تعالى: ﴿وَأَصْلَحُوا۟﴾ [البقرة: ١٦٠] فصار كما في سائر المعاصي قال: ونزلهما منزلون على حالين وذكروا فيه وجوهًا:

....

أحدها: حمل الأول على ما إذا لم يصرح بتكذيب نفسه، وحمل ما في الأم على ما إذا صرح.

والثاني: حمل الأول على ما إذا طال الزمان بعد القذف، وحسنت السيرة ثم تاب، وحمل الثاني على ما إذا لم يطل.

والثالث: حمل الأول على ما إذا جاء شاهدًا، ولم يتم العدد، وحمل الثاني على ما إذا قذف سبًا وإيذاء.

قلت: وفي «روضة شُرَيْح» طرق فعلى طريقة أبي إسحاق لا بد من إصلاح العمل، وقيل: هل تقبل بعد التوبة من غير استبراء؟ فيه قولان، وقيل: إن قال: كذبت فيما قلت وتبت، فلا بدّ من الاستبراء، وإن قال: ما كان يحل لي القذف وتبت، قبل في الحال.

وقال الإمام: الوجه عندنا أنه إذا صرح بتكذيب نفسه فلا تفصيل ولا ترديد قول بل يقطع بالاستبراء، وإن جاء شاهدًا ففي الاستبراء قولان مرتبان على ما إذا جاء قاذفًا، وهذه الصورة أولى بألا يشترط الاستبراء فيها، وتبعه في «البَسِيط» وقال في «الوسيط»: الصواب أن يقال: إن علم ـ أي: القاذف ـ سبًا أن ذلك حرام فهو فاسق فيستبرأ، وإن ظن أن هذا القذف مباح فلا حاجة إلى الاستبراء ويكفي قوله: تبت، انتهى.

ويقال: مثله في الشاهد وأولى، وكذا فيما إذا تبين كذبه في الشهادة كما سيأتي في شاهد الزور، ويحتمل أيضًا أن يفرق بين أن يعلم الشاهد أنه إذا لم يتم النصاب أنه يرد أو لا يعلم وبين علمه بأن شهادته لا تقبل لعداوة ظاهرة ونحوها، فالعالم يلحق بالقاذف سبًّا دون الجاهل.

سابعها: قال الرَّافِعِي: اعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف لا وضوح له، وإلحاقه بالردة تشبيه مجرد لا توجيه مقنع وليس اشتراط كلمتي الشهادة مخصوصًا بالردة القولية، فإن الردة الفعلية كإلقاء المصحف في القاذورات يشترط فيها كلمتا الشهادة أيضًا، وبالجملة فلم يشترط في القول أن يقول: ما

كنت محقًا في قول كذا، ولم يشترط في الفعل أن يقول: ما كنت محقًا في فعل كذا وما السبب الفارق.

قلت: لعله لما أظهر القذف وجاهر به كما سبق حسن أن يجب الرجوع عنه بالقول جبرًا لقلب المقذوف، وصونًا لما انتهكه من عرضه، ألا ترى قول أبي عبد الله الختن لما أخشن له أبو سهل الصعلوكي القول في البحث ظاهرًا ثم اعتذر إليه باطنًا:

جفاءٌ جرى جهرًا إلى الناس وانبسط وعذرٌ أتى سرًا فأكد ما فرط
ومن ظن أن يمحو جليّ جفائه خفيّ اعتذارٍ فهو في غاية الغلط

وأما المعصية الفعلية فالحق في التوبة عنها متمحص لله تعالى فلم يحتج التلفظ بها، إذ العمدة فيها الصدق باطنًا، وذلك المعنى معدوم هنا وأما الرد وكونه لا بد فيها من التلفظ في الحالين ففيه بعد من الشارع، ألا ترى أنه لو كفر بالنية المجردة فلا بدّ من التلفظ بالشهادتين، ولو قذف بقلبه لم يحتج إلى التلفظ ألبتة فيما يعتقده ولو قذف خاليًا فالظاهر أنه لا يحتاج إلى اللفظ أيضًا، ورأيت في فتاوى بعض المتأخرين ما ينازع في القذف خاليًا.

ثامنها: قال الرَّافِعِي: ثم قضية ما قيل في القذف أن تشترط التوبة بالقبول في سائر المعاصي القولية كشهادة الزور والغيبة والنميمة، وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور فقال: التوبة عنها أن يقول: كذبت فيما فعلت ولا أعود إلى مثله قبلت، وصرح الغزالي بذلك في الغيبة كما سيأتي، وهو قضية قول الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين من «الأم»: والتوبة مما كان ذنبًا بالكلام كالقذف وما أشبهه، فالكلام الرجوع عن ذلك والنزوع عنه.

وقال في «البيان»: وإن كانت المعصية شهادة الزور فالتوبة منها أن يقول: كذبت فيما قلت ولا أعود إلى ما قلت، قال الشيخ أبو إسحاق: ويشترط إصلاح العمل على ما ذكرنا ولم يشترط الشيخ أبو حامد وابن الصباغ الإصلاح، انتهى.

....

وحكى وجه غريب أنه لا يشترط في شاهد الزور الاستبراء والمشهور خلافه وبه جزم الرَّافِعِي وغيره، وأما التوبة عنها بالقول فكلام «البيان» يفهم أن أبا حامد وغيره قالوه ويحتمل أن يقال: إن تصمت هتك عرض مسلم وجرحه اعتبر فيها القول كالقذف وإلا فلا.

واعلم أن قضية كلام المصنف والجمهور أنه لا يشترط في قبول شهادته وراء ما سبق شيء آخر.

وفي «الْحَاوِي» في باب ما على القاضي في الخصوم: إنه هل يحتاج إلى النداء عليه بالتوبة من شهادة الزور كما ينادى عند الحاكم بفسقه لأجل ذلك؟ فيه وجهان، وعلى المنع فالفرق أن ظهور التوبة بأفعاله أقوى؛ ولأن في النداء لا يليق بحال العدل.

قلت: وهذا هو الصواب؛ لأنه فضيحة محددة لا دليل عليها، وسنفرد فرعًا في تعزيره وما يتعلق بذلك.

تاسعها: حكى وجه أن من قذف وأتى بالبينة على وفاء المقذوف أنه لا تقبل شهادته إلا بعد التوبة إذا لم يكن له القذف ابتداء، وإن كان صادقًا وله حجة فرد الشهادة وجب بقذفه فلا ترتفع إلا بالتوبة.

قال الرَّافِعِي: والأصح أنها تقبل؛ لأن صدقه قد تبين بالبينة سواء أقامها على نفس الزنا أم على الإقرار به، وبهذا جزم الـمَاوَرْدِي وابن الصباغ وغيرهما.

قال الرَّافِعِي: وكذا الحكم لو اعترف المقذوف وكذا لو قذف زوجته ولاعن.

قلت: وفي تعليل الإمام الوجه الأول ما يرشد إلى أنه لا يجيء في قذف الزوج إذا لاعن بعده، والوجه أنا حيث جوزنا له القذف لا يجيء الخلاف فيه وإلا جاء كغيره أما لو التعنت المرأة أيضًا فقال الـمَاوَرْدِي هناك: فيحتمل في ارتفاع فسقه وجهان؛ لأن لعانها معارض للغاية، انتهى.

……

عاشرها: قضية كلام الرَّافِعِي وغيره أنه إذا ارتد مقبول الشهادة ثم تاب أنه يكفيه النطق بالشهادة والتبرؤ من كل دين خالف الإسلام مع التوبة الباطنة كما سيأتي، ولا يحتاج في قبول شهادته إلى الاستبراء أنه إذا أسلم فقد أتى بضد الكفر فلم يبقَ بعد ذلك احتمال وليس كذلك إذا كان قد زنا أو شرب ثم تاب؛ لأن التوبة ليست مضادة للمعصية بحيث ينفيها من غير احتمال، فلهذا اعتبرنا في سائر المعاصي صلاح العمل، هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره، وقال المَاوَرْدِي: إن الحكم كذلك إذا تَابَ مِنَ الرِّدَّةِ عَفْوًا غَيْرَ مُتَّقٍ بِهَا الْقَتْلَ، أما إذا أسلم عند إثباته للقتل لم تقبل شهادته إلا أن يظهر منه شروط العدالة باستبراء حاله وصلاح عمله، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: وإذا أسلم الكافر هل تقبل شهادته في الحال من غير استبراء؟ قد قيل فيه وجهان، وقيل: إذا أسلم المرتد لا تقبل شهادته إلا بعد الاستبراء، وغيره إذا أسلم تقبل شهادته في الحال والفرق أن كفره مغلظ، انتهى.

فحصل في استبراء المرتد ثلاثة أوجه: ثالثها: تفصيل المَاوَرْدِي وهو حسن وقال الدَّارِمِي بعد ذكره توبة القاذف: وإنه توقف مدة يعلم فيها حسن حاله، وكذلك يختبر الكفار إذا أسلموا والمدة أشهر ونحو ذلك، انتهى.

فَرْعٌ: شهادة الزور من استحلها مختارًا مع علمه بتحريمها فالمنصوص والإجماع فهو مرتد، وإن اعتقد تحريمها فسق إجماعًا وهي إجماعًا، من أكبر الكبائر، ومن يثبت عليه أنه يشهد بزور عزره القاضي بما يؤدي إليه اجتهاده من توبيخ أو ضرب أو حبس.

قال في «الرَّوْضَة»: وشهر حاله وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كانت له قبيلة أو مسجده تحذيرًا للناس منه وتأكيدًا لأمره، انتهى.

وقضية كلامه أن إشهار حاله غير النداء عليه، وقال المَاوَرْدِي: وشهر أمره وإشهار أمره أن ينادى عليه إن كان من أهل مسجد على باب مسجده، وإن كان

من سوق ففي سوقه، وإن كان من قبيلة ففي قبيلته، وإن كان من قبيل ففي قبيله، والفرق بينهما أن القبيلة بنو الأب الواحد، والقبيل الأخلاط المجتمعون من آباء شتى، فيقول في النداء عليه في هذه المواضع: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاعرفوه.

قال: ولا يزاد في هذه الشهر تسويد وجهه ولا حلق شعره ولا ندائه بذلك على نفسه.

وقال شُرَيْح ـ يعني الإمام التابعي: يجوز أن يفعل ذلك في شهرته وهذه مثلة نكرهها للنهي عنها، فإن كان هذا الشاهد من ذوي الضيافة فعن ابن أبي هريرة أنه يصان عن هذا النداء لحديث: «أَقِيلُوا ذَوِي الْهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ»(1).

قلت: وزيفوه، قال: قال غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا بِالتَّسْوِيَةِ فِي النِّدَاءِ بَيْنَ ذَوِي الصِّيَانَةِ وَغَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ الصِّيَانَةَ قَدْ خَرَجَ مِنْهَا بِزُورِهِ، انتهى كذا قاله هنا.

وقال في باب التعزير: إن للحاكم أن يجرد عن غير ما يستر عورته وينادى عليه بذنبه إذا تكرر منه ولم يقلع عنه، ويجوز أن يحلق رأسه لا لحيته، وفي جواز تسويد وجهه وجهان.

قال في «أحكامه السلطانية»: إن الأكثرين جوزوه وتبعه الأقلون، والمختار الذي أورده غيره ما اقتصر عليه هنا اللهم إلا أن يكون يرى الفرق بين الشاهد وغيره من المعزرين وهو بعيد بل شاهد الزور أحق بالنكال والإشهار وفي حقه آكد.

---

(1) حديث عبد الله بن مسعود: أخرجه الدارقطني في الأفراد كما في أطراف ابن طاهر (٤/ ٧٣ رقم ٣٦٤٤)، والخطيب (١٠/ ٨٥). والطبراني في الأوسط (٧/ ٣٠٢، رقم ٧٥٦٢). قال الهيثمي (٦/ ٢٨٢): رواه الطبراني عن محمد بن عاصم عن عبد الله بن محمد بن يزيد الرفاعي، ولم أعرفهما، وبقية رجاله رجال الصحيح.

حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (١/ ٢٩٦، رقم ٩٤)، والبيهقي (٨/ ٣٣٤، رقم ١٧٤٠٥). وإسحاق بن راهويه (٢/ ٥٦٧ رقم ١١٤٢) وأبو يعلى (٨/ ٣٦٣ رقم ٤٩٥٣) والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٣١٤ رقم ٨٣٠٩).

....

قال في غيره: وينادى عليه بذنبه إذا تكرر منه، ولم يعتبر هو ولا غيره التكرر في شاهد الزور، وقال الْمحَامِلِيّ في «المقنع» في باب ما على القاضي في الخصوم: وهناك ذكر الأصحاب المسألة أن القاضي يعزره ويشهره، والإشهار أن يبعث به مع ثقةٍ إلى المواضع التي يعرف بها إما في سوقه أو محلته أو قبيلته، فيقول: هذا فلان قد عرفناه بشهادة الزور فاعرفوه، وهذا في شهادة الزور خاصة، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي: ثم إذا ظهر كذبهم؛ فعزرهم الإمام على ما يؤدي إليه اجتهاده من تسويد الوجه وإركابهم الحمار منكوسًا، ويأمر المنادي ينادي عليه أن فلان ابن فلان أو يأمر بأن يشير إليه يعني هذا شهد بالزور فاعرفوه، انتهى.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: أثر المسألة والتعزير باجتهاد القاضي إن كان من سقاط الناس، وأدى اجتهاده إلى أن يسود وجهه ويطاف به في البلد فعلم المسألة.

وتشحيم الوجه مروي عن عمر ﷺ وعن غيره إذا عرفت فقد قال الأصحاب: إنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو تيقن القاضي بأن يشهد أن فلانًا زنا بالكوفة في يوم كذا أو قتل زيدًا فيه، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد هكذا أورداه عن الشَّافِعِي والأصحاب قالا: ولا تكفي البينة بأنه شاهد زور فقد تكون هذه البينة زورًا، انتهى.

والذي في «الْحَاوِي» و«التهذيب» في «الذَّخَائِر» وغيرها: إنها تثبت بالبينة أيضًا، ولفظ «التهذيب»: إنما يثبت كونه شاهد زور بإقراره أو ببينة تشهد أنه شاهد زور، أو يشهد بما يقطع بكذبه بأن كان شهد على رجل أنه قتل فلانًا أو زنا بامرأة في موضع كذا في وقت معين فيثبت أن المشهود عليه كان ذلك الوقت ببلد آخر.

ورأيت في «تعليقه»: ولو أنه ظهر عند القاضي كذب الشهود إما بإقرارهم

أو ببينة تشهد بإقرارهم حتى لو قال: أنا أشهد أنه شهد بالزور، لا تسمع هذه الشهادة؛ لأنهم ربما ينعتون بذلك، انتهى.

وهذا غير ما في «التهذيب» على ما وقفت عليه، وعبارة المَاوَرْدِي: وهذا يعلم من ثلاثة أوجه:

أحدها: من إقراره.

والثاني: من استحالته بأن يشهد عليه بقتل أو زنا في زمان معين ببلد بعينه، وقد علم يقينًا أنه إذ ذاك في بلد غيره.

والثالث: أن تقوم عليه بينة أنه شهد بزور وهذا أصح نعم يجب على القاضي أن يستفسر غير الفقيه الموافق، فإن ذكروا ما يقتضي كونها شهادة زور عمل بشهادتهم وإلا فلا مثاله أن يقول: في سنة ستين وسبعمائة مثلًا أشهدني زيد عليه بكذا أو رأيت زيدًا يفعل كذا في سنة عشرين وسبعمائة فتقوم بينة بأن هذه شهادة زور لا يتحقق أن مولد هذا الشاهد في سنة ثلاث وعشرين أو أن زيدًا توفي سنة ثماني عشرة وغير ذلك من الأمثلة، وأيضًا فإقراره إن كان ببينة قامت به فينبغي ألا تسمع على قياس ما ذكراه؛ لأنها قد تشهد بإقراره زورًا فيتولد من ذلك أن إقراره بها إنما يعتبر عند الحاكم لا ببينة تقوم به ولا أحسب بقوله: وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد وأن الشَّافِعِي والأصحاب لم يخرجوه على القضاء بالعلم قد يفهم أنه لا يكفي قيام بينة برؤيته هناك.

وكلام «التهذيب» وغيره يفهم الاكتفاء بالبينة بذلك وهو صحيح، فإنه لو شهد جماعة على رجل معروف لا يشتبه على الشهود بغيره أنه زنا أو قتل أو سرق يوم عرفة بدمشق فقامت بينة أنه كان إذ ذاك بعرفة فلا ريب أنها شهادة زور وأما تعارض البينتين فقد أجمع الأصحاب أنه لا يقضي فيه بالتكذيب؛ لأنه ليس تكذيب هذه بأولى من تكذيب هذه.

وقال الْفُورَانِي في «العمد»: إذا ظهر للقاضي أن الشاهد شهد بزور ينظر فإن كان ظهر ذلك بشهادة شاهدين عزمه إن كان فيه عزم، ولكن لا يعزم

……………………………………………………………………

لاحتمال أن يكون الغلط من جهة هذين والتعزير فيه يجوز تركه، وإنما تقبل شهادة الشاهدين إذا قالا: سمعناه يقر أني كاذب وما أشبه ذلك، فأما إذا شهدا مطلقًا أن فلانًا كاذب فلا تقبل، انتهى.

وفيه شاهد لما أشرنا إليه، وقال الدَّارِمِي: وإذا علم من رجل بينة أو إقرار أنه شهد بزور عزر وينادى عليه إلى أن قال: فإن ادعى غلطًا يمكن أرسله، فإن تكرر منه فإن كان يستهين بالحاكم عزره كالأول، وإن كان لكثرة غلطه أشهده بأنه غير مقبول، فإن شهد بزور وتاب لم يعزره ولم يقبله حتى يحسن حاله، وإن رآه الحاكم يزني أو يشرب الخمر ونحوه توقف عن شهاداته حتى يتوب، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ: كلام الأصحاب مصرح بأنه يجمع بين تعزيره وإشهاره وأن له ترك التعزير إذا رآه، وأما الإشهار فكلام بعضهم يفهم أنه لا يتركه لما فيه من التحذير والنصيحة الواجبة لعموم الناس، وكلام الْبَغَوِي وغيره يقتضي أن الإشهار إلى رأي الحاكم كالتعزير حيث قال: فإن رأى أن يعزره بالضرب والحبس فعل، وإن رأى أن يشهره وينادي عليه كما سبق فعل وهذا أوجه المتبادر من قولهم: ينادى عليه أن هذا شاهد زور فاعرفوه، النداء برفع الصوت كما هو المتعارف بمن يطاف به للتعزير.

وفي «البيان» وغيره: إن كان من أهل العلم والحديث شهره بينهم، وإن كان من أهل المساجد شهره في المساجد.

قال: وتشهيره بأن يأمر الحاكم، أي: يبعث معه رجلًا ثقة إلى الجماعة الذي يذكر تشهيره فيهم فيقول: السلام عليكم إن القاضي فلانًا يقرأ عليكم السلام ويقول لكم: إن هذا شاهد زور فاعرفوه.

ثم حكوا قول ابن أبي هريرة وزيفوه وسياق «البيان» يقتضي أن ما ذكره من صفة التشهير عن النص قول الأصحاب: إذا تاب شاهد الزور واختبر حاله كسائر الفسقة قبلت شهادته تعرفك أنه لو قامت بينة بإقراره بالزور أو بغيره كما سبق بما فيه فأنكر ذلك أنه لا تقبل شهادته ما دام منكرًا؛ لأنه في الظاهر مصر على ما

قُلْت: وَغَيْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعٌ، وَنَدَمٌ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، والله أَعْلَمُ].

صدر منه، وهذا يوافق ما سبق عن «المهذب» وغيره: إنه لا بد أن يكذب نفسه كالقاذف ومن حينئذ يقع الاستبراء ظاهر كلام الأصحاب: إنه متى ثبت أنه شهد بالزور بأحد الطرق السابقة يعزره إذا رآه، وكلام الْفُورَانِي السابق يفهم أن ذلك في الاعتراف على نفسه ونحوه لا في شهادة غيره عليه به، والله أعلم.

قال: (**قُلْت: وَغَيْرُ الْقَوْلِيَّةِ يُشْتَرَطُ إِقْلَاعٌ، وَنَدَمٌ، وَعَزْمٌ أَنْ لَا يَعُودَ، وَرَدُّ ظُلَامَةِ آدَمِيٍّ إِنْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) في عبارته اتهامات فإنه إن أراد التوبة الظاهرة من المعصية الفعلية فإظهار ذلك ليس بشرط، وإن أراد أنه شرط في التوبة الباطنة وهو مراده فهو كذلك في جميع المعاصي القولية والفعلية، وقوله: ورد ظلامة آدمي، كان الأحسن أن يقول: والخروج منها إن أمكنه ليشمل الرد والإبراء من المال والعرض؛ ولئلا يوهم أنه إذا تعذر الرد لا تصح التوبة، وليس كذلك كما سيأتي عندنا إلى شرح كلامه، قال أصحابنا: التوبة تنقسم إلى ما بين العبد وبين الله تعالى وهي التي يندفع بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر وهي التي تتعلق بها الشهادات والولايات كما سبق بيانه، أما التوبة الأولى، قال الرَّافِعِي: فهي أن يندم على ما مضى، أي: ويكون ندمه لله خالصًا، وينزل مثله في الحال أي: إن كان متلبسًا به أو مصرًا على معاودته ويعزم على ألا يعود إليه أي: إذا كان يتصور منه معاودته، قال: ثم إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق لله تعالى، ولا للعباد كوطء أجنبية فيما دون الفرج وتقبيلها، أي: طوعًا منها فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي كمنع الزكاة والغصب والجنايات في أموال الناس إن بقيت، ويغرم بدلها إن لم يبقَ أو يستحل فيبريه المستحق ويجب أن يخبر المستحق إن لم يعلم به ويوصله إليه إذا كان غائبًا إن كان غصبه منه هناك ونقله، فإن مات سلمه إلى وارثه، فإن لم يكن وارث وانقطع خبره دفعه إلى قاضٍ يعرف حسن سيرته وديانته، فإن تعذر تصدق به على الفقراء بنية الغرامة له ذكره العبادي في «الرقم» والغزالي في غير الكتب الفقهية، وإن كان معسرًا نوى الغرامة إذا قدر فإن مات قبل أن

يعذر فالمرجو من الله المغفرة، وإن تعلق بالمعصية حق ليس بمالي فإن كان حدًا لله تعالى كالزنا والشرب، فإن لم يظهر فيجوز أن يظهره ويقربه ليقام عليه الحد، ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأولى، وإن ظهر فقد فات الستر فيأتي الإمام ليقيم عليه الحد.

قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد، وقلنا: إنه يسقط الحد وإن كان حقًا للعباد كالقصاص وحد القذف فيأتي المستحق ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحق فيجب في القصاص أن يخبره ويقول: أنا الذي قتلت أباك ولزمني القصاص فإن شئت فاقتص وإن شئت فاعفُ، وفي حد القذف هل يخبره؟ ذكر في «الوجيز» في أول اللعان ترددًا في أنه إذا أتى ببعض كنايات القذف وأراد القذف ولم يحلفه المقذوف على البينة فيخبر المقذوف أو يخفيه ولا يؤذيه، وجواب العبادي وغيره هاهنا: إنه يخبره عن القذف كما في حق القصاص، ومثله في «الْغُنْيَة».

ورأيت في «فتاوى» الحناطي: إنها إذا لم تبلغ المغتاب كفى الندم والاستغفار، وإذا بلغته أو طرد طارد قياس القصاص والقذف فيها فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحل منه، فإن تعذر بموته أو تعسر لغيبته الشاسعة فيستغفر الله تعالى ولا اعتبار بتحليل الورثة، كذا ذكره الحناطي وغيره.

قال العبادي: والحسد كالغيبة وهو أن يهوى زوال نعمة الغير ويسر ببليته، فيأتي المحسود ويخبره بما أضمره ويستقبله ويسأل الله تعالى أن يزيل هذه الخلة، وفي إلزام الإخبار عن مجرد الإضمار بعد، انتهى.

زاد في «الرَّوْضَة» قلت: والمختار بل الصواب ألا يجب إخبار المحسود، ولو قيل: يكره لم يبعد، انتهى.

وهو كما قال: وهو ما يفهمه نص الشَّافِعِي في اختلاف العراقيين، ويشبه أن يحرم الإخبار إذا غلب على ظنه أنه لا يحلّله، وأنه يتولد منه عداوة وحقد وأذى للمخبر وسيأتي ما يؤكده.

....

قال المصنف في «الرَّوْضَة» هنا: وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة أم يشترط معرفتها للعامي؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح.

قلت: إنما سبقا في كتاب الضمان بلا ترجيح ورجح في «الأذكار» الاشتراط قال: لأن الإنسان قد يسمح بالعفو من غير بيان عن غيبة، انتهى.

وكلام الْحَلِيمِي وغيره يقتضي الجزم بالأول؛ لأن من سمح بالعفو من غير كشف فقد وطن نفسه عليه مهما كانت الغيبة، وقد قال الشيخ من بعد: وأما الحديث «أَيَعْجِزُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَكُونَ كَأَبِي ضَمْضَمٍ كَانَ إِذَا خَرَجَ مِنْ مَنْزِلِهِ يَقُولُ: اللَّهُمَّ إِنِّي قَدْ تَصَدَّقْتُ بِعِرْضِي عَلَى عِبَادِكَ»(١) فمعناه لا أطلب مظلمتي لا في الدنيا ولا في الآخرة، وهذا ينفع في إسقاط مظلمة كانت موجودة قبل الإبراء، فأما ما يحدث بعده فلا بدّ من إبراء جديد بعدها، انتهى.

وهذا منه تصريح بالسقوط مع الحل بالمبرئ منه الواقع من قبل كما هو قضية الوجه الأول.

واعلم أن قضية ما ذكره في الحسد من التصويب ألا يجب الإخبار عن الغيبة بالقلب كما صورها الغزالي وتبعه المصنف، وأن يخص ما ذكره بغيبة اللسان وفيه نظر يعرف مما سيأتي ويجوز أن يقال: لينظر في المحسود فإن كانت نفسه مطمئنة ساكنة حسن الخلق بحيث يغلب على ظنه أنه لو أخبره بذلك حلله منه تعين عليه إخباره ليخرج من ظلامته بيقين، وإن كان بالضد من ذلك بحيث يغلب على ظنه أنه لو أخبره لجر ذلك شرًا أو عداوة لم يجز إخباره قطعًا، وإن تردد فالظاهر ما ذكره الشيخ من عدم الوجوب والاستحباب، فإن النفس الزكية نادرة، وربما جر ذلك حقدًا، وإن حلله وأما الغيبة فينبغي أن تكون على هذا التفصيل ويحتمل أن يفصل بين ما هو شديد الأذى وما هو خفيفه، فالخفيف يسامح به صاحبه غالبًا، ثم رأيت بعد هذا في «منهاج

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧٢، رقم ٤٨٨٧)، والضياء (٥/ ١٥٠، رقم ١٧٧٠) وقال: رجاله موثقون والصحيح أنه مرسل. والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٢٦٢، رقم ٨٠٨٣).

……………………………………………………………

العابدين» للغزالي ـ كَلَهُ ـ: إن الذنوب التي تكون بين العباد قد تكون في المال وفي النفس وفي العرض وفي الحرم وفي الدين.

فأما المال: فيجب رده لمالكه، فإن عجز عنه لفقر استحله، فإن عجز عن استحلاله لغيبته أو موته وأمكن التصدق عنه فعل، وإما فليكثر من الحسنات ويرجع إلى الله تعالى ويتضرع إليه في أن يرضيه عنه في القيامة.

وأما النفس: فيمكنه أو وليه من القصاص فإن عجز رجع إلى الله في إرضائه به عنه يوم القيامة.

وأما العرض: فإن اغتبته أو شتمته أو بهته فحقك أن تكذب نفسك بين يدي من فعلت عنده أن يستحل من صاحبه إن أمكنك هذا إن لم تخشَ زيادة غيظ وهو فتنة في إظهار ذلك وتحديده، فإن خشيت ذلك فالرجوع إلى الله سبحانه ليرضيه عنك.

وأما الحرم: فإن خشية في أهله وولده ونحو ذلك فلا وجه للاستحلال والإظهار، فإن تولد فتنة وغيظًا بل تضرع إلى الله ليرضيه عنك، وإن أمنت الفتنة والهيج وهو قادر فيستحل منه.

وأما الدين: فإن كفرته أو بدعته أو ضللته فهو أصعب الأمر فتحتاج إلى تكذيب نفسك بين يدي من قلت له ذلك، وأن تستحل من صاحبك إن أمكنك وإلا بالابتهال إلى الله والندم على ذلك ليرضيه عنك، وما لم يمكنك فراجع بالتضرع والصدق لترضيه عنك، انتهى. وهو غاية في الحسن.

تنبيهات وتتمات:

أحدها: التوبة واجبة بنصوص القرآن والسنة والإجماع، وقد تكون عن الكبائر والصغائر كما قاله في «الإحياء» ووجوبها عن الكبائر لا شك فيه، وهي على الفور بالاتفاق.

قال الباقلاني: وتجب التوبة من تأخير التوبة، وأما الصغائر فقد تمحى بغير توبة بالصلوات الخمس وصلاة الجمعة والصيام وغيرها من الحسنات.

……

قال ابن الصلاح: وقد تكفر الصلوات والجمع وصيام رمضان بعض الكبائر إذا لم تجد صغيرة، واختلف العلماء في أن اجتناب الكبائر هل يكفر الصغائر؟ فقال: جماعة من أهل العلم: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿إِن تَجْتَنِبُوا۟﴾ [النساء: ٣١] وقال جماعة من المحققين: هذا ليس على القطع، بل موقوف على المشيئة كالكبائر، وحملوا الآية على المراد كبائر أنواع الكفر، أي: فتغفر بالإسلام الصحيح، وعلى التقديرين قد يقال: لا يندفع بذلك وجوب التوبة.

وقال السبكي ـ رحمه الله ـ في «الْحَلَبِيَّاتِ»: أما الصغيرة فيحتمل أن يقال: إنها لكونها تكفر بالصلاة وباجتناب الكبائر وبغير ذلك لا تجب التوبة منها عينًا، بل إما التوبة وإما شيء من المكفرات، أو تجب ولكن لا تجب على الفور حتى يمضي ما يكفرها، ويحتمل أن يقال: تجب التوبة عنها كما تجب من الكبيرة وهو ما قاله أبو الحسن الأشعري، ولم يذكر الخلاف فيه إلا عن ابن الجياني، ورد عليه ثم حكى عن «الشامل» ما يوافق قول أبي الحسن، وسيأتي مسألة عن الأصحاب في «شرح الإرشاد» لأبي القاسم الأنصاري تلميذ إمام الحرمين: سمعت شيخنا الإمام يقول: التكفير إما هو الستر وهو من الكفر فمعنى كون الصوم أو الصلاة أو الصدقة أو الجماعة كفارة أن تلك لكثرة ثوابها وعظم قدرها تستر عقوبة الذنب فتغمرها وتقلبها كثرة، فإما أن تسقطها أصلًا فذلك إلى مشيئة الله تعالى، والدليل عليه إجماع الأمة على وجوب التوبة من جميع الذنوب صغيرها وكبيرها، قال أبو القاسم: ويحتمل أن يقال: التي تكفرها هذه القربات التي وقعت من العبد وذهل عنها ونسيها ومن جملتها الذنوب التي تتعلق بحق الغير ويتعذر على المرء الاعتذار عنها، وقد لا يمكنه إظهارها ومن ذلك التقصير في الطاعات والفرائض، فإن تلك لا يجبرها ولا يكفرها إلا الاستكثار من النوافل والقربات مع الاستغفار، انتهى.

وفي دعوى الإمام إجماع الأمة في الصغائر نظر، فإن المعتزلة قالوا إنها تقع مغفورة عند اجتناب الكبائر واختلفوا في وجوب التوبة عنها، والله أعلم.

ثانيها: صرح الشيخان وغيرهما أنه لا بد من الندم على ما مضى وترك

....

مثله في الحال، وهو الإقلاع والعزم على ترك العود إليه، وأشرت في نقل كلام الرَّافِعِي تقييد ما أطلقه من ذلك نوضحه فنقول: لا خفاء أن الندم المعتبر هنا هو الندم على وقوعه في الذنب خوفًا من الله سبحانه وأسفًا على عدم رعاية حقه في اجتناب نواهيه، ولا شك أنه لو ندم لحظ دنيوي من عار لحقه أو ضياع مال أو تعب بدن لا عبرة بذلك، وإذا كان الأول هو المطلوب فكيف يتصور أن يكون العبد نادمًا على ذنبه لذلك ولا يكون مقلعًا عنه ولا عازمًا على ترك العود إليه هذا بعيد، ثم رأيت عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني أنه قال: حقيقة التوبة الندم؛ لأن الندم الحقيقي يتضمن العزم على ألا يعود وترك الفعل في الحال وشرط الندم أن يكون على ما فاته من رعاية حق الله تعالى فلو فارق سيئة وندم عليها لإضرارها به وإنهاكها قواه فهو نادم غير تائب، انتهى.

ونحوه قول الإمام في «الإرشاد»: في حد التوبة هي الندم على المعصية لأجل ما يجب الندم له.

ثالثها: العزم على ترك العود إنما يتضح اعتباره فيمن يتمكن من مثل ما قدمه، وأما المجبوب مثلًا فلا يصح منه العزم على ترك الزنا، ولا من الأخرس ومقطوع اللسان العزم على ترك القذف، وتوبة العاجز عن العزم صحيحة ولم يخالف فيها إلا ابن الجياني فيزعم أن توبة المجبوب من الوطء غير مقبولة ولا نافعة له؛ لأنه ملجأ إلى الترك ورد قوله وقيل: يعزم على ترك العود إليه لو عاد له الإمكان.

رابعها: قال ابن الرِّفْعَة: اعلم أن التوبة في الباطن تعقبها التوبة في الظاهر المرتب عليها غفران الذنب وغيره يحصل كما قال: الأصحاب حيث لا يتعلق بالمعصية حد لله تعالى ولا مال ولا حق للعباد كتقبيل أجنبية واستمناء ونحو ذلك بأمرين، الندم على ما كان، والعزم على ألا يعود إليه.

قال القاضي أبو الطيب: وقد يعبر عن ذلك بعبارة أخرى فيقال: إن يستغفر عما مضى ويترك الإصرار في المستقبل قال: الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُواْ فَٰحِشَةً﴾ [آل عمران: ١٣٥] كذا قاله الْبَنْدَنِيجِي.

....

وقال القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والْبَغَوِي وذكر الرَّافِعِي وغيره من المتأخرين أمرًا ثالثًا وهو ترك مثل ذلك في الحال فإذا فعل ذلك قبل الحشرجة والمعاينة قبلت توبته عما ذكرناه وعن غيره بالشرط الذي قدمناه.

خامسها: أطلق الرَّافِعِي كما سبق أن حد الزنا والشرب إن لم يظهر يجوز أن يظهره ليقام عليه الحد ويجوز أن يستر على نفسه وهو الأولى، وإن ظهر فقد قال: الستر فيأتي الإمام ليجده.

قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد وقلنا: إنه يسقط الحد، انتهى.

وقال ابن الرِّفْعَة: إن لم يظهر ذلك بشهادة.

قال القاضي أبو الطيب: قالا: قصد أن يستر على نفسه.

وقال القاضي الحسين: يكره له إظهاره، وفي هذه الحالة تحصل التوبة بما سبق.

قال الأصحاب: ولو أراد إذا بدأ بذلك ليحد لم يحرم.

قال الْبَنْدَنِيجِي: اللهم إلا أن يتقادم عند ذلك أو يقول: إن الحد يسقط بتقادم العهد هو قول محكي هناك قد يحل له التمكن من استيفائه؛ لأنه ليس ثم حد فيستوفى منه.

قال ابن الصباغ: وهكذا نقول على هذا القول إذ اشتهر ذلك بين الناس ولم تقم به بينة عند الحاكم نعم لو ظهر بالشهادة عليه، فإنه يجب أن يظهره للإمام، ولا يجوز له أن يكتم ويستر على نفسه؛ لأنه لا غرض له في كتمانه، وقد قامت به البينة، وفي هذه الحالة تتوقف التوبة على فعل ذلك مع ما تقدم، فإن لم يستوفِ منه صحت توبته كما قاله المَاوَرْدِي والروياني وكان المأثم في ترك الحد على من يلزمه استيفاؤه من الإمام أو من ينوب عنه، ولا يجري الخلاف السابق في أن الحد هل يسقط بتقادم العهد والتوبة أم لا؟ لأن محله إذا لم يثبت عند الحاكم كما قاله المَاوَرْدِي هنا أما إذا ثبت كما صورنا فلا يسقط قولًا واحدًا، انتهى.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ،

قلت: ويحتمل أن يقال: إنه إذا لم تعمُ بينة ولا ظهر عليه، ولو أظهره لترتب على إظهاره له مفاسد كثيرة من بطلان ولايته على وقوف وأيتام وغيرها ويستولي بسبب ذلك عليها الظلمة والخونة، ولو ستر نفسه لحفظت به أنه لا يجوز له والحالة هذه إظهاره درءًا لهذه المفاسد ونحوها فتأمله.

فَرْعٌ: لو تعدى فضرب إنسانًا فآلمه احتاج مع ما سبق في صحة التوبة إلى استحلال المضروب باستطابة نفسه ليزول عنه الإثم في حقه، فإن أحله منه ولا أمكنه من نفسه لتقابله على مثل فعله؛ لأنه ما في وسعه قاله المَاوَرْدِي، وكلام القاضي الحسين يوافقه.

وقال: إن المستحق إذا كان قد مات لا يأتي إلى وارثه بل يستغفر للميت، انتهى.

وقال الْحَلِيمِي: من أضر بمسلم وهو لا يشعر به أو لا يدري من أين أتى فإنه يزيل ذلك الضرر عنه ثم يسأله عنه ثم يسأله أن يعفو عنه ويستغفر له؛ لأن أولاد يعقوب ﷺ لما جاءوا تائبين سألوه الاستغفار لهم؛ فدل على أن الاحتياط الجمع بين عفو المظلوم واستغفاره، والله أعلم.

إِشَارَةٌ: ذكرت في «الْغُنْيَةِ» هنا فوائد مهمة عن القاضي الحسين وغيره في الخواطر المستقرة وغيرها وما يؤاخذ به من ذلك وما لا، وعن الْحَلِيمِي: إنه إذا طبع على القلب في ذنب امتنعت التوبة منه فقط دون غيره فراجعها إن أحببت فهي نفائس.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

لَا يُحْكَمُ بِشَاهِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ فِي الْأَظْهَرِ) أي: كما سبق هناك والمسألة مكررة في الكتاب ولنا صور كثيرة أكتفي فيها بقولٍ واحدٍ على رأي، لكن هل ذلك شهادة أو خبر؟ في بعضها نظر! ونُورد منها ما حضر:

منها: لو مات ذمي فشهد عدل بأنه أسلم قبل موته لم يحكم بشهادته في

....

توريث مسلم ولا حرمان كافر قطعًا، وهل تقبل شهادته في الصلاة عليه وتوابعها؟ فيه وجهان بناهما المتولي على هذين القولين وأقره الشيخ هناك، وقضية البناء ترجيح القول.

وقال في «الْبَحْر»: وجه المقاربة أنها شهادة تقتضي إيجاب عبادة، وجزم القاضي الحسين في «فتاويه» بالمنع.

ومنها: قال ابن شداد: ولقد عجبت من قول صاحب «الذَّخَائِر» ولا يثبت بشاهد واحد إلا هلال رمضان، وقد تقدم تقرير أنه إذا أقام شاهدًا واحدًا استحق الحيلولة والوقف في صور متعددة وهو حق يثبت بالشاهد الواحد، ولعله أراد بذلك أن هذه أمور تابعة للحقوق لا أنها مقصودة، انتهى.

والأشبه أنه أراد بالثبوت الحكم الثابت والوقف والحيلولة ليستأمنه.

ومنها: هل يثبت هلال ذي الحجة بشاهد كرمضان؟ فيه وجهان ذكرهما الدَّارِمِي وزيف المصنف ذلك.

وقال القاضي الحسين: الأحكام المتعلقة بالهلال غير الصوم إذا تضمنت عبادة لا حق فيها لآدمي كالوقوف بعرفة والطواف ونحوه هل يقبل فيه عدل أم لا؟ فيه وجهان.

قلت: والقياس القبول وإن كان الأشهر خلافه فتبعيض الشهادة لا ينكر، وقال أبو ثور: يثبت هلال شوال بواحد، قال في «التقريب»: ولو قلت به لم أكن بعيدًا، قال الإمام: وهو متجه قياسًا لخروج وقت العبادة على دخوله، انتهى.

ويعارضه الاحتياط للصوم. وفي «جامع الترمذي»: ولم يختلف أهل العلم في الإفطار أنه لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين، انتهى.

ومنها: سبق عن «التهذيب» وغيره في البيع أنه يعتمد قول العدل الواحد في الغيب، ويثبت الرد به والمرجح خلافه، وأنه لا بد من شاهدين.

ومنها: سبق في اللفظة عن الغزالي الميل إلى الاكتفاء بعدل واحد يشهد لمدعي ملكيتها، وحكى الدَّارِمِي في المسألة وجهين سبقا.

وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ وَلِلْإِقْرَارِ بِهِ اثْنَانِ فِي الْأَظْهَرِ، وَفِي قَوْلٍ أَرْبَعَةٌ، ....

ومنها: قدمنا أن القاضي يكتفي بقول العون العدل في امتناع الخصم المتعزز من الحضور ويؤذيه بذلك، وذكر الشيخ برهان الدين في «حواشي المنهاج» بعض هذه الصور، وأن الـمَاوَرْدِي قال في كلامه على ما يكون به عدلًا، والثالث: أن يشهد ببلوغه شاهد عدل، فيحكم ببلوغه وتكون شهادة لا خبرًا، انتهى.

والذي في نسخ «الْحَاوِي» شاهدًا عدل بالألف كما رأيته فيها، وكذا نقل عنه، وإنما سقطت الألف مما وقف عليه ﷺ.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ لِلزِّنَا أَرْبَعَةُ رِجَالٍ**) للآيات الشريفة وغيرها من السنة، والمراد بالزنا: الشهادة بفعله ووقعه من المشهود عليه بمعاينة الشهود، وهذا في الزنا بالمرأة متفق عليه، وكذا لا يثبت اللواط وإتيان البهيمة إلا بأربعة على المذهب، ونص «الأم»، وقيل: إن قلنا: الواجب التعزير كفى عدلان، ولا بد من التفصيل كما سبق، وذكر الـمُزَنِيّ بها، وسبق في أوائل النكاح الكلام على جواز النظر؛ لتحمل الشهادة، والصحيح المنصوص من أربعة أوجه؛ الجواز، أما لو رأوه اتفاقًا لا عن قصد النظر؛ قبلت شهادتهم قطعًا، وإن نظروا غشًّا لا للتحمل فسقوا وردوا قطعًا.

قال: (**وَلِلْإِقْرَارِ بِهِ اثْنَانِ**) أي: كسائر الإقرارات.

(**فِي الْأَظْهَرِ، وَفِي قَوْلٍ أَرْبَعَةٌ**) أي: لأنه إقرار بفعل فلا يثبت إلا بما يثبت به ذلك الفعل لاستوائهما في الموجب، والفرق أن المقر لا يتحتم حده بخلاف المعاين فلذلك غلظت ببينة والمشهور ثبوت القذف بشاهدين، وفي قول شاذ يشترط أربعة، وأشار الهروي إلى تغليط العبادي، وشذوذه في نقله لكن وافقه الدَّارِمِي على نقله وهو قبله، فقال: ففي الإقرار بالزنا بالقذف قولان:

أحدهما: أربعة.

والثاني: عدلان فإن كان القول في الإقرار بالقذف، ففي الشهادة عليه نفسه أولى.

وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ: رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ....

قال: (**وَلِمَالٍ وَعَقْدٍ مَالِيٍّ كَبَيْعٍ وَإِقَالَةٍ وَحَوَالَةٍ وَضَمَانٍ**) أي: وصلح وفرض وشفعة ومسابقة وحصول السبق فيه والصداق في نكاح، أو في وطء شبهة.

(**وَحَقٍّ مَالِيٍّ كَخِيَارٍ وَأَجَلٍ**) أي: ونحوهما.

(**رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**) لقوله تعالى: ﴿**فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] فكان على عمومه إلا ما خصه دليل.

ومن هذا القسم:

قتل الخطأ، وسائر الجنايات الموجبة للمال، وإن كانت عمدًا كما نص عليه في «الأم»، والهبات والوصايا بالمال والغصوب وقبض الأموال.

ومنه: نجوم الكتابة في النجم الأخير وجه: إنه لا يثبت قبضه إلا برجلين.

ومنه: الإبراء، وعن الربيع: إنه لا يثبت إلا برجلين.

ومنه: طاعة الزوجة لاستحقاق النفقة، وقتل الكافر لاستحقاق السلب، وإدمان الصيد لتملكه، وعجز المكاتب عن النجوم للآية.

وقال القاضي أبو الطيب: إنه إجماع وسواء تقدمت شهادة الرجل على شهادة المرأتين أم تأخرت، وسواء قدر على رجلين أم لا، قالوا والخنثى هنا كالأنثى.

تَنْبِيهَاتٌ: في الأجل وجه: إنه لا بد من رجلين؛ لأنه ضرب سلطنة كالوكالة والقراض في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل» ملحق بما المقصود منه المال وكذا الشركة، قاله في «الوسيط».

وحكى ابن أبي الدَّم عن القاضي الحسين أنه قال: عقد القراض والشركة لا يثبت إلا بشاهدين وبه جزم الْبَغَوِي، وقالا: إنه الأصح؛ لأنه إثبات وكالة على المال المشترك، والمتبادر من لفظ «المنهاج» الثبوت بالرجل والمرأتين، وهذا قاله القاضي الحسين تفريعًا على المذهب، وعنده أن الوكالة بالمال تثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، فعقد القراض والشركة أولى.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وكان القاضي - ﷺ - يقول: الوكالة تثبت بشاهد

……

ويمين وشاهد وامرأتين كالبيع؛ لأن المقصود من الوكالة إثبات المال.

قال: وهذا بخلاف الوصاية حيث لا تثبت إلا بعدلين وإن كانت في أمر المال؛ لأنها ولاية وخلافة، ثم ذكر أنها لا تثبت إلا بعدلين؛ لأنه يحتاج إلى إثبات فعل الغير والصحيح ما ذكره الأصحاب.

حكى ابْن كَجٍّ وجهًا أن الرهن لا يثبت إلا بشاهدين، قال ابن أبي هريرة: لا تدخل النساء في التقويم، وقال أبو إسحاق: يثبت بالشاهد والمرأتين واليمين.

قال الديلمي: قال أبو الحسن: وهذا أولى إذا ادعى أنه أوصى له بمال قبل هذا وامرأتان، قال الدَّارِمِي: وعن أبي هريرة: إنه إذا أقام شاهدين أو شاهدًا وامرأتين حلف كالغائب، وإن أقام عدلًا حلف معه للأمرين أن ما شهد به شاهده حق، وأن الميت لم يرجع حتى مات سبق أن مما يثبت من العقود برجل وامرأتين عقد المسابقة وحصول السبق فيه هكذا أورده الرَّافِعِي وهو الصواب، ووقع في «الرَّوْضَة»: والمسابقة وخيول المسابقة وهو تصحيف، ووقع في بعض نسخ «الشرح»: فكتب موضع حصول خيول ثم أبدل الشيخ السبق بالمسابقة ظانًا أن اللفظ خيول بالخاء المعجمة والياء وهو سهو نعم هل هو بالخاء والصاد المهملتين فتكون الشهادة على خيول السبق من أحد المتراهنين أو بالخاء المعجمة والصاد المهملة فيه تردد عندي، فإن ابن فارس قال في«المجمل»: فصل الخاء المعجمة: تخاصل القوم تراهنوا في الرمي وأحرز فلان خصلة إذا غلب، ذكر الجوهري في «الصحاح» مثله كما أوضحته في منتصف «الْغُنْيَة» والله أعلم.

قال الرَّافِعِي في آخر الفصل: والإقرار بكل ما يثبت برجل وامرأتين يثبت برجل وامرأتين، وقوله في «الوجيز»: وكذا فسوخ العقود ـ يعني العقود المالية ـ فأما فسوخ النكاح فهي كالطلاق هذا هو الصواب في نقل كلام الرَّافِعِي، ووقع في نسخ بكتابه تخبيط مخبر عنه في «الرَّوْضَة» بقوله: والإقرار بكل ما يثبت برجل

وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيٍّ وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ وَجَرْحٍ ....

يثبت برجل وامرأتين، وفي بعضها والإقرار بكل ما يثبت برجلين يثبت برجل وامرأتين، وفي بعضها والإقرار بكل ما يثبت برجل يثبت برجل وامرأتين وكلاهما غلط، وأصلحت نسخ من «الرَّوْضَة» على الصواب، ثم قال في «الرَّوْضَة»: وفسخ العقود المالية يثبت برجل وامرأتين، وفسخ الطلاق لا يثبت إلا برجلين وهو سهو وصوابه ما سبق عن لفظ الرَّافِعِي.

فَائِدَةٌ: رأيت في «الذَّخَائِر» في كلامه على ما يثبت به المال وما يقصد به المال: ويقبل الرجل والمرأتان مع وجود الرجلين ومع عدمها، وحكى في «الْحَاوِي» أنه لا يقبل الرجل والمرأتان إلا مع عدم الرجلين والمذهب الأول، انتهى.

ونقل ابن شداد هذا عن «الْحَاوِي» وهو سهو من مُجَلِّيٍّ، وتصفحت «الْحَاوِي» فلم أر فيه إلا المذهب المعروف.

وقال في باب الشاهد واليمين: يجوز أن يحكم بالمال بشاهدٍ وامرأتين وإن قدر على الشاهدين.

وقال مالك: لا يجوز أن يحكم له بالمال بالشاهد والمرأتين إلا مع عدم الشاهدين، ورد عليه بأشياء منها: إنه وافق على جواز أن يتوثق المستشهد بشاهد وامرأتين مع القدرة على الشاهدين، انتهى.

وصرح ابن المنذر بنقل الإجماع على موافقة المذهب في موضع، وأشار إليه في آخر، لكن ابن عطية وغيره حكوا ذلك عن قوم ولم يسموهم وردوه عليهم، وهذا مما يبعد ثبوته عن مالك فاعلم.

قال: (**وَلِغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ عُقُوبَةٍ لِلّه تَعَالَى**) أي: كحدوده والتعزير لحقه تعالى.

قال: (**أَوْ لِآدَمِيٍّ**) كحد قذف وقصاص نفس أو عضو أو منفعته وموجب تعزيره.

(**وَمَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ رِجَالٌ غَالِبًا كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ وَرَجْعَةٍ، وَإِسْلَامٍ وَرِدَّةٍ، وَجَرْحٍ**

وَتَعْدِيلٍ وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ رَجُلَانِ.

وَتَعْدِيلٍ، وَمَوْتٍ وَإِعْسَارٍ، وَوَكَالَةٍ وَوِصَايَةٍ، وَشَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ رَجُلَانِ).

قلت: ومن هذا الضرب الإعتاق والاستيلاد وكذا الكتابة على الأصح، ومنه البلوغ والرشد والإيلاء والظهار والقضاء والولاية إن شرط فيهما الشهادة والنسب والولادة، ومنه انقضاء العدة والعفو عن القصاص والحد والإعسار على المذهب.

قال ابن الرِّفْعَة: والوديعة كما ذكره القاضي أبو الطيب والشهادة على كتاب القاضي والإحصان وكفالة البدن، واستدلوا لهذا الضرب بأشياء.

أما الحدود: فحديث الزهري أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين بعده ألا تقبل شهادة النساء في الحدود رواه مالك عن عقيل عن ابن شهاب: مضت السنة من رسول الله ﷺ أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في الطلاق، وهذا وإن كان مرسلًا فالخصم وهو أبو حنيفة يحتج به؛ ولأن كل ما لم يقصد منه المال إذا لم تقبل فيه شهادتهن على الانفراد لم يقبل مع الرجل كالقصاص بوفاق، وأما فيما يطلع عليه الرجال غالبًا فإنه سبحانه نص فيما سوى الأموال على شهادة الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع وهي: الطلاق والرجعة والوصاية، وصح الحديث: «**لا نِكَاحَ إلا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»(١).

تَنْبِيهَاتٌ: ما سبق في الشهادة بالبلوغ والنسب هو في الشهادة بهما عينًا، أما لو شهد النسوة بحيض أو ولادة ثبت النسب والبلوغ بشرطه تبعًا، وتقدم أن الجرح لا يثبت إلا برجلين لكن لو ادعى تكذيب المدعي المشهودة بالمال حكم بشاهد ويمين.

قال في «**الْبَحْر**»: لأن تكذيبه لبينة يوجب سقوط حقه لا جرح الشهود، وحكى وجه أن جرح شهود المال يثبت بشاهد ويمين ألحق القاضي أبو الطيب بهذا الضرب قطع اليد من الساعد عمدًا.

وقال الشيخ أبو حامد: يثبت بشاهد ويمين؛ لأنه لا قصاص فيه وغلطه

---

(١) تقدم تخريجه.

وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ.

أبو الطيب؛ لأن له أن يقتص من الكوع فلا يثبت بشاهد ويمين ورد عليه بما سيأتي عن النص في الهاشمة لو أقام على هاشمة ومنقلة مسوقة بإيضاح شاهد وامرأتين أو شاهد ورام الحلف معه فالنص أنه لا يثبت أرش الهاشمة والمنقلة بذلك، بل لا بد من شهادة رجلين، والنص فيما إذا رمى زيدًا فمرق السهم منه وأصاب غيره أنه يثبت الخطأ في الثاني برجل وامرأتين وبشاهد ويمين وفيهما طريقان أوضحتهما في «الْغُنْيَة» أصحهما تقرير النصين؛ لأن الهشم المشتمل على الإيضاح جناية واحدة وإذا اشتملت الجناية على ما يوجب القصاص احتيط لها، ولم يثبت إلا بحجة كاملة، وفي مروق السهم حصل جنايتان لا تعلق لإحداهما بالأخرى لو أوجبت الجناية القود لكنه عفا عنه وأراد إثباتها بشاهد وامرأتين فوجهان:

أصحهما في «الْحَاوِي»: الثبوت؛ لأنه لا قصاص والمقصود المال وأيده ابن الرِّفْعَة بأن الجديد أن الواجب في قتل العمد أحد الأمرين، وأنه إذا اختار أحدهما حكمنا بأنه الذي كان وجب بالقتل.

وأصحهما: وبه أجاب القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي المنع وعزاه إلى نص «الأم». وعن أبي بكر الطوسي طريقة قاطعة؛ لأنها في نفسها موجبة للقود لو ثبت؛ ولأنه ينبغي أن يثبت القود حتى يكون للعفو اعتبارًا.

قال: (**وَمَا يَخْتَصُّ بِمَعْرِفَتِهِ النِّسَاءُ أَوْ لَا يَرَاهُ رِجَالٌ غَالِبًا كَبَكَارَةٍ وَوِلَادَةٍ وَحَيْضٍ وَرَضَاعٍ وَعُيُوبٍ تَحْتَ الثِّيَابِ يَثْبُتُ بِمَا سَبَقَ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ**) أما النسوة المنفردات فلقول الزهري: مضت السنة أن يجوز النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن رواه ابن أبي شيبة؛ ولأن الرجال لا يرون ذلك غالبًا فلو لم يقبلهن لتعذر إثباته، وأما اعتبار الأربع، فلأن الله تعالى أقام كل امرأتين مقام رجل حيث قبلن، وفي «صحيح» مسلم: «**فَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَعْدِلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ**».

……

وإذا ثبت قولان منفردان فرجلان ورجل وامرأتان أولى بالقول، وإليه أشار المصنف بقوله بما سبق، وعن الإصطخري: إن الرضاع وعيوب النساء إنما تثبت بالنساء المحصنات كذا نقله الإمام في كتاب الرضاع، وقال صاحب «روضة الحكام»: وتقبل شهادة أربع نسوة في عيوب النساء في الفرج وبالمهر والولادة والرضاع، ويقبل في ذلك ما يقبل في المال شاهدان وامرأتان في أصح الوجهين، وفيه وجه آخر: إنه لا يقبل شاهد وامرأتان، انتهى.

وما ذكره في المهر غريب وسننبه عليه.

تتمات وتَنْبِيهَاتٌ:

منها: قال الْقَفَّال والقاضي الحسين والمتولي: الرضاع من لبنٍ حُلِبَ في آنية لا يثبت إلا برجلين، والشهادة بأن هذا من لبن هذه المرأة يثبت بشهادتهن؛ لأن الرجال لا يطلعون عليه غالبًا.

ثانيها: أخرج المصنف بقوله: تحت الثياب العيب الظاهر.

قال الْبَغَوِي: العيب في وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين بناء على أنهما ليسا من العورة، وفي وجه الأمة وما يبدو منها عند المهنة يثبت برجل وامرأتين؛ لأن المقصود منه المال، انتهى وأقره الشيخان.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: وشهادة النساء بالعيب على وجه الأمة ويدها وساقها لا تقبل، وتقبل على العيب بمحل العورة ولا بد من رجل معهن؛ لأن الأمة مال، انتهى.

وأطلق المَاوَرْدِي في باب شهادة النساء: نقل الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا يقبل فيه إلا الرجال، ولم يفرق بين حرة وأمة، قال: لخروجه عن العورة في حق الرجال والنساء فلم تدعُ الضرورة فيه إلى انفراد النساء.

قال ابن الرِّفْعَة: وصرح به القاضي الحسين في الحرائر والإماء، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وشهادة النساء على العيب

....

بوجه الحرة فيه وجهان: أحدهما: لا تقبل؛ لأن وجه الحرة ليس بعورة، والثاني: تقبل؛ لأن الغالب أن الحرة لا تكشف وجهها للأجنبي.

ثالثها: عبر المصنف بـ: تحت الثياب، وفيه شمول وهو الأجود، وعبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الرَّوْضَة» وغيرها: تحت الإزار، فالحرة كانت أو أمة ومرادهم ما بين السرة والركبة كما صرح به الأصحاب، وبين العبارتين تفاوت، وقولهم: تحت الإزار، يفهم أنه لا تقبل شهادتهن بانفرادهن فيما فوق السرة من العيوب ولا فيما تحت الركبة منها بخلاف ما تفهمه عبارة «المنهاج».

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي، وأما العيب على وجه الحرة وكفيها لا يثبت إلا برجلين عدلين، وإن كان على ثديها تحت الإزار أو غيره أن يثبت بأربع نسوة بخلاف الوجه والكف؛ لأنها ليست بعورة، انتهى.

وفي «شافي» الجرجاني: تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ بِانْفِرَادِهِنَّ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ: الْوِلَادَةِ، وَاسْتِهْلَالِ الْمَوْلُودِ إِذَا مَاتَ، وَالرَّضَاعِ وَالْعُيُوبِ الَّتِي تَحْتَ الثِّيَابِ مِنَ الْحُرَّةِ فِي جَمِيعِ بَدَنِهَا إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ، وَمِنَ الْأَمَةِ فِيمَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ.

وأطلق في «التحرير»: وَالْعُيُوبُ تَحْتَ الثِّيَابِ مِنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَلَمْ يُفَصِّلْ، وَهُوَ قَضِيَّةُ مَا فِي «الْحَاوِي» وَغَيْرِهِ وَحِينَئِذٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ بِانْفِرَادِهِنَّ فِي جَمِيعِ عُيُوبِ النِّسَاءِ فِي جَمِيعِ أَبْدَانِهِنَّ إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ، ويجتمع في الأمة وجوه:

أحدها: إنها كالحرة.

والثاني: إنها كالحرة فيما بين السرة والركبة فقط.

والثالث: إنه لا بد من رجل معهن؛ لأنها مالي وذكرت في «الْغَنِيَّة»: إنها كالحرة على الأصح، وفيه نظر وإن اقتضاه كلام الكتاب وغيره، وذكر الْمَاوَرْدِي فيما سبق: إن رأسها ليس بعورة بالإجماع، وذكر ابن الرِّفْعَة عن القاضي الحسين: إنه إذا كان العيب على ظهر الأمة وبطنها، هل يثبت بشهادة النسوة؟ فيه وجهان يبنيان على أن النظر إلى بطنها وظهرها هل يجوز؟ فيه وجهان، انتهى.

……

وقضية البناء أن يأتي جميع ما سبق في كتاب النكاح من الخلاف فيما هو عورة منها بالنسبة إلى نظر الأحاديث وإطلاق الجمهور هنا يخالفه.

رابعها: كلام الْبَغَوِي وغيره في وجه الحرة وكفيها بناء على أنهما ليسا بعورة إن أريد به بالنسبة إلى عدم تحريم نظر الأجانب إليها فيكون ذلك تفريعًا على طريقة متقدمي الأصحاب، وعلى ما رجح في مسائل النظر يكونا عورة بالنسبة إلى تحريم النظر إليها بلا حاجة، ويرشد إلى ذلك ما ذكره القاضي الحسين في بطن الأمة وظهرها فوق السرة وحينئذ يثبت عيب الحرة في وجهها وكفيها بالنساء منفردات؛ لأنهما عورة في نظر الأجانب إليها لكن سبق نقل الْمَاوَرْدِي الإجماع على خلافه فتأمله.

خامسها: صرح المصنف هنا بإمكان إقامة البينة على الحيض وهو الصحيح بخلاف ما ذكراه في «الرَّوْضَة» وأصلها في كتاب الطلاق وقد أوضحناه هناك.

سادسها: قال الرَّافِعِي: قال الْبَغَوِي: والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تلحق بالعيب؛ لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالبًا.

قال الرَّافِعِي: كذا ذكره لكن جنس العيب أيضًا مما يطلع عليه الرجال غالبًا إنما الذي لا يطلعون عليه العيب الخاص وكذلك الجراحة الخاصة.

قال في «الرَّوْضَة»: قلت: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من الْبَغَوِي كونه ذكر خلاف هذا وتعلق بمجرد الاسم، انتهى.

وما ذكره الْبَغَوِي حكاه ابن الرِّفْعَة عنه وعن القاضي الحسين والبندنيجي، قال: وقد أشار إليه الأصحاب مع مالك في منع قبول شهادة الصبيان على الجراحات وادعى القاضي أبو الطيب هنا أن الإجماع على ذلك، انتهى.

وإطلاق ابن المنذر يفهم نقل الإجماع فيه أيضًا، ولا ريب فيه أن أوجب لجراحة القصاص، وإن أوجبت المال فذاك مما يثبت بشاهد وامرأتين وشاهد ويمين صرحوا به وأما ثبوتها بالنساء المحصنات، فإن ثبت في المنع إجماع

....

فلا كلام وإلا فالقياس ما أبداه الرَّافِعِي وصوبه الشيخ.

اعلم أني راجعت «تعليق» الْبَغَوِي و«تهذيبه» فوجدته قال فيهما : وإن أصاب فرج المرأة جراحة في الحمام فإن كانت موجبة للقصاص فلا تثبت إلا برجلين، وإن كانت موجبة للمال تثبت برجل وامرأتين وبشاهد ويمين ولا تثبت بأربع نسوة؛ لأن جنس الجراحة مما يطلع عليه الرجال غالبًا، انتهى.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي، وأما شهادة النساء على الجراح في الحمامات الأصح أنها لا تقبل؛ لأن للرجال اطلاعًا على أصل الجرح، انتهى.

فأشار إلى وجهين ولعل محلهما فيما إذا كن في الحمام، وقد لا يكون قيدًا في الخلاف وحذف الرَّافِعِي ذكر الحمام.

سابعها : سبق في آخر الرضاع أن بعض الأصحاب قال: لا تقبل شهادة النساء المحصنات إلا في ثلاث مسائل الأولى الارتضاع من الثدي وأن اللبن الحاصل في ظرف لبن فلانة، والثانية : الولادة، والثالثة : عيوب النساء تحت الثياب.

وزاد المَاوَرْدِي رابعة وهي الاستهلال، وجزم به جماعة، وذكر الرَّافِعِي وغيره أنه المشهور، وأن الربيع حكى فيه قولًا آخر، وقال الدَّارِمِي : وهل يقبلن على الاستهلال؟ قيل قولان، وقيل: تقبل في الصلاة عليه ونحو ذلك، ولا تقبل في الجناية ونحوها من حقوق الآدميين.

وقال الصَّيْمَرِيّ : أجمعوا على قبولهن في الولادة منفردات، وإذا جاز ذلك فيها ضرورة وحاجة في استهلال الولد وحياته عند انفصاله وهل خرج حيًا أو ميتًا؟ انتهى.

فحصل ثلاث طرق يخرج منها ثلاثة آراء وترد على الحصر في المسائل الأربع والبكارة والثيوبة والحيض.

ثامنها : ما قبل فيه شهادة النسوة على فعله لا يقبل على الإقرار به صرح به

……………………………………………………………………

الأصحاب في كتاب الرضاع وغيره؛ لأنه مما يسمعه الرجال كسائر الأقارير.

تاسعها: قال ابن الرِّفْعَة: أغرب المتولي حيث قال: إذا أخبر الشفيع نسوة بالبيع بني على قبول شهادتهن منفردات إن قلنا تقبل، فهو كما لو شهد عدلان وإلا فكما لو شهدت امرأة واحدة، قال: ولعل ما ذكره على ما تقبل شهادتهن فيه على وجه التبعية كما قاله المَاوَرْدِي فيما إذا ادعى رجل رق اللقيط أنه تسمع شهادة أربع نسوة بالولادة في ملكه وتكون شهادتهن بملك الأم عند الولادة مقبولة تبعًا للشهادة بالولادة، انتهى.

ويمكن حمل ما ذكره المتولي على ما لو كان قد أصدقها شقصًا مشفوعًا ثم طلقها بعد مدة طويلة وادعى عدم الدخول فشهد أربع نسوة بولادتها على فراشه وكذا تلحقه شرعًا.

وسبق في كلام شُرَيْح الرُّويَانِي: إنه تقبل شهادتهن بالمهر ويجب تأويله على ما ذكرناه أو نحوه.

عاشرها: قول المصنف بما سبق وبأربع نسوة، يفهمك أنه لا يثبت ما ذكره بشاهد ويمين، وبه صرح المَاوَرْدِي في الرضاع وغيره، قال الرَّافِعِي: وهو الموافق لإطلاق عامة الناقلين، وحكى ابن أبي الدَّم أن الشيخ أبا علي قال في «شرحه الكبير»: إن أبا طاهر الزيادي قال: يثبت الرضاع في الولادة بشهادة امرأتين ويمين المدعي؛ لأنها شهادة توقفت على امرأتين فجاز أن يقوم اليمين فيها مقام امرأتين كالشاهد الواحد في المال، وأن القَفَّال قال: إنه خطأ؛ لأن اليمين دخلت في الأموال لحقها، ودخول البدل فيها وثبوت الرضاع والولادة بشاهد وامرأتين لم يكن لحقه ذلك بل للحاجة إليه؛ لأنه لا يطلع عليه في الغالب إلا النساء أما ما تحت الإزار من العيوب كالبرص وغيره لا يثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة ولا يثبت بشاهد ويمين، انتهى.

والظاهر أن هذا في عيب الحرة، أما الأمة فيثبت ذلك فيها بشاهد ويمين؛ لأن المقصود المال، وفي «التَّنْبِيه» مزيد كلام ذكرته في «الْغُنْيَة».

وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، وَمَا ثَبَتَ بِهِمْ ثَبَتَ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ، إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا، ....

قال: (**وَمَا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ**) أي: لأن الرجل والمرأتين أقوى من رجل ويمين فإذا لم يثبت بالأقوى لم يثبت بما دونه.

قال: (**وَمَا ثَبَتَ بِهِمْ**) أي: برجل وامرأتين.

(**ثَبَتَ بِرَجُلٍ وَيَمِينٍ**) لأنه ﷺ قضى بيمين وشاهد رواه مسلم ورواه نيف وعشرون صحابيًا مرفوعًا ذكره البيهقي في «الخلافيات» وغيره أكثرهم أو كثيرون منهم ووافق على القضاء بالشاهد واليمين مالك وأحمد وجمهور الأئمة، ومنهم الخلفاء الراشدون الأربعة ﷺ وخالف فيه أبو حنيفة.

قال الصَّيْمَرِيّ: وأعظم شيء ما حكي عنه أنه قال: أنقض حكم القاضي باليمين والشاهد مع ثبوت البينة، ولكن يقول: لو نقض القاضي ذلك رددنا نقضه؛ لأنه خلاف السنة.

قال: (**إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَنَحْوَهَا**) أي: مما سبق فإنها لا تثبت برجل ويمين؛ لأنها أمور خطيرة بخلاف الأموال وقبول شهادة النساء فيها من جهة أنه لا يطلع عليها الرجال غالبًا، وهذا الاستثناء ذكره جماعة منهم المَاوَرْدِي والدارمي والإمام والغزالي والْبَغَوِي والشاشي، واقتضاه كلام الجمهور وهو فيما لا يوجب المال، وكنت أراه محل وفاق، وكنت أحمل قول صاحب «البيان» وغيره: وكل حق يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد ويمين المدعي، على أن المراد به الأموال كما دل عليه التقرير، ثم رأيت الصَّيْمَرِيّ قال في «شرح الكفاية»: كل موضع جوزنا فيه النساء منفردات جوزنا فيه شاهدين أو شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا ويمينًا، وذكر ابن أبي عصرون في «تنبيهه» نحوه وأطلق في «الانتصار» أن ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين، لكنه قيد ذلك آخر الفصل بالأموال وسبق وجه أن كل ما يثبت بشهادة النسوة يثبت بامرأتين ويمين وعليه يتجه أن يقال: يثبت ذلك برجل ويمين؛ لأن الرجل أقوى من المرأتين لكن ذاك وجه غريب.

وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ، وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ، وَيَذْكُرُ فِي حَلِفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ.

فَائِدَةٌ: حكى المَاوَرْدِي وجهًا أنه لا يجوز الحكم بشاهد ويمين في المال مع التمكن من البينة الكاملة وهو شاذ والظاهر أن صاحب «الذَّخَائِر» أراد نقله فالتبس عليه بما ذكره في الشاهد والمرأتين كما سبق.

قال: (**وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ بِامْرَأَتَيْنِ وَيَمِينٍ**) أي: على الصحيح المعروف ونفى نافون الخلاف فيه، وسبق عن الزيادي أنه أثبت الرضاع والولادة بشاهد ويمين المدعي، وحكى الرَّافِعِي عن رواية السرخسي عن طائفة منهم الشيخ أبو علي إجراء هذا الوجه في كل ما تسمع فيه شهادة النسوة منفردات بخلاف الأموال حيث لا تقبل فيها امرأتان ويمين المدعي بلا خلاف، ونقل الرَّافِعِي أيضًا فيما يسقط به حق الشفيع هناك وجهًا.

قال: (**وَإِنَّمَا يَحْلِفُ الْمُدَّعِي بَعْدَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ وَتَعْدِيلِهِ**) لأن جانبه إنما يتقوى حينئذ، وإنما يحلف من قوى جانبه كالمدعى عليه فإن جانبه قوي بالأصل، ويحلف المدعي بعد نكول الخصم؛ لأن نكوله قوى جانبه، وقيل: يجوز تقديم اليمين على الشهادة كما يجوز تقدم شهادة المرأتين على شهادة الرجل، وللإمام احتمال في تقديم اليمين على تعديل الشاهد أسقطته «الرَّوْضَة».

فَرْعٌ: هل القضاء بالشاهد وحده واليمين مؤكدة أم بالعكس أم بهما جميعًا؟ أوجه أصحها ثالثها، وثمرة الخلاف تظهر إذا رجع الشاهد، فإن قلنا: القضاء به غرم أو باليمين فلا أو بهما فعليه النصف كذا نقل الرَّافِعِي، وهو كالمصرح بأنه على الأول يغرم الكل، ونقل ابن أبي الدَّم عن الشيخ أبي علي أنه لا صائر إلى أنه يغرم الكل وأبدى الإمام احتمالًا في تغريم الشاهد.

قال: (**وَيَذْكُرُ**) أي: وجوبًا.

(**فِي حَلِفِهِ صِدْقَ الشَّاهِدِ**) أي: فيقول: والله إن شاهدي لصادق، وإني مستحق لكذا هكذا قاله الشيخان، وعبارة «الْبَسِيط»: إنه لصادق وإني محق، وقال غيره: لصادق فيما شهد به وهي أحسن، ووجه بأن اليمين والشهادة حجتان مختلفتا الجنس فاعتبر ارتباط إحداهما بالأخرى؛ لتصيرا كالنوع الواحد.

فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ، ....

قال الرَّافِعِي: كذا وجهوه وإنما ينتظم على قولنا بإسناد القضاء إليهما، ولم يحك الرَّافِعِي في المسألة خلافًا، وفي «النهاية» و«الْبَسِيط» هنا دعوى الاتفاق عليه، قالا: واللفظ لـ«البسيط»: ولم يضايق أحد بتقديم التصديق على قوله: أنا محق وتأخيره، انتهى.

وفي لزوم التعرض لما سبق وجهان في «الْحَاوِي» و«الْبَحْر» و«النهاية» في موضع آخر، وعبارة «الْحَاوِي»: واختلف أصحابنا هل يلزمه أن يذكر فيها وأن ما شهد به شاهده حق وصدق على ما شهد به؟ على وجهين: أحدهما: يلزمه ذلك تحقيقًا لشهادته وإثباتًا لقوله، والثاني: لا يلزمه؛ لأنه في يمينه كشاهد آخر ولا يلزم الشاهد أن يشهد بصدق الآخر وصحة شهادته، وسبق عن ابن أبي هريرة أنه إذا ادعى وصية له بمال وأقام شاهدًا أنه يحلف معه لأمرين أن ما شهد به شاهده حق وأنه لم يرجع حتى مات، ولو ادعى هبة وإقباضًا فالقياس أنه يحلف مع شاهده بذلك على صدقه وأن الواهب أقبض العين الموهوبة وكذا يقال في إقباض الرهن ومن هذا أشباهه.

قال: **(فَإِنْ تَرَكَ الْحَلِفَ)** أي: مع شاهده.

(وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ فَلَهُ ذَلِكَ) لأنه قد يتورع عن الحلف، فإن حلف الخصم سقطت الدعوى.

قال الرَّافِعِي: وقال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه حيث تسمع؛ لأن البينة قد يتعذر عليه إقامتها فعذر واليمين إليه بعد شهادة الشاهد الواحد فلا عذر له في الامتناع، انتهى.

وكلام الرَّافِعِي يشعر بأنه إنما يسقط يمينه مع شاهده إذا حلف المدعى عليه لا قبل حلفه، وقال في «البيان»: إن حلف مع شاهده حكم له بما ادعاه، وإن اختار ألا يحلف معه سقطت اليمين من حقه، وصارت في حق المدعى عليه، فإن أراد المدعي أن يحلف مع شاهده لم يكن له ذلك في هذا المجلس

فَإِنْ نَكَلَ فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الْأَظْهَرِ.

إلا أن يتفرقا عن ذلك المجلس ويدّعي عليه، فإن أنكر فله أن يقيم شاهده ويحلف معه؛ لأنها قد سقطت في هذه الدعوى فلم يعد إليه إلا في دعوى أخرى، انتهى.

وكلام «الشامل» مصرح بأنه بامتناعه من اليمين مع شاهده يسقط حقه من اليمين، نعم؛ قوله: ولا يشبه ذلك إقامة البينة بعد اليمين؛ لأنه قد تتعذر البينة إلى آخره، يوهم أنه لا يسمع يمينه مع شاهده بعد حلف المدعى عليه مطلقًا، وليس كذلك ويوهم أن سماع البينة الكاملة بعد حلف المدعى عليه إنما يكون عند التعذر وليس كذلك.

قال المَاوَرْدِي: لو أقام شاهدين ثم طلب ألا يحكم بهما، ويحلف المدعى عليه أجيب إلى إحلافه فلو طلب الحكم عليه ببينته أجيب إلى الحكم بها وقطعت اليمين على المدعى عليه، ولو أقام شاهدًا وامتنع من اليمين معه ورضي بإحلاف المنكر ثم رجع عن استحلافه لتخلف مع شاهده لم يكن له ذلك؛ لأنه قد أسقط حقه من اليمين فطلبه إحلاف المنكر كما لم يكن للمنكر إذا نكل عن اليمين أن يرجع في ردها على المدعي ليحلف على إنكاره لإسقاطها في حقه بردها على خصمه، وخالف البينة الكاملة التي لا يسقط حقه منها بطلب اليمين؛ لأنها لا تنتقل عنه إلى غيره، انتهى.

فَرْعٌ: تكلم الإمام في الامتناع عن اليمين في تصوير النكول عن اليمين مع الشاهد فقال: إذا أقام الشاهد قال له القاضي: إن حلفت معه ثبت حقك وإن لم يحلف المدعى عليه منعتك من إعادته إلى مجلس الحكم، ثم قال: والمدعى عليه بعد إقامة المدعي الشاهد أن يقول: حلفني أو أحلفُ وخلصني.

قال: (**فَإِنْ نَكَلَ**) أي: المدعى عليه عن اليمين.

(**فَلَهُ**) أي: فللمدعي.

(**أَنْ يَحْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنها عن التي امتنع منها مع شاهده بدليل أن تلك لا تجري في كل حق وهذه تجري في كل حق تسمع فيه الدعوى.

....

وعن الْقَفَّال أن له الحلف هنا قولًا واحدًا؛ لأنه هنا لا يحتاج إلى تصديق الشاهد والقول الثاني لا؛ لأنه يمكنه الحلف مع الشاهد.

قال الرَّافِعِي: ويجري القولان فيما إذا ادعى مالًا ونكل المدعى عليه ولم يحلف المدعي يمين الرد ثم أقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف يمين الرد، فالمنقول أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر؛ لأن يمينه حق المدعي فلا يتمكن من إسقاطه، لكن على هذا القول التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده فما ينبغي أن يحبس المدعى عليه.

وقد ذكر في «الشامل» نحوًا من هذا قلت: أبداه في «الشامل» احتمالًا لنفسه وما جعله المنقول هو ما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضيان أبو الطيب والحسين وابن الصباغ والعمراني، وحكاه المَاوَرْدِي هنا عن الشيخ أبي حامد وقال إنه خطأ؛ لأن الحبس على الحقوق بعد ثبوت استحقاقها ولم يثبت الحق بالشاهد فلم يجز أن يحبس ووجب تخلية سبيله، انتهى.

وسها ابن الرِّفْعَة فقال: إن المَاوَرْدِي قال: ذلك في باب ما على القاضي في الخصوم.

تَنْبِيهٌ: قال الرَّافِعِي آخر الفصل: ولو أراد المدعي بعدما امتنع من الحلف مع شاهد واستحلف الخصم أن يعود فيحلف مع شاهده حكى الْمَحَامِلِيّ أنه ليس له ذلك؛ لأن اليمين قد انتقلت من جانبه إلى جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر فيستأنف الدعوى ويقيم الشاهد فحينئذ يحلف معه، انتهى.

وهذا ما قدمته عن «البيان» والظاهر أنه طريقة العراقيين أو جمهورهم، وربما أفهمه كلام الرَّافِعِي السابق أن الدعوى تسقط بمرة يحلف المدعى عليه فلا يسمع منه بمجلس آخر، وهذا قد يجيء على رأي بعض المراوزة كما سنذكره إن شاء الله وسيأتي عن «الْحَاوِي» تفصيل بين أن يدع اليمين تأخيرًا لها أو نكولًا.

وقال الدَّارِمِي في باب الامتناع من اليمين: إذا حلف المدعى عليه أو نكل ونكل المدعي ثم جاء المدعي بشاهدين أو بشاهد وامرأتين أو يمين فيما

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقال رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي عَلِقَتْ بِهَذَا فِي مِلْكِي وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ، لَا نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقال رَجُلٌ: كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ فَالْمَذْهَبُ انْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرًّا.

يدخل فيه حكم له في العدلين والعدل والمرأتين، فإن كان الشاهد واليمين فقولان، وإن كان قد حلف المدعى عليه قال ابن المرزبان: القولان، وعندي يحكم قولًا واحدًا قبل القولين بناء هل الشاهدان أقوى من الشاهد واليمين أو مثله؟ على قولين، انتهى لفظه وفيه فوائد.

قال: **(وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ أَمَةٌ وَوَلَدُهَا فَقال: رَجُلٌ: هَذِهِ مُسْتَوْلَدَتِي، عَلِقَتْ بِهَذَا فِي مِلْكِي)** أي: مني.

(وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ) لأن المستولدة ومنافعها ملك للسيد فهي كسائر الأموال الثابتة بالحجة الناقصة فتسلم إليه ويعتق بموته بإقراره.

قال المَاوَرْدِي: لا يختلف مذهب الشَّافِعِي أنه يحكم له بها وأنها تعتق عليه بموته لأمرين أن أحكام الرق باقية عليها بدليل الاستمتاع وأخذ قيمتها من قاتلها، وأنه لما حرم بيعها صار الملك والدعوى مقصورين على منافعها وهي مما يحكم فيه بشاهدين ويمين واختلف أصحابنا لاختلاف هذا التعليل هل صارت أم ولد بالإقرار أو بالبينة؟ على وجهين المنصوص الأول.

قال: **(لَا نَسَبُ الْوَلَدِ وَحُرِّيَّتُهُ فِي الْأَظْهَرِ)** أي: المشهور من مذهب الشَّافِعِي المنصوص عليه في كتبه كما قاله المَاوَرْدِي؛ لأنهما لا يثبتان بهذه الحجة فيبقى الولد بيد ذي اليد ولا يحكم بحريته قطعًا ولا بنسبه على النص، وقيل: يحكم بنسبه على استحقاق عبد الغير، والقول الثاني حكاه الـمُزَنِيّ عنه واختاره ولم يوجد في كتبه أنه يصير بالشاهد واليمين حرًا نسيبًا تبعًا وصححه الفارقي، وحكى السرخسي طريقة قاطعة وهي شاذة طرحتها «الرَّوْضَة».

قال: **(وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ غُلَامٌ فَقال رَجُلٌ: كَانَ لِي وَأَعْتَقْتُهُ وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدٍ فَالْمَذْهَبُ انْتِزَاعُهُ وَمَصِيرُهُ حُرًّا)** هذا ما نص عليه الشَّافِعِي واحتج به الـمُزَنِيّ

وَلَوْ ادَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالًا لِمُوَرِّثِهِمْ وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ أَخَذَ نَصِيبَهُ، وَلَا يُشَارَكُ فِيهِ، ....

لما سبق واختلفوا فجعلهما ابن سُرَيْج على قولين، وقطع الجمهور بنصه هنا ولم يذكر جماعة غيره، وفرقوا بأنه في العبد يدعي ملكًا متقدمًا، وحجته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت ترتب عليه العتق بإقراره، وفي صورة الاستيلاد إنما قامت الحجة على ملك الأم لا جرم وبنينا العتق عليه إذا جاءوا فيه بإقراره، وأما الولد فقضية الدعوى والحجة كونه حرًا نسبيًا وهما لا يثبتان بهذه الحجة فلذلك افترقا نعم لو أن المدعي في صورة الاستيلاد قال لذي اليد: استولدتها في ملكك ثم اشتريتها مع الولد يعتق الولد وأقام عليه حجة ناقصة فالعتق الآن يترتب على الملك الذي قامت الحجة الناقصة به فيكون على الطريقين في العبد، وسلك الإمام والغزالي في نقل المسألتين طريقًا أشار الرَّافِعِي إلى وهمهما فيها فلا نطيل بذكرها.

فَائِدَةٌ: ذكر ابن الرِّفْعَة مسألة العبد هنا كما سبق.

وقال في «الدعاوي» عقب قول «التَّنْبِيه»: وإن ادعى أن هذا العبد كان لي وأعتقته وغصبه فلان وأقام عليه بينة فقد قيل: يقضي بها، وقيل: كالبينة بالملك المتقدم، والفرق على الطريق الأول أن البينة هاهنا شهدت على وفق الدعوى؛ لأنه لا يدعي ملكه في الحال ولا كذلك ثمنه، فإن قتل ذكرتم من قبل أن الدعوى بملك سابق لا تسمع فكيف يستقيم هذا الفرق؟

قلت: ذلك فيما إذا كان الملك في الحال مقصودًا متصورًا وليس كذلك ما نحن فيه، فإن المقصود إثبات العتق ودفع الغصب وذكر الملك السابق وقع تبعًا، انتهى.

قلت: إذا كان المقصود هنا إثبات العتق ودفع الغصب، وذكر الملك تبعًا فكيف يحكم فيه بالشاهد واليمين عند الجمهور كما سبق؟.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَتْ وَرَثَةٌ مَالًا لِمُوَرِّثِهِمْ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ أَخَذَ نَصِيبَهُ، وَلَا يُشَارَكُ فِيهِ**) إذا ادعت الورثة دينًا لمورثهم أو عينًا فإنما يحكم به

وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ، ....

إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء: الموت، والوراثة، وأصل المال، والأول والثاني إنما يثبتان بشاهدين أو إقرار الخصم، وأما المال فإن حضر جميع الورثة وهم كاملون وأقاموا شاهدًا، وحلفوا معه استحقوا والمأخوذ تركة، تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وإن حلف معه بعضهم أخذ الحالف نصيبه، والنص أنه لا يشاركه فيه من لم يحلف، ونص في كتاب الصلح أنهما لو ادعيا دارًا إرثًا فصدق المدعى عليه أحدهما في نصيبه يشاركه المكذب فخرج من هناك قول أن ما أخذه الحالف يشاركه فيه من لم يحلف، وامتنع الجمهور من هذا التخريج، وقطعوا بأنه لا شركة هاهنا كما نص عليه، ولمّا اقترنت الصورتان، نقل الإمام فيه طريقين، قال قوم: لأن صورة كتاب الصلح مقصورة في العين وأعيان التركة مشتركة بين الورثة والمصدق معترف بأنه من التركة، والتصوير هاهنا في الدين، والدين إنما يتعين بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالف يتعين لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، وقائل هذا يقول: لو فرضت مسألة الصلح في الدين لم تثبت الشركة، ولو فرض الشاهد ويمين بعض الورثة في العين ثبتت الشركة.

وقال آخرون: بل السبب إنما يثبت هنا بالشاهد واليمين، فلو شركنا ملكنا الناكل بيمين غيره وهو بعيد؛ لأن الحلف لا يجري فيه النيابة، وهناك ما يثبت ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه إرث، وعلى هذا لا فرق هاهنا بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه وهذا الطريق هو ما أورده الجمهور وصححه الإمام والغزالي في «الْبَسِيط» وخالفهم في «الوسيط» من وجهين: **أحدهما**: أنه أشار إلى إثبات الخلاف في الصورتين بالنقل والتخريج في صورة الصلح مما نحن فيه، ولم يتعرضوا له. **والثاني**: أنه اعتمد من طريق الفرق على معنى العين والدين، وقال في «الْبَسِيط» منهم من قال في المسألتين قولَيْن بالنقل والتخريج، ومنهم من فرق ثم حكى الخلاف السابق في الفرق.

قال: (وَيَبْطُلُ حَقُّ مَنْ لَمْ يَحْلِفْ بِنُكُولِهِ إنْ حَضَرَ وَهُوَ كَامِلٌ) أي: حتى لو مات لم يكن لوارثه أن يحلف كذا ذكره الإمام والغزالي وغيره.

فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ.

قال الرَّافِعِي: وفي كتاب القاضي ابْن كَجٍّ ما ينازع فيه، انتهى.

وفي «الْحَاوِي»: إنهم لو امتنعوا من اليمين نكولًا لم يكن لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم؛ لأنهم أسقطوا حقهم من الأيمان لنكولهم، وإن كانوا قد توقفوا عن الحلف من غير نكول عنه جاز لورثتهم أن يحلفوا بعد موتهم ويستحقوا ما كان لهم؛ لأن حقوقهم من الأيمان لم تسقط بالتوقف وإنما تسقط بالنكول وليس التوقف نكولًا، انتهى.

وأجوز أن كلام ابْن كَجٍّ في صورة التوقف لا النكول، فلا يكون مخالفًا لما ذكره الإمام وغيره، فإنه مجزوم به في كلامهم، وذكرت في «الْغُنْيَة» أن كلام الدَّارِمِي يقتضي إثبات قولين وفيه نظر.

فَرْعٌ: قال الإمام: لو أراد وارث الناكل أن يقيم شاهدًا آخر ليحلف معه لم يتمكن من الحلف أيضًا، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول ليحكم بالبينة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدعٍ شاهدًا في خصومة ثم مات فأقام وارثه شاهدًا آخر يجوز أن يقال: له البناء عليه، ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى وإقامة البينة الأولى. وقضية كلام المَاوَرْدِي الجزم بالأول، وأنه لو أقام الورثة شاهدًا وحلف معه بعضهم ومات بعضهم قبل أن يحلف أو ينكل كان لوارثه أن يحلف لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشهادة فيه التردد المذكور، والأشبه أنه لا يحتاج، وقال في «الْبَسِيط»: إنه الظاهر وقضية كلام المَاوَرْدِي الجزم به.

قال: (**فَإِنْ كَانَ غَائِبًا أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَالْمذهَبُ أَنَّهُ لَا يَقْبِضُ نَصِيبَهُ، فَإِذَا زَالَ عُذْرُهُ حَلَفَ وَأَخَذَ بِغَيْرِ إِعَادَةِ شَهَادَةٍ**) نص الشَّافِعِي في المجنون على وقف نصيبه واختلف في معناه فقال أبو إسحاق وعامة الأصحاب المراد أنا نمنع من الحكم في نصيبه ونتوقف إلى إفاقته فيحلف أو ينكل ولا يؤخذ نصيبه، وقيل: أراد أنه يؤخذ نصيبه وتوقف.

قال المَاوَرْدِي: وهو وهم فعلى المذهب تصرف المدعى عليه نافذ سواء

كان المدعى دينًا أو عينًا؛ لأنه لم يثبت بالشاهد قبل اليمين شيء يوجب وقفه.

قال الرَّافِعِي عن الوجه الضعيف: وهذا أحد قوليه في الحيلولة بشاهد واحد؛ لأن الشاهد الذي يقيمه أحد الورثة مقام الكل.

قال: وهذا يظهر في الدعوى بالعين لا بالدين، قال: وقد يطلق لهذا الاختلاف في المسألة وجهان أو قولان والصبي والغائب يلحقان بالمجنون وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة أو لم يشعر بالحال كالصبي والمجنون والغائب في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل.

قلت: وهذا لا شك فيه فعلى المذهب إذا زال عذرهم حلفوا وأخذوا أنصابهم، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة فلو مات الغائب أو الصبي أو المجنون فلوارثه أن يحلف ويأخذ حقه ولا تعاد الشهادة، وكذا حكم من لم يمتنع نكولًا من الحاضرين الكاملين.

قال المَاوَرْدِي: فَإِنْ كَانَ عَلَى الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ دَيْنٌ قُضِيَ مِنْهُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ دَيْنٌ قُضِيَ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّ الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ، فَلَوِ اجْتَمَعَ فِي هَذَا السَّهْمِ دَيْنَانِ، دَيْنٌ عَلَى الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ، وَدَيْنٌ عَلَى الْمعتُوهِ وَالطِّفْلِ، قُضِيَ الدَّيْنَانِ مِنْهُ، فَإِنْ ضَاقَ السَّهْمُ عَنْهُمَا قُدِّمَ دَيْنُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عَلَى دَيْنِ الْمعتُوهِ، وَالطِّفْلِ؛ لِأَنَّهُمَا يَرِثَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ.

تَنْبِيهَاتٌ: قال السرخسي من يحلف على دين وعين للميت يحلف على الجميع لا على حصته فقط سواء حلف كلهم وبعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا يحلفان.

قال الرَّافِعِي: وفي كلام غيره ما يشعر بخلافه ويؤيده قولنا: إن من لم يحلف لا يشارك الحالف فإذا خصصناه بالمأخوذ ولم نعطه حكم التركة فأشبه ما إذا ادعى قدر حصته ولم يتعرض للإرث، انتهى.

ما سبق أنه لا تعاد الشهادة هو فيما إذا لم يتعين حال الشاهد، فإن تغير فوجهان:

....

أحدهما: وبه قال الْقَفَّال: لا يقدح فيحلف مَن كمل أو حضر ويأخذ؛ لأنه قد اتصل الحكم بشهادته في حق الحالف فلا يؤثر فيها التغير بعده.

وثانيهما: واختاره الشيخ أبو علي أنهم لا يحلفون؛ لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف دون غيره ولهذا لو رجع لم يكن لهم أن يحلفوا.

قلت: وهذا أصح وأقوى، والظاهر أن موضع عدم الحاجة إلى إعادة الشهادة في حالتي تغير حال الشاهد وعدمه فيما إذا كان الأول قد ادعى بجميع الحق أما لو كان قد ادعى بحصته فقط فلا بدّ من الإعادة.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي إذا امتنع جميع الورثة من الحلف وعلى الميت دين فهل للغريم أن يحلف فيه قولان الجديد: المنع، وأجريا فيما لو كان قد أوصى لإنسان بشيء ولم يحلف الورثة هل يحلف الموصى له وإن كانت الوصية بعين وادعاه في يد الغير فلا ينبغي أن يكون موضع خلاف بل يجوز لا محالة.

قلت: حكى المَاوَرْدِي فيها طريقين أحدهما على القولين، والثاني: يحلف ويستحقها قولًا واحدًا وهو الوجه، وكذا لو كان قد أوصى له بثلث دينه على زيد وسيأتي ما يؤيده ثم أنه أطلق القولين في حلف الغريم ومحلهما إذا لم يكن للميت بقي بدينه، فإن كان لم يحلف قولًا واحدًا صرح به الأصحاب.

وعبارة «البيان»: وإن كان لا يمكنه استيفاء دينه إلا مما شهد به الشاهد فقولان وأجريا فيما لو ادّعى الورثة دينًا لمورثهم على منكر فنكل عن اليمين فردت على الورثة فلم يحلفوا وأجاب إلى الحلف.

قال الدَّارِمِي: وإذا جوزنا لا يحلفون إلا بقدر دينهم.

وقال صاحب «المستعمل»: في صورة الوصية قال: ـ يعني الشَّافِعِي ـ: والموصى له في ذلك بمنزلة الغريم لا يكون له أن يحلف مع الشاهد إذا امتنع الوارث من اليمين، قال منصور: هذا إذا قال: لفلان من مالي عشرة دراهم وماله ذهب أو شيء غير الورق، فأما إذا قال: لزيد من مالي بعد موتي الثلث أو الربع أو العشر فهذا ملك زيد من ماله حرًا شائعًا فيه فصار كالوارث يحلف مع

....

شاهده عليه قدر الوصية من جميع المال حلف الوارث أو لم يحلف، انتهى لفظه.

فَرْعٌ: إذا حلف بعض الورثة فهل يقضى دين الميت جميعه مما يستحقه الحالف؟

قال ابن الصباغ: عندي أنه ينبى على يمين الغريم إن قلنا: يحلف إذا امتنع الورثة لم يلزم الحالف منهم إلا قدر حصته، وإن قلنا: لا يحلف الغريم فإن قلنا: إن الورثة يشاركون الحالف قضى جميع الدين منه، وإن قلنا: لا يشاركونه، بني على أن بعض الورثة إذا أقر بدين على مورثهم، فهل يلزمه جميع الدين؟ فيه قولان سبقا، قال: وإذا قلنا للغريم أن يحلف فحلف ثم أبرأ الميت من دينه رد المال إلى المدعى عليه دون الورثة، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: فإن حلفوا فأبروا الميت فأوجه: أحدها: لا يصح إلا بهبة محددة لورثته، والثاني: يجوز ويقر في يد المدعى عليه حتى يحلف الورثة، والثالث: فرد وكذا تركه الميت.

فَرْعٌ: ما سبق فيما إذا أقام بعض الورثة شاهدًا وحلف معه، أما لو أقاموا شاهدين يثبت المدعي، وإذا رجع الغائب وكمل الناقص أخذ نصيبه ولا حاجة إلى تجديد دعوى وإقامة البينة.

قال الرَّافِعِي: وليثبت القاضي نصيب الصبي والمجنون، أي: الدين لا ولي لهما غيره دينًا كان المدعى أو عينًا، ثم يأمر بالتصرف فيه بما يعطيه وينتزع نصيب الغائب، أي: الذي لا وكيل له حاضر إن كان المدعي عينًا احتياطًا له كيلا يضيع عين ماله الذي يشعر به إيراد الناقلين أن هذا الانتزاع واجب عليه وهو الظاهر، لكن ذكرنا في باب الوديعة أن الغاصب لو حمل المغصوب إلى القاضي والمالك غائب ففي جواز قبوله وجهان فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هاهنا، وإن قامت البينة وكان المدعي دينًا ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقر لغائب بدين وحمله إلى القاضي هل على القاضي أن يستوفيه؟

....

وبينا في كتاب الوديعة أن أظهر الوجهين في هذه الصورة عدم الوجوب، وكذلك ذكره ابْن كَجٍّ فيما نحن فيه وحكاه عن النص.

قلت: وممن صححه الفارقي، قال صاحبه ابن أبي عصرون: هذا إذا كان من عليه الدين ثقة مليًا، فأما إذا كان بخلافه فالأخذ منه أولى؛ لأن الظاهر ما يقتضيه الحاكم، أي: القدر المأمون الحفظ والسلامة والظاهر مما على غير الثقة أو الملي، فوجب أن يختلف الحكم باختلافه، انتهى.

وسبق عن الْقَفَّال ما يعضده ويزيد عليه ويتنافى في مواضع اضطراب كلام الرَّافِعِي في هذه الصورة، وسوَّى الْبَغَوِي بين الصبي والغائب في العين والدين يقال: ينتزع العين لهما وفي الدين وجهان؛ لأن الذمة أحفظ والأشبه فعلى ما هو الأصلح للجميع الغائب والصبي والمجنون.

واعلم أنه قد سبق في كتاب التركة: إن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة، ولو قبض شيئًا فشاركه الآخر فيه، وهاهنا قالوا يأخذ الحاضر نصيبه كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذرًا ومكنوا الحاضر من الانفراد حينئذ، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: لو ادعى رجل أن أباه أوصى ولفلان بكذا وأقام عليه شاهدين، وفلان غائب أو صبي لم يؤخذ نصيب فلان، وإذا حضر أو بلغ فعليه إعادة الدعوى والبينة لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث عن شخص واحد، انتهى.

ومراده أنه لا ينتزع نصيب فلان بمجرد إقامة الحاضر البينة الكاملة لا أنه يتعين تأخير الحال إلى بلوغ الصبي ونحوه، فلو اتفق تأخير الحال إلى بلوغه ورشده كان الحكم ما ذكره، أما لو ادعى وليه الوصية له، أو نصب الحاكم قيمًا فلا خفاء أنه يدعي في الحال، وينتزع نصيبه بل يجب على الحاكم أن ينصب من يدعي عنه، ويقيم البينة بذلك، أو يأذن الحاضر المدعي أن يدعي له لئلا يضيع حق الصبي بالتأخير والتعطيل كميراثه، وأما الغائب الكامل فإن ثبت قبوله فيشبه أن في انتزاع نصيبه ما سبق من التفصيل بين ما يخشى تلفه، وغيره والانتزاع هنا أولى.

وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلٍ كَزِنًا وَغَصْبٍ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ.

فَرْعٌ: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين، قال الرَّافِعِي: إن قلنا الملك فيه للواقف، أو للموقوف عليه؛ فنعم، وإن قلنا لله تعالى فوجهان أو قولان:

أحدهما: وبه قال المُزَنِيّ وأبو إسحاق ورجحه العراقيون ونسبوه إلى عامة الأصحاب: إنه لا يثبت كالعتق.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج وأبو الطيب عن سلمة: يثبت؛ لأن استحقاق المنافع والعوائد، فأشبه منافع بدن الحر وليس كالعتق؛ لأن المقصود هنا تكميل الأحكام؛ ولأن الوقف لا ينفك عن أحكام الملك ألا ترى أنه إذا أتلف وجبت قيمته بخلاف العتق.

قال: وهذا أقوى في المعنى وهو المنصوص والأصح عند الإمام، وصاحب «التهذيب» وغيرهما، والمذكور في «الوجيز».

قلت: وقال في «شرحه الصغير»: أظهرهما: ثبوته ولم نرد.

وقال الْمحَامِلِيّ في «المقنع»: إنه الصحيح من المذهب، وهو يقدح في نسبة ترجيح الأولى إلى كل العراقيين، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي ترجيحه.

وفي كتاب الوقف من المستظهري طريقة: أنا إذا قلنا: ينتقل إلى الله تعالى لم يقبل إلا شاهدان، وإن قلنا ينتقل إلى الموقوف عليه، فوجهان وهي شاذة ولا خلاف أنه لو ادعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار، وكانت لأبينا وقفها علينا، وأقاموا شاهدًا وحلفوا معه أنه يثبت الغصب بذلك، وكذا الوقف إن قلنا: يثبت بشاهد ويمين وإن قلنا: لا يثبت بذلك كان ثبوته في هذه الصورة بالإقرار.

قال: **(وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةٌ عَلَى فِعْلٍ كَزِنًا وَغَصْبٍ وَإِتْلَافٍ وَوِلَادَةٍ إِلَّا بِالْإِبْصَارِ)** لأنه لا يصل به إلى العلم من أقصى جهاته، وما أمكن بيان ذلك لم يجز أن يعدل عنه إلى الأضعف، فلا يجوز بناء الشهادة فيه على السماع من الغير، ومن هذا القسم الرضاع والشرب والقتل والقطع والسرقة والإخبار والاصطياد وكون الشيء في يد الشخص.

وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ، وَالْأَقْوَالُ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا، ....

قال: (**وَتُقْبَلُ مِنْ أَصَمَّ**) أي: لحصول العلم له بالمشاهدة كالسميع وسكت عن الأخرس وفيه ما سبق.

قال: (**وَالْأَقْوَالُ كَعَقْدٍ يُشْتَرَطُ سَمْعُهَا وَإِبْصَارُ قَائِلِهَا**) أي: وفسخ والغرض أن ما يحتاج إلى السماع والبصر معًا كالأقوال فلا بدّ من سماعها ومشاهدة قائلها سواء في ذلك العقود والفسوخ والإقرار بها وبغيرها فلا تقبل الشهادة بها من أصم لا يسمع شيئًا، ولا يكفي في هذا القسم التسامع؛ لأن ما أمكن إدراكه بعلم الحواس لم يجز أن يعمل فيه بالاستدلال المفضي إلى غالب الظن.

فَرْعٌ: لَوْ دَخَلَ رَجُلَانِ بَيْتًا لَا ثَالِثَ لَهُمَا فِيهِ وَقَدْ عَرَفَ ذَلِكَ شَخْصٌ وَجَلَسَ عَلَى بَابِهِ فَسَمِعَهُمَا عَقَدَا عَقْدًا.

قال ابن الرِّفْعَة: قال الْبَنْدَنِيجِي: قال أَصْحَابُنَا: **يَصِيرُ مُتَحَمِّلًا لِلشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ بِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْبَيْتِ سِوَاهُمَا.**

قال الْبَنْدَنِيجِي: **وَهَذَا عِنْدِي فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَقَعَ لَهُ أَنْ لَا أَحَدَ سِوَاهُمَا فَهُوَ لَا يَعْرِفُ الْبَائِعَ مِنَ الْمشتَرِي مِنْهُمَا**، انتهى.

قلت: وقضية كلامه أنه لو عرف هذا من هذا أنه يصح التحمل بوفاقه، ويتصور ذلك أن يعرف أن المبيع ملك أحدهما كما لو كان الشاهد يسكن بيتًا ونحوه لأحدهما أو كان جاره فسمع أحدهما يقول: بعني بيتك الذي يسكنه فلان الشاهد أو الذي في جواره، أو علم أن القائل في زاوية والموجب في أخرى، أو كان واحد منهما في بيت بمفرده والشاهد جالسًا بين البيتين وغير ذلك، وفي معنى ذلك لو لم يكن بالبيت إلا واحد والشاهد على بابه فأقر بشيء وهو يسمعه ولا يراه ويعلم ألا أحد في البيت غيره، ولا سيما إذا استرعاه فإن سلم هذا استثنى من إطلاقهم صور كثيرة، وسبق في شهادة المختبئ ما قد ينازع في هذا، بل المفهوم من كلام كثيرين خلافه.

ثم رأيت ابن أبي الدَّم قال: **اعْلَمْ أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ إِنْ كَانَ مُدْرَكًا بِالسَّمْعِ كَالْأَقَارِيرِ وَالْعُقُودِ وَالْإِنْشَاءَاتِ الْقَوْلِيَّةِ، أَوْ بِالْبَصَرِ كَالْإِتْلَافَاتِ** [كالقبوص،

وَلَا يُقْبَلُ أَعْمَى ....

وكذا وكذا] فَلَا بدّ فِي تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مِنْ مُشَاهَدَةِ الْمقِرِّ أَوْ الْقَابِلِ عَقْدًا أَوْ الْمُنْشِئِ إِنْشَاءً [مِنْ الْإِنْشَاءَاتِ] أَوْ فَاعِلًا فِعْلًا مِنْ الْأَفْعَالِ الْمشَارِ إِلَيْهَا بِحَاسَّتِهِ وَبَصَرِهِ، فَفِي الْأَقْوَالِ لَا بدَّ مِنْ مُشَاهَدَةِ الْقَائِلِ فِي حَالِ تَلَفُّظِهِ بِبَصَرِهِ وَسَمَاعِهِ مَا يَتَلَفَّظُ بِهِ، وَفِي الْأَفْعَالِ تَكْفِي مُشَاهَدَتُهُ فَاعِلًا كَذَا وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَنْ يَتَحَقَّقُ السَّامِعُ [كلام المقر] مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ، أَوْ مَنْ يَظُنُّ ذَلِكَ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الْمقِرِّ حَالَةَ إِقْرَارِهِ بِحَاسَّةِ بَصَرِ السَّامِعِ، انتهى.

وكهذا قضية كلام الجمهور ومنهم الرَّافِعِي والمصنف، وقضيته أنه لا بد أن يشاهد تلفظه ببصره حين ينطق به حتى لو ولى الشاهد ظهره مثلًا ثم تكلم، وليس هناك غيره أنه لا يصح التحمل وهو بعيد، ولا يبعد حمل إطلاق الجمهور على الغالب وتخصيصه بغير الصور التي يحصل العلم فيها بصدور القول من قائله، وإن لم يعاين بلفظه بإقرار وغيره .

ثم رأيت الصَّيْمَرِيّ قال في «شرح الكفاية»: ولو دخل بيتًا ورأى شاهدان ألا رجل فيه غيره فغلق الباب فسمعاه يقر بإقرار سمعت شيخنا أبا الفياض لا يجوز أن يشهدا عليه، وإن وقع العلم لهما بذلك؛ لأن الشهادة عبادة، ووجدت في تعليق من أثق به من علماء أصحابنا البغداديين جواز الشهادة عليه بذلك، انتهى لفظه.

فثبت أن المسألة على وجهين لأصحابنا المتقدمين، وأن علة المنع التعبد، والمختار الجواز بالشرط الذي ذكرناه هو المذكور في «الشافي» ويؤيد الجواز مسألة ضبطه الأعمى كما سيأتي.

وعن «الْحَاوِي» تفصيل بين الحائل الكثيف والخفيف، وسنذكر عن «روضة الحكام» مزيد كلام.

قال: (وَلَا يُقْبَلُ أَعْمَى) لانسداد طريق المعرفة عليه مع اشتباه الأصوات وإمكان حكايتها، وأشار الرَّافِعِي جريان الوجه المحكي في قضاء الأعمى هنا وفيه نظر.

إِلَّا أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَيْ الِاسْمِ وَالنَّسَبِ، ....

قال: (إِلَّا أَنْ يُقِرَّ فِي أُذُنِهِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: لحصول العلم بأنه المشهود عليه، فإن كان بمال فلا بدَّ أن يكون المشهود له معروف الاسم والنسب، والثاني: المنع حسمًا للباب.

قال القاضي الحسين: ومحل الخلاف ما إذا جمعهما مكان خالٍ وألصق فاه بأذنه وضبطه كما تقدم فلو كان ثم جماعة وأقر في أذنه لم تقبل وكلام غيره ساكت عن هذا وفيه وقفة إذا ألقم فاه أذنه وتكلم ووضع الأعمى يده على رأسه حال إقراره ثم لم يرفعها عنه حتى شهد بإقراره.

قال: (وَلَوْ حَمَلَهَا بَصِيرٌ ثُمَّ عَمِيَ شَهِدَ إِنْ كَانَ الْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ مَعْرُوفَيْ الِاسْمِ وَالنَّسَبِ) أي: وإلا لم يقبل؛ لأنه لا يمكنه تعيين المشهود عليه ولا الإشارة إلى المشهود له نعم لو شهد وهو بصير على رجل لا يعرفه إلا بعينه بقول أو فعل وأمسكه الشاهد ثم عمي الشاهد وجاء به إلى الحاكم فشهد عليه بما فعل، أو قال: قبلت شهادته وتسمع شهادته بالترجمة على الصحيح كما سبق.

فُرُوعٌ: لا تقبل شهادته على من ألفه وعرف صوته ضرورة ولم يتردد فيه.

قال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: واختار بعض أصحابنا قبول شهادته عليه أشار بذلك إلى ابن الصباغ فإنه أبداه لنفسه قال: لأنه يقين وذكره الْعِمْرَانِي عنه وسكت عليه.

قال صاحب «الذَّخَائِر»: ولم يذكره غيره وليس بصحيح.

قلت: نقله شُرَيْح الرُّويَانِي وجهًا عن رواية جده أبي العباس الرُّويَانِي، وحكى عن الـمُزَنِيّ وابن المنذر وخلائق من أهل العلم من خارج: قبول الشهادة اعتمادًا على الصوت ينبغي أنه لو شهد بإقرار زوجته بشيء في حال خلوتها أو على أبيه أو أمه أو ابنه، والحالة هذه بأن قال: سمعته منه في خلوة، وأن يقبل ويعرف كونه خاليًا به باعتراف الشهود عليه بخلوتها في الوقت الذي نسب الإقرار إليه، ونحن نقطع بأنه صادق في قوله: أقر عندي ابني

....

البارحة في جنح الليل ونحن خاليان أنه قتل زيد الفلاني عمدًا عدوانًا، أو أنه زنى، ويحق ذلك مع ما هو عليه من شدة المحبة والشفقة فرد شهادته المذكورة ونحوها جمود على غير مجمدٍ تقبل شهادته فيما يشهد به بالاستفاضة على الصحيح كما سيأتي.

ونسبه الشيخ أبو حامد والبندنيجي إلى جميع الأصحاب قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: وفيه نظر، وحكى الْبَنْدَنِيجِي عن الشيخ أبي حامد عدم السماع وذكره في «الشامل» عنه، وقال إنه أقيس على مذهب الشَّافِعِي ونقله في «الْبَحْر» عن غيره وقال إنه أصح عند عامة أصحابنا وعليه يدل النص، فإنه قال: لا تجوز شهادة الأعمى إلا أن يكون أثبت نسبًا معاينة وسمعًا أو نسبًا ثم عمي فيجوز فأخبر أنه إنما يشهد بالنسب إذا أثبته وهو بصير ثم عمي، انتهى.

وعجب نسبته ذلك إلى عامة الأصحاب والمشهور عنهم الأول.

قال الرَّافِعِي: في قبول شهادته فيما تجوز الشهادة بالاستفاضة والسماع وجهان.

قال ابن شُرَيْح: تقبل لأن الاعتماد فيه على السماع وهو فيه كالبصير والثاني: المنع؛ لأنه لا بد من شهادة المخبرين ومعرفة أحوالهم ليحصل العلم وصححه الرُّويَانِي، والأول جواب معظم الأصحاب إلا أن شهادته إنما تقبل إذا لم يحتج إلى تعين وإشارة بأن يكون الرجل معروفًا باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى ككونه هاشميًا أو علويًا، فيشهد الأعمى بنسبه الأعلى، وصور أيضًا في النسب الأدنى بأن يصف الشخص فيقول: الذي اسمه كذا وكنيته كذا وسوقه ومصلاه وسكنه كذا فلان ابن فلان، ثم يقيم الرجل بينة أخرى بالصفات المذكورة.

قال: وصورته في الملك أن يشهد الأعمى في دار معروفة أنها لفلان ابن فلان ويمكن أن يقال: الوجه الذاهب إلى أنّ شهادته لا تقبل مخصوص بما إذا كان السماع من عدد لا يؤمن تواطؤهم كاثنين وثلاثة، فأما إذا حصل السماع

....

من الجمع الكبير فلا حاجة فيه إلى المشاهدة ومعرفة حال المخبرين، انتهى.

وأجاب القاضي أبو الطيب عن النظر الذي أبداه الْمحَامِلِيّ وشيخه لما سئل عنه في الدرس بأن كلام الأصحاب محمول على ما إذا سمع ذلك في دفعات وتكرر عليه مع قوم مختلفين في أزمان مختلفة حتى يصير لا شك فيه بكثرة تكراره على سمعه، ويصير بمنزلة النوائر عنده وأنه لا يجوز له التحمل إلا على هذا الوجه.

وفي «الْحَاوِي»: إن ما ذكره الأصحاب من سماع شهادته بالملك مفرع على أنه ليس من شرط الشهادة بالملك مشاهدة التصرف، بل يكفي استفاضة الخبر.

أما إذا قلنا: مفرع على أنه ليس من شرط الشهادة بالملك مشاهدة التصرف بل يكفي استفاضة الخبر، أما إذا قلنا لا بد من الشهادة بمشاهدة التصرف مع استفاضة الخبر، فلا تسمع عليه، وهذا ما أبداه القاضي احتمالًا لنفسه، وعليه ينطبق قول القاضي أبي الطيب وغيره كل ما شرطنا فيه البصر مجردًا أو البصر والسمع معًا، فإنه لا تقبل فيه شهادة الأعمى.

وقال الجرجاني في «الشافي»: وتصح شهادته على الأملاك إذا سمع الناس يقولون: الدار التي في محله كذا، ويذكرون حدودها لفلان ابن فلان، ولو سمعهم يقولون: هذا ملك فلان لم يصح تحمله لها؛ لأنه إشارة إلى ما لا يعلم إلا بالمشاهدة، ثم حكى وجه المنع مطلقًا، ويجري الخلاف كما قال الْمَاوَرْدِي فيما إذا شهد بالزوجية وسمعنا فيها شهادة البصير بالاستفاضة كما سيأتي.

ومأخذه أن مشاهدة الدخول والخروج شرط في هذه الشهادة أم لا.

وسقت في «الْغُنْيَة» عبارات أخرى عن الأئمة وقلت في آخرها: ولا يخفى عليك مما سقناه ومما سيأتي في الكلام على ما يثبت بالاستفاضة ما يخالف الأعمى البصير في ذلك، وأنه ليس كالبصير مطلقًا كما يفهمه كثير من المتفقهة.

فَرْعٌ: قال الْمَاوَرْدِي: تجوز شهادة الأعور والأعمى والأعشى والأحول، فإن كان الأحول يرى الواحد اثنين لم تقبل شهادته في العدد وقبلت فيما سواه،

وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ، فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، ....

وأما من في بصره ضعف فإن كان يدرك الأشخاص ولا يعرف الصور لم تصح شهادته كالأعمى فيما يختص بالبصر، وإن كان يعرف الصور بعد المقاربة وشدة التأمل قبلت منه كالبصير.

قال: (**وَمَنْ سَمِعَ قَوْلَ شَخْصٍ أَوْ رَأَى فِعْلَهُ، فَإِنْ عَرَفَ عَيْنَهُ وَاسْمَهُ وَنَسَبَهُ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حُضُورِهِ إِشَارَةً، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ**) أي: لحصول التمييز بذلك فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون اسم جده، وكان ما عرفه به لا يحصل به التعيين.

قال في «الْبَسِيط»: فلا ينبغي أن يعرفه بما يسمع من اسم جده إذا لم يكن عرفه به بل إن حصل التعريف بالقدر الذي عرفه به فذاك، وإن كان ذلك لا يكفي في التعيين فليسكت، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جده.

قال في «الوسيط»: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك جاز، وكان يجوز أن يقال: هذه شهادة على مجهول فلا يعتد بها كما ذكرنا في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا: إني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل وقد ذكر الشيخ أبو الفرج أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه لم يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد.

وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة، وبالجملة فلا يشهد ولا يجري على ما لا يعرفه لديه، انتهى.

ما كونه لا يشهد ولا يجري على ما لا يعرفه لديه فلا شك فيه بخلاف ما عليه جهلة الشهود وأمثالهم الحكام في هذه الأعصار.

وأما قول الرَّافِعِي: وكان يجوز أن يقال: إلى آخره، فذكره مستندًا إلى ما قدمه من بطلان الحكم وقد أوضحنا ما فيه هناك وأن المنصوص وقول

فَإِنْ جَهِلَهُمَا لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ.

الجمهور خلافه، وقول «الوسيط»: فإن عرفه القاضي بذلكم جاز، لا ينبغي أن يتردد فيه إذا كان الشاهد ممن يعرفه بذلك حق المعرفة كمعرفته له باسم أبيه وجده وجد أبيه مثلًا، وإنما يحسن التردد لو كان إنما يتميز باسمه واسم أبيه الشاهد دون القاضي، والذي يظهر أن القاضي يعتمد خبرة الشاهد ومعرفته بالمشهود عليه، وإن لم يسم جده وإلا فقد يذكر اسمه واسم أبيه وجده وزيادة ولا يعرفه القاضي بذلك ولا بغيره فلا يزداد بتسمية الجد شيئًا آخر، ولا سيما إذا كانت أسماؤهم مطروقة فكثير المسمين بها نفسًا وأبًا وجدًا، نعم لو نازع وارث الميت مثلًا في حصول مشاركة في ذلك فحكمه ما مر في القضاء على الغائب هذا ما ظننته في ذلك.

قال: (**فَإِنْ جَهِلَهُمَا**) أي: اسمه ونسبه.

(**لَمْ يَشْهَدْ عِنْدَ مَوْتِهِ وَغَيْبَتِهِ**) أي لعدم العلم بخلاف ما إذا كان حاضرًا وتحققه شهد على عينه بالإشارة إليه، قال الرَّافِعِي وغيره: وإذا مات المجهول أحضر ليشاهد صورته ويشهد على عينه، انتهى.

وهذا في الحاضر في البلد وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا أمن تغيره وانفجاره بإحضاره لقرب الموضع، أما لو خشي ذلك ولو حضر الشاهد موضعه لا من ذلك، والوجه حضور موضعه ولا ينقل منه، ثم إما أن يحضره القاضي ليشهد على عينه عنده أو سجلت من يقوم عنه بذلك، فإن دفن قال القاضي الحسين وأتباعه: فقد تعذرت الشهادة عليه وبه أجاب في «الوجيز» واستثنى في «الوسيط» ما إذا اشتدت الحاجة ولم يطل العهد بحيث يتعين النظر وهذا ما أبداه الإمام احتمالًا وتابعه في «الوسيط» ثم قالا: والأظهر ما ذكره القاضي.

قلت: وفي الجنائز عن القاضي ابْن كَجٍّ ما يوافق احتمال الإمام أو يؤيده ولا خفاء أن الصورة حيث لا يكون ما يقضي جواز نسبه كما بيناه هناك.

فُرُوعٌ: من لا يعرف اسم المشهود عليه ونسبه ليس له أن يعتمد قوله أنه فلان ابن فلان فيشهد على اسمه ونسبه بإخباره، ولا يجوز أن يكتب في

....

القبالة: أقر فلان ابن فلان أو باع أو اشترى ونحو ذلك كما يفعله غالب شهود العصر وقضاة البر، بل يكتب: حضر من ذكر أن اسمه فلان وأن اسم أبيه فلان إلى آخره.

وقد سُئِلَ الْقَفَّال هل يجوز أن يكتب فلان ابن فلان وإن خلاه؟ فقال: لا يجوز ويكون كذبًا، بل يكتب: جاءني رجل حليته كذا وذكر أنه فلان ابن فلان، نعم لو تحمل الشهادة وهو لا يعرف اسمه ونسبه، ثم أنه سمع الناس من بعد يقولون: إنه فلان ابن فلان، واستفاض عنه ذلك فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه، ويكون كما لو عرفها عند التحمل كذا نقله الرَّافِعِي، ولفظ الْقَفَّال: إلا أن يكون قد شاهد ذلك الرجل بعد مدة مديدة وتسامع الناس يقولون: إنه فلان ابن فلان، وهو عند ذلك ممن يثبته بعينه أنه الذي تحمل شهادته، فحينئذ إذا عرف اسمه ونسبه يجوز له أن يشهد عليه بعد موته وغيبته كما لو كان عارفًا باسمه ونسبه يوم تحمل الشهادة، وإن استشهد عليه بعينه ولم يعرف اسمه ونسبه لكن يثبته بذاته، ويتحقق أنه ذلك الرجل فيسعه أن يشهد على عينه، انتهى.

أي: فإن تردد فيه لم يشهد، وإن غلب على ظنه أنه هو لو قال: عدلان عند التحمل أو بعده: إنه فلان ابن فلان، قال الشيخ أبو حامد ومن تبعه: له أن يعتمد عليه ويشهد على اسمه ونسبه وهذا مبني على الاكتفاء بالتسامع من عدلين وسيأتي بيانه.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو أخبره ألف رجل أنه فلان ابن فلان لا يجوز أن يشهد أنه فلان ابن فلان، بل يحتاج أن يسمع زمانًا أنه فلان ابن فلان كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه وأخرى على اسمه ونسبه، فكذلك المشهود له فتارة يشهد أنه أقر لهذا وتارة أنه أقر لفلان ابن فلان، وكذلك عند غيبة المشهود عليه قاله الرَّافِعِي.

وقضية التسوية بينهما.

وقال الماوردي: كمال المعرفة بعينه واسمه، فإن عرفه بعينه فقط جاز في

……

الحاضر فقط، وإن عرفه باسمه ونسبه ولم يعرفه بعينه جاز في المشهود له ولم يجز في المشهود عليه وسنعيد كلامه قريبًا إذا شهد أن لهذا على فلان ابن فلان الفلاني كذا فقال الخصم: لست فلان ابن فلان الفلاني، ففي «فتاوى» الْقَفَّال: إن على المدعي البينة على أن اسمه ونسبه ما ذكره، فإن لم يكن لم بينة حلفه، فإن نكل حلف واستحق، وإن سلم ذلك الاسم وادعى أن هناك من يشاركه فيهما لم تقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه، فإن أقامها احتاج المدعي إلى إثبات زيادة يمتاز بها المدعى عليه عن الآخر.

قال الرَّافِعِي: ولكن التصوير فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا واسمه ونسبه كذا أو أنه يستحق على من اسمه ونسبه كذا وهو هذا الحاضر، وأقام البينة على الاستحقاق على فلان ابن فلان فنستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف بذلك الاسم والنسب أو يقيم بينة أخرى على الاسم والنسب إن أنكر، ثم يطالبه وإلا فكيف يدعي فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بالحاضر، انتهى.

وفي «فتاوى» الْقَفَّال قبل هذه الصورة: إنه لو كان عنده شهادة على زيد بن عبد الله الصباغ، وكان الشاهد يعرف هناك من يسمى بزيد بن عبد الله الصباغ فشهد عليه في غيبته أو بعد موته أن لهذا على زيد بن عبد الله الصباغ، كذا فإن ادعى ورثته أن هاهنا آخر بهذا الاسم والمال عليه، فعلى الشهود أن يأتوا بما يكون تمييزًا، وكذلك لو كان عندهم شهادة لزيد بن عبد الله الصباغ فقال المشهود عليه: ليس هو لهذا إنما هو لآخر، فعلى الشهود أن يأتوا بما يكون تمييزًا، انتهى.

وبقي من هذا النوع فروع أوردتها في «الْغَنِيَّة».

فَرْعٌ: قال الْمَاوَرْدِي: لو شهدا أن فلان ابن فلان وكل فلان ابن فلان هذا فهل تكون الشهادة بالوكالة موجبة للشهادة بنسبهما؟

اختلف فيه فقصرها مالك على الوكالة دون النسب اعتبارًا بالمقصود منها،

……

وعلى مذهب الشَّافِعِي تكون شهادة بالوكالة وبالنسب جميعًا، وإن كان المقصود بها الوكالة دون النسب؛ لأن الشهادة توجب إثبات ما تضمنه من مقصود وغير مقصود كمن شهد بثمن مبيع وصداق في نكاح كان شاهدًا بالبيع والنكاح وإن قصد بها الثمن والصداق، انتهى.

ويتعين أن يكون الفرض فيمن يعلم أن الشاهد يعرفه ويعرف نسبه، وإلا فغالب من يتحمل في عصرنا إنما واعتمدتم في الاسم والنسب على قول المشهود له والمشهود عليه.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي كما سبق: لا يجوز أداء الشهادة على من لا يعرفه، ولمن لا يعرفه كما لو جهل المشهود به، **وَكَمَالُ الْمعرفَةِ أَنْ يَعْرِفَهُ بِعَيْنِهِ وَاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، فَإِنْ عَرَفَهُ بِعَيْنِهِ دُونَ اسْمِهِ وَنَسَبِهِ جَازَ فِي الْحَاضِرِ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الْغَائِبِ، وَإِنْ عَرَفَهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، وَلَمْ يَعْرِفْهُ بِعَيْنِهِ جَازَ فِي الْمَشْهُودِ لَهُ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا لِغَائِبٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا عَلَى غَائِبٍ.**

[فَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ](١) عَمَّنْ لَا يَعْرِفُهُ، وَلِمَنْ لَا يَعْرِفُهُ، فَقَدِ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِي جَوَازِهِ، فَمَنَعَ مِنْهُ قَوْمٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ [بِالشَّهَادَةِ أَدَاؤُهَا](٢) وَمَعَ الْجَهَالَةِ لَا تَصِحُّ، فَصَارَ الشَّاهِدُ غَارًّا.

وقال قوم: يكلف المقر أن يأتيه من يعرفه، ثم يشهد عليه بعد التعريف لا قبله، والذي عليه جمهور الجواز إذا أثبت صورتيهما وتحقق شخصيهما، وإن لم يرهما قبل الشهادة، فإن أراد أداءها وعرف شخصاهما بأعيانهما صح الأداء، وإن خفت عليه أشخاصهما واشتبهت عليه أعيانهما لم يجز له إقامتها، وأما تحلية المشهود عليه المجهول فأوجبها قوم؛ لأنها تؤدي إلى المعرفة ومنعها آخرون؛ لأن الحلي تشتبه.

---

(١) في نسخة: (وإن أراد التحمل).

(٢) في نسخة: (الأداء).

وَلَا يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُتَنَقِّبَةٍ اعْتِمَادًا عَلَى صَوْتِهَا، فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا

وقال الجمهور: هي استظهار باعث على التذكر كالخط يراد ليذكر الشهادة ولا يعول عليه في الأداء، وما ذكره في غاية الحسن والفقه كما قاله ابن أبي الدَّم وسيأتي إن شاء الله الكلام في «الحلية» وما فيه التحلية.

فَرْعٌ: قال الجرجاني في «الشافي»: إذا لم يعرف من يشهد عليه يعرف ممن يثق إليه ممن يعرفه ويعلم شهادته علامة تدل على من عرفه بحيث لا توقف عليه، ويقرأ الكتاب على المتعاقدين أو يقرأه غيره عليهما، وهو ينظر فيه ولا يزايله إلى أن تثبت شهادته؛ لئلا يزاد عليه لو تبدل بغيره، ويتأمل ظاهر الكتاب وباطنه؛ لئلا يكون مطبقًا فيقطع ويكتب غيره ويتأمل السطور؛ لئلا يكتب في خلالها غيرها، ويتأمل غلط الورقة ورقتها؛ لئلا تحك وتلصق غيره عليه، ويعلم مواضع الوصل، ويكتب بخطه من غير استرسال، وإن نسخ الشهادات عنده ليرجع إليها وقت الحاجة كان أولى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَحَمُّلُ شَهَادَةٍ عَلَى مُتَنَقِّبَةٍ اعْتِمَادًا عَلَى صَوْتِهَا**) أي: فقط؛ لأن الأصوات تتشابه كما لا يجوز أن يتحمل الأعمى الشهادة على الصوت وكذا البصير في ظلمة ومن وراء حائل صفيق، وفي الحائل الرقيق وجهان مذكوران في «العدة» أصحهما الجواز؛ لأنه لا يمنع الشاهد، هذا ما أورده **الرَّافِعِي**، وحكى **المَاوَرْدِي** الوجهين فيما إذا كان العاقد أو المقر وراء ثوب خفيف مشف:

أحدهما: جواز التحمل؛ لأنه لا يمنع من مشاهدة ما وراءه.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الاشتباه معه يجوز.

وسبق نقل اختلاف الأصحاب في جواز التحمل بالسماع من وراء حائل كثيف كالباب إذا أحاط الشاهد علمًا بأنه ليس هناك غير المشهود عليه وأمن الاشتباه نعم لو تحقق صوتها من وراء النقاب الكثيف، وليس ثم غيرها ولازمها حتى أدى على عينها، فالظاهر صحة التحمل والأداء كضبطه الأعمى وأولى، ثم رأيت **الرَّافِعِي** أشار إلى ذلك كما سيأتي.

قال: (**فَإِنْ عَرَفَهَا بِعَيْنِهَا**) أي: فقط.

أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ جَازَ، وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ، ....

(**أَوْ بِاسْمٍ وَنَسَبٍ جَازَ**) أي: التحمل عليها ولا يضر النقاب.

(**وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ**) قال ابن الرِّفْعَة: وظاهر كلام الغزالي وإمامه يقتضي منع التحمل على المرأة المنتقبة مطلقًا.

وقال في «الْحَاوِي» و«العدة»: إن هذا مخصوص بما إذا لم يعرفها الشاهد فيه، فإن عرفها منتقبة لم تكشفه، فإن قلت: حكيا في جواز التحمل من وراء ثوب خفيف مشف وجهين وهذه الصورة أولى بجريان الوجهين؛ لأن البشرة مشاهدة وليست هنا كذلك.

قلت: والفرق أن البشرة ثم وإن شوهدت فمن وراء حائل لا يمنع الاشتباه، وهذه المنقبة بعض وجهها مكشوف وهو المعتمد في المعرفة ولا اشتباه معه، انتهى.

وفي جوابه نظر وإنما هذه المنقبة معروفة له يأمن اشتباهها بخلاف تلك، وما اقتضاه كلام الغزالي وإمامه هو قضية إطلاق كثيرين، وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: ولو أراد التحمل على امرأة في إقرار أو بيع ونحو ذلك لم يجز إلا بعد أن يرى وجهها ولا يكفي رؤيتها قبله، انتهى.

والظاهر أنه يجري في المنتقبة المعروفة للشاهد خلاف لما سبق عن أبي الفياض من أن رؤية المشهود عليه بعيد وأن يحققه من وراء الحائل، وأيضًا فقد تستر المنقبة وجهها بالنقاب بحيث لا يرى منها إلا عينيها فقط، بل هو الغالب من الخفرات والأعين يشبه كثيرًا بخلاف الصور.

فَرْعٌ: إذا لم يعرفها الشاهد، قال الرَّافِعِي وغيره: فتكشف وجهها ليراها الشاهد ويضبط حليها وصورتها ليتمكن من أداء الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء، ويكشف وجهها حينئذ فظاهره أنه لا بد من كشف جميع وجهها، وسبق في كتاب النكاح عن «الْبَحْر»: إنه يجوز استيعاب وجهها بالنظر للشهادة عند جمهور الفقهاء.

وقال الْمَاوَرْدِي: الصحيح أنه ينظر إلى ما يعرفها به، فإن عرفها بنظره إلى

وَلَا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ، ....

بعضه لم يتجاوزه ولا يزيد على مرة إلا ألا يتحققها بها.

وعن الصَّيْمَرِيّ أنه لو نظر أكثره وسمع كلامها جاز وهذا كله إذا لم يخف فتنة، فإن خاف لم ينظر إلى أن يتعين عليه الشهادة فينظر بعد ضبط نفسه.

وقال المَاوَرْدِي هنا: وَإِذَا جَازَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا لِيَعْرِفَهَا فِي الشَّهَادَةِ [النظر إلى المرأة الأجنبية] لَهَا وَعَلَيْهَا، فَقَدِ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيمَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ وَجْهِهَا، فَالَّذِي عَلَيْهِ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا؛ لِأَنَّ جَمِيعَهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ.

وَاخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِهَذَا فِي جَوَازِ النَّظَرِ إِلَى كَفَّيْهَا، فَجَوَّزَهُ بَعْضُهُمْ تَعْلِيلًا بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ، وَمَنَعَ مِنْهُ أَكْثَرُهُمْ؛ لِاخْتِصَاصِ الْمعرفَةِ بِالْوَجْهِ دُونَ الْكَفَّيْنِ.

وقال آخَرُونَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا، وَيَنْظُرُ مِنْهُ إِلَى مَا يَعْرِفُهَا بِهِ.

وقال آخَرُونَ: إِنْ كَانَتْ شَابَّةً نَظَرَ إِلَى بَعْضِ وَجْهِهَا، وَإِنْ كَانَتْ عَجُوزًا نَظَرَ إِلَى جَمِيعِهِ، وقال آخَرُونَ: إِنْ كَانَتْ ذَاتَ جَمَالٍ نَظَرَ إِلَى بَعْضِهِ، [وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ ذَاتِ جَمَالٍ نَظَرَ إِلَى جَمِيعِهِ تَحَرُّزًا مِنَ الِافْتِتَانِ بِذَاتِ الْجَمَالِ].

وَالصَّحِيحُ مِنِ اخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَقَاوِيلِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَعْرِفُهَا بِهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا بِالنَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ وَجْهِهَا جَازَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْرِفُهَا بِالنَّظَرِ إِلَى بَعْضِ وَجْهِهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهُ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى النَّظْرَةِ الْوَاحِدَةِ إِلَّا أَنْ لَا يَتَحَقَّقَ إِثْبَاتُهَا إِلَّا بِنَظْرَةٍ ثَانِيَةٍ، فَيَجُوزُ لَهُ النَّظْرَةُ الثَّانِيَةُ، وَمَتَى خَافَ إِثَارَةَ الشَّهْوَةِ بِالنَّظَرِ كَفَّ، وَلَمْ يَشْهَدْ إِلَّا فِي مُتَعَيَّنٍ عَلَيْهِ بَعْدَ ضَبْطِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي نِقَابٍ عَرَفَهَا فِيهِ لَمْ تَكْشِفْهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا فِيهِ كَشَفَتْ مِنْهُ مَا يَعْرِفُهَا بِهِ، وَلَا يُعَوِّلُ عَلَى مَعْرِفَةِ الْكَلَامِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُشْتَبَهُ، انتهى.

قال: (**وَلَا يَجُوزُ التَّحَمُّلُ عَلَيْهَا بِتَعْرِيفِ عَدْلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ**) أي: وما أورده الأكثرون، وقوله: عدل أو عدلان، أي: مثلًا، وسبق عن الْقَفَّال: إنهم لو كانوا ألفًا لم يجز التحمل إلا أن يشهد على شهادتهم شهادة الفرع على الأصل.

وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ، ....

قال: (**وَالْعَمَلُ عَلَى خِلَافِهِ**) وهو التحمل عليها بتعريف من ذكره.

قال الرَّافِعِي بعد نقله عن الجمهور: المنع وراءه وجوه:

أحدها: عن الشيخ أبي محمد أنه يكفي معرف واحد سلوكًا مسلك الإخبار وعليه جرى جماعة من المتأخرين منهم القاضي شُرَيْح الرُّويَاني.

قلت: ومنهم الدَّارِمِي في «استذكاره» وهو متقدم، ولم أرَ ما نسبه إلى شُرَيْح في «روضة الحكام».

والثاني: أنه يجوز التحمل إذا سمع من عدلين: إنها فلانة بنت فلان، فيشهد على اسمها ونسبها عند الغيبة وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد، قبلت على جواز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين.

والثالث: عن الإصطخري أنه إذا كان يعرف نسبها ولا يعرف عينها، فدخل دارها وفيها عشر نسوة سواها، فقال: لابنها الصغير أيهن أمك؟ أو لجاريتها أيهن سيدتك؟ فأشار إلى امرأة فسمع إقرارها جاز له أن يشهد أن فلانة بنت فلان أقرت بكذا حكاه ابْن كَجٍّ، ولم يقم قول شاهدين على قول الاصطخري مقام إخبار الصغير والجارية، وادعى أنه أشد وقعًا في القلب وأثبت، قلت: وقريب منه اعتماد الديك المجرب في دخول الوقت دون المؤذن.

تنبيهات وتتمات:

منها: قال الرَّافِعِي: ولك أن تقول ما ينبغي أن يتوقف جواز التحمل على الوجه ولا على المعرف؛ لأن حضور المرأة أو شخص تحت النقاب وإقراره متيقن، فإذا رفعت المرأة إلى القاضي والمتحمل تلازمها يتمكن من الشهادة على عينها فإقرارها بكذا وهو نظير مسألة الضبطة في شهادة الأعمى، وقد يحضر قوم يكتفي بإخبارهم والتسامع قبل أن تغيب المرأة إذا لم يعتبر في التسامع طول المدة كما سيأتي، فيخبرون عن اسمها ونسبها فيتمكن من الشهادة ونسبها، بل ينبغي أن يقال: لو شهد اثنان تحملا الشهادة على امرأة لا يعرفانها أن امرأة حضرت يوم كذا مجلس كذا فأقرت لفلان بكذا وشهد عدلان

……………………………………………………………………………………

أن المرأة المحضرة يومئذ في ذلك المكان كانت هذه ثبت الحق بالبينتين أليس لو قامت بينة على أن فلان ابن فلان أقر بكذا وقامت أخرى على أن هذا الحاضر هو فلان ابن فلان ثبت الحق فما الفرق بين تعريف المشهود عليه المطلق باسم ونسب وبين تعريفه بزمان ومكان، وإذا اشتمل التحمل على هذه الفوائد وجب أن يجوز مطلقًا، ثم إن لم يعرض ما يفيد جواز الشهادة على العين أو على الاسم والنسب أو لم ينضم إليه ما يتم به الإثبات فذاك شيء آخر، وتبعه في «الرَّوْضَة».

قال ابن الرِّفْعَة: وما ذكره فقه لا ينكره ذو فطنة، لكن مراد الأصحاب بأنه لا يجوز التحمل على المنتقبة ليؤدي ما تحمله اعتمادًا على معرفة صوتها كما أشار إليه الرُّويَانِي في بعض كلامه، انتهى.

وإليه يرشد قول المَاوَرْدِي، ولا يعول على الكلام؛ لأنه قد يشتبه، وقد يقال: إن التحمل كان فاسدًا للجهالة كما سبق عن «تعليق» الْبَغَوِي فلا يصح الأداء المستند إليه، وإن شهد عدلان عند الأداء أن هذه تلك.

ومنها: قال شُرَيْح الرُّويَانِي: إذا سمع إقرارها منتقبة وعرف أنها فلانة جاز، وأن يشهد على إقرارها، وهل يسأل الحاكم الشاهد أنه رآها سافرة أم لا؟ فيه وجهان، وقيل: إن كان في موضع ريبة وإلا لم يسأله.

قلت: وهذا التفصيل متعين، ومن مواضع الريبة أن يكون الشاهد جاهلًا، أو ممن يرى جواز الشهادة على الصوت فيجب الاستفسار.

ومنها: سبق كلامهم في المقر في خلوة وتحقق من يسمعه ولم يره أن ليس ثم غيره، وودعنا بزيادة نقل فيه.

قال شُرَيْح: قال الشَّافِعِي - رحمه الله -: لا يجوز أن يشهد على إقرار من لا يراه بالصوت؛ لأنه قد يشتبه، قال جدي: وقد قيل: إنه لو تيقن حقيقة أنه صوت فلان جاز له أن يشهد عليه إلا أنه يقول بين يدي الحاكم: إني سمعت صوته ولم أره، قال: وقد قيل: إذا سمع صوت رجل من داره فدخلها ورآه

....

هناك، أي: بمفرده فله أن يشهد عليه.

قال: وقد قيل فيه وجهان مبنيان على قبول شهادة الأعمى في مسألة الضبطة، وفيها وجهان، وكذا إذا أشهد رجل رجلًا على كتاب مختوم، وقال اشهد بما فيه، فهل يجوز ذلك؟ وجهان، انتهى.

ومنها: قال في «الْبَسِيط»: قال القاضي - يعني الحسين: أقرت امرأة في مجلسي فطلب الخصم التسجيل، وزعم أنها فلانة بنت فلان وما كنت عرفتها بنسبها ولم يسغ لي أن أقبل قولها في نسبها، ولا أن أسمع بينة على نسبها دون تقدم دعوى فنصبت قيمًا فادعى أن على أبيها فلان ابن فلان مالًا فأنكرت أنها ابنته فأقام الخصم بينة على أنها بنت فلان فسمعت البينة وسجلت على إقرارها، فقال بعض المحصلين: هل يجوز مثل هذه الحيلة للقاضي؟ فقال: كيف لا، وذكر حديث عامل خيبر وقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ [ص: ٤٤].

قال الغزالي: وفيما ذكره إشكال من وجهين:

أحدهما: إن هذا لو تنبه الخصم له ووكلاء المجلس فينصبوا القيم، فلا ينبغي للقاضي أن يتفحص عن مقصودهم، فأما القاضي فكيف ينصب قيمًا ليدعي كاذبًا وهو عالم بكذبه والدعوى المعلوم كذبها كلا دعوى، ولا حكم لبينته تترتب عليها.

والآخر: إن ذلك إنما يستقيم إذا أنكرت المرأة النسب، فإذا أقرت فكيف أقيمت البينة عليها بعد أن أقرت بعينها، وقد قال القاضي: أقرت عندي أولًا، نعم لو أنكرت والتمس الخصم الحكم على نسبها بعد تعلق الدعوى بعينها لإحكام الحجة، فهذا محل النظر، انتهى.

وهذا الاعتراض أخذه الغزالي من إمامه وزاد عليه وكان الكلام بناء على ما اختاره من أن الشهادة بالنسب لا تقبل حسبة، بل لا بد من تقدم دعوى واستشهاد كما قاله جماعة من المراوزة والمشهور خلافه، والمحصل الذي اتهمه الغزالي هو إبراهيم المروزي كما ذكره في «تعليقه».

وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ الْمُدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلْيَةِ لَا بِالِاسْمِ وَالنَّسَبِ، مَا لَمْ يَثْبُتَا، ....

قال: (**وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى عَيْنِهِ بِحَقٍّ فَطَلَبَ الْمدَّعِي التَّسْجِيلَ سَجَّلَ الْقَاضِي بِالْحِلْيَةِ لَا بِالِاسْمِ وَالنَّسَبِ مَا لَمْ يَثْبُتَا**) أي: ولا يكفي فيهما قول المدعي ولا إقرار الخصم، فإن نسبه لا يثبت بإقراره.

قال الرَّافِعِي: والتسجيل على العين ممتنع فلو قامت بينة على نسبه على سبيل الحسبة بنى على قبولها في النسب إن قبلناها أثبت القاضي النسب وسجل وإلا فهو اختيار القاضي الحسين، ثم ساق ما سبق عنه واعتراض الإمام عليه، واعلم أني ذكرت في أدب القضاء من «الْغُنْيَة» في التسجيل على الحلية إشكالًا بينًا وكلامًا شافيًا يتعين الوقوف عليه.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنهم لو شهدوا على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرضوا لمعرفة عينها صحت شهادتهم، فإن سألهم القاضي هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، وأن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا، وسبق في القضاء ما يخرج منه خلاف في وجوب الجواب.

وقال الرُّويَانِي: أظهر الاحتمالين عدم القول فيما إذا شهد على امرأة، ولم يذكر أنه رآها سافرة عن وجهها، وسبق عن قرينة شُرَيْح الرُّويَانِي ثلاثة أوجه في أن الحاكم هل يسأله أنه رآها سافرة أم لا؟ والاستفصال عند الريبة متعين.

فرع وعدنا به: قال المَاوَرْدِي: الحقوق المقر بها ثلاثة أضرب:

أحدها: لا يحتاج فيه إلى التحلية كالوصايا، وما لا يلزم من العقود.

والثاني: ما يحتاج إليها وهو الديون والبراءة والحقوق المؤجلة.

والثالث: ما لم يجر العُرف فيه، وإن جازت وهي عقود البياعات المتاجرة والمناكحات والوكالات، وأما ما يجوز أن يحلى به المقر فقد حده قوم بأنه ما يجوز أن يستدل به القاضي في إلحاق النسب، ومنعوا التحلية بما يجوز أن يحدث من آثار وجراح أو يمكن أن يغير ويتغير من تثييب وشباب، وحده آخرون بكل ما اشتهر به من أوصافه، ومنعوا تحليته بما لم يشتهر به، وقال

وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبٍ أَوْ قَبِيلَةٍ، ....

الجمهور: التحلية تكون بكل ما دل على المحلى من أوصافه الظاهرة دون الباطنة، فمنها الطول والقصر، واللون من بياض أو سواد أو سمرة، ومنها السمن والهزال، ومنها الكلام كاللثغة والفأفأة والتمتمة والرتة والردة، وما في اللسان من العجلة والثقل، ومنها ما في العين من الكحلة والشهلة والشكلة، قيل: الشكلة كهيئة الحمرة في بياض العين، والشهلة: كهيئة الحمرة في سواد العين، ومنها الشعر في العجودة والبسوطة والصهوبة وقيل: لا يحلى به؛ لأنه قد يجعد البسط ويبسط الجعد، وهذا ليس بشيء، ومنها سواد الشعر وبياضه، وقيل: لا يحلى به لما تقدم وليس بشيء لظهور ذلك للمتأمل.

واختلف في جواز التحلية بالضم، فجوزه قوم ومنعه آخرون؛ لأنه قد يكون من مرض فيزول، وأما التحلية بالأسنان فيجوز بما ظهر من الثنايا والأنياب لا بما يظن من الأضراس، وتجوز التحلية بالجراح والشجاج والآثار اللازمة لا بالثياب واللباس، وتجوز تحلية النساء بما في وجوههن وبما يظهر من طول وقصر وهزال وسمن، ويجوز تحلية المشهود له أيضًا.

قلت: والغرض بإثبات الحلية الاستعانة بها على التذكر للمجهول، وينبغي للشاهد أن يثبت عنده ذلك والتاريخ وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ ونحو ذلك.

قال ابن أبي الدَّم: وأما شهادة الشاهد على من لا يعرفه اعتمادًا على حليته وصفته كما يفعله كثيرون من جهلة الشهود حتى أنهم يؤدونها على المشهود عليه في غيبته أو موته فهذا لا يجوز قولًا واحدًا لا أعرف فيه خلافًا، انتهى.

ويشهدون عليه مع عدم التحلية غائبًا وميتًا مع الجهل به من كل وجه اعتمادًا على رسم شهادتهم التي يحضرها المدعي على طول الزمان ويحكم بها أمثالهم من القضاة.

قال: (وَلَهُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ عَلَى نَسَبٍ مِنْ أَبٍ أَوْ قَبِيلَةٍ) أي: بأن يشهد أن هذا فلان ابن فلان أو هذه بنت فلان إذا عرفها بعينها أو أنهما من قبيلة كذا؛

....

لأنه لا يتدخل للرؤية فيه غاية الممكن رؤية الولادة على الفراش، لكن النسب إلى الأجداد المتوفين والقبائل القديمة لا يتحقق فيه الرؤية، ومعرفة القرائن فدعت الحاجة إلى اعتماد التسامع فيه.

قال ابن المنذر: أما الشهادة على النسب المشهور، أي: بالتسامع فأمر لا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه .

واعلم أن كلام الرَّافِعِي وغيره يقتضي التسوية فيما ذكرناه بين الشهادة بنسب الرجل ونسب المرأة، وأن ما كفى الاستناد إليه في الشهادة له بالنسب كفى في الشهادة لها به، وكلام المَاوَرْدِي يقتضي أن الأمر في الشهادة بنسبها أشد حيث قال: إن الشهادة في نسب المرأة أغلظها في نسب الرجل لبروزه وخفرها، وإباحة نظره دونها فصارت بهذين الأمرين أغلظ فاحتاج العلم بنسبها إلى أمرين:

أحدهما: معرفة عينها على وجه مباح وبين له وجوهًا ظاهرة.

والثاني: أن يحتاج بعد معرفة عينها في معرفة نسبها إلى الخبر المتظاهر بأن فلانة هذه بعينها هي ابنة فلان ابن فلان، وتكون معرفة المخبر بنسبها لعينها كمثل معرفته، ثم ينظر في تظاهر الخبر، فإن كان رجالًا ونساء وصغارًا وكبارًا وأحرارًا وعبيدًا فهو الأوكد في تظاهر الخبر ببينتها، وإن تفرد به النساء والعبيد صح بهم بظاهر الخبر لقبول خبرهم، وإن انفرد به الصبيان مع اختلاف أحوالهم وشواهد الحال بانتفاء التصنع والمواطأة منهم احتمل صحة تظاهرهم به وجهين: وجه المنع: أن أخبار آحادهم غير مقبولة، ووجه الصحة: أن أخبار آحادهم قد تقبل في الإذن وقبول الهدية؛ ولأنه أبعد من التصنع والتهمة، انتهى وسيأتي كلامه في الرجل.

وقال الرَّافِعِي: وذكر الشَّافِعِي والأصحاب في صفة التسامع أنه ينبغي أن يسمع الشاهد المشهود بنسبه إلى ذلك الرجل أو القبيلة ويسمع الناس ينسبونه إليه، وهل يعتبر فيهما التكرار وامتداد مدة السماع، قال كثيرون: نعم فالنظر حينئذ يتأكد، وبهذا أجاب الصَّيْمَرِيّ.

....

وقال آخرون: لا بل لو سمع انتساب الشخص وحضر جماعة لا يرتاب في صدقهم فأخبروه بنسبه دفعة واحدة جاز له الشهادة، وهذا ما رأى القاضي ابْن كَجٍّ القطع به وبه أجاب الْبَغَوِي في انتسابه بنفسه، انتهى.

وقال في «شرحه الصغير» اعتبر بعضهم فيهما التكرار وامتداد المدة، ولم يعتبرهما آخرون.

قلت: والصحيح المختار اعتبار التكرار وعليه اقتصر الرُّويَانِي، وقال في «الْبَحْر»: قال الشَّافِعِي: وتسعه الشهادة على النسب إذا سمعه زمانًا ينسب إلى نسب وينسبه غيره إلى ذلك النسب ولم يسمع دافعًا ولا دلالة يرتاب بها فهذه شروط أربعة:

١- طول الزمان في انتسابه إلى ذلك النسب.

٢- ونسب غيره إياه إليه.

٣- وعدم الدافع.

٤- وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة. وكذا قال المَاوَرْدِي: إن النسب يثبت بسماع الخبر الشائع الخارج إلى حد الاستفاضة في أوقات مختلفة، وأحوال متباينة من مدح وذم وسخط ورضى يسمع الناس فيها على اختلافهم يقولون: هذا فلان ابن فلان فيخصونه بالنسب إلى أب أدنى أو يعمونه بنسب أعلى فيقولون: هذا من بني هاشم من بني أمية، وسيأتي باقي كلامه، وإذا قلنا بالصحيح المنصوص فليست المدة محددة على الصحيح، بل الغرض كما قال الرَّافِعِي ظهور الحال للسامع ويحلف الحال تعدد المخبرين وقوتهم وضعفهم، وفي وجه هي محدودة بسنة.

قال: ويعتبر مع انتساب الشخص ونسبة الناس ألا يعارضهما ما يورث التهمة والريبة، فلو كان المنسوب إليه حيًا وأنكر لم تجز الشهادة والمجنون كالميت وقيل لا؛ لأنه قد يفيق فينكر، وينبغي جريان الخلاف في أخرس لا إشارة له، وطعن من طعن من الناس في ذلك الانتساب والنسب، وإن كان

وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ، وَمَوْتٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

فاسقًا كما صرح به الأصحاب فيه وجهان: أصحهما في «الرَّوْضَة»: إنه يمنع؛ لاختلال الطعن وهو قضية النص السابق.

فَرْعٌ: في «فتاوى» **الْقَفَّال**: إنه لو أراد أن يشهد أن فلانًا حر الأصل لم يسعه الأداء ما لم يكن عرفه أباه وأماه حرين بأن رأى في بلد رجلًا تزوج بحرة فحدث بينهما ولد فهو حر، وإن لم يشاهد الولادة فيسعه أن يشهد بأن هذا حر الأصل كما يسعه أن يشهد أن هذا ابن فلان إذا حدث بينهما ولد، فأما إن كان رجلًا غريبًا دخل بلدًا وأقام به سنين، ولم يعرف في الأصل أن أبويه كانا رقيقين أو حرين، فإنه لا يجوز له أن يشهد أن هذا ابن فلان إذا وقع له العلم بتظاهر الإجبار.

قال: (**وَكَذَا أُمٌّ فِي الْأَصَحِّ**) اعلم أن هذين الوجهين ذكرهما **الْقَفَّال** في «الفتاوى» وبناهما على أن المرأة هل لها دعواه؟ إن قلنا: لا؛ لأنه يمكنها إقامة البينة على الولادة لم يجز أن يشهدوا، وإن قلنا: لها دعواه فهاهنا تجوز الشهادة بالتسامع، ونقل الإمام الوجهين، وأشار إلى البناء المذكور بقوله: وهذا الخلاف قريب المأخذ من تردد الأئمة في أن المرأة إذا ادعت مولودًا فهل تثبت الأمومة بالدعوى المجردة كما تثبت الأبوة، وتبعه في «**الْبَسِيط**» وأرسل **الْبَغَوِي** في «التهذيب» و«التعليق» وصاحب «**الْكَافِي**» الوجهين بلا ترجيح، ولم يصرح **الرَّافِعِي** في «شرحيه» بترجيح بل عزاه إلى «الوجيز» وتبعه في «المحرر»، وقضية «البناء والتقريب» أن يكون الأصح هنا عدم الجواز، وكلام العراقيين وغيرهم مقصور على الشهادة على الانتساب إلى الآباء، وعلله جماعة منهم بعدم إمكان المشاهدة، وهو يرشد إلى المنع عكس ما في الكتاب، وشذ في «الوسيط» فنقل طريقة قاطعة بالجواز، والله أعلم.

قال: (**وَمَوْتٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: الذي لم يورد الجمهور غيره، وصرح جماعة بنفي الخلاف؛ لأنه لا يكاد يدرك حقيقة؛ لأنه ربما لحقته سكتة وقد أمر بتعجيل الدفن فلا يمكن تركه حتى يتحقق موته لوقعه من الأسفار والبراري والقفار كذا قاله أبو الطيب، وقال غيره: لأن أسبابه خفية يتعذر الوجوب

لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ ....

عليها، والطريق الثاني فيه وجهان قاله القاضي الحسين؛ لأنه يمكن فيه المعاينة والمذهب القطع بالجواز.

قال الصَّيْمَرِيّ: لا أعلم خلافًا في الجواز بل يقع العلم بذلك بأسباب ظاهرة وأمارات بأن اجتاز بباب رجل كان عليلًا فسمع اللطم في داره وبأنه مفروش والناس جلوس للتعزية فسأل عن ذلك فأخبره واحد أو اثنان بموته، فيقع له العلم بموته وله أن يشهد به، وإن كان استدلالًا فإنه يفضي إلى علم يجري مجرى الضرورة، وقال صاحبه المَاوَرْدِي: يثبت الموت بالخبر المتظاهر بأن فلانًا مات، وكذلك إذا رأى الجنازة على بابه والصراخ في داره، وقيل: قد مات، ويكون العدد في الخبر المتظاهر بموته أعداد التواتر، ووهم أبو حامد فاعتبر بشاهدين، وأن شاهد الجنازة سمع الصراخ ولم يذكر له موته **لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَيِّتُ غَيْرَهُ، فَإِنْ ذُكِرَ لَهُ مَوْتُهُ كَانَ الْخَبَرُ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ بِالتَّوَاتُرِ؛ لِأَنَّهُ قَدِ اقْتَرَنَ بِهِ مِنْ شَوَاهِدِ الْحَالِ مَا يَقُومُ مَقَامَ التَّوَاتُرِ**، انتهى.

وقال شُرَيْح في «روضته»: تجوز الشهادة به لظاهر الأخبار، وكذا إن قالوا نحن دفناه وشهدنا جنازته، ويجوز وإن لم يعرف عين الميت وهو يقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان ميت؛ لأن النسب يعرفه الحاكم، وإن لم يظهر ولم ينتشر عند الشاهد حتى يتقرر علمه عنده لم يجز أن يشهد حتى يعاين أو يشهد جنازته فيتقرر عنده بأسباب موته، فيجوز حينئذ أن يشهد، وإن مات ببلد آخر فظهر موته وانتشر فله أن يشهد، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أنه إذا أخبره ثقة بموته أنه يشهد به، وقال بعضهم: الأقوى المنع حتى يخبره عدلان، وقد قيل: هذا على حسب ما يقع به العلم، وقد يكون ذلك بواحد، وقيل: لا يجوز حتى يشهد عنده أكثر من أربعة، وقيل: لا أقل، انتهى.

فحصل وجوه، قال المَاوَرْدِي: إذا أراد أن يعزي موته إلى أحد أسبابه لم يجز إلا بالمشاهدة كما لا يعتبر سبب الملك إلا بالمشاهدة.

قال: (**لَا عِتْقٌ وَوَلَاءٌ وَوَقْفٌ وَنِكَاحٌ وَمِلْكٌ فِي الْأَصَحِّ، قُلْتُ: الْأَصَحُّ عِنْدَ**

الْمُحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ، والله أَعْلَمُ.

الْمحَقِّقِينَ وَالْأَكْثَرِينَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوَازُ، وَٱللهُ أَعْلَمُ) أما الملك فسنفرده بالشرح، وأما العتق والوقف والوَلاء والزوجية فقال الرَّافِعِي: فيها وجهان وهما في الشهادة أنه مولى فلان أو عتيق أو وقف أو أنها زوجة فلان لا على الإنشاءات.

قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأن أسبابها غير متعددة ومشاهدتها متيسرة وجوزها الاصطخري؛ لأن هذه أمور مؤبدة، وإذا طالت مدتها عسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها بالتسامع؛ ولأنها شهادة على الحاصل بالعقد فأشبهت الشهادة على الملك المطلق، وبهذا قال أحمد وابن القاص وأبو علي بن أبي هريرة والطبري ورجحه ابن الصباغ وبه أجاب ابْن كَجٍّ في الولاء، والأول هو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال، والأصح على ما ذكره الإمام وأبو الحسن العبادي والروياني في «جمع الجوامع» قالوا ويمكن الإثبات بالشهادة على شهادة الأصل وفي قوانينها وبين الملك بأن أسبابه متعددة، وتعددها يورث عسر الوقوف عليها؛ فلذلك جوزنا الاعتماد على التسامع، وأما هذه فأسبابها متحدة وذكر صاحب «العدة» إن هذا ظاهر المذهب لكن الفتوى الجواز للحاجة، انتهى.

وممن اختار قول أبي إسحاق الشيخ أبو حامد وصححه الْمحَامِلِيّ في «المقنع» والقاضي الحسين والصيمري والغزالي في «خلاصته».

وفي «الْبَحْر»: إنه الأشبه بمذهب الشَّافِعِي، قال ابن الرِّفْعَة كما حكاه الأصحاب عنه في باب عقد الذمة ونقله الإمام عن النص أيضًا، وأرسل كثيرون الخلاف بلا ترجيح كما بينته في «الْغُنْيَة» وبما ذكرناه يظهر لك التوقف في نسبته تصحيح الجواز إلى الأكثرين، وفي «تعليق» الْبَغَوِي بعد إرسال الوجهين: والأولى أَلَّا يثبت العتق بتسامع الأخبار كالطلاق.

تَنْبِيهَاتٌ: رأيت في «الْبُوَيْطِي» عن النص: والشهادة من ثلاثة وجوه، قال: والثالث: ما تظاهرت به الأخبار وتتابعت مثل السماع بالنسب، وأن فلانًا مات وأن فلانًا ولي وما أشبهه، انتهى.

....

فقوله: ولي، يحتمل أن يريد به الولاية وأن يريد به الولاء، ويؤيده أن المَاوَرْدِي حكى طريقة قاطعة بالسماع في أن مولى فلان أو مولى آل فلان؛ لأن الولاء كالنسب الثابت بتظاهر الخبر في عبارة بعضهم يشهد أن فلانًا الذي أعتقه وكأنه يشير إلى أنه لا يكفي الإطلاق؛ لأن المولى من الأسماء المشتركة وينبغي أنه إذا أطلق أن يستفسره القاضي.

قال الدَّارِمِي: وإذا جوزنا الشهادة على الولاء فشرطه شرط النسب، حكى المَاوَرْدِي أنه هل يحتاج عند الشهادة بالزوجية إلى أن يرى الزوج داخلًا إليها وخارجًا من عندها وجهين كالتصرف في الملك مع تظاهر الخبر به، انتهى.

وقال شُرَيْح: إذا قلنا: يجوز، فذلك إذا طال زمانه فيشهدون أن فلانة زوجة فلان إذا رأوا الزوجين في دار واحدة يجريان على طريق الزوجية، وإذا قلنا: يجوز، ففي الجهر وجهان.

وفي معنى الاستفاضة تواتر الخبر عنده بتزويج الولي بأن يستقبله أقوام عدول يخبرونه بأنهم خارجون من أملاك فلان زوج ابنته فلانًا، وقد عرف المخبر أنه لا يثبت للمزوج إلا واحدة بكر فيشهد أن فلانة زوجة فلان، فإن لم يكن المخبرون عدولًا لم يجز أن يشهد بذلك هكذا حكاه عن الإصطخري بعد حكايته عنه جواز الشهادة بالزوجية بالاستفاضة، والشرط المذكور من طول الزمان وغيره كما ذكرنا أطلق الدَّارِمِي وشريح الوجهين في الولاء بلا ترجيح، ثم جزم الدَّارِمِي بجواز الشهادة بأن هذا وقف زيد وصحح شُرَيْح الجواز فيه.

قال: ويقول: هذا وقف فلان، أو أن هذا وقف، ولا يقول: إن فلانًا وقف هذا، ثم الأمر بعد ذلك إلى الحاكم يصرفه إلى من يؤدي إليه اجتهاده، انتهى.

ونحوه قول الهروي: وإذا جوزنا الشهادة بالاستفاضة على الوقف فلا يشهد المصرف، بل يشهد أنه وقف مؤبد ثم الأمر بعد ذلك إلى القاضي بصرف العلة إلى ما يؤدي إليه اجتهاده.

وفي «فتاوى» الْبَغَوِي: إنه لو شهد الشهود أن هذه الدار وقف على كذا

....

ولم يثبتوا الواقف لا يحكم بشهادتهم، انتهى.

والظاهر أنه أراد المنع مطلقًا لا بالنسبة إلى قولهم: علي كذا، وهو خاطئ أنه لا يثبت الوقف بالشيوع وهو الجواب في «فتاوى» الْقَفَّال ولم يرجح في «التعليق» و«التهذيب» شيئًا محل الخلاف.

كما أشار إليه الرَّافِعِي إذا استفاض أن هذا عتيق فلان، أو أن الولاء لفلان على زيد وأنها زوجة فلان، وأن هذا وقف فلان، أو على جهة عامة كما قاله الصيدلاني وغيره.

وعن الشيخ أبي محمد أن محله إذا كان الوقف على جهة عامة كالفقراء، أما الوقف على معين فلا يجوز إسناد الشهادة فيه إلى الاستفاضة وجهًا واحدًا، وزيفه الإمام وضعفه الغزالي.

وعبارة المَاوَرْدِي: وأما ثبوته وقفًا مطلقًا والشهادة أن هذا وقف آل فلان، وهذا وقف على الفقراء والمساكين، فقد اختلف أصحابنا فأشعر بموافقة أبي محمدٍ وهو المتبادر من كلام الرَّافِعِي وغيره، واقتضى كلام الهروي وشريح السالف أنه لا يثبت المصرف بالاستفاضة من غير فرق بين جهة وجهة وهو بعيد.

وفي «فتاوى» ابن الصلاح: إنه لا يثبت النظر في الوقف بالاستفاضة إذا شهد به مفردًا استقلالًا، وإن شهد به ذاكرًا له في شهادته بأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف؛ فالظاهر أنه يسمع إذا قلنا بشهادة الاستفاضة بالوقف قبلن شهادتها بالوقف مشروطًا بشروطه وذلك لأنه يرجع حاصله إلى بيان وصف الوقف وتعيين كيفيته؛ وذلك مسموع، فإن تكلف متكلف رد هذه المسألة إلى مسألة الشهادة بالوقف على معين، وزعم أنها لا تسمع بالاستفاضة وجهًا واحدًا، قلنا: هذا قول الشيخ أبي محمد والمحققون على ما حكاه ابنه سووا بين العام والمعين في آخر الوجهين في الجميع، انتهى وفيما قاله وقفة.

وإن حملنا إجراء الوجهين في الجميع؛ لأن ما ذكره يتضمن أمورًا زائدة خفية يبعد علمها بطريق الاستفاضة بخلاف الوقف على زيد أو على بني فلان

……………………………………………………………

إجمالًا فهذا مما يستفيض من غير زيادة كما ينتشر اسم واقفه، والأقرب ما أفتى به المصنف أن الوقف يثبت بالاستفاضة دون شروطه وتفصيله، بل إن كان وقفًا على جماعة معينين أو على جهات متعددة قسمت الغلة بين الجميع بالتسوية، وإن كان على مدرسة مثلًا وتعذر معرفة الشروط صرف الناظر الغلة فيما يراه من مصالحها، وإذا حكم حاكم بثبوت شروطه بالاستفاضة وهو مقلد لإمام، ولم يكن ذلك مذهب إمامه لم ينفذ حكمه ولا ينفذه غيره، انتهى.

وأما الشهادة على الملك بالتسامع وحده هل تجوز؟.

قال الرَّافِعِي: فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالنسب والموت وهذا؛ لأن أسبابه كثيرة ومنها ما خفي وتعسر الوقوف عليه وهذا أقرب إلى إطلاق الأكثرين.

قلت: نقله المَاوَرْدِي والشاشي عن الأكثرين نصًا، وحكى المَاوَرْدِي من قبل الاتفاق عليه، وهو المحكي عن العراقيين، وبه جزم الْفُورَانِي، وحكى جماعة طريقة قاطعة به وهي المذهب المنصوص عليه في «الأم» في باب التحفظ في الشهادة.

والثاني: لا ما لم تنضم إليه اليد والتصرف، كما لا تجوز الشهادة بالتسامع على أسباب الملك.

ويحكى هذا عن نصه في «حرملة» واختاره القاضي الحسين والإمام والغزالي وهو الجواب في «الرقم» وصفًا إلى ترجيحه في «المحرر» و«الشرح الصغير».

واستبعد الإمام الأول، وقال: إن فرض له ثبوت فهو فيما إذا لم يعارض هذا التسامع يد، وتصرف من الغير، بل كان مهملًا صريحًا للمثل قاله في «الْبَسِيط».

قال الرَّافِعِي: واعلم أن جواز الشهادة على الأملاك بالتسامع مشهور في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحد الأمرين من اليد أو

التصرف إليه أو يعتبرهما جميعًا، ولكن لا يعتبر طول المدة فيهما إذا انضما إلى التسامع، وإلا فهما إذا طالت المدة كافيان في جواز الشهادة على الأظهر فلا يبقى للتسامع أثر.

قلت: ولفظ النص في «الْبُوَيْطِي»: ويجوز لك الشهادة بما تظاهرت به الأخبار أن فلانًا مالكه مع جور تراه، أو يقر في قلبك ذلك مثل الدار يسكنها الرجل والثوب يلبسه، والعبد يخدمه فتراه جائزًا له لا يدفعه عنه أحد، ونسب ملكه إليه وتظاهر عندك الأخبار بملكه، انتهى.

وهو إلى موافقة الوجه الثاني أقرب، ويجوز أن يكون شاهدًا لما ذكره الرَّافِعِي من الاكتفاء بانضمام أحد الأمرين إلى التسامع، ويشترط في جواز الشهادة بالملك على التسامع أو على اليد والتصرف ألا يعرف له منازعًا فيه، فإن الظن حينئذ يتأكد، ونقل ابْن كَجٍّ وجهين في أن منازعة من لا حجة معه هل تمنع الشهادة، انتهى.

واقتضى كلام «الشرح الصغير» أن المذهب المنع مطلقًا حيث أطلقه.

ثم قال: وفي وجه منازعة من لا حجة له لا تؤثر، وقال الدَّارِمِي: إذا ثبت عنده الملك بشهادة التظاهر، فقال: فساق ليس له، فهل يقدح فيها؟ على وجهين، أي: فهل يقدح في أداء الشهادة، ويمنع من الحكم بها، وهما كالوجهين السابقين في القدح في النسب، أو هما هما.

ورأيت في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو كان في يده مال أو دار يتصرف فيها تصرف المالكين مدة طويلة، ثم قال: إن هذه الدار ملك لرجل ولم يسمه، وقال: إنها ليست لي، ثم في اليوم الثاني ادَّعى رجل ملكيتها، فأنكر ذو اليد وادَّعاها ملكًا لنفسه، جاز لنا أن نشهد على أنها ملك له، وإن سمعناه يقول: إنها ليست لي أو لرجل، فإن ذلك لا يوجب زوال ملكه عنها، بدليل أنه لم يثبت ملكها لأحد، فسقط ما قال؛ إذ من ضرورة زوال ملكه ثبوته لغيره، إذ لا يتصور مال لا مالك له، تعين أو لم يعين، خلافًا لأبي حنيفة، ويحتمل أن

وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، ....

يكون المراد به: هو مال الله، ولا يدوم ملكي عليه، بل يزول بموتي، وكل هذا محتمل، انتهى.

وهذا مشكل جدًا، وقوله: ليست ظاهر في أنها لغيره، وقادح في ظن أن يده وتصرفه يد ملك وتصرف مالك، وإذا انجزم الظن الناشئ عن يده وتصرفه فكيف تسوغ الشهادة له حينئذ؟ والمختار الأقوى: المنع، وربما يأتي في «الدعاوى» ما يؤيده، وللمسألة تتمات تأتي إن شاء الله.

قال: **(وَشَرْطُ التَّسَامُعِ سَمَاعُهُ مِنْ جَمْعٍ يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ عَلَى الْكَذِبِ)** عبارة الرَّافِعِي: لا بد من جمع كبير يقع العلمُ أو الظن القوي بخبرهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب، [ولا يكفي قول عدلين نعم لو استشهد اشهد] على شهادتهما، وهذا ما اختاره المَاوَرْدِي وابن الصباغ أيضًا، وهو أشبه بكلام الشَّافِعِي، وبه أجاب في «الوجيز» انتهى.

وقال الإمام: التسامع هو الِاسْتِفَاضَةِ والتلقي من مستمعين، لا يتأتى حصرهم، هكذا ذكره شيخي والقاضي الحسين، وممن صحح هذا الوجه: أبو علي السنجي، والقفال الشاشي، وبه قال أبو إسحاق المروزي، وسبق كلام «الْحَاوِي» وغيره، فيما يعتبر في التسامع ليثبت.

وأمَّا الملك قال المَاوَرْدِي: فيثبت بسماع الخبر السائغ المتظاهر، فتسمع الناس على اختلاف أحوالهم، يقولون: هذه الدار، أو هذه الضيعة، أو هذه الدابة، أو هذا العبد، أو هذا الثوب لفلان، ويتكرر ذلك منهم على مرور الزمان، لا يرى فيهم منكر لذلك ولا منازع فيه.

ثم قال في آخر الفصل: وأصل الخبر المتظاهر فيه أن يكون من العدد المعتبر في التواتر، هكذا رأيته هنا في ثلاث نسخ بـ«الْحَاوِي»، وفي نسختين منه، ولعلَّ الخبر إلى آخره، وأحسبه تصحيف لفظه وأصل، وقال في شرح «المنهاج» معترضًا على الرَّافِعِي.

قلت: عبارة «الْحَاوِي» في حكايته الصحيح أن الاعتبار في ذلك العدد

....

المقطوع بصحة صدق مخبره، هو عدد التواتر المنتفي عنه المواطأة والغلط، انتهى.

وقال في «البيان»: ثم قال المَاوَرْدِي: لا تقبل إلا من عدد يقع العلم بخبرهم؛ لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع من جهتهم، وظاهر كلامه أنه أراد ما يقع به خبر التواتر فهذا بعيد، وقال ابن الصباغ: ظاهر كلام الشَّافِعِي يقتضي أن تكثر به الأخبار، فشرط في الاستفاضة بظاهر الأخبار، وذلك يكون بانتشارها وكثرتها، قال: وظاهر قول ابن الصباغ أنه أراد به أنه إذا سمع ذلك من عدد فوق الاثنين، ووقع في نفسه صدقهم جاز له أن يشهد بذلك، وإن كان دون العدد الذي يقع به خبر التواتر، انتهى.

وفيما فهمه عن ابن الصبَّاغ نظر! نعم؛ كلامه يفهم أنه إذا كثرت الأخبار بحيث يقع في قلبه صدقهم، وإن لم يتلقوا عدد التواتر أنه يكفي.

وعبارة «الْبَسِيط»: وأمَّا النسب وما يثبت بالتسامع ففي حده وجهان:

أحدهما: إنه لا يشهد إلا بالاستفاضة والسماع من قوم لا يجمعهم رابطة التواطؤ، وهو الذي يعتبر في أخبار التواتر، وليس ذلك لدرك اليقين، فإنَّا ذكرنا في الأصول أن التواتر فيما لا يحسن لا يفيد اليقين، وليس النسب محسوسًا، ولكن بالغرض استثارة غالب الظن من الاستفاضة مع عدم التنكير والتكاذب.

ثم حكى الوجه الآتي في الكتاب واستبعده.

وذكر في «الذَّخَائِر» عن «الْحَاوِي»: إنه اشترط عددًا يقع العلم بخبرهم وهو خبر التواتر... إلى آخره.

ثم قال: من بعد: إنه ظاهر ما ذكره الأصحاب العراقيون أنه يكفي الظن على قول الاكتفاء بشاهدين، ويشترط حصول العلم على القول الآخر على ما شرطناه في أخبار التواتر.

وأمَّا الخراسانيون فقال الغزالي: لا يشترط درك اليقين، بل يُكتفى بحصول الظن الغالب على القولين معًا؛ لأن النسب غير محسوس، والتواتر لا

وَقِيلَ يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ، ....

يفيد العلم في غير المحسوس، وإنما شرطنا ظنًا غالبًا من الاستفاضة مع عدم التواطؤ، وأمَّا الملك فدرك اليقين فيه غير ممكن، قال: ولا يكتفى بحصول منادي الظنون، بل لا بد من ظهور ظن يصير طلب الزيادة عليه، انتهى.

والظاهر أن مراد المَاوَرْدِي ما ذكره الغزالي، وإنما الغزالي أوضحه وبيَّنه، وأمَّا كلام ابن الصباغ فمحتمل، قال الرَّافِعِي: وعلى هذا الوجه ينبغي ألَّا يعتبر العدالة ولا الحرية ولا الذكورة، وبهذا صرَّح غيره، وسبق عن «الْحَاوِي» في النسب نحوه.

قال: (**وَقِيلَ: يَكْفِي مِنْ عَدْلَيْنِ**) أي: تسكن النفس إلى خبرهما كما قيَّده القاضي أبو الطيب وصاحبا «الشامل» و«البيان» وغيرهما، وهو قول أبي حامد وأتباعه، ونسبه المراوزة إلى العراقيين.

وقال الإمام: إنه متجه عندي، وزيَّفه المَاوَرْدِي، وقال في موضع: إنه وهم من أبي حامد، وحكى السرخسي وغيره وجهًا ثالثًا: أنه يجوز الاعتماد على خبر الشخص الواحد إذا سكن القلب إليه، واختاره الدَّارِمِي فقال: وعندي يؤاخذ، وأيده القاضي أبو الطيب في «تعليقه» احتمالًا لنفسه إذا سكن قلبه إليه.

وحكى شُرَيْح في «روضته» وجهًا رابعًا في الشهادة بالملك: إن أقل العدد أربعة يسمع منهم، وأشار إلى وجه خامس: إنه لا بد من الزيادة على أربعة.

قال: والذين يسمع منهم يقولون لم نزل نسمع أن هذه الدار لفلان، وسبق كلامه فيما يعتمده في الشهادة بالموت، ويخرج مما سبق، ويأتي تفصيل بين انضمام قرينة إلى خبر الواحد أو الاثنين أو الجماعة، وبين الخبر المجرد.

وحكى الرَّافِعِي في قسم الصدقات وجهًا: أن أقل درجات الاستفاضة ثلاثة للخبر حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه، وإذا حمل كلام المَاوَرْدِي على ظاهره كان وجهًا آخر، وربما تنتهي الأوجه بما سنذكره إلى عشرة أو نحوها.

……………………………………………………

تنبيهات وفُرُوعٌ:

أحدها: قول المصنف: وشرط التسامع سماعه من جمع يقتضي اشتراط ذلك في كل ما تجوز الشهادة فيه بالتسامع، وهو ما اقتضاه كلام «الْبَسِيط» وغيره، وكلام الرَّافِعِي يشير إليه، وإنما صرَّح به في «المحرر» و«الشرح» في الشهادة بالملك، وسبق من كلام المَاوَرْدِي وغيره ما ينازع في ذلك، وكلام الصَّيْمَرِيّ وغيره ظاهر بالنسبة إلى ذلك النوع، وإنه لا يعتبر في الشهادة بالملك، وسبق ما قيل في الموت.

ثانيها: نقل ابْن كَجٍّ وجهين في أنه هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟ قال الرَّافِعِي: ويشبه أن يكون هذا عين الخلاف المذكور في أنه هل يعتبر عدد يؤمن منهم التواطؤ، انتهى وفيه نظر.

بل الظاهر أنه شرط على الأصح على كل قول، وقد صرَّح به ابن الصباغ وشيخه وغيرهما في اعتماد العدلين، والماوردي وغيره في سماع الجمع، وسبق عن نصه في «الْبُوَيْطِي» إشارة إليه، وصرَّح الغزالي بأنه لا بد من حصول الظن الغالب على الوجهين معًا، وهذا واضح، وأحسب الرَّافِعِي قال: غير بالغين المعجمة والراء، فصحفه ناقل بالعين المهملة والنون، والوجه بأنه لا يشترط أن يقع في قلبه صدق المخبرين غلط.

ثالثها: صورة الاستفاضة أن يستفيض في الناس أن هذا العقار أو العين مثلًا ملك زيد من غير إضافة إلى سبب، فإن كان المستفيض سبب الملك لم يتحمل عليه، هكذا أطلقه جماعة استثناء.

وقال المَاوَرْدِي وابن الصباغ وجماعة: إلا أن يكون السبب الميراث فيجوز؛ لأن الميراث يستحق بالنسب والموت، وكلاهما يثبتان بالاستفاضة.

ورأيت في شرح «الكفاية» للصيمري: إنه إذا سمع الناس يقولون: إن هذه الدار أو هذه الأرض لفلان ابن فلان مرة بعد أخرى وحالًا بعد حال وسعه بأن يشهد له بأنه يملك ذلك المضاف إليه، ولا يسعه أن يشهد أنه ملك ذلك عن

....

شراء أو هبة أو ميراث إنما يشهد بمجرد الملك فحصل في الاستثناء.

رابعها: قال شُرَيْح: ثم تجوز الشهادة، أي: بالملك بالتسامع، وإن كان السماع ممن لا تقبل شهادتهم من المماليك، والعامة يقولون: هذه دار فلان، أو سمع أهل الصناعة يقولون: صنعنا في دار فلان، وإذا وجه السماع، أي: المستفيض، وكان قد عرف قبل ذلك لغيره فهل له أن يشهد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ولا يلزم بيان سبب الملك، ويجوز أن لم يعرف البقعة، وعند أبي حنيفة لا بد من معرفتها، انتهى.

وسكت عن الوجه الثاني، وهو أشبه؛ إذ الأصل عدم الانتقال: ، فقد تكون اليد عن إجارة أو إعارة وغيرهما، والاستفاضة تساق عنها.

قال الرَّافِعِي: ولا يكفي أن يقول الشاهد: سمعت الناس يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسب، وإن كانت الشهادة مبنية عليه بل يشترط أن يقول: أشهد أنه له أو أنه ابنه؛ لأنه قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس.

لكن عن العبَّادي: إنه لو شهد شاهد بالملك والآخر بأنه في يده من غير تواطؤ يتصرف فيه بلا منازع تمت الشهادة، وهذا ذكره شارح كلامه نصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب والظاهر الأول، انتهى.

قال شُرَيْح الرُّويَانِي: ومن شهد على السماع لا بخبر كيف علم، ولا يسأله الحاكم من أين علم؛ لأن الحاكم قد علم من جاز له أن يشهد، وقال ابن أبي الدَّم: لو قال: أشهد بالاستفاضة أن هذه الدار ملك زيد لم تقبل على الأصح، وكذا لو قال: هي ملكه؛ لأني رأيته يتصرف فيها مدة طويلة بغير منازع، مع شيوع ملكيته بين الناس لا تسمع، انتهى.

وقد يقال: إذا علم القاضي بالقرائن أن مستنده الاستفاضة فيقرب أن تصريحه بذلك لا يمنع قبوله، إلا أن يقال: متى علم القاضي أنها مستندة لا يقبلها، وهو بعيد، نعم في قبول الشهادة المطلقة على المرجح من أكثر الناس نظر بجهلهم بالشروط والاستفسار يؤدي إلى الرد على المرجح فكيف الحال؟!

....

هذا مشكل جدًّا، ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة كما سبق.

سادسها: قال الرَّافِعِي: ولا فرق على الشهادة على الملك بالتصرف والتسامع بين العقار وبين العبد والثوب إذا كان غير المشهود به عن أمثاله، انتهى.

وسبق ذلك عن «الْحَاوِي» وفي «روضة» شُرَيْح: وهل تجوز الشهادة عن السماع في ملك غير العقار؟ وجهان وما ذكره غير بعيد، والخلاف في الثوب ونحوه أظهر منه في العبد والدابة؛ لكثرة الاشتباه في الثياب ونحوها، لكن المنصوص في «الأم» و«الْبُوَيْطِي» في الثوب الجواز كالدار.

سابعها: ومما يثبت بالاستفاضة في الجملة ولاية القضاء وغيره، كما سبق، ومنه ما سبق عن القاضي الحسين وغيره: إنه إذا استفاض عنده عدالة شخص أن له أن يشهد بعدالته، وسبق أن الغزالي منع ذلك في التعديل والجرح، وإن الرَّافِعِي نازعه، وذكرنا أن الهروي أشار إلى خلاف في التعديل بالاستفاضة، ومن ذلك الشهادة بالإعسار، صرَّح به الإمام والغزالي وفيه ما سيأتي، ومنه الشهادة بالرشد كما أفتى به ابن الصلاح، ومنه الدين على وجه ذكره الهروي وغيره، والمشهور أن الدين لا يثبت بالاستفاضة.

قال الْعِمْرَانِي: ويمكن الفرق بينه ملك الأعيان أن قدره لا يقع فيه استفاضة، وإنما يستفيض الدين في الجملة من حيث المطالبة والملازمة بخلاف الأعيان.

قلت: وقد يوجد من هذا أن الشهادة بملك الحصص من الأعيان لا يستند فيها إلى التسامع، كقولهم: لزيد من هذه الدار ربعها، ولعمرو ثمنها، ولبكر نصفها، وهكذا؛ لأن الحصص كقدر، واستفاضة مقاديرها بعيد، بخلاف قولنا: هذه الأرض أو الدار لزيد فتأمله.

فَرْعٌ: قال الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» بعد أن قرر جواز الشهادة بالنسب والملك بالتسامع: وكذلك الشهادة على الوراثة أن فلانًا وارث فلان، لا

وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ وَلَا بَيْدٍ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ، ....

وارث له غيره، وإنما ذلك على ما ظهر له، وتظاهر به الخبر عنده أنه لا وارث له غيره، انتهى.

فَرْعٌ: في «روضة» شُرَيْح: لو كان النبي ﷺ قال لفلان: على فلان كذا هل كان للسامع أن يشهد أن لفلان على فلان كذا؟ فيه وجهان.

قلت: الصواب: الجواز، ونتصور هذه مسألة عملته في زمن نزول عيسى عليه السلام.

قال: (**وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى مِلْكٍ بِمُجَرَّدِ يَدٍ**) إذ قد يكون عنه وعن غيره نيابة وغيرها، نعم؛ له أن يشهد له باليد.

وعن «التهذيب» وهو في «تعليقه» كذلك: إنه إنما يشهد له باليد إذا رآه في يده مدة طويلة، وحكى الإمام في إفادة اليد وحدها قولًا في جواز الشهادة بالملك، والظاهر: المنع، والتصرف المجرد كاليد المجردة لا يفيد جواز الشهادة على الملك، هكذا نقل الرَّافِعِي عن الإمام رواية قول في اليد المجردة.

وعبارة «الْبَسِيط»: وفي اعتماد مجرد التصرف قولان، وأشار إلى أن إمامه غلَّط ناقلهما وقال: إن الوجه ألَّا يعد هذا من المذهب، وأن هذا القول لم يوجد في طريقه بعد البحث، وقال الإمام هنا أن شيخه كان يقول: إن اليد الدائمة بمجردها هل تدل على الملك، فعلى قولين ولست آمن صدور هذا عن غير ثبت، ولم أر أحدًا غيره يذكر هذين القولين، فلذلك لا أعتد به ولا أعده من المذهب، انتهى.

فخف الخطب بقوله: اليد الدائمة، قال ابن كَجٍّ: ويجوز للشاهد أن يعتمد في الشهادة باليد على الاستفاضة.

قال الرَّافِعِي: وقد ينازع فيه إمكان مشاهدة اليد.

قال: (**وَلَا بَيْدٍ، وَتَصَرُّفٍ فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ**) أي: على المشهور كاليد المجردة، ويجوز له أن يشهد له باليد.

وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ، ....

قال: (**وَتَجُوزُ فِي طَوِيلَةٍ فِي الْأَصَحِّ**) أي: عند الجمهور كما ذكره الإمام وعن أبيه وغيره القطع به؛ لأن امتداد اليد والتصرف من غير منازع يغلب على الظن الملك.

والثاني: المنع؛ لأن الغاصب والمستأجر والمستعير والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة والوكيل والوصي والأجير أصحاب يد وتصرف.

قال الْعِمْرَانِي: وهو ما صححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وصاحب «التَّنْبِيه» وقال الإمام: إنه الذي ذهب إليه القاضي الحسين وطائفة من المحققين، وهذا هو الأول والمختار، ولا سيما في العقار في الأمصار والمزارع والدور في القرى في هذه الأعصار، ويشبه أن كلا الوجهين فيمن لا يباشر أملاك الناس نيابة عنهم؛ كجباة أملاك الأغنياء ووكلائهم الذين يتصرفون فيها بالإجارة والهدم والبناء وقبض الأجور، وكل من في معناهم من قيام الأيتام والوقوف ونحو هذا؛ لأن هؤلاء بطول اليد، وتصرفهم في أملاك غيرهم، فلا معنى للشهادة لهؤلاء بالملك بمجرد اليد والتصرف.

قال الإمام والغزالي والرافعي: فإن انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة، ونسبة الناس الملك إليه جاز، والشهادة له بالملك على الوجهين، وهو غاية ما تبنى عليه هذه الشهادة.

وقضية كلام الشيخ إبراهيم المروزي: إنه إنما تجوز الشهادة له بالملك إلا إذا انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة له بالملك، لو رأى الناس ينسبونه إلى غيره، لا يجوز أن يشهد له به.

قال الرَّافِعِي: ونقل الرُّويَانِي عن «المنهاج» قولًا أنه لا تجوز الشهادة على الملك حتى يعرف سببه قال الرَّافِعِي: والصحيح المشهور الأول.

قلت: وقال الرُّويَانِي في «الحلية»: فإن رآه يتصرف فيه شهرًا أو شهرين لا يجوز أن يشهد له بالملك أصلًا بل باليد، وإن رآه يتصرف فيه مدة طويلة لا يجوز له أن يشهد له بالملك حتى يعرف سببه في أصح الوجهين، وهو اختيار

....

أبي إسحاق والقاضي الطبري وغيرهما؛ لأنه يجوز أن يتصرف فيه بغير الملك من إجارة، أو إعارة، أو وكالة، أو وصاية، وهذا هو الاختيار في زماننا؛ لأنه يطول تصرف القاصد، ولا يقدر صاحب الملك على دفع الظلم بالقضاة والولاة، وعلى هذا الاحتياط للقاضي أن يسأل بنية الملك عن السبب حتى ترتفع الشبهة ويتبين الحق، انتهى.

وما اختاره هو المختار المتعين في وقتنا الموافق لما سبق عن الشيخ أبي حامد وغيره واخترناه.

إِشَارَةٌ: الرجوع في مدة اليد والتصرف إلى العادة بلا تقدير، قاله الْبَغَوِي وغيره، وجزم في «أصل الرَّوْضَة» بأنه الصحيح.

وقال الرَّافِعِي في «شرحه الصغير»: التصرف لا يتقدر بل الرجوع فيه إلى العادة، والمعتبر مدة تحصل فيها غلبة الظن، وقيل: أقل المدة سنة، وقيل: ستة أشهر، وقيل: شهران، حكاها ابن أبي الدَّم عن رواية الشيخ أبي علي، ثم قال: والأصح عندي أنها غير مقدرة، والأصح الرجوع إلى العادة والعرف في ذلك، ومضى مدة يغلب على الظن، انتهى.

وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: المدة القليلة كالشهر والشهرين.

وفي «الزوائد» أن الطبري قال: القليلة كاليومين والثلاثة، وفي «روضة شُرَيْح»: ولا يجوز إذا كانت المدة يسيرة.

قال أبو عاصم العبادي: وهي دون عشرة أيام وعشرة أيام فما فوقها، اختلف فيها أبو العباس وأبو إسحاق، فحصل سبعة أوجه في المدة التي لا يكفي دونها.

فَرْعٌ: حكى الرَّافِعِي في كتاب «اللقيط» عن رواية الشيخ أبي علي أنه لو رأى صغيرًا في يد رجل يدعوه ويأمره وينهاه ويستخدمه هل له أن يشهد له بالملك؟ فيه وجهان، وعن غيره أنه إن سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: هو عبده شهد له بالملك وإلا فلا، قال في «الرَّوْضَة»: وهذا صح، انتهى.

وَشَرْطُهُ تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ وَرَهْنٍ، ....

قلت: هو الأصح في السماع من الناس دون مدعي رقه، وبالشرط المتقدم ويجب أن يكون موضع وجهي أبي علي فيمن لا يستخدم ولده في العادة من الأغنياء وذوي الرئاسة، الّذين يتخذون الغلمان، وإلا فغالب العوام وأهل القرى والبوادي يستخدمون أولادهم الأطفال استخدام العبيد، فلا يقع للشاهد ظن الملك بمجرد ذلك، والله أعلم.

قال: (**وَشَرْطُهُ**) أي: التصرف المعتبر هنا.

(**تَصَرُّفُ مُلَّاكٍ مِنْ سُكْنَى وَهَدْمٍ وَبِنَاءٍ وَبَيْعٍ**) أي: وفسخ كما في «المحرر»، والمراد البيع والفسخ بعده، كما صرَّحوا به.

(**وَرَهْنٍ**) أي: ونحوها؛ لأن هذه الأمور ظاهرة في إثبات الملك غالبًا، وفي مجرد الإجارة وجهان؛ لأنها وإن تكررت فقد تصدر من استأجره مدة طويلة، أو من موصى له بالمنفعة، قال الرَّافِعِي: وليجز هذا الخلاف في الرهن؛ لأنه قد يصدر من مستعير، أي: ليرهن وإلا وفق لإطلاق الأصحاب، الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب صدور هذه التصرفات من المالكين، ولا يكفي التصرف مرة واحدة فإنه لا يثير الظن، انتهى.

ولا ينبغي أن يُكتفى أيضًا بالمرتهن، ولا سيما مع قرب زمن الثاني من الأول، بل ينبغي أن تكون المرات في المجلس الواحد والأيام القليلة كالمرة الواحدة، وهذا كله تفريع على ما رجحه من الاكتفاء باليد والتصرف بمجردهما.

تَنْبِيهٌ: قال أبو الحسن [الديلمي](١): شرائط الشهادة بالملك أربعة:

أحدها: أن يراه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، ويدعيه ملكًا لنفسه.

والثاني: أن يتقادم الزمان بذلك حتى يكون منسوبًا إليه ومعروفًا به.

والثالث: ألَّا يكون ثَم منازع ينازعه فيه.

---

(١) في نسخة: (الدَّبيلي).

....

والرابع: ألَّا يكون هناك ريبة توجب التوقف في الشهادة بالملك، مثل أن يقال: إن أصله كان وقفًا أو رهنًا أو غصبًا أو ما يوجب التوقف فيه، فإن انخرم شرط منها لم تجز الشهادة، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: إذا سمع رجلًا يقول لآخر: هذا ابني وصدَّقه الآخر، أو أنا ابن فلان وصدَّقه فلان، قال كثير من أصحابنا: يجوز أن يشهد به على النسب، وكذا لو استلحق صبيًا أو بالغًا وسكت؛ لأن السكوت في النسب كالإقرار.

ألا ترى أنه لو بشر بولد فسكت عليه لحقه، بخلاف ما إذا أنكر المستلحق، فإن النسب لا يثبت حينئذ، وفي «المهذب» وجه: إنه لا يشهد عند السكوت إلا إذا تكرر عنده الإقرار والسكوت، والذي أجاب به الإمام والغزالي: إنه لا تجوز الشهادة على النسب بذلك، وإنما يشهد الشهادة، والحالة هذه على الإقرار والاستلحاق، وهذا قياس ظاهر.

وقال في «شرحه الصغير»: وهذا هو الظاهر، قال: وربما أمكن تنزيل بعض الناقلين عليه وبتقدير ألَّا يكون مكان النسب فارق سائر الأقوال المقر بها سعيًا في إثباته ووجه أيضًا بأن الوقوف على توافق المستلحق آكد في إثارة الظن من السماع من غيرهما، انتهى.

وما حكاه عن كثيرين نسبه الإمام إلى العراقيين، وقال: إنه في قياس الفقه خطأ صريح، فإن قول الشخص الواحد من غير إشاعة في حكم الدعوى، ونحن وإن كنا نثبت الولد بالدعوة فيستحيل أن يجوز اعتمادها للشهادة على النسب مطلقًا، نعم يشهد على الدعوى ثم يقع الحكم بموجبها، وتبعه الغزالي.

وقول الرَّافِعِي: وربما أمكن تنزيل إيراد بعض الناقلين عليه هو ما في «الْحَاوِي»، فإنه قال: إذا قال لرجل: أنا ابنك وصدَّقه، ثبت بتصديقه النسب، ويكون بثبوته بينهما بالإقرار، وتكون الشهادة عليه كالشهادة على الإقرار، وإن لم يصدقه ولم يكذبه فإن لم يشهد حال إمساكه بالرضا لم يثبت النسب، وإلا

....

فقد قال أبو حامد الإسفراييني: يثبت النسب؛ لأن الرضا من شواهد الاعتراف، وهذا على الإطلاق ليس بصحيح، والحكم فيه أنه إن لم يتكرر ذلك لم يكن اعترافًا بالنسب، وإن تكرر وزال عنه شواهد الخوف والرجاء في أحوال مختلفة صار اعترافًا؛ لأن أكثر الأنساب بمثله تثبت، وهكذا لو ابتدأ أحدهما فقال الآخر: أنا أبوك، اعتبر حال الابن بمثل ما اعتبر به حال الأب، وكان الجواب فيهما سواء.

وهذا منه يدل على أن قول أبي حامد إنما هو في جواز الشهادة بالإقرار بالنسب في حالة السكوت، وإن الصحيح أنه إذا تكرر منه السكوت الدال على الرضا بما أقرَّ به مخاطبه، يجوز أن يشهد بإقراره بالنسب؛ لأنه لا يريد شواهد حالة الرضا بالتصديق على التصديق.

وقد قال: إن شهادته عند التصديق تكون على الإقرار، وكلام الْبَنْدَنِيجِي وغيره من أتباع أبي حامد لا يتأتى ذلك، حيث قالوا في صورة السكوت صار محتملًا للشهادة؛ لأنه سكوت راضٍ بذلك، وعلَّل في «المهذب» و«البيان» اعتبار السكوت، فإن سكوت الأب بمنزلة الإقرار، والإقرار جهة يثبت بها النسب، وهذا ظاهر في أن المراد الشهادة بالإقرار، وأن السكوت مرة كالإقرار مرة في جواز الشهادة على الإقرار فيهما.

وعبارة القاضي أبي الطيب في «التعليق»: لو سمع رجلًا يقول: هذا ابني مشيرًا إلى صبي، جاز له تحمل الشهادة على أنه ابنه، وكذا إذا قال: هذا أبي وأشار إلى رجل ساكت، صح تحمل الشهادة بالسمع؛ لأن سكوته كإقراره.

وكذا قال في «الشامل»: وعبارتهما محتملة فيجب تنزيلها على ما ذكرناه، وفي «التهذيب»: إنها شهادة على الإقرار، وحينئذ ففي تحقق الخلاف نظر، وإن أفهم لفظ بعضهم ذلك، ومما يؤيد ما ذكرته قول القاضي والبندنيجي وغيرهما من العراقيين في آخر كتاب «الإقرار»، وفي كتاب العاقلة: إنه لو أقرَّ بنسب كبير عاقل لم يثبت نسبه حتى يصدقه، فإن أنكر كان للمقر تحليفه، فإن تكلف حلف المدعي ويثبت النسب، وكذا لو قال كبير لشخص: أنت أبي،

وَتُبْنَى شَهَادَةُ الْإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَخَايِلِ الضُّرِّ والْإِضَاقَةِ].

فأنكر، فله طلب يمينه، فسمّوهما: مقرًا ومقرًا له، فالشهادة على ذلك شهادة على الإقرار بلا شك.

قال: (وَتُبْنَى شَهَادَةُ الْإِعْسَارِ عَلَى قَرَائِنَ وَمَخَايِلِ الضُّرِّ والْإِضَاقَةِ) لأنه ليس مما يشهد ويعسر الاطِّلاع عليه، وتبنى الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص، وفي الخلوات ليعرف صبره على الضرر والإضاقة، ويعتبر فيمن تشهد به الخبرة الباطنة؛ لأن الأسباب المفيدة للظن به خفية يختص بمعرفتها من يخالط الرجل ويجالسه. هذا لفظ الرَّافِعِي في «شرحه الصغير» هنا.

وأحال في «الكبير» الكلام فيها على التفليس، وقدَّمنا ذلك، وظاهر كلامه وكلام المصنف أن الشهادة بالإعسار لا يتحمل بطريق الاستفاضة، وجزم الإمام والغزالي بالجواز.

فَائِدَةٌ: قال المَاوَرْدِي في «أدب القضاء»: أخبار الاستفاضة هو أن تبدو منتشرة في الْبَرِّ وَالْفَاجِرِ، ويتحققها العالم والجاهل، ولا يختلف فيها مخبر، ولا يتشكل فيها سامع، وتكون انتشارها في ابتدائها في آخرها، وهذا أقوى الأخبار حالًا وأثبتها حكمًا.

وأمَّا أخبار التواتر فهو ما في ابتدائه الواحد حتى يكثر عددهم، ويبلغوا قدرًا ينبغي عن مثله التواطؤ والغلط، ولا يعرض في خبرهم بشكل ولا ارتياب، فيكون في أوله من أخبارهم الآحاد، وفي آخره من أخبار التواتر، فيصير مخالفًا لخبر الاستفاضة في أوله، موافقًا له في آخره، ويكون الفرق بين خبر الاستفاضة وخبر التواتر من ثلاثة أوجه:

أحدها: هذا.

والثاني: إن أخبار الاستفاضة لا يراعى فيها عدالة المخبر، وأخبار التواتر يراعى فيها عدالة المخبر.

والثالث: إن أخبار الاستفاضة تنتشر من غير قصد لروايتها، وأخبار التواتر ما انتشرت عن قصد لرواتها، ثم يستوي الخبران في التشكيل عنهما،

قال المصنف: [فَصْلٌ]: تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي النِّكَاحِ.

وَكَذَا الْإِقْرَارُ، وَالتَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ، وَكِتَابَةِ الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ، ....

ووقوع العلم بهما، وليس العدد فيها محصورًا ليكون أبقى لارتياب، وأمنع من التصنع، وإنما الشرط فيهما أن ينتفي عن المخبرين بهما التواطؤ على الكذب، ويمنع اتفاقهم في الشهود والغلط حتى يزول الشك ويحصل اليقين، ثم ينتهي إلى عصر بعد عصر مثل هذه الحال، انتهى.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

تَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ فَرْضُ كِفَايَةٍ فِي النِّكَاحِ) أي: لتوقف انعقاده على من ينعقد بحضوره، فلو امتنع الكل أثموا، ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما لم يتعينا بخلاف ما إذا تحمَّل جماعة، وطلب من اثنين منهما الأداء لما سيأتي، هكذا أطلق الرَّافِعِي، وينبغي أن يكون موضع عدم تعين الاثنين للتحمل ما إذا جوزا إجابة غيرهما، أمَّا لو ظنا عدمه لترفع أو بعد دار أو لاعتقاد فساد العقد فكما لو لم يكن غيرهما إن كان الداعي عن الحاكم، أمَّا لو دعاهما الحاكم فيشبه أن يلزمها الإجابة، ولينظر فيما لو دُعِي إلى حضور نكاح يعتقد فساده، وغيره يصححه، هل يلزمه الإجابة والتحمل أم لا؟ ويشبه أن يقال: إن كان عاقده حاكم يراه فيجب إجابته أو غيره فلا.

قال: **(وَكَذَا الْإِقْرَارُ، وَالتَّصَرُّفُ الْمَالِيُّ، وَكِتَابَةِ الصَّكِّ فِي الْأَصَحِّ)** أمَّا الإقرار والتصرف المالي فأشهر الوجهين، وبه أجاب العراقيون وغيرهم ما ذكره؛ لأن الحاجة تمس إلى تأكيدها وتشهد طرق إثباتها عند التنازع ومصالح الخلق لا تتم إلا بها.

والثاني: إنه مندوب إليه؛ لأن صحتها واستيفاء مقاصدها لا يتوقف عليه، قال الرَّافِعِي: وخصص ابن القطان الخلاف بما إذا لم يتقايضا لتأجيل أو غيره، وأمَّا بعد التقايض فلا يجب بحال.

قلت: قال الدَّارِمِي: إن كان بيعًا ونحوه قال ابن القطان: إن كان نقدًا وقد

……

تقايضا لم يجب، وإن كان مؤجلًا أو سلمًا فوجهان، وقال ابن المرزبان: يجب، فإن دعيا إلى وقف فوجهان، وإن دعيا إلى إقرار وجب، وكذلك العتق والكتابة والوصية والوكالة، انتهى.

ويحتمل أن يقال في البيع المؤجل والشراء ونحوهما: إن كانت لمحجور عليه بحيث يلزم الولي الإشهاد وجب التحمل قطعًا، وقس بهذا ما في معناه، وإن كان التصرف بين مطلقي التصرف لأنفسهما فهو موضع التردد، قال الرَّافِعِي: وإذا قلنا بالافتراض فذاك إذا حضره المتحمل، أمَّا إذا دُعي للتحمل فقد حكى ابْن كَجٍّ عن بعض الأصحاب أن عليه الإجابة، كما إذا ادَّعى الأداء وعن القاضي أبي حامد أنه لا يجب وهو ما أورده الْبَغَوِي وأبو الفرج زاد في «أصل الرَّوْضَة» وهو الأصح وليس بجيد وأرسلهما في «الشرح الصغير» بلا نسبة قالا إلا أن يكون المحمل معذورًا بحبس أو مرض، أي: ونحوهما فيجب الإجابة وكذا في المرأة المخدرة إذا أثبتنا للتخدير أثرًا، وكذا إذا ادَّعاه القاضي ليشهد على أمر يثبت عنده فعليه الإجابة؛ كيلا يحتاج القاضي إلى التردد إلى أبواب الشهود فتتعطل مصالح الناس، انتهى.

وما حكاه ابْن كَجٍّ هو قضية كلام الدَّارِمِي و«الْحَاوِي» وغيرهما، والجواب في «الشامل» و«البيان» حيث قالا: وإذا ادَّعى الرجل ليتحمل الشهادة في نكاح أو دين، زاد في «الشامل» أو غيره: وجب عليه الإجابة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال الْعِمْرَانِي: وهي تعم حالتي التحمل والأداء، وأطلق جماعات وجوب التحمل والأداء من غير فصل.

واعلم أني تتبعت الكتب فلم أر للخلاف فيها ذكرًا غير ما أفهمه إيراد الرَّافِعِي وعبارة «التهذيب»: وإنما يجب إذا حضر من عليه الحق ليشهد على نفسه، فإن دعاه إلى بيته لا يلزمه الإجابة إلا أن يكون مريضًا .. إلى آخره، وهو قضية ما في «تعليق» إبراهيم المروزي وغيره، ويجوز أن يحمل كلام هؤلاء على ما إذا دعاه المشهود عليه ليشهده على نفسه، ولا عذر له في عدم حضوره إلى الشاهد، وكلام غيرهم على ما إذا دعاه المشهود له لتحمل له الشهادة على

....

غريمه، والغريم يأبى الحضور إلى الشهود ونسخ الإشهاد، كما يفعله كثير من الناس، أمَّا إذا أجابه إلى الحضور ولا عذر لواحد منهما فلا معنى لإلزام الشهود السعي للتحمل، فإن صحَّ هذا ونحوه ففي تحقيق الخلاف نظر، وأمَّا كتبة الصكوك ففيها وجهان أيضًا: أشبههما في «الشرحين»: إنه يجب؛ لأنه لا يستغنى عنها في عصمة الحقوق والأموال، ولها أثر ظاهر في التذكر، قال: وهما كالوجهين في التحمل، لكن التحمل أولى بالافتراض؛ لأن الحجة بالشهود لا بالكتاب، فإن لم يوجبها أو قلنا يجب ولم يتعين لشخص للكتبة فله طلب الأجرة، وكذا إن تعين على الأصح، وهذا إذا لم يكن له رزق على ذلك من بيت المال، فإن رزق قنع به ولا أجرة له، انتهى.

وقدَّمنا في «أدب القضاء» كلامًا بالغًا في ذلك فليطلب منه.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: حكى الرَّافِعِي طريقة طاردة للخلاف في الشهادة على النكاح، وهي غريبة، وعليها ينطبق قول صاحب «الْكَافِي»: الإجابة إلى تحمل الشهادة في دين أو نكاح فرض كفاية على الأصح، وقال الدَّارِمِي في صورة النكاح: ولو لم يكن هناك إلا رجل وامرأتان فوجهان: أحدهما: يجب، والثاني: لا يجوز، قال: ولو دُعي الشاهدان إلى رجعة وجب إن أوجبنا، أي: الإشهاد فيها، وإن لم يوجب فكالبيع أو إلى طلاق أو خلع [فأبلغ من البيوع وكأنه يشير إلى ترتبه على البيوع.

ومنها: قضية كلام الرَّافِعِي إنه إذا تعين الشاهدان] أو الشاهد وجب التحمل قطعًا وقال الشيخ إبراهيم المروزي: وأمَّا التحمل إن كان المشهد صحيحًا لم يلزمه أن يحضره لتحمل الشهادة، وإن كان مريضًا وفي الناس كثرة فلذلك لا يلزمه الحضور، وإن تعين عليه ذلك فوجهان، ومنشأهما من اختلاف المفسرين في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢] من حمله على أداء الشهادة لم يوجب عليه التحمل، ومن حمله على التحمل وجب عليه ذلك، والفرق بين الأداء والتحمل أن المؤدي يؤدي فرضًا التزمه

....

[في ذمته وفي التحمل ليس يؤدي فرضًا التزمه] انتهى.

وعبارة «تعليق» الْبَغَوِي: وإذا دُعي واحد لتحمل شهادة إن لم يكن متعينًا لا يلزمه الإجابة، وإن كان متعينًا يلزمه التحمل، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه؛ لأن أصل الإشهاد غير واجب على ما سنذكر لا يجب عليه الحضور إلى بيته، لكن في موضع يتيسر عليه إمَّا يأت الحاكم أو المسجد ونحوه، ولو أنه دُعي إلى موضع بعيد له ألَّا يجب إلا بشيء يأخذه لمؤنة الطريق ونفقته ونفقة عياله، ولا يكون هذا في مقابله التحمل؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأجرة عليه، انتهى.

ومنها: قال الدَّارِمِي: إذا دُعي دون أربعة إلى زنا -أي: للتحمل على فاعله- لم تجب الإجابة، وإن كانوا أربعة فإن كان داعيهم الزوج وجبت، وإن كان القاذف فوجهان، وإن كان غيرهما لم يجب، أي: قطعًا، وإن دعيا إلى سرقة فكالزنا.

وعن ابن شُرَيْح: يلزم، وإن دعيا إلى قذف فوجهان، وإن دعيا ليشهدا على قتل وجب، فإن كان هناك غير من دعي، وأوجبنا إذا لم يكن فأجابوا سقط وإلا جرحوا، إلا أن يردوه إلى من يطيعه، وإن كان له عذر، وإن قل فقيل: لا يجب حتى يرد جميع الناس والأول الصحيح والكاتب كالشهيد، انتهى.

فَرْعٌ: في باب الشهادة على الشهادة من «الْحَاوِي»: إذا سمع إقراره بحق عند الحاكم صح التحمل بلا استرعاء، وإن سمعه عند غير الحاكم عند شاهد أو غيره، ففي افتقار التحمل إلى استرعاء المقر وهو أن يقول: أشهد على أن لفلان عليّ كذا، فيه وجهان: قال أبو إسحاق: لا يصح التحمل إلا بالاسترعاء، ولا يجوز أن يشهد به؛ لاحتمال الوعد بهبة أو قرض، والظاهر من مذهب الشَّافِعِي صحة التحمل، والشهادة به جائزة؛ لتعلق الحكم بالظاهر، قال: والأصح عندي من إطلاق الوجهين أن يعتبر حال الإقرار، ثم ذكر ما سبق عنه من التفصيل، ثم قال: فإذا أرد أن يشهد بهذا الإقرار عند الحاكم لزمه أن يذكر في شهادة صفة الإقرار، فإن كانت باسترعاء قال: أشهد أنه أقرَّ

....

عندي، وأشهدني على نفسه، فإن لم يقل: أشهد، وقال: أقرَّ عندي وأشهدني على نفسه، كان إخبارًا لا شهادة، فلا يجوز للحاكم أن يحكم به، حتى يقول: أشهد أنه أقرَّ عندي وأشهدني على نفسه؛ لأن الحكم يكون بالشهادة دون الخبر، وإن كان قد أقرَّ عنده بالاسترعاء، وإن كان قد حضر وأقرَّ عنده بالاسترعاء قال في شهادته: أشهد أنه أقرَّ عندي بكذا، ولم يقل: وأشهدني على نفسه، وليجتهد الحاكم رأيه في صحة هذا التحمل وفساده، وإن كان الشاهد قد سمع إقرار المقر من غير حضور عنده قال في شهادته: أشهد أني سمعته يقر بكذا، ولا يقول: أقرَّ عندي؛ ليكون الحاكم هو المجتهد دون الشاهد، وليس للشاهد أن يجتهد في صحة الإقرار وفساده، بل ذلك للحاكم، وهل له أن يجتهد رأيه في لزوم الأداء وسقوطه عنه؟ فيه وجهان: قال: وإذا اعتبرنا الاسترعاء في الإقرار فقال للمقر: أشهد عليك بذلك، فقال: نعم، صح، وإن قال: أشهد، فأوجه:

أحدها: يصح كقوله نعم.

والثاني: لا؛ لاحتماله.

والثالث: إن قال: أشهد، لم يكن استرعاء، وإن قال: أشهد على، كان استرعاء لنفي الاحتمال بقوله: على، فإن قال: أشهد بذلك على كان استرعاء صحيحًا على الأوجه الثلاثة، وهو أبلغ في التأكيد، نعم وإذ قلنا: إن الاسترعاء في الإقرار غير معتبر، فقال الشاهد للمقر: أشهد عليك بكذا، فقال: لا، ففي بطلان الشهادة به وجهان.

قلت: الوجه أنها لا تبطل بذلك لحصول التحمل؛ إذ الرجوع عن الإقرار بحق الآدمي لا يقبل.

فَرْعٌ: الأحسن التطوع بالتحمل والأداء، وإلا فقد ذكروا أن له أخذ الرزق من بيت المال على ذلك كالقاضي، قال الرَّافِعِي: وقال ابن القاص: لا يأخذ الشاهد شيئًا من بيت المال ولا غيره، فعلى الأول ـ وهو الأقرب ـ لو رزقه

الإمام من ماله أو رزقه واحد من الناس فيكون الحكم كما ذكرنا في القاضي.

قلت: أسلفت في القاضي كلامًا شافيًا، وهو أولى بالمنع من الشاهد بلا نظر، ثم قال: وليس للشاهد أخذ أجرة على الأداء؛ لأنه فرض متوجه عليه، وأيضًا فهو كلام يسير لا أجرة لمثله، وأمّا «البيان» فقد أطلق في «الوجيز» أن له طلب أجرة المركوب من غير فرق بين كون القاضي معه في البلد، أو لا، لكنه على ما حكى الإمام والْبَغَوِي مخصوص بما إذا لم يكن معه في البلد بأن كان يأتيه من مسافة العدوى فما فوقها، فأمّا إذا كان معه في البلد فلا يأخذ شيئًا.

قلت: هذا ما أورده المراوزة، وقال المَاوَرْدِي: إذا دعي ولا عذر له إلى خارج بلده لتحمل أو أداء لم يلزمه الإجابة، قربت المسافة أو بعدت، كان ذا مركوب، أو لم تكن لمشقة مفارقة الوطن، وإن كان في بلده، فإن قربت أطرافه لصغره لزمته الإجابة، وإن بعدت أقطاره لسعته، فإن كان ممن عادته المشي في جميع أقطاره لزمته الإجابة، وإن لم تجز عادته لم تلزمه، وإن قدر عليه؛ لأن مفارقة العادة شاق، إلا أن يكون ذا مركوب فلا مشقة عليه في الركوب، فتلزمه الإجابة فإن حمل إليه ما يركبه وهو غير ذي مركوب اعتبر حاله، فإن لم ينكر ركوب مثله لزمته الإجابة وإلا فلا، انتهى.

قال الرَّافِعِي: وضم الْبَغَوِي نفقة الطريق إلى أجرة المركوب، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئًا كنفقة الطريق وكري المركوب، هل صرفه إلى غيرهما ويمشي، وهما كالوجهين فيمن دفع إلى غيره شيئًا وقال أشتريه لك ثوبًا، والأشبه الجواز، وبه أجاب في «الوجيز».

قلت: والأصح في «تعليق» الْبَغَوِي هنا في المشبه به المنع، قال: حتى لو صرف إلى غيره ضمن، قال الرَّافِعِي: هذا ما قيل إن الشاهد يأخذه من مال المشهود له، ولم يتعرض أكثرهم لما سوى ذلك، نعم؛ في «تعليق» الشيخ أبي حامد: إنه لو كان الشاهد فقيرًا يكسب قوته يومًا بيوم، وكان في صرف الزمان إلى أداء الشهادة ما ينقله عن كسبه فلا يلزمه الأداء، إلا إذا بذل المشهود له قدر ما يكسبه في ذلك الوقت.

....

قلت: وسبق عن «تعليق» البَغَوِي: إنه لو دعي إلى موضع بعيد للتحمل له ألَّا يجب إلا بشيء يأخذه لمؤنة الطريق ونفقته ونفقة عياله، وذكر في طرف إلا أنه يطلب المركوب ونفقة الطريق، ولم يرد.

ورأيت في «الْحَاوِي»: إنه إذا كان الشاهد من أهل المعاش المكتسبين ويتعطل بالإجابة اكتسابه فدعي في وقت اكتسابه لم يلزمه الإجابة، وإن دُعي في غيره لزمته، فلو بذل له الداعي قدر كسبه لم يلزمه قبوله، ولو طلب قدر كسبه نظر، فإن كان أكثر من أجرة مثله لم يجز، وإن كان قدر أجرة مثله فقد اختلف أصحابنا في جوازه على ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له أخذها كالكاتب.

والثاني: لا كالحاكم لا يجوز له أخذ الأجرة من الخصوم على حكمه.

والثالث: له أن يأخذها على التحمل دون الأداء؛ لأنه في الأداء متهوم، وفي التحمل غير متهوم، انتهى.

قال الرَّافِعِي متصلًا بما سبق عنه: هذا في طرف الأداء، ولو طلب الشاهد أجرة لتحمل فإن لم يتعين عليه فله الأخذ، وكذا إن تعين على الأصح، كما لو تعين لتجهيز ميت أو تعليم الفاتحة.

قال الشيخ أبو الفرج: هذا إذا دُعي لتحمل، فأمَّا إذا أداه المحمل فليس للتحمل، والحالة هذه أجرة، وليس له أن يأخذ شيئًا.

قال الرَّافِعِي: واعلم أن قضية قولنا أنه يطلب الأجرة إذا دُعي للتحمل أن يطلب الأجرة إذا دُعي للأداء من غير فرق بين أن يكون القاضي معه في البلد أو لا يكون، كما لا فرق في التحمل، وأن يكون النظر إلى الأجرة مطلقًا لا إلى نفقة الطريق، وكذا المركوب خاصة ثم يصرف المأخوذ إلى ما شاء، ولا يمنع من ذلك كون الأداء فرضًا عليه كما ذكرنا في التحمل مع تعينه على الأصح.

قال في «الرَّوْضَة»: قلت: هذا الذي أورده الرَّافِعِي ضعيف، مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ، فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ،

فهو محتمل، والوجوب ظاهر حينئذ والله أعلم، انتهى.

وما ذكره الرَّافِعِي محتمل قوي، وسبق عن «الْحَاوِي» ما يوافقه في الجملة، وكذلك الركوب في البلد الواسع على ما فصَّله، وسبق عن «تعليق» الْبَغَوِي: إنه لا يكون المأخوذ في مقابله التحمل؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأجرة عليه، انتهى.

ويشبه أن يقال: إن أريد التحمل للأداء لا محالة في الحال، أو عن قرب بأن يحمله، ثم يطلب منه الأداء في الحال أو عن قرب، فله أخذ الأجرة على هذا التحمل المسعف للأداء لا محالة؛ لأنه لا أجرة عمل وسعي يقابل بأجرة، وإن كان المقصود مجرد التحمل لاحتمال الحاجة إلى الأداء يومًا من الدهر عند حلول الدين، وجحود المديون أو موته، أو منازعة في البيع ونحوه، فليس له طلب أجرة على هذا التحمل؛ لأنه لا يقابل بعوض، وقد يحتاج إليه المحمل وقد لا يحتاج فيكون أخذًا للأجرة على غير شيء، ولا منفعة حصلت للباذل، والله أعلم.

قال: (**وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْقَضِيَّةِ إِلَّا اثْنَانِ**) أي: بأن استحل غيرهما، أو مات الباقون، أو جُنُّوا، أو فسقوا، أو غابوا، أو مرضوا، أو كان لهم عذر بأمر آخر ولا عذر لهذين.

(**لَزِمَهُمَا الْأَدَاءُ**) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال: مجاهد وغيره: للأداء.

وقال الحسن البصري: للأمرين، وقال ابن عباس وغيره: للتحمل، فعلى هذا يستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قال الْمَاوَرْدِي: والفرض في أداء أغلظ منه في التحمل، قال: اخْتِيرَ أَنْ يَكُونَ عَدَدُ الْمتَحَمِّلِينَ ثَمَانِيَةً، اثْنَانِ يَمُوتَانِ، وَاثْنَانِ يَمْرَضَانِ، وَاثْنَانِ يَغِيبَانِ، وَاثْنَانِ يَحْضُرَانِ فَيُؤَدِّيَا.

قال: (**فَلَوْ أَدَّى وَاحِدٌ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ**) أي: بلا عذر.

وقال احْلِفْ مَعَهُ عَصَى، وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ، فَالْأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ، فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ لَزِمَهُمَا فِي الْأَصَحِّ، ....

(**وقال احْلِفْ مَعَهُ عَصَى**) أي: وإن كان القاضي يرى القضاء بالشاهد واليمين؛ لأن من مقاصد الإشهاد التورع عن الحلف، قال الإمام: وكذا الشاهدان على رد الوديعة إذا امتنعا وقالا للمودع: احلف على ردها.

وكلام الرُّويَانِي يشعر بأن موضع المنع في مسألتنا إذا كانا قد تحملا قصدًا لا اتفاقًا، قال: لأنه يقول إنما أشهد بكما لكيلا أحتاج إلى الابتذال باليمين، انتهى.

قال: (**وَإِنْ كَانَ شُهُودٌ**) أي: في الواقعة ولا عذر لهم.

(**فَالْأَدَاءُ فَرْضُ كِفَايَةٍ**) لأن الفرض يحصل بالبعض كالجهاد وغيره.

قال: (**فَلَوْ طَلَبَ مِنْ اثْنَيْنِ**) أي: بأعيانهما.

(**لَزِمَهُمَا**) الأداء.

(**فِي الْأَصَحِّ**) وإلا لأفضى إلى التواكل بخلاف التحمل؛ لأن هناك يطلب منه تحمل أمانة وهنا يطلب منه أداؤها.

والثاني: لا كالتحمل، وحكى بعضهم الخلاف قولين.

قال الإمام: وموضع الخلاف ما إذا علم المدعوان أن غيرهما يرغب في الأداء، أو لم يعلم من حالهما رغبة ولا إباء إذا علما إباءهم فليس ذلك موضع الخلاف.

قلت: وينبغي أن يخرج عن موضع الخلاف ما لو علم المدعوان أن دفعهما إلى غيرهما، وإن علما إجابته يؤدي إلى ضياع الحق أو تأخيره، مع ضرورة المستحق وقُرب مجلس الحكم منهما، وبُعد غيرهما منه، ويحتمل أن يفرق بين من تحمَّل قصدًا ومن تحمَّل اتفاقًا.

ألا ترى تعليل الرُّويَانِي الوجه الأصح؛ لأنه فرض ألزمه نفسه .. إلى آخره، وسوى المَاوَرْدِي بين حالتي التحمل والأداء فقال: إذا دُعي أحدهم إلى

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحَمَّلَ قَصْدًا لَا اتِّفَاقًا، ....

تحمل أو أداء ففي حكم فرضه وجهان:

أحدهما: إنه يتعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم أن غيره [لا يجيب فيتعين][^1] عليه.

[**والثاني**: أنه لا تعين عليه فرض الإجابة إلا أن يعلم أن غيره لا يجيب فيتعين عليه] الفرض فعلى الوجه الأول يكون عاصيًا حتى يجيب غيره وعلى الثاني غير عاص حتى يمتنع غيره فإذا أجاب إلى التحمل والأداء العدد المشروط في الشهادة سقط فرضها عن الباقين وإن امتنعوا جميعًا خرجوا أجمعين وكان المبتدأ بالاستدعاء أغلظهم مأثمًا؛ لأنه صار متبوعًا في الامتناع كما لو بدأ بالإجابة كان أكثرهم أجرًا؛ لأنه صار متبوعًا فيها.

قال: (**وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِنْ كَانَ فِيمَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ**) أي: والقاضي المدعو إلى الأداء عنده يرى ذلك.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: على الصحيح المشهور؛ لأن المقصود لا يحصل به وحكى الدَّارِمِي، وابْن كَجٍّ، وشريح الرُّويَانِي وجهًا: إنه يلزمه الإجابة فيما لا يثبت إلا بشاهدين؛ لانتفاعه به في دفع تهمة الكذب.

قال: (**وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ الْأَدَاءُ إِلَّا مَنْ تَحَمَّلَ قَصْدًا لَا اتِّفَاقًا**) أي: لأنه لم يوجد منه التزام والأصح اللزوم؛ لأنها أمانة حصلت عنده يلزمه أداؤها، كما أن الأمانات المالية تارة تكون بقبول الوديعة، وتارة بتطيير الريح وغير ذلك.

تَنْبِيهَاتٌ: يشبه أن يكون محل الخلاف في المال وحقوقه، أمَّا لو سمع إنسانًا طلق امرأته أو أعتق أمته ثم جحد ورام استفراشها، فالوجه اللزوم، وكذا لو سمعه قد عفا عن قود استحقه، ثم رام القصاص وجحد العفو، وقس بهذا ما يقاربه. قيَّدنا لزوم الإجابة على الواحد فيما يقضي فيه بشاهد ويمين بما إذا كان الحاكم ممن يراه، سواء اعتقد الشاهد جوازه أم لا؛ إذ الإلزام معتبر

---

(١) في نسخة: (يجيب فلا يتعين).

[^1]: في نسخة: (يجيب فلا يتعين).

وَلِوُجُوبِ الْأَدَاءِ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَقِيلَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ،

باجتهاد الحاكم لا الشاهد، أمَّا لو كان الحاكم لا يراه لم يلزم الإجابة، وإن رآه الشاهد نظر إلى اجتهاد الحاكم، قاله المَاوَرْدِي، وهكذا لو كان مع الشاهد امرأتان فيما اختلف فيه بالحكم بالشاهد والمرأتين كان معتبرًا بما ذكرناه.

قضية كلامهم: إنه لو اتفق التحمل من النساء مع الرجال أنهن كالرجال في لزوم الإجابة فيما يقبل مع الرجال فيه، ويحتمل ألَّا يلزمهن الإجابة أولًا، بخلاف الرجال، ويبعد ألَّا يلزمهن مطلقًا إذا دعين للأداء مع وجود الرجال، فإن تساوين مع الرجال استثنى المخدرة فيما يظهر مع الاستغناء بغيرها.

قال: (**وَلِوُجُوبِ الْأَدَاءِ شُرُوطٌ: أَنْ يُدْعَى مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى**) أي: وهي التي يرجع منها مبكرًا ليلًا؛ للحاجة إلى الإثبات، وتعذره بالشهادة على الشهادة، ولو كان الداعي للأداء القاضي فأولى بالوجوب، وسبق إطلاق المَاوَرْدِي المنع للمشقة بمفارقة الوطن.

قال: (**وَقِيلَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ**) إذا دعي للأداء من مسافة القصر فأزيد لم يلزمه الإجابة قطعًا؛ لكثرة المشقة، وهو ظاهر إذا دعاه المستحق، أمَّا لو دعاه الحاكم وهو في عمله والإمام الأعظم إذا رأيا تعين حضوره بنفسه لا من اقتضاه فيشبه أن تجب الإجابة، وقد استحضر عمر ﷺ الشهود من الكوفة إلى المدينة، وروى من الشام أيضًا، وروى من «قنسرين» وأمَّا إذا دعي من مسافة القصر وفوق مسافة العدوى فوجهان، بناء على أن الشهادة على الشهادة في مثلها هل تقبل؟ والأصح نعم، فلا يلزم الإجابة للمشقة وهذا كله تفريع على المشهور، وهو أن الشاهد يلزمه الحضور عند القاضي لأداء الشهادة، وإلا لبعث القاضي بالطوَّاف على أبواب الشهود، وسقط وضعه أو ضاعت الحقوق، وعن القاضي أبي الطيب أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة إذا اجتمع مع القاضي، كذا نقل الرَّافِعِي.

وقد يقول القاضي أبو حامد: إن الغرض يحصل بالشهادة على الشهادة كما سيأتي على وجه، فلا بدّ له على القاضي ولا ضاع حق، ويصير الشاهد كالمودع لا يلزمه إلا التخلية بين الوديعة وربها، وسبق قول المَاوَرْدِي: إنه لا

وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ، قِيلَ أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ، ....

يكلف الخروج عن البلد للأداء وإن قربت المسافة للمشقة، والظاهر أنه تجوز الشهادة على الشهادة حينئذ.

قال: (**وَأَنْ يَكُونَ عَدْلًا فَإِنْ دُعِيَ ذُو فِسْقٍ مُجْمَعٍ عَلَيْهِ**) أي: ظاهرًا أو خفيًا.

(**قِيلَ: أَوْ مُخْتَلَفٍ فِيهِ لَمْ يَجِبْ**) أمَّا المجمع عليه فظاهر.

قال الرَّافِعِي وغيره: بل يحرم عليه أن يشهد فضلًا عن الوجوب، وهذا في الفسق الظاهر ظاهر، وأمَّا الخفيّ بينه وبين الله، ففي التحريم عليه نظر؛ لأنها شهادة بحق، وإعانة على حق في نفس الأمر، ولا إثم على القاضي إذا لم يقض، بل يتجه الوجوب عليه إذا كان في الأداء إنقاذ نفس أو عضو أو بضع.

غاية ما يقال: إنه حمل الحاكم على الحكم خبر حجة وسيأتي جوابه، ثم بعد أن قلت هذا بحثًا، رأيت ابن أبي الدَّم ـ ﷺ ـ قال: إن الشيخ أبا علي قال: إن كان فسقه مقطوعًا به لم تلزمه الإجابة.

وقال القاضي الحسين، أي: وأتباعه كالْبَغَوِي وإبراهيم المروزي: لا يجوز له أن يشهد، وإن شهد عصى، وإن كان فسقه خفيًّا؛ لأنه يلبس الأمر على الحاكم.

قال: والذي فهمته من كلام الأصحاب وتلقيته من مدارج مصنفاتهم: إنه لا يعصى ولا يحرم عليه أداء الشهادة وهي حق، ويجوز له أداؤها، بل يُستحب، وهو الذي أراه صحيحًا لا ريب فيه، وممن أشار إلى ذلك: المَاوَرْدِي، والقاضي أبو الطيب، وصاحبه الشيخ أبو نصر، انتهى.

وسيأتي أنه يلزمه الأداء على طريقه.

وقال المَاوَرْدِي: إذا دُعي الفاسق إلى تحمل شهادة، فإن كان فسقه ظاهرًا لم يلزمه، وإلا لزمه، وهكذا إذا دُعي لأداء ما يحمله لم يلزمه الأداء إن كان ظاهر الفسق، وإن كان فسقه باطنًا لزمه الأداء؛ لأن ردّه بالفسق الظاهر متفق عليه، وردّه بالفسق الباطن مختلف فيه، انتهى.

....

وسبق عن العبادي أن الوكيل يشهد للبائع بالثمن إذا أنكر المشتري الشراء، ولا يذكر الوكالة، وذكر القاضيان شُرَيْح والهروي وغيرهما: إنه لو كان له عليه دين فجحده ولا بيّنة لديه، ولكن بيده وثيقة عليه بدين قد قبضه، والشهود لا يعلموا له إقامة البينة بالمقبوض قصاصًا عن المجحود مع ما في ذلك من الحمل على الحكم بدين قد برئ منه الخصم، وحمل الشهود على الشهادة بعد قبضه باطنًا عدنا إلى الشرح. وأمَّا إن كان الفسق مختلفًا فيه كشرب النبيذ.

قال الرَّافِعِي: فعليه أن يشهد وإن عهد من القاضي التفسيق به ورد الشهادة به؛ لأنه قد يتغير اجتهاده، هذا هو الأظهر.

وفي «أمالي» السرخسي وجه: إنه لا يجب إذا كان ظاهرًا؛ لأن الظاهر استمرار القاضي على اجتهاده.

وفي كتاب القاضي ابْن كَجٍّ إطلاق القول بأنه يشهد إذا كان فسقه خفيًّا وإطلاق الوجهين فيما إذا كان ظاهرًا، انتهى.

وعبَّر في «الرَّوْضَة» وحكى ابْن كَجٍّ وجهًا: إنه يجب مطلقًا في الفسق الخفيّ وفي الظاهر وجهان، والمذهب ما سبق، وليس بجيد، وعلى ما أورده ابْن كَجٍّ اقتصر الدَّارِمِي فقال: إن دُعي فاسقٌ للإقامة فإن كان مخفي وجب، وإن كانوا يظهرونه فوجهان، وعلى وجوب الأداء في الفسق الباطن اقتصر المَاوَرْدِي.

وحكى ابن أبي الدَّم عنه وعن غيره استحباب الأداء كما سبق، والوجه أنه إن كان في الأداء حفظ نفس محترمة أو عضو أو بضع وجب، وقال شُرَيْح في «الرَّوْضَة»: وإن كان فاسقًا أو عدوًا للمشهود عليه وطلب منه الأداء، فإن كان في حق الله تعالى لم يجب، أو لآدمي فوجهان.

وقال ابن أبي الدَّم في الفسق المجتهد فيه: إن تعين عليه الأداء لزمه الحضور، وإن لم يتعين عليه، وقلنا: لو كان عدلًا يلزمه الحضور، فهاهنا وجهان، ومن أصحابنا من قال: إن لم يتعين عليه لا يلزمه الحضور، وإن تعين عليه ولم يكن غيره فوجهان.

....

فَائِدَةٌ: قدمت أن ابن الرِّفْعَة أبدى ترددًا لنفسه، وذكر أنه لا نقل فيه: إنه هل يجوز للوالد أو الولد أن يشهد بالحق لقرينة إذا جهل القاضي حاله؟ وتكلمت معه، وربما رجحت الجواز.

ثم رأيت الشيخ عز الدين قال في «القواعد»: فإن قيل: إذا شهد الوالد لولده، والعدو على عدوه، أو الفاسق بما يعلمون من الحق، والحاكم لا يشعر بالولادة والفسق والعداوة فهل يأثم الشهود بذلك؟.

قلت: هذا مختلف فيه والمختار جوازه؛ لأنهم لم يحملوا الحاكم على باطل، وإنما حملوا على إيصال الحق إلى المستحق، وإنما ردت شهادة هؤلاء للتهم؛ لأن التهمة مانعة للحاكم من جهة قدحها في ظنه، وهاهنا لا إثم على الحاكم لتوفر ظنه، ولا على الخصم لأخذ حقه، ولا على الشاهد لمعونته، انتهى.

وما اختاره هو المختار وصرَّح شُرَيْح بنقل الوجهين في الفاسق والعدو لكن هل هما في وجوب الأداء عليهما في الظاهر أو في الجواز ظاهر عبارته الأول.

فُرُوعٌ: لو طلب من الشاهد أداء الشهادة على الجواز والبيع لإثبات الشفعة أو على النكاح بغير ولي وما أشبه ذلك من المختلف فيه، والشاهد لا يراه، ففي وجوب الأداء وجهان في «روضة الحكام» وغيرها.

وعبارة الدَّارِمِي: إذا كان يخالف الحاكم فيها تجب شهادته فوجهان؟

قال ابن أبي هريرة: إن كان متحملًا شهد، وإلا لم يشهد إذا كان ظاهرًا، والثاني: لا يجوز، وقال ابن المرزبان: يجوز مطلقًا، انتهى.

ويحتمل أن يقال: إن دعاه الحاكم نفسه وجب أو الطالب فلا، بل يجب الجزم به إذا كان المدعو إلى الشهادة فيه ظاهر الفساد عنده، بحيث ينقض الحكم، وأمثلته لا تخفى، ومنها: إتلاف خمر الذمي وتضمينها للمتلف.

قال الدَّارِمِي: إذا دُعي عبد للأداء فوجهان، ويشبه أن يقال: إن تعين وكان القاضي ممن يقبله وجبت الإجابة، وليس للسيد بيعه، وإن كان الحاكم لا يرى

....

قبوله لم يجب، وهل له أن يشهد إذا خفي حاله على الحاكم ينبغي أن يجيء فيه ما سبق، قال الدَّارِمِي: إن دعاه أبوه أو ابنه أو شهد على أبيه في حد فوجهان وقال شُرَيْح: إن كان الشاهد أباه أو ابنه لم يلزمه الأداء في أظهر الوجهين.

قلت: ويجيء فيه تفصيل مما سبق بالنسبة إلى الباطن، وبالنسبة إلى من يرى القبول من الحكام، قال الدَّارِمِي: إذا دُعي ليشهد على عدو أجاب، وإن كان صديقًا فدعي للشهادة له فوجهان، وسبق في الشهادة على العدو وجهان، ويأتي فيه ما سبق من اعتقاد القاضي، ومن العداوة الظاهرة والخفيَّة، وما إذا كان القاضي لا يعلمها إن نظرنا إلى الباطن جاز، بل وجب في صور وإلا فلا، وأمَّا الصديق فإن كان القاضي لا يقبلها للصديق لم تلزمه الإجابة، فإن كان يقبلها فالأصح الوجوب، ووجه المنع خوف تهمة العصبية والحمية.

قلت: ولو كانت الشهادة بإقراره وجبت الإجابة على الاثنين على المذهب إن كان القاضي يرى قبولهما على الإقرار.

قال الدَّارِمِي: إذا شهد عند الحاكم فدعي إلى غيره أجاب، إذا لم يكن الأول حكم، وقال المَاوَرْدِي: لو دُعي للأداء عند حاكم لا يعلم هل يقبله أم لا لزمه الشهادة، فإن شهد عنده فتوقف عن قبولها لاستبراء حاله لزمه أن يشهد عند غيره من الحكّام إذا دُعي إليه، ولو توقف عنها لحكمه برده لجرحه، لم يلزمه أن يشهد به عند غيره إذا دعي إليه؛ لأنه لا يجوز لغيره الحكم بشهادة قد ردت بحكم ـ يعني: وهو رده بالفسق ـ كما دل عليه كلامه في موضع آخر.

وقال شُرَيْح: ولو سمع الحاكم شهادتهما فتوقف فسألهما المدعي إعادتهما ثانيًا ففي وجوبه وجهان: وقال ابن أبي هريرة: لا يلزم إعادتها عند القاضي الأول، وإن مات أو عزل قبل الحكم لزمه إعادتها عند قاضٍ ثان إذا طلب منه.

قال الرَّافِعِي: وذكر ابْن كَجٍّ أنه لو شهد ورد القاضي شهادته بقلة الفسق ثم طلب المدعي منه أن يشهد عند قاض آخر فعليه الإجابة، وعند ذلك القاضي لا يجب وفيه وجه، انتهى.

……

وعبارة الدَّارِمِي: إذا شهد فرد ثم دعي فيها بعينها فوجهان، فإن نسى الحاكم ونحوه أجاب، انتهى.

وفيه فائدتان زائدتان: بأن لو دُعي لأداء شهادة عند أمير ووزير.

قال ابن القطان: لا يلزمه الأداء، وإنما يلزمه عند من له أهلية سماعها، وهو القاضي.

قال ابْن كَجٍّ: وعندي يجب إذا علم أنه يصل به الحق إلى المستحق، وصححه في «الرَّوْضَة»، وقال الدَّارِمِي: إذا دُعي ليشهد عند غير حاكم كأمين ونحوه، فإن كان جائرًا لم يجب، وإن كان عدلًا فوجهان.

وقال المَاوَرْدِي: تلزم الشهادة عند كل ذي ولاية يصح منه استيفاء الحقوق لأهلها من الأئمة والأمراء والحكام، سواء كانوا من أهل العدل أو من أهل البغي، فإن دُعي ليشهد عنده جائز، فإن جوّزه في الحق المشهود به لم تلزمه الإجابة وإن كان في غيره لزمته، وقال في موضع آخر: فَإِنْ دُعِيَ الشَّاهِدُ إِلَى أَدَاءِ شَهَادَةٍ عِنْدَ أَمِيرٍ أَوْ ذِي يَدٍ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ إِلْزَامُ الْحُقُوقِ وَالْإِجْبَارُ عَلَيْهَا، لَزِمَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، وَلَا يَصِحُّ مِنْهُ [لا يلزمه الأداء عنده لو دُعي للأداء عند متوسط بين الخصمين، فإن لم يلتزما حكمه لم تلزمه] الشهادة عنده، وإن التزما حكمه فوجهان بناهما المَاوَرْدِي وغيره على القولين في أن حكمه هل يلزم المتراضين به أم لا ، وقضية ترجيح وجوب الإجابة هل يجب الأداء عند القاضي الجائر المتعنت؟ فيه وجهان: وجه المنع: إنه لا يأمن رده جورًا وتعنتًا، فيعتبر بالرد، فعلى هذا عدالة القاضي واستجماعه الشرائط المرعية شرط آخر من شرائط الوجوب.

قال في «الرَّوْضَة» الراجح الوجوب.

قلت: ويجوز أن يدار الحكم على غلبة الظن بالرد وعدمه، فإن استوى الاحتمالان فوجهان لكن في فقه الفرع إشكال، فإن كان على ما ذكره الغزالي من نفوذ أحكام الفاسق الذي ولاه ذو الشوكة، أو على أن القاضي لا ينعزل

وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْذُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا].

بالفسق فظاهر، وإن كان إيجاده فهذا معزول بالجور والفسق، فكيف يلزم الأداء عنده؟

وفي «الْحَاوِي»: لو امتنع من الأداء وقال: ليس الحاكم عندي مستحقًا للحكم، إمَّا لفسق أو جهل لزمه الأداء، وليس للشاهد اجتهاد في صحة التقليد وفساده.

وقال أحمد: لا يلزمه، وإنما يلزمه عند من يرضى من الحكام.

وحكي أن الإمام أحمد لزمه شهادة فدعي لأدائها عند حاكم فامتنع، وقال: إنَّ الْقَاضِيَ لَيْسَ بِرِضًا، فَقَال الدَّاعِي: يُتْلِفُ عَلَيَّ مَالِي، فقال أحمد: الذي ولِيَّ هذا القاضي أتلف عليك مالك لا أنا، وليس لهذا القول وجه؛ لأن المقصود بالشهادة وصول ذي الحق إلى حقه، ولم يفرق في وصوله إليه بين صحة التقليد وفساده، انتهى.

إذا توجه عليه الأداء فامتنع حياءً من المشهود عليه.

قال القاضي الحسين: يعصي، ولا يجوز للقاضي قبوله في شيء أصلًا حتى يتوب.

قال الرَّافِعِي: ويوافق هذا ما قيل أن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فلان شهادة وهو يمنع من أدائها فأحضره ليشهد لم يجبه؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته.

قال الشيخ: قلت: ينبغي أن يحمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع علي بلا عذر، انتهى.

وهذا يتعين، وهو المراد أو نحوه، وإلا فقد يكون امتناعه لعذر شرعي من شك في التحمل، أو خوف على نفسه من ظالم وغير ذلك.

قال: (**وَأَنْ لَا يَكُونَ مَعْذُورًا بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ أَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ أَوْ بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُهَا**) أي: دفعًا للمشقة عنه، والمرأة المخدرة إذا

....

جعلنا للتخدير حكمًا معذورة، وغيرها يلزمها الحضور والأداء، وعلى الزوج أن يأذن لها فيه، ذكره ابْن كَجٍّ، وبوجوب الإجابة على النساء أجاب الدَّارِمِي، ولم يفرق بين امرأة وامرأة، واقتصر الشيخان في كتبهما على قولهما.

(بِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ) وسيأتي بيان المرض المحجوز لشهادة الفرع.

وقال المَاوَرْدِي: العذر ضربان: عجز، ومشقة، فالعجز: أن يكون مريضًا يعجز عن الحركة، فإن حضره الحاكم لزمه الأداء، وأمَّا المشقة فضربان: خطر وأذى، فالخطر خوفه من سلطان جائر، أو من عدو قاهر، أو من فتنةٍ عامة.

قلت: أو خوفه من غريم وهو معسر ولا بينة له بإعسار وسيأتي هنا الحق بذلك بما فيه قال فيسقط عنه فرض الإجابة حتى يزول عذره، وأمَّا الأذى فضربان:

أحدهما: ما يتوقع زواله كالحر والبرد الشديدين والمطر الجود فما دام هذا الأذى باقيًا ففرض الإجابة ساقط، وأمَّا الدائم فنوعان ثم ذكر ما سبق عنه من مفارقة البلد وعدمه واتساع البلد وضيقه، ثم ذكر أن الأعذار المالية ضربان: خوف ضياع ماله، وتعطيل اكتسابه، وقد ذكرناه.

وأمَّا حفظ المال فأن يكون مقيمًا على حفظه ولا نائب له فيه، فإن ضمن له الداعي حفظه لم يلزمه إجابة وائتمانه.

قلت: ولا يبعد أنه إذا أتاه بحافظ يأتمنه الشاهد أن تلزمه الإجابة.

فرع يجمع متفرقات تقدم أكثرها:

قال ابن أبي الدَّم: لا تقبل الشهادة في الحقوق المالية، أي التي للآدمي إلا بشروط:

أحدها: تقدم الدعوى ـ أي: الصحيحة ـ بالحق المشهود به.

وثانيها: استدعاء المدعي أداءها من الشاهد.

وثالثها: إصغاء الحاكم إليه واستماعه منه وهل يشترط في صحة سماعها إذنه في الأداء؟ فيه نظر ظاهر وهو من الأدب الحسن.

……

قلت: سبق بيانه وأنه المذهب، قال القاضي أبو الطيب: ولا يأمره الحاكم بالأداء بل يقول من كان عنده شيء فليقله.

ورابعها: لفظة: أشهد، وهي متعينة على المذهب الصحيح.

وخامسها: أن يقتصر في شهادته على ما ادعاه المدعي احترازًا عمَّا لو ادَّعى ألفًا فشهد له بألفين فلا تثبت بالزيادة.

قلت: وفي ثبوت الألف المدعي به قولان تقدما.

قلت: أسلفت في الإقرار كلامًا شافيًا فيما لو كان قد قبض دينه وادَّعى بباقيه، كيف يؤدي الشاهد؟ وذكرت فيه خلافًا وبحثًا لا بدَّ من معرفته.

وسادسها: أن يؤدي كل شاهد ما تحمله مصرحًا به في لفظه كما سيأتي.

وسابعها: أن ينقل الشاهد ما سمعه أو رآه إلى الحاكم من إقرار أو بيع أو إتلاف أو قبض أو غير ذلك، فيقول في الإقرار: أشهد على إقراره لو حضرت العقد بينهما أو عاينته أتلف، فلو قال: أشهد أنه يستحق في ذمة هذا درهمًا فأوجه:

المذهب: إنها تسمع، **قلت**: أوضحناه في «أدب القضاء»، ويتعين استفسار العامي والمخالف للقاضي في المذهب.

فَرْعٌ: قال ابن أبي الدَّم: ثم اعلم أنه إذا كان قد شهد على مقر عنده بدين أو أقر ببيع أو شراء فليكتب في رقم الشهادة: أشهدني المقر على نفسه بذلك، أو بما أقرَّ به، وليرد الشهادة كذلك، وقد شاهدنا جماعة من الشهود المتصفين بالعلم يكتب في رقم شهادته: أشهد على إقرار المقر فلان ابن فلان بذلك، أو بمضمون هذا الكتاب، ويؤدي شهادته عند الحاكم كذلك، وهو عندنا بعيد عن الصواب؛ لأن إقرار المقر مشهود به، والمقر هو المشهود عليه، فقوله: أشهد على إقرار زيد غير صحيح؛ لأن إقرار زيد ليس مشهودًا عليه، بل زيد هو المشهود عليه، وإقراره مشهود به، والصواب أن يقول: أشهدني زيد على نفسه بما أقرَّ به، وهذا قَلَّ من يتنبه له في زماننا هذا، الأمر له قدم راسخ في هذا

....

العلم ووفق له وليس سببه إلا الغفلة عن هذا العلم، والإعراض عن طلب الحقائق فيه.

قلت: وكلامه فيما إذا كان المقر قد استرعاه الشهادة، أمَّا لو سمع إقراره أو عاين فعله ولم يسترعه فقد بيَّنه المَاوَرْدِي كما سبق بيانًا شافيًا، وما ذكره الحموي في صورة الاسترعاء ينبغي أن يكون هو الأولى؛ لأنه أصح معنى وأوضح، وأمَّا تصويبه فبعيد.

ورأيت في عبارة الشَّافِعِي في «الأم»، وفي عبارات الأصحاب ما يشهد بصحة ما صوب عليه، بل هو هو، وقال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنۢ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ عَلَىٰ مِثْلِهِۦ﴾ [الأحقاف: ١٠].

وفي الحديث: «**عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ**»⁽¹⁾ فالصواب القبول، ومعنى الشهادة عليه الاطِّلاع عليه، والإخبار عنه بصيغة الشهادة لا يفهم منه غير ما ذكره.

فرع سبق أكثره:

قال المَاوَرْدِي: ينبغي للشاهد إذا شهد عند الحاكم على رجل أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق حتى لا يخرج الحاكم إلى مسألته عن سبب وجوبه، فيقول: أشهد أنه أقر عندي، أو حضرت عقد بيع، وجب به، فإن أغفل ذكر السبب وقال أشهد أن عليه ألف درهم فينبغي للحاكم أن يقول: من أين شهدت عليه؟ ولا يقول: كيف شهدت عليه؟ لأن قوله: كيف شهدت عليه قدح، وقوله: من أين شهدت استخبار، وللحاكم أن يستخبر الشاهد، وليس له أن يبتدئ بالقدح فيه، فإذا سأله: من أين شهدت؟ فينبغي أن يبين له هل شهد على إقراره بالحق وعن حضور السبب الموجب للحق ليزول به الاحتمال عن شهادته بأنه لم يخبره، فقد قام الحاكم بما عليه من السؤال وقصر الشاهد فيما إليه من الجواب، فينظر الحاكم في حال الشاهد، فإن كان

---

(1) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والبيهقي في الشعب (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤)، وابن عدي (٦/ ٢٠٧)، والعقيلي (٤/ ٦٩).

فيه غفلة لم يحكم بشهادته؛ لاحتماله مع الغفلة، وإن كان ضابطًا متيقظًا حكم بشهادته؛ لانتفاء الاحتمال بالضبط والتيقظ، وإن لم يسأله الحاكم فالحاكم هو المقصر، وحكمه بالشهادة نافذ؛ لأن سؤاله استظهار، وتُحمل الشهادة على ظاهر الصحة إلا أن يثبت ما ينافيها، انتهى.

وسبق كلام ابن أبي الدَّم وغيره في ذلك، والخلاف في حالة الإطلاق، وإنه إذا استفسره القاضي هل يلزمه التفسير؟ وسبق أن معظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة تحوج الحاكم إلى الاستفسار وهو المختار.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: إنه لو ادَّعى عليه ألف درهم لم تسمع الشهادة حتى يقولوا: ألف درهم تلزمه أن يؤديها إليه، أو يشهد بأن له عليه ألف درهم حَالَّة، وإنما يسعهم أن يشهدوا لذلك إذا سمعوا منه بأن له عليه ألف درهم حَالَّة أو شاهدوا شراء شيء بألف درهم، فإن إطلاقه يقتضي الحلول فيسعهم أن يشهدوا، كذلك ما إذا سمع رجلًا يقول لفلان: علي ألف درهم ولم يقل حالًا، فلا يسع بجواز أن يكون مؤجلًا.

قلت: وينبغي أن يؤدي كما سمع في الشراء وغيره من غير تصرف أصلًا، وسيأتي في «الدعاوى» ما قد ينازع فيما ذكره، وأن إطلاق الشهادة يحمل على الحلول.

فَرْعٌ: في «فتاوى» الْقَفَّال: المحبوس في بيت هؤلاء الظَلَمة إذا أشهد على إقراره بمال لهم أو تقدم أو تقدم إليك مع أعوان الظالم؛ فالمستحب ألَّا يشهد عليه، ولا يكتب الخط في المحضر، وإن كتب أن يكتب الحال، وإذا شهدت فإنك تشهد أنه مع جماعة من الأعوان أو في بيت ظالم، ويدعي المقر أنه كان مكرهًا، فيكون القول قوله مع يمينه، وكذا إذا باع منعه من ظالم، كما قال الشَّافِعِي في الأسير في أيدي الكفار فسجد للصنم فلما تخلص قال: كنت مكرهًا، ولا تبين امرأته، انتهى.

وقوله: المحبوس، المراد حصوله في دور الظَلَمة لا أنه مسجون، وما

……………………………………………………………

قاله حق إذا دلت القرائن على عدم الرضا والخوف.

فَرْعٌ: مما يجب التَّنْبِيه له الشهادة على الواقفين في كتب الوقف المطولة المشتملة على شروط كثيرة لا تنضبط غالبًا إلا بالكتابة، فيجب ألَّا يشهد فيها على الواقف بإنشائها على ذلك الوجه، وإن كانت الشهادة على الإنشاء أولى وأكمل من الإقرار غالبًا بكل الوجه هاهنا أن يقرأ الكتاب على الواقف فصلًا فصلًا، ثم بعد إنهاء قراءته يشهد إقراره بأنه وقفه على الوجه المشروح فيه بعد اتفاقه عليه وإحاطته به، أمَّا الشهادة على نفس الإنشاء على الوجه المشار إليه فلا أحسبه يصح أصلًا، ولا سيما إذا كان الواقف غبيًا أو أعجميًا، بل الشهادة بإقراره بذلك فيها ما فيها.

فَرْعٌ: قال ابن الرِّفْعَة: هل تسمع شهادة البينة بالمجهول ثم يطالب بالبيان كما يطالب المقر بالمجهول به أم لا لأنها مأخوذة من البيان؟ فيه وجهان في «المهذب» و«الشامل» و«البيان»، وجزم في «الشامل» بقبول الشهادة على الإقرار بالمجهول، وحكى القاضي الحسين فيه وجهين، فحصل أوجه: ثالثها: تسمع على الإقرار بالمجهول، ولا تسمع الشهادة بالمجهول، وهل تسمع الشهادة على الحاضر من غير إشارة إليه؟ قال أبو إسحاق: نعم، وكلام القاضي الحسين يفهمه، وقال غيره من أصحابنا: لا إذا أمكنت الإشارة إليه، صرَّح به القاضي أبو الطيب عند الكلام في شهادة الأعمى.

قلت: وكان القبول فيما إذا كان المشهود عليه متميزًا للقاضي والشاهد يعينه باسمه ونسبه مع حضوره، وإلا فتجب الإشارة لا محالة، ولا يبعد تنزيل الكلامين على حالين.

فَرْعٌ: قال الرَّافِعِي: إذا اجتمعت شرائط وجوب الأداء فلا يرهق الشاهد إرهاقًا، بل لو كان في صلاة أو حمام أو على طعام فله التأخير إلى أن يفرغ، وعن ابن القطان حكاية قولين أنه هل يمهل إلى ثلاثة أيام؟ قال ابْن كَجٍّ: والظاهر المنع، انتهى.

فأشار الرَّافِعِي إلى طريقتين.

وقال في «الرَّوْضَة»: ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور.

وقال الدَّارِمِي: إن سألا النظرة فليس عليه إلا حسب العرف، وقيل: قولان كالمولى، وقيل: لا ينظر قولًا واحدًا، انتهى.

فنقل ثلاث طرق، وقوله: حسب العرف، أحسن من قولنا: حتى يفرغ، ومن العرف وقت تصدي الحاكم للحكم، ويجوز أن يقال: إن خيف فوت الحق بالتأخر تعينت الإجابة على الفور، حيث لا مانع ضروري، وإلا فعلى العرف.

فَرْعٌ: ذكر المَاوَرْدِي فصلًا مطولًا في «أدب القاضي» مع الشهود أوردته في «الْغُنْيَّة» فمن مقاصده: إنه ينبغي للقاضي أن يكف عن محادثة الشهود، أي: في مجلس حكمه، ويكفوا عن محادثته، ويكون كلامه لهم مقصورًا على الإذن في الشهادة، وكلامهم مقصورًا على آدابها، ويغضُّوا عنه أبصارهم، ولا يلقنهم شهادة، ولا يتعبهم فيها، ولا يسألهم عن سبب تحملها، فإن أخبروه به كان أولى إن تعلق به فصل بيان، وزيادة استظهار، وكان تركه أولى إن لم يفد.

قلت: وذكر في باب الشهادة على الشهادة كما قدمناه عنه أن ينبغي للشاهد أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق. . . . إلى آخره، وهذا حيث لا يجب الاستفسار وبيان الأسباب.

قال: ولا ينبغي للقاضي أن يستدعيهم للشهادة، ولا ينبغي لهم أن يبدأوا بها إلا بعد استدعائهم لها، والذي يجب فيه أن يستأذن المشهود له القاضي في إحضار شهوده، فإذا أذن له أحضرهم، وقال لهم القاضي: ثم تشهدون على وجه الاستفهام، ولم يقل: اشهدوا، فيكون أمرًا، ويكون القاضي فيه بالخيار بين أن يقول ذلك للشاهدين، فيقدم من شاء منهما بالشهادة، ولا يحتاج الثاني إلى الإذن بعد الأول، وبين أن يقول ذلك لأحدهما، فيبدأ بالشهادة، ولا يكون للآخر أن يشهد إلا بعد إذن آخر.

قلت: وينبغي أن يبدأ في هذه الحالة بالإذن للأعلم الأعدل، ولو بدأ

……

الأول فاستوفى الشهادة، وقال الثاني: أشهد بمثل ما شهد به لم تصح شهادته حتى يستوفيها لفظًا كالأول؛ لأنه موضع أداء وليس موضع حكاية، انتهى.

قال ابن الرِّفْعَة: وبهذا يظهر ذلك أنه لا فرق عنده بين أن يقول بمثل ذلك: أشهد أو بذلك أشهد، وإن كان العمل في وقتنا على الثاني.

وقال ابن أبي الدَّم: وما قاله المَاوَرْدِي حسن صحيح، وعندي أن قول الشاهد عند الأداء أشهد بما وضعت به خطي لا تسمع أيضًا، بل لا بد من تصريحه بما شهد به، وهو ظاهر، انتهى.

وصرَّح ابن عبد السلام في «الفتاوى الموصلية» فقال: لا يعتمد على قول الشاهد أشهد بما رسمت وفي نسخ بما وضعت به خطي بهذا الكتاب، ولا بقول القاضي: اشهدوا على ما وضعت به خطي في هذا الكتاب من غير ذكر ما فيه لإجماله واتهامه، انتهى.

ومثله قول نقيب الحاكم له: تشهد الجماعة على مولانا بما نسب إليه في هذا الكتاب أو في هذه الكتب، فيقول: نعم، ومثله ما يكتب في المحاضر المشتملة على الوفاة، وحصر الورثة وغير ذلك من الحقوق المتبوعة، فيكتب الشاهد ويتم شهادته: أشهد بصحة مضمونة، ويؤديها بهذا اللفظ، ويكتب هذه الصيغة عن العامي الأمي بإذنه، ويؤمر بالأداء بها، ولا شك في فساد هذا الأداء لا سيما من العامي الذي لا يعرف مدلول هذا اللفظ، وأكثرهم لو سئل عن مضمونه لم يدر ما هو، كما عايناه مرارًا عند الاستفسار، ولا يشعر أنه شهد شهادة فاسدة لغباوته، بل أقول: لو كان فقيهًا عالمًا بما تحمله وأداه لا ينبغي أن يكتفي منه بهذا الأداء قطعًا، بل لا بد من التصريح بما يحمله على وجهه، ومن المحن قبول حكام الزمان من كل أحد كما عايناه حتى يلقن نقيب المجلس الأعجمي والتركي هذه الصيغة، فلا يحسن إيرادها بالعربي إلا بعد الجهد، فإنا لله وإنا إليه راجعون.

فُرُوعٌ: في «فتاوى» الغزالي: أنه لو قال المشهود عليه: أشهدت على نفسي

....

بما في هذا الكتاب، ولم يقر علي، وليس في الكتاب أنه قرئ عليه، أو قال: لم أعلم بما فيه، هل يمنع ذلك من الحكم أو يكون القول قول المشهود له مع يمينه أنه علم؟ فأجاب: لا تقبل الشهادة عليه بأن قال: أشهدكم علي بما في هذا الكتاب ما لم يتحقق الشاهد أنه عالم بما في الكتاب، فإن قال: أنا عالم بما في الكتاب لم يكف ذلك، إن كان أميًّا وإن كان كاتبًا كفي ذلك، ولم يسمع قوله: أني لم أعلم، فإن ادَّعى فالقول قول المشهود له، وفيها أنه هل يجوز للشاهد أن يقول للمشهود عليه: أشهد عليك بجميع ما نسب إليك في هذا الكتاب من غير أن يقرأ عليه عنده ليعلم ما فيه؟ فأجاب: لا يجوز ذلك في حق الأمي، وإن قال: أعلم ما فيه؛ لأن التلبيسات على الأمي تكثر فيه، وإن كان كاتبًا فأخذ الكتاب من يده وأمن التعيين، جاز ذلك والاحتياط هو التفصيل، انتهى.

ورأيت في «أدب القضاء» للدبيلي أنه لو قال: اشهد بجميع ما في هذا الكتاب فقد قرأته وعلمته، ما جاز أن يشهد حتى يقرأه عليه ويسمعه ويفهمه، وكذلك إذا كتب القاضي سجلًا، ثم قال للعدول: اشهدوا على خطي بجميع ما في هذا الكتاب لم يجز حتى يقرأ عليهم ويسمعهم ويفهمهم، انتهى.

وهو ينازع في تفصيل الغزالي، وذكر أنه لو جاء إلى كاتب فقال: اكتب في هذا الكتاب لزيد عليّ ألف درهم، فجاء زيد يطلب منه أداء الشهادة لا يجب عليه أن يشهد؛ لأنه أمره بالكتابة فقط، ولم يقل لزيد علي ألف درهم فإن قال: لزيد علي ألف درهم فاكتب في هذا الكتاب أو في هذا الكاغد فهذا يلزمه أن يشهد به إذا طلب منه.

قلت: وفي القسم الأول احتمال ظاهر؛ لأنه لا يفهم العامي من ذلك إلا الإشهاد عليه، والاسترعاء كالثاني.

في «قواعد» ابن عبد السلام: لو دُعي الشاهد في وقت واحد إلى شهادتين متساويتين في إجابة من شاء إلى الداعيين وإن اختلف الحقَّان، فإن خيف فوات أحدهما دون الآخر وجب البدار إلى من يخشى فواته وإن لم يخف ذلك يُخيّر.

....

قلت: ويحتمل أن يقال: يقرع، وإن يقال: يجب من تحمل له أولًا وهو بعيد، وأن يفرق بين من يحمل له قصدًا واتفاقًا، وأن يفرق بين أن يكون أحد الداعيين، ويتولّى الحاكم عنه والآخر المدعي، وبين أن يدعوه القاضي الكبير وخليفته برسوليهما، ولو دُعي إلى أداء وإلى تحمل، أجاب داعي الأداء فيما يظهر، إلا أن يكون التحمل أهم بكثير، ففيه وقفة.

وسكت الشيخ عند تساوي الحقين عن تفاوت الداعيين للتحمل، ويشبه أن يقال: يقدم الجار والقريب على غيرهما رعاية لحقهما، فلو تعارض الجوار والقربات فتردد له نظير في التصدق وإجابة الدعوة، والله أعلم.

خاتمة: أوردها الرَّافِعِي عن الصَّيْمَرِيّ قال: لا ينبغي التحمل وبه ما يمنعه من الضبط وتمام الفهم؛ كجوع، وعطش، وهم، وغضب، كما سبق في القاضي.

قلت: هذا وإن احتمل الحال التأخير أو الحوالة على غيره، وإلا تحمل واحتاط في الضبط.

إذا أتى من لا تجوز الشهادة له كصبي ومجنون لم يلتفت إليه، وإن أتى بكتاب أنشئ على خلاف الإجماع فكذلك وتبين فساده، وإن أنشئ على ما يختلف الفقهاء فيه وهو لا يعتقده، فعن بعض الأصحاب أنه يعرض عنه، قال: وليس كذلك، بل تثبت شهادته فيه وينقله إلى الحاكم عند الحاجة، فيحكم باجتهاده وقد مرَّ هذا الخلاف أو مثله، انتهى.

وعبرت «الرَّوْضَة» وإن أنشئ على مختلف فيه وهو لا يراه فهل يعرض عنه أم يشهد ليؤدي ويحكم الحاكم باجتهاده؟ فيه وجهان سبقا وفي اختصاره مناقشات:

منها: إن الصَّيْمَرِيّ صحح الجواز وتبعه الرَّافِعِي.

ومنها: قوله: سبقا، والظاهر أنه غير ما سبق، أو أعم منه؛ لأن ذاك مفروض فيما إذا كان القاضي المرفوع إليه يعتقد الجواز، والشاهد بخلافه،

....

وهنا إطلاقه يشمل القاضي الموافق والمخالف، وينبغي أنه إذا كان المشهود مما ينقض فيه حكم الحاكم أن يعرض عنه، وإذا كان الشاهد لا يرى ما حمل إليه، وقاضي البلد كذلك وهو مقلد لا يخرج عن مذهب مقلده، فيشبه أيضًا أنه لا يشهد لعدم الفائدة، ويجب عليه أن يبين الحال الذي ألحق بصحة واجبه، بخلاف ما إذا كان القاضي له اجتهاد يحكم به، كما اقتضاه كلام الصَّيْمَرِيّ.

وإذا رأى على الكتاب كلمة مكروهة أو معادة فلا بأس بالضرب عليها؛ سيما إذا لم يسبقه بالشهادة أخذ، وإن أغفل الشاهد ما لا بد منه ألحقه، أي: وبيِّن في رسم شهادته إلحاقه، وإن رأى سطرًا ناقصًا شغل موضع النقصان بخط أو خطين، وإذا قرأ الكتاب على المتتابعين مثلًا وقال عرفني ما فيه، فقالا: نعم، أو أجل، أو بلى، كفى للتحمل، ولا يكفي أن يقول المحمل: الأمر إليك، أو إن شئت، أو كما ترى، أو استخير الله تعالى.

قلت: وسبق وجه في قوله أشهد أنه لا يكفي، وإذا سمع إقرار بدين أو عتق أو طلاق فله أن يشهد به على المذهب، ولكن لا يقول ولا يكتب: أشهدني بذلك.

قلت: وقد بينا ما يقول من قبل، قال: ويثبت الشاهد في الكتاب الذي يتحمل فيه اسمه واسم أبيه وجده، ويجوز أن يترك اسم الجد، وأن يتخطى إلى حدٍ أعلى لشهرته، ولا يثبت الكنية إلا أن يكون في الشهود من يشاركه في الاسم والنسب، فيميز بالكنية.

الأوْلى في الدين المؤجل أن يقرر من له الدين أولًا بأن يقول: ما الذي لك على هذا، فإذا قال: كذا مؤجلًا، أي: إلى كذا، قرر المدين به لو أقر المدين أولًا، فقد ينكر صاحبه الأجل فيقع في الخلاف، وفي السلم يقرر المسلم إليه أولًا خوفًا من أن ينكره المسلم لو أقر صاحبه أولًا، ويطالبه بالمدفوع إليه.

....

قلت: وهذا إذا حضرا عند الشهود، فإن حضر المقر فقط شهد عليه بما يقر به على نفسه، وينبغي أن يسأل: هل قبض رأس المال في السلم قبل التفرق أم لا؟ وكذا كل ما يخفى من مصحح ومفسد احتياطًا.

قال: وإذا أتى الشاهد القاضي لأداء شهادة أبعده عن يمينه، وإذا كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأله المشهود له استأذن القاضي ليصغي إليه.

وعن أبي عاصم العبادي أن الشهادة قبل استئذان القاضي وسؤاله لا تصح، والظاهر الأول، نعم لو شهد من غير استئذانه، وقال القاضي: كنت ذاهلًا لم أسمع، لم يعتد بما جرى، انتهى.

وقال **المَاوَرْدِي**: وتقدم بعض الشهود في المجلس والخطاب بحسب ما يتميزون به من علم وفضل، فإن حضروه في مجلس حكمه جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه، ورتَّبهم على اختياره وقطع تنافسهم فيه، فإن التنافس يوهن العدالة، فإن تنافسوا في التقدم في أداء الشهادة كان قد جافى عدالتهم كالمتمانع في أدائها، وإن تنافسوا في التقدم في الجلوس لم يقدح في عدالتهم ما لم يتنابذوا.

قال: ويجوز في غير مجلس الحكم أن يحادثهم القاضي ويحادثوه، ويؤانسهم ويؤانسوه، بما لا تنخرق به الحشمة، ولا تزول معه الصيانة، فأمَّا حضورهم في مجلس الحكم فعليه وعليهم التحفظ والانقباض فيه أكثر مما عليهم في غيره، فإن أحب القاضي أن يفردهم عن مجلسه في موضع معتزل ليستدعوا منه لإقامة الشهادة كان أَوْلى، وكانوا منه بمنظر ومسمع، وخصَّ منهم شاهدين بمجلسه ليشهدوا بما يجري من الدعاوى والأحكام، وإن أحضرهم جميعهم في مجلسه جاز، وكانت ميمنة مجلسه أَوْلى بهم من ميسرته، فإن افترقوا في الميمنة والميسرة جاز، وإن كان اجتماعهم أَوْلى، وقدمت بقية كلامه... إلى آخره، وبالله التوفيق.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ.

وَفِي عُقُوبَةٍ لِآدَمِيٍّ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي غَيْرِ عُقُوبَةٍ) أي: كالأموال وحقوقها والأنكحة، والبيوع، وسائر العقود والفسوخ، والطلاق، والعتاق، والرجعة، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء، وسواء حق الله تعالى، كالزكوات، والوقوف على المساجد والجهات العامة، وحق الآدمي على اختلاف أنواعه، لعموم قوله تعالى: ﴿ذَوَىۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢] ولدعوى الحاجة إلى ذلك؛ لأن شهود الواقعة قد يموتون أو يغيبون، وغير ذلك من العوائق.

قال: (**وَفِي عُقُوبَةٍ لِآدَمِيٍّ عَلَى الْمذهَبِ**) أي: كقصاص وحد قذف، أي: في حد لله تعالى؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة والتشديد؛ لاحتياجه، وحق البارئ سبحانه بالضد منه؛ لاستغنائه، وسبق ذكر الخلاف في النوعين في كتاب القاضي إلى القاضي، والأصح المنع في حدود الله تعالى، ورتَّب جماعات الخلاف فقالوا إن جوزنا في حق الله تعالى ففي حق الآدمي أوْلى، وإن منعنا هناك فهاهنا قولان، وإذا أخذت مطلق العقوبة.

قلت: في القضاء على الغائب بذلك ثلاثة أقوال: ثالثها: الفرق وهكذا حكم الشهادة على الشهادة، كما أشار إليه الرَّافِعِي هنا، وقال الدَّارِمِي وغيره هنا: تجوز الشهادة على الشهادة، حيث يقبل كتاب القاضي إلى القاضي، انتهى.

ولكن الخلاف في حق الآدمي ساقط أنكره بعضهم، بخلاف حدود الله تعالى ففيها قولان منصوصان، ورجح مرجحون الجواز، منهم الشيخ أبو حامد، وهو الأقيس، كما قال إبراهيم المروزي: واعلم أنه سبق في كتاب القاضي إلى القاضي أن منهم من جعل الخلاف في حدود الله تعالى إنما هو في سماع البينة، فأمَّا في إنفاذ الحكم فإنها بمنزلة شهادة الأصل تقبل في حق الله تعالى وحق الآدمي جميعًا قولًا واحدًا، وحينئذ لو كان التفريع على أصول

……

شهدوا على الحاكم أنه حكم بالحد صح التحمل من الفرع والأداء قولًا واحدًا، وكنت أود لو قيل: إن ما يحتم استيفاؤه من الحدود تقبل الشهادة فيه على الشهادة دون غيره منها، وخرَّج ابن القاص الشهادة على الشهادة بإحصان من ثبت زناه على قولين، قال: أصحهما: المنع؛ لدرء الحدود بالشبهات.

قال: واتفق الشَّافِعِي والكوفي على أن الشهادة على الشهادة في أن القاضي حدَّ فلانًا جائزة، قلت: على مذهب الشَّافِعِي الشاهد تفريعًا، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: إنه لا خلاف فيه.

فَرْعٌ: قال المَاوَرْدِي مذهبًا: إنه يجب على الشاهد أداء الشهادة لا الإشهاد على شهادته، خلافًا لبعض فقهاء العراق، يعني من غير أصحابنا.

قال: والذي أراه أوْلى المذهبين عندي أن يعتبر بالحق المشهود فيه إن كان مما ينتقل إلى الأعقاب كالوقوف المؤيدة، لزمه الإشهاد، وكذلك الإجارة المعقودة إلى مدة لا يعيش إليها غالبًا، وكذلك الديون المؤجلة الأصل البعيد.

وقال شيخه الصَّيْمَرِيّ في شرح «الكفاية»: إذا كان للشهود عدد، فلا بأس أن يشهدوا على شهادتهم، وقيل: في لزومه وجهان:

أحدهما: يلزمهم؛ لأنه غاية ما يستطاع من الأداء.

والثاني: لا يلزمهم؛ لأن الشاهد إنما يلزمه إذا قدر، فأمَّا إذا لم يقدر فلا شيء عليه، وهذا ما عزاه في «الذَّخَائِر» إلى الأكثرين، فحصل ثلاثة أوجه.

وقال ابن أبي عصرون في كتابيه «المرشد» و«التَّنْبِيه»: والإشارة إلى الأحكام المختارة ولا يجب على شاهد الأصل أن يشهد على شهادته إلا أن يخاف ضياع الحق المشهود به.

وقال في «الانتصار» بعد ذكره نقل المَاوَرْدِي واختياره السابق: وقال الشاشي: الأخير يجب أن ينبني على أنه هل يجب على الحاكم الإسجال له؟ لا.

قال ابن أبي عصرون: وعندي أنه يختلف بحال شاهد الأصل، فإن كان في مرض أو يريد الجهاد ونحو ذلك وجب، وهو في معنى كلام الشَّافِعِي؛ لأنه

....

إذا لم يخف فوت الحق فشهادته كافية فيه، فلا يجب عليه الإشهاد، وإذا خافه وجب؛ لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه، ولا يجب عليه حفظه إلا عند خوف الهلاك، انتهى. وما قاله حسن.

والمتجه أنه يلزمه ذلك إذا غلب على ظنه ضياع الحق بامتناعه كمن حضره الموت وآيس الحياة وتعذر عليه الأداء عند الحاكم، ولا سيما إذا تضمن ذلك عصمة دم محترم، أو بضع.

وذكر ابن الرِّفْعَة قول الشاشي في «الحلية»: وعندي أنه لو بني هذا على وجوب الإسجال على الحاكم فيما حكم به وكتبه المحضر كان أشبه، ثم قال فيه نظر؛ لأنه جمع في كلامه بين الإشهاد على القاضي وكتبة المحضر، والإشهاد على القاضي واجب بلا خلاف، والكتبة تختلف فيها، فاقتضى كلامه أن يكون الإشهاد على شهادة واجب بلا خلاف، وفي وجوبه خلاف، وهذا تناقض بيِّن، ثم لو سلم من ذلك لما كان التشبيه بكتبة المحضر مناسبًا أصلًا، وفي التشبيه بإشهاد القاضي نظر؛ لأن إشهاد القاضي يفيد أمرًا زائدًا على البينة، ولا كذلك بشهادة على الشهادة، انتهى.

وفي اعتراضه نظر، أمَّا الأول: فسبق عن رواية شُرَيْح الرُّويَانِي نقل طريقين في وجوب الإشهاد على القاضي بالحكم: ثانيهما: إنه على الخلاف في التسجيل، ويجريان من طريق الأولى في الشهادة عليه بما ثبت عنده ولم يحكم به.

وأمَّا الثاني: فالخلاف في الإشهاد عليه محكي فيما حكم به وفيما أثبته من غير حكم، والثاني في معنى الشهادة على الشهادة، بل هو عينها، كما صرَّح به الإمام وغيره، وعلى هذا فالبناء ظاهر جلي، ووقع في «الذَّخَائِر» هذا البناء عن الشيخ أبي إسحاق لقول معلق «الحلية».

قال الشيخ الإمام ظنًا منه أن هذا قول الشاشي عن الشيخ أبي إسحاق: وإنما هو قول معلق «الحلية» عن الشاشي، وفي نسخ منها قال: قال الشيخ الإمام المصنف: وعندي فاعلم، وقدمت أنه إذا غلب على ظنه ضياع الحق أنه

وَتَحَمُّلِهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأُشْهِدُكَ أَوْ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي هَذَا وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا، ....

يلزمه ذلك، وكذا لو لم يخف ضياعه، ولكن أداؤه بنفسه يتأخر لغيبته الطويلة، أو حبسه، لما في التأخير من الإضرار بالمستحق، لا سيما إذا كان مضطرًا إلى أداء الشهادة على الفور لأسباب كثيرة، وهل هي إلا أمانة يؤديها إلى من أراد مستحقها، ويحمل كلام الجمهور على ما إذا لم يتضرر الطالب بذلك، وإنما أراد الاحتياط.

قال: (**وَتَحَمُّلِهَا بِأَنْ يَسْتَرْعِيَهُ فَيَقُولُ: أَنَا شَاهِدٌ بِكَذَا، وَأُشْهِدُكَ أَوْ اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي، أَوْ يَسْمَعَهُ يَشْهَدُ عِنْدَ قَاضٍ، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ أَلْفًا عَنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَفِي هَذَا وَجْهٌ، وَلَا يَكْفِي سَمَاعُ قَوْلِهِ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ كَذَا، أَوْ أَشْهَدُ بِكَذَا، أَوْ عِنْدِي شَهَادَةٌ بِكَذَا**) اعلم أنه إنما يجوز التحمل إذا علم أن عند الأصل شهادة جازمة بحق ثابت، ولمعرفته أسباب:

أحدها: أن يسترعيه الأصل فيقول: أني شاهد على زيد لعمرو بكذا، وأشهدك على شهادتي، أو يقول: أشهدتك، أو اشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي فقد أذنت لك في أن تشهد، أو تقول: أشهدك على شهادتي أن فلانًا أقرَّ لفلان بكذا، أو اشهد على شهادتي أن لفلان على فلان كذا، ونحو ذلك، أمَّا لو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت بها لم يكن استرعاء، قاله في «الأم» ونقلاه في «الْحَاوِي» و«الشامل» عنه ولا بدّ من تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم أو أتيقن ونحوهما لم يكف، كما لو أدى لذلك، وقيل: إن اللفظ الذي لا تردد فيه يقوم مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط على الصحيح أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي وعن شهادتي، لكنه أتم بقوله: أشهدك على شهادتي تحميل، وقوله: عن شهادتي إذن في الأداء، كأنه يقول: أدِّها عني، ولإذنه أثر في الطرفين، ألا ترى أنه لو قال: بعد التحميل: لا يؤدي عني تلك الشهادة امتنع عليه الأداء.

....

والثاني: يشترط ذلك في الاسترعاء وفي الأداء، ونسبه المَاوَرْدِي إلى البصريين، وحكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن بعض الأصحاب، ونسبه الْفُورَانِي إلى بعض العلماء، والمذهب الأول، وأما أنه لا يكفي سماع قوله لفلان على فلان كذا، أو أشهد بكذا، أو عندي شهادة بكذا لا على صورة أداء الشهادة، بل قاله في طريق أو سوق مثلًا؛ لأنه قد يريد عدة كان قد وعدها، ويشير بكلمة على إلى أن مكارم الأخلاق يقتضي الوفاء بها وتنزيلها منزلة الدين، وأيضًا فقد يتساهل بإطلاق ذلك لغرض صحيح أو فاسد.

ولو دُعي لأدائها لأصم وهذا بخلاف إقرار المرء على نفسه، حيث لا يحتاج إلى استرعاء على المذهب؛ لأن المقر يحتاط لنفسه غالبًا، وإلا فهو مقصر في حق نفسه، نعم لو قال: عندي شهادة مجزومة، أو لا أتمارى فيها، ونحو ذلك، ففي جواز التحمل وجهان.

قال الرَّافِعِي: والموافق منها لإطلاق الأكثرين المنع أيضًا، وسوى الغزالي في «بسيطه» بين هذه الصورة بيان الأسباب الآتية، وحكى فيهما وجهين لقول إمامه أن الوجهين هنا يقربان من الوجهين فيما إذا ذكر السبب.

وقضية «النشر» و«التقريب» ترجيح الجواز، وهو ظاهر لانتفاء ما سبق من التساهل، وضبط إبراهيم المروزي مسائل التحمل بقوله: كل موضع لا يحتمل إلا الشهادة يصير شاهدًا على شهادته.

السبب الثاني: أن يسمعه يشهد عند القاضي أن لزيد على عمرو كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه؛ إذ لا يقيمها عند القاضي إلا بعد تحقق الوجوب، وحكى شُرَيْح الرُّويَانِي وغيره وجهًا: إنه لا يجوز حتى يسترعيه، وهو شاذ، وفي معنى ذلك الشهادة عند المحكم، سواء جوّزنا التحكيم أم لا، قاله الْفُورَانِي والْبَغَوِي وغيرهما، ونقله الإمام عن الأصحاب مطلقًا، وقيل: إنما يتحمل إذا جوزنا التحكيم، وهو الجواب في «الإشراق» و«روضة الحكام»، وإذا حصل استرعاء معتبر لم يختص التحمل عن استرعائه، بل لزيد التحمل والأداء باسترعائه عمرًا، خلافًا لأبي حنيفة، قاله المراوزة والرافعي،

……

وأرسل شُرَيْح الرُّويَانِي فيه وجهين.

قال الْبَغَوِي في «تعليقه»: لو قرأ القاضي سجله، ولم يشهدهم على ذلك جاز لهم أن يشهدوا عليه؛ لأن إقرار القاضي بالقضاء كالإنشاء، وهذا معنى قول شيخه القاضي الحسين: يجوز أن يتحمل الشهادة على القاضي في مجلس حكمه قضيت بكذا، وإن لم يسترعه، وللحاكم والمحكم أن يشهد على شهادة من شهد عندهما إذا لم يبق الحكم بذلك.

السبب الثالث: إذا بين الشاهد سبب الوجوب فقال: أشهد أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع، أو قرض، أو أرش جناية، أو غيرها، جازت الشهادة على شهادته، وإن لم يكن ذلك عند قاض ولا حكم ولا وجد منه استرعاء؛ لأن إسناده إلى السبب يرفع احتمال الوعد، قال الرَّافِعِي: هذا ما يوجد لعامة الأصحاب، وحكى الإمام وجهًا آخر أن ذلك لا يكفي للتحمل، ورآه أظهر.

قلت: وعزاه إلى الأكثرين، قال: لأنه إن زال احتمال الوفاء بالعدة بقي إمكان التجوز والتوسع، فإن الإنسان إنما يتثبت في مجلس القضاء أو مجلس الاسترعاء، وكأنه أراد أكثر المراوزة، وهو قضية ما في «التهذيب» و«الْكَافِي».

قال الْبَغَوِي: لأنه ما لم يسترعه ويتحقق الوجوب، وعجب إشارة الرَّافِعِي إلى تفرد الإمام بنقله، وهو ما في «التهذيب»، وهو عمدته، وعزاه الْمَاوَرْدِي إلى بعض البصريين.

ورأيت في «تعليق» الْبَغَوِي: إنه نص في الإملاء أنه لو قال: ـ يعني شاهد الأصل: أشهد أنه لا يجوز لهما أن يشهدا، أما لم يقل فاشهدا على شهادتي، أو بما شهدت، أو اشهدا على ما شهدت به؛ لأن قوله: اشهدا أمر، ولا يلزم الائتمار حتى يتحقق عندهما وجوب الحق، وذلك لا يتحقق ما لم يقل على شهادتي، انتهى.

وقد يؤيد إطلاق هذا النص ما رجحه الإمام من أنه لا يكفي ذكر بيان السبب، وقال الدَّارِمِي: وهل يحتاجان ـ أي: شاهدا الأصل ـ أن يقولا:

وَلْيُبَيِّنِ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ جِهَةَ التَّحَمُّلِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ،

اشهدا علينا، أو يكفي اشهدا؟ على وجهين.

تَنْبِيهَاتٌ: أفهم قول المصنف: وتحملنا بأنه يسترعيه. . . . إلى آخره الحصر في الأسباب الثلاثة، وهو قضية قول غيره، وجهات التحمل ثلاث فذكرها، وقد ضممنا إليها أسبابًا أخرى.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولا بأس إن شهد شهود الفرع على شهادتهم أيضًا إذا دعت إلى ذلك ضرورة، قال: ولو قالا لرجل: أنت أشهدتنا على شهادتك في كذا، فقال: ما أذكر، أو قال: نسيت، أو ما لي علم، لم يكن لهما أن يشهدا على شهادته، ولو كانت المسألة بحالها، وشاهد الأصل منكر أن يكون أشهدهما، يشهد شاهدان أنه قد أشهدهما على شهادته كان لهما أن يشهدا، فلو كانت المسألة بحالها فقال شاهد الأصل: أشهد على شهادتهما أني أشهدتهما على شهادتي لم يجز هذا بلا شك، انتهى.

قال: (**وَلْيُبَيِّنِ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ جِهَةَ التَّحَمُّلِ، فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ وَوَثِقَ الْقَاضِي بِعِلْمِهِ فَلَا بَأْسَ**) وقع في كيفية الأداء للأصحاب عبارات مختلفة فنورد كلام الرَّافِعِي أولًا.

قال: الفرع عند أدائه بين جهة التحمل، فإن استرعاه الأصل قال: أشهد أن فلانًا يشهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يسترعه، بيَّن أنه شهد عند القاضي، وأنه أسند المشهود به إلى سببه.

قال الإمام: وذلك لأن الغالب الجهل بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم بعلم، ووثق به القاضي، جاز أن يكتفي بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، انتهى.

وقال في «الْبَسِيط»: ثم الواجب على شاهد الفرع أن يحكي مستندًا بحمله من قوله: سمعته في مجلس القضاء، يقول: أشهد أو أشهدني على شهادته، وأذن لي، والغرض أنه ربما لا يعرف جواز التحمل، فتأمل القاضي، وإن كان الرجل عارفًا واستفصله القاضي فله أن يصر ويقتصر على قوله: أشهد على

....

شهادة فلان بأن لفلان على فلان كذا، أي: ولا يلزمه بيانه، كما صرَّح به في «الوسيط»، وكلام «الْحَاوِي» يقتضي خلافه، فإنه عد أداء الشهادة على الصفة التي تحملها شرطًا.

وعلى تفصيل الإمام اقتصر الرَّافِعِي والمصنف، وهو ظاهر الحسن، وأحسبه من تصرفه كَلَلهُ، فإنه قال: ثم لما ذكر الأصحاب وجه تحمل الشهادة على الشهادة ذكروا كيفية إقامة الفرع الشهادة، قالوا الوجه أن يقول: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وأذن لي أن أشهد إذا استشهدت، وأنا الآن أشهد على شهادته، فيحكي ما جرى على هذا الوجه، ولو كان تحمل الشهادة لجريانها في مجلس القضاء فالأَوْلى أن يذكر ما جرى على وجهه، وإنما رأينا حكاية الحال يتطرق إلى ذلك من الإشكال، فقد يتحمل الإنسان الشهادة على شهادة الأصل، حيث لا يجوز له أن يحملها كما سبق التفصيل في كيفية التحمل، وإذا تطرق ريب لم يدفعه إلا التفصيل كما مهدناه.

وإن قال **الفَرْعُ**: أشهد على شهادة فلان، ووصف شهادة فلان، وكان عالمًا بكيفية تحمل الشهادة ووثق القاضي به ورآه مستقلًا في مثل ذلك، فلو أراد أن يكتفي جاز له ذلك، والغالب على الناس الجهل بتفاصيل التحمل، وبحسب ذلك يتطرق الريب ويتحتم طلب التفصيل في حكم الناس، نعم؛ فيما ذكرنا طرف من الإطناب يحصل الاستقلال دونه، فإنه إذا قال: أشهدني فلان على شهادته وقال لي: اشهد على شهادتي، كفى ذلك مع تفصيل شهادة الأصل، فإنها المقصودة. هذا لفظ «النهاية».

وأمَّا ظن أن التفصيل من تصرفه لأني لم أره لمن يقدمه، وسكت ساكتون عن وجوب هذا التبيين، وقد أطلق الْبَغَوِي في «التعليق» أنه يستحب للقاضي أن يسأل شاهد الفرع بأي سبب ثبت هذا المال، ببيع، أو إقرار، أو سلف، ولو لم يسأل جاز، وكذا أطلق غيره جريًا على ظاهر النص، ولم يفرقوا بين الشاهد العالم وغيره.

وعبارة «تعليق» إبراهيم المروزي: أمَّا أداء الشهادة على الشهادة فيقول:

أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته، وأذن لي في أن أشهد إذا استشهدت، وأنا الآن أشهد على شهادته، فيحتاج إلى ثمان شينات.

وفي «تعليق» الْبَغَوِي: وعند أداء الشهادة، قال القاضي الحسين: ينبغي أن يقول: تسع شينات، فيقول: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا، وقال أشهدكم على ذلك، فإذا استشهدتم فأشهدوا، وأنا الآن أشهد على شهادته، قال القاضي: وإذا كان شاهد الفرع سمع من شاهد الأصل بين يدي الحاكم أو محكم أو كان يشهد الغير فسمع هو من بعد، يكفي أن يقول: أشهد على شهادة فلان ابن فلان أن لفلان على فلان كذا.

قال الْبَغَوِي: عندي وجب أن يكتفي بهذا القدر في جميع المواضع، انتهى.

وهذا يقتضي أن القاضي الحسين يقول في صورة الاسترعاء: إنه لا بد من الصيغة المذكورة، وهو قضية كلام إبراهيم المروزي.

وفي «روضة الحكام»: والأداء أن يقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان شهد أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا، وأشهدني على شهادته بكذا، فإن لم يكن استرعاه قال: سمعته شهد عليه نحو، ويذكر الجهة التي تحمل الشهادة عليها، وقد قيل: أشهد أن فلانًا ابن فلان يتعهد عندي أنه يشهد على فلان بكذا، وأشهدني على شهادته، وسألني أن أشهد، وأنا أشهد فيذكر الشهادة في ستة مواضع، وقيل: إذا قال: أشهد أن فلانًا أشهدني على شهادته جاز، انتهى.

وكلامه يفهم إثبات خلاف في الإجزاء، وعبارة الدَّارِمِي: ويقول: أشهد أن فلانًا ابن فلان ـ يذكر شاهد الأصل ـ أشهدني على نفسه بكذا، ويذكر كيف كان في وقت كذا وإن لم يؤرخ جاز وإن كانا سمعاه يسترعي غيرهما أو يشهد عند حاكم حكياه وإن سمعاه حسب فحكياه لم يقبل، انتهى.

وذكر ابن الصباغ وغيره أنه يقول في حالة الاسترعاء: أشهدني فلان ابن فلان وأنا عارف به عينًا واسمًا ونسبًا على شهادته، وزاد بعضهم: وعن شهادته

وَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ، وَلَا تَحَمُّلُ النِّسْوَةِ.

كما سبق أنه يشهد بكذا بتاريخ كذا.

قال القاضي أبو الطيّب: ومن أصحابنا من يقول: وهو بالغ جائز الشهادة، وفي «الحَاوِي»، وأما صحة الأداء فمعتبرة بخمسة شروط:

أحدها: صحة التحمل كما سبق.

وثانيها: إقامته على شهادته كما سيأتي.

وثالثها: عجزه عن الأداء كما سيأتي.

ورابعها: أن يسمي الفرع الأصل، فلو قال: الفَرْعُ: أشهدني في عدل رضي، لم يقبل حتى يسميه؛ لأن تزكية الشهود إلى الحاكم دون غيره.

وخامسها: أن يؤدي الشهادة على الصفة التي تحملها، فإن قال: أشهدني على شهادته، ولم يقل: عن شهادته، ففي صحة أدائه وجهان، قال: وهذا أصح ما قيل في أداء الفرع، فإن قال: الفَرْعُ: أشهد عن فلان ابن فلان الشاهد جاز، ولو قال: أشهد عليه، لم يجز؛ لأن الحق على المقر لا على الشاهد، انتهى ملخصًا.

وبالجملة فكلام الجمهور يقتضي اشتراط بيان جهة التحمل من غير فرق بين متحمل ومتحمل، والشيخان تبعا الإمام على تفصيله السابق.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ التَّحَمُّلُ عَلَى شَهَادَةِ مَرْدُودِ الشَّهَادَةِ**) أي: لكفر، أو فسق، أو غفلة، أو رق، أو عته، أو صبا، أو عداوة، ونحوها؛ لأنهم غير مقبولي الشهادة، ويؤخذ من كلام المصنف وغيره أن كل من ترد شهادته المعادة كما بيناه لا تصح المظاهرة عليها، وإن كان كاملًا ولا مانع به وقت التحميل؛ لأنه لو ادَّعاها بنفسه لم تقبل، ويشمل هذا قول أبي سعد الهروي: إذا ردت شهادة الأصل لمعنى من المعاني لمتقبل شهادة الفروع.

قال: (**وَلَا تَحَمُّلُ النِّسْوَةِ**) أي: وإن كان الأصول أو بعضهم نساء، وكانت الشهادة في ولادة أو رضاع ونحوهما، أو في مال؛ لأن شهادة الفرع تثبت شهادة الأصل لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة على الشهادة ليست بمال،

فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ.
وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ مَنَعَتْ، ....

ويطلع عليها الرجال، هذا هو المذهب.

وحكي وجه في الولادة ووجهه أنها تقبل حيث يعلن، وعبَّر عنه الدَّارِمِي بأنه يجوز فيما يجوز أصله كقول أبي حنيفة، وصرَّح الدَّارِمِي بجريانه في قبولهن منفردات فيما يقبلن فيه منفردات، وسبق في كتاب القاضي إلى القاضي كلام يأتي مثله هنا.

فَرْعٌ: لو تحمل فرع واحد عن أصل فيما يثبت بشاهد ويمين فأراد والحق أن يحلف مع هذا الفرع لم يجز؛ لأن شهادة الأصل لا تثبت بشاهد ويمين، ولو شهد على أصل واحد فرعان فله الحلف معهما قاله المَاوَرْدِي.

قال: (**فَإِنْ مَاتَ الْأَصْلُ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ لَمْ يَمْنَعْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ**) لأن ذلك ليس ينقض فلا يؤثر، أمَّا عند الموت فهو إلغاؤه، بل قال الشعبي: لا تسمع لا هاهنا فقط، وحكاه ابن يونس عن المسعودي من أصحابنا.

قال ابن الرِّفْعَة: ولم أره لغيره.

قلت: وأحسبه تحريفًا من ناقل، وأمَّا عند المرض فرفعًا للمشقة، والمراد به: ما يجوز ترك الجمعة لا ما يجمع الحضور، كما قاله الإمام، وفيه ما سيأتي، وأما «الْغَنِيَّة» فسيأتي ما قيل فيها.

قال: (**وَإِنْ حَدَثَ رِدَّةٌ أَوْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَةٌ مَنَعَتْ**) ووجهه الإمام بأن هذه الحالات لا تهجم دفعة واحدة، بل الفسق يورث الريبة فيما تقدم، والردة تشعر بحيث سابق في العقيدة والعداوة بضغائن كانت مستكنة، وليس لمدة الريبة من قبل ضبط، فيعطف إلى حال التحمل، هذا ما جزم به الإمام ومن تبعه ما دامت بالأصل هذه الأحوال.

وقال القاضي الحسين: لو كان شهود الأصل عدولًا حالة تحمل الفرعين، ثم طرأ عليهم فسق أو ردة، فالظاهر من المذهب أن ذلك يوقع ريبة في شهادة الفرع، فأشار إلى احتمال له أو وجه فيهما، وهو وجه؛ إذ في «شرح الكفاية»

وَجُنُونُهُ كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ.

للصيمري: ولو ارتد شهود الأصل لم تبطل شهادة الفرع، وأبدى الإمام احتمالًا في إلحاق الردة بالفسق، مأخذه أن طرآنها على المقذوف لا يقدح في الحصانة على النص، بخلاف طرآن زناه فإنه يقدح على النص.

قال الصَّيْمَرِيّ: ولو شهد الفروع فقبيل الحكم بها رجع شهود الأصل أو فسقوا لم يحكم بشهادة الفرع، ورأيت في «روضة» شُرَيْح: إنه لو فسق شاهد الأصل بطلت شهادة الفروع، فإن تابوا صحَّت شهادتهم ولا تعود شهادة الفروع، ولو ارتد الأصول أو جُنُّوا أو ماتوا أو خرسوا لم تبطل شهادة الفروع، فجزم بالفرق بين الردة والفسق كما سبق عن الصَّيْمَرِيّ، والذي في «إشراق» الهروي وغيره التسوية بينهما كما هو المشهور.

فَرْعٌ: لو زالت هذه الأمور فهل للفرع أن يشهد بالتحمل الأول وجهان، قال شُرَيْح وغيره: لا ويحتاج إلى تحمل جديد، وصححه الإمام والغزالي والشيخ في «أصل الرَّوْضَة» وإبراهيم المروزي.

وقال الإمام: إنه الذي لا يجوز غيره، فعلى هذا هل يحتاج أن يقول: أشهدني على شهادته، وكان عدلًا إلى اليوم وإلى أن مات، إن كان مات فيه وجهان، والوجه الثاني في الأصل: إنه لا يحتاج، قال الرَّافِعِي: وهو قضية إيراد «التهذيب»، وزيَّفه الغزالي وإمامه، وهو الجواب صريحًا في «تعليق» الْبَغَوِي و«الْكَافِي» وسبق عن «روضة الحكام» الجزم به، والظاهر الأول.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط» عن الثاني: إنه متغاير في صورتي العمى والجنون جدًا، فإنه اتجه في جهة الفسق لانعطاف شبهة، فهذا لم يبن شبهة فما وجه الحاجة إلى التجديد؟ انتهى.

قال: (**وَجُنُونُهُ**) أي: جنون شاهد الأصل.

(**كَمَوْتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ**) أي: الذي أورده الجمهور، وأُجري الوجهان في طرد العمى وأولى بأن لا يؤثر؛ إذ لا تبطل الأهلية بالكلية والحاصل فيهما ثلاثة أوجه.

....

قال الإمام: والمذهب الذي يجب القطع به: إنه لا أثر لهما، وما عداه، فخبط في المذهب، والثاني: يؤثران لبطلان أهليتهما، والثالث: إن الجنون يمنع بخلاف العمى، وألحق القاضيان الهروي وشريح الرُّويَانِي والدارمي الخرس بالجنون بناء على ما سبق من منع قبوله.

فَرْعٌ: لو أغمي على الأصل، قال الإمام: إن كان غائبًا لم يؤثر، وإن كان حاضرًا لم يشهد الفرع، بل ينتظر زواله، فإنه قريب الزوال.

قال الرَّافِعِي: وقضيته أن يكون الجواب كذلك في كل مرض يتوقع زواله قريبًا؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه، زاد في «الرَّوْضَة».

قلت: وليس كما قال الرَّافِعِي، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريبًا؛ لأن المريض أهل للشهادة بخلاف المغمى عليه، انتهى.

وهذا التصويب والفرق عجب، وإذا انتظر إفاقة المغمى مع عدم أهليته فانتظار المريض الأهل أولى بلا شك. نعم؛ رأيت في «تعليق» الْبَغَوِي ما لفظه: قال شيخنا الإمام: ولو أدى الشهادة في حال جنون الأصل وإغمائه وجب أن يجوز كما يجوز الموت، انتهى.

ولم يفرق بين الحاضر والغائب، والظاهر أن القائل قال شيخنا الإمام: هو المعلق عن الْبَغَوِي يشير بذلك إليه كما استقرأته من كلامه.

وعبارة «التهذيب»: قال الشيخ: وإن أدى في حال جنون الأصل أو بعد ما غمي تقبل كما لو أدى بعد موت الأصل.

وعبارة «التعليق»: وإغمائه كما رأيته والله أعلم، ولك أن تدخل صورة الإغماء في إطلاق الجمهور المرض.

وقال ابن الرِّفْعَة بعد ما سبق عن الإمام والرافعي: ولو قيل أنه يسلك بالشهادة على شهادته مسلك تزويج موليته كما ذكرنا في النكاح لم يبعد، بل أَوْلى لما عرف من الفرق بينهما، انتهى.

……

فُرُوعٌ: قال الهروي وشريح الرُّويَانِي: لو بطلت شهادة الأصل بمعنى من المعاني لم تقبل شهادة الفروع، ويدخل في ذلك ما لو شهد لقريبه، وهو محجوب ثم أشهد على شهادته ثم مات الحاجب، وصار شاهد الأصل وارثًا، وما إذا شهد لزيد بشيء ثم أشهد على شهادته ثم أوصى زيد به له أو أوصى إليه في أمر أطفاله، ومات، أو وكَّله في المخاصمة فيه فخاصم وما يشبه ذلك، والحاصل أن كل معنى ردت به الشهادة إذا صار الأصل إليه قبل إقامة الفرع الشهادة لم تقبل شهادة الفرع، قاله الدَّارِمِي، وكذا لو صار إليه بعد أداء الفرع وقبل الحكم فيما يظهر، والله أعلم.

لا أثر لحدوث شيء من المعاني السابقة بعد القضاء بشهادة الفرع، أمَّا لو زال العذر قبله كحضور الغائب وشفاء المريض امتنع القضاء للقدرة على الأصل، وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء امتنع الحكم بخلاف ما بعد الحكم، وكذا لو قال شاهد الأصل: لا أعلم أني حملته، أو نسيت، ويجوز ذلك كما لو كذبه، ولو قضى القاضي ثم قامت البينة على أن الأصل قد أكذب الفرع قبل القضاء فالقضاء منقوض، ذكره الإمام والرافعي، وسبق عن الصَّيْمَرِيّ أن الأصل لو أنكر أن يكون قد أشهدهما، فشهد اثنان أنه كان قد أشهدهما على شهادته أن لهما أن يشهدا، أي: على شهادته، وقضيته: إنه لو قامت بينة بعد الحكم أنه كان قد أشهدهما على شهادته لم ينقض، وهو ظاهر.

وقال ابن أبي الدَّم: كلام الإمام في التكذيب مؤذن بصورتين: إحداهما: سماع القاضي تكذيب الأصل الفرع، والثانية: قيام بينة عنده على تكذيبه وفيه نظر! فإنه متى سمع القاضي تكذيب الأصل يطلق شهادة الفرع لحضور الأصل لا بالتكذيب، إلا أن يقال: صورته أن الأصل حضر وكذب الفرع، فيطلب شهادته بالحضور، وجاء التكذيب بعده، فإذا غاب الأصل المسافة المعتبرة لم يقبل الفرع قولًا واحدًا لا لطرآن الحضور؛ لأنه قد زال، بل لطرآن التكذيب، وهذا حسن لطيف وقصور أيضًا بأن الأصل سافر عن بلد الفرع إلى بلد آخر، ثم اتفق سفر القاضي إلى هناك فشافهه الأصل بتكذيب الفرع، ثم عاد القاضي

....

بلد شاهدي الفرع، ثم إن كان الموضع الذي كذب الأصل الفرع فيه من عمل القاضي فله العمل بتكذيبه قولًا واحدًا، وإلا كان على قولي العلم، وهذه الصورة أعوض من الأولى.

ثم قال الإمام هنا: إذا قضى بشاهدين ثم قامت بينة بفسقهما حالة القضاء ففي حكمه قولان، وقد ذكرنا أنه إذا قضى بشهادة فرعين ثم قامت بيّنة أن شهادة الأصل كذب شاهدي الفرع قبل القضاء بشهادتهما أنه ينقض الحكم قولًا واحدًا، قال: وقد يعتبر الفرق في ذلك ولم يذكر فرقًا.

قال ابن أبي الدَّم: ونحن نجد بينهما فرقًا فادحًا لا نرى ذكره أدبًا مع الإمام، انتهى.

وقال الغزالي في «الْبَسِيط»: ولا ينفك الفرق من إشكال، والظاهر أن الإمام إنما جمع بين الحضور والتكذيب؛ لأنهما مانعان قطعًا بخلاف الحضور المجرد، ففيه نزاع كما سنذكره.

وعبارة «الْبَسِيط»: ومن الموانع قطعًا حضور شهود الأصل وتكذيبهم شهود الفرع، فإن قامت البينة على تكذيبهم وهم غيب، فذلك يمنع، وأما حضور الأصل قبل الحكم فمانع على المشهور، وعن القاضي الحسين تخريج وجه: إنه إذا حضر الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع أنه يحكم بشهادة الفرع، وأرسل إبراهيم المروزي الوجهين بأنهما يقضي بها ولا يبطل؛ لأنه ينقض المقصود وهو أداء الشهادة، انتهى.

وحكم بر الأصل حكم قدومه إذا حمل الأصول الفروع الشهادة على رجل لا يعرف الفروع اسمه ولا نسبه جاز، ولهم أن يشهدوا على عينه وكذا على نسبه إن عرفوا اسمه ونسبه، ولو كان الشهود لا يعرفون عين المشهود له، وتحملوا الشهادة على نسبه جاز.

وقال القاضي الحسين والفوراني: وكل من حكاه وادعى أنه فلان ابن فلان فعليه أن يؤدي الشهادة له، ثم ينظر فإن أقرَّ الخصمان بأنه هو فلان ابن

وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ أَوْ صَبِيٌّ فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ قُبِلَتْ.

وَيَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ اثْنَانِ.

فلان، وإن تناكرا فعلى المدعي إقامة البينة على اسمه ونسبه، فإن قامت بينة بذلك حكم له، انتهى.

وفي «فتاوى» القاضي: إنه لو أقرَّ رجل فقال: لفلان ابن فلان علي كذا، وأشهد عليه شاهدين، فجاء رجل وقال: أنا فلان ابن فلان الذي أقرَّ لي بالحق عندكما، فاشهدا لي فليس لهما أن يشهدا حتى يعرفا أنه هو المقر له، فلو أقام الرجل بينة عند القاضي أنه فلان ابن فلان حينئذ يشهد أن لديه، قال ابن الرِّفْعَة: وهذا مناقض لما تقدم، فليكن في المسألتين جوابان، انتهى.

وأجوز أن صورة الفتاوى غير التي قبلها فتأمل وتمهل.

قال: (**وَلَوْ تَحَمَّلَ فَرْعٌ فَاسِقٌ أَوْ عَبْدٌ**) أي: (**أَوْ صَبِيٌّ**) أو كافر كما قاله الأصحاب.

(**فَأَدَّى وَهُوَ كَامِلٌ؛ قُبِلَتْ**) أي: على الصحيح المشهور كما في الأصل إذا تحمل وهو ناقص ثم أدى بعد كماله، وحكى ابن أبي الدَّم وجهًا عن رواية الشيخ أبي علي أنه تعتبر عدالة شهود الفرع عند التحمل، وأبداه القاضي الحسين احتمالًا؛ لأن هذه ولاية فعلى هذا لو حسن حاله عند الأداء لم يقبل.

قال: (**وَيَكْفِي شَهَادَةُ اثْنَيْنِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ لِكُلِّ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ اثْنَانِ**)؛ إذا شهد اثنان على شهادة أصل واحد وآخران على شهادة الثاني تقديم النصاب بلا كلام، والفرض فيما يثبت بشهادة أصلين فقط [ولا يمكن][1] أن يشهد فرع فقط على شهادة أصل وآخر على شهادة الثاني هذا هو المتقرر خلافًا لأحمد؛ لأن الفرع يثبت شهادة الأصل وهي لا تثبت بواحد كما لو شهد واحد على إقرار مقر وآخر على مقر، وادعى الرَّافِعِي أنه لا خلاف فيه؛ لكن الشيخ أبو محمد حكى فيه قولين في «السلسلة» بلا ترجيح وأما مسألة الكتاب وهي ما لو شهد اثنان على شهادة الأصلين معًا ففيه قولان:

---

(١) في نسخة: (ولا يكفي).

....

أحدهما: وبه قال مالك وأحمد وأبو حنيفة يجوز؛ لأنهما شهدا على قول اثنين فصار كما لو شهدا على إقرار مقرين وهذا ما رجحه أصحابنا العراقيون والإمام والغزالي وصاحب «العدة».

والثاني: المنع؛ لأنهما إذا شهدا على شهادة أحد الأصلين كانا كشاهد واحد قام بشهادة أحد الشطرين فلا يقوم بهما الشطر الثاني كمن شهد مرة على شيء لا يشهد عليه مرة أخرى، وكما لو شهد أصالة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الثاني، وهذا ما اختاره الـمُزَنِيّ وهو المنصوص في «الْبُوَيْطِي» ولفظه وكان يقول: لا يجوز إلا شهادة شاهدين على شهادة رجل وآخران غيرهما على شهادة آخر، وكذلك لا تجوز إلا شهادة رجلين على كل امرأة وهذا هو الأصح في «تعليق» القاضي الحسين و«التهذيب» و«الْكَافِي» و«مختصر» الجويني و«خلاصة» الغزالي و«المعتبر» و«أمالي» السرخسي و«التهذيب» و«تعليق» الْبَغَوِي وقال إنه ظاهر المذهب، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أن النووي صححه وهو سهو من ناقل أو غيره، ووقع في «الْبَسِيط» و«الوسيط» أن مذهب الـمُزَنِيّ الجواز وهو منتقد أيضًا؛ بل المشهور عنه المنع، قال الرَّافِعِي: وربما سموه الجديد ومقابله القديم.

قلت: صرح بذلك الْبَغَوِي في «تعليقه» و«تهذيبه» وصاحب «الْكَافِي» قال الرَّافِعِي: والقولان فيما ذكره الشيخ أبو حامد وطبقته مبنيان على أن الفروع يقومون مقام الأصول، ويثبت الحق بشهادتهم ثبوته بشهادة الأصول والفروع يثبتون شهادة الأصول أو الحق يثبت بشهادتهم وفيه قولان يوجبه، أولهما: بأن الواحد لا يجوز أن يشهد أصالة ومع فرع على شهادة الأصل الثاني ولولا قيام الفروع مقام الأصول في إثبات الحق لجاز؛ لأن شهادتيه حينئذٍ تتوجهان نحو شيئين مختلفَيْن، وثانيهما: وهو الأصح بأنهم مصرحون بالشهادة على شهادة الأصول ولم يشهدوا فعلًا ولا سمعوا قولًا، فعلى الأول من قام بأحد شطري البينة لا تقوم بالثاني كالأصول، وعلى الثاني لا بأس كما لو شهد على إقرار شخصين.

……

قال الرَّافِعِي: ويمكن أن يكون الخلاف السابق في أن التساهل لهن يدخل هاهنا مبنيًا على هذا الأصل وقضيته إثبات خلاف في أنه هل يجوز أن يشهد فرع على شهادة هذا وفرع على شهادة هذا ؟ لم يذكروا فيه خلافًا ، انتهى.

قلت: في «سلسلة» الجويني: نُقِلَ قول قديم للشافعي أنه تثبت شهادة الأصل الواحد بشهادة فرع واحد كالخبر ، قال ابن أبي الدَّم: ولم أرَ من حكاه غيره، انتهى.

وفي «الْحَاوِي» أن القولين يبنيان على أن الحق يثبت بشهادة الأصول أو شهادة الفروع، وفيه قولان وصحح القاضي الحسين الأول وهو أنه يثبت لشهود الأصل، وحكى إبراهيم المروزي هذا البناء عن بعض الأصحاب ثم قال: وهذا ليس بقوي؛ بل الأصح أن يقال: يثبت الحق بشهادة الأصول والفروع بدليل أن لو رجعوا اشتركوا في الغرم، انتهى.

ثم قال المَاوَرْدِي: فإن قلنا يثبت بشهود الأصول فعليه يصح أن يشهد شاهد الفرع على كل واحد من شاهدي الأصل، وإن قلنا: إن الحق يثبت بشهادة الفروع، فلا يجوز أن يشهد الفرع الواحد عن أصلين، قال: وقد عكس أبو حامد الإسفراييني ذلك فجعل ثبوت الحق بشهود الأصل مانعًا من أن يشهد شاهد الفرع على كل من شاهدي الأصل، وقال: إن عكسه البناء وهم وأنه عكس الصواب؛ لأن الحق إذا ثبت بشهود الأصل فهو تحمل بحق واحد يجوز ثبوته بشاهدين، وإن قلنا يثبت بشهود الفروع فهو تحمل شهادة على شاهدين فلم يجز أن يتحملاها عنهما؛ لأنهما يصيران فيها كأحد الشاهدين.

قال ابن أبي الدَّم: وما اختاره المَاوَرْدِي عندي أقرب إلى الصواب التفريع إن قلنا بالأول المرجح في الكتاب فكان المشهود به قصاصًا أو نكاحًا ونحوهما كفى شاهدان، وعلى الثاني لا بد من أربعة وعلى هذا لو شهد أربعة على كل واحد من شاهدي الأصل فوجهان: أصحهما في «الْبَسِيط» و«الوسيط» الجواب.

وَشَرْطُ قَبُولِهَا تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ الأَصِيلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ، .....

قال الإمام: إنه الذي لا يجوز غيره؛ إذ قد شهد على شهادة كل واحد شاهدان فتعرضه لشهادة الآخر لا يضر، ولو كان المشهود مما يثبت بشاهد وامرأتين كالأموال والأصل شاهد وامرأتان فعلى الأول يكفي شاهدان يشهدان على الرجل وكل من المرأتين وعلى الثاني لا بد من بينة.

وقال الدَّارِمِي: وإن قلنا: يجوز شاهد وامرأتان بأحد القولين شاهد وامرأتان يدورون، والثاني ثلاثة رجال وست نسوة ولو كان مما يثبت بأربع نسوة كالرضاع فعلى الأول يكفي شاهدان على كل امرأة منهن، وعلى الثاني لا بد من ثمانية، قال الدَّارِمِي: ومن قبل النساء فيما يقبلن في أصله لزمه هاهنا أربع نسوة على الأول، وعلى الثاني أربع لكل واحدة أي: شهد كل أربع على امرأة فتكون الفروع ست عشرة امرأة.

ولو كان مما لا يثبت إلا بأربعة رجال كفعل الزنا إذا أثبتناه بالشهادة على الشهادة فعلى الأول هل يكفي شاهدان أم لا بد من أربعة؟ فيه قولان مثبتان على القولين في الإقرار به ووجه الشبه أنهم لا يشهدون على فعل الزنا على قول يثبته، فإن أثبتنا الإقرار باثنين كفى هاهنا اثنان يشهدان على كل واحد من الأربعة، وإن لم يثبت الإقرار إلا بأربعة فلا بدّ هاهنا من أربعة يشهدون على كل واحد من شهود الأصل، وعلى الثاني فيما يكتفى به قولان يثبتان على ما ذكرنا فإن أثبتنا الإقرار باثنين كفى هنا ثمانية يشهد كل اثنين على واحد وإن لم يثبت الإقرار إلا بأربعة فلا بدّ هاهنا من ستة عشر يشهد كل أربعة منهم على واحد من شهود الأصل، وإذا جمعت ذلك جاء في المسألة أربعة أقوال يكفي اثنان يكفي أربعة يكفي ثمانية لا بد من ستة عشر، قال الدَّارِمِي: فإن كانت في قذف فالقولان كالإقرار فإن كان الأصل اثنين فأحدهما اثنان والثاني أربعة، وإن كانوا أربعة فأحدهما أربعة والآخر بستة عشر.

قال: **(وَشَرْطُ قَبُولِهَا)** أي: قبول شهادة الفروع على شهادة الأصول.

(تَعَذُّرُ أَوْ تَعَسُّرُ الأَصلِ بِمَوْتٍ أَوْ عَمًى، أَوْ مَرَضٍ يَشُقُّ حُضُورُهُ) ما ذكره مفرع على ظاهر المذهب أما إذا بالوجه المحكي عن ابن سلمة وتخريج ابن

……

القاص وإليه ذهب الْقَفَّال والشاشي أنه يقبل شهادة الفرع ولم يتعذر حضور الأصل ولا تعسر فلا حاجة إلى الأعذار المذكورة ونحوها، ولعله مبني على ما حكي عن القاضي أبي حامد أنه لا يجب على الشاهد الحضور عند القاضي للأداء؛ بل إذا اتفق اجتماعهما لزمه أن يؤدي والمذهب خلافه بأن الأقوى في باب الشهادة لا يترك مع إمكانه كما سبق وشهادة الأصل أقوى من شهادة الفرع؛ لأنها تثبت الحق وشهادة الفرع إنما يثبت شهادة الأصل؛ ولأن احتمال الخطأ والخلل يكثر في شهادة الفرع وخذ من هذا أن فرع الفرع لا يقبل مع حضور أصله الذي هو فرع الأصل الحقيقي من طريق الأولى، نعم قضية التوجيه المذكور أنه لو قدر في الشهادة بالمال على شاهدين أنه لا يكفي منه بشاهد ويمين والمذهب الاكتفاء.

تَنْبِيهَاتٌ: أحدها: لا خفاء أن البعد يحصل بالموت في حكمه الجنون المطبق والخرس الذي لا إفهام معه كقطع اللسان، وكذا المفهم الذي لا يرجى برؤه إذا منعنا شهادته وأما العمى الطارئ فإن كان حيث لا تقبل شهادة الأعمى فذاك، وإن كانت حيث تقبل شهادته فلا تعذر إذا وجد قائدًا وتبرع له المستحق بقائد أو مركوب ويظهر اعتباره بوجوب ذهابه إلى الجمعة وعدمه كما بيناه هناك ويأتي في الزمن ما سبق.

ثانيها: لا يشترط في المرض ألا يمكنه الحضور وإنما المعتبر أن يناله في الحضور مشقة ظاهرة.

قال الإمام ومن تابعه: وهو ما يجوز لأجله ترك الجمعة.

وقال ابن أبي الدَّم: قال الشيخ أبو علي: المرض المجوز هنا أن يكون صاحب فراش في المرض، قال: وهذا ظاهر؛ لكن اعتباره بالجمعة بعيد، فإن الزمن القادر على أجرة يصرفها إلى من يحمله إلى الجمعة يجب عليه صرف أجرة المثل في ذلك، وقد قالوا الزمانة في الشهادة بمنزلة المرض وليست كالمرض في الجمعة فإن المريض لا يجب عليه بذل أجرة بحمله إلى الجمعة فتبين البائن فرق في هذا العجز، انتهى.

……

ثالثها: المحبوس العاجز عن الخروج للأداء كالمريض وكذا من لا يمكنه الخروج من معزله خوفًا من السلطان.

قال الْبَغَوِي في «الفتاوى»: تقبل شهادة الفرع عليه كما لو كان مريضًا، وصرح الإمام بأن الخوف من الغرم ومن في معناه حكمه ذلك، قال: وكان من الممكن أن يقال: يحضر القاضي بنفسه إلى منزل شاهد الأصل ويصغي إلى شهادته أو يبعث نائبًا عنه يسمع شهادته كما يفعل في حق المخدرة؛ ولكن لا ذاهب إلى هذا أما تكليفه الحضور بنفسه، فلا سبيل إليه؛ لما فيه من تبذله وغض منصبه، وأما الاستنابة فجائزة؛ لكن لا يكلف به؛ إذ فيه سد باب الشهادة على الشهادة التي أجمع سلف الأمة وخلفها على قبولها بعذر المرض في الجملة، انتهى.

وقال الرَّافِعِي: ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام والغزالي؛ لكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعم الأصول والفروع كالمطر والوحل الشديد.

وعبارة «الرَّوْضَة»: وليكن ذلك في الأعذار الخاصة إلى آخره.

وقال ابن الرِّفْعَة: وعينته في المسافة التي لا توجب عليه الحضور للأداء منها موجب للتعذر، ومنها يظهر لك أن خوف الأصل من سلطان جائر ونحوه واتصافه بعذر يسوغ له ترك الجمعة يلحق بذلك كما صرح به الأصحاب، قال الرَّافِعِي: وهذا في الأعذار الخاصة دون العامة التي تشمل الأصل والفرع كالمطر والوحل الشديد، انتهى.

ولك أن تسأل عن حقيقة استدراك الرَّافِعِي؛ فإن أراد به أن العذر العام يشمل الأصل والفرع فلا يكلف واحد منهما الحضور معه فذاك، وإن أراد به أن الفرع لا يقبل أو يسمح بالحضور دون الأصل فبعيد، والظاهر أن مراد الغزالي وإمامه إنا لا نكلف الأصل الحضور مع العذر العام كما لا نكلفه مع العذر الخاص وتجوز الشهادة على شهادته في الحالين، وقد يسمح الفرع

....

بتحمل مشقة الحضور للأداء في المطر والوحل وغيرهما من الأعذار العامة، ولا يسمح بذلك الأصل والحاصل أن الشهادة على الشهادة عند العذر العام مقبولة كقبولها عند العذر الخاص عندنا في الأصل الحضور للأداء ووجود فرع، وقد صرح المَاوَرْدِي أن فرض الإجابة فيما سبق يسقط عند وجود الحر والبرد الشديد والمطر الجوي وأسقط عنه ذلك كان كالمرض وتسمع شهادة الفرع عليه؛ إذا تحمل المشقة وبذلها مع عموم العذر.

واعلم أن قضية ما سبق من اعتبار أعذار الجمعة أنه لو أكل شهود الأصل ماله ريح كريه أو كان بهم ريح كريه كما سبق في أعذار الجمعة والجماعة أن الشهادة على شهادتهم تسمع، ولا أحسب الأصحاب يسمحون بذلك أصلًا وإنما تولد ذلك من إطلاق الإمام ومن تبعه.

رابعها: قال ابن أبي الدَّم: شهد فرعان عندي على أنّ الأصل مريض عاجز عن الحضور فسمعت شهادتيهما وقبلتهما وتأخر ثبوت الحق المشهود به لإقامة شاهد آخر يشهد بأصل الحق ثم إني عدت المريض، ثم فارقته ففكرت أنه هل بطل أداء الفرعين عندي بحضوري عند أصلهما؛ لأنه كان يمكنه الأداء في حال حضوري عنده لو طلب منه كما لو برأ وحضر مجلسي فيكون حضور الحاكم عند الأصل المريض كبُرْئِهِ وحضوره عند الحاكم؟ فهذا محتمل جدًّا، ثم ترجح عندي أنه لا يبطل الأداء السابق بخلاف حضور المريض بعد بُرْئِهِ عند الحاكم وبرؤه فقط ويمكنه من الحضور، وإن لم يحضر، فإن أداء الفرعين يبطل، والفرق بينهما أنه إذا برأ المريض زال عذره المسوغ استمرار شهادة الفرعين على شهادته ومع زوال عذر شاهد الأصل لا يبقى ثبوت بالحق على شهادته شهود الفرع، هكذا رأيته في نسخة بكتابه، وفي أخرى أن شاهد الفرع شهد على شهادة أصل مريض بحق، ولم يؤدياها عندي ثم بعد بحملهما ذلك عدت المريض وفارقته، ثم حضرها صاحب الحق وطلب مني سماع شهادة الفرعين ففكرت، وقلت قد عدت الأصل وكان يمكنه الأداء، ولو أداها لسمعتها وبطلت شهادة الفرعين بأدائها عندي فهل يؤثر هذا في تحملهما

أَوْ غَيْبَةٌ لِمَسَافَةِ عَدْوَى، وَقِيلَ قَصْرٍ.

ويحتاجان إلى تحمل جديد عليه أم لا؟ ففكرت فيه هنيهة ثم ترجح عندي أنهما لا يحتاجان إلى تجديد التحمل ويجوز سماع شهادتهما على شهادته بناء على التحمل الأول؛ لأنه لو حضر شاهد الأصل من «الْغَنِيَّة» ثم سافر سفرًا طويلًا فالتحمل الأول باقٍ وتقبل شهادة الفرع بناء عليه وما ذكرناه أولى، انتهى، وما سبق عن النسخة الأولى والفرق فيه نظر، وينبغي تخريج ذلك على الوجهين السابقين فيما لو حضر الأصل أو يرى بعد أداء الفرعين.

خامسها: في «فتاوى الْقَفَّال» أنه وقع بمرو أن رجلًا اشترى جملًا وذهب به إلى مكة؛ فاستحق وأشهد المشتري هناك ليرجع بالثمن على بائعه، فأفتى الشيخ الْقَفَّال إنما يرجع إذا شهد عدلان أنه اشترى جملًا صفته كذا وقبضه ودفع الثمن ثم استحقه رجل بعينه وقبضه من يده بإقامة بينة على استحقاقه السابق، وقد يتصور أن يكون شهود الشراء أشهدوا على شهادتهم بأن هذا الشيء بعينه اشتراه فلان ابن فلان، ثم إن شهود الفرع صحبوا المشترى والمشتري إلى حالة الاستحقاق؛ فشهدوا أن المستحق هو الذي أشهدهم فلان وفلان على شهادتهما بأنه هو المبيع من فلان البائع ويتصور في الحضر أن يشهد شهود الفرع بأن عينًا قد استحقت من يد فلان بالبينة بمشهدنا، وكان قد أشهدنا على شهادتهما بأنه اشترى ذلك من فلان فيقضي بشهادتهما حينئذٍ.

قال الْقَفَّال: وليس في مسائل الشرع شيء تقبل فيه شهادة الفرع مع شهادة الأصل إلا في هذه الصورة لأجل الحاجة والضرورة؛ إذ شهادة الفرع للاستحقاق على الانفراد لا تنفع، وكذا شهادة الأصل على الانفراد على التعيين لا تفيد فلا بدّ من الجمع إذن وقد أظهر الشيخ الْقَفَّال بهذا الفصل إعجابًا، وذكر أنه من الدقائق فلا يتساهل في ضبطه، انتهى.

فَرْعٌ: قضية كلامهم في كتاب الاعتكاف أنه لا تقبل الشهادة على شهادة المعتكف، وصرح به الدَّارِمِي هنا فقال: إن كانا معتكفين لم تقبل، انتهى.

وهذا في التطوع وغير المتتابع من المنذور وظاهر، أما لو كان نذرًا متتابعًا طويل المدة فينبغي أن يخرج فيه خلاف من الجروح لشهادة تعين عليه أداؤها

....

هل يقطع التتابع؟

إن قلنا: لا، فذاك، وإن قلنا: يقطع، فيشبه أن يكون ذلك عذرًا؛ لأن مشقته تربو على أكثر أعذار الجمعة السابقة بأضعاف لا يقال: يمكنه الأداء في المسجد؛ لأن القاضي قد لا يحضره لعذر عند منزله قد يفوت الحق بالتأخر فتأمله.

قال: (**أَوْ غَيْبَةٌ لِمَسَافَةِ عَدْوَى، وَقِيلَ: قَصْر**) هكذا وقع في الكتاب وهو غير صواب كما سنوضحه فنقول: للشاهد أحوال:

أحدها: أن يكون على مسافة القصر فما فوقها فتقبل شهادة الفروع على شهادته، ولا يكلف الحضور قطعًا رفعًا للمشقة، وقضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن يجد فرعًا يتحمل عنه أولًا لعظم المشقة، ولم يفرقوا بين من يحمل حضرًا ثم غاب، وبين من يحمل في حال غيبته ولا بين من تحمل قصدًا واتفاقًا هنا وفي بقية الصور.

والثاني: أن تكون الغيبة بمسافة العدوى وسبق بيانها، وهي ما ترجع المبكر إلى أهله قبل الليل والمشهور أنه لا تسمع الشهادة على شهادته كالحاضر بالبلد ولا عذر له فيه ما سيأتي.

الثالث: أن تكون الغيبة دون مسافة القصر وفوق مسافة العدوى كما إذا أدركه الليل قبل عوده إلى منزله، وفيه وجهان.

وقال **الرَّافِعِي**: وإن كانت المسافة دون مسافة القصر فمنهم من أطلق وجهين، والأشبه أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بكرة للأداء لا يمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا لم تسمع شهادة الفرع، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين وأجروا ذلك في تزويج المرأة في غيبة الولي وفي الاستعداء، وفي كتاب القاضي إلى القاضي وفي وجوب الحضور على شاهد الأصل للأداء، ومنه يخرج أنه لا تسمع شهادة الفرع إلا أن يكون أصله على مسافة القصر، والأظهر هنا اعتبار ما فوق مسافة العدوى لا مسافة القصر، وإن

....

كان الأظهر في مسألة التزويج اعتبار مسافة القصر، وفرقوا بأن الولي إذا غاب لم يحتج إلى الحضور بل يوكل، والشاهد محتاج إلى الحضور وأيضًا فإن الخصم قد يهرب فيفوت الحق والنكاح لا يفوت غالبًا بهذا القدر من التأخير، انتهى.

وهنا أمور:

أحدها: في «تعليق» القاضي أبي الطيب وغيره من كتب العراقيين أن أصحابنا اعتبروا في المسألة أن يكون في موضع يشق عليه الحضور إلى مجلس الحكم لتعب يلحقه فلا يلزمه الحضور وتسمع شهادة الفرع، ونسبه في «الشامل» إلى الشيخ أبي حامد.

وقال المَاوَرْدِي: إنه الظاهر من مذهب الشَّافِعِي.

قال الرَّافِعِي: وهذا يجوز أن يحمل على المشقة اللاحقة بالمجيء مما فوق مسافة العدوى ويجوز أن يجعل أعم من ذلك وإلى المحمل الأول مال ابن الصباغ.

قال ابن الرِّفْعَة: لم يمل ابن الصباغ إليه، وإنما المائل إليه الشيخ أبو حامد؛ لأن ابن الصباغ حكى أن أبا يوسف اعتبر في هذه الغيبة ما فوق مسافة العدوى.

ثم حكى عن الشيخ أبي حامد ما تقدم عنه، وأنه قال: وهذا قريب مما قاله أبو يوسف؛ لكن كلام المَاوَرْدِي يميل إلى المحمل الثاني؛ لأن مأخذ الجواز عدم إيجاب الحضور للأداء على شاهد الأصل وسبق عنه أنه إذا دعي إلى خارج البلد لم تلزمه الإجابة سواء قربت المسافة أم بعدت، له مركوب أم لا؛ لأن في مفارقة وطنه مشقة يسقط معها فرض الإجابة.

قلت: بل قال: إنه إذا اتسع البلد ولم يكن عادته المشي في جميع أوطاره ولا مركوب له أنه لا يلزمه كما سبق عنه بلفظه.

وعبارة شيخه الصَّيْمَرِيّ: فإن كان شهود الأصل مرضى أو زمنى وبحيث

……

يبعد عن الحاكم أو أرادوا الغيبة عن بلدهم فلا بأس أن يشهدوا على شهادتهم، انتهى.

فقوله: وبحيث يبعد عن الحاكم؛ يشمل الحاضر بالبلد المتسع الأقطار والخارج عنه.

ثانيها: قال ابن الرِّفْعَة: فيما إذا دعي من خارج البلد ويظهر أن يقال: إن الاعتبار في هذه المسافة بالمسافة التي لا يلزم الحضور فيها للجمعة على من هو خارج البلد، وهي ما لا يسمع منها النداء في موضع الجمعة؛ لأن عدم إيجاب حضور الجمعة في هذه الحالة لأجل المشقة اللاحقة به والأصحاب قد جعلوا المرض المانع من إيجاب الجمعة مجوزًا لشهادة الفرع هنا، وكذا الأعذار المسوغة لترك الجمعة، وكذا ينبغي أن تراعى المشقة التي تسقط بها الجمعة عند الخروج من البلد هاهنا أيضًا، وعلى كل حال فالأظهر اعتبار ما فوق مسافة العدوى لا مسافة القصر، انتهى.

واعلم أن إطلاقهم كما سبق يقتضي أنه لا يلزم شاهد الأصل الحضور من مسافة القصر فأكثر للأداء بحال وهو ظاهر إذا أمكن التفريع على شهادته إما بشهود محضرين من هناك، أو بفروع يحملهم إليه الخصم من بلد القاضي، أو كان هناك حاكم أو نصب الحاكم متوسطًا يقضي بينه وبين خصمه هناك كما سبق، أما لو لم يكن شيء من ذلك أصلًا وتعين حضوره طريقًا في خلاص الحق وفصل الخصومة وكان قد تحمل قصدًا باستدعاء فيشبه أن يلزمه الحضور لأداء أمانته لا محالة لا سيما إذا كان الخطب جسيمًا كقصاص وحد ومال خطير ويحمل إطلاقهم على غير هذه الحالة ويستأنس لما ذكرناه بما قدمناه عن عمر ﷺ.

ثالثها: إذا عرفت ما سبق عرفت أن قول «المنهاج»: «أو غيبة بمسافة عدوى» غير صواب وكان ينبغي أن يقول: فوق مسافة العدوى فإن المسوغ عند المصنف لشهادة الفرع غيبة الأصل فوق مسافة العدوى على المذهب لا غيبته بمسافة العدوى، وقد قدم أنه يدعى من مسافة العدوى ويلزم من ذلك ألا تجوز الشهادة على شهادته كالحاضر، وعبارة «المحرر» هاهنا: فوق مسافة العدوى

وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصولَ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمْ الْفُرُوعُ، فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ، وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ لَمْ يَجُزْ].

على الصواب، ولم يقع كلام «المنهاج» عن قصد وإن وافق بعض ما سبق؛ إذ الاختيار لا يكون كذلك.

قال: (**وَأَنْ يُسَمِّيَ الْأُصُولَ**) أي: وشرط قبولها أيضًا أن يسمي الفروع عند الأداء، الأصول لتعرف عدالتهم أو ضدها.

قال الرَّافِعِي: يجب على الفروع تسمية شهود الأصل وتعريفهم؛ لأنه لا بد من معرفة عدالتهم وما لم يعرفوا لا تعرف عدالتهم، انتهى.

فلا يكفي قول الفَرْع: أشهدني عدل رضا ونحو ذلك بخلاف ما لو قال: أشهدني قاضٍ من قضاة «بغداد» أو القاضي الذي ببغداد، ولم يسمه وليس بها قاضٍ سواه، على نفسه في مجلس حكمه بكذا، فهل تسمع فيه؟ وجهان، والفرق أن القاضي عدل بالنسبة إلى كل أحد، بخلاف شاهد الأصل فإنه قد يكون عند فرعه عدلًا والحاكم يعرفه بالفسق، فلا بدّ من تعيينه لينظر في أمره وعدالته، والصواب في وقتنا تعيين القاضي لما لا يخفى.

قال: (**وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يُزَكِّيَهُمْ الْفُرُوعُ**) أي: على الأصح؛ بل لهم إطلاق الشهادة ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وقيل: يشترط أن تقول الفروع أشهدنا على شهادته وكان عدلًا إلى اليوم أو إلى أن مات وقد سبق وهو مفرع على أنه لو فسق ثم تاب لم يكن للفرع أن يشهد إلا بتحمل جديد.

قال: (**فَإِنْ زَكَّوْهُمْ قُبِلَ**) أي: على المشهور وليس كما لو شهد اثنان ثم زكى أحدهما الآخر فإنه لا يقبل على المشهور، والفرق أن تزكية الفرع الأصل تتمة لشهادته، ولذلك قيل: إنها شرط على رأي فقبلت وهناك قام الشاهد المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالثاني ولا يشترط أن تتعرض الفروع في شهادتهم لصدق الأصول فإنهم قد لا يعرفونهم به بخلاف من يحلف مع شاهده حيث يتعرض لصدقه؛ لأنه يعرفه.

قال: (**وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ أَوْ عُدُولٍ وَلَمْ يُسَمُّوهُمْ؛ لَمْ يَجُزْ**)

……

يعني: أنه لو وصف الفروع الأصول بالعدالة ولم يسموهم بأن قالوا شهد على شهادة عدلين أو عدول أو عدل رضا مقبول الشهادة لي وعليَّ بكذا لم يصح وفاقًا؛ خلافًا لمحمد بن جرير الطبري الإمام المعدود من أصحابنا؛ لكن لا يعد قوله وجهًا في المذهب كما وهم فيه بعضهم؛ بل له مذهب مستقل.

قال الأصحاب: لأنه قد يكون عدلًا عند الفرع فاسقًا عند غيره أو عند الحاكم؛ ولأنه يسد باب الجرح على الخصم، وسبق في كتاب القاضي إلى القاضي ذكر خلاف في أنه هل يلزمه أن يسمي من شهد عنده في كتابه.

فروع منثورة نختم بها الباب:

قال في «الْكَافِي»: للفروع أن تشهدوا على شهادتهم ولشهود الفروع أيضًا وهكذا أو أن يعدوا وكل واحد أشهد على من يشهده الآخر، ولا يثبت كل واحد من شهود فرع الفرع إلا برجلين على الأصح، ولا يثبت الأصلان إلا بأربعة، ولا الأربعة الفرعيون إلا بثمانية، ولا يثبت الثمانية إلا بستة عشر أي: وهكذا وهذا على ما رجحه هو والْبَغَوِي وغيرهما كما سبق شهدا على شهادة رجل أن هذه الدار لزيد ثم شهدا على شهادة آخر أنها بعينها لعمرو.

قال الشيخ أبو حامد: قيل قولٌ واحدٌ فيثبت لزيد بها شاهد ولعمرو بها شاهد؛ لأنهما ينسبان ولا يناقض في شهادتهما، وإن شهد اثنان أنها لزيد ثم شهدا أنها لعمرو كان تناقضًا ورجوعًا عن الشهادة الأولى، إذا قال شاهد لرجلين: أشهد أني أشهد أن لفلان على فلان كذا فلا نص فيه للشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يشهدان على شهادته؛ لأنه أمرهما ولم يسترعهما، وقال أبو يوسف: يجوز لهما أن يشهدا على شهادته؛ لأن معنى قوله ذلك اشهدا على شاهدتي.

قال في «الشامل»: وهذا أشبه.

وقال أبو نصر الْبَنْدَنِيجِي في «المعتمد»: إنه الذي يجيء على المذهب، ذكر القاضي أبو سعد الهروي في «إشرافه» وتصوره أداء الفرع ما لفظه: فأما

الأداء فيقول أشهد أني أعرف فلانًا بن فلان بعينه ونسبه شهد على فلان ابن فلان أنه عرفه معرفة صحيحة، وأنه أقر عنده بكذا وأشهدني على شهادته بجميع ما أضيف إلى المقر في هذا الصك، ثم تذكر تاريخ التحمل ثم يقول: وأشهد بذلك وهو عاجز عن الحضور أو غائب غيبة سفر تجوز الشهادة على الشهادة، وأنه عدل عرفته بالعدالة، انتهى.

وأراد بذلك الأداء الكامل وسبق ما في ذلك من الخبط وكان ينبغي أن يقول: على شهادته وعن شهادته؛ لما قيل في اعتبار ذلك.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

(رَجَعُوا عَنْ الشَّهَادَةِ) يعني: الشهود بعد الأداء.

(قَبْلَ الْحكمِ؛ امْتَنَعَ) أي: الحكم بشهادتهم.

قال الشيخ أبو حامد: وهو إجماع خلافًا لأبي ثور، وحكى ابن القاصّ والدارمي عن مالك كمذهبه وأنه يمضي الحكم بها وزيفوه؛ لأنه لا يدري أصدقوا في الأول أم في الآخر فلا فَيَنْتَفِي ظَنُّ الصِّدْقِ، ثم إن اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقة يعزرون ويستترون، وإن قالوا غلطنا، لم يفسقوا؛ لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها ولو كانت شهادتهم بالزنا ثم اعترفوا بالتعمد لزمهم حد القذف، وكذا إن قالوا غلطنا على الأصح؛ لما فيه من التعبير وكان حقهم التثبت والاحتياط وعلى هذا ترد شهادتهم، وإن قلنا لا حد فلا ردة، ولو قالوا بعد الأداء توقف في القضاء وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك اقض فنحن على شهادتنا فوجهان: أقربهما عند الرَّافِعِي وأصحهما في «الرَّوْضَة»: الجواز، وعلى هذا هل تجب إعادة الشهادة؟ وجهان، قيل: نعم لبطلان تلك بالتوقف، وبه جزم شُرَيْح الرُّويَانِي وأولاهما في الرَّافِعِي، وأصحهما في «الرَّوْضَة» لا؛ لأنها صدرت من أهلها جازم بها والتوقف الطارئ زال فكأنه لم يكن، والوجه الثاني في الأصل المنع؛ لأن قولهم توقف ورث الريبة والتهمة

أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ اُسْتُوْفِيَ، أَوْ عُقُوبَةٍ فَلَا، ....

في شهادتهم؛ ولأنه طرأ عليها ما يمنع الحكم بها فأشبه طروء الفسق.

قلت: ويشبه أن يرجع في ذلك إلى اجتهاد القاضي فإن لم يبق عنده ريبة حكم وإن دامت أو زادت أو دلت قرينة على تساهل أو غيره فلا ويختلف ذلك باختلاف ضبط الشهود ويرون عدالتهم وعلمهم وغير ذلك، وينبغي أن يسألهم القاضي عن سبب التوقف فيها ثم الجزم بها بعده ليظهر له الحال وهذا متعين في العامي ونحوه من الأغبياء وسيأتي الكلام في صيغ الرجوع مستوفيًا.

فَرْعٌ: في معنى الرجوع بالنسبة إلى منع الحكم ما لو طرأت عداوة بين الشهود والمشهود عليه أو وارثه بأن شهد لمورثه وكان للشاهدين من يحجبه فمات قبل الحكم وصار الإرث للشاهد والحق بهذا ما في معناه، ولو طرأ قبل الحكم موت أو جنون أو إغماء أو عمى أو خرس لم يمنع من الحكم.

قال: **(أَوْ بَعْدَهُ)** أي: بعد الحكم بشهادتهم.

(وَقَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَالٍ اُسْتُوْفِيَ) أي: على الصحيح المنصوص؛ لأن القضاء قد نفذ به وليس هو مما يسقط بالنسبة حتى يتأثر بالرجوع، وقيل: لا يستوفي؛ لأن الحكم لم يستقر بعد والظن قد اختل بالرجوع وإذا كانت الشهادة في شيء من العقود أمضى على الأصح كما أن المال يستوفي، وقيل: النكاح كحد القذف وكما تمضي العقود تمضي على الفسوخ والطلاق والعتاق.

قال: **(أَوْ عُقُوبَةٍ)** أي: كقصاص وحد قذف أو زنا أو سرقة والمسألة بحالها.

(فَلَا) أي: فلا يستوفي؛ لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة بخلاف المال، وقيل: لا يسقط حق آدمي؛ لأنه مبني على الضيق، وقيل: يفرق بين ما هو لله تعالى فيسقط، وما هو لآدمي فلا، هكذا حكى الإمام الأوجه الثلاثة عن رواية الشيخ أبي علي وغيره، وقال: إن الثالث منقاس حسن، وجعله في «الْبَسِيطِ» الأعدل والمشهور فيما هو لله تعالى الجزم بالسقوط، وقيل: يسقط القصاص؛ لأنه يرجع إلى بدل دون حد قذف حكاه الْمَاوَرْدِي، وهذا الخلاف مفرع على أن المال يستوفي فإن قلنا لا يستوفي فلا يستوفي العقوبات قطعًا.

أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يُنْقَضْ، فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلِ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمِ زِنًا أَوْ جَلْدِهِ وَمَاتَ وقالوا تَعَمَّدْنَا فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ.

وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إنْ قال: تَعَمَّدْت، وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ فَعَلَى الْجَمِيعِ قِصَاصٌ إنْ قالوا تَعَمَّدْنَا، فَإِنْ قالوا أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ.

قال: (**أَوْ بَعْدَهُ**) أي: بعد استيفاء المحكوم بشهادتهم ما كان.

(**لَمْ يُنْقَضْ**) الحكم لتأكده الأمر، قال الرَّافِعِي خلافًا لمالك فيما حكى [وفي العهد] وقال مالك والأوزاعي: ينقض الحكم إذا رجع قبل القضاء، أو بعده وسبق عن ملك أنهم لو رجعوا قبل الحكم لا يقبل رجوعهم ويحكم بشهادتهم، وإنما حكى المَاوَرْدِي وغيره الخلاف في هذه الحالة عن ابن المسيب والأوزاعي وأنهما خالفا الجمهور وحكاه ابن القاص عن حماد ابن أبي سليمان فقط.

قال: (**فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَوْفَى قِصَاصًا أَوْ قَتْلِ رِدَّةٍ أَوْ رَجْمِ زِنًا أَوْ جَلْدِهِ وَمَاتَ**) أي: من الجلد، وفي حكم ذلك ما لو شهدوا عليه بسرقة قطع أو بقذف أو بشرب فقطع أو جلد فمات منه ثم رجعوا.

(**وقالوا تَعَمَّدْنَا فَعَلَيْهِمْ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ**) أي: في أموالهم موزعة على رؤوسهم لتسببهم إلى هلاكه، ويجدون في شهادته الزنا حد القذف أولًا ثم يقتلون، وهل يرجمهم كرجم المشهود عليه أو يقتلهم بالسيف؟ فيه احتمالان ذكرهما أبو الحسن العبادي أصحهما: الأول وسنذكر تقييد ما أطلقه المصنف من وجوب القصاص.

قال: (**وَعَلَى الْقَاضِي قِصَاصٌ إنْ قال: تَعَمَّدْت**) أي: أو الدية مغلظة في ماله بكمالها والغرض أنه رجع وحده.

قال: (**وَإِنْ رَجَعَ هُوَ وَهُمْ**) يعني: القاضي والشهود.

(**فَعَلَى الْجمِيعِ قِصَاصٌ إنْ قالوا تَعَمَّدْنَا**) لتسببهم إلى قتله عدوانًا.

(**فَإِنْ قالوا**) أي: القاضي والشهود جميعًا.

(**أَخْطَأْنَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةٍ وَعَلَيْهِمْ نِصْفٌ**) قال الرَّافِعِي: هكذا أورد المسألة

وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَضْمَنُ، ....

الْبَغَوِي وغيره وقياسه أن لا تجد كمال الدية عند رجوعه وحده، كما لو رجع بعض الشهود.

قال ابن الرِّفْعَة: لو صح هذا القياس لاقتضى ألا يجب على الشهود إذا رجعوا بمفردهم سوى النصف بل سوى الثلث لما قدمنا من أن الشهود والولي والقاضي إذا رجعوا يجب على القاضي الثلث والوالي الثلث والشهود الثلث على الصحيح عند الْبَغَوِي وغيره لا بل لا يطالب الشهود بشيء بل يختص الولي بالغرم كما صححه الإمام، ولاقتضى أيضًا أن لا يطالب القاضي في هذه الصورة بشيء بناء على الصحيح أن النصاب إذا بقي بعد الرجوع لا يغرم الراجع شيئًا كما سنعرفه؛ بل يوجبه إيجاب الأصحاب الغرم على القاضي والمشهود وعند رجوعهم أنهم بمنزلة العاملين اجتمعا على القتل، ولو انفرد أحدهما لانفرد بالغرم ولا كذلك الشهود فإنهم بمنزلة العامي الواحد، انتهى.

قال: (**وَلَوْ رَجَعَ مُزَكٍّ فَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَضْمَنُ**) أي: بالقود أو الدية؛ لأن التزكية تلجئ القاضي إلى الحكم المفضي إلى القتل، وهذا ما أورده أبو الحسن العبادي.

قال الرَّافِعِي في «الشرحين»: وهو الموافق لكلام أكثرهم، والثاني: لأنه لم يتعرض للمشهود عليه وإنما أثنى على الشاهد والحكم إنما يقع به فكان كالممسك مع القائد وهذا أصح في «التهذيب» و«الْكَافِي» وظاهر المذهب في «فتاوى» الْقَفَّال، والثالث: أنه يضمن بالدية دون القصاص، قال الرَّافِعِي: ثم عن الْقَفَّال أن الخلاف فيما إذا قال المزكيان: أن الشاهدين كانا كاذبين أما إذا قالا علمنا أنهما كانا فاسقين فلا شيء عليهما؛ لأنهما قد يكونا صادقين مع الفسق وطرد الإمام الخلاف في الحالين، انتهى.

ورأيت في «جنايات الذَّخَائِر» الإشارة إلى احتمال وجه آخر فارق بين أن تقع التزكية تقبل الشهادة فلا ضمان أو بعدها فيجب، قال: كما قلنا في مزكي شهود الزنا، انتهى.

……

واعلم أنه وقع في المحكي عن الْقَفَّال وعن الإمام اضطراب كاذبين بأن أقرا بالكذب بين أيديهما أما إذا قالا كانا فاسقين إلى آخر ما سبق.

وعبارة «فتاوى» الْقَفَّال كما رأيته في نسخ بها إذا رجع المزكون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة ولكنا زكيناهم متعمدين وكذبنا في التزكية فلا شيء على المزكين بهذا القول، وإن قالوا علمنا أنهم كاذبون؛ لأنهم قالوا لسنا بشهود، ولكن نريد أن نشهد بالكذب، فلا شيء على المزكّين هاهنا، وأما إن رجع الشهود، وقال المزكون: نحن كذبنا في التقديرين، فإنهم كانوا كذبة ونحن نعلم، فإن هاهنا رجوع المزكي وهاهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المزكين نصف بالغرم ثم إذا رجع المزكيان والشاهدان؛ فالغرم مناصفة نصفه على المزكين ونصفه على الشاهدين هذا لفظ «الفتاوى» وفيه فوائد.

وقضية ألا قود وجهًا واحدًا ولا شك فيه إذا قالا كانا فاسقين بلا زيادة، وأما قول الرَّافِعِي أن الإمام طرد الخلاف في الحالين ففيه نظر، ونسبة اختلاف نسخ «النهاية» فحكى ابن شداد عنها، ولو رجع المزكي عن تزكية الشهود فقد ذكر الأصحاب في وجوب الغرم عليه وجهين ثم ذكروا على أحد الوجهين في القصاص وجهين، وحاصل الكلام ثلاثة أوجه في الغرم والقصاص، فإن قال المزكي: زكيتهم مع العلم بفسقهم وكذبهم فهذا موضع خلاف الأصحاب، وإن قال: زكيتهم مع العلم بفسقهم ولم أعلم كذبهم، فقد قال الأصحاب كما إذا زعم أنه يكذبهم، انتهى.

وهو موافق لنقل الرَّافِعِي والذي رأيته في أصل معتمدٍ بالنهاية بعد قوله: وحاصل الكلام ثلاثة أوجه في الغرم والقصاص، وهذا عندي يخرج إلى فضل نظرٍ! فإن قال المزكي: زكيتهم مع العلم بفسقهم وكذبهم فقد قال الأصحاب: هذا كما لو زعم أني علمت كذبهم وما ذكروه ظاهر، ولكن قد يتجه في القصاص ترتيب حوالة على حاله والأمر فيه ريب، انتهى.

ويبعد كل البعد أنه إذا قال: علمت فسقهم أنه يلزمه القصاص؛ إذ يقول مع ذلك ظننت صدقهم مع فسقهم، والله أعلم.

أَوْ وَلِيٌّ وَحْدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ أَوْ مَعَ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ.

قال في «التهذيب»: فإذا قلنا يجب الضمان على المزكي؛ فالمزكيان مع شهود الزنا وشهود الإحصان نوع واحد حتى إذا رجعوا توزع الدية على رؤوسهم أم أنواع حتى يجب على كل طائفة ثلثها فيه وجهان كما ذكرنا في شهود الزنا مع شهود الإحصان.

قال: (**أَوْ وَلِيٌّ وَحْدَهُ فَعَلَيْهِ قِصَاصٌ أَوْ دِيَةٌ**) أي: بكمالها؛ لأنه المباشر للقتل.

(**أَوْ مَعَ الشُّهُودِ فَكَذَلِكَ**) للمباشرة وهم معه كالممسك مع القاتل فلا قود عليهم.

قال: (**وَقِيلَ: هُوَ وَهُمْ شُرَكَاءُ**) أي: لتعاونهم على القتل لا كالممسك؛ لأنه جعلهم كالمحقين، وهذا ما صححه القاضي الحسين وجماعة كما سيأتي، وعلى هذا القود والدية منصفة النصف على الولي، والنصف على الشهود، وكان الصواب أن يقول المصنف وهم معه كالشريكين كالمحرر لئلا يظن أنه كأحدهم في الضمان، وقد قدمنا خلافًا في الممسك مع القائل في كتاب الجنايات فالتفريع هنا على [المذهب](١).

واعلم أن الترجيح في صورة الكتاب من تصرف المصنف - ﷺ- ولفظ «المحرر»: وإن رجع مع الشهود مختص الولي بالقصاص أو كمال الدية أو هم معه كالشريكين؟ فيه وجهان رجح كل منهما مرجحون.

وقال في الشرح: إن الإمام رجح الأول، والْبَغَوِي الثاني، زاد في «الرَّوْضَة» أن الأصح ما صححه الإمام وأنه سبق في الجنايات القطع به فهو الأصح نقلًا ودليلًا، انتهى.

وممن صحح الثاني القاضي الحسين والمتولي وصاحب «الْكَافِي» فإن أراد الشيخ بما سبق وهو الظاهر فقد فرق هؤلاء الأئمة بينهما بما سبق على أن مسألة الممسك ليست من مجال الوفاق فاعلم.

---

(١) في نسخة: (الشهود).

……………………………………………………………………………………

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: ما سبق من وجوب القصاص على الشهود الراجعين هو فيما إذا قالوا تعمدنا وعلمنا أنه يقبل بشهادتنا عليه، أما إذا قالوا تعمدنا ولكن لم نعلم أنه يقتل أي: بل ظننا أنه يحبس أو يجلد كما قاله الْعِمْرَانِي وغيره، أو لم يقولوا ذلك فإن كانوا ممن لا يخفى عليهم ذلك وجب القصاص ولا اعتبار بقولهم، وإن كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم.

قال الرَّافِعِي: لقرب عهدهم بالإسلام فالمشهور أنه شبه عمدٍ [يوجب القصاص][1] وقال الإمام إلى وجوبه أخذًا مما لو ضرب المريض ضربًا يقتل المريض دون الصحيح وهو لا يعلم أنه مريض، فإنه يجب القصاص على الأظهر وذكر القاضي الرُّويَانِي نحو ذلك وقال سمعته من بعض أصحابنا في النظر، وقال في كلامه على ألفاظ «الوجيز»: وقوله ولو قال: تعمدت ولكن ما عملت أنه يقتل بقولي هذا يدخل ما إذا قال: لم أعلم بأنه يقتل بما شهدت عليه بل ظننت أنه يحبس أو يؤخذ منه المال وهذه الصورة ذكرناها وفرقنا بين قريب العهد بالإسلام وبعيده ويدخل فيه ما إذا قال: لم أعلم أنه يقتل بقولي لأني ظننت أنّي أجرح بأسباب تقتضي الجرح ويمكن أن يجعل هذا خطأ، انتهى.

وعبارة «الْحَاوِي» وغيره فإن قالوا تعمد بالقتل بشهادتنا فعليهم جميعهم القود وإن قالوا عمدنا وما علمنا أنه يقتل بشهادتنا وهم أهل جهالة بمثله فهو عمد خطأ لا قود فيه بل فيه الدية مغلظة مؤجلة ولم يمثل هؤلاء بقريب العهد بإسلام وهو الوجه فإن ذلك مما يخفى على من قدم إسلامه؛ لغباوته أو لبعده عن العلماء وهذا ليس بخلاف بل متى كانوا ممن يخفى عليه ذلك اندفع القصاص، وحكى الإمام والغزالي عن الأكثرين فيما إذا قالوا تعمدنا ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا أن القود لا يجب من غير تفصيل بين من يشهد حاله بصدقه وغيره [وهكذا] أطلق القاضي أبو الطيب والفوراني وغيرهم، ثم قال الإمام: وفيه نظر وأبدى ما سبق،

---

(١) في نسخة: (لا يجب).

....

وتبعه الغزالي وأحسب ما سمعه الرُّويَاني أصله كلام الإمام.

ومنها: وأما الدية إذا لم يوجب القود لجهلهم.

قال الرَّافِعِي: فالذي أورده عامة الأصحاب أنها تجب مثله مؤجلة، لكن في مالهم إلا أن تصدقهم العاقلة فتكون عليهم، وحكى الْفُورَانِي والإمام عن نص الشَّافِعِي: إنها تجب حالة، وإن صاحب «التقريب» حمل النص على ما إذا كان قد مضى من وقت القتل ثلاث سنين، وأن الْقَفَّال قال: تجب حالة بكل حال لتعديهم وتعمدهم.

قال ابن الرِّفْعَة: فيكون عمدًا من كل وجهٍ، وقوله لم أعلم كقوله: رميته قصدًا، ولم أعلم أن السهم يبلغه.

قال الإمام والغزالي: وهذه المسألة تقرب ممن قتل مسلمًا فى دار الحرب على توهم أنه مشرك، ففي وجوب القود قولان، فإن أوجبنا ففي حاله أو على عاقلته قولان، انتهى.

وهذا ذكره الْفُورَانِي في «العمد» ثم قال: وهكذا الوكيل إذا تجنى بقتله فعفا الولي قبل القصاص فهل على الوكيل الدية؟ قولان، فإن قلنا: يجب، ففي ماله أو على عاقلته وجهان.

ورأيت في هامش «العمد» هنا: وقوله ـ يعني: الشاهد ـ لم أعلم أنه يجب عليه، كمن يقول: رميته قصدًا ولم أعلم أن السهم يبلغه، ومقتضى هذا أن القود واجب، وقد خرج أبو سهل الصعلوكي من أصحابنا قولين بناء على من قتل مسلمًا في دار الإسلام نرى الكفار ولم نعلم أنه مسلم ثم مات، هل يجب [القود؟ فقولان] انتهى.

ومنها: سبق أنهم إذا قالوا أخطأنا ؛ أي: وكان القاتل أو الزاني غيره مثلًا؟ إن الواجب عليهم الدية مخففة في أموالهم مؤجلة، إلا أن تصدقهم العاقلة ؛ فتكون عليهم، هكذا ذكره المَاوَرْدِي وغيره والقاضي الحسين عن الْقَفَّال وقال إن فيه إشكالًا ؛ لأن إيجاب الدية على العاقلة إنما يتعلق بالمباشرة.

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ.

قال الدَّارِمِي وغيره: ولا تعزير على الشهود إذا قالوا أخطأنا، وقال الإمام: قد يرى القاضي والحالة هذه تعزير الشهود لتركهم التحفظ هذا هو الصواب عن الإمام، وكذا هو في «الْبَسِيط».

ورأيت في «كفاية» ابن الرِّفْعَة في نسخ عديدة لفظة «تغريم» بدل «تعزير»، وهو سهو من ناقل فاحذره، ثم ما ذكرناه من تخميس الدية على الشهود وهو المشهور الذي أورده العراقيون وغيرهم، وحكى في «الْبَحْر» وجهًا عن بعض الخراسانيين أنها تجب عليهم مثلثة، وزيفه.

قال المَاوَرْدِي: فلو قالوا بعد استيفاء الحق بشهادتهم: شككنا فيها ولعلنا أخطأنا فيها، فهذا [قدح](1) في الضبط لا يتعين به حكم الشهادة ولا ضمان عليهم؛ لأنه لا يجب الشك، ولو ادعى الشهود على العاقلة العلم بخطئهم وراموا تحليفهم.

قال الرَّافِعِي: قال ابن القطان: ليس لهم ذلك.

قال ابن كَجٍّ: ويحتمل عندي أن يقال: لهم تحليفهم؛ لأنهم لو أقروا لغرموا، انتهى.

وقال الدَّارِمِي: وإن أرادوا تحليف العاقلة بأنهم لم يخطئا، قال ابن القطان: وجهان.

قال: (وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَائِنٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي فَرَجَعَا؛ دَامَ الْفِرَاقُ وَعَلَيْهِمْ مَهْرُ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ وَطْءٍ) هذا النوع مما يتعذر تداركه غير العقوبات فيه الإبضاع، فإذا شهدا بطلاق بائن بعوض أو بغيره كالثالثة، أو الطلقات الثلاث مجانًا، أو برضاع محرم، أو لعان، أو فسخ بعيب، أو غيرها من جهات الفراق، وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لم يرد الفراق؛ لأن قولهما في الرجوع محتمل، [ولا يرد القضاء بقول محتمل] لكن

---

(١) في نسخة: قطع.

....

عليهما الغرم سواء كان قبل الدخول أم بعده؛ لأنهما فوتا عليه ما يتقوم فيغرمان، كما لو شهدا بعتق عبد ثم رجعا.

وقال مالك وأحمد وأبو حنيفة: لا غرم عليهما بعد الدخول، ثم اللّذين يغرمان عندنا بعد الدخول مهر المثل بتمامه كان أكثر من المسمى أو مثله أو أقل، أو كانت أخذت مهر المثل، وفي قول: إن المغروم المسمى؛ لأنه الذي فات على الزوج متقومًا والبضع ليس بمتقوم في الحقيقة، وحكى في الرضاع مثله واستشهد له بما حكي عن القديم أنها لو كانت قد فرضت بضعها وشهدوا بالطلاق قبل الفرض والمسيس والمغروم المتعة، واختاره ابن الحداد.

وقال الأصحاب: إنه غلط، وقال المَاوَرْدِي: والأولى عندي أن ينظر فإن قدر الزوج على الاجتماع بها لم يرجع عليهم كيلا يجمع بين الاستباحة والرجوع، وإن لم يصل إلى الاستمتاع بها لامتناعها عليه تمسكًا بظاهر التحريم رجع، وفرع على هذا أنهما لو شهدا بقذفه امرأته فلوعن بينهما ثم رجع الشاهدان؛ فاللعان نافذ في الظاهر، وأما في الباطن فمعتبر بحال الزوج، فإن أمن من حد القذف حين لاعن بالفرقة واقعة في الباطن ولا يرجع على الشهود لوقوع الفرقة بلعانه، وإن خاف من حد القذف لم تقع الفرقة في الباطن ولا رجوع له على الشهود إن أمكنته من نفسها وترجع عليهم إن منعته، انتهى.

وأما إن كان قبل الدخول فعن رواية الـمُزَنِيّ وحرملة أنهما يغرمان مهر المثل بتمامه، وروى الربيع أنهما يغرمان نصف مهر المثل واختاره الـمُزَنِيّ وقطع به بعضهم ونص فيما إذا أرضعت زوجته الكبيرة الصغيرة وانفسخ النكاح؛ أن الكبيرة تغرم نصف مهر المثل للصغيرة، وللأصحاب في مسألة الشهود طرق:

أظهرها: إثبات قولين: أصحهما: أنهما يغرمان جميعه؛ لأنه بدل ما أتلفاه والنظر في الإتلاف إلى المتلف لا إلى ما قام به على المستحق، ولهذا لو أبرأته عن الصداق وشهدا بالطلاق ورجعا يغرمان وإن لم يفوتا عليه شيئًا، وافترق أصحاب هذا الطريق فمن مثبت للقولين في صورة الرضاع مخرج لأحدهما من

....

هاهنا ومن قاطع بوجوب النصف هناك وفرقوا بما ذكرته في «الْغُنْيَةِ».

والطريق الثاني: أن الشاهدين يغرمان مهر المثل.

والثالث: القطع بأنهما يغرمان النصف وغلط قائله الـمُزَنِيّ في الرواية.

والرابع: أنه إن كان الزوج قد سلم إليها الصداق غرما جميع المهر؛ لأنه لا يتمكن من استرداد شيء لزعمه أنها زوجته وأنها تستحق جميع الصداق وعليه يحمل منقول الـمُزَنِيّ، وإن كان قبل التسليم فلا يغرمان إلا النصف؛ لأنها لا تطالبه إلا بالنصف وعلى هذا يحمل منقول الربيع، وحكي في المسألة على طريقة إثبات الصداق قولان آخران:

أحدهما: عن القديم أنهما يغرمان نصف المسمى؛ لأنه الفائت على الزوج لا مهر المثل ولا نصفه.

والثاني: يغرمان جميع المسمى؛ لأنه قد بذل والتشطير أمر يختص بالزوج هكذا ذكره الرَّافِعِي، وقال الدَّارِمِي: إن كان قبل الدخول قيل: قولان: أحدهما: مهر المثل، والثاني: نصف مهر المثل، وقيل: جميعه إذا كان في يدي المرأة والزوج بقولها به؛ لأنه لم يطلق ونصفه إن كان في يده والمرأة تدعي الطلاق ويقر بنصفه، قال ابن المرزبان: ويجيء جميعه إذا كان في يدها فحسب، ونصفه إذا كان في يده، وقيل في غير المدخولة وجه ثالث جميع المسمى، انتهى.

تَنْبِيهَاتٌ:

منها: دخل في قول المصنف: «طلاق بائن» [فإذا كان قد طلقها الحر طلقتين؛ فشهدا بالثالثة كما مثلنا به].

وقال الـمَاوَرْدِي: في قدر ما يغرمونه في المدخول بها في هذه الصورة وجهان: **أحدهما:** ما يغرمونه لو كانت الشهادة بالثلاث؛ لأنهم منعوه بها جميع البضع كالثلاث، وهذا ما اقتصر إيراد جماعات القطع به.

والثاني: ثلثه؛ لأنه ممنوع من بضعها بثلاث طلقات اختص الشهود

....

بواحدة منها فكان ثلث المنع منهم فلزمهم ثلث الغرم وعلى هذا لو كان الزوج قد طلقها واحدة فشهدا عليه بطلقتين لزمه الثلثان، وجزم بأنه إذا طلقها واحدة قبل الدخول أن حكمهما حكم الثلاث في الغرم ولم يفرق بينهما وبين الصورة السابقة على الوجه الثاني.

ومنها: أخرج المصنف بائن الطلاق الرجعي وقضيته ألا غرم وهو كذلك إن راجعها الزوج على المذهب؛ إذ لم يفت عليه شيء وإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، قال الرَّافِعِي: التحق بالطلاق البائن ووجب الغرم هكذا ذكره الْبَغَوِي والسرخسي، وذكر في «أصل الرَّوْضَة» أنه الصحيح، وفيه نظر فإنه حكى الغرم عن الْبَغَوِي وعن القاضي الحسين وجهًا لتقصيره بترك التدارك، وأطلق ابْن كَجٍّ وجهين أي: والدارمي في أن الشهادة على الطلاق بالرجعى والرجوع عنها هل يقتضي غرمًا؟ ومال إلى المنع وحكاه عن ابن أبي هريرة، انتهى.

وأرسل في «شرحه الصغير» الوجهين بلا ترجيح ولا نسبة؛ لكن ما ذكره الْبَغَوِي، قال شيخه القاضي: إنه الظاهر فأرسل في «الشامل» و«الْبَحْر» وغيرهما في الطلاق الرجعي وجهين؛ لأنه يزيل الملك بانقضاء العدة.

ثم قال القاضي الحسين والْبَغَوِي: إن أوجبنا الغرم في الحال فغرموا ثم راجعها استرد منه الغرم وإلا استقر سواء حدد نكاحها بعد العدة أم لا.

وعبارة «تعليق الْبَغَوِي»: إن كان رجوعهم بعد مراجعة الزوج فلا غرم وإن انتقص العدد لأن نقصان العدد غير متقوم، ولو أنهم رجعوا قبل المراجعة يلزمهم الغرم فلو راجعها بعد ذلك وجب عليه رد ما أخذ، انتهى.

وذكر أبو الحسن العبادي احتمالين في رد ما أخذ بناء على ما إذا وطئ الرجعية ثم راجعها.

وقال المصنف: الصواب الجزم بالرد، وفيه نظر، وجزم المَاوَرْدِي بعدم الغرم في الطلاق الرجعي قال: لقدرته على استباحتها بالرجعة وقد يوجد فيما ذكروه أنه لو لم يتمكن من الرجعة بأن جن عقب الشهادة والحكم بالفرقة، أو

وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ فَلَا غُرْمَ.

أغمي عليه؛ فانقضت العدة قبل إقامته بولادة أو غيرها؛ أنهم يغرمون وجهًا واحدًا.

ومنها: قال ابن الرِّفْعَة: إذا كان الطلاق بعوض نظر إن كانت شهادتهم على الزوجة لإنكارها عقد الخلع فلها الرجوع بما غرموها، وإن كانت على الزوج لإنكاره الطلاق فهم قد ألزموه الطلاق في مقابله بذل إن لم يستحقه بالخلع استحقه لأجل الحيلولة فينظر إن كان العوض قدر ما يغرمه الشهود في غير الخلع؛ لم يرجع على الشهود بشيء، وإن كان أقل رجع عليهم بالفاضل، كما لو شهدوا بشفعة في مبيع وانتزع من مشتريه ثمنه ثم رجعوا فإن الثمن إن كان قدر القيمة أو أكثر فلا يرجع على الشهود بشيء، وإن كان أقل من القيمة ضمنوا أصل القيمة وعلى هذا ينطبق قول ابن الحداد: إنهم لو شهدوا أنه طلقها على ألف ومهر مثلها ألفان أنهما يغرمان ألفًا؛ لأنه يأخذ ألفًا من المرأة، وأطلق الْبَغَوِي والرافعي القول بأن الشهود بالطلاق على العوض إذا رجعوا يغرمون كما لو شهدوا بالطلاق الثلاث، وعليه ينطبق قول ابْن كَجٍّ في مسألة ابن الحداد: عليهم مهر المثل بعد الدخول ونصفه قبل الدخول، كما لو لم يذكروا عوضًا؛ لأن ما حصل عوض إن قبضه فهو محفوظ عنده للمرأة؛ لأنه لا يدعيه وإن لم يقبضه فيقر عند المرأة إلى أن يدعيه، ولا فرق في الرجوع في هذه المسائل إذا رأيناه بين أن يكون الزوج قد دفع الصداق أولًا كما قاله الحسين، انتهى.

وما صدر به كلامه أخذه من «الْحَاوِي» على تصرف فيه وما ذكره عن ابْن كَجٍّ مثله قول الدَّارِمِي: إن شهدا أنه خالعها بألف ثم رجعا بعد الحكم غرما المهر كما مضى والألف إن قالا: قبضه فلا خصومة، وإن قالا: لم يقبضه أو أطلقا فالزوج لا يدعي.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَفَرَّقَ**) أي: قضى القاضي بالفرقة بينهما.

(**فَرَجَعَا فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ**) أي: محرم.

(**فَلَا غُرْمَ**) أي: لأنهما لم يفوتا عليه شيئًا ومثله لو شهدا أنه طلقها اليوم

وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ، ....

ثم رجعا ثم قامت بينة أنه طلقها بالأمس ثلاثًا، ولو غرما قبل قيام البينة استردا المغروم.

قال: (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ مَالٍ غَرِمُوا فِي الْأَظْهَرِ) أي: لحصول الحيلولة بشهادتهم وبه قال الأئمة الثلاثة، كما نقله الرَّافِعِي وهو الأرجح عند العراقيين والإمام ووالده والغزالي والرويانيِّين صاحب «الْبَحْر» وشريح وغيرهم، وذكر في «العدة» أن الفتوى عليه.

والثاني: أنهم لا يغرمون؛ لأنهم لم يثبتوا اليد على المال ولم يتلفوه فلا يضمنون وإن أتوا بما يفضي إلى الفوات كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت؛ ولأن الفوات لم يتحقق أيضًا، وذكر في «العدة» أن هذا ظاهر المذهب، وحكى الرَّافِعِي عن طائفة من الأصحاب القطع به.

قلت: ومنهم ابن الحداد في «فروعه» وقال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما: إنه الذي نص عليه الشَّافِعِي هاهنا وفي غيره من الكتب، والأكثرون على إثبات القولين في الغرم، وذكر ابن الرِّفْعَة في «الكفاية» أن المصنف صحح الثاني، وهو سهو عليه فاعلم.

تنبيهات وتتمات:

منها: لا فرق عند جماهير الأصحاب بين الدين والعين فيما ذكرناه كما صرح به بعضهم واقتضاه كلام الباقين.

وفي «الْحَاوِي» أن الطريقين في العين القائمة، وأن الأكثرين أنه لا غرم هاهنا على الشهود قولًا واحدًا، وأما الدين فإن كان المقبوض بالغًا فعلى الشهود غرمه كتلف العين بالاستهلاك، وإن كان باقيًا في يد المشهود له فهل يكون في حكم العين أو في حكم الدين؟ على وجهين لأصحابنا، والحاصل في النوعين طرق جريان القولين فيهما لا غرم فيهما قطعًا فالغرم في الدين دون العين لا غرم في العين إلا إذا أيس منها بتلفها في يد المحكوم له.

والخامس: أنه إن سلمها المحكوم عليه باختياره فلا غرم أو بإجبار

....

الحاكم غرموا، حكاه وما قبله في كتاب الإقرار من «الْبَحْر» وقد تخرج مما يذكره من بعد طرق أخر غير هذه.

ومنها: [اختلف في حال القولين فذكر الشيخ أبو حامد ومن تبعه] أنهما منصوصان والتغريم منهما «القديم» ويوافقه قول الْفُورَانِي في «الإبانة» والإمام والغزالي في «الْبَسِيط» أن «الجديد» لا غرم؛ لأن الفوات لم يحقق وصوروا فيما إذا كان المشهود به هنا كثوب ودار، وقرب الإمام ذلك ما إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو وسلمت لزيد هل يغرم لعمرو قيمتها في الحال؟ على قولين، وقيل: المنصوص أنهم لا يغرمون، والآخر مخرج وعلى إيراد هذا الطريق اقتصر الْبَغَوِي، وقيل: هما مبنيان على القولين في رجوع المقر فينزل رجوع الشاهد منزلة رجوع المقر.

وعبارة «عمد الْفُورَانِي»: فإن كان المشهود به ثوبًا أو دارًا فهل تلزمهم الغرامة برجوعهم أم لا؟ قولان بناء على من قال: غصبت هذه الدار من فلان لا بل من فلان فهل يغرم الثاني؟ قولان المنصوص في مذهبه «الجديد»: أن الشهود لا يغرمون وهكذا القولان فيما إذا كان دينًا أو إتلافًا موجبة المال، وكل ما لو صدق المدعي المدعى عليه أمكن رده إليه، وقال القاضي ابْن كَجٍّ: إن النص فيما إذا شهدوا بعين ثم رجعوا أنهم لا يغرمون وفيما إذا شهدوا بدين ثم رجعوا أنهم يغرمون يحصل القولان نقلًا وتخريجًا، وقال ابن القاص في «أدب القضاء» قال الشَّافِعِي في كتابه الجديد: لا ضمان عليهم فيما تلف بشهادتهم إلا في أربعة أشياء:

أحدها: الدَّم من قصاص نفس أو جرح أو قطع سارق أو رجم محصن، أو قتل مرتد وغير ذلك.

والثاني: فسخ النكاح من خلع وطلاق ورضاع وغير ذلك من فراق الزوجين.

والثالث: العتاق.

والرابع: الوقف فأما إذا أتلفوا به المال فلا ضمان عليهم.

وقال في كتابه «القديم»: كلما أتلفوا بشهادتهم أخذوا به إذا رجعوا، انتهى.

ولم أر من صرح بأن قول التغريم جديد فإذن المسألة مما يفتى على القديم.

ثم قال الدَّارِمِي: إن كانت الشهادة في قتل يوجب المال أو في مال ورجعا أغرما كالعتق، وكذلك في الوقف إذا رجعوا عليه قيمته فإن كان ما يشهدوا به لم يتلف ولم يحصل كالمتلف كالعتق والوقف؛ ولكنه قائم في يد من شهدوا له عزروا إن قالوا كذبنا وفي الغرم.

قال في «الأم»: لا غرم.

وقال ابن القاص: عن القديم يغرمون.

وقال المروزي: أيضًا قولان: أحدهما: يردانه أو قيمته إن لم يقدرا عليه.

وقال ابن سُرَيْج: يحتمل أن يضمنوا بناء على القولين فيمن أقر بشيء لزيد ثم أقر به لعمرو، فإن تلفت العين وقلنا إذا كانت قائمة لا غرم.

قال الطبري: في غرمها وجهان وإن كان في إتلاف مال فغرمه؛ فظاهر قوله كالعين القائمة، وقد قيل يغرمان، انتهى.

وأغرب الديلمي فذكر أنهم لو شهدوا بفسخ النكاح بالخلع والرضاع والوقف وما أشبه ذلك ففي القديم تلزم الغرامة الشهود، وفي الجديد لا يلزم وقد مضى ذلك والذي قدمه الجزم بالغرم في العتاق والطلاق، وذكر القولين فيما إذا شهدوا بإتلاف مال أو غصب.

ومنها: لا فرق فيما قدمنا من إيجاب الغرم بين أن يقولوا تعمدنا الكذب أو أخطأنا؛ لأن ضمان المال لا يختلف بالعمد والخطأ.

قال القاضي الحسين وغيره: ولا خلاف في أن المشهود عليه لو لم يرد الدين لا يرجع على الشهود وإنما يرجع عليهم بعد الغرم؛ لأن هذا ضمان حيلولة بدليل أن المشهود له لو أقر للمشهود عليه بذلك رجع الشهود بما غرموه ولا حيلولة قبل الغرم.

....

وفي «فتاوى» الْقَفَّال: أنهما لو شهدا بأن هذا الثوب الذي في يده لفلان فقضى به له ثم وهبه المشهود له من المشهود عليه، ثم رجعا عن الشهادة فلا غرم بخلاف هبة الصداق من الزوج قبل الدخول على أحد القولين؛ لأنهما لما رجعا بينا أن هبته لم تصح، ولم يتبين بالطلاق أن الهبة لم تصح.

ومنها: إذا غرمناهم فأي وقت تعتبر القيمة؟ فيه وجهان في «الْحَاوِي» وغيره.

أحدهما: وهو قول ابن سُرَيْج: وقت الحكم.

والثاني: أكثر ما كانت من وقت الحكم إلى وقت الرجوع.

قلت: وهذا في العين وكان المراد ما إذا اتصل القبض بالحكم، أما قبل قبضها من المحكوم عليه فلا نظر إليه، وكذلك لو كان المحكوم دينًا في الذمة لا ينظر إلى ما قبل قبضه قطعًا، ولم أرَ لهم خلافًا في أن المثلي يغرم مثله أو قيمته، والظاهر أن ما أطلقوه هنا إنما هو في قيمة المتقوم، أما المثلي فتضمن بمثله إن وجدوا وإلا فقيمته كالمتلف والمغصوب ألا تراهم قاسوا أصل الضمان هاهنا على ضمان المتلفات حسبنًا، ولو شهدوا بوقف دار وفرس أو جعله الشاة أضحية، قال ابن القاص: لزمهم في ذلك كله قيمته يوم شهدوا؛ لأن ذلك إتلاف فهو بمنزلة العتق أي: بمنزلة الشهادة بالعتق.

ومنها: إذا شهدوا بعتق وقضى به ثم رجعوا غرموا القيمة قنًا كان أو مدينًا أو مكاتبًا أو أم ولد أو معلقًا نصفه، وخالف أبو حنيفة في أم الولد فقال: لا غرم هكذا ذكره الْمَاوَرْدِي والْبَغَوِي والرافعي وغيرهم.

قال ابن الرِّفْعَة: وقد يقال: إن حكم أم الولد يخالف حكم القن فيما إذا مات السيد فترد القيمة كما قلنا فيما إذا غصبت تؤخذ قيمتها للحيلولة فمات السيد كما صرح به الإمام، وعلى هذا إن صح يظهر أن يقال في المدبر إذا مات السيد أنه ينظر إن خرج من الثلث أو بعضه استرد قدر ما خرج وإن لم يخرج منه شيء استقر ملك المشهود عليه على القسمة، انتهى.

....

قلت: ورأيت في «تعليق الْبَغَوِي»: ولو أنهم شهدوا على عتق أم الولد ثم رجعوا؛ نظر إن كان رجوعهم قبل موت السيد وقبل موتها فلا غرم عليهم حتى لو غرموا استردوا، ولو ماتت قبل السيد لزمهم الغرم؛ لأنهم أتلفوا الرق على السيد حتى لو مات قبل أخذه فلورثته مطالبتهم بالغرم سواء رجعوا قبل موت السيد أو بعده.

قال الإمام ﷺ: ينبغي أن يقال: إن رجعوا بعد موت السيد فلا غرم عليهم، وإن رجعوا قبله يلزمهم الغرم فلو مات السيد قبلها يجب عليهم الرد، وإن ماتت قبله فلا رد، انتهى.

وما ذكره في موت السيد قبلها بحث ابن الرِّفْعَة والإمام المشار إليه هو الْبَغَوِي؛ لكن قال من بعد: وقال الشيخ أبوعلي: لم يفصل على مذهبنا بين موت السيد من قبل أو بعد، انتهى.

قال الرَّافِعِي: لو شهدا على تدبير عبدٍ أو استيلاد جارية ثم رجعا بعد القضاء لم يغرما في الحال؛ لأن الملك لم يزل، فإذا مات غرما بالرجوع السابق.

قال الْبَغَوِي: وهكذا لو شهدا على تعليق الطلاق أو العتق بصفة ثم رجعا وفيهما وجه؛ لأنه لا غرم؛ لأنهما لم يشهدا بما يزيل الملك.

وقال الدَّارِمِي: وإن شهدا أنه أولدها فصارت أم ولد ثم رجعا.

قال ابن القطان: في القيمة وجهان، ولو شهدوا بشراء القريب وعتق ثم رجعوا.

قال ابن الصلاح ففي «تعليق القاضي الحسين»: تردد في إيجاب الغرم عليهم. ولو شهدوا عليه بكتابة عبد ثم رجعا.

قال الْمَاوَرْدِي: لم يغرما في الحال شيئًا فإن عجز ورق فلا غرم أيضًا، وإن أدى وعتق نظر فإن كان المؤدي قدر قيمته ففي وجوب الغرم وجهان: وجه الغرم أنه أداها من كسبه والسيد يملكه أيضًا، وإن كان ما أداه أقل من قيمته رجع السيد بالباقي من قيمته والرجوع بالقدر المؤدى، وأطلق ابن الصباغ حكاية الوجهين ثم

وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ الْغُرْمُ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ فَلَا غُرْمَ، وَقِيلَ يَغْرَمُ قِسْطَهُ،

قال: وينبغي أن يكون هذا إذا أدى وعتق فأما قبل العتق فلا غرم.

قلت: وينبغي أن يفرق بين ما أداه من كسبه وبين ما أداه من سهم المكاتبين حتى إذا غرمنا الشهود استرد من السيد ما أخذه منه فما كان دفع إليه من سهم المكاتبين، وكذلك إذا عجز أو عجزه السيد.

قال **المَاوَرْدِي**: ولو شهدا بإبراء مكاتبه من مال الكتابة فحكم عليه بعتقه ثم رجعا غرما له أقل الأمرين من قيمته وما كاتب؛ لأن القيمة إن كانت أقل فليس بأغلظ من العبد القن، فلم يلزمهم أكثر منها، وإن كان مال الكتابة أقل فليس له على المكاتب أكثر منه، فلم يرجع بالزيادة عليه، انتهى.

هكذا رأيته في «**الْحَاوِي**» وكذا نقله ابن شداد عنه وحكاها ابن الرِّفْعَة عنه فيما إذا شهدوا أنه أدى النجوم كلها وعتق لا في الإبراء.

وقال **الدَّارِمِي**: إذا شهدا أنه كاتب عبده فأدى فعتق.

قال ابن القطان: قال [ابن سُرَيْج][1]: إذا رجعا غرما ما بين القيمة والأداء، انتهى.

قال: (**وَمَتَى رَجَعُوا كُلُّهُمْ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ الْغُرْمُ**) أي: بالسوية عند اتحاد نوعهم سواء رجعوا معًا أو مرتبًا، (**أَوْ بَعْضُهُمْ وَبَقِيَ نِصَابٌ**) أي: بأن رجع واحد من ثلاثة فيما نصابه اثنان أو واحد من خمسة في شهادة الزنا، (**فَلَا غُرْمَ**) أي: عليه على الأصح لبقاء من تقوم به الحجة فكان الراجع لم يشهد، وعضده في «الشامل» بنصه في **الْبُوَيْطِي** أنه لو شهد بالزنا ثم رجع واحد منهم لا شيء عليه.

قال: (**وَقِيلَ: يَغْرَمُ قِسْطَهُ**)؛ لأن الحكم وقع بشهادة الجميع وكل منهم قد فوت قسطًا يغرم ما فوت، واختاره **الـمُزَنِيّ** وأبو إسحاق، وحكي عن «فروع» ابن الحداد، ونسب **الرَّافِعِي** إليه اختيار الأول وفيه نظر فإن كلامه في الفروع يدل على أنه لا يرى تضمين شهود المال فلعله اختاره في موضع آخر، أو في التفريع على قول التغريم.

---

[1] في نسخة: (شُرَيْح).

....

تَنْبِيهَان:

أحدهما: قال في «الإبانة» و«النهاية»: إذا رجع من زاد على نصاب مثل أن يشهد ثلاثة بالمال فيرجع أحدهم فهل يغرم الراجع؟ على قولين، قال في رواية الْبُوَيْطِي: وهو اختيار الـمُزَنِيّ أنه يغرم.

والثاني: وهو المشهور وبه قال أبو حنيفة: لا يغرم، وذكر في «العمد» في الحدود نحوه وفي «تعليق الْبَغَوِي» المذهب أنه لا غرم على الثالث، وقال في رواية الْبُوَيْطِي: عليه ثلث الغرم وهو اختيار الـمُزَنِيّ بالخلاف قولان لا وجهان.

وقال الرَّافِعِي: فيه وجهان ويقال: قولان.

وقال الْبَغَوِي في «التعليق» في الحدود: إذا شهد خمسة أنفار على الزنا فرجم ثم رجع واحد منهم؛ فقولان: الصحيح: وهو المذهب ورواية الـمُزَنِيّ والربيع أنه لا شيء عليه؛ لأنه بقي من يثبت الحكم بشهادته، وقال في رواية الْبُوَيْطِي: واختاره الـمُزَنِيّ وبه قال بعض أصحابنا أنه يجب على الراجع خمس الدية، انتهى.

الثاني: قال الرَّافِعِي في «التهذيب»: ولا خلاف في أن القصاص لا يجب والحالة هذه؛ لكن قال الشيخ أبو محمد في «الفروق»: حكى لي من اعتمده عن الشيخ الْقَفَّال أنه إذا رجع واحد من شهود القتل، وقال: تعمدنا جميعًا فعليه القصاص، وإن ثبت من تقوم به الحجة؛ لأن الراجع اعترف على نفسه بالقتل والمال إنما يلزم لكون شهادته تفويتًا وإذا ثبت من تكفي شهادته للحكم لم يتحقق التفويت على شهادته.

قلت: قيل: حكى القاضي الحسين ذلك احتمالًا عن الْقَفَّال إلا أنه جزم به وحكى أيضًا عن ابن الحداد ولفظه في «الفروع» فيما رأيته: ولو شهد ثلاثة على قتل عمدٍ واختار الولي القود فقبل ثم رجع أحد الثلاثة، وقال شهدت بزور وعمدت القتل؛ فعليه القود إن شاء الولي، وإن اختار العقل فثلث الدية، وليس هذا كخمسة شهدوا على رجل بالزنا والإحصان فرجم بشهادتهم ثم رجع

وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَقِسْطٌ، وَإِنْ زَادَ فَقِسْطٌ مِنَ النِّصَابِ، وَقِيلَ مِنَ الْعَدَدِ، ....

عنها أحدهم؛ لم يلزم الراجع، قيل: ولا غرم؛ لأن الأربعة شهدوا بأنه مباح الدَّم وأما المسألة الأولى فإن الشاهدين وإن بنيا على الشهادة عليه بالقتل فإنما كان القتل لولي الدَّم؛ فابن الحداد فصل وفرق ولم يعمم، وذكر الْفُورَانِي في «العمد» في الحدود نحو ذلك.

ثم رأيت في «شرح الفروع» للقفال بخط الإمام أبي بكر الشاشي قال: بعد ذكره كلام ابن الحداد وفرقه: ألا ترى لو أن رجلًا قتل رجلًا عمدًا فشهد أربعة أن المقتول زنى قبل قتل القاتل وهو محصن أنه لا عقل ولا قود على قاتله [ولو أنه قتل رجلًا عمدًا ثم شهد شاهدان أن المقتول هذا كان قد قتل زيدًا عمدًا أن القود على قاتله] وفرق بين هاتين الصورتين.

ثم قال: قال الشاشي: في خمسة شهدوا بالزنا والإحصان على رجل فرجع أحد الخمسة وقال: عمدت الزور فعليه القود أو خمس الدية.

وقال الشَّافِعِي: ما قلناه فيما تقدم أنه لا شيء على الراجع ما بقي أربعة يشهدون على الزنا، انتهى لفظه، وفيه اضطراب، وينبغي أن يحرر النقل من «شرح الفروع» لأبي علي السنجي وللقاضي أبي الطيب.

قال: (**وَإِنْ نَقَصَ النِّصَابُ وَلَمْ يَزِدْ الشُّهُودُ عَلَيْهِ فَقِسْطٌ**) أي: بأن حكم بقتل أو عتق أو مال بشاهدين ثم رجع أحدهما فعليه نصف الغرم، ولو رجم في الزنا بشهادة أربعة ثم رجع بعضهم فعليه قسطه من الدية.

قال: (**وَإِنْ زَادَ**) أي: عدد الشهود على النصاب ولم يثبت من العدد المعتبر إلا بعضهم كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثنان.

قال: (**فَقِسْطٌ مِنَ النِّصَابِ، وَقِيلَ: مِنَ الْعَدَدِ**) هذا الخلاف مبني على الخلاف السابق في الحالة الأولى إن قلنا: لا غرم على الراجع هناك وزع على الغرم هنا على العدد المعتبر وخصه من نقص عن العدد المعتبر توزع على من رجع بالسوية، ففي صورة الثلاثة يكون نصف الغرم على الراجعين لبقاء نصف

وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ ....

الحجة، وفي صورة الخمسة عليهما ربع الغرم لبقاء ثلاثة أرباع الحجة، وإن غرمنا من رجع هناك فعلى الراجعين من الثلاثة ثلثا الغرم، ومن الخمسة خمساه نظرًا إلى العدد؛ ولهذا قال الشيخ: وقيل: من العدد لا يخفى بعد هذا تفريع كل واحد من الوجهين عند كثرة الشهود وقلة عدد الراجعين وكثرتهم.

قال الرَّافِعِي: رجح الْبَغَوِي وغيره من هذين الوجهين وجوب النصف على الراجعين من الثلاثة وفاء برجحان الأصل المبني عليه وهو أنه لا غرم هناك.

وفي «الشامل»: أن الأصح وجوب الثلثين عليهما؛ لأن البينة إذا نقص عددها زاد حكمها وصار الضمان متعلقًا بالإتلاف وقد استووا فيه، انتهى.

قلت: وزاد في «الشامل» فقال: إن الأول خلاف نص الشَّافِعِي في «الْبُوَيْطِي» [قال: إذا شهد ستة بالزنا فرجع ثلاثة وجب عليهم نصف الدية أنه الظاهر من منصوص الْبُوَيْطِي عن الشَّافِعِي، وحكى هؤلاء وغيرهم عن نصه في «الْبُوَيْطِي»] أنه لو رجع من الستة اثنان أنه لا شيء عليهما، وكذا رأيته في «الْبُوَيْطِي»، ونقل الْفُورَانِي في كتابيه عن نصه في «الْبُوَيْطِي» أن عليهما ثلث الدية، وتبعه الإمام والغزالي وغيرهما.

تَنْبِيهٌ: سبق أن الرَّافِعِي قال فيما إذا ثبت العدد المعتبر فوجهان، ويقال: قولان، ثم بني الخلاف في صورة الكتاب على ذلك، ولم يصرح أنه قولان ولا وجهان. وقال في «المحرر»: على ما رأيته في عدة نسخ، وحكي عنه أيضًا، وإذا اختل بعض العدد المعتبر دون الجميع في أصح القولين مع قوله قبيله، فإن ثبت العدد المعتبر على الشهادة، فلا غرم على الراجعين في أصح الوجهين، وهو وغيره ينكرون بناء القولين على الوجهين، فالظاهر أن الخلاف في الصورتين قولان، فقد بينا أنه في الأولين قولان لا كما قاله - ﷺ -.

قال: (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ فَعَلَيْهِ نِصْفٌ وَهُمَا نِصْفٌ) ما قدمه، وقدمناه فيما إذا تمحض الشهود ذكورًا، أوتمحض الإناث فيما يثبت بهن منفردات، أما إذا انقسموا إلى ذكور وإناث، فإن لم يزيدوا على النصاب

أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ. وَإِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ كَرَضَاعٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ فَالْأَصَحُّ لَا غُرْمَ، ....

كرجل وامرأتين في رضاع ونحوه، أو مال، ثم رجعوا لهم فنصف الغرم على الرجل، ونصفه عليهما بالسوية.

قال: (**أَوْ وَأَرْبَعٌ فِي رَضَاعٍ فَعَلَيْهِ ثُلُثٌ وَهُنَّ ثُلُثَانِ، فَإِنْ رَجَعَ هُوَ أَوْ ثِنْتَانِ فَلَا غُرْمَ فِي الْأَصَحِّ**) كل ما يثبت بشهادة النساء المتمحضات، كالرضاع إذا شهد به أربع نسوة مع رجل، ثم رجعوا جميعًا فعليه ثلث الغرم؛ لأنه بمنزلة امرأتين، وعلين ثلثاه، وقيل: على الرجل النصف حكاه القاضي الحسين، والْبَغَوِي، وإبراهيم المروزي في «تعاليقهم» وإن رجع الرجل وحده، أو رجع امرأتان فقط، فلا غرم عليه ولا عليهما على أصح الوجهين؛ لبقاء الحجة، والثاني عليه أو عليهما ثلث الغرم، وعلى الوجه الآخر المذكور في «التعاليق» بنصف الغرم صرح به الْبَغَوِي والمروزي، وقياس الأوجه لا يخفى على الفقيه عند زيادة عدد النساء، أو بالعكس.

قال: (**وَإِنْ شَهِدَ هُوَ وَأَرْبَعٌ بِمَالٍ فَقِيلَ: كَرَضَاعٍ، وَالْأَصَحُّ: هُوَ نِصْفٌ وَهُنَّ نِصْفٌ، سَوَاءٌ رَجَعْنَ مَعَهُ أَوْ وَحْدَهُنَّ، وَإِنْ رَجَعَ ثِنْتَانِ؛ فَالْأَصَحُّ لَا غُرْمَ**) له ما لا يثبت بشهادة النساء بانفرادهن، كالأموال إذا أوجبنا الغرم فيه بالرجوع، فشهد رجل وأربع نسوة ورجعوا فوجهان:

أحدهما: عليه ثلث الغرم، وعليهن ثلثاه كما في الرضاع، وهذا ما يحكى عن مالك وأبي حنيفة وأبي إسحاق وابن القاص، وبه أجاب كثير من العراقيين، ونقله المَاوَرْدِي في الحدود عن الشيخ أبي حامد والبغداديين، وبه أجاب الْبَنْدَنِيجِي وابن الصباغ. وقال القاضي أبو الطيب: لا يختلف المذهب فيه، وأقواهما في «المحرر» زاد في «الشرح الكبير» من حيث المعنى، ويروى عن ابن سُرَيْج، واختيار الْقَفَّال، والشيخ أبي علي والإمام والغزالي والْبَغَوِي، والجواب في «الوجيز»، والأظهر في «الشرح الصغير»، والأصح في «الرَّوْضَة» وظاهر المذهب في «تعليق» القاضي الحسين أن نصف الغرم عليه، ونصفه

وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ لَا يَغْرَمُونَ شَيْئًا].

عليهن بخلاف الرضاع؛ لأن المال لا يثبت بشهادتهن بانفرادهن، وإن كثرن فنصف الحجة تقوم بالرجل معهن مهما كن، فعلى هذا لو رجعن فقط فعليهن نصف الغرم، ولو رجع ثنتان فلا شيء عليهما على الأصح؛ لبقاء الحجة، وعلى ما اختاره المُزَنِيّ وأبو إسحاق عليهم ربع الغرم، وقد أكثر الأئمة التفريع على الوجهين، وذكروا صورًا كثيرة لا معنى للإطالة بذكرها.

قال: (**وَأَنَّ شُهُودَ إِحْصَانٍ أَوْ صِفَةٍ مَعَ شُهُودِ تَعْلِيقِ طَلَاقٍ أَوْ عِتْقٍ لَا يَغْرَمُونَ شَيْئًا**) أي: برجوعهم، أما شهود الإحصان؛ فلأنهم لم يشهدوا بموجب عقوبة، وإنما وصفوه بصفة كمال، وأما شهود الصفة مع شهود تعليق الطلاق أو العتق؛ فلأنهم لم يشهدوا بطلاق ولا عتق وإنما أثبتوا صفة، والثاني: يغرمون؛ لأن الرجم يتوقف على ثبوت الزنا، والإحصان جميعًا فالقتل لم يستوف إلا بهم، وكذلك الطلاق، والعتق وقع بقولهم، ونقل جماعة هذا الخلاف قولين، ومنهم الإمام والروياني.

وقيل: إن شهدوا بالإحصان قبل الشهادة بالزنا فلا غرم؛ لأنهم أثبتوا صفة كمال لا غير، وإن شهدوا بعدها غرموا؛ لأن الرجم لم يستوف إلا بهم، فإن غرمناهم فقالوا: تعمدنا، لزمهم القصاص كشهود الزنا، ويتعين هنا أن يكونوا ممن يعلم أنه يقتل بشهادتهم؛ لأنه مما يخفى على أكثر الناس، وفي كيفية توزيع الغرم عليهم وعلى شهود الزنا وجهان، أصحهما: اعتبار النصابين فعلى شهود الإحصان ثلث الغرم وعلى الآخرين الثلثان.

والثاني: يوزع نصفين اعتبارًا بالجنسين كالقاضي مع الشهود، وإذا غرمنا شهود الصفة غرموا النصف قطعًا، قاله في «الرَّوْضَة» وتفريع مسائل الرجوع كثيرة جدًّا، ولكنه رمز الإصرار لا الرجوع فلا يطيل بذكرها.

[خاتمة الباب]

ونختم الباب بفوائد ختم الله لنا بالحسنى:

منها: إنما يجب القود على الشهود إذا رجعوا، إذا خرجت منها شهادتهم

....

مباشرة القتل، عن كونه عدوانًا، أما لو اعترف الولي بعلمه بكذبهم فلا قصاص عليهم. [قال: في الوسيط] لأنهم لم يلحقوه حسًا ولا شرعًا، فصار قولهم شرطًا محضًا كالإمساك وقضية التشبيه أن يجيء في تضمينهم الخلاف السالف في الممسك، ولم أره لأحد.

ومنها: لو تيقنا كذب الشهود بأن رأينا المشهود بقتله حيًا، قال الرَّافِعِي في الجنايات: فلا يظهر وجوب القصاص عليهم؛ لجواز أنهم لم يتعمدوا، أي: بل اشتبه عليهم وإنما يناط القصاص برجوعهم.

قلت: وهذا ظاهر عند جواز الاشتباه ولو على بعد، أما مع عدمه بالكلية فلا، ورأيت في «أدب القضاء» للديلمي أنهما لو شهدا أنه قتل زيدًا فاقتص منه، ثم بان أن المشهود بقتله كان حيًا قدم من سفره، فلا قود على الشهود ولا دية إذا كان المقتص وليًا قد ادعى أنه مقتول؛ لأن الشهود لم يضطروه إلى قتله بل كان له تركه وعفوه ثم ينظر فإن قال: الولي تعمدت إلى ذلك فعليه القود.

وإن قال: غلطت أو أخطأت فلا قود، وعلى عاقلته الدية مخففة إذا جعلناه خطأ، ولا شيء على الشهود، ولأن ذلك يشتبه ويخفى، ولو كان المقتص هو الحاكم؛ لأنه لم يكن له ولي فإن الغرم على الشهود؛ لأنهم اضطروا الحاكم إلى ذلك؛ لأنه لا يجوز له ترك ذلك فإن قال الشهود: عمدنا، اقتص منهم، وإن قالوا أخطأنا، فالدية عليهم، انتهى.

وأطلق شُرَيْح الرُّويَانِي أنهما لو شهدا عليه بقتل؛ فقتل بشهادتهما ثم رجع المشهود بقتله حيًا فإنهما يغرمان، فإن كانا شهدا على إقراره بالقتل ثم المشهود بقتله حيًا، لم يغرما؛ لاحتمال أنهما سمعا إقراره.

ومنها: حكى الرَّافِعِي قبيل كتاب الديات عن «فتاوى» الْبَغَوِي أنه لو أشكلت الحادثة على الحاكم، وكان متوقفًا فروى إنسان خبرًا عن النبي ﷺ فقتل الحاكم به رجلًا ثم رجع الراوي، وقال كذبت وتعمدت، ينبغي أن يجب القصاص، كالشاهد إذا رجع والذي ذكره الإمام والقفال في «الفتاوى» أنه لا

……………………………………………………………………

يتعلق به القصاص بخلاف الشهادة والرجوع عنها فإنها تتعلق بالواقعة والخبر لا يتعلق بها خاصة، انتهى.

ويجب أن يكون موضع كلام الْبَغَوِي ما إذا أعطى القاضي الاجتهاد حقه، وكان من أهله، وإلا بالضمان عليه، وليس على الراوي إلا التعزير قطعًا.

ومنها: قال الديلمي: لو شهدا على وكالة رجل في الخصومة، أو على وصيته بعد وفاته، فحكم الحاكم بتثبيت الوكالة والوصية، ثم رجعا عن الشهادة. قال أبو العباس ابن سُرَيْج: لم ينقض الحاكم الوكالة والوصية.

وفي «فتاوى الْقَفَّال»: أنهما لو شهدا بأن الثوب الذي بيد فلان لفلان، وقضى به له، ثم وهبه فلان من المشهود عليه، ثم رجعا فلا غرم؛ لأنا بينا أن هبته لم تصح، وقد ذكرنا كلامه من قبل برمته، وقوله: إنا بينا هبته لم تصح غير واضح، بجواز كذبهما في الرجوع، ولا سيما إذا صرحا بأنهما كذبا أولًا، لا أنهما غلطا.

ومنها: في «فتاوى» الْقَفَّال: شهدا أنه أعتق هذا في مرض موته، وكانت قيمته تبلغ ثلث ماله، ثم رجعا، وغرما القيمة، ثم شهد آخران أنه أعتق غيره، وقيمته كذلك. قال الْقَفَّال: يبنى على ما إذا لم يجز رجوع، وفي المسألة وجهان:

أحدهما: يقرع بين العبدين.

والثاني: يعتق من كل واحد منهما نصفه، فإن قلنا: يقرع، فكذلك هاهنا، فإن خرجت للثاني عتق ورق الأول وترد الغرامة على الشاهدين، وإن خرجت للأول رق الثاني ولا ترد الغرامة، قال: ولو أن الشهود شهدوا وأقرعنا فخرجت القرعة لواحد، فعتق، ثم رجعوا غرموا، وإن قلنا: يعتق من كل نصفه رد على الشاهدين نصف الغرامة، هكذا رأيته في «الفتاوى» وكان المراد، ثم رجع الأولان لا الجميع.

ومنها: في «فتاوى» القاضي الحسين: ولو شهدا عليه بشيء فأقام بينة على أنهما رجعا عن الشهادة، فإن كان بعد القضاء لا يسمع ولا ينقض، وإن كان

....

قبل القضاء قيل ولا يحكم بشهادتهما، وإن أصرا عليها كما لو أقام البينة على فسقهما يمتنع القضاء.

قلت: وينبغي سماعها بعد القضاء؛ لغرض تغريم الشهود الراجعين لا ردها مطلقًا كما أفهمه إطلاقه.

خاتمة: من «روضة الحكام» للقاضي شُرَيْح الرُّويَاني ضمنها فوائد:

إذا قال: رجعت عن شهادتي لم يحكم بها، ولو قال: أبطلت شهادتي أو فسختها أو رددتها فهل يكون رجوعًا؟ فيه وجهان، ولو قال: شهادتي باطلة، كان رجوعًا، ولو قال: للحاكم: توقف فيها أو أنا واقف فيها؛ لم يحكم بها، ولكن لا يبطل بهذا القدر، ولو قال: بعدما شهد: حصل لي الشك والتهمة فيما شهدت، أو أنا أشك لم يحكم بتلك الشهادة ما لم يعدها، ولو قال الشاهد: لا يحكم بشهادتي، لم يحكم بها للريبة، ولو شهد ثم ارتاب ريبة بما يوجب الرجوع وجب عليه أن يعرف الحاكم شفاهًا، أو على وجه يعرف به الحاكم رجوعه، فلو قيل للحاكم: إنه قد رجع عن شهادته، فإن غلب على ظنه فصدق المخبر توقف عن الحكم في أحد الجوابين، وقام غالب الظن مقام العلم، وإن لم يحصل له بما قبل غلبة الظن، لم يلزمه التوقف ولو كان شاهدًا في شيء فوقع للحاكم علم بما يوجب التوقف عما عنده من الشهادة، لزمه الامتناع ولو شهد عند الشاهد عدلان بما يوجب التوقف عما عنده من الشهادة، لزمه التوقف عن أدائها، ولو شهد عند الشاهد شاهد واحد وحلف معه من كانت الشهادة عليه؛ فهل يلزمه التوقف عنها لأجل ذلك؟ فيه وجهان، وأما بمجرد شاهد واحد فلا يلزمه ترك أداء الشهادة، وقد قيل إذا غلب على ظنه صدق ما يقوله هذا الواحد فله الامتناع من الأداء؛ لأن غالب ظنه في مثله كلام، انتهى ذكره في باب ما يكون رجوعًا عن الشهادة ويشبه أن يرجح الوجه الثاني كما لو أخبره عدلان، وقد يطمئن إلى قول واحد أكثر مما يطمئن إلى قول اثنين.

والمراد بالشهادة عنده إخباره وإطلاعه على ما يوجب له غلبة الظن بصحة

……

ما ذكراه لا الإتيان بصيغة الشهادة، والله أعلم.

وذكر في باب ما يثبت به تغريم الشهود، وما لا يثبت أنهما لو شهدا لامرأة على رجل أنه تزوجها ثم ظهر أنه أخوها لم يضمنا؛ لأنهما شهدا على العقد ولم يعلما الغيب، وكذا لو شهدا على بيع عبد ثم استحق أن يخلع، ثم ظهر أنه طلقها قبل ذلك ثلاثًا، أو شهدا أنه كان أقر أنه كذا في وقت كذا، ثم قامت بينة أن القرض أبرأه؛ لم يضمنا وإنما يغرم القابض؛ لأنهما شهدا على إقرار ظاهر، ولو شهدا أن لفلان على فلان ألفًا عن قرض، ثم قامت بينة على الإبراء ضمنا؛ لأنه ظهر كذبهما.

قلت: وهذا كلام مظلم، ولعله بخلل في النسخة، وسياق كلامه يفهم عدم الخلل، وأنه يفرق بين أن يشهدا بإقراره، أو بالفعل ولم يتضح لي.

واعلم أن الشيخ ﷀ أهمل بابًا عظيمًا من أبواب الشهادات وهو اختلاف الشهادات، وما تلفق منها [وما لا، وهو من المهمات] وربما يعقد فيه فصلًا في الدعاوى والبينات - إن شاء الله تعالى وبه التوفيق ـ وأسأله الإعانة إنه قريب مجيب، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا .

فهرس المحتويات

كِتَابُ الْقَضَاءِ ٣

باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ ٣٠٣

بَابُ الْقِسْمَةِ ٤٠٦

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ ٤٨٨

قوت المحتاج

في

شرح المنهاج

للشيخ شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمدان الأذرعي
المتوفى سنة ٧٨٣هـ

تحقيق

عيد محمد عبد الحميد

الجزء الثاني عشر

الدعوى والبينات - العتق - التدبير -
الكتابة - أمهات الأولاد

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب : قوت المحتاج في شرح المنهاج

Title : QŪT AL-MUHTĀJ FĪ ŠARH AL-MINHĀJ

التصنيف فقه شافعي

Classification: Shafeit Jurisprudence

المؤلف: الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمدان الأذرعي (ت 783 هـ)

Author : Shihab Addin Abou Al-Abbas Ahmad Bin Hamdan Al-Athro'i (D. 783 H.)

المحقق : عيد محمد عبد الحميد

Editor : Eid Mohammed Abdelhameed

الناشر دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (12 volumes)	7280	(12 مجلداً) **عدد الصفحات**
Size	17x24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2015 A.D - 1437H.	**سنة الطباعة**
Printed in : Lebanon		**بلد الطباعة** لبنان
Edition : 1st		**الطبعة** : الأولى

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement reserves à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute representation, edition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procedes, en tous pays, faite sans autorisation prealable signee par l'editeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تحميله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax. +961 5 804813
P.o Box 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢+
فاكس: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-8025-4
ISBN-10: 2-7451-8025-8

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ

قال الشارح: الدعوى والدعوة في المعنى سواء غير أن الدعوة تستعمل في الأنساب، والدعوى في غيرها، وسميت دعوى؛ لأن المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحاكم ليخرج من دعواه.

وقيل: الدعوى لغة: الاسم من الادعاء، وقيل: من التمني، وعليه اقتصر البغوي والهروي وغيرهما ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يٓس: ٥٧] أي: يتمنون.

قال الهروي: هذا قول المفسرين، وليس هو كذلك في اللغة، المدعي لغة: من ادَّعى لنفسه شيئًا، سواء كان في يده أم لا، وسواء كانت دعواه توافق الظاهر أو تخالفه، والمدعى عليه: من ادَّعى عليه شيئًا وهما في الشرع ما سيأتي، وجمع الدعوى: دعاوى بفتح الواو وكسرها، وبصيغة الجمع ترجم «المحرر» والبينات: جمع بينة، وسمى الشهود بينة؛ لأن بهم يتبين الحق.

قال في «الكافي»: الأصل في سماع الدعوى وإقامة البينة الكتاب والسنة والإجماع المنعقد.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ﴾ [النور: ٤٨].

وأما السنة: مما سيأتي، والإجماع منعقد على سماع الدعوى والبينة، وبالناس حاجة إلى ذلك.

وقال الشيخ الصالح إبراهيم المروزي في «تعليقه»: والأصل في الدعاوى

ما رواه الشافعي عن مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» قال الشافعي: فأحسبه ولا أثبته، قال: «وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»(١) وهذا حديث رواه عن ابن جريج جماعة، وقد رواه عبد الوهاب بن عطاء عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»(٢) وهذا حديث رواه ابن جريج.

ومن ذلك الوجه أخرجه مسلم في «الصحيح» وبمعناه رواه عبد الله ابن داود عن ابن جريج، ومن ذلك الوجه أخرجه البخاري في «الصحيح» رواه عبد الله بن إدريس عن ابن جريج، وعثمان ابن الأسود عن ابن أبي ملكية عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال فيه: «وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

وروى الهروي عن النوري عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(٣) وهو غريب، انتهى لفظه.

ووهم ابن الرفعة في «الكفاية» فعزى هذه الرواية إلى «صحيح» مسلم وذكرها البيهقي، وفي الترمذي نحوها بإسنادٍ ضعيف، وأمَّا التي قبلها وهي: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» رواها البيهقي.

قال ابن الصلاح: بإسناد حسن، وبها افتتح «المحرر» وغيره الباب، ذكروا حديث الخضر في «الصحيح» وقوله ﷺ «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ».

---

(١) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢، رقم ٢٠٩٩٢) والشافعي (١/ ١٩١).
حديث عمر: أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٨) مرفوعًا.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٣٤٢، رقم ٣١٨٨)، والبخاري (٤/ ١٦٥٦، رقم ٤٢٧٧)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦، رقم ١٧١١)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٨، رقم ٢٣٢١).

(٣) أخرجه البيهقي (٨/ ١٢٣، رقم ١٦٢٢٢)، وابن عساكر (٧/ ٢٦) والدارقطني (٣/ ١١١) قال المناوي (٣/ ٢٢٥): فيه مسلم الزنجي قال في الميزان عن البخاري: منكر الحديث، وضعفه أبو حاتم، وقال أبو داود: لا يحتج به ثم أورد له أخبارًا هذا منها، ورواه الدارقطني باللفظ من طريقين وفيهما الزنجي المذكور، وقال ابن حجر في تخريج المختصر: خرجه أيضًا البيهقي وعبد الرزاق وهو حديث غريب معلول.

قال المصنف: **تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ.**
وَإِنْ اسْتَحَقَّ عَيْنًا فَلَهُ أَخْذُهَا إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً ....

قال: (**تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ**) أي: لآدمي.

(**كَقِصَاصٍ وَقَذْفٍ**) وعبارة «المحرر»: لا بد من المرافعة إلى القاضي إذا كان المستحق عقوبة كالقصاص وحد القذف، وهي أجود من قول «المنهاج»: يشترط، فإنه يقتضي أنها لا تصح عند المحكم، وإن رضا بحكمه، وليس كذلك، وقدمنا كلامًا في وجوب الأداء، وليس مراد المصنف بيان من تصح منه استيفاء، وقاله والحكم بها وليس له الاستبراء باستيفائها، فإن استيفاء العقوبات ليس من وظائف الآحاد؛ لعظم خطرها، والاحتياط في إثباتها أولًا واستيفائها على ما تقتضيه السياسة من زجر الناس ثانيًا.

وأصل هذا قول الغزالي وإمامه: إن من استحق عقوبة ليس له الاستيفاء إلا بالرفع إلى القاضي؛ فإن الأمر فيه خطر، وجاءنا عن الماوردي جواز استيفاء حد القذف عند الضرورة، وكذلك القود من غير مراجعة كما بيناه في الجنايات والحدود.

قال: (**وَإِنْ اسْتَحَقَّ عَيْنًا**) أي: ليس لذي اليد حبسها عنه.

(**فَلَهُ أَخْذُهَا**) أي: مستقلًا به.

(**إِنْ لَمْ يَخَفْ فِتْنَةً**) أي: فإن خافها لم يجز، وفي معنى الفتنة خوف الضرر على نفسه، ثم **الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْكَلَامَ إِنَّمَا هُوَ فِي ذِي الْيَدِ الْعَادِيَةِ وَمَنْ فِي حُكْمِهَا أَمَّا لَوْ كَانَتْ بِيَدِ أَمِينٍ بَاذِلٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا عِلْمِهِ وَلَا دُخُولَ مَنْزِلِهِ لِأَجْلِهَا وَإِنْ لَمْ يَخَفْ ضَرَرًا بَلْ سَبِيلُهُ الطَّلَبُ، وَكَذَلِكَ الْمَبِيعُ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا أَوْ مَقْبُوضًا وَالْبَائِعُ بَاذِلٌ لَهُ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْأَذَى وَالْإِرْعَابِ بِظَنِّ الذَّهَابِ أَلَا تَرَاهُمْ بَوَّبُوا بَابَ أَخْذِ الْحَقِّ مِمَّنْ يَمْنَعُهُ.**

وعبارة «البسيط»: فمن اغتصب عينًا من الباب وقدر المالك على الانتزاع من يده خفية أو جهرًا بحيث لا يحرك ذلك فتنة، ولا يقيم سجانًا فليفعل، فأشار إلى أن التصوير فيما منع منه تعديًا، ومثل بالغصب.

وَإِلَّا وَجَبَ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ، أَوْ دَيْنًا عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ طَالَبَهُ بِهِ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ.

وأما قول الفوراني في «العمد»: من كان له عين مال في يد غيره واستحق ردها عليه كان له أخذها بغير إذنه، كيف ما كان ففيه يسمح.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن خاف تحريك الفتنة كما بينا.

(**وَجَبَ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ**) أي: ومن معناه كالمنصوب للمظالم من جهة الإمام والمحتسب والوزير إذا تضمنت ولإمامهم ذلك.

فَرْعٌ: عبارة الرافعي في كتبه الثلاثة: فإن قدر على استردادها من غير تحريك الفتنة استقل وإلا فلا بد من الرفع، وتبعه في «الروضة» وهي أحسن من عبارة «المنهاج» ويجوز أن يقال: إن غلب على ظنه السلامة والستر جاز، أو حصول فتنة أو ضرر بين فلان، وإن استوى الاحتمالان ففيه نظر، والأشبه إحجامه، وقول «المنهاج»: وجب ليس المراد منه التكليف الذي يأثم بتركه، بل أنه لا يجوز له الإقدام حينئذ، فإما أن يرفع الأمر إلى ولي الأمر أو يحجم، ولا يقتحم المعاطب.

وقوله: وإن استحق عينًا، قد يشمل المالك، والمستأجر، والموصى له بالمنفعة، والموقوف عليه، وفيه نظر، فإن الاستقلال بالأخذ للمالك فقط مما يتبادر من كلام الغزالي والرافعي، فيحمل كلام «المنهاج» عليه؛ لأن مستحق العين حقيقة هو المالك، وأمَّا غيره فيستحق المنفعة؛ لأن العين نفسها، وبعد تخريج ذلك على الخلاف الآتي المذكور في أن الخصم في العين هو المالك لا غير فتأمل ذلك، والأشبه أن مستحق المنفعة لا سيما المؤبدة في ما نحن فيه كالمالك، والله أعلم.

قال: (**أَوْ دَيْنًا**) أي: حالًا.

(**عَلَى غَيْرِ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ**) أي: مع تيسير.

(**طَالَبَهُ بِهِ**) أي: إن كان حاضرًا.

(**وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ شَيْءٍ لَهُ**) لأن الخيار في تعيين ما يدفعه إليه لا إلى

فَصْلٌ

أَوْ عَلَى مُنْكِرٍ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ ....

المستحق، فإن خالف وأخذ شيئًا من ماله لزمه رده، فإن تلف عنده ضمنه، فإن اتفقا جاء خلاف التقاص، أمَّا لو كان المقر الباذل للحق معذورًا بعينه أو غيرها فهل يكون كالجاحد أو كالمماطل؟ أو يفرق بين أن يمكنه الاستيفاء بالحكم ببينة يقيمها؟ لم أر فيه تصريحًا، وربما يأتي ما يخرج منه حكمه.

فَصْلٌ

لو كان الدين بدل قرض أو بدل لقطة يملكها الملتقط بشرطه، أو ثمن سعلة أفلس به، أو أثبتنا الرجوع للمقرض دون اللقطة، وصاحب السلعة والعين باقية والمدين يمتنع من بذلها، ويسمح باطنًا ببذلها فهل له أخذها بطريق الظفر وكالمغصوبة؛ لأنه يستحقها بعينها لولا قدرته على أخذ دية وهو البذل، والثمن هذا محتمل جدًّا؟ ولم أر فيه شيئًا، والأشبه أن له الأخذ جهرًا.

قال: (**أَوْ عَلَى مُنْكِرٍ**) أي: مطلقًا أو جهرًا فقط، كما قاله الجرجاني.

(**وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ**) أي: عند ظفره به لعجزه عمن أخذه إلا كذلك، ولا يجوز له أخذ غير الجنس مع القدرة على الظفر بالجنس على الصحيح، وقيل: يجوز، ذكره البغوي وغيره، وقد يؤيده إطلاق حديث هند، وهو أصل الباب: «**خُذِي مَا يَكْفِيك وَوَلَدِك بِالمَعْرُوفِ**»(١).

ويقرب أن يقال: إن قدر على الجنس إلى ركوب خطر أو مشقة لشدة إحرازه، ويمكنه الأخذ في الحال من غيره بسهولة جاز، وأما مع استواء الأحوال فلا معنى المعدول عن الجنس أهلًا، ثم موضع الجزم على الصحيح، والمشهور في الأخذ من الجنس لا من غيره ما إذا كان يعلم منه أنه لو حلَّفه يحلف، أمَّا لو كان يرجو إقراره لو أحضره القاضي وعرضت اليمين عليه وجب إحضاره، ولم يجز له الأخذ.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

إذا قلنا: إنه لو كان معسرًا مماطلًا لم يأخذ كما سيأتي، وأطلق ابن الرفعة في صورة الكتاب النقل عن القفال أنه لا يجوز له الأخذ، بل يقتصر على التحليف، وهو غريب.

قال الأصحاب: وفي حكم المنكر ما لو كانت له بينة، وعجز عن الأخذ بها لقوة سلطان الغريم.

فَرْعٌ: هل اختلاف النوع كاختلاف الجنس حتى لا يجوز له العدول عن نزع حقه المساوي له في الصفة إلى نوع آخر، الظاهر: المنع، ولا شك فيه إذا كان أشرف من نوع حقه، أمَّا لو كان دونه أو مساوٍ له في العرض والقيمة ففيه احتمال، والظاهر المنع، ولو وجد نوع حقه الذي منعناه أخذه عند وجود نوع يجب له مثله لا غير، فهل يجوز له العدول إلى جنس آخر كما لو لم يجد جنس حقه أصلًا فيه؟ نظر! والظاهر نعم؛ لأنه كجنس آخر؛ إذ العرض أنه ليس له تملكه وإن كان من جنس حقه وسيأتي ما قيل في ذلك.

قال: (**وَكَذَا غَيْرُ جِنْسِهِ إِنْ فَقَدَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) إن الذي أورده عامة الأصحاب لما في «الصحيحين» عن عائشة قالت: «**جاءت هند بنت عتبة فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ مِسِّيكٌ، فَهَلْ عَلَيَّ حَرَجٌ أَنْ أُطْعِمَ مِنَ الَّذِي لَهُ عِيَالَنَا فَقَال: «لَا حَرَجَ عَلَيْكِ أَنْ تُطْعِمِيهِمْ بِالمَعْرُوفِ**»(١).

وفي لفظ: «**إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَال: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»(٢).

فجوَّز لها الأخذ من غير فرق بين الجنس وغيره، والطريق الثاني فيه قولان، وعلى إيرادها اقتصر الفوراني والإمام والغزالي: أصحهما: الجواز، وثانيهما: المنع؛ لأنه لا يتمكن من تملكه، وليس له أن يبيع مال غيره لنفسه، فعلى هذا لو كان دراهم مكسرة وظفر بدراهم صحاح فهل له أخذها؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٠).

(٢) تقدم تخريجه.

أَوْ عَلَى مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَٰلِكَ. وَقِيلَ يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ، ....

واعلم أنه في «الشرحين» اقتصر على إيراد قولين كالإمام وغيره، ولكنه في «الكبير» نسب الجواز إلى عامة الأصحاب، وكذلك صرَّح في «الروضة» بنقل طريقين كما أفهمه عبارة «المنهاج» والخلاف يجيء في «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره من كتب العراقيين أيضًا.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة هنا: محل القول يمنع أحد غير الجنس إذا كان الغريم مصدقًا بملكه له، أمَّا لو كان منكرًا كونه ملك له جاز أخذه وجهًا واحدًا، صرَّح به الإمام في كتاب الوكالة، وقال: إنه مقطوع به، فليفهم الناظر ذلك وقد حكيت الخلاف فيه عن الأصحاب هناك أيضًا.

قلت: والذي ذكره الإمام وغيره هناك إنما هو مما إذا ادَّعى الوكيل أنه أمره بشراء أمة بمائتين، فقال الموكل: إنما أمرتك الشراء بمائة، فهناك رأى الإمام الجزم بأن له الأخذ والبيع بنفسه ليسترد ما غرمه، وقال غيره: فيه الخلاف المذكور هنا، والأصح وفاقًا هناك أن له أخذها وبيعها بنفسه؛ لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع؛ ولأن المظفور بماله في غير هذه الصورة يدعي المال نفسه، وهنا بخلافه، وحينئذ لا يحسن إطلاق القول هنا بالجواز من غير بيان أنه في صورة خاصة.

قال: (**أَوْ عَلَى مُقِرٍّ مُمْتَنِعٍ، أَوْ مُنْكِرٍ وَلَهُ بَيِّنَةٌ فَكَذَٰلِكَ، وَقِيلَ: يَجِبُ الرَّفْعُ إِلَى قَاضٍ**) ما تقدم فيما إذا لَم يمكن تحصيل الحق بالقاضي، أمَّا إذا أمكن تحصيله به بأن كان مقرًا لكنه يمتنع من الأداء أو كان منكرًا في الظاهر، وللمستحق بينة، فهل يستقل بالأخذ أم لا؟ فيه وجهان:

أصحهما على ما ذكره القاضيان أبو الطيب والروياني، ويحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة أن له ذلك لقصة هند فإنه ﷺ لم يأمرها بالمرافعة؛ ولأن في المرافعة مؤنة ومشقة وتضييع زمان، وربما جرح الشهود.

والثاني: المنع، وبه أجاب الإمام والغزالي في «بسيطه».

وقال في «الذخائر»: ولم يحك الخراسانيون سواه، وادَّعى الغزالي بأنه

……

محل وفاق كما لو أمكنه تحصيل الحق بالمطالبة والتقاضي، وعلى هذا لو كان المستحق يرجو إقراره لو أحضره عند القاضي وعرض عليه اليمين وجب إحضاره، ووجه القاضي أبو الطيب المنع بأن البينة حجة ممكنة أخذ الحق بها، وكانت بمنزلة إقراره بالدين وهو مماطل، وقضيته أن المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف؛ وبذلك صرَّح الإمام والغزالي.

قال ابن الرفعة: وفي «الحاوي» والرافعي التسوية بين المقر المماطل والمنكر الذي عليه البينة في إجراء الخلاف في جواز الأخذ، لكن الماوردي خص الخلاف فيهما بما إذا كان المأخوذ من غير الجنس، وقال فيما إذا كان من الجنس أنه يجوز وجهٌ واحدٌ؛ لأن إخراجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم.

وكلام «التنبيه» يقتضي إجراء الخلاف في الحالين، انتهى.

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين أن تكون البينة حاضرة يتيسر الثبوت بها أو غائبة يتأخر الأمر إلى حضورها، وللفرق وجه بيّن لا سيما عند طول الغيبة وبعد المسافة، وإنه لا فرق بين البينة البارزة العدالة وبين المحتاجة إلى النظر فيها والتزكية، ولننظر فيما لو كان له شاهد واحد، والحق مما يقتضي فيه بالشاهد واليمين، والحاكم يرى ذلك هل هو كمن له شاهدان أم لا حتى يجوز له الأخذ جزمًا لما فيه من تكليفه اليمين ظلمًا، وربما رفع إلى من ينقضه فيه احتمالًا، والأقرب أنه كمن له بينة كاملة.

تنبيهات:

أحدها: الأقوى نظرًا ما جزم به الإمام من عدم الاستقلال بالأخذ مع المكنة من أخذه بالحاكم ونحوه؛ لأن الاستبداد على خلاف القياس، فينبغي ألَّا يجوز إلا عند الضرورة. وأما التمسك بقصة هند ففيه وقفة؛ لأن حاجة الزوجة والولد تتكرر كل يوم، بل في اليوم الواحد، فلو أحوجوا إلى الترافع إلى الحاكم لأدى إلى مشقة فادحة لا تحتمل، بخلاف الدين، ولا أحسب أحدًا يحوج الزوجة والقريب إلى المرافعة صباحًا ومساءً على أن الاستدلال

....

بالقصة فيه ما فيه، فإن الزوجة مداخلة للزوج، ومشاركة في اليد على ماله بخلاف الأجنبي ففي إلحاقه بها وقفة من هذه الحيثية، وقد جاز أن قولها ذلك كان حين تبعه النساء، وأن أبا سفيان كان حاضرًا، وإنه قال لها: هو لك حلال، فإن صحَّ هذا كان إذنًا منه لها.

ثانيها: قال في «الوجيز»: وإن كان يتعذر رفعه بتعززه أو تواريه، فإن ظفر بجنس حقه فله أخذه، وإن كان بغير جنس حقه فقولان، قال الرافعي في كلامه على ألفاظه: الحكم على ما ذكره منوط بتعذر رفع الخصم إلى القاضي، وعلى هذا فالغائب كالمتعزز والمتواري، وكذلك هو في كلام الإمام.

قلت: و«البسيط» و«الوسيط» ولفظه: بأن تعذر رفعه إلى القاضي لتعززه أو تواريه أو هربه المسألة، قال: وناط في «التهذيب» وغيره الحكم بتعذر حصول الحق لا بتعذر رفع الخصم، وقضيته أن يكون الغائب والمتواري المتعزز كالحاضر المقر لإمكان التحصيل منهم بإقامة البينة عند القاضي، انتهى.

وطرحته «الروضة» برمته، والذي يظهر أن الآخذ من مال المتعزز والمتواري والهارب أولى بالجواز من الحاضر المماطل البارز، وأولى بالجواز لما سبق في الحكم على المتواري والمتعزز من التطويل والمشقة، ولما فيه من تكليف صاحب الحق من الحلف مع البينة، وتأخير حقه إلى النداء على بابه وغيره مما سبق.

وأمَّا الغائب فإن كان مقرًا مماطلًا أو منكرًا فلا خفاء في أمره، وكذا لو كان متعديًا بالتأخير، وإن كان مقرًا باذلًا لو كان حاضرًا ولكنه معذور بالغيبة ففي إلحاقه بها ولا نظر لوضوح الفرق بينه وبينهم.

ثالثها: لو كان مقرًا لكنه يدعي تأجيله كذبًا ولو حلف عليه فحلف فهل للمستحق الأخذ من ماله؟ يحتمل أن يقال له ذلك قطعًا، ويحتمل أن يفرق بين أن يكون ما ذكره آجلًا قريبًا أو بعيدًا، ويحتمل أن يبني على الوجهين أو القولين في المماطل.

……

إن قلنا: ثم يجوز الأخذ فهاهنا أولى؛ لأن مشقة المرافعة أخف من الصبر إلى الحلول، ولا سيما إذا ذكر أجلًا بعيدًا، وقد يفوت الحق جملة، وأيضًا فقد يماطل بعد الحلول، وإن قلنا ثم لا يجوز فهاهنا وجهان، والفرق ما أشرنا إليه.

رابعها: لو كان المدين صغيرًا أو مجنونًا أو سفيهًا بأن أتلف له شيئًا ولا بينة له بذلك، فالظاهر أن له الأخذ من ماله، فالجاحد الذي لا بينة عليه ولو كان المدين مقرًا ولكنه ادَّعى الفلس، وأقام بينة أو صدق بيمينه ورب الدين يعلم أن له مالًا لهم نظر، إن لم يقدر على إقامة بينة بالمكتوم فله الأخذ منه، وإن قدر على بينة فيخرج على الوجهين فيما لو كان جاحدًا أو عليه بينة، ولو جحد قرابة من تلزمه نفقته أو ادَّعى العجز عنها كاذبًا أو أنكر الزوجية فعل ما فعلناه إلى إنما يأخذ قوت يوم بيوم فيما يظهر، ولا نقل عندي في هذا كله.

خامسها: حقه دراهم صحاح وظفر بمكسرة، قال في «الروضة»: فله أخذها وتملكها بحقه، ولو استحق مكسرة فظفر بصحاح فالمذهب جواز الأخذ لاتحاد الجنس، وقيل فيه الخلاف في اختلاف الجنس لاختلاف العرض وإذا أخذها فليس له تملكها ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلًا لما فيه من الرباء، ولا متساويًا؛ لأنه يجحف بالمأخوذ منه لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير، وإن كانت غير نقد البلد للضرورة، ويشتري بها دراهم مكسرة وتملكها، انتهى.

والرافعي حكى هذين الطريقين عن رواية الإمام من غير ترجيح أصلًا، وأمَّا الغزالي في «البسيط» إلى ترجيح طريقة إجراء القولين.

وقال في «الوسيط»: ويخرج جواز أخذه على القولين، ومنهم من قال: هو كجنس حقه، فرجح الأولى وفي «الروضة» أن الجمهور أطلقوا جواز الأخذ من غير الجنس، فأخذ النوع أجوز، وإيراد «الوجيز» يقتضي الجزم بالجواز، ولم يتعرض الرافعي لذلك، نعم كان ينبغي أن ينبّه على ذلك ولا يدرجه في أصل كلام الرافعي، ووهم فيه فقال: قال الخراسانيون: إذا كان حقه صحاحًا فوجد مكسرة أو بالعكس فطريقان.

وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ باب وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ الْمَالَ إِلَّا بِهِ، ....

ثم حكى عنهم أنه لا يجوز له تملكه قطعًا بل يبيعه ويأخذ مثل حقه، والصواب ما قدمته، ثم قال: وأمَّا على طريقة العراقيين فيجوز الأخذ جزمًا، ثم جعلناه بمثابة الجنس الواحد جاز له أخذ قدر حقه أو بمثابة الجنسين كان له حكم الجنسين، والمتحرر من ذلك أنا إذا جعلناه كالجنس الواحد فله أخذه، ويملكه قولًا واحدًا، أو كالجنسين، ففي جواز أخذه القولان، فإن جوزناه لم يملكه كالجنسين، انتهى.

وهذا خبط فاحش، قال الدارمي: وإذا كان له حق على من يمنعه فله أخذه بحيلة من تسلط على وديعة أو خلسة أو مقابضة أو أخذ من غير علمه، فإن أخذ من جنس ماله أو غير ماله فذاك، ويأخذ من الجنس بالوزن والكيل لا بالقيمة، انتهى وفيه فوائد.

قال: (**وَإِذَا جَازَ الْأَخْذُ فَلَهُ كَسْرُ باب وَنَقْبُ جِدَارٍ لَا يَصِلُ المَالَ إِلَّا بِهِ**) أي: إذا كان ذلك مختصًا بملك الخصم الظالم بالمنع، ولم يتعلق به حق للغير كرهن وإجارة ووصية منفعة، ولا يضمن ما فوقه كمن لا يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله.

وحكي وجه أنه يضمن، أمَّا لو كانت سكنه بإعارة أو إجارة أو وصية أو وقف فلا خفاء أنه لا يجوز للمستحق ذلك، واعلم أني لم أر تجويز كسر الباب ونقب الجدار إلا في كلام القاضي الحسين ومن تبعه، وكلام العراقيين ساكت عنه ووددت لو خصص ذلك بما إذا لم يجد سبيلًا إلى الأخذ بالحاكم كما في صورة الجحود وعدم البينة، ولم يجد طريقًا سواه.

أمَّا لو كان له بينة وقدر على أخذ حقه بها ففيه بعد، وإن كان المدين غاصبًا بالمطل والإنكار والتعزز والتواري؛ لأن الأخذ بالحاكم عند المكنة أسهل وأخف كلفة وخطر من نقب جدار وكسر باب، والصائل يدفع بالأسهل فالأسهل، فقياسه هذا أنه إذا أمكن الاستيفاء بالحاكم ونحوه لا يجوز إتلاف الجدار ولا غيره، وليس في الحديث الذي هو عمدة الباب ما يدل على هذا كله للأجنبي، ثم راجعت «التهذيب» فوجدته قد ذكر جواز نقب الجدار عقب

....

كلامه على ما إذا كان المدين جاحدًا ولا بينة له، ولا يمكنه أخذ حقه بالحاكم، ثم قال بعد هذا: فإن كان يقدر على أخذه بالحاكم، فإن كان من عليه مقرًا ولكنه ممتنع من الأداء أو كان جاحدًا ولكن لصاحب الحق بينة عادلة يمكنه إثبات الحق عليه، فهل يجوز له أخذه من غير أن يثبته الحاكم؟ فيه وجهان، انتهى.

فخص نقب الجدار بالقسم الأول حيث لا يمكنه أخذ حقه بالحاكم.

وعبارة «الكافي»: نظر إن كان لا يقدر على أخذه بالحاكم بأن كان جاحدًا ولا بينة له أو كان باب الحاكم فاسدًا فله أن يأخذ جنس حقه، ثم ذكر أنه إذا لم يصل إليه إلا بنقب جداره فله نقبه، ثم قال: وإن كان يقدر على أخذ حقه بالحاكم إلي.

وأيضًا فسبق أن الخراسانيين قطعوا بالمنع من الأخذ عند التمكن من الاستيفاء بالحاكم، وهو الجواب في «تعليقي» البغوي وإبراهيم المروزي، والغزالي حكى الاتفاق عليه، وبه يظهر أن القاضي الحسين إنما أباح النقب ونحوه في القسم الأول خاصة كما هو ظاهر كلام «التهذيب» و«الكافي».

وأيضًا، فإنه إذا كان المأخوذ من غير جنس حقه والغريم مقرًا وله عليه بينة بالحق لا يستقل الأخذ بالبيع على المذهب بل إنما يبيع بالحاكم، وإذا كان لا بد من الحاكم فرفع الأمر إليه من الأول إذا كان يمكنه أن يخلص حقه به ولا ينقب جدارًا ولا يكسر بابًا لما فيه من الخطر، وتوقع الضرر، والإمام والغزالي إنما نقلا نقب الجدار عن القاضي الحسين، وقد علمت طريقتهما في المسألة.

فإذن قول الإمام والرافعي مهما جاز للمستحق أن يأخذ إلى آخره من محال التوقف إن لم ينزل على ما ذكرته، وتنزيل كلام الإمام ظاهر، بخلاف الرافعي والمصنف ولا يلزم من تجويز ذلك عند الضرورة إلحاقه التي لا مندوحة عنها بتجويزه في الحالة الثانية مع إمكان الاستيفاء بالحاكم، وإن قلنا بجواز الأخذ في هذه الحالة لعدم الضرورة إلى الإتلاف وارتكاب الخطر هذا

ما خطر لي ولست على ثقة منه، والله أعلم.

فَرْعٌ: حد من توجيه تجويز كسر الباب ونحوه أنه لا يجوز ذلك في ملك الغائب المعذور، وإن جوزنا للأخذ ولا في ملك الصبي والمجنون، وإنما ذلك بالتعدي بالمنع، وكذا لا يجوز ذلك في جدار غريم الغريم قطعًا، ورأيت من يتوهم أن كلام «الروضة» يقتضي ذلك وسنذكره وهو غلط محض، قيل: لو غصب نجاسة بنقع كجلد ميتة وسرجين وكلب معلم وحجة ولا بينة فهل له كسر بابه ونقب جداره إذا لم يصل إليها إلا بذلك؟

قلت: إنما تكلموا في المال خاصة، والظاهر أنه يجوز له كالمال؛ لأنها حق له، ويجوز الدفع عنها كالمال، وقد قالوا: لو كان له كلب محترم مضطر ومع غيره شاة جاز له مكابرة ربها عليها لإطعامه وتضمنها له.

قال: **(ثُمَّ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِهِ يَتَمَلَّكُهُ)** أي: بدلًا عمَّا استحقه، وكذا عبارة «الروضة» و«الشرحين» فله تملكه، وقضيتها أنه لا يملك بالأخذ بل يتملك بحدثه.

وعبارة «المحرر» على ما رأيته في نسخ: تملكه، ونحوها قول «التهذيب»: ثم إذا أخذ جنس حقه ملكه، وقضيته أنه يملكه بالأخذ ولا يجوز إلى إحداث تملك جديد.

وعبارة «تعليق» إبراهيم المروزي: فإن أخذ جنس حقه إن كان من ذلك النوع بتلك الصفة كما أخذه ملكه، ولا يحتاج إلى اختبار التملك، انتهى.

ووجهه إنما أخذه مستوفيًا بإذن الشارع، وأشبه ما لو أقبضه إياه الحاكم فإنه يملكه بالأخذ.

وعبارة «الحاوي»: ويصير يأخذه في ضمانه، وعلى ملكه، ويجوز أن يحمل كلام الشيخين على هذا، ويكون المراد بقولهما: قلة تملكه، أي: تموله، والتصرف فيه بالأخذ لا أنه يحتاج إلى إحداث قصد تملك بعد الأخذ، وهذا ظاهر إن أخذه بقصد بالاستثناء.

وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ، وَقِيلَ يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ ....

أمَّا لو لم يقصده فلا بد من تملك يحدثه.

فَرْعٌ: أطلق بأنه إذا كان من جنس حقه أنه يتملكه، وهذا إذا كان على صفة حقه أو دونها، أمَّا لو كان فوق حقه في النوع والصفة فلا قطعًا؛ لأنه استيفاء قهري، فلا يجوز له أخذ الأجود فيه نوعًا وصفة فلا بأن كان حقه من نوع رديء والمأخوذ من نوع جيد، أو كان حقه معيبًا والمأخوذ سليمًا، وإن كان المأخوذ دون حقه في النوع والصفة بأن كان بالعكس مما ذكرنا فإنه علله إذا رضي به وسامح بالجودة، نعم لو كان حقه وجب عن مسلم.

فسبق قول المصنف: إنه لا يصح أن يستبدل عنه غير نوعه، وقضيته أن يكون اختلاف النوع كاختلاف الجنس، فيكون حكمه ما سيأتي، لكن سبق هناك ذكر خلاف فيه، وأن الراجح الجواز خلافًا لهما.

وعبارة «الروضة»: ثم إن أتى بنوع آخر بأن أسلم في التمر المعقلي فأحضر البرني، أو في ثوب هروي فأتى بمروي فأوجه:

أصحها: تحريم قوله المسألة فيأتي هنا ما ذكر هناك في الجواز وعدمه نعم له هناك الأجود بلا خلاف.

قال: (**وَمِنْ غَيْرِهِ يَبِيعُهُ**) أي: بنفسه مستقلًا للحاجة ولا يتملكه.

(**وَقِيلَ: يَجِبُ رَفْعُهُ إِلَى قَاضٍ يَبِيعُهُ**) إذا ظفر بغير جنس حقه وجوزنا له أخذه على المذهب، فالمشهور وبه جزم في «المحرر»: إنه لا يجوز له تملكه، وفيه وجه: إنه يجوز أن يتملك قدر حقه، ويستقل بالمعاوضة للضرورة، وأبداه في «الانتصار» تفقهًا إذا علم من نفسه أنه يأخذه بثمن المثل أو زيادة، وفي إذنه ﷺ لهند أن تأخذه من مال أبي سفيان مطلقًا، من غير تقييد بجنس النفقة والكسوة، ولم يبين طريق تحصيل الكفاية دليل لجواز التملك بقدر ثمن أو بالزيادة عليه؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز أن يتملك ما هو من جنس حقه، فكذا إذا لم يكن من جنس حقه، انتهى.

والمشهور الأول، وفي «حلية» الروياني: لا خلاف فيه، لكن لو كان

....

المأخوذ مما يتسارع فساده، ولم يجد مشتريًا في الحال، ولو أخَّره لذهبت ماليته، أو يعطهما فهل أنه يتملكه بدلًا من حقه؟ فيه نظر، ولعلَّ الأقرب الجواز نظرًا لهما، وإن منعناه من تملكه في غير هذه الصورة، ثم هل له بيع المأخوذ بنفسه أم يجب عليه رفعه إلى القاضي ليبيعه؟ فيه وجهان، ويقال قولان: أصحهما عند العراقيين وغيرهم: الجواز، ونسبه الماوردي إلى الجمهور والرافعي في «شرحه الصغير» إلى ترجيح أكثر الأصحاب.

وذكر البندنيجي أنه المنصوص.

وقال المزني في كتابه من قول الشافعي: وَلِلْمَرْءِ أَنْ يَأْخُذَ قَدْرَ حَقِّهِ وَحَقِّ مَنْ يَلِي أَمْرَهُ مِنْ مَالِ مَنْ جَحَدَهُ إِذَا قُدِّرَ عَلَيْهِ مِثْلُ حَقِّهِ أَوْ قِيمَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا عَرَضًا بَاعَهُ وَاسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ مِقْدَارَ حَقِّهِ، انتهى لفظه وفيه فوائد. وممن صحح الاستقلال بالبيع الروياني وأبو الحسن العبادي والفوراني في «العمد» و«الإبانة» وبه أجاب في «التهذيب» لكن فيما إذا كان القاضي جاهلًا بالحال ولا بينة للأخذ، أمَّا لو كان القاضي عالمًا، فالظاهر والمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

وقال في «تعليقه»: ولو كان الحاكم عالمًا بحاله فإنه لا يبيعه إلا بإذنه على ظاهر المذهب، وإن كان الحاكم به جاهلًا، ولم يكن له بينة بحيث يثبت الحال بين يديه فليأت يبيعه بنفسه، انتهى.

والوجه الثاني: وهو قضية كلام «الوجيز» وفي «الوسيط» أنه القول المشهور ولم يذكر القفال غيره أنه لا يبيع بنفسه، وكذا قال في «البسيط» قال: بل يرفعه إلى القاضي ليبيع بجنس حقه فيصرف إليه.

قال الصيدلاني: ولم يذكر القفال إلا هذا، ومن أصحابنا من خرج وجهًا آخر: إنه يبيع بنفسه؛ إذ لا خلاف أن القاضي لا يقول على مجرد قوله بل يطالبه بالبينة على استحقاقه وعلى كون العين ملكًا لمن عليه، وهذا إنما بني على الحاجة ليتيسر الوصول إلى الحق، ولكن المشهور ما سبق، فكأنهم قدروا العين في رفعه إلى القاضي، إمَّا لتعززه وإما لتواريه، ولم يقدروا عسرًا في

....

البينة، ومساق هذا يلزمهم المنع من الأخذ إذا قدر، فيقولون: ليرفعه إلى القاضي وليحلفه فليس إلا ذلك، انتهى.

وهو يهذب له من «النهاية» ولم يضعا شيئًا، والمذهب والمنصوص: الاستقلال.

قال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: المنصوص أنه يبيعه بنفسه ويصرفه إلى حقه، ومن أصحابنا من خرج قولًا آخر: إنه يرفع الأمر إلى القاضي ليتولى القاضي بيعه، وهذا ليس بقوي؛ لأنه إذا رفع الأمر إليه لا يصدقه، وينتزع العين من يده ويردها إلى صاحبها، ولعلَّ القولين فيما إذا رآه القاضي يتلف ماله أو يجني بجناية فيها المال، وقلنا: يقضي بعلمه وإنما يبيع بنقد البلد كالوكيل، انتهى.

وقال الماوردي: إذا أراد بيع المأخوذ في حقه فلأصحابنا وجهان، قال أكثرهم: يجوز أن يتولاه بنفسه لتعذر بيع الحاكم له إذا تعذرت البينة، والثاني وهو قول ابن أبي هريرة: لا يجوز لامتناع أن ينفرد ببيع ملك غيره في حق نفسه كالرهن، ويتوصل إلى بيع الحاكم بأن يتأمن عليه رجلًا، ويحضر إلى الحاكم ويدعي عليه أن له دينًا على غريم غائب، وقد ائتمن هذا على ما في يده على أن يبيعه في ديني، وأسأل إلزامه ببيع ذلك وإلزامه قضاء ديني فيه، وتعرف الحاضر مما ادعاه من الدين وائتمانه على ما في يده، فيأمر الحاكم ببيعه، ولا يلزم أن يسأل مع يده واعترافه عن جهة الدين ولا ملك العين، فيصح البيع بإذنه، ويصل صاحب الدين إلى حقه من ثمنه. وقد حكي عن ابن أبي هريرة غير هذا، وأنه يتوصل إليه بأن يدَّعي الذي على المدفوع إليه ذلك، ويوافقه على إقراره، وأن ما بيده ملكه حتى يأمر الحاكم ببيعه، وهذا ما حكاه الرافعي وغيره.

قال الماوردي: كذب صراح، والأول محال محتمل، وكراهة التحمل الموضوع ينزه عنه أهل الورع والحرج، فدعت الضرورة في استعمال الوجه الأول يعني أنه يبيع بنفسه مستقلًا حيث لا بينة له.

....

وقال الرافعي: هذا إرشاد إلى الكذب في الطرفين، ويضعف التفريع على وجوب الرفع يقوى وجه الاستقلال، انتهى.

وقال الماوردي: قال ابن المرزبان: الحيلة أن يدعي على من يأمنه دينًا على ذلك الشيء فيبيعه الحاكم، وكأنه يريد أنه رهنه إياه بدينه، قال: وكذلك إذا كان عليه حق على رهن لا يدفعه جاز للمرتهن بيعه على الوجهين، انتهى.

ولعل صوابه على أحد الوجهين، وبنى الجويني الخلاف في المسألة على الخلاف في أن الملتقط إذا وجد مع اللقيط مالًا، وأراد إنفاقه عليه هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقل به؟ ونازعه الرافعي بما ذكرناه في «الغنية».

قال الرافعي: فإن ألزمنا الآخذ رفع الأمر إلى القاضي فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه أو يفوضه إلى غيره؟ فيه وجهان، والأشبه الأول.

قلت: وكان الخلاف فيما إذا كان القاضي عالمًا بالحال، أو كان المدين متواريًا أو متعززًا، وقد قامت البينة عليه بالحق؛ إذ الخلاف أن القاضي لا يقول على قوله: بل يطالبه بالبينة على استحقاقه، وعلى ملك الغريم العين، وإلا فالحاضر المتيسر إحضاره مجلس الحكم لا بد من إحضاره، أو وكيله والدعوى عليه، وحينئذ تخرج المسألة عن كونها من صور الظفر ويبعد القول في هذه الحالة أن القاضي يأذن له في البيع بنفسه فتأمله.

قال الرافعي: وكيف طريقه عند الرفع؟ ذكر في «الوجيز» أن القاضي يبيعه عليه بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل.

فائدة: تجويز البيع عند العجز عن البينة وقيل: يواطئ، وذكر ما سبق.

قلت: والغزالي وإمامه فوضا الرفع في المتواري والمتعزز إذا كان له بينة بالحق وأشعر كلامهما بمنع الآخذ حيث لا بينة له وإذا امتنع البيع لواحد وأيدا في «البسيط» ما سبق، وكله يبنى على ما نسبه إلى القفال، وقد علمت شذوذه.

تنبيهات:

منها: على المصنف مناقشته من وجوه:

....

أحدها: إن «المحرر» لم يرجح شيئًا بل قال: فيه وجهان، إن رجح كلامهما طائفة من الأصحاب.

ثانيها: إطلاقه ترجيح استقلاله بالبيع من غير فرق بين أن يكون له بينة أو لا مع قول «الروضة»: إنه إذا كان القاضي جاهلًا بالحال ولا بينة للآخر، فإن كان القاضي عالمًا فالمذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

ثالثها: أطلق أنه يتملك المأخوذ من جنس حقه، وقد علمت ما فيه من التفصيل وأنه إذا كان أعلى من نوع حقه وصفته أنه لا يتملكه بل يكون كاختلاف الجنس.

ومنها: حكى الماوردي الوجهين في جواز الأخذ فيما إذا قدر على حقه بالحاكم، إمَّا لوجود البينة أو لإقرار المماطل، ثم ذكر أن الجواز قول من زعم أن المستحق يستقل ببيعه من غير حاكم، وأن المنع قول من زعم أنه لا يجوز له البيع إلا بالحاكم، وهذا ما أشار إليه في «البسيط» إثر كلامه على استقلال بالبيع والرفع.

قال: وهذا كله فيمن له بينة، فإن لم يكن وعلم أنه لو رفعه إلى القاضي لحجة وحلف، فكلام القفال في تكليفه الرجوع إلى القاضي في البيع وإقامة البينة يشعر بأنه لا يأخذ شيئًا، وإنما له حق التحليف فقط، ولا يبعد عندي أنه يجوز له الأخذ إذا ظفر به؛ لأن المقصود إيصال الحق إليه إذا تعذر، انتهى.

وما أبداه هو المذهب المشهور.

ومنها: إذا أريد بيع المظفور به، نظر إن كان الحق من جنس نقد البلد بيع به، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة مثلًا، قال الرافعي: فيباع الثوب بنقد البلد ثم يشتري به الحنطة، وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يثبت النقد بينهما، وقد سبق نظيره.

قلت: فإنه أشار إلى قوله في كتاب الوكالة: إنه لو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوق غرماء المفلس والمرتهن من غير نقد البلد جاز، قال:

……

وقد مرّ ذلك في الرهن، ولم يحك في الموضعين غيره، فإن كان الكلام هنا فيما إذا تولى الحاكم البيع أو أذن فيه صح التنظير، والتجويز هنا أولى، لكن قضية إطلاقه أنه لا فرق على ما نقله الإمام بين أن يبيع بالقاضي أو بنفسه.

وسيأتي ما هو صريح في ذلك، وبيعه بنفسه بجنس حقه لم يتقدم له نظير فيما أعلم، وظاهر كلام الرافعي و«الروضة» هنا أن ما حكاه الإمام وجهًا، وأن المذهب أنه لا يبيع بغير نقد البلد، ولهذا طرحه في «الشرح الصغير» وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: وإنما يبيع بنقد البلد كالوكيل، ويحتمل أن يقال: يبيع بجنس حقه غير أنه يبالغ في المماكسة، انتهى.

وفي «البسيط»: إذا قلنا يبيع بنفسه وكان له برٌّ أو شعيرٌ قال الأئمة: يبيعه بنقد البلد، هكذا قال القاضي، وفيه إشكال في أن تكليف بيعين وتطويل الأمر ولا بد من تحصيل جنس الحق لا معنى له، فليحصل جنس حقه في البيع الأول، وقد ذهب طائفة إلى أن له أن يبيع بجنس حقه، وهو متجه.

وقال في «الوسيط»: قال القاضي: يبيع بالنقد ثم يشتري به الحنطة، فإنه كالوكيل المطلق لا يبيع بالعرض، وقال غيره: وهو الأصح بجنس حقه، ولا معنى للتطويل، واقتضى كلامه في الكتابين أن للقاضي البيع بجنس الحق جزمًا، وإنما التردد فيما إذا باع بنفسه مستقلًا.

وما اقتضاه كلامه في بيع القاضي منطبق على ما مر في الرهن، فإن صح هذا وإلا حصل ثلاثة أوجه:

ثالثها: إن الحاكم يبيع به دون المستحق.

ثم ذكرنا من البيع بجنس الحق على التقدير إنما يظهر إذا كان ثمن المأخوذ قدر حقه أو أنقص منه، أمَّا لو كان أكثر منه بأن كان عليه حنطة قيمتها عنده درهم مثلًا وظفر بثوب يساوي مائة درهم ولم يمكنه بيع بعضه، فيبعد أن يقال: يباع كله بجنس حقه سواء باع هو أو الحاكم، ولا سيما إذا كان جنس حقه مما يشرع إليه الفساد، بل يتعين هنا البيع بنقد البلد ثم يشتري من الثمن مقدار حقه، وهذا ظاهر

....

وإن لم يذكروه ثم يسعى في إيصاله بقية الثمن كما سيأتي.

ومنها: إذا لم يظفر إلا بغير جنس الحق، فقد أطلق المصنف وغيره: له الأخذ من غير فرق، وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه لو كان حقه دنانير مثلًا ووجد لغريمه دراهم وعروضًا، وأمكنه أخذ الدراهم التي هي نقد البلد أنه لا يأخذ العروض؛ لئلا يحتاج إلى بيعها بالدراهم ثم يحتاج إلى شراء الدنانير بها، بل يأخذ الدراهم ليشتري بها جنس حقه من غير حاجة إلى بيع ثم شراء.

وإلى هذا يشير قول «الترغيب»: وإن كان غير جنس حقه، فإن وجد النقد أخذه واشترى جنس حقه، أي: وإلا عدل إلى غيره على الصحيح، لكن هل هذا واجب كما لو وجد جنس حقه لا يعدل إلى سواه على المذهب أو هو على سبيل الاختيار؟ فيه نظر، الأول أقرب؛ لأنه تصرف ضروري فلا يتجاوز فيه موضع الضرورة وأخذ العرض ثم بيعه بنقد البلد ثم شراء جنس الحق مع تمكنه من الظفر بنقد البلد فصول لم تدع إليه حاجة ولا ضرورة.

ومنها: لو كان المأخوذ يحتاج نقله إلى مؤنة نظر، فإن كان من جنس حقه وبصفته وكان بحيث لو دفعه للغريم لزمه مؤنة نقله؛ لأنه في غير محل تسليمه، فيحتمل أن يجوز له أخذ أجرة مثل نقله، ويحتمل أن يقال: إن كان ينقله هو بنفسه أو بعبده أو دابته فلا، وإن كان بأجرة فله ذلك، وإن لم يكن على المدين نقلٌ؛ ولأن ذلك مكان التسليم، فلا يأخذ أجرة بحال، وأمَّا إذا كان المأخوذ من غير جنس حقه أو نوعه الواجب ومكان الظفر غير صالح للبيع فهل مؤنة النقل في مال الغريم؟ إن قلنا يد الآخذ يد أمانة فنعم، وإن قلنا يد ضمان فيحتمل أن يكون على الآخذ كالمستام، وفيه نظر.

أمَّا أجرة الدلَّال ونحوه عند الحاجة إليها فهي في مال المدين كما لو باع الحاكم أو الوكيل، ويتولى رب الدين صرف ذلك بنفسه إذا قلنا يبيع بنفسه للضرورة، ولم أر في هذا كله نقلًا، والله أعلم.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: لزيد على عمرو عشرة دراهم فسرق زيد له كُرَّ

وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ، ....

حنطة فامتنع عمرو من أداء دينه لما له عليه من الحنطة، قال القفال: ليس له ذلك إذ لا يمكن التقاص، فقيل له: على أحد القولين إذا ظفر بغير الجنس له أخذه ثم يبيعه بنفسه، أو يوكّل رجلًا فيبيعه بجنس حقه إن كان أرفق بمالكه بأن كان حقه دراهم ونقد البلد دنانير، وكان بيع العين المأخوذة بالدرهم أرفق به بيعها بها، وإن كان بيعها بالدنانير أرفق بالمدين باعها بها ثم يصرفها إلى الدراهم ثم يقبضه من نفسه أو وكيله؛ لأنه قام في هذا مقام الحاكم، قال يعني القفال: لم أسمع هذا، ولكن لا يبعد أن يقال: إن عمر يصرف ما عليه من الدين إلى الحنطة ثم يقبضها، وكذا سارق الحنطة يوكل رجلًا ليبيع الحنطة ويصرفها إلى الدراهم، ثم يأخذ منه حقه، انتهى.

وهذا منه يشعر بأنه ليس له أن يتولى بيعها بنفسه، بل يوكل فيه فيكون وجهًا ثالثًا فيمن يتولى البيع.

قال: (**وَالْمَأْخُوذُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي الْأَصَحِّ فَيَضْمَنُهُ إِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ وَبَيْعِهِ**) أي: لأنه يأخذه لغرضه فأشبه المستلم بل أولى فإن المالك لم يأذن فيه؛ ولأن المضطر إذا أخذ ثوب الغير لدفع الحر وتلف في يده ضمنه فكذا هنا، وبهذا أفتى القفال، وهو الأقوى في «المحرر» و«الشرحين» وهو ما أورده الصيدلاني والإمام والغزالي وإبراهيم المروزي وابن أبي عصرون في «مرشده» و«تنبيهه» وصححه في «اقتصاره».

والثاني: لا يضمنه من غير تفريط؛ لأنه مأخوذ للتوثق والتوصل إلى الحق، فأشبه الرهن، وإذن الشرع في الأخذ يقوم مقام إذن المالك، وهذا ما صححه المحاملي في «المقنع» والجرجاني في «الشافي» و«التحرير» والقاضي الروياني، وأرسل كثيرون الوجهين بلا ترجيح ومنهم الماوردي وابن الصباغ والعمراني والفوراني والبغوي في «التهذيب» وفي «تعليقه» وما أخذه مضمون عليه بحقه، فلو كانت قيمته عشرة فعادت إلى خمسة، فإنه يسقط من حقه خمسة، ولو كانت قيمته خمسة فبلغت عشرة فكذا يسقط من حقه خمسة، قال المعلق: قال شيخنا الإمام: إذا أخذ من غير جنس حقه وجب ألَّا يكون

……

مضمونًا عليه، كما لو دفع شيئًا إلى رجل وقال: بعه واستوف حقك منه لا يملك عينه، فكذا هاهنا، انتهى.

وأجاب إبراهيم المروزي عنه بأن هذا بثمنه وسلطه، بخلاف الغريم، وسلك الإمام وغيره طريقة سيأتي ذكرها.

تنبيهات:

منها: قضية كلام الشيخين جريان الوجهين فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه وبصفته وقدره، وهذا من ثمرة الخلاف العبارة السابقة في أن المأخوذ من جنس حقه بصفته وقدره هل يملكه بالأخذ أم لا بد من إحداث تملك بعد ذلك؟ والذي اقتضاه كلام الماوردي والمحاملي والبغوي وغيرهم الأول، وحينئذ يدخل في ضمانه بمجرد الأخذ بهذا القصد بلا خلاف والأصحاب، إنما صورة المسألة فيما أخذ غير جنس حقه والمستوفي منه بالبيع وتلف في يده قبل ذلك، أنظر قول الماوردي في أخذه قدر حقه من جنسه بوزنه أو كيله ويصير يأخذه في ضمانه، وعلى ملكه، وإن لم يقدر على جنس حقه وعدل إلى غيره جاز، فإذا أخذه ففي حكم يده وجهان:

أحدهما: إنها يد أمانة لا توجب الضمان حتى يباع ويستوفي حقه منه كالرهن، فعلى لو تلف في يده قبل بيعه كان حقه باديًا، ويجوز أن يعود فيأخذ من مال الغريم بقدر دينه.

والثاني: إن يده ضامنة لما أخذه قبل بيعه وبعده بخلاف الرهن عن مراضاة، وهذا عن أخبار، فعلى هذا إن تلف في يده كانت قيمته قصاصًا عن دينه إذا تجانسا على الصحيح.

ومنها: يظهر أن محل الوجهين في غير الجنس فيما إذا أخذه ليباع في حقه، أمَّا لو أخذه عوضًا عن حقه كما يفعله كثير من الناس وقلنا بالمذهب أنه ليس له ذلك، فالوجه أن يضمنه بمجرد الأخذ قطعًا كما لو أخذ جنس حقه بهذه النية، وأولى وحينئذ أقول: لو أخذ جنس حقه لا يقصد الاستيفاء بل

....

ليتوثق به فيحتمل أن يقال: يضمنه قطعًا، ويحتمل أن يخرجه على الوجهين في أخذ غير الجنس، وفيه نظر كما لو أخر بيع غير الجنس بلا عذر فإنه يضمنه جزمًا كما سيأتي، وحينئذ فالضمان وعدمه يدور مع القصد الصحيح وخلافه، ومحل الوجهين أيضًا كما قاله الماوردي إذا لم يتمكن من بيعها، فإن تمكن واستيفاءها ضمنها وجهًا واحدًا.

ومنها: إذا أدخلنا المأخوذ من غير الجنس في ضمانه بالأخذ قال الرافعي: فينبغي أن يبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر فنقص قيمته ضمن النقصان، وإذا فرض في القيمة انخفاض وارتفاع وتلف فهي مضمونة عليه بالأكثر، كذا ذكره في «التهذيب»، انتهى.

وعبارة «التهذيب» بعد نقله الوجهين في كونه أمانة أو مضمونًا: فإن قلنا يكون مضمونًا عليه فإن كانت قيمته زائدة فانتقصت أو ناقصة فزادت يكون مضمونًا عليه بالأكثر، أي: إذا تلف بالتأخير أو باعه من بعد بدون ذلك.

وهذا معنى قول الرافعي فيما أحسبه، فإن قصر فنقصت قيمته ضمن النقصان وكلامه يفهم أن ذلك غير الأول، والذي في «البسيط» و«الوسيط» وغيرهما أن ما نقص قبل البيع من القيمة بالتقصير يكون مضمونًا عليه، أو بغير تقصير فلا، وهو واضح.

ويجوز أن يكون كلام البغوي على ظاهره في التضمين بالأكثر كما هو وجه في المستعير والمستام، وإن كان المرجح فيهما غيره بخلاف الغاصب، ولا خفاء أنه لو اتفق رد العين لم يضمن نقصان السوق كالغاصب ولينظر لو لم يجد من يشتريه إلا مؤجلًا هل له بيعه كذلك ويتملك اليمين مع ذمة المشتري إذا كان من جنس حقه وقدره للضرورة أم لا؟ لم أر فيه شيئًا، وهل الكلام في ضمان المأخوذ بالقيمة في المتقوم أو أعم من ذلك؟ لم أر فيه شيئًا.

وفي «البيان»: إنه لو استعار مثيلها فتلف في يده بغير استعمال، قال الشيخ أبو إسحاق: إن قلنا ما لا مثل له يجب قيمته أكثر ما كانت ضمنه هاهنا بمثله،

....

وإن قلنا لا مثل له يجب قيمته يوم التلف هذا بقيمته يوم التلف، انتهى.

والظاهر أنه يضمن المأخوذ المثل هنا بمثله، ويكون كلامهم في قيمة المتقوم.

ومنها: ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة للبيع، فإن انتفع فعليه أجرة المثل، قال الماوردي: وليس له إبقاؤها، وهنا في يده؛ لأن الرهن عقد لا يقع إلا عن مراضاة ببدل وقبول فإن استيفاء المأخوذ مع القدرة على البيع وأخذ حقه من ثمنه ضمنه وجهًا واحدًا.

قلت: ولا يبعد أن يقال: لو كان حقه زبيبًا أو تمرًا فظفر له برطب أو عنب أن يجوز له تجفيفه وأخذه بحقه إذا كان مما يجب الإيفاء منه، وتجفيفه أصلح لغريم، وهو أيسر من البيع، ولا سيما إذا قيل بالرفع إلى القاضي للبيع، فإن لم تكن له بينة ومن وجوه الصلاح أنه لو جففه لوفاء بحقه ولو باعه رطبًا لم يف ثمنه بحقه.

ومنها: قال الرافعي: لو باعه وتملّك ثمنه ثم وفر المستحق دينه عليه ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب وأخذه وباعه ثم رد الغاصب المغصوب كان على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه.

قال الرافعي: ولكن أخذ المستحق وبيعه وتملكه الثمن نازل منزلة دفع المستحق عليه وما دام المغصوب باقيًا فهو المستحق والقيمة تؤخذ للحيلولة، فإذا رد العين ترد القيمة كما لو دفع القيمة بنفسه، وهاهنا المستحق للدين، فإذا باع وأخذ فما ينبغي أن يرد شيئًا ولا أن يُوَفِّر عليه بعد ذلك شيء، انتهى.

وعبارة «النهاية» فيما رأيته: ولو غصب عينًا من إنسان وظفر المغصوب منه بعين الغاصب والامتناع قائم فله أن يأخذها ويبيعها وينتفع بقيمتها، كما لو أبق العبد المغصوب فإن الغاصب يغرم القيمة للمغصوب منه، وما ذكرناه مأخوذ من هذا الأصل، ثم إذا رد الغاصب العين المغصوبة فيرد الظافر قيمة

وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إنْ أَمْكَنَهُ الِاقْتِصَارُ.

العين، فإذن ظاهر المذهب أن الظافر لا يبيع بنفسه مخرج عند بعض الأصحاب، قال الصيدلاني: لم يحكه القفال، انتهى.

فإذا تأملت هذا علمت أن ما علق عن الإمام مفرَّع على ما هو عنده ظاهر المذهب، والرافعي بنى بحثه على أن الظافر البيع، ووقع في «كفاية» ابن الرفعة بعد سياقه صدر كلام الإمام على الصواب، ثم قال الإمام: فإذن البيع بنفسه ظاهر المذهب، وإذا رد الغاصب العين رد الظافر قيمة العين، انتهى.

وتبعناه في «الغنية» وبحثنا فيه، وصواب كلام الإمام قدمته، وهو منع الظافر البيع فاعلم.

قال: (**وَلَا يَأْخُذُ فَوْقَ حَقِّهِ إنْ أَمْكَنَهُ الِاقْتِصَارُ**) أي: على قدره يحصل المقصود به، فإن كان المأخوذ من جنس حقه ونوعه مما يجب الوفاء من مثله أخذ مثل حقه بالكيل والوزن، وإن لم يجب الوفاء منه لشرفه كما سبق، أو كان المأخوذ من جنس آخر اقتصر عند الإمكان أيضًا على ما يفي بحقه، وليس له أخذ أكثر منه بحصول العرض به، فإن زاد بلا ضرورة فالزيادة مضمونة قطعًا، وهل يكون الحق على الوجهين السابقين أو يكون الجميع مضمونًا للتعدي؟ فيه نظر، والوجه ضمان الجميع.

وعبارة الرافعي توهم خلافه حيث قال: لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد فالزيادة مضمونة عليه، ثم فصل حيث لا يقدر.

وجزم في «الذخائر» بالضمان ونقل عن الخراسانيين التفصيل فيما إذا لم يقدر إلا على ذلك، وإن لم يمكنه الظفر إلا بأكثر من حقه، فإن كان من جنس حقه لعدم المعيار أو غيره وأمكنه التخمين أخذ قدر حقه تخمينًا، فإن طابق فذاك، وإن زاد تلطف في رد الزيادة كما سيأتي، وإن نقص فلا يخفى حكمه، وإن كان من غير جنسه أو نوعه المستحق، وهو أكثر.

فإن كان ما يتجزأ باع منه بقدر حقه ويسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها وإن كان لا يتجزأ كالحيوان والأواني كان قدر على بيع البعض بما هو حقه لو

وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ.

بيع الكل باعه، وتلطف في رد الباقي، وإن لم يقدر عليه باع الكل، نصَّ عليه الشافعي وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرده عليه.

وقال الرافعي تفريعًا على طريقة الإمام ومن تبعه: فإن لم يظفر إلا بمتاع تزيد قيمته على قدر حقه، فإن قلنا لو كان المأخوذ قدر حقه كان مضمونًا عليه، ففي الزيادة وجهان: **أحدهما**: إنها مضمونة كالأصل، **وأرجحهما** على ما يقتضيه نظم «الوجيز»: المنع؛ لأنه لم يأخذ لحقه، وهو معذور في أخذه، وإن قلنا المأخوذ بقدر الحق لا يضمن فكذلك الزيادة.

وجزم في «شرحه الصغير» بأن الأول أرجح وأعرض عن اقتضاء لفظ «الوجيز» وجزم في أصل «الروضة» بأنه الأصح، وفيه نظر وفيما علق عن البغوي أصحهما: لا تكون مضمونة عليه، وهو اختيار شيخنا الإمام، والحاصل ثلاثة أوجه: أصحها: يضمن ما يقابل قدر حقه دون الزيادة.

قال: (**وَلَهُ أَخْذُ مَالِ غَرِيمِ غَرِيمِهِ**) اعلم أن إطلاقه يشمل الجنس الواجب له وغيره في جميع ما سبق، وأن غريم الغريم نازل منزلة الغريم، وفيه نظر.

وعبارة «المحرر»: وكما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد، أي: والمماطل كما قال في «الشرح» يجوز الأخذ من مال غريمه، كما إذا كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله يجوز لزيد أن يأخذ من مال بكر بما له على عمرو، وهذا أخذه من «التهذيب» بلفظه إلا أن آخر كلامه: جاز لزيد أن يأخذ من مال بكر حقه الذي له على عمرو؛ لأن بكرًا غريم غريمه، فإن كان لزيد على عمرو حق وهو جاحد فجاء بكر وأقر لعمرو بحق قرر عمرو إقراره، وقال: لا شيء لي عليك، وصدق بكر زيدًا إن له على عمرو ما يدعيه، فيجوز أن يأخذ من بكر ما أقر به لعمرو.

قال الشيخ الإمام: ولو جحد بكر حق زيد على عمرو وعلم زيد أن ما أقر بكر لعمرو ثابت عنده، فلزيد أن يأخذ من مال بكر دون إذنه، انتهى لفظه.

وهو مشتمل على ثلاث صور، إذا علمت هذا نقل الرافعي المسألة الأولى

....

بلفظ «التهذيب» المذكور في «المحرر» ثم قال متصلًا به: ولا يمنع من ذلك رد عمرو، وإقرار بكر له، ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو، انتهى.

وتبعه في «الروضة» وكأنه قصد بذلك الاختصار، وفيه إيهام بيِّن، وكذلك قال ابن الرفعة في «الكفاية»: ولو كان للجاحد أو المماطل على شخص دين فيجوز للمجحود دينه أن يأخذ من مال الجاحد قدر دينه، ولا يمنع من ذلك رد الجاحد إقرار المدين له، ولا تكذيب المدين المدعي على الجاحد، كذا قاله الرافعي، انتهى.

ولم يذكر البغوي في «التعليق» الصورة الأولى التي اقتصر على إيرادها، وإنما قال: ولو كان لرجل دين وهو منكر، أو كان مماطلًا، فأخذ رجل للمديون المنكر بدين، فالمديون رد إقراره، وقال: لا شيء لي عليك، والمدعي صدق المقر بأن عليه للمقر دينًا.

قال الشيخ القفال: يجوز للمدعي أن يأخذ من المقر ما أقر به؛ لأنه غريم غريمه، قال: فكما يجوز له أخذ مال غريمه.

قال القاضي ﷺ: عندي ليس له ذلك؛ لأنه قد ارتد إقرار المقر برده، فلو أن المقر له ادعاه بعد ذلك هل يحتاج إلى استئناف الإقرار من المقر؟ وجهان، إن قلنا: يشترط لا يكون للمدعي أخذ حقه منه ما لم يستأنف إقراره، وإن قلنا: لا يحتاج فله أخذه منه حتى لو كان لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر دين، وبكر منكر، فيجوز لزيد أخذ مال بكر إذا عجز عن أخذ حقه من عمرو، انتهى لفظه.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: ولو كان لزيد على عمرو دين وهو جاحد له بحيث يجوز له أن يأخذ ماله إن ظفر به، ولبكر على زيد دين وهو يحنث، يجوز به أن يأخذ مال زيد إن ظفر به وكان زيد غائبًا، لبكر أن يأخذ من مال عمرو ما لزيد عليه وله على زيد، انتهى.

والظاهر أن هذا وما قبله عن «تعليق» البغوي هو الصواب، والنقل المجرد

....

لا ما يقتضيه إطلاق «المنهاج» بقي أن قول «المحرر» و«الشرح»: ولعمرو على بكر مثله هل المراد مثله في أصل الدينية لا في الجنس والصفة أو حقيقة المثلية، بحيث يجوز له تملكه لو ظفر به من مال غريمه، ولا يتوسع في مال غريم الغريم، كما لا يتوسع في مال الغريم؟ هذا محتمل، والظاهر الأول، إذا نزلنا الإطلاق على ما ذكرناه عن «تعليقي» المروزي والبغوي؛ لأن غريم الغريم جاحد ظالم لا يجوز لغريمه الظفر بماله، فقام غريم غريمه مقامه في الظفر، وأمَّا إذا كان غريم الغريم مقرًا أو عليه بدين غريمه، ولا شعور له بالحال، ولا ظلم منه لغريمه، ولو أخذ منه غريم غريمه على وجه الظفر لا غرمه غريمه ثانيًا، فهذا إضرار بيِّن لا دليل عليه ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

ومن المحن فهم فاهم عن «الروضة» أن له نقب جدار غريم غريمه وكسر بابه، كما له ذلك مع غريمه، وهذا إن كان المراد أن غريم الغريم ظالم له جاحد، فمحتمل كما يكون ذلك لغريمه، وإن لم يكن منه جحود ولا ظلم، فلا يمكن القول به، ثم رأيت في «تعليق» البغوي ما لفظه:

فَرْعٌ: لو كان لزيد على عمرو دين، ولعمرو على بكر دين، وبكر منكر، فيجوز لزيد أن ينقب جدار بكر ويأخذ ماله بإذن عمرو، إلا إنه إذا أخذ ماله ليس له بيعه إلا بإذن عمرو، ولا يجوز لعمرو أن يأذن في نقب جدار بكر لغير من له عليه الدين لأخذ ماله.

قال شيخنا الإمام ﷺ: إلا إنه إذا أنكر عمرو دين زيد، وأنكر عمرو دين بكر، حينئذ يجوز لزيد أخذ مال بكر؛ لأنه غريم غريمه، انتهى.

والمراد بالشيخ: الإمام البغوي، فيتعين تنزيل إطلاق القول بالأخذ من مال غريم الغريم على ما ذكره، وهو كونه جاحدًا أو مماطلًا كالغريم الأصلي، لا على الإطلاق، كما هو المتبادر، وقد خبطت في هذا المكان في «الغنية» والذي يجوز عندي ما ذكرته، والله أعلم.

فَرْعٌ: لكل منهما على صاحبه مثل ما له عليه، فإن قلنا يحصل التقاص

فذاك، وإلا وجحد أحدهما الآخر فللآخر جحده؛ ليحصل التقاص للضرورة على أصح الوجهين في «الروضة» ولم يذكر الرافعي ترجيحًا، نعم جعلهما ملتقيين تبعًا للإمام والغزالي إلى الظفر بغير جنس الحق، والمذهب: جواز الأخذ.

قال الإمام بعد ذكره البناء: ولعلَّ القياس أن له أن يجحد والعلم عند الله تعالى، انتهى.

وهذا ظاهر إن لم يجر تحليف عند الحاكم، فإن طلب منه اليمين ففيه نظر من جهة أن النظر إلى نية القاضي المستحلف، اللهم إلا أن يقال: يجوز التورية هنا لضرورة كما يجوز الجحود.

ثم رأيت ابن الصلاح قال: قول «الوسيط»: يلتقيان على الظفر بغير جنس حق، وفيه إشكال من حيث إن الدينين متجانسان، فلم يلتحق بالظفر بغير جنس حقه لأخذه، وهذا يقتضي أن يكون المراد بقول «الوسيط»: يلتقيان. . . . إلى آخره.

إنا إذا قلنا: لا يجوز الأخذ من غير جنس حقه فلا يجوز الجحود هاهنا وأولى، وإن جوزنا ذلك فهاهنا وجهان، لكن هناك يبيع ويستوفي، وليس في الجحود هنا استيفاء حقه، وإنما هو إسقاط في مقابله إسقاط، فقد أثبتنا التقاص مع عدم الرضا، وإسقاط الحق من غير رضا صاحبه بعيد، يعني على القول باعتبار الرضا، ولم يتضح لي ما ذكره.

والذي أفهمه من كلام «النهاية» ما اقتضاه كلام «الروضة» من البناء: وجه التجويز على ما عليه التفريع الضرورة، ووجه المنع: عدم وجود الرضا المعتبر على ما عليه التفريع.

فَرْعٌ: لو جحد دينه وله عليه دين قد قبضه وشهوده يجهلون القبض، قال أبو عاصم العبادي وتبعه القاضيان الهروي وشريح الروياني: يدعي ذلك، ويقيم البينة، ويقبضه بدينه الآخر.

……

وفي «فتاوى» القفال: إنه ليس له إقامة تلك البينة؛ لأنها لو شهدت وقال الخصم: قضيته ما شهدوا به واستحلفه لم يكن له أن يحلف، وذلك يدل على أن ما شهد به غير ما يدَّعيه، وصححت «الروضة» الأول.

وقال الزنجاني في «مختصر الشرح الكبير» إثر المحكي عن «الفتاوى»: لا شك في المغايرة، ولكن لم يجعل هذا سبيلًا إلى تخليص حقه، كما جعل أخذ مال آخر من جنسه طريقًا إليه مع التغاير، إذا الدين يغاير العين، وأمَّا اليمين فلو حلف أنه يستحق عليه كذا منكر منه ولا يحتاج إلى ذكر السبب والتعيين، انتهى.

وما قاله في اليمين حسن إن كان القاضي يرى القنع بذلك، ويظهر على المرجح أنه لو كان الدين على غائب أو ميت وغيرهما حيث يوجب اليمين على عدم المسقطات أنه لا يجوز له ذلك؛ إذ المعتبر نية القاضي المستحلف، وهو إنما يحلفه على ما قدمت به البينة، فإذا قصد بيمينه غيره لم يطلق، اللهم إلا أن يقال: تغتفر التورية هاهنا للضرورة.

وسئل ابن الصلاح عن امرأة أبرأت زوجها من صداقها ثم مات وعليه دين لم يثبت في الحكم، وهي ضامنة له، فهل لها إقامة البينة على صداقها وتحلف عليه وتأخذ الدين وتوفيه عنه؟ فأجاب: إن كانت ضمنته بغير إذنه فلا، أو بإذنه فطريقها أن تؤدي عنه الدين أولًا، ثم تحلف على مقدار الصداق أنها مستحقة لهذا المقدار من غير أن تصفه بكونه صداقًا، فإنه لا يلزمها التعرض لذلك، انتهى.

وفيه إشكال منه جهة نية القاضي كما أشرنا إليه.

فَرْعٌ: لولي المحجور بصغر أو غيره أن يأخذ من مال غريمه على وجه الظفر ما يستحقه كما لو كان الدين لنفسه، وقصة هند دالة، وصرَّح به الأئمة، وسبق نقله عن النص، لكن هل يقول: يجب على الولي ذلك إذا أمن ولم يتمكن من الأخذ بالحاكم؟ فيه نظر! وهل له نقب جدار الغريم حيث يجوز له لو كان الدين لنفسه؟ فيه احتمال، ولا شك أنه لا يلزمه.

فَرْعٌ: قال: قبل ما يقولون فيمن له حق على إنسان فاستعان على أخذه

....

ببعض الولاة والقضاة فساعده عليه بغير حجة شرعية، فهل يجوز له أن يستعين بالوالي أو القاضي على ذلك مع كون الوالي والقاضي ائتمن في أحدهما الحق بغير حجة شرعية أم لا؟

قلت: أمَّا الوالي والقاضي قائمان، وأمَّا المستعين بهما فينبغي أن ينظر فيه إلى الحق المستعان عليه، وله رتب:

إحداها: أن يكون الحق جارية يستحل لغاصبها بضعها، فلا أرى بأسًا بالاستعانة بالوالي والقاضي، وإن عصيا بذلك بل واجب عند القدرة عليه؛ لأن مفسدة معصية الوالي، والقاضي دون مفسدة الغصب والزنا، وذلك لو غصب إنسان على زوجته فاستعان على تخليصها بهما فلا إثم عليه مع كونهما آثمين؛ لأن مفسدة نقلها مع من يزني بها أعظم من مفسدة مساعدة الوالي والقاضي بغير حجة شرعية، وكذلك لو استعان بالآحاد فأعانوه بمجرد دعواه المراد دونه؛ لأن مفسدة مخالفتهم الشرع في هذا دون المفسدتين المذكورتين.

الرتبة الثانية: إذا استعان بالولاة والقضاة وبالآحاد على رد المغصوب من غاصبه، والمجحود من جاحده، فأعانوه على تخليصه بغير حجة شرعية، مثل أن غصب إنسان دابته وثيابه وسلاحه ومنزله وماعونه، أو جحده ذلك من غير غصب، واستعان بهم فأعانوه على ذلك بلا حجة شرعية أثموا دونه؛ لأن مفسدة بقاء ذلك بيد الغاصب والجاحد أعظم من مفسدة عصيانهم؛ لأن الصادر منهم مجرد معصية لا مفسدة فيها، والصادر من الغاصب والجاحد عصيان مع تحقق المفسدة، وقد يجوز إعانة القاضي على معصيته لا من كونها معصية، بل لما تضمنته الإعانة من المصلحة كما ذكرنا في فداء الأسرى.

الرتبة الثالثة: أن يكون الحق حقيرًا كعنبة وتمرة، فهذا لا يجوز الاستعانة على تحليفه بغير حجة شرعية لا مفسدة عصيان المساعدة عليه بمثل مفسدة فواته، انتهى.

ويجب أن يكون هذا في غير المضطر إلى كسرته ونحوها، وقد يقال:

فَصْلٌ

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُوَافِقُهُ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ فَقَالَ أَسْلَمْنَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ مُرَتَّبًا فَهُوَ مُدَّعٍ.

مفسدة عصيان القاضي المساعدة بغير حجة على تخليص الدين المجحود والمال المغصوب يدلي مفسدة فوات المال؛ لا سيما إذا كان المستحق عينًا والمجحود أو المغصوب خسيسًا كشاة وثوب مثلًا؛ لأن القاضي يفسق بذلك، ويترتب عليه فساد عقوده وأحكامه وأنكحته وغيرهما إذا أصرَّ على الولاية، ولينظر فيما ذكره ـ رحمه الله ـ من عدم تأثيم المستحق هل محله إذا لم يجد طريقًا إلى الظفر بخلاص دينه ونحوه إلا بذلك أو لا؟ فرَّق بين أن يمكنه الظفر أو لا، ولعلَّ الأول أشبه؛ لأن له مندوحة على حمل القاضي ونحوه على الحكم بالباطل.

وسئلت مرة عن رجل أقرض آخر مبلغًا خطرًا فجحده المقرض، فحصل له شهود زور يشهدون له بالقرض على المقرض، فهل له فعل ذلك فيما بينه وبين الله وأخذ ماله؟ فأحجمت عن ذلك واستعظمته مع استحضاري لكلام الشيخ عز الدين رحمه الله تعالى.

فَصْلٌ

قال الشيخ رحمه الله تعالى: (**وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مَنْ يُخَالِفُ قَوْلُهُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُوَافِقُهُ، فَإِذَا أَسْلَمَ زَوْجَانِ قَبْلَ وَطْءٍ، فَقَال: أَسْلَمْنَا مَعًا فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، وَقَالَتْ: مُرَتَّبًا فَهُوَ مُدَّعٍ**) عرفنا بالسُّنَّة الصحيحة أن «**الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِين عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**» واستنبط سببه فقيل: جانب المنكر أقوى؛ لموافقته الظاهر، والبينة أقوى من اليمين؛ لبراءتها عن تهمة جلب النفع، فجعلت البينة على المدعي ليحرفوه الحجة ضعف جانبه ومنع من المنكر بالحجة الضعيفة لقوة جنبه، وهذه القاعدة تخرج إلى معرفة المدعي والمدعى عليه، ليطالب كل بحجته إذا تخاصما.

إذا عرفت هذا فبقي حد المدعي والمدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي في مسألة إسلام الزوجين، قال الرافعي: وقد يفهم إيراد

……………………………………………………………………………………

الفوراني أنهما منصوصان، والمعتمد المشهور الأول، وقد بين الخلاف في الفرع على الخلاف في الأصل المبني عليه، انتهى.

وإيراد الفوراني في ظاهر أو نص في كونهما منصوصَيْن حيث قال: اختلف قول الشافعي في صورة المدعي والمدعى عليه وحده، فقال: في موضع كذا وفي موضع كذا فذكرهما، وهو إمام ثقة لا أعلم في المراوزة أكثر اطلاعًا على نصوص الشافعي منه، يعرف ذلك من طالع كتابيه، ونظر «الأم» وغيرهما.

وقد قال الشافعي: أدل الدعاوى من «الأم» أصل معرفة المدعي والمدعى عليه أن ينظر إلى الشيء الذي في يديه، ولا يحتاج إلى سبب يدل على صدقه بدعواه إلا قوله: وهكذا إن ادَّعى عليه دينًا أو أي شيء ما كان كلف البينة، ودعواه في ذمة غيره مثل دعواه شيئًا قائمًا بعينه في يد غيره، وقاله أبو حنيفة، انتهى نصه بحروفه. وعلى إيراده بالمعنى اقتصر كثيرون.

عُدنا إلى بيان القولين:

أحدهما: إن المدعي منهما من لو سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يخلى ولا ينتفع بسكوته.

وأظهرهما: على ما يشعر به لفظ «المختصر» ويقتضيه كلام الأكثرين، وصرَّح به الروياني: أن المدعي: من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه: من يوافقه، وهو قضية نص «الأم» السالف، فإذا ادَّعى زيد دينًا في ذمة عمرو أو عينًا فأنكر، فزيد لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده من حق الغير وعمرو ولا يترك، وسكوته ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدع لموجب العبارتين، وعمرو مدعى عليه، ولا يختلف موجبهما في الأغلب، وقد يختلف، كما لو أسلما قبل المسيس، ثم قال الزوج: أسلما معًا، فالنكاح باقٍ بحاله، وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح بيننا.

فإن قلنا: المدعي من لو سكت ترك فهي مدعية، والزوج مدعى عليه، فإنه لا يترك، وسكوته، فإنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف الزوج، ويحكم

....

باستمراره إذا حلف، وإن قلنا: بالأظهر والزوج مدع؛ لأن المعية التي زعمها خلاف، والمرأة مدعية عليها لموافقتها الظاهر، فتحلف، فإذا حلفت حكم بالفرقة. ولو قال: أسلمت، قيل: فلا زوجية ولا مهر، وقالت: بل معك بقاؤهما بحالهما، فالفراق يلزمه قطعًا، والقول قوله في المهر على الأظهر، وعلى الأول قولها؛ لأنها لا تترك بالسكوت؛ لأن الزوج يزعم سقوط المهر إذا سكت ولا بينة جعلت ناكلة، وحلف وحكم بالسقوط.

قال الأئمة: والأمناء المصدقون في الرد بأيمانهم مدعون؛ لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم لعرض المالك، وقد أثبتهم فلا يحسن تكليفهم بينة على الرد.

وتكلف أبو الحسن العبَّادي فقال: إنهم يدعون ما يوافق الظاهر؛ لأن المالك ساعدهم على الأمانة بائتمانهم، فهم يستنيبون الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، وكأن الظاهر يفهم.

قال: وعلى الحد الآخر فهم المدعى عليهم؛ لأن المالك لو سكت ترك، قال الروياني وغيره: وقد يكون الشخص مدعيًا ومدعى عليه في المنازعة الواحدة كما في صورة التحالف، قال الرافعي: منقول الأصحاب هنا، ووراءه كلمات:

إحداها: يمكن أن يعكس ما ذكروه من البناء، فيقال: إن قلنا أن المدعي من ترك وسكوته فالمدعي في اختلاف الزوجين إنما هو الزوج؛ لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت وأعرضت، وإن قلنا بالأظهر فهي المدعية لزعمها ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

قلت: قال الزنجاني: وفيه نظر؛ لأن النكاح كان ثابتًا، فلو لم يدع الفراق وسكتت لطالبها الزوج بحقوق الزوجية، فهي المدعية إذن، انتهى.

والثانية: ما المعنى الظاهر في قولنا: المدعي من يخالف قوله الظاهر، أنعني به الظن الأرجح والأغلب أم استصحاب ما كان موجودًا وعدم؟ إن عيَّنا الأول لزم أن يكون كل واحد من المتداعيين مدعيًا أبدًا؛ لأن دليلًا ما يدل

……………………………………………………………………

على صدق هذا وآخر على براءة هذا، وإن عينا الظن الأغلب، فهذا يختلف بالأشخاص والأحوال والقرائن الرافعة في الحادثة، فتارة يغلب على الظن صدق الطالب، وأخرى صدق المنكر، وإن عنينا استصحابًا ما كان فلم يخفى على المرأة مدعى عليها، إذا قلنا بالأظهر وهي لا تستصحب شيئًا، بل يترك استصحاب الأصل الذي كان.

قلت: أقول: نعني به القدر المشترك بين هذه الأمور المعينة، على أنا نقول: لم لا يجوز أن يكون المراد الاستصحاب، فإن قالوا: المرأة لا تستصحب شيئًا.

قلنا: لا تسلم، بل تستصحب بقاء أحدهما على الكفر عند إسلام الآخر، أو يقول: يعني به ما يخرج على وفق الغالب المستمر، ولا شك أن التعاقب كذلك إلا السارق، انتهى. وعنى بالتساوي المعية.

الثالثة: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معينًا لمعية، وإنما الزوج يبغي استدامة النكاح، وهي تزعم ارتفاعه، فيشبه أن يقال: كل واحد منهما مدع الشيء، أمَّا هو فاستدامة النكاح وطلب طاعتها كطالب مال من غيره، وأمَّا هي فدافعة كمن يقول: أبرأتني أو أديته، فإن قلت: أيحلف الزوج فهو على قياس دعوى الدوافع، وذكر البغوي أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف هي، فبسببه يقوى جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مدعية كما يحلف المودع على الرد والهلاك، وإن كان مدعيًا للمعنى السابق، وهذا طريق يعني عن تخريج القولين على الأصل المذكور.

واعلم أن المراد من قولهم: إن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، أو من يدعي أمرًا جليًّا أنه لو أنكر ونازع الطالب كان كذلك؛ لأنه يتوقف كونه مدعى عليه على أن ينكر وينازع، هذا كلام الرافعي ﷺ ووراءه فوائد:

منها: قوله: ولا يختلف موجب القولين في الأغلب، وقد يختلف كما لو أسلما مفهم أن لاختلاف الحدين فوائد أخرى غير ذلك، وفي «الإبانة» بعد

……………………………………………………………………

ذكره القولين عن الشافعي في موضعين، وهذا اختلاف من طريق العبارة، وإلا فلا فائدة له إلا في مسألة واحدة، يعني: مسألة إسلام الزوجين هذه، لكن ذكر الإمام والغزالي والرافعي، وهذا كلامه في آخر كتاب الرهن: إنه لو رهنه عصيرًا ثم اختلفا وقال المرتهن: قبضته وقد تخمر، فلي الخيار في البيع المشروط فيه هذا الرهن، وقال الراهن: بل صار عندك خمرًا فقولان:

أصحهما: إن القول قول الراهن مع يمينه، وخرَّج مخرجون القولين على كذا، وعنى الأصل المذكور هنا، فإن قلنا بالأول يعني أن المدعي من يدعي أمرًا خفيًّا، والمدعى عليه من يدعي أمرًا جليًّا فالمدعي الراهن؛ لأنه يزعم جريان القبض الصحيح، والأصل عدمه فيكون القول قول المرتهن؛ لأنه لو سكت لترك والراهن لا يترك لو سكت، فيكون القول قول الراهن.

واستنبط القاضي الحسين من هذين القولين الجواب في فرعين:

أحدهما: سلم العبد المشروط رهنه ملفوفًا في ثوب ثم وجد ميتًا ثم اختلفا في من مات عنده ففي المصدق القولان.

والثاني: اشترى مائعًا، وجاء يطرق نصب المائع فيه فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: كانت في طرفك، وقال المشتري: بل أقبضتنيه وفيه الفأرة، ففي المصدق القولان، ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحًا أم فاسدًا؟ وقال القفال في تنقيص الإقرار: بناء على المعنى في حد المدعي والمدعى عليه، إن قلنا المدعي من لو سكت ترك فهربنا ببعض، فله تحليف المقر له، وإن قلنا المدعي من يدعي أمرًا باطنًا والمدعى عليه من يدعي أمرًا ظاهرًا، والقول قول المقر هاهنا؛ لأن الظاهر معها هو براءة الذمة، فهاهنا المقر له تحليف المقر.

ومنها: قال في «البحر» في كلامه على تعريف المدعي والمدعى عليه من أصحابنا من قال حقيقة مذهبنا، أي: من أضاف حقًّا أو ملكًا إلى نفسه، فلو زعم سقوط حق عن نفسه فهو مدع، ومن اقتصر على مجرد النفي فمدعى عليه، ولهذا

قبلنا بينة ذي اليد؛ لأنه يضيف ملك ما في يده إلى نفسه كما يضيف الخارج.

ومنها: قال ابن أبي الدم: اختلفت عبارة الأئمة، فقيل: المدعي من يثبت شيئًا والمدعى عليه من ينفيه، وقيل: المدعي من يقول بالاختيار، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار، وقيل: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته، وهذه العبارة بمعنى التي قبلها، وقيل: المدعي من يدعي أمرًا باطنًا خفيًّا، والمدعى عليه من يدعي أمرًا ظاهرًا جليًّا، وهذا الحد وما قبله استنبطهما الشيخ القفال في مسألة إسلام الزوجين قبل الدخول، انتهى.

وقال الجرجاني: المدعي في الشرع: كل من ادَّعى عينًا في يده، أو حقًّا في ذمته، فالمدعى عليه: كل من ادَّعى عليه عينًا في يده، أو حقًّا في ذمته، وهذا نصه في «الأم».

وقال الصيمري: حد المدعي من إذا ترك الخصومة ترك. . . . إلى آخره، قال: وقد يعبر عن ذلك أن المدعي طالب، والمدعى عليه مطلوب، وقيل: المدعي من حسن أن يطالب بالبينة، والمدعى عليه بخلافه، وأيضًا فالمدعي من يذكر خلاف الظاهر، والمدعى عليه من الظاهر معه.

واقتصر الماوردي هنا على قوله: هو الطالب من غيره شيئًا في يده أو ذمته. . . إلى آخر ما سبق عن الجرجاني، و«الأم».

قال: والفرق بينهما أن الطالب إذا تارك ترك، والمطلوب إذا تارك لم يترك، وهذا ما رجحه الروياني، وصدر به الصيمري كلامه السابق في شرح «الكفاية» وأشعر سياقه بأن كلًّا من الحديث الصحيح.

ومنها: قول الرافعي: وتكلف أبو الحسن العبادي. . . إلى آخره يفهم انفراده به وضعفه، وليس كذلك، بل سبقه إليه القاضي الحسين، وجرى عليه الأئمة، فقال القاضي: يشكل على من قال بالأول، يعني: القول الأظهر دعوى المودع الرد أو التلف، وأن دعواه تخالف الظاهر، ومع هذا جعلنا القول قوله إلا أن هاهنا أصلًا آخر، وهو بقاء الأمانة، والمودع يدعي الخيانة،

....

ففي الحقيقة يصير المودع مدعيًا، والمودع يدعي عليه الخيانة، انتهى.

وجزم بهذا الجواب البغوي وإبراهيم المروزي في «تعليقهما» وقال الإمام في «النهاية» وتبعه في «البسيط»: فإن قيل: المودع إذا ادَّعى رد الوديعة فليس يدعي أمرًا جليًا فلم جعلتم القول قوله، وأحللتموه محل المدعى عليه قولًا واحدًا؟ قلنا: إذا ضبطنا عليه من لو سكت ترك ثم ينخرم الضبط مسألة المودع، وإن قلنا: من يدعي أمرًا خفيًا فسبيل تخريج المودع على ذلك أن الإيداع ائتمان، وحكم الأمانة ثابت شرعًا للمودع، ولا معترض على الشرع، فإذا نكر المودع الرد فكأنه يضمنه، والأصل أن الأمانة الثانية لا تزول، وهذا ظاهر في دعوى التلف أظهر، فإن دعوى التلف مسموعة من الغاصب في الرأي الأظهر، انتهى.

ولخَّصه في «البسيط» فقال: إن قلنا المدعي من يترك وسكوته فهو كذلك، وإن قلنا من يدَّعي أمرًا خفيًا فهو مؤتمن من جهة المستودع، وبالتكذيب نسبه إلى خيانة، والأصل بقاء الأمانة، وعبارة البغوي والمروزي في الجواب قلنا: لا، بل هو يدَّعي أمرًا ظاهرًا، وهو بقاؤه على الأمانة، وجرى على ما قالوه صاحب «الذخائر» وغيره.

فَرْعٌ: لا خفاء أن الدعوى تشتمل على مدع، ومدعى عليه، ومدعى فيه وهو ما ينازعا، ومدعى عنده، وهو من بعد حكمه من قاض ونحوه.

وقد أغفل المصنف هنا منها تعريف المدعي والمدعى عليه، وكأنه اكتفى بقوله في باب دعوى الدم: وإنما تسمع من ملتزم على مثله، ولكن هل ذلك الكلام من كل مدع ويدعي عليه؟ فيه نظر، ولنذكر ما خطرنا فنقول: قال جماعة من العراقيين هاهنا: لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف فيما يدعيه، ووجه بأن صحة التصرف علم الأهلية، وهي مستفادة بإطلاق التصرف، ولأن المقصود بالدعوى التسلط على المدعى به، فاشترط أن يكون من أهل التصرف فيه.

وقضية هذا أن تسمع دعوى السفيه المحجور عليه بالدم، وله التحليف

وَمَتَى ادَّعَى نَقْدًا أُشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكَسُّرٍ إنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ، أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ. وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيمَةِ، فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوَّمَةٌ وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيمَةِ.

ويحلف؛ إذ له استيفاء القود والعفو.

قال الأئمة: فإذا أن الأمر به إلى المال قبضه الولي دونه، وإنه لا تسمع دعواه بالمال؛ لأنه بمطلق التصرف فيه، كما صرَّح به جماعة منهم، واقتضاه كلام آخرين.

قال الصيمري في «شرح الكفاية»: لا تسمع الدعوى إلا من بالغ عاقل لا حجر عليه بسفه، ثم استثنى بعض ما إذا كانت الدعوى في دم فتسمع، قال: لأنه لو أقر حكم عليه وأطلق في «اللباب» تبعًا لأصله «الرونق» أن دعوى المحجور عليه بسفه فاسدة، كدعوى الصبي.

وكذا قال القاضي الحسين في باب الامتناع من اليمين: لا تصح الدعوى منه بالمال، وإن قال: يلزمه تسليمه إلى قَيِّمي، وهذا قضية قول غيره من أتباعه، وغيرهم أن من شرط صحة الدعوى أن يقول المدعي: ويلزمه تسليمه إليَّ.

وقال الماوردي والبغوي والرافعي في كتاب القسامة كما سبق: إنها تسمع فيه وتختلف، ثم الولي يأخذ المال إذا وجب، وكذلك قضيته ألَّا تسمع الدعوى، أي: هذا العبد كان لي وأعتقته وغصبه فلان، وقد قالوا: إنها تسمع، وكذا قضيته ألَّا تسمع دعوى المرأة النكاح؛ لأنها غير مطلقة التصرف فيه، وقد قالوا: إن اقترن بدعواها دعوى مهر ونفقة ونحوهما سمعت بلا خلاف، وكذا إن تجردت دعوى النكاح على الصحيح. هكذا أورد ابن الرفعة هاتين الصورتين، وفي ورودهما نظر، ولو صح ذلك لوردت صور كثيرة لدعوى العبد العتق ودعوى «الروضة» الطلاق وغير ذلك فيما أحسب.

قال: (**وَمَتَى ادَّعَى نَقْدًا أُشْتُرِطَ بَيَانُ جِنْسٍ وَنَوْعٍ وَقَدْرٍ وَصِحَّةٍ وَتَكَسُّرٍ إنْ اخْتَلَفَتْ بِهِمَا قِيمَةٌ، أَوْ عَيْنًا تَنْضَبِطُ كَحَيَوَانٍ وَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ مَعَهَا ذِكْرُ الْقِيمَةِ، فَإِنْ تَلِفَتْ وَهِيَ مُتَقَوَّمَةٌ وَجَبَ ذِكْرُ الْقِيمَةِ**) اعلم أنه يعتبر

....

لصحة الدعوى أن تكون بحيث تسمع ويطلب جوابها، واعتبر الغزالي في صحتها وصفين: **أحدهما**: العلم بالمدعي فإن المقصود فصل الأمر وأيضًا الحق إلى المستحق وذلك يستدعي العلم.

والثاني: كونها ملزمة كما سيأتي بيانه، وقد شرع المصنف في بيان جملة من الشروط الأولى فذكر النقد.

قال الرافعي: فإن كانت الدعوى في الأثمان فلا بد من ذكر الجنس والنوع والقدر، قال في «الشامل» وغيره: فإن اختلفت الصحاح والمكسرة، قال: صحاح أو مكسرة، وقول البندنيجي وغيره: ولا بد أن يذكر صحاح أو مكسرة محمول على ذلك، ويؤيده أن بعض من أطلق اعتباره بأن بينهما تفاوتًا، ثم مطلق الدينار يحمل على الشرعي، فلا حاجة إلى ذكر الوزن. ذكره الشيخ أبو حامد.

هذا ما أورده الرافعي، وقال غيره: يذكر في الدين الجنس والقدر والصفة التي تختلف بها الأعراض؛ لأن بذلك يحصل التعريف، ويقول: لي عليه أو عنده، كما قال في «البحر»: ذهب دينار عتيق أو فضة درهم جديد، أو قمح صاع صفته كذا، ويذكر صفات السلم ونحو ذلك، فإن قوله: ذهب وفضة وقمح وشعير ونحوها بيان للجنس، وقوله دينار ودرهم وصاع بيان للقدر، وقوله عتيق أو جديد من صفته، كذا بيان الصفة.

وقضية كلام «المهذب» وغيره: إنه يعتبر ذكر أوجه أشياء الجنس والنوع والقدر والصفة في كل دين يدعيه، وفسَّر ابن أبي عصرون الصفة بالحلول والتأجيل، وفيه نظر.

وجزم الصيمري بأنه لا يلزمه أن يقول: حالة أو مؤجلة، فإن قاله كان تأكيدًا، ومطلق ذلك يقتضي الحلول، أو اعتبر الأربعة المذكورة الماوردي، وتبعه في «البحر» فيما إذا كان أجرة أو ثمن مبيع أو قيمة فإنه لا يجوز أن يطلق ذكر الدراهم والدنانير في الدعوى، وإن جاز إطلاقهما في الأثمان؛ لأن زمان العقد يقيد صفة الأثمان بالغالب من النقود، ولا يتقيد ذلك بزمان الدعوى

....

لتقدمها عليه، وعدا كون الدراهم أحدهما بيضاء أو سوداء، وكون الدنانير مشرقية أو مغربية، في اختلاف الأنواع.

وزاد: ذكر الطابع أن نسب الدراهم والدنانير إلى طابع، وقالا: إن ذكر العتق والجدة والصحة والتكسر لا يشترط عندهم اختلاف القيمة بهما إذا لم يكن الدين سلمًا، ورأيت في «روضة الحكام»: ولو ادَّعى عليه نقدًا ولم يصفه حمل على نقد البلد إن كان نقد البلد واحدًا كما في البيع يجوز إطلاق النقد، واختاره الإصطخري.

قال: وحكى جدي عن بعض أصحابنا أنه لا بد من بيان النقد الذي يدعيه، بخلاف المعقود، فإن الأصل فيها طلب تصحيحها ما أمكن، انتهى لفظه في باب الدعوى الناقصة. وما صدر به كلامه هو ما عليه عمل القضاة، ويجوز أن يقال: إن أضاف النقد المدعى به إلى عوض، كفى إطلاقه عند اتخاذ النقد هناك، وإن اختلف وأطلق الدعوى من بيان سبب اللزوم اشترط الوصف.

ثم رأيت الديلمي قال: وإذا كانت الدعوى بدراهم فتصحيحها أن يذكر قدرها وجنسها ونوعها، ويقول: راضية أو شجاعية أو إسماعيلية جيدة، فإن كانت الدراهم عن بيع باعه في الوقت جاز ألَّا يصفها، ويذكر قدرها، ويكون نقد البلد، انتهى لفظه. وما قاله ظاهر، وقوله: في الوقت ليس بقيد مطلقًا بل أضاف العوض إلى وقت ومكان لم يغير فيه النقد الغالب، كفى إطلاقه كما في الوقت الحاضر.

وقال ابن أبي الدم: يلزمه في دعوى المثلى الحال في الذمة ذكر الجنس والنوع والقدر والصفة، فيقول: لي على هذا ألف من نوع كذا، ويذكر أهي صحاح أو مكسرة، ثم يقول: يلزمه أداؤها إلى الساعة؛ لاحتمال كونها مؤجلة أو كونه مفلسًا، ولا يلزمه ذكر سبب الاستحقاق على المذهب، وفيه وجه ذكره الإمام وأبو سعد الهروي: إنه لا بد من ذكر السبب، وهو منقاس؛ إذ ربما يكون قد أتلف على المدعي الذمي خمرًا أو كلبًا فيعتقد المدعي استحقاقه في ذمته، والحاكم لا يراه، والناس مختلفون في ثبوت القيم في الذمم، في مقابلة المضمونات كاختلافهم في سبب الجرح، ولا خلاف عندنا أنه لا يقبل إلا

....

مفسرًا، فكذا هذا، فليقل: في ذمته درهم من ثمن كذا سلمته إليه، أو قرضًا في ذمته، أو قيمة ثوب أتلفه، أو ما ضاها هذا.

وذكر بعض أصحابنا وجهًا: إنه بينة المدعي إن كانت تشهد على إقرار المدعى عليه بالدين، فلا بد أن يضيف إلى دعواه إقرار المدعى عليه ليطلق البينة دعواه، وهو بعيد، انتهى.

وقد اشتمل ما سقناه على فوائد ويخرج منه وجوه كثيرة.

الصورة الثانية في الكتاب: أن يدعي عينًا تنضبط بالصفة: كالحيوان والحبوب والثياب، فيصفها بصفات السلم ولا حاجة إلى ذكر القيمة على الأصح، وإن كانت العين تالفة كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية، ولا حاجة إلى ذكر القيمة، وإن كانت متقومة فلا بد من ذكر القيمة؛ لأنها الواجب عند التلف، هذا ما أورده الرافعي تبعًا للهروي.

وسبق الكلام في باب القضاء على الغائب في الدعوى بالعين المنقولة الغائبة عن المجلس، وذكر ما تيسر نقله ويقول هاهنا: إذا لم يتيسر إحضار العين المنقولة، فذكر ابن الرفعة أنه يكفي ذكر صفاتها المعتبرة في السلم إن أمكنت، كما صرَّح به البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ لحصول المقصود بذلك.

وفي «الحاوي» أن الاقتصار على ذكر صفات السلم إنما يكون في المثليات، أمَّا في غيرها كالعبيد والثياب فلزمه أن يستوفي جميع أوصافه، وهو ما في «النهاية» بخلاف ما إذا كان مسلمًا فيه؛ لأن مقصود التمييز في الأعيان يخالف مقصود الإعلام في السلم؛ لأنه إذا أفرط وتناهى فيه فقد ينتهي إلى غرة الوجود، وكان ممتنعًا في السلم، لكان من ضرورته ترك الإطناب في الوصف والعرض من وصف المدعي الوصول إلى تعيين الشخص من بين الجنس.

قال: وذكر القيمة مع ذلك تأكيد، هذا ما حكاه العراقيون والقاضي الحسين أيضًا، وفي الرافعي: إنه لم يضبط المدعي بعد ذكر الجنس والنوع.

....

ذكر أبو سعد وغيره قولين:

أحدهما: إنه يتعرض للأوصاف المعتبرة في السلم.

والثاني: إنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الأوصاف، ثم قال: قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف المثليات ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي المتقومات الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب.

تنبيهات:

منها: لا خفاء أن مطلق الدينار لجهل في الدعوى على دينار الإسلام من الذهب الخالص حيث لا يستعمل اسم الدينار في غير الوزن المعروف من الذهب، أمَّا لو كان ببلد يعبرون بالدينار عن قدر يسير من تقدم من الفضة، كما هو في كثير من بلاد الروم والعجم والعراق وأعراب هذه الأعصار بالشام، ونحوه يعبرون بالدينار عن ما فيه دراهم من هذه النقود المغشوشة، فإذا كان المدعي أو المدعى عليه أو أحدهما من هؤلاء فينبغي أن يبين في الدعوى مراده بالدينار؛ لئلا يقع الحكم له أو عليه بغير المطلوب، والواجب ويتعين على الحاكم استفساره. ووقع في «الفتاوى» أن رجلًا بحلب ادَّعى على آخر قدم من الروم أنه أنكحه ابنته على مائتي دينار، فأقر، فألزمه الحاكم بذلك، فلما أراد الوزن طلب الخصم منه الدنانير الإسلامية، فقال الزوج: إنما عقدت على الدنانير المتعارف عندنا لا على هذا، وحصل التوقف في الحادثة، ولم أجب فيها بشيء، وفي إلزامه بدنانير الإسلام وقفة.

ومنها: إذا لم يمكن الضبط بالصفات كالجواهر واليواقيت فيقول: جوهر أو ياقوت قيمته كذا، وذكر القيمة شرط؛ إذ لا يصير معلومًا بغيره، هكذا ذكره القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم. وفي «الحاوي» أن عليه أن يذكر الجنس والنوع، وإن كان مختلف الألوان ذكر اللون، ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة؛ لأنه لا يصير معلومًا إلا بها.

وقال شريح الروياني: لو ادَّعى أن له في ذمته ياقوتة أو لؤلؤة أو شيئًا مما لا

……

يثبت في الذمة لم تسمع، فإن ذكر السبب الذي من أجله يدعي ثبوته، فإن أسلمت كذا دينار في لؤلؤة ويلزمه رد الثمن لفساد العقد، فإن الدعوى تصح، انتهى.

ومراده غير صورة الإتلاف والغصب، أمَّا لو ادَّعى إتلافًا أو غصبًا وطلب القيمة وقدرها فلا ريب في السماع.

ومنها: قال الرافعي: وفي الدراهم والدنانير المغشوشة: يدعي مائة من نقد كذا قيمته كذا دينارًا من نقد كذا قيمته كذا درهمًا، ذكر الشيخ أبو حامد وغيره وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم فإن جعلناه مثليًا، فينبغي ألَّا يشترط التعرض للقيمة.

قلت: صرَّح بذلك شريح الروياني في «روضته» فقال: قال الإصطخري: وإن كان يجوز في البلد رابعة فادَّعاها لم تسمع؛ لأنه لا ينضبط حتى يقول: قيمتها كذا، وقال غيره: لا يحتاج إلى ذكر قيمتها، فإذا كانت تجوز في البلد ويتعامل عليها، أو كانت معلومة، وأصله الوجهان في جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة، انتهى.

ومنها: لو ادَّعى سيفًا محلى، ونحوه ففي «الشامل» وغيره من كتب الطريقتين كـ«تعليق» القاضي الحسين: لا بدّ من ذكر قيمته، ويقوم المحلى بالذهب بالدراهم، ويقوم المحلى بالفضة بالذهب، وإن كان محلى بهما قوَّمه بأحدهما للضرورة؛ يعني: أيهما شاء كما صرَّحوا به، وهذا عند التقارب في المقدار، أمَّا لو غلب أحدهما فينبغي أن يقوّمه بالنقد الآخر لا محالة، مثاله: عليه مائة دينار حلية وخمسة دراهم حلية، تقوم بالدراهم لا بالدنانير.

وفي «البحر» بعد ذكره المسألة عن الأصحاب: ويحتمل عندي أن يقال: ينبغي أن تفصل بينهما في الدعوى ويقوم بغير الجنس كذا ذكره في «الكفاية» ويشبه أن كلامهم فيما إذا جهل حقيقة مقدار كل منهما، وإنما قدر ذلك بالتخمين، أمَّا لو علم مقدار كل منهما فالوجه ما ذكره الروياني.

……

قال الرافعي: ويستثنى من اعتبار العلم صور:

إحداها: إنما يتصور اعتباره إذا طلب متعينًا، فأمَّا من حضر لتعيين ويفرض له القاضي كالمفوضة بطلب الفرض على قولنا لا يجب المهر بالعقد، أي: وهو الأظهر، وكالواهب بطلب الثواب، وإذا قلنا: إن الهبة تقتضيه ولم يقدر الثواب، فلا يتصور منه إعلام وتعيين.

قلت: ومن الأمثلة الحكومات ومتعة الطلاق كما صرَّح به الأئمة، وقال المصنف في التصحيح: والصواب: صحة المجهول في المتعة وفرض المفوضة والرضخ ونحوها، أي: ويكون تقديرها إلى رأي الحاكم.

فَرْعٌ: ادَّعى أن مورث هذا أو مورث زيد أوصى لي بثوب أو بشيء سمعت الدعوى؛ لأن الوصية تحتمل الجهالة فكذا دعواها، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية به، ومنهم من ينازع كلامه فيه، وسبب الاختلاف: الخلاف أن دعوى الإقرار بالمال تسمع أم يجب أن يدَّعي نفس المال، وكذا تصح دعوى الإبراء من المجهول يحجبا الإبراء عن المجهول.

قلت: أمَّا دعوى الوصية بالمجهول فالمشهور في الطريقتين: سماعها، ونسبه القاضي الحسين في كتاب «الإقرار» إلى أصحابنا كلهم، ثم قال: وعندي إن الدعوى لا تسمع؛ لأنه يمكنه تفسير دعواها، فيدَّعي أن مورثه أوصى له بمال وأراد به كذا، أو يعلم هو أنه أراد به كذا، فإن أنكر حلف المدَّعي على ما ادَّعاه من المال مفسرًا.

قال الإمام: والوجه عندنا ما قاله الأصحاب؛ لأن الموصى له إذا قال: إن فلانًا قال: أوصيت لفلان بشيء وأنا أدَّعي ثبوت هذه اللفظة، ثم أبحث بعدها لم يمتنع عليه ذلك، وإنما نفرض الدعوى عند جحود الوارث أصل الوصية، انتهى.

ومن الملحقين للإقرار بالوصية القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والشيخ أبو علي في «شرحه الكبير» وصاحب «البيان» والقفال في «الفتاوى» والقضاة: أبو سعد الهروي، والروياني، والفارقي، وابن أبي عصرون في

……

«الانتصار» و«المرشد» و«التنبيه» والإشارة إلى الأحكام المختارة، والمصنف في تصحيح «التنبيه».

وقد أطلق الرافعي و«الروضة» من بعد الحكاية عن الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة مقتصرة عليه، وفي الصورة زيادة كلام أورده في «الغنية».

فَرْعٌ: عن «فتاوى» القفال: ادَّعى دراهم مجهولة له لم تسمع، ويقول له القاضي بين الأقل الذي تتحققه: وإن ادَّعى ثوبًا ولم يصفه أصلًا لم يصغ إليه، بل لو قال: كرباس ولم يصفه أمره أن يأخذ بالأقل، قال الرافعي: وفي هذا أولًا إرشاد وضرب تلقين، ثم الأخذ بالأول في قدر الدراهم مستفهم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدَّعى عينه لا وجه له، انتهى.

ولم أر ما ذكره في «فتاوى» القفال بعد تصفحها، ولعل المراد: الأخذ بالأقل من قيمته لا من صفته، ورأيت فيها: إنه لو ادَّعى ثوبًا على غيره وقال: يلزمه تسليمه إليّ، فأنكر فأقام المدَّعي بينة أن له في يده ثوبًا لم تسمع هذه البيّنة حتى يصف الثوب ويقول: كرباس طوله كذا، وعرضه كذا، وصفته كيت وكيت يلزمه ردّه إليّ، فحينئذ تقبل إلا في موضعين:

أحدهما: أن يقول: غصبه ثوبًا.

والثاني: أقر له بثوب ولم يبينوا صفته، فتقبل الشهادة في هاتين المسألتين.

الثالثة: ادَّعى أن له طريقًا في ملك الغير أو حق إجراء الماء، فالأشهر كما ذكره في «الإِشْرَافِ» و«روضة الحكام» تبعًا للعبادي: إنه لا يحتاج إلى إعلام مقدار الطريق والمجرى، وعن أبي علي الثقفي: إنه لا بد من إعلام قدر الطريق والمجرى.

قال القاضي أبو سعد: والذي عندي: إنه لا يشترط الإعلام في الدعوى، ولكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق، ومسيل الماء بالذرعان؛ لأن الشهادة

....

أعلى شأنًا، فإنها تستقل بقوة الحكم بخلاف الدعوى، قال: احضر رفقة حرر فيها دعواه، وقال: أدَّعي ما فيها أو ثوبًا بالصفات المكتوبة، وهل يكفي ذلك بصحة الدعوى؟ فيه وجهان سبقا.

فَرْعٌ: ذكر الغزالي: إنه يُعتَبَر بصحة الدعوى وصفان:

أحدهما: إعلام المدَّعي، وذكرنا منه أمثلة وسيأتي غيرها.

والوصف الثاني: كونها ملزمة، فلو قال: وهب مني كذا أو باع لم تسمع دعواه حتى يقول: ويلزمه التسليم إليّ؛ لأنه قد يهب ويرجع ويبيع ويفسخ، قال الرافعي: هكذا نقله الفوراني وغيره وهو المذكور في «الوجيز» ويقرب منه قول أبي سعد الهروي أن يقول في دعوى الدين: لي في ذمة فلان كذا، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه، قال: وإنما يتعرض لوجوب الأداء؛ لأن الموصل لا يجب أداؤه في الحال، وكان هذا فيما إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعي، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة فلا يشترط التعرض لوجوب التسليم؛ إذ في «الشامل»: إنه لو قال: هذه الدار لي وأنه يمنعني منها؛ تصح الدعوى، ولا يشترط أن يقول: إنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه وإن لم تكن في يده.

قلت: قال شريح الروياني في باب الدعوى الناقصة: قال الشافعي: لو تقدم رجلان إلى القاضي فادَّعى كل واحد منهما دارًا وأنها في يده لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي وهذا يعترض عليّ فيها، أو يمنعني من سكنها، فالمذهب: إنها لا تسمع، فقد تكون في يده غصبًا أو عارية وتكون لخصمه، فيجوز له منعه منها، وقال: يعترض عليّ بغير حق تمت الدعوى، انتهى.

ومراد الغزالي والفوراني بذلك ما ذكره غيرهما وهو: كونها تامة محوجة إلى الجواب عنها غير ناقصة، فإنه إذا قال: وهب مني كذا لم تسمع دعواه؛ إذ الهبة لا تلزم دون القبض، والبيع لا يلزم دون السلامة عن الفسخ قاله في «البسيط» وغيره.

....

وفي عبارة الغزالي والفوراني والرافعي إيهام: إنه إذا قال في دعوى الهبة: ويلزمه التسليم إليّ تمت الدعوى وتوجه الجواب على الخصم وليس بمراد؛ إذ قد صرَّح كل من الفوراني والغزالي وغيرهم: إن الهبة لا تلزم إلَّا بالقبض، وحينئذ فإمَّا أن يكون قد حصل تسمح في التمثيل، وإمَّا أن يكون قوله، ويلزم التسليم مؤذن بلزوم الهبة بإقباض سابق الدعوى، ثم عرض منع منه.

وفي «الذخائر»: وإنه يشترط في صحة الدعوى الإعلام والصيغة والإلزام إلى أن قال الثالث: إن يدَّعي أمرًا لازمًا.

قال علماؤنا: لا بدّ من ذلك؛ لأن المدَّعي إنما يكلف الخروج إلى المدَّعى بما يلزم، فإذا ادَّعى هبة عين لم تسمع حتى يدَّعي القبض، وكذلك في الرهن لا تقبل دعواه حتى تقترن بها دعوى القبض، فإن ادَّعى بيعًا قال بعض أصحابنا: لا يصح حتى يدَّعي السلامة فليقل مع دعوى البيع: ويلزمه تسليمه إليّ، قال: وفيه نظر يحتاج إلى تفصيل، فيقال: إذا كانت الدَّعوى على غائب، أي: ونحوه، فيُحْتَمَل اشتراط للحوطة كما اشترطنا أمورًا من الحلف مع البينة وغير ذلك، وإن كانت على حاضر فلا ينبغي أن يُشْترط ذلك، فإنه بنفس انعقاد البيع على الصحة يلزمه التسليم إليه، فإن حدث فسخ بعيب أو إقالة، فالمدَّعي حاضر يعرب عن نفسه ويدَّعيه، ثم الفسخ أمر متحدد بعد العقد فلا حاجة إلى اشتراط ذلك، انتهى.

وأمَّا ما ذكره الرافعي عن الهروي، فقد ذكره الأصحاب، وأشار الماوردي: إلى أنه متفق عليه كما سيأتي.

فَرْعٌ: قال الماوردي: ما في الذمة ضربان:

أحدهما: المثلى وصحة الدعوى به معتبرة بثلاثة شروط:

أن يقول: لي عليه كذا ويصفه.

وأن يقول هو حال؛ لأن الموجب لا يجب بذله قبل حلوله، فإن كان بعضه حالًا وبعضه مؤجلًا صحّت دعوى جميعه ويكون المؤجل تبعًا للحال، فلو كان المؤجل في عقد قصد بدعواه تصحيح العقد كالسلم المؤجل صحّت

……………………………………………………………………

دعواه؛ لأن المقصود منه مستحق في الحال.

والشرط الثالث: أن يقول: وقد منعني أو أخره عني، فإن قال: وقد أنكرني صح؛ لأن المنكر مانع، ثم اختلف أصحابنا أنه هل يعتبر في صحة الدعوى أيضًا أن يقول: وأنا أسأل القاضي أن يلزمه الخروج إليّ من حقي؟ على وجهين، قلت: وسيأتي بيانهما.

والضرب الثاني: أن يكون ما في الذمة غير مثلي، وهو ضربان:

أحدهما: أن يمنع الشرع ثبوته في الذمة كاللؤلؤ والجواهر، فلا تصح دعوى عينه إلَّا أن يقصد بالدعوى ثبوت عوضه؛ لأنه مغصوب فتصح بقيمته، أو يكون عن سلم فاسد فتكون الدعوى لرد ثمنه، ويكون ذكره إخبارًا عن السبب الموجب لرد عوضه.

قلت: وإذا صححنا السلم في اللؤلؤ الصغار كما سبق عن المراوزة ثبت في الذمة وصحَّت الدعوى به.

والضرب الثاني: أن يصح ثبوته في الذمة وذلك من وجهين:

أحدهما: عن سلم في ثياب ونحوها، فلصحة الدعوى شروط:

أن يصفها بأوصافها المعتبرة في صحة السلم.

وأن يذكر أنها عن عقد سلم يذكر فيها الشروط المعتبرة في صحة السلم، ثم يذكر بعدها ما يوجبه مقصود الدعوى، فإن لم يذكر أنه عن سلم لم تصح دعوى أعيانها. أن تكون مغصوبة يلزم قيمتها، فيلزمه مع ذكر الصفة أن يذكر القيمة.

والوجه الثاني: الإبل المستحقة في الدية، والغرة المستحقة في الجنين، فلا بدّ من صفتها في دعواه؛ لأن أوصافها مستحقة بالشرع، ولصحة الدعوى بها ثلاثة شروط:

أن يذكر أنه عن جناية عمد أو خطإ؛ لاختلاف الواجب بذلك ومن يجب عليه.

وأن يذكر أنها على حر؛ لأن الإبل لا تجب في العبد، وأن المخمصة حرة؛

لأن الغرة لا تجب على جنين الأمة. وأن يذكر محل الجناية من نفس أو طرف أو جراح بقدر ديته بالشرع كالموضحة والخانقة، وتكون المطالبة بالدعوى عفوًا عن القود، وإن لم يتعذر ديته بالشرع كانت الدعوى مقصورة على وصف الجناية ولم تصح الدعوى بعقد وأرشها؛ لأنه مقدر بحكم الحاكم، ويذكر في الجناية على العبد قيمته؛ ليعلم بها دية نفسه وأطرافه، ويذكر في جنين المرأة قيمتها؛ لأن فيه عشر قيمتها، ثم يستوفي شروط المقصود بالدعوى، انتهى حاصل كلامه وقد سبق أكثره ولكن أحببت نقله مجموعًا.

وقال في صدر كلامه: إن الدعوى ستة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة، ثم اندفع في بيانها وسنذكر مقاصد كلامه إن شاء الله تعالى.

فَرْعٌ: قال الرافعي متصلًا بما سبق عنه: وإذا ادَّعى ولم يقل للقاضي مره بالخروج من حقي، أو سله جواب دعواي فهل يطالبه القاضي؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند ابن الصباغ نعم، للعلم بأنه الغرض من الدعوى.

والثاني: لا؛ لأنه حقه فلا يستوفي إلا بسؤاله واقتراحه كاليمين، وهذا مذهب أبي حنيفة فيما حكى القاضي أبو سعد، وذكر أنه الأصح.

قال: فعلى هذا طلب الجواب شرط في صحة الدعوى، وجزم هنا في «شرحه الصغير»: بأنه أشبههما مقتصرًا على ذلك، وذكر شريح أنه الصحيح من المذهب وبه أجاب القفال، لكن الرافعي في «الشرحين» جزم في «أدب القضاء» بالأول، وزاد في «الروضة» هنا أنه أقوى، وجعلا هذا الثاني وجهًا شاذًا فقالا بعد الجزم بالأول: وفيه وجه زاد في «الروضة» ضعف، وفي «التنبيه»: إنه ليس بشيء، وفي «البيان» و«المهذب» وغيرهما: إن المذهب الأول، وبه جزم الصيمري في شرح «الكفاية» وأرسل الماوردي الوجهين في البابين، وذكر هنا: إنه يخرج عليهما ما إذا حكم بالبينة من غير سؤال، فإن قلنا بالأول نفذ حكمه، أو بالثاني فلا.

....

قال الرافعي: وسواء شرطنا هذا الاقتراح من المدَّعي أو لم نشرطه، لكنه اقترح فيمكن أن يقال: يعني ذلك عن قوله ويلزمه التسليم إليّ، وإن من شرط التعرض له شرطه جوابًا على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور من المدَّعي.

قلت: وفيما سبق عن «الحاوي» ما قد ينازعه، وأحسب أن قوله: ويلزمه التسليم إليّ لا بدّ منه على الوجهين لما لا يخفى، وقال ابن الرفعة: إن في «النهاية» في كتاب القاضي فيما إذا قال: أتى طالبٌ يطالب، وقال: يلزمه أداء ما ادعيته أبدًا تردد في الاكتفاء به؛ لأن الفقيه قد يقول: من عليه دين حال يلزمه أداؤه وإن لم يطالبه صاحبه، وإنما يسقط وجوب الأداء برضا مستحق الحق بالتأخير، فلا يكون قوله: يلزمه أداؤه متضمنًا للطلب فيلزمه التصريح به.

قال الإمام: وهذا محتمل جدًّا، والذي قاله الأصحاب: إنه لا يحتاج، وهل يشترط أن يقول: واسأل القاضي سؤاله عن ذلك؟ فيه خلاف سبق، لكن كلام «التنبيه» ثم يقتضي أن الدعوى تصح بدونه على كلا الوجهين، وكذا يشترط في الدعوى بالعين أن يقول: وهي في يده، فيه وجهان في «الْإِشْرَافِ» وغيره، والأصح: لا؛ لأن طلب التسليم يغني عنه، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: قال الشيخ أبو علي: لا بدّ أن يسأل القاضي مطالبته، فإن لم يسأله هل للقاضي أن يسأله؟ وجهان، وقال القاضي الحسين: يقول له: فمره بالتسليم إليّ، وقال في «تتمة التتمة»: إذا قال المدَّعي في دعواه: يلزمه التسليم إليّ لا يكفي، بل لا بدّ من ذكر الطلب، انتهى.

وإذا كانت الدعوى في وديعة ونحوها فليقل: وأنا طالب أن يمكنني منها ولا يقبل وأطلب تسليمها؛ لأن المودع لا يلزم سوى التمكين من تسلمها.

فَرْعٌ: قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: كل موضع لا يحلف المدَّعى عليه بمجرد الدعوى لا تسمع الدعوى ما لم يقل لي بينة أريد أن أقيمها، فخرج من هذا: إنه لو ادَّعى صبي أو غائب لا تسمع ما لم يقل ذلك، وكذا لو طلق امرأته ثم نكحت بعد مدة، فادَّعى الزوج الأول أيضًا: نكحت في عدتي، لم

تسمع ما لم يقل: لي بينة أقيمها على أني أطلقتها يوم كذا، ولا يحتمل انقضاء العدة من ذلك الوقت، انتهى.

فَرْعٌ: قال القاضي هنا: ادَّعى عليه مالًا معلومًا وأقام شاهدين على إقراره بشيء، أو قالا: نعلم أن له عليه مالًا ولا نعلم قدره، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان:

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه.

وأشبههما: المنع؛ لأن من شأن البيّنة أن تبين وليست كالإقرار؛ إذ يشترط فيهما ما لا يشترط فيه، وعلى هذا الخلاف ما إذا شهدا على غصب عبد أو ثوب ولم يصفاه.

قلت: سبق في كتاب «الإقرار»: إن الأصح السماع وتضعيف التوجيه المذكور؛ لأن الشهادة تبين ما وقع، ولهذا تسمع الدعوى بالوصية بالمجهول والبينة بها، وسبق في الغصب أنه لو قال المالك: قيمة العين مائة، وقال الغاصب: خمسون، فجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسين من غير تقدير، قيل: لا تسمع وسمعها الجمهور، وإن فائدة تكليف الغاصب الزيادة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه.

فَرْعٌ: قال في «روضة الحكام»: كل دعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر فهي دعوى ناقصة، مثاله: ادَّعى أنه ذبح له شاة قيمتها عشرة دراهم، أو ضرب بقرة فألقت جنينًا؛ فلا يلزم الجواب حتى يضم إلى دعواه قيمة الشاة مذبوحة، وقيمة البقرة حبلى وقيمتها وقد وضعت؛ لأنه إذا لم يذكر ذلك افتقر معرفة القيمة لفصل المنازعة إلى دعوى أخرى، والخصومة الواحدة لا يمكن الفصل بين المتنازعين بتفريقها وتبعيضها، ولو ادَّعى على آخر: إنه يدعي عليه مالًا أو غصبًا أو شراء شيء منه لم تسمع الدعوى؛ لأنه إخبار عن كلام منه لا يضره، ولو قال: إنه يدَّعي عليّ ويقطعني عن أشغالي أو ينازعني ويلازمني لم تتم الدعوى إلا أن يقول: وليس له عليّ ما يدعيه ولا شيء منه، أو يطالبني بذلك

....

بغير حق؛ لاحتمال أن تكون المطالبة بحق.

وقد قال الشافعي: وذكر ما سبق عن روايته عنه، وقال الماوردي: الدعوى الناقصة ضربان: نقصان صفة، ونقصان شرط؛ فالأول كقوله: لي عليه ألف درهم لا يصفها، فيجب أن يسأله عنها ولا يحملها على الغالب من نقد البلد، وإن كان إطلاقها في البيع محمولًا عليه لجواز كونها من غيره، وإن كان من ثمن مبيع سأله عنها لجواز أن يعتقد بغيرها.

قلت: وهذا وجه سبق قريبًا، قال: وأمَّا نقصان الشرط فيتوقف عن السماع حتى يبتدئ المدَّعي بذكره أو لا يذكره فيطرحها، والفرق أن نقصان الصفة: لا يتردد ذكره بين صحة وفساد، فجاز سؤاله عنه، ونقصان الشرط: يتردد بين ذلك، فلم يجز أن يسأله عنه، انتهى.

قال: وأمَّا دعوى الاعتراض فضربان وهما:

أن تتوجه إلى ما في يده أو إلى ما في ذمته، فالأول لا يكون إلا بعد معارضته، فإن كانت المعارضة فيما لا يستضر به المدَّعي لم تصح دعواه، وإن استضر بها إمَّا بمد يده إلى ملكه، أو بمنعه من منقول، أو غيره وأنه له وفي ملكه، أو يعين المعارض بالإشارة مع حضوره وباسمه ونسبه مع غيبته، وأن يذكر المعارضة هل هي في الملك نفسه لأجل الملك لافتراقهما في الحكم؟

والخامس: أن يذكر أنه يعارضه بغير حق إذ ربما استحق المعارضة ببرهان، أو أجاب معنى لا يبقى في دعواه ما يحتاج الحاكم إلى أن يسأله عنه.

والثاني: إن تتوجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته وأنه طولب بما لا يستحق عليه، فإن لم يلحقه بالمطالبة ضرر لم تصح الدعوى وإن استضر بها، إمَّا في نفسه بالملازمة، أو في جاهه بالإشاعة، أو في ماله بالمعارضة صحَّت به الدعوى؛ لِيَسْتَدْفِعَ بها الضرر، وصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أن يذكر ما طولب به؛ إمَّا معتبرًا، وإمَّا مجملًا؛ لأن المقصود بالدعوى غيره.

وأن يذكر أنه غير مستحق عليه. وأن يذكر ما استضر به؛ ليكون الكف عنه متوجهًا إليه. أفرق بهذه الشروط ما نكل به جميع الدعاوى سأل الحاكم المدَّعى عليه، فإن اعترف جميع ما تضمنها منعه الحاكم من معارضته، وإن أنكر المعارضة خلى سبيله ولا يمين عليه، وإن ذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه صار مدَّعيًا، والمدَّعي مدَّعى عليه.

فَرْعٌ: الدعوى الفاسدة أضرب:

الأول: ما عاد فساده إلى المدَّعي كمسلم يدَّعي نكاح مجوسية، أو حر موسر يدَّعي نكاح أمة فلا تسمع.

والثاني: ما عاد فساده إلى الشيء المدَّعى وهو أضرب:

أولها: أن يدَّعي مالًا لا تقر يده عليه كخمر وخنزير وسبع ضار وحشرة مؤذية.

قلت: والظاهر أن الخمر المحترمة عند المراوزة من الضرب الثاني كجلد الميتة.

وثانيها: أن يدَّعي ما يقر اليد عليه كَجُلُودِ الْمَيْتَةِ، وَالسِّرَاجِينِ، وَالسَّمَادِ النَّجِسِ، وَالْكِلَابِ الْمُعَلَّمَةِ، واختلف في اليد عليها إذا كانت الجلود من أموات حيوانه، والسِّراجين من أدوات بهائمه هل هي يد ملك أو يد انتفاع؟ على أوجه:

ثالثها: إن ما يصير منها في الثاني ملكًا يعتض عنه كجلد الميتة، فاليد عليه يد انتفاع لا ملك، فإذا توجهت الدعوى إلى شيء من هذا نظر إن كان بالغًا كانت الدعوى باطلة، وإن كان باقيًا نظر إن ادَّعى معاوضة كالبيع، فالدعوى فاسدة إلا أن يكون قد دفع عنها فتتوجه الدعوى إلى الثمن إن طلبه، وإن ادَّعاها من غير معاوضة فتصح الدعوى بها في أحد ثلاثة أوجه: إن نقصت منه أو يوصي له بها، أو توهب منه وتصح دعوى هبتها، فإن أطلق الدعوى ولم يفسرها بما تصح به أو تفسد فهل يستفسره الحاكم ليعمل على تفسيره، أم

يمسك عنه ليكون هو المبتدئ لتفسيرها؟ فيه وجهان.

والثالث: ما تقر اليد عليه ملكًا، ولا يجوز انتقاله من مالك إلى مالك كالوقف وأم الولد، فالدعوى فيه على المالك فاسدة ولا يجوز للمالك أن يسمعها؛ لاستحالة انتقاله عن ملكه إلى غيره إلا أن يدَّعي ابتياعه لاسترجاع الثمن، فتتوجه الدعوى إلى الثمن، ويكون ذكر ابتياعه إخبارًا عن السبب، ويجوز أن يدَّعي الوقف وأم الولد على غاصبها.

وأمَّا الضرب الثالث في الأصل وهو: ما عاد فساده إلى سبب الدعوى وهو ضربان: عقد، ومقتضى عقد، فالعقد: كالبيع وهو ضرب صحيح ومتفق على فساده ومختلف فيه، فإن كان صحيحًا صحَّت الدعوى إذا استوفى شروطها كما سيأتي.

وإن كان فاسدًا وفاقًا كبيع الحمل والثمر قبل أن يحلف، فدعواه باطلة لا تسمع بطلب تسليم المبيع وتسمع لطلب رد الثمن، وإن كان البيع مختلفًا فيه كبيع العين الغائبة سمعها ليحكم فيها بما يراه من صحة أو فساد ورد الثمن، وكذلك الحكم في عقود الإجارات والمناكح والرهون.

وَأَمَّا نَقْصُ الْعَقْدِ فَكَالشُّفْعَةِ وَهِيَ: مُسْتَحَقَّةٌ، وَبَاطِلَةٌ، وَمُخْتَلَفٌ فِيهَا:

فالمُسْتَحَقَّةُ: فَشُفْعَةُ الْخُلْطَةِ تَصِحُّ دَعْوَاهَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ شُرُوطِهَا.

والباطل: **فِفِيمَا يُنْقَلُ مِنْ مَتَاعٍ، أَوْ حَيَوَانٍ** فلا تسمع منه، **فَإِنْ جَهِلَ الْمُدَّعِي حُكْمَهَا أَخْبَرَهُ بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِيهَا.**

الْمُخْتَلَفُ فِيهَا: شُفْعَةُ الْجَارِ، فإن رآها سمع الدعوى وحكم بشروطه، وإلا لم يسمعها بخلاف البيع المختلف فيه؛ لأن البيع عقد يفتقر إلى الحكم بإبطاله ورد ما تقاضاه بخلاف الشفعة؛ لأنها مجرد دعوى يبطل بردها والإعراض عنها فافترقا، هذا حاصل «الحاوي».

وأمَّا الدعوى المجملة كقوله: لي عليه شيء، فلا تسمع للجهالة، وإن سمع الإقرار بمجهول، وفرَّق بما سبق، قال: ولا يجوز أن يقول له القاضي:

....

فسِّر ما أجملت؛ لأنه تلقين، وإن قال له: إن فسَّرت ما أجملت سمعت جاز؛ لأنه استفهام وهو له لا التلقين، ثم ذكر الدعوى الناقصة كما سبق، ثم قال: وأمَّا الدعوى الزائدة فأضرب:

أحدها: أن تكون الزيادة هدرًا كقوله: ابتعت منه هذا العبد في بلد كذا أو سوق كذا.

وثانيها: أن يكون تأكيدًا كابتعته منه على أني إن وجدته معيبًا رددته، أو على أنه إن استحق كان عليه كذا فهذا لا يمنع من سماعها أيضًا.

وثالثها: أنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُنَافِيَةً لِمُوجَبِ الدَّعْوَى، كَقَوْلِه: ابْتَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ إنِ اسْتَقَالَنِي أَقَلْتُه، وَإِنْ رَدَّهَا عَلَيَّ فَسَخْتُهُ فما حكم الزيادة في الدعوى؟ فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مُعْتَبَرَةٌ بِمَخْرَجِهَا مِنْهُ، فإن خرجت بعد صحة العقد الممتنع من صحة الدعوى، وكان ذكرنا حكاية حال يقف على خياره، وإن خرجت مخرج الشرط في العقد بطلت بها الدعوى، فإن قصد بها تملك المبيع لم تسمع، أو استرجاع الثمن سمعت.

قال: وأمَّا الدعوى الكاذبة: فهي المستحيلة، كدعوى من بمكة أنه نكح أمس فلانة بالبصرة، أو أنه ورث هذا العبد من أبيه، وقد ولد بعد موت أبيه، أو أن فلانًا جرحه هذه الجراحة في يومه، وفلان غائب، ونحو ذلك من الدعاوى الممتنعة، لا يسمعها الحاكم، وإن صدقه الخصم عليها لاستحالتها وتزول بها عدالة مدعيها للعلم بكذبه.

فَرْعٌ: لا يشترط لسماع الدعوى أن يكون بينهما مخالطة ومعاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، وعن مالك رحمه الله: إنه لا تسمع دعوى الدنيء على الشريف إذا لم يعرف بينهما سبب.

وعن الإصطخري: إنه إذا شهدت قرائن الحال بكذب المدعي لم يلتفت إلى دعواه، مثل: أن يدعي المدعي استئجار الأمير أو الفقيه لكنس داره، ولعلف دوابه، ومثل: دعوى المعروف بالتعنت، وجر ذوي الأقدار إلى

أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ. فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ، ....

مجالس القضاء واستحلافهم ليفتدوا بشيء، هذه عبارة الرافعي.

وقال ابن أبي الدم: اطرد الإصطخري لما سبق في حدِّ المدعي أنه من يدعي أمرًا باطنًا، خلاف الظاهر في مسألة خالف فيها الأصحاب، فقال: من ادَّعى من السفل على ملك عظيم أو وزير نبيه خطر، أو قاض جليل أو شريف نسيب أنه زوجه ابنته، أو أنه أقرضه حبة من ذهب، أو أنه استأجره لسياسة دوابه، وما أشبه هذا أنه لا تقبل دعواه؛ لأنه يدعي أمرًا يخالف الظاهر، بل أهل العُرف يقطعون بكذبه.

قال الإمام: وما ذكره لا تعويل عليه، ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بأمثال هذه الوساوس.

قال ابن أبي الدم: وما ذكره الإصطخري ليس ببعيد أن يصير إليه مجتهد، وهو مذهب مالك، فإنه لا تسمع دعوى وضيع على شريف، إلا أن يعرف بينهما معاملة. قال ابن عبد السلام في الفصل المعقود لما أثبت على خلاف الظاهر: إذا ادَّعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه.

قال الشافعي: تقبل دعواه، وهي في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه ويظهر كذب المدعي والقاعدة في الإخبار من الدعاوي والشهادات والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل، أو جوزه، وأحالته العادة، فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعًا فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متقاربة.

قال: (**أَوْ نِكَاحًا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ، بَلْ يَقُولُ نَكَحْتُهَا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَرِضَاهَا إِنْ كَانَ يُشْتَرَطُ؛ فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَالْأَصَحُّ وُجُوبُ ذِكْرِ الْعَجْزِ عَنْ طَوْلٍ وَخَوْفِ عَنَتٍ**) لما فرغ - رحمه الله - من بيان الدعوى بالدين

....

والعين اندفع في بيان الدعوى في العقود، وبدأ بالنكاح للاهتمام به، إذا علم هذا فقد تقدم أن المذهب الجديد قبول إقرار الحرة البالغة العاقلة بالنكاح، سواء السفيهة والرشيدة، والعفيفة وضدها، والقريبة والبلدية، على ظاهر المذهب.

فإذا ادَّعى على المرأة والولي المجبر النكاح كما سنوضحه، فالمذهب المنصوص في «الأم» و«المختصر» وبه أخذ عامة الأصحاب: إنه يشترط لصحة الدعوى أن يذكر أنه تزوجها بولي رشيد وشاهدي عدل ورضاها، إن كان شرطًا إمَّا لكونها ثيبًا بالغة عاقلة، أو بكرًا، والولي غير الأب والجد؛ لأن النكاح يتعلق به حق الرب وحق الآدمي.

وإذا وقع وطء لا يمكن استدراكه، ولا تسمع الدعوى فيه إلا أن تكون معتبرة مبينة كالقتل؛ ولأن في شرائطه خلافًا للعلماء، فأبو حنيفة لا يشترط الولي، ومالك لا يشترط الشهود، ونحن لا نعتبر رضا البكر البالغ بالنسبة إلى الأب، وأبو حنيفة يعتبره، فلم يجز الحاكم أن يحكم بظاهر الدعوى حتى يعلم وجود الشرائط؛ لئلا يحكم بصحة ما هو خطأ عنده، وقيل: يكفي الإطلاق، والتعرض لذلك مستحب كالإطلاق في دعوى المال، فإنه لا يشترط ذكر السبب فيه.

قال الإمام والغزالي والروياني بلا خلاف: وفيه وجه قوي قدَّمناه؛ ولأن مطلق اسم النكاح ينصرف إلى الشرعي، وهو ما وجدت فيه الشرائط، والمذهب الأول، وفي المسألة وجه ثالث وسيأتي إيضاحه قريبًا.

قال الشافعي في «المختصر»: لو ادَّعى أنه نكح امرأة لم أقبل دعواه حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل، ورضاها إن كان الولي مما لا يزوجها إلا برضاها، فإن قيل: ليس في لفظ اشترط عدالة الولي، قيل: بلى؛ لأن قول عدل يرجع إلى الولي والشاهدين.

قال في «الشامل» وغيره: على أنه قيل أن هذا من الشافعي جواب على عدم اشتراط عدالة الولي، وفي «الشامل» وجه: إنه لا حاجة للتعرض لعدالة الولي، وطرد في الشاهدين والأشهر خلافه.

....

قال الرافعي: وقياس وجوب التعرض للعدالة وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يجب التعرض لتعيين الشاهدين، ولا تعيين الولي أيضًا، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يعرض الولي والشهود، هكذا جزم به الرافعي، وسيأتي ما فيه، ولا يشترط ذكر انتفاء الموانع من ردة وعدة وإحرام ورضاع وغيرها.

قال جماعة بلا خلاف ومنهم الإمام، وفي «إشراف» الهروي وغيره على المذهب: إن الأصل عدمها؛ ولأنه يعسر عدها لكثرتها، وعن الأستاذ أبي طاهر أن محمد بن إبراهيم العبدي من أصحابنا أوجبه، وحكاه الرافعي في «الشرحين» وفي «البسيط»: إنه لا يجب التعرض لانتفاء المفسدات إجماعًا من الردة والعدة والزوجية والإحرام، ولعلَّه أراد أنه لا يجب تعدادها.

والظاهر أن العبدي يكتفي بنفيها إجمالًا، وإذن لا مشقة في قوله: وهي خالية من الموانع الشرعية، هذا في الحرة، أمَّا في نكاح الحر الأمة فهل يشترط التعرض للعجز عن الطول والخوف العنت؟ فيه وجهان:

أقيسهما: في «الشامل» و«البحر» و«المحرر» و«الشرح الصغير» الاشتراط، والأصح في «الروضة» وغيرها وهو الوجه؛ لأن الفروج يحتاط لها كالدم.

والثاني: لا، كما يشترط ذكر انتفاء الموانع.

تنبيهات: سبق جزم الرافعي بأنه لا يشترط تعيين الشاهدين ولا الولي، وقال ابن الرفعة: يتعرض لذكر الولي من أب أو جد، وعلمها بذلك إن كانت الدعوى عليها، كما أشار إليه الإمام في كتاب النكاح.

وقال في «روضة الحكام» تفريعًا على المذهب: يشترط من أن يدعيه بشروطه التي يفتقر صحة العقد إليها فيذكر الولي والشاهدين ورضاها، حيث يعسر على الوجه الذي يعسر نطقًا أو صمتًا، وقد قيل: هل يحتاج إلى أن يذكر الولي النائب أو الحاكم أو الولي؟ فيه وجهان.

قال الإصطخري: لا بد من ذلك، نسب الروياني الوجه المتقدم بأن

....

التعرض لذكر الشرط مستحب إلى ابن أبي هريرة، ونقل عنه أنه قال: ويكفي أن يقول: نكحتها نكاحًا صحيحًا، والماوردي نسبه إلى ابن سريج، وشريح الروياني إلى أبي إسحاق.

قال الهروي: وأصل هذا الخلاف أن العبد إذا أذن له في نكاح صحيح فنكح فاسدًا هل يجب المهر حيث يجب في النكاح الصحيح؟ ونقل الإمام أن وجه الإطلاق مخرج من نصه على سماع دعوى البيع مطلقًا.

قال القاضي الحسين: وقد قيل: إنه قول قديم، قال الإمام: وعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فعلى وجهين، وحكاهما الهروي قولين، قال الإمام: والوجه عندي الاشتراط، فإنها لفظة جامعة دالة على المقصود، وعليه جرى في «الوسيط» وهذا ما سبق عن ابن أبي هريرة.

قال الرافعي: وأشار كلام «الوسيط» إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل المتضمن ذكر الصحة نفي الموانع.

قلت: وعبارة «البسيط»: وإذا قلنا: لا يشترط التفسير فهل يشترط التقييد بالصحة؟ فعلى وجهين، والوجه القطع باشتراط التقييد بالصحة في النكاح، فإنها لفظة جامعة دالة على المقصود.

وفي أصل المسألة وجه ثالث: إنه إن كانت الدعوى لابتداء العقد بأن قال: عقدت عليها أو نكحتها أو تزوجتها وجب ذكر الشرط؛ لأنها شرط في الابتداء، وإن كان لاستدامته بأن قال: هي زوجتي لم يجب ذكرها؛ لأنها ليست شرطًا في الاستدامة، واختاره صاحب «الإفصاح» وصححه في «الوجيز» وجزم به الدارمي، وحكى الخلاف في «البسيط» وغيره بلا أقوال المنصوص الأول، واستدل التفصيل بأن الزوجة تثبت بالانتفاضة بخلاف العقد، وبنى القاضي الحسين والفوراني الخلاف في دعوى الابتداء على المعينين في عقد النكاح فقالا: إن قلنا: المعنى اختلاف الناس في شرائطه فهاهنا لا يجب

……………………………………………………………………………………………

ذكرها؛ لأنه لا خلاف فيه، وإن قلنا: المعنى مراعاة الاحتياط فيجب ذكرها.

وفي «البحر» طريقة أخرى حاكية قولين التفصيل وعدمه، وقال شريح بعد أن حكى الخلاف في دعوى: وإن ادَّعى الحكم وهو الزوجية بأن ادَّعى أنها زوجية، فإن شرطنا في دعوى النكاح بيان الشرائط فهاهنا وجهان، وقال بعض أصحابنا: إذا ادَّعى أنها زوجية بنكاح صحيح يقبل وجهًا واحدًا، وحكى ابن أبي هريرة أنه قال: إن ادَّعى زوجية تزوج بها فلا بد من وصف العقد بشرائطه، وإن ادَّعى أنها زوجية بغير ذكر عقد، فلا يفتقر إلى أكثر من الدعوى فقط، انتهى.

إذا علمت ما تقدم كان قضية اصطلاح المصنف أن يقول: لم يكف الإطلاق على المذهب، أو على النص صورة الدعوى التامة الموجبة للتسليم بشرطه أن يقول: هذه زوجتي تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها على صداق معلوم صحيح مبلغه كذا، وقد أحضرته ليتسلمه مني وتسلم نفسها إليّ وأطلب منها ذلك، فمرها أيها الحاكم به فيتعرض لتفصيل العقد ويذكر رضاها إن كان الزوج غير مجبر أو كان مجبرًا تعرض لذكره وهو الأب أو الجد، ويتعرض للأهلية في حق الزوج والزوجة، ويخرج لك ما ذكرناه في اشتراط ما يجب التعرض له وجوه كثيرة.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في اختصاص دعوى النكاح بصفة العقد، فقال ابن أبي هريرة: لأن الشرع خصَّها بالولي والشاهدين ولولا هذا لكان كغيره.

وعلله أبو إسحاق بأن الفروج موضوعة على الخطر والتغليظ، فلم يجز استنتاجها بدعوى مجملة، وعلم أبو حامد المروزي بأن في استنتاجه الفرج إتلافًا كالقتل، وعلل آخرون بأن الاختلاف في عقود النكاح أكثر يشرط في الشهادة على النكاح التفصيل؛ إذ اشترطته في دعواه وأولى.

وفي «فتاوى» القفال: إنه يجب أن يقولوا بعد تفصيل النكاح من ابتدائه، ولا يعلم أنه فارقها أو وهي اليوم زوجته.

....

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة: تصح دعوى النكاح من الزوج على الأب والجد إذا كانت الزوجة بكرًا صغيرة بلا خلاف، فإن أقر فذاك، وإن أنكر قال القاضي الحسين: هنا يحلف، فإن نكل حلف الزوج وسلِّمت إليه، ونقله في آخر «النهاية» عن الأصحاب، وفي كتاب «الصداق» عن كثير من أئمة العراق: وإنهم لم يذكروا فيه خلافًا، ثم حكى وجهًا: إن الولي لا يحلف وإن كانت بكرًا كبيرة، قال القاضي الحسين هنا: إن الدعوى تسمع على الأب والجد، وحكى الإمام عند الكلام في وقوع عقدين على امرأة وجهين في الدعوى على المجبر.

قلت: ما في «تعليق» البغوي هنا المنع مع استشكاله، وأجاب في آخر «النهاية» بالسماع، وأن له أن يحلف على عدم التزويج، وحكى الخلاف فيما إذا نكل هل يحلف الزوج؟ **ففي وجه**: يحلف وبه أجاب ابن الحداد كما لو كانت صغيرة، **والثاني**: لا؛ لأنه قادر على تحليفها وهي باليمين أولى.

قال ابن الرفعة: وعلى هذا كذا رأيته في «الكفاية» والصواب وعلى الأول وهو ما في «النهاية» و«البسيط» إذا حلف الأب فللمدَّعي أن يدَّعي على المرأة، فإن أقرت ثبت النكاح على الصحيح، وإن أنكرت وحلفت فذاك وإلا حلف وسلمت إليه.

وقال هاهنا: إن سماع الدعوى عليها ينبني على قبول إقرارها إن قبلناه سمعت عليها وإلا فهل تتوجه الدعوى عليها؟ واليمين على قولين مبنيين على أن يمين الرد مع النكول كالبينة أو كالإقرار، فإن قلنا: بالأول حلفت، فإن نكلت حلف المدعي وثبت النكاح، وإن قلنا: بالإقرار فلا يحلف، وكذا قال الفوراني: ويظهر أن يقال: إن اليمين تعرض وإن منعنا الإقرار وقلنا: يمين الرد مع النكول كالإقرار وتكون فائدة العرض أن تحلف وتنقطع الخصومة، وذلك مستمد مما حكيته عن الأصحاب فيما إذا ادَّعى على سفيه بجناية توجب المال، ثم ما ذكره الإمام والفوراني يفهم أمرين:

أحدهما: إن الخلاف في سماع الدعوى عليها مفرع على القديم؛ لأن الجديد قبول إقرارها، وكذا في القديم إذا كانا غريبين كما نقله الإمام والبغوي

....

وابن الصباغ وغيرهم، أو تقادم عندهما كما حكاه القاضي الحسين، أمَّا عند فقد ذلك فلا يقبل.

قال في «الشامل»: وهذا لا يعرفه أصحابنا، وفي «البحر»: إن بعض الخراسانيين قال: لا يصح إقرارها بالنكاح في قوله القديم؛ لأنها لا تباشر عقد النكاح، فلا تكون من أهل الإقرار به كالصبي، وكأنه ـ والله أعلم ـ يشير إلى الفوراني؛ لأن هذا لفظه في «الإبانة».

قلت: لكنه قال في «العمد» هنا: وقال في القديم لا يقبل إلا أن يكونا في دار الغربة، انتهى.

وفي «الحاوي» وعن مالك: إنه يحكم بإقرارها بالنكاح في السفر، ولا يحكم به في الحضر إلا ببينة، أو يرى دخوله وخروجه من عندها؛ لإمكان ذلك في الحضر، وتعذره في السفر، إلا أن يكونا في غربة، فقيل: وقد ذكره الشافعي في القديم، فمن أصحابنا من خرَّجه قولًا في القديم، ومنهم من نسبه إلى حكايته عن مالك، وإن مذهبه في القديم والجديد، وقول فقهاء العراق إن تصادقهما عليه يوجب الحكم بصحته في الحضر والسفر والغربة والوطن.

والثاني: إن محل الخلاف في سماع الدعوى عليها حيث لا بينة له، فإن كانت فيظهر أن تسمع الدعوى وجهًا واحدًا، ويعضده أن الأصحاب قالوا: إن الدعوى على السفيه تقبل الخطأ ونحوه مسموعة وجهًا واحدًا، وإن لم يقبل إقراره لقيام البينة عليه إن أنكر، فإن قيل: إذا جوزتم الدعوى لأجل إقامة البينة فاحتمال إقرارها متوقع، فإذا أقرَّت لم يسمعوه فكيف تقام البينة على معترف، وجوابه: أمَّا إذا لم نرتب عليه حكمًا جعلناه كالسكوت، كذا أشار إليه الإمام، وجوَّز المدَّعي أن يحلف، فإذا قلنا يمين الرد كالبينة مع تصريحها بالإقرار، انتهى.

وعلى كل حال، إذا صحَّت الدعوى بالنكاح فهل يشترط في صحة الإقرار به التفصيل السابق في الدعوى؟ فيه خلاف جاز فيما إذا أقر الرجل بالنكاح، والأصح: إنه لا يشترط، وهو المذهب في «النهاية» و«البسيط» وفي «تعليق»

القاضي الحسين، وفي نسخة أبي الطيب: إن المذهب الاشتراط.

وقال الرافعي: يكفي الإطلاق، إن كفى في الدعوى والشهادة وإلا فوجهان:

أظهرهما: الاكتفاء بالإطلاق، والفرق أن المقر لا يقر إلا عن تحقيق وتثبت، وفي الشهادة على إقرارها لا يشترط أن يقولوا: ولا يعلم أنه فارقها، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: وكأن الفرق بين الدعوى والإقرار أنه لو ادَّعى على إنسان ألفًا مطلقًا لا تسمع هذه الدعوى، ولو أقر له بألف مطلقًا تسمع، انتهى.

فَرْعٌ: إذا ادَّعى على القاضي نكاح مجنونة، قال القاضي الحسين: تسمع دعواه، فإن أقر به القاضي فذاك، وإن أنكر لم يحلف؛ لأن تكذيبه إنكار للقاضي، انتهى.

واشتراط التفصيل وعدمه في دعوى المرأة النكاح حيث تسمع كاشتراط ذلك في دعوى الرجل النكاح، قال الشافعي في «الأم» في رجل يدَّعي نكاحًا: لا بد من كشف السبب، وكذلك المرأة تدَّعي نكاحًا فهي كالرجل، انتهى.

فإذا ادَّعت نكاحًا فإن اقترن بدعواها طلب حق كمهر أو نفقة أو ميراث سمعت قطعًا، وكذا أن تمحضت دعوى الزوجية على الأصح، والأصح في «تعليق» البغوي: المنع، قال: لأنه يرتفع النكاح بإنكاره، فلا معنى للدعوى مع إنكاره، انتهى.

فإن سمعت نظر، فإن سكت وأطرأ قامت البينة عليه، وإن أنكر لمن يكن إنكاره طلاقًا على الأصح، وقيل: الأظهر، فإن قلنا هو طلاق سقط ما ادَّعته، أي: من الزوجية، ولها أن تنكح غيره، ولو رجع عن إنكاره، وقال: غلطت فيه، لم يقبل رجوعه، وإن قلنا ليس بطلاق فإنكاره كسكوته، فيقيم البينة، وإن رجع قلنا: رجوعه وتسلمها، وإن لم يكن لها بينة وحلف فلا شيء عليه، وله نكاح أختها وأربع سواها، وليس لها أن تنكح غيره.

....

وإن اندفع النكاح ظاهرًا حتى يطلقها أو يموت، قال البغوي: أو يفسخ بإعساره، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنًا من الفسخ.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنيًا على أن للمرأة أن تفسخ بنفسها، أمَّا إذا أحوجناها إلى القاضي فما لم يظهر له النكاح يفسخ، أو يأذن في الفسخ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكحتها فهي طالق ليحل لها النكاح، وإن نكل الرجل حلفت هي واستحقت المهر والنفقة، وإن نكلت بطل حقها، قال البغوي في «التعليق»: ولو رفق به القاضي ليطلق فلم يفعل فهل يطلق القاضي؟ وجهان:

ثانيهما: لا، فعلى هذا هل لها أن تنكح أم لا؟ وجهان، قال: وذكر الشيخ أبو علي في طريقته: إذا أنكر الزوج فلا نكاح بينهما في الظاهر، وهل يكون ذلك طلاقًا في الباطن أم لا؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يوجد صريح ولا كناية.

والثاني: يكون طلاقًا، قال المُعلق: قال شيخنا الإمام؛ يعني: البغوي: وتفصيل هذا أنه ليس له أن يمسكها في الظاهر بحكم النكاح، وهل يكون طلاقًا في الباطن حتى تنقضي به العدة؟ وهل له وطؤها في الباطن؟ وجهان.

وكذلك هل له أن ينكح أختًا وأربعًا سواها؟ إن جعلناه طلاقًا في الباطن يجوز، وإلا فلا، فأمَّا المرأة فإن جعلناه طلاقًا باطنًا جاز لها النكاح ظاهرًا وباطنًا كما لو طلَّقها صريحًا، ولو لم يجعله طلاقًا باطنًا ليس لها أن تنكح لا ظاهرًا ولا باطنًا؛ لأن في الباطن لم تطلق، وفي الظاهر هي تدَّعي النكاح، انتهى.

وقوله: فإن جعلناه طلاقًا جاز لها النكاح ظاهرًا وباطنًا مشكل، والمتبادر أن يقال: جاز لها النكاح باطنًا لا ظاهرًا، فتأمله.

وفي «فتاوى» القفال: لو ادَّعت أنك نكحتني فأنكر، هل لها أن تنكح في الحال؟ من أصحابنا من قال: لا تحل، وهو الظاهر، فقيل لها للقفال: هل لها جعل إنكاره؟ فوقه واقعة بطلقة كما قال الشافعي، أي: في «الإملاء» فيما إذا

....

قال: نكحتها وأنا واجد للطول، أو محرم يجعل ذلك فرقة بطلقة، قال: لأن هناك أقر بالنكاح، ثم ادَّعى ما يمنعه فجعل منه تطليقه، وهنا لم يقر بنكاح أصلًا، بل أنكر فافترقا، ومن أصحابنا من قال: الحاكم يتلطف به ليقول: إن كنت نكحتها فقد طلقتها لتحل لغيره، كما قال الشافعي، وإن لم يطلق الرجل لها أن تنكح في الحال إذا أنكر نكاحها، والأول أصح، انتهى.

وقال الماوردي: إذا ادّعت ولها بينة سمعت ولا أحلف لها، فإن حلف فذاك، ولها أن تنكح غيره، وإذا أقرت بنكاحه؛ لأن نكاحها قد زال بيمينه، وإن نكل عن اليمين ردد عليها، فإن حلفت حكم لها عليه بالزوجية، وحل له إصابتها والاستمتاع بها، انتهى.

ورأيت في «فتاوى» القفال: إنها إذا ادَّعت أنك نكحتني فعليك المهر والنفقة فأنكر وحلف، فهل لها أن تنكح زوجًا في الحال أم لا؟ ينظر، فإن ادَّعت الدخول فليس لها أن تنكح ما لم تنقض العدة، وإن لم تدع الدخول فلها أن تنكح زوجًا آخر.

وقضية هذا أن الإنكار تطليق، وإلَّا يقصر أثره على الظاهر دون الباطن، وفي «النهاية»: إنها إذا ادَّعت النكاح ولم تتعرض لذكر مال فهل تسمع دعواها؟ وجهان، ثم ذكر أن الكلام في المسألة يتعلق بثلاث منازل:

إحداهما: أن يدَّعي النكاح فيسكت ولا يبدي إقرارًا ولا إنكارًا، ففي سماع البينة والحالة هذه وجهان، وإذا سمعنا دعواها وبينتها فثبتت أصل النفقة هذه منزلة.

المنزلة الثانية: أن ينكر الزوج والقول في هذه المرتبة يترتب على القول في الأولى، إن قلنا: لا تسمع دعواها إذا سكت فلا تسمع هنا، وإن تسمع في سكوته فأنكر هل تبطل الدعوى بعدما سمعت؟ فعلى وجهين مبنيين على قاعدة، وهو أنه إذا أنكر النكاح ثم اعترف به فهل يقبل اعترافه أم يمتنع عليه إثبات النكاح بعد تقدم إنكاره؟ وهذا مختلف.

……………………………………………………………………

وعندنا أن حقيقة الخلاف في قبول دعوى المرأة تتلقى من هذا، فإن قبلنا اعترافه بعد إنكاره وله أن يعيّنها بعد اعترافه فالدعوى لا تبطل بإنكاره، وإن قلنا: لا يقبل اعترافه فلا سبيل إلى إثبات النكاح عليه فيما يتعلق، ولكن هل يثبت حقوقها المالية؟ ففيه احتمال وتردد.

وكل ذلك على قولنا: إن إنكاره النكاح بمنزلة الطلاق، ثم قال: وتمام الكلام في هذا أنَّا إذا أثبتنا دعواها فلها حقوقها المالية، ولا خلاص منها إلا بالطلاق، فأمَّا طلب القسم فإن لم تصور اعترافًا بعد إنكاره، ولم يصححه، فطلب الزوج القسم بحال وهي محرَّمة عليه، وإن قلنا يتصور منه الاعتراف بعد الإنكار، ففي طلب القسم منه احتمال مع إصرار على دعوى التحريم وإن كانت الحقوق المالية، انتهى.

فَرْعٌ: تحته امرأة فادَّعى آخر زوجيتها فالصحيح إن هذه الدعوى تكون عليها لا على الزوج؛ لأن الحر لا يدخل تحت يد، فلو أقام كل منهما بينة لم تقدم بينة من هي تحته، بل هما كاثنين أقاما بينة على نكاح خلية، فينظر إن أطلقتا أو أرختا بتاريخ واحد فمتعارضتان، ولا قسمة هنا ولا قرعة، وإن اختلف تاريخهما قدِّمت أسبقهما تاريخًا، بخلاف نظيرها في المال على قول؛ لأن الانتقال فيه غالب دون النكاح.

ولو قامت بينة هذا على النكاح وبينة هذا على إقرارها به، فالأول أولى كما لو أقام بينة بأنه غصبه كذا، وآخر بينة أنه أقر له به، فإن أقرت لأحدهما فعلى ما ذكر فيما إذا زوَّجها وليان لاثنين وادَّعى كل منهما سبق نكاحه، هذا حاصل «الروضة» ونسبه الرافعي إلى «التهذيب» وغيره، وكيف تسمع بينة من هي تحته، وهو غير مدَّعى عليه.

وعلل البغوي في «التعليق» قوله: فالأول أولى بأن إقرارها بعد الزوجية لا يقبل للغير، ثم شبه بما سبق من بينتي الغصب والإقرار، وقدمت في الرجعة فربما فيما إذا ادَّعى على امرأة في حبالة رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجته فطلَّقني، يتعين مراجعته، وقد أوضحته في «الغنية» هناك بما لا يسمع

....

جهله، ووقعت المسألة في «الفتاوى» وحصل فيها خبط.

فَرْعٌ: قال الدارمي: إذا ادَّعى نكاحها بإذنها فأنكرت الإذن ثم اعترفت لم تحل له والرجعية إذا ادَّعت انقضاء عدتها، ثم قالت: لم ينقض شيئًا، فقيل: بظاهرهما والفصل، وقد حكى هذين النصين أبو عاصم العبادي وشريح الروياني، ثم قالا: يقبل أنهما على قولين، وقيل: بتقريرهما، والفرق واستشكل الهروي نصه في النكاح، وأطال الكلام عليه.

فَرْعٌ: ادَّعت ذات ولد أنها منكوحة، وأن الولد منه فأنكر النكاح والنسب صدق بيمينه، وإن قال: هو ولدي وأطلق، أو قال: من غيرها لم يكن مقرًا بالنكاح، وإن قال: إنه منها وجب المهر، وإن أقر بالنكاح فذاك، فإن قال: نكاح تفويض، طالبته بالفرض حيث لا دخول، وإلا فلا؛ يعني: لإنكاره، هكذا ذكره البغوي في «تقريبه» و«تعليقه» وتبعاه، وعلله بأن الإصابة المثبتة للنسب لا تخلو عن المهر، قال: ولا تحمل على استدخال الماء؛ لأنه نادر، انتهى.

وفي النفس من إطلاق القول بوجوب المهر شيء بمجرد اعترافه بأنه ولده منها؛ إذ يجوز أن يكون كذلك، ولا مهر بأن نكحها رشيدة بإذنها وهو سفيه بلا إذن، ومكنته مختارة فلا مهر لها على المذهب، أو كان الولد عن استيلاد ثم أعتقها فادَّعت أنه نكحها من بعد وغيره ذلك، والأصل براءة الذمة، فبان أن ثم إصابات مثبتة النسب خالية عن المهر، اللهم إلا أن يقال: سكوته عن ذلك دليل على أن الحال مقتضى وجوب المهر، وإلا لذكره.

قال في «التعليق»: وله مع هذا أن يحلفها: إنك ما استوفيت المهر، أو لم يقوَّ، وفيه نظر؛ لأنه قد يجهل ذلك أو يغفل، ولم لا يقال: يستفسره ليكون الإلزام بالمهر إذا توجه على بصيرة ويقين.

فَرْعٌ: أطلق البغوي أنه لا تسمع دعوى نكاح ثبت صغيره حتى لو ادَّعى نكحتها، وهي بكر فالمذهب هاهنا: لا تسمع؛ لأن الدعوى إنما تكون على الأب وهو لا يملك إنشاء العقد عليها؛ لأنها ثيب لا يقبل إقراره عليها، انتهى.

أَوْ عَقْدًا مَالِيًّا كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ.

والظاهر أن هذا في العاقلة وحيث لا بينة له بما ادَّعاه.

قال: (**أَوْ عَقْدًا مَالِيًّا كَبَيْعٍ وَهِبَةٍ كَفَى الْإِطْلَاقُ فِي الْأَصَحِّ**) إذا ادَّعى عقدًا ماليًّا كالبيع والصلح والرهن والهبة والإجارة، ففيه ثلاثة أوجه: وقيل: أقوال:

أحدها: إنه لا بد من التفصيل والتعرض للشرائط كالنكاح، ويحكى عن ابن سريج.

وثانيها: إن معلق العقد بجارية وجب التفصيل احتياطًا للبضع وإلا فلا، ومال إلى ترجيحه الماوردي.

أصحّها: لا يجب، وهو المنصوص المشهور؛ لأن القصد المال والعقود المالية، وللعقود المالية أخف حكمًا من عقود النكاح، وكذلك لا يشترط الإشهاد، وإن تعلق بجارية والنكاح بخلافه، فعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «الوسيط» نعم، وقضية كلام الرافعي ترجيحه حيث قال: وقوله: ولا بد أن يدّعي بيعًا صحيحًا معلم بالواو، ولكن قضية كلام شريح الروياني: إن هذا الخلاف على قولنا أنه لا بد من التفصيل لا على المذهب، حيث قال في «روضة الحكام»: إذا ادَّعى عقد بيع أو إجارة ونحوهما فهل يحتاج صحة الدعوى إلى ذكر السبب وصفة العقد؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا فعلى هذا لو ادَّعى شراء أمة فهل يحتاج فيها خاصة إلى ذكر السبب والشرائط؟ وجهان، وإذا قلنا: يجب وصف شرائط العقود فيشترط في دعوى البيع من المالك أن يقول: اشتريته من فلان، وباعه مني بكذا، وشاهدنا المبيع وتفرقنا، ويقول: شراءً صحيحًا في أصح القولين، ويشير إلى المبيع، فإن كان غائبًا وصفه وحده، فإن ادَّعى القبض مال تقابضا المبيع من غير منازع، ولا شاغل.

قال: وفي السلم يزيد قبض الثمن في المجلس وقدره في أحد القولين، وصفات المسلم فيه صفة عامة، وإنه حالي أو مؤجل، وإنه مأمول الوجود،

وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي، ....

ويُذْكَرُ مكان في التسليم في أحد القولين، انتهى.

وفي «الحاوي» في تفسيره الدعوى الصحيحة: إنه إذا ادَّعى ابتياع عبده، فإن كان المقصود دعوى العقد فلا بد أن يذكر قدر الثمن، وإن كان المقصود انتزاعه من يده فلا بد أن يذكر أنه ابتاعه منه، ودفع ثمنه ومنعه منه، ولا يلزمه ذكر قدر الثمن. وقضية كلامه أن هذا الأخذ منه على الأوجه الثلاثة، وقد حكاها من بعد وجعلها مفرعة على القول بوجوب ذكر شروط العقد في دعوى النكاح.

قال: (وَمَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعِي) أي: على استحقاق ما ادَّعاه؛ لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة؛ ولأنه كالطعن في الشهود، هذا هو المشهور، ونقله شريح الروياني عن النص، ثم قال: وقال بعض أصحابنا: إذا أقام المدَّعي بينة على الحق الذي يدَّعيه فقال المدعى عليه للحاكم: حلفه أنه يأخذ ذلك متى يحق، فهل يلزمه اليمين؟ وجهان.

ورأيت في «أدب القضاء» للدبيلي عن «البويطي» إنه لو أقام بينة على سلعة أنها له، فإن قالوا في شهادتهم: لا يعلم أنه باع ولا وهب فذاك، وإلا قضيت له شهادتهم الأولى أنها له، فإن أراد المشهود عليه أن يحلفه أنها في ملكه أحلفته، ولا أحلفه أن الشهود شهدوا بالحق إلا أن يدَّعي إن شهدوا بباطل وهو يعلم، فيحلف على ما علمه في الشهود، انتهى.

وفي «روضة الحكام»: إنه لو أقام بينة بأن هذه الدار التي في يد المدَّعى عليه كانت ملكه لا يعلم زوال ملكه عنها.

قال ابن المنذر: قال الشافعي: يحلف مع البينة، فإن شهدت مع هذا بأنه غاصب جاز ولا يمين مع البينة، انتهى.

وأحسبه سبق في باب القضاء على الغائب، وقال أبو عاصم العبادي: إذا قامت البينة على نكر بمال فحكم القاضي بها فقال: أقررت بهذا المال، والمقر له يعلم أنه لم يسلم إلى ذلك المال، فحلفه على تسلم المال لم يحلفه؛ لأن ذلك طعن في الحكم، بخلاف ما قبل الحكم فإنه يحلفه.

فَإِنْ ادَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَّفَهُ عَلَى نَفْيِهِ.

قال الهروي: وهذا الفرق بين ما قبل الحكم وما بعده، وإن كان ملجئًا فهو غير معروف، والقياس يقتضي جواز التحليف قبل الحكم وبعده؛ لأن المحكوم له لو أقر بأنه لم يدفع المال في الأصل لزمه رد المال، انتهى.

وهذا هو الظاهر، ولا شك أنه لو طلب التحليف على وفق ما قامت به البينة مطلقًا أنه لا يجاب، أمَّا لو اعترف بصدق البينة ثم أبدى أمرًا لو أعرف به المدَّعي ليرى فقد قالوا في كتاب «الرهن»: إنه لو قامت بينة بإقراره باقباضه الرهن أو الهبة أو بيع ونحوه، ثم قال: لم يكن إقراري عن حقيقة فحلفوه أنه قبضه، أو أتى بغيته مثلًا فأوجه:

أصحها: عند الجمهور وهو المنصوص في صورتي الرهن والهبة: إنه يحلف، قالوا: لا فرق بين أن يبدي عذرًا كنت أقبضه بالقول، وظننته يكفي، أو أخبرت أنه قبض ثم بان في خلافه، أو أشهدت على رسم القبالة في صدور الإقباض، أو صرَّح بكذب نفسه عمدًا ونحو ذلك، أو لم يذكر شيئًا من ذلك؛ لأن ذلك ممكن.

والثاني: الفرق بين أن يبدي عذرًا أو لا، قاله أبو إسحاق وصححه المراوزة.

والثالث: لا يحلف مطلقًا، ولو أقر في مجلس القضاء بعد الدعوى، قال القفال: لا يحلف المرتهن وإن ذكر تأويلًا، وقال غيره: لا فرق لشمول الإمكان، وقال الإمام: إن اتحد المجلس كان كالدابة نفسه، وإن اعتذر في مجلس آخر قبل لإمكان ما.

قال: ولو شهد الشهود على نفس القبض فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا بإقراره فقال: ما أقررت.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَوْ شِرَاءَ عَيْنٍ أَوْ هِبَتَهَا وَإِقْبَاضَهَا حَلَّفَهُ عَلَى نَفْيِهِ**) إذا ادَّعى أداءً أو إبراءً في الدين أو بيعًا أو هبة وإقباضًا في العين، فإن ادَّعى ذلك بعد إقامة البينة كما هي صورة الكتاب حلف المدعي على نفي ما يقوله إن

……………………………………………………………………

مضى، ومن إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله، وإن ادَّعى وقوعه قبل أن تشهد به البينة، فإن لم يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفسه، وإن حكم فوجهان:

أحدهما: يحلف أيضًا لاحتمال ما ادَّعاه، وجواز اعتماد الشهود ظاهر الحال.

وأصحهما: في «الروضة» و«الشرح الصغير» المنع لثبوت المال عليه بالقضاء، قال الرافعي في «شرحه الكبير» وذكر في «التهذيب»: إن هذا أصح ولم يرد. واعلم أن إطلاق الكتاب وغيره يوافق الوجه الأول وهو المختار، وربما يأتي ما يؤيده، ولم أر نقل الوجهين هكذا والترجيح إلا في «التهذيب» و«التعليق» للبغوي و«الكافي» تبعًا له.

قلت: وابن الرفعة إن كانت الدعوى بعد القضاء بالبينة نظر، فإن كانت دعوى القبض قال القاضي الحسين: فحق على القاضي ألَّا يصغي إلى قوله؛ لأن القضاء بالبينة الذمة الحق، وإن كانت دعوى البراءة سمعت؛ لأنه ليس في ذلك تكذيب الشهود؛ لأنهم يشهدون على الظاهر.

قال ابن الرفعة: وقياس هذه العلة أن تسمع دعوى القبض أيضًا، انتهى.

ثم رأيت البغوي قال في «الفتاوى»: إذا أقام المدعي بينة فقال الخصم: أبرأني أو أديت ألفين، أو قال: قد باعني أو وهب لي، وأراد تحليفه، فهل يحلف؟ ذكر الأصحاب وعلقته من ﷺ: إنه إن كان قبل قضاء القاضي بينة المدعي يحلف المدعي، وإن كان بعد قضاء القاضي فوجهان: الأصح: لا تسمع، ولكن في دعوى العين قولان: الأصح: إنها تسمع.

ورأيت في «مجموع» الشيخ أبي علي: يحلف من غير فصل بين قضاء القاضي أو قبله، والأصح عندي ألَّا يحلف بعد قضاء القاضي، ويحلف قبله في المواضع كلها، انتهى.

وأطلق الدبيلي والفوراني والماوردي وخلائق: إنه إذا ادَّعى على الأداء أو الإبراء وطلب يمينه أحلف له.

وَكَذَا لَوْ ادَّعَى عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ، أَوْ كَذِبَهُ فِي الْأَصَحِّ.

قال الماوردي: إذا سأل المشهود عليه اختلاف المشهود له أنه ما قبض الدين أو لم يبعه العين، أجيب: لكن يجوز أن يكون المراد بذلك ما قبل الحكم.

ولا خفاء أنه لو قال: أبرأني أو باعني بعد الحكم له، واحتمل صدقه أحلف له قطعًا، وأمَّا إذا أطلق أو استند إلى ما قبل الحكم فيحتمل أن يقال: إنه لا يقبل منه إن وقع ذلك بعد الإعذار إليه لتناقضه، إلا أن يدَّعي النسيان أو الجهل بالإبراء، ثم إنه ذكر وعلم فيحلف له، وأمَّا إذا لم يعد إليه لتواريه أو تعززه.

وقلنا: لا يحلف للحكم عليه، فحضر بعد الحكم أو ادَّعى أداءً أو إبراءً أو بيعًا ونحوه قبل ذلك، وإنما توارى لعذر آخر فيظهر التحليف، كما قدم الغائب فتأمله.

إشارة: قد يورد على قوله: فإن ادَّعى أداء ما سيأتي من أنه لو قال الأجير على الحج: قد حججت، أنه يقبل قوله ولا يلزمه بينة ولا يمين، وفيه نظر.

قال: (**وَكَذَا لَوْ ادَّعَى عِلْمَهُ بِفِسْقِ شَاهِدِهِ أَوْ كَذِبَهُ فِي الْأَصَحِّ**) وهو يعلم ذلك فهل يحلف على نفي العلم به؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «الشرح الصغير» و«المحرر» نعم؛ لأنه لو أقر به لبطلت شهادتهم فطردا في كل صورة ادَّعى ما لو أقر به الخصم لشفعة.

والثاني: في صورة الكتاب: لا اكتفاء بظاهر العدالة، وتعديلي المزكين وصححه البغوي في «تهذيبه» و«تعليقه» وتبعه صاحب «الكافي» وبعض البصريين.

قال في «التعليق»: لأنه قد كانت الحجة، فلا معنى للجرح إلا بعد أن وجهه بحجة، كما لو ادَّعى فسق الشهود لا تسمع ولا يحلفون.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون الأظهر إجابته ليصدق الخصم فينتفع به، أو ينكل فيحلف، وأيده بقول الأصحاب: إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف تحليف المقذوف أنه لم يزل، فإن كان المدعي للقذف وارثه حلف على نفي العلم، وهذه الصورة محكية عن النص، انتهى.

....

قلت: وصورة الكتاب أيضًا في «البويطي» إذ قال: ولا أحلفه أن الشهود شهدوا بحق إلا أن يدعي أن الشهود شهدوا بباطل وهو يعلم فيحلف على ما يعلمه في الشهود، انتهى.

وسنعيد الكلام في الأصل الذي به محل الوجهين ونبين ما فيه إن شاء الله تعالى.

ولو قال المدعي عليه: أبرأني من هذه الدعوى، قال الإصطخري: حلف وزعم الروياني في «التجربة» أنه المذهب وبه جزم الدبيلي؛ لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه برئ، والجواب في «الوجيز» واختاره القفال وغيره المنع.

وحكم الرافعي في «شرحه الصغير» بأنه الأظهر وطرح كلام «التجربة» قال: لأن الإبراء عن نفس الدعوى لا معنى له إلا بتصور صلح على الإنكار وأنه باطل، وفي «البسيط» أن ما قاله الإصطخري فاسد إذ لا معنى للإبراء عن الدعوى.

واعلم أن الأصل المشار إليه وهو أن من ادَّعى ما ليس في نفسه حقًّا له، ولكن ينفعه في اندفاع المدعي عنه لا تكاد تنضبط صورة، والترجيح في بعض صور مخالف لبعض، وادَّعى الغزالي وغيره هنا أنه لا يحلف الشاهد ولا القاضي بلا خلاف، وقال في «الروضة»: قطعًا، وليس كذلك بل فيهما خلاف بيناه في «أدب القضاء».

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: إنه لو أقام عليه بينة فأقام المدَّعى عليه بينة أنه أقر قبل شهادتهما بفسقهما، فإن كان بين قوله وبين شهادتهما زمن يسير يطلب الشهادة؛ لأنه لا يحتمل حسن الحال.

ولو أقام بينة بأنه قال: إنهما شربا الخمر نظر، إن قال الشهود: إن المدَّعي قال: إنهما شربا الخمر يوم كذا، وكان ذلك قبل شهادتهما بزمن يسير يطلب شهادتهما، وإن كان بزمان يحتمل حسن الحال فيه لم تبطل شهادتهما.

وإن أقام بينة على إقراره مطلقًا أنهما شربا الخمر فقال المدَّعي: نعم، قد كان ذلك قبل أداء هذه الشهادة بخمس سنين مثلًا، فالقول قوله ولا يحلف

وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

بهذه الدعوى، وهذا ما رجحه البغوي، ويستفاد من كلامه أنَّا إذا قلنا: يحلف أنه لا بد أن يقول: لا أعلم فسقهما حالة الأداء ولا قبله بزمن، لا يتسع لصلاح الحال.

فلو قال: علمته من سنين متقادمة صدق بيمينه ولا تبطل شهادتهما، وسبق في كتاب «الشهادات» كلامٌ شافيٌ في الاكتفاء بمضي مدة الاستبراء من غير مراعاة وإشراف على حال الشاهد يتعين الوقوف عليه.

قال: (**وَإِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِدَافِعٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ**) إذا قامت البينة عليه فادَّعى أن المدَّعي باع منه المدَّعى، أو باعه من بائعه، أو ادَّعى أنه أبرأه عن الدين، وأن له بينة بذلك واستمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام؛ لأنها قرينة لا يعظم الضرر فيها، وقد اعتبرها الشرع فيما لا يحصى.

قال الرافعي: وعن القاضي الحسين وجه أنه لا يمهل أكثر من يوم واحد؛ لأنه يشبه أن يكون متعينًا مدافعًا، ويشبه أن يقال: يرجع في ذلك إلى نظر القاضي واجتهاده، وتختلف الحال باختلاف الخصوم لرد أو التواء، وغير ذلك مما يدل عليه قرائن الأحوال والأقوال.

وقال ابن الصلاح إثر قول «الوسيط»: إذا قامت عليه البينة فقال: أمهلوني، فإن لي بينة دافعة حتى أحضرها، قال الأصحاب: يمهل ثلاثة أيام، وقال القاضي: بل يومًا واحدًا؛ لأنه يشبه أن يكون متعنتًا، هكذا نقله في «النهاية» عن القاضي مخصوصًا بما إذا قال: حلفني مرة فأمهلوني حتى أقيم البينة على ذلك، وهذا هو اللائق بكلام القاضي وتعليله، انتهى.

وهذا منه يقتضي أن القاضي لم يقل ذلك في كل مهلة، كما اقتضاه كلام الغزالي والرافعي، وهو صحيح لما سيأتي عنه.

ورأيت في باب الامتناع من اليمين من «النهاية»: إن في كلام القاضي ما يدل على أن المدَّعى عليه إذا ادَّعى إبراء عن الحق أو إيفاء فهو مطالب بالحق فقال له: أد ما لزمك، ثم استفتح دعواك، وهذا لا أعرف له وجهًا،

....

والأصحاب يجرون على خلافه، وكيف يطالب المدَّعى عليه بإيفاء الحق ودعواه مسموعة في الإيفاء، وفصلها ممكن في الحال بتحليف المدَّعي؟ نعم، لو ادَّعى الإبراء وقال: لي بينة فأمهلوني في إقامتها أيامًا فلا الآن، ونقول: أد ما ثبت عليك أو أقنع بتحليف صاحبك على نفي الإبراء، ثم أد وإن كان بينة فأقمها ونحن نتبع الحكم، وله إن صدق أن بصائر الحبس أيامًا معدودة ليحضر بينته، وهذه المسألة الآن تناظر مسألة وكيل الغائب في الحكم، انتهى.

وفي «البسيط»: إن كافة الأصحاب على خلاف ما دل عليه كلام القاضي؛ إذ فصله بالتحليف في الحال ممكن، نعم لو قال: أمهلوني فلي بينة فيحتمل ألَّا يمهل؛ لأن فصل الخصومة في الحال غير ممكن، انتهى.

زاد ابن أبي الدم: ولو كان المدَّعى عينًا فادَّعى بيعها منه أو هبته فكذبه المدَّعي، فأراد المدَّعى عليه إقامة البينة على ذلك، فعلى طريقة القاضي: تنتزع العين من يده وتسلم للمدَّعي، ثم قال: أثبت ما ادَّعيته واستردها.

وعن الصيدلاني وغيره: إن بينته إن كانت حاضرة لم تزل يده، فإن استحقاق المدَّعي في الحال لا يتحقق، نعم لو كانت غائبة فقال: لا تزيلوا يدي وأمهلوني ثلاثة أيام لأقيم بينة على الشراء، قال الإمام: لا يمهله بلا خلاف، وهكذا في دعوى الإبراء بالدين، انتهى.

وكان الإمام ذكره في موضع آخر، وقال الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: ولو استمهل المدَّعى عليه لينظر في الجناب فقد ذكرنا أنه لا يمهل، وإن قال: لأقيم البينة، قيل له: على ماذا تقيم البينة؟ فإن قال: على الأداء أو الإبراء، يقال له: أقررت بالحق فأخرج منه، ثم ادَّعى عليه الأداء أو الإبراء، انتهى.

وهذا جزم منه بما دلّ عليه كلام القاضي الحسين.

وفي «تعليق» البغوي قبيل باب النكول: إنه لو ادَّعى الإبراء فالقول قول المدَّعي بأنه ما أبرأه، ولو قال: لي بينة على الإبراء، فإنه يجز في الحال على أداء المال، ثم إن أقام بينة بعد ذلك يسترد، انتهى.

……

ولا أحسب القاضي الحسين يقول: إنه يزهق إلى الأداء ولا يجاب إلى تحليفه في الحال لو طلبه، كما أفهمه كلام الإمام وغيره، بل مراده ما إذا طلب التأخير ليقيم البينة، كما قاله المروزي، ثم رأيت الإمام قاله في أوائل الدعوى والبينات: إنه لو ادَّعى على رجل ألف درهم فقال: قد أبرأني من هذه الألف، فدعوى الإبراء إقرار بأصل الحق، فلو أراد تحليف المدَّعي على نفي البراءة فلا شك أن له ذلك، ولكن لو قال المدَّعي: قد أقررت بحقي فأده أو سلمه إليّ ثم ادع بما شئت، فقال المدَّعى عليه: لا تستحق قبض شيء ما لم يحلف على نفي البراءة، فالذي قاله الأصحاب: إنه لا يملك المطالبة بتوفيه الحق ما لم يحلف على نفي الإبراء.

وقال القاضي: له أن يلزمه بالمال وذكر ما سبق، ثم قال في دعوى العين: لو أراد المدَّعى عليه أن يقيم بينة أنه اشتراها من المدَّعي، فعند القاضي ـ رحمه الله ـ للمدَّعي أن يقول: أزل يدك ورد الدار إليّ، ثم ادَّعي الشراء وأثبته.

وعند الصيدلاني وغيره: إذا حضرت البينة لم تزل يده فعلى هذا لو قال: لا تزيلوا يدي وأمهلوني ثلاثة أيام لأقيم البينة على الشراء لا نمهله بلا خلاف إذا أقام المدَّعي بينة على الملك المطلق، انتهى.

قال القاضي في كتاب «الكتابة»: إنه لو ادَّعى الأداء وأن له بينة غائبة، أنظر بها يومًا ويومين وأكثره ثلاثة أيام، فإن أحضرها فذاك، وإذا أحضر في الثلاثة شاهدًا واحدًا واستنظر بالثاني انظر به ثلاثة أيام مستقلة، ولو أحضر في الثلاثة شاهدين ولم يثبت عدالتهما انظر بها ثلاثًا؛ لأنه استنظار لبينة في شهادة أخرى، انتهى.

والظاهر طرد ما ذكره هنا في سائر صور الإمهال.

فَرْعٌ: إذا قال: قضت أبرأني فذاك، وإن أطلق وقال: لي بينة عادلة، قال الرافعي: فيشبه ألَّا يستفسر؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعًا إلا أن يعرف فقهه ومعرفته.

قلت: صرَّح المروزي باستفساره بقوله: وإن قال: لأقيم البينة، قيل له: على ماذا تقيم البينة؟

وفي «فتاوى» القاضي الحسين: لو أقام بينة بدين أو عين فطلب القضاء، فقال الخصم: لي دفع القضاء، يسأله القاضي عن بيان الدفع إذ يحتمل أن ما يدَّعيه لا يكون دفعًا، قال الرافعي: وإذا عين جهة ولم يأت بالبينة عليها، وادَّعى عند انقضاء مدة المهلة جهة أخرى واستمهل فما ينبغي أن يجاب، وإن ادَّعى في المدة أو آخرها جهة أخرى وأقام البينة عليها؛ وجب أن تسمع، انتهى.

وجزم في «أصل الروضة» باستفساره، وبه أجاب القفال في «الفتاوى» وهو ظاهر، وقد يقال بتوقف ذلك على طلب الخصم الفقيه دون الجاهل، وحذفت «الروضة» قوله: أو في آخرها اكتفاء بقوله: في المدة.

فَرْعٌ: قال الدارمي في باب الامتناع من اليمين: إذا قام قبل دعواه بينة فأقام المدَّعى عليه شاهدًا أنه أقر ببطلان البينة أو أبرأه حلف وبرئ، وإذا ادَّعى شيئًا فأنكره لم يحلف إلا ما لهذا حق بمال ولا غيره بوجه من الوجوه؛ لأنه قد يملكها ثم يخرج، وهل يسمي خصمه أم تكفي الإشارة؟ على وجهين، فإن أجاب الدعوى بأنني اشتريتها منه ونحو هذا لم تسمع حتى يقول: وأنا أملكها إلى الآن، وكذلك في كل حق، انتهى.

والظاهر من الوجهين: إنه لا يحتاج مع الإشارة إلى تسمية الخصم.

فَرْعٌ: في يده دار فقال: هذه داري، فقال: نعم، هي دارك يعتد بها، وأقام على الشراء بينة لم يقبل؛ لأنه أقر للمدَّعي في الحال، وقيل: يقبل إذا وصل كلامه به؛ لأن العادة جرت بأن يقال: هذه دار فلان اشتريتها منه، أي: كانت داره، وكذا لو قال: دار فلان ملكي، هل تقبل دعواه؟ وجهان.

وكذا لو قال: أشهد أن دار فلان هذا لفلان، ذكره في «روضة الحكام» ويحتمل أن يفرق بين المشهودة لفلان وغيرها إذ يراد في الأولى التعريف.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى رِقَّ بَالِغٍ**) أي: مجهول النسب.

فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، أَوْ رِقُّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، أَوْ فِي يَدِهِ حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى الْتِقَاطٍ.

(**فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ**) أي: عملًا بالأصل وعلى المدَّعي البينة، ولا فرق بين أن يكون إنكاره مسبوقًا باستخدام المدَّعي وتسلطه عليه أو لا يكون، ولا بين أن تداوله الأيدي، ويجري عليه البيع والشراء مرارًا، وبين أن يكون كذلك، فإن كان قد اشتراه من غيره وحذف على نفي الرق فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وإن قال البالغ العاقل لمن هو في يده: قد أعتقني، أو أعتقني من باعني منك طولب بالبينة، هذا ما أورده الرافعي وغيره.

وفي «روضة الحكام»: وإن كان في يده بالغ عاقل فادَّعى رقه فكذبه وقال: أنا حر، فالقول قوله، وقال بعض أصحابنا: المذهب أن القول قول صاحب اليد؛ لأن الشافعي قال: ولو أقر السيد بعبده لرجل وأقر العبد لغيره، فالقول قول السيد، وعندي أن الفرق بينهما أن هناك العبد قد اعترف بالرق، وأنه قال: ثبت عليه اليد، واليد عليه للسيد، فلا ينتقل بدعواه وإذا أنكر الرق فلم يعترف بثبوت اليد عليه والأصل الحرية، انتهى.

وسيأتي عن «فتاوى» البغوي: إن القول قول ذي اليد في أن البالغ عنده عند طول مدة الاستخدام والتصرف كالصغير والغفار، قال: وبل أولى، وفيه نظر يأتي بيانه.

فَرْعٌ: أقام المدَّعي بينة برقه وأقام هو بينة أنه حر، أطلق البغوي وغيره: إن بينة الرق أولى؛ لأن عندها زيادة علم وهذا إثبات الرق، وحكى الهروي عن الأصحاب: إن بينة الحرية أولى خلافًا للشيخ أبي حامد، وكذا قال شريح في «روضته».

قال: (**أَوْ رِقُّ صَغِيرٍ لَيْسَ فِي يَدِهِ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**) أي: لأن الأصل عدم الملك، والظاهر: إن المجنون البالغ كالصغير.

قال: (**أَوْ فِي يَدِهِ حُكِمَ لَهُ بِهِ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ اسْتِنَادَهَا إِلَى الْتِقَاطٍ**) كما لو

فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ، وَقِيلَ كَبَالِغٍ.

ادَّعى الملك في دابة أو ثوب بيده.

وحكى الدارمي وجهًا: ألَّا تقبل دعواه حتى يكشف سببه كاللقيط يدَّعي رقه، وهذا وإن استغرب فهو قوي، ويحتمل أن يجب استفساره غير الفقيه؛ لأنه قد يعتقد ما ليس بسيد للملك سببًا فيدَّعي، وهذا متعين عندي، ويفرق بين الآدمي والدابة ونحوها، الاحتياط للأنساب والأبضاع، وكان الأصل في الآدميين الحرية.

قال: (**فَلَوْ أَنْكَرَ الصَّغِيرُ وَهُوَ مُمَيِّزٌ فَإِنْكَارُهُ لَغْوٌ**) أي: لغير المميز؛ إذ لا عبرة بقولهما والمراهق، وبه عبر كثيرون كالمميز.

قال: (**وَقِيلَ كَبَالِغٍ**) لأنه يعرب عن نفسه كالبالغ، وله كلام معبر بخلاف الطفل.

تنبيهات:

ورد منها: إذا عرف استناد يده على الصبي إلى الالتقاط لم يصدق أنه ملكه على الأظهر كما تقدم بزيادة كلام، قال في «الذخائر» هنا: فإن أقام الملتقط بينة له باليد لم يقبل؛ لأنَّا عرفنا سببها، وإن أقامها باليد غيره فوجهان: أحدهما: تسمع كالمال، والثاني: المنع؛ لأن ثبوت اليد عليه لا يدل على الملك، ولو شهدت البينة للملتقط بالملك سمعت، لكن لا تقبل ما لم يتبين سبب الملك؛ لجواز أنها اعتمدت يد الملتقط ولا أثر لها، وفي قول: إنها تسمع، انتهى.

ومنها: في «فتاوى» البغوي: امرأة لها ولد أقاما ببلد مدة على حكم الأحرار، يقول: هذا ولدي، ويقول هو: هذه أمي، ثم ادَّعى مدع رقها، فقالت: كنت مملوكته فأعتقني، وأنكر الولد وقال: أنا حر الأصل ولست بابن لها، حكم برقها دونه.

قلت: ويشبه أن قوله: ولست بابن لها غير محتاج إليه، وأنه لو اشترى جارية وولدًا فبلغ الولد وقال: أنا حر الأصل، يقبل قوله، انتهى.

....

ومنها: إذا أجرينا على قول المدَّعي، ثم بلغ الصغير وأنكر الرق لم يقبل منه على الصحيح عند الجمهور، خلافًا لترجيح الإمام والغزالي تصديقه وإخباره ينتفي، وهو قول الشيخ أبي حامد، نعم إن قامت بينة لحريته سمعت وفاقًا وحكم لحريته.

قال الرافعي: ولا فرق بين أن يدَّعي في الصغير ملكه ويستخدمه ثم يبلغ وينكر، وبين أن يتجرد للاستخدام والاستئجار لا البلوغ، ثم يدَّعي ملكه وينكر المستخدم في جريان الوجهين، كذا ذكره الروياني وغيره.

قلت: وقال شريح الروياني: فإن بلغ الصبي بعدما ادَّعى رقه وادَّعى الحرية، قال أصحابنا: لا يسمع قوله بنفاذ الحكم برقه، وفيه وجه: إن القول قوله بيمينه وعلى ذي اليد البينة ولو شاهدوا أمرًا كان أو عينًا، وهل تحتاج البينة إلى بيان كشف السبب؟ وجهان، واختار الثقفي سماع إنكاره وهو قول الشيخ أبي حامد، والأول أصح، وإذا قلنا: لا يقبل إنكاره، فلو كان الصغير في يده ولم يدع رقه فبلغ ثم ادَّعى رقه فأنكره، قال أصحابنا: لا يسمع إنكاره؛ لأنه قد عرف ثبوت يده عليه واليد ظاهرها الملك، وقال بعض أصحابنا: يقبل إنكاره وعلى مدَّعي رقه البينة، وحكم المجنون كالصبي، انتهى.

فحصل ثلاثة أوجه: أعدلها ثالثها، ومقتضى كلام الماوردي ترجيحه حيث جزم بأنه لو ادَّعى رقه لصغره ثم بلغ فكذبه أنه لا تقبل منه إلا ببينة تشهد له بالحرية وله إحلاف سيده، قال: ولو لم يدع في الحال رقه حتى بلغ ثم ادَّعى رقه فوجهان: وجه المنع بأن دعواه لمَّا تأخرت عن الصغر جازت مستأنفة عليه بعد الكبر، ودعواه بعد الكبر لا تقبل إلا ببينة، قال: وهذا أظهر الوجهين عندي، انتهى.

وممن صححه الإمام وفي «الذخائر»: وقال الخراسانيون: إن كان التصرف مما يستدعي ثبوت الملك كان كدعواه الملك في صغره، وإن كان تصرفًا لا يستدعي ولا ادَّعاه في صغره ففيه طريقان، انتهى.

....

وقد يُخرَّج من هذا وجهًا رابعًا، وروى الإمام طريقة قاطعة بقبول قول الصبي بعد البلوغ، وقال: إنها متجهة، فحصل في الصدق طرق: **ثالثها**: إجراء الوجهين.

ومنها: قال الرافعي: واليد على البالغ المسترق وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره فهي غير ساقطة العبرة بالكلية، بل يجوز الاعتماد عليها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بالظاهر؛ لأن الحر لا يسترق، وعن الشيخ أبي محمد: إنه كما لا يجوز شراؤه مع إنكاره الرق لا يجوز شراؤه مع سكوته، بل يسأل، فإن أقر اشتري، انتهى.

ونقله في «البسيط» عن اختيار بعض الأصحاب، وأن إليه كان يميل الشيخ أبو محمد في الفتوى، ولم يشر ولا إمامه إلى ضعف ما أفتى به أبو محمد بخلاف الرافعي، والمختار في زمانه ما أفتى، فإن أكثر من يجلب فيه يدَّعي رقه أحرار لم يجز عليهم سبب يقتضي استرقاقهم لا سيما الأتراك، وأكثر من يجلب ويدَّعي رقه لا يعقل بعجمته وسكوته لاشترط رقه لذي اليد، بل أكثر الترك وغيرهم يجهلون أن الاستيلاء على الحر المسلم لا يقتضي رقه، ويعترفون لذي اليد بالرق، لا جرم قال الشيخ أبو محمد في «التبصرة»: أصول الكتاب والسنة والإجماع متطابقة على تحريم وطء السراري اللاتي يجلسن اليوم من الروم والهند والترك إلا أن ينصب الإمام في المغانم من يحسن قسمتها، فيقسم من غير حيف وظلم، إلى أن قال: فلا بد من تمام قسمة لتحليل الفروج وصحة البيع على رقاب المماليك.

وقال شيخه القفال في «الفتاوى»: إذا اشترى اليوم جارية لا يحل له وطؤها؛ لأن هؤلاء الأمراء لا يخمسون، وأكثرهم لا يعطي حق الغانمين، فعلى هذا لا يجوز شراء الجواري والعبيد لما ذكرنا إلا أن نوعًا منهم يجوز شراؤه، وهو ما سبى الكفار بعضهم من بعض ثم يبيعونه من المسلمين، فإنه يصح إذ لا خمس عليهم، انتهى.

وقد أوضحت المسألة في موضع آخر لعموم البلوى بها، وأقل ما فيها

وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ].

استنطاق من يبتاع قبل الشراء، فإن أقر بالرق فذاك على ما فيه وإلا فلا يشتري ولا غيره بالسكوت، ولا سيما من الأبكم والأعجمي الذي لا يعقل ويظهر ألَّا يجوز وطء الأمة المشتراة اعتمادًا على سكوتها عند الابتياع، وإنه لا يجوز الإقدام على الشراء إلا بعد الاعتراف الصريح بالرق والورع يقتضي البحث والاستفسار عن سببه، ووددت لو وجب ذلك.

قال: (**وَلَا تُسْمَعُ دَعْوَى دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ**) لأنه يتعلق بها التزام في الحال.

والثاني: تسمع لتثبت في الحال ويطالب به في الاستقبال؛ إذ قد يموت المدين فيعجل الطلبة.

والثالث: إن كانت له بينة تسمع دعواه ليسجل قياس غيبتها ومؤنها، وإن لم يكن له بينة فلا، هكذا أوردها الرافعي وغيره.

وذكرت في «الغنية» هنا عن «الحاوي» تفصيلًا وبحثًا لابن أبي الدم، ولم يعرف بالمراجعة طرحته لطوله.

فروع وتتمات منثورة:

أحدها: لم يطرح الرافعي في «المحرر» و«شرحه الصغير» ترجيحًا، وإنما قال: أصح المنع، وذكر في «الكبير»: إنه الجواب في «فتاوى» القفال، وذكر الهروي: إنه الأصح، وجزم في متن «الروضة»: بأنه الأصح، وبه جزم الماوردي وعزاه في «البسيط» و«الوسيط» في كتاب «التدبير» إلى نصِّ الشافعي، والأصح عند أكثر الأصحاب: سماع الدعوى لعرض التسجيل عند خوف موت الشهود أو طول غيبتهم، وهو يضارع ما تقدم من الشهادة على الشهادة عند فوت الحق.

ثانيها: لو اعترف بإعسار إنسان وأراد أن يدَّعي عليه دينًا ليثبته على موقع مطالبته إذا أيسر ففي سماع الدعوى عليه خلاف مرتب على الدعوى بالدين المؤجل، وهذه أولى بالمنع؛ لأن زوال الإعسار لا منتهى له بضبط.

....

ثالثها: الدعوى على العبد بدين معاملة ثابت في ذمته هل تسمع فيه خلاف مرتب على المعسر؟ وأولى بعدم السماع ذكره الإمام وما قبله في آخر «التفليس». قال: وقد اشتمل كلامنا على ثلاث مراتب:

الأولى: في الدين المؤجل.

والثانية: في الدعوى على المعسر مع الاعتراف بإعساره.

والثالثة: وهي أبعدها، وأولاها بالرد الدعوى على دين يتعلق بذمته على إثبات العتق وزوال الرق.

رابعها: قال الرافعي هنا: من ادَّعى عليه بدين مؤجل قبل المحل فله أن يقول في الجواب: لا يلزمني دفع شيء إليك الآن ويحلف عليه، وهل له أن يقول: لا شيء لي مطلقًا؟ عن القفال فيه وجهان مبنيان على الوجهين في أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟ انتهى.

وكنت أستشكل قوله: فله أن يقول كذا، وأقول: كيف يقنع بهذا الجواب المجمل والحلف عليه، وقد يظن ما ليس بتأجيل تأجيلًا، وقياسه أن يقنع من المعسر بهذا الجواب والحلف عليه وهو مار بلا شك، ويكون ذلك مريحًا له من دعوى الإعسار وإقامة البينة به، حيث لا بينة عليه بالدين، وقد يعجز عن بينة الإعسار، وكنت أقول: إذا قبلنا قول المديون في الأجل إذا وصله بإقراره كما هو المذهب فلا معنى لقبول هذا الجواب منه، وإن لم يقبله ففيه احتمال للحاجة.

ثم رأيت الإمام ذكر في آخر «التفليس» تفريعًا على منع الدعوى بالدين المؤجل: إن على من يدَّعي الدين الحال أن يصرِّح بذكر الحلول، أو يقول لي: عليك ألف يلزمك تسليمه إليّ، فإن قال ذلك وكان الدين مؤجلًا للمدَّعى عليه أن يقول: لا يلزمني تسليم ما ادعيته إليك، قال: وكشف القول في هذا يستدعي مزيد بيان مأخوذ من الاختلاف في مسألة وهي: إن الرجل إذا أقر بألف مؤجل فهل يقبل قوله في الأجل أم يؤاخذه بالألف حالًا؟ والقول قول المقر له في نفي الأجل بيمينه فيه قولان، فإن قلنا: لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل

……

فيكتفي منه، والحالة هذه أن يقول: لا يلزمني التسليم ويحلف عليه، وإن قلنا: قوله فورًا ذلك نظر يجب التثبت فيه وهو إنَّا إذا فرعنا على أنه لا يؤاخذ حالًا فلو قال المقر له: احلفوا لي أحلف على نفي الأجل، قلنا: لا يكتفي منك بهذا، فإنَّا نفرع على أنه غير مؤاخذ بالألف فلا يلزمه إلا ما اعترف به وهو دين مؤجل، فإذا ثبت هذا عدنا إلى عرضنا قائلين: إن حكمنا بأنه يؤاخذ بألف حالًا وغاية مضطربة أن يحلف المقر له، فعلى هذا يكفيه في جواب الدعوى لا يلزمني تسليم ما ادَّعيته ولا يحلف إلا على هذا الوجه، وإن قلنا: لو أقر بالدين مؤجلًا لم يؤاخذ بألف فهل يقنع منه بأن يقول: لا يلزمني تسليمه؟ فعلى وجهين:

أحدهما: نعم، فإن مقصود الدعوى مطالبة المدَّعى عليه، فإذا أنكر وجوب التوفية وحلف عليه فقد تعرض لمصادرة مقصود الدعوى، ومن أصحابنا من قال: عليه أن يبوح، فإن لم يكن أصل الدين فليصرِّح بنفيه، وإن كان الدين ولكنه مؤجل فليقر به مؤجلًا، انتهى.

وهذا هو المختار لما ذكرناه، وقد يأتي ما يقصده إن شاء الله تعالى.

خامسها: في «فتاوى» ابن الصلاح: ادَّعى عليه عند حاكم بأنه أبرأه من دين مبلغه كذا في تاريخ كذا، فأجاب: إني لا أستحق عليه شيئًا، فأراد المدَّعي أن يقيم بينة على امرأة، قال: ينظر إن كان له غرض في إثبات البراءة مع اعتراف خصمه بألَّا يستحق عليه شيئًا، فسمع دعواه وبينته عند من أجاز سماع هذا العرض التسجيل، انتهى.

سادسها: قال الرافعي متصلًا بما سبق عنه وعن القفال: إن من أقيم عليه البينة بألف فقال: عليّ ألف لكنه مؤجل، فحلَّفوه أنه يعجل، فقد سقط أثر الشهادة، وهذا شخص أقر لغيره بدين مؤجل، ففي قبول قوله في الأصل قولان: إن قلنا: فله تحليف المدَّعي على نفي الأصل هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه وفيه خلل، وصوابه أن يقال: إن قبلناه، فالقول قوله فيه مع يمينه وإلا فله تحليف المدَّعي على نفي الأجل، وذكر الدبيلي: إنه لو ادّعى عليه ألفًا فقال له: عليّ ألف مؤجل إلى سنة فقولان، فأمَّا إذ أقام البينة

....

عليه بألف درهم، فقال: صدقوا وهي مؤجلة لم تسمع منه بلا خلاف ما قامت به البينة، انتهى.

ونقل ابن الرفعة كلام القفال في كتاب «الإقرار» وقال البندنيجي والقاضي أبو الطيب: إنه لا يقبل قوله في الأجل قولًا واحدًا كما لو قامت بينة بعشرة دراهم، فقال: إلا درهم على ما قاله القفال يظهر أن يجيء في المسألة ما ذكرناه عند الكلام فيما إذا شهد عليه بحد لله تعالى، فأقر ثم رجع عنه، انتهى.

قلت: وقبل وقوفي على كلامه، أمَّا ما ذكره الدبيلي والقفال: إنه يلتفت على ما سلف من أنه إذا قامت عليه بينة بالزنا أو غيره، ثم أقبل يستند الحكم إلى البينة أو إلى الإقرار إليهما فيه أوجه، وكلام الدبيلي يخرج على الأول واختاره الماوردي، وربما أفهمه كلام الرافعي، وعلى الثاني يخرج كلام القفال، والله أعلم.

سابعها: في دعوى الأمة الاستيلاد أو التدبير أو تعليق العتق بصفة، طريقان:

أصحهما: القطع بالسماع، وعليها اقتصر المصنف في كتاب «التدبير» وفي «زوائد الروضة»: إنها المذهب.

والثاني: إن فيها الخلاف في دعوى الدين المؤجل؛ لأن المقصود منها العتق في المستقبل والاستيلاد أولاها بالسماع؛ لتنجز آثاره من امتناع البيع والهبة والرهن وغيرها.

قال الإمام هناك: ولا خلاف في سماع الدعوى بالاستيلاد عند العرض على البيع وصول شهادة الحسبة فيه، والخلاف في سماع دعوى التجبير وتعليق العتق بالصفة يفرع على أنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، فإن جوَّزناه فإنكار السيد رجوع مبطل مقصود الدعوى، كذا قاله الرافعي، والإمام أبداه احتمالًا لنفسه.

وعبارة «البسيط»: ودعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق بصفة مسموعة، وقيل: على وجهين، وهذا في الاستيلاد في غاية الفساد، فإنه

قال المصنف: [فَصْلٌ] أَصَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ، ....

يقتضي في الحال منعًا من البيع والرهن، وفي التدبير إن جوَّزنا الرجوع فيتجه أن يجعل الإنكار رجوعًا فتبطل الدعوى، فتنتبه لهذه الدقيقة.

فصل يشتمل على فروع مبددة نختم بها الباب ـ إن شاء الله تعالى ـ ويكون أول الجزء والذي يليه فصل على ما تيسر للكاتب الوقوف في هذا الموضع، والله المستعان، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

أَصَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَلَى السُّكُوتِ عَنْ جَوَابِ الدَّعْوَى) أي: الصحيحة التامة.

(جُعِلَ كَمُنْكِرٍ نَاكِلٍ) لأن جواب المدعي عليه إقرار أو إنكار، فإذا سكت وأصر على السكوت جعل كالمنكر الناكل عن اليمين كما سيأتي بيانه؛ فترد اليمين على المدعي، أما لو سكت عن عي وحصر؛ فإن أصر بعد ذلك فناكل، والكلام في الإقرار، وصيغه تقدم في بابه، وقوله: لي عن دعواك فخرج ليس بإقرار الاحتمال الخروج بالإنكار، وقوله: لفلان عليَّ أكثر مما لك ليس بإقرار لواحد منهما، قال الهروي: وكذا لو قال: لك عليَّ أكثر مما ادعيت؛ لاحتمال أن يريد لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت، ولو قال: لفلان عليَّ مال أكثر مما ادعيت فهو إقرار لفلان إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر، ولو قال: الحق أحق أن يؤدى فليس بإقرار، والمعنى حيث يكون فأما أنا فبريء، كذا عبارة «الروضة» وعبارة «أصلها»: الحق حق أن يؤدى والكل صحيح، ولو قال: لا أقر ولا أنكر فوجهان تقدما.

وفي «فتاوى» البغوي هنا: ادعى عليه ألفًا صَالَحَنِي فقال: قد صالحت منها على خمسمائة، ووفيت مني خمسمائة، ولي بينة فعجز عن إقامتها، قال: لا يكون هذا اللفظ إقرارًا منه؛ لأنه لم يقر أنه يلزمه، وقد يصالح على الإنكار؛ ولذلك لو

فَإِنْ ادَّعَى عَشَرَةً فَقَالَ لَا تَلْزَمُنِي الْعَشَرَةُ وَلَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ وَلَا بَعْضُهَا، وَكَذَا يَحْلِفُ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشَرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ.

أقام البينة على وفوق قوله: لا يحكم بالباقي، انتهى، وفيه نظر للمتأمل وسنذكر في آخر الفصل إن شاء الله تعالى فروعًا مفيدة من الإقرار بعد الدعوى.

تنبيهات: [...](١) أصلًا، فإن كان بصيرًا يفهم الإشارة البقية، وكالأخرس المبهم وإلا فيمكن لا يفهم، وإن كان أعمى فكطفل، نعم لو كان البصير أو الأخرس الذي لا يفهم كاتبًا فيشبه أن يقول: كتابته دعوى وجوابًا بالعبارة الناطق.

وقال ابن الرفعة إثر قول «التنبيه»: وإن سكت المدعي عليه، أي: ولا صمم به، ولا خرس، قال له الحاكم: إن أجبت عن دعواه وإلا جعلتك ناكلًا تنبيهًا له على الحكم، ثم قال: قال الإمام: وإذا سكت، ولم يجب المدعي، قال له: أجب فليس بك بكم ولا صمم، فإن تمادى على سكوته جعل ذلك إنكارًا في حكم اليمين، ثم يعرض اليمين ويجعل التمادي على السكوت نكولًا عن اليمين إذا لم يظهر عنده سبب سكت، وهذا معنى قول الغزالي: أما السكوت فقريب من الإنكار، وأما الأصم والأخرس إذا كان له إشارة مفهومة فهو كالباطن، وإن لم تكن قال في «الحاوي»: إنه كالغائب فيجري عليه حكم الغائب، انتهى، وسيأتي في هذا زيادات إن شاء الله تعالى عند الكلام في النكول.

قال: (**فَإِنْ ادَّعَى عَشَرَةً فَقَالَ: لَا تَلْزَمُنِي الْعَشَرَةُ، وَلَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ: وَلَا بَعْضُهَا، وَكَذَا يَحْلِفُ، فَإِنْ حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشَرَةِ وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فَنَاكِلٌ فَيَحْلِفُ الْمُدَّعِي عَلَى اسْتِحْقَاقِ دُونَ الْعَشَرَةِ بِجُزْءٍ وَيَأْخُذُهُ**) إذا ادعى عليه عشرة دراهم أو دنانير مثلًا، فقال: لا يلزمني لم يكن ذلك جوابًا تامًا، وإنما الجواب التام أن يضيف إليه ولا شيء منها أو لا بعضها، وهكذا يحلف إذا حلف؛ لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها فلا بد أن يطابق الإنكار واليمين دعواه.

قال الرافعي عن القاضي الحسين: إنه لا يكلف في الإنكار وأن يقول:

---

(١) بياض في الأصل.

....

ولا شيء منها، وإنما يكلف ذلك في اليمين وتبعه على ذلك البغوي.

وقال الإمام بعد نقله عنه ذلك: وما ذكره من التحليف مستقيم، وما ذكره أولًا من الاكتفاء بإنكاره عشرة [دراهم] أنه لا يلزمه العشرة [دراهم] مقتصرًا عليه، إما أن نقر بالحق أو يحلف المدعي بعد نكولك، انتهى.

وكذا قال إبراهيم المروزي وغيره.

وقال القاضي الحسين في «التعليق»: لو شرع المدعي في اليمين فقال المدعى عليه: لا تحلفه فأنا أدفع المدعى به إليه، فله أن يكمل اليمين حتى يأخذه على وجه الاستحقاق لا على وجه التبرع، انتهى.

فأفاد أنه لو صرح بالتبرع لم يمنع منه به، وهو ظاهر، قال إبراهيم المروزي: ولو قال المدعى عليه: لا يحلفه، قال: لي بينة على الاستيفاء وهو عيب لم يلتفت إليه، بل يحلفه ويأخذ المال منه، ويقول له: هذا إقرار منك فسلم الحق إليه، فإذا ظفرت بالبينة أقمها واسترد المال منه، انتهى.

فَرْعٌ: ذكر شريح في باب تفريق الدعوى والأيمان أنه لو ادعى عشرة فأنكرها فأراد تحليفه على خمسة منها فوجهان:

وجه المنع: الدعوى تناولت الجميع وتفريقها يؤدي إلى التمادي وتكثير الفساد.

والثاني: له ذلك؛ لأن الجميع حقه فعلى الأول قال: لي على فلان أموال ولكن المدعى عليه الآن لخمسة وأحلفه عليها ولا أدعي غيرها الآن فله ذلك، وكذا لو قال: أقيم البينة على خمسة وأحلفه على خمسة، وكذا لو ادعى عليه دينًا ويعد في ذلك المجلس وغيره دينًا ولا يلزمه أن يجمع الدعاوى.

وحكى جدي عن بعض أصحابنا أن للمدعى عليه أن يقول للحاكم: سله هل له علي دعوى غير ما يدعيه الآن؟ فإني أريد سفرًا ولا آمن أن يدعي في حال حياتي أو بعد مماتي؛ فينبغي أن يأمره القاضي بجميع دعاويه وليجيب عنها، انتهى.

وَإِذَا ادَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتكَ كَذَا كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً كَفَاهُ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشِّقْصِ.

وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ لَهُ الْحَلِفُ بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ.

وهذا شيء أبداه الإمام أو نحوه، وقوله: فعلى الأول [وقع] في الخمسة، واختلط [في] الثاني.

قال: (**وَإِذَا ادَّعَى مَالًا مُضَافًا إِلَى سَبَبٍ كَأَقْرَضْتكَ كَذَا كَفَاهُ فِي الْجَوَابِ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ شُفْعَةً كَفَاهُ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا، أَوْ لَا تَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الشِّقْصِ، وَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ هَذَا، فَإِنْ أَجَابَ بِنَفْيِ السَّبَبِ الْمَذْكُورِ حَلَفَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَهُ الحَلِفُ بِالنَّفْيِ الْمُطْلَقِ**) إذا ادعى مالًا وأسنده إلى جهة بأن قال: أقرضت منك كذا أو طالبه ببذله، أو قال: غصبت عبدي وتلف عندك فعليك كذا ضمانًا، أو قال: فرقت ثوبي فعليك كذا أرشًا، واشتريت منك وأقبضتك ثمنه أو اشتريت مني كذا فعليك ثمنه، وطالبه بالمدعى فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة بل يكفيه أن يقول: لا يستحق عليَّ شيئًا، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة لا منفعة لك عندي ولا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك كما أشار إليه المصنف؛ وذلك لأنه قد يكون صادقًا فيما ادعاه مما ذكرنا.

وعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة، ولو نفى الإقراض وما في معناه كان كاذبًا ولو أغرق طولب بإقامة البينة على ما يزعم عروضه، وقد لا يجد بينة فاقتضت الحاجة فيه إلى الجواب المطلق، وعلى هذا إذا قالت المرأة: طلقتني، فقال: أنت زوجتي، كفاه هذا الجواب هذا هو المشهور، وحكى الإمام في باب الامتناع من اليمين أن الإصطخري قال: يجب على المدعي أن يجيب عن عين ما يذكره المدعى، والمشهور المنصوص الأول.

وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وآل إلى تحليفه؛ حلف على ما أجاب، ولا يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة لما سبق، ولو حلف

……

على نفيها بعد الجواب المطلق جاز، قاله البغوي.

ولو تعرض في الجواب لنفي الجهة المدعاة فقال: ما أقرضتني ما بعت، ما فرقت ثوبه، فالجواب صحيح أيضًا، ثم إن حلف على وفق الجواب فذاك، وإن أراد أن يحلف على أنه لا يلزمني شيء فهل يتمكن كما لو أجاب ابتداء كذلك أولًا لتطابق الإنكار؟ فيه وجهان أصحهما ويحكى عن النص المنع، وادعى ابن أبي الدم أن الأول أصح، وقضيته [أنه] لم تلزمه العشرة بتمامها وهو ناكل عما دونها، فللمدعي أن يحلف على استحقاق ما دون العشرة بجزء، وإن قل كحبة ويأخذه، قال الإمام: فإن قيل: من يلزمه دينار فقوله: لا يلزمني العشرة سديد، فلم جعلتموه ناكلًا عن عشرة إلا أقل قليل؟

قلنا: لأنه امتنع عن الحلف عن كل ما دون العشرة، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة.

قال في «التهذيب»: إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها فللمدعي أن يحلف على بعضها، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وردها لم يكن له الحلف عن البعض، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه، وذكره في «تعليقه» عن القاضي الحسين، ونقله عنه فيما جمعه من «فتاويه» بزيادات فقال: إذا ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم العشرة إليك ورد اليمين بعد نكوله، فللمدعي أن يحلف على العشرة لا على ما دونها؛ لأنه إنما نكل عن العشرة والناكل عن العشرة لا يكون ناكلًا عن التسعة هذا إذا لم يبلغ القاضي في تحليفه إلا شيء منها.

فإن كان قد بلغه فحينئذ المدعي بالخيار بين الحلف على العشرة وعلى ما دونها، وقال في كثيره، وذكر ما تقدم، وأنه لو ادعى عليه ألفًا فعرضت اليمين فنكل وردها على المدعي فقال المدعي: أنا أحلف على خمسة، فيه نظر! إن قاله الحاكم في الابتداء قل: بالله لا يلزمني تسليم الألف إليه فنكل ورد اليمين على المدعي فقال المدعي: أنا أحلف على خمسمائة فللمدعي عليه أن يقول: أنا أحلف على خمسمائة؛ لأنه إنما نكل عن الألف، أما لو قال له الحاكم:

....

قل بالله لا يلزمني تسليم الألف ولا شيء منه إليه فنكل ورد اليمين عليه، فقال: أنا أحلف على خمسمائة فله ذلك، وليس للمدعي عليه أن يعود ويقول: أنا أحلف على [خمسمائة] لأن النكول قد وجد منه في الألف وما دونه جميعًا [يكون] عشرة، فأجاب: ولا يلزمني جميع ما يدعيه.

قال: هذا إقرار مجمل، فيجلس حتى يتبين إقراره، فإن لم يتبين كان إنكارًا، فإن لم يحلف حلف المدعي واستحق ما يدعيه، انتهى.

وفي كونه مقرًّا بمجمل وقفة؛ لأنه إقرار من طريق اللزوم، والقاضي في موضع أن يكون ذلك إقرارًا.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي ادعى عليه عشرة دنانير وأنكر ونكل عن اليمين فردت على المدعي فقال: أنا لا أدعي عشرة بل دنانير، قال: ينبغي أن يستأنف الدعوى ويعرض اليمين ثانيًا على المدعي؛ لأن بقوله: لا أدعي عشرة ترك الدعوى الأولى، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى فذلك إذا لم تستند الدعوى إلى عقد، أما إذا أسنده كما إذا قالت المرأة: نكحتني بخمسين وطالبته به ونكل الزوج فلا يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين؛ لأنه يناقض ما ادعته أولًا، فإن استأنفت وادعته عليه بعض الذي جرى النكاح عليه فما زعمت وجب أن يجوز لها الحلف عليه.

وقال في «شرحه الصغير»: فلها أن تحلف عليه.

قلت: وذكر الإمام المسألة عن القاضي، وأطنب فيها وذكر فيها تحقيقات يطول ذكرها.

ولو ادَّعى أن الدار التي في يد هذا ملكي يلزمه تسليمها إلي، فالمدعى عليه إذا أنكر يحلف أنها ليست ملكًا له ولا شيء منها لو أنه لا يلزمه تسليمها إليه ولا تسليم شيء منها، ولو ادعى أنه باعها منه فيكفيه أن يحلف أنه لم يبعها منه على القياس الذي تمهد في الفصل.

فَرْعٌ: قال في «التهذيب»: لو ادعى عليه ألفًا فقال: لا أحلف وأعطى المال لا يجب على المدعي قبوله من غير إقرار وله تحليفه لأنه لا يأمن أن يدعي عليه ما دفعه إليه بعد هذا، وكذلك لو نكل عن اليمين فإذا [حلف] يمين الرد، فقال المدعي: حتى أبذل المال [له بلا يمين] ويقول له الحاكم به.

ثم قال: وقال بعض أصحابنا: يحلف على حسب الجواب بنفي البيع أو الصدقة أو الغصب فيلزمه أن يحلف ما باع ولا طلق؛ لأنه لو لم يمكنه ذلك أجاب به، وإن أجاب أنه ليس بينهما بيع قائم أو تحريم بالطلاق أو لا رده عليه بحكم الغصب حلف على حسب الجواب، وكذا الخلاف إذا ادعى عليه أنه حفر حفيرة في أرضه أضرت بذلك أرضه هل يحلف على نفي قيمة ما أفسده في أرضه أو على نفي ذلك الفعل، انتهى.

فَرْعٌ: ذكر أبو عاصم العبَّادي أنه لو ادعى عليه وديعة فقال: لا يلزمني تسليم شيء إليه لم يكن جوابًا؛ لأن المودع لا دفع عليه إنما يلزمه التخلية، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع، أو يقول: هكذا في يدي، أو رددته.

قال الرافعي: وهذا يخالف كلام أصحابنا ألا تراهم يقولون: من جحد الوديعة فقامت بينة بالإيداع وادعى تلفًا أو ردًا قبل جحوده نظر! إن كانت صيغة جحد أو إنكار أصل الوديعة أم قال: لا يلزمني تسليم شيء إليك فأما إن نقدر خلاف أو نؤول ما أطلقوه.

فقال في «الروضة»: قلت: الذي قاله ابن القاصّ صحيح، وتأويل كلامهم متعين وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ فحكمه كذا إلا أن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب، والله أعلم.

وما ذكره ابن القاص سبق قلم، وقال الزنجاني في «مختصر الشرح»: ما ذكره العبادي [مؤولًا] لا سيما إذا كان المودع فقيهًا، وما ذكره الرافعي من الإطلاق يجوز التأويل للتأول، انتهى.

وهذا أحسن ويحتمل أن يرجع فيه إلى اجتهاد القاضي في كونه جوابًا

....

مقنعًا أم لا ، وقد يختلف ذلك باختلاف الخصوم [فرب خصم يظهر منه أن ذلك لدد، فلا يؤجل له] ويقال في الوديعة وتلفها وإتلافها.

وقال: إذا كان من بلاد عمله، انتهى.

واعتباره ما دون مسافة القصر هو أحد الوجهين في الأمد، أو قال الدارمي: في ثلاثة على التغليظ بالمكان، ولا يُحلَّف أحد من بلده إلى غيره من بلد خليفة أو غيره إلا أن يكون المحكوم عليه يقهر حاكم بلده، فيرفع إلى غيره من أقربهم إذا قدروا عليه، انتهى.

وهذا حسنٌ، وقضيته: عدم الفرق عند نكاحه بين المسافة البعيدة وغيرها، ويجوز أن يترك ما سبق من الأثرين عليه لا على ما حمَّلهما عليه الماوردي.

ومنها: سبق أن اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى، زاد البغوي في «التعليق»: وأنزل الآيات العشر، وسيأتي عن النص ما قد يفهم المنع من ذلك، والنصراني: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى صلى الله عليهما وسلم.

قال الماوردي: وَإِنْ رَأَى أَنْ يَزِيدَ عَلَى هَذَا، فَيَقُولَ: الَّذِي أَبْرَأَ لَهُ الْأَكْمَهَ وَالْأَبْرَصَ، وَأَحْيَى لَهُ الْموتَى بِإِذْنِهِ فَعَلَ، ولو حلف القاضي اليهودي بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، والنصراني بالله الذي أنزل القرآن على محمد، فامتنع من اليمين بذلك، فهل يصير ناكلًا؟ فيه وجهان رواهما الشيخ أبو علي عن القفال.

قال البغوي في «تعليقه»: ولو أنه حلَّف مسلمًا بالله الذي أنزل التوراة والإنجيل جاز؛ لأنه حلف بآية منسوخة فتحسب له يمينه، انتهى.

قلت: ينبغي أن يكره له التحليف بذلك؛ لأن العامة تنفر من ذلك، وقد أورد ابن أبي الدم هنا سؤالًا وهو: فإن قيل: لمَ حلَّفتم اليهودي والنصراني ما تقدم ولم تحلِّفوا المسلم بالله الذي أنزل القرآن على محمد ﷺ؟ وأجاب بنقل وجهين عن رواية الشيخ أبي علي في «شرحه الكبير» وأبي عاصم العبادي في

....

«الفتاوى» ولم يختر أشياء.

قال ابن الرفعة: وكلامه يقتضي أن الراجح عند الأصحاب أنه يحلف كذلك.

ومنها: ذكر جماعة من التغليظ: التحليف بالمصحف، قال الشافعي: كان ابن الزبير يستحلف به، ورأيت مطرفًا قاضي صنعاء يستحلف به، وهو حسن، وعليه أنه كان باليمن وقال في باب كيفية اليمين من «الأم»: وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن. قال القاضي: هذا النوع من التغليظ مستحب.

وقال الماوردي: هو جائز عند الشافعي، وليس بمستحب، وهذا منه يفهم أن الشافعي أراد بما ذكره عن ابن الزبير - ﷺ - واستحبه التحليف بالمصحف، وما فيه من القرآن.

وحكى ابن أبي الدم عن الأصحاب أنهم قالوا: معناه أن يوضع المصحف في حجره ليكون أزجر له، ولا يُحلِّفه بالمصحف فيقول: وحقّ المصحف؛ لأنه لا يحلف بغير الله، وإنَّما يحلفه بمن أنزل القرآن، وقال: إن هكذا قال الشيخ أبو علي، وإن الشيخ أبا زيد قال: لو حلَّفه بما في المصحف لا يكون يمينًا؛ لأن المصحف سوادٌ وبياضٌ، نعم؛ لو حلَّفه بما فيه من القرآن، أو بما هو مكتوب في المصحف، أو حلَّفه بالقرآن فهو يمين، وسبق عن «فتاوى» القفال أنه لو قال: والقرآن، لا يكون يمينًا. وعن «الحاوي» نقل وجهين في آخر الحلف بالمصحف، واستوفينا الكلام على ذلك.

وقال البغوي كما سبق: لا يجوز، وقال شريح الروياني: وإذا حلف على المصحف وضع يده على المكتوب، وقال: وحرمة القرآن المكتوب فيه، انتهى.

والظاهر أن كل ما توقف كونه يمينًا على النية لا ينبغي للقاضي أن يحلف به، وما كان صريحًا من أسمائه تعالى وصفاته العليا صحَّ التحليف والتوكيل به قطعًا.

....

ومنها: لو اقتصر على الاسم المقدس وجه إجراء على المشهور؛ لأن التغليظ باللفظ تكرير صفات الله تعالى، وكل ذلك مندرج تحت قوله: والله، وهكذا لو اقتصر على الصفة الذاتية مثل: وعظمة الله، وجلال الله، وكبرياء الله . . . وغير ذلك، قالوا: ولا فرق في اقتصاره على الاسم بين أن يقول: بالله، أو تالله، أو والله، قال ابن الرفعة: كذا قالوه هنا.

وسبق في الأيمان ما ينازع فيه، قالوا: ولا فرق بين أن يأتي به معربًا أو لا، بأن يرفع الاسم أو ينصبه، بل ذلك لحن سواء تعمَّد ذلك أم لا، كما قاله الشافعي في «الأم»؛ لأنه بالجر لا يعتبر المعنى، وقال: أحببت أن نعيد حتى يُصحح.

قال الماوردي في كتاب «القسامة»: وفرَّق بعض أصحابنا بين المعرب وغيره، فإذا رفع الاسم أو نصبه النحوي، لم يكن يمينًا في حقِّه بخلاف غيره؛ لأنه لا فرق عنده بين الجميع.

وعن القفال: إنه إذا رفع لا يكون يمينًا إلا بالبنية، ولم يُفرِّق بين النحوي وغيره، وقضيته: ألا ينعقد يمينه إذا رفع هنا؛ لأن النيَّة لا مطَّلع عليها.

ومنها: لو حذف حرف القسم من ذكر الله فظاهر كلام الأصحاب هنا: انعقاد اليمين بذلك؛ لأنهم عدوا من فوائد حديث ركانة المشهور جواز حذف حرف القسم، لكن في كتاب دعوى الدم من «الحاوي»: إنه إذا حذف حرف القسم لم يكن يمينًا على الظاهر من مذهب الشافعي في عموم الناس كلهم، وسواء ذكر الاسم مرفوعًا أو منصوبًا أو مجرورًا، وعلى قول من فرق بين المعرب وغيره يجعله بالنصب يمينًا من النحوي؛ لأنهم إذا حذفوا حرف الجر نصبوا فصار النصب عوضًا عن حرف القسم، فصار يمينًا من النحوي دون غيره، وسبق في الأيمان: إنه إذا حذف حرف القسم وأطلق لا يكون يمينًا وهو موافق لما ذكره الماوردي، وذكرنا هناك وجوهًا:

ومنها: إذا عرض المستحلف شرعًا فهل يحرِّمه أو يُعدُّ ناكلًا عن اليمين،

……

إن أصرَّ على ذلك الكلام في هذا، وفي كل تغليظ يراه الحاكم من المكان والزمان يبنى على ما سبق من الخلاف في وجوبه، إن قلنا بالصحيح أن الجميع مستحب، فعرفه القاضي عليه وهو يراه مستحبًا واحتياطًا لم يلزمه ولم يعتد بامتناعه منه ناكلًا به عند العراقيين.

وحكى القاضي الحسين وأتباعه والإمام فيه وجهين:

أصحهما عند القفال: إنه يكون نكولًا، وزادهما القاضي الحسين والشيخ أبو علي والبغوي فيما إذا عرض عليه وضع المصحف في حجره فامتنع.

وإن قلنا: الجميع واجب، فلا يخفى تفريعه.

وإن قلنا: الواجب المكان فقط فامتنع.

قال ابن المرزبان: القولان ـ هاهنا وفي إعادتها ـ مبنيان على القولين هل التغليظ واجب أو مستحب؟ وسواء قال: حلفت بالله تعالى أو بالطلاق، أو غيره أنني لا أحلف في هذه المواضع، انتهى.

وإذا قلنا: يجب التغليظ بالزمان والمكان دون اللفظ كما هو، هو قول، لا يخفى تفريعه مما تقدَّم عليه، قال الماوردي في «الأقضية»: لو سأل المدعي تأخير إحلاف المنكر ليغلظ عليه بإحلافه بعد العصر أو بالجامع كان له ملازمته إن استحق تغليظها وإلا فلا، وإذا لم يكن بالقرية جامع حلف على مسجدها، وإذا حلف ألَّا يحلف في الجامع ولم يحنثه حلف في غيره من المساجد.

ومنها: سبق أن الدارمي قال: يترك التغليظ على المشرك باللفظ والموضع قولًا واحدًا، وهو قضية كلام الماوردي، وإن كان مختصًا بالمسلمين، وصرَّح بأنه إن ترك التغليظ على الكافر بالموضع واللفظ جاز قولًا واحدًا، وظاهر كلام الجمهور تصريحًا وتلويحًا، والخلاف في اليهودي والنصراني، وأمَّا غيرهم كالمجوسي والوثني فكلامهم فيهم محتمل في غير اللفظ، وصرَّح بعضهم بأنه لا يحلف في بيت الصنم ولا النار.

قال شريح الروياني: قال الشافعي ـ يعني في اليهود: ولو كان لهم ألفاظ

وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ.

يُعظِّمونها ولا يعرف المسلمون معناها، يجوز بعشر آيات لم يُحلِّفهم بها؛ لأنهم بدَّلوها وأدخلوا فيها ما ليس منها، فقد يكون ذلك مما بدَّلوه، فيكون كفرًا أو معصية.

وقال بعض أصحابنا: يحلفون بالعشر الآيات التي أنزلها الله على موسى ﷺ لأن المبدَل غير المنزَّل.

قلت: والمختار ما نصَّ عليه؛ لئلا يتوهم أنا نعتقد إنما يزعمونه، أنزله على موسى كما زعموه، والله أعلم.

قال: (وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ) أي: على القطع والجزم.

(فِي فِعْلِهِ) أي: نفيًا كان أو إثباتًا؛ لأنه يعلم حال نفسه ويطلع عليها، هكذا أطلقوه، وهو مستمر فيما إذا كان الفعل صدر منه في حال عقله وتمييزه، لو كان قد صدر منه في حال جنونه أو سكره الطافح، أو إغمائه أو طفوليته، وتوجهت عليه اليمين بعد كماله من التغليظ بالزمان واللفظ، وقد رواه القاضي احتياطًا فحكمه ما تقدم، وإن امتنع من التغليظ بالمكان عُدَّ ناكلًا.

قال الماوردي والإمام والرافعي وغيرهم: ولا نظر إلى كونه حلف ألَّا يحلف في ذلك المكان، وهو قياس قولهم: يكثر على اليهودي سببه إذا أوجبنا التغليظ بالمكان، لكن جماعات من العراقيين وغيرهم نقلوا عن نصه في «الأم»: إنه إذا كان عليه يمين ألَّا يحلف بين الركن والمقام استحلف في الحجر، فإن كان عليه يمين ألَّا يحلف في الحجر استحلف على يمين المقام بين المقام والحجر، وإن كان عليه يمين لا حلف هناك استحلفه قريبًا من البيت، وإن الشافعي قال: لو قال قائل: لو كان عليه يمين لا يحلف بين الركن والمقام استحلفه فيه، وإن كان فيه حنث فيما كان حلف، كان مذهب، كما لو حلف لا يحلف فتوجهت عليه اليمين، فإنه يحلف وإن حنث فيما كان حلف قالوا: فخرجها على قولين.

قال القاضي أبو الطيب: قال أصحابنا: وهذا على القول بأن التغليظ بالمكان مستحق وشرط، وإلا فلا يحنث في يمينه قولًا واحدًا.

وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

وقال البندنيجي: يشبه أن يكون القولان إذا قلنا المكان شرط وإلا فلا يحنث في يمينه قولًا واحدًا.

وقال الدارمي بعد ذكره موضع التغليظ بمكة والمدينة وبيت المقدس، وفي غيرها في الجامع بعد العصر، وكذلك عندي بعد العصر بمكة والمدينة، فإن حلف على الدليل فيها جاز، وإن حلف على ما قلنا فيها في غيرها ناسيًا فقولان: **أحدهما**: نفاذ اليمين، **والثاني**: يجري فإن فعله عامدًا مجتهدًا.

قال ابن المرزبان: لا يعيد، وقال: إن تعمَّد غير مجتهدٍ فالقولان، فإن كان ما يخالف علة بعث إليه في موضعه من يُحلِّفه، وسواء طلب صاحب الحق هذه المواضع أو لم يطلبها، وإن قال الحالف على يمين: ألَّا أحلف في هذه المواضع قولان:

أحدهما: يحلف فيها وإن حنث.

والثاني: يحلف فيما قرب منها وبأهله الحلف فلا يظهر التوجيه المذكور.

قال: (**وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا**) أي: فيحلف أيضًا على البتِّ؛ لأنه يسهل الوقوف عليه ولهذا يشهد به، وعن القفال: إن مدَّعي الرضاع إذا نكل خصمه عن اليمين على نفي العلم حلف هو على نفي العلم، والظاهر خلافه.

قال: (**وَإِنْ كَانَ**) أي: فعل الغير.

(**نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) لأن النفي المطلق يعسر الوقوف عليه بسببه، وبهذا لا تجوز الشهادة عليه، ومثال الحلف على نفي العلم: والله ما علمت أنه فعل كذا وما أشبه ذلك.

قال ابن الصلاح: إلا أن يكون فعل الغير منسوبًا إلى الحلف فيحلف على البت، فلو حلَّفه القاضي هنا على البت اعْتُدَّ به، ولكنه عدل عن نهج الحق.

قلت: والظاهر أن له هنا أن ينوي نفي العلم؛ لأنه المتوجه عليه أمَّا لو حلَّفه على نفي العلم والحال يقتضي الحلف على البت، لم يعتد بذلك قطعًا، قال الرافعي: والعبارة المختصرة أن يقال: اليمين على البت أبدًا إلا إذا حلف

وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ.

على نفي فعل الغير، انتهى، وفيه شيء يأتي.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي**) أي: ونحوها، كقضيته أو أحال به علي، أو اعتاض عنه.

(**حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ**) أي: مما ادعاه بما ذكره في الإبراء، وذكرناه عن غيره من الأمثلة، ولو كان بيده عين فقال مدعٍ: غصبها أبوك، أو بائعك مني، فأنكر، حلف على نفي العلم بأنه ما غصب.

تتمات وفروع: إذا ادَّعى على وارث دينًا على الميت، لم يكف ذكر الدين ووصفه بل يذكر مع ذلك موته، وإنه جعل في يد الوارث من التركة ما يفي بحقِّه أو ببعضه، وإنه يعلم دينه على مورثه وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على نفي العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض له فيقول: إن مورثك غصب كذا وأنت تعلم أنه غصبه.

قلت: وتعرضه لعلمه ظاهر إذا علم المدعي ذلك أو ظنَّه، أمَّا لو علم أنه لا يعلم، أو ظنَّ ذلك، أو جهل الحال، فكيف بقوله بها، هذا موضع نظر وتأمل، ثم إذا تعرض لجميع ذلك فأنكر الوارث الذي حلف على نفي العلم، فإن نكل حلف المدعي على البت، وإن أنكر موت من عليه فأوجه:

أحدها: إنه يحلف على البت؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه، قالا:

وأصحّها: إنه يحلف على نفي العلم مما لو أنكر غصبه أو إتلافه، وقرر بموت في «الغنية».

وثالثها عن أبي زيد: الفرق بين من عهده حاضرًا أو غائبًا.

قلت: تبعًا في الصحيح الثاني قول القاضي أبي الطيب أنه المذهب، وأحسب أن كلامه في الغائب الذي يجوز جهله بموته، أمَّا الحاضر معه في البلد أو الساكن معه فلا، وقال شريح الروياني: يحلف على البت ما مات أبوه، وعند أبي حنيفة على نفي العلم، وحكاه جدي عن بعض أصحابنا، ثم حكى قول أبي زيد.

……………………

فافهم أن المذهب الحلف على البت، وإن أنكر حصول التركة عنده حلف على البت، وإن أنكر الدَّيْن وحصول التركة معًا وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة وعلى نفي العلم بالدَّيْن، فعن ابن القاصّ: إنه يحلف عليهما؛ لأن للمدعي غرضًا في إثبات الدَّيْن، وإن لم يكن عند الوارث شيء فلعلَّه يظفر بوديعة، أو دين له على إنسان يأخذ منه حقه، هكذا أورده الرافعي، وجزم به في «الروضة» بلا نسبة، وهو يفهم أنه لو اعترف المدَّعي بأنه لا تركة في يد الوارث ولا غيره أن له التحليف والإثبات للغرض المذكور، وفيه نظر، يعرف مما تقدم عند الكلام في الدعوى بالدَّيْن المؤجل على الغير، ثم المعسر.

ثم رأيت القاضي شريح الروياني قال: وإن جحد الدَّيْن والتركة حلف على ما يعلم أن له على أبيه شيئًا، وما وصل إلى يده شيء من تركته، فإن حلف على التركة فهل يحلف على الدين؟ قال أبو جعفر الهندواني: لا يحلف وله إقامة البينة قبل ظهور مال، بخلاف اليمين قبل ظهور التركة، وهذا أصح، قاله الخفاف، انتهى.

لو نصب البائع وكيلًا لقبض الثمن وتسلم المبيع فقال المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع وأبطل حق الجنس وأنت تعلم، فقولان: أحدهما واختاره أبو زيد: إنه يحلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاقًا على المبيع.

وقضية كلام ابن الصلاح السالف: الجزم به، وأقواهما في «زيادات الروضة»: إنه يحلف على نفي العلم، ويديم الحبس إلى استيفاء الثمن، وهو المفهوم من إطلاق «المنهاج» وغيره.

لو قال المدعى عليه للمدعي: إن وكيلك قبض مني، الحق أنه لا يعلم أنه قبض هذا المال ولا شيئًا منه.

لو بلغ طفل وطلب الشفعة، فقال المشتري: ترك أبوه الشفعة، لما كان

وَلَوْ قال: جَنَى عَبْدُك عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ، قُلْتُ: وَلَوْ قال: جَنَتْ بَهِيمَتُك، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

الصلاح في تركها وقلنا: إذا تركها الولي لا يثبت، للطفل إذا بلغ حلف أنه لا يعلم أن أباه سلَّم له الشفعة، لم يحكم له بالشفعة، ذكرهما شريح في «روضته» عن ابن القاصّ أنه إذا طولب البائع بتسليم المبيع فادَّعى حدوث عجز عنه، وقال للمشتري: أنت عالم به، فأنكر، يحلف على البت.

وإنه لو مات عن ابن في الظاهر فجاء آخر وقال: أنا أخوك والميراث بيننا، فأنكر، يحلف على البت أيضًا؛ لأن الأخوَّة رابطة جامعة بينهما فهو حالف في نفسه.

قال الرافعي: ونازعه منازعون في الصورتين وقالوا: يحلف على نفي العلم، زاد في «الروضة»: وهو الصحيح، وهو كما قال.

وفي «روضة» شريح في الثانية عن ابن القاص: إنه يحلف بالله أنه ليس بأخيه أو أنه لم يولد على فراش أبيه؛ لإمكان الإحاطة به، وقال سائر أصحابنا: يحلف إنه لا يعلم أنه ولد على فراش أبيه، ونقل عنه أنه قال في الأولى: عليه تسليم المبيع إليه، وقال سائر أصحابنا نعلم بالله ما يعلم أنه عاجز عن التسليم، وهذه عبارة قلقة، ولعلَّ فيها خللًا من ناقل.

قال الدبيلي: إذا ادَّعى رجل على أبيه مالًا، حلف أنه لا يعلم أن له على أبيه ذلك، ثم إن كان الحالف تناول أنه ما سمع من أبيه أن لأحد عليه شيئًا، ولا وجد خطه فيتجاسر على اليمين، فيجب أن يطالع قلبه، فإن غلب على ظنه صدق المدعي لا يحلف أنه لا يعلم وقد وقع في خلده صدق دعواه بما ذكر من العلامات وغيرها، وإذا لم يقع في خلده صدق دعواه فحينئذ يجوز أن يحلف على العلم، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قال: جَنَى عَبْدُك عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ، قُلْتُ: وَلَوْ قال: جَنَتْ بَهِيمَتُك، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاَللهُ أَعْلَمُ**) فيه صورتان:

……………………

الصورة الأولى: إذا ادَّعى على أن عبده جنى عليه بما يوجب كذا فأنكر، فطريقان:

الطريقة الأولى: إنه يحلف على نفي العلم؛ لأنه حلف يتعلق بفعل الغير، وعليها اقتصر الدارمي والقاضي أبو الطيب وابن الصبَّاغ والفوراني في «العمد» وشريح الروياني في «روضته» وهو قضية إطلاق المحاملي والماوردي والجرجاني والشيرازي والعمراني والشاشي وغيرهم من العراقيين، ومنهم الفوراني في «الإبانة» والجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وسيأتي عن القفال ما يوافقه، واختاره الإمام.

الطريقة الثانية: حكاها بعض المراوزة، وعليها جرى الرافعي أنه على وجهين: أصحهما: في «تهذيب» البغوي و«تعليقه» أنه يحلف على البت؛ لأن عنده ماله، فهو في الحقيقة يمين في حق نفسه، وتبعه الرافعي على ترجيحه ولم أره لغيره بل أرسل إبراهيم المروزي والغزالي وغيرهما الوجهين.

قال الرافعي: وربما بُني الوجهان على أن أرش الجناية يتعلق بمحض الرقبة أم يتعلق بالرقبة والذِّية جميعًا حتى يتبع بما فعل بعد العتق؟

فإن قلنا بالأول حلف على البت؛ لأنه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا بالثاني فعلى العلم؛ لأن للعبد على هذا دية تتعلق بها الحقوق، والرقبة كالمرتهنة بما عليه، انتهى.

وقوله: وربَّما بنى، أخذه من قول البغوي ويمكن بناء الوجهين، وبالبناء جزم إبراهيم المروزي، ونقله الغزالي في «البسيط» والإمام في «النهاية» عن الأصحاب.

قال الإمام في باب موضع اليمين: وبنى الأصحاب الوجهين على كذا فذكره، ثم قال: والذي أراه أن يقتصر على نفي العلم وإن لم يثبت للعبد ذمة، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: قال الشافعي: لو رهن عبده، ثم ادَّعى أن العبد قد

جنى قبل الرهن، وقلنا: القول قول المرتهن، حلف أنه لا يعلم أنه جنى، وهذا مطرد إلا في مسألة، ثم ذكر تسلمه الكتاب كما سبق.

إذا علمت هذا فاعلم أن قضية البناء أن يكون الأصح عند الإمام والغزالي وغيرهما الحلف على نفي العلم كما رآه الإمام؛ لأن الصحيح عندهم أن ذمة العبد مشغولة بجنايته، كما سبق هناك.

وذكرنا أن القاضي الطبري وغيره يرون الأصح التعلق بذمته أيضًا مع جزمهم هاهنا بما سبق، ولم يلووا على البناء المذكور، وسبق أن محل الخلاف في «التعليق» إذا عرف السيد بالجناية، فإن أنكر تعلّقت بذمته قطعًا لا غير، وبه أجابا في أوائل كتاب الإقرار.

وقال الإمام: لا وجه إلا القطع به، وعن القياسين طرد الخلاف في هذه الحالة أيضًا، وإذا أحطت علمًا بما أوردناه علمت أن الجمهور على الحلف على العلم، خلافًا للبغوي ومن تبعه.

الصورة الثانية: إذا ادَّعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعًا أو غيره حيث يجب الضمان بإتلافها فأنكر، والذي أورده البغوي وغيره: إنه يحلف على البت، وجعله دليلًا لما رجَّحه في مسألة العبد، ووجه بأن البهيمة لا ذمة لها، والمالك لا يضمن بفعلها، وإنما يضمن بالنقص في حفظها، وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف، وفي نفسي من بعض صور المسألة شيء ولم أقف على كلام العراقيين فيها، وأشار في «الوسيط» إلى تردد فيها حيث قال: فالظاهر أنه يلزمه البت.

تنبيهات:

أطلق المصنف أنه يحلف في فعل عبده على البت على الأصح، ولم يفرِّق بين الحاضر والغائب، ولا بين المأذون له في التجارة والمكاتب وغيرهما، ولم أر في ذلك نصًا، ولو مات المأذون المكاتب أو عامل القراض الحر وقد عاملا، ودعت الحاجة إلى تحليف المالك نفيًا وإثباتًا فكيف الحال إذا لم يكن له اطلاع على تصرفهما، أهو كما لو مات مورثه أم يحلف هنا على البت لفعل

....

نفسه؟ هذا يحتاج إلى تحرير ونقل خاص من كلامهم.

وكذلك لو مات الوكيل بعد التصرف والمتبادر من إطلاقهم فيه، وفي عامل القراض أنه يحلف على العلم، أطلق المصنف أنه يحلف في نفي فعل بهيمته على البت من غير فرق بين كونها في يده حالة الإتلاف المضمن أو لا، كان معها أو لم يكن، والظاهر أنها إذا كانت في يد الغير ممن يتوجه عليه الضمان بإتلافها أن الدعوى والحلف عليه دون مالكها لا محالة، نعم لو كانت في يد عنده هل يجري الخلاف السابق في فعل العبد أم لا؟ فيه نظر.

وصرح ابن الصلاح بأنه لو كانت الدابة بيد أجير أن الدعوى والثمن عليه، ويحلف على القطع، فإن فعلها منسوب إليه، وفعل الغير إذا كان منسوبًا إلى المدعى عليه حلف على البت، انتهى.

وفي النفس شيء من تحليف المالك على البت إذا كانت البهيمة أو العبد غائبًا عنه، وبعد اطلاعه على فعلهما وهو يقول: لا أعلم شيئًا من ذلك، وحينئذ يجعل ناكلًا، ويحلف المدعي أو يحلف على نفي العلم الأقرب إلى كلامهم الأول، وقد يأتي ما شهد للثاني في الفرع الآتي.

فروع: تقدَّم أنه إذا نفى البائع العيب حلف على البت لقد باعه وما به هذا العيب، لا على نفي العلم، هكذا جزما به.

قالا: ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد وعلم خفايا أمره، وعند عدم الاختبار يجوز أيضًا اعتمادًا على ظاهر السلامة، إذا لم يعلم ولا ظن خلافه.

قلت: وفيه نظر، إذا كان العيب مما يكثر وجوده وفي «الحاوي» في باب الخلاف في الشاهد مع اليمين: إنه لو باع ابن خمس عشرة سنة مشرقي عبدًا مغربيًا ابن مائة سنة، فأبق من المشتري وأراد تحليفه لقد باعه بريئًا من الإباق رواية وجهين عن الأصحاب:

أحدهما: على البت، وثانيهما: على نفي العلم غاية ما يقدر عليه فيحلف

وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ، ....

لقد باعه وما يعلم أنه أبق، قال الدارمي هنا: لو باع بالبراءة فظهر على عيب، حلف البائع أنه باعه لا يعلم به، وكان مراده ما ذكره البغوي هناك، إمَّا إذا صححنا البيع بشرط البراءة فقال المشتري: علمت هذا العيب وكتمته فقال: لم أعلمه، حلف لقد بعته وما علمت به، كتمته.

وقال شريح: إذا باع حيوانًا بشرط البراءة فادَّعى المشتري عيبًا كان به، وإن البائع علمه، وقلنا: لا يبرأ البائع من عيب علمه، حلف لقد باعه وسلمه وما يعلم به هذا العيب.

لو باعه عبدًا وعرَّفه عيبه، ثم جاء المشتري فقال: العيب أكثر مما قدَّرته وعلمته، فله الرد، ويحلف بالله لم أعلم قدره، وإلا فقد وقف عليه أو أنه زائد عمَّا علمه، وهذا الحكم إذا اشترى شيئًا ورآه وقال: لم أعلم عيبًا، واحتمل ألَّا يكون قد اطَّلع عليه، حلف ما علمه يوم شرائه، كذا ذكره شريح، وينبغي أن يحلف أنه ما علمه حين شرائه ولا حين قبضه، ولا بين ذلك أو ما علمه من حين شرائه إلى أن أقبضه إياه.

قال: (وَيَجُوزُ الْبَتُّ) أي: الحلف على البت.

(بِظَنٍّ) وكذا (مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ) سبق الكلام على هذه المسألة في «أدب القضاء» واقتصرا هناك على أنه يحلف اعتمادًا بخط مورثه إذا وثق بأمانته وحفظه، وإنه لا يعتمد على خط نفسه إلا أن يتذكر، ونسباه إلى «الشامل». زاد في «الشرح الصغير» وغيره.

وعبارة «الشامل» فيما رأيته إذا وجد بخط نفسه على الثياب شيئًا ولا يطالب به، ويحلف عليه حتى ينتفيه، وكان الفرق أنه في خط نفسه يمكنه التذكر، بخلاف خط أبيه، والمشهور ما أورداه هاهنا من اعتماد الخطين، وممن جزم به البندنيجي والروياني والإمام والغزالي وغيرهم، وألحقوا بذلك أخبار العدل الواحد.

قال الدارمي: ولو عبد وامرأة إذا وقع له العلم ـ يعني: غلبة الظن ـ

……

بصدقه، وقال الماوردي في باب التحفظ في الشهادة: إذا أراد أن يطالب بحق أبيه من ملك وغيره، فإن علم به من وجه يصح أن يشهد به لغيره فله دعواه، والحلف عليه يمين الرد ومع الشاهد، وإن عرفه من وجه لا تصح الشهادة بمثله، بأن أخبره به واحد أو وجده مكتوبًا في كتاب أو حساب، وينظر إن تشكك فيه ولم يثق بصحته وصدقه، فله المطالبة به؛ لجواز أن يعترف به المطلوب، فيعلم صحته، ولا يجوز له أن يدَّعيه عند الحاكم إن أنكره، ولا أن يحلف عليه يمين الرد، وإن وقع في نفسه صدق المخبر وصحة الحساب والكتاب فله الدعوى به عند الحاكم، واختلف أصحابنا في جواز حلفه يمين الرد ومع شاهد، على وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأنه عرفه بطالب ظن يجوز أن يكون في الباطن بخلافه، وجعله قائله الظاهر من كلام الشافعي.

وأصحهما: يجوز لأن النبي ﷺ قال للأنصار: «**تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟**»[1] وقد غابوا عن قتله، وقياسًا على الرواية، انتهى.

وهذا هو المشهور، وفي قوله: إنه إذا تشكك لا تجوز الدعوى عند الحاكم، نظر بل المتجه أن له الدعوى، وطلب يمينه لعلَّه أن يقر فيحصل المطلوب.

تنبيهات:

أحدها: قال الرافعي هنا: لا يشترط في الحلف على البت اليقين، بل يجوز بناء على ظن مولد من خطه أو خط أبيه أو نكول خصمه.

قلت: أمَّا خط نفسه فقد بينا النزاع فيه، وأمَّا خط الأب فالأب مثال لا قيد، وأمَّا نكول الخصم ففيه نزاع.

قال الإمام: وفي كتاب «الوديعة» أن المذهب أنه إذا ادَّعى المودع التلف ونكل عن اليمين أن المالك يحلف على نفي العلم، وإن من أصحابنا من يكلفه

---

(١) أخرجه البخاري (٧١٩٢) ومسلم (٤٤٤١).

جزم اليمين؛ لأن من الممكن أن يطلع على بقاء العين في الوقت الذي ذكر المودع تلفها فيه، وعلى ما ذكر أنه المدعي اقتصر الرافعي والمصنف هناك.

ثانيها: قال ابن الرفعة: إذا غلب على ظنِّه كذب أبيه فيما وجده بخطه، لم يجز له الإقدام على اليمين، وكذا لو استوى الاحتمالان؛ لأن عنده فيما يظهر.

وفي «النهاية»: إن المودع لو ادَّعى تلف الوديعة في يده، ومات قبل أن يحلف، حلَّفه الوارث في اليمين إذا غلب على ظنه صدقه أو علمه، ولو استوى احتمال الصدق والكذب ففيه خلاف، ووجه الجواز: اعتقاد اليمين ببراءة ذمة الوارث وسلامة التركة، وهذا التوجيه لا يحسن، هذا مطلقًا فله ذلك.

قلت: لا يتجه الحلف، ويؤيده أن القاضي الحسين قال: قال أصحابنا: إنما يحلِّفه أن له عليه ذلك الذي رآه بخط أبيه، إذا كان لم يجد بخط أبيه أن لفلان عليه كذا يصدق، ولا يرضى لنفسه أن يحلف على نفيه، وقال: إن القفال قال لأهل ذلك: إذا رأى بخط أبيه أن لفلان عليه كذا وكان أبوه من الأمانة عنده بحيث لو رأى بخطه أن له على الغرماء لا يستخبر أن يحلف عليه؛ للاستبقاء، فلا يجوز له في مسألتنا الحلف وإلا فيجوز، انتهى.

وسبق أن الدبيلي قال: إنه إذا غلب على ظنه صدق من ادَّعى على أبيه مالًا أنه لا يجوز له أن يحلف أنه لا يعلم ذلك، وإلا جازت إليها.

في «البسيط» في مسألة الغراب: إذا قالت واحدة: إذا كان غرابًا فأنا طالق، وأنكر الزوج فعليه أن يحلف على البت أنه لم يكن غرابًا [أو نكل حتى يحلف على البت أنه كان غرابًا] ولو علَّق دخولها أو دخول غيرها فتنازعا، اكتفي منه بيمين على نفي العلم بالدخول هذا قاله القاضي، وليس يبين فرق بينهما أصلًا، بل ينبغي أن يقال: عليه يمين جازمة أو يكون في المسألتين جميعًا.

قال ابن أبي الدم هاهنا: ومن العجب التوجه بالعجز عن الفرق، وعندي أنه ظاهر جدًّا؛ لأن تعليق القاضي على دخول زيد تعليق على فعل مجرد من زيد قطعًا؛ فيحلف نافيه على نفي العلم؛ لأن كل من حلف غيره هل وجد منه

حلف كذلك، أمَّا مسألة الغراب فليست تعليقًا على فعل الغير قطعًا، بل تعليقًا على كون هذا الطائر المشاهد بصفة كونه غرابًا، وإذا لم يكن تعليقًا على الغير ووجوده بل على تحقق كونه غرابًا حلف من ينفي وجود الصفة الحقيقية على البت بأن هذه الصفة لم توجد؛ لأنه ليس بنفي، فهل غيره؟

وأطال القول في تعزيز الفرق، وبيان عدم الموازنة بين الصورتين، والإمام فرَّق - كما ذكره الرافعي - بأن الدخول هنا فعل الغير والحلف على نفي فعل الغير يكون على العلم، ونفي الغرابية ليس كذلك، بل هي نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع.

وإذا كان الشيء مما يطلع عليه في الجملة لم تتغير القاعدة بأن يفرض تعذر أو عسر بأن كان الطيران في الليلة المظلمة، والرجل في كر، ولم يكن الأمر في مظنة البحث والمراجعة.

قال في «البسيط»: وفي القلب من الفرق بين في الغرابية، ونفي الدخول شيء. فليتأمل!

قال الرافعي: ويشبه أن يقال: إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض في الجواب لذلك، أمَّا إذا اقتصر على قوله: لست بمطلقة، فينبغي أن يكتفى منه بذلك كما في نظائره، انتهى.

والغزالي - ﷺ - اطلع على فرق إمامه ولم يرتضه، وهو للإمام لا للمفترض، وقد يشكل على ذلك مسألة الوديعة السالفة حيث جعلوا المذهب أنه يحلف على نفي العلم، وليس يحلف على نفي فعل الغير، والاطلاع على بقائها فيمكن.

إشارة: ذكر الماوردي فصلًا جامعًا لكيفيات اليمين وأضربها نفيًا وإثباتًا لخَّصه في «الغنية» وهو يشتمل على فوائد يتعين الوقوف عليه لمريد التحقيق.

قال: (وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمستَحْلِفِ) أي: يحق في محل التحليف واجتماع شروطه سواء وافقه الحالف في المذهب أو خالفه، مجتهدًا كان

فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ

الحالف أو مقلدًا، وإلا لضاعت الحقوق وتعطلت الأحكام، وحلف كل أحد على ما يقصده أو يعتقده.

واستدلَّ الأصحاب بما في «صحيح» مسلم: «**يَمِينُكَ عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ**»(١) وفي لفظ: «**الْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْمستَحْلِفِ**»(٢) وحملوه على الحاكم الذي له ولاية التحليف دون غيره من الولاة الظلمة والآحاد، كما بيَّناه في كتاب الأيمان، ولا بدَّ من عرض القاضي اليمين على الحالف؛ لحديث ركانة ﷺ حين حلف من تلقاء نفسه فحلَّفه النبي ﷺ ثانيًا.

قال: (**فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوْ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي**) أي: استثناه، إمَّا لكونه بقلبه أو تلفَّظ به سرًّا.

(**لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ**) لما بيناه.

وعبارة الرافعي وغيره: والمعتبر نية القاضي وعقيدته، أمَّا النية فالتورية والتأويل بخلاف قصد القاضي لا يعني ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة، إلى أن قال: وأمَّا العقيدة فإذا ادَّعى شافعي شفعة الجار والقاضي رآها فأنكر، فليس له أن يحلف على اعتقاده بل عليه اتِّباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه، وهل يلزمه في الباطن؟ فيه خلاف كالخلاف في أن الحنفي إذا حكم الشافعي بشفعة الجار هل تحل له أو هو هو؟

إذا علمت هذا فعبارة «المحرر»: والنظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي وعقيدته ليدفع إثم اليمين الفاجرة، و«المنهاج» عبر عمَّا سبق وفيه إخلال بمسألة العقيدة.

وقد تعد من أمثلتها ما لو كان الحالف يرى القصاص في الديون مذهبًا أو

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٢٨، رقم ٧١١٩)، ومسلم (٣/ ١٢٧٤، رقم ١٦٥٣)، وأبو داود (٣/ ٢٢٤، رقم ٣٢٥٥)، وابن ماجه (١/ ٦٨٦، رقم ٢١٢١) وأبو عوانة (٤/ ٤٨، رقم ٥٩٨٥)، والدارقطني (٤/ ١٥٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٤، رقم ١٦٥٣)، وابن ماجه (١/ ٦٨٥، رقم ٢١٢٠).

……

تقليدًا والقاضي لا يراه إلا بالتراضي أو لا يراه، فحلف على عقيدته، كان آثمًا حانثًا، وإنمًا الجمع بين التورية والتأويل فلم يتضح لي وجهه، فإن كانا غَيْرَيْن فقد أخلَّ أيضًا، وأمّا قوله: أو استثنى بحيث لا يسمع القاضي، فكذا قاله الرافعي والإمام والغزالي، وجعلا تلفظه بالاستثناء، سواء بإطلاق اليمين معه منعقدة على الحنث.

قال الإمام: وفي تعليق يعتمد عن القاضي: إنه لو حلف متأولًا ثابتًا على عقيدة نفسه حنث في الظاهر، وهذا كلام حكي عن التحصيل، فإن لزوم الكفَّارة ليس مما يختلف فيه الظاهر والباطن، وكذلك إذا حلف الرجل يمينًا فاجرة وعقبها بالاستثناء بحيث يسمع نفسه، فلا حكم للاستثناء أصلًا ظاهرًا وباطنًا، وهذا مما اتفق أصحابنا عليه، ولولاه لما انتظم مقصود في تحليف، فإن أحدًا لا يعجز عن هذا.

وقال القاضي: لا ينفعه الاستثناء في الظاهر، وينفعه فيما بينه وبين الله في وجوب الكفَّارة، وهذا كلام سخيف.

وقال الغزالي في «البسيط»: لو عقب اليمين باستثناء به، وهو قوله: إن شاء الله، استعاد القاضي اليمين؛ لأنه طلب يمينًا جازمة ولم يأت بها، فإن أسمع الاستثناء نفسه ولم يسمع القاضي انعقدت اليمين فاجرة مؤثمة موجبة للكفارة ظاهرًا وباطنًا، وفي بعض التعليق عن القاضي أنه يحنث ظاهرًا، وهذا يحال الغلط فيه على المعلق، انتهى.

وأسُلِّم أن هذا الموضع وقع فيه خبط، فقال إبراهيم المروزي: وإذا استثنى في مجلس الحكم لم ينفعه في الظاهر، ونفعه فيما بينه وبين الله في وجوب الكفارة، انتهى.

وإطلاقه يقتضي انعقادها، وإن أسمع القاضي الاستثناء وهو بعيد، ولينزل على ما حكي عن القاضي وعبارة «التهذيب» ولو حلَّفه الحاكم فاستثنى، نظر إن استثنى بقلبه لا يعمل الاستثناء لا ظاهرًا ولا باطنًا، وكانت يمينه يمينًا، وإن

استثنى بلسانه ووصله شرطًا لم ينعقد يمينه، وإن تبعه الحاكم عزَّره وأعاد عليه اليمين، وإن وصله بكلام لم يفهمه القاضي أو رآه يحرك لسانه منعه منه، وأعاد عليه، وإن وصله بكلام لم يفهمه القاضي بتخمينه وأعاد عليه اليمين من أولها، فإن قال: كنت أذكر الله، قيل: ليس هذا موضعه، انتهى.

وتبعه صاحب «الكافي» وقال في «تعليقه»: ولو استثنى بلسانه لم تنعقد يمينه، وصحّ استثناؤه، ولو سمع القاضي بذلك عزَّره وأعاد عليه اليمين، انتهى.

وذكر ابن الرفعة في «الكفاية» وإذا استثنى باللسان، فإن سمعه الحاكم نهاه عنه وأعاد اليمين، وإن لم يسمعه أو وصل باللفظ شرطًا يغلبه ونيته انعقدت يمينه، ولم يدفع ذلك إثم اليمين الفاجرة.

ورأيت فيما وقعت عليه من «تعليق» القاضي الحسين: إنه إذا استثنى بلسانه ولم يسمعه القاضي لم تنعقد يمينه وينفعه ذلك؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام، بخلاف الاستثناء باللفظ؛ لأنه يسمع القاضي وهو ممنوع منه، وإن لم يسمع يكون نادرًا، ولا عبرة بالنوادر، انتهى.

فاقتضى ما في «تعليق» القاضي والبغوي و«التهذيب» و«الكافي»: إنه إذا تلفظ بالاستثناء لا تنعقد يمينه بما سمعه القاضي أم لا، وإن لغرمه الحكم والإثم في الظاهر عند المحاسبة، وكلام الإمام والغزالي والرافعي يفهم انعقادها حالة إسراره الاستثناء، وبين العبارتين تفاوت، ويظهر لذلك ثمرات لا تخفى.

وعبارة الرافعي تفهم أن البغوي فصل بين الاستثناء المسموع وغيره، حيث قال: ولو استثنى أو وصل باللفظ شرطًا بقلبه ونيته أو فعل ذلك بلسانه، ولكن لم يسمعه الحاكم فكذلك، وإن سمعه عزَّره... إلى قوله: كذلك ذكره في «التهذيب».

والذي في «التهذيب» على ما رأيته ما قد سلف، وعبارة الماوردي: فلو قال بعد يمينه: إن شاء الله، أعادها عليه، وكذا لو علقها بشرط أو وصلها بكلام لم يفهمه الحاكم أو قطعها الحالف أو أدخل في أثنائها ما ليس منها

أعادها الحاكم عليه من أولها وزجره عليه إن عمد حتى يخلص اليمين من غير استثناء يرفعها أو شرط يفسدها، أو إدخال كلام يقطعها، أو سكوت يبطل ما تقدمها، انتهى.

والظاهر أنه لو استثنى خفيًّا قبله القاضي، وكان الحكم كما لو سمعه في عدم انعقاد اليمين.

واعلم أن إطلاق البغوي ومن تبعه التعزير، إذا سمعه القاضي بعيد غريب لم أره لغيره، نعم ينهاه عنه ويعلمه أنه لا ينفعه لا قد يعتقد جوازه؛ لكونه مخفيًّا باطنًا أو بفعله جهلًا لم يجر على لسانه؛ لكونه عادة له، وإذا احتمل ذلك لم تجز المبادرة إلى تعزيره، فإن عاد وظهر للحاكم اللدد والعناد؛ عزَّره حينئذ.

تنبيهات وتتمات:

منها: ذكرهم القاضي في اعتبار النية مثال لمن له ولاية التحليف من الإمام الأعظم، ووزيره، والمنصوب للمظالم، وأمير الناحية، إذا كانوا ممن له ولاية الفصل بين الخصوم بحيث يصح أداء الشهادة عنده كما سبق في الشهادات، وكذلك من ندبه القاضي للتحليف من ثقاته، وكذا المحكم إذا رضيا بحكمه فيما يظهر.

ومنها: لا خفاء أن موضع اعتبار نية القاضي المستحلف كما أشرنا إليه، حيث يتوجه اليمين شرعًا على المحلف، أمَّا لو حلفه قبل سؤال المدعي ذلك، وقلنا بالمذهب أنه لا يعتد بها، أو حلَّفه بالطلب عن دعوى فاسدة أو ناقصة لا عن اجتهاد أو حنث، لا يلزمه الحلف أو حلفه على نفي العلم، والحال يقتضي تحليفه على البت، وما أشبه ذلك أنه في ذلك يحلف غير الحاكم، والنية فيه نية الحالف والتورية، وإن لم يحنث بها إذا حلَّفه من ليس له ولاية التحليف أو من له ولاية في غير محل اليمين [والله أعلم].

ومنها: سبق بيان نفوذ حكم القاضي الجاهل والفاسق وعدمه واضحًا، وبيَّنا ما قيل فيه، وما حضرنا فراجعه وتأمله مع ما ذكرنا هنا، وهل يعتبر بنية

……

كل من وضع قاضيًا وإن أخل بالأهلية المعتبرة أو ببعضها أم لا يعتبر إلا بنية القاضي العدل الأهل، والظاهر أن كل من نفذ باجتهاده؟ اعتبرنا تحليفه ونيته، ومن لا فلا، والله أعلم.

ومنها: ذكر القاضي الحسين في «الفتاوى» أن المتابع في اليمين بين يدي القاضي شرط، وإنه [يكون] نقصًا يسيرًا يقع كالفصل بين الإيجاب والقبول، وسبق إطلاق الماوردي أن السكوت يقطعها ويعيدها الحاكم عليه، وما ذكره القاضي ظاهر إذا تابعها القاضي، أمَّا لو لم يتابعها لعذر كرد سلام ونحوه، أو حضر ادَّعى ولم يتفاحش الفعل، ولم يعد معرضًا عن إتمام الكلاَم ومتابعته، فالظاهر الإيجاب، وكذلك لو فرَّق الحالف الألفاظ بحضر أوعى، أو لكنة بأن كان تمتامًا أو قاذفًا ونحوهما، فهذا مطرح لا يقدح في مولاة اليمين.

ومنها: قولهم: لم يدفع إثم اليمين الفاجرة قد يؤخذ منه ما سبق عن أبي العباس الروياني: إنه لو كان عليه ديْن مؤجل، فحلف أنه لا شيء عليه يلزمه توقيره أنه لا يحنث، وحمَّلناه على ما إذا قصد ذلك، ومثله المعتبر باطنًا الذي لا يصدق في قلبه إذا نوى ذلك يكون بارًا وتنفعه التورية، وسبق في التفليس أو غيره نقل ذلك عن المزني وغيره على تفصيل فيه، وإن بعضهم أطلق البر ولم يذكر تورية، وإن بعضهم منع ذلك مع التورية، وأعل بأن الحاكم إذا كان عدلًا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله.

واعلم أنه مر في كلام الإمام أو غيره ما معناه: إنه كان الحكم مجرى عليه في الظاهر على خلاف الباطن ولا يصدق لو شرح الحال أنه يجوز له التورية وتنفعه في هذا المحل، وهو واضح.

ومنها: قال الرافعي: إذا ادَّعى حنفي على شافعي شفعة الجار والقاضي يراها فليس للمظلوم أن يحلف بناء على اعتقاده فيها بل عليه اتِّباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي، وهل يلزمه باطنًا؟ وجهان.

وهذا الخلاف كالخلاف في أن الحنفي إذا حكم للشافعي بشفعة الجار هل

……………………………………………………

يحل له أو هو هو؟ وميل الأكثرين إلى الحل، وهو الجواب في «فتاوى» القفال، ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من ترجيح اللزوم عن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهدات ينفذ في حق المقلد ظاهرًا وباطنًا، ولا ينفذ في حق المجتهد باطنًا حتى لو حالف مجتهدًا أو حلف على موجب اجتهاد لم يأثم، انتهى.

وفي «البسيط»: وذكر صاحب «التقريب» أمرًا بديعًا فقال: ينفذ قضاء القاضي على العوام في المجتهدات ظاهرًا وباطنًا، وهل ينفذ في المجتهد المفتي باطنًا؟ فعلى وجهين، وهذا لا وجه له فإن المجتهد لا يقلد غيره فيما هو اختياره، وأمَّا تنفيذ القضاء فلا بدّ منه ولم يزل الخلفاء يقضون على المفتين مع اختلاف المذاهب، انتهى.

وعبارة «النهاية»: وذكر صاحب «التقريب» أمرًا بديعًا لم أره لغيره فقال: القضاء ينفذ ظاهرًا على العوام وإن اختلفت مذاهبهم، فإن كان لمقضي عليه مجتهدًا، وقد خالف مذهبه مذهب القاضي فهل ينفذ قضاء القاضي عليه ظاهرًا على خلاف عقده؟ ذكر في ذلك وجهين:

أحدهما: يُنفذ وهو الذي قطع به الأصحاب.

والثاني: لا ينفذ؛ لأن المجتهد يستقل بنفسه في نظره، وليس له أن يتبع غيره، وليس للغير أن يستتبعه، وهذا عندي في حكم الهفوة التي لا يعتد بها؛ لأن القول به يؤدي إلى خرق منصب القضاء، على أنه مراغمة لما مضى عليه الأولون، فإن أقضية الخلفاء ومن بعدهم كانت تنفذ على أئمة الدين، فلا وجه إلا هذا، وإنما الخلاف في الباطن كما ذكرناه، انتهى.

وجرى الغزالي على هذا التنزيل وتبعه الرافعي. فقال الرافعي: ويوافقه ما اتفقوا عليه هاهنا من أنّ ترجيح اللزوم ممنوع، فإن المجزوم به في «تعليق» القاضي أبي الطيب أنه إنما يعتبر نية الحاكم فيما كان حقًّا عندهما، وأمَّا ما هو حق عند الحاكم كحاكم يرى شفعة الجوار والحالف لا يراها، فيحلف أنه لا يستحق على الشفعة، وسرى على قول نفسه، فإنه يكون بارًا في يمينه، انتهى.

وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ.

ويشبه أن يقال: إن كان يذهب القاضي المستحلف في الواقعة متماسك المأخذ بحيث لا ينقض حكمه فيها، فالعبرة بنيته وعقيدته، وإن كان واهنًا بحيث ينقض حكمه فيها؛ لمخالفته النص أو القياس الجلي، ويكون للحالف العالم بالتوراة، ولا يأثم بها إذا لم يتوسل بها إلى إبطال حق شرعي يلزمه الخروج منه.

فَرْعٌ: في «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: إنه لو كان الحالف أخرس لا يفهم إشارته توقف إلى أن يفهم، فإن قال المدعي: أنا حالف لم يكن له ذلك؛ لأن يمينه تتعلق بنكول المدعى عليه ولم يوجد نكوله، انتهى.

وهذا مشكل إلا أن يكون التصوير فيمن يرجى إفهامه، أمَّا غيره فهو مولى عليه وسيأتي بيان ذلك، ثم رأيت صاحب «الانتصار» قد قال بعد نقله: وقف اليمين إلى أن يفهم إشارته، وهذا فيه نظر، فإنه تأخير الحق لا إلى غاية، ثم ذكر أنه لا يرد اليمين بطلب المدعي؛ إذ لا نكول.

فَرْعٌ: لا ينبغي للقاضي أن يُحلِّف السكران مدعيًا كان أو مدعى عليه حتى يعلم ما يقول وما يقال له، وينزجر عن اليمين الفاجرة، فإن حلَّفه في حال السكر فعلى الخلاف السابق في أنه كالقاجي أو كالمجنون.

قال الرافعي في كتاب «القسامة»: والأظهر الأول، وعن القاضي أبي حامد والماسرجسي ترجيح الثاني، وادَّعى القاضي الحسين أنه الظاهر من المذهب.

قلت: فالقاضي بسكره، أمَّا غيره فكالجنون قطعًا؛ لأنه غير مكلف.

قال: (**وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ، لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ**) اعلم أن عبارة «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» وغيرها: ومن توجهت عليه دعوى.

قال الشيخ برهان الدين الفزاري وغيره: وهي الصواب، انتهى.

……

والظاهر أن قول «المنهاج»: يمين، سبق قلم، قيل: ويحتمل أنه عن قصد، وإنما عدل إلى لفظة يمين؛ لأنه قد بطلت اليمين من غير دعوى، كما إذا طلب القاذف يمين المقذوف أو وارثه على أنه ما زنا، فإنه إذا ادَّعاه طلب اليمين، أو طلبها من غير دعوى، أجيب إلى تحليفه على الصحيح، وله غرض ألَّا يدعي الزنا؛ لئلا يكون قذفًا ثانيًا، وتناول توجه اليمين بمعنى وجوبها، فمتى توجهت عليه يمين وجبت، لكن قوله: من بعد فأنكر، غير متضح؛ لأن الإنكار يكون بعد الدعوى لا بعد طلب اليمين، إلا أن يريد أنه صمم على الإنكار، انتهى.

وهذا محل لكلامه ﷺ، والاختيار يكون هكذا، وأصل هذه القاعدة أن الإمام حكى عن القاضي الحسين أصلًا ضابطًا بما يجري التحليف فيه، قال: فيقال: حد ما يجري التحليف فيه ماذا؟ فعلى وجهين: أحدهما: إن حده أن يدَّعي حقًّا، والثاني: يكفي أن يدَّعي ما لو أقر به لنفع إذا كان لا يؤدي إلى فساد؛ احترازًا من تحليف القاضي والشاهد، انتهى.

وعبَّر عن هذا الأصل بعبارة أخرى، وهي إنما ليس بحق، ولكن يتبع في الحق، فهل تُسمع الدعوى به؟ وجهان، وخرج على ذلك مسائل كثيرة:

منها: إن يدَّعي أنه أقر له بكذا، هل تسمع؟ وأصح الوجهين في «فتاوى» القاضي: السماع، فلو قال: يلزمك تسليم ألف إليَّ من جهة أنك أقررت لي، قال: تسمع وجهًا واحدًا، ولو ادَّعت أنه أقر بطلاقها سمعت في ظاهر المذهب، انتهى.

أو أنه يعلم فسق شهوده أو كذبهم وغيرها مما لا ينحصر وقدمنا صورًا متفرقة في مواضع والترجيح فيها يختلف، وسبق أن الصحيح تحليف المقذوف أو وارثه على عدم زناه، قال ابن القاص: يحلف بالله أنه عفيف، وقال أبو زيد: يحلف أنه ليس بزانٍ، وسبق أنه لو ادَّعى أنه بلغ رشدًا، وأن أباه يعلم ذلك وطلب يمينه لم يحلف على الصحيح، مع أنه لو أقر الأب برشده انعزل، واستثنى من هذا الضابط القاضي المستمر والمعزول والشاهد، فلا يحلفون على خلاف فيه سبق بيانه.

....

واعلم أن الدعوى قد تسمع لغرض إقامة البينة لا للتحليف، كالدعوى على الوصي وقيِّم القاضي، ولا يحلفان، إذ لو أقرَّ ألفًا وحينئذ يستثنيان من الضابط على الوجه الأول دون الثاني.

وسبق أنه لو ادَّعى على القاضي أنّ زوجته مجنونة سمعت دعواه، وعمل بإقرار القاضي به، وإن أنكر لم يحلف، قاله القاضي الحسين.

تنبيهات وفوائد وفروع:

منها: قال الرافعي: الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة، وقد قيل: من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر يحلف عليه، ويقبل منه ولا بد من استثناء صور عن هذا الضابط فيؤديها مع ما يخرج منه ويدخل فيه، انتهى.

قيل: هذا خلاف في تحرير الضابط كما هو المتبادر، وظاهر كلام «الروضة» قيل: يحتمل أن العبارة الثانية شرح للأولى؛ لأن الدعوى الصحيحة هي التي لو أقر بمطلوبها ألزم به، أي: بالحق لا بما لا يكون طريقًا إلى الحق ويحتمل أن يريد ما أورده الإمام في عبارته الثانية ويكون مراده بقوله: ألزم به، أي: بمقصوده وهو البيع الذي صرَّح به.

وعبارة الرافعي تشير إلى أنه لم يرد اختلاف المعنى انظر قوله عن هذين الضابطين، وأيضًا فإنه في «المحرر» و«الشرح الصغير» اقتصر على العبارة الثانية مع أن المذكور في «الوجيز» الأولى فقط، فلو كانت ضعيفة عنده أو مخالفة لما في «الوجيز» لما اقتصر عليها، نعم يؤول قوله: ألزم به كما تقدم، وبه يظهر أنه اختاره.

والوجه الثاني في رواية الإمام وهو قوله: والثاني يكفي ما لو أقر به لنفع إلى آخره، أو رأى أن ذلك اختلافٌ في الضبط مع الحاجة إلى الاستثناء في كل منهما، ومثل ذلك لا يعد اختلاف فهاهنا هكذا، قاله بعض محققي العصر رحمهم الله.

……

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي ـ ﷺ ـ بعد ذكره عن أبي حنيفة أنه لا مدخل عنده لليمين في النكاح والطلاق والفيء والرجعة والولاء والنسب، وعلَّل بأن اليمين للنكول، والنكول يجري مجرى المبدل، وبهذه الأشياء لا يجري فيها البدل، وعندنا كل حكومة تسمع فيها الدعوى، ويقضى فيها بالبينة، فتوجه اليمين فيها على المدَّعى عليه إذا لم يؤد إلى فساد.

عدنا إلى ما وُعِدَ بذكره مما يدخل في الضابط ويخرج منه، فيجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة، وفي المولى وفي العتق والاستيلاد والولاء والنسب وحدود الله تعالى لا تسمع فيها الدعوى ولا يطلب الجواب؛ لأنها ليست حقًّا للمدعي، نعم إن تعلق به حق آدمي كمسألة القاذف، وكالمسروق ماله، سمعت دعواه للمال، وحلف الخصم، فإن نكل حلف المدعي واستحق المال، ولا قطع؛ لأن حقوق الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة، أي: على الصواب. وإذا أقرَّ بما يوجب الحد وادَّعى شبهة بأن وطئ جارية أبيه وقال: ظننتها تحل لي، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله حلف، أي: كما نصَّ عليه في «الأم» ويسقط بحلفه الحد ويلزم المهر.

قال: وتسمع الدعوى ويجري التحليف في القصاص، وحد القذف، وفي الشتم والضرب الموجبين للتعزير، أي: فيحلف كما روي عن النص أنه ما شتمه هذا الشتم، ولا ضربه هذا الضرب الذي يدَّعيه، قال شريح الروياني: ومن أصحابنا من قال: يحلِّفه ما له عليه بهذا الذي يدعيه شيء ولا حق ولا طلبه، انتهى.

ثم ذكر الرافعي تحليف القاضي المستمر والمعزول والشاهد وسبق بيانه ثم قال: والصبي إذا ادَّعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان صدق ولا يحلف، ومن ادَّعى عليه شيئًا وقال: أنا صبي بعد وهو محتمل لم يحلف، ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه، وإن وقع في السبي من أنبت وادَّعى أنه استنبته بالعلاج، فإن قلنا: الإنبات بلوغ، فكلامه لغو، وإن قلنا: إنه علامة وهو الأصح والمشهور والمجلي عن النص حلف، وفيه إشكال؛ لأنه يدَّعي الصبا وتحليف

....

من يدَّعي الصبا لا وجه له، فقيل أنه ليس بواجب ولكنه نوع احتياط.

وقضية كلام الأكثرين وجوبه، وصرَّح به القاضي الروياني ونفى الخلاف فيه، واعتمدوا في تحليفه على دليل الإثبات، وأطال في ذلك وتفريعه، ثم ذكر أنه لا يحلف الوصي وقيِّم القاضي كما سبق.

نعم لو كان الوصي وارثًا حلف بحق الوراثة، وسن عليه حق يطالب به من زعم أنه وكيل صاحبه، ولا بينة له وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة لم يمكن؛ لأنه لو اعترف بها لم يلزمه التسليم من حيث إنه لا يأمن جحود صاحب الحق والتوكيل، انتهى حاصل كلامه زدناه أشياء يأتي بيانها في فصل مستقل.

ومنها: لو ادَّعت الأمة الاستيلاد وقع في «الشرح» و«الروضة» و«المحرر» و«المنهاج» و«كفاية» ابن الرفعة ما يوهم أن السيد لا يحلف، والصواب أنه إن كَانَتْ الْمنَازَعَةُ لِإِثْبَاتِ النَّسَبِ فَإِنْ كَانَتْ لِأُمِّيَّةِ الْوَلَدِ لِيَمْتَنِعَ مِنْ بَيْعِهَا وَيُعْتَقَ بَعْدَ الْموتِ فَيَحْلِفُ، وقطعوا بتحليفه إذا أنكر الكتابة وكذلك التدبير إذا لم يجعل إنكاره رجوعًا، وفي كلام الرافعي في آخر الفصل ما يزيل الإبهام، ولو صحّ الإبهام لاستتبت المسألة من الضابطين جميعًا قاله بعض المحققين، ﷺ.

ومنها: عبارة «المحرر» ظاهرة أو مصرَّحة بأنه لا يستثنى من الضابط إلا مسألة القاضي والشاهد، حيث قال: ومن توجهت عليه دعوى لو أقرَّ بمطلوبها ألزم به، فإذا أنكر يحلف عليه حتى يجري التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والعتق والاستيلاد وغيرها، نعم، لا يحلف القاضي على أنه لم يظلم ولا الشاهد على أنه لم يكذب، ومن ادَّعى فقال: أنا صبي بعد لم يحلف، ووقفت الخصومة إلى أن يتحقق بلوغه، انتهى.

وذكر المصنف ما سبق من عبارته إلى قوله: حتى يبلغ، أي: على المشهور المنصوص؛ لأن تحليفه ينافي قول دعواه أنه صبي، وأمَّا تحليف القاضي والشاهد فقد سبق بيانه في كتاب «القضاء» بما فيه، وسنذكر ما يبين به حصر الاستثناء فيما ذكراه على ما في بعضه من الغرابة والإشكال.

....

فَصْلٌ: سبق الوعد به، قال في «روضة الحكام» في باب ما لا يجب الاستحلاف فيه بعد ذكره: إنه لا يمين في حدود الله، ومسألة القاذف ووطء الابن ابنة أبيه، وصورة التحليف على الشتم والضرب، وكل حق لآدمي لو أقرَّ به لم يتوجه بإقراره حكم، فإذا أنكره لم يحلف وإن كان لو أقرَّ به يلزمه حكم، فإذا أنكر حلف إلا في مسائل.

ثم ذكر مسألة الدعوى على القاضي المعزول أنه حكم عليه بغير حق، وإنه يلزمه ضمان ما أتلفه عليه، وأن النص لا يمين عليه، وسبق بيانه، وإنه لو ادَّعى أنه قتل ابنه حين كان قاضيًا عمدًا فقال: بل قصاصًا فلا يمين عليه، وكذا لو ادَّعى على القاضي أنه قضى بشهادة فساق، وحكى الخلاف السابق فيها، وإنه لو ادَّعى على رجل أنه قتل ابنه فقال: قتلته حين كنت قاضيًا، وعرف قاضيًا فلا يمين عليه على الأصح، وذكر مسألة تحليف الشاهد، وإنه لو قال للقاضي: أنت معزول، أو قال لوصي أو وكيل وإنه يعلم عزله، فهل يحلف على نفي علمه؟ به وجهان، ومال إلى ترجيح المنع، وهو ظاهر في القاضي، وإنه لو ادَّعى على إنسان بعين فقال لابني الصغير: لم يحلف، وقيل: فيه قولان، وأنه لو ادَّعى عليه شفعة في دار فقال: هي لابنه الصغير في حجره وما اشتريتها لم يحلف، وكذا لو قال: لابني الصغير واشتريتها له، لم يحلف، ولم يحكم للمدعي إلا أن يقيم البينة، ولو قال: اشتريتها لولدي الصغير كان إقرارًا بالشفعة، وأنه لو أقرَّ أن ابنه الصغير صار بالغًا رشيدًا لم يكن لأحدهما ضمنه فيما يتعلق بالابن ولا تحليف للأب على ذلك.

قلت: ولا يصير الابن رشيدًا بذلك بل لا بد من بينةٍ في رشده، وإنه لو طلب الإمام الساعي بما أخذ من الزكوات فقال: لم آخذ منهم شيئًا، فلا يمين عليه، وإن أقرَّ بالأخذ لزمه، كذا حكاه أصحابنا، وقال بعضهم: يلزمه اليمين، وإنه لو كان لميت ابنان أحدهما صغير فادَّعى مدع أنه ابن الميت، فأنكر الكبير، قال ابن القاص: المنصوص: إنه لا يحلف؛ لأنه لو أقرَّ لم يلزمه حكم، وكذا لو كانا كبيرين فأنكرا لم يحلف واحد منهما، قال جدي: وفيه نظر.

....

قلت: الوجه تحليفهما ولعلَّ المراد أنه لا يحلِّف واحدًا منهما بمفرده؛ إذ إنه إذا حلَّف أحدهما امتنع تحليف الآخر، أمَّا لو أقر أحدهما فالصواب تحليف الآخر قطعًا.

قال: ومن أصحابنا من قال: تحليف الكبير؛ لأن للمدعي فيه فائدة خاصة إن اعترف توصل به إلى يمين الصغير إذا بلغ، وإنه لو ادَّعى رجلان عليه متاعًا فأقرَّ به لأحدهما ففي تحليفه للآخر قولان:

أحدهما: لا؛ إذ لو أقر لم يلزمه غرم.

والقديم: يحلف ولو أقرَّ لزمه الغرم، ولو أقرت لأحد مدعي نكاحها وأنكرت الآخر، ففي تحليفها له قولان، وإنه لو ادَّعى الإبراء أو الاستيفاء وأن وكيل رب الدين يعلم، قال ابن شريح: له إحلافه على العلم، وقال ابن القاص: إذا قال: لا حقَّ لموكلك وأنت تعلم، لا تُسمع دعواه، ولا يمين عليه، وإنه لو ادَّعى أنه وكيل فلان في الخصومة عنه، أو وصيه، وأن المدعى عليه يعلم ذلك، قال ابن القاص: يحلف، وقال غيره: لا تحليف؛ لأنه في حق ثالث، وإنه لو قال الوكيل بقضاء الدين: قد قضيته فأنكر صاحب الحق والموكل لم يحلف الموكل، وإنه لو ثبت لزيد ديْن على عمرو فادَّعى زيد على خالد أن الثبوت الذي في يدك لعمرو، فأنكره وادعاه لنفسه لم يحلف؛ إذ لو وجبت اليمين ربما ينكل فترد على المدعي فيحلف، فيؤدي إلى ثبوت الملك للغير بيمينه، ولو رام إقامة البينة عليه لم تسمع، وإنه لو ادَّعى البائع أن ما باعه كان مستحقًا وأقام بينة لم تسمع، وإن أراد تحليف المشتري إن قلنا اليمين المردودة كالإقرار حلف، فإن نكل المشتري حلف البائع، وإنه لو قسَّم الحاكم المال بين الغرماء فظهر غريم آخر، وقال لأحد الغرماء: ما أنت تعلم وجوب ديني، وطلب يمينه لم يحلف، ذكره العبادي، وإنه لو ادَّعى اثنان وديعة في يده فاعترف لأحدهما، ففي تحليفه للثاني قولان، فإن قلنا: يحلف ونكل، وحلف الآخر فأقوال:

أحدها: يُقسَّم بينهما.

……

والثاني: توقف في يده، وقيل: تنزع منه وتحفظ.

والثالث: تعلم للأولى وتغرم للثاني، وإن قال: هي لأحدهما وادَّعى كل منهما علمه حلف على نفي العلم أنه لا يعلم المالك، فإن نكل حلفا وأخذاه، ويُحلِّف الحاكم أيهما شاء أولًا، وإن قال: لا أعرف أنها لهما أو لأحدهما حلف لهما على علمه، فإن نكل لا يحلفان، وعليهما البينة، ولا تنزع من يده قاله القسم، وفيه قول مخرَّج: أنهما يحلفان؛ إذ لا يدع سواهما، وفي كيفيته وجهان:

أحدهما: إلى اجتهاد الحاكم يبدأ بيمين من شاء.

والثاني: يقرع بينهما.

وإنه لو ادَّعى على قاسم الحاكم أنه غلط لم يحلف، أو على وارث الشفيع أنه سلم شفعته قال ابن القاص: له تحليفه أنه لا يعلم ذلك، وقال غيره من أصحابنا: لا يمين عليه، انتهى ما يخص من كلامه.

وطرحت أشياء وأكثرها، وغالب ما ذكره مفرَّق في الأبواب ومبيَّن فيه الراجح من غيره.

وقال الشيخ أبو الحسن الدبيلي في باب ما لا يجب اليمين فيه: لا تسمع الدعوى في حقوق الله المحضة كالزنا والشرب والكفارات بأن يقول: لزمتك كفارة في جنايتك أو في قتل أو جماع في نهار رمضان صائمًا عامدًا أو في حجك وما أشبه ذلك من حق، أو حد يمين عليه.

قلت: يشبه أن يجيء في الكفارات المالية والنذور خلاف الجزم بالتحليف إذا انحصر المستحق.

وإنه لو اكترى من يحج عن أبيه فقال الأجير: حججت، قبل قوله، ولا يمين عليه ولا بينة؛ لأن تصحيح ذلك بالبينة لا يمكن، والمرجوع إلى الأجير، كما لو طلَّق امرأته ثلاثًا قالت: تزوجت زوجًا ودخل بي وطلقني، واعتدّت، قيل: فيها ولا بينة عليها ولا يمين، وإن قال للأجير: قد جامعت في إحرامك

....

فأفسدته لم يحلف أيضًا، ولا تُسمع هذه الدعوى، فإن أقام بينة أنه جامعها محرمًا بعرفات يوم عرفة أو قبل الوقوف بعرفة فقال: كنت ناسيًا قُبل منه ولا يمين عليه، وصحّ حجه، واستحق الأجرة. وكذا لو ادَّعى عليه أنه أحرم بعد عبوره الميقات، أو قتل صيدًا في إحرامه، أو في الحرم وما أشبه ذلك لا يحلف؛ لأنه من حقوق الله، وهو أمين في كل ذلك، وإنه لو مات الأجير للحج فقال وارثه: قد حج ثم مات، فقوله مقبول كقول الأجير.

قلت: والوجه تحليفه في دعواه الحج، وعدم الجماع، وكونه ناسيًا بناء على ما سبق أنه الصحيح؛ إذ لو اعترف بذلك لا ينفع به المستأجر، والصواب تحليف وارثه في الصورة الأخيرة، وقد يتخيل الفرق بين أن يروم وارث الأجير بذلك منع رد الأجرة بعد أخذ الأجير لها وبين طلبها من المستأجر، وأمَّا تحليفه على مجاورة الميقات ونحوها فإن قُبِل يحط شيء من الأجرة، كذلك اتجه تحليفه وإلا فلا، وعلى قياسه أنه لو استأجر من يصوم عن ميته كما سبق فادَّعى الصوم عنه أنه لا يحلف سواء رام بذلك منع رد الأجرة أو أخذها من المستأجر، والله أعلم.

وإنه لو قال: إن حججت عن أبي هذه السنة فلك كذا قال بعدها: حججت، لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن أنكر الوارث حلف أنه ما يعلم أنه حج عن أبيه هذه السنة، قال: لأنه لما لم يقبل من الحاج الحج إلا ببينة ألزمنا المنكر اليمين.

قلت: أسلف أن تصحيح الحج بالبينة لا يمكن وجعله هنا تمكنًا، وهذا متناقض، اللهم إلا أن يريد بالبينة هنا أنه روي هناك في مواطن الشك في السنة المعينة لا أنه حج عنه، وهذا فقه غريب، وذكر أشياء على وجه ضعيف وجزم بها:

منها: لو اشترى وكيل سلعة ثم رام ردها بعيب، قال: فليس للبائع تحليفه أنه ما رضي بها الوكيل، والصحيح خلافه.

واعلم أن أصل الباب الحديث السالف: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى

وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً؛ فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ.

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁽١⁾ وفي رواية: «**الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»⁽٢⁾ ونقل أبو علي الكرابيسي إجماع المسلمين على ذلك فهذا أصل في أن كل مدعى عليه منكر يحلف، وكل ما يستثنى من ذلك يحتاج إلى دليل وتحليف من لو أقر يقع إقراره.

فَرْعٌ: لسماع الدعوى عليه فإن سمعت اندرج في الحديث وإلا فلا، قال البغوي في «التعليق»: التحليف عندنا مشروع، وهو مطرد في جميع الأشياء للحديث، ثم أشار إلى استثناء صور من ذكرها.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: إنه لو نكح العبد ثم ادَّعى الإذن على السيد حلف، ولو جاءت المرأة وطلبت يمين السيد يحلف لها، فللعبد أن يطلب يمينه أيضًا فربما يقر أو ينكل فيحلف العبد ويؤدي حقوق الزوجة من مكاسبه.

وإنه لو ضمن لرجل ألف درهم ثم جاء المضمون له إلى سيده وطلب يمينه على أنه لم يأذن له في الضمان أحلف له، فإن حلف بقي ذلك في ذمة العبد، والعبد أن يحلف السيد أيضًا ليسقط الضمان عن ذمته، أي: بأداء الديْن بأجزاء من كسبه، وذكر صورًا يأتي ذكرها آخر الباب - إن شاء الله تعالى - فأكثر ما سقناه تضمينه قولهم: ومن توجهت عليه دعوى .... إلى آخره، وإنما أجبنا التنصيص عليه إيضاحًا وجدادًا من عناد جاهل أو حائد.

قال: (**وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً؛ فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ**) فيه ثلاث مسائل:

الأولى: فائدة اليمين وحكمها انقطاع الخصومة في الحال، لا سقوط الحق وبراءة الذمة؛ لحديث ابن عباس: «**إن النبي ﷺ أمر رجلًا بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه كأنه عرف كذبه**»⁽٣⁾ فدلَّ على أن اليمين لا توجب

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد (٢٧٤٧).

....

براءة، رواه أبو داود والنسائي، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

- وأمَّا قول إمام الحرمين فقد صحّ أن النبي ﷺ قال في مثل ذلك: «الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ أَحَقُّ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ»(١) فغريب، نعم روي عن عمر ﷺ.

قال الماوردي: ولم يظهر له مخالف، ويروى مسندًا من طريق لا طلبت.

الثانية: إذا أقام المدعي بينة بعدما حلف المدعى عليه سُمعت وقضي بها قياسًا على إقرار المدعى عليه بعد حلفه، وكذا لو ردت اليمين على المدعي ونكل ثم أقام بينة، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة، أمَّا لو قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو قال: أصلًا، واقتصر على النفي، فيه خلاف سبق، والأصح السماع.

وذكرنا هنا صورًا كثيرة فراجعها ففيها فوائد، وقدمنا أنه لو قال لي بينة حاضرة ولكن أريد تحليفه حلَّفه القاضي على المشهور.

وحكى الماوردي فيه وجهًا.

قال الرافعي: وفي «فتاوى» القفال: إنه لا يجب على القاضي تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، كذا ذكره هنا.

ولفظ «الفتاوى»: قال لي بينة حاضرة، وطلب تحليف المدعى عليه، من أصحابنا من قال: على الحاكم تحليفه.

قال القفال: والصحيح عندي: إنه لا يجب على الحاكم تحليفه، بل يقول: أحضر البينة، وعلى هذا لو كانت البينة حاضرة، أي - في مجلس الحكم - فقال: حلِّفه لعله يُقر ولا يجوز وجهًا واحدًا، وكذا لو أقام بينة فقبل أن يحكم، قال: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، لم يسمع منه إلا أن يريد أن بينته باطلة، انتهى.

وظاهر هذا الكلام أن مجرد قوله: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، لا يقدح في البينة بمجرده، وحكى الرافعي بعد هذا الموضع تعليلًا مما جمع من

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧).

....

«فتاوى» القفال: إنه لو أقام المدعى عليه بينة، ثم قال: لا تحكم بشيء حتى تحلفه، كانت بينة باطلة، ووجهه بأنه كالمعترف بأن بينته مما لا يجوز الحكم بها، زاد في «الروضة»: قلت: هذا مشكل فقد يقصد تحليفه؛ ليقيم بعده البينة، انتهى.

وهذا عجيب؛ إذ الغرض أنه أقام البينة، والظاهر أن كلام القفال حصل في تَعلله خلل، وصوابه ما قدَّمته.

فروع: لو أقام بدعواه بينة ثم قال: كذب شهودي، أو شهدوا مبطلين، سقطت بينته لا محالة، ولا تبطل دعواه على الأصح، وبني على الوجهين، ما لو أقام شهودًا، فزعم الخصم أنه اعترف بأن شهوده كَذِبة فأقام عليه شاهدًا واحدًا، ورام الحلف معه هل يجاب؟ إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل الدعوى فلا؛ إذ الغرض الطعن في الشهود، وذلك لا يثبت بشاهد ويمين بحال، وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى يكون أداء المقصود هنا إسقاط الدعوى بالمال، فأشبه ما لو ادَّعى الإبراء، فإنه يثبت بشاهد ويمين.

قال الرافعي: ومما جمع من «فتاوى» القفال وغيره: أقام شاهدين أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه، فأقام المدعى عليه شاهدين، أن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة، أو أنهما ابتاعا الدار منه، اندفعت شهادتهما، انتهى.

ووقع في «الروضة» عبارة عنه: أقام شاهدين في حادثة، وكانا ابتاعا الدار منه بطلت شهادتهما، وفي نسخ: ابتاعا، ويشبه أنه سقط من نسخ بالأصل من قوله: شاهدين... إلى قوله: شاهدين، فأصلحوه على ما ذكروا: أقام شاهدين أنها ملكه، وأقام خصمه شاهدين على أن شاهدي المدعي قد قالا: لا شهادة لنا في ذلك، سألتما الحاكم متى قالا؟ فإن قالا: قالاه بالأمس أو منذ شهر لم تندفع شهادتهما بذلك؛ لأنهما قد لا يكونان شاهدين، ثم يصيران شاهدين، فإن قالاه بالأمس أو منذ شهر لم تندفع شهادتهما، قالا: حين قصد بالإقامة الشهادة اندفعت شهادتهما.

....

وسبق عن أبي العباس الروياني أنه لو قال: لا شهادة عندي لفلان ثم شهد وقال: كنت نسيت، فهل تقبل؟ وجهان.

وجزم القاضي الحسين في «الفتاوى» أنه لو قال بين جماعة: لست بشاهدٍ في أمر كذا، أو ما أشهدني أحد عليه، ثم جاء فشهد في تلك الخصومة، ليس له ذلك، ولا تقبل شهادته، انتهى.

وسبقت هنا في «الغنية» فروعًا تبعًا للرافعي سبقت في محلها.

الثالثة: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه من الحاكم، فقال المدعى عليه للحاكم: قد حلفتني على هذا مرة بالتماسه، فإن ذكر القاضي ذلك لم يحلفه، ومنع المدعي مما يرويه، وإن لم يذكر حلَّفه ولا ينفع فيه إقامة البينة لما سبق أنه إنما يعتمد علمه بحكمه السابق منه لا البينة.

وقال ابن القاص: تسمع هاهنا.

قال الرافعي: وحقه أن يطرد في كل باب.

وقال ابن الرفعة: إنه طرده، وأخذه من قوله في «أدب القضاء»: تقبل البينة العادلة، قلته تخريجًا على مذهب الشافعي، وذلك أنه لو قال في «أدب القضاء»: فإن خاف النسيان يأمر من حضره من العدول يتوقع شهاداتهم في المحضر، فإن ذكر وإلا شهد عليه من تُقبل شهادته، انتهى.

وذكر الرافعي هناك ذلك عن تخريج ابن القاص وهو قد فهمه عن النص وأوله غيره كما سبق وإن قال: قد حلفني عند قاض آخر وأطلق وأراد تحليفه عليه فوجهان:

أصحهما: يمكن؛ لأن ما ذكر محتمل غير مستبعد ولا يسمع مثل ذلك من المدعي قطعًا للتسلسل.

والثاني: المنع؛ إذ قد يدَّعي المدعي أنه قد حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، وحكاه الهروي عن ابن القاص، وتبعاه عليه، وهو سهو، والذي أورده في «أدب القضاء» الأول كما بينته في «الغنية» والقائل الأول قطع الدور.

....

قال ابن القاص: لأن ذلك يطول إلى غير نهاية، والمدعي أحق بقطع المارة؛ لأنه الطالب، فعلى هذا إن حلف أنه ما حلَّفه فذاك، وإن حلف هو وتخلص عن الخصومة، وله في هذه الصورة إقامة البينة أنه حلفه، ويتخلص من الخصومة، فلو رام أن يحلف يمين الأصل لا يمين تحليف المردودة عليه.

قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى؛ لأنهما الآن في دعوى أخرى، ولو استمهل ليقيم البينة بذلك قال الرافعي: فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثًا.

قلت: وبه صرَّح الروياني وابن القاص، ولفظه في «أدب القضاء»: وإن استنظره لإقامة البينة على يمينه أنظره القاضي مجلسًا واحدًا على ما يراه، وأكثره ثلاثًا، وعن القاضي الحسين قال: أرى ألَّا يُمهل أكثر من يومٍ كالمراوغ المتعنت، انتهى.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي عن القاضي الحسين: إنه يمهل قدر ما يحضر البينة وفي زماننا لا يمهلونه؛ لأنه يشبه التعنت، وقال في كره: يمهل يومًا واحدًا.

إشارة: يشبه أن يقال: إذا أطلق أنه حلَّفه مرة أن يستفسر؛ لأنه قد يظن أن التحليف فيما بينهما كتحليف الحاكم، ولا سيما إذا كان خصمه لا يتفطن لذلك ورده.

فروع: ادَّعى عليه دارًا فقال المدعى عليه: إنك قد حلفت لي، أو قال: تابعي على هذا مرة.

قال القاضي الحسين في «الفتاوى»: تسمع الدعوى حتى لو أقام بينة عليه برئ عن دعواه، قالا: فيحلف المدعي على ذلك، فإن حلف فذاك، وإن نكل حلف المدعى عليه، وتسقط دعواه.

قال: وكذلك لو أقرّ رجل بدار في يده لإنسان فجاء رجل وادَّعى بها على المقر له فأجابه: بأنك حلَّفت الذي أقر لي بها، فتُسمع دعواه وله تحليفه، ولو

أقام بينة تسمع، وإن نكل المقر له أن يحلف أنه حلَّفه، هذا إذا ادَّعى مقرًا بأن هذه الدار ملكي منذ كذا، ولم تكن ملكًا لمن تلقيت منه، فأمَّا إذا ادَّعى مطلقًا فلا يقبل قول المدعى عليه: بأنك حلَّفت من تلقيت الملك منه؛ لأنه يدعي ملك الدار من المدعى عليه لا ممن تلقى هو الملك منه.

ادَّعى عليه مالًا فأنكر وحلف فجاء المدعي بعد أيام وقال: حلفتك يومئذ؛ لأنك كنت معسرًا، ولا يلزمك تسليم شيء إلي، وقد أيسرت الآن فهل تسمع، فيه وجهان أرسلهما البغوي وغيره:

أحدهما: نعم، ويحلف المدعى عليه لإمكانه.

وثانيهما: المنع؛ لأنه لا بيناها، زاد المصنف: والأصح السماع إلا إذا تكرر، وسبق أنه لو قال: لا شيء له على هذا اليوم، وحلف أن له تحليفه غدًا، ولو قال: لا يلزمني هذا المال في شهر كذا حلف على ذلك، ثم لا يطالب قبل الشهر المذكور إذا امتنع المدعي من تحليفه، ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة جاز؛ لأنه لم يسقط حقه عن اليمين، قاله الرافعي مقتصرًا عليه.

وسبق عن الإمام أنه قال: حق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردتَّ، وإلا فاقطع طلبك عليه واترك رفعه إلى مجلس الحكم.

قلت: ويتأكد هذا إذا تكررت منه الدعوى عليه لما فيه من الأضرار، وذكر الإمام أنه لو أقام عليه شاهدًا فله أن يقول للمدعي: حلفني واحلف وخلصني.

لو قال: أبرأتك عن اليمين سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، قالوه في «الحاوي» و«المهذب» و«التهذيب» ويظهر أن يأتي فيه ما قاله الإمام عند طلب المطلوب فصل الخصومة.

وسبق عن بعض أصحابنا أنه لو قال المدعى عليه للقاضي: سل هذا المدعي هل له علي دعوى غير ما يدعيه الآن؟ فإني أريد سفرًا ولا آمن أن يدعي علي دعاوى في حياتي أو مماتي، أنه ينبغي للقاضي أن يأمره بجميع دعاويه ليجيب عنها، وحينئذ يجوز أن يقول للمدعي: أنا لا أقنع بالإبراء من

وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ.

التحليف اليوم؛ لأنه غدًا يستعدي علي ويعطلني، ثم لا يحلفني، ولا يقيم بينة ويبرئني من اليمين، أو يمتنع من تحليفي ثم يفعل في ذلك إلى ما لا نهاية له، ولما حكى ابن الرفعة ما سبق عن «التهذيب» و«المهذب» قال: ويظهر أن ذلك مبني على مذهب العراقيين الذي سنذكره، أمَّا إذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر أنه لا يسوغ له الدعوى ثانيًا، انتهى.

وربَّما سبق في القضاء فروع كثيرة بما يجر فيه، وسيأتي زيادة بيان في امتناع المدعي من التحليف.

قال: (**وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ**) إذا أنكر المدعى عليه فعرضت عليه اليمين بشرطه فنكل عنها لم يقض عليه بنكوله عندنا، وسيأتي صور يقال: إنه يقضي فيها بنكوله للضرورة وإذا لم يقض بالنكول ردت اليمين على المدعي إذا كان الحق له، فإذا حلف قضى له.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يقضى بالنكول، واستثنى أبو حنيفة القود في النفس، ووافقنا مالك، لكن فيما يثبت بشاهد ويمين وما لا يثبت بهما لا ترد اليمين فيه، بل يجلس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لنا قوله تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [المائدة:١٠٨] أي: بعد الأيمان الواجبة، قاله الماوردي وقال: إن رد اليمين إجماع الصحابة، ثم ساق فيه الآثار المشهورة عن عمر وعثمان وغيرهما ﭭ.

ثم قال: وهذا مستفيض بين الصحابة لم يظهر فيهم مخالف، قبلت أنه إجماع واعتمد جمهور أصحابنا حديث ابن عمر: «**إن النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق**»(١) رواه الحاكم وقال: صحيح الإسناد، واحتج به البيهقي في «الخلافيات».

قال الماوردي: وذكره أبو الوليد في «المخرج» والدارقطني في اليمين مع الشاهد، وقد روى الشافعي تحويل اليمين إلى المدعي عن مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار عن عمر ﭬ في قصة مشهورة، قال أصحابنا:

---

(١) تقدم تخريجه.

وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: احْلِفْ، فَيَقُولُ: لَا أَحْلِفُ.

والنكول كما يحتمل أن يكون تحرزًا عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون موزعًا عن اليمين الصادقة، كما فعله عثمان وغيره، فلا يقضى مع التردد والاحتمال.

تَنْبِيهٌ: قال الرافعي: فلو لم يعرف المدعي تحويل اليمين إليه بنكول المدعى عليه عرفه القاضي، وتبين له أنه إن حلف استحق.

قلت: فهذا يفهم الميل وتلقين الحجة، وقد يظن أنه أشد من تعريف المدعي الدعوى الصحيحة.

وعبارة البغوي: وإن لم يعلم المدعي أن اليمين صارت إليه قال له القاضي: أتحلف وتستحق، وهي أخف، وحسن أن يقتصر على قوله: أتحلف أنت فيه يحصل الغرض من ذلك.

قال: (**وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ، أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي: احْلِفْ، فَيَقُولُ: لَا أَحْلِفُ**) إذا قال القاضي للمدعى عليه: قل بالله، أو أحلف بالله حين يتوجه اليمين عليه بشرطها، فقال: أنا ناكل ولا أحلف، وهو عارف - يعني النكول - ردت اليمين على المستحق الأهل للحلف، وقضي له كما سبق لما بيناه.

قال الغزالي: ولا يحتاج في هذه الحالة إلى قضاء القاضي بالنكول، حتى لو قال المدعى عليه بعد قوله: لا أحلف، أو أنا ناكل، ثم يجد إليه سبيلًا، وهذا ما أبداه الإمام لنفسه هنا، وذكر في الإقرار عن رواية شيخه عن بعض الأصحاب، ولم يحك الرافعي عن رواية الإمام سواه، وقال: إن غيره وافقه فيه، والذي صدر به الإمام كلامه في كتاب «الإقرار»: إنه لو أراد بعد قوله: نكلت عن اليمين، أو كنت أحلف الحلف كان له ذلك ما لم تجر القضايا بالنكول.

وحكى الرافعي مثله عن البغوي فيما إذا قال القاضي: أحلف بالله، فقال: لا أحلف، وقال البغوي في «تعليقه» هنا: ولو أن المدَّعى عليه أراد أن يحلف بعد نكوله ينظر، إن كان ذلك قبل عرض الحاكم اليمين على المدعي له ذلك، وإن كان بعده لم يكن له ذلك، ولا فرق في هذا بين أن يعرض عليه مرة أو مرات، انتهى.

فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكِمَ بِنُكُولِهِ.

وذكر إبراهيم المروزي نحوه.

قال ابن الرفعة: واتفق الكل على الاحتياج إلى القضاء بالنكول عند عرض اليمين عليه، فلم يلفظ بأنه ناكل أو ممتنع.

قال الإمام: ولا يجوز له الأصحاب، أي: يتحقق النكول إذا قال القاضي للمدعى عليه: أحلف بالله، فإذا امتنع إذ ذاك يقضى بالنكول، ولو قال له: أتحلف، فامتنع، فقد قال القاضي: لا حكم لهذا الامتناع؛ لأنه لم يأمره باليمين، بل استشاره فيها مستفهمًا أيهما.

وقال إبراهيم المروزي: عرض اليمين أن يقول له: قل بالله، فإن قال: أما تحلف؟ لم يكن هذا عرضًا لليمين، حتى لو لم يحلف لا يقضى عليه بالنكول، وعلَّله بما سبق، وقد يتخيل فرق بين أن نكول المدعى عليه ونكول المدعي.

قال: (**فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ**) إذا حلَّف القاضي المدعى عليه فلم يحلف إلا بلفظ بأنه ناكل أو ممتنع فسكوته نكول، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء كالإنكار، وقد بيناه من قبل، وقدمنا قريبًا الكلام في سكوته ولومه عن دهش أو غباوة أو غيرها عن الإمام، وتابعه الغزالي وغيره.

وقال شريح الروياني: إذا قال: أحلف خصمي صار ناكلًا، ويقال للمدعي: أحلف، ذكره العبادي.

قال: (**وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكِمَ بِنُكُولِهِ**) أي: وقول القاضي للمدعي بعد امتناع المدعى عليه من الحلف صريحًا أو سكوته عنه كما بيناه: أحلف، نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدعى عليه ناكل، وهل يقوم إقبال القاضي على المدعي ليقول له: أحلف مقام الحكم بالنكول، حتى لو أراد المدعى عليه أن يحلف بعد ذلك لم يجب؟ فيه وجهان:

الذي قطع به القاضي الحسين جوابه في الكرَّة الثانية: المنع من عوده إلى اليمين، قال المروزي: لأن إقباله على المدعي حُكم بالنكول ضمنًا، قال:

……

والثاني له ذلك؛ لأنه لم يقض بنكوله صريحًا ولا ضمنًا، انتهى.

وسبق تفصيل البغوي بين ما قبل العرض على المدعي وما بعده، ثم قال: وقد قيل: إنه إذا قال الحاكم للمدعى عليه: حكمت عليك بالنكول، أو أقبل بوجهه على المدعي ليس للمدعى عليه أن يحلف، وقال الأصحاب: إن له ذلك قبل العرض على المدعي، قال: ويمكن أن يقال: إذا قال: حكمت عليك بالنكول ليس له ذلك كما تقدم في هذه الحالة، أو يقضي بالنكول عند عرض اليمين عليه ما لم يظهر له ذلك منه، حتى لو جوَّز أن يكون امتناعه عن دهش، أو كان يقدر أنه لم يفهم عرض اليمين لغباوة وعدم ألفة بمراسم الخصومات، وليس له أن يقضي بالنكول، فإذا ظهر له امتناعه، فإن أكد بالتكرير فحسن، فإن أراد ألَّا يكرر فلا عليه، وبما يستحسنه أن يعلمه أنه يقضي بنكوله لو تمادى على امتناعه، فلو لم يعلمه ذلك وظهر له امتناعه، ولكن كان المدعى عليه لا يدري أن امتناعه مع القضاء يوجب رد اليمين فعلى القاضي أن يقضي بنكوله ويرد، أم شرط القضاء بالنكول إعلامه موجب نكوله؟ هذا فيه احتمال ظاهر، والأوجه أن قضاءه بالنكول ينفذ، وإن لم يعلمه حكم النكول، انتهى.

قال ابن الرفعة: ويقوم مقام حكم الحاكم بالنكول إذا احتجنا إليه، وقول القاضي للمدعي أحلف أو أتحلف في «البحر» أن قول القاضي للمدعي أتحلف لا يمنع المدعى عليه من الحلف وأنه الأظهر، وذكره القاضي الحسين في «تعليقه» وجهه بأنه لم يأمره باليمين بل استشاره فيها مستفهمًا، وهذا ما ذكره في «البسيط» عن الأصحاب فقال: قال الأصحاب: إنما يتحقق النكول إذا قال القاضي: أحلف، فقال: لا أحلف، فلو قال القاضي: أتحلف، فامتنع لا يكون نكولًا؛ لأنه لم يتوجه اليمين بعد وإنما هذا استفهام، وهذا ما أورده الرافعي عن الإمام ثم قال في آخره:

فَرْعٌ: نقل الروياني في «جمع الجوامع»: إن قول القاضي للمدعي: أتحلف أنت، كقوله: أحلف، حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك.

....

قال: وعندي فيه نظر، وسكت الرافعي على ذلك، وقد بينا أنه وجه وأن الروياني صحح خلافه وجزم به غيره، انتهى.

وكلامه مصرِّح أو كالمصرح بأن الكلام في قول القاضي للمدعي: أحلف أو أتحلف، والذي رأيته في «النهاية» و«البسيط» واللفظ «للنهاية» قال: وغيره يقول الحاكم للناكل: إن لم تحلف رددت اليمين على خصمك، وأوجبت المال عليك بقوله ثلاثًا استحبابًا، وعن ابن سريج أنه يتبين للناكل ويتأنى في أمره حتى يصح نكوله، ثم اليمين على صاحبه، انتهى.

وفي «الحاوي»: إن أصحابنا اختلفوا فيما يستقر به نكوله على وجهين:

أحدهما: يستقر بإعلامه ولو مرة واحدة.

والثاني: وهو قول أهل العراق يعني المخالفين لأصحابنا: إنه لا يستقر حتى يعرض عليه ثلاثًا، انتهى.

وبالأول أجاب الجمهور، إذا كان المدعى عليه لا يعرف معنى النكول كالعوام، قال القاضي الحسين وغيره: فيجب على القاضي أن يعلمه بأنك إن نكلت تعرض اليمين على المدعي ويحلف ويستحق عليك الدعوى، ويقرب منه قول الماوردي: إنه إذا لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي أن يعلمه حكمه، وأنه يوجب رد اليمين على المدعي ليحكم له بيمينه، وإن عرف حكم النكول استغنى القاضي بمعرفته عن إعلامه، ولكن يقول له: إن أقمت على امتناعك جعلتك ناكلًا، انتهى.

ولو اشتبه أمره على القاضي الحسين فهو كما لو كان عارفًا بحكم النكول فلا يجب ذكره بل يستحب.

قلت: وفيه نظر؛ إذ الأصل عدم العلم، وما سبق عن ابن سريج يؤيد ذلك، نعم، كلام بعضهم يفهم أن تبين حكم النكول مستحب من غير تفصيل، فمن ذلك قول صاحب «المعتبر» تبعًا للجويني: وإذا سكت المدعى عليه لما استحلف أخبره القاضي أن سكوتك نكول، كما أن سكوتك عن جواب

....

المدعي جحود، فعسى أن يكون جاهلًا به، وهذا التعريف ليس بغرض ذلك ولكن لا يحسن في المجلس ما يشبه الخديعة، فاستحب ذلك وفقًا لهذه الشبهة، انتهى.

ومن ذلك قول الإمام: ومما يستحسنه أن يعلمه أنه يقضي عليه بنكوله لو تمادى على امتناعه إلى آخر كلامه السابق، وأطلق الغزالي في «البسيط»: إنه يجب على القاضي أن يفهمه على حكم نكوله، فإنه ربما إذا عرف العرض على المدعي لمجرد الإقبال بوجهه فلا، انتهى.

وفي «الحاوي»: إنه لو امتنع عن اليمين أو قال: قد نكلت عنها، أو لست أحلف، نقل وجهين:

أحدهما: لا يرد على المدعي إلا بعد أن يقول للمنكر: قد حكمت عليك بالنكول لما فيه من الاجتهاد، فإن ردها عليه بالنكول، انتهى.

وفي «روضة الحكام» قال الشافعي ـ يعني في «المختصر» ـ: لو رد المدعى عليه اليمين فقلت للمدعي: أحلف، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، لم أجعل له ذلك.

قال جدي: وهذا يفيد أنه إذا قال الحاكم للمدعي: أحلف، كان حكمًا منه بتحويل اليمين.

قال جدي: ومن أصحابنا من قال: لا بدّ من قول الحاكم: حولت اليمين، أو رددت، أو حكمت بالرد، أو يقبل على المدعي ويقول أحلف، انتهى.

ويخرج مما سقناه وجوه.

فروع وتتمات: قال الأصحاب تبعًا لابن القاص: يستحب للحاكم تكرار عرض اليمين على المدعى عليه ثلاثًا قبل القضاء عليه بالنكول.

قال البغوي والرافعي: واستحبابه في حالة السكوت أكثر منه فيما إذا صرَّح بالنكول.

قلت: وكذا لو صرَّح به، وتوسم الحاكم فيه أنه يجهل الشرع في أن

……………………………………………………………………………………

المدعى عليه إذا نكل يقضى عليه بالنكول، ويحلف المدعي ويستحق، فيتأكد العرض ثلاثًا.

قال المروزي في أول المسألة: وإن اقتصر على مرة واحدة صح الحكم عليه بكونه ناكلًا، ويقول له: إن لم تحلف قضيت عليك بالنكول، أو رددت اليمين على المدعي فيحلف ويستحق دعواه، قال شريح الروياني: إذا أبى المدعى عليه الحلف، فقيل: فإن قال: لي بينة أقمتها، وذكر ما سيأتي.

قال: وإن لم يذكر شيئًا من ذلك وقال: لا أحلف صار ناكلًا.

وحكى جَدِّي أنه إن أبى أن يحلف فهل يكرر عليه القول ثلاثًا؟ فيه وجهان.

وقال ابن أبي أحمد عن الماوردي: وبه صرَّح الإمام في «الإقرار» مقتصرًا عليه.

قال الرافعي: وقد يفهم من قول من قال: لا حاجة عند التصريح بالنكول إلى حكم الحاكم وامتناع العود إلى الحلف عند التصريح للنكول، وإن لم يوجد حكم بالنكول.

قلت: وهذا ظاهر، وسبق في باب القضاء على الغائب في الهارب، قبل الدعوى عن «الحاوي» كلام ينازع فيما ذكره البغوي من طريق الأولى فراجعه، حيث منعنا المدعى عليه من الحلف بعد نكوله، أو ما في معناه، فذاك إن لم يرض المستحق، فإن رضي فوجهان:

أحدهما: إن حق حلفه قد يبطل، فلا يؤثر فيه الرضا.

وأصحهما: له العود إليه، وذكر الإمام في كتاب «الإقرار» أنه قول الأصحاب عن آخرهم، فإن الحق له لا يعدوه.

قال الرافعي: قال في «الرقم»: وإذا رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه، ثم إنه لم يحلف لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد؛ لأنه أبطل حقه حيث رضي بيمين المدعى عليه.

قلت: وكذا ذكره القاضي الحسين في «التعليق» وظاهر إطلاقهما أنه لا

وَالْيَمِينُ المرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمدَّعى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمدَّعى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ ....

فرق بين أن يرضى المدعى عليه بذلك أو لا، وفي النفس منه شيء، ولا سيما في حالة رضا المدعى عليه؛ إذ الحق لا يعدوهما، فلم لا يجري القاضي على توجيب رضاه؟ اللهم إلا أن يقال: إن ذلك يؤدي إلى الرد.

قال: (**وَالْيَمِينُ المرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمدَّعى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمدَّعى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ**) يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه، وما في حكمه هل هي بمنزلة إقرار المدعي؟ فيه القولان زاد البغوي في «التعليق»: خرجهما الأصحاب وليسا بمنصوصين، انتهى.

أحدهما: إنها كالبينة؛ لأن الحجة هاهنا اليمين، وقد وجدت، وأظهرهما: إنها بمثابة الإقرار من المدعى عليه؛ لأن بنكوله يتوصل إلى الحق، فأشبه إقراره، وللقولين فروع كثيرة مفرقة في مظانها ذكر لم يرض بالنكول قال: فلو لم يبينه وقضى فقال المدعى عليه: كنت أعرف أن النكول هذا حكمه فالظاهر نفوذ قضائه، وفيه احتمال.

وقال الرافعي بعد ذكره استحباب عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات، وتأكد لاستحباب حالة السكوت، وعن أبي حنيفة العرض بلا شرط ما لفظه: وإذا تفرس فيه سلامة حاله شرح له حكم النكول فإن لم يشرح وحكم بأنه ناكل، وقال المدعى عليه: لم أعرف حكم النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حقه أن يتجنب ويعرف قبل أن ينكل، انتهى.

ولفظ الإمام ما ذكرناه من قبل، والتفاوت بين الإيرادين ظاهر، وأقام في «الوجيز» احتمال الإقامة وجهين، قال الإمام: وقول القاضي للمدعى عليه: احلف ليس أمر إجبار ولكنه أبانه وقت الحلف، واليمين المتعدى بها إن أرادها المدعى عليه، انتهى.

وحسن ما اعتاده القضاة من قولهم: إن شئت فقل: والله، أو قد يظن

....

الجاهل أنه أمر إلزام ما يسعه الوقف معه، وقد رأيت أنه إذا قال له القاضي الحاكم ذلك قال: هو إن شئت فقل: والله كلفظ لعبارته فهذا أو أمثاله يجب أن يوضح له الحال بأكمل بيان؛ ليدخله في اليمين على بصيرة وسبق له إذا قال المدعى عليه بعد النكول وما في حكمه: أنا أحلف أنه لا يسمع منه وبيناه بما فيه.

قال البغوي: وإذا هرب المدعى عليه قبل ذلك وقبل النكول لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد، ونقله الرافعي عن غيره ثم قال: وقضية ذلك التسوية بين التصريح بالنكول وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بأنه نكل، أو بعد عرض اليمين على المدعي.

قال ابن الرفعة: وهو قضية ما سبق المصنف هنا منها أن المدعى عليه لو أقام بينة على أداء المال أو على الإبراء منه بعدما حلف المدعي، فإن جعلنا يمينه كبينة سُمعت بينته، وإلا فلا؛ لأنه يكون نكلها بالبينة المقامة بالإقرار.

وحكى أبو سعد اختلافًا للأصحاب في أنه يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة أم لا بدّ من حكم الحاكم بالحق.

قال الرافعي: ويمكن أن يبنى هذا على القولين إن جعلناه كالبينة فلا بدَّ من الحكم وإن جعلناه كإقرار المدعى عليه، فلا حاجة إليه على أن في الإقرار أيضًا قد مرَّ في «أدب القضاء» انتهى.

وأشار شريح الروياني إلى البناء على القولين فقال: وقال بعضهم: لا بدّ من حكم الحاكم بعد يمينه؛ لأن التحليف بمنزلة البينة، والبينة تقتضي بالحكم، انتهى.

وأطلق الشيخان وغيرهما أنا إذا جعلنا اليمين المردودة بمنزلة الإقرار فحلف ثم أقام المدعى عليه بينة بأداء أو إبراء ونحوهما من الدوافع أنها لا تُسمع، كما لو أقر صريحًا وهو قريب إذا كان المدعى عليه عالمًا بحكم النكول، وما يترتب عليه أو بيَّن له القاضي ذلك وأحاط به علمًا، ثم رد اليمين على بصيرة.

....

أمَّا لو كان جاهلًا لم يشرح له القاضي الحال، بل حلف خصمه عند امتناعه من اليمين ففي تنبيهات سماع الدوافع عليه نظر وربما يأتي ما يؤيد ذلك.

تنبيهات:

أحدها: في قول «المنهاج»: بأداء أو إبراء، إشارة إلى التصوير في الدين، وذكروا بعد هذا الموضع بأوراق واللفظ لـ«الروضة»: لو أقام الخارج بينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل، أو قال: أجرتها أو أودعتها عنده، وأقام الداخل بينة أنها ملكه، فهل تقدم بينة الداخل أم الخارج؟ وجهان:

الأصح: الخارج وبه قال ابن سريج، وصححه العراقيون، وبه أجاب الهروي وخالفهم البغوي، وصحح تقديم الداخل فلو لم يكن بينة ونكل الداخل عن اليمين فحلف الخارج، وحكم له ثم جاء الداخل ببينة سُمعت على الصحيح كما لو أقامها بعد بينة الخارج وقيل: لا تسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار، انتهى.

وظاهر هذا ترجيح القول بأن اليمين المردودة كالبينة أو كالإقرار عكس المرجح هنا، وقال ابن أبي الدم: إنه الصحيح عن الجماعة كلهم، انتهى.

وبنى البغوي قبول البيِّنتين في التعليق على القولين فقال بعد قوله السالف: إن القولين خرجهما الأصحاب، وإنما تظهر فائدته في مسائل تأتي مفرقة:

منها: إن المدعى عليه إذا أقام بينة بعد يمين المدعي بأن ذلك الشيء ملكه هل يقبل أم لا؟ إن قلنا النكول ورد البينة بمنزلة البينة إن كان ذلك قبل القضاء للمدعي فإنها تُسمع وترجح باليد، وإن كان ذلك بعد القضاء فوجهان: **أصحهما**: إنها لا تسمع، وإن قلنا بمنزلة الإقرار؛ فالقياس ألَّا تسمع، كما لو أقرَّ له بالعين، ثم بعد ذلك أراد إقامة البينة أنها ملكه فلا تسمع، والصحيح هو الأول؛ لأنَّا وإن جعلناه إقرارًا فليس إقرارًا حقيقة، وإنما له حكم الإقرار فحسب، انتهى. ونقل في النسخة خللًا.

ثانيها: في «فتاوى» القاضي الحسين أنه سأل عمَّن ادَّعى ضيعة فأنكر

فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ، وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ.

المدعى عليه ونكل عن اليمين، فجعله المدعي، وحكم الحاكم له بالمدعي به، ثم أقام المدعى عليه بينة أن الضيعة ملكه على الإطلاق، فهل يحكم بها أم لا؟ ففكر فيها أيامًا ثم قال: إن قلنا: النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار لا تسمع بينته، وإن قلنا بمنزلة البينة تسمع، قال البغوي: وهو جامع الفتاوى.

قلت: والذي عندي أنها تسمع، وإن جعلنا النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار؛ لأنه ليس صريح الإقرار؛ لأن الذي من قبله مجرد نكول، فلا يجوز أن يجعل مقرًا بمجرد يمين المدعي، وبالاتفاق ببينة مسموعة بعد نكوله وقبل يمين المدعي، انتهى.

وهو ما أشرت إليه في صورة الكتاب ولعلَّ السماع فيها أظهر من هذه.

ثالثها: قال القاضي شريح الروياني: لو قال المدعى عليه للحاكم: أحلف المدعي أن له علي هذا المال، قال ابن سريج: ليس له ذلك إلا أن ينكل عن اليمين.

وذكر العبادي أنه إذا قال: أحلف خصمي صار مطلبه ناكلًا، ويقال للمدعي: أحلف، ثم قال في آخر الباب: قال الشافعي: ولو ردَّ المدعى عليه اليمين وقال: رددت إن شاء فهل يصح؟ وجهان حكاهما جدي كما لو قال: بعتك هذا إن شئت، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ**) أي: مطلقًا.

(**وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ**) إلا أن يقيم بينة، كما لو حلف المدَّعى عليه فلا يتمكن من استئناف دعوى وتحليفه في مجلس آخر؛ إذ لو لم يقل بهذا لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي، والخصم ناكل، وهو لا يحلف اليمين المردودة أولًا، هذا ما أورده المراوزة تصريحًا وتلويحًا.

قال الرافعي: والذي ذكره العراقيون والقاضي الروياني: إنه لو جدد

....

الدعوى في مجلس آخر ونكل المدعى عليه ثانيًا تُرد اليمين على المدعي، وهذا ما أورده القاضي أبو سعد الهروي، قال: ولا شك أن الأول أحسن وأقوى، وحكم في «شرحه الصغير» بأنه الأظهر.

وادعى ابن الرفعة أنه مقتضى كلام القاضي أبي الطيب حيث قال في «تعليقه»: فإذا امتنع المدعي من اليمين سقط حقه، ويفرق الحاكم بينهما، ولا يكون له مطالبته بشيء من ذلك.

قال: وفي «النهاية» في أوائل القسامة حكاية خلاف أن المدعي إذا أظهر النكول عن يمين الرد ثم رغب فيها، هل يحلفه أم لا؟ والضابط الذي تمس الحاجة إليه أن كل نكول يتعلق به حق حالف بعد النكول فذاك النكول إذا ظهر فلا عود من الناكل، وكل يمين لا يمين بعدها، فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل؟ فيه خلاف، ونكوله يتحقق بأن يقول بعد عرض اليمين عليه بالنكول إذا لم يستمهل، ويكون حكمه ما تقدم، انتهى.

وذكر قبل هذا أن أظهر الوجهين في «الحاوي» في باب ما على القاضي في الخصومة أنه لا يحكم على المدعي بالنكول، أي: وإن حكم به على المنكر؛ لأنه يتعلق بنكول المنكر حق لغيره، كما قاله الشاشي في «الحلية» وهو قول الإصطخري أنه يحكم به عليه كما يحكم به على المنكر.

تنبيهات:

منها: فيما جزم به المصنف ورجحاه من سد باب الدعوى عليه ثانيًا بمجرد امتناعه عن اليمين نظر، وفي كون مراد القاضي أبي الطيب ما فهمه ابن الرفعة عنه نظر، ويشبه أنه أراد به ما لم تحدث دعوى جديدة أو يقيم بينة لا مطلقًا؛ إذ المعتمد في كتب العراقيين وغيرهم ما سبق، خلا أتباع القفال وأتباعهم، وممن اقتصر على ذلك أبو عاصم العبادي، وتبعه القاضي الهروي والقاضي شريح الروياني، ولفظه: فإن لم يحلف اليمين المردودة عليه يقال لهما انصرفا ويحتاج بعد ذلك إلى دعوى جديدة.

وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: أَبَدًا.

ورأيت في «فروع» ابن القطان إلى دعوى إذا رددنا اليمين على المدّعين ثانيًا فلم يحلفوا قال أبو الحسين: عندي أنه لا يبطل حقهم، وهم على ذلك أبدًا، انتهى.

وبالجملة فالظاهر أن الجماهير على مقالة العراقيين، ولم يورد ابن أبي الدم سواها مع أنه يقف غالبًا، لكن سيأتي عن نص «الأم» ما قد يشهر للقفالين.

ومنها: قال الرافعي في صدر المسألة: إذا امتنع عن الحلف سأله القاضي عن سبب امتناعه، فإن لم يتعلل بشيء أو قال: لا أريد أن أحلف، فهذا يسقط حقه من اليمين... إلى آخر ما ذكره.

وهذا منه يقتضي أنه يسقط حقه من اليمين بمجرد سكوته من غير قضاء بنكوله، ومن غير فرق بين الجاهل بحكم ذلك والعالم به.

وحكى الإمام وجهًا أنه يصير ناكلًا عن يمين الرد قط إذا لم يصرح بالنكول، وسيأتي مما سبق ما قيل في ذلك في جانب المدعى عليه وأنه يجب.

تَنْبِيهٌ: الحائل على ما يترتب على نكوله، ولعلَّ مسألتنا أولى، والحكم بما ذكره فيها أخفى.

وفي «تعليق» البغوي: وإذا حكمنا برد اليمين إلى المدعي ورددناها فسكت، لا تبطل دعواه، بخلاف ما لو سكت المدعى عليه، يجب عليه أن يجيب لا جرم، فجعل سكوته نكولًا بخلاف المدعي؛ لأنه ربَّما يزيد النظر والفكر.

ومنها: عبارة الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه»: وإذا ردت اليمين على المدعي فنكل وأراد أن يردها على المدعى عليه، لم يكن له ذلك، وسقط حقه إذا قال: نكلت أو لم يكن له عذر، وقال: لا أحلف؛ إذ اليمين المردودة لا ترد إلا لو رددناها أدى إلى الدور.

قال: (**وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: أَبَدًا**) إذا ذكر المدعي لامتناعه سببًا فقال: أريد إقامة البينة، أو أسالُ الفقهاء،

……………………………………………………

أو انظر في الحساب، أو أتفكر ونحو ذلك، ترك، ولم يعطل حقه من اليمين، وهل يتقدم إمهاله مدة؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الغزالي وإمامه: إنه يمهل ثلاثة أيام ولا يزاد، وإلا لم يؤمر من الملاحقة والمرافقة مرة بعد أخرى، وقد يتعب القاضي والخصم، وعلى هذا جرى الجرجاني في «الشافي».

والثاني: لا يتعذر؛ لأن اليمين حقه، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة، وعليه اقتصر في «المهذب» هكذا ذكره الرافعي في «الشرحين» ولم يصرح بترجيح إلا في «المحرر» والذي أورده جمهور العراقيين ومنهم المحاملي والماوردي وابن الصباغ وصاحب «التنبيه» والعمراني والجرجاني في «تحريزه» والروياني في «حليته» وقريبه في «روضته» والهروي في «إشراقه» وهو قضية ما في «تعليقي» البغوي وإبراهيم المروزي و«الكافي» وعليه اقتصر ابن أبي عصرون، وابن أبي الدم في «أدب القضاء» واقتضى كلام «الذخائر» وغيره أنه المذهب، وهو قضية كلام الفوراني في «العمد»: وإن نكل سئل عن نكوله، وإن قال: أريد أن أقيم البينة أو انظر في الحساب أو أشاور فلانًا وما أشبه ذلك، فإنه يترك، ولا يحكم عليه بالنكول، وعبارة «الإبانة» نحوها.

وعبارة الدارمي: فإن نكل لبينة يقيمها أو حساب ينظره، انظر على العرف، وهذا يحتمل أن يكون وجهًا ثالثًا.

والظاهر أن مستند الجمهور في عدم التقدير قول الشافعي في «المختصر» وإن نكل قيل للمدعي: احلف واستحق، فإن أبيت سألناك عن إبائك، فإن كان الثاني ببينة أو ينظر في حسابك تركناك، وإن قلت: لا أؤخر ذلك لشيء غير أني لا أحلف أبطلنا أن يحلف، هذا لفظه.

وعبارة «الأم» في باب رد اليمين: وإن أبيت أن تحلف سألناك عن إبائك، فإن ذكرت إنك تأتي ببينة أو تذكر معاملة بينك وبينه تركناك، فمتى جئت بشيء تستحق أعطيناك، فإن لم تأت به حلفت، فإن قلت: لا أؤخر ذلك لشيء غير

……………………………………………………

أني لا أحلف، أبطلت يمينك، فإن طلبتها بعده لم نعطك بها شيئًا، هذا لفظه بحروفه كما رأيته، وهو شاهد للجمهور ألَّا تقدير.

وذكر ابن الرفعة بعد توجهه كلام «التنبيه» ما لفظه: وحكى القاضي أبو الطيب وغيره أن الشافعي قال في هذه الصورة: يسأل المدعي عن إبائه، فإن قال: امتنعت لحساب بيني وبينه أريد أن أراجعه أو أريد أن أستفتي الفقهاء هل يجوز أن أحلف أم لا؟ أخذ الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد عليها، انتهى.

فإن صحَّ هذا النقل الغريب كان في المسألة قولان منصوصان، لكن يبعد هذا النقل أن صاحبَيْ «التنبيه» و«الشامل» تلميذَيْ القاضي أبي الطيب لم يذكراه، فالله أعلم.

وقال الإمام بعد أن عد التقدير بثلاثة أيام إلى الأصحاب: وقال بعض أصحابنا: لا يصير المدعي ناكلًا عن يمين الرد قط إذا لم يصرح بالنكول ولا ضبط لإمهاله بمدة، وسبيله في يمين الرد كسبيله في البينة يقيمها متى وجدها.

قال: وهذا قد يظهر على قولنا يمين الرد تنزل منزلة البينة، وقال: ظني أني أجريت هذا فيما تقدم، ولكن المذهب عن يمين الرد من غير تصريح به.

تنبيهات وفروع منثورة:

منها: قال الرافعي: ولم يذكر الشافعي ﷺ فيما إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين أن يسأل عن سبب امتناعه، أي: بخلاف المدعي، فعن ابن القاص أن قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل الآخر أيضًا، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق، فارقين بأن امتناع المدعى عليه يثبت للمدعي حق الحلف والقضاء بيمينه، فلا يؤخر حقه بالبحث والسؤال وامتناع المدعي لا يثبت حقًا لغيره فلم يضر السؤال عن سبب الامتناع، قال: وكان يجوز أن يقال: إن امتناع المدعى عليه إنما يثبت الحق للمدعي إذا امتنع بلا سبب، أمَّا إذا تعلل بعذر كما سيأتي فلا ينتقل حق اليمين من جانبه إلى جانب المدعي، وإذا لم يكن الامتناع المطلق ناقلًا للحق لم يكن السؤال تأخيرًا للحق، انتهى.

وجزم شريح الروياني في أول الباب بأنه إذا أبى المدعى عليه من الحلف يسأل، فإن قال: لي بينة أقيمها أو أنظر في حسابي ثم أحلف، أمهل، ثم جزم بعده بنحو عشرة أسطر بالفرق.

وقال: وفرَّق الشافعي ﷺ بينهما بأن المدعى عليه إذا نكل وجب الحق للمدعي، والواجب لا يؤخر، والمدعي إذا نكل لم يصر حقًّا لغيره فسأله عن وجه امتناعه؛ ليمكنه فصل الخصومة، فإن لم يحلف المدعي اليمين المردودة يقال لهما: انصرفا، انتهى.

تناقض وأغرب بنقله الفرق عن النص، وذكر ابن الرفعة أن الفرق أن المطلوب إذا امتنع عن اليمين ظهرت هناك يمين أخرى من جهة المدعي، فوجب الحكم بها، فلو سألناه عن سبب امتناعه لم يعقب الحكم لنكوله؛ ولأن هناك ما يرجع إليه ويحكم به وهو يمين المدعي، وليس كذلك امتناع المدعي عن اليمين.

قال: وقضية هذا الفرق ألَّا يشرع عند نكول المدعى عليه تكرار العرض عليه، قال: وقد حكى الإمام في كتاب «الإقرار»: إن المدعي لو سكت وقال: سأفكر وأراجع حسابي أن بعض الأصحاب قال: يفصل القاضي الخصومة ويكون امتناعه كامتناع المدعى عليه، ويقول للمدعي: استمهالك بعد الخوض بالاختبار ولا معنى له، وإذا كنت لا أعذر المدعى عليه في استمهاله فأنت أولى بذلك من جهة أن المدعى عليه مرفوع إلى مجلس القاضي قهرًا، وأنت تحضره مختارًا، فهلا كان فكرك قبل الحضور؟ انتهى.

وهذا غريبٌ وخلاف المنصوص وقول الجمهور.

ومنها: قال الرافعي: إذا علَّل المدعي امتناعه بعذر كما مر ثم عاد بعد مدة ليحلف مكن منه، قال في «التهذيب»: فإن لم يذكر القاضي نكولًا لخصمه أثبته بالبينة، وكذا لو أثبت عند قاضٍ آخر نكول خصمه له أن يحلف، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي ثم حضر الموكل له أن يحلف ولا يحتاج إلى استئناف الدعوى، انتهى.

……

أي: بخلاف ما إذا كان هو المدعي، وعبارة البغوي في «التعليق»: ولو أنه ذهب لينظر في الحساب أو يسأل الفقهاء أو يأتي ببينة أو هرب ثم عاد بعد ذلك، فإنه يحتاج إلى استئناف الدعوى.

ومن أصحابنا من قال: إنه لو ذهب ثم عاد بعد مدة له أن يحلف، هذا إذا ذكر القاضي نكوله، وذكر ما سبق عن «التهذيب».

ومنها: قال الرافعي: ومن أقام شاهدًا واحدًا ليحلف معه ثم أنه لم يحلف فهو كما لو ردت اليمين إلى المدعي فلم يحلف، فإن علل الامتناع بعذر عاد الوجهان في أنه على حيرته أبدًا، أو لا يزاد إمهاله على ثلاثة أيام، وإن لم يتعلل بشيء أو صرَّح بالنكول فعلى ما في «الوجيز» و«التهذيب» يبطل حقه من الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم انتقلت اليمين في جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود فيحلف إلا إذا عاد في مجلس آخر واستأنف المدعي الدعوى، وأقام الشاهد له أن يحلف معه، وإن قلنا بالأول لم ينفعه إلا ببينة كاملة، انتهى.

وما ذكره عن «الوجيز» و«التهذيب» والعراقيين هو الخلاف السابق عن المراوزة والعراقيين وغيرهم، حيث لا شاهد أصلًا، وذكر أبو سعد الهروي: إنه لو جدد دعوى أخرى جاز له الحلف بلا خلاف.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو أقام شاهدًا ولم يحلف معه فعرضنا اليمين على المدعى عليه ولم يحلف المدعي اليمين المردودة، ثم أقام شاهدًا واحدًا وأراد أن يحلف معه فوجهان: أحدهما: لا؛ لأنه نقل عن اليمين مرة، والثاني: نعم؛ لأن هذه اليمين عن تلك اليمين ولم يوجد النكول عن هذه اليمين، انتهى.

وهذا الثاني هو الصحيح.

وقال الدارمي: إذا حلف المدعى عليه أو نكل، ونكل المدعي ثم جاء المدعي بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو يمينين فيما يدخل فيه حكم في العدل والعدل والمرأتين، فإن كان شاهد ويمين فقولان، وإن حلف المدعى عليه قال

……

المرزبان: القولان، وعدَّ الحكم قولًا واحدًا، قيل: القولان؛ لأن شاهد الشاهدَيْن أقوى من الشاهد واليمين أو مثله على قولين، انتهى لفظه.

ومنها: سبق في «الشهادات»: إنه إذا ترك الحلف مع شهادة وطلب من خصمه أجيب، فإن حلف الخصم سقطت الدعوى.

قال الرافعي: وقال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده، بخلاف ما لو أقام بينة بعد يمين المدعى عليه حيث يسمع، انتهى.

فأشعر كلامه أنها إنما تسقط يمينه مع شاهده إذا حلف المدعى عليه لا قبل حلفه وفي «البيان»: إن حلف مع شاهده فذاك، وإن قال: لست أختار أن أحلف معه سقطت اليمين من جهته، وصارت في جهة المدعى عليه، فإن أراد المدعي أن يحلف مع شاهده لم يكن ذلك في هذا المجلس إلا أن يغيبوا عن ذلك المجلس، ويدعي عليه ثانيًا، وينكر فله أن يقيم شاهده ويحلف معه؛ لأنها قد سقطت في هذه الدعوى، فلم تعد إليه إلا في دعوى أخرى، انتهى.

وكلام «الشامل» مصرِّح أيضًا بأن امتناعه من الحلف مع شاهده يسقط حقه من اليمين، نعم قوله: ولا يشبهه ذلك إقامة البينة بعد اليمين؛ لأن تعذر البينة لا يسقط، وامتناعه من اليمين يسقطها، يوهم أنه لا تسمع يمينه مع شاهده بعد حلف المدعى عليه، إنما يكون عند التعذر وليس كذلك.

ومنها: قال الإمام في باب الامتناع من اليمين: إذا أقام المدعي شاهدًا فكيف وجه نكوله؟ ومن يعرض عليه اليمين حتى ينكل؟ وما المأخذ الفقهي الذي يربط النكول به؟ فيقول في إيضاح ذلك: إذا استعدى على خصمه وأحضره مجلس الحكم، وادَّعى وأنكر الخصم فإن أقام المدعي بينة فذاك، وإن لم يفهما فحق على القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردت، وإلا فاقطع طلبك عنه، واترك رفعه إلى مجلس الحكم، فإذا أقام شاهدًا واحدًا ويمكن من الحلف معه فلم يحلف، فينتهي الأمر إلى ما ذكرناه من تحليف الخصم وإلزام المدعي قطع الخصام، وإلا أدى إلى أن يرفعه إلى المجلس في

وَإِنْ أُسْتُمْهِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةً.

كل ساعة يتصدى القضاة فيها القضاء، ولا يقيم بينة ولا يحلفه، ولا سبيل إلى تسويغ هذا، فخرج من مجموع ما ذكرناه أنه إذا أقام شاهدًا أبان له القاضي أنه لو حلف ومعه ثبت حقه، فإن لم يحلف أبان له أنك لو لم تُحلِّف المدعى عليه منعتك من إعادته إلى مجلس الحكم، انتهى.

وأحسب بعض ما ذكره - ﷺ - من تصرفه، فإني لم أره في كلام من تقدمه.

قال: (**وَإِنْ أُسْتُمْهِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ أُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةً**) إذا أراد الحاكم استحلاف المدعى عليه، فقال: أمهلوني لأنظر في حسابي، أو أسأل الفقهاء.

قال الرافعي: فوجهان:

أشهرهما: إنه لا يمهل إلا أن يرضى المدعي؛ لأنه مجبور محمول على الإقرار أو اليمين، بخلاف المدعي فإنه يختار في طلب حقه.

والثاني: وبه قال صاحب «الإفصاح»: إنه يمهل للحاجة، ولا يزاد على ثلاثة أيام؛ كيلا يتضرر المدعي، واختار القاضي الروياني وجه الإمهال وقال: فيما إذا استمهل ليسأل الفقهاء أن قضاة بلدنا استحسنوا الإمهال يومًا، انتهى.

وما ذكره عن «الإفصاح» هو ما أورده في «الشامل» عنه، ولم يحك سواه، وإمهاله ثلاثة هو الجواب في «المهذب» و«البيان» و«إشراق» الهروي.

وعليه ينطبق قول الدارمي: وإنهما ذكرا بينة أو حسابًا أنظر، وسبق أنه قال: ينظر على العرف، واقتضى كلام «الذخائر» أن المذهب الإمهال، حيث أورد جاز، فإنه لا يشبه، ثم قال: وقال الخراسانيون: لا يمهل؛ لأنه محمول على الحلف أو الحق فلا يمهل، وأشار بذلك إلى الإمام الفوراني والغزالي وغيرهم من المراوزة.

وقال الماوردي: لا نسأل المدعى عليه عن سبب النكول إلا أن يبتدئ فيقول: أنا متوقف عن اليمين لأنظر في حسابي، فينظر بأقل من الزمان، ولا يبلغ إنظاره ثلاثة، وذكر شريح الروياني أنه حكى أن الشافعي ﷺ قال في باب

وَلَوْ اُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ.

الشاهد مع اليمين: لو قال: بيني وبين الرجل معاملة وحضرني وإياه من أثق به فأسأله، أمهلته حتى يسأله.

قلت: ورأيت هذا النص في «الأم» بلفظه، لكنه إنما ذكره فيمن امتنع أن يحلف مع شاهده، فقال: أمهلته حتى يسأله، ولم أقض له شيئًا على المشهود عليه، انتهى.

وبالجملة: فالعراقيون على أنه يمهل، وهل يمهل ثلاثة أو بأقل أو على العرف أو إلى آخر المجلس؟ فيه ما ذكرناه ويأتي، والمختار الإمهال إذا لم يتفاحش قدره، ولم يتضرر به المدَّعي، ويُشبه أن يرجع في قدره إلى اجتهاد الحاكم الأهل، وكذا في أصله إن تفرس الخصم لدد ومراوغة لم يمهله، وإلا أمهله قدر ما يؤدي إليه نظره، وإرهاقه إلى أحد الأمرين في الحالة الراهنة بعيد.

قال: (**وَلَوْ اُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ**) عبارة «المحرر» فقد ذكر أنه يمهل إلى آخر المجلس أشار به إلى قوله في «الشرحين»: ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب لينظر في الحساب، ذكر القاضي أبو سعد أنه يمهل إلى آخر المجلس إن شاء - أي: القاضي - وحكى القاضي شريح الروياني هذا عن أبي عاصم العبادي فيما إذا توجهت عليه اليمين فأبى أن يحلف وقال: أمهلني، فإن لي بينة أقيمها وأنظر في حسابي أنه قال: يمهل إلى آخر المجلس إن شاء القاضي، انتهى.

فإن ظهر فرق بين الصورتين، فالنقل مختلف، ويشبه ألَّا يفرق بين استمهاله في ابتداء الجواب وبين استمهاله باليمين بعد الجواب.

فائدة: قال الشيخ عز الدين في «القواعد»: قال الإمام أحمد ﷺ: لا يجب اليمين قط، وليس هذا على إطلاقه، ولا بدّ من تفصيل، أمَّا يمين المدَّعى عليه وإن كانت كاذبة فحرام، أو صادقة نظر، فإن كان الحق مما يباح بالإباحة كالأموال تخير بين الحلف والنكول، إذا علم أن خصمه لا يحلف كاذبًا، وإن غلب على ظنه أنه يحلف كاذبًا.

وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ ....

قال: أي: أراه أنه يجب الحلف دفعًا لمفسدة كذب خصمه، كما يجب النهي عن المنكر، وإن كان الحق مما لا يباح بالإباحة كالدماء والأبضاع، فإن علم أن خصمه لا يحلف كاذبًا يخير في الحلف والنكول كما في الأموال، وإن غلب على ظنه أنه يحلف لم يحل له النكول؛ لما فيه من التسبب إلى العصيان؛ لأن الله قد أوجب حفظ هذه الحقوق بما قدر عليه المكلف من إثبات الحفظ واليمين، هنا حافظ مُتَعين فلا يجوز تركه، وكذلك يجب حفظ الوديعة من الظَلمة بالأيمان الحانثة.

ثم ذكر من الأمثلة أن يدَّعي عليه للقتل والقطع كاذبًا، أو على امرأة النكاح، أو الرق، أو على رجل أنه عبده، وكذلك لو كان يدَّعي عليه بحد القذف، ولا يحل له النكول؛ كيلا يكون عونًا على جَلده وإسقاط عدالته، والعزل من ولايته التي تلزمه المضي فيها، أو يدعي على الولي المجبر أنه زوَّجه ابنته، فلا يحل له النكول، وكذلك ولي اليتيم حيث يشرع اليمين في حقه في التصرفات المالية؛ كيلا يكون عونًا على أكل أموال اليتامى ظلمًا، ويلحق بذلك إذا لاعن امرأته كاذبًا لا يحل لها النكول؛ كيلا يكون عونًا على جَلدها أو رجمها، وفضيحة أهلها.

وأمَّا يمين المدعي فإن كانت كاذبة لم تحل، أو صادقة، فإن كان الحق المدعى به مما يباح بالإباحة، فالأولى بالمدعي إذا نكل أن يبيح الحق أو يُبرئ منه؛ دفعًا لمفسدة أضرار خصمه على الباطل، وإن كان الحق مما لا يباح بالإباحة، ويعلم أن الحق يؤخذ منه إذا نكل، فيلزمه أن يحلف حفظًا لما يحرم بذله، وذكر من الأمثلة أن تدَّعي الزوجة البينونة فنكر وينكل فيلزمها الحلف حفظًا لبضعها من الزنا، وتوابعه من الخلوة وغيرها، أو تدَّعي الأمة العتق، وينكر السيد وينكل، والرابع: أن يدعي القاذف عفو المقذوف فينكر وينكل، فيلزمه اليمين حفظًا لجسده من الجَلد، ولو نكل الولي من أيمان القسامة فإن أوجبنا بها القصاص وجبت وإلا فلا، انتهى، وهذا المثال غير واضح.

قال: **(وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ**

وَٱلْزَمْنَاهُ ٱلْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ ٱلْيَمِينِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ، وَتَعَذَّرَ رَدُّ ٱلْيَمِينِ.

(وَٱلْزَمْنَاهُ ٱلْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ ٱلْيَمِينِ؛ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ) ما سبق من أنه يرد اليمين على المدَّعي ولا يقضي بالنكول هو الأصل المقرر، لكنه قد يتعذر اليمين في صور، فذهب ذاهبون من الأصحاب إلى القضاء فيها بالنكول للحاجة.

إحداها: إذا طولب بالزكاة فقال: أديت إلى ساعٍ آخر، أو بادلت بالنصاب في أثناء الحول، أو غلط الخارص في الخرص، أوَ أصابت الثمار جارحة، واتهمه الساعي، فيحلف ندبًا أو وجوبًا، فيه خلاف سبق هناك، فإن نكل لم يطالبه بشيء إن قلنا بالاستحباب، وإن قلنا بالوجوب، فإن انحصر المستحقون في البلد ومنعنا النقل رُدَّت اليمين عليهم. وإلى هذه الصورة أشار المصنف بقوله: **(وَتَعَذَّرَ رَدُّ ٱلْيَمِينِ)**، وإن لم يحضروا تعذر الرد، وأمَّا الذي يفعل فيه أوجه:

أشهرها: ولم يورد جماعة سواه أخذ الزكاة منه وكيف سبيله؟ رأى ابن القاص وجماعة أنه حكم بالنكول، ورواه عن ابن سريج، وجوَّز ذلك للضرورة.

قال **أكثرهم**: ليس حكمًا بالنكول، ولكن قضية ملك النصاب، ومضى الحول الوجوب، فإذا لم يثبت دافع أخذنا الزكاة.

وثانيها: إنه لا يطالب بشيء؛ لأنه لم يقم عليه حجة.

وثالثها: أنه يحبس حتى يقر فيؤخذ منه، أو يحلف فيعوض عنه، وعزاه شريح الروياني إلى ابن سريج، وقال الإمام: إنه بعيد عن قاعدة الشافعي.

ورابعها: الفرق بين أن يكون المال على صورة المدَّعي بأن قال: أديت في بلدة أخرى أو إلى ساعٍ آخر، فيؤخذ منه الزكاة إن لم يحلف، وبين أن يكون على صورة المدَّعىٰ عليه كقوله: ما تم حولي، أو ما في يدي لفلان المكاتب، ولا يؤخذ منه.

وهذا ما نسبه المروزي هنا والبغوي هناك إلى ابن سريج، ورجَّحه هو وغيره إليه الأخذ مطلقًا.

أو غَلَطَ خَارِصٍ، وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ.

إشارات: قوله: (أو غَلَطَ خَارِصٍ) أي: بعد التزامه القدر الواجب فيها ثم ادَّعى عند الأداء الغلط، قاله في «الكافي».

وقوله: **(وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ)** أي: على الوجه المرجوح يشبه أن الخلاف في وجوب اليمين فيما إذا لم ينحصر المستحقون في البلد، فلو انحصروا وقلت أيجب الدفع إليهم وجب بطلبهم جزمًا، فإن نكل عنها رُدت عليهم قطعًا، وأخبر أن المصنف وغيره يتعذر رد اليمين عمَّا إذا انحصروا إلى آخر ما مر ظاهر، إذا كانوا من أهل اليمين المردودة، أمَّا لو كان فيهم أو كلهم صغار أو مجانين فالرد عليهم في الحال متعذر، فيقضي عليه بالنكول أو يوقف الأمر، وما الحكم لو كان المال لمحجوره كصبي أو مجنون، وادَّعى فيه ما ادعاه في مال نفسه، لم أر فيه شيئًا؛ فتأمل ما مرَّ من أنه إذا نكل وقلنا اليمين مستحقة أنه لا يطالب بشيء، هذا ما أورده الرافعي.

وفي «تعليق» البغوي عن ابن سريج وغيره ما يقتضي أنه يقضى عليه بالنكول مطلقًا، من غيرنا، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: يبنى على أن اليمين مستحب أو مستحق المسألة.

الصورة الثانية: إذا مات ذمي أو أسلم في أثناء السنة، فهل يجب قسط ما مضى؟ فيه خلاف سبق، فلو غاب ثم عاد مسلمًا، فقال: أسلمت قبل تمام السنة فلا جزية عليه، أو ليس علي تمامها، وقال عامل الجزية: بل أسلمت بعدها فعليك تمام الجزية قيل: يحلف ندبًا، وقيل: وجوبًا، فعلى هذا لو نكل فهل يقضى عليه بالجزية أم يطالب بشيء أم يحبس ليقر فيؤخذ منه أو يحلف فيترك؟ أوجه.

قال الإمام والبغوي: وقيد ابن القاص المسألة بما إذا غاب ثم عاد مسلمًا، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا وصدقناه مسلمًا بعد السنة وادَّعى أنه أسلم قبل تمامها وكتم إسلامه لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أن من أسلم في دار الإسلام لا يكتمه، واختار في «البسيط» الوجه الثالث وهو ضعيف عندي؛ لما فيه من التنفير وعدم التآلف وضعَّفه أمامه كما سبق، وأقرت أنه إذا ظهر له مال أخذت منه قهرًا وخلي سبيله.

....

ثم رأيت الإمام قال: والذي أراه أنا لو ألزمناه في مسألة الغيبة الخبرية إن لم تقم بينة بإسلامه قبل انقضاء السنة لم يكن بعيدًا وقرره ثم قال: وهذا أمثل من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها، انتهى.

وهذا ما حاوله، والظاهر أنه لو ادَّعى الإعسار ولم يعهد له مال أنه يصدق بيمينه ويمهل الثالثة إذا ادَّعى ولد المرتزق البلوغ بالإنزال، ورام إثبات اسمه في الديوان فوجهان:

أحدهما: يصدق بلا يمين؛ لأنه إن كذب فكيف يحلف وهو صبي؟ وإن صدق وجب أن يجاب.

وأصحهما على ما ذكراه هنا: تحليفه للتهمة فإن نكل لم يثبت اسمه إلى ظهور بلوغه ونحوه من شهد الوقعة من المراهقين فادَّعى الاحتلام وطلب السهم، فإن حلفه أعطى وإلا فوجهان:

أحدهما: يعطى؛ لأن احتلامه لا يعرف إلا منه.

وأصحهما: لا يعطى، قال ابن القاص: وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: لم يعط؛ لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد، والحكم أن الوجه القائل بأنه لا يحلف وهو قول ـ أي: زيد ـ وعليه جرى الإمام والغزالي في كتاب «الإقرار» واقتضى كلام الشيخين هناك أنه الأصح، وهو الأصح، وبه جزما في «المحرر» و«المنهاج» ثم، وتبع في الترجيح هنا البغوي وغيره، ولم يرجح البغوي هنا في «تعليقه» شيئًا وفي «البسيط» هنا: إذا قال المسبي: استعجلت الإثبات بالمعاجلة ولست ببالغ، قال الشافعي: يحلف فإن نكل قتل، وهو مشكل من حيث إنه قطع بالقضاء بالنكول، وفيه وجه: إنه يحبس حتى يتحقق بلوغه.

وقال البغوي في «التعليق»: وفي تحليفه شيء عجيب من حيث إنا نحلفه حتى يخرج عن أهلية اليمين، ثم ذكر الغزالي مسألة المرتزق، وحكى تحليفه عن ابن القاصّ وعن الأصحاب أنه يصدقه ولا يحلف، وهو ملخص له من النهاية، والله أعلم.

وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفْ الْوَلِيُّ، وَقِيلَ: يُحَلَّفُ، وَقِيلَ: إِنْ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ.

الرابعة: إذا مات من لا وارث له، قال الرافعي: فادَّعى القاضي أو منصوبه دينًا له على إنسان وجده في تذكرته ـ وعبارة «الحاوي»: في حسابه الموثوق به ـ فأنكر الخصم ونكل عن اليمين، فهل يقضى عليه بالنكول ويؤخذ منه المال أم يحبس حتى يقر أو يحلف أم يترك فيه؟ ثلاثة أوجه:

أصحها: في «الروضة» و«أصلها» الثاني: وفي «الذخائر» أنه المذهب؛ لأنه إن كان صادقًا فلا ضرر عليه في اليمين، وإن كان كاذبًا فيلزمه الإقرار، وصور المسألة فيما إذا ادَّعى حقًّا والتمس يمين الخصم ثم مات المدعي في الحال، قالا: وتجري الأوجه فيما لو ادَّعى وصي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء فأنكر الوارث ونكل، انتهى.

وصحح البغوي في «التعليق» أنه لا شيء عليه في المسلمين جميعًا، وزيفه الإمام.

ثم قال البغوي: ولو ادَّعى القيم وقفًا على غير معين فأنكر المدعى عليه ولم يحلف ماذا يفعل؟ فيه ثلاثة أوجه كما ذكرنا.

إشارة: قول الرافعي: فادعى القاضي، يقتضي أن القاضي يتكلم في مال بيت المال بعموم ولاية القضاء، وفيه كلام أسلفته هناك، وعبارة الإمام: فادَّعى منصوب السلطان.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفْ الْوَلِيُّ**) لأن إثبات الحق للإنسان بيمين غيره مستبعد، وكما لا يحلف الساعي والوكيل.

(**وَقِيلَ: يُحَلَّفُ**) لأنه المستوفي.

(**وَقِيلَ: إِنْ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ**) وإلا فلا.

قال الرافعي: وأجرى هذا الخلاف فيما إذا قام شاهدًا واحدًا هل يحلف معه؟ وفيما إذا ادَّعى على الولي دينًا في ذمة الصبي هل يحلف إذا أنكر والوصي والقيم في ذلك كالولي؟ ويجري في قيم المسجد ومتولي الوقف إذا

……

ادَّعى للمسجد وللوقف وأنكر المدعى عليه ونكل.

ثم قال: المذهبون إلى ترجيح المنع من الوجوه الثلاثة ولا بأس بوجه التفصيل، ولقد رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في «الأمالي» فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي، فينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصيرورة اليمين موقوفة إلى البلوغ والإفاقة، ويعود في المدعي للمسجد والوقف الوجهان في أنه يقضي عليه بالنكول أو يحبس ليحلف أو يقر.

قال: وقيم المحجور عليه، أي: لسفه إذا ادَّعى له، ونكل المدعى عليه، يحلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال، ولكن لا يقول: إلي، وقيمه يقول في الدعوى: يلزمه تسليمه إلي، انتهى.

تنبيهات:

أحدها: ما مال إليه من التفصيل هو ما صححاه في كتاب الصداق اختلف في قدره الولي وزوج الصغيرة ونحوها، فإنهما رجحا التحالف في كتبهما، ونسبا تصحيحه إلى الأصحاب، ثم قال الرافعي إثر ذلك: والأظهر من الوجهين المنع فيما لا يتعلق البناء للولي، وضعف وجه الوقف إلى البلوغ كما بيناه، ثم وقال صاحب «الذخائر» بعد قوله في صورة من مات ولا وارث له: إن المذهب أن الخصم يحبس حتى يحلف أو يقر.

ويجيء مثل هذا الوجه في دعوى الولي دينًا للصبي، فإن زمن الصغر قد يطول، أو يؤدي إلى ضياع الحق بموت الخصم أو غيبته، انتهى.

ثانيها: جعل في «الذخائر» المجنون المطبق يدعي له وليه فينكر الخصم على الخلاف فيمن مات ولا وارث له، وقضيته: إن المذهب أنه يحبس حتى يحلف أو يقر، قال: وإمَّا إن كان يجن ويفيق فكالصغير، فينتظر وقت إفاقته إذا قلنا ينتظر بلوغ الصبي، انتهى. وأحسب هذا من تصرفه لا نقله.

ثالثها: جزم الرافعي: إنا إذا منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي أنا ننتظر

……

بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، وتبعه في «الروضة» هنا، وقالا في كتاب «الصداق»: بعد ذكرهما أن الأصح عند الأصحاب أن ولي الصغير أو الصغيرة يحلفان، فلو نكل الولي فهل يقضى بين صاحبه أو يوقف حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فلعلها تحلف؟ وجهان، زاد الشيخ: قلت: صحَّح الإمام ثانيهما، وجميع ما ذكرناه فيما يتعلق بإنشاء الولي، أمَّا لو ادَّعى على رجل أنه أتلف مال الطفل، فأنكر ونكل، فهل يحلف الولي؟ وجهان:

أصحهما: لا، فعلى هذا لا يقضى بالنكول، بل يتوقف حتى يبلغ الصبي، وفي وجه: لا يعرض اليمين على المدعى عليه، ويتوقف في أصل الخصومة.

فروع: قالا في كتاب «الصداق» ـ واللفظ «للروضة»: وأفتى القفال فيما إذا ادَّعى الولي على رجلٍ دينًا ورثه الصبي، وأقام بينة فقال الخصم: كتب قضيته أو أبرأني مورثة أنه لا يحلف الولي بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك، أي: ويلزم الدين بالتوفية في الحال، كما صرَّح به البغوي في «الفتاوى».

وقال غيره: وفي المجنون كما سبق في وكيل الغائب، وقاله القفال في صورتي الصبي والمجنون.

ولو أقرَّ القيِّم بما قاله الخصم انعزل، ولو أقام القاضي غيره، ولو ادَّعى أن هذا القيم قبضه حلف، وسبق في القضاء على الغائب أنه لو ادَّعى قيم الصبي دينًا له فقال الخصم: إنه أتلف علي من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبته القيم فإذا بلغ الصبي حلفه.

وفي «فتاوى» القفال أن قيم المجنون إذا ادَّعى على آخر مالًا له فقال: كان أبرأني منه قبل جنونه أو قبضه مني لزمه الدفع، هذا ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: لا يلزمه الدفع؛ لأنه ما أقر إلا في ضمن ما يبرئه، ولا يفصل بعض الكلام عن بعض إذا كان متصلًا، ثم ذكر أنه إذا ادَّعى قيم الصبي دينًا له فقال: قد أتلف علي من جنس هذا المال ما هو مثل حقه فقال له: اقض هذا، ثم إذا بلغ الصبي ادَّعى عليه، انتهى.

قال: [(وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرًى وَادَّعَاهُ مَالِكُهُ كَفَاهُ لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ، فَلَوْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ وَادَّعَى الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا إِنِ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ جَحْدَهُ الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ أَنْ يَقُولَ: إِن ادَّعَيْتَ مِلْكًا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمٌ، وَإِنْ ادَّعَيْتَ مَرْهُونًا فَاذْكُرْهُ لِأُجِيبَ، وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا فَقَالَ: لَيْسَ هِيَ لِي، أَوْ هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ، أَوْ هِيَ لِابْنِي الطِّفْلِ، أَوْ وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ مَسْجِدِ كَذَا، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ وَلَا تُنْزَعُ مِنْهُ بَلْ يُحَلِّفُهُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ يُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ سُئِلَ، فَإِنْ صَدَّقَهُ صَارَتِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ تُرِكَ فِي يَدِ الْمُقِرِّ، وَقِيلَ: تُسَلَّمُ إِلَى يَدِ الْمُدَّعِي، وَقِيلَ يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ لِظُهُورِ مَالِكٍ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ فَالْأَصَحُّ انْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ، وَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قَضَى بِهَا، وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ، فَيَحْلِفُ مَعَهَا، وَقِيلَ عَلَى حَاضِرٍ.

وَمَا قُبِلَ إِقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ فَالدَّعْوَى عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ الْجَوَابُ، وَمَا لَا كَأَرْشٍ فَعَلَى السَّيِّدِ(١).

---

(١) لا يوجد شرح هذا الجزء من «المنهاج» في الأصل، وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٥٣) فقال: (**وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ مَرْهُونٌ أَوْ مُكْرًى وَادَّعَاهُ**) أَيْ: كُلًّا مِنْهُمَا (**مَالِكُهُ**) أَوْ نَائِبُهُ (**كَفَاهُ**) فِي الْجَوَابِ (**لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ**) إِلَيْكَ وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ لِلْمِلْكِ (**فَلَوْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ**) لِلْمُدَّعِي (**وَ**) لَكِنْ (**ادَّعَى**) بَعْدَهُ (**الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ**) وَكَذَّبَهُ الْمُدَّعِي (**فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ**) مِنْهُ ذَلِكَ (**إِلَّا بِبَيِّنَةٍ**)؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا ادَّعَاهُ، وَالثَّانِي: يُقْبَلُ قَوْلُهُ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّ الْيَدَ تُصَدِّقُهُ فِي ذَلِكَ (**فَإِنْ عَجَزَ**) عَلَى الْأَوَّلِ (**عَنْهَا وَخَافَ أَوَّلًا**) أَنَّهُ (**إِنْ اعْتَرَفَ بِالْمِلْكِ**) لِلْمُدَّعِي (**جَحْدَهُ**) بِسُكُونِ الْحَاءِ الْمُهْمَلَةِ عَلَى أَنَّهُ مَصْدَرٌ مُضَافٌ لِلْفَاعِلِ، أَيْ: خَافَ أَنْ يَجْحَدَ=

……

الْمُدَّعِي **(الرَّهْنَ وَالْإِجَارَةَ فَحِيلَتُهُ)** أَيْ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ **(أَنْ يَقُولَ)** فِي الْجَوَابِ **(إنْ ادَّعَيْت)** عَلَيَّ **(مِلْكًا مُطْلَقًا)** عَنْ رَهْنٍ وَإِجَارَةٍ **(فَلَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمٌ)** لِمَا ادَّعَيْتَهُ عَلَيَّ **(وَإِنْ ادَّعَيْتَ)** عَلَيَّ مِلْكًا **(مَرْهُونًا)** عِنْدِي أَوْ مُسْتَأْجَرًا **(فَاذْكُرْهُ لِأُجِيبَ)** عَنْهُ، وَلَا يَكُونُ مُقِرًّا بِذَلِكَ، وَكَذَا يَقُولُ فِي ثَمَنِ مَبِيعٍ لَمْ يُقْبَضْ، وَعَكْسُ مَسْأَلَةِ الْمَتْنِ لَوْ ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ وَخَافَ الرَّاهِنُ جُحُودَ الرَّهْنِ لَوْ اعْتَرَفَ بِالدَّيْنِ.

قَالَ فِي الْجَوَابِ: إنْ ادَّعَيْت أَلْفًا لِي عِنْدَكَ بِهَا رَهْنٌ هُوَ كَذَا فَاذْكُرْهُ حَتَّى أُجِيبَ، وَإِنْ ادَّعَيْت أَلْفًا مُطْلَقًا فَلَا يَلْزَمُنِي.

تَنْبِيهٌ: لَوْ ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ قَوْلَهُ: أَوَّلًا بَعْدَ قَوْلِهِ بِالْمِلْكِ كَانَ أَوْلَى فَإِنَّ عِبَارَتَهُ تُوهِمُ تَعَلُّقَ أَوَّلًا بِخَافَ، وَلَا مَعْنَى لَهُ.

(وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ عَيْنًا) عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا **(فَقَالَ)** فِي الْجَوَابِ **(لَيْسَ هِيَ لِي)** مُقْتَصِرًا عَلَى ذَلِكَ وَلَمْ يُضِفْهَا **(أَوْ)** أَضَافَهَا لِمَجْهُولٍ كَقَوْلِهِ وَ **(هِيَ لِرَجُلٍ لَا أَعْرِفُهُ)** أَوْ لَا أُسَمِّيهِ **(أَوْ)** لِمَعْلُومٍ لَا يُمْكِنُنِي مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ.

كَقَوْلِهِ: **(هِيَ لِابْنِي الطِّفْلِ)** أَوْ الْمَجْنُونِ مِلْكٌ لَهُ، وَلَوْ عَبَّرَ بِمَحْجُورِهِ كَانَ أَوْلَى **(أَوْ)** قَالَ هِيَ **(وَقْفٌ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ)** عَلَى **(مَسْجِدِ كَذَا)** وَكَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ النَّاظِرُ **(فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا تَنْصَرِفُ الْخُصُومَةُ)** عَنْهُ **(وَلَا تُنْزَعُ)** الْعَيْنُ **(مِنْهُ)** لِأَنَّ ظَاهِرَ الْيَدِ لِلْمِلْكِ وَمَا صَدَرَ مِنْهُ لَيْسَ بِمُزِيلٍ وَلَمْ يَظْهَرْ لِغَيْرِهِ اسْتِحْقَاقٌ **(بَلْ يُحَلِّفُهُ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ)** لِلْعَيْنِ الْمُدَّعَاةِ **(إنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ)** بِهَا رَجَاءَ أَنْ يُقِرَّ أَوْ يَنْكُلَ فَيَحْلِفَ الْمُدَّعِي وَتَثْبُتَ لَهُ الْعَيْنُ فِي الْأُولَتَيْنِ، وَفِيمَا لَوْ أَضَافَهَا لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَالْبَدَلُ لِلْحَيْلُولَةِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي تَنْصَرِفُ عَنْهُ وَيَنْتَزِعُ الْحَاكِمُ الْعَيْنَ مِنْ يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً ـ

……

عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا أَخَذَهَا، وَإِلَّا حَفِظَهَا إِلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهَا.

تَنْبِيهٌ: ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَا يُحَلِّفُهُ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ. قَالَ الْبُلْقِينِيُّ: وَهُوَ قَيْدٌ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَالَّذِي فِي «الْمُحَرَّرِ» بَلْ يُقِيمُ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ أَوْ يُحَلِّفُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ. وَهَذَا مَعْلُومٌ مِمَّا مَرَّ أَنَّ الْمُدَّعِيَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَوْ يُحَلِّفَهُ، وَلَوْ ادَّعَاهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَمَا ذَكَرَ لِنَفْسِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُ فِي أَحَدِ وَجْهَيْنِ، رَجَّحَهُ ابْنُ الْمُقْرِي تَبَعًا لِلْقَاضِي مُجَلِّي وَغَيْرِهِ

(**وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ**) أَيْ: بِالْمَذْكُورِ (**لِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ**) بِالْبَلَدِ (**يُمْكِنُ مُخَاصَمَتُهُ وَتَحْلِيفُهُ سُئِلَ**) عَنْ ذَلِكَ (**فَإِنْ صَدَّقَهُ**) انْصَرَفَتْ الْخُصُومَةُ عَنِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَ(**صَارَتِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ**) أَيْ: الْحَاضِرِ لِصَيْرُورَةِ الْيَدِ لَهُ، وَالْخُصُومَةُ إِنَّمَا تَدُورُ بَيْنَ مُتَنَازِعَيْنِ. (**وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِغَائِبٍ**) عَنِ الْبَلَدِ وَلَا بَيِّنَةَ تَشْهَدُ لَهُ بِمِلْكِ الْمُدَّعِي بِهِ (**فَالْأَصَحُّ انْصِرَافُ الْخُصُومَةِ عَنْهُ**) إِلَيْهِ لِمَا مَرَّ، وَهَذَا بِالنِّسْبَةِ لِرَقَبَةِ الْمُدَّعَى بِهِ، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِتَحْلِيفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَلَا يَنْصَرِفُ فِي الْأَصَحِّ بَلْ لَهُ تَحْلِيفُهُ كَمَا مَرَّ.

(**وَيُوقَفُ الْأَمْرُ**) فِي الْإِقْرَارِ بِالْمُدَّعَى بِهِ لِغَائِبٍ حَيْثُ لَا بَيِّنَةَ (**حَتَّى يَقْدَمَ**) ذَلِكَ (**الْغَائِبُ**) لِأَنَّ الْمَالَ بِظَاهِرِ الْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْغَائِبَ لَوْ قَدِمَ وَصَدَّقَ أَخَذَهُ، وَالثَّانِي: لَا تَنْصَرِفُ وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ «الْمُخْتَصَرِ»؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَهُ (**فَإِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ قَضَى**) لَهُ (**بِهَا**) وَسُلِّمَتْ لَهُ الْعَيْنُ. (**وَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ فَيَحْلِفُ**) الْمُدَّعِي (**مَعَهَا**) أَيْ: الْبَيِّنَةِ كَمَا مَرَّ فِي بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ صَارَ لَهُ بِحُكْمِ الْإِقْرَارِ، وَهَذَا مَا نَقَلَاهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا عَنِ اخْتِيَارِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ، وَقَالَا: إِنَّهُ أَقْوَى وَأَلْيَقُ بِالْوَجْهِ الْمُفَرَّعِ عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ (**وَقِيلَ**) بَلْ هُوَ قَضَاءٌ (**عَلَى حَاضِرٍ**) إِذِ الْخُصُومَةُ مَعَهُ فَلَا يَحْلِفُ مَعَهَا، وَهَذَا مَا نَقَلَاهُ-

……

عَنْ تَرْجِيحِ الْعِرَاقِيِّينَ، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ فَلَهُ تَحْلِيفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَأَخَذَهُ، ثُمَّ إِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ وَصَدَّقَ الْمُقِرَّ رُدَّ إِلَيْهِ بِلَا حُجَّةٍ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَهُ بِإِقْرَارِ صَاحِبِ الْيَدِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْمُدَّعِي الْخُصُومَةَ مَعَهُ.

وَإِنْ ادَّعَى ذُو الْيَدِ أَنَّهَا لِلْغَائِبِ وَأَثْبَتَ أَنَّهُ وَكِيلٌ لِلْغَائِبِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ بِذَلِكَ عَلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي لِزِيَادَةِ قُوَّتِهَا إِذَنْ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ بِوَكَالَتِهِ عَلَى الْغَائِبِ وَأَقَامَ بَيِّنَةً بِالْمِلْكِ لِلْغَائِبِ سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ لَا لِتَثْبُتَ الْعَيْنُ لِلْغَائِبِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ نَائِبًا عَنْهُ، بَلْ لِتَنْدَفِعَ عَنْهُ الْيَمِينُ وَتُهْمَةُ الْإِضَافَةِ إِلَى الْغَائِبِ، سَوَاءٌ تَعَرَّضَتْ بَيِّنَتُهُ لِكَوْنِهَا فِي يَدِهِ بِعَارِيَّةٍ أَوْ غَيْرِهِ أَمْ لَا، وَهَذِهِ الْخُصُومَةُ لِلْمُدَّعِي مَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلِلْمُدَّعِي مَعَ الْغَائِبِ خُصُومَةٌ أُخْرَى، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هِيَ مَعِي رَهْنٌ أَوْ نَحْوُهُ مِنَ الْحُقُوقِ اللَّازِمَةِ كَإِجَارَةٍ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ لِتَضَمُّنِهَا إِثْبَاتَ الْمِلْكِ لِلْغَيْرِ بِلَا نِيَابَةٍ.

فَرْعٌ: لَوْ ادَّعَى جَارِيَةً عَلَى مُنْكِرِهَا فَاسْتَحَقَّهَا بِحُجَّةٍ وَوَطِئَهَا وَأَوْلَدَهَا، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ لَمْ تَكُنْ زَانِيَةً بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تُنْكِرُ مَا يَقُولُ وَلَمْ يَبْطُلِ الْإِيلَادُ وَحُرِّيَّةُ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَلْزَمُ غَيْرَهُ بِأَنْ وَافَقَتْهُ الْجَارِيَةُ عَلَى ذَلِكَ، إِذْ لَا يُرْفَعُ مَا حُكِمَ بِهِ بِرُجُوعٍ مُحْتَمَلٍ فَيَلْزَمُهُ الْمَهْرُ إِنْ لَمْ تَعْتَرِفْ هِيَ بِالزِّنَا وَيَلْزَمُهُ الْأَرْشُ إِنْ نَقَصَتْ وَلَمْ يُوَلِّدْهَا، وَقِيمَةُ الْوَلَدِ وَأُمِّهِ إِنْ أَوْلَدَهَا وَلَا يَطَؤُهَا بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا بِشِرَاءٍ جَدِيدٍ، فَإِنْ مَاتَ عَتَقَتْ عَمَلًا بِقَوْلِهِ الْأَوَّلِ، وَوَقَفَ وَلَاؤُهَا إِنْ مَاتَ قَبْلَ شِرَائِهَا، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ أَنْكَرَ صَاحِبُ الْيَدِ وَحَلَفَ أَنَّهَا لَهُ وَأَوْلَدَهَا ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ فَيَأْتِي فِيهَا جَمِيعُ مَا مَرَّ.

وَاعْلَمْ أَنَّ مَا سَبَقَ هُوَ فِي جَوَابِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْحُرِّ، فَإِنْ كَانَ رَقِيقًا فَحُكْمُ جَوَابِ دَعْوَاهُ مَذْكُورٌ فِي قَاعِدَةٍ أَشَارَ إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ .(وَ) هِيَ (مَا قُبِلَ-

إقْرَارُ عَبْدٍ بِهِ كَعُقُوبَةٍ) لِآدَمِيٍّ مِنْ حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ **(فَالدَّعْوَى)** بِذَلِكَ **(عَلَيْهِ، وَ)** كَذَا **(عَلَيْهِ)** أَيْضًا **(الْجَوَابُ)** لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ فِي ذَلِكَ دُونَ السَّيِّدِ لِعَوْدِ أَثَرِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَخَرَجَ بِالْآدَمِيِّ عُقُوبَةُ اللهِ تَعَالَى فَلَا تُسْمَعُ فِيهَا الدَّعْوَى وَلَا يُطَالَبُ الْجَوَابُ كَمَا جَزَمَا بِهِ بَعْدُ فِي الْكَلَامِ عَلَى الْحَالِفِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَقًّا لِلْمُدَّعِي، وَمَنْ لَهُ الْحَقُّ لَمْ يَأْذَنْ فِي الطَّلَبِ وَالْإِثْبَاتِ.

تَنْبِيهٌ: تَصِحُّ الدَّعْوَى أَيْضًا عَلَى الرَّقِيقِ بِدَيْنِ مُعَامَلَةِ تِجَارَةٍ أُذِنَ فِيهَا سَيِّدُهُ. وَأُورِدَ عَلَى الْمُصَنِّفِ دَعْوَى قَتْلِ خَطَإٍ أَوْ شِبْهِ عَمْدٍ فِي مَحِلِّ لَوْثٍ فَإِنَّهَا تَكُونُ عَلَى الرَّقِيقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ يُقْسِمُ، وَتَتَعَلَّقُ الدِّيَةُ بِرَقَبَةِ الرَّقِيقِ، صَرَّحَ بِهِ الرَّافِعِيُّ فِي الشَّرْطِ الرَّابِعِ فِي كِتَابِ الْقَسَامَةِ **(وَمَا لَا)** يُقْبَلُ إقْرَارُهُ بِهِ **(كَأَرْشٍ)** لِتَعْيِيبٍ أَوْ إتْلَافٍ **(فَعَلَى السَّيِّدِ)** الدَّعْوَى بِهِ، وَعَلَيْهِ أَيْضًا جَوَابُهَا؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ الَّتِي هِيَ مُتَعَلَّقُهَا حَقُّ السَّيِّدِ فَإِقْرَارُ الرَّقِيقِ فِيهَا لَا يُقْبَلُ، فَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ فَفِي سَمَاعِهَا وَجْهَانِ.

زقَالَ الرَّافِعِيُّ: وَالْوَجْهُ أَنَّهَا تُسْمَعُ لِإِثْبَاتِ الْأَرْشِ فِي الذِّمَّةِ لَا لِتَعَلُّقِهِ بِالرَّقَبَةِ. قَالَ تَفْرِيعًا عَلَى الْأَصْلَيْنِ: يَعْنِي أَنَّ الْأَرْشَ الْمُتَعَلِّقَ بِالرَّقَبَةِ يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ أَيْضًا، وَأَنَّ الدَّعْوَى تُسْمَعُ بِالْمُؤَجَّلِ. تَتِمَّةٌ: قَدْ تَكُونُ الدَّعْوَى وَالْجَوَابُ عَلَى كُلٍّ مِنْ الرَّقِيقِ وَسَيِّدِهِ كَمَا فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ أَوْ الْمُكَاتَبَةِ، فَإِنَّهُ إنَّمَا يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى التَّزْوِيجِ، فَلَوْ أَقَرَّ سَيِّدُ الْمُكَاتَبَةِ بِالنِّكَاحِ حَلَفَتْ، فَإِنْ نَكَلَتْ وَحَلَفَ الْمُدَّعِي حُكِمَ بِالزَّوْجِيَّةِ، وَلَوْ أَقَرَّتْ فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَحُكِمَ لَهُ بِالنِّكَاحِ وَيَأْتِي مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْمُبَعَّضَةِ فِي كَيْفِيَّةِ الْحَلِفِ وَالتَّغْلِيظِ فِيهِ، وَفِي ضَابِطِ الْحَالِفِ.

قال المصنف: [فَصْلٌ: تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعًى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ، وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ، وَيَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي فِعْلِهِ، وَكَذَا فِعْلُ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِثْبَاتًا، وَإِنْ كَانَ نَفْيًا فَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَلَوْ ادَّعَى دَيْنًا لِمُوَرِّثِهِ فَقَالَ أَبْرَأَنِي حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْبَرَاءَةِ، وَلَوْ قَالَ جَنَى عَبْدُكَ عَلَيَّ بِمَا يُوجِبُ كَذَا فَالْأَصَحُّ حَلِفُهُ عَلَى الْبَتِّ. قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ جَنَتْ بَهِيمَتُكَ حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ قَطْعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَيَجُوزُ الْبَتُّ بِظَنٍّ مُؤَكَّدٍ يَعْتَمِدُ خَطَّهُ أَوْ خَطَّ أَبِيهِ. وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ، فَلَوْ وَرَّى أَوْ تَأَوَّلَ خِلَافَهَا أَوِ اسْتَثْنَى بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ الْقَاضِي لَمْ يَدْفَعْ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ. وَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ يَمِينٌ لَوْ أَقَرَّ بِمَطْلُوبِهَا لَزِمَهُ فَأَنْكَرَ حُلِّفَ، وَلَا يُحَلَّفُ قَاضٍ عَلَى تَرْكِهِ الظُّلْمَ، وَلَا شَاهِدٌ أَنَّهُ لَمْ يَكْذِبْ. وَلَوْ قَالَ مُدَّعًى عَلَيْهِ: أَنَا صَبِيٌّ لَمْ يُحَلَّفْ وَوُقِفَ حَتَّى يَبْلُغَ. وَالْيَمِينُ تُفِيدُ قَطْعَ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لَا بَرَاءَةً، فَلَوْ حَلَّفَهُ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً حَكَمَ بِهَا. وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: قَدْ حَلَّفَنِي مَرَّةً فَلْيَحْلِفْ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْنِي مُكِّنَ فِي الْأَصَحِّ.

وَإِذَا نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَقَضَى لَهُ وَلَا يَقْضِي بِنُكُولِهِ، وَالنُّكُولُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا نَاكِلٌ أَوْ يَقُولَ لَهُ الْقَاضِي احْلِفْ فَيَقُولُ لَا أَحْلِفُ، فَإِنْ سَكَتَ حَكَمَ الْقَاضِي بِنُكُولِهِ، وَقَوْلُهُ لِلْمُدَّعِي احْلِفْ حُكْمٌ بِنُكُولِهِ. وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ فِي قَوْلٍ كَبَيِّنَةٍ، وَفِي الْأَظْهَرِ كَإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَهَا بَيِّنَةً بِأَدَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ لَمْ تُسْمَعْ.

فَإِنْ لَمْ يَحْلِفِ الْمُدَّعِي وَلَمْ يَتَعَلَّلْ بِشَيْءٍ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْيَمِينِ وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ خَصْمِهِ، وَإِنْ تَعَلَّلَ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ أَوْ مُرَاجَعَةِ حِسَابٍ أُمْهِلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ. وَقِيلَ أَبَدًا، وَإِنْ اُسْتُمْهِلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حِينَ اُسْتُحْلِفَ لِيَنْظُرَ حِسَابَهُ لَمْ يُمْهَلْ. وَقِيلَ ثَلَاثَةً، وَلَوْ اُسْتُمْهِلَ فِي ابْتِدَاءِ الْجَوَابِ أُمْهِلَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ. وَمَنْ طُولِبَ بِزَكَاةٍ فَادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى سَاعٍ آخَرَ أَوْ ادَّعَى غَلَطَ خَارِصٍ وَأَلْزَمْنَاهُ الْيَمِينَ فَنَكَلَ وَتَعَذَّرَ رَدُّ الْيَمِينِ فَالْأَصَحُّ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْهُ. وَلَوِ ادَّعَى وَلِيُّ صَبِيٍّ دَيْنًا لَهُ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ لَمْ يُحَلَّفِ الْوَلِيُّ. وَقِيلَ: يُحَلَّفُ. وَقِيلَ: إِنِ ادَّعَى مُبَاشَرَةَ سَبَبِهِ حُلِّفَ]. قال الشارح: [فَصْلٌ: تُغَلَّظُ يَمِينُ مُدَّعٍ وَمُدَّعًى عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ، وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ، وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ فِي اللِّعَانِ][1].

---

[1] هذا الجزء من «المنهاج» بطر بعض شرحه في الأصل، وقد شرحه الخطيب=

في «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٦٦-٦٨) فقال: **(تُغَلَّظُ)** نَدْبًا **(يَمِينُ مُدَّعٍ)** الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ أَوْ مَعَ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ **(وَ)** تُغَلَّظُ نَدْبًا أَيْضًا يَمِينُ **(مُدَّعًى عَلَيْهِ)** وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ الْخَصْمُ تَغْلِيظَهَا **(فِيمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ مَالٌ)** كَنِكَاحٍ وَطَلَاقٍ، وَلِعَانٍ، وَقَوَدٍ، وَعِتْقٍ، وَإِيلَادٍ، وَوِصَايَةٍ، وَوَكَالَةٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّغْلِيظُ يَجْرِي فِي كُلِّ حَالَةِ خَطَرٍ مِمَّا لَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ. فَإِنْ قِيلَ: يَرِدُ عَلَى هَذَا الْوِلَادَةُ وَالرَّضَاعُ وَعُيُوبُ النِّسَاءِ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَيَجْرِي فِيهَا التَّغْلِيظُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ قَبُولُ شَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَتَيْنِ وَالنِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ لِقِلَّةِ خَطَرِهَا، بَلْ لِأَنَّ الرِّجَالَ لَا يَطَّلِعُونَ عَلَيْهَا غَالِبًا، وَقَدْ صَرَّحَ الشَّيْخَانِ بِهَذَا الْجَوَابِ بِالنِّسْبَةِ إلَى شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ، وَالْمَعْنَى فِي التَّغْلِيظِ أَنَّ الْيَمِينَ مَوْضُوعَةٌ لِلزَّجْرِ عَنْ التَّعَدِّي، فَشُرِعَ التَّغْلِيظُ مُبَالَغَةً وَتَأْكِيدًا لِلرَّدْعِ، فَاخْتُصَّ بِمَا هُوَ مُتَأَكِّدٌ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كَهَذِهِ الْمَذْكُورَاتِ وَتَوَقُّفِ الْإِمَامِ فِي الْوَكَالَةِ، وَقَالَ: التَّغْلِيظُ فِيهَا إنَّمَا يَكُونُ فِيمَا يَعْظُمُ خَطَرُهُ، وَالْوَكَالَةُ فِي دِرْهَمٍ لَا تَزِيدُ عَلَى مِلْكِ الدِّرْهَمِ، فَلَا يَبْعُدُ مَنْعُ التَّغْلِيظِ فِيهَا، وَلَكِنْ إطْلَاقُ الْأَصْحَابِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَفِي مَالٍ يَبْلُغُ نِصَابَ زَكَاةٍ) لَا فِيمَا دُونَهُ؛ لِأَنَّهُ الْمَوْصُوفُ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبَ الْمُوَاسَاةَ فِيهِ. نَعَمْ لِلْقَاضِي ذَلِكَ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ إنْ رَآهُ لِجَرَاءَةٍ يَجِدُهَا فِي الْحَالِفِ. تَنْبِيهٌ: قَضِيَّةُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ التَّغْلِيظُ فِي أَيِّ نِصَابٍ كَانَ مِنْ نَعَمٍ وَنَبَاتٍ وَغَيْرِهِمَا وَهُوَ وَجْهٌ حَكَاهُ الْمَاوَرْدِيُّ. وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ التَّغْلِيظُ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنْ شَعِيرٍ وَذُرَةٍ وَغَيْرِهِمَا لَا يُسَاوِي خَمْسِينَ دِرْهَمًا، وَالَّذِي فِي «الرَّوْضَةِ» وَأَصْلِهَا اعْتِبَارُ عِشْرِينَ مِثْقَالًا ذَهَبًا أَوْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فِضَّةً تَحْدِيدًا، وَالْمَنْصُوصُ فِي «الْأُمِّ»، وَالْمُخْتَصَرِ اعْتِبَارُ عِشْرِينَ=

دِينَارًا عَيْنًا أَوْ قِيمَةً، وَقَالَ الْبُلْقِينِيُّ: إِنَّهُ الْمُعْتَمَدُ حَتَّى لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ مِنْ الدَّرَاهِمِ اُعْتُبِرَ بِالذَّهَبِ. وَالْأَوْجَهُ كَمَا قَالَهُ شَيْخُنَا اعْتِبَارُ عِشْرِينَ دِينَارًا أَوْ مِائَتَيْ دِرْهَم أَوْ مَا قِيمَةُ أَحَدِهِمَا، وَحُقُوقُ الْأَمْوَالِ كَالْخِيَارِ وَالْأَجَلِ، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ إنْ تَعَلَّقَتْ بِمَالٍ هُوَ نِصَابٌ غَلُظَ فِيهَا وَإِلَّا فَلَا، وَاحْتُجَّ لِلتَّغْلِيظِ بِمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ رَأَى قَوْمًا يَحْلِفُونَ بَيْنَ الْمَقَامِ وَالْبَيْتِ، فَقَالَ: أَعَلَى دَمٍ؟

فَقَالُوا: لَا، فَقَالَ: أَفَعَلَى عَظِيمٍ مِنْ الْمَالِ؟ قَالُوا: لَا، قَالَ: خَشِيتُ أَنْ يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بِهَذَا الْمَقَامِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ يَمِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالْمُدَّعِي وَلَوْ مَعَ شَاهِدٍ كَمَا مَرَّ.

وَقَدْ يَقْتَضِي الْحَالُ التَّغْلِيظَ مِنْ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ كَعَبْدٍ خَسِيسٍ لَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ نِصَابَ الزَّكَاةِ ادَّعَى عَلَى سَيِّدِهِ عِتْقًا أَوْ كِتَابَةً فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ فَتُغَلَّظُ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ لَيْسَ بِمَالٍ، لَا عَلَى سَيِّدِهِ إذَا حَلَفَ؛ لِأَنَّ قَصْدَهُ اسْتِدَامَةُ مَالٍ قَلِيلٍ، وَتُغَلَّظُ فِي الْوَقْفِ إنْ بَلَغَ نِصَابًا عَلَى الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ. وَأَمَّا الْخُلْعُ بِالْقَلِيلِ مِنْ الْمَالِ إنْ ادَّعَاهُ الزَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ الزَّوْجَةُ وَحَلَفَتْ أَوْ نَكَلَتْ وَحَلَفَ هُوَ فَلَا تَغْلِيظَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِنْ ادَّعَتْهُ وَأَنْكَرَ وَحَلَفَ أَوْ نَكَلَ وَحَلَفَتْ هِيَ غُلِّظَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ قَصْدَهَا الْفِرَاقُ وَقَصْدَهُ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ.

أَمَّا الْخُلْعُ بِالْكَثِيرِ فَتُغَلَّظُ فِيهِ مُطْلَقًا، وَلَا تُغَلَّظُ عَلَى حَالِفٍ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ يَمِينًا مُغَلَّظَةً بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّغْلِيظَ مُسْتَحَبٌّ وَلَوْ كَانَ حَلِفُهُ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ النَّصِّ، وَإِنْ قَيَّدَهُ فِي الرَّوْضَةِ كَأَصْلِهِ بِالطَّلَاقِ (وَسَبَقَ بَيَانُ التَّغْلِيظِ) بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَحُضُورِ جَمْعٍ (فِي) أَثْنَاءِ كِتَابِ (اللِّعَانِ) لَكِنْ لَا يُغَلَّظُ هُنَا بِحُضُورِ جَمْعٍ كَمَا صَوَّبَهُ فِي زِيَادَةِ «الرَّوْضَةِ» انتهى.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَد ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً سَقَطَتَا،

ورأيت في «روضة الحكام»: إذا ادَّعى الوصي فنكل الخصم، ينقل اليمين إلى الصبي حتى يحلف إذا بلغ، ويوقف المال إذا كان عينًا كما يوقف إذا كان القيم شاهدًا واحدًا، وادعى المدعي أن له شاهدًا آخر، وقيل: يخرج من يده.

قال جدي: والمذهب: إنها لا تخرج من يده، وإن كان دينًا في الذمة أمر بتعيينه أو حجر عليه في ماله حتى يبلغ الطفل، ومن قال في العين تخرج من يده يقول في الدين مثله. هذا لفظه، ولا وجه لأمره بتعيين الدين ولا باستخراجه منه، أفتى ابن عبد السلام أنه إذا ثبت دين الطفل أو مجنون على تركة مستحقها كذلك أنه يؤخذ في الحال، ولا يتوقف أخذه على بلوغه ويمينه؛ إذ لا يجوز تأخير حق يجب على الفور لأمر محتمل، قال: ولا يشهد كذلك شيئًا من أصول الشرع، ويتأخر اليمين إلى بلوغ الصبي رشده وإفاقة المجنون رشدًا، قاله في «الموصليات».

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ:

ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ) أي: ولم ينسبها ذو اليد إلى أحدهما بحال لا قبل البينة ولا بعدها.

(وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً) أي: بأنها له.

(سَقَطَتَا) لأنهما متناقضتان الموجب، ولا ترجيح دليلين تعارضا ولا ترجيح، فعلى هذا كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف، ونسبه في «البحر» وغيره، وهذا القول إلى القديم، وفي «الشامل»: إنه المنصوص هنا يعني في «المغني».

وقال في موضع آخر: إنه الجديد، وقاله غيره، قال الربيع: وهو الصحيح، والظاهر على ترجيحه جرى العراقيون وغيرهم، وقال البندنيجي: إنه المنصوص في «الأم» و«البويطي» وبه قال أحمد ومالك في رواية، واختاره المزني.

وَفِي قَوْلٍ تُسْتَعْمَلَانِ، فَفِي قَوْلٍ يُقْسَمُ، وَقَوْلٍ يُقْرَعُ، ....

قال: (**وَفِي قَوْلٍ تُسْتَعْمَلَانِ**) أي: صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان، وهذا ما عزاه في «الشامل» في موضع إلى القديم، وهو عند المراوزة مخصوص بما إذا لم يتكاذبا صريحًا، كما إذا شهدا بالملك، فإنا نقول: لعل واحدة منهما سمعت وصية أو ترى أو غيره، فأمَّا إذا تكاذبتا صريحًا بأن شهدت بقتله وقت كذا وأخرى بحياته، وقيد، وطريقة العراق: عدم الفرق، بل قال البندنيجي: إن التعارض أن تشهد كل بينة بضد الأخرى على صفة لا تنفك عن التكاذب بأن شهدت بينة أنه باع كذا من زيد مع الزوال، وأخرى أنه باعه من عمرو مع الزوال، أو أن عَمر قتل زيدًا بالبصرة، والأخرى أنه قتله بالكوفة.

واختار القاضي الحسين التساقط في كل موضع يقطع فيه بكذب إحديهما، وقول الاستعمال في كل مسألة يحتمل فيها صدق البينتين، والحاصل ثلاث طرق: القطع بالتساقط إذا لم يجمع القطع بالاستعمال إذا أنكر الجمع طرد القولين في الحالين، قال الرافعي: وهو الأشهر وإيراد، أي: الحسن العبادي ينساق إلى طريقة أخرى بنفي الخلاف، ويقطع بالتساقط عند تيقن الكذب في إحديهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقها، كما في الوصية، قال مفرعًا على قول الاستعمال.

قال: (**فَفِي قَوْلٍ: يُقْسَمُ**) أي: ما يقبل القسمة، والمراد أن يجعل بينهما نصفين لما في «صحيح» ابن حبان عن أبي هريرة: **«إن رجلين تداعيا دابة، فأقام كل واحدٍ منهما شاهدين فجعلهما النبي ﷺ بينهما نصفين»**(١).

وعن أبي موسى: **«أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُول الله ﷺ فِي بَعِير فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِد منهما شَاهِدَيْن فَقَضَى بِهِ بَيْنهمَا نِصْفَيْنِ»**(٢) قال الحاكم: صحيح على شرطهما، ورواه أبو داود بإسناد كلهم ثقات وأعل بما سيأتي؛ ولأن البينة أقوى من إليه، ولو تساويا في اليد يقسم بينهما.

قال: (**وَقَوْلٍ يُقْرَعُ**) ويرجح جانب القارع لما في «مراسيل» أبي داود عن

---

(١) أخرجه ابن حبان (٥١٥٩). (٢) رواه أبو داود (٣٦١٧).

وَقَوْلٍ تُوَقَفُ حَتَّى يَبِينَ أَوْ يَصْطَلِحَا، ....

سعيد بن المسيب قال: اختصم رجلان إلى رسول الله ﷺ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة، فأسهم رسول الله ﷺ بينهما وقال: «**اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا**» فقضى للذي خرج له السهم(١) وذكر البيهقي له شاهدًا.

قال: (**وَقَوْلٍ تُوَقَّفُ حَتَّى يَبِينَ أَوْ يَصْطَلِحَا**) لأن إحديهما صادقة والأخرى كاذبة، فأشبه المرأة يزوجها وليَّان مرتبان وينسى السابق، وكما لو طلَّق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان، وسكت الشيخان عن ترجيح شيء من هذه الأقوال المفرَّعة على الاستعمال.

وقال القاضي الحسين والإمام: إن قول الوقف أعدلها، وصححه الفارقي.

وقال في «البسيط»: إنه الوجه، وفي «البيان»: قال الربيع: وهو الأصح، وقال الماوردي: إن البصريين امتنعوا من تخريجه وهو الأشبه؛ لأن وقف البينة على البيان يوجب الحكم به لا بالبينة، انتهى.

وبسط الشافعي في «الأم» القول في المسألة، ثم قال: وأنا أستخير الله تعالى في القول بالقرعة أو القسمة وأنا فيه واقف، ثم لا يعطى واحد منهما شيئًا ويوقف حتى يصطلحا، انتهى.

تتمات: إذا أقر ذو اليد بالعين لأحدهما بعد ما أقاما البينتين.

فإن قلنا: بالتساقط قبل إقراره وحكم به، وإن قلنا: بالاستعمال فوجهان:

أحدهما: يصير المقر له كصاحب يد فتُرجح بينته.

وثانيهما: لا؛ لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعًا، وصار المقر له صاحب يد قاله في «الروضة» ولم يرجحا في صورة الوجهين شيئًا، ويشبه أن ترجيح ثانيهما لما ذكره فيما أجاب له المرجحون للتساقط من حديث أبي هريرة باحتمال كون المدعي في أيديهما

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٧٣).

وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ، ....

معًا، فأبطل البينتين وقسمه بينهما باليد، وجزم بعضهم بحمله عن ذلك، وعن حديث أبي موسى بأنه جاء في «سنن» أبي داود وغيره، وذكره البيهقي في «خلافياته»: إنه ليست لواحد منهما بينة، ثم قال البيهقي: وفيه مقال من وجهين:

أحدهما: إن سنته تختلف كما بيَّناه وهو حديث واحد.

والثاني: إن فيه إرسالًا يقال: إن أبا بردة لم يسمعه من أبي موسى، قال حماد بن سلمة: قال سماك بن حرب: أمَّا حديث أبي بردة بهذا الحديث، ولهذه العلة لم يخرجه الشيخان في «الصحيح» وأجابوا عن مرسل سعيد بأنه يحتمل أن يكون ذلك الأمر عتقًا أو قسمة قاله في «الشامل» وغيره، وعن القياس على أسبق النكاحين بإمكان التذكر هناك، وبالله التوفيق.

قال البغوي: زيف الشافعي قول القسمة، وقال: إنه قضاء على خلاف ما يدَّعيه كل واحد منهما بخلاف البينتين، وأعرضنا عن التفريع على قول الإقراع.

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِمَا**) وادَّعى كل واحد منهما جميعها لنفسه كما سبق.

(**وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ بَقِيَتْ كَمَا كَانَتْ**) قال الرافعي: هذا حاصل الفتوى عن طريقين الأولى، وبها أخذ الفوراني، يجيء القولان في السقوط والاستعمال، فإن أسقطنا ففي المال في أيديهما كما كان، وإن استعملنا فعلى قول القسمة يجعل بينهما ولا يجيء قول الوقف إذ لا معنى له مع ثبوت اليد، وفي القرعة وجهان ـ أي: وفي مجيء قول القرعة وجهان ـ كما قاله في «العمد».

والثانية: وبها قال ابن الصباغ والبغوي: يجعل المال بينهما؛ لأن بينة كل واحد منهما ترجحت فيما بيده وكان هو؛ لأنهم امتنعوا من إجراء الأقوال وقالوا: بحلها ما إذا خلت البينتان عن ترجيح، واليد من أسباب الترجيح، انتهى.

وابن الصباغ وغيره نقلوا المسألة عن «الأم» ولفظ «الشامل»: تنازعا دارًا في يدهما، وأقام كل بينة أن جميعها له حكم ببينة كل واحدٍ منهما في نصفها؛

....

لأن مع بينته فيه يد، وهل يحلف مع بينته؟ فيه قولان ذكرناهما في بينة الداخل والخارج، انتهى.

وعبارة «تعليق» البغوي: ولو أقام كل واحد منهما بينة فيجعل الدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما ترجحه بينته في النصف الذي في يده، وبيان هذا: إنه لو أقام أحدهما بينة سمعت في النصف الذي في يد صاحبه دون النصف الذي في يده، فصاحبه إذا أقام بينة سمعت على الذي في صاحبه، وفي الذي في يده ترجيحه باليد، ثم الذي أقام بينة أولًا يعيد البينة على النصف الذي في يده؛ لأن الذي في يده قد زال بإقامة صاحبه البينة، فلا جزم بقول يحتاج إلى إقامة البينة؛ ليقع التعارض باليد، ثم تكون الدار بينهما نصفين حتى لو لم تعد البينة تقضي لشريكه بكل الدار، انتهى.

ونقل الرافعي ـ يعني هذا ـ في المختصر عن الأئمة، ثم قال: وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يتساهل في الإعادة، انتهى.

تنبيهات وتتمات:

منها: الطريقان فيما إذا شهدت كل بينة بجميع الدار، فأمَّا إذا شهدت لكل منهما بينة بالنصف الذي في يد صاحبه حكم القاضي لكل واحد منهما بما في يد صاحبه، ويكون المال في يدهما أيضًا كما كان، لكن لا بجهة التساقط ولا بجهة الترجيح باليد ولو كان لأحدهما بينة دون الآخر قضي له بالكل، سواء شهدت له بالكل أو بالنصف الذي بيد صاحبه.

ومنها: صورة المسألة كما قال الماوردي: إذا تكافأت البينتان، أمَّا لو ترجحت إحداهما بتقديم الملك خلص لصاحبها النصف الذي بيده ويقابل في النصف الآخر ترجيح بينة تقديم الملك، وترجيح بينة الآخر باليد، فعلى قول أبي إسحاق: يحكم له ترجيحًا لبينته تقديم الملك وقصر جميع الدار له، وعلى ظاهر المذهب وما عليه الجمهور: يحكم بالنصف الآخر لذي اليد، فتصير الدار بينهما نصفين بغير أيمان قولًا واحدًا؛ لأنه محكوم لها بالنصفين من غير

……

إسقاطِ لهما ولا قسمة باستعمالهما.

ومنها: لو لم يكن لواحدٍ منهما بينة فكل واحدٍ مدَّعٍ في نصف، ومدَّعًا عليه في نصف، فيحلف كل على نفي ما يدعيه الآخر ولا يتعرفن واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه فيما في يده نص عليه الشافعي ﷺ وهو المذهب، فإن حلفا أو نكلا ترك المال في يدهما كما كان وأحلف واحد قضي له بالكل، ثم إن حلف من بدأ القاضي به ونكل الآخر بعده حلف الأول اليمين المردودة، وإن نكل الأول وبذل الثاني اليمين فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي بيده ويمين الإثبات للنصف الذي ادَّعاه هو فهل يكفيه الآن يمين واحدة يجمع النفي والإثبات أم لا بدّ من يمين للنفي وأخرى للإثبات؟ فيه وجهان:

أصحهما: في «أصل الروضة» الأول، فيحلف أن الجميع له لا حق لصاحبه فيه، أو يقول: لا حق له في النصف الذي يدعيه والنصف الآخر لي قاله الرافعي، وقال ابن أبي الدم: يحلف كل واحدٍ منهما أنه مالك لنصفها ولا يحلف أنه مالك لجميعها، وإن كان مدعيًا لجميعها وفيه وجوه: إنه يحلف على الجميع اعتبارًا بالدعوى هكذا ذكره الماوردي، وذكر القاضي أبو الطيب في «التعليق»: إنه يحلف على النصف ولا يجوز أن يحلف على الكل، قال: ومن صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ، قال: وهكذا الحكم فيما إذا تداعيا حائطًا بين داريهما وسقفًا بين سفل وعلو يحلف كل واحد على النصف ولا يحلف على الكل، انتهى.

وهذا ما صححه الشيخان في الصلح، والمنسوب ثَمَّ في «الحاوي» و«البحر» إلى الجمهور: إنه يحلف على جميعه؛ لأنه يحلف على ما يدَّعيه وهو يدَّعي جميعه.

وسبق أنه على الوجهين: إنه لا بدّ أن يتضمن يمينه النفي والإثبات، وإن في «النهاية» أنه يحلف على النصف الذي بيده يمين النفي، والذي بيد صاحبه يمين الإثبات.

....

وقال الماوردي: إذا اختلفا في متاع البيت حلف كل واحد من الزوجين على نصفه وجعل بينهما نصفين، ولا يحلف على ما في يد صاحبه، وعند أبي حنيفة: يحلف كل واحدٍ منهما على جمعه.

قال ابن أبي الدم: وهذا تناقض ما ذكره في مسألة الحافظ، ويجب طرد الخلاف في متاع البيت، وقال الشيخ أبو علي: يحلف كل واحدٍ: إنه لا يلزمني تسليم ما في يدي إليك، ثم يقسم بينهما نصفين، وقال الشيخ أبو نصر: يحلف كل واحدٍ على ما في يده وهو نصفه، انتهى.

فَرْعٌ: في يده عين فادَّعاها زيد وأقام بها بينة، فحكم له بها وسُلِّمت إليه، ثم جاء عمرو فادَّعاها وأقام بينة بها، قال ابن سريج: تعارضت فإن قلنا: بالسقوط فكما لو لم تكن بينة، وإن قلنا: يستعملان فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة؛ ليعارض بها بينة عمرو؟ ينبني على القولين في البينتين إذا شهدت إحداهما تملك متقدم، فإن قدَّمناها لم يحتج زيد إلى إعادة بينة، وإن قلنا: باستوائهما فهل يحتاج زيد إلى إقامة بينة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يحتاج إلى إعادتها قد أثبتت الملك له يوم الشهادة، والأصل: بقاؤه إلى أن يعلم خلافه.

والثاني: يحتاج إلى إعادة بينته؛ لأن الحكم والتعارض في الملك في الحال، وبينة زيد لم تشهد له بالملك في الحال بل في وقت متقدم، فلا بدّ أن يثبت له الملك في الحال؛ لتعارض البينة التي شهدت لعمرو بالملك في الحال، ذكره العمراني وغيره.

فَرْعٌ: ادَّعى نصف دار وآخر كلها وهي بيد ثالث، وأقام كل بينة تعارضتا في النصف فعلى قولين: «الوجيز» يسقطان في النصف المتعارض فيه، وأمَّا النصف الآخر فعن ابن سريج وجماعة: إنه على قولين في تبعيض الشهادة إن منعناه يطلب في ذلك النصف أيضًا وكان لا بينة لهما، وإن نقضاها سلِّم النصف لمدعي الكل.

....

وامتنع الشيخ أبو حامد من هذا التخريج، وقال: موضع الخلاف ما إذا كان الرد في البعض لتهمة من عداوة وغيرها، فأمَّا إن كان بسبب التعارض فما ينبغي أن يتأثر به الباقي، أمَّا إذا قلنا: بالقسمة عند التعارض ترد كل بينة في بعض ما شهدت به ولا يخرج الباقي على ذلك الخلاف، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي، وإن قلنا: بالاستعمال سلِّم المدَّعي الكل النصف، ويقسم النصف الآخر، وإن قلنا: بالقسمة ويكون لمدَّعي الكل ثلاثة أرباعها، وإن أقرعنا فيقرع للنصف، وإن توقفنا وقف، ولو تداعياها لذلك وهي في يدهما والقول قول مدَّعي النصف في النصف الذي بيده، فإن أقام الآخر بينة بالكل قضي له بالكل، وإن أقام كل واحدٍ بينة بدعواه بقيت في يدهما كما كانت، ولكن التصوير فيما إذا أقام مدَّعي الكل بينة أو لا؛ لأن الآخر لا يدَّعي إلا النصف وهو ذو يد فيه، وذو اليد لا يحتاج إلى بينة في الابتداء كما سنبينه، فإذا أقامها أقام مدَّعي النصف بينة فرجح باليد ولا يضر تعرض بينة مدَّعي الكل للكل، وإن استغنى عنها في النصف الذي بيده، ولو اقتصرت البينة على أن النصف الذي بيد صاحبه له حصل العرض أيضًا، ولو ادَّعى أحدهما الثلث والآخر الكل، فإن كانت الدار بيد ثالث فعلى قولٍ يتساقطان في الثلث، وهل تبطل بينة الكل في الثلثين؟ فيه ما سبق من الترجيح على التبعيض ومنعه، وإن استعملنا وقسمنا حصل لمدعي الكل خمسة أسداسها، وإن أقرعنا أقرع في الثلث، أو بالتوقف، وقد وقف، وإن كانت في يدهما وأقام كل بينة فلمدعي الثلث الثلث، والباقي للآخر.

فَرْعٌ: في يد بكر دار فادَّعى زيد نصفها، فصدَّقه، وعمرو نصفها فكذَّبه بكر وزيد، ولم يبدِ واحد منها لنفسه، فهل تُسلَّم لعمرو أو توقف بيد بكر، أو ينتزعها القاضي ويحفظها إلى ظهور مالكها؟ أوجه أوردها الفوراني، زاد في «الروضة».

قلت: أقواها الثالث، والله أعلم.

وقد قال فيما إذا ادَّعى عليه عينًا فقال: هي لرجل لا أعرفه أو لا أسميه أن أصح هذه الأوجه ألَّا تنزع من يده، كما سبق بما فيه، ولعل هذه الصورة أولى بالإبقاء في يده.

وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ، وَقِيلَ: لَا.

فَرْعٌ: دار بيد ثلاثة، ادَّعى أحدهم كلها وآخر نصفها والثالث ثلثها، وأقام كل واحد من الأولين بينة على ما ادَّعاه دون الثالث، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد، ولمدَّعي النصف كذلك، ثم لمدعي الكل أيضًا نصف مما في يد الثالث بينة التسليم عن المعارض، وفي النصف الآخر منه بينته وبينة مدَّعي النصف، فإن أسقطاها فالقول قول الثالث في هذا السدس، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان في تبعيض الشهادة، وإن قلنا بالاستعمال لم يحلف الإقراع والتوقف، وإن قسمنا قُسِّم بينهما هذا السدس بالسوية، فيصير الكل نصف ونصف سدس، وللمدعي الباقي، هكذا أورده الشيخ أبو علي وغيره.

فَرْعٌ: تداعا عينًا في يد ثالثٍ، فأنكر وأقام أحدهما بينة أنه غصبها منه، وأقام الآخر بينة أنه أقر بغصبها منه، فالبينة الأولى أولى؛ لأنه لما ثبت الغصب من طريق المشاهدة، فقد أقرَّ هو بالغصب لغيره فلغي إقراره، نصَّ عليه في «الأم» و«المختصر» وجرى عليه الأصحاب.

قال الأئمة: ولا زعم هاهنا ولا عزم هاهنا على المقر للمقر له قولًا واحدًا، وقد ذكرنا هذا الفرع مرة، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ بِيَدِهِ فَأَقَامَ غَيْرُهُ بِهَا بَيِّنَةً وَهُوَ بَيِّنَةً قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ إِلَّا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ أُزِيلَتْ يَدُهُ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِهِ مُسْتَنِدًا إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ يَدِهِ وَاعْتَذَرَ بِغَيْبَةِ شُهُودِهِ سُمِعَتْ وَقُدِّمَتْ وَقِيلَ: لَا**) من أسباب الترجيح عندنا اليد، فتقدم بينة الداخل وهو ذو اليد على بينة الخارج وهو من لا يد له في المدعي، إلا بمسائل يأتي بيانها ـ إن شاء الله تعالى ـ إذا عرفت هذا فهل يشترط في سماع بينة الداخل أن بين سبب الملك من شراء أو إرثٍ أو غيرهما فيه وجهان:

أحدهما: نعم إذ ربَّما اعتمد بظاهر يد، وأصحهما: سماعها مطلقة كتبه

....

الخارج مع احتمال أنهم اعتمدوا يدًا سباقة، كذا أورد الخلاف وجهين تبعًا للمراوزة.

قلت: قال إبراهيم المروزي: واختار القاضي الحسين الاشتراط احتياطًا.

قلت: والمختار عند عبارة البينة؛ لأنها قد تظن ما ليس بسبب الملك سببًا، وروى الماوردي والبندنيجي الخلاف قولين: القديم: نعم، والجديد: الاكتفاء بالإطلاق، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن تبين الداخل والخارج والسبب الملكي، أو يطلقا ولا بين إسناد البينتين إطلاقهما، إذا سمعنا بينة الداخل مطلقة، ولو تعرضنا للسبب فلا فرق بين أن يتفق السببان أو يختلفا، ولا بين أن يسند الملك إلى شخص بأن يقول كل واحد منهما: اشتريته من زيد أو يسند إلى شخصين، وقيل: إذا أُسند إلى شخص واحد تساويا باتفاقهما على أن اليد كانت لثالث، وكل واحد يدعي الانتقال منه، ذكره الفوراني، واقتضى إيراد الرافعي شذوذه.

وحكى الماوردي الوجهين فيما إذا كانت دعواهما انتقال ذلك إليهما منه بالبيع، واقتضى إيراده ترجيح التسوية كما بينته في «الغنية» إذا علم فمتى يسمع بينة الداخل، ولها أحوال:

أحدها: أن يقيمها قبل أن يدعي عليه شيئًا، وظاهر المذهب أنها لا تسمع؛ لأن الحجة إنما تقام على خصم ولا خصم، فلا حاجة إليها، وقيل: تسمع لغرض التسجيل.

الثاني: أن يقيمها بعد الدعوى وقبل إقامة الخارج البينة فإن سمعنا بها في الحالة الأولى وإلا فوجهان: أصحهما: المنع أيضًا.

الثالث: أن يقيمها بعد إقامة الخارج البينة وقبل تعديلها، فإن سمعناها في الحالة الثانية فهنا أولى، وإلا فوجهان: أصحهما: تسمع ويحكم بها؛ لأن يده حينئذ قد أشرفت على الزوال، فنمت الحاجة إلى تأكدها ودفع الظاهر فيها.

الرابع: أن يقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها وقبل الحكم بها فقد أقامها

....

في أوانها فتسمع لا محالة، فإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي وسلَّم المال إليه.

قال الرافعي: فإن لم يسند الملك إلى الأول فهو الآن مدع خارج، وإن أسندها إلى ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة الشهود ونحوها فهل تسمع بينته، وتقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليد مقضي بزوالها وبطلانها ولا ينقض القضاء.

وأصحهما: إنها تسمع كبينة أجنبي يقيمها بعد قضاء القاضي للمدعي وينقض القضاء الأول؛ لأنها إنما أزيلت لعدم الحجة، وقد قامت الحجة الآن، وإن أقام البينة بعد القضاء للمدَّعي وقبل الانتزاع والتسليم فوجهانِ مرتبان، وأولى بالسماع والتقديم؛ لبقاء اليد حينًا، وبالمنع أخذ القاضي الحسين.

قال الهروي: قال القاضي الحسين: أشكلت على هذه المسألة نيفًا وعشرين سنة لما فيها من نقص الاجتهاد بالاجتهاد وتردد جوابي فيها، فذكرت مرة: إنه تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإن لم يتأكد فوجهان، ثم استقر رأي على أنه لا ينقض؛ سواء كان قبل التسليم أو بعده، هذا حاصل ما أورده الرافعي في المسألة، وله:

تنبيهات:

منها: في «فتاوى» البغوي: إنه لو أقام بينة أن هذه الدار التي بيد زيد وقفها، أي: علي، وكانت ملكًا له يوم وقف، فأقام زيد بينة أنها ملكه قضي لزيدٍ ليده، وهذا قضية إطلاق الكتاب وغيره، وربما ذكرت فيه خلافًا.

ومنها: أطلق في «المهذب» وغيره: إنه لو حكم للخارج وسلَّمه العين، ثم أقام الداخل البينة إنها ملكه، فإنها تسلم إليه، وهو ما أورده الماوردي والقاضي أبو الطيب، وادَّعى فيه الإجماع، ونقله ابن شداد عن العراقيين، ثم قال وحكى الخراسانيون وجهًا: إنها لا تسمع.

....

قال ابن الرفعة: وحكى الإمام في سماع بينته عن القاضي الحسين وجهين:

أحدهما: تسمع إذا أسندت الملك إلى حال قيام يده ثم أدامته إلى إحالة الدعوى، كما كان يقضى له لو أقامها زيد بعد قائمة.

وأظهرهما: عند القاضي المنع، نعم إن أقام بينة على تملك من صاحب اليد الآن سمعت.

قال الإمام: وهذا الوجه يحتاج إلى شرح، فذكره ثم قال: وحاصل هذا الوجه: إن البينة المطلقة كانت تسمع منه في حال دوام يده على المذهب الظاهر، وإذا أزيلت يده فلا تسمع، أي: مطلقة.

وسلك الرافعي تبعًا للغزالي في التفسير عن الحكم في هذه المسألة ما سبق، وحاصل ما ذكر يرجع إلى ذكر خلاف في سماع البينة مطلقة في حالتي إسناد الملك إلى ما قبل إزالة اليد وفيما إذا لم يسنده، أمَّا الأول فظاهر، وأمَّا إذا لم يسنده فقال: إنه الآن يدّعي خارج، يعني: خارج انتزعت العين منه بالبينة، ولهم فيمن انتزعت العين منه بالبينة وعاد فادَّعى ملكها، فهل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من ذي اليد أم يكفيه دعوى الملك مطلقًا؟ وجهان:

الوجه الأول: جعله كأجنبي ودعواه المطلقة مسموعة بلا خلاف، فإذا أقام بينة مطلقة قضي له بها كما قاله القاضي الحسين وغيره، وعزاه الإمام إلى الأكثرين.

والوجه الثاني: وذكر الرافعي: إن بعض أصحاب الإمام قال: إنه الذي ذكره الأكثرون القياس على ما لو انتزعت منه بإقراره، فإنه يحتاج إلى ذكر التلقي الأعلى، ووجه شاذ سيأتي، وبالأول جزم الرافعي، أي: وخلائق وهو المذهب، وفرَّق الأولون بأن المقر مأخوذ بقوله في حق نفسه في المستقبل، ولهذا من أقر أمس يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير فوائد، وحينئذٍ يستصحب ما أقر به إلى أن يثبت انتقال بخلاف البينة، فإنها لم تشهد

....

إلا على الملك في الحال فلم يتسلط أثرها على الاستقلال، ومال الرافعي إلى ترجيح الوجه الأول وقال: إن مقتضى كلام الأصحاب ترجيحه؛ لأنَّا حكينا عنهم فيما إذا أقام الرجل بينة بالملك بعدما انتزعت العين بالبينة هل تسمع بينته ويقضي له بها خلافًا؟ **والأصح**: السماع والقضاء، وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى المال ولم يذكر التلقي، فأمَّا إذا ادَّعى التلقي فلا بدّ أن تسمع دعواه، وقد صرَّح به أبو الحسن العبادي.

قلت: وإبراهيم المروزي وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى ورجحنا وجه السماع؛ لزم أن يكون الراجح هاهنا: إنه لا حاجة إلى ذكر التلقي، قال ابن الرفعة: قلت: وفي هذا التخريج نظر؛ لأن محل السماع، ثم إذا أسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد يكفيهما بالدعوى السابقة معتذر التأخير إقامة البينة عن محلها بعينها مكانه إقامها قبل الحكم عليه، ودافعًا لما شهدت به بينة الخارج من أصله، فكذلك ينقض الحكم على هذا الوجه ويعذره كأن لم يكن، وليس كذلك هاهنا؛ لأن هذه دعوى منكرة وبينة مستأنفة، فلا يحسن إلحاقها بتلك البينة، والله أعلم، انتهى.

وهذا تحقيق ظاهر، وقول الشيخين: واعتذر بغيبة شهوده يقتضي اشتراط ذلك السماع والحكم وسكت عنه ساكتون، فإن اعتبر لظاهر أن دعواه الجهل بالبينة، أو بأنها تسمع منه مع حضورها كاعتذاره بغيبتها.

ومنها: وهو تتمة لما قبله، قال ابن أبي الدم: حكى الإمام عن القاضي الحسين: إنه لو أقامت بينة الخارج ولم يتمكن الداخل من إقامة بينة، فسلَّم القاضي العين إلى الخارج، ثم أحضر الداخل بينة فهل تسمع؟ فيه وجهان، قال القاضي:

أظهرهما: لا تسمع إلا أن يقيم بينة على تملك من وجهه الخارج، قال: والذي رأيته في «تعليق» القاضي ضد ما ذكره الإمام عنه، قال القاضي في «تعليقه» في موضع: إذا أقام الداخل بينة بعد القضاء عليه وقبل نزع العين من يده فيه وجهان: أصحهما: لا تسمع وبعد النزع مرتب على ما قبل النزع، ثم قال.

....

فَرْعٌ: لو أقام الداخل بينة بعد نزع العين من يده بأنه اشترى العين من الخارج أو وهبها منه وأقبضها له؛ لا تقبل منه قولًا واحدًا إلا أن هذا يؤدي إلى نقض قضاء القاضي، هذا لفظه وهو يناقض لما حكاه الإمام قطعًا، انتهى.

وسيأتي عن «فتاوى» القاضي ما ينازع فيما حكاه عن «تعليقه».

ومنها: قال الرافعي: هل يحلف الداخل مع بينته؟ فيه وجهان أو قولان:

أصحهما: ويحكى عن نصه في «القديم»: إنه لا يحلف كما لا يحلف الخارج مع البينة.

والثاني: يحلف؛ لاحتمال أن الشهود شهدوا بظاهر اليد، وبنوا هذا الخلاف على أن القضاء للداخل باليد أم بالبينة المرجحة باليد؟ أحد المأخذين: إن القضاء باليد؛ لأن البينتين إذا تعارضتا تساقطتا وصار كأنه لا بينة، فعلى هذا لا بد من اليمين.

والثاني: إن القضاء بالبينة وإنما ترجحت باليد كما يترجح الدليل في الأحكام الشرعية على معارضة، وإنما تسقط البينتان إذا تعارضتا بلا ترجيح، فعلى هذا لا حاجة إلى اليمين، انتهى.

وذكر غيره أن المنصوص: إنه لا يحلف وهو المذهب في «البحر» لكن قضية هذا البيان يكون الصحيح وجوب اليمين؛ لأن المذهب التساقط، ولهذا قال إبراهيم المروزي: وحيث سمعنا بينة الداخل ورجحناها هل يحلف معها؟ إن قلنا في بينتي الخارجين يتهاتران ويحلفان فهنا يحلف المدَّعى عليه، وإن قلنا يستعملان فهل يحلفان مع القرعة أم لا؟ فيه قولان، فعلى هذا في المدَّعى عليه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لقطع الشبهة.

وأظهرهما: لا، ويكتفي بيده ترجيحًا، انتهى.

قال ابن الرفعة: وكلام الإمام والقاضي الحسين مصرِّح بإجراء الخلاف في اليمين، وإن قلنا القضاء بالبينة، ثم قال: قال الإمام: إنَّا إذا حلَّفناه على

....

قول التهاتر حلَّفناه على النفي، وإذا حلَّفناه على قول الاستعمال حلَّفناه على إثبات الملك كما يحلف من خرجت له، وعبارة ابن أبي الدم: وهل يشترط في ترجيحه أن يحلف مع بينته إن طلب الخارج يمينه؟ فيه وجهان: فإن قلنا يحلِّفه فيحلف على إثبات ملكه لا على نفي ملك الخارج، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: وهل يحلف ذو اليد مع بينته أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: لا كالخارجي، والثاني: يحلف؛ لاحتمال شهادتهم بظاهر اليد، وربما تكون العين في يده بإعارة أو إجارة، وأصل هذين القولين: إن الترجيح حصل بالبينة أم باليد فيه وجهان: إن قلنا باليد حلف؛ لأنه قد تعارضت البينتان فسقطتا، ومن أصحابنا من قال: القولان يبنيان على تعارض البينتين في غير موضع ذي اليد، إن قلنا هناك يسقطان فهاهنا يحلف، وإن قلنا هناك يستعملان فهنا تقدم بينة باعتبار يده ولا يحلف، قال: وهذا أصح، انتهى.

ومنها: سبق أنه إذا انتزعت العين ببينة الخارج، ثم أقام الداخل بينة، إن الصحيح أنه يحكم له بها، وكنت أجزم بأنه محمول على ما إذا كان الحاكم ممن تقدم بينة الداخل أو وجدت قبل الحكم، كما دلَّ عليه كلام كثيرين.

ثم رأيت الماوردي قال قبل بَابِ الْقَافَةِ: إنه لو أقام زيد بينة بملكه دار في يده، ثم أقام عمرو بينة بأن حاكمًا حكم له على زيدٍ بملكها كشفت عن حكم الحاكم له، فإن بان أنه حكم له بها؛ لأن زيدًا لم يمكن له في تلك الحال بينة فنزعها منه بالبينة، وجب أن يتبين فساد حكمه بها لعمرو؛ لأن زيدًا قد أقام بها بينة مع يده، وإن بان أنه حكم له بها لعدالة بينته وجرح بينة زيد، فإن أعاد زيد تلك البينة المردودة لم يقبل واستمر الحكم لها لعمرو، وإن أقام بينة غيرها حكم له بالدار ونقض الحكم بها لعمرو، ولو بان أنه حكم بها لعمرو مع عدالة بينة كل واحد منهما؛ لأنه ممن يرى تقديم بينة الخارج على بينة الداخل ففي نقض حكمه بها لعمرو وجهان: **أحدهما**: المنع؛ لنفوذه باجتهاد، **والثاني**: ينقض ويحكم بها لزيد؛ لأن هذا الاختلاف وإن لم يكن فيه نص فالقياس فيه حكى والاجتهاد فيه قوي، فينقض بأقوى الاجتهاديين أضعفهما، وإنما ينقض

....

الاجتهاد بالاحتمال مع التكافؤ، واحتمال الترجيح.

قلت: وعلى الأول اقتصر شريح الروياني وهو الصحيح وقضية كلام الجمهور، ثم قال: وإن بان أنه حكم بها له ببينته ولم تسمع بينة زيدٍ نظر في الحاكم، فإن كان يرى ألَّا يحكم ببينة الداخل مع بينة الخارج ففي نقض حكمه الوجهان، وإن كان يرى تقديم بينة الداخل فلم يسمعها بعد سماع بينة الخارج نقض حكمه بها لعمرو وحكم بها لزيدٍ، وإن لم يتبين بعد الكشف البيِّن الذي أوجب الحكم بها لعمرو مع ثبوت يد زيدٍ وبينته، ففي نفوذ الحكم بها لعمرو وجهان، واقتضى كلامه: ترجيح النفوذ هنا، وضعف وجه النقض.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القاضي الحسين: رجل ادَّعى على رجل بأن هذه الدار أو الضيعة التي بيدك أقررت بأنها عارية في يدك من قبلي وأقام البينة بذلك، ثم أقام المدَّعى عليه بينة بأن تلك العين كانت ملكًا لأبي ووهبها مني، أو لأجنبي فباعها مني، أو أقام بينة مطلقة على أنها ملكه لم يكن ذلك دفعًا لبينة المدَّعي إلا أن يقيم بينة بأني ملكت هذه العين من جهة هذا المدَّعي بهبة أو شراء، انتهى.

وهذا منه موافق لكلام الأصحاب، ومخالف لما نقله ابن أبي الدم عن «تعليقه» وذكر في «الفتاوى» أيضًا: إنه لو ادَّعى عليه عينًا في يده فأنكر وحلف ثم مات، فليس للمدَّعي أن يحلِّف الوارث ثانيًا، فلو جاء وادَّعى على الوارث ثانيًا فأقام الوارث بينة إن أبانا حلف أو أقر للمدَّعي بذلك لم يجز له تحليفه، فإن أقام بينة على الوارث أخذ الحق كما لو أقامها على المورث في جناية، وكذا لو ادَّعى دينًا على رجل وحلَّفه ثم مات، فليس له تحليف الوارث وإن أقام بينة أخذ بها ما يدعيه، وقال في كره لعله أصح: إذا حلف المدَّعى عليه ثم مات، فادَّعى على وارثه بأن لي على أبيك كذا وأنت تعلم والتركة في يدك له أن يحلِّفه ثانيًا على العلم؛ لأنه يقول: حلف أبوك كاذبًا، ثم إذا حلف الوارث ومات له تحليف الوارث الثاني، انتهى.

وهذا حسن ويجب الجزم به إذا قال للوارث: وأنت تعلم وإنه حلف كاذبًا، أو قال: وأنت تعلم أن العين ملكي وإنه حلف كاذبًا، والله أعلم.

وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي اشْتَرَيْته مِنْك، فَقَالَ: بَلْ مِلْكِي وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَ الْخَارِجُ.

قال: (**وَلَوْ قَالَ الْخارِجُ: هُوَ مِلْكِي اشْتَرَيْته مِنْك، فَقال: بَلْ مِلْكِي، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ، قُدِّمَ الْخارِجُ**) أي: على المشهور لزيادة علم بينته وهذا ما أورداه، وزعم ابن الرفعة في «الكفاية»: إن بينة الخارج إذا بينت سبب الملك من بيع أو إيهاب ونحوها، وأطلقت بينة الداخل الشهادة بالملك إنها تقدم نصَّ عليه الشافعي، وعند بينة ابن سريج: بينة الخارج أولى؛ لأن معها زيادة علم، قال: كذا حكاه ابن أبي الدم.

قلت: والذي رأيته في «أدب القضاء» له: إن مذهبنا أن بينة الداخل تقدم على بينة الخارج إلا في مسائل:

منها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقًا، رجحنا بينة الخارج.

ومنها: إذا أقام الخارج بينة أنه اشتراها من ذي اليد وبينة أنه ورثها من أبيه، فبينة الخارج الجارح أولى، ذكره القاضي الحسين في «تعليقه».

ومنها: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه، فإن ذا اليد غصبها منه، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقًا، قال القاضي الحسين في موضعين من «تعليقه»: بينة الخارج أولى، قال: وفيه إشكال، وعند الأصحاب: بينة ذي اليد أولى، وحكى البغوي فيها وجهين مخالفًا لما أفتى أستاذه، وقال العراقيون كلهم أو غالبهم: بينة الخارج أولى، ولم يحك أحد منهم فيما أعلمه خلافًا، وقال الشيخ أبو علي: الصحيح إنه يقضى لذي اليد، والصحيح عندنا ما اختاره العراقيون؛ لأن مع بينة الخارج زيادة علم، وهو غصب ذي اليد لها منه، وبينة ذي اليد اعتمدت على ظاهر الذي ثبتت بينة الخارج أنها غاصبة، انتهى.

واقتضى إيراد الشيخ ترجيح ما رجحه، ثم قال في موضع: وإن لم يذكر بينة الداخل سبب الملك ولم يشترط ذكره، بل أطلقت الشهادة على المطلق له، وكانت بينة الخارج ذكرت سبب الملك له لا من جهة هذا الرجل، فقد وجد في

حق بينة الداخل ما يرجحها وهو اليد، ووجد فيها ما يضعفها وهو الإطلاق، ووجد في بينة الخارج ما يرجحها وهو بيان سبب الملك، وقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد ولا يبعد ترجيح وجه فيه، فلو أقام المدَّعي بينة أنها ملكه وأقام الداخل بينة أنها ملكه ترجحت بينته باليد، فلو شهدت للخارج بينة أنه اشتراها من الداخل أو اتهبها وقبضها منه قدمت بينة الخارج بلا خلاف، ثم رأيته ذكر بعدها بأوراق ما لفظه: إذا أقام الخارج بينة أن العين ملكه اشتراها من فلان أو اتهبها وقبضها ويثبت سبب الملك، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه وأطلقت ولم يبين شيئًا، نصَّ الشافعي ﷺ: إن بينة الداخل أولى؛ لأن معه بينة ويدًا، أو عند ابن سريج: بينة الخارج أولى؛ لأن معها زيادة علم، انتهى.

وهذا ما نقله ابن الرفعة، لكن في عبارته نقص عن هذه العبارة، ويفهم أنه لا فرق بين أن تقيم البينة بانتقالها إلى الخارج من ذي اليد أو من غيره، وفي «فتاوى» القاضي الحسين: إنه لو ادَّعى أن هذه لي غصبها فلان مني وباعها منك وأقام بينة، فأقام ذو اليد بينة أنها ملكه؛ فبينة ذي اليد أولى.

قلت: المختار الأرجح خلافه، قال: وإنه لو ادَّعى قيم المجد بأنها وقف على المجد، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه، فبينة ذي اليد أولى.

فروع: إذا ادَّعى كل منهما بأنه اشتراه من صاحبه وأقام عليه بينة وخفي التاريخ فصاحب اليد أولى قاله الأئمة، قال البغوي في «التعليق» بعد هذا: وهكذا لو أقام الخارج بينة أني اشتريتها من أبيك، وأقام ذو اليد بينة أني ورثتها من أبي، فإنه يرجح بينة الخارج، وكذا لو كان الخارج امرأة أقامت بينة أن هذا ملكي أصدقتيه أباك، وأقام ذو اليد بينة بأني ورثتها من أبي، فإنه يقضي بها للمرأة، انتهى.

إذا أطلق الخارج دعوى الملك وأقام عليه بينة، وقال الداخل: ملكي اشتريته منك وأقام عليه بينة، فالداخل أولى بلا شك، ولا تزال يده قبل إقامة البينة، وقال القاضي الحسين: يزال ويؤمر بالتسليم إلى المدَّعي؛ لاعترافه بأنه كان له، ثم ثبت ما يدَّعيه من الشراء، والظاهر الأول؛ لأن البينة إذا كانت

وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا، ....

حاضرة فالتأخير إلى إقامتها سهل فلا معنى للانتزاع والرد، نعم لو زعم أن له بينة غائبة أمر بالتسليم في الحال، ثم إن ثبت ما ادَّعاه استرد، ويجري الخلاف في دعوى الدين والإيراد إن كان له ثم بينة فلا يكلف توفيره عند الأكثرين خلافًا للقاضي الحسين ومن تبعه كما سبق، قال شريح الروياني: لو أقام الخارج بينة أن هذه الدار له استأجرها منه أو استعارها ذو اليد، وأقام ذو اليد بينة أنها له؛ فبينة الخارج أولى؛ لأنها أوضحت صفة يد الداخل.

قال ابن سريج: ولأنها شهدت له بالملك واليد؛ لأن يد المستأجر والمستعير يد المالك، كما لو أقام الخارج بينة أنه غصبها منه، والداخل بينة على الملك واليد رجحت بينة الخارج؛ لأنها أبطلت يد المدَّعي، وقال بعض أصحابنا: ترجح بينة ذي اليد؛ لأنها ثبتت الملك له، وذلك ينفي كونها في يده بإجارة أو عارية في هذه الحالة، وإن لم يذكروا وجه ذلك، انتهى.

والوجه عندي في هذا وأمثاله: أن يستفسر القاضي البينة، فإن أسندت شهادتهما إلى اليد والتصرف قدِّما بينة الخارج، وإن ذكرت ما يقتضي تقديم الداخل من الأسباب قدِّمت بينته، وإن لم يتبين شيئًا فهذا موضع نظر القاضي العالم واجتهاده، وسبق في الشهادات أو القضاء شيء يتعلق بهذا فراجعه.

قال: (**وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِشَيْءٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ تُسْمَعْ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ انْتِقَالًا**) أي: من المقر له؛ لأن المقر مؤاخذ بإقراره في المستقبل بدليل أن من أقر أمس مثلًا يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن للإقرار كثير فائدة.

وإذا كان كذلك يستصحب القربة إلى أن يثبت الانتقال، وخالف القاضي الحسين جميع الأصحاب، كما قال ابن أبي الدم: فسمع دعواه مطلقًا من غير ذكر تلقٍّ من المقر له، والمذهب الأول ولا غيره ولا مبالاة بقول من يقول: أمكن انتقال الملك من المقر له إلى المقر بعد إقراره الأول، فينبغي أن تسمع دعواه بالملك مطلقًا، ويحمل إطلاقه على التلقي من المقر له بالملك وإن لزمه حكم إقراره، فإذا عاد بما يدَّعيه فعناه تقلبه إليّ، أو إلى من نقله إليّ، فهذا يمكن إقامة الحجة عليه، فإن نواقل اليد عنه هي بيع أو هبة أو عرض، وإذا

وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الِانْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ، ....

أمكن إقامة البينة على السبب الناقل مع سالفة الإقرار؛ وجب إظهاره بخلاف دعوى الملك لا مع سابقة إقرار، فإن أسباب الملك كثيرة؛ فجاز إطلاق الدعوى والشهادة بها، انتهى.

والقاضي الحسين يعترف بمخالفته الأصحاب.

قال: **(وَمَنْ أُخِذَ مِنْهُ مَالٌ بِبَيِّنَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذِكْرُ الِانْتِقَالِ فِي الْأَصَحِّ)** إذا انتزعت العين من صاحب يد بالبينة، ثم عاد فادَّعى ملكها هل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من صاحب اليد أم يحتاج إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه صار ملزمًا بتلك الحجة فيؤاخذ بموجبها كما لو أقر.

وأصحهما: لا إلحاقًا له بالأجانب قاله القاضي الحسين وغيره، وعزاه الإمام إلى الأكثرين، وحكى الرافعي: إن بعض أصحاب الإمام قال: إن الذي ذكره الأكثرون مقابله، وسبق كلام ابن الرفعة وغيره على هذه الصورة مع الرافعي ومشاحنة فيما أبداه مستوفى.

فروع: حكى القاضيان أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما أنه لو كان بيد عمرو شاة فادَّعاها زيد وأقام بينة أنها ملكه، وأقام عمرو بينة أن حاكمًا حكم له بها وسلَّمها إليه، قال ابن سريج: إذا كان الحاكم حكم له ببينة أقامها قضي لزيد بها؛ لأنه ظهر أن له بينة زيد ولعمرو بينة بلا يد، وإن كان قضى بها لعمرو لعدالة بينة دون بينة زيد أقرب بيد عمرو؛ لأن البينة الفاسقة إذا ردت ثم أعادت الشهادة لا تقبل، وإن كان قضى بها لعمرو مذهبه القضاء للخارج أقرها بيده أيضًا.

وفي «الحاوي» وجه: إنه ينقض حكمه وزيفناه قريبًا، وإن لم يعلم الحاكم الثاني على أي وجهٍ وقع حكم الأول وأشكل الحال فوجهان:

أصحهما: لا ينقض أيضًا قاله البندنيجي، واقتضى إيراد «الحاوي» ترجيحه كما مرَّ وادَّعيا شيئًا، وادَّعى كل منهما أنه في يده لم تسمع دعواهما ولا خصومة بينهما إلا أن يقول كل واحدٍ منهما: إن الشيء في يدي وأن فلانًا هذا بايعني، فلو أقام كل واحد بينة تعارضتا، ويبعث الحاكم من يبحث عن

....

الحال الصحيح عنده، وليتبين أن الشيء المتنازع فيه في أيديهما، فإن اشتبه الأمر فالبينتان متعارضتان، ذكر في «روضة الحكام»: سبق أنه لو حكم له حاكم بملك عين، فادَّعى خارج انتقال الملك إليه منه، وشهدت بينة بانتقاله إليه بسبب صحيح ولم يتبينوه، قال الهروي: أفتى فقهاء همدان بسماع هذه الدعوى وبالحكم بها للخارج، كما لو عينوا السبب.

ورأيت «فتوى» الماوردي والقاضي أبي الطيب بخطهما كذلك، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا، وهو طريقة القفال وغيره؛ لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء، فصارت كالشهادة على أن فلانًا وارث فلان لم يقبل ما لم يبينوا جهة الإرث.

قلت: ويظهر أن يفرق بين الفقيه الموافق للقاضي في أسباب الانتقال وبين غيره مطلقًا، والمختار فيه ما ذكره أبو سعد، والله أعلم.

ذكر شريح عن ابن سريج: إنه لو أقام بينة أن هذا المال له حكم، لزمه فلان الحاكم وأقام آخر بينة أنه له، فهل مرجح بحكم الحاكم؟ وجهان.

قال: وكذا لو أقام ذو اليد بينة أنه له، فهل يكون الترجيح باليد أو بالحكم؟ وجهان، قال: وذكر العبادي: إنه إذا شهد اثنان أن القاضي قضى بالمال لفلان، وآخر أن له الآن لفلان، فهذه أولى؛ لأن حرف الآن آخر حد الزمان الأول، وأول حد الزمان الثاني ففيه تجديد الملك.

قلت: والاحتياط الاستفسار، ولا سيما للعامي ونحوه، قال: ولو أقام بينة أن فلانًا الحاكم قضى له بها، ولم يزيدوا على ذلك سلمت للمدعي؛ لأن الملك يثبت بالحكم، فيستصحب ذلك الحكم إلى أن يعلم زواله، وقال بعض أصحابنا: لا تسلم إليه إلا أن يشهد له بالملك في الحال؛ لأن قصارى قضية تلك البينة تقدم الملك ولا يثبت بها الملك في الحال.

وقال بعضهم: إن قلنا بترجيح الملك الأقدم فهاهنا بينة الحكم أولى، وإن سوَّينا لم تقدم بينة الحكم في هذه الحالة.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ، ....

وقال بعضهم: إن كانت الدعوى مع المحكوم عليه كان ذلك حجة عليه، وإن كانت الدعوى مع غيره لم يصر ذلك حجة عليه، وذكر أنه لو أقام كل واحد من المتخاصمين بينة أن فلانًا الحاكم حكم له فقد قيل: الآخر الأَوْلى؛ لأن الأول استصحب حكمه إلى وقت الحكم الثاني، ثم يثبت زوال الملك بموجب الحكم الثاني، وقيل: يتعارض الحكمان ويبطلان كتهاتر البينتين، فإن استعملناهما فكذلك هاهنا على حسب استعمال البينتين، فإن كان الحكمان من حاكم واحد في وقت واحدٍ فقيل: لا يقبل منه الحكم الثاني، كشاهد رجع بعدما شهد، وقبل حكمه حكم ما لو كانا من حاكمين.

وذكر شريح أيضًا في بابٍ: إخوانه لو أقام أحدهما بينة أن التي بملكه فادَّعى خصمه أنه في يده، وأقام بينة فبينة الملك أولى، فإن أقام أحدهما بينة أنه ملكه، والثاني بينة أنه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، فالثاني أولى به، قال العبادي: لأنها شهدت بملكه ويده، قال الهروي إثر هذا: وقد قدمت أن الشهادة على هذا الوجه لا ينبغي أن يعتد عليها في إثبات الملك؛ لأن شهادة الشاهد إنما تصح إذا قطع بإثبات المشهود به، وكأنه صادرٌ عن علمه، فإذا تعرض الشاهد لبيان سبب العلم ولم ينقطع بإثبات المشهود به فكأنه خامر قلبه ريب، فكذلك لم يقطع به.

قلت: وما قاله ظاهر الحسن، قال الهروي: وإن أقام رجل بينة على مجهول الحال أنه عبده، وأقام هو بينة أنه حر، قال أصحابنا: بينة الحرية أولى، وقال الشيخ أبو حامد: بينة الرق أولى؛ لأنها ناقلة من الأصل، فقد أفادت زيادة علم النهي، والاحتياطي الاستفصال والعمل بمقتضاه، وسيأتي هذا بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى.

قال: (**وَالمذْهَبُ أَنَّ زِيَادَةَ عَدَدِ شُهُودِ أَحَدِهِمَا لَا تُرَجِّحُ**) أشار إلى طريقين أشهرهما كما ذكره الرافعي وغيره: إن المسألة على قولين: **الجديد**: إنه لا ترجيح لكمال البينة من الطريقين، **والقديم**: إنه يرجح جانب من زاد عدد شهوده؛ لأن القلب إلى قولهم أميل.

……

والثانية: القطع بالجديد، وحمَّل الثاني على حكاية مذهب الغير، وصرَّح في «أصل الروضة» بترجيحهما، كما أشار إليه هنا، فقال: المذهب: إنه لا يترجح، وقيل: قولان، انتهى.

وفي «الحاوي» أن بعضهم خرج ما حكاه في القديم قولًا له ثانيًا، ونفاه أكثرهم عنه، وهذا شاهد لترجيح طريقة القطع، وكان حق الشيخ أن بينة عليه، ولا ندرجه في أصل كلام الرافعي ـ رحمهما الله ـ قال الرافعي: ولو اختصت إحداهما بزيادة ورع أو ثقة جرى الطريقان، وفي الرواية: ثبت الرجحان بهذه الأمور، وفرَّقوا بأن الشهادة نصابٌ مقدرٌ فيتبع، وليس رواية ضبط، فيعمل بأغلب الظنين، ومنهم من ألحق الزوائد بالشهادة، والظاهر الأول، انتهى.

وبنى إبراهيم المروزي المسألة على أن الصحابة إذا افترقوا في مسألة، وأحد الفريقين أكثر تُرجَّح بكثرة العدد، القديم: ترجح، والجديد: لا.

وقال شريح الروياني: لا ترجح في الشهادة بكثرة العدد، ولا بالأرجح في العدالة والضبط، وعن الإصطخري: الترجيح بجميع ذلك.

وقال الشافعي في «القديم»: سمعت لبعض أصحابنا يقول: إذا استوت البينتان رجحنا بالعدالة وكثرة العدد.

قال أبو عبد الله: هذا مذهب، وأمَّا أنا فأرى أنهما سواء، وهذا تصريح منه بأنه ﵁ لم يقل به في القديم، قال شريح: ولا ترجح بالسنن والعلم والشرف قولًا واحدًا، وفي عدم الترجيح بالعلم نظر ظاهر.

ورأيت في «البيان»: نقل أصحابنا العراقيون أنه لا يرجح بكثرة العدد.

وحكى المسعودي أن الشافعي ـ ﵀ ـ قال في «القديم»: ترجح البينة بكثرة العدد، وحكى أنه مذهب مالك وأكثر أهل العلم، وهو الأصح، انتهى.

وقد علم أنه يعبر بالمسعودي عن الفوراني، ولم أر في «إبانته» و«عمده» إلا ذكره عن القديم فقط، فالعمراني منفرد بهذا الترجيح، إن لم يكن في النسخة خلل.

وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال: (**وَكَذَا لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا رَجُلَانِ وَلِلْآخَرِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**) أي: والمذهب القطع بعدم الترجيح هنا أيضًا، وهذا ما جعله الرافعي المشهور لقيام الحجة فنكل واحد منهما بالاتفاق، قال عن الماسرجسي رواية قول وهو: ترجيح الرجلين لزيادة الوثوق بقولهما، وكذلك يثبت بقولهما ما لا يثبت بقول رجل وامرأتين.

قال: (**فَإِنْ كَانَ لِلْآخَرِ شَاهِدٌ وَيَمِينٌ رُجِّحَ الشَّاهِدَانِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنهما حجة بالإجماع والشاهد واليمين مختلف فيه، وأيضًا فالحالف مع شاهده يصدق نفسه ويقيم الشاهدين صدق غيره، فهو أقوى جانبًا وأبعد عن التهمة، وهذا ما رجَّحه الماوردي، والإمام، والغزالي، والفارقي، وابن أبي عصرون، والرافعي في «شرحه الصغير» وذُكر في «البسيط» أنه الجديد.

والثاني: إنهما سواء، كما لو كان لواحدٍ شاهد وللآخر شاهد وامرأتان، فلا ترجيح على المذهب.

قال الفوراني في «العمد»: وقد نصَّ على القولين في هذه الصورة في الجديد، قال: والأصح وهو اختيار المزني أنهما سواء، وادَّعى الإمام فيه اتفاق الأصحاب، وأجرى الدارمي وغيره القولين فيما لو كان لأحدهما رجل وامرأتان، وللآخر شاهد ويمين، وسكت كثيرون عن الترجيح.

فَرْعٌ: إذا قلنا بالأظهر وكانت اليد مع صاحب الشاهد واليمين، فهل يتعادلان أم يرجح ذو اليد لاعتقاده باليد المحبوسة؟ وجهان: أشهرهما: في «الشرحين» وأصحهما في «الروضة»: الثاني.

وحكى البغوي الخلاف قولين: أحدهما: يرجح ذو اليد، وثانيهما: الآخر؛ لقوة حجته، قال: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد هل يحلف مع البينة أم لا؟ إن قلنا يحلف، فبينته كشاهد الحر، فيرجح جانبه باليد، وإن قلنا: لا يحلف فيترجح جانب الآخر؛ لأن صاحب اليد على هذا إنما يرجح

....

إذا انضمت اليمين إلى البينة الكاملة، كذا حكاه الرافعي عنه وأقره.

وقضيته ما ذكره ترجيح جانب الآخر لما سبق أن الأصح أنه لا يحلف، لكن الذي رأيته في نسخ بـ«التهذيب» قال الشيخ: ويمكن بناء القولين على أن صاحب اليد هل يحلف مع بينته أم لا؟ إن قلنا يحلف فهاهنا يقضي للخارجي؛ لأن اليمين ثابتة مع البينة الكاملة، فلا نفع في معارضة بينة المدعي، وإن قلنا لا يحلف فاليمين كشاهد آخر يقيمه فيترجح به، انتهى.

وكذا رأيته في «تعليقه» على «المختصر» بزيادة، وهذا أصح، هذا هو الصواب في الحكاية، والمعنى وقضيته ترجيح ما رجحاه.

وقال ابن الرفعة: إذا قلنا بالقديم، وكان من جانب صاحب اليد شاهد ويمين، ومن جانب الخارج شاهدان، ففي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجهين: **أحدهما**: ترجح بينة ذي اليد. **والثاني**: ترجح بينة الخارجي، انتهى.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: إنه لو أقام أحدهما شاهدين أو رجلًا وامرأتين والآخر شاهدًا واحدًا، وحلف معه ففيه قولان، ثم قال: وإن أقام أحدهما شاهدين، والآخر عشرة ففي القديم: ترجح بكثرة العدد، وفي الجديد: لا ترجح، هذا كله في الخارجين، فأمَّا الخارجي مع اليد إن كان الترجيح في جانب ذي اليد فبينته ترجحه؛ لأنه اجتمع في جانبه جهتا ترجيح هذا مع اليد، وإن كان الترجيح من جانب الخارجي، إن قلنا في الخارجين لا يرجح فهاهنا أولى، وإن قلنا ترجح يحتمل وجهين:

أحدهما: هما سواء.

والثاني: لا؛ لأن اليد أقوى فإنها مشاهدة، انتهى.

فائدة: قال الإمام: لو كان من جانب عشرة من أوساط العدول، ومن جانب عدلان وهما على المنصب الأعلى في الثقة والتثبت، فيجب على القاضي أن ينظر بينهما نظر العبدين في حرين يرويان خبرًا، انتهى.

وقال ابن أبي الدم: ومما يدور في خلدي أنه لو كانت نية أحدهما يعرفها

وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ، وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ، فَالْأَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأُجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ.

القاضي بالعدالة، أو زكيت عنده تزكية مطلقة زكيت الأخرى زكاة مقيدة فيما شهدت به، وقلنا بقبوله، هل يكون من باب زيادة العدالة أو من قبيل الشاهدين في مقابلتهما بشاهد ويمين من حيث إن الشاهدين إنما ترجحا على الأصح؟ لأنها بينة مجمع عليها، بخلاف الشاهد واليمين، وكذا مسألتنا مختلف فيها عندنا، فهي أقرب إلى التضعيف من خلاف أبي حنيفة في الشاهد واليمين، فينبغي أن يكون فيها خلاف، والأصح ترجيح المزكاة مطلقًا ويتجه خلافه، انتهى.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَتْ لِأَحَدِهِمَا بِمِلْكٍ مِنْ سَنَةٍ، وَلِلْآخَرِ مِنْ أَكْثَرَ**) أي: ولأنه لو أخذ منهما.

(**فَالْأَظْهَرُ تَرْجِيحُ الْأَكْثَرِ، وَلِصَاحِبِهَا الْأُجْرَةُ وَالزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ**) إذا تنازعا شيئًا في يد ثالث، وأوجبت كل بينة الملك بتاريخ، فإن توافق التاريخان فلا ترجيح، وإن اختلفا بأن قامت بينة زيد على أنه ملكه منذ سنة وبينة عمرو أنه ملكه منذ سنتين فطريقان:

أحدهما: القطع بالتعارض، قاله ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل.

وأشهرهما: إن في ترجيح أسبقهما تاريخًا قولين: أحدهما: وهو ما حكاه «البويطي» والمزني، وقال القاضي الحسين والشيخ أبو علي والبغوي وإبراهيم المروزي في «تعليقهما»: إنه الجديد، وصححه القاضي ابن كج والشيخ أبو علي وطائفة: إنهما سواء؛ إذ المقصود إثبات الملك في الحال، فلا يتأثر السبق فإنه غير منازع فيه.

وأصحهما: ترجيح أسبقهما تاريخًا؛ لأنها انفردت بإثبات الملك في زمن لا تعارضهما فيه الأخرى، فوجب وقف المعارض وإمضاء ما ليس فيه تعارض، والأصل في الثابت دوامه، ولا ثبوت ملك المتقدم يمنع أن يملكه المتأخر إلا عنه، ولم يتضمنه الشهادة، فلم يحكم بها، وهذا ما رواه الربيع، واختاره المزني والأكثرون، ومنهم الشيخ أبو حامد وأتباعه والماوردي

والبغوي والعمراني وغيرهم.

وقال في «الشامل»: إنه ظاهر المذهب، ونقل القاضي الحسين والشيخ أبو علي ومن تبعهما: إنه القديم، قال ابن أبي الدم: وخالف الشيخ أبو علي الجماعة كلهم في شيئين: أحدهما: الترجيح. والثاني: إنه نقل ما رجحه عن الجديد، وإن المزني والربيع نقلاه، وإن الترجيح بالسبق، قاله في القديم و«البويطي» واختاره المزني، فعنده أن القديم الترجيح وهو مختار الجماعة كلهم أن «البويطي» نقل ذلك، والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيره أن «البويطي» نقل التعارض وعدم الترجيح، فحصل التناقض بين التعليق، انتهى.

إذا عرفت هذا وقضينا بأسبق البينتين تاريخًا فلصاحبها الأجرة، والزيادات الحاصلة من يومئذٍ وفاقًا؛ لأنها ثمرات ملكه، وإن لم يرجحها جاء الخلاف السابق في تعارض البينتين، فإن أسقطناهما أقررناه في يدي ذي اليد، وإن قلنا يوقف أو يقرع أو يقسم انتزع.

تنبيهات:

منها: وقع في كتاب اللقيط من«شرح الرافعي الكبير» أن القول بالتسوية أصح القولين، وتبعه في «الروضة» هناك فقال فيما إذا أقاما بينتين على الالتقاط: وإن قيدنا بتاريخين مختلفين حكم لمن سبق تاريخه، بخلاف المال حيث لا يحكم بسبق التاريخ في أصح القولين، وفرَّقوا بأن أمر الأموال مبني على الانتقال، فربما انتقل من الأول إلى الثاني، وليس كذلك الالتقاط، فإنه لا ينتقل ما دامت الأهلية باقية، وهو في ذلك متابع للبغوي فإنه قال هناك: هكذا ترجحا وفرقا، ثم رجَّح هنا تقديم الأسبق.

ومنها: عبارة «البيان»: فأقام أحدهما بينة أنه ملكه منذ سنتين لا يعلم أنه زال إلى الآن، فأقام الآخر بينة أنه ملكه منذ سنة لا يعلم أنه زال عنه إلى هذه الحالة ففيه قولان، ثم قال: فإن كانت بحالها وشهدت بينة الآخر أنه ملكه منذ شهر إلى هذه الحال، فقال أكثر أصحابنا: هي على قولين كالتي قبلها، ومن الخراسانيين

وَلَوْ أُطْلِقَتْ بَيِّنَةٌ وَأُرِّخَتْ أُخْرَى فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، ....

من قال: هما قولًا واحدًا، انتهى كلامه وهذا عجب. وصوَّر ابن الرفعة المسألة بما إذا شهدت بينة أحدهما بالملك من سنة وبينة الآخر بالملك من شهر مع شهادتهما بالملك في الحال، والظاهر أنه مراد المصنف وإن سكت عنه.

ومنها: يجري القولان كما قال القاضيان أبو الطيب والبندنيجي ونسبوهما فيما إذا أقام أحدهما بينة أنه ملكه من سنة إلى الآن، وفي بينة الزوجين على الزوجية عند سبق التاريخ وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ بسبب الملك، كما لو أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ شهر، ولو نسبا العقدين إلى بائع واحد فالسابق أولى لا محالة، ويجريان فيما إذا تنازعا أرضًا مزروعة، فأقام أحدهما بينة أنها أرضه وزرعها، والآخر أنها ملكه مطلقًا، لا أن البينة التي شهدت بالزرع تثبت الملك في وقت الزراعة.

قال الرافعي: هكذا ذكر في «التهذيب» تصويرًا وتوجيهًا، وفيه ما يبين أن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم، حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة، وأخرى أنه ملكه أكثر من سنة، كان موضع الخلاف.

قلت: والذي رأيته في «التهذيب» و«التعليق» أنا إذا قلنا ترجح بسبق التاريخ فأطلقت بينة وأرخت أخرى فوجهان، وكذلك لو تنازعا دابة أقام أحدهما بينة أنها تجب في ملكه، والآخر بينة أنها ملكه مطلقًا، فكما لو أطلقت بينة، وأرخت الأخرى، وكذلك لو تنازعا في أرض مزروعة إلى آخر ما نقله الرافعي عنه، وظاهر بنائه وعطفه يقتضي أن المذهب التعارض كما سيأتي، لا تقديم بينة الزارع كما أفهمه إيراد الرافعي و«الروضة».

قال: (**وَلَوْ أَطْلَقَتْ بَيِّنَةٌ وَأَرَّخَتْ أُخْرَى فَالمذْهَبُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ**) من قطع في مختلفي التاريخ بألَّا ترجيح فهنا أولى ومن أثبت الخلاف تحيروا هنا، فمن طارد القولين أيضًا ومن قاطع بالتسوية، قال الرافعي: وكيف ما كان فالظاهر التسوية هاهنا، وعبارة «الروضة»: فالمذهب أنهما سواء فيتعارضان، وقيل: تقدم المؤرخة.

ورأيت في «فتاوى» القفال: لو تنازعا دارًا بيد ثالث فأقام أحدهما بينة أنه أقر له بها، وأقام الآخر بينة أنه لو أقرا بها أمس أو منذ سنة، قال القفال: قال أصحابنا: المؤرخة أولى، والظاهر تعارضهما كما لو أقام أحدهما بينة أنه أقر له بها يوم السبت، وأقام الآخر بينة لكنه أقر له بها يوم الجمعة، ولا يدري أن السبت كان قبل الجمعة أو العكس، فإنهما يتعارضان وعلى هذا لو أقام أحدهما البينة أنه اشتراها منه أمس، والآخر أنه اشتراها منه ولم يؤرخ، قال أصحابنا: المؤرخة أولى، وليس بصحيح، والصحيح تعارضهما كمسألة السبت والجمعة، انتهى.

فَرْعٌ: تنازعا دابة، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه، والآخر بينة أنها ملكه، وهو الذي ينتجها. قال الرافعي: قال الأكثرون: هو على القولين في سبق التاريخ، وأجروهما في كل بينتين أطلقت إحداهما الملك، وقضت على الملك وسببه من إرث وشراء وغيرهما.

وقال المزني وطائفة منهم أبو إسحاق: قال الماوردي وجمهور أصحابنا: إنه تقدم بينة النتاج قطعًا؛ لأنها تثبت ابتداء الملك له، والذي سبق تاريخها لا يثبت ابتداء الملك، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما إذا تنازعا ثمرة أو حنطة، فشهدت بينة أنها حدثت عن شجرته أو بذره، ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرضت إحداهما للمشتري وسائر الأسباب، فإنها توجب ابتداء الملك، قاله الرافعي.

وقال الماوردي: نسبت طريقة القطع إلى الجمهور، وهكذا لو تنازعا ثوبًا وأقام أحدهما بينة أنه نسجه في ملكه، وأقام الآخر بينة على أنه له، ولم يقولوا نسجه في ملكه كان كالبينة بالتاريخ، كما قدَّمناه، انتهى.

والظاهر أن من صور التعرض لابتداء الملك بأن أشهد بينة أنه ملكه أحياه أو أحنطه أو أحسبه به من الموات، أو اصطاده من البحر أو البر، وقد يتوقف في صورة الصيد لاحتمال الثلاثة من ملكه.

وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قُدِّمَ، وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ أَوْ وَلَا نَعْلَمُ مُزِيلًا لَهُ.

قال: (**وَأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِصَاحِبِ مُتَأَخِّرَةِ التَّارِيخِ يَدٌ قُدِّمَ**) المسألة من أصلها معروضة فيما إذا كانت العين في يد ثالثٍ كما صورناه به كلام الكتاب أولًا، فأمَّا إذا كانت في يد أحدهما، وقامت البينتان مختلفتَيِ التاريخ فإن كانت الأسبق تاريخًا بينة الداخل بيوم لا محالة، وإن كان الأمر بالعكس، فإن لم ير سبق التاريخ مرجحًا ورام الداخل أيضًا ليده، وإن جعلناه مرجحًا فهل يقدم الداخل أو الخارج أو يستويان؟ أوجه: أصحها أولها وهو المنصوص وقول الجمهور وعبارة المصنف تقتضي أنه المذهب، وقد حكى شريح الروياني ذلك طريقة.

قال: (**وَأَنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِهِ أَمْسِ**) أي: بكسر السين.

(**وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولُوا وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ أَوْ وَلَا نَعْلَمُ مُزِيلًا لَهُ**) إذا ادَّعى عينًا في يد غيره فشهدت له البينة بالملك بالأمس أو الشهر الماضي، ولم يتعرض للحال نقل الربيع والمزني أنها لا تسمع، وعن رواية «البويطي» عكسه، وفيهما طريقان: أشهرهما: فيه قولان: أحدهما: تسمع؛ لأنها تثبت الملك له سالفًا، والشيء إذا ثبت فالأصل فيه الدوام.

وأصحهما: وهو ظاهر المذهب: المنع؛ لأن دعوى الملك السابق لا تسمع فكذا البينة به؛ ولأن ثبوت الملك سابقًا إن اقتضى بقاؤه فيد المدعى عليه وتصرفه تدل على الانتقال إليه فلا يحصل ظن الملك والحال.

والثاني: القطع بأنها لا تسمع، وحمَّل هؤلاء المحكي عن «البويطي» على أنه ذكره من عند نفسه، كذا قال الرافعي، وقال الإمام: المنصوص عليه في الجديد.

وعبارة «البسيط»: الجديد المعروف أن هذه البينة مردودة؛ لأنها لم تتعرض لإثبات الملك في الحال، وقال في القديم: تسمع، وتقضي بالملك للمدعي إلا أن يثبت المدعى عليه أنها سنة، أو يقيم بينة مطلقة على الملك في الحال، انتهى.

……

قال الرافعي والإمام وغيرهما: ويجري القولان فيما إذا ادَّعى اليد وشهد الشهود أنه كان في يده أمس، قال ابن أبي الدم: بل أولى ألَّا يسمع، قال: وقوله في «الوسيط» بعد ذكره الشهادة بالملك لإنسان أمس: وإن الجديد أنها لا تسمع، ولا خلاف أن البينة لو شهدت أنه كان في يد المدعي أمس قبل، وجعل صاحب اليد من غلطات الكتاب والنقل الصحيح ما ذكرناه، وهو المذكور في الطريقين، أي أن الجديد الصحيح أنها لا تسمع، كما ذكره من قبل.

وقد تعرض الرافعي لهذا الإنكار على «الوجيز» أيضًا، وأصل هذا الالتباس قوله في «البسيط»: للشافعي قول في القديم نقله «البويطي» أنه يقبل، والجديد المعروف لا يقبل؛ إذ المطلوب الملك في الحال، ولا خلاف أن المدعي لو ادَّعى ملكًا بالأمس ولم يدع في الحال، لا يصغى إليه، ولتكن البينة على وفق الدعوى، وعلى الأول لو أقام البينة على أنه كان في يده بالأمس ثبتت له، ويجعل صاحب يد، ويدير الخصومة على ترتيبه، والقولان جديدًا وقديمًا يرتبا على قولنا: يرجح بالسبق، فأمَّا إذا لم يرجح به فوجوده كعدمه، انتهى لفظه.

فقوله: وعلى الأول؛ يعني: القديم، وأخلَّ بذلك في «الوسيط» و«الوجيز» نعم لو شهدت البينة أن هذه العين كانت في يده أمس، وغصبها ذو اليد منه، سمعت قطعًا وقضى بها للمدعي، فيجعل صاحب يد، وكذا لو شهدت البينة أنه أرسل هذا العبد في حاجة واعترضه هذا المدعى عليه في الطريق، فذهب به أو شهد أنه من هذا فأخذه هذا.

قال الرافعي: وللقولين تعليق بالقولين فيما أرَّخت البينتان الملك بتاريخين مختلفين، ثم منهم من يبني القولين هنا على القولين هناك، ومنهم من يعكس البناء، قال: وفيها من الوجهين فيما إذا قال: كان لفلان عليّ كذا أو كان هذا لفلان هل يكون إقرارًا؟ وإذا قلنا بالأظهر فينبغي أن يشهد الشاهد على الملك في الحال بأن يقول: كان ملكه ولم يزل، أو يقول: لا أعلم له مزيلًا كما قاله الرافعي وغيره، وسيأتي ما فيه، أو يقول: إنه كان ملكًا لأبيه إلى أن مات.

قال شريح الروياني: والأصل فيه: إن كل بينة شهدت بملك سابق أبطلت

وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا.

اليد في الحال، وهكذا لو قال: إلى أن باع، أو قال: لا أعلم زواله؛ لأن الاتصال وجد، انتهى.

قال: (**وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ بِمِلْكِهِ الْآنَ اسْتِصْحَابًا لِمَا سَبَقَ مِنْ إِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا**) أي: وإن كان يجوز زواله لكن ذكر ذلك للاستصحاب.

واعلم أنه إنما تجوز له الشهادة للوارث والمشتري والمتهب ونحوهم إذا كان ممن يجوز له أن يشهد للمنتقل منه إليه بالملك، ولا يكفي الاستناد إلى مجرد الشراء وغيره مع جهله تمليكه البائع والواهب والموصي والمورث ونحوهم قطعًا، وأكثر من يشهد يعتمد ذلك جهلًا، وسبق عن «فتاوى» القفال: إنه لو كانت بيده دار يتصرف فيها تصرف المالك مدة طويلة، ثم إنه قال: هذه الدار ملك رجل ولم يسمها، وقال: ليست لي، ثم في اليوم الثاني ادَّعى مدع ملكيتها، فأنكر ذو اليد، وقال: إنها ملك نفسه، إنه يجوز لنا أن نشهد أنها ملكه وإن كنا سمعناه يقول ذلك. . . . إلى آخر ما قدَّمناه واستغربناه ومنعناه.

تنبيهات: لو صرَّح في شهادته بأنه يعتمد الاستصحاب فوجهان، حكى في «الوسيط» عن الأصحاب: إنه لا يقبل عن القاضي الحسين القول؛ لأنَّا نعلم ألَّا مستند له سواها، ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا؟ لم يقبل؛ لأن هذه صيغة المرتابين وهي بعيدة عن أداء الشهادة، هكذا ذكر الرافعي، واقتضى كلامه السابق أنه إذا قال الشاهد: إنه كان ملكه أمس ولا أعلم له مزيلًا، إنه تقبل شهادته بلا خلاف.

وقال الإمام نقلًا عن الأصحاب: إنه لو ذكر السبب السابق، وذكر في مجلس القضاء من استمرار الأحوال ما يسوغ له الشهادة على تنجز الملك، ولكنه لم يشهد لا يثبت الملك في الحال، وشبهوه بما لو قال الشاهد على الرضاع: رأيت الرضيع التقم الثدي، وكان يحرك اللهاة، ويمتص إلى غير ذلك من المخائل، فلا يكون شاهدًا على الرضاع، ثم أوضح ذلك.

ثم قال: هذا ما ذكره شيخي وصاحب «التقريب» وغيرهما.

....

وقال القاضي: إذا شهد على السبب المتقدم، وقال: لم أعلم زوال ملكه بعد ذلك كان هذا بمثابة جزمه بالشهادة بالملك، وهذا كقول الشاهد: لا أعلم له مالًا، ولا أعلم للمتوفى وارثًا سوى هذا، انتهى.

ولهذا قال في «البسيط»: فإن قيل: لو صرَّح الشاهد بذكر السبب أنه يستصحب؛ لأنه لم يدر له مزيلًا، قال الأصحاب: لا تقبل.

وقال القاضي: تقبل، فلا فرق بين جزم الشهادة بالملك، وبين أن يقال: أشهد أنه كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا بعده، إذ يعلم أن ما ذكره مستند عمله.

قال: ثم قال القاضي مفرعًا عليه: إذا ذكر الملك السابق ولم يتعرض للحال والاستصحاب فيخرج على الجديد والقديم، فإن قال: لا أعلم مزيلًا قبلت شهادته، أي: عند القاضي الحسين، وإن قال: لا أدري جرى مزيلًا أو لم يجر، وذكر ذلك ذكر مرتاب انخرمت شهادته، وفسدت صيغه، وما ذكره دقيق، والأكثرون على اشتراط الجزم في الحال، انتهى.

وهو ملخص له من «النهاية» وحاصل كلامهما: إنه لو قال: كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا مقالة للإمام الأكثرون على خلافها.

ورأيت في «أدب القضاء» لابن أبي الدم: إذا قام الخارج بينة أنها ملكه بالأمس ولم يتعرض للملك في الحال لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح، وسبيله أن يشهد أنها كانت ملكه أمس ولم تزل إلى الآن وهي الآن ملكه، هكذا قاله الإمام والقاضي، وعندي فيه نظر؛ لأنه إذا شهد أنه كان ملكه أمس لم يقبل بمجرده على الصحيح، فإذا قال: ولم يزل إلى الآن كان نفيًا محضًا فلا تقبل، نعم قوله: وهي الآن مملوكة، كافٍ، وتكون مستندة في قوله: وهي الآن ملكه استصحابه الملك الذي شهد به أمس وله أن يستصحبه إذا لم يعلم هو له مزيلًا، لكن بشرط ألَّا يصرح بذكر الاستصحاب ولو صرَّح بذلك لعدم بالمزيل.

وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِالْمِلْكِ لَهُ أُسْتُدِيمَ.

قال الأصحاب: لا يقبل هذا المستند في شهادة الرضاع.

وقال القاضي الحسين: تقبل، أمَّا إذا قال: أشهد أنه كان ملكه بالأمس ولا أعلم له مزيلًا.

قال بعض الأصحاب: يكفي هذا، وأكثرهم قالوا: لا يكفي، بل لا بدّ من جزمه بالشهادة بالملك في الحال، انتهى.

وفيما ذكره نظر ظاهر لما سيأتي عن النص.

قال: (وَلَوْ شَهِدَتْ بِإِقْرَارِهِ أَمْسِ بِالْمِلْكِ لَهُ أُسْتُدِيمَ) أي: حكم الإقرار وإن لم يصرِّح الشاهد بالملك في الحال، قال الرافعي: ومما علق عن الإمام أن منهم من طرد القولين، والظاهر الأول، ولولاه لبطلت فائدة الأقارير.

قلت: والرافعي ـ رحمه الله ـ لم يقف على النهاية في هذه المواضع، قال الإمام: ومن أهم ما يجب الاعتناء به: إن البينة لو تحملت الشهادة على إقرار مؤرخ بتاريخ في ملك أو يدٍ ومن تنازع بين المقر والمقر له، فإذا شهدت البينة على إقرار السابق، فمعلوم أنها ليست متعرضة لاستحقاق المقر له في الحال، وقد ذكرنا قولين فيما إذا شهدت البينة على الملك في الزمان الماضي، وبيَّنا أن الأصح: إنها مردودة غير مقيدة، فإن الخصام تأخر وتاريخ الملك مقدم، وهذا بعينه يجري في تقدم الإقرار، فإن المقر بالملك قد يتلقى الملك بسبب من الأسباب.

وقد ذكر صاحب «التقريب» في الإقرار طريقين، وسبقا القليل بذكرهما فقال: من أصحابنا من جعل الإقرار المتقدم حجة بأنه على المقر في مستقبل الزمان، وهذا ما إليه يصير الأصحاب وأقضية القضاة ولولاه لما كانت في الشهادة قبل الأقارير.

فائدة: والحجة تسقط بمضي ساعة، ومن أصحابنا من قال: الإقرار السابق إذا ثبت فهو بمثابة شهادة الشهود على الملك فيما سبق من الزمان، وهذا وإن كان منقاسًا، والذي أعتقد فيه أنه خُرق لما اتفق عليه الأولون،

…………………………………………………………………………

والقول به مسبوق بالإجماع، وإن اختار القاضي هذه الطريقة الأخيرة ولخَّصه في «البسيط» فقال: ذكر صاحب «التقريب» فيه طريقين:

الطريق الأول: إن بينة الإقرار كبينة الملك، فلا تقبل إذا لم يتعرض للحال ومال إليه القاضي وهو منقاس.

والطريق الثاني: وهو الصحيح الذي عليه عمل الأولين، والقياسون فيه مسبوقون بالإجماع، ولو لم تبطل حكم الأقارير ولم يزل الإقرار حجة على المقر وهو بعد حين، وهذا يوجب إن سقط.

فائدة: بمضي لحظة، ولعلَّ الفرق أن الملك لا يعرف حقيقة، وإنما يعرف ظنًا وتخمينًا، قال: يجر في الحال وإن أضيف إلى ما سبق لم يعد في الحال شيئًا، ولم يكن يقينًا حتى يقال: الأصل استصحابه وبقاؤه، والإقرار يعرف بيقين، والأصل في المنتفيات: الاستصحاب، وكذا نقول: لو أقام المدَّعي بينة أنه اشتراها أمس من صاحب اليد؛ لأن الشراء من الخصم والإقرار منه مما يعرف يقينًا، وليس كما لو شهد على الشراء أمس من غير صاحب اليد؛ لأن نفس الشراء من الغير في حقه لا يلزمه أمرًا، انتهى.

وهو ملخص كذلك من «النهاية».

وقال ابن أبي الدم بعد نقله عن القاضي أبي الطيب: إنه يحكم للخارج بإقرار ذي اليد له بالملك أمس، وحكى الإمام فيه خلافًا، ومال إلى القبول، قال القاضي أبو الطيب: فلو قامت بينة للخارج على إقرار الداخل بأنها كانت في يد الخارج أمس، أو ادَّعى عليه فأقر بأنها كانت في يده أمس.

قال أبو العباس: إن قبلنا الشهادة باليد أمس أولى أن تقبل وترجح به، وإن قلنا: لا تقبل البينة باليد أمس فهل يقبل الإقرار باليد أمس؟ فيه وجهان، والفرق أن البينة إذا شهدت باليد أمس فقد ثبتت اليد أمس فحسب، والدار الآن في يد الداخل، فقد حصلت لهما يدان أمس؛ لأن وجود يد الداخل الآن تدل على أنها كانت في يده أمس أيضًا، ثم قد انفرد الداخل بيد حاضرة

……

فقدمت الحاضرة، فأما إذا أقرَّ باليد للخارج أمس وأثبتها الخارج فالظاهر بقاء يد الخارج فقد ثبتت بينته.

وقال الشيخ أبو علي: إذا أقرَّ الداخل أنها كانت في يد الخارج أمس، فيه قولان مرتبان على ما إذا شهد باليد أمس وأولى بالترجيح ها هنا، وإن أقر أنها كانت ملكًا للخارج أمس فرجحت بينته قولًا واحدًا، بخلاف البينة بالملك أمس، انتهى.

قلت: قال الرافعي: ولو قال المدعى عليه: كان ملكك أمس، فوجهان، أي: رواهما الإمام والغزالي عن صاحب «التقريب»:

أحدهما: إنه لا يؤاخذ به ولا ينتزع المال من يده، كما لو قامت البينة أنه كان ملكه أمس، ويفارق الإقرار البينة، إن المقر لا يقر إلا عن تحقق والشاهد قد يتساهل ويبنى على التخمين، فإذا لم يضم الجزم في الحال ضعف، قال: ولم يثبت ابن الصباغ الوجهين فيما إذا قال: كان ملكك بالأمس، وحكى القطع بأنه يؤاخذ بإقراره، ورد الوجهين إلى ما إذا قال: كان في يدك أمس، وفرَّق بين الملك واليد، بأن اليد قد تكون مستحقة، وإذا كانت قائمة أخذنا بأن الظاهر منها الاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها، انتهى.

ولو قال المدعى عليه: هو ملكي وكان ملكك بالأمس، فأصح الوجهين في «تعليق» القاضي الحسين: إنه تنزع من يده وتسلم إلى المدعي بإقراره.

والثاني: لا لثبوت يده عليه، وهي دالة على الملك، قال القاضي: وفيه ضعف، لا لو قال: فكانت العين ملكك بالأمس واليوم ملكي، فلا خلاف أنها تنزع من يده، فكذا إذا تأخر إقراره بالملك للمدعي، انتهى.

وما قاله ابن الصباغ هو ما حكاه الماوردي والبندنيجي وغيرهما عن ابن سريج، والحاصل فيما إذا قال: كان ملكك أمس طريقان:

أشهرهما: القطع بالانتزاع، وثانيهما: على وجهين عن «التقريب» ويجيء

وَلَوْ أَقَامَهَا بِالْمِلْكِ دَابَّةً أَوْ شَجَرَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً، وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا وَيَسْتَحِقُّ حَمْلًا فِي الْأَصَحِّ.

منهما ومن طريقة القاضي الحسين ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين أن يقدم ذكر الملك لنفسه أو للمدعي.

تَنْبِيهٌ: قال الرافعي: ذكرنا أن الشهود على الملك السابق لو قالوا: لا نعلم زوال ملكه قُبلت شهادتهم، ثم عن ابن المنذر أن الشافعي قال: يحلف المدعي مع البينة، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب فلا حاجة إلى اليمين.

قال القاضي أبو سعد الهروي: وهذا غريب، ووجهه أن البينة قامت على خلاف الظاهر، ولم يتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر فأضف إليها اليمين، انتهى.

قلت: وذكر شيخه أبو عاصم وشريح الروياني هذا النص، وسكت عليه، وحكيته غير مرة، والذي رأيته في «إشراق» ابن المنذر في باب استحلاف المدعي مع البينة: إطلاق القول عن الشافعي ـ ﷺ ـ أنه لا يستحلف الرجل مع بينته، وتتبعت المسألة فيه في مظانها فلم أرها، وقدمت عن نص «الأم» شيئًا، وأن الماوردي أوله فحمله على خلاف ما هو الظاهر عن المحكي هنا فراجعه تستفد.

قال: (**وَلَوْ أَقَامَهَا بِالْمِلْكِ دَابَّةً أَوْ شَجَرَةً لَمْ يَسْتَحِقَّ ثَمَرَةً مَوْجُودَةً وَلَا وَلَدًا مُنْفَصِلًا**) لأن بينته لا توجب ثبوت الملك له، بل يظهره فيجب أن يكون الملك سابقًا على إقامتها، لكن لا يشترط السبق بزمن طويل، بل يكفي لصدق البينة بحظه لطيفة، فلا يقدر ما لا ضرورة إليه، ولا يستحق الثمر والنتاج الحاصلين قبل إقامة البينة بل يتبعان للمدعى عليه، هكذا أقر الرافعي هذا الأصل وسيأتي ما قيل فيه، وسيأتي في النتاج وجه غريب.

قال: (**وَيَسْتَحِقُّ حَمْلًا فِي الْأَصَحِّ**) أي: تبعًا لـ «الأم» كما في العقود، والثاني: المنع؛ لأنه يجوز أن يكون الحمل لغير مالك الأم توصية، والمنقول الأول والثاني احتمال للإمام، كما سيأتي بيانه.

وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأُخِذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ لَا إِلَّا إِذَا أُدِّعِيَ فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشِّرَاءِ.

قال: **(وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأُخِذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ)** أي: على المذهب.

(وَقِيلَ: لَا إِلَّا إِذَا أُدِّعِيَ فِي مِلْكٍ سَابِقٍ عَلَى الشِّرَاءِ) قال الإمام الرافعي إثر ما قرره من الأصل السابق: وقضية هذا الأصل أن يقال: من اشترى شيئًا فادَّعاه مدع وأخذه منه بحجة مطلقة لم يكن له الرجوع على بائعه بالثمن؛ لجواز أن يكون الملك منتقلًا من المشتري إلى المدَّعي، فتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها، لكن المثبت في المذهب ثبوت الرجوع إذا انتزع المال منه بالحجة المطلقة، بل لو باع المشتري أو وهب أو انتزع من المتهب أو من المشتري منه كان للمشتري الأول الرجوع أيضًا، وسببه مسيس الحاجة إليه في عهدة العقود، وأيضًا فالأصل: إن معاملة بين المشتري والمدَّعي ولا انتقال منه فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء، وعن القاضي الحسين أبدى وجهًا: إنه لا رجوع إلا إذا كان المدَّعي ملكًا سابقًا وفاء بالأصل المذكور، وحمل ما أطلقه الأصحاب عليه، انتهى.

فائدة: إشكال ما ذكره الأئمة ظاهر، وقد ضمنه الغزالي وعجب أن يترك في يده نتاج حصل قبل البينة وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع لا جرم، قال إمامه: ما ذكره القاضي لا مدفع له من طريق القياس، لكنه قال: أجمع الأصحاب من عند آخرهم على خلاف ما ذكرته، انتهى.

تنبيهات تتعلق بالمسألة من أولها:

قال الرافعي: بعدما قدَّمه من أن الثمرة والنتاج يبقيان للمدَّعي عكسه، وذكر القاضي أبو سعد الهروي: إن الفقيه أبا نصر البلخيّ من أصحاب الرأي، حكى عن أصحابنا: إن قيام البينة تقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدَّعي، انتهى.

وأثبت الرافعي هذا، وقال ابن الرفعة: إن عليه ينطبق ما حكاه المحاملي في

....

«المجموع» والبندنيجي عن ابن سريج، قال: إذا كان في يد الرجل جارية فادَّعاها مدع وأقام بينة أنها ملكه حكم له بها، وهل يحكم له بالولد؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن البينة لا تنقل الملك في الحال، وإنما يتبين بها حصول الملك فيما قبل، فيحكم بأن الولد حصل في ملك من قامت له البينة، وأصحهما: لا.

ومنها: سبق قول الشيخين أنها تستحق الحمل الموجود عند الشهادة له بالأم على أصح الوجهين، وهو المنقول عن الأصحاب من غير خلاف حتى لو انفصل الحمل بعد الشهادة، وقبل التزكية كان للمدَّعي وقاسوه على شراء الحامل.

قال الإمام: وقد ينطرد إليه احتمال على بعد، فإن الملك يعرض منتقصًا في البهيمية وحملها بالوصية.

قال ابن الرفعة: وفي الهبة والبيع القهري والرد بالعيب على أحد القولين كما تقدم، وأن الجديد في الهبة: إنه لا يبيع وإذا كان كذلك فلا يبعد أن يدَّعي البهيمة ويستثنى حملها في دعواه، وأمَّا استبياع البهيمية الحمل في البيع فذاك لأمر متعلق بمقتضى العقد؛ لأنه لا يصح بيع البهيمة دون ولدها على المذهب، والظاهر الاستثناء في الدعوى، والإقرار جائز.

وقد حكى الرافعي هذا الاحتمال وجهًا: إنه لا يحكم له بالحمل، وقال الغزالي في «البسيط»: وفي الحمل احتمال إذ انفصال الملك بالوصية فيه ممكن.

ومنها: استشكل ابن عبد السلام قول الأصحاب أنَّا لا نقضي للمدَّعي بالملك إلا قبيل أداء الشهادة بقليل، فقال: من شرط سماع البينة في حق الآدمي تقدم دعوى صحيحة عليها، وموافقة الشهادة لها.

وقضية ذلك أن يحكم بالملك قبل الدعوى؛ لأن من شرط صحة الدعوى تقدم الملك عليها، فإنها لا تستثني الملك عليها وإلا لكان الحكم المرتب على دعوى لم يحكم بصحتها، وإن وافقتها البينة، فإن المدَّعي عند الزوال من يوم

……

الجمعة تتضمن دعواه وجود الملك في تلك الحالة وقبيلها، فإذا أقام البينة عند الزوال من يوم السبت ولم يحكم بالملك إلا قبيل الشهادة كانت شهادة بما لم تتضمنه الدعوى، فينبغي ألَّا تسمع كما قاله الأصحاب في الشهادة بالملك المتقدم.

قال ابن الرفعة: وقد يجاب بأن ما ذكروه ملكوا فيه طريق التحقيق؛ لأنه لا يتحقق تضمن شهادتهم نقل الملك في أكثر من الزمن المذكور، واحتمال تقدم الملك على الدعوى لا ينكر، وذكره في «الكافي» في سماع الشهادة؛ لأن المعتبر في صحة الدعوى التي يترتب عليها سماع الشهادة انتظامها وإمكانها ظاهر إلا موافقتها في نفس الأمر، وأيضًا فالشهادة مخالفة لا تقام إلا بطلب المدَّعي فيقدر عنه طلبه أداء الشهادة، فإنه مدع للملك ذلك الوقت أيضًا، فلم تقع الشهادة مخالفة للدعوى، نعم قد يعكر على هذا ما إذا أقام شاهدًا واحدًا، ثم أقام آخر بعد مدة، فإن الحكم يقع عند إقامة الثاني الشهادة، وقضية ما قاله الأصحاب أن يكون ما شهد به الأول غير ما شهد به الثاني وأن لا تلفيق.

وقد صرَّح في الزوائد في «الشهادات»: بأنه لو حدثت الثمرة بين الشهادتين كانت للمدَّعى عليه، لكن قدَّمنا عن القاضي في باب صفة القضاء ما يدفعه فاطلبه منه، انتهى.

وكأنه أراد قوله، ثم عن القاضي الحسين: إنه إذا طلب المدَّعي من الحاكم الحجر على المدَّعى عليه في العين إلى أن يزكي بينته أنه يجاب، وإن لم يسأله فوجهان.

ثم حكي عنه أنه قال: إذا أقام شاهدًا واحدًا في المال.

فإن قلنا: يحجر عليه وجبت عليه أجرة من وقت إقامة الشاهد الأول، ويقع الملك له عقب إقامة الشاهد الأول، وإن قلنا: لا يحجر عليه فما حصل من الثمار والزيادة بعد إقامة الشاهد الأول، وقبل إقامة الشاهد الثاني يكون ملكًا للمدَّعى عليه، وفيه قول آخر: إن الثمرة والنتاج الذي حصل بعد إقامة

الشاهد الأول وقبل الثاني يكون ملكًا للمدَّعي، انتهى.

ومنها: يشبه أن يحمل إطلاقهم القول بأنه لا يقضى للمدَّعي بالملك إلا قبيل الأداء لخصه حيث لا تدل القرائن الواضحة من حال المدَّعي والشهود وأدائهم على تقدم الملك له، وإن لم يصرِّح بذلك في دعواه لعبارته ولا الشهود.

ومن الأمثلة: قدَّم ركب من اليمن إلى الشام مثلًا فادَّعى أحدهم دارًا بصنعاء في بلد آخر منهم، فشهد له جماعة من الرفقة بملكيتها وذكروا أنهم جيرانه، ونحو ذلك مما يدل على الشهادة له بالملك المتقدم على الدعوى بزمنٍ طويل.

وكذا لو ادَّعى عينًا على حاضر بالمجلس فأنكر، فذكر المدَّعي أن له بينة عليه يعلم أنها ملكه، فاتفق أن قدَّم الشهود تلك الساعة من الغيبة المعلومة منهم كحج أو غزو أو تجارة في بلد شاسع مسلمين على القاضي قبيل أن يفارق الخصمان مجلسه، فقال المدَّعي: هذه بينتي الغائبة قد حضرت وهي تعلم أنها ملكي، فشهدوا له بالملك مطلقًا.

وكذا لو كان الأداء من فروع لأصول غائبين في شاسع أو قد كانوا من أعوام، فادَّعى الفروع الشهادة على شهادتهم المطلقة.

ويبعد أن يقال في هذه الأمثلة ونحوها: ألَّا يحكم له بالملك إلا قبيل الأداء عند الحاكم لا يقال: هو مقصر حيث لم يدع ملكًا سابقًا ويقيم به البينة؛ لأن أكثر الناس تجهل ذلك، فقد تكون الدعوى لصبي ونحوه.

ومنها: لو أقام شاهدًا واحدًا بملك بهيمة حامل أو شجرة قبيل اطلاعها ثم لم يحلف معه إلى الإمام وضعت البهيمة وأطلعت الشجرة ونحو ذلك، وقد يتأخر التحليف لأسباب كثيرة لا تخفى ثم يحلف ويقضى له بالعين، فهل يقول يقضى له بالملك من حين أداء الشاهد حتى تكون الفوائد الحادثة بعد شهادته للمدعي أو من حين حلفه ويكون ما حدث مثله المدعى عليه؟ لم أرَ فيه شيئًا، ويشبه أن يلتفت على أن القضاء لم يقع، إن قلنا بالشاهد كان ما حدث بعد

وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا، وَهُمْ سَبَبًا آخَرَ ضَرَّ.

شهادته للمدعي، أو باليمين كان للمدعى عليه لتأخرها، أو بهما كان كما سبق في الشاهدين يشهد هذا اليوم والآخر بعد مدة.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدُوا لَهُ مَعَ سَبَبِهِ لَمْ يَضُرَّ)** أي: بخلاف ما لو ادَّعى ألفًا فشهدوا له بألفين حيث ترد شهادتهم في الزيادة، وفي الألف المدعي خلاف سبق والفرق أن سبب تابع للملك وليس مقصودًا في نفسه بخلاف الألف مع الألف، فلو أراد المدعي أن يقيم بينته بذكر السبب يقتضي الترجيح لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولًا لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد بل يدعي الملك وسببه وهم يعيدون الشهادة، فحينئذٍ ترجح بينته، وفيه وجه أنه لا حاجة إلى ادعاء البينة ويكفي أن تكون الشهادة على ما هو المقصود واقعه بعد الدعوى والاستشهاد، ولو ادَّعى الملك وذكر سببه وشهد الشهود بالملك ولم يذكروا السبب قبلوا؛ لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقض، هكذا أورد الرافعي المسألة.

وقضية كلامه أن ذكرهم السبب، فإذا لم يتعرض المدعي له لا يقيده شيء بالنسبة إلى الفوائد الحادثة قبل الشهادة من حين السبب المذكور إلا أن يعيد الدعوى ويذكر السبب ثم يشهدون له بذلك على الصحيح، والمفهوم من كلامه الثاني أنه لو ذكر السبب في دعواه فشهدت البينة له بالملك ولم يتعرض للسبب أنه لا يستفيد بشهادتهم هذه إلا الملك في الحال لا من حين السبب الذي أسند الملك إليه وفيه وقفة، ويجوز أن يحمل إطلاقهم على الشهادة له بالملك على وفق دعواه؛ إذ الظاهر والظن بالعدل أنه لو كان يعلم خلاف ذلك لصرح به، أو قال: لا أعلم ما ذكره من السبب غير أني أشهد أنه ملكه ونحو ذلك، ويجوز أن يفرق بين شاهد وشاهد علمًا وعبادة وأن يقال يستفصل القاضي الشهود وهذا متعين إذا كان المشهود له ممن لا يعبر عن نفسه والمدعى فيه أو الوصية، والله أعلم.

قال: **(وَإِنْ ذَكَرَ سَبَبًا، وَهُمْ سَبَبًا آخَرَ ضَرَّ)** أي: على الصحيح فتبطل

قَالَ آجَرْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ، فَقَالَ بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشَرَةِ وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْتَأْجِرِ.

شهادتهم لما بينها وبين الدعوى من التناقض، وقيل: تقبل شهادتهم على أصل الملك ويلغوا ذكر السبب، وقد يقوى هذا الوجه على ضعفه فيما لو كانت من وصي أو قيم لمحجور عليه بخلاف المدعي لنفسه.

قال: (قال: **آجَرْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ بِعَشَرَةٍ، فَقَالَ: بَلْ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشَرَةِ وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ تَعَارَضَتَا، وَفِي قَوْلٍ**) أي: مخرج.

(**تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمستَأْجِرِ**) لا خفاء أنه إذا لم تكن بينة أصلًا أنهما يتحالفان ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على قياس ما مرَّ في باب التحالف وعلى المكتري أجرة مثل ما سكنه أو الدار، وإن أقام أحدهما البينة بما قال قضي له، وإن أقام كل واحد بينة فقولان ويقال وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص أن البينتين متعارضتان؛ لظهور تكاريهما، وإن قلنا بالتهاتر سقطتا، قال الشيخ أبو محمد: ويحلف المكري ما أكريت إلا هذا البيت الواحد، وقال الدارمي: وأحلفناهما وفسخنا ثم تكون أوجه:

أحدها: تنفسخ بالتحالف.

والثاني: تبطل في الظاهر دون الباطن.

والثالث: يقال للمؤجر بعد التحالف أترضى بما قال المستأجر؟ فإن رضي ثبتا عليه، وإن لم يرض قيل للمستأجر أترضى بما قال؟ فإن رضي فعليه، وإن لم يرض انفسخ، انتهى لفظه.

والقول الثاني في الكتاب خرجه ابن سريج وأن بينة المكري أولى؛ لاشتمالها على زيادة وهي أكثر جميع الدار فصار كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين ثبت الألفان، ورد بأن الزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم ووضوح حال في أحد جانبي ما فيه الشافي كإسناد إلى سبب وثيق، وانتقال عن استصحاب أصل، وهذه الزيادة ليست كذلك وإنما هي زيادة في المشهور به ويفارق ما ذكره أن التي شهدت بالألف لا تنفي الألفين هاهنا العقد واحد،

……………………………………………………………………

وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى ويثبت التعارض.

فإن قلنا بالتعارض سقطتا وتحالفا كما مرَّ، فإن قلنا بالاستعمال قول القرعة، وفي التحليف معه ما مرَّ، وقيل: لا يجيء.

وأمَّا قولا القسمة والوقف فالمشهور أنهما بحثان، وبحث الرافعي فيه وأطال وإن اختلفا والزيادة في جانب المكري بأن قال: أكريتك كذا بعشرة، فقال المكتري: بعشرة، فقول التعارض بحاله، وعلى قول ابن سريج بينة المكري راجحة للزيادة، ويطرد ما ذكر فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحد منهما بينة وفي إحداهما زيادة ولو وجدت الزيادة في كل من الجانبين بأن قال المكري: أكريت هذا البيت بعشرين، وقال المكرى: بل بجميع الدار بعشرة فلابن سريج رأيان:

أصحهما: التعارض لتقابل الزيادتين.

وأضعفهما: يوجد بالزيادة من الجانبين، فيجعل جميع الدار مكتراة بعشرين، وهذا خلاف قول المتداعيين والمشهور جميعًا.

قلت: كذا ذكره الرافعي.

وعبارة الشيخ أبي محمد في «السلسلة» بعد التصوير فعلى القول باستعمال البينتين في هذه المسألة عند ابن سريج وجهان:

أحدهما: إنهما متهاترتان.

والثاني: إنهما مستعملتان وطريقة الاستعمال القرعة، انتهى.

وحينئذٍ لا يكون خلاف قول المتداعيين والبينتين جميعًا، ثم قال العراقيون والروياني وغيرهم: هذا كله إذا أطلقت البينتان أو أوجبنا بتاريخ واحد، أو أطلقت واحدة وأرخت الأخرى، فإن أرخنا بتاريخين مختلفين بأن أقام أحدهما بينة على أن كراء مكترٍ سنة من أول رمضان، وأقام الآخر بينة على المكتري سنة من أول شوال فأيتهما تقدم؟ حكى الهروي فيه قولين:

أحدهما: وهو جواب العراقيين والروياني أن التي هي أسبق تاريخًا أولى؛

....

لأن السابق من العقدين صحيح لا محالة، فإن كان العقد على جميع الدار صح، وأمَّا الآخر فإن سبق العقد على البيت صح والعقد الوارد على الدار بعده يبطل في البيت، وفي باقي الدار خلاف تفريق الصفقة فرجح الأولى بذلك.

والثاني: أن البينة الأخرى أولى، وقد توجه بأن العقد الثاني فاسخ للأول، وربما تخللهما إقالة.

ثم عن صاحب «التقريب» وغيره أن موضع هذا الخلاف ما إذا لم تتفقا على أنه لم يجز إلا عقد واحد فإن اتفقتا عليه، فالبينتان متعارضتان أيضًا.

قال الرافعي: ولك أن تقول وجب أن يقال موضع التعارض في البينتين المطلقتين أو المطلقة والمؤرخة ما إذا اتفقا على أنه لم يجز إلا عقد واحد، فإن لم يتفقا عليه فلا تنافي بين البينتين يجوز أن يكون تاريخ المطلقتين مختلفًا وأن يكون تاريخ المطلقة غير تاريخ المؤرخة، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ تَنَافٍ ثَبَتَ أَكْثَرُ الزِّيَادَةِ بِالْبَيِّنَةِ الزَّائِدَةِ، انتهى كلامه نقلًا وبحثًا.

وقال القاضي شريح الروياني: إذا أقام بينة أنه استأجرها سنة بعشرة وأقام المكتري بينة أنه اكترى منه بيتًا بعشرة سنة، وإحداهما أسبق فإن اتفقت البينتان على أن الإجارة كانت في وقت واحد، واتفق المتداعيان على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فهي عين مسألة تعارض البينتين، وإن لم تتفقا؛ حكى القاسم قولين:

أحدهما: السابقة أولى وبه قطع البغداديون، والثاني: أن المتأخرة أولى؛ لأن فيه تصديق البينتين.

فَرْعٌ: قال شريح: قال في «الأم»: إِذَا اخْتَلَفَ الْمكرِي وَالْمُكْتَرِي فِي الرُّفَافِ، فَإِنْ كَانَتْ مُسَمَّرَةً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي، وَكَذَا حُكْمُ كُلِّ مُتَّصِلٍ كَالْأَبْوَابِ وَالتَّأْزِيرَاتِ وَالسَّلَالِمِ الْمُسَمَّرَةِ وَمَا لَا يَتَّصِلُ بِالدَّارِ مِنْ قُمَاشٍ وَنَحْوِهِ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُكْتَرِي لِيَدِهِ، وَأَمَّا الرُّفَافُ غَيْرُ الْمُسَمَّرَةِ، أَيْ: وَمَا فِي مَعْنَاهَا كَالسَّلَالِمِ الْمُنْفَصِلَةِ وَإِغْلَاقِ الْأَبْوَابِ - كَمَا قَالَهُ الْمَاوَرْدِيُّ- فَالْعُرْفُ فِيهِ

وَلَوْ ادَّعَيَا شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ حُكِمَ لِلْأَسْبَقِ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا.

مُضْطَرِبٌ وَالْيَدُ فِيهِ مُشْتَرَكَةٌ، قَالَهُ شُرَيْحٌ، فَالْمنصُوصُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْقُمَاشِ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمُكْرِيَ إِذَا انْتَقَلَ مِنْ الدَّارِ، وَسَلَّمَهَا لِلْمُكْتَرِي لَا يَتْرُكُ قُمَاشَهُ فِيهَا وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِتَرْكِ الرِّفَافِ وَتَسْلِيمِهَا إِلَى الْمُكْتَرِي، وَيُحْتَمَلُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْمُكْتَرِي نَصَبَهَا، فَيَكُونُ ذَلِكَ مِمَّا يُعْتَادُ فَيَتَعَارَضُ الْأَمْرَانِ، فَقُلْنَا يَتَحَالَفَانِ ثُمَّ تَكُونُ بَيْنَهُمَا.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: يَجِيءُ أَنْ يُقَالَ الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْمُكْتَرِي بِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ بِجَمِيعِ مَا فِيهَا، وَرُبَّمَا يَنْصِبُ السَّاكِنُ الرِّفَافَ بِالْمِسْمَارِ أَيْضًا، وَقَدْ جَرَى بِهِ الْعُرْفُ، انتهى.

قال: **(وَلَوْ ادَّعَيَا شَيْئًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلٌّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَوَزَنَ لَهُ ثَمَنَهُ، فَإِنْ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ حُكِمَ لِلْأَسْبَقِ، وَإِلَّا تَعَارَضَتَا)** إذا ادَّعى كل واحد منهما الشراء منه بثمن معلومٍ، وذكر أنه وفره وطالب ذا اليد بالتسليم، فإن أقر لأحدهما سلمت العين إليه، وهل للآخر تحليفه؟

قال السرخسي: إن قلنا إتلاف البائع كآفة سماوية فلا؛ لأن قضية قوله أن البيع قد انفسخ بتفويت البائع المبيع عليه، وإن قلنا أنه كإتلاف الأجنبي وأثبتنا الخيار فجائز، وأراد أن يطلب من البائع قيمة المبيع فيبنى التحليف على الخلاف فيمن أقر لزيدٍ بعد إقراره لعمرو وهل يغرم؟ قد سبق بيانه ولا تمتنع دعوى اليمين على الآخر فإنه كهلاك المبيع قبل قبضه في زعمه.

وإن أنكرهما ولا بينة؛ حلف كل واحد منهما يمينًا، وإن أقام أحدهما بينة سلمت العين له وليس للآخر تحليفه؛ لتغريم العين فإنه لم يفوتها عليه وإنما أخذت البينة وله دعوى اليمين، وإن أقام كل واحد منهما بينة، وهي صورة الكتاب، فإن اختلف تاريخهما قضي بأسبقهما تاريخًا؛ لأنه إذا باع من أحدهما لم يتمكن من البيع للثاني وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا أو أرخت إحداهما فقط فأمَّا أن يستمر ذو اليد على الإنكار والتكذيب، أو يصدق بعد قيام البينتين

....

أحدهما الحالة الأولى أن يستمر على التكذيب فالبينتان متعارضتان، فإن قلنا بالتهاتر سقطتا وحلف كل واحدٍ منهما كما لو لم تكن بينة.

وقيل: يسترد اليمين، وفيه وجهان قيل: لا يحكم بسقوط البينتين، وأصحهما نعم؛ لأن بينة كل واحد شهدت له بتوفر اليمين وإنما سقطتا فيما فيه التعارض وهو رقبة المبيع دون المعين، وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن فرض التعرض له، فلا رجوع بالثمن؛ لأن العقد قد استقر بالقبض وليس على البائع عقده بالحديث بعده، وإن قلنا بالاستعمال؛ فالأشهر أنه لا يجيء قول الوقف بناء على أن النزاع في العقد لا يوقف.

قال الرافعي: والأوجه وبه جزم في «الوجيز» مجيئه؛ لأنَّا لا نوقف نفس العقد وإنما نجز بتوقف لينكشف الحال وعلى هذا تنزع العين منه.

قال الإمام والقاضي وغيرهما: وكذا الثمنان وتوقف الكل، وإن قلنا بالقرعة فمن قرع تسلم العين بالثمن الذي سماه واسترد الآخر الثمن الذي أداه.

وإن قلنا بالقسمة وأحدهما النصف بما سماه فله خيار الفسخ؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه، فإن فسخا استرد الثمن، وإن أجازا استرد كل واحدٍ نصف الثمن المشهود به بناء على الصحيح أن الإجازة بالقسط لا بجميع الثمن، ويجوز أن يجيز أحدهما ويفسخ الآخر ويسترد الجميع، ثم إن سبقت الإجازة الفسخ رجع المجيز بنصف الثمن ولم يكن له أخذ النصف المردود؛ لأنه حين أجاز رضي بالنصف، وإن سبق الفسخ الإجازة فالأصح وبه أجاب العراقيون له ذلك وبقول القيمة أجاب الشافعي في هذه المسألة.

وروى الربيع قولًا هاهنا أن البيعين مفسوخان ويرجع إلى قول المدعى عليه فيقضي بموجبه، وامتنع جماعة من إثباته قولًا للشافعي منهم من خطأه، ومنهم من قال: إنه من كسبه ويخرجه وهذا ما نقله الماوردي عن الأصحاب.

الحالة الثانية: أن يصدق ذو اليد أحدهما وشهوده فعلى قول التهاتر تسلم العين إلى المصدق، وهو كما لو لم تكن بينة وأقر لأحدهما، وإن قلنا

……………………………………………………………………

بالاستعمال لم يقدم المصدق على أصح الوجهين لاتفاق البينتين على إسقاط يده باتفاق الأقوال، واليد المزالة لا تقتضي ترجيحًا فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحد منهما وقد بيناه، ثم اعرف شيئين:

أحدهما: أنهم لم يفرقوا فيما إذا لم يحلف تاريخ البينتين بين أن يطلق أو يتحد تاريخهما أو تطلق واحدة وتؤرخ أخرى؛ بل صرحوا بالتسوية وقد تضمن ذلك قول المصنف وإلا تعارضتا، واستدرك السرخسي فقال: هذا إذا لم تقدم البينة المؤرخة على المطلقة، فإن قدَّمناها قضينا لصاحبها ولا تجيء الأقوال.

الثاني: خصصوا الوجهين في أن تصديق ذي اليد هل يقتضي الترجيح بالتفريع على قول الاستعمال؟، وأمَّا على قول التهاتر فلم يفرقوا بين أن يصدق أو لا؛ لكن قياس جعل التصديق مرجحًا أن يقال: يرجح جانب من صدقه وليست حالة التصديق موضع خلاف التهاتر والاستعمال كاليد وسائر ما يوجب الترجيح، هذا حاصل ما أورده الرافعي خلافًا، وطرحناه من بقية الكلام على قول الاستعمال، وفي إيراد غيره زوائد وفوائد.

وحاصل «الحاوي»: أنه إن سبق تاريخ إحدى البينتين حكم بصحة العقد الأول ويرجع الثاني على البائع بالثمن لقيام البينة بقبضه له والأول أحق بالعين ولا يدل ذلك على ملكه فيها؛ إذ قد يبيع ما لا يملك حتى يقول الشهود قد باعها وهو مالكها، أو يقولون: إنها لهذا بابتياعها من هذا البائع فتدل الشهادة له بأحد الأمرين على ملك المشتري وصحة عقده، وإن أطلقت البينتان أو اتحد تاريخهما أو أرخت واحدة فقط فالعين إمَّا أن تكون في يد البائع أو يد أحد المشتريين أو في أيديهما أو يد أجنبي.

الحالة الأولى: أن تكون بيد البائع فهل يوجب تصديقه لأحدهما ترجيحها؟ وجهان:

الوجه الأول: وبه قال المزني وابن سريج: نعم فعلى هذا يرجع إلى بيانه في أسبق العقدين، فإذا بينه كان البيع له ولا يمين عليه للآخر؛ بل يقدم له

....

الثمن لا القيمة، وإن أنكر أن يكون عنده بيان كثلث لكل منهما أن يحلفه يمينًا محضة، فإن جمع بين المشتريين في البيان ألغى بيانه لاستحالة كون كل واحد متقدمًا على الآخر في حاله.

وقال أبو حامد الإسفراييني: تكون العين بينهما بتصديقه لهما، فإن قاله وهو يرى أن بيان البائع مقصور على التقدم بالعقد فقد وهم لاستحالة ذلك وإن قاله؛ لأنه لم يرجع إلى بيانه لأيهما باع فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب.

والوجه الثاني: وهو قول ابن خيران وعامة أصحابنا: أنه لا يقبل تصديقه لأجل يده لاتفاق البينتين على زوال ملكه فيبطل حكم يده وإنما يرجع إلى يد تجوز أن تكون مالكة فعلى هذا يجري على البينتين حكم التعارض في الظاهر، وإن جاز ألَّا يتعارضا في الباطن بأن يتقدم أحد العقدين فيكون في تعارضهما ثلاثة أقوال:

أحدها: سقوطهما ويرجع إليه فإن كذبهما حلف كل منهما، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر كانت العين مبيعة للمصدق فإن طلب المكذب إحلاف البائع؛ نظر إن سبق بالدعوى فله إحلافه؛ لأنه استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق وإن ادَّعى بعد تصديق الآخر فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره، فلو عاد البائع فصدق الثاني بعد تصديقه الأول كالبيع للأول المتقدم إقراره له، ثم إن كانت قيمة العين بقدر الثمن الذي شهدت به بينة الثاني لم يغرم له إلا الثمن فإن كانت أكثر منه، ففي وجوبه غرم زيادة القيمة بعد رد الثمن قولان:

ثانيهما: يغرمها ومن هنا يخرج قول إن عليه أن يحلف للمكذب؛ لأنه إن أغرم مع الإقرار حلف مع الإنكار، وإن صدقهما جميعًا جعلت العين بينهما مبيعًا نصفين نصف الثمن المشهود به له إن اتفقوا على قدره، وإن عدلوا إلى غيره فكل منهما يأخذ نصفها بنصف الثمن الذي أقر به البائع، إن صدقاه على قدره، وإن كذباه حلفا عليه وأبطل البيع ولا يعتبر الثمن المشهود به وإن قبلت شهادتهما في دفعه؛ لأن تعارضهما في البيع لا في الثمن هذا حكم قول التعارض والتساقط.

……

والقول الثاني: الإقراع بين البينتين فأيهما قرعت حكم بها وفي إحلاف صاحبها مع القرعة قولان:

أحدهما: يحلف؛ إن قيل القرعة مرجحة لدعواه.

والثاني: لا يحلف؛ إن قيل: إنها مرجحة لبينته، وللمقروع الرجوع بالثمن المشهود به.

والثالث: الاستعمال وقسمة العين بينهما ثم لكل منهما الخيار لتفريق الصفقة عليه فإن اختار الإمضاء كانا شريكين، أو الفسخ صحّ فسخ من تقدم منهما ويتوفر سهمه بالفسخ على المتأخر فيسقط خياره في الفسخ؛ لتكامل المبيع له، وإن أمضى أحدهما وفسخ الآخر زال ملك التفاسخ، وينظر إن فسخ قبل رضا الآخر فالنصف يوفر سهمه على الرضا وأخذ الجميع بثمن بينته، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهمه على الراضي.

الحالة الثانية: أن تكون العين في يد أحدهما، وهل تترجح بينته؟ قيل: على وجهين مبنيين على الوجهين في الترجيح بيد البائع؛ إذا صدق أحدهما، فإن رجحناه بيده وبينته رجع الآخر باليمين الذي شهدت به بينته، ويجوز أن يكون خصمًا لذي اليد، فإن أنكر حلفه، وإن صدقه سلمها إليه بإقراره بالثمن الذي شهدت به بينته، إن كان مثل الثمن في ابتياعه، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي؛ لأنه مقر بأنه لا يستحقه على الثاني، وإن كان أكثر فليس له أخذ الزيادة لاعترافه أنه لا يستحق أكثر مما دفعه ويكون درك الثاني على الأول دون البائع ولا يكون على البائع درك الأول.

وإن قلنا: لا تترجح بينته بيد البائع؛ إذا صدق أحدهما سقط حكم يد المشتري هنا وتتعارض بيناتهما، وتأتي الأقوال الثلاثة: السقوط ويرجع على البائع في إقراره وإنكاره كما مضى الإقراع ويحكم للإقراع على ما مضى، والقسمة على ما مضى.

الحالة الثالثة: أن يكون في يدهما فقد تساويا في اليد والبينة ووقع

....

التعارض فتجيء الأقوال الإسقاط والإقراع والاستعمال، فإن رجحنا يد أحدهما رجحنا أيديهما وصار لكل واحد بينة داخل في النصف الذي بيده، وبينة خارج في النصف الآخر، فيجعل المبيع بينهما نصفين، وهل يحلف كل واحدٍ لصاحبه بيد أجنبي، فإن كانت نائبة عن البائع أو عن أحد المشتريين أو عنهما، فالحكم على ما سبق في الأحوال الثلاثة، وإن كانت يده لنفسه لم تتوجه الدعوى في البيع لنسبته إلى غيره، ولا يوجب بينة أحدهما انتزاع العين من يده؛ لأن بيع غيره لها لا يجعله مالكًا لها ولا مطالبة للبائع بها لدى البديل تسقط المطالبة عنه؛ لأجل البينة، ولا يمين عليه لو أخذ سهمًا ويرجع كل واحد منهما على البائع بالثمن الذي شهدت به بينته، فإذا حكم بإبطال البيعين وأخذ البائع برد الثمن جاز له أن يستأنف الدعوى، وهذا كله إذا لم تكن في البينة الشاهدة بالبيع شهادة للبائع بملك المبيع.

فأمَّا إن شهدت له بملك ما باع فإن عارضهما ذو اليد ببينة قدمت وإلا رفعت يده وثبت أن البائع باع ملكه، وإن كانت الشهادة بملكه من إحدى البينتين حكم بالبيع لمن شهدت بينته بالبيع والملك ورجع الآخر بالثمن وبطل حكم التعارض فيهما، وإن شهدت البينتان بالملك والبيع ثبت حكم التعارض، وجاءت الأقوال الثلاثة، انتهى ملخصًا، وفي كلام غيره تتمات وتفاريع يطول ذكرها.

فمنها: لو شهدت إحداهما في حال عدم التاريخ بأن الدار ملكٌ للبائع وقت البيع أو كونها ملكًا للمشتري اليوم قدمت.

قال العبادي: وكذا لو كان في إحدى البينتين أنها في يد المشتري، قال الهروي: ولم ترد به مجرد اليد بل أراد به اليد مع امتداد المدة على التصرف ومع عدم التنازع، وكذا لو كان في إحديهما ذكر نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة على الأخرى، قال العبادي: سواء كانت سابقة في التاريخ أو مسبوقة.

قال الهروي: وهذا غريب لم أره في كتب الأصحاب، ووجهه أن البينة السابقة إذا لم تتعرض لنقد الثمن، وتعرضت له البينة اللاحقة أوجبت تسليم المبيع، والبينة السابقة عن التعرض لنقد الثمن لم تترتب على دعوى تامة بطلب

……

تسليم المبيع، وهذا ظاهر على قولنا يجبر المشتري على تسليم الثمن ثم البائع يسلم المبيع بعده، وعلى قولنا الدعوى في الدين المؤجل لا تسمع قبل انصرام الأجل، انتهى.

وذكر الرافعي ذلك ملخصًا وتابعه ابن الرفعة وفيه وقفة، وفي «الحاوي»: إذا شهدت بينة أحدهما بأنه ابتاعه منه وقبضه وشهدت الأخرى بالبيع ولم يقولوا إنه قبضه فهل تترجح بينة من شهد له بالقبض؟ فيه وجهان، والذي نص عليه الشافعي ﷺ الترجيح؛ لأن البيع بالقبض منبرم، وقيل: القبض متردد بين سلامة البيع فينبرم أو تلفه فيبطل.

فَرْعٌ: في يده دار فجاء اثنان يدعيانها، فقال أحدهما: اشتريتها من زيدٍ وهو يملكها، وقال الآخر: اشتريتها من عمرو وهو يملكها، أو نسبا معًا الشراء إلى شخص واحدٍ، وأقام كل واحد بينة بذلك تعارضتا، فإن أسقطناهما وكان لا بينة ويحلف ذو اليد لكلِ واحدٍ يمينًا، فإن استعملناهما ففي مجيء قول الوقف ما سبق، ويجيء قولًا والقسمة والتفريع كما سبق إلا على قول القسمة إذا فسخ أحدهما العقد وأجاز الآخر لم يكن له أخذ النصف الآخر تقدم الفسخ أو الإجارة إذا ادعيا الشراء من اثنين وجبت أثبتنا الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البينة بقبض المبيع ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض استقر العقد وما يحدث بعد فليس على البائع عهدته، وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد منهما وهو يملكها؛ لأن من ادَّعى مالًا في يد آخر وقال: اشتريته من فلان لم تسمع دعواه حتى يقول وهو يملكه أو يقول وتسلمته منه أو سلمه إليّ؛ لأن الظاهر أنه إنما يتصرف بالتسليم فيما يملك، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تدل على الملك وكذلك يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة ما اشتراه من فلان وهو يملكه أو اشتراه وسلمه منه أو سلمه إليه هو.

وفي «فتاوى» البغوي: أنهم لو لم يقولوا في شهادتهم أنه كان ملكًا لفلان بل شهدوا أنه ملك هذا المدعي اشتراه من فلان أن ظاهر النص أنها لا تسمع

....

ما لم يقولوا: اشترى من فلان وكان ملكًا له قال: وعندي يحتمل ألَّا يشترط هذه اللفظة؛ لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحًا ولا يكون البائع مالكًا بل وكيلًا بالبيع؛ ولأنهم لما قالوا اشتراه من فلان فمطلق الشراء يحمل على الشيء الصحيح الموجب للملك خاصة إذا شهدوا لهذا المدعي بالملك في الحال، انتهى.

وفيما أبداه نظر إن أراد به ألَّا تتعين هذه اللفظة ولا ما ينوب منابها من أن للبائع ولاية البيع على المدعي ولا سيما إذا كان الشهود ممن لا علم لهم، وكما يجوز أن يكون البائع مالكًا أو نائبًا يجوز أن يكون سارقًا أو غاصبًا أو فضوليًا، قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهودًا على أنه اشترى من فلان وآخرين على أن فلانًا كان يملكه إلى أن باعه منه، قال الرافعي: لكن الآخرين إن شهدوا هكذا فقد شهدوا على البيع والملك، وكأن المراد ما إذا أقام شهودًا على أنه اشترى منه وآخرين على أنه كان يملكه إلى وقت كذا، انتهى.

وإطلاقه وغيره يفهم أنه لا فرق في صورة الفرع بين أن يسبق تاريخ إحدى البينتين في الشراء من اثنين وبين ألَّا يسبق، قال ابن الرفعة: وحكى الفوراني قولًا آخر أن بينة السابق أولى، وعلى التعارض، وهو ما أورده القاضي الحسين وغيره، إن قلنا: بالتساقط فكأن لا بينة، وذكر نحو ما سبق في صدر الفرع ثم ساق كلام «الحاوي» بطوله كما أوردته في «الغنية».

فَرْعٌ: أقام أحد المدعيين بينة أنه اشترى الدار من فلان وكان يملكها وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى بحكم بينته ولا يحتاج أن يقول مقيم البينة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب البينة أن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه.

فَرْعٌ: قال شريح في «روضته»: لو ادَّعى رجل دارًا في يد زيد أنه اشتراها منه، وادعى آخر أن زيدًا وهبها منه وسلمها إليه وأقام كل منهما البينة فهو كما لو ادعيا الشراء منه على ما سبق، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال يؤخذ بالبيع؛ لأنه أقوى من عقد الهبة وفيه نظر، انتهى.

وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَأَقَامَاهُمَا، فَإِنِ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا، وَإِنِ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَنَانِ وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ.

قال: **(وَلَوْ قَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَأَقَامَاهُمَا، فَإِنِ اتَّحَدَ تَارِيخُهُمَا تَعَارَضَتَا، وَإِنِ اخْتَلَفَ لَزِمَهُ الثَّمَنَانِ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الْأَصَحِّ)** صورتها أن تكون في يده دار مثلًا، فجاء اثنان فقال كل واحد منهما: بعت منك هذه الدار وكانت ملكي بكذا فأدى الثمن، فإن أقر لهما طولب بالثمنين أو لأحدهما طولب بالثمن المسمى وحلف للآخر، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة وهي صورة الكتاب نظر إن اختلف تاريخهما لزمه الثمنان لإمكان اجتماعهما؛ وإن اتحدتا بأن عينتا مع الزوال مثلًا تعارضتا؛ لاستحالة كون جميعها ملكًا لكل من الاثنين في أوان واحد فعلى قول التهاتر كان لا بينة، وإن أقرعنا قضي للقارع بالثمن المشهود به وللآخر تحليفه قطعًا؛ لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه، وإن قسمنا كان لكل منهما نصف الثمن الذي سمَّاه، وقال: الدار كانت لهما فباعاها بثمنين مختلفين أو متفقين.

وذكر الإمام وجهًا آخر أبداه تخريجًا أنَّا نثبت اليمينين، وفي مجيء قول الوقف الخلاف السابق، والظاهر مجيئه، وإذا قسمنا عند التعارض فلا خيار لذي اليد لحصول تمام البيع له ولا عرض له في يمين البائع وقيل يثبت له؛ لأنه قد يرضى بمعاملة اثنين وإن أطلقت البينتان أو إحداهما فوجهان:

أصحهما: عند كثيرين ونسبه الماوردي والإمام إلى الأكثرين، وادعى الفوراني في «العمد»: أنه لا خلاف فيه، وحكى بعضهم طريقة قاطعة به أنهما كمختلفتي التاريخ فيلزمه الثمنان؛ لأن الثاني غير معلوم والعمل بكل واحدة من البينتين ممكن.

وثانيهما: أنهما كمتحدتي التاريخ إذ ربما شهدتا على البيع في وقت واحد، والأصل براءة ذمة المشتري فلا يؤاخذ إلا بالبينتين، قال ابن كج وبه قال القاضي أبو حامد وأبو الحسين وغيرهما فعلى هذا يعود خلاف التعارض.

وحكى أبو حاتم القزويني وغيره أن من الأصحاب من قال: إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع وجب الثمنان لا محالة، وهذا الخلاف طرق لا

……

أوجه، وعبارة الدارمي: وإن أقاماهما فإن قلنا يسقطان بطلتا أو يستعملان فهاهنا قولان:

أحدهما: يقرع، **والثاني**: يقسم نصفين فيكون لكل واحد نصف الثمن، فإن ذكرت بينتاهما القبض فعليه لكل واحدٍ منهما الثمن، كما قال المزني: وقيل نصف، فأمَّا إن أطلقتا أو بينتا أنه عقد واحد فنصف نصف، والمزني يقول: ثمن لكل واحدٍ، وقيل: إذا أطلقتا فثمنان فمن قال مع الإطلاق ثمن واحدٍ، قال: إذا ذكر القبض وجهان: **أحدهما**: ثمنان، **والثاني**: ثمن فيحصل إن ذكر عقد واحد فثمن، وإن أطلق فوجهان فإن ذكر القبض رتبه، هذا لفظه ﷺ تعالى.

تنبيهات:

أحدها: ما سبق من لزوم الثمنين إذا اختلف التاريخ من شرطه أن يكون بينهما ومن يمكن فيه العقد الأول ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني فإن عين الشهود زمنًا لا يتأتى فيه ذلك لم يجب الثمنان قاله في «أصل الروضة» وهو منتزع من كلام «النهاية» وتبعه في «البسيط».

ثانيها: صور الشافعي ﷺ المسألة بما إذا قال كل واحد أنه له الدار وهو مالك لها وجرى عليه الأكثرون، وقضية إطلاق «المنهاج» و«التنبيه» وغيرهما أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يذكر أنها ملكه وقت البيع أو لا يذكره وهو ما حكاه أَبُو الْفَيَّاضِ الْبَصْرِيُّ في تتمة «الجامع الصغير» وأشار الرافعي إلى استغرابه.

ثالثها: لو قامت البينتان بإقرارهما ادعياه، قال الرافعي: فالأظهر أن الحكم كما لو قامتا على البيعين نفسهما فينظر إقامتها على الإقرارين مطلقًا أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقت ومن عمرو كذلك، وقيل: يجب الثمنان وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقًا بخلاف الشهادة على البيعين مطلقًا؛ لأن الشهادة على الإقرار قد بينته بها ما لا يثبت بالشهادة على نفس المقربة، ألا ترى أنه لو قامت بينة على إقراره بالغصب من زيدٍ وأخرى على إقراره بالبينة

....

من عمرو يلزمه قيمتان، ولو قامتا على نفس الغصب من زيدٍ والغصب من عمرو وتعارضتا، فإن استعملناها لم تجب إلا قيمة واحدة، انتهى.

قال ابن الرفعة: وهذا الطريق لم يحكه البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيره، ونقله المزني عن الشافعي ﷺ واستشهد به على لزوم الثمنين في المسألة السابقة عند إطلاق البينتين، وفرق الأصحاب بما ذكرناه، انتهى.

قلت: وممن اقتصر على هذا الطريق الماوردي وشريح الروياني، ونقله الهروي في «الإشراف» عن النص مقتصرًا عليه وكذلك الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وغيرهم، والظاهر أنه المذهب ولم أرَ ما ذكره الرافعي أنه الأظهر.

وفي «الروضة» أنه الصحيح إلا في «التهذيب» فإنه جزم بالتسوية بين البينة على البيع وعلى الإقرار به وهو غريب.

وقد أطلق البغوي والرافعي في أول المسألة القول بأنه إذا أقر لهما لزمه الثمنان لا محالة، نعم.

قال الماوردي: يجوز أن يكون في الإقرار تعارض في موضع وهو أن تتفق الشهادتان على أنه أقر مرة واحدة، ثم اختلفا فيمن أقر له، فقالت إحداهما: كان إقراره لزيد، وشهدت الأخرى أن إقراره كان لعمرو فتتعارض الشهادتان في الإقرار كما تعارضتا في العقد فيحمل تعارضهما على الأقوال في الموضعين.

فَرْعٌ: قال الرافعي: قال الإمام: لو شهد اثنان على أنه باع من فلان ساعة كذا وشهد آخران أنه كان في تلك الساعة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا ففي قبول الشهادة الثانية خلاف للأصحاب؛ لأنها شهادة على النفي، وإنما تقبل الشهادة على النفي في المضايق وأصول الضرورات، فإن سمعناها فيتصور التعارض بهذا الطريق أيضًا زاد في «الروضة».

قلت: الأصح القبول؛ لأن النفي المخصوص كالإثبات في إمكان الإحاطة به، والله أعلم، انتهى.

فَصْلٌ

وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَى دِينِي، فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ قَيَّدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتَا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا.

ويوافقه قول الرافعي في أواخر الطلاق: أنه لو رأى ذهبًا فحلف بالطلاق أنه الذهب الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان أنه ليس ذلك الذهب وأنه حانث؛ فظاهر المذهب وقوع الطلاق وإن كانت هذه شهادة على النفي؛ لأنه نفي يحيط العلم به، انتهى.

لكن الإمام هنا في صورة الفرع قال: إن الذي ذهب إليه الأكثرون أن الشهادة مردودة لتعلقها بالنفي وبنى الشهادة على التعرض للإثبات.

وعلل في «البسيط» ذلك بأنها شهادة على النفي ولا ينضبط الأمر لو فتح الباب، والثاني يقبل لإمكان إسنادها إلى الحقيقة وهذا متجه ولكن الأكثرين ذهبوا إلى رد الشهادة، انتهى ولا يجيء خلاف حنث الجاهل في مسألة الطلاق التي استشهد بها.

فَصْلٌ

قال: (وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ كُلٌّ مِنْهُمَا: مَاتَ عَلَى دِينِي، فَإِنْ عُرِفَ أَنَّهُ كَانَ نَصْرَانِيًّا صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، فَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ قُدِّمَ الْمُسْلِمُ، وَإِنْ قَيَّدَتْ إِحْدَاهُمَا أَنَّ آخِرَ كَلَامِهِ إِسْلَامٌ وَعَكَسَتْهُ الْأُخْرَى تَعَارَضَتَا، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ دِينُهُ وَأَقَامَ كُلٌّ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ تَعَارَضَتَا) مقصود الفَصْل: الكلام في تعارض البينتين في الموت والميراث فمن مسائله أن يموت رجل عن اثنين مسلم ونصراني مثلًا فاختلفا فيما مات عليه، فقال المسلم: مات مسلمًا فلي الميراث، وقال الآخر: مات نصرانيًا فلي الميراث، فإمَّا أن يكون الأب معروف الدين أو لا.

الحالة الأولى: أن يعرف بالتنصر، فقال المسلم: أسلم ثم مات، وقال

……

النصراني: بل مات نصرانيًا؛ فالقول قوله بيمينه؛ إذ الأصل بقاء كفره.

وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة نظر إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه مات مسلمًا، وقالت بينة النصراني: إنه مات نصرانيًا؛ فالقول قوله بيمينه أقر الأصل بقاء كفره، وإن أقام كل واحد منهما بينة نظر إن أطلقتا، فقالت بينة المسلم: إنه مات مسلمًا، وقالت بينة النصراني: إنه مات نصرانيًا، وبينة المسلم مقدمة لزيادة علمها وهي انتقاله إلى الإسلام والأخرى استصحبت وشهدت بالأصل والناقلة أولى من المستصحبة، ولمثل هكذا قدَّمنا بينة الجرح على التعديل هذا هو المشهور.

وفي «الحاوي»: إنه لو شهدت بينة المسلم أنّ أباه مات مسلمًا، وبينة النصراني أنه مات نصرانيًا فقد اختلف أصحابنا هل تحمل هذه الشهادة على التقييد؛ لأن كل واحدة شهدت ببينة عند الموت حتى يأتي؟ فيه أقوال التعارض والاستعمال أو يحمل على الإطلاق؛ لأنهما استصحبا ما تقدم من حاله ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه فلا تعارض ويكون الميراث للمسلم على وجهين، انتهى والمذهب ما ذكرناه.

ولو مات رجل عن ابن وزوجة، فقال الابن: داره هذه ميراث بيننا، وقالت زوجته: بل أصدقنيها أبوك أو باعها مني، فأقام كل واحد بينة، فبينتها أولى ولو ادَّعى على مجهول أنك عندي وأقام الآخر بينة أنه كان ملكًا لزيد فأعتقه قدمت بينته لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية، وعلى هذا قياس المسائل ولو قيدت البينتان أنه تكلم في آخر عمره بكلمة، فقال الابن المسلم: كانت كلمة الإسلام فأقام عليه بينة، وقال الآخر: بل كانت ملكك الكلمة كلمة النص وأقام عليه بينة تعارضتا، فعن قول السقوط يسقطان ويصير كأن لا بينة فيصدق النصراني بيمينه؛ لأن الظاهر معه.

قال شريح الروياني: قال جدي: وقد قيل يحكم بالإسلام ويصير بقيام البينتين في حكم مجهول الأصل فيحكم بإسلامه؛ لأن الدار دار الإسلام، قال: وهذا ليس بقولي، وإن قلنا باستعمالها فعلى الوقف يوقف وعلى القرعة

....

يقرع فمن قرع فله التركة وعلى القسمة يقسم بينهما نصفين، وقال: وقال أبو إسحاق وطائفة كما قال الماوردي لا تجيء القسمة، والجمهور على مجيئها.

الحالة الثانية: ألَّا يكون الأب معروف الدين فإن لم تكن بينة نظر فإن كان المال في يد غيرها فالقول قوله وفي يدهما حلف بكل واحد لصاحبه وجعل بينهما، وأبدى في «الشامل» احتمالًا لا يحتاج إلى التحالف مما سيأتي عنه، وقد يؤيده سكوت جماعة عنه وإن كان في يد أحدهما فوجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي الحسين وجماعة: فالقول قوله بيمينه والصحيح أنه يجعل بينهما ولا أثر لليد بعد اعترافه أنه كان للميت، وإن أقاما بينتين تعارضتا سواء أطلقنا أم قيدنا، ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق، وقبل تقدم بينة الإسلام؛ لأنه الظاهر من حال من هو في دار الإسلام.

قال الرافعي: والمشهور في «الروضة» والمذهب الأول.

وفي «الإشراف»: إنه إذا لم يعرف أصل دينه سقطتا في قولٍ وسلط من بيده التركة عليها وقيل الصواب استعمال البينة، انتهى.

وفي «الحاوي»: أنهما إذا سقطتا والدين مجهول ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول المزني أنها تقسم بينهما ملكًا بالتحليف دون البينة لتكافئهما فيها.

والثاني: وهو قول ابن خيران أنها تقسم بينهما يدًا وتفريعهما أمانة يمنعان من التصرف فيها حتى يبين مستحقها منهما أو يصطلحان عليها كالميت عن زوجتين إحداهما مطلقة وقد أشكلت.

والثالث: ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق أنها تقر في يد من كانت في يده قبل التنازع والتحالف، فإن كانت في يدهما أو يد أجنبي أو في يد أحدهما أقرب على حالها وكان إقرار زيد وأمانة من غير قسمة ووهم أبو حامد فأقره في يده ملكًا وهو خطأ؛ لأن سبب استحقاقه متعين بالميراث فلم يجز أن يكون لليد في تملكها تأثير، ويقرب منه قول ابن الصباغ بعد ذكره قول أبي حامد،

....

وهذا فيه نظر أنه معترف بأنه للميت الذي ادَّعى أنه يرثه والآخر يدعي مثل ذلك، فلا ينبغي أن يكون لمثل هذا إليه حكم بل ينبغي أن يكون موقوفًا أو مقسومًا عليهما وهذا قويم.

وعبارة ابن شداد: وقال صاحب «الشامل»: يجب أن تكون التركة موقوفة بحالها ولا طلب لواحدٍ منهما؛ لأنه لم يقم حجة أو يقول تقسم بينهما ولا يخالف هذا لفظه فيما إذا كانت التركة في يدهما، وفي «الانتصار»: وإن كانت في يد أحدهما؟

قال أبو حامد: كذا، وقال صاحب «الشامل»: لا ينبغي أن يكون ليده حكم بل يجب أن يكون موقوفًا أو مفسوخًا بينهما، وإن كانت في يدهما جميعًا؟ قال أبو حامد: يحلف كل واحد منهما على ما في يده ويقر عليه.

قال صاحب «الشامل»: يجب أن يكون على ما ذكرته أمَّا أن يقر يدهما عليه أو يقسم بحكم اليد ولا يتحالفان، قال: وهذا كله إذا قلنا بالسقوط، انتهى.

إشارات وتتمات:

منها: ينبغي أن شامل كلام الرافعي هنا فيما إذا لم يعرف أصل دينه ولم تكن لأحدهما بينة مع كلامه في الفرع الآتي من بعد، وهو ما إذا مات عن زوجة وأخ مسلم وعن أولاد كفرة فربما يظهر بين الكلامين تفاوت.

ومنها: جعل الماوردي للبينتين وقد عرفت نصرانيته في الحياة أربع أحوال:

إحداها: أن يطلقا فيقول شهود المسلم أن أباه مسلم وتقول الأخرى أنه نصراني فيحكم بالأولى لزيادة علمها ويرثه المسلم.

الثانية: أن يقيد الشهادة وكل واحدة بأن آخر كلامه كذا، ثم حكى ما سبق عنه أنه لو شهدت بينة المسلم أن أباه مات مسلمًا وعاكستها الأخرى.

الثالثة: أن تكون الشهادة بالإسلام مطلقة وبالنصرانية مقيدة فلا تعارض؛

....

لأنه قد يسلم ثم يرتد بعد إسلامه إلى النصرانية، فتصح الشهادتان ويحكم بردته ويكون ماله فيئًا.

الرابعة: عكس الثالثة، ولا تعارض ويرثه المسلم، وعبر الفوراني عمَّا ذكره في الحالتين الأخيرتين بقوله: وإن كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة فالعمل بالمقيدة أولى.

ومنها: قال في «الأم»: إذا حضر أخوان مسلم ونصراني فذكرا أن أباهما مات وترك هذه الدار ميراثًا، وقال المسلم: مات مسلمًا، وقال النصراني: مات نصرانيًا، سُئلا فإن تصادقا على أنه كان نصرانيًا، ثم قال المسلم: أسلم بعد قتل الملك النصراني، فإن ثبتت بينته بأنه أسلم ومات مسلمًا كان الميراث للمسلم، وإن قال: لم يزل مسلمًا، وقال الآخر: لم يزل نصرانيًا، وقفنا المال حتى يعلم أو يصطلحا، فإن أقام النصراني بينة أنه كان نصرانيًا ومات نصرانيًا كان الميراث له دون المسلم، وإن أقام كل واحدٍ منهما بينة على دعواه ففيها قولان:

أحدهما: يقرع فأيهما خرج سهمه أحلف وجُعل له الميراث.

والثاني: يقسم بينهما، ثم قال الربيع: قال الشافعي إثر قول القسمة: وهذا ما أستجر الله فيه وأنا فيه واقف، ثم قال الشافعي لا يعطى أحد منهم شيئًا يوقف حتى يصطلحا، قال الربيع: وهو آخر قول الشافعي وهو أصوبهما هذا لفظ «الأم» وهو كله مفرع على قول الاستعمال.

ومنها: قال الفارقي إثر قول «المهذب»: وإن لم يعلم أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين الصحيح أن الحال لا يختلف بين أن يعلم أصل دينه أو لا يعلم على ما حكاه الشيخ أبو نصر؛ ولأنه سواء علم أو لم يعلم مع تعارض البينة بالكفر والإسلام فاحتمال صدق كل واحدٍ منهما ثابت، انتهى.

ومنها: قول المصنف وإن قيدت أن آخر كلامه إسلام، أي: ما يكون مسلمًا وهو النطق بالشهادتين والتبرؤ من كل دين خالف دين الإسلام كما قاله

....

الماوردي وغيره، وقوله وعكسته الأخرى، أي: بأن شهدت أن آخر كلامه ما يكون به نصرانيًا وهو النطق بالتثليث كما قاله الماوردي أو بأن لا إله إلا الله وأن عيسى رسول الله وأنه بريء من كل دين سواه كما قاله العبادي، قال الهروي: وفيه إشكال؛ لأن المسلمين يثبتون نبوة عيسى ﷺ وإثبات نبوته ليس نفيًا لنبوة نبينا محمد ﷺ سيما عند منكري المفهوم.

قلت: وفيه نظر؛ لأن من تبرًأ من دين سوى دين عيسى فقد تبرأ من دين نبينا محمد ﷺ والعجب من الرافعي كونه نقل عن أبي عاصم وأن عيسى رسول الله وحده قوله وأنه بريء من كل دين سواه، ثم قال: قال أبو سعد: وفيه إشكال ظاهر فذكره، ثم قال: فيجب أن نفسر حكمه بالتنصر بما يختص به النصارى بقولهم: إن الله تعالى ثالث ثلاثة، انتهى.

فالرافعي أمَّا سقط من الأصل الذي نقل منه آخر الكلام الذي ذكرناه أو زاغ بصره عنه، أي: عن الفرق بين أن نقوله إن سكت على قوله رسول الله كما ظنه الهروي وهو بعيد، ثم قال الهروي في تتمة كلامه السابق: ولا يقنع بالظاهر السابق إليه الإفهام والظنون في هذا الباب بل يجب أن يقطع البينة بإثبات كلمة النصرانية على وجه ينتفي عنه الإشكال، وهذا ما عبر عنه في «الروضة» بقوله: يشترط في بينة التنصر أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصارى كقولهم ثالث ثلاثة، وهل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمة؛ لأنهم قد يتوهمون ما ليس بإسلام إسلامًا؟ فيه وجهان، انتهى.

قال ابن الرفعة: وعدم الوجوب هو الذي أوجبه البندنيجي وغيره.

ومنها: إذا قلنا بالقسمة خلافًا لأبي إسحاق فهل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر؟ فيه وجهان رواهما ابن كج، والأصح: المنع، ونقل وجهين في كيفية القسمة إذا مات عن ابن وبنت وتنازعا في دين الأب، وقلنا بالقسمة عن ابن سلمة وغيره: أنه يقسم المال بينهما نصفين، وعن غيره أنه يُقسم ثلاثًا قسمة الميراث، قال الرافعي: وليسا ولا واحدٍ منهما تقويم بل يجب أن يقال هما كشخصين يدعي أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما بينتين، وقد مرَّ

……………………………………………………………………

أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني ربعها، وعبَّر في «الروضة» عن ذلك بقوله: والصواب أنهما كرجلَيْ المسألة.

قلت: ويتمشى قول ابن سلمة، إذا قلنا بالرد عند فساد بيت المال كوقتنا؛ لأن البنت تقول حينئذٍ أنا أستحق جميع التركة فرضًا وردًا.

ومنها: قول الفوراني في «الإبانة»: إذا قالت بينة الكفر أنه كان آخر كلامه الإسلام فقولان: **إن قلنا:** بالتهاتر فإن كان له أصل دين معلوم فيستبقي حكمه وإن لم يكن فالمال بينهما بحكم اليد على النصف، **وإن قلنا:** بالاستعمال فيجيء فيه الأقوال، إن قلنا: بالقسمة فيجعل نصفين بحكم البينة، قل المسلمون من ورثته أو كثروا فلهم النصف فقط بخلاف ما إذا لم تكن بينة، أو قلنا بالتهاتر، فإن المال بينهم بحكم اليد هناك فهم فيه سواء، الكفار والمسلمون.

وقال في «العمد»: وإن قالت: كل بينة منهما شاهدناه عند الموت يتكلم بكذا تعارضتا، فإن قلنا تهاترتا ينظر فإن كان أصل دينه متفقًا عليه من أن يتفقا على أنه كان في الأصل نصرانيًا فالبينتان ساقطتان والميراث للابن الكافر وبالضد، وإن لم يكن متفقًا عليه فحينئذٍ يقسم بينهما بحكم اليد حتى لو كان اثنان يدعيان إسلامه وثلاثة لغيره فخمسان للمسلمين وثلاثة أخماس للكفار، وإن قلنا: بالاستعمال ففي كيفيته ثلاثة أقوال ذكرناها، وإن قلنا: بالقسمة يحصل نصفه لمن يدعي الإسلام قلوا أم كثروا وكذا من يدعي الكفر؛ لأن هذه القسمة بالبينة لا باليد هذا لفظه فيما رأيته من كتابيه، وذكر ابن الرفعة في «الكفاية» عنه أنه قال في هذه الحالة الثانية: أن يقسم عليهم على عدد الرؤوس؛ لأنها قسمة بحكم اليد، انتهى.

ومنها: قال الرافعي في آخر كلامه على المسألة ورد إنا حكينا سببَيْن:

أحدهما: إن الموت على كلمة الإسلام يوجب الإرث للابن المسلم، لكن الموت على كلمة التنصر لمجرده لا توجب الإرث للابن النصراني؛ لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر وحينئذٍ فلا يورث عنه وهل العرض فيما إذا تعرض الشهود

……………………

لاستمراره على النصرانية إلى أن جعلها آخر كلامه أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضمومًا إلى الختم عليه وإن لم يتعرض له الشهود.

والثاني: إن تقييد البينتين إن آخر كَلامه كان كذا غير محتاج إليه ليزول الترجيح بزيادة العلم بل تقيد بينة النصراني بأنه تكلم آخرًا بكلمة التنصر كافٍ فيه، انتهى.

ومنها: قال الأصحاب ويغسل الميت ويصلى عليه في هذه المسائل وينوي الصلاة عليه إن كان مسلمًا، وكذا يقيد الدعاء بذلك كما سبق في الجنائز عند اختلاط موتانا بموتاهم الكفار، وقال العراقيون هنا معللين؛ لأن أمره مشبه فجرى مجرى جماعة ماتوا وفيهم كافر قد أشكل وأنهم يغسلون ويصلى عليهم.

قال الإمام: ولا حاجة إلى هذا الاستشهاد والعمدة في الصلاة إسناد الإسلام إلى بينة، وليس في الصلاة نزاع ولا يموت ميت فيقطع له بالإيمان في الموافاة ولست أنكر ترددًا من طريق الاحتمال سيما إذا كان الرجل معروفًا بالتنصر، وقد تعارضت البينتان في الكلمة التي بها الاختتام، ولكن النص هذا ولم أرَ في الطرق ما يخالفه وكما يغسل ويصلى عليه يدفن في مقابر المسلمين كما يدفن الموتى الذين فيهم كافر.

قال الماوردي: وفي الحالة التي يحكم فيها بردته لا يغسل ولا يصلى عليه وأراد ما إذا كانت بينة النصراني مقيدة وبينة المسلم مطلقة، والله أعلم.

فَرْعٌ: مات عن زوجة مسلمة وأخ مسلم وأولاد كفرة، فقال المسلمان: مات مسلمًا، وقال الأولاد: بل كافرًا، فإن كان أصل دينه الكفر، فالقول قول الأولاد، وإن أقام كل فريق بينة، فإن أطلقنا قدمت بينة المسلمين، وإن قيدنا جاء التعارض، وإن لم يعرف أصل دينه وقف المال حتى ينكشف الحال أو يصطلحوا، وإن أقام كل بينة فعلى الخلاف في التعارض، ويعود خلاف أبي إسحاق في مجيء قول القسمة، وإذا رجحنا طائفة قسم المال بينهم كما يقسم

....

لو انفردوا، وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعًا على القسمة منه فالنصف للزوجة والأخ، والنصف للأولاد وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان:

أحدهما: تأخذ ربعه وكأنه كل التركة، وهو ما ذكره السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه ليكون لها ربع التركة، فإن الأخ معترفون به والأولاد لا يحجبون بقولهما، وهذا ما أورده الإمام ومن تبعه، زاد في «الروضة»: والأول أصح؛ لأنها معترفة أيضًا باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة، والله أعلم.

قال ابن الرفعة: وإن قلنا بالقسمة، أي: في أصل المسألة، فالذي أورده الجمهور أنا نقسم هاهنا، ثم ذكر ما تقدم إلى قوله: هذا ما أورده الإمام ومن تبعه.

ثم قال: وفي «الحاوي» أن الذي عليه الجمهور أنه لا يصح تخريج قول القسمة هاهنا، وإن جاز في المسألة السابقة؛ لأن الابنين فيما تقدم شريكان والأخ والابن هاهنا متدافعان فصح الاشتراك هناك وبطل هاهنا، انتهى.

وما ذكره الماوردي يظهر قوته ألا ترى أن الشيخ أبا حامد وأتباعه ردوا على أبي إسحاق هناك بأن احتمال كون المال للابنين قائمًا في تلك الصورة؛ لأنه يجوز أن يكون مات نصرانيًا قبل إسلام أبيه فيكون ميراثه لهما إلا أن المسلم ادعى أنه مات مسلمًا ليأخذ كل الميراث فما حصل القضاء بالخطأ يقينًا كما ظنه أبو إسحاق.

قال البندنيجي بعد كلام شيخه: وهذا يخرج منه ما إذا عرف إسلام المسلم منهما قبل وفاة أبيه.

وقال شريح الروياني: وإن لم تكن بينة فإن عرف أصل دينه بني الحكم عليه، وإن لم يعرف وقف إلى أن يتبين الحال، وقال بعض أصحابنا: يعطى كل من في يده المال قدر ما يدعيه، فإن كان في يد المرأة تعطى قدر الربع، والباقي للأخ، وإن كان في يد الابن فهو له ولا حق للمرأة والأخ فيه، وإن

وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ الْمُسْلِمُ أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُسْلِمُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ. فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الِابْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ فِي شَوَّالٍ صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ، وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ.

كان في يد غير الوارث وقف إلى أن يصطلحوا وتقوم بينة، وقد قيل إذا لم يعرف أصل دينه غلب حكم الأصل؛ لأنه يعلو لا يُعلى وإذا اصطلحوا فهل هو صلح على الحقيقة؟ حكي عن بعض أصحابنا فيه قولان:

أحدهما: أنه صلح حقيقة.

والثاني: أنه يجري مجرى المفاداة ونحوها، وإن اصطلحوا على قدر ما ادعى كل واحدٍ وأقل جاز أو على أكثر فوجهان، وإن قلنا صلح حقيقة لم يجز، وإن قلنا مفاداة جاز، انتهى.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ نَصْرَانِيٌّ عَنِ ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ، صُدِّقَ الْمسلِمُ بِيَمِينِهِ**) أي: لأن الأصل استمراره على دينه فيحلف ويشتركان في المال، وإن أقام أحدهما بينة قضي بها؛ إذ لا معارض لها.

قال: (**وَإِنْ أَقَامَاهُمَا قُدِّمَ النَّصْرَانِيُّ**) لما معه بينته من زيادة العلم، والأخرى مستصحبة ولا فرق كما قاله في «المحرر» وغيره بين كون هذا التنازع مع الاتفاق على تاريخ موت الأب أو دونه.

قال: (**فَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى إِسْلَامِ الِابْنِ فِي رَمَضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: مَاتَ الْأَبُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: فِي شَوَّالٍ؛ صُدِّقَ النَّصْرَانِيُّ**) أي: لأن الأصل دوام الحياة.

(**وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ عَلَى بَيِّنَتِهِ**) أي: لأنها تنتقل من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى مستصحبة للحياة إلى شوال فمع الأولى زيادة علم.

قال الرافعي: وأعرض الإمام، أي: على الأصحاب بأن بينة النصراني تثبت الحياة في شعبان؛ لأنها تشهد على الموت في شوال؛ فالموت إنما يكون

....

عن حياة والحياة صفة ثابتة يشهد عليها كالموت فليحكم بتعارضهما وجريان أقوال التعارض.

قال الرافعي: لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه الحالة؛ بل يمكن أن يقال في الحالين السابقين، وقد قدمنا بينة النصراني أن بينة المسلم تثبت النصرانية في شعبان؛ لأنها تشهد على الإسلام في شوال والإسلام إنما يكون عن الكفر فليحكم بالتعارض والوجه أن تراعى كيفية الشهادة فإن أطلقت البينتان فترجح التي تنقل، ويفرض حدوث شيء على ما سبق، وإن شهدت بينة النصراني في الحالة التي نحن فيها بأنهم عاينوه حيًّا في شوالٍ وشهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون كلمة التنصر منه إلى انتصاف شوال مثلًا فتتعارض البينتان، انتهى.

وعبارة «البسيط»: قال القاضي والأصحاب: بينة المسلم أولى لاشتمالها على زيادة معرفة بوقوع الموت في شعبان، أما كونه ميتًا في شوال فهو مشترك في البينتين.

قال الإمام: وهذا ضعيف؛ لأن بينته إن صرحت بأنها رأته حيًّا في شوالٍ فهما متعارضتان؛ لأن الشهادة على الحياة شهادة على إثبات لا نفي وهي زيادة، وإن أطلقت بأنه مات في شوال فالمفهوم منه أنه مات عن حياة لا أنه كان ميتًا في شوال فلا وجه إلا التعارض، ثم تجري الأقوال الأربعة إذ يستحيل أن تحمل شهادة الموت في شوال على مجرد استصحاب الموت، انتهى. وهذا حاصل «النهاية» وهو حق.

واقتصر الرافعي في «شرحه الصغير» على نقل كلام الإمام عنه وطرح بحثه في «الكبير» وكأنه رجع إلى موافقته.

فَرْعٌ: مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق.

وقال الآخر: أسلمت قبله أيضًا، وقال المتفق على تقدم إسلامه؛ بل أسلمت بعد موته.

وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ مَاتَ عَلَى دِينِنَا صُدِّقَ الْأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ، وَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا.

قال الرافعي: فعلى الأحوال الثلاث إن اقتصر على ذلك واتفقا على أن الأب مات في رمضان، وقال قديم الإسلام: أسلمت في شوال، فقال بل في شعبان؛ صدق قديم الإسلام بيمينه فيحلف أنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه، فإذا حلف فله جميع الميراث، وهكذا الحكم لو تنازعا مطلقًا من غير تعرضٍ لتاريخ كما اقتضاه كلام «الحاوي» وغيره، وإن أقاما البينة قدمت بينة الآخر وإن اتفقا على أن الآخر أسلم في رمضان، ثم قال قديم الإسلام: مات أبونا في شعبان، وقال الآخر: بل في شوال؛ فالمصدق الآخر؛ إذ الأصل بقاء الحياة حتى يعلم تقدم الموت ولو أقاما البينة قدمت بينة قديم الإسلام وقس بهذا الفرع نظائره، كما لو مات حر عن ابنين أحدهما متفق على حريته قبل موت أبيه واختلفا في أن الآخر عتق قبل موته أو بعده، انتهى كلام الرافعي.

وفي صورة الفرع ذكر الغزالي في «البسيط» وصاحب «الذخائر» وغيره اعتراض الإمام السابق وكأنهم لو أعدم الفرق بين الصورتين ولو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلمًا فادعى الآخر ذلك فنازعه الأول، وقال: كنت نصرانيًا وإنما أسلمت بعد موت الأب؛ فالقول قوله أنه لم يزل مسلمًا؛ لأن ظاهر الدار يشهد له، ولو قال كل واحدٍ منهما لم أزل مسلمًا وكان صاحبي نصرانيًا أسلم بعد موت الأب؛ فوجهان: أحدهما: أنه لا يصرف إلى واحدٍ منهما؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق، وأصحهما: يحلف كل واحدٍ منهما ويجعل المال بينهما؛ لأن ظاهر الدار يشهد كل واحدٍ منهما فيما يقوله في حق نفسه.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ عَنْ أَبَوَيْنِ كَافِرَيْنِ وَابْنَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَقَالَ كُلٌّ مَاتَ عَلَى دِينِنَا؛ صُدِّقَ الْأَبَوَانِ بِالْيَمِينِ**) لأن كفر الولد معلوم بكفرهما فيستصحب إلى أن يثبت خلافه.

(**وَفِي قَوْلٍ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحُوا**) أي: لتساوي الحالين بعد بلوغه في إسلامه وكفره، هكذا حكي الخلاف قولين عن ابن سريج.

....

وقال في «العمد»: قال ابن سريج: فيه وجهان: أحدهما: أنه للأبوين لأنه في الأصل كان تابعًا لهما.

والثاني: للابنين؛ لأن البالغ لا يكون تابعًا لأحد، انتهى.

فحصل أن الخلاف وجهان، وكثيرًا ما يقول المتقدمون لابن سريج في المسألة قولان والوجهان مبنيان كما قاله القاضي الحسين وغيره على ما إذا اجتمع الأصل، والظاهر أيهما يغلب، واجتمع في المسألة ثلاثة أوجه: ثالثها: الوقف حتى ينكشف أو يصطلحوا، قال الإمام: وليقع فرض المسألة إذا لم يسلم المسلمان كون الأبوين كافرين أصليين، أي: وادعيا ردتهما، كما قاله في «البسيط» فإن ذلك لو ثبت لم يكن شكًا في كفر الابن أولًا في الأصل، وإنما يثبت إسلامه طارئًا بسبب وإنشاء إسلام، وإن كان كذلك فمستصحب أصل الكفر أولى إذا لم تكن بينة وهذا واضح، انتهى لفظه.

تنبيهات:

منها: قال في «الروضة»: قلتُ: قول الوقف أرجح دليلًا؛ ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين وأنكروا على صاحب «التنبيه» ترجيحه قول الابنين وهو ظاهر الفساد، انتهى.

كأنه قلد ابن يونس فإنه حكى عن لفظ «التنبيه»: أصحهما: أن القول قول الابنين وأحسبه سهوًا؛ فإن الذي في «توجيه» ابن الخل(١) لفظة الأبوين وهو أعلم بالتنبيه، وكذا ذكره جمع من العراقيين لكن بلا ترجيح، وبالجملة فنسخ «التنبيه» مختلفة، ورأيت في «إشراف الهروي» بعد ذكره قولي تصديق الأبوين والوقف وحكى العراقيون قولًا ثالثًا: أن القول قول الابنين وزعموا أنه أصح، انتهى.

وهذا التصحيح موجود في «مقنع» المحاملي وسليم الرازي و«تحرير»

---

(١) ابن الخل الفقيه محمد بن المبارك بن محمد بن عبد الله بن محمد الإمام أبو الحسن ابن أبي البقاء البغدادي المعروف بابن الخل الشافعي. توفي سنة ٥٥٢ هـ انظر: «الوافي بالوفيات» (٨٧/٢).

وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سَالِمًا، وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ، فَإِنِ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ تَقْدِيمِ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ، ....

الجرجاني و«انتصار» ابن أبي عصرون، وجزم به في كتابيه «المرشد» و«التنبيه» ونسبه ابن الرفعة في «شرح الوسيط» إلى الجمهور، وقد بسطت الكلام على المسألة في «التوسط» وأوضحت كلام الأئمة فيها فينبغي لطالب الفائدة مراجعته ليحيط بكلام الأئمة فيها ففيه اضطراب كثير، وبالله التوفيق.

ومنها: قال ابن الرفعة: قال في «المرشد»: وما ذكره إذا كان الولدان بالغين ولم تكن أمهما كافرة، فأما إن كانا صغيرين وأمهما كافرة وقامت بينة بإسلامهما، أو أقر الجدان بذلك فإنه يحكم بأنه مات مسلمًا، وتكون الدعوى من الناظر في مالهما، انتهى لفظه.

وعبارة «الانتصار» لصاحب «المرشد»: هذا إذا كان الولدان بالغين أو لم تكن أمهما مسلمة، فأما إن كانا صغيرين إلى آخر ما نقله عن «المرشد» بحروفه فتأمله!

ومنها: لو انعكس الحال فكان الأبوان مسلمين والابنان كافرين فإن لم يعلم للأبوين كفر قبل الإسلام حكم بإسلام ولدهما ولا يمين عليهما، وكانا أحق بميراثه من ابنيه، وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام قال الماوردي: فيجوز أن يولد قبل إسلامهما فيجري عليه حكم الكفر، ويجوز أن يولد بعد إسلامهما فيكون مسلمًا قبل البلوغ، فإن كان النزاع في زمن ولادته فادعى أبوه أنه ولد بعد إسلامهما فالقول قول الأبوين مع إيمانهما؛ لأنا على يقين من حدوث ولادته وعلى شك من تقدمها، وإن كان النزاع في وقت إسلام الأبوين فادعى أبواه أنهما أسلما قبل ولادته وادعى ابناه أنهما أسلما بعد ولادته فالقول قول الابنين مع إيمانهما؛ لأن الأصل بقاؤهما على الكفر.

قال: (**وَلَوْ شَهِدَتْ أَنَّهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ**) أي: مرض موته.

(**سَالِمًا، وَأُخْرَى غَانِمًا وَكُلٌّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِهِ، فَإِنِ اخْتَلَفَ تَارِيخٌ تَقْدِيمِ قُدِّمَ الْأَسْبَقُ**) أي: لمزية السبق.

وَإِنْ اتَّحَدَ أُقْرِعَ، وَإِنْ أَطْلَقَتَا قِيلَ يُقْرَعُ، وَفِي قَوْلٍ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ. قُلْتُ: الْمَذْهَبُ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(**وَإِنْ اتَّحَدَ أُقْرِعَ**) أي: لعدم المزية.

(**وَإِنْ أَطْلَقَتَا**) أي: أو إحداهما.

(**قِيلَ: يُقْرَعُ**) أي: لاحتمال الترتيب والمعية.

(**وَفِي قَوْلٍ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ**)؛ لأنا لو أقرعنا لم نأمن أن يخرج الرق على السابق وله حق الحرية فترق حرًا وتحرر رقيقًا، والخلاف طريقان.

وعبارة «المحرر»: قيل يقرع وقيل قولان إلى قوله، وقد رجح كلًا منهما طائفة من الأصحاب.

قال: (**قُلْتُ: الْمَذْهَبُ يُعْتِقُ مِنْ كُلٍّ نِصْفَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) وهذا منه ظاهر في نقل طريقة قاطعة بما ذكره وأنها المذهب، وفيه نظر يعرف بما نورده في بسط المسألة فنقول وبالله التوفيق: من الأصول المقررة أن من أعتق في مرض موته عبدين كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب، ولم تجز الورثة عتقهما ينحصر العتق في الأول، وإن أعتقهما معًا أقرع بينهما للخبر الصحيح، ولو لم تعرف المعية ولا الترتيب أقرع بينهما أيضًا، ولو عرف سبق أحدهما ولم يعلم عين السابق فقولان: أحدهما: يقرع كما لو أعتقهما معًا؛ لأن معرفة السبق من غير أن يعرف السابق لا تفيد شيئًا، وثانيهما: يعتق من كل نصفه لأنا لا نأمن بالإقراع من إرقاق حر وتحرير رقيق، وكما لو أوصى لزيد بثلث ماله ولعمرو بثلثه ولم تجز الورثة؛ يقسم بينهما نصفين وصرح المصنف في أصل «الروضة» بأن أظهر الطريقين أنه يعتق من كل نصفه، ولم يقل الرافعي ذلك كما بينته في «الغنية» بل عزا ترجيح كل من القولين في «الشرحين» إلى طائفة، ثم قال تبعًا للبغوي: ولو عرف من سبق إعتاقه ببينة ثم اشتبه فطريقان: أحدهما: طرد القولين، والثاني: وهو ما أورده السرخسي أنه يعتق من كل واحدٍ نصفه، وهو الموافق لما هو الظاهر في مثل هذه الحالة من الجمعتين.

قلتُ: وقال القاضي الحسين إنه لا خلاف أنا إذا علمنا عين السابق،

……

ولكن نسيناه أنه يعتق من كل منهما نصفه، ولو علق عتق عبدين بموته أو أوصى بعتقهما ومات وكل واحد ثلثه أقرع سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معًا أم مرتبًا؛ إذا عرف هذا عدنا إلى بسط مسألة الكتاب والحكم فيما إذا اختلف تاريخ البينتين أو اتحد ما سبق بالاتفاق، أما لو أطلقتا أو إحداهما.

قال الرافعي: ففي «التهذيب» أنه يقرع أيضًا لاحتمال الترتيب والمعية.

وقال جماعة منهم الإمام والغزالي: احتمال الترتيب أغلب وأقرب من احتمال المعية والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك وتعارضت البينتان وأطلقنا عرفنا أن أحد العتقين سابق وإن لم نعرفه بعينه فيجيء القولان في أنه يقرع أو يعتق من كل نصفه، انتهى.

وصور جماعة المسألة بما إذا سبق أعتق أحدهما وأشكل عينه منهم الماوردي والفوراني وشبه القولين في «العمد» و«الإبانة» وغيرهما بمسألة الجمعتين والنكاحين، وقال ابن الرفعة إثر قول «التنبيه»: ولم يعلم الأول منهما أي: وتحقق أن أحدهما بعد الآخر ففيه قولان:

أحدهما: يعتق من كل نصفه، وعزا نص «المختصر» في باب الشهادة في الوصية ورجحه الروياني وغيره، وقال البندنيجي: إن أبا إسحاق وابن سريج قطعا به.

وثانيهما: تفريعًا بأن إتباع الجمع بينهما وعدم المزية في أحدهما فكان إكمال حرية أحدهما أولى تبعيضهما فيهما، وهذا نصه في «الأم» واختاره المزني وآخرون ومنهم من قطع به وحمل نص «المختصر» على ما إذا شهدت بالوصية بالعتق لا بتنجيزه، ومنهم من أجرى القولين في التنجيز والوصية ذكره القاضي الحسين وغيره، انتهى.

وانتصر القاضي أبو علي الفارقي لقول الإقراع، وقال: إنه الصحيح، قال: قول الآخر يخرج سهم الرق على السابق فيرق وهو حر ويعتق الآخر وهو رقيق لا يصح؛ لأنه إذا عتق من كل واحد نصفه فقد أعتق نصف الرق وأرق

وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ثَبَتَ لِغَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ الرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ.

نصف الحر فما هرب منه وقع فيه فإنه كما لا يجوز أن يرق جميع الحر لا يجوز أن يرق بعضه وبل أولى من قيل إنه أرق في القسمة نصف الحر وأعتق نصف العبد، فإن كنا لا نعلم عينه وإذا أقرعنا لم نتبين أن الرق خرج على الحر والعتق خرج على العبد، فكان هذا أولى أن يصار إليه، ثم إن له أصلًا يرجع إليه وهو إذا عجز الثلث عن عتقهما، انتهى. وتبعه صاحبه ابن أبي عصرون.

قال: **(وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ، وَوَارِثَانِ حَائِزَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ، وَوَصَّى بِعِتْقِ غَانِمٍ وَهُوَ ثُلُثُهُ ثَبَتَ لِغَانِمٍ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ لَمْ يَثْبُتْ الرُّجُوعُ فَيَعْتِقُ سَالِمٌ، وَمِنْ غَانِمٍ ثُلُثُ مَالِهِ بَعْدَ سَالِمٍ)** قال الرافعي ﷺ: لا فرق في شهود العتق والوصية بين كونهم أجانب أو وارثين إلا أن الوارث قد يحز بشهادته نفعًا إلى نفسه فلا يقبل وإلا أن شهادة الوارث قد تتضمن إقرار المشهود به فيؤاخذ بها فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية وأوصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أيضًا؛ قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى وتثبت بها الوصية الثانية؛ لأنهما أثبتا للمرجوع عنه بدلًا يساويه فارتفعت التهمة ولا نظر إلى تبديل الولاء وقد يكون الثاني أهدى إلى الكسب، وجمع المال فإنه لا يتفق أخذ شيء بالولاء، ومجرد هذا الاحتمال لو أوجب رد الشهادة لما قبلت شهادة قريب لقريب يرثه، وعن أبي حنيفة ومالك أنه لا تقبل شهادتهما على الرجوع ويعتق العبدان معًا.

قلتُ: وما ذكره من قول شهادة الوارث في الرجوع، وهو ما نص عليه الشافعي في كتبه وجرى عليه الأصحاب قاطبة فيما أعلم، وتوقف فيه بعض أكابر المتأخرين بأن الأغراض تتعلق بالأعيان تعلقًا قويًا لا يمكن إنكاره فالتهمة متطرقة إلى شهادة الوارث بإبقاء الأول على ماله تطرقًا بينًا، وحينئذٍ ففي قبول شهادته بالرجوع عنه نظر، وقد أشار الرافعي من بعد إلى ذلك، وسيأتي إن شاء الله.

....

ثم ما سبق إذا كان الوارثان عدلين فإن كانا فاسقين؛ لم يثبت الرجوع بقولهما ويحكم بعتق سالم بشهادة الأجنبيين ويعتق من غانم قدر ما يحتمله الباقي من المال بعد سالم وهو ثلثاه وكان سالمًا هلك لو غصب من التركة، هذا ما أورده الرافعي.

وفي «الحاوي» الجزم ببطلان الوصية بعتق من شهد له الوارثان وأنه يرق جميعه ولا يلزمهما بالإقرار بعد رد شهادتهما بالفسق أن يعتقا من شهد له بالوصية؛ لأنه لا ينعقد العتق بالوصية حتى يعتق بعد الوصية، وليس يلزم أن يعتق بالوصية إلا ما احتمله الثلث، وقد استوعب الثلث بعتق من شهد له الأجنبيان فبطلت في غيره وإن أقر الوارثان، انتهى.

قال الرافعي: فإن قال الوارثان أوصى بعتق غانم ولم يتعرضا للرجوع عن وصية سالم؛ فالحكم كما مر فيما إذا كان رجال البينتين كلهم أجانب فالظاهر القرعة ويجيء فيه الخلاف السابق، وعبارة «الروضة» عن هذا فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان أجانب والمذهب القرعة، وقيل: قولان: ثانيهما: يعتق من كل عبد نصفه، انتهى.

فأفهم كلامه هذا أن المذهب في المسألة السابقة في شهادة الأجانب القرعة وقد قال فيها في «المنهاج»: إن المذهب أنه يعتق من كل نصفه فادعى في أصل «الروضة» أنه الأظهر كما بيناه.

إشارة: سمى الرافعي من شهد له الورثة سالمًا ومن شهد له الأجنبيان غانمًا، وعبارة «المنهاج» على الضد فجرينا عليها والحكم واحد فلا يتوهم أن التعبير لا عن قصدٍ أو أنه مضر.

فروع: لو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم وكل واحد منهما ثلث المال؛ نظر إن كذب الوارثان الأجنبيين، وقالا: لم يعتق غانمًا بل سالمًا عتقا معًا، أحدهما بالشهادة والثاني بإقرار الوارثين، فإن لم يكونا جائزين عتق منه حصتهما.

....

قال الرافعي: واستدرك بعض المتأخرين فقال قياس ما سبق ألا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم، وكان غانمًا غصب من التركة وهذا جيد وإن لم يكذباهما بل قالا لا ندري هل أعتق غانمًا أم لا؟ فإن كان الوارثان عدلين فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدين أجانب، وإن كانا فاسقين عتق غانم بالشهود، وأما سالم فقال الشيخ أبو حامد وتابعه كثيرون: يعتق منه نصفه إذا قلنا يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين.

قال ابن الصباغ: هذا سهو وصوابه أن يعتق خمساه، وذكر وجهه بطريق الجبر وساق الرافعي كلامه وأقره.

قال الرافعي بعدما سبق عن عبارته.

وعبارة «الروضة»: ولو كانت المسألة بحالتها ولكن غانمًا سدس المال؛ فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس فلا تقبل شهادتهما على الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلًا، وفي الثاني الخلاف في تبعيض الشهادة.

فإن قلنا: لا تبعض وبه أجاب الشافعي في هذه الصورة ردت شهادتهما فيه أيضًا، ويعتق الأول بشهادة الأجنبيين، والباقي بإقرار الوارثين لاعترافهما باستحقاقه العتق، فإن لم يكونا جائزين عتق منه بقدر ما يستحقانه.

قلتُ: قال الدارمي: وفي تقويم حق غيرهما وجهان: أحدهما: قاله المروزي يقوم بمحتمل، انتهى.

وإن قلنا: يبعض؛ عتق نصف الأول وكل الثاني، وقيل: إن الرجوع المشهود به لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض لا يثبت في الباقي وتبقى الشهادة على الوصية؛ يعتق الثاني فيقرع بينهما على ما مرّ.

قال الرافعي: وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة وصية أخرى، فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان وقامت البينتان لغانم وسالم هكذا قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن الوصية بإعتاق سالم؛ لأن لهم رد الزيادة على الثلث فلا تهمة

....

عليهم في الشهادة بالرجوع، وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم جعل الثلث أثلاثًا بين الموصى له بالثلث وبين عتق غانم فيعطى الموصى له ثلثي الثلث، ويعتق منه ثلثاه وهو ثلث الثلث هكذا ذكروه؛ لكن رد الزائد على الثلث لا يوجب حرمان بعض أرباب الوصايا؛ بل يوزع عليهم الثلث وقبول شهادة الرجوع يوجب إرقاق سالم وحرمانه من التبرع، وهو محل التهمة لتعلق الأغراض بأعيان العبيد والأموال؛ بل قبول شهادة الرجوع من الورثة وإن أثبتوا بدلًا مساويًا لا يصفوا عن الإشكال أنه قد يتعلق الغرض بإبقاء سالم وإن كان غانم مثله في القيمة، وإن كان الوارثان فاسقين عتق سالم بشهادة الأجنبيين وعتق غانم بإقرارهما وهو دون ثلث الباقي من المال بعد سالم، انتهى.

ولو كانت قيمة من شهد له الأجنبيان سدس المال وقيمة من شهد له الوارثان ثلث المال قبلت شهادتهما على الرجوع وعتق الثاني، فإن كانا فاسقين عتق الأول وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول وهو خمسة أسداس الثاني وكان الأول غصبًا، وقد أكثرت في «الغنية» من فروع العتق في هذا الموضع وتعارض بيانه وبينات الوصايا فراجعها إن أحببت.

فائدة: شهدا أنه أوصى بعتق غانم فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله ولم يجز الورثة إلا الثلث.

قال في «التهذيب»: يقرع بينهما فإن خرجت للأول رق الثاني ويغرم الراجعان قيمة الأول للورثة، وإن خرجت للثاني عتق ورق الأول ولا غرم على الراجعين؛ لأنهما لم يتلفاه إذا رققناه، قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة، هكذا نقلاه عنه وأقراه وحسنه ظاهر إن لم يمنع من وفاق.

ورأيت في «فتاوى القفال»: لو شهد أنه أعتق هذا وهو ثلث ماله فحكم بعتقه ثم رجعا وغرما القيمة ثم شهد آخران أنه أعتق عبدًا آخر يبلغ ثلث ماله؛ قال القفال: أصلها ما لو شهدا أنه أعتق عبدًا في مرض موته قيمته الثلث وشهد آخران لآخر مثله فهل يقرع أو يعتق من كل نصفه؟ وجهان إن أقرعنا فكذا هنا

فَصْلٌ

فإن خرجت على الثاني عتق دون الأول وترد الغرامة على الشهود، وإن خرجت للأول رق الثاني ولا ترد الغرامة وإن أعتقا من كل واحد نصفه رد على الشاهدين نصف الغرامة، انتهى.

فَصْلٌ

في دعوى الميراث من ادعى وراثة ميت وطلب تركته أو شيئًا منها فليتبين جهة الوراثة من بنوة أو أخوة وغيرها على ما سنوضحه، وعن السرخسي أنه لا يكفي لطالب التركة ذكر الجهة على المذهب؛ بل يتعرض مع الجهة فيقول أنا أخوه ووارثه، وإذا شهد عدلان خبيران بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه؛ دفعت إليه التركة وإن شهد لصاحب فرض دفع إليه فرضه ولا يطالبان بضمين؛ لأنه كالطعن في الشهود.

وحكى الفوراني أنه لا بدَّ هاهنا من شهود ثلاثة كما ذكره في شهادة الإفلاس، والمشهور الأول وما ذكره الفوراني محكي عمن تقدمه وأحسبه قول ابن خزيمة، ووافقه قليلون وهو شاذ وشبهته حتى يقول: «أو قال: **حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ...**»⁽¹⁾ الحديث.

قال الفوراني في «العمد»: ولا تقبل هذه الشهادة إلا من أهل الخبرة الباطنة ولا تقبل من اثنين وهكذا شهادة الإعدام، وفي كل موضع كان نفي مجرد، وهذه الشهادة على العلم لا على البت، فإن شهدوا على البت تقبل ولا يقدح ذلك في عدالتهم.

وقال في «الإبانة»: يقول لا نعلم له وارثًا غيره، فإن قالوا: إنه لا وارث له سواه قيل تتهمون في مثل هذا فلا تقولوا مثل ذلك في مثله ولا يقدح هذا في شهادتهم، انتهى.

قال الرافعي: وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة أو كانوا من أهل الخبرة

---

(1) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧٧، رقم ١٥٩٥٧) ومسلم (٢/ ٧٢٢ رقم ١٠٤٤) وأبو داود (٢/ ١٢٠، رقم ١٦٤٠)، والنسائي (٥/ ٨٩، رقم ٢٥٨٠)، وابن حبان (٨/ ١٩٠، رقم ٣٣٩٦).

……

ولم يقولوا لا نعلم له وارثًا سواه؛ فالمشهود له إما أن يكون له سهم مقدر أو لا يكون إن لم يكن سهم مقدر فلا يعطى في الحال؛ بل يفحص القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها فيكتب إليها للاستكشاف أو يأمر من ينادي فيها: ألا إن فلانًا، أي: ابن فلان أو الفلاني، ويرفع في نسبه، قد مات فإن كان له وارث فليأت القاضي أو ليبعث إليه، فإذا تفحص مدة بحيث يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك لظهر ولم يظهر فحينئذٍ يدفع المال إليه ويكون البحث والتفحص قائمًا مقام خبرة الشهود.

وفي «أمالي» السرخسي حكاية قول إنه لا يدفع المال إليه بعد التفحص أيضًا، ويشترط قيام البينة على الفسق الذي سبق، وفيه وجه أنه لا يفرق بين أن يكون ممن لا يحجبه غيره كالابن فيدفع إليه والظاهر عند الأكثرين الأول.

قلتُ: وقضية إطلاق الفوراني وغيره أنه لا تقبل هذه الشهادة إلا ممن له خبرة باطنة بالميت، والله أعلم، وهل يؤخذ منه ضمين إذا دفع المال إليه؟ ظاهر نص «المختصر» أنه لا بد منه.

وقال في «الأم»: أحب إلي أن يؤخذ منه ضمين فاختلفوا على طريقين: أشهرهما: على قولين أحدهما: لا بد من الضمين، وأظهرهما: المنع اكتفاءً بالظاهر نعم هو مستحب.

والثانية: نفي الخلاف واختلف قائلوها فقطع فريق بنفي الوجوب وحملوا ما في «المختصر» على الاستحباب وحملهما آخرون على محملين فقيل حيث ذكر أنه لا بد منه أراد من يحجب كالأخ، وحيث ذكر الإستحباب أراد الابن ومن لا يحجب، وقيل: الأول محمول على من ليس بثقة موسر، والثاني على الثقة الموسر وجعل الماوردي الفرق بين الثقة وغيره طريقة، والفرق بين الموسر وغيره طريقة أخرى.

وقال الدارمي: إن كان أبناء ونحوه ففي أخذ الضمين وجهان، وإن كان عمًا أو أخًا ومن قد يرث وقد لا يرث؛ وجب وجهٌ واحدٌ.

……

قال الأصحاب: وإن كان ممن له سهم مقدر، فإن كان ممن لا يحجب دفع إليه أقل فرضه عائلًا، أي: قبل البحث والتفحص، فإنه مستقر فإن كان إما أعطيناها السدس عائلًا وإن كان زوجًا فالربع عائلًا، وإن كان زوجة فربع الثمن عائلًا ولم يعطوا ما زاد حتى يستكشف، وقد أوضحت ذلك في «الغنية» فإن حضر مع الزوجة ابن أعطيت ربع الثمن غير عامل؛ إذ لا عول مع الابن، ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له أعطي تمام حقه، وقيل: لا يعطى تمامه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ، فإنه لو لم يعط شيئًا بعد البحث صار محرومًا بالكلية، والصحيح الأول، ولا يؤخذ بضمين للمتيقن، وفي أخذه للزيادة الخلاف، وإن كان ممن يحجب لم يعط شيئًا قبل البحث وبعده يعطى على الصحيح، وفيه الوجه المذكور فيمن لا سهم له مقدر، وهو ممن لا يحجب، ولو قال الشهود: هذا ابنه ولم يذكروا كونه وارثه، أطلق البغوي وإبراهيم المروزي وغيرهما لا يحكم بشهادتهم؛ لأنه قد لا يرثه.

وعبارة المروزي: لو مات واحد فجاء آخر وقال: أنا ابنه، لم يسمع ما لم يقل ووارثه المسألة، وجعل العراقيون هذه الصورة كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة أو كانوا ولم يقولوا لا وارث له سواه قالوا: وينزع المال من يد من هو في يده بهذه الشهادات ويدفع إليه بعد البحث المذكور، وحكوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوراثة أنه لا يعطى شيئًا بعد البحث؛ لأن الابن لا يحجبه غيره فقرابته مورثة والأخ يحجبه غيره فقرابته غير مورثة بمجردها، وأجاب الإمام في الابن بما ذكره العراقيون، وحكى في الأخ وجهين فحصل فيهما وجهان.

فروع: قال إبراهيم المروزي: لو جاء رجل وقال: أنا ابن عم الميت لم تسمع دعواه ما لم يذكر أنه ابن عمه من قبل الأب والأم أو من قبل الأب، انتهى.

وذكر شريح الروياني أنه لو شهدوا عند القاضي بأن هذا أخو الميت، ولم يذكروا أنه لأبوين أو لأب أو لأم، أو أنه جده ولم يذكروا أنه لأب أو لأم لم

……

يقض القاضي به حتى يفسروه، وكذا لو شهدوا أنه مولى وأطلقوا وأنه لو أقام بينة أن فلانًا مات وترك هذا المدعي وارثًا لا نعلم له وارثًا غيره ولم يذكروا أنه ابنه أو أخوه، حكى جدي أنه لا يحكم بالإرث؛ لأنهم قد يورثونه من جهة لا يثبت بها الإرث.

قلت: وهذا المعنى مفقود فيما إذا كانوا فقهاء موافقيْن للقاضي في المذهب، وأنه لو شهدا أن فلانًا القاضي قضى أن هذا وارث فلان لا وارث له غيره، ولم يذكروا الوجه الذي قضى به؛ بل شهدا شهادة مجملة لم ينقض الحكم ويحمل على الصحة.

قلتُ: وهذا صحيح في القاضي الأهل للقضاء، وهو مرادهم وإنه لو شهدا أنه ابن الميت أو أخوه لأبويه وشهد آخران أنهما لا يعلمان له وارثًا غيره؛ حكم له بالمال وأنه لو أقام بينة أن هذه الدار ملك جده وقد ورثها وأقام الآخر البينة أنها كانت لجده وهو وارثه فالأولى أولى؛ لأن قولهم وقد ورثها شهادة بأنها ملكه وقولهم وأنه وارثه لا يقتضي ذلك لجواز أن يكون وارثه ولا يرثها، وذكر في موضع آخر أنهما لو شهدا على دار أنها كانت لفلان جد هذا المدعي مات وتركها ميراثًا؛ قال بعض أصحابنا: قبلت البينة وحكم بها لجده، ثم لا تدفع إلا بعد تفصيل الوارث وعدد الورثة، وأنه لو أقام بينة على ميراث رجل أنه مات يوم كذا فورثه وهو ابنه لا وارث له غيره، وأقامت امرأة بينة أنه تزوجها يوم كذا اليوم بعد ذلك اليوم، ثم مات بعده فإنه يؤخذ ببينة المرأة؛ لأنها زائدة مثبتة لأمر نفته البينة الأولى، وأنه لو شهد أنه مات ثم شهد شاهدان على حياته بعد ذلك فشهادة الحياة أولى، وقيل: يتعارضان، وأنه لو أقام بينة أن هذه الدار كانت لأبيه إلى أن مات، ولم يقولوا: مات وترك ميراثًا، فوجهان:

أحدهما: لا تجعل ميراثًا، ولا تتم الشهادة إلا أن يقولوا مات وتركها ميراثًا.

وثانيهما: تجعل ميراثًا؛ لأن الملك إذا ثبت إلى الموت لم يبق بعده إلا الإرث، انتهى وهذا أشبه.

....

وذكر الشيخان في «الفروع المنثورة»: أنه لو قامت بينة على أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه وبينة لآخر أن هذا ابنه لا نعرف له وارثًا سواه ثبت نسبهما، فلعل كل واحدة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى، انتهى وقس بهذا ما في معناه.

فروع منثورة وفوائد مهمة من أبواب شتى:

أورد الرافعي بعضها وغيره بعضها، وربما وقع تكرار فيها فلا تمل من التطويل إن أردت الفائدة.

شهد اثنان أنه غصب كذا أو سرقه غدوة، وآخر أنه غصبه أو سرقه عشية تعارضتا ولغتا بخلاف ما لو شهد واحد هكذا وآخر هكذا حيث لم يحلف المدعي مع أحدهما ويقضي له؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجة حتى يفرض تعارض.

قلتُ: وفي هذه وجه سيأتي، ولم لا يقال لا تعارض في الأولى؛ لاحتمال استرجاع ما أخذ بكرة ثم غصبه أو سرقه عشية سيما إذا ادعى الملك ذلك عند إقامته البينة الثانية وكانت دعواه الأولى مطلقة لم يذكر فيها زمن الأخذ، وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: إنه لو شهد شاهد أنه غصب دار فلان يوم الخميس وشهد آخر أنه غصبها يوم الجمعة، أو شهد أحدهما أنه غصب داره بالكوفة وشهد آخر أنه غصب داره بالبصرة، لم يثبت الغصب لأنه شهادة على الفعل ولم يتفقا عليه، وقال الداركي: يثبت الغصب.

قال الشيخ أبو علي: وهذا غفلة منه، انتهى.

ولو شهد واحد أنه سرق منه مع طلوع الشمس كيسًا أبيض، وشهد آخر أنه سرق منه مع طلوع الشمس ذلك اليوم كيسًا أسود.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا هل يكون ذلك تعارضًا يوجب سقوطهما كالبينتين الكاملتين؟ على وجهين:

أحدهما: نعم، فليس له أن يحلف مع واحد منهما.

……

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: لا تعارض؛ لأنه يكون في البينة الكاملة لا الناقصة، فعلى هذا لو كان الاختلاف في السرقة المعينة في زمانين حلف مع أيهما شاء واستحق كيسًا واحدًا، وإن كان الاختلاف في الزمن المعين في سرقتين كان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويأخذ كيسين شهدا أنه سرق منه كيسًا غدوة وشهد آخران أنه سرق منه كيسًا عشية ثبت له كيسان، ولو شهد واحد أنه سرق منه كيسًا آخر أنه سرق منه كيسين ثبت له كيس واحد بشهادتهما ويحلف مع الآخر ويستحق كيسًا ثانيًا، ذكره القاضي أبو الطيب، قال: ونص الشافعي على مثل هذا المقال لو شهد لرجل على رجل بألف درهم وشهد له آخران بألف وخمس مائة ثبت له ألف بشهادتهما، ويحلف مع شاهده الثاني ويستحق خمس مائة، قال ابن أبي الدم: وهكذا ذكره الشيخ أبو علي وفيهما خلاف، لكنه قال: هذا إذا أطلقا أو أضيفا إلى جهة واحدة، فأما إذا أضيفا إلى جهتين فهما شهادتان مختلفتان فلا تثبت واحدة منهما، بل له أن يحلف مع كل واحدة منهما وله أن يحلف مع أيتهما شاء، انتهى.

شهد شاهد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار وثبت الأقل وللمدعي أن يحلف مع الآخر كذا جزم به الرافعي، وفي «النهاية» في آخر باب الشهادة على الوصية: أنه لو شهد شاهد للمدعي أن المدعى عليه أخذ منه ثوبًا قيمته دينار، وشهد آخر أنه أخذ منه ذلك الثوب وقيمته نصف دينار، فأراد المدعي أن يحلف مع شاهد الدينار هل له أن يحلف ويثبت بشاهد ويمين؟ فيه وجهان في «التقريب»:

أحدهما: بلى كما لو شهد أحدهما أنه أخذ منه دينارًا وشهد آخر أنه أخذ منه نصف دينار، فإن له أن يحلف مع شاهد والدينار ويأخذه كاملًا.

والثاني: لا؛ لأن الشاهدين اختلفا في القيمة واتفقا على ثوب واحد؛ فتناقض قولهما فضعفت شهادة الشاهد بالدينار، فلم تصلح لتقوية جنبة المدعي بخلاف الصورة المستشهد بها فإنه لا تعارض فيها، وفي «الحاوي»: إنه لو شهد واحد أن قيمة الثوب المسروق ربع دينار، وآخر أن قيمته سدس دينار فقد

....

اتفقا على السدس، وفي الزيادة وجهان:

أحدهما: يسقط قول من أثبتها بقول من نفاها، ويمنع المدعي أن يحلف مع الشاهد بها كما لو أثبتها شاهدان ونفاها شاهدان.

والثاني: لا يسقط قول من أثبتها بذلك وللمدعي أن يحلف مع شاهده بأنه يستحقها، انتهى.

وهذا مفرع على أن القيمة تثبت بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين كما حكاه الديلمي عن أبي إسحاق ورجحه، وإن قلنا: لا يثبت بذلك كما نقله عن ابن أبي هريرة فلا يحلف قطعًا، قال ابن أبي الدم: واختلف الأصحاب، هل القيمة وصف قائم بألفين، أو هي ما تنتهي إليه رغبات الراغبين في ابتياعها به في ذلك الوقت؟ والأظهر: الثاني، انتهى.

وأنه لو شهد واحد أنه باعه هذا العبد بألف، وشهد آخر أنه باعه إياه في ذلك الزمن بألفين ففي تعارضهما وجهان كما مضى، ثانيهما: لا، ويحلف المدعي مع شاهد الألفين.

فَرْعٌ: ذكر الرافعي أنه لو شهد اثنان على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار، وشهد آخران على أنه أتلف ذلك الثوب وقيمته ثمن دينار ثبت الأقل؛ لأنه المتفق عليه وتعارضا في الزيادة، وحكى شريح الروياني الأخذ بالأقل عن أبي إسحاق، ثم وقيل يؤخذ بالأكثر، وفي كتاب السرقة من «شرح كفاية» الصيمري: إنه يغرم أو في القيمتين، وقيل: أقلهما.

قلت: وهو المشهور.

قال الروياني خلافًا لأبي حنيفة: نعم، قال الإمام في باب الشهادة على الحد أن هذا الحكم فيما لو اتفقوا على الصفات، وصرحوا بأنه لم يستقل واحدٌ بمعرفة صفة لم يدركها الآخر، وردوا النزاع إلى القيمة نفسها فلا يجب عندنا إلا الأقل حملًا على براءة الذمة.

فَرْعٌ: قال الرافعي: ولو شهدا أن وزن الذهب الذي أتلفه دينار، وآخران

……

على أن وزنه نصف دينار ثبت الدينار ؛ لأن مع الشاهدين به زيادة علم بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد القليل على عينه، انتهى.

وادعى القاضي الحسين والبغوي الاتفاق على ذلك، وفي التعارض احتمال ظاهر ؛ لأن قطع البينة بأن وزنه نصف دينار لا يكون إلا عن إحاطة بوزنه معاينة، وذلك يتضمن تكذيب الأخرى فيما يظهر، فإذا أقام المدعي بينة أن زنته دينار فأقام المدعى عليه بينة أنها كانت نصف دينار، فالتعارض ظاهر مع ضميمة براءة الذمة، وقياس ما ذكروه أنه لو أقام بينة بعدد لمعدود وزرع لمزروع موصوف فعارضه المدعى عليه ببينة شاهدة بأنه أنقص من ذلك كنصفه مثلًا أنه يؤخذ ببينة المدعي، ولا يخفى ما في هذا إن كان الغرض في معارضة المدعى عليه لبينة المدعي.

فَصْلٌ في تلفيق الشهادات واختلاف الشهود:

وقد أهمله المصنف وهو من المهمات، وقد ذكرنا منه طرفًا قريبًا ونزيد ما تيسر، فنقول: إذا شهد شاهد أنه قتل زيدًا غدوة وآخر أنه قتله عشية، أو أنه قتله يوم الخميس وآخر أنه قتله يوم الجمعة، أو أنه قتله بالكوفة وشهد آخر أنه قتله بالبصرة مثلًا فلا تلفيق وكذلك حكم القذف، أما لو شهد شاهد أنه أقر غدوة أنه قتل زيدًا أو قذفه، وشهد آخر أنه أقر عشية بذلك، أو أنه أقر به يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر به يوم الجمعة جمع بينهما وثبت القتل والقذف؛ لأن اختلاف تاريخ الإقرار لا يوجب اختلاف المقر به بخلاف اختلاف وقت الفعل، ومثل هذا لو شهد واحد أنه أقر غدوة أنه سرق كيسًا وآخر أنه أقر عشية أنه سرقه تلفقتا وثبت القطع والمال، ولو شهد شاهد أنه أقر أنه قتله يوم الخميس وشهد آخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ففي الحكم بشهادتهما وتلفقها وجهان ذكرهما الإصطخري، ومثل ذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالعربية أنه قذف فلانًا بالعربية، وشهد آخر أنه أقر عنده أنه قذفه بذلك بالفارسية تلفقتا، وثبت القذف فلو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذف فلانًا بالعربية وشهد

……

آخر أنه أقر أنه قذفه بالفارسية، ففي الحكم بهذه الشهادة الوجهان هذا ما ذكره الشيخ أبو علي، وقال الماوردي: إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية، وقال آخر قذفه بالفارسية لم تلفق الشهادتان إن كانت على سماع القذف، وإن كانت على إقراره أنه أقر عند أحدهما أنه قذفه بالعربية وأقر عند الآخر أنه قذفه بالفارسية ذكر الإصطخري وجهين:

أحدهما: أنهما قذفا لا تتم الشهادة بواحد منهما.

والثاني: أن الشهادة كاملة، قال الماوردي: ولا أجد للفرق بينهما وجهًا، وقال الإمام: إذا شهد أنه قذفه بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالعجمية أو أنه قذفه يوم السبت وآخر أنه قذفه يوم الأحد لم تلفقا، ولو شهد واحد أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه لفقتا، ولو شهد واحد أنه طلق يوم السبت طلقة وآخر أنه طلق يوم الأحد طلقة لم تلفقا، نص عليه الشافعي، وقال: إذا شهد واحد على إقراره بالغصب يوم السبت والتاريخ للإقرار لا للغصب، وشهد آخر على إقراره بالغصب يوم الأحد والتاريخ للإقرار لا للغصب.

قال الشافعي: ثبت المقر به، وقال صاحب «التقريب»: من أصحابنا من جعل هاتين المسألتين على قولين، وفي الطلاقين قال الإمام: أما الخلاف في الإقرارين فبعيد جدًّا من جهة النقل ولكنه متجه في القياس، وأما الخلاف في الطلاقين ففي نهاية البعد نقلًا وتعليلًا.

ونقل الرافعي ذلك عن رواية الإمام في كتاب الطلاق، قال: ويجري التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الأفعال كالقتل والقبض وغيرهما، والمذهب الأول حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت بالعربية والآخر أنه قذف يوم الأحد بالعجمية لم يثبت بذلك شيء، ولو شهد أحدهما على إقراره أنه يوم السبت قذفه أو قذفه بالعربية والآخر على إقراره أنه يوم الأحد قذفه أو قذفه بالعجمية لم تلفق أيضًا؛ لأن المقر به شيئان مختلفان هذا ما في «الروضة» هناك، وقال الإمام بعد هذا: أما مسألة ما إذا شهد واحد أنه أقر أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفه بالعجمية فقد حكينا أن

……

الأصحاب قالوا تتلفق الشهادتان وهو مستحيل جدًّا؛ لأنه المقر به مختلف كما لو شهد واحدٌ أنه قذفه بالعربية وآخر أنه قذفه بالعجمية لم تلفق، وحكى القاضي الحسين ما حكيناه عن الأصحاب ثم قال: في قلبي غصص من هذه المسألة والوجه أنه لا يثبت القذف ولا تتلفق الشهادتان.

قال الإمام: والأمر على ما ذكره وكان شيخي لا يحكي إلا ما ارتضاه القاضي ويقطع به فيقطع بأن القذف لا يثبت هكذا أورد ذلك ابن أبي الدم نوعًا آخر شهد شاهد أنه غصب منه هذا وآخر أنه أقر بعضه، أو شهد أحدهما أنه ملك المدعي والآخر أن المدعى عليه أقر له بالملك لم تلفق فيهما.

وذكر ابن الرفعة: أن الإمام حكى في كتاب الإقرار وجهًا أنه تلفق في الثانية وهو بعيد، فإن صحّ فيظهر طرده في الأولى ولو شهد أحدهما أنه طلق زوجته والآخر أنه أقر بطلاقها، أو أنه قبل عقد نكاح فلانة والآخر أنه أقر بقبوله، أو واحد بالبيع والآخر بالإقرار به، أو أنه شجه والآخر أنه أقر به، أو أنه وكله وآخر أنه أقر أنه وكله لم تتلفقا، والضابط أن يشهد أحدهما بعقد أو إنشاء والآخر بإقرار وإنما تلفق إذا اتفقا على ذكر عقد أو ذكر إقراره.

وفي «الإشراف»: إنه لو شهد واحد أنه أقر يوم السبت بدين وشهد آخر أنه أقر يوم الأحد بدين جمع بين الشهادتين؛ لأن الأخبار تتكرر مع اتحاد المخبر عنه، وللمزني تخريج لا يحكى وفي نسخة لا يقوى، انتهى، وهذا غريب.

فَرْعٌ: في «فتاوى» القفال: لو شهد واحد بالبيع والآخر بالإقرار به لم يقبل فلو رجع شاهد الإقرار وشهد بالبيع قبل؛ لأنه يجوز أن يحضر الأمرين إذ ليس فيه تكذيب لنفسه، وكذا لو رجع شاهد البيع إلى الإقرار به؛ قبل سواء كان في ذلك المجلس أم في مجلس آخر.

قلت: ولا خفاء أن ما ذكره يأتي في سائر العقود وأن موضعه إذا لم يكن الأداء اقتضى أنه إنما تحمل كذلك لا غير، وأكثر العامة لا تفرق بين التحمل على العقد أو على الإقرار به؛ فينبغي للحاكم أن يستفسر الراجع المؤدى عكس

....

ما أداه أولًا ؛ ليظهر له الصواب ويزول الارتياب.

فَرْعٌ: شهد واحد أنه جعل فلانًا وكيلًا له في هذه الخصومة وشهد آخر أنه جعله وصيًا له في هذه الخصومة في حياته، أو قال أحدهما: وكله بقبض هذا المال.

وقال الآخر: سلطه على قبضه، قال ابن القاص تخريجًا: إن كانت شهادتهما على الإقرار ثبتت الوكالة أو على العقد لم تثبت.

وقال الهروي: إذا شهد واحد أنه قال: أنت وكيلي في كذا، وشهد آخر أنه قال: أنت وصيي في حال الحياة حيث صححنا الوكالة بهذا اللفظ على المذهب الظاهر لم تلفق الشهادتان لاختلاف اللفظين، فإن شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا والآخر أنه أذن له في التصرف فيه لفق بينهما ؛ لأن أحدهما نقل اللفظ والآخر شهد بالمعنى، وكذا إذا شهد أحدهما أنه وكله بكذا وشهد الآخر أنه سلطه عليه أو فوض إليه ذلك؛ لأن النقل بالمعنى كالنقل على اللفظ، ولو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك بكذا، وشهد الآخر أنه قال: فوضته إليك، قال الرافعي: لم يثبت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن ثبت البيع.

قال أبو سعد الهروي: فإن شهد واحد أنه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر أنه وكله ببيعه مع فلان لم يجمع بينهما، وإن شهد واحد بأنه وكله ببيع هذا العبد وشهد آخر أنه وكله ببيع هذا العبد وجارية معه جمع بين الشهادتين في بيع العبد، هكذا ذكره العبادي.

قال أبو سعد: وهذه المسألة غريبة، ولعله اعتمد في الفرق على جواز بيع العبد في صفقة عن بيع الجارية بخلاف الوكيلين في البيع، فإنه يشترط اجتماعهما على البيع ؛ لأن رأي الاثنين أرشد من رأي الواحد لكن جرت عادة التجار بضم الأمتعة الخسيسة إلى النفيسة في الصفة الواحدة، وإذا قال: بع هذا العبد مع هذه الجارية فإن قال: أردت بيعهما في صفقة، فعلى ما أراده،

....

وإن قال: لم أرده بل أردت بكلمة مع أن يكون العبد مبيعًا كما الجارية مبيعة، فعلى ما أراد ولا فرق بين الصفقتين والصفقة، وإن لم يرد شيئًا بل أطلق فظاهر ما حكاه العبادي أنه لا فرق بين الصفقة الواحدة والصفقتين، ووجهه أن إجراء الكلام على العموم أولى إذ فيه تكثير الفائدة، وقد أشرت إلى احتمال وجه آخر أنه يشترط جمعهما في صفقة واحدة؛ لأن الظاهر من كلمة مع الضم والجمع ولأن عادة التجار ضم الخسيس إلى النفيس في عقدة واحدة؛ لأن الرديء لو انفرد عن الجيد لم يرغب فيه على الانفراد، انتهى وما قاله حسن.

لو شهد واحد أنه جعله وكيلًا في الخصومة عند قاضي الكوفة وآخر أنه جعله فيها عند قاضي البصرة لم تثبت الوكالة خلافًا لأبي حنيفة، قاله ابن سريج.

فَرْعٌ: ادعى ألفًا فشهد واحد على إقراره له بألف وآخر أن له ألفًا، وقد قضاه سقطت شهادته للتناقض، فيحلف مع الأول ويستحق، قال ابن الرفعة: ويجيء فيه وجه آخر لأن في «البحر» أنه لو شهد اثنان أن زيدًا وكل عمر في كذا، ولكن نعلم رجوعه عن وكالته، قال الصيمري: فيه جوابان:

أحدهما: لا تسمع الشهادة.

والثاني: تسمع بالوكالة، فإن ادعى مدعٍ الرجوع فحينئذ تسمع شهادتهم، وحكى الإمام: إنه لو شهد أحدهما أنه أقَرَّ له بألف لكن قضاه، فوجهان ذكرهما الصيدلاني وغيره:

أحدهما: أن الحكم كذلك.

والثاني: أن الألف تثبت بالشاهدين فإن أراد الخصم أن يسقط الألف عن نفسه فليحلف مع الشاهد مع القضاء، ولو ادعى ألفًا فشهد شاهد أنه أقر له بألف وآخر أنه أقر له بألف ولكن قضاه خمس مائة، والمدعي ينكر القبض فوجهان المذهب منهما: في «تعليق القاضي الحسين» ثبوت خمس مائة كما لو شهد أحدهما بألف، والثاني بألف وخمس مائة، والثاني: لم يثبت شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما يدعيه، هكذا أورده ابن الرفعة.

....

وذكر الرافعي هذه الصور فقال: ادعى عليه دينًا وشهد به شاهدان؛ لكن ذكر أحدهما موصولًا بشهادته أنه قضاه أو أن المستحق أبرأه فشهادته باطلة للتضاد وإن ذكره مفصولًا عن الشهادة، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء أو الإبراء، وإن كان قبل الحكم سئل متى قضاه؟ فإن قال: قبل أن شهدت، فكذلك الجواب عند ابن القاص، وذكر فيما إذا شهدا على إقراره بالدين ثم عاد أحدهما وقال: إنه قضاه أو أبرأه المستحق بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل، بل يقضى بالدين ويؤخذ إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء أو الإبراء، والفرق أن هناك شهد على نفس الحق والقضاء والإبراء ينافيانه فبطلت الشهادة.

وعن أبي زيد وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل، والظاهر الفرق ويقرب من هذا الخلاف فيما إذا ادعى عليه ألفًا فشهدا له بألف مؤجل، ولكن قال أحدهما قضى منه خمسمائة ففي وجه لا تصح شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم للمدعي أن يحلف للخمسمائة الأخرى مع الشاهد الآخر، وفي وجه تصح شهادتهما على ألف وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء، وذكر الفوراني وجهًا أنه لا يثبت بشهادتهما شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه ويقرب من الخلاف قولان لابن سريج فيما إذا شهد اثنان أن فلانًا وكل فلانًا، ثم عاد أحدهما وقال: إنه عزله بعد أن شهدت، ففي قول تبطل شهادته، وفي قول قد تمت شهادة الوكالة فيعمل بها والعزل لا يثبت بواحد، انتهى.

قلت: وأحسبني قدمت في هذا الفرع كلامًا آخر، ووقع في «الروضة» هنا خلل يدرك بالمراجعة، ولم يذكروا رد الشهادة بالمبادرة بالأداء والإبراء على رأي كما ذكروه فيما لو شهد بأكثر من المدعي أنه يصير مجروحًا بذلك، وإذا قلنا يصير، فالظاهر أنه لا بد من دعوى المدعى عليه ذلك، وإعادة الشاهد الشهادة بالقضاء المذكور الإبراء كما يوهمه الإطلاق السابق من أنه يحلف معه من غير إعادة الشهادة، وذكرت في «الغنية» فروعًا غير هذه يطول ذكرها.

....

فَصْلٌ

ادعى عبدًا في يد رجل وأقام بينة أنه ولد أمته؛ لم يقض له به فقد تلده قبل أن يملكها فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه؛ نص الشافعي ﷺ أنه يقضي لها بهذه البينة.

قال الرافعي: لكنها شهادة بملك سابق، وهذا الملك يوم الولادة وقد سبق أن البينة على أنه كان في ملكه لا يقضى بها في أصح القولين، وخرج ابن سريج قولًا هاهنا أيضًا وامتنع سائر الأصحاب منه، وفرقوا بأن النماء تابع للأصل، فإذا تعرضت البينة لملك الأصل تبعه النماء في الملك، ألا ترى أنه إذا قامت البينة على ملك الشيء منذ سنة يأخذه المدعي مع زوائده في السنة وهناك الشهادة على الأصل فاعتبر التعرض للملك في الحال.

قال: لكن في صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال وأرخت الملك وليس قولهم ولدته في ملكه إثبات ملك الأصل في الحال، انتهى.

قلت: وأيضًا فالظاهر المراد بقولهم: ولدته في ملكه؛ أنه ملكه وحينئذٍ فكيف يجعل تابعًا وهو الخصم المدعي المشهود به؟ وإن أريد أن الأم ولدته وهي في ملكه من غير تعرض لملكيته هو ففيه وقفة أيضًا، من جهة أنه لا يلزم من ذلك أن يكون ملكًا له لجواز انعقاده حرًا من وطء شبهة، أو أن مورثه أوصى به حال اجتنابه وإن أريد أنهم شهدوا بأنها ولدته على ملكه، فهذا واضح لا يحتمل التخريج، لكن اللفظ محتمل وليس فيه تنصيص على ذلك كذا مر ببالي، فتأمله!

قال الرافعي: ولو شهدوا أن الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت من شجرته في ملكه فهو كقولهم: ولدته أمته في ملكه وشهدوا أن يقولوا هذا نتاج شاته، أو ثمرة شجرته ولو شهدوا أن هذا الغزل من قطنه، أو الفرخ من بيضه، أو الدقيق من حنطته، أو الخبز من دقيقه كفى؛ لأن ذلك عين ملكه

تغيرت صفته بخلاف الجارية وثمرة الشجرة، انتهى.

وقال شريح بعد ذكره صورة الغزل عن النص: قال بعض أصحابنا: فيه أيضًا قولان. وحكى ذلك عن ابن سريج، وكذا لو شهدوا أن هذا الزرع من بذر فلان، انتهى.

وقال بعد نقله الطريقين السابقين عن ابن سريج والجمهور: وقيل ترد إلى يده في الدار والنماء جميعًا ويحكم بها، وأشار بذلك إلى نقل طريقة قاطعة فيما خرج منه ابن سريج إلى هذه المسألة وأنهما سواء.

وفي «الحاوي» بعد ذكره النص في القطن والغزل: وهكذا التحول في نظائره كهذا الدقيق من حنطته أو هذه الدراهم أو الدنانير من ذهبه وفضته، وهذه النخلة من نواته وهذا الزرع من بذره، كانت شهادة له بملك ذلك سواء كان يعمل صاحب اليد وبغير عمله خلافًا لأبي حنيفة، نعم لو شهدوا أن هذا الزرع من ضيعته لم تكن شهادة له بملك الزرع؛ لأنه يجوز أن يكون زرع أرضه لغيره، وهذا مما اتفقنا نحن وأبو حنيفة عليه.

فإن قيل: أفتكون هذه شهادة له باليد على الزرع؟ نظر إن لم يقولوا فيها، وهي على ملكه لم تكن شهادة باليد لجواز زرعه فيها وحصاده قبل ملكه، وإن قالوا: زرع وحصد وهي في ملكه وكانت شهادته له بيد متقدمة، فتكون عند البويطي وابن سريج على قولين كالشهادة بالملك القديم، والذي عليه عامة أصحابنا أنه لا يحكم له باليد قولًا واحدًا ولا يحلف المدعى عليه؛ بل القول قول ذي اليد بيمينه، فإن أقام صاحب الأرض بينة بأداء خراجه أو بدفع عشره لم يملكه؛ لأنه قد ينوب في أدائه عن مالكه، انتهى. أي فلا يكون ذلك مرجحًا لجانبه.

فَرْعٌ: قال الماوردي: إذا كان في يد كل واحد جارية فادعى كل واحد منهما أن التي بيد صاحبه بنت أمته التي في يده ولدت في ملكه وأقام بينة بذلك مع احتمال أن تكون كل واحدة بنتًا للأخرى؛ تعارضت البينتان في الولادة دون

……………………………………………………

الملك فيحكم لكل واحد منهما ببينته ويعطى الجارية التي بيد خصمه، نعم؛ لو ادعى كل واحد منهما أنه يملك الجارية التي بيده والتي بيد صاحبه وأنها بنت التي بيده وأقاما البينتين على ذلك تعارضتا إلى الولادة والملك جميعًا، فتأتي أقوال التعارض، فإن زال الاشتباه في سن الجاريتين بأن بان صغر سن إحديهما وكبر الأخرى؛ تعين كذب إحدى البينتين في الولادة فردت شهادتها وحكم بشهادة الأخرى في الولادة والملك فزال به حكم التعارض، انتهى.

فروع: سبق عن «روضة» شريح و«إشراف» الهروي أنه لو أقام بينة على أنه عبده وأقام المجهول بينة على أنه حر؛ قال أصحابنا: بينة الحرية أولى.

وقال الشيخ أبو حامد: بينة الرق أولى، وبه جزم البغوي وغيره وجرى عليه الرافعي؛ لأن معها زيادة علم وهو إثبات الرق، وعندي يجب استفسارها سيما إذا كانت غبية، أفتى ابن الصلاح أن بينة السفه حالة الإقرار والتصرف مقدمة على بينة الرشد حينئذٍ.

قلت: ويشبه أن يقال: إن علم تقدم سفهه قدمت بينة الرشد؛ لأنها نافلة بخلاف ما لو علم رشده من قبل فتكون مستصحبة فتقدم عليها بينة السفه؛ لما ذكرناه وإن جهل حاله فيما سلف فبينة السفه أولى كما تقدم الجارحة على المعدلة، والله أعلم.

وأنه لو تكررت بينتا إعسار وملأة كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى في الحال فشهدت أنه على الضد مما شهدت به الأولى، فإنه يعمل بالمتأخرة منهما، وإن تكررت ما لم ينشأ من تكررها ريبة ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن الريبة إذا تكررت؛ لأن قبولها منحصر الجهة في تقرير إثباتها وطرآن الإعسار بعد الملأة؛ لأنه على تقدير معارضتها ببينة الملأة المناقضة في وقت واحد لا تقبل لترجيح بينة الملأة حينئذٍ، وليس هذا كبينة الملأة فإنها مقبولة على التقديرين ومعمول بها وإن كان ما يشهد به ملأة مستمرة من غير تجدد وطرآن وعند هذا فإذا تكررت بينة الإعسار فقد أثبتت تعاقب ملأة وإعسارات؛ وذلك بعيد ولا يكاد ينفك عن الريبة، انتهى.

……

وهو كلام مظلم في «فتاوى» القاضي الحسين أنه لو أقام بينة أنه أقر له بكذا يوم الجمعة غرة شهر رمضان سنة كذا فأقام المدعى عليه بينة على جنونه في ذلك الوقت فبينته أولى؛ لأن عندها زيادة علم وهو حدوث الجنون.

وفي «فتاوى» البغوي: أنهما لو شهدا على إقرار زيد لعمرو بمال في مكان كذا في يوم كذا، وهو صحيح العقل وشهد آخران أن زيدًا كان مجنونًا في ذلك اليوم وإقراره كان في جنونه؛ قال: إن لم يعرف له جنون سابق فبينة الجنون أولى؛ لأن معها زيادة علم، وإن كان يجن أحيانًا ويفيق أحيانًا وعرف ذلك منه فالبينتان متقابلتان.

وفي «فتاوى» القفال: أنهما لو شهدا أنه وهب هذا من فلان يوم كذا، وهو صحيح وشهد آخران أنه وهب يومئذٍ وهو مريض مرض الموت؛ فبينة المرض أولى، سبق أنه لو وهب وأقبض ثم مات فادعى الوارث كون ذلك في المرض وقال المتهب: بل في الصحة، قال المصنف: فالمختار أن القول قول المتهب.

وقال الماوردي: القول قول الوارث بيمينه؛ لأن الأصل عدم اللزوم، والظاهر أنهما لو أقاما البينة قدمت بينة الوارث لزيادة علمها.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو وهبه عبدًا في مرضه ثم مات فقال الوارث: مات من ذلك المرض، وقال المتهب: بل اندمل ثم مرض بعد ذلك ثم مات.

قال القفال: فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ المَرَضُ مَخُوفًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وإن كان غير مخوف فالقول قول المتهب، انتهى.

فائدة: أفتى المصنف وغيره من معاصريه من الشافعية وغيرهم بأن بينة المرض مقدمة كما أجاب به القفال وغيره وخطأهم الشيخ تاج الدين الفزاري، واعتل بأن أصل أصحابنا يقتضي تقديم بينة الصحة؛ لأن الغالب على البائن الصحة فعند تعارض الشهادتين تقدم البينة التي جاءت على وفق الأصل وغالب الحال، فقيل له: هلا قدمت بينة المرض كبينة الجرح، فقال أصل أصحابنا أن البينة التي شهدت بما يقتضيه الظاهر تقدم؛ ولهذا قدمت بينة الداخل على

....

الخارج عندنا وإنما قدمت بينة الجرح؛ لأنها مفسرة والعدالة أمر مظنون والشهادة على السبب مقدمة على الشهادة المطلقة، وأما بينة المرض والصحة فهما بينتان تشهدان على سبب كل واحدة منهما يرجع إلى حال مشاهدة فعند التعارض تقدم التي شاهدها الظاهر، انتهى.

والمنقول وقضية كلام الأصحاب الأول؛ لأن مع بينة المرض زيادة علم، والظاهر أن بينة الصحة مستصحبة والناقلة مقدمة عليها، وإذا راجعت ما قدمناه هنا وفي «الغنية» من الباب علمت أن الصواب المنطبق على كلام الأصحاب ما أفتى به المصنف وموافقوه.

فَصْلٌ

ملخص من «إشراف» الهروي على طوله ادعى إبقاء الدين وأقام شاهدًا على أن رب الدين استوفاه منه وآخر على أنه أبرأه منه لم تلفق بينهما، وكذا لو شهد الثاني أنه وهب الدين منه أو تصدق بالدين عليه أو شهد واحد أنه استوفاه منه، وآخر أنه أقر باستيفائه منه وإن شهد واحد أن رب المال استوفاه منه وآخر أنه أقر باستيفائه منه، وإن شهد واحد أن رب الدين استوفاه منه وآخر أن الغريم بريء منه وإليه، أي: بريء من الدين إلى رب الدين.

قال العبادي: يجمع بينهما؛ لأنه أضاف البراءة إلى الغريم كأنه عبارة عن فعل الإبقاء والإقباض، ألا ترى أنه لو قال رب الدين: برأ الغريم منه إلي؛ فهو إقرار بالقبض واختلاف العبارتين لا يمنع التلفيق.

كما لو شهد واحد أنه قبضه وآخر أنه استوفاه أو تسلمه؛ فإن شهد أنه استوفاه وشهد آخر أنه أبرأه منه، وقال: أردت به العبارة عن الاستيفاء، أي: أبرأه بفعل الاستيفاء يلفق بين الشهادتين، وإن قال: أردت به الإسقاط القولي فلا يلفق، وإن أطلق إطلاقًا فمطلقه في العرف الإسقاط فلا يلفق، وإن ادعى الغريم الإيفاء وشهد اثنان على وقوع البراءة ولم يتعرضا للإبراء ولا للقبض.

قال العبادي: قبلت الشهادة؛ لأنه لما ادعى الإيفاء فقد ادعى البراءة؛

فكأنه ادعى شيئين فشهدا له بأحدهما كمن ادعى ألفًا وخمسمائة فشهدا بألف، قال أبو سعد: يجب ألا تقبل هذه الشهادة لمعنيين:

أحدهما: أن أسباب البراءة مختلف فيها بين العلماء وكذلك ألفاظ الإبراء وشرائطه فربما جرى سبب لو عرض على القاضي لم يره موقعًا للبراءة، والشاهد اعتقده موقعًا لها فهو كما لو شهد على استحقاق الشفعة من غير بيان سبب الاستحقاق.

والثاني: أن أحد الشاهدين ربما عرف الإبراء والثاني الاستيفاء، ولو أفصحا بالأمر لم يتجمع بين شهادتيهما فقد لاعن التصريح بالسبب ليجمع بين شهادتيهما.

قال: وذكر المصنف ـ يعني أبا عاصم العبادي ـ أنه لو شهد شاهد على الاستيفاء وآخر على الإبراء مرتين وحكم بالتلفيق، وذكر في التعليل أنهما فعلان، ثم ذكر أنه لو شهد شاهد على الإقرار بالاستيفاء وشاهد على البراءة لا يجمع بينهما؛ لأنهما قول وفعل.

قال أبو سعد: ليس هذا من القول المكرر بل إحدى الصورتين شهد شاهد على وقوع الإيفاء من الغريم وآخران برأ منه إليه، أي: برأ من الدين إلى رب الدين وهو عبارة عن الإيفاء أيضًا.

والصورة الثانية: شهد شاهد على الاستيفاء، والثاني على وقوع البراءة ووقوع البراءة أمر من الأمور، أو معنى من المعاني فسماه فعلًا على معنى أنه ليس بقول ولفق بين الشهادتين لاجتماعهما في المعنى؛ لأنه صحح الشهادة على وقوع البراءة، وأنا لا أصحح ذلك على ما بينت، وأما إذا شهد شاهد على الإقرار بالاستيفاء وشاهد على أن الغريم برأ منه إليه لم يلفق؛ لأن أحد الأمرين فعل للإقباض والثاني إقرار القابض بالقبض وهو قول، وإن شهد أحدهما على الإقرار بالقبض الآخر على وقوع البراءة لا تصح، وعلى ما اختاره المصنف تصح إلا أنها لا تلفق؛ لأن أحدهما قول والآخر ليس بقول

……

فإن ادعى الإبراء فشهد شاهدان على الهبة أو التصدق جاز؛ لأن هبة الدين للمدين إبراء وكذلك لو استعمل فيه لفظ التصدق، وعند أبي حنيفة لا يصح؛ لأنه كالمكذب لبينته، ووافقه بعض أصحابنا ولكن خالفه في العلة، وقال: الإبراء بلفظ التصدق لا يصح في أحد المذهبين وهذا القائل لا يصحح التوكيل بلفظ الوصاية المفيدة بحال الحياة، وأصل هذا الاختلاف أن العقود تعتبر بألفاظها أو بمعانيها وإن ادعى وقوع البراءة فشهد اثنان باستيفاء الدين أو بالإقرار باستيفاء صحت الشهادة عندنا، هكذا ذكره الشيخ - يعني العبادي - لأن الاستيفاء يتضمن وقوع البراءة وعند أبي حنيفة لا تسمع هذه الشهادة إلا أن تكون دعوى البراءة مقيدة بالاستيفاء.

قال أبو سعد: يشبه أن يكون الصحيح هذا؛ لأن الدعوى المجهولة لا تسمع، فإذا ادعى وقوع البراءة فيمكن أن يقال: يقيد بالسبب؛ فإنها تقع مرة بالإبراء، ومرة بالاستيفاء يؤكده أن في سماع هذه الدعوى مطلقًا غررًا، والغرور منهي عنه.

قال: ومن نصر ما ذكره المصنف، يقول: قد عبر عن المراد وفي تعريف المدعي يتساهل ولا يبالغ ذكر المصنف أنه لو شهد أحدهما بالهبة، والثاني بالصدقة لم يجمع، قال أبو سعد: صورته إذا نقل الشاهدان لفظي العقدين، فإن قال أحدهما: أشهد أنه قال وهبت الدين منك، وقال الثاني: أشهد أنه قال تصدقت به عليك، فإن لم يتعرضا لنقل صيغة العقد برمتها فينبغي أن يلفق بين الشهادتين، ثم قال يعني العبادي: شهد شاهد على عتق عبد وشاهد على هبة المولى نفسه منه وقبوله لم يجمع وفي هبة وإبراء من الدين يجمع والفرق من وجوه مضت في كتاب «الفروق».

وقال أبو سعد: إن نقل كل واحد عين لفظ لا يجمع في المسألتين، ثم قال: ادعى الكفيل استيفاء المكفول له الدين منه فشهد شاهدان منه بالبراءة؛ قبلت شهادتهما ولا يرجع، أي: على المكفول عنه بالدين، وهذا صحيح، فإن ادعى، أي: الكفيل هبة يعني: أن المكفول له وهب منه الدين فشهد شاهد

……

بالهبة وشاهد بالإبراء صحت الشهادة وهل يرجع؟ فيه وجهان، قال أبو سعد: وأنا لا أعرف لهذه المسألة معنى ولا وجهًا إلا أن يخرج مخرج وجهين في أن الإبراء هل يقاس على الاستيفاء في إثبات حق الرجوع أم لا من جهة أن المبرأ ممنون عليه بالإبراء؟

قلت: وهذا بعيد، والوجه عدم الرجوع.

فصل في حكم يد المتداعيين غير ما تقدم: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة قضي بها وإن لم تكن بينة فما اختص أحدهما باليد عليه حسًّا أو حكمًا بأن كان في ملكه؛ فالقول قوله مع يمينه وما كان في يد أحدهما حسًّا أو كان في البيت الذي يسكناه فلكل واحد منهما تحليف الآخر فيه، فإن حلفا جعل بينهما، وإن حلف أحدهما فقط قضي للحالف، ولا فرق بين كون الاختلاف في دوام الزوجية أو بعد الفراق ولا بين أن يختلفا هما أو ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر ولا بين ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة، أو للزوجة كالحلي والغزل ولهما، هكذا ذكره الشيخان وقولهما بأن كان في ملكه، أُخِذَ مِنْهُ أَنَّ كُلَّ مَا كَانَ فِيمَا هُوَ أَحَقُّ بِمَنْفَعَتِهِ بِإِعَارَةٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ وَقْفٍ حُكْمُهُ حُكْمُ مَا يَكُونُ فِي مِلْكِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُتَبَادَرَ مِنْ قَوْلِهِمَا أَوْ حُكْمًا بِأَنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَقَوْلِهِمَا مِنْ بَعْدُ وَمَا كَانَ فِي يَدِهِمَا حِسًّا أَوْ كَانَ فِي الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ أَنَّهُمَا لَوْ سَكَنَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ مِنْ دَارٍ وَاسِعَةٍ هِيَ مِلْكٌ لِأَحَدِهِمَا إِنَّ مَا عَدَا مَا فِي الْبَيْتِ الْمَسْكُونِ بِهِمَا مِمَّا يَكُونُ فِي بَقِيَّةِ بُيُوتِهَا وَصَفَفِهَا أَنَّ الْيَدَ تَكُونُ فِيهِ لِمَالِك الدَّارِ فَقَطْ وَعِبَارَةُ غَيْرِهِمَا قَدْ تُفْهِمُ خِلَافَهُ.

قَالَ الْمَحَامِلِيُّ فِي «الْمَجْمُوعِ»: إِذَا اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ، إِلَى أَنْ قال: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ أَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ بِذَلِكَ لَهُمَا نِصْفَيْنِ وَيَحْلِفُ كُلٌّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتَةٌ عَلَى نِصْفِ مَا فِي الدَّارِ فَقُضِيَ لَهُ بِهِ وَيَحْلِفُ الْآخَرُ عَلَيْهِ، إِلَى أَنْ قال: وَسَوَاءٌ كَانَتْ الدَّارُ مِلْكًا لِلزَّوْجِ أَوْ لَهُمَا أَوْ مُكْتَرَاة.

……

وَعِبَارَةُ «الْحَاوِي»: إِذَا كَانَا فِي دَارٍ سَكَنَاهَا إِمَّا مِلْكًا لَهُما أَوْ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا فَاخْتَلَفَا فِي مَتَاعِهَا الَّذِي فِيهَا مِنْ آلَةٍ وَبَسْطٍ وَفَرْشٍ وَدَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ، إِلَى أَنْ قال: فَهُمَا مُشْتَرِكَانِ فِي الْيَدِ حُكْمًا فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ.

المسألة: والظاهر أن مراد الشيخين بالبيت ما ذكره غيرهما وإنما عبر كثيرون بالبيت تبعًا لنص «المختصر» ألا ترى قول صاحب «الكافي» بعد أن ذكر نحو لفظ الشيخين وسواء كان المتاع في يدهما حسًّا أو مشاهدًا وحكما بأن كان في الدار وهما يسكنانها كما لو تنازعا في الدار التي يسكنانها تجعل في يدهما حكمًا، وذكر الشيخ إبراهيم المروزي في «تعليقه» نحو ما سبق عن الشيخين.

وهكذا أخ وأخت تنازعا في متاع البيت الذي يسكنانه وكذلك الأجنبي والأجنبية أو الطفل والبالغ يسكنان دارًا واحدة فما فيها لهما بحكم اليد، انتهى.

الظاهر أن ما أطلقوه في متاع الدار محله ما إذا كان نسبته إلى يدهما الحكمية على حد سواء، أما لو كان في بعض بيوتها ونحوها متاع محرز ومفاتيح الحرز وأقفاله بيد مالك البيت ونحوه بيد مالك دون صاحبه فاليد على ما فيه لمالكه ونحوه دون الآخر، فتأمله!

واعلم أن قضية إطلاقهم أنه لا فرق بين الساكنين الكاملين والناقصين أو أحدهما ويقوم ولي الناقص بصغر أو جنون في دعوى اليد مقامه، وفي النفس منه شيء، وهل الحكم كذلك لو كانا رقيقين أو أحدهما وتكون اليد للسيدين أو أحدهما مع الحرية نظر، والتنازع في رقبة المسكن كهو في المتاع، وجميع ما سبق فيما إذا انفرد بمسكن، أما لو كان يساكنهما ولد كبير ويده مشاركة في متاع البيت ونحوه فسنذكره من بعد.

فَرْعٌ من «الحاوي»:

لو تنازعا دابة في إسطبل أحدهما وأيديهما عليها فإن كان في إسطبل دواب الغير مالكه استويا اليد عليها؛ لأن التصرف في إسطبل قد صار مشتركًا وإن لم يكن فيه غير دواب صاحبه كانت اليد لصاحبه خاصة لتصرفه باليد فيه، انتهى.

....

وفيما ذكره وقفة ظاهرة فإن صح ألحق به صور كثيرة واحتيج إلى الفرق بينه وبين ما لو تنازع الزوجان متاعًا في بيت من الدار منفرد عن مسكنهما منها والدار لأحدهما، وقد سوى الماوردي وغيره بين تنازع الزوجين في متاع الدار وبين تنازع الأخ والأخت فيه، وقد تقرر بأن السكنى مع المالك تدل على المشاركة في اليد فينبغي أن تكون صورة الفرع فيما إذا لم يعرف للمنازع في الدابة سكنى في الإسطبل أصلًا بخلاف تنازع الساكنين؛ وبذلك يحصل الفرق ويقاس به ما في معناه.

فروع منثورة:

قال في «الأم»: لو تداعيا مسناة بين أرض أحدهما ونهر الآخر؛ تحالفا وجعلت بينهما؛ لأن لكل واحد منهما عليها يدًا واتصالًا بالملك ينتفع بها من أجل ملكه الذي يجاورها كما في السقف يتداعيانه صاحب العلو وصاحب السفل، فإنه يكون بينهما، نص عليه في كتاب الصلح.

قال الشيخ في «التحرير»: وَالمُسَنَّاةُ حَفِيرَةٌ تُجْعَلُ فِي جَانِبِ النَّهْرِ لِتَمْنَعَهُ مِنْ الْأَرْضِ، وهي بضم الميم وفتح السين المهملة وتشديد النون.

وَعَنْ «تَعْلِيقِ الْبَنْدَنِيجِيِّ» في كتاب المساقاة: إِنَّهَا الْأَحْوَاضُ الَّتِي تُجْمَعُ فِيهَا المَاءُ تَحْتَ النَّخْلِ.

قلت: ولفظ «مجموع المحاملي» يقتضي أنها بناء حائل بين الأرض والنهر كالسد، حيث قال في «الأم»: وإذا كان لرجل نهر ما إلى جانبه أرض لآخر وبينهما مسناة، فقال صاحب النهر: هي لي بنيتها لتجمع الماء في النهر ويكثر، قال صاحب الأرض: بل أنا بنيتها لتمنع الماء عن الدخول إلى أرضي؛ فإنهما يتحالفان وتجعل بينهما إلى آخر ما تقدم.

وما ذكره قضية كلام «الروضة» وأصلها، ويوافقه قول الماوردي في البيوع: وإذا ثبت أن البناء والشجر يدخل في البيع؛ فكذلك كل ما كان في الأرض متصلًا بها من مسناتها سواء كانت حجارة أو آجرًا أو ترابًا.

……………………………………………………………

قال في «الأم»: لو تداعيا عمامة في يد أحدهما قدر ذراع منها وباقيها في يد الآخر؛ فهي بينهما نصفان؛ لأنها في يدهما كما لو تنازعا دارًا أحدهما جالس في صدرها، والآخر في صحنها أو دهليزها.

قال الماوردي: وكذا لو كان أحدهما على سطحها والآخر في سفلها كانا في اليد عندنا سواء كان السطح محجرًا أو مشترًا أم لا.

قال الماوردي: لو تنازعا في ظرف ويد أحدهما عليه ويد الآخر على المتاع اختص كل واحد باليد على ما في يده ولا تكون اليد على الظرف مشاركة على المتاع، ولا بالعكس لانفصال إحديهما عن الأخرى، ولجواز أن يكون المتاع لواحد والظرف لآخر.

قال: ولو تنازعا عبدًا ويد أحدهما على ثوبه ويد الآخر على العبد؛ كانت اليد على العبد يدًا على الثوب والعبد؛ لأن يد العبد على الثوب أقوى، فصارت اليد على العبد أقوى ولا يكون للآخر يد على الثوب ولا العبد؛ لأن للعبد يدًا على الثوب وتصرفًا وبممساتك الثوب يدًا من غير تصرف.

قلت: وسبق في الغصب في الكلام على ثياب العبد المغصوب ما ينازع فيما ذكره وسبق أن الأصح أن القول قول راكب الدابة دون قائدها خلافًا لأبي إسحاق، وهو المذهب فيما لو كان أحدهما راكبها والآخر سائقها.

ولو اجتمع راكب وقائد وسائق فأوجه سبقت المذهب أن اليد للراكب، وادعى بعضهم عند أخذ أحدهما بلجام الدابة أن مذهب الشافعي يقتضي أن يكون هو والراكب فيها سواء، وطرد الإمام الوجهين فيهما فيما لو تنازعا ثوبًا أحدهما لابسه والآخر متعلق به يجاذبه وفيه نظر.

وكلام «الحاوي» يقتضي الجزم بأن القول قول اللابس، وهو الصحيح لكمال يده وتصرفه وإلا لاتخذ الفجرة ذلك ذريعة إلى الاشتراك في اليد ويكون اليد للابس، جزم شريح الروياني مع ذكره الخلاف في الراكب والقائد.

لو كان قطار من الإبل مشدودًا بعضه إلى بعض وعلى البعير الأول منها

……

راكب وعلى البعير المتوسط راكب وعلى البعير الآخر راكب وادعى كل واحد الجميع.

قال شريح في «روضته»: فالبعير الأول في يد الأول وفي غيره ثلاثة أوجه حكاها جدي:

أحدها: أن الجميع في يد الأول.

والثاني: أن الجميع في يده سوى الوسط والأخير فإن كل واحد منهما في يد صاحبه.

والثالث: أن البعير الأول إلى الأوسط في يد الأول، والأوسط إلى الأخير في يد الراكب، الأوسط والأخير في يد راكبه وإن لم يكن بعضها مشدودًا ببعض قيد كل واحد على ما هو راكبه وما عداه فليس في يد أحد.

قلت: وكأن المراد أنها ليست بيد واحد من الثلاثة بمفرده أما لو نازعهم أجنبي لم يكن معهم فالظاهر أنهم أصحاب يد عليها بمفردهم، ثم يتنازعون فيما بينهم. وإنه لو كان على الدابة راكبان أحدهما في السرج والآخر رديعة فتداعياها فهي بينهما نصفان؛ لأنها في يدهما، وقيل اليد للذي على السرج، قال جدي: والأول أقيس، وأنه لو كان قطيع غنم يمشي قدامها رجل معها ويمشي خلفها رجل معها فاليد لهما، ولو كان الآخر يسوق والآخر يمشي قدامها فهل اليد للسابق أو لهما؟ وجهان، فلو كان الماشي قدامها يقود شاة بحبل والأغنام تتبعها فعلى وجهين:

أحدهما: تثبت يده عليها كلها.

والثاني: يده على التي يقودها دون غيرها، انتهى.

في «الحاوي»: لو تنازعا سفينة أحدهما ممسك برباطها، والآخر ممسك بخشبها كانت اليد له؛ لأن الخشب من السفينة والرباط ليس منها، ولو كان أحدهما راكبها والآخر ممسكها فاليد للراكب؛ لأن له تصرفًا ليس للممسك، انتهى.

سبق عن «البحر»: أنهما لو تنازعا عرصة جدار هو لأحدهما أن العرصة لصاحب الجدار، هكذا ذكره جماعة أصحابنا، وحكى الماوردي وجهًا أنهما سواء، وأنهما لو تنازعا الجدار ولا ترجيح لأحدهما ثم قامت بينة لأحدهما به كانت العرصة تبعًا له على الأصح، وأنه لو تنازعا الدابة الحِمل ـ بكسر الحاء المهملة ـ وغيره فهي لصاحب الحمل فلو كان للغير عليها ركوة؛ فالذي يجيء على المذهب أنها بينهما، ولو تنازعا عبدًا عليه قميص لأحدهما لم يترجح بالقميص، انتهى.

قال البغوي: لو تنازعا جارية أو دابة حاملًا واتفقا على أن الحمل لأحدهما فهي لصاحب الحمل، انتهى.

وعبارة الرافعي عن نصِّه في «الأم»: تنازعا أرضًا ولأحدهما فيها زرع أو بناء أو غراس فهي في يده أو دارًا لأحدهما فيها متاع؛ فهي في يده فإن لم يكن إلا في بيت لا يجعل في يده إلا ذلك البيت، هكذا ذكروه.

قلت: وسبق ذكر خلاف في مسألة الأرض، وأما حمل الأمة والدابة، فإن كانت في يدهما أو غيرهما فقريب، أما لو كانت بيد زيد فادعاها عمرو فأقر له زيد بحملها فادعاهما عمرو؛ فالظاهر تصديق زيد بيمينه على أن فيما إذا كانت في يدهما معًا وقفة، وليتأمل ما ذكر في مسألة المتاع في الدار ما سبق في اختلاف الزوجين وغيرهما.

فَصْلٌ: أورد الرافعي جملًا مما جمع من «فتاوى» القفال وغيره أنه إذا صارت الضيعة معلومة بثلاثة حدود؛ جاز الاقتصار على ذكرها، قال: وهكذا خلاف ما سبق عن إطلاق ابن القاص، قال: لكن لو ذكر الشهود الحدود الأربعة وأخطأوا في واحد لا تصح شهادتهم وترك الذكر خير من الخطأ؛ لأنهم إذا أخطأوا لم يكن بتلك الحدود صفة في يد المدعى عليه.

قلت: وهذا يوهم جواز تركهم التحديد مع الغيبة عن الضيعة المجهولة الحدود وليس بمراد فقد بيناه، وأنه إذا غلط المدعي فقال المدعى عليه لا تلزمني

....

دار بهذه الصفة كان صادقًا، ولو حلف كان بارًا وإن لم ينكر، وقال: لا أمنعه الدار التي يدعيها؛ أسقط دعوى المدعي وإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها فله أن يمنعه أي: ظاهرًا ويقول هي غير ما ادعيت فأما عند الإصابة في الحدود إذا قال: لا أمنعك منها؛ لم يكن له المنع، فإن قال: ظننت أنه غلط في الحدود لم يقبل إنما قلت لا أمنعك منها؛ لأنها لم تكن في يدي يومئذٍ ثم صارت ملكي؛ قبل منه وكان له المنع إذا حلف عليه، أي: إذا حلف أنها لم تكن في يده حين قال له لا أمنعك، فإذا حلف فعليه البينة، قاله القفال.

ولو أنه ادعى عليه عبدًا أو ثوبًا في يده فقال: لا أمنعك منه لم يسقط بهذا دعواه بل يقال سلمه إليه؛ لأنه بتلك الحدود متعين لا يختلط بغيره وأن دعوى العبد على سيده الإذن في التجارة لا تسمع إن لم يشتر ولم يبع شيئًا، وإن اشترى ثوبًا وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه فأنكر السيد الإذن فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن، فإذا حلف فللعبد أن يحلفه مرة أخرى ليسقط الثمن عن ذمته، وإن باع العبد شيئًا وهلك وقبض الثمن وتلف وجاء المشتري يطلب تلك العين فقال السيد: لم آذن له في البيع؛ حلفه فإن حلف حكم ببطلان البيع وللعبد تحليفه لإسقاط الثمن عن ذمته.

قلت: لفظ «الفتاوى»: وإن اشترى ثوبًا بألف درهم فجاء البائع يطالبه بالألف وكان في يده كسب وأنكر السيد؛ نظر إن ادعى البائع على السيد أنك أذنت له في التجارة وأنا أستوفي الثمن من مكاسبه فأنكر السيد، فإن حلف فذاك ويكون الثمن في ذمة العبد والسيد أحق بمكاسبه ويملك الثوب بزعم البائع أن الشراء صح إلا أن يفسخ البيع بإفلاسه ويسترد الثوب، وإن لم يفسخ؛ فللعبد أن يحلف السيد بعدما حلفه البائع أنه لم يأذن له ليسقط الثمن عن ذمته، فلو طلب البائع في الابتداء يمين السيد فلم يحلف ونكل عن اليمين فللبائع أن يحلف ويأخذ الثمن من مكاسبه التي في يده.

ثم ذكر صورة البيع بنحو ما سلف ثم قال: فأما إذا كان قد باع ولم يستوف الثمن فأحال رجلًا بالثمن وادعى المشتري على السيد الإذن فأنكر وحلف؛

……………………………………………………………………

فليس للعبد أن يحلف المولى، ثم قال: ودين التجارة يتعلق بالكسب على ظاهر المذهب، وفيه وجه أنه لا يتعلق به، انتهى.

وإنه لو ادعى ألفًا على غيره وأقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه وأقام المدعى عليه شاهدًا بأن المدعي أقر أنه لا حق له عليه أن يحلف مع شاهده وإذا حلف سقطت دعوى المدعي.

قلت: كذا قاله القفال، وقال: إنه لو أقام عليه بينة بألف درهم فأقام المدعى عليه بينة بأن المدعي أقر أن تلك الألف من مال الشركة لم يكن ذلك دافعًا لبينة المدعي؛ لاحتمال أنه كان من مال الشركة إلا أنه صار متعديًا فيه فيضمنه فلذلك لم يكن دفعًا لبينة المدعي، انتهى. وليس هذا بواضح.

وإنه لو أقام بينة على إقراره أن لفلان عليه ألف درهم من جهة الشركة بينه وبينه، فقال المدعى عليه: رددت ألف درهم، قال القفال يقبل قوله في النصف الذي للمدعي؛ لأن النصف هو الذي مضمون عليه؛ لأن أحد النصفين قرض عنده، انتهى لفظ «الفتاوى»، وإنه يجوز للمالك أن يدعي على الغاصب وعلى الغاصب من الغاصب فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة كذا، أو قيمة كذا فليس للغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه إلا إن قدر على الانتزاع والرد، وإلا فعليه القيمة.

قلت: هذا هو الصواب، وما في النسخ الصحيحة بالشرح، ورأيته في «الفتاوى» بمعناه، ووقع في نسخ من الرافعي فليس على الغاصب أن يحلف وجرى عليه في «الروضة» نعم؛ نوزع القفال في سماع الدعوى المردودة كما سبق وذاك شيء آخر، والله أعلم.

وأنهم لو شهدوا على أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان وهو يملكها ولم يقولوا إنها الآن ملك المدعي ففي قبول هذه الشهادة قولان؛ كما لو شهدوا أنها كانت ملكه بالأمس قال الرافعي: والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مقبولة كافية.

....

قلت: فيه نظر ولعل إطلاقهم منزل على ما إذا دلت الشهادة على ملكية المدعي لما ادعاه في الحال وإلا فمطلق الشهادة بالانتقال إليه من زيد وهو يملكه ليس فيه تعرض لملكية المدعي الآن لما ادعاه، وإنما دل على أنه دخل في ملكه في زمن ماضٍ فهو في معنى قولهم كانت العين ملكه أمس، وفي «فتاوى» القاضي الحسين: أنهم لو شهدوا أن هذه الدار كانت ملكًا لفلان إلى أن مات وخلفها ميراثًا لابنه هذا ولم يقولوا إنها الآن ملك هذا الابن لا يحكم بشهادتهم وحكم هذا حكم ما لو قال المشاهد: هذه الدار كانت لفلان أمس؛ لا يقبل في الجديد، انتهى، ولعلك لا تعدم مما سبق ما يعضد ذلك.

وقد أطلق القفال في مواضع أنه لو أقام بينة أنه اشترى كذا من زيد سنة كذا، وكان ملكه إلى أن باعه أنه يصح ولم يذكر اشتراط التعرض لملك المدعي الآن، وإطلاقه منزل على ما قيده هنا ولا يتضح الفرق بين قولهم اشتراها من زيد أو ورثها منه منذ سنة مثلًا وبين قولهم كانت ملكه أمس.

قال القفال: وإنما يصح للشهود أن يشهدوا أنه اشترى هذه الدار من فلان وهو يملكها إذا كانوا قد رأوا ذلك في يد فلان منذ سنين كثيرة بحيث لو أرادوا الشهادة على إثبات الملك لفلان لو نوزع فيه لقدروا على قولهم هي ملكه، انتهى.

وفي اعتبار سنين كثيرة وقفة ولعله أراد مدة طويلة تغلب على الظن الملكية لا ما اقتضاه ظاهر لفظه من السنين الكثيرة، وأنه لو ادعى على إنسان حق القضاء من يقبل نسبه إليه وكان عند الحاكم أنه لا قصاص بذلك؛ فجاء رجل وروى خبرًا عن رسول الله ﷺ أنه وجب القصاص واقتص الحاكم منه ثم رجع الراوي وقال: كذبت وتعمدت؛ لم يقتص منه بخلاف الشهادة؛ لأن الرواية لا تختص بالواقعة، انتهى.

وحكى الرافعي هذا قبيل كتاب الديات عن القفال.

وعن «فتاوى» البغوي: إنه ينبغي أن يجب القصاص وذكرنا ذلك في

……

مسائل الرجوع عن الشهادة، وهو محتمل ولا خفاء أن الكلام في الحاكم المجتهد الأهل لذلك، وكان قد وفى المسألة حقها من النظر، وأنه إذا ادعى دارًا في يد رجل وأقام بينة اشتراها منه وأقام ذو اليد بينة أنه وهبها منه ولم يتعرضا لتاريخ تعارضتا قال الرافعي: ولهذا الاختلاف أثر عند ظهور الاستحقاق وإذا وجد عينًا وأراد ردها.

قلت: والمراد أن ذا اليد أقام بينة بأنه هو وهبها مجانًا من مدعي الشراء؛ لكن في سماع بينته وجعلها معاوضة قبل الحاجة إليها كما أطلقه القفال نظر، نعم؛ إن احتيج إليها عند ظهور استحقاق وغيره كما نبه عليه الرافعي فظاهر، وفي بعض نسخ الرافعي بعد قوله: وهبها منه فإن أرخت البينتان حكم بالآخر، وإن أطلقتا تعارضتا، وكذا هو في «فتاوى» القفال، والله أعلم.

وأنه إذا ادعى دارًا في يد إنسان وأقام بينة أنها ملكه وجاء آخر يدعيها وأقام بينة أنه اشتراها من فلان رجل آخر يوم كذا ولم يقولوا أنه كان يملكها يومئذٍ لكن أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذٍ سمعت هاتان البينتان وصارتا كبينة واحدة؛ فيحصل التعارض بينها وبين بينة المدعي الأول.

وأنه إذا ادعى دارًا وأقام بينة على أنها ملكه وانتزعها من يد المدعى عليه وجاء آخر بعد مدة طويلة أو يسيرة يدعيها، وأقام بينة على أنه اشتراها من المدعى عليه الذي كانت في يده وكان يملكها يومئذٍ يقضى بالدار للمدعي، وكان كما لو أقام ذو اليد بينة قبل الانتزاع منه وأنه إذا ادعى اثنان دارًا في يد ثالث وأقام أحدهما بينة أنها ملكه، ثم أقام الثاني بينة أنه اشتراها من المدعي الأول، فإن قامت بينة الثاني بعد القضاء للمدعي الأول ببينته فيقضي الثاني على الأول ولا يشترطان بقول شهوده اشتراها من الأول وهي ملكه، وإن قامت قبل القضاء للأول فإن قالوا: اشتراها منه وهو يملكها؛ انتزعت الدار من يد صاحب اليد وقضي بها للثاني، وإن لم يتعرضوا لذلك ولا يقضى بها للثاني ما لم يقض للأول بالملك؛ ولكن تسمع بينة الثاني على الأول وإن لم يقض له.

قال الرافعي: وهذه المسألة قد حكيناها من قبل وهذا التفصيل كـ «الشرح»

و«الإيضاح» لما مر، وأنه لو كانت في يده دار فادعى إنسان أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد وأنكر صاحب اليد، فله أن يقيم بينة على البيعين وله أن يقيم على هذا بينة وعلى هذا بينة ولا بأس بما يتفق من التقديم والتأخير، انتهى.

وهذا وما تقدمه لخصه الرافعي واختصره من «فتاوى» القفال، وقد أطال القفال ـ رحمه الله ـ الكلام في هذه الصور وغيرها وبسطه في عدة أوراق، وأنه إذا أراد الشهود إقامة الشهادة على شراء دار قد تبدلت حدودها في يوم الشراء فيشهدون أنه اشترى دارًا منذ عشر سنين من فلان وهو يملكها وكان حينئذٍ ينتهي أحد حدودها إلى كذا والثاني إلى كذا، ثم على المدعي أن يقيم بينة على كيفية تبدل تلك الحدود، فيشهد الشهود بأن الدار التي كانت في يد فلان قد انتقلت إلى يد فلان حتى يقضى له.

قلت: وكان هذا فيما إذا لم يمكن الشهود تشخيص الحدود، أما لو أمكن ذلك بحضور الحاكم أو نائبه في ذلك ولا حاجة إلى بينة ثانية بالانتقالات المذكورة وقد لا يجدها، وأنه إذا ادعى دارًا في يد غيره وأقام بينة على أنها ملكه، فقال القاضي: عرفت هذه الدار ملكًا لفلان وقد مات وانتقلت إلى وارثه فأقم بينة على تملكك منه، فله ذلك وتندفع بينته.

قال الرافعي رحمه الله: ولكن هذا جواب على أنه يقضي بعلمه.

قلت: المتبادر أنه من باب قولنا: لا يقضي بخلاف علمه لا من باب قضائه بعلمه، والله أعلم.

وأنه لو باع دارًا ثم قامت بينة الحسبة أن البائع قد وقفها، وهو يملكها على ابنه البائع وبعده على أولاده، ثم على المساكين انتزعت الدار من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن أكذب نفسه وصدق الشهود، وإن أصر على إنكار الوقف لم تصرف إليه، بل توقف فإذا مات، أي: مصرًا على الإنكار كما صرح به القفال صرفت

……

إلى أقرب الناس إلى الواقف ولو ادعى البائع أنه وقف لم تسمع بينته.

قال الرافعي: والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه وله أن يحلف الخصم، وذكر العراقيون أنه تسمع بينته أيضًا إذا لم يصرح بأنه ملكه بل اقتصر على البيع.

وفي «التجربة» للروياني أنه لو باع شيئًا، ثم قال: بعته وأنا لا أملكه والآن ملكته بالإرث من فلان، فإن قال حين باع أنه ملكه لم تسمع دعواه ولا بينته وإن لم يقل ذلك، بل اقتصر على قوله: بعتك سمعت دعواه، وإن لم تكن له بينة حلف المشتري أنه باعه وهو يملكه، قال: وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره، وكذلك لو ادعى أن المبيع وقف عليه، انتهى.

قلت: وهذه مسألة مهمة تعم بها البلوى في كثير من الأبواب، وكلام الشيخين وغيرهما مختلف فيها كما أشرت إليه في باب المرابحة وغيره من «الغنية» وسيأتي عن العبادي: أنه لو قال: كنت جاهلًا بالوقف أنه تسمع دعواه ويحلف.

واعلم أن ما ذكره القفال من انتزاع الدار بمجرد قيام البينة بالوقف على ما ذكره من غير تعرض لقبوله له الوقف، أو قبول الأب عنه لصغره إن كان مفرعًا على ما سبق أنه المختار، وظاهر النصوص من أن الوقف على معين لا يشترط فيه القبول فظاهره وإن كان القفال ممن يرى اشتراط القبول كما رجحه الإمام وتبعه الشيخان وغيرهما ففيه نظر؛ إذ لا يلزم الوقف بمجرد قول الأب ما سبق ما لم يثبت قبول الابن أو القبول له، ويصير كما لو قامت بينة بأنه أوجب بيعها لزيد ولم يتعرض لقبول زيد الشراء، فتأمله!

وقد بينت صورًا من «فتاوى» القفال لم يذكرها الرافعي:

منها: أنه لو باع حمارًا إلى أجل فلما انقضى الأجل ترافعا إلى الحاكم فأنكر الشراء ورد الحمار، وحلف فليس للبائع أن يطالبه بالكراء؛ لأنه قد أقر بأن الحمار ملك له بالبيع، وأنه لم يكن يلزمه الكرى، وأنه لو باع دارًا خربة

……

فعمرها المشتري بطينه وخشبه ولبنه، ثم استحقت، فإن للمشتري رفع البناء على البائع ما بين قيمته ثابتًا ومقلوعًا، وكذا لو غرس الأرض ثم استحقت فعلى البائع ما بين قيمة الأشجار ثابتة ومقلوعة كما لو غرس في أرض غيره بإذنه ولا رجوع للمشتري بالأثر كنفقة العبد والدابة، فإن زوق بجص أو طين من غيره فللمستحق أن يكلفه نزع التزويق، ثم للمشتري الرجوع بنقصانه على البائع، وإن رضي المستحق أن يكون المشتري شريكًا به جاز كما لو اشترى ثوبًا فصبغه فزادت قيمته ثم استحق فإن رضي صاحب الثوب كان شريكًا له وإن كلفه نزعه صار بالنزع مستهلكًا فللمشتري الرجوع على البائع بما بين قيمته أبيض ومصبوغًا، انتهى.

وفي «فتاوى» تلميذه القاضي الحسين: إنه لو اشترى دارًا وعمرها، ثم استحقت ونقضت عمارته فهل يرجع على البائع بأرش النقص وكذا بما أنفق على الدار؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وقال ابن سريج: يرجع وللشافعي نصان يدلان على ثبوت الرجوع فذكرهما وأنه لو ثبت فلسه عند الحاكم فجاء رب الدين وادعى أنه وجد مالًا لا تسمع دعواه حتى يتبين، فإن قال ورث ألف درهم أو كسب أو وهب له وما أشبهه سمعت دعواه وحلف له، وأنه لو اشترى ضيعة من قيم صبي وسلمه الثمن، ثم بلغ الصبي وأنكر يكون البائع قيمًا له واسترد الضيعة ثم اشتراها المشتري من الصبي بعد بلوغه ليس له أن يرجع بالثمن الذي دفعه إلى القيم عليه؛ لأنه كان صدقه على الولاية الشرعية كما لو اشترى من وكيل رجل ودفع الثمن إليه ثم قال الرجل: لم أوكله، وأخذ المبيع من المشتري، ثم اشتراه المشتري من المالك مرة أخرى لا يرجع على الوكيل بالثمن؛ لأنه قد صدقه على الوكالة فيلزمه في حق نفسه حكم تصديقه.

قلت: في الصور من نظره وقد جزم القفال قبل هذا بأنه لو صدق المشتري البائع على ملكه العين ثم استحقت رجع عليه بالثمن، قال: لأنه أقر على ظاهر

....

الحال ولعل هذا عن غير القفال لكنه فيما جمع من فتاويه، ولا خفاء أن الكلام فيما إذا كان الانتزاع بالحاكم وأنه تسمع دعوى الحسبة على قيم الصبي وله أن يحلف القيم إن اتهمه فيه.

قلت: وقد عمت البلوى بهذه المسألة وهو أن يدعي قريب للميت على وصية إتلاف شيء من ماله أو خيانة ونحوها محتسبًا فترد دعواه كما عاينته من كثير من قضاة العصر معتلين بأنه لا حق له ولا ولاية على الطفل ويرون دعواه فضولًا، والظاهر أنه إذا كان للمحتسب أن يحلف القيم فله إقامة البينة على ما ادعاه، بل أولى وحسن أن يأذن له الحاكم في الدعوى ويتعين ذلك عند ظهور أمارات صدقه وفساد حال الوصي أو جهالة حاله سيما هذا الزمان وقد يعود الضمير في قوله: وله أن يحلف القيم، على الحاكم لا على المدعي حسبة وأنه لو ادعى ألف درهم، فقال للحاكم: قد أقر بأنه أبرأني أو استوفى مني الألف، قال القفال: لا يجعل هذا إدبارًا منه بخلاف دعوى الإبراء والاستيفاء.

قلت: وفي النفس من الفرق شيء وربما سبق في كتاب «الإقرار» ما يخرج منه خلاف فيه، وأنه لو ادعى عليه عشرة أرؤس من الغنم، فقال: قد صالحتك عما كان لك علي.

قال القفال: لا يجعل هذا إقرارًا بما ادعاه، لكن في ضمنه أن له عليه شيئًا، وأنه لو ادعى عليه ألفًا فأنكر ثم قال للمدعي: اشتر مني هذا الثوب بالألف الذي تدعي، كان إقرارًا منه كما لو قال للمدعي: بعني، يكون إقرارًا ويفارق ما لو قال: صالحني عن الألف الذي تدعيه على هذا الثوب، لا يجعل إقرارًا وكذا لو ادعى ثوبًا في يده فأنكر ثم قال للمدعي: صالحني منه على كذا، لم يكن إقرارًا، والفرق بين لفظ الشراء ولفظ الصلح؛ لأنه ليس من شرط الصلح أن يكون بيعًا ألا ترى أن الصلح عما لا يكون مالًا يجوز وهو الدم فقوله: صالحني، ليس من ضرورية أن يكون هناك مال يشتريه حتى يكون بيعًا؛ فلذلك لم يعمل عمل البيع فلذلك قلنا: إن قوله: صالحني، لا يجعل إقرارًا بخلاف قوله: بعني، فإن من ضرورة البيع أن يكون هناك مال يتملك، فقيل

....

للقفال: الصلح ببدل يسلك به مسلك المعاوضات في جميع الأحكام ألا ترى أنه لو ادعى عيبًا فأقر بها وصالحه على شيء كان بيعًا، فلما كان بلفظ البيع إقرارًا وجب أن يكون بلفظ الصلح هكذا، فقال: الجواب ما ذكرت، فقيل له: لو أن المدعي للثوب قال للمدعى عليه: أتبيع هذا الثوب؟ هل يكون مقرًا به؟

قال: لا، فلو قال: أنا أشتريه منك، قال: لا، وكذا في جانب المدعى عليه لو قال: أنا أبيعكه أو اشتره مني، لا يكون هذا إقرارًا إنما يكون إقرارًا إذا كان اللفظ يصلح لأحد المصراعين بأن يقول المدعى عليه: بعني أو يقول: اشتريت، وكذا المدعي يقول مثل ذلك، ولو قال المدعى عليه بثوب للمدعي: وكلني بأن أبيع هذا الثوب عنك، قال القفال: لا يجعل مقرًا فقيل له: وجب أن يكون مقرًا فإن حقيقة إقراره له في هذا ومثله أن يوجد منه شيء لا يتولاه المالك في ملكه، ومعلوم أن الرجل لا يكون وكيلًا في بيع ملكه، وأنه لو أقر له بمائة وأنه مليء بأدائها، ثم ادعى أنه مفلس لم يقبل قوله إلا أن يقيم بينة على ذهاب ماله وأنه بأي وجه صار مفلسًا، فإن أراد تحليف المدعي حلفه أنه لا يعلم ذهاب ماله الذي أقر أنه مليء به، وإنما يلزمه أن يحلف هكذا ولا يحلف أنه لا يعلم ذهاب ماله لكنه لا يعرف ذهاب ماله الذي أقر به.

قلت: ربما سبق في التفليس ما يخالف ما ذكره فراجعه.

فإن شهدا عليه بألف ولم يشهدا على إقراره، فقال: هو من ثمن خمس، لا يلتفت إليه ولا يحلف المشهود له بخلاف مسألة الإقرار؛ لأن البينة شهدت مطلقًا على الألف، فالظاهر أن شهادتهم لا تقع إلا على ألف يلزم عليه، لكن لو أراد الحاكم أن يستفسر الشهود ويسألهم أن هذا الألف من أي جهة لزمه جاز ذلك إن أدى إليه اجتهادهم.

أما تحليف المشهود له فلا، ثم ذكر للمسألة نظائر في الكتاب، وقبض الرهن وغيره بخلاف ما هو وقعت الشهادة على الإقرار بالدين والكفالة وإقباض الرهن فله التحليف كما سبق، وما ذكره من قبول الشهادة عليه بألف مطلقًا هو أصح أوجه ثلاثة تقدمت واضحة، وأنه لو أوصى ببيع دائرة والتصدق

بثمنها فباعها الوصي، فقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى تثبت وصيتك عند الحاكم فله ذلك.

قلت: وهذا يطرد في الوكيل وعامل القراض وقيم الحاكم، وسيأتي عن «فتاوى» القاضي الحسين ما ينازع فيه، وأنه لو ادعت زوجته مهرًا ونفقة على رجل، فقال: لست بزوجها وحلف ثم أقر بالزوجية، قال القفال: لا يقبل منه ولا يحل له وطؤها، فقيل: وأي فرق بينه؟

وبينما لو قال لامرأته: لست بزوجتي، فإنه يكون كناية فلم لا جعلته إقرارًا كما فعلت في هذه؟.

قال: لأن هناك ثبتت الزوجية فإذا قال: ليست بزوجتي، ثم قال: لم يرد به طلاقًا قبل لأنا عرفنا بينهما زوجية فيحتمل أن قوله: لست بزوجتي، أي: لا تطيعني، فلا يرفع به المتعين وإذا أنكر في الابتداء ثم أكذب نفسه لم يقبل؛ لأن إنكاره ابتداء ينافي دعواها، انتهى.

وقوله: لا يحل له وطؤها، أي: ظاهرًا أما في الباطن فإن لم يقصد به الطلاق فالحل عند كذبه في إنكاره، وأنه لو غادر وترك عقارًا وله زوجة وابن زمن، فلهما رفع الأمر إلى الحاكم حتى يبيعه وينفق عليهما، فلو كان الحاكم حنفيًا لا يرى بيع العقار في النفقة، فليس لهما بيعه بأنفسهما.

قلت: وهذا ظاهر إذا قلنا: المستحق إذا ظفر بغير جنس حقه له أخذه وبيعه بنفسه في حقه، أما إذا قلنا بذلك وهو الأصح فيهما فلا وأنه لا تقبل الشهادة بالكفر ما لم ينقلوا لفظه إلى الحاكم؛ لأن الناس مختلفون فيما يكفر به، وإن نقلوا لفظه إليه فقال: ما قلت هذا اللفظ أنا مسلم، لا يقبل بل يحتاج أن يجدد الإسلام، ويقول: الكفر باطل كما لو شهدوا على إقراره بالزنا، فقال: لم أقل، لا يكون رجوعًا منه، وإن قال: أنا لم أزنِ، كان رجوعًا منه.

والفرق بينه وبين ما لو قال: لم أكفر، فإنه لا يجعل مسلمًا بذلك أنه لو أقر عند الحاكم بالزنا ثم قال: ما زنيت، كان رجوعًا فإنه لو تكلم بكلمة الكفر

....

بين يدي الحاكم، ثم قال: ما كفرت، لم يجعل إسلامًا منه فافترقا.

قلت: وهذا الفرق غير واضح، وما ذكره من عدم قبول الشهادة بالكفر مطلقة هو الصواب خلافًا للإمام، ومن تبعه كما بينته في كتاب الردة، وقوله: ويقول: الكفر باطل ظاهره أنه يجب أن يقول ذلك وهو غريب وكأنه أراد به التبرّؤ من كل دين خالف الإسلام كما قاله الشافعي والأصحاب، والظاهر أن قوله: الكفر باطل، لا يغني عن ذلك، والله أعلم.

وأنه لو شهدوا عند الحاكم أن فلانًا وقف هذه الدار وهو يملكها ولا ندري على من وقف، قال القفال: لا تسمع هذه الشهادة، قيل له: لو أوصى بوصايا مختلفة فادعى رجل أنه وصيه وأقام بينة بأنه أوصى إليه ولم ينصوا على تفصيل ذلك، بل قالوا: أوصى إليه لا غير، وقالوا: نحن سمعناه قبل موته يقول: أوصيت إلى فلان، فإن هذه الشهادة تسمع، وإن كان لا بد من تعيينه لقوم آخرين وتنصيصهم على تفصيل الوصايا حتى يمكنه تنفيذها فكذا هنا إذا شهدوا أنه وقف كذا وجب أن تسمع؛ إذ ربما شهد الشهود بأن الوقوف عليه منه.

قال القفال: وليس كذلك؛ لأن تلك البينة بالوصية مقيدة ألا ترى أنه لو قامت بينة بعد ذلك بأنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنه أمر بأن يحج عنه من رأس المال وما أشبهه تعين ذلك المشهود به الإيصاء إليه لتنفذ تلك الوصايا، وإن لم تكن فصلت في الإيصاء إلى فلان، فلما كانت تلك البينة مقيدة سمعت فهو كرجل أقام البينة أن له على فلان ألف درهم، ثم يقيم بينة أخرى على أن هذا وارثه، ثم يقيم بينة أخرى على أنه خلف من التركة كذا وكذا، فإن ذلك كله ثابت وكل بينة على الانفراد مسموعة؛ لأنها مقيدة كذا هاهنا.

أما في مسألتنا إذا رجعنا إلى تعيين جهة الوقوف عليه فلا بد أن تشهد بتلك البينة أن فلانًا وقف داره على الفقراء فلما كان في تعيين جهة الوقف لا بد من ذكر الوقف فلم يكن في سماع هذه البينة بأنه وقفها، ولا ندري على من وقفها معنى، وهناك ثبت بها الحكم في ثبوت الوصاية من غير أن يحتاج إلى إعادة بينة على الإيصاء إليه فكذلك سمعت، انتهى. وما ذكره في الصورتين لا يسلم عن نزاع.

....

وأنه لو أقام شاهدين أن زيدًا أقر له بألف درهم وحكم به الحاكم، ثم قال المشهود له: هذا المال المقر به إنما هو لأحد الشاهدين واسمي كان عليه، بطلت شهادتهما كما لو شهدا له بمال ثم أقر أن أحدهما كان شريكًا له فيه بطل الحكم وبقي له شهادة الواحد فله أن يحلف معه، ولو أقام ثلاثة شهود والمسألة ما ذكرنا لم يبطل الحكم؛ لأنه بقي شهادة اثنين، فإن قيل: الشاهدان إنما شهدا بالمال لفلان هذا، وهو يقول: ليس لي، قال: جاز ذلك؛ لأنه يصح أن يشهد الشهود بأن هذا المال لفلان ثم يقر هو لغيره فيقول: كنت وكيلًا، وإنما لم تجز هذا إذا شهدوا على الجناية أو على الصداق في النكاح، ثم أقر به لغيره؛ لأنه ويجوز أن يكون ذلك المال له.

قلت: قوله: وبقي له شاهد واحد فله أن يحلف معه، أي: على شطر المدعي لا على الكل؛ لأنه قد اعترف بأن أحدهما شريكه فيه كذا ظننته، نعم لو كذبه المقر له منهما، وقلنا: يفتقر الإقرار إلى تصديق المقر له، فهل له أن يحلف على الجميع مع الشاهد الآخر إذا قلنا: لا ينزع المال من المقر في هذه الحالة، وأنه يبقى في يده ملكًا له فيه نظر، والظاهر المنع، والله أعلم.

وإنه سُئل القفال عمن أقر بالوقف في صنعة وجعل فلانًا قيمًا فلم يقبل القيام به، ثم جاء وشهد على المقر بأنه وقفها، هل يقبل؟ فقال: إن لم تكن الضيعة في يده ولا أقر بالقيام يقبل.

قلت: يشبه أن مجرد كونها في يده لا يمنع قبول شهادته، والله أعلم.

وأنه لو شهدا أن فلانًا أوصى بثلثه للفقراء فأنكر الوارث فقبل الحكم أقام الوارث بينة بأن الشاهد قال قبل شهادته: أن الميت أوصى إلي بثلثه كان ذلك طعنًا في شهادته، وامتنع الحكم وسواء عزى ذلك القول منه إلى ما قبل الشهادة أو ذكر أنه قال بعدما ثبت وعلى هذا لو أن رجلًا أقام شهودًا بدين له على فلان، فقبل الحكم جاء المشهود عليه ببينة بأن هذا الشاهد قال قبل أن يشهد: إن صاحب هذا الحق قد وكلني في اقتضاء حقه من هذا المديون، وقبلت وكالته كان ذلك طعنًا في شهادته، وكذا لو أقام بينة أنه قاله بعدما شهد

....

وقبل الحكم إذا ثبت أن ذلك طعنًا في الشهادة في مسألتي الوصية والدين، فلو أقام المشهود له بالدين بينة على أنه كان قد عزل الشاهد عن الوكالة باقتضاء الدين قبل شهادته سمعت هذه البينة ويثبت، أي: الدين.

وكذا لو شهد شاهدان على سبيل الحسبة بأن هذا الذي شهد فعل ذلك، أي: عزل نفسه قبل أن يشهد، قال: سمعت شهادتهما وكان ذلك دفعًا لبينة الورثة بأنه قد قال، ثم قال هذا كله إذا أقام المشهود عليه بينة بأن قال: أوصى إلي وقبلت، فإن لم يقل: قبلت لم تكن طعنًا؛ لأنه قد يوصي إليه وهو لا يقبل.

وأنه لو أقر بأن الدار التي بيد زيد ملكه من عشرين سنة، ثم جاء وادعى أنّه اشتراها منه من عشرين سنة، قال القفال: لا تسمع دعواه ولا بينته، وإن ادعى شجرة في يد غيره ولا يدعي الأصل، أي: الأرض، فيجب أن يقول في دعواه: شجرة في أرض كذا وهي كمثرى أو خوخ ويبين الطول والعرض، وسبق الكلام على هذا مبسوطًا، فإنه لو كان بيده حانوت فأجرة الآخر، وكان يأخذ الأجرة منه منذ سنين فادعى مدعٍ أن الحانوت وقف علي، فإن دعواه تتوجه على من في يده الحانوت الآن دونَ من أخذ منه الأجرة.

قلت: ولم لا تسمع الدعوى على المؤجر أيضًا ولا مانع منها إذا حررها المدعي، وأنه لو كان بيده ضيعة وقف يقول: وقفها جدي على أولاده ما تناسلوا، فجاء رجل وقال: أنا من أرباب هذا الوقف لم تسمع دعواه ما لم يبين بأن يقول: أنا ابن عمك فلان، فإن أنكر ذو اليد حلف ليس هذا ابن عمه، وإنما قلنا: يحلف؛ لأن هذا هو جميع وارث عمه، فإن نكل حلف المدعي وكان شريكًا معه فيه، فإن كان من بيده الوقف اثنين فهل يحلف الواحد منهما المدعي الشركة؟

فيه وجهان:

....

والثاني: يحلف وفائدته أنه ربما يقر فتعرض اليمين على الثاني فربما يقر، وإن نكل حلف المدعي وشاركهما هذا إذا بين الجهة، فأما إن قال: أنا من جملة أرباب الوقف، فيقال له: فسر، فإن قال: فلان وقف هذه الدار على أبيك وعلى أبي وعلى أولادهما، فإن حلف المدعى عليه أن فلانًا لم يقف على أبيك شيئًا من هذا سقطت دعواه، وإن نكل ردت اليمين وحلف وصار شريكًا، وأنه لو ادعى ثوبًا بيد غيره وقال: يلزمه تسليمه إلي فأنكر فأقام بينة أن له في يده ثوبًا لم تسمع هذه البينة حتى تصف الثوب، ويقول: كرباس طوله كذا وعرضه كذا وصفته كيت وكيت يلزمه رده إليه فحينئذ تقبل إلا في موضعين:

أحدهما: أن يقولوا: غصبه ثوبًا.

والثاني: أقر له بثوب ولم يبينوا صفته؛ فتقبل الشهادة المطلقة [. . .](١) بما بين المسألتين، وأنه لو ادعى ملك هذه الضيعة بالإرث من أبيه، فأقام ذو اليد بينة أنه ورث من أبيه، ثم إن المدعي ادعى أن أباه وقف الضيعة عليه قبل أن باعها وأقام البينة.

قال القفال: لا تسمع دعواه؛ لأنه مكذب لنفسه فلا تسمع بينته إلا أن يشهدوا حسبة أو بدعوى غيره.

قلت: ويشبه أن تسمع دعواه إذا أبدى عذرًا يدل على صدقه كقوله: ظننت أني ورثتها ثم قال: ظهر لي كتاب أو أخبرت بأن أبي وقفها علي في حال صغري ولي بينة بذلك، ولم أعلم به إلا بعد دعواي ملكيتها بالإرث على أن كثيرين من العامة يسمي الوقف عليه ملكًا له وميراثًا، فيقول في دعواه: ملكي وملك أبي وجدي وهذا كتابي به - يريد كتاب الوقف - فمثل هذا لا يكون مكذبًا لنفسه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى على آخر طبقة فأقام المدعى عليه بينة أنه أقر يوم كذا أنه لا حق له قبلي فقال: أنا أعترف كذلك، لكنه أقر لي بعد ذلك بهذه الطبقة، فقال

---

(١) بياض في الأصل.

....

القاضي للمدعى عليه: أتحلف بأنك لم تقر له بهذه الطبقة؟ قال القفال: لا يصح هذا؛ لأن أحدًا لا يحلف قط أنه لم يقر، ولم تسمع الدعوى على مجرد الإقرار ما لم يقل أنه يلزمه تسليمه إلي، فلا تسمع الدعوى إلا بأن يقول: وجب لي عليه كذا بعد إقراري ألا حق لي قبله، وكذا في الطبقة يحتاج أن يقول: قد ملكت هذه الطبقة التي في يده بعد إقراري ألا حق لي قبله.

وأنه لو ادعى دارًا فقال للحاكم: هي ملكي رهنتها من هذا لم تسمع؛ لأنه لا يمكنه أن يقول، ويلزمه تسليمها إلي ما دامت مرهونة، فالوجه أن يقول هي ملكي ورهنتها منه بكذا، وأحضرت المبلغ فيلزمه تسليمها إلي، وأخذ الحق مني، فإن أنكر كونها رهنًا في يده فحينئذ يقيم البينة أنه قد رهنها منه بكذا، وعلى هذا لو ادعى دارًا في يد رجل وقال: هي ملكي وأجرتها منه لم يمكنه أن يدعي قبل مضي المدة، فإذا انقضت ادعى كما سبق، فإما أن يقر أو يقيم بينة، إما بمطلق الشهادة وأنه آجره هذه الدار لا يثبت الملك للمدعي؛ لأنه قد يستأجر ملك نفسه من المستأجر إلا على من لا يجوزه، فحينئذ يتصور وأنه لو ادعى على رجل أنه غصب امرأته لم تسمع؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، وصار كما لو قال لرجل: صرت عبدي متى تدخل دارك.

نعم لو جاء إلى الحاكم وقال: امرأتي في بيت هذا وهو يمنعني عنها ولا يأذن لي أن أدخل داره وأخرجها، فإن لم يكن له بينة لم تسمع دعواه، وإن كان له بينة أقامها بأن تلك المرأة في داره فيسمعها القاضي، ثم الأمر إلى اجتهاده فإن رأى أن يختم باب الدار التي هي فيها فعل، وإن رأى أن يهجم على تلك الدار.

قلت: لا معنى للختم سيما إذا كان في الدار غيرها، وأنه لو أقام بينة أن فلانًا باعه داره، وهو صحيح العقل فأقام المشهود عليه بينة أنه كان يوم البيع مجنونًا.

قال القفال: بينة المبتاع أولى؛ لأن بينة الخصم شهدت أنه كان يوم البيع مجنونًا، ولم ينص على حالة البيع حتى أن عينًا وقت البيع فبينة الجنون أولى.

قلت: في تقديم بينة المبتاع نظر، وإن أطلقت بينة البائع؛ لأن قضية

……

إطلاقها استغراق الجنون اليوم لا أنه كان مجنونًا في جزء منه، والله أعلم.

وأنه لو أقام شاهدًا أنه أقر له بكذا يوم السبت وقت الزوال، فأقام الخصم شاهدًا أن اللفظ الذي قاله في ذلك الوقت كان إنكارًا، قال القفال والقاضي الحسين: يحلف كل واحد منهما مع شاهده وتكونان متعارضتين كما لو أقام بينة أنه قتل أباه يوم السبت فأقام بينة أنه كان غائبًا عن تلك الناحية، فإنها تسمع كذا هاهنا ولو أقام بينة أنه أقر له بكذا يوم الخميس وقت الظهر في موضع كذا، فأقام بينة أنه كان ذلك اليوم بموضع كذا من الغداة إلى غروب الشمس سقطت بينة المدعي وينقض الحكم إن حكم به، انتهى الملتقط من «فتاوى» القفال سوى ما سبق مفرقًا. وعن نقل الرافعي وأكثر ما ذكرناه يفهم مما سبق ولكن أحببنا نقله نصًا وكثير منه لا يسلم عن نزاع، فصل من فتاوى تلميذه القاضي الحسين ـ رحمهما الله ـ ذكر أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم لا يجعل مقرًا؛ لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم وأن بينتي الوقف والملك تتعارضان كبينتي الملك.

قلت: سبق يخرج منه وجوه في صورة الإقرار، وأما بينتا الملك والوقف ففي «روضة الحكام»: أنه لو أقام الخارج بينة أن هذه الدار وقف عليه وقفها مالكها، وأقام ذو اليد بينة على الملك فبينة ذي اليد أولى، وهذا هو الذي أفتى به الإمام النووي وغيره، وقال ابن سريج: بينة الوقف أولى؛ لأن الملك يزول بالوقف فشهادة الوقف بأمر زائد، ولو أقام بينة على الوقف فوجهان:

أحدهما: لا ترجيح باليد لأن اليد لا تدل على الوقف وإنما تدل على الملك.

والثاني: ترجح، انتهى.

وأنه لو ماتت امرأة وخلفت زوجًا وأختًا فادعى الزوج أن التركة كلها له يجعل المال نصفين:

أحدهما: له بحكم اليد.

....

والثاني: للميتة إلا أن النصف الذي بيد الزوج إنما يجعل له بعد اليمين؛ لاحتمال أنها لو كانت حية لادعت الكل وحلف الزوج، فإن كان الأخ غائبًا والأخت حاضرة يحلف في حق الأخت، فإذا رجع الأخ حلف أيضًا فإن أقامت الأخت البينة على أن الكل لها ولأخيها سمعت بينتها وثبت حق الأخ.

قلت: يجب أن يستثنى من التصنيف بحيث لا بينة ثياب بدن الميتة التي كانت عليها عند الموت، فإنها منفردة باليد فيها بخلاف بينة أثاث البيت وقماشه، وحينئذ يخلفها وارثها في اليد عليها، وإن من حبسه القاضي لا يجوز إطلاقه إلا برضا خصمه أو ثبوت إعدامه، وإن أطلقه برضاه فأراد إقامة بينة على إعدامه لم تسمع؛ لأنه لا حبس عليه بخلاف ما إذا استحق حبسه، وإن حق إجراء الماء في أرض الغير أو على سطحه أو طرح الثلج في ملكه تجوز الشهادة عليه إذا رآه مدة مديدة من غير مانع، ولا يكفي أن يقول الشهود رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم.

قلت: هذا ما أورده الشيخان هنا عن فتاوى القاضي ونورد منها أيضًا ما تيسر وتقدم عليه ما ذكره شريح في معنى الصورة المذكورة، قال: إذا شهدوا بأن له حق مسيل ماء في دار جاره، فإن شهدوا بماء المطر فقط فهو له، وإن شهدوا أن له مسيل ماء ولم يضيفوا إلي شيئًا مما ذكرنا فالقول قول صاحب الدار مع يمينه، انتهى.

ومن «فتاوى» القاضي: جمع البغوي أنهما لو اشتريا دارًا فتقاسماها فخرج نصيب أحدهما مستحقًا، قال القاضي: له الرجوع بحصته من الثمن على البائع.

وقال الفوراني: ليس له ذلك وللمسألة التفات على أن القسمة بيع أو إقرار حق فيما أحسب، وأنه لو اشترى دارًا فطالبه البائع بالثمن، فقال الدار لزوجتك لا لك، فقال: بل ملكي فله إجباره على أداء الثمن إليه ثم للمقر له انتزاع الدار منه بإقراره ولا رجوع له على البائع، ولو قال البائع: هي لزوجتي وكلتني في بيعها، نظر إن كانت الموكلة حاضرة وصدقته فله إجباره، وإن

كانت غائبة فله أيضًا إجباره على دفع الثمن إليه؛ لأنه بإقدامه على الشراء مقر بصحة القبض له وسبق عن «فتاوى» القفال: أنه لو قال المشتري للوصي لا أسألك الثمن حتى تثبت وصيتك عند الحاكم أن له ذلك، وقياسه أنه لا يلزم هنا دفع الثمن حتى يثبت الزوج الوكالة، فتأمله!

وأنه لو ادعى عليه أنه باعه دارًا فأنكر فأقام بينة على بيعه أو إقراره به، فقال: كنت صغيرًا وقت البيع صدق بيمينه؛ لأن الأصل بقاء الصغير إلا أن يقيم المدعي بينة على كونه بالغًا يوم البيع أو على إقراره بأنه كان بالغًا.

قلت: مجرد كونه بالغًا لا يلزم منه الرشد وإطلاق التصرف، فلم لا يشترط أن تتعرض البينة لذلك ليقع الحكم في محله، وأنه لو وكل وكيلًا ببيع شيء فباعه من رجل وباعه الموكل من آخر ولم يعرف السابق منهما لم يحل لواحدٍ منهما فيما بينه وبين الله أن يحلف على السبق بل يوقف إلى أن يقر أحدهما لصاحبه، ثم إذا ادعى من ليس المبيع بيده على من هو بيده السبق؛ فالقول قول ذي اليد بيمينه لا يعلم أنه اشتراه قبله، وأنه لو أقر في مرض موته بأن ما في هذه الدار والدار لفلان، ومات فتنازع الوارث والمقر له في متاع، فقال الوارث: لم يكن في الدار وقت الإقرار وعاكسه المقر له فالقول قوله، وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار، قال البغوي: وعندي لا تسمع الدعوى على أنه كان في الدار؛ لأن كونه فيها غير مقصود بل يدعي أن الأب أقر له به، والقول قول الدار الوارث بيمينه بأني لا أعرف إقرار الأب، انتهى وسبق هذا الفرع أو نحوه بزيادة كلام. وأنه لو أقر بأن جميع ما في يده ملك فلان، وأشهد عليه شهودًا، ثم مات فكل شيء علم الشهود أنه كان في يده وقت إقراره لهم أن يشهدوا به، وما لم يعلموا كونه في يده حينئذ لم يجز لهم أن يشهدوا به، وأنه لو أتت امرأته بولد، فقال: ليس هذا مني فقال: فشهد أبوه مع أجنبي أنه أقر أنه ولده هل تقبل شهادته؟ قال القاضي: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه شهد لولد ولده.

وأصحهما: تقبل احتياطًا للنسب، ولأنه شهد على ابنه، وإن كان في

ضمنه الشهادة لحينئذٍ، وأنه لو كان بينهما عرصة مشتركة فادعى مدعٍ نصيب أحدهما، فشهد له الشريك الآخر فردت شهادته ثم اشترى آخر نصيبَ شريكه فللشاهد المردود أخذه بالشفعة، ثم يجب عليه تسليمه إلى من شهد له كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه صح الشراء، وحكم بعتقه عليه.

قلت: أخذه الشقص بالشفعة قهرًا مشكل؛ لأن قضية شهادته بطلان الشراء فكيف يتسلط على الأخذ قهرًا بخلاف شراء العبد، والله أعلم.

وإنه لو زوج الحاكم امرأة مجهولة النسب، ثم جاء رجل وقال: أنا أبوها وكنت في البلد فالنسب ثابت والنكاح مفسوخ؛ لأن تزويج الحاكم لا يجوز عند وجود الأب، وإن كان غائبًا صح النكاح.

قلت: وفيه إشكال إن كان الفرض أنه إنما ثبت النسب بتصادق المدعي والمجهولة لما فيه من إبطال حق الزوج، وقد ذكر قبل: أنه لو أقر بنسب زوجة ابنه وهي مجهولة النسب زوجها الحاكم أنه لا يبطل النكاح ووافقه العبادي، ونقل المزني في «المنثور» عن الشافعي قال المزني: وفيه وحشة، وذكر القاضي: كره أنه ينفسخ النكاح والمشهور الأول، وأنه لو كان له عبد أو فرس، فقال: إن هذا ملك هذا الغلام وأشار إلى عبده، وقلنا: لا يملك بالتمليك هل يحكم له بالحرية ليحكم له بالملك بحقيقة القول؟ فقال: يحتمل وجهين، كما لو قال لآخر بعني هذا يكون إقرارًا له بالملك على أحد الوجهين إلا أن الظاهر في البيع أنه إقرار بالملك وهاهنا لا يكون إقرارًا بالحرية، وجه الحكم بالحرية أن الملك لا يتصور له فلما أقر بالملك كأنه أقر له بالحرية، كما لو قال لزوجته: هذه زوجة فلان يحكم بارتفاع النكاح كذا هاهنا، ووجه المنع أنها إضافة مجاز كإضافة السرج إلى الدابة بخلاف الزوجة.

قلت: ويجب أن يكون الفرض فيمن لم تعهد زوجة لفلان، أما لو كان قد نكحها قبله وقال: أردت أنها كانت زوجة له لم يحكم بارتفاع نكاحه قطعًا على أن في ارتفاع النكاح عند جهالة الحال واحتمال صدقه أنه أراد ذلك وقفه، والله أعلم.

……………………………………………………………………………………

وأنه لو باع دارًا ثم ادعى ابنه بأنه وقفها علينا وعلى أولادنا، ولم يقل ثم على أولادنا وأقام بذلك بينة حكم ببطلان البيع، فلو أقام المشتري بينة بأنه أقر أنها كانت ملكًا لأبي حين باعها، وهناك أولاد سمعت، وتبطل دعواه في نصيبه دون نصيب الأطفال، وليس له أن يدعي نصيب أولاده ولا يحكم ببينته لا له ولا للأطفال لحق وجه بإقراره عن كونه قيمًا لهم في هذه الدار، بل ينصب الحاكم فيما يدعي على المشتري يقيم البينة.

ثانيًا: على نصيبهم إن شاء نصب أجنبيًا، وإن شاء نصب ابن البائع والبينة التي أقامها إما بطلت في حق أبيهم لا في حقهم.

قلت: وإذا كان كذلك، فلا حاجة إلى إعادة الدعوى والبينة عليهم، فلو أن الابن المدعي للوقف ادعى بأني كنت جاهلًا بالوقف يوم الإقرار.

قال العبادي: تسمع دعواه ويحلف.

قلت: وهذا هو الصحيح ويجب الجزم به إذا دلت القرائن على صدقه كما لو كان طفلًا وقت الوقف، وأنه لو ادعى بأمر القاضي حانوتًا موقوفًا على الفقراء، فقال المدعى عليه: ليس هو في يدي، بل هو لابني وفي يده يدعي عليه القيمة ويأخذها القاضي بعد الثبوت ولا يفرقها عليهم كل متصرف فيها فما ربح صرفه إلى الفقراء، فإن انتزع العين الموقوفة ممن هي في يده رد القيمة على المدعى عليه الأول؛ لأنه أخذها للحيلولة.

قلت: وهذا الفرع مشكل ويحتاج إلى تحرير تصويره، وهل المراد بقوله: ويأخذها القاضي بعد الثبوت، أي: بإقراره بعد إنكاره أو تغير ذلك إذا قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه أو كيف الحال؛ لأنه لو قامت بينة بأنها وقف على الفقراء انتزعت في الحال حيث لا معارض لها، وإن عورضت ببينة داخل ورجحناها باليد فلا غرم، فتأمله!

وأنه لو ادعى وصي عن صغير أو عن نفسه على رجل أن دارًا في يده لهذا الصغير، فقال: هي وقف على ابنه الصغير فأقام المدعي بينة توافق دعواه، ثم

....

أقام الآخر بينة عن أبيه أنها وقف عليه وقفها مالكها، ولم يسموا الوقف فأقام المدعي بينة أنها للصغير المدعى له، وكانت بيد الوصي إلى أن غاب فاستولى عليها رجل فباعها من هذا المدعى عليه، ثم وقفها المدعى عليه على ابنه الصغير، أو أقام بينة أنها ملك لي غصبها فلان وباعها من قيم هذا الصبي المدعي هل يكون ذلك دفعًا؟

أجاب القاضي: بأن البينة التي للصغير ذي اليد أولى، وليست البينة الأخرى دفعًا.

قلت: فيه نظر، والمتبادر خلافه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى على رجل أن الدار التي بيدك وقفها، أي: علي وعلى أولادي، وذكر الشرائط وأقام بينة على ذلك، فقيل له: منذ كم مات أبوك؟ قال: منذ تسع وعشرين سنة، وقيل للشهود: منذ كم مات أبوه؟ فقالوا: منذ خمس وعشرين سنة، لم يبطل اختلافهما في تاريخ موته الشهادة، فلو قال الشهود في شهادتهم: وقفها أبوه منذ تسع وعشرين سنة، ثم سُئل المدعي فقال: مات أبي منذ خمس وعشرين سنة تبطل شهادتهم؛ لأنه كذبهم.

قلت: كذا رأيته في النسخ ولعل صوابه وقفها، أي: من كذا وكذا لا مات؛ لأن قوله: مات منذ خمس وعشرين سنة ليس فيه تكذيب لهم أو يكون الصواب مات أبي منذ خمس وثلاثين سنة، والله أعلم.

وأنه ورد كتاب قاضي سرخس بقضاء مبرم إلى قاضي مرو بأن زيدًا ابن عم فلان الميت وعصبته ومستحق لجميع تركته، فبحث قاضي مرو فظهر للميت ثلاث بنات بمرو فصرف إليهن ثلثي المال، فهل يستحق ابن العم الباقي بحكم قاضي سرخس أم يبطل قضاؤه فيه كما بطل في الثلثين؟

أجاب القاضي: لا يبطل قضاؤه فيه كما لو أقام بينة عند حاكم مرو أنه أخو الميت، ثم ظهر بعد ذلك للميت ابنتان لا تبطل أخوته، قال: ويسع حاكم مرو أن يعلق الأمر فيه حتى يشهد الشهود ثانيًا، ويجتهد فيه.

……

وسُئل العبادي عن هذه المسألة فقال: كان من حق قاضي سرخس أن يذكر في كتابه ثبوت نسب ابن العم فقط، فأما كتبته أنه مستحق لجميع التركة، وأني حكمت له بالجميع فلم يكن له ذلك، وأنه لو وكل رجلًا بتطليق زوجته فطلق، ثم أنكر الموكل الطلاق أو التوكيل يجب على التوكيل أن يشهد حسبة بأنه طلق زوجته ولا يذكر أنه وكله؛ لئلا يمتنع قبوله ولو وكله بشراء شيء فاشتراه، ثم ادعاه مدع على موكله هل يجوز للوكيل فيما بينه وبين الله ﷻ أن يشهد لموكله بالملك؟

قال القاضي: نظر إن كان لو ادعى رجل على البائع منه بالملك كان الوكيل يستجز من نفسه أن يشهد للبائع بالملك جاز له أن يشهد لموكله بالملك وإلا فلا، وإذا جوزنا له ذلك يشهد بأنه ملكه لا أني اشتريته له.

قلت: هذا هو الصواب، ووهم جماعة في المسألة كما سبق بيانه، وأنه لو ادعى دارًا بيد رجل وأقام بينة بأن حاكمًا جائز الحكم كان قد حكم له بهذه الدار غير أن المدعى عليه كان غير هذا المدعى عليه.

قال القاضي: شهدت أنها ملك هذا المدعي سمعت وإلا فلا؛ لاحتمال أنه وهبها له أو باعها منه بعد ذلك ولو شهدوا بدار، ثم أقر المدعى عليه بها لآخر فهل يلزم إقامة البينة على وجه المقر له، فلو ادعى ثم أقر المقر له لثالث فإنه لا يتناهى وربما يموت الشهود؟ أجاب القاضي: إذا شهدوا على رجل بدار على الحاكم أن يحجر على المشهود عليه فيها حتى لا ينفذ تصرفه فيها ثم إقراره لغيره لا يسمع.

قلت: إن كان التصوير فيما إذا طلب المدعي ذلك أو كانت الدعوى عمن لا يعبر عن نفسه لصغر أو جنون أو سفه أو غيبة أو موت فذاك، وإن كانت من مدع لنفسه ولم يطلب الحجر ففيه نظر.

وأنه لو ادعى عليه عشرة دنانير، فقال: هي من ثمن متاع بعته مني وقد رددته عليك ولا يلزمني تسليم هذا المال إليك، فقال المدعي: أنا أدعي عليه

....

مطلقًا، قال القاضي: لن يحضر تلك العين المبيعة ويحلفه أنه لم يدع المال من جهة تلك العين الحاضرة.

قلت: وفي تكليفه إحضار العين بمجرد ما ذكر إشكال، وينبغي أنه إذا أحضرها وحلف أن تكون مؤنة الحمل إلى المجلس والرد على المدعى عليه، ولو ادعى عليه عشرة فقال: أقر بخمسة وأحلف على خمسة فله ذلك، ولو قال: أحلف على خمسة وأرد اليمين على خمسة ليس له ذلك؛ لأنه في الأولى حصل مقصود المدعي في البعض وهاهنا بخلافه، وأنه لو ادعى عليه ألفًا عن ثمن دار اشتراها منه وأنه سلمها إليه، فقال: رددتها عليه بعيب، فقال المدعي: قد أقر بالشراء فمره بتسليم الثمن إلى أن يبين العيب، فقال: إنما اشتريتها بخمسمائة لا بألف، قال القاضي: يجعل قوله السابق إقرارًا بالألف؛ لأنه جواب ترتب على دعواه به، وقال قبل هذا الموضع: أنه لو ادعى عليه عشرة، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال إليك اليوم لا يجعل مقرًا؛ لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم، وإنما يثبت بالصريح، انتهى والصريح الواقع هنا مطلق الشراء فتأمله.

وأنه لو ادعى عليه قيمة عين أتلفها عليه وله بينة كيف يشهد؟ قال: يشهد بأنه غصب منه عينًا صفتها كذا وكذا، ثم أهلكها عليه حكمًا بإقرار أو بيع وعليه قيمتها حينئذ على القاضي أن يقبل.

وأنه لو ادعى حسبة على من بيده غلام صغير أنه حر الأصل، وأنه ابن ذي اليد، فقال: إنما هو ملك ابني وليس هذا ابني لم يحلف؛ لأنه لو أجاب بأنه ابني لم يحكم القاضي بحريته، ولا يقبل إقراره على ابنه الطفل المقر له، فإن كان للمدعي بينة سمعت وإلا بقي الغلام رقيقًا، نعم لو جاء هذا المدعي مع غيره وشهدا حسبة بأنه ولده ولدته امرأته على فراشه فأقر به تسمع.

قلت: قوله فأقر به يفهم أنه لو أنكرها لم تسمع وهو بعيد.

وأنه لو ادعى ضيعة فأنكر؛ فأقام بينة بأنه أقر له بها منذ شهر؛ فأقام ذو اليد بينة بأنها ملكه لم يكن دفعًا؛ لاحتمال اعتمادهم ظاهر اليد والتصرف

....

فإقراره مقدم، ولو أن الخارج أقام بينة مطلقة وصاحب اليد بينة مطلقة تعارضتا وأقرت في يده بحكم اليد؛ فأقام الخارج بينة بأنه أقر له بها قبله بشهر وأنها ملك له حكم بها للمدعي كالمسألة الأولى، فلو أقام ذو اليد بينة أخرى أنه اشتراها منه في زمان هو دون شهر حكم لذي اليد، ولو أعاد الخارج البينة التي شهدت بمطلق الملك على أن صاحب اليد أقر له بها قبله بشهر لم يكن دفعًا لبينة ذي اليد؛ إذ لا تضاد بين الأولى والثانية.

وأنه لو ادعى عليه دارًا فأنكره وقال: هي ملكي ورثتها من أبي، ثم قال للمدعي: ألم تكن بعتها مني أو من أبي؟ نزعت منه وسلمت للمدعي بإقراره هذا، ثم جاءت زوجته فأقامت بينة أنه أصدقها إياها تنزع من المدعي وتسلم إليها بينتها، ثم المدعي يغرمه قيمتها؛ لأنه أتلفها عليه بإصداقها الزوجة.

وأنه لو ادعى عينًا وأقام بينة فقضي له بها، ثم ادعى عليه مدع أنها ملكه وأقام بينة؛ فأقام ذو اليد بينة أن القاضي قضى له بالملك فبينة الخارج أولى؛ لأنها تشهد بالملك مطلقًا وبينة ذي اليد تشهد بالقضاء، فهو كما لو شهدت بأنه كان بالأمس ملكًا له، وإن شهد شهود ذي اليد بأن القاضي قضى له بالملك ولا نعرف زوال ملكه فحينئذ تكون بينته أولى، وأنه لو ادعى نصف دار مشاعًا وأقام به بينة فقبل الحاكم له بالملك رجع، وقال: لم أدع نصفها على الشيوع بل أدعي نصفها مُفْرَزًا، فكذبه الحاكم ومنعه عنه فعاد إلى رأس الدعوى وادعى مشاعًا، فهل تسمع دعواه؟

ثانيًا: وهل يحكم بتلك الشهادة؟

قال القاضي: إن قال: أنا لا أدعي إلا هذا النصف معينًا لا غير، فهذا اللفظ كذب شهوده ونفسه، فإذا رجع وعاد إلى رأس الدعوى لا تسمع إلا بسبب حادث.

قال البغوي جواب السؤال ثم بسط القاضي الكلام وصور المسألة في عبدين ادعى نصفهما على الشيوع، ثم رجع وادعى أحدهما، هل تسمع دعواه؟

……

وعلى العكس لو ادعى أحدهما ثم رجع وادعى نصفهما على الشيوع، ثم عين أحدهما وادعاه وجب أن تسمع؛ لأنه إلى الآن كان يدعي النصف من الآخر فهذا التعيين ترك الدعوى في نصف ذلك، ومن ادعى شيئًا ثم ترك الدعوى في بعضه لا يضره ولا تبطل دعواه، ففي الباقي وفي الذي عين إلى الآن كان يدعي نصفه، والآن يدعي كله فتسمع دعواه أيضًا؛ لأن من ادعى دارًا لم يكن مقرًا لخصمه بالنصف الآخر منها، والمدعي في دعواه بالخيار إن شاء ادعى الكل دفعة واحدة، وإن شاء ادعى في دفعات ولو ادعى أولًا أحد العبدين معينًا، ثم ترك تلك الدعوى وادعى نصفها على الشيوع تسمع دعواه أيضًا؛ لأنه ترك الدعوى في نصف الذي عينه أولًا، وزاد دعوى نصف العبد الآخر، وله ذلك إن تخصيصه أحدهما بالدعوى لا يكون إقرارًا لخصمه بملك الآخر، هذا كله إذا ادعى مطلقًا، فأما إذا فسر الدعوى وقال: هذا العبد بيننا نصفان على الشيوع، ثم عين بعد ذلك أحدهما في الدعوى تسقط دعواه عن نصف العبد الآخر ولا تسمع دعواه إلا في النصف العين؛ لأنه أقر لشريكه بنصف من عينه الآن.

وأنه لو ادعى عينًا وأقام شاهدين شهد أحدهما أنه ملكه ورثه من أبيه، فالأظهر أنها شهادة مختلفة لا يحكم بها، وقيل: تقبل ويقضى بها؛ لاتفاقهما على أصل الملك، وإنما اختلفا في شيء زائد فلو أنهما بعد ذلك اتفقا على جهة واحدة، فشهدا أنه ورثه من أبيه، أو شهدا له بالملك مطلقًا هل تقبل؟ قال: ينظر إن وقع للقاضي ريبة في أنهما أخذا شيئًا من المشهود له أو ما أشبهه لا تقبل، وإن لم يقع تقبل ويقضى به.

وأنه لو ادعى عينًا فقال ذو اليد كانت له إلا أنه باعها مني فأنكر البيع فشهد لذي اليد شاهدان بأن العين ملكه، ولم يتعرضا للشراء من المدعي؛ قال: تقبل بينته على الملك؛ لأن يده قد بطلت بالإقرار فهو يدعي ملك عين لا بد له عليها وأقام بها بينة، وذكر قبله أنها لا تسمع حتى يشهدوا على الشراء منه.

قلت: وهذا هو الصحيح كما سبق وأنه لو عارض الداخل الخارج ببينة، فأقام الخارج بينة بأن شاهد الداخل هو بائعها من الداخل؛ أبطل بينته بذلك،

....

أو بان أنه أبو البائع الذي باعها من المدعى عليه؛ لأنه يشهد لابنه البائع من الداخل.

وأنه لو أقام بينة بعد تعارض البينتين بأن شاهد المدعى عليه اسْتَامَ أو ابتاع للغير من المدعي؛ قضي بها للمدعي، وتبطل بينة ذي اليد.

وأنه لو زوجها الحاكم ظانًا بلوغها، ثم مات الزوج فادعى الوارث أنها كانت صغيرة حالة العقد؛ فالنكاح باطل فأنكرت فالقول قول الوارث؛ لأن الأصل بقاء الصغير كما لو ادعى القاذف أنه كان يوم القذف صغيرًا، فالقول قوله بيمينه، وكذا لو ادعى البائع أنه كان يوم البيع طفلًا صدق بيمينه.

قلت: وفي تصديقه الوارث في الصورة الأولى نظر، ولعل القاضي فرعها على مذهبه أن القول قول مدعي الفساد كما سبق إيضاحه في البيوع.

قال القاضي: ولو نكح امرأة، ثم ماتت قبل الدخول فادعى وارثها المهر، فقال الزوج: كنت طفلًا فلم يصح العقد صدق بيمينه، فلو أقيمت بينة على بلوغه يوم العقد أو على إقراره به قبلت، ولو قالت الزوجة: كنت أقررت بالبلوغ يوم العقد، فقال الوارث: بلى، ولكن كنت كذابة له أن يحلفها أنها كانت بالغة يوم أقرت، ويتفرع عليه أن امرأة لو أقرت ببلوغها إن قالت: بلغت بالحيض في زمن يحتمل؛ تقبل، وإن قالت: بالسن؛ يحتمل وجهين:

أحدهما: تقبل كالحيض وأصحهما لا؛ لأن إقامة البينة عليه ممكنة بخلاف الحيض، نظيره لو ادعت انقضاء العدة بالحيض في زمن يحتمل تقبل، ولو ادعت انقضاءها بالأشهر عليه البينة أنه طلقها في شهر كذا وقت مضت ثلاثة أشهر، وإن أطلقت الإقرار بالبلوغ هل تقبل؟ وجهان.

قلت: وإقامة البينة على الحيض ممكنة على الصحيح كما سبق، وأكثر ما ذكره مفرع على تصديق مدعي الفساد ووافقه البغوي عليه، وفصلناه فيما تقدم لو ادعى أنه باعه هذه الدار فأنكر فأقام بينة أنه باعها منه، وكانت ملكه يوم البيع، وكان بالغًا ليس للحاكم أن يسأل الشهود بأنها الآن ملك المشتري أم

....

لا ، فإن سألهم فقالوا لا ندري لم يمتنع القضاء، بل يجب عليه أن يقضي؛ لأن شراء المدعي ثبت بشهادتهم، ولو لم تقبل البينة، وكان بالغًا يوم البيع صحت الشهادة غير أنه إذا ادعى بعد ذلك أني كنت صغيرًا يقبل قوله، وعلى المدعي بينة أخرى على بلوغه وقت البيع.

ثم قال في جواب آخر: لو سألهم الحاكم أنها ملك لمدعي، فقالا: لا نعلم فرد شهادتهما ثم عادا وشهدا بالملك لا تقبل، وإن أجابا وقالا: حتى ننظر، ثم عادا وشهدا بالملك تقبل بخلاف ما لو قالا: لا نعلم، ثم قالا: نسينا وتذكرنا؛ لأنه وقعت ريبة في شهادتهما.

وإنه لو ادعى عليه دارًا فأنكر فأقام المدعي بينة بأنها ملكه اشتراها من فلان، فقال لهم القاضي: هل كانت ملكًا لبائعها؟ فقالوا: حتى ننظر ثم عادوا، وقالوا: الآن صح لنا أنها كانت ملكًا لبائعها يوم البيع لا تقبل الشهادة؛ لأن العلم بالملك شرط يوم الشهادة، أو العلم بأنها في يده يوم البيع يتصرف فيها تصرف الملاك لا منازع له فيها، وهاهنا لم تكن الدار في يد البائع حين شهدوا بأنها ملكه فلا تقبل الشهادة على الملك للبائع.

وإنه لو ادعى قيم صبي مالًا ، فقال الخصم: من تدعي من جهته بالغ فليس لك أن تدعي عنه، فقال القيم: أحلف بأنك لا تعلم أنه صغير، فإن حلف على نفي علمه سقطت الخصومة من جهة القيم، وإن لم يحلف فالقيم يحلف بلا خلاف، وهل يحلف الصبي فيقول والله إني صغير؟ وجهان بناء على القولين في تحليف أسير ادعى أنه أثبت بالعلاج.

قلت: وهذا كله لا يجيء على ظاهر المذهب، بل بعضه.

وأنه لو زوج ابنته وزفها مع الجهاز، وقال: هذا جهاز ابنتي فهو ملك لها يورث عنها، ولو لم يقل ذلك فماتت فادعى الزوج أنه جهازه، فلي فيه الميراث، وقال الأب: بل أعرتها؛ فالقول قول الأب مع يمينه.

قلت: وفيه وقفة إذا كانت بالغة رشيدة، وفي الأولى احتمال في كونه

....

إقرارًا لها بالملك فيه؛ لأنه ليس بصريح ويستعمل هذا اللفظ في العادة فيما يبعث معها للتجمل، وإن كان مستعارًا أو مستأجرًا.

وأنه لو باع دارًا بحضور فقيه، ثم صار الفقيه قاضيًا، فادعى البائع بعد عشرين سنة عنده أن تلك الدار ملكه، وأقام بينة مطلقة على ذلك لا يجوز للقاضي أن يقضي له بالملك؛ لأنه علم انتقال الملك منه إلى المدعى عليه، ويجب على القاضي الامتناع عن القضاء بعلم نفسه إلا أن يدعي انتقالها من المشتري إليه ببيع أو هبة فتسمع ويقضى له بالبينة.

وكذا لو مات هذا المشتري فادعى البائع على وارثه عند هذا القاضي لا تسمع إلا أن يدعي نقل الملك من المورث أو الوارث، فلو أن هذا المشتري باع الدار من رجل، ثم جاء البائع وادعى على المشتري الثاني عند هذا القاضي تسمع دعواه؛ لأنه لا يعلم انتقال الملك من المدعي إلى هذا المدعى عليه.

قلت: لكن قد يعلم أنه إنما يدعي بالملك الذي تقدمت دعواه به على الوارث، وحينئذٍ في سماع دعواه من غير ذكر الانتقال نظر، والله أعلم، هذا ما تيسر نقله من فتاوى القاضي - ﷺ تعالى - ومن فتاوى البغوي ﷺ.

رجل يجري ماءً في ملك الغير إلى ملك نفسه، فقال صاحب الملك: لا حق لك فيه إنما هو عارية وادعاه المجري، فالقول قول صاحب الملك بيمينه.

قال: فإن طالت مدة إجراء الماء على رسم الملاك ولم ينازعه صاحب الملك ولا غيره جاز أن يشهد له بالاستحقاق.

قلت: ظاهر كلامه أن القول قول المالك وهو ظاهر إذا علم أن الإجراء إنما حدث في زمان ملك هذا المالك، أما لو لم يُعلم ابتداؤه فلا كما سبق غيره مرة.

أقر بدين معلوم لزيد فأقر زيد به لعمرو، قال: فلعمرو أن يدعي به على المقر ويسع البينة أن تشهد جزمًا بأنه يلزمه تسليمه إليه من غير ذكر الجهة والسبب وليس للقاضي أن يستخبرهم عنه، ولو أن المقر ادعى أن المقر له أولًا

....

أبرأه عن ذلك المال لا تسمع دعواه، ولا يلتفت إليه؛ لأنه بعدما أقر بالمال للغير لا يصح إبراؤه عن ملك الغير فلا تسمع الدعوى.

قلت: وقضية هذا أنه لو ادعى إبراء متقدم التاريخ على الإقرار به للغير أنه تسمع دعواه أنه كان له به بينة وهو ظاهر، وينبغي أن تسمع للتحليف ليرجع عليه بما أوقعه فيه من الغرم بإقراره بعد إبرائه له إذا كان قد استوفى منه المقر له، والله أعلم.

إذا قال: المواضع التي أثبت أساميها وحدودها في هذا الكتاب ملك فلان فلا يصح إقراره بها، ولا يجوز إن سمعه أن يشهد عليها إذا لم يكن يعرفها أي: وله أن يشهد عليه بما لفظه، ثم يلزم المقر البيان.

ادعى أنه باعه عبدًا بألف وسلمه إليه وأقام بينة على إقراره بذلك، فقال: إنما أقررت باللسان ولم أقبض فأقام المدعي بينة بأنا رأينا ذلك العبد في يده، وقال: إنه الذي اشتريته من فلان بألف، فقال المدعى عليه: أقررت ولم يكن وصل إليَّ فله تحليف المدعي على أنه قد سلم؛ لأنه قد يكون في يده بسبب لا بتسليم من جهة البائع.

شهدا أنه أقر لفلان بكذا وكان ملكه يوم الإقرار، وشهد أنه أقر له به وكان ملكًا له إلى أن أقرا، وقالوا: كان ملكًا له قبل الإقرار لا تقبل.

قلت: في هذه الصورة الأخيرة وقفة وكذا في اللتين قبلها، وهذا الفرع مما تعم به البلوى وتقع الشهادة من العوام في صكوك الأقارير هكذا ونحوه، ويحتمل أن يخرج على تبعيض الشهادة أو يقال: يستفسرهم الحاكم عن ذلك ويعمل على تفسيرهم من قبول ورد، ولا سيما إذا كانت الشهادة ألا يعبر عن نفسه والجهل يوقعهم في ذلك.

أقر له بألف بحضرة القاضي أو بينة، ثم قال: لم يصل إلى سببه له تحليف المدعي فلو قضى عليه بالمال ببينة المدعي بعدما ادعى المدعى عليه هذه الدعوى، ولم يحلف المدعي وجب أن ينفذ قضاءه لأجل البينة.

……

قلت: هذا ظاهر إن كان القاضي لا يرى التحليف على الإقباض، فإن كان يراه فلا سواء تعمد أو نسي.

ادعى دارًا في يد إنسان أنها كانت ملكًا لجدي، فانتقلت منه إلى أبي إرثًا ومنه إليَّ واليوم ملكي، وأقام بينة فأقام ذو اليد بينة أنها كانت ملكًا لأبيه واليوم ملكي لا يكون دفعًا حتى يبين وجه الانتقال من أبيه إليه فلو أنه أقام بينة أنها ملكه مطلقًا فأقام المدعي بينة أنه كان أقر أنه كان ملكًا لأبي تسمع ويحكم له حتى يقيم ذو اليد بينة، ويبين وجه الانتقال إليه أقام بينة أن هذه الدار وقفها جدي على أولاده وأولادهم منذ عشر سنين وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه أو أني اشتريتها من أبيه فهي ملكي فبينته أولى، وإن قال: اشتريتها من جدك فبينة المدعي أولى للتاريخ.

قلت: هكذا رأيته في «نسخ الفتاوى» ولعل فيه خللًا من ناقل.

في يده دار من سنين كثيرة فمات فادعت أخته أنها كانت ملكًا لأبينا وصارت ميراثًا لي ولأخي وأقامت بينة، فأقام ابن الميت بينة أنها كانت ملكًا لأبي ورثتها منه، ثم أقامت الأخت بينة على الميت بأنه أقر أنه ورثها من أبيه فيثبت الحق للأخت، ولو أقام أجنبي بينة بشرائها من الميت وأقامت الأخت بينة على إقرار الميت بالإرث حكم للأخت بما تدعي.

قلت: كلامه في الصورة الأولى يفهم أنها لو لم تقم بينة على إقرار أخيها بالإرث لا يحكم لها، وفيه وقفة للمتأمل؛ لأن الظاهر أن بينة ابن الأخ شهدت بالملك له بظاهر اليد.

ادعى دارًا لها وقف عليه فأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة وقضى القاضي بالوقفية وسلمها إليه، ثم ادعى مدع عليه بأنها ملكي بعته مني بكذا قبل دعواك الوقفية وسلمته إليَّ وأقام عليه بينةً؛ قال: لا يبطل الوقف وعلى مدعي الوقف رد الثمن على مدعي الشراء منه؛ لأن الحق في الوقف لا يختص به؛ بل هو ملك زال إلى الله تعالى كالعتق والحق فيه لأقوام غير معينين وبعد القضاء

……

بالوقفية، وزوال الملك إلى الله تعالى لا حكم لبيع الموقوف عليه.

رجل وامرأة يسكنان دارًا فادعى أنها زوجته والدار له وادعت أنه عبد والدار لها؛ قال: يحلف الرجل على نفي الرق وهي على نفي الزوجية ويحلفان على الدار وتبقى بينهما، وإن أقام أحدهما بينة قضي له وإن أقاما بينتين فبينتها أن الرجل عبدها أولى؛ لأن من ادعى حرية الأصل فأقام رجل بينة على رقه؛ كان رقيقًا وإذا حكمنا لها بملكية الرجل كانت الدار لها.

قلت: وروى شريح الروياني تعارض البينتين، وقيل: تقدم بينة الرجل وهو قضية ما حكاه الهروي عن الأصحاب كما سبق أن بينة الحرية مقدمة على الرق خلافًا للشيخ أبي حامد، وعلى تقديم بينة الرق جرى المراوزة والرافعي كما تقدم.

أقر بعض الورثة بوقفية بعض التركة وأنكر بعض قبل قوله في نصيبه فلو قسمت التركة بينهم ووقعت عين في نصيب أحدهم، فأقر أن الأب وقفها وأنكرها الباقون؛ فهي وقف بزعمه ولا رجوع له على الآخرين، فإن أقام بينة بذلك رجع.

وكذا لو وقع عبد في نصيبه فادعى أن الأب كان أعتقه وأنكروا لم يرجع عليهم بشيء، فإن أقام بينة قبل ورجع في التركة فتقسم ثانيًا.

ادعى عليه ألفًا فقال المدعى عليه: صالحني منها على خمسمائة ووهبت مني خمسمائة ولي بينة فعجز عن البينة قال: لم يكن إقرارًا؛ لأنه لم يقر أنه يلزمه فقد يصالح على الإنكار، وكذا لو أقام البينة على وفق قوله لا يحكم بالباقي.

قلت: قوله: ووهبت مني كقوله: أبرأتني منها وسبق بيانه.

ادعى على امرأة أني دفعت إليك مالًا فأنكرت وقالت: دفعته إلى ولدي ومات الولد وصارت التركة للأم هل للمدعي أن يأخذ منها بلا بينة؟ قال: ليس لك ذلك إن كان مصرًا على قوله الأول؛ لأنه ليس يدعي على التركة وإنما يدعي عليها، وفي نسخة ليس له ذلك إن كانت مصرة على قولها الأول.

....

قلت: وفي الرجوع مطلقًا من غير اعتراف منها بالاستحقاق في التركة نظر إن كانت الصورة في الوديعة؛ إذ لا يلزم التضمين بمجرد ذلك فتأمله!

أقام خارجي بينة قضي له بها ثم أقام ذو اليد بينة قضي له بها على الأصح، ولو جاء أجنبي وادعى بعد القضاء للخارج الأول الملكية وأقام البينة بها فأقام الخارجي الأول البينة أن القاضي قد قضى له بالبينة؛ لأنه ترجح جانبه بالقضاء كما لو ترجح باليد قال: وكذلك كل بينتين تعارضتا واتصل بإحديما قضاء القاضي يرجح كما ترجح بينة ذي اليد.

قلت: هذا جواب منه على أحد وجهين سبقا عن ابن سريج في الترجيح بحكم الحاكم ولم أر ترجيحًا.

لو أقام مدعي الوقف البينة وقضى له القاضي، ثم أقام ذو اليد أو ولده البينة أنه كان أقر لولده قبل دعوى مدعي الوقف لا تسمع؛ لأن الحكم بالوقفية نافذ على الأب والولد جميعًا وكذلك بعدما قضى بالوقف.

جاء أجنبي وادعى أنها ملكي وأقام البينة فحكم القاضي بالوقف مقدم شخص بالغ في يد شخص يستخدمه مدة بحكم الرق ويتصرف فيه تصرف الملاك؛ رأيت للشيخ القفال أنه إذا ادعى أنه حر الأصل أنه يقبل قوله، ولو ادعاه آخر فليس لمن رآه في يده أن يشهد لذي اليد بالملك بخلاف العقار والأصل في العقار؛ لأن الملك والأصل في الناس الحرية.

قال البغوي: وعندي أنه كالعقار لا يقبل قول العبد إذا طالت مدة تصرفه تصرف الملاك كالصغار وكالعقار؛ بل هذا أولى؛ لأن الصغير لا قول له وحكمنا له بالملك لطول مدة تصرفه مع أن أصل الناس الحرية فالبالغ الذي له قول إذا استسخر حتى تصرف فيه تصرف الملاك ولم يدع الحرية أولى ألا يقبل قوله، يدل عليه أن الصغير إذا كان لقيطًا فادعى الملتقط رقه لا يقبل؛ لأنه في الأصل على الحرية، ورأينا حدوث يده عليه تغير سبب الملك.

ولو رأينا الشخص في يده يستعبده مدة عديدة فادعى العبد حرية الأصل

....

فالقول قول العبد مع يمينه، ولو لم يدع العبد الحرية وادعى إنسان آخر أنه عبده فالقول قول من في يده العقار، ولو قال العبد: أنا لفلان لا يقبل قوله؛ لأنه أقر بالملك والرق فيكون لمن في يده، انتهى.

قلت: وما ذكره في البالغ غريب يوافق ما سبق عن شريح الروياني عند الكلام في المسألة في الكتاب والمشهور أنه إذا لم يحصل من البالغ اعتراف لذي اليد بالملك ولا لمن انتقل منه إليه ولا عرف سبب يده في الأصل أنها عن ملك من شيء أو غيره؛ أن القول قول البالغ في حريته وقد يربي الإنسان اليتيم ويستخدمه الزمن الطويل أنواع الاستخدام، وقد يستأجر الحر الزمن الطويل ويتصرف في منافعه تصرف السادات، والله أعلم.

ادعى دارًا بيد إنسان وأقام بينة أنها ملكه فأقام ذو اليد بينة أنها ملكه اشتراها من فلان وكانت ملكًا له يوم البيع؛ يحكم لذي اليد فلو أقام المدعي بينة أنها كانت مغصوبة في يد من اشتريتها منه لا تسمع.

قلت: فيه نظر والمتجه سماعها؛ لأن الظاهر أن بينة ذي اليد إنما شهدت لبائعها بالملك بناء على ظاهر اليد التي أقامت البينة أنها كانت يد غصب؛ فتأمله.

قال: ولو أراد إقامة تلك البينة أو بينة أخرى على أن من اشتراها ذو اليد منه أقر بأنه غصب مني تلك الدار وباعها فلي عليه قيمتها بسبب إتلافه علي بالبيع لا تسمع؛ لأن بينة ذي اليد أثبتت الملك لذي اليد ولبائعه بعد إقامة المدعي البينة فكان أولى.

قلت: وهذا مشكل أيضًا وكيف لا يغرم من أقر أنه أتلف مال الغير أو أحال بينه وبينه ببيع باطل وإقراره على نفسه أولى من بينة ذي اليد بالنسبة إلى تغريم المقر والعلم عند الله.

شهدوا أنه باعه ولم يبينوا بكم باعه؛ قال: وجب أن يحكم إذا قالوا هذا اليوم ملكه في نسخة هذا الشيء ملكه وربما سبق ما ينازع فيما ذكره.

....

ادعى عينًا فأنكره المدعى عليه، فقال المدعي: إني تبرأت عن هذه العين فلا دعوى لي فيها، ثم بدا له أن يدعي قال: تسمع؛ لأن البراءة عن العين لا تصح وقوله: لا دعوى لي فيها مبني على البراءة.

ترك ابنين ودارًا فباع أحدهما نصيبه ثم مات فادعى أخوه ميراث الدار عن أبيه وأخيه فأقام المشتري بينة على شراء نصيب الأخ منه فأجاب بأن أخي كان يوم البيع صغيرًا، فقال المشتري: بل كان كبيرًا؛ صدق الأخ بيمينه.

قلت: وكالجواب على تصديق مدعي الفساد دون مدعي الصحة أقر بالرق لإنسان وشهد اثنان على حريته من حيث الظاهر وهو أعلم بحاله كما لو شهد اثنان على رقه وآخران على حريته كان رقيقًا.

قلت: سبق نقل الخلاف في هذا الفرع المستشهد به واقتضى إيراد الهروي أن الجمهور على الحكم بحريته، وقوله من حيث الظاهر يشعر بأنهما لو بينا أنه حر الأصل من حرية أصلية وأوضحا الحال أنه يحكم بحريته ويرد إقراره وهو ظاهر.

قال: فأما لو شهد اثنان أنه أعتقه والعبد يقر بالرق فالعتق أولى كما أن شهادة العتق أولى من شهادة الرق، وإن كان المقر له غائبًا لا يحكم برقه حتى يحضر فيسأل، وإن كان المقر له ساكتًا فيسأل.

ادعى أن جده وقف عليه دارًا ثم على الفقراء وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من أم المدعي أو من غيرها بتاريخ كذا؛ يحكم لصاحب اليد.

قلت: وفي هذا الإطلاق نظر ولا خفاء أنه لو شهدت البينة للواقف بالملك لما وقفه إلى حين الوقف وأطلقت منه المشتري الشراء أن بينة الوقف مقدمة، ولو كان الأمر بالعكس قدمت بينة الشراء.

قال: فلو أقام المدعي البينة أن الأم البائعة كانت قد أقرت قبل تاريخ البيع بأنها وقف يحكم بالوقف ويرجع ذو اليد بالثمن على البائعة، فلو رجعت إحدى البينتين بعد الحكم بالوقف؛ قال: ينظر إن رجع شهود أصل الوقف لا

……………………………………………………………………

يرد الوقف ولا غرم على الشهود برجوعهم؛ لأن البينة قد قامت على إقرار البائعة التي كانت اليد لها بالوقف.

وكذا لو رجع أحد شاهدي الأصل لا غرم عليه، أما لو رجع أحد شاهدي الإقرار بعد الحكم بالوقف فعليه نصف الغرم للبائعة، وإن رجعا فجميع الغرم؛ لأن الحكم قد وقع بهما والمشتري قد استرد الثمن منها، قال: ويجوز أن يقال يغرم الشاهد لصاحب اليد وهو يرد الثمن إلى البائعة.

باع دارًا فغصبت من المشتري فادعاها المشتري على الغاصب فهل للبائع أن يشهد للمشتري بالملك؟ قال: إن شهد له بالملك مطلقًا، قيل: وإن علم القاضي أنه باعها لا ترد شهادته كمن رأى شيئًا في إنسان مدة يتصرف فيه تصرف الملاك له أن يشهد له بالملك مطلقًا، ولو علم القاضي أنه يشهد له بظاهر يده لم ترد شهادته وإن كان لو صرح به لا يقبل.

قلت: فيه نظر والفرق أن البائع متهم في شهادته للمشتري منه بخلاف الشاهد لذي اليد والتصرف بالملك، نعم لو علم القاضي ملكية البائع للدار المبيعة حسن القول بالقبول أما مع انطواء الحال عنه فلا.

ادعى دارًا في يد إنسان أن أباه أصدقها أمه منذ عشرين سنة وماتت فورثتها وأقام عليه بينة فأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من أبيه منذ عشرين سنة؛ قدمت الأولى لسبق التاريخ واتفاقهما على إثبات الملك للأب، ثم أقام ذو اليد البينة أن الأم اختلفت نفسها فعادت الدار إلى الأب فباعها مني فبينته مرجحة، فلو أراد الخارج إقامة البينة أن الأب كان قد أقر أنها كانت ملكًا لأمه حتى ماتت هل يكون دفعًا لبينة ذي اليد؟ قال: لا يكون دفعًا؛ لأنه لما ثبت بيعه بالبينة يكون إقرارًا باطلًا في ملك الغير.

ولو أقام البينة أنه كان قد أقر قبل أن باع من ذي اليد أنها كانت ملكًا للزوجة يوم ماتت وصارت ملكًا للورثة يسمع ويكون دفعًا، ولو أن البينة الأولى التي شهدت على الإصداق والملك لها إلى الموت أعادت الشهادة على إقرار البائع؛

……

قبل البيع للأم بالملك لا تسمع بخلاف ما لو شهد غيرهم؛ لأنا نحمل شهادة الغير على ملك جديد حصل للأم بعد الخلع فتكون ناقلة للملك عن الأب بعد الخلع ولا يمكن هذا التقدير في حق البينة الأولى؛ لأنهم شهدوا في الابتداء على الإصداق والملك إلى الموت فلا يمكن تقدير ملك جديد فتكون مضادة للشهادة الأولى، فلو أقام الخارج شاهدين آخرين على أن الأب كان قد أقر قبل البيع بالملك للزوجة أو للابن ورجحنا فأقام ذو اليد بينة أن الابن قد أقر يوم البيع أنه ملك للأب، وأنه لا حق فيه ولا دعوى يكون دفعًا.

ولو أعادت بينة الخلع شهادتها وشهدا على هذا الإبراء تقبل بخلاف بينة النكاح إذا شهدت على إقرار الأب لا تقبل؛ لأنهم يبطلون رد الخلع بشهادتهم؛ إذ لا يمكن حمل شهادتهم على سبب جديد؛ لأنه يكون معادًا والخلع لا يرتد بقولهم؛ لأن الأب لو كان حيًّا لكان لا يرتد الخلع بقوله، وهاهنا بينة الخلع إذا أعادت الشهادة على إقرار المدعي تسمع؛ لأنها تشهد على رد الابن إقرار الأب وبرده يرتد إقرار الأب.

ادعى أنه اشترى دارًا من زيد منذ عشر سنين فأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من عمرو منذ خمس سنين فبينة ذي اليد أولى فلو أقام الخارج بينة أن عمرًا كان قد أقر قبل بيعه أنه اشتراها من زيد منذ ستتين كان دفعًا، ويقضى للخارج؛ لأنه ثبت ببينته الثانية أن عمرًا اشترى من زيد بعد شراء الخارجي فالسابقة أولى.

ادعى دارًا في يد إنسان فأنكر وقال: الدار ملكي فأقام المدعي بينة أن المدعى عليه كان قد استباع من وكيلي هذه الدار فهو إقرار لي بالملك فشهد أحد الشاهدين على هذا فقبل أن يشهد قال: المدعى عليه هذه الدار ليست لي بل هي لزوجتي، أو في يد زوجتي؛ قال: لا تبطل بهذا دعوى المدعي وعلى الحاكم أن يسمع شهادة الثاني ويحكم للمدعي بالدار، ثم الزوجة لها أن تدعي على المحكوم له.

قلت: ويحتمل أنها إذا صدقته أن تنتقل الخصومة إليها ويستأنف المدعي الدعوى وإقامة البينة، وقد ذكر بعد هذا أنه لو ادعى دارًا في يد إنسان فأنكر

....

فأقام المدعي بينة في وجهه وعدلها فأقر المدعى عليه بالدار لآخر قبل حكم الحاكم للمدعي ببينته هل يحكم أم لا بد من إعادة البينة في وجه المقر له؟ قال: إن علم القاضي أنه متعنت في إقراره حكم بتلك البينة ولا تجب الإعادة، وإن لم يعلم يعيد العبد البينة على وجه المقر له.

قلت: يعيد الدعوى والبينة جميعًا.

قال: الدواب التي بيدي ملك فلان فسمعه اثنان ولا يعرف السامع عددها ولا وصفها، ثم ادعى المقر له عند القاضي دواب معينة وأقام بينة أنه كانت في يد المقر يوم الإقرار وشاهدا الإقرار شهدا كما سمعا، قال: لا تسمع هذه الشهادة إلا أن يشهدا قبل أن تغيب عن بصريهما، أي: الدواب المقر بها، وفيه إشكال.

اشترى عبدًا، ثم باعه ببلد آخر ثم خرج حرًا وحكم بحريته، ثم خرج المشتري إلى بلد البائع وادعى أن لي عليك مائة دينار من ثمن آدمي بعتنيه، ثم خرج حرًا ولم يصف ولم يعين هل تسمع الدعوى؟ قال: تسمع أي: لغرض التحليف وأما لإقامة البينة بما أنفق فلا إلا أن يكون الشهود يعرفون العبد وشاهدوا الحكم بحريته كما سبق بيانه.

وذكر الرافعي هنا عن «فتاوى» البغوي ثلاثة فروع:

الأول: ادعى نكاحها فأقرت بأنها زوجته منذ سنة ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها منذ شهر؛ حكم للمقر له؛ لأنه ثبت بإقرارها النكاح له فما لم يثبت الطلاق لا حكم للنكاح الثاني.

الثاني: أنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به وجوزنا التحكيم فيه فقال المحكم حكمتيني لأزوجك بهذا كان سكوتها إذنًا، كما لو استأذنها الولي فسكتت.

قلت: إن كان سبق منها تحكيم باللفظ فقريب وإلا ففيه نظر وسبق الفرع هناك.

....

الثالث: حضر عند القاضي رجل وامرأة واستدعت تزويجها به وقالت: كنت زوجة فلان وطلقني أو مات لا يزوجها ما لم تقم حجة بالطلاق أو الموت، انتهى.

وحكى هناك في هذه الصورة خلافًا أشبعنا القول فيه فراجعه هذا ما تيسر انتخابه من «فتاوى» البغوي وشيخه القاضي وشيخه القفال غير ما سبق مفرقًا في الأبواب وكثير منه مكرر؛ ولكن في تكراره فوائد جمة، ورأيت من جمع «فتاوى البغوي» وأحسبه تلميذًا له أدرج فيها مسائل نسبها إلى فتاوى محمد بن جعفر الأفخاري الدبيلي:

فمنها: جاء رجلان إلى حاكم بامرأة فادعى أحدهما أنها زوجته وأقام البينة وحكم الحاكم له بالزوجية فادعى الآخر أنه اشتراها وهي مملوكة له، وأقام البينة وحكم الحاكم له، ثم ادعت المرأة أنهما مملوكان لها وأقامت البينة على ذلك وحكم الحاكم بذلك فأين تتصور هذه المسألة؟

الجواب: أن رجلًا تزوج امرأة لعدم الطول وأولد بنتًا، ثم صار غنيًا وصار له عبيد فأذن لبعضهم أن يتزوج فتزوج بهذه الابنة، ثم أذن لعبد في شراء أمة فذهب واشترى هذه البنت فعتقت في الحال بالشراء على مولاه وهو أبوها؛ لأن ما اشتراه العبد من مال مولاه لمولاه ثم توفي أبوها فورثت البنت العبدين جميعًا فانفسخ نكاحها؛ لأنها قد ملكت زوجها، والله أعلم.

فَرْعٌ: قال الرافعي: سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رَحِمَهُ اللَّهُ- عن رجلين تنازعا حصة ادعى أحدهما أنها ملك له وأقام بينة به، وادعى آخر أنها وقف ولم يقم عليه بينة فحكم الحاكم لمدعي الملك، ثم تنازع فيها مدعي الملك وآخر يدعي وقفها فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك فيها وأقام مدعي الوقف البينة على الوقفية فرجح الحاكم بينة الملك ذهابًا إلى أن الملك الذي حكم به مقدم على الوقف الذي لم يحكم به ثم تنازع مدعي الملك مع آخر يدعي وقفها فأقام مدعي الملك البينة على حكم الحاكم له بالملك وتقديم جانبه وأقام الآخر بينة على أن الوقف الذي يدعيه قد قضى

....

بحصته قبل الحكم بالملك وترجيحه على الوقف هل يرتد حكم الحاكم بذلك؟ قال: نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك.

وسُئل عمن اشترى ضيعة وبقيت في يده مدة فخرجت الضيعة وقفًا وانتزعت هل عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

وسُئل عن رجل وقف ملكًا وأقر أن حاكمًا حكم بصحته ولم يسم الحاكم ولا عينه، ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع فهل له الحكم بنفوذ الرجوع؟ فقال: لا، انتهى.

فَصْلٌ

قال الرافعي، وفي «فتاوى» الغزالي: أنه إذا ادعى دارًا في يد غيره فقال المدعى عليه اشتريتها من زيد فأقام المدعي بينة على إقرار زيد له بالدار قبل البيع، وأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بالدار؛ قبل البيع ولم يعرف التاريخ تقر الدار في يد المدعى عليه، وأنه إذا خرج المبيع مستحقًا فادعى المشتري الثمن على البائع، وقال سلمته إليه في مجلس العقد فأنكر وأراد إقامة البينة على أنه لم يقبض منه شيئًا في مجلس العقد؛ لم تسمع هذه البينة؛ لأنها على النفي وإنما تسمع البينة قبل النفي في مواضع للحاجة كالإعسار وقد يقع التسليم على غفلة منه في لحظة يسيرة.

قلت: إن كان قد أقام بينة عليه بقبض الثمن فلا تعارضه بينة النفي، وإن أقامها على إقراره بقبضه سمعت دعواه للتحليف لا غير، وعلى خلاف فيه ولا نظر إلى بينته المذكورة، والصحيح أن الشهادة على النفي المحصور الذي يحيط به العلم مسموعة خلافًا لما نسبه الإمام إلى الجمهور كما سبق، وصوب في «الروضة» على الغزالي فقال: وما ذكره مردود، والصواب أن النفس إذا كان محصورًا يحصل العلم به قبلت الشهادة به، انتهى.

ويجب عندي أن يستفسر الحاكم البينة في مسألتنا، ويسألهم عن طريق

علمهم بأنه لم يدفع إليه الثمن في مجلس العقد، فقد رأيت من يفسر شهادته الجازمة بذلك بأني لم أره أعطاه شيئًا.

وأنه إذا ادعت امرأة أنه نكحها ثم طلقها وطلبت شطر الصداق، وأنها زوجة فلان الميت وطلبت الميراث فمقصودها المال؛ فيثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين، انتهى ولا يسلم هذا عن نزاع.

وقياس الغزالي ذلك على مسألة السرقة وتعليق الطلاق على الغضب فإنه يثبت المال فيها وإن لم تقطع الشكوى فوقع الطلاق فيه نظر؛ لأن المال يثبت هناك، وإن لم يثبت السبب بخلاف الإرث، فإنه إذا لم تثبت الزوجية كيف يحكم لها بالإرث، والله أعلم.

ومن «فتاوى» الغزالي أيضًا أنهم لو شهدوا أنه باع مكرهًا ولم يتعرضوا لصفة الإكراه التي كان عليها حالة البيع، فإن جوز القاضي أن يستبهم الأمر عليهم فيه فله السؤال عنه وإذا سألهم فعليهم التفصيل، وإن علم أنهم عالمون بحد الإكراه ولا يشهدون به إلا عن تحقيق فله ترك سؤالهم.

قلت: وكذا حكي عن فتوى ابن الصباغ وصاحبه أبي بكر الشاشي والمختار وجوب الاستفصال إلا أن يكون الشاهد عالمًا موافقًا للقاضي في المذهب كما سبق مرات؛ لأن أكثر الناس يظن ما ليس بإكراه إكراهًا، وقال الدبيلي: لو شهدوا أنه كان مريضًا صحيح العقل في حال وصيته، وقال آخران: بل كان زائل العقل في حال وصيته فالثانية أولى، كما قلنا فيمن شهد أنه باع مكرهًا أنه أولى ممن شهد أنه باع طائعًا؛ لأن الإكراه علم زائد وإذا شهدا بزوال العقل والإكراه وجب أن يستفسر الجميع ثم يحكم بذلك، انتهى.

وينقدح استفسار الفقيه الموافق إذا كان في المسألة خلاف مذهبي والترجيح مختلف فيه، والقاضي أهل للنظر والترجيح.

وأنه إذا خرج المبيع مستحقًا وقد بنى وغرس فكلف القلع رجع بأرش نقصان البناء تغليبًا للتقرير ولا يرجع بنقصان قيمة الشجر بالقلع، فإن القلع

……………………………………………………………………………………

فوت عليه ما كان يتوقع حصوله من الأرض فلم يحصل لما قلع وإنما يرجع بمال خسره؛ وذلك المال غير مستفاد من الأرض وزيادة الشجر مستفادة من الأرض ولم تسلم عاقبته، نعم، التلفيق بين النقصان وبين الأرض يفتقر إلى قدر والتفريق ينقص ذلك، فيرجع بذلك القدر وإن طولب بأجرة الأرض في مدة الغراس فله الرجوع بالأجرة تغليبًا للتقرير، كقيمة الولد إن لم يحصل له من الغراس شيء وإن حصل فتشبيهه بالمهر أولى ثم يبقى النظر في مقدار الحاصل ونسبه إلى الأجرة.

قلت: وكلامه في أرش الغراس مظلم، وسبق عن «فتاوى» القفال: إن على البائع ما بين قيمة البناء ثابتًا ومقلوعًا وما بين قيمة الأشجار ثابتة ومقلوعة كما لو غرس في أرض غيره بإذنه، والله أعلم.

وأنه لو ادعى عليه عشرة دنانير فقال: صدق له علي عشرة قراريط؛ لزمه عشرة دنانير وقوله: صدق، يرجع إلى مقصود الدعوى، وليس له التعيين بعده.

قلت: وحكي هذا عن فتوى ابن الصباغ والشاشي، وأنه لو طلب الشفعة فقال المشتري: كان الثمن جزافًا لا أعلم قدره، فأحضره الشفيع وشاهدين فقالا: حضرنا العقد وكان الثمن ألف درهم معينة وقدرًا من الدراهم لا نعلم قدرها تحديدًا، إلا أنها دون العشرة، فقال الشفيع: أنا أزن ألفًا وعشرة، فإذا وزنها وجب تسليم الثمن إليه ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة وعليه أن يقتصر على ما سلمه.

قلت: وبهذا أفتى ابن الصباغ وأجاب الشاشي: بأنه لا يثبت العقد وهو أوجه.

وأنه لو أشهد عليه أنه وقف جميع أملاكه وذكر مصرفها ولم يجد منها شيئًا صارت وقفًا بهذا القول ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود ومهما شهد الشهود على هذا اللفظ ثبت الوقف.

قلت: ووافقه الشاشي وفي كلام الغزالي رمز إلى حمل ذلك على العقار

……

خاصة واللفظ أعم فقد يقال: يدخل فيه كلما يصح وقفه من المنقول الذي كان في ملكه حالة اللفظ، إلا أن يقال: لفظ الأملاك يصار في العرف للأرض والبناء فينزل إطلاقه على العقار خاصة إذ لا يفهم أهل العرف من قول القائل: زيد صاحب أملاك إلا أنه صاحب عقار من أراضٍ ودور ونحوها، وأنه لو كان في يد بعض الورثة عين فادعى الباقون أنها تركةً فقال ذو اليد: إن أبي وهبها مني في حياته وأقبضنيها، فأقام بقية الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه وأشهدنا على نفسه بذلك من غير أن نذكر ما رجع فيه لم تنزع العين من يده بهذه البينة مع هذا الاحتمال لا سيما إذا احتمل أن تكون الهبة بعد إشهاد الأب على ما أشهد عليه.

قلت: وهذا مشكل، وكان الفرض أن الورثة صدقوه على الهبة والإقباض أو أقام بهما بينة وإلا فهو مدّعي انتقالًا إليه من الأب الأصل عدمه، ويظهر أنه إذا لم يمكن إحداث هبة وإقباض كما لو قال قبيل موته: رجعت فيما وهبت من ابني فلان، أن يكون ذلك دفعًا.

وأنه لو مات عن أخ لأب وعن أم تحت زوج غير الأب، فوضعت حملًا لأكثر من ستة أشهر من حين موت المورث وادعت أنه كان موجودًا حال موت أخيه، وشهد أربع نسوة أنها؛ إذ ذاك كانت حاملًا فينبغي أن تقبل هذه البينة، والحمل يعرف وإنكار ما كان معرفته إنكار للمشاهدة، قال: وينصب الحاكم عن الصبي نائبًا في الخصومة ولا يؤخر إلى بلوغه.

قلت: سماع الشهادة بالحمل مسطور، ذكره القفال وغيره، وكان الغرض أن يشهدن بالحمل وولادتها هذا الطفل وإلا فمجرد الشهادة بالحمل لا يكفي فيما يظهر، والله أعلم.

وأنه لو حكم القاضي بشهادة شاهدين ثم قال بعد ذلك: قد بان لي أنهما فاسقان حين الحكم، من غير أن يذكر أن بينة شهدت عنده بفسقهما، هل ينقض الحكم؟ أجاب: بأنه إذا لم يتهم في قضائه بعلمه فلا نتهمه في ذلك أيضًا، وتمكنه منه، وأنه لو قال: كنت عالمًا بفسقهما وإنما أكرهني السلطان

……

على الحكم بشهادتهما قبل قوله بلا بينة، تشهد بإكراهه.

وأنه لو أقاما الشهادة على شخص معتمدين على الاسم والنسب فقال الشخص: أنا موافق في الاسم والنسب غير أني لم أشهدكما، فقالا: عرفنا إياه فلان، فكذبهما المعرف وقال: لم أعرفكما شيئًا، لم يحكم بشهادتهما.

قلت: وكذا لو صدقهما المعرف فيما يظهر على المذهب، وأنه لو شهدا عند الحاكم بشهادة قديمة ولم يعلم من حالهما أنهما لا يعتمدان الخط وهما ذاكران للتحمل، فرأى الحاكم سؤالهما عن ذلك لزم الجواب لدفع الارتياب.

قلت: ويتعين السؤال في كثير من المسائل لا سيما إذا كان الحكم على من لا يعبر عن نفسه لموت أو غيبة أو صغر أو جنون أو جهة وقف ونحوها، وأكثر شهود العصر يعتمدون على خطوطهم في المساطر من غير تذكر للوقائع جهلًا، والله أعلم.

وأنه لو أقر أن أباه يستحق عليه الإنفاق إلى أن يموت بحق واجب، ثم امتنع وقال: إنما قلت ذلك؛ لأنه كان إذ ذاك فقيرًا وقد استغنى، فقال الأب: بل أخذت مني عوضًا فرده علي فأنكر، صدق الابن، أي: بيمينه، والله أعلم.

فرع في مسائل منثورة من «روضة الحكام» ربما سبق بعضها:

منها: شهدا بدار وبحدودها وقالا: رأيناها، فقال الخصم: لم يرياها قط لم يقبل منه، فإن سأل القاضي أن يبيعها مع أمين حتى يعيناها، أجابه إليه فإن امتنعا وقالا: نعرفها ولا نحضرها، لم يجبرا عليه.

وقال بعض أصحابنا: إن استرابهما الحاكم بعثهما وإلا لم يحكم بشهادتهما.

قلت: وهذا أرجح وإن شهد بأرض وحدودها، ثم بان الخطأ في الحدود فقال الشاهد: أنا أحضرها وأعينها، فقيل: يسمع منه ولا تبطل شهادته بالخطأ وقيل: تبطل ولا يقبل تعيينه فلو رجع وقال: كنت غلطت في الأول، فقد قيل: يقبل، وقيل: إن غلط بحد واحد جاز أن يعيد الشهادة ويذكر الحدود وإن كان

....

بأكثر لم يجز، قال جدي: وفيه نظر.

ومنها: إذا حكم الحاكم له بدار قال بعض أصحابنا: له المطالبة بكري مثلها من الوقت الذي حصلت في يد الخصم إلى انتزاعها منه، وقال بعضهم: لا يلزمه كري المثل لجواز أن يكون ملك المحكوم له حدث قبيل شهادة الشهود، وإن اختلفا في المدة، فالقول قول المحكوم عليه، وقيل: هل للمحكوم له مطالبة من كان في يده قبل وصول الشيء إلى يد المحكوم عليه بكري المثل؟ وجهان: **أحدهما**: لا؛ لاحتمال أن الملك حدث له بعد زوال يده، **والثاني**: له ذلك، كما له مطالبة المحكوم عليه.

ومنها: قدم بلدًا فاستأجر دارًا فقيل له: هذه دار أبيك ورثتها عنه فادعاها، ففي سماع دعواه وجهان.

قلت: الظاهر السماع وكذا لو اشترى جارية منتقبة فحل نقابها، ثم قال: هي جاريتي ولم أعرفها للنقاب، وهذا إذا قلنا: طلب ابتياع متاع من رجل إقرار به وهو أحد الوجهين.

قلت: وهو المرجح، قال: وعلى هذا الخلاف لو أقر لرجل بملك، ثم ادعاه وقال: كنت ذكرت ذلك على قول وكيلي.

فرع في الدعوى من وجهين:

ادعى دارًا وأن أباه مات وتركها ميراثًا ثم أقام بينة أنه اشتراها من ذي اليد، لم يقبل نص عليه، وأنه لو ادعى عبدًا في يد رجل أنه تصدق به عليه منذ سنة وأقبضه وأقام بينة على الصدقة، لم تقبل أي واحدة من البينتين، ولو ادعى أنه تصدق به عليه منذ سنة ثم أقام بينة أنه اشتراه منه منذ شهر وقال: جحدني الصدقة فاشتريته منه، قال جدي: لا يقبل منه؛ لأن الصدقة إذا صحت لم يجز الشراء، وقال أبو ثور: تقبل، وكذا لو ادعى الشراء منه منذ سنة وقال: جحدني فتصدق علي بعد ذلك، وأقام بينة عليه نظر الحاكم فيه، فإن كانا تفاسخا العقد الأول قبلت وإلا لم تقبل، وحكى جدي عن بعض أصحابنا: إنه

....

لا تقبل البينة على الإطلاق بل تفصيل، وعن بعضهم: أنها تقبل.

وأنه لو ادعى هذا العبد لفلان وأنه وكله في الخصومة، ثم قال بعد ذلك: باعه من فلان وهو ملكه ووكلني المشتري في الخصومة فيه، وأقام عليه بينة قبلت وحكم بالبينة للموكل الآخر، قال جدي: وقيل منه ذلك.

وأنه لو ادعى أنه لفلان، وأنه وكله بالخصومة فيه ثم قال بعد ذلك: هو لي اشتريته من موكلي وأقام عليه بينة، قبلت منه.

قلت: يجب أن يكون محل القول إذا تحلل زمن يمكن فيه الشراء من الموكل، ولو ادعى أنه لفلان وأنه وكله بالخصومة فيه ثم قال: بل لفلان آخر وأنه وكله بالخصومة فيه، فقد قيل: يقبل؛ لأن الشيء يكون لواحد ثم ينتقل إلى غيره، وقيل: لا يقبل، والأصل أن التلفيق إذا أمكن، فهل يلفق وجهان وإن لم يمكن لم تصح الدعوى الثانية والبينة، انتهى.

فرع فيما تتناوله الدعوى والبينة:

دار طبقتان، فادعاها مطلقًا وأقام بينة عليها، حكم له بالطبقتين جميعًا، ولو ادعى بيتًا أو منزلًا مطلقًا وأقام بينة فقد قيل: تدخل الطبقة الأولى دون الثانية، وقيل: تدخلان في الدعوى سواء كانت باسم الدار أو باسم المنزل أو باسم البيت، والكلام في الأشجار والبساتين كالكلام فيما يدخل في البيع، قال شريح: وقد شرحته في مصنفاتي.

فَرْعٌ: شهدا بالمال وآخران بالإبراء، فشاهد الإبراء أولى إن أطلقنا، وإن وقتنا فالأخيرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت الأخرى، فعن أبي هريرة: إن بينة البراءة أولى؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب، قال شريح: ويحتمل أن تجعل كما لو ذكرنا وقتًا واحدًا فتتعارضان.

قلتُ: وقع قبل الوقوف على هذا الفرع بأيام فتوى صورتها أنه أقر له بألف درهم في يوم كذا وأقام بينة بذلك؛ فأقام الخصم بينة أن المدعي أقر في ذلك اليوم ببينة أنه لا يستحق قبل المدعى عليه دعوى ولا طلبة، فتوقفت ولم أفت

فيها بشيء، ثم رأيت ابن الصلاح أفتى في هذه الصورة بأن بينة الإقرار بالدين المثبتة تقدم وسيأتي بيانه، قال شريح: ولو شهد شاهد بالمال وشاهد بالمال ثم بالإبراء فهذا رجوع عن شهادة، قال أبو عاصم العبادي: إن الشهادة في الإقرار قد تمت، وهذا شاهد في الإبراء يحلف معه.

فَرْعٌ: شهدا بأن المشتري سلم الشفعة إلى الشفيع وشهد آخران بالعكس، فأقوال لابن سريج **ثالثها**: ترجيح من الشقص في يده، ووجه الهروي تصديق المشتري بأنه يحتمل أنه سلم الشقص إلى الشفيع ولم يعلم العفو الصادر منه، والأصل بقاء ملكه ووجه شريح تصديق الشفيع بأن فيه جمعًا بين البينتين وإن الثبوت له يقين وقد وقع التردد في سقوطه، انتهى.

وقال المصنف في «أصل الروضة»: هناك أقام المشتري بينة بعفو الشفيع وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو؟ وجهان: أصحهما الثاني.

فَرْعٌ من «**الإِشْرَافِ**»: عبد أقام بينة بأن سيده أعتقه وكان ملكه يوم الإعتاق، وأقام السيد بينة أنه باعه من فلان، وكان ملكه يوم البيع تعارضتا، وغلط من قال من أصحابنا بينة العبد أولى؛ لأنه في يد نفسه فاليد مختلف فيها، فإن سبق تاريخ فالأسبق أولى إذا لم يكن في البينتين إثبات الملك في يوم التصرف، وإن كان فيهما إثبات الملك والإعتاق سابق تعارضتا، قال الهروي: ولم يزد المصنف على هذا، ويحتمل أن يخرج في هذا الموضع قول أن السابق أولى، وقول: إن البينة الأخيرة أولى؛ إذ فيه تصديق البينتين فإنه يحتمل أنه باعه ثم اشتراه ثم أعتقه، انتهى.

فروع منثورة من «أدب القضاء» لأبي الحسن الدبيلي: بنى على الخلاف في افتقار الهبة إلى القبول، ولو ادعى عليه مائة فقال: أبرأني منها، فلم يقبل البراءة جوابًا لكلامي، فإن قلنا بذلك لم تصح، كالهبة ولو أبرأه فقال: لا أقبل لم تصح البراءة، وإلا صحت؛ لأنه في التقدير يقول: أبطلت مطالبتي بمالي عليك، ولو قال: لا حق لي عليك ثم ادعى عليه، فأقام بينة على إقراره بذلك

……………………………………………………………

سقطت دعواه، فكذلك في البراءة.

ادعت صداقها فقال الزوج: قد أبرأتني منه، فقالت: أبرأته، ولم أعلم مقدار الصداق نظر، فإن كان الأب أو الجد عقد عليها وهي صغيرة وادعت أنها لم تعلم صدقت بيمينها ولم تصح البراءة، وإن كانت حين العقد بالغة عاقلة صدق الزوج بيمينه في علمها بمقداره حين أبرأته، وفرق بأن الصغيرة يعقد عليها بغير علمها بالصداق والكبيرة لا يعقد عليها إلا بإذنها في الصداق.

قلت: وهذا قد يظهر في الثيب دون البكر المجبرة بل الأصل، والغالب عدم استئذان البنت في مقدار المهر وعلمها بقدره سيما إذا زوجها الأب أو الجد.

ولو أبرأ عن دين ورثه عن أبيه وادعى أنه لم يعلم مقداره صدق بيمينه بخلاف ما لو أقرضه هو فإن المصدق بيمينه المقترض، قال الشافعي ﷺ: ولو أنه حلل رجلًا من كل شيء وجب له لم يبرأ حتى يبين فإن لم يعرف حلله من كذا إلى كذا.

قلت: وخذ من النص أن لفظ التحليل صريح في الإبراء كما سبق أنه الأصح، وقد يؤخذ منه أن الإبراء من الغيبة المبهمة لا يصح كما صححه المصنف ونازعناه والنص محمول على الإبراء من المال، والله أعلم.

ادعى دارًا في يد رجل وأقام البينة أنه اشتراها من رجل وأخرج قبالة مكتتبه بالشراء، وأن ذلك يومئذ في يد فلان البائع وملكه فشهدوا على جميع ما في القبالة، فإن الدار بهذه الشهادة لا تثبت ملكًا للبائع حين باعها؛ لأن القبالة مكتتبه على إقرار البائع حين باعها؛ لأن القبالة مكتتبه على إقرار البائع والمشتري، فشهدوا بما سمعوا منهما يثبت بقولهم ملك البائع حتى يشهدوا أنا نشهد أنه يوم باعها كانت ملكًا له، وهذا علم آخر ليس في القبالة، وأما إذا شهدوا بنفس الصك لم تسمع من جهة الملك.

ادعى أن أباه أوصى له بالدار الفلانية وهي تخرج من الثلث وأقام على ذلك

....

البينة لم تسمع حتى يشهدوا أنها كانت ملكه يوم أوصى وفي يده وما خرجت عن ملكه، ولا علمنا رجوعه عن هذه الوصية ولا غيرها بإدخال الغير معه في ذلك، فإن علموا قبول الوصية شهدوا، فقالوا: وإن فلانًا الموصى له قبل هذه الوصية شهدوا عندما بلغه موته فلم يقم من مجلسه حتى قبلها فيحكم له بذلك.

قلت: والظاهر أنه لو قامت بينة غير من شهدت بالوصية بأنها كانت ملكه لم يزل عنها إلى أن مات، أو لا يعلم له مزيلًا إلى موته أنه يحكم للموصى له بها بالبينتين، وإن اقتصرت الأولى على الشهادة بالوصية فقط؛ إذ الأصل عدم رجوعه؛ فتأمله.

لو قال: أنا وفلان شريكان في هذه الدار أو في هذا المال فالظاهر أنه بينهما نصفان فلو قال بعد ذلك: إن المقر له الربع أو الخمس أو العشر من أصحابنا من قال يسمع ويحلف معه؛ لأن ذلك محتمل قال والظاهر الأول.

قلت: هو المشهور عن الجمهور والمختار الثاني؛ لأن غالب الناس يطلقون هذا اللفظ لمن له أدنى جزء في المقر به في قول قائلهم: زيد شريكي في كذا، وعمرو شريك زيد في كذا ويريدون به أصل الشركة وإن تفاوتت الأجزاء، ويشبه أنه لو قامت بينة بأن زيدًا وعمرًا شريكان في هذا أو هو مشترك بينهما أن البينة تستفسر عن مقدار النصيبين، فإن لم يكن عندها بيان والعين بيدهما جعل بينهما بالسوية أو بيد أحدهما، فهل يرجع في بيان مقدار نصيب الآخر إليه أو يقضى بالتنصيف؟ فيه نظر عندي، والعلم عند الله.

ادعى عليه ألفًا فقال له: علي ألف عن بيع ولم يرد على هذا لم يلزمه شيء إلا أن يقول عن مبيع قبضته كما لو شهدوا أنه وهب منه كذا لم يقبل حتى يقولوا وقد قبله وقبضه، ولو شهدوا أن عليه تسليم الألف إلى فلان من بيع صح، فلو قال: المقر لم أقبض المبيع لم يقبل منه؛ لأن قولهما عليه تسليم ذلك شهادة بأنه قد قبض، وكذا لو قال لفلان علي تسليم ألف عن بيع ثم قال لم أقبض المبيع لم يسمع منه.

....

قلت: قوله في الصورة الأولى لم يلزمه شيء فيه نظر؛ لأنه مقر له بألف عن بيع فيطالبه به، فإن ادعى أنه لم يقبض المبيع صدق بيمينه فأحسب هذا مراده، وفي قبول الشهادة بالتسليم نظر سيما من القاضي أو ممن يرى إجبار المشتري على دفع الثمن أولًا فيتجه الاستفسار.

وذكر أنه لو ادعى أنه اشترى منه كذا بكذا فأنكر فأقام البينة حكم عليه بالثمن وللمدعى عليه بالمبيع وإن كان لا يدعيه.

قلت: في الحكم له بالبيع وهو ينفي ملكيته نظر ولا ينبغي إجباره على تسليمه سيما إن كان فرجًا؛ فتأمله.

وأنه لو باع عبدًا ثم ادعى أنه كان أعتقه لم يقبل منه، فإن أقام بينة فسخ البيع؛ لأن الدعوى ليست لحقه بل لحق العبد.

وأنه لو باع دارًا ثم قال: هي وقف على ابني لم يسمع، فإن أقام بينة سمعت ونقض البيع؛ لأن الحق ليس له بل لابنه.

وأنه لو باعها ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لم تسمع دعواه ولا بينته؛ لأنه مكذب لها كما قال الشافعي، وإذا قال في المرابحة قامت علي بتسعين، ثم قال قامت علي بمائة وأقام بينة لم تسمع؛ لأنه كذبها، وهكذا قال في الشفعة، ولو زعم أنه اشتراه بألف فأخذه الشفيع بألف، ثم أقام البائع البينة أنه باعه منه بألفين أخذهما من المشتري ولا رجوع للمشتري على الشفيع لتقدم إقراره بالشراء، فلو أقام المشتري البينة بالشراء بألفين لم تسمع لما تقدم، وسواء قال عند البيع هو ملكي وليس بوقف، أو لم يقل بل باعها، فإن بيعه معناه أنها ليست بوقف وأنها ملك، فإذا قلنا: لا تسمع دعواه لم يلزم المشتري الثمن وله أن يتصرف في الدار تصرف المالكين، فأما إذا مات البائع فصار الوقف إلى أولاده أقاموا البينة وانتزعوها ثم يرجع المشتري بالثمن في تركة البائع ويرجع ورثة البائع على المشتري بالأجرة مدة كونها في يده من وقت البيع إلى موت البائع.

……

قلت: في رجوعهم بالأجرة نظر إن كان الوقف مربيًا؛ لأن قضية بيع أبيهم أنه لا يستحقه، نعم إن كان الوقف مشتركًا استحقوا أجرة أنصبائهم وأقام الحاكم من يدعي لهم بأنصبائهم من الوقف الأب أو غيره، وقد سبق عنه أنه لو باعها ثم قال: هي وقف على ابني أن البينة تسمع منه؛ لأن الحق لابنه فقياسه أنه إذا كان وقف بشريك أن تسمع بينته بأنصباء أولاده من غير احتياج إلى نصيب الحاكم، والظاهر أن مراده وقف الترتيب، وقوله: وسواء، قال عند البيع هي ملكي أو لم يقل تقدم ما ذكره الروياني في ذلك من التفصيل وأنه المذهب الصحيح، والله أعلم.

وأنه لو طلق ثلاثًا ثم قال كان التزويج فاسدًا؛ لأنه عقد بلا ولي أو بلا شهود وأقام بذلك بينة نظر إن كان لم يعترف بأنه عقد بولي وشاهدي عدل قبلت البينة ولم يقع الطلاق، وإن سبق اعترافه نصًا بأنه عقد بولي وشاهدي عدل لم تسمع بينته وليس له أن يجدد عقدها لتقدم اعترافه بما يكذب بينته، فإن قيل: أطلق الشافعي في مسألة المرابحة عدم قبول بينته وفصلت أنت في التزويج، قال: يقال الفرق أن قوله تسعين صريح ثم هو بنفيه بقوله ثانيًا بمائة، وقوله في الزوجة: كان بلا ولي لم يكذب نفسه، وإنما قال صفة التزويج أنه من غير ولي تسمع منه ولم ينكر التزويج، فبينته أثبتت شيئًا لم يتقدم اعترافه بخلافه بخلاف ما إذا تقدم قوله أنه تزوجها بولي مرشد ألا ترى أنه لو اعترف أن عليه لفلان مائة قفيز حنطة صفتها كذا محله كذا، فلما طولب في محله، قال: إن السلم لم يصح؛ لأن ثمنه كان دينًا علي فجعله سلمًا وأقام بذلك بينة قبلت، وبطل السلم لأنه لم ينكر السلم إنما أثبت صفة لعقده بأن الثمن كان دينًا بدين فكذا ما ذكرنا، قال: وكذا لو احتال عليه بألف وأشهد عليه ثم قال المحال عليه: إنه كان عن بيع فاسد وأقام بينة قبلت وبطلت الحوالة؛ لأنه لم يتقدم اعترافه أن الحوالة عن بيع صحيح حتى لا تسمع بينته وكذا لو تقاسما أرضًا وكتبا صكًا بأن لا حق لكل واحد منهما فيما صار بالقرعة لصاحبه، ثم ادعى غلطًا في القسمة وأقام بينة بالغلط نقضت القسمة.

......

وأنه لو كان عليه مائة درهم فقبضها وأبرأه ثم ادعى أنه وجد فيها زيوفًا وأقام البينة ناقدين أنهم نقدوها فوجدوا فيها الزيوف لم تصح البراءة وكان له المطالبة بإبدال الزيوف، ولا يجوز أن يقال له اعترفت بالبراءة فلا تسمع شهودك بل تسمع فكذلك ما ذكرنا قال: وجملة هذا الباب أنه إذا أقر بشيء نص عليه البائع أو المشتري أو الزوجين ثم ينكر ما تقدم اعترافه به صريحًا وأقام البينة بذلك لم تسمع، ومتى لم ينص على شيء وأقر ببيع أو شراء أو تزوج مطلقًا ثم ادعى صفة في البيع أو الشراء أو التزويج مما يوجب بطلان العقد لم يقبل منه فإن أقام بينة قبلت وأبطل البيع والشراء والتزويج ولم يقع الطلاق وجاز لهما أن يحددا عقد النكاح، وهذا إذا اتفق الزوجان على ذلك، فأما إذا أنكرت المرأة ما شهدت به البينة لم يكن لها أن تنكحه.

وإن أقامت المرأة البينة بفساد التزويج في الأصل والرجل ينكره ولم يكن له تزوجها فإن أقر بذلك فله أن يتزوجها، وأنه لو حلف بالطلاق الثلاث لا يدخل الدار ثم أراد رفع الطلاق فقالا: كان عقد نكاحها فاسدًا لعدم الولي والشهود، أو قالا: كان في العدة وما أشبهه، فلا يمكنهما رفع اليمين بالطلاق بقولهما هذا، بل طلاقها واقف على دخولها، فمتى دخل وقع فإن أقاما البينة أو أحدهما أنه تزوجها وهي في العدة فجديد نكاحها صحيح، وارتفعت اليمين وكأنه حلف قبل عقد النكاح.

وأنه لو ادعى أن قيمة الجارية المتلفة ألف فقال الغارم: بل مائة، وأقام على ذلك شاهدًا واحدًا ويمينًا، أو شاهدًا وامرأة قال أبو إسحاق: تقبل؛ لأن التقويم إن كان طريقه طريق الفتوى فللنساء مدخل فيه، وإن كان طريقه ما يوجب المال فكذلك، وقال ابن أبي هريرة: هاهنا قسم آخر، وهو أن طريقه طريق الحكم ولا مدخل للنساء في الحكم، قال أبو الحسن: والأولى قول أبي إسحاق، ولو أقام كل واحد شاهدين على ما يدعيه فأسقطنا البينتين، فالقول قول الغارم بيمينه.

قلتُ: القول بالتساقط عند اختلافهم في القيمة غريب، وأنهما لو شهدا

....

أنه غصبه كذا أو أتلفه عليه ولم يبينا مقداره فهل يقبل؟ فيه وجهان، وبالقبول قال أبو حنيفة.

قلت: وعلى هذا يؤخذ المشهود عليه بالبيان كما يؤخذ المقر كما بيناه في كتاب الإقرار، والله أعلم.

فصل في فروع متنوعة من «فتاوى» أبي عمرو بن الصلاح - ﷺ -:

باعه كرمًا فاستغله سنين ثم أنكر الشراء، وحلف عليه فهل للبائع تغريمه ما استغل وقد أنكر الاستغلال فقامت بينة عليه به؟ أجاب: لا ؛ لأنه بزعمه إنما استغل ملكه وهو إنما يدعي الثمن لا غير، وقد تعذر عليه يمين المشتري فسأله أن يفسخ البيع هذا هو الأظهر من الوجهين، المسألة بحالها كان على صاحب الكرم دين للمشتري فباعه إياه به أو بمثله ووقع التقاضي ثم أنكر المشتري الشراء كما سبق، قال: يتعين هاهنا الوجه الآخر من الوجهين، وأن البائع يبيع الكرم؛ ليستوفي من ثمنه ما أخذه المشتري الدائن على جهة استيفاء الدين ولا يكون له ذلك إلا أن يأخذه الدائن وقبله لا يجوز أصلًا وأنه لو فرض الحاكم للطفل قدرًا معلومًا لنفقته وكسوته وأذن لخاصته أما ابنه أو أمه أو وصيه أو قيم الحاكم في استدانة ذلك وصرفه عليه، أو في إنفاقه عليه من ماله ثم يرجع به في مال الصغير، فإذا حضر وادعى أنه فعل ذلك وطلب الرجوع فإنه حكم على صغير، انتهى وهذا حسن واضح وقد يغفل عنه، وإنه لو ثبت على غائب دين فباع الحاكم داره في وفائه فقدم وأبطل استحقاق الدين عليه بفسق الشهود أو بإيفاء الدين أو البراءة منه فإنه يبطل البيع المذكور.

قلتُ: وهذا أصح من قول الروياني: إنه لا يبطل البيع؛ لأن الحاكم كان له أن يبيع.

وأنه لو أحال غريمه بدينه على مديون له فادعى المحتال بالحوالة على المحال عليه فقال: كان أبرأني من الدين قبل الحوالة وأقام بينة بذلك، سمعت في وجه المحتال: وإن كان المحيل بالبلد يتيسر إحضاره مجلس الحكم.

....

قلتُ: هذا في دفع المحتال، أما الحكم بالبراءة من دين المحيل فلا بد من الإعذار إليه هل يكفي المحال عليه إقامة البينة في وجه المحتال أو لا بد من إعادته في وجه المحيل إذا ادعى بقاء دينه؟ الأقرب الثاني، وهل يرجع المحتال بدينه على المحيل الظاهر؟ نعم، ويحتمل أن يجري فيه تفصيل وخلاف سبق له نظائر.

وأنه لو وكّلته زوجته في تخليص حقوقها فأحضر رجلًا إلى الحاكم وادعى عليه حقًا لها، فأنكره فشهد أبو الوكيل عند الحاكم لها عليه بذلك فالظاهر قبول شهادته وإن كان فيه تصديق لابنه كما تقبل شهادة الأب وابنه في قضية واحدة.

قلتُ: في التشبيه نظر، وكان هذا إذا لم يكن للأب الشاهد مدخل في ثبوت التوكيل لابنه ولا ولايته الاستيفاء أما لو كان فالظاهر المنع، والله أعلم.

وأنه لا يطالب الوكيل ولا غيره من المدعين بإثبات أهلية الوكالة، وكونه مطلق التصرف، إما لأن دعواه تضمنت ذلك وكان مصرحًا فيها بأنه مطلق التصرف وأنه يستحق تسليم ما يدعيه ودعواه هكذا مسموعة لا محالة، وإما لأنه يكتفي في ذلك بظاهر الحال كما اكتفى في الشهادة على الإقرار من أنه لا يجب التعرض لكون المقر طائعًا راغبًا مختارًا عاقلًا صحيحًا، واشتراط التعرض لذلك وجه بعيد في «البسيط» وغيره المذهب المشهور خلافه ولا جريان له هاهنا في توقف صحة الدعوى على ما تقدم ذكره، فإنه يشبه أن يكون خرقًا للإجماع.

قلتُ: هذا ظاهر فيمن جهل حاله من قبل، أما لو علم أنه كان محجورًا عليه بالسفه قبل دعواه، وقلنا: إنه لا تسمع دعواه بالمال كما سبق، فيتجه مطالبته بالبينة على إطلاق تصرفه إذ الأصل دوام الحجر، والله أعلم.

ثم ذكر أنه لو أثبت دينًا على ميت وأن ورثته قبضوا من تركته من مدة ما يوفي دينه إن صحة الدعوى وإقامة البينة لا يوقفان على إثبات الرشد لمثل ما تقدم نعم؛ إن ادعى الوارث كونه بعد غير رشيد فالقول قوله بيمينه، والمدعي محوج إلى توجيه المطالبة نحوه إلى إثبات رشده بالبينة، وإلا فلتوجه المطالبة

....

على وليه ليقع الإلزام في ماله، وأما الدعوى نفسه أو إقامة البينة بإثبات مضمونها فلا ينصرف بذلك عنه وليس دون الميت.

قال: ثم وجدته مسطورًا لمن الدعوى عليه تسمع إلا إذا لم يكن للمدعي بينة فينبني على أن اليمين مع النكول كالإقرار أو كالبينة، انتهى.

وأنه لو أقر له بدين ثم طلب يمينه على أنه لم يكن مضاربه، أقر بها على عادة بعض الناس حلف على ذلك ويكفيه الحلف على الاستحقاق، ولا يكلف أن يحلف على نفي المضاربة، فقد يكون الدين ثابتًا له بسبب آخر.

ورأيت من مدة الفتوى في «تعليق» القاضي الحسين في مسألة إقباض الرهن المعروفة أن ما جرت العادة بكتبته في القبالات من قوله: بعت واستوفيت الثمن، أن ما استوفاه وكتب وأقر على العادة قبل جريانه فدعواه مسموعة، ولكن المقر له يحلف بالله بأنه دفع إليه الثمن، فلو قال: إني أستحق عليه الألف يقبل ويسمع؛ لاحتمال أنه أتلف عليه ما قيمته ألف درهم كأنه مفروض فيما لو زال البيع بينهما وأراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن مؤاخذة له بإقرار المذكور، انتهى.

وأنه لو أقر أنه قبض كذا درهمًا من زيد وسلمه إلى عمرو وفاء لدين له على زيد، ثم مات المقر وزيد، فلورثة زيد الرجوع في تركة المقر بما قبضه؛ لاعترافه باليد وبأنها مبنية على يده فلا يزول حكم اليد، ومقتضاها من الملك بقول القابض بمجرده، ويبقى ذلك أن يثبت بحجة نظيره قول صاحبي «الإشراف» و«روضة الحكام»: إنه لو قال: أخذت من فلان ألفًا كان لي عنده قرضًا أنه يؤمر برده عليه.

وأنه لو أقر أن جميع ما في يده الثلث منه لفلان وملكه، ثم أقر أن الذي كان في يده حالة الإقرار ثلاثة آلاف درهم، ثم مات المقر فلا يجوز للشاهد أن يشهد أن المقر عليه ألف فهم من غير تفصيل، بل يشهد بالإقرارين على وجههما، ثم إذا حلف المقر له مع الشاهد حكم له بضمان الألف من تركته،

……………………………………………………

ثم قال: وهكذا القول إذا سمع الشاهد إقرار شخص أن لفلان عليه ألف درهم فله أن يقول: أشهد أنه أقر له بالألف درهم، وليس له أن يقول: إن له عليه ألف درهم لما بينهما من التفاوت على ما لا يخفى.

قلتُ: سبق قبيل باب القضاء على الغائب ما يخرج منه أن ظاهر المذهب والمنصوص أن للشاهد أن يقول في مسألتنا هذه: أشهد أن له عليه ألف درهم، وأشبعنا الكلام فيه وأن ما ذكره أبو عمر ـ وهو المختار من الأوجه ـ وإن كان ظاهر المذهب خلافه، ويجوز أن يقال: إن كان الشاهد عالمًا برشد المقر وكمال أحواله، له ذلك وإلا فلا، بل يؤدي ما سمع.

وسئل عمر: أقر أن جميع ما تشتمل عليه هذه الدار من قماش وغيره ملك زوجته فلانة، ثم مات بعد مدة في الدار وهما ساكنان فيها فأقامت البينة بإقراره فأنكر الوارث كون الأعيان الموجودة فيها عند الموت كانت موجودة عند الإقرار، وأن الإقرار تناولها وتوجه عليها إقامة البينة على ذلك، فطلبت يمينه بأن تلك الأعيان لم تكن موجودة حينئذ، وأنها غير داخلة في الإقرار فهل يحلف على نفي العلم أو البت، فإن قال الوارث: إنكِ لا تستحقي مما في الدار إلا حصة في الميراث وهو الربع، فهل يقنع منه بذلك؟ أجاب ﷺ: يحلف على أنه لا يعلم هذه الأعيان ولا شيئًا منها، كانت موجودة في الدار المذكورة وقت الإقرار المذكور، وأنه لا يعلمه ولا شيئًا منه داخلًا فيما أقر به لها، وما قام مقام هذا من الألفاظ ولا يقنع منه بأنها لا تستحق مما في الدار سوى حصتها من الإرث ووجهه، ثم قال: هاهنا جهة أخرى تمنع أنا نقنع منه بالحلف أنها لا تستحق من ذلك سوى حصتها بالإرث، وذلك أن اليد لها على نصف ما في الدار المذكورة؛ لكونها سكن الزوجين فأذن لها أن تحلف على استحقاق نصف هذه الأعيان نظر إلى اليد وإن قطعنا النظر عن الإقرار، ثم لها بعد ذلك الربع من النصف الآخر إذا لم تتم لها فيه حجتها من جهة الإقرار.

قلتُ: كلامه مصرح بقبول قول الوارث بيمينه: إنه لا يعلم كون الأعيان كانت عند الإقرار في الدار فيه نظر.

……………………………………………

ولا شك أنه لا يقبل قوله في جميع الأعيان إذ فيه إلغاء البينة بالكلية، والظاهر أن المراد أنه ادعى أن بعض الأعيان لم يكن موجودًا فيها حينئذ فهذا محتمل على أن القاضي الحسين أفتى كما سبق أنه لو أقر في مرض موته أن ما في هذه الدار لفلان ثم مات وتنازع الوارث والمقر له في بعض أمتعة الدار، فادعى الوارث أنها لم تكن فيها وقت الإقرار، وقال المقر له: بل كانت فيها، فالقول قوله وعلى الورثة البينة أنه نقل إليها بعد الإقرار، وسبق الكلام على المسألة ونحوها مرات.

وسئل عمن مات ووجد في تركته حصان أشهب وعليه ديون مستغرقة للتركة، فأحضرت زوجته كتابًا صورته أقر في صحة عقله وجسمه قبل موته بمدة طويلة قدرها سنة أو نحوها أنها تستحق في ذمته ألف درهم وأنه عوضها عنه الحصان الأشهب وسلمه إليها، ولم يذكر في الكتاب غير هذا ولا شهد أحد عليه بغير هذا اللفظ، ولم يشهد أحد عليها بقبول التعويض ولا بقبض ولا غيره، ثم لما مات قالت الزوجة: هذا هو الحصان الأشهب الذي عوضني وقبلته، وقال الغرماء: هذا حصان آخر فعليك البينة أنه ذلك الحصان الأول، أجاب إذا حلفت حكم لها به؛ لأن ذلك الحصان باق عملًا بالأصل ولا موجود غير هذا ويلزم من هاتين المقدمتين أن يكون هو ذاك نظيره ما لو قال لفلان عندي ثوب وديعة ولم يصفه ثم مات، ولم يوجد في تركته غير ثوب واحد فإنه ينزل عليه قوله.

وسئل عمن أقرت وأشهدت عليها أن كل مكتوب يظهر فيه إقرار ابتهالها بدين أو بعين فهو باطل وزور، وأنها لا تستحق في ذلك المكتوب شيئًا ثم ادعت على تركة أبيها بأربعة آلاف درهم وأظهرت مكتوبًا صورته هذا ما أصدق فلان فلانة، وأن أبا المقرة قبض من مهرها أربعة آلاف درهم وأشهد عليه بقبض المال الذي هو مهرها فقال الحاكم الثابت عنده إقرارها قد بطل هذا بإقرارك المذكور فهل هو كذلك أم لا؟ أجاب: لا، يبطل بذلك ما شهدت به البينة عليه من أنه قبض ذلك وإنما يقدح ذلك في إقراره بالقبض، والأول

……

يجزيها عن الثاني وليس في مكتوب الصداق إقرار بالقبض، فإن قوله: وأشهد عليه بالقبض من شاهد القبض من غير أن ينطق بإقرار، والله أعلم.

وسُئل عن من استأجر شيئًا وسلم أجرته إلى الآجر، ثم أقر أنه لا حق له عند الآجر إقرارًا نافيًا لكل حق على الإطلاق ثم بان فساد الإجارة فهل له الرجوع بتلك الأجرة؟ أجاب: له الرجوع؛ لأن الإقرار المذكور بناه على الظاهر من الصحة الذي انكشف خلافه وهذا أوضح من المنقول، وهو أنه إذا أقر أن ما اشتراه ملك للبائع، ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع، على ما قطع به كثيرون أو الأكثرون والقفال منهم وهو الصحيح، قال الإمام: وإليه ميل المفتين؛ لأنه بنى إقراره على ظاهر الحال، قال: وقد أتى في «البسيط» بضابط أراه المعتمد فيما ذكرته أن الرجوع يقبل على هذا المذهب المختار عن كل إقرار استند إلى الظن، ولا يتصور في العادة استناده إلى القطع أما ما يتصور استناده إلى اليقين فلا يقبل فيه الرجوع، ولا يلتفت إلى قوله بينته على ظن لنكشف بالحجة بعد أنه باطل بلى إن أراد التحليف بعد ذكره عذرًا محتملًا فهذا فيه الخلاف المعروف في الإقرار بقبض الرهن هذا تنقيح ما ذكره ثم لا بد من ذكره مستند رجوعه قبل دعواه بذلك.

أجر شيئًا ثم ادعى أنه كان عند العقد سفيهًا فهل تسمع دعواه؟ وإذا قامت بينة بالرشد وبينة بالسفه فأيتهما تقدم؟ أجاب بعضهم: بأنه لا تسمع دعواه، وأجاب الشيخ أبو عمرو: تسمع وهو من قبائل المسائل المعروفة التي منها ضمن، ثم ادعى أنه حينئذٍ كان مجنونًا أو أنه كان صبيًا وهذا بخلاف ما إذا عقد عقدًا ثم ادعى أنه لم يكن يملك العقد على المعقود عليه بأن قال: إن المبيع كان مغصوبًا أو أن مطلقته لم تكن زوجه؛ فإنه لا تسمع دعواه لمناقضتها ما تضمنه إقدامه على العقد من الإقرار بكونه مما يملك العقد عليه، وليس يدعي عدم أهليته للإقرار حينئذ وقد أقر ضمنًا فلا يسمع منه ما يناقض إقراره، وأما هنا فيقول الذي وجد مني من الإقرار ضمنًا لتصرفي صادف عدم أهليتي فلا آخذ به، وفيما ذكره كلامان:

....

الأول: ما قاله فيما إذا عقد عقدًا ثم ذكر أنه لم يكن له تعاطيه وهو وجه المذهب المنصوص خلافه على تفصيل فيه ذكرناه مرات.

والثاني: ما قاله في قبول السفيه ظاهر فيمن بلغ سفيهًا ولم يعلم رشده، وأما من طرأ سفهه بعد ثبوت رشده فتصرفاته نافذة على الأصح إلى أن يتصل به حجر معتبر وحينئذٍ يظهر ألا يكتفي فيما نحن فيه بمجرد قوله: إنه كان سفيهًا عند العقد، ولو أقام به بينة ما لم يبن أنه حجر عليه بسفهه الطارئ.

ثم قال أبو عمرو: أما تعارض البينة فيما ذكر فالناقلة منهما مقدمة على المستصحبة ويختلف ذلك باختلاف صور ما تقع به الشهادة، فإن شهدت بينة السفيه بتبذير أو فسق مقارن البلوغ مستمر إلى حين العقد؛ قدمت على بينة الرشد تقديم البينة الجارحة على المعدلة وهكذا ما يجري هذا المجرى، وإن شهدت بينة بأنه غير رشيد وبينة بأنه كان عند العقد رشيدًا فبينة الرشد أولى، وهكذا ما جرى هذا المجرى.

قلت: ويتجه استفسار كل واحدة من البينتين المطلقتين وحين ذلك في الجاهل والمخالف لما لا يخفى.

توفي عن ثلاثة أولاد صغار وزوجه وأقران لا وارث له سواهم وأثبت الوصي ذلك عند الحاكم كفى إقرار الميت بألا وارث له سواهم، فلا يطالبه الحاكم بإثبات عن الورثة بالبينة.

باع عينًا وشهدت بينة بأنه رشيد حالة البيع وشهدت بينة أنه كان حينئذٍ سفيهًا مبذرًا قدمت هذه البينة على بينة الرشد تقديم البينة الجارحة على البينة المعدلة.

شهد واحد أن الحاكم الفلاني ثبت عنده تطليق فلان زوجته بنت فلان بن فلان ولم يذكر عددًا وشهدا على الحاكم المذكور بالحكم بذلك، وأنه أشهدهما عليه به؛ ولكن الشاهد الثاني لم يعين المرأة ولم يشخصها؛ بل ذكر نسبها واعترف الزوج أن نسب المدعية ذلك فهل تلفق الشهادة ويثبت أصل

....

الطلاق؟ أجاب: لا تلفقان، وتأملت فكأن الجواب أنه ينظر فإن كان ما اختلفا فيه من التعيين بالتشخيص والتعيين بالنسب قد نقلاه عن الحاكم المذكور فشهد أحدهما عليه بأنه قال: ثبت عندي تطليق المذكور لهذه وشهد الآخر أنه قال: ثبت عندي تطليقه لفلانة بنت فلان؛ لم يلفق بينهما وإن لم ينقلا ذلك عن الحاكم؛ لكن عين أحدهما المشهود لها بالتشخيص، وعينها الآخر بالنسب على الوجه المذكور فيلفق بينهما والحالة هذه ويثبت أصل الطلاق.

قلت: والظاهر أن قول: وتأملت لأبي عمرو لجامع الفتاوى للكمال المغربي شيخ المصنف، وقد يقال: إذا اعترف الزوج بأنه لا زوجة له غيرها أنه يلفق مطلقًا، وفيه وقفة.

احتيج إلى بيع ملك على يتيم فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون فباعه القيم عليه بذلك، وحكم الحاكم عن البينة المذكورة بصحة البيع، ثم قامت بينة أخرى بأن قيمته حينئذٍ مائتا درهم فإنه ينقض الحكم، ووجهه أنه حكم بناء على البينة السالمة عن المعارضة بالبينة التي هي مثلها أو أرجح، وقد بان خلاف ذلك ويتبين إسناد ما يمنع من الحكم إلى حالة الحكم فهو كما قطع به صاحب «المهذب» من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة وانتزعت العين منه ثم أتى صاحب اليد ببينة فإن الحكم ينقض بمثل العلة المذكورة، وفي مسألة «المهذب» وجه يطرد هاهنا.

قلت: في صحة التشبيه وقفة؛ لأن التقويم تخمين وحدس بخلاف الشهادة بالملك وسبق مرات أن المشهور أنه إذا تعارضت بينتان في القيمة يحكم بالأقل، ووجه بأنها اطلعت على عيب منقص خفي على الأخرى، فإن صحّ ما ذكره أبو عمرو وجب طرده في إجارة أملاك الأيتام ونحوهم والوقوف العامة ونحوها.

إنسان في وسط ملكه طريق مشترك بينه وبين جماعة ينفذون فيه إلى أملاكهم فطالبوه بأن يشهد على نفسه ويقر بحقوقهم فهل يلزمه ذلك أو لا؟ وإن لزمه فهل له أن يمتنع حتى يشهدوا على أنفسهم بالإقرار له؟ أجاب أما الإقرار فواجب بالنص.

……

قال تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] وشهادتهم على أنفسهم هي الإقرار، وقرر أن الإقرار واجب عند الحاجة إليه على كل من عليه حق لآدمي، أو لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها.

ثم قال: وهذا الذي ذكرته ينبغي أن يكون هو المعتمد ولا يصدنا عنه ما ذكره في «النهاية» من أنه لو قال لمن عليه الدين: اشهد على دَيني، فالذي قطع به الأصحاب أنه لا يلزمه ذلك وهو ما اختاره في «التقريب» وحكى وجهًا غريبًا أنه يلزمه ذلك ولا أصل له ولا أعده من المذهب، هذا قول الإمام ونحن قد وجدنا له أصلًا قويًا فلنعده المذهب وكأنه رأى أنه وثيقة كالرهن والكفيل فإنهما لا يلزمانه، والفارق قائم عند المتأمل، وقد قطع في «الوسيط» أنه يلزم التراهن عند قبضه المرهون للانتفاع الإشهاد كل يوم، قال: وإنما قلت له أن يمتنع حتى يشهدوا أيضًا على أنفسهم فإنه لا يلزمه الإقرار على وجه يضره ولو أقر أولًا فربما أنكروه المشاركة متمسكين باليد، والله أعلم.

أبرأه إبراءً عامًا مطلقًا فأقر أنه لا حق له عليه على الإطلاق وكان له عليه مقدار من الدبس سلمًا، وادعى أنه لم يعلم به حالة الإبراء ولم يرده، أجاب بأنه يصدق بيمينه وذلك لأن العموم منتشر الأفراد لا يدخل تحت الحد والحصر وغيبة بعضها عن الذهن ليس على خلاف الظاهر، فإذا ادعى ذلك قبل قوله بيمينه.

فإن قلت: ينبغي ألا يحكم بعمومه ويلحق بالإقرار بالمجهول وحيث حكم بعمومه علم أن تناوله لجميع الأفراد هو الظاهر ويلزم من ذلك أن تكون دعواه عدم إرادته على خلاف الظاهر.

قلت: نعم تناولها لجميعها هو الظاهر؛ ولكن الظاهر قد ترك عند الدعوى في بعض المواضع، وأن نعمل به عند عدمها ومن ذلك إذا قيل: أطلقت زوجتك؟ فقال: نعم، طلقت حكم عليه بالطلاق إذا طلق ولم يدع خلاف ذلك، فإن ادعى أنه أراد أنه كان طلقها في نكاح متقدم وكان لما قاله أصل قبل قوله، وهو على خلاف الظاهر المعمول به عند الإطلاق وما نحن فيه من هذا،

……………………………………………………………………………………

والسبب فيه أن هذه الدعوى في ضمنها حجة يترك الظاهر عند وجودها، وهذا لأنه ادعى عدم العلم بالفرد المعين الذي ادعاه والأصل عدم علمه به فلا ظاهر يدل على عدم علمه به فكان قوله مقبولًا في عدم علمه، ثم يلزم منه عدم تناول عموم أفراده له، وقد وجدت على موافقة ما قررته نصًا عن الشافعي ﷺ.

ذكر صاحب «روضة الحكام» أنه لو قال: لا حق لي في يد فلان ثم قال لعبد: لم أعلم كونه في يده وقت الإقرار؛ صدق عند الشافعي خلافًا لأبي حنيفة، وينبغي ألا يقبل الرجوع عن الإقرار في كل ذلك إلا إذا عضده بتأويل يقبل مثله في مثله كما في الصورة المذكورة.

أقر أن هذا وقف صحيح لازم على ولده فلان من غير ذكر لمن وقفه ولا لوقت الإقرار، ثم مات فأقام باقي الورثة بينة على إقرار المدعي للوقف بأنه تلقى الوقف من أبيه في مرض موته، وأن الموقوف لم يزل ملكًا لأبيه إلى أن وقفه عليه في مرض موته في تاريخ متقدم على تاريخ إقرار أبيه الموصوف أولًا فهل يبطل ذلك بهذا وينزل إقرار الأب على هذا المقيد المتقدم عليه؟ أجاب في الاستفتاء جماعة من المشايخ الذين ماتوا وحادوا عن عين المستفتى عنه بأن فرضوا حالة أجابوا عنها قرارًا من محل الغموض، وكان جوابي بعد الاستجارة والتثبت أيامًا أن ذلك المطلق ينزل على هذا المقيد كنظائره التي منها: أنه لو قامت بينة على إقراره أن لفلان عليه ألفًا وقامت بينة أخرى أنه أقر أنه قبض من فلان خمسمائة في شعبان وثلاثمائة في رمضان ومائتين في شوال فذلك المطلق يحمل على المقيد وبسط القول في تقرير ذلك.

أقر لرجل بدين معلوم وأقر المقر له أنه لا يستحق على المقر دينًا ولا بقية من دين الإقرار جميعًا في يوم واحد معين من غير أن يبين اسمًا؛ قيل بأيهما يعمل وهل يمنع ذلك من المطالبة بالدين المذكور؟ أجاب: يحكم ببينة الإقرار المثبتة؛ فإنه يثبت به أصل شغل ذمته؛ إذ لولاه لجعلنا إقرار المقر له تكذيبًا للمقر ولا يصار إلى ذلك بالاحتمال، وإذا ثبت أصل الشغل والقول بتصديق الإقرارين معًا فلا يصار إلى تصديقهما بتقدير تأخر الإقرار المثبت بناءً على

……………………………………………………………

احتمال طرآن أصل البراءة والإسقاط فإنه لا يترك أصل الشغل باحتمال تعقب المسقط فيتعين تصديقهما بتقدير وقوع الإقرار الثاني قبل الإقرار المثبت، وإذا ادعى المقر له هذا فذلك مقبول، والله أعلم.

قلت: سبق عن «روضة الحكام» أنه إذا شهدت بينة بالمال والأخرى بالإبراء فبينة الإبراء أولى إن أطلقنا وإن وقتنا فالمتأخرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت أخرى فإن البراءة أولى؛ لأنها إنما تكون بعد الوجوب، ويحتمل أن يجعل كما لو ذكرنا وقتًا واحدًا فتتعارضان، انتهى، وهذا قد ينازع فيما ذكره أبو عمرو ﷺ، سئل عمن أقر في ملك هو في يده وتصرفه أنه وقف عليه وعلى جهات بعده هل يثبت هذا الوقف بإقراره؟ فأجاب: بلغني عن جماعة من المفتين أنهم أفتوا بثبوته وذكر صاحب «روضة الحكام» فيما لو أقام الخارج بينة بالملك وأقام صاحب اليد بينة بالوقف أنه هل ترجح بينته؟ فعلى وجهين:

أحدهما: ترجح.

والثاني: لا ترجح؛ لأن اليد تدل على الملك لا على الوقف.

وسئل عن رجل بيده ملك لا منازع له فيه أقر أنه وقفه فلان عليه وعلى نسله ثم على جهة مؤبدة فهل يثبت الوقف؟ أجاب: لا يثبت الوقف عليه بإقراره؛ لأنه اعترف بالملك لغيره وادعى انتقاله عنه بطريق الوقف فهو كما لو قال ذو اليد: اشتريت هذا من فلان لم يثبت الملك له وإن كانت اليد له، أما إذا قال: هذا موقوف عليَّ ولم يعين واقفًا فينبغي أن يثبت ذلك باليد لا سيما إذا قلنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه ودعوى ذلك على الإطلاق كدعوى صاحب اليد الملك على الإطلاق، وإن كان لا بد من منتقل منه إليه؛ لكن يفرق بين المعين والمبهم.

قلت: وسبق عن «فتاوى» القفال خلاف هذا وتكلمنا فيه، وهذا هو المختار.

وفي قوله: وقف فلان على تفصيل تقدم ذكره فيما أظن، ويشبه أنه لو

....

قال: اليوم ذو يد هذا وقفه نور الدين الشهيد مثلًا على جدي وذريته أنه يقبل، بخلاف ما لو قال: وقفه زيد رجل من الآحاد.

وسئل عمن اشترى سهمًا شائعًا من ملك وأثبت في غيبة البائع أن الملك لم يزل ملك أبي البائع إلى أن مات وخلف ذريته وأثبت حصرهم، وأن البائع يخصه من الملك القدر المبيع فإذا ادعى أخو البائع أن أباه وهبه الملك جميعه هبة صحيحة مقبوضة، وأثبت ذلك فأقام شاهدًا في غيبة البائع أن الأب رجع في الهبة المذكور فهل تسمع دعواه ويحلف مع شاهده؟ أجاب: تسمع ويحلف مع شاهد هذا هو الظاهر وأنه يدعي ملكًا لغيره مستقلًا منه البينة فهو كالوارث فيما يدعيه من ملك لمورثه.

قلت: فيه وقفة وربما سبق ما يقتضي خلاف ما ذكره مجيء خلاف فيه، والله أعلم.

رجل بيده عقار يتصرف فيه مدة طويلة فادعى مدع عليه أنه يستحق تسليمه وأنه بيده غصبًا وتعديًا، فأجاب ذو اليد بأنه ملكه وبيده ولا يستحق المدعي تسليمه ولا تسليم شيء منه فأقام المدعي بينة شهدت أن زيدًا أقر له بهذا العقار بتاريخ عينه سابق على الدعوى بعشرين سنة، أو أقل أو أكثر وشهدت أن هذا العقار كان بيد زيد المقر حال إقراره له به ولم تزد في شهادتها على ذلك فهل ينزع من يد المدعى عليه بمجرد هذه الشهادة أم لا؟ أجاب: يثبت له الملك بذلك وينتزع من المدعى عليه والمسألة مسطورة على ما فيها من غموض سطرها العبادي وغيره على نحو هذا.

اشترى من آخر ملكًا ولم يزل بيد المشتري إلى وفاته ومات البائع وزوجته فادعى وارثه أنه مات وخلف الملك على وارثه فأثبت وارث المشتري أن الملك انتقل إليه من أبيه، فإن أباه اشتراه شراءً صحيحًا من والد المذكور، ثم ادعى وارث البائع أن أباه كان عوض زوجته بالملك صداقها وورثوها وأقاموا على ذلك بينة ويد وارث المشتري ثابتة على الملك وتحت تصرفه فهل تصح دعواهم أم لا؟ أجاب: لا تسمع دعوى وارث البائع على مناقضة دعواه الأولى

....

فإن قرنها بتأويل يدفع المناقضة كانت بينة المشتري وبينة التعويض مطلقتي التاريخ أو إحداهما تساقطتا وعمل باليد، ويحكم بها لوارث المشتري.

أقام بينة أن المكان الفلاني طريق يختص به وأقام آخر بينة أنه طريق للمسلمين غير مختص بذلك الرجل؛ نظر إن كانت اليد للأول يختص بالتصرف فيه قدمت بينته، وإن كانت اليد للمسلمين بأن كانوا يسلكونه على العموم مدة من غير منازع؛ قدمت البينة الثانية.

ابتاع شقصين في عقدين، ثم أقام بعد موت البائع بينة على العقدين وطلب الحكم فهل يحكم له بيمين واحدة أم لا بد من يمينين؟ أجاب: إن تعددت الدعوى وأقامت البينة عليها تعددت اليمين، وإن أقام البينة عليها دفعة واحدة اتحدت اليمين.

له أرض وبها غراس يتصرف فيها تصرف المالكين بلا منازع مدة مديدة، ثم تنازعاه فمن المصدق منهما؟ وهل لصاحب الأرض أن يبدل قيمته أو يأخذه مجانًا؟ أجاب: أن القول فيه قول المتصرف بيمينه وليس لصاحب الأرض أن يملكه بالقيمة من غير رضاه، وقرر بأن تصرف المتصرف راجح على كونه مثبتًا للدوام في أرض الغير، وشبهه بما إذا تنازع صاحب العلو وصاحب السفل في سلم في السفل منصوب مثبت للدوام؛ فالقول قول صاحب العلو لكونه المتصرف في الصعود فيه، وإن كان قراره من الأرض لغيره.

قال: وإنما قلنا إنه ليس لصاحب الأرض أن يتملك الغراس بالقيمة؛ لأنه يستحق إبقاءه في ظاهر الحكم على الدوام والتملك إنما يكون في غير ذلك بانقضاء الإجارة والإعارة.

قلت: وقد يصده عن تملكه دعواه أولًا أنه ملكه، وإن اعترف بعد لذي اليد به فهو متهم فيه لغرض التملك، نعم في تصديق ذي اليد أنه ملكه نظر وقد يشكل عليه الرفوف المثبتة ونحوها من السلالم في الدار المكتراة إذا تنازعها الساكن ومالك الدار، إذا طلب صاحب الأرض تملكه بالقيمة ولم تبق منه

……

دعوى ملكيته؛ فيحتمل أن يقال: يجاب إليه ولا سيما إذا عرف تقدم ملك صاحب الأرض لها، وأن الغراس وقع وهي في ملكه، وفي التشبيه بمسألة السلم للعلو وقفة فإنه إنما نصب الصعود إلى العلو فبهذه القرينة قدم صاحب العلو مع ضميمة التصرف، ولا يجيء مثله في الغراس.

سئل الغالب في الغراس كونه لصاحب الأرض ادعى عليه بملك، فأجاب بالإنكار واعترف بأنه ملك لبني صميد فأثبت المدعي أنه من بني صميد فهل يكون له نصيب فيه بمقتضى اعتراف الخصم أنه لبني صميد، فهل تدخل البنات وأولادهن في هذا الاعتراف وصميد جد أبي الموجودين عند الإقرار وهم نحو خمسة عشر نفرًا ذكورًا وإناثًا؟ أجاب: لا يدخل في ذلك البنات، ويحكم بأنه لبني صميد لصلبه باعتراف الخصم، ثم من بعدهم يكون لورثتهم يتعاقب على نصيب كل واحد منهم ورثته، وهكذا إلا أن يظهر بالقرينة أنه أراد ببني صميد الذكور الموجودين من ذريته الآن عند اعترافه فيحصل بينهم بالسوية، انتهى.

ادعى على أخيه بحصة من ملك في يده بطريق الإرث عن أبيهما فأنكر ونكل عن اليمين، فحلف الحاكم المدعي، وحكم له فأحضر المدعى عليه بينة على إقرار أبيه أنه ملكه ومستحقه دون المدعي وسائر الناس ويثبت ذلك عند الحاكم فهل يرفع ذلك الحكم للمدعي باليمين المردودة؟ أجاب: نعم نرفعه بشرطه، والله أعلم.

قلت: وسبق بناء سماع دعواه وبينته على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة فعلى الأول، وهو المرجح لا تسمعان، كما لو كان قد أقر قضاء، واختار البغوي لنفسه السماع، وإن جعلناها كالإقرار.

زوجان لأحدهما ملك فمات الزوج ثم ماتت الزوجة فأقام وارثه أن الملك لها دون الزوج وأنها كانت مالكة حائزة ملكًا شرعيًا إلى حين ماتت، وأقام وارث الزوج منه أن الملك للزوج دون الزوجة إلى حين الموت، وتركه لورثته وأنه في يد الزوجة بطريق الغصب والتعدي فمن تقدم بينته؟ أجاب: إذا شهدت بينة ورثة الزوج فالملك له، ويكون ذلك في يد الآخرين بطريق الغصب

....

والتعدي من الزوج أو من ورثته قدمت بينتهم عند هذا العبد وهو كونه مغصوبًا.

نعم؛ بيده دار ادعى آخر أنها وقف عليه وأثبت أن الواقفة لم تزل مالكة حائزة إلى حين وقفت فادعى ذو اليد أنه اشتراها من شخص، فإنه مالك حائز وتاريخ الوقف أقدم من تاريخ الذي ادعى ذو اليد، وأقام بينة وحكم له حاكم فادعى المدعي أنها في يده بطريق الغصب والتعدي فمن المقدم منهما؟ أجاب: تقدم بينة ذي اليد إذا لم يظهر أنها شهدت بناء على مجرد اليد، فإن أثبت المدعي الخارج أن يد صاحب اليد غاصبة من يده صار هو صاحب اليد وقدمت بينته، والله أعلم.

قلت: في عدم تقديم بينة الوقف مع تقدم تاريخها نظر، وإن لم تقم بينة بأن يد ذي اليد غاصبة، ولا تقدم مما سلف ما يقتضي تقديمها، والله أعلم.

اشترى ستة أسهم من أربعة وعشرين سهمًا من أرض محدودة معروفة وبقية الأرض لملاك معينين، ثم بعد مدة وقع بين بقية الشركاء منازعة في قدر ما لكل واحد منهم؛ فأقام المشتري بينة بأن البائع كان مالكًا للربع الذي باعه منه حالة البيع وبيده وتصرفه، ثم أقام آخر بينة بأن ثلث الأرض ملكه، ثم أقام شريك آخر بينة بأنه مالك لجميع ثلاثة أسهم من أربعة وعشرين هي ثمن جميع الأرض المعينة فاجتمع من ازدحامهم ومما أثبتوه خمسة وعشرين سهمًا، فهل يدخل النقص على الجميع وتعود السهام إلى خمسة وعشرين سهمًا من فرق بين أن يكون وسبق ملك الشركاء دفعة واحدة في مجلس واحد، أو أثبتوا ذلك على الترتيب؟ أجاب: السهم الزائد وقع فيه التعارض فيرجع إلى الترجيح.

فإن كان الأولان صاحبي يد على إقامته بينهما فمدعي القراريط الثلاثة مدّعي القيراط ثالث مما في أيديهما لم تقم بينة على غصبهما لذلك منه رجحت بينتهما باليد، واقتصرا بالثالث على القيراطين الفارغين، وإن أقام بينة على غصبهما ذلك منه صار صاحب يد في ذلك القيراط فيؤخذ له مما في أيديهما على قدر شهادتهما، ولا بد من هذا القيد وهو كون غصبهما منه، وإذا لم يكن ترجيح والملك في أيديهم فالقول قول مدعي الثلاثة ومدعي الستة مع اليمين؛

لأن يد كل واحد منهم على الثلث وينشأ من ذلك اختصاص مدعي الأكثر بالنقص، ثم إنه لا أثر لتقدم إقامة البينة وتأخرها ومعلوم أنه إذا خرج بعض المبيع مستحقًا فلمشتريه خيار الفسخ.

قلت: ولم يبن لي اعتبار كون الغصب منه ولا بد ولم لا يكون الغصب ممن تلقى منه ذلك بإرث وغيره وهو مالك حائز إلى حين انتقاله إليه كالغصب منه، والله أعلم.

قامت بينة بأن فلانًا توفي في رمضان من سنة كذا، وأقام بعض الورثة بينة أنه أقر له بدار في سنة كذا لسنة بعد المذكورة بسنة فأيتهما تقدم؟ أجاب: يعمل بالبينة التي أثبتت موته في رمضان سنة ست عشرة، فإن الأخرى مستصحبة وهذه مغيرة فعند زيادة علم وكونها أثبتت الإقرار سنة سبع عشرة ليس معارضًا لذلك فإنه ليس فيها لأكثر من أنها استصحبت الحياة وأثبتتها في التاريخ المتأخر ذاكرة بعض أوصاف الأحياء فيصير كما لو شهدت إحداهما أنه مات في تاريخ متقدم، وشهدت الأخرى أنه كان حيًّا بعد ذلك يأكل ويشرب فإنه لا يحصل بذلك مقابلة وتعارض فسواء إثباتها أصل الحياة فحسب، وإثباتها أصل الحياة وشيئًا من الصفات التابعة وليس هذا من قبيل ما إذا شهدت بينة أنه مات من مرضه الفلاني وبينة أنه برأ من ذلك المرض ومات من غيره؛ فإن الصحيح أنهما يتعارضان والفارق ما أثبته من البرء من ذلك المرض فإنه أيضًا نقل من الاستصحاب، والله أعلم.

قلت: وسبق عن الإمام والغزالي والرافعي عند الكلام على قول «المنهاج»: ولو مات نصراني عن اثنين مسلم ونصراني، ما ينازع مما ذكره من تقديم بينة موته في رمضان وفيما استشهدت به لذلك فراجعه.

وسئل عمن أثبت دينًا على ميتة وادعى أن لها على زوجها مهرًا ولم يدع ذلك وارثها؛ أجاب: لا تسمع دعواه فإنه يدعي حقًّا لغيره غير منتقل إليه وغايته إذا ثبت له فيه تعلق من غير أن يثبت هو له في عينه وذلك لا يوجب صحة الدعوى، كما لو ادعت الزوجة دينًا لزوجها فإنها لا تسمع، وإن كان لو

....

ثبت لتعلق لها به حق النفقة، وقد تقرر أن الصحيح أن غرماء المفلس لا يحلفون مع الشاهد الواحد عند النكول.

قلت: وفيما أجاب به وقفة للمتأمل ولا تكاد تعدم مما تقدم في باب القضاء على الغائب أو غيره ما ينازعه في فتواه ومعهود أن الإنسان يقيم البينة لإثبات ملك غيره، ولا يحلف لإثبات ملك غيره.

أقر في مرض موته أنه وقف ملكًا معينًا على ابنته وهي وارثته مع ابن أخيه وبعد ابنته على جهات بر مفصلة، وأقر أن ذلك وقفه قبل مرضه في كمال أوصافه فنازعها ابن عمها، وقد كانت اعترفت له بثلث المكان ملكًا فهل هذا الإقرار باطل أو مقبول؟ وهل يبطل فيها اعترفت فيه بالملك أم لا؟ أجاب: لا يبطل هذا الإقرار في حق البطن الثاني وسائر البطون؛ بل يثبت به الوقف بالإضافة الثانية، ثم لا يكون حقهم في حكم الوقف المنقطع الابتداء حتى يكون على الخلاف فيه فإن إقراره فيهم مقبول بتمام وصفه الذي فيه الاتصال؛ لانتفاء المبطل بالنسبة إليهم، وأما في حق البطن الأول فحكمه أن المقر به يصرف نقله الآن إلى البنت فإنه إن كان الأمر في حقها على رأي من يصحح مثل هذا الإقرار فهي تستحقه باعتبار كونها أقرب الناس إلى الواقف لكون أصل الوقف قد ثبت على الجملة على ما تقدم ذكره، وليس له الآن مصرف معين بحكم الوقف وعن شرطه لكوننا على هذا لم نصدق الإقرار بتعيينه ثبوته، وإذا جهل مصرف الوقف صرف على الأصح إلى أقرب الناس إلى الواقف، وهذه البنت هي الأقرب، ثم لا تمنع من استحقاقها بهذه الجهة اعترافها المذكور فإنه لا يخدش بوجه السبب المذكور.

قلت: ولم لا تؤاخذ البنت بمقتضى إقرارها في الثلث بالنسبة إلى مُغَلّه إذا تعذر إعمال إقرارها، ورأيت من يفتي ممن أدركنا بإلغاء إقرار من أقر من أرباب الوقف بأن غيره يستحق منافع الوقف أو بعضه دونه، ومن يفتي بإعمال إقراره في حق نفسه مدة حياته، والقلب إليه أميل؛ بل هو القياس.

وقوله: إن إقرارها لا يخدش في وجه النسب المذكور مشكل؛ إذ ليس معنا

....

وقف محكوم به ببينة عادلة وملكية الواقف له؛ بل اعتراف مجرد منه أخذ به، نعم لو أبدت عذرًا بأن قالت: جهلت كون أبي وقفه لصغري ونحو ذلك فينبغي تصديقها بيمينها وتأخذه وقفًا، وأما مع إصرارها على الاعتراف وسكوتها عن إبداء عذر ففي استحقاقها مغل الثلث المقر به نظر؛ وأطلق ﷺ الصرف إليها بالسبب المذكور ولم يتعرض لاعتبار فقرها والأصح اشتراطه، والله أعلم.

شخص غائب ثبت عليه دين فاعترف حاضر في يده عين بأنها للغائب فهل تباع بمجرد ذلك في إبقاء دينه؟ أجاب: أنها تباع إذا طلب ذلك رب الدين من الحاكم ولا يتوقف على إثبات ملك الغائب ببينة، فإن اليد انتقلت عن الحاضر باعترافه إلى الغائب فتصير كشخص في يده دار مثلًا غاب وثبت عليه دين فإنها تباع في دينه ولا يمنع من بيعها ادعاء مدعٍ لها من غير بينة؛ لأن دعواه لا تسمع على الغائب إذا لم يكن له بينة لعدم فائدتها.

قلت: وفيما ذكره من الأصل والفرع نزاع للأصحاب أشرنا إليه في التفليس، وكتاب القضاء وأوضحت المختار فيه، وأعاد السؤال أو نحوه من بعد وأجاب بأن المقر يؤاخذ بإقراره ويباع في الدين وإن لم تقم بينة على أنه ملك الغائب وتصرف في دين قضاء الغائب المقر له بها ما لم يكن إقراره مقيدًا موصولًا بما يمنع من ذلك ككونه رهنًا لغيره معدلًا في يده، ونحو هذا هو الظاهر، وأود لو صادفته منقولًا ثم أشار إلى تخريج خلاف في قبول قول ذي اليد أنه عدل في يده رهنًا، ثم قال: وللبحث في المسألة مجال.

دار قامت بينة أن مالكها رهنها من فلان في شهر ربيع الأول سنة سبع وستمائة، وأقام آخر بينة أنه أقر له بها سنة سبع ولم يذكر شهرًا معينًا؛ أجاب: تتعارض البينتان بناء على القول الصحيح فإن صحة الرهن مانعة من صحة الإقرار، ثم موجب التعارض على القول الأصح التساقط فلا يثبت إذن الراهن ولا الإقرار.

وإن قلنا: إن من رهن ثم أقر لغيره يقبل إقراره فتسلم الدار هنا للمقر له ويبطل الرهن.

....

قلت: إذا لم تتعرض بينة الرهن لإقباضه ولا يثبت الإقباض بغيرها؛ ففي معارضتها لبينة الإقرار نظر، وسكت الشيخ عن بيان ذلك.

أقام بينة أن هذه الدار خلفها فلان لورثته وعينهم وأقام ذو اليد بينة أنها انتقلت إليه عن هؤلاء الورثة بطريق الابتياع من غير تفصيل لحصصهم ولا تبيين فهل يكفيه ذلك ويحكم ببينته أم لا؟ أجاب: بعد التوقف لأيام أنه يحكم ببينة المدعى عليه لا سيما إذا كانت بينته قد شهدت له بالملك، وإنما ذكرت الانتقال على الورثة تعرضًا منها للسبب، ولهذا أصول ونظائر محققة محفوظة، وإنما يقدح في صحة الدعوى جهالة تمنع من استيفاء المحكوم به وتوجيه المطالبة نحوه، وذلك حيث يكون المدعي مجهولًا مترددًا أن يكون هذا أو ذاك أو هكذا أو كذاك، أما إذا سلم المدعي من هذا وكان محصورًا بحاصر يضبطه فلا قامت بينة ألا وارث لميت إلا فلان وفلان، ثم قامت بينة أخرى لثالث بكونه وارثًا؛ احتيج إلى تجديد بينة بالحصر ومن الحجة أنه بطلت الثقة بتلك البينة فيما شهدت به من الحصر لتبين خطئها.

قلت: قضية ما سبق عن الأئمة أنه يعمل بهما عند الإمكان ويشترك المشهود لهم بالإرث من غير احتياج إلى تجديد بينة بالحصر، كما لو قامت بينة بأن هذا ابنه لا نعلم له وارثًا سواه، ثم قامت بينة ببنوة ابن آخر خفي على الأولى تقسم التركة بينهما.

أقام بينة أن الملك الذي في يد فلان ملكه وحكم الحاكم له بها ولم تزل يد المدعى عليه حتى مات، وانتقل إلى يد ورثته فأقام المدعي بينة بالحكم المذكور، وأقام الوارث بينة بأن مورثه مات وهو ملكه وفي يده فبأيتهما يحكم؟ أجاب: تقدم بينة الوارث ويحكم بها، وإن ترجحت الأولى بالحكم وهو مرجع على أحد الوجهين لترجيح الثانية بالتنصيص على إثبات الملك في وقت متأخر عما شهدت به الأولى، ففيه إثبات للتجدد ولترجيحها باليد أيضًا وإنما قلت على الأصح للخلاف الثابت في إلحاق بينة الوارث على الوجه المذكور بالبينة الشاهدة بالملك السابق.

....

قلت: قوله: وإنما قلت على الأصح؛ يفهم أنه قال تقدم بينة الوارث ويحكم بها على الأصح، وأما ترجيحه بإثبات التجدد الذي تضمنته بينة الوارث ففيه نظر؛ إذ لو نظر إلى التجدد واعتبر لاحتاج إلى دعوى الانتقال من المحكوم له على ما مرّ، والأقرب أنها مستحبة لليد السابقة على الحكم ولا سيما إذا كانت جاهلة بالحكم الواقع، للخارجي عليه دين فأقر به رب الدين لآخر فادعى عليه به فقال المدين: أتحلف أنك تستحق هذا الدين علي من وجه حق صحيح شرعي؟ هل له ذلك؟ أجاب: إن كانت البينة شهدت بالإقرار فذلك صحيح على الأصح، وللمدعى عليه تحليفه على استحقاقه، وإن كانت شهدت بالاستحقاق فإن ذَكَرَ المدعى عليه لدعواه محملًا نافيًا لتكذيب البينة كان له تحليفه، ومن ذلك أن يقول: إنما شهدت البينة على الظاهر وفي الباطن مسقط لا مطلع عليه.

قلت: ظاهر كلامه أنه يكتفي بهذا اللفظ التحليف وفيه نظر؛ لأنه مدعٍ فسبيله أن يبين ذلك ليتوجه اليمين كقوله: كنت مكرهًا في الباطن وبينه، وإلا فقدٌ يظن ما ليس بمسقط مسقطًا، لا يحلف المدعي على عمى بدعوى مبهمة.

امرأة حضر عندها شهود ليشهدوا عليها بإبراء قوم فقالت: ما أشهد عليَّ حتى آخذ الكتاب الفلاني، فقيل لها: اشهدي عليك واتركي الإشهاد عندك فإن حضر الكتاب المطلوب، وإلا فلا تسلمي الإشهاد عليك إلى أحد ثم استنطقوها فقالت: اشهدوا عليَّ، ففعلوا وتركوا الإشهاد عندها فجاءتهم بعد ساعة وقالت: لا تشهدوا عليَّ بشيء فإن الكتاب المشروط ما حضر، وطلب من الشهود أداء الشهادة في نسخة ثانية فهل يحل لهم ذلك والحالة هذه؟ أجاب: إذا كان هذا هو الذي وجد منها لا يجوز لهم أن يشهدوا عليها بالإقرار؛ لأن قولها: اشهدوا عليَّ قد ثبت أنه ليس بإقرار فإنه لو كتب قبالة بنفسه أو كتبها غيره أو كتبها على الأرض وقال: اشهدوا عليَّ بمضمونه لم يكن إقرارًا خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا كتبها بنفسه، كما ذكراه في «الإشراف» و«العدة» للطبري.

……………………………………

ثم وقف عليها بعض من يفتي بدمشق فأرسل مستنكرًا يذكر أن هذا خلاف ما في «الوسيط» أنه لو قال: اشهدوا عليَّ بما في هذه القبالة وأنا عالم به؛ فالأصح جواز الشهادة على إقراره بذلك فبينت أن تلك مسألة أخرى مباينة لهذه ففرق بين قوله: أشهدك عليَّ مضافًا إلى نفسه في الإقرار أن يجعل إقرارًا، وفي «البيان»: أنه ليس في ذلك غير الإذن في الشهادة عليَّ ولا تعرض فيه للإقرار بالمكتوب، فإذا كان ذلك في غير هذه الصورة فكيف في هذه الصورة مع ما فيها من القرينة المشعرة بأنها لم تسمح إلا بأن يكتبوا في المكتوب شهادتهم من غير أن تنجز الإبراء وثبت الإقرار، والله أعلم.

قلت: وعلى التسامح بالتحمل بقول القائل: اشهد عليَّ بكذا، جرى الناس في هذه الأعصار، واطرد العرف به، وذكرت في فصل تحمل الشهادة من «الغنية» عن «فتاوى» الغزالي في ذلك تفصيلًا حسنًا.

وعن الدبيلي إطلاق القول بالمنع منه والتشديد في ذلك فراجعه فإنه مهم عند المحتاط المتحفظ في التحمل، هذا ما اتفق انتخابه من «فتاوى» أبي عمرو، وإنما أوردت أكثرها لأني رأيت كثيرًا من قضاة العصر ومفتيه يعتمدونها في أمثال هذه الحوادث وفي بعضها ما أشرت إليه، وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

سُئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن وصي أو قاض دخل بيت الميت وبه أمتعة وأموال والمنزل ملكه أو مستأجر وبه جماعة من زوجة وولد كثير وغلام أجنبي كلهم ساكنو المتوفى ولا يرون به، فادعى كل منهم شيئًا ولا بينة هناك، وجاء أناس فطلبوا ودائع من الوصي على الأطفال وما تم سوى المذكورين، وكل منهم يشهد للآخر ويدهم على ما في البيت وكانوا يشاهدون في دخولهم وخروجهم ومقامهم في المنزل في حياة الموصي الميت، فما السبيل إلى صرف ما يدعيه كل منهم إليه وبراءة ساحة الوصي أو الناظر؟ هل يكفي إيمان كل واحد منهم على ما يدعيه أم لا بد من بينة عند الحاكم أو

....

شهادة من يرضاه الوصي ويسكن إليه كاف؟ وهل يسمع قول الزوجة أو بعض المساكين المقيمين بالمنزل أن هذه وديعة فلان أم لا بد من بينة؟ وهل على المودع يمين مع البينة أم لا؟

الجواب: إذا كانت أيديهم على ذلك فأقروا بشيء لبعضهم أو غيرهم قبل إقرارهم فإن اختلفوا وجعل بينهم بالسوية ولا يقبل قول الوصي وتقبل شهادته بشرطها، ومن شهد من أرباب الأيدي قبل قوله في قدر نصيبه ولا يقبل في نصيب غيره حتى تثبت عدالته، انتهى.

وقوله ﷺ تعالى: (فإن أقروا بشيء) إلى قوله: (وجعل بينهم بالسوية) محمول على ما يدعون اختصاصهم به من ذلك ويدهم ثابتة عليه وهم أهل التصادق، وإلا فإقرار الكامل لا يقبل في حق الناقص من طفل ومحجور عليه.

وأفاد أن يد الوالد الكبير للمساكين لأبويه في المنزل مشاركة لأيديهما على ما فيه، فالظاهر أن الولد الصغير والمجنون ليس كذلك بل يكون تبعًا لهما لا عبرة بيده الحليمة لكن سبق أنه لا فرق بين أن يكون أحد الزوجين أو الأخوين كبيرًا أو صغيرًا، وقد يفرق بالتبعية، وهل البالغ السفيه مع الأب كالرشيد؟ فيه وقفة وهذا إذا لم يعهد له ولا للصغير والمجنون مال، وأما الغلام الأجنبي ففي النفس من إلحاقه بالولد الكامل في غير ما يده الحسية عليه حزازة وربما سبق ما يمنعه، وسكت ﷺ عن جواب السائل أنه إذا سكنت نفس الوصي إلى المدعي والظاهر أنه لا يكفي في الظاهر قطعًا، وإن علم الموصي صدق المدعي وأمانته بل لا بد من الثبوت بالحاكم بشرط ولا بد من اليمين المعتبرة في الحكم على الميت والصغير، نعم يظهر أنه إذا علم الوصي حقيقة الحال أنه يسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى بل هو يجب عليه باطنًا إذا كان لا يقبل قوله فيه بمفرده حيث لا شاهد سواه، والحاكم ممن لا يقضي بشاهد ويمين ونحو ذلك أو كان الحق لمن لا يمكن تحليفه في الحال كالأطفال ونحوهم، والله أعلم.

وسُئل عمن بلغ بالغًا وهو معترف بالرق له ثم ادعى بعد ذلك أنه حر

....

وأظهر كتاب عتق متقدم التاريخ على البيع فهل تسمع دعواه بما يخالف إقراره، فإن لم تسمع هل المشهود أن يؤدوا الشهادة بالحرية حسبة وهو لا يدعيها؟ فأجاب: أن يدعي ذلك ويقيم عليه البينة ولو لم يقم البينة أوجب على من يعلم الحرية أن يشهد بذلك حسبة، انتهى.

وسبق مرات ما ينازع في سماع دعواه وبينته إذا لم يذكر تأويلًا محتملًا، والله أعلم. لكن قد يفرق بأن العرف هنا مطرد بأن العتيق يطلق على نفسه أنه مملوك فلان وكذلك غيره من الناس، وإن علموا عتقه وتحققوه فيقولون: هذا مملوك فلان كما يقوله هو عن نفسه نعم إن أقر على نفسه صريحًا بأنه باقٍ في رقه ففي سماع دعواه من غير تأويل ما أشرنا إليه.

فصل فيه جملة مما جمع من «فتاوى» الشيخ تاج الدين ومعاصريه ومنهم المصنف رحمهم الله وإيانا:

رجل كان له ملك وللملك حق من الماء يجري في ملك له آخر، وكان حق الماء المذكور قد دثر وخربت قناته فباع المالك ذلك الملك الذي فيه حق إجراء الماء بجميع حقوقه ومرافقه، ثم باع الملك لآخر فأصلح المشتري قناته وأراد إجراء الماء في تلك القناة الدائرة، وأن يسوق الماء في ملك المشتري الأول، فهل له منعه منه؟ أجاب: البرهان المراعى له إجراء الماء وعمارة القناة وليس للمشتري الأول منعه منه ولا من عمارة القناة، وصحح على جوابه الشيخ تاج الدين الحيوان، قال الشيخ تاج الدين الفزاري: ووافقتهما، ثم ظهر لي أن له المنع من ذلك.

قلت: ما أفتوا به ظاهر؛ لأن الحق المستقر لا يبطل الدثور طريقه ولا مجراه، بل يبقى أبدًا هذا مقتضى المذهب، ولا تعدم له شواهد، نعم يظهر أن للمشتري الأول الخيار إذا جهل الحال اشترى أذرعًا معلومة من أرض، على أن تحفر قناة فإذا حفرها رمى التراب حول القناة في أرض البائع، وكان قد اشترى للحفر بحقوق ذلك، قال الشيخ الفزاري: فكتبت له ذلك ثم وقع عندي تردد بسبب أن إلقاء التراب في غير المبيع تصرف في ملك البائع، والعقد لا

……

يوجب ذلك، ثم قلت: ويمكن تخريجه على ما ذكره الغزالي فيمن باع أرضًا محفوفة بملك البائع وشرط المرور، فللمشتري المرور من جميع الجوانب وعندي بعد وقفة، انتهى.

والقياس المنع لما فيه من تعطل ملك الغير التعطيل الدائم والتشبيه بالمرور بعيد، نعم قد يوجه بأن العرف جارٍ، بأن من حفر قناة بصحراء ألقى ترابها على حافاتها فكأن البائع رضي بذلك بحكم العرف، وفيه نظر.

له أرض لها شرب من دولاب على سكْرٍ على نهرٍ مباحٍ فعمرها دارًا وباعها بحقوقها ولم يعين في البيع الدولاب والسكر المستحقَّ لشربها، فهل يدخل ذلك في قوله بحقوقها أم يقتصر على ما يستحقه خصوصية الدار من صرف مياهها وحريم جدارها؟ وهل إذا كان في الأرض المملوكة قناة لغير المالك أو على جداره جذوع لغيره هل له أن يزيل ذلك عن ملكه من غير بينة على عدوان الغير أم لا؟ وهل إذا ثبت عليه حق فادعى على المدعي أنه يعلم عدم استحقاقه وطلب يمينه تتوجه عليه اليمين أم لا؟

أجاب أيضًا: بأنه لا يدخل الدولاب والسكر إلا أن يقول بحقوقها الخارجة عنها ولا تزال يد صاحب القناة والجذع إلا ببينة تشهد بتعديه بذلك وتتوجه الدعوى بعلمه بعدم استحقاقه وتلزمه اليمين.

قلت: وما ذكره في الدولاب والسكر هو قضية ما في «الإشراف» و«روضة الحكام» عند الإطلاق، قال شريح الروياني: والحقوق الخارجة مثل المنفذ والساباط المنفصل ومجرى الماء وهو الشرب المملوك من نهر، فإن ذلك لا يدخل في إطلاق البيع، وذكر الهروي نحوه، وأما إذا قال: بحقوقها، فسبق في البيوع عن الرافعي: إنه لا تدخل مسائل الماء في بيع الأرض، وكذا لا يدخل فيها شربها من النهر، والقناة للمملوكين إلا بشرط أن يقول بحقوقها، وأما ما ذكره من منع إزالة يد صاحب القناة والجذع إلا ببينة تشهد بتعديه، فعبارة موهمة ومراده: إذا لم يعرف أصلها أصلًا، أما لو عرف أن أصله إعارة أو إجارة مؤقتة، فحكمه مبين في كتاب الصلح على أنه سبق في «فتاوى»

....

القاضي الحسين أو البغوي ما يقتضي أن له ذلك، وتكلمنا عليه، وأما ما ذكره من تحليف المدعي ففي إطلاقه نظر يعرف مما سبق في طلبه يمين المدعي بعد قيام البينة عليه بالحق.

أفتى ابن عبد السلام أنه يصح بيع المصادر إذا لم يكره على عين البيع، وأنه لا تسمع الدعوى بالإكراه وإلا الشهادة به إلا مفصلة، وأن يتفق الشاهدان على ذلك التفصيل، وأنه إذا ثبت إقراره بالطواعية لم تثبت دعواه أنه أكره على الإقرار بالقبض، لم يثبت إلا ببينة تشهد على أنه أكره على الإقرار بالقبض الإكراه المعتبر وتابعه على هذا جماعة كثيرة.

قلت: وربما يفهم من كلام الأئمة وما سلف في كتاب «الإقرار» وغيره ما ينازع في هذا الحصر في البينة، إذا دلت القرائن على صدقه في دعوى الإكراه فراجعه.

أثبت دينًا له على ميت وأنه لم يزل مالكًا حائزًا لكذا، وحلف على الاستحقاق وطلب بيع الملك في دينه، فنصب الحاكم عدلًا باعه منه، ثم قاصص العدل البائع المشتري بالثمن من بعض دينه، ثم أجر المشتري المكان مدة سنين وأقر بالأجرة لشخص عينه ثم غاب إلى فوق مسافة القصر، ثم حضر آخر فأثبت على الميت دينًا وحلف عليه وطلب من الحاكم المحاصصة في البيع، فهل له ذلك أم لا لكون البيع قد تعلق به حق المستأجر والمقر له بالأجرة، فإن وقعت المحاصة، هل يحكم ببطلان البيع أو يباع على الغائب، ومع ذلك كله هل يحكم ببطلان الإجارة والإقرار في القدر المحاصص به أم لا؟ أجاب الشيخ عز الدين: البيع صحيح، فإن كان للميت تركة غير ذلك وفي الدين الثاني منها وإلا وقعت المحاصة في ثمن المبيع ولا يبطل البيع، ويصح إيجار الأول لما يقابل قدر المحاصة لكن يؤخذ منه من ثمنه قدر المحاصصة ويحتمل ألا يصح الإيجار لذلك، انتهى، وهذا جواب مشكل «جامع الفتاوى» أغفل شيئًا منه.

وأجاب النصير مبارك بن الطباخ من المصريين البيع صحيح عند تحقق معتبراته، وكذلك الإجارة أيضًا، ويطالب المشتري بقدر حصة الغريم الثاني

……

من الثمن، انتهى، وهذا صحيح.

له دين وبه رهن فأقر بأن الدين لزوجته وابنه الذي تحت حجره، فهل ينفك الرهن بهذا الإقرار؟ أجاب المصنف والشيخ عز الدين الفاروثي الشافعي أيضًا: بأنه لا ينفك، قال الشيخ تاج الدين: والجوابان غلط صريح، فإن الرهن ثبت للأول برضا صاحبه بيده ولم يرض بغيره، فإذا نقل الدين إلى غيره لم ينتقل الرهن إليه؛ لأنه لم يرض بيد الآخر، وصورة الإقرار أنه قال: صار الدين لولده وزوجته بوجه حق صحيح وإنما يصير الدين لهما بذلك بالحوالة، وإلا فالدين لا يصير لهما بوجه لازم بغير ذلك، ثم لو قال هذا المقر: لم يكن إقرارًا صحيحًا؛ لأنه لا حق لهما علي وإنما قصدت بذلك تخصيصهما بهذا الدين دون الورثة والحال في المسألة كذلك، فإنه كان مريضًا حين أقر، وذكر أنه قصد ذلك، قال الشيخ: فهل يقبل قوله في ذلك بيمينه؛ لأن ظاهر الحال واعتبار الناس ذلك يشهد له؟ فإن قيل: فهل يبقى الرهن كما كان؟ قال الشيخ تاج الدين بعد اعتراضه: إنه يقبل قوله، وأن الرهن لا يعود؛ لأن إقراره الأول أوجب فك الرهن، وذلك حق لآدمي فلا يقبل الرجوع.

قال: وسمعت القاضي نجم الدين ابن سَني الدولة أبا الفقيه العلامة، يقول: إن هذه المسألة مسطورة، إذا كان له دين وبه رهن فأقر بالدين لآخر انتقل الدين بالرهن معه، انتهى.

قلت: إن أقر بأن اسمه في الوثيقة عارية وأن المداينة والارتهان كان لهما، فبقاء الرهن بحاله واضح، وإن أطلق الإقرار من غير بيانٍ للحال فهو كذلك على احتمال ما، وإن دل كلامه على انتقاله إليهما بحوالة أو بيع فالانفكاك هو الظاهر واعتراضه صحيح، وعجبٌ قوله: فإن الرهن ثبت للأول إلى آخره، فإنه يصلح أن يكتب [شرطًا] بعدم إقرار يدهما، لا لانفكاك الرهن، وأما قبول قول المقر بيمينه أنه قصد التخصيص فظاهر في حق الولد بعيد في حق الزوجة لا يجيء على المذهب أصلًا، وإنما قلنا به في الولد؛ لأنا نرى أن الراجح قبول تفسيره الإقرار المطلق له بالهبة، ولا كذلك الزوجة ونحوها.

....

طلبت الزوجة صداقها فدفعه إليها وأراد السفر بها ، فحكم الحاكم بالسفر ، فحضر شخص وادعى دينًا عليها فصدقته ، فطلب حبسها وتعويقها عن السفر ، فهل يجاب؟ أفتى الشيخ تاج الدين : بأنه لا يسقط حق الزوج من السفر بها بذلك ، ووافقه جماعة من الفقهاء ، والقاضي البستاني أيضًا ، قال الشيخ : وخالف القاضي عز الدين ابن الصائغ في ذلك وحبسها وهو خطأ.

قلت : ليس بخطأ ، وسبق عن «روضة الحكام» في المسألة بعينها أن للمقر له حبسها ومنعها السفر معه ، وأنه لا يقبل قول الزوج إن قصدها بالإقرار لامتناع من المسافرة ، ولم يذكر سواه وهو القياس.

ثم ذكر أنه لو أقام الزوج بينة بأنها قصدت بذلك تعطيل المسافرة فهل تقبل؟ وجهان ذكرهما في باب القضاء واستبعدنا هذه البينة هكذا ، وقد تسمع على إقرارها قبل الإقرار للغير ، وفيه نظر.

أفتى الشيخ تاج الدين بأن شهادة الأجانب برشد امرأة أجنبية منهم مقبولة ، ووافقه البرهان الراعي وجماعة ، فأنكر ذلك عليهم القاضي ابن خلكان وقال : إنه خلاف نص الشافعي في «المختصر» فإنه نص أنه لا تقبل إلا شهادة المحارم ، وأشار به إلى قوله في «المختصر» : واختيار المرأة مع علم صلاحها لقلة مخالطتها في البيع والشراء أبعد ، فيختبرها النساء وذوو المحارم بما وصفت ، قال الشيخ تاج الدين : ولم أجد هذه المسألة في «النهاية».

وقال القاضي أبو الطيب في «تعليقه» : وأما الإناث فذكر صفة اختيارهن ولم يتعرض لتخصيص الشهادة بالمحارم وهذا موضع بيانه ، ولو كان كلام الشافعي يشير إليه لبينة وأما تعرض الشافعي للطريق الغالب في الاختيار دون الشهادة ، وقال القاضي الحسين في «تعليقه» : وأما الجارية فتختبر بأن يعاملها محارمها والنسوان ، وقال الماوردي : واختبار الجارية في رشدها أصعب من اختبار الغلام الذي يجوز للولي اختباره ، وإن كان أجنبيًا ، وصرح في «المهذب» باختبار الولي المرأة من غير اشتراط محرمية ، انتهى.

....

قلت: وهذه استرواح ضعيف، والظاهر الغالب أن الأجانب لا يطلعون على رشد المرأة دينًا ودنيا إلا بالتسامع أو المخالطة المطلعة على ذلك ممتنعة، وقد أفتى الشيخ الإمام أبو عمرو بن الصلاح بجواز الشهادة بالرشد بالتسامع، فإن صح هذا فذاك، وسبق عن القفال الكبير والقاضي الحسين تجويز الشهادة بالعدالة بالاستفاضة، وأن الغزالي مع ذلك، ونازعه الرافعي فيه كما بيناه، وهو يقرب مما نحن فيه ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة، ومعرفة الرشد أصعب فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة: حجر قاضي الشام الشافعي على امرأة أسد الدين بن موسك بالسفه وعمرها فوق الستين، بدعوى ابنها وهو صغير محجور عليه، وأقيم عنه من يدعي وسمع البينة، وحجر بذلك.

قال الشيخ تاج الدين ﷺ: وهذا لم يسبق إليه لأن الصغير لا دعوى له، وإن كان الذي أقيم نائبًا عنه لأنه ناظر في أمور المحجورين فكيف ينفذ حكمه لنفسه؟

قلت: وهذا اعتراض عجيب، ومعلوم أن دعوى الصغر لغو قطعًا، ونصب الحاكم مدعيًا لا يقدح في الحكم بسماع البينة بل له سماعها بالسفه بحجر حبسه، وكما صرح به الأئمة ولا نزاع عندنا أعلمه، إن للقاضي أن يحجر على السفهاء بالسفه المستمر وغيره مما يطرأ فما فعله القاضي لا إنكار عليه فيه، والله أعلم.

مسألة: له دار ولجاره مكان ينزل منه الضوء إلى دار جاره من جداره فهل لصاحب الجدار أن يسد الكوة التي ينزل منها الضوء إلى جاره؟ وهل له أن يهدم الحائط بالكلية أم لا؟

أجاب البرهان المراغي ليس له هدم الحائط لحق الشرع، ولا أن يسد الكوة لحق الجار، وجواب القاضي بهاء الدين ابن الزكي: ليس له أن يسد الكوة، وجواب الخطيب ابن الحرستاني: إن كان ذلك بحق فليس له أن يسدها، وامتنع الشيخ تاج الدين من الكتابة فيهما قائلًا: هذا لا يمكن أن

....

يكون بحق، فإنه مجرد هواء والهواء لا يقابل بعوض، وكتب عليها ابن البارزي قاضي حماة: لا يسدها.

قال الشيخ تاج الدين: وذكر لي تاج الدين ابن المغيزل: إنه وجدها نقلًا في «فروق» الجويني، ثم خطر لي بعد أيام إن فتح الكوة يكون بحق إذا اشترى منه ذراعًا من الحائط مثلًا، وفتح ذلك القدر كوة فإن هذا عقد على عين وهو أولى بالجواز من بيع حق البناء على الأرض، وقد أجازه في «الوسيط» وليس في هذا إلا أنه يشبه بيع ذراع من ثوب تنقص قيمته بقطعه، فإن بيع ذراع من جدار لفتحه كوة يفسد الحائط ويفسد قيمته، فإذا فعل ذلك وحكم به حاكم لزم واستمر؛ لأنه موضع اجتهاد، وعلى هذا ينبغي أن يقال: مدعي الحق يقيم عليه البينة فإن ذلك على خلاف الأصل، انتهى.

قلت: والذي في «الفروق»: إنه إذا استضاء الجار بضياء الكوة في دار الجار، فلو أراد الجار سد الكوة لم يكن له ذلك، إذا كان فتح الكوة في الأصل بالحق والعدل، وكذلك لو أراد أصحاب السفل أن يبنوا في عَرْصَةِ الْخَانِ من الأبنية الرفيعة المشيدة ما يمنع الغرف ضياء العَرْصَةِ فلصاحب الغرف منعهم من ذلك، انتهى، وهذا غريب.

والمفهوم من كلام غيره أنه لا حجر على الجار في البناء، وأما سد الكوة فتفصيل ابن الحَرَسْتاني فيه متعين، وأوضح مثال لحق الاستضاءة أن يبني إنسان دارين ويجعل في جدار إحديهما كوة أو كوى لأجل إضاءة الدار الأخرى ثم يبيعها بحقوقها ومرافقها فلا يملك سد الكوى هو ولا غيره؛ لأن الإضاءة منها من حقوق الدار المبيعة فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة: ضمن دينًا ثم أداه ومات فطلب ورثته الرجوع على الأصل حيث له الرجوع فهل للأصيل تحليف رب الدين أنه قبض ذلك من المديون أم لا؟

أجاب: البرهان المراغي بأن له ذلك، قال الشيخ تاج الدين وظهر لي أنه لا يحلفه لأنه لا تعلق له في الدعوى به.

قلت: والظاهر أن المراد أنه لما طالب ورثته الكفيل الأصيل بما أداه مورثهم عنه زعم الأصيل أنه أدى دينه بنفسه ورام تحليف الدائن ولا شك في إجابته إليه أو أن المراد أن الكفيل لم يؤد إليك شيئًا فلا رجوع لورثته علي وهو ما فهمه الشيخ فهذا محتمل لكن قوله قبض ذلك من المديون ولم يقل من الكفيل يوجب التوقف فيه، والله أعلم.

مسألة: زوج ابنه على صداق ضمنه فمات الابن وترك ما يفي بالصداق، فأراد وارثه أن يؤخذ الصداق من الأب وتبقى التركة ميراثًا؛ لأن الأب كان قد ضمن بغير إذن الابن؟ أجاب الشيخ تاج الدين: بأن للضامن الامتناع من الأداء حتى يقضي الدين من التركة ووافقه المراغي.

قال الشيخ: واعتمدت في هذا الجواب على أن الدين تعلق بالتركة تعلق الشركة، وإذا كان الحق متعلقًا بالذمة وبالعين كان لمن الدين في ذمته أن يمتنع من الأداء حتى يوفي من العين بدليل أن من عليه دين وبه رهن لا يلزم الأداء إذا أمكن استيفاء الدين من الرهن، وأيضًا فالدين لا ينتقل بالضمان من ذمة الأصيل، فإذا مات تعلق بتركته ولا ميراث إلا بعد قضاء الدين بنص القرآن، فلو جاز إلزام الضامن بالأداء وأن تبقى التركة للوارث لتقدم الإرث على الدين، ثم قال: وجدت في «الغاية مختصر النهاية» لشيخنا عز الدين بن عبد السلام في باب الضمان، مات الأصيل فأراد الكفيل إلزام رب الدين بقبضه من التركة أو أن يبرئه من الضمان فله ذلك على أظهر الوجهين.

وفي «النهاية» أن الأجل إذا ثبت مقصودًا في حق الضامن فمات الأصيل وحل الدين وكانت تركته عتيدة وافية، فقال رب الدين: لست أطلب حقي من التركة، فهل للضامن أن يقول: إما أن تأخذ حقك من تركته ناجزًا أو تخلصني من عهدة الضمان، وإما أن تبرئني عن الضمان؟ فعلى وجهين؛ أظهرهما: في النقل أن لضامن ذلك، والثاني: ليس له ذلك وهو ظاهر القياس، وقد ذكره الشيخ أبو علي رمزًا، انتهى.

قلت: وفيما أفتى به ـ رحمه الله ـ نظر، وليس لوارث الابن الاعتراض في

....

الواقعة، وإنما طلب الإيفاء للزوجة ومن ينوب عنها، وحينئذ فالقياس الظاهر أن لها التعلق بالتركة قطعًا ومطالبة الضامن على حسب اختيارها، ولا مدفع لمطالبتها للضامن بالدين الحال ولا سيما إذا كان إيفاؤها يتأخر إلى بيع أعيان التركة ونحو ذلك، والضامن مليء قادر على الإيفاء في الحال وأما مسألة الرهن فسبق الكلام فيها أو في نحوها مع ابن الرفعة ومنازعته فيما ذكره من ذلك.

مسألة: أقر أن جميع ما في يده من الأملاك من مقسوم ومشاع بينه وبين أخيه بالسوية، إلا ما وقفه أو أقر به ومضى على ذلك مدة فمات المقر له، وطلب ورثته نصف الأملاك، فادعى المقر أنه وقف أو ملك كذا، فهل تقبل دعواه أم يحتاج إلى بينة؟

وإذا طلب الورثة من الحاكم تسليم نصف الموجود في يده؛ حتى يثبت الوقف هل يجيبهم إلى ذلك أم لا؟ أجاب الشيخ تاج الدين: إنه يلزمه تسليم الأملاك ويجيبهم الحاكم إلى ذلك ووافقه البرهان المراغي.

وأجاب الشيخ شرف الدين المقدسي: إذا لم يكن المقر به والموقوف مثبتًا كان مجهولًا ويصير أصل الإقرار مجهولًا، ويقبل قوله في الوقف والإقرار، قال الشيخ تاج الدين: والظاهر أن الصواب ما كتبه، ثم وقعت المسألة ثانيًا بحماة، ووردت دمشق وصورتها رجل ادعى على عمه نصف أملاك عددها وبينها وأنها مخلفة عن أبيه أخي المدعى عليه، فأنكر فأقام المدعي بينة بإقرار المنكر بذلك، وطلب منه الحاكم بينة تشهد بأن هذه الأماكن المدعى بها كانت في يد المقر حالة الإقرار فإنها غير معينة في كتاب الإقرار، فهل يلزمه ذلك وإذا أقام به بينة؟ فقال: العم أو وكيله هذا الإقرار يتضمن إقرارًا بأملاك مجهولة، وفيها استثناء مجهول وهو قوله ما عدا ما أقر به ووقفه فلا يصح، فهل يسمع منه ذلك وهل يصح الإقرار أم لا؟

فإن قلتم: يصح، فقال: العم وقفت وأقررت بكذا وكذا، وعدد مواضع كثيرة من جملة ما يثبت أنه كان بيده حالة الإقرار، فهل يقبل قوله بلا بينة أم لا؟

....

فإن قلتم: لا بد من بينة، فهل تسمع بينة شهدت عليه بالوقف والإقرار قبل إقراره هذا أم لا فرق بينما أقر به قبل وبعد ولو لم تكن بينة؟ فقال المدعي: أقررت بموضع واحد ووقفت آخر، فقال: بل أقررت بمواضع ووقفت مواضع، فقول من يتبع منهما؟ ولو سكت العم المقر ولم يدع شيئًا فما الذي يسلمه إلى المدعي وإخوته أولاد المقر له؟ فكتب الشيخ تاج الدين: الإقرار صحيح ويلزمه حكمه في كل ما قامت البينة أنه كان في يد المقر حالة الإقرار إلا ما يستثنيه، والقول قول المقر في المستثنى مع يمينه.

وصحح الشيخ محيي الدين المصنف على جوابه، وكتب الشيخ شرف الدين المقدسي: نعم؛ يلزمه إقامة البينة أنه كان في يد المقر حالة الإقرار والإقرار المذكور صحيح ولا تسمع الدعوى بأنه باطل بسبب جهالة المستثنى، والقول قوله في تعيين ما وقفه وأقر به من المنصف الذي كان تحت يده حال الإقرار دون النصف الذي كان تحت يد أخيه والد المدعي وإذا سكت المدعى عليه طولب بالجواب، فإن أصر ولم يذكر شيئًا جعل ناكلًا وعين المدعي الأماكن المستثناة وحلف وسلم إليه نصف ما عدا ذلك، انتهى.

باعه بدينه عليه نصف بستان بيعًا صحيحًا وأشهد به شهودًا ثم مات البائع فادعى وارثه أن البيع الجاري بينهما كان بيع أمانة وأنه متى جاءه بالثمن رد عليه المبيع، وأقام بذلك بينة، فهل يعمل ببينة الفساد أم ببينة الصحة؟

أجاب شرف الدين المقدسي: بأنه إذا شهدت كل واحدة على إنشاء العقد على ما ذكرت تعارضتا وسقطتا، وأفتى كما لو لم تكن بينة فيصدق من يدعي نفي الشرط وإن شهدت واحدة بإقرار وأخرى على الإنشاء فهي أولى فإن معها زيادة علم فإن شهدتا على الإقرار تعارضتا وسقطتا، انتهى.

وكان هذا حيث لا تاريخ أما لو أرخت أو تقدم إقراره بأنه اشتراها بالشرط المذكور أخذ به لا محالة.

مسألة: وقف سهمين مشاعين من تسعة أسهم مضمومة من أربعة وعشرين

....

سهمًا من قرية مشهورة ذكرت حدودها لحمالها في كتاب الوقف، ولم تذكر حدود الأسهم التسعة فشهد اثنان أن الواقف مالك حائز للسهمين الموقوفين إلى الوقف، ولم يتعرضا لحدود السهام التسعة فهل تسمع هذه الشهادة؟

أجاب الشيخ تاج الدين: تسمع وليس للحاكم سؤال الشاهد عن الحدود.

وأجاب المراغي: إذا شهدا بأن الواقف كان مالكًا للسهمين وقد وقفهما يثبت الوقف لكن عند وجود منازع يحتاج إلى تعيين التسعة التي الموقوفان منها، وأجاب الْكَمَالُ سَلَّارٌ: بأن هذه الشهادة لا تسمع.

قلت: وهو الموافق للمنقول كما سبق مما أراه، والله أعلم.

شهدا بدين فسأل الحاكم أحدهما فقال: شهدت على المقر أنا وفلان يسمي شخصًا فسأل الحاكم الشاهد للآخر فقال: أنا شهدت عليه وحدي فهل يقدح ذلك فيهما أو في أحدهما؟

أجاب زين الدين عمر مكي وكيل بيت المال: إنه لا يقدح فيهما ووافقه الشيخ تاج الدين، قال: وفي خاطري منه وقفة.

قلت: إن صرح الأول بأنهما شهدا عليه مجتمعين في مجلس واحدٍ واقتضى لفظه ذلك فهو محل نظر، وإن أطلق كما ذكر في السؤال فلا يوقف، وإن تبادر منه اجتماعهما على التحمل في آن واحد إذ لكلامه محمل صحيح.

وقف حصة من مكان ولم يذكر الحدود حين الوقف ومات، فخرج الشهود بعد ذلك ووقفوا على الحدود فأدوا الشهادة بالوقف معينًا.

أفتى الشيخ تاج الدين: إنه ليس لهم ذلك ولا تقبل شهادتهم المعينة، والحالة هذه ووافقه الجماعة على ذلك مدرسة موقوفة من مائة سنة.

ادعى رجل أن النظر له فيها وفي أوقافها ولم يسند النظر إلى الواقف، ولا أنه تلقاه من جهته وكتب محضرًا فشهد له جماعة عدول أن له النظر في هذه المدرسة وفي أوقافها، وليس منهم أحد شهد على الواقف ولا على شهادة من شهد على الوقف، فسألهم الحاكم المتنازع إليه عن مسند شهادتهم، هل هي

على الواقف وإقراره، أو بالاستفاضة؟ فلم يبينوا ذلك وصمموا وقالوا: نعلم ذلك، فهل تنزل هذه الشهادة بمنزلة الشهادة بالاستفاضة وتلحق بها أم لا؟ وإن كانت بمنزلة الشهادة بالاستفاضة فهل تسمع شهادتهم ويثبت النظر أم لا؟ وهل يلزمهم بيان سبب الشهادة المذكورة أم لا؟

أجاب العماد بن الشيرازي بأنه: لا يجوز للشاهد أن يشهد بذلك ما لم يسمع من الواقف وممن فوض الواقف إليه النظر، وشرط له أن يفوض النظر إلى غيره بحيث يستند ذلك كله إلى الواقف بشرطه ذلك، ولا يثبت مثل هذا النظر بالاستفاضة.

وأجاب ابن الصلاح بما مثاله: إذا كانت الحال في ذلك تأبى تلقي ذلك من السماع من الواقف ومن له التفويض فذلك محمول على مستند الاستفاضة، وليس يظهر ثبوت ذلك بشهادة الاستفاضة، ثم إن شهادة من شهد أن النظر لفلان من غير بيان السبب غير مقبولة على ما هو الظاهر كما لو شهد أن الإرث لفلان من غير بيان سبب.

قلت: وقد عمت البلوى في هذه الأزمان وقبلها بأن الشهود يشهدون لشخص بالنظر، وأن له ولاية الإسناد وأن له كذا وإن من مات من أولاده إلى أنواع من ضروب شتى من جهة النظر والاستحقاق كما يذكره الواقف حين إنشائه الوقف من غير بيان أصلًا ويكون بين هذه الشهادة وبين إنشاء الوقف مدد لم يدرك الشهود ولا قاربوا إدراكها، ويثبت ذلك قضاة العصر الشافعية ويحكمون به ويتوارث ذرية المسند النظر وغيره على ما ذكره المسند كأنه الواقف ولا شك أن هذه مجازفة صادرة عن جهل من الشاهد وغيره، ولا سيما وأكثر الشهود عوام، والصواب في هذا وأمثاله استفسارهم.

امرأة تصرفت وثبت ذلك وأنها فعلته حال جواز أمرها كعادة المكاتيب، ثم حضر من ادعى أنها لما فعلت ذلك كانت سفيهة غير جائزة التصرف، وأقام بذلك بينة فإن البينتين تقدم، وعرض السؤال على الشيخ تاج الدين، فقال: لا تسمع بينة السفه، ثم عرض السؤال عليه وفيه خطوط وجماعة بأن بينة السفه

تقدم فخطأهم، وقال: هذا عندي خطأ.

قلت: وفي كونه خطأ نظر، وبه أفتى ابن الصلاح وغيره وعجب إطلاقه أنه لا تسمع بينة السفه، والظاهر أن شهود المكتوب بنوا شهادتهم بجواز أمرها على ظاهر الحال فمع بينة السفه زيادة علم كالجارحة مع المعدلة على أن في شهادة الأجانب للأجنبية بجواز التصرف والرشد ما فيها.

أقام بينة أن مكان كذا المنسوب إلى وقف فلان استحقه بطريق الوقف، وأنه لا شريك له والوقف بيده، وأقام آخر بينة أن المكان الفلاني المنسوب إلى وقف فلان وقفه على ابنه فلان وابنته فلانة وعلى نسلهما وعقبهما، وأثبت أنه من نسل بنت الواقف وأراد مشاركة الأول فأي البينتين تقدم؟ تردد الشيخ تاج الدين فيه ثم رأى أن الشهادتين ترجعان في الاستفاضة؛ فإن الوقف من تاريخ متقدم لا يمكن أن الشهود يشهدون على الواقف، وإذا كان كذلك؛ فالشروط لا تثبت بالاستفاضة، وأصل الوقف ثبت وصاحب اليد مستحق بحكم اليد ولا بد للخارج مشاركة إنما هي بطريق شهادة الاستفاضة في الشرط فلا تسمع، فكذب بعد ذلك تقدم بينة صاحب اليد ووافقه الجماعة في ذلك.

أجر حمامًا ودارًا مدة عشر سنين ثم مرض المؤجر فكتب بينه وبين المستأجر مُبَارَأة مطلقة من جميع الحقوق والدعاوى وأنواع المطالبات فهل تدخل الإجارة في ذلك؟ أفتى الشيخ تاج الدين: بأنها تدخل، وأفتى القاضي بهاء الدين بن الزكي: بأنها لا تدخل في ذلك.

قلت: وسبق عن ابن الصلاح ما يوافقه.

ادعى على ميت دينًا وأقام بينة فقدح الوارث في الشاهد بإثبات عداوة بين الوارث وبينه، فهل يكفي ذلك مع أن الشاهد إنما شهد على إقرار الميت؟

أفتى الشيخ تاج الدين: بأن ذلك لا يكفي.

قلت: وفيه نظر وسبق عن «البحر» في ذلك احتمال وجهين: أحدهما: لا تقبل شهادتهم؛ لأن الضرر يلحق الوارث فهي شهادة على الخصم في

شَرْطُ الْقَائِفِ: مُسْلِمٌ عَدْلٌ، مُجَرَّبٌ، ....

الحقيقة، ثم ذكر الوجه الآخر ولم يرجح شيئًا، والمختار عندي الرد لقوة التهمة وأيضًا فهي شهادة على الوارث؛ لأن التركة انتقلت إليه بموت مورثه.

رجل بيده قطع ملك محدودة مفروزة ثابت على الحكام محكوم به فادعى إنسان حصة مشاعة في القرية التي انقطع منها وأثبت ذلك وأراد مقاسمة صاحب القطع فهل له ذلك أم لا إذا حكم الحاكم بذلك وأذن في القسمة هل تنقض القسمة والحكم؟ أجاب الشيخ تاج الدين: إن المدعي لا يستحق مقاسمة صاحب القطع ولا يجوز للحاكم الإذن في ذلك، ولو أذن وقسمت كانت القسمة منقوضة، وكذا لو حكم كان حكمه منقوضًا، ووافقه ابن سني الدولة والمراغي والجماعة كلهم من الشافعية والحنابلة والحنفية، انتهى ما استبيناه من «فتاوى» المتأخرين.

ومن تقدمهم مع العلم بأن غالب ما ذكروه يخرج مما سبق عن الأصحاب عند التأمل موافقة أو مخالفة، وإنما ذكرت ذلك؛ لأني رأيت من يعتمد هذه «الفتاوى» من قاضٍ وغيره من غير نظر في كلام الأصحاب؛ لقصوره وكثير منها؛ لأنه يجيء على المذهب الظاهر، والله أعلم.

قال: (**شَرْطُ الْقَائِفِ: مُسْلِمٌ عَدْلٌ، مُجَرَّبٌ**) لا خفاء في اشتراط الإسلام والعدالة؛ إذ كل من الكافر والفاسق مردود الشهادة، وبه جزم الرافعي: إن العدالة المشروطة في قبول الشهادة فلا تكفي العدالة الظاهرة وسيأتي في ذلك كلام، ولم يتعرض البغوي في «التعليق» ولا في «التهذيب» لذكر العدالة فيه نصًا، وعبارة «التعليق»: وينبغي أن يكون مسلمًا بالغًا عاقلًا ذكرًا، وقول «المحرر»: أن يكون بالغًا عاقلًا عدلًا، استغنى «المنهاج» عن الأولين بقوله: عدل، وعبارة الإمام: وإذا تبينا معرفته فلا شك أنه يشترط عقله وبلوغه وورعه، انتهى، وعبارة الجرجاني ثقة.

وقوله: (مجرب) يشير به إلى أنه لا بد من معرفته بهذا النوع وإلا لم يعتمد قوله كما إن من لم يعرف علمه بالأحكام لا يصح قضاؤه، ثم كيفية التجربة أن يعرض عليه ولد في نساء أجنبيات ليس فيهن أمه، ثم في نسوة ليس فيهن أمه،

....

ثم في صنف رابع فيهن أمه، فإن أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك هكذا ذكر في «الوجيز» و«المحرر» وغيرهما.

وعبارة «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: وإنما تثبت القيافة بالاختبار بأن يؤتى بعشر نسوة وعشرة أولاد من غيرهن، ويقال: أَلْحِق كل ولد بأمه، فإن أَلحَقَ ولدًا بامرأة علمنا أنه لا علم له، وإن أصاب تثبت القيافة، انتهى.

وهل تختص التجربة بالأم؟ فيه وجهان الذي ذكره القفال والفوراني وأورده البغوي والغزالي والإمام الاختصاص، فإن الأولاد فيهم مستيقن، ثم قال الإمام: ولست أدري ما شأن رفع الاكتفاء بأن يكون ولدًا مشهور النسب من رجال ليس فيهم أبوه، والأظهر تخصيص التجربة بالنساء؛ لما ذكرناه واضحًا، وبه أجاب العراقيون وغيرهم الجواب إلا أن العرض مع الأم أولى.

قال الرافعي: وحكوا هذا عن نصه في «الأم» والظاهر أن مراده أنهم حكوا عنه الاكتفاء بالعرض مع الأب لا أنه مع الأم أولى، ولفظ الأم في باب دعوى الولد فإذا أحضرنا القائف والمتداعيين للولد أو ذوي أرحامهم، إن كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتًا فأحضرنا ذوي رحمه أحضرنا احتياطًا أقرب الناس نسبًا وشبهًا في الخلق والسن والبلد بالمدعين له، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ثم أمرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه إن لم يكن له أب، وإن كانت معه أم أحضرنا لها نسبًا في القرب منها كما وصفت، ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه؛ لأن للقائف في الأم معنى، ولكي يستدل به على صوابه في الأب إن أصاب فيها، ويستدل به على متوليه في الأب إن أصاب فيها، ويستدل على غيره إن أخطأ فيها، انتهى لفظه وفيه فوائد.

وبها دل على أن الغرض مع الأب أو أنهما سواء، وأما كونه مع الإقرار أولى فلا؛ بل ظاهر كلام ابن اللبان في كتابه «الإيجاز»: إن العرض إنما يكون مع الأب فقط، وحكى ابن الرفعة عن «زوائد» العمراني نقل وجهين عن رواية ابن اللبان عن الأصحاب في كيفية العرض على القائف:

....

أحدهما: يرى مع أحد الأبوين فإن نفوه عنه يثبت نسبه من الآخر وإن ألحقوه به عرض مع الآخر فإن ألحقوه به أيضًا؛ علمنا خطأ القائف ويرى لآخر.

والثاني: يرى معهما جميعًا، انتهى ومراده بالأبوين المتداعيين للولد، والله أعلم.

ثم قال الرافعي: واختلف الناقلون فمنهم من قال: يعرض عليهم مولود مع أبيه في رجال أو مع أمه في نسوة فيقال: ألحقه بأمه أو يعرض عليه أولاد نسوة وأمه بينهن فيقال: ألحق ولده بها ولم يشترط التكرار، ومنهم من قال: لا يكفي العرض مرة واحدة فإنه قد يصيب فيها اتفاقًا؛ ولكن يعرض عليه ثلاث مرات وإليه ذهب الشيخ أبو حامد وأصحابه وذكر الإمام أنه لا معنى لاعتبار التكرار ثلاثًا؛ بل المعتبر عليه الظن بأن ما يقوله عن خبرة وبصيرة لا عن اتفاق والظن قد يحصل بما دون الثلث، وهذا كالتوسط بين الوجهين الأولين وإذا حصلت التجربة اعتمد على إلحاقاته ولا تجدد التجربة لكل إلحاق، انتهى. وعبارة «النهاية» هنا.

قال الشيخ أبو حامد: لا يكفي أن تجربه مرة واحدة؛ بل يجرب ثلاث مرات ورأى ذلك حتمًا ولم يجعله احتياطًا ولو أريناه المولود بين نسوة ليس فيهن أمه فلم يلحق فأريناه في نسوة ليس فيهن أمه أيضًا فلم يلحق وكررنا عليه، هذا النوع فاشتد في عدم الإلحاق، ثم ألحق بالأم فلست أدري أن ما تقدم من درك استبداده هل يكفي أم لا بد من تكرر الإلحاق منه؟ والذي يجب أن يكون عقد المذهب ومعتبره أن يظهر صدقه، وتهذبه ويبعد حمل ما صدر منه على وفاق، ويجب أن يتناهى في الاحتياط حتى لا يكون للقائف مطلقًا من قبل بعيان أو تسامع، انتهى لفظه.

وفي «البسيط»: قال الشيخ أبو محمد: لا تكفي التجربة بمرة؛ بل يشترط الثلاث والصحيح أن هذا كتعليم الكلب فلا يتقدر بقدر؛ بل ما يحصل ظنًا ظاهرًا بهدايته.

قلت: وإذا كان كتعليم الكلب جاء فيه ما سبق من الخلاف، واعلم أن

وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ، لَا عَدَدٍ، ....

عبارة المحاملي في «المقنع» و«المجموع» أيضًا: وإنما يعرف كونه من أهل الصنعة بأن يترك مولود ثابت النسب من رجل مع جماعة ليس فيهم أبوه، ويقال: أيما أبوه، فإذا أخبر بذلك علم أنه يعرف الصنعة، انتهى.

و«المجموع» مختصر «تعليق» شيخه أبي حامد وهو يقدح في نسبه اشتراط الثلاث إلى أبي حامد وأصحابه، ونسبه الغزالي إلى أبي حامد، والله أعلم.

قال قاضي حماة الْبَارِزِيُّ: قولهم لا يكون في الثلاثة الأول أحد أبويه مشكل؛ فإن المجرب قد يعلم ذلك فلا تبقى فائدة في الثلاثة الأول، وقد يصيب في الرابعة اتفاقًا فلا يوثق بالتجربة، فالأولى أن يعرض مع كل صنف ولد لواحدٍ منهم أو في بعض الأصناف ولا يخص به الرابعة، فإذا أصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك، وينبغي أن يكفي ثلاث مرات، انتهى.

قال: (**وَالْأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُرٍّ ذَكَرٍ**) أي: كالقاضي، والثاني: يجوز الرجوع إلى العبد والمرأة كالفتوى، وبنى الفوراني الوجهين في «العمد» وغيره على أن القيافة كالحكم أو كالقسمة والخرص، ورواية الأخبار واقتضى إيراد البغوي في «التعليق» نقل طريقَيْ المذهب اعتبار الحرية والذكورة كالقضاء، والثانية على وجهين أصحهما الاشتراط.

قال: (**لَا عَدَدٍ**) أي: كالقضاء والفتوى هذا هو المذهب والمنصوص في «الأم» والشاهد فيه، كما قال الإمام حديث المدلجي، والثاني: لا بد من اثنين كما في التزكية والتقويم؛ ولأن عمر ﷺ دعا بقائفين.

وقال في «العمد»: إنه مخرج من اعتبار العدد في القيام والخارص.

وقال الدارمي: إن قلنا: لا بد من اثنين روعي شروط الشهادة، وإن قلنا: واحد قيل شرط الخبر، وقيل لا يجوز، انتهى.

وفي «تعليق» البغوي: ويجوز أن يكون القائف واحدًا كالقاضي ولا يجوز اثنان، هكذا رأيته فيه، ولعله تحريف ويكون صوابه ولا يجب اثنان كما اقتضاه كلام «التهذيب».

وَلَا كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا، ....

قال: (وَلَا كَوْنِهِ مُدْلِجِيًّا) أي: بل سائر الناس من العرب والعجم يشاركونهم فيه؛ لأن القيافة نوع من العلم فمن تعلم عمل بعلمه، هذا ما صححه العراقيون والأكثرون.

والثاني: أنه شرط، قال الرافعي: لأن الصحابة رجعوا إلى بني مدلج دون سائر الناس، وقد يخص الله تعالى جماعة بنوع من المناصب والفضائل كما خص قريشًا بالإمامة، وهذا ما صححه الإمام والغزالي وبعض المراوزة، قال الماوردي: وهو وهم، وقال المحاملي: ليس بشيء.

تنبيهات وتتمات: المشهور نقل الخلاف وجهين وفي «فروع» ابن القطان ما لفظه: اختلف قول الشافعي هل القيافة شيء اختص به بنو مدلج أو هو في سائر الناس بالاجتهاد؟ على قولين، انتهى.

قال الرافعي: وذكر القاضي ابن كج بناء على اعتبار أهلية الشهادة أن قيافة الأعمى والأخرس لا تجوز، وأنه إذا كان القائف ابن أحد المتداعيين فإن ألحق الولد بغير أبيه قبل، وإن لحقه بأبيه لم يقبل، وإن كان بين القائف وأحدهما عداوة فإن ألحقه بالعدو قبل، وإن ألحقه بغير العدو لم يقبل؛ لأنه كالشهادة على العدو، قالا: ولو كان القاضي قائفًا فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بالعلم.

قلت: ويشبه أن يأتي فيه الطريقان في اعتماد علمه في التقويم جزمًا تبعًا للإمام أنه إذا جرب اعتمدت إلحاقاته ولا تجدد التجربة ويتبادر من هذا الإطلاق أنه لا يحتاج بعد إلى تجربة جديدة، وإن وقع منه خطأ في الإلحاق بعد ثبوت التجربة؛ لكنهما نقلا من بعد عن القفال وأقراه أنه إذا ألحقه بالمتداعيين لم يعتد بقوله حتى يمضي عليه زمان يمكن العلم فيه فيمتحن حينئذٍ ثم يعتمد.

قلت: ويحتمل أن يجعل هذا فيمن قرب العهد بتجربته ومعرفته القيافة دون من اشتهر من الناس وتحققت معرفته بها على تقادم الزمان فاتفق خطؤه مرة فلا يحتاج إلى تجديد امتحان كالمجتهد إذا أخطأ في فتوى أو قضاء مرة

فَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولًا عُرِضَ عَلَيْهِ، ....

ونحوها، نعم إن غلب عليه ذلك رد قوله كالشاهد يغلب عليه الخطأ، قال الدارمي: إذا لم يعرفهم قيل: لا يسألهم حتى يعرفوا، وقيل إذا اختبرهم سألهم، انتهى.

فيحتمل أنه لا يسألهم على وجه بمجرد الاختيار؛ بل بعد أن يعرفوا بذلك، وفي وجه أنه إذا اختبرهم جاز أن يسألهم في الحال، والله أعلم.

يخرج مما سبق وغيره أن شرط القائف أن يكون مسلمًا حرًا ذكرًا مكلفًا عدلًا بصيرًا ناطقًا مقبول الشهادة، وذكر الماوردي تفصيلًا في اشتراط معرفته بفقه الباب سيأتي إن شاء الله تعالى بيانه.

فروع: يعرض الولد على القائف بعد موته على الأصح ما لم يتغير أو يدفن، وقيل: لا يعرض بعد موته، وينبغي أن يجوز نبشه للعرض إذا لم يكن تغير، فإن النبش يجوز لدون ذلك من الأمور إلا أن يكون هناك من ينوب منابه في العرض فلا، فتأمله!

وقال ابن اللبان: إن كان له ولد يرى القائف ولده وهذا ما ذكره القاضي الحسين، وكذا إن عدم الولد فولد الولد، ذكره في «العدة» فإن مات الأبوان قبل ثبوت النسب من أحدهما مع عصبة الميت من أبيه أو ابنه وأخوته وأخواله وأعمامه وعماته، وفي الرضاع من «الحاوي» أنه يعرض مع الأب دون الأخ والولد على وجه، فإن لم يكن من يعرض معه فهل ينقطع العرض عن القائف بموته قبل الدفن؟ فيه الوجهان المذكوران في الأب لا غيره بقول الراعي عند التنازع فِي السَّخْلَةِ خلافًا للإصطخري؛ لأنه لم يؤول وإنما القيافة في الآدمي خاصة لشرفه وحفظ نفسه.

قال: **(فَإِذَا تَدَاعَيَا مَجْهُولًا)** أي: طفلًا مجهول النسب لقيطًا كان أو غيره كما قاله «المحرر» وغيره والمجنون البالغ كالطفل.

(عُرِضَ عَلَيْهِ) أي: على القائف وسنذكر إن شاء الله تعالى الدليل على اعتبار قول القائف وعرض البائع العاقل عليه، فاعلم أنهما أطلقا الكلام هنا

وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمْكِنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنْ وَطِئَا امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمَتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنْكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ،

كـ«المنهاج» من غير فرق بين أن يكون لأحدهما عليه يد أو لا.

ثم قال الرافعي من بعد: ولو تداعى اثنان صبيًا مجهولًا فقد أطلق الغزالي هاهنا أنه يلحق بصاحب اليد، وكذا نقله القاضي الروياني عن القفال، والأشبه بالمذهب تفصيل ذكره في اللقيط وهو أنه إن كان في يده عن التقاط لم يؤثر، وإن لم يكن عن التقاط فيقدم صاحب اليد إن تقدم استحقاقه على استحقاق الآخر وإلا فوجهان أي: أصحهما: يستويان كما سبق فيعرض على القائف.

وعبارة الإمام في «النهاية»: ولو صادفنا صبيًا صغيرًا في يد إنسان وكان يستلحقه ولا نعرف فراشًا يسند الولد إليه فالنسب يلحق بظاهر اليد مع الانتساب حتى لو جاء إنسان واستلحقه فلا حكم لاستلحاقه، ولو دعا إلى الاحتكام إلى القائف لم نجبه وهذا رأيته متفقًا عليه من الأصحاب، ثم حكى وجهين في أنه لو بلغ وانتفى عمن كان تحت يده في صباه هل يقبل انتفاؤه؟

ثم قال: قالوا يعني الأصحاب: إذا كان في يده صبي ويدعي نسبه، ويزعم أن زوجته أتت به والزوجة تنكر ولادته فالنسب ملحق، وإن أنكرت فلو جاء خارجي وادعى نسبه وزوجة الخارجي تزعم أنها ولدته على فراش الخارجي فالأبوة ثابتة لمن الطفل في يده، واختلف أصحابنا ورأى ذلك في «الأم» فقال قائلون: هو ابن صاحب اليد وابن زوجة الخارجي فلا منافاة، فلعله وطئها بشبهة، وهذا إذا جعلنا للمرأة دعوة، ومنهم من قال: هو ملحق بمن هو في يده، وإن أنكرته، ومنهم من قال: الأبوة تثبت لذي اليد ولا قائف في ذلك ويرى الولد القائف بين زوجته وزوجة الخارجي، انتهى لفظه.

قال: (**وَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي وَطْءٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مُمْكِنًا مِنْهُمَا وَتَنَازَعَاهُ بِأَنْ وَطِئَا امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ أَوْ مُشْتَرَكَةً لَهُمَا أَوْ وَطِئَ زَوْجَتَهُ وَطَلَّقَ فَوَطِئَهَا آخَرُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، أَوْ أَمَتَهُ فَبَاعَهَا فَوَطِئَهَا الْمُشْتَرِي وَلَمْ يَسْتَبْرِئْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ مَنْكُوحَةً فِي الْأَصَحِّ**) أي: وطئ منكوحة لغيره بشبهة، فإذا اشترك اثنان

....

فصاعدًا في وطء امرأة فأتت بولد لمن يمكن أن يكون من كل منهما أو منهم كما سيأتي بيانه وادعاه كل منهما أو منهم عرض على القائف عندنا.

واعلم أن التداعي ليس بشرط إذا تحقق وطؤهما وأمكن كونه منهما كما سنذكره، وعبارة المصنف: اشتراط التداعي ثم الاشتراك في الوطء من وجوه عدد المصنف أكثرها وهل منها ما لو أكرها على وطء امرأة؟

وقلنا: يتصور الإكراه فيه كما هو الصحيح، وأما صورة الوجهين في الكتاب وهي ما إذا وطئ بالشبهة من غيره فراش غيره في نكاح صحيح، قال الرافعي فعن القاضي أبي الطيب وهو ما في «الشامل» أن الولد يلحق بالزوج، لأنها فراشه والفراش أقوى من الشبهة، كما أنه إذا طلقها زوجها وانقضت عدتها فنكحها آخر فأتت بولد يلحق به وإن أمكن أن يكون من الأول لأنها فراش الثاني، والأظهر على ما ذكره القاضي الروياني وغيره وهو ما أورده الإمام.

قلت: ذكر المحاملي في «المقنع» و«المجموع» والشيخ أبو حامد والجرجاني وغيرهم أنه لا يتعين الزوج للإلحاق؛ بل الموضع موضع الاستثناء والعرض على القائف ليس كالصورة المستشهد بها؛ لأن العدة أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول وهاهنا خلافه، انتهى.

قال ابن الرفعة إثر هذا: وما حكي عن القاضي أبي الطيب موافق لما رواه في باب اللعان عن أبي إسحاق وأبي علي الطبري أن له أن يلاعن لنفي الولد عند نسبها إلى وطء الشبهة، والمحكي عن ابن الصباغ في المسألة المستشهد بها يناقض ما حكاه في كتاب اللعان فإنه قال: إذا أتت بولد، فقال هو من زوج قبلي وعرف لها زوج وكان يمكن أن يكون منهما أنه يرى القائف، وسبق الكلام على هذه المسألة في اللعان، وفي أول هذا الباب وقد يظهر عن بعض الناقلين فيها مناقضه، فليتأمل.

قلت: ولم أرَ في كلامه ما أشار إليه وكلام الرافعي وغيره على المسألة فيه

....

اضطراب في الجملة، فإنه قال هنا بعد ما سبق عنه بقائمة: إذا ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة اتفق.

فإن قلنا: إن وطء الشبهة إذا كانت المرأة فراشًا للزوج لا أثر له، والولد يلحق بالزوج فلا اعتبار بقوله، وإن جعلناه مؤثرًا ولا يكفي اتفاق الزوجين عليه؛ بل لا بد من البينة على الوطء؛ لأن للمولود حقًا في النسب واتفاقهما ليس بحجة عليه، فإذا قامت البينة عرض على القائف، فإن كان المدعي نسبه بالغًا اعترف بجريان وطء الشبهة وجب أن يكفي، انتهى.

وكذا قال الإمام والغزالي هنا: إنه لا بد من بينة تقوم على الوطء بالشبهة حتى يعرض على القائف، واقتضى كلام الرافعي في كتاب اللعان والمصنف وغيرهما أنه يكفي للعرض على القائف في هذه الصورة موافقة الوطء ودعواه الولد وسكتوا عن اشتراط البينة، واقتضى كلام الرافعي والإمام هناك أنه يشترط للعرض على القائف موافقة الواطئ ودعواه للولد.

واعتبر الماوردي تصديق الزوج للواطئ بالشبهة دون تصديق الزوجة؛ لأنه أملك بفراشه منها، ثم ذكر الرافعي هنا بعد التقرير أنه لا بد من البينة على الوطء بالشبهة ما لفظه: إذا وطئا في طهر واحد، وأتت بولد يمكن أن يكون منهما، فادعاه أحدهما وسكت عنه الآخر وأنكره؛ فقولان:

أحدهما: يختص بالمدعي.

وأظهرهما: يعرض على القائف؛ لأن الولد صاحب حق في النسب فلا يسقط حقه بالإنكار وترك الدعوى، وإن أنكراه معًا يعرض على القائف ولا يعطل نسبه، انتهى.

وهذا الكلام وإن حمل على غير ذات الفراش الصحيح فالتوجيه يقتضي أنه لا فرق بين الضربين فتأمله.

وذكرت في لمعان «الغنية» أن القاضي أبا الطيب صرح في «التعليق» بالعرض على القائف عكس ما ذكره الرافعي عنه هنا، ونقله ابن الصباغ هناك

فَإِذَا وَلَدَتْ لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادَّعَيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ،

عن الشيخ أبي حامد ولم يخالفه، وهو عكس ما نقله الرافعي عنهما هنا من الإلحاق بالفراش وعدم تأثير وطء الشبهة .

وقلنا: ثم يمكن أن يكون المراد بالمذكور هاهنا ما إذا اشتركا في الوطء فلا يعرض ويلحق بالفراش عندهما، وبالمذكور هناك ما إذا قال الزوج: لم أطأ أصلًا وليس الولد مني؛ فيعرض بشرطه بخلاف ما إذا ادعاه وقال: إنه مني، ونازعه الواطئ فيقوى جانبه بالفراش عندهما.

قال: (**فَإِذَا وَلَدَتْ**) أي: الموطوءة في طهر واحد على بعض التصويرات السابقة، (**لِمَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْأَيْهِمَا وَادَّعَيَاهُ عُرِضَ عَلَيْهِ**) أي: على القائف، وعبر في «الروضة» كـ«المنهاج» وعبارة «المحرر» و«الشرحين»: فإذا أتت بولدٍ لأقل من أربع سنين وأكثر من ستة أشهر من الوطأين وادعياه جميعًا روجع القائف وهي أحسن وأوضح، نعم ادعاؤهما ليس بشرط كما أشرنا إليه ويأتي.

قال: (**فَإِنْ تَخَلَّلَ بَيْنَ وَطْأَيْهِمَا حَيْضَةٌ فَلِلثَّانِي**) أي: من الوطأين ؛ لأن الحيضة المتخللة أمارة في حصول البراءة عن الأول فيقطع تعلقه.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ زَوْجًا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ**) أي: والثاني واطئًا بشبهة أو في نكاح فاسد فلا ينقطع تعلق الأول؛ لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الأول، وإن كان الأول زوجًا في نكاح فاسد ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة، أظهرهما: نعم؛ لأنها في النكاح الفاسد لا تصير فراشًا ما لم توجد حقيقة الوطء.

قال الرافعي بعد إيراده ذلك: هكذا نقل الصورتين بين الإمام والغزالي، انتهى.

وقال ابن الرفعة بعد قول الرافعي: ما لم توجد حقيقة الوطء، هذا فيه نظر يظهر لك من كتاب العدد في أن فراش النكاح الفاسد متى يحصل، انتهى ولم

....

يتحرر من كلامه في العدد ما أشار إليه والخلاف في «النهاية» وفروعها وجهان لا قولان، ولفظ «البسيط»: المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا وطئت بالشبهة بعد أن حاضت عقب وطء النكاح ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كملك اليمين وأن مجرد الإمكان لا يكفي في الإلحاق ما لم يقر الناكح بالوطء.

والثاني: أنه كالنكاح الصحيح حتى يثبت بمجرد الإمكان، وقوله: ما لم يقر الناكح بالوطء أي: بالوطء بعد الحيضة الطارئة على وطئه الأول عقب النكاح. وعبارة الرافعي موهمة.

تنبيهان: المتبادر من قول الشيخين وغيرهما هنا وادعياه؛ اعتبار دعواهما جميعًا وقد قال الرافعي بعد هذا ما قدمناه عنه وهو أنهما إذا وطئا في طهر واحد إلى قوله: ولا يعطل نسبه.

قال ابن الرفعة بعد إيراده كلام الرافعي وترجيحه العرض على القائف.

وقال الإمام في كتاب اللعان عند نسبة الزوج الولد إلى وطء الشبهة أن الرجوع إلى القافة إنما يجري إذا اعترف الواطئ بالوطء، ووجد التداعي من الزوج والواطئ بالشبهة، فإذ ذاك يرى للقائف، انتهى.

وحينئذٍ ما أن يفرض الكلام في الصورة السابقة دون صورة الزوجية وكلام الكتاب يأباه ويفهم التعميم، وكذا فهم ابن الرفعة عن الرافعي فإن صحّ ذلك يحقق الاضطراب ولعل من اعتبر تداعيهما في العرض على القائف فرعه على القول المرجوح بأنه إذا ادعاه أحدهما وسكت الآخر، أو أنكر أنه يلحق المدعي خاصة.

قال ابن الرفعة بعد نقله قول الرافعي السابق: إلا أن يكون الأول زوجًا في نكاح صحيح إلى قوله: والإمكان حاصل أن مقتضى هذا ألا يرى الولد للقائف فيما إذا انقضت عدتها، ثم تزوجت بآخر وأتت بولد يمكن أن يكون من كل منهما وقد حكينا من قبل أي: عن إطلاق العراقيين أنه يعرض على القائف إذا

وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا].

قال الزوج الثاني: هو من الأول إلا أن يحمل ذلك على ما إذا انقضت العدة بالأشهر لا بالإقراء، انتهى.

فائدة في «فروع» ابن القطان: إذا تداعى الولد اثنان فأريناه والقافة فحكموا به لأحدهما ثم إن الآخر أقام أربع نسوة يشهدن أن هذا ولدته امرأته على فراشه؛ فهو على وجهين، انتهى.

قال: (**وَسَوَاءٌ فِيهِمَا اتَّفَقَا إِسْلَامًا وَحُرِّيَّةً أَمْ لَا**) أي: لا فرق بين أن يكون المتداعيان أو الواطئان مسلمًا والآخر ذميًا، ولا فرق بين أن يكونا حرين أو أحدهما حرًّا والآخر عبدًا كما قدمناه في كتاب اللقيط وهو تفريع على صحة استحقاق العبد.

فروع وتتمات:

أحدها: أطلق في «الوسيط» أنها لو ألقت شقصًا يعرض على القائف قال: فلو انفصل حيًّا ومات يعرض ما لم يتغير، وقيد في «البسيط» عرض السقط بمن ظهر فيه التخطيط ولا بد منه، والظاهر أن من بلغ مجنونًا كالطفل.

وفي «الحاوي»: وإن كان بالغًا مجنونًا استعمل فيه القافة، انتهى، وأحسب هذا المطبق الجنون لا فيمن يجن ويفيق.

ثانيها: ألحقه القائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة، والثاني بالآخر بالأشباه الخفية كالحلق وتشاكل الأعضاء فأيهما أولى؟ فيه وجهان:

رجح الشيخان الثاني؛ لأن فيها زيادة حذق وبصيرة، وجزم الماوردي بالأول وهو محتمل؛ لأن الاشتباه الظاهر أندر في الناس من الخفاء ويحتمل أن يقال: يعرض على ثالث فإذا وافق أحدهما عمل به كما قيل بمثله في اختلاف جواب المفتين.

وقال الجرجاني في «التحرير»: ويحكم للقائف بالشبه من وجهين جلي كالسواد والبياض وخفي لا يعرفه غيره، فإن اتفق الجلي والخفي في أحد المتنازعين لحقه به، وإن وجد الجلي في أحدهما والخفي في الآخر؛ حكم

....

بالجلي دون الخفي كالحكم بالنص دون القياس، وقيل: يحكم بالخفي دون الجلي كما يحكم بالقياس دون العموم، انتهى.

ثالثها: تداعياه مسلم وذمي وأقام أحدهما بينة تبعه نسبًا ودينًا كما مر فإن لحقه القائف الذي قاله الرافعي وغيره تبعه نسبًا لا دينًا ولا تجعل حضانته للذمي، انتهى.

وحكى الماوردي في تبعيته له في دينه وجهين وبنى عليهما تقريره في يده، وإذا تداعياه حر وعبد، وألحقه القائف بالعبد، ثبت النسب وكان حرًّا لاحتمال أنه ولد من حرة.

رابعها: ذكر الرافعي هنا أن نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف وفي مدة الوقف إلى الانتساب عليهما، وإذا التحق بأحدهما رجع الآخر عليه بما أنفق، وهل تجب نفقته في حال الاجتنان؟ بني على أن الحمل هل يعلم إن أوجبناها وكان أحد المتداعيين زوجًا قد طلقها، والآخر واطئًا بالشبهة؟

فإن قلنا: إن النفقة للحامل فهي على المطلق أو للحمل أخذا بها إلى أن يظهر الأمر، وإن أوصى للطفل في وقت التوقف فليقبلا الوصية جميعًا، انتهى ويقدم في باب اللقيط زيادة فيما يتعلق بالاتفاق يتعين مراجعتها.

خامسها: ألحقه قائف بأحدهما ثم رجع فألحقه بالآخر لم يقبل، هكذا ذكره الرافعي ويجوز أن يقال إن جعلنا القائف بمنزلة الحكم فلا أثر لإلحاقه الثاني وإن جعلناه بمنزلة المخبر، والحاكم يتولى الإلحاق من بعد كما أشار إليه الماوردي ولم يتصل بإلحاقه بالأول حكم حاكم به تعارض إلحاقاه وسقطا.

ثم قال الرافعي: وكذا لو ألحقه قائف بأحدهما فجاء قائف آخر فألحقه به؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد هذا هو المشهور في الصورتين.

وذكر ابن كج أنه إذا لحقه قائف بهذا تعارضا وصار كأن لا قائف، وأنه إن

……………………………………

رجع القائف بعد تنفيذ الحكم بقوله لم يلتفت إلى رجوعه وإن رجع قبل أن ينفذ الحكم بقوله فهل رجوعه كرجوع الشهود؛ لكن لا يقبل في حق الآخر لسقوط الثقة بقوله ومعرفته، انتهى ويجوز ألا يكون ما ذكره ابن كج مخالفًا لتفصيل الماوردي الآتي.

سادسها: ذكر الرافعي أنه لو استلحق بالغًا عاقلًا فأنكر لم يلحق ولا عبرة بإلحاق القائف والحالة هذه، وإن سكت البالغ ففي «الوجيز» أنه يلحقه القائف، قال الرافعي: وهذا لم أجده لغيره وليس هناك إلا واحد يدعيه، نعم لو ادعاه اثنان في مواضع الاشتباه وهو ساكت يعرض على القائف على خلافه.

قلت: وذكر في «الوسيط» و«البسيط» ما ذكره في «الوجيز» في سكوت البالغ عن أستلحاق واحد، وإن سكوته كافٍ فاعلم وهو خلاف ما اقتضاه كلام إمامه، قال: وادعاؤه نسبه كادعائه ماله ولا يجوز أن يكون قول القائف حجة في هذا المقام.

وقال الدارمي: إذا كان المدعي بالغًا فهل القافة أولى أو أسبابه؟ على وجهين: أحدهما: الانتساب أولى حكاه ابن القطان عن المروزي، انتهى.

وقضية إطلاقه أنه لا فرق بين الساكت وغيره.

وقال الرافعي آخر الباب: حكى ابن كج عن تخريج أبي الحسن وجهين في أن القيافة أولى بالرعاية بعد بلوغ المولود، وادعى أن الظاهر الثاني وإنه لا رجوع إلى القائف بعد بلوغ المولود والظاهر خلافه على ما سبق في اللقيط، انتهى.

فقدمنا ذلك هناك وبينما حكاه عن «الوسيط» وما ذكر آخرًا ببائن وكلام «الوسيط» مفرع على وجه تقديم الانتساب والراجح خلافه.

سابعها: قال الماوردي: إذا طلب للقائف أجرًا ولم يجد متطوعًا رزق من بيت المال كالقائم والكاتب ويستحقه سواء ألحقه بأحدهما أو أشكل

....

عليه، فإن تعذر بيت المال فأجرته على المتنازعين فإن ألحقه بأحدهما استحقها فيمن تجب عليه وجهان:

أحدهما: على من ألحق به الولد؛ لأنه مستأجر للحوق دون النفي.

والثاني: تجب عليهما لأن في العمل مشتركًا في حقهما وإن لم يلحقه بواحد منهما، فإن كان لا شكل له عليه فلا أجرة له لعدم العمل، وإن كان لتكافؤ الاشباه فوجهان:

أحدهما: يستحقها إذا قيل: إذا ألحقه بأحدهما كانت الأجرة عليهما تعليلًا بوجود العمل منه.

والثاني: لا يستحق إذا قلنا يختص الملحق به بإلزام الأجرة تعليلًا بالإلحاق أي ولم يوجد.

فَرْعٌ: قال الماوردي: المعتبر في القيافة التشابه من أوجه:

أحدها: في تخطيط الأعضاء وأشكال الصور.

والثاني: في الألوان والشعور.

والثالث: في الحركات والأفعال.

والرابع: في الكلام والصوت والحدة والأناة ثم ينظر، فإن كان فيه شبه من أحد المتنازعين فقط ألحق به سواء الشبهة من وجه أو وجوه ظاهرًا كان الشبه أو خفيًا، وإن لم يشبه واحدًا منهما وقف الأمر على الانتساب في وقته، وإن كان فيه شبه من كل منهما فعلى أضرب:

أحدها: أن يتماثل الشبهان ولا مرجح فيعدل إلى غير القيافة.

والثاني: أن يتماثل الشبه بينهما في العدد ويختلفا في الظهور والخفاء فيلحق بمن ظهر فيه الشبه دون من خفي فيه.

والثالث: أن يتماثلا في الظهور والخفاء ويختلفا في العدد فيكون الشبه في أحدهما من ثلاثة أوجه وفي الآخر من وجهين فيلحق بالأول.

……………………………………………………

والرابع: أن يكون في أحدهما أكثر عددًا وأظهر شبهًا، وفي الآخر أقل وأخفى فيلحق بالأول.

والخامس: أن يكون في أحدهما أخفى شبهًا وأكثر عددًا، وفي الآخر أقل عددًا وأظهر شبهًا، فوجهان:

أحدهما: يرجح بكثرة العدد.

والثاني: بظهور الشبه تغليبًا لقوة التشابه إذا عرف هذا، فإن كان القائف عارفًا بأقسام هذه الأحكام جاز أن يكون فيها حكمًا وإلا كان فيها مخبرًا لا حكمًا ليحكم بها من الحكام من تعلمها ويجهد رأيه فيها، انتهى.

وقال الإمام تصرف العراقيون فقالوا: لا شك أن القافة يعتمدون أشباهًا جلية وخفية، فالجلية كالخلق والصور، والخفية كالشمائل التي لا تنتظم فيها عبارة.

ثم قال: ولا ينبغي عندنا أن ينتهي الفقيه أن يتصرف في علم القيافة، انتهى.

وقال ابن الرفعة: الشبه ضربان ظاهر وخفي، فالظاهر: أن يكون الشبه بالسواد والبياض، والخفي: ما يعلم بالنظر إلى الأيدي والأرجل ونحوها، انتهى.

وجعل الرافعي من الخفية اشتباه الخلق وتشاكل الأعضاء، وهذا وما قبله ظاهر مخالف لما نقله الإمام عن العراقيين.

إشارة: سبق في كتاب اللقيط فروع مفيدة من هذا الباب، وذكر الماوردي هنا أربعة فصول مفيدة.

الفصل الأول: في صفة القائف.

والثاني: في صفة القيافة وقدمنا مقاصدهما.

والثالث: في الموجب لاستعمال القافة، وهو الشارع في الولد وهو ضربان:

....

أحدهما: في لقيط لا يعرف فيه فراش فينظر إن كان كبيرًا بالغًا عاقلًا فالدعوى عليه فمن صدقه دون من كذبه ولا يمين له عليه؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل بكذبهما وإن حلف لهما، وإن قال ابن أحدكما ولا أعرف بعينه رجع إلى القافة في إلحاقه بأحدهما، فإن عدموا أخذ بالانتساب جبرًا فإن سلمه أحد المتنازعين للآخر، فإن كان قبل القافة والانتساب جاز وصار ولدًا له وإن كان بعد الحكم بنسبه، أما بعد القافة أو بعد الانتساب لم يجز وإن كان صغيرًا لم يميز أو بالغًا مجنونًا استعمل فيه القافة، فإن عدموا أو أشكل وقف إلى زمن الانتساب وإن سلم أحدهما للآخر كان على ما سبق من جوازه قبل إلحاقه دون ما بعده.

والضرب الثاني: أن يكون الولد عن فراش تتوزع فيه فاستعمال القافة فيه متعين بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون الفراش مشتركًا بينهما فيه، فإن انفرد به أحدهما كان ولدًا لصاحب الفراش من غير قافة.

والثاني: أن يكون اشتراكهما في الفراش موجبًا للحوقه بكل منهما لو انفرد.

والثالث: أن يثبت فراش كل منهما وثبوته معتبر بحالهما، فإن كان أحدهما زوجًا والآخر ذا شبهة ثبت فراش ذي الشبهة بتصديق الزوج ولم يعتبر فيه تصديق الموطوءة؛ لأن الفراش للزوج وإن لم يكن فيهما زوج اعتبر فيه تصديق الموطوءة لكل منهما إن كانت خلية من زوج، وإن كانت ذات زوج اعتبر فيه تصديقه دونه؛ لأنه أملك بالفراش منها وصار الزوج داخلًا معهما في التنازع، ولا يعتبر تصديق كل واحد منهما لصاحبه؛ لأن ثبوت النسب حق له وعليه، فإن أنكرتهما الموطوءة أو زوجها فلا فراش لهما وعلى منكرهما اليمين ولو ادعت أو زوجها عليهما الفراش فأنكراه صدقا باليمين.

……………………………………………………………………………

قلت: وقضية كلامه وغيره أن فراش السيد في أم الولد وغيرها لا مزية له؛ بل هي كالأجنبية فيما يجز فيه وفي النفس منه شيء، قال: فإذا ثبت فراشهما بالتصادق أو ببينة مع التجاحد على الوجه الذي تقوم به البينة في مثله تكاملت شروط الاشتراط في لحوق النسب وصار الفراش حقًا لهما وعليهما، فلا يقف على مطالبتهما ولا يجوز لواحدٍ منهما أن يسلم لصاحبه لما فيه من الحق عليه، ويستوي فيه حكم الولد صغيرًا أو كبيرًا.

والفصل الثاني: في صفة القيافة وقدمنا مقاصدهما.

الفصل الثالث: وتستعمل القافة في إلحاقه بأحدهما إذا طولب بها، ومستحقو المطالبة بها من كان قوله في الفراش معتبرًا والولد إذا كان بالغًا، فإن لم يطلب جاز للحاكم أن يستعمل القافة في حق الصغير؛ إذا علم الحال من غير طلب نيابة عنه، ولم يكن له أن يستعملها في حق الكبير؛ لأنه أخص بطلب حقوقه.

الفصل الرابع: ثبوت الحكم بلحوق النسب بقول القافة وهو معتبر باستلحاق النسب، واستلحاقه على ضربين:

أحدهما: أن يكون لاشتراكهما في فراش فلا يصح إلحاقه بالقافة إلا بحكم حاكم؛ لأن الفراش قد أوجب لهما حقًا وأوجب عليهما حقًا في إلحاقه بأحدهما ونفيه عن الآخر وألحق عليهما للولد وبالعكس، وكذلك وجب إلحاقه بأحدهما وإن لم يتنازعاه، ولم يجز لأحدهما أن يسلمه للآخر فكان أغلظ من اللعان الذي لا يصح إلا بحكم الحاكم، وكان أولى ألا يصح إلا بحكم الحاكم منه.

والضرب الثاني: أن يكون الاستلحاق في ادعاء لقيط لم يعرف لهما فيه فراش مشترك فهو حق لهما لا عليهما في الظاهر؛ إذ لو سكتا لم يتعرض لهما ولو سلمه أحدهما للآخر صح وانتفى عنه، ولحق بمن سلمه إليه فلم يفتقر استلحاقه إلى حكم، وجاز أن ينفردا باستعمال القافة فيه.

……

وإن اختارا أن يتحاكما فيه إلى حاكم إن اختارا فإن تنازعا فيه إلى حاكم فاختيار القائف إليه دونهما، وإن انفردا فاختيار القائف إليهما فإن اتفقا على اختيار قائف تخيرا فيه بين التحكيم والاستخبار كما سيأتي بيانه، فإن استحضراه فأخبر كان موقوفًا على إمضائهما وإلزامهما، وإن حكماه فحكم ففي لزوم حكمه لهما قولان، وإن تنازعا في اختيار القائف بعد الاتفاق عليه في تحكيمه أو استئجاره لم يعمل على اختيار أحدهما وتنازعا فيه إلى حاكم ليحتكم بينهما.

وإذا كان الحاكم هو الناظر بينهما في لحوق النسب في الفراش المشترك كان حتمًا واجبًا، وأما في اللقيط المدعي بالتراضي والاختيار، وأما أن يطلبه أحدهما دون الآخر فيؤخذ الممتنع جبرًا بالحكم، وإنما يجوز للمتنازعين في اللقيط أن ينفردا بالقافة إذا اتفقا على التراضي في تفردهما به دون الحاكم.

وإذا أراد الحاكم الحكم بينهما اختار من القافة أوثقهم وأعلمهم واجتهد رأيه في تحكيم القائف أو استخباره فإن أداه اجتهاده إلى تحكيمه كان ذلك استخلافًا له في الحكم بينهما فيراعى في استنابته شروط التقليد، واختير من العلم بشروط الإلحاق فإن تصرفها أعلمه بها فأما المختص منها بعظمته وقوة حسبه فهو مركوز في الطبع.

ويجوز أن يقتصر على قائف واحدٍ؛ لأنه حكم فإن سمع فيه بين قائفين احتياطًا كان أوكد، وَلَا يَنْفُذُ الْحُكْمُ فِي لُحُوقِهِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، حَتَّى يَجْتَمِعَا عَلَيْهِ، فَإِذَا أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ الْوَاحِدُ إِذَا أُفْرِدَ أَوِ الْقَائِفَانِ إِذَا جُمِعَ بَيْنَهُمَا بِأَحَدِ الْمُتَنَازِعَيْنِ فِيهِ، وَنَفَاهُ عَنِ الْآخَرِ لَحِقَهُ، وَانْتَفَى عَنِ الْآخَرِ.

وَلَوْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا وَلَمْ يَنْفِهِ عَنِ الْآخَرِ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَرَى اشْتِرَاكَهُمَا فِيهِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُلْحِقْهُ بِالْآخَرِ، انْتَفَى عَمَّنْ نَفَاهُ عَنْهُ، وَصَارَ الْآخَرُ مُنْفَرِدًا بِالدَّعْوَى فَلَحِقَ بِهِ، لِانْفِرَادِهِ بِالْفِرَاشِ، لَا بِالْقَائِفِ.

……

وَلَوْ تَنَازَعَ فِي دَعْوَاهُ ثَلَاثَةٌ، فَأَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمْ، وَنَفَاهُ عَنِ الْآخَرَيْنِ، أَمْضَى حُكْمَهُ فِي إِلْحَاقِهِ وَنَفْيِهِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنْ أَحَدِهِمْ، خَرَجَ مِنَ الدَّعْوَى، وَصَارَتْ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ، وَلَوْ نَفَاهُ عَنِ اثْنَيْنِ خَرَجَا مِنَ الدَّعْوَى، وَصَارَ لَاحِقًا بِالْبَاقِي؛ لِانْفِرَادِهِ بِالدَّعْوَى، لَا بِقَوْلِ الْقَائِفِ، فَإِنْ لَحِقَ بِأَحَدِهِمْ لِإِلْحَاقِ الْقَائِفِ بِهِ، وَنَفْيِهِ عَنْ غَيْرِهِ اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ فِي ثُبُوتِ نَسَبِهِ، وَلَزِمَ الْحَاكِمَ تَنْفِيذُ حُكْمِهِ، وَإِنْ نَفَاهُ الْقَائِفُ عَنْ أَحَدِهِمَا اسْتَقَرَّ حُكْمُهُ بِالنَّفْيِ، وَلَمْ يَسْتَقِرَّ حُكْمُهُ بِاللُّحُوقِ، حَتَّى يَحْكُمَ لَهُ الْحَاكِمُ بِاللُّحُوقِ، بِحُكْمِ الِانْفِرَادِ بِالدَّعْوَى، فَإِنْ رَجَعَ الْقَائِفُ بَعْدَ حُكْمِهِ بِذِكْرِ الْغَلَطِ فِيهِ، لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ؛ لِأَنَّ نُفُوذَ الْحُكْمِ بِالِاجْتِهَادِ يَمْنَعُ مِنْ نَقْضِهِ بِاجْتِهَادٍ.

وَإِنْ رَأَى الْحَاكِمُ اجْتِهَادَهُ إِلَى اسْتِخْبَارِ الْقَائِفِ دُونَ تَحْكِيمِهِ، أَنْكَرَ الْقَائِفُ مُخْبِرًا، وَالْحَاكِمُ هُوَ الْمُنْفَرِدُ بِالْحُكْمِ؛ جَازَ وَلَزِمَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ قَائِفَيْنِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ خَبَرُ الْوَاحِدِ مَقْبُولًا؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ.

كَمَا لَا يَحْكُمُ فِي التَّقْوِيمِ إِلَّا بِقَبُولِ مُقَوِّمَيْنِ، فَإِذَا أَرَادَ الْقَائِفَانِ بَعْدَ اجْتِهَادِهِمَا، أَنْ يَذْكُرَا لِلْحَاكِمِ مَا صَحَّ عِنْدَهُمَا مِنْ لُحُوقِ الْوَلَدِ بِأَحَدِهِمَا فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَكُونُ خَبَرًا يُؤَدَّى بِلَفْظِ الْإِخْبَارِ، وَلَا تَكُونُ شَهَادَةً تُؤَدَّى بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَخْتَصُّ بِفِعْلٍ مُشَاهَدٍ، وَقَوْلٍ مَسْمُوعٍ، وَلَيْسَ فِي الْقِيَافَةِ، وَاحِدٌ مِنْهُمَا، فَكَانَ خَبَرًا، وَلَمْ يَكُنْ شَهَادَةً، فَعَلَى هَذَا يَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِمَا، لِيَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِمَا إِنْ ذَكَرَا اشْتِرَاكَهُمَا فِي الشَّبَهِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ سُؤَالُهُمَا إِنْ كَانَ مُخْتَصًّا بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِي الِاشْتِرَاكِ أَنْ يَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِي التَّرْجِيحِ، فَلَزِمَهُ السُّؤَالُ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي اخْتِصَاصِ أَحَدِهِمَا بِالتَّرْجِيحِ بِالشَّبَهِ، اجْتِهَادُهُ فِي التَّرْجِيحِ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ السُّؤَالُ؛ وَلَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا أَفِي الشَّبَهِ اشْتِرَاكٌ؟ حَتَّى يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِهِ، وَيَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِ، أَوْ لَيْسَ فِيهِ اشْتِرَاكٌ؟ حَتَّى لَا يَسْأَلَهُمَا عَنْهُ، وَلَا يَجْتَهِدَ رَأْيَهُ فِيهِ، وَيَقْتَنِعَ مِنْهُمَا أَنْ

……

يَقُولَا هَذَا وَلَدُ هَذَا دُونَ هَذَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ شَهَادَةً تُؤَدَّى بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَنْ مُشَاهَدَةٍ؛ لِأَنَّ الدَّالَّ يَشْهَدُ، وَالْحُكْمُ مُخْتَصٌّ بِالشَّهَادَةِ دُونَ الْخَبَرِ.

فَعَلَى هَذَا لَا يَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَسْأَلَهُمَا عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِمَا؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يُسْأَلُ عَنْ سَبَبِ عِلْمِهِ بِمَا شَهِدَ؛ لَكِنْ إِنْ كَانَ الشَّبَهُ مُخْتَصًّا بِأَحَدِهِمَا.

جَازَ لِلْقَائِفَيْنِ أَنْ يَشْهَدَا بِأَنَّهُ وَلَدُ هَذَا دُونَ هَذَا، وَإِنْ كَانَ الشَّبَهُ مُشْتَرَكًا يَحْتَاجَا إِلَى اجْتِهَادٍ فِي تَرْجِيحٍ فَفِيمَا يَشْهَدَانِ بِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَشْهَدَانِ بِمَا أَدَّى إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُمَا مِنْ لُحُوقِ نَسَبِهِ بِأَحَدِهِمَا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: يَشْهَدَانِ بِالشَّبَهِ الْمُوجِبِ لِلُحُوقِ النَّسَبِ بِأَحَدِهِمَا لِيَجْتَهِدَ الْحَاكِمُ رَأْيَهُ دُونَهَا، وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مِنِ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا، هَلْ يَسُوغُ لِلشُّهُودِ أَنْ يَجْتَهِدُوا فِيمَا يُؤَدُّوهُ إِذَا كَانَ الِاجْتِهَادُ فِيهِ سَمَاعٌ؟

قلت: وسبق أن الأصح المنع.

فَإِذَا أَدَّى الْقَائِفَانِ إِلَى الْحَاكِمِ مَا عِنْدَهُمَا مِنْ لُحُوقِ النَّسَبِ بِأَحَدِهِمَا خَبَرًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، أَوْ شَهَادَةً عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ؛ لَزِمَ الْحُكْمُ بِقَوْلِهِمَا فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ بِمَنْ أَلْحِقَ، وَنَفْيِهِ عَمَّنْ نَفَوْهُ، وَهُوَ قَبْلَ حُكْمِ الْحَاكِمِ، غَيْرُ لَاحِقٍ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ رَجَعَ الْقَائِفَانِ فِي قَوْلِهِمَا، وَأَلْحَقُوهُ بِمَنْ نَفَوْهُ عَنْهُ لِخَطَإٍ اعْتَرَفَا بِهِ، رُوعِيَ رُجُوعُهُمَا، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِقَوْلِهِمَا، لَمْ يَنْقُضْ حُكْمَهُ وَأَمْضَاهُ عَلَى مَا حَكَمَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حُكْمِهِ بِقَوْلِهِمَا لَمْ يَكُنْ نَسَبُهُ لِلْأَوَّلِ، وَلَا لِلثَّانِي.

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَلِبُطْلَانِ الشَّهَادَةِ، بِالرُّجُوعِ عَنْهَا.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِتَعَارُضِ الْقَوْلَيْنِ فِيهِ.

فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَى الْقَائِفَيْنِ لُحُوقُ نَسَبِهِ، وَبَانَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا عُمِلَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَى غَيْرِهِمَا عَدَمُ النَّسَبِ مِنْ جِهَةِ الْقَائف، وَوَجَبَ أَنْ يُوقَفَ النَّسَبُ

……

لِلشَّكِّ، حَتَّى يَنْتَسِبَ الْوَلَدُ بِطَبْعِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **«مِنْ شَأْنِ الرَّحِمِ إِذَا تَمَاسَّتْ تَعَاطَفَتْ»**(١). وَلَهُ فِي زَمَانِ انْتِسَابِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ «الْقَدِيمُ» إِلَى اسْتِكْمَالِ سَبْعٍ، وَهِيَ الْحَالُ الَّتِي يُخَيَّرُ فِيهَا بَيْنَ أَبَوَيْهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: وَهُوَ «الْجَدِيدُ» الصَّحِيحُ إِلَى بُلُوغِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ بِقَوْلِهِ فِي لَوَازِمِ الْحُقُوقِ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَإِنْ قَبِلَ فِي الِاخْتِيَارِ لِأَحَدِ أَبَوَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْحُقُوقِ، فَإِذَا انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا لَحِقَ بِهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ تَصْدِيقُ الْأَبِ، فَلَوْ رَجَعَ وَانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ؛ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ بَعْدَ لُحُوقِهِ بِالْأَوَّلِ.

وَلَوْ وُجِدَتِ الْقَافَةُ بَعْدَ انْتِسَابِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا فألحقه بالآخر؛ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ لِاسْتِقْرَارِ لِحَوْقِهِ بِالِانْتِسَابِ إِلَى الْأَوَّلِ.

وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْتِسَابِهِ إِلَى أحد المتنازعين عليه أَحَدِهِمَا، قَامَتْ وَرَثَتُهُ، مَقَامَهُ فِي الِانْتِسَابِ، إِلَى أَحَدِهِمَا.

وَلَوْ مَاتَ الْمُتَنَازِعَانِ وَالْوَلَدُ بَاقٍ جُمِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَصَبَتِهِمَا، وَكَانَ لَهُ بَعْدَ الِاجْتِمَاعِ مَعَهُمْ أَنْ يَنْتَسِبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَبَقِيَ الْآخَرُ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ التَّنَازُعُ فِي فِرَاشٍ مُشْتَرَكٍ انْتَسَبَ إِلَى مَنِ اخْتَارَ مِنَ الْحَيِّ، أَوِ الْمَيِّتِ، وَإِنْ كَانَ التَّنَازُعُ فِي لَقِيطٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَكُونُ كَالْفِرَاشِ فِي انْتِسَابِهِ إِلَى أَحَدِهِمَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْبَاقِي، لِانْقِطَاعِ دَعْوَى الْمَيِّتِ، انتهى ملخصًا على سقم في النسخة وقد اشتمل كلامه على غرائب لا توجد مجموعة لغيره، والله أعلم.

خاتمة نسأل الله حسن الخاتمة:

الأصل في الباب ما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن

---

(١) ذكره الماوردي في «الحاوي الكبير» (١١/ ٦٨٦).

……………………………………………………………

عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه فقال: **«أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ عَلَيَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رأسَيْهِمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»**⁽¹⁾ أخرجه البخاري ومسلم.

وزاد مسلم: **«وَكَانَ مُجَزِّزٌ قَائِفًا»**.

ووجه الدليل أنه ﷺ أقره ولم يقل له: لا تفعل، هكذا فإنك إن أصبت في موضع ربما تخطئ في موضع آخر فيكون فيه قذف محصنةٍ.

وإثبات نسب منفي، أو نفي نسبٍ ثابتٍ، وسر ﷺ به وكان لا يسر بالباطل فدلَّ على أنه علم يجوز العمل به.

قال الشيخ إبراهيم المروزي: وإنما سر به ﷺ؛ لأن أسامة كان شديد البياض وكان حب رسول الله ﷺ، وكان زيد شديد السواد، وكان المشركون يطعنون في نسبه مغايظة لرسول الله ﷺ ومجزز المدلجي كان معروفًا بالقيافة، مقبول القول فيها، انتهى.

ويدل للمسألة أنه ﷺ اعتبر الشبه في ولد العجلاني فقال: **«إن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا قد صدق عليها، وإن جاءت به على نعت كذا فلا أراه إلا قد كذب عليها؛ فجاءت به على النعت المكروه؛ فقال النبي ﷺ: لولا الإيمان وروي القرآن لكان لي ولها شأن»**⁽²⁾ ودلالته بينة وفي الباب آثار وأخبار.

قال المروزي: قال الشافعي وأخبر عدد من أهل العلم من أهل المدينة ومكة أنهم أدركوا الحكام يقضون بقول القافة، وأخبرهم من كان قبلهم أنهم أدركوا مثل ما أدركوا ولم يروا من أحد يرضونه عندهم من أهل العلم ينازع في القول بالقافة.

---

(1) أخرجه البخاري (٦٧٧١)، ومسلم (٣٦٩٣).

(2) أخرجه أحمد (٥/ ١٩٢)، والبيهقي (٢/ ٣٦٦).

....

وقال الماوردي: ويدل عليه من طريق الإجماع اشتهاره في الصحابة أنهم فعلوه وأقروا عليه، ولم ينكروا عليه حتى روي عن أنس بن مالك أنه شك في ابن له فأراه القافة، ولو كان هذا منكرًا لما جاز منهم إقرارهم على منكر فصار كالإجماع، انتهى. والمنازعة فيه مكابرة، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الْعِتْقِ

قال المصنف: [إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ، ....

قال الشارح: هو إزالة الملك عن الآدمي لا إلى مالك تقربًا إلى الله تعالى، مأخوذ من قولهم: عتق الفرس إذا نجا، وعتق الفرخ إذا طار، والعبد بالعتق يتخلص من قيد الرق، ويذهب حيث شاء والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ١٣﴾ [البلد: ١٢، ١٣] ﴿وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ﴾ أي: بالإسلام ﴿وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي: بالعتق، وأمر تعالى بتحرير الرقبة في آيات والسنة والإجماع طافحة بذلك.

وفي «الصحيحين» وغيرهما: **«مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»** ولفظ مسلم: **«مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ»**(١) وقد روى هذا الحديث جمع من الصحابة ﷺ والإجماع منعقد على جوازه وكونه مندوبًا إليه.

قال: (**إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ**) أي: مسلمًا كان أو ذميًا أو معاهدًا أو حربيًا؛ لأنه تصرف في المال حال الحياة فأشبه الهبة ونحوها، وأما المرتد فإن لم يحجر عليه نفذ تصرفه على الأصح كمن سفه بعد رشده، ولم يحجر عليه بعده بسفهه الطارئ كما سبق.

وإن حجر عليه فتصرفه موقوف على أظهر الأقوال، وقد أخرج المصنف بقوله: «التصرف» المحجور عليه بسفه والجنون والصبى، نعم سبق عن جماعة أن الصبي المميز لو أعتق في مرض موته كان على القولين في وصيته، وإن

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٢٠، رقم ٩٤٣١)، والبخاري (٦/ ٢٤٦٩، رقم ٦٣٣٧)، ومسلم (٢/ ١١٤٧، رقم ١٥٠٩)، والترمذي (٤/ ١١٤، رقم ١٥٤١) وقال: حسن صحيح غريب. وابن حبان (١٠/ ١٤٧، رقم ٤٣٠٨).

……

الدارمي خصص القولين بما إذا مات صغيرًا.

أما لو بلغ ثم مات؛ صحت هبته ووصيته قولًا واحدًا واستغربناه، وأشار في موضع إلى أنها طريقة ضعيفة، والظاهر أن العتق على هذه الطريق كذلك، ولعل موضعها ما إذا بلغ في مرضه ذلك، ثم مات لا إن عوفي ثم مات من بعد.

وفي «الحاوي» على قولنا تصح وصيته أن في عتقه وهبته في مرض موته وجهًا، ولو نجز المحجور بفسقه العتق في مرض موته.

قال الماوردي: فهل يغلب بحجر السفه أو المرض؟ على وجهين فعلى الثاني يصح في ثلاثة كالمريض الرشيد، انتهى.

وهو المختار عندي، وإن اقتضى كلام الشيخين وغيرهما الجزم بالأول لحاجته إلى الثواب وزوال المعنى في الحجر، ولو لزمته كفارة فأذن له الولي في عتق رقبة معينة عنها؛ فالظاهر بحثًا لا نقلًا نفوذه منه ولا يخرج على الخلاف في بيعه ونحوه بإذنه؛ لوضوح الفرق، وكذا لو كان قد نذر في حال رشده عتق رقبة في وقت بعينه لو نذره بعد طروء سفهه، ثم حجر عليه وحضر الوقت فالظاهر نفوذه منه سيما إذا كان قد عينه في أحد عبيده، نعم لا يصدق في نذره السالف إلا ببينة عليه.

إشارات: قد يدخل في لفظ المصنف: أو يخرج منه، ما لو أعتق المبعض من يملكه ببعضه الحر ولم أرَ فيه نصًا، غير أن الجيلي قال في كتابه «الإعجاز»: إن كفارته بالمال، ثم ذكر أنه في الطلاق والإعتاق كالعبيد، وأما إعتاق المكاتب عن سيده أو غيره بإذنه فكتبرعه بإذنه فيصح على الأظهر وعن نفسه بالإذن باطل على المذهب، وقد يرد بعد ما ذكرناه على لفظ الكتاب، وفي إعتاق الراهن والمفلس ما سبق في بيانهما، وفي إعتاق السيد العبد الجاني وعبيد مأذونه في التجارة إذا ركبته الديون ولم يتصل به حجر كلام سبق.

فَرْعٌ: لا يفسد العتق بالشروط الفاسدة بخلاف الوقف، صرح به القفال في «الفتاوى» ومقتضى كلام الإمام وغيره القطع به واقتضى كلام الرافعي في كتاب

وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ فَيَعْتِقُ كُلُّهُ.

الوقف أنه يفسد بذلك وهو غريب، وفي «البسيط» هناك: وإذا وقته نفذ ولغا التوقيت، انتهى.

فإذا قال: أعتقتك شهرًا مثلًا عتق أبدًا، ورأيت في «شرح الكفاية» للصيمري: أنه لو قال: أنت حر، ثم قال: أردت إلى سنة، قبل في الباطن، وقد يفهم أنه إذا لفظ به لا يعتق إلا أن يكون أراد به التعليق كـأنت حر بعد سنة، ولا أعلم خلافًا عندنا أنه لو قال: أعتقتك ولا ولاء لي عليك أنه يعتق ويثبت له الولاء عليه، وسيأتي من كلام الرافعي في كلامه على عتق أمته الحاصل الجزم بعكس ما ذكره في كتاب الوقف.

فَرْعٌ: قال ابن الرفعة هنا: عتق البهائم غير نافذ على الأصح.

قلت: كذا عبر الغزالي.

قال ابن الصلاح: إنما الخلاف فيما يملك بالاصطياد، أما البهيمة الأنسية فإعتاقها من قبيل سوائب الجاهلية وذلك باطل قطعًا، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ تَعْلِيقُهُ**) أي: بالصفات كطلوع الشمس وقدوم زيد أو شفاء عمرو أو موته ودخول الدار وهبوب الرياح وغيرها؛ لأنه تعليق قربة سارية؛ فجاز كالتدبير وخرج بسارية الوقف، ولا يفسد بالشروط الفاسدة كما بيناه بخلاف الوقف، ويصح تعليقه بالإعتاق على عوض أيضًا.

قال: (**وَإِضَافَتُهُ إِلَى جُزْءٍ**) أي: شائع أو معين كما صرح به «المحرر».

(**فَيَعْتِقُ كُلُّهُ**) أي: حيث لا مانع من ذلك كما سيأتي، وقد روى أبو المليح عن أبيه: «**أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ غُلَامٍ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فقال: لَيْسَ لله شَرِيكٌ، وأجاز عتقه**»(١) رواه الإمام أحمد والنسائي وأبو داود وهذا لفظه.

وقد كمل الشارع العتق على الموسر؛ إذا كان الباقي لغيره فلان يحمل والباقي له أولى، وفي كيفية عتق كله إذا أضاف العتق إلى جزء شائع وجهان:

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ١٩٢)، وأبو داود (٣٩٣٥).

……………………………………………………………………

أحدهما: يقع على الجزء المسمى بشراء إلى الباقي.

والثاني: يقع على الجميع دفعة واحدة وكأنه عبر بالبعض عن الكل، وإن أضافه إلى جزء معين فوجهان مرتبان، وأولى بحصوله دفعة واحدة وسبق بيان هذا الخلاف في الطلاق، ثم موضع عتق الكل عند قوله: نصفك حر ما إذا لم يمنع من التكمل مانع كمن رهن نصف عبيده ولا يملك غيره أو أعتق نصيبه وهو مقر بقيمة الباقي.

تنبيهات: من ثمرة الخلاف في إضافته إلى جزء شائع أنه لو أوطأ بعتق بعض عبده بعد موته.

فإن قلنا: إن العتق يقع بطريق السراية لم يعتق عنه إلا ما وصى بعتقه.

وإن قلنا: يقع بطريق التعبير بالبعض عن الكل أعتق عنه جمع العبد، ذكره في «البحر».

وقال القاضي الحسين: إن قلنا: الاعتبار في تعليق الطلاق بحالة التعليق عتق، وإن قلنا: بحالة وجود الصفة فوجهان بناء على ما ذكر من المأخذين.

ومن ثمراته أنه إذا أضيف إلى عضو معين أنه لو قال: إن دخلت الدار فخنصرك الفلاني حر، ثم قطع ثم دخل الدار فعلى الأول لا يعتق، وعلى الثاني يعتق واستبعد القاضي وقوع العتق في هذه الصورة، فإنه لم يضف إلى شيء متصل به فأشبه ما لو قال: يدك الثالثة أو رجلك الثالثة حرة ولا زائدة له فإنه لا يعتق. وفي «تعليق» إبراهيم المروزي بعد نقله البناء عن الأصحاب عن رواية القاضي.

قال القاضي: وذلك خطأ؛ لأن المضاف إليه الطلاق والعتق لا بد أن يكون موجودًا قابلًا للعتق والطلاق حالة الإضافة، فإذا لم يكن لم يعمل فيه كما لو قال لها ذكرك طالق ولو أضاف إلى الجزء الثاني بأن قال: أعتقت هذه اليد المقطوعة لم يقع، انتهى.

وحكى الإمام ذلك طريقة ولم ينسبها، وقال لها: أفقه، واقتضى كلام

وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ، وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ، وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَتُهُ.

«البسيط» أنه إذا قال لمقطوع اليمين يمينك حر أنه لا يعتق على المذهب كما لو قال: لمقطوعة يمين يمينك طالق.

ومنها: نقل الرافعي قبيل باب التدبير في فروع رواها الروياني عن والده وغيره أنه إذا أعتق بعض مملوكه بسراء إلى الباقي إذا كان قابلًا للعتق إلا في مسألة واحدة ذكرها بعض الأصحاب وهي أنه إذا وكل إنسانًا بإعتاق عبده فأعتق الرجل نصفه ففي حصول العتق في النصف وجهان، وبالحصول قال أبو حنيفة، وعلى هذا ففي عتق النصف الثاني وجهان أصحهما أنه يعتق، انتهى.

وعبر المصنف في «الروضة» عن هذا بأنه لو وكله في إعتاق عبده وأعتق الوكيل نصفه فهل يعتق نصفه فقط لم يعتق ويسري إلى باقيه أم لا يعتق منه شيء للمخالفة. فيه أوجه أصحها الأول، انتهى وفي هذا الاختصار نظر عن وجهين لا يخفى أمرهما.

وقياس ما ذكراه أن قبول الوكيل الهبة والوصية كقبول الموكل؛ فيسري أن يكون إعتاق الوكيل النصف كإعتاق الموكل فيعتق الجميع جزمًا إما سريانًا أو تعبيرًا بالبعض عن الكل على اختلاف الوجهين.

ومنها: سبق في إضافة الطلاق إلى الدم والسمن والشحم واللبن والشعر وفضلات البدن وغيرها فوائد جمة، وبيان ما فيها من الاختلاف واختلاف الترجيح والاضطراب وقد أشار الصيمري إلى أن الحكم هنا كما مرَّ في الطلاق.

قال: (**وَصَرِيحُهُ تَحْرِيرٌ وَإِعْتَاقٌ**) لأنه قد ثبت لهما عرف في الشرع والاستعمال، فإذا قال لعبده أو أمته: أنت حر أو محرر أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أعتقتك، وكل ما يتصرف من اللفظين عتق وإن لم ينو.

قال: (**وَكَذَا فَكُّ رَقَبَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْتَاجُ**) أي: ما هو صريح.

(**إِلَى نِيَّةٍ**) لأنه لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، وهذا حشو لأن من المعلوم أن الصرائح لا تحتاج إلى نية وكأنه وطأ به لقوله: (**وَيَحْتَاجُ إِلَيْهَا كِنَايَتُهُ**) أي:

وإن اختفت بها قرائن؛ لأنها تحتمل العتق وغيره فافتقرت إلى التمييز بالنية، ثم أخذ في بيان الكتابة كما سيأتي عدنا إلى الكلام على قوله: وكذا فك رقبة في الأصح إذا قال لعبده: فككت رقبتك فوجهان:

أحدهما: أنه صريح لورود القرآن به لاستعماله في العتق وغيره، وأرسل الجمهور الوجهين بلا ترجيح على ما رأيته فيما وقفت عليه من كتب الطريقتين، وصحح في «المحرر» الأول، وقال في «الشرحين»: إنه الأرجح، زاد في «الكبير» على قياس نظائره.

فافهم أن الترجيح له ولم أره لغيره، وذكر الجيلي: إن الثاني أصح، وقضية كلام الماوردي والفوراني الجزم به حيث قالا: والصريح لفظتان العتق والتحرير، وهو مقتضى كلام الصيمري في «شرح الكفاية» وبه جزم صاحب «الانتصار» في «تنبيهه» وهو قضية قول «اللباب» وأصله الرونق، فالصريح لفظتان العتق والتحرير والكتابة وما سوى ذلك من الألفاظ التي تشبه الإعتاق، انتهى.

وقال الجرجاني في «التحرير»: وقيل وفك الرقبة، انتهى. نعم؛ في «البحر» إن ظاهر المذهب.

ونص عليه في «الأم» أن قوله: فككت رقبتك من الرق صريح، ثم حكى عن بعضهم طرد الوجهين فيه، وقد يؤخذ من النص أن الاقتصار على فككت رقبتك ليس بصريح ما لم يضم إلى ذلك قوله من الرق، ومادة الوجهين أن ما ورد في القرآن مرة واحدة ولم يتكرر على لسان حملة الشرع هل يكون صريحًا أو كتابة؟ فيه نزاع ذكروه في كتاب الخلع والطلاق والرجعة والترجيح فيه مختلف، وسبق أن بعضهم قال: إن لفظ الإمساك ليس بصريح في الرجعة عند الأكثرين، وقال ابن داود: إنه ظاهر المذهب على أن ورود القرآن به في مسألتنا نظر.

قال القرطبي: قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ١٢﴾ [البلد: ١٢] خلاصها من الأسر، وقيل: من الرق، وقال الماوردي في «تفسيره»: ويحتمل أنه أراد فك رقبته باجتناب المعاصي وفعل الطاعات وهو أشبه بالصواب، انتهى، إذا علمت

....

هذا عرفت أن في ترجيح الصراحة نظرًا، وإن حكمنا بصراحة النظائر المشار إليها، والله أعلم.

تنبيهات وفروع:

منه: الظاهر أن ترجمته صرائح العتق بسائر اللغات صرائح على المذهب كما سبق في نظيره الطلاق.

وفي «فتاوى» القفال أنه لو قال لجاريته: يا حُرَّتِي، وعرف معناه؛ وقعت الحرية، انتهى.

ولم يصور ذلك في الأعجمي بل أطلق، والظاهر أن مراده الأعجمي كما اقتضاه إيراد إبراهيم المروزي، وإن إشارة الأخرس المفهومة لكل أحدٍ بالعتق صريح كطلاقه بها نعم إن كان كاتبًا ففي اعتبار ضم الكتابة إلى الإشارة كلام سبق هناك.

ومنها: سبق أنه لو لفظ عجمي بالطلاق بالعربية ولم يعرف معناه أنه لا يقع طلاقه على تفصيل بيناه هناك.

قال الماوردي: وإن أطلق العربي بصريح العجمية وهو لا يعرف معناها فهو كالعجمي فيما سبق، والظاهر أن الحكم هنا كذلك، وسبق أنه لو قال العربي: فارقتك ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه لا يكون صريحًا ويشبه أن يجيء مثله هنا في صورة فك الرقبة إذا قلنا بصراحته.

ومنها: أغرب في «روضة الحكام» فنقل في باب الإقرار عن رواية جده أبي العباس الروياني عن بعض الأصحاب: إنه لا يقع الطلاق بقوله: أنت طالق بمجرده بل لا بد من زوجتي، والظاهر أن قائله يقول لا يعتق العبد بقوله: أنت حر أو عتيق أو أعتقتك ونحوها حتى يضم إلى ذلك من رقي وليس بشيء.

ومنها: سكتوا عمّا لو اشتهر لفظ للعتق في ناحية هل يكون حكمه ما سبق في نظيره من الطلاق حتى يجري فيه الخلاف السابق أم لا؟ والقياس مجيئه.

ومنها: نقلا عن الزيادات أنه لو قال لأمته: أعتقك الله عُتقت بأنه

……

صريح، ورأى الْبُوشَنْجِي أنه كناية، وكذا قاله الغزالي في «فتاويه».

وفي «فتاوى» القاضي الحسين أنه لو قال: أعتقك الله لم يعتق؛ لأنه دعاء، وإن قال: الله أعتقك عُتق؛ لأنه إخبار، قال البغوي: وعندي لا يعتق في الموضعين، وقال الشيخ العبادي: يعتق في الموضعين هذا ما رأيته في «فتاوى» القاضي، ونسب الرافعي مقالة البغوي إلى القاضي، وفي «كفاية» ابن الرفعة قيل: ومطلبه عن القاضي أنه لا يعتق في الأولى؛ لأنه دعاء وأن الظاهر صراحة الثاني فإنه إخبار، انتهى.

وفي صحة هذا النقل هكذا وقفة وقضية الإخبار كونه إقرارًا، حتى لو كان لم يعتقه من قبل لم يلزمه باطنًا، ويحتمل أن يقال: قوله: أعتقك الله صار صريحًا عرفًا، فيؤاخذ به، ويحتمل أن يفرق بين قوله: جوابًا؛ لالتماسه العتق منه، وبين أن يقوله ابتداء، ويحتمل تخريج الصراحة وعدمها حيث اشتهر ذلك لإرادة العتق على الخلاف في حلال الله عليَّ حرام كما أشرنا إليه، وإلا فهو كناية.

ومنها: لو كان اسمها قبل الرق حرة، فقال لها: يا حرة، فإن لم يرد البداءة باسمها القديم عتقت جزمًا، وإن قصده فوجهان عن القاضي الحسين، وبه جزم في «الوجيز» أنها تعتق.

وقال الشيخ أبو محمد: لا تعتق، وهو الأشبه في «الشرحين» والأظهر عند الإمام وصححته «الروضة» وفي «البسيط» و«الذخائر» حكاية المنع عن الإمام فقط.

وقال ابن الرفعة في «الكفاية»: لو كانت تسمى حرة قبل جريان الرق عليها فقال لها: يا حرة على قصد النداء لم تعتق، وإن أطلق فوجهان: أشبههما: عدم العتق، انتهى، وهو سهو منه.

وإنما ذلك إذا كان اسمها في الحال: حرة، أو كان اسم العبد: حرًّا أو عتيقًا، فإن قصد النداء لم يعتق، وكذا إن أطلق في أشبه الوجهين في «الشرحين» وأصحهما في «الروضة».

……………………………………………………………………………………

قال في «البسيط»: لو قال السيد: أريد أن ألقبها بالحرة وأجعل ذلك اسمها، ثم قال بعد ذلك: يا حرة، فالظاهر أنه لا تحصل الحرية إذا قصد النداء، ويلتفت على أن من غير موجب اللغة بالاصطلاح، وفيه خلاف ذكرناه في مسألة السر والعلانية في الصداق، انتهى. ولم يصرح إمامه بترجيح.

ومنها: لو كان اسمها حُلة باللام فقال: يا حرة، ثم قال: أردت نداءها باسمها، فالتفت الحرف، فيشبه أنه يصدق كما سبق فيما لو كان اسم الزوجة طارقًا فقال: يا طالق ثم قال أردت النداء باسمها فالتفت الحرف بلساني.

ومنها: قال ابن الرفعة: ولو قال لها يا حرة في معرض التوبيخ لم تعتق، وإن لم يكن اسمها حرة، صرَّح به القاضي الحسين قبيل باب القرار بالوارث، انتهى.

وهذا إن كان في الباطن فقريب، وإن أراد أنها لا تعتق في الظاهر، ويصدق وهو ظاهر إيراده فمشكل؛ سيما إذا لم تشهد له قرينة ظاهرة مشعرة بالتوبيخ، وفي «الإشراف» نقل عدم العتق بذلك عن رواية الشيخ أبي عاصم، وأن القاضي الحسين كان يميل إلى أنه صريح في الإعتاق، انتهى.

وفي «فتاويه»: إنه لو ادَّعى العبد العتق على سيده ورافعه إلى الحاكم فأنكر وحل ثم قال له على وجه السخرية: قم يا حر.

قال القاضي: يحكم عليه بالحرية لحديث: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ...»(١) وعدَّ منها الإعتاق.

وحكي أنه جرى في مجلس ابن أبي ليلى فحكم بالعتق ورفع إلى جعفر الصادق فقال: لا يعتق لأنه ذكره سخرية واستهزاء كما قال تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْكَرِيمُ ۝٤٩﴾ [الدخان: ٤٩] والمراد منه سلب العزة، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩، رقم ٢١٩٤)، والترمذي (٣/ ٤٩٠، رقم ١١٨٤)، وقال: حسن غريب. وابن ماجه (١/ ٦٥٨، رقم ٢٠٣٩)، والحاكم (٢/ ٢١٦، رقم ٢٨٠٠) وقال: صحيح الإسناد.

ومنها: أفتى الغزالي بأنه لو اجتاز بالمكاس وخاف أن يطالبه بمكس عبده، فقال: إنه حر وليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق باطنًا وكان كاذبًا في خبره، وقضية هذا أنه لا يقبل ظاهرًا، وهو مؤيد لما قدمناه في مسألة القاضي.

قلت: كذا نقلاه، ولفظ «الفتاوى»: إذا ذكر ذلك بصيغة الإخبار ـ وهو كاذب ـ لم يعتق بينه وبين الله، وكان كإقراره بإعتاقه بالأمس وهو كاذب، وإنه لو قال: أفرغ هذا العمل قبل العشر وأنت حر، وقال: أردت حرًّا من العمل، دين ولا يقبل ظاهرًا.

قلت: وبه أفتى القفال، وإنه لو زاحمته امرأة في طريق فقال: تأخري يا حرة فبانت أمته لا تعتق؛ إذ رضاه في اللفظ المزيل لملكه شرط، ولم يوجد كما لو كان اسم امرأته طالقًا واسم عبده عتيقًا فقال لها: يا طالق، وله: يا عتيق، أو قال لغيره: هي طالق وهو عتيق لم ينفذ الطلاق والعتاق، انتهى.

وحكى الرافعي عنه قوله لم تعتق بلا يوجبه، ثم قال: وهذا إن أراده في الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدري من يخاطب هاهنا وعنده أنه يخاطب غير أمته، انتهى.

وأشار بالفرق إلى صورة الفرع من هذا العمل، وأنت حر، ولا شك أن الغزالي أراد أنها لا تعتق في الظاهر كما أفهمه توجيهه، لكن قد يحدث الفرق أنه لو خاطب زوجته بالطلاق وهو يظنها أجنبية فإنه يقع الطلاق، وفيه نظر!

ورأيت في موضع من «الحاوي» أن الشافعي كان راكبًا فزحمته امرأة فقال: تأخري عن الطريق يا حرة أنها جاريته، فلم يتملكها، فاحتمل أن يكون رأى أنها عتقت، واحتمل أن يكون أعتقها تورعًا.

ومنها: في إطلاق «الروضة» عن الزيادات: إنه لو قال لامرأته: يا بنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السبق، كما لو قاله لعبده أو أمته، زاد: قلت: المختار في هذا أنه لا يقع به فرقة إذا لم تكن نية؛ لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة، وقال هنا: لو قال لعبده: أنت ابني، ومثله يجوز

……………………………………………………………………………………………

أن يكون ابنا له ثبت نسبه وعتق إن كان مجهول النسب، وإن كان معلوم النسب لم يلحقه، لكن يعتق في الأصح.

قال الإمام: ولو قال لزوجته: أنت بنتي فالحكم في حصول الفراق وثبوت النسب، كالعتق، انتهى.

قيل: وهذا مخالف للأول إلا أن يدعي الفرق بين النداء وغيره.

قلت: الفرق أن النداء يتوسع فيه، فيقول الشخص لأولاد الأجانب ولعبده وأمته: يا ابني ويا بنتي، ولا يراد به إلا الملاطفة، وهذا كثير في الاستعمال، بخلاف قوله: أنت ابني أو بنتي لا يستعمل عرفًا للملاطفة، وقد يقع نادرًا فيحمل اللفظ على حقيقته بشرطه، والصحيح والمختار أن قوله لعبده: يا ابني لا يقتضي العتق بمجرده، والله أعلم.

ومنها: قال الرافعي: رأيت بخط أبي المحاسن الروياني في فروع حكاها عن والده وغيره أنه لو قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر، يحتمل ألَّا تحصل الحرية؛ لأن حرية البدن غير ثابتة في المشبه، فيحمل على حرية الخلق، زاد في «الروضة»: قلت: وينبغي أن يعتق، وإنه لو قال: أنت حر مثل هذا، ولم يقل هذا العبد فيحتمل أن يعتقا، والأصح أنهما لا يعتقان، زاد المصنف، قلت: الصواب عتقهما، انتهى.

قلت: وعتق الثاني ينبغي أن يكون مؤاخذة حتى لو كان كاذبًا لم يعتق باطنًا؛ لأن مثل هذا ليس صيغة إنشاء، بخلاف قوله للأول أنت حر، وكذا يدين إذا قصد به الصيغة أيضًا، الإخبار، أو قال: أردت أنه حر الأخلاق، صرح الصيمري بتدينه في قوله لعبده: أنت حر كاذبًا.

ومنها: حكى الرافعي عن ابن سريج وأغفلته «الروضة»: إنه لو قال لعبده وعبد غيره: أحدكما حر، لا يكون له حكم.

قال الرافعي: وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في الطلاق وجهين فيما لو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق أنه هل يقبل قوله: أردت الأجنبية؟ فقد

……

اتفق الوجهان على أن له حكمًا وأثرًا، وإنما الكلام في أنه يتمكن من الصرف عن الزوجة، انتهى.

وهذا بيِّن ولا ريب أن عبده لو قال: أردتني أحلف له.

ومنها: في «فتاوى» البغوي: مات رجل فقيل لابنه: إن أباك قد أعتق هذا العبد، فقال: إن كان أعتقه فقد أعتقته، فبان أن الأب لم يكن أعتقه، وقال: يعتق؛ لأن قوله: إن كان الأب قد أعتقه ليس بتعليق؛ لأن الأب إن كان قد أعتقه، ولا معنى لعتقه، ولكن مقصوده بهذا القول أنكم إذا اتفقتم على عتقه فإني لا أرد قولكم فقد أعتقته، وإن كنت منكرًا لعتق الأب.

قلت: فيه نظر، وينبغي أن يراجع ويعمل بمقتضى إرادته، وقضية إطلاقه: إنه لا فرق بين كون العتق المضاف إلى الأب في مرض موته أو غيره، ولا بين خروجه من الثلث وغيره، والصيغة محتملة، وقد يريد بها الإجارة له إن كان قد وقع منه، أو التعليق على تحقق صدوره منه، كل ذلك محتمل، والعامي لا يعرف ما ذكره من أنه لا معنى لعتقه إن كان الأب أعتقه.

ومنها: في كتاب الصلح من «الحاوي»: إنه لو باع عبدًا بيعًا فاسدًا، ثم أذن لمشتريه في عتقه فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق؛ لأن إذنه إنما كان مضمونًا بملك العوض، فلمَّا لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالأولى.

قلت: وفيه نظر، ولا شك أن التصوير فيما إذا كان البائع جاهلًا بفساد البيع، كما اقتضاه كلامه، أمَّا لو علم فساده عتق، ويحتمل أن يقال: ينفذ، وإن علما فساده وتلزمه قيمته.

ومنها: قال الصيمري: لو قال: رأسك رأس حر ـ بالتنوين ـ عتق عليه، فإن قال: أردت التشبيه بالحر لم تقبل ظاهرًا ودينًا، ولو قال: رأسك رأس حر ـ بالإضافة لا بالتنوين ـ وقال: ما أردت العتق قُبل قوله في الظاهر.

قلت: وعن المعرب: لا يفرق بين التنوير فيهما والإضافة، فيشبه أن يراجع أو يصدق في المشبه فيهما، والله أعلم.

وَهِيَ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ، ....

فَرْعٌ: لاحظ أن التعليق بالمشبه وغيرها يجري في العتق كما سبق في الطلاق إيضاحه.

قال البغوي: لو قال: أنت طالق إلا أن أشاء أو يبدو لي وقع في الحال، وتبعه في «الروضة» وحذف قول الرافعي، ويمكن بأن يقال: هو كقوله إلا أن يشاء الله، أو يشاء فلان، انتهى.

وقال المتولي: لو قال: إلا أن أشاء أنا صار عدم الوقوع مطلقًا بمشيئته، فمتى قال: شئت عدم الوقوع بان أن الطلاق غير واقع، انتهى.

وقال البيهقي في «المبسوط» في كتاب النذور: وقال الشافعي - يعني في «الأم»- كما رأيته فيه بهذا اللفظ هناك: ولو قال الرجل: غلامي حر الأب يبدو لي في ساعتي هذه، أو في يومي هذا، أو أشاء أو يشاء فلان إلا أن يكون حرًا، أو امرأته طالق إلا أن أشاء، أو لا تكون طالقًا في يومي هذا، أو يشاء فلان فشاء أو شاء، الذي ذكره لم يكن العبد حرًا ولا المرأة طالقًا، انتهى.

وقال الصيمري في كتاب الأيمان من «شرح الكفاية» عقب «التعليق» بمشيئة الله: ولو قال: والله لأفعلن كذا إلا أن يبدو لي، إلا أن يغير الله ما في قلبي، فإذا تغير رأيه فلا حنث عليه، انتهى.

قال: (وَهِيَ) بمعنى الكناية.

(**لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، لَا سُلْطَانَ، لَا سَبِيلَ، لَا خِدْمَةَ**) أي: لي عليك أيضًا في الثلاث ومثله: لا يد، لا أمر ونحوها لاحتمالها.

قلت: وما جزم به من قوله: لا خدمة لي عليك، هو الجواب في «التهذيب» وغيره، وفي «تعليق» البغوي: إنه أصح الوجهين.

والثاني: لا يكون شيئًا وإن نوى؛ لأن الخدمة لا تدل على الملك؛ لأنه تجوز الوصية له بالخدمة دون الرقبة، فربما تكون له خدمة بالوصية دون الرقبة، انتهى.

وقد يكون مالكًا للرقبة ولا خدمة له عليها، بأن كان مورثه أوصى بمنفعته للغير أبدًا وليس بشيء.

أَنْتَ سَائِبَةٌ، أَنْتَ مَوْلَايَ، وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ، ....

قال: (أَنْتَ سَائِبَةٌ) أي: لإشعارها بالعتق تشبيهًا بسوائب الجاهلية.

(أَنْتَ مَوْلَايَ) لأن المولى مشترك بين معان كثيرة.

وعدَّ الصيمري من الكنايات هنا قوله: لا أبيعك، لا آكل ثمنك، أو اذهب، أو امض، قال: وليس منها: أهم عندي وأقرب مني، انتهى.

وعد في «المحرر» وغيره من الكنايات قوله لأمه بالفارسية: (يا كذبا نُومَنِي) قال ابن الصلاح: ومعناها: يا سيدة البيت القائمة بتدبير أمره، وهي بكاف مفتوحة، ثم ذال معجمة ساكنة ثم باء موحدة، ثم ألف ثم نون مضمومة، ثم واو، و(مني) بفتح الميم، وكسر النون المخففة، ومعناه الاختصاص بالمتكلم.

قال الرافعي: ولو قال لعبده: يا سيدي، فعن القاضي الحسين لا يعتق وإن نوى؛ لأنه من السؤدد وتدبير المنزل، وليس فيه ما يقتضي العتق، وبه أجاب في «الوجيز».

قال الإمام: والذي أراه أنه كناية، زاد في «الشرح الصغير»: هو الأشبه عنده، وعند غيره، ولو قال لأمته: يا كذباتو، فهو كقوله للعبد: يا سيدي، وبكونه كناية أجاب في «التهذيب»، انتهى.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: لو قال لعبده: يا سيدي، لا يعتق وإن نوى، ولو قال لأمته: يا كذباتو، ولعبده: يا خواجه، لا يعتق به، انتهى.

وجزم صاحب «الكافي» بأن قوله لعبده: يا سيدي، كناية ومثله، أو أوضح منه يا أستاذي.

قال: (وَكَذَا كُلُّ صَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ لِلطَّلَاقِ) أي: فإنها كنايات هاهنا؛ لإشعارها بإزالة قيد الملك، كذا أطلق الشيخان هنا، وقد استثنيا في كتاب الطلاق لفظتي: العدة، والاستبراء في حق العبد؛ لاستحالتهما في حقه، بخلاف الأمة على الأصح؛ لقول المحل للعدة في الجملة.

ولو قال لعبده: أنا منك حر، فليس بكناية على الأصح، بخلاف قوله للزوجة: أنا منك طالق لشمول الزوجية لهما، بخلاف الملك، وسبق عن

وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَلِأَمَةٍ أَنْتَ حُرٌّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ عِتْقُكَ إِلَيْك أَوْ خَيَّرْتُك وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ، ....

الدارمي وغيره أن قوله: يا طالق كناية، ويبعد أن قوله: أنا حر كناية.

ثم رأيت ابن الرفعة قال: وفي قوله للأمة: أنت عليَّ كظهر أمي وأنا منك حر، وجهان في أن ذلك كناية أم لا؟ والمختار في «المرشد» في الأولى الثاني، وهو الذي قال به الأكثرون في الثانية، انتهى.

ولعل محل مقابله إذا قال: أنا منك حر، كما صوَّره، لا ما إذا قال: أنا حر، فإنه لا إشعار فيه أصلًا، والأصح في الأولى أنه كناية.

واعلم أني ذكرت جملة صالحة في «الغنية» هناك من كنايات الطلاق، وفي كون جميعها كنايات في العتق وقفة للمتأمل.

قال: (**وَقَوْلُهُ لِعَبْدٍ: أَنْتِ حُرَّةٌ، وَلِأَمَةٍ أَنْتَ حُرٌّ صَرِيحٌ**) أي: ولا يضر الخطأ في التذكير والتأنيث وتغليبًا للإشارة.

قال: (**وَلَوْ قَالَ عِتْقُكَ إِلَيْك أَوْ خَيَّرْتُك وَنَوَى تَفْوِيضَ الْعِتْقِ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَتَقَ**) أي: كما في الطلاق، وقد بيَّناه هناك في أن المراد به مجلس التواجب لا الاجتماع.

وعبارة «المحرر» و«الشرح» و«الروضة»: ولو قال: جعلت عتقك إليك، ولا معنى لحذفه لفظة: جعلت، ثم عبارة «الروضة» و«الشرح»: فأعتق نفسه في الحال عتق، وهي أدل على الفورية، وقد صرَّحوا بها هناك.

وقال ابن القاص وغيره هناك: لا يضر التأخير ما داما في المجلس، وهذا ما توهمه عبارة الكتاب.

وقال ابن المنذر: لها أن تطلق نفسها متى شاءت، وسبق عن القفال: إنها لو قالت: كيف يكون تطليقي نفسي؟ ثم قالت: طلقت، وقع.

وقال الرافعي: إنه مبني على أن تخلل الكلام لا يضر، وسبق أنه يشترط لصحة التفويض كونها لا صغيرة ولا مجنونة، وذكروا ثم أن التفويض تمليك أو توكيل قولان، وكأنهم فرَّعوا هنا على الأظهر.

أَوْ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ ....

قال المصنف هناك بعد ذكره تفريع القولين: ولو قال لها: طلقي نفسك فقالت: طلقت نفسي، أو أنا طالق إذا قدم زيد لم يقع إذا قدم، وقيل: يقع، ولو أمرها بالتعليق، أو قالها الأجنبي ففعل لم يصح في أصح الأوجه، ثم قال: وهو نص الإعتاق إلى العبد كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة، ثم ذكر صورًا مثلها هاهنا.

تنبيهات:

منها: وقع في «الروضة»: ولو قال: جعلت عتقك إليك، أو حررتك، ونوى تفويض العتق إليه المسألة، فأتى بلفظ الحاء المهملة والراء المكررة، وهو سبق قلم، ووقع في نسخ بالشرح: خيَّرتك كـ«المحرر» وفي نسخ معتمدة: أو حريتك، وكذا رأيتها في نسخ بـ«التهذيب» فيكون قد فوَّض عتقه إليه بصريحي لفظة العتق والتحرير، ويبعده ما سيأتي، وفي نسخ بـ«التهذيب» كـ«المحرر» وهي الصحيحة، ومنها أخذ الرافعي.

ومنها: اعلم أن قضية ما ذكراه هناك أن التفويض بالصريح لا يفتقر إلى نيَّة التفويض، وإنما ذلك إذا فوَّض إليها بكناية، والمتبادر من لفظ «المنهاج» هنا وأصله خلافه، وإنه يقتصر اللفظان، فيخصّ قولهما، ونوى تفويض العتق إليه بلفظة: خيَّرتك؛ لأنها كناية، ولا تعاد إلى قوله: عتقك إليك؛ لأنه تفويض بالصَّريح، وهذا يبين أن الصواب لفظة: خيَّرتك من التخيير، لا لفظة: حريتك من التحرير؛ لأن التفويض بالصريح لا يحتاج إلى نية تفويض، كما أن التمليك صريح لفظ الهبة لا يحتاج إلى نية التمليك.

ومنها: قال البغوي في «الفتاوى»: إذا قال لعبده: بع نفسك منك، فقال: بعت، فهو كما لو قال لامرأته: أمرك بيدك، فإن نوى تفويض العتق إليه، ونوى العبد عتق، انتهى. وفيه إشكال.

قال: (**أَوْ أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ**) أي: في الحال كما قيَّده الرافعي وغيره.

أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ أَعْتِقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَهُ عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ، ....

(أَوْ قَالَ لَهُ الْعَبْدُ: أَعْتِقْنِي عَلَى أَلْفٍ فَأَجَابَهُ) أي: في الحال أيضًا.

(عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَلَزِمَهُ الْأَلْفُ) أي: في الصور الثلاث كما في الطلاق.

قال الرافعي: ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقيل: عتق في الحال، والمال مؤجل، ولو أعتقه على خمر أو خنزير عتق وعليه قيمته، وكذا إن قال: أعتقتك على أن تخدمني ولم يبيّن مدة، أو قال: على أن تخدمني أبدًا، ولو قال: على أن تخدمني شهرًا، أو تعمل لي كذا وفصّله فقبل عتق، وعليه ما التزم، أي: وإن لم يفصّله عتق، وعليه القيمة، ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته، وهذه الصور كلها أخذها من «التهذيب» وقوله: على أن تخدمني شهرًا يفهم أنه يكفي الإبهام، وينزل على خدمة شهر من الآن، وليس كذلك، بل يعتق، وعليه قيمته، وقد يجاب عنه بأن قوله: وفصّله يعود على العمل والشهر جميعًا، أي: وبين الشهر والعمل.

وعبارة «التهذيب» على ما رأيته في أربع نسخ منه: ولو قال: أعتقتك على أن تعمل لي كذا وبيّنه، أو قال: على أن تخدمني شهرًا فقبل عتق وعليه ما قبل، وهي تشعر بأنه لا يشترط تعيين الشهر، ورأيت في بعض النسخ المعتمدة من الشرح عقب ذكره العتق على الخمر والخنزير: وكذا لو قال: أعتقتك على أن تخدمني شهرًا، ولم يبيّن مدة، أو قال: على أن تخدمني أبدًا... إلى آخر ما تقدّم، فاقتضى أن إبهام الشهر كإبهام المدة.

وعبارة «التهذيب» و«الكافي» كما سبق: فيحتمل أن ينزل الإطلاق على شهر من الآن، لكن ذكر الشيخان في كتاب «الكتابة»: إنه لو قال: أعتقتك على أن تخدمني شهرًا من الآن فقَبل عتق، وعليه الوفاء، والظاهر أن قولهما من الآن قيّد للصحة، فإن تعذّر بمرض وغيره ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة أو قيمة العبد قولان كالصداق، وبدل الخُلع.

فائدة: قال في أصل «الروضة»: لو استأجر للخدمة وذكر وقتها من الليل والنهار، وفصّل أنواعها صحّ، وإن أطلق فقد حكى عن النص المنع،

وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ فَقَالَ اشْتَرَيْت فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ. وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ.

والمذهب: الجواز، ويلوم ما جرت العادة به، وذكرا في الكتابة: إنه لو كاتبه على خدمة شهر ودينار عن البغوي: إنه يشترط بيان العمل في الخدمة.

وقال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، وهو منطبق على ما جعلاه المذهب في الإجارة، ومخالف لما اقتضاه كلامهما هاهنا تبعًا للبغوي، ويبعد أنه لو قال: بعتك هذا على أن تخدمني أنت شهرًا من الآن، أو بخدمتك لي شهرًا وعينه أنه يصح.

فَرْعٌ: رأيت في «فتاوى» القفال: إذا كان في يد عبده ألف درهم اكتسبها، فقال السيد: أعتقتك على هذا الألف.

قال الشيخ يعني القفال: حكى أبو [محمد الجويني] عن أبي بكر الفارسي أنه قال فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنه **يُعْتَقُ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَبْدِ، وَالْأَلْفُ مِلْكُ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهَا كَسْبُ عَبْدِهِ.**

والثاني: **يُعْتَقُ وَيَتَرَاجَعَانِ بِالْقِيمَةِ كَالْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ**، فإن كان الألف أكثر من قيمة العبد، فيلزم السيد أن يرد تلك الزيادة عليه، وإن كان الألف أقل فإنه يبيعه بالزيادة إلى تمام القيمة.

والثالث: **يُعْتَقُ وَالْأَلْفُ مِلْكُ السَّيِّدِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِتَمَامِ قِيمَتِهِ.**

قال: (**وَلَوْ قَالَ بِعْتُكَ نَفْسَكَ بِأَلْفٍ فَقَالَ اشْتَرَيْت فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْبَيْعِ وَيَعْتِقُ فِي الْحَالِ وَعَلَيْهِ الْأَلْفُ، وَالْوَلَاءُ لِسَيِّدِهِ**) ذكر «المحرر» هذه المسألة هنا تبعًا «للتهذيب» وذكرا هنا في «الروضة» و«الشرح» في كتاب «الكتابة» تبعًا «للوجيز» وغيره.

قال الرافعي: والمذهب صحة البيع كما لو أعتقه على مال، وعن نقل الربيع أو تخريجه قول: إنه لا يصح البيع، أي: لأن السيد لا يبايع عبده، ألا ترى أنه لا يبيعه مالًا آخر، وأيضًا لأن البيع لإثبات الملك، وهو لا يملك منفعته.

....

قال: واختلفوا فيه، فمنهم من أثبته قولًا آخر، ومنهم أبو حامد والقاضي والشيخ، ومنهم من جعله من كيس الربيع، وقطع بالأول، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق وأبي هريرة، انتهى.

وصورة المسألة: إذا باعه بألف في ذمته كما هو ظاهر، وعبارة الكتاب: ورأيت في كتاب «الكشف عن أصول الفرائض» للإمام أبي الحسن بن سراقة العامري البصري من متقدمي أئمتنا.

قال المزني: قال الشافعي: ولو أقر السيد أنه باع عبده من نفسه بألف درهم فإن صدقه العبد عتق والألف عليه، وإن أنكر فهو حر، والسيد مدَّع، وعلى المنكر اليمين، وفيها قول آخر: إن البيع باطل.

قال: فأغفل المزني حينئذ نقل المسألة ولم يذكر، فمعناها ولا تكلم عليها بشيء، فأوهم من يقرأها أن بيع العبد من نفسه جائز، وعلة الترجيح بقوله: وفيها قول آخر أن البيع باطل قيل: لا يختلف، فمذهب الشافعي ﷺ أن بيع العبد من نفسه باطل؛ لأن المال للسيد لصدق العبد من مذهبه لا يملك المال، فجميع ما في يده لسيده، فغير حلف أن يبيع ماله بما له، والمسألة متأولة، وهو أن يكون العبد قد قال لسيده: أعتقني وأعطيك ألفًا بدلًا من عتقي، فأعتقه على ذلك صار حرًّا ثم جحده العبد، فقال السيد: بعته من نفسه، وأنكر العبد البيع، وذلك يقع على وجوه كثيرة:

أحدها: أن يكون قال: بعتك بكذا إلى وقت كذا على أن تضمنها أو يضمنها فلان فتصح، كذلك إذا لم يكن لقراره ابتداء بيع واقع في الحال، وإنما هو إخبار عن تمليك نفسه متقدمًا بما سمي بيعًا، وأخذ بإقراره وأسقط دعواه إذا كذَّبه العبد، هذا قول القاضي أبي حامد، ويحتمل أن يكون السيد قال لعبده: إن ضمنت لي ألفًا تدفعها إليَّ صرت حرًّا، فقال: قد ضمنت ولا يكون ذلك لفظ بيع، ويحتمل أن يكون قصد الشافعي أحد هذه الأقسام، ولم يذكر البيع، ولكن لتوسعة في العبارة عبَّر عن ذلك بالبيع، كما عبَّر في غير موضع عن الغنيمة بالفيء وبالفيء عن الغنيمة، لما علم من مذهبه، وتوسعه في

....

اللغة وهي طبعه، فإن صحَّ أنه أراد أحد الوجوه الثلاثة وعتق العبد فولاؤه للسيد؛ لأن الولاء لا يثبت إلا لمن أعتق للحديث على قول مالك وأهل العراق: يصح بيعه من نفسه كالكتابة، وقد قدَّمنا أن الكتابة خارجة عن الأصول، وبخلاف القياس مخصوصة بالدلائل من الكتاب والسنة وإجماع الأمة، انتهى. وفي النسخة بعض سقْم.

وأطراف كلامه أن بيعه من نفسه باطل على المذهب، سواء كان بثمن في الذمة أو بمعين، وفي أثنائه ما يشعر بأن البطلان فيما إذا باعه نفسه بثمن مُعيَّن لا في الذمة، كما اقتضاه توجيهه السابق، والله أعلم.

وقال في «النهاية» في الفروع المنثورة في أواخر الكتابة: قال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: ما يشكل من عقود المعاوضة ويتعلق به تردد للأصحاب فيما ذكره أن السيد لو قال لعبده: بعتك من نفسك بألف درهم، فقال: قبلت، فالمذهب الصحيح أن العقد يصح ويعتق العبد بالقبول، والألف تقع في ذمته، وخرَّج الربيع قولًا: إن ذلك لا يصح ويلغو، ولا يترتب عليه عتق ولا حكم أصلًا، فإنه عامل رقيقه بالبيع المحقق، وهذا وإن كان له وجه في القياس فهو مزيَّف مردود غير معدود من متن المذهب، وإذا فرَّعنا على الصحة فإذا ابتاع بنفسه فالمذهب تنزيله منزلة ما لو اشترى الإنسان من يعتق عليه، حتى يخرج بالكلام في أن خيار المجلس هل يثبت وهل يصح فيه شرط الخيار؟ وقد ذكرنا هذا في شراء القريب.

وحكى الشيخ أن الأصحاب صرَّحوا بعتق العبد على ما إذا اشترى الإنسان عبدًا أعتقه في زمان الخيار، وهذا ذكره ما دام في المجلس، وهو تفريع منه على أضعف الوجهين في شراء الرجل من يعتق عليه، وهو منسوب إلى الأَوْدَنِيِّ، فإنه أثبت خيار المجلس فيه، وبالجملة فشراء العبد نفسه أقرب إلى مقصود العتاقة من شراء الرجل من يعتق عليه، انتهى.

تنبيهات وفروع: تضمن كلام المصنف ترجيح القطع بالصحة، ولم يصرِّح الرافعي ترجيحها في شيء من كتبه، وكلام الإمام يوافقها، وكذا للماوردي في

....

موضع: وإذا صححنا البيع فولاؤه للسيد، كما جزم به المصنف، كما لو أعتقه على ألف، وقيل: وربما نسب إلى ابن سريج أنه لا ولاء عليه فإنه عتق على ملك نفسه لا يجب على السيد أن يحط عنه هنا شيئًا على المذهب.

وحكى الإمام وجهًا أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاق فيه عوض كالكتابة.

قال البغوي والرافعي: ولو قال: بعتك نفسك بهذه العين، أو بخمر، أو خنزير فإن صححنا بينة منه، أي: بثمن صحيح في ذمته، وأثبتنا الولاء للسيد فيعتق، وعليه قيمة رقبته، كما لو أعتقه على خمر أو خنزير، وإن قلنا: لا ولاء عليه فلا يصح ولا يعتق، كما لو باعه من أجنبي بخمر أو خنزير.

زاد البغوي في «الفتاوى»: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من العبد من نفسه هل يسري إن أثبتنا الولاء ببيعه من نفسه يسري كما لو أعتقه.

فإن قلنا: لا يثبت لا يسري كما لو باعه من غيره، سبق عن رواية القفال: إنه لو كان في يد عبده ألف درهم اكتسبها فقال: أعتقتك على هذا الألف ففيه ثلاثة أوجه، وقال الإمام متصلًا بكلامه على بيع العبد من نفسه إذا قال: لعبده إن أعطيتني ألفًا فأنت حر، فإن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، فإذا أحضر ألفًا، فهذا أولًا فيه غموض من جهة أنه لا يأتي بألف بقوله، إذ لا ملك للعبد، ويقع هذا فيما إذا قال لزوجته: إن أعطيتني ألفًا فأتت بألف مغصوب، ولكن تفرع على العتق، ونقول بعده: ما سبيل هذه المعاوضة فكيف تنزلها؟ ذكر الشيخ ثلاثة أوجه:

أحدها: إن حكمه حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ردًّا ورجوعًا إلى القيمة، ثم يتبع الكسب.

والثاني: إنه لا يتبعه الكسب والولد ولكن يغرمه قيمته.

والثالث: إنه لا يغرم القيمة أيضًا.

قال الإمام: وفي وضع هذا الكلام اضطراب لا بد من كشفه، ونحن نقول المكسب والولد خاصة إن قيل هذا التعليق لا ينظر بلا خلاف، وإنما هذا التردد فيما حصل بعد العتق من كسب أو ولد، وكان حاصل الكلام فيه أن هذا

وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ أَعْتَقْتُكِ أَوْ أَعْتَقْتُكِ دُونَ حَمْلِكَ عَتَقَا، وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ دُونَهَا.

اللفظ من السيد هل تكون كتابة فاسدة؛ أي: جعلناه كتابة فاسدة تبع ما بعده من كسب وولد؟ ومنهم من لم يجعله كتابة فاسدة، ثم هؤلاء اختلفوا فقال بعضهم: تعليق محض لا يتضمن رجوعًا بالقيمة، وقال آخرون: لا بد من ثبوت الرجوع بالقيمة، كقوله للزوجة: إن أعطيتني ألفًا فأنت طالق فأعطته مغصوبًا، والقائل الأول يقول: كانت المرأة من أهل الإلزام لما خوطبت، بخلاف العبد القن، فحملت المعاملة مع العبد على التعليق المحض، انتهى.

قال البغوي والرافعي: لو قال: وهبت نفسك بنفسك، أو ملكتك نفسك فقبل عتق، وعند أبي حنيفة: يعتق بلا قبول.

قال البغوي: وإن لم يقبل في المجلس، أي: على الفور لا يعتق، قال: وإذا ذكر لفظ الهبة لا على طريق التمليك، بل قال: وهبتك نفسك ونوى به العتق فهو كناية يعتق من غير قبول فكرة بعض أصحابنا، انتهى.

وقد عبَّرنا بالتالي تخريج الصورة الأولى على أن هبة الدين للمدين تمليك أو أحاط حق؛ لأن هبة العبد من نفسه، أو تمليكه إياها ليس على حقيقة التمليك والهبات للأعيان، فإن جعلناه إسقاط حق عتق بلا قبول، كما قاله أبو حنيفة، وهو بعيد، نعم لو كان قد اشتهر استعمال ذلك العتق فيجري فيه ما سبقت الإشارة إليه من الخلاف، وينبغي أن يراجع السيد في أنه هل نوى بذلك العتق أم لا؟ فإن أكثر الناس تجهل اختلاف الحكم باختلاف القصد، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِحَامِلٍ: أَعْتَقْتُكِ أَوْ أَعْتَقْتُكِ دُونَ حَمْلِكَ عَتَقَا**) إذا أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل أيضًا لا بطريق السراية، فإنها **فِي الْأَشْقَاصِ لَا فِي الْأَشْخَاصِ**، بل بطريق التبعية، كما في البيع، وأمَّا إذا أعتقها دونه فيتبعها أيضًا على الصحيح، وفيه ما سيأتي؛ لأن العتق لا يبطل الاستثناء لقوته، بخلاف البيع، ألا ترى أنه لو استثنى عضوًا في البيع بطل والعتق لا يبطل بذلك.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَهُ**) يعني: الحمل.

(**عَتَقَ دُونَهَا**) أي: على الصحيح؛ لأن الأم لا تتبع الحمل، وعن الأستاذ

....

أبي إسحاق: إنها تعتق بعتقه كعكسه، والظاهر الأول، وكذا قاله الرافعي وغيره هنا، ونقلا قبيل كتاب «التدبير» عن «فتاوى» القاضي الحسين ولم يخالفاه، أنه إذا كانت جاريته حاملًا والحمل مضغة، فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية، كان لغوًا؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لا يصح، ولو قال: مضغة هذه الجارية حر فهو إقرار بأن الولد انعقد حرًّا، وتصير أم ولد، زاد في «الروضة».

قلت: ينبغي ألَّا تصير حتى يقر بوطئها؛ لأنه يحتمل أنه حر من وطء شبهة، انتهى.

أي: من أجنبي، وما قاله ظاهر، وقد تكون علقت به من زوج عبر بحريتها، وغير ذلك، وكلام القاضي هذا ينازع في إطلاق القول بأنه إذا قال: أعتقت حمل هذه الجارية أنه يعتق من غير فرق بين الحالتين.

ورأيت في «تعليق» البغوي: إذا أعتق الجارية الحامل عتق الحمل، سواء أعتق الأم عن كفارة أو تطوع ولأي معنى فيه معنيان:

أحدهما: لاتصاله بها كاليد.

والثاني: التبعية، ولو قال: أعتقتك دون الحمل تعتق على ظاهر المذهب، كما لو قال: أعتقتك إلا يدك، أو أعتقت يدك دون سائر بدنك، ومنهم من قال: إن قلت: المعنى التبعية، لا يعتق الحمل كما أن الطلع يتبع الشجرة في البيع، فإن استثناه لم يتبع، وهذا لا يصح، انتهى.

وقال ابن الرفعة في آخر فصل السراية: من شخص فلا شك فيها أيضًا؛ وذلك بأن تعتق الأمة الحامل برقيق له فإن الولد يعتق، لكن اختلف الأصحاب في كيفية عتقه، فمنهم من جعله على جهة السراية؛ لأنه جزء من أجزائها، ومنهم من قال: إنما عتق على وجه التبع، وعليهما يخرج ما لو قال: أعتقت الحمل، فعلى الأول: تعتق الأم أيضًا، وعلى الثاني: لا وهو المذهب، وعلى الخلاف يخرج كما قال القاضي الحسين: ما إذا قال أعتقت الجارية دون حملها، فعلى الأول: يعتقان، وبه جزم المتولي في كتاب «الظهار» وعلى الثاني: تعتق الأم

وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الْآخَرِ.

خاصة ولو كانت الجارية لشخص، والحمل لآخر لم يسر العتق من الولد إلى الأم بلا خلاف، وكذا لا يسري من الأم إلى الولد على الصحيح.

قال القاضي الحسين: ومن أصحابنا من قال: يعتق الولد، ويجب على معتق الأم قيمته وقت انفصاله، واعلم أن محل نفوذ العتق في الحمل، إذا أورده عليه خاصة إذا نُفخت فيه الروح، أمَّا إذا لم تُنفخ فيه، قال القاضي الحسين في «فتاويه»: لم يعتق، انتهى.

والمتبادر من إطلاق غيره عدم الفرق، وأنه متى علم أنها كانت حاملًا وقت تلفظه بالعتق بأن وضعته لدون ستة أشهر من تلفظه بعتقه أنه يعتق.

قال القفال في «الفتاوى»: إذا قال لجاريته: ما في بطنك حر، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر، فإنه يعتق، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر نظر: إن كان لها زوج لم يعتق، وإن لم يكن زوج لم يعتق، وإن لم يكن زوج فعلى وجهين.

فائدتان:

الأولى: قياس المذهب أن موضع عتقهما جميعًا في صورتي الكتاب الأوليين، وما أشبههما إذا وقع ذلك في صحته، أو كان في مرض موته، والثلث تحملهما، أمَّا لو لم يحتمل إلا الأم فقط فالظاهر نظرًا لا نقلًا أنها تعتق دونه إذا لم يحتمل الثلث غيرها، كما لو قال في مرض موته: أعتقت سالمًا وغانمًا، ولا يظهر فرق بين أن يرتب هو العتق أو يرتبه الشرع على سبيل التبعية في أنه لا يعتق في هذه الحالة إلا الأول فقط.

الثانية: إذا عتق من وضعت أحد التوأمين والآخر مُجْتَنٌ حالة العتق فهل يتعدى العتق إلى من وضعته قبل الظاهر؟ لا ويعتد أن المُجْتَنّ لا يتبعها في العتق، وسبق في البيوع حكاية خلاف أن الشراء لا يتعدى إلى التوأم المجتن، بل يبقى للبائع تبعًا للمنفصل، وحكى عن النص، وقد يقال به هنا فيما إذا أعتقها دون حملها ولا ظهور له.

قال: (**وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ وَالْحَمْلُ لِآخَرَ لَمْ يَعْتِقْ أَحَدُهُمَا بِعِتْقِ الْآخَرِ**) لأنه

وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ، وَإِلَّا سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أَيْسَرَ بِهِ ....

لا استتباع مع اختلاف المالكين، وسبق نقل وجه عن رواية القاضي الحسين أنه يعتق الولد، ويجب على معتق الأم قيمته وقت انفصاله، ولا يسري العتق من الولد إليها بلا خلاف.

قال: (**وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا كُلَّهُ أَوْ نَصِيبَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ**) أي: للخبر الآتي؛ ولأنه مطلق التصرف فيه (**فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا**) أي: حالة العتق.

(**بَقِيَ الْبَاقِي لِشَرِيكِهِ، وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن معسرًا.

(**سَرَى إِلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَا أَيْسَرَ بِهِ**) أي: من قيمة نصيب شريكه، فإن أيسر بقيمة جميع نصيب الشريك سرى إليه قطعًا على ما سنوضحه، وإن أيسر ببعضه فكذلك على الصحيح، والأصل في المسألة قوله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ الْعَبْدُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، وَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ، وَعُتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**» أخرجاه في «الصحيحين» من رواية ابن عمر ﷺ، وفي رواية للبخاري: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُعْتَقُ**» ولمسلم: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ قُوِّمَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ لَا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ ثُمَّ عَتَقَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**»(١).

تنبيهات:

منها: قوله: فإن كان معسرًا، قد يندرج فيه ما إذا أوصى بعتق حصته أو دبرها؛ لأن التركة تصير للورثة بموته، نعم لو أوصى بعتق حصَّته، ويكمل من ثلثه صار كالمستثنى من مال الورثة، فيصير موسرًا به، كذا قاله الروياني،

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٢، رقم ١٤٦٢)، وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠، رقم ١٦٧١٢)، وأحمد (١/ ٥٦، رقم ٣٩٧)، والبخاري (٢/ ٨٨٥، رقم ٢٣٦٩)، ومسلم (٢/ ١١٣٩، رقم ١٥٠١)، وأبو داود (٤/ ٢٤، رقم ٣٩٤٠)، والترمذي (٣/ ٦٢٩، رقم ١٣٤٦) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣١٩، رقم ٤٦٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤، رقم ٢٥٢٨) والشافعي (١/ ١٩٤)، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٦، رقم ٥٨٠٢).

……

ونقلا عن القاضي أبي الطيب أنه قال: عندي إنه إذا أوصى بالتكميل فإنما يكمل باختيار الشريك؛ لأن التقويم إذا لم يكن مستحقًا لا يصير مستحقًا باختيار العتق.

قلت: وهذا الوجه، وإن كان الرافعي قال: إن الأكثرين أطلقوا الكلام إطلاقًا، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث، فإذا أوصى بالتكميل، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسرًا به، انتهى.

ولا يخفى عليك ضعف هذا التوجه، وذكر الإمام والغزالي أن صورة الوصية بالتكميل أن يقول أن يقول اشتروا نصيب الشريك فاعتقوه، فأمَّا إذا قال أعتقوه إعتاقًا ساريًا فلا خير في هذه الوصية؛ لأنه لا سراية بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه؛ فالذي أتى به وصية بمحال.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إذا قال: اشتروا نصيبه فاعتقوه فهذا يتوقف على اختيار البائع لا محالة، فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أبو الطيب، فإن كان لا يتوقف الأمر على اختياره فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكنًا من إعتاق نصيبه، والتوسل إلى عتق نصيب الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضًا إذا كان يخرج من الثلث من غير اختيار للشريك، فتنفذ وصيته بما كان يتمكن منه بنفسه.

قال الزنجاني: وهذا ينادى من وراء ستر رقيق، بلى أنا أذكر ما ذكره الروياني.

وقال ابن الصلاح بعد ذكره ما ذكره الإمام: وكان المراد بالسراية أنه لا سبيل إلى أن يعتق عنه نصيب شريكه بعد موته إلا أن يوصي بالشراء والإعتاق.

وقال الروياني في «المعتبر» بعد قول الجويني: وإن وصى بعتق نصيبه بعد موته وأعتق عنه فلا تسرية، إلا أن يوصي بالتسرية، معناه: إنه يوصي فيقول: اعتقوا نصيبي واشتروا الباقي واعتقوا الجميع عني، وليس المراد بأنه يوصي بإعتاق نصيبه عتقًا ساريًا، فالسراية على الميت محال، وما ذكره هو قضية ما

في «تعليق» البغوي و«تهذيبه» و«الكافي» وما سبق عن الروياني أخذه من قول ابن الصباغ، فإن أوصى بعتق نصيبه وقال: كملوه، فإن خرج ذلك من الثلث كمل؛ لأن له التصرف في ثلثه، فإن لم يخرج كمل منه ما خرج من ثلثه.

قال القاضي أبو الطيب في «المحرر»: وعندي أنه إنما تقوم حصة شريكه إذا أوصى بذلك إذا أوصى شريكه به، ولا يلزمه ذلك.

قال ابن الصباغ: وأصحابنا أطلقوا ذلك، وما قالوه له وجه صحيح؛ لأن التقويم لا يجب؛ لأن العتق وقع حال زوال ملك الميت عن المال، فجرى مجرى المعتبر، فإذا أوصى بتكميله كان قيمة النصف باقية على حكم ملكه، فصار بمنزلة الموسر إذا أعتق، انتهى.

وقال الماوردي: إذا أوصى بعتق نصيبه بعد موته بِعِتْقِ نَصِيبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَبِعِتْقِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ.

قَالَ أَبُو حَامِدٍ الْإِسْفِرَايِينِيُّ: تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ بِعِتْقِهَا إِذَا احْتَمَلَهَا الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مُسْتَثْنًى لَهُمَا مِنْ مَالِهِ، فَصَارَ مُوسِرًا بِهِمَا كَالْحُرِّ، فَصَارَ عِتْقُ نَصِيبِهِ مُبَاشَرَةً، وَعِتْقُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ سِرَايَةً، وَهَذَا عِنْدِي لَيْسَ بِصَحِيحٍ، بَلْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ، وَلَا تَسْرِي إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ لِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ مُوصٍ بِعِتْقِ مِلْكِ غَيْرِهِ، فَلَمْ يَلْزَمْ غَيْرَهُ.

وَالثَّانِي: إِنَّ عِتْقَ السِّرَايَةِ مَا سَرَى بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ وَلَا وَصِيَّةٍ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي عِتْقِ الْحَيِّ، وَمَعْدُومٌ فِي عِتْقِ الْمَيِّتِ، وَلَكِنْ لَوْ كَانَ الْمُوصِي يَمْلِكُ جَمِيعَ الْعَبْدِ، فَوَصَّى بِعِتْقِ بَعْضِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مِنَ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي الْحَيِّ إِذَا أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ، هَلْ يُنَفَّذُ الْعِتْقُ فِي جَمِيعِهِ مُبَاشَرَةً أَوْ سِرَايَةً؟ إلى آخره، وهذا نحو مما اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب والمراوزة وهو الفقه الواضح.

ومنها: موضع السراية وفاقًا ما إذا لم يتعلق محل السراية حق لازم، فلو لم يملك إلا عبدًا فرهن نصفه ثم أعتق النصف الآخر فلا سراية إلى نصف المرهون على الأصح، وإن كان موسرًا به أو بحصة الشريك سرى وقوم عليه

على الأصح، وكذا لو كان مدبرًا على الأظهر، وإن كاتباه ثم أعتقه أحدهما سرى العتق على الصحيح أو المشهور، لكن لا يقوم ولا يسري في الحال بل بعد العجز عن أداء نصيب الشريك على الأصح، ولو استولد الأمة أحدهما وهو معتبر استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدهما، ففي السراية الوجهان.

ومقتضى كلام القاضي الحسين في كتاب «الشفعة»: إنه لا يسري في الولد من الجانبين مطلقًا، وبناه على أن ما لا يستحق بالشفعة لا شفعة فيه، ولا معنى ذلك، ولا سريان قطعًا إلى الحصة الموقوفة قطعًا، وإن سريناه إلى المستولدة على وجهٍ؛ لأنها قابلة للعتق المنجز بخلاف الموقوفة على الأصح.

ومنها: قضية إطلاق المصنف وخلائق: إنه لا فرق في الحكم بالتسرية بين كون الشريك المعتق لنصيبه من العبد المسلم مسلمًا أو كافرًا، وفيما إذا كان المعتق لنصيبه كافرًا طريقان مشهوران:

أصحهما: عند الشيخ أبي حامد وأتباعه والبغوي وغيره: القطع بالتسرية كالمسلم؛ لأنه مجبر على التقويم، وليس هو باختياره.

والطريق الثاني: فيه وجهان أو قولان كبيعه، قالها الفوراني وجماعة، وهي ضعيفة على قولنا: تحصل السراية بالإعتاق، ومتماسكة على قولنا: يتوقف العتق على أداء القيمة، كما أشار إليه الإمام.

وفي «تعليق» البغوي إن قلنا: السراية بنفس اللفظ يسري، وإن قلنا: بأداء القيمة ومنعنا شراءه العبد المسلم فهل يسري؟ وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه مقوم عليه شرعًا، كما لو ورث الكافر العبد المسلم.

ومنها: ليس المراد باليسار هذا أن يُعَدّ غنيًّا، بل إذا كان له مال يفي بقيمة الشقص أو بعضه على الصحيح قوم عليه أيضًا، والضابط أنه يصرف في ذلك كل ما يباع في الدين حتى مسكنه وخادمه، فضلًا عن قوته وقوت من تلزمه نفقته يومه ودست ثوب يلبسه، وسكنى يومٍ، هكذا أورداه هاهنا.

وذكرت في «التفليس» أشياء تبقى للمفلس أيضًا غير ما ذكراه هنا، وقضية

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ، ....

«التنبيه»: إن كل ما يبقى هناك يبقى هاهنا، ولا يعد معه موسرًا وعبارة الجرجاني والروياني في «الحلية»: فاضلًا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته، ونقله في «التجربة» عن نص «الأم» وكذا قاله البغوي في المفلس، ثم الاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق، فإن كان معسرًا ثم أيسر فلا تقويم، وللمريض في الثلث كالصحيح في كمل ماله، وفيما زاد على الثلث معسر.

ومنها: ما جزم به المصنف من أنه إذا أيسر بعض نصيب شريكه أنه يسري إلى القدر الذي أيسر به هو الصحيح، ونص «الأم»؛ لأنه يقربه من الحرية والاستقلال، والثاني: المنع؛ لأن تقويم البعض لا يفسد به الاستقلال وثبوت أحكام الأحرار، وهذا ظاهر قوله في اختلاف الحديث من «الأم» فمن أعتق شركًا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قُوم عليه قيمة العدل، وإن لم يكن له ما تبلغ قيمته عتق عليه ما ملك ورق مما بقي لأصحابه، انتهى لفظه، وهو لفظ الحديث.

قال: (**وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ذَلِكَ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ**) أي: حالة الإعتاق على الأقوال كلها عن المزني والعراقيين والقاضي الحسين، وفي «تعليق» البغوي إنه لا خلاف فيه؛ لأن وقت الإعتاق وقت الإتلاف أو وقت سببه.

وقال بعض المراوزة: إن قلنا يُقَوَّم في الحال فالحكم كذلك، وإن قلنا بالتأخير إلى الأداء فثلاثة أوجه: أحدها: هذا، وثانيها: بمحاولة الأداء، وثالثها: يعبر أكثر الأمرين، ونسبه الإمام إلى بعض المصنفين، وقال: إنه الصواب، وزيف الثاني، والمذهب الطريق الأول.

وعبارة «أصل الروضة»: إن قلنا تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين اعتبرت قيمة يوم الإعتاق.

وإن قلنا بالأداء فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء؟ فيه أوجه الصحيح عند الجمهور الأول، ورجح الإمام والغزالي الثاني، انتهى.

……

قال ابن الرفعة: وسلك الماوردي طريقًا آخر فقال: الاعتبار بقيمته حين الإعتاق على الأقوال كلها إن كانت أزيد قيمة من حين العتق إلى حين بذل القيمة، وإن كان أنقص وقلنا السراية باللفظ، أو بقول التوقف؛ فالاعتبار بقيمة وقت العتق، وإن أوقفنا السراية على الأداء فوجهان: أحدهما: الاعتبار بوقت العتق؛ لأنه السبب، والثاني: بحال أداء القيمة كالغاصب.

قال ابن الرفعة: ثم الحصة التي يسري إليها العتق يُقَوم قبل العتق حتى لو كان قيمة نصفه قبل العتق مائة، ووقت العتق تساوي تسعين، وكان النقص بسبب بالعتق يلزمه المائة، قاله في شرح «الفروع» و«البحر» في كتاب «الغصب» والماوردي هنا ووجهه أن الْعِتْقَ مُوكِس لقيمته، وهذا الوكس بعتقه جار مجرى جنايته، انتهى وفيه وقفة للمتأمل.

ولا أحسب أحدًا يقول: إنه لو كان العتق معسرًا أنه يلزمه في ذمته ما نقص بالعتق من قيمة حصة شريكه.

فروع: اختلفا في قيمته، فإن كان حاضرًا والعبد قريب راجعنا المقومين، وإن مات أو غاب أو تقادم العهد فأيهما يصدق بيمينه؟ فيه قولان: أظهرهما: المعتق؛ لأنه غارم كالغاصب، قال الماوردي: وإن كان العتيق باقيًا بحاله لم يتعين، ورجعنا إلى قول مقومين عدلين، فإن شهدا بما ذكره أحدهما اتبع بلا يمين أو بأزيد مما ادَّعاه الشريك استحق ما ادَّعاه فقط، أو بأقل مما ذكره المعتق لم ينقص عنه، وإن شهدا برتبه بين ما ادعياه عمل على شهادتهما، انتهى.

ولو اختلفا في صفة قيمته كالخياطة واتفقا على قيمته لو لم يعرف تلك الصنعة، فإن كان حاضرًا وعملها ولم يمض بعد الإعتاق ما يسع تعلمها صدق الشريك، فإن مضى ما يسع التعلم أو مات أو غاب صُدِّق المعتق، وقيل: فيه القولان، ولا عبرة بقول العبد في علمه وضده، بل يجرب لو اختلفا في عيب منقص، فإن ادَّعاه ككمهٍ أو خَرسٍ، وقد غاب العبد أو مات صدق المعتق بيمينه قطعًا، وقيل في المصدق قولان، وخصَّ البغوي طريقة القطع بما إذا ادَّعى النقيصة في الأعضاء الظاهرة، أمَّا لو ادَّعاه في الباطنة فقولان كالصورة

....

بعدها؛ لتمكن الشريك من إقامة البينة على سلامة العضو الظاهر، وإن ادَّعى حدوث عيب قبل العتق كعمى أو سرقة فالمصدق والشريك على الأظهر؛ إذ الأصل بقاء السلام، وخصَّ بعضهم القولين بما يشاهد ويطلع عليه، وقطع في غيره بتصديق الشريك لعسر إثباته ببينة.

فائدة: من شروط السراية أن يوجه الإعتاق إلى ملكه؛ ليعتق نصيبه أولًا ثم يسري، وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد أو النصف الذي أملكه أو هذا العبد، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي أو نصيب شريكي منه حر على وجه الإنشاء كان لغوًا، ولا يعتق شيء من العبد، وإن أطلق وقال: إن يملك نصفه أعتقت نصفك فهل يحمل على ما يملكه أم على الإشاعة؟ فيه وجهان أرسلاهما.

وفي «الترغيب»: إن الظاهر الثاني، وعلى التقديرين يعتق جميعه إذا كان موسرًا.

قال الإمام: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق، بأن يقول: إن أعتقت نصيبي من هذا العبد فامرأتي طالق، وظاهر كلامه أن قائل ذلك هو المعتق.

وعبارة إبراهيم المروزي: وفائدة الخلاف لو كان شريكه علق طلاقًا أو عتقًا بمباشرته العتق في نصيبه.

قال ابن الرفعة: وقد يظهر له فائدة هاهنا وهي أن شريكه لو وكله في عتق نصيبه، فإن قلنا بالشيوع عتق جميعه عليهما، وإن قلنا يقع على نصيبه لم يقع حصة الشريك.

وحكى في «الشامل» في هذه الصورة وجهين: أحدهما: إنه يتناول نصيب شريكه فقط، وثانيهما: يعتق نصيب نفسه فقط، زاد في «الروضة»: ولعله أصح، وإن قال: أردت نصيبي قوم عليه باقيه، أو نصيب شريكي قوم على الشريك نصيبه.

وَتَقَعُ السِّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، ....

قلت: فلو نازعه وقال: إنما أردت نصيبك فالظاهر تصديق الوكيل؛ لأنه أعرف بقصده.

وفي «فتاوى» البغوي: إنه لو كان عبد بين شريكين موسر ومعسر فوكَّل رجلًا بإعتاقه فأعتق الوكيل، ثم قال أعتقت من جهة الموسر دون المعسر وكذبه الموسر وصدقه المعسر لا يقبل قول الوكيل وللمعسر تحليف الوكيل، والله أعلم.

واعلم أن جماعة أجروا الوجهين في الإشاعة وعدمها في البيع والإقرار، وصحح البغوي الإشاعة فيهما.

وقال أبو حنيفة: يحمل في البيع على ما يملكه؛ لأن الظاهر أنه لا يبيع إلا ما لا يملكه، وفي الإقرار على الإشاعة؛ لأنه اختار واستحسنه الغزالي.

وقال الإمام في «البسيط»: إنه منقدح فليكن، وفي «الوسيط»: فليجعل وجهًا في مذهبنا، وزاد في «الروضة»: إنه الراجح، وفيه نظر، والظاهر جريان الوجهين في الإجارة والوقف والهبة والوصية ونحوها، ولم أره نصًا، والتنزيل على نصيبه في الوصية ونحوه من القرب ظاهر من حيث المعنى لا اللفظ.

قال: (**وَتَقَعُ السِّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ**) نصَّ عليه في اختلاف الحديث واختلاف العراقيين وكتاب «الوصايا» واختاره المزني، وصححه الجمهور لما في «صحيح» البخاري من رواية ابن عمر: «**مَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ أَوْ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَبْلُغُ قِيمَتَهُ فَهُوَ عَتِيقٌ**»⁽¹⁾.

وفي النسائي وصحيح ابن حبان من رواية ابن عمر رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ وَلَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ حُرٌّ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شُرَكَائِهِ**».

وروى مسلم وأبو داود: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ عَتَقَ مَا بَقِيَ فِي مَالِهِ**»⁽²⁾ ولأن يساره بقيمة باقيه أقيم مقام يكون باقيه له في اقتضاء الشراء به،

---

(1) أخرجه البخاري (٢٥٢٤).

(2) أخرجه مسلم (٤٤٢٠).

وَفِي قَوْلٍ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ، وَقَوْلٍ إِنْ دَفَعَهَا بَانَ أَنَّهَا بِالْإِعْتَاقِ، ....

فيحصل بنفس اللفظ كصفة بعض عبيده، فعلى هذا القول يصير حكمه في الحال حكم الأحرار في شهادته، وجميع الأمور من الحدود والميراث والجنايات، وإن لم تؤد القيمة.

قلت: وفي الحدود وقفة لشبهة الخلاف وفي تنجز الحرية قبل الأداء، وإن أخرنا الحرية إلى الأداء فله حكم الأداء حتى يؤدي وإن توقفنا في هذه الأحكام.

قال: **(وَفِي قَوْلٍ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ)** لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك، وفي إزالة ملكه قبل حصول عوضه إضرارًا به، فإنه قد يفوت بهرب وغيره والضرر لا يزال بالضرر، ولذلك قلنا: يتوقف الملك بالشفعة على تسليم العوض، وهذا القول يحكى عن القديم وغيره، وفي روايات الحديث في المسألة ما يُعضده، ولم أر له مرجحًا.

قال: **(وَقَوْلٍ إِنْ دَفَعَهَا)** أي: القيمة.

(بَانَ أَنَّهَا) أي: الحرية حصلت.

(بِالْإِعْتَاقِ)؛ لأن الحكم بالعتق يضر بالسيد والتأخير إلى أداء القيمة يضر بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل ورعاية الجانبين، قال الأكثرون: وهو ما نص عليه في «البويطي» و«حرملة».

وقال الماوردي: إنه الأشبه، وقيل: إنه مخرج، فعلى هذا جميع الأحكام موقوفة، ولو مات العبد قبل أداء القيمة لزم المعتق الأداء قطعًا، لكن إن قلنا السراية حصلت بالإعتاق مات حرًّا موروثًا منه، وإن قلنا بالتبين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أديت بان أن الأمر كذلك، ولو مات المعتق قبل أداء القيمة أخذت من تركته على جميع الأقوال، وإن أعسر بعد الإعتاق ومات معسرًا فعلى الأول الأظهر: القيمة في ذمته، وعلى القولين الآخرين لا يعتق نصيب الشريك، ولو أعسر بعد يساره وقف العتق على قول الوقف إلى أن يوسر، فإن أيسر ودفع القيمة تبينًا نفوذ العتق، وكانت الإكساب في زمن الوقف للعبد، وإن مات معسرًا تبينًا بقاءه رقيقًا، وشملت الإكساب الشريك الذي لم يعتق، قاله الماوردي.

وَاسْتِيلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي، ....

وحكى في موضع آخر من الكتاب: إنه إذا أعسر بعد العتق كان الشريك رفعه إلى الحاكم وطلب القيمة أو فسخ الوقف في حصته، وتكشف الحاكم عن حاله، فإن ظهر أنه معسر حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج، وكان للشريك التصرف بما شاء من بيع وغيره، انتهى.

وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي أنه إذا أعسر بعد يساره حالة العتق انطلق الحجر عن الشريك في حصته، فلو أيسر بعد ذلك فلا أثر له لانقطاع الطلبة فينحلل إعساره، فلا يعود حق المعتق بعود المال، واستصوب الإمام انطلاق الحجر بِطَرَيَانِ الإعسار مع إبداء احتمال فيه.

قلت: وسيأتي روايته عن النص، وأشار إلى احتمال آخر وجعله أظهر، وهو عود الحق بعود اليسار، قال: لأن علقة العتاقة ثبتت أولًا، فلئن طرأ عسر فقد زال، والعلم عند الله تعالى، هذا لفظه.

وقال في «الروضة»: إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب، قال الشيخ أبو علي الصيدلاني والروياني: يبقى نصيب الشريك رقيقًا ويرتفع الحجر عنه؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه بلا بدل، وفيه احتمال للإمام، وجعله الغزالي وجهًا فقال: والصحيح أن إعسار المعتق يرفع الحجر، ولو عاد اليسار.

قال الشيخ أبو علي: لا يعود التقويم، وفيه احتمال للإمام، وسكتا عن ترجيح الإمام له، وهو راجح.

وفي «تجربة» الروياني تفريعًا على توقف العتق على أداء القيمة ما لفظه: فلو هرب المعتق أو أفلس فأراد الشريك أن يتصرف في نصيبه بالبيع أو الهبة أو العتق نص الشافعي أنه لا ينفذ؛ لأن الشريك المعتق استحق العتق عليه، وثبوت الولاء بأداء القيمة، فلا يجوز إبطاله عليه، وغلط من قال بخلافه، انتهى.

والصحيح في «مختصر» الجويني و«خلاصة» الغزالي نفوذ عتقه لنصيبه لبقاء ملكه.

قال: (وَاسْتِيلَادُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ الْمُوسِرِ يَسْرِي) أي: كالعتق.

وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ، وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السِّرَايَةِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَا تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ، ....

(وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَحِصَّتُهُ مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ) أي: على جميع الأقوال.

قال: **(وَتَجْرِي الْأَقْوَالُ فِي وَقْتِ حُصُولِ السِّرَايَةِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ وَالثَّانِي لَا تَجِبُ قِيمَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْوَلَدِ)**.

قلت: هذا ما أورده في «التهذيب» وتبعه في «المحرر» ولا شك أنَّا إذا قلنا: إنما يحصل الملك بأداء القيمة إنه يجب قسط نصيبه من قيمة الولد، وأمَّا إذا قلنا يحصل الملك بالعلوق وقلنا بالتبيُّن، فقد حكى الإمام خلافًا للأصحاب في أنه يثبت بعد العلوق أو قبله، إن قلنا: بعده وجب نصف قيمة الولد أيضًا، وقضية ما في «الوسيط» ترجيحه، وإن قلنا: قبله لم يجب وهو ما في «التهذيب» وربَّما يظهر مما سلف في كفارة الظهار في الكلام على قوله: أعتق عبدك عني على كذا إن ما اقتضاه كلام «الوسيط» هو الراجح.

إشارات: وقع في نسخ كتاب الرافعي على كثرتها تحريف من ناقل، وتبعها في «الروضة» فقال: وإن قلنا يحصل بالعلوق، أو قلنا بالتبيُّن فهل يثبت بعد العتق أو قبله؟ وجهان، والصواب أن يقال: فهل يثبت بعد العلوق؟ وهو كذلك في «الشرح الصغير» و«النهاية» وغيرها، وأمَّا قوله بعد العتق فزلة قلم هل بين العتق والاستيلاد ترتيب؟ قيل: لا بل هما سواء، وقيل: العتق باللفظ أولى بالسراية، وقيل: الاستيلاد، وبه قال الأكثرون، فعلى هذا لم أره نصًا لا فرق بين كون المستولد مطلق التصرف في ماله أو محجورًا عليه بسفه أو جنون؛ لأنه كالإتلاف بخلاف [إعتاقهما باللفظ، فإنه لغو، علم أنهما والإمام وغيرهم عبروا هنا بنصف القيمة في الأمة والولد، وسبق في الكلام في نظير الصداق أن الصواب التعبير بقيمة النصف لا بنصف القيمة على نزاع فيه واضطراب أوضحناه أتم إيضاح سبق مرات أن الموطوءة لو كانت بكرًا هل يفرد البكارة بأرش أم لا؟ وعلى الأول هل يجب مهر بكر وأرش البكارة أم مهر ثيب والأرش، وبينا ما وقع فيه من اختلاف الأصح لو كان الشريك المستولد كافرًا فهل يجيء في الحكم بالسريان عليه باستيلاده ما سبق من

وَلَا يَسْرِي تَدْبِيرٌ، وَلَا يَمْنَعُ السِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ.

الخلاف فيما لو أعتق نصيبه أم يقطع بالتسرية هنا أيضًا.

فَرْعٌ: لو كان المستولد معسرًا ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويبقى نصيب الشريك قنًا، وهل يكون الولد حرًا أم تتبعض حريته؟ فيه وجهان أو قولان ذكر في السريان أصحهما الأول، ويكون عليه حصة الشريك من الولد، هكذا أطلقاه من غير بناء على شيء.

قال: (**وَلَا يَسْرِي تَدْبِيرٌ**) أي: على المشهور، وقيل: الصحيح؛ لأنه لا يمنع البيع لا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه نصفه، وأيضًا فالتدبير، أما وصية للعبد بالعتق، أو تعليق عتق نصفه، وكل واحد منهما بعيد عن السراية، وعلى هذا لو مات المدبر وعتق نصيبه لم يسر إلى نصيب الشريك أيضًا؛ لأن الميت معسر] بخلاف ما لو علق عتق حصة بصفة ووجدت بالصفة وهو موسر يعتق نصيبه ويسري، والثاني يسري التدبير، ويقوم عليه نصيب الشريك؛ لأن التدبير يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالاستيلاد، ومن نص المذهب المنصوص.

قال: الاستيلاد كالإتلاف؛ لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى رفعه بخلاف التدبير، وإذا دبر بعض عبده الخاص صح ولا سراية على ظاهر المذهب، ومن سرى إلى نصيب الشريك فالسراية عنده هنا أولى.

قال: (**وَلَا يَمْنَعُ السِّرَايَةَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فِي الْأَظْهَرِ**).

قلت: ويقال: الأصح، وبنوهما على أن الدين هل يمنع الزكاة؟ والأظهر: لا أيضًا؛ لأنه مالك لما في يده نافذ التصرف فيه، ولهذا لو اشترى به عبدًا نفذ، والثاني: يمنع التسرية؛ لأنه غير موسر، فعلى الأظهر يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة لجميع نصيبه فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويعتق جميع العبد إن حكمنا بالسراية بنفس الإعتاق.

قال في «الروضة» تبعًا لنسخ سقيمة بالشرح: وإن قلنا لا يحصل بنفس

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ: أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَعَلَيْكَ قِيمَةُ نَصِيبِي فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ فَلَا يُعْتَقُ نَصِيبُهُ، ....

الإعتاق ضارب الشريك بقيمة باقية إلى أن يعتق الجميع، وتبعه من «شرح المنهاج» وهو كلام لا يهتدى إليه، والصواب ما في النسخ المعتمدة بالشرح، وإن قلنا: لا يحصل بنفس الإعتاق فيعتق من نصيبه بقدر حصته، أي: التي حصلت له من المضاربة، ويبقى الثاني رقيقًا، فإن حدث بعد ذلك مال لم يقوم عليه، لكن لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق ضارب الشريك بقيمة الباقي إلى أن يعتق الجميع، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ الْمُوسِرِ: أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَعَلَيْكَ قِيمَةُ نَصِيبِي فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ فَلَا يُعْتَقُ نَصِيبُهُ**) أي: لأن الأصل عدم عتقه، فإن نكل وحلف المدَّعي يمين الرد استحق قيمة نصيبه بيمينه، وقيل: يعتق بهذا اليمين نصيب المدَّعى عليه، وزيف، قالا: تبعًا للإمام؛ لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان أنه أعتق عبده، وإنما هذه وظيفة العبد، لكن لو شهد آخر مع هذا المدَّعي ثبت العتق بشهادة الحسبة.

قلت: هنا كلامان:

الأول: قوله: لا معنى للدعوى، فيه نظر، ودعوى الحسبة في حقوق الله تعالى غير الحدود مسموعة كالشهادة بها، وقوله: وإنما هذه وظيفة العبد، قد يجاب عنه بأنه قد يكون طفلًا أو مجنونًا أو أبكم لا يفهم، وقول الإمام: إن الدعوى على الإنسان بإعتاق ملكه مردودة لا تسمع ولا معنى لها لا أحسبه من محال الوفاق.

الثاني: قبول شهادة المدَّعي حسبة إن كانت بعد الدعوى فممنوع قطعًا، وإن كانت قبلها، والظاهر أنه مراد الإمام فمحتمل.

وقال الدارمي: إن قال لشريكه: أعتقت نصيبك، فإن كان المدَّعى عليه معسرًا فلا خصومة بينهما، فإن كان معه قبلا عليه، وإن كان موسرًا فأقام بينة قومت حصته عليه، وصرَّح من بعد: إنه إذا كان موسرًا لا تقبل شهادة

وَيَعْتِقُ نَصِيبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِعْتَاقِ، وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ،

الشريك، ولا شك فيه، وقد قال الإمام بعد هذا الموضع وتبعه الشيخان وغيرهما: إذا شهد اثنان من الشركاء على الثالث بأنه أعتق نصيبه وكانا موسرين؛ فالمذهب رد شهادتهما، والتفريع على تعجيل السراية؛ لأن موجبها أن يغرم الشريك لهما قيمة نصيبهما، وهما مثبتان لأنفسهما استحقاقًا.

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا بعيدًا: إن عتق الثالث يثبت في نصيبه، ولكنَّا لا نلزمه قيمة نصيب الشاهدين فتقبل الشهادة في العتق، ونردها في مكان التهمة، وهذا ليس بشيء إذا كان وضعها اقتضاء التهمة، فينبغي أن ترد، ثم إن رددنا شهادتهما على ظاهر المذهب فالعتق نافذ في نصيبهما مؤاخذة بالإقرار، وإن قلنا العتق لا تتعجل سرايته قبل غرامة القيمة، فحينئذ لا يعتق نصيبهما، ولكن المذهب الظاهر أنه يمتنع عليهما التصرف في نصيبهما بموجب إقرارهما. هذا لفظ «النهاية».

وما جعله ظاهر المذهب لم يذكر كثيرون سواه، وقال الرافعي: إنه الأظهر، وبه أجاب ابن الحداد، انتهى.

وقضية إطلاقهم أنه لا فرق في الحكم ببطلان شهادتهما بين أن يؤدياها حسبة قبل الدعوى، فإن صحّ هذا كان ما أجاب به الإمام ومن تبعه في شهادة أحد الشريكين جوابًا منهم على الوجه المزيف القائل بقبولها بالنسبة إلى الحكم بالعتق دون الغرم فتأمله.

قال: (وَيَعْتِقُ نَصِيبُ الْمُدَّعِي بِإِقْرَارِهِ إِنْ قُلْنَا يَسْرِي بِالْإِعْتَاقِ) إذا حلف المدَّعى عليه أو نكل فحلف المدَّعي عتق نصيبه؛ لاعترافه بسراية الإعتاق إليه بناء على المذهب كما أشار إليه.

قال: (وَلَا يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكِرِ) أي: وَإِنْ أَيْسَرَ الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْشِئْ عِتْقًا فأشبه ما لو ادَّعى على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته فأنكر، يعتق نصيب المدعي ولا يسري، وإن فرعنا على القولين الآخرين لم يعتق من العبد شيء.

قال ابن الرفعة: وهل ينفذ تصرف المقر في حصته بالبيع والعتق وغيرهما؟ فيه وجهان في «الحاوي»، انتهى.

والذي رأيته ذكرهما على قول توقف العتق على الأداء، وكذا نقلهما الإمام وغيره، واقتضى كلام الإمام السابق أن المذهب الظاهر امتناع تصرفه فيه عملًا بموجب إقراره.

قال الماوردي: فلو عاد المنكر واعترف بالعتق بعد جحوده عتق عليه، وكانت سراية عتقه إلى نصيب الشريك على الأقاويل الثلاثة.

فَرْعٌ: قالا: وإن كان المدعى عليه معسرًا وأنكر وحلف لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصفه بعد ذلك عتق ما اشتراه؛ لاعترافه بحريته، ولا يسري إلى الباقي، انتهى.

وفي صورة للفرع إشكال، فإنه إن علم إعساره فلا دعوى عليه ولا تحليف، وإن زعم المدعي يساره كما صور الغزالي وغيره به المسألة، واقتضاه قولهما في صورة الشراء لاعترافه بحريته، فيجب أن يعتق عليه نصيبه على قول التعجيل عملًا بمقتضى إقراره، وإن كان المدعى عليه معسرًا وإن لم ينجز اليسار والإعسار ذكر فقضية دعواه وتحليفه أنه موسر يلزمه قيمة نصيبه أيضًا، بل الظاهر أنه لا بد في الدعوى من التعرض ليساره، فتدبره.

وسبق قول الدارمي: إنه إذا قال لشريكه: أعتقت نصيبك، فإن كان المدعى عليه معسرًا فلا خصومة بينهما، ثم قال آخر المسألة: وإن أقر بعتق حصته واختلفا في يساره عتق نصيب المعتق، وحلف وبرئ، وإن نكل حلف المدعي وأخذ، وهل يعتق حصة المدعي قبل أخذ القيمة؟ على القولين، فإن قال المعتق: كنت موسرًا، وقال شريكه: كنت معسرًا، فحقي باق، وحلف مدعي الإعسار، وثبت حقه، فإن نكل قال الشيخ ﷺ: عندي لا يحلف الشريك؛ لأنه لا يدَّعي شيئًا، ولكن يحلف العبد، وإن كان يعلم يساره حلف مدعي اليسار، وكذلك في الأولى، انتهى وكأنه سقط من كلامه شيء.

وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ: إنْ أَعْتَقْت نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِك فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إلَى نَصِيبِ الْأَوَّلِ إنْ قُلْنَا: السِّرَايَةُ بِالْإِعْتَاقِ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَلَوْ قَالَ فَنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ، فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ، فَإِنْ كَانَ الْمُعَلِّقُ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا، وَكَذَا إنْ كَانَ مُوسِرًا وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ، ....

قال: **(وَلَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ: إنْ أَعْتَقْت نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ بَعْدَ نَصِيبِك فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ)** أي: المقول له نصيبه.

(وَهُوَ مُوسِرٌ سَرَى إلَى نَصِيبِ الْأَوَّلِ إنْ قُلْنَا: السِّرَايَةُ بِالْإِعْتَاقِ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) أي: قيمة نصيب المعلق.

قال الإمام: بالاتفاق؛ لأن السراية أقوى من العتق بالتعليق؛ لأنها قهرية تابعة لعتق النصيب لا مدفع لها، وموجب التعليق قابل للرفع بالبيع ونحوه.

تنبيهات: لو اقتصر على قوله: فنصيبي حر، أو فجميع العبد حر كان الحكم كما لو قال: بعد نصيبك وبعد عتق نصيبك، وقوله: إن قلنا السراية بالإعتاق يفهم اختصاص الحكم المذكور، وهذا القول وقد قالا: إن قلنا الحكم بالتبيُّن فكذلك الحكم إذا أديت القيمة، وإن قلنا بالأداء فنصيب المعلق عمَّن يعتق فيه وجهان مبنيان على أنه إذا أعتق أحدهما نصيبه هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة؟ تفريعًا على هذا القول إن قلنا: نعم عتق نصيب المعلق عنه، وإلا فعن المقول له إذا أدّى القيمة واحترز بقوله وهو موسر عمًّا لو كان المقول له معسرًا، فإن نصيب كل واحد منهما يعتق عن نفسه.

قال: **(وَلَوْ قَالَ فَنَصِيبِي حُرٌّ قَبْلَهُ)** أي: قبل عتقك نصيبك.

(فَأَعْتَقَ الشَّرِيكُ) أي: المقول له نصيبه.

(فَإِنْ كَانَ الْمُعَلِّقُ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيبُ كُلٍّ عَنْهُ، وَالْوَلَاءُ لَهُمَا) أي: لا خلاف، وكذلك الحكم لو كانا معسرين فيعتق نصيب المنجز عن نفسه ونصيب المعلق عن نفسه قبل ذلك بموجب التعليق ولا سراية وإن كان المقول له موسرًا.

قال: **(وَكَذَا إنْ كَانَ)** أي: المعلق.

(مُوسِرًا وَأَبْطَلْنَا الدَّوْرَ) أي: اللفظي وهو الأصح؛ فالحكم كما مرَّ ولا

وَإِلَّا فَلَا يُعْتِقُ شَيْءٌ. وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ، وَلِآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخَرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعًا عِتْقًا، فَالْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

شيء لأحدهما على الآخر، كما لو قال: مع نصيبك.

قال: **(وَإِلَّا)** أي: وإن لم يبطل الدور اللفظي.

(فَلَا يُعْتَقُ شَيْءٌ) لأنه لو نفذ عتق المخاطب في نصيبه لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى ولو سرى لبطل عتقه فيلزم من نفوذه عدم نفوذه، وعلى هذا لو قال السيد لعبده مهما أعتقتك فأنت حر قبله لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين امتنع الإعتاق عليهما، ولو قال لصاحبه: مهما بعت نصيبك فنصيبي حر قبله لم ينفذ البيع.

قال الإمام والغزالي والرافعي والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هاهنا؛ لتضمنه الحجر على الغير في ملكه.

قال الإمام: وبمثل هذا يستبين المصنف بطلان المصير إلى الدور اللفظي.

فَرْعٌ: بقي من أقسام المسألة ما لو قال: فنصيبي حر مع عتق نصيبك في حال عتق نصيبك، وقلنا بحصول السراية بالإعتاق عتق نصيب كل واحد عن نفسه على الأصح، ونسبه الروياني إلى عامة الأصحاب.

قال القفال: واختاره الشيخ أبو علي يعتق جميعه على المقول له.

قال: **(وَلَوْ كَانَ عَبْدٌ لِرَجُلٍ نِصْفُهُ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ، وَلِآخَرَ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَ الْآخَرَانِ نَصِيبَيْهِمَا مَعًا عِتْقًا)** أي: وهما موسران.

(فَالْقِيمَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ) لا خلاف أن القيمة عليهما، وإنما الطريقان في كيفية التوزيع. قال الرافعي: **أظهرهما**: باتفاق طرق الأصحاب إلا الإمام، أي: ومن تبعه أنها عليهما بالسوِّية، وشبه ذلك بتغريم الجناة أروش الجراحات، وضعَّفه الإمام والغزالي، وفرَّقا بأن الجراحات لها غور وضبطها غير ممكن؛ فلذلك رجعنا إلى عدد الرؤوس، بخلاف مسألتنا، وعلى التسوية جرى الغزالي في «الخلاصة» تبعًا للجويني، بخلاف بقية كتبه.

والطريق الثاني: فيه قولان كالشفعة، وفرَّقوا بأن الأخذ بالشفعة من مرافق

....

الملك كالثمرة، وهذا سبيله سبيل ضمان المتلفات كالجراح.

وقال القاضي الحسين: يحتمل أن يقال: إن قيل أن السراية تحصل بنفس العتق فهي على الرؤوس، وإلا فقولان كالشفعة، ولو كان أحد الشريكين موسرًا فقط ففي موضع من «تعليق» القاضي الحسين: إنه يعتق عليه بالسراية ما كان يخصه لو كانا موسرين، ثم قال: ويحتمل أن يقال: يقوم جميع نصيب الذي لم يعتق على هذا الموسر، انتهى.

وهذا ما في «الحاوي» و«الشامل» و«التهذيب» والرافعي وغيرها.

وقال القاضي الحسين في موضع آخر من «تعليقه» إنه لا خلاف فيه.

تنبيهات: قوله: فأعتق الآخران عبارة «الشرحين» و«الروضة»: فأعتق اثنان منهم نصيبهما، وهي أعم وأحسن؛ لبعدها عن إيهام اختلاف الحكم لو اختلف التصوير لا خفاء أن المعية تحصل بقولهما وبتعليقهما على شرط واحد، فيوجد وبتوكلهما لواحد، فيعتق نصيبهما دفعة واحدة، وسبق في تفسير معية اللافظين كلام في نكاح المشرك هل يأتي مثله هنا؟ فيه نظر لو أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب شريكيه، فإن أيسر ببعض قيمة الباقي قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، هكذا جزم به الرافعي.

فروع أوردها الدارمي:

إن قال: جزء منك حر، فإن أراد من جميعه أو من حصته عتق جميعه، وقوم عليه إن كان موسرًا، وإن عنى من حصة صاحبه لم يقع شيء.

قلت: وهذا في الباطن صحيح، وأمَّا في الباطن ففي قبوله منه نظر، إن قال أحدهما لصاحبه: أعتق نصيبي عني، فقال: أنت حر، فإن نوى عن نفسه كان حرًّا إن كان موسرًا وقوم عليه، وإلا رق حق شريكه، وإن نوى عن شريكه جميعه أو نصفه عتق عليهما، وهل تقوم على الوكيل حصة الموكل؟ على وجهين.

وقوله: عتق عليهما . . . إلى آخره كلام مظلم، ويشبه أن يقال: إن صدقه الموكل عتق عليه وسرى، وإن كذبه فوجهان، والظاهر أنه حصل خلل من ناقل.

وَشَرْطُ السِّرَايَةِ إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ، ....

إن قال لأحدهما: قد وكَّلني شريكك بعتق نصيبه، فقال: وأنا أيضًا، فأعتق جميعه ثم بان كذبه عتق، ولزم صحيح الوكالة قيمة حصة شريكه، وهل يرجع بها على الكاذب؟ على وجهين.

قلت: وصحيح الوكالة القائل وأنا أيضًا، ووجه رجوعه تضمين المال إذا كان له مال غائب قوم عليه، فإن لم يصل فهل يعتق؟ على قولين: ثانيهما: يعتق ويكون في ذمته.

قلت: وهو الأظهر إذا قلنا السراية بنفس اللفظ، وكان المال باقيًا عند العتق يمكن الوصول إليه، أمَّا لو لم يكن كذلك ففيه نظر، وإن بان تلفه قبل العتق فمعسر، والله أعلم.

قال: (**وَشَرْطُ السِّرَايَةِ إِعْتَاقُهُ بِاخْتِيَارِهِ**) أي: ومن شروطها أيضًا هذا، فلو أعتق نصيبه مكرهًا فلا عتق ولا سريان، ولو أكره على عتق بعض نصيبه فأعتق جميعه فمختار، ولو أكره على جميعه فأعتق بعضه فيشبه أن يجيء فيه ما قيل فيما لو أكره على الطلاق الثلث فوجد.

إشارة: كان ينبغي أن يزيد بعد قوله: باختياره، وأن يقع العتق عنه لما سيأتي بما فيه.

قال: (**فَلَوْ وَرِثَ بَعْضَ وَلَدِهِ لَمْ يَسْرِ**) لأن التقويم سبيله سبيل غرامة المتلفات، ولم يوجد منه صنيع وقصد إتلاف.

وعبارة «المحرر»: وأمَّا إذا ورث نصف قريبه وعتق عليه لم يسر، فأراد بقريبه الأصول والفروع، وعدل الشيخ عنها إلى الولد؛ لئلا يتوهم دخول الحواشي، وأمَّا قوله: وعتق عليه فكأنه احترز به عمَّا لو ورثه مرهونًا، ولا شيء للمورث فإنه لا يعتق عليه، وإذا لم يعتق عليه وبيع في الدين فلا سريان نعم، لو تكلف الوارث دعوى الدين عتق ما ورثه، وسرى عليه بشرطه، ولو أبرأ المرتهن الميت من دينه انفك الرهن ولا سريان فيما أحسب.

تنبيهات: ومن صور الاختيار الشراء وقبول الهبة والوصية، ولو ملكه بما

وَالْمَرِيضُ مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلُثِ مَالِهِ، وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ، ....

يتضمن حصول الملك، ولا يقصد به التملك غالبًا كما لو اشترى مكاتبه شقصًا ممن يعتق عليه، ثم عجزه السيد فصار الشقص له وعتق عليه فوجهان:

أحدهما: يسري لاختيار ونسبته إلى الملك بفسخ الكتابة.

قال الرافعي: وأشبههما: لا، ويحكى عن ابن الحداد؛ لأنه إنما قصد التعجيز، وحصل الملك ضمنًا، وإن عجز المكاتب نفسه لم يسر قطعًا.

قال: ولو باع شقصًا ممن يعتق على وارثه كما لو باع ابن أخيه بثوب ومات وورثه أخوه، ثم رد الثوب بعيب واسترد الشقص وعتق عليه، ففي السراية الوجهان، هكذا في النسخ المعتمدة، وفي نسخ وجهان بلا تعريف، ومنها اختصرت «الروضة» وزاد.

قلت: الأصح هنا السراية وليس بجيدٍ لما سيأتي في كلامه: إنه لو أوصى لزيد ببعض ابن أخيه فمات، وقبل الأخ الوصية عتق الشقص ولا سراية على الأصح، ثم ذكر صورة رد الثوب هذه وأن السراية فيها على الخلاف.

إشارة: قد يورد على إطلاق اعتبار الاختيار ما لو أوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية أخوه، قالوا: عتق الشقص على الميت وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، ونزل قبول وارثه منزلة قبوله، فهذا سريان ولا صنع للميت فيه ولا اختيار، وسيأتي نحوه على اختلاف فيه واضطراب.

قال: **(وَالْمَرِيضُ)** أي: مرض الموت.

(مُعْسِرٌ إِلَّا فِي ثُلُثِ مَالِهِ) أي: فإذا أعتق نصيب شريكه، ولم يخرج من الثلث إلا قدر نصيبه فلا سراية في الباقي، هذا هو المشهور المنصوص.

وقال الدارمي بعد نقله عن النص: وحكى ابن القطان عن بعضهم من الجميع السراية، ومن الثلث المباشرة، فإن حمل الثلث ما أعتقه حسب فذاك، فإن عجز نقص منه وإن زاد عتق بالسراية وقوم، انتهى.

وقوله من الجميع يعني من رأس المال؛ لأن السراية قهرية بخلاف المباشرة.

قال: **(وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ)** إذ لا ملك له بعد موته.

فَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبِهِ لَمْ يَسْرِ. إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ عَتَقَ.

(فَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبِهِ لَمْ يَسْرِ) أي: وإن خرج جميع العبد من الثلث؛ لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث، ويبقى الميت معسرًا ولا تقويم على معسر، بل لو كان العبد له فأوصى بإعتاق نصفه لم يسر، وإن أوصى بالتكميل فقد سبق بيانه، والمختار عدم السراية القهرية، وإنما الواجب إنفاذ الوصية بالشراء إن أمكن كما سبق بيانه.

فائدة في «إعجاز» الجيلي:

فإن قيل: في أي موضع يعتق عليه نصيبه وهو موسر ولا يسري؟

قلت: في اثني عشر موضعًا: إذا ورثه، إذا قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبي حر، وعاكسه شريكه، إذا قال لشريكه: إن أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك، إذا وكَّلا وكيلًا فأعتقه عنهما دفعة واحدة، إذا أوصى له بشقص ممن يعتق ثم مات معسرًا فقتله وارثه عتق ولا تقويم، إذا قال للمشترك: إن مت فنصيبي حر، ثم ذكر صورتي ما إذا أوصى له بابن أخيه، وما إذا باع بعض من يعتق على وارثه بثوب، إذا اشترى المكاتب ابن مولاه ثم عجز نفسه عتق ولم يسر، وإن عجزه السيد فوجهان، إذا زوجا جاريتهما بابن أحدهما فولدت عتق نصيب جد الطفل عليه ولم يسر، وإن عرفها فوجهان، انتهى.

قال: **(إِذَا مَلَكَ أَهْلُ تَبَرُّعٍ أَصْلَهُ أَوْ فَرْعَهُ عَتَقَ)** ما زاد بالأصل كل أصل، وإن علا بالفرع كل فرع، وإن سفُل سواء الذكور والإناث والوارث منهم وغيره، والموافق في الدين وغيره، أمّا في الأصول فلقوله ﷺ: **«لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدًا إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»** رواه مسلم، وقوله: «فيعتقه» أي: بالشراء.

قال ابن الرفعة: وهذه الرواية محمولة على رواية: «فيعتق عليه» وأمّا في الفروع فلقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۝٨٨﴾ [مريم: ٨٨] وقوله: ﴿وَمَا يَنبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۝٩٢﴾ [مريم: ٩٢] فدلَّ على امتناع اجتماع النبوة والملك، وقال ابن سراقة: استدل من قال: لا يعتق عليه إلا من بينه وبينه بعضية بأن الله سمى أولاد الرجل باسم نفسه، فقال: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ [التحريم: ٦]

……

وقال: ﴿كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] يعني أولادكم، وقال: ﴿لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَأْكُلُوا﴾ [النور: ٦١] من بيوتكم، يعني: بيوت أولادكم؛ لأن الولد بضعة من والده، انتهى.

تنبيهات:

أحدها: قوله: أهل تبرع، يفهم أن غيره إذا ملك من ذكرناه من أصوله أو فروعه لا يعتق عليه، وليس ذلك على إطلاقه، وغلط من قال: احترز به من الصبي والمجنون، بل متى دخل أصل صبي أو فرع لمجنون أو محجور عليه بسفه في ملكه ولا مانع من عتقه عتق عليه، كما اقتضاه كلامه من بعد، ويصح أن يكون احترز عن المكاتب وعن بعض المرضى في بعض الصور كما سيأتي، خفاء أنه لو ورث قريبه مرهونًا أو جانيًا في رقبته، وكان على الميت دين مستغرق، أو كان في مال قريبه المحجور عليه بالفلس، فمات القريب أنه لا يعتق على الوارث، وإن كان موسرًا؛ إذ لا يلزمه وفاء دين مورثه، وكان الأحسن أن يطلق بأن من ملك أصلًا أو فرعًا عتق عليه، كما صنعا في «الشرحين» و«الروضة» ثم يذكر ما يخرج عن ذلك كما فعلا، فإنه أسلم من الاعتراض وأبعد من الإيهام.

ثانيها: لا أثر هنا لأبوة الرضاع وولادتها، وحكى فيه الإجماع، وفي الولد المنفي باللعان وجهان، والظاهر المنع، فإن استلحقه بعد وهو في ملكه عتق عليه لا محالة، ولا خلاف عندنا إن غير الأصول والفروع لا يعتقون بالملك، وحديث سمرة في «السنن» الأربع: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ فَهُوَ حُرٌّ**»⁽¹⁾ تمسك به الخصوم، وأجيب عنه بوجوه:

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ١٢٣، رقم ٩١٠)، وأحمد (٥/ ١٥، رقم ٢٠١٧٩)، وأبو داود (٤/ ٢٦، رقم ٣٩٤٩)، والترمذي (٣/ ٦٤٦، رقم ١٣٦٥) وقال: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة. وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئًا من هذا، وابن ماجه (٢/ ٨٤٣، رقم ٢٥٢٤)، والطبراني (٧/ ٢٠٥، رقم ٦٨٥٢)، والحاكم (٢/ ٢٣٣، رقم ٢٨٥٢)، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩، رقم ٢١٢٠٤). والطحاوي (٣/ ١٠٩).

....

منها: إن الحسن لم يسمع من سمرة، وليس بجيد بل صح سماعه منه.

ومنها: قال النسائي: إنه حديث منكر، وقال: إنه خطأ عند أهل الحديث، وقال البيهقي: وهم فيه راويه.

ومنها: إن حقيقة الرحم الاختصاص بالولادة، وفي غيرها مجاز، فحملناه على حقيقته لو صح.

ومنها: لو سلم الشمول فخصه بالقياس، وهو أن كل قريب لا ترد الشهادة له فلا يعتق بالملك كبني الأعمام.

ثالثها: المعروف عندنا ما قدمناه. ورأيت في كتاب «كشف أصول الفرائض» لابن سراقة العامري في باب من يعتق على المرء إذا ملكه: اختلف في ذلك على خمسة مذاهب، فذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه لا يعتق على المرء أحد إلا أن يباشر عتقه باختياره، وقال آخرون: لا يعتق عليه إلا ذو رحم محرم، وهو قول عمر وابن مسعود، وبه قال عطاء والشعبي والثوري والحسن ابن صالح وأهل العراق، قال: ومعنى ذي رحم: هو كل من انتسب إليك وانتسبت إليه وانتسب إلى أبيك وإلى أمك دون آبائهم وأمهاتهم فهو ذو رحم.

وقال الشافعي: معنى ذي الرحم المحرم: كل من حرم بينهما المناكحة من جهة النسب فهو ذو رحم.

وقال ابن سريج: كل من لو كان صغيرًا لزمك حضانته، أو كنت صغيرًا لزمه حضانتك من الذكور والإناث فهو ذو رحم محرم، وهذه الثلاثة أوجه ترجع إلى معنى واحد في الحكم.

وقال آخرون: لا يعتق على امرئ واحد إلا من بينه وبينه بعضية، وهم الوالدون وإن علوا، والمولودون وإن سفلوا، وقال مالك: يعتق عليه هؤلاء، والأخوة دون أخواتهم، انتهى لفظه.

وسياقه واستدلاله ظاهر في أن المذهب ما رواه عن الشافعي في تفسير الحديث، وإن المذهب المعروف مقالة العلماء من خارج، وإن ابن سريج

....

ذهب إلى اعتبار ذلك بالحضانة، وما أدري من أين هذا له! فإن أمكن تأويل كلامه بأن الشافعي أراد بذلك تفسير من هو ذو رحم محرم، وكذلك ابن سريج لا من يعتق على المرء إذا ملكه فإلَّا ناقض برده وشذوذه.

رابعها: متى يحكم بنفوذ العتق، قال أبو إسحاق: مع دخوله في ملكه.

وقال الإمام: بل يترتب على الملك، وأغرب الغزالي في «البسيط» حيث قال في مسألة ما إذا زوجا جاريتهما ابن أحدهما فأتت منه بولد فإنه يعتق نصفه على جده ولا يسرى؛ لأنه لم يحصل باختياره، ومنهم من عللَّ بأنه ينعقد نصفه حرًّا، وإنما يسري عتق طارئ.

قال الشيخ أبو علي: هذا فاسد، بل الصحيح أنه ينعقد رقيقًا ثم يعتق، وكذلك يجب الغرم على المفرد، وقال الغزالي: وعندي إنه ينعقد حرًّا؛ إذ لو رق لما زال الملك ولبقي، وكذا من يشتري قريبه، لا أقول: يدخل في ملكه ثم يزول، بل يندفع الملك إذا جرى موجب الملك أو قارنه دافع فاندفع، والاندفاع في حكم الانقطاع، ولذلك وجب العوض، ولهذا غور ذكرته في تحصين المأخذ في مسألة شريك الأب فليطلب منه، انتهى.

خامسها: إذا أوصى له ببعض من يعتق على وارثه كابن أخيه فمات وقبل الأخ الوصية عتق الشقص ولا سراية على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا باع ابن أخيه بثوب ومات، وورثه الأخ المسألة، وقد قدمناها بما فيها.

وسبق أنه لو اشترى مطلق التصرف بعض قريبه سرى بخلاف ما لو ورثه، قالا في «الشرحين» و«الروضة»: وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه، وقبوله لصدوره عن الاختيار، وكذا قبول نائبه شرعًا حتى لو أوصى له ببعض ابنه فمات وقبل الوصية عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي، وإن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته، انتهى.

وهذا كله بناء على الأصح، وهو صحة قبول الوارث هنا، وإنه إذا قبل الموصى له بأنه إذا ملك بالموت لا بالقبول بمجرده، وعلى هذا ففي هذه السراية

....

نظر، وقد روى الإمام فيها هاهنا احتمالًا ؛ لأن العتق حصل بغير اختياره.

وذكر في «الوسيط»: إنه لو كان وارث الموصى له اثنين فقبل أحدهما ورد الثاني أن الذي ذكره الأصحاب: إن القدر الذي قبله يعتق على الميت، ثم إن كان نصيب القابل من التركة التي في يده يفي بالسراية سرى، ويكون العتق عن الميت ابتداء وسراية، والولاء له، ويرث الابن القاتل، وكذا المراد على الأصح، وإن لم يكن في يده من التركة شيء، فلا يسري.

وجواب الشيخ أبي علي أنه لا يسري في الصورة الأولى أيضًا، فإنه لو سرى لسرى على الميت والعتق لا يسري على الميت؛ لأن حكمه حكم المعسرين، قال الإمام: ولا وجه إلا ما ذكره الشيخ، وما سواه غلط في القياس.

قال ابن الرفعة: وفيما قاله نظر؛ لأنَّا نفرع على قول الوقف فإن قبل الوارث تبينا حصول العتق عند موت الموصي، وذلك في حياة الموصى له، فإذا سرينا العتق لم نسره على ميت بل على حي، انتهى.

وفي «البسيط» قال الإمام: قول أبي علي هو الصحيح، والآخر غلط في القياس، قال الغزالي: وعندي أن ما ذكره الأصحاب لا يخلو عن غور في القياس لست أطول بذكره فليتأمله الناظر، انتهى.

وحكى الرافعي هناك القول بالسراية عن ابن الحداد وآخرين، وأن الشيخ أبا علي قال: يجب ألا يقوم على الميت لمعنيين.

أحدهما: حصول الملك بغير اختياره كمن ورث بعض من يعتق عليه لا يقوم.

والثاني: أن العتق يحصل بعد موته ولا مال له حينئذ، قال: وقد رأيت هذا لبعض الأصحاب، قال الرافعي: للأولين أن يقولوا: إنما حكمنا بالعين على الميت لجعلنا الوارث نائبًا عنه، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة؟ لكنهما حكمان، وأمَّا الثاني فلا نسلم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق.

وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلٍ قَرِيبَهُ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ، ....

وهذا ما أشار إليه ابن الرفعة، والقلب إلى ما نقله أبو علي واختاره وصححه الإمام أميل، ويلزم من تعذر ما ذكره من الإسناد إلى حالة موت الموصي أن يعتبر يسار الموصى له، وإطلاق تصرفه عند موت الموصي، فإن ذلك وقت السراية وأن تعتبر قيمة الشقص المقوم ذلك الوقت واعتباره يخرج إلى تفصيل يطول ذكره فتأمله.

وأمَّا مسألة سري الوكيل وقبوله الهبة والوصية لموكله فإن كان لغرض فيما إذا علم الموكل بأن الشخص ممن يعتق عليه فواضح، وإن كان مع جهله بالحال وظنه أنه أجنبي ففيه نظر، لكن يبعده أنه لو باشر ذلك بنفسه جاهلًا بالحال أو ظانًا عدم القرابة؛ فالظاهر أنه لا أثر له في العتق عليه والسراية بشرطه.

قال: (**وَلَا يَشْتَرِي لِطِفْلٍ**) أي: ومجنون وسفيه.

(**قَرِيبَهُ**) أي: الذي يعتق عليه، فإن فعل فالشراء باطل؛ لإضراره بالمولى عليه، وكان الأحسن أن يقول كـ«التنبيه»: لمَوليّ عليه ليدخل المجنون والسفيه، والمَوليّ عليه بفتح الميم وتشديد الياء على مثال مقضي عليه، قال ابن الصلاح والمصنف: والفقهاء يحرفونه.

قال: (**وَلَوْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَصَّى لَهُ**) أي: من يعتق عليه.

(**فَإِنْ كَانَ كَاسِبًا**) أي: ما يفي عونه.

(**فَعَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُهُ، وَيَعْتِقُ وَيُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ**) إذ لا ضرر على المولى عليه، وحصول الكمال للأصل أو الفرع، ولا نظر إلى احتمال توقع وجوب النفقة من بعد لعجز يطرأ؛ لأن المنفعة محققة والضرر مشكوك فيه والأصل عدمه.

تنبيهات: قيّد بكونه كاسبًا لكن إذا لم يوجب نفقة غير الكاسب كما هو مبين في النفقات من الأولاد الكبار للمجنون والسفيه؛ فالظاهر أنه لا يشترط كونه كاتبًا، وقد يقال فيه خطر؛ إذ قد يرفع الأمر إلى حاكم يرى وجوب نفقتهم بها، فيحكم فيتضرر المحجور عليه، ولو قال: فإن كان لا تلزمه نفقته لخرج ما

وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ، ....

ذكرناه، وقوله: فعلى الولي قبوله، هو قضية كلام الجمهور، وظاهر النص وصرَّح به جماعة. وحكى الإمام والغزالي في الوجوب ترددًا وقطعًا بالجواز، وسبق في كتاب «الهبة» في إيجاب قبول الهبة على الولي كلام، وقلنا على تقدير الوجوب ينبغي أن يستثنى قبول القاضي الهبة لولده؛ لئلا يجعل طريقًا إلى رشوة قضاة السوء، وإذا لم يقبل الولي هنا وهو من غدا الحاكم من أب أو جد أو وصي أو قيم حاكم قبل الحاكم، فإن لم يفعل قال الروياني وغيره: فللصبي بعد بلوغه القبول، قال الرافعي: وليكن هذا في الوصية؛ لأن قبول الهبة فوريٌّ.

قلت: وفيما إذا كان ترك الحاكم القبول عن نظر واجتهاد نظر بأن يرى القريب متوقع العجز عن قرب، أو أن حرفته كثيرة الكساد، أو أن ثَمَّ حاكمًا يرى إلزام الطفل وغيره بالاتفاق، ولا يكلف الأب الكسب ونحو ذلك فأداه نظره الصحيح إلى أن الأحوط للمولى عليه عدم القبول فتركه، وأمَّا تخصيص الرافعي بحثًا قبول الحاكم بالوصية دون الهبة فظاهر لما أشرت إليه، لكن الدارمي صور المسألة في الهبة فقط، ثم قال: متى قلنا يقبل فلم يقبل قبل السلطان، فإن لم يفعل قيل: لم ينتقل الملك حتى يقبل، وقيل: ينتقل ويعتق، انتهى وهذا عجيب غريب.

قال: (**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن كاسبًا ما يفي بمؤنه وأوجبنا الإنفاق على المولى عليه كما أشرنا إليه.

(**فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ**) أي: ونحوه.

(**مُعْسِرًا وَجَبَ الْقَبُولُ**) أي: على المذهب؛ لحصول الكمال للقريب والثواب بلا ضرر، وقيل: فيه وجهان، واعلم أن قوله: «فإن كان كاسبًا وإن لم يكن كاسبًا» تبع فيها «المحرر».

وعبارة «الروضة» و«الشرح»: وإن كان القريب بحيث تجب نفقته... إلى أن قال: وإن كان بحيث لا تجب، وهي أحسن وأصح.

وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ مُوسِرًا حَرُمَ.

قال: (**وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ المَالِ**) وهذا في المسلم؛ لأنه من محاويج المسلمين، أمَّا لو كان كافرًا فلا حق له في بيت المال، وفي اللقيط الكافر ونحوه نزاع للبغوي وغيره، وقضية الإنفاق عليه من بيت المال كالمسلم، فإن فقد أو منع فعلى أهل دينه على حسب اجتهاد الحاكم.

قال: (**أَوْ مُوسِرًا حَرُمَ**) أي: القبول له حيث تجب النفقة عليه؛ لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفيه إضرار به، فلا يصح، وحكى الدارمي والماوردي والروياني وجهًا: إنه يجب القبول.

وقال الصيمري في «شرح الكفاية»: لو أوصى لمحجور عليه بصغر أو جنون أو سفه بأبيه أو جده لزم وليه أن يقبل ذلك عنه، فإذا قبله عتق عليه زمنًا كان أو غير زمن، محتاجًا إلى النفقة أو غير محتاج، هذا مذهب الشافعي، ولكن لو أوصى له بشقص من أبيه فإن كان الموصى له معسرًا فقبل وليه الوصية عتق ولا تقويم، وإن كان موسرًا ففيها قولان، وذكر القولين الآتيين. هذا لفظه.

والظاهر أن هذه طريقة البصريين من أصحابنا، قال: لا خفاء أن موضع تحريم القبول لمحجور الموسر إذا لزمته النفقة، أمَّا لو كانت تجب على غيره كما لو وهب له جده وللجد ابن موسر، أو كان أبو الطفل حرًّا موسرًا وهو ابن الجد، فإنه يجب على الولي القبول لوجوب النفقة على الغير، وقدمنا نحوه في قوله: وإن لم يكن كاسبًا، والعبارة الشاملة أن يقال: ولو وهب لمولى عليه من يعتق عليه وتلزمه نفقته في الحال لم يجز للولي القبول، وإلا وجب على المذهب ما سبق فيما إذا وهب للمولى عليه، أو أوصى بجميع من يعتق عليه، أمَّا لو كانت الهبة أو الوصية ببعضه فإن كان المولى عليه معسرًا وجب على الولي قبول الشقص على المذهب كما سبق، وإن كان موسرًا ازداد النظر في غرامة السراية، وإن لم تجب النفقة، وفيه قولان: أظهرهما في «الروضة» و«الشرحين»: المنع؛ لأنه لو قبل لعتق عليه، وإذا عتق سرى وقوم عليه وفيه إضرار به.

وثانيهما: يقبله ويعتق عليه ولا يسري كيلا يتضرر، وأيضًا فإنه لا اختيار له في حصول الملك، وهذا ما صححه الشيخ في تصحيح «التنبيه» وعلَّله

....

الماوردي بأنه بالحجر عليه كالمعسر، ثم قال: فإن قيل إذا لم يقوّم عليه الباقي لهذا المعنى فلم منع الولي من القبول في القول الأول، قيل: لأن المنع من التقويم اجتهاد، وربما رأى بعض الحكام خلافه، فقوم فصار القبول معرضًا لدخول الضرر، انتهى.

وهذا منه يشعر بأنه على القول الأول لا يقوم أيضًا، وقد علل المنع فيه بأن قبوله موجب لتقويم باقيه على الولد فتأمله، والعبارة الواضحة عن القولين أن يقال: وإن كان المولى عليه موسرًا وكان القريب بحيث لا تجب النفقة عليه فقولان:

أظهرهما: لا يجوز القبول، وثانيهما: يلزم القبول.

وعبارة «الشامل»: فإن كانت النفقة لا تجب فهل عليه قبوله ينبني على القولين في وجوب تقويم الباقي عليه، قال ابن الرفعة: وفي الجيلي حكاية قول ثالث: إنه يقبل ويسرى؛ لأن قبول الناظر كقبول البالغ، انتهى.

قال الرافعي: وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أن بعض الأصحاب قطع بأنه ليس له أن يقبل، وجعل القولين في أنه إذا قبل هل يصح؟

قلت: ولم أر هذه الطريقة في كتب أتباعه وأتباعهم كـ«مجموع» المحاملي و«مقنعه» و«الحاوي» و«الشافي» و«الشامل» و«البيان» فالله أعلم.

فرعان من «الحاوي»:

أولهما: لا يصح من المحجور عليه بسفه تملك بعض من يعتق عليه بمعاوضة، ويصح أن يملكه بالهبة والوصية، ويعتق عليه ما ملكه منه، وفي تقويم باقيه عليه إن كان موسرًا به وجهان: وجه المنع: إنه بالحجر كالمعسر، والثاني: يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع كالنفقات.

ثانيهما: إذا وهب ليطلق التصرف من يعتق عليه، فإن قلنا الهبة تقتضي المكافأة لم يلزمه قبولها، وإلا فوجهان:

أحدهما: يلزمه القبول ليعتق عليه من هو مأخوذ لحقه، فعلى هذا لو قال

وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ قَرِيبَهُ بِلَا عِوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ، وَقِيلَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ

السيد لعبده: أنت حر إن شئت، فعليه أن يشاء ليعتق بالمشيئة.

والثاني: لا يلزمه القبول لما يتعلق عليه به من حقوق لا تلزمه قبل القبول، فعلى هذا لا يلزم العبد أن يشاء عتق نفسه، وإذا أوصى له بمن يعتق عليه ففي وجوب قبولها الوجهان، انتهى.

والمفهوم من كلام الجمهور أنه لا يلزمه القبول، وقال في «البيان»: يستحب له أن يقبل، ولا يجب عليه ذلك، وهو قول كافة العلماء، وقال بعض الناس: يجب عليه القبول ليخلصه من ذل الرق، ودليلنا أنه اختلاف ملك، فلم يجب قبوله كما أوصى له بغير أبيه، أي: أو وهب له كما اقتضاه أول كلامه، وكلامه يشعر بتخصيص ذلك بالأب، ولا شك أن الأم في معنى الأب وأولى، ويقرب الوجوب إذا لم يلزمه بذلك مؤنة في الحال، ولا سيما إذا كان القريب مكدودًا مضهودًا، وكذا أقول في الولد الأمرد يوصى له به أو يوهب منه، ولو لم يقبل لبقي في يد فاجر يفسد حاله من وارثٍ أو غيره، وتخف المنة في جنب هذه المصلحة العظيمة.

قال: (**وَلَوْ مَلَكَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ**) أي: وما في معناه وحكمه.

(**قَرِيبَهُ بِلَا عِوَضٍ عَتَقَ مِنْ ثُلُثِهِ**) لأنه خرج عن ملكه بلا بدل، فأشبه المتبرع به، هذا ما صححه البغوي وتبعه «المحرر» كعاداته.

قال: (**وَقِيلَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ**) لأنه حصل له بلا بذل، والشرع أخرجه عنه، فكأنه لم يملكه، وهذا ما رجحاه هنا في الموروث، ونسبا في الوصايا ترجيح الأول في الموروث إلى المتولي والبغوي، والأصح كونه من رأس المال، وبه قطع الأستاذ أبو منصور، وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره ما يقتضي الجزم به، ثم رتبا وغيرهما عليه من ملكه بهبة أو وصية، فإن اعتبرنا الموروث من الثلث فهنا أولى، وإلا فوجهان:

أصحهما: من رأس المال، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور؛ لأنه لم يبذل مالًا، والملك زال بغير رضاه، فعلى هذا يعتق وإن لم يكن له سواه أو

أَوْ بِعِوَضٍ بِلَا مُحَابَاةٍ فَمِنْ ثُلُثِهِ، وَلَا يَرِثُ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقِيلَ لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ، وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَلَا يَعْتِقُ بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ، ....

كان عليه دين مستغرق أو كان محجورًا عليه بفلس يقبله، ولا سبيل للغرماء عليه، وعلى الأول إن لم يكن له سواه عتق ثلثه، وإن كان ثم دين مستغرق لم يعتق، وبيع فيه وكذا المحجور عليه بالفلس.

قال: (**أَوْ بِعِوَضٍ بِلَا مُحَابَاةٍ**) أي: من بائعه مثلًا بل بثمن مثله.

(**فَمِنْ ثُلُثِهِ**) لأنه فوت على الورثة ما بذله من الثمن ولم يحصل لهم في مقابلته شيء.

قال: (**وَلَا يَرِثُ**) إذ لو ورث لصارت الوصية وصية لوارث فتبطل، وإذا بطل العتق بطل التوريث، فأذن في توريثه، قال الرافعي: هكذا أطلقوه حكمًا وتعليلًا، وكأنه مبني على أن الوصية للوارث باطلة، فإن وقفناها على الإجازة فلا يمتنع الجمع بين الوصية والميراث، فيحتمل أن يوقف الأمر على الإجازة ويحتمل خلافه.

وحكى الأستاذ وجهًا: إنه يرث؛ لأنه لا يملك رقبته حتى يقال: أوصى له بها، وإنما ينتفع بالعتق كما ينتفع الوارث بمسجد أو قنطرة بينهما موروثة، وذلك لا يمنع الميراث.

قال: (**فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ**) أي: مستغرق.

(**فَقِيلَ لَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ**) لأن تصحيحه يؤدي إلى ملكه ولا يعتق فلم يصح، كما لا يصح شراء الكافر العبد المسلم.

قال: (**وَالْأَصَحُّ صِحَّتُهُ**) أي: لأنه لا خلل في العقد، ويخالف شراء الكافر، فإن للكفر يمنع شراء الكافر المسلم والدين لا يمنع.

(**وَلَا يَعْتِقُ بَلْ يُبَاعُ لِلدَّيْنِ**) لأن عتقه معتبر من الثلث والدين يمنع منه.

إشارة: أغفل قيد الاستغراق استغناء بقوله: بل يباع في الدين.

وفي «إعجاز» الجيلي: إنه لو ملك مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة فأعتقه في مرض موته، ثم اشترى بالمال أباه صح الشراء على الأصح، ولا يعتق عليه

أَوْ بِمُحَابَاةٍ فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ، وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلُثِ.

قطعًا، وهي عن مسائل المهايأة فيقال: حر موسر اشترى من يعتق عليه ولا يعتق.

قلت: وهي في معنى الأولى ويزاد فيها ولا دين عليه.

قال: **(أَوْ بِمُحَابَاةٍ)** أي: من البائع ونحوه.

(فَقَدْرُهَا كَهِبَةٍ) أي: فيكون قدر المحاباة كالموهوب له فيجيء الخلاف السابق في أنه يعتبر من الثلث أو من رأس المال.

إشارات وتتمات: ما ذكره فيما إذا كانت المحاباة من البائع ومن في معناه، أمَّا لو كانت من المريض المشتري فقدرها تبرع منه، ولا يخفى حكمه مما سبق في الوصايا، فلو كان قدرها يستوعب الثلث امتنع عتق شيء منه كما تبرع قبل الشراء بمقدار الثلث مهما حكمنا بأنه يعتق من رأس المال، فأصح الوجهين أنه يرث؛ لأن العتق والحالة هذه ليس بوصية، بل هو مستحق شرعًا فلا يلزم الجمع بين الميراث والوصية، والثاني: وبه قال الإصطخري: ولا يرث ويجعل عتقه وصية في حقه، وإن لم يجعل وصية في حق الوارث كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل تصح المحاباة من رأس المال، إن لم يكن الزوج وارثًا يجعل وصية فتبطل، ويجب مهر المثل ما سبق في صحة الشراء على ما فيه من التفصيل هو المشهور.

وحكى الأستاذ أبو منصور وجهًا مطلقًا أن شراء المريض إياه باطل؛ لأنه وصية والوصية موقوفة على الخروج من الثلث، والإجازة والبيع لا يصير موقوفًا، انتهى.

[قال: **(وَالْبَاقِي مِنَ الثُّلُثِ)**](1).

---

(١) لم يشرح هذا الجزء من «المنهاج» وقد شرحه الخطيب في «مغني المحتاج» (٢٠/ ١٩٠، ١٩١) فقال: (وَالْبَاقِي) بَعْدَ قَدْرِهَا يُعْتَبَرُ (مِنَ الثُّلُثِ) جَزْمًا، وَخَرَجَ بِالْمُحَابَاةِ مِنَ الْبَائِعِ الْمُحَابَاةُ مِنَ الْمَرِيضِ كَأَنْ اشْتَرَاهُ بِمِائَةٍ وَهُوَ يُسَاوِي خَمْسِينَ فَقَدْرُهَا تَبَرُّعٌ مِنْهُ، فَإِنْ اسْتَوْعَبَ الثُّلُثَ لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ وَإِلَّا قُدِّمَتْ الْمُحَابَاةُ عَلَى الْعِتْقِ فِي أَحَدِ أَوْجُهٍ اسْتَظْهَرَهُ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبِ سَيِّدُهُ فَقَبِلَ وَقُلْنَا يَسْتَقِلُّ بِهِ عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ].

قال المصنف: [فَصْلٌ] أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ،

قال: (وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ بَعْضَ قَرِيبِ سَيِّدُهُ فَقَبِلَ وَقُلْنَا: يَسْتَقِلُّ بِهِ) أي: بالقبول، وهو الأصح.

(عَتَقَ وَسَرَى، وَعَلَى سَيِّدِهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ) لأن قبوله بمنزلة قبول سيده شرعًا هذا ما أورده في «التهذيب» هنا، وتبعه في «المحرر» و«الشرح الكبير» قال في «الروضة».

قلت: هذا مشكل وينبغي ألا يسرى؛ لأنه قهري كالإرث، وقال في كتاب الكتابة تبعًا للرافعي: ولو اتهب العبد القن بعض من يعتق على سيده بغير إذنه وصححنا اتهابه ولم يتعلق به لزوم النفقة صح القول في الأظهر، ولا يسرى لحصول الملك قهرًا.

والثاني: لا يصح، وفي «الوسيط» حكاية وجه أنه يصح ويسرى، ويجعل اختيار العبد كاختيار سيده، ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» وأفهم كلامه في «شرحه الصغير» هناك إنكاره مطلقًا، وهو عجيب، والمذهب عدم التسرية، والتعليل بأن قبول العبد كقبول السيد شرعًا ممنوع فيما يضر بالسيد.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

(أَعْتَقَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، عَتَقَ ثُلُثُهُ) لأنه تبرع في مرض الموت، فاعتبر من الثلث كغيره، وهذا إذا بقي بعد موت السيد، أمَّا لو مات قبله فهل يموت كله رقيقًا أم كله حرًا أم ثلثه فقط؟ أوجه:

أصحها: عند الصيدلاني: الأول، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس المحمودي فرضيه وحمده عليه؛ لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه، وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو وهبه، والمسألة بحالها وأقبضه ثم مات العبد قبل موت السيد، فإن قلنا يموت العتيق رقيقًا مات هنا على ملك الواهب، وعليه

....

مؤنة تجهيزه، وإن قلنا: يموت حرًا مات هنا على ملك المتهب فعليه تجهيزه، وإن ثلثنا وزعنا المؤنة عليه، وفيما إذا كان لهذا العبد ولد من معتقة كان ولاء الولد لموالي أمه، فإن قلنا: يموت حرًا، أنجز الولاء إلى معتق الأب، وإن ثلثنا أنجز ولاء ثلثه، هذا حاصل «الروضة» هنا، وقضية كلامه ترجيح موته رقيقًا، وقال في الوصايا: قال الأستاذ الصحيح أنه يموت حرًا، ولم يذكر عن غيره ترجيحًا فافهم موافقته. وقال ابن الرفعة في الوصايا:

أحدها: وهو اختيار ابن سريج.

وقال الرافعي حكاية عن أبي منصور أنه المشهور من المذهب أنه مات حرًا وكسبه لورثته.

والثاني: بطل العتق ومات عبدًا قال الرافعي وهو من تخريج ابن سريج قلت وقال في «البسيط» هنا أنه ضعيف والثالث ثلثه حر وثلثاه رقيق وقال في «البحر» أنه ظاهر المذهب والمعول عليه، انتهى.

وهو المحكي في «البسيط» و«النهاية» وغيرهما عن اختيار القفال، ويوافقه إطلاق «المنهاج» وغيره، ولو قبل العبد في المرض قبل موت معتقه، جرى فيه الخلاف.

وقال الرافعي: وحكى عن الأستاذ أبي منصور أنه قال: قياس مذهب الشافعي أنه يموت رقيقًا، وذكر بعده أنه الأظهر، وكان المراد القتل المهدر لا المضمون وجزم في «الوسيط» في صورة الهبة أنه لو قتله المتهب فهو كما لو كان باقيًا.

قال ابن الرفعة: ولو كان قد وهب العبد في مرض موته ولا مال له سواه وقبضه المتهب ثم مات قبل سيده فهل تبطل الهبة؟ وجهان: أصحهما: نعم؛ فإن قلنا به فهل يغرم المتهب؟ فيه وجهان: الأشبه: لا يضمن، فإن ضمنا، قال أبو منصور: ضمن ثلثي القيمة، قال الرافعي: وقياس بطلان الهبة في الجميع أن يغرم جميع القيمة، انتهى.

فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ،

وحكى الماوردي هاهنا الأوجه الثلاثة السالفة فذكر الأولين بتفريعهما، ثم قال: **والثالث**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، والمعول عليه من قوله أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه، ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته وعتقه ليس بوصية له؛ لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات من غير كسب ولا يرثه غير سيده فإن كان كسبه مثلي قيمته عتق جميعه؛ لأنه صار للتركة مثلًا قيمته، وإن كان كسبه نصف قيمته مات نصفه حرًّا ونصفه رقيقًا، والكسب نصفه للسيد بحق الولاء ونصفه بحق الملك، ثم ذكر حكم ما إذا كان له من يرثه غير سيده وتفاريعه، فحصل أن المذهب الظاهر الوجه الثالث كما ذهب إليه القفال.

قال: (**فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَمْ يُعْتَقْ شَيْءٌ مِنْهُ**) لأن العتق وصية، والدين مقدم عليها وعلى حق الورثة في الثلثين.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ**) عتق أحدهم بقرعة لما في «صحيح» مسلم: «**أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ الله ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً**»(١) وهذا لا خلاف فيه إن بقوا كذلك إلى الإقراع، فإن مات أحدهم فالنص، وعليه أطبق الأصحاب أنه يدخل في القرعة.

قال الإمام: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم، ويجعل كأنه أعتق عبدين لا يملك سواهما، وأقامه الغزالي وجهًا، والتفريع على الأول، ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بألا يكون الميت في يده؛ لثبوت الحكم المذكور، وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة وقبل الإقراع فوجهان:

أصحهما: أنه يحسب على الوارث حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين

---

(١) أخرجه مسلم (٤٤٢٥).

....

عتق كله؛ لأن الميت دخل في يده وضمانه.

وثانيهما: أنه كما لو مات قبل ذلك؛ لأنه لم يتسلط على التصرف، وتفاريع المسألة كثيرة والغرض الرمز إلى ما قد يفهم إطلاق المصنف خلافه.

قال الدارمي: ولو نقصت قيمة أحد الثلاثة قبل الموت أقرعنا، فإن خرجت قرعة الناقص حرًّا عتق وفاء الثلث، وإن خرجت لمن لم ينقص عتق منه بقدر الثلث بعد نقص الناقص، وإن كان بعد موته وكذلك بعد موت المعتق، قال الشيخ: ويحتمل عندي، انتهى.

فائدة: ذكر في «الوجيز» أن موته بعد موت السيد، وقيل: امتداد يد الوارث إليه هل يكون كالموت قبل موت السيد؟ فيه وجهان، ومنهم من طرد الخلاف في موته قبل القرعة، وإن كان بعد امتداد اليد.

قال الرافعي: وهذا صريح في إثبات وجهين قبل امتداد أيديهم، وإن بعضهم طرد الوجهين فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم، والذي يؤخذ لغيره أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد فهو فيما إذا مات قبل موت السيد، وفيما بعد الامتداد وجهان، وكذا هو في «النهاية» و«الوسيط» وما ساقه في «الوجيز» من مفرداته ولا يؤمن صدور مثله عن السهو.

قلت: قال الدارمي: لو أعتق ستة لا مال له غيرهم متساوين فمات اثنان منهم قبل موت المعتق فذكر حكمه، ثم قال: وإن ماتا بعده وقبل القرعة قال الطبري: كهو قبل الموت، وقال ابن القطان: إن كان الورثة قد قبضوا جميع العبيد ثم مات بعضهم في أيديهم فخرجت رقعة الرق على الموتى حسبنا على الورثة، وإن لم يكونوا قد قبضوا فهل يحسب عليهم الموتى إن خرجوا رقيقًا؟ على قولين، وقد نص أنه يحسب في موضع تناول أنه بعد القبض أو سُلِّم لهما الثلثان مثلًا ما عتق بعدما تلف، وقال ابن المرزبان: قبضوا أو لم يقبضوا لا يحسب عليهم الموتى، انتهى.

وفيه شاهد «للوجيز» ونقله.

وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ عُتِقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ، وَلَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ أُقْرِعَ وَقِيلَ يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ.

[قال: **(وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ عَتَقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ)**][(1)].

قال: **(وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ ثُلُثَكُمْ، أَوْ ثُلُثُكُمْ حُرٌّ)** إذا أعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم فقال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو ثلث كل واحد حر، ففيه وجهان:

أحدهما: يعتق من كل واحد ثلثه كما ذكر.

وأصحهما: يقرع بينهم لتجمع الحرية في واحد فإن عتق المالك لا يتجزأ، وإعتاقه بعض مملوكه كإعتاقه جميعه، وكأنه قال أعتقته هؤلاء، ولو قال ذلك لأقرعنا بينهم بسهم عتق وسهمي رق، فمن خرج له سهم العتق عتق، فكذلك هاهنا، إذا عرفت هذا فلو قال: أعتقت ثلثكم أو ثلثكم حر فهو كما لو قال: أعتقتكم أو أعتقت واحدًا منكم فيقرع بينهم، ولا يجيء الوجهان.

قال الرافعي: ومنهم من جاء بالوجهين، وجعل الصيغتين كما لو قال: أثلاث هؤلاء أحرار، ولو أضاف إلى الموت فقال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد فيعتق من كل واحد منهم ثلثه، ولا يقرع لما سبق أن العتق بعد الموت لا يسري، وقيل: يقرع كما لو نجز في مرض الموت، والظاهر الأول.

قال الرافعي: ولصاحب الوجه الآخر أن يقول: نعم؛ لا سراية بعد الموت، ولكن قوله ثلث كل واحد منكم حر نزلتموه منزلة أعتقتكم، حتى حكم بالقرعة في أظهر الوجهين، وإذا نزل منزلته فلو قال: أعتقتكم بعد موتي يقرع بينهم، وكذلك إذا قال: ثلث كل واحد منكم حر بعد موته، انتهى.

قال: **(وَلَوْ قال: أَعْتَقْتُ ثُلُثَ كُلِّ عَبْدٍ أُقْرِعَ وَقِيلَ يَعْتِقُ مِنْ كُلٍّ ثُلُثُهُ)** قد

---

(1) غير مشروح في الأصل وشرحه الخطيب في «مغني المحتاج» (٢٠/ ١٩٧) فقال: **(وَقِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ)** وَلَمْ تُجِزْ الْوَرَثَةُ عِتْقَهُمْ **(عُتِقَ أَحَدُهُمْ بِقُرْعَةٍ)**؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ فَتَعَيَّنَتْ طَرِيقًا.

وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٌ يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ كَمَا سَبَقَ، وَتَخْرُجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَانِ،

بيناهما بتوجيههما قريبًا.

قال: (**وَالْقُرْعَةُ أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ رِقَاعٍ مُتَسَاوِيَةٌ يُكْتَبُ فِي ثِنْتَيْنِ رِقٌّ وَفِي وَاحِدَةٍ عِتْقٌ، وَتُدْرَجُ فِي بَنَادِقَ كَمَا سَبَقَ**) أي: في باب القسمة، وقد بيناه هناك.

وقال الماوردي هنا: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام؛ لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه لغيرها لتزول فيه التهمة، وتخرج عن توهم المحاباة، فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهو على ما وضعها الشافعي ﷺ أحوط، فاعتبر فيما وصفه منها خمسة أشياء مبالغة في الاحتياط، واحترازًا من الحيلة، وبعدًا من التهمة.

وقال: كيف ما أقرع الحاكم بينهم ولو بأقلام دواته أجزاء، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياب الذي منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد؛ لأن الشمع لين تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح وإن لين بالنار، وربما احترقت رقاعه.

واختار ثانيًا: أن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة مدورة قد ملست؛ لئلا تختلف فتتميز.

واختار ثالثًا: أن تجفف حتى تيبس، فلا تتم فيها حيلة.

واختار رابعًا: أن توضع مغطاة، ويؤمر من لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما يتوجه إليه به تهمة.

واختار خامسًا: أن يكون المخرج قليل الفطنة ظاهر السلامة؛ ليبعد عن الإدغال والحيلة، هذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعدما ذكره الشافعي - رحمه الله - في وصفها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمن بها الحكام، فإن قصر في بعضها أساء ولم يبطل حكمه.

قال: (**وَتَخْرُجُ وَاحِدَةٌ بِاسْمِ أَحَدِهِمْ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَانِ،**

أَوِ الرِّقُّ رَقَّ وَأُخرِجَتْ أُخرَى بِاسْمِ آخَرَ، يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَتَقَ وَرَقَّا، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةَ وَاحِدٍ مِائَةٌ، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِائَةٍ أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِائَتَيْنِ عَتَقَ وَرَقَّا، أَوْ لِلثَّالِثِ عَتَقَ ثُلُثَاهُ، أَوْ لِلْأَوَّلِ عَتَقَ ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ تُمِّمَ مِنْهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ جُعِلُوا اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ، أَوْ بِالْقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةٌ، وَثَلَاثَةٍ مِائَةٌ جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالِاثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا، ....

(أَوِ الرِّقُّ رَقَّ وَأُخرِجَتْ أُخرَى بِاسْمِ آخَرَ) أي: فإن خرج العتق عتق ورق الثالث أو الرق رق وعتق الثالث.

قال: **(يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُخْرَجُ رُقْعَةٌ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَتَقَ وَرَقَّا)** لأن به ينفصل الأمر، وأيضًا قوله: ويجوز، يفهم أن الكيفية الأولى أولى مع أن هذه أسرع إلى فصل الأمر.

إشارة: لا خفاء أن إخراج القرعة على الصفة المذكورة في كلام المصنف وغيره ليست متعينة، بل تجوز القرعة بالبعر، كما فعل رسول الله ﷺ في قسمة بعض الغنائم، وبالنوى والأقلام، ولكن بالأحوط ما سبق.

قال: **(وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً قِيمَةَ وَاحِدٍ مِائَةٌ، وَآخَرُ مِائَتَانِ، وَآخَرُ ثَلَاثُمِائَةٍ أُقْرِعَ بِسَهْمَيْ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِذِي الْمِائَتَيْنِ عَتَقَ وَرَقَّا)** أي: لأن به تم الثلث. **(أَوْ لِلثَّالِثِ عَتَقَ ثُلُثَاهُ)** لأنهما الثلث.

(أَوْ لِلْأَوَّلِ عَتَقَ ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِ عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ تُمِّمَ مِنْهُ الثُّلُثُ) أي: ورق الباقي فإن خرجت لذي المائتين عتق نصفه أو لذي الثلاثمائة عتق ثلثه.

قال: **(وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ ثَلَاثَةٍ وَأَمْكَنَ تَوْزِيعُهُمْ بِالْعَدَدِ وَالْقِيمَةِ كَسِتَّةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ جُعِلُوا اثْنَيْنِ اثْنَيْنِ)** أي: وصنعنا ما سبق في الثلاثة المتساوية القيم.

قال: **(أَوْ بِالْقِيمَةِ دُونَ الْعَدَدِ كَسِتَّةٍ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةٌ، وَثَلَاثَةٍ مِائَةٌ جُعِلَ الْأَوَّلُ جُزْءًا، وَالِاثْنَانِ جُزْءًا، وَالثَّلَاثَةُ جُزْءًا)** أي: وأقرع كما سبق.

وَإِنْ تَعَذَّرَ بِالْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ، فَفِي قَوْلٍ يُجَزَّأُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاثْنَانِ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ لِتَتْمِيمِ الثُّلُثِ، أَوْ لِلِاثْنَيْنِ رَقَّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الْآخَرِ، وَفِي قَوْلٍ يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَثُلُثُ الثَّانِي. قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ، ....

قال: (**وَإِنْ تَعَذَّرَ**) أي: توزيعهم.

(**بِالْقِيمَةِ كَأَرْبَعَةٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ، فَفِي قَوْلٍ يُجَزَّأُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ: وَاحِدٌ وَوَاحِدٌ، وَاثْنَانِ**) لأنه أقرب إلى فعله ﷺ.

(**فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِوَاحِدٍ**) أي: لأحد الواحدين.

(**عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ**) أي: بين الثلاثة.

(**لِتَتْمِيمِ الثُّلُثِ**) أي: فمن خرج له سهم العتق عتق ثلاثة.

(**أَوْ لِلِاثْنَيْنِ**) أي: المجموعين جزءًا، أي: المجموعين.

(**رَقَّ الْآخَرَانِ ثُمَّ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا**) أي: بين الاثنين القارعين.

(**فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ لَهُ الْعِتْقُ وَثُلُثُ الْآخَرِ**) إذ بذلك يتم الثلث.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ يُكْتَبُ اسْمُ كُلِّ عَبْدٍ فِي رُقْعَةٍ فَيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَ أَوَّلًا وَثُلُثُ الثَّانِي**) أي: القارع ثانيًا؛ لأن ذلك أقرب إلى فصل الأمر فتخرج رقعة على العتق، فمن خرج اسمه عتق ثم يخرج ثانية كذلك، فمن خرج اسمه عتق ثلاثة، قيل: قوله: وثلث الثاني يوهم أنه يعتق، وثلث الثاني بلا إعادة وقوعه، وليس كذلك بل تعاد كما صرح به «المحرر».

قلت: معنى كلامه: وثلث القارع الثاني ليس هنا ثان إلا بالقرعة.

قال: (**قُلْتُ: أَظْهَرُهُمَا الْأَوَّلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) لما سبق من توجيهه، ورجحه في الشرح، ولهذا قال ابن الرفعة: قال الشافعي: وهذا القول أصح وأشبه بمعنى السنة؛ لأنه ﷺ جزاهم ثلثَيْ جزاء، ولا يجوز عندي أبدًا أن يقرع بين الرقيق، فلو كثروا على ثلاثة اختلفت قيمتهم أم لم تختلف؟ انتهى.

وعجبٌ كيف لم تأت طريقة قاطعة بذلك مع قول الشافعي: ولا يجوز عندي... إلى آخره.

وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ إِيجَابٍ، ....

ورأيت الماوردي أنهم لو كانوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة تكتب أسماؤهم في الرقاع بعددهم قولًا واحدًا، فإذا خرج سهم أحدهم عتق، وأخرج سهم بأن عتق ثلثه ورق ثلث أو جميع الآخرين، وعلى هذا القياس.

قال: (**وَالْقَوْلَانِ فِي اسْتِحْبَابٍ، وَقِيلَ إِيجَابٍ**) تبع «المحرر» حيث قال: والظاهر أن هذا الخلاف في الاستحباب دون الإيجاب.

وحكى في «أصل الروضة» تبعًا للشرح القول بالاستحباب عن القاضي الحسين واختيار الإمام، ثم قال: وبالإيجاب قال الصيدلاني، وهو مقتضى كلام الأكثرين.

وعبارة «شرحه الصغير»: أن الذي يوافق إيراد الأكثرين الاستحقاق.

قلت: وهو ظاهر المنصوص بالاستحباب وأجاب الدارمي.

تَنْبِيهٌ: قال ابن الرفعة: قال في «البحر»: لو كان في العبيد أخوان وابن وأب الجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم أم وابن بالغ ففرق بينهما جاز، وأم وابن صغير فلا يجوز أن يفرق بينهما للنهي عنه.

قال ابن الرفعة: وفيه نظر لما سبق أن التفرقة بالحرية غير داخلة تحت التحريم.

قلت: وفي اعتراضه نظر؛ لأنه جاز هنالك للضرورة، ولا ضرورة هنا عند إمكان الضم إليها كما سبق بيانه، قال: وإن كان فيهم زوجان فهل تجوز التفرقة؟ فيه وجهان: وجه المنع: إنها تفضي إلى فسخ النكاح، وكل هذا إذا أمكن الجمع، انتهى.

وهذا الفرع مأخوذ من قول الماوردي في أوائل باب الإقراع فيما إذا كانوا ستة، قيمة كل واحد منهم مائة، جعل كل اثنين جزءًا، وكان الجمع بين كل اثنين معتبرًا برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة، فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أم معها ولد صغير فيقرب بينهما فتولى عليه، وقد ورد النهي عنه.

وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا، وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَلَا يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ، ....

وإن فرَّق بين الزوجين ففي جوازه وجهان: **أحدهما**: يجوز كما في الإخوة، والثاني: لا يجوز؛ ليجتمعا على الحرية والرق ولا يختلفان فيهما، فيفضي إلى فسخ النكاح المفقود في التفرقة بين الأخوين، انتهى.

والظاهر أن ما ذكره في التفرقة مختص بهذا المثال ونحوه، وحينئذ قلنا مندوحة عن التفرقة بين الأم وطفلها، وأمَّا إطلاقه التفرقة بين الأب والابن فإن قضيته الجواز، فإن كان الولد طفلًا بخلاف الأم وهو وجه ضعيف، والأب في تحريم التفريق كالأم على الصحيح.

قال: (**وَإِذَا أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِقُرْعَةٍ فَظَهَرَ مَالٌ**)، أي: للميت جعلناه وقت القرعة كوديعة ودفين وغيرهما.

(**وَخَرَجَ كُلُّهُمْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا وَلَهُمْ كَسْبُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ**) أي: وكل ما كان في معنى الكسب كولد وأرش جناية وغيرهما، ويجري عليهم أحكام الأحرار من حين العتق من الإرث وغيره حتى لو نكح أمة لا يباح في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة فزوجها الوارث بالملك بطل نكاحها، ولو وطئها الوارث بالملك يلزمه مهرها، ولو زنى أحدهم وجلد خمسين كمل حده إن كان بكرًا، أو رجم إن كان ثيبًا، ولو كان الوارث باع أحدهم بطل بيعه، أو رهنه بطل رهنه، أو أجره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته ورجع على الوارث بما أدى، ولو جنى عليه عمدًا وأخذ الوارث الأرش فله أن يقتص في الحال، وإن كان بيع في جناية بطل بيعه وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمدًا في ماله، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام، قاله الماوردي.

قال: (**وَلَا يَرْجِعُ الْوَارِثُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ**) قال الرافعي: كمن نكح نكاحًا فاسدًا على ظن أنه صحيح، ثم فرّق القاضي بينهما ولا يرجع الزوج بما أنفق.

قلت: وفي إطلاقه نظر، وربما سبق فيما إذا أنفق المطلق بائنًا على ظن

وَإِنْ خَرَجَ بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ أُقْرِعَ، وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ، وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ، وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا قُوِّمَ يَوْمَ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ،

الحمل ثم بان خلافه ما يخرج منه نزاع في مسألتنا، وعلى تقدير أن لا رجوع فيجب أن يكون محله ما إذا أنفق الوارث المطلق بالتصرف مختارًا، أمَّا لو أنفق جبرًا بالحاكم، أو أنفق ولي المحجور عليه من ماله ثم بان بخلافه، فالقياس أن يرجع على العتيق بما أنفق عليه، وكذا يجب أن يكون حكم ما أدى عنه من أرش جناية، والله أعلم.

قال: **(وَإِنْ خَرَجَ)** أي: من الثلث.

(بِمَا ظَهَرَ عَبْدٌ آخَرُ أُقْرِعَ) أي: بين الباقين فمن خرجت له القرعة فهو حر مع الأول، وقوله: عبد آخر، يوهم أنه لو خرج بما ظهر من المال بعض عبد آخر أنه لا يقرع، وليس بمراد والعبد مثال.

قال: **(وَمَنْ عَتَقَ بِقُرْعَةٍ حُكِمَ بِعِتْقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ)** أي: لا من يوم القرعة.

(وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ حِينَئِذٍ) أي: حين الإعتاق لا حين القرعة، بخلاف من أوصى بعتقه فإنه تعتبر قيمته يوم الموت؛ لأنه وقت الاستحقاق.

قال: **(وَلَهُ كَسْبُهُ مِنْ يَوْمِئِذٍ)** أي: من يوم الإعتاق، وكذا كل ما يختص به الحر من الحقوق كالكسب بما بيناه قريبًا.

قال: **(غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثُّلُثِ)** لأنه حدث على ملكه بعد الحكم بحريته، وسواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته.

قال: **(وَمَنْ بَقِيَ رَقِيقًا قُوِّمَ يَوْمَ الْمَوْتِ وَحُسِبَ مِنَ الثُّلُثَيْنِ هُوَ وَكَسْبُهُ الْبَاقِي قَبْلَ الْمَوْتِ، لَا الْحَادِثُ بَعْدَهُ)** أي: لحدوثه على ملك الورثة بخلاف ما كسبه قبل موت السيد.

فرع مهم أهمله الشيخ وهو: ما أعتقنا بعض العبيد بالقرعة ثم ظهر دين، فإن استغرق فالعتق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضيه من موضع آخر وينفذ

فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةَ كُلٍّ مِائَةٌ، وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ، وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ عَتَقَ ثُلُثُهُ، وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ عَتَقَ رُبُعُهُ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ.

العتق فوجهان بنيا على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ؟ قال المصنف: وينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق، واستبعد الشيخ أبو علي البناء المذكور، وقال هناك: ينشئ الوارث إعتاقًا من عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية منه؟ إن قلنا: تنفيذ، فله تنفيذ إعتاقه بقضاء الدين من موضع آخر، وإلا فينبغي أن يقضى الدين ثم يبتدئ بإعتاقه، وإن كان ما ظهر من الدين غير مستغرق فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: نعم كما لو اقتسم شريكان ثم ظهر ثالث.

وأظهرهما: لا، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين نفذ العتق وإلا فرد من العتق بقدر الدين، فإن كان الدين نصف التركة رددنا في نصف من أعتقنا، وإن كان ثلثها رددناه في ثلثهم، فإن كان العبيد ستة قيمتهم سواء أعتقنا اثنين بالقرعة، ثم ظهر عليه دين بقدر قيمته اثنين بعنا من الأربعة اثنين كيف اتفق لا حق لهم في العتق، ثم يقرع بين المعتقين بالقرعة أولًا سهم عتق وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق رق ثلثه مع الآخر، وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة منهم أقرع بين اللذين كان خرج لهما كمن خرج له الحرية عتق ورق الآخر.

قال: (**فَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةً لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمْ قِيمَةَ كُلٍّ مِائَةٌ، وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِائَةً أُقْرِعَ، فَإِنْ خَرَجَ الْعِتْقُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ وَلَهُ الْمِائَةُ**) لما سبق بيانه ورق الآخران.

(**وَإِنْ خَرَجَ لِغَيْرِهِ**) الثاني (**عَتَقَ ثُمَّ أُقْرِعَ**) أي: بين الكاسب وغيره.

(**فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِهِ**) يعني: لغير الكاسب.

(**عَتَقَ ثُلُثُهُ**) أي: وبقي ثلثاه مع الكاسب للورثة.

(**وَإِنْ خَرَجَتْ لَهُ**) يعني: للكاسب.

(**عَتَقَ رُبُعُهُ، وَتَبِعَهُ رُبُعُ كَسْبِهِ**) لأنه يجب أن يبقى للورثة ضعفه أعتق، ولا

……

يبقى ذلك إلا بذلك، فإنه عتق ربعه وقيمته خمسة وعشرون، وتبعه من كسبه وقدرها غير محسوب عليه، فيبقي من كسبه خمسة وسبعون، وبقي منه ما قيمته خمسة وسبعون، وبقي عبد قيمته مائة، فحمله التركة المحسوبة ثلاثمائة وخمسة وسبعون، منها: قيمة العبيد كلهم ثلاثمائة، ومنها: كسب أحدهم خمسة وسبعون، وجملة ما عتق مائة وخمسة وعشرون، وجملة ما بقي للورثة مائتان وخمسون، وأمَّا ربع كسبه فغير محسوب؛ لأنه تابع لما عتق منه، ولا يخفى عليك بعد هذا حكم ما لو كسب أحدهما مائتين أو ثلاثمائة، وهذا كله في الإكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو كسب أحدهم في المثال المذكور مائة بعد موت المعتق، فإن خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب أو لغيره عتق ورق الآخران، ولا تعاد القرعة للكسب، بل تفوز به الورثة لحصوله في ملكهم.

إشارة: زيادة قيمة من نجز إعتاقه كالكسب، فإذا خرجت له قرعة العتق تبعته زيادة قيمته غير محسوبة عليه، وكذا حكم من ولدت من الإماء قبل موت المعتق، فالولد كالكسب فيتبعهما في العتق غير محسوب من الثلث، وإن خرجت القرعة لغير الزائد القيمة أو لغير التي ولدت وقع الدور، ويعرف ذلك من المبسوطات، ولو نقصت قيمة بعض من نجز عتقهم قبل موت المعتق، فإن نقصت قيمته خرجت له القرعة بالعتق حسب نقصها عليه، أو قيمة من رق لم يحسب على الورثة؛ إذ لم يحصل لهم إلا الناقص، فلو أعتق عبدًا لا يملك غيره قيمته مائة فرجعت إلى خمسين عتق منه، ولو أعتق ثلثه قيمة كل واحد مائة فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للناقص عتق وحده، أو لأحد الآخرين منه خمسة أسداسه، ويبقى للورثة سدسه والآخر والناقص وذلك ضعف ما عتق.

مسألة: إذا قال: أحدكم حر، أو أعتقت أحدكم، فإن نوى معينًا أمر ببيانه وحبس عليه، فإن بين واحدًا أعتق ولغيره دعوى إرادته وتحليفه، فإن نكل حلف العبد وعتق أيضًا، وقال: أردت هذا بل هذا عتقا جميعًا مؤاخذة له،

....

وقتله أحدهم ليس ببيان، بل يؤمر به، فإن قال: أردت المقتول لزمه القود بشرطه، وليس وطء الأمة بيانًا، فلو بين العتق في الموطوءة لزمه الحد، ولها المهر لجهلها بالعتق.

ولو مات قبل البيان قام وارثه مقامه على المذهب، وليس قولان، فإن بين أحدهم عتق ولغيره تحليفه على نفي العلم، فإن لم يكن وارثًا وقال: لا أعلم، أقرع بينهم على الصحيح المشهور، وقيل: يوقف الأمر إلى أن ينكشف الحال فيه، ولو قال المعتق: نسيت العتيق أمر بتذكيره، قالا تبعًا للإمام: قال الأصحاب: ويحبس عليه، قال الإمام: وفيه احتمال.

قلت: أن أريد بهذا النقل أنه يحبس إذا ظهر عناده مع علمه أو امتناعه من التذكر أو عرضت عليه اليمين فامتنع منها، ولم يكن فيهم من يرد عليه اليمين بشرطه فقريب، وإن أريد أنه يحبس مع بذله اليمين فغريب، والذي رأيته في كتب الطريقتين: إنه يؤمر بالبيان من غير تعرض لحبس، وعبارة «مجموع» المحاملي، يقال له: تذكر الذي أعتقته وأخبرنا به، وعبارة «التنبيه»: ترك حتى يتذكر، قال ابن الرفعة: فإن نوزع في ذلك فالحكم كما مرَّ في نظيرها من الطلاق، انتهى.

والمنقول ثَمَّ إنهما إن صدقتاه في النسيان فلا مطالبة بالبيان، وإن كذبتاه وبادرت واحدة وقالت: إنها المطلقة لم يقنع منه في الجواب بقوله: نسيت، وإن كان محتملًا، بل يطالبه بيمين جازمة إنه لم يطلقها، فإن نكل حلفت وقضي باليمين المردودة، وأحال الغزالي في «البسيط» الكلام في المسألة على كتاب الطلاق، وبه يعلم أن إطلاق الإمام نقل الحبس عن الأصحاب ليس بجيد.

وعبارة الإمام هنا: وإن قال: عنيت بقلبي ثم أنسيت من عينته حالة اللفظ فهل يحبس والحالة هذه؟ هذا فيه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب الحبس وعندي أني ذكرت ذلك في مسائل إيهام الطلاق، انتهى.

وإن مات قبل التذكر ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف، وهذا الحكم لو سمَّى واحدًا وأعتقه وقال: نسيته، وإن لم ينو معينًا أمر بالتعيين، ويجب على

....

الفور، ووقف عنهم ولزمه نفقتهم، فمن عينه عتق ولا منازعة لغيره إن وافق على أنه لم ينو معينًا.

قلت: وينبغي أنه لو كان غير المعين طفلًا أو مجنونًا أن يُحلِّفه القاضي أنه لم ينوه، كما قال البالغ: لم تبهم، بل نويتني، وإذا قال: عيَّنت هذا، بل هذا عتق الأول فقط بخلاف ما سبق؛ لأنه إخبارٌ، ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين أم يتبين حصوله من اللفظ؟ وجهان كما مرَّ في الطلاق، وعلى الخلاف لو مات أحدهم فعينه هل يصح؟ إن قلنا بالأول فلا، فعليه كما لو كان الإبهام بين عبدين، فبطل التعيين في الميت تعين الثاني للعتق، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالإبهام صح تعيينه، وهل يكون الوطء في الإماء تعيينًا؟ وجهان كما في الطلاق.

قال ابن الصباغ: وبكونه تعيينًا، قال الأكثرون: وهو الصحيح في «البحر» واختيار المزني، وإذا لم يجعله تعيينًا فعين العتق في الموطوءة فلا حد.

وبنى البغوي حكم المهر على الخلاف، إن قلنا: العتق يحصل عند التعيين لم يجب، وإلا وجب، والوطء دون الفرج والقبلة والمباشرة بشهوة مرتب على الوطء، وأولى بالمنع، والاستخدام مرتب على اللمس، والمذهب: إنه ليس بتعيين، والعرض على البيع كالاستخدام، ولو باع بعضهم أو أجره أو وهبه وأقبضه قال البغوي: فيه الوجهان كالوطء.

وعن القاضي الحسين: هل هو اختيار للملك في ذلك أم لا؟ وحكمه حكم الاستخدام، إن قلنا بالأول صح البيع.

قال ابن الرفعة: ويتجه تخريجه على الخلاف في بيع الأب ما وهبه لولده، والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عيَّن فيمن أعتقه قبل أو في غيره عتقًا وقتله أحدهم ليس تعيينًا، ثم إن عين في غير مقتولة لم يلزمه إلا الكفارة، أو في مقتولة فلا قود للشبهة، وأمَّا المال فإن قلنا العتق يحصل عند التعيين لم يجب، أو عند الإبهام لزمه الدِّية لورثة المقتول.

وحكى القاضي الحسين وجهين في وجوب القود، وبالمنع جزم الرافعي

……………………………………………………

وغيره كما ذكرناه، ولو مات قبل التعيين فهل لورثته التعيين؟ قولان: ويقال وجهان:

أظهرهما: نعم.

وعن القاضي الحسين بناء الخلاف على ما سبق، إن قلنا: التعيين إيقاع عتق في الحال قام الوارث فيه مقامه، وإلا فلا.

قال الإمام: وهذا عندنا بالعكس أولى، فإن جعلناه إيقاعًا فهو من تتمة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين شخصين.

فرع من «النهاية»: ذكر الشيخ أبو علي من وقائع نيسابور قديمًا: إنه إذا كان بين يدي السيد غلامان: سالم وغانم، فقال: أحدكما حر، فغاب سالم وبقي غانم بين يديه، فوقف بجنب غلام آخر اسمه مبشر، فقال لغانم ومبشر: أحدكما حر، ثم مات قبل البيان فكيف السبيل فيه؟

قال أبو إسحاق الأستاذ: يُقرع في هذه الصورة بين سالم وغانم، فإن خرجت القرعة حكمنا بعتقه، فيعتق عبدان، وإن خرجت القرعة الأولى على غانم رق سالم، ولم تعد القرعة ثانيًا، فإن القرعة عيَّنت غانمًا للحرية، فلما قال له ولمبشر: أحدكما حر، فغانم هو الحر منهما، وتحقيق ذلك أن خروج القرعة بمثابة بيان المالك، ولو قال السيد: أردت غانمًا في الدفعتين لم يعتق غيره.

وقال أبو الحسن الماسرجسي: إذا خرجت القرعة الأولى على غانم عتق ورق سالم، ثم نعيد القرعة ثانيًا بين غانم ومبشر، فإن خرجت على غانم رق مبشر، وإن خرجت على مبشر عتق، وغانم حر كما تقدم ذكره، ففائدة إعادة القرعة توقع عتق مبشر.

قال الإمام: والذي ذكره أفقه وأغوص، وذلك أن غانمًا إن عتق فلا يمتنع أنه أراد بقوله الثاني لما أبهم العتق إعتاق مبشر، فإذا كان ذلك ممكنًا فالقرعة تجري حيث يتصور الإبهام، وكثيرًا ما تجري القرعة بين من تستيقن حريته وبين من يشكل علينا حريته ورقه، وهذا واضح من هذا الوجه، انتهى.

……………………………………………

وذكر الرافعي وغيره الفرع ملخصًا، وأن الشيخ أبا عليّ رجح الأول، وفي «البسيط» بعد نقله قول إمامه أن قول الماسرجسي: وعندي أن الأول أصوب؛ لأن القرعة إمَّا أن تبين لنا مراده في الإبهام أو تنزل منزلة تعيينه، وكان له أن يقتصر على الذي لم يغب، فلا ينبغي أن نزيد على الأقل المستيقن.

مسألة: إذا علق العتق على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول كاليمين والنذر، فإذا وجدت الصفة نفذ العتق، وإن صار المعلق في تلك الحالة سفيهًا أو مجنونًا، ولو كان محجورًا بفلس، قال القاضي الحسين: فالصحيح من المذهب: إن الاعتبار بوقت وجود الصفة، وفيه قولان.

ولو كان المعلق صحيحًا ثم وجدت الصفة في مرض الموت فأصح القولين في «تعليق» القاضي و«التهذيب» وغيرهما: إن الاعتبار بحال التعليق، فعلى هذا ـ وهو مذهب العراقيين ـ يعتق نصيبه لا محالة، وهل يسري إن قلنا الدين يمنع السريان امتنع وإلا سرى وضارب الشريك الغرماء.

قال ابن الرفعة وفي «الروضة»: إن الصفة إذا وجدت في مرض موته، فإن كانت لا توجد إلا فيه كأن فعلت كذا في مرض موتي فأنت حر، أو إذا مرضت مرض الموت فأنت حر، اعتبر عتقه من الثلث، وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض فهل يعتق من رأس المال أو من الثلث؟ قولان:

أظهرهما: الأول، هذا إذا وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختيار حصول العتق في مرضه، ولو علق بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت وقد حجر عليه بفلس عتق إن اعتبرنا حال التعليق، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة فكإعتاق المفلس، ولو وجدت الصفة وهو مجنون أو محجور عليه بسفه قال البغوي: عتق بلا خلاف، وقال الرافعي: وجهًا واحدًا، وفرَّق بأن المريض والمفلس لحق غيره وهم الورثة والغرماء، بخلاف السفه والجنون.

ولو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان في «الإفصاح»

وقد يخرج هذا فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون فوجدت في الجنون، ولو قال: إن مرضت مرضًا مخوفًا فأنت حر، فمرض مرضًا مات منه عتق من الثلث، وقيل: من رأس المال، ولو مرض مخوفًا وبرأ منه عتق من رأس المال، وقيل: لا يعتق.

فَرْعٌ: للمعلق إزالة ملكه عنه بالبيع والهبة المقبوضة وغيرها، كجعله صداقًا وبدلًا في الخلع وغير ذلك، قال ابن الرفعة: وألحق البندنيجي مما ذكرناه الرهن مع الإقباض، وقد ذكرنا حكمه هناك.

قلت: والمذكور هناك: أنّا إذا صححنا رهنه وتأخر بيعه حتى وجدت الصفة بني على أن العبرة في التعليقات بحال التعليق أو بحال وجود الصفة، إن قلنا بالأول عتق، وإلا انبنى على جواز عتق المرهون، ولو آجر المعلق عتقه بصفة عتق عند وجودها، وانفسخت الإجارة بخلاف ما لو أعتق المستأجر ابتداء لا ينفسخ؛ لأن هنا وجد سبب الاستحقاق قبل العقد، قاله القاضي الحسين.

قال ابن الرفعة: والوقف إن قلنا يزيل الملك كالبيع، وإلا فيعتق عند وجود الصفة، قاله القاضي: ويتجه تخريجه على أن الاعتبار بماذا؟

قلت: وذكر البغوي وتبعه الشيخان هناك: إنا لو قلنا: الملك لله تعالى، أو للواقف عتق، وبطل الوقف، أو للموقوف عليه لم يعتق، والوقف بحاله، والمنقول في «الحاوي» و«النهاية» و«البسيط» وغيرها إن قلنا يزول الملك في الوقف إلى الله تعالى، أو إلى الموقوف عليه لم يعتق، كما لو باعه ثم وجدت الصفة في ملك الغير، وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

لو باعه ثم اشتراه لم تعد الصفة وفيه خلاف عود الحنث، ولو باعه ثم وجدت الصفة ثم اشتراه فقياس الطلاق ألّا يعتق.

وعن ابن أبي هريرة: إنه يعتق وينتقص البيع ولاستحقاق عتقه قبل بيعه، قال في «البحر» في كتاب الأيمان: وهو غلط؛ لأن نفوذ البيع أوجب زوال ملكه.

قال في «الترغيب»: إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: عجلت

....

لك الحرية يتعجل ويعتق، فأمَّا إن قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: عجلت لك الحرية لا يعتق، والفرق أن إذا للوقت لا للشرط، ويجوز تقديمه على الوقت، وإن للشرط فلا يجوز تقديمه على الوقت، انتهى.

وأحسبني ذكرت في موضع في نظيرها من الطلاق نزاعًا في الثانية، ولا شك إذا قصد بذلك تعجيل الحرية له والإضراب عن التعليق أنه يعتق، والله أعلم.

وإن علق على صفة مطلقة كنزول المطر، وقدوم زيد، فمات قبل وجودها بطلت الصفة، وإن أعتق على صفة بعد الموت: كإذا مت، ودخلت الدار، وخدمت زيدًا، كذا فأنت حر لم تبطل الصفة، بل إذا وجدت عتق، ولو حدث للمعلق عتقها بعد التعليق ولد رقيق لم يتبعها على الأظهر، وقيل: قطعًا، أمَّا الحمل الموجود عند التعليق فيتبعها قطعًا.

واعلم أن التبعية هاهنا تكون في العتق إذا حصل للأم لا في الصفة إذا كانت الصفة فعلها: كدخولها الدار، حتى لو مات قبل الدخول، ثم دخل ولدها لم يعتق جزمًا، بخلاف ولد المدبرة، إذا قلنا أنه يتبعها، فإن تبعيته تكون في الصفة لا في العتق، فلو ماتت الأم ثم مات السيد والولد في ملكه عتق من الثلث.

وفرَّق ابن الصباغ بأن الشرط هنا دخول الأم الدار، فإذا ماتت فات الشرط، والشرط في المدبَّر موت السيد، ولم يفت ذلك في حق الولد بموت أمه، نعم لو كانت الصفة من فعل السيد أو فعل غيرها فيكون كولد المدبرة، سواء هذا آخر كلامه، وغيره لم يفصل بأن تكون الصفة من فعلها أومن فعل غيرها بل أطلق أن ولد المعلق عتقها لا يتبعها في الصفة ويتبعها في العتق، بخلاف ولد المدبرة، فإنه يتبعها، ومنهم الماوردي، وفرَّق بأن عتق المدبرة مستحق بالوفاة، وعتق الصفة مستحق في الحياة، وحكم ما استحق بالوفاة عام كالميراث، وحكم ما استحق في الحياة خاص كالعقود.

وحكى الإمام عن شيخه أنه كان يقول: متى تعدَّى العتق إلى ولد المعلق عتقها بصفة فدخل الدار عتق، وأمَّا أنه تعتق الأم فلا، قال الإمام: وهذا وإن

……

كان غريبًا في الحكاية فليس بعيدًا في التوجيه هكذا أورد ابن الرفعة هذا التنبيه، والله أعلم.

فروع: في «فتاوى» القفال: إنه لو قال: إن مت فعبدي حر فقتل عتق عبده؛ لأنه مات، وإن قال: إن مات هذا الجمل فعبدي حر فذبح، فإنه يعتق عبده، وينبغي أن ينظر فيما إذا ذبحه مجوسي.

قلت: كذا وقع في النسخ: فإنه يعتق، وصوابه: لا يعتق، وإنما أسقط ناقل لفظة: لا ، ويشير إلى ذلك قوله: وينبغي أن ينظر فيما إذا ذبحه مجوسي، وإنه لو قال: إن ملكتني ألفًا باتهاب أو قبول وصية، فأنت حر، فإنه كما اكتسب ذلك بالقبول، أي: والقبض عتق سواء حمله إلى السيد أم لا؛ لأنه بنفس القبول صار متملكًا، وعلى هذا لو قال: إن ملكتني ما يبلغ قيمته ألف درهم فأنت حر، فاحتش العبد أو اصطاد ما قيمته ذلك؛ عتق، انتهى.

وقوله: لأنه بنفس القبول، فصار متملكًا يفهم أنه يعتق قبل القبض، ولا أظنه مراده، بل لا بدّ من قبض العبد ذلك، كما قيدت به إطلاقه، والعلم عند الله.

ومن «فتاوى» تلميذه القاضي الحسين: إنه لو قال لمن يملك ابنه: أعتقني عني على ألف، ففعل لم يعتق عن السائل؛ لأنه لو كان أجنبيًا من السائل كنّا نملكه العبد، ثم يحصل المسؤول نائبًا عنه في الإعتاق، وهاهنا نحتاج إلى تقديم الملكية في الإعتاق، والملك يوجب العتق فالتوكيل بعده بالإعتاق لا يصح، فيصير دورًا، وإنه لو قال: اعتق عبدك الآبق عني ففعل يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يصح كالبيع.

والثاني: يصح؛ لأن الملك هاهنا يحصل تبعًا للعتق وضمنًا، قال البغوي: قلت: يحتمل أن يقال في الصورة الأولى أنه يحكم بعتقه عن السائل كما في الآبق، انتهى.

وهذا الاحتمال هو المختار الأقوى، ولا نظر إلى ما ذكره من التقدير،

....

والغرض خلاص ولده من الرق بعوض يبذله كالشراء، وذكر القاضي أنه لو اشترى من يعتق عليه بشرط العتق أنه لا يصلح؛ لأنه لا يمكنه الوفاء بالشرط، ونازعه المصنف فيه في البيوع من «شرح المهذب» وقدمنا ذلك.

وإنه سئل العبادي عمن له ثلاثة عبيد فقال: أحد عبيدي حر، ثم قال ثالثًا: أحد عبدي حر، قال: عتق الكل، قال: ولو قال: أحد هؤلاء حر، وقاله ثلاثًا لا يعتق إلا واحد؛ لأن قوله: أحد عبيدي، ينصرف إلى المملوك، وقوله: أحد هؤلاء لا يتعين في الرقيق؛ لأنه لو قال لعبده وحرٍّ: أحدكما حر ينصرف إلى الحر.

وسئل القاضي الحسين عنه فقال: لا يعتق في المسألتين إلا واحد؛ لأن قوله ثانيًا: أحد عبيدي حر يقتضي أن يكون له عبيد، ولم يكن له إلا عبدان قيل له رجل قال: عبيدي أحرار، وليس له إلا عبد واحد، قيل: لا يعتق؛ لأن اسم العبيد لا يقع على الواحد.

قلت: وفيما قاله نظر، ويلزمه أنه لو قال: زوجاتي طوالق، وليس له إلا زوجة أو زوجتان أن يقول: لا يقع وهو بعيد.

ثم رأيت البغوي ذكر المسألة في «فتاويه» وأجاب بما أجاب به العبَّادي في الصورتين، ولم يذكر كلام القاضي.

وإنه لو قال أجنبي لأحد شريكين: أعتق نصيبك عني بكذا أو مجانًا فأعتق، وكان السائل موسرًا أعتق عليه الكل، ولزمه قيمة النصف الآخر لمالكه؛ لأن المعتق نائبه في الإعتاق، فهو كتوكيل الشريك الموسر في العتق فيجب على الموكل نصف قيمته للشريك دون الوكيل، فكذا هاهنا.

قلت: ولا يجيء في مطالبة الوكيل ما سبق في الوكالة، والله أعلم.

وإنه لو وطئ جارية أمه فأقرت الأم بأن هذا الولد من ابني فهو حر لإقرارها بالنسب، ولا تصير أم ولد له، انتهى.

قلت: وكان الغرض فيما لو وطئها بشبهة، وإلا فمجرد قولها من ابني لا

....

يقتضي النسب، ولا إقرارها به، وإنه لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فجنى بعد التعليق ثم دخل الدار، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق صار مختارًا للفداء؛ لأنه بالتعليق منعه من التسليم للبيع كالاستيلاد، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة وجب نصف الضمان على السيد، والنصف على العبد، فنحيل الحكم عليهما كما نحيل على شهود الطلاق، وشهود وجود الصفة.

وإنه لو اشترى عبدًا فأعتقه ثم أقر البائع والمشتري والعبد بأنه مغصوب لا يبطل العتق، فلو مات المعتق لاندفع ماله إلى المقر له؛ لأن العتق لم يوجد منه ثم أبدى في الدفع احتمالًا، ثم قال: إن فيه نظرًا ولا أدري لم فرض التردد في التغريم بعد الموت.

ومن «فتاوى» تلميذه البغوي: إنه لو أعتق أحد عبيده ثم مات فأقرع الورثة بينهم بأنفسهم فخرجت القرعة لأحدهم حكم بعتقه، ولو رفع الأمر إلى الحاكم بعد ذلك فأقرع ثانيًا وخرجت القرعة لآخر وحكم بعتقه فعليه أن يحكم بصحة ما فعلوا، أي: ولا ينفذ حكمه بعتق القارع ثانيًا، ولو أقرع بعض الورثة فيما بينهم فلا حكم له.

قال: وللقاضي أن يقرع من غير إذن الوارث على غفلة منه، وغفلة من العبد، وإنه لو قال: إن شفى الله مريضي فعبدي هذا حر، ثم قال: إن رد الله غائبي فعبدي هذا حر لذلك العبد، فأيهما حصل أولًا عتق، وإن وقعا معًا عتق، ولو قال: إن شفى الله مريضي أولًا فعبدي حر، وإن عاد غائبي أولًا فهو حر، فأيهما كان أولًا عتق، وإن كانا معًا لم يعتق.

ولو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعتق هذا العبد، ثم قال بعد ذلك: إن ردَّ الله غائبي فلله عليَّ أن أعتق هذا، فانعقاد النذر الثاني على شفاء المريض، فإن شُفي وقع العتق عنه ولا يقع عن قدوم الغائب، سواء تقدم الشفاء أو تأخر عن قدوم الغائب؛ لأنه بان أنه مستحق العتاق عن الشفاء، فلا يجوز صرفه إلى غيره، وإن مات المريض بطل النذر عنه وبقي عن قدوم الغائب، فإن قَدِم وجب إعتاقه عنه وإلا فلا، ولو حصلا معًا وجب إعتاقه عن

....

الشفاء، ولو قال دفعة واحدة: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أعتق هذا، وإن عاد غائبي فكذلك، فأيهما كان أولًا وجب الإعتاق عنه.

وأنه لو أقرع بين العبيد فخرجت القرعة لواحد وحكمنا بحريته، ثم اشتبه قال: يقرع ثانيًا، بخلاف ما لو شهدا بأنه أعتق عبده سالمًا في مرض موته، وهو ثلث ماله، [وشهد آخران أنه أعتق غانمًا وهو ثلث ماله] وعرف سبق عتق أحدهما، فإن كانت إحدى الشهادتين أسبق تاريخًا، وعرف عين السابق، ثم اشتبه لا يقرع بينهم، بل يعتق من كل واحد منهم ثلثه، والفرق أن الحرية لم تثبت للسابق قطعًا، فلو أقرعنا فربما أرققنا الحر، وهاهنا القرعة ظن لا يوجب الحرية قطعًا، ويحتمل أن يقال: حكم هذه المسألة حكم تلك المسألة، وإن خرجت قرعة الحرية لواحد وعرف عين السابق ثم اشتبه، يحكم بعتق ثلث كل واحد منهم، كما في مسألة الشهادة إذا عرف السابق ثم اشتبه.

قلت: وربما سبق في مسألة الشهادة نزاع، وإن الحكم بعتق ثلث كل واحد خلاف قضية الشهادتين، فكيف يصار إليه؟ والله أعلم.

قال: ولو خرجت قرعة الحرية لواحد لكن لم نعرفه بأن قيل: أخرج بندقة باسم الحرية، فأخرج، فتلفت قبل معرفته، فحكمه حكم الشهادة لو عرف سبق أحدهما ولم تعرف عينه، فاشتبه وفيه قولان: إن قلنا: هناك يعتق من كل ثلثه فكذا هنا، وإن قلنا: يقرع، فكذا هنا، وهذا صحيح عندي، وفي نسخة: وهذا أصح عندي؛ لأن القرعة في مثل هذه المواضع تقيد الحرية قطعًا، بدليل ترتب القصاص، وجميع أحكام الحرية.

فَرْعٌ: إذا قال: أعتق عبدك هذا عني بمائة، فقال: أعتقته، ولم يقل: أعتقته عنك وقع العتق عن المستدعي وثبت العوض.

قال الإمام: ومما يعرض هنا أن المجيب لو قال: أعتقته ثم زعم أنه أراد إعتاقه عن نفسه، فالذي أراه أن ذلك مقبول منه، فخرج من ذلك أنه إن أطلق، ولم يقصد شيئًا فهو محمول على موافقة الخطاب، وإن صرفه إلى نفسه وجب

……

تصديقه فيه، وسبق عنه اختلاف جواب في نظير المسألة من الطلاق على عوض، وبيَّنا ما فيه، والظاهر أنه لا يجيء ذلك التردد هنا، والعلم عند الله تعالى.

فَرْعٌ: نقل الرافعي قبيل كتاب التدبير عن «جمع الجوامع» للروياني: إنه لو كان بين شريكين عبد فجاء أجنبي، وقال لأحدهما: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الشريك على المعتق دون الآمر؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو العوض الذي يحصل له، وإنه إذا قال أحد الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا فأعتقه عنه فولاؤه للآمر، ويقوم نصيب الآمر على المعتق، حكاه عن القاضي الطبري.

قلت: وحكى ابن الرفعة الصورة الأولى عن «البحر» و«الشامل» وغيرهما، ثم قال: وطرده الروياني فيما إذا قال لشريكه فذكر الثانية، وقال في «الروضة» بعد إيراده الصورتين.

قلت: الصواب في الصورتين أنه لا يقوم عليه؛ لأنه لم يعتق عنه، انتهى.

وهو معذور؛ لأن الآمر مشتر لنصيب المعتق، وسبق عن القاضي الحسين موافقة هذا التصويب، وهو قضية كلام «التهذيب» وغيره، وأحسبه طريقة المراوزة قاطبة، وهو الظاهر؛ لأنه نائبه في العتق فيهما كما صرح به القاضي الحسين.

وفي «الترغيب»: إن قال: أعتق نصيب عني وعلي كذا وهو موسر فأعتقه صح وسرى عليه.

فَرْعٌ: في «البسيط» وغيره: إذا طار طائر، فقال أحد الشريكين: إن كان غرابًا فنصيبي حر، وقال الآخر: إن كان حمامًا فنصيبي حر وأشكل فلا عتق؛ إذ ربما كان طائرًا ثالثًا، وإن قال الآخر: إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر، فإن كانا موسرين وقلنا تتعجل السراية عتق العبد؛ إذ لا بد أن ينفذ عتق أحدهما فيسري، لكن ليس لأحدهما مطالبة الآخر؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر،

....

قال الإمام: وإن فرعنا على أن السراية لا تتعجل لم يحكم بعتق نصيب واحد منهما، انتهى.

وإن كان أحدهما موسرًا فقط قال في «البيان» وغيره: عتق نصيب المعسر؛ لأن قوله يتضمن أن صاحبه حانث في يمينه وأن نصيبه حر، انتهى.

قال الغزالي: وإن كانا معسرين رق العبد؛ لأن كل واحد لا يستيقن عن نصيبه، والنصيبان لشخصين كعبدين، فلو اشترى أحدهما نصيب الآخر حكم بعتق نصيب العبد؛ إذ تيقن أن في يده نصفًا حرًا لما اتخذ الملك.

ولو اشترى ثالث العبد عتق عليه نصفه لما ذكرناه، ثم قال القفال: وليس له الرد عليهما ولا على أحدهما؛ إذ كل واحد يقول: ما بعت إلا ملكي، ومنهم من قال: إذا لم يعلم المشتري ذلك وقامت بينة فله الرد، وهذا بعيد؛ لأن العتق حكم به عند الشراء وهو يؤدي إلى زوال العتق المحكوم به ورده؛ إذ مهما رجع إليهما تعلق كل واحد بنصيبه.

قلت: وقال الإمام: إن هذا الوجه هوس، ولا ينبغي أن يعد مثله من المذهب، انتهى.

وهذا فرع غريب قل أن يتفطن له، وينبغي استثناؤه من مسائل الرد بالعيب، وفي النفس منه شيء، ولو قيل بتغريمهما له قيمة النصف للغرور لكان أقرب من ضياع ماله عليه بغير سبب يقتضي إهداره، والله أعلم.

فرع في «الإشراف»: قال أحدهما: إن لم يدخل الدار غدًا فنصيبي حر، وقال الثاني: إن دخلتها غدًا فنصيبي حر، فمضى الغد ولم يعلم حاله، واتفق الشريكان أنهما لا يعرفان ذلك، قال ابن سريج: إن كانا موسرين عتق العبد، والولاء موقوف، ولا قيمة لأحد في الحال، بل أقر إيجاب القيمة على الوقف.

وقال أبو علي الثقفي: يعتق على الأول والولاء له، ويغرم للثاني نصيبه؛ لأن الأصل عدم الدخول، وإن كانا معسرين فأقوال:

أحدها: يعتق الأول للأصل.

……………………………………………………………………

والثاني: يعتق نصفه على الشيوع، ويبقى نصفه بينهما على الرق، وهو يشبه قول القسمة في تعارض البينتين.

والثالث: لا يعتق منه شيء، كما لو طار طائر فقال أحدهما: إن كان غرابًا فنصيبه حر وهو معسر وقال الثاني: إن لم يكن غرابًا فنصيبي حر وهو معسر، ومن قال بالوجه الأول يسلم هذا المثال، ومن قال بالثاني ربما يمنع هذا المثال، والقول الثالث نظير قول التهاتر، والوجه الأول وهو الترجيح بعدم الدخول نظير الترجيح بالقرعة في تعارض البينتين، وأحد هذين الوجهين الآخرين قياس قول ابن سريج في المسألة السابقة دون الوجه الأول.

قال أبو العباس: فإن ادَّعى كل واحد حنث صاحبه، فالبينة على مدعي دخول الدار، ويعتق نصيب من قال: لم يدخل؛ للأصل، وصورته في اعتبارهما.

قال الثقفي: وفيه قول آخر: إنه يعتق جميعه، وهذا ضعيف، فإن كانا عبدين والمسألة بحالها قال ابن سريج: لم يعتق واحد منهما؛ لأن المقضي له مجهول.

قال الثقفي: وتحتمل التسوية أنه يعتق نصف كل واحد من العبدين، ويبقى الثاني على الرق؛ لأن العبد إذا عتق إلى الباقي فيخرج وجهان:

أحدهما: يعتق على المعلق بعدم الدخول.

والثاني: لا يعتق واحد منهما، كما قال أبو العباس، انتهى. وهذا هو الظاهر، والله أعلم.

خاتمة: نسأل الله سبحانه حسنها

سكت المصنف وغيره هاهنا عن الكلام في تعليق العتق بمشيئة الله تعالى؛ اكتفاءً بما سبق في كتاب الطلاق، لما بين البابين من الاشتراك في كثير من المسائل والأحكام، وكذا عن التعليق بمشيئة نفسه ومشيئة من الناس، وقد ذكرت هناك جملة صالحة من ذلك وفوائد جمة، وتذكر ما سبق عن البغوي،

مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ فَوَلَاؤُهُ لَهُ.
ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ، ....

ونص «الأم» وكلام الصيمري في قوله: إلا أن أشاء أو يبدو لي، فعل من يتفطن له على ما اقتضاه نص «الأم» وبالله التوفيق، وأسأله سبحانه الإعانة.

قال ﷺ تعالى: فصل هو باب الولاء، وقد بالغ الشيخ في اختصار أحكامه، وهو بفتح الواو وبالمد مشتق من الموالاة وهي: المقاربة، وقيل: النصرة، فسُميّ بذلك؛ لأنه موال لمعتقه كأحد قرابته؛ أو لأنه ينسب بالإعتاق إلى سيده الذي أعتقه كما ينسب القريب لقريبه، وإليه أشار الحديث: «**مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ**»(١).

وهو في الشرع: عبارة عن عصوبة متراخية عن عصوبة النسب، يرث بها المعتق ويلي أمر النكاح والصلاة، ويعقل والأصل فيه قبل الإجماع من الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿**فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**﴾ [الأحزاب: ٥] ومن السُنَّة قوله ﷺ: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»(٢) متفق عليه، وفي لفظ للبخاري: «**فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْطَى الْوَرِقَ**»(٣) وغير ذلك من السنن والآثار.

قال: (**مَنْ عَتَقَ عَلَيْهِ رَقِيقٌ بِإِعْتَاقٍ أَوْ كِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ وَاسْتِيلَادٍ وَقَرَابَةٍ وَسِرَايَةٍ فَوَلَاؤُهُ لَهُ**) أمّا المباشر للعتق فلحديث: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» وأمّا غيره فقياسًا عليه.

قال: (**ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ**) أي: الأقرب فالأقرب للحديث المشهور: «**الولاء**

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٦، رقم ٦٥٧)، وقال: حسن صحيح. والنسائي (٥/ ١٠٧، رقم ٢٦١٢)، والحاكم (١/ ٥٦١، رقم ١٤٦٨)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٧/ ٣٢، رقم ١٣٠٢١) والطيالسي (ص ١٣١، رقم ٩٧٢)، وأحمد (٦/ ١٠، رقم ٢٣٩٢٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٤٨ رقم ١٣٠٠٦) والبخاري (٢/ ٩٨١ رقم ٢٥٨٤) ومسلم (٢/ ١١٤٢ رقم ١٥٠٤) وأبو داود (٤/ ٢١، رقم ٣٩٢٩) والترمذي (٤/ ٤٣٦ رقم ٢١٢٤) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣٠٥ رقم ٤٦٥٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢، رقم ٢٥٢١).

(٣) أخرجه البخاري (٢/ ٨٩٦، رقم ٢٣٩٩)، وأبو داود (٣/ ١٢٦، رقم ٢٩١٦)، والترمذي (٤/ ٤٣٧، رقم ٢١٢٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٧/ ٣٠٠، رقم ٤٦٤٢).

……………………………………………………………

لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»(١).

قال إبراهيم المروزي: وقد روى هشام وابن حسان عن الحسن هذا الحديث، وهو مرسل، وهو أصح ما روي فيه، يعني: أنه روي من طرق هذه أصحها.

وعبارة «المحرر»: فإذا مات المعتق ولا وارث له من جهة النسب ورثه المعتق، وكذا يأخذ الفاضل عن أصحاب الفروض، فإن لم يكن المعتق حيًّا فالمال لعصبات المعتق الأقرب فالأقرب، انتهى وهذا شرح لكلام «المنهاج».

تنبيهات:

منها: يثبت الولاء مع اختلاف الدين، فلو أعتق مسلم كافرًا أو عكسه ثبت الولاء، وإن لم يتوارثا هذا هو الصواب، ونقل بعض العصريين عن القاضي عبد الوهاب المالكي أنه حكى في كتابه «رؤوس المسائل» عن الشافعي أنه قال: لا يثبت الولاء للكافر على المسلم، انتهى.

وتتبعت المسألة في كتاب عبد الوهاب المشار إليه فلم أرها فيه، فهذا النقل غلط، نعم حكي عن عبد الوهاب أنه قال في كتابه أن الشافعي قال: إن المسلم يرث عتيقه الكافر، وهو نقل منكر أيضًا مخالف للموجود في كتب الشافعي وأصحابه، وكأن ناقله توهم أن ثبوت الولاء يلزم منه الإرث بإعتاق، وعبد الوهاب يجل عن هذا، فالله أعلم بصحته.

ومنها: يجوز أن يحمل قول المصنف على ما لو باشر العتق بنفسه، أو على ما لو أعتقه وليه عنه، أو أجنبي بإذنه أو بغير إذنه، وصححناه.

وسبق قريبًا أنه لو باع عبده من نفسه وصححناه أن الولاء لسيده على ظاهر المذهب، وقيل: لا، واختاره ابن أبي عصرون في «المرشد» وقد يفهمه قول المصنف: من عتق عليه، ولهذا أورد عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٣٧).

وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعُتَقَائِهِ، ....

ومنها: لو شهد بحرية عبد أو أقرَّ بها ثم اشتراه عتق عليه بإقراره، وولاؤه موقوف، وهذا فيما إذا شهد أو أقرَّ بإعتاقه، أمَّا لو كان قد قال هو حر الأصل فلا، وماله حيث لا وارث له لبيت المال.

ولو أعتق المكاتب عبدًا بإذن سيده وجوزناه، أو كاتب وجوزناه، فأدى النجوم إلى المكاتب ففي ولائه قولان: أحدهما: يكون للسيد، وأظهرهما: يوقف، فإن عتق المكاتب كان له، وإن مات رقيقًا أو عجز كان لسيده، والمسألة بفروعها مذكورة هناك في المبسوطات.

ومنها: وقع في «الروضة» هنا: بأن من أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عن المعتق عنه، وله الولاء دون المعتق، وهو سبق قلم.

وعبارة الرافعي: ومن أعتق عن غيره بغير إذنه وقع العتق عنه، وكان الولاء له دون المعتق عنه، خلافًا لمالك، هذا صواب النقل، نعم في إطلاقه القول بوقوع العتق عن المعتق المباشر دون المعتق عنه نظر يعرف مما أسلفناه في الوصايا، وذكره هو هناك فيحمل إطلاقه هنا على الحي الأهل للإذن.

قال: (**وَلَا تَرِثُ امْرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مِنْ عَتِيقِهَا وَأَوْلَادِهِ وَعُتَقَائِهِ**) أمَّا توريثها ممن أعتقت فلحديث: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»(١).

وقد روى النسائي وغيره بإسنادٍ جيد: «**إن ابنة حمزة أعتقت عبدًا لها، فمات وترك ابنته ومولاته ابنة حمزة، فقسَّم رسول الله ﷺ ماله بين ابنته ومولاته ابنة حمزة نصفين**»(٢) قال النسائي: وهو أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى، وأمَّا توريثها من أولاده وعتقائه فكالرجل، ودلَّ على نفسه فيما عدا ذلك الحديث المشهور، ولا يورث، وأمَّا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ قال: «**يَرِثُ الْوَلَاءَ مَنْ يَرِثُ الْمَالَ**»(٣) رواه الترمذي وقال: إسناده

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذي (٤/٤٢٨، رقم ٢١١٤) وقال: ليس إسناده بالقوي.

....

ليس بقوي؛ لأن فيه ابن لهيعة، وفي عمرو بن شعيب كلام.

تنبيهات:

منها: ما ذكره المصنف هو المعروف.

وقال الدارمي: لا ترث النساء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن.

وقال ابن سريج وجماعة: يرثن، والمعروف أنهن لا يرثن إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن؛ لأنه لا تعصب فيهن ولا يحملن العقل.

ومنها: كرر المصنف المسألة فقال في الفرائض: ولا ترث امرأة بولاء إلا من معتقها، أو منتميًا إليه بنسب أو ولاء، وقد يفهم من إطلاقه أنها لو أعتقت أمة فنكحت حرًّا أصليًا لا ولاء عليه فأولدها أنها ترث من أولاد عتيقها، حيث لا مزاحم لها بالنسب، وقد نقلا في «الروضة» و«أصلها» في هذه الصورة ثلاثة أوجه:

الصحيح: قال في «العمد» و«البسيط»: قال ابن سريج: وهو مذهب الشافعي أنه لا ولاء عليه لمولى الأم.

والثاني: نعم.

والثالث: إن كانت حرية الأب متيقنة بأن كان عربيًا معروف النسب، وإن كانت حريته مبنية على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية، فنعم، قالا: ولو كان معتقًا والأم حرة أصلية، فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب، وقيل: لا ولاء عليه كعكسه، انتهى.

وقضية إيراد الهروي في «الإشراف» أنه المذهب، خلافًا للأستاذ أبي طاهر، لكن قال الرافعي: إنه ضعيف، وقال الإمام: إنه ليس بشيء، ولا اعتداد به، زاد الرافعي: وإن الأول ظاهر المذهب.

ومنها: ذكر الرافعي والمصنف أن من أمه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد، فإن أعتق الأب فهل يثبت الولاء عليه لمولى الأب؟

قال الشيخ أبو علي: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما

فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ،

محتملان: أحدهما: نعم؛ لثبوته على الأب، وإنما يثبت أولًا لرقه، والثاني: لا؛ لأنه لم يثبت ابتداء فلا يثبت بعده.

قلت: والأول هو الجواب في «تعليقي» الشيخ إبراهيم المروزي والبغوي و«التهذيب» و«الكافي» والموافق لإطلاق الجمهور، وعلى الوجهين يثبت الولاء على الأولاد الحادثين بعد العتق، إلا إذا قلنا بالوجه الضعيف أن ولد الحرة الأصلية لا ولاء عليه، والله أعلم.

قال: (**فَإِنْ عَتَقَ عَلَيْهَا أَبُوهَا ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا فَمَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ بِلَا وَارِثٍ فَمَالُهُ لِلْبِنْتِ**) صورتها امرأة عتق عليها أبوها بشراء أو غيره، ثم أعتق الأب عبدًا، ثم مات الأب ثم مات العتيق بعده، ولا وارث له ولم يترك الأب عصبة بالنسب، فميراث العتيق للبنت لا لكونها بنت معتقه؛ لأن بنت المعتق لا ترث، بل لأنها معتقة المعتق، وإن كان للأب عصبة من النسب وإن بعد، فميراث العتيق له ولا شيء للبنت؛ لأن المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصبة النسب.

قال الشيخ أبو علي: سمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض، قال في «الوسيط»: فضلًا عن غيرهم؛ لأنهم رأوها أقرب، وهي عصبة له بولائها عليه.

قلت: واستبعد المتأخرون صحة ذلك لكثرة العدد وبعد التوارد منهم على الغلط، ولا بعد في ذلك إذ لم يقل أنهم اجتمعوا في عصر واحد أو في قطر واحد، وكان القضاة العلماء والفضلاء إذ ذاك كالنجوم كثرة.

وحكي أن العام الذي حج فيه الإمام أحمد البيهقي والأستاذ أبو القاسم القشيري وإمام الحرمين اشتمل الحجيج على أربعمائة نفس من قضاة المسلمين وأئمتهم اجتمعوا في الحرم، وإذا اتفق هذا كله في رحلة واحدة فما الظن بعصر أو أعصار، فليبك التالي على العلم وانقراض أهله.

فَرْعٌ: اشترى أخ وأخت أباهما فعتق عليهما ثم إنه أعتق عبدًا ومات العتيق بعد موت الأب وخلف الأخ والأخت فميراثه للأخ فقط؛ لأنه عصبة المعتق

وَالْوَلَاءُ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ.

من النسب والأخت معتقة، بل لو كان الأخ قد مات قبل أبيه وخلف ابنًا أو ابن ابن وإن سفل، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد، فهو أولى من البنت، ولو مات هذا الابن بعد موت الأب ولم يخلف إلا أخته فلها نصف ميراثه بالأخوة ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ لإعتاقها نصف الأب، فيسترسل الولاء على أولاده، ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجتمع ثلاثة أرباع الميراث، ولو مات الأب ثم مات الابن ثم مات العتيق ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضًا، النصف لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي لثبوت ولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه، والربع الباقي في هذه والتي قبلها لبيت المال.

قال: (**وَالْوَلَاءُ لِأَعْلَى الْعَصَبَاتِ**)، عبارة «المحرر»: والولاء للكبر، مثاله: أعتق عبدًا ومات عن ابنين ثبت لهما ولاء العتيق، ثم مات أحدهما عن ابن يكون الولاء لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه، انتهى.

وإنما كان كذلك؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق كان عصبته الابن دون ابن الابن، وإنما عبر «المحرر» وغيره بأن الولاء للكبر تبركٌ واتباعٌ لألفاظ الآثار.

قال الإمام: أبو داود وأبو بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ﷺ يؤثرون الكبر من الولاء، وزاد غيره ابن مسعود بلفظ: إنهم قالوا الولاء للكبر، والكُبْر بضم الكاف وسكون الباء، ويقال: فلان كبر قومه إذا كان أقعدهم في النسب، والمراد هنا: الكبر في الدرجة والقرب دون السن، ولمّا كان الكبر أقرب كان بالميراث أحق كالنسب.

فروع: مات المعتق عن ثلاثة بنين، ومات أحدهم عن ابن، وآخر عن أربعة، وآخر عن خمسة، فالولاء بينهم بالسوية، فإذا مات العتيق ورثوه أعشارًا؛ لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك، ولو ظهر للمعتق مالك كان ثلثه لابن الابن، وثلثه للأربعة، وثلثه للخمسة؛ لأن المال انتقل إلى آبائهم ثم من الآباء إليهم.

وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ.

وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ، ....

لو أعتق عبدًا ومات عن أخ من أبوين، وآخر من الأب، فماله للأخ من الأبوين، وكذا ولاء عتيقه على المذهب، فلو مات الأخ من الأبوين وخلف ابنًا والأخ الآخر، فولاء العتيق للأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين؛ لأن المعتق لو مات بدلًا عن العتيق كان عصبته الأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

لو مات المعتق وترك ابني عم أحدهما أخ لأم، نصَّ الإمام الشافعي ﵁ على أنه أولى بالولاء، بخلاف ميراث النسب؛ لأنه هناك يأخذ سدسًا، ثم الباقي بينهما، فاستحق هناك فرضًا بأخوة الأم، فلم يترجح بها وهنا لا يأخذ فرضًا فرجح بها، قاله الروياني في «التجربة» وحكاه الإمام عن القاضي أبي حامد نفسه وقال: إنه غلط عند المحققين، فإن أخوة الأم لا توجب قوة في الولاء، والوجه الحكم باستوائهما، قال الرافعي: وإذا تأملت ما ذكرناه في الفرائض علمت أن المذهب ما حكاه عن أبي حامد، وتعجبت مما ساقه الإمام هنا.

قال: (وَمَنْ مَسَّهُ رِقٌّ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا لِمُعْتِقِهِ وَعَصَبَتِهِ) أي: فإن لم يكونوا فالميراث لبيت المال، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال، فإنه أعتق مباشرة، وولاء المباشرة أقوى، وصورته أن تلد رقيقة رقيقًا من رقيق أو حر وأعتق الولد أو أعتق أبوه أو أمه، قال الرافعي: ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد المعتق وأحفاده موضعان:

أحدهما: وذكر ما قدمناه.

والثاني: من أبوه حر أصلي، وذكر الصورة السابقة ذات الأوجه الثلاثة: أصحها: لا ولاء عليه؛ لأن الانتساب إلى الأب، والأب حر مستقل لا ولاء عليه، فليكن الولد مثله.

قال: (وَلَوْ نَكَحَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَتَتْ بِوَلَدٍ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ) أي: لأنه المنعم عليه فإنه عتق بإعتاق أمه، ولا مزاحم له؛ إذ لا ولاء على الأب الرقيق.

فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ انْجَرَّ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ، وَقِيلَ يَبْقَى لِمَوَالِي الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيَنْجَرَّ إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ، ....

(**فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ انْجَرَّ**) أي: الولاء من موالي الأم.

(**إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: إلى موالي الأب؛ لأن الولاء فرع النسب، والنسب إلى الآباء دون الأمهات، وأيضًا فإن الولاء والإرث به مبنيان على الأقوى فالأقوى، ولذلك ينفرد به الذكور من أولاد المعتق، وجانب الأب أقوى من جانب الأم، والانجرار من معتق الأم إلى معتق الأب مروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت ﷺ، ولا مخالف لهم، والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة أنه لا ولاء على الأب، فإذا عتق وثبت الولاء زالت الضرورة فرددناه إلى موالي الأب.

قال: (**وَلَوْ مَاتَ الْأَبُ رَقِيقًا وَعَتَقَ الْجَدُّ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: انجر أيضًا عن موالي الأم إلى موالي الجد؛ لأنه كالأب في النسب والتعصيب فجر ولاءه كالأب.

قال: (**فَإِنْ أُعْتِقَ الْجَدُّ وَالْأَبُ رَقِيقٌ انْجَرَّ**) أي: إلى موالي الجد، أي: على المرجح من الوجهين لما ذكرناه وكما لو مات الأب رقيقًا، قال في «البسيط» فإنه ينجر إلى معتق أب الأب بلا خلاف.

(**فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ بَعْدَهُ انْجَرَّ إِلَى مَوَالِيهِ**) أي: إلى موالي الأب؛ لأن مولى الجد إنما جره رق الأب، فإذا أعتق كان مولاه أولى بالجر.

(**وَقِيلَ: يَبْقَى لِمَوَالِي الْأُمِّ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ فَيَنْجَرَّ**) أي: حينئذ.

(**إِلَى مَوَالِي الْجَدِّ**) لأن الأب باقٍ رقيق، والعتق فيه ممكن والولاء المجرور ينبغي أن يستقر.

تنبيهات: عبارة الكتاب فيها نقص وإبهام، وعبارة «المحرر»: وإن أعتق الجد أولًا، والأب رقيق فهل ينجر إلى موالي الجد؟ فيه وجهان: إن قلنا: نعم، وهو الأقرب فإذا أعتق الأب انجر من موالي الجد إلى مواليه، وإن قلنا:

لا يبقى لمولى الأم حتى يموت الأب فينجر إلى مولى الجد، انتهى.

وقال في «الشرح»: ولو عتق الجد والأب رقيق فهل ينجر من موالي الأم إلى موالي الجد فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أسلم الجد والأب حي كافر هل يحكم بإسلام الطفل؟ أظهرهما: إنه ينجر ثم قال: والثاني، وبه قال أبو علي ابن أبي هريرة والطبري: لا ينجر، وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق الجد فهل ينجر إلى موالي الجد بالعتق السابق؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقًا، فإذا مات زال المانع، والثاني: لا؛ لأنه لما امتنع الجر عند العتق استقر الولاء لمولى الأم، فلا جر بعد ذلك، وهذا كما أنه إذا أسلم الجد والأب حيّ كافر، وقلنا: لا يتبعه الطفل في الإسلام، فإذا مات الأب كافرًا لا يتبعه أيضًا، ولو سبي الطفل مع أبويه وهما كافران لا يحكم بإسلامه، فإذا ماتا كافرين لا يحكم بإسلامه أيضًا؛ لدوام السبي، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي، والأول هو المذكور في «التهذيب»، انتهى.

وخلط من شرح الكتاب هنا فأخذ علة هذا الوجه الثاني من هذين الوجهين، فعلل به أصلهما المفرعان عليه، وهو الثاني في الكتاب، وساق كلام الرافعي إلى آخره، وادَّعى ابن الرفعة في «الكفاية» أن الوجه الثاني في الكتاب هو الأصح في «النهاية» ولم يذكر غير ذلك وهو سهو منه.

وعبارة «النهاية»: بعد التصوير فهل ينجر الولاء إلى معتق الجد؟ فعلى قولين مشهورين:

أحدهما إنه ينجر؛ فإن الجد أصل المولود من قبل أبيه وقد حصل العتق فيه.

والثاني: إنه لا ينجر الولاء بإعتاق الجد، فإن الأب باقٍ رقيق، والعتق فيه ممكن، فلو قلنا: لو أعتق الأب انجر من معتق الجد إلى معتق الأب فهذا ولاء مجرور غير مستقر، وهو بعيد، وإن قلنا: لا ينجر من معتق الجد إلى معتق الأب فهو بعيد، فالوجه أن نقول: لا ينجر إلى معتق الجد أصلًا، والأصح الوجه الأول، وهو أنه ينجر إلى معتق الجد، ثم ينجر منه إلى معتق الأب.

وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ جَرَّ وَلَاءَ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ، وَكَذَا وَلَاءَ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ .

قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ].

والذي تحققته من مذهب الأئمة أن الأب لو مات رقيقًا، فأعتق معتق الجد أبي الأب، فينجر الولاء من مولى الأم إلى معتق الجد وجهًا واحدًا، فإنه يستقر، ولا يتوقع فيه بعد ذلك انجرار، انتهى لفظه.

قال ابن الرفعة: ظاهر كلام «التنبيه» يفهم أن محل الوجهين إذا كان الأب حيًّا، وهو قول الشيخ أبي حامد، وقال: إن الأب لو كان ميتًا انجر الولاء قولًا واحدًا، وعلى ذلك جرى الإمام.

قلت: وادَّعى الغزالي في «بسيطه» أنه لا خلاف فيه، وقال ابن الصباغ: إن عليه أكثر الأصحاب، وقال القاضي: إن محلهما إذا كان ميتًا، فإن كان حيًّا لم ينجر قولًا واحدًا، ويجيء من مجموع الطريقتين ثلاثة أوجه حكاها في «المهذب»: ثالثها: الفرق بين أن يكون حيًّا فلا ينجر، وبين أن يكون ميتًا فينجر، وهو ما اختاره في «المرشد» يعني ابن أبي عصرون.

لو كان للعبد ولدان حران أمهما معتقة، فاشتريا أباهما دفعة واحدة، انجر ولاء نصف كل واحدة منهما إلى صاحبه، وترك النصف الآخر لمولى الأم، ذكره الرافعي على الكلام في امتناع العتق بالمرض، وهذا مفرع على طريقة الجمهور الآتية، وأمَّا على تخريج ابن سريج ومن تبعه فيبطل عنهما ولاء مولى الأم.

قال القاضي أبو الطيب: قولنا: ينجر الولاء مجاز، فإن الولاء لا ينجر، وإنما يبطل ولاء موالي الأم ويثبت ولاء موالي الأب، انتهى.

قلت: فلو انقرض بعد ذلك موالي الأب لم يرجع الولاء إلى موالي الأم، بل يحلفهم المسلمون وينتقل إلى بيت المال، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ مَلَكَ هَذَا الْوَلَدُ أَبَاهُ**) يعني ولد العبد من العتيقة.

(**جَرَّ وَلَاءَ إِخْوَتِهِ إِلَيْهِ**) أي: بلا خلاف كما صرح به «المحرر» وغيره.

قال: (**وَكَذَا وَلَاءَ نَفْسِهِ فِي الْأَصَحِّ. قُلْت: الْأَصَحُّ الْمَنْصُوصُ لَا يَجُرُّهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ**) وهذا ما صححه الرافعي في «الشرحين» وقال: إنه المنصوص وهو

ما عليه الجمهور من أصحابنا وغيرهم، وما أدري كيف اتفق وقوع ترجيح خلافه في «المحرر».

ونبسط الكلام في المسألة فنقول: محل الانجرار من موالي الأم إلى موالي الأب إذا عتق كما سبق مفروض فيما إذا لم يكن الولد باشره بالعتق، أمَّا لو كان بأن اشترى أباه والجد بعد رقيق فإنه يعتق عليه، ويكون ولاؤه له، وهل يكون ولاؤه باقٍ لموالي الأم أم لا؟ فيه وجهان.

قال الرافعي: **أصحهما**، وهو المنصوص: لا بل يبقى ولاؤه لموالي الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا لو اشترى العبد نفسه فيعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا عتق بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

والثاني: وينسب إلى تخريج ابن سريج، واختاره أبو خلف السلمي أنه ينجر، كما لو أعتق الأب غيره ثم يسقط ويصير كحر لا ولاء عليه، انتهى.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: إذا ملك هذا الولد أباه فعتق عليه كان له ولاء الأب، ويجر إليه ولاء أولاده، كانوا من أمه أو من معتقة أخرى، وهل يجر ولاءه إلى نفسه.

قال مالك والشافعي وأبو حنيفة: لا يجر وولاؤه باقٍ لموالي أمه؛ لأن الإنسان لا يكون مولى لنفسه كما لا يعقل عن نفسه، ولمولى أمه أيضًا، ولا الأب وأولاده الذين جر ولاءهم إليه؛ لأنه مولى مولاهم.

وقال ابن سريج: وهو قول عمرو بن دينار، وقياس أصل الشافعي يقتضي أن يجر ولاءه إلى نفسه من موالي أمه، فيصير كحر لا ولاء عليه.

وقال الشيخ أبو خلف الطبري: هذا هو الأصح عندي على أصله يعني الشافعي؛ لأن عتق الأب سبب يجر ولاء أولاده إلى موالي نفسه، فيبعد أن يقال: يجر ولاء بعض الأولاد دون بعض مع التساوي في الدرجة، وقولهم: لا يكون الإنسان مولى نفسه صحيح، ولكنه يصير كحر لا ولاء عليه، كمن اشترى

……………………………………………………………………………………

نفسه من مالكه يصح الشراء ويعتق، ولا يقال: لا يصح؛ لأن الإنسان لا يصير مالكًا لنفسه مولى لها، انتهى لفظه. واحتجاج الرافعي وغيره بأن من اشترى نفسه يكون الولاء عليه لسيده يمنعه من قال بهذا الوجه وسبق فيما أحسب التصريح به.

فروع أوردها المروزي إثر ما سبق عنه:

عبد تزوج بمعتقة وولدت بنتين منه، فاشترت إحداهما أباها وعتق عليها فلها ولاؤه، وتجر إليها ولاء أختها، وهل يجر إليها ولاء نفسها على ما ذكرنا، فإن مات الأب فللبنتين الثلثان بالنسب، والباقي للمعتقة، فإن ماتت التي لم يعتق الأب بعد موت الأب فلأختها النصف بالفرضية، والباقي لموالي أمها في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: لبيت المال.

ولو اشترت البنتان أباهما وعتق عليهما فالولاء لهما، وجر إلى كل واحدة نصف ولاء أختها، فيصير للكبرى نصف ولاء الأب ونصف ولاء الصغرى، وكذلك للصغرى نصف ولاء الأب ونصف ولاء الكبرى، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمهما في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: نصف كل واحدة كحر لا ولاء عليه، فإن مات الأب فماله بينهما نصفان، الثلثان بالفرضية، والثاني بالولاء، فلو ماتت إحداهما بعد الأب فلأختها النصف بالفرضية، ولها نصف الباقي بجر الولاء ونصف التصرف، وهو الربع لموالي أمها في قول الجمهور، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: لبيت المال. فإن ماتت إحداهما قبل موت الأب فميراثها للأب، وإذا مات الأب بعد ذلك فللبنت الباقية النصف بالفرضية، ولها نصف الباقي بالولاء على أبيها، ونصف نصف الباقي وهو ثمن المال بما جر إليها أبوها من ولاء أختها، فيحصل للأخت الباقية سبعة أسهم من ثمانية وسهم لموالي أمها، وفي قول عمرو بن دينار وتخريج ابن سريج: الثمن لبيت المال، انتهى.

ولا يخفى عليك بعد هذا قياس ما ذكره وصور الباب وتفريعاته لا تنحصر، وبالله التوفيق.

قال الشارح: وهو في اللغة: النظر في عواقب الأمور، وفي الشرع: تعليق العتق بدبر الحياة.

قال الإمام: التدبير في وضع الشرع اسم كتعليق العتق بالموت، كقوله لعبده: أنت حر بعد موتي، أو قال: دبر موتي.

وقال إبراهيم المروزي وغيره: هو في الشرع اسم لتعليق العتق دبر الموت، سُميَّ به لوقوعه دبر موته، أو لنظره في عواقب أمره، انتهى.

وكأنهم عنوا بدبر موته: عقب موته، وقول الإمام: إنه تعليق العتق بالموت أورد عليه ما لو قال: إذا مت فأنت حر قبل موتي بشهر مثلًا، فمات فجأة فهو تعليق عتق بالموت، وليس تدبيرًا؛ لأنه يعتق من رأس المال والتدبير مأخوذ من الدبر؛ لأن الموت دبر الحياة، وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه، وهو راجع إلى الأول؛ لأن التدبير في الأمور مأخوذ من لفظ الدبر أيضًا، وكان معروفًا في الجاهلية فأقرَّه الشرع، وقال الماوردي: اختلف في تسميته تدبيرًا على ثلاثة أوجه:

أحدها: لأنه يعتق عليه دبر الحياة وهو آخرها.

والثاني: إنه لم يجعل تدبير عتقه إلى غيره.

والثالث: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه، واختلف أصحابنا في ابتدائه على وجهين: إنه متقدم في الجاهلية أقره الإسلام على ما كان عليه في الجاهلية فصار بالإقرار شرعًا.

والثاني: إنه مبتدأ في الإسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمون، فاستغنوا بالعمل عن نقل النص فصار بالنص شرعًا، وصار العمل على النص دليلًا، فدبر المهاجرون والأنصار عبيدًا، ودبرت عائشة أمة لها، وأجمع المسلمون على جوازه، انتهى.

قال المصنف: [صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي وَكَذَا دَبَّرْتُكَ وَكَذَا دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

وافتتح الشافعي والأصحاب الباب بالحديث المشهور من طرق: «**إن رجلًا دبر غلامًا ليس له مال فقال ﷺ: مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي**» وهو في «الصحيحين»[١].

قال: (**صَرِيحُهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ إِذَا مِتُّ أَوْ مَتَى مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ**) لأنه لا يحتمل غيره وهذا شأن الصرائح وكان الأحسن أن يقول: وصريحه مثل كذا وكذا؛ لأنه قد يتوهم الحصر فيما عدده، وليس كذلك، فإنه لو قال: حررتك بعد موتي، أو إذا مت فأنت عتيق، أو محرر ونحو ذلك كان صريحًا جزمًا، وقول القائل لعبده: أنت حر أو عتيق بعد موتي... إلى آخره، وليس فيها ما يوهم الحصر، وأمَّا قول ابن الرفعة: والكتابة في التدبير أن يقول: إذا مت فأنت حر فسبق قلم.

[قال: (**أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي**)][٢].

قال: (**وَكَذَا دَبَّرْتُكَ وَكَذَا دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى الْمَذْهَبِ**) هذا ما نصَّ عليه الشافعي رضي الله عنه هنا، ونص في الكتابة على أن قوله: كاتبتك على كذا لا يكفي حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر أو ينويه، وفيهما طريقان:

إحداهما: في كل منهما قولان نقلًا وتخريجًا: أحدهما: أنهما صريحان لاشتهارهما في معنييهما كالبيع والهبة.

وثانيهما: كنايتان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، والمذهب تقرير النصين، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: إن التدبير مشهور لا يخفى على أحد، والكناية لا يعرفها إلا الخواص.

---

[١] أخرجه البخاري (٢١٤١) ومسلم (٢٣٦٠).

[٢] غير مشروح في الأصل، وشرحه الخطيب «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٢٣٠) فقال: (أَوْ أَعْتَقْتُكَ بَعْدَ مَوْتِي) وَنَحْوُ ذَلِكَ كَأَنْتَ مَفْكُوكُ الرَّقَبَةِ بَعْدَ مَوْتِي؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَهُ وَهُوَ شَأْنُ الصَّرِيحِ.

……………………………………………………………

وثانيهما: إن التدبير كان معروفًا في الجاهلية في معناه، والشرع قد قرره، ولا يستعمل في معنى آخر، والكتابة تقع على العقد المعلوم والمراسلة وعلى المخارجة، مثل: كاتبتك كل يوم بكذا، فلا بدا من التمييز أو النية، وقيل: التدبير صريح قطعًا وفي الكتابة قولان.

تنبيهات: قال الماوردي: وإذا كان التدبير صريحًا ثبت حكمه في كل من تلفظ به من عبده، سواء عرف حكمه أم لم يعرف، كصريح العتق والطلاق، انتهى.

وفي إطلاقه نظر، وينبغي أن يجيء فيه جميع ما سبق عند قول المصنف في كتاب الطلاق، وهو لفظ أعجمي، وسبق عن ابن خيران أن من لم يعرف إلا الطلاق فهو صريحه فقط، وإنه لو قال العربي: فارقتك، ولم يعرف عرف الشرع الوارد فيه، لا يكون صريحًا، كما جزم به الروياني، وما نحن فيه أولى بذلك؛ لأن لفظ التدبير لإرادة العتق بعد الموت لا يعرفه إلا الفقهاء، وذكر الماوردي في كتاب الكتابة عن أبي إسحاق أن الشافعي إنما جعل التدبير صريحًا في العتق من العالم، فلو كان من جاهل كان كناية، ورد عليه بأن صريح الطلاق وكنايته يستوي فيها الجاهل والعالم، كذلك التدبير، انتهى.

وفيما قاله نظر، وذكر الرافعي هناك عن الشيخ أبي حامد أن أبا إسحاق قال: لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام، أو جاهلًا بالأحكام لا يعرف التدبير، لا ينعقد تدبيره بمجرد لفظ التدبير حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ.

قلت: وهذا حق، وإن فهم فاهم أنه وجه أو طريقة غريبة، والقول بصراحة لفظ التدبير بمجرده بموضع لا يعرفه أهله، ولا اشتهر استعماله بينهم بعيد، ولو اشتهر في الاستعمال لفظ التدبير لا يفهم منه غيره كأنت بعد موتي حرام لوجه الله، وإذا مت فأنت حرام علي وإرثي ونحوهما، يشبه أن يجيء في صراحته كما أشرت إليه في العتق الخلاف المذكور في الطلاق في قوله: حلال الله علي حرام ونحوها.

وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي.

قال: (**وَيَصِحُّ بِكِنَايَةِ عِتْقٍ مَعَ نِيَّةٍ كَخَلَّيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي**) كان الأحسن، ويصح بكناية، وكنايات العتق كنايات فيه.

وقال الماوردي: وأمَّا الكناية فهو أن يقول: إذا مت فأنت حرام، أو مسيب، أو مخلي، أو مالك لنفسك... إلى نظائر هذه الألفاظ المحتملة، فإن أراد بها العتق صار تدبيرًا وإلا فلا، واعتبار الإرادة يكون مع لفظه.

قلت: ويجيء هنا ما سبق في مقارنة نيَّة كناية الطلاق، قال: ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته هل أردت به العتق أو لم ترد؟ ولا يسأل هل أردت به التدبير أو لم ترد؟ قال: ولو أطلق هذه الألفاظ ولم يعلقها بالموت جاز أن يريد بها العتق الناجز، وأن يريد بها التدبير بعد الموت، وجاز ألَّا يريد بها واحدًا منهما، فيرجع إلى إرادته، فما ذكره فيها من شيء قبل قوله، فإن قال: أردت به التدبير، فقال العبد: بل أردت به العتق الناجز، أحلف له، ولو قال: أريد به التدبير، فقال العبد: بل أردته، لم يحلف السيد له؛ لأن التدبير ليس بلازم، بخلاف العتق الناجز.

قلت: لكن لو كان اختلافه مع الوارث أنه أراد به التدبير وأنت تعلم، أحلف له على نفي العلم، وقوله: أولًا ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته، يفهم أن الوارث لا يسأل بعد موته، والظاهر أن العبد إذا ادعى إطلاعه على إرادته العتق أو التدبير بذلك أنه يحلف له، بل ينبغي للقاضي أن يحلفه للصبي، والمجنون، والأعجمي الذي لا يعقل، وللغائب؛ إذ ربما يعترف بذلك، فإن نكل ترك إلى أن يتأهل العبد للحلف، أو يقدم فترد اليمين عليه إن شاء، فيحلف إن غلب على ظنه إرادة السيد العتق الناجز أو التدبير، كذا خطر لي فتأمله.

فَرْعٌ: لو قال: دبرت يدك أو رجلك، فهل يصح ويكون كله مدبرًا أو يلغو؟ فيه وجهان بنيا على ما لو قال: زنت يدك أو رجلك.

قلت: ويشبه أنه كناية كما هو المذهب فيما بني عليه، ولو قال: دبرت

وَيَجُوزُ مُقَيَّدًا كَإِنْ مِتُّ فِي ذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعَلَّقًا كَإِنْ دَخَلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَإِنْ وُجِدَتْ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا، ....

وجهك أو رأسك فهل يكون كقوله دبرت بدنك بالنون أو دبرتك أو كدبرت يدك؟ فيه نظر.

قال: **(وَيَجُوزُ)** أي: التدبير **(مُقَيَّدًا كَإِنْ مِتُّ فِي ذَا الشَّهْرِ أَوْ الْمَرَضِ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَمُعَلَّقًا كَإِنْ دَخَلْتُ)** أي: الدار مثلًا.

(فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَإِنْ وُجِدَتْ الصِّفَةُ وَمَاتَ عَتَقَ وَإِلَّا فَلَا) أي: لأنه لا يصير مدبرًا ما لم يدخل، وكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت مدبر، فإن هذا تعليق تدبير الدخول، والتدبير يقبل التعليق؛ لأنه إمَّا وصية أو تعليق عتق بصفة، وكلاهما يقبل التعليق.

قال أصحابنا: التدبير ضربان:

مطلق: وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط.

ومقيد بشرط في الموت، كأن مت حتف أنفي، أو قتلت، أو مت من مرضي هذا، أو في هذا الشهر أو العام أو المرض أو البلد أو السفر أو الحجيج أو الغزو ونحوها فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة عتق لوجود المعلق عليه، وإلا فلا لعدمه.

قال الرافعي: ونقل الروياني في «جمع الجوامع» عن نصِّه في «البويطي» أنه قال: إذا قال إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، فمات من مرضه، أو في سفره كان حرًّا، لكنه وصية وليس بتدبير.

ونقل القاضي ابن كج مثله عن النص، ويمكن أن يكون هذا مصيرًا إلى أن التدبير هو تعليق العتق بمطلق الموت، وأنه لا ينقسم إلى مطلق ومقيد، والظاهر الأول، وتظهر فائدة الخلاف في الرجوع على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وقال في «شرحه الصغير»: وقيل: كذا وكذا ولم يذكر النص، ثم قال: والظاهر الأول.

قلت: ولفظ «مختصر البويطي» على ما رأيته: وإن قال: أنت حر إن مت

وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَإِنْ قَالَ إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ اُشْتُرِطَ دُخُولٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي ....

من مرضي هذا، أو سفري هذا أو في عامي، فهذا وصية وليس بتدبير، انتهى.

ولم يصرح بعزوه إلى الشافعي، بل ذكره بعد قوله، قال أبو يعقوب: كذا وكذا بنحو عشرة أسطر، وظاهر السياق والعطف أنه من كلام «البويطي» نفسه، وحينئذ يحسن قول الرافعي في «الشرح الصغير»: وقيل: كذا. ورأيت الأصحاب ينسبون أشياء إلى كتاب «البويطي» وتكون من كلامه لا من كلام الشافعي، ويظن بعضهم أنها من كلام الشافعي فيصرح بنقلها عنه، والله أعلم.

تَنْبِيهٌ: قول المصنف: ومعلقًا، يفهم أن المعلق قسيم المقيد، وعبارة «المحرر»: ويجوز التدبير مطلقًا على ما صورناه ومقيدًا فذكره، ثم قال: ويجوز تعليق التدبير فذكره، وهي أحسن وأوضح، وعبر الشيخ عن ذلك بقوله: ومعلقًا، وسكت عن المطلق الذي هو قسيم المقيد اجتزاء بما صدر به الباب من أمثلته.

قال: (**وَيُشْتَرَطُ الدُّخُولُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ**) كسائر الصفات المعلق عليها التدبير، فإن مات السيد قبل الدخول أو غيره من الصفات المعلق عليها فلا تدبير، ولغا التعليق، إلا أن يصرح بخلافه كما سنذكره.

قال: (**فَإِنْ قَال: إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ اُشْتُرِطَ دُخُولٌ بَعْدَ الْمَوْتِ**) أي: عملًا بمقتضى تعليقه.

قال الإمام: وليس يخلو تعليق عتق العبد بالدخول بعد الموت عن احتمال من طريق المعنى، وقد رمز إليه القاضي، ثم قال: وليس من الجزم إفساد قاعدة المذهب بمثل هذا.

قال: (**وَهُوَ عَلَى التَّرَاخِي**) أي: الدخول بعد الموت، أي: فلا يشترط فيه المبادرة، بل متى دخل عتق؛ إذ ليس في لفظه ما يقتضي الفورية، ولو قال: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، قال في «التهذيب»: يشترط الدخول بعد الموت، إلا أن يريد الدخول قبله، ولو قال: إذا مت فدخلت الدار، وإذا مت

وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، ....

فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سنذكره في «التعليق» بالمشيئة.

قال: (وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ) أي: على الصحيح؛ إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان له أن يبطله كما لو أوصى لإنسان بشيء ومات، لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان له أن يبطله كما لو أوصى لإنسان بشيء ومات لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه، وقيل: للورثة بيعه؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد، فصار كما لو قال: إن أكلت هذين الرغيفين فأنت حر، فأكل أحدهما لا يمتنع بيعه، هكذا قاله الرافعي، وما ذكره من توجيه الوجه الأظهر لخَّصه من كلام الإمام.

وقال الإمام في آخره: هذا منتهى ما جرى به الفكر، واعلم أن المتبادر من قولهما أن الدخول على التراخي وأنه ليس للوارث بيعه أن الدخول يبقى إلى خبرة العبد وشهوته أبدًا، وإنه لا يعرض عليه الدخول، فإن امتنع بلا عذر وترك وفيه نظر ظاهر؛ إذ قد يكون عاجزًا لا منفعة فيه ولا خدمة أصلًا فيبقى كلًا على الورثة، وقد يكون المعلق عتقهم على الدخول ونحوه بعد الموت جماعة من العبيد، ويريد الورثة القسمة والتصرف، وفي منعهم من ذلك لا إلى غاية إضرار بيِّن.

وعبارة الدارمي: إن قال فعلت كذا بعد موتي فأنت مدبر وحر وعتيق عن دبر مني، ففعله بعد موته عتق، فإن أرادوا بيعه قبل فعله فوجهان: أحدهما: لا يجوز، فيقال له: إن فعلت كذا وإلا جعلنا لهم التصرف فيك، انتهى.

وهذا متعين، ويجب تنزيل إطلاق من أطلق على ما إذا سكت الورثة عنه، ويوضح ذلك أن الإمام والرافعي شبها المسألة بقبول الموصى له الوصية.

ثم رأيته قال في كلامه على التعليق المشبه: وإذا لم نعتبر الفور فيها بعد الموت فعن القاضي أبي حامد أنه تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت يعرض عليه الدخول، وهذا كما أنه يقال للموصى له: إمَّا أن تقبل الوصية وإمَّا أن ترد، وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلاف المذكور في الفصل السابق، انتهى.

وَلَوْ قَالَ إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ لَا بَيْعُهُ.

وقد قال الأصحاب هناك: إذا لم يقبل ولم يرد خيَّره الحاكم بينهما بطلب الوارث، فإن لم يفعل حكم عليه بالإبطال، وفصَّل الماوردي فقال: إن لم يعلم فحقه في القبول إلى أن يعلم، فإذا علم فإن كان علمه عند إنفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله فوريًا، فإن قيل وإلا بطل حقه في الوصية، فأمَّا بعد علمه وقبل إنفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن القبول على التراخي ما لم يصرح بالرد، انتهى.

وعبارته هنا في نسختين، ولو قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر [فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ بَيْعُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الدُّخُول] ما لم يقسم به الورثة، وصار كالموصي بعتقه، انتهى.

وفيه خلل ينبغي تحريره من أصل صحيح، وسيبين صوابه من كلامه على التعليق وبمشيئته، والله أعلم.

إشارة: كلام المصنف يشعر بأن هذه الصورة من صور التدبير المقيَّد، وليس كذلك كما سنوضحه.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ وَمَضَى شَهْرٌ فَأَنْتَ حُرٌّ فَلِلْوَارِثِ اسْتِخْدَامُهُ فِي الشَّهْرِ**) أي: لبقائه على ملكه.

ثم (**لَا بَيْعُهُ**) أي: لما أسلفناه من أنه ليس للوارث إبطال تعليق المورث، قال الرافعي: ولو قال: إذا مت ومضى شهر أو يوم فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم فيعتق بعد يوم من عتقه، ولا يحتاج إلى إنشاء عتق بعد الموت، خلافًا لأبي حنيفة، قال: وسياق «الوجيز» يشعر بعد هذه الصورة من التدبير المقيد، فإنه قال: والتدبير المقيد كالمطلق، وهو أن يقول: إن قتلت أو مت من مرضي هذا فأنت حر بعد موتي بيوم.

وعدَّ الصيدلاني قوله: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، وقوله: إذا مت ومضى شهر فأنت حر من التدبير المطلق من حيث إنه لم يعتبر في نفس الموت شرطًا، والذي أورده أكثرهم أن ذلك ليس من التدبير المطلق ولا المقيد،

وَلَوْ قَالَ: إنْ شِئْت فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْتَ اُشْتُرِطَتْ الْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً، ....

وقالوا: مهما علق العتق بصفة بعد الموت كقوله: إذا مت وشئت الحرية، أو شاء فلان، أو إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني سنة، فليس ذلك بتدبير، وإنما هو كسائر التعليقات، انتهى.

ولخص في «الروضة» فقال: وهل هذا تدبير مطلق أو مقيد، أو ليس بمطلق ولا مقيد، وإنما هو تعليق ليس بتدبير، فيه أوجه: الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرون، انتهى.

والثاني: لا حقيقة له، وإنما أشعر به كلام «الوجيز» فقط، بخلاف «الوسيط» و«البسيط» و«النهاية» ولم أره في غيرها؛ فالله أعلم، وربما يأتي عن «تعليق» البغوي ما يشهد «للوجيز».

فروع: قال الماوردي: لو قال إن دفعت إلي عشرة دنانير فأنت مدبر، صار مدبرًا بدفع جميعها لا أكثرها، ولو قال: إذا قرأت القرآن فأنت مدبر اعتبر قراءة جميعه، فلو قرأه إلا آية لم يصر مدبرًا، فإن قال: قرآنًا صار مدبرًا بقراءة آية منه، ولو علق تدبيره بعشر صفات مثلًا لم يثبت بوجود تسع، بل لا بد من استكماله في حياة سيده، انتهى.

وهذا كله متفق عليه، ومسألة القراءة نص «الأم» والفرق التعريف وقول الماوردي ولو آية يشعر بعدم اعتبار بعض آية، وإن طال وأنه يكفي قراءة آية قصيرة كقوله تعالى: ثم نظر، وفيه نظر، وينبغي أن يعتبر قراءة ما يتميز كونه قرآنًا حتى لا تكفي البسملة ولا الحمد لله رب العالمين بمفردها، ولم يحك الرافعي ولا الروياني عن النص ولو آية، ولفظ نص «البويطي»: فقرأ شيئًا من القرآن، انتهى فالله أعلم.

قال: (**وَلَوْ قَالَ: إنْ شِئْت فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إنْ شِئْتَ اُشْتُرِطَتْ الْمَشِيئَةُ مُتَّصِلَةً**) أي: على الصحيح، كما لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، وقيل: لا يشترط الاتصال فيهما كما لو قال: إن دخلت الدار.

وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ فَلِلتَّرَاخِي.

وعبارة «تعليق» البغوي عنه: وفيه وجه أنه يمتد امتداد المجلس كخيار المجلس.

وعبارة «الحاوي»: والثاني تعتبر مشيئة الجواب في التخيير، فعلى هذا إن شاء في المجلس من غير أن يشرع في غيره ينعقد تدبيره، وإن شرع في غيره، أو قام من مجلسه لم ينعقد، فلو قال العبد في المجلس: قد شئت، ثم قال: لست أشاء، انعقد به تدبيره بالمشيئة الأولى، ولم يبطل بتركه لها، ولو قال ابتداء: لست أشاء، ثم قال: شئت، يبطل التدبير، ولو لم يثبت بالمشيئة الثانية اعتبارًا، وأسبقهما منه، انتهى.

وقد يخرج مما تقدم أربعة أوجه والمحقق منها ثلاثة.

قال: (**وَإِنْ قال: مَتَى شِئْتَ**) أي: أو مهما شئت ونحوهما.

(**فَلِلتَّرَاخِي**) أي: لتصريحه بمقتضاه، فمتى شاء صار مدبرًا، وفي الحالتين يشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحًا بالمشيئة بعد الموت كما سنذكره.

قال الماوردي في هذه الحالة: وهي كون المشيئة متراخية في حياة السيد، فقال في حياته: قد شئت، ثم قال: لست أشاء، ثم قال: شئت، ثبت التدبير بالمشيئة، ولم يبطل بالرجوع المتأخر، ولو قال: لست أشاء، ثم قال: شئت، ثبت التدبير بالمشيئة المتأخرة، ولم يبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم؛ لأن المشيئة هنا على التراخي، فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة، وهناك على الفور فراعينا ما تقدم، انتهى.

فروع ملخصة من الرافعي: إذا علق بمشيئته بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئته بعده، ثم ينظر في لفظ التعليق، إن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أردت بعد العتق، قال الإمام: لا يشترط الفور بلا خلاف؛ لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبر وقوعها بعد الموت لم يكن لاشتراط اتصالها بالموت معنى.

……

وفي «التهذيب» وغيره ذكر وجهين فيما إذا قال: إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر أن المشيئة تكون على الفور أو التراخي والصورة كالصورة.

قلت: وفي «الحاوي»: أَنْتَ حُرٌّ إِذَا مُتُّ إِنْ شِئْتَ، كَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ تُعْتَبَرُ مَشِيئَةُ الْعَبْدِ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ عَلَى الْفَوْرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ شَاءَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: مِنِ اخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: وَسَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ، أَوْ أَخَّرَهَا، فَذَهَبَ الْبَغْدَادِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ أَرَادَ سَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ قَبْلَ الْمَوْتِ، أَوْ أَخَّرَهَا.

بِخِلَافِ قَوْلِهِ: إِذَا مُتُّ فَشِئْتَ؛ لِأَنَّ الْفَاءَ فِي الْمَشِيئَةِ تُوجِبُ التَّعْقِيبَ فَعَلَى هَذَا يُعْتَقُ، إِذَا شَاءَ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ، وَيَكُونُ هَذَا تَدْبِيرًا وَلَوْ لَمْ يَشَأْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ، عَتَقَ وَكَانَ عِتْقًا بِصِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَذَهَبَ الْبَصْرِيُّونَ إِلَى أَنَّهُ أَرَادَ، سَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ فِي لَفْظِهِ أَوْ أَخَّرَهَا وَتَكُونُ مَشِيئَةً مُعْتَبَرَةً بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا تَأْثِيرَ لَهَا قَبْلَ الْمَوْتِ فَإِنْ شَاءَ بَعْدَ الْمَوْتِ عَتَقَ، وَإِلَّا رَقَّ لِلْوَرَثَةِ، انتهى.

قال الرافعي: ولو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، فأصح الوجهين وبه أجاب أكثرهم: إنه يشترط اتصال المشيئة بالموت، والثاني: لا، كما لو قال: إن شئت وأراد إيقاع المشيئة بعد الموت، وصححه الصيدلاني.

قلت: وقال الماوردي بعد التصوير: ومشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وهل تكون مشيئته مشيئة قبول أو مشيئة تخيير؟ على ما ذكرناه من الوجهين، ولا يكون هذا تدبيرًا، وإن كان الموت شرطًا في عتقه؛ لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت، وهذا عتق يقع بصفة بعد الموت، انتهى.

ويجري الخلاف فيما لو قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر في سائر التعليقات، والصحيح اعتبار الفور متصلًا، ولو قال: إذا مت فمتى شئت ونحوها فأنت حر لم يشترط اتصالها بلا خلاف، كذا أطلق الرافعي.

وقال الماوردي: كانت مشيئة بعد الموت على التراخي ممتدة إلى أن يشرع الورثة في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث، فتصير مشيئته على الفور معتبرة

....

بجواب التخيير وجهًا واحدًا، ولا يعتبر فيه فور القبول، فمتى شاء في مجلس تخييره عتق وإلا رق إن أخَّر، انتهى.

وإذا وقف عتقه على مشيئته فنفقته من كسبه إن كان كسوبًا، فإن شاء عتق، وعن القاضي أبي الطيب: إن ما يبقى من كسبه يكون على قولين ككسب الموصى به قبل القبول، قال الشيخ أبو نصر: عندي أن الفرق بينهما ظاهر، وينبغي أن يكون الكسب هاهنا للورثة قولًا واحدًا، كذا ذكره الشاشي.

ولو قال: إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فإن كانت له نية تقديم أو تأخير اعتبرت، وإن أطلق فأظهر الوجهين: حمله على الدخول بعد الموت.

قال الرافعي: ولو قال: إذا مت فأنت حر إن شئت أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، فإن قال أردت به المشيئة في الحياة أو بعد الموت اعتبرت إرادته وإن قال: أطلقت فأصح الأوجه، وبه أجاب الأكثرون منهم العراقيون حمله على المشيئة بعد موته، وتكون على الفور، وقضية ما في «الوجيز» أنه لا يشترط الفور.

قلت: إنما أجاب به بعض العراقيين، وقال الإمام: إنه الذي صححه العراقيون، وعليه لا يشترط أن تكون المشيئة عقب الموت، زاد ابن الرفعة، ويجيء فيه وجه، انتهى.

وسبق نقل الماوردي عن البغداديين، وهو مقالة أخرى.

وثانيهما: حمله على مشيئته في الحياة، وبه جزم القاضي الحسين، وقال الإمام: إنه متجه، ويعتبر على الفور على الظاهر.

وثالثها: لا يحصل العتق إلا أن يشاء في الحياة ويشاء بعد الموت لتردد اللفظ بين المعنيين مما لم يتحققا لم تحصل الثقة بالعتق.

قلت: وبه أجاب الجويني في «الفروق».

وقال في «البسيط» تبعًا للفوراني: إنه المشهور، وشرط الجويني في مشيئته الحياة أن تكون في المجلس، فيحتمل أن يريد الفور أو مجلس الخيار، ثم قال

....

الرافعي: وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانًا، أيعتبر الكلام بعد الدخول أم قبله؟ قال الإمام: ونشأ من هذا إشكال فيما لو قال لعبده: إن رأيت عينًا فأنت حر، والعين اسم مشترك بين الباصرة وعين الماء والدينار وأحد الإخوة من الأب والأم، ولم ينو المعلق شيئًا، فهل يعتق إذا رأى شيئًا منها؟ فيه تردد، والوجه: الحكم بالعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة، ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة كالمسألة فلا إلزام، وإن كانت وزانها فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة وحدها، وبالمشيئة بعد الموت وحدها، كما في مسألة العين، وهذا وجه وراء الوجوه الثلاثة، انتهى.

قلت: وهذا نحو ما نقله الماوردي عن البغداديين، أو هو هو، وعلى اعتبار وجود المشيئتين، وقد ادَّعى الفوراني والغزالي أنه المشهور، ويجيء أن يقال في صورة العين عند الجهل بإرادة المعلق ألَّا يعتق إلا برؤية كل ما يسمى عينًا؛ ليتحقق وجود الصفة، قال الرافعي: ومهما اعتبرت بعد الموت على الفور فأخَّرها بطل التعليق.

قلت: وفي فورها ما تقدم، وإذا لم نعتبر الفور كقوله: متى شئت، فعن القاضي أبي حامد وذكر ما قدمنا من كلامه في آخر الفصل قبله، وسبق قول الماوردي أن مشيئته المتراخية بعد الموت ممتدة إلى أن يشرعوا في تنفيذ الوصايا وقسمة الميراث... إلى آخر ما سبق عنه، ولا يخالف كلام القاضي أبي حامد، بل هو كـ«الشرح» له فيما أحسب.

فوائد وتتمات:

منها: أطلق الرافعي وغيره: إنا إذا اعتبرنا في المشيئة بعد الموت فتأخَّرت أنه يبطل التعليق، ويجب تنزيله على العالم بها المتمكن.

ومنها: وسبق قول الماوردي أن مشيئته معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وحينئذ يقال: لو لم يعلم العبد بموت سيده وتعليقه لغيبة

……

ونحوها، ثم علم أن مشيئته لا تسقط، فإذا شاء عند علمه بموته وتعليقه اعتبرت مشيئته، وكذا لو مات السيد والعبد نائم أو مغمى عليه، أو جن عند موت السيد، ثم استيقظ وأفاق وعلم فشاء على الفور صحت مشيئته.

ومنها: ذكر الدارمي أنه إن قال: إذا مت فشئت أو وشئت أو ثم شئت أو إن شئت بعد موتي فأنت حر ونحوه، فإن شاء عقب موته عتق، ومشيئته قبله لا تؤثر ولا بعده بزمان، إلا أن يقول: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، انتهى.

وما قاله في غير شئت منازع فيه، والتسوية بينها وبين ثم بعيد.

ومنها: قال الماوردي: لو قال السيد: إن شاء زيد فأنت حر إذا مت، أو متى ما شاء زيد فأنت حر متى مت، فمشيئة زيد على التراخي قبل موت السيد، ويستوي في مشيئته حكم إن وإذا ومتى بخلاف تعليقه بمشيئة العبد الذي يختلف فيها حكم إن وإذا ومتى، والفرق أن التعليق بمشيئة زيد صفة يعتبر وجودها، فاستوى فيها قريب الزمان وبعيده وتعليقه بمشيئة العبد تمليك أو تخيير، فاختلف فيه قريب الزمان وبعيده.

ومنها: ذكروا في تعليق الطلاق بمشيئة الزوجة وغيرها من مكلف وصبي ومجنون وبهيمة فروعًا وتفاصيل كثيرة لم أرهم تعرضوا لها في كتاب العتق والتدبير، وقدمنا من ذلك جملة، وينبغي تأمل ذلك، ويلحق بالبابين منه ما يتوجه إلحاقه بهما.

ومن غريب ما تقدم قول الماوردي: إذا قال أنت طالق إذا شئت يكون على التراخي، فمتى شاءت طلقت؛ لأنها شرط في الوقت، وجميع الأوقات متساوية، بخلاف إن فإنها شرط في الفعل، وهو مقصور فيراعى تقديمه، ولذلك اعتبر فيها الفور، ودلَّ كلامه على أنه إذا علق بمشيئة أجنبي لا على وجه الخطاب بان أنه يشترط الفور، وبه صرح العمراني وغيره، وربما سبق.

ومنها: لو قال: إن شاء فلان وفلان فعبدي حر بعد موتي لم يكن مدبرًا إلا إذا شاءا جميعًا، وهكذا لو كانوا مائة، قال الرافعي: ولو قال: إذا مت

وَلَوْ قَالَا لِعَبْدِهِمَا: إِذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَا، ....

فشئت فأنت مدبر فهذا لغو؛ لأن التدبير لا يحصل بعد الموت، وهكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد.

قلت: وقد يقال في الصورة الأولى أن المعنى فأنت مدبر الآن بعد الموت حملًا لكلام المكلف على الصحة، ولا سيما إذا كان القائل يجهل أن الفاء للتعقيب.

وقد قال الدارمي: إنه لو قال: إن فعلت كذا بعد موتي فأنت مدبر ففعله بعد موته عتق.

وقال صاحب «الخصال»: صرائح ألفاظ التدبير ستة أشياء: أنت مدبر، أو أنت حر بعد موتي، أو أنت عتيق عن دبر، أو أنت حر عن دبر، أو قال: إن شئت فأنت مدبر بعد موتي، انتهى لفظه.

ومنها: في «تعليق» البغوي: لو قال: إن مت فبلغت اشترط بلوغه بعد الموت على الفور، وكذا لو قال: إن مت فدخلت الدار اشترط الدخول عقب الموت على الفور، ومن أصحابنا من قال: ليس هذا بتدبير بل تعليق عتق بالصفة بعد الموت، قال: والنص يدل على أنه تدبير.

قلت: وما ذكره عن بعض الأصحاب هو الموافق لما سبق عن الجمهور، قال: ولو قال: إذا مت وبلغت فهل يشترط بلوغه قبل موته أو بعده؟ وجهان كما قلنا في الدخول، انتهى.

قال: (**وَلَوْ قَالَا لِعَبْدِهِمَا: إِذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يَعْتِقْ حَتَّى يَمُوتَا**) أي: مرتبًا أو معًا؛ لأنهما علقا عتقه بموتهما، ثم إن ماتا ففي «كافي» الروياني وجه أن الحاصل عتق تدبير لاتصاله بالموت.

قال الرافعي: والظاهر أنه عتق بحصول الصفة؛ لتعلق العتق بموته وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق بموت نفسه، وإن ماتا مرتبًا فعن أبي إسحاق لا تدبير أيضًا، والظاهر أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الثاني مدبرًا؛ لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي مدبر.

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ.

قال: **(فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِوَارِثِهِ بَيْعُ نَصِيبِهِ)** أي: لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر، نعم نصيبه بين الموتين للورثة فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك، كالاستخدام والإجارة لا يبيعه على الأصح، وفي كسبه بين موتيهما وجهان: قيل: من التركة، وأصحهما: إنه للوارث خاصة، وربما بنيا على الخلاف في جواز البيع إن جوزناه فهو للوارث وإلا فمن التركة.

تَنْبِيهٌ: لا خفاء أن للباقي من الشريكين نصيبه، وإنه لا فرق بين أن يتفق الشريكان على القول دفعة أو يتقدم قول أحدهما على قول الآخر، كما صرح به الماوردي وغيره، ولو نجز أحدهما عتق نصيبه لم يسر على الأظهر، ونص على السريان في «البويطي» وصححه في «البحر» بدليل جواز البيع، قال الماوردي: ولو قال أحد الشريكين فقط: إذا متنا فأنت حر لم تعتق حصته إلا بموتهما، سواء تقدم موته أم تأخر، لكن إن تقدم موته عتق عليه بالوصية، وإن تأخر موته عتق عليه بالتدبير، وحصة الآخر باقية على الرق، سواء تقدَّم موته أو تأخر.

فَرْعٌ: نص في «الأم»: إنهما لو قالا لعبدهما: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات عتقت فهو كما لو قالا: إذا متنا فأنت حر إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول، وهنا هي للآخر، وكذلك الكسب وكان أولهما موتًا أوصى بها لآخرهما موتًا، كذا نقله جماعة عن «الأم» والمحاملي في «المجموع» عن رواية المزني في «الجامع الكبير» وصرح بأن المنفعة يكون موصًا بها للثاني.

وفي «الحاوي» نحوه، وهو أنها عارية موصى بها، وفي «المهذب»: إذا قالا: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها، إلا أن المنفعة هنا تنتقل إلى الذي لم يمت إلى الورثة.

قال الفارقي: وهذا اللفظ لا يقتضي عتقه بعد موتهما، وإنما يقتضي نصيب كل واحد منهما على صاحبه بعده؛ لأن هذا من ألفاظ الوقف، وهو وقف منقطع، والانتهاء والابتداء؛ لأنه لم ينقله في الحال إلى صاحبه؛ لأنه

……

مشروط بالموت، فيصير كأنه قال: إذا مت فأنت وقف على شريكي، ويحتاج إلى تمامه، وهو أن يقول: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا متنا فأنت حر، فإن لم يقولا ذلك لم يعتق بعد موتهما.

قال: ويجب على هذا ألَّا تنتقل المنفعة إلى صاحبه؛ لأنه وقف باطل، ولكن إذا مات أو كانا قد قالا: إذا متنا فأنت حر وعتق، انتهى.

وفي «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: نص الشافعي في «الكبير» على أنهما لو قالا له: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فمات أحدهما صار العبد وقفًا على الثاني، ولم يبين شرائط الوقف؛ لأن قصده من هذه المسألة جواز تعليق الوقف دون شرائط الوقف، وهذا من كلام الشافعي دليل واضح على جواز تعليق الوقف.

قال أصحابنا: هذا جواب على قولنا أن الوقف إزالة الملك إن شاء الله تعالى كالعتق، وإنه لا يثبت الوقف بالشاهد واليمين، وإن قلنا: يثبت بالشاهد واليمين ألحقنا بسائر المعاوضات، فلا يجوز تعليقه، انتهى لفظه.

فروع نختم بها الفَصْل:

قال في «الأم» لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي، أو لست بحر، أو أنت مدبر، أو لست مدبرًا أو أنت حر أولًا، لم يكن ذلك شيئًا؛ لأنه لم يقطع العتق كما لو قال: أنت طالق أولًا، كذا أورده في «الشامل» وغيره، قال في «الشامل»: لأن لفظة الاستفهام دون الإيقاع.

قلت: تقدَّم أنه لو قال: أنت طالق أولًا، على سبيل الإقرار لم يلزمه شيء، وإن ذكره في معرض الإنشاء طلقت، كذا ذكره الرافعي في كتاب الإقرار، وحينئذ يجب أن يراجع هنا ويعمل بإرادته، ويحمل النص على ما إذا أطلق أو جهلت إرادته، وسبق عن ابن القطان إطلاق القول بأنه لو قال: أنت طالق أولًا، طلقت، وقاس عليه مسألة الإقرار، فيأتي هذا الوجه في قوله: أنت حر أولًا.

في «التهذيب» وغيره: لو قال: إن مت فأنت حر فقتل عتق، ولو قال: إن قتلت فأنت حر فمات لم يعتق؛ لأن كل قتل موت، وليس كل موت قتلًا.

قال القاضي الحسين: إذا كان له عبد لا مال له غيره وأراد أن يكون لأحد عليه سبيل بعد موته فطريقة أن يقول: هذا حر قبل مرض موتي بيوم إن مرضت ومت، وإن لم أمرض ومت فجاءه أو سقطت من شاهق فهو حر قبله بيوم، فيصح ولا يكون لأحد عليه سبيل، ويعتق كله من رأس المال.

ونحوه قول الماوردي: إذا قال لأخيه الذي في ملكه: أنت حر في آخر أجزاء صحتي بأول أسباب موتي، ثم مات عتق من رأس المال، وورثه لتقدم عتقه في الصحة.

وحكي فيما لو قال: أنت حر في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي أنه يعتق من الثلث، وهل يرثه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه وصية لوارث، والثاني: نعم لأن الوصية ما ملكت عن الموصي وهو لم يملك نفسه عنه، انتهى.

وذكر القاضي الحسين فيما لو قال: أنت حر قبل مرض موتي بيوم، فمات فجأة أنه يعتق من الثلث، قال ابن الرفعة: وفي عتقه نظر؛ لأن الشرط لم يوجد.

قلت: ولفظ «فتاوى» القاضي: ولو قال: قبل مرض موتي بيوم، فمات فجأة بعد يوم، قال: يعتبر من الثلث؛ لأنه علق بالموت، كذا في النسخ بعد، متصلًا بقوله: لو قال لعبده: أنت حر قبل مرض موتي بيوم فإذا مات لا خلاف أنه يعتق من رأس المال، ولو قال أنت حر قبل موتي بشهر، فإن مات ينظر، إن كان قبل مضي شهر من مقالته لا يعتق أصلًا، وإن مات بعد مضي شهر فأكثر من وقت اللفظ نظر، إن كان قبل موته بشهر صحيحًا عتق من رأس المال، وإن كان مريضًا فمن الثلث، ثم ذكر ما سبق، وهو كلام مظلم، والظاهر أنه وقع خلل في النقل، أو سبق لسان أو قلم، والله أعلم.

فَصْلٌ

وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ، وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ، ....

فَصْلٌ:

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ لَا يُمَيِّزُ**) أي: لعدم أهليتهما للعقود بحال، وهذا في المجنون المطبق، أمَّا غيره فهو في حال إفاقته التامة كسائر المكلفين، فإن كان مطلق التصرف أو محجورًا بسفه وصححنا تدبيره صح تدبيره، إن اتصلت إفاقته بالموت، وإن عاوده الجنون قبله فهل يؤثر فيه؟ فيه نظر، ولم يحضرني فيه نقل.

قال: (**وَكَذَا مُمَيِّزٌ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: كهبته وإعتاقه ونحوهما، هذا ما صححه المراوزة، والظاهر منهما كما قاله القاضي أبو حامد الصحة، واختاره الشيخ أبو حامد والمحاملي في «المجموع» و«المقنع» وصححها آخرون كما تقدم في الوصايا في وصيته، وجزم به ابن أبي عصرون هاهنا، وظاهر كلام الماوردي ترجيحه، فإنه أطنب في تقريره، قالوا: لأنه منع من التصرف لحظة، والحظ هاهنا في جوازه؛ لأنه إن عاش لا يلزمه ذلك، وإن مات بقي له الآخر والصواب، وجزم صاحب «الخصال» هنا بصحة تدبيره ووصيته، وقال القاضي الحسين: استرذلوا ـ يعني المراوزة ـ هذا القول، فإنه لو باع ما يساوي درهمًا بألف لم يصح، وإن كان نفعه يعود إليه.

قلت: وهذا يرده صحة تدبير السفيه، وإن كان بيعه فيما ذكره لا يصح.

قال الفارقي: الصحيح عندي الصحة، وقولهم: إنه ليس من أهل العقود يبطل بالسفيه، وتحقيقه أن قولنا: إن الصبي ليس من أهل العقود لا يراد به أنه ليس أهلًا لها حقيقة، ولكن الشرع حكم أنه ليس أهلًا لها لمعنى، وهو أنه قاصر، فالظاهر منه الخسران والتفريط، وهذا العقد لا خسران فيه، فصح منه كالسفيه، انتهى.

تنبيهات: عبارة «مجموع» المحاملي و«الحاوي»: وأمَّا الصبي المميز المراهق فاختلف قول الشافعي في تدبيره ووصيته، وكذا عبَّر غيرهما، وذلك

يشعر بأنه لا يكفي مطلق التمييز إلا إذا راهق معه، ويحتمل ألَّا يراد بذلك التقييد، وأن المعتبر التمييز المتقدم في التخيير بين الأبوين، وفيه وقفة، والله أعلم.

سبق في الوصايا نقل طريقة قاطعة، وبها جزم الدارمي هناك: إنه لو وهب أو أوصى ثم بلغ ثم مات أنه ينفذ ذلك قولًا واحدًا، وبنى مطرده هنا، وأولى نص الشافعي في «البويطي» أنه قال: إن ثبت حديث عمر ﷺ فتدبيره جائز وإلا فلا، وحديثه أنه أجاز وصية غلام له عشر سنين.

قال: (**وَيَصِحُّ مِنْ سَفِيهٍ**) أي: قولًا واحدًا؛ لأنه صحيح العبارة، ومحتاج إلى الثواب، ولا ضرر عليه في ذلك هذه الطريقة المرضية، وبه جزم كثيرون منهم: ابن سريج، وأبو إسحاق، وابن سلمة، ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على صحة وصيته كما سبق.

وقيل: في تدبيره قولان كالصبي المميز.

قال المحاملي: وهي أشبه بكلام الشافعي، وعن «منهاج» الجويني: إن ظاهر كلام الشافعي يوافق هذه الطريقة، وعليه اقتصر كثيرون ونقل في «الذخائر» معها بدلًا عن الأولى أنه لا يصح قولٌ واحدٌ للحجر، وهو وهم منه قطعًا، والطريقان في المحجور عليه، أمَّا غيره فإن بلغ سفيهًا مهملًا، فجزم الماوردي وغيره بصحة تصرفاته بيعًا وعتقًا وغيرهما، والصحيح: إنه كالمحجور عليه حسًّا، وأمَّا من طرأ سفهه بعد رشده ولم يتصل به حجر حاكم فتصرفاته نافذة على ظاهر المذهب إلى أن يحجر عليه الحاكم.

فروع: في تدبير من عصى بسكره الخلاف المذكور في تصرفاته، وأمَّا المعذور به لجهل أو إكراه فباطل قطعًا، هذا هو الوجه.

وقال ابن الرفعة: قال بعض أصحابنا في صحة تدبير السكران قولين كطلاقه، وقيل: إن لم يكن عاصيًا لا يصح تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصيًا به فعلى الخلاف.

وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ، وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، ....

قال الرافعي وغيره: تدبير المفلس المحجور عليه كإعتاقه، وقال جماعة: يصح تدبيره قولًا واحدًا، ولم يذكر ابن الرفعة سواه، وهو حسن.

قال: (**وَكَافِرٍ أَصْلِيٍّ**) أي: حربيًا كان أو ذميًا كتابيًا أو مجوسيًا أو وثنيًا، ويصح تعليقه العتق بالصفة، كما يصح استيلاده، وسواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام.

قال: (**وَتَدْبِيرُ الْمُرْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ**) أي: إن قلنا ببقائه صح، أو بزواله فلا، أو بوقفه وقفناه، فإن أسلم بان صحته وإلا بان فساده.

قال في «البحر»: ومحل الأقوال إذا لم يحجر الحاكم عليه، أمَّا إذا عجز فهو باطل قولًا واحدًا، وبهذا قال أبو إسحاق فيما رواه الرافعي عنه، ونقل غيره عن أبي إسحاق أن تصرفه بعد الحجر باطل إلا الوصية، فإنه يصح من المحجور عليه، والتدبير في أحد القولين كالوصية، انتهى.

وقال ابن سلمة: محلها فيما بعد الحجر، أمَّا قبله فيصح قولًا واحدًا، وعلى هذا جرى الماوردي وغيره، وطرد غيرها الخلائق في الحالين، وهو ظاهر إطلاق المصنف.

وقال الدارمي: إن دبر أو أعتق بصفة مرتد قبل الحجر، فإن قلنا أزال ملكه حقيقة أو زال تصرفه لم يصح، وإن قلنا: صحيح، صح، وإن قلنا: موقوف، وقف، وإن كان بعد الحجر.

فإن قلنا: زال، لم يصح، وإن قلنا: لم يزل بأفعاله كالسفيه المحجور، فلا يصح منه إلا ما صح منه، وعتقه المنجز، كذلك فإن كانت قبل الحجر فعليها، وإن كانت بعده لم يجز، انتهى.

تنبيهان:

أحدهما: هل يصير محجورًا عليه بنفس الردة أم لا بد من ضرب الحاكم؟ فيه وجهان قال الماوردي: وبالثاني قال الجمهور.

الثاني: قال الرافعي: ذكرنا في الرِدَّة أن صاحب «التهذيب» جعل قول

وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

الوقف أصح، ويروي بعضهم أن الشافعي قال: أشبه الأقوال بالصحة زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول.

قلت: هذا لفظ رواية المزني عنه في «المختصر» هاهنا، وكذا نقله شُرَّاحه وقالوا: إن القول بزوال ملكه اختيار الشافعي لا جرم.

قال الشيخ أبو محمد في «مختصر المختصر» وتابعه كثيرون منهم الغزالي في «الخلاصة»: أصح الأقوال أن تدبيره باطل وأن ملكه زائل، هذا ما رجحه الشافعي - ﷺ تعالى.

وعجبٌ قول الرافعي: يروي بعضهم بصيغة تمريض مؤذنة بضعف الرواية واستغرابها.

قال: (وَلَوْ دَبَّرَ ثُمَّ ارْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: بل إذا مات مرتدًا عتق العبد؛ صيانة لحق العبد عن الضياع، وكما لا يبطل بيعه وشراؤه، وهذه طريقة الجمهور.

والثاني: يبطل قطعًا، وعلى هذه الطريقة تبطل وصاياه.

والثالثة: البناء على الأقوال كما سبق التفريع، وإن أبطلنا تدبير المرتد فأسلم عاد ملكه وعاد تدبيره على أشبه الطريقتين عند الرافعي وغيره، وقيل: إنه على قول عود الحنث، وبها جزم البغوي، وإن قلنا ببقاء التدبير عتق المدبر من الثلث، وقيل: يعتق جميعه، وإن رعاية الثالث والثلثين تختص بالميراث، قال الرافعي: ويقال: إنه اختيار صاحب «الحاوي».

قلت: وهو ظاهر كلامه، فإنه قال على بقاء الملك، ويعتق المدبر بقتله على الردة كما يعتق بموته على الإسلام.

ثم رأيته قال: إذا قلنا ببقاء ملكه فالتدبير بحاله، فإن مات أو قتل مرتدًا عتق بموته إن خرج من ثلثه، وإلا فوجهان:

أحدهما: يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه، وهو قول البصريين، وقال البغداديون: يعتق جميعه وهو الأظهر عندي؛ لأن الثالث معتبر في الميراث دون الفيء،

وَلَوِ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ لَمْ يَبْطُلْ، وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ إِلَى دَارِهِمْ.
وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ.

وتفريع قول الوقف ظاهر، وحكى الرافعي قولًا غريبًا: إنه يبطل التدبير على قول وقف الملك.

قال: (**وَلَوِ ارْتَدَّ الْمُدَبَّرُ لَمْ يَبْطُلْ**) أي: تدبيره بردته، وإن صار دمه مهدرًا لبقاء الملك فيه وكما لا تبطل الكتابة والاستيلاد بها، فلو مات السيد قبل قتله في الردة عتق، ولو التحق بدار الحرب فسبي فهو على تدبيره، ولا يجوز استرقاقه؛ لأنه إن كان سيده حيًّا فهو له، وإن مات فولاؤه له، فلا يجوز إبطاله.

قال: (**وَلِحَرْبِيٍّ حَمْلُ مُدَبَّرِهِ**) أي: إذا كان العبد كافرًا أصليًّا.

(**إِلَى دَارِهِمْ**) أي: سواء جرى التدبير في دار الحرب ثم جاء بأمان، أو في دارنا، وكذا حكم مستولدته الكافرة الأصلية، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهرًا لظهور استقلاله بالكتابة الصحيحة.

واعلم أني قيَّدت إطلاقهم بالكافر الأصلي احترازًا من المرتد فإنه يمنع من حمله لبقاء علقة الإسلام، وكذا يمنع من حمل مكاتبه المرتد، وإن أطاعه لما ذكرته، وفي معنى المهتد ما لو انتقل العبد المدبر أو المعلق عتقه بصفة أو المكاتب أو أم الولد إلى دين آخر، وقلنا: لا يقر عليه ولا يقنع منه إلا بالإسلام، وهذا كله ظاهر، وإن لم أره صريحًا، وكنت أود لو قيل: إنه يمنع من حمل مدبره الذي يخالفه في دينه إلى دار الحرب؛ لأنه يحمله على دين نفسه، ولا سيما إذا كان طفلًا، وفي «فتاوى» ابن الصلاح ما يؤيد هذا.

قال: (**وَلَوْ كَانَ لِكَافِرٍ عَبْدٌ مُسْلِمٌ فَدَبَّرَهُ نُقِضَ وَبِيعَ عَلَيْهِ**) لما في بقاء ملكه عليه من الإذلال، ولم أر هذه الصورة في «الروضة» و«أصلها» هنا، وإنما أخذها «المحرر» من «التهذيب» وظاهر كلامه الصحة ثم النقض والبيع عليه لا أنه باطل من أصله، قيل: وقد يفهم قول الرافعي في كتاب الكتابة أنه لا يصح تدبيره للمسلم، حيث قال: إنه لو أسلم عبد لذمي فكاتبه فقولان: **أحدهما**: المنع؛ لأنه مأمور بإزالة الملك، والكتابة لا تزيله، فصار كما لو دبره أو علق

وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ نُزِعَ مِنْ يَدِ سَيِّدِهِ، ....

عتقه بصفة، وفيه نظر، والمسألة أخذها من «التهذيب» ولفظه:

أحدهما: الكتابة باطلة، ويباع عليه؛ لأن إزالة ملكه واجبة وبالكتابة لا يزول ملكه، كما لو ما دبره بعدما أسلم أو علق عتقه بصفة يباع عليه، انتهى.

فهذا يبين مراد الرافعي بالتشبيه المذكور، وعن القاضي الحسين أنه لا خلاف أنه لو أسلم عبد لكافر فدبره أنه يباع عليه، وحكى في «الذخائر»: في الاكتفاء بالتدبير وجهين، وغالب ظني أن بعض الأئمة نقل في الاكتفاء بتدبيره قولًا منصوصًا، وكنت أستغرب رواية «الذخائر» الوجهين.

ثم رأيت في آخر كتاب الجزية من «البسيط» تبعًا «للنهاية»: إنه إذا أسلم عبد لكافر كلفناه بيعه، فإن استولد حلنا بينهما ولا بيع، وإن دبرها فوجهان:

أحدهما: يحمل على البيع؛ لأن التدبير لا يمنع منه.

والثاني: أنَّا نحول بينهما ولا يبطل حقه من العتق كالمستولدة، وإن علق عتقها بصفة فطريقان: قيل: إنه كالتدبير، وقيل: يجبر على البيع قطعًا، ونسب الإمام الفرع إلى رواية صاحب «التقريب».

قلت: ويشبه أن يكون موضع التردد في صورة التعليق بالصفة فيما إذا تردد في وقوعها، كقدوم زيد، وكان أمدها بعيدًا، أمَّا لو كان معلوم الوجود قريب الوقت كقوله ليلًا: إذا طلع النهار فأنت حر، أو نهارًا إذا غربت الشمس فأنت حر أن يقال: يحال بينهما إلى وجودها نظرًا للعبد، وتخليصه من ذل الرق، ولا يبادر إلى بيعه، وكذا أقول فيما إذا دبره إن كان في حال صحته بيع عليه، وكذا في حال مرضه المرجو السلامة، أمَّا المخوف الميؤوس منه فينبغي أن ينزع منه، ويتربص به موته، ولا سيما إذا قطع الطب بموته منه عن قريب، فإن عوفي على خلاف الظن بيع عليه حينئذ، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ كَافِرٌ كَافِرًا فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَرْجِعِ السَّيِّدُ فِي التَّدْبِيرِ**) أي: بما يجعله رجوعًا من قول إن اكتفينا به أو أزاله ملكه إن اعتبرنا.

قال: (**نُزِعَ مِنْ يَدِ سَيِّدِهِ**) لما في بقائه في يده من الإذلال.

وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ، وَفِي قَوْلٍ يُبَاعُ.

(وَصُرِفَ كَسْبُهُ إِلَيْهِ) أي: كما لو أسلمت مستولدته. فإن رجع بالقول وجوَّزناه بيع لا محالة، ولا يكلف بيعه قبل الرجوع في التدبير؛ لما فيه من إبطال حق العبد من العتق.

إشارة: معنى النزع من يده ما قاله المحاملي وغيره أنه يقال له: لا نقرّه بيدك، وأنت بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم يكون في يده وينفق عليه من كسبه، فإن فضل شيء كان لك وبين أن تخارجه على شيء يدفعه، انتهى.

وإن لم يكن له كسب أخذ بتسليمه إلى ثقة وألزم بنفقته.

قال: (وَفِي قَوْلٍ يُبَاعُ) أي: وينقض التدبير دفعًا لإذلال استرقاق الكافر له، واختاره المزني، وقال الإمام في موضع آخر: إنه الأصح في القياس، وبه جزم الصيمري في شرح «الكفاية» والقولان منصوصان في «الأم» وهما جاريان كما قاله الماوردي فيما إذا علّق عتقه بصفة ثم أسلم، وجزم في «الشامل» في هذه بالإجبار على البيع، وفيه التفصيل الذي أبديته قريبًا.

ولو أوصى بعتقه بعد موته قبل على قولي المدبر، وقيل: يباع قطعًا، نقله ابن الرفعة عن «البحر» وأصل ذلك قول الماوردي: ولو أوصى بعتقه بعد موته احتمال أن يكون على قولين كالمدبر، واحتمل أن يباع قولًا واحدًا؛ لأن الوصية بعتقه أضعف من تدبيره.

قلت: ويجيء أن يقال: إن كانت الوصية في مرضه المخوف أو قرب المفارقة انتزعناه، فإن مات حملنا الورثة على بيعه، ويتعين هذا عند قطع الطب بموته عاجلًا، فإن عوفي ألزم ببيعه، فإن أبى بعناه عليه وسبق نقل الطريقين، فمن أسلم ثم علق السيد عتقه، وفيه ما يفهم التسوية بين الصورتين، وحكى بعضهم الخلاف في بيعه في الأولى قولين، والمتجه ترتيب الخلاف فيها على هذه وتلك أولى بالمنع.

تَنْبِيهٌ: قضية كلام الأئمة: إنَّا إذا اكتفينا بشيء مما سبق أن الحيلولة واجبة، وسبق أنه لو وصف صبي مميز منهم الإسلام أن الحيلولة مستحبة على

وَلَهُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ، ....

الأصح عند الشيخين وغيرهما، وظاهر النص الوجوب، فهل يأتي ذلك الخلاف هنا مطلقًا أو فيما لو كان العبد صغيرًا مميزًا، وقد حكمنا بإسلامه لإسلام أمه أم لا، ويعرف بسلطنة الملك، بخلاف الحر فيه نظر، والظاهر وجوب الحيلولة، ولو وصف الصبي المميز الرقيق الإسلام وقلنا لا يصح إسلامه استقلالًا هل يحال بينه وبين سيده لأن الظاهر استمراره عليه؟ فيه احتمال، ولم أر فيه شيئًا.

فَرْعٌ: لو أسلم المكاتب كتابة صحيحة لم يبع على الكافر لاستقلاله، فإن عجز حينئذ وقيل في بيعه قبل التعجيز قولان كالمدبر.

قال: **(وَلَهُ)** أي: وللسيد المدبر الجائز التصرف.

(بَيْعُ الْمُدَبَّرِ) أي: للحديث السابق أول الباب، وفي حكم البيع كل تصرف يزيل الملك كالهبة والوصية والوقف وغيرها، وسبق أن المذهب: إنه لا يصح رهنه.

وقال الإمام هنا: مذهب الشافعي أن التدبير لا يمنع السيد عن شيء من التصرفات التي كانت مسوغة له قبل التدبير، فله البيع والرهن والهبة وغيرها من أنواع التصرفات، انتهى.

وسواء عندنا كان التدبير مقيدًا أو مطلقًا، وسواء البيع للدين ولغير حاجة، وحديث جابر في «الصحيح» دال على ذلك، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه دبر جاريتين فكان يطأهما وهما مدبرتان.

تَنْبِيهٌ: احترزت بجائز التصرف عن الصبي والسفيه إذا صححنا تدبيرهما، فإن بيعهما لا يصح، وإنما يتعاطاه الولي على النظر لهما، هكذا أطلقه جماعة.

وقال ابن الرفعة: لو أراد بيعه لأجل إبطال التدبير لم يجز؛ لأنه لا حجر عليه فيه، كما ليس للولي أن يرجع فيه بالقول إذا جوّزناه قولًا واحدًا، نعم لو أذن له الصبي في البيع كان بيع الولي عن إذنه رجوعًا بكل حال، ذكره الماوردي.

وَالتَّدْبِيرُ تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ، ....

قلت: ورأيته في «الحاوي» ويمكن الجمع بينه وبين كلام غيره، وهذا مما يعابا به ويقال لنا.

مسألة: لا يجوز للولي فيها بيع مال الصبي إلا بإذنه، وإذا جوَّزنا الرجوع بالقول صح رجوع السفيه والصبي به على الصحيح.

فَرْعٌ: دبر رشيد ثم خرس، فإن بقي له إشارة مفهمة أو كتابة فذاك، وإلا امتنع رجوعه ولا يجوز أن يولي عليه، فيبقى العبد مدبرًا حتى يحصل للسيد إشارة مفهمة؛ لأنه مكلف رشيد فلا يولي عليه، كذا قال ابن الرفعة.

وعبارة «الشامل»: وإن لم يكن له كتابة ولا إشارة مفهومة بقي العبد على تدبيره، ولا ينصب له ولي في الرجوع عن التدبير؛ لأنه مكلف رشيد لا حاجة به إلى الرجوع، وهذه العبارة أحسن، ويؤخذ من قوله: ولا حاجة به إلى الرجوع أنه لو احتاج إليه في نفقة واجبة له أو لعياله يباع عليه.

وفي «الأم» إشارة إليه، وقولهم: رشيد، يفهم بأنه لا ينصب له قيم في أمواله، وفيه وقفة؛ لا سيما إذا آيس من برئه، وظهر مبادئ ضياع أمواله، بل المتجه أن ينصب الحاكم له قيمًا فيها؛ لأنه بقى كالأبله، ولو ترك مهملًا مع عجزه الظاهر عن التصرف فيها لضاعت، وقد قالوا: لو خرس في مجلس البيع ولم يبق له إشارة ولا كتابة أن الحاكم ينصب نائبًا عنه، والمسألة في «الأم» وليس فيها ذكر لبقاء رشده، وأنه لا يولي عليه، فيجوز أن يحمل كلامهم هذا على ما إذا لم تختل أمورهم بذلك، ولا أحتاج إليه لقلة ماله وبقاء فهمه وغير ذلك، ولينظر فيما لو دبر ثم جن جنونًا لا يرجى برؤه، وهل يقوم وليه مقامه في الرجوع بالبيع أو القول كالصبي وأولى؛ لأنه لا غاية للمجنون، والصبا ينصرم.

قال: **(وَالتَّدْبِيرُ تَعْلِيقُ عِتْقٍ بِصِفَةٍ)** أي: نظرًا إلى الصفة، ولهذا لا يحتاج إلى إحداث تصرف أو قبول بعد الموت بخلاف الوصية.

قال الرافعي: هذا ما رجحه الأكثرون، ومنهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه، وابن كج، وقال: إنه المنصوص في أكثر كتبه الجديدة، وبه قال أبو

وَفِي قَوْلٍ وَصِيَّةٌ، فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعُدِ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ كَأَبْطَلْته فَسَخْتُهُ نَقَضْتُهُ رَجَعْتُ فِيهِ صَحَّ إِنْ قُلْنَا وَصِيَّةٌ وَإِلَّا فَلَا.

إسحاق، ونسبه الماوردي إلى اختيار أكثر المتأخرين.

قال: (**وَفِي قَوْلٍ وَصِيَّةٌ**) أي: للعبد بالعتق نظر إلى اعتباره من الثلث، وهذا ما نص عليه في «البويطي».

قال الماوردي: واختاره المزني والربيع، وممن رجحه القاضيان الطبري والروياني، والموفق ابن طاهر، والجويني في «مختصره» ومن تبعه، والغزالي في «خلاصته» ويعضده قول الشافعي في «الأم»: ولا أعلم من أدركت من المفتين اختلفوا في أن المدبر وصية من الثلث، قال الربيع: للشافعي في المدبر قولان، فذكر الأول، ثم قال: والثاني أنه وصية من الوصايا يرجع فيها باللسان كما يرجع في الوصية، وهذا أصح القولين عندي، انتهى.

قال: (**فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ مَلَكَهُ لَمْ يَعُدِ التَّدْبِيرُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) إذا زال ملكه عنه ببيع أو هبة مقبوضة، أو إصداق ونحوها ثم عاد إلى ملكه، فإن قلنا التدبير وصية لم يعد التدبير قطعًا، كما لو أوصى بشيء ثم باعه، ثم عاد إلى ملكه، وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فعلى الخلاف في عود الحنث، وحينئذ فالأظهر لا يعود التدبير، وما اقتضاه كلام المصنف من نقل طريقين منتقد، وقوله: فلو باعه، هل يجري الخلاف المشار إليه؟ فلو باعه الولي لحاجة أو مصلحة أو الحاكم في دينه ثم عاد الملك أم لا؟ لم أر فيه تصريحًا، والظاهر أنه لا فرق، ويحتمل أن يفرق بين بيع الحاكم وغيره.

قال: (**وَلَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ كَأَبْطَلْته فَسَخْتُهُ نَقَضْتُهُ رَجَعْتُ فِيهِ**) أي: ونحوها.

(**صَحَّ إِنْ قُلْنَا وَصِيَّةٌ**) كسائر الوصايا.

(**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن جعلناه تعليق عتق بصفة فلا، وإنما يرفعه إزالة ملكه عنه كسائر التعليقات، وسواء في جريان القولين التدبير المطلق والمقيد، وقيل: يختص الخلاف بالمطلق، أمَّا المقيد فلا يصح الرجوع فيه قطعًا، وقيل: على

....

الخلاف في المقيد، أمَّا المطلق فلا رجوع فيه قطعًا، ذكره الجيلي وهو غريب.

قال الرافعي: ولا خلاف أنه لو قال: اعتقوا عني إذا مت أنه يجوز الرجوع فيه بصريح لفظ الرجوع كسائر الوصايا، ولا في أنه إذا ضم إلى الموت صفة أخرى، فقال: إذا مت فدخلت الدار ولبست فأنت حر لا يجوز الرجوع بالقول، وإنما القولان في التدبير.

تنبيهات: المفهوم من كلام المصنف أن المبطل للتدبير هو زوال الملك ببيع ونحوه، لا تعريضه للزوال، ولهذا قال في «المحرر»: وإذا باعه أو وهبه وأقبضه ثم عاد إليه، وفي «التنبيه» وغيره: إنه إذا وهبه ولم يقبضه بطل التدبير، وقيل: لا يبطل.

قال ابن الرفعة: وبناه بعضهم على القولين إن قلنا وصية بطل، أو تعليق فالمبطل نقل الملك، ولم يوجد، وعن رواية الشيخ أبي علي إن جعلناه وصية بطل أو تعليقًا فوجهان، قال الإمام: ولست أعرف لهذا وجهًا.

وعلى هذه الطريقة جرى الرافعي والمصنف، وحكما بأن الأصح أنه لا يحصل الرجوع، وفي «البحر» أن بعضهم جزم بكونه رجوعًا على القولين؛ لأن الهبة قبل القبض تقتضي زوال الملك، وذكر أن هذا اختيار القاضي أبي حامد حيث قال في «الجامع» ولا يصح الرجوع عن التدبير إلا بإخراجه عن ملكه في أظهر قوليه في الجديد، وينتقض التدبير على هذا القول بكل عقد يؤدي إلى خروجه عن ملكه، وإن لم يتم فإذا وهبه هِبَةَ بَتَاتٍ قبضه الموهوب له، أو لم يقبضه رجع في الهبة، أو لم يرجع أو أوصى به لرجل أو تصدق عليه، أو قال: إن أدى بعد موتي كذا فهو حر، فهذا كله رجوع في التدبير، قال: وهذا نقله بعينه من كتاب التدبير من الأم فبطل به القول بالبناء على القولين، انتهى.

وأقره ابن الرفعة، ولفظ «الأم» بحروفه.

قال الشافعي: ولو لم يلزم سيده دين كان له إبطال تدبيره، فإن قال سيده: قد رجعت في تدبير هذا العبد، أو أبطلته أو نقضته، أو ما أشبه ذلك مما يكون

....

مثله رجوعًا في وصيته لرجل لو أوصى له به لم يكن ذلك نقضًا للتدبير، حتى يخرجه عن ملكه ذلك، وهو يخالف الوصية في هذا الموضع، ويجامع معنى الإيمان، وكذلك لو دبره ثم وهبه الرجل هِبَةَ بَتَاتٍ قبضه أو لم يقبضه، أو رجع في الهبة أو تم عليها، أو أوصى به لرجل أو تصدق به عليه، أو وقفه عليه في حياته أو بعد موته، أو قال: إن أدى بعد موت كذا فهو حر فهذا كله رجوع في التدبير ناقضًا، انتهى.

وذكر بعد هذا صورًا في معناه، فذكر أنه لو أوصى بنصفه لرجل كان النصف للموصى له به، والنصف الباقي مدبرًا، فإن رد الموصى له الوصية لم يعتق بموت السيد منه، إلا النصف؛ لأنه قد أبطل التدبير في النصف الموصى به، وكذلك لو وهب نصفه أو باع نصفه المسألة، فهذا النص كما تراه كالمصرح على قول التعليق بموافقة صاحب «التنبيه» وغيره في ترجيح أن الهبة غير المقبوضة مبطلة للتدبير، عكس ما رجحه الرافعي والمصنف وغيرهما.

فإن قلت: فقد ذكر الرافعي أن المزني احتج لجواز الرجوع عن التدبير بأنه قد نص على أنه لو قال: إن أديت إلي ورثتي كذا بعد موتي فأنت حر، كان ذلك رجوعًا لا يعتق، إلا إذا أدى ما ذكره، وإنه لو وهب المدبر ولم يقبضه وحصل الرجوع، وأجاب الأصحاب عن الأول: بأن ما ذكره تفريع على قول جواز الرجوع لفظًا، فإن لم يجوزه لم يكن رجوعًا، وإذا مات عتق المدبر، وعن الثاني: بمثل هذا الجواب.

وذكر بعضهم أنه إذا وهب حصل الرجوع على القولين وإن لم يقبضه؛ لأن إفضاء الهبة إلى زوال الملك، قال الإمام: والوجه القطع بأن مجرد الهبة لا يبطل التدبير على قولنا أتم تعليقي، نعم إذا اتصل بها الإقباض، فإن قلنا يحصل الملك عند القبض فحينئذ ينقطع التدبير، وإن قلنا يتبين إسناد الملك إلى حالة الهبة، فهل يتبين انقطاع التدبير من وقت الهبة، فيه تردد، وكذا لو فرض بيع بشرط الخيار، وقلنا: إنه يزيل الملك فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع؟ فيه تردد.

قال: وأثر ذلك أنَّا إذا قلنا: إنه لو زال الملك على وجه اللزوم وعاد، فالتدبير منقطع، فلو زال على الجواز وعاد هل يحكم بانقطاع التدبير؟ فيه تردد، والذي أطلقه صاحب «التهذيب» أن البيع بشرط الخيار يقطع التدبير على القولين، ولو باع نصف المدبر أو وهب وأقبض بطل التدبير في النصف المبيع أو الموهوب، وبقي الثاني، هذا كلام الرافعي، وهو ناص على أن الأصحاب حملوا النص المذكور على أنه مفرع على جواز الرجوع باللفظ.

قلت: كذا قاله كثيرون، وفيه نظر، والمتبادر من سياق النص ما فهمه القاضي أبو حامد ومن تبعه، وكلام المحاملي في «المجموع» والدارمي، وابن الصباغ، والعمراني لا يدل على ترجيح طريقة البناء، حيث قالوا ما حاصله: فإن وهبه ولم يقبضه قيل على القولين، وقيل: رجوع عليهما، وعليها جرى القاضي أبو الطيب، ولم أر لجمهور العراقيين ترجيحًا.

وقد قال المزني في كتاب الرهن: وقال في الكتاب الجديد آخر ما سمعناه منه: لو قال في المدبر إن أدى كذا بعد موتي فهو حر، أو وهبه هِبَةَ بَتَاتٍ قبض أو لم يقبض ورجع، فهذا رجوع في التدبير، هذا نص قوله: فقد أبطل التدبير بغير إخراج له من ملكه، انتهى.

ويبعد كل البعد أن يكون الشافعي أراد بقوله في «الأم» وكذلك لو دبره ثم وهبه لرجل آخر التفريع على قول جواز الرجوع باللفظ الذي صدر كلامه بأنه لا يكفي، ولا يحصل به الرجوع من غير فاصل بين الكلامين.

وقال في «مختصر» البويطي: والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع أو الهبة، وتحويله إلى غير ملكه، وليس الرجوع بالكلام، ولا يكون إلا أن يزول ملكه، انتهى لفظه.

وهو محتمل والمذهب نقل، وإن كان الأقيس خلاف النص، والله أعلم.

فروع: رهن المدبر هل يرفع التدبير فيه طرق:

أصحها: البناء على أنه وصية أو تعليق.

وَلَوْ عُلِّقَ مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصِّفَةِ.

وثانيها: إنه ليس برجوع على القولين، **ثالثها**: إنه رجوع عليهما، ونقل في «الترغيب» بناء الرهن والكتابة على القولين، ثم قال: وعندي أن الرهن رجوع؛ لتعريضه للبيع دون الكتابة؛ لأنه يكون مكاتبًا مدبرًا، انتهى.

قال الدارمي: فإن أوصى به فعلى القولين، وقيل: رجوع، فإن قلنا: ليس برجوع كان كمن وصى بشيء لنفسين، انتهى.

في «فتاوى» القفال: إذا قال لمدبره: إن دخلت الدار فأنت حر يكون رجوعًا، بخلاف ما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي لا يكون رجوعًا، انتهى.

إذا جعلناه وصية ارتفع بالعرض على البيع، وسائر ما ذكر في الرجوع عنها إلا الوطء، قال الدارمي: فإن باعه بيعًا باطلًا فعلى وجهين، ولا أثر لاستخدام وتزويج وإجارة على القولين.

قال: (وَلَوْ عُلِّقَ مُدَبَّرٌ بِصِفَةٍ صَحَّ) أي: وبقي التدبير بحاله، كما لو علق المدبر بصفة فإنه يجوز.

(وَعَتَقَ بِالْأَسْبَقِ مِنَ الْمَوْتِ وَالصِّفَةِ) أي: فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق، وإن مات قبلها عتق بالتدبير، هذا ما في «التهذيب» وخرج الإمام المسألة على الخلاف في الكتابة.

وكلام «الوسيط» و«البسيط» يقتضي تفصيلًا وهو: إنه إن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فهو رجوع عن التدبير المطلق؛ لأنه ينافي تعليق الحرية بمجرد الموت.

قال الرافعي: وهذه الصورة مثل قوله: إن أديت إلى ذريتي بعد موتي كذا فأنت حر، وقد ذكرنا أنها مخرجة على الخلاف، وإن الأرجح لا يرفعه.

ثم اعلم أن التفصيل المذكور قد نسبه ناسبون إلى نصه في الأم، وادعى القاضي أبو الطيب أن قوله: إن دخلت الدار بعد موتي ونحوه يرفع التدبير على القولين، وهو كاحتجاج المزني بنصه فيما إذا قال: إن أديت بعد هذا كذا، انتهى.

وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ، وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا، فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ، ....

وقد بيَّنا ذلك، وسقنا نصه في «الأم» بحروفه، وقد قدَّمنا قريبًا عن «فتاوى» القفال عكس ما في «الوسيط» و«البسيط»؛ فالله أعلم.

ولو علق عتق عبده بصفة ثم دبره صح وعتق بالأسبق منهما.

قال: (**وَلَهُ وَطْءُ مُدَبَّرَةٍ**) أي: لبقاء ملكه، وصح ذلك عن ابن عمر - ﷺ - كما سبق ولا خلاف فيه.

قال: (**وَلَا يَكُونُ رُجُوعًا**) أي: وإن جعلنا التدبير وصية سواء عزل أم لا؛ لأنه هناك يدل على قصد الإمساك هنا إن أحيل حصل الاستيلاد، وهو تحقق مقصود التدبير على ما سيأتي بحثًا فيه.

قال: (**فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ**) قال الرافعي: هذا ما أورده أكثر سلف الأصحاب، وخلفهم ووجه بأن الاستيلاد أقوى فيرتفع بها، والأسبق كما يرتفع النكاح بملك اليمين، ولهذا لو دبر مستولدته لا يصح؛ لأنها تستحق العتق بالموت صحة هي أقوى من التدبير.

قال: وفي طريقة الصيدلاني أنه لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها بموته سببان، وعلى هذا جرى الإمام والغزالي مع اعتراف الإمام بأنه لا أثر لبقاء التدبير.

وقال الروياني في «الكافي»: وقيل: لا نقول ببطلان التدبير، ولكنه يدخل في الاستيلاد، كما لو طرأت الجنابة على الحدث.

قلت: وفي «تعليق» القاضي الحسين وإبراهيم المروزي هاهنا الجزم بأن الاستيلاد لا يبطل التدبير، حتى لو قال السيد: مدبري أحرار عتقت، فقد ظهر لبقاء التدبير أثر، وبهذا جزم الخوارزمي في «الكافي» وصرح الرافعي من بعد أن هذا من فوائد الخلاف، ومن آثاره البر والحنث في اليمين، وفيما لو مات السيد قبل أن تلد أو يتحقق حملها ويظهر فتأمله.

وجزم الشيخ أبو محمد في الفروق بأن استيلادها لا يبطل التدبير، وإن عتقت على حكم الاستيلاد.

وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ، وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مُكَاتَبٍ ....

قال: وفائدة ذلك أنها تستتبع أولادها قولًا واحدًا، والمدبرة التي تمحض تدبيرها لا تستتبعهم على أحد القولين، وهذه الطريقة أقوى وأغوص، ويوافقها سكوت جماعة عن بطلان التدبير.

وقوله في «البويطي»: والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع والهبة، وتحويله إلى غير ملكه، انتهى.

وقال الماوردي: قال أبو حامد: يبدل التدبير بالإيلاد وليس هذا بصحيح؛ لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ منه، فصار داخلًا فيه وغير مبطل له، كطريان الجنابة على الحدث، تدخل فيها ولا يرتفع بها.

واختلف كلام البغوي، ففي «التهذيب» جزم ببطلان التدبير، وفي «التعليق» جرى على طريقة المراوزة، ثم قال: وقال العراقيون: من أصحابنا يبطل التدبير بالاستيلاد.

قلت: ولعل من حكم ببطلان التدبير أراد أن عتقها يكون من رأس المال، لا بطلان أثاره مطلقًا، وذلك لا نزاع فيه، وقال في «البويطي» أيضًا: ولا يكون الرجوع في المدبر إلا بالخروج من ملكه، ثم قال بعده بقائمة: ولو دبر أمه فوطئها فولدت كانت أم ولد يعتق بموته من رأس المال، انتهى.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ أُمِّ وَلَدٍ**) أنها استحقت العتق بالموت بجهة هي أقوى من التدبير.

قال: (**وَيَصِحُّ تَدْبِيرُ مُكَاتَبٍ**) كما يصح أن يعلق عتقه على صفة، فإن أدى المال قبل موت السيد أو أبرأه منه عتق بالكتابة، وفي الإبراء شيء سيأتي، وإن عجز أو عجزه السيد بطلت الكتابة وبقي التدبير، ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز عتق بالتدبير، إن وفًى به الثلث، وحينئذ فعن الشيخ أبي حامد أنه تبطل الكتابة، قال ابن الصباغ: وعندي ينبغي أن يتبعه ولده وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق وجب ألَّا يملكه بالتدبير.

وَكِتَابَةُ مُدَبَّرٍ].

قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه.

قلت: وعلى ذلك جرى في «البحر» قال ابن الرفعة: وينطبق على ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا لنفسه ما أورده البندنيجي والإمام هنا في مسألة إحبال المكاتبة بأن السيد إذا مات عتقت بموته عن الكتابة، ويتبعها كسبها؛ لأن العتق إذا وقع بالكتابة لا يبطل حكمها، كما لو باشرها به، وإذا كان الاستيلاد الأقوى لا يبطل أحكام الكتابة إذا حصل العتق بسببه، فالتدبير الذي هو ضعيف بذلك أولى، انتهى.

وأمَّا إذا لم يف الثلث بجميعه فيعتق منه ما يحتمله الثلث بسبب التدبير، ويبقى الباقي على الكتابة، ويسقط عنه من النجوم بقدر ما عتق منه إن كان النصف فنصفها أو الربع فربعها وهكذا.

قال: (وَكِتَابَةُ مُدَبَّرٍ) أي: ولا يبطل التدبير.

قال الرافعي: هل يرتفع التدبير بالكتابة؟ فيه وجهان مبنيان على القولين: إن جعلنا وصيه ارتفع، أو تعليقًا بصفة فلا فيكون كاتبًا مدبرًا، كما لو دبر مكاتبه.

ثم ساق ما قدمناه من تفريع الأداء وعدمه ووفاء الثلث به وقدمه، ثم قال: وهذا ما يحكى عن النص في «الأم» وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وجماعة، وزاد القاضي أبو حامد فقال: يسأل عن كتابته، فإن أراد بها الرجوع عن التدبير ففي ارتفاعه القولان، إن قال: لم أقصد بها الرجوع فهو مدبر مكاتب على القولين، ورأى ابن كج القطع بأن الكتابة ترفع التدبير كما لو باعه.

قلت: وهذا يوافق ما سبق عن القاضي أبي حامد، وتقدم عن «الأم» وأنكر الماوردي على الشيخ أبي حامد تخريج المسألة على قولين فقال: إن جعلنا التدبير في حكم العتق بالصفة لم يبطل بالكتابة، وإن جعل في حكم الوصايا قال أبو حامد: بطل.

وليس بصحيح عندي بل يكون تدبيره بعد الكتابة باقيًا، وإن جرى مجرى الوصايا ولا تكون الكتابة رجوعًا فيه؛ لأن الرجوع إبطال العتق والكتابة مفضية

……

إلى العتق، فناسبت التدبير ولم تبطله، انتهى.

ويشهد للماوردي قوله في «الأم»: وإذا دبره ثم كاتبه فليست الكتابة إبطالًا للتدبير، إنما الكتابة في هذا الموضع بمنزلة الخراج، والخراج بدل من الخدمة، وله أن يخدمه وأن يخارجه وكذلك يكاتبه إذا رضي، انتهى.

وحكى الإمام القولين عن رواية صاحب «التقريب» فيما إذا قلنا: التدبير وصية، فهل تكون الكتابة رجوعًا أم لا؟ قال ابن الرفعة: وكان قياس ما حكاه القاضي أبو حامد في «الجامع» أن يكون رجوعًا قولًا واحدًا، وإن قلنا أنها وصية؛ لأنها عقد يفضي إلى زوال الملك كالهبة قبل القبض.

وقد حكي عنه أنه قال: يسأل، وذكر ما حكاه الرافعي عنه، قال: وكان الفرق بين الهبة ونحوها وبين الكتابة أن الهبة إذا تمت بالقبض فات التدبير فلذلك أبطلته، وإن لم تقبض نظر إلى آخر الأمر، والكتابة في ابتدائها لا تزيل الملك، وإذا تمت بالأداء حصلت مقصود التدبير وهو العتق، فلم تكن منافية له حالًا ومالًا، والرجوع إنما يكون للمنافي لا بالمناسب، ولهذا رد الماوردي على الشيخ أبي حامد تخريج المسألة على قولين، وإن أجرى مجرى الوصية، انتهى.

وهذا كلام حسن فقيه، ويخرج مما ذكرناه في المسألة طرق، والشافعي ذكر مسألة الكتابة في «الأم» ولم يذكر سؤال السيد ما أراد، ثم قال متصلًا بها: ولو دبر السيد عبده ثم قال: اخدم فلانًا لرجل حر ثلاث سنين وأنت حر، فإن غاب المدبر القائل أو خرس أو ذهب عقله، قيل: يسأل لم يعتق العبد أبدًا إلا أن يموت السيد المدبر، وهو يخرج من الثلث، ويخدم فلانًا ثلاث سنين، فإن مات فلان قبل موت السيد أو بعده ولم يخدمه ثلاث سنين لم يعتق أبدًا؛ لأنه أعتقه بشرطين فبطل أحدهما، وإن سئل السيد فقال: أردت إبطال التدبير وأن يخدم فلانًا ثلاث سنين فهو حر، وإن مات فلان عتق قبل أن يخدمه العبد لم يعتق، وإن أراد الرجوع في الإخدام رجع فيه ولم يكن العبد حرًّا، فإن قال: أردت أن يكون مدبرًا بعد خدمة فلان ثلاث سنين، والتدبير بحاله لم يعتق إلا بهما معًا كما قلنا في المسألة الأولى، هذا لفظه بحروفه ﷺ.

قال المصنف: [فَصْلٌ]: وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الْأَظْهَرِ.

قال الشارح: قال:

(فَصْلٌ)

وَلَدَتْ مُدَبَّرَةٌ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه عقد يقبل الرَّفع، فلا يسري إلى الولد كالرَّهن، وهذا ما صححه المحاملي في «المقنع» والإمام وصاحب «التنبيه» والبغوي والفارقي.

والثاني: يثبت كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهَدي.

وقال الرافعي في «شرحه الصغير»: وهذا أظهر عند أكثرهم، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، ونسب في «الكبير» ترجيح الأولى إلى الإمام والبغوي، واختار المزني ثم قال: وأظهرهما على ما ذكر الشيخان أبو حامد والقفال وغيرهما، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، نعم؛ وعبارة «أصل الروضة»: يسري التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين ثم زاد: قلت: بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها، والله أعلم.

قلت: الظاهر في النسبة إلى الأكثرين التبعية كما قاله الرافعي، فإنه الذي صححه الشيخ أبو حامد وأتباعه.

قال البندنيجي: قول المنع ضعيف، واختلف ترجيح المحاملي فصحح في «المقنع» المنع، وقال في «المجموع»: الصحيح يتبعها، وبه قال عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمرو وابن عمر أيضًا ﷺ وهو قول الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم.

وقال ابن عبد البر: رُوِيَ عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وجابر، ولا أعلم لهم مخالفًا من الصحابة، انتهى.

وممن صححه من المراوزة: الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» والروياني في «حليته» وغيرهم، ولم أر ترجيح المنع لغير من قدَّمته، وسكت عن الترجيح في «الحاوي» و«الشامل» و«الاستذكار» و«البيان»

وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

و«الشافي» و«المستظهري» و«التحرير» و«الإبانة» و«العمد» و«البسيط» و«الوسيط» و«الوجيز» و«الترغيب» وإبراهيم المروزي في «تعليقه».

تنبيهات:

منها: القولان منصوصان، صرَّح به الجمهور، ثم قيل: مبنيان على القولين السابقين، إن قلنا: التدبير وصية لم يتبعها، وإن قلنا: تعليق تبعها، والصحيح، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والجمهور كما قال الماوردي: إنهما أصل بذاته غير معنيين على شيء، بل هما جاريان على القولين جميعًا، وقيل: إن قلنا وصية لم يتبعها بلا خلاف، وإن قلنا: تعليق فهو محل القولين وقيل هما مبنيان على أن الحمل يكون تبعًا أو يأخذ قسطًا، ذكره الماوردي.

ومنها: لا خلاف نعلمه أن من ولدته قبل التدبير لا يتبعها فيه، وإنما التردد فيمن حدث بعده، وانفصل قبل موت السيد، أمَّا لو كانت حاملًا عند موته عتق معها بلا خلاف، فإن لم يتحملها الثلث عتق قدر الثلث، وإن كانت حاملًا عند التدبير فسيأتي بيانه.

ومنها: لو انفصل أحد التوأمين قبل التدبير، ثم الآخر بعده، واتفق على ذلك فهل يكونان كالمنفصلين قبل التدبير أو بالعكس أو يعطي كل حكمه وهو الأشبه؟ لم يحضرني فيه شيء، وسيأتي له نظير في البيع.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ حَامِلًا ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ**) أي: قولًا واحدًا وإن قلنا: الحمل لا يعرف كما يتبع في العتق والبيع بلا خلاف، وقيل: إن قلنا أن الحمل يعرف ـ وهو الأصح ـ فمدبر، وإلا فقولان كالولد الحادث.

قال الرافعي: وقد ذكر أن تبعية الحمل لها في التدبير ليس على سبيل السراية، ولكن اللفظ يتناوله، وإنما يعرف كونه موجودًا يوم التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير فهو حادث لا محالة، وإن ولدته لما بين المدتين فينظر ألها زوج أم لا؟ وسبق مثله مرات، وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير وأتت بولد لدون أربع سنين من الفرقة فقولان.

فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا دَامَ تَدْبِيرُهُ، وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا، وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلًا صَحَّ، فَإِنْ مَاتَ عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ، وَإِنْ بَاعَهَا ....

قال البغوي: أصحهما: يجعل موجودًا يوم التدبير كما في النسب.

قال: (**فَإِنْ مَاتَتْ**) أي: الأم في حياة السيد.

(**أَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا**) أي: حيث نصححه بقول أو غيره.

(**دَامَ تَدْبِيرُهُ**) كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبله، والرجوع فيه حال اجتنابه كالرجوع بعد انفصاله.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ رَجَعَ وَهُوَ مُتَّصِلٌ فَلَا**) أي: فلا يدوم تدبيره بل يتبعها في الرجوع كما يتبعها في التدبير، والخلاف فيما إذا أطلق الرجوع، فإن قال: رجعت في تدبيرها دون تدبيره فلا يخفى الحكم، وإذا رجع في تدبيرها دون الحمل ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع فهو مدبر، أو لأكثر من ذلك، ولها زوج يفترشها لم يكن مدبرًا؛ لاحتمال حدوثه، ولو رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل وجوزنا الرجوع باللفظ ارتفع تدبيره وبقي في الأم، وقيل: لا يصح الرجوع فيه ما دام حملًا مع بقاء التدبير في الأم.

وإذا رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناه أو باع أحدهما بقي التدبير في الباقي، وإن كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما أقرع بينهما على الأصح، وقيل: يقسم العتق بينهما، وصححه البغوي في «تعليقه».

ولو دبرها حاملًا وتبعها على المذهب عند الإطلاق فاستثناه فقال: أنت مدبر دون حملك، قال الماوردي: صح الاستثناء إن ولدته قبل موته وبطل إن ولدته بعد موته؛ لأن الحرة لا تلد إلا حرًا.

قال: (**وَلَوْ دَبَّرَ حَمْلًا**) أي: بمفرده.

(**صَحَّ**) كما يصح إعتاقه، ولا يتعدى إلى الأم.

(**فَإِنْ مَاتَ**) أي: السيد.

(**عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ**) لما قدَّمناه.

قال: (**وَإِنْ بَاعَهَا**) أي: حاملًا.

صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا عَنْهُ.

(**صَحَّ وَكَانَ رُجُوعًا عَنْهُ**) أي: عن تدبيره ثم موضع الجزم بصحة البيع فيهما إذا قصد به الرجوع، فإن لم يقصده فوجهان أو فقولان كما قال الماوردي:

أحدهما: لا يصح في الولد، ويصير كأنه استثناه، وإذا لم يصح فيه لا يصح في الأم على الظاهر كبيع الحامل بِحُرّ، وأصحهما: الصحة.

منها: وحصول الرجوع قصده أو لم يقصده، كما لو باع مدبرة ونسى تدبيره يصح، ويحصل الرجوع.

وقال الماوردي: أصح القولين: الصحة، والثاني وهو المنصوص: البطلان؛ لأن حكم الحمل مخالف لحكم أمه.

وفي سلسلة الشيخ أبي محمد: إذا باع مدبرة حُبْلَى بمدبر فالمنصوص أنه لم ينو بهذا العقد رجوعًا عن تدبير الحمل فالبيع باطل فيهما جميعًا، وفي المسألة قول مخرج أن البيع موقوف، فإن استبان حقيقة الحمل فالبيع باطل، وإن كانت ريحًا أنفست فالبيع صحيح، وهذان القولان مبنيان على قولين فيما إذا قال لأمته الحُبْلَى من زوج أو زنا: ما في بطنك حر، ثم باعها ففي البيع قولان: أحدهما: إنه باطل، والثاني: إنه موقوف إن استيقنًا الحمل قطعنا بالبطلان، وإن تبينًا أنها حامل حكمنا بصحته.

فروع: إذا قلنا ولد المدبرة مدبر فقال السيد: إنما ولدتيه قبل التدبير، فقالت: بل بعده، صدق السيد بيمينه، نص عليه؛ لأن الأصل بقاء ملكه في ولدها وعدم التدبير، ولو اختلفت مع الوارث بعد موت السيد، فقال الوارث: ولدته قبل التدبير، وقالت: بعده، وعتق بموت السيد صدق الوارث بيمينه على الصحيح، وقيل: هي؛ لأنها لم تسلم للورثة يدًا ولا ملكًا، قال الماوردي: فلو نكل الوارث ردت اليمين على الأم، فإن حلفت عتق، وإن نكلت فهل يحكم برقه أو يوقف أمره ليحلف هو بعد بلوغه؟ فيه وجهان.

قال في «التهذيب»: وتسمع دعواها لولدها حسبة حتى لو كانت قِنَّة،

....

وادعت على السيد أنه دبر ولدي تسمع دعواها، ومن نظائر المسألة ما لو قال لمكاتبته: ولدتيه قبل الكتابة فهو قن لي، فقالت: بل بعدها، ويكاتب ولا بينة صدق السيد بيمينه، وقيل: هي، ورجحه ابن كج.

ولو زوَّج أَمَته من عبده ثم كاتبه ثم باعها منه وأتت بولد، فقال السيد: ولدته بعد الكتابة فهو قن، وقال المكاتب: بل بعد الكتابة والشراء، وقد تكاتب على صدق المكاتب بيمينه. وفرَّق الرافعي بأن المكاتب هاهنا يدَّعي ملك الولد لما مرَّ أن ولد أَمَته مِلكه، ويده مقرة على هذا الولد، واليد تدل على الملك، والمكاتبة هناك لا تدَّعي الملك ولا تقر يدها على الولد، وإنما تدَّعي توقف أمره وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة للسيد على ما تدَّعيه، كذا ذكره هناك، وقوله: ولا تقر يدها على الولد وهو مورد النزاع.

وقد احتج ابن كج لما رجحه من تصديقها بأن المكاتبة تثبت لها اليد على نفسها وولدها، بخلاف المدبرة، وما ذكره في ولد المكاتب نحو ما ذكره الإمام في أواخر «النهاية»: إنه لو باع أَمَة وأتت بولد، وتنازع المتبايعان فيه، فقال البائع: ولدته قبل البيع فهو لي، وقال المشتري: بل بعده فهو لي، فمن المصدق؟ قال: كتب الحليمي إلى الشيخ أبي زيد يسأله عن ذلك فأجاب بأنه يكون للبائع؛ لأن الأصل استمرار ملكه عليه، انتهى.

قال الرافعي: وإذا تنازع السيد فعلى ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة عدنا إلى مسألتنا، ولو قالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث: بل قبل التدبير صدق بيمينه، والتنازع على هذا التصوير يجري، وإن قلنا: إنه لا يتبعها في التدبير، هكذا ذكره الرافعي.

وقال الماوردي: إذا قالت ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقال الوارث: بل قبل موته، فهو قن، فإن قيل: إن ولد المدبرة يتبعها فلا أثر لهذا التنازع، وإن قلنا: لا يتبعها فلتنازعهما تأثير؛ لأنها تدَّعي عتقه، والوارث رقه فهذا على ضربين:

أحدهما: إن تقر بأنه جرى عليه في العلوق حكم الرق لولادته لدون ستة أشهر من موت السيد، فيصدق الوارث بيمينه.

والضرب الثاني: إن ينكر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق، وأنها علقت به في الحرية وولدته بعد موت السيد لستة أشهر فأكثر، فتصدق بيمينها؛ لأن الأصل في الناس الحرية والرق طارئ، فإن حلفت كان حرًّا، وإن نكلت فعلى وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على الوارث إذا قيل فيما تقدم: إن نكول الوارث لا يوجب وقف اليمين.

والثاني: لا ترد اليمين عليه وتوقف اليمين على بلوغ الصبي، فإن حلف بعد بلوغه كان حرًّا، وإن نكل ردت اليمين على الوارث، وهذا إذا قيل فيما تقدم: إن نكول الوارث يوجب وقف اليمين، انتهى.

ولو كان في يد المدبر مال فقال أخذته بعد موت السيد، وقال الوارث: بل قبله فهو لي، صدق المدبر بيمينه ليده، ولو أقام الوارث بينة على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد، فقال: كان في يدي لكنه كان لفلان فملكته بعد موت السيد، صدق المدبر أيضًا، نصَّ عليه، وعلل بأن البينة لم تتعرض إلا للسيد، وبأن البينة تشهد بيد متقدمة، ويد المدبرة ثابتة في الحال، هكذا ذكره الرافعي.

وقال الماوردي: إذا نازعه الوارث مالًا في يده فالقول قول المدبر بيمينه إن كان للوارث بينة بتقدم كسبه حكم بها ولو شاهد يمين، وهذا إذا شهدت أنه اكتسبه في حياة سيده، فأمَّا إن شهدت أن هذا المال كان في يده في حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان، من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة.

أحدهما: يقبل ويحكم به للوارث.

والثاني: لا، ويكون للمدبر بيمينه.

واعلم أن عبارة غير الرافعي فيما إذا أقام الوارث بينة على أن هذا المال

وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا لَمْ يَعْتِقْ الْوَلَدُ، وَفِي قَوْلٍ إنْ عَتَقَتْ بِالصِّفَةِ عَتَقَ.

كان في يدها قبل موت سيدها، فادَّعت أنه كان في يدها لغيرها وأنها ملكته بعد موته من جهة مالكه، هكذا صرح به البندنيجي عن النص، وهذا الإيهام للمالك أوضح من تسميته إن كان مرادًا بخلاف تسميته كما صوره الرافعي؛ إذ قد يقال مع التسمية: إنه اعترف به لمعين فيراجع فإن صدقه فذاك، وإن كذَّبه ترجح جانب الوارث، وتأمل هذا الموضع مع ما تقدَّم في الدعاوى، فيما لو ادَّعى عينًا في يد غيره، فذكر أنها كانت لأجنبي عينه، وأنها انتقلت منه إليه إن كنا ذكرناه هناك.

قال: (**وَلَوْ وَلَدَتْ الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا لَمْ يَعْتِقْ الْوَلَدُ**) لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يتعد إلى الولد كالرهن والوصية وبهذا قطع بعضهم.

(**وَفِي قَوْلٍ: إنْ عَتَقَتْ بِالصِّفَةِ عَتَقَ**) أي: كولد أم الولد، ورتَّب الصيدلاني وغيره الخلاف فيها على الخلاف في ولد المدبرة، والمنع هنا أولى، والحاصل للرافعي على ترجيح عدم التبعية هنا هذا الترتيب، قال: وجعله القفال وغيره أظهر وبه قطع بعضهم. واعلم أن القولين في ولد المعلقة منصوصان في «الأم» وقضية سياق العراقيين أو أكثرهم اتحاد الترجيح فيه، وفي ولد المدبرة، وإنهما على حد واحد.

وعبارة الدارمي وغيره: وإن علَّق بصفة فولدها على القولين، وقال الماوردي: من ولدته قبل عقد الصفة مملوك، ومن ولدته بعد وجود الصفة كدخول الدار حر، ومن ولدته بعد عقد الصفة وقبل وجودها ففيه قولان كالمدبرة سواء، فلو قال لها: أنت حرة بعد موتي بسنة كان من ولدتهم في حياته على رقه، ومن ولدتهم بعد موته بسنة أحرارًا، ومن ولدتهم بعد موته وقبل مضي السنة اختلف أصحابنا فيهم، فمنهم من خرجه على قولين، وسوَّى بين عقد الصفة بعد الموت وعقدها قبله.

ومنهم من أعتقهم قولًا واحدًا، وفرق بأنه قبل الموت يجوز أن يستفيد ملكًا وبعده لا يجوز أن يستفيد ملكًا، وإن عتق الولد معها اعتبر من ثلثه، ولا يقرع بينهما، ويعتق منه بقدر ما عتق منها، وإن لم يعتق الولد معها فهل يكون

وَلَا يَتْبَعُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ، وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ.

فَصْلٌ

وَيَعْتِقُ بِالْمَوْتِ مِنَ الثُّلُثِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ، ....

من التركة أو ملكًا للورثة؟ فيه وجهان، انتهى.

تنبيهات: لا فرق في مجيء القولين بين أن يكون التعليق بما يقع لا محالة كطلوع الشمس أو بغيره، كقدوم زيد ودخول الدار، وقيل: تخصيصهما بالتعليق بما يوجد لا محالة؛ لأنه يشبه التدبير، وفي غيره لا يتبعها بلا خلاف، قدَّمنا الكلام على التعليق بالصفة في كتاب العتق ثم هذا الخلاف فيمن يحدث حمله بعد التعليق، أمَّا الموجود عند التعليق فهو تابع قولًا واحدًا، صرَّح به ابن الصباغ وغيره هاهنا.

وإطلاق بعضهم يقتضي جريان القولين فيه، وكذا صنع المصنف في تصحيح «التنبيه» وقد بينا فيما تقدم معنى التبعية.

قال: (**وَلَا يَتْبَعُ مُدَبَّرًا وَلَدُهُ**) أي: بل يتبع أمه رقًا وحرية قطعًا.

قال: (**وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَةِ قِنٍّ**) أي: لثبوت الملك عليه، فإن جنى بما يوجب القود في النفس فاقتص منه فات التدبير أو في عضو واقتص يفي التدبير، وإن جنى بما يوجب المال أو عفي عليه فالسيد مخيَّر بين الفداء والتسليم للبيع، فإن فداه بقي التدبير ولم يفدِه فيه الخلاف السابق في القن، فإن سلمه للبيع فبيع كله بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه ففي عود التدبير ما سبق من الخلاف، وإن حصل الغرض ببيع بعضه بقي التدبير في الباقي، والجناية عليه كهي على القن، فإن قتل فله القود أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبدًا يدبره، وإن جنى على طرفه فلسيده القصاص أو الأرش ويبقى التدبير بحاله.

فَصْلٌ

قال: (**وَيَعْتِقُ بِالْمَوْتِ مِنَ الثُّلُثِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ الدَّيْنِ**) لأنه تبرع ينجز بالموت فكان كالوصية، وقياسًا على الإعتاق في مرض الموت وأولى.

وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالْمَرَضِ كَإِنْ دَخَلْت فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ مِنْ الثُّلُثِ، وَإِنْ احْتَمَلَتْ الصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي الْمَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ ادَّعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَهُ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ.

وروى نافع عن ابن عمر - ﷺ- أنه قال: **الْمُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ**، رواه أبو محمد الدارمي في «مسنده» ورواه الشافعي(١).

قال أبو زرعة الرازي: رفعه باطل، وقال ابن عبد البر: ينفرد برفعه علي ابن ظبيان، وكان قاضيًا ببغداد تركوه لهذا الحديث وشبهه.

قال الدارقطني: روي مرفوعًا وموقوفًا، وهو أصح، ثم إنما يعتق المدبر من الثلث بعد الديون، فلو كان عليه دين مستغرق للتركة لم يعتق شيء منه، وإن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره عتق ثلثه، وإن كان الدين يستغرق نصفه مثلًا بيع في الدين وعتق الباقي من ثلثه، وسبق بيان الطريق في عتق جميعه بعد الموت، وإن لم يملك غيره، ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث بين أن يقع التدبير في الصحة أو في مرض الموت كالوصية.

قال: (**وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقًا عَلَى صِفَةٍ تَخْتَصُّ بِالمَرَضِ كَإِنْ دَخَلْت فِي مَرَضِ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ عَتَقَ مِنْ الثُّلُثِ**) أي: كما لو نجز عتقه حينئذ.

قال: (**وَإِنْ احْتَمَلَتْ**) أي: الصفة (**الصِّحَّةَ فَوُجِدَتْ فِي المَرَضِ فَمِنْ رَأْسِ المَالِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأنه حين التعليق لم يكن منهما بإبطال حق الورثة، والثاني: يعتق من الثالث اعتبارًا بوقت وجود الصفة، فإن العتق حينئذ يقع ثم الخلاف فيما إذا وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لاختياره حصول العتق في مرضه.

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى عَبْدُهُ التَّدْبِيرَ فَأَنْكَرَهُ فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَحْلِفُ**) وإن جوزناه فهل هو رجوع؟ وكذا إن كان الموصي الوصية والموكل الوكالة هل يكون

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٠، رقم ٢٥١٤)، قال البوصيري (٣/ ٩٦): هذا إسناد ضعيف. والدارمي (٣٣٣٦) والشافعي في «الأم» (٨/ ٢٠) والطبراني (١٢/ ٣٦٧، رقم ١٣٣٦٥)، والبيهقي (١٠/ ٣١٤، رقم ٢١٣٦٣) والدارقطني (٤/ ١٣٨).

....

رجوعًا؟ فيه ثلاثة أوجه جمعها الإمام:

أحدها: نعم؛ لأن هذه العقود عرضة للفسخ والرد، ولو قال: لست بمدبر، أو لست بوكيل من جهتي أو ليس هذا موصى به وجب القطع بارتفاع هذه العقود، فكذا إذا قال: لم أدبره، ولم أوكل ولم أوص؛ لأن قضيته أنه ليس بمدبر ولا وكيل في الحال.

والثاني: لا؛ لأن الإنكار إخبار عمًا مضى، فإذا كان كذبًا لم يؤثر.

والثالث: إن الوكالة ترتفع فإن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا يرتفع التدبير والوصية، وهذا أظهر، وهو المنصوص عليه في التدبير إذا عرفت ذلك، فإذا ادَّعى العبد على سيده أنه دبره أو أعتقه بصفة ففي سماع هذه الدعوى خلاف مذكور في الدعاوى.

قلت: والذي ذكره هناك أن في دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق بالصفة طريقان:

أحدهما: إنها تسمع، **والثاني**: إنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل والاستيلاد أولاها بأن تسمع دعواه لتنجز آثاره من امتناع البيع والرهن وغيرهما، ولذلك اختار في «الوجيز» طريقة التخريج على الخلاف في الدين المؤجل، وفي الاستيلاد الطريقة الأولى قال الإمام: وإنما ينتظم الخلاف في التدبير إذا لم يُجوِّز الرجوع عنه، فإن جوزناه فإنكار السيد رجوع يبطل مقصود الدعوى، انتهى.

فأشعر كلامه بموافقة الغزالي وإمامه، وقال في «الروضة» هناك: **قلت**: المذهب سماع دعوى الاستيلاد والتدبير وتعليق العتق، انتهى.

قال الرافعي: وقد بني الخلاف في دعوى التدبير على أنه تعليق عتق بصفة أو وصية، إن قلنا تعليق فتسمع؛ لأنه لا يملك الرجوع عنه بلفظ الرجوع، وإن قلنا وصية فوجهان بناء على أن إنكاره هل يكون رجوعًا، إن قلنا: لا ـ وهو الأظهر عند أكثر الأصحاب ـ فتسمع، وإن قلنا: نعم، فلا تسمع، ثم قال: وفي

«التهذيب» وغيره أن المذهب سماع الدعوى بالتدبير وتعليق العتق بالصفة، انتهى.

وذكر الإمام والغزالي أن الشافعي نص على أن دعوى الدين المؤجل لا تقبل؛ إذ ليس فيه لزوم ناجز، ونصَّ على قبول دعوى التدبير.

قال في «البسيط»: وهذا أبعد عن القبول فاتفق الأصحاب على إجراء الخلاف في المسألتين، انتهى.

ولم يذكر كثيرون هذا التخريج، وحاصل «الحاوي» وما أحسنه أنه إذا ادعى العبد التدبير على سيده فجحده إياه، فإن أراد بجحوده تعجيل بيعه لم يكن لجحوده تأثير تسمع به بينة أو تؤخذ فيه يمين؛ لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن اعترف به فلم يستفد العبد بدعواه ما يمنع البيع، وإبطال التدبير به، وإن أراد أن يستفيد على ملكه سمعت دعواه على السيد، فإن جحده وقلنا التدبير تعليق لم يكن جحوده رجوعًا فيه، وطولب العبد ببينة وهي عدلان ذكران، فإن أقامها حكم له بالتدبير، وإن عدمها أحلف سيده أنه ما دبره، فإن نكل ردت اليمين على العبد، فإن حلف ثبت تدبيره، وإن نكل بطل، وإن جعلناه كالوصية في جواز الرجوع فيه بالقول فهل يكون جحوده رجوعًا؟ فيه وجهان: المنصوص: إنه لا يكون رجوعًا والبينة مسموعة واليمين واجبة.

قال: وإن كان الجاحد للتدبير الورثة سمعت دعواه على الأحوال كلها، فإن كانت له بينة سمعت على التدبير لا على العتق؛ لأن عتق التدبير حكم، والبينة تسمع على ما أوجب الحكم لا على الحكم، فإن عدم البينة أحلف الورثة وكان واجبًا عليه أن يحلفهم؛ لئلا يسترق بعد عتق، فإن حلفوا كان حلفهم على العلم دون البت، وتخيَّروا بين الحلف على نفي التدبير وبين الحلف على نفي العتق، بخلاف البينة التي لا تسمع إلا على التدبير دون العتق، فإن حلفوا على نفي التدبير حلفوا: والله لا نعلم أنه دبرك، ولا يلزمهم أن يقولوا في اليمين: وإنك لباق على الرق، وإن حلفوا على نفي العتق حلفوا: والله لا نعلم إنك عتقت، وهل يلزمهم أن يقولوا فيها: وإنك لباق

وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَالَ: كَسَبْته بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ].

على الرق؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لا يلزمهم إذا حلفوا على نفي التدبير.

والثاني: يلزم هنا، والفرق أن التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه والعتق حكم الدعوى في حق العبد والرق حكم الإنكار في حق الورثة، فلزم الجمع بين الأمرين نفيًا وإثباتًا.

فإن حلفوا على ما وصفنا فذاك، وإن نكلوا حلف وعتق بالتدبير، وإن نكل كان على رقه موروثًا، ويجب عليه أن يحلف إذا علم أنه صادق فيما ادعاه، وإن لم يؤخذ بها جبرًا ليفك رقبته من رق بعد عتق، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ وُجِدَ مَعَ مُدَبَّرٍ مَالٌ فَقَال: كَسَبْته بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَهُ صُدِّقَ الْمُدَبَّرُ بِيَمِينِهِ**) أي: عند احتمال صدقه؛ لأن اليد له والأصل عدم تقدم كسبه له وقد قدَّمنا المسألة.

قال: (**وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ**) أي: لاعتضادها باليد، وسبق الكلام على ما لو أقام الوارث بينة على أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد.

قال الماوردي: وإن كان للوارث بينة تشهد بتقدم كسبه حكم بها وبينته شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين؛ لأنها بينة على استحقاق مال، وهذا إذا شهدت البينة أنه اكتسبه في حياة سيده، وأمَّا لو شهدت أنه كان في يده في حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم اليد المتقدمة:

أحدهما: تقبل ويحكم بها للوارث، **والثاني**: لا تقبل ويكون للمدبر بيمينه.

فروع مبددة: قال الرافعي: قول المدبر في حياة السيد أو بعد موته: رددت التدبير، لغو لا يقدح في التدبير.

قلت: وهذا إذا لم يعلقه بمشيئته، فإن علقه بها فسبق بيانه، وتفصيل الماوردي فيه دبر عبده، وقيمته مائة وله مائتان لا غير ببلد آخر، أو على معسر

....

ثم مات فلا شك في أنه لا يحكم بعتق جميعه في الحال مع وجود الوارث الخاص، وهل يحكم بعتق ثلثه؟ وجهان اختيار القاضي أبي حامد منهما نعم، قال الماوردي: وإليه صار الأكثرون.

وقال القاضي أبو الطيب في نظيرها من الوصايا: إنه ظاهر المذهب.

وقال الإمام: إن الذي نص عليه الشافعي مقابله، وهو المذهب عن البندنيجي والأصح في «التهذيب» وقال الماوردي: إن الشيخ أبا حامد اختاره، فعلى هذا إن حضر من الغائب أو الدين بصفه عتق من المدبر نصفه، وإن حصل كله عتق جميعه، وإن تلف كله عتق ثلث المدبر.

وعلى الأول قال القفال: للورثة التصرف في الثلثين، فإن تلف المال استقر تصرفهم، وإن حضر المال نقض تصرفهم، فلو كان تصرفهم عتقًا قال ابن سريج: ولا الثلثين للوارث، وفيه وجه، وعن الصيدلاني: إن كل الولاء للمورث.

قال الإمام: وهذا في نهاية الإشكال، بل ما أرى له وجهًا في الصحة فإن التدبير لا سبيل إلى رده بسبب غيبة المال، فلا وجه إلا التوقف إلى عود المال، فإن تحقق عوده فالوجه أن نقول: نتبين نفوذ العتق عند الموت؛ إذ لا سبيل إلى تنفيذه بعد الموت، وإن تلف المال نتبين نفوذ العتق في ثلثه عن جهة التدبير، فإذا كان إنشاء الورثة إعتاقًا فنتبين أيضًا عند تلف المال نفوذ اعتاقهم عن أنفسهم في الثلثين، وإنما التباس المسألة في شيء، وهو أن المال الغائب إذا حضر فالتعذر الذي كان أمس لا نتبين زواله، والقدرة على المال في الحال لا تعطف على ما مضى، فلو قلنا يبين وقوع العتق حالة الموت لكنا نفذنا العتق مع تحقق التعذر في الثلثين، فإن احتملنا هذا فالجواب ما قدمناه.

وإن ترددنا فيه فموجبه حصول العتق يوم القدرة، ثم وإن قلنا بذلك فتصرف الورثة قبل هذا يجب أن يكون مردودًا، فإن العتق وإن لم ينفذ فهو موقوف، ثم قال: ومما يتصل بذلك المدبر إذا مات وحلف العبد المدبر وتركه

....

ففي ثلثها بقيمة العبد لولا دين مستغرق، فلا يحكم بنفوذ العتق ما لم يبرأ من الدين، فلو مرت أيام من موت المولى فأبرأ مستحق الدين، فتبين عتق المدبر عند الموت استنادًا أم نحكم بأنه منجز من وقت سقوط الدين؟ هذا فيه التردد الذي ذكرناه، والأظهر في هذه الصورة: ألا يستند العتق، بل تنجز من وقت سقوط الدين، انتهى.

لو علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف فوجدت الصفة وهو محجور عليه بسفه عتق، إن قلنا: العبرة بحال التعليق، وإن قلنا: بحال وجود الصفة، فكإعتاق المفلس، ولو علقه بصفة فوجدت الصفة بعدما جن أو حجر عليه بسفه يعتق وجهًا واحدًا، قاله في «التهذيب» وفرق بأن حجر المرض والفلس كلاهما لحق الغير، هذا للورثة وهذا للغرماء، بخلاف حجر السفه والجنون.

وعن صاحب «الإفصاح»: إنه لو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان.

قال الرافعي: وقد يخرج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت الصفة في الجنون.

ولو قال: إن مرضت مرضًا مخوفًا فأنت حر، فمرض مرضًا مات منه، يعتق العبد ويكون عتقه من الثلث، وقيل: من رأس المال؛ لأن التعليق وقع في الصحة، ولو مرض مرضًا مخوفًا ثم برأ منه عتق من رأس المال، وقيل: لا يعتق وليس بشيء.

فائدة: في كتاب الكتابة من «تعليق» البغوي: لو قال لعبده: إن خدمتني أيامًا كثيرة فأنت حر، فخدمه ثلاثة أيام يعتق، ولا يعتق بدونها.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق حتى يخدمه عشرة أيام.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يخدمه سبعة أيام؛ لأن الأيام كلها سبعة، وما زاد يكون تكرارًا لما سبق.

خاتمة: في «تعليق» البغوي هنا: عبد قطع يد إنسان خطأ، وأعتقه مولاه،

……

فقال القاطع: قطعت يدك وأنت عبد، وقال المجني عليه: بل كنت حرًّا، قال أبو حنيفة: القول قول العبد إذا علم أنه كان عبدًا، وكذلك لو أن العبد أتلف مالًا فقال العبد: أتلفت وأنا عبد، وقال المدعي: لا بل كنت حرًّا، فيكون القول قول العبد إذا علم رقه، ولو قال السيد: قطعت يدك وأنت عبدي، فقال العبد: بل قطعتها وأنا حر، فالقول قول العبد مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف كالأولى، وقال محمد: القول قول المولى.

قال البغوي: وقال الشيخ أبو علي السنجي: ينبغي أن تكون المسألة على قولين عندنا، بناء على تبعيض الإقرار؛ لأنه أقر بشيء ثم وصل به ما يبطله، كما لو قال: ألف من ثمن خمر، قال البغوي: لا، بل ينبغي أن يكون القول قول العبد في المسألة الأولى، وفي الثانية: القول قول المولى مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء رقه، كما لو أقرَّ بشيء أو أتلف شيئًا ثم قال: كنت صغيرًا يوم الإقرار والإتلاف كان القول قوله؛ لأن الأصل بقاء الصغر، قال: ولو قال السيد لعبده: أخذت منك درهمًا وأنت عبدي، أو قال لأمته: جامعتك وأنت أمتي وأنكر ذلك، وقال: بل فعلت وأنا حر، فالقول قول المولى مع يمينه على قول أبي حنيفة وأصحابه.

قال البغوي: وجب أن يكون الحكم فيه كما ذكرنا من قبل، وكذا في قطع اليد، والله أعلم بالصواب، انتهى، وبالله التوفيق وأسأله حسن الخاتمة.

قال المصنف: [هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ، وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ].

قال الشارح: قال الأئمة: هي مأخوذة من الكتب، وهو الضم والجمع فسُمي هذا العقد كتابة؛ لأنه يضم فيه النجم إلى النجم، وقيل: سُمِّيت كتابة؛ لأنها توثق بالكتابة من حيث إنها مؤجلة منجمة، وما فيه الأجل يستوثق بالكتابة؛ ولذلك قال تعالى: ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهي خارجة عن قياس المعاوضات من جهة أنها دائرة بين السيد وعبده، وأن العوضين له، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الحر، ولا عجز المملوك، ولكن الحاجة داعية إليها، فقد لا يسمح السيد بعتقه مجانًا، والعبد لا يشمر للكسب تشميره إذا علق عتق بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشرع فيه ما لم يحتمل في غيره كما احتمل الجهالة في ربح القراض وعمل الجهالة، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور: ٣٣] والأحاديث الآتية في أثناء الباب، قال الروياني: والكتابة إسلامية لا تعرف في الجاهلية، وقيل: أول من كوتب عبد لعمر بن الخطاب ﷺ، وكانت من أعظم مكاتب الصحابة ﷺ.

قال: (هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ إنْ طَلَبَهَا رَقِيقٌ أَمِينٌ قَوِيٌّ عَلَى كَسْبٍ، قِيلَ أَوْ غَيْرُ قَوِيٍّ، وَلَا تُكْرَهُ بِحَالٍ) هنا أمور:

الأول: لا تجب الكتابة عندنا بحال إن طلبها السيد بلا خلاف، وكذا إن طلبها العبد على المشهور، وروى صاحب «التقريب» قولًا غريبًا: إنه يجب إجابته، وإليه ذهب بعض السلف، وابن جرير، والظاهر به لظاهر الآية.

قال في «البسيط» و«النهاية»: وهذا لفظها، قال صاحب «التقريب»: ردد الشافعي جوابه في هذا في بعض مصنفاته، ولم يبعد القول بوجوب الإجابة،

....

ثم حكى قولًا مرسلًا للشافعي على هذا النحو، وعضده ببناء الشافعي أصل الكتابة على الاتباع، وقد أوجب الإيتاء تعويلًا على قوله: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ وذلك معطوف على قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ وهذا غريب لم أره لغيره، ولست أعتد به، وذلك لأن الصيغة ليست ممتنعة عن الحمل على الندب، ولو حملنا على الإيجاب لبطل أثر الملك وأحكام الملاك، ولزوم اطراد الرق، فليس يليق بوضع الشرع إيجاب إنشاء الكتابة، انتهى.

قلت: ويشبه أن أصل هذا الترديد قول الشافعي في «الأم»: ولم أكن أمتنع إن شاء الله من كتابة مملوك لي جمع القوة والأمانة، ولا لأحد أن يمتنع منه، ثم قال الربيع متصلًا به: قال الشافعي: ولا يبين أن يجبر الحاكم أحدًا على كتابة مملوكه؛ لأن الآية محتملة أن تكون إرشادًا وإجابة، انتهى.

فقوله: ولا لأحد أن يمتنع عندهم الوجوب، لكن قوله: ولا يبين أن يجبر الحاكم يخالفه، إلا أن يقول قائل يلزمه ذلك ولا يجبره الحاكم عليه وهو بعيد.

ثم رأيت الإمام قال: ذكر الشافعي في بعض مجموعاته لفظة ينقلها لغرض، قال: أمَّا فلا امتنع من كتابة عبد جمع القوة والأمانة، وظني أن ما حكاه صاحب «التقريب» مأخوذ من هذا، فإن كان كذلك فلا وجه له، فإن الشافعي قال: هذا بإيثاره في حق نفسه الخروج من الخلاف، وابتدار الأحب والأفضل، وهذا كقوله: ولو كنت أنا الواجد لخمست القليل والكثير، ولو وجدت فخارة لخمستها، وقال: أمَّا أنا فلا أقصر فيما دون ثلاثة أيام، وإن كان القصر مباحًا ومثل ذلك كثير له، انتهى.

ولم يقع للإمام قوله في «الأم»: ولا لأحد أن يمتنع منه، وهو سرد تأويله، ويحقق ما ظنناه، والله أعلم.

الثاني: تستحب الإجابة إذا التمسها العبد الأمين القادر على الكسب، وبهما فسر الشافعي الخبر في الآية الكريمة، واعتبر القدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة لئلا يضيع ما يحصله.

....

وعبارة «المحرر» وغيره: الكسب، وهي أحسن من تنكير المصنف؛ إذ قضيته أنه متى قدر على كسب ما وإن قل استحبت إجابته، والظاهر أن المراد القدرة على كسب ما يفي بالنجم كالملتزم، وينبغي أن يعتبر ذلك أو ما يدنو منه بعد كفايته، ولا خفاء أن المراد هنا الاكتساب بحرفة مباحة من صنعة وغيرها كاحتطاب واحتشاش واصطياد، وليس السؤال من ذلك، وإن جوزناه فيما أراه ففي «مراسيل» أبي داود في تفسير ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] إن علمتم فيهم حرفة ولا ترسلوهم كلا على الناس.

الثالث: اقتضى كلام المصنف أنه إذا لم يكن أمينًا لا يستحب إجابته، وبه صرح في «المحرر» وهو الصحيح لما فيه من الإضرار بالسيد، وقيل: يستحب، ولكنه دون الاستحباب فيما إذا اجتمع الوصفان، وإن كان أمينًا غير قادر على الكسب ففي الاستحباب الوجهان في الكتاب، وجه الندب: وإنه إذا عرفت أمانته أعين بالصدقات ليعتق، ووجه المنع وهو الأصح وبه قطع المراوزة كما قال الإمام: عدم الوقوف بذلك.

الرابع: اقتضى كلام الشيخين وغيرهما أنه إذا انتفى الوصفان جميعًا لا تستحب الإجابة بلا خلاف؛ لأنه قد تجر بالاستقلال حبالًا، ويعجز نفسه آخرًا، ورجاء العتق فيه بعيد، وقال الدارمي: قال ابن القطان: فيستحب مكاتبته، وإن كان خائنًا غير مكتسب، وهو غريب.

الخامس: أطلق في «المنهاج» تبعًا «للمحرر»: إنها لا تكره بحال، وقالا في «الروضة» و«الشرح»: فإن فقد الشرطان لم تستحب، ولكن لا يكره؛ لأنها قد تفضي في العتق، وقال ابن القطان: تكره، انتهى.

والدارمي روى عنه الاستحباب في هذه الحالة، فأخذ النقلين سهوًا، واختلف جوابه، وقولهما: لا تكره أخف من قولهما في «مختصريهما»: لا تكره بحال، وقال في «الحاوي»: إذا فقد الوصفان لم تستحب، وهي إلى المنع أقرب؛ لأنه لعدم الكسب عاجز، ولعدم الأمانة خائن، انتهى.

وَصِيغَتُهَا كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنَجَّمًا إذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ، وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّعْلِيقِ وَنَوَاهُ جَازَ، ....

وفي نسخة: وهي إلى المنع مع الجواز أقرب، وكأنه يشير إلى ثبوت الكراهة دون الحظر، ولا يبعد أن يقال: إذا كان العبد فاسقًا أو سرَّاقًا والأمة فاجرة عاهرة، وفي معناها الأمرد الممكن من دبره، وعلم السيد أنه لو كاتبهما مع العجز عن الكسب لوقعا في الكسب بالطرق المشار إليها أنه لا تجوز له الإجابة؛ لما يتضمنه من التمكين من الفساد والإعانة على غير السداد، وكذلك العبد الزاني، وغلب على الظن أن كل ما يكسبه يصرفه إليهما أنه يحرم إجابته، ولا أقل من كراهة إسعاف هؤلاء بالإجابة إلى الكتابة، وفي المسألة بحث طويل ذكرته في «الغنية».

قال: (**وَصِيغَتُهَا كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا مُنَجَّمًا إذَا أَدَّيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَيُبَيِّنُ عَدَدَ النُّجُومِ وَقِسْطَ كُلِّ نَجْمٍ**) أي: صونًا له عن الجهالة ما أمكن ولا يعتبر تساوي النجوم، وقيل: يصح الإطلاق ويحمل على التسوية حكاه الماوردي، قال: ولا يشترط على الصحيح من مذهب الشافعي تعيين ابتداء النجوم بل يكفي الإطلاق، ويكون ابتداؤها من حين العقد، وإن كان قليل كلامه هنا لا يقتضيه.

قال: (**وَلَوْ تَرَكَ لَفْظَ التَّعْلِيقِ**) أي: تعليق الحرية بالأداء.

(**وَنَوَاهُ**) يعني بقوله: كاتبتك على كذا.

(**جَازَ**) أي: لحصول المقصود بذلك، وإن لم يصرح بالتعليق، ولا قوله: لم تصح الكتابة ولم يحصل العتق، وخرج قول من التدبير أن لفظ الكتابة صريح مغنٍ عن التصريح بالتعليق وعن نيته. وعن أبي إسحاق أنه إن كان الرجل فقيهًا صحت كتابته بمجرد اللفظ، وإلا فلا بد من التعليق أو نيته، وقال الإمام: إن قوله: إذا أديت فأنت حر ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو نطق بمضمون العقد الغالب، والغرض إزالة التردد في لفظ الكتابة، ولذلك قد يحصل العتق بغير الأداء، ويكتفي بالنية من غير لفظ التعليق، ولو كان التعليق مقصودًا لبعد حصوله بالنية في ظاهر الحكم، انتهى.

وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلَا تَعْلِيقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَقُولُ الْمُكَاتَبُ قَبِلْتُ.

قال: (**وَلَا يَكْفِي لَفْظُ كِتَابَةٍ بِلَا تَعْلِيقٍ، وَلَا نِيَّةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) لأن الكتابة تقع على هذا العقد على المراسلة والمخارجة، مثل: كاتبتك كل يوم بكذا، فلا بد من التمييز باللفظ أو النية، ومقابل قوله المذهب القول المخرج وطريقة أبي إسحاق، ولا شك أنه لا يكفي قوله: كاتبتك، بمفردها بحال، كما لا ينعقد البيع بقوله: بعتك، ولم يذكر الغرض.

قال: (**وَيَقُولُ الْمُكَاتَبُ قَبِلْتُ**) أي: ونحو ذلك من ألفاظ القبول كغيرها من العقود، ويشترط أن يقبل على الفور كما مر في البيع ونحوه من المعاوضات.

إشارات: منها: قوله: وصيغتها، أي: من الناطق، أمَّا الأخرس المفهم فتكفي إشارته بها كسائر عقوده كما مر مرات، وهل تكفي كتابة غير المفهم كما تكفي إشارة المفهم؟ فيه نظر، ولم أر فيه شيئًا.

ومنها: ظاهر كلامهم أنها لا تصح من الناطق إلا بصيغة: كاتبتك، وإنه لا صريح لها إلا ذلك إلا بضميمته كما سبق، وإنه لا كناية لها، وهو مشكل، ولا يبعد انعقادها بالكتابة كالبيع على المذهب، وبالمراسلة، والمكاتبة، كما نص عليه الشافعي في البيع، وكلامهم ساكت عن ذلك.

وفي «الحاوي» عن أبي إسحاق أن الشافعي جعل الكتابة صريحًا من العالم وكناية من الجاهل، قال: فجعل الكتابة والتدبير صريحين من العلماء كناية من الجهال، ورده باستواء العالم والجاهل في صرائح الطلاق وكناياته، وفيه نظر بيناه.

قال الرافعي: وحكى الصيدلاني عن بعض الأصحاب: إنه إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة كفى مثل أن يقول: تعاملني واضمن لك أرش الجناية، أو تستحق مني الإيتاء أو من الناس سهم الرقاب، كفى ذلك، ولا يحتاج إلى تعليق الحرية بالأداء، وأيده بما سبق من كلام الإمام.

قلت: ويظهر أنه لو قال له السيد: عاقدتك على كذا، أو عاوضتك على

وَشَرْطُهُمَا تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ.

كذا، فإذا أديته فأنت حر أنه يصح، ويكون كناية صحيحة، نظر إلى المعنى فإن لم يكن صريحًا لعدم الورود أو الاستعمال فليكن كناية، فإذا قبل صح كالبيع.

ومنها: قضية كلام صاحب «الخصال»: إنه لا تكفي نية التعليق على الأداء حيث قال: ولا تتم الكتابة إلا بوجود ثلاث عشرة خصلة، إلى أن قال: ويكون الموضع الذي يقبض في العوض معلومًا، ويقول السيد: فإذا أديت فأنت حر.

ولفظ نص «البويطي»: إذا كاتب عبده على كتابة جائزة، ونجوم معلومة، ولم يبين في الكتابة، فإذا أديت فأنت حر لم يعتق، وكان ما أخذه السيد له وهو عبده بحاله، انتهى.

وفيه إشعار بأنه لا تكفي النية أيضًا على توقف فيه، فإني لم أر خلافًا نص في عدم الاكتفاء بالنية.

قال: (**وَشَرْطُهُمَا تَكْلِيفٌ وَإِطْلَاقٌ**) أي: واختيار، أمَّا اعتبار التكليف فيهما فظاهر، فلا يصح كتابة صبي ولا مجنون ولا إعتاقهما على مال بإذن الولي ودونه لسلب عبارتهما، ولا خلاف في اعتبار تكليف العبد، نعم قيل: لم لا يقال: إذا جوزنا وصية الصبي المميز وإعتاقه مجانًا في مرض الموت فلم لا يصح أن يكاتب عبده المكلف، والكتابة قربة أيضًا، وجوابه أنها عقد معاوضة، وعبارته ساقطة في عقود المعاملات.

تنبيهات:

ومنها: قوله: تكليف، قد يفهم أنه لا يصح كتابة السكران القاضي بسكره؛ لأنه يرى أنه غير مكلف، والمذهب أنه مكلف، وأنه يصح بيعه وغيره من عقود كما أبداه مرات.

ومنها: قوله: وإطلاق، يفهم اعتبار الإطلاق فيهما، و«المحرر» وغيره إنما ذكروه في السيد، قالوا: فلا تصح كتابة المحجور عليه بالسفه كبيعه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه في خلال الحجر ولا بعد ارتفاعه، ولو رد السؤال عن كتابته في مرض الموت إذا خرجت من الثلث، وأجيب بأنه غير

....

أهل للمعاوضة كالصبي.

ومنها: خرج بقيد الإطلاق أيضًا المحجور عليه بالفلس، فلا تصح مكاتبته، نص عليه في «الأم» ويشبه أن يكون على الخلاف المشهور في تصرفاته، وقد سبق بيانه، وقد تضمن قيد الإطلاق أنه لا تصح مكاتبة المكاتب عبده وإن أذن له سيده، وفيما إذا أذن له خلاف يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ومنها: ما أفهمه من اعتبار الإطلاق في السيد غريب، وعبارة «المحرر»: ويشترط في السيد المكاتب التكليف والإطلاق، وعبارة «الشرحين» وغيرهما: يعتبر في السيد لتصح الكتابة شيئان: التكليف، وأهلية التبرع.

والذي نص عليه الشافعي والأصحاب اعتبار البلوغ والعقل في العبد لا غير، وحينئذ فقول المصنف وإطلاقه يجب تأويله وتنزيله على السيد، وقد يقال: يمكن الاحتراز به عمًا لو كان مأذونًا له في التجارة، وقد ركبته الديون وحجر الحاكم عليه في اكتتابه ليصرفها في ديونه، فلا يصح كتابته في هذه الحالة، وهذا تكلف لم يمر بباله.

نعم سبق في باب العبد المأذون عن «التنبيه» و«التحرير» للجرجاني: إنه يشترط في صحة الإذن في التجارة أن يكون العبد رشيدًا واستغربناه، فقد يقال: قياسه أنه يعتبر فيه أهلية التصرف لنفسه لو كان حرًا، وأطلق المصنف في البيوع أن شرط العاقد الرشد، وقالوا هنا: إن العبد بمنزلة المشتري، لكن الأصحاب مصرحون بصحة كتابة من المثل خلاف الرشد إذا كان مكلفًا، وبالجملة فالصواب صحة كتابة العبد الفاسق المبذر، والله أعلم.

ومنها: لا بد من الاختيار فيهما كما نبهنا عليه، فإن أجبرا أو أحدهما فالكتابة باطلة.

ومنها: قال في «الإبانة»: يشترط أن يكون السيد المكاتب بصيرًا، بخلاف العبد، وهو حسن، ولا يغني عنه القيد الإطلاق في السيد، فيما أراه لكن سبق في البيوع أن الأصح خلافه.

....

ومنها: وقع في «الشرح» و«الروضة» وهذا لفظها: ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه لا في حال الحجر ولا بعد ارتفاعه.

وحكى الفوراني خلافًا فيما لو سلم المال إليه في حال الحجر، ثم ارتفع حجره أنه هل يعتق بالتسليم السابق؟ انتهى.

وعبارة الرافعي: وعن الفوراني فافهم أنه لم يقف على كلامه، وأفهما أنه ذكر ذلك فيما إذا كاتب وتسلم المال في الحجر عليه وليس كتابة.

وعبارة «الإبانة» و«العمد»: ولو كاتب عبده ثم حجر عليه القاضي لسفه فدفع المكاتب النجوم إليه لم يعتق به، ولو أطلق الحجر فهل يعتق بالإيتاء السابق، منهم من يجعل المسألة على قولين بناء على المرتد، ومنهم من فصل وقال قولًا واحدًا: لا يحتسب؛ لأن الحجر له لا لغيره، وأشار بالبناء إلى قوله قبله: إنه لو كاتب عبده ثم ارتد المولى لا تبطل الكتابة، فلو دفع اليد لعبد النجوم ثم عاد إلى الإسلام فهل يحكم بالعتق بالاستيفاء السابق؟ على قولين بناء على عقوده بعد الحجر هل يوقف؟ قولان، انتهى.

ومنها: ليس لولي محجور عليه بصبا أو جنون أو سفه أن يكاتب عبده، نصَّ عليه الشافعي، واتفقوا عليه فيما علمت، وسواء الأب وغيره، وفي النفس منه شيء عند ظهور الغبطة في ذلك، ولم لا يحتمل الخطر اليسير في مكاتبة بعض العبيد القليلي القيمة على العرض الكثير، حيث يغلب على الظن أنه لو كوتب عليه لحملته الرغبة في الحرية على الجد في كسبه، ولو بقي رقيقًا لم يكتسب ما يقوته.

وقد أشار الشافعي في «الأم» إلى هذا السؤال ورده، وكلامه مصرح بالمنع مطلقًا ولم يصح لي، ولعله أخف خطرًا من القراض بماله.

قال الشافعي والأصحاب: فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه لم يعتق لبطلان التعليق.

وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ، فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِائَتَيْنِ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ عَتَقَ، وَإِنْ أَدَّى مِائَةً عَتَقَ ثُلُثَاهُ.

فَرْعٌ: إذا كاتب السيد المطلق التصرف عبده الصبي أو المجنون لم يثبت بهذا العقد حكم الكتابة الفاسدة؛ لأن قبولهما لغو، نعم إذا أديا المال عتقا بحكم الصفة دون العقد، ولا يرجع السيد عليهما بشيء، هذه رواية المزني وصححها أبو إسحاق والجمهور، وروى الربيع أنه يثبت التراجع عند كتابة المجنون، ويتبعه ما فضل عن كسبه، ووافقه ابن سريج، وقيل في المسألة قولان، وقيل: رواية الربيع محمولة على ما إذا وقع العقد في خلل عقله بمرض، ورواية المزني على ما إذا وقع في حال الجنون.

قال ابن الرفعة: ولا شك أن الخلاف يجري فيما إذا كاتب الصغير أيضًا؛ لأن المجنون أسوأ حالًا منه، انتهى.

وقال الرافعي: في طريقة الصيدلاني الامتناع من إجراء الخلاف في الصبي، وفرَّق بأن الجنون عارض، وأجرى البغوي في الصبي ما قيل في المجنون.

وعبارة «تعليقه»: وأمَّا لو كاتب عبده الصبي فقيل: هو فاسد، فإذا أدى المسمى أو أخذه السيد منه عتق؛ لوجود الصفة ولا يثبت التراجع.

قال: (**وَكِتَابَةُ الْمَرِيضِ مِنَ الثُّلُثِ**) أي: سواء كاتبه على مثل قيمته أو أقل أو أكثر منها، (**فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلَاهُ**) أي: عند الموت (**صَحَّتْ كِتَابَةُ كُلِّهِ**) أي: لخروجه من الثلث حيث لا مزاحم له.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ وَأَدَّى فِي حَيَاتِهِ مِائَتَيْنِ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ عَتَقَ**) أي: لأنه يبقى للورثة مثلًا.

(**وَإِنْ أَدَّى مِائَةً عَتَقَ ثُلُثَاهُ**) لما ذكرناه، وبسط المسألة أنه إذا لم يملك سواه، وأدى النجوم في حياة السيد، فإن كاتبه على مثل قيمته عتق كله؛ لأنه يبقى للورثة مثلًا، وإن كاتبه على مثل قيمته عتق منه ثلثاه؛ لأنه إذا أخذ مائة، وقيمته مائة، والجملة مائتان، فينفذ التبرع في ثلث المائتين، وهو ثلثا المائة،

....

ويخالف ما إذا باع نسبة في مرض الموت بثمن المثل، وأخذ الثمن حيث يصح البيع في الجميع؛ لأنه لو لم يبع لم يحصل له الثمن، وهاهنا لو لم يكاتب لحصلت له إكسابه، ولو كاتبه على مثل قيمته وقبض نصف النجوم صحت الكتابة في نصفه.

تنبيهات:

أحدها: احترز المصنف بقوله: وأدى النجوم في حياته، عمًّا لو لم يؤد منها شيئًا حتى مات، فإنه ينظر إن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فثلثه مكاتب، فإذا أدى حصته من النجوم عتق، وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ما أدى وهو سدس العبد إذا كانت النجوم مثل القيمة؟ فيه وجهان:

أصحهما ونص عليه: لا؛ لأن الكتابة قد بطلت في الثلثين، فلا تعود، فعلى هذا الباقي منه قن على الظاهر.

وثانيهما: نعم كما لو ظهر للميت دفين، أو نصب شبكة فعقل بها صيد بعد موته، فإنه يزاد في الكتابة.

ثانيها: لو أوجب السيد في حال الصحة خطر المرض فقبل العبد لم أر فيه شيئًا، والظاهر أنه كما لو وقعا معًا في المرض، وإذا أجاز الورثة صحت الكتابة في الجميع، فإذا عتق بأداء النجوم فولاء جميعه للمورث على قولنا الإجازة تنفيذ، وإن قلنا ابتداء عطية فولاء، والثالث للمورث، وولاء الثلثين لهم على قدر مواريثهم، وإن أجازوا في بعض الثلثين فعلى التنفيذ يصح فيما أجازوا على ابتداء العطية يجري الخلاف في تبعيض الكتابة.

ثالثها: كاتب في الصحة، وقبض النجوم في مرض موته، أو قبضها الوارث بعد موته صح القبض، وكاتب الكتابة من رأس المال، ولو أقر في المرض بأنه قبض النجوم في الصحة أو المرض قبل إقراره، وكان الاعتبار من رأس المال كما لو أقر لأجنبي بشيء.

فَرْعٌ: لو كاتب في الصحة ثم أبرأه عن النجوم في مرض الموت، وقال:

وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ بَطَلَتْ عَلَى الْجَدِيدِ.

وضعت عنه النجوم، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عتق كله وسقطت عنه النجوم، وإلا فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العجز عتق ثلثه، وإن اختار بقاء الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة **فأصح الوجهين**: إنه يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: إنه لا يعتق ثلثه ما لم يسلم للورثة الثلثان، أمَّا بأداء نجوم الثلثين أو بالعجز، وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت فيعتبر خروج الأقل منهما من الثلث.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ مُرْتَدٌّ بُنِيَ عَلَى أَقْوَالِ مِلْكِهِ، فَإِنْ وَقَفْنَاهُ بَطَلَتْ عَلَى الْجَدِيدِ**) للأصحاب في المسألة طريقتان:

إحداهما: البناء على أقوال الملك إن أزلناه فباطلة، أو بقيناه فصحيحة أو وقفناه فموقوفة.

ومنها: قال ابن القطان وابن الوكيل، ورجحها أبو إسحاق المروزي، واختارها الشيخ أبو حامد وأتباعه.

وقال المحاملي في «المجموع»: إنها المذهب.

والثانية: فيها القولان الأولان، ولا يجيء فيها قول الوقف؛ لأنها عقد معاوضة والعقود لا توقف على أصل الشافعي، وأجاب الأولون بأن الشافعي لا يصحح العقد من غير المالك موقوفًا على إجازته ورضاه، فأمَّا انعقاد العقد موقوفًا على ما سيظهر وينكشف فإنه يجوزه بدليل أن تصرف المريض بالهبة والبيع بمحاباة ينعقد موقوفًا.

واقتضى إيراد الرافعي في «شرحه الصغير» أن الجمهور على الطريقة الأولى حيث جزم بها، ثم قال: وقيل فذكر الثانية، ثم ذكر من بعد أن الأشبه بالترجيح البطلان كما ذكره في «الكبير».

قال: وقد يؤدي غرض الطريقتين بعبارة أخرى، فيقال: إن قلنا بزوال الملك لم يصح أو ببقائه صحت، أو بالوقف فعلى الجديد والقديم في وقف

....

العقود، ثم ما موضع الخلاف على اختلاف الطريقتين؟ فيه طرق: أشبهها وهو ما أورده الروياني وغيره: إن موضعه ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأمَّا إذا كان في حال الحجر فلا تصح الكتابة.

قلت: ونسب الماوردي إلى الجمهور القطع به.

وثانيها: إنَّا إذا قلنا لا يصير محجورًا بنفس الردة ولم يحجر القاضي عليه صحت كتابته بلا خلاف.

وثالثها: طرد الخلاف في الحالتين، ويُخْرِجُ من ذلك جميعه أثرًا أورده في «الروضة» خمسة أقوال: أظهرها: البطلان، والثاني: يصح، والثالث: موقوفة على إسلامه، والرابع: يصح قبل الحجر عليه، وإن قلنا: يصير محجورًا عليه بنفس الردة، والخامس: يصح قبل أن يحجر عليه أمَّا بنفس الردة وأمَّا بحجر القاضي، انتهى.

وعبارة الرافعي:

أحدها: إنها موقوفة.

والثاني: صحتها.

والثالث: صحتها قبل الحجر خاصة.

والرابع: بطلانها.

والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة والأشبه كالترجيح على ما أورده صاحب «التهذيب».

الوجه الرابع: وعن القاضي أبي حامد أن الأظهر الثاني، وهو اختيار المزني، انتهى.

وما ذكر أنه الأشبه بالترجيح بناه على ما صححه البغوي في أقوال الملك، وقد سبق ما فيه، قال الشافعي في «الأم»: إذا ارتد الرجل عن الإسلام فكاتب عبده قبل أن يقف الحاكم ماله فكتابته جائزة، وكذلك كل ما يصنع في ماله فأمره فيه جائز كما كان قبل الردة، فإذا وقف الحاكم ماله حتى يموت أو

....

يقتل على الردة فيصير ماله يومئذ فيئًا، أو يتوب فيكون على ملكه لم تجز كتابته، انتهى.

وقال في «المختصر»: ولو كاتب المرتد عبده قبل أن يقف الحاكم ماله كان جائزًا ولم ينقل الأئمة عنه سوى هذين النصين.

وقال في كتاب «البويطي»: وإذا ارتد الرجل عن الإسلام ثم كاتب عبده قبل أن يرجع إلى الإسلام فكتابته جائزة، وكل ما صنع في ماله فأمره فيه جائز كما كان قبل الردة، وإذا أوقف الحاكم ماله فلا يجوز، انتهى.

فبان أن المذهب أن كتابته قبل الحجر عليه جائزة كما هو المذهب فيمن طرأ تبذيره بعد رشده، ولم يتصل حجر الحاكم والتخريج على أقوال الملك من تصرف الأصحاب.

تنبيهات وفروع: قول «الروضة»: والرابع يصح قبل الحجر عليه، وإن قلنا: يصير محجورًا عليه بنفس الردة غريب، ولم يذكر الرافعي إلا ما تقدم عن لفظه، وإنما أخذه الشيخ فما وقع في نسخ بـ«الشرح» في نقل الطرق، والثاني في كلام ابن كج: إنا إذا قلنا: يصير محجورًا بنفس الردة ولم يحجر عليه الحاكم فتصح كتابته بلا خلاف، ووقع في نسخ: إنا إذا قلنا لا يصير... إلى آخره وهو الصواب في النقل، وما في «الروضة» سهو.

لو كاتب مسلم عبده ثم ارتد السيد لم تبطل كتابته، كما لا يبطل بيعه وغيره لكن لا يجوز دفع النجوم إليه، إن قلنا: زال ملكه وصار محجورًا عليه، فإن دفعها إليه، أو قلنا: بعدم الزوال، فقد ذكرنا تفريع ذلك فيما إذا يكاتبه في حال ردته فلا نطيل الذكر لعدم الحاجة إلى استعماله.

لو ارتد مكاتب لم تبطل كتابته، فإن هلك على الردة قبل العتق فما كان في يده لسيده وارتفعت الكتابة أطبقوا على جواز كتابة العبد المرتد، كما نص عليه الشافعي، قالوا: كما يجوز بيعه، وسبق في صحة بيعه وجه والظاهر مجيئه هنا، ثم إذا أدى النجوم من اكتسابه أو تبرع غيره بأدائها عنه عتق، وإن لم

وَلَا تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ، وَمُكْرًى.

يؤدها، وأسلم بقي مكاتبًا وإن هلك مرتدًا، وكان ما به لسيده، وأمَّا العبد القاتل حرابة إذا تحتم قتله، فلم أر في كتابته شيئًا، وسبق في البيوع عن «الروضة» أن أصح الطرق أن يبيعه كبيع المرتد، وذكر أن الروياني قال في «التجربة»: إنه لا يجوز بيعه، نصَّ عليه، قال: وعليها من قال غيره بخلاف المرتد، انتهى.

والظاهر لا يجوز كتابته على الوجهين، قال في «الأم»: ولا أجيز كتابة السيد المرتد والعبد المرتد إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان ما لم يتحاكما إلينا تصح كتابة الكافر عبده الكافر جزمًا، سواء كان السيد ذميًا أو معاهدًا أو حربيًا لكن لو قهر مكاتب الحربي سيده في دراهم ملكه، وصار السيد عبدًا وارتفعت الكتابة إذا دخل عبد مسلم في ملك كافر، وأمرناه بإزالة ملكه فكاتبه صحت الكتابة على أظهر القولين للعبد، كذا قالا هنا، وهو الصواب في «الحكاية» وقالا في البيوع: صحت على أظهر الوجهين، ولو أسلم مكاتب الكافر بقيت قطعًا، وقيل: قولان.

قال: (**وَلَا تَصِحُّ كِتَابَةُ مَرْهُونٍ**) أي: لأن الرهن يخرج إلى البيع، والكتابة تمنع منه، فصارا متنافيين، والظاهر أن المتعلق برقبته جناية كالمرهون.

قال: (**وَمُكْرًى**) أي: لأنه في تصرف الغير، ولا يتفرغ للاكتساب لنفسه، هذا ما أجاب به الأكثرون، ونصَّ عليه في «الأم» ولفظه: ولو أجر عنه ثم سأله العبد أن يكاتبه لم يكن له ذلك من قبيل حق المستأجر في إجارته، وإن العبد ممنوع من الكسب بخدمة مستأجره، انتهى.

وحكى الرافعي في كتاب الإجارة الجواز عن ابن القطان، والمنع عن ابن كج بلا ترجيح، وقال في «الروضة»: إن المنع أقوى.

قلت: ويقرب أن يفصل فيقال: إن كانت الإجارة بحيث لا يتمكن معها من الاكتساب كالاستئجار للخدمة، وما يستغرق نهاره كما رمز إليه النص،

وَشَرْطُ الْعِوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا مُؤَجَّلًا، ....

وبين ما لا يمنعه من الاكتساب كالحراسة ليلًا فقط، أو النظارة مثلًا، وكسبه بخياطة أو وراقة وكل ما يمكن عمله مع قيامه بما أكري له، فيمتنع الكتابة في الضرب الأول دون الثاني؛ لفقد المانع المشار إليه.

فروع: حكى الرافعي عن كتاب ابن كج: إنه يجوز كتابة المستولدة فإن مات السيد قبل أداء النجوم عتقت من رأس المال، وأن أبا الحسين خرَّج وجهًا أنه لا يجوز، وهو ما نقله الروياني في «التجربة» عن إشارة النص في «الأم» ووجهه بأن الكتابة اعتياض عن الرقبة، ورجحه مرجحون، والأظهر الأولى، قال ابن الرفعة: لا تجوز مكاتبة الموصي بمنفعة في الأصح.

قلت: الجواز فيمن أوصى بمنفعته أبدًا بعيد إلا إذا قلنا بجواز مكاتبة العاجز عن الكسب لتوقع العتق بالصدقات، نعم من أوصى بمنفعته مدة يشبه أن يفصل فيه فيقال: إن كانت طويلة يحل النجوم قبلها فلا، وإن كانت قريبة تنقضي قبل حلول النجم، أو قد بقي من الطويلة زمن يسير ينقضي قبل حلول النجم بما يتسع لتحصيله، فيجوز، وكذا ينبغي أن يقال في المكري، والله أعلم.

الظاهر أن من تحتم قتله في الحرابة لا تصح مكاتبته بخلاف المرتد، ولم أر فيه نقلًا، ويحتمل أن يجيء فيه خلاف من الخلاف في صحة بيعه، وقد قدمنا كلامًا فيه. حكي عن صاحب «البيان» أنه ذكر في كتاب البيع: إنه لا تصح كتابة المغصوب، وإن كلام المتولي يقتضي الصحة.

قلت: ويشبه أن يقال: إن كان يقدر على الهرب والتخلص صحت وكذا لو كان يتمكن مع دوام الغاصب من الكسب والأداء صحت وإلا فلا، والله أعلم.

قال: (**وَشَرْطُ الْعِوَضِ كَوْنُهُ دَيْنًا**) ليلتزمه في الذمة، ثم يحصله فيؤديه، وإنما اشترطت البينة لعجزه عن الأعيان؛ لأنه لا يملك شيئًا.

قال: (**مُؤَجَّلًا**) أي: فلا تصح الحالة اتباعًا للصحابة ﷺ ولأنه عاجز في الحال فيكون كالسلم فيما لا يوجد عند محله، وفي النفس منه شيء، في بعض الصور وأجاز مالك وأبو حنيفة وغيرهما الحلول، واختاره الروياني في

……

«الحلية» وما أجاب به ما يورد من أنه لو كوتب على قدر من الملح وهما على مملحة، فإنه يمكنه تسليمه في الحال عقب العقد من أنه لا يملك الملح ما لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق لا يخفى ضعفه.

إشارات: منها: قال الرافعي: يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط الدينية؛ إذ الأعيان لا تقبل الأجل، فيستغنى عنه بذكر التأجيل، قاله مناقشًا الغزالي، وهذه المساحة تلزم «المحرر» و«المنهاج» وأجاب ابن الصلاح بأن دلالة الالتزام لا يكتفى بها في المخاطبات، وهذان وصفان مقصودان، انتهى.

ومنها: ما تقدم من أن الكتابة على الأعيان لا تصح هو المعروف، ورأيت في «تحرير الجرجاني»: والكتابة كالبيع في أنها لا تصح إلا من مكلفين مختارين بإيجاب وقبول وعوض معين أو موصوف في الذمة، وقال في الشافعي: وتصح بعوض معين وفي الذمة، انتهى.

وقضية كلامه صحتها على العين، ثم ذكر من بعد أنها تفارق البيع في أنها لا تصح إلا مؤجلة، وكذا وكذا وتأجيل الأعيان غريب، فيؤول صدر كلامه.

لكن رأيت في «فروق الجويني»: إنه لو كاتبه على سفينة طعام بعينها ودينار محله صبيحة لغد صحت الكتابة، وكانت على نجمين:

أحدهما: الطعام.

والثاني: الدينار، وهذا لفظه، وهو غريب ويتعين تأويله.

ومنها: إذا قلنا العبد يملك بتمليك سيده أو غيره كما بيَّنا هناك، فيحتمل أن يقال: تصح الكتابة الحالة وعلى الأعيان، ويجوز أن يكون ما وقع في كلام أبي محمد، من تفاريع ذلك القول فتأمله.

ومنها: إطلاقه في الدين يشمل ما يهم وجوده في المحل وما يندر، وفي الثاني وجهان، فإن جوَّزنا فانقطع لم ينفسخ العقد، وإلا فكالمسلم فيه ينقطع، وإطلاقه أيضًا يشمل ما إذا كاتبه على مال عظيم في نجمين متقاربين بحيث لا يمكن تحصيله فيهما عادة، كما لو كاتبه إلى أجل متباعد على مال عظيم، وفي

وَلَوْ مَنْفَعَةً، وَمُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ، وَقِيلَ: إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ وَدِينَارٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ صَحَّتْ ....

هذه الصورة وجهان جاريان فيما لو قال: كاتبتك على خمسين دينارًا تؤديها إلي في هذا اليوم وعشرة بعد سنة، وبني الوجهان على أن المنع في الكتابة الحالة لأجل تحقق العجز، أو لكون الغالب عدم القدرة على المال في الحال، هكذا نقل ابن الرفعة.

وعبارة «الروضة»: وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين، أو إلى قصير وطويل، بشرط أداء الأكثر في القصير وجهان: أصحهما: نعم.

قال: (**وَلَوْ مَنْفَعَةً**) أي: كبناء وخياطة ونسج أو نسخ معلومات ونحوها كما يجوز أن تجعل المنافع أجرة وثمنًا.

(**وَمُنَجَّمًا بِنَجْمَيْنِ فَأَكْثَرَ**) لأنه المأثور عن الصحابة ﷺ فمن بعدهم قولًا وفعلًا، قال الأئمة: ولو جاز على أقل منها لا تبذروه تعجيلًا للقربة، ويروى مرفوعًا: «**الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ**»(١) وهذا نص إن صح ولا أحسبه يصح، ولأن اشتقاق الكتابة من الجمع وأقله اثنان، وقضية إطلاق المصنف أنه لو جعل محل النجم الأول في آخر الشهر، والثاني في أوله أنه يصح، وفيها وجهان: وجه المنع أن الاتصال يجعلهما كالنجم الواحد، واعلم أن قوله: ومنجمًا يفهم أن المنفعة شرطها التأجيل كالدين، وسيأتي ما فيه.

قال: (**وَقِيلَ: إِنْ مَلَكَ بَعْضَهُ وَبَاقِيهِ حُرٌّ لَمْ يُشْتَرَطْ أَجَلٌ وَتَنْجِيمٌ**) أي: لأنه يملك ببعضه الحر ما يؤديه فلا يتحقق العجز في الحال، وصحح الاشتراط اتباعًا لما جرى عليه الأولون، وهذا جمود لا يقوى التمسك به في مسألتنا.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ**) أي: مثلًا.

(**وَدِينَارٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ صَحَّتْ**) إذا كاتب عبده على خدمة شهر أو عام من الآن، ودينار بعد انقضاء الشهر أو العام بشهر أو يوم جاز، ولو قال: على خدمة شهر ودينار عند انفصاله، وهي صورة الكتاب.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الصغرى» (٣/ ٣٤٥).

....

قال الرافعي: وظاهر كلام الشافعي أنه يجوز، بل عن نصه في «الأم» أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر أو معه جاز، واختلف الأصحاب فيه على وجهين، وعن ابن سريج أن فيه قولين:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيجوز أن ما كالنجم الواحد، ويحكى عن اختيار أبي الطيب بن سلمة والطبري والقاضي أبي حامد، وهؤلاء حملوا كلام الشافعي على ما إذا قال: ودينار بعد العقد بيوم أو شهر، وغلطوا الربيع في رواية: أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابن أبي هريرة والشيخان أبو حامد والقفال: الجواز؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها، والتوفية فيها، والدينار إنما يستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلفا الاستحقاق حصل التنجيم، قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كانت على دينارين، أحدهما حال، والآخر مؤجل، وبهذا يبين أن الأجل وإن كان يطلق اشتراطه في عوض الكتابة فليس ذلك بشرط في المنفعة التي يقدر على الشروع في توفيتها، انتهى لفظه، ﷺ تعالى.

تنبيهات وفروع:

منها: ما رواه عن أبي إسحاق من البطلان رواه عنه المحاملي وغيره، وفي «الحاوي» فيه وجهان: **أحدهما**: حكاه أبو إسحاق والمروزي عن بعض المتقدمين من أصحابنا فذكره.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وابن أبي هريرة أن الكتابة جائزة.

ومنها: قال الرافعي: قال: ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر مثل أن يقول: ودينار بعد العقد بيوم، فعن ابن القطان: القطع، والظاهر إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز، انتهى.

....

وقال البندنيجي: إنه ظاهر المذهب، وبه جزم القاضي الحسين، وحكاه الإمام عن كافة الأصحاب سوى أبي إسحاق، وصرَّح المحاملي في «المجموع» بأن القائل بالصحة في صورة الكتاب.

قال: لو قال: كاتبتك على خدمة شهر وعلى دينار في أثناء الشهر يصح للمعنى الذي ذكرناه، وهو أن وقت استحقاق النجمين مختلف، وهذه الطريقة أصح؛ لأن الشافعي نص عليها في «الأم» فقال: وإذا كاتبه على منفعة شهر فيحتاج أن يشترط أن يؤدي معها شيئًا من غيرها، إمَّا معها أو بعدها، انتهى.

وقال الماوردي متصلًا بما سبق عنه: وعلى تعليل الوجهين لو جعل محل الدينار في شهر الخدمة لم تصح الكتابة، وقد قاله الشافعي نصًا، ومن أصحابنا من ركب الباب وعلله بأن ما مضى من شهر الخدمة قبل استحقاق الدينار نجم، وما بقي منها بعد استحقاقه نجم آخر، وهذا التعليل مستدرك.

لو كاتبه على خدمة شهرين لم يصح؛ لأنها كتابة على نجم واحد، وليس لقائل أن يقول: أجزتها وأجعل كل شهر منها نجمًا، انتهى.

ويوافقه قول الدارمي، فإن كاتبه على أن يخدمه كذا عقب العقد، ثم كذا من مالٍ أو عوض في نجم آخر جاز، فإن شرط الدينار عقب الدينار عقب الشهر نص يجوز، وقيل: لا بد أن يكون كنجمها زمان شرطه في الشهر لم يصح، انتهى.

فَجَعَلَ في هذه الصورة قولَيْن منصوصَيْن، وهي محتملة جدًا عند الإطلاق بخلاف ما مثله الرافعي.

ومنها: لو قال: على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوفة بعد انقضاء الشهر، فكقوله: وعلى دينار بعد انقضاء الشهر، نص عليه في «الأم» واتفقوا عليه، وذكر البغوي أنه لا بد من بيان العمل في الخدمة إذا كانت عليها، ونحوه قول الماوردي: ونصف الخدمة بما توصف به الإجارة.

وقال ابن الصباغ: يكفي إطلاق الخدمة، ويوافقه إطلاقه في «الأم»

....

و«المختصر» فذكر الخدمة، وعليه جرى المحاملي وغيره، بل صرحوا بالاكتفاء بقوله: يخدمني شهرًا، وقدمنا أنه الموافق لما رجحوه في الإجارة للخدمة، والقياس التبيين بل يتعين إذا لم يطرد عرف بخدمة معلومة.

ومنها: إذا مرض في الشهر المذكور وفاتت الخدمة، وأمَّا الباقي، فقال الرافعي: قيل: هو كما لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان:

أحدهما: القطع ببقاء العقد فيه.

والثاني: إن فيه قولين، وقيل: تبطل الكتابة في الباقي بلا خلاف، فهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب، انتهى.

وقال القاضي الحسين: تنفسخ الكتابة قولًا واحدًا، وهو ما نص عليه الشافعي، أي: في «الأم» كما حكاه البندنيجي: إذا انتقضت الكتابة في النصف انتقضت في الكل، قاله ابن الرفعة.

ولفظ «الأم»: ولو كاتبه على أن يخدمه شهرًا ثم يعطيه مالًا بعده فمرض ذلك الشهر انتقضت الكتابة، ولم يكن له أن يعطيه أحدًا يخدمه مكانه ولا عليه إذا أراد ذلك السيد، كما لو استأجر حرًّا على أن يخدمه شهرًا فمرض في الشهر لم يكن عليه ولا له أن يخدمه غيره، وانتقضت الإجارة.

ومنها: ما ذكره المصنف وقدمناه من اشتراط اتصال الخدمة ونحوها بالعقد، هو فيما إذا وقع العقد على خدمته بنفسه، فلو قدَّم نجم المال وأخَّر نجم العمل بأن قال: كاتبتك على دينار تؤديه بعد شهر من الآن، وعلى أن تخدمني الشهر الذي يليه لم يصح، نعم؛ لو كان العمل في الشهر بأن قال: كاتبتك على دينار، وعلى خياطة ثوب في ذمتك صفته كذا وكذا يؤدى الدينار بعد شهر بالخياطة بعد شهر جاز، وكذا لو كاتبه على دينار بعد شهر، وعلى خدمة شهر مضمونة في ذمته بعد انقضاء ذلك الشهر، فإن فصل بينهما صح، وإن وصل فعلى الوجهين قاله الماوردي.

……………………………………………………………………………………

ومنها: قضية كلام المصنف: إنه لا يجوز الاكتفاء بقوله: خدمة شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين، ويقدر كل عشرة أيام نجمًا، أو كل شهر عند الاختلاف؛ لأن الجميع نجم واحد، وهو صحيح، نعم لو شرط صريحًا كون خدمة شهر نجمًا، وخدمة الشهر بعده نجمًا، فقد قيل: يصح، والأصح المنصوص في «الأم»: المنع، ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن تأخر الأولى كخدمة رجب ورمضان قالا: لم يصح بلا خلاف، ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بعينه بعقد الكتابة، ولا تتأخر عنها، فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال لم يصح، وأمَّا المنافع الملتزمة في الذمة كخياطة ثوب معين وبناء جدار موصوف ونحوه فيجوز فيها التأجيل.

ومنها: لا خفاء أنه لا بد من بيان قدر العوض وصفته، وأقدار الآجال، وما يؤدى عند حلول كل نجم إن لم يكتف بالإطلاق وغيره على التسوية ما سبق، ثم إن كانت على نقد يكفي الإطلاق إن كان هناك فقد منفرد أو غالب، وإلا وجب التبيين، أو على عوض وصفه بصفات السلم، قال الدارمي: فإن قال في ثلاث سنين في آخر كل سنة لم يصح، حتى يذكر انقضاءً أو انسلاخًا، أو أوّلًا أو هلالًا، وعندي يصح، انتهى.

وسبق في كتاب السلم بيان الآجال، وما وقع في كلام الرافعي وغيره فيها، وأوضحناه أكمل إيضاح.

ومنها: لو قال: كاتبتك على مائة تؤديها في ثلاثة أشهر قسط كل شهر عند انقضائه، قال الشيخان: جوَّزه ابن سريج، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره.

ولو قال: تؤديها في عشر سنين لم يجز، وقيل: يجوز، وتوزع على عددها، ولو قال: في شهر كذا أو في سنة كذا أو في يوم كذا فهل هو مجهول أو يحمل على أول كل منها؟ وجهان.

وقال الدارمي: يبين وقت الأداء من السنة والشهر والأسبوع، فإن عين يومًا فوجهان:

أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا فَسَدَتْ، ....

أحدهما: يعين فيه.

والثاني: يجوز ويكون إلى آخره، انتهى.

ونقل الوجه الأول فيه خلل، ثم بان لي معناه يجب التبيين والتعيين فيه كالسنة والشهر، **والثاني**: لا يجب، ويحمل الإطلاق على آخره لقرب ما بين طرفيه وتأخره يحصل يقين الحلول، والله أعلم.

قالا: ولو قال في وسط السنة فهل هو مجهول أم يحمل على نصفها؛ لأنه الوسط الحقيقي؟ وجهان.

ومنها: هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم، قال الدارمي: فيه طريقان: **أحدهما**: على قولين، **وثانيهما**: يشترط إن كان في بادية أو خراب، يعني في موضع لا يصلح للتسليم، وأطلق صاحب «الخصال» القول باشتراط بيان محل التسليم. وفي «تعليق» إبراهيم المروزي قبيل بيع باب المكاتب، ولا خلاف أنه إذا كان لحمله مؤنة أنه لا بد من تعيين مكان التسليم، انتهى.

وقال الشافعي في «الأم» في باب ما تجوز عليه المكاتبة بعرض: لم يجز إلا أن يكون العرض موصوفًا وإلى أجل معلوم، وإذا كان العرض في الكتابة لم يجز إلا أن يكون كما يكون في أن يسلف في العرض سواء لا يختلفان إلا أن قال: يوليه إياه في موضع كذا، فإن ترك من هذا منها لم تجز الكتابة عليه كما لا يجوز أن يسلف فيه إلا هكذا، انتهى.

وحكى ابن كج الخلاف المذكور في السلم هنا، وذكر خلافًا في أنه لو عين موضع فخرب هل يسلم فيه أم في أقرب المواضع إليه؟ قال: وعلى أن يبيعه كما فسدت، وإذا شرط في عقد الكتابة أن يشتري العبد منه شيئًا أو يشتري هو من العبد فسدت الكتابة؛ لأنه شرط عقدًا في عقد.

[قال: (**أَوْ عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا فَسَدَتْ**)](1).

---

(1) لم يشرحه المصنف، وشرحه «مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج» (٢٠/ ٢٨٣) فقال: =

وَلَوْ قَالَ كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ وَنَجَّمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الْحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ، ....

قال: (**وَلَوْ قال: كَاتَبْتُكَ وَبِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِأَلْفٍ وَنَجَّمَ الْأَلْفَ وَعَلَّقَ الحُرِّيَّةَ بِأَدَائِهِ فَالمَذْهَبُ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ دُونَ الْبَيْعِ**) إذا كاتبه وباعه منها على عوض واحد بأن قال: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بألف درهم إلى شهرين تؤدي منها خمسمائة عند انقضاء الأول، والباقي عند انقضاء الثاني، فإذا أديت فأنت حر، فقال العبد: قبلت الكتابة والبيع، أو قال: البيع والكتابة، أو قال: قبلتهما جميعًا فطريقان: أحدهما: فيه قولي الجمع بين مختلفي الحكم، ففي قول: يصحان، وفي قول: يبطلان، وأصح الطريقين أن البيع باطل؛ لتقديم أحد شقيه على مصير العبد من أهل مبايعة السيد، وإذا بطل البيع ففي صحة الكتابة قولان؛ لأنه جمع في الصفقة الواحدة بين ما يجوز وما لا يجوز، كما لو باع عبده وعبد غيره، فلو قلنا بصحة الكتابة صحت بجميع العوض في قول، وبالقسط في الأظهر، فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب فما يخص العبد يلزمه في النجمين، فإذا أداه عتق، وإن أفسدنا الكتابة قال الرافعي: فعليه أداء جميع المال لتحصل الصفة فيعتق ثم يتراجعان.

قال الصيدلاني: ويحتمل أن يخرج قول آخر وهو: إنه إذا أدى ما يخص قيمته يعتق ثم يتراجعان، وأدى الإمام الطريقين على نسق آخر، فقال: يفسد البيع لسبق إيجاب البيع على تمام الكتابة، وخرج بعضهم فيه وجهًا أنه يصح، فإن أفسدنا البيع ففي صحة الكتابة قولُ تفريق الصفقة، وإن صححناه فيتجه تخريجهما على القولين في الجمع من مختلفي الحكم، هذا حاصل ما أورده الرافعي، وطرح من «الشرح الصغير» ما نقله عن إيراد الإمام.

وعجب قوله في «الشرحين» فإن قلنا: إنها فاسدة فعليه أداء جميع المال لإيهامه التحتم، وكان الأحسن أن يقال: فإن أدى جميع المال عتق لحصول

= (أَوْ) كَاتَبَهُ (عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ كَذَا) أَوْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ كَذَا كَثَوْبٍ بِأَلْفٍ (فَسَدَتْ) أَيِ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ.
تَنْبِيهٌ: لَوْ قَالَ الْمُصَنِّفُ عَلَى ابْتِيَاعِ كَذَا لَشَمِلَ صُورَةَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

الصفة، وقال الماوردي: إذا كاتبه وباعه دارًا بألف فإن فصل بين العوضين صحت الكتابة، فأمَّا البيع فإن قدمه في العقد على لفظ الكتابة بطل البيع، وإن صحت الكتابة، وإن قدَّم لفظ الكتابة على لفظ البيع نظر، فإن كان العبد قد بدأ بطلب الكتابة قبل إجابة السيد صح البيع إذا قبله العبد؛ لأن الكتابة قد تمت بطلب العبد وإجابة السيد، فصار للسيد بعدها مستأنفًا لمبايعة مكاتبه، وإن لم يكن العبد قد ابتدأ بطلب الكتابة وابتداء السيد ببذلها بطل البيع وصحت الكتابة، هذا حكم التفصيل، فإن جمع بينهما في العقد ولم يفصل بين على قولي الجمع بين مختلفي الحكم، فإن أبطلناه بطل العقد هنا فيهما، وإن أجزناه أثبتنا حكم العقد هاهنا فيهما على ما سبق من تفصيل العوض فيهما، ثم ينظر إن قدَّم ذكر الكتابة على ذكر البيع صح العقد فيهما لصحة الكتابة بتقدمها فصح البيع، ويقسط الألف على قيمة الدار، وكتابة المثل فما قابل قيمة الدار منها كان ثمنًا، وما قابل كتابة المثل كان مالًا في الكتابة، فيجري على كل واحد منهما حكمه لو انفرد.

وإن قدم في العقد ذكر البيع على ذكر الكتابة بطل البيع؛ لأنه صار فيه مبايعًا لعبده، وفي بطلان الكتابة قولٌ: تفريق الصفقة، ثم فرع على القول بالتفريق فقال: ففيم يقسم به العبد على الكتابة؟ قولان: **أحدهما**: بجميع الألف ولا فسخ، **والثاني**: يقيم عليها بقسطها من كتابة المثل وقيمة الدار إذا قوبلتا بالألف. هذا حاصل كلامه ﵀ تعالى.

إشارة: كان قضية إصلاح المصنف أن يقول: فالمذهب بطلان البيع، والأظهر صحة الكتابة، هكذا في «الروضة» و«أصلها» وهو مراد «المحرر» بقوله: فالأصح بطلان البيع، وفي الكتابة قولٌ: تفريق الصفقة، انتهى.

ولا يخفى ما بين طريقة الماوردي وما ارتضاه الرافعي من التفاوت، وهل مراد الماوردي بقوله كتابة المثل قيمة مثل العبد؟ فيه نظر. والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ عَبِيدًا**) أي: صفقة واحدة.

عَلَى عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالنَّصُّ صِحَّتُهَا، وَيُوَزَّعُ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقَّ.

(عَلَى عِوَضٍ مُنَجَّمٍ وَعَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِأَدَائِهِ فَالنَّصُّ صِحَّتُهَا، وَيُوَزَّعُ عَلَى قِيمَتِهِمْ يَوْمَ الْكِتَابَةِ فَمَنْ أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ، وَمَنْ عَجَزَ رَقَّ) هكذا قضيته في «الأم» و«الإملاء» و«البويطي» و«المختصر» ونص على البطلان فيما إذا اشترى ثلاثة عبيد، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقة واحدة، ونص أنه لو نكح نسوة أو خالعهن على عوض واحد أن المستحق على قولين، وسبقت مسألة النكاح في كتاب الصداق. والحاصل في البيع والكتابة أربعة طرق: **أحدها**: إنهما على قولين نقلًا وتخريجًا، **وثانيها**: يفسد البيع وفي الكتابة قولان، **وثالثها**: تصح الكتابة قطعًا، وفي البيع قولان، وهو ما صححه البغوي وغيره، **رابعها**: تصح الكتابة ويفسد البيع تقريرًا للنصين فيهما وإذا أفردت.

قلت: في البيع طريقان: **أصحهما**: طرد القولين. **والثاني**: القطع بالفساد، وفي الكتابة طريقان: **أصحهما**: قولان. **والثاني**: القطع بالصحة، هذا حاصل «الروضة» في كتاب «الصداق».

وقال الماوردي هنا ما ملخصه: خرج ابن سريج والكتابة على قولين، وذهب أبو إسحاق والإصطخري وابن أبي هريرة إلى أن البيع باطل قولًا واحدًا؛ لأن حكمه مجمع عليه، وفي الكتابة قولان لتخريج الربيع:

أحدهما: إن الكتابة باطلة كالبيع؛ لأن كل واحد من المكاتبين قد جهل في العقد مال الكتابة، والجهل بمالها يوجب فسادها، كما لو ابتدأ كتابته على مال مجهول.

والثاني: صحة الكتابة، وإن نقل البيع والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن المقصود بالكتابة القربة والبر فخف حكمها، والمقصود بالبيع الربح والمعاينة فيغلظ حكمه.

والثاني: إنه قد ينفذ العتق في الكتابة الفاسدة كنفوذه في الكتابة الصحيحة، ولا ينتقل الملك بالبيع الفاسد فافترقا لخفة حكم الكتابة وتغليظ

……

حكم البيع، انتهى.

وفي كتاب «البويطي» بعد الحكم بصحة الكتابة، فإن قيل: أفيجوز لرجل أن يشتري من ثلاثة رجال ثلاثة عبيد بثمن مسمى حله؟ قيل: لا من قبل أن المبتاع وإن كان واحدًا فإن المباع ثلاثة، ولو اشترى رجل من رجل ثلاثة أشياء دارًا وفرسًا وعبدًا بمائة دينار جاز؛ لأن البائع واحد، وكذلك سيد المكاتبين واحد وهو مالكهم، انتهى.

وعبر الأئمة عن هذا الفرق بأن في الكتابة يجمعهم مالك واحد، وإيجابهم صدر عن رأي شخص واحد، فيكون كالواحد كاتب واحدًا، وفي البيع لم يجمعهم ملك مالك واحد، وإيجابهم صدر عن أراء أشخاص مختلفة فافترقا، إذا علمت هذا، فتفريع المذهب ما ذكره المصنف ونص عليه الشافعي، وهو أن المسمى يوزع على قيمتهم يوم الكتابة، فمن أدى حصته منهم عتق ولا يتوقف عتقه على أداء غيره، ومن عجز منهم رق، وما ذكره من التوزيع على قيمتهم هو أصح القولين، وقطع به قاطعون، فإذا كانوا ثلاثة وكانت قيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة، فعلى الأول سدس المنتهى، وعلى الثاني ثلثه، وعلى الثالث نصف، والاعتبار بقيمة يوم الكتابة؛ لأن سلطنة السيد تزول يومئذ، والقول الثاني أن المسمى يوزع على عدد رؤوسهم، وأجرى هذا القول في عوض الخلع والصداق، وذكر الإمام أنه لو طرده طارد على ضعفه لم يبعد، انتهى.

واعلم أنه لا خلاف عندنا إذا صححنا الكتابة أن من أدى حصته عتق، ومن عجز رق كما سبق، ولا ينظر إلى أن السيد علق عتقهم بأداء جميعهم حيث قال: فإذا أديتم فأنتم أحرار؛ لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة، ولذلك إذا أبرأ السيد المكاتب عتق، وإذا مات السيد لم تبطل الكتابة، بخلاف التعليقات.

وقال أبو حنيفة ومالك: إنما يعتقون إذا أدوا جميع المال.

فَرْعٌ: إذا حكمنا بفساد هذه الكتابة، فإن أدوا المال جميعًا عتقوا بحكم

……………………………………………………………………

التعليق، وإن أدى بعضهم حصته فهل يعتق؟

قال الرافعي: فيه وجهان أو قولان المنسوب إلى نصه في «الإملاء» أنه يعتق، ووجه بأن العتق في الكتابة الفاسدة محمول على المعاوضة، ولذلك نقول بأن السيد والعبد يتراجعان.

وقضية المعاوضة أن يعتق كل واحد منهم بأداء عليه، وأقيسهما وهو الذي صححه ابن كج والقفال وغيرهما: إنه لا يعتق؛ لأن الصفة لم تكمل فأشبه ما إذا قال: إن دخلتم الدار فأنتم أحرار فدخل بعضهم لا يعتق.

قلت: وهذا ما نسبه الماوردي إلى اختيار الشيخ أبي حامد، وقال: إن الظاهر من مذهب الأول.

فائدة: لا خلاف عندنا أنه لا يحمل بعضهم عن بعض شيئًا، قال الماوردي: وقال أبو حنيفة ومالك: يلزم كل واحد منهم ضمان ما على الآخرين؛ لأن كتابتهم واحدة، فاشتركوا في التزامها، وضمان مالها وصار كل واحد منهم مأخوذًا بجميعها.

قال: وهذا غير صحيح؛ لأن الاجتماع على الكتابة كالاجتماع على الابتياع، فلما لم يلزم الضمان في الإجماع على الابتياع لم يلزم الضمان في الاجتماع على الكتابة، انتهى.

وقال ابن عبد البر بعد قول مالك في «الموطأ» الأمر المجتمع عليه عندنا أن العبيد إذا كوتبوا كتابة واحدة، فإن بعضهم حمل على بعض، وإن لا يوضع عنهم حتى يموت أحدهم شيء، فإن قال أحدهم: قد عجزت وألقى بيده فإن لأصحابه أن يستعملوه فيما يطيق من العمل، ويتعاونون في كتابتهم حتى يعتق بعتقهم أو يرق برقهم إن رقوا.

روي عن سفيان كقول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يكون العبيد حملًا إلا أن يشترطه في عقد الكتابة، ثم حكى مذهب الشافعي أنه لا يجوز أن يحمل أحدهم عن أصحابه شيئًا، وإن اشترط السيد ذلك عليهم فسد العقد، ثم

وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ صَحَّ فِي الرِّقِّ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ، ....

قال: والقياس ألا تصح حمالة المكاتبين بعضهم عن بعض، كما لا تصح حمالة الأجنبي عنهم؛ لأن الكتابة دين ليس بثابت لسقوطه بالموت والعجز، انتهى وما أكثر إنصافه ﷺ تعالى.

قال: (**وَتَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ مَنْ بَاقِيهِ حُرٌّ**) لأنها تفيده الاستقلال باستغراقها ما رق منه.

(**فَلَوْ كَاتَبَ كُلَّهُ صَحَّ فِي الرِّقِّ فِي الْأَظْهَرِ**) أي: من قولي تفريق الصفقة، وكذا لو ظن رق فبان بعضه حرًا، فإن أفسدنا لم يعتق حتى يؤدي كل المسمى ليتحقق الصفة، ثم يسترد من السيد ما أوصى وللسيد عليه، قسط القدر الذي كاتبه من القيمة، وإن صححنا استحق قسط الرقيق منه من القيمة لا جميع المسمى على الأظهر، كما سبق بيانه في باب تفريق الصفقة.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَ بَعْضَ رَقِيقٍ فَسَدَتْ إِنْ كَانَ بَاقِيهِ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَأْذَنْ**) أي: لعدم استقلال العبد؛ ولأن نصيب الشريك ينتقص فيتضرر به، وقيل: يصح كما ينفرد أحدهما بالإعتاق والتدبير.

وقال الإمام: ذهبت طائفة إلى تخريج قولين في حال عدم الإذن وهو منقدح؛ لأن إذن الشريك لا يفيد الاستقلال فلا يبقى إلا تخيل ضرر الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق من الشريك.

تَنْبِيهٌ: قال في «الدقائق» قول «المنهاج»: فسدت إن كان باقيه لغيره هو مراد «المحرر» ويقوله فالكتابة باطلة.

واعلم أن الفاسد والباطل من العقود عندنا سواء في الحكم إلا في مواضع منها الحج والعارية والخلع والكتابة، فتجوز «المحرر» تسميتها باطلة ومراده أنها فاسدة يترتب عليها أحكام الفاسدة من العتق بالصفة وغيره لا أنها باطلة حقيقة لاغيه، انتهى. وسنذكر ما يستثنى من إطلاق المصنف الفساد.

وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ.

قال: (**وَكَذَا إِنْ أَذِنَ أَوْ كَانَ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) فيه صورتان:

الأولى: أن يأذن له شريكه في ذلك ففيه طريقان: أغربهما: وبها قال ابن سلمة: القطع بالفساد لما سيأتي.

وأشهرهما: إن المسألة على قولين: أظهرهما: وهو المنصوص في «الأم» وأكثر كتبه كما قال الماوردي إنها فاسدة لأربعة معانٍ:

أحدها: عدم استقلاله.

وثانيها: عدم قدرته على الاستعانة بمال الصدقات؛ لأنها لا تدفع إليه.

وثالثها: إنه إذا كوتب في نصفه على ألف لم يعتق إلا بأداء ألفين، أحدهما للشريك، وما أفضى إلى هذا لم تصح به الكتابة، كما لو شرط عليه الزيادة لفظًا.

ورابعها: إنه إذا أدى ما كوتب عليه سرى العتق إلى باقيه، فيعتق بالكتابة ما لم يدخل فيها ففسدت، كما لو قال: كاتبتك على أنك إذا أديت مال كتابتك فأنت وأخوك حران؛ فسدت لتعدي العتق فيها إلى ما لم يدخل في عقدها، كذا في مسألتنا.

والقول الثاني نص عليه في كتاب «الإملاء» على مسائل محمد بن الحسن أن الكتابة صحيحة، وبه قال أبو حنيفة ومالك؛ لأن المانع منها دخول الضرر على الشريك، وقد رضي بالضرر فزال المنع وصحت الكتابة، هذا حاصل «الحاوي» وبنى المراوزة القولين على المعنيين الأولين، إن قلنا المعنى عدم تحصيل مقصود العبد كما ينبغي لم ينجز، وإن قلنا المعنى الإضرار بالشريك جاز لرضاه به.

والصورة الثانية: أن يكون جميعه له وفيها طريقان: أصحهما: وهو المنصوص وبه قطع الجمهور الفساد لعدم استقلاله، والثاني: فيه قولان: أصحهما: ما ذكرناه، وثانيهما: خرَّجه ابن سريج مما إذا كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه.

واعلم أن عبارة «الروضة» إن كان باقيه له لم يصح على المذهب

....

والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وإن كان الباقي لغيره، وأذن فقولان: أظهرهما: لا يصح، ولم يذكر طريقة ابن سلمة وهي في الرافعي، فكان قضية اصطلاحه أن يقول في «المنهاج»: وكذا إن أذن في الأظهر، أو كان باقيه له على المذهب، أو على النص، والخطب هين.

تنبيهان:

أحدهما: قال إبراهيم المروزي بعد نقله المنصوص: والمخرج والأصح أن القولين في حال الصحة، وفي مرض الموت يجوز قولًا واحدًا، والفرق أن حال الصحة يقبل من الصحة والتكميل ما لا يقبله حالة مرض الموت، واقتضى كلامه أن موضع الجزم بالصحة ما إذا كان القدر الذي كاتبه منه هو ثلث ماله، قال: فلو كاتب بعضه، وفي الثلث اتساع فيه قولان. الثاني: يستثنى من إطلاق المصنف الفساد صور:

منها: أن يوصي بكتابة عبده فلم يخرج من الثلث إلا بعضه، ولم تجز الورثة، فالأصح أنه يكاتب ذلك القدر.

ومنها: جزم البغوي في «تعليقه»: بأنه لو أوصى بكتابة بعض عبده صحَّ، ونقله المروزي عن النص.

ومنها: ما ذكره المروزي أنه لو كاتب في مرض موته بعض عبده، وذلك البعض ثلث ماله صح قولًا واحدًا.

ومنها: لو كان بعضه موقوفًا على خدمة مسجد ونحوه من الجهات العامة وباقيه رقيق فكاتبه مالك بعضه فيشبه أن يصح على قولنا الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالى؛ لأنه يستقل بنفسه في الجملة، ولا يبقى عليه احتكام مالك، بخلاف ما لو وقف بعضه على معين كذا خطر لي ولم أر فيه شيئًا.

ومنها: قال صاحب «الخصال»: لا تجوز كتابة بعض عبد إلا في حالين: أحدهما: أن يموت عن ابنين فيقر أحدهما بالكتابة، فيكون نصفه مكاتبًا، انتهى.

وفي استثناء هذه الصورة نظر، ومثلها: لو ادَّعى العبد على سيده أنهما

وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَّلَا صَحَّ إِنِ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا ،

كاتباه فصدَّقه أحدهما ، وكذَّبه الآخر. والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ كَاتَبَاهُ مَعًا أَوْ وَكَّلَا**) أي: وكل أحدهما الآخر.

(**صَحَّ إِنِ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ**) أي: جنسًا وعددًا وأجلًا.

(**وَجُعِلَ الْمَالُ عَلَى نِسْبَةِ مِلْكَيْهِمَا**) أي: صرحا باشتراط ذلك أو أطلقا ؛ لئلا يؤدي إلى انتفاع أحدهما بمال الآخر ، فإن اختلفت النجوم في الجنس أو في العدد أو قدر الأجل ، أو شرطا التساوي في النجوم مع تفاوت الملك أو بالعكس ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا كاتب أحدهما نصيبه بإذن الآخر ، وقيل: تبطل قطعًا إذ يلزم من التجويز أن ينتفع أحدهما [بمال] بالآخر ؛ لأنه إذا استوى الملكان ودفع إلى هذا مائة وإلى هذا مائتين فقد ترتفع الكتابة بالعجز ، فيحتاج الأول أن يرجع على الثاني بخمسين ، ويكون الثاني قد انتفع بها مدة بقائها في يده من غير استحقاق ؛ وبهذا الطريق قال القاضي أبو الطيب وغيره.

وقال الشيخ إبراهيم المروزي: إنه أصح في [القياس](١).

إشارات: منها: ما تقدم من الجزم بالصحة كاتباه معًا هو المذهب المشهور ، قال الماوردي: وخرج بعض أصحابنا [كاتبها](٢) على قولين ؛ لأن العقد إذا اجتمع في أحد طرفيه [عاقدان](٣) جرى عليه حكم العقدين ؛ فصار كل واحد منهما كالمنفرد بكتابته ، وذهب جمهور أصحابنا إلى فساد هذا التخريج ، وأن الكتابة باجتماعهما عليها جائزة قولًا واحدًا ، لكمال تصرفه وجواز أخذه من الصدقات.

ومنها: ذكرا اعتبار اتفاق الجنس في النجوم وسكتا عن اشتراط اتفاق النوع ، ويحتمل أن يعتبر اتفاقه أيضًا [كالجنس] أو يجري فيه خلاف ، ولم أرَ فيه شيئًا.

---

(١) في نسخة: (المعنيين).

(٢) زيادة من نسخة.

(٣) زيادة من نسخة.

فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ فَكَابْتِدَاءِ عَقْدٍ، وَقِيلَ يَجُوزُ، وَلَوْ أَبْرَأَ مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ، وَقُوِّمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

ومنها: المشهور المنصوص في «الأم» أنه لا يشترط لصحة الكتابة استواء الشريكين في ملك العبد.

قال الرافعي: وفي «الكافي» للروياني وجه ضعيف.

قلت: أصله أن الشافعي قال في «المختصر»: لا يجوز أن يكاتباه حتى يكونا فيه سواء.

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في تأويله على وجهين فذكر هذا الوجه الضعيف.

ثم قال: والثاني وبه قال جمهور أصحابنا، ونص عليه في موضع من «الأم» أن المراد به أن يتساويا في مال الكتابة بحسب الملك.

قال: (**فَلَوْ عَجَزَ فَعَجَّزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الْآخَرُ إِبْقَاءَهُ فَكَابْتِدَاءِ عَقْدٍ**) أي: فلا يجوز بغير إذن شريكه على المذهب ولا بإذنه على الأظهر كما تقدم.

قال: (**وَقِيلَ: يَجُوزُ**) لأن الدوام أقوى من الابتداء، وهذا طريق قاطع بالجواز لا وجه كما يفهمه كلام المصنف، وقيل: يجوز هنا بالإذن قطعًا.

قال: (**وَلَوْ أَبْرَأَ**) يعني: أحدهما.

(**مِنْ نَصِيبِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ نَصِيبُهُ، وَقُوِّمَ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا**) أما نصيبه في الصورتين فواضح، وأما التقويم فيهما فهو المذهب المشهور، وحكي وجه أو قول مخرج أنه لا يسري، ثم في وقت السراية قولان:

أحدهما: إنها تثبت في الحال لئلا تنقض الحرية، وأظهرهما: لا تثبت في الحال؛ لانتفاء سبب الحرية للنصب الآخر، وقد يؤدى وقد يعتق؛ ولأن العبد يتضرر به من حيث إنه ينقطع عنه الولد والكسب، وعن ابن سلمة القطع بهذا القول فعلى هذا إنما يثبت عند العجز إن عجز أو عجز، فإن لم يتفق ذلك بل عتق بأداء أو إبراء عتق نصيب كل واحد عنه، وكان الولاء بينهما وتفاريع المسألة كثيرة لا نطيل بذكرها.

[فَصْلٌ]: يَلْزَمُ السَّيِّدَ أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

قال: **(فَصْلٌ: يَلْزَمُ السَّيِّدَ)** أي: في الكتابة الصحيحة.

(أَنْ يَحُطَّ عَنْهُ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ، أَوْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ) أي: بعد أخذه النجوم أو بدلها ليستعين به لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] وظاهره الوجوب واختار الروياني في «الحلية» استحباب الإيتاء.

وقال المزني في كتابه «نهاية الاختصار»: وعلى سيده أن يضع من كتابته شيئًا في قول الشافعي، ولم يجد في ذلك حدًا ولا يبين عندي أن ذلك عليه، انتهى.

وللناس أقوال في المخاطب بالإيتاء، ومذهب الشافعي أنهم السادة وإن ذلك على الوجوب، وما جزم به المصنف من التخيير بين الحط والإيتاء هو المذهب الصحيح، إذا عرفت هذا فظاهر كلام المصنف أنه يلزمه أن يحط عنه جزاء مما وقع العقد عليه من المال أو يدفع إليه جزءًا منه بعد قبضه.

وقال في «الروضة»: الإيتاء بالحط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة، وأما البذل فإن كان المبذول من غير جنس مال الكتابة كبذل الدراهم عن الدنانير لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح، وبه قطع الأكثرون.

قلت: نص عليه في «الأم» وشذ الغزالي بترجيح اللزوم، فلو رضي به جاز قطعًا نص عليه، وإن كان المبذول من غير مال الكتابة لكن من جنسه لزمه القبول على الصحيح كالزكاة؛ لأن المقصود الإعانة.

قلت: والثاني لا يلزمه بل يجب أن يكون المبذول من مال الكتابة، وهو ظاهر كلام «المنهاج» وعليه جرى خلائق منهم الماوردي والبندنيجي والمحاملي في «المجموع» وابن الصباغ والعمراني والبغوي في «تعليقه» وجعلوه ظاهر المذهب، وجزم المحاملي في «المقنع».

وفي «البحر» عن بعضهم أن الأول غلط؛ لأنه مخالف لظاهر الآية، ثم حكى عن القاضي الطبري أنه قال: إن المشهور الإجزاء، وإن قال: لا يجزئ أخذه أخذًا من قول الشافعي ويعطيه مما أخذ فقد غلط، فإن الشافعي أراد من

وَالْحَطُّ أَوْلَى، وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلْيَقُ، ....

جنسه لا من عينه، قال الروياني: وهذا أصح عندي، انتهى وهو الصحيح لا ما اقتضاه كلام «المنهاج».

قال: (**وَالحَطُّ أَوْلَى**) أي: من الدفع؛ لأن المقصود إعانته ليعتق، والإعانة في الحط محققة دون الدفع؛ لأنه قد ينفق في جهة أخرى أو يضيع، وقد يضمن كلام الشيخين التخيير بين الأمرين جزمًا.

وقال ابن الرفعة ظاهر كلام «التنبيه» يقتضي أن الحط هو الواجب فإذا لم يفعل وجب الإيتاء، وهو ظاهر نص «الأم» قال الشافعي: ويجبر السيد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئًا وعليه جرى بعض الأصحاب؛ إذ لا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه، وبعضهم قال: الأصل في الوجوب الإيتاء، ومعناه أنه إذا أدى جميع النجوم يؤتيه ما يتعيش به، والحط يقوم مقامه، وحكى القاضي الحسين وجهًا ثالثًا أنه يتخير إن شاء أتى وإن شاء حط، وهو ما أورده البندنيجي، وكذا الماوردي لكنه قال: إذا أراد السيد أن يعطيه نقدًا وأراد المكاتب الحط فقول المكاتب أولى؛ لأنه يريد تعجيل ما عليه، قال القاضي الحسين: فائدة الخلاف إنما تبين في الكتابة الفاسدة، فإن قلنا: إن الأصل هو الإيتاء فهل يجب؟ فيها وجهان، وإن قلنا: الأصل الحط، فلا خلاف أنه لا يجب، انتهى.

قال: (**وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ أَلْيَقُ**) لأن المقصود الإعانة على العتق والإيتاء أو الحط هنا أقرب إلى تحصيله.

وقال الشافعي: في أثر ابن عمر - ﷺ- في حطه عن مكاتبه خمسة آلاف من خمسة وثلاثين ألفًا، وأحسبه قال: من آخر نجومه.

ورأيت في «فروع ابن القطان» أنه روى عن علي ﷺ أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من النجم الثاني، قال: وينظر في ذلك، فإن كاتبه على ثلاثة أنجم أعطاه من النجم الثاني ليستعين به في النجم الثالث، وإن كانت على نجمين فسبيله أن يعطيه من النجم الأول ليستعين به في النجم الثاني،

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ، ....

انتهى والظاهر أن كلامه في الأفضل.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: المنصوص في «الأم» وغيره.

(**أَنَّهُ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ وَلَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْمَالِ**) أي: كثرة وقلة؛ لأنه لم يرد فيه تقدير والآية تتناول القليل والكثير.

والثاني: ينبغي أن يكون قدرًا يليق بالمال ويستعين به على العتق دون القليل الذي لا وقع له، وعلى هذا يختلف بكثرة المال وقلته فإن لم يتفقا على شيء قدره الحاكم باجتهاده وينظر إلى قوة العبد وإكسابه، وقيل يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار.

قال الرافعي: ويشبه أن ينظر إليهما جميعًا، وحكى الماوردي الوجه الثاني عن أبي إسحاق وإنه يقال يتقدر من مال الكفاية بالاجتهاد كالمتعة، قال: وتعتبر ثلاثة أمور:

أَحَدُهَا: كَثْرَةُ مَالِ الْكِتَابَةِ وَقِلَّتِهِ، فَيَكُونُ مَا يُعْطَى مِنَ الْكَثِيرِ أَكْثَرَ وَمِنَ الْقَلِيلِ أَقَلَّ.

وَالثَّانِي: قُوَّةُ الْمُكَاتَبِ وَضَعْفُهُ، فَيُعْطَى الضَّعِيفُ الْكَسْبِ أَكْثَرَ، وَالْقَوِيُّ الْكَسْبِ أَقَلَّ.

وَالثَّالِثُ: يَسَارُ السَّيِّدِ وَإِعْسَارُهُ.

وفي «تعليق» البغوي أن المذهب الصحيح أنه يجب ما يقع عليه اسم المال حطًا أو إيتاء.

وقال أبو إسحاق: وإليه ذهب أكثر أصحابنا فذكره.

وفي «إقناع» الماوردي يجب أن يضع عنه ما يستفيد به في كتابته، ولا يتعذر إلا بعرف المثل أو اجتهاد الحاكم، انتهى.

وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدر بربع العشر.

وقال الإمام: إذا قلنا يقدره الحاكم فقدره ما يتيقن رفعه بالنسبة إلى مال

وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ، ....

الكتابة كفى، فإن تيقنا أنه لا وقع له لا يكفي، وإن قلنا: بخلاف لتعارض أصل براءة السيد وأصل وجوب الإيتاء.

قال: (وَأَنَّ وَقْتَ وُجُوبِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ) أي: ليستعين به على تحصيل العتق كما يدفع إليه سهم الرقاب قبل العتق، وعلى هذا إنما يتعين فيما يهم الآخر، والثاني: بعد العتق ليكون بلغة له كما تجب المتعة بعد الطلاق، وأما وقت الجواز فمن أول عقد الكتابة ويجوز بعد الأداء وحصول العتق أيضًا لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق، وفي وجه لا يجوز الإيتاء مما قبل النجم الأخير بل يجب أن يحط منه ليرتب عليه العتق أو يؤتيه بعد العتق؛ ليحصل التمليك التام هذا ما نقله الشيخان.

وفي «تعليق» إبراهيم المروزي: اختلف أصحابنا هل الإيتاء الأصل والحط بدل عنه أو بالعكس وهو مخير بينهما؟ فيه أوجه، ثم الحط إنما يجب عند أداء آخر النجوم؛ ليحصل به العتق فلو حط في آخر النجوم، ولم يحصل به العتق هل تجنب ذلك عن الحط الواجب أم لا؟ فيه وجهان، وكذلك لو حط في النجم الأول هل يقوم مقام الحط في آخر النجوم أم لا؟ فيه وجهان، إن قلنا: لا يقوم مقامه ينحط ذلك القدر عن ذمته والحط الواجب على السيد باقٍ، وقيل الإيتاء بعد العتق لسائل مالًا كالمتعة تكون بعد الطلاق، فلو أتاه قبل العتق هل يصح عن الواجب أم لا؟ فيه وجهان، انتهى.

وقال ابن الرفعة: لا خلاف أنه لا يجب عقب العقد ولو فعله أجزأ، وقيل: يجب وجوبًا مضيقًا بعد العتق، وعلى هذا يكون وقت الوجوب الأداء إلى العتق وما قبله وقت جواز له، وقيل: إن وقت وجوبه المضيق بعد أداء معظم المال وإسرافه على العتق في النجم الآخر، وهو المذهب في «تعليق» البندنيجي، وبه قال أبو إسحاق وغيره: ورجحه في «البحر» وعبارة بعضهم أنه يجب إذا بقي عليه من مال الكتابة قدر ما يلزمه السيد يدفعه إليه وعلى هذا يكون الوجوب الموسع من دخول وقت وجوب الأداء إلى ذلك الوقت.

وقيل: إنما يدخل وقت الوجوب الموسع إذا تساوى منه بعد العقد ويكون

وَيُسْتَحَبُّ الرُّبُعُ، وَإِلَّا فَالسُّبُعُ.

وقت تضييقه عند آخر النجوم، وقيل: إذا حط أو آتاه مالًا قبل أداء النجوم لا يجوز بل يجب أن يحصل العتق بحطه أو إيتائه أو يؤتيه بعد العتق، فإن لم يحصل العتق به لا يكون قد قام بالواجب، انتهى.

قال: (**وَيُسْتَحَبُّ الرُّبُعُ**) لما روي من حديث علي ﷺ أنه ﷺ قال: «في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] قال: **رُبُعَ الْكِتَابَةِ**»(١) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وقال النسائي: الصواب وقفه، وقال الشيخ إبراهيم المروزي: هذا هو المحفوظ، وقد رواه حجاج بن محمد وعبد الرزاق عن ابن جريج مرفوعًا إلى النبي ﷺ انتهى.

قال: (**وَإِلَّا فَالسُّبُعُ**) أي: فإن لم يسمح بالربع فالسبع قال الشافعي: أخبرنا الثقة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر: «**أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدًا لَهُ بِخَمْسَةٍ وَثَلَاثِينَ أَلْفًا وَوَضَعَ عَنْهُ خَمْسَةَ آلَافٍ أَحْسِبُهُ قَالَ مِنْ آخِرِ نُجُومِهِ**»(٢) ورواه مالك في «الموطأ» وفي وجه شاذ: يستحب وضع الثلث، وليس بشيء.

تنبيهات وتتمات تتعلق بالفَصْلِ:

منها: استثنى في «اللباب» وأصله الرونق و«الشافي» و«التحرير» للجرجاني من وجوب الحط أو الإيتاء صورتين

الأولى: أن يكاتبه على منفعة نفسه.

والثانية: أن يكاتبه في مرض موته والثلث لا يحتمل أكثر من قيمته.

وفي «البيان» وغيره أنه لو وهب عبده النجوم عتق وهل له أن يطالب سيده ثلثًا فيه وجهان أرسلهما في كتاب الصداق من «تنقيح الوسيط» والظاهر المنع كما اقتضاه كلام «الروضة» وأصلها هناك، وإنما ينقدح الخلاف إذا قيل: إن وقت وجوب الإيتاء إنما يدخل بعد أداء شيء من النجوم أو بعد العتق أما إذا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٧٥، ١٥٥٨٩)، والنسائي (٣/ ١٩٨، ٥٠٣٤)، والحاكم (٢/ ٤٣١، ٣٥٠١)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٨، ٢١٤٥٦)، والضياء (٢/ ١٩٤، ٥٧٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٥٩١).

قيل يدخل بالعقد فلا ، وقد يبنى على أن الواجب في الأصل الحط والإيتاء.

ومنها: الحط من النقد والمثلي ونحوهما واضح أما لو كاتبه على بعيرين موصوفين ونحوهما في نجمين فيه إشكال؛ إذ لا يكلف حط بعير كامل مثلًا ولا دفعه بعد أخذه، وفي تكليفه حط جزء منه أو دفعه إليه بعد أخذه من الضرر ما لا يخفى، وتحصيل شقص من خارج متعذر أو نادر وضرر الشركة بين فكيف الحال هنا؟ لم أرَ فيه شيئًا ويقرب أن يقال يجزئه هنا الإيتاء من غير الجنس للضرورة، كما قيل به في مواضع الضرورة من زكاة الحيوان وغيرها ، ولينظر كيف يكون الإيتاء لو كان للملتزم منافع في الذمة هل يكون الحكم كما لو كاتبه على منفعة نفسه كما سبق إن سلم أو يجب حط بعضها.

ومنها: محل وجوب الإيتاء في الكتابة الصحيحة كما أشرنا إليه، وقيل: يجب أن يحط في الفاسد شيئًا من القيمة الواجبة فيها ، ومن أعتق عبده بعوض أو باعه نفسه فلا إيتاء، وقيل: يجب في كل عقد عتاقه بعوض وهو شاذ.

ومنها: إذا أخذ السيد النجوم ومات قبل الإيتاء لزم الورثة الإيتاء، فإن كانوا محجورين تولاه وليهم، فإن كان مال الكتابة باقيًا.

قال في «الروضة»: أخذ الواجب منه ولا يزاحمه الغرماء؛ لأن حقه في عينه أو هو كالمرهون به ونص عليه في «المبسوط» وقاله القفال وإن لم يكن باقيًا أوجه:

أحدها: إن واجب الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون ويجعل في رتبة الوصية.

والثاني: أنا إذا قلنا يقدر الواجب بالاجتهاد فأقل ممول في رتبة الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها وأصحها إنما يحكم بوجوبه على الاختلاف يقدم على الوصايا ، وإن أوصى بزيادة على الواجب فتلك الزيادة من الوصايا ، انتهى.

ومنها: قال الرافعي: إذا لم يبق من النجوم إلا قدر الإيتاء فلا يسقط ولا

وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ، ....

يحصل التقاص لأنا وإن جعلنا الحط أصلًا - أي: وهو الصحيح المنصوص- فللسيد أن يؤتيه بدلًا عنه، ولا يجوز للسيد تعجيله فإن عليه مثله ولكن يرفعه المكاتب إلى الحاكم حتى يرى رأيه ويفصل الأمر بينهما، وإن جعلنا الإيتاء أصلًا أي أو قلنا بالتخيير بين الإيتاء والحط، نص القاضي الحسين: إن له تعجيزه بالباقي إذا لم يجده، ولم يقع العقد من أصله، قال الإمام: وهذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ولا يفوت العتق، انتهى.

وعبارة الإمام وهذا عندي غير صحيح فإنه إن وجب عليه ما بقي عليه فللسيد مثله، ونحن نقول في مثل هذا بالتقاص، ثم ذكر الرافعي: والظاهر أنا إذا قلنا بما جعله جمهور العراقيين المذهب أن الإيتاء يجب أن يكون من المدفوع بها من جنسه أنه يجزئ التَّقَاصُّ ولا معنى لتعجيزه، والله أعلم.

ومنها: قال الماوردي: إذا قبض السيد منه بعض النجوم وكان باقيًا فهو مخير بين أن يدفع حال الإيتاء نقدًا وبين أن يبرئ المكاتب منه، فإن أبرأه لم يكن للمكاتب أن يطلبه نقدًا وطلب المكاتب الإبراء فقول المكاتب أولى؛ لأنه يريد تعجيل ما عليه بالإيتاء، انتهى. وما ذكره لا يسلم من نزاع، ويحتمل أن يبنى على أن الواجب حالة الحط أو الإيتاء، فإن قبل الحط أجيب العبد، وإلا فلا.

خاتمة: سبق أن الإيتاء في النجم الأخير أليق ولم أر له إلا ما أشرت إليه، ويشبه أن يفصل فيقال: إن كان يخشى منه أن يضيع ما يؤتيه من أول النجوم ولا يستعين به فالتأخير أفضل وإذا كان ثقة صالحًا، ولو دُفِعَ إليه شيء في أول نجومه ليثمره، ويستعان به على بقية النجوم أن يكون التعجيل أليق وأفضل، وقد قال الأصحاب: إنه يجوز للغارم أن ينجز فيما يدفع إليه من سهم الغارمين إذا لم يف بالدين ليبلغ قدر الدين بالقسمين، والله أعلم.

قال: **فَصْلٌ**: (**وَيَحْرُمُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ**) أي: لاختلال الملك فيها، فلو شرط في الكتابة أن يطأها فسد العقد خلافًا لمالك حيث قال: يصح العقد ويلغو الشرط، ولأحمد حيث قال: يصحان.

وَلَا حَدَّ فِيهِ، وَيَجِبُ مَهْرٌ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ....

إشارة: موضع التحريم الكتابة الصحيحة كما اقتضاه كلامهم هنا، ومفهوم كلام «الروضة» فيما يختلفان فيه يشعر بالتسوية، وأحسبه غير مراد، نعم إن جهل فسادها أو اعتقد صحتها حرم، وإلا فلا لوطء المعلقة بصفة.

قال: (**وَلَا حَدَّ فِيهِ**) أي: وإن علم التحريم واعتقده لشبهة الملك، وفي قول قديم ضعيف يحد العالم، نعم يعذر العالم المختار منهما على الصحيح المنصوص.

قال: (**وَيَجِبُ مَهْرٌ**) أي: مع العلم والجهل؛ لأنه وطء شبهة، هذا هو المشهور والمنصوص في «الأم» و«البويطي».

وفي قول مخرج: لا يجب في حال طواعيتها وعلمها.

قال ابن الرفعة: وصححه صاحب «المنهاج» فأوهم أنه المصنف والرافعي نقله وجهًا، وعن «المنهاج» ترجيحه وكأنه أراد «منهاج» الجويني فإنه جزم به في «مختصره» وتبعه الغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو ظاهر منقول المزني في «المختصر» قالوا: لأنها تفي، وأوَّله الجمهور ومنعوا التخريج كما قاله الماوردي إذا ثبت لها المهر فلها أخذه في الحال فإن حل عليها نجم وهما من جنس واحد وصفة واحدة؛ جاءت أقوال التقاص، وإن عجزت قبل أخذه سقط وإن عتقت بأداء النجم طالبت به، وسبق في كتاب الصداق الكلام في تكرر المهر بتكرر الوطء وما إذا تحلل الغرم فراجعه ففيه فوائد.

قال: (**وَالْوَلَدُ حُرٌّ**) أي: جزمًا؛ لأنها علقت به في ملكه.

(**وَلَا تَجِبُ قِيمَتُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ**) الخلاف في القيمة مبني على حكم ولده من غيره، إن قلنا: إنه قن للسيد أو مكاتب؛ ولكن حق الملك فيه للسيد فلا شيء عليه كما لو قتل ولدها، وإن قلنا: الحق لها فعليه القيمة تستعين بها، فإن عجزت قبل أخذها سقطت، وإن ولدت بعد عجزها فلا شيء لها، وكذا لو ولدته بعدما عتقت؛ لأنه حين يقوم لم تكن مكاتبة.

إشارة: قوله على المذهب يقتضي إثبات طريقين ولم أرهما وكان الأولى

وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً فَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ.

وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا مُكَاتَبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا، ....

أن يقول على الأظهر، والحاصل أنه لا تجب قيمته إلا إذا قلنا: إن عتق ولدها موقوف على عتقها، وإنه لو قل تكون القيمة لها.

قال: (وَصَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً مُكَاتَبَةً) أي: قطعًا عملًا بقضية الاستيلاد والمكاتبة.

(فَإِنْ عَجَزَتْ عَتَقَتْ بِمَوْتِهِ) أي: بلا خلاف لاستيلادها، والولد الحادث بعد الاستيلاد من نكاح أو زنا يتبعها، والحاصل قبله رقيق للسيد وإن مات قبل عجزها عتقت أيضًا.

قال البغوي: وجرى الرافعي عليه في «الشرح الصغير» بلا نسبة ويتبعها كسبها وهل تعتق عن الكتابة أو عن الاستيلاد؟ وجهان: أصحهما: أنه كما لو أعتق مكاتبه أو أبرأه عن النجوم، فعلى هذا الولد الحادث بعد الكتابة وقبل الاستيلاد هل يتبعها؟ فيه الخلاف الآتي.

فَرْعٌ: لو وطئ أمة مكاتبه؛ لزمه المهر جزمًا فإن أحبلها صارت أم ولد له ولزمه قيمتها للمكاتبة لا قيمة الولد؛ لأنه قد ملك «الأم» بالتقويم، قاله في «البحر».

قال: (وَوَلَدُهَا مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا مُكَاتَبٌ فِي الْأَظْهَرِ يَتْبَعُهَا رِقًّا وَعِتْقًا) ما رجحه هو أحب القولين إلى الشافعي ﷺ و[لهذا] قطع به بعض الأصحاب وهو أبو إسحاق المروزي، وقال: إذا اختاره الشافعي وجب أن يكون القول الآخر ساقطًا فيثبت له حكم الكتابة حتى يعتق بعتق الأم بالأداء أو الإعتاق؛ لأن سبب الحرية كحقيقتها في استتباع الأولاد ألا ترى أن أولاد المستولدة يتبعونها، ولأن الولد كسبها فيوقف أمره على رقها وحريتها كسائر أكسابها.

والثاني: لا، بل تكون قنًا للسيد؛ لأن الكتابة عقد يقبل الفسخ، فلا يثبت حكمه في الولد كولد المرهونة فإنه لا يكون مرهونًا.

قال الرافعي: ويحكى هذا القول عن بعض «أماليه».

وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَالْحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ، وَفِي قَوْلٍ لَهَا، فَلَوْ قَتَلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الْحَقِّ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ أَرْشَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ، وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنْهَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ وُقِفَ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلسَّيِّدِ.

قلت: وعزاه الماوردي إلى «الأم» ورأيته في «الأم» فقال بعد جزمه بالأول: وقد قيل ما ولدت المكاتبة فهو رقيق، والقول الأول أحب إليَّ، انتهى.

قال: (**وَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ**) أي: لا شيء على الولد من مال الكتابة ولا غيره بلا خلاف.

قال: (**وَالحَقُّ فِيهِ لِلسَّيِّدِ، وَفِي قَوْلٍ: لَهَا، فَلَوْ قَتَلَ فَقِيمَتُهُ لِذِي الحَقِّ**) من هنا شرع المصنف في التفريع فيقول: إن قلنا لا يثبت للولد حكم الكتابة فهو قن للسيد، وله بيعه وإعتاقه عن الكفارة والوطء إن كان أنثى ولا يعتق بعتق الأم، وإن قلنا بالأظهر فحق الملك فيه أنه هو، فيه قولان أشبههما عند الشافعي ﷺ أنه للسيد، نص على ذلك في «الأم» كما أن حق الملك في الأم له وكما أن حق الملك في ولد أم الولد له.

والثاني: واختاره المزني أنه للمكاتبة؛ لأنه يتكاتب عليها فيكون حق الملك فيه لها كما أن حق الملك في المكاتب للسيد؛ ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها، إذا عرفت هذا علمت أنه إذا قتل الولد فعلى القول المرجح تكون القيمة للسيد كقيمة الأم لو قتلت، ولأنه ملك له دونها فكان أحق بها من أمته، وعلى الثاني تكون قيمة لها تستعين بها في أداء النجوم اعتبارًا بتبعيته لها، وقيل: إنها تكون للسيد أيضًا على هذا القول؛ لأن العتق يقطع أثر الكتابة فيموت رقيقًا.

قال: (**وَالمَذْهَبُ أَنَّ أَرْشَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ**) أي: مما دون نصفه.

(**وَكَسْبَهُ وَمَهْرَهُ يُنْفَقُ مِنهَا عَلَيْهِ، وَمَا فَضَلَ وُقِفَ، فَإِنْ عَتَقَ فَلَهُ، وَإِلَّا فَلِلسَّيِّدِ**) إذا قلنا بالمرجح إن الحق في الولد للسيد فأرش الجناية عليه فيما دون النفس وكسبه ومهر وطء الشبهة ما حكمه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقف كالقيمة إذا قتل، والصحيح من الوجهين في «الروضة» و«الشرحين» وعبر المصنف عنه بالمذهب: أنها توقف

……………………………………………………………………

فإن عتقت أمه وعتق فهي له وإلا فللسيد كما أن كسب الأم إن عتقت يكون لها، وإلا فللسيد فلو مات الولد في دوام التوقف صرف الموقوف إلى السيد، وإن قلنا إن الحق فيه للأم فالأرش والكسب والمهر لها تستعين بها في أداء النجوم، ويصرف ما يحصل إليها يومًا بيوم بلا توقف، وأما نفقة الولد ومؤنه فإن قلنا: يصرف الكسب إلى السيد في الحال فهي عليه، وإن قلنا يوقف فينفق عليه من كسبه ويعالج جرحه وتكفي مؤنه منه، ثم يوقف الفاضل منه فإن لم يكن له كسب أو لم يفد مؤنة فأصح الوجهين أنها على السيد؛ لأن حق الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بيت المال؛ لأن تكليفه النفقة من غير أن يصرف إليه الكسب في الحال إجحاف به، وإن قلنا يصرف الكسب إلى الأم فالنفقة عليها.

فَرْعٌ: ومن تفريعات ما سبق لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: إن حق الملك [له] وقلنا يصرف له الكسب إليه في الحال أو قلنا يوقف ومعناها من أخذه لأداء النجوم نفذ إعتاقه، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف لم ينفذ على الأصح؛ لئلا ينقطع حقها من كسبه، وإن قلنا إن حق الملك في الولد للأم لم ينفذ إعتاقه.

تَنْبِيهٌ: اعلم أن قول المصنف في أول المسألة: وولدها من نكاح أو زنا مكاتب في الأظهر، يوهم أن الكلام في الولد الحادث من المستولدة المذكورة قبل هذه المسألة وليس كذلك؛ بل حكم ولد تلك ما قدمناه، وهذه مسألة مستقلة وباب من أبواب الكتاب هي وفروعها.

وعبارة «المحرر» بعد ذكره صورة الاستيلاد: وإذا أتت المكاتبة بولد، وهي أوضح من قول «المنهاج» وولدها.

تَنْبِيهٌ ثانٍ: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق فيما ذكره من الأحكام بين الولد الحادث بعد الكتابة والولد المجتن حال الكتابة بل قد يوهم إطلاقه أن الولد الموجود قبل الكتابة كالحادث بعدها، فنقول: لا خفاء أن الولد المنفصل منها قبل الكتابة قن للسيد كسائر إرقاقه، وأما إن كانت حاملًا عند

....

الكتابة وتيقن ذلك بأن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الكتابة.

قال الرافعي: فقد ذكر أنا إن قلنا الحمل لا يعرف فهو كالولد الحادث بعد الكتابة، وإن قلنا لا يعرف فحكاية القاضي ابن كج أن عقد الكتابة يصير كأنه موجه نحوها ونحوه فإذا عتقت عتق الولد، ونقل صاحب «التهذيب» أنه لا تثبت الكتابة للولد؛ لأن الصغير لا يكاتب بخلاف مثله من التدبير فالصغير يدبر، ثم قال: من عنده وجب أن يثبت حكم الكتابة له لا على سبيل السراية بل على وجه الاستتباع كما يتبع الحمل الجارية في البيع، فإن كان لا يقبل البيع وحده وهذا ما نقله ابن كج، فإن حدث الولد بعد الكتابة وساق ما سبق وما ذكره عن ابن كج جعله في «الروضة» أصح الوجهين بلا نسبة، وكذا صنع صاحب «الكافي» وقال الدارمي: إذا كاتبها حاملًا من زوج أو زنا، فقيل: إن قلنا له حكم كان مكاتبًا، وإن قلنا لا حكم له؛ فالقولان.

وقال ابن القطان: مكاتب قولًا واحدًا، انتهى.

وأفاد أنا إذا قلنا له حكم - وهو الأظهر- فمكاتب قطعًا وإلا فطريقان: إجراء القولين والقطع بأنه مكاتب.

فروع ثلاثة من كتاب الرافعي ﷺ:

أحدها: اختلفا في ولدها، فقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو رقيق لي، وقال بعدها: وقد تكاتب عليَّ أي تفريعًا على الأظهر والأمر محتمل فمن أقام بينة قضي له بها، قال البغوي: لم يقبل من السيد شهادة أربع نسوة؛ لأنها شهادة على الولادة والملك يثبت ضمنًا، وإن أقاما بينتين فهي من صور التعارض، فإن لم تكن بينة صدق السيد بيمينه؛ لأنه اختلاف في وقت الكتابة فصدق كالاختلاف في أصلها، ولأن الأصل جواز التصرف فيما يحدث من ملكه وهي تدعي حدوث مانع منه.

ثانيها: زوج أمته بعبده ثم كاتبه ثم باعه زوجته وأتت بولد واختلف السيد والمكاتب، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة فهو قن لي، وقال المكاتب: بل

فَصْلٌ

وَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ.

بعد الكتابة والشراء وقد تكاتب عليٌّ فيصدق المكاتب بيمينه بخلاف الصورة قبلها؛ لأنها تدعي ملك ولده؛ لأن ولد أمته ملكه ويده مقرة على هذا الولد واليد تدل على الملك.

ثالثها: حكى الصيدلاني عن الشافعي أنه قال: أو أتت بولد من أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها فهما للسيد؛ لأنهما حمل واحد وكذلك لو أتت بأحدهما يوم ملك الأم لأقل من ستة أشهر وبالآخر لأكثر فهما للسيد، وإن الشيخ أبا زيد أفتى بذلك والصحيح أن كلام الشافعي مؤول وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان حتى لو وضعت ولدًا وفي بطنها؛ فبيعت فالولد الثاني مبيع معها، وإن كان الأول للبائع وهذا ما أورده في «التهذيب»، انتهى.

وفي الفروع المنثورة آخر «النهاية» أن ظاهر النص أن الولدين للبائع، وهذا خلاف القياس، قال الشيخ أبو علي: كان الشيخ الحضري يحكي قولين في المسألة:

أحدهما: ما نسبناه إلى النص.

والثاني: ما رأيناه الصواب الذي لا يسوغ غيره ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في «الأم» على ظاهر المذهب كما لو باع جارية حاملًا بولد حر وكما لو باع جارية حاملًا فاستثنى، انتهى وسبقت المسألة في البيع موضحة، وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

قال: (**وَلَا يَعْتِقُ شَيْءٌ مِنَ الْمُكَاتَبِ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْجَمِيعَ**) أي: جميع النجوم لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ دِرْهَمٌ**»(١) رواه النسائي وأبو داود وهذا لفظه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠، رقم ٣٩٢٦)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٤، رقم ٢١٤٢٧) والديلمي (٤/ ٢٠٠، رقم ٦٦١٤).

وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَبَى قَبَضَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ حَلَفَ السَّيِّدُ.

وروي من طريق آخر عن عمرو بألفاظ متقاربة وهو صحيح، وأخرجه ابن حبان في «صحيحه» من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بلفظ: «**مَنْ كَانَ مُكَاتَبًا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَقَضَاهَا كُلَّهَا إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، فَهُوَ عَبْدٌ أَوْ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَقَضَاهَا كُلَّهَا إِلَّا أُوقِيَّةً فَهُوَ عَبْدٌ**»(١).

وقال الشافعي: لا أعلم رواه يعني مسندًا سوى عمرو بن شعيب وعليه فتيا المفتين، قال: ونحن نروي عن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ﷺ أنه: «**عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ**»(٢) انتهى.

قال الأئمة: ولأنه إن غلب فيه العتق بالصفة فلا يعتق قبل استكمالها وإن غلب فيه المعاوضة كالمبيع فلا يجب تسليمه إلا بقبض جميع ثمنه.

إشارة: سبق كلام في أنه لو بقي عليه ما يلزم السيد إيتاء السيد إيتاؤه أو حطه أن التقاص يجري فيه على ما رآه الإمام وأيدناه بكلام الأئمة.

قال: (**وَلَوْ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ وَلَا بَيِّنَةَ حَلَفَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ حَلَالٌ، وَيُقَالُ لِلسَّيِّدِ: تَأْخُذُهُ أَوْ تُبْرِئُهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَبَى؛ قَبَضَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ نَكَلَ الْمُكَاتَبُ؛ حَلَفَ السَّيِّدُ**) إذا أتى المكاتب بالنجوم، فقال السيد: هذا حرام أو مغصوب، فإن أقام بينة على ما يقوله لم يجبر على قبوله.

قال الدارمي: ولم يجز.

قال الرافعي: وتسمع منه هذه البينة؛ لأن له في إقامتها غرضًا ظاهرًا وهو الامتناع عن الحرام هكذا أطلق كثيرون.

وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة [إذ له في إقامتها غرضًا] عين له مالكًا، أمَّا إذا لم يعين فلا ولا معنى لقولهم: إنه مغصوب.

قال الرافعي: وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مغصوب هذه البينة الامتناع

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٣٩٨).

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/٣٢٨، رقم ٢١٤٥٣).

....

عن الحرام هكذا أطلق كثيرون.

وقال الصيدلاني: إنما يقيم البينة إذا عيَّن له مالكًا، أمَّا إذا لم يعين فلا، ولا معنى لقولهم إنه مغصوب.

قال الرافعي: لم يبعد قبولها على الإطلاق.

قلت: في قبولها أنه حرام من غير زيادة نظر إن كان الشاهد عاميًا أو مخالفًا للقاضي والمذهب؛ لأنه قد يرى ما ليس بحرام عند القاضي حرامًا اعتقادًا ومذهبًا أو جهلًا فينبغي استفساره، فإن لم تكن له بينة صدق المكاتب بيمينه أنه له الظاهر اليد هكذا أورداه.

وقال الماوردي: إن شاء حلف أنه ليس بحرام ولا مغصوب وإن شاء حلف أنه ملكه، وقيل: لا يحتاج إلى اليمين هذا هو الصواب في نقل هذا الوجه وكذا وقع في «الشرح الصغير» ووقع في «الكبير» أنه لا يحتاج المكاتب إلى البينة وهو تحريف من ناقل، ووقع في «الروضة» وفي وجه لا يحتاج السيد إلى بينة وكأنه سبق إلي ذهنه، المكاتب بكسر التاء فعبَّر بالسيد إيضاحًا فزاد البلة طينًا، فإن نكل المكاتب عن اليمين وحلف السيد لم يلزمه قبوله.

قلت: ويظهر ألَّا يجوز له قبوله أيضًا مع إصراره، ويشبه أن يستفسر السيد في وصفه له بالحرام؛ لأنه قد يرى ما ليس بحرام حرامًا لما بيناه، وإذا بين ما لا يقتضي التحريم استغنى هو عن البينة والمكاتب عن اليمين وانفصلت الخصومة من أقرب طرقها. وإذا حلف المكاتب.

قال الرافعي: وظاهر المذهب: إنه يجبر السيد على قبوله أو إبرائه عن ذلك المقدر، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النجوم وعتق العبد، وقيل في إجبار السيد على القبول قولان، والمذهب الأول، ثم إذا أخذها السيد نظر إن عين له مالكًا أمر بتسليمه إليه، أي: إن صدَّقه على ذلك مؤاخذة له بإقراره وإن لم يعين أحدًا، واقتصر على قوله: إنه حرام أو مغصوب أو مسروق فوجهان:

أحدهما: ينتزعه الحاكم ويحفظ إلى أن يظهر مالكه.

وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ أَنْتَ حُرٌّ.

وأصحهما: المنع، فعلى هذا يقال له المسألة إلى أن يبين صاحبه ويمنع من التصرف فيه، ولو كذب نفسه، وقال: هو المكاتب كما ادَّعاه.

قال الإمام: المذهب أنه يقبل وينفذ تصرفه ويجوز أن يوجه الآخر بأنه أقر أنه حرام عليه فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قلت: وقد يجيء وجه ثالث: إنه إن ذكر تأويلًا محتملًا لرجوعه قبل: وإلا فلا، قال الإمام: وإن قلنا: إن الحاكم يزيل يده، فالظاهر أنه لو كذب نفسه لا يقبل، انتهى ويحتمل أن يفصل كما أشرت إليه، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ خَرَجَ الْمُؤَدَّى مُسْتَحَقًّا**) أي: [أو بعضه] ببينة شرعية وإلزام الحاكم لا بإقرار أو يمين مردودة (**رَجَعَ السَّيِّدُ بِبَدَلِهِ**) أي: لفساد القبض (**فَإِنْ كَانَ فِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ بَانَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَقَعْ**) أي: لبطلان الأداء، وإن بان الاستحقاق بعد موته بان أنه مات رقيقًا، وإن ما تركه لسيده دون الورثة.

قال: (**وَإِنْ كَانَ قَالَ عِنْدَ أَخْذِهِ أَنْتَ حُرٌّ**) أي: أو فقد عتقت، فإن العتق لا يحكم به وأيضًا؛ لأنه بناه على ظاهر الحال هذا هو الأصح المنصوص، وقيل: يعتق مؤاخذة له، وإطلاق المصنف يقتضي أنه لا فرق بين أن يقول ذلك جوابًا عن سؤاله حرية أو ابتداء، قالا: وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله: أنت حر إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض، وأنه لو انفصل قوله عن القرائن لم يقبل التأويل، وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به، لكن قال في «الوسيط»: لا فرق بين أن يكون قوله: أنت حر جوابًا عن سؤال حريته أو ابتداء، وبين أن يكون متصلًا بقبض النجوم أو غير متصل لشمول العذر، انتهى.

وقال ابن الرفعة: إذا قال له حين الدفع: اذهب فأنت حر، ثم ظهرت النجوم مستحقة لم يحصل العتق إن قصد السيد الإخبار عن حاله بعد أداء النجوم، وإن قصد إنشاء العتق ورأى المكاتب وعتق، فلو قال السيد أردت

وَإِنْ خَرَجَ مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ.

الأول وقال المكاتب بل الثاني صدق السيد بيمينه جزم به العراقيون والبغوي، وأبدى الغزالي وجهًا خرجه من وجه حكى فيما لو قال المشتري في المبيع المخاصم فيه هو ملكي أو ملك بائعي، ثم استحق بالبينة أنه لا يرجع على بائعه بالثمن، وقد أقامه الرافعي وجهًا في المذهب، ولو كان هذا القول قبل أداء النجوم نفذ العتق ولم يقبل قول السيد إذ لا ظاهر يصدقه، انتهى.

قلت: وقد يؤخذ من ظاهر نص «الأم» أن إحلاف السيد لا يتوقف على دعوى العبد، فإنه قال: ولو شهد شهود على السيد أنه قال للمكاتب أنت حر فقال إنما قلت: أنت حر بأنك قد أديت ما عليك أحلف بالله ما أراد إحداث عتق له على غير الكتابة وكان مملوكًا، وكذلك لو شهدوا عليه بأنه قال بعد أداء الكتابة وقبل استحقاق المتاع هذا حر أو قال له: أنت حر، فإن شهدوا عليه بعد استحقاق ما ادعى عليه من الكتابة أنه قال: أنت حر، كان حرًا وكان هذا إحداث عتق له، وكذلك لو شهدوا عليه قبل أن يؤدي الكتابة أنه قال: أنت حر، أو قال: هذا حر حين يؤدي الكتابة أو بعد الكتابة أو بعد، هذا لفظه ﷺ ويظهر القول بالتحليف بلا طلب احتياطًا لحق الله تعالى في الحرية، وقد يجري في توقفه على طلب العبد خلاف مما سبق في المفلس إذا أقام البينة والتحليف هنا أولى، والعلم عند الله تعالى.

قال: (وَإِنْ خَرَجَ) أي: المؤدي.

(مَعِيبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَأَخْذُ بَدَلِهِ) أي: إن لم يرض به كالثمن المعيب، ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والفاحش، فإن كان العيب في النجم الأخير الذي يتعلق به العتق، فإن رضي به فالعتق نافذ لا محالة وصار كالإبراء عن بعض الحق، لكن هل يحصل العتق عند الرضا أو من وقت القبض؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وإن أراد الرد والاستدلال.

فإن قلنا: يتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض فالعتق غير حاصل، فإن أدى على الصفة المستحقة بعد ذلك عتق حينئذ، وإن قلنا: يملكه بالقبض

....

ويرتفع بالرد فوجهان:

أحدهما: إن العتق كان حاصلًا إلا أنه كان بصفة الجواز، فإذا رد العوض ارتد.

وأصحها: إنه يتبين أن العتق لم يحصل؛ لأنه ليس من التصرف الذي يتطرق النقص إليه، فلو حصل لما ارتفع ولا يثبت العتق بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب خلافًا لأحمد، هذا حاصل كلام الرافعي، وسوّى الماوردي وغيره بين الرد بالعيب والاستحقاق فقالوا: إذا رده بالعيب ارتد العتق، وسقت في «الغنية» نصه في «الأم» في ذلك.

فَرْعٌ: قال الرافعي: لو تلف عند السيد ما قبضه ثم علم عيبه.

قال الإمام: فإن رضي فالعتق نافذ ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضا أو يستند إلى القبض، وإن طلب الأرش تبين أن العتق لم يحصل فإذا أدى الأرش حصل حينئذ، وإن عجز فللسيد إرقاقه ويجيء الوجه الآخر وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله ويوافقه لفظ صاحب «الشامل» حيث قال: ويعود حكم الرق في العبد حتى يؤديه والأول هو المذكور في «الوسيط»، انتهى.

وقوله: وهو أنه يرتفع العقد، هكذا رأيته في نسخ الرافعي، وجرى عليه في «الروضة» وهو تحريف من ناقل، وصوابه: يرتفع العتق كما قاله في «الشرح الصغير».

قضية كلاميهما: إن هذا وجه مرجوح، وقال الماوردي: يرتفع العتق باستحقاقه الأرش كما يرتفع بنقصان القدر ولا يقف على خيار السيد، فإن أدى المكاتب الأرش إلى سيده عتق حينئذ وإن امتنع كان للسيد تعجيزه واسترقاقه.

وقال ابن الرفعة: وعلى قول أبي إسحاق؛ يعني: إن الدين المعيب إنما يملك بالقبض مع الرضا لا بمجرد القبض إذا كان المقبوض تالفًا عاد الرق من يوم تلف المعيب وينجز بأداء الأرش، انتهى.

وقد قال الرافعي من قبل أن قول أبي إسحاق أشبه الوجهين، وبه قال

....

صاحب «التقريب» وغيرهما.

وقال الدارمي: إذا وجد به عيبًا وقد تلف فعلى العبد الأرش، فإن لم يجيء به فله تعجيزه، وإن جاء به عتق قبل حينئذ، وقيل: من وقت الأداء للمعيب، وقيل: من وقت تلف المعيب، انتهى.

قال الرافعي: وما الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: ما ينتقص من قيمة رقبة العبد بحسب نقصان العبد من قيمة النجوم، وهذا ما أورده السرخسي.

والثاني: ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب، وهذا ما نقل الروياني ترجيحه، زاد في «شرحه الصغير»: وهذا أحسن، ويجري الوجهان في كل عقد ورد موصوفًا رجحانه في الذمة، قال الإمام: وأمثل منهما أن يقال: يغرم السيد ما نقص ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة، انتهى.

وفي «البيان» عن «العدة»: إن الثاني قاله أبو حامد. وقال القفال: إنه غلط، بل يرجع بما يقابله من عوضه وعوضه رقبته وهي فائتة بالعتق، فيرجع بعشر قيمة الرقبة كما لو اطلع على عيب في المسلم، فإنه يرجع بعشر رأس مال المسلم.

قلت: وما قاله أبو حامد هو نص «الأم» قال الشافعي: لو كاتبه على عبدين وأداهما معيبين وماتا في يده أو أعتقهما، ثم ظهر منهما على عيب، قيل للمكاتب: إن أديت ما بين قيمة العبد صحيحًا أو معيبًا عتقت، وإن لم تؤده فللسيد تعجيزك؛ لأنك لم تؤد ما كوتبت عليه بكماله كما لو أديت إليه دنانير نقصت لم تعتق إلا بأن تؤديها وازنة أو تعطيه نقصانها، وهذا هكذا في الطعام والشراب والعروض كلها يكاتب عليها لا تختلف، انتهى لفظه فهذا هو المذهب.

فَرْعٌ: قال الماوردي: وإن حدث عند السيد عيب يمنع من رده كان وقوع العتق موقوفًا على ما يستقر بينهما؛ لأن الأرش لم يستقر لإمكان الرد، والرد لم يستقر لحدوث العيب؛ لأن المكاتب بالخيار بين أن يسترجع العوض معيبًا ويرد مثله، وبين أن يدفع قدر أرشه ولا يسترده، وإذا كان هكذا بدئ بالسيد

وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وقيل له: أترضى بعيبه؟ [فإن رضي به] استقر وقوع العتق، وإن لم يرض بالعيب قيل للمكاتب: أترضى بأخذه بالعيب الحادث؟ فإن رضي به كان ارتفاع عتقه موقوفًا على رد العوض عليه، فإن رده ارتفع عتقه، فإن قضاه غيره سليمًا وإلا عجزه السيد واسترقه، وإن امتنع من استرجاعه معيبًا فالمستحق فيه الأرش، فيرتفع عتقه باستحقاق الأرش إلا أن يسمح به السيد فيصير كالإبراء ويستحق به وقوع العتق، انتهى.

والمنقول في «البيان» في هذه الصورة الرجوع بالأرش من غير تفصيل كما لو اطلع على عيب المقبوض بعد تلفه من غير فرق بينهما، والله أعلم.

قال: **(وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)** أي: بإذن سيده رعاية لحقه؛ ولأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وسبق في القن وجه: إنه لو استأذن سيده فيه فأبى استقل به ومجيئه هنا أظهر، وجزم المحاملي في «المقنع» بوجوب إجابة المكاتب إلى الزوج دون القن، ثم ما اقتضاه كلامه من الصحة بإذن السيد هو أصح الطريقتين.

والثاني: إنه على القولين في تبرعاته، واقتضى إيراد «الوسيط» ترجيحهما تبعًا للإمام ـ رحمهما الله ـ وقال: إنها المشهورة وعليها اقتصر جماعة، ووجه المنع بأن نفقة الزوجة والأولاد تستغرق مكاسبه فلا يحصل المقصود، ومن العجب قول من شرح «المنهاج» وفي الولي قول: إنه لا يجوز مع الإذن وهو غريب.

قلت: بل هو مشهور نقله الماوردي والرافعي والمراوزة قاطبة وهو في «الوجيز».

إشارة: يظهر أنه لو كان المكاتب ممسوحًا واحتاج إلى من يخدمه، وكانت مؤنة الزوجة أخف من مؤنة خادم أو أجير أنه يجوز له التزوج بالإذن بلا خلاف، وفي جواز منعه وقفة.

قال: **(وَلَا يَتَسَرَّى بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ)** أي: لضعف ملكه، وقد تملك الأمة في الطلق.

وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتِّجَارَةِ فَإِنْ وَطِئَهَا فَلَا حَدَّ، وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ ....

واعلم أن الخلاف مبني على أن العبد هل يملك بالتمليك؟

إن قلنا: لا ـ وهو الأظهر ـ ويقال: الجديد لم يحل الوطء والتسري.

وإن قلنا: نعم، قيل: يحل وبه أجاب القاضي أبو الطيب في أوائل النفقات في «تعليقه».

ورجح الشيخان في باب العبد المأذون جوازه بالإذن، وقيل: يجوز مطلقًا، وقيل: يحرم مطلقًا، وقيل: يبنى على الخلاف في تبرعاته بالإذن، وطريقة ابن أبي هريرة: القطع بالمنع؛ لضعف الملك هذا ما أورده الرافعي هنا، وحاصل كلامهما هاهنا: إن المذهب المنع كما في «المنهاج» وهو نص «الأم» هنا، لكنه في باب المأذون من «الروضة» زاد أن تسري المكاتب بإذن سيده على القولين في تبرعاته، وعلى هذه الطريقة اقتصر في كتاب النكاح قبيل باب اختلاف الزوجين في النكاح.

والظاهر من هذين الكلامين: تصحيح الجواز من غير بناء، وقال إبراهيم المروزي: لا يجوز التسري بإذنه في الجديد، وفي القديم قولان: **أحدهما**: يتسرى كالعبد، **والثاني**: لا؛ لأن المكاتب منع لحق الله والعبد منع لحق السيد وقد أذن، انتهى.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعد إجراء وجهين في وطء من يؤمن حلها كما في المرهونة، وقال ولده الإمام: إنه غير مرضٍ.

قال: (**وَلَهُ شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتِّجَارَةِ**) أي: لأنه إنما كاتب ليعتق بالأداء فمكن من جهات الكسب المباح تحصيلًا للمقصود.

(**فَإِنْ وَطِئَهَا فَلَا حَدَّ**) أي: لشبهة الملك، وكذا لا مهر؛ لأنه لو وجب لكان له.

(**وَالْوَلَدُ نَسِيبٌ**) لشبهة الملك ولا يعتق في الحال؛ لضعف ملكه، بل يكون ملكًا له؛ لأنه ولد جاريته ولا يملك بيعه؛ لأنه ولده، بل إن عتق عتق وإلا رق، وهذا معنى قولهم: إن ولده يتكاتب عليه.

فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبِعَهُ رِقًّا وَعِتْقًا، وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الْأَظْهَرِ، ....

قال: (**فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ عِتْقِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبِعَهُ رِقًّا وَعِتْقًا**) لأنه إذا ولدته في الكتابة أو بعد العتق لدون ستة أشهر علمنا أن العلوق وقع في الرق.

قال: (**وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً فِي الْأَظْهَرِ**) لأنها علقت بمملوك، فأشبهت الأمة المنكوحة.

والثاني: تصير مستولدة في الحال، وبه قال أبو حنيفة وأحمد واختاره المزني؛ لأنه ثبت للولد حق الحرية حيث تكاتب عليه وامتنع بيعه، وأجاب الأولون: بأن حق الحرية لم يثبت للولد بالاستيلاد في الملك، وإنما يثبت لصيرورته ملكًا لأبيه كما لو ملك ولده بهبة وغيرها.

واعلم أن الرافعي قال: وهل تصير الجارية مستولدة له؟ منهم من يقول: لا تصير مستولدة في الحال، فإن عتق ففيه قولان.

قلت: وهذا ما أورده في «الشامل» والظاهر: إنه طريقة العراقيين، قال: ومنهم من يطلق القولين في ثبوت حرمة الاستيلاد، هكذا قال في «الشرحين» واقتصر في «المحرر» على الطريقة الثانية، ثم قال: فإن قلنا: تثبت حرمة الاستيلاد في الحال، فإن عتق المكاتب استقر الاستيلاد، وإن عجز رقت مع الولد للسيد، فإن عتقت المكاتب بعد ذلك وملكها لم تصر مستولدة له؛ لأن بالعجزتين أنها علقت برقيق وإنه لا استيلاد، وإن قلنا: لا تثبت، فإن عجزتم عتق وملكها لم تصر مستولدة له، وإن عتق بأداء النجوم فكذلك على ظاهر المذهب، وخرج قول مما إذا ولد المرهونة فبيعت ثم ملكها حيث نقول: يثبت الاستيلاد على رأي، لكن العلوق هناك يجز وهنا بمملوك، انتهى.

إشارات: ما قدَّمناه من أنه لا يجوز له بيع ولده منها هو المذهب مطلقًا، وعن الإصطخري: إنه إذا خشي العجز جاز، قال الماوردي قبيل باب الاستبراء: والمذهب المنع، وأمَّا الأم فيجوز له بيعها على الأظهر لو جنى الولد جناية تعلق الأرش برقبته جاز بيعه.

وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ.

وحكى الإمام عن العراقيين: إنه يباع جميعه وإن زاد الثمن على الجناية.

وعن المراوزة: إنه لا يباع منه إلا بقدر أرش الجناية وهو المحكي في «الزوائد» عن النص في «الجامع الكبير» وحكي عن الشيخ أبي حامد وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: إن الأرش لا يتعلق برقبته ولا يباع؛ لأن الشرع قد منع من بيع الآباء والأبناء.

وفي «الشامل»: إنَّا إنما نبيع الجميع عند تعذر بيع البعض ويشبه أن ينزل عليه ما أطلقه الإمام عن العراقيين.

قال: (**وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَكَانَ يَطَؤُهَا؛ فَهُوَ حُرٌّ وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ**) اعلم أن عبارة الرافعي: وإن كان لستة أشهر فصاعدًا من يومئذ فقد أطلق الشافعي ﷺ: إنها تصير مستولدة له، واختلف الأصحاب فقيل: هذا إذا وطئ بعد الحرية وولدت لستة أشهر فصاعدًا من يوم الوطء؛ لظهور العلوق بعد الحرية والولد، والحالة هذه حر لا ولاء عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق تغليبًا للحرية، فأمَّا إذا لم يطأها بعد الحرية فيكون الاستيلاد على الخلاف، وقيل: يثبت الاستيلاد وطء بعد الحرية أو لم يطأ؛ لأنها كانت فراشًا قبل الحرية؛ وذلك الفراش مستدام بعدها، وإمكان العلوق بعد الحرية قائم فنكتفي به لثبوت الاستيلاد، والأول أصح على ما ذكره صاحب «التهذيب» انتهى. وذكره هكذا في «شرحه الصغير» ملخصًا.

وبالطريق الثاني أجاب الدارمي، وابن الصباغ، والماوردي، والشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» جزمًا على ظاهر النص قالوا: ولا يشترط اعتراف جديد بالوطء بعد العتق على الصحيح؛ لأنها صارت فراشًا له بالوطء السابق فلا حاجة إلى اعتراف ثانٍ بالوطء، وعلى هذه الطريقة جرى الإمام أيضًا، لكنه أرسل هذين الوجهين، وعلى ما صححه البغوي اقتصر الفوراني.

والظاهر أن العراقيين وجمهور الأصحاب على خلافه، لكن لفظ الشافعي

فَصْلٌ

وَلَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ لَمْ يُجْبَرِ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إنْ كَانَ لَهُ فِي الِامْتِنَاعِ غَرَضٌ كَمُؤْنَةِ حِفْظِهِ أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ، ....

في «الأم» بعد نصه على أنها لا تصير أم ولد بالاستيلاد في حال الكتابة، ولا تكون في حكم أم الولد حتى تلد منه بوطء، وكان بعد عتقه لستة أشهر فصاعدًا، فيكون به في حكم أم الولد فبان بهذا أن الأصح ما أورده الفوراني وصححه البغوي في كتابيه «التهذيب» و«التعليق» وبالله التوفيق.

إشارة: قول «المحرر»: وإن وارثه بعد العتق لأكثر من ستة أشهر، وقول «المنهاج»: لفوق ستة أشهر يفهم أنها لو ولدته لستة فقط أن الحكم يختلف، وعبارة الشافعي والأصحاب كما ذكرناه.

فَصْلٌ

قال: **(وَلَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ)** أي: قبل محلها.

(لَمْ يُجْبَرِ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ إنْ كَانَ لَهُ فِي الِامْتِنَاعِ غَرَضٌ) أي: مقصوده.

(كَمُؤْنَةِ حِفْظِهِ) أي: لو عكسه.

(أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهِ) أي: من سبي أو غارة أو موت وغير ذلك، لما في الإجبار من الضرر، والحالة هذه نعم لو أنسى العقد في وقت الفتنة والغارة فوجهان:

أحدهما: يجبر؛ لاستواء الحالي، قال الرافعي تبعًا للبغوي والغزالي في «البسيط».

وأصحهما: المنع؛ لأنها قد تزول عند المحل، انتهى.

وهذا قضية إطلاق جماعة وهو القياس والموافق لما ذكروه في آخر كتاب السلم في إجبار رب الدين على قبوله قبل المحل، وأرسل الإمام والغزالي في «الوسيط» وابن الصباغ وغيرهم الوجهين بلا ترجيح، وممن جزم بمنع الإجبار هنا: الشيخ أبو محمد في «مختصره» والغزالي في «خلاصته» وصاحب «المعتبر» وهو المختار.

....

وعبارة الإمام: لو كان العقد في زمان نهب وغارة ثم استمرت تلك الحالة المسألة، والظاهر أن استمرارها ليس بشرط في إجراء الوجهين.

وقال الماوردي هنا: إن صار ذلك معهودًا لا يرجى زواله لزمه قبوله، أي: جزمًا، وإن كان يرجى زواله فوجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة، والظاهر من مذهب الشافعي عليه قبوله لتماثل الزمانين.

والثاني: حكاه أبو حامد الإسفرائيني لا يلزمه؛ لأن زوال الخوف قد كان مأمولًا عند المحل فلم يلزمه تعجيل الضرر، انتهى.

وعلى ترجيح قول ابن أبي هريرة جرى الجرجاني في «الشافي» وهو ظاهر نص «الأم» قال: وإذا أراد المكاتب أن يعجل للسيد الكتابة قبل المحل وامتنع السيد من قبوله، فإن كانت الكتابة دنانير أو دراهم جُبر السيد على أخذها منه وعتق المكاتب، وهكذا إن كاتبه ببلد ولقيه ببلد غيره، فقال: لا أقبض منك في هذا البلد جُبر على القبض منه حيث كان إلا أن يكون في طريق فيه حرابة أو في بلد فيه نهب فلا يجبر على أخذها منه في هذين الموضعين إذا لم يكونا في البلد الذي كاتبه فيه، فإن كانا بالبلد الذي كاتبه فيه أجبر على أخذها منه، انتهى وهو محتمل.

ورأيت في «تعليق» إبراهيم المروزي: إن كان له غرض في الامتناع بأن كان وقت نهب وغارة أو حريق أو غرق، أو كان طعامًا يريد أكله في محله غضًا طريًا، أو كان دابة تحتاج إلى علف لا يجبر واستدل بالأثر، ثم قال: وإن أتى به بعد محله ينظر إن كان في مكان العقد ولم يكن وقت الفتنة [أقبل على قبوله، وإن كانت وقت الفتنة] ينظر إن كان العقد حال السلامة، المذهب أنه يجبر على قبوله، وفيه وجه: إنه لا يقبل، وإن كان العقد في حال الخوف يجبر على القبول إذا أتى به في مكان العقد، أي: بلا خلاف، انتهى فجعل الخلاف فيما إذا أتى به بعد محله لا قبله.

وَإِلَّا فَيُجْبَرُ فَإِنْ أَبَى قَبَضَهُ الْقَاضِي.

فَرْعٌ: لو أتى بالنجوم في محلها أو تعجيلًا في غير بلد العقد، قال الرافعي: إن كان في النقل مؤنة أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفًا لم يجبر على القبول وإلا فيجبر، انتهى.

وقال الماوردي: إن كان لنقله مؤنة أو في طريقه خطر لم يلزمه قبوله إلا في بلده، أو لم يكن شيء من ذلك وكان السيد ببلد الدفع، فإن كان بين البلدين دون مسافة القصر لزمه قبوله وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يلزمه لما عليه من الضرر في إبعاد ماله عن بلده.

والثاني: يلزمه؛ لأن إحرازهما متماثلة واستيطان كل واحد منهما ممكن، والله أعلم.

وقد يؤخذ من توجيه الأول: إنه لو لم يكن له وطن أنه لا نظر إلى موضع العقد، ويجبر على الوجهين؛ لأن البلاد في حقه مستوية وهو محتمل إذا لم يتعلق به بالقبض في موضع العقد عرض مقصود من وجه آخر.

قال: (**وَإِلَّا فَيُجْبَرُ**) أي: وإن لم يكن له في الامتناع من قبض المعجل غرض مقصود أجبر على قبوله؛ لأن المكاتب ظاهرٌ فيه وهو قدر العتق أو تقريبه ولا ضرر على السيد في القبول؛ ولأن الأجل حق للمدين فإذا أسقطه، فينبغي أن يسقط، وفي ذلك أثر مشهور عن عمر ﷺ ذكره في «الأم» وأخرجه البيهقي.

قال: (**فَإِنْ أَبَى**) أي: امتنع من قبوله وقبضه.

(**قَبَضَهُ الْقَاضِي**) أي: عنه وعتق المكاتب لم يبق عليه شيء لأثر عمر ﷺ في ذلك، قال الشافعي والأصحاب: وكل من أخبرناه على قبض المعجل أجبرنا وليّه إذا كان محجورًا عليه لجنون طرأ، وأجبرنا وارثه الرشيد وولي المحجور عليه.

فَرْعٌ: لو أتى بالنجم في محله والسيد غائب قبضه القاضي عنه، وكذا إذا امتنع وهو حاضر ويعتق العبد، وكذا يقبض عنه المعجل إذا عرف أنه لا ضرر على السيد في أخذه، قال الرافعي: قال الصيدلاني ومثله: لو كان للغائب دين

وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ مِنَ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ لَمْ يَصِحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ.

على حر فأتى به الحاكم هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر الغائب أن يرسل في ذمة الولي، فإنه خير من أن يصير أمانة في يد الحاكم، انتهى، وسبق في هذه الصورة، والجائز هنا اضطرابًا أوضحناه في «الغنية».

قال: (**وَلَوْ عَجَّلَ بَعْضَهَا لِيُبْرِئَهُ مِنَ الْبَاقِي فَأَبْرَأَ؛ لَمْ يَصِحَّ الدَّفْعُ وَلَا الْإِبْرَاءُ**) أي: سواء كان الالتماس والشرط من العبد أو من السيد كما صرَّح بالصورتين في «المحرر» وغيره، وإذا لم يصح القبض ولا الإبراء لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ.

قلت: ويشبه أن موضع عدم صحة الإبراء إذا كان يعتقد صحته أو كان جاهلًا بحكمه، أمَّا لو كان عالمًا بفساد الحكم، ثم أوقع الإبراء بعد التعجيل أنه يصح الإبراء ويعتق العبد وربما سبق ما يؤيد هذا فيما لو باعه عينًا بشرط أن يبيعه المشتري عينًا أيضًا، قال الرافعي: هذا ظاهر المذهب.

وأشار المزني إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء، ولم يسلم له الجمهور اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما لم يجز شرطًا، وابتداء به ـ أي: والمنع ـ على ما إذا شرطه، قال: ورد في «الوسيط» تردد القول إلى أنه لو عجل بشرط الإبراء ووفى السيد فأبرأه هل ينقلب القبض صحيحًا؟ ففي قول: ينقلب صحيحًا؛ لأنه رضي بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشرط كان القبض مرضيًا به، وعلى هذا جرى في «الوجيز» ولو أنشأ رضًا جديدًا بقبضه عمًّا عليه لحكم بصحته كما لو أذن للمشتري في أن يقبض [ما في يده] عن جهة الشراء أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن.

وقال في «البسيط» بعد نقله اتفاق المحققين على تغليظ المزني: وعندي أن موضع التردد هو أن يقدم العبد الأداء بشرط الإبراء، فإن الأداء باطل في الحال، لكن لو أبرأ السيد فرضي العبد بدوام يد السيد صح القبض؛ لأن الدوام كالابتداء، وهل يحتاج إلى إنشاء رضا آخر؟ فيه تردد، ولعل الصحيح:

....

إن دوام القبض كابتدائه، وإن ما سبق من الرضا كاف عند الابتداء فلا يحتاج إلى الاستئناف، نعم ربما لا يفي المكاتب بتسليم المال، فإن السيد ربما لا يبرئ ويتمسك بالمقبوض الباطل فلا يرده، وطريقه أن يعدل على يد عدل ليأخذه السيد عند الإبراء، لكن السيد لو أبرأ عند الأخذ لم يأمن أن يعزل العبد الوكيل فلا يؤديه إليه والوكيل لا يأمن لو بدأ بالتسليم، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي: ذكر الشافعي ﷺ مشيرًا إلى حيلة تفيد حرية المكاتب بما عجله أنه إن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد بأن يأخذ ما معه ويقبضه، ولكن في هذا مخاطرة على العبد، فإنه لا يؤمن ألا يفي السيد بما وعد ويرقه ويأخذ ما في يده من الإكساب، فالطريق على ما حكى صاحب «الإفصاح» والأئمة أن يقول: إذا عجزت نفسك وأديت إلى كذا فأنت حر، فإذا وجدت الصفتان يعتق ويكون العتق عن الكتابة.

قال في «التهذيب»: لأنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترفع إذا فسخها ـ أي: السيد ـ بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة كانت الإكساب له ثم يتراجعان فيرجع على سيده بما أخذه ويرجع السيد عليه بقيمته.

قلت: في هذا الفرع خيط طويل، فيقول: قال الإمام: ما ذكره الشافعي مشكل، فإنه إذا عجز نفسه انقلب إلى السيد جميع ما في يده فمن أي موضع يؤدي الشروط أولًا؟ ثم السيد بعد جريان التعجيز يستبد بجميع ما في يده وينقلب رقيقًا ولا يلزمه الوفاء بإعتاقه على مال ولو أعتقه عليه وقع في ذمته، وقد فاز السيد بجميع ما كان منسوبًا إلى ملكه قبل التعجيز فهذا تنصيب، هذا ذريعة إلى تحصيل التعجيل مع تحقق غرض المكاتب في التخفيف عنه في مقدار من النجم، وهذا استئصال لما في يده مع إلزامه مزيدًا في ذمته، ووراء ما ذكرناه نوعان من الإشكال:

أحدهما: إن غرض المكاتب استتباع أولاده وإكسابه، وإذا عجز نفسه وانقطعت الكتابة لم يتبعه الكسب على الولد بعد انقطاعها.

……

والوجه الثاني: نورده جوابًا عن سؤال.

قال صاحب «التقريب»: إن أراد المكاتب أن يثق بوعد السيد لم يسعفه بما قال حتى يقول المولى: إذا عجزت نفسك، ثم أعطيتني ألفًا فأنت حر فتحصل الثقة بعد حصول التعليق، وهذا فيه نظر من جهة أن تعليق العتق بالأداء يقع إنشاؤه في حالة استمرار الكتابة، وما لم ترتفع الكتابة لم يصح إثبات عقد عتاقة آخر على مال، فكأنما وقع تعليق عقد في وقت لا يملك إنسانًا، ومن مذهب الشافعي: إن ما لا يصح تنجيزه في وقت لا يصح تعليقه فيه، وهذه أمور مضطربة لا يشك الفقيه في خروجها عن ضبط المذهب على أي وجه قدر، ثم إن جوَّزنا مثل هذا التعليق تعويلًا على استمرار فكيف الجواب عن استتباع الكسب والولد؟

وقد قال شيخي أبو محمد من أصحابنا: من قال: إذا أدى بعد التعجيز ما شرط عليه استتباع الكسب والولد، فإن هذا شرط جرى في كتابة لتحصيل غرض المولى، وهذا عندي لا متاع له وهو هدم أصل المذهب، وإثبات لا يليق مثله بقاعدة الشافعي، وإن لم يكن من نقل هذا بدر غاية لغرض المولى والمكاتب فما ذكره المزني من نقل قول في صحة الأداء أو الشرط أمثل من هذا ولا خير في شيء منه، والوجه أن يقال في نقل ذلك خلل أو بادرة صدق من غير فكر من ناقل على قياس مذهب الشافعي، والله أعلم، انتهى.

وقال الغزالي في «البسيط» بعدما سبق عنه من تعديل المعجل.

قال الشافعي يقول للعبد: عجز نفسك وأنا أعتقتك بالقدر الذي أخذه، وهذا أيضًا وعد لا يوجب معه.

قال صاحب «التقريب»: يقول السيد: إن عجزت نفسك ثم أعطيتني ألفًا فأنت حر، وهذا فيه نظر؛ لأن العبد لا يرضى بألَّا يستتبع الكسب والولد، وإذا عتق بعد العجز لم يستتبع؛ ولأن هذا عقد عتاقه بعوض ولا يجوز إنشاؤه في دوام الكتابة فيضاهي تعليق الطلاق قبل النكاح إلا أنه يحتمل تصحيح هذا نظرًا

……

إلى قيام أصل الملك في الحال، ولكن يبقى حديث الاستتباع من جانبه ومن جانب السيد أنه ربما يسمح بالإبراء عن بعض النجوم لا بالعتق، وذلك لا يتم إلا بتراضٍ وثقة بالوعد، انتهى.

وقال صاحب «المعتبر» في تعليل «المختصر» وهو أبو خلف عوض بن أحمد الشَرْواني ـ بفتح الشين المعجمة وإسكان الراء المهملة ـ: ولا يصح التعجيل بشرط الإبراء عن بعض النجوم؛ لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط؛ ولأنه إذا قال: عجل لي خمسمائة حتى أبرئك عن خمسمائة، أو صالحني عن ألف على خمسمائة كان ذلك ربًا وبيعًا للأجل فلا يصح، فإذا أرد تصحيح ذلك فليرض المكاتب بالعجز وفسخ الكتابة، وليرض السيد بشيء يأخذه منه ثم يعتقه، فإن ذلك يجوز ولكن فيه غرر؛ لأن السيد قد يقبض ثم لا يعتق فالأحوط له أن يقول له السيد: إن عجزت نفسك وأديت ليّ خمسمائة فأنت حر؛ ليكون العتق معلقًا بالأداء لا الإبراء، ولكن مع هذا لا يكون هذا العتق بحكم الكتابة، وإنما هو بالصفة فلا يستتبع به الأولاد والإكساب، فليفهم هذا لفظه في أصله.

وقال الماوردي: قال الشافعي: فإن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد بشيء يأخذ منه على أن يعتق فيجوز وهذا صحيح إذا اختار التوصل إلى وقوع العتق ببعض الباقي فعجز المكاتب نفسه حتى عاد عبدًا استأنف السيد بعد العجز، فقال له: إن أعطيتني دينارًا فأنت حر جاز؛ لأنهما بعد بطلان الكتابة بالعجز قد استأنفا عتقًا بصفة فصار العتق واقعًا بها لا بالكتابة.

قال: ولكن لو جعلا عتق الصفة مشروطًا بالعجز، فقال السيد: إن عجزت نفسك وأعطيتني دينارًا فأنت حر، فعجز المكاتب نفسه وأعطاه دينارًا أعتق به، وكان هذا أحوط للمكاتب مما تقدم؛ لأنه إذا عجز نفسه وقد انعقدت الصفة بعتقه لوجود شرطها فصارت لازمة لا خيار للسيد فيها بعد العجز، وهو في المسألة الأولى مخيَّر بعد العجز بين أن يعقد عتقه بالصفة أو لا يعقد، فأمَّا إذا قال: أكاتبه والكتابة بحالها إن أعطيتني دينارًا فأنت حر عتق بدفعه ويغلب حكم الكتابة، وصار العتق فيها على عوض فاسد فيلزم المكاتب فيها قيمته،

....

ويرجع بما أداه من قبل مع الدينار الذي عتق به من بعد يتقاصان به مع اتفاق الجنسين، ويتراجعان فصلًا إن كان، انتهى.

وقال في «الشامل»: قال الشافعي: فإن أراد أن يصح هذا فليرض المكاتب بالعجز وليرض السيد أن يأخذ منه شيئًا ويعتقه يريد أن المكاتب يعجز نفسه فيفسخ السيد الكتابة، ثم يعتقه على ما معه من المال.

قال أصحابنا: هذا صحيح إلا أن فيه غررًا؛ لأنه يجوز أن يأخذ منه المال ولا يعتقه، ولكنه إذا قال: إذا عجزت نفسك ودفعت إليّ المال الذي معك فأنت حر، ففعل ذلك عتق إلا أن العوض يكون فاسدًا؛ لأنه شرط فيه التعجيز فيكون للسيد قيمة العبد يحتسب فيها ما أخذه، وإن لم يقل هذا، ولكنه قال: إن أعطيتني خمسمائة فأنت حر فأعطاه عتق، ولكنه عوض فاسد؛ لأن عقد الكتابة لا تصح المعاوضة عليه فيعتق بالصفة ويجب عليه تمام قيمته، انتهى.

وفيما علق عن البغوي على «المختصر» بعد إيراد النص: وهذه حيلة ذكرها الشافعي وظاهره: إن المولى يفسخ الكتابة برضا المكاتب ثم يعتقه على ما في يده ولو أن المكاتب يخاف أن المولى لا يعتقه بعد أخذ ما في يده وتعجيزه، فالطريق في ذلك أن يقول له المولى: إن عجزت نفسك وأعطيتني خمسمائة فأنت حر، فحينئذ إذا عجز نفسه وأدى خمسمائة عتق، ثم أنهما يتراجعان السيد بقيمته وهو بما دفع من قبل أن السيد جعل التعجيز والخمسمائة عوضًا، والتعجيز لا يصلح أن يكون عوضًا، فلا جزم.

قلنا: يفسد لفساد العوض والعتق ويحصل لوجود الصفة.

قال شيخنا الإمام: ولا يثبت للمكاتب رجوع بما دفع؛ لأنه لمَّا عجز نفسه صار ما في يده ملكًا للمولى غير أن السيد يرجع عليه بقيمته؛ لأنه لم يرض بإعتاقه مجانًا ولا يرجع بما سمى؛ لأنه فسد بشرط التعجيز فصار كما لو [أعتقه على خمس، قال ﷺ: ويحتمل أن يقال: لا يثبت النزاع أصلًا] كما لو قال: إن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، فأدى يعتق ولا شيء عليه؛ لأنه تعليق محض.

……

قلت: وربما هذا الوجه أولى، وفي الأولى نظر، انتهى لفظ «التعليق».

والظاهر أن القائل - قلت - هو المعلق عن البغوي، والاحتمال للبغوي في «عمد» الفوراني بعد ذكره النص، قال الشيخ الإمام - يعني: القفال -: وهاهنا إشكال، فإن ظاهره يقتضي أنه إذا أخذ من عبده مالًا بشرط أن يعتقه جاز ما بقي في يد العبد يتبعه فيبقى ملكًا له، وهذا لا يصح على مذهبه الجديد؛ لأن العبد لا يملك يومًا في يده للمولى ولو أعتقه لا يتبعه، فلعله أجاب على قوله القديم.

وعلى الهامش قلت: هذا لا يصح؛ لأن قوله القديم لا يتبع المال العبد، وإن قلنا: يملك فذلك قول مالك، انتهى.

قال الفوراني: قال بعض فقهائنا: لم يرد الشافعي ما ذهب إليه الشيخ الإمام، ولكنه أراد أن يعتقه على مال فيقول: إن أديت إليّ كذا فأنت حر، فأي مال دفع إليه عتق ويبقى شيء وهو أن العبد في هذا التعجيز محاط ولعله لا يعتقه، فينبغي أن يقول له المولى قبل التعجيز: إذا عجزت ودفعت إليّ كذا فأنت حر، فإن فعل ذلك حينئذ استرد العبد ما دفع بعد التعجيز وعليه قيمة نفسه؛ لأنه علق عتقه بأداء مال وهو في حال الكتابة فلا يصح، انتهى.

وذكره في «الإبانة» ملخصًا بمعناه هذا ما حضرني من المنقول في المسألة ويخرج فيها وجوه، والله أعلم.

واعلم أني إن كتبت هذا رأيت بعض أئمة العصر - رحمهم الله - أفرد المسألة بتصنيف فنورد مقاصده، وإن تضمن ذلك تكرارًا ففيه فوائد.

قال مسألة: ضع وتعجل، ومعناها أن يكون لرجل على آخر دين مؤجل فيقول المديون لرب الدين: ضع بعض حقك وتعجل الباقي، أو يقول رب الدين للمديون: عجل لي بعضه وأضع عنك باقيه، ولا فرق عندنا بين دين الكتابة وغيره، فإن جرى ذلك بالشرط بطل، وإن عجل بغير شرط وأبرأ الآخر وطابت أنفسهما فهو جائز، والشرط المبطل هو المقارن، فلو تقدم لم يبطل صرَّح به الجوزي هنا وهو مقتضى تصريح جميع الأصحاب في غير هذا الموضع.

……

ثم ذكر أثارًا رويت في التحريم والإباحة في غير دين الكتابة، ثم قال: وأصحابنا يحملون اختلاف الآثار في ذلك على ما ذكرناه من التفصيل، قال: ولا يحضرني عن أحد من العلماء اختلاف في امتناعه في غير دين الكتابة إذا كان بالشرط، وأمَّا دين الكتابة، فقال أبو حنيفة وأحمد بجواز ذلك فيه؛ لأن دين السيد على العبد غير مستقر فلم يكن على حقيقة المعاوضات وعندنا هو كبيرة إن جرى ذلك فيه بالشرط فسد وإلا فلا، وإذا فسد لم يصح التعجيل ولا الإبراء ولا يقع العتق، فإن قلت: لنا خلاف في القديم في صحة تعليق الإبراء، ومقتضى ذلك أن يصح الإبراء هنا في دين الكتابة وغيره.

قلت: يمكن حمله على تعليق ليس في معنى المعاوضة ويحرم بالبطلان فيما إذا كان في معنى المعاوضة لما ذكروه من معنى ربا الجاهلية، فإن قلت: ينبغي أن يصح تعليق الإبراء في الكتابة وإن فسد في غيرها؛ لأن إبراء المكاتب عتق.

قلت: إنما يكون الإبراء عتقًا إذا أبرأ مجانًا لا في مقابلة عوض التعجيل، فإن قلت: فلو جعل بدل الإبراء العتق.

قلت: تفسد المعاوضة ويعتق بالتعجيل الفاسد ويجب عليه قيمته، أمَّا فساد المعاوضة فلأنه إنشاء عقد عتاقة بمال على المكاتب وهو لا يجوز وعتقه بالتعجيل لوجود الصفة ووجوب القيمة؛ لأنه لم يعتقه مجانًا، وهذا منقول فيما إذا عتق على عوض غير نجوم الكتابة، واستشكل الإمام وقوع العتق، وقال: إنما لا يصح تنجيزه لا يصح تعليقه، وجوابه: إن الذي لا يصح تنجيزه هو عتق المكاتب على مال آخر، أمَّا مطلق عتقه فيصح وهو المعلق والمال في مقابله هذا التعليق فلا يمتنع الحكم بوقوعه، ولو علق العتق على أداء بعض النجوم في محله فلا شك في صحته ووقوع العتق به ولو علق العتق على تعجيله فهل يكون كتعليق الإبراء فيبطل أو كتعليق العتق؛ لأنه من مال الكتابة؟ سنحكي من كلام الجوزي عن الشافعي ما يدل على أنه يقع به العتق ويكون عوضًا فاسدًا.

قال: والذي دعانا إلى الكلام في هذه المسألة النظر في صحة الإبراء فلنذكر نصوص الشافعي والأصحاب والمسألة مذكورة في «مختصر» المزني

....

ولكن غيره ذكرها أبسط منه، فذكر الجوزي في حكاية كلام الشافعي قال: ولو عجل ذلك على أن يضع عنه منه شيئًا ويعجل له العتق لم يحل ولو كانت غير حالة فسأله أن يعطيه بعضها حالًا على أن يبريه من الباقي لم يجز ذلك كما لا يجوز في دين إلى أجل على حر، فإن فعل لم يعتق المكاتب وردَّ على ما إذا أخذ منه؛ لأنه أبرأه مما لا يجوز له أن يبريه منه، فإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقًا، فأخذ به عتق ورجع عليه سيده بالقيمة؛ لأنه أعتقه ببيع فاسد، فإن أراد أن يصح هذا لهما فليرض المكاتب بالعجز ويرضي سيده بشيء يأخذه منه على أن يعتقه فتبطل به الكتابة، وينفذ العتق والعوض، وقال الأصحاب كلهم عن الشافعي بعض هذا الكلام وهو في معناه ولفظهم الذي نقلوه.

ولو عجل له بعض كتابته على أن يبريه من الباقي لم يجز ورد عليهما أنفق منه، ولم يعتق؛ لأنه أبرأه مما لا براءة منه، فإن أحب أن يصح فليرض المكاتب بالعجز ويرضي السيد بشيء يأخذ منه على أن يعتقه فيجوز، وعلل الأصحاب كلهم ذلك بأنه في معنى ربا الجاهلية الجمع على تحريمه وبطلانه، وهو أنهم كانوا يريدون في الحق ليزيد صاحب الحق في الأجل، وهذا ينقص عن الحق لينقص من الأجل فهو يشبهه وفي معناه، ثم للمسألة شرطان: **الأول**: أن يكون للتعجيل مشروطًا بالإبراء.

والثاني: أن يقع الإبراء على الفور على وجه القبول لما شرطه الدافع كما في سائر العقود، فيكون هذا عقدًا فاسدًا لشبهة بربا الجاهلية.

قال أبو إسحاق في «النكت»: وقال أبو حنيفة: يصح لنا أنه أبرأه عن بعض الدين بإسقاط الأجل، فلم يجز كالثمن والأجرة والصداق؛ ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية وهو تأجيل الدين بالزيادة، وقياس الأصحاب المسألة على غيرها من الديون يقتضي موافقة أبي حنيفة وأحمد على المنع فيها، ودلَّ كلام الشافعي السابق على امتناعها في دين الكتابة وغيره بالشرط، وقال المزني: قد قال في هذا الموضع: إذا وضع وتعجل لا يجوز وأجازه في الدين، ولا يجوز عندي أن يضعه على أن يتعجل، انتهى واستشكل الأصحاب هذا الكلام من المزني.

……

قال الجوري: قال أصحابنا: هذا غلط إنما أجازه بلا شرط، أمَّا بالشرط فلم يختلف قوله أنه باطل، وكذا قال الأصحاب وقال ابن الرفعة: جمهور الأصحاب - بل كلهم - ردوا على المزني، وقالوا ليست المسألة على قولين، ونقل القاضي الحسين كلام المزني، وقال: هذا يوهم أن في المسألة قولين وليس كذلك، بل على اختلاف حالين، وقال الإمام: نقل المزني في هذا تردد نص، وجعل المسألة على قولين في أن الإبراء هل يصح على هذا الوجه؟ وغلّطه المحققون، وذهب الأكثرون إلى حمل كلام الشافعي، فذكر كلام الإمام إلى آخره.

ثم قال: وما حكاه الإمام من الطريقين عن المحققين والأكثرين في غاية الإشكال، فإنه يوهم إثبات خلاف وليس كذلك؛ بل يجب حمل كلامه على أن المحققين غلَّطوه في النقل، والأكثرون سلموا النقل وقالوا: محله إذا كان بغير شرط، وهؤلاء أيضًا مغلطون في التخريج إلى هذه المسألة، وهؤلاء أولى بأن يسموا محققين، فإنهم عرفوا محل النقل وحققوه وغلطوا التخريج منه، وأمَّا تغليط المزني في النقل بغير هذا التأويل فلا وجه له؛ لأنه ثقة فيما ينقل وكيفما قدر فالطريقان متفقان على التغليط، وعدم إثبات قولين لا في حالة الاشتراط ولا في حالة عدم الاشتراط، بل جازمون بالحكمين على اختلاف الحالين كما قاله غير الإمام.

وأطال الكلام مع الإمام في تحرير النقل، وقال الغزالي في «البسيط»: فذكر كلامه وتنزيله نقل المزني كما سبق، وأنه جرى على هذا التنزيل في «الوسيط» و«الوجيز» قال: وهو شيء انفرد به تفقهًا لا نقلًا، وتنزيل القولين على ذلك بعيد لما سيأتي، وأمَّا الفقه الذي ذكره، فينبغي ألَّا ينازع في ذلك إذا جرى إبراء صحيح، ولكن متى يكون ذلك وليس في كلامه تعرض له، فقال: إن جرى الأمر كما صورناه في صور المسألة فهو فاسد ولا يأتي فيه كلام الغزالي، وإن تأخر وجرى إبراء مبتدأ فينبغي أن يقال: إن اعتقد السيد فساد الشرط فهو صحيح قطعًا، وإن ظن صحته وأتى به على أنه وفاء بالشرط فيصح على الأصح كما لو

....

رهن بناء على ظن وجوبه، فإنه يصح على الأصح عند النووي وهو الصواب، وحيث قلنا: إن الإبراء لا يصح إمَّا قطعًا وإمَّا على الأصح، فيأتي ما قاله الغزالي من أنه إن رضي رضًا جديدًا كفت الاستدامة قطعًا، وإن لم يجدد رضا فهل يكتفي بالرضا السابق أصح الاحتمالين عنده الاكتفاء.

وينزل منقول المزني عليه وينزل النص على الاحتمال الآخر، ولكن النص وكلام الأصحاب ينبوا عن هذا التنزيل، فتلخص من هذا أن الغزالي أيضًا لم يذكر خلافًا في صحة الإبراء، بل اقتضى كلامه أنه قد يوجد إبراء صحيح، أمَّا كونه الواقع في ضمن العقد أو مبتدئًا فلم يبنه.

ومقتضى كلامه هنا يشير إلى أنه لو لم يجز إبراء لا تكفي استدامة القبض إلا بإذن جديد وهو كذلك لفساد القبض، والرافعي ـ رحمه الله تعالى ـ [قال: إنه إذا أنشأ رضا جديدًا فقبضه عمَّا عليه يحكم بصحته، كما لو أذن للمشتري في أن يقبض ما في يده عن جهة الشراء، أو للمرتهن في قبضه عن الرهن، وما ذكره من الحكم صحيح، وقياسه على الشراء يوهم أنه لو لم يأذن فيه لا يصح وهو وجه في الحال، والصحيح خلافه وهو المذكور في «التتمة» ولنرجع إلى غرضنا.

قال الرافعي ـ رحمه الله: ولو عجل قبل المحل على أن يبريه عن الباقي فأخذه وأبرأه لم يصح القبض، ولا الإبراء خلافًا لأبي حنيفة وأحمد، ولو قال السيد: أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل الباقي، وإذا عجلت كذا فقد برأتك عن الباقي، فعجل لم يصح القبض ولا الإبراء أيضًا وإذا لم يصحا لم يحصل العتق وعلى السيد رد المأخوذ هذا ظاهر المذهب، وأشار المزني إلى تردد قول في صحة القبض والإبراء ولم يسلم جمهور الأصحاب اختلاف القول في المسألة، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجز شرط وابتداء به، وردَّ صاحب الكتاب تردد القول إلى أنه إذا عجل بشرط الإبراء وقال السيد له هل ينقلب القبض صحيحًا؟ انتهى.

وليس في كلامه ﷺ إشكال إلا إطلاقه الإبراء، وكان ينبغي أن يعين صورة المسألة وأن الإبراء صدر جوابًا، فإن هذا الإطلاق أوهم أن الإبراء إذا

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ، ....

تأخر عن التعجيل المشروط فيه الإبراء ووقع مستقلًا لا يصح، والنووي في «الروضة» وافق الرافعي حرفًا بحرف، وفي كلام [الرافعي] شيء آخر وهو: إن النص منقول [المزني] إنما هو إذا عجل ليبرئ.

وظاهر كلام الرافعي: إنه في ذلك، وفيما إذا علق البراءة بالتعجيل أو شرطه فيها والحامل له على ذلك أن الأصحاب جمعوا بين المسائل الثلاث والحكم فيها واحد، فإذا نقل النص في واحدة فليثبت حكمها في الأخرى فهذا تصرف والمنقول الصريح إنما هو في الأولى وفي التي قدَّمها في كلامه، وقد تبين بهذا أنه لم يحك أحد من الأصحاب بعد المزني في المسألة طريقين ولا قولين ولا وجهين، وإن كلهم جازمون بأنه يبطل مع الشرط جزمًا ويصح بلا شرط جزمًا، وفي ذلك اتفاق على رد ما قاله المزني في الصورة إذا أخذ على ظاهره إلا أن يحاول على ما قاله الغزالي وليس فيه إثبات خلاف أيضًا في الإبراء كما بينَّاه، وقد يغتر بقول الرافعي والنووي هذا هو المذهب بأن في المسألة طريقين، وهذا ليس بلازم، بل مراده بالمذهب المنصوص الذي جرى عليه الأصحاب وخالف المزني فيه تخريجًا منه، وإن كان تخريجًا مردودًا، ويحتمل أن يسلم أن في المسألة طريقين ويقول: إن المراد بالطريق الثاني ما قاله الغزالي من صحة القبض عند الإبراء الصحيح، لكن هذا يقتضي أن تكون هذه الطريقة هي الصحيحة وليس كذلك. ويتردد البغوي حيث لم يحكِ كلام المزني واستراح من هذا الصداع، ثم قال: وحاول شيخنا ابن الرفعة إثبات ما قاله المزني من جهة صحة تعليق الإبراء في القديم، وقد تقدم جوابه وحقيقة تعليق الإبراء غير خفيفة المعاوضة والصلح والأصحاب إنما تكلموا في ذلك، انتهى.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ النُّجُومِ)؛ لأنه بيع ما لم يقبض؛ ولأنه بيع الدين لغير من عليه؛ ولأن النجوم غير مستقرة وإذا لم يصح بيع المبيع قبل القبض فبيع ما لم يلزم الملك فيه أولى بالمنع هذا هو المذهب المشهور والمنصوص في «الأم» و«المختصر» وعامة كتبه كما قاله المحاملي في «المجموع» قال: وليس له نص بالجواز، انتهى.

وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهَا، ....

وعن القديم تجويزه وأنه رجع عنه في الجديد، ومنهم من أخذه من القولين في بيع سائر الديون، ورد بأن ذلك في الديون المستقرة ومنهم من أخذه من تجويزه بيع المكاتب في القديم وزيفوه.

[وقال البغوي في «التعليق»: نص على المنع في ثمانية كتب وأوفى في القديم إلى الجواز].

وقال الماوردي: جعله بعضهم قولًا له وجعله بعضهم حكاية عن مالك.

قال: (وَلَا الِاعْتِيَاضُ عَنْهَا) اعلم أن هذا وجه ضعيف رجحه الرافعي هنا، فقال تبعًا لنقل الإمام عن الأئمة: إن جوزنا بيع النجوم جاز الاعتياض عنها، وإلا ففي الاستبدال وجهان.

قال الإمام: وسبب الترتيب أن المبيع مقصود بالتمليك وما يستدل عنه فالمقصود عوضه وسقوط المستبدل عنه، ولذلك جاز الاستبدال عن الديون اللازمة بلا خلاف واختلف القول في بيعها والأظهر منع الاستبدال أيضًا وهو المذكور في «التهذيب».

قلت: وقضية كلام «المحرر» و«الشرحين» و«الروضة» و«المنهاج» وغيرها في كتاب الشفعة الجزم بجواز الاعتياض عن النجوم، وهو المذهب الصحيح المنصوص في «الأم» هنا: ولو خلت نجومه كلها وهي دنانير، فأراد أن يأخذ منه دنانير عوضًا يتراضيان ويقبضه السيد قبل أن يتفرقا كان جائزًا وكان حرًا إذا قبضه على أن المكاتب برأ مما عليه كما إذا كانت له على حر دنانير حالة فأخذ بها منه عوضًا أو دراهم بتراضيهما وقبض أن يتفرقا جاز وعتق المكاتب ولم يتراجعا بشيء هذا نصه.

وقال في باب آخر من «الأم»: وإن كاتبه على دنانير لم يجزه على أخذ دراهم وإن كاتبه على عوض لم يجزه على أخذ دراهم فاقتضى أنهما لو تراضيا جاز، وأيضًا فالصحيح المنصوص في «الأم» جواز الحوالة بها من المكاتب، وقضية كلام المحاملي والماوردي وابن الصباغ والدارمي وغيرهم من العراقيين

فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَعْتِقْ فِي الْأَظْهَرِ، وَيُطَالِبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ، وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ، ....

جواز الاستبدال عنها بل كلامهم مصرح به ولا تردد عندهم فيه فيما أعلمه، وممن جزم بالجواز من المراوزة صاحب «الترغيب» وبالجملة فهذا وجه شاذ لبعض المراوزة، قلد «المحرر» فيه «التهذيب» كعاداته، وقضية كلام «البسيط» و«الوسيط» في الكلام على ركن الصيغة الجزم بالصحة، ولفظ «الوسيط»: والعتق يحصل بالإبراء والاعتياض تغليبًا لحكم المعاوضة لكن في الكتابة الصحيحة، واقتضاه كلامه في الشفعة يقتضي ذلك واستدل البغوي في «تعليقه» على منع صحة بيع النجوم بأنه لا يجوز الاعتياض عنها وليس كما قال رحمه الله.

قال: (**فَلَوْ بَاعَ وَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي لَمْ يَعْتِقْ فِي الْأَظْهَرِ وَيُطَالِبُ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ**) أي: بالنجوم المبيعة.

(**وَالْمُكَاتَبُ الْمُشْتَرِيَ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ**) إذا منعنا بيع النجوم فباع لم يجز للمكاتب تسليمها إلى المشتري [ولا له مطالبته بها ويعتق بدفعها إلى السيد، وهل يعتق بدفعها إلى المشتري؟].

قال في «المختصر» يحصل، وعن «الأم» منعه وفيهما طريقان: أظهرهما: عند الأكثرين وبه قال ابن سريج فيه قولين:

أحدهما: يحصل؛ لأن للسيد سلطة على القبض فأشبه الوكيل؛ وبهذا أجاب الجويني في «مختصره» والغزالي في «خلاصته».

وأظهرهما: المنع؛ لأنه يقبض لنفسه ولو تلف في يده قيمته بخلاف الوكيل، وحمل أبو إسحاق النصين على حالين وإن كان قال: مع البيع ضدها منه لو قال المكاتب لحقها إليه صار وكيلًا وحصل العتق بقبضه، وإن اقتصر على البيع فلا وإنه فاسد فلا عبرة بما يتضمنه، ويقال أن أبا إسحاق عرض بهذا الفرق على ابن سريج فلم يعبأ به.

وقال: إنه وإن صرح بالإذن فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا أنه يبينه هذا حاصل كلام الرافعي، وصحح البغوي في «التعليق» الطريق الثاني، وقال: إن

ظاهر النص يدل عليه؛ لأنه توكيل مبتدأ وهذا الطريق حكاه الماوردي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وهو المختار وعليه ينطبق قول الشافعي في «الأم» في باب بيع كتابة المكاتب: ولا يجوز بيع كتابة المكاتب بدين ولا بنقد ولا بحال من الحال؛ لأنها ليست بمضمونة على المكاتب، ومتى شاء عجز فإن بيعت فالبيع باطل، وإن أدى المكاتب إلى المشتري كتابته بأمر السيد عتق كما يؤدي إلى وكيله فيعتق؛ لأن المكاتب يبرأ منها بأمر السيد، فمتى برأ منها فهو حر، انتهى لفظه وهذا ما في «المختصر».

نعم قال: قيل هذا في باب بيع المكاتب ورقبته، ولو كانت لرجل على مكاتبه نجوم ولم تحلل فباعه من أجنبي فقبضها الأجنبي منه لم يعتق المكاتب؛ لأن هذا يأخذ لنفسه دون السيد، انتهى.

والظاهر أن هذا النص في بيع رقبته أو بيع رقبته ونجومه وأن المشتري قبض النجوم لنفسه لا بأمر من السيد وتأويل هذا النص ظاهر، وقد تطابق نص «المختصر» و«الأم» على أنه إذا باعه النجوم وأمره السيد بدفعها إلى المشتري أنه يعتق ويتراجع السيد والمشتري.

ثم رأيت الدارمي قال: إن أدى المشتري فقال في «الأم» ونقل المزني يعتق كالوكيل.

وفي «الأم» أيضًا: لا يعتق قال ابن سريج: قولان، وقيل: يعتق إذا أذن بها لدفع ولا يعتق إذا أطلق فإن كان أدى بإذنه؛ فالمطالبة بين السيد والمشتري وإن كان بغير إذنه فبين العبد والمشتري، انتهى.

وأرسل جماعة غير الماوردي الطريقين بلا ترجيح وكلامهم ظاهر في أن الصورة فيما إذا قبض بأمره جاهلًا بفساد الشراء أما لو علم ثم قبض صح قبضه للبائع وعتق العبد قطعًا.

ثم قال الرافعي وغيره: فإن قلنا فما أخذه المشتري يدفعه إلى السيد؛ لأنا جعلناه كالوكيل له، وإن قلنا لا يعتق فالسيد يطالب المكاتب والمكاتب يسترد

....

ما دفع إلى المشتري، انتهى وتأمل هذا الموضع مع ما قدمناه في البيوع.

إنه لو كان لبكر على زيد طعام ولعمرو على بكر مثله، فقال بكر لعمرو: اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل فالقبض لعمرو فاسد قطعًا، ولكن يحصل القبض لبكر في الأصح ويبرأ زيد من دين بكر، انتهى.

وهنا شيء آخر له تعلق بالمسألة من أصلها وربما يظهر منه رجحان اختيارنا لطريقة أبي إسحاق وابن أبي هريرة وهو أنه قال في أصل «الروضة» في باب المناهي: إذا باعه عبده بألف بشرط أن يبيعه داره، أو أن يشتري منه داره أو بشرط أن يقرضه عشرة فالعقد الأول باطل فإذا شاء بالبيع الثاني نظر إن كانا يعلمان بطلان الأول صح وإلا فلا؛ لأنهما يأتيان به على حكم الشرط الفاسد، كذا قطع به صاحب «التهذيب» وغيره والقياس صحته وبه قطع الإمام وحكاه عن شيخه في كتاب الرهن، انتهى.

وقال من تكلم على المسألة في آخرها إثر ما سبق عنه ﷺ تعالى.

فإن قلت: قال البغوي وغيره في صورة كذا وكذا إن كانا عالمين ببطلان الأول صح وإلا فلا؛ لأنه يبيعه على حكم الشرط الفاسد، وهذا يخالف ما قلتموه هنا من أنه إذا أبرأ إبراءً مستقلًا ظانًا صحة الشرط يصح.

قلت: المختار في تلك المسألة الصحة أيضًا وبه قطع الإمام.

وقال الرافعي: إنه القياس على أنه يمكن حمل كلام البغوي على ما إذا باع مجيبًا لا مستقلًا كما صورناه في الكتابة ويرشد إلى هذا أنه ذكره في تفسير نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة، وإنما يكون كذلك إذا ورد العقد في صورة عقد واحد، أما إذا ورد منفصلًا عنه فلا يمكن سأبينه على أن في كلامه ما يرد هذا الحمل، واعلم أن مسألة بيعتين في بيعة تكلم الشافعي والأصحاب فيها مفسرين للحديث بتفسيرين هذا أحدهما، أو يقول: بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني عبدك هذا بألف إذا أوجبت لك داري أوجبت لي عبدًا، فهذا بيع باطل في العهدين هذه عبارة الماوردي عن الشافعي حكمًا وتصويرًا وهو ظاهر

....

التصوير الذي ذكرناه في المكاتب.

وعبارة البغوي: التفسير الثاني أن يقول بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعني دارك أو تشتري مني داري لا يصح؛ لأنه جعل الألف والرفق بالبيع الثاني هنا وإذا بطل الشرط بطل بعض الثمن وبقي الباقي مجهولًا، أما البيع الثاني إن كانا عالمين ببطلان الأول صح وإلا فلا يصح؛ لأنه يبيعه على حكم الشرط الفاسد هذه عبارته ويمكن حملها على ما إذا قلنا، والإمام قال في باب بيعتين في بيعة: قول الشافعي في «تفسيره»: البيع باطل يعني البيع الذي شرط فيه البيع، وهذا خارج على قياس الشرائط الفاسدة، أما البيع الثاني إن اتفق جريانه خليًا عن شرط فهو صحيح.

وقوله: إن للشافعي يعني البيع الأول، ممنوع وإنما أراد العقدين جميعًا كما قاله الماوردي، ويحمل على ما صورناه وبذلك يسمى بيعتين في بيعة أما إذا وجد البيع الثاني منقطعًا عن الإذن فلا يسمى بيعتين في بيعة ويكون فساد الأول بالشرط الفاسد لا بدخوله تحت مورد النص، ولو كان البيع الثاني المنقطع عن الأول مع الأول داخلين تحت مورد النص لفسد الثاني، وإن علمنا فساد الأول ولا قائل به نعم؛ إذا أتى به في ضمن واحد فسدا جميعًا سواء علما فساد الأول أو جهلا، فافهم هذا فإنه كلام نفيس.

وفرق بين الكلامين على مورد النص وبين الكلام على حكم المسألة في الجملة، وبذلك يفهم محل كلام الشافعي والأصحاب وكلام الإمام وبه يتبين لك إشكال كلام البغوي، فإن حمل على ما إذا صدر البيعان على صورة بيعة واحدة كان ينبغي أن يفسد قطعًا علما أو جهلا وهو قطع بالصحة إذا علما فساد الأول والأقرب أنه إنما أراد صدر مبتدأ ولكن كلام الإمام أصح منه، وأما قول الإمام: إن اتفق جريانه خليًا عن شرط فهو صحيح وجيد، وإنما يكون كذلك إذا صدر مستقلًا من غير أن يكون في ضمن العقد الأول وحينئذ تكون كمسألة الرهن، ولهذا أعاد الإمام المسألة في الرهن وحكم بالصحة فيها تبعًا لشيخه من غير أن يسميها بيعتين في بيعة، وحاصله أن صدر البيع الثاني على الصورة

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الْجَدِيدِ، ....

التي ذكرناها لم يتكلم فيه الإمام وهو مراد الشافعي والأصحاب، بل أفاد الإمام مسألة أخرى ليست في كلامهم.

نعم القاضي الحسين صرَّح بأنه إذا شرط رهنًا، وكان الشرط فاسدًا وأتى بالرهن على اعتقاد وجوب الوفاء، فإن الرهن لا يصح، كمن أدَّى إلى إنسان ألفًا على ظن أن له دينًا عليه ثم تبين أنه لم يكن عليه دين فالأداء غير معتمد به والمؤدي يسترد.

قال الإمام: وما ذكره غير صحيح والحق مع الإمام في ذلك، وكيف يصح ما قاله القاضي وجميع العقود والتصرفات إنما ينظر فيها إلى مدلولها ولا اعتبار بظن العاقد، وإذا كنا نصحح بيع ما يظنه لغيره فتبين لنفسه مع ظنه الفساد فلأن نصحح هذا مع اعتقاد الصحة أولى، وغاية ما في الباب أنه ظن وجوبه عليه فلا يعذر فيه؛ لأنه مفرط وليس كصورة استشهاده إذ ليس هناك إلا مجرد الدفع وهو لا يملك إلا بشرط أن يكون عن دين، وهنا لفظ مملك، ولو أعتق ظانًا وجوبه عن كفارة ونحوها أو طلق ظانًا وجوبه عن أمر بسبب إيلاء ونحوه، أو وهب ظانًا وجوبها بسبب من الأسباب، ويبعد كل البعد أن يقال: لا تصح هذه التصرفات والتوقف في ذلك لا معنى له.

ثم قال: وذكر الرافعي ـ ﷺ تعالى ـ أنه لو أقاله في بعض المسلم فيه على أن يعجل الباقي، أو عجل بعضه ليقيله في الباقي فهي فاسدة، وهذا يجب حمله على ما صورناه في الكتاب وأن يكون المراد إذا صدرت الإقالة والتعجيل على نعت عقود المعاوضة فلو تأخرت الإقالة وابتداؤها فلا بد من التفصيل بين علمه بفساد الشرط أولًا؛ لأنه إن علم صحت وإلا فكذلك في الأصح على قياس ما قلناه في البيع والرهن والإبراء، والله سبحانه وتعالى أعلم، انتهى.

قال المصنف ﷺ تعالى: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ رَقَبَتِهِ فِي الْجَدِيدِ) أي: وسائر كتبه كما قاله الماوردي؛ لأن الكتابة عقد يمنع من استحقاق الكسب وأرش الجناية فيمنع البيع كما لو باع عبدًا لا يجوز له بيعه لغيره، ولأن البيع إما أن

....

يرفع الكتابة وهو باطل؛ لأن الكتابة لازمة من جهة السيد أو لا يرفع فيبقى مستحق العتاقة، خرجت ألا يصح بيعه كالمستولدة، قال الرافعي وغيره: والقديم الجواز.

وقال الماوردي: قال مالك: يجوز بيعه ويكون ولاؤه إن عتق للمشتري، وحكاه أبو ثور عن الشافعي في القديم، ثم قال: وقال الشافعي في الجديد وسائر كتبه أن بيعه لا يجوز وبه قال أبو حنيفة.

وقال الزهري وربيعة: يجوز بيع المكاتب بإذنه ولا يجوز بيعه بغير إذنه، انتهى.

واحتج للقديم بأمور منها قصة بريرة الثابتة في «الصحيحين» وغيرهما.

ومنها: أن المكاتب كالعبد في عامة أحكامه فوجب أن يكون كالعبد في جواز بيعه، ولأن الكتابة عتق بصفة وذلك لا يمنع البيع كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر.

قال الماوردي: والدليل على بيع بيعه ما ذكرناه من المعاني في فساد بيع نجومه، ولأن السيد قد عارض على قربته بكتابته حتى زال ملكه عن أرش الجناية عليه فوجب أن يكون ممنوعًا من بيعه كالعبد المبيع، ولأن البيع إن توجه إلى نجوم الكتابة فقد أبطلناه؛ لأن ملك السيد عليها غير مستقر وإن توجه إلى الرقبة اقتضى أن تكون النجوم للسيد البائع لخروجها من البيع، وإن توجه إليهما لم يجز؛ لأن مال العبد مملوك وهو لا يدخل في البيع وما أفضى إلى هذا وجب أن يكون باطلًا، ولأن بيعه لو صح لم يجز أن يعتق على مشتريه؛ لأن صفة عتقه متقدمة على ملكه ولا على بائعه لزوال ملكه وفي ثبوت عتقه بالأداء دليل على فساد بيعه المنافي لحكمه ولأن عتقه إذا نفذ بعد بيعه مفض إلى سقوط الولاء لمستحقه؛ لأنه لا يجوز أن يكون للبائع لزوال ملكه ولا للمشتري؛ لأنه لم يعقد سبب عتقه وما أفضى إلى هذا فهو باطل، ولأن عقد الكتابة يمنع من استقرار الملك على الرقبة؛ لأنه مفض إلى العتق في عقد البيع

....

فوجب أن يستقر ملك المشتري على المبيع فتنافى اجتماعهما، والكتابة لا تبطل بالبيع فوجب أن يبطل البيع بالكتابة.

وأما الجواب عن حديث بريرة فهو أن الكتابة غير لازمة من جهة المكاتب، وإن كانت لازمة من جهة السيد فصار مساومة بريرة لمواليها في ابتياع نفسها فسخًا منها، كما لو باع بشرط الخيار ثم باع ما باعه كان بيعه الثاني فسخًا للأول كذا مساومة بريرة في نفسها وابتياعها فسخًا وبيعها بعد فسخ الكتابة جائز ألا ترى أن النبي ﷺ أمر عائشة بعتقها، ولو بقيت الكتابة لعتقت بها.

وقولهم أن المكاتب في عامة أحواله كالعبد فليس منكر أن يكون كذلك ولا يجوز بيعه كأم الولد؛ ولأنه قد يخالف العبد في كثير من أحواله وإن وافقه على شيء منها، وأما المعتق بصفة فمخالف للمكاتب؛ لأنه يعني السيد يملك إكسابه وأرش الجناية عليه فخالف المكاتب في جواز البيع، انتهى كلام «الحاوي» وإنما سقته لغرض سيأتي.

تتمات وفروع:

منها: حكى الماوردي جواز بيع المكاتب عن مالك كما تقدم وهو عكس ما حكاه الرافعي وغيره وهو الجيد، قال ابن عبد البر في نقله مذاهب الناس في جواز بيعه، وقال آخرون: إذا رضي المكاتب ببيعه جاز لسيده بيعه، وهذا قول أبي الزناد وربيعة والشافعي ومالك إلا أنه اختلف قوله في كيفية تعجيز المكاتب، ولا يرى بيع رقبة المكاتب إلا بعد التعجيز، وأما الشافعي فقال: إذا رضي المكاتب بالبيع فهو منه رضا بالتعجيز وتعجيزه إليه لا إلى سيده ألا ترى أن بريرة رضيت أن تباع وهي كانت المساومة بنفسها والمختلفة بين ساداتها وعائشة حين اشترتها، انتهى.

وقال الشافعي في «الأم»: ولا يجوز لرجل أن يبيع مكاتبه ولا يهبه حتى يعجز، فإن باعه قبل أن يعجز المكاتب أو يختار العجز فالبيع باطل، ولو أعتقه الذي اشتراه كان العتق باطلًا؛ لأنه أعتق ما لا يملك وكذلك لو باعه قبل أن

....

يعجز أو يرضى بالعجز ثم رضي بالبيع بالعجز كان البيع مفسوخًا حتى يحدث له بيعًا بعد رضاه بالعجز، انتهى.

ومنها: قال الرافعي: ومن قال بالجديد قال: إن بريرة عجزت نفسها ثم اشترتها عائشة -﵂.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: إن من الأصحاب من قطع بالمنع وأنكر القول الآخر، واعلم أن قضية كلام الرافعي والمصنف إن رضا المكاتب ببيعه ليس مسوغًا لبيعه إذا لم يجر تعجيز، وعليه ينطبق قول الجرجاني في «الشافي»: ولا يجوز بيعه في أصح القولين سواء رضي المكاتب أو لم يرض كما لو باعه، انتهى.

وهو ما يفهمه سياق ابن المنذر حيث قال: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن تبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضيًا فيها مؤديًا لما يجب عليه من نجومه في أوقاتها، واختلفوا في بيع المكاتب على أن يمضي في كتابته على الشروط التي شرطها سيده الذي كاتبه، ثم حكى الجواز عن طائفة ثم قال: وفيه قول ثانٍ وهو أنه لا يجوز بيعه إلا برضا منه هذا قول الزهري وربيعة وأبي الزناد.

وفيه قول ثالث: وهو أن بيعه غير جائز هذا قول أصحاب الرأي واختلف قول الشافعي في هذه المسألة فكان يقول بالعراق: بيعه جائز، وقال بمصر: لا يجوز، وهذا من ابن المنذر وظاهر في أن الشافعي لا يُجيز بيعه برضاه، كما قاله ربيعة وأبو الزناد كما يفهمه كلام الشيخين وغيرهما، وسبق نقل ابن عبد البر لمذهب ربيعة وأبي الزناد عن الشافعي ونقله كلام الشافعي بعد ذلك وعليه دل كلامه في «الأم» كما ذكرناه وسبق كلام الماوردي في ذلك، وحكى ابن الرفعة عن القاضي الحسين إن رضاه بالبيع يكون فسخًا للكتابة ولم يحكه عنه غيره فكأنه ظنه غريبًا، والله أعلم.

ويجوز أن يجمع بين الكلامين بأن من اقتضى كلامه المنع من غير تعجيز

فَلَوْ بَاعَ فَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي فَفِي عِتْقِهِ الْقَوْلَانِ، ....

أراد به مالكًا بقيناه مكاتبًا بعد البيع، ومن جعل رضاه تعجيزًا رده بالبيع قنًا وقطع أثر الكتابة بالكلية.

ومنها: قال ابن المنذر بعد حكايته مذاهب الناس في المسألة: قال أبو بكر: بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولو كان بيع المكاتب غير جائز لنهى عنه، ففي ذلك أبين البيان على أن بيعه جائز ولا أعلم خبرًا يعارضه ولا أعلم في شيء من الأخبار دلالة على عجزها.

وقال الأوزاعي: يكره بيعه قبل عجزه للخدمة ولا بأس أن يباع للعتق، انتهى وابن المنذر معذور.

ومنها: بنى القاضي الحسين ومن تبعه القولين في صحة بيعه على أن المغلب في الكتابة حكم الصفة أو المعاوضة، فإن قلنا بالأول جوزنا أو بالثاني منعنا.

ومنها: قال في «الأم»: وإذا باع سيد المكاتِب المكاتَب قبل أن يعجز أو يرضى بالعجز وأخذ السيد مالًا له فسخ البيع ورد على المكاتَب ماله إلا أن يكون حل نجم من نجومه فأخذ ما حل لزمه، وكذلك لو باعه وماله من رجل نزع ملك المكاتب من يدي المشتري وكان على كتابته، فإن فات المال في يد المشتري رجع به المكاتب على سيده في ماله إن لم تكن حلت عليه الكتابة أو بعضها فإن كانت حلت أو بعضها كان قصاصًا وكان على الكتابة وإن لم يفت ضمن المكاتب أيهما شاء إن شاء الذي استهلك ماله وإن شاء سيده.

قال: **(فَلَوْ بَاعَ)** أي: السيد رقبة المكاتِب.

(فَأَدَّى إِلَى الْمُشْتَرِي فَفِي عِتْقِهِ الْقَوْلَانِ) أي: السابقان فيما إذا باع نجومه فأدَّى إلى مشتريها.

قلت: كذا قاله البغوي وغيره ويجيء على طريقة أبي إسحاق وابن أبي هريرة أنه لا يعتق قولًا واحدًا، وأحسب أن في «الأم» ما يعضده؛ لأن هناك تخيل الاستنابة في قبض النجوم وهنا يبعد ذلك.

وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ. وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ مُكَاتَبِهِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ أَعْتِقْ مُكَاتَبَك عَلَى كَذَا فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا الْتَزَمَ.

[فَصْلٌ]: الْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ عَنْ الْأَدَاءِ،

قال: (**وَهِبَتُهُ كَبَيْعِهِ**) أي: بوفاق النصوص والأصحاب؛ فيأتي فيها ما تقدم من الخلاف سواء قلنا: يقتضي الثواب أم لا شرطه أم لا هذا قضية إطلاقهم، وأمَّا الوصية برقبته مع صحة الكتابة فقد أطلقوا القول بفسادها حتى لو عجز أو أدى المال لم يحصل للموصى له شيء، وحكى وجه أنه لو أوصى بعبد غيره صحت وقضيته أنه لو عجز المكاتب قبل موت الوصي لن تصح الوصية ويدفع إلى الموصى له كما لو ملك عبد الغير الذي أوصى به، نعم يجوز أن يقول: أوصيت له برقبة المكاتب إذا عجز نص عليه في «الأم» وجزم القاضي الحسين بالمنع في هذه الصورة، وحكى الإمام وغيره فيها الوجهين كما لو قال: أوصيت بهذا العبد لفلان إن ملكته يومًا، وحكى الإمام وجهًا ثالثًا أن الوصية تصح بالمكاتب دون عبد الغير إذا ملكه.

قال: (**وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ مَا فِي يَدِ مُكَاتَبِهِ وَإِعْتَاقُ عَبْدِهِ وَتَزْوِيجُ أَمَتِهِ**) أي: ونحو ذلك من التصرفات؛ لأنه معه كالأجنبي.

قال: (**وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَعْتِقْ مُكَاتَبَك عَلَى كَذَا، فَفَعَلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ مَا الْتَزَمَ**) كما لو قال: أعتق مستولدتك على كذا وهو بمنزلة فداء الأسير أما لو قال: أعتقه عني على كذا أو مجانًا لم يعتق عن السائل، وهل يعتق عن المعتق؟ وجهان وسبقت المسألة في الكفارات.

قال: (**فَصْلٌ: الْكِتَابَةُ**) أي: الصحيحة.

(**لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ لَيْسَ لَهُ فَسْخُهَا**) لأنها عقدت لحظ المكاتب لا لحظ السيد فكان السيد فيها كالراهن.

قال: (**إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ عَنْ الْأَدَاءِ**) أي: عند المحل ولو بعض النجم سواء الأول وغيره كما يفسخ البائع لعجز المشتري عن الثمن، ويستثنى ما لو عجز عما يجب إيتاؤه كما سبق أما لو لم يبق إلا ذلك القدر فليس له تعجيزه؛ لأن له

وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ، فَلَهُ تَرْكُ الْأَدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ، ....

مثله فإن اتفقا على شيء وإلا رفع المكاتب الأمر إلى القاضي ليفصل بينهما، ولو لم يعجز ولكنه امتنع من الأداء فللسيد الفسخ أيضًا، قال الماوردي: وإذا عجز احتاج الفسخ إلى شرطين:

أحدهما: أن يقول المكاتب: قد عجزت ويقول السيد: قد فسخت كتابتك، ويستحب أن يشهد بالفسخ استظهارًا، فإن لم يجب ويجوز الفسخ وإن لم يحضره الحاكم اعتبارًا بالفسخ بالعيب للإنفاق على حكمه دون الفسخ بالفلس للاختلاف فيه. وفي «التهذيب» وغيره وجرى عليه الرافعي أنه لا ترتفع الكتابة بمجرد تعجيزه نفسه، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز.

وقال الشافعي في «الأم»: متى قال المكاتب: قد عجزت أو أبطلت الكتابة فذاك إليه، وإذا قال سيده: لا أرضى بعجزه قيل: ذلك إليه دونك فهو لك مملوك فخذ ماله حيث كان واستخدمه وأجره، وكذلك لو كان عبدان أو عبيد في كتابة واحدة فعجز أحدهم نفسه أو رضي بقول الكتابة خرج منها ورفعت عمن معه في الكتابة حصته كما ترفع لو مات أو أعتقه سيده وسواء عجز نفسه عند حلول النجم أو قبله متى عجز نفسه فهو عاجز، انتهى.

قال: (**وَجَائِزَةٌ لِلْمُكَاتَبِ**) أي: لأنها عقدته لحظة فأشبه المرتهن.

(**فَلَهُ تَرْكُ الْأَدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَفَاءٌ**) لما ذكرناه ولأن الكتابة تتضمن التعليق بالصفة والعبد لا يجبر على الصفة هذا هو المنصوص المعروف، وقيل: ليس له الامتناع عند القدرة ويقرب من وجه سبق أنه إذا علق عتقه على مشيئته أنه يجب عليه أن يشاء وهذا وما قبله، وإن كانا شاذين فقد يتعين القول بهما في بعض الصور عند التفطن، وقد يفرق بين ما لو كاتب الكافر عبده المسلم أو أسلم مكاتبه وبين مكاتب المسلم؛ لأن في تعجيز الأول نفسه إعادة الملك الكافر عليه فلا يجوز له مع القدرة على الأداء كما لا يجوز بيع العبد المسلم منه ابتداء، وذكروا أنه لو اشترى ثوبًا بعبده المسلم ثم علم به عيبًا فهل له رده واسترداد العبد؟ فيه وجهان.

فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ، وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ.

قال: (**فَإِذَا عَجَّزَ نَفْسَهُ فَلِلسَّيِّدِ الصَّبْرُ وَالْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ**) لأنه فسخ مجمع عليه لا اجتهاد فيه فصار بمنزلة اختيار المعتقة قاله في «الشامل».

والمشهور عن مالك أنه لا يعجزه سيده إلا عند السلطان أو القاضي، وهو قول ابن أبي ليلى وسحنون وابن القاسم قاله ابن عبد البر، ثم إذا فسخ بالحاكم فلا بد من ثبوت المكاتبة وحلول النجم عنده وغيرهما مما سيأتي والخيار في هذا الفسخ على التراضي، فلو أمهل ثم عن الفسخ عند حضور المكاتب جاز كما ذكره الشيخ وفيه شيء يأتي وأما عند غيبته فسنذكره.

واعلم أن مقتضى كلام الشيخين أن للسيد أن يتسيد بالفسخ إذا عجز المكاتب نفسه مع القدرة على الأداء ولا يحتاج فيه إلى الحاكم كما لو كان عاجزًا، وخصص الماوردي الاستبداد بالفسخ بحالة العجز، قال فيما امتنع مع القدرة أنه ليس للسيد أن ينفرد بالفسخ إلا بحكم حاكم لموضع الخلاف فيه كما أنه ليس للبائع أن يرجع بعين ماله عند فلس المشتري إلا بحكم الحاكم؛ لأجل الخلاف فيه، انتهى.

وأشار بالخلاف هاهنا إلى قول أبي حنيفة ومالك أنه إذا كان في يده وفاء بالنجوم لم يكن له تعجيز نفسه بل يجبر على الأول ولما ذكره في الاحتياج في هذا القسم إلى الحاكم شواهد مذهبية وفي «حلية» الشاشي: لو أعجز المكاتب عن الأول فهل يقف الفسخ على الحاكم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: إنه لا يحتاج إلى الحاكم، **والثاني**: يفتقر إلى حكمه، انتهى.

قال: (**وَلِلْمُكَاتَبِ الْفَسْخُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: كما أن المرتهن إن فسخ الرهن، والثاني: لا؛ إذ لا ضرر عليه في نفاذ الكتابة هكذا ذكر الرافعي المسألة حكمًا وتوجيهًا.

وقال الإمام: الكتابة جائزة من جهة المكاتب مهما أراد فسخها سواء كان

وَلَوْ اسْتَمْهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ أُسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ، ....

قادرًا على أداء النجوم أو لا ، وذكر العراقيون طريقة تخالف طريقة المراوزة فقالوا: لا يتسنى للمكاتب فسخ الكتابة ولكن له الامتناع عن أداء النجوم مع القدرة ثم إذا امتنع فللسيد الفسخ إذا لم تصل يده إلى النجوم وهذا ذكروه مرارًا وصرحوا به وهو بعيد، فإن الامتناع عن أداء النجوم مع أنه لا يملك الفسخ كيف يجوز وما ذكروه على الحقيقة عكس الصواب، فإنهم ألزموا الكتابة في جانبه وجوزوا له أن لا يفي بها، وهذا كلام متناقض والذي به العمل والفتوى أن للمكاتب يفسخ الكتابة متى شاء وما ذكروه يداني مذهب أبي حنيفة، انتهى وفي النفس من تغليط العراقيين شيء.

ونصوص «الأم» ظاهرة في أن ولاية الفسخ بعد العجز أو عند الامتناع من الأداء للسيد مع التصريح بأن له الإعراض عن الأداء ولم يتحرر لي ذلك، وفي «تعليق البغوي» ما لفظه: الكتابة عقد لازم من جهة السيد حتى لو أراد أن يفسخ فليس له ذلك، وجائزة من جهة العبد ولا يعني به متى أراد أن يفسخ له ذلك بل إذا حل عليه نجم، وليس في يده شيء للسيد فسخ الكتابة أو إذا كان في يده مال، وقال: أنا لا أؤدي فإنه لا يجبر على الأداء ولكن للسيد أن يفسخ الكتابة، انتهى.

وفسَّر في «التهذيب» الجواز في حال القدرة بأن له أن يمتنع من الأداء ويعجز نفسه ثم يقال للسيد: إن شئت فافسخ العقد وإن شئت فاصبر، ثم أرسل الوجهين في الكتاب بلا ترجيح.

واعلم أن الرافعي جزم في إثبات المسألة الثانية من النظر الثاني بأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ إن شاء هذا لفظه وجعله دليلًا فحذفته «الروضة» وهذا ما اقتضاه كلام العراقيين والبغوي، والله أعلم.

قال: (**وَلَوْ اسْتَمْهَلَ الْمُكَاتَبُ عِنْدَ حُلُولِ النَّجْمِ أُسْتُحِبَّ إِمْهَالُهُ**) إعانة له على تحصيل العتق ولما في إنظار المعسر من حيث هو من الفضل، وعبارة «التهذيب» ولو سأل المكاتب النظرة إن لم يكن في يده وفاء عند حلول النجم يستحب له أن ينظره ولا يلزم، انتهى.

فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ فَلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ أَمْهَلَهُ لِيَبِيعَهَا، فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ....

قال: (**فَإِنْ أَمْهَلَ ثُمَّ أَرَادَ الْفَسْخَ فَلَهُ**) إذا أمهله السيد ثم بدا له أن يرجع ويعجزه فله ذلك ولا يلزمه الوفاء بالإنظار كسائر الديون الحالة، وفهم شارح عن المصنف أن المريد للفسخ العبد، وليس بصواب وإن كان الحكم صحيحًا إذا قلنا للعبد الفسخ وإنما أراد المصنف ثم أراد السيد الفسخ كما قاله الأصحاب وما في «المحرر» ملخص من «التهذيب» وكلامه نص في ذلك مع وضوحه.

إشارة: لا خفاء أن الإمهال للتكسب والتحيل مستحب وأن الإمهال بقدر ما يخرج المال من الصندوق والدكان والمخزن ويزن أو يكيل ونحوهما واجب، ويحتمل أنه لو قال: أمهلني لأستدين النجم وأحصله فيما دون الثلث أنه يجب إجابته إذا ظن صدقه، وإن ثم من يعطيه كما ينظر لبيع المتاع ويحمل إطلاقهم على ما إذا لم يقله واستكان للتعجيز فتأمله.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مَعَهُ عُرُوضٌ أَمْهَلَهُ**) أي: وجوبًا.

(**لِيَبِيعَهَا**) كما يجب إمهاله لإحضار النجم من الحانوت أو المنزل أو مسافة قريبة؛ لأنه واجد لما عليه باذل.

(**فَإِنْ عَرَضَ كَسَادٌ فَلَهُ أَنْ لَا يَزِيدَ فِي الْمُهْلَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ**) أطلق جماعة وجوب إمهاله لبيع العروض وأنه لا يلزم الإمهال أكثر من ثلاثة أيام.

وقال الرافعي: إذا حل النجم وهو نقد وللمكاتب عروض فإن تأتى بيعها على الفور فلا يفسخ السيد وتباع، فإن احتاج البيع إلى مدة وكساد وغيره فقضيته ما أطلقه الصيدلاني أنه لا يفسخ أيضًا، ورأى الإمام جواز الفسخ ونزله منزلة غيبة المال وهذا أظهر وضبطه في «التهذيب» مدة التأخير بثلاثة أيام، وقال: لا يلزم أكثر من ذلك.

قلت: ويؤيد ما أطلقه الصيدلاني قول الشافعي في «الأم»: إنه إذا جاء به إلى السلطان فسأله نظره مدة يؤدي إليه نجمه أو سأل ذلك سيده لم يكن على السيد ولا على السلطان إنظاره إلا أن يحضر شيئًا يبيعه مكانه فينظره قدر بيعه، انتهى.

وكذا رواه المزني في «المختصر» وجرى عليه جارون منهم البغوي في «التعليق» والجرجاني في «الشافي» وعليه ينزل إطلاق الصيدلاني وغيره، والذي في «التهذيب» من الضبط بثلاثة أيام هو المذكور في «الحاوي» و«الشامل» وفي «البيان» وغيرها وشرحوا به نص «المختصر» وهو مقتضى كلام آخرين حيث جعلوه كالمال الغائب في مسافة قريبة في وجوب الإنظار لإحضاره.

وقال الدارمي: إن ادعى مالًا حاضرًا أو جاء بعرض يبيعه انظر يومًا ونحوه، انتهى.

وعندي في ثبوت خلاف محقق للأصحاب وقفة، وإنما ذلك اختلاف عبارات لشارحي «المختصر» والله أعلم.

فَرْعٌ: قال الماوردي والرافعي وغيرهما: وإن كان له دين حال على ملي حاضر باذل وجب التأخير إلى استيفائه؛ لأنه كالعين الحاضرة أو الوديعة هكذا أطلقوه، ولم يقيدوا ذلك بمدة لكن قوة كلامهم وتوجيهه يدل على أن المراد إذا يتيسر ذلك فيما دون ثلاثة أيام، نعم؛ قد يكون الدين من غير جنس النجوم فإذا أمهل ملكًا لاستيفائه احتاج إلى زمن آخر ليبيعه فيه فيظهر أن يضبط الإمهال للأمرين بالثلاثة أيام فما دونها بحسب الحاجة، ولا بد من كون الملي مقرًا أو عليه بينة حاضرة يمكن الأخذ بها وإلا فقد يكون جاحدًا ولا بينة أو متعذرًا لا يمكنه الاستيفاء منه بالقاضي، ولينظر فيما لو كان جاحدًا فيتمكن من رفعه إلى الحاكم هل تقول يمهله حتى يرفعه إلى حتى يرفعه الحاكم فربما يقر أو ينكل؛ فيحلف المكاتب ويأخذ فيه احتمال، وأطلق الماوردي والرافعي: إنه لو كان الدين مؤجلًا لا يلزمه إنظاره إلى حلوله، ولعل المراد ما إذا زاد الأجل على ثلاثة أيام لو كان قد يفي منه دونها، فيحتمل أن يجب إمهاله إلى حلوله كالغائب فيما دون مرحلتين، وإن كان الدين على معسر فكالعدم أو على السيد وهو من جنس النجوم وصفتها ففيه الخلاف الآتي في التقاص، وإن كان من غير جنسها أداه إليه لتصرفه إلى جنس النجوم فلو كان السيد معسرًا به

وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا أَمْهَلَهُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا.

فالظاهر أنه كما لو كان على أجنبي معسر، ولم أرَ فيه نصًا.

قال: (**وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا أَمْهَلَهُ إِلَى إِحْضَارِهِ إِنْ كَانَ دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَّا فَلَا**) فصاعدًا لم يجب إمهاله؛ لطول المدة ولينظر فيما لو كان على مرحلتين فقال المكاتب: أنا أحضره أو أبعث من يحضره فيما دون الثلاثة أيام بإسراع السير أو دوامه ليلًا ونهارًا هل يجاب؟ الظاهر من كلامهم المنع، وفيه احتمال عند الإمكان والوثوق بقوله.

واعلم أن التفصيل المذكور في ماله الغائب هو ما أورده الماوردي وابن الصباغ والعمراني والبغوي والجرجاني وغيرهم، وأطلق الشافعي في «الأم»: أنه لو قال: لي شيء غائب لم يكن للسلطان أن ينظره إلى قدوم الغائب؛ لأنه قد ينظر فيفوت العبد بنفسه لا يؤدي إليه ماله وجرى على إطلاقه كثيرون، ومنهم: الدارمي والإمام والغزالي فقالوا: لا يجب الإمهال عند غيبة المال.

قال الرافعي: وليحمل على التفصيل المذكور.

تنبيهان:

أحدهما: قال الدارمي: لا بد من حضور المكاتب وقت التعجيز إذا كان حاضرًا وهو معنى قوله في «المختصر»: وليس للسيد أن يفسخ كتابته حتى يعجز عن أداء نجم، ويكون فسخها بحضرته إن كان ببلده، انتهى.

وقال في «الأم»: فمتى حل نجم لم يكن للسيد تعجيزه إلا بحضرته، وكان المعنى فيه أنه إذا حضر وأعلم بالحال فقد يستدين ويؤدي ما عليه أو يكون له مال كتمه أو بينة بإبراء ودفع فيكون تعجيزه مع حضوره بالبلد من غير إعلامه كالحكم على الحاضر بغير إعلامه وإحضاره.

الثاني: قال الرافعي في أول الفَصْل: وإذا حل النجم وهو عاجز عن أدائه أو أداء بعضه فللسيد فسخ بعضه الكتابة إن شاء بنفسه، وإن شاء يرفع الأمر إلى الحاكم ليفسخ. وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أنه إذا ثبت عجزه بإقراره أو بالبينة فللسيد فسخ الكتابة.

وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ، ....

قال الرافعي: ولا ينبغي أن يشترط إقراره بالعجز ولا قيام البينة عليه؛ لأنا سنذكر أنه لو امتنع عن الأداء ثبت حق الفسخ للسيد، وإذا لم يؤد فهو ممتنع وإن لم يكن عاجزًا.

قلت: وأحسب أن ما ذكره الشيخ أبو حامد لا يخالف فيه وإنه معنى قول الشافعي والأصحاب: وإذا عجزه نفسه كان للسيد أن يفسخ إلى آخره، ومقتضاه أنه لا بد من إقراره بعجزه في صورة التعجيز بالعجز أو قيام بينة به عند تعذر إقراره بخرس أو بجنون أو غيبة أو توار ليعلم عجزه المجوز لتعجيزه ولا ينافي اعتبار ذلك ما ذكره من الامتناع عند يساره، وما ذكره أبو حامد من اعتبار الإقرار يقوي ما قاله الماوردي أن الشرط أن يقول المكاتب عجزت وكذا قاله غيره، وكلام الأصحاب متفق فيما أراه، ولا شك في اعتبار الإقرار أو قيام البينة إذا فسخ بالحاكم.

وعبارة الشافعي في «الأم»: ومتى حل النجم ولم يكن للسيد تعجيزه إلا بحضرته، فإذا حضر فسأله ما حل عليه قل أو كثر، فإن قال: ليس عندي فأشهد أنه قد عجزه أو أبطل كتابته أو فسخها فقد بطلت، انتهى.

والملخص أنه لا بد في تعجيزه سيده امتنع حضوره من أحد ثلاثة أمور: إقراره بالعجز، أو قيام بينة به، أو امتناعه من الأداء.

قال: (وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ غَائِبٌ) أي: أو غاب بعد حلوله بغير إذن السيد.

(فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ) أي: إن شاء بنفسه وإن شاء بالحاكم، وكان من حق المكاتب أن يحضر أو يبعث المال إليه عند المحل ولا يجب على السيد تأخير لفسخ بكون الطريق مخوفًا أو المكاتب مريضًا، وفيه وجه وينسب إلى أبي إسحاق أنه لا يفسخ بنفسه عند الغيبة بل لا بد من الرفع إلى القاضي فإنه نائب الغيب هذا ما نقله الرافعي في «شرحيه» زاد في «الكبير»: وسبق ذكر هذين الوجهين فيما إذا أسر المكاتب والظاهر الأول وما نسب إلى أبي إسحاق.

....

قال ابن الرفعة: هو ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين، وبه قال البغداديون من أصحابنا.

قلت: وممن اقتصر على إيراده المحاملي في «المجموع» و«المقنع» والدارمي والجرجاني والبغوي في «تعليقه» ونقل الماوردي المرجح عن البصريين.

وقال ابن الرفعة: إنه ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» و«المذهب» وفي «النهاية» وقال يعني الإمام: إن العراقيين صححوه، انتهى.

وهذا هو الحامل للرافعي مع جزم البغوي في «التهذيب» به على دعوى أنه الظاهر، وفيما نسبه الإمام إلى العراقيين نظر والموجود في كتبهم مقالة أبي إسحاق، ونقله الماوردي عن البغداديين والظاهر أنهم أوَّلوا ظاهر النص، وإذا تأملت الكتب وجدت الجمهور على قول أبي إسحاق، ولهذا نقله العمراني عن أصحابنا مطلقًا نعم إنما ذكروه فيهما إذا حل النجم وهو غائب، وأما إذا غاب بعد حلول النجم فلم أره لغير ابن الصباغ، وأنبأ كلامه بعد هذا على قول الشافعي: ولو قال: قد أنظرته وبدا لي.... إلى آخره، وإذا إن كان المكاتب غائبًا نظرت، فإن كان مسافرًا بغير إذن سيده كان له الفسخ، وإن كان مسافرًا بإذنه لم يكن له الفسخ، وذكر ما سيأتي من الرفع إلى الحاكم.

تنبيهات:

منها: قضية إطلاق المصنف وغيره أنه متى حل النجم وهو غائب كان الحكم ما ذكره سواء غاب بإذنه أو بدون إذنه، والمتجه أنه إذا غاب قبل حلوله بإذنه كان كما لو غاب بعد حلوله بإذنه إذا كانت المسافة بعيدة يحل النجم قبل العود منها كما لو استأذنه قبيل الحلول بيوم أو أيام وهو بالشام في السفر إلى الحجاز أو خراسان مثلًا فأذن له ثم حل النجم؛ فيتعين حمل إطلاقهم على ما إذا سافر قبل حلول النجم إلا بإذنه أو به إلى مكان قريب يؤبُّ منه في العادة قبل حلول النجم.

....

ومنها: لم يفرقوا بين فسخ السيد بنفسه أو بالحاكم بين كون غيبته في مسافة بعيدة أو قريبة ويجوز أن يكون من بالقريبة كالحاضر فلا يفسخ إلا بإعلامه أو بحضوره أو يقال إذا فسخ بالحاكم يأتي فيه ما سبق في القضاء على الغائب من اعتبار المسافة من الخلاف، وإن من على مسافة العدوى ودونها كالحاضر.

ثم رأيت ابن الرفعة قال: ولو أن السيد لم يفسخ عند غيبة المكاتب إلى مسافة القصر أو عند عجزه عن الأداء مطلقًا، ثم سافر العبد وعنَّ للسيد الفسخ، فإن كان بغير إذن السيد فله الفسخ في الحال، وإن كان عن إذنه وذكر ما سيأتي فقيد الغيبة بمسافة القصر.

ومنها: قال الرافعي: فإن فسخ بنفسه فليشهد عليه؛ لئلا يكذبه المكاتب، وإن رفع الأمر إلى الحاكم فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ويحلفه الحاكم مع ذلك؛ لأنه قضاء على الغائب.

قال الصيدلاني: يحلفه أنه ما قبض النجم منه ولا من وكيله ولا أبرأه ولا أحال به ولا يعلم له مالًا حاضرًا.

قال الرافعي: وذكر الحوالة يتفرع على جواز الحوالة بالنجوم.

قلت: والذي قاله الشافعي في «الأم»: إنه إذا جاء السيد إلى السلطان فسأله تعجيزه لم يعجزه حتى يثبت عنده كتابة أو حلول نجم من نجومه ويحلفه ما أبرأه منه ولا قبضه منه ولا قابض له ولا أنظره به، فإذا فعل عجزه له وجعل المكاتب على حجته إن كانت له حجة، وكذا ذكره أصحابنا العراقيون.

وعبارة «الحاوي»: أحلفه أنه ما قبض مال ذلك النجم وإنه لباق عليه، انتهى وهي أخصر وأجمع.

واعلم أن ظاهر كلام البندنيجي والمحاملي والرافعي وغيرهم أن هذه اليمين واجبة؛ لأنه قضاء على غائب وهو ظاهر نص «الأم».

قال الماوردي: إن هذه اليمين استظهار عند أكثر أصحابنا ومنهم من قال: إنها واجبة في فسخ الحاكم، انتهى.

....

ويشبه أن يبنى الوجهان فيها على أن له الاستقلال أم لا إن قلنا: له كانت مندوبة وإلا واجبة.

ومنها: قال الرافعي: ولو أنظره بعد حلول النجم وأذن له في السفر، ثم بدا له في الإنظار لم يكن له الفسخ في الحال؛ لأن المكاتب غير مقصر هاهنا، وربما كسبت في السفر ما يفي بالواجب، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ويقيم البينة على الحلول والغيبة، ويحلف ويذكر مع ذلك أنه رجع عن الأنظار فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه بالحال، فإذا ظهر العجز كتب به إلى حاكم بلد السيد لفسخ إن شاء، وإن قال: أؤدي الواجب فإن كان للسيد وكيل هناك أمر بالتسليم، فإن أبى ثبت حق الفسخ للسيد وللوكيل أيضًا إن كان وكيلًا به.

وحكى القاضي ابن كج قولًا آخر: أنه لا يثبت حق الفسخ بالامتناع من التسليم إلى الوكيل لاحتمال العزل، وإن لم يكن هناك وكيل أمره الحاكم بإيصاله إليه إما بنفسه أو بغيره ويلزمه ذلك في أول رفقة يخرج منها الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في تلك الطريق، وعلى السيد الصبر إلى أن يمضي مدة إمكان الوصول، فإن مضت المدة ولم يوصله كان مقصرًا وللسيد الفسخ، ويخرج مما ذكرنا أنه لا يعتبر مدة إمكان السير إلى السيد إذا كان له وكيل هناك وأنه يعتبر مضيها إن لم يكن له وكيل وكذا نقله الربيع، وعن رواية المزني: إنه لا يفسخ حتى يمضي مدة إمكان السير سواء كان هناك وكيل أو لم يكن، وعد ذلك سهوًا منه، انتهى.

وكذا قال جماعة: إن الأصحاب غلطوا المزني، وقال الدارمي: فإن كان للسيد وكيل ببلد المكاتب قال له الحاكم: إن أديت إلى وكيله وإلا عجزتك نصًا، ونقل المزني ما ظاهره أنه ينظر قدر المسير إلى السيد، قال ابن القطان: قيل قولان، وقيل: يرفع إذا كان ثابت الوكالة، وقيل: يدفع إذا كان الوكيل حاضرًا، قال ابن المرزبان: اختصر المزني، انتهى.

وطريقه القولين هي ما أشار إليها الرافعي عن رواية ابن كج، وقدمنا

....

الإشارة أن في مسافة قريبة كالحاضر زاد ابن الرفعة قيد بمسافة القصر، وقد يرشد إليه قول الرافعي؛ لأنه قضاء على غائب، ولفظ الدارمي فيما إذا لم يكن للسيد وكيل هناك فينظره قدر السير ويجعل له أجلًا إن أدى إليه وإلا عجزه وهو من قول الإمام، فإن لم يكن له وكيل أنظره قدر مسيره إلى سيده وضرب أجلًا فإن جاء إلى ذلك الأجل وإلا عجزه حاكم بلده، انتهى.

وهو مثل على منزل على ما سبق لا أنه يضرب له أجلًا زائدًا على مقدار السير المعتاد، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات والسهولة وضدها، وفي معنى الوكيل هناك إذن السيد للحاكم في قبض النجم كذا قاله البغوي.

وقال الماوردي: إذا لم يكن للسيد وكيل هناك أنظر المكاتب مسافة المسير إلى سيده على حسب المكنة، فإن تأخر عنها فسخ السيد حينئذ الكتابة أو ناب الحاكم عنه في الفسخ إذا فوضه إليه، فلو سأل السيد حاكم البلد الذي فيه المكاتب أن يقبض منه حال كتابته لم يلزمه القبض وكان فيه بالخيار؛ لأن الذي يختص بالحاكم بالتزامه هو الحكم دون القبض إلا أن يكون المال لمولى عليه فيلزمه النيابة عنه في قبضه لثبوت ولايته عليه وعلى ماله، انتهى.

وثبوت ولايته على محجور ليس في عمله بعيد بخلاف ماله، قال الدارمي: وإن لم يكن ببلد المكاتب حاكم كوتب بما يجب فإن فعله وإلا عجز.

وقال الرافعي: قال ابن كج: إن لم يكن في بلد السيد حاكم فكتب السيد إلى العبد وأعلمه الحال وأمره بالتسليم إلى رجل عينه فامتنع، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع العلم به، وذكر أبو الحسين فيه وجهين، وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد، وقال: إن السيد عزله هل يبرأ المكاتب؟ وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: إن فلانًا وكيله ولم يأمره بالتسليم إليه، [فإن أمره بالتسليم إليه] فيبرأ بلا خلاف، انتهى.

ويشبه أن يجيء في الاكتفاء بمكاتبة العبد نفسه مع وجود الحاكم ما قدمناه عن الأصحاب في النفقات أو غيره في مكاتبة القاضي والزوجة أو وليها إلى

فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ. وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ،

الزوج والغائب فراجعه ويوافقه قول صاحب «الترغيب» هنا ولا يبادر بالفسخ حتى يعرفه بالرجوع، انتهى.

قال: (**فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَيْسَ لِلْقَاضِي الْأَدَاءُ مِنْهُ**) أي: بل يمكن السيد من الفسخ؛ لأنه ربما عجز نفسه لو كان حاضرًا ولم يؤد المال هذا ما أورده كثيرون أو الأكثرون.

وقال الدارمي: فإن كان غائبًا لم يجز تعجيزه إلا بالحاكم إلى أن قال فإن وجد الحاكم للمكاتب مالًا أدى وإلا عجزه وجعله على حجته، فإن قدم فأقام بينة بأداء أو إبراء عتق، وإن كان مال.

قال ابن المرزبان: صح التعجيز.

قال الشيخ ﷺ: وعندي يؤدى هذا ما رأيته في نسختي كتابه، ويحتمل أن يقال: إن ظهر لحاكم أنه لو كان حاضرًا لأدى لما علم من حرصه على العتق أدى من ماله الحاضر وإلا فلا، ويحتمل أن يقال: إن كان غير النجم الأخير والمال حاضر له بصفة دين الكتابة أدى القاضي منه؛ لأنه إن اختار البقاء على الكتابة فقد حصل غرضه، وإن اختار العجز فقد أخذ السيد ما في نفسه فتأمله.

قال: (**وَلَا تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمُكَاتَبِ**) أي: على المنصوص في «الأم» و«المختصر» والمعروف للأصحاب؛ لأن الكتابة لازمة من أحد الطرفين فأشبهت الرهن، وإنما ينفسخ بالجنون العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة، قال الرافعي: وفي خلال كلام الإمام إثبات قول أو وجه أنها تنفسخ بجنونه، انتهى وهو غريب.

وهذا في الكتابة الصحيحة أما الفاسدة فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما؟ فيه أوجه: **أحدها**: نعم؛ لجوازها من الطرفين، والثاني: لا، ويحكى عن الشيخ أبي حامد وصححه الإمام.

قال الرافعي: **وأصحهما**: عند الأكثرين، وهو ظاهر النص أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه، وقد ذكر المصنف المسألة من بعد.

وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا ....

قال: (**وَيُؤَدِّي الْقَاضِي إِنْ وَجَدَ لَهُ مَالًا**) لأن المجنون ليس من أهل النظر لنفسه فناب الحاكم عنه في ذلك، وفرق بينه وبين الغائب بأن الغائب من أهل النظر لنفسه ولو حضر فربما امتنع وعجز نفسه، وربما فسخ الكتابة في غيبته يخالف المجنون إذا علمت هذا فقد.

قال الرافعي: وإذا جن العبد فأدى في جنونه أو أخذ السيد من غير أداء منه يعتق، ووجه ذلك بأن قبض النجوم مستحق ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب وقع موقعه، فإذا كان الأمر بهذه المثابة؛ فبالأخذ تبرأ ذمته، وإذا برئ عتق هذا هو المشهور والمذكور في الكتاب يعني في «الوجيز».

وقال الإمام: إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادق فله ذلك، وإن أمكنه مراجعة من ينصبه القاضي ناظرًا للمكاتب ولا وجه لاستبداده بالقبض عندنا، ولو استبد لم يصح، وإذا لم يصح فلو أقبض المجنون لم يكن لإقباضه حكم، انتهى.

وتبع الغزالي إمامه في «البسيط» فقال بعد تفصيله الآتي: وليس للسيد أن يستقل بالأخذ فربما لا يرضى العبد أو أفاق، وظاهر كلام الأصحاب أنه يستقل بالأخذ، وهو الأوجه؛ لأن السيد يقدر على إعتاقه مهما أراد، انتهى.

وأقام الرافعي في «شرحه الصغير» ما ذكره الإمام وجهًا فجزم بالمشهور، ثم قال: وقيل: إن أمكن مراجعة من ينصبه القاضي ناظرًا للمكاتب لم يستبد السيد بالأخذ، انتهى.

والمتبادر من قول «المنهاج» و«المحرر» ويؤدي القاضي أنه لا طريق للأداء والعتق إلا أداء القاضي أو منصوبه.

قال الرافعي: ثم عامة الأصحاب أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدي عنه، وذكر الغزالي في «الوجيز» و«الوسيط».

قلت: والبسيط أنه يؤديه إن رأى المصلحة له في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق فلا يؤديه، وهذا جيد، ولكنه قليل النفع مع قولنا: إن السيد إذا وجد له

……

ما لا يستقل بأخذه إلا أن يقال للحاكم منعه من الأخذ والحالة هذه، انتهى.

وإذا لم يجد الحاكم له مالًا، ورام السيد الفسخ بعد ثبوت الكتابة وحلول النجم وتحليف الحاكم له على بقاء الاستحقاق مكن من الفسخ حينئذ، فإذا فسخ عاد فناله وعليه نفقته، قال الرافعي: ثم لو ظهر له مال أو أفاق فأتى بمالٍ كان قد حصل له قبل الفسخ دفع إلى السيد وحكم بعتقه ونقض التعجيز هكذا أطلقوه، وأحسن الإمام فقال: إن ظهر المال في يد السيد رد التعجيز وإلا فهو نافذ؛ لأنه فسخ حين يقدر عليه الوصول إلى حقه فأشبه ما لو كان ماله غائبًا فحضر بعد الفسخ.

قلت: وتابعه الغزالي، وفيه نظر هو مخالفته لظاهر نصوص الشافعي والأصحاب، والفرق بين حضور المال الغائب ووجود المال بالبلد أنه لا تقصير من الحاكم عند غيبة المال بخلاف ما إذا وجد بالبلد ولا سيما في منزل المكاتب وحانوته ونحوهما، وقد قال في «الشامل» وغيره: إنه إذا وجد الحاكم بعد التعجيز له مالًا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد؛ لأنه بان الناظر بخلاف ما حكم به كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد، انتهى.

نعم لو أفاق ثم ادعى أنه كان له مال عبيد [ثم] خفي علينا حاله، التعجيز لم يقبل ذلك منه إلا ببينة كما صرح به الدارمي والماوردي وغيرهما، ولو قامت بينة به حال جنونه نقضنا التعجيز، وينبغي أن تقبل شهادة الحسبة في ذلك [في] دوام جنونه إذا كان يعتق به، ولو قال الحاكم: كنت أعلم بالمال، ولكن نسيت فعجزته ثم تذكرته، هل تقبل منه أو لا أو ينبني على القضاء بالعلم؟ لم أرَ فيه شيئًا، وهاك نص الشافعي في «الأم» في المسألة من رأس ففيه فوائد.

قال الشافعي: فلو كاتب العبد بالغًا صحيحًا، ثم غلب على عقله لم يكن للسيد أن يعجزه حتى يحل نجم من نجومه، فإذا حل لم يكن له تعجيزه؛ لأنه لا يعرب عن نفسه بحال حتى يأتي الحاكم، ولا ينبغي للحاكم أن يعجزه حتى يسأل عن ماله، فإن لم يجد له ما يؤدي عنه الكتابة أو النجم الذي حل عليه منها عجزه، فإن عجزه ثم أفاق فدل على مال له أو دل عليه الحاكم قبل إفاقته أبطل

……………………………………………………………………………………………

التعجيز عنه وجعله مكاتبًا بحاله إذا كان المال له قبل التعجيز عنه، وجعله مكاتبًا بحاله إذا كان المال له قبل التعجيز وادعى ذلك المكاتب، فإن كان مالًا أفاده بعد التعجيز جعله لسيده ولم يرد التعجيز، ولو وجد الحاكم له في ذهاب عقله ما يؤدي عن كتابته فأداه عتق، وإن لم يجد له مالًا ولم يجد له نفقة ولا أحدًا يتطوع بأن ينفق عليه عجزه وألزم السيد نفقته ولا يلزم السيد نفقته بحال حتى يقضي عليه بالعجز، إذا وجد له مالًا كان قبل التعجيز فك التعجيز عنه ويرد على السيد نفقته في ذلك المال مع كتابته، قال: ويبين ما وصفت في كتاب تعجيزه إياه هذا نصه ﵁ ثم قال: ولو غلب على عقله فأدى عنه السلطان كان على الكتابة؛ لأنه يؤدي عنه من حقه وإن أدى عنه رجل متطوعًا فعلى الحاكم قبول ذلك للمكاتب حتى يصير ذلك للمكاتب حتى يصير مالًا له ثم يعطيه سيده وليس على السيد قبوله إلا أن يقول المتطوع عنه قد ملكته إياه فيلزم السيد قبوله عنه؛ لأن المكاتب لا يعرب عن نفسه، فإن أبى السيد أن يقبله عنه وخفي ذلك على القاضي فعجزه ثم علمه؛ رد تعجيزه وأخذه بما تطوع به عليه، إن أعطاه المتطوع فإن لم يعطه لم يجبره الحاكم عليه، انتهى.

وأطلق الرافعي: إنه لو تطوع رجل وأدى مال الكتابة عن المكاتب فهل يجبر السيد على القبول أو يمكن من الفسخ؟

قال القاضي ابن كج: فيه وجهان، والذي أورده الإمام منهما أنه لا يجبر، وإذا قيل: هل يقع عن المكاتب إذا كان يعني إذنه؟ فيه وجهان القياس الوقوع، انتهى.

فَرْعٌ: قال الرافعي مفصلًا عمّا سبق عنه وإذا حكمنا ببطلان التعجيز، وكان السيد جاهلًا بحال المال فعلى المكاتب رد ما أنفق عليه السيد عليه؛ لأنه لم يتبرع وإنما أنفق على أنه عبده، وقيد الدارمي وغيره الرجوع بما أنفقه بما إذا كان إنفاقه بأمر الحاكم، وعبارة الماوردي: وحكم القاضي للسّيّد [بالرجوع] بنفقته؛ لأنه أنفق بحكمه، انتهى، وهذا التفصيل متعين وربما سبق كلام فيما لو أنفق على البائن المظنون حملها ثم بان خلافه فراجعه.

وَلَا بِالْحَجَرِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ، ....

فَرْعٌ: قال الماوردي وابن كج وغيرهما: لو أقام المكاتب بعد إفاقة بينة بأنه كان قد أدى النجوم حكم بعتقه ولا رجوع للسيد عليه بما أنفق؛ لأنه ليس وأنفق على علم الحرية فحصل شرعًا، قال ابن كج: فلو قال: نسيت الأداء فهل يقبل ليرجع فيما أنفق؟ وجهان أرسلهما بلا ترجيح وتبعه الرافعي، والأقرب المنع إن قرب زمان الأداء، أو بعد في شأنه النسيان [أما لو طال الزمان] فهذا يحتمل، والظاهر أنه لو قال: أدى إلي وكيلي وأنا غائب ولم أعلم أو إلى وليي حال جنوني، وعرف ذلك أنه يصدق بيمينه ويرجع [بما أنفق] إن كان أنفق بإلزام القاضي، وإلا فلا.

فَرْعٌ: في «كافي» الروياني: أما إذا أمهلنا المكاتب ثلاثة أيام؛ ليأتي بالبينة على الأداء فأحضر شاهدًا بعد الثلاثة واستنظر ليأتي بشاهد أمهل ثلاثًا أخرى وأقره الرافعي، وربما سبق كلام في انتظار مدعي الدفع وغيره من المديونين ثلاثًا أخرى لذلك؛ لأنه متمكن من اليمين مع الشاهد المحضر، فلا حاجة به إلى التأخير.

فائدة: قضية كلامهم أن القاضي إذا فحص عند جنون المكاتب فلم يجد له مالًا أنه يمكن السيد من الفسخ في الحال؛ إذ لا غاية للإفاقة تنتظر، فلو فسخ ثم أفاق بعد ساعة مثلًا ففي النفس منه شيء بخلاف ما إذا أطبق أن المفيق عن قرب ينزل منزلة من ظن أنه بمسافة بعيدة فبان بقرينة أو حاضرًا؛ لأن من أفاق عن قرب بان أنه كالنائم استيقظ أو كالسكران إن صحي من سكره، ولو أغمى على المكاتب ولم نجد له مالًا، فهل يمكن السيد من الفسخ في الحال أو ينتظر إفاقته؛ لأن الغالب أنه يفيق عن قرب؟ لم أرَ فيه شيئًا وهو محتمل، فإن قلنا: تنتظر إفاقته فهل تكون غاية الانتظار ثلاثة أيام؟ الأشبه نعم لو تغيب المكاتب بالبلد عند حلول النجم وتوارى أو تعزز هل يمكن السيد من الفسخ في الحال أو ينادى عليه كما سبق في الديون، فإن لم يظهر فسخ لم أرَ فيه شيئًا.

قال: (وَلَا بِالْحَجَرِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ) لأنها لازمة من جهته فأثبت الرهن،

وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَعْتِقُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

فَصْلٌ: وَلَوْ قَتَلَ سَيِّدَهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ، فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ، ....

وإنما تنفسخ بالجنون العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة.

قال: (**وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّهِ، وَلَا يَعْتِقُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ**) أي: بل بالدفع إلى قيمه وهذا الحاكم أو منصوبه إلا الأب والجد على الأصح كما بين في باب الحجر، وإنما لا يعتق بالدفع إليه؛ لأن قبضه فاسد، ولو تلف المقبوض في يده فلا ضمان لتقصيره بالرفع إليه ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه في الكتابة، قال الرافعي: فللقيم تعجيزه.

قلت: ينبغي له أن يراجع القاضي في ذلك ليجتهد فيه، فقد تظهر مصلحة السيد في إبقائه مكاتبًا ولو حجر على السيد بالسفه فهو كالجنون، ولو حجر عليه بالفلس لم يحضرني فيه نقل فتأمله.

فَصْلٌ: قال: (**وَلو قَتَلَ سَيِّدَهُ فَلِوَارِثِهِ قِصَاصٌ**) لئلا يعود إلى ذلك عليه أو على غيره.

قال: (**فَإِنْ عَفَا عَلَى دِيَةٍ أَوْ قَتَلَ خَطَأً أَخَذَهَا مِمَّا مَعَهُ**) أي: الواجب بما في يده قبل الجناية وبعدها ما دامت الكتابة؛ لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي فكذلك في الجناية.

واعلم أن قول «المحرر» فإن عفا على الدية أو كان القتل خطأ أخذ الدية مما في يده ومتابعة «المنهاج» له عليه، وظاهره يقتضي أنه يجب تمام الدية وتمام الأرش في الجناية على عضو السيد بالغًا ما بلغ سواء كان ذلك مثل قيمة العبد أو أكثر و«المحرر» متابع «للتهذيب» في ذلك بعبارته كعاداته، وقالا هنا في «الشرحين» و«الروضة» تبعًا للإمام وغيره: وهل يلزمه الأرش إذا ما بلغ أو أقل الأمرين؟ فيه القولان في الجناية على الأجنبي.

وقد أجاب المصنف في الجناية على الأجنبي أن الواجب أقل الأمرين كما هو المذهب والجديد، والظاهر أن طريقة البغوي مخالفة لطريقة الإمام

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الْأَصَحِّ، ....

وغيره بل الجمهور في التسوية بين الجناية على السيد وعلى الأجنبي كما سنذكره إن شاء الله، ويؤكد إيراده «المنهاج» وأصله الفرق بينهما قوله متصلًا بذلك، ولو قتل أجنبيًا أو قطعه فعفا على مال أو كان خطأ أخذ مما معه ومما سيكسبه الأقل من قيمته والأرش فافهما الفرق بينهما ولن يقولا في الجناية على السيد ومما سيكسبه ولا فرق بينهما.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ**) أي: في يد المكاتب مال ولا يفي الواجب عليه في جنايته.

قال: (**فَلَهُ تَعْجِيزُهُ فِي الْأَصَحِّ**) أي: المنصوص في «الأم» و«المختصر» وجرى عليه العراقيون؛ لأنه يستفيد به رده إلى الرق المحض.

والثاني: لا، لأنه لا فائدة له فيه؛ لأنه إذا عجزه سقط الأرش أو لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق برقبته قاله القفال وبعض المراوزة وبه جزم الفوراني في كتابيه.

وقال القاضي الحسين: إنه المذهب مع نقله الأول عن العراقيين، وإن نص الشافعي يدل عليه، ثم إذا عجز بسبب الأرش أو النجوم فهل يسقط الأرش أو يكون دينًا في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول.

قال في «التهذيب»: وهما مبنيان على ما لو كان له دين في ذمة عبد الغير فملكه هل يسقط؟ فيه وجهان.

وقال في «تعليقه» وإن لم يكن في يده مال فهل يجوز للوارث تعجيزه مبني على أن الدية سبب للوارث ابتداء أم للمورث ثم تنتقل إلى الوارث، وفيه قولان، إن قلنا بالأول: فهل له تعجيزه؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم.

وإن قلنا بالثاني: فله تعجيزه، انتهى.

أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَاقْتِصَاصُهُ وَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ.

ورأيت في «تعليق» الشيخ إبراهيم المروزي: أنه إذا عفا الوارث على مال أو كان خطأ إن كان في يده مال أخذ المال، وإن لم يكن.

قال الشافعي في الكتاب يعني «مختصر» المزني: وإن لم يؤد فلهم تعجيزه ولا دين لهم على عبدهم، فهذا النص يدل على أن لهم تعجيزه، فإن قلنا: تثبت الدية للوارث فحكمه حكم الجناية على طرق السيد، وإن قلنا: يثبت للمورث ثم ينتقل إلى الوارث فهل للوارث أن يعجزه؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم، انتهى والتفاوت بين منقول «التعليقين» ظاهر.

قال: (**أَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ**) أي: طرف سيده.

(**فَاقْتِصَاصُهُ وَالدِّيَةُ كَمَا سَبَقَ**) أي: في قتله لسيده، هكذا قاله الرافعي وغيره، ونحوه قول إبراهيم المروزي: فإن عفا السيد على مال أو كانت خطأ ولم يكن في يده مال فعلى طريقة المراوزة ليس له تعجيزه؛ لأنه لا فائدة له فيه؛ لأنه لا تباع رقبته في دينه، وعلى طريقة العراقيين له تعجيزه وفائدته أن يعود قنًّا للسيد، انتهى وطريقة العراقيين هي المذهب المنصوص في الصورتين.

فروع: قال الرافعي: لو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته أو أبرأه عن النجوم ولا مال بيده سقط الأرش؛ لأنه زال الملك عن الرقبة التي كانت يتعلق الأرش باختيارها ولا مال له غيرها.

قال الإمام: وفيه احتمال أخذًا من استقلال المكاتب وثبوت حقوق السيد في ذمته، وإن كان في يده مال ففي تعلق الأرش بما في يده وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الأرش كان متعلقًا بالرقبة وقد تلفت.

وأظهرهما: التعليق والتوجيه المذكور ممنوع بل الأرش متعلق بالرقبة وبما في يده.

وذكر في «التهذيب» أنه يطالب بالأرش من غير تفصيل، وفرق بين أن يكون

……

في يده شيء أو لا يكون ويقرب منه قوله في الكتاب يعني «الوجيز» فالصحيح أنه يطالبه بالأرش بعد العتق ولا ثبت ما قدمناه، انتهى لفظه.

وعبارة «التهذيب»: أما إذا لم يعجز حتى عتق تبعه بالأرش قولًا واحدًا، وسياقه مصرح بأن المراد ما إذا عتق وفي يده مال فيكون ناقلًا لطريقة قاطعة بالوجه الأظهر، وهي ما أورده الفوراني في «العمد» و«الإبانة» حيث قال فيهما: وإن لم يعجزه بالنجوم حتى عتق كان له أن يبيعه بالأرش وجهًا واحدًا، وللسيد أن يتبعه بجميع الأرش؛ لأنه وجب في ذمته دون ديته، فأشبه مال المداينة، انتهى.

ومقتضى كلام الرافعي أن أرش الجناية على السيد يتعلق برقبة العبد على الوجهين، ولكن هل يتمحض التعلق بالرقبة أو لا فاعلم.

وقال الماوردي مفرعًا على الوجه الأصح: فعلى هذا لا يبرأ من الأرش بالعتق، ويستوفي مما في يده من المال، فإن عجز المال عنه نظر إن علم السيد بعجز المال برئ المكاتب من الباقي، فإن لم يعلم السيد بعجز المال لم يبرأ المكاتب من الباقي وكان مأخوذًا به بعد الحرية، والله أعلم.

قال الرافعي متصلًا بقوله: وإلا ثبت ما قدمناه، ولو أدى النجوم فعتق فالأجوبة متفقة على أن الواجب لا يسقط كما لا يسقط فيما إذا جنى على أجنبي وأدى النجوم وعتق، ثم ظاهر ما أورده في هذا الموضع أنه يجب الأرش بالغًا ما بلغ.

وقد نص عليه الشافعي ﷺ فذكر فيما لو قطع المكاتب يد سيده قطعًا يوجب المال أو عاد بالعفو إلى المال، وقلنا: لا بد من الصبر إلى الاندمال فاندمل بعدما أدى المال وعتق أن عليه الأرش للسيد بتمامه وهو بضد الدية، وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا جنى على أجنبي ثم أدى النجوم وعتق حيث ذكرنا خلافًا فيما يجب عليه؛ فإن الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب، وإنما هو في ذمته فيجب بكماله كما لو جنى حرٌّ على حرٍّ، وأرش

....

الجناية على الأجنبي يتعلق بالرقبة فجاز ألا يزاد عليها، ومنهم من طرد القول الآخر وهو وجوب أقل الأمرين، وقال: العتق لا يغير ما تقدم وجوبه، انتهى لفظه فانظر قوله هنا في الفرق.

فإن الواجب في الجناية على السيد لا يتعلق برقبة المكاتب، وإنما هو في ذمته وكلامه في الفرع قبله يقتضي تعليقه برقبته على الوجهين.

وهذا الفرق لخصه من «المهذب» وعبارة «التهذيب» بعد كلامه على جناية المكاتب على الأجنبي والخلاف فيما يجب عليه، وهذا بخلاف ما لو جنى المكاتب على سيده، ثم أدى فعتق أو أبرأه السيد أو أعتقه يجب أرش الجناية بالغًا ما بلغ على المكاتب، فإن كان قد قطع يده عليه نصف الدية قولًا واحدًا؛ لأن المكاتب إذا جنى على سيده لم يتعلق الأرش برقبته، بل بذمته بدليل أنه لا تباع رقبته منه فلما تعلق بذمته وجب كمال الأرش كما لو جنى حرٌّ على حرٍّ، وأما أرش جنايته على الأجنبي يتعلق برقبته وحمل على أنه تباع رقبته فلم يجب أكثر من قيمة الرقبة، انتهى.

وذكر مثله في «تعليقه» ملخصًا وعبارة الإمام هنا في حكاية القولين السابقين: وإذا جنى على سيده أو أجنبي فبكم يطالب إذا كان أرش الجناية أكثر من قيمته؟ فعلى قولين ذكرهما صاحب «التقريب».

أحدهما: يطالب بتمام الأرش؛ فإنه فيما يطالب به ما دامت الكتابة كالحر، والأرش لا يتعلق برقبته ما استمرت الكتابة.

والقول الثاني: أنه لا يطالب إلا بمقدار قيمة رقبته إذا زاد الأرش عليها لا بملك تعجز نفسه، وإذا فعل فلا يرجع إلا إلى رقبته، انتهى.

وعبارة الدارمي في باب جناية المكاتب على سيده: وإن قتل سيده فللورثة الخيار فإن اقتصوا فلهم، وإن طلبوا الدية أو كان خطأ، فلهم كما مضى، وللسيد ولهم بعد قتله العفو على غير شيء، وفي الأرش قولين:

أحدهما: الأقل من الأرش والقيمة.

وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَ خَطَأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشِ.

والثاني: الأرش بالغًا ما بلغ، انتهى.

وقال في الباب بعده: ولو جنى على سيده فبرأ فأدى فعتق كان له أخذه بالأرش، والأرش قبل أرش الجناية ما بلغ إذا اندمل بعد العتق، وإن كان قبله فالأقل من قيمته والأرش، وقيل: إن كان الاندمال بعد العتق.

فإن قلنا: يجب الأرش بالجناية فالأقل أو بالاندمال والأرش، وقيل: الأقل في جميع الأمرين، انتهى.

وبالجملة إن كان ما أفهمه كلام البغوي في أول المسألة في جناية المكاتب على طرف سيده أو نفسه وتبعه عليه «المحرر» على ظاهره من أنه يلزمه مع بقاء الكتابة تمام الدية وتمام أرش العضو، فهو طريقة تبع فيها الفوراني.

وظاهر كلام الجمهور أنه في ذلك كالأجنبي المجني عليه فيكون فيما يلزمه القولان مطلقًا، وأحسب ما ذكره الفوراني وتبعه عليه البغوي في الفرق السابق من تفاريع طريقة القفال أنه ليس للسيد تعجيزه لأجل الأرش بخلاف الأجنبي، وعلى كل حال ففي كلام الرافعي اضطراب، والله الموفق للصواب برحمته.

جناية المكاتب على ابن سيده ونحوه كجنايته على أجنبي، وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد الوارث، فإن عفا أو كانت خطأً فهو كالأجنبي على السيد، ويجيء ما ذكره البغوي وغيره في البناء على أن الدية لمن تجب ابتداء.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أَوْ قَطَعَهُ فَعُفِيَ عَلَى مَالٍ، أَوْ كَانَ خَطَأً أَخَذَ مِمَّا مَعَهُ وَمِمَّا سَيَكْسِبُهُ الْأَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ وَالْأَرْشِ**) إذا جنى المكاتب على أجنبي بما يوجب قصاصًا في نفس أو طرف فلمستحقه استيفاؤه إجماعًا، فإن عفا على مال الدية أو غيرها، أو كانت الجناية موجبة للمال وبيده مال، فإن كان

....

الواجب مثل قيمته أو أقل طولب به مما في يده، وإن كان أكثر فقولان:

أحدهما: أنه يطالب بتمام الأرش؛ لأنه كالحر في المطالبة ما دامت الكتابة باقية.

وأظهرهما: أنه لا يطالب إلا بقدر قيمته؛ لأنه يملك تعجيز نفسه، وإذا عجز بها فلا يبقى للأرش متعلق سوى رقبته وهذا ما جعله البغوي في «تعليقه الجديد» والأول القديم.

قال الرافعي: ويعبر عن الغرض على القول الأظهر بأنه يطالب بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، ويعبر عن القولين أيضًا بأن يقال للمكاتب أن يفدي نفسك في الجناية وبكم يفديها؟ فقولان:

أحدهما: بأقل الأمرين.

والثاني: الأرش بالغًا ما بلغ؛ لأنه لو عجز نفسه ربما اشترى ذلك القدر، فإن قلنا: يفدي نفسه بأقل الأمرين فله ذلك، فإن لم يرض السيد - وإن قلنا بالأرش وزاد الأرش على القيمة- لم يستقل به، فإن أذن السيد فعلى القولين في تبرعاته بإذنه.

قال: قال شارح: المراد بالمال في كلام المصنف الدية كما صرح به «المحرر»، انتهى.

وهذا عجيب، بل قول «المنهاج» المال أجود وأعم و«المحرر» تبع في هذه العبارة «التهذيب» فإنه قال هنا: فإن عفا على الدية أو كانت الجناية خطأ تؤخذ الدية مما في يده ومن كسبه، ويؤخذ أقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، انتهى.

ومن هنا يؤخذ أن ما قدمناه في الكلام على جنايته على سيده ليس على ظاهره [وقد خبطنا فيه من قبل خبط عشواء.

قال من ذكرنا ولم يذكرها هناك لفظة وما سيكسبه ولا فرق بينهما، وهذا ظاهر] قال: ولتحرر إلى متى يعتبر ما يكسبه، وهذا عجيب وواضح أنه ما

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ الْقَاضِي وَبِيعَ بِقَدْرِ الْأَرْشِ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ بَقِيَتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ.

بقيت كتابته إذا لم يحصل إبراء، وهو في «الدقائق» وقول «المنهاج» الأقل من قيمته والأرش هو الصواب.

ووقع في «المحرر» أو الأرش والصواب حذف هذه الألف، وقد نبه على ذلك الرافعي في «شرحه».

قال المصنف في «الدقائق»: ولم يستعملها في «المحرر» إلا في هذا الموضع بخلاف غيره من المصنفين؛ فإنهم يستعملونها وهو رديء، انتهى.

ووقع بهذا الاستعمال في «الأم» و«المختصر» كما رأيته فيهما ما جزم به من أقل الأمرين طريقة جزم بها جماعة فقالوا: فدى نفسه بأقل الأمرين قولًا واحدًا.

وفرقوا بين هذه وجنايته على سيده على القول الآخر بأن حق السيد معلق بذمته دون رقبته؛ لأنها ملكه وإذا كانت في ذمته وجب وفاء جميع الأرش مما في يده، كذا في المعاملة بخلاف جنايته على الأجنبي.

قال: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ وَسَأَلَ الْمُسْتَحِقُّ تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ الْقَاضِي**) أي: إلا أن يفديه السيد كما سيأتي.

(**وَبِيعَ بِقَدْرِ الْأَرْشِ**) أي: فقط إن زادت قيمته عليه؛ لأنه القدر المحتاج إليه في الفداء.

(**فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ؛ بَقِيَتْ فِيهِ الْكِتَابَةُ**) أي: في ذلك القدر الباقي منه.

[إشارات:](١)

إحداها: كلامه يفهم أنه لا يتولى هنا تعجيزه إلا القاضي وإنه لا بد أن يعجزه أولًا ثم يباع منه بقدر الأرش إذا لم يستغرق قيمته.

قال ابن الرفعة: وكلام «التنبيه» يفهم أنه لا حاجة إلى التعجيز، بل يتبين

---

(١) في نسخة: (قال).

....

بالبيع اتضاح الكتابة قبله كما نقول في بيع الرهن في أرش الجناية لا يحتاج إلى فك الرهن.

وقال القاضي الحسين: للسيد أن يعجزه ويباع في الجناية أو يفديه، وهذا لا ينافي ما ذكرنا، انتهى.

وليس كلام القاضي الحسين مخالفًا لقول من قال: عجزه القاضي، كما سأوضحه إن شاء الله تعالى.

الثانية: إذا علم أن قيمة بعضه تفي الأرش فلم لا يقال: يعجز منه ما يفي به فقط ويبقى الباقي مكاتبًا، ويجوز ذلك للضرورة، وإن كان لا يجوز فللسيد أن يعجزه وتبقى مكاتبته مثلًا، وظاهر كلامهم أنه يعجزه كله.

وإذا كان كذلك فقد صار جميعه قنًا وانفسخ عند الكتابة فكيف يبقى الباقي بعد بيع بعضه مكاتبًا وقد زال العقد الأول؟ هذا موضع تأمل.

اللهم إلا أن يقال نكتب بالأخرى أن الفسخ لم يصادف إلا القدر المبيع منه فقط، ثم رأيت في كلام الرافعي فيما لو اجتمع عليه أروش جنايات فعجزه الحاكم أن السيد لو اختار فداءه بعد التعجيز لم يبع، فإن أراد بذلك أنه لا يبقى مكاتبًا كما كان فيكون تعجيز القاضي موقوفًا.

وإن أراد أنه يكون قنًا له فواضح، ولعله المراد، وبعيد أن السيد لو عجزه ليبيعه في الجناية، ثم عنَّ له أن يفتديه إن [أراد] الكتابة تبقى بحالها من غير تجديد عقد لها وتعجيز القاضي أولى بعوده قنًا، هذا ما مر ببالي، والعلم عند الله تعالى.

الثالثة: لو كان ثمن بعضه يفي بالأرش، ولكن لم نجد من يشتري البعض وأبى السيد الفداء، فالظاهر أنا نبيع جميعه للضرورة ولذلك نظائر، ثم ما فضل عن الأرش يأخذه.

وقد قال في «الشامل» فيما إذا اجتمع عليه جنايات: فإن عجز ماله عن أرشها ومال الكتابة كان للسيد أن يفسخ الكتابة ويبيعه في الجناية، فإن فضل

وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَبًا، ....

من قيمته شيء كان له، انتهى.

[فَرْعٌ:](١) إذا بعنا بعضه وعتق باقيه بالأداء، فهل يسري على سيده إذا كان موسرًا؟ فيه وجهان وفي «البحر» أنه لا يسري قولًا واحدًا، ذكره ابن الرفعة.

قال: (وَلِلسَّيِّدِ فِدَاؤُهُ وَإِبْقَاؤُهُ مُكَاتَبًا) لما فيه من الجمع بين حقوق الثلاثة، وعلى مستحق الأرش قبوله.

قال الرافعي: هذا هو الظاهر، وفيه شيء سبق، ثم الفداء يكون بأقل الأمرين في الجديد وبالأرش في القديم إلا أن يسلمه للبيع، وله الرجوع عن اختيار الفداء وتسليمه للبيع إلا إذا مات بعد اختيار الفداء أو باعه بإذن المجني عليه، وبشرط الفداء فيلزمه الفداء.

قال الروياني: وإنما شرط إذن المجني عليه في البيع؛ لأن قوله: اخترت الفداء، لا يسقط حق المجني عليه من رقه العبد ما لم يرد المال.

فائدة وعدنا بها: رأيت من يفهم من قول «المنهاج» وغيره: عجزه القاضي، أن ذلك هو الطريق وأنه لا يتولاه غيره.

وأن قول القاضي الحسين: للسيد أن يعجزه، وجه ضعيف وليس كذلك، بل من قال: عجزه القاضي، أراد إذا ما لم يفده السيد أو امتنع من تعجيزه وتسليمه للبيع في الجناية، وذلك يكون فيما إذا تنازع هو ومستحق الأرش، فحينئذ يرفع مستحق الأرش الأمر إلى القاضي ليعجزه ويبيعه في الجناية شاء السيد أو أبى، وأما لو أراد السيد تعجيزه وتسليمه للبيع في جنايته؛ فالظاهر أنه لا حاجة إلى القاضي في ذلك أصلًا انظر قول الرافعي فيما إذا اختار السيد الفداء.

ثم الفداء يكون بأقل الأمرين إلا أن يسلمه للبيع، وقول ابن الصباغ في «الشامل»: فإن عجز ماله عن أروش الجنايات ومال الكتابة كان للسيد أن

---

(١) في نسخة: (قال).

وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ، ....

يفسخ الكتابة ويبيعه في الجناية فإن قال السيد: أنا لا أفسخ الكتابة وأصبر عليه بمال الكتابة كان للمجني عليه أن يدفع ذلك إلى الحاكم فيفسخ الحاكم الكتابة ويبيعه في الجناية إلا أن يختار السيد أن يفديه فيكون له ذلك، انتهى. ولا أحسب في هذا نزاعًا بين الأصحاب.

نعم ما أطلقه في «التنبيه» وغيره من أنه يباع في الجناية من غير تعرض إلى تقديم التعجيز على البيع، رأيت مثله في كلام «الأم» ولكن هل المراد به أنه إنما يباع بعد تعجيزه؛ لأن بيع المكاتب؟ قيل: تعجيزه لا يجوز، أو أن يبيعه في الجناية تعجيزًا، ومتضمن له هذا محل نظر واحتمال، والعلم عند الله.

فائدة ثانية: نص في «الأم» أنه إذا جنى المكاتب أو عبده أنه يفدى بالأقل من قيمته يوم الجناية.

وقال الدارمي: القيمة تعتبر يوم الجناية، وقال ابن خيران قولًا آخر: يوم الاندمال بناء على أنه متى يطالب بالأرش وإن نقصت قيمة العبد، أي: عبد المكاتب الجاني لم يكن للمكاتب فداه إلا بقيمته بعد القبض يقل به الأصحاب بعد النفس، فإن أذن السيد فالقولان أي في تبرعه بإذنه، قال: وإن أبقى لم يفده بشيء إلا بإذنه على القولين، انتهى. هذا ليس على إطلاقه فيما أظن.

قال: (**وَلَوْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ أَوْ أَبْرَأَهُ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْفِدَاءُ**) لأنه فوت بالإعتاق متعلق حق المجني عليه فهو كما لو قتله، وهذا بناء على نفوذ الإعتاق.

قال الرافعي: هو المشهور، وأشار والقاضي ابن كج إلى أن فيه خلافًا كإعتاق العبد القن إذا جنى ويمكن أن يفرق بأن المكاتب قد صار مستحق العتق بالكتابة قبل الجناية، وإذا أعتقه وقع العتق عن الجهة المستحقة والقن بخلافه.

قلت: وفي الحكم بنفوذ الإعتاق مع إعسار السيد بالفداء وفي الفرق

وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَاتَبُ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا.

وَلِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِئِ، وَإِلَّا فَالْقِيمَةُ.

المذكور نظر وقال الدارمي: إذا جنى المكاتب على أجنبي أو جنى عبد قن فأعتقه السيد فقيل يعتق، وقيل: كالمرهون، انتهى. والقلب إلى الطريق الثاني أميل، والعلم عند الله.

وبم يفديه؟ فيه طريقان: قيل على القولين الجديد والقديم، وقيل: بالأقل قطعًا بخلاف حال الكتابة، فإن الرق باقٍ، ولو بيع فربما وجد راغب بأكثر من قيمته.

وهنا فات هذا التوقع، وكما يلزم السيد هذا المكاتب الجاني بإعتاقه يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكاتب عليه وجبا؛ لأنهما يعتقان بإعتاقه ولو أعتق المكاتب بأداء النجوم ضمن هو الجناية ولا يلزم السيد فداؤه، وإن قبض النجوم؛ لأنه يجبر على قبولها فالحوالة على المكاتب أولى وفيما يلزمه الطريقان، ومنها أن النظر إلى ابتداء الجناية في الكتابة أو إلى انتهائها بعد عتقه.

قال: (**وَلَوْ قَتَلَ الْمُكَاتَبُ؛ بَطَلَتْ وَمَاتَ رَقِيقًا**) لفوات محل الكتابة.

(**لِسَيِّدِهِ قِصَاصٌ عَلَى قَاتِلِهِ الْمُكَافِئِ**) أي: كالقن لبقاء ملكه عليه.

قال: (**وَإِلَّا فَالْقِيمَةُ**) أي: وإن لم يكن القاتل مكافئًا، فالواجب عليه القيمة، وإن قتله سيده فليس عليه إلا الكفارة قاله في «المحرر» وله الكتابة بحكم الملك لا بالإرث.

فَرْعٌ: قال الدارمي: إذا جنى عبد المكاتب عليه، فله القصاص والأرش، وإن كان يعتق عليه فله القصاص إلا الأب ونحوه وله البيع بقدر الجناية، قاله ابن المرزبان.

قلت: ونص عليه في «الأم» بلفظ: وإن جنى واحد منهم جناية لم يكن له أن يفديه بشيء، وكان عليه أن يبيع منه بقدر الجناية، انتهى.

قال الدارمي: وقال الطبري: لا يبيعه كالمرهون.

فَصْلٌ

وَيَسْتَقِلُّ بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ، ....

فَرْعٌ: قال في «الشامل»: إذا ملك المكاتب أباه بوصية، ثم إن المكاتب جنى على أبيه فقطع يده، فإنه يقبض من المكاتب؛ لأن حكم الأب معه كحكم الأحرار، فإنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته، ولا يعرف للشافعي مسألة يقتص من المالك للمملوك إلا هذه المسألة، انتهى.

وحكى الروياني هذا في «التجربة» عن نصه في «الأم» في قتله، ثم قال: فأوجب القصاص على المكاتب بقتل مملوكه، ولم يحصل ملكه عليه شبهة، وهذا غريب، انتهى.

فرع عن «الأم»: إذا أعتق المكاتب فاختلف هو ومن جنى عليه، فقال المكاتب: كنت حرًا عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتبًا، فيصدق الجاني بيمينه، فإن شهد السيد للمكاتب قبلت شهادته ويأتي بشاهد آخر.

فَصْلٌ

قال: (**وَيَسْتَقِلُّ**) يعني: المكاتب.

(**بِكُلِّ تَصَرُّفٍ لَا تَبَرُّعَ فِيهِ وَلَا خَطَرَ**) أي: كالبيع والشراء والإجارة ونحوها من غير المحاباة نقدًا، ولا يسلم المبيع حتى يقبض ثمنه، والظاهر أن العكس كذلك، قالوا: فلا يبيع نسيئة، ولو استوثق برهن وكفيل.

نعم؛ لو باع ما يساوي مائة بمائة نقدًا ومائة نسيئة جاز.

قال الشيخان: ولو اشترى نسيئة بثمن النقد جاز ولا يرهن به؛ لأنه قد يتلف الرهن، وإن اشتراه بثمن النسيئة لم يجز، ذكره البغوي لما فيه من التبرع.

وذكر الروياني أنه يجوز إذ لا غبن، وظاهر كلام «الروضة» و«أصلها» ترجيح مقالة البغوي.

……………………………………………………

وعبارة «الشرح الصغير»: وإن اشتراه بثمن نسيئة، ففي «التهذيب» أنه [لا يجوز][١] لما فيه من التبرع، وقيل بخلافه.

قلت: وبه أجاب المحاملي والماوردي والجرجاني وابن الصباغ والدارمي والفوراني في كتابيه «العمد» و«الإبانة» وغيرهم، وهو الوجه، والمذهب والمنصوص.

وعلله الماوردي أن الغرر فيه على رب الدين لا على المكاتب، وقول البغوي: إن فيه تبرعًا ممنوع.

قال الشافعي في «الأم»: وللمكاتب أن يشتري بالدين، وإن لم يأذن للسيد؛ لأن ذلك نظر له وغير نظر للذي أدانه، وله أن يتلف في طعام؛ لأن السلف على الذي أتلفه وليس له أن يسلف في طعام؛ لأن ذلك دين قد يتلف هذا نصه، وعليه جرى العراقيون وغيرهم فاعلم.

واعلم أن ما في «التهذيب» قاله القاضي وتبعه إبراهيم المروزي عليه أيضًا، وهو وجه شاذ للقاضي.

وعبارة «تعليق» البغوي: ولو اشترى بالنسيئة نظر! إن اشترى بثمن المثل يجوز، أو بأكثر من ثمن المثل فالزيادة كالتبرع، انتهى.

وهي جيدة إلا أن يريد ما في «التهذيب» من ثمن المثل نقدًا، ولا أحسب أحدًا يمنع صحة استدانته ما يعتق من النجم الأخير أو جميع نجومه.

فَرْعٌ: قال الشافعي في «الأم»: ولا يجوز للمكاتب أن يبيع شيئًا من ماله بدين وإن كثر فضله فيه بحال، أو رهن فيه رهنًا وأخذ به كفيلًا؛ لأن الرهن يهلك والغريم والكفيل يفلس، وجرى عليه كثيرون من الأصحاب في هذا الباب منهم الماوردي، وحكى في كتاب الرهن في الجواز قولين.

قال ابن الرفعة: قال البندنيجي: ثم إن المذهب جواز البيع بثمن مؤجل،

---

(١) في نسخة: (يجوز).

……

وحكي هاهنا عن الشافعي أنه لا يجوز البيع بدين مؤجل.

وإن كان الربح أضعاف الثمن وإن كان الثمن رهن أو ضمين، قال: وقال الأصحاب بل يجوز أن يبيع ما يساوي مائة حالة بمائة وعشرين مائة مقبوضة ويبقي العشرين إلى مدة، انتهى، وسيأتي بيان ما في ذلك من الخبط.

وقال القاضي الحسين وتبعه إبراهيم المروزي: يجوز أن يبيع شيئًا يساوي عشرة بعشرين إلى أجل ويأخذ به رهنًا، انتهى.

وعلل الأصحاب المنع أيضًا بأن الرهن قد يتلف فيرفعه إلى قاض يرى سقوط الدين به فيضيع ماله.

فَرْعٌ: قال الشافعي في «الأم»: ليس للمكاتب أن يرهن في سلف ولا غيره؛ لأنه ليس له أن يسلف شيئًا من ماله، ولأن الرهن غير مضمون وتابعه الجماهير فيما علمت ووقع اضطراب للشيخين في المسألة.

فقالا: واللفظ للرافعي، وفرقوا بين المكاتب وبين الولي حيث يبيع مال الطفل نسيئة، ويرهن ويرتهن للحاجة أو للمصلحة الظاهرة بأن المرعي هناك مصلحة الطفل والولي المنصوب لينظر له، وهاهنا المطلوب العتق والمرعي مصلحة السيد والمكاتب غير منصوب لينظر له، وقد ذكرنا في كتاب الرهن أن بعضهم سوى بينه وبين الولي في البيع نسيئة والرهن والارتهان فيجوز أن يعلم لذلك هاهنا، ولا يبيع بالنسيئة، وألحق صاحب الكتاب هناك المكاتب بالولي في جواز المرتهن، لكن الذي أطبق عليه عامة الأصحاب وأوردوه هاهنا المنع، ويشبه أن يتوسط فيقال: إن دعت ضرورة إلى البيع والرهن كما في وقت النهب فله ذلك حفظًا للمال، وإن كان يرى فيه مصلحة لم يمكن منه؛ لأنه ليس بناظر للسيد حتى يتحمل الخطر للمصلحة يراها بخلاف الولي، انتهى.

وعبارة «الروضة» وسبق في كتاب الرهن وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة والرهن والارتهان والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق، انتهى.

وَإِلَّا فَلَا، ....

واقتضى كلامهما هناك أن الصحيح هو الوجه المشار إليه، وذكرت في «الغنية».

ثم إن النصوص في «الأم» و«المختصر» و«البويطي» في كتاب الرهن والكتابة تدل على أن المكاتب كالولي حرفًا بحرف يرتهن بالمصلحة ولا يرهن إلا للضرورة، وقال في المكاتب: لا يبيع بدين فاختلفوا، فقيل: يبيع كالولي، وقيل: لا.

وعن الشيخ أبي حامد أنه نص في «الأم» على أن للمكاتب ببيع نسيئة ويأخذ للرهن، وذكرنا أنه الظاهر وهو عكس ما قدمناه أول الفرع، وذكرنا ثم إن مما يجوز له الارتهان فيه بلا خلاف بغير إذن أن يكون له دين قديم مؤجل أو حال وتعذر أخذه، أو مستحدث عن قرض حيث يجوز للولي الإقراض.

وقال المصنف في «تنقيح الوسيط» هناك: إن حكم المكاتب حكم ولي الطفل على الصحيح المنصوص، وفيه وجه مشهور، انتهى.

وهذا أثبت مما ذكره الرافعي والفرق السابق بينهما من كلام الإمام وتصرفه فيما علمت لم أره لغيره.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ قوله من أهل العلم على أن للمكاتب أن يرتهن ما فيه له صلاح واختلفوا فيه برهن.

وحكي عن الشافعي أنه لا يجوز.

قال: (**وَإِلَّا فَلَا**) أي: وإن كان فيه خطر أو تبرع كالإبراء والهبة والهدية والصدقة والضيافة والنفقة على الأقارب والضمان والإقراض بلا ضرورة والبيع محاباة وتعجيل المؤجل للأجنبي وغير ذلك من التبرعات بمنافع بدنه وإعادة أمواله، فلا يستقل به بلا خلاف، وعدَّ من صور الخطر البيع نسيئة والسلف ودفع ماله قراضًا ونحو ذلك؛ لأن المقصود تحصيل العتق فيحتاط له؛ ولأن حق السيد غير منقطع عمّا في يده.

وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ.

وقد يعجز فيرق، وقضية إلحاقه بولي اليتيم جواز مقارضته بما في يده، والذي نص عليه صريحًا وأصحاب المنع.

قالوا: وله أخذ مال الغير قراضًا؛ لأن الخطر على مالكه لا عليه وهذا كله مع غير سيده لما سنعرفه، وضابط التبرعات المردودة كل ما يحسب من الثلث إذا تبرع به في مرض الموت.

قال الشيخ أبو محمد: ولا يحل له التبسط في الملابس والمأكل، ولا يكلف فيها التقتير المفرط.

قلت: وكذلك حكم المسكن.

قال الماوردي: لا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج إليه من مأكوله وملبوسه، ومن تلزمه نفقته من زوجة وولد ما لم يخرج فيهما إلى حد السرف، فأما نفقته في ملاذه فما كان معهود المسألة لم يمنع منه وما خرج عن المعهود منع منه، انتهى.

قال: (**وَيَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي الْأَظْهَرِ**) لأن المنع إنما يكون لحق سيده، وقد زال بإذنه.

والثاني: لا؛ لأنه ناقص الملك والسيد لا يملك ما في يده، فلا يصح باجتماعهما ونظر إلى حق الله في تحصيل العتق، وفي بعض الصور طرق منها:

الخلع بالإذن، أظهرهما: على القولين وقيل: بالمنع قطعًا، وقيل عكسه، وفي إقراضه لسيده وهبته له ولولده الصغير ونحوه إذا قبل له السيد أو باع من سيده بمحاباة أو اشترى منه كذلك أو عجل له دينًا مؤجلًا غير النجوم - طريقان، المذهب أنه على القولين.

وقيل: يصح قطعًا، واختاره الشيخ أبو محمد؛ لأن له أن يعجز نفسه فيجعل جميع ما في يده لسيده فالهبة ونحوها أولى.

قال الشافعي في «الأم»: ما أعطى المكاتب سيده الذي كاتبه ببيع لا يتغابن بمثله الناس أو هبة أو صدقة فذلك جائز لسيده؛ لأنه مال لعبده فيأخذه

وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ، أَوْ عَلَيْهِ لَمْ يَصِحَّ بِلَا إِذْنٍ، وَبِإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ، ....

كيف شاء، وكذلك ما باع السيد من مكاتبه ويجوز بينهما التغابن فيما باع السيد من المكاتب أو المكاتب من السيد وإن كثر؛ لأنه لا تعذر أن يكون مالًا لأحدهما.

قال: (**وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ**) أي: أو وهب للمكاتب أو أوصى له به فقبل.

(**صَحَّ**) أي: وكان الملك فيه للمكاتب كغيره من العبيد.

(**فَإِنْ عَجَزَ وَصَارَ لِسَيِّدِهِ عَتَقَ**) كما لو ورثه أو أوصى له به فقبله.

قال الرافعي: ولم يقولوا أنه يمنع من صرف المال إلى عوض من عساه يعتق على السيد ولا نظر إلى لزوم النفقة إذا عتق عليه، وإنما اعتبروا الحال.

قال: ولو اشترى بعض من يعتق على السيد، وهل يسري إلى الباقي إذا كان السيد موسرًا ينظر إلى عجز المكاتب نفسه من غير اختيار السيد فلا يسري كما لو ورث بعض قريبه، وإن عجزه السيد فوجهان.

قال: (**أَوْ عَلَيْهِ**) أي: أو اشترى المكاتب من يعتق عليه من أصوله أو فروعه لو كان حرًّا.

(**لَمْ يَصِحَّ بِلَا إِذْنٍ**) أي: لما فيه من تضرره بوجوب الإنفاق عليه ومنعه من التصرف فيه بالبيع.

قال: (**وَبِإِذْنٍ فِيهِ الْقَوْلَانِ**) أي: في تبرعاته.

وقيل: بالصحة قطعًا؛ لأنه حصل له في مقابلته شيء ولأنه قد يستفيد من إكسابه ما يعينه وضعف بأن هذا لو كان مقصودًا لجاز بدون الإذن.

قال الرافعي وغيره: ولو وهب منه قريبه أو أوصى له به فإن لم يقدر على الكسب لهرم أو زمانة وعجز وكان يلزمه نفقتهم؛ لم يجز له قبوله.

فَإِنْ صَحَّ فَمُكَاتَبٍ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وقيل: يجوز له أن يقبل الزمن فقد يكتسب من غير عمل، واختاره الصيمري وإن كان كسوبًا كسبًا يقوم بكفاية نفسه جاز قبوله بل يستحب إذ لا ضرر عليه في القبول.

قال: (**فَإِنْ صَحَّ**) أي: الشراء.

(**فَمُكَاتَبٍ عَلَيْهِ**) فيعتق بعتقه ويرق برقه، وليس له بيعه نص عليه في «الإملاء» وهو المذهب، وفيه وجه حكاه الماوردي وغيره، وزيفه الإمام.

قال الإمام: ولو صح للزم قياسه تجويز بيع ولده من جاريته، فإن طرده كان خارقًا للإجماع، وإن لم يطرده كان ناقضًا لمذهبه، انتهى.

ولا يجوز لأحد أن يملك أباه فيبيعه وتكون نفقته في كسبه، وما يفضل للمكاتب يستعين به في أداء النجوم فإن مرض أو عجز أنفق المكاتب عليه؛ لأنه من صلاح ملكه وإن جنى القريب على إنسان بيع في الجناية وليس للمكاتب أن يفديه بخلاف ما لو جنى عبده؛ لأن الرقبة تبقى له فيصرفها إلى النجوم.

قال: (**وَلَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ بِإِذْنٍ عَلَى الْمَذْهَبِ**) سبق أنه لا يصح إعتاق المكاتب عبده بلا إذن بلا خلاف، وأما بإذن السيد فمرتب على سائر التبرعات الجارية بإذنه إن لم يصححها فالعتق والكتابة أولى بالمنع، وإن صححناها فقولان:

أصحهما: المنع أيضًا؛ لأنهما يعقبان الولاء، وليس المكاتب أهلًا لثبوت الولاء له كالقن، ويحصل من هذا الترتيب طريقان كما ذكره الشيخ.

أظهرهما: إن فيه قولين نص عليهما في «الأم» و«المختصر».

والثاني: القطع بالمنع، وقضية كلام المصنف واصطلاحه ترجيحها.

إشارة: ما ذكره الشيخ هو في إعتاقه عن نفسه سواء كان عن كفارة أو تطوعًا أما لو أعتق عن سيده أو عن غيره بإذن سيده فهو كسائر التبرعات بالإذن فيصح على الأظهر، ولا يجيء فيه الطريقة القاطعة بالمنع؛ لأن المعتق عنه من

[فَصْلٌ]: الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ، أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالِهِ بِالْكَسْبِ، وَفِي أَخْذِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ، وَفِي أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ، ....

أهل الولاء ولو أعتق عن غيره بعوض المثل فأكثر صح قطعًا؛ لأنه بيع.

قال:

(فَصْلٌ)

الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ لِشَرْطٍ أَوْ عِوَضٍ، أَوْ أَجَلٍ فَاسِدٍ كَالصَّحِيحَةِ فِي اسْتِقْلَالِهِ بِالْكَسْبِ) لأنه يعتق فيها بالأداء كالصحيحة والأداء، إنما يكون من الكسب فيكون بمنزلة الصحيحة فيه، فممكن من التردد والتصرف ليؤدي المسمى ويعتق، فإن فضل شيء من كسبه فهو له وليس لنا عقد فاسد يملك به كالصحيح إلا هذا.

قال: (**وَفِي أَخْذِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَمَهْرِ شُبْهَةٍ**) لأن ذلك من الكسب أو بمنزلته.

قال: (**وَفِي أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ وَيَتْبَعُهُ كَسْبُهُ**) كما في الصحيحة وفاء بالتشبيه، وإشارة كلامه يفهم أنها كالصحيحة في هذه الأشياء فقط، وعليه ينطبق قول القاضي الحسين وغيره أنها توافق الصحيحة في أربعة أشياء في العتق بالأداء، واستتباع الكسب، والولد على المذهب، وفي استحقاقها مهر وطء الشبهة، وأرش الجناية، وعبارة البغوي وغيره توافق الصحيحة في حكمين:

أحدهما: إن كسبه له حتى مهر الوطء بالشبهة والأرش.

والثاني: إذا عتق بالأداء تبعه الولد والكسب الباقي بعد المال وهي طريقة القاضي الحسين.

وذكر الإمام والغزالي وغيرهما: إنها كالصحيحة في سقوط نفقته عن سيده ووجوبها على نفسه وفي معاملته له، والذي أورده البغوي أنه لا يجوز معاملته السيد وأنه لا ينفذ تصرفه فيما في يده كما في المعلق عتقه بصفة، قال الرافعي في «شرحه الكبير»: فقط ولعل هذا أقوى، انتهى.

وَكَالتَّعْلِيقِ فِي أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ.

وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ، وَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتَبِينَ.

وَتُخَالِفُهُمَا فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا، وَأَنَّهُ ....

والمذكور في «فتاوى» القفال أن له أن يتصرف ويبايع مولاه ويستحق النفقة على السيد، انتهى، ويؤيده أن الرافعي وغيره جزموا بأن فطرته على سيده.

قال: (وَكَالتَّعْلِيقِ) أي: بالصفة المحضة.

(فِي أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ بِإِبْرَاءٍ) أي: ولا بأداء الغير عنه ولا بالاعتياض عمّا سمي لعدم حصول الصفة.

قال: (وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ) أي: فلا يعتق بالدفع إلى وارثه بخلاف الصحيحة؛ لأن الفاسدة جائزة من الجانبين فأبطلها الموت، وإلحاقًا بسائر التعليقات المعتبر وجودها في حياته.

قال: (وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِرَقَبَتِهِ) أي: إن علم فسادها قطعًا، وكذا إن ظن صحتها على الأظهر كما لو باع ما ظنه كغيره وهو له.

قال: (وَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمُكَاتَبِينَ) أي: على الأصح المنصوص؛ لأنها غير لازمة كالمخارجة، ووجب الجواز أنه يتوصل بها إلى العتق وهو مستقل بالإكساب.

قال: (وَتُخَالِفُهُمَا) أي: تُخالف الفاسدة الكتابة الصحيحة والتعليق معًا.

(فِي أَنَّ لِلسَّيِّدِ فَسْخَهَا) أي: متى شاء بالفعل، وكذا بالقول على الصحيح؛ لأن المسمى فيها لا يسلم للسيد كما سيأتي.

فإذا فسخ ثم أدى المسمى لا يعتق؛ لأنه وإن كان تعليقًا فهو في ضمن معاوضة، فإذا ارتفعت المعاوضة ارتفع ما تضمنته من التعليق.

قال: (وَأَنَّهُ) أي: السيد.

لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ، بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ إنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا، وَهُوَ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْعِتْقِ.

فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ.

(**لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ**) أي: لفساد العقد.

(**بَلْ يَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ بِهِ**) أي: المأخوذ.

(**إنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا**) أي: إن كان له قيمة كما قاله «المحرر» احترازًا عن الخمر ونحوه مما لا قيمة له.

وعبارة «المنهاج» توهم إرادة غير المثلى، ولا شك أنه يرجع بما دفعه من المسمى مثليًا كان أو متقومًا إن كان باقيًا ففي عينه، وإن كان تالفًا فيبدله.

قال: (**وَهُوَ عَلَيْهِ**) أي: والسيد على العبد.

(**بِقِيمَتِهِ**) أي: قيمة رقبة العبد.

(**يَوْمَ الْعِتْقِ**) لأنه وقت التلف، وفي قول ضعيف بقيمة يوم العقد.

قال: (**فَإِنْ تَجَانَسَا فَأَقْوَالُ التَّقَاصِّ**) وسيأتي بيانها.

(**وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْفَضْلِ بِهِ**) أي: إن كان له فضل، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى المقبوض مالًا، فإن كان خمرًا أو نحوه لم يرجع العتيق على السيد بشيء ويرجع السيد عليه بقيمة رقبته.

وعن هذا احترز بقوله: إن كان متقومًا كما بيناه، واعلم أن المكاتبة الفاسدة تخالف الصحيحة في أحكام كثيرة غير ما ذكره، وذكر في «الروضة».

منها: وربما فهم عنه الحصر، ويوهم ذلك قول جماعة وتبعهم ابن الرفعة، وتخالفها في عشرة أشياء وليس كذلك.

فمنها: إنه ليس له السفر بلا إذن على الأصح بخلاف الصحيحة على الأظهر من طرق بينها في «الغنية» ولا يجب فيها الإيتاء على الصحيح.

وإنه لا تصح الوصية بنجومها، وأنه لو أعتقه لا عن جهة الكتابة أو وهبه

كان فسخًا لها.

وإنه لو أعتقه عن كفارة كان فسخًا لها على الصحيح المنصوص.

وإنه إذا أعتق عن جهة الكتابة لا يتبعه بالكسب والولد.

وإنه في الالتقاط كالقن على الأصح، وأنها تبطل بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه كما سيأتي.

وإنه لا يعامل سيده على أقوى الوجهين، وهو القياس وأن فطرته على سيده كالقن.

وإنه لا يعتق بتعجيل نجومها على الأصح، وأنها لو عجزت عن الأداء فيها أو فسخ الكتابة قبل عجزها لم يجب الاستبراء على الأصح.

وإنه لا يحرم وطؤها على أحد الوجهين، وينبغي بناء وجوب المهر فيها عليهما ولينظر هل يتوقف تزويج هذه على إذنها أم لا.

وإنه لا تحالف فيها كما دل عليه نص «الأم».

وإنه لا تصح حوالته لسيده بالنجوم لوضوح الفرق بين الكتابتين ولم أره نصًا.

وإنه لا يشترط حضوره لتعجيزه، وإبطالها بل يجوز بمشاهدة عتقه.

قال الماوردي: نعم، يشهد عليه لقطع التجاحد لا أنه شرط، والظاهر أن له تزويجها بلا إذن منها.

فَرْعٌ: قال الروياني في «التجربة»: لو أقر المكاتب بجناية توجب المال قبل على الصحيح من المذهب، وغلط من قال غيره، انتهى.

ويشبه أن يفرق بين ذي الكتابة الصحيحة وضدها.

قال: (**قُلْتُ: أَصَحُّ أَقْوَالِ التَّقَاصِّ سُقُوطُ أَحَدِ الدَّيْنَيْنِ بِالْآخَرِ بِلَا رِضًا**) لأن مطالبة كل واحد منهما بمثل ما عليه عناء لا ثمرة له، وكذلك لو كان له على وارثه دين فمات سقط ولا يؤمر بتسليمه.

وَالثَّانِي: بِرِضَاهُمَا.

وَالثَّالِثُ: بِرِضَا أَحَدِهِمَا.

وَالرَّابِعُ: لَا يَسْقُطُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

(وَالثَّانِي: بِرِضَاهُمَا) لأنه إبدال ذمة بذمة، فأشبه الحوالة يعتبر فيها رضا المحيل والمحتال.

(وَالثَّالِثُ: بِرِضَا أَحَدِهِمَا) لأنه إبدال ذمة بذمة فأشبه الحوالة أحدها؛ لأن للمدين أن يقضي من حيث شاء، فإذا رضي أحدهما فقد وجد القضاء منه.

(وَالرَّابِعُ: لَا يَسْقُطُ) أي: وإن تراضيا؛ لأنه بيع دين بدين، وقد ورد النهي عنه.

(وَاَللَّهُ أَعْلَمُ) وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب وبرئت ذمته عن النجوم عتق كما لو أدى.

واعلم أن هذه مهمة كثيرة الوقوع فيتعين تحريرها، وبيان ما وقع في فروعها وغيرها من الاضطراب، وإيضاح ذلك بذكر أمور:

أحدها: قول المصنف، فإن تجانسا لا شك أنه لا يكفي مجرد التجانس.

فنقول: إذا ثبت لكل واحد من شخصين على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين كسلم وقرض أو قرض وثمن، فإمَّا أن يكونا نقدين أو لا، فإن كانا نقدين نظر! إن كانا من جنس واحد واتفقا في الحلول وسائر الصفات ففيه الأقوال الأربعة، وإن اختلفا في الصفات كالصحة والتكسير أو الحلول والتأجيل أو مقدار الأجل لا يصير أحدهما قصاصًا بالآخر، ولو تراضيا يجعل الحال قصاصًا بالمؤجل لم يجز.

وقيل: يجوز ولو كانا مؤجلين بأجل واحد.

فالأوجه عند الإمام: إنهما كالحالتين، والصحيح في «التهذيب» كمختلفي الأجل.

قال الرافعي: وتردد الإمام في مجيء القول بالتساقط بلا رضا.

....

وعلى رواية تصحيح «التهذيب» اقتصر في «شرحه الصغير» وهو قضية ما يأتي عن البندنيجي.

وقال في «الروضة»: ولو اتخذ الأجل فهل هما كالحالين أم كمختلفي الأجل؟ فيه وجهان:

أرجحهما عند الإمام: الأول، وعند البغوي: الثاني، انتهى.

وعبارة الإمام: ولو فرضنا دينين مؤجلين، فهذا فيه احتمال عندي، والأوجه إجراء ثلاثة أقوال، فأما القول بالتساقط من غير رضا.

قلت: أرى له وجهًا والأجل عتيد والكهل كائن، وليس يبعد جريان هذا القول أيضًا، انتهى.

وعبارة التساقط وإن ثبت دينان مؤجلان بأجل واحد، ففي إجراء الأقوال احتمال قبل حلول الأجل، وينبغي ألا يحتمل؛ لأن من مات حل أجله؛ وذلك متوقع لكل واحد، ولا ندري من يموت، انتهى.

فنقل «الروضة» عن الإمام وأصلها مدخول.

الثاني: أن يكونا من جنسين بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير فلا خصاصة والطريق أن يأخذ أحدهما ماله على صاحبه، ثم إن شاء جعلا المقبوض عوضًا عمّا على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الجنسين معًا، وإن لم يكن الدينان نقدين، فإن كانا من جنس واحد، فعن صاحب التقريب أن التقاص على الاختلاف المذكور إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمثال وجهان لظهور التفاوت.

وإذا أجريناه في ذوات الأمثال ففي العوضين الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب؛ لأن التفاوت فيهما أكثر.

قال الرافعي: والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاص لا يجري في غير الأثمان من العروض وغيرها.

....

وفرق الشيخ أبو حامد بأن العقد على الأثمان ليس عقد مغابنة ومرابحة لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب بخلاف سائر الأموال، وإن كانا جنسين فلا مقاصة وإن تراضيا، بل إن كانا عرضين فينبغي أن يقبض كل واحد منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجز رده عوضًا عن المستحق المردود عليه؛ لأنه بيع عوض قبل القبض إلا أن يكون ذلك العرض مستحقًا بعرض أو إتلاف.

هكذا فصل ابن الصباغ والروياني وغيرهما، هذا ما أورده الإمام الرافعي ﷺ.

الثالث: قول الرافعي والذي أورده العراقيون وغيرهم أن التقاص لا يجري في غير الأثمان من العروض وغيرها.

وفيه نظر من حيث الترجيح والنسبة، وقال في أصل «الروضة»: وأما إذا لم يكن الدينان نقدين وإن كانا جنسًا؛ فالمذهب ألا تقاص، وبه قطع جمهور العراقيين وغيرهم.

وقيل: هو على الأقوال، وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال فعلى الأقوال، وإلا فلا تقاص قطعًا، انتهى.

ومقتضى ما في «النهاية» و«البسيط» وغيرهما أن الأصح جريان التقاص في ذوات الأمثال كالنقود، وهو نص الإمام الشافعي في «الأم» كما رأيته ولفظه:

ولو حرق السيد للمكاتب مائة صاع مثل حنطته، والحنطة التي على المكاتب حالة كانت قصاصًا، وإن كره سيد المكاتب فإن كان خيرًا أو شرًّا من حنطته لم تكن قصاصًا، حتى يرضى المكاتب إذا كانت الحنطة المحرقة خيرًا من الحنطة التي عليه أن يجعلها قصاصًا، أو يرضى السيد أن يجعلها قصاصًا إذا كانت الحنطة التي حرق شرًّا من الحنطة التي له على المكاتب فلا تكون قصاصًا إلا بأن يحتال بها المكاتب برضاه على السيد، وهكذا لو كان مكان

……………………………………………………………………………

الحنطة جناية على المكاتب لم يختلف هذا، انتهى نصه بحروفه.

ويجريان بالأقوال في المثليات جزم صاحب «المهذب» وغيره وعليه ينطبق ما في «مقنع المحاملي».

وحكى ابن الرفعة عن البندنيجي أنه قال:

إن الأصحاب لم يختلفوا في أن الخلاف في التقاص لا يجري إلا في الدراهم والدنانير خاصة، ولا فرق بين ما له مثل وغيره.

قال: وهم في ذلك مخالفون نص الشافعي ﷺ لا عن قصد، لكن لقلة نظرهم في كتابه فقد نص في باب الجناية على المكاتب من «الأم» أن التقاص يقع في الطعام.

فقال: حرق السيد على المكاتب مائة صاع حنطة مثل حنطته أو الحنطة التي على المكاتب حالة كانت قصاصًا كره المكاتب، فإن كانت خيرًا لم يكن قصاصًا إلا برضا من له الأجود أن يكون قصاصًا.

قال: فقد نصَّ على أن الأقوال تأتي في كل ما يثبت في الذمة من مثلي ومتقوم والأقوال تجري في سائر الديون المتساوية في الصفة والحلول والتأجيل، انتهى.

الرابع: اعلم أن قضية الرافعي والمصنف وغيرهما في كتاب الخراج في الكلام فيما إذا ورث القصاص اثنان فبدر أحدهما فقتل الجاني بأن التقاص يجري عند الأصحاب في الديات مطلقًا كما يجري في النقدين.

ثم قالا في آخر المسألة: واللفظ «للروضة» وما ذكرناه في المسألة من صور مجيء الخلاف في التقاص.

كذا أطلقه الأصحاب وفيه نظر؛ لأن شرط التقاص استواء الدينين في الجنس والصفة حتى لا يجري إذا كان أحدهما مؤجلًا والآخر حالًا، إذ اختلفت أجلاهما وهنا أحد الدينين في ذمة المتبادر لورث الجاني.

والآخر يتعلق بتركة الجاني فلا يثبت في ذمة أحد وهذا الاختلاف أشد من

اختلاف قدر الأجل، انتهى.

الخامس: أغرب صاحب «الخصال» وغيره من المتقدمين فأجروا التقاص في القصاص نفسه، بل جزموا به كما يثبت في الجنايات، وأنكره المصنف في «التنقيح» وشذذه.

واعلم أيضًا أنهم أطلقوا الكلام في النقدين، والظاهر أن النقد الخاص إما المغشوش فإن منعنا التعامل عليه في الذمة فلا يخفى حكمه، وإن جوزنا كما هو المرجح، فالظاهر أنه في التقاص كالخالص عند الاستواء في الغش وغيره من الصفات.

السادس: حكى الرافعي عن «تعليق» الشيخ أبي حامد أن القول المرجح وهو سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضا هو المنصوص.

وقال: إن مقابله يحكي عن نصه في الصرف فأفهم أن القولين الآخرين منصوصان، وليس كذلك بل الأقوال الأربعة منصوصة.

قال الإمام: نص عليها الشافعي في أبواب متفرقة.

وقال الماوردي في كلامه على الكتابة الفاسدة: نص على جميعها في هذا الكتاب، وأما الدارمي فحكاها وجوهًا.

السابع: قضية إطلاق الشيخين وغيرهما أنه متى ثبت التقاص بلا رضا سقوط أحد الدينين بالآخر من غير فرق بين شخص وشخص.

وقال الرافعي: وكلامه على الإعسار بالنفقة: ولو كان له عليها دين فأمرها بالإنفاق منه فإن أيسرت فلا خيار وإلا فلها الخيار؛ لأنها لا تصل إلى حقها من ماله والمعسر منظر، وقضية إطلاقه وغيره أنه لا يجري التقاص هنا وحكى في «البحر» هذا عن المجرد وعلله بأنه ليس له مطالبتها بما عليها إذا كانت معسرة.

ثم قال: يجب أن يكون هذا على قولنا: إن المقاصة لا تثبت إلا بالتراضي.

فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهِدْ.

فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْت فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ.

فإن قلنا: يتقاصان بوجوبهما فيجب أن يسقط أحدهما بالآخر، انتهى.

وما قاله ظاهر، ولعل من قال ذلك بناه على أن التقاص لا يجري في المثليات، بل يختص بالنقدين.

وأما إذا قلنا به كما سبق، وقلنا بالوجه المرجح فالوجه جريانه في النفقة، والله أعلم.

فائدة: سبق في باب الربا أنه يجوز الصرف في الذمة، [وكذا بيع الطعام الموصوف في الذمة] بمثله على الأصح.

والظاهر أنه لا يجري [التقاص] في ذلك.

وقد يفهم من إطلاق بعضهم هنا جريانه وليس بمراد، وقد صرحوا هناك بأنه لا بد من التقابض الحقيقي؛ فاعلم.

فائدة: الذي يفهمه كلام المصنف وغيره هنا أن حكم الكتابة الفاسدة ما قدمه من التراجع وغيره سواء علم السيد بفساد الكتابة أو العبد أم اعتقد صحتها نظر إلى التعليق ووجود الصفة.

ورأيت في كتاب «البويطي» ما لفظه: وإن كاتب رجل عبده كتابة فاسدة بألف درهم فإن علم بها قبل أن يؤدي فالكتابة باطلة وما يأخذ السيد له، وإن لم يعلم بها إلا بعد ما أخذ وفرغ فالعتق جائز، ثم ذكر التراجع.

ثم قال: وإنما جاز عتق العبد بالصفة كرجل قال لعبد: إذا جئتني بألف درهم فأنت حر، فيعتق بالصفة وتراجعا بفضل ما بين القيمة؛ لأنه بمنزلة البيع الفاسد؛ ولأنه كتابة فاسدة، هذا نصه بحروفه.

قال: (**فَإِنْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ فَلْيُشْهِدْ**) أي: احتياطًا وتوقيًا للتجاحد؛ لأن الإشهاد شرط للفسخ كما قال الماوردي وغيره.

قال: (**فَلَوْ أَدَّى الْمَالَ فَقَالَ السَّيِّدُ: كُنْتُ فَسَخْت فَأَنْكَرَهُ صُدِّقَ الْعَبْدُ بِيَمِينِهِ**) أي: لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى السيد البينة.

وَالْأَصَحُّ بُطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَالْحَجْرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ.

قال: (**وَالْأَصَحُّ**) أي: عند الأكثرين وظاهر النص.

(**بُطْلَانُ الْفَاسِدَةِ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ وَالحَجْرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ**) لأن الحظ فيها للعبد لا للسيد.

قال الرافعي: لأنها تبرع فيؤثر فيها اختلال عقل السيد دون اختلال عقل العبد، وأيضًا فإن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه ثم السيد يفسخ.

قلت: وفي هذا نظر.

قال: وأيضًا فالصحيحة جائزة من جهته ولا تبطل بجنونه فكذلك الفاسدة.

والثاني: تبطل بجنونهما لجوازها من الطرفين.

والثالث: عكسه وصححه الإمام؛ لأن المغل فيها التعليق، وهو لا يبطل بالجنون، ولأنها وإن كانت جائزة فمصيرها إلى اللزوم كالبيع في مدة الخيار.

وإذا قلنا: لا تبطل بجنون العبد فأفاق وأدى المسمى عتق وثبت التراجع، وكذا لو أخذ السيد في جنونه.

قال الأصحاب: ينصب الحاكم من يرجع له، وينبغي أن يقال: لا يعتق هاهنا بأخذ السيد، وإن قلنا في الكتابة الصحيحة أنه يعتق؛ لأن المغلب هاهنا التعليق والصفة المعلق عليها الأداء من العبد، ولم يوجد هذا ما أوجده الرافعي نقلًا وبحثًا.

تنبيهان:

أحدهما: قوله: وينصب الحاكم، كذا قاله الأصحاب، وحكوه عن النص ووقع في «الروضة» وينصب السيد بدل الحاكم، قال من شرح الكتاب: وهو الصواب، وهذا عجيب.

الثاني: قول المصنف: والحجر عليه يشمل حجر السفه والفلس، وإنما صرحوا بالأول، وإذا قلنا يبطل فأدى المسمى لم يعتق في الأصح.

فَصْلٌ

وَلَوْ ادَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدِّقَا، وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا فَسَخَ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ وَقَالَ الْمُكَاتَبُ: بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ ....

فَصْلٌ

قال: (**وَلَوْ ادَّعَى كِتَابَةً فَأَنْكَرَهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَارِثُهُ صُدِّقَا**) لأن الأصل عدمها.

قال: (**وَيَحْلِفُ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) أي: والسيد على البت جريًا على القاعدة.

قال: (**وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ صِفَتِهَا تَحَالَفَا**) أي: كما سبق في البيع وغيره، ثم القول فيمن يبدأ بتحليفه، وفي كيفية اليمين على ما تقدم في البيع.

قال: (**ثُمَّ**) أي: بعد التحالف.

(**إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَ مَا يَدَّعِيهِ لَمْ تَنْفَسِخْ الْكِتَابَةُ فِي الْأَصَحِّ، بَلْ إِنْ لَمْ يَتَّفِقَا فَسَخَ الْقَاضِي**) إذا تحالفا إن لم يحصل العتق باتفاقهما بأن لم يقبض السيد شيئًا أو لم يقبض بجميع ما يدعيه فتنفسخ الكتابة أو يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء فيه الخلاف المذكور في البيع.

قال الرافعي في «شرحه الصغير» و«الكبير»: والظاهر الثاني ولم يذكر استقلالهما هاهنا ولا استقلال العبد ولا شك في استقلاله بعد التحالف كما قبله وأولى، أما السيد ففيه نظر وقد أوضحت ذلك في بيوع «الغنية» وبينت فيه نفائس.

قال: (**وَإِنْ كَانَ قَبَضَهُ**) أي: قبض السيد ما ادعاه بتمامه.

(**وَقَالَ الْمُكَاتَبُ: بَعْضُ الْمَقْبُوضِ وَدِيعَةٌ**) يعني: أودعته إياه، ولم أرفعه إليه عن جهة الكتابة، وإنما دفعت إليه عن جهة الكتابة المقدار الذي ادعيته فقط لا ما زاد عليه.

عَتَقَ وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى، وَالسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ، وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ.

وَلَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ صُدِّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ادَّعَاهُ، وَإِلَّا فَالْعَبْدُ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الْأَوَّلَ أَوْ قَالَ الْبَعْضَ، فَقَالَ بَلْ الْآخِرَ أَوْ الْكُلَّ صُدِّقَ السَّيِّدُ.

وَلَوْ مَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فَقَالَ كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا، فَإِنْ أَنْكَرَا صُدِّقَا، ....

قال: **(عَتَقَ)** أي: لاتفاقهما على وقوع العتق على التقديرين.

(وَرَجَعَ هُوَ بِمَا أَدَّى) أي: جميعه.

(وَالسَّيِّدُ بِقِيمَتِهِ) أي: قيمة العبد.

(وَقَدْ يَتَقَاصَّانِ) أي: إن وجدت شروط التقاص كما سبق بيانه.

قال: **(وَلَوْ قال: كَاتَبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ، صُدِّقَ السَّيِّدُ إِنْ عُرِفَ سَبْقُ مَا ادَّعَاهُ)** أي: بيمينه لقوة جانبه بذلك.

(وَإِلَّا فَالْعَبْدُ) أي: فإن لم يعرف سبق ما ادعاه صدق العبد لضعف جانب السيد، والأصل عدم ما ادعاه.

وسكت الشيخ عمّا لو قال السيد: كاتبتك وأنا صبي، والظاهر تصديقه بيمينه إذا احتمل منه ما يقوله كما مرَّ في نظائره.

قال: **(وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتُ عَنْكَ النَّجْمَ الْأَوَّلَ، أَوْ قال: الْبَعْضَ، فَقال: بَلْ الْآخِرَ، أَوْ الْكُلَّ صُدِّقَ السَّيِّدُ)** أي: بيمينه؛ لأنه أعرف بفعله وإرادته.

قال: **(وَلَوْ مَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ وَعَبْدٍ فقال: كَاتَبَنِي أَبُوكُمَا، فَإِنْ أَنْكَرَا صُدِّقَا)** أي: بيمينهما على نفي العلم بذلك، فإن حلفا فذاك، وإن نكلا وحلف العبد اليمين المردودة تثبت الكتابة.

وإن حلف أحدهما فقط رق نصيبه وترد اليمين في نصيب الناكل، فإن أقام العبد بينة اشترط رجلان؛ لأن المقصود الحرية لا المال.

وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَبٌ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَالْأَصَحُّ لَا يَعْتِقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيبَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْأَبِ، وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِلَّا فَنَصِيبُهُ حُرٌّ، وَالْبَاقِي مِنْهُ قِنٌّ لِلْآخَرِ.

قُلْتُ: بَلِ الْأَظْهَرُ الْعِتْقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ، وَنَصِيبُ الْمُكَذِّبِ قِنٌّ، ....

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَاهُ فَمُكَاتَبٌ**) أي: إذا كانا أهلًا للتصديق كما لو أقام بينة.

قال: (**فَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَالْأَصَحُّ لَا يَعْتِقُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَدَّى نَصِيبَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ وَوَلَاؤُهُ لِلْأَبِ**) لأنه المعتق.

قال: (**وَإِنْ عَجَزَ قُوِّمَ عَلَى الْمُعْتِقِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**) أي: وبطلت كتابة الأب وكان للابن المعتق ولاء الكل.

(**وَإِلَّا**) أي: وإن لم يكن موسرًا.

(**فَنَصِيبُهُ حُرٌّ، وَالْبَاقِي مِنْهُ قِنٌّ لِلْآخَرِ**) هذا ما صححه البغوي، وقال: إن قضية كلام «المختصر» قولان في عتق نصيبه.

أصحهما: هذا يعني الوقف.

والثاني: العتق، قال الرافعي: وهو المشهور الذي أطلقه عامة الأصحاب.

قال: (**قُلْتُ: بَلِ الْأَظْهَرُ الْعِتْقُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ**) فبين أن الخلاف قولان، وأن المرجح حصول العتق في الحال لا توقف، وهو المذهب.

قال: (**وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا فَنَصِيبُهُ مُكَاتَبٌ، وَنَصِيبُ الْمُكَذِّبِ قِنٌّ**) أي: بيمينه في نصيب المصدق قول مخرج أن الكتابة لا تثبت فيه؛ لأنها لا تتبعض، والمنصوص المشهور ثبوتها، وهذا تبعيض أدت الضرورة إليه بخلافه في الابتداء ثم إذا حكمنا بالمشهور فنصف الكسب له يصرفه في نجومه، ونصفه للمكذب فإن اتفقا على مهايأة جاز ولا إجبار عليها على الأظهر ولا تقدير للنوبتين في المهايأة.

فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا].

وفي كتاب ابن كج: إنها تجوز يومين يومين، وثلاثة ثلاثة فإن زادت كسنة وسنة ففي الجواز وجهان.

قال: (**فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُصَدِّقُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا**) قال الرافعي: فيه طريقان، قال أكثرهم في السراية قولان كما لو صدقاه معًا إلا أنا إذا قلنا بالسراية فهاهنا تثبت السراية في الحال، ولا يجيء القول الآخر يعني من أنها ثبوت عند العجز؛ لأن صاحبه منكر للكتابة فلا يمكن التوقف إلى العجز، وقيل تثبت السراية بلا خلاف في الحال وهو ما في «الوجيز» لأن منكر الكتابة يقول هو رقيق لهما فإذا أعتق أحدهما نصيبه تثبت السراية بقوله، انتهى.

وعبارة «المنهاج» تفهم موافقة هذه الطريقة والعبارة الوافية بالغرض المفصحة عنه أن يقال: فالأظهر كذا.

وقيل: قطعًا، وبقي من المسألة تفريعات طويلة وزيادات مملة أعرضنا عنها وعن كثير من مسائل الباب وفروعه لندرة «الكفاية» في هذه الأعصار فهي من الفقه المهجور استعماله فلا نضيع الوقت في تفاريعه واستقصائها.

فروع: لو قال السيد: كاتبتك على نجم واحد، وقال العبد: بل على نجمين.

قال البغوي: صدق السيد بيمينه؛ لأنه يدعي فساد العتق، وأقره الشيخان، ولعل البغوي إنما قاله؛ لأنه يرى في البيع أن القول قول مدعي الفساد على خلاف الأصح المنصوص.

وظاهر النص في «الأم» أنهما يتحالفان في هذه الصورة حيث قال في أول باب اختلاف السيد والمكاتب: على أنه كاتبه كتابة صحيحة فاختلفا في الكتابة، فقال السيد: كاتبتك على ألفين.

وقال العبد: على ألف، تحالفا كما يتحالف المتبايعان الحران ويترادان.

وكذلك إن تصادقا على الكتابة واختلفا في الأجل، فقال لسيد: تؤديها في

شهر، وقال العبد: في ثلاثة أشهر أو أكثر، وسواء كان المكاتب أدى من الكتابة شيئًا كثيرًا أو قليلًا أو لم يؤده، انتهى.

قال الشافعي: ولو ادعى على سيده أنه كاتبه وأقام بينةً على كتابته، ولم تقل البينة على كذا وإلى وقت كذا لم تجز الشهادة، وكذا لو قالت: كاتبه على مائة دينار ولم يثبت في كم يؤديها، وكذا لو قالت كاتبه على مائة دينار منجمة في ثلاث سنين ولم تقل في كل سنة ثلثها أو أقل أو أكثر لا تجوز الشهادة حتى بوقت المال والسنين، وما يؤدي في كل سنة، فإذا انقضت البينة من هذا شيئًا سقطت وحلف السيد وكان العبد مملوكًا، وإن نكل حلف العبد وكان مكاتبًا على ما حلف عليه، قال الشافعي: ولو أقام بينة أنه كاتبه وأدى إليه فعتق وقامت له بينة أنه أقر بأنه كاتبه على أنه إن أدى فهو حر وأنه أدى إليه، وجحد السيد وادعى أن الكتابة فاسدة أعتقته عليه وأحلفت العبد على فساد الكتابة، فإن حلف برئ وإلا حلف السيد وتزاد القيمة، هذه نصوصه بحروفها ﷺ.

قال الشافعي ﷺ في كتاب «البويطي» - ﷺ- وجرى عليه الأصحاب: إذا كاتب الرجل عبديه فأقر أنه قد استوفى من أحدهما ولم يبين حتى مات أقرع بينهما فأيهما خرج سهمه عتق، وبالله التوفيق والإعانة.

قال الشارح: افتتحه الإمام الرافعي بحديثين غريبين الأول عن ابن عباس - ﵄ - أن النبي ﷺ قال: **«أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ»**(١).

والثاني: عن ابن عمر - ﵄- أن النبي ﷺ قال: **«إِذَا أَوْلَدَ الرَّجُلُ أَمَتَهُ، وَمَاتَ عَنْهَا فَهِيَ حُرَّةٌ»**(٢).

وافتتحه في «المحرر» بما رواه ابن ماجه أنه ﷺ قال في مارية حين ولدت إبراهيم: **«أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»**(٣).

قال ابن عبد البر: ولا يثبته أهل الحديث، قال: وكذلك حديث ابن عباس فذكر الحديث السابق.

ثم قال: ولا يصح من جهة الإسناد؛ لأنه انفرد به حسين بن عبد الله وهو متروك الحديث.

نعم قصة مارية رواها قاسم بن أصبغ في «مصنفه» بإسنادٍ كلهم ثقات، وحكم ابن حزم بصحته وأعله غيره.

ورواية ابن ماجه من طريق حسين المذكور، ولا أحسب في الباب حديثًا مسندًا صريحًا صحيحًا، واعتمد الشافعي - ﵀- على ما رواه مالك في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر أن عمر ﵁ قال: **«أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبِيعُهَا وَلَا يَهَبُهَا وَلَا يُوَرِّثُهَا وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا، فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ**

---

(١) أخرجه ابن سعد (٨/ ٢١٥)، والحاكم (٢/ ٢٣) وقال: صحيح الإسناد. وأحمد (١/ ٣١٧)، والدارقطني (٤/ ١٣٢)، والطبراني (١١/ ٢٠٩)، والديلمي (١/ ٣٥١).
قال الحافظ في التلخيص (٤/ ٢١٧): في إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جدًا.

(٢) ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٦/ ٨٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٣٣، رقم ١٢٩٣٧).

قال المصنف: [إِذَا أَحْبَلَ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

حُرَّةٌ»(١) قال البيهقي وغيره: وهذا الأثر هو الأصل في الباب.

قال: **(إِذَا أَحْبَلَ)** أي: الحرة.

(أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ) أما في الحي والميت فلأثر عمر ﷺ.

ورواه البيهقي والدارقطني من رواية ابن عمر مرفوعًا وصوبا وقفه.

قال شارح: وأبى ابن القطان ذلك، فصحح الرفع، ومما علل به ما روى ابن حزم في قصة مارية ما رواه الثوري عن أبيه عن عكرمة أن عمر بن الخطاب، قال في أم الولد: أعتقها ولدها، وإن كان سقطًا.

قال البيهقي: فرجع الحديث إلى قول عمر ﷺ.

إشارات: قوله: أو ما تجب فيه غرة سبق بيان ذلك في الجنايات والعدد.

وقال الدارمي هنا: وكذلك لو وضعت عضوًا وضعت الباقي أو لم تضع ولا فرق فيما ذكره من عتقها بموت السيد بين كون المحيل عاقلًا أو مجنونًا رشيدًا أو محجورًا عليه بسفه مختارًا للوطء أو مكرهًا عليه.

نعم، لو كانت مرهونة أو جانية وهو مفلس ومات مفلسًا بيعت فيهما على المذهب.

وفي معناهما المحجور عليه بالفلس إذا أولد أمته بعد الحجر عليه قد يفهم قوله: أحبل، اعتبار فعله حتى لو استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه أو سكران أو استدخلت ماءه المحترم فحبلت منه أنها لا تعتق، وليس كذلك فيما يظهر إنما قوله: أحبل الحر احترازًا من المكاتب، فإنه لو أحبل أمته ثم مات رقيقًا قبل العجز أو بعده لم تعتق بموته وهذه الأشياء وإن كانت واضحة فقد يغفل عنها المبتدئ ونحوه ولا يستحضرها من أبوابها.

---

(١) أخرجه مالك (١٤٧١)، والبيهقي في «الصغرى» (٤٨٦٧).

أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا.

أَوْ بِشُبْهَةٍ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، ....

حكى القاضي الحسين وغيره عن القديم أن المستولدة لا تعتق بموت السيد، ويكون الاستيلاد كالاستخدام، وحمل على حكاية مذهب الغير وذكر عصري أنه ملخص له عن الشافعي نفسه في المسألة أربعة أقوال، وفيه نظر، قال: وفي المسألة من حيث هي ثمانية أقوال للناس، هكذا قال.

قال: (**أَوْ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ**) لأنه يتبع الأم ويستثنى من غرَّ بحريتها كما سبق بيانه وما إذا كان سيدها ممن يعتق عليه الولد لكونه بعضًا له فإن الولد يكون حرًّا.

قال: (**وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا**) أي: من بعد بذلك الإجبار السابق على ملكه؛ لأن أمومة الولد إنما تثبت لها تبعًا لحرية الولد وهو هنا رقيق وخرج قول مما إذا أولد المرهونة ولم يثبت الاستيلاد وبيعت في دينه ثم ملكها.

قال البندنيجي: ولا يتصور عندنا أن تعلق الأمة بولد مملوك ثم تصير أم ولد به إلا في صورة واحدة على قول، وهي ما إذا أحبل المكاتب أمته.

تَنْبِيهٌ: دخل في إطلاق المصنف ما لو ملكها الزوج وهي حامل وهو صحيح، لكن يعتق المولود عليه بالملك صرح به «المحرر».

قال الصيدلاني: وصورة ملكه حاملًا أن تضع قبل ستة أشهر من يوم ملكها أو لا يطأها بعد الملك وتلد لدون أربع سنين.

قال: (**أَوْ بِشُبْهَةٍ**) أي: بأن ظنها زوجته الحرة أو أمته وغير ذلك.

(**فَالْوَلَدُ حُرٌّ**) أي: تبعًا لظنه أما لو ظنها زوجته المملوكة فالولد رقيق ولا يثبت الاستيلاد كما جزما به، وأورد ذلك على إطلاق «المنهاج» واحترز عنه «المحرر» بقوله: على ظنه يطأ زوجته الحرة أو جاريته.

نعم، حكى الإمام ذلك عن شيخه.

ثم قال: ورأيت لغير شيخي ما يدل على أنه حر كما لو وطئ المغرور

وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الأَظْهَرِ.

زوجته يحسبها حرة أو يظنها جاريته، فإن الولد حر وإن كان الواطئ غير بان أمره على وطء حرة، وهو عندي غلط.

تَنْبِيهٌ: قضية قوله بشبهة أنه لو وطئ جارية أبيه أو جارية أمه ظانًا حلها له أو أكره على الزنا بأمة الغير، وصورنا الإكراه فيه أن الولد يكون حرًّا ويكون في مصيرها أم ولد له إذا ملكها الخلاف الآتي مع أنه على بصيرة أنه يطأ رقيقة للغير.

وقضية قولهم: إن الولد انعقد حرًّا تبعًا لظن الزوجية والملك ألا يكون الحكم كذلك وهو الظاهر، وحينئذ يرد على «المنهاج» مسائل فتأمله.

قال: (**وَلَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا فِي الأَظْهَرِ**) أي: لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه ما لو علقت به في نكاح أو زنا.

قال المحاملي في «المجموع»: قاله في سائر كتبه، وقال في حرملة: تصير، انتهى.

وهذا هو القابل للأظهر؛ لأنها علقت منه بحُرٍّ.

قال الرافعي: ورأيت في «تعليق» الشيخ أبي حامد إنه القديم، وإن الآخر - يعني: المرجح - هو الجديد، ولا يمتنع كون الثاني قديمًا، وإن رواه حرملة والمزني، ويجوز أن يكون نص عليه في الجديد أيضًا، ويجري القولان في المغرور إذا ملكها، وفيما لو اشترى فاسدًا فأولدها على ظن الصحة.

فَرْعٌ: أغرب الماوردي فقال في «الإقناع»: إذا أصاب أمة غيره بشبهة وأولدها كان ولدها حرًّا وعليه قيمته وتصير أم ولد له إن أيسر بقيمتها ويؤخذ بغرمها للسيد.

وإن كان معسرًا فهي على الرق هذا لفظه فيما لا أحصي من نسخ «الإقناع» لم أر ما ذكره من الحكم بأمية الولد في «الحاوي» ولا غيره من كتب المذهب وحكاه عنه العجلي في «شرحه» وسكت عليه ومثله في الغرابة ما رأيته في كتاب «غاية الاختصاص» من قول الشافعي للمزني في أصل

وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا.

وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ.

قديم: صحيح في كتاب العتق من وطئ جارية له حبلى من غيره عتق عليه ولدها إذا ولدته، هذا لفظه وعادته إذا أبدى فيه شيئًا أو اختاره أن يقول ورأى كذا وكذا، والله أعلم.

قال: (**وَلَهُ وَطْءُ أُمِّ الْوَلَدِ**) لما تقدم من الأثر، وهذا حيث لا مانع فيه، أما لو كاتبها أو كانت مرهونة أو جانية وهو معسر فلا، أو كانت ممن لا يحل له وطؤها لتنجيز أو غيره ولو أولد مكاتبته صارت أم ولد ولا يحل له وطؤها ما دامت الكتابة الصحيحة.

قال: (**وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا**) أي: لبقاء ملكه كالمدبرة.

وكذا حكم أرش الجناية على أولادها التابعين لها، نعم لو كانت مكاتبة فلا شيء له مما ذكرناه بل منافعها وأرش الجناية عليها لها.

قال: (**وَكَذَا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصَحِّ**) كالقنة والمدبرة، والخلاف في «الشرحين» و«الروضة» وغيرها ثلاثة أقوال:

أظهرها: هذا، وهو الجديد.

والثاني: وهو القديم لا يزوجها إلا بإذنها كالمكاتبة.

قال الفارقي: وهو الصحيح، وحكاه البغوي عن نصه في كتاب تحريم الجمع.

والثالث: لا يجوز، وإن رضيت لضعف ملكه ونقصها في نفسها فأشبه تزويج الأخ ونحوه الصغيرة، فعلى هذا يزوجها الحاكم برضاها ورضا السيد على الأصح في «البيان» وغيره.

وقيل: لا تزوج بحال، والخلاف في أصل المسألة جارٍ في بنيها.

وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا ....

قال: (وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا) أي: ولا يصح إلا ما يستغنى كما سيأتي هذا ما قطع به الجمهور والشافعي ﷺ في خمسة عشر كتابًا للأثر السابق وغيره، واستدل لمنع البيع بما في «الصحيحين» عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: «قيل: يا رسول الله، إنا نصيب سبايا ونحب الأثمان، فكيف ترى العزل؟ . . .» الحديث(١).

قال أبو إسحاق: وليس للشافعي فيها إلا هذا القول، وحكي أنه ميل القول في بيعها، قال الجمهور: وليس ذلك باختلاف قول له، وإنما أشار إلى قول من جوزه، وقيل: هو قول قديم.

قال في «التهذيب»: وقد ميل القول في جواز بيعها في بعض المواضع فقال في الرهن: تعتق بموته في قول من يعتقها.

وقال في الكفارة: ولا تجوز أم ولد في قول من لا يبيعها وهذا التمثيل لشيء يروى عن علي وليس بمشهور، واتفق المسلمون على أنه لا يجوز بيعها وتعتق بموته، انتهى.

وتجويز البيع محكي عن ابن عباس وغيره وكأنه أراد اتفاق المسلمين من بعد، وعليه يحمل ما نقله غير واحد من الإجماع على منع بيعهن، وسبق أن قائلًا قال: إنه لخص في المسألة أربعة أقوال للشافعي نفسه وهذا منكر.

وقال: إنه يجتمع في المسألة ثمانية أقوال ـ يعني للناس ـ والله أعلم.

فَرْعٌ: نقل الروياني في «التجربة» وغيره عن الأصحاب أنه لو قضى قاضٍ بجواز بيعها نقض قضاؤه، وما كان فيه من الخلاف بين القرن الأول قد انقطع وصار مجمعًا على منعه.

وذكر في أصل «الروضة» في باب القضاء عن الروياني أن الأصح عدم النقض؛ لأنها اجتهادية والأدلة متقاربة.

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٥٠٤٣).

وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا.

وقال الغزالي في «البسيط»: اختلف أصحابنا في نقض قضائه فمن رأى أنه ينقض رأى المسألة مجمعًا عليها أولًا ثم خالف علي ﷺ قبل انقراض العصر.

وللأصوليين خلاف في اشتراط انقراض العصر لانعقاد الإجماع أو رأي الفقهاء بعد الصحابة أجمعوا على أحد الرأيين بعد الاختلاف، فرفع الخلاف ورأى أن ذلك مذهب باطل بنظر جلي، وقد ينقض القضاء في مثله، انتهى.

وذكر البغوي في «تعليقه» أن عليًا ﷺ خطب يومًا على المنبر فقال في أثناء الخطبة: جمع رأيي ورأي أمير المؤمنين عمر ﷺ على ألا تباع أمهات الأولاد، وأنا الآن أرى بيعهن، فقام عبيدة السلماني فقال: رأيك مع أمير المؤمنين أحب إلينا من رأيك وحدك فأطرق رأسه مليًا.

وروي أنه قال: اقضوا ما أنتم تقضون، فإني أكره أن أخالف الجماعة، فإن صحت هذه اللفظة عنه فهو رجوع عن جواز بيعها، والإجماع منعقد على أنه لا يجوز، فعلى هذا لا ينفذ قضاء من حكم بصحة بيعها، وإن لم يصح رجوعه هل ينفذ القضاء يبني على الخلاف في إجماع أهل العصر الثاني على أحد قولي العصر الأول إن قلنا يرتفع فقد صار إجماعًا.

وإن قلنا بالأصح أنه لا يرتفع الخلاف، فعلى هذا لو قضى قاضٍ بصحة بيعهن وهبتهن ورهنهن نفذ، انتهى وهو في ذلك متابع لأبي علي السنجي في «الشرح».

قال: (وَرَهْنُهَا وَهِبَتُهَا) أي: إلا من نفسها لما ذكرناه من امتناع البيع والهبة بنقل الملك إلى الغير؛ فامتنع كالبيع.

إشارة: يستثنى من منع بيعها من نفسها؛ فإنه يصح على الظاهر قاله القفال وتبعاه عليه؛ لأن بيع العبد نفسه إعتاق على الحقيقة كما لو أعتقها على مال.

وقال المحاملي في «اللباب»: يجوز بيعها في ثلاث مسائل: المرهونة،

وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًا فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ.

وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ مِنْ زِنًا أَوْ زَوْجٍ لَا يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ.

وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَاللهُ أَعْلَمُ].

والجانية، وأم الولد المكاتب، انتهى.

والظاهر أن استيلاد المفلس في حال الحجر عليه كاستيلاد الراهن المفلس وأولى بالمنع لحجر الحاكم.

فإن قلت: ما فائدة قوله: ورهنها وواضح إذا حرم بيعها امتنع رهنها؟

قلت: لا يلزم من التحريم منع الصحة فيهما أيضًا، ففيه تنبيه على أن تعاطي العقود الفاسدة حرام، وإن لم يحصل بها المقصود كما دلّ عليه نص «الأم» في مواضع.

قال: (**وَلَوْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًا**) أي: بعد الاستيلاد.

(**فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ كَهِيَ**) لأن الولد يتبع «الأم» في الحرية، ولا يأتي فيه الخلاف في ولد المدبرة والمكاتبة لقوة الاستيلاد؛ لأنه لا يرتفع بحالٍ بخلافهما، ولا أثر لموت الأم في حياة السيد، بل يعتقون بموته، وليس له بيعهم ولو أعتق السيد الأم لم يعتق الولد.

قال: (**وَأَوْلَادُهَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ مِنْ زِنًا أَوْ زَوْجٍ لَا يَعْتِقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ بَيْعُهُمْ**) أي: وإن ولدوا في ملكه للأم لحدوثهم قبل أن يثبت لها حق الحرية.

قال: (**وَعِتْقُ الْمُسْتَوْلَدَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَاللهُ أَعْلَمُ**) أي: سواء استولدها في صحته أو في مرض موته عتقت بموته أو نجز عتقها في مرض موته.

قال الأصحاب: لأنها بمنزلة ما يسلكه في ملاذه من لباس ومأكول وطيب فيقدم عتقها على حقوق الغرماء والوصايا والميراث.

ونختم الباب بفروع منثورة، ونسأل الله حسن الخاتمة:

في «تجربة» الروياني عن الأصحاب أنه لو أسلمت أم ولد النصراني وأراد

التزويج زوجها الحاكم، وكذلك إن أراد النصراني تزويجها وتكون نفقتها على زوجها.

قال: وإذا لم تتزوج فهي أحق بولدها وحضانته، فإذا تزوجت وهو طفل لا يعقل فالأب النصراني أحق به، وإن كبر وخيف أن يفتنه نقل إلى غيره ومنع من حضانته، وأنه لو وطئ أخته من الرضاعة في ملكه لزمه الحد في أحد القولين.

قلت: وفي حكمها المحرمة عليه بنسب أو صهر ولو أحبلها صارت أم ولد بلا خلاف، ويكون الولد حرًّا ثابت النسب.

قال: وليس على أصلنا وطء يجب به الحد وتصير الموطوءة أم ولد أو هكذا إذا وطئ الكافر أمته المسلمة قبل أن تباع عليه وأحبلها.

وأنه لو وضعت الأمة من سيدها جسدًا ليس فيه ظاهر تخطيط، ولكن قال القوابل: فيه تخطيط باطن؛ تصير به أم ولد، ويعتبر أربع نسوة، فلو نظر إليه من الرجال من له بصر وعلم به يقبل قول الرجلين، وفيه قال: وإنما نص الشافعي على النساء؛ لأن الرجال قل ما يعلمون ذلك، والله أعلم، انتهى.

في «فتاوى» القاضي الحسين: أنه لو أحبل أمة الغير بشبهة، وقلنا: لو ملكها لم تصر أم ولد له فلو أنه اشتراها حاملًا من زوج أو زنا لا من شبهة لا يحكم له بحكم من حدث للسيد بعد الاستيلاد، بل يكون قنًّا للسيد له بيعه.

في «فروع» ابن القطان: إذا قالت الأمة التي وطئها السيد: ألقيت سقطًا فصرت به أم ولد، وقال السيد: لم يكن سقطًا.

أو قال: ما أسقطتيه ـ شك الناقل ـ فهو على وجهين.

قلت: والظاهر أن القول قول السيد لا سيما إذا نفى الإسقاط والعلوق مطلقًا؛ لأن الأصل معه، أما لو سلم فيحتمل، والأقرب تصديقه أيضًا إلا أن

....

تمضي مدة لا يبقى الحمل مجتنًا إليها، والعلم عند الله.

رأيت في شهادات «الحاوي»: أحبلها راهنها وزعم أنه وطئها بإذن المرتهن فأنكر ولم يحلف فردت اليمين على الراهن فلم يحلف، وطلبت الأمة أن يحلف.

قال: خرجها الأكثرون على قولين، وجوز بعضهم أن يحلف قولًا واحدًا.

في «فتاوى» القاضي الحسين: لو قال: مضغة هذه الجارية حر، وأقر بأن الولد انعقد حرًّا تصير الأم أم ولد له، انتهى.

وفيه نظر إذ لا يلزم من كونه انعقد حرًّا أن يكون منه إذ يكون ذلك من وطء أجنبي بشبهة؛ فأقر به فينبغي أن يقبل قوله بذلك، ولا يحكم عليه بأمية الولد بمجرد ذلك، والعلم عند الله.

رأيت في «شرح» العجلي بخطه هنا قال في «الحلية» ما ملخصه: لو أحبل الأمة أحد الشريكين وهو موسر صارت أم ولد، ويلزمه نصف قيمتها ونصف مهرها لشريكه، ولا يلزمه قيمة الولد.

وقال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: يكون ما يملكه منها في حكم أم الولد، وكان ولده منها حرًّا، فإن كان الواطئ معسرًا فعليه نصف قيمة ولده ونصف مهر مثلها.

وإن كان موسرًا فعليه نصف قيمتها لشريكه وكانت كلها أم ولد له ولا يجب نصف قيمة الولد إذا كان موسرًا في قولٍ، وقال: هكذا قال القاضي أبو حامد؛ لأنه أتلف حق شريكه منها بالعلوق، ولا يكون للجنين قيمة، انتهى.

وفي كلام الرافعي اضطراب في الخلاف في حرية الولد، فقال في أواخر السير: فيه وجهان أو قولان.

ونقل عن القاضيين أبي الطيب والروياني وغيرهما ترجيح نقل الجميع، ونقله وجهين في أواخر الكتابة، ونسب قول التبعيض إلى أبي إسحاق، وإن

....

البغوي صححه، وجعله المصنف في أصل «الروضة» الأصح.

وصححه الرافعي في كلامه على دية الجنين، وجزم بنقل الخلاف قولين، وأن أظهرهما التبعيض، وقضية ما حكاه عن الإمام في باب ما يحرم من النكاح الجزم به إذا أحبل أمة الغير بنكاح.

ثم أوصى له بالولد فأصح الوجهين في «تعليق» القاضي الحسين: أنه لا يجوز له أن يشتري أم الولد كما لو باعها من غيره.

ولو كان له أمة قال: هذه الجارية أم ولدي، ومات قبل البيان فهل تصير أم ولد له؟ فيه وجهان.

قال القاضي الحسين: يبنيان على ما لو قال رجل: هذه الجارية ابنة أمتي، وأقام به بينة ولم يقل: إنها ولدتها في ملكه فهل يحكم له بالملك؟

فيه قولان: الجديد: لا وعلى القديم: نعم، فعلى الأول لا يحكم بأنها أم ولد، وعلى الثاني يحكم، وهو الأصح هنا إذا شهد عليه باستيلاد أمته في ملكه وجرى القضاء بشهادتهما، ثم رجعا.

قال الشيخ أبو علي: لا يغرمان شيئًا؛ لأنهما لم يفوتا المالية ولم يجحفا العتق في الحال، وإنما امتنع البيع بشهادتهما.

قال الإمام: وليت شعري ماذا يقول إذا مات المولى وفات الملك فإنه فات بسبب الشهادة! والذي أراه أنه يجب الغرم في هذه الحالة للذين كانت الرقبة تنصرف إليهم لولا الاستيلاد، والله أعلم.

[خاتمة الكتاب والنسخة]

وهذا آخر ما يسره الله تعالى من شرح «المنهاج» فله سبحانه الحمد والمنة، وقد أكثرت فيه من الاحتمالات والتنبيهات على المهمات وكثير من الواضحات.

وكنت قد شرعت فيه بنية الاختصار، وكتبت منه قطعة على ذلك في أوائله ثم قدر الله تعالى البسط، وذكرت فيه الفقه المستعمل غالبًا لعدم الحاجة

....

العامة إلى ما سواه، فإن ظفرت بفائدة شاردة فادع لي بالتجاوز والمغفرة أو بزلة قلم أو لسان فافتح لها باب التجاوز والمعذرة فقد علقته في أزمان الهموم والفتن فيها مترادفة، وظلمات القلوب متكاثفة، وشموس الألباب كاشفة، ومحن طالبي العلم ليس لها من دون الله كاشفة.

فأسأل الله الكريم الذي بيده الضر والنفع والإعطاء والمنع أن يجعله لوجهه خالصًا، وأن يتداركني بألطافه إذا الظل أضحى في القيمة قالصًا، وأن يخفف عني كل تعب ومؤنة، وأن يمدني بحسن المعونة، وأن يرحم ضعفي كما علمه، وأن يحشرني في زمرة من رحمه، أنا ووالدي وأولادي ومشايخي وإخواني إن ربي لطيف لما يشاء.

ونختم الكتاب كما قال الإمام الرافعي ـ ﵀ ـ بما بدأناه به وهو حمد ذي الجلال والإكرام، والطول والإنعام ونقول:

الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

اللهم صلِّ على سيدنا محمدٍ وعلى آل سيدنا محمدٍ كلما ذكرك الذاكرون، وكلما غفل عن ذكرك الغافلون، ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم، ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخر حسنة، وقنا عذاب النار. . . آمين.

فهرس المحتويات

كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتُ ٣
كِتَابُ الْعِتْقِ ٣٨٠
كِتَابُ التَّدْبِيرِ ٤٧٤
كِتَابُ الْكِتَابَةِ ٥٢٥
كِتَابُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ٦٥٦